



目 录

· 导师文苑 ·

论从生活事实到一般人格利益的法解释学基础——以“冒名上学”案中侵害客体的界定为分析对象
 王 康 (1)

对 2016《社区矫正法(征求意见稿)》的评价与修正
 刘 强 (10)

· 法学论坛 ·

虚假诉讼的刑法规制分析——兼评《刑法修正案(九)》第三十五条
 纪 康 (19)

刑事案件错案中的被害人考察
 何楚婷(25)

实行行为的规范侧面
 陈文昊(35)

新《行政诉讼法》视野下的行政协议诉讼研究
 张旭霞(44)

论国际私法中的公共秩序保留制度
 郭艺晨(53)

《婚姻法司法解释(二)》第 24 条的理解与适用
 马晓蕾(61)

· 实践研讨 ·

关于农村拆迁问题的行政法学分析
 袁小冬(71)

受家暴女性“以暴制暴”犯罪及对策研究
 孙盼盼(78)

中国(上海)自贸区知识产权行政监管制度的研究
 卿梦芳(85)

对于销售假冒注册商标的商品罪中“销售行为”的定性问题研究
 胡嘉俊(90)



Contents

• *Professors' Academic Papers* •

On the Basis of Legal Hermeneutics from Life Fact to General Personality
Wang Kang

The worries of community correction legislation in our country
 Liu Qiang

• *Law Forum* •

False Litigation Analysis of the Criminal Law's Regulation——Comments on the
 Article Thirty-Fifth of the Criminal Law Amendments(Nine)
 Ji Kang

The Survey of Victims In Misjudged Criminal Cases
He Chuting

The Norm Side of Act of Perpetrating
Chen Wenhao

Research on Administrative Agreement Litigation Under the New Administrative
 Procedure Law
Zhang Xuxia

On the Reservation of Public Order in Private International Law
Guo Yichen

On the Understanding and Application of the Twenty-fourth Part of the Judicial
 Interpretation of Marriage Law (Two)
 Ma Xiaolei

• *Practical Research* •

Administrative Law Analysis on the Problems of Rural Demolition
Yuan Xiaodong

Status,Causes and Preventive Measures of Female Crime Affected by Domestic
 Violence
 Sun Panpan

Research on the Intellectual Property Administrative Supervision System of China
 (Shanghai) Free Trade Zone
 Qin Mengfang

The Research to the Definition of “Sale” in the Accusation of Selling Counterfeit
 Trademark Goods
 Hu Jiajun

论从生活事实到一般人格利益的法解释学基础

——以“冒名上学”案中侵害客体的界定为分析对象

王康*

摘要:以齐玉苓案、罗彩霞案为代表的一系列“冒名上学”案引发了诸多争议。在私法中没有可以对应的规范的背景下,以对侵害客体的合理界定为基础,通过法解释,对“权利”和“利益”在“事物本质”上类推,寻找法律所隐含着的可予私法救济的利益之所在,发现可以与生活事实相对应的法律规范,从而将法律现实化为真正的行动。“冒名上学”行为所侵害的整体人格可以解释为一般人格利益中的人格独立,受教育机会可以解释为一般人格利益中的人格自由。

关键词:冒名上学 齐玉苓案 罗彩霞案 一般人格利益 人格独立 人格自由

一、问题的缘起:齐玉苓案、罗彩霞案及其他

2008年底,针对齐玉苓案^[1]的司法解释《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》([2001]25号)^[2]被最高法院以“已停止适用”为由废止。^[3]该司法解释的废止,像它的推出一样引发了新一轮有关“宪法司法化”前景的争议。^[4]与此同时,一系列类似齐玉苓案的案件进入公众视野,其中较为典型的是2009年的罗彩霞案及其不同“版本”。^[5]对于齐玉苓案,学界大都将视线集中于讨论所谓宪法适用的意义上,而忽略了对案件本身的事实追问,即:受到侵害的究竟是基本权利还是私法权

* 王康,男,法学博士,上海政法学院教授。

[1] 具体案情参见《齐玉苓诉陈晓琪等以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利纠纷案》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2001年第5期。

[2] 该批复明确指出:“根据本案事实,陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任。”

[3] 参见2008年12月18日公布的《最高人民法院关于废止2007年底以前发布的有关司法解释(第七批)的决定》。

[4] 在《法学》2009年第3期和第4期上有15篇论文,就“废止齐玉苓案‘批复’与宪法适用之关联”的主题作了集中讨论,参与讨论的多为国内知名宪法学者。

[5] 罗彩霞是湖南省邵东县人,2004年高考后,她没有被任何高校录取,而冒名顶替她的同学王佳俊却被贵州师范大学录取并于2008年顺利毕业。罗彩霞复读一年后考取天津师范大学。2009年3月,即将毕业的罗彩霞因姓名、身份证号被王佳俊使用而面临无法申办教师资格证、学位证、银行卡等一系列问题。真相曝光之后,王佳俊被注销了她以罗彩霞的身份办理的毕业证、学位证、教师资格证、身份证等。2009年10月26日,湖南邵阳北塔区人民法院以伪造国家机关证件罪判处王佳俊的父亲王峥嵘有期徒刑两年,与前罪数罪并罚,执行有期徒刑4年。而罗彩霞在天津市西青区法院以姓名权、受教育权受侵害为由提起的侵权诉讼,于2010年8月13日经过庭审和调解,与被告达成调解协议,被告王峥嵘一次性给付罗彩霞赔偿金4.5万元,原告放弃其他诉求。此前此后,还出现了被称之为罗彩霞案的“北京版”、“济南版”、“河南版”、“新疆版”、“河北版”、“陕西版”、“湖北版”等“冒名上学”案件,此类案件的详细情况均可以在互联网上轻易搜索到,此处不再一一注明。

利?或者具体一点,受到侵害的究竟是不是姓名权和受教育权?还有没有其他可能的分析路径?“以侵犯姓名权为手段侵犯了受教育权”似乎已经成为对此类“冒名上学”行为的侵害客体的经典判断,在此情况下,就很容易理解为什么对侵害客体的事实解释和价值分析的深入讨论并不多见了。此外,在该司法解释废止之后,对此类案件似乎不能再按照批复中的“侵犯宪法权利——承担民事责任”的混乱逻辑来裁判了,而应该按照私法自身的逻辑来对侵害后果进行救济,那么应依据何种私法规范进行裁判?又如何寻找这样的规范基础?

根据理解行为及其被理解的事物的统一性,我们可以说,私法是一个自我理解的事业。私法是一个解释的对象,与此同时本身又是一种解释,既是理解的客体,又是理解的模式。作为理解的客体,私法呈现了一组特征,这些特征是智力工作的焦点。作为理解的模式,私法是构建性特征的内在秩序。^[1]以私法的内在可理解性为分析前提,本文从对齐玉苓案侵害客体的已有认识的回顾和反思开始,基于考夫曼的法律现实化理论,对从生活事实到一般人格利益在私法规范中的发现进行法解释学的分析,并对人格自由、人格独立作为此类案件中的侵害客体的界定进行论述。

二、侵害了什么?对以私法权利为视点的几种观点的分析

已如上述,对齐玉苓案中侵害客体的主流看法是以侵害私法上的姓名权为手段侵害了宪法上的受教育权。对此,学界已有了一些反思,下面主要对从私法权利特别是人格权^[2]的角度提出的几种代表性观点做一回顾和分析。

依据林来梵的看法,齐玉苓案的侵害客体主要是民法上的姓名权,而其“受教育权”的实现受到不利影响的情形,则可认定为只是该侵权行为的一种法律后果。^[3]此种观点并非没有一点道理,但它实际上主要还是为了提出一种否认本案是宪法案件的理由。同时,它以对侵害手段行为的观察吸收了对侵害目的行为的考量,也没有考虑侵害行为所表现出来的层次性和复合性等因素,而仅就可能的直接侵害客体做出简单化的判断,因而并非是对本案侵害客体在侵权责任法上的合理分析。

也有观点认为齐玉苓案中的侵害客体是具体意义的人格权——姓名权和受教育权。其中,对于所谓姓名权作为侵害客体的问题似乎并没有什么质疑,主要关注的问题集中于受教育权可否和如何界定为民法上的人格权。一种认识是受教育权尽管是宪法规定的基本权利之一,然而这一基本权利也是私法权利而具有法律的具体保障,如1995年实施的《教育法》已经规定了受教育权,^[4]并且它在私法上是可以救济的,又因该案中的侵权行为是持续的,

^[1] [加]欧内斯特·J·温利布:《私法的理念》,徐爱国译,北京大学出版社2007年版,第14-15页。

^[2] 也有人认为,表现自然人人格的人格权应作为一种宪法性质的权利而非民事权利,它非为由民法调整民事生活关系所生之权利,但为民法所保护。参见尹田:《论人格权独立成编的理论漏洞》,载《法学杂志》2007年第5期;尹田:《论人格权的本质——兼评我国民法草案关于人格权的规定》,载《法学研究》2003年第4期。

^[3] 参见林来梵、朱玉霞:《错位与暗合——试论我国当下有关宪法与民法关系的四种思维倾向》,注释第36,载《浙江社会科学》2007年第1期。

^[4] 《教育法》第81条规定:“违反本法规定,侵犯教师、受教育者、学校或者其他教育机构的合法权益,造成损失、损害的,应当依法承担民事责任。”

故可以适用于齐案。另一种认识是对《民法通则》第106条第2款^[1]做扩大解释,认为由于《民法通则》第106条只规定保护公民“财产、人身”方面的权利而没有明确规定保护公民的“受教育权”,因此需要对此做扩大解释,即《宪法》第46条关于受教育权的规定是对《民法通则》第106条适用于本案的“合宪性解释”的理由,但判决的依据是民法原则而不是宪法规范。^[2]不管上述分析思路有着怎样的分歧,都基本上承认这样一个前提——作为侵害客体的受教育权同样也是私法权利,并且是一种独立的、具体的人格权。但是,毕竟私法上并没有明确的受教育权的宣告,把公法上的受教育权直接解释(而不是由私法的宣告)为一种具体的人格权可能会遭遇风险,因为私法上的一切具体的人格权都是私法明确而特别地宣告的,一切具体的人格权都因此而具有类型化的边界,并因此使在诸多具体的人格权之外预留的利益空间在法律上成为可能。

在私法上不存在受教育权的认识下,也有人把本案侵害客体归于一般人格权,认为对于那些未被明文规定为民事权利的基本权利的保护应通过民法上的一般人格权而实现,其请求权基础为《民法通则》第106条第2款,可借此获得民法保护的基本权利有人格尊严、人身自由、选举权与被选举权、受教育权、劳动权等具有人格利益的基本权利。^[3]不过,什么是一般人格权?德国联邦最高法院在1954年的一个案件中,仅仅用一句话援引了《基本法》中的有关规定(第1条“人的尊严”;第2条“发展人格”),将一般人格权称之为“由宪法保障的基本权利”。^[4]目前,一般人格权的概念在德国已经得到普遍认可,主要指“受尊重的权利、直接言论(如口头和书面言论)不受侵犯的权利以及不容他人干预其私生活和隐私的权利。”^[5]虽然一般人格权填补了人格权保护的法律漏洞,但它的主要问题在于保护范围的不确定性,因而有学者也将其称为一项“框架权利”,^[6]意在说明这种权利的效力较弱。在我国,法律中并没有对一般人格权的明确规定,在审判实践中也少有提及。不过,有关齐案的一审判决曾指出,受教育权“属于公民一般人格权范畴。它是公民丰富和发展自身人格的自由权利。”^[7]这一认识比后来的司法解释似乎更符合逻辑,不过它仍然局限于在“权利”的范畴内,力图为这一在实体法上并不明确存在的“一般人格权”寻找能够使其具有合法性外衣的“权利”名份。我国学者在讨论一般人格权的时候,一般是将其作为私法上与具体人格权相对应的一种人格权形式来对待的,甚至认为其作用是指导具体人格权。^[8]以历史的眼光来看,这是一个误解。德国创制一般人格权之时所依据的并非私法而是基本法(宪法),

^[1] 该款规定:“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产,侵害他人财产、人身的,应当承担民事责任。”

^[2] 参见马岭:《齐玉苓案批复的废止“理由”探析》,载《法学》2009年第4期。

^[3] 参见张红:《论一般人格权作为基本权利之保护手段——以对“齐玉苓案”的再检讨为中心》,载《法商研究》2009年第4期。

^[4] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年第二版,第806页。

^[5] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第171页。

^[6] 同上注书,第807-808页。

^[7] 参见山东省枣庄市中级人民法院(1999)枣民初字第8号民事判决书。该判决书同时认定:“齐玉苓已实际放弃了这一权利,即放弃了上委培的机会。其主张侵犯受教育权的证据不足,不能成立。”

^[8] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2007年第三版,第92-93页;杨立新:《人格权法专论》,高等教育出版社2005年版,第29页。

“其不仅保护在民事生活中的人格利益(如未被《德国民法典》予以列举保护的‘隐私’),而且保护在社会生活的任何一个领域的人格利益(如男女性别平等、民族感情和自尊、劳动就业、接受教育以及公民在宗教信仰、文化活动、新闻出版等方面享有的自由等等)。”^[1]所以,虽然它是“作为被现行法合理承认了的,并将之等同于(德国民法典)第823条第1款所指的‘其他权利’,……被认为(是)具有‘超民法典’性质的法的发展,成为今天的习惯法”,^[2]但它并非真正的私法上的权利,而是指那些法律中没有明文规定的基本人权(如人的自由和尊严),只是起到对人格权保护的拾遗补缺而非指导的作用。而且,一般人格权的概念主要是为了对一般人格利益的司法救济提供正当性的理论依据而提出来的,它始终就没有以正面的权利宣告的形式被赋予为一种权利形式。^[3]为了不产生更大的误解,有必要去除一般人格权的“权利”名份,^[4]还原其应有的本色——私法上的一般人格利益。

徐国栋把齐玉苓案中的侵害客体归于人生计划权。人生计划权在国内最早是由徐国栋提出并写入他主持的《绿色民法典草案》中的。^[5]他认为,“齐玉苓……由于一次冒名顶替终身丧失了接受高等教育并据此成为城市人的机会,丧失了在有有限的人生期间的自由选择权。如果我们充分明了我国城乡间的巨大差别以及农村人把自己转化为城市人的途径之有限,就可理解齐玉苓遭受的人生计划损害之巨大。”而所谓“人生计划权”,是指“在正常情况下可以实现的个人的和职业的发展”的权利。“人人生计划损害的对象是格的自由实现”,可分为两种类型:“其一,根本损害或人生整体受挫,例如,著名的钢琴家或外科医生在一场事故中失去了一只手的情形;其二,人生计划被顿挫或取消,导致明显限制或迟滞主体的正常发展,例如塔玛育一案^[6]的情形。”^[7]人生计划权作为一种“新型人格权”,虽然在某种意义上“能够获得存在主义哲学、法社会学、法经济学、管理学、法文化学和个人主义价值观的支撑”^[8],但是对于这样充满理想主义的法学理论,至少在我国现有的立法和司法背景之下,由于它内容的飘渺、界限的模糊以及救济方式的可替代性等,人生计划权几乎不具有任何可能的现实化机会。

[1] 尹田:《论人格权独立成编的理论漏洞》,载《法学杂志》2007年第5期。

[2] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2003年版,第171页。

[3] 也有学者认为一般人格权是(应)以权利的形态规定于民法的。参见李永军主编:《民事权利体系研究》,中国政法大学出版社2008年版,第128页。

[4] 德国之所以称之为“权”,或许是因为解释的需要,即与《德国民法典》第823条第1款中的“其他权利”一词相对应。

[5] 参见徐国栋:《绿色民法典草案》第一编人身关系法第一分编自然人法第331条,社会科学文献出版社2004年版,第87页。

[6] *Maria Elena Loayza Tamayo v. Peru*.案情是:塔玛育曾经在秘鲁的军事法院因叛国罪(严重的恐怖主义行为)受审,被无罪开释,但后来她又因恐怖主义行为受到了普通法院的审判。于是,塔玛育向设在圣何塞的泛美人权法院控告秘鲁政府违反了《泛美人权公约》第8条第4款关于因生效判决被无罪开释的人不得因同一行为再受审判的规定。泛美人权法院于1997年9月17日做出判决,责令秘鲁政府在合理的期间内释放塔玛育,同时要求它“合理地赔偿受害人及其家人并填补已发生的费用”。确实,塔玛育在5年的时间内被误认为有恐怖主义犯罪行为,其学习被中断,人被转移到外国,远离其谋生手段,处在孤独和经济上的贫困中。由于被拷打,心理和生理上都遭受了严重的折磨。其人身遭受了各种侵害,其人格和职业的可以合理确定的发展受到了阻碍。

[7] 徐国栋:《〈绿色民法典草案〉人身法二题》,载《福建师范大学学报》(哲学社会科学版)2005年第1期。

[8] 熊金才:《人生计划权之多学科证成》,载《汕头大学学报》(人文社会科学版)2008年第4期。

三、法律规范与生活事实的对应:考夫曼法律现实化理论的启发

从本质上看, [2001]25号司法解释并非真正具有宪法适用的意义,^[1]在其指导下的判决也并非真正根据宪法规范而为,而还是在私法框架内提供救济的。所以不管该批复废除与否,侵权责任法对所谓私法上没有规定的基本权利的救济还将继续存在和发展,因为私法对其可予救济的基本权利会天然地生成一种涵摄或吸纳效力。不过,这一救济的法律基础不是宪法的直接或间接适用,而应该在私法本身的框架内来寻找,即通过法解释或法的发现,将法律规范与生活事实相对应,从而给法真正的生命。

法律总是不完整的, 法典一经制定即已过时。“人们终究不可能在范围上通过划界将所有人人性中值得保护的表现和存在的方面无一遗漏地包括进来。”^[2]所以, 模糊、冲突以及漏洞将是法律或法典的内在的永恒主题。同时, 任何法律都必须现实化才能真正发挥实际的效力。在考夫曼看来, “对真实的生活事实而言, 永远只有一种法, 且这种法是实证的: 它是具体的, 而且有历史性的。……它完全的具体性与现实性(我们称之为‘实质的实证性’)就包含在此地与此时所做成的法律判决中……”^[3]所以, “规范永远只是许多可能产生的案件之标准而已, 但规范绝非因此就是一个现实发生的案件之判决, 由此可知制定法不是现实性, 只是法的可能性——因此, 法虽然是源自制定法, 但是它须要其他附加的成份。”^[4]毋庸置疑, 在所有合理的立法中永远都预设某些“普遍的法律原理”、“正当行为的准则”等正义、道德的基本要求, “作为有待现实化的事物”或作为“法的可能性”而存在。法律现实化的过程可以分为三个阶段: 法律理念——法律规范——法律判决, 第一个阶段为抽象的——普遍的、超实证的及超历史的法律原则, 第二个阶段为具体化的——普遍的、形式的一实证的、非超历史的制定法, 第三个阶段为具体的、实质的一实证的、有历史性的法。^[5]考夫曼的法律现实化理论表明: 在法的运行中, 真正起作用的法并非是法律规范中的法, 而只有将法律规范中的法现实化才能得到具体的有生命的法(判决)。但是如何将法律现实化? 只从法律理念得不出法律规范, 只从法律规范也得不出法律判决。“如同制定法只能考虑到拟规范之可能的生活事实而具体化, 法也只能考虑到拟判决之现实的生活事实而实在化。规范作为一种应然, 根本无法从自身产生真实的法, 它必须加入存在。只有在规范与具体的生活事实、当为与存在, 相互对应时才能产生真实的法。或者简言之: 法是当为与存在的对应。”^[6]换句话说, 法律现实化就是将法律规范与生活事实相对应, 让法律规范符合生活事实, 生活

^[1] 学者提出的质疑有: 本案根本就不是一个宪法适用的适例, 本案实际上应该、并且也可以在民事法律上作为一般民事侵权案件加以处理, 而无须“劳”宪法之“大驾”。参见林来梵、朱玉霞:《错位与暗合——试论我国当下有关宪法与民法关系的四种思维倾向》, 载《浙江社会科学》2007年第1期。类似的最新分析是: 在判决中“引用”宪法也并非宪法司法化, 因为宪法并非这些案件的判决“依据”而只是判决依据的“理由”, 这与“依据”宪法对法律进行审查并作出合宪与否的判决压根不是一码事。参见马岭:《齐玉苓案批复的废止“理由”探析》, 载《法学》2009年第4期。

^[2] [德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册), 王晓晔等译, 法律出版社2003年版, 第174页。

^[3] [德]亚图·考夫曼:《类推与“事物本质”——兼论类型理论》, 吴从周译, 学林文化事业有限公司1999年第一版, 第23页。

^[4] 同上注书, 第25页。

^[5] 参见同上注书, 第25-29页。

^[6] 同上注书, 第41页。

事实也符合法律规范。在法律适用中,不能将法律规范与生活事实割裂,但是在没有可以对应的法律规范的生活事实面前,法官的任务就是——如何寻找没有明确法律规范形式的法?

考夫曼指出:“法是一种对应,因此法的整体并非条文的复合体,并非规范的统一体,而是关系的统一性。”^[1]这正意味着类推。可以说,“法的现实性本身是根基于一种类推,因此法律认识一直是类推性的认识。法原本即带有类推的性质。”^[2]类推就是“以一个证明为重要的观点为标准,而将不同事物相同处理”。^[3]当类推作为一种法律解释的方法时,并非从特殊到特殊而是经由普遍到特殊,发现当时尚未被认识的事物,发挥着补充法律漏洞的作用。类推的过程即是法律发现的过程,即是使法律规范与现实的生活事实(当为与存在)相对应的过程。考夫曼强调,“从事实推论至规范,或者从规范推论至事实,一直是一种有关‘事物本质’的推论。”事物本质是类推的关键点和类推过程的基础,是事物正义与规范正义之间的中间点,是所有法律认识中的客观法律意义的固有负载者。^[4]这样,事物本质就指向了事物“类型”,“类型便是那些已存在于立法者与法律形成之前的事物。立法者的任务便是去描述各种类型。……法官必须在法律规范所意含的类型性中掌握生活事实。”^[5]这些被描述(而非定义)的类型是一个个具体的存在,即“尽管某些特征相同,但却相类而有所不同”。^[6]在个案中,对于没有可以明确对应的法律规范的具体生活事实,只要能够在规范中找到主要特征相同的规定,就可以认为属于同一类型,就可作为可以适用于本案的规范依据。这样,通过类型化的思维对没有可以对应的法律规范的生活事实进行类推,“首先肯认某一案件符合法律规定的某一类型,然后再用这一类型的法律规定对应具体案情进一步找出裁决该案的更为具体的法规则”,^[7]这就是具体的法律发现和实现的过程。

在私法的实现过程中,总是会有缺少可以依据的明确的法律规范的时候,如果要么拒绝救济要么想方设法求助于高级法——宪法,私法就会令人无可信任而损害自身的权威并弱化内在的道德。从自然法的观点来看,法律之外还有法,即一般生活法则。但这种生活法则必须被发现并因而成为法。当在私法中找不到与生活事实相对应的明确的救济规范时,应该在不违反法精神、法原则的前提下运用类型化思维去寻找最符合事物本质的具体规范。私法具有内在的可理解性,同时“因为法律概念和制度是法律自我理解的标记,所以内在解释试图使它们自己的术语富有意义,其方式是让它们具有法律思想上的含义。”^[8]如果说发现和应用的法(living law)^[9]似乎有点太玄,那么较为现实的一个路径是寻找法律所隐含着的可

[1] 同上注书,第41页。

[2] 同上注书,第45页。

[3] 同上注书,第61页。

[4] 同上注书,第103-105页。

[5] 同上注书,第115页。

[6] 刘士国:《类型化与民法解释》,载《法学研究》2006年第6期。

[7] 同上注。

[8] [加]欧内斯特·J·温利布:《私法的理念》,徐爱国译,北京大学出版社2007年版,第17页。

[9] 法社会学的创始人欧根·埃利希(Eugen Ehrlich)把“活法”定义为由社会成员承认并遵守的“内在秩序”,它支配着社会实际生活,是人类行为的真正决定因素。他认为,“法的发展的重心不在立法,不在法学,也不在司法判决,而在社会本身。”see Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence*, Harvard University Press, 1974. p.114.

予私法救济的“利益”，而发现其在法律规范中的存在之所就是法律的现实化。

四、一般人格利益在私法规范中的发现：事物正义与规范正义的统一

在《侵权责任法》制定过程中，要不要在侵权责任法的保护对象“权利”之外对“利益”做出明确规定的问题引发了很多争论。肯定者主张应对“利益”做出明确的规定，否则将来对一些非权利的利益损害的救济会没有法律依据。否定者认为无须做出明确的规定，只规定“权利”就够了，“权利”不限于法律规定而存在于社会中，“利益”是“权利”的实质或后果，没有无权利的利益，也没有无利益的权利。前者似乎可以归为实证法学，后者则是自然法学的观点。^[1]在法律意义上，权利是利益的外壳，利益是权利的本体。在法律意义上，一切利益最终都要归结为权利，利益是当然的权利，是不需论证的实质权利、无名权利。

具体到人格权而言，凡上升为“权利”的生命、健康、身体、肖像、名誉、隐私等人格利益皆可以找到明确的法律规范依据进行保护或救济，但对人格权的具体列举并不能包罗一切，比如所谓休息权、安宁权等在《侵权责任法》中就没有被明确列举出。对于那些没有被以“权”来命名的其他人格利益——如独立、自由、尊严、安宁、贞操等，可以称之为一般人格利益——而言，同样要以对“权利”或“权益”的扩张解释的方式进行救济。当然，并不是任何“人格利益”都可以上升为人格权或通过此种解释而予以法律的保护和救济。比如，死者和胎儿的某些“人格利益”就不能上升为它们的人格权，但法律必须提供保护和救济的可能——可以归于人的尊严等一般人格利益的范畴。^[2]而对于自己的某一器官或受精卵乃至胚胎的出售、“子宫出租”（代孕）等等一些涉及人格利益的行为，则在目前法律无法予以正面的保护，此种人格上的所谓“利益”（对自己身体的某些支配利益）无法成为人格权，也无法成为具有法律相关性的一般人格利益。法律相关性的修饰语是为了表明一般人格利益的法律认可性或者法律上的可救济性，通常可以略去而将其内含于其中。为了更好地表明它的法律意义，有人在区分人格权、法益、利益的概念的基础上用“人格法益”一词来指称它，^[3]也不无道理。此外，之所以以“一般”来修饰这种人格利益，主要是因为它的难以界定的范围和相对不确定的内容，而不能像生命权、姓名权那样给出形式合理的命名和内容确定的含义。任何权利都具有“享受特定利益之法律上之力”，^[4]一般人格利益实际上就是基于人格的“准权利”，同“权利”一样作为“主观化的法律”而具有“法律上之力”。特定的利益是一般人格利益的实质内容，法律上之力是一般人格利益的外在保障。虽然一般人格利益不拥有法定的权利名份，但是它正是以其所具有的和人格权相同的事物本质（特定的利益和法律上之力）而被当然地类推为一种可以对应同一的法律规范，在体系结构上它作为人格利益（或广义的人格权）之下与具体人格权平行对应的概念而存在，在功能上起到对权利救济的拾遗补缺作用。

《民法通则》第106条第2款中的侵害客体之一“人身”二字可以解释为包括或体现了

[1] 参见刘士国等：《侵权责任法重大疑难问题研究》，中国法制出版社2009年版，第1页。

[2] 参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（上册），王晓晔等译，法律出版社2003年版，第173页。

[3] 参见熊诤龙：《权利，抑或法益？——一般人格权本质的再讨论》，载《比较法研究》2005年第2期。

[4] 梁慧星：《民法总论》，法律出版社2007年第3版，第69页。

具有法律相关性的人格利益,即包含人格权利以及作为“准权利”的一般人格利益。这样,凡是有关各种有名的人身权利都直接适用本条法律规范,凡是没有权利名份的各种人格利益——当然要具有法律相关性即法律上的可救济性——均可准适用它。《侵权责任法》第2条规定:“侵害民事权益,应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益,包括生命权……等人身、财产权益。”其中的“权益”、“人身”等词也将做出这样的解释。这样的理解体现了类型化的思维,也是不违反语义解释、体系解释等法解释方法的基本原理的,最为重要的是《民法通则》并没有表明只有权利才能受到法律的保护,而《侵权责任法》已经把利益的保护明确化了。这样,需要着重研究的就是如何识别“利益”,如何将这样一种体现事物正义的生活事实与具体规范相对应。一般说来,在对法律文本理解和诠释之时,主体首先会向文本表现出一种意义期待,这样文本自身就在解释者面前呈现出一种可能的意义映像,然后这一意义映像会经由理性再次返回到文本中去验证。面对私法上没有具体规范可以对应的生活事实(如“冒名上学”侵害行为),当解释者对于具体的法律文本——《民法通则》第106条第2款产生一种必须保护受损害的利益的意义期待时,通过对“权利”和“利益”在“事物本质”上的类推,从而使该条款呈现出“保护人格利益”的意义映像,这种意义映像再回到文本的整体中去体验“事物正义与规范正义”的统一,这样就会得出下面的结论:一般人格利益具有法律上之力!

五、人格自由和人格独立:侵害客体的合理界定

接受教育的机会即私法上的一种利益,这种利益体现在:受教育机会为受教育者的个性、尊严和自由和充分发展提供一个最基本的手段;^[1]柏拉图将没有受过教育的人比喻作“洞穴里的囚徒”,^[2]而受教育的机会可以将这些“囚徒”从黑暗洞穴带到光明世界——自由发展其人格。在我国,由于自然和历史原因形成了人们占有教育资源的不平等,接受教育的机会本身就是一种具有稀缺性的资源,一旦这种机会被剥夺,就会产生一种法律上可以救济的巨大损害——其损害之巨大也许难以给出一个具体的数量上的评估,但法律必须尊重这种利益损害的可救济性。因此,当私法上对于受教育权这一基本人权即使不做规定时,在私法上也有对其救济的依据。至于对受教育机会本身体现的利益如何给出一个“符号”——是受教育权、人生规划权还是人格自由?可能会有不同的争议,但考虑到现实的法律技术背景——在没有私法中的明确的权利界定时,把受教育的利益归于一般人格利益中的人格自由是相对恰当的。

在齐玉苓案中,几乎没有人否认齐玉苓的姓名权受到了侵害,现实的司法活动也是按照这样的认识处理的。^[3]但是,在受害人的受教育机会被剥夺的同时,仅仅是其姓名权被侵犯

^[1] 1948年《世界人权宣言》第26条就曾庄严宣告:“教育的目的在于充分发展人的个性并加强对人权和基本自由的尊重。”

^[2] 参见[古希腊]柏拉图:《理想国》,郭斌和、张竹明译,商务印书馆1986年版,第272页。

^[3] 比如,枣庄市中级人民法院一审时认定:“被告陈晓琪在其父陈克政策划下盗用、假冒齐玉苓姓名上学,是侵害姓名权的一种特殊表现形式。”参见山东省枣庄市中级人民法院(1999)枣民初字第8号民事判决书。在此顺便指出,被告并非“盗用”而仅仅是“假冒”原告的姓名,盗用和假冒的区别在于:假冒他人姓名意在冒名顶替,造成“我”就是“他”的假象;而盗用他人姓名并非有冒名顶替之意,而是呈现出“我”还是“我”、“他”还是“他”的外观,如未同意而擅自在自己的文章上合署他人的姓名发表。

了吗?或者说简单的做出侵犯姓名权的界定合理吗?通过对齐玉苓案、罗彩霞案等一系列“冒名上学”的类似案件的实际观察,不难发现,加害人并非以侵害姓名权为直接目的,加害人的冒名行为也并非仅仅侵害了姓名权。所谓“冒名”,即假冒他人姓名的行为,如使用他人的姓名填写旅店的登记表格^[1]或进行其他社交活动。而在这些案件中的所谓“冒名”行为并非仅仅假冒他人姓名,而是非法利用他人整体上的身份信息(包括姓名、身份证号码、户口、考试成绩、学籍、人事档案等)而获得上学的机会,这才是真正的目的。上述这些受到侵害的人格因素不单单是姓名权问题,而是一个“整体人格”。如果暂时不考虑剥夺受教育机会的损害,单就这种对于“整体人格”的侵害来说,就造成了这样的后果——在世界上除了真正的齐玉苓、罗彩霞之外,在另一个真实的环境里还存在另外一个“齐玉苓”、“罗彩霞”,而这又并非她们“复制”自己的真实意思的结果!这样的“冒名”行为实际上造成了特定人格的重复性、非独立性或非唯一性,并产生了一系列严重的直接或间接损害后果,比如身份证号码的同一就可能使受害人在考试、求职、申办信用卡、参加保险乃至结婚等方面处处遭遇困难。^[2]这种对“整体人格”的侵害,造成了特定人格的混同和冲突,绝不等同于单纯的假冒他人姓名而侵害姓名权,所以,在这些案件中将冒名行为的侵害客体仅仅定性为姓名权是不准确的,至少在侵害对象范围的界定上是不完整的。在私法中没有可以对应的规范的背景下,可以通过法解释的路径对特定的“利益”在“事物本质”上向“权利”类推。如果能够寻找法律所隐含着的可予私法救济的“利益”之所在,那么在这些侵害“整体人格”的案件中的侵害客体被定性为一般人格利益中的人格独立,就是较为合理的结果。

六、结语

总之,如果宪法规定的基本权利特别是人格权受到侵害并需要私法的救济,就需要在私法上寻找到权利的规范基础,而这并非什么宪法的适用,实际上就是私法责任归于私法而已。但当私法上并没有此种具体的权利规范相对应的时候,就要通过私法的内在可理解性和法解释学原理,在事物本质的基础上发现特定的生活事实在法律规范中的类型,最终可以对可予法律救济的一般人格利益直接准用有关人格权保护和救济的法律规范。具体到“冒名上学”侵害行为而言,侵害“整体人格”的客体可以解释为一般人格利益中的人格独立,侵害受教育机会的客体可以解释为一般人格利益中的人格自由。^[3]以对侵害客体的合理界定为基础,能够找到可以与生活事实相对应的法律规范,从而能够将法律现实化为真正的行动。

(责任编辑:袁小冬)

^[1]例如德国联邦最高法院的判例:一位情妇在与情夫旅游同宿旅馆时,在旅馆登记表中填写了情夫妻子的姓名。事后情夫的妻子以情妇侵害其姓名权而请求其停止该侵害,最高法院认定其请求正当。具体案情参见李健:《浅论侵害姓名权的方式及其民事救济》,载《中国特色社会主义研究》2007年第4期。

^[2]罗彩霞就因为申办教师资格证、学位证、办理银行卡等问题遇到障碍才发现被侵害的。

^[3]关于人格独立和人格自由的具体利益内涵和损害赔偿的问题,另有专文讨论。

对2016《社区矫正法(征求意见稿)》的评价与修正

刘强*

摘要: 国务院法制办2016年12月发布的《社区矫正法(征求意见稿)》,存在着立法名称失误,社区矫正的性质不明确,社区矫正的目的和任务不清楚,社区矫正机构设置和队伍建设不力等问题。社区矫正制度的完善需要与社区刑罚制度的改革完善相配套,因为我国刑法尚未在社区刑罚部分做与时俱进的修改,因此,作为社区刑罚执行的活动,社区矫正立法的起点较低。

关键词: 社区矫正立法 社区刑罚执行 刑法配套改革 科学民主立法

党中央十八届三中全会提出“健全社区矫正制度”,四中全会提出“制定社区矫正法”,全国人大常委会在2016年已确定要审议《社区矫正法》,2016年12月,国务院法制办发布了《中华人民共和国社区矫正法(征求意见稿)》(以下简称《意见稿》)。该稿的出台虽然是立法进程中一个重要步骤,立法者也为之付出了大量的工作和心血。但总体而言是一个起点较低的法律草案,是一个对顶层设计不力、方向存在偏差的法律草案,对社区矫正的基本定位、目的和任务这一主线并非明确,以至于影响整个立法的内容。不利于充分发挥社区刑罚执行在社会治理中的重要作用,不利于贯彻党中央在全面推进依法治国决议中强调的公平公正原则。作为好的顶层设计,需要能体现出全局性、相关性和前瞻性。全局性是指从历史的角度把握刑罚及刑罚执行制度改革的定位;相关性是把握如何与刑法、刑事诉讼法中的社区刑罚部分的深化改革相配套;前瞻性是指要充分把握国际的前沿,在不脱离国情的前提下,制定出起点较高的法律。下面就《意见稿》的法名和总则部分的前四条提出修改意见。

一、立法名称

建议将“社区矫正法”更名为“社区刑罚执行法”。

我们不应把“Community corrections”这一适合美国国情且并不是国际通用、我们又存在翻译错误的概念,作为我国社区刑罚执行法律的名称,带复数的“Corrections”包括惩罚与矫正的含义,仅仅翻译成“矫正”是不妥的。

法律名称需要通俗、明晰和准确,尽可能避免公众对其产生误解或歧义。2003年,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发文确定在我国六省市首先开展社区矫正试点,首次在官方文件使用“社区矫正”一词,作为舶来词,该词源自美国、加拿大、澳大利亚、新西兰等国的“Community corrections”。但需要指出的是,不带复数的“correction”可以翻译为“矫正”,但带复数的“corrections”翻译为“矫正”是百分之百的错误,该单词目前在我国的中英词典中是找不到的,在美国旧版的词典中“Corrections”是指刑罚执行活

* 刘强,上海政法学院教授,主要从事非监禁刑罚执行(社区矫正)的研究。

动的总称,包括惩罚与教育矫正。在上个世纪70年代之前,“Community corrections”适用的对象以法院裁决的罪犯为主,之后,美国对犯罪人的处罚的形式进一步多样化,管理的对象除了被判刑的罪犯外,也包括没有经过法院裁决的犯罪人,例如在缓起诉和审前释放等制度下的犯罪人。最近的美国教科书有学者对该词的定义是:对触犯刑事法律者的不同类型的监督、治疗、使之重新与社会结合、控制、恢复和支持的项目。这些项目是在刑事司法系统针对罪犯和未成年人违法者的设计,这些项目可包括在审判前转向、分流的犯罪人和审判前的释放项目以及治疗项目,运作机构除官方机构外还有民营机构,特别是对于未成年人项目。^[1]这些可以说明,“Community corrections”是在社区中,执法和相关机构对罪犯和犯罪人惩罚、监管、治疗、帮助其回归社会的全部活动的总称,在美国的语境下并没有社区矫正的本意。另外,“Community corrections”并不是国际通用词,欧洲国家对该词采取拒绝态度,他们较多采用“Community penalties(刑罚、惩罚)”和“Community punishment(惩罚)”的提法。^[2]我国香港特区政府在采用美国这一舶来词时,他们官方的中文翻译是“惩教”而不是“矫正”,行政特区的罪犯管理部门名称是“惩矫署”,负责对罪犯的刑罚执行,这也比我们仅仅翻译为“矫正”要好得多。

我国社区矫正的试点、试行实践证明,采用“社区矫正”的提法在很大程度上误导了我国社区矫正工作的开展,把严肃的社区刑罚执行工作主要理解为对罪犯的心理矫正、教育矫正和帮困扶助。全国检察机关在2015年集中部署了开展社区服刑人员脱管、漏管专项检查活动,发现社区服刑人员脱管、漏管、虚管问题日益凸显,并有一些社区服刑人员重新犯罪。事实上,我国目前对缓刑、假释人员的管理模式与英美等发达国家相比,在惩罚力度方面,已经是一种比较滞后并被淘汰的管理模式。因为当他们大量适用缓刑、假释及类似措施时,社会公众普遍认为,让罪犯在社区中服刑,与监狱相比,本身就是一种很大的宽缓,如果再没有一定适当的惩罚措施,不能满足对犯罪者的公正报应和发挥必要的刑罚威慑功能,也不能满足犯罪被害人在法律情感上的满足。因此,美国在上个世纪70年代开始采用了“中间制裁”的措施,增加了对社区服刑人员的惩罚力度,英国也不断通过对刑事法律的修改,适当增加了对社区服刑人员的经济制裁、权利和资格的限制。各国根据本国的情况增加了不同类型的社区制裁措施,如设置赔偿刑、宵禁、家中监禁、半开放式的社区居住场所、社区服务、日报告中心及针对性较强的带强制性的社区教育矫正项目等。

尽管“两高两部”关于社区矫正试点试行的文件中明确了社区矫正是“非监禁刑罚执行活动”,但一些学者坚持认为对缓刑、假释的管理不是刑罚执行,依据是刑法第七十六条的规定:“对宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期限内,依法实行社区矫正,如果没有本法第七十七条规定的情形,^[3]缓刑考验期满,原判的刑罚就不再执行,并公开予以宣告。”刑法

^[1] Edward J. Latessa and Paula Smith: 2015. Corrections in the Community (6th Edition). New York, NY: Routledge. p.3.

