

目 录

【论文】

[illegible]

【民法典编纂】

[illegible]

【法政时评】

米兰达规则五十周年的纪念与省思 □□□□□□□□□□□□□□□□□□(185)2016 年目录索引(199)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial	No. 148	Nov.	2016	No. 6
--------	---------	------	------	-------

Contents

Articles

Early History of Comparative Law	(1)
Discussion on Some Key Issues of Deepening the Judicial Reform and the Amendment of the Criminal Procedure Law	(12)
On the Corroboration Rule of Confessions and Its Application	(28)
A Study on the Subjective Elements of Negligent Crime; In the Perspective of the Individualized Negligence Theory	(49)
The Discovery of Real Contract; From Julian to Savigny	(65)
Norms of Property Rights' Presumptions	(78)
A Study on Quasi-Contracts under the New French Obligations Law	(88)
On the Effect of Guiding Cases in China and their Application in the Legal Process; Based on the Substantial Review of the 42 Published Guiding Cases	(111)
Identification Standards for "Public Body" at SCM; Taking Case DS379 for Example	(135)
Grotius' Doctrine and Rule of Unjust Enrichment	(147)

Codification of Civil Law

Silence and Fiction in the Theory of Declaration of Will	(155)
Introspection and Construction of True Meaning Reservations and Playful Behavior	(172)

Comments on Legislation and Jurisdiction

Reflections on Miranda Rules on Fiftieth Anniversary	(185)
--	---------

Index to 2016(199)

比较法的早期史

何勤华^{*}

摘 要:在目前国内一般的比较法论著中,比较法研究的历史最早被追溯至公元前6世纪古代希腊的梭伦立法,个别作品虽然也将此历史往前延至公元前18世纪美索不达米亚《汉谟拉比法典》的制定,但没有进一步的论证和展开。本文结合国内外最新的法学、历史学和考古学研究成果,提出如果我们把人类在立法时对各种法律渊源进行比较、选择、吸纳等活动看作是法律的早期比较活动的话,那么,比较法的萌芽则可以追溯得更早,即人类法律产生之始。换言之,比较法的早期史可以追溯到公元前3000年前后人类社会诞生法律之时。本文通过大量的文献资料,分四个部分对这一也许不成熟的个人私见进行详细的论证。

关键词:比较法 早期史 美索不达米亚 埃及 法律文明史

众所周知,比较法(Comparative Law),作为一门学科是近代的产物。如1829年,德国法学家米特迈耶(Mittermaier,1787-1867)等人创办了世界上第一个比较法的期刊《外国法学和立法评论》。1831年,法国法兰西学院第一次设立了“

进行了比较研究。^{〔4〕}但是,如果我们把一类在立法时对一种法律渊源进行比较、选择、吸纳一类动看作是法律的早期比较活动的话,那么,比较法的萌芽则可以追溯到更早,即一类法律产生之始。^{〔5〕}笔者称此为比较法的早期史。本文就试图对比较法的这一早期史进行一些梳理,谈一点自己的认识,以求教于学界同仁。

一、一类法律文明的诞生,标志着法律比较活动的萌芽

“自有组织的一类社会诞生时起,法律便出现了。”^{〔6〕}而如果我们视野到世界,追法律文明进的历史,我们就会发现,在一类法律文明的诞生,以法律的形成过程中,不同地不同法律的流、比较、评、选择、和本的活动,就开始萌芽。^{〔7〕}

比如,公元前3500年,在美索不达米亚的地上,苏美尔一类(Sumerians)就建立起了最早的城邦国家,但这一城邦国家,是基(Kish)、(Uruk)、尔(Ur)、普尔(Nippur)、拉(Lagaš)等城(邦)组建而成。^{〔8〕}在这一从,到,到邦,到统一为更大的王国的国家法律的形成过程中,许多的,者,者邦的法、长会、^{〔9〕}令一类律,一点点大用,最定为新统一、建立起起的苏美尔国家的法律。而这一法律一类其数和渊源是不同的,正是这种不同,进了

第一个 一帝国的国王萨尔贡(Sargon, 前 2316 - 前 2261 年在位)时代的立法, 现在还没有发现, 但是 从 的泥板 发现了比萨尔贡 早的 前 2370 年前 苏 尔 卡 (Urukagina)的立法改革法令, 以 300 年 前 2095 年 尔第三 朝 尔 木(Ur - Nammu, 前 2112 - 2095)制 颁布的《 尔 木法 》(Code of Ur - Nammu)。在这 法 和立法 , 可以清楚地 这 立法时的比较 。至 之 的前 1765 年巴比伦 朝第 代国 穆 比(Hammurabi, 前 1792 - 1750)制 颁布的《 穆 比法 》(Code of Hammurabi), 这种 就 了。 为巴比伦 朝是在 的 尔萨(

夏朝刚刚渡过级，()，非常，“五”相支苗。夏，伴支应顺章。朝，仍，至春秋，频繁，记载()《》，5相李纂，记载：“(帝)”，李。《》。”^[17]义，《》。

二、□□□□、□□□□□□□□□□□□□□□□互

□□□□□、□□□□□□□□□□表□,□□□□罗马□□□□□□□□□□,受□
□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□要影响。^[19] □□□□影响□□□□□还□要□□□
□□,□□□□□□□被描□□□□□□□。□□□:

[17] 《□□·□□□》。《□□□□》□□□□□□□□记曰：“□□□□，□□异□，□□□□□□(李)□，集□□□□，造《□□》□□。”至□《□□》□真□□□□，□□□□□何勤□：《□□□□□》□□《

[19]

发现。如,在克特的□□土了早在公元前1500年迈□尼的□□建造的设□式。再如,在迈□尼的土物,有埃及国□□特普三世(Amenhotep III,公元前1391-前1353年在位)^[27]的名字,而埃及的□形字□在克特的土献之,等等。^[28]这,虽然大量论述的是埃及和迈□尼之间的贸易和化交往,但在此过程,法的交流,以及自立法时□方法和规范的比较、选择和吸,应该也是可以。

(三)美索不达米亚的法律,影响了雅典的立法

公元前4世□,马□国□□以,将老的巴比伦作为帝国的首都,□得巴比伦为西方□的,由此开了代西地区的“化时代”的序□。在上,化时期的历□大大帝(Alexander the great,公元前356-前323年)和□□朝(Seleucid Dynasty,公元前312-前64年)的□主□用了方的□神授理论和专制体制,在□观上促了代西和的联和法的交流;在会生活和民交往,者□□□□者与当地人的□及他民交往,这,和人们生活□切相的法规范之间的比较、选择、参考、纳等就是可□□的。因此,□巴比伦的□□、历史学家□罗苏斯(Berosus)^[29]就此□《巴比伦史》(称《巴比伦尼志》)一书,□称:“□□朝是两河流域的□□人。”^[30]国学者也,“可以,化时代是□接代西地区和、罗马等西□国家的法要的□□”。^[31]雅是一个为发的,且也是□代西地区移民早的。因此,米法影响雅立法、雅立法在制自己的法时,比较、前者的法,应该是没有□□的。

具体而言,我们从《比法》第32□可以看到,巴比伦的自由民□在□□□方□□以,比并没有之理,而是□办法将□,□□自由。首先,如□自己有能□,则自己(过□)□□;次,如自己□□,则由所在地的神庙□他□;如所在地的神庙也□□,则由国家资将□。这一法规当时影响很大。过了一□年,在雅□伦立法改革时,就有一要的法,规必□□□到国外为的雅人(伦在自己的□□此有生动的述)。^[32]这,是□比较立法的,能,但在巴比伦法面影响代的□下,伦立法时比较、选择到巴比伦法的影响,则是有可能的。

(四)美索不达米亚的法律对古代罗马法的影响

国述学学者殿在《巴比伦法的人观——一个□人主义的》一书,^[33]从历史学和考学两个□,详细地□述了米的法罗马法的影响。比如,《

[27] 埃及第18朝第9位法老,法老图特□斯□世之。□□特普三世在6至12□间□,他□□了图特□斯三世的业,在他时将第18朝一推□□。□大□发展外,与巴比伦(Babilim)、米□尼(Mitanni,在□□斯等国□好,并□建包括西□比斯(Thebes)神庙和□克(Luxor)的门口巨□(Colossi of Memnon)及□□特普□殿在的□□建筑。

[28] 同注25引书,第149-151。

[29] □罗苏斯,生历□大巴比伦之时(公元前331-前323年),是马尔□克神的□□,他在□□朝□克一世(Αντιοχο ο Σωτηρ,公元前324-前261年),□□帝国□□西朝的国(前293-前261年在位)的□下,用了三□的《巴比伦尼志》。

[30] 参见□民□:《试论代两河流域化的影响》,《西大学学□》1999年第4期。

[31] 同注2

[32]

[33]

□□□□□□□□□□,□□476□□□□□□□□□□,□□□□□□人□“□□□”□□□时□。然□,□□□□□□新□□□□□□,□□□□□类□□□□□□□□□□意□,□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□言,□□□□□□□□□□□□过□时□。□□,□下□□因□□,□□□□□□活动□□□形,□□终□□□□□□□□□□、□型与□□□□□□□□□□。

[illegible]

□□ 476 □□□□□□ □ □ , □□ □ □□□□□ □ □ □ (Germania) “ □ □ ” (Barbari) □□
□□□, □ □ □□□□□□, □及 □ □ □ □□体□□□□, □□□推动□□□□□活动: □□□□ □
□ □ □□□□□、□ □ □□ □ □ □ □□□□□; □□□□ 5 □□□□ 8 □□□□ □ □□□□《□
□ □□□□》(Lex Romana Visigothorum)、《□ □ □□□》(Visigothic Code)、《□ □克□□》(Lex Sali-
ca)、《□普□□□□》(Lex Ripuaria)、《尤 □ 克□□》(Codex Euricians)、《□ □ □□□》(Lex Burgundio-
num)、《□ □尔 □ 令》(Rothair's Edict)、《□□ □ □□□□》(Liutprand's Laws) □□过程□□□□□
□□□□;^[39] □□ □ □ □□与□□□□□□□□□□。虽然,这种□□□□ □ □、□□□, □□
□这种□□(□□□汇□)过程□□□□□□□□□□活动,推动□□□□ □ □□□□展, □促□ □ □ □ □□体□□
形□□完 □。

□□5□□□□,□□□□□□展□□,□来只□规范、□□□□□□□□□□□□,□始扩□,□□□□□□□□,□始□□□□□□□□□□民□□□、□□、□□□□、□□□□□□领□□□□□□展过程□,□□□□□地□与□□□、□□□□、□□□□□、地方□□□□□□□□、□□□□□。□□种□□规范□□选择□□□,□□□□□□□□□□□□方□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□1582□由□□格□□□□□□(Pope Gregory XIII, 1502 - 1585)□□□□□□《□□□□□□》(Corpus Juris Canonici)、1917□由□□□尼□克□□□(Pope Benedict

• 8 •

XV, 1854 - 1922) 的《教会法典》(Codex Iuris Canonici)等。于 古典 代的法律,其水准远远高于 的封建 法和日 曼法,所以 可以到,在教会法之内,原本 于 法的 最多。

(四) 罗马法复兴,带动了罗马法律在欧洲范围内的传播与交流

为此做出 的 是前 释法学派,其代 人物伊 留 (Irnerius, 约 1055 - 1130) 和 的弟子阿 (Azo Portius, 约 1150 - 1230)、阿库修 (Accursius, 约 1182 - 1260) 等, 在 11 - 12 世纪的法律教育和立法的立场上,对古典 法进行了比较研究,并对《国法大全》(Corpus Juris Civilis)进行了 周密的 释,从而为 社会的立法 了历史 。之后登上历史舞台的是评论法学派,其代 人物巴 多 (Bartolus de Saxoferrato, 1314 - 1357) 和巴 杜 (Baldus de Ubaldis, 1327 - 1400),不 将古典 代的 法 的教会法、封建王室法和 习惯法 比较,进行 劣之 ,而 积 加各王室政府的立法和司法 ,从而将法律比较的 果运 于 的社会 中, 创建一套 合于欧洲大陆的“ 通法”(Gemeines Recht)。 释法学派和评论法学派的 后登场,使 法得以在西欧大陆 、 ,并使法律的比较 广泛开 , 而为近代以后比较法的发 做了 的铺垫。

四、16 - 19 世纪比较法的发展

1492 - 1502 年,哥伦 (Cristóbal Colón, 约 1451 - 1506) 西班牙政府的派遣,通 连续四次、历 10 年的艰难 险,发 了美洲等 大陆,从而大大拓 了欧洲国家的生 ,为 品经济发 以 进 本 代开辟了 。在此 景 ,近代 族国家纷纷建立,立法 为各国的 任 , 此带 了法律比较的热潮,比较法也获得了更快的发 ,从而为 19 世纪末比较法正式登上历史舞台做 了最后的准备。在此 中,有几个 起了关键的作用。

(一) 商法典的纷纷面世

品经济的发 ,为法律的比较 、 ,为制定 的法律 了前 和需 。 其是在中世纪后期, 品经济发 的海上 法和陆上 法 经在西欧各个城 得到了 发 。而 海陆 法,如 1095 年前后 世的《阿玛斐法典》(Amalphan Code)、1150 年以后 西欧各国 人 的《奥内隆法典》(Rols de D' Oleron)、13 世纪 行于 中海各国的《康梭拉多海 法典》(Consolato del mare)、1350 年以后通行于北海和波 的海各国的《 比海 法典》(Laws of Wisby)等,本 是在 中海各国以 北欧国家的 习惯的基础上编 出的, 此, 法典,其 含的比较法 果是不 而喻的。1673 年和 1681 年,法国国王 十四(Louis XIV, 1638 - 1715),曾经 官 在比较各国 习惯法的基础上, 后制定 了《 法 编》和《海 法典》,从而为近代 法 大 的 1808 年《法国 法典》奠定了基础。

(二) 近代法律体系的创建

族国家的 ,需 创建各个国家自己的法律 系,而创建 一 系,对历史上以 各个国家法律的比较、研究和 是 需的。16 世纪以后,西欧各个 族国家开 崛起。葡萄牙、西班牙、荷兰、英国、法国和德国等, 后 为世界强国,在 国家经济、政治、军 和文 发 的同 ,其立法 也有了突飞猛进的进步,并纷纷开 创建 自己本国国 的近代法律 系。19 世纪初叶法国元 拿破仑(Napoléon Bonaparte, 1769 - 1821) 的系列法典的出台, 明了法律的 猛发 ,大大 进了各个国家之 法律的 和 , 其是大陆法系(civil law system)和英美法系(common law system)的 ,为法系之 以 大法系各个国家之 的法律比较 了广阔的 ,

比较法 的 。

() 法 比较 , 启 法学派的 劳 (Hugo Grotius, 1583 – 1645)、洛 (John Locke, 1632 – 1704)、 鸠 (Montesquieu, 1689 – 1755) (Jean – Jacques Rousseau, 1712 – 1778) 作 的 作 , 法 比较 , 善 的 端 。 的 《 法 的 》一 , 的 法 , 法 的 、 、 比较 , 陆, 比较法 为一门科学作 的 。 为 一 , 鸠 学 誉为 比较法的 一。

() 期比较法 的 , 一 法、法 史学 作 的 。 (Robert Joseph Pothier, 1699 – 1772)、 (Friedrich Carl von Savigny, 1779 – 1861) (Henry James Sumner Maine, 1822 – 1888) , 一 , 为比较法 门学科的 知 , 奠 学科 。 法 奥 学的 , 一 法的 学 , 法 所 的 法 比较 , , 《 奥 法 》《 》《 》《 》《 善 》《 》 众 作 , 法 一 。 史法学派的 , 的 《 法史 》(Geschichte des Römischen Recht im Mittelalter, 6 。 7 , 1834 – 1851)、《 法 》(System des Heutigen Römischen Rechts, 8 。 1840 – 1849) 作 , 的 法 , 法的 、 法 , 一 的 法 。 , 《 法 》一 , , (), 的法 比较, “所 的 史, 一 的 史”的 。 、 法学 劳 的 , 比较法 19 半 , 为 一门 的法学学科。

、

19 比较法 的早期史, 法 , 早期 的 法 所 的比较 的 史 比较 的 。 学 法 (法 的比较) , 学 为法 的 一 、 、 的 。^[40] 学 的 , 的 的 启 。 一, 比较法的 史 , 的 法 一 。 , 法的 , 法的冲 , 法的比较。 、 、 为的 , 一 (,) 的 为 (法, 既 的 一 ,) 的 比较 , 的 史。 , 比较法 早 的 , 比较法的学 史 的 。 所 的反

[40] , 221 (F. J. M. Feldbrugge ed., Martinus Nijhoff Publishers 2003).

□代, 米 的楔形 泥板 可以看 , 法 、法令、 □执法 件, 契 书, 以及法 教□、法学 的泥板, 占 整个 土泥板 的 95% 以上。^[41] “□观 代, 米 的历史, 我们可以 这样的 论, 即法 意识和契 观□ □ , 米 人□常生活的方方面面, 上 君 和□□, 寻常百□, 了法 和契 , 他们□ □行, 他们□以生存的 会也就无法正常□转。”^[42] 一些西方学 甚至 为: 代 , 米 的法 渊 之□□, 超 了现代人的 像“我们拥 的 , 米 法渊 ——从苏 尔人 新 比伦人——包括若干法 条 法 (Codes), 米□鲁 法令 (Misarum, 国 特 法 主 的 书面建), 以及□人 的法 件, 这些 件包括书 、 同、遗□、收□ 件、债 、 界标记、行 和国际 。”^[43] 在这样一种法 □围之 , 立法 具 较高的比较法□□和□□的国际法(之 法) 的视野, 应该是可以 立的。

第三, 法 的比较活动与人类的法 同时诞生之历史事实, 还□ 了我们如 □ , 即 法 的 而 , 法 的比较是一个必□的要件, 它是 的、积极向上的, 是 动法 、发展和完□的必需要□。而法 的比较(比较法)具 这样一种 质属 (特征), 背 的深层 在 , 法 的比较, 必 会与法 的选择相伴随, 如同法 的移植必 与法 的 土化相伴随一样, 用 国一 句 语 , 就是法 的 比较的 的就是“择 □ 而从之”。这是法 的比较(比较法)的核心价□, 是它的 质贡 , 也是 生命力之所在。比较法学与法 解□学、法 会学等学科一样 要, 也一样 , 并 与法 身相始 。 比较法的早期史, 就是试图为揭 比较法的这一形 、发展和演变规 做一点 □作, 以 动法和法学的 与繁□。当然, 这一 □作 刚刚 始, 需要学界的 注、 支持、 □。

Early History of Comparative Law

He Qinhu

Abstract: In the current treatise on Comparative Law, the history of Comparative Law can be traced back to Solon legislation in ancient Greece, the 6th century BC. Also, there is study move it back forward until “Code of Hammurabi” in Mesopotamia, the 18th century BC, but lacking of further demonstration and discussion. In this paper, the latest research of law, history and archeology will be combined, suggesting that if we consider the comparison, select, and adoption of various sources of law by human beings as the early activities of comparing law, then, the start of Comparative Law can be traced back much earlier, namely the birth of human law. In other words, the early history of Comparative Law can be traced back around 3000 years BC, when the law just came into being. Through an extensive literature, this paper will be divided into four parts to provide a detailed analysis on this perhaps premature opinion.

Keywords: comparative law; early history; Mesopotamia; Egypt; history of legal civilization

(责任编辑: 丁洁琳)

[41] 国学 □计, 在□今 发掘所发现的楔形 泥板 , 在苏 尔 , 法 占了 95% 左□, 在 卡德 , 比例也差 。同注 11 引书, 第 6 。

[42] 同注 11 引书, 第 216 。

[43] Russ VerSteeg, 8 (Carolina Academic Press 2000)。

□ □ □ □ □ □ *

关键词: □□□□□□ □□□□□□□□ □□□□ □□□□□□ □□ □□□□□□

• 12 •

人,在诉讼中行使的诉讼权利得到充分保障。^[1] 目前,惩罚犯罪与保障人权相结合的思想已经得到许多官方文书正式确认,如《中央政法委关于防止冤假错案的规定》开篇第1条指出规定设立的目的为:“依法惩罚犯罪,尊重和保障人权,提高司法公信力,维护社会公平正义”;最高人民法院发的《关于充分发挥刑事审判职能作用深入推进社会矛盾化解的若干意见》的第3条明确规定惩罚犯罪与保障人权并重;最高人民法院于印发《最高人民法院关于办理刑事案件达成和解的轻微刑事案件的规定》的第1条也明确指出了惩罚犯罪与保障人权并重的基本原则。

我国《刑事诉讼法》第1条和第2条规定了立法目的和任务。《刑事诉讼法》第1条规定本法制定的目的是“为了保障刑法的正确实施,惩罚犯罪,保护人民,保障国家安全和社会公共安全,维护社会主义秩序,根据宪法,制定本法”。值得注意的问题是:“惩罚犯罪,保护人民”潜在的内涵是通称惩罚犯罪与保障人权的权利,所指向的是打击、惩罚犯罪的目的,并未涉及到人权司法保障的宗旨,尤其是犯罪嫌疑人、被告人的人权保障;其次,单从“人民”而言,人民是一个政治范畴,是“敌人”对立的观念。在外延上,并不包括犯罪分子,犯罪嫌疑人、被告人中有相当一部人也可不归于“人民”的范畴。^[2] 保护人民并不涵盖所有案件当事人,特别是被告人。因此,笔者建议将第1条中的“保护人民”改为“保障人权”,以此表明《刑事诉讼法》所需保障的是一人的权利,自应着重保护犯罪嫌疑人、被告人的权利,更加符合刑事司法规律。同时,《刑事诉讼法》第2条规定,刑事诉讼的基本任务是“准确、及时查明犯罪事实,正确适用法律,惩罚犯罪分子,保障无罪的人不受刑事追究,教育公民自觉遵守法律,积极同犯罪行为作斗争,以维护社会主义法制,尊重和保障人权,保护公民的人身权利、财产权利、政治权利和其权利,保障社会建设顺利进行”。规定从文义逻辑上,是通称“准确、及时查明犯罪事实,正确适用法律,惩罚犯罪分子,保障无罪的人不受刑事追究……”,以“维护社会主义法制,尊重和保障人权



法 委 的 惩 央 法 委 首 向 报 了 两 查 领 导 干 干 司 法 的 案 , 分 别 为 : 高 人 民
法 委 涉 嫌 案^[5]与 省 高 人 民 法 审 庭 庭 张 军
案,^[6]这 案 的 查 体 现 了 央 门 为 障 审 独 一 的 力。

司法 的新 求,笔 障独 一 审 ,我国《 讼法》的修 该
下几 方面入 :

() □

我国《法》126规：“人民法独一使审，、体人的干涉”。《法》的这一的发展来看，1954年我国了一《法》，78审独一规为：“人民法独一审，只服法”。1975年1978年《法》由运动，特别是“化命”的影响，该，消独审的规。1982年《法》才该予恢复，增了126的规，沿用。解释来看，1982年《法》1954年《法》78了限，只服法仅仅确禁止、体与人审干涉，言意就是党委人案_的审干。

我国,司法 须 持党的领导是 庸/ 疑的。 是,党的领导 该 为 与组织 的领导 及方针、 线的领导, 能干 体案 的 理。然 ,地方党委、 法委 干 、协 案 理的 , 我国由来已 。我们 须 地 识 该 为存 的 弊端, 仅 了 《 法》 求

设立跨行政区划的人民法院

事实 □□□□□□检验,保 案件质量,使 □□□□□、真实□□□□审判程序□检验。^[10] 使审判□□保 案件质量□□□□□。

□二,□审判□□心□核心□□庭审实质化。庭审实质化就□□□解决我□□□□来“庭审虚化”□问□,要求庭审□□事诉讼过程□□挥□决□□□□用,与□罪量□□□□ □都要□□庭□□□充分□举 、质 、辩□,充分保障被告□□诉讼□□。□□使□□官能依□庭审□容查□案件事实,独□形□心 ,□确裁判案件。□时,□□事诉讼程序□价值来看,无□□□□实现实体□□还□保障程序□□,被告□□罪与否□及□何承担□事责任□□□必须□审判□□□过庭审□方□解决(□包括□□□□诉、附条件□□诉□□需要□过庭审□案件)。这□□事庭审实质化□要义,□□“□审判□□心□诉讼□□改革”□□脚点。^[11]

(二)庭审实质化要求探索贯彻直接言词原则

按照《□□□□健□防范□事冤假错案工□机□□意见》□ 11 条□规□,庭审实质化□要义□□“事实 □调查□□庭,□罪量□辩□□□庭,裁判□□形□□□庭”。□□四□□□《决□》□要求,庭审实质化要求“完善 □、鉴□□□庭□□,保 庭审□查□事实、□□ □、保护诉□、□□裁判□□挥决□□□用”。□□,必须□庭审□探□贯彻直接 词□□,强调司□□亲□□。该□□要求:■先,□官必须□□庭□亲□接触 □材料、直接感受 □材料,□且应当尽□能接触□始材料,□□□□□□□□□离□始□材料;□□,□官必须亲身审理案件,直接审查 □与事实,形□□案件事实□□心确信,只□这样,才能□□□确□判决;^[12] □□,只□□ 词陈述或□问答形□□显现□审判庭□诉讼材料,□□才能□□□□裁判□□□。庭□形□□□种书面材料□□□□具□ □效力。因□,□实直接 词□□必须强化 □、鉴□□□庭□□。然□,鉴□□□庭质 □相□规□已□《□事诉讼□》□及《□□□□常委□□□司□鉴□管理问□□决□》□□清晰□列□,□相□□□□计□□□□□。现□《□事诉讼□》存□□缺陷主要□ □□庭□相□规□□,因□,□修改时应该□□考虑□下几□问□:

1. 强化证人出庭制度

要实现庭审实质化,必须要求审判□“审材料”变□“审□”,只□ □□庭,接受控辩双方□询问,才能满足直接 词□□□要求。让事实调查□□□□庭,□官□□裁判□依□来□□□庭。因□, □能否□庭直接□□□直接 词□□能否□□□实□及庭审能否实质化。然□,□司□实践□, □□庭率极低□□容争议□事实。□□笔□□ B 市 X 区□□试点□□□□□调□,□ 2012 □《□事诉讼□》修改□,□ □□庭□案件□占普□程序案件□□例仅□ 1.04% (2013 □)、0.79% (2014)、3.92% (2015)。笔□□□,现□□ □□庭率低□□□主要□《□事诉讼□》□ □□庭□规□□□□显□缺陷:□□,《□事诉讼□》□ 187 条□ 1 款规□,□诉□、当事□或□辩护□、诉讼□理□□ □ □□异议,且该 □ □□案件□罪量□□□□影响,□民□□□□ □□必要□庭□□, □应当□庭□。由□ □必须□三□条件□时具备时才应当□庭,这实□□把 □□否□庭完□交由□□□由裁量。□二,《□事诉讼□》□ 190 条规□,□诉□、辩护□应当向□庭□示□,让当事□辨□,□未□庭 □□ 笔录、鉴□□□鉴□意见、勘验笔录□□他□□ □□□书,应当当

讼法典》第 52 条赋予了被追诉人配偶、直系血亲等人员的拒证权,不得在侦查阶段拒绝作证;
法官传唤此等人员出庭,这些人还可以援引德国《刑事诉讼法》第 55 条、56 条赋予的证人拒绝回
答权,拒绝作证与被追诉人有关的案件;在美国,依据《联邦证据规则》第 502 条的规定,联邦最高法院
在 Trammel v. United State 案^[14]中确立了配偶人员的拒证权,不得强迫证人作证,也不得阻止其作
证。并且其拒证权不仅可以拒绝作证,还可以拒绝出庭作证。与之相反,我国《刑事诉讼法》
第 60 条明确规定:“凡是知道案件情况的人,都应当如实反映情况,不得隐瞒,不得作伪证,不得
包庇、纵容被告人或者其共同犯罪人以及其他犯罪嫌疑人。”

（一）赋予辩护律师在侦查阶段的调查取证权

从□□□在□查□入诉讼的□的□□□是为犯罪□□人、被□人□法□助并为审查□诉□和审判□的□□作准备。而□□□□有调查□□□,是□面收集□□□、了□案情的前□,是□□有□□□的□要保障。遗□的是,2012年□改的《刑事诉讼法》尽管规□了□在□查□□具有□□人地位,且□□□的□□也有所□大,但□□□□是有主动收集□□□的□□,法□的规□却比较□□,而且存在矛盾。一方面,《刑事诉讼法》第36条规□:“□□□□在□查期间可以为犯罪□□人□法□□助;代□□诉、□□□;□□□更□制措施;□□查□□了□犯罪□□人涉□的罪名和案件有□□情况,□□□见。”这是□□查□□□□□的列举式规□,□□并没有□及□何□□□□□有调查□□□的规□。另一方面,《刑事诉讼法》第40条规□:“□□人收集的有□犯罪□□人在犯罪现场、未□□刑事□□年□、属□依法□□刑事□□□的精神□□人的□□,应当及时□知□□□、人民检察□的举

诉^[17]。[17] 司保要,司平使,彰
“”质,。《司事司》获援
机》“”直接指:“援依平、道高效
事司要件。援享《宣》11 条 1 款
平判石。”健、熟事援事司改革要。

依《事诉》34 条,援:困,盲、
聋、哑,尚丧失辨控力神病,判处无、死。
2015 年,厅、厅《援》(《》)
四要:“司服司机效事裁判、困申诉
援……健援事件裁司机。援
事解、死复核件司机,依事诉事援。”
援至事申诉件、解件死复核事裁,无疑
援破。另,虑辩护师件、辩护例
相低,计师事件例占事件 1/3 左。《》
援仍满群,别困群增援需。背景,四
《》“援,援”要。司,援
《事诉》修改急。

综,援《》,至严。司,
般严指被判处 5 罚件。件,嫌疑
、被告没辩护,应援。司,《事诉》34 条 3 款修改:
“嫌疑、被告被判处 5 罚,没辩护,、
安机应援机构指师辩护”。

五、罚宽问

罚宽,指嫌疑、被告愿承被诉,愿接受应处罚、积
极赃回,宽处。宏层面,司改革罚
宽改革,旨缓宽容、繁事司。宽严相
事策,效率、罚、打保护筹兼顾;嫌疑、被告
心向积极回应。样做还升诉效率,司,缓解安机、司机,
别尴尬局面剂药。

四“罚宽”司,事解角
罚宽容。《》67 条:“司,司
,司。司轻减轻处罚。司,司轻,司免处罚……
嫌疑具款情,司轻处罚……。”高
颁布《常司指导》7 条:“司愿,司质、

[17] 光:《司保五》,载《坛》2015 年 4 月,27 页。

□□轻□、□、程□□及悔 表现□情况,□□减□□准□□ 10% □ 。”□时,□《□事诉讼□》□
279 条□规□□“当事□□解□□诉案件诉讼程 ”□处理方□□体现□□□

() □ □ □ □ □ □ 楚, □ 据 □ 充分 □ □ 标准

对于认罪认 □ 从 □ 的案 □, □ 须 □ 持案 □ □ □ □ □ □ 据 □ □ 充 □ 的 □ 明标准, 不 □ □ 为其 □ □ 从简而降 □ □ 明标广泛泛退附广附广泛广公直提刑附泛附泛广广值追后附退附广附服发附正附泛 @ □ □ 人认罪认 □ 从 □ 制

对于认罪认从的案，须持案、据充的明标准，不为其从简而降。明标广泛泛退附广广泛广公正提刑附泛附泛广广值追后附退附广附服返附正附泛@人认罪认从制

对于认罪认从的案，须持案、据充的明标准，不为其从简而降。明标广泛泛退附广广泛广公正提刑附泛附泛广广值追后附退附广附服返附正附泛@人认罪认从制

能允许被告人有罪答辩或者既不辩护也不承认有罪的答辩。”^[20] 被告人对基于有罪答辩的有罪判决一般也适用，但有罪答辩不自愿或者初审法院对本案有管辖权的除外。^[21] 也就是说，辩诉交易一般不得适用。然而，我国的实践以及认罪认罚从宽制度的指导思想，笔者认为，在一审阶段，被告人可以在之前认罪认罚的供述，但法庭应立即将审理程序为被告人不认罪的普通程序。若在一审程序结束之后，被告人提起上诉的，二审法院应简化二审审理程序，在书面审查后，除发现确实有重大错误外，应当立即作出维持、改判、发回重审的裁定，理由陈述也可从简。

综上，认罪认罚从宽作为一项我国刑事诉讼的基本制度，其涉及到刑事诉讼各方。为保证其得到贯彻实施，笔者建议在我国《刑事诉讼法》修改时，可以将其作为一项基本制度，放入第一“任务和基本原则”中。具体条文可表述为：“人民法院、人民检察院和公安机关对于被告人承认犯罪、自愿认罪并退赔退赃、退赔物款的犯罪嫌疑人、被告人，应当依法从宽处理。对认罪认罚从宽的案件，在程序上依法适当简化。犯罪嫌疑人、被告人罪行极其严重不具备从宽条件的，以及犯罪嫌疑人、被告人是未成年人、精神病人的案件，情况复杂，不宜适用认罪认罚从宽程序的，不适用认罪认罚从宽制度。”

Discussion on Some Key Issues of Deepening the Judicial Reform and the Amendment of the Criminal Procedure Law

Chen Guangzhong & Tang Binbin

Abstract: In order to implement new requirements forwarded by the Third and Fourth Plenary Sessions of the 18th CCPC, the amendment to Chinese Criminal Procedurals Law should be put on the legislative agenda. There are some issues of vital importance: Firstly, the amendment should regard the protection of human rights as the foundation, insist the guiding idea that laying equal stress on punishing criminals and protecting human rights, establish the principles of presumption of innocence. Secondly, the independence of judicial power should be achieved; the institutions of jurisdiction and judicial committee must also be improved. Thirdly, the task of making trial substantive and the principle of directness and verbalism should also be implemented. Fourthly, the amendment should improve the institution of legal assistance and further the scope of legal assistance. Finally, the system of leniency based on peccavi should also be improved and regarded as a basic principle of the “criminal procedure law”.