^[2] Gwen Robinson and Fergus McNeill(Editor): 2015. Community Punishment: European perspectives. New York, NY: Routledge. pp.4-6.

^[3] 刑法第七十七条规定:被宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期限内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的,应当撤销缓刑,对新犯的罪或者新发现的罪作出判决,把前罪和后罪所判处的刑罚,依照本法第六十九条的规定,决定执行的刑罚。

被宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期限内,违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于缓刑的监督管理

第85条对假释也有类似的规定,由此推论,缓刑(假释)不是刑罚执行,社区矫正对象也不应视为社区服刑人员。

讨论对缓刑、假释的管理是否是刑罚执行的前提是需要明确刑罚的定义和刑罚执行的特征,笔者认为,刑罚是依据国家刑事法律对犯罪分子适用的特殊制裁方法,是对犯罪分子某种权利的限制和剥夺,体现国家对犯罪行为的否定评价。由此可归纳为我国刑罚执行具备如下三个特征:一是依据司法部门作出的刑事裁决;二是实现对犯罪人某种权利的限制和剥夺;三是这种执行需要靠国家的强制力保证实施。我国刑法第三章中规定了五种主刑和三种附加刑,没有包括缓刑和假释,但在刑法第四章“刑罚的具体运用”中,规定了缓刑、假释,说明了对有期徒刑执行的具体方式上,可采用缓刑或假释的形式。缓刑、假释本身符合刑罚的定义,无疑应属于刑罚的范畴。我国刑法规定缓刑(假释)考验期满,原判刑罚不再执行,但并没有规定缓刑、假释的管理不是刑罚执行。

我们之所以要强调对缓刑、假释的管理是刑罚执行,是要强调缓刑、假释人员在社区仍然是罪犯的身份,因为他们的犯罪,在社区仍然需要承受必要的刑事惩罚,在我国发展社区矫正,需要尽快修改刑法,完善对社区服刑人员的惩罚机制,明确执法人员的法律地位及采用必要的强制措施权力。在英美国家,没有人质疑对被法院认定有罪的缓刑、假释人员的执行是刑罚执行的性质,所以法律明确赋予缓刑官、假释官具有采用强制措施权力。例如纽约州法律规定:缓刑官是纽约州的治安人员,有权进行对监管对象无逮捕证的逮捕、拘留、佩带手铐、催泪器以及在上下班时佩带枪支,缓刑官在上下班时都有治安人员(警官)的身份。我国刑法中并没有明示缓刑、假释不是刑罚执行,只是一些学者从法理解释角度说明缓刑、假释不是刑罚执行,笔者认为这是犯了简单的逻辑错误。

“社区刑罚执行”并非意味着对罪犯的单一惩罚。虽然刑罚的本质属性是它的惩罚性,但刑罚的功能具有多元化,包括报应、威慑、伸张正义、安抚被害、教育、恢复、回归社会等。现代的英美国家刑事判决已发生重大变化,不仅有对罪犯权利的限制和剥夺,而且对罪犯进行教育矫正的项目要求。现代的社区刑罚执行,是在满足惩罚的前提下,尽可能对罪犯教育矫正和帮困扶助,需要将惩罚与人文关怀有机结合。但不能因此而否认其惩罚的本质属性。

二、目的性的表述

建议增加“惩罚”作为目的性的表述。

《意见稿》第一条规定:为了规范社区矫正工作,正确执行刑罚,帮助社区矫正人员顺利回归社会,预防和减少犯罪,制定本法。修改建议为:“为了正确执行社区刑罚,惩罚和教育矫正社区服刑人员,预防犯罪,制定本法”。

社区矫正法第一条是带有目的性的表述,《宪法》第二十八条规定:惩办和改造犯罪分子。《刑法》第一条规定,为了惩罚犯罪,……。由于刑罚的本质属性是它的惩罚性,因此,作为社区刑罚执行,惩罚的直接目的性必须在第一条明确体现。如果没有“惩罚”目的的表述,存在着与上位法相抵触的问题。有可能把社区矫正误入片面强调教育矫正、适应性帮扶

理规定,或者违反人民法院判决中的禁止令,情节严重的,应当撤销缓刑,执行原判刑罚。

的歧途。十八届三中全会决议中指出：完善对违法犯罪行为的惩治和矫正法律，健全社区矫正制度。因此，在立法中既要充分考虑社区服刑人员合法权利的保障，也要形成适合国情的社区矫正惩罚机制，应在该法的具体内容中加以体现。

“帮助社区矫正人员顺利回归社会”是社区刑罚执行的一项延伸的功能，在很大程度上需要社会力量的参与，帮助罪犯解决与犯罪相关的社会问题，这并不是社区刑罚执行的直接目的或根本目的。“帮助罪犯顺利回归社会”如果作为一项工作，边界不清，弹性太大，社区矫正机构难于单独胜任这一工作，各国的普遍做法是利用社区的资源来做好这项工作，包括政府购买服务和志愿者的参与。另外，假释人员到社区是回归社会，缓刑人员在社区服刑并非是回归社会，所以这样的表述也不确切，可以去掉。

三、适用对象

《意见稿》第二条规定：对被判处管制、宣告缓刑、假释或者暂予监外执行的罪犯（以下统称社区矫正人员）实行监督管理、教育帮扶的社区矫正活动，适用本法。建议将被剥夺政治权利的罪犯纳入社区矫正管理对象，以体现党中央十八届四中全会强调的刑罚执行一体化的原则。将第二条修改为：社区刑罚执行的对象包括被判处管制、宣告缓刑、假释、暂予监外执行以及被剥夺政治权利的罪犯（以下统称社区服刑人员）。

为什么需要将“被剥夺政治权利”人员与其他四类人员统一管理？“剥夺政治权利”是我国的刑罚方法之一，可独立适用也可附加适用，我国2003年开始进行社区矫正试点时，将被剥夺政治权利人员纳入社区矫正管理范围，在2011年《刑法修正案（八）》第一次把“社区矫正”写入刑法典中时，没有将其纳入社区矫正管理范围。因为被剥夺政治权利人员以及社区矫正工作人员都认为，对这类人员的管理不应对象缓刑、假释人员那样的管理相同。因此，既然没有纳入社区矫正管理范围，那么根据原有刑法的规定，被剥夺政治权利人员应归属于公安机关管理。笔者认为，将社区服刑人员由一个部门统一管理，有利于提高效率。现在将四种对象归属司法行政部门管理，一种对象归属公安部门管理，不利于贯彻十八届四中全会提出的“完善刑罚执行制度，统一刑罚执行体制，推进法治专门队伍正规化、专业化、职业化建设”的要求。目前公安部门承担对被剥夺政治权利人员的管理不可能实行专业化管理。

将“被剥夺政治权利”人员与其他四种对象统一管理并非意味着在管理中需要同等对待。对每种对象以及每种对象的每一个人都需要根据其犯罪情况与改造表现在限制和剥夺权利以及教育矫正方面区别加以对待。

“社区矫正人员”的提法容易混淆社区矫正对象与社区矫正工作人员的区别，同时容易混淆社区服刑的罪犯与在社区中非犯罪的需要矫正人员的区别，例如戒毒人员，尚不构成刑法犯罪的轻微违法犯罪人员以及免于起诉的未成年违法犯罪者也需要在社区得到矫正。因此，建议将“社区矫正人员”的提法应更改为“社区服刑人员”，这样能比较确切地概括社区服刑的对象，“两高两院”在2003、2005、2009年三个关于社区矫正试点、试行和全面推进的文件中均采用了“社区服刑人员”的提法。另外，如果采用社区矫正人员的提法，会导

致管理对象无限扩大的倾向,例如增加对刑释解教人员、尚不构成刑法犯罪的违法和轻微犯罪人员等的管理,对服刑人员和以上非服刑人员统一管理,从形式上看有相同之处,都需要进行教育矫正,但两者的性质和管理方法截然不同。对后者的管理主要应通过社会的力量来进行。由执法人员对后者进行管理,不仅会增加管理的成本,而且在管理方法上如果不能很好地加以区别,容易导致对后者公民权利的侵犯和负面的标签作用。

四、任务的表述

明确惩罚是社区矫正的基本任务之一。

《意见稿》第三条规定:社区矫正工作坚持监督管理与教育帮扶相结合,……。建议修改为:“社区刑罚执行工作坚持惩罚监管与改造帮扶相结合,……。”

该条中第一个结合是两项任务的结合,前项侧重惩罚性的监管,后项侧重非惩罚性的教育帮扶,但“监督管理”并不能准确表达在社区刑罚执行中惩罚罪犯作为基本任务的要求,在实践中,人们往往理解为看管住社区服刑人员,尽可能避免其重新犯罪,笔者认为,“监督管理”是惩罚任务中的一部分内容而不是全部。惩罚任务应该包括五方面内容:一是限制社区服刑人员的部分自由和活动范围;二是对其部分资格和权利的限制;三是对其进行一定的经济制裁;四是要求其一定的强制性的矫正和治疗活动;五是对其违反监管规定和重新犯罪行为采用强制措施和制裁。“监督管理”着眼于看管住,而惩罚任务除了需要看管住之外,目的是使罪犯在服刑期间承受一定的痛苦与损失,以体现刑罚对其犯罪行为的否定评价,使罪犯认识到这是国家刑罚对其犯罪行为的公正报应,犯罪需要为此付出代价,另外,对社区服刑人员的惩罚还需要对社会公众产生一定的威慑作用,避免社会的潜在犯罪。这些内容是“监督管理”所不能完全涵盖的。是因为立法者没有意识到将惩罚任务写入的重要性,因此,《意见稿》第三十四条规定:“社区矫正机构可以组织社区矫正人员参加社区公益活动,服务社区群众,修复社会关系,培养其社会责任感。”如果在立法中能明确社区矫正的惩罚任务,还需要我们认真反思和修改现行刑法,在社区刑罚方法和措施中适当增加罪犯在服刑期间的刑罚负担,以充分体现社区刑罚及刑罚执行的罪责刑相适应和公平公正的原则。

惩罚任务是罪犯管理工作中的第一位任务。《中华人民共和国监狱法》第三条规定,“监狱对罪犯实行惩罚与改造相结合、……。”表明了惩罚是监狱管理工作的第一位任务,监狱工作与社区刑罚执行工作虽然有大墙内外之分,但同属于刑罚执行,同样需要对罪犯进行惩罚,尽管惩罚力度有轻重之分。目前我国在社区矫正中对罪犯过于轻缓的管理,不符合大多数国家的共同做法,不利于社区刑罚执行一般威慑和特殊威慑功能的发挥,需要构建适合国情的社区矫正惩罚机制。

另外还涉及到执行主体。“监督管理”的主体可以是非执法人员,如社区矫正社会工作者、协管员以及社区公众,但“惩罚”的主体则必须是法律授权的执法人员。“惩罚监管”不仅包含了对罪犯的监督管理,而且意味着在监督管理中如果服刑人员有违规行为情节严重的,执法人员可采取必要的强制性措施。罪犯在服刑期间如有再犯的风险,执法人员应有权力对他们采取临时性限制人身自由措施,如使用手铐及其他警戒具等。因此,在对社区矫正

任务的表述中,不能用“监督管理”替代“惩罚”。

征求意见稿第二十四条的规定:“社区矫正人员脱离监管的,社区矫正机构应当立即组织查找,有关单位和人员应当予以配合协助。社区矫正机构发现社区矫正人员正在实施违反监督管理规定或者违反禁止令行为的,应当立即制止;制止无效的,应当立即通知公安机关处理。”这样的规定是不妥的,过去公安机关管理社区服刑人员,执法人员有权在必要时采取强制措施,而现在的执法人员不能对管理对象采取强制措施,在应急情况下,需要向公安机关求助,这样会因为跨部门的配合、一定的程续以及时间的拖延而导致问题不能及时解决甚至导致犯罪的发生。违背了大多数国家对社区执法人员赋予采用强制措施权力的共同做法。

五、机构和队伍

建议在县级设立社区刑罚执行办公室替代司法所,国家和省级社区矫正管理机构与监狱管理机构合并,省级以下社区矫正机构实行垂直管理,一线执法人员纳入刑事执行人民警察系列。

《意见稿》仅在第四条规定:“国务院司法行政部门主管全国的社区矫正工作。县级以上地方人民政府司法行政部门负责本行政区域的社区矫正工作。”这样的规定对于社区矫正行政管理机构、基层工作机构和执法人员的规定含糊不清。

明确社区矫正基层机构是立法的关键问题之一。根据十八届四中全会提出的法治队伍建设要正规化、专业化、职业化的要求,无论是现在的司法所还是过去的派出所都不适宜作为社区刑罚的执法主体。司法行政机关的司法所作为执法机构不利于提高工作效率与公正执法。由于社区矫正工作责任大、风险大、工资待遇不高。司法所人员大多不愿从事这项工作,造成流动性大、更换频繁,影响了工作的持续性和稳定性。由于社区矫正是司法所职责的九项任务之一,目前全国大多数省市的司法所是一人所或两人所,普遍的工作状态是:忙于应付上级交办的多种事务,难以集中精力投入社区矫正工作,更缺乏针对性的严格管理和教育矫正。实践证明,让司法所承担社区矫正管理不利于将严肃的执法工作向专业化、职业化的方向发展,严重影响了工作效率。另外,司法所归属于乡镇街道政府,人际关系的地方化和复杂性以及经费投入的非正规化,会直接影响执法的公正和效率。

国际的惯例是在一定范围的执法管辖区内设立专业化的执法机构,工作人员以团队的形式运作,有一定的专业分工。英国在与行政区划不同的司法管辖区内设置缓刑办公室,工作人员在10--40人的范围内不等,按工作人员与社区服刑人员的比例设编,管理效果良好。美国的基层机构形式多样,有缓刑办公室、假释办公室以及社区惩教办公室(工作人员在10--50人不等);台湾地区《法院组织法》规定在市县设置观护人室(现在工作人员一般在20人左右),承担类似我国的社区矫正的管理。根据我国情况,建议在县级行政区域,设立专门的社区刑罚执行办公室,办公室可酌情设立派出机构。

浙江省天台县于2014年已进行社区矫正管理与司法所分离的尝试,在县级建立执法大队,下设五个执法中队,专门从事社区矫正,效果很好,^[1]值得进一步总结和推广。安徽省

[1] 刘强、郭琪:《基层社区矫正机构创新研究》,载《犯罪与改造研究》,2015年第2期。

蚌埠市现拟进行这种分离的尝试,许多省市自治区实务部门已感觉到司法所不适合承担社区矫正的管理,但有碍于“两院两部”的文件规定,不敢轻举妄动,需要立法决策部门尽快作出科学决策。

社区矫正行政管理部门应遵循精简高效的原则对现行管理体制进行较大的调整。在国家和省级司法行政部门中,将监狱和社区矫正管理部门合并为罪犯管理局,负责本行政区域的社区刑罚执行工作,这样有利于资源共享,优势互补,是世界上大多数国家的做法。根据需要,在省辖市和地级市设立社区刑罚执行的专门行政管理机构,省级社区刑罚执行管理机构对下应向垂直管理的方向发展。

罪犯管理部门合一的理由是:从国际的经验来看,社区矫正管理与监狱管理虽然形式不同,但性质相同,同属于罪犯管理,在上层(国务院司法行政部门和省级政府司法行政部门)设立一个专门的罪犯管理机构比较合适。是世界上大多数国家和地区的做法。现在,我国的监狱工作归司法行政部门主管,社区矫正工作从公安机关转归司法行政机关,因此,将两者合并是非常必要的。当然,域外的做法也有归属公安机关管理、法院管理和检察机关管理的模式。由于社区刑罚执行需要靠国家的强制力保证实施,因此归属于一个国家强力机构有利于工作的开展。英国在2007年之前的近百年间一直由内政部(类似于我国公安机关)管理,目前,加拿大联邦对社区服刑人员的管理是归联邦公共安全部管理。除有的国家归属于公安机关外,在德国、美国联邦和美国一部分州的类似机构归属于法院管理,作为司法的分支机构,专门从事缓刑管理。由于法院负责判处缓刑和缓刑收监,有利于司法与执法的沟通,提高审前调查质量、对缓刑执行信息的及时反馈和对缓刑违规的及时收监。我国台湾地区相类似的机构是观护人室,归属于地区法院检察署;而更多国家的机构设置是归属于专门的罪犯管理机构:英国从2007年开始在法务部下设罪犯管理局,美国大部分州政府下直设惩教局,承担对监狱和社区服刑人员的管理。

省级以下社区矫正机构的纵向关系应垂直为主。《意见稿》中“县级以上地方人民政府司法行政部门负责本行政区域的社区矫正工作”的规定是不妥的。理由有三:一是这种模式属于平行管理模式,容易受到地方政府对执法的干预。十八届三中全会决议指出:推动省以下地方法院、检察院人财物统一管理,十八届五中全会指出:实行省以下环保机构监测监察执法垂直管理制度。这是对我国司法、执法管理体制的重大改革,有利于增强司法、执法的统一性、权威性、有效性。发达国家社区刑罚执行大多采取垂直管理模式,值得我们学习借鉴;二是县级、地级市及省辖市政府司法行政部门不具有执法的性质,领导干部缺乏执法的素养和经验,由他们来负责社区矫正执法工作不妥,我国的监狱一般由省级司法机关监狱管理部门统一垂直管理,并没有因为某监狱坐落在某县(市)级行政区划,就由县(市)级司法机关管理。我国在1983年开展了第一次“严打”后,由于监狱押犯爆满,中央决定在地市级建立监狱,由地市级司法机关管理,运作数年后,发现地方司法机关管理监狱不专业、不规范,问题较多,后来决定将地区级监狱统一收回归省级管理;三是有利于人财物的统一管理,提高效率。社区刑罚执行属于专业化管理,需要在较大范围内设定人财物的统一管理标准,平行管理不利于统一标准的设定、工作人员的稳定、待遇保障的增加及工作效率的提高。美国最近的研究也倾向于州以下垂直管理。他们认为在州一级统一垂

直管理缓刑(也有许多州将缓刑和假释合并管理)的好处:一是缓刑部门能对预算有最大的控制,二是缓刑项目的运作能更加容易,因为它可以减少行政层级的干预(如地方政府),三是缓刑部门能够更加容易适应变化的情况。^[1]目前美国缓刑、假释管理机构的设置具有多样性,并不是一个单一统一的模式,主要归属于政府部门和法院系统。^[2]笔者认为,从域外的社区刑罚机构设置和研究表明,在遵循基本规律的前提下,机构设置可以具有多样化和差异性,正如人吃饭一样,有的人用右手拿筷子,有的人用左手拿筷子,你不能说用左手拿筷子就一定是错误的,但如果你用脚来拿筷子,就会被人们感觉另类了。我国将社区矫正基层机构设在司法所,是一种违反规律也是一种另类的做法。希望立法者要三思而行。

从现有国情出发,县级社区刑罚执行机构一线执法人员应具有人民警察身份,由法律赋予其必要的强制执行权,人民警察的数量与服刑人员的比例约为1:30左右。县级社区刑罚执行机构可设置文职人员,并通过购买社会服务和组织社会力量的形式来加强对罪犯的教育矫正和帮困扶助。社区矫正执法人员与监狱人民警察共同纳入刑事执行人民警察系列,成为十八届四中全会决议中提出的国家法治队伍的组成部分。主要理由有六:

一是社区矫正的工作对象是罪犯,管理工作具有一定的风险性。我国2013年劳教制度废止以前的劳教人民警察和现在的戒毒人民警察,他们的工作对象均不是罪犯,但工作人员都具有警察身份,由此推论,社区矫正执法人员在我国特定的国情下具有警察身份并不为过。

二是我国长期以来由公安机关管理社区服刑人员,现在这项工作从公安机关转交司法行政部门,在过渡期由警察来承担管理是合乎情理的。我国监狱工作在1983年从公安机关建制移交司法行政部门,工作人员全部保持了警察身份和待遇。假设,如果这项工作再返还给公安机关,那么无疑还是由人民警察来承担此项任务。现在,被剥夺政治权利的罪犯由警察管理,而缓刑、假释的罪犯则由非警察管理,这样似乎不太平衡。

三是虽然联合国文件不主张由警察承担对社区服刑人员的管理,但这是建议,是发展的方向而不是法律。目前,俄罗斯社区刑罚执行工作人员不仅具有警察身份,而且授予军衔,以确保其执法严肃性、执法人员的社会地位和待遇。美国在社区的早释中心有的是由执法警察承担管理,英国的缓刑办公室也有警察的加盟。我国的国情是:保安、辅警、税务、工商、城管、海关等岗位工作人员在工作时都需要穿制服,以体现管理的严肃性,因此,在现阶段这种特定背景下,社区矫正执法人员具有人民警察的身份是完全必要的。当然,社区执法人员并非需要时时穿着警服,就像国家安全局工作人员一样,但在特定的场合和环境,需要展示刑事执法人员的形象。

四是警察身份是明确执法地位和提高待遇的一种形式。目前我国没有把社区刑罚执法人员纳入专门的公务员系列,在短期内也不可能像美国那样,让缓刑官、假释官的社会地位和待遇均高于治安警察,并可享受工作25年提前退休的优惠,以确保这一工作岗位的社会吸引力和稳定性。因此,我国社区刑罚执法人员入警是一种简便易行的明确执法地位提高待遇

^[1] Kathryn Morgan: 2016. Probation, Parole, and Community Corrections Work in Theory and Practice, Durham, NC: Carolina Academic Press. p.26.

^[2] Kathryn Morgan: 2016. Probation, Parole, and Community Corrections Work in Theory and Practice, Durham, NC: Carolina Academic Press. pp.267-268.

的方法。目前司法所多数工作人员不愿从事社区矫正工作,其中的重要原因就是国家没有在地位和待遇方面给予适当的认可。

五是实践证明有利于工作的开展。我国北京、上海等地在社区矫正工作中,共借调了3000多名监狱、公安、劳教、戒毒人民警察从事社区矫正,实践证明,这有利于增强执法的权威性和严肃性。目前我国还是发展中国家,公民的法制观念以及罪犯的在刑意识与发达国家还是有一定的距离,因此,执法人员的形象和标志在短期内还是需要的,特别是中西部地区。

六是从前瞻发展的需要。我国发展社区矫正制度是希望将更多的罪犯放在社区服刑,目前我国假释率太低,不利于罪犯从监禁状态向完全自由状态的过渡,我国的缓刑率也总体偏低,英国通过修改刑法,从2015年开始将所有被判处监禁刑一年以下的罪犯全部放在社区服刑。目前我国监狱中也有一部分罪犯社会危险性不大,完全可用替代的形式在社区服刑,为解决社区服刑过于宽缓问题,可通过适当增加罪犯的刑罚负担来解决。这样不仅可以大大减少监禁的刑罚成本,而且有利于预防和减少犯罪。这样管理对象的风险度比公安机关管理时期有所增加,执法人员由警察来承担是适合国情的。

当然,社区刑罚执行人民警察需要具有一定的准入标准和资质。鉴于在《意见稿》中没有将社区刑罚的执法人员赋予警察身份,说明对这一问题存在较大争议。根据我们的实证研究,在现有的社区矫正工作人员中,也存在不同的认识。如发达省市的工作人员并非倾向于全部入警,而中西部地区的工作人员比较倾向于执法人员全部入警。十八届四中全会的决议指出:“实践证明行之有效的,要及时上升为法律。实践条件还不成熟,需要先行先试的,要按照法定程序作出授权。”

如认为现在对机构、队伍的立法不成熟,可抓紧进行再试点。这种试点不应像北京、上海那样临时借调监狱、公安、劳教、戒毒人民警察到司法所和社区矫正中心工作,而应突破现有法律规定明确规定工作人员执法权责并赋予其和必要的采取强制措施的权利。在发达地区和不发达地区同时进行设置专门执法机构及警察队伍(或不同模式)的工作试点,并确定科研人员进行跟踪评估,为国家立法提供实证依据。

有观点认为,社区矫正执法人员入警,会导致我国向警察国家的方向发展,并不利于社会的稳定。笔者赞成在我国适当削减警员的数量,将部分警察改为文职人员,但是对于直接与罪犯打交道的工作人员可采取暂缓的原则。在英美国家,监狱中工作人员并非全部着警服,直接承担监管任务的工作人员类似我国的监狱人民警察,而监狱中其他行政管理人员包括监狱长和承担教育矫正的工作人员一律不着警服,这样的做法值得我们参考。公安等部门也有裁减警员的空间。

以上是就《意见稿》中的法名和总则的前四条内容进行评价并提出修改意见。由于基本问题存在偏差,在《意见稿》中后面的内容也有相应值得商榷之处,因篇幅所限,不一一涉及。笔者认为,我国社区矫正法立法的质量高低与《刑法》有着密切的关系,因为社区矫正正是社区刑罚执行,如果社区刑罚的方法和措施不能与时俱进,那么执行法不可能是一个很好的法律。

(责任编辑:孙盼盼)

虚假诉讼的刑法规制分析

纪康*

摘要:《刑法修正案(九)》设立了虚假诉讼罪,引发了司法实践中的适用问题。虚假诉讼的范围应当包括诉讼诈骗、恶意诉讼等。本罪的成立要求实施了捏造事实或隐瞒真相的行为,同时客观上造成了妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益的情节要素。此外,本罪的罪数形态应当分情况讨论,可能与诈骗罪、枉法裁判罪等犯罪产生竞合。

关键词: 虚假诉讼 刑法规制

近些年来,我国虚假离婚、虚构债权债务关系等虚假诉讼案件频繁发生,特别是随着2015年“立案登记制”的出台,司法实践中的民事案件正在呈现井喷式地增长,由此必然滋生大量诉讼诈骗相关的案件,“民事诉讼领域虚假诉讼呈现出案件高发、频发并且继续蔓延的特征和趋势”。^[1]虚假诉讼的法益侵害性不仅体现在对于正常司法秩序的伤害,更严重的是对他人人身和财产权利的侵犯。因此,这种新型犯罪方式亟待法律的调整和规制。

我国《民事诉讼法》第112条规定:当事人之间恶意串通,企图通过诉讼、调解等方式侵害他人合法权益的,人民法院应当驳回其请求,并根据情节轻重予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任。但是,刑法一直未对民事诉讼中的虚假行为进行专门规定,导致该条中的刑事追责条款的虚置。再加上近些年来虚假诉讼现象层出不穷,人们开始学会通过“法律”来规避法律中的问题。例如,被执行人为了规避法院的强制执行,通过虚构合同或债权债务关系的方式进行诉讼,通过法院将自己的财产转移,从而保全自己的财产。

法不是一个具有自身目的的、独立存在的制度,相反,法只不过是一个工具——制定和实施法律的人可以通过它实现在其他方面确定的政策和目标的工具。^[2]当一种民事侵权行为已经具备严重的社会危害性时,就应当动用刑法的力量来加以规制。为此,我国《刑法修正案(九)》第三十五条设立了虚假诉讼罪,其罪状表述为“捏造事实提起民事诉讼,妨碍司法秩序或者严重侵害他人合法权益”。此外,该条还对虚假诉讼的罪数形态以及身份犯加重问题进行了规制,填补了虚假诉讼犯罪在刑事领域的空白。但是,新法的颁布必将带来司法适用的难题,本文拟对其一一阐述。

一、虚假诉讼的概念厘定

关于虚假诉讼的由来,有学者提到:“虚假诉讼的称谓,源于司法实务部门对于相关诉讼情形的感触与描述,最初是作为一种诉讼现象被讨论”。^[3]由于《刑法修正案(九)》刚刚

* 纪康,男,山东德州人,华东政法大学2015级刑法学专业硕士研究生,师从吴允锋副教授。

[1] 邓新建:《诉讼诈骗频发呈全国蔓延趋势》,《法制日报》2009年3月9日。

[2] [英]P.S.阿蒂亚著、范悦等译:《法律与现代社会》,辽宁教育出版社1998年版,第125-127页。

[3] 洪冬英:《论虚假诉讼的厘定与规制——兼谈规制虚假诉讼的刑民事程序协调》,《法学》2016年第11期。

出台,对于虚假诉讼的概念厘定还仅限于理论上的探讨,鲜有有权机关对此作出解释。对此,地方的司法实践部门率先做出了界定:虚假诉讼犯罪是指为了骗取人民法院裁判文书,恶意串通,虚构事实,伪造证据,向人民法院提起民事诉讼构成犯罪的行为。^[1]

从这一定义我们可以看出,虚假诉讼对于手段行为和主观目的的要求都要低于诉讼欺诈等概念:虚假诉讼的范围要宽于传统的诉讼欺诈和一般的诈骗活动,它包括随意起诉、无因诉讼、一事多诉、随意进行财产保全和证据保全申请、故意制造延期审理或诉讼中止的事由以及不合理多次申请鉴定、调查取证等等妨碍诉讼活动正常进行的行为。^[2]

笔者认为,在《刑法修正案(九)》颁布以后,只要实施了捏造事实、提起民事诉讼的行为,并且造成一定危害后果的都有可能归入虚假诉讼罪的调整范围,虚假和欺诈的诉讼都属于虚假诉讼的范畴。

二、虚假诉讼的司法认定与适用

虚假诉讼罪的构成要件表现在两方面:从行为要件的角度上来说,包括为行为人捏造事实,提起民事诉讼;从结果要件的角度来说,要求妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益。

(一) 捏造事实的认定

所谓捏造事实,是指无中生有,编造虚假事实的行为。在文义上,甚至可以将所有在提起民事诉讼时伪造证据、篡改证据、隐匿证据、指使、贿买、胁迫他人作伪证的行为,统统认定为“以捏造的事实提起民事诉讼”。^[3]但是,在原有证据基础上进行的处理,如果没有引起证据本质的改变,就不应当认定为本罪中的捏造。就像某些学者所提到的那样,“对于民事诉讼争议权益或争议法律关系确实存在,行为人仅以具体数额、期限等事实做夸大、隐瞒或虚假陈述的,不属于这里的‘捏造’。”^[4]

此外,在民事诉讼进行过程中,当事人在证据上做手脚也不符合本罪的构成要件,因为在此种情况下,民事程序的发起过程并不存在任何违法情形,行为人的捏造行为也没有引起民事诉讼的开始,因而并未对司法机关的公信力造成侵害,也未造成司法资源的浪费,因此这种行为不应当由刑法进行干预和评价。

捏造既包括自己捏造,也包括他人捏造。首先,从语义解释的角度来说,本罪是以“捏造的事实”提起诉讼的行为,只要行为人对捏造的事实加以利用,即可构成本罪。至于是否是行为人本人捏造,最多可能作为量刑情节影响对行为人的评价,在定罪方面没有任何影响。其次,行为人自己“捏造事实”提起诉讼和利用他人捏造的事实提起诉讼,在法益侵害性上没有太大区别,司法解释也将这两种行为等同对待,例如2013年《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》第一条就明文规定:明知是捏造的、损害他

[1] 浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院《关于办理虚假诉讼刑事案件具体适用法律的指导意见》第一条。

[2] 参见王志祥、刘婷:《虚假诉讼罪:概念界定与学理分析》,《南阳师范学院学报(社会科学版)》2016年第1期。

[3] 梁根林:《虚假诉讼入罪要斟酌三个问题》,《检察日报》2015年1月29日。

[4] 李翔:《虚假诉讼罪的法教义学分析》,《法学》2016年第2期。

人名誉的事实,且在信息网络上散布,情节恶劣的,以“捏造事实诽谤他人”论。

因此,在虚假诉讼的构成要件上,捏造事实的行为和引起民事诉讼的结果二者缺一不可,且两者之间存在因果关系时方能符合虚假诉讼罪的行为要件。

(二) 是否包括隐瞒真相

从刑法条文的语义范围来看,虚假诉讼罪仅包括以“捏造的事实”提起民事诉讼的行为,因而有学者认为本罪的客观方面不包括“隐瞒真相”的行为:“基于民事诉讼的特点,隐瞒真相+提起诉讼不能成为虚假诉讼的行为方式”。^[1]但是,笔者对此有不同见解。

首先,虚构事实和隐瞒真相二者并非对立关系,也并非作为与不作为的关系,虚构事实不一定是作为的行为,隐瞒真相也不一定是作为的行为。犯罪行为包括两种情形:“自己惹起法益侵害结果”的作为以及“不切断、放任不管正在发生的指向结果的因果关系”的不作为。^[2]虚构事实和隐瞒真相的行为都有可能直接以动态的形式惹起法益侵害结果,前者如虚构债权债务关系向法院提起诉讼,后者如“行为人隐瞒债务已经清偿完毕的事实,再次以虚假的证据向法院提起债权请求之诉的行为”。^[3]因此,两种行为方式存在重合的可能性,行为人完全可以在实施捏造行为的同时,既虚构了事实,又隐瞒了真相。所以,虚构事实与隐瞒真相是行为的一体两面,因为诈骗罪核心的旨趣在于保护他人意志自由,因此,使得对方产生认识错误的行为,无论采用了何种方式,只要侵害了他人的意志自由,都可以归入诈骗罪的行为范式。因此,区分两种行为方式对虚假诉讼罪的司法认定并无裨益。

其次,不管是虚构事实还是隐瞒真相的行为,都需要达到一定法益侵害程度才能构成捏造行为。根据等价性理论,行为人隐瞒真相的不作为必须与虚构事实具有等价的作用力,即使被害人陷入错误认识或维持错误认识,因此处分财产并遭受财产损失,只有当被害人对真相的认识在客观上依赖于行为人履行告知义务时,才能说明行为人隐瞒真相的不作为在客观上控制了法益侵害的因果流程,与虚构事实的作为之间具有了等价性。^[4]因此,虚构事实和隐瞒真相的行为都应当属于本罪的客观行为方式。

(三) 特定危害后果的认定

如前所述,虚假诉讼是指民事诉讼过程中发生的虚假行为,因此虚假诉讼本身就应当受到民事法律法规的调整,但刑法的修正将其中“妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益”的部分独立出来,同时由刑事法律和民事法律进行共同调整,因此对“妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益”的界定,显得尤为重要。

对于妨害司法秩序和严重侵害他人合法权益的界定,有学者认为,虚假诉讼罪是行为犯,如果当事人采取了捏造事实或伪造真相,提供虚假证据并向法院提起诉讼,就构成犯罪。^[5]但是笔者难以赞同,因为判断一罪是行为犯还是结果犯,要看该罪既遂的标志——法益被侵害或具备被侵害的危险,是通过行为本身即可体现,还是必须通过结果或具体危险才能体现。

[1] 吴玉萍:《诉讼欺诈行为定性研究》,《中国刑事法杂志》2005年第4期。

[2] [日]西田典之著、刘明祥,王昭武译:《日本刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第86页。

[3] 李翔:《虚假诉讼罪的法教义学分析》,《法学》2016年第6期。

[4] 王刚:《论不作为诈骗罪》,《政治与法律》2015年第2期。

[5] 赵秉志:《中华人民共和国刑法修正案(九)》理解与适用,中国法制出版社2016版,第299页。

[1]对于行为人的虚假起诉行为,如果没有达到妨害司法秩序的程度,其行为的危害性就难以体现。因为虚假诉讼罪所保护的法益是司法秩序的公正性和他人的合法权益,单纯的起诉行为没有产生危害结果,是难以进入刑法规制范围的。例如,甲虚构借条,自己用红笔勾画出某公司的印章,然后到法院起诉对方偿还借款,立案庭的司法工作人员对此不屑一顾。虽然甲实施了捏造行为并意欲开启民事诉讼程序,但当这一行为在一般人看来明显不具有以假乱真的效果时,对司法秩序的妨害可以评价为零。因此,只有当行为人的行为严重脱离社会相当性时,方可构成本罪。

三、虚假诉讼的罪数问题

刑法第307条之一第3款规定:“有第一款行为,非法占有他人财产或者逃避合法债务,又构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪从重处罚。”因此,在研究虚假诉讼的罪数形态时,应当首先对是否是侵财型虚假诉讼进行区分。只有侵财型虚假诉讼,才应当考虑本罪与诈骗等财产犯罪的竞合问题。因此,有必要对二者加以区分。

(一) 非侵财型虚假诉讼的罪数形态

《刑法修正案(九)》将虚假诉讼罪设立在妨害社会管理秩序罪一章中,而未将其设立在财产犯罪中,其背后有着深刻的理论基础。因为虚假诉讼罪所保护的法益必然包含司法秩序,但对于财产权以及其他人身权利的侵犯都是选择性的。毫无疑问,非侵财型的虚假诉讼只会造成对司法秩序的伤害,因而无法与财产犯罪产生竞合,自然也没有刑法第307条之一第3款的适用空间。但是,这并不意味着非侵财型虚假诉讼就不会与其他犯罪产生竞合,因为第307条之一第3款属于注意规定,如果行为人的虚假诉讼行为同时符合其他妨害司法秩序等罪的构成要件时,也应当按照想象竞合的原理进行处理。

(二) 侵财型虚假诉讼的罪数形态

从司法实践中来看,虚假诉讼的目的多是为了他人的财产,这里的财产既包括传统意义上的有形财产,也包括财产性利益,“侵财型诉讼欺诈中有直接骗取他人财产的诉讼欺诈,也有骗取法院裁判、免除自己应支付给他人财产的债务,也即财产性利益”。[2]因此德日刑法理论中没有专门设立虚假诉讼罪,而是直接用财产犯罪加以规制:德国、日本等国的刑法,并没有将诉讼诈骗规定为独立的犯罪,但是刑法理论的通说与审判实践均认为诉讼诈骗成立诈骗罪。[3]对此,笔者认为不应当一概而论,应当分为三种情形。

第一种情形,一般诉讼诈骗。即行为人捏造事实提起诉讼,法院受到欺骗后陷入错误认识,并基于错误认识处分了他人(即诉讼的被告)的财产,受骗者(法院)与被害人(被告)是分离的,因而属于典型的三角诈骗。虽然有论者提出被害人因被骗而为之处分行为仍是诈骗罪成立的必备要件,将诉讼欺诈直接认定为诈骗罪违背诈骗罪的构成原理。[4]但是,这样

[1] 王德政:《论法益判断法——一罪是行为犯或结果犯的判断标准》,《重庆文理学院学报(社会科学版)》2015年第4期。

[2] 吴仁碧:《诉讼欺诈犯罪研究》,中国人民公安大学出版社2012版,第27页。

[3] 张明楷:《外国刑法纲要》,清华大学出版社2007年版,第584页。

[4] 杨兴培、田然:《诉讼欺诈按诈骗罪论处是非探讨——兼论〈刑法修正案(九)〉之诉讼欺诈罪》,《法治研究》2015年第6期。

的结论显然难以成立。正如有学者指出的,当人们熟悉了二者间的诈骗时,便习惯于认为诈骗罪的构成要件只包含了二者间的诈骗。同样,为什么人们认为盗窃罪的构成要件不应包含公开盗窃的情形?因为,当人们熟悉了秘密盗窃之后,便习惯于将盗窃等同于秘密盗窃。^[1]三角诈骗同双方诈骗都是对被害人财产权利的侵犯,虽然被害人没有产生认识错误,而是处分财产的受骗人产生了认识错误,但是,刑法条文并没有规定只能由被害人产生认识错误。因为在现实生活中,财产处分人既不必然是财产的所有人,也非必须是财产的占有人(如代理案),所以,只要具有财产处分权限或者地位的人产生认识错误进而处分财产即可。^[2]因此,在这种情形中,行为人成立诈骗罪和虚假诉讼罪的想象竞合,应当按照第307条之一第3款的规定,以诈骗罪从重处罚。

第二种情形,行为人与法官串通型诈骗。是诉讼发起人甲与法官乙之间串通,通过法官枉法裁判而使甲占有被告方丙的财产。在这种情形下,无论是对于法官乙还是被害人丙,都不存在被骗的事实,因而不能成立诈骗罪。^[3]也就是说,被害人对于自己的财产权利是明确的,不可能存在错误认识。至于成立何罪,应当根据行为人的主观心理和被害人的心理事实来决定。因为,行为人或是与法官合意,或是基于法官的枉法裁判,其主观目的就是将被害人的财物转移为自己占有,但对于其主观心理状态并不明确,即行为人属于对行为性质不明确的概括故意,行为人可以通过不同性质的犯罪行为实现其特定目的,但对于采取何种具体性质的行为并不确定。^[4]如果行为性质已经将行为人的主观意思流露,就应当按照客观征表进行定罪;如果通过行为人的客观行为不足以认定主观意识时,就应当按照被害人的心理状态进行入罪,“如果能够阐明被害人并非出于‘自愿’交付财物,而是受到了心理上的强制或胁迫的,并非不构成犯罪,而是成立更为严重的敲诈勒索罪或抢劫罪”。^[5]而如果无法证明被害人心理受到了强制或胁迫的,只能成立盗窃罪。此外,法官明知案件真实情况,故意违背事实和法律进行枉法裁判,还成立民事枉法裁判罪。行为人教唆法官进行枉法裁判,造成严重后果的,应当成立民事枉法裁判罪的共犯。因此,行为人应当以盗窃罪(或抢劫罪、敲诈勒索罪等)与枉法裁判罪、虚假诉讼罪三罪想象竞合,从一重处理。

第三种情形,当事人双方恶意串通型诈骗。通过假离婚或者虚构债权债务关系而企图转移财产,“恶意诉讼”型虚假诉讼就属于此类。在这一类情形中,诉讼双方当事人通过虚假诉讼的方式将自己的财产转移,从而影响到案外第三人的债权行使。在这一情形下,法官虽然是基于被骗而处分了当事人的财产,但是没有人因为法官的处分行为受到财产损失,当事人因为诉讼获利,明显不属于被害人。而案外第三人的债权依然存在,虽然债权的行使可能因受到影响,但是这种行使债权的利益显然不能评价为财产罪的犯罪对象。同理,如果论述此种行为成立盗窃罪,则一定要将影响他人债权行使的行为评价为盗窃财产性利益。且不论窃财产性利益是否成立盗窃,将这种转移自己财产的行为解释为财产性利益就缺乏教义学的支撑。所谓财产性利益,大体是指狭义(普通)财物以外的财产上的利益,包括积极财产

[1] 姚建龙:《刑法思潮与理论进展》,中国人民公安大学出版社2014年版,第90页。

[2] 张明楷:《论三角诈骗》,《法学研究》2004年第2期。

[3] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2016年版,第1093页。

[4] 张永红:《概括故意研究》,《法律科学》2008年第1期。

[5] 陈文昊:《诉讼欺诈的财产犯罪侧面——兼与杨兴培教授商榷》,《犯罪研究》2016年第5期。

的增加与消极财产的减少。^[1]这里的积极财产的增加和消极财产的减少应当包括为他人虚增债务或者销毁债权,但是很难包括转移自身财产的行为,将这种“非债权”强行解释为“财产性利益”甚至连类推解释都难以完成。从这一意义上来说,“恶意诉讼”行为因为缺乏财产罪中的犯罪对象而难以成立诈骗罪和盗窃罪。因此,第三种情形的恶意诉讼仅成立虚假诉讼罪。

四、结语

长期以来,我国民事诉讼中存在大量的诉讼乱象,但是出于刑法谦抑性的考虑而未对进行专门规定,从而引发了司法实务部门的争议。对于此类行为,司法实务部门往往能得出无罪、诈骗罪、妨害作证罪等多种结论,严重影响了司法公正和司法权威。因此,虚假诉讼罪的设立是必要的,但是立法者在填补法律空白的同时,也为实务部门留下了广阔的解释空间,对于法条的正确理解成为法官做出价值判断之前的必经之路。对此,司法实务部门不能以当前法律规定为己足,而是不断寻求对于法律合理的解释方案。解释者必须把握立法者从形形色色的行为中挑选出作为犯罪科处刑罚的实质的、正义的标准,使根据正义的标准应当作为犯罪处理的行为都是犯罪,使相同的行为在刑法上得到相同的至少是相似的处理。^[2]同时,成立虚假诉讼罪并不代表着不成立其他犯罪。在此罪与彼罪之间,解释者也不应当凭空妄断罪名之间的对立关系,而是抛弃“非此即彼”的成见,在对犯罪的构成要件进行分析的基础上,得出是否构成本罪的结论。

参考文献

- [1] 张明楷,论三角诈骗[J],法学研究,2004(2).
- [2] 张明楷,刑法学[M],法律出版社,2016年版.
- [3] 姚建龙,刑法思潮与理论进展[M],中国人民公安大学出版社,2014年版.

(责任编辑:郭艺晨)

^[1] 张明楷:《财产性利益是诈骗罪的对象》,《法律科学》2005年第3期。

^[2] 张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2011年版,序言。

刑事案件错案中的被害人考察

何楚婷*

摘要: 刑事司法有一个美丽的传说,那就是“既不冤枉一个好人,也不放纵一个坏人”。但是,近年来刑事错案的悲剧仍然不断上演,“天下无冤”这一司法的最高境界终将只能沦为一个传说,不能为现实所映射。综观国内外对刑事错案的研究的着力点来看,其更注重的是对司法程序的滥用与失衡的规制,对于被害人在刑事错案中所蕴藏的强大力量缺少深入而细致的研究。然而,被害人作为最直接、最有力的目击者,对于刑事案件的认定、裁判以及对于刑事错案的有效遏制起着至关重要的作用。因此对刑事案件错案中的被害人的考察显得尤为重要。

关键词: 刑事错案 被害人 虚假陈述 辨认错误

引言

从古至今,刑事错案犹如幽灵般缠绕着人类社会的发展。窦娥的悲惨遭遇是对封建社会的现实秩序和法制建设的赤裸裸的控诉,然而窦娥身上流淌的鲜血并未永远滞留在那个时代,她不断地在蔓延,黑暗的气息已渗透到我们当今生活的每一个角落,虽不至于“边庭流血成海水”,但已是“哀鸿遍野”。

湖北张海生因“强奸”案被第一审人民法院判处9年有期徒刑,却在一年多后由于同一起强奸案的嫌疑犯落网而得以洗刷冤屈;湖南滕兴善因“杀人尸解”案被判处死刑立即枪决,事经16载之后,由于早已被认定死亡的被害人“重返”人世终得以在九泉之下瞑目;湖北余祥林因“杀妻”案被判处15年有期徒刑,在承受11年的牢狱之苦后,由于已经被确认死亡的被害人即余祥林之“被残杀的”妻子重回故乡而得以重见天日;甘肃裴树唐因“强奸女演员”案服刑7年,24年后由于被害人的一封信被宣告无罪;河南赵作海因“故意杀人”案服刑11年后,由于已经被认定“谋杀死亡”的被害人即赵振响的骤然惊现人世,才得以有机会被洗清冤屈·····16年,11年,11年,7年,1年,当世人正在为这些错案感到万分悲痛惋惜之时,我们更应该沉思人的一辈子究竟有多少岁月可以让我们如此挥霍,听任他人的摆布,此时最令人困惑与不解的就是:迟来的正义真的还是正义吗?上述案件中的被害人复活、真正的罪犯落网,曾被无情地剥夺了自由的刑事被告人可以说最终等到了正义的出现,但是被处死了的刑事被告人呢,真正的刑事被害人又在哪儿呢?人民赋予的权利在各类刑事案件的错案中被完全地泯灭与摧毁。

近年来,众多骇人听闻的冤假错案见诸报端,刑事错案的问题不仅成了法学界和人民群众议论的焦点,而且也成了西方各国以及国际人权组织攻击我国人权保护状况的一个借口,同时也成为牵绊人类司法文明前进的一大污点。从这个角度上来看,刑事案件中错案发生的频率在一定程度上也表征着一个社会文明发展的进度。由此可见,刑事错案不仅仅是法治发

* 何楚婷,浙江嘉兴人,2016级刑法学专业研究生,师从范海鹰教授。

展的产物,它更是一个社会日新月异必然顺带的副产品。因此,对于刑事错案的研究不应只局限于对刑事诉讼程序的调整和规制,而更应把它作为一个人性和社会问题进行探究。本文将摆脱刑事程序法的束缚,开辟蹊径,开创新的视野,以被害人为基点,以刑事错案为主轴,对刑事案件错案中的被害人进行深入的考察。

一、刑事案件错案中被害人研究综述

(一) 刑事错案中被害人的研究发展现状

依据目前所收集的资料,现如今我国并没有系统完整的关于刑事错案中的被害人的研究,即使有,也只是如蜻蜓点水般略微涉及,零散的拼凑并不深入剖析其内涵。然而这一研究领域与社会学、刑法学、心理学的关系密不可分,存在极高的研究价值和实践意义,亟待人们去填补其空缺。倘若就刑事错案的研究而言,该领域的研究已非常透彻。国内外主要以刑讯逼供为着眼点,以完善司法机制、抵制冤假错案为目的,从各个角度提出了不同的见解,可谓是百花齐放,极大地丰富了刑事错案的理论基础。而对于刑事被害人的考察则更多的侧重于对被害人保护机制的完善、被害人承诺以及被害人虚假陈述等行为的研究。

从刑事错案的相关研究来看,法律出版社最早在1984年出版了法国著名律师勒内·弗洛里奥的《错案》一书,正如作者所说,“错案”这个字,会使人想到“一个无辜者在黑牢里服刑的情景,而实际上他并没有犯罪”。^[1]在该书中,作者通过对法国历来的一些酿成大错的著名案件的逻辑分析,例如:拉隆希尔中尉案、里昂信使案、尊贵的夫人泰雷兹诈骗案、德莱福斯案、多米尼西案等,详细地阐述了造成错案的各种原因。弗洛里奥通过案例分析总结出两种类型的错案:一种是司法机关从确凿的材料出发,得出了错误的结论;第二种是司法机关根据一些错误的材料(被告编造的口供、不可靠的档案材料、假证以及不符合规定的鉴定等)推断出合乎逻辑的结论。^[2]1999年由陈波、陈正云编著的《刑事错案探究与判解》共分为上、下两编,上编主要是理论上对错案的概念、特征、分类、原因、对策等的分析,下编则是按照司法程序对各阶段错案的判解,错案的来源主要是80年代末以来,特别是90年代国家级、省级正式出版发行的报刊报道,并已发生法律效力典型刑事案件。^[3]该书凭借已经发生的刑事错案为研究基础,以预防刑事错案的发生为研究目的而写成。除此之外,我国学者陈兴良、张天依、周跃飞、刘文化等人就刑事错案的现状、成因、预防以及纠错机制等各个方面也展开了详尽的论述,为这一领域奠定了坚实的理论基础。

从对被害人的考察来看,由于起步较晚,相关研究和分析并不丰富。近年来,我国诸多学者开始把对刑事错案的研究重点放到对被害人虚假陈述、被害人辨认错误等刑事诉讼领域上来,例如:来自于江苏连云港的著名学者任雪丽和傅成保在《论被害人虚假陈述行为的定性》一文中对被害人陈述的证据效力、被害人作出虚假陈述行为的原因及其危害性以及被害人虚假陈述行为的定性等方面做了详细的探讨、分析;上海大学法学院的兰跃军博士发表了《被害人辨认错误及其防范》以及兰州大学的朱显结合相关案件对被害人虚假陈述进行了

[1] [法]勒内·弗洛里奥著、赵淑美、张洪竹译:《错案》,法律出版社2013年版,第2页。

[2] [法]勒内·弗洛里奥著、赵淑美、张洪竹译:《错案》,法律出版社2013年版,第6页。

[3] 陈波、陈正云:《刑事错案探究与判解》,工商出版社1999年版,第4页。

深入地分析和阐释等,试图打破刑事错案研究领域的局限性,创造性地从更新颖的、更具现代化的角度去纠正司法机制的缺陷,保障司法程序的正当性与公正性。

(二) 刑事错案中被害人概念之界定

因为刑事错案中对被害人的研究尚为一片空白,所以本文将从最基本的内容下定义开始,分别厘清“刑事错案”与“被害人”的概念,以期得到刑事错案中被害人的概念。

“刑事错案”的概念:刑事错案本身并不是一个专业的法律用语,理论界与实务界对刑事案件中“错案”概念的界定以及如何认定刑事错案即认定刑事错案的标准等问题迄今为止仍然还未形成一体化的观点,因此尚不能给出一个唯一确定的术语加以界定。但是,纵观大多数名声鹊起的学者们的观点,主要包括以下三个元素:事实认定的错误、法律程序的错误以及法律适用的错误。如有的学者提出,刑事错案是指公安机关、检察机关、审判机关在刑事司法活动中,由于对案件的基本事实以及基本证据的认定错误,或者严重违反诉讼程序,或者是适用法律错误,而导致的刑事案件的追诉、审判出现错误的案件或严重违反诉讼程序,严重侵犯他人合法权益的案件。^[1]还有学者认为刑事错案就是指司法机关的工作人员在刑事诉讼过程中,对影响犯罪嫌疑人、被告人责任有无及大小的事实与案件事实不符的认定,或者错误地适用实体法、程序法的案件。^[2]

由此可以看出,尽管理论界存在的表述各有千秋,但涉及的要素大致相同。为了进一步明确刑事错案的涵义,有学者指出,对刑事案件事实的认定错误是指司法机关承办人员在侦查、起诉、审判过程中,将没有犯罪事实的案件认定为有犯罪事实的案件,罪轻的犯罪事实认定为罪重的犯罪事实,或者是相反。适用法律的错误具体包含实体法错误和程序法错误,一般说来,事实认定错误必然导致法律适用错误,但事实认定准确有时也会出现法律适用错误的情况。比如无罪认定为有罪,有罪认定为无罪,此罪认定为彼罪;或者应当判刑而不判刑,不应当判刑而判刑,量刑畸轻畸重的,甚至判死刑的案件;或者错误适用程序法,不该采取强制措施而采取了,应该采取强制措施而未采取,应该适用此种强制措施却适用了彼种强制措施;或者该立案不立案,不该立案而立案等。^[3]本文所探究的刑事错案主要针对的是事实认定错误这一方面的要素,即无罪者被认为有罪的案件,而不包括将轻罪判为重罪的案件。

“被害人”的概念:根据《刑事诉讼法》第一百零六条的规定,被害人隶属于刑事诉讼的“当事人”,但相关法律条文对此概念却没有作出专门的界定。借助于有关学者对被害人所下的定义:所谓的被害人就是指其人身、财产及其他合法权益遭受犯罪行为侵害的人。被害人在刑事诉讼中可能以不同身份参与诉讼活动:对于法律规定的自诉案件,被害人以自诉人的身份提起刑事诉讼,从而成为自诉人;由于犯罪嫌疑人、被告人的违法犯罪行为而遭受物质损害的被害人,在刑事诉讼程序中,有权提起附带民事诉讼,从而成为附带民事诉讼的原告人;在公诉案件中,以个人身份参与刑事诉讼并承担部分控诉职能的人,称为公诉案件

^[1] 张宗亮:《我国刑事错案研究综述》,《山东警察学院学报》2013年第5期。

^[2] 康均心、韩辉:《和谐语境下的刑事错案研究》,《西南政法大学学报》2007年第2期。

^[3] 康均心、韩辉:《和谐语境下的刑事错案研究》,《西南政法大学学报》2007年第2期。

的被害人。^[1]本文针对的被害人既包括自诉案件的自诉人,也包括公诉案件中的被害人。

综合上述对刑事错案以及被害人概念的界定,我们必须清晰地认识到刑事错案中的“被害人”与“受害人”是两个不同的法律术语。刑事错案中的受害人往往是指被司法机关逮捕羁押后由于遭受不法侵害被迫认罪的犯罪分子。而刑事错案中的被害人则指在刑事错案中实际遭受了人身、精神以及物质等损害的人,但较之于一般刑事案件中的被害人而言,错案中的被害人向司法机关陈述的侵害事实远大于其在遭受不法侵害时实际受到损害,在一定程度上加重了对罪犯的刑罚处罚。

二、刑事错案中被害人的现实样态

在刑事诉讼过程中,处于弱势地位的被害人总是以其无辜的面容、冰冷的尸体、柔弱的心灵博取世人的同情,让人们义无反顾地为其声张正义。殊不知在这看似残酷的、非正义的情境背后掩藏着何种丑陋不堪的动机。被害人作为除罪犯以外,整个案件唯一的目击者、见证人以及参与者,其一言一行是对案件真实的写照,也是对罪犯绳之于法的重要保证,故其重要性也就不言而喻了。当今社会,司法体制日渐完善,刑事诉讼程序逐步规范化,然而一系列令人震惊的刑事错案的相继曝光,被害人如出一辙的“死而复生”。研究表明,被害人的虚假陈述、错误辨认等行为使许多无辜者被定罪,同时也加重了犯罪嫌疑人、被告人的刑罚,促使刑事案件中错案的发生率急剧上升。由此可见,我们的目光似乎不能仅仅停留在对司法程序的规制上,更应该重视案件目击者即被害人所带来的重大影响。经过对刑事错案的系统考察,本文将刑事错案中被害人的现实样态分为如下三类,并借助生活中典型的案例加以诠释:

(一) 被害人“复活”

近年来,媒体接二连三地曝光了多起被害人“死而复生”的案件,如湖北京山余祥林案、河南商丘赵作海案、湖南麻阳滕兴善案等,都曾引起了强烈的社会反响,其中尤以余祥林冤案最为典型。

余祥林(又名杨玉欧)是湖北省京山县雁门口镇人,他的妻子张在玉患有精神疾病,在1994年1月2日走失失踪。张在玉的家人和亲戚一致怀疑张在玉被其丈夫(余祥林)杀害,但由于没有足够的证据证明也就不了了之。过了三个月左右,大伙在吕冲村的一个水塘里发现一具女尸,经被害人的亲属辨认与张在玉的体形等各方面特征极为相似,基于此公安机关将余祥林逮捕。经过几番波折后,余祥林被判处15年有期徒刑。错案发生后的第11年,他的妻子张在玉忽然回到了京山。据相关报道,张在玉曾透露过去她与余祥林在家经常吵架,基于心情郁闷,一时冲动决定离家出走,历经艰辛到达了山东枣庄再婚,在异乡又诞下一个儿子。她真的没有想到,因为自己当时的一个举动,使丈夫余祥林为此蒙受了11年的冤屈。最后经京山县人民法院重新开庭审理,宣告余祥林无罪,还以其清白。^[2]

^[1] 谭世贵:《刑事诉讼法学》,法律出版社2013年版,第71页。

^[2] 冯娜、李贤武:《冤案的背后——国家赔偿责任的经济分析》,《长春工业大学学报:社会科学版》2006年第2期。

(二) 被害人虚假陈述

所谓被害人陈述是指:遭受犯罪行为直接侵害的被害人就案件的具体事实情节所作的陈述。^[1]在认定证据时,被害人陈述往往作为一项重要的证据加以采用。这是追究犯罪事实的起点,也是认定犯罪嫌疑人或者被告人罪与非罪的重要证据来源。但是在现实的司法程序中,由于主客观等方面的原因,被害人陈述常常失真,违背其本意而作出虚假陈述。最为典型的莫属裴树唐案了。

1986年8月5日下午,甘肃省威武市文化馆干部——裴树唐就九月份职工业余文艺调演的相关事项召集了一些文艺骨干,在自己的办公室里进行商讨和交流。但是注意到业余歌手刘慧芳在练唱时存在一些基础性的错误,裴树唐作为该项目的负责人,为了提升演出的效果,利用空余时间为其单独做培训,培训结束后刘慧芳就回家了。事件发生后的第9天,刘慧芳在她的未婚夫的陪同之下,突然控告裴树唐犯强奸罪,起诉书中指控的犯罪事实的直接证据只有被害人的陈述,然而裴树唐仍被公安机关逮捕了。一审认定裴树唐犯强奸罪罪名成立,判处7年有期徒刑。不服判决的裴树唐上诉至武威市中院,但被驳回上诉,维持原判。裴树唐不服判决,上诉至甘肃省高级人民法院,省高院维持了一审和二审的判决。无论在服刑期间还是服刑期届满之后,裴树唐从未放弃申诉,凭着心中那一丝正义的信念持续着“马拉松”式的诉讼。终于,功夫不负有心人,在2000年这一神圣的年度,突如其来的一份忏悔信如荒漠中的一弯清泉拯救了一个无助的灵魂。在信中刘慧芳对于自己曾经犯下的错误追悔莫及。此后,裴树唐多次进京申诉于最高人民法院,最高院以“事实不清,证据不足”指令发回再审。^[2]此案整整历时24年,终于峰回路转,拨开云雾见天日。

(三) 被害人辨认错误

在遭遇不法侵害时,大多数的被害人与犯罪嫌疑人都曾有过一定程度的肢体接触,相对而言,在识别疑犯时更为容易。因此,在存有被害人的刑事案件中,其辨认笔录也已成为众多案件定罪量刑不可忽视的证据之一。而如今刑事错案中由于被害人的错误辨认而导致无辜者被无端扣上“罪犯的帽子”的案件比比皆是。其中最为典型且最发人深省的还数魏清安案了。

此案件发生于1983年的河南省,刘某(女)骑着自行车回郭镇西南岭,无意间被一辆疾驰而来的自行车所撞。万幸的是那男青年貌似很有素质,没有逃逸反而急忙下车赔礼道歉并主动请缨为她修车。其间,曾有一路人因迷失方向而与他们交流,并询问了该何去何从。当估摸着路人已经走远了,该男子趁机将刘某打晕,并拖到邻近一个较为隐蔽的水泵房进行强奸而后又秘密窃取其财物。被害人清醒后立刻向有关机关报案,描述了罪犯的体貌特征。经侦查人员“细致”的侦查后,将犯罪嫌疑人魏清安逮捕拘留。刘某在辨认时凭着模糊的记忆称:“看长相像是他,但个子好像低了点。”^[3]并不是万分确定,然而,侦查人员以此为依据对其提起诉讼,凭借着被害人的一面之词,法院顺理成章地将魏清安实施枪决。一个

[1] 刘应江:《论刑事被害人陈述》,四川大学2005年硕士学位论文,第6-11页。

[2] 张永生:《甘肃文化馆干部强奸女演员案发回重审——申诉24年》,载 <http://news.sohu.com/20100901/n274614351.shtml>

[3] 郭国松:《河南青年被当强奸犯枪决后真凶落网——媒体揭洗冤实情》,《法制日报》2010年7月21日。

多月之后,真正的罪犯田某落网了,已经“伏法”的魏清安被宣告无罪。

综合上述三个典型的刑事错案,余祥林因“谋杀”被无端关押了11年,最终以“亡妻复活”的荒谬形式重获光明。试问这11年间所谓的“被害人”身在何处,她是真的对案情一无所知,还是在知情后出于害怕、胆怯而不敢面对,或者仅仅为了逃避责任而弃被冤枉的丈夫于不顾?没有被害人,那这11年的冤狱又是为谁而蹲呢?再看裴树唐因被害人的虚假陈述,遭受着妻离子散丧失骨肉亲情难以倾诉的精神痛苦,肩负着更换事业和忍辱负重的生活磨难和灵魂枷锁,24年后终于沉冤得雪。由此可见,错误审判的恶果一部分是结在被害人虚假陈述的病枝上的,被害人的虚假陈述戕害了一个人一辈子的幸福与自由。最后,在魏清安案件中,被害人完全有足够长的时间与罪犯接触、交流,例如:在受害前的赔礼道歉、修车、与路人交谈,以及在事后被强奸时与犯罪嫌疑人也曾有过直接的肢体接触,按照常理来说本应该能够清晰地把握犯罪嫌疑人的外貌长相以及体型特征,清楚地识别犯罪分子的声音,为何仍然会辨认错误,致使错案的产生呢?这就值得对刑事案件错案中被害人行为的成因进行深入探究了。

三、刑事错案中被害人行为的成因

著名学者弗兰西斯·培根曾经说过“一次不公正的裁判,其恶果甚至超过十次犯罪;因为犯罪虽是无视法律——好比污染了水流,而不公正的审判则毁坏法律——好比污染了水源”。^[1]刑事错案已成为衡量一个国家法治的先进与文明、人们的自由与安全以及社会的和谐与稳定的风向标。古人曾说:“欲流之长者,必溯其源”。由此可见,探究刑事案件中错案产生的内在原因,具体问题具体分析,有效遏制错案的疯狂延伸,进而实现对人权的保障以及推进和深化整个司法体系已成为我国刑事司法亟待解决的重大问题。本文将从被害人自身的因素和外界的因素两个方面来探析刑事错案中被害人行为的成因。

(一) 被害人自身的因素

1. 被害人假装不知情

被害人远在他乡由于生理、心理等各方面因素确实不知情,或者是在知情后害怕承担责任,受到他人的谴责和非议,而假装视而不见、听而不闻,铁石心肠,使无辜者蒙受冤屈。

无论是在余祥林案、赵作海案还是其他刑事错案中,百分之八九十的案件中的受害人最终能够得以洗刷冤屈,重见天日,都是由于被害人“死而复活”。在此期间,被害人到底是以怎样的心情在世界的某个角落看待案件的最终判决,有待于深入地考察。正如余祥林案件中的被害人张在玉,她声称自己对于余祥林因为其失踪而蹲了11年的冤案毫不知情,但根据其事后所作的陈述,自己的离家出走完全是由于此前与余祥林经常争吵打闹。由此可推测出被害人对于刑事错案的发生难免不存在逃避责任的心理,有些甚至为了获取更高的物质、精神的满足,而无意或者是故意致无辜者陷入水深火热之中,多年后返还家乡完全是出于内心的愧疚与不安,想借此弥补自己的错误,得到无辜者的原谅;亦或是再次返还家乡纯粹只是个意外,内心从未真正想过要为无辜者作辩护。

^[1] [英]弗兰西斯·培根:《论法官修养与职责》,《法学天地》2001年第12期。

2. 被害人的报复心理

被害人深受犯罪行为的侵害,出于报复的动机和目的,夸大犯罪事实情节,希望以此加重刑罚,弥补心灵的创伤;或者是被害人与犯罪嫌疑人、被告人本身就积聚了私人恩怨,为了泄愤和满足自身生理、心理等的需求,故意编造犯罪事实、无事生非、虚假陈述,致使无辜者遭受无端飞来的横祸。

裴树唐案就是典型的被害人出于私人的目的,捏造虚假的犯罪事实,诬告陷害裴树唐强奸罪。事隔24年后,最终还是敌不过良心的谴责,主动选择向受害人忏悔,希望能够获得心灵的救赎。除了被害人内心的报复、谋利心理之外,在司法实践中,某些通奸败露或者嫖娼事发的案件中常常也会发生被害人为了逃避法律的追究,作虚假陈述的情况。

3. 被害人再认错误

被害人在事后对犯罪嫌疑人的再认、回忆上的点滴错误往往会导致其辨认错误。“再认”是指人们对感知过、思考过或体验过的事物。当它再度出现时,仍能认识的心理过程。^[1]“回忆”是指人们过去经历过的事物以形象或概念的形式在头脑中重新出现的过程。^[2]从案件发展的具体过程来看,被害人是在遭受不法侵害时产生记忆痕迹的,此时内心极度恐惧,神经紧绷,容易产生错觉,造成记忆紊乱,而回忆羞耻和悲伤的经历,又会使被害人的心灵二度受到戕害,为避免内心的伤痛和不堪的经历在记忆中再次浮现,被害人总是会故意或在不经意间压制过去发生的事实在意识中重现,从而往往促使其对事件的快速遗忘。在辨认时,对记忆的提取受到了犯罪发生的时间、地点和情绪的影响,致使“张冠李戴”。

在魏清安强奸、抢劫一案中,正是由于被害人遭到侵害的时间是傍晚时分,犯罪嫌疑人故意撞坏自行车趁机闯入被害人的视野,导致被害人顿时手足无措。可想而知,在那样突如其来的情景下,被害人所产生的记忆痕迹自然是模糊的,而后被害人又遭到了强奸,对于如此屈辱的经历内心产生排斥感,自然而然的选择遗忘,在调查取证时凭借零散的记忆对犯罪嫌疑人进行再认和回忆,作出错误的辨认也是人之常情。

(二) 外界的客观因素

1. 当事人施加的压力和诱惑

这是最直接、最难以遏制的压力。在案件进入司法调查程序之后,被告人或犯罪嫌疑人、被告人的父母、亲戚朋友以及辩护人等为了包庇罪犯所犯下的罪行,逃避刑事责任的追究,不择手段地对被害人进行威逼利诱,使其在物质、精神利益的诱惑以及因恐惧、害怕遭到报复,迫于无奈的情绪之下实施某些违背其原意的行为,助纣为虐,妨碍了司法程序的有序进行。这种行为在强奸案件中尤为显著,被害人在遭受侵害后,总是会在内心产生莫名的羞耻感,且不愿自己的声誉受到诋毁,再加上一定的金钱补偿,便绝口不提自己所遭受的强奸的过往,从而帮助犯罪分子掩盖其犯罪事实。

2. 舆论的压力

这是密不透风绵里藏针的压力。^[3]媒体是制造舆论的工具,民意是散布舆论连绵不绝的

^[1] 彭聃龄:《普通心理学》,北京师范大学出版社2012年版,第264页。

^[2] 彭聃龄:《普通心理学》,北京师范大学出版社2012年版,第265页。

^[3] 张训:《戴着镣铐舞蹈——典型司法案件的法社会学镜像》,《中山大学法律评论》2013年第1期。

动力。“舆论将个案推演为公共事件常常会对司法构成压力。”^[1] 舆论是一把双刃剑,一方面可以有效规制司法的腐败,另一方面,也会导致司法的不公。在舆论被高度重视的现代社会中,媒体一如既往地以其傲人的姿态充当刑事案件的裁判者,人们总会被媒体那逼真的一面之词所迷惑,激发起潜伏于心底的愤怒、仇恨的情绪,把自己看成是被害人,高举着正义的旗帜,与所谓的邪恶势力作斗争。民意还具有传染性,古斯塔夫在《乌合之众:大众心理研究》一书中曾说道“群体在智力上总是低于孤立的个人,但是从感情及其激发的行动这个角度看,群体可以比个人表现得更好或更差,这全看环境如何”。^[2] 媒体和民意的强大作用,致使被害人为了避免受到媒体无情的抨击,宁愿伪装成一个受尽委屈的弱者博取众人的同情,这必然使犯罪嫌疑人、被告人陷入万劫不复之地。

3. 司法程序的压力

根据《中华人民共和国刑法》、最高人民检察院发布的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》的相关规定,暴力取证罪是指司法工作人员以暴力逼取证人证言、被害人陈述的行为。^[3] 由此可知,被害人也是暴力取证罪的犯罪对象。司法实践中,侦查机关、检察机关常常为了提高案件的侦破效率或者是迫于上级机关、媒体等施加的压力,使用暴力或者是暴力相威胁,强迫被害人违背其本意作虚假的陈述。除此之外,司法人员通过相应的程序获取了一系列能间接证明犯罪分子犯罪的证据,在一定程度上也给予了被害人某种暗示,促使其作出错误的辨认或者陈述。正如480天身陷强奸冤案的张海生,就是由于被害人在侦查机关的工作人员的诱导下,错误地辨认张海生就是犯罪分子,凭借这一证据,直接认定其犯了强奸罪,判处刑罚。除此之外,在内蒙古的王本余强奸杀人案中,侦查机关诱导其女儿指认父亲是凶手,以此作为定罪的证据,直接对其判处死缓。

四、刑事错案中被害人行为的规制

(一) 道德规制

“战争是死神的盛宴”,任何一场战争都是由尸骨和鲜血堆积而成。^[4] 对于刑事错案而言,这是一场没有硝烟的战争,在这场战争中没有血流成河、没有丰功伟绩,唯一有的只是对一两个当事人悲惨人生的映射。苏力教授曾说过,司法的悲剧并不都是官吏的司法道德问题,而是与科学技术的发展相关。^[5] 由此似乎表明道德对司法悲剧的上演并无必然的关联,但我依然坚信道德是法律的基础,时刻滋养着法律,唯有道德得以修复和弘扬,法律才能有效地运转,发挥其强大的力量。

对于刑事错案中被害人的道德规制主要表现为以下三个层面。一是提升被害人的道德素

[1] 侯猛:《政法传统中的民主集中制》,《法商研究》2011年第1期。

[2] [法]古斯塔夫·勒庞著、冯克利译:《乌合之众——大众心理研究》,广西师范大学出版社2007年版,第19页。

[3] 关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行),载 <http://www.spp.gov.cn/site2006/2006-02-22/00024-104.html>

[4] 张训:《戴着镣铐舞蹈——典型司法案件的法社会学镜像》,《中山大学法律评论》2013年第1期。

[5] 苏力:《窦娥的悲剧——传统司法中的证据问题》,《中国社会科学》2005年第2期。

养。被害人的一言一行在很大程度上直接决定了当事人的生死,这就要求被害人必须具备高尚的道德素养,在陈述案件的事实情节时,既不夸大也不虚构,遵循自己的良心,站在他人的角度上,“身临其境”地去看和思考问题,以正当的方式和手段去维护自己的合法权益;二是寻回舆论缺失的主流道德。媒体总是戴着正义的面具,掩盖其丑陋的面容,不断地制造噱头,使当事人因为舆论,例如:“人肉搜索”、信息曝光等,迫于无奈俯首称臣。被害人为了不坠入这无尽的深渊,保护自己的名誉、利益和安定的生活而委曲求全,或虚构事实,或掩藏案情。足可以见,摆正舆论的位置,使其回归主流道德,对于被害人而言是多么的弥足珍贵。三是加强司法人员的道德操守。司法人员在侦查、检察以及审判过程中总是受到各种名利的熏陶和外界施加的压力,于是出卖自己的道德操守,陷被害人于不义,打破了犯罪嫌疑人和被告人幸福美满的生活。“道德诉诸人的良知”^[1]。道德,对于一般人来说应当遵循,对于作为正义使者的司法人员来说更应该时刻把握,杜绝不良社会风气的存在,将道德的风向标散布到司法的每一个角落。

(二) 法律规制

纵观我国法律的发展史,被害人历来都是被法律保护的对象,其地位也随着时间的推移在不断地提升。例如:在1979年的《刑事诉讼法》中,被害人只处于一般的诉讼参与人的地位,法律并不认定其为诉讼的当事人,被害人被赋予的诉讼权利并不完整;然而在1996年修订后的《刑事诉讼法》中,明确将被害人界定为“当事人”,完善了对被害人在诉讼活动中的人权保障。^[2]无论是从对人权的保障,还是对犯罪行为的惩治,或者对刑事错案的遏制来看,都需要被害人的积极参与和配合。然而,对于被害人的一些不合法行为的相关法律规制几乎仍是一片空白。因此,对被害人行为的法律规制是完善司法机制的一个重要篇章。本文将从以下两个方面去探讨如何加强对被害人行为的法律规制:

一是创设机构。据调查,英国为了遏制刑事错案的发生,创设了刑事案件审查委员会。^[3]我国可以效仿其做法,创设一个专门的机构——刑事案件被害人考察委员会,以此来规制被害人的不良行为。一方面可以对被害人陈述的案件事实和影响量刑的相关情节进行深入地分析与考察,避免虚假陈述或者是辨认错误等情况的存在;另一方面可以纾缓被害人可能因犯罪行为而导致的心理上的创伤与强烈的报复心理。

二是补充规制。刑事案件中被害人行为可通过司法解释或者刑法修订,在已有的罪名下作一定的补充。例如:我国《刑法》第三百零五条规定,伪证罪的犯罪主体只能是证人、鉴定人、记录人和翻译人。^[4]从暴力取证罪中将被害人陈述列为其行为对象和对案件的直接参与度来说,被害人完全可以以证人的名义被纳为伪证罪的主体。除此之外,刑法条文并没有明确规定包庇罪的主体,司法实践中,往往为了保护被害人,避免对其造成“二次伤害”,司法机关放任其行为的蔓延,不去追究其刑事责任,这对于犯罪嫌疑人和被告人而言,无疑

[1] [美]E.博登海默著、邓正来译:《法理学、法律哲学与法律方法》,中国政法大学出版社2004年版,第389页。

[2] 刘东根:《犯罪被害人地位的变迁及我国刑事立法的完善》,《中国人民公安大学学报:社会科学版》2007年第2期。

[3] 刘品新:《当代英美刑事错案的实证研究》,《国家检察官学院学报》2007年第1期。

[4] 李晓明:《伪证罪相关问题研究》,《法制与社会》2010年第14期。

是违背公平原则的。因此,法律应对包庇罪的主体作出相应的解释,明确指出包括被害人,这有利于防止被害人为了牟取利益或者是出于其它目的,使犯罪分子逃脱法律的制裁。

参考文献

- [1] [法]勒内·弗洛里奥著、赵淑美,张洪竹译,错案[M],法律出版社,2013.
- [2] 陈波、陈正云,刑事错案探究与判解[M],工商出版社,1999.
- [3] 张宗亮,我国刑事错案研究综述[J],山东警察学院学报,2013(5).
- [4] 康均心、韩辉,和谐语境下的刑事错案研究[J],西南政法大学学报,2007(2).
- [5] 谭世贵,刑事诉讼法学[M],法律出版社,2013.
- [6] 冯娜、李贤武,冤案的背后——国家赔偿责任的经济分析[J],长春工业大学学报:社会科学版,2006(2).
- [7] 刘应江,论刑事被害人陈述[D],四川大学,2005.
- [8] 弗兰西斯·培根,论法官修养与职责[J],法学天地,2001(12).
- [9] 彭聃龄,普通心理学[M],北京师范大学出版社,2012.
- [10] 张训,戴着镣铐舞蹈——典型司法案件的法社会学镜像[J],中山大学法律评论,2013(1).
- [11] 侯猛,政法传统中的民主集中制[J],法商研究,2011(1).
- [12] [法]古斯塔夫·勒庞著、冯克利译,乌合之众——大众心理研究[M],广西师范大学出版社,2007.
- [13] 苏力,窦娥的悲剧——传统司法中的证据问题[J],中国社会科学,2005(2).
- [14] 刘东根,犯罪被害人地位的变迁及我国刑事立法的完善[J],中国人民公安大学学报:社会科学版,2007(2).
- [15] 刘品新,当代英美刑事错案的实证研究[J],国家检察官学院学报,2007(1).
- [16] 李晓明,伪证罪相关问题研究[J],法制与社会,2010(14).