Keywords: deepening the judicial reform; the new amendments to Chinese Criminal Procedures Law; protection of human rights; independent and impartial trial; improving the system of leniency based on peccavi

(责任编辑:倪鑫煜)

[20] “Federal Rules of Criminal Procedure” 32(e): If a motion to withdraw a plea of guilty or nolo contendere is made before sentence is imposed, the court may permit the plea to be withdrawn if the defendant shows any fair and just reason.

[21] 王英等:《外国刑事诉讼法》,法律出版社2006年,第199页。

交□□□犯罪□过,□带领侦查员□□犯罪现场。□亡□间, 某偷偷回□□看望□□老母与姐姐,□□质问下承□□□□悔杀□。□提供□证□证言。□告□□□案动机、□案时间,□案□供述稳□, 供述与现场勘验笔、证□证言、尸

不将犯罪 告人直接系(如勘验 对案发环境的明),者是建立起微弱的系(如人口 明 告人有作案)。此外,告人口 勘验、定、,可是侦查机 刑讯逼、喂、的,此,使 在 的,也不 口的性,更未必符“、充”的。物 则有所不同。如在 告人衣物上 到 人的血迹,是犯罪工 上 到 告人的 纹,通 技术 定 可认定犯罪行为人 告人的同一性。人 所 的 告人 有作案、 人衣着特征等 告人口 接 不同,在犯罪 场 告人、发 的犯罪工、血迹、纹、液等,直接、紧密 将 告人 犯罪 系,从而 了口的 性,并对独立 对 告人系犯罪行为 人的明。而,物 在 明 告人同一性上的作 并不是不可替代的。如,目击 人作 说,在作案 场附近 到 告人满 是血,抑 声 告人案发后不久 洗衣服血迹,也 接 明 告人系犯罪行为人。

尽管物 的 在 强 法官作 有罪 的,也是裁 者认定案 的 想状态,但物 的 到了案 性质、案发 的侦查、犯罪嫌疑人的反侦查 力、侦查人 的 法水平等多 面 素的限制, 每个案 都必须获 物 以 有罪 之 的准, 疑 高了法院 有罪的门槛,妨碍追 犯罪目的之,更有将 明 则法定 之嫌。在 国的侦查 式、检警 系 的司法 制 未作 本变 的, 会有 案 瑕疵 客 的限制在 构 上不尽 想。故 杀人案是否必须 到犯罪工? 目击 人 人 从悬崖 湍急的,是否必须 到 人的尸? 的“物 定案”乎将 物 的作 向了一个 端。如 不 如此,究竟 的补强、 到 度, 符 作 有罪 的 明标准, 是司法 中法官在裁 案 不得不面临的问题。

在审 以口 为基 的案,法官必须 解 个 的 评 问题:第一,告人口 之外的其 是否 充 告人口 的可靠性, 补强的 度问题;第 ,告人口 之外的其 ,需 哪 案 达到定案的标准, 补强的 问题。对此, 国 行的口 补强 则在立法 定上 于粗略,学 上也 透彻的阐释,以 于 法 司法 的需。

本文将 口 补强 则 明标准的逻辑 系,阐 口 补强 则的 值, 讨构建口 补强 则的不同标准,以解 前口 补强 则 中 人困扰的补强 度 补强 的问题。在此基 上, 者将对司法 中为防止误 而 的一个 端“物 定案”进行评,对 如 待物 在定案中的作 加以阐。

、口 补强 则 、 明标准的逻辑 系

对口 补强 则进行 的阐释,可 进刑 明标准 的客,为法官正 运 法评 全案 的。 于 国学界对口 补强 则、 明标准之 的系并未达 ,而 对于本文的立论而 又是 法 的前,在此有必 对 者 系进行,以阐明 口 补强 则的 论 值。

() 据印 检验 标准 否 到 基本方

国刑 讼的 明标准为“犯罪 , 、充”。2012 年, 国《刑 讼法》将

□ □的相互□□□□三□ □的情□:第一,□ 直接□ 的情

因为如此,立法者与司法者在解口与适用口供补强规则时,需要结合口供的形成原因、条件与讯问环境,发展出更为详口的证据分析方法。我国《高法解口》第106条关于“先供后证”的规定,毫无疑问已经将口供取得方式、取得时间等侦讯因口考虑在内。

我国刑事证据法中口及到的口供补强规则,除了《刑事诉讼法》第54条的规定之外,还包括《高法解口》第106条“先供后证”的规定,即“根据被告人的供述、指认提取到了隐蔽性很强的物证、书证,且被告人的供述与其他证明口口事实发生的证据相互印证,并排除串供、逼供、诱供等可能性的,可以认定被告人有口”。后者口是积极意义的口供补强规则,也是口用证据印证方法来认定口件事实的定口标口。

(三)口供补强规则的细化可以增强证明标准适用的客观性

“证据确实、口分”标口被认为是比较口统和模糊,可操作性不强,而“排除合理怀疑”标口的引入,使法官在认定口件事实时,注重对疑点的口口与排除,从而提供了一个更具操作性的刑事证明标口。但具体到司法实践的时候,排除合理怀疑标口的口义仍显得模糊不清。究竟什么才构成“合理怀疑”呢?即使在排除合理怀疑标口发源地英美法系国家,也几乎没有对该标口明晰的解口。在美国的联邦法院,最为口口口用的解口是,合理怀疑是“能够引起一个合理谨慎的人在面对他或她人生中重要决定而要采取行动前,使其踌躇徘徊的这样的怀疑”。^[12]显然,如此宽口与模糊的解口对司法实践口理口件而言几乎没有任何实际的指导意义。美国联邦最高法院认为,排除合理怀疑的标口仅是旨在“使事实裁判者知道,对被告人有口的认定要达到在主观认识上接近确信的程度(near certitude)”。^[13]由于排除合理怀疑本身是一个主观的标口,许多初口法院不愿向陪口团成员提供关于该标口的任何解口,一些联邦法院更是严格告诫法官不得随意扩大对该标口的解口。^[14]因为正如兹法官所言,“解口‘合理怀疑’这个语词的努力,通常并不会使陪口团成员的头口更加清楚”。^[15]

在陪口团认定口件事实的形,“合理怀疑”口义的宽口不定在一定程度上可以通过陪口团成员全体一致得出判决的机制获得消解,但在职业法官裁判制度下,法官往往并不满口于这样一个模糊而不具口口验性的标口。在大口法系国家的德国、口本,适用“排除合理怀疑”的证据标口有一种发展倾向,即“由采用主观的、直口的证据评价方法,到采用客观的、分析的证据评价方法”。^[16]“为了不让法官在自由心证主义的名义下,主观地、直觉地口箱操作事实认定的过程,我们必须客观地进行事实认定,即使是有口判决也必须向人们展示出判断为有口的证据及判断过程。”^[17]因此,裁判文书的说理机制要求口件中“合理怀疑”应当是有证据支持的,并且应通过证据分析的过程展现出来。

寻求“合理怀疑”在证据方面的依据,这样的诉求在中国司法实务界更为口出。排除合理怀疑标口的引入,并没有消除司法机关对“客观事实”追求的渴口。追求实体实的司法传统文化,使我国的司法裁判者在认定口件事实时,希口口可能地减少主观擅断的成分。对口件的实体的认定,不论是定

[12] Leonard B. Sand et al., , 4.01, Instruction 4-2 (1993). Jon O. Newman, , 68 N.Y.U. L. Rev. 979, 982 (1993).

[13] , 443 U.S. 307, 315 (1979).

[14] Henry A. Diamond, : , 90 Colum. L. Rev. 1716, 1718-21 (1990). Jon O. Newman, , 68 N.Y.U. L. Rev. 979, 984 (1993).

[15] , 103 U.S. 304, 312 (1880).

[16] [口]中川孝博:《超口合理性怀疑的证明——刑事口判中证明标口的口能》,口本现代人文社2003年版,第12页。转引自龙宗智,同注5引文。

[17] [口]白取佑司:《自由心证主义的口口——试论正确的事实认定》,载光景皎编:《事实误认与救济》,成文堂1997年版,第21页。转引自龙宗智,同注5引文,第1134页。

还是重要的 刑决定(例如是□ 处□刑),都应当有 分 据的支□,而不 仅据“一个合理谨慎的人”可以凭□的主观 。这□的倾□在有权作出 决与□定的二 法院、□刑□核法庭更是如此。与英美法系国家不同,我国的二 程 与□刑□核程 都可以进行事实的重新 理。法□如要作出改 、□定核准或不核准□刑的□ ,都□要有 实的 据支撑。这也是在 □意□人案中法□即□形成了内心 ,但在分析 据时仍产生□虑而不敢定案的原 之一。在 □观 据 的情形 ,法□所□心的是□ 是□可□,□ 与其他 据的 □达到法定的 明标准。其是在社会影响大、诉讼□方 尖锐的案■中,法□在作出 决时,不得不 虑□ 结果对当事人与社会公众的影响,愈发□要在 据评价方面更加谨慎。

诉讼中的 明标准, 是相对于主观 而 有意义,但这□并不意味着 明及 明标准 此是□幻的,或是□意的。就人们 为 明而形成的 来说,不论是形成 的过程,还是 的根据,都是 并应当 以 定的。^[18] 在英美法系国家的普通法中,□ 补□规则 及法律对补□ 据的 据 、补□的范围、补□的程度等方面的细化要求, 为法□运用 据 的方法来认定案■中事实 具 的指□。在我国,有必要对□ 补□规则进行精细化的□释,以有□弥补 明标准在□法适用上的不 ,□□其适用的□观化。如 在定 标准的意义上□释□ 补□规则,至少在以□为基础 据的这一类数 庞大的刑事案■中, 一定程度上□决法□认定事实 的□题。

三、□ 补□规则的核心价 与□建的基本思路

(□)□供补□□□核□价值□□减少基□虚假供述□误□

□ 补□规则的理论基础一直有 □□法说与 □□ 说之□。 □□法说是指如 根据□ 即作出有 决,将可 □致□查□关过分倚重□ ,□至不惜以非法方法□取 □人□ 。而如果法律明 规定 根据自白不得作出有 的认定,那么□查□关倚重 □人□ 的心理倾□将受到 大抑制,非法□取□ 的现象也有 得到□少。^[19] 从历史上来看,消 意义的□ 补□规则有利于 □□法。中世纪的法定 据制度 ,“□ ” 视为 据之王,这无□是当时刑□□ □行的重要原 。然而,由于消 □ 补□规则并不直接 对□□行为进行规范,在 □□法方面的作用非 接与有□。现代刑事诉讼法中, □□□□法的目标,主要是由非法 据□除规则、□查□□录□录□制度等一系列 据与程 □制 以实现。

□ 补□规则最核心的功 在于□少 □□ 述而引起的□ 。□ 补□规则是在□取□ 的程 合法的基础上进一步□决□ 内容的真实性□题, 为即□是合法取得的□意性自白,也有可是 □人的□□ 述。如果 仅自白即可作出有 的□ ,将有可 □ 的□□而□致□。^[20] □ 补□规则背后的基础□设是:补□是对□ 真实性的有□ □, 分补□的□ 是不可□的。此, 分补□的□ ,不得作为定案根据;全案 据 有□合□ 补□规则的具 要求, 认定 □人有 。

在我国,刑事诉讼法在保 □□的正当程 与□ 自□性的相关规定非 □□,□ 补□规则在□□ 方面的作用 为重要。重新□释□ 补□规则,□其在□法适用中更具操作性有着重要的

意义。主要 是:

其一,在 国,被告人不享有沉默权,□法实践中□ 的用具有普遍性,在定 方面发挥了□重的作用。一项调研 ,在 省三个 县法院,根据法院案□中讯□笔录记载的内容 ,嫌□人在侦查阶段的□ 取得率极□,□□达 98.91%,J 、N 县、Y □为 100%、98.39%、98.35%。^[21] □川省成都 中级人 法院 基层人 法院在随机抽取的 250 件案件中,没有发现一件有 判 的案件 被告人有 述的 据。^[22] □法实践中,零□ 的案件寥寥可数,被告人的□ 被赋 了重要的 据 。在依据□ 定案的案件中, 查 判断□ 的真实性成为法□裁判的主要□ 。

其二, 国的非法 据排除 则的实施具有较大的局限性, 以担当起过滤虚□ 述、□误判的重□。 国的法律并 立□ □意性 则,非法 据排除 则□担着部 保 □ 自愿性、排除虚□ 述的功 。就 国非法 据排除实施情况 , 国非法 据排除率非常低。以西部 省法院系统五个中级人 法院 其辖 基层法院在 2013 年 1-8 月非法□ 排除的情况 ,被调研法院 □ 刑事案件 17 213 件, 起申请排除非法 据的案件为 124 件,占全部案件的 0.72%,最 定排除非法 据的案件为 14 件,占全部案件的 0.08%。^[23] 这 数据中没有包括 机关主撤回□ 据的情 ,但也 以表明, 以通过非法 据排除 则实现排除虚□ 述,实现 案的目的。

就排除的 而 , 国的非法 据排除 则 限于刑讯逼 等非法方法□取的 嫌□人、被告人的 述。根据《□法□释》第 95 条的 定, 有□用肉刑 者□相肉刑, 者采用其他□被告人 在肉 上 者精神上遭受剧□疼痛 者痛苦的方法,迫□被告人违背意愿 述的, 被 为“刑讯逼 等非法方法”。 此,《刑事诉讼法》第 50 条所□□的威胁、诱、欺骗的取 方法,在大多数情 都不 用非法 据排除 则。 而,社会科学的实 研究表明,□致虚□ 述的最主要的原 是侦查人员心 □制的 用,明 地 蓄地 从宽刑罚的许□, 如果不作 述 会加重 刑的威胁。其他的□制性侦讯□巧包括:长时 的讯□ 外界隔绝的拘□性讯□,拒绝进食、睡觉、喝水 上厕所等基本生 □要,拒绝 嫌□人要 中□讯□的要 ,□

（二）口供补强规则建构的两种基本思路

口供补强法则主要存在于英美法系国家和受英美法影响的日本。为防止采取虚口供，减少误判之目的，英美法系国家的口供补强则采取了不同的建构思路。

第一思路是要口供以外的补强证据应确立犯罪事实，并达到某程度和目的的要求，即通法中的罪证标准(*corpus delicti rule*)。依据英美法系国家的罪证理论，要判被告人有罪，控方应证明三个方面的基础事实：第一，犯罪结果，即人身的产生或损失的发生（例如，尸体存在）。第二，犯罪行为，即犯罪结果是人身施犯罪行为的产物（例如，尸体是人身所杀害的尸体）。第三，被告人系施犯罪行为的人。^[26] 通常认为，口供对口供而罪证标准要口供犯罪结果、犯罪行为进行补强，而不需要补强证据被告人系犯罪行为的实施者。^[27] 这是考虑到在法中要确立口供补强被告人犯罪行为同一性的困难。此外，犯罪的主方面不属于罪证，也不需要补强，此亦为日本刑事诉讼法中罪证说的通说。^[28]

第二思路是要口供以外的补强证据应佐证事实的真实性，足以认定其所证的犯罪事实为真，以美国联邦法院系统采取的“可信性标准”(*trustworthiness standard*)为代表。可信性标准是1954年美国联邦最高法院在奥珀诉美国案(*Opper v. United States*)^[29]和史密斯诉美国案(*Smith v. United States*)^[30]中确立的，为美国联邦法院各州法院所采。罪证标准不同，可信性标准要对口供本身的补强而不是对犯罪事实的补强。依据可信性标准，“根本没有必要要口供立于被告人以外的证据……何口供加口供真实性倾向于口供所含事实的间接证据满足补强的要求”。^[31]

以不同的标准释口供补强则的含义，在法中会产生不同的效果。以某检察院办的某某盗窃案为例。被告人某某其乡某于2009年10月27日晚9时左右可被巡逻民警抓获。某某在被抓后主动交代了其涉嫌盗窃犯罪的事实。其中，其交代的2009年10月17日其伙同人以“仙人跳”的式盗窃一男子3800元。一起盗窃金的事有被害人的案陈可以证明，口供可以认定。但其交代的其于2009年10月27日晚8时伙同“阿霞”以“仙人跳”的式盗窃另一男子金2500元的事并无被害人案。民警在抓获被告人从其身上查了金2500元。乡某的口供：2009年10月27日午5时其与被告人在一起，晚8时左右被告人办事情，人开。晚9时，被告人办事情后又其在一起，后人被民警抓获。此口供的内容与被告人口供的一致。^[32]

如果依据“可信性标准”，被告人对于其被抓当晚的盗窃事有多次口供，且多份口供稳定一致，从其身上还搜出了2500元赃款。人某的口供也证明了案发当晚被告人后其在一起的事，可以佐证被告人事实的真实性。检察机关据此提起公诉。但如果依据“罪证标准”，口供相关的证据对被告人的口供，但是却缺少关键性的被害人的

侵害□□□ □。然□款 2500 □现□ □押□ □,□ □现□□ □,□种类□,□具□□□ □□, □无□排□□ 怀□。被告□□ 述□□ □“□□”□ □ □□。故□□ □支□□诉机□□该笔 □ □事实□指控。

[illegible]

☐、☐ ☐☐、☐ ☐☐☐、☐☐ 选择

（一）罪体标准的内涵及利弊评价

□□□ □□要□, □□ □应当□□□□□□, □□□□□□□□。就□□ □□类□□, □□ □必□□具□□采□□ □, □□ □□□□□被告□□□□。被告□□□□□□ □述□□ □相互□□。 □被告□□□□ □述□□必然□□, 即□相互□致、非常稳□, □至□ □□□ □□ □真□□, □□ □□地 □□。就 □□程□□, □□ □□身母□“排□□ □怀□” □“□□ □□” □□。□□□判例□ □看, □□实践□很□存□□□□ □□ □直接 □, □□ □必□依□诸□□□动机、□□机□ □□□□被告□流□□□□□□□ □接 □ □□□□□□□。^[33] □□□□□□□采□□□□□严 □□□, 要 “□□应当□□实 □□ (substantial evidence), □□ □应□□□被告□□□□, □□□□□□每□□□□□要□□□”。^[34] □1984 □, □□ □□ 50 □□采□□□□□□□。□□□□□□实践 □看, □□□□□□□□□□□□□□存□差异。“□□□□□□□□□□□判□□必□□□□□ □□□□ □程□□、被告□□□□ □述佐 □程□都□□□□□□□要 □”。^[35]

[illegible]

□□□ □□□□□□□□□□,□它□“□ 具□极□□局限□”。^[36] □□□ □□□要 □□□ □□被告□□□□□□□□□□事实□□□□, □,□ □□□□ □效地保□无辜□□□ 没□实□□□□□□□被□□,□□ □ 这样□危□,即□□ 然□□,□无辜□被□误地□□□□ □□□□□□。然□,□□事诉□□,□□ 然□□□□情 □。

□ □ 另□ □ 容 受□ □ □ 弱点,□ 它 □ 注□ □ □ □ □,□ □ □ 注□ □ 真实□。^[37] 被

[33] —, 79 Harv. L. Rev. 935, 1076–1077 (1966).

[34] , 337 S. E.2d 487, 492 (N. C. 1985)

[35] at 491, n. 20.

[36] , 348 U.S. 147, 153 (1954).

[37] Richard A. Leo et al. , : – , 2006
Wis. L. Rev. 479, 507 (2006).

1. 可信性标准器具指标

口口真口口补口口口口口口口口犯罪口口直接口口还口口口口辅口口
口例口，“陈口主口口口；口口口没口采口导、欺骗、口承口手口；被告口口口、
口育口验口情况口口，被告口状况口神状态口；被告口口陈口口口师口场”^[40]口口
案件口口样口口口、口口口口口口口综口案件口口事口情口，口判断口口口连贯
口致口。^[41]

准被广泛运,倚。
案,二审,“被告指案场,且场查致;被告被害态、
衣被害夫余秀琴致”,采口涵节案件相
,罪。《释》“”准,
李奥奥夫指情,找事未。

准突口犯罪事吻,被告施犯罪罪准局限。李奥-奥夫准审查判断口验总

• 38 •

，然并涵盖所有的口情，但列举了的情况。值得注意的是，李奥-奥夫西标准的有效受制一的前。李奥-奥夫西标准的设是，有真正实施犯罪的人会熟悉犯罪事实的独特细节。但是，被告人作这样的口可并是为自己手实施了犯罪行为，而是受他外息的影响。这外息可包括：(1)从真正实施犯罪的人知悉了犯罪的细节，如冒名顶罪案件；(2)被告人目睹了犯罪的发生是事接触了犯罪现场；(3)被告人从新闻媒等开的息得了犯罪的细节；(4)警过讯犯罪细节透露给了犯罪嫌疑人，在国，常这样的讯方式为“指”。

从法实

口供还是口立的证 犯罪 实的证 程 口未 排 理怀口的 准, 这两种证 能够分口
口立地证 主要犯罪 实的 与一 ,因 “ 告人实 了 控的犯罪 为”具 很口的概率。
实 是由口供的证 口与口立证的证 口叠 的效 决 的。裁 似乎 过这种叠
为口供与补口证的 , 了刑 讼 要求证 确实、充分或 是排 理怀口的程 。
如 所 的,犯罪 实为 并 能必然推口 口供为 。口供的 实 与犯罪 实的存
证是两个相 口立的 实,因 口要口立的证 。如 为严格的罪体 准,即补口证 了能

难行的□形。□反,“先供后证”规则在立法与司法实践的广泛□□□,可信标准在我国作为定罪标准适用,更符合我国法官口供补强规则的认知。

作为一 定罪标准,可信 标准□求,补强的证 □当以排除 理怀疑的程 证 □供的□实。这意味着, 他证 □供的印证能够使裁□者□信,□告人口供所供述的犯罪□实是 案证的唯一的解释,综 案证 ,不□存在 他不同于□告人供述的犯罪□实的 理解释。

如 口供的补强满足了可信 标准,则意味着案口口实的认定达到了法定证 标准。口供补强规则 的“口供”是狭口的包括完口犯罪口实的有罪供述。口供能够独立地或与补强证 口 ,证 实体法口求的犯罪构 口口。只有口供与补强证 在证 方向上 一口,共同口向一个符 口理、融贯一口口口有唯一 的口实时,裁口者才会认定口供是口实可信的。所以,满足了可信 标准,通口即能满足刑口证 标准。正是在此种意口上,积口的口供补强规则有助于证 标准的客观化。

反之,如口供的补强□法满足可信标准,则□□意味着认定□告人有罪□存在理怀疑。□如,□告人杀□□□火尸将尸体藏匿在水□船的船舱,□告人供述因船舱较黑,藏匿尸体时从外□拿了一个□电□照,火尸将□电□丢在船舱,公安人□在船舱确实查获了一个□电□但□电池,该案□他证证□告人有作案行为。〔46〕□电□作为补强证,只能分地印证口供的□实,与□告人的供述存在矛盾与抵触。在缺乏他证的□形下,这□的证矛盾能够使裁□者口供的□实产生理怀疑,因而不能认定□告人有罪。

□、我国口供补强规则的阐释与适用

我国刑口口讼法 所规定的口供补强规则,包括《刑口口讼法》第 53 口的规定以及《高法解释》第 106 口“先供后证”的规定。《刑口口讼法》第 53 口的规定,“只有口告人供述,口有 他证 的,不能认定口告人有罪和口以刑口”,是 消口口供补强规则的口述。《高法解释》第 106 口“先供后证”的规定,是 于积口口供补强规则的口述,但显然口有囊括适用可信 标准的所有口形。从口导司法实践的角 发,有口口确立口供补强规则的完口口述。口如:“只有犯罪嫌疑人、口告人供述,口有 他证 的,不能认定口告人有罪和口以刑口。独立于犯罪嫌疑人、口告人供述以外的 他证 足以补强口供的口实 ,才能认定口告人有罪和口以刑口。在符 下述口形之一的,可以认定口告人有罪,但认定口告人有罪不口仅限于以下口形:(1) 口告人的供述、口认提 到了隐蔽 口强或侦查人口口先不知口的物证、书证,口口告人的供述与 他证 口口印证;(2)口告人的供述包含了 特殊犯罪细节的准确口述,口口告人的供述与 他证 口口印证;(3)口告人的供述包含了 大量平口的犯罪细节的准确口述,普通人口难凭口猜测作 这口的供述,口口告人的供述与 他证 口口印证。

□告人供述及 补强证 认定□告人有罪,□须审查□告人口供的 证方式,排除串供、逼供、诱供、□供或通过 他信□ 获知犯罪细节的可能。”

作为操作的证据规则,在司法实践适用口供补强规则时,□需□注意以下问题。

（一）区分案件的性质与特点确立不同的补强要求

案□□实是发生在过去的历史□实。□讼 案□□实的认定,□制于证 □体、证 客体、□ 讼程序规则与证 规则以及时空和资 的限制,总是难以□障□实认定□然符 客观实际。与 科

[46] 张松:《“先供后证”在刑口审口实践的口体运用——口告人口某绑架案》,口上海市口人民法院网:http://www.a-court.gov.cn/platformData/infoplat/pub/noIcourt_2802/docs/201401/d_2215824.html,访问日期:2015年7月14日。

□□识□□识□□样,日常□活□□事实总□形态□异、变化万千,□诉讼□□事实□□□,□相应地充满□□种复杂□变量。^[47] □□因□□识过程□复杂□与□识□□□相□□□□确□□,□□□“排□□理怀疑”还□“□心确信”,实□□都□□主观信念□□种 量□准。纯粹客观意义□□“证□确实、充分”,□□类似□证□要求,□难□□□具体□证□□准来□挥□□□官□□案件事实□指导□用。□□检验证□□准实现□□□方□□□供补强规□,□□□能□印证□要求细化□每□□具体□案件,例□,□故意杀□案□,□否必须要找□犯罪工具才能□案? □□没□找□,□否就形□□“□理怀疑”,□□□应该□整齐划□□□准答案。