(责任编辑:张学敏)

实行行为的规范侧面

陈文昊*

摘要:从目前的刑法理论来看,实行行为的定位从形式逐渐转向实质,但是都是在客观范畴之内进行探讨的。以“生活行为”为理由否定实行行为成立的推理并不正确,因为两个概念之间并不互斥。在故意犯罪当中,行为人的认知范围对于实行行为的成立起到了重要作用,在特殊认知的场合,可以从规范上认为“制造了法不容许的风险”,肯定实行行为的成立。在过失犯的场合,被害人的侵入与同意、行为人的角色等要素对于实行行为的限缩均具有重要意义。客观归责理论的引入不必要导致实行行为概念的消解,可以对实行行为概念进行重塑和限缩。

关键词:实行行为 客观归责理论 规范论

一、相关研究综述与问题提出

(一) 形式到实质判断的转变

对于实行行为的界定,从整个共犯理论的发展脉络来看,最早采用的学说是形式客观说。该说将实行行为界定为构成要件所描述的行为,并以此作为区隔正犯与共犯的标准:实现基本犯罪构成的是正犯,需要负一次责任;正犯的行为加功的是共犯,需要负二次责任。^[1]形式客观说的主张者佐久间修教授认为:“符合构成要件的行为就是实行行为”。^[2]我国传统观点也认为:“犯罪实行行为也就是刑法分则当中指明具体犯罪的客观方面”。^[3]

但是,形式客观说只是为实行行为的判断提供了一套原则性的标准,在具体适用上却存在模糊性的问题。对此,张明楷教授指出:“究竟何谓‘杀人’?例如,甲想要杀害乙,乙逃跑,甲一边追赶,一边拿出手枪,瞄准乙开枪,但未能击中目标。司法机关应当如何划定行为人甲‘杀人’的行为?显然,难以从形式上判断,而是应当以对法益的实际侵犯程度为依据”。^[4]诚如张明楷教授所言,所谓刑法上的行为是一系列动作的规范化集合,因此仅从形式的角度出发,想要清晰划定实行行为存在一定困难。

因此,承认实行行为存在实质侧面的学者主张,即使行为符合形式上的要件,但从实质来看法益侵害的危险性没有达到可罚的程度,也应当被认为欠缺实行行为性。^[5]我国学者何荣功教授也指出:“从形式与实质相一致的角度出发,实行行为应当做如下界定:符合刑法

* 陈文昊,男,江苏镇江人,清华大学法学院2017级刑法学专业博士生。

[1] 大谷实:《刑法讲义总论》(新版第三版),成文堂2009年版,第403页;团藤重光编:《注释刑法总论(3)》,有斐阁1969年版,第403页;团藤重光:《刑法纲要总论》(第3版),创文社1990年版,第373页。

[2] 佐久间修:《刑法讲义》(总论),成文堂2000年版,第51页。

[3] 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(上册),中国法制出版社1999年版,第269页。

[4] 张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第144-145页。

[5] 前田雅英:《日本刑法总论》,东京大学出版会2006年版,第146页。

分则犯罪构成要件的、对构成要件设定法益具有现实危险性的行为”。^[1]

综上所述,从我国目前对实行行为的研究阶段来看,传统理论中的形式客观说中已经渗透了大量的实质判定因素,将一部分价值判断的内容留待法官完成。这一转变的意义在于,将原本模糊的形式标准转化为法官裁量权,这对于具体案件的解决颇有裨益,但是该理论本身并非不存在问题。

(二) 实行行为的研究目的与导向问题

可以发现,无论是形式客观说,抑或是渗透入实质要素的实行行为界定,都是从客观层面出发得出的结论。尤其是在削弱了行为概念与构成要件的勾连程度之后,实行行为的边界显得愈加模糊。正如有学者指出的:“对社会整体利益的生活无意义的,无须刑法加以介入的行为类型,不能成为刑法上的行为,更加不会成为实行行为的范畴”。^[2]

例如,福建省漳浦县一名男子对小偷穷追不舍,小偷在逃跑过程中不慎摔倒后死亡,漳浦县检察院以过失致人死亡罪将被告人起诉至法院。检察院指出,雨天路滑人尽皆知,追赶并拉扯他人有可能致其摔倒受伤也是常人都能预见,行为人成立过失致人死亡罪。此案旋即引起网络热议(以下简称“追小偷致死案”)。^[3]毫无疑问,如果仅从主观预见性上加以考察,套用四要件理论,行为人成立过失致人死亡罪似乎是板上钉钉的事情。关键是,追小偷的行为能够被评价为刑法中的实行行为吗?倘若答案是否定的,行为人不应当成立犯罪。

再如,下雨天希望他人被雷击,劝说他人去跑步的案例中,结果他人果真被雷击而死的案件中(以下简称“雷击案”),是否能够认定实行行为本身存在争议。例如,前田雅英教授指出:“希望他人死于新干线的事故而劝说他人乘坐新干线,结果新干线恰好发生事故导致被害人死亡的案件,也不能认为劝说他人乘坐新干线是‘杀人行为’,因为希望别人死亡并不是实行行为的范畴”。^[4]在这类情况下,如何对实行行为进行划定?是值得探讨的问题。^[5]

还如,行为人将毒品带给毒瘾患者,毒瘾患者吸毒后死亡的场合,能否认定行为人成立过失致人死亡罪(以下简称“给予毒品案”)?对此,德国的学说和见解持否定回答。^[6]毫无疑问的是,行为人对于“吸毒者吸食过量毒品可能导致死亡”这一事实必然具有预见可能性,因此,讨论是否成立犯罪的核心就在于“能否认定行为人的实行行为”这一问题。

不难发现,对于实行行为的讨论,主要是为了对入罪的条件进行限缩,将部分行为排除出刑法调整的范畴。因此,在笔者看来,对于实行行为进行研究的主要目的在于对进入刑法视野的行为的筛选,这在德国刑法理论中通过“行为论解决”;而在日本刑法中通过“实行行为论”加以处理,可谓殊途同归。正如陈兴良教授指出的:“将‘无行为’与‘非行为’

[1] 何荣功:《实行行为研究》,武汉大学出版社2007年版,第21页。

[2] 范德繁:《犯罪实行行为论》,中国检察出版社2005年版,第52页。

[3] 小偷致其身亡被诉,司法勿违背常理,2016年11月14日访问
http://finance.ifeng.com/a/20161114/15004574_0.shtml

[4] 前田雅英:《刑法总论讲义》(第4版),东京大学出版会2006年版,第114页。

[5] 张明楷教授认为此类情况不属于“类型性的法益侵害行为”,参见张明楷:《刑法学》(第5版),法律出版社2016年版,第145页。对于“类型性的法益侵害行为”如何理解,是值得探究的问题。

[6] 许永安:《客观归责理论研究》,中国人民公安大学出版社2008年版,第67页。

从行为的概念中予以排除,从而为犯罪概念提供基底,因此行为是犯罪概念的基底”。^[1]

如后文所述,故意犯与过失犯中对实行行为的划定基准是不同的,因此在讨论上应当分别进行探讨。因此,本文的第二部分对现有理论中以“生活行为”为由否定成立实行行为成立的观点进行批驳,第三部分对故意犯中对于实行行为的界定标准,第四部分旨在研究过失犯中对于实行行为的界定标准,第五部分对实行行为的总体标准进行反思。

二、“生活行为”是伪命题

上文中的“雷击案”毫无疑问就是涉及故意犯中实行行为的划定标准问题。对此,许玉秀教授指出:社会上一般人认可的正常行为,可以阻却构成要件符合性。这种行为虽然促成了某种风险,但这些风险可以被评价为“一般生活”中不可避免的风险,是社会相当性决定了法律不禁止这一类行为,例如劝说他人在风雨夜出外散步等等。^[2]还有学者提出了“日常生活行为”的概念,认为“日常生活行为”阻却进入刑法的调整范畴。^[3]

但是,在笔者看来,以所谓“生活行为”作为划定实行行为的标准并不妥当。实际上,刑法调整的对象无异于是生活中的形形色色行为,是“芸芸众生草根生活中的晴雨表”,^[4]因此,将“刑法中的行为”与生活行为割裂开的做法并不妥当。正如有学者指出的,“外观上无害、本身不具有犯罪性的行为,客观上对他人犯罪的实施起到了促进作用,作为帮助犯处罚似乎也无不可厚非”。^[5]更重要的是,所谓“生活行为”,并不是一个明确的概念,在很多情况下,行为人的主观认识内容、目的不同,也会对行为的定性产生极大的不确定性。例如,驾车将他人运送到目的地的行为从表面上看属于“生活行为”,但是倘若行为人明知搭车者是为了到达目的地杀害他人而运送的,就必须认定行为人成立故意杀人罪的帮助犯。因为在这种情况下,开车运送的行为虽然看似“中立”,实则与专门借车帮助运送凶手到目的地的行为相比别无二致。在这种情况下,没有理由因为“生活行为”排除实行行为的成立。

实际上,证成符合“生活行为”与成立犯罪实行行为并不矛盾。认为生活行为不是实行行为的观点实际上是采用了这样一套逻辑:“因为事实A是概念B,因为概念B不是概念C,因此,事实A不是概念C”。但是,这一逻辑链条本身是存在疑问的,因为B和C完全可能存在交叉关系,在这种情况下,即使B与C不相同,但A可能同时符合概念B和概念C。例如,行为人为了免除债务杀害债主的情况下,存在这样一种错误的逻辑推演:因为行为人的行为是谋财害命,而《刑法》中没有谋财害命罪,因此行为人不构成犯罪。但是,这样的结论显然是不妥当的,因为“谋财害命”与“故意杀人”两个概念之间的观点没有得到探讨。对此,张明楷教授指出的:“根据罪刑法定原则,必须以刑法规定的构成要件为大前提,再

[1] 陈兴良:《教义刑法学》(第二版),中国人民大学出版社2014年版,第188页。

[2] 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第193页。

[3] 白磊:《论刑法中的日常生活行为》,中国青年政治学院硕士论文,2010年,第1-3页。

[4] 利子平、石聚航:《刑法社会化初论》,《南昌大学学报(人文社会科学版)》2010年第41卷第5期,第57页。

[5] 陈洪兵:《中立行为的帮助》,法律出版社2010年版,第1页。

将案件事实与构成要件进行对应”。^[1]在上述案例中,“谋财害命”的行为纵使不能与故意杀人的行为完全等同,但行为完全符合故意杀人罪的构成要件,因此成立故意杀人罪。同样的道理,即使认定行为人实施了“生活行为”,也不影响成立特定犯罪所需的实行行为。

由此可见,以“生活行为”为由排除出实行行为的尝试只能以失败告终,或者说,“生活行为”是一个伪命题。

三、故意犯中的实行行为划定

(一) 实行行为的纯粹客观定位存在疑问

在传统理论中,实行行为是纯粹客观的,它“可以改变客观世界从而危害社会”,^[2]这一结论可以说在古典犯罪体系建立伊始就得到了确立。在古典犯罪体系中,法官只是“宣告法律说出的嘴巴”,^[3]而构成要件要素只可以被观察、计量着存在,因而其中的要素均为纯事实要素,不涉价值判断,法官只需套用三段论即可完成。^[4]因此,在古典犯罪体系当中,实行行为要素是纯粹客观的、价值中立的。诚如上文所述,即使当今理论在对实行行为的界定中逐渐渗透了越来越多的价值评判要素,但这并不影响实行行为客观性的价值底色。

可以说,对于实行行为的纯粹客观定位深受客观主义的影响。客观主义与主观主义是刑法理论舞台上持续时间最长、对决最为激烈、影响最深远的一场对垒。其中,客观主义认为,刑事责任的基础是标表于外部的、体现于行为人外部的客观行为及其社会危害性;与之相对,主观主义认为,刑法处罚的是犯罪人的危险性格以及反复实施社会危害行为的危险性。^[5]由此可见,古典客观主义与主观主义的核心争点在于刑罚的对象是对法益的侵害抑或行为人对法秩序的敌对态度。^[6]众所周知,主观主义刑法与客观主义刑法之争最终以客观主义刑法的全面胜利告终,而也正是因为这场战争的胜利得来不易,实行行为的客观性定位就愈发被强调,甚至有矫枉过正之嫌。客观主义刑法将思想、生活习惯、生活状态等与行为人主观勾连的要素从刑法中实行行为的讨论中驱逐出去,强调行为的客观性,在判断上与行为人的主观认知泾渭分明,但这一结论并非不存在问题。

对此,张明楷教授举了一例加以说明:甲以伤害的故意对乙进行伤害,在乙住院期间,医院遭到丙放火,导致乙死亡,人们会认为甲的行为仅是伤害行为。而在客观事实完全相同的情况下,增加一个主观情节,甲偶然得知与自己不相识的丙要对医院放火而故意伤害乙,并利用丙的犯罪行为导致乙最终死亡,人们会认为甲的行为是杀人行为。^[7]在这个案例中,客观事实完全相同,唯一存在差别的只是行为人的主观。如果认为对于实行行为的界定应当完全客观,那么两个案例中对于实行行为的性质界定应当是一致的,但结论却并非如此:在

[1] 张明楷:《诈骗罪与金融诈骗罪研究》,清华大学出版社2006年版,第366页。

[2] 高铭喧、马克昌:《刑法学》(第6版),北京大学出版社2014年版,第64页。

[3] [德]考夫曼著、刘幸义等译:《法律哲学》,法律出版社2004年版,第72-73页。

[4] 劳东燕:《刑法解释中的形式论与实质论之争》,《法学研究》2013年第3期,第123页。

[5] 张明楷:《刑法的基本立场》,中国法制出版社2002年版,第56-57页。

[6] 许玉秀:《主观与客观之间——主观理论与客观归责》,法律出版社2008年版,第8页。

[7] 张明楷:《也谈客观归责理论——兼与周光权、刘艳红教授商榷》,《中外法学》2013年第2期,第314页。

第一种情况下,行为人符合杀人的实行行为,而在第二种情况下,行为人符合伤害的实行行为。

再如,在上文所举的“雷击案”中,实行行为应当是被否定的。但是,倘若将案情进行一定的变化:行为人是一个精通天文学的天文学家,假设他利用十分先进的科学技术,精确计算出某时某地会落下一道雷,并劝说被害人沿着其设计好的路线与速度散步,当被害人经过特定地点的时刻恰好被落下的雷击中死亡。在这种情况下,行为人成立故意杀人罪,应当是不存在问题的,反过来推行为人劝说他人跑步的行为,也就是杀人的实行行为。那么问题就是,为什么在“雷击案”中,可以否定实行行为的成立,在假设的案例中,就可以肯定实行行为的成立呢?如果认为实行行为是纯粹客观的,由于两个案例中的客观事实完全吻合,就无法解释上述疑问。

(二) 实行行为的主观侧面与客观归责理论

如上文所述,针对实行行为的纯粹客观定位存在疑问。接下来的问题是:实行行为是否具有主观侧面呢?客观归责理论试图通过以规范化的“制造法不容许风险”这一概念解决这一问题。

对此,周光权教授指出:“结果无价值论认为每一个具体犯罪都有清晰确定的实行行为,然而,根据何种方式确定这些实行行为则没有交代”。^[1]因此,周光权教授主张用“制造法不容许的风险”这一概念替代“实行行为”这一概念。在笔者看来,在我国现有的体系背景下,尤其是在“四要件”理论于我国司法实务中依然占有重要地位的情况下,彻底废弃“实行行为”的概念难免过于仓促,也可能导致实务中的案件无法得到妥当的处理。但是另一方面,客观归责理论对于实行行为的考察进路是值得借鉴的。

客观归责理论的逻辑是,结果在一般因果流程的大致范围内,能否归结为行为人的“作品”。正如罗克辛教授指出的:“当行为人并没有减少法益损害的风险,但是也没有提高法益侵害风险的时候,也不能够归责于客观行为构成”。^[2]不难发现,客观归责理论用“制造风险”、“法律上值得关注”这类语词将实行行为的概念加以抽象化,赋予了法官更大的裁量权,体现了实行行为的规范侧面。正如有学者指出的:“通过结果规范,行为的法律意义以及行为的社会效益都得以确定”。^[3]显然,这种规范性的思考进路并不排除行为人的主观认识要素,例如,在“雷击案”中,因为被害人的死亡结果不能视为行为人的“作品”,或者说,行为人没有制造规范意义上的风险,因而不应当认定实行行为的成立。

与此不同,在行为人存在特殊认知的情状下,就可以肯定实行行为以及归责。对此,周漾沂教授指出:“刑法上的规范性,不能取决于统计学意义上的事实性描述,而是来自于人的相互关系。因此,无论概率是99%,还是0.0001,对于具有刑法意义的客观风险或主观风险判断都没有意义。相反,在行为人具有特殊认知的情况下,被害人并不是自愿承担了风险,这与强制无异”。^[4]可以看出,从被害人是否自愿的角度出发,也可以对实行行为的

[1] 周光权:《行为无价值论与客观归责理论》,《清华法学》2015年第1期,第133页。

[2] 克劳斯·罗克辛:《德国刑法学总论》,法律出版社2005年版,第248页。

[3] 吴玉梅:《德国刑法中的客观归责理论研究》,中国人民公安大学出版社2007年版,第57页。

[4] 周漾沂:《风险承担作为阻却不法事由——重构容许风险的实质理由》,《中研院法学期刊》2014年第4期,第205-206页。

存否进行判定。当然,这不是唯一可以论证的视角,但没有疑问的是,客观归责理论中“制造法不容许风险”的判断要更加实质。对此,张明楷教授也指出:“之所以认为条件说不当扩大了原因的范围,是因为传统刑法理论并没有对实行行为进行范围上的限定。这种现象出现的本质原因在于,对于杀人、伤害这类实行行为难以定型,也难以具体描述”,^[1]这也是将主观要素渗透入“实行行为”中进行考量的本质因素。

四、过失犯中的实行行为划定

(一) 传统理论对于过失实行行为探讨的两组范畴

传统理论对于过失犯中实行行为的探讨,限于两组范畴之内:第一,过失犯罪中是否存在实行行为;第二,过失犯的构造中是否需要考虑实行行为。显然,这是两个不同的问题,前者是事实问题,后者是价值问题。

对于第一个问题,学理上存在争议。有的学者认为,过失犯中并不存在特定的实行行为。对此,论者指出:“过失行为不具有行为所要求的主观上的有意性,也不是完整的独立行为。”^[2]也有学者认为:“过失实行行为的最终判断标准只能在结果发生之后进行,也就是说,结果一旦发生,实行行为就立刻成立”。^[3]以上理论都是试图否定过失犯罪存在实行行为,赋予过失犯一套独立的成立条件。但是,从机能性的角度考察,承认过失犯的实行行为也是为了对过失犯的入罪条件进行限缩;即使是不承认过失犯存在实行行为的理论,也必须要对过失犯的成立在行为的标准上设立一定的门槛。因此,过失犯中是否存在实行行为这一问题的讨论最终得出的只是说法的不同而已,在笔者看来,并没有实际意义。

对于第二个问题,学说史上存在旧过失论与新过失论的对立。新过失论首次将结果回避义务的违反加入到过失的考量之中,将重点由旧过失论中的结果预见义务转向了新过失论重点结果回避义务。对此, Welzel 教授指出:“行为人由于不注意使得自己的汽车与他人相撞,对于过失而言,本质性的特征不是结果无价值,而是疏忽了社会生活上所必要的注意的行为无价值”,^[4]这也就表明,新过失论的判断重点已经由主观认知转向了客观行为。例如,在风险社会的背景下,驾车人对机动车可能致人伤害、死亡的可能性并不难确定,而新过失论主张将已尽防止结果发生的义务作为判断过失犯是否成立的基准。因此,在行为人可以信赖他人实施妥当行为的场合,行为人的结果回避义务就得到了减轻或免除。^[5]随着战后产业的发展,新过失论在战后已经逐渐成为有力说。^[6]

对此,野村稔教授指出:“结果回避义务是为了回避结果发生而采取外部的具体措施的义务”。^[7]也有学者指出:“注意义务的内容是调节自己的行为,指向的业已开始的行为自身,

^[1] 张明楷:《也谈客观归责理论—兼与周光权、刘艳红教授商榷》,《中外法学》2013年第2期,第305页。

^[2] 周铭川、黄丽勤:《论实行行为的存在范围与归责原则的修正》,《中国刑事法杂志》2005年第6期,第17页。

^[3] 范德繁:《犯罪实行行为论》,中国检察出版社2005年版,第125-143页。

^[4] [日]大谷实著、黎宏译:《刑法总论》,法律出版社2003年版,第149页。

^[5] [日]川端博著、余振华译:《刑法总论二十五讲》,元照出版社1999年版,第112页。

^[6] [日]松宫孝明:《刑法总论讲义》(新版第4版),中国人民大学出版社2013年版,第155页。

^[7] [日]野村稔著、全理其、何力译:《刑法总论》,法律出版社2001年版,第180页。

即通过采取一定的积极举动消除行为可能对他人带来的危险”。^[1]例如, 驾车、手术等行为的危险性是客观上可以预见的, 但本身是无法避免的。^[2]不难发现, 新过失论采取的基本思路是: 在预见可能性的标准之外另行划定注意义务的行为标准, 也就是对“实行行为”进行限定, 用以限缩过失犯的成立范围。笔者赞成这一基本思考进路, 但是对于“注意义务履行”的边界, 需要进行进一步的厘清。

(二) 过失实行行为的规范考量

在笔者看来, 过失实行行为不能从纯粹客观、事实的角度加以理解, 或者说, 在过失犯罪实行行为界定的过程中, 首先就需要运用大量的价值判断。

首先, 如果行为人的法领域被他人非法侵入, 他人的法益因而遭到侵害的, 只能由被害人自己承担责任。对此, 冯军教授指出: “人们享有在自己的领域行动的自由, 只要没有超越自己的自由领域, 通常就不应该由行为人对有关的损害结果承担责任”。^[3]例如, 行为人在自己的水杯中下毒, 被害人盗窃了行为人的水杯后饮水死亡的, 不能认为行为人对被害人的死亡结果负责。在上文的“追小偷致死案”中, 就存在这样的问题。毫无疑问的是, 如果仅从预见可能性的角度考察, 行为人在下雨地面湿滑的情况下当然应当认识到被害人可能摔倒身亡。但是, 这样结论的得出则是忽视了对于实行行为的判断。显然, 盗窃者侵入了他人的法领域, 而行为人追击盗窃者的行为只要没有超出社会一般人对于“防卫者”这一形象的摹画, 就不能认为具有杀人的实行行为。对此, 林山田教授也举了一个类似的例子: “在小偷被犬吠声惊吓而跌下楼、折断大腿的案例中, 狗主人亦无任何注意义务的违反可言, 因为具有理智与小心谨慎的社会大众, 并不会要求行为人饲养一只对陌生人毫无反应的哑巴犬”。^[4]因此, 在侵入他人领域遭受法益侵害的案件中, 制造风险的是被害人自己, 因此对结果承担责任的也只能是被害人自己。

其次, 在被害人自我负责的法领域之内, 行为人的行为虽然对于结果的发生起到了加功的作用, 但不对结果承担责任。在笔者看来, 刑法体系的构建毫无疑问地会涉及到“风险分配”的问题, 也就是说, 当损害发生之时, 如何将风险造成的结果分配给特定当事人的问题。在被害人明知风险而接受结果发生盖然性的情况下, 分配给造成结果的行为人的责任显然就要更小, 而由进行答责的被害人承担更多的责任。更重要的是, 法秩序也是构建于自我决定基础之上的, 而自我决定权又是自由的核心, 个人通过其自我决定而感受并实现自由。^[5]如果承认了这一前提, 就可以认为, 一个法治国家不应当基于“家长主义”的泛滥褫夺公民的自主决定权, 在被害人自我决定处分权能的情况下, 如果这种处分不损害公序良俗, 就是应当被尊重的。例如, 在上文的“给予毒品案”中, 被害人作为成年人, 理当对吸食毒品的意义以及可能导致死亡的后果有所认识, 对结果具有“必要的洞察力”,^[6]在这种情况下, 行为人当然不对吸毒者的死亡承担责任。其实, 如果把本案放在我国的背景下思考, 得出的

[1] 刘士心:《刑法中的行为理论研究》, 人民出版社2012年版, 第215页。

[2] [日]山口厚:《从新判例看刑法》(第2版), 中国人民大学出版社2009年版, 第61页。

[3] 冯军:《刑法问题的规范化理解》, 北京大学出版社2009年版, 第80页。

[4] 林山田:《刑法通论(下册)》(增订十版), 北京大学出版社2012年版, 第107页。

[5] 冯军:《刑法中的自我答责》, 《中国法学》2006年第3期, 第93页。

[6] [德]乌尔斯·金德霍伊泽尔:《刑法总论教科书》(第6版), 北京大学出版社2015年版, 第104页。

答案应当是一致的。由于我国并不处罚参与自杀的行为,根据共犯的从属性理论,故意帮助他人自杀本身并不成立任何犯罪;在这种情况下,过失地帮助他人自杀更不应当承担责任。对此,有学者也举了一个类似的案例加以阐明:甲并非出于故意伤害了处于情绪低落的乙,并且引发了乙的自杀身亡。在这种情况下,即便能够肯定行为人的预见可能性,也不应当对被害人的死亡结果答责。^[1]

由此可见,在对过失犯罪中实行行为的界定问题上,规范化的责任分配问题也是需要重点考察的要素。最高人民法院2000年《关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条对于负事故全部责任、负事故主要责任、负事故同等责任的三种情况下构成交通肇事罪所需造成结果进行了划分。这从另一个方面说明,客观上来看完全相同的行为,从规范的视角来看并不能一概而论。诚然,抛开规范意义上的责任程度不说,行为人驾车撞人的行为在客观上别无二致。但是,从结论上,并不能一律认定为交通肇事罪或过失致人死亡罪,这是因为,在刑法对实行行为进行规范评价的同时对入罪条件进行了筛选。由此可见,从存在论意义上理解过失犯中实行行为的做法终究是存在问题的。

最后,在对过失犯实行行为的框定上,还需要考察行为人的社会角色。雅各布斯教授举过这样一个例子:一个生物系的大学生在餐厅打工,当他在传送一盘西域菜的时候,他发现一株有毒植物,但不动声色地端给客人的,能否将结果归责于行为人呢?雅各布斯教授认为,特别的知识,不属于角色的部分,因此也不属于构造人格体的物质。在这种情况下,行为人就没有必要为了避免损害调动这种能力,^[2]或者说,他的行为是符合社会状态的,即使他成为一种利益侵害的原因、并且对结果具有十分明确的认知,也不能成立相应犯罪。^[3]在我国司法实践中,也存在相关的情况。例如,在一起案例中,在驾校中训练的学员在教练的指挥下错踩了油门将教练撞死。毫无疑问,学员在驾驶技术欠缺的情况下对于导致他人死亡的结果具有认识可能性,因此,倘若要阻却犯罪只能从实行行为的角度进行考察。可以认为,在驾驶培训中对于危险或损害结果有《刑法》上规定注意义务的是培训机构及其指派的培训人员,而不是学员。^[4]因此,在教练的指挥之下,学员没有制造法不容许的风险,因此不应当承担责任。

五、实行行为的规范侧面:兼谈客观归责理论的借鉴

传统理论中,对于实行行为的界定往往强调其纯粹客观性和定型性,这一点从传统理论对于形式客观说的主张来看就可以非常明晰地得出结论。但问题在于,将实行行为与构成要件绑定的做法,不仅在理论上造成了实行行为界定的模糊性,也使得司法实践中对于行为

^[1] 郑泽善:《刑法总论争议问题研究》,北京大学出版社2013年版,第217-218页。

^[2] [德]京特·雅各布斯著、冯军译:《规范·人格体·社会——法哲学前思》,法律出版社2001年版,第89页。

^[3] [德]京特·雅各布斯著、王世洲译:《刑法保护什么:法益还是规范适用?》,《比较法研究》,2004年第1期,第100页。

^[4] 鲍雷、刘玉明:《侵害人身犯罪疑难案件精析》,浙江大学出版社2007年版,第28页。

的认定无所适从。正如张明楷教授指出的：“由于杀人、伤害等实行行为缺乏定型性，所以，当结果表现为导致他人伤亡的时候，行为能否评价为刑法上的杀人、伤害行为，就难以确定”。^[1]

相应的，行为人客观上是否要对其所引起的结果负责，则要采取价值判断、规范评价的方法，以确认能否实现客观归责。^[2]正如上文所述，客观归责理论中的价值判断将行为人的主观要素、责任分配理论全都纳入到犯罪成立条件当中考量，对犯罪的限缩起到了重要作用。但是，另一方面，笔者并不同意全面引入客观归责理论，同时消解实行行为的概念以及因果关系的判断。毫无疑问，客观归责理论在德国刑法中可以得到如此关注无疑是法治理论与司法实践长期经验积累与发展的结果，但是，于我国是否具备了供客观归责理论茁壮成长的土壤，并不是一个不言自明的问题。在我国司法实践中，采用的主要还是“四要件”理论，遵从从主观、客观、主体、客体的思考进路，实行行为作为客观方面中的重要要素，是法官裁决依赖的重要判断内容。虽然说现有理论中纯粹客观、中立的实行行为概念在外延上并非泾渭分明，但倘若完全以“制造法不容许的风险”代替实行行为的概念，法官在犯罪的认定上就会无所适从，这对于防止主观归罪、保障国民自由来说是极其不利的。

因此，笔者认为，可以借鉴客观归责理论中的要素对“实行行为”的概念进行限缩和改造，与之前存在论的逻辑不同，可以通过规范论的方法论对实行行为的边界进行划定和剪裁。在此过程中，行为人的主观认知、被害人或第三人对于责任的分担、行为人的角色等要素都可以成为影响实行行为能否成立的关键，这对于理论抑或实践都是颇有裨益的。

The norm side of act of perpetrating

(Chen-Wenhao , Tsinghua University of China, Beijing 100871)

Abstract: From the current theory of criminal law, the definition of act of perpetrating is transforming from form to essence, but act of perpetrating is always talked in the lay of object. The denying of act of perpetrating with the reason of life behavior is incorrect, because two concepts are not mutually exclusive. In intentional offender, the knowledge range decides the establish of act of perpetrating. In the situation of special knowledge, create the risk which the law bans can be confirmed in norm. In the situation of negligent crime, the invade or agreement of victim and the character have important meanings to the restrain of act of perpetrating. The adhibit of objective imputation doesn't need to lead to the dispel of the concept of act of perpetrating, but can reconstruct and restrain the concept of act of perpetrating.

Key words: act of perpetrating; the theory of objective imputation; norm theory

(责任编辑：李明哲)

^[1] 张明楷：《刑法学》（第5版），法律出版社2016年版，第182页。

^[2] 周光权：《刑法客观主义与方法论》，法律出版社2013年版，第76页。

新《行政诉讼法》视野下的行政协议诉讼研究

张旭霞*

摘要: 新《行政诉讼法》已于2015年5月1日开始实施,此番《行政诉讼法》的修改明确将行政协议纳入行政诉讼的受案范围,这不但是行政诉讼法修改的亮点,也是行政法上的巨大进步,填补了我国在行政协议制度方面的空白。尽管新《行政诉讼法》和与其同布实施的司法解释已经初步构造出行政协议诉讼的基本框架,但是抽象的法律条文与灵活多变额行政协议诉讼之间必然会存在“灰色地带”,本文从行政协议诉讼的“法定历程”出发,界定行政协议诉讼的法律内涵,并对行政协议诉讼的受案范围、原告资格以及判决方式做一阐述。

关键词: 行政协议 行政诉讼 受案范围 原告资格 判决方式

《中华人民共和国行政诉讼法》经第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议修改之后,于2015年5月1日正式施行。新《行政诉讼法》的施行填补了我国法律在行政协议制度方面的空白,首次通过法律的形式将行政协议纳入行政诉讼的受案范围。同时,在最高人民法院发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称2015《司法解释》)中,进一步对行政协议的受案范围、诉讼时效、管辖问题、法律适用、判决方式和诉讼费用等问题作出了详细规定。这些具体的法律条文初步构造出行政协议诉讼的基本框架,但是由于法律条文原则性较强且具有抽象性,而行政协议是多变的、不断发展的,这就势必导致法律条文与具体的行政协议诉讼案件之间存在着“灰色地带”。因此,关于行政协议制度的课题在今后的行政协议诉讼实践中将层出不穷。

一、行政协议诉讼概述

(一) 行政协议诉讼的“法定历程”

行政合同^[1]的概念最早出现于2003年2月13日的全国法院行政审判工作会议上。改革开放之前,政府包揽着经济主体的所有重大权利和自由,用自己所具有的强制性权力取代经济主体的自由性权利,呈现出一种“全能”政府的状态。^[2]1978年开始实施的农村生产承包责任制,农民通过签订承包合同的方式取得土地使用权,首次突破了我国历来的“权力型”行政管理模式,可以说是行政合同的初次萌芽。1987年党的十三大进一步明确指出:“无论哪种经营责任制,都要运用法律手段,以契约形式确定国家与企业、企业所有者与企业经营

* 张旭霞,上海政法学院2015级宪法学与行政法学专业硕士研究生,师从关保英教授。

[1] 新《行政诉讼法》施行之前,学界以及正式法律文件中均以行政合同称之。新《行政诉讼法》以“行政协议”将其纳入受案范围,故在本文中,以新《行政诉讼法》的施行为分界点,在此之前称之为行政合同,在此之后则称之为行政协议。另外,所引用的学术著作中称为“行政合同”的不做改动。

[2] 孙笑侠:《契约下的行政—从行政合同本质到现代行政法功能的再解释》,《比较法研究》1997年第3期。

者之间的责权利关系”，从此，在工业、商业、交通运输、外贸、基建、土地等各个领域有了行政合同的“身影”。但是由于现代行政权扩张以及现实生活中民事、行政行为的界限模糊，大量的行政协议争议随之而生，诉诸人民法院的纠纷案件逐年增长，而遗憾的是，我国在行政协议诉讼及其救济制度方面无据可循。

我国的行政合同诉讼制度在1990年《行政诉讼法》实施之前几乎是一片空白。而1990年实施的《行政诉讼法》中，将行政诉讼的受案范围明确限定为单方职权性的具体行政行为，而行政合同纠纷作为一种双方行为故而被排除在司法审查范围之外。在此后很长的一段时间内，关于行政合同诉讼制度的研究更多的是停留在理论研究层面，在学界关于行政合同的学说硕果累累，但是在法律法规方面却鲜有踪迹，而这段期间内的行政合同案件大都通过民事诉讼来解决。直到2008年湖南省人民政府第4次常务会议通过《湖南省行政程序规定》，行政合同的概念首次在立法上得到确定。随着服务型政府的理念不断深入人心，政府向社会购买公共服务不断推进、政府治理方式不断趋于柔性化等多重因素的裹挟下，合作行政已经成为一种“新常态”，而合作行政的参与方式主要是契约治理形式。^[1]因此，将行政协议纳入行政诉讼的受案范围是大势所趋。于是，2015年5月1日起实施的新《行政诉讼法》第12条第1款第11项明确规定：公民、法人或者其他组织认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议提起行政诉讼的，人民法院应当受理。这是自1990年《行政诉讼法》实施以来，首次以法律的形式对行政协议制度所做的专门规定，从此，在我国行政协议争议正式纳入到司法审查的范围之中，行政协议纠纷的解决有了法定的依据。

（二）行政协议诉讼的法律界定

行政协议，是指行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。^[2]从这个定义中可以看出，行政协议设立的目的是为实现公共利益或行政管理目标；行政协议的一方主体为行政机关，另一方主体为公民、法人或者其他组织；行政协议的内容是行政法上的权利义务。

在新《行政诉讼法》未施行之前，行政协议被称为行政合同，我国学者对行政合同的界定有着各自不同的见解。姜明安教授认为“行政合同，也称行政契约，是指行政主体以实施行政管理为目的，与行政相对人就有关事项经协商一致而达成的协议”；^[3]应松年教授认为“行政契约是以实施行政管理为目的而与和管理方的公民、法人或其他组织意思表示一致而签订的协议”；^[4]陈光中教授认为“行政契约是国家行政机关或其他行政主体以实现国家行政管理的特定要求为目的，与行政管理相对人达成的明确双方权利和义务的协议”；^[5]杨海坤教授认为“行政契约是指行政主体为了执行公务，或基于实现公共利益的需要，与公民、

[1] 于立深：《多元行政任务下的行政机关自我规制》，《当代法学》2014年第1期，第14页。

[2] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国行政诉讼法》若干问题的解释（法释[2015]9号）第11条规定：“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标，在法定职责范围内，与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议，属于行政诉讼法第十二条第一款第十项规定的行政协议。”

[3] 姜明安：《行政法与行政诉讼法》（第2版），北京大学出版社2005年版。

[4] 应松年主编：《行政法学新论》，中国方正出版社2004年版，第241页。

[5] 陈光中：《中华法学大辞典：诉讼法学卷》，中国检察出版社1995年版，第656页。

法人或其他组织意思一致的基础上所达成的设立、变更、终止行政法上权利义务的协议”，^[1]等等。

结合我国学者关于行政合同的研究以及2015《司法解释》第11条对行政协议所作出的进一步阐释，可以看出：

第一，行政协议与传统意义上的行政行为不同，它具有自身独特的性质。首先，行政协议具有行政性。具体包括，其一，行政协议的主体具有行政性。从上述行政协议的定义中可以看出，行政协议的一方当事人必须是行政机关；其二，行政协议的内容具有行政性。缔结行政协议是以实现公共利益或者行政管理目标为目的，所以要求所缔结的行政协议必须是与公共事务管理相关且是有行政职权的行政机关为履行其相关的行政职责而缔结；其三，在行政协议的履行、变更或解除中，行政机关享有行政优益权。行政优益权是行政协议的本质特征，在行政协议中，为实现公共利益或者行政管理目标，行政机关可以根据达成行政目标所需而享有不同程度的“管理权”，无论行政协议中对行政优益权有无规定均不影响行政优益权的存在。^[2]其次，行政协议的成立以双方主体意思表示一致为前提。行政协议是一种双方行为，尽管其具有行政性，但它的订立、变更和解除必须是在双方达成合意的情形下。行政协议不同于行政命令等双方行为，行政命令从表面上看也是双方意思的一致，但其本质是行政相对人服从于行政机关的意思表示，而行政协议的成立是在双方共同协商、意思表示一致的前提下，必须符合合同成立过程中要约与承诺的程序要求。最后，行政协议具有法定性。从2015《司法解释》第11条对行政协议的具体阐述中可以看出，行政协议的一方主体必须是行政机关。其不同于民事合同主体，原则上具有法定性。因此，行政协议的权利义务在未经行政机关同意的情况下不得擅自转移，否则行政机关可依据优益权解除行政协议。

第二，行政协议与民事合同在主体、内容和目的等方面也存在着本质的区别。首先，主体标准。民事合同的双方当事人地位是具有平等性，而在行政协议中，双方当事人的地位具有不平等性，因为行政协议的一方当事人必须是行使国家行政权的行政机关，双方当事人处于一种管理与被管理的状态，行政机关始终处于主导地位。^[3]其次，内容标准。行政协议双方主体之间所形成的法律关系主要是行政法上的权利义务关系，其所约定的内容，从本质上说属于行政主体管理社会事务的范畴，从另一个角度讲，行政协议也是一种行政手段。因而，行政协议既有行政性也有合同性，其内容既包括国家强制力也包括主体的自由选择。而在民事合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，^[4]没有任何行政因素的存在，并不体现行政职能。最后，目的标准。区分行政协议与民事合同的关键因素就是缔结合同的目的。行政协议的缔结目的是为了履行法定职责，执行国家公务，实现公共事务，满足国家公共利益的需要，^[5]而民事合同的订立仅仅是双方当事人为了实现个人利益，只涉及私法上的权利义务关系，不存在任何行政因素。另外，行政主体

[1] 杨海坤、章志远：《行政法学基本论》，中国政法大学出版社2004年版，第246页。

[2] 王旭军：《行政合同司法审查》，法律出版社2013年版，第17-19页。

[3] 侯淑梅：《行政合同诉讼法律适用问题研究》，《河南社会科学》2000年第5期。

[4] 《中华人民共和国合同法》（主席令9届第15号）第2条。

[5] 黄晓星：《行政合同违约责任之研究》，《海南大学学报（人文社会科学版）》第21卷第2期。

所享有的行政优益权也是区别于民事合同的最本质特征之一。^[1]为了实现公共利益或行政管理目标,行政机关享有单方撤销、变更或解除合同的权力,而民事合同一旦成立,对双方当事人均有法律约束力,不得擅自变更或解除合同。

二、行政协议诉讼的受案范围

2015《司法解释》第11条第1款规定:“行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议,属于行政诉讼法第十二条第一款第十项规定的行政协议。”根据这一界定可以分析得出,要纳入行政诉讼受案范围的行政协议必须具备主体标准、内容标准以及目的标准三个基本要件。

(一) 主体标准

从上述界定中可以看出,行政协议的主体双方是恒定的,即行政协议的双方主体中,至少有一方必须为行政机关,这是识别行政协议的基础条件,如果没有行政机关参与,所缔结的协议就失去了成为行政协议的可能性。也就是说,在行政协议中,一方主体为从事行政管理、执行公务的行政主体,另一方为行政管理相对人,即公民、法人或其他组织。但是,需要注意的是:

第一,行政主体在从事行政管理、执行公务时,其所缔结的协议目的是为实现公共利益或行政管理目标,首要任务是执行公共事物的管理,在这种情形下所缔结的行政协议具有行政性,是行政管理的一种手段,属于行政协议诉讼的受案范围。但是,行政主体也兼有民事主体的性质,当其基于平等地位与公民、法人或其他组织签订合同时,因双方所缔结的协议仅涉及私法关系,不存在行政因素,因而不属于行政协议,应当纳入民事诉讼的范畴。由此可见,协议双方当事人一方为行政主体,另一方为公民、法人或其他组织时,仅仅是使协议具有了成为行政协议的可能性,还要根据协议所涉及的内容来判定是否属于行政协议诉讼的受案范围。

第二,关于不同区域的地方政府之间、不同政府部门之间为了实现区域合作、部门合作而签订的政府间协议^[2]是否属于行政协议诉讼的受案范围,在学界存在着不同的见解。有的学者认为“行政合同,是指为了实施行政管理目标,行政机关之间,行政机关与相对人之间或行政机关监督下的相对人之间,经相互协商,意思表示一致所达成的协议”;^[3]也有的学者主张“行政合同是行政主体以实施行政管理为目的,而与行政相对人协商达成的协议,并不包括行政机关之间签订的合同”。^[4]但是,从新《行政诉讼法》以及2015《司法解释》来看,这类协议由于双方主体均为行政机关,不符合行政协议诉讼的主体标准,因而应当被排除在行政协议诉讼的受案范围之外。

[1] 黄学贤:《公共利益界定的基本要素及应用》,《人大复印资料——宪法学、行政法学》2005年第1期。

[2] 高俊杰:《新<行政诉讼法>下的行政合同诉讼》,《财经法学》2016年第2期,第82-83页。

[3] 任中杰:《行政法与行政诉讼法学》,中国政法大学出版社1999年版。

[4] 罗豪才:《行政法学》,中国政法大学出版社2001年版。

(二) 内容标准

从2015《司法解释》对行政协议的界定中可以看出,行政协议是行政机关与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议,因而,行政协议的内容标准是设定、变更或消灭行政法上的权利义务。台湾法律学者吴庚在总结台湾地区实践经验的基础上,认为行政机关与私人缔结的契约在内容上有如下四者之一时,即认定其为行政契约:“(一)因执行公法法规,行政机关本应作为行政处分,以契约代替;(二)约定之内容系行政机关负有作出行政处分或其他公权力措施之义务者;(三)约定内容涉及人民公法上权益或者义务者;(四)约定事项中列有显然偏袒行政机关一方或使其取得较人民一方优势之地位者。”^[1]因而,如果协议的内容是行政主体以行政协议的方式设立、变更或消灭行政法律关系,以实现行政管理目的时,应当视为行政协议;若协议的内容只涉及私法上的权利义务时,应当视为民事合同。

(三) 目的标准

协议的目的是判定其是否为行政协议的关键因素,也是大陆法系各国判断行政协议时所用的准则。从2015《司法解释》中可以看出,行政协议所缔结的目的是实现公共利益或行政管理目标。“行政合同与民事合同最根本的区别在于:行政主体签订的行政合同的目的在于实施国家行政管理目标,合同内容属于涉及国家和社会的公共事务等社会公益性内容,而民事合同则没有这方面的功能和内容。”^[2]可以说,行政协议的本质就是执行公务、履行职责的法律行为,如果行政机关签订合同本身就是为了执行公务,那么无论合同中是否规定了当事人有执行公务的义务,均应认为是行政协议。

另外,在2015《司法解释》对行政协议的界定中没有明确体现出来的一点是——行政机关在行政协议中享有行政优益权,对行政协议的履行享有指挥权、监督权、单方变更和解除权以及制裁权,在司法实践中,这是界定行政协议的常用标准。行政协议缔结的目的就是实现公共利益或行政管理目标,假如行政协议的订立和履行只为追逐个体利益而置公共利益于不顾,那么如何实现行政管理的目标呢?^[3]因此,行政主体基于公共利益的需要,在行政协议的履行过程中必须有权进行指挥和监督,有权单方变更和解除合同,对于违反协议义务的行政管理相对人,有权进行相应的制裁。但是需要明确的是,行政优益权的本质是公共利益优益,并不是行政主体优益。首先,行政协议是行政管理的一种手段,在行政协议的订立以及履行的整个过程中,行政机关占有主导地位,这种主导性直接的外在表现就是对行政协议的指挥权。基于公共利益实现的需要,行政主体可以利用其作为行政协议缔结方以及国家行政管理权行使者的双重角色,对行政协议相对人的履行现状进行指挥。^[4]但是,这种指挥权是有限度的,它仅以保障行政协议正常履行为界,不得滥用权力对行政相对人的合法权益进行干涉;其次,在行政协议履行的过程中,行政机关享有对行政协议履行情况进行监督的权力,其监督权的范围与程度,根据行政协议的种类的不同而有所差异,行政相对人对行

[1] 李震山:《行政法导论》,台北三民书局2009年版,第381页。

[2] 李惠宗:《行政法要义》,台北元照出版社2007年版,第380页。

[3] 孙笑侠:《契约下的行政——从行政合同本质到现代行政法功能的再解释》,《比较法研究》1997年第3期。

[4] 朱剑:《行政合同法律适用若干问题研究》,华东师范大学2007年硕士学位论文。

政机关的依法监督应当遵守与服从。再次,行政协议的订立是行政机关为了执行公务,实施行政管理的一种行政手段,在行政协议履行的过程中,如果国家的相关法律、政策或重大国民经济计划的修改或调整,已缔结的行政协议已经不符合公共利益的要求时,行政机关应该依据情况的变化以及变化的程度,单方面的作出变更或解除行政协议的决定,由此对行政相对人造成的损失应当给予补偿。同样,这种单方变更和解除行政协议的权利行使是有条件与限度的,要遵循公平原则、合理原则以及合法原则,不得滥用此种权力。最后,行政机关不仅仅是行政协议的一方当事人,同时也是行政协议的管理者一方。基于行政管理的需要,当行政协议相对人损害公共利益或出现违法行为时,行政机关应当进行必要的处置,以免影响整个行政管理目标的实现过程。同样,这种制裁应当以行政协议相对人损害公共利益或有违法行为为前提,不得滥用,同时不得超出法律规定的幅度。行政优益权是行政协议的本质特征,但是,绝对的不受限制的行政优益权是不存在的。

新《行政诉讼法》第12条第1款第11项以及2015《司法解释》第11条第2项明确规定纳入行政诉讼的行政协议有:政府特许经营协议和土地、房屋等征收征用补偿协议。除此之外,依照上述行政协议确定标准,现行立法明确规定的如《政府采购法》第五章所规定的政府采购合同,《土地管理法》第14条和第15条规定的土地承包经营协议等也应当纳入行政协议受案范围。

三、行政协议诉讼的原告资格

行政协议诉讼的原告资格,是指行政协议当事人依据法律的规定,向人民法院提起诉讼的资格。民事合同中双方当事人均享有起诉权,而行政协议中主体双方是否都具有原告资格在理论界以及实务界存在着不同的看法。

一般来说,公民、法人或其他组织作为行政协议的相对人,因行政协议纠纷提起诉讼的原告资格不存在争议。在行政协议中,公民、法人或其他组织作为行政协议的一方主体,其地位相对于行政机关而言较弱。虽然行政协议是在双方合意一致的前提下缔结的,但是由于行政协议的行政性以及行政机关在行政协议履行过程中享有行政优益权,行政机关在行政协议的订立以及履行过程中占有主导地位。赋予公民、法人或其他组织行政协议诉讼的原告资格,有利于其在行政机关滥用职权侵害其合法权益时向法院提起诉讼,以维护自己的合法权益不受损害,同时也是对行政机关实施行政管理职能以及行使行政权的监督。

在行政协议纠纷中,当行政协议的相对人不履行行政协议时,行政机关是否可以作为原告针对行政相对人的违法行为提起行政诉讼,是否具备行政协议诉讼的原告资格,理论界以及实务界尚有不同的看法。素有“行政法母国”美誉的法国,在行政协议诉讼原告资格的问题上秉持的立场是,所有与合同有关的人只有在权利受到影响时才有权提起诉讼,不仅公民可以提起行政合同诉讼,作为合同一方当事人的行政机关也有权提起。^[1]在德国,行政协议诉讼的原告既可以是公民,也可以是行政机关,通常是公民一方不履行合同义务,而行政合

^[1] 王名扬:《法国行政法》,中国政法大学出版社1998年版,第708页。

同当事人中又没规定资源接受假执行条款时,行政机关可以提起诉讼。^[1]在我国,传统行政管理观念认为,由于行政优益权的存在,行政机关一般不需要借助法院的力量推行行政意志,故行政机关并不需要作为原告提起诉讼。但有学者认为,行政协议的发展趋势朝着民主化以及平等化的方向,其是双方合意一致的产物,与行政命令等双方行为不同,行政协议不具有类型行政命令等行政行为那样的强制力。行政机关自身的解决纠纷的能力是有限的,行政协议的履行以及行政协议纠纷的解决必须依靠法院的力量来推动。^[2]另外,在行政协议纠纷案件中,只有当行政机关行使优益权时,其行政意志才可能像具体行政行为那样得到彻底的贯彻。而当纠纷的引发不是由优益权引起的,而是行政机关与行政相对人之间因行政协议的经济问题而产生争议时,例如,因行政相对人的过错导致行政协议无法履行,对于行政机关遭受的损失的违约赔偿金的确定,应当由法院居中裁定,行政机关不能以自己单方意志强加于行政相对人之上。^[3]所以,行政机关也有要求法院救济的需求,也需要具备行政协议诉讼的原告资格。此外,从行政相对人的角度来说,承认行政机关的原告资格也有利于对相对人权益的保护。假使行政机关的行为可以不经过诉讼过程中正当程序的审查,那么行政机关难免采取对自己有利的其他途径,这样反而会令不利于相对人的情况发生。^[4]

关于行政机关是否具有原告资格的问题,我国学者的主流观点认为,行政诉讼的目的是对行政机关行使行政职权、管理公共事务的职能进行监督,从而保障公民的合法权益不因行政职权的滥用而受到损害。在行政管理过程中,行政机关处于管理者的地位,较行政相对人而言,具有一定的优势。如果赋予行政机关提起行政协议诉讼的原告资格,将使行政相对人在行政管理中处于更加不利的位置。同时,在行政协议的履行过程中,行政机关享有行政优益权,若行政机关认为行政相对人从事违法活动或其行为不利于实现公共利益或行政管理目标时,在其法定职权范围内,可以依据法律规定对行政相对人进行制裁,无需求助于法院。另外,根据新《行政诉讼法》第12条第1款第11项的规定:“公民、法人或者其他组织认为行政机关不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议、土地房屋征收补偿协议等协议提起行政诉讼的,人民法院应当受理。”从法律条文中可以看出,行政协议诉讼的原告被限定为行政协议的相对人,即公民、法人或其他组织。因此,在现行法之下,行政机关不能作为原告就行政相对人不履行行政协议的行为提起行政诉讼。那么,当行政相对人不履行行政协议时,行政机关可以通过何种途径解决呢?我国《行政诉讼法》第97条规定:“公民、法人或者其他组织对行政行为在法定期间不提起诉讼又不履行的,行政机关可以申请人民法院强制执行,或者依法强制执行。”而根据1998年最高人民法院公布的《关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》,非诉执行仅限于“行政处罚决定、行政处理决定”,对于行政协议是否可以作为法院非诉执行的标的,最高人民法院并没有给出进一步的解释与规范。但在司法实践中,对于行政相对人不履行行政协议的行为,法院裁定通过非诉执行的方式使行政相对人履行协议,以实现行政管理目标。例如,平阳县国土资源局

[1] 安晶:《行政合同诉讼研究》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2007年第3期。

[2] 余凌云:《行政法学讲义》,清华大学出版社2010版,第271页。

[3] 李春雨:《解决行政合同案件的路径依赖》,《社科纵横》2008年6月第23期。

[4] 安晶:《行政合同诉讼研究》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2007年第3期。

向浙江省平阳县人民法院申请强制执行浙江工信环保科技有限公司补交国有建设用地使用权出让金一案^[1]中,法院指出:“本案中申请执行人与被执行人签订的《国有建设用地使用权出让合同》是平阳县国土资源局为实现土地管理目标而与被执行人签订的具有行政法上权利义务内容的协议,不仅为双方当事人意思自治的结果。故该协议属于行政协议,属于可诉的行政行为。其本身就具有公定力、确定力和执行力,行政相对人不履行协议时,行政机关可以依照《中华人民共和国行政诉讼法》第97条之规定向法院申请强制执行。……本院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第97条、《中华人民共和国行政强制法》第57条之规定,裁定准予强制执行申请执行人平阳县国土资源局要求被执行人浙江工信环保科技有限公司补交土地出让金的申请执行内容。”

四、行政协议诉讼的判决方式

新《行政诉讼法》第78条^[2]以及2015《司法解释》第15条^[3]对行政协议诉讼的判决方式作了详细规定。具体为继续履行、采取补救措施以及赔偿损失或补偿三种类型。但是,行政协议诉讼也是行政诉讼的一种类型,并且在行政协议纠纷案件中,行政相对人往往会提出多种诉讼请求,所以,应当在新《行政诉讼法》以及2015《司法解释》规定的判决方式的基础上,根据行政协议诉讼的具体情况,对判决方式加以灵活运用。

第一,维持判决。在行政协议履行的过程中,行政相对人认为行政机关行使优益权的行为对其合法权益造成了侵害而向人民法院提起诉讼,法院对依照法定程序对行政机关在行政协议履行过程行使优益权的目的、方式、职权限度以及行政行为的合法性、合理性进行全方位的审查,若认为被诉行政行为符合法律规定以及行政协议的约定,应当判决维持行政机关的行为,以保证公共利益以及行政管理目标的实现。

第二,撤销(或部分撤销)判决。行政机关在行政协议的履行过程中享有行政优益权,若行政协议相对人对行政机关在行政协议履行过程中行使优益权的行为不服而向人民法院提起诉讼,人民法院依照法定程序对行政机关的行为进行合法性以及合理性的审查,认为行政机关在协议签订或履行的过程中,有如非基于公共利益的需要而单方解除合同等不当行使优益权的行为时,人民法院应当判决撤销该行政行为,判令行政机关继续履行原行政协议的内容;^[4]若行政机关在行政协议的订立过程中采取欺诈、胁迫等手段或未公开相关信息造成行政相对人产生重大误解等情况时,人民法院可以撤销该行政协议,以保障行政相对人的合法权益不受损害。

第三,变更判决。基于行政管理的需要,当行政协议相对人损害公共利益或出现违法行

^[1] 《平阳县国土资源局与浙江工信环保科技有限公司非诉执行审查裁定书》(2016)浙0328行审306号[Z]。

^[2] 《行政诉讼法》第78条规定:“被告不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除本法第十二条第一款第十一项规定的协议的,人民法院判决被告承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等责任。”

^[3] 《中华人民共和国行政诉讼法若干问题的解释》第15条规定:“原告主张被告不依法履行、未按照约定履行协议或者单方变更、解除协议违法,理由成立的,人民法院可以根据原告的诉讼请求判决确认协议有效、判决被告继续履行协议,并明确继续履行的具体内容;被告无法继续履行或者继续履行已无实际意义的,判决被告采取相应的补救措施;给原告造成损失的,判决被告予以赔偿。”

^[4] 杨解君:《中国行政合同的理论与实践探索》,法律出版社2009年版,第177页。

为时,行政机关应当法律规定对行政相对人进行必要的处置与制裁,以免影响整个行政管理目标的实现过程。在行政协议履行的过程中,行政机关因行政相对人的违法行为导致公共利益或行政管理目标难以实现时,依照法定职权对其制裁,如果行政相对人认为行政机关的处罚过重,可以请求人民法院予以变更。

第四,限期履行法定职责。在行政协议履行的过程中,如果行政机关负有法定职责而不履行或迟延履行时,人民法院应当判决其限期履行法定职责。但是,在行政协议中,行政机关既具有法定职责,也具有行政协议中约定的义务,当行政相对人要求行政机关履行的并非的法定职责而是行政协议约定的义务时,人民法院应当如何判决,新《行政诉讼法》以及2015《司法解释》并没有给出答案,理论界对此有着不同的看法。有学者认为,行政机关的合同义务,在本质上属于行政机关的法定职责,行政机关不履行合同义务的实质就是未履行法定的职责;^[1]而有的学者则认为,行政协议约定的义务与法定职责是由本质区别的。法定职责是法律条文明确规定,对其进行的是合法性的审查,而对于行政协议约定的义务则属于事实认定的合约性审查。因此,如果人民法院认定行政机关不履行或迟延履行行政协议约定的义务时,应当判决行政主体限期履行原行政协议约定的义务。^[2]

“欲使行政合同引发的纠纷,能够在保障公共利益和平衡公私关系的前提下得到妥善的解决,进入行政诉讼管道应该是一项更优的选择。”^[3]新《行政诉讼法》的颁布正式将行政协议纳入行政诉讼的轨道,同步实施的2015《司法解释》进一步细化行政协议诉讼的相关内容,从而在立法上首次统一规范了行政协议及其纠纷解决机制,是行政法上的一个重大进步。但是,在行政协议诉讼制度的相关法律制度完善方面还存在着巨大的缺失,因此,行政协议纳入行政诉讼的受案范围只是一个开端,今后在理论上和司法实践中行政协议诉讼将面临更多需要解决的课题。

参考文献

- [1] 姜明安,行政法与行政诉讼法(第2版)[M],北京大学出版社,2005.
- [2] 应松年,行政法学新论[M],中国方正出版社,2004.
- [3] 陈光中,中华法学大辞典:诉讼法学卷[M],中国检察出版社,1995.
- [4] 杨海坤、章志远,行政法学基本论[M],中国政法大学出版社,2004.
- [5] 王旭军,行政合同司法审查[M],法律出版社,2013.
- [6] 任中杰,行政法与行政诉讼法学[M],中国政法大学出版社,1999.
- [7] 罗豪才,行政法学[M],中国政法大学出版社,2001.
- [8] 李惠宗,行政法要义[M],台北元照出版社,2007.
- [9] 王名扬,法国行政法[M],中国政法大学出版社,1998.
- [10] 应松年,行政法与行政诉讼法学[M],法律出版社,2004.

(责任编辑:袁小冬)

^[1] 朱福惠、何鸣主编:《行政法案例精解》,厦门大学出版社2004年版,第49页。

^[2] 王寨华:《行政合同司法救济探析》,苏州大学2005年硕士学位论文。

^[3] 郑春燕:《大陆行政合同的审查现状与困境》,《浙江社会科学》2014年第11期,第115页。

论国际私法中的公共秩序保留制度

郭艺晨*

摘要:公共秩序保留制度是国际私法中一项重要的制度,目的是为了限制外国法在本国的适用。公共秩序保留制度有着悠久的历史,早在13世纪意大利的巴托鲁斯就提出了公共秩序理论。本文以国际私法中的公共秩序为对象,主要采用了历史分析法、比较分析法等方法对公共秩序的相关问题展开了一系列探讨。本文主要分为三个部分:第一个部分为公共秩序的概述,这一部分首先介绍了世界各国对于公共秩序的不同表述,接着从历史发展的角度阐述了公共秩序发展至今的演变过程;第二部分分析比较了世界各国的立法方法立法标准以及各国的司法实践;第三部分则主要分析了我国现阶段对于公共秩序的相关规定,并针对我国立法中存在的不足提出了建议,对于完善我国乃至世界国际私法立法具有重要的现实意义。

关键词:公共秩序保留 立法 司法

一、公共秩序保留概述

(一) 公共秩序保留制度的含义

公共秩序保留,英美国家称之为“公共政策”,大陆法国家称之为“排除条款”或“保留条款”,或统称“公共秩序”。^[1]就法律制度而言,国际私法上的公共秩序是指一国法院根据其冲突规范的指引本应适用外国法时,因外国法的适用会与法院地国的重大利益、基本政策、道德或法律的基本原则相抵触,而排除其适用;或者在外国法院做出的判决需要在本国承认和执行时,如本国认为承认和执行该外国法院判决将与自己的公共秩序相抵触,便可拒绝执行或承认。^[2]

公共秩序的概念是笼统含糊的,具有不确定性、可变性、争辩性等特点,并且长期以来,在不同的国家和地区,对于公共秩序保留的说法都不统一,例如,法国在1804年《法国民法典》第6条中,将公共秩序保留制度规定为“善良风俗”、“公共秩序”;而在德国,公共秩序被定义为“善良风俗或者德国法之目的”,“法律的基本原则和基本权利”;公共秩序在英国被称为“公共政策”,其在英国适用的很少,因为英国适用的是住所地原则。威希尔把这种公共政策解释为“公平正义观念”、“道德观念”等。由此可见,公共秩序概念的不确定性和模糊性导致了该制度在适用上具有很大的伸缩性,每个国家根据本国的不同情况,都将符合自己利益的概念来定义公共秩序,使得公共秩序制度在本国尽可能大的发挥作用。

(二) 公共秩序保留制度理论的历史发展

1. 早期的公共秩序理论

公共秩序理论起源于中世纪时期,萌生于十三、十四世纪的意大利。意大利法则区别说

* 郭艺晨,上海政法学院2016级刑法学专业硕士研究生,师从江维龙副教授。

[1] 张潇剑:《国际私法论》,北京大学出版社2004年2月第1版,第179页。

[2] 黄进、郭华成:“再论国际私法中的公共秩序问题”,《河北法学》1998年第2期。

的问世代表着真正意义上冲突法的出现。该学说的代表人物是巴托鲁斯。他主张从法则的性质出发,将法则分为人的法则、物的法则和混合法则,认为物法只在本国领域内发生效力,而人法还具有领域外的效力。与此同时,他又将法则区分为“善法”和“恶法”,人法中“令人厌恶的法则”在领域外无效,外国法中“令人厌恶的法则”在域内适用时也遭到了限制。巴托鲁斯从主观角度出发,根据法律内容的善恶来判断法条是否适用,从而从防止“恶法”的适用的角度提出公共秩序理论。这一理论是公共秩序保留的雏形,但是在当时没有得到充分发展。

17世纪胡伯创立了国际礼让学说,这使得荷兰在冲突法中的地位上升并取得了领导地位。与法则区别说不同,胡伯不再将法则分为人法或物法,而是以是否侵犯他国的主权利益为标准,如果在适用外国法时会导致损害国家主权或国民利益的情况发生,就将适用公共秩序制度以限制外国法的适用。胡伯从客观角度出发,不是根据法律内容的善恶而是基于国家利益而决定是否排除外国法的适用,首次将公共秩序与国家利益结合起来考虑,完善了公共秩序制度,对公共秩序后世的发展做出了重大贡献。此外,巴托鲁斯的法则区别说只是用来解决区际法律冲突,公共秩序理论也就只属于区际公共秩序理论,而国际礼让说则站在国家间关系的高度,解决国际间的法律冲突,使得之前区际公共秩序理论发展为国际公共秩序理论。

2. 19世纪的公共秩序理论

19世纪的公共秩序理论较之以前有了很大的发展,这主要得益这一时期重要的三位人物,分别是美国的斯托里、德国的萨维尼和意大利的孟西尼,他们对国际私法的贡献巨大,同时形成了不同而各具特点的公共秩序理论。

斯托里借鉴了之前的“国际礼让”学说,他主张当适用外国法会损害本国利益时,便可适用公共秩序保留,即外国法的适用是出于国际礼让,一国适用外国法为的是本国的法律在外国也可以适用,但前提是禁止其他国家的规则、惯例还有风俗颠覆本国的习惯、利益政策。但他并没有对公共秩序保留加以限制,他认为,无论什么时候,主权者都可以援用公共秩序适用本国的法律,限制排除外国法的适用,因为这是从国家主权派生出来的权利。斯托里对于公共秩序的分析是有限的,因为他把公共秩序当做一种特殊的国际私法的特征,当国家逐渐习惯根据普通的标准解决冲突时,公共秩序就会变得不那么重要了。

19世纪中叶,萨维尼提出了“法律关系本座说”,他主张,在确定适用内国法还是外国法时,要根据该法律关系的性质来选择,他将所有国家的法律分为任意法和强制法,而强制法又分为两类:第一类强制法的制定是为了保护个人的利益;另一类是根据良好道德、法律的基本原则、社会基础价值或为基础的社会秩序所接受的根深蒂固的价值观、主权以及国家利益制定的。^[1]在这两类强制法中,只有后一种是在本国绝对适用,排除适用外国法。而第一类法律中若根据冲突规范必须适用外国法时,则必须适用外国法。

孟西尼是意大利学派的奠基人,他提出了以国籍主义为核心的三原则,分别为国籍原则、主权原则和意思自治原则。他认为国籍在法律选择中发挥着决定性作用,无论何种法律关系,都应该以当事人的国籍法作为准据法,意思自治则是国籍原则的例外,即合同当事人有选择

^[1] 马德才主编:《国际私法中的公共秩序研究》,法律出版社2010年12月第1版,第18页。

适用何种法律的自由,而无需适用本国法。但是这两项原则都不得违背公共秩序原则,他将公共秩序原则作为国际私法的基本原则,适用于内国的一切人、一切事物和所有行为。孟西尼大大提高了公共秩序的地位,完善了公共秩序保留制度,该时期的公共秩序保留制度已完全成型。

3. 当代的公共秩序理论

20世纪的国际私法步入了一个新纪元,这一时期的公共秩序理论被称作当代公共秩序理论。库恩、威希尔、莫里斯、多林革等都是这一时期涌现出的学者,并提出了公共秩序的理论,公共秩序理论在英美法系兴盛,不同于大陆法系从法律分类角度研究公共秩序,他们是从适用的场合来探讨公共秩序的。

库恩遵循了斯托里的思路研究公共秩序,但他看出了斯托里理论的不足之处,对适用公共秩序的情况加以限制,并非在任何时候都可以援引。他认为,公共秩序适用以下几种情况:

(1) 外国法律适用违反法院地国的重要政策;(2) 外国法律的适用违反法院地国的禁止性规定(3) 外国法律中的禁止性规定未获得法院地国的确认;(4) 外国法律适用违背文明国家的道德。^[1]他克服了斯托里的缺陷,具有一定的进步性。

英国的威希尔认为公共政策与国际私法原则关系密切,并提出了“特殊政策”的概念,他认为如果外国法违背了他所提出的“特殊政策”则不得适用。其中“特殊政策”包括英国公平正义的观念道德观念以及人和行动自由的观念、与外国的友好关系等。由此可见,公共秩序保留制度理论的发展经历一个由不完善到完善的进步过程,由最初的拒绝适用“令人厌恶的法则”发展到最后维护国家的重大利益、社会公共利益、基本原则以及国家间正常生活秩序等。公共秩序理论内容得到了不断丰富和完善。

二、公共秩序的立法与司法实践

(一) 公共秩序的立法

1. 公共秩序的立法方法

对于公共秩序的规定,各国有不同的立法方式,主要有三种:间接限制、直接限制以及合并限制的立法方法。

间接限制的立法方法就是规定本国的某些强制性规范直接适用于涉外民商事案件,在本国范围内具有排他的约束力从而间接排除了外国法的适用。此种立法方法体现了公共秩序的积极肯定的作用,就是当内国法的规定涉及了国家的重大利益、道德和法律的基本原则时,则必须直接适用内国法的这些规定而不再适用外国法,而不管内国冲突规范是否规定适用外国法。间接限制的立法方式的形式经常为单边冲突规范,而且经常需要有权机关的解释才可以适用。所以该种立法方式很少被采用。

与间接限制的立法方式相反,直接限制的立法方式体现了公共秩序消极的否定作用,这种方法是在国际私法中直接明文规定,若外国法的适用与本国的公共秩序相抵触时,则不得

^[1] 黄进主编:《国际私法》,法律出版社2005年2月版,第213页。

适用该外国法。这种立法方式在实践中较为灵活,取决于法官的自由裁量权,因而这种立法方法为大多数国家所适用,如日本、波兰、土耳其、奥地利等国。^[1]我国立法也采用了这种方式,如《民法通则》第150条规定,这条规定直接表明适用外国法律不得违背我国的社会公共利益。除了国内立法,国际私法条约也适用这种方法。

将间接限制的立法方法与直接限制的立法方法结合起来规定公共秩序的立法方法就是合并限制的立法方法。它不同于直接立法也不同于间接立法,而是将两者结合起来,兼具两种立法方法的特点。意大利、瑞士等国家便是采用的此种方法。此种立法方法结合了直接限制立法和间接限制的立法的优点,既具有强行性规定,同时又赋予法官自由裁量权,因此更加完善,更有利于本国法的基本原则的实现。

2. 公共秩序的立法标准

公共秩序保留制度的作用是排除或限制外国法的适用,从而达到保护本国利益的目的。在实践中,往往需要判断外国法是否违背了法院地国的根本利益,判断的标准有两种,分别是主观说和客观说。

主观说标准是指判断外国法是否违背公共秩序的标准是外国法规定的内容是否与公共秩序相抵触,即当法院地国适用外国法时,若外国法的内容与法院地国的公共秩序相抵触则排除外国法的适用,而不论具体案件的适用结果如何。如《卡塔尔国民民法典》第38条就是采用了此种立法标准。这种立法标准的重点是外国法规则本身的有害性。法国的巴迪福对此观点也持赞成态度,他认为法官应以公共秩序为由拒绝适用其内容不能接受的法律。主观说只需确定外国法的内容即可,而不需研究具体案件,具有简单方便的优点。但是,主观说标准也有其自身的缺点,适用此标准会使得外国法适用的范围缩小,导致公共秩序的滥用,对于许多涉外案件中本应适用的外国法因公共秩序得不到适用,因此较少国家采用此种标准。

客观说标准判断外国法的适用是否适用公共秩序的标准是具体案件中外国法的适用结果是否违背法院地国的公共秩序。具体又可分为联系说标准和结果说标准。联系说的观点为个案与法院地国的联系程度是判断是否排除外国法的标准,具体来说,如果个案与法院地国的联系为实质性联系才可拒绝该外国法的适用。联系说在实践中需要法院地国分析个案与法院地国的联系,实际上这种分析带有主观性,因而也可能导致公共秩序的滥用。有些国家明确反对联系说这种标准,也有些国家将其与结果说相结合,如比利时,但是单纯采用联系说的标准实属少见。而结果说侧重于外国法适用的结果是否违背公共秩序原则,若违背,则排除外国法的适用。结果说克服了前两种标准的缺点,抑制了公共秩序的滥用,有利于个案的公平解决,日本、法国、德国、瑞士等国家都采用此种标准。虽然客观说相比较主观说适用起来没有那么方便,但是客观说更重视个案,具体情况具体分析,有利于个案公正。