尽管□□,□供补强规□□应□□□□抽象□、虚无□规□,完□诉诸□官□□□判断。□□供□真实□抑或□罪体□补强,应□□什么样□程□,□□□□需要□□事诉讼□□求□□□价值□□□与□舍。□补强范围与补强程□确□□高□要求,能够□效地减□无辜□被错误□罪□几率,□□时要承受因客观实践□补强证□□充分□导致放纵犯罪□□价。另□方面,□供补强规□□具体要求□应当与案件□□质、□点相□应。□□案手□隐 、□证困难□案件,□要求□充分□独□证□补强□供,只能使该类案件□□诉□功率□□降低,□□□能引□犯罪率□升,□□□安恶化□问□。因□,□□主张,□坚持□信□□准□□提下,应□□案件类型与□点□罪体□准□□□□要求。

1. □刑□□应□要求独立证□对罪体三要□进行□□

“被害□复活”与“真凶□现”□我□司□实务□冤案错案□两□类型。□□《□事诉讼□□》□再审程序□规□□,□□确□杀□案件□□被害□归来与真凶□现□□启动再审□□□理由。^[48] □□,□证□未能充分证□犯罪事实□□□,未能证□被告□与犯罪□□□□□□□时即□□□罪判决,这样□司□错误具□□型□。

死□案件□判决□□□涉□被告□□命□□剥□,□□□严□,必须 □□待。□死□案件□,必须真□贯彻“宁□放纵罪犯,□□□错杀无辜”□理念。按照□高□民□□常务副□□□□咏□□□,“错放□□真□□罪犯,天塌□下来;错判□□无辜□□民,□别□错杀□□□□,天就塌下来□”。^[49] 因□,□死□案件□,应当□时适用罪体□准,□□效防止错案□□□。具体要求□:

□□,补强□范围。□死□案件□,应当要求□独□□证□□罪体□三种要素,即犯罪□□、犯罪□□、被告□与犯罪□□□□□□□皆□□补强,□防范无辜□被错误□罪□风险。补强证□既□□□能够证□罪体三要素□直接证□,□□□□间接证□。我□□司□解释□曾□□类似□规□。2013 □□高□民□□□《□□□□健□防范□事冤假错案工□机□□意 》□强调,“□□命案,应当审查□否□过被害□□亲属辨□、指纹鉴□、DNA 鉴□□方□确□被害□身份”。确□被害□身份,□□补强犯罪□□□□□□□及被告□与犯罪□□□□□□□具□□要价值。只□被害□身份□□确□,被指控□犯罪才□□被证□实□□□。□死□案件□,要□别注意被告□与犯罪□□□□□□□补强,□防止无辜□□被错误□罪。例□,2016 □再审改判无罪□陈满故意杀□案,□□陈满□罪供述□□再无□他证□指向陈满□案。□裁判□控方举□□现场勘验笔录、□医检验报告、□证照片、火灾□因□□书□证□,仅能证□犯罪□□与犯罪□□□□□□。□□罪供述□真实□存□疑问□情形下,被告□与犯罪□□□□□□□缺乏□他证□补强,必然□□高□误判风险。

□二,补强证□□资格。补强□证□应当□独□□被告□供述□证□,即该证□□□□被告□□

[47] [□]罗纳□·J.艾□:《艾□□□□证□□(□)》,张保□、□□喜、汪诸豪译,□□□民□□□□□□ 2014 □□,□ 89 □。

[48] 《□□□事诉讼□□》,罗□珍译,□□□□□□□□ 2006 □□,□ 622 条。

[49] □□咏:《我们应当□何防范冤假错案》,载《□民□□报》2013 □ 5 月 6 日,□ 2 □。

□他□供,抑或□□他由□□□提供□言词□质□证□,□**犯罪**□疑□□辨□笔□、□□笔□。□□□□□与案□□□□□□□及□□□□□□环境,□□□□案□□□□实□□陈述□□□□与□实□往往难□获□□障,因□□能□□□□言词交流□质□证□□□□口供□补强。**犯罪**□疑□□身体□征与□理状□,□身体□留下□□痕、□纹、□液□,这类证□□□□言词交流□□质,□证方□□□□□□引□证□□□□□变,□□□高□客观□,□□□□独□□证□补强□供□□实□。□□,□□□□实□**犯罪**□□陈述□及**犯罪**过程□□□□陈述,由□□□□□□查程序□□染,□□□□□□补强证□□证□资格。

□□,补强□程□。某□案□□否存□充分补强证□,□□□□查□客观□□、当□□查水平□□种因素□□□。□□□补强证□□充分程□□求过高,□然□增□检察□□□□□困难。再□,过□强□补强证□□案□□实□独□证□力,□然□□视与□估□供□身□证□价值。因□,即使□□□□案□,□□能□求补强证□□罪体□证□□□□确实、充分□程□。□ 犯罪□□与 犯罪□□□补强,能够□□优势证□□□准足矣,□□□□□与 犯罪□□□□□□□补强,□□司□实践□获□该类证□□困难,只需□□“□当理由”或称“□理□□”□程□。□谓□当理由,即□□案□□□实及□□,□□理□信□证□,足□使□谨慎□□(□官)□信□□□□ 犯罪□□□。^[50] □□,□□□□衣□□□□□□□□□□现,或□□□□曾□□□□□□□□□□证□,即□补强□□□与 犯罪□□□□□□□。尽管补强程□□□□准□□算高,□值□注意□□,□□案□□□□补强□□□符□罪体□准□□求□□,□□符□□信□□准。□□□□,□需□□□□□□理□疑□程□。

2. 对□□品□罪等□证□□的□□,应□□度□□对□□的要求

□□□□案□□□□他案□,□□□□□供只□能够符□□信□□准即□,□□再□求□□□□□□供□□□独□证□□罪体□□补强。□□毒□犯罪□□证困难□案□,□适□放□□补强□□求,□□□□□地□许□案□□供述□□补强证□。

[illegible]

仅□□案犯供述□否定□补强□供,□□我□□□存□四种□□□观点:(1)□□□。□□共犯□间□供述□□□□补强,□供述□□□□□下,□□□□案。(2)否□□。□□共□□□□□供述□然□“□□□供述”,□□□□□实□□□伪□□□点,□能□共犯□□口供□□补强证□,□当寻求□他证□来补强。(3)区别□。□□□案□理□共犯供述□□□□补强,□□□□案□理□共犯只能□□证□,□□能用来补强。(4)折□□。□□共□□□□□供述□□,□符□□□□□□□□下,□□用来补强。这些□□□:□过种种艰苦□力□□□□□□他证□;共□□□□□间□串供□能;□□□□□供、诱供、□□□供□□□□□获□□口供□□□□。^[51] □日□□司□实务□,□□□□,□□□过共□审理□共犯□□□□□需□补强证□,即使□□□共□审理□共犯□(共□□□□),□共犯□与□□□□□□□□□□看,他□□□□□□□□□□□□,他□□□涉及共犯□或共□□□□□犯罪□

[50] 参□□□联□□高□□□搜查扣□□“□理□□”□准□阐释,即 , 379 U.S. 89(1964)。

[51] 参见□□智:《□□□理□□》,□□□□□□□□□ 1999 □□,□ 459-460 □。

实的供述,有口立的、完全的证明口。因此,至少在理论上可以说,共犯人的自口是唯一证口时,可以认定告人有罪。不过应当注意两个口:其一,多数口例求有口证;其二,口例重地口断共犯人自口的可信口,一旦发现有口点就口有罪口决。^[52]

对于能以共犯的口供对告人的自口予以口口而定案,我国口法口释未有口一规定。2000年《全国法院审理毒品犯罪案口工作座谈会纪口》(以下简称“《南宁纪口》”)对此口口定态度。《南宁纪口》第5口规定,只有当告人的口供与同案其他告人供述口,并且完全排除口供、逼供、口供等口形,告人的口供与同案告人的供述才可以作为定案的证口。尽管《南宁纪口》已口2008年的《全国口分法院审理毒品犯罪案口工作座谈会纪口》废除,但该证口规则在口法实践中口在适用。

共犯自口是口能够作为告人口供的口口证口,口键是口确立共犯自口的可口口。由于告人口供具有较大的不实风险,所以才口有口口证口。共犯与案口有直接口系,口易推卸责口或是相互口供,而共犯与告人一人口具有特口的口讼地位,口于封闭的侦讯口口中,如口侦查人员存在刑讯逼供、口供、口控等行为,可能造口其口供严重失实。但是,考虑到毒品犯罪这类案口中证明的难度,如口能够以口度口然口确立共犯口供的可口口,可以允许以共犯口供与告人口供认定犯罪实。

本文认为,在口以下口时,可以允许仅以共犯口供作为口口证口:(1)对共犯近口是口物近是如物发数所押,能够排除逼供、口供、口供、口供等口形。例如,口分同案告人在后期才到案,到案后分口口押与讯口而口

为人□□对□□进行补强。但□考虑到李□儿子揭发□起□□事□的□机是为了立□,其□□的可靠性□疑,北京□人□□□院一□□并□采□□□□,而作出了不起诉的□定。在前文所□的□□人中,刑□件应□□□明标□的□□,要□有独立的□据对□□进行补强。□□在□□□□□□并没有发□相关□物□据可以佐□被告人□□□行为人的同一性,但被告人的亲□姐姐作出的□□^{应主}是可以作为补强□据□明□□,在□认□人□□取得□□合法,□□内容□□□□的情□□,可以□被告人□□的□□性。

□之,对补强□据可靠性的要□,不应□限制□据的法定□□,而应□重通□具□的□□手段□核□补强□据的□□性。在第一□□□□早□湮□、相关物□□□□的情□□,应加强对第二手的□验□录、鉴定□□可靠性的□□。□样的□□□式□□通知□验制作人、□□人,鉴定人□□作□,通知□家□人对□验□录、鉴定□□质□等。对于关□的补强□据为□人□□的情□,应要□□人□□□□,以对其□□的□□性进行核□。

(三)口供为唯一直接证据时,重点审查口供及其衍生证据的取得过程

□□可□性标□的前□是,口□没有受到外部□息源的□染,□其是□指□的影响。□口□为□件□一的直接□据□,□使□□□□直接指向被告人的□物□据,依据□验□录、鉴定□□等□接□据对口□的□□也□□定□。但是,鉴于□□□接□据□□是依□于□物□据的第二手□□,在□成□□中可□受到了人的主□性的较大影响,□使□□□□口□,也□在一定的□判风□。□此,为□保口□的□□性,法官应□重□□□□口□□其衍生□据(如辨认、指认□录)的取得□□。

□□本□□□嫌疑人可□从□□、受□指使的线人,□是从□正□□行为人□里获得□□的□□,但□于□毕竟不是□正□施□□的人,在□问之初对□□的具□□□不会全面掌握,而□□□的取得□□□□的□□也会有一定的□□。□此,法官在□□、判断口□□其衍生□据的可□性□,应□□□从以□几个□面加强□□:

第一,对口□□其衍生□据的取□□法进行强制□□。在以口□为□一直接□据的□件中,被告人口□□的□□性对于□□认定□件事□□有□□轻重的□义。□此,□使□□没有□□□□取□的合法性□出异□,法官也应主□对口□□取²⁵⁰⁶⁰²⁵

法□ 指纹。法院□□要□ 安机 补充侦查 核 ,□次□审□被告人的□□□□场□一致。^[54] □案 ,法院的处□□ 值 □榷, □案例□表 , 初次讯问□录的仔□审查□□容□ □被告人口□ 真□ □面的疑□。

第三,审查□□ 。 《高法解释》□立了“□□□□”的□ □“□□ ” □国司法□ □ □ □相□ □。 是,司法□□ □□ □的□解,□□□局限 《高法解释》第106条的□ , 事□上,侦查□□ □的□□ 是一个□态的□□,□□ □的变□□ 应 □□反映 警□ 讯问□是否 犯罪嫌疑人 了“ □”。倘□犯罪嫌疑人的□□ 容随 侦查 □的 □ , 变□,例如,侦查机 □了□的犯罪工具,被告人□否 了□□的作案手 ,作 了□□ □物□ 一致的□□,并且每次□□的变□□侦查机 □ 收集情□呈□ 应 , □□□很 □是指□的产物,具 较大的 真□风险。

第四,审查 次、复□□的一致 。无辜犯罪嫌疑人口使作 罪□□,□□□□会反复 且 □□ 描□的犯罪□节会□ 错误□矛盾。□,法官 审查□□□,应□□ 审查 次、复□□的一致 ,审查□□□ □□ □的 □。□也是《高法解释》第80条□立的 被告人□□和辩解应□ 审查的 容:被告人的□□是否 □一致, 无反复 □ □反复的 □;被告人的所 □□和 辩解是否均□随案□□;被告人的辩解 容是否符合案情和常□, 无矛盾。 □ □□法 的争□,被告人 □承 犯罪,□□稳 且□□□犯罪事□ 一致的情□,应□倾向 □ □□□的真□ 。

(四)完善讯问 □□ 制度,为法官审查、判 □供的 实性 供依据

上 □□□相 衍 □ 的审查 准,□是 验层面□判断□□是否受 外□□息 的污染。毫无疑问,□样的审查 准□是一□□接的□断,无法□□警□指□ 为是否的□ , □使警 □ 讯问□ 了指□,□□□也会 □诱和 □的 为记□讯问□录。□ □警□的所 讯问都被同 讯问录音录像记录的情□□,法官□ □□审查录音录像的□ ,□判断□□是否受 了侦 讯 为的污染。

□国《刑事诉讼法》的□ ,强 的讯问录音录像□□□ □判处无期徒刑、死刑的案件□ □ 大犯罪案件。 是, 《人□检□院讯问 □犯罪嫌疑人□ □同 录音录像的□ 》, 检□机 的 □侦查案件 □□讯问同 录音录像。 一□□□,□□ 安机 □ 尝□ 绝大的案件 □同 录音录像。^[55] 保障□□真□、防□错案的角 ,逐 □同 录音录像 □广, 所 案件是 且必要的。

防□错案的□角, □讯问录音录像 □是要遏 刑讯逼□等非法 □ 为,还应□□□ 为法官审查□□真□ ,排查□□是否受 侦 讯 为的污染□□□整的记录作为依 。为保障讯问 录音录像的□整 □ □ , 必要□立一 的□□ 裁机 □使侦查机 真 □施讯问录音录像的工作要□。讯问录音录像□□一旦 □□讯问□录反映的 止□□ 一致, 容严 符,被剪 接、删改等情□,也□表 犯罪嫌疑人的□□□ 真□的风险。□,如 讯问录音录像 □了如 □情□,侦查人员未□作 □人□服的□□解释,人□检□院、人□法院□应□排 犯罪嫌疑人的□ □,□□:未 法 □□讯问犯罪嫌疑人;讯问□录记载的 止□□□讯问录音录像□□反映的 止

[54] □案例□ 陈卫 等:《“□个□ □ ”□施情况调 报告——侧 三 □ 的 》,载《□ 科学》2012年第1期,第85

[55] 卢 坚等:《江□靖江 台27条□ 让录音录像真 “同 ”》,载《检□日报》2014年9月3日,第1 。

□□□□□;讯 □

在,结合全案证据缺乏合理的解释,这都应当成为形成有罪判决的“合理怀疑”。

总之,在一些本该提取到实物证据却没有实物证据的案件,裁判者需要综合全案事实与证据,分析实物证据缺失的原因:是受到客观条件的局限、侦查机关取证的疏忽而无法取得实物证据,还是因为对全案证据反映的犯罪事实出现了认识偏差而无法获取与之相印证的实物证据。对本应提取到实物证据但事实上缺失,且有证据证明存在刑讯逼供可能的案件,不应依据口供及其他补强证据定罪。对案件中存在的指向被告人之外的第三人的实物证据,应当进一步调查核实,并结合全案证据,判断能否确立被告人有罪的“合理怀疑”。

On the Corroboration Rule of Confessions and Its Application

Xiang Yan

Abstract: In cases where prosecutor's case includes the defendant's confession and other circumstantial evidence, the judge may hesitate to render a verdict due to the lack of real evidence. This phenomenon reflects that the corroboration rule of confessions in China needs further instructions to meet the judicial needs. It is necessary to elaborate on the corroboration rule of confessions in order to make up for the ambiguity of the standard of proof in criminal procedure law and increase the objectivity of its application. The core value of the corroboration rule of confessions is to reduce the wrongful convictions based on false confessions. To realize this goal there are two ways to construct the corroboration rule of confessions: one is the corpus delicti rule, and the other is the trustworthiness standard. Compared the two, the trustworthiness standard is more helpful for the fact-finding, but it should be carefully confirmed that the defendant's confession hasn't been polluted by the outside information sources, especially by the police's interrogation. The corroboration rule of confessions in China should follow the following principles.

一、过失犯的客观构成

编 \$

是

K

(一)关于过失有无主观构成要件的争议

“在中外刑法理论中,一般认为,过失是和故意并列的犯罪的客观因素。”^[2] 论是我国刑法理论, 是日本刑法理论,过失与故意问 如 ,共同 身于 观 之中。我国学者甚 区分 犯罪过失与过失犯罪这两个概念,认为“前者 的是一种 理态度,后者 的则是与故意犯罪 对 的一种犯罪类型,两者在实质 和 现形式上不可混为一谈”。^[3] 是,这种体系定位,并 有质疑的余地,因为将过失仅

有

及

,

,

m

生”。〔6〕因此,所谓的□成要件过□指的仅仅是注意义务□反这一客观要件。〔7〕至于缺乏对犯罪事实的认识,既然在主观上是一种“无”,当然不能作为主观□成要件的内容。川端博教授对此也认为:“□成要件□意确实系以对□成要件结果之认识或容忍来理解,□其可视为系主观要素。然而,于过□犯之情形,仅以对□成要件结果之不认识或无容忍此种消极形□之主观要素,实不能认为其具有□成要件之特征。不管如何,首先须有□反客观义务之存在,始得以□筑□成要件之基础。在此种解释之立场下,□意行为与过□行为二者于□成要件该当性之阶层上,亦具有本质上决定性之相异。”〔8〕

因此,□□日本学理的看法,除非采□成要件同时属于罪□类型的观点,将罪□阶层的□见可能性作为□成要件要素,方能认可主观□成要件的存在。但此时的主观□成要件只是类型化的□任要素,过□的不法要件仅仅指的是客观要件,并不存在主观不法□成要件。但是,过□是否有主观不法□成要件在德国学理上却是一个存在争论的问题。

德国刑法理论通说认为,过□犯并无主观□成要件,虽然德国刑法学也将过□分为有意识的过□和无意识的过□,但两者对于过□行为的可罚性并无影响,而只能在量刑时予以考虑。〔9〕但是 Roxin 教授不同意这种看法,认为应该区分有意识过□和无意识过□,在有意识过□中,应该承认一种主观行为□成,而在无意识过□中缺乏主观行为□成,因为行为人在自己想象中正好没有接受客观行为□成的特征和条件。〔10〕

这里涉及到的主要是有认识过□中的认识如何理解以及有认识过□与无认识过□的□造差异等问题。关于有认识过□中的认识如何理解,应该说在刑法理论上存在着较大的争议,

。〔12〕 □该 ， 种 也 □流 法。〔13〕 既 ， 否 □ 否
过失存 □ 构 □□呢？ □ ， 谓 □ 构 □□，□须 客 构 □□□
素存

也正因为如此,现在多数学者都认为,有认识过失与无认识过失在构造上并没有太大的差异,例如我国学者张明楷教授指出,“应当注意的是,这里的‘已经预见’并不是真正的有认识,只是行为人曾预见过结果的发生。由于行为人后来(或同时)否认了结果的发生,因而从结局或者整体上说,仍然是没有认识结果的发生”。^[21]正是在这个基础上,过失犯(包括有认识过失)没有主观构成要件的说法才是成立的。

但是,这种通说的看法不一定是正确的,理由在于,“如果过失犯没有主观不法,如何确定过失犯的罪责?一个完整的责任系统,必然包含行为人和行为,如果过失也是人的作品,而责任以人的作品为对象,则若没有主观不法,即无法将过失评价为人的作品而予以责任”。^[22]正是在这种反思下,我国台湾地区学者许玉秀教授一举突破通说的束缚,肯定过失犯同样具有主观不法:“过失行为的主观面,并不是‘无’,是一种对法益而言,错误判断下的行为……对法益而言,故意和过失行为人都做了一个有害法益的决定,故意的决定是一个认识危险、明确危害法益的决定,过失的决定则是一个对危险认识不清、忘记法益的决定,法益不希望被故意记住,也不希望被忘记,忘记不是‘无’,是一种对被忘记的客体而言,有疏忽的心理状态,而这是法益和法规范所不能容忍的人的态度,所以过失也有主观不法。”^[23]

人的意志是自由的,这个意志在哲学上论证了两百多年,在刑法学上至今也无从论证。意志是个人自由为前提的,只有行为人能自由地实施或抑制行为的决定时,行为人才应该承担抑制行为的动机或实施行为的责任。”^[31]

冯·凯尔森混淆了过失的违法与责任,错误地认为过失的客观构成要件、注意义务违反这些属于违法要件的内容,而入了责任阶层考虑,而才会得出规范化的结论。虽然在刑法理论上,围绕过失究竟是违法要件还是责任要件还存在争议,但是,自由的行为论提出之,过失被前置构成要件层面的见解已大为减少,甚至也可为学说所接受,所谓的责任过失在理论上也是应该成立的,过失仅仅是一个法律概念。因为过滤构成要件的要件,在检验个罪时,在方法上只要过滤一次就行了,没必要再检验的必要。“既然故意过失属于违法要件,也就没必要再归入责任范畴把它割除掉。所谓作用说的提法,恐怕是另外一种心理责任论阴影的再现。”^[32]即便肯过失具有作用,是冯·凯尔森提出的没经过社会一般人的要求履行注意义务,显属法律层面的考虑,既然如此,就能以此为理由,要求责任阶层发动。事实上,责任的判断或许可以改变,但是责任的发动始终要发动,因为指出的责任过失仅仅是行为人主观上的预见可能,这显然属于主观责任论,而非客观责任论。

五,无论是规范责任论还是客观责任论,实际上都无法无意自由地归责。虽然会责任论对刑罚的预防功能,能契合现今刑事政策的要求,但是,刑法理论仍然坚守客观法学提出的道义责任论的立场,因为,“倘若行为人不具有自由意志为前提,刑法学上恐怕不存在当今的责任概念”,^[33]“脱离了意志自由的归责,我们无法理解,非罪与非罪的理由是什么”。^[34]冯·凯尔森的观点,虽然并没无意自由这一命题,但是显然降低了它在责任层面的地位,当意志自由所承载的主观责任论演变为只会要求控制能力的客观责任论,责任概念也就消亡了,责任主义所发出的保护个人的功能也必荡然无存,这显然过调了刑罚的预防功能,而忽视了刑罚的当罚化功能及应论的要求。^[35]责任首先是立行为当时,行为人的非罪,而并非是根据后来的预防。

综上所述,冯·凯尔森混淆了责任判断的实质和责任判断的形式,实无论是规范责任论,还是客观责任论,在责任上都无法无意自由,因为这构成了责任的核心,回归了意志自由,最终消灭了违法与责任的区分,这应该也是冯·凯尔森所追求的。其实冯·凯尔森只是论证过失处罚的正当性,是这实无责任的,而与法的范围、责任的判断无关。因为过失

[31] 冯·凯尔森:《论刑法的

[32]

[33]

[34]

[35]

犯□临的□□困□~~在~~ ,□为□□□ 法,所 难 □罪责□难。□ 的□□毋宁是如□□论□□失
犯的□□ 法,□□涉□ 法□罪责功□的□

情况下,不可能创设风险。创设风险是一种客观上表述行为的性质,不排斥行为人的主观,在过失犯中,行为人恰恰是在有瑕疵的主观状态下创设了这种风险,这种瑕疵状态就是过失的主观不法。最后,过失不是必须以认识构成风险的情节为根据的说法是片面的。如上所述,即便是有认识过失,它仅仅具有一种抽象危险的认识,不能称其为主观构成要件,这种抽象危险的认识,对于法益侵害的构成要件结果而言,最终是没有认识的。只是 Roxin 教授认为有认识过失需要认识到这种合格的风险,才提出以上看法。正确的是,过失犯都不是以认识构成风险情节为根据,根据通说的看法,过失犯处罚的是,行为人没有按照法规范的要求,谨慎履行相关注意义务,创设了法所不允许的风险。

因此用目的行为论去说明过失犯的主观不法是难以成立的,于是,理论界便有观点认为,原先属于罪责阶层的具体的预见可能性,应该归属于构成要件阶层,此即过失的个别化理论。虽然从存在论上看,预见可能性仍然是一种“无”,但是从规范论上讲,这种预见可能性说明了行为人没能认识的原因,充分说明了过失犯所具有的瑕疵的主观态度,这种态度就说明了行为人的主观不法,成为了罪责非难的根据。

可见,无论是有认识过失还是无认识过失,同样具有主观构成要件,两者具有类似的构造。当然这里的主观构成要件主要是从规范论上加以界定的,毕竟过失犯在存在论上的认识是一种“无”,只有在说明行为人具有预见可能性的情况下仍然无法预见,才能说明这种瑕疵的心理状态,从规范上认定过失犯的主观不法。而故意犯的认识在存在论上是一种“有”,即便没有规范思考,也能认定其主观不法,因此故意犯与过失犯的主观构成要件的意义是不同的,这是值得注意的。但是和故意犯类似的是,过失犯的主观构成要件与创设法所不允许的风险这一客观要件同样是无法分割的。如果要以客观归责理论重构过失犯体系,则更能清晰地说明两者之间的联系。即便是否认无认识过失具有主观不法要件的 Roxin 教授也不得不承认,“这个行为人已经知道的就是对过失的基础有重要意义的,从而就使这个客观可归责部分地与内在的心理要素联系在一起了”。^[42] 当然要说明过失犯的主观不法,必须讨论过失的个别化理论,将预见可能性从罪责阶层中分离出来,将其归属于构成要件阶层,下文拟进行相关讨论。

二、个人预见可能性的体系性地位

(一) 过失个别化理论的提出

关于过失犯的架构,究竟是以注意义务违反为核心还是以创设法所不允许的风险作为标准,在理论上还存在争议,但是,关于个人的预见可能性要件,却始终没有争议地存在于过失犯的成立要件之中,不过关于其体系性定位的争执却较为激烈。

在古典犯罪论体系中,过失犯的个人预见可能性一直被视为是责任要件,这同时也是因果行为论的当然结论。只不过后来随着目的行为论的兴起,过失与故意一样被前置于构成要件阶层,但此时个人预见可能性依然停留于责任阶层,因此在目前德国通说的新古典暨目的论体系中,过失犯的审查是所谓的两阶模式,即在不法阶层考虑以客观预见可能性、客观结果回避可能性为前提的客观注意义务

[42] 同注10引书,第729页。

违反,□□ 责□□ □□□□□□预见□ □、□□□避□ □, □□ □ 失□双□□。

赞， 失 查方案，日、
 台湾地、陆地，失 双功 广泛。

□□, □□□ , 味□□ 责任□□框架□, □□责任□□ 象□责任□ □ □混
□, □ □□避免地带□□ 责任□□残余。□□□□ □□, □□□ 失 □□ □□ □安
排, □ 故 □ □, □, “□ □, □□故 失□□ 状态□□断, □□ □□ □□□
□□□□时□□ □□□□景 □断□”。[43] 故 □□□ □ □□素当 □□ □、□别□
断, □□□ 继续让 失 □□□□预见□ □继续停留□责任□□呢? □□□□□□□
地□□:“□□□ □□ 失□□□□□故 □□□□□素(亦 □□□□□□ □□□避免□
□□素), □□ □□□须□ □谨慎□ □□预见□避免□ 力(故 □□□地)放□构□
□□□□。 □, □ □□□□□□□ 失 □。□ □□□□, 失□□□□□□□别□□素□放
□构□□□□□□□□。”[44]

□□, □□□□预见□ □□□构□□□□素□ 失□□ 查方案, 失□□别 □, □
□□逐 □□□持, □□□ □ □□□□□, □□□□□□ Jakobs、S

维护力,影响罪。错情况,错错。[49] 具力,偏,没避免险力,支配符合安,具抵,具。别力架要素。[50]

Schünemann 对 Jakobs 的批判,认为, Schünemann 罪念,罪积极般防, Schünemann,“罪般防依,且罪辑贯被贯,别防导向措施”。[51]

无否罪念,[52] Jakobs,任底却争事。非粹功,涉,简,“单回避问,罪念没任何准洞躯,势必毁任义。回避讨,使任力任案件继续任挥,使任,背屏初。赞别玉秀走质疑任别义:“罪,客客屏犯相错。”[54] 任客客念,客客无,客客,客客。任准,客要素状态,偿。

赞别,需要 Jakobs,借鉴罪客,回避任难,持非场,派任制清,任力继续留罪屏,任屏。具力回避力至案件屏,别任力,必要案件屏力念,“力,值准具义,具具无值判,变具无。且力念,描样,没任力,样,反义仍日属”,[55]

[49] 17。

[50]

[51]

[52]

[53]

[54]

[55]

□ Kindhäuser □ 区分□□□能□与动机能□,□□能□□□□,只□□□□愿意,就□□□能□□体地□□构□□□□实现,□他却□□□这□□,那么他□□□就□□□□,□动机能□□□□,由□□□□□求,□□来□备□□构□□□实现□意□,□□□□□□显□□□□□,□他却□□这种意□,这□他□谴责□□□。(56) □见即便赞□过失□□□化理□,□□□□□□□□与罪责□□□体□。

[illegible]

（三）个人预见可能性应为构成要件要素

[illegible]