(二) 公共秩序保留制度的司法实践

对于公共秩序保留制度的司法实践,大陆法系国家与英美法系国家不同,大陆法系对于该制度的适用较为频繁,而英美法系则适用较少。下面将比较分析公共秩序保留制度在两大法系适用的不同。

^[1] 黄进主编:《国际私法》第2版,法律出版社2005年版,第215页。

1. 大陆法系国家关于公共秩序保留制度的司法实践

大陆法系国家以法国、德国为代表,其中法国是最早将公共秩序制度用法律的形式来规定的国家。1804年的《法国民法典》第3条和第6条规定了公共秩序原则,在司法实践中,法国最初受到孟西尼“原则说”的影响,不适当的对公共秩序制度进行了滥用,扩大了公共秩序制度的适用范围,如将外国法同本国法的不同作为公共秩序的一部分。目前,法国在实践中开始采用“例外说”,将公共秩序当成一种例外,排除适用违背法国公共秩序的外国法。

德国在适用公共秩序时则较为谨慎,因为德国受到萨维尼“例外说”的影响。1896年《德国民法施行法》第30条,1999年修正的《德国民法施行法》第6条都对公共秩序的适用设置较为严格的限制,例如第30条规定表明,如果外国法自身就违背德国的善良风俗,或者外国法本身不违背善良风俗,但是其适用会德国法目的相抵触,这些外国法都必须排除适用。修改后的第6条也作了规定,只要外国法违反了德国法的基本原则和基本权利,那么该外国法在德国都将得不到适用。由此可见,这两条规定包含着适用公共秩序排除外国法的适用的以下条件:首先是根据冲突规范的指引应当适用外国法律,其次是对外国法律适用结果的审查,最后是明显不符合德国法律的根本原则。在司法实践中,外国法律的适用如果损害了德国的基本权利则属于明显与德国法律基本原则不符合的情况,即是否损害德国的基本权利是判断外国法律的适用是否违背德国法律基本原则的标准。但是需要注意的是,此判断标准在国内案件和涉外案件中适用不同,须对其进行解释从而确定哪些适用于国内案件哪些适用于涉外案件。

2. 英美法系国家关于公共秩序保留制度的司法实践

公共秩序在英国的适用较少,而且比起大陆法系国家,公共秩序在英国的重要性也小。这是因为:首先,英国属人法的连接点是住所地而不是国籍,因此大部分案件适用的是英国法,不涉及外国法适用的问题,适用公共秩序的机会也就少了很多;其次,英国的许多法官都认为,不能由法官决定什么构成公共秩序问题,这会造成很大的不确定性和混乱性;最后,英国法院经常将外国法的某些制度解释为具有公法性质,从而以公法严格的属地性而排除外国法的适用。虽然公共秩序在英国适用很少,但也存在援引公共秩序排除外国法适用的情况,主要包含两种情况:一种是涉外合同案件。这些合同类型包括:限制贸易合同、在胁迫或强制下签订的合同、涉及有欺诈和败坏因素的离婚合同等。第二种则是涉及外国身份的案件,英国法院不承认任何根据歧视性而取得的身份。除这两种案件之外,英国适用公共秩序的例子则极为罕见。

公共秩序在美国被称作“公共政策”。美国的《第一次冲突法重述》和《第二次冲突法重述》都明确规定了公共秩序这一政策。公共秩序在美国的司法实践中,与英国相似的是,其在州际民商事案件中同样大量适用。早期的公共秩序建立在斯托里“礼让”的学说基础上,因而赋予了法官较大的自由裁量权,公共秩序也是允许被广范的援用的。最典型的便是德克萨斯州采用的“非相似理论”,即指当外国(州)法与法院地国(州)法不相似的时候,不考虑适用外(州)法。^[1]但是后来由于一些美国学者对传统的国际私法在法律适用问题上进行了猛烈的抨击,“非相似理论”开始被美国法院限制适用,美国法院不能仅仅以与法院地

[1] 赵万一主编:《上大法学评论》(第4辑),中国法制出版社2009年版,第215页。

国不同而对外国法排除适用,而必须是在法院地国看来涉及道德观念的。这说明美国对于公共秩序的态度发生了转变,转变成为了限制适用的态度,这也成为了后来公共秩序在美国发展的大致趋势。最近十几年来,美国法院在司法实践中适用公共秩序的判例呈下降趋势,这是因为美国法院在决定应当适用的准据法时,要考虑多种因素而不仅仅是公共秩序这其中的因素,公共秩序就不再是排除外国法的唯一情形;除此之外,还有另一种原因是美国法院严格限制公共秩序在各州之间的适用,在美国调整州际法律冲突适用公共秩序拒绝外国法适用时,要受到宪法原则“充分忠诚信任条款”的限制,还要受其他宪法原则的限制,因此公共秩序适用范围狭窄,也就减少了公共秩序的适用。虽然公共秩序在美国的地位在理论上有所弱化,但是在实践中公共秩序仍在美国冲突法体系中发挥着巨大作用。

三、我国国际私法中的公共秩序

(一) 我国关于公共秩序的相关规定以及简要评析

公共秩序在我国一般称为“公共秩序保留”或“公共利益”,我国的相关立法从不同方面规定了公共秩序保留制度。新中国成立后,1950年《关于中国人与外侨、外侨与外侨婚姻问题的意见》中就有关于公共秩序的规定,在合同领域中,1985年《中华人民共和国合同法》采用间接限制的方法对公共秩序作出规定,体现在第4条:“订立合同必须遵守中华人民共和国法律,并不得损害中华人民共和国的社会公共利益;”第5条第2款规定:“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同,适用中华人民共和国法律。”1999年《合同法》施行,其对公共秩序做了相似规定,《涉外经济合同法》随之失效。1987年的《民法通则》的第150条对公共秩序保留制度做出了规定,这条主要从法律适用的角度,并且采用了直接限制的立法方式以及结果说的立法标准,明确规定适用外国法律或者国际惯例时不得违背我国的公共利益。此外,《中华人民共和国海商法》第276条和《航空法》第190条都做了同样的规定。我国2011年4月1日颁布的《涉外民事法律关系适用法》中第4条规定,若我国的法律对于涉外民事关系做出了强制规定,就直接适用我国的强制性规定,不再适用外国法律。第5条规定了,在适用外国法律时,如果会损害我国的公共利益的,那么该外国法在我国也得不到适用,即适用我国的法律。这一规定对公共秩序保留制度进一步发展完善,明确规定了当排除外国法适用时适用我国法律来代替,填补了之前立法上的空白,并且同样采取了直接限制的立法方法和结果说的立法标准。

从上述立法中可以看出,我国立法对公共秩序予以了肯定并对公共秩序做了较为全面的规定。在我国的相关立法中,我国用“社会公共利益”一词规定公共秩序保留制度,由于公共秩序的概念模糊具有弹性并且没有准确的定义,因此,应将“社会公共利益”与“公共秩序”理解为同一个意思。我国立法中对于公共秩序主要采取了直接限制的立法方法,这种立法方式较为灵活,在适用时赋予了法官一定的自由裁量权,但是这种自由裁量权需要得到约束和限制,以防止法官对于该制度的滥用,因为一旦被滥用,不仅会影响到审理结果的公正合理而且会影响到国家之间的利益。同时,在《合同法》中又采取了间接限制的立法方法,

这种合并限制的立法方法更加有利于保障和维护我国的公共秩序。最后,《涉外民事关系法律适用法》的颁布实施体现了我国立法上的进步与完善,因为在其颁布之前的立法中没有关于排除外国法和国际惯例后适用哪国法的规定,而在《涉外民事关系法律适用法》第5条中,明确规定适用我国法律来代替外国法和国际惯例,这一规定填补了之前立法上的空白,在司法实践中有利于法官的操作,避免自由裁量权的滥用。

(二) 我国公共秩序制度存在的问题及对策

虽然我国法律对公共秩序做了较为全面的规定,但是仍存在着许多不足之处,主要有以下几点:

首先,我国关于公共秩序的含义的条文的表述比较模糊并且所表达的内涵不能达到统一。我国相关的法律条文一般用“社会公共利益”来表述公共秩序。而《民事诉讼法》中对于公共秩序的表述还包括“法律的基本原则”、“主权”、“安全”等内容,其内涵显然比《涉外民事关系法律适用法》等法律中所表述的范围要宽很多,两者明显不一致;此外,我国用“社会公共利益”来代替“公共秩序”的使用,并且没有对“社会公共利益”作出明确的解释,这可能会导致法官对其进行任意解释,进而造成对公共秩序制度的滥用。因此,我国在立法中,应将公共秩序保留制度明确地表述为国际上通行的“公共秩序”来代替“社会公共利益”。而《民事诉讼法》中有关公共秩序的规定,因为涉及司法协助领域,根据《海牙送达公约》、《海牙取证公约》,其中的条款将公共秩序限定在“主权或安全”的范围内,我国又是这两个公约的缔约国,所以《民事诉讼法》中应将公共秩序表述为“公共秩序、主权或安全”。

其次,我国对于公共秩序采取了主观说和客观说双重立法标准。在我国,《民法通则》以及《海商法》、《航空法》采取了客观说中的结果说标准,而《合同法》和《民事诉讼法》中却采取了主观说的立法标准。在实践中,采用双重标准会导致同一个案件产生不同的处理结果从而造成自相矛盾的结果。由于主观说可能导致法官的随意判断,客观说中的结果说相比主观说更加客观,能够有效防止公共秩序的滥用,因此我国应统一适用结果说标准,取消主观说标准。

再者,在排除了外国法的适用后关于法律选择的问题,我国《涉外民事关系法律适用法》第5条规定适用中华人民共和国法律即我国的法律,这一规定填补了之前立法上的空白,但是一律适用我国法律的规定存在着弊端。因为在具体案件中,我国的法律不一定是与案件具有最密切联系的法律,而且由于法官对本国法比较熟悉,所以可能造成法官随意适用公共秩序排除外国法适用本国法的情况,显然与立法目的不符,结果也有失公正。在各国立法中,对于法律选择的规定一般有两种方式:一种是只能适用法院地国法作为替代法律,如匈牙利;而另一种则是以选择适用法院地法的方式作为外国法的替代,这种方式为大多数国家所采用。我们可以参照大多数国家所采用的这种做法,即如果在排除了外国法的适用后,可以选择与该案件有最密切联系的另一外国法,如果没有另一国法时,可以选择适用中华人民共和国法。

最后,我国规定公共秩序的条款中没有体现出对公共秩序的限制。当今世界许多国家的国际私法立法及国际条约中都呈现出对公共秩序限制适用的趋势,如《瑞士联邦国际私法

规》第17条规定,该条规定将“明显违反”作为适用公共秩序的限制条件。而我国现行法律的相关条款中,则没有使用“明显地”、“重大的”此类字眼,所以公共秩序的适用就得不到限制,这使得我国在适用公共秩序保留制度时范围过大,不符合国际社会的普遍要求。因此,我国应在相关条款中使用“明显违背”的措辞,即在明显违背中华人民共和国的公共利益的,适用中华人民共和国法律。

综上所述,我国关于公共秩序制度的规定在公共秩序的含义的表述、立法标准等方面有待完善,我国要立足国情,又要紧跟世界潮流,借鉴其他国家的做法,使我国的公共秩序制度不断完善,使得公共秩序更好的发挥作用。

参考文献

- [1] 张潇剑,国际私法论[M],北京大学出版社,2004:179.
- [2] 马德才,国际私法中的公共秩序研究[M],法律出版社,2010:18.
- [3] 黄进,国际私法[M],法律出版社,2005:213.
- [4] 韩德培,国际私法新论[M],武汉大学出版社,2003:154.
- [5] 黄进,国际私法[M],法律出版社,2005:215.
- [6] 赵万一,上大法学异论[M],中国法制出版社,2009:215.
- [7] 李艺,公共秩序保留的立法和司法研究及相关建议[D],中国政法大学,2006.
- [8] 张继海,论国际私法中的公共秩序保留[D],大连海事大学,2010.
- [9] 李洋,论公共秩序留制度及其在我国的适用及完善[D],山东大学,2012.
- [10] 雷炎,国际私法上的公共秩序保留制度研究[D],中国政法大学,2011.
- [11] 浦礼俊,论公共秩序保留制度[D],兰州大学,2005.
- [12] 王莎莎,司法实践中的公共秩序保留制度研究[D],兰州大学,2014.
- [13] 齐凯悦,公共秩序保留制度在我国涉外法律适用中的界定[J],法制与社会,2013(3).
- [14] 徐伟功,论公共秩序保留的功能与限制[J],河北大学学报,2004(5).
- [15] 杜瑞平、姚好霞,我国公共秩序保留制度的适用[J],中共山西省委党校学报,2013(6).
- [16] 黄进、郭华成,再论国际私法中的公共秩序问题[J],河北法学,1998(2).

(责任编辑:高飞)

《婚姻法司法解释(二)》第24条的理解与适用

马晓蕾*

摘要: 长期以来,我国一直以“共同生活”作为认定夫妻共同债务的唯一标准,2004年出台的24条在创设新标准的同时使原有标准彻底失效。然而,在没有家事代理权的现今社会,24条过于宽泛的认定标准不仅导致了部分案件的实质不公进而使民众对此颇有微词,也令法官在判案时产生了不少困惑。因此,正确理解24条并针对24条提出合适的建议是十分有意义的。

关键词: 夫妻共同债务 理解 适用 对策

引言

2012年,一个自称“反24条联盟”的团体开始频繁出现,这个团体的成员来自五湖四海,为了一个共同的目标——请求撤销《婚姻法司法解释(二)》第24条(下文简称24条)而奔走。这个团体最大的特点是其成员近九成为女性,最大的共同点是她们均因婚姻而负债累累。^[1]

2013年,红网百姓呼声栏目一篇名为《婚姻法司法解释二第24条,一条极其恶毒的司法漏洞》引起大众对24条的广泛讨论。^[2]

2014年,湖南省司法厅副厅长傅莉娟在湖南代表团第三次全体会议上发言,认为《婚姻法司法解释(二)》第24条需尽快修正。

2015年,湖南省长沙市开展研讨会,许多来自理论界和实务界的专家、学者共同就夫妻债务问题进行研究,大多数学者认为24条与社会现状脱节,要求废除24条。^[3]

2016年,最高法院发布《关于“撤销婚姻法司法解释(二)第24条的建议”的答复》,认为24条的制定符合婚姻法的立法精神,维护了该法条的法律地位。

实际上,24条自2004年出台后便引起了争议,许多学者曾发表论文论述24条存在的问题及相应对策,但由于是新出台的司法解释加之现实生活中因24条的适用产生的问题并不多,24条当时并未得到足够的重视。但随着社会关系的多样化与复杂化,民众对个人本位观念的逐步渗透以及婚姻法司法解释凸显的精神——男女平等,女性不再以弱者身份出现在法律关系中,夫妻双方开始打婚姻经济的算盘,共同财产以及共同债务成了人们茶余饭后讨论的香饽饽,甚至成了某些人“发家致富”的途径。近年来出现的新型诈骗模式:职业骗婚

* 马晓蕾,上海政法学院2015级法律硕士专业研究生。

[1] “反24条”联盟:近百妻子因前夫欠款“被负债”,结盟维权
http://www.360doc.com/content/16/1008/09/9742787_596609573.shtml

[2] 婚姻法司法解释(二)第24条,一条极其恶毒的司法漏洞
<http://people.rednet.cn/PeopleShow.asp?ID=1533712>

[3] 各方鼓与呼,“24条”亟待废除
<http://acwf.people.com.cn/n/2015/0320/c99054-26725225.html>

——夫妻一方婚后恶意举债，并通过 24 条使个人债务转化为夫妻共同债务，严重侵害非举债一方的权益——作为导火索迅速将 24 条推上风口浪尖，以至于最高法院不得不对 24 条的制定做出解释。那么，24 条究竟规定了什么？它又为什么引发了争议？

一、24 条之定位分析

《婚姻法司法解释（二）》第 24 条规定，债权人就婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务主张权利的，应当按夫妻共同债务处理。但夫妻一方能够证明债权人与债务人明确约定为个人债务，或者能够证明属于婚姻法第十九条第三款规定情形的除外。^[1]

要深入分析 24 条，首先要明确该法条中的“共同债务”与“个人债务”的具体含义；其次需明确这两者的界定标准，准确的界定这两者的范围；最后，结合概念与界定标准综合分析该法条。只有这样一步一步的分析，才能正确理解 24 条，才能准确无误的适用 24 条。

（一）夫妻共同债务的概念

根据 24 条的规定，首先我们可以将 24 条放入夫妻共同债务这个大概念中。那么，何为夫妻共同债务？

根据 1993 年《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（以下简称 93《意见》）第 17 条之规定，夫妻共同债务是指夫妻为共同生活或为履行抚养、赡养义务等所负的债务。^[2]17 条认为，夫妻共同债务的认定应当同时满足两大条件。第一个条件为夫妻关系，即夫妻共同债务仅产生于婚姻关系存续期间，婚前一方举债（无论出于何种原因）不认定为夫妻共同债务。第二个条件为目的条件，即举债目的是为了夫妻双方为了共同生活或者履行抚养、赡养等法定义务。遗憾的是，17 条并未界定“共同生活”以及“抚养、赡养等义务”的定义以及具体范围。这是我国最早关于夫妻共同债务的规定。

2004 年出台的《婚姻法司法解释（二）》第 23 条在 93《意见》第 17 条的基础上对夫妻共同债务的范围进行了补充。《婚姻法司法解释（二）》第 23 条规定，债权人就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利的，人民法院不予支持。但债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的除外。^[3]通过该法条可知，立法者将夫妻共同债务的起算点从婚姻关系存续期间延伸至婚前，即虽为一方婚前借债，但只要债权人能够证明该笔借款是用作夫妻共同生活的，那么该债务也被认定为共同债务，需要夫妻双方共同偿还。从立法者的设立意图来看，该条款开始出现对债权人利益进行保护的倾向，它的设立目的在于保障日常生活交易秩序的正常运转，是鼓励交易、保护交易的一种具体措施。因此，《婚姻法司法解释（二）》第 23 条应当是为了迎合当时社会主义市场经济的背景而诞生的，是法律关系试图与经济关系保持平衡的表现。

紧接着，24 条另辟蹊径，用不同于以往的另一描述对夫妻共同债务的认定标准进行了界定。24 条将婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负的债务认定为夫妻共同债务，

^[1] 《婚姻法司法解释（二）》第 24 条。

^[2] 《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第 17 条。

^[3] 《婚姻法司法解释（二）》第 23 条。

同时规定了两个例外条款,排除债权人与债务人明确约定为个人债务的情形与债权人在明知夫妻内部实行约定财产制的前提下向其中一方借款的情形。24条对夫妻共同债务的界定方式完全不同于93《意见》第17条与《婚姻法司法解释(二)》第23条对夫妻共同债务概念的界定,它的定义中首次出现了“一方以个人名义”这一新修饰语,这使夫妻共同债务的定义发生了质的变化。

通过分析以上法条,可以看出现行我国法律将夫妻共同债务界定为:婚前或婚姻关系存续期间为了共同生活所负债务,或婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负的债务。

(二) 共同债务的认定标准

纵观我国《婚姻法》的发展史,我国对共同债务的界定标准大体分为:共同生活标准、合意标准以及推定标准。

共同生活标准是指将“举债目的是否为了共同生活”作为界定夫妻共同债务的重要指标。典型代表为93《意见》第17条、《婚姻法》第41条以及《婚姻法司法解释(二)》第23条。17条直接规定,夫妻为共同生活所负的债务为共同债务;41条规定离婚时,原为夫妻共同生活所负的债务,应当共同偿还。虽然41条并没有从字面上提及共同债务,但无论从哪一角度理解,“共同偿还”对应的概念都应是“共同债务”。因此,41条也是用来定义共同债务的法条,它的核心要素为共同生活;23条本身对共同债务的界定标准并非共同生活标准,但其规定的例外条款属于共同生活标准的内容。23条例外条款规定,当债权人能够证明所负债务用于婚后家庭共同生活的,债权人可就一方婚前所负个人债务向债务人的配偶主张权利。上述法条均认为判断是否属于夫妻共同债务的唯一标准是举债目的是否用于共同生活。如果得到肯定答案,那么无论是婚前举债或婚后举债,债务都属于夫妻共同债务。

合意标准是指将“男女或者夫妻双方一致认可”作为夫妻共同债务的判断标准。合意标准可以从两方面进行分析。一方面,从法条规定的约定情形进行分析。例如,《婚姻法》第19条第三款与《婚姻法司法解释(二)》第24条第二款。19条第三款规定,夫妻之间可以约定财产归各自所有,第三人在知道该约定的情况下向夫妻中某一方借款的,视为夫或妻一方的个人债务。这就是我们通常所说的“AA制”婚姻。这种婚姻(约定)的优势就在于明确的将夫妻身份的一体性与财产利益进行区分,避免了日后可能因夫妻身份连带性而发生的经济纠纷。《婚姻法司法解释(二)》第24条第2款实则是对《婚姻法》第19条的扩充,它规定夫妻关系存续期间,夫或妻在未约定财产分割制的前提下能与债权人约定,将夫妻共同债务转化为一方个人债务。这两条均是合意标准的代表,它们体现的是法律规定的自由。另一方面,从法理学及契约精神进行分析。《婚姻法》是民法的一部分,属于私法范畴,这就决定了它的特性——自由。只要不涉及绝对禁止的事项,法律便推崇自由意志的表达,因此婚姻制度当然可以由男女双方进行约定,这种约定可以作用于人身权利上,也可以作用于财产权利上,完全取决于当事人。因此,无论是否存在法律的规定,婚姻双方当事人都可以对婚前或者婚后的财产、债务等事先或事中或事后进行约定,这是每一个人享有的权利。当然,我们很难从法律中找到与此对应的条文,但即便如此,我们也应当明白,这是民事法律应有之意,无需证明。

推定标准是指根据法律规定直接推定某一债务属于夫妻共同债务。典型代表为《婚姻法

司法解释(二)》第24条以及《最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民法通则>若干问题的意见》第43条。24条规定,婚姻关系存续期间一方以个人名义所负债务的,应当按照夫妻共同债务处理。其构成要素包含以下两点:其一,24条的适用前提——婚姻关系存续期间,婚前举债不适用于该法条;其二,无论以谁的名义举债,法律都推定为夫妻共同债务。43条规定,在婚姻关系存续期间,一方从事个体经营或者承包经营的,其收入为夫妻共有财产,债务亦应以夫妻共有财产清偿。43条与上文提到的41条对法条的叙述方法相类似,都未明确共同债务的具体含义,但都能从上下句的意思中得出共同债务的含义。不同的是,43条直接将婚姻关系存续期间一方从事个体经营或者承包经营的举债推定为共同债务。

综合上述分析,24条是有关夫妻共同债务的法条,由前后两句话组成。第一句话以推定作为界定夫妻共同债务的标准,第二句话以合意作为界定夫妻共同债务的标准。

二、24条引发的困境之探讨

(一) 24条引发的严重损害债务人配偶利益问题

法律不仅是一门学科,更是一种维护公平正义的工具。24条之所以引起争议,便是由于它在人们眼中不仅没有发挥法律的功效,还引起了不公正的现象。近期出现的“职业骗婚”现象便是从24条中脱颖而出的新型犯罪模式,当然从这一点来看,一条有漏洞的法律很可能成为孕育犯罪的温床。“职业骗婚”现象来源于现实中发生的一起案件:董女士与王某结婚后,王某背着董女士疯狂举债,并在结婚2个月后“失踪”。短短两个月的婚姻,因“24条”董女士莫名背上500万的债务,还多了一个老赖的名号。^[1]王某是不是骗子,我们无从得知,但王某的行为却像一个职业骗子般熟练、老道,于是像王某这样以婚姻为桥梁借机骗取利益的人被称为“职业骗婚者”,这样的现象也被称作“职业骗婚”现象。通过这个案例,我们可以从以下三个方面得出24条可能损害债务人配偶利益的证明:

第一,24条所设立的界定夫妻共同债务的标准。正如前文所述,24条界定夫妻共同债务的标准为推定标准,这意味着法条原则上是将婚姻关系存续期间一方以个人名义所负债务直接或者首先推定为夫妻共同债务。这种直接推定的模式保护了债权人一方利益,却违背了举债方配偶的真实意愿,其本身便是一种不公平的推定形式,由此而产生的失衡状态当然会造成举债方配偶权益的损害。

第二,24条设定的举证责任模式。24条是典型的举证责任倒置模式,是对“谁主张,谁举证”的例外规定。24条原则上将以一方名义所负债务推定为夫妻共同债务,因此夫妻中的一方或者双方均可就债务是否为共同债务进行举证。一旦举证失败,无论该债务作何用途,均认定为夫妻共同债务,而一旦被认定为夫妻共同债务,则夫妻双方对债务人承担连带责任。举证责任倒置一般发生在将举证责任分配给原告会造成严重不平等的条件下,在24条设定的情景中,实际上债权人进行举证往往较举债方配偶进行举证容易,因为债权人与举

^[1] 结婚两月负债五百万 结婚有风险领证需谨慎
http://minsheng.youth.cn/mszxgch/201611/t20161115_8847209.htm

债方发生的法律关系是在明面上进行的,债权人此时负有较大的注意义务,而夫妻一方以个人名义举债可能隐瞒另一方实行,举债方配偶防不胜防,相较之下注意义务较小。因此,举证责任的倒置可能会侵害举债方配偶的利益。

第三,24条与《婚姻法》第41条的衔接。24条规定婚姻关系存续期间一方以个人名义所负的债务为夫妻共同债务,《婚姻法》第41条规定夫妻共同债务应先以夫妻共同财产偿还,不足部分双方协议清偿;协议不成的,由人民法院判决。^[1]实践中,若发生上述案例情形,法院将先按照24条规定认定债务为共同债务,再根据《婚姻法》第41条规定,判定由非举债方先行清偿所欠债务,清偿后,非举债方可向举债方主张追偿。当然,单单从理论上分析,判决是正确的,程序是合理的,看似不存在冲突的地方。但实践中,董女士不仅无力偿还所欠的500万,也无法向王某追偿该笔债务。造成这种现象的主要原因在于我国《婚姻法》第41条实际上是将夫妻共同债务的性质定义为连带债务而非狭义的共同债务,狭义的共同债务是指共同关系存续期间产生的债务,其清偿原则以共同关系存续期间产生的共同财产为限。如果将夫妻共同债务定义为连带债务,那么该债务的清偿不仅可以从共同财产中予以清偿,不足部分甚至需要从当事人个人财产中进行清偿。显而易见,我国《婚姻法》界定的夫妻共同债务其实是一种具有担保性质的债务,它是在夫妻共有财产的基础上设立的,^[2]由此而决定它能最大程度的保障债权人权益,却无法预设债权人与举债方恶意串通损害非举债方权益的情形。因此,24条与《婚姻法》第41条的结合在某种程度确实具有导致非举债方权益受损的情况。

(二) 24条引发的诉讼问题

1. 24条设定的举证责任引发的问题

24条第一句话是对债权人举证责任的规定。首先,根据《民事诉讼法》中“谁主张,谁举证”的原则,债权人应对自己提出的主张提供相应的证据,证据至少包括:债务存在的证据、举债发生在婚姻关系存续期间的证据以及是夫妻一方以个人名义所负债务的证据。其次,再从证据获得的难易程度进行分析。根据日常生活交往经验,很明显,一张借条就能证明上述提到的三大证据。最后,根据上述两点,我们可以轻易的得出结论:债权人的举证责任较轻。

24条第二句话规定了债权人对立方的举证责任。根据24条规定,夫或妻一方能够证明债权人与债务人有明确约定或者证明夫妻间属于约定财产制且该约定为债权人所知的情况下,该债务应被认定为举债方个人债务。在这两种情形下,需对约定进行举证的主体为夫(A)或妻(B)。假设A为举债方,则B为举债方配偶。那么A或者B需对“债权人与债务人有明确约定”或者“夫妻间属于约定财产制且该约定为债权人所知”进行举证。若由A举证,举证成功则债务属于其个人债务,与B无关,诉讼终结;举证不成功,债务属于夫妻共同债务,由AB负连带责任进行清偿。通常情况下,A都愿意与B共同偿还债务以减轻责任。因此,由A举证很可能损害B的权益。若由B进行举证,举证的难度会陡然上升。因为B很难证明A与债权人之间存在约定或者债权人知晓AB之间实行财产约定制,B虽与A为

^[1] 《中华人民共和国婚姻法》第41条。

^[2] 蒋月:《夫妻的权利与义务》,法律出版社2001年版,第206页。

夫妻关系,但B不可能知晓A的一切活动,且A与债权人之间存在的借贷关系(合同关系)具有相对性、隐秘性等特征,不易为B所察觉。在这种情况下,B难以举证,因此可能承担举证不利的后果,甚至败诉的风险。

综合以上两种情形的分析,24条在举证责任方面的弊端显露了出来:其一,债权人举证责任与夫或妻举证责任不平等;其二,夫或妻举证责任加重,举证难度加大。24条的规定不仅造成举证责任的失衡,也会造成最终结果的不公。

2. 24条定位模糊引发的问题

从《民事诉讼法》出发考量24条就会发现,24条不仅在实体法上存在漏洞,在程序法上也存在缺陷。由于我国法律未对24条在诉讼法上的地位进行界定(《民事诉讼法适用意见》对此并无规定),一旦债权人依据24条提起诉讼,被告的身份可能存在多种选择——如果该诉讼是必要共同诉讼,意味着债权人必须以夫妻双方为被告提起诉讼;如果不是必要共同诉讼,那么债权人可以在夫妻双方中选择一方或者双方为被告提起诉讼。从理论上分析,《婚姻法》第41条确定的共同债务清偿原则认为夫妻共同债务是连带债务,夫妻之间基于身份上的一体性对共同债务享有共同的权利、承担共同的义务,所以当债权人以24条为依据起诉时,其诉讼类型为必要共同诉讼。债权人只有将夫妻双方列为共同被告时,诉讼活动才能开始,缺少任何一方,都应当进行追加,追加的方式包括法院依职权通知和当事人向法院申请两种。实践中,许多法院都忽略了这一点,由此而产生了一个诉讼程序上的问题——当债权人仅起诉举债方一人时,诉讼活动便可以开始,一旦诉讼开始,举债方配偶便只能通过有独立请求权第三人这一身份进入诉讼,而有独三只能通过起诉的方式进入诉讼(此时法院不能依职权通知其加入诉讼)。也就是说,如果债权人和举债人恶意串通或举债人故意隐瞒诉讼且法院无义务进行追加时,举债方配偶根本无从知晓诉讼活动,其在毫不知情的情况下只能被迫放弃自己的诉讼权利。

(三) 24条引发的《婚姻法》与《合同法》冲突问题

正如上文所述,24条不仅涉及婚姻法领域,还涉及合同法领域,它将民间借贷与夫妻共同债务放在一起进行规置。

民间借贷与夫妻共同债务的处理模式可能存在以下三种处理方式:

第一种方式:债权人在提起借贷诉讼的同时请求判断该债务为夫妻共同债务。

第二种方式:在离婚诉讼中直接判断婚姻关系存续期间一方以个人名义与债权人产生的债务是否属于夫妻共同债务。

第三种方式:先在借贷纠纷诉讼中判断债务是否成立,再在离婚诉讼中判断是否以夫妻共同财产偿还以及具体的债务分担比例。

第一种方式其实是24条在实践中的具体操作,这种做法有它的优势,也有它的弊端,但总体上弊大于利。优势在于,它同时将债权人、举债方、举债方配偶人为的聚在一起,将借贷关系和婚姻关系中的夫妻共同债务结合在一起进行判决,如此一来,能更容易的查明事实真相,并且能同时解决借贷问题和夫妻共同债务问题,可谓是一石二鸟。弊端涵盖以下两方面内容:其一,如果出现夫妻一方与债权人恶意串通的情况,举债方配偶会因举债方的刻意隐瞒而无法加入诉讼,丧失抗辩权的同时丧失上诉权,且一旦判决生效便意味着法院不仅

对借贷关系做出了判决,同时对夫妻共同债务也做出了判决,举债方配偶很难再通过诉讼途径进行抗辩(因为再审的提起很难,但是可以考虑第三人撤销之诉)。其二,《婚姻法》及其司法解释的作用在于调整夫妻之间的人身、财产关系,由24条来规范债权人与夫妻一方的权利义务关系(其本质为纯粹的借贷关系)违背《婚姻法》的立法精神。

第二种方式也有很大的问题。由于离婚诉讼先行发生,法院在债权人尚未提起诉讼的情况下便将债权人以第三人身份拉入离婚诉讼之中,并对其债权进行了判决,不仅违背债权人意愿擅自将债权人卷入纠纷之中,也违反不告不理的民法基本原则。这样做看似是法院在降低债权人权益免受侵犯的风险,实则是司法权的不合理扩张。而其产生的后果不但造成债权人的不满,还破坏了民事诉讼运行机制。同时,由于我国一直坚持婚姻关系案件的审理不允许第三人参加的原则,这就令债权人处于不知情或者不能表达自己意见的地位,^[1]对债权人而言也是不公平的。

第三种方式目前来看是最佳选择。首先,根据合同相对性原理来看,一方为债权人,另一方为债务人(债务人可能是夫或妻或夫妻双方,具体看借贷合同上签名的人),这样就排除了第三方存在的可能性,使得当事人双方身份明确。其次,借贷关系不必考虑债务人内部之间的关系,这就意味着,债权人只需借钱给债务人即可,无需询问债务人间是否存在夫妻关系,是否约定了财产制度等问题,这使得借贷关系的成立容易且便捷。再者,由于已经处理了借贷问题,故在处理离婚诉讼中不再需要债权人的存在,也无需再适用24条,这样就使个人债务不能轻易转化为夫妻共同债务,不但尊重了举债方配偶的个人意志,且保护了举债方配偶的权利,减小了风险发生的可能。最后,合同关系与婚姻关系的分离能有效阻止债权人与举债方恶意串通损害另一方权益现象的发生,起到维护交易安全的作用。

《合同法》是由全国人大通过的特别法,24条是最高法为方便审判通过的司法解释,两者在审判中其实不具有比较性,但由于《合同法》相关条文与24条规范的内容存在重叠与交叉部分,因此在法律适用上可能会产生冲突。司法实践中,不同的法官基于不同的理解对同样性质的案件可能因选择不同的法律,有的法官认为24条是专门为司法审判设立的条文,应当优先适用;有的法官认为采用第三种方式更为清晰明确;而有的法官认为应当根据案件的具体情况选择适用。无论法官如何选择,总会产生不同的法律效果,而不同的法律效果最终会造成司法的无序状态。

(四) 24条引发的道德风险

24条引发的道德风险主要体现在两方面:虚假诉讼与职业骗婚。

虚假诉讼是指当事人为获取非法利益,伪造证据、捏造案件事实,虚构民事法律关系等方式提起诉讼,或者利用仲裁、调解等方式逃避履行法律文书确定义务的行为。^[2]现实中经常有人利用虚假诉讼侵犯他人利益,比如说夫或妻一方与债权人恶意串通,利用24条的规定,骗取举债方配偶的利益。这类虚假诉讼一般发生在婚姻维持不下去之时,夫或妻一方为了尽可能多的获得财产,通过不法手段侵犯另一方的权益。引言中提到的事件均是24条的

^[1] 黄松有:《最高人民法院婚姻法司法解释(二)的理解与适用》,人民法院出版社2004出版,第13页。

^[2] 虚假诉讼与恶意诉讼的识别与防治

<http://www.chinacourt.org/article/detail/2013/06/id/1012924.shtml>

现实映射,当然,也正是这些案例说明了24条存在的问题。

在“职业骗婚者”身上,道德风险体现的更为明显。这些“职业骗婚者”为举债而结婚,婚后在短时期内恶意举债,随后“跑路”,而举债方的配偶却因为24条相关规定,不得不对这些债务承担连带责任,甚至在夫妻共同财产不足以偿还时,举债方配偶还要用个人财产进行偿还。虽然法律同时也规定,清偿债务方有权要求其他债务人返还非属于自己责任部分财产,但返还债务的前提是其他债务人“存在”,而现实情况是举债方恶意举债后失踪,清偿方即使提起诉讼,法院也无法送达传票、无法开庭,债务也无法得到执行。

在上述两种情况下,24条成为婚姻关系中一方侵犯另一方财产不可缺少的手段,不断诱使着部分人假借婚姻之名行诈骗之实,加剧了道德风险的发生。

三、24条之对策探讨

(一) 增设有关日常家事代理权的条文

杨立新教授认为,日常家事代理权是指在日常家事的范围内,夫妻双方互为代理人,夫妻一方可以代理他方与第三人从事某种法律行为,被代理方应该承担该法律行为所产生的连带责任。^[1]我国尚无此项权利,故笔者在阅读相关文献资料后,就大陆法系相关国家的日常家事代理权进行简单梳理。

《德国民法典》规定:“配偶任何一方均有权处理旨在适当满足家庭生活需要的、具有也有利于另一方的效力的事务。双方因此种事务而享有权利和负有义务。”同时,德国法律对“家庭生活需要”的具体内容进行了规定,包括衣食住行、因家庭事务而产生的保险、雇佣类合同、子女教育以及家庭用车等。德国法律还通过否定式列举的方式,将重大经济支出类事项排除于日常家事代理权之外。^[2]

《法国民法典》规定:“夫妻各方均有权单独订立旨在维持家庭日常生活与子女教育的合同。夫妻一方依此缔结的债务对另一方具有连带约束力。”法国法律也对“日常生活”的具体内容进行了规定,内容与德国法律规定的内容大体一致,但增加了有关子女教育的支出类的内容,且法国法律也通过否定式列举,将一部分内容排除于日常家事代理权之外,这部分内容包括:大型债务与分期付款型债务等。^[3]

《埃塞俄比亚民法典》规定:“为了家庭的利益发生的债务视为由配偶双方承担连带责任”。同时也规定,“为家庭利益发生的债务”指因维持配偶或者其子女的生活所发生的或与其性质相类似的债务。^[4]

上述三个国家均制定了关于日常家事代理权的法律条文,并且对日常家事代理权的内容进行了细致的规定,一旦夫妻双方对共同债务的发生产生分歧时,这些法条足以为裁判者提供依据,确保诉讼过程的公正与高效。我国也正是因为缺乏类似的规定而使24条规定的债务范围过于宽泛且与其他法律条文互不相容。如果我国增设日常家事代理权相关法律条文并

[1] 杨立新:《亲属法专论》,高等教育出版社2005年版,第224页。

[2] 肖小伟:《家事代理研究》,华东政法大学2015年4月。

[3] 肖小伟:《家事代理研究》,华东政法大学2015年4月。

[4] 杨立新:《家事法》,法律出版社2013年版,第322页。

对其内容进行详细规定,例如通过肯定式列举明确夫妻之间可以相互进行代理行为的范围,通过否定式列举排除大额举债、赌债等可能损害非举债方或双方权益的行为,24条便只能在该权利的范围进行解释,其推定的债务也只能围绕日常家庭活动展开。这样一来,即便是24条规定的举证责任倒置情形,非举债方也只需证明该笔债务非用于日常生活即可免责,不仅避免了婚姻关系中非举债一方因举债方的恶意举债而受有损失,也确保了《婚姻法》内部的和谐统一。

(二) 严格界定夫妻共同债务和个人债务的标准

在第一部分,笔者对我国《婚姻法》以及司法解释如何认定夫妻共同债务进行了总体概括,也对认定夫妻共同债务的标准进行了分析,从这一部分可以看出我国关于“夫妻共同债务认定”的立法发展有以下几个特征:其一,从调整夫妻内部之间的债务关系转变为调整夫妻与债权人之间的债务关系;其二,从共同生活标准转变为推定标准;其三,将共同债务的认定时间从婚后延伸至婚前。同时,需要强调的一点是在24条未出台前,93《意见》17条对共同债务和个人债务是作了区分规定的,它将下列四种情形规定为个人债务:(1)夫妻双方约定由个人负担的债务,但以逃避债务为目的的除外;(2)一方未经对方同意,擅自资助与其没有抚养义务的亲朋所负的债务;(3)一方未经对方同意,独自筹资从事经营活动,其收入确未用于共同生活所负的债务;(4)其他应由个人承担的债务。^[1]17条可以看做是最早期日常家事代理权的代表,而《婚姻法》司法解释二的出台使24条与93《意见》17条在内容上产生了冲突,按照新法优于旧法的原则,17条被24条彻底取代。虽然24条出发点是好的,是为了适应市场经济、保护交易秩序与安全进行的构建,是经济基础与上层建筑衔接的具体表现,但问题是24条本身过于概括,这就将个人债务无任何阻碍的演化为夫妻共同债务,包括一方非法或非为共同生活目的而形成的债务,致使法律出现漏洞。针对这种情况,笔者认为有两种解决途径:一是增设与日常家事代理权相关的法条,使24条处于日常家事代理权的管辖范围。如此一来,24条便不再与93《意见》17条以及《婚姻法》41条相冲突,界定夫妻共同债务的标准也能得到统一。二是增设法条细化24条中以一方名义形成的债务的种类、用途、形式等内容,以概括与列举相结合的模式排除一方恶意举债等情况的发生,并设立兜底条款以便能与未来出现的新问题兼容,以此来弥补24条存在的法律漏洞。第二种解决途径与我国《婚姻法》现状更为匹配,因为我国《婚姻法》对共同财产中的积极财产便是通过列举与概括模式作出的规定,其中列举方式还细分为肯定式列举与否定式列举。共同债务作为共同财产中的消极财产理应与积极财产的规定模式类似或相同。因此第二种途径能使共同财产的体系更为完整与健全。

(三) 将24条的诉讼类型规定为必要共同诉讼

增设《民事诉讼法》司法解释,将24条的诉讼类型规定为必要共同诉讼也称的上是一种途径,但这种途径有它致命的缺陷。在上述两种对策存在的前提下使用该途径当然足以弥补24条可能产生的潜在问题,但如果将该途径作为解决24条的独立条款,恐怕难以达到预期效果。比如说,在举债方失踪的前提下,这种方法没有任何意义。假设债权人将夫妻双方列为共同被告,虽然作为被告的举债方失踪,但债权人仍可以起诉作为共同被告的举债方配

^[1]《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第17条。

偶,法院则会对下落不明的举债方适用缺席判决,这样整个民事诉讼活动还是可以运作下去,举债方配偶仍可能因举债方的恶意举债而受到侵害。在这个问题上,这种解决方法就行不通。因此这种方法只能辅助第一、二种解决方法适用,不能单独适用。

(四) 小结

除了上述三种对策外,针对 24 条,笔者尚未发现其他更好的解决方案。虽然有不少学者提到建立夫妻财产公示制度,大额举债夫妻双方签字制度,废除 24 条的规定或者举证责任重新分配等方法,但笔者仔细思考后认为这些方法并不能从本质上解决 24 条产生的问题。

建立夫妻财产公示制度看似是一个不错的方法,因为建立该制度后,债权人的注意义务便增大,对应的非举债方的注意义务便减小,它能在一定程度上使双方的注意义务得到平衡。但是从另一方面考虑,将夫妻财产内容公示于众难道不是对婚姻法基本精神的公然违背?婚姻关系与其他社会关系最大的区别便是它的隐私性与秘密性,夫妻财产关系更是婚姻关系的重点调整内容,如果将夫妻财产进行公示,无异于将夫妻关系暴露在众目之下,人们的生活将不再有隐私可言,如此巨大之危害远比 24 条产生的危害令人惶恐,这种解决方案并不妥当。

大额举债夫妻双方签字制度实质上包含于日常家事代理权的否定式列举之中,无需对此单独进行规定,只要对日常代理权进行细致的规定便可涵盖此内容。许多国家便是通过此种方法将这一制度规定在日常家事代理权中。

废除 24 条的说法在 2016 年 3 月之前或许还有探讨的价值,但自从 2016 年 3 月 17 日最高法发布了《关于“撤销婚姻法司法解释(二)第 24 条的建议”的答复》后,这个说法便不再具有价值。最高法既然肯定了 24 条,说明 24 条在司法审判活动中是具有实践价值的,只是它在某些方面存在缺陷,需要其他法条加以辅助理解与适用。

举证责任重新分配则有点天方夜谭的意味在其中。一方面我们不对 24 条进行任何修改,另一方面我们要求重新分配 24 条设定的举证责任,这是不可能做到的。因为一旦一个法条形成,那么它的举证责任也相应的确定下来,不存在不改变法条内容便更改举证责任的情况,这种说法本身就是一个谬论。

因此,笔者认为创设一个日常家事代理权的法条并细化它的内容,足以应对 24 条带来的一切风险。

四、结语

有的人也许会质疑这种观点,认为这种观点其实就是在效仿其他国家的规定。不可否认,日常家事代理权是来源于国外的理论,但法律本质上是相通的,它并不因不同的种族、性别、国家而具有精神上的差异。如果一个理论能完美的解决我国法律中存在的问题,它就值得我们探讨与效仿,并且这种效仿并非照本宣科的效仿,是结合本国文化、本土特色重新演变出的特色产物,所以引进这种理论是毋庸置疑的。当然,笔者相信,不久之后出台的《婚姻法司法解释(四)》将会对日常家事代理权相关内容进行填补,从而达到完善 24 条的效果。

(责任编辑:张学敏)

关于农村拆迁问题的行政法学分析

袁小冬*

摘要: 随着社会主义市场经济的不断发展,城市建设用地逐步紧张,早已无法满足新时期下城市进一步建设的要求。上世纪90年代以来,为了实现土地的合理使用,各地相继出台了一系列关于拆迁问题的规范性文件,拆迁工作逐步深入开展并不断扩大规模。城市的招商引资和旧城改造、农村的拆迁,在一定程度上刺激了经济的进一步发展,对城市建设有一定的积极作用,但与此同时,也产生了许多问题,各地几乎都存在过暴力拆迁的报道。新时期下,随着法律法规的不断完善,暴力拆迁的问题有所缓解,但新的问题开始出现。文章主要从行政法学角度出发,分析农村拆迁过程中存在的问题并寻找相应的解决办法。

关键词: 拆迁 问题 措施

一、农村拆迁问题产生的背景

改革开放以来,我国经济发展水平有了比较长足的提高,与此同时,公民的思想意识有了很大程度上的变化,公民看待问题的视野也更为开阔,生活条件方面不再局限于以前落后偏僻的农村,试图到城市来谋求更大的发展。这就对原先的城市体系形成挑战,一方面,越来越多的农村人口流向城市,使得原先的城市规模和城市所提供的生活设施难以满足日益增长的人口需要,必须通过改造旧城等方式改进城市建设和扩大城市地域范围,以提升城市发展水平,完善包括交通在内的一系列生活设施;另一方面,农村人口对待生活的态度有了不同,随着人们物质水平的提高,农村人口也不仅仅局限于“吃得饱、穿得暖”的旧时代最基本的物质要求,而是追求更高层次、更高水平的物质享受,原先的农村建设遭遇瓶颈,根本无法满足人们此方面的要求。以江苏省为例,江苏农村人口的物质生活水平并不差,然而,即便是经济发达的苏南地区,农村交通也并没有完全实现水泥路面全覆盖,很多地方依旧是使用的乡村土路、泥路,在如今苏南农村几乎家家一辆车的情况下,这样的路面早已难以满足相应的要求,而原先旧时代所规划的农村居民居住地和居住线又过于密集,难以在村庄内有效扩充路面,有的即便换成了水泥路面也难以实现有效会车通行,这一问题随着时代的不断发展显得越来越突出,改造旧农村,建设社会主义新农村成为21世纪以来的一项重要工作。

在此背景下,随着上世纪90年代城市自身改造包括旧城改建工作的基本完成,城市规模扩建工作逐步提上日程,国家相关法律逐步出台,各地政策性文件不断下发,农村拆迁工作不断深入开展。可以说,城市化进程的不断加快,是农村大面积拆迁的时代和社会发展背景之一,总体上来说符合我国的经济发展的需要,能够在一定程度上刺激我国经济的增长。促

* 袁小冬,男,江苏如皋人,上海政法学院2016级宪法学与行政法学专业硕士研究生,师从王蔚教授。

进城镇化发展以提高城市化率,是顺应社会发展趋势的举措。^[1]近两年来,我国经济增长趋势放缓,开始进一步强调经济的更好的发展,农村拆迁在一定程度上,可以进一步将国有土地进行合理分配,激发广大农村的经济发展活力。但是,在城市化和土地的进一步规范使用过程中,各方利益出现了分歧,广大农村村民与开发商之间存在分歧,公民与行政机关之间也存在分歧,政府在招商引资过程中,常常对开发商提出一些优惠条件而这些条件又与被拆迁人的利益不符,拆迁问题由此产生并日渐复杂起来。

二、2011年《国有土地上房屋征收与补偿条例》公布之前农村拆迁存在的大致问题

(一) 法律法规不健全,难以保障被拆迁人的合法权益

在《国有土地上房屋征收与补偿条例》颁布实施之前,各地拆迁工作主要依据的是2001年国务院公布施行的《城市房屋拆迁管理条例》,由该条例第6条可知,取得房屋拆迁许可证的单位可以实施房屋拆迁,本质上说,政府其实是以行政许可的方式授予拆迁单位房屋拆迁权,虽然《城市房屋拆迁管理条例》也强调了政府对于拆迁工作的监督管理,但实际上,由于缺乏相应的监管措施和拆迁程序,常常出现被拆迁方利益得不到充分保护的情形。

另外,对于拆迁人而言,只有其未取得房屋拆迁许可证、擅自实施拆迁或者没按照房屋拆迁许可证的许可事项进行拆迁或者以欺骗手段取得房屋拆迁许可证的情况下,房屋拆迁管理部门才对其进行处罚,而且处罚也仅仅是“吊销房屋拆迁许可证”和罚款的行政处罚方式。对于可能存在的暴力拆迁问题、实施暴力拆迁的主要责任人员是否需要承担刑事责任的问题只字未提。可以说,这是一个严重的法律漏洞,如果拆迁人合法取得房屋拆迁许可证并且按照许可规定的事项进行房屋拆迁,那么不管其采取怎样的拆迁方式,都是符合《城市房屋拆迁管理条例》的,那么假如拆迁人在夜间进行强拆的话,只要没有危及被拆迁人的生命安全,其他行为仅仅是拆迁程序不当,对其处罚程度更为有限或者几乎不存在行政处罚的情形,这就使得暴力拆迁的问题日益严重。

对于行政机关工作人员的处理方面,具体也只强调在“违法核发许可证”方面会对其给予行政处分或者追究刑事责任。也就是说,其他方面,只要没有发生重大的人员伤亡的情形,一般不会追究行政机关工作人员的责任的。可以说,对于行政机关责任人员和拆迁人的监管和处罚方面,《城市房屋拆迁管理条例》的规定是很不完善、很不健全的,难以全面保障被拆迁人的合法权益。

(二) 缺乏规范的法律程序,暴力拆迁现象频发且被拆迁人难以维权

一部法律法规,即便内容规定的再好,如果没有严格的法律程序的指引,那么这部法律法规仍然是存在很多问题的。《城市房屋拆迁管理条例》中,对于拆迁人应当以何种方式、怎样的程序进行房屋拆迁,几乎没有涉及,只是对于“委托拆迁”的问题作出了一个比较模

^[1] 陆亚娜、徐瑜:《城镇化进程中农村征地拆迁问题解析——基于博弈论视角》,《苏州科技学院学报》2013年5月第30卷第3期。

糊的规定。这就造成很多取得房屋拆迁许可证的单位在利益的驱动下,常常认为自己已经得到法律层面的认可,不顾被拆迁人的合法权益,采取暴力、胁迫、断水、断电等手段,逼迫被拆迁方在安置协议上签字。

此外,围绕着农村房屋拆迁,地方一些政府部门为了实现自身的部门利益,尽快完成上级政府交代的工作,对于开发商的随意拆迁问题也是尽可能不管,暴力拆迁的现象频发。并且事后也难以追究行政机关的责任,因为其完全可以用“维护公共利益”为自己不管不顾暴力拆迁的行为做辩解,而地方政府掌握了“公共利益”的解释权,^[1]被拆迁人也无可奈何。总的来说,以行政许可的方式许可拆迁单位自行进行拆迁工作,而全程又缺乏政府的监管,甚至有些地方政府采取纵容的态度,加上拆迁人只是获得行政许可的行政相对人,其拆迁行为并不是属于行政执法行为,也难以用行政执法程序来规范要求,另外对于拆迁人的拆迁程序又没有其他专门的规定,这些因素都容易导致暴力拆迁行为的产生。

另一方面,广大的被拆迁方难以通过有效途径维护自身的合法权利。根据2001年《城市房屋拆迁管理条例》第16条,拆迁人和被拆迁人达不成拆迁补偿安置协议,由当地房屋拆迁管理部门裁决,对裁决不服的,可以向法院起诉。也就是说,当政府部门行政裁决书下达后,只能对该行政裁决提起行政诉讼,而且在诉讼过程中并不停止拆迁行为的实施,对于普通的被拆迁人而言,一旦房屋被拆除,将处于十分被动无助的地位,因此农民只能接受政府的方案,限制了农民的诉权,^[2]被拆迁人的利益往往难以得到保障。

(三) 行政机关强制执行权的滥用

根据原先《城市房屋拆迁管理条例》第17条的规定,房屋所在地的市、县人民政府和有关部门具有强制拆迁权,但是,并没有对强制拆迁后被拆迁人的合法权益(包括后期安置等)有比较明确的规定,事实上,给予行政机关强制拆迁权却不规定被拆迁人安置费用的补偿问题,这一规定本身就有不合理之处,等于是赋予了行政机关相当大的权力却没有通过其他程序来对行政机关的行为进行规范和监督,这便造成了在相当大的程度上行政机关行政权力滥用的问题,而对于被拆迁人而言,能够最大程度上维护自身合法权益的基础便是被强制拆除的房屋,一旦房屋被强制拆除却没有后续工作的跟进,近乎绝望的被拆迁人便以命相搏,自焚、自杀事件层出不穷。而且原先《城市房屋拆迁管理条例》中,对于“违章建筑”是采取不予补偿的态度的,如果从行政合法性原则考虑的话,的确这样的做法有法律依据,主要依据的是《土地管理法》、《城乡规划法》等,但是,就广大农村而言,在上世纪家庭联产承包责任制开始广泛实施之前,农村土地宅基地的问题便基本确定,20世纪80年代许多地区进行了进一步的调整,按照家庭人口等因素进行包括土地承包在内的新的划定工作。而最先出现的《土地管理法》也是1987年才公布出来的,很多包括农村家庭副业用房在内的房屋在公布之前已经建成,之后改建、重建也并没有相关的行政机关的工作人员依据新的法律规定加以提醒并协助办理相关手续,农村众多村民建房也仅仅是为了养家糊口,可以说,这些房屋(比如家庭副业用房)是村民生活来源的一部分,很大程度上减轻了政府的负担,单

[1] 方远:《农村拆迁征地存在的问题:以鄂南L村为例》,《华中师范大学研究生学报》2012年3月第19卷第1期。

[2] 权菊花:《关于农村房屋拆迁中存在问题及对策研究》,《法制博览》2016年第8期(下)。

依据没有办理相关手续这一条就对这部分房屋采取不予补偿的态度和做法,很明显是不符合行政合理性原则的。这种情形下的行政机关强制拆除的做法也是属于行政机关强制执行权的滥用。因为普通农民文化水平相对较低,他们不可能了解如此众多复杂的法律法规和法律程序,政府在这种情况下,对于一些新出台的法律法规或者政策,应当及时的告知,并且协助相关农民办理相关手续。长时间不告知,农民是很难了解房屋建造的审批程序的,倘若后来在拆迁过程中又以未经审批为由对相关农民进行拆违,那么是很难服众的,不利于政府公信力的建设。

三、2011年《国有土地上房屋征收与补偿条例》公布之后农村拆迁存在的大致问题

(一) 行政机关普遍采取新的“不作为”的应对形式:置之不理

新的《国有土地上房屋征收与补偿条例》公布之后,不管是从政府主导层面还是被拆迁人权益救济层面,都有了比较长足的进步,充分考虑到了被拆迁人的合法权益,这点值得肯定,比如说,房屋补偿工作这一块,就由原先比较模糊的拆迁安置协议变成比较相对具体的规定,征收与补偿工作也由原来的行政许可方式变成由市、县级人民政府直接负责,有其一定的合理性,避免了被拆迁人和开发商的直接对抗,也在一定程度上防止了原先拆迁单位的暴力行为的出现;权利救济方面,被拆迁人由原先的只能通过行政诉讼的形式变成可以通过行政诉讼或者行政复议的形式,维护自身的合法权益,《行政强制法》公布后,对于行政强制执行权这一块又有了更为具体的一些规定,总体上考虑到了被拆迁人的权益,在具体的法律程序方面也有了比较具体的法律规定。

在此背景下,随着法律程序和法律法规的不断健全,原先的暴力胁迫行为迅速减少,但与此同时,一种新的“不作为”的形式产生出来。行政机关在于被拆迁人协商过程中,对于原先所谓“钉子户”的那部分被拆迁人,采取消极的置之不理的态度,不主动做工作,通过使被拆迁人“干着急”的方式,并且时不时的短暂停水停电,给被拆迁人带来长期的精神压力和精神负担。我把这种行为称为“高额补偿诱惑心理激将法”,等这部分被拆迁人想象高额的补偿费用实在忍受不住的时候,行政机关依然采取进一步的不作为方式,并且通过第三人以“劝解”的形式让被拆迁人接受原先相对比较低的价格的补偿。

事实上,我认为,当地方政府为了公共利益的需要,做出某一地区的房屋征收与补偿决定后,具体负责的行政机关应当主动进行相关的工作,即便是与被拆迁人一时协商不过来,也不应采取消极置之不理的做法,我认为这样的做法同样构成了行政法上的“行政不作为”,因为行政主体及其工作人员在确定承担具体行政职责的时候,有积极实施具体行政行为的职责和义务,不应当拖延履行甚至是不履行。

(二) 重置价格标准混乱且难以严格贯彻执行,法律程序仍然被长期忽视

根据目前《国有土地上房屋征收与补偿条例》的规定,被征收房屋的价值,由房地产价格评估机构按照评估办法评估确定,但具体的评估的标准一般由省、自治区、直辖市政府作出具体规定,各地由于地区差异,标准各不相同,甚至地级市与地级市之间,也会存在不同。可以说,在重置价格标准方面,显得很混乱。甚至部分县级市长期存在多种标准,或者沿用

2011年以前的旧标准,另外还存在各类规范性文件滥发的问题,即便是对于具体负责的行政机关的工作人员来说,其中的某些法律问题理解起来都是相当困难,那么对于普通的被拆迁人而言,根本不可能了解相关的法律法规和法定程序,评估机构往往采取故意压价或者给出比法定补偿标准相对较低的参考标准来忽悠被拆迁人。以江苏南通地区下辖某一县级市拆迁为例,不同的建筑分为不同的等级,依据建筑的用途、材料如砖瓦房等进行划分,不同等级的房屋重置价格也不相同,很多被拆迁人自主建造的用房材料好,可以划为一等用房,但是由于其不知道补偿标准,加上评估机构也并没有严格按照制定的标准进行,这类用房常常被划为二等用房,导致被拆迁人权益受损。有的地区甚至连评估机构都是直接由有关行政机关指定,忽略了其中由被拆迁人自主协商的法律程序,《国有土地上房屋征收与补偿条例》并没有得到严格的贯彻执行。此外,按照我国《政府信息公开条例》的规定,对于涉及公民、法人或者其他组织切身利益的政府信息应当主动公开,行政征收过程中,土地房屋的重置价格的标准,很显然是涉及被拆迁人的切身利益,应当主动公开。有些地方政府虽然在网络上有所公示,但是对于广大农村被拆迁人而言,他们很难有针对性的对某些法律问题进行资料搜索和查阅,因此行政机关此处还应当提示有关人员进入相关具体网站的义务。但这些程序也常常被忽略,没有得到比较严格的贯彻执行。

(三) 被拆迁人后期生活保障没有跟进, 遗留了很多问题

就农村的行政征收来说,政府后期的生活保障力度做的还不够,直接给农民几个钱,然后“一脚踢”,这样基本上等于没安置。^[1]在我国大部分农村,很多村民一辈子就生活在农村,文化水平不高,一开始可能会因为房屋土地的征收而取得一定的财富,但随着物价的上涨,同比工资水平提升速度的过于缓慢,很多人的生计也成为了一一个问题,这在一开始拆迁时代拆迁比较早的村民身上显得越来越突出。另外,对于某些村民而言,他们根本不可能在城市找到相对比较好的工作,例如很多村民一辈子只会耕地种田,他们并没有比较专业的其他技能,这部分人的生活保障问题,政府行政征收过后是应该充分保障的,但目前并没有充分实现。被拆迁人后期的生活保障不跟进,当一次性补偿完的金钱花完,便容易出现更多的难以解决的问题,比如社会治安很可能恶化,而这些问题假如没有进行过行政征收的话,是不会存在的。政府从农民手中获得土地利益,应当为其后期的安置和生活提供必要的物质帮助,这样才符合法治政府的负责任形象。

四、农村拆迁问题的解决办法

(一) 进一步完善相关法律法规, 贯彻执行相关法律程序

总的来说,近些年来,我国相关法律法规不断完善,以《国有土地上房屋征收与补偿条例》为例,与原先的《城市房屋拆迁管理条例》相对比,不管是征收决定方面还是在补偿方面,都作出了比较具体的规定,甚至在相关程序这一块也有了比较详细的规定,注意到了很多细节。另外,很多法律也陆续出台或完善,《行政强制法》更是进一步规定了强制执行的种类和程序,对于农村土地的征收工作提供了程序上的借鉴。但是,仍然存在不完善的地方,

^[1] 方远:《农村拆迁征地存在的问题:以鄂南L村为例》,《华中师范大学研究生学报》2012年3月第19卷第1期。

比如在农村,很多村民的主要经济来源便是土地和依附于土地上的家庭副业,从长远角度看,一旦土地房屋被征收,这部分人单单靠着房屋拆迁补偿金生活是远远不够的。另外在农村人口安置的问题上,是否将拆迁户纳入城市户口范围、社会保险方面是否纳入城市医疗体系,都仍然没有比较具体的规定。法律程序方面,从我国的传统层面来说,短期之间不可能一下子达到严格贯彻的程度,甚至很多地方仍然是直接忽视复杂的程序,当然这其中也有提高工作效率的考虑,但是从长远角度看,法律程序的不严格执行,更容易滋生腐败、权钱交易等行为,不利于国家利益和社会公共利益,不利于保障公民的合法权益,程序的执行方面必须得到高度重视。

(二) 规范行政权力运行,充分发挥行政机关的积极作用,为被拆迁人的生活提供后续帮助

对于行政机关而言,在对待农村拆迁的问题上,不应滥用强制执行权,应该依靠相关法律法规的规定和程序进行。强制权是一项极具侵益性的行政权力,“规范行政权力运行”是法治政府建设的重要组成部分,是我们实现法治理想的必由之路。^[2]对于农村拆迁来说,行政强制权这一权力更应当得到规范运行,才能更好的维护被拆迁人的合法权益,增强社会的稳定性和和谐性。同时,在当前的背景下,行政机关应当充分发挥其积极作用,而不是采取“不管不顾”的工作方式。出现了问题,应当努力着手进行解决,积极主动与被拆迁人协商,或者通过其他法律途径解决问题,而不是采取消极的工作态度。另外,对于后期的被拆迁人的生活保障问题,行政机关可以向其推荐一些力所能及的工作,或者为其学习更多的生活技能提供帮助,行政机关应当按照当地实际情况、被拆迁人的实际情况对后续工作进行跟进,被拆迁人生活实在困难的,提供必要的帮助。

(三) 各地结合本地区实际情况,制定统一的重置价格标准和评估细则并贯彻执行

首先从房屋土地价格重置方面,有必要至少在省级范围内有一个比较大致具体的补偿范围的规定,各地可以有细微差别,但是总体上要有一个系统全面的规定。这样对于被拆迁人而言,有了一个具体的标准,可以比较充分的维护自身的合法权益,而对于行政机关而言,有了一个相对可靠的标准可以防范被拆迁人的恶意索要。文章认为,至少在县、县级市、市辖区这一级别范围内,应当存在一个比较具体的关于重置价格标准的规定,且标准的制定应当公开透明具体详细。另外,在房屋价值评估方面,文章认为应该由多家没有具体利害关系的评估公司分别进行价值评估,或者至少由一家评估公司的不同工作人员在不同时间、没有联系的情况下进行专业评估,这样的价值评估结果才更加具有合理性和客观性,也有效防范了部分人与评估机构之间的利益交换、损害他人和公共利益的行为。房屋价值评估机构也应当有专门的机关对其进行监督管理,可以说,房屋价值评估机构在整个拆迁工作中的分量举足轻重,其工作时间、工作地点应当与行政机关工作人员分开,这样才能避免双方联合压低重置价格的情形产生,也能防止行政机关利用职权对评估机构的正常评估工作进行干扰,损害被拆迁人的合法权益。

^[2] 关保英:《行政法学》(下册),法律出版社2013年版,第564页。

(四) 加强对农村拆迁工作的行政监督和管理, 充分保障农村的基层自治权利

任何权力, 如果没有有效的监督和制约, 那是很容易被滥用的。文章认为, 行政征收过程中, 应当有专门的监管部门负责监督, 特别是相关法律程序这方面, 目前实施的并不是很好, 有专门的监管部门进行监督, 既可以有效防止权钱交易情况的发生, 也可以在一定程度上维护国家利益和公共利益, 提升政府的公信力。另外, 目前我国农村实行的是基层群众自治制度, 这是基于我国《宪法》和《村民委员会组织法》的规定产生的一项重要的自治制度。那么, 对于农村征收这一方面, 我认为也应该充分保障村民的基于相关法律法规所赋予他们的自治权益, 应该在作出具体的征收决定之前, 由村委会召集组织村民会议或者村民代表会议, 对相关征收方面的问题进行探讨和表决, 充分保障村民表达自我想法的权利, 然后由村委会将具体的讨论结果上报上级政府, 上级政府应当对征收决定作出一些说明, 或者派代表到农村与村民进行交流, 因为我国的村民自治的权益, 是经过《宪法》具体规定的, 而《宪法》作为国家的根本大法, 必须得到充分的尊重和实施。通过这一系列程序, 也可以让被拆迁人进一步了解相关法律法规, 同时提供了一个双方交流的平台, 能够缓和部分矛盾, 可以提升政府的亲民形象。所以说, 制定这些征收程序是很有必要的, 有理论意义也有现实意义, 能够无形之中解决很多矛盾和问题, 有利于促进社会的和谐发展, 对于建设社会主义法治国家也有一定的积极意义。

参考文献

- [1] 关保英, 行政法学(下册)[M], 法律出版社, 2013.
- [2] 方远, 农村拆迁征地存在的问题: 以鄂南L村为例[J], 华中师范大学研究生学报, 2012, 19(1).
- [3] 权菊花, 关于农村房屋拆迁中存在问题及对策研究[J], 法制博览, 2016(8).
- [4] 陆亚娜、徐瑜, 城镇化进程中农村征地拆迁问题解析——基于博弈论视角[J], 苏州科技学院学报, 2013, 30(3).
- [5] 卢珺, 农村房屋拆迁价格补偿问题及法律对策[J], 价格月刊, 2015(10).
- [6] 王佳, 城镇化进程中农村房屋拆迁法律问题研究[D], 北方工业大学, 2013(6).

(责任编辑: 钟彩清)

受家暴女性“以暴制暴”犯罪及对策研究

孙盼盼*

摘要:随着时代的发展,人们逐渐摆脱传统的男尊女卑的思想束缚,女性在社会上占有越来越多的分工。而女性犯罪已经成为一个实际存在且不容忽视的社会问题,对社会、子女都会带来消极的影响,亟需引起我们广泛的重视。在女性犯罪中,特别是由家庭暴力所引起的暴力犯罪,即由于遭受家庭暴力而进行的犯罪,占有很大比例。对受家暴女性“以暴制暴”犯罪进行研究,对于妇女权益的保护,有着极其重要的意义。

关键词:家庭暴力 女性犯罪 现状 预防对策

我国首部反家暴法《中华人民共和国反家庭暴力法》,已经在2016年3月1日正式实施。它的颁布与实施是我国社会文明与进步的体现,也是我国在人权保护事业方面取得重要进步的体现。家庭暴力问题,作为一个重要的家庭问题和社会问题,需要引起了我们的重视。遭受家庭暴力的大多数是妇女、儿童和老人,反家暴法的颁布与实施,为他们提供了保护和救济。提起家暴,我们更多的想起的是男人打女人的情况。同样需要我们引起重视的是,有些女性在长期遭受家庭暴力的压迫下,会采取“以暴制暴”的方式,进而进行犯罪行为。遭受家暴的女性,作为家庭暴力的受害者,在最后却成为了犯罪人,这需要引起我们的关注。

一、家庭暴力的法律界定

(一) 西方国家有关家庭暴力的界定

在对于家庭暴力的问题上,西方国家有着不同的界定。联合国大会在1993年通过的《消除对妇女的暴力行为》,从其将家庭暴力的定义中可以得出:对妇女的暴力行为包括已经造成的或将来可能造成的,行为方式上有身心方面的,也有性行为方面的伤害和痛苦。发生地点可以是公共生活,也可以是私人生活中。笔者以英国和美国为例进行相应介绍。

英国于1996年制定了《家庭法法案》。其中,规定了针对发生家庭暴力,可以采取的法律救济途径。但是,它没有定义家庭暴力的概念。后来,有英国学者提出了定义,对于家庭暴力的伤害行为,包含有肉体方面、性方面、心理方面、感情方面、语言或者经济方面等。家庭暴力的发生范围,还包括夫妻离婚之后的一些暴力行为。

美国学者,凯特·斯丹德利,他在《家庭法》中这样论述到:“家庭暴力,换句话说,发生在家庭中的暴力行为。它具有很多种不同的形式,其中不仅仅包含有单纯的肉体伤害,还包含有精神方面和情感方面上的伤害及恐吓,同时还包含骚扰和困扰。这样的暴力行为具有较大的危害性,而且有可能导致刑事方面的犯罪。家庭暴力的发生具有一定的隐蔽性,受害者在举证方面具有一定的困难。”

从西方国家对家庭暴力的定义中,我们可以看出,实施暴力行为的主体和受害主体存在着差异。其中,家庭暴力的施暴者大多数为男性,对应的受害者多数为女性。并且施暴者实

* 孙盼盼,河南商丘人,上海政法学院2016级刑法学专业硕士研究生,师从蔡一军副教授。

施暴力行为目的多是为了从肉体上或者精神上,对女性进行支配和控制。

(二) 我国有关家庭暴力的界定

我国对于家庭暴力的规定较晚于其他国家,首次引用家庭暴力的概念是《婚姻法》中。目前有所进步的是,我国已经在2016年3月1日实施的反家庭暴力法中,明确规定了家庭暴力的概念。“家庭暴力,是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。”这一规定,可以说是我国立法的一大进步,为当事人、社会团体、司法机关等处理家暴问题时提供了法律依据。从而可以达到更好地预防和制止家庭暴力的目的。从此家暴问题不再只是“家务事”,而成为了国家和社会都有责任进行管理的“公务事”。^[1]

反家庭暴力法的实施,表明了我们国家对于家庭暴力的态度,即是否定和谴责的,这也有利于人们能够正确认识家庭暴力的问题。这彰显了我们国家对家庭成员合法权益的保护,是我国在尊重和保障人权的立法方面的一大进步。以此也能告诫人们家庭暴力不单单是个人私事,而是属于危害社会的行为。

(三) 遭受家庭暴力女性的界定

对于家庭暴力的施暴者和受害者主体范围,需要是同一个家庭的家庭成员,具有亲属关系和共同生活在一起这些特征。在一个家庭生活的公婆与儿媳、岳父母与女婿之间,有时候也会发生暴力。但是我们通常不把这些归入到家暴的主体范围内,另外,有的家庭里面的兄弟姐妹,都已经各自结婚成家、另外居住,这种兄弟姐妹之间的暴力是否属于家庭暴力的主体范围,也是值得我们思考的问题。^[2]笔者认为,如果将此类兄弟姐妹也归入到家庭暴力的主体范围之内,有可能会大量扩大家暴的主体范围。这从表面上看,似乎是有利于打击和禁止家庭暴力。但是实际上,这反倒会不利于保护受害人的权益。因为在很多情况下,外人对家庭暴力采取的是漠视的态度,他们反而会对社会上的一些暴力事件多一些关注。所以这类主体不应当成为家暴的主体,这样会更有助于保护他们的权益。

此外,需要强调的是:第一,家庭暴力的施暴者与受害人是不仅只包含现行立法规定的抚养、赡养或扶养关系的人之间的。在一起生活的儿媳与公婆之间、女婿与岳父母之间,他们一起生活,组成了一个家庭。如果他们当中出现了一些行为属于暴力行为,也要归入到家暴中。第二,一些在法律上彼此有扶养关系的人,不一定会构成家暴。比如,彼此成家、没有生活在一起的兄弟姐妹之间,他们虽然在一定条件下具有相互扶养的法定义务。但是,由于他们并没有在一起居住,因此也不能构成家暴。第三,在直系亲属之间,由于存在血缘关系、日常居住关系的特征,以及外人对他们的家庭成员身份的认可。不管他们是不是在一起居住,都会构成家暴。^[3]总的说来,在家庭暴力中,受害者有女性、男性、老人还有子女,但是女性往往是家庭暴力最大的受害者,女性的权益也因此会受到比较大的侵害。遭受家暴女性的主体身份,主要有妻子、女儿、母亲和婆婆等。笔者主要从妻子遭受的来自丈夫的家庭暴力这一角度来论述。

^[1] 李明舜:《反家庭暴力法应合理界定家庭暴力的概念》,《中华女子学院学报》2015年第2期。

^[2] 王牧:《新犯罪学》,高等教育出版社2005年版。

^[3] 夏吟兰:《家庭暴力防治法制度性建构研究》,中国社会科学出版社2011年版。

二、女性容易遭受家暴的原因

(一) 社会因素

当今的女性跟以前有所不同,大多数已经参与到社会中,并且和男性一起共同承担着供养家庭的义务。但是由于我国存在着几千年来的男尊女卑的传统观念,社会上仍然存在着男女不平等的现象,使得女性在同男性的竞争中处于劣势地位。^[1]也就是说,一方面,当今社会的现实及她们接受的教育使得她们有了自食其力的观念和自强不息、努力奋斗的精神。但是,另一方面社会并没有给她们提供平等的就业机会。每一个个体都是生存于社会生活之中的,女性在社会中的地位也决定了女性在家庭暴力中,容易成为受害人的这一现实情况。

虽然现今大多数女性和男性一样,可以有自己的一份工作。但是无论是就业方面还是择业方面上,女性因为自身的生理条件,相对男性来说选择面都会相对窄很多。即使是受到过高等教育的女大学生,也找工作的时候也会面临很多不公平的情况。对于来自偏远地区的或者农村的女性,更会因为教育的缺失,而无法得到自己谋生的工作机会,或者是无法找到好的工作。^[2]因而在家庭环境中,大多数女性会因为经济地位不如男性,而需要依靠男性,由此放低自己在婚姻中的地位,也不愿意、不敢脱离男性的。这一特点也造成女性更容易成为家庭关系中的被害人。

(二) 自身因素

被害人之所以会被伤害,主要是由于他们具有的生理因素和心理因素。心理因素方面,中国存在着几千年来的“男尊女卑”的封建思想,并且这种思想在人们心中达到了根深蒂固的地步。即便是到了现代社会,女性大多数都会出去工作,有自己的经济来源,可以独立生活。但是依然会受到这种封建思想的影响,甚至一些女性自己也或多或少的承认这种男女不平等的思想观念,甘愿屈服于、听任于男性。如果女性在遭受家庭暴力时,认为这是天经地义的所谓“夫字天出头”的体现,就将自己首先把自己设定为了家庭暴力中的被害人角色。这也导致有些遭受家庭暴力的女性在遭受家暴时,选择了打不还手,默默忍受,这也极易助长男性施暴,并且很容易变本加厉。有些妇女会因为尚且存在一些夫妻感情,或者担心害怕事后遭到施暴者的报复。在相关机部门对施暴者依法论处时,都不愿意或不敢去指证,有的人乃至会选择为丈夫“求情”,这都不利于司法机关使用法律手段保护她们。^[3]所以,女性的懦弱的心理特点也是家暴存在的原因,而且这一特点会导致家庭暴力的升级。