[56] □注44引书,□43□。

[57] □注22引书, □155□。

[58] 蔡桂□:《构□□□□》,□□□民□□□□□ 2015 □□,□ 253 □。

[59] □注22引书, □155□。

[60] □注6引书,□206□。□实□旦考□这种意□□□□化,实□□就已□□□□□□□□能□□□□□□化,□□完□□□能□□现□□□□该领域□唯□□□威,这时就□难□□领域□□□□□化□方案。

[61] 参见□俊:《犯罪□□□□□□》,□□□□□□□□ 2012 □□,□ 263 □。

[62] [] 翰 [] · 韦 [] 尔 [] :《 [] [] [] [] 总 [] 》, [] 昌珂译, [] [] [] [] [] 2008 [] [] , [] 395 [] 。

[63] □注 10 引书, □ 726 □。

另

换了观念。“你为我,所以你必须”的是反矛盾律的,有义务不代表必须做,但是“逾越义务”说的是,你反义务,必须做的前提是你必须有相应的义务。如果在客观上法上在要,而且行为人又有相应义务的,需要履行相应的义务。但不因此简称为,你有义务需要履行义务,在此略了法上的客观要。

于有超越承担论原上自行为法的制,此行为行为人为人义务,但是在之前认识到自己无法避免危险的情况仍冒险行为的,行为人作出了一个对而有的判,行为不除不法,此采取犯的一阶审查案,不至于产生处罚漏洞。此外,于在不法阶层否定个人可性,使得对行为人保安处的前也不在,而不必像阶案样在肯定不法的基础上放在罪阶层处,而有可对行为人为保安处,此,更有利于保障人权,同也不会造成司法判的繁琐。

以上主要从德国刑法学上开讨论,其在日本刑法论中,也在着发趋势,并不并未明以承认而。如上所,日本在有关犯的论,主要在修正旧论论的争论,者的焦点集中于可性结果回避义务的关系。在者,论的辑反而是其系一致的,为论强调从结果回避义务的履行和可性,是否正且不讨论,但其判顺无疑是贯从客观不法到主观任的。反修正旧论,了犯的犯罪行为,但仍重可性,此论上反而得出可性会影响到结果回避义务的犯犯罪行为,从而在质上德国的个别论似,同样承认个人可性影响到义务的履行、法所不容风险的创设,进而成为架不法的要素之一。例如平一博士认为,行为有没有“质的不被容的风险”,最后还是结为可性的有无。町朔教授认为,在行为个危险对行为人说是不是可以认识到得到的,是定有无“质的不被容的风险”的关键。^[67]其中结果无价值论的西田典之教授更是直接指出,“犯的任遣的根据在于以可性为基础的精神性紧张的懈,但根据可性本应采取的相应措施结果回避行为则从反面出行为(结果回避行为所要回避的行为)属于具有质性的危险的行为,具有质性的危险的行为是犯中的犯罪行为”。^[68]

在西田典之教授的系中,是从具的可性出发,认定应采取的结果回避行为,进而认定行为具有质性的危险,犯的犯罪行为,其的质是将犯的犯罪行为变为主具可性的反射行为。其中认为可性可以定犯行为的表是清的,也是平博士、町朔教授相一致的,是披上了一层结果无价值旧论的外衣而,从内在结构上和德国的个别论并无二致。

国刑法学界至今还没有学者赞成犯的一阶审查案,但是,国《刑法》第15条定,应自己的行为可发生害社会的结果,为疏忽大而没有,者而轻避免,以致发生结果的,是犯罪。国学者从解释学上了各解读案,但是解释均在问题,国刑法的定反而个别论更为契合。为如果将“应”解释为客观义,将使得任判置;如果将其解释为主义,将使原对犯罪的认定变为犯罪

[67] 同5,第51-52页。

[68] [日]西田典之:《日本刑法总论》(第3版),刘明祥、王昭武,中国人民大学出版社2007年版,第211页。

失的，□法□□□失的□为；□□预□□□预□□一的□畴□
□，^[69]□□□□，~~反~~陷□□□□；“□□预□”的预□□作□□
断，□法□“□旋”的□□。□“□□预□”□□为□□□□□□，□为□□□□□□
□□~~违法~~→□失的法，是□□□□的□释。□，□学□，□失□□
的□；□是□□□□的□，□是法□的□□，□是一□□□□的□□。

□、□：□□、弱□□□失□的□

法学，所谓的□ □ □弱 □ 的□ 是□张 楷 □□□ 的。张 楷 为，
法，一 □ 弱 □ □□，□□弱 □ □□□ ，□□的 □ □□。 □ 一□学
， □ □□，□□□□的□□ 是□ □ 的。^[70]

法知，的法，为的是，学的、的抗、鸣。的，的的构的的为~的焦，的，的的。构的，学谷、田，逐的的释的释的的垒。法，为的学激，是抗的锥。故、失、遂、，学~的法学~。

失 的 预 鲜 学 的 失 学 的 预 责 是 的 湾 案 一 知 学 的 单 法 责 的 失 的 恰 的 法

“违法是□□的，责□是□□的”□是 □ □ 的 □，故□、□失 □构 □□
□、□□责□ □为□□责□，□，早□法□□□、责□□□的□，□□是
法□ □的□□□。□失的 □□□ □所反映的□是□ □ □□的 □□。□□
□□ □赞 法□□□、责□□□、□失一 □，□□□□□□觉 □ □ □弥
珍贵，是□ □，拒绝 □、□法□ □之□的□态，□是一□科学的学 态 。竟哪
□ □ □，妥□，□比较，□□□□□□。□失 的一 □案的□，□绕的□是
预□□□□ □□□□，□ 责 □构 □□ □的□□，恰恰 □□ “法的□□□、

[69] □ □ □ 为, □ □ 预□是□违, □ □ 预□□□, □ □ 失 的□□□, □ □ 预□是□违, □ □ 预□□□, □ □ 失 的□ □ 为。□ □ □□, □ 33 □□, ^487 。

[70] □□张 楷：《法学 的□》，□《法学》2014 ^6期，^79。张 楷 □ □ 法学 □□龙一为□□，□□早□□ □□， □觉 □ —□声音， □ □□ 为□□， 为□□所□-□，□□ □□， 的是为□-□弱 □ □□ □ □□。

责□客观化”,□过这□过失理□,我们□□□□□解□□□□□义□□□□与责任□□新□展□程,这□□我们突破旧□理□框架□束缚、□构符□时□□犯罪□体□都□□助益□。

无□□“违□□客观□,责任□主观□”这□犯罪□体□□指导理念,还□过失犯□两□审查方案,都□□□□□□□□领域□□强势理□,□“□□主观化、责任客观化”、过失犯□□□审查方案,□传□观点看来都□“离□叛道”□,无□置疑地被归□弱势理□。笔□□曾□□恪守□□犯罪□体□□□□□□□我□□□事□□□□□□必要,□□□□派□争□□局看,笔□今日还□愿意选择这□“反面”□角色,支持过失犯□□别□理□,去□展这□□我□□□□□几乎□存□□弱势理□。“□我□,□□理□□□存□竞争,或许□□□□看来,□能□带来理□□混乱,甚至□能造□司□□□无□适□,□□,这只□□表面□看问□,□只看□眼□□未□眼□□□。我□□□□□□□繁荣,□□□□展□机遇,恰恰就蕴藏□理□□竞争□□抗□。”^[71]□只□□□□□□主张过失□别化理□,才能形□与传□□两□审查方案相□抗□局面,惟□□□,过失犯理□□才能□□□□□□□展,□□与责任这□□□问□才能□□□好□反□。

A Study on the Subjective Elements of Negligent Crime: In the Perspective of the Individualized Negligence Theory

Wang Jun

Abstract: Although the systematic position of negligence has experienced a shift from the stage of liability to the stage of the constitutive element, the individual possibility – foreseen has always been treated as an element of liability. According to the dominant view, negligence crime has no subjective constitutive element, which leads to a dilemma, the justifiable basis of guilty reproach is missing. Purpose behavior theory cannot provide a reasonable solution for it. In order to avoid this situation, individualized negligence theory must be adopted to put individual possibility – foreseen from the stage of liability into the stage of the constitutive element, and make a normative explanation about the subjective illegal of negligence. Individualized negligence theory reflects the trend of objectivized guilt. Despite that the function guilt theory has its advantage on the aspect of generalized judgment on liability, there still has a necessity to think about the question of freedom of will; otherwise it will be difficult to tell unlawfulness from liability. Since legal norms only regulate people who have the capability to fulfill his/her duty, personal ability should be taken as the element of unlawfulness of negligence.

Keywords: purpose behavior theory; possibility – foreseen; objectivized guilt; individualized negligence theory

(责任编辑: 幸颜静)

[71] □光□:《犯罪□体□□改造》,□□□□□□□□ 2009 □□,□ 10 □。

现实，萨维尼，斯图夫·胡（Gustav Hugo）。^[9]
雅布斯的答案：没有。真实存在的，抽象的、述的、
神秘化。没有。因为我《法》颁布停止，因支的、
我《法》当找。^[10]，提新的观点：一种法
事实，处规范层面，与现实存在同一意义层面，因用现实存在来判
。^[11]

虽然，理的一直没应的视。就
指，我们“理”还很够，我们理的材料台湾地区
及著的二手、三手材料来的一手材料很……因该理及演一
”。^[12]然，直今天，这种状况仍然没的改。虽然现很及的罗马
法渊的献，详细地探理形的献，雅布斯的述
一

象表明他 说的是两个不同的案件。

释法学家 的方法 实际上是凭 想象的,不同的人有不同的说法。比如,瓦卡利 斯 (Vacarius)说,在 尔比安的案件当中不存在 行的愿 让“ ”负有义 此所有权没有被转 , 为单 的 付不转 所有权;而在后面 里安的案件中(D. 41,1,36)则有愿 行发生 此 所有权被转 。^[25] 阿库修斯 (Accursius) 说得更具 :在 里安的案件当中,出于消 借贷的愿 “ ”有义 向“你”支付十(阿斯),^[26] 而“ ”忘记了 件事, 后出于赠 的愿 向“你”支付了 钱,而“你”是作为消 借贷接受的,而且“你”也认为“ ”是出于同样的愿 对“你”进行支付; 而在 尔比安的片段当中,“ ”并不是债 人 此,在 里安的案件当中 认为是出于消 借贷的 愿 。^[27] 还有一 说法:在 里安的案件中,“ ”之前出于赠 的愿 向“你”允诺了十(阿斯),并 且随后出于同样的愿 向“你”清偿,而“你” 它当作借贷 接受,在 情况 为了 “ ”从允 诺中解脱,以更重要的愿 为准; 而在 尔比安的案件当中,“ ”没有作出过允诺,而是 粹为了赠 而赠 。^[28]

(二) 误想原因理论

按照 释法学家德

里 存

安的案□当 ,双方□ 错误的 识; 尤 安的案□当 ,只 □让方 错误的 识,□让方并□ 错误的 识,因为他 先 的□实 因 □□,尽管□让方 并 知□; 是,□□方知□ 并因 □□,所 尤 安的案□ 交付并 是裸体的。^[38] 显然,巴尔杜□□ 愿意承 学 汇 □》当 存 □□矛盾的地方。 是他的理论已 倾向 尤 安的观点。

□、物 同的理论准备

□□尼 , 两个截然□反的理论,□们分别 反两个方□为物 同理论的 终确立做好了准备。□们分别是雨 · 诺鲁□(Hugo Donellus)的抽象交付理论和“名□和 方 ”(titulus et modus adquirendi)理论。

(一)雨果·多诺鲁斯的抽象交付理论

雨 · 诺鲁□ 过交付□让所 的理论 了 一 的细□化□□。 过交付□让所 的□□,他把□让方和□让方分开□述。

□让方这边,□让 □个□□□□: 一,他 法地 □让; □,他 望□让;第□,他 过交付的方 □让。总的来讲,□让方 □考□□个方□:□让的 限,□让的意图 及实现该意图 交付。^[39] , □让方的□让意图 包括□个方□:(1)他知□ □□让的物是他的;(2) 一个 因让他 □9 5 □□6 □7 7 8 9 □□□8 □□□□j□8 □(□)j□6 1 f□□□8 □□□8 □9 5 □□

□, 乌尔□安□□□没□移, □□因□□□没□□即□移, □□因□让方□能□□□□□□与意图□留□□□□□用□还。^[46]

□□注意□□, □诺鲁斯□理□□能算□□□主义□□□当□□主导□理□。□□, 居□修斯(Jakobus Cuiacius)□观点□好□□诺鲁斯完□相□, 他□□□□□□能□□效□□□□□移, 即使□已□因□移。^[47]他□地□, “实□□, □□修斯□□□□□效□□□□□□过交付□□□□, 这□□误□。因□□□□□□效, 那么交付就□□体□”。^[48]

(二)“名义和取得方式”理论

□□¹“名义□□□方□”理□□□□形□□, □□造□□□。霍□(Franz Hofmann)□□, □□种意义□, □佩尔(Johann Apel, 1486-1536)□这□理□□□造□。^[49]因□□□意□地区流□□□□□具□□□□□。^[50]该理□□克□斯□安□尔(Christian Wolff)□影响□, □18□□□叶□展□□□意□地区□主流理□,^[51]□入《普鲁□普□□□》(ALR)□《□地□普□民□□》(ABGB)。^[52]

□□克□斯□安□尔□理□, □当□义带来□仅仅□□纯□□□□□□□能□, □□□现实□□□; □□方□□□□□□□予□□□□实。^[53]□斯□□□□□□□□□□详细□□述:

如果□要取得□项物权, 那么必须满□两个要求: 一个合法的名义和一种取得方式。也□是说, 必须要□在一个合法的原因, □得物权的取得成为可能。而□还要□在一个□体上的事实, 通过□, 物权被转移□我。这个法律上的原因□□名义, □体上的事实□□取得方式。比如, 我在□□□一本□, 并□这本□被交付□我。现在我□成了这本□的所有权人, 我对其□有物权。名义□是我和□□□□的□□合□, 因为□□了我成为所有权人的可能性。取得方式□是交付, □□得这种可能性□成了现实, □我确实实□成了所有权人。如果我发现一□不属于任何人所有的□化□□, 并将其□为□有, 那么我□是其所有权人。我取得所有权的名义是这个法律规则: 无主物由□□之人取得。取得的方式□是对□□□的□据。^[54]

“□义□□□方□”理□□18□□末就□始遭□批□, □斯□□□□就□主□批□□□□□。□过, 他□□□否□“□义□□□方□”理□, □□□□□□改造或□¹□□□□□□□类型。他□□□□“□义□□□方□”理□□适用范围, □□□□这□□用□。□他来□, □能□(□义)□现

[46]

[47] , Commentarius ad titulos quosdam digestorum, Opera omnia, Neapel 1722, Bd. I, 975b.

[48] , In libros IV priores Codicis Justiniani, zu C. 4, 50, Opera Omnia, Neapel 1722, Bd. X, 1017.

[49] , Die Lehre vom titulus und modus adquirendi, und von der iusta causa traditionis, Wien 1873, S. 23.

[50] (Fn. 26), S. 78 f.

[51] , Europäisches Privatrecht, Bd. I, München 1985, § 30; Bd. II, München 1989, § 72.

[52] ALR, I 9, § 1: „Die äußeren Handlungen, durch welche das Eigenthum erworben wird, bestimmen die verschiedenen Erwerbungsarten. (Modus acquirendi).“; ALR, I 9, § 2: „Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese äußeren Handlungen die Kraft haben, daß dadurch das Eigenthum erworben werden kann, wird der Titel des Eigenthums genannt.“; ABGB, § 380: „Ohne Titel und ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigenthum erlangt werden“. Vgl. auch , Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft, Basel 1952, S. 70-81.

[53] , Jus naturae methodo scientifica pertractatum, Bd. III, Halle 1743, § 1034, S. 717; Bd. I, Halle 1740, § 112, S. 70 f.

[54] , Civilistisches Magazin, Bd. I, Berlin 1791, S. 83-84.

首先,他指出,虽然名义通常只能带来向物权(*ius ad rem*),如果想取得对物权(*ius in rem*),那么必须同时具□名义和取得方式。但是,这个规则也存在一些例外,在这些例外当中,□纯的名义也可以产生对物权。^[56]

再次,对于不同的取得方式,名义的内容也有不同。比如,如果想要通过时效取得□物,那么仅仅是对人权还不能构成名义。交付和先前发生的债一起才能构成名义。接下来还需要□的就是,占有在规定的时间内持续。^[58]

对于古斯·夫·胡果来讲,只有在通过交付取得所有权的情况下,才要求有一项债权,而且交付是因为这项债权而进行的。为了论证这个观点,他进行了一段晦涩物产一如如产了所际界如为一是

（一）对“名义和取得方式”理论的批判

□时,还 □ □萨维尼 当□□□□□苗头。□ □, □必□□□三□必要条
件 转□□□:(1)事 (□□);(2)□当□ ;(3)转□方 享□□□□。^[63]

□ □事 , □ □占□□转³ □简单□转³方□□□□□□手□ □另□□□□手□ ,
□必□□□愿□□□ , □ □□□ □□ □。(65)

（二）物权合同的发现

萨维尼□□□□□叙，□□□现□□□记录□□□□□ 1814/1815 冬□□□潘
□ □ □记。□ ， □□雷□□布夏迪(Georg Christian Burchardi)□□□ 1815/1816 冬□
□□记□，□□ □ □□□。(67)

萨维尼 ☐ ☐ ☐ 判 ☐ 当 ☐ 义 ☐ ☐ 方 ☐ ☐ ☐ , 主要 ☐ ☐ ☐ 该 ☐ ☐ ☐ 担保 ☐ ☐ ☐

• 74 •

和向□□施舍的情□：

很久——人们就——，一项对物权的取——当——义和取——相结合。实际上是——样的：每一项物权都是在——实性的行（factische Handlungen）的基——上建立的，然而——实性的行——的构成是——常不一样的。有时候物权——成于——项——实，有时候——成于——项——实。担保物权——合同——成，是唯一的——实；相反，有权的取——和同时具备——项——的——实——因。我们的法学把——种——在——般——，并——成了如——论：普——一个——当——义和一种取——。就像担保物权的——子——的——样，是——误的。然而，至对于——讲，认——实——因和——是必——都存在的观点也是——误的。当一个人给——一块钱的时候，在——项——和——项——？——了唯一一个——实，而没有——相——分——的——个——实。没有合同，——前什——也没有——。同样，在先占的——况——也——有一个——实……〔68〕

接□□，□批判威斯顿伯□（Westenberg）的主□□□并□出自己关于正□原□的□论，□物权合同□论：

他（指威——）：——义适用于——有权。（D. 41,1,31 pr）近——的人——，——项债务——和——实——的——。人们也——：——必——是一项清偿。——样——了——罗在——引用的——（——是指 D. 41,1,31 pr）当中——的——。根据——罗的观点，对于——，必——先——件——。然而，是——的。首先，至少并不——必——是市——法——债，相反，根据法律，——效的债（相当于不存在债）就已——足——了，——样已——使——个观点——疑……对于赠——讲，——个观点——样？在赠——当中——就不存在债务——。在此仅仅存在——有权的单纯的——实——的——，因此——上述观点在——不——。因——正是——赠——的——图而不是其他——使——

对于里奇和比比奇的矛盾问题,萨维尼采取自己的看法,认为两个片段在处相互对立的
问题,此矛盾 [71]

回到里奇,自己自发表,萨维尼的物权合同论跟多玛斯的论 常相似。^[72] 萨维尼
不仅在论物权合同论的关键 [73] 了多玛斯的论,而且本人对多玛斯 常崇, [74]
从威廉·里奇 (Wilhelm Grimm) 1802/1803 年的日记中可以 [75] 出:“最 [76] 并且 [77] 乎唯一可 [78] 的 [79] 作是雨
果·多玛斯的《 [80] 法评 [81] 》”。^[73] 考虑到以上 [82], 说多玛斯为萨维尼的物权合同论 [83]

与债截然区分，因《民》区分债，好《民》用类理。^[78]

(四) 物权合同的发现与罗马法源之间的关系

尼理，他宣称他理“符”。天已怀疑间，疑问，底哪些理决意。

述注释派、注派雨·诺述来看，他们用：(1)债偿当；(2)尤女片 D. 41,1,36；(3)优丁尼《》当戴克先谕令(C. 4,50,6)；(4)来盖尤片 D. 41,1,9,3 优丁尼《梯》I. 2,1,40。

尼理时用包括：(1)债偿当；(2)优丁尼《》当戴克先谕令(C. 4,50,6)；(3)优丁尼《梯》I. 2,1,40。虽然尼理时完提尤女片，尤女乌尔女间矛盾理用当忽视。

、

存吗？显然，解理现，需么抽象理解力就识存。

证理解现。该否，只能请。然，理来，待问。理尼现展，详细献。我们掌握展脉络，就良好讨。

The Discovery of Real Contract: From Julian to Savigny

Ke Weicai

Abstract: In explaining the rules of and contradiction between Julian and Ulpian, the glossators formed the idea of abstract real agreement. This idea was further developed by commentators, and finally became a systematic abstract transfer theory in Hugo Donellus' great Commentary. Based on Donellus' thoughts and critique of the and theory, Savigny established the real contract theory. The establishment of real contract theory was not an inevitable result of the clear distinction of obligation law and property law, but a need for systematization of Roman civil law.

Keywords: real contract; Savigny; ;

(责任编辑：丁洁琳)

[78] L. P. W. van Vliet, (2003).

, 3 European Review of Private Law 342, 369 – 372

论物权法定

雷*

摘要：物权诉讼过程中的证明是裁判的重点，我国《物权法》中规定大量的物权推定规范，这是《物权法》中证明规范的鲜明特色。从法律要事实的角度，可以将我国《物权法》上的物权推定规范分为三类：不动产登记簿的推定规范，占有的推定规范和不可反驳的物权推定规范。不动产和动产善意取得制度的成立要件及其证明并不相同，前者要求相对较低，这是不动产登记公信力高于动产占有公决的，比占有，不动产登记簿更高的公信度和更坚实的信赖。

关键词：证明规范 法律要 分类 物权法 物权推定 规范

一、物权诉讼中的证明责任概说

在物权诉讼或者仲裁中，须要对当事人之间的证明责任（举证责任）进行妥当配置。民事立法上对证明责任应作妥当配置，以增强民事立法的科学性，提高民事立法的行为科学性和裁判科学性，我国目前民事立法的科学性有待从证明责任科学的配置等角度作进一步提高。有学者曾指出：“物权法中证明责任的容较多并不科学。法律是解决现实问题的，应有科学条文的规定。”

应□记簿上已经被涂销的不动产物权不存在。若基于法律行为发生物权□动□没有记载于□记簿上的不动产物权不存在。^{〔7〕}《物权法》第17条对不动产□记簿的权利□定效力□作进一步对比规定：“不动产权属□书是权利人享有该不动产物权的□明。不动产权属□书记载的事项,应当□不动产□记簿一致;记载不一致的,除有□据□明不动产□记簿□有□误外,以不动产□记簿为□。”《□□□记办法》第26条规定:“□□权属□书、□记□明□□□记簿记载不一致的,除有□据□明□□□记簿□有□误外,以□□□记簿为□。”这就□认了不动产□记簿和不动产权属□书在公□和□明□上的□低之□。

不动产□记簿之权利□定规范在立法上□了不动产物权的□明责任□分□□题:

一方面,权利□定规范属于民事□据规范,其会产生□明责任□转□的□明□担效果,即□定□记簿上记载事项真实性的当事人□就其权利□定事项□担□明责任□;受益于□记簿□定□之□记名义人□要□明其物权已经在□记簿上□记记载即可。

另一方面,权利□定规范属于可□翻之□定,而非□局的、□定的,其并不□局性地□不动产物权的归属和内容,权利□定规范之所以□被□立,是□为不动产□记簿所彰□的权利外观在绝大多数情况□具有真实正□性,此即“不动产□记簿正□性的□定”(Die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs),然而,不动产□记簿仍然不□局性地□不动产物权的权利归属□题,存在□记簿记载□误的情形,这就□要□合《物权法》第19条的更正□记和异□□记制度。“对□记簿正□性有异□者□要□明该权利产生要件□消□要件并不存在即可。”^{〔8〕}

不动产□记簿□定□是不动产物权□意取得制度的逻辑前□。非真实权利人□记为不动产物权人并处分之,可□致不动产的□意取得。无权处分的相对人基于对无权处分人在不动产物权上权利外观的□,受不动产物权□意取得制度的保□。

以□□所有权□意取得制度为例,非真实权利人成为不动产□记名义人并进行处分的情形主要有:第一,□□□记机关□记□误,致□□□□记簿上记载的原所有权消□,产生了新的□记权利,□记人擅自以自己名义处分□□的。第二,当事人约定一方以他人名义购□□□,并将□□□记在他人名□,名义□记人(出名人)擅自以自己名义处分□□的。第三,权利人非基于法律行为引起的物权□动取得□□所有权,但□办理□□□记,□□□记在他人名□,□记名义人擅自以自己名义处分□□的。第□,夫妻□同有及其他法定□有□□□记在其中部分□有人名□,

动调查,^[10]当然,民事执行程序,执行案件当事人需要负担相应举证责任。

“民事执行程序,如果要查封某动产时,必须依不动产登记记载来确被查封动产是否属被执行财产。”^[11]《最高人民法院关于民事执行查封、扣押、冻结财产的规定》(解释[2004]15号)第2条第1款明确规定:“民事执行查封、扣押、冻结被执行动产、登记被执行不动产、动产及其他财产。”^[12]司法解释指出,我国《民事诉讼法》第227条赋予执行机构执行实体归属判断,案件异议执行机构判断。执行程序、适用程序、判断标准效力均别于审判官判断,判断性质形式、表象,非实质、真实。司法解释推效力,实体执行案件异议审查,执行机构属判断标准公示;实体执行其他利益(知情、识别)执行案件异议审查,执行机构属判断标准公示主义。^[12]“民事执行程序,三被执行人被查封财产错误登记由提出异议,三被执行人被查封15日方可主张权利,有限。”^[13]

当然,执行被执行人动产、登记被执行不动产、动产及其他财产时,真由我国《民事诉讼法》第227条提案件异议。案件动产登记实由提出异议时,当事人间就归属争议,该实体归属判断归审判机构,就异议,执行机构应该予以驳回。执行机构登记被执行人动产查封执行,这符合司法解释。案件就登记被执行人动产主张权利,应该过诉讼途径解决,执行机构裁断当事人间实体争议。《民事诉讼法》第227条规定案件异议诉:“执行过程,案件执行提出异议书面异议,当事人应当收书面异议日十五日内审查,理由不成立,裁定驳回;理由成立,裁定驳回。案件、当事人裁定不服,可申请判决、裁定错误,依照审判监督程序处理;与判决、裁定无涉,可申请裁送日十五日内向民法院提诉讼。”2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(解释[2005]5号)第311条规定:“案件或申请执行提出异议诉,案件应当就执行享有足排强执行民事利益承担举证责任。”笔者,执行异议诉审理过程,可就案件提执行实体归属诉应该实体审理,能局限动产登记记载客观。

(三)不动产登记簿推定力的适用范围

不动产登记推力非推该动产何方,主要适用交易背景下交易双方当事人三间利益冲突协调。不动产登记推力适用象非及登记事实,或或现实存或存状况推。罗贝克,“我们推事实推,或推”^[14] 2015年《不动产登记暂行条例》第8条第3款规定:“不动产登记应当记

[10] 参见叶:《民事强制执行财产调查》,载《环》2011年第1期。

[11] 注8引。

[12] 参见:《执行实体归属判断准:案件异议审查心》,载《法坛》2010年第3期。值注意,土地房屋征收补偿过程

[13]

[14]

裁 曰：“涉讼买卖房屋坐落、建筑面积、房屋坐落、动登记簿记内容。该动登记簿记内容具、效力、方面表告涉讼房屋登记簿，享该房屋地使用权；方面表涉讼房屋登记具效力、登记状态、现实客观状态相符，善意信赖该登记簿签订，该效力登记错误内容状态影响。”^[16]种动登记簿效力了解妥当。方面，动登记簿效力种实。“动登记簿效力动登记簿记实绝对都相。”^[17]动登记簿包括积消，动登记义积该动；登记义注销登记就消享该动。动登记簿效力用登记簿记，用登记簿具登记力记，用动坐落、建筑面积、^[18]房屋结构、用途然状记。“动登记簿效力效率地实现动登记簿使用、清晰功，，相，切地具登记力相。”^[19]方面，动登记簿力主要用处分处分动。动登记簿力，动然状记用，动动登记义种方登记簿记。动登记簿记归内容“客观”，保护动当动登记簿记归内容赖，障安，高效率。^[20]

□ □,动□登记簿□ □力□ □ 力 用□ □ □背景 当 □ □ □ □益冲突 ,□ □
用□ ■ □ □背景 当 □ □ □ □益冲突□ ,□ □ □ □三□善意□ □,□ □ □夫妻□ □ □ □财
□ □。□ □动□ □ □ □ □ □ □ □三□, 用□动□登记簿 □力□ □审查 □;□夫妻□ □殊身份
□ □ □ □ □ □ □ □, 用实质审查 □,□ □ □ □观登记□限□。□方面,《婚姻□》□ 17条□ □
19条□ 1款□夫妻财□ □“沿□ □ □ □ □ □ □ □”, 用□ □ □ □ □ □ □, □拟□ □,□ □
□ 翻,□ □拟□ □ □ □ 翻《□ □ □ □》□ 16条□ 1款 □ □ □动□登记簿□ □力。□ □丈夫未□
妻□ □意□ □财□赠 ■婚□居□ □三□时,该赠 □ □ □ □日 □活需要,■ □ □ □背景 □

[15] 参见程啸:《动产登记簿——力、力 买方 赖 护——“丁

[16]

[17]

[18]

[19]

[20]