此外,还存在生理因素方面的原因。在通常情况下,女性的身高要低于男性,体重上也要比男性轻很多,体力方面相较于男性也较为柔弱。这首先就导致了在发生暴力行为时,女性会处于弱势,并且无法反抗来自男性的强大的暴力行为,会很容易成为家暴的受害者。她们也害怕会因为自己的反抗行为,而遭受更严重、更多的伤害。因此,她们往往会选择忍气吞声,心里默默期待着所遭受暴力的尽快结束。

^[1] 王骏:《新时期女性犯罪原因论》,《鄂州大学学报》2004年4月第1期。

^[2] 张荆:《现代社会的文化冲突与犯罪》,知识产权出版社2009年版。

^[3] 康树华:《当代中国犯罪主体》,群众出版社2005年版。

(三) 法律因素

今年3月1日实施的反家暴法,可以说是家庭暴力这一问题的立法补位。是我国立法方面和在人权保护方面的一大进步。出台相应法律之后,就需要在执法、司法救助方面跟上脚步。^[1]由于在实际生活中存在这些问题,通常妇女在遭到家庭暴力向相关部门寻求帮助时,大多都被求助者进行“和稀泥”式的调和,不及给以有用的帮助。家暴不仅造成对女性人身权利的加害,更重要的是它的多发性和长期性,已经成为造成女性“以暴制暴”的一大原因。司法实践在现实的运作中,因为会缺乏针对性和具体实施细则的引导,难以发扬其应有的作用,进而很难到达社会大众对它的期望,存在对家庭暴力打击不力的现象。

此外,在家暴案件中,还存在一些证据不够的现象。乃至有的受害者没有寻找证据的想法,也有的受害者不懂得怎么样来寻找对本身有利的证据。另有受害者,会因为未及时报案或者开具一些证明材料,而错过了证据的寻集,乃至某些受害者已经收集到的证据,可是会在庭审时,因为各类原因拒绝向法院提交。当今的证据规则在证据的采信、认定等方面,也没有充足思量到家暴案件的特点。^[2]此外,一些部门的职员依然把家暴案件放在“家务事”的地位,往往造成立案的不及时,耽误了证据收集的最佳时刻。这从另一个方面也造成了女性容易成为家暴的受害者。

三、女性“以暴制暴”犯罪的原因

(一) 外在因素

对于有关遭受家暴女性的救济手段的缺失是一个因素。想要反抗家暴,女性能够采用很多方法。比方说,获得一些渠道的帮忙,然则因为存在一些救济手法的缺乏和救济渠道的不畅达,致使受害女性只有依靠自身的方法。^[3]当然女性采用暴力的方法来抗拒自身所承受的家暴,是全部方法中最不好的一种。可是,大多情况下,这种事情的发生是多种要素综合产生的。在报复心的作用下,“以暴制暴”基本上都是一种无奈的选择。

还有就是社会关怀的缺乏。家暴发生的隐蔽性从侧面说明了施暴者的暴力行为不容易被人察觉。身边的邻居和亲朋好友,大多数都是抱着“宁拆十座庙,不毁一桩婚”的心理态度,采取不闻不问的态度。或者进行一些劝解、安抚,来求得息事宁人。居委会和村委会此类的自治组织,它们的作用也最多是调解一些比较简单的家庭纠纷,对有过错的一方进行批评和教育。家暴也不会获得停止,会容易激发女性的犯罪。家暴的受害者,属于社会的弱者,理所当然需要得到我们大家的爱护和关心。需要给以她们心理的慰藉,物质的帮忙,以及联合大众的力量,帮助她们探求到有用的方式来解脱家暴。让她们不导致产生绝望的想法,有一种被大众丢弃的念头。^[4]

(二) 自身因素

女性特有的生理因素会对此类犯法产生影响。学者指出,当女人处于月经期、有身孕时

[1] 欧阳艳文:《从公安角度看反家庭暴力专门立法的重要性》,《警官学院学报》2011年2月。

[2] 王丹:《论女性犯罪的原因及心理矫治》,吉林大学2011年硕士学位论文。

[3] 周永刚:《受家暴女性恶逆变犯罪现状透视及防控构想》,法制与社会,2016年2月。

[4] 姜虹:《制定警察机关防治家庭暴力规范问题研究》,中华女子学院学报,2009年1月。

期、产期、哺乳期和绝经期时,会呈现植物神经功能混乱。此时大脑皮层控制失调,会很容易心烦,容易发怒,且情绪失控,容易产生攻击心理。女性恰是因为此种影响,很容易进入到犯罪中。此时期的女性,遇到一点不顺心的事就很容易诱发犯罪。当这些因素遇到外界因素的刺激时,内因、外因的综合作用,就很容易导致犯罪的产生。曾经有调查90名女被告人,是以寻衅滋事罪被抓捕的,其中有82名在犯法时是在生理期间。

有研究表明,女性所具有的攻击性要低于男性,并且这种差别在人们2-3岁的时候就已经出现了。这导致她们在性格上会呈现出相对于男性而言的攻击性较弱、依附性很强等心理特征,常常会表现出焦虑、抑郁、自怨自责的态度。^[1]这些心理特征,都会导致女性在实施犯罪行为时,暴力性、攻击程度大小都要低于男性。另外,女性进入社会相对较晚,在判断能力方面也差一些,所积累的社会经验也少很多。就导致她们很容易选择依赖男性、屈就于一些权威。女性所具有的这种强烈的依附心理,很容易造成她们轻信和盲从他人,如果此时受到一些品行不端的人的指使,就很容易进行犯罪。有很多案例显示,女性进行“以暴制暴”犯罪有经过别人的挑唆或指使。很多女性在情感上属于理想主义者,她们的情感丰富并且细腻,情绪方面稳定性较差,很难较好的控制自己的情绪。

以上种种的外在因素和自身因素,都会造成受家暴女性采取极端的手段进行犯罪。分析这些因素,更有助于我们提出相应的预防对策。

四、受家暴女性“以暴制暴”犯罪的预防对策

(一) 社会方面的预防

1. 提高对女性的认知度

当前社会存在一些对女性和家庭暴力问题的漠视,不管是在家庭中还是社会上,都存在一些人对女性的重要性予以轻视的态度。^[2]在许多行业,女性的合法利益仍旧不能够合法保护。在一些都市家庭里,男子的薪金往往要高于女子,这就导致很多丈夫觉得是靠着自身养活着全家,而轻忽了女性的重要性。对于社会而言,需要提供给人们一个良好、和谐的社会环境,控制各种有可能会影响、诱导其产生违法犯罪的动机,并进一步决定和实施犯罪行为

的因素。

对于妇女而言,她们主要是负责家庭中的一些家务事宜。家务劳动问题是必不可少的,但是长期以来,社会和家庭却没有赋予它应该有的地位和价值。通常情况下,在我们国家,家庭主妇往往会被视为是没有能力、不能出去工作挣钱、慵懒吃闲饭的形象。家庭妇女也因为没有工作,没有劳动收入,而无法享受和企业职工一样的社会保障。她们平时没有工作收入,经济上并且无法自立。在生育孩子之后,再就业会具有相当大的难度。而男性则会认为,自己是养妻子、养家的人,过高看重自己的地位,往往对女性不够尊重。比方说,很多男性会觉得自己在外工作,是家里的灵魂、重要人物。轻忽妻子在家做家庭工作的重要性,始终忽略了它的不可缺性。提高人们对女性的认知度,以增进家庭和睦会产生很大的作用。

^[1] 肖峰:《论家庭暴力的刑法规制》,郑州大学2010年硕士学位论文。

^[2] 曹阳:《女性犯罪特点及防范措施》,《法治快报》2009年5月。

2. 保障女性的平等就业权

对于进行家庭暴力犯罪的女性犯罪人来说,她们对配偶具有经济上的依赖性,是造成她们的物质和情感方面的需求难以达到平衡的重要原因。她们之中有很多都是没有工作,全身心投入到家庭和家人之中很容易在有关丈夫的问题上患得患失。所以,可以让女性出去工作来解决这方面的问题。通过可以保障女性的平等就业权,为她们创造工作机遇,以此来加强她们经济上的自立性,同时分散家庭女性对家庭、爱情的精力和注意力。^[1]

笔者认为,可以通过以下这些方法解决。首先,就女性工作者而言,可以采取通过劳动部门介绍工作、志愿一起来就业和自谋职业相联合的方式,拓宽相应渠道。其次,女性也可以自发的组织起来,针对市场的需求,结合自身的相关优势,来寻找和创造适合自己的工作。例如,一般的家庭女性,可以参加家政或月嫂的培训课程,成立或加入家政服务企业,利用自己娴熟的家务技能和顾家经验,开创属于自己的事业。再次,就劳动部门而言,可以通过广泛搜集一些岗位信息,来适当的开发一些适合女性就业的岗位。在一定地域范围内,对用人单位的用工情况进行相关调查,通过对岗位信息的整理、研究,得出一些数据信息,以方便女性对就业事项进行咨询,来对她们进行工作介绍。相信采用这些方式,妇女的平等就业权方面会有所改善。进而就能增加自己的经济独立性。

(二) 自身方面的预防

1. 加强自身法制教育

女性犯罪数量逐渐升高,还在一定范围内,和很多女性缺乏较好的法制概念有关。实际上,存在着很多女性,她们缺少法律常识,不明白用法律方法来护卫自己。甚至有的人在实施犯法行为之后,却不知道自己做的是违法的事情。这就需要女性多学习法律常识,加强法律思维,学法、懂法,依法维权,并慢慢养成遵法思想。^[2]当前,我们国家加强社会主义民主和法制建设,实行依法治国政策,法律可以说是保护妇女合法权益的最有效、最有力的武器。

广大女性首先需要学法、懂法,达到知法、守法,知道自己享有哪些法定的权利和义务,并且能够进行依法办事。只有她们的法制观念提高了,当本身受到侵害时,她们才能够大胆的尝试法律的方法维护自己的权益。在加强女性法制思维方面,需要从增强她们的法律思维方面开始,知道如何通过合法、正确的途径来保护自己。从而明白依靠合法方法来处理种种矛盾纠纷,并维护本身的正当权益。依靠法律严格要求本身,而且不为犯法乱纪的事。

2. 心理预防

在心理预防方面,有些女性在生理因素的作用下,经常导致自私、狭义和过火的性格,以致没有明辨是非的能力。要消弭女性的犯罪动机,从个人方面来说,应加大对女性心理健康教育。使其产生优秀品德和心理素质。并加大其本身的心理能力,以有用地抵御外面不好因素的侵袭。面对事情、处理事情的事情,尽量克服那些自私、偏激的情绪,并学会适当的控制自己的情绪。^[3]此外,女性还需要加大本身分析对错的能力,用理智态度去应对和解决

^[1] 方正:《论我国女性犯罪的特点、成因及预防》,山东大学2010年硕士学位论文。

^[2] 陈昊:《家庭暴力的法律分析》,《内蒙古电大校刊》2007年8月。

^[3] 欧阳艳文:《从公安角度看反家庭暴力专门立法的重要性》,《江苏警官学院学报》2011年2月。

问题。克服对丈夫或是他人的依附心理,减少对他人的依附性,提高自己的独立性。培养自己独立自主的人格,并强化自身的自我保护能力。从而能够消除自己存在的一些心理障碍,有了稳定的情绪,才能用平和的心态去解决各种困难和挫折。通过使女性变得更加自重、自立和自强,来减少对男性的依赖,成为社会上一个独立的个体。并且懂得用理智克制自己的行为,从而通过合法、正当的手段应对来自家庭成员家庭暴力的侵害。

(三) 法律方面的预防

1. 建立保护女性法律体系

笔者认为,可以建立起保护女性的法律体系,从制度层面上确保女性受教育等权利的实现。将我国有关保护妇女平等就业权的各项政策和措施落到实处,尽可能强化良性需要程度、增强女性经济和情感独立性,提高女性认知水平、培养女性理性思维能力和优良性格特征,阻碍犯罪动机的形成,并通过立法加大对家庭内针对女性的暴力行为的整治力度,降低女性进行一些犯罪的因素。

另外,当女性在遭遇家暴向司法部门寻求帮助的时候,一般会采取“和稀泥”式的调和,大多数没有办法给予实质性的帮助,无法杜绝家庭暴力的发生。笔者认为,当今的法律可以不将家庭暴力与其他暴力犯罪行为相区别对待,对实施家暴的施暴者给予一定的处罚,在法律上对家庭暴力行为予以处罚的规定。我国颁布实施的反家暴法是一部专门预防和制止家暴的立法,它作为我国人权保障立法的重要成果,为受害的家庭成员提供了各种救济措施。反家暴事情,我国已经有了法律依据,下一步很重要的一点是要“有法必依”。这就要求相关的执法人员和社会机构依据法律的规定,行使自己应负的义务,并达到预防和减少家庭暴力的发生。相信家庭暴力减少了,由此引发的一系列的受家暴女性犯罪自然会因此而减少。

2. 建立专门的妇女法律援助机构

笔者认为,可以通过创立特别的妇女法律援助机构,来代替制订专门的法律,想必这会是一个不错的方法来保护女性权益。其中,可以建立妇女法律援助机构,需要那些经过专门培训的律师,向有需要的妇女及时提供各种法律服务,并及时查处损害女性权益的违法犯法行为,以填补当前法律法例与女性维权的不同。以此来为女性受害者供给一条合法的法律救济途径,预防她们走上犯法的道路。对于遭受家暴的女性而言,可以通过专门的妇女法律援助机构来寻求帮助。女性求助有门,可以通过正当的途径,来摆脱家庭暴力的侵害,从而来保护自己及家人的身体方面及精神方面的健康。

参考文献

- [1] 方正,论我国女性犯罪的特点、成因及预防[D],山东大学2010年硕士学位论文.
- [2] 肖峰,论家庭暴力的刑法规制[D],郑州大学2010年硕士学位论文.
- [3] 曹阳,女性犯罪特点及防范措施[N],法治快报,2009.
- [4] 陈昊,家庭暴力的法律分析[J],内蒙古电大学刊,2007.
- [5] 李明舜,反家庭暴力法应合理界定家庭暴力的概念[J],中华女子学院学报,2015(2).

(责任编辑:李明哲)

中国(上海)自贸区知识产权行政监管制度研究

卿梦芳*

摘要:随着社会与科技的发展和进步,知识产权的重要性日益显现,已经成为竞争力的核心要素,而知识产权的行政监管肩负着更好的保护知识产权的市场环境,维护法治秩序,其制度下的效率与质量直接影响了知识产权的运用和管理,因此,上海自贸区知识产权行政监管制度的研究必须进一步完善和深化,以更好地发展我国的经济,以适应国际高标准贸易体制和规则,向国际化转变。

关键字: 知识产权 行政监管 自由贸易 执法制度

一、上海自贸区知识产权行政监管的法律内涵

所谓知识产权行政监管是指国家的行政管理机关,在法定的程序和行政手段的前提下,处理知识产权的各种纠纷、维护知识产权的秩序,从而维护权利人和与知识产权相关人的合法权益。其行政监管主要分为中央到地方的多层级管理,并且加之不同行政部门的多元化管理配套;从监管范围来看,专利、商标和版权都属于知识产权监管的范围,并且由不同的行政管理机关负责实施。但从实际的运行中看出,目前经济的全球化,TPP, TTIP 等服务贸易和投资新规则的建立与推进,加之上海自贸区自身实施的“一线放开,二线管制”等制度,使中国清楚地认识到,知识产权行政监管体制应与国际接轨,需加快创新制度平台,完善中国政府行政职能。

二、上海自贸区与相关发达国家知识产权监管的比较研究

(一) 美国自贸区知识产权监管制度

作为知识产权实力最强的大国,美国在各种场合不留余力的推行自由贸易协定,并且积极鼓励对方按照自身的法律标准来保护知识产权,切实保障自身的贸易利益,自由贸易协定也自然成为保护美国知识产权的有效制度。因此,首先对于美国自贸区知识产权监管制度的研究分析有助于中国上海自贸区知识产权执法的立场选择。

从相关法律法规可以看出,美国联邦法院已经明确规定美国海关具体实施知识产权海关保护,不仅对侵犯知识产权货物有权查处,限制或禁止进口,对符合法律规定的商标、商号提供边境保护,对过境的货物也全部纳入知识产权监管范围,这一法律制度保障,给自贸区相关权益提供了强有力地边境保护,而这也正是美国在要求相关贸易伙伴遵循自身知识产权自由贸易协定监管规则的同时,自己首先做好表率的表现。

(二) 欧盟自贸区知识产权监管制度

现行欧盟知识产权监管的保护制度在适用和范围上都采用严格的立法保护态度,其法院中的判例也将海关的相关执法权限进一步扩大。

* 卿梦芳,上海政法学院2015级宪法学与行政法学专业硕士研究生。

欧盟知识产权海关监管其法律法规的有效执行。相关利益人和权利持有人为行政执法人员展开专业培训,并且每年都会及时的公布知识产权监管的处理数据,以此提高执法的透明度。欧盟知识产权执法机构强调执法部门的经验交流,重视控制海关执法风险,细化侵权货物信息披露标准。关于国际间知识产权侵权货物的处理,要求国家间加强监管的信息交流,促进执法的相互合作,特别是加强与执法主管机关的合作,同时也会开展联合活动促进相互理解,以实现彼此执法的信息高效传递。

(三) 韩国海外知识产权监管制度

随着中韩自贸区的建立与发展,两国之间知识产权的纠纷数量必定也会增多,研究韩国海外知识产权监管政策,并从中借鉴有益经验,应用到我国自贸区的知识产权监管建设将会显得尤为重要。

韩国于2009年通过的《知识产权强国实现战略》,将海外知识产权保护提升到了国家战略的高度,并明确了在保护海外知识产权、国际化合作等方面将会不断加强和完善,以此促进韩国向知识产权强国发展。

在韩国,知识产权保护政策协会是由韩国特许厅成立的知识产权保护组织,而民官联合海外知识产权保护协会则是由韩国特许厅与大韩贸易投资振兴公社联合设立的知识产权保护协会,共同负责国内与国外的知识产权保护,帮助韩国企业解决国际知识产权纠纷。此外,韩国政府还希望通过联盟和协会两者的力量,建立协议体,此体系目前已经在多个国际化领域的海外知识产权纠纷中取得了较好的效果。

三、上海自贸区知识产权监管问题探析

目前,在中国知识产权监管方面,运用的是分散模式,也就是由不同的行政管理机关对专利、商标、著作等方面管理。显而易见,这种分散的监管模式不符合上海自贸区自由开放高效的要求。

和传统的货物进出口知识产权执法措施相比,上海自贸区将原来的境内与境外两个地域的执法增加到了三个地域,也相应使货物的出口与进口知识产权问题变得更加困难。由于上海自贸区实施“一线放开,二线管住”的监管模式,这必然会导致国内外知识产权商品的平行进口问题,而平行进口是否属于违法行为,各国法律法规的制定准则不尽相同。对于这一问题我国也并没有明确的法律规制,但在实践中,对商品的数量或质量如果存在改变或者受损情况,侵犯了消费者或相关权人的合法权益,则规定不允许平行进口。

更为重要的是,相关的法律法规对自贸区知识产权监管制度仍非常不明确,本来侵犯知识产权行为就具有一定的隐蔽性,对过境货物能否采取知识产权相关措施一直也存有争议,在国际方面也没有相关的强制性条约,在上海自贸区知识产权行政执法机构设置以后,人员配备问题自然变成当前急待解决的问题。一方面,如果抽调知识产权执法局和专门执法机关的人员,则很可能造成“多头执法”的局面,必将会造成执法效率的下降,也不利于知识产权行政监管工作的进行;但如果增加行政执法人员编制,则相应的执法成本就会提高。

作为国家先行先试的创新重点区域,上海自贸区被定为探索政府职能转变,加快投资和

贸易的便利化,创新管理模式的重点项目,由于上海自贸区地位的特殊性,国家授权其可通过立法来提高知识产权行政监管的标准,来促进海外投资和贸易便利,可也正是其地位的特殊性,决定了知识产权行政监管标准可能会存在许多的差异。但如果不制定和实行更高的知识产权行政执法标准,如果不缩小其差异性,盗版、侵权等行为的发生概率会大大增加,这必将影响上海自由贸易区的长远发展和国家经济改革试点的方向选择。

四、对上海自贸区知识产权行政监管制度的思考与建议

(一) 建立监管的集中与衔接制度

首先必须改变自贸区分散的模式,成立综合的行政监管机构,根据相关规定,自贸区将建立统一的行政执法体制,体现于上海自贸区管委会综合执法机构的建立,其将集中行使知识产权的行政处罚,根据规定,管委会承担行政审批的知识产权事宜主要有:知识产权管理部门委托的专利代理机构申报初审和专利广告出证,境外图书出版合同登记,复制境外音像制品著作权授权合同登记,进口图书在沪印制备案。^[1]显然,自贸区对于版权或文化产业的管理将会是重点;而管委会综合执法机构集中行使的知识产权行政处罚权主要有:知识产权管理部门依据法律、法规和规章,对著作权、专利权方面的违法行为行使的行政处罚权。^[2]关于这一规定是实施有关法律的内容之一,与非自贸区之间没有本质的区别,只是在执法主体上由管委会执法机构集中负责而已。

其次,必须实行商标、版权、专利的行政监管的统一,加强行政与司法保护的衔接制度,目前来看,衔接机制仍旧非常的不完善,信息的共享平台的法律依据大多只是规范性的法律文件,行政部门由于职能方面的限制,取证困难,加之各个部门的执法手段,程序并没有统一明确的规范,各机构之间又相互交叉重叠,不仅有碍行政与司法的监管,也大大降低了执法的效率;在另一方面,由于检察机关监督渠道的不畅通,对于行政机关移送的涉嫌侵犯知识产权案件模糊不清,情况不明,继而更加不能进行有效的监督。

最后,搭建知识产权行政监管的联动制度与联席会议制度,进行综合监管,与公安、海关等执法部门实行联动知识产权保护,必要时多部门之间联合采取行动。

(二) 设置独立的知识产权行政执法监管机构

设置独立的知识产权行政执法监管机构,将商标、版权和专利的主管部门职能集中,建立权责统一并且独立的行政监管部门,并且可以组织成立知识产权警察,形成专业的知识产权行政监管队伍。作为一项专业性较强的监管工作,如果由不同的部门介入则必定会消耗大量的人力、物力或者财力,也将会造成管理上面的重复监管或互相推诿等现象的产生。设立独立的知识产权行政监管机构,不仅可以为知识产权相关人员提供“一站式”的便利服务,也使得管理变得更加人性化与规范化。

相应的在执法标准上,《与贸易有关的知识产权协定》(TRIPS 协议)规定,各国制定的标准需在协议范围内,并且结合本国国情的知识产权保护标准。因此根据协定,我国知识产

^[1] 《中国上海自由贸易试验区管理办法》(2013)第5条第2项。

^[2] 《中国上海自由贸易试验区管理办法》(2013)附件第3条第8项。

权行政监管工作的标准就是我国现行法律法规的相关规定和与我国签订的相应的国际条约。但为了自贸区的创新与发展,投资与贸易的便利化,自贸区的标准制度必须要高于其他地方的经济试点区域,以此重点促进海外的贸易和投资便利,减少假冒、盗版等侵权行为的负面影响。在执法主体的权限和义务上,必须要视情况针对不同的知识产权案件,选择合适的监管程序,做到权责清晰,而这都应通过法律来固定和维护,为不服行政决定的相对人提起的行政复议或行政诉讼提供相应的强有力地法律依据。

(三) 建立多元化知识产权行政监管纠纷处理机制

作为经济发展的实验区,自贸区应充分积极发挥知识产权调解机构、中介机构、仲裁的纠纷处理作用,其仲裁不仅提供了相对的保密性,也给予当事人非终裁决的选择,弥补了一裁终局方面的不公平性,提高了司法的效率;在另一方面上,机构会更加提倡调解,注重灵活性,拥有明确的仲裁程序。

由于知识产权侵权案件关系到知识产权法律适用方面等专业性很强的技术问题,比如生物、化工、技术鉴定等等,而这些疑难问题直接影响到法律的判断和案件的审理,建立多元化知识产权纠纷处理机制,以此可以大大填补行政监管机关在认定纠纷事实上面的短板问题。^[1]

(四) 完善知识产权监管方面的立法

上海自贸区必须从国家的总体方案入手,完善相关立法,加强顶层设计,从管理办法到自贸区的条例,都必须有自贸区知识产权监管制度的立法保护,并且亟需建立知识产权统一行政监管制度的立法。具体在监管地位,原则和范围上都必须明确,继而制定相关的海关监管规章条例等。

相应的接下来法律适用问题也是自贸区的核心问题之一。为营造法治化、国际化贸易规则体系的良好环境,上海自贸区法庭在审理案件时要准确适用中外相关法律法规、国际条约和国际惯例,但问题是内容大多过于抽象或者模糊,如果要直接适用,那么法律解释将十分的重要。在结合我国国情上,我们认为,主要以国内法为主,至于国际条约,需要根据具体情况加以分析,特别是与自贸区相关的条约和规定,需要通过转化来融入国内的法律制度。

中国要加强知识产权保护,首先必须要加快建立知识产权行政监管制度,从构建集中统一的行政监管机构入手,加之司法方面的严格保护,各部门、各制度的相互衔接,完善相关法律,以此加快中国(上海)知识产权行政监管制度的创新与突破,为中国知识产权行政监管探索与改革起示范作用。

参考文献

- [1] 崔汪卫,论上海自由贸易试验区知识产权的法律保护[J],现代经济探讨,2014(3).
[2] 郑国辉,中国(上海)自贸区知识产权若干法律问题[J],上海政法学院学报(法治论丛),

^[1] 季卫东:《中国(上海)自由贸易实验区法律问题研究》,《东方法学》2014年第1期,第86-90页。

2014(4).

[3] 吕若溢, 中国(上海)自贸区知识产权行政管理体制述评[J], 华东政法大学学报, 2015(4).

[4] 宋红松, 自由贸易“飞地”之内的知识产权保护[J], 中国知识产权法学研究会2015年年会论文集, 2015(9).

[5] 管荣齐, 知识产权行政工作创新研究——以上海自贸区为背景[J], 天津学术文库, 2015(9).

(责任编辑: 孙盼盼)

对于销售假冒注册商标的商品罪中 “销售行为”的定性问题研究

胡嘉俊*

摘要: 在当今热门的网购模式里,由于网站服务提供商的监管松散和物流运输行业的查验不力,销售假冒注册商标商品的商家有了可趁之机。他们往往采取将其预售商品的信息发布在“淘宝”,“咸鱼”等购物平台的方式,以其极具诱惑力的价格等待买家上钩。这样的行为不仅损害了国家的社会主义市场经济秩序,也触犯了我国刑法。销售假冒注册商标的商品罪所侵害的客体是国家对于知识产权的保护制度,只要生产者、销售者将假冒注册商标的商品制作完成或者销售已经开始,就可以视为既遂,所以不论买家有没有收到,都应当认定为既遂。

关键词: 假冒注册商标 商标专用权 销售行为 买卖合同 物流监管

一、引言

当今社会,凭借网购“可供选择多、营销成本低、衡量比价容易”等特点以及物流行业的迅猛发展,网购慢慢转变了人们的消费观念,逐渐取代实体店购物的模式,成为了大家首选的购物方式。然而在互联网经济繁荣的背后,也给了许多不法商家可趁之机。在高额利润的诱惑与驱使下,销售伪劣商品、食品等不正当竞争的案例不计其数。其中,销售假冒注册商标的商品行为出现得尤为频繁。以上海地区为例,2005年至2009年上半年,检察机关共受理侵犯知识产权案件442件,其中销售假冒注册商标的商品罪案件有275件,占有侵犯知识产权犯罪案件的62.22%。^[1]不法商家的行为在给消费者造成巨大的困扰与隐患的同时,也严重破坏了我国的社会主义市场经济秩序。

不法商家的行为不仅损害了国家的社会主义市场经济秩序,也触犯了我国《刑法》的第214条——销售假冒注册商标的商品罪。销售假冒注册商标商品的卖家,或未经注册商标所有人许可,在同一种商品上使用与其注册相同的商标并销售,或销售仿造、擅自制造他人注册商标标识的商品。^[2]在当今热门的网购模式里,他们所采取的方式是先将其预售商品的信息发布在“淘宝”,“咸鱼”等购物平台上,以其极具诱惑力的价格等待买家上钩。在买方上当、确认购买并支付货款至第三方平台后,卖方便将货物交由快递公司进行运输。

二、实务中对“销售行为”的认定标准

* 胡嘉俊,上海政法学院2016级刑法学专业硕士研究生,师从卫磊副教授。

[1] 邱灵:《知识产权犯罪中既未遂形态的认定——以销售假冒注册商标的商品罪为例》,《安徽警官职业学院学报》2011年第2版。

[2] 《中华人民共和国刑法》第二百一十三条。

互联网有其特殊性,网络销售假冒注册商标商品犯罪也随之具有隐蔽、多发、范围广、难取证、难追究责任等特点,^[1]这给案件的侦查着实增添了难度。该类案子的破获往往发生在相关执法机关对运输快递货车的例行检查中,在公安机关抓获了犯罪嫌疑人后,检察院以“销售假冒注册商标的商品罪”提起公诉。在审判过程中,法检两方的争议逐渐彰显出来:法院认为,由于涉案商品是在第三方运输的过程中被查获的,尚未送达买家手中,销售行为并未完成,因此买家无法遭受其所购买商品可能对其造成的损害。鉴于危害结果并未出现,所以认定犯罪嫌疑人构成本罪的未遂情况。而检察院则认为应当以该罪既遂追究犯罪嫌疑人的刑事责任。众所周知,法律有其局限性,很难及时有效的去修补因时代快速发展而造成的自身漏洞,致使在司法实务中,即使形如这样的案件不在少数,目前的《刑法》条文与相关的司法解释也尚未来得及对该罪罪状中的“销售”一词做出明确的规定。这也是检察院与法院因该类案件所产生的分歧没能得到有效地解决的原因之一。那么,法检两家所持的观点究竟哪方更合理呢?

三、本罪所侵犯的客体是国家对商标的管理制度

笔者认为,法院所给出的评判依据并不那么合理,其对于“销售”一词的解释也有待商榷。销售假冒注册商标的商品罪属于销售类犯罪,在浏览我国刑法后不难发现,绝大多数销售类犯罪被规定在刑法分则的第三章破坏市场经济秩序罪和第六章妨害社会管理秩序罪中,不难看出,销售类犯罪所侵犯的法益不仅包括买受人的合法权益,更体现在我国的社会主义市场经济秩序以及国家利益上。销售假冒注册商标的商品罪被规定在《刑法》第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”的第七节“侵犯知识产权罪”里,因此该章节中所涵盖罪名所侵犯的客体应为他人的知识产权以及国家对于知识产权的保护制度。具体到销售假冒注册商标的商品罪而言,即国家对于商标的管理制度和注册商标的专用权。华东政法大学博士后,上海政法学院刑事司法学院副教授卫磊指出:“倘若本罪惩罚的是销售假冒注册商标商品的行为,只要生产者、销售者将假冒注册商标的商品制作完成或者销售已经开始,就可以视为既遂,所以不论买家有没有收到,都应当认定为既遂。”笔者对此持赞成意见,由于本罪所侵害的客体是国家对于知识产权的保护制度而非财产权,因此不能简单地认为由于买家没有收到货物就不存在对法益的侵害。在卖家未经商标专用权人允许,私自贴标并企图销售之时,危害的结果就已发生。倘若秉持以快递被签收与否为判断本罪所处形态的要件,则是更多的将着眼点放在了消费者的合法权益上而轻视了该行为对知识产权、社会以及市场经济秩序的侵害。因此,法院所提出的“由于物品尚未到达买家的手中,危害结果因销售行为的中断而未发生”的观点并不能很好的还原立法原意,有因小失大,主次不分之嫌。

退一步来说,即使从维护消费者合法权益的角度出发,不法商家们的行为其实也有违法之嫌。我国《消费者权益保护法》第八条的规定,“消费者拥有知情权且其享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。”卖家在购物平台发布假冒注册商标商品的信息,隐瞒其真实属性,使消费者产生错误认识的行为侵害了买家的知情权。基于卖方行为

^[1] 李冠男:《网络销售假冒注册商标商品犯罪问题研究》,《华南理工大学》2011年。

对消费者法益的侵害在买方发出购买要约前就已形成, 理应将商家的行为定性为本罪既遂。

四、销售行为的认定标准

法检两方的另一争议点即“货品仍处于运输过程中, 能否视为销售行为已经完成?” 清华大学刑法学博士, 中国地质大学副教授柏浪涛提出: “行为人与购买方已经签订了买卖合同, 但是尚未履行或者只是部分履行, 此时销售行为应当视为完成。”^[1]笔者对于柏浪涛副教授的观点持赞成态度。根据民法的有关规定, 买卖合同原则上是诺成性合同, 即买卖合同自双方当事人意思表示一致时起即为成立, 标的物的实际交付与否并非合同成立的必要条件, 双方另有约定的除外。而在现行的网购模式中, 买方将物品“加入购物车”可以看作是买方发出要约, 在其确认付款后, 买卖双方的合同已达成, 合同已成立, 销售的实行行为已经开始。当事人交付标的物, 支付价款的行为是一种合同义务, 虽然说卖家采用欺诈的手段所订立的合同是可变更、可撤销的, 但这也依旧不影响合同本身的成立。因此, 在判断销售行为是否已经完成的问题上, 不宜以买方实际收到货物作为认定标准。

除此之外, 销售假冒注册商标商品的行为对于社会的危害性也是难以估量的。除开其对市场本身有序的竞争规则和秩序造成的破坏之外, 还有可能诱发其他不正当竞争行为。在被冒用注册商标商家的商业信誉受损后, 其对于研发与创新的激情会大打折扣, 这将不可避免使其产品竞争力下滑, 从而减缓社会主义市场经济建设的步频。不仅如此, 如果卖方所销售的商品质量低下, 不知情的消费者在使用后很有可能对该品牌的印象大打折扣, 倘若其还在微信朋友圈、微博等平台进行宣传, 势必会减少被冒用商标公司潜在客户数量, 进而殃及公司其他商品的销售。这恰恰也是知识产权保护的要旨所在。^[2]销售假冒注册商标商品行为对社会的危害性可见一斑。如果仅仅因为运输行为的中断而对整个交付行为予以否认, 则会使违法犯罪者逃避法律制裁。因此在司法实践中, 审判机关在认定该种销售型犯罪时应该予以严厉的打击, 而将形如“卖家已出手, 但货物在运输途中被查获”的行为认定为本罪既遂有利于打击该种犯罪, 以其威慑力实现一般预防与特殊预防的目的。

五、结语

在人们称赞互联网所带来便利生活之时, “有心人”们对将其转化为自身犯罪工具的热情也与日俱增, 以销售假冒注册商标商品的案件数量居高不下这一点来说, 网站服务提供商的监管松散和物流运输行业的查验不力给了不法商家可趁之机。目前大多电商平台出于对经济利益的考虑, 并未对申请成为卖家人员的资格进行严格的审核。这种模式所带来结果就是等待权利受侵害者事后提起争议仲裁, 而维权又是一条漫漫长途。许多受害者在综合考量了自身损失与司法成本之后选择了隐忍, 这在无形中也增长了不法商家的气焰。因此, 网站服务提供商理应端正自身的态度, 在卖家资格审查上多做文章, 拓宽消费者维权与反馈的渠道,

[1] 柏浪涛:《销售假冒注册商标的商品罪研究》,《刑事法判解》2005年。

[2] 魏再金:《案名:薛某销售假冒“格力”浴霸产品案 主题:侵犯销售假冒注册商标商品罪法益的界定》,《中国检察官》2015年第20期,第67-69页。

一经发现商家有销售假冒注册商标商品的行为,严格落实“发现即关闭”政策,把好“打假护民”的第一关。

物流环节的把控同样至关重要,这是电子商务中商品交付的必经阶段。当今国内,类似“顺丰”、“UPS”之类的大型物流配送公司的经营管理做得较为成熟规范,对所运货物的查验工作也算到位。然而绝大多数的中小型货运配送站对运输物品的查验较为忽视,因此其也成了不法商家们的运输首选。因此,快递公司必须认真落实市场业主负责制,知名的大物流公司应首先修缮自身,给其他的中小型配送公司树立榜样。在公司内部实行责任制,在分拣人员入职时进行基本素质能力的考核,将收货时的查验情况与员工的绩效考核挂钩,建立关于所收物品的档案库……这些手段都能有效的在源头进行把关,从而规范整个收货环节,促进整个行业的规范发展。

参考文献

- [1] 赵旭来,销售型犯罪研究[D],西南政法大学,2012.
- [2] 李冠男,网络销售假冒注册商标商品犯罪问题研究[D],华南理工大学,2011.
- [3] 邓忠,销售假冒注册商标的商品罪疑难问题研究[J],山西青年职业学院学报,2012,25(1):67-69.
- [4] 庄绪龙、王星光,销售假冒注册商标的商品罪中“既、未遂形态并存”的司法认定反思——“折算说”理念的初步提出[J],政治与法律,2013(3):56-66.
- [5] 邱灵,知识产权犯罪中既未遂形态的认定——以销售假冒注册商标的商品罪为例[J],安徽警官职业学院学报,2011,10(2):58-61.
- [6] 柏浪涛,销售假冒注册商标的商品罪研究[J],刑事法判解,2005.
- [7] 王一婷,销售假冒注册商标的商品罪司法适用问题研究[D],华东政法大学,2015.
- [8] 魏再金,案名:薛某销售假冒“格力”浴霸产品案 主题:侵犯销售假冒注册商标商品罪法益的界定[J],中国检察官,2015(20):67-69.
- [9] 龙渊,销售假冒注册商标的商品罪认定中的若干问题[J],法制与经济旬刊,2011(10):54-55.
- [10] 张龙、李唐,网络销售假冒注册商标商品案件特征及司法实践[J],法制与社会,2015(6).

(责任编辑:张学敏)