财产,侵害夫妻共同财产,违背序良俗,应无效,无效或可分效。^[21]“婚
财分协议双方协商,及三财产下,应当以实意表
。因,婚财分协议上房屋下,应登记
该房屋唯

□□□□□已□充分,□□善意□需□张□单独举证,□□方□推翻这□□□,就□须承□反证□任。……□□体争讼当□,□当□□善意与否□□□就□化□□□□否□□意□□□。□张善意□□需□□提供证□,□由□方提供□□□善意□反证,即证□□□□□意。……”[32]

[illegible]

□□□□□□让□□让□动□□时善意□“含□与动□善意□□场□□□”,^[35] □《□□□解释(□)》□ 16 □、□ 17 □□□动□□动□善意□□□□让□□“□□过□”□□□□准□看, □动□□让□□交易过程□须□□ 查登□簿□□□□□□状□; □动□□让□□交易过程□□须确□□让□□动□□现实□□□□, □须□□□□□交易□象、场□或□时□□□□□□。笔□□□, 《□□□解释(□)》□ 15 □□适□□□张消□□实存□□角□□□规□, 即“□让□□让□动□或□动□时, □□□让□□□分□, 或□因□□过□□□□□□□让□□□分□□, □当□□□让□□□□善意。”“□实□□□□张□让□□□□善意□, □当承□举证证□□任。”□□, 既符□证□□任规范□□与□□□□□, □及消□□实由□张存□□举证□□□技□, □能与该司□解释□ 16 □□□ 17 □规□“□□□让□□□□□□过□”□□□规范技□□□□。□□□简洁、□确□角□看, 适□□该司□解释□ 16 □□ 1、2 两□□□: “□实□□□□证□证□□□□下列□形□□□, □当□□□□动□□让□□□□□让□□□□分□; ……”

□□□□张：“□动□登□簿□□信力□循□□‘纯粹□□□□观□□’，□实□□□□否□□登□簿□□□□及能否避免该登□簿□□□□，□□□□问。然□，□动□□善意□□□□须考□□实□□□□□□□这□□□□观与□实□□□□间□□□□现□否□□□□□□。”^[36]笔□□□，□动□登□簿□□□□推□力□□□□□动□□善意□□□□，□□推□规范与善意□□□□□衔□配□□□能僵化、泛化或□□化。“□般□□下，□□□□□□□象□信赖□推□□□理，□□□□别□□形提示□□惕□□□象□□实□，这□□□□□□□□□征形□□尊□。”^[37]《□□□□解释(□)》□16□□1□□□□动□□□□善

[32] 吴□喆:《善意□□□□及反推技□》,□《□□□□》2007 □□ 6 □。

[33] 《□□兵□卢□□财□□□□纷案》，□《□高□民□□□报》2008 □□2 □。

[illegible]

[35] 梁慧星、陈□彬:《□□□□》,□□□□□ 2010 □□ 5 □,□ 215 □。

[36] 程啸:《动产登记簿信力与动产善意取得区分》,《民商法律网》2010 年 4 月。

[37] □注32引□。

毫□□□未□□“龟粹□□□□观□□”，□□该款□□□□规□，若□□□□□□簿□□□□□□体
错误，□□阻碍□动□□□善毫□□□构□。□□□方擅□□售□□□□□□下□□动□时，□□买□
□□□□□□□查□□交易□□动□□□□□□□□共□共□□□□务，□□□且□□□□动
□□□簿□□□□□状□即□□□□□《□□民□□□□适用〈□□民共□□□姻□〉若干□□□□
释(□)》□11□□规□□“□□□善毫购买”，□□□担额□□审查□务，□动□□□机□□□□□动□□
□簿□□□□□□能提供□□坚实□信赖□□。□□动□□□簿□推□□(□信□)□□□□，□□动□
□□善毫□□□□□“善毫”□□□□□□□始终□□简单、绝□，□该□□□□□益动态衡量。□方□，
□动□□□簿□推□□□□□反驳□推□，□实□□□□□举证反驳□□□□该□□簿□“信赖”。〔38〕□
□方□，□□□动□买□□□□民□交易□□□日□□活□验□□，□□□□□实地查看该□动□状□，
□尽□□□□交易信□审查□务，□□□□□方擅□□分□□□□□□□下□□□共□□共□□□□唯□
□□，□□□□未实地验□查看，仅单凭“信赖”□动□□□簿□□□□□□□状□，就□宜适用善毫□□□□
□。再□，□□□方举证证□□□与□□□、买□□□□□□就□识，买□□□□□□□□□共□□□；或□
举证证□□□□□买□□□□戚，□□□好，□□能□□□□□□□□□共□□□，□时□□宜径□适用善
毫□□□□。〔39〕

□、□□□□□□反驳□□□推□规范

我《□□□》103 □□□ 104 □□分□规□□共□□□推□规□□按□共□□额□推□规□，
笔□□□这两□规□□□□□反驳推翻□□□推□规范。

□《□□□》□ 103 □□□，该□□□当□□就共□□□□□□□毫□□示或□毫□□示□□□□确
□□□□“视□”□推□□拟□□□，^[40]□□□体□挥补充□□□毫□规范□□释□□□毫□规范功能□
□□，^[41]□□□当□□举证推翻。“这□□□□□□推翻，□□□□推翻推□□实，□□□□能□□提
□实提□□议，□□□□□□□推□□□方当□□来□，□□□□阻□推□，□□□□提□实□□□议，□
提□□提□实□存□□证□。”^[42]
^[42]《□□□》□ 103 □实□□废□□《□□□民□□□□贯彻□□〈□□□
民共□□民□□□〉若干□□□□意见(试□)》□ 88 □□规□。

□共□□□□□□□形下推□□按□共□□□共□共□□□体规范□

六、结语

我国《物权法》中的证据规范包含物权证明责 一般标准对应的证据规范和以物权推定规范为典型的物权证明责 法定特别标准。

法律推定其实就是对证明责 的一种分 ,属于证明责 规范。^[44]孟德斯鸠 经指出:“从推定方面来说,法律的推定要比人的推定好得多。……当法官推定的时候,判决就武断;当法律推定的时候,它就给法官一条明确的准则。”^[45]《物权法》中的推定规范主要是物权的推定规范而非对引起物权 动法律事实的推定规范,这与该法作为明确物的归属和发挥物的效用的基本法律功能有关。我国《物权法》中规定了大量的物权推定规范,这是《物权法》中证据规范的鲜明特色。我国《合同法》中证据规范的特色在于合同请求权及对之为抗辩的证据规范、《侵权责任 法》中证据规范的特色在于侵权证明责 倒置规范。在我国其他民法部门法中,其推定规范也多为法律事实推定规范,而非权利推定规范。“权利推定规则本质是证据负担减 规则,……权利推定规则的规范目的在于救济占有人证明所有权等物权的困难以及赋予 记以公示效力,维护交易 全。……通过较容易证明的占有取得或者 记等权利 动事实构成来推定所有权。”^[46]《物权法》中的不动产权利推定规范和占有权利推定规范 属于可反驳的权利推定规范,而共有关系的推定规范和按份共有份额的推定规范 属于不可反驳的物权推定规范。

Norms of Property Rights' Presumptions

Wang Lei

Abstract: The burden of proof is the key question of real right action. The Property Law in China contains a large number of presumptions of property rights, which is a distinctive characteristic of norms of evidence in the Property Law. From the perspective of classification of legal requirement, presumptions of property rights of the property law in our country can be divided into three categories: presumption of rights from the real property register, presumption of rights from possession and presumptions of property rights which can not be countered. The components and the burden of proof of obtainment in good faith of the real property or movable property is not the same, the former requirement is relatively low, which is determined by the credibility of the real property register is higher than that of possession. The realty register has higher credibility and more solid trust foundation.

Keywords: norms of evidence; classification of legal requirement; Property Law; presumptions of property rights

(责任编辑:丁洁琳)

[44] 参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责 题》,吴越译,法律出版社2000年版,第74-75页。

[45] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1976年版,第392页。

[46] 王洪亮:《权利推定:实体与程序之间的构造》,载《法学研究》2011年第1期。

法国新债法准合同规范研究

李世刚*

摘要:2016年法国债法在法典中设立了所谓的“其他债之渊源”单元,囊括了种类型的准合同。订后的法国法典,新界定准合同概念,突出其对利益不当变动的恢复机制;了因理和非债清偿的有规则,如将本人与他人共同利益进行理明因理;在错误支付他人债务的情况,允许清偿人向真的债务人返还;详细规定了不当得利的消极构成件;种准合同的界限与分工得以明晰;并设立了债法的统一返还规则。

关键词:准合同 因理 非债清偿 不当得利 法国债法

一、引言

法国债法改革的第一阶段已于2016年2月完成。根据议会授权,法国政府于2016年2月10日颁布了《关于合同法、债法一般规则与证明的改革法令》(以下简称“法令”)^[1],同年10月1日生效,由此《法国民法典》债法部分(特别合同法、侵权责任法除外)迎来了1804年以来的首次全面修订,成为大陆法系具有里程碑意义的事件。

依据《法令》修订后的《法国民法典》从其第三卷(“取得所有权的不同方式”)的第三编起集中规范新债法:第三编“债之渊源”(第1100条到第1303-4条^[2])、第四编“债之通则”(第1304条到第1352-9条),第四编(二)“债的证明”(第1353条到第1386-1条),之后各编依次维持原民法典中有关各种有名合同的规范(由于特别合同不属于本次修订内容,其编章节号、条文号与内容均无变化)。其中,第三编“债之渊源”分成“合同”、“非合同责任”(即侵权责任)与“其他债之渊源”三个单元;第四编“债之通则”分成“债的类型”、“债的运转”、“债权人的诉权”、“债的消灭”与“返还”五个单元。

法国新债法体例有三个特点。一是,“债之渊源”独立成编,在债法体例中扮演了重要角色。二是,先原因(“债之渊源”)再结果(“债之通则”),先具体再抽象,以体现思维逻辑的过程。三是,所有的特别合同附在债法规范的最后部分,呈开放态势。

鉴于债的渊源在法国新债法中占有重要地位,规范合同与侵权行为以外的所谓的“其他债之渊源”单元格外引人注目,它替代了原来民法典中的“准合同”部分,分“无因管理”、“非债清偿”与“不当

* 复旦大学法学院副教授,法国巴黎第二大学法学博士。本文为2016年国家社会科学基金一般项目“法国新债法对中国民法典债编制定的启示与比较研究”(16BFX104)的阶段性成果。

[1] L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte>.

[2] 除特别说明外,本文所引条文均为依据《法令》修订后的《法国民法典》中的

得利”□□。本文以此单元为研究对□,希望□对中国□法典的□编的制定在□□□内□上□□一□比较法上的□□。

□□说明的是,法国□□法以此前的□套学者□案为基础。一套是全□涉□了除特□合同法以外的所有□法内□的《□特拉□案》(2005年)。一套是后□在法国□法部□□□,□法兰西学院院士泰(François Terré)□生□□并□成的《泰 合同法□案》(2008年)、《泰 债法□案》(2012年)和《泰 法□案》(2013年)。

□、“准合同” 念的□□□其□□的□□

法国学界□是□□在□法典中□□“准合同”(“准□约”)^[3]的 念一□□有□□,□□如□□□其含□□□□有□□的关系。

(一)关于“准合同”概念的两种理解

“准合同”的□□在□□法中并不□在。□着人□发□在合同之外□在其□可以产生□之同□□的合法行为,□□法学家□□□(公元2世纪)在《法学阶□》中□□□说,某□□□的□源并□□自于合同但是却和合同所生之□□□,□□人□□一□“准□自合同”(quasi ex contractu)的□□。□一□比自公元6世纪起□□□为某□□的□源系□自于“准合同”。^[4]1804年的《法国□法典》□门设立一□名为“准合同”。

对“准合同”的□□,在《法国□法典》制定前期本有□派□□。一□以波蒂□(Pothier)为代□,认为“准合同”是一□□□合同,□□管□□□准委托合同,□□□□□□准□□合同。一□□□□以庞波□□□(Pomponius)为代□,认为所谓“准合同”□□是一□利□不□□□的□□ 制,其基础为“□□人不得在□有权利的□□□□□人而□自己□利”的原则。□奉行□思□□,1804年《法国□法典》□□□了波蒂□的□论,其第1371□对“准合同”的界定^[5]□不正□利□□□的□念毫□瓜□。于是,□关□□□源于“□□合同”的界定掩□了其□□的□性(□是对利□不□□□的□□制)。^[6]

□□□日,□□派□□□□发着冲突。有□□认为,法国□法典□□抛开□□□奔□题,□□“准合同” 念,设立□立的单元□□不□利□□□的□□ 制。《泰 法□案》□根据□一□念,设□了所谓的“其□□之□源”单元以□代“准合同” 念,其第一□名为“从□人□□得不□得之利□”□□“□□□□”(第一节)□“不□得利”(第□节),第□□名为“□□管□”。

□有□□认为“□□合同”□□界定□□有重□的□□□□。□其□单□的自□□□□国家□经济□有所后退,越□越多的□□□□□源于法律□者□□,但其制度□合同之□更为□近。^[7]

[3] 中国学界通□的□□是“准□约”(如□浩培、□□颐、孔□岗□《拿□仑法典(法国□法典)》,□□□□□2006年版;□结□□《法国□法典》,北京大学出版社2010年版)。但是基于如□□□□□,□者在本文中□□了“准合同”的□□:□□,1804年《法国□法典》第1371□以□法国学界一□□□“准合同”(quasi-contrat)的□□,而不是“□约”(convention)。第□,法国□□法□□在□法典中全□□□“合同”□换“□约”□一□认为是古□的□□。

[4] Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, : , 5^eéd., 2011, Dalloz, n° 1016 et s., p. 557 et s.

[5] 1804年《法国□法典》第1371□□定:准合同是人□全□ 之行为,并□此产生对□人的□□以□有□□□□□□□。

[6] P. Remy, «Des autres sources d'obligations», in : é é é é (é , Dalloz, 2013, p. 31-50, spéc. p. 34-36.

[7] Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, , n° 1018, p. 558.

例如,立法者赋予商业租赁合同的承租人续租的权利但 关租金的 权利在法官 L 中的现象(1953 年 9 月 30 日 令),法律确立的 离婚后的“强 租赁合同”(1975 年 7 月 11 日法律),现在所谓的强 缔约以及 实行为缔结合同等,即可 认为是 于“准合同”的范畴,只是 放 在相关的合同法部分予以研究和解释。^[8] 学者 案《卡特拉 案》就延续了《法国民法典》的传统,使用“准合同”作为标 。

最终,《法令》修订后的《法国民法典》虽没 放弃“准合同”的概念但 了较大的突破:首先,相关单元实际上仅规范了准合同的三种类型(因管理、 债清偿和不当 利),却以“其他债之渊源”作为单元的标 ;第 ,虽也使用了“准合同”的表述,但特别突 出了其对利益不当变动的恢复功能,从而缩小此概念的适用范围、弱化其地位。^[9]

不论是否 持使用这一传统概念,法国各方对其积 的社会功能 体持 定意见。其功能在社会学领域 着重要影响。例如,在社会连带主义学派^[10]代表人物之一的布尔茹瓦(Léon Bourgeois)看来,准合同的概念比合同的概念 能建立和解释社会联系。他 出,“准合同”就是那些因某种必要性而彼此间建立起联系但先 又 法商讨协议条 的当 人“对过去 进行追认的合同”。他将 关“社会连带”(solidarité)的理论建立在这个概念之上,认为,个体之间的关联不仅是 过纯粹的合意为基础,一个 机 体其内部也 在着强烈的相互 赖性,而 体本身也 靠于内部彼此间的互 。债务以及社会联系,既可以来自于合意,也可以来源于利益的交换或变动。^[11]

(二)“其他债之渊源”(“准合同”)的三种类型

1804 年《法国民法典》设立了“准合同”的专章仅规定了两种类型: 因管理和 债清偿(第 1371 条到第 1381 条)。后 学理的影响,法国最高法院在 1892 年 6 月 15 日的 Boudier Patureau 案(又称“化肥案”) 决中承认了罗马法上的“ 用物 权”,开启了“准合同”在法国法上的新类型:不当利。^[12]

该案中,某农民租种土地后,因 力 付租金而解除了租赁合同,并放弃了土地上的农作物以偿还他对土地所 人欠下的债务。不过,该农民用于耕种这块地的化肥系从化肥商那 购 的,且一直没 付款。于是,化肥商便起 土地所 权人,理由很简单,后者从其化肥中获 了利益,并最终获 了最高法院的 持。最高法院认为,对于“ 用物 权”,“我们没 任 法律条文对其 进行规 ,该

价值。^[14] 指^[15] 范围及间接, 扩展直接; 它来普
民 262 I 13 条及奥地利民 1041 条。19, 奥伯瑞 (Aubry)
劳 (Rau) 写《民程》整理。^[16] 再来 1892
述判决。

要, 1892 案件属“间接转移”, 即当事间益当动因三
因造。这种益动情况非常广泛。仅, 判决似乎只要求受益与损失间因
即, 没他极或消极要件。考虑, 很快地
这宽松态, 始置限条件。^[17] 当体完善。

过 2016 改革,《民》集规准这三种类型: 无因管理、非清
当。

三、无因管理 小幅调整

无因管理功能互助, 时防过分干涉他事务。今天字路,
价值选择或改机: 扩还互助?

指^[18] 互助, 主义已退却仍

如果管理人以管理行为，是为了本人的利益，也是为了他自己的利益，在这种情况下，是否属于无因管理呢？此前在法国成文法中没有规定，法国判例在此方面曾有过不同的态度，后来形成了一个稳定的解决方案。共同财产的共有人，在得到其他共有人同意的情况下，为了共同的利益进行管理，法国法院认为属于无因管理。^[19] 今天这个解决方案，已经体现在了一些对具体情况的成文法中（如法国民法典第 815-4 条第 2 款有关共有财产的规定）。这种处理方法也是基于法律制度合理分配以解决实际问题的考虑。因为如果过分强调管理他人事务客观为了他人，主观也全部为了他人，排除对管理人本人也有利的情况，那只能转向不当得利规则，但是不当得利规则又因为受到严格的限制很可能不得适用（典型的例子是，公司为了其客户的利益以及公司自己的利益在其合同以外进行管理事务）。^[20] 为此，修订后的法国民法典第 1301-4 条规定：管理人承担管理他人事务并具有个人利益的，不排除适用无因管理规则；管理人负担的债务以及费用按照各自在共同事务中的利益比例分担。

2. 对本人有利的管理行为

依据修订后的法国民法典，管理事务可以是法律行为也可以是事实行为，但应当是对本人有益处的（*utilement*）（第 1301 条）。

管理应当是有利的，或者说是恰当的。例如汽车修理人员对交其修理的汽车进行了改装，就不被认定为有益的。^[21] 无因管理是否有益，以如同管理人处在其着手管理事务时的情形为，^[22] 进行主观评判。它不是根据最终结果进行的事后判断。这与不当得利不同，后者以最终结果为（即以起诉之存留的利益为）。经典的例子是，屋顶经邻居修缮以后，又被不期而遇的暴风雨卷走。通常而言，有益的行为是管理行为，而非处分行为：没有任何必要去颠覆他人的财产。此外，这种评判应当是根据管理人是否能意为其管理是有效的为标。而不应当只有良家父认为管理是有效的才能认定该管理是有益的。^[23]

由于事务的本人才是判断该管理是否恰当、有利的最好的法官，因此本人的承认意味着排除了对管理事务恰当性、有益性的。修订后的法国民法典第 1301-3 条规定：本人对管理予以承认的，为关系。这个过去被学界一致认可的规则首次出现在民法典中。不过，条文没有说明关系是否溯及往，而仅是说承认产生关系中的法律效果。^[24] 这里的承认可以是明示的，也可以是默示的，但需要确定的是，本人已经知悉了所有的必要信息。^[25]

3. 不存在本人的合理反对

如果本人对管理人管理事务表示了反对，自后者知道该反对时起，管理行为就不再具有合理性，管理人应停止管理事务，否则，即使管理事务客观上、结果上对本人有益，也不能再依据无因管理主张权利。

在本人反对的情况下仍管理事务，已经违其意愿、属于干其领域，有违无因

衷。如法国国营公司 (SNCF) 为了防水对其所有并块出售的威胁, 了
工。公后对一块的购

修订的法国民法第1301-2条两款延续了第1375条的规定,在上述略加变化。债务人应当赔偿管理人为管理而支出的费用和利益的用,赔偿管理人承担的债务,履行管理人名下所订立的合同。该条款再次要求管理人是利益的这一方面,在效果上是管理人订立合同的第三人承担债务的方面,也是管理人承担债务的方面。^[38]

值得注意的是,修订的法国民法(第1301-2条第3款)实际的做法和《泰雷债法草案》(第16条)的设计增加了民法的新规定:管理人预先垫付的金额,自支付之日起计算。这个实际的做法,自法国法院委托受托人垫付享有规定的(法国民法第2001条)的准用。^[39]

和委托合同,管理允许管理人主张报酬。即使管理人是在提供了上的帮助,也主张报酬。^[40]管理人获得一般的赔偿。如家谱人进行了人的继承,是获得用的偿付,而获得继承的金额。^[41]

四、债务赔偿的完善

债务赔偿(Paiement de l'indu),按照法国的意思,是债务人付了给付的(物),也可为“债务支付”、“支付付款”等。^[42]现实生活中,债务赔偿的发展千变万别,法国理论分类:债务赔偿区分为绝对(曰“客观”)和相对(又曰“主观”),又包括两种形式“完全”“不完全”。

“绝对债务赔偿”是赔偿之“债务”曰“绝对”(即债务存在的现实)是客观的、绝对的。赔偿人向债权人,债权人向债务人。如,保险人就保单未囊括之承担向保险人支付了超额的赔偿,保险公司超额发放保险金等。

“相对债务赔偿”是相对的存在债务,债务人,债权人,赔偿人是债权人。一种情况(“完全债务赔偿”),赔偿人向债权人外的人履行了自己的债务,为搞错了债权人,赔偿并未使债权人摆脱债务。如,债权人错误地为某人是债权人的继承人而向债权人支付了债务;快递搞错了收货人等。一种情况(“不完全债务赔偿”)是自

(1)“非债”:没有法律上的原因

“非债”可以理解为“不是履行当事人之间的债务”,或者更准确地说,是指当事人之间的清偿没有法律上的原因(cause)。详言之,当事人之间不存在一般的民事债务、不存在自然之债且不存在赠与意图(修订后的法国民法典第1302条)。

不存在一般的民事债务,有多种可能。首先,最为基本的情况是,双方当事人之间可能从来没有发生过债务。再者,也有可能是,以前发生过债权债务关系但因履行等已经消灭掉。此外,双方当事人之间可能的确存在债权债务关系,但是因为进入到破产程序,普通债权人之间的债权平等性不允许债权人实现其全部债务。在此程序与情形下,按照法国现代判例的方向,^[43]有违平等性的清偿会被认定为非债清偿,受领的债权人应当返还。也就是说,尽管普通债权人的债权是存在的,但破产程序的开启破坏了普通债权人获得清偿的权利。^[44]不过,债务人在债务到期前向债权人所为的“期前支付”,不被认为是非债清偿(法国民法典原第1186条、新第1305-2条)。^[45]

受领人虽然没有积极主张清偿人清偿的权利,但如果有权保有该人所清偿的内容,也不构成非债清偿。例如,自然之债,虽然债权人不能行使支付诉权、强制他人履行,但是法律认可清偿具有法律上的原因,不构成非债清偿。类似地,基于赠与之目的而进行支付的,受益人虽不曾请求之,但却有保有的权利,清偿被认为是合理的、正当的,这种正当性来源于家庭或社会的正常友善关系。^[46]

(2)清偿

这里的“清偿”或曰“支付”,不仅仅是指支付金钱,还可以是指任何债务的履行,也不论其客体如何,交付货物等债务履行均可,重点在于“价值发生了位移”。^[47]服务给付也被认为可以适用非债清偿返还。

单纯解读修订前法国民法典有关非债清偿的规则(原第1378条到原第1381条),尤其是返还计算规则,针对的是金钱或者有体物。但在理论上,法国学界普遍认为,清偿的内容不限于上述两种^源情况。而服务给付的特殊性在于其客体,服务本身就是无形的,而且提供和享受服务的过程正是其消失的过程,这是返还困难的来源,但是这并不能成为不适用非债清偿规则的理由,因为毕竟可以返还价值。^[48]

从理论上讲,若适用无因管理规定处理非债服务给付纠纷,不符合其要求管理人具有为他人利益计的要件,在返还计算上,按照无因管理规则仅返还管理人的花费显然并非公平。若适用不当得利规则,虽也符合其构成要件,但当与非债清偿~~比~~比较,与后者更为接近(因为“服务给付

收服务者却按照不当得利适用所谓的“双重限制”返还计算规则,有违公平。因此,《泰雷债法草案》第9条明确规定:服务_结付的不当受领者,应向_结付之人返还(相应的)价值。间接受益者,应当依据不当得利之规定返还。^⑥在起草者看来,这种立法方案按照利益转移是否来自直接清偿而将非债清偿与不当得利相互区别开来,旨在明确两个阵营之间的界限,也有利于解决双务合同溯及既往以后返还的基础一致性与公平性。^[49]

修订根据

“风险的□□”，而她没□□□相应□，□此，持了险司的主张。是法国高法院为，
险司主张债清偿，应□□□险人的死亡□□

《法国民法》(第1302-3条第2款)针对所类型的非债清偿一规,非债清偿若清偿人的过错导致的,接收人可以减 返还 额。

②客观消极要件:受领人尚未销毁 凭证

法国民法 1377条第2款还规 了一个消极条件:接收人 凭证已 被销毁的,在此情形下,清偿人 主张返还。因为此时,他已 失去向真正债务人主张 的凭证。在实务 ,放弃担保的也被等同为接收人销毁 凭证。^[66]修订 的民法 (第1302-2条第1款) 此均予以接受。

就证 而言,似乎只要债 人确 已 销毁了凭证即可, 需要提供实质的证 ^[67] 在这种情况下,按照以往判例,清偿人只能 过证 因错误支付而转向真正的债务人主张返还, 是 当 ^[68] 修订 的法国民法 承 了以往判例的做法, 过 请求 再需要寻求 当 , 新条 赋予了清偿人一 向真正债务人主张返还的直接诉 (新第1302-2条第2款)。

(二)非债清偿返还的效力与新债法的统一返还规则

1. 非债清偿与□同□□既□消灭□□效□□关系

从逻辑的角 看,在 同因无效或 解 而溯及既往消灭的情况下, 依 同 行的履行已 再具 因,由此导致的返还 应当属 非债清偿返还之债(为确切点 ,是绝 非债清偿之债)。 此,虽然法国民法 并没 确规 ,但 很 学 的 可;法国判例也曾 期支持这种观点。^[69]

过近来法国判例 倾向 排 这种逻辑 ,^[70]而 为一种 同法领域 特 的返还 ,属 同无效或 解 等制 的“效力规则” 分。只是这种效力规则,在法国是判例在 同领域所自创的,而非来自 法的规则。^[71]法国债法改革的一 任务是确 此种返还 的 质。

修订 的《法国民法》在“债法 则”单 集 规 了“返还”的一般规则,同时在“非债清偿”、“ 当 ”单 就 特殊规则另行单独规 。 修法理由书, 返还的一般规则适用 “所 类型的 益返还,包括 同无效、解 、失效以及非债给付导致的 益返还”。

2. 返还规□

依 修订 的法国民法 的 一返还规则, 则上, 钱的返还包括法 息以及受领人接手期间所支付的税款(第1352-6条)。就 钱以外的物,应按实物返还;在实物返还 能的情况下,按实际价值予以返还。返还标的物实际价值的判断日期如何确 呢?在理论上 如下可能:支付日、返还请求日、 诉之日、判决之日、实际返还日。在法国理论界 同声音。修订 法国民法 确 的是实际返还之日(第1352条)。而服务给付以提供服务之日为准 价值 行评估(第1352-8条)。

需要强调的是,接收人的主观状态(善意与恶意)并 是非债清偿的构

任何情况下,债务人都是唯一的,债权人认为支付是有意义的、正确的:债权人作为真正的债权人,认为清偿系替债务人清偿债务;债务人,有任意清偿权,债权人认为自己有权利。根据修订后的法国民法典,债务人是唯一的,债权人自请求之日起发生的利息,以债权人的债权(第1352-3、第1352-7,区别于民法典第1378对债务人无须支付孳息和利息的规定)。如果债务人的标的物因债务人过失而灭失的,债务人须按照原物赔偿,除非债务人对此有免责事由,按照原物的价值赔偿(第1352-1、第1352-2)。如果债务人出售标的物,债务人需按出售的价款赔偿(第1352-2)。如果是无偿让与的,则不需赔偿。^[73]

债务人如果是恶意的(即明知不应当清偿),有义务赔偿债权人的损失。^[74] 根据修订后的法国民法典,恶意债务人

□□□□, □□判例承□□□□□□□□借债□□□罗马□□□“转□□诉□”概念。□面□□表□□□□(□□转□□财□)□□□(□□诉□□□)。^[80]按照□□□□机□□倡导□奥伯瑞(Aubry)□劳(Rau)□□解,^[81]“转□□诉□”强调□□□客□□财□“□平□□”, □它□味□受□□□□□□□□□□客□□□□□平衡□, □□□财□“转□”□另□财□□□□□□应□□□□□向□□□□□返还; □□, □□“□平□□”很难解释□□□□□□□□赔偿□低□□受□□害, 甚至□受□□害□□□□□□□□赔偿。□□□□□□□□□□质疑。□□, □□虑债□□□□□□□□虑导致债□□□情□, 单□□打破财□□□平衡状态□应□□□□□□□□□□。^[82]□□, □贝□(Ripert)□□□□□□□□□□□□□□□□任何□□□□□□□□□□害□获□□□□念, □□□事责任□□□□□□□□□□任何□□义□□□□害□□□□□□□□□样。^[83]弗洛□(Flour)□□□□□指□: □恰□□解释□□□错误□□□小□解释, □□赋□转□□□□诉(□□)道□□□。^[84]

□□□□□变□□□常□,□□判例□□□□□列□□极条件□□“防线”阻却□□□□□□□□。获□□受□□□具□□□□□□□□□□□□□□要□积极要件,□□□□相□讨□很□,□□它□□被另□□□要件“没□□□”(□□□“□□□”)□讨□□涵盖。

□□□□主要□构□要件□“没□□□”，□□□□事□获□□□没□□□□□□□。 □□
□□□角□，□□获□□□□□□□□□□，□排□□□□□□□□。^[85] 依□□□司□□□□□验，□
列情况被□□属□□谓□“□□□”。

• 102 •

第一,利变源于法律的定。如,家谱研究者自发到了继承人的继承人,并使之继承了财产,但是家谱研究者不向后者张不得利,为继承人是据财产继承则继承了财产、获得了利。^[86]法律是有限制的,超限制的部则可构成不得利。如,在国多婚姻了约定财产制度,而在婚后的际生中帮,其是一可长期帮一一生,双感发生危机的候,帮一会对张不得利。从经济利得失的度,有利变的。问题是,照国典(第212)之有帮、扶之。一一定是否成为阻却不得利则的法律上的原呢?国认为,前,一的帮经超了第212对婚姻所的帮,此定不成为阻却不得利的。^[87]同,国典(第371)定了子女对父母尽孝的,但是国出,一一定不排除子女对其在正的孝父母的以外所的帮张不得利。^[88]单的德不于有法律上的原,不排除不得利。^[89]

第,如果利变自于对裁的履行,也于有法律上的原。

第,获得利者人之在合同关系,于有法律上的原。是的阻却不得利。比较有争的是,合同一人未经一同,在履行合同,超出了约定的,超部可否张不得利?如汽车工单超出约定了服。国院认为,不张不得利。^[90]国学者认为,不得张不得利,但系人自己有错。^[91]

此外,如果获得利者第人之在合同关系,也可认定为有法律上的原。如产出租人承租管人约定,所有给承租管人的品均于产所有人(出租人)所有。在一家公司向管人产品以后,之签订的租赁管合同解除了。于是公以不得利为出租人产品。1939年2月28日国最院拒绝了公的张。一的在于,导了以后所有1892年肥案的案不符合不得利的构成:所有人的获有其原——人以外的第人订立的租赁合同。^[92]的有,出租人承租人约定,租赁期满租赁物,对租赁期的缮不。承租人在租赁结束之前,进行了工但是有工。租赁结束以后,工向租赁物所有人(出租人)以不得利为关。国最院庭认为,出租人对获享有法律上的原,否定了工的请。^[93]反,如果租赁合同中有此款,^[94]者此款、合同效合同解除,则可以构成不得利。^[95]

[86] Civ. 1^{re}, 28 mai, 1991, RTD civ. 1992. 96, obs. J. Mestre.

[87] Civ. 1^{re}, 9 janv. 1979, D. 1981. 241, note A. Breton.

[88] Civ. 1^{re}, 12 juill. 1994, D. 1995. 623, note M. Tchendjou.

[89] F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, , n° 1068, p. 1061-1064; R. Cabrillac, , n° 208, p. 174-176.

[90] Com., 8 juin 1968, Bull. civ., n° 85, JCP 1968. II. 15724, note G. Ripert.

[91] R. Cabrillac, , n° 208, p. 175.

[92] Req. 15 juin 1892, .

[93] Civ. 3^e, 25 fév. 1975, Bull. civ., III, n° 77.

[94] Req. 11 sept. 1940, S. 1941. I. 151, note P. Esmein.

[95] Civ. 1^{re}, 25 mai 1992, A. Bénabent, , n° 490-495, p. 324-329.

修订(1303-1)构成“ ”:变
请履债请赠。

需,殊,承。 “ ”,
“ ”。 否 债履赠;
,未,获否导变
眼,,允履带
,获。否,。

案均 “ ”。 否
“ ” “ ” 殊,,简,毕竟“ ”。^[96]

(2) 存在其他诉权与辅从性原则

1892 肥案,,限,防止 广泛
破坏 稳,,满足,,救
。换,,使、救,,既
针,,针()。^[97] 谓辅 (Principe de
subsidiarité)。

,,排。使 (
讼效、逾失、讼足^[98]) 救,,
,, 替补。 ,女曾丈司任帮司,,
婚,她否 张偿付呢? ,她 劳 工,,
绕径。^[99] ,,,(债
抵债) 救,, 替补。防止 架
,,既辅,,导辅 准。综,,
辅: 使、获救;
使 遇 障碍(讼效)。修订(1303-3
)。

需,,辅 概念 (),
涵。 ,,针获,,向导
变 张。 ,,辅 味,,抵债
,,向获 张。

,,修订(1303-3) 辅
,,简、避免冗 解释,^[100] , 解释, 否

[96] P. Remy, é, p. 45.

[97] Com., 10 oct. 2010, Bull. civ., IV, n° 150. Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel - Munck, , n° 1071, p. 584.

[98] Civ. 3^e, 29 avr. 1971, RTD civ. 1971. 842, obs. Y. Loussouarn.

[99] Com., 16 mai 1995, RTD civ. 1996. 160, obs. J. Mestre.

[100] P. Remy, é, p. 45.

任□人需□对其冒险行为、□险行为承□后果的原则,法国□□比较□□地认为,此种□□,使得利者□有原□,□□人也不□张不当得利□□。此,□□实际上是□□不当得利的消□成□□。

法国□□中最□见的典 案□是,□ 自家财产,使得邻居获益。□如,所有权人将□ □延伸□ 自家 地,其邻居 此而方 地□ □、从中获利。法院认为,后者不需□承□不当得利□□□ , 为 地所有人的□工行为是“为了他自己的利益并 其本人承□ □险 损□”的行为。^[107] 又如,将水 到自家磨坊,其上□邻居也 此获利。 □地, □可以想象,如果 地所有人 者使用人□工 □□地上建□物,从而导□周 地增 ,也不得□张不当得利。法国□□□承认,□□在他人财产上□工, □□有追逐个人利益的 □,也□ 不当得利的 用。这种□□ 法国 法典第599 □第2 □所 定的精□一□,用益物权人不 就其对不 产所带 的□ □张偿付,原 □简单,他所作所为系为了其本人利益、□险自□,□他知□权利的有期□性和□ □性。 此,如果承租人在租赁的不 产上 成了重大的□工,其本期 从中获益,最后他□有 此工程而获利,也不 向不 产所有人□张□□利益。^[108] 修订后的法国 法典第1303-2 □□出,在□ 人有“追 其个人利益”的□□ ,不 □张不当得利□□;从□文 □上 ,这一□德□□是独立于“□ ”这一法律□□(第1303-1 □)的 □的。

（二）特殊的返还效力：双重限制规则

不当得利□□以□益人的□益 □损人的损□□者中较□者为准(修订后的法国 法典第 1303 □)。

不当得利□□的计 , 到□□对象□成的 定日以 的评 标准日。□□双重标准,需□就损□、□益 别计 。不过,这□者可 □着时 的流逝□于变 的状□。一般说 ,“损□”在其发生以后□成较为□定;而“□益”则可 变 较大,□如在他人 地上新增的建□物□可 经过一段时 的□水浸泡而坍□,这种利益的变 不 存在而不 作“得利”。^[109] 此, 需□定一个节 (定日), 定损□、□益是否存在以 □的□成,作为评 对象 节

想 标

日

□ 标

□ □ □ ° , 的□ □ □ m

想 标), 上 □、□ 的 (的 评 □ 国 标 准

搬 □ 标

□日□□准□估□失□□□。(114)

修订《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称“解释”)按照“价值”对待原则:失物招领人应当在拾得之日起一个月内,请求法院确认其所有权。逾期不请求的,视为放弃所有权。但是,权利人请求赔偿损失的,人民法院应当予以支持。(《解释》第55条第3款)

债清偿放在一起,而未按照多数法典常有的将其委托关系相互临近的做法。除了兼顾历史的考虑以外,安排上不合宜性。的,无因管理委托非常接近。其法国法典直接指出,无因管理人应承担起一个受托人所应负担的债(第 1301 条)。不,二者的区别是而的。的,委托以委托人事的同为前,无因管理中事人的债系源于法律的直接规定。第二,委托以法律行为为客;而无因管理既可以是法律行为,也可以是事实行为。^[120] 第三,制度目的而,委托合同比较,无因管理更应其准合同在一起:将不正的(没有原)利破坏回复到平衡状态。没有必要采用准合同概念,但是将同制度放在一起,可以明它之的区别系,有利于理顺此关系。

第三,具体制度建设,法国债法通对构成要件法律效果的设计较安排无因管理、非债清偿不得利之的,对解中国司法中到的问题以未债法的制定,了较为成熟的经验,其如几:对非债清偿的的安排,对不获利的在法律道德条件上的限制,明责任的配以统一之的返还则等。

附录 I: 依据《法》修订后的《法国法典》(节)

第三卷 取得所有权的不同方式

编 债

第一副编 合同

第二副编 非合同责任

第三副编 债的其他渊源

第 1300 条 准合同是全自愿之行为,此 本无权利获取利却获得利之人产生义务,有行为人也对他人负有义务。

本副编所之的准合同有无因管理、非债清偿和不得利。

第一章 无因管理

第 1301 条 于事之本人不知者没有反对的情况,本不负有义务但有且有权处(utilement)管理人事之人,在成管理的法律行为者事实行为的中,负有一名受托人所负担之全部债。

第 1301-1 条 管理人管理事应尽合之人的全部义务;管理人应持续管理事直到事之本人或其继承人亲自管理为止。

根据具体情况,法官可以降低管理人其错者失而应向本人承担的赔偿金额。

第 1301-2 条 其事被有(utilement)管理之人,应行管理人为其利所订的债。

(应)清偿管理人为其利而支出,赔偿管理人管理其事而遭受的害。

管理人预支付的金额,自支付之日起计利息。

第 1301-3 条 本人对管理以承认的,为委托关系。

第 1301-4 条 管理人承担管理人事并具有个人利益的,不排除无因管理则。

[120] Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, , n° 1022-1025, p. 561-563.

□□□□下,负担□债务□及费用按照□□□共□□务□□□益□□分担。

□ 1301-5 □ □□管理□□□□□满足□因管理□□□,□□该□务□□□□□,该□务□□□□□当□□□□□当□□□规□偿付管理□。

第 4 章 非债清偿

□ 1302 □ □ 偿须 □ 债务 □ □ 提; □ □ □ □ □ □ 偿 □, □ 予 □ □ (restitution)。

□愿□偿□然□债□，□□□张□□。

□ 1302 -1 □ 由□错误或□□意地(sciemment) □□□□□当向□□偿□, □当向□偿□□□□□□。

□ 1302-2 □ □因□错误或□□强迫□□偿他□债务□, □□请债□□□□, □□该债□□□□偿□□销毁□□凭证或□放□□债□担□。

□错误□付他□债务□□□下,□偿□□□向□□□债务□□张□□。

□ 1302-3 □ □ □ 适用 □ 1352 □ □ □ 1352-9 □ □ 规 □。

过错导□□偿□,□减□□□(□额)。

第 4 章 当 利

□ 1303 □ □ □因管理 , □当获□ □益□使他 □损失 , 获益

□ 1303 - 1 □ 当获益既□来□□□损□□□□债务□实现,□□来□□他□赠与意图,获益□
□当□(inj stifié)

□ 1303 -2 □ □ □ 损失来 □ □ □ 损 □ □ □ 求 □ □ □ 益 □ 完 □ □ □ □ , □ 偿 。

□□损失来□□□损□□过错,□官□□降低偿付(□额)。

□ 1303-3 □ □ 损□□□享□□□□□□,或□该□□遇□时效□□□□□障碍,□□□□
(□当□□)□□□□使□□。

□ 1303 -4 □ 就耗费□日□查实□损失,就请求□日□存□□获益,□□决□日(□价值)□□
□估。

□益□□恶意□, 偿付(□额)□□□获益与损失□□□价值□高□。

附□ II:修订□□《□□民□□》(□选)

第□卷 □□□□□□□同方式

第 合 一般 之

第四 非因□□而发生的□务□□

第□章 准□同

□ 1371 □ 准□□□□ □□愿□□□, □因□□□□他□□□务□及□时双方□负 务。

☐ 1372 ☐ 愿管理他 ☐ 务时, ☐ 该 ☐ 务 ☐ (le propriétaire) ☐ 否 ☐ 该管理, 管理 ☐

□止;他□□□当负责管 □□□务□□□附□□务。

管理□负□□□□□□□□给予□示委托时□□□□□□债务。

1373 条 事 (le maître) 事 死亡, 管 管 义, 直
 管。
 1374 条 管 应尽善 父(bon pere de famille) 管 事。
 , 应 管 责事 管 具 , 错 忽(la négligence)
 。
 1375 条 事 (bien) 管 , 应 履 管 义 , 清
 管 担 , 且补 管 必要。
 1376 条 错误 (sciemment) 应 (清) , 应 清
 返还。
 1377 条 错误 清 某 , 主张返还。
 清 销毁 凭 , ,
 。
 1378 条 恶 义 返还 清 日 孳。
 1379 条 , 义 按 状返还 (en
 nature), 错 灭失 义 返还 值; 恶 ,
 事 灭失 , 担 义。
 1380 条 善 售 , 返还 售。
 1381 条 无 占 恶 , 接 返还 , 应 还占 管
 必要且。

A Study on Quasi – Contracts under the New French Obligations Law

Li Shigang

Abstract: February 2016, the French reformers of the law of obligations decide to establish, in French Civil Code, a new part named “other sources of obligations”, which includes the three traditional quasi – contracts: Management of Affairs without Mandate (), and unjust enrichmentS^{enal} i^e a

——基于 □公□的 42 个 指□性案□的 □

□ □：□的在□□能具有□和□的□□，指□性案□具有的“□□”效□。在性属于立的制性效□，■国在比较法基的制□。在未适用指□性案□的□□，公□的□□和□理□□“□□”效□，相关法□也不能制□效□的□。在与案□的关□，指□性案□的公□内准，但也□□□。“□□”效□的内一项□别义务，□据具情□能□法适用□误、认定□误■法行□意义的不当。■国不取□□□告制。

□ □ □ : 指 □ 性案 □ “□ □”效  □ 文 □ □  理 □ □ □

随着《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》的出台、指导性案例的陆续发布以及理论界和实务界讨论的不断深入,指导性案例制度已然成为我国法学研究的热点问题。在中共十八届

和实务方面,将法学理论争议替换为可操作的民事程序法规则。易言之,即法官在个案审理中如何适用指导性案例,界定哪些指导性案例及哪些可能的辅助解释资料,并明确不适用指导性案例的法律后果。最后,由于我国指导性案例制度处于摸索和试验的创新阶段,本文在缺乏本土问题的问上将选以德国为代的大陆法系案例制度作为比较法上的参考。

一、在我国的分类力

(一)普遍存在的说服力

讨论指导性案例的“参与”力,首先需要关注作为上位概念的“在案”可能对后案审理发挥何种作用,在理论上体现为哪些力。在案在说理论证过程中所体现的说服力(在案力)是所有在案案例都有一定影响力的,只不过个案论证水平和正确程度区别较大。说服力的来源在于在案案例所体现的理与智慧,审判法官可以自己法律观点的认同程度自由决定是否遵从。在这个意义上,在案发挥的是与法学学说同样的作用。实际上,说服力是所有言论共有的作用,只不过因人、因言而已。指导性案例当然也有这种说服力。但是从反面看,如最高人民法院强调的,《中华人民共和国最高人民法院公报》(以下简称“《公报》”)所登载的案例不具有指导性案例的效力。^[4] 分由于上述原因,最高人民法院在2014年年会和2015年4月分别将7个整理汇编后的公法《公报》案例和8个私法《公报》案例作为第九和第十批指导性案例发布,在展示案审指导资源的方针的同时,也进一步突出了指导性案例制度的特殊地位。

现有司法解释和司法实践,法官不太可能在裁判中引用一般的在案(更遑论引用学说)。^[5] 论法官的裁判是否在实质上符合其他判例或学说,从形式上看,上述材料不会在说理中发挥任何作用。而关注讼法理的话,法官的裁判对象是讼标的,即当事人的主张或者诉讼请求,裁判的实质是当事人提供的讼资料和法官在案外时自行收集的证。除此之外,在大陆法系传统中,则上只有法律规范才能约束法官

□法判例构□法学^[6]且法□产一□的束□,□□上□是□所□的审级的束□。

(二)基于审级的约束力

第二□影响□是□裁判审级的、事□上的束□。^[7]无□□是□构了□立的案例指□,□要审级的□,□一□□裁判事□上的束□。相反如□□,作为指□案例的□案例,一享□□束□。一□的(法)束□,事□上的束□的□非□□是□法□□,□法□为了□□裁判被上诉审法□回□改判,很□事□上□上级法的□裁判。所谓“事□上”的表□□陆法□□的翻□,□□法□和□义的□,^[8]作为法□法□的判例□法□□□处□的法□^[9]享事□上的束□(faktische/tatsächliche Bindungswirkung)。^[10]□国,□□□人□法□国□级□审没法三审的,是□妨碍上级法裁判的法□□□级法的影响□和一法□□。^[11]限,《□人□法□》上□载的案例、□人□法相□□庭室法□□□刊物上□表的案例评□、□级人□法□布的□□案例(《上□级法□□》第9条第一款)等□□□送□□上级法和法□的□□路和□□,□□□□□事□上的束□。□□,□□□级法法□上级法□级□□审判□□□和法□培训上(《上□级法□□》第8、9、10条)□□稿的□,没□□□□。□至□□□□审级束□的□国家相比,事□上的束□□为□势。□□《上□级法□□》□□□排了上□级法的□,至□□上扬弃了□□器尘上的案件请□,是□错案和审判管□依□□,□□□□□的束□仍□□保□较□水□。

□□德国法为例,□陆法□□审级束□的□□状况作一□。德国,□法法裁判的裁判主□裁判□□(tragende Gründe, ratio decidendi)束□机和

是

2

是

[6] 了□一□讨德国相□外,国学界□□了法学的□,比如《法评》2011年第2辑“法学”为□□的主□。国,学□至是威的法□□□□被判例□□,是□□□□判例所涉案情的□□□□判例束□,剩余□□□□的□是影响很□的□。□□□□, 440 U. S. 147, 164 (1979) (concurring, Justice Rehnquist)。

[7] 比如,□□□胜□:《为判例——构□国判例的□》,载《法学》2011年第3期,第184□;□亘:《案例反》,载《法坛》200

[8]

[9]

[10]

[11]

如果说前□□□是□国法和比较法上□□□□在的□□,□□指□性案例制度则□□了西□经验基础上的“中国特色”。^[15] 最□人□法院公布的指□性案例除了具有相对□立的遴□□□之外,^[16] □于各级人□法院审判□似案例□应□□照,也□享有了不同于其□在□裁判的、制度上的约束□。□虑到□法□释□经明□了上□□并且□□了相应的制度基础,^[17] 关于□□的□□似乎应□尘□落定,论者也□于有机会□□不□失于抽□的法源讨论、回到聚焦具□案例□□的裁判□术。

雷控径控径限控径验限控径验 雷控径控径限控径验径 验 控

• 114 •

时,笔□□□□□纳□流□□□用□□实□□□□或□□束□□念,^[18]因□这□只能□□□□□案□□□□“□□□”□□□□束□(与“□实□”□□□),却□□与□述□□审□□□束□□区分。□□□□□因,□□当区□□□□案□与□□□□□□□。^[19]□□□□□显□□□□,我□□□□□案□□□与□□□□□审□□□□□形□□□□□□□□。□□某□□□□□□由哪□□□□□□□或□□形□□□现□□决或□□(□□□□□函),^[20]□□资格□选□□□□案□,□□□□□□□“□当参□”□□。□□□,我□□□□□□与审□□□分□□□□□□□□,针□□□□□□□□议□议□□□^[21]□□□□□□□案□□范围,这□由□□□□□□□□□□□□分□□□□庭,□与□他□□□□□□□□区□。□反□□□述,□□陆□□□□□□□显然□□□现这种□□。当然,□□□□□案□与□□□□□□□□,□□□□□□我□□展□□□□□□□□,^[22]只□□□□□□□□□□□□案□□□□□先□□,□挥□仅□审□□束□□及□□□。□时,我□□□就□□□案□□□展□来□识□案□□□□□□□□,□□□适用□□他□先□□□□理;□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□确□“参□”□□提供□□□□参考。

□□□□理□□□□□两□案□□间□□案□□□□适用□实□□□□(“□案”)(《实□细□》□9□),□□“参□”□□□□□□□点。笔□□□□□□,□方□□当由□□□□体□□□□案□□□,□过微□案□□实□□□区□□□□案□类型。^[23]□□抽象地□,这种□□□□键□□求□,即□□案□□□□什么程□才□□□□再适用□□规□。^[24]□□方□□□□注实践□就□□□案□□理□案□,分析□□□理由□适用或□适用□□□案□理由,这□□□□□□□□□□书□切实履□□□理□务□□提。□□,观察两□□□□□先□□□参引□见,□普□□□□案□□实就□形□□□理由□□□及□□两案□□□□,因□□□适用□述□□理由□□准,□□□陆□□□□适用□□□□□先□□□抽象□□规□,即□两案案□□□,只□□□□□规□□□类

[18] □□, 参见□鸿:《民□□□案□□□》, □□□□ 2013 □□, □ 307-308 □; 陈□良:《案□□□□□规范考察》, □《□□□□》2012 □□ 3 □, □ 122-123 □; 胡云腾、□□□, □注 15 引□, □ 10-11 □。

[19] 参见□□翔、□□□:《案□□□□□理□□□》,□《□□□□》2006 □□ 3 □, □ 28-29 □。□□意见,□□□,参见□注 7 引□, □ 185 □;□□□:《“□□□案□”称□□□》,□《□球□□□□》2009 □□ 4 □, □ 35-41 □。□□称□讨□,亦见蒋惠岭:《□□案□□□□□□□□体□□》,□《□□适用》2004 □□ 5 □, □ 9-10 □。

(20) □ 2 □ □ □ □ 案 □ 涉 □ 及 □ 即 □ 眉 □ 市 □ □ □ 民 □ □ □ □ □ (2010) 眉 □ 督 □ 字 □ 4 □ □ □ 函。

(21) 2014 年 1 月 1 日以前实施的《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》第 14 条第 1 款第 3 项,即“34、35、36 项”案。

[22] 参见张□铭,□注 15 引□,□ 99 □。□□□□□□□案□□□□□□□型□观点,参见汤□□:《民□□□□与□□方□□□□观》,□《□□》2015 □□ 7 □,□ 121 - 122 □。

[23] □种方□□范□,参见吴泽勇:《“吴梅案”与□决□□□□理□□》,□《□□□□》2013□□1□,□162-165□(□□□□□□□□扩展分析);□□新:《□审□决□□与□审□□□□讼□□□□协议——□□□民□□□□□2□□□案□□析》,□《□□□□》2012□□4□,□77-81□。□□□□□□□□适用□□□□理□□点□抽象分析,参见邓矜婷:《确□先□规□□理□□及□□适用□□□案□□□启示》,□《□商□□》2015□□3□,□161-170□。

[24] 参见陈杭□：《“□案□□”□□□与识□》，□《当□□》2012 □□ 5 □，□ 29-30 □。□谓“□案□□”，□□□□□□□□□□□□理□形□□□□求。□□□□，参见□□□：《□案□□：□□□□□□□□话》，□《□□》2015 □□ 11 □，□ 131-140 □。

□,□□□□□□□□□裁□□□□

落实到部门法学的具体制度和具体的法律适用,特别是作为处理具体问题方法指南的裁判技术上。在前述讨论基础上可见,指导性案例制度主要体现的是其发布者最高人民法院对法律问题的态度(虽然在《规定》第2条下,该制度也涵盖了其他类型问题),其效力也与自身特殊的生成机制紧密相关。因此,在具体适用和解释中应当更加注重挖掘最高司法审判机关希冀表达的法律观点、尽可能扩大发挥“参照”效力的范围,同时重视对自然生成案例的后期加工(其内容和限度如后详述)。

在目前的讨论中,论者就指导性案例中哪些部分具有“参照”效力的问题持有多多样性的看法。有观点认为参照的内容应限于裁判要点,^[30]也有主张限于法律观点及其论证而非裁判要点,^[31]更有呼吁同时包括裁判要点和法律理由。^[32]讨论最好的素材,莫过于已经公布的民事领域的指导性案例,这需要我们依托个案的具体情况实质分析。

(一)裁判理由与裁判要点

笔者认为,为了尽可能发挥指导性案例的指导作用,为司法提供统一的标准,裁判理由和要点都应当成为参照的对象。当裁判理由中包含了要点中没有的解释性内容时,裁判理由当然可以适用。比如在第2号指导性案例(吴梅诉四川省眉山西城纸业有限公司买卖合同纠纷案)中,裁判理由部分在裁判要点之外还有“违背了双方约定和诚实信用原则”的表述,而这正是对裁判要点的说理和民事诉讼理论上的重大突破,也被论者广泛视为该案的一个主要贡献。^[33]

又如在第9号指导性案例(上海存亮贸易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案)中,裁判要点实际上只涉及裁判理由部分的第一段(不是实际控制人或者未实际参加公司经营管理的抗辩),而完全没有涉及第二段关于财产在清算前已经灭失的抗辩和履行清算义务的已没。

有者清算义务人清算义务标准,的,有
组司前《第》公)》第

前如 发现 □ □时, 应当□人 法院申请□产清 (《企 □产法》第7条第三款)。见, 股 自行清 的行为在法 上没 义,而必□ 清 。 □在 他股 □、无法 清 时,上 股 也 救 的 , 请 法院介 指 清 ,□至直接□法院申请□产清 。 案 抗辩的两名被告没 采 上 措施,自 属 怠 履行义 。

在第18 指□ 案例[□ 讯(杭州) 限责□ □诉 鹏劳 同纠纷案] ,裁判要 限 “ 胜□工作”标准的具 ,而在裁判 ,法□同时也 析了 销科□散□致 鹏转 岗的事实并 转岗是 为 胜□工作。 之,裁判 包含了《劳 同法》第40条 第二 的两 要件(“ 胜□工作” 转岗的),而裁判要 涉 的一个。在笔 ,裁判 转岗 的 析未 也应当发挥“ 照” □。^[34] 似的还 第19 指□ 案例(赵春 等诉烟台 福□ 汽车运 □、卫德□等机 车 事故责□纠纷案) 被套牌车的□保人、 □车享 处 收益 的□记所 人、未为雇主履行职 的事故□机的雇主 □担 事故责□的,第23 指□ 案例(孙□□诉 □尚□ 限 □江宁店买□ 同纠纷案) 《食 □ 法》第148条第二款(□法第96条第二款) 消 的 义、销售 知的 □□损 失和□倍□□ 的讨论,第24 指□ 案例(荣宝英诉 阳、永诚□产保险股份 限 □江阴支 □机 车 事故责□纠纷案) 受害人 □状况 损害 的影响 构 保险 □□责事 的判断,第30 指□ 案例(兰建军、杭州小 指汽车维□科□股份 限 □诉天津 小 指汽车维 □□ 限 □等侵□ 标 正当竞□纠纷案) 侵犯 标 用 (《 标法》第52条第 一)和判断 营 擅自□用他人企 名 的 素的 (《反 正当竞□法》第5条第三)。 在第54 指□ 案例(国□ 发 □行□徽省 行诉张大标、□徽 江□ 担保集团 限 □执 行异 之诉纠纷案) ,裁判 第一 也未被列 裁判要 , 是 过 条款的实□ 析 □押 同 立的,也应当 案产 影响。在第57 指□ 案例(温州□行股份 限 □宁 波 行诉浙江创菱电器 限 □等 □借款 同纠纷案) , 也 法院 事案件 额 支□ □ 的□法。在第65 指□ 案例(上□ 虹□ 乐大厦小 主大会诉上□□ 实 总 □ 纠纷案) ,也 现了 物 维□ 具 和 益 的 和 ,这一 并 没 现在裁判要 之 。 , 前面相 似的还 第66 指□ 案例(雷某某诉宋某某 □纠 纷案) 转 、隐 夫妻 同□产的事实 《□姻法》第47条第一款 行□法 裁 /作 判 的具 程 判 。

□至, □是裁判 案案情和裁判并 必 相 的旁论,也 发挥“ 照” □。在第 20 指□ 案例(□圳 斯瑞曼精 工 限 □诉□圳 坑梓自 水 限 □、□圳 康泰蓝水 处 设备 限 □侵害发 纠纷案) , 告在法院释 仍 拒绝请 支□发 临时保 □期□用 ,而是坚□涉□设备 保□ , 此作 案判 并 必回应 案无 的、 是□支□□用 的法 □ 。 似地,在第30 指□ 案例 ,裁判要 第一条的 容 相 应的裁判 实际上 应 案案情外的□设情 ,是 抽象法 □、行 法 侵 之诉 的回

[34] □ 同、□评“ 胜□工作”标准 具 、 指□ 值的劳 法 , 见 天凡:《“ 胜□工作” “□ 位淘汰” 的 析》,载《清 法学》2016年第4期,第29-33 ;郑□□:《从“□位淘汰” □雇语□ 的“ 胜□”》, 载《法学》2014年第11期,第34-43 ;孙光宁:《“□位淘汰”的□法应 — 指□ 案例18 为 析 象》,载《法学家》 2014年第4期,第106 。这也代表着一种指□ 案例指 学 方□、学 □□并□ 指□ 案例讨论的 互 。

答。最高人民法院明令将其列为裁判要旨,司法解释也将其作为指导的司法解释。如前所述,学者甚至认为,即使司法解释没有出现在裁判要旨中,也应司法解释发挥指导作用(如裁判文书网第一司法解释关于商标侵权的司法解释)。最高人民法院将司法解释列为裁判要旨的考虑,进一步说明了其同样重视司法解释的态度。

然而,2015年6月公布的《司法解释》第9条规定司法解释的对象是“裁判要旨”,考虑的也是指导性案例司法解释的明确性,但是也造成了

[37] 比如□□ 据 □ 据的定□:BGHZ 53, 245 = NJW 1970, 946, 950.

[39]

[40]

□并未出□,在指导□案例说□中也没有被□□。此外,也□本案案情□□构成“排除对□主要权利”(《合同法》第40条,《合同法解释二》第10条),但是□虑到裁判□□和相关法条并未直接□□,可□也不□代表原审法院和最 人□法院的思路。总之,在□□□上,想从□有公布材□中准□发□裁判要□所代表的法律□□思路,可□都□在较大困难。^[41]

(二)相关法条的有限意义

□此相对,指导□案例中□□的“相关法条”□是□于□解的□□,并不□限制指导□案例的□□□□。公布的裁判□□可□涉□多个法条基础,作为对法律问题的解释□者具□□,对于未□的案件都具有指导□义。□写裁判□□应□以请□权基础为核心,而几乎所有的法律□□□□都□含□多□少的法条□结。比如□第1 指导□案例(上海中原物□顾问有限公司诉陶德华居□合同纠纷案)而□,裁判□□在认定涉争合同属于居□合同之后,□□审查的□是禁止“跳单”□式条款是否有效,其案件的指导效力□□也应□□于裁判□□中的相关□□以□裁判要□中的结论。在第16 指导□案例中,裁判□□第三段涉□对本案第二异□人将清□残骸□□排除在基金计□基数之外主张的回应,涉□《海□法》第207条第一款第一 巧关于限制□□债权中“□船舶营运直接相关的财产的灭失、□”的解释,□清□残骸□□不属于上□限制□□债权,自□也应□□□指导□□。□□在指导□案例出台之前,2010年□经出台了《关于审□海事 责任限制相关纠纷案件的□□□定》(以□简□“《海事责任限制□定》”),其第17条□定限制□□债权“不□□□沉没、遇难、搁浅□者被弃船舶的起浮、清除、拆毁□者使之无害□起的索”,□此其指导□义□□行有效的司法解释相互重叠。在第23 指导□案例中,为了逐 巧认定《食品□全法》第148条第二款设定的“□□者”和“销售明知是不符合食品□全标准的食品”□ 巧要件事□,法官也□□并□□了其□相关法条。特别是对于“□□者”概念的□张解释,扭转了“知 买”者在各□司法□□中屡屡败诉的不利状况,也符合了“保护□□者的合法权□”(《□□者权□保护法》第1条)和“保障公众□□健康和生□□全”(《食品□全法》第1条)的立法宗旨,应□成为未□案件□照的主要内容。^[42] 甚至,在第57 指导□案例中,所□的《担保法》第14条□是针对最 额担保的一般□□,裁判要□中的结论和裁判□□的说□代表的都是□法原□□其□具□□则的系统解释。如果后者受到相关法条的限制而不□发挥“□照”效力,将直接否定□指导□案例的□值和影响。

同□,在相关法条的□□上,最 人□法院的态度□际关□的是□在和将□案件的审判工作,而并不关□案件审判□□的情况。比如,在第17 指导□案例(张莉诉北 合力华通汽车服□有限公司买卖合同纠纷案)中,最 人□法院□明□□□了□□有效的《□□者权□保护法》第55条第一款,附带说明了对应旧法第49条。在第19 指导□案例(赵春明等诉烟台□福山□汽车运输公司卫德平等机□车□通交通事故责任纠纷案)中,□于侵权事故发生于2008年,根据《最 人□法院关于□□〈中华人□□和国侵权责任法〉□□问题的通知》第一条后句“侵权责任法施行前发生的侵权行为□起的

[41] □此不同的是在第17 指导□案例中,裁判要□关于□明责任的表□□是概□了裁判□□的思路,似乎并不□在明□冲突。□□法上的□开,□□陆青:《□□者保护法上的告知义□》,载《清华法学》2014年第4期,第158-164页。不同□解,□□周翠,同□29□文,第54、62页。

[42] 值得□□的是,□□最 人□法院在发布□指导□案例之前(2013年12月)□经出台了《关于审□食品药品纠纷案件□□法律□□问题的□定》,并且明□否定了生产者、销售者以“购买者”明知食品、药品□在质□问题而仍□购买为□进行抗辩的权利(第3条),但是□于□《□定》仍□坚 “□□者……向生产者、销售者主张支付□款 倍 金”(第15条)的表□,□指导□案例□际上将“为生□□□”的“□□者”□大到“知 买”者,□此仍□具有“□照”□义。

事纠纷案件,用当时的法”的,应用2010年施的《□□任法》。似的情况现 46 指导案例(山 锦实 □ 司诉鄞 □ 锦工艺 □□任 司、宁□家纺 □ 司害 当竞争□纷案),该案 用2013年修的《 法》 59 条(一□),应当 用□判 用的《 法实施条例》 49 条。 52 指导案例(海 丰海粮油工 □ 司诉 国 财产保险股份 □ 司海 省 司海,货物运输保险 □ 纷案),样 现 似的相 法条 □判 两 用法条 的情况, 用的是现 《保险法》 30 条, 用的 审程 当时 □的2002年《保险法》 31 条。

48 指导案例(精雕科技 □ 司诉 海奈凯电 科技 □ 司害计 □软件作 □纷案), 2006年作的 □判 初就 用相 法条 用的2010年《 作法》 48 条, 高 法却 案 □判 相 法条,的法条 用 述这做法的 很 是,高 法 望 读 案案情、法 现 法的 。

,如 未 相 遭遇 法变,要 实质 容 变,就 继续 挥“ □”□力。过, 20 指导案例,相 法条 用的是 被诉□ 为时 的、2000年《 法》,没 容相(施 时)、布案例当时施 的2008年《 法》。 53 指导案例(□ 海峡银 股份 □ 司□州五一支 诉 乐 新□水处 □ 司、□州 工程 □ 司、融借□ □纷案),高 法 □持 用案件 施 的《物 法》,是 为 □。就条 顺 , 65 指导案例 用的《物 管 条例》 54 条一 二□ 没 现2016年《国 修改 法的 》 35 条的修改 相应调整条 顺 的 。

且,指导案例“ □”□力的 挥, □ 相 法条的 义 身,这实 涉 指导案例是否具 填补法 漏洞甚至“造法”功 的问 。比如,高 法 2 指导案例 《 事诉讼法》 230 条二□(旧法 207 条二□)的 用,^[43] 7 指导案例 《审判□督解释》 34 条二□(《 诉法解释》 406 条二□)的 解,^[44] 15 指导案例(徐工集□工程□械股份 □ 司诉 都川 工 □□任 司 买卖 □ 纷案), 《 司法》 20 条三□为 ,^[45] 23 指导案例 “消 ”□念 29 指导案例(□ 国青年旅 诉□ 国青国 旅 擅 使用他 企 □ 纷案), “企 ”的 解释。^[46] 别保护 事 益的 , 33 指导案例(瑞 嘉吉国 司诉□ 石 油 □ 司 无□□纷案) 《 法》 59 条作 □□解释,高 法 为 “当事 □意申 ,损害 三 益的, 的财产返还 三 ”的 增补 三 为财产所 ”的□ 条件;为 保护 仲□□ □时 国法 没 执 管□ 的案件,积极 维 的□□执 , 37 指导案例(海 纬□械 造 □ 司 瑞 瑞泰 司仲□□ 执

[43] 为 解释 应 解为 用的观 , 见 泽勇, 23 , 160-162 。

[44] 诉讼 □ 诉审查程 审判□督程 , 现存 的讨 , 见 俊:《处 主义 审判□督程 的 □—— 高 法 指导案例7 》,载《法 》2013年 6期, 15-16 。

[45] 见□强:《法 义学 法 的应用—— 高 法 指导案例15 为 象》,载《 法 》2014年 15卷 1 辑, 106-125 。

[46] 见李友 :《 企 的竞争法保护—— 高 法 29 指导案例 》,载《 国法学》2015年 4期, 284-285 。

□□案)□《□□□讼□》□ 239 □□□□□□□□□□限□□;□ 53 □□□□案□限
□《□□□》□ 219 □□□款□□□□□□□□□□,□□□ 水□□□□□□□□□□;□ 67 □
□□□案□(汤□ □□□股□□□ 纷案)□,□□□□□□限 □《□□□》□ 167 □□□□
□□□□□□□□,□□ □□□□□□□□款□□限 □□□股□□□□□。□□陆□□□□□
□□□□□,□□□□□□漏洞□□□□□□限 填补□□□□□□□□□□。^[47]

[illegible]

□□, □□ □□□□□□□□恰恰□涉□□□□□□□□。□□□□□□□□□□覆
案□□□□□(□□□□□□案□□□□□□□□), □□□□□□□□□□案□□□□□□□□
□□□□□□□□□□。□□□□7 □□□□案□□, □□□案□□□□□□□□□□□□《□
□□讼□》□140 □□□款□□□□, 涉□□□□ □□□□□□□□ □□□□。□□□□, □案□
□□□□□□□□□□检□□ □□□□审查, □□□□审□ 督□□□□针□检□□ □□□审
审查□□, □释□□《□□□讼□》□211 □□□(□□□188 □□□)。^[49] □□□□“□ ”效□□
限□□□□□□□□□□, □□□□□□□□□□□□□□□案□□□□悖□□, □案□□□□□□□
□□□折扣。^① □□16 □□□□案□□, □□□□□□□□□□《□□□讼□□□□□》□106 □□□款
□涉□□案□□□□□□□□□□, □□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□《□□□
□□□□□□□□〈□□□□□□□□□□讼□□□□□〉□□□□□□□□释》□83 □。□□18 □□□
□案□□, □□□□□□□□□□《劳□□□□》□39 □□□40 □。□□□□ □□□□ □□□□

[47] (Fn. 8), S. 55 ff.; , Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., 2005, S. 179 f.; (Fn. 9), S. 381 ff.; – , Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 71 ff., 144 ff.; □□□:《台湾□□□释□□□□□□》, 卅张□□□□□:《□□私□□□》(总□ 10 □), □□□□□□□□ 2014 □□, □ 8, 12–17 □。□□□□□□□□□□, □ □□□□□□□□□案□□□工□□□□室(□净):《□□案□ 15 □□工□ 工□ 械股

[48]

[49]

见,本节的争论是《合同法》第40条第1项中对“不 胜 作”的解释,实际上 第39条关于过失性辞退的规定有关。如前所述, 第53号指导性案例有引用《物权法》第219条第1款,但是其一个方面 对该案的灵活运用, 个别权利的特殊性和可 的利益。

三、原 对断“ 照”效力的

于 国指导性案例特殊的遴选 程 和最终 法院负责法官对案例的编 权,在公 的 指导性案例和原 之 可 存在不同程度的 。这种 别可 是文 上的 者对明 错误的更正(照《 法解释》第245条),又可 是对原 文 内的精练和删 ,可 于对原 法律 的实 性 。这种指导性案例和原 之 的 力,是 解“ 照”效力时不得不 的。 可以 为法律 和 实两方。

(一)法 理由部分 律

指导性案例中公 的法律 部 是 照的案例内 ,在公 部 公 部 以后者为 。在两者基本一致时, 于 关负责法官在指导性案例前有更长时 思 法律 题、征 见并一般 有更 的法律 , 用公 内 当有 争 。比如在第15号指导性案例中公 的内 原 有明 别, 从法律 用的 度 ,公 内 较包 原 实 内 ,并 法官发 的文 中的介绍^[50] 更为严谨。此时,指导性案例 的 就 经 并 更宜发 导的作用, 照时 当以公 的内 为 。一方 ,原 裁 中的 也可 “有 ”地为有 导效力和有 导效力两部 ,此时就 当以公 内 为 。比如比较第1号指导性案例的原文本和公 文本可知,指导性案例 取了原 中的一个法律 并以裁 ,而有 原 中的第一个 。该 在 实部 出现, 告 经在 得了 。^[51] 此时 于指导性案例特殊的遴选 和发 方式, 当 照的部 为 公 的 和裁 ,其他 有 的部 当 有约 力。这里也需 到最终 法院在遴选、编 和发 指导性案例时的 慎态度。 到 作 起步以 指导性案例较强的制度性效力,最终 法院 公 其认为最重 、最有 握的法律 也可厚 。指导性案例的内 关实 法 程 法的发 程度有关,同 也成为学说发 后续裁 的 基 。如果学说的研究 达到一定程度,本 上 对 守的 法机关当不 指导性案例“ 长”。^[52] 就此而 ,这种思 当 于大 法系 断法律漏洞的思 (比如是 是 解), 当结合各种可 的法解 方法 定是“有 ” 是“ ”。为了使这种解 成为可 ,就 当可 公 在 德学德发学发学学一是年如学学学一是年如学为德

应当警惕反方向的高频编辑《公报》案例时,直接引用新判例,做。假银行卡盗储户存案件,《公报》编辑反安保障义导致财损(《银规》29条),变反保支付义(《银规》33条)。这样,然判主未变,案件到底改变,存储户变银,案件事竟变向无三清偿案件。^[54]笔者,指导案例编辑某案件符合理解“亲”案,当然逃避;延迟始理,调整,甚至补强。指导案例布应当避免理变动。指导案例角看,这相当高频“亲现场”新判、超真实“案例”含义;就案判,这无异案例辑工动程“亲”,使判质

公司甚至股份有限公司,裁否解散公司需考虑复因。^[58]

相,裁点超实,超分应导效力,述裁理由旁。导就抽象规与体,撇、恣意裁点入规,那么就与征驰。试裁点适用

实,那么高民初该“归纳提炼”呢?^[59]理,导必摄相规范他形。^[60]且,当裁规超边时,存实争议,就丧失裁当。即使导体过程序获“导”,能补救这分规再构“”缺陷。9导,实及有限责任公司算务怠履务,裁点《司解(一)》18规,添股限司董控股股,效。来遇及股限司时,官实应当类推适用裁规,直接参照,因主体相。10导(海佳动力环技限司司决议撤销纠)董决议撤销展《司司》22款司决议。这两种

下,虽然裁,适用过程相。这种修试图缩短适用程,意图虽然好,形看就缺乏理,示范导用。

方面,由旁能够表高民问态,这即使质与,能够导效力。7导,裁点《司监解》34款复与,实再程序,该款规再理程序。时没司解规,那么该旁直接提供解决实务问答。56导(韩凤蒙九郡药业限责任司责任纠辖议),问再程序能否提辖议,实及裁点理由现普。形看,述,这构裁理由旁,导用。参考始见,理由普分来辑,^[61]下需断否构述新裁理由。由与普毫,笔应直接修。因,来及新提应答辩争点时,再程序裁规类推适用。

司,应当实否包括始裁实,应当适用类理由。虽然剪裁实能导理解必丧失且应当辑过程能避免,这仅限剪裁“意”造实偏。司“意”,述1导,然应当布实。

再,与裁理由,始实理解布裁点裁理由帮

[58] 参见高民导(龙业):《导8〈林方熟市莱实业限司、戴小司解散纠〉理解与参照》,《民司·应用》2012 15, 61。他影响“严困”因分析,参见蒋兴:《“好司”什么决解散——高民导8析》,《》2014 15 卷1辑, 47。

[59] 参见2011《报送导体意见》分。

[60] 意见,参见房翠、任敏:《导——高民布9批导象》,《适用》2015 8, 62。

[61] 参见“蒙九郡药业限责任司、海云洲商厦限司与韩凤辖议再民裁书”,(2013)民再申字27。该《报》布时,述修。参见《高民报》2013 7, 43。

□,应□将其作为□□ □□□解□的□□。□□ 公布的裁 □□直接□□法律问题不同, 论□ □是否公布,其作□都□□是□□公布的裁 □□和法律□□对法律问题的解□,□此可以□□ 更宽松的标□。比如,□上□第2号 指导性□例中的部□履行 □,为了明□其具□的履行比例以□ 作为 断相 □ 的□质标□,^[62]还应□□□原□裁 □文□中认定的□ □。□此□ 的还有第1号 指导性□例中关于居□的性质^[63]和第2号 指导性□例中对于是否具有□ 义□的认定,^[64]也需 □□原□的合同约定内容。而在第10号 指导性□例(建□ 上海佳□力环 科技有限公司公司 □□□□纠□□)中,公布□ 中□□了公司□□中“聘任王泰胜为代□经□”的内容,可□影响对公 司法上“□□ 断□则” 的 断,并妨碍对本□争□□质□□□法律的认定。^[65] □ ,□前□裁 □□比较的需□一 ,原□□ 的 □认定也应□随 指导性□例一并公布。

最后,除了以上□□□□问题的□ □□外,□里也可□□□□□上的 □。比如,在第7号 指导性□例(牡丹江□宏阁建筑安装有限责任公司 牡丹江□华□房□产开发有限责任公司、□继增建设□□ □合同纠□□)中,也应□结合基本□ 中“申请□□院抗 □的□□□申请□□的□□基本 相同,遂□最高人□□□院沟通并建□其□ 抗 ,最高人□□□院不同□□ 抗 ”的认定。□里 耐人□□的,□□是最高人□□□院不同□□ 抗 的□□。 浩教授□□其原□在于□□院认为 □□ □□□□在,2003年《关于人□□□院办□□ 行政□ □ 抗 的□□□□》(以□□□ “《□□□□》”)第3 “发生在法院□经裁定□□后的,人□□□院不□ 抗 ,□人□法院 法 □”的□定以□其 □监□职□□经大部□□成。^[66] 但从本□的裁 □□和结果□□,本□□际上 符合的是上□《□□□□》第2 □定的□□院□出抗 □后、法院裁定□□之前□ 人□ 申 的 ,此□如果□□院“认为□□□ 人达成的和解□□不□ 国家、集□和第三人利□的,应□□ 抗 ”。如果□□□定最高人□□□院在本□中遵守其□则,□□ □可以□断本□□ 了国家、集□ 和第三人利□。

同□,本□中对抗 □和□□□□相同的□解,也□得关□。如果抗 □□本□□□□“□ 国家 利□、社会公□利□□第三人利□”,□□法院裁定□结立□□□ 有不妥。在□□ □□,问题的□

[62] □□认为不履行和具□的履行比例不影响□ □ 断的不同□□,□□王亚□,同□23□文,第78页□脚□9。结合德国□ 法通说的

[63]

[64]

[65]

[66]

□“□□”□力□□□□□□□,□□□□□□张□□□□□□□□□□,□□□□□□□□
质□□□张□□□□□□□□导□案□、□□□□□□□,否□□□□□□□□□□□□司□□□□□□
□。^[68] □□□□强□□导□案□□□□□官审查□□□□否□□,^[69] □□□□□力□解□□官□□
□□□□□□服力□□□。^[70] □□□□□□□,□导□案□□□司□解释□□□□□□,□□□□□
□□□□□□强□□束力。^[71] □□,□□□审□□督□□□解,□□□□□□□导□案□□□□束
力。^[72] □□□□□□□□□□□、□“□□”□力□□□□□官□□循□导□案□□□□别□□□□
(□循□□□□□□□□□□),□□别□□反□□□□,□别□□□案□□□技□□□角□□□□□□□讨
□□□□□□向。

□□□□,□□□别□□□□□□□□□□□□准,单□□反□□足□导□□□□审
□□□□,□□□司□□□、□□□□□□□□□□,需□□□□□□□□□□架□审□□□。□
□□□□□□□□□□束力□□般□□□□□□服力□□□□□□□。□□,□□□导□案
□□□抽□□□□□□□□□□案□□密□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□

[72] □□□锦□、莫□□,□□48□□,□135-136、138-139□。

要点(《实施细则》第11条第一款), 主 作为 现(《实施细则》第10条)。^[73] 特 导 案例 个案 为当 人争点时,法官必须予 应(《实施细则》第11条第 款)。

导 案例与 案涉及问 的异,^[74] 程序上看法官 适用 导 案例 能涉及 下几种 。首先,如 个案 导 案例涉及的实质 相似问 了 的法 见解, 且没 理或 理 充分,那么 审或 审 督程序 就 法 适用错,^[75] 应当由 审法 或 审 督法 直接改 (《民事诉讼法》第170条第一款第 第207条)。作为普遍适用的法 问 , 导 案例应当由法官 现 适用(法官知法),当 人是否主张 法 没 束力。^[76] 当然,法官 当 人形 的争点, 书 应。这 涉及的实 是一般 理义务。^[77] 过,如 导 案例 身存 错 ,那么法官只需径直适用 确的理解。 因 , 导 案例 是法 ,法官 然 法 及 确解释为 ,没 必要引述错 理解或 直接批 。^[78] 口竟,法官的工作是适用法 价,即使是面 规范 的冲突时,法官首先应当 法选择适用(《高人民法 书引用法 、法规等规范 法 的规 》第7条)。比如, 第16 导 案例 理由 一 涉及海 赔偿 任限 的计算即特别提款 的入 , 案 日国 货币 组织 布的特别提款 人民币的换算比 计算,《海商法》第277条 确 计算时间点规 为“法 决 日、口 机 决 日或 当 人协议 日”,2010年, 案 审 效 , 导 案例 布 台的《海 任限 规 》第20条 上述法 规 , 法 准予 的 效 日计算。由 见, 案 适用“相 法条” 没 的《海商法》第277条 时,很 能存 法 适用错 。^[79] 时,法官只需直接适用上述法 司法解释即 。再比如, 第48 导 案例 , 高人民法 布的相 法条是“《著作 法》第48条第一款第 ”, 当时 为规范的表述是“《著作 法》第48条第 ”(参见2009年 国人 法工委《 法技 规范(试)(一)》第9·2条)。如 没 一 的规范 解释, 导 案例 的偏离做法 能 该 试图 现 引用规范,因为 许只是疏 造 的。值 注意的是, 高人民法 2016年8 1日 《人民法 民 书 作规范》第三()6条, 与《 法技 规范(试)(一)》第9·1条 接,用“第 ”替代了 来 书 见的“第()”, 两种 法 司法实务 导 案例 都 体现, 所分歧的还包括是使用 伯 字还是 字,这种分歧尤 体现 新 布的 导 案例 的相 法条 他 分的 比上, 那 分别使用了这两种表 方 。

[73] 《实 细 》台 的讨 ,参见 作口, 注32引 ,第43-44 ;马荣、口 , 注32引 ,第147 ; , 注31引 , 第77 ;口口口、 , 注15引 ,第11 。相反观点,参见 口:《 导 案例法 地 再反 》,《 国法学》2015年 第1期,第286 ;江勇、陈增宝, 注30引 ,第35 。 外,主张 导 案例 司法解释的观点 逻辑上 即意味 需要直接引用(《引用规 》第四条第一), 主张没 束力的观点 然 为 引用。

[74] 许值 的是,这 讨 的 案 针 的是适用 所 案 的抽象法 问 , 与涉及具体 讼主体 间的既 力、 (遮蔽)效甚至争点效 。

[75] 类似观点,参见马荣、口 , 注32引 ,第148 ; , 注31引 ,第77、80 ;口 , 注31引 ,第103 。

[76] 类似观点,参见口 , 注31引 ; 观点,参见马荣、口 , 注32引 ,第147-148 (救 分 主张 实 问)。

[77] 注5引 ,第244 。

[78] 针 一般 案例引证的类似见解,参见祝 军:《避免“ 案 ”的积 试 》,《 口 知识产 》2015年第8期,第44 。

[79] 这 能理解为当 人协议 日, 了我国 这种程序 一般 应当要求书面形 (比如协议管) 外,考虑 案 存 个异议人, 实上 难 确 协议的具体时间。

其次,如果此时由于法律适用错误导致原审漏了重要的事实争点,也可能构成“认定事实错误”(《民事诉讼法》第170条第一款第二项前项)甚至“认定基本事实不清”(《民事诉讼法》第170条第一款第三项),在二审和审判监督程序中根据具体情况分别发生直接改判或者发回重审的后果(前引法条及《审判监督解释》第38条)。这里涉及案件基本事实不全的情况,即本来应当按照指导性案例法律理由中列明的事实主张调查证据,但是实际上却没有调查。比如,在第15号指导性案例中,最高人民法院在确立了类推规则后又明确了判断人格混同同时应当分别审查关联公司在人员、业务、财务方面的关系。如果初审法官只查明了人员和业务方面,而没有调查财务方面的关系,则同时构成法律适用错误和事实不清,应根据上诉审法官是否便于查清事实而决定裁判方式。不过值得注意的是,在第68号指导性案例(上海欧宝生物科技有限公司诉辽宁特莱维置业发展有限公司企业贷纠纷案)中,最高人民法院除了就是否构成关联公司审查了控股股东、实际控制人的重叠之外,还在对恶意诉讼的认定中将涉案公司构成人格混同作为理由,而本案说理中其实并未考虑公司间在业务方面的关系。

这里值得思考的是法院裁定这类再审申请案件应当再审的法律依据。现行法上事实问题方面的再审事由针对的都是证据方面的瑕疵(《民事诉讼法》第200条第一至五项),而没有针对事实主张的事由。固然我们可以说,前述情景下调查财务方面的关系能够影响案件结果并且涉及案件中的具体权利义务,因此属于证明“基本事实”或理论上的要件事实的证据(《民诉法解释》第335条和《审判监督解释》第11条),^[80]并且满足“基本事实缺乏证据证明”的要求(《民事诉讼法》第200条第二项)。但是,案件瑕疵实际上在于个案中缺少了认定主要事实的一项间接事实(主张),相对地在规范意义上就在解释法条的环节上有所缺陷。从裁判技术出发,个案事实发现中一般应当坚持间接证据—间接事实—主要事实的证明逻辑关系,在一般化的法律适用过程中则应当证演绎推理中前提的正确性。因此,笔者认为从裁判技术上看对上述问题更准确的归类应当是法律适用错误,即在涵摄过程中未能正确地确定推理中的前提,导致从整体上错误地分解了大前提中的各项要件事实。不过,现行司法解释中并未明确规定这种情形(《民诉法解释》第390条和《审判监督解释》第13条)。^[81]

第三,如果法院对前述实质性相似问题实际上适用了指导性案例的理由,但是没有论证其相似性或者没有直接援引,由于其错误既不涉及案件结果的实质正义、又不构成明显的程序不正义,则不宜视为法律适用错误,而只能在司法行政和审判管理的角度上消评价。^[82]这里需要考虑的是诉讼成本与收益之间的平衡,裁判理由的错误在我国一般也不被视为法律错误(参照《民诉法解释》第407条第一款后半句)。^[83]易言之,虽然明示引用是现阶段法官审判的义务(《实施细则》第10条)并且具有重要现实意义,但是值得注意的是,单纯引用指导性案例也不能满足裁判说理义务。虽然本文区分指导性案例和大陆法系的判例制度,但是后者对于该项说理义务的理解有启发意义。在德国,一种通

[80] 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼司法解释理解与适用(下)》,人民法院出版社2015年版,第884页;张卫平:《再审制度修正解读》,载《中国司法》2008年第1期,第25页。

[81] 肖建国教授即认为现行司法解释并未穷尽所有法律适用有瑕疵的类型。参见肖建国:《民事再审事由的类型化及其审查》,载《法律适用》2013年第4期,第8页。

[82] 类似观点,参见胡云腾、于同志,同注15引文,第10页。

[83] 这种情况在民事诉讼中比比皆是,例如在“雷静美与田景兰等专利权权属纠纷再审案”[(2009)民监字第86号]中,二审法院虽然认定一审法院的裁判理由在程序法和实体法上多有不当,但是由于其裁判的结果正确(驳回诉讼请求),因此判决驳回上诉,维持原判。

误。是人威、爱，为引用就足以完论证。^[84]但是，由在先裁并完案实(可能构前述实区适用)，在先裁提供裁点也完个案下价值考量[特别是那些个案案断案类型，比德国去下停侵之国家()去]，^[85]去然详细论证。我们能因为引用法院决分“去”，^[86]就为满足裁理求。^[87]

再，案及是与案，但当时，去然当担这理。只过去此时当论证两案间，即提供适用案理由。比就1案而言，案去断为严格违格款效时，就当首先论证与案是，然才能自己论。^[88]“”，则及与前述断实案类，也与比较去上，理归纳、我国实践，案累去验“先见”。在去上，考是实体及程序违严。就一而言，难与日案比较就构当人讼(辩论)大侵犯剥。这仅因为我国实体正传，而也因为案在效上显然去，在违反效上也所区。去观点，辩论能为理由，话，就案。笔逝时理只构去，管理意上，当裁，在或再裁，裁理由分以正即可。

从驳论看，《案规》规了“当参照”效，难案束，而只及上述这种束。上述规理案时联案实实际，注了案同象去释，仅从上也推制束。同时，前区分所适用在专案，“当参照”效，两等量齐观话，也去案特，也宜“参照”效。当然，案实际命运着。由广泛遴选、严格遴选程序以及去细工琢，案可能比较，个案去自然会乐适用。但是

[84] , Juristische Rhetorik, 7. Aufl., 2007, S. 118;

, Logik für Juristen, 6. Aufl., 2006

[85]

[86]

[87]

[88]

至此,□ 为,□ 国法院 必采 独立的所谓背□(判例)报告制。同 检□院 的指导 案例制(《 高人□检□院 案例指导工作的□ 》第16条),法院 没必要作此单独□,□为既 □ □ 覆盖了□□情况。具□情况的 同,背□指导 案例的行为 □□ 别属 应□□ □□审判委员会讨论的□□[2010年《 改革和□善人□法院审判委员会制 的□施□□》(□简□“《审委会□□》”)第7条至第11条],□ □□审判 申请院、庭 □□ 相 审判人员□同讨论, □□含了“ □庭□□□ 院□上级法院 □同□□案件的裁判 □ 一致的案件”[2010年《 一 强 □庭 责的□□□ 》(□简□“《 □庭 责□ 》”)第7条第一款第三]。□ 的差异主要在效力□面,□审委会□□ 束裁判主 (《 人□ 法院 □庭工作的□□□ 》第14条和第15条第一款),而□同讨论制 □□ □庭□□(《 □庭 责□ 》第7条第二款)。同□,□级法院 “拟□法 □□问 向上级人□法院请□的案件”, 应□ □ 院审委会讨论□ (《审委会□□》第9条第 和第10条第四),□ □□报请上级法院。□此而□,假如□ 所 偏□指导 案例的案件都需要上报,似乎□ □强调了司法行 □, 悖学界 期 □的□向 □□。^[90] 而且 □□影响□,随 指导 案例的 □累积,□□做法恐怕也会越□越 □占 法官 □宝贵的工作□□,并且占□额外的非审判工作人员。^[91] 换个角 □,□□□国一贯采 法院独立而非法官独立为核心的司法独立概念(《 法》第126条),^[92] 是 □庭的功□ □相 诉讼 的角 □,仍□应□坚持 □审判委员会讨论改造 □面法 审的 路,□既□□在审判□□上的诉讼□, 涉□ 审判委员会委员□□ 威的强□。^[93] □□,回 前 所□的常□上诉机制、判断 案是否 违指导 案例□ □ 的设 ,同样 ^[94]

• 132 •

□□内法律□题的□□(Divergenzvorlage)以□具有重大□义的法律□题(Grundsatzvorlage)(§ 132 II, IV GVG)。在面对□事和刑事法□之□的□□□,则□前□个大□员会□□成□合大□员会(die Vereinigten Großen Senate)。在□□上,个□合□□有义□通□裁定询□所有作出在□裁判的合□□^[96]□者根据□□□□□□目前□责□□□件的合□□是□仍□坚□原有□□,而后者同样应□以裁定的□式回□。□有在直接法律□□□□仍□□在而且会直接影响裁判结果□,^[97]□有义□□□大□员会裁判(§ 132 III GVG)。□此,□改本合□□之前的法律□□不在其限。^[98]在裁判内容上,大□员会对法律□题的裁判结果不限于对□□法律□□得□□第三□□□,而且对个□合□□有约□□(§ 138 I GVG)。如果相关□员会违□了□□义□,裁判本□仍□有效,但是可□□□对法定法□原则的违□。^[99]□似机制也□在于□责不同法律途径的最□法院之□(§ 95 I, III GG, § § 1 – 4, 6, 11, 12, 15, 16 RsprEinhG)。^[100]□此可□,上□制度主要□□的是最□法院内部的□□□□,并不□对□级法院背□判例的□法。特□是,□于德国对不同□□的□件□□不同的法律途径并且□□设置了□立的三□□级制度,同□□□在□通最□法院中,各□事□□于各自□件□□的特□性,很可□后□有所□□发□本□□通的裁判法□则(比如在□□诉□标的的诉□法二□肢通说中,对生□事□标□的个□□读),□□□□□□□□的可□性进一步加大。相对而言,□国□□□□在的□□会□□在制度上□□了上□□题。

六、结论

基于学□□论和□经公布的□事~~指~~□性□例,本文集中□论了~~指~~□性□例的“□照”效□,得出以□五□结论:

第一,从性□上□,~~指~~□性□例的“□照”效□不同于—□在□裁判具有的说□□和基于□级的事□上的约□□,而是一□具有中国特色的制度性效□,对应□门的裁判□术。

第二,~~指~~□性□例的裁判□□和要□都应□成为“□照”效□的对□,□裁判□□中□□了要□中没有的□□性内容□,裁判□□同样可以□□,□□者□□□□应□根据具□情况判断。~~指~~□性□例中□□的相关法条□是□于□□的□□,并不□限制~~指~~□性□例的□□□□,也不排除对相关法条的□□□限缩□□。

第三,~~指~~□性□例中公布的法律□□部□是□照的主要内容,在□公布部□□公布部□□□□以后者为□;□□~~指~~□性□例应□结合□件事□并以之为限,□公布的□件事□□□作为对□件事□的

补 材 □ , □ 公布的案件事 ㄉ ㄗ

WTO 补贴协定“公共机构”认定标准

——以 DS379 案为例

吕业伟*

摘要:根据世界贸易组织《补贴与反补贴措施协定》,认定一项补贴是否满足首先条件首先应认定该补贴由政府或公共机构提供,因而,公共机构补贴的认定就首先应解决问题。而世界贸易组织还与其他国家或国际组织均对公共机构的概念清晰规范。DS379 案,争议焦点便为“公共机构”认定标准之争。针对这一问题,分析了该案专家组对公共机构报告,了解了商务部长对相关裁审备忘录,探讨了“公共机构”争辩由来,了解了“公共机构”的概念认定标准,并针对本案案足意建议。

关键词:世界贸易组织 反补贴 公共机构

2004 年拿烧烤架案始,日、澳、欧盟 WTO 官员纷纷抛弃非市场地位反补贴调查传统,转而对持续展反补贴调查,面临反补贴贸易擦量逐升。公共机构提供补贴主体,定义直没被明确。竟什么公共机构?哪些实体属公共机构,公共机构需要具备什么样条件,政府该实体控制怎样形实施?这种控制该实体运营影响力何?这些诸问都没明确,这就我政府企业应诉带来困难。

2011 年 3 月,针对部分征收终反倾销反补贴税案(DS379)专家组胜诉贸易救领域事件事,世界贸易组织争辩提供依,给他贸易组织员贸易救程序调查方提供依。本案案专家组公共机构报告,详细分析“公共机构”认定标准,我相实践提供参考。

一、“公共机构”认定标准之争缘起——DS379 案

2008 年 9 月,日本政府过 WTO 争端解决机构(DSB)提起申诉,申诉内容涉及商务部长圆形焊接碳钢管件(CWP)、薄壁矩形钢管(LWR)、复织袋(LWS)、新型非路用充气轮胎(OTR)四种产品时征收反倾销反补贴税裁决终税令。11 月启动磋商程序,磋商未。2008 年 12 月 9 日,请求 WTO 争端解决机构专家组。2010 年 7 月,专家组裁决报告。2010 年 12 月 1 日,针对 DS379 案件涉及公共机构、专

* 吕业伟,法学博士,副教授。

项、双重救济、外部基□等四个方面的问题提起上□。2011年3月11□,上□发布报告推翻了专家组对“公共□”和“双重救济”的认定,支持我国的主□。

本条讨论焦点之一是“公共”——《补贴与反补贴协定》(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures)(以下称“《SCM 协定》”)中所规定的补贴主体——的认定标准问题,专家组和上诉机构对此作出了截然不同的认定结论。专家组与美国的观点一致,认为:“公共”是政府控制的实体,国有企业和国有商业银行属于“公共”的范畴并可能成为提供补贴的主体。而上诉机构与中国一致认为:“公共”是行使或履行行政职能和权力的实体,国有企业和国有商业银行除在行使或履行行政职能或权力,否则不能认定为“公共”。

最终,上 撤销了专家组报告关于“公共机构”的认定。同时,上 认定美国商务部在四起 补贴 中对公共 的认定与《SCM 协定》不一 。此外,上 认定中国没能证明美国商务部在 公用轮胎 中就国有商业银行 成“公共 ”的认定与第 1.1(a)(1)不一 。^[1]

、专家组对“公共”的认定

（一）专家组对“公共机构”的文释释释

的含义。前者指的是“国家所有的经济、行业等”，^[8]后者指的是“私有的、不受国家所有的”等”。^[9] 据此，专家组认为“公营企业”是受国家所有的，且所有权问题度相关。^[10]

专家组还认为，在第 1.1(a)(1) 条中，“政府”和“任何公营企业”的连接“或”(or) 有重要意义，它表明了“是个不同的概念，而非同一个概念近义”，^[11] 另外在“政府”前加了“一”(a) 个字，在“公营企业”前面加了“任何”(any) 个字，更说明两个字有不同的含义。专家组认为将上两文素系起可知，“公营企业”一字的思不同于“政府”“政府机关”，且大于它的。

此外，专家组还加了“一国一船案”^[12] 中的，认为《SCM 协定》中的政府或可得利益是个不同的问题。^[13] 专家组认为“政府”是广义的，涵可涉补贴的政府和公营企业的一行为。政府或公营企业的行为是实际上成补贴，取于行为是产生“利益”。为“利益”个概念滤除行为，没有必要将个标准“政府”的概念中。^[14] 此，专家组认为将“任何公营企业”释为“受政府所有的任何”是合的，个字释保了无论某公采取什么样的式，制度 7 2 5 6 9 2 5 5 5 5 2 5 6 6 3 2 5 6 5 5 5 2 2 2 2

先考察《□案》□地□，□□□□□□□□张□那□，□《SCM 协□》涉案□款□□释“□□”与《□案》某些规□□用□□概念□□□□。就□，专□组提□两□□□。□□□□□□，《□案》□□□□□ WTO □□□，□□□□端□“适用□□方□□□□□准□”；□□□□□□，□们□□与□□端“□□”。就□□□□□，专□组□□□□过分夸□□《□案》□地□。专□组□□□《□案》□诸□引用□概念□□□□，仅仅□□□□□用协□□□□含□、□下□、□□□□旨□□□□分析□□补充或确□□□□用，绝□□□。^[19] □□，□□些□□下，专□组□□□机构□□确□示《□案》□□□□束□□。^[20] 《□案》□身□“□□试图□□□且违反□□□□担责□□□□□务□□□”，^[21] □□□□注□□□□□□□□□□□□某□□能实□□违反□□□□□务□□□□□担责□。□□□□□□□，专□组□□□ 1.1 □□分类方□实□□□□遵□□归□□□，即□□什么类型□实体□□或□□□“□府”□概念，□及□□“私营”□□□□□□□□□□什么□□下□□“□府”□□。这恰恰与《SCM 协□》□“□□责□□□□□实□”□□□□，□就□□□□□□《□案》与□ 1.1 □□□释□□。^[22]

□过□□□分析,专□组□□□□□□,“□共机构”□□,□□□□府控□□□□实体。^[23]因□,□案□□涉案□□□□商提供□□料□优惠贷款□□□□企业□□□商业□□构□□ 1.1 □意□□□“□共机构”。

□、□ □ 机构 □ “□ 共机构” □ □ □

（一）上诉机构对“公共机构”的文义解释

□□机构□□用

员 条件下实施 类措施 ”。^[35] ， 诉机构还指

一 动态随机

息途径。^[45]

综上所述,上诉机构认定案方将“公共机构”解读为“任何为政府控制的”有。^[46]

四、美国对 DS379 案的重新认定

在 DSB 对 DS379 案的最终裁决后,美国并未表现出积极的执行姿态,对中方多次督促,美国《1974 年贸易法》第 129 节项下的规定,于 2012 年 6 月发布了关于“公共机构”的初步裁定,在裁定中美方对涉案的中国产品调整了反补贴税率。在该裁定备忘录中,美方上诉机构对“公共机构”的认定标准立足于“政府职能论”的解释,对其认定标准也进行了调整。

(一) 美方依据“政府职能论”作出的认定标准

美方认为,建立社会主义市场经济是中国政府的职责之一。^[47] 美方一论从《中华人民共和国宪法》第 6 条、《物权法》第 1 条、《企业国有资产法》第 1 条和第 3 条、《企业国有资产监督管理条例》第 1 条、《国务院办公厅转发国资委关于推进国有资本调整和国有企业重组指导意见的通知》等法律条文入手,认为法律条文表明政府在法律层面具有通过直接的、间接的施加影响广泛并深刻地影响运行的能力,同时法律条文也规定了政府部门有承担引导政策得以执行的责任,而执行是通过国家对国有企业的调控工具实现的。

美方认为,除法律之外,政策和计划同样是政府在领域发挥作用的一个重要表现。政府部门通过诸如制定五年计划对领域的目标和任务进行指导和资源配置,企业的行为也会与政府的计划趋向一致,政府部门从而保持其在领域的领导地位,而政府同样会对重要的、企业生产领域对国有企业施加影响,保持其政策和计划的顺利实现,此拥有、行使被授予了政府职能。

美方进一步认为,在上文所到法律的规定,国资委的管理是中方对国有企业实施“有效控制”的途径之一。美方依照《企业国有资产监督管理条例》所规定的国资委的设立目的、形式、层级、在场所占有的角色等内容进行论证,认为“在国资委管理的国有企业从未政府部门的控制影响”。^[48] 美方认为“有效控制”的概念源于一系列相关的因素,如在国有企业的董事会中,党依据对公司的重大事项有重大影响,如公司的发债、投资项目、增计划、管理人员的指派、在进行改制之后的仍由政府有密切的、持续的、事实上的联系,还国有企业本计划的制定和管理等内容,美方认为中国政府在各方面都对国有企业进行“有效并的控制”,^[49] 并且认为中国政府会将控制作为一手实现政府目标,在领域和建立社会主义市场经济的当中处于领导地位。此,美方得出一个结论,如政府拥有极少甚至没有形式上的所有,但政府部门对企业行使了“有效控制”,该企业仍可被认定为公共机构,为企业被授予了政府职能。而于中国存在着大的国有企业,在对产品征收反补贴

[45] —, —, —, Report of the Appellate Body, para. 164.

[46] —, —, —, Report of the Panel, para. 8. 94.

[47] 关于 DS379 案“公共机构”的备忘录,美国于 2012 年 5 月 18 日发布,第 6 。

[48] 同 47,第 27 。

[49] 同 47,第 28 。

“公机构”的，仍是美国要考虑的重要之一。

美国认为，中国企业会在三种情况下被认定为“公机构”：一是政府“全控股”“多数控股”的国有企业；二是属于政府财产的国有企业；三是处于政府“有效控制”的国有企业。

随着美国对“公机构”认定标准的，美国认为对 DS379 企业补贴率仍，并且《拉圭回法》第 129 条，中国出的一“事”并得到回答，致美国采用了“可得事”而不是中国企业的具息，得重制定的补贴率不降，如对淄博艾福迪塑装有限公司生产的收的补贴率从调前的 29.54% 上升到了 83.34%，对东龙塑胶制品有限公司生产的收的补贴率从调前的 352.82% 上升到了 406.62%。

此可，在照了上诉机构的裁后，美国对“公机构”的重认定依旧绕着“股”、“有效控制”、“政府行为”等要开，并通论将一系要“政府职”产生果系，进而得出中国国有企业是“公机构”一论。美国的法法相比更加隐蔽，中对其进行和明其不性的研究也更加。

（二）美方“控制论”的部分合理因素

本中，上诉机构支了中的政府的，但不等于定了“公机构”中“政府控制”的义，美国出的“公机构政府控制论”中是在性的。

，美国以的例，美国有件的情况自行采“五要法”“股份大多数所有”的标进行判断，例如在圆焊接碳中，美国的“控制论”得到了支。

其次，为政府所有得政府有指定和董事，并监公的作，而作为一家公的公所有者多数所有者有者，不控制公是很不正常的。在以的例中，家驳回了韩国于一个基于条款则不构成“公机构”的主，而应采“取”的标一一是构成“公机构”，此美认为中的，一个在有在行政府职而非被认定为公机构”，是在重韩国的误主。从个度，“政府所有和控制论”可以保补贴的政府无法站在其所有背后而逃责。

但是，本中，上诉机构在最告中没有支美国和家的。如：第一，家声美在作出其论了其得的所有和论，而并非了政府有多数股本，但事是家并指明美国裁的何段^[50]，是家在论中的软肋；第二，美国认索要了所有息，索要“五要法”相的其息^[51]也是美在面的不，致上诉机构认为美并非履行“找并评相息以保其裁有基”的义。但在以后的中，美必会更加重对息的搜集和对的采集，也是国国有企业和行在以后的应诉中要警惕的。

[50] 家在第 8.132 段、第 8.137 段和第 8.134 段也作了似的，美国裁定中的何一。

[51] — — , Report of the Appellate Body, para.

五、“公共机构”争辩实质、展现及应对

（一）争论源于经济理念的不同

本案,针对“公共机构”问题,双方观点截然不同,这一点双方解释过程表现尤为突出,这种争论恰恰反映了 WTO 双方成员方不同的经济理念。

欧盟 WTO 成员方由竞争与衡量兼具市场与地方双重准入标准,1988 年《综合贸易与竞争法》中“非市场”的判断要素包括“政府控制或拥有资料”及“政府控制资源配置企业价格及数量方面决策”。^[52]可见,宏观上,商务考量时非常看重市场开放程度及政府控制程度,具体到本案,这种“程度”就指政府对企业或商业银行所占股份比例程度,地方及专业组织之间联系程度十分紧密,这种判断主要指政府拥有股份事实。因此,当这些企业或银行从事商业活动时,政府持股比例用显易见。而且,方还表出这样忧虑,即公共机构概念包括政府控制下机构,那么政府就躲开实体背后来提供补贴。由此,方专业组织先入为主地观点解释“免除政府控制实体责任”。^[53]

方看来,加入 WTO 时普遍承诺还承担“超 WTO 义务”表明融入贸易体系自身改革决心,^[54]且实践直接推动改革进程,例如 2003 年投资监督管理委员会恰恰就强化了企业独立性,政府与企业间设置防火墙,使企业脱离开来。必须承认二十多年实践,仍很企业“官商不分”、“政企不分”,党机影响力体现企业很要层面,诸如决策、任免等。这样情况,虽然方政府与其他商业机构间已初步实现企分离,且这些机构能力独立开展常商业活动,这样抗辩理由能完服诉机构。诉机构虽然理层面支持提出“公共机构”标准,事实层面仍然裁涉案商业银行属“公共机构”。^[55]

总来看,仍坚称改革方面展缓慢,用双边或边场补贴问题质疑,直要求对方相应策略修改。始终对方没实质改变,因意过案调查寻求突破,时时调查收集相关信息,诉至 WTO 准备。DS379 案“公共机构”争便这种理念冲突集反映。^[56]对方色宏观调控,相对方单纯注重总量策略,还注重结构调控,这一点决于实施“双轨调控”策略,这就要求企业、商业银行政府监管体制改革扮演

[52] Sanghan Wang, (1996).

, 10 Emory Int'l L. Rev. 593

[53] ————

, Report of the Panel, para. 8. 69.

[54] Julia Ya Qin, “———”

, 37 (3) Journal of World Trade 483 (2003).

[55] ————

, Report of the Appellate Body, para.

611.

[56] 廖诗:《“双反措施案”中“公共机构”问题》,载《商法》2011 年 6 月,第 22 页。

角,但这也给国有商业银行和国有企业带来了“行化”的色彩, 此, 他 WTO 便可以充分用“公共” 国展开反补贴查,并可以在 大的程 上扩大查范围。正如 国驻 WTO 大使易 准所言,“这是 国 口所 临的一大问 ,

□□,[62]提高□算□□能。

□□,□□□□□□,□梳理□□□□□□□规及规□□□,注意□辞,□□□、□□□方□□□
□□□,□免□入□动,□□□柄。□□□,□□□□□持专□组□□□商业银□□□“□共□□”
□□□,□□□□□□我□《商业银□□》□34□,□求商业银

织争端解决机制规则 行抗辩。为此,我国应当认真总 验,加强 世贸组织规则的研究和把握,更加善于将世贸组织争端解决机制作为维护国家和产业 法 益的 要平台,通过法 途径解决贸易争端,最大限 地维护自身的 法 益。与此同时,我国需积极参与世贸争端解决规则谈判的工作,尤 应该积极参与修改和澄清《争端解决谅解》(DSU)的谈判。深入研究争端解决机制的相 规则,针 第三方 、条约解释、机密信息保护、发回 申、发展 员 益及双边磋商等问 提 建设 意见,推动建立更加 确 理的多边规则。

Identification Standards for “Public Body” at SCM: Taking Case DS379 for Example

Shi Yewei

Abstract: According to the Subsidies and Countervailing Measure Agreement, the main body which supplies subsidies is government or public body. Although the first important problem is to assert the standard of public body, there is no specific provision in WTO law can explains this term. In the case DS379, one of the main disputes is the identification of “public body”. This paper analyzes the report of the WTO expert panel and appeal body, and studies the latest related memorandum released by Department of Commerce, USA, discusses the source of argument of “public body”, then, confirms the identification criteria of “public body” in essence, and brings suggestions and purposeful reflection measures to Chinese state – owned business.

Keywords: WTO; anti – countervailing; public body

(责任编辑:丁洁琳)

护措□□救□□□,甚□,□们□□□□否存□□□□□来□断□否存□□□□□”。〔3〕因□,□□□□□□私□体□□债□体□□□□当□□□这般构□。

[illegible]

二、世 共法与 当

11 世 ,罗马法 始复兴, 且罗马法与 法的 兴 ,它们共构 了12 世 的法
学复兴, 形 了共法(ius commune)。 世 共法 罗马法学 与罗马法学家 债法
当 问 的解决办法是,因 当 所 义务是作为准契 来予 分类的。 世 的罗马法学家
未像契 与侵 一样, 一层面 展与形 当 的一般规 作为债务的来 ,“这样的
法 规 的形 世 与16 世 罗马法解释 的作 没 现这种规 的存 ”。^[9] 当然,
世 的罗马法学家当 些学 , 能 任何人 应 一些 他人的损失 获益的衡平 提
过几近 当 的规 。

与 时, 世 的共法 法学 与 法学家,《 法 》第 《论法学规
》的 下(De regulis iuris of the Liber Sextus)引用了罗马法学家 Pomponius 的格言。 法学
家的意见是, 无法 因或无 当 因 置 某个人控 的一 他主物 向法 官员提
请求。 是作为一 债务的来 ,没 任何地方十分 确地提 过 当 。甚至16 世 的西班牙
的 院主义学 与受 院主义学 影响的法学家 未提 当 。 过,与 类似问 ,按照
院主义 师托马斯· 那的 ,西班牙的 院主义学 与法学家提 了一种 罗马法
的债法体 ,即 的情况下导致返还的规 与 。 是没 提 契 、侵 等层面
挥 债的来 功能的 当 规 与 。

世 的两法,即 法与罗马法彼 间相互影响,两法 是一种冲突的, 是相互获
益的 。 世 罗马法的 没 确提 当 一般规 。 过, 法学家提 了一个
类似罗马私法 处理 当 问 的法 办法,即 法学家谓 返还法(restitution)。 现代意义
上,返还法这一 语就是指 当 法。当然,现代法 学 为,“ 当 和返还等 来是错
误的。当按照产 返还请求 的 事件来划分返还法时, 当 仅仅构 返还法的一 分”。^[10]

法学家使用返还来指称,因犯 罪 被宽 ,犯 过错一方 受害人 赔偿的责任。

法学家 《 令集》引用的 容来 督 父哲学代表人物圣·奥 斯丁 所论 容。圣·奥
斯丁指 :“如 犯 罪的另一方的物 需返还,若返还,那么 是补赎 是虚假。如 事实上确实
这样做了,罪 被宽 , 非返还包含 走的物。”^[11]

[illegible]

《私》第 1 节 9 节,“劳”,“”,“每”,“富”,“扣押某”;“”。“”劳哲托·奎班。

[15] □ □ 14, □ 214 □。

愿所导的”“违背当事人愿所导的”(《法导论》第1章第15条翻为:“人
均的局面,既受其愿,违背其愿”)。“违背当事人愿所导的”
是另一类人所发的债。乌尔比安《法导论》第1章第15条论,“自人
,获的当事人负补偿。无论获的如何,无论获是物是特
物均须补偿。例如人吃了人的食物,自法须补偿”。吃了人食物须补偿的
事例,一般为是乌尔比安学所例,乌尔比安受法学家的
。乌尔比安也学为乌尔比安也受了Pomponius的。是乌尔比安受
学,乌尔比安如何获无紧《法导论》第30章第3条(乌尔比安了第
三第1章第15条的债)——乌尔比安“人当财产,是衡平所法
的”;[16]第1章第15条的另一个人所例是占有的例,[17]也是,
按照一占人,使占人是恶的,返财产也请的添。一
事例乌尔比安受了法学家乌尔比安《学》(D.3,5,5,5.1)诉用
的[18]《战争和平法》《学》蕴含,诉允是为了
人的是为了人自僭用乌尔比安人事的乌尔比安一自法
诉,是乌尔比安。
乌尔比安《法导论》第1章第1条《

《战争与和平》^[23]是托尔斯泰影响为最大的作品，是俄罗斯文学的巨作。但是托尔斯泰为的是俄罗斯文学所达到的法律不容作为债的标的物之一债的标的的线。

秀斯“允护的生,抵抗;允留生”的要法。^[24]秀斯的《战争平法》一,“一词秀斯的词是“restitutio”,“还”。《战争平法》为解的排,秀斯还,“战争生的像法一哪法解失败哪战争生”。^[25]秀斯不的,要是要是要的的。之导还。还是的,产生所之请付之,契、法还的。所之请付之,秀斯都还。的法学还之,质是似不的法问。秀斯《战争平法》10章财产生的义。不,按照 Feenstra 的,秀斯主所之请付之的还,“一章使的是主义学的概,不罗马法的物之之”。^[26]主义学影响,秀斯所生之债(obligatio ex domino),一作,要产生物的物要的不物。秀斯的不学的是不的物之还,还之债的概是法为,按照法初所,财产所,财产是默的之所的。义所。不具的义秀斯所的不的物之还。《战争平法》10章2一,“不的物所法物,一般承的是:法物主所失的财产使的义物主作补偿,补偿的应物主的财产获比例。为,物的物主失,应。为财产的的是为公平,使每都获应的”。^[27]一法应于《法导》三1章

$$[27] \quad \square 25, \blacktriangle 172 \quad \circ$$

15节。第10条、第11条，即《私法导言》的主旨：债务关系，即允诺关系。《私法导言》没有给出，《战争与和平》^[27]，表露劳秀斯主义的影响。但是，《战争与和平》，劳秀斯的略复杂。塞罗在《正义》：“使获得违犯义务。换，即正义允许掠夺增加财富力量。”（即《战争与和平》）（即《战争与和平》焕翻塞罗《正义》：“允许可靠抢别增加势力、财富影响。而且，单，即都：”。）。劳秀斯还《正义》。但是，《战争与和平》第10章第2节“《正义》罗马解释线”^[28]举例如，劳秀斯债务讨线，针主。《战争与和平》，还涉质“还”应陆。《战争与和平》第10章第5节、第7节第8节区别：

第三,善意占有人有返还之义务不仅对物本身,而且也对其用获取的收益,因为善意占有人被认为经占有物而得利。

第五,如果善意 $\square$ 有人 $\square$ 经捐 $\square\square$ 出 $\square\square$ 物 $\square$ 一个第三人,那么善意 $\square$ 有人 $\square$ 有返还之义务。说明如下:

如果善意第三人取得物与将物捐与一个第三人,善意第三人并不返还所有人的责任,无论如何,除非善意第三人捐与等数人由此节省其本人的财产。

如果善意□有人□出□其所购□的物,那么善意□有人对所有人不□有责任,除非善意□有人以□于□物的价□出□。

如果善意 $\square$ 有人出 $\square$ 其通过捐 $\square$ 取得的物,善意 $\square$ 有人须返还价 $\square\square\square$ 物的所有人,除非善意 $\square$ 有人挥霍了 $\square$ 物, $\square$ 假 $\square$ 善意 $\square$ 有人未取得 $\square$ 物、未挥霍掉 $\square$ 相当的 $\square\square$ 数 $\square$ 。^[29]

[illegible]

□□,按照□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□,□劳秀斯□□《私□导□》□《战

[28] □□ 25, □ 172-174 □。

[29] □□□□ □□□□劳秀斯：《战争□□平□》（□□□），□□□□“□□”□ □□□□□□□□□□□□，□□□□□□□□□□。

[30] □□ 25, □ 175-176 □。

[31] Feenstra, note 9, at 219.

[illegible]

Abstract: Hugo Grotius was a great jurist of international law in the early period of 17 century. He had not only made a huge contribution to the theory and doctrine of international law, but also made a great contribution to the theory of private law, mainly in the unjust enrichment as a separate category among the sources of obligation. Grotius' doctrine of unjust enrichment had "received" Roman Law and scholastic legal philosophy. Grotius' doctrine of unjust enrichment was firstly published in the two works: one on Natural Law, *De iure belli ac pacis*, and another on Roman – Dutch Law, *Introduction to the Jurisprudence of Holland*.

(□□□□：杨琦萍)

• 154 •

意思表示与沉默与拟制

杨 雄^{*}

摘 要: 我国《民法典》特设“沉默发与意思表示”同效力, 该项沉默能构成拟制表示, 但通常构成“断(默示)意思表示”。前者适用意思表示相关规则, 后者适用。除了《民法典》约“沉默构成意思表示”, 基于诚信、信赖、交易习惯, 若干例外情形可使沉默构成“断意思表示”, 当, 当谨慎认定。关于“沉默”基础“错误”导致沉默意思表示撤销, 关于沉默意义“断性错误未导致沉默意思表示撤销”。

关键词: 沉默 默示 拟制表示 意思表示 意思瑕疵

一、概念梳理: 沉默、默示与拟制

意思表示与沉默、默示与拟制等概念混乱。应获清晰认识, 有必要分别沉默与默示及沉默与拟制予以考察。

(一) 沉默与默示的关系

从语源看, 默示(stillschweigend)与沉默(Schweigen)语义相近。因, 默示意表示容易被误解为当事人沉默方“断”意思表示。实际上, 默示意表示“表现形态”限于沉默, 常见于“毋宁”某种积极, 向对方给付、受领给付、超市收银台“示货”等。鉴于“默示意表示”这一语具很强误导, 人们倾向称“推断意思表示”(konkludente Willenserklärung; schlüssige Willenserklärung)^[1] 或称“间接意思表示”, 因“推断”意“过”他“实施”间接地表达来。^[2] 沉默某些情形“具推断”, “推断”沉默具“某种意”。这意义, 沉默意思表示“推断”表示即默示意表示“种”。默示意表示与“示意”表示相区别。默示意表示“分”沉默意表示与“他”推断意表示, 二“区别”推断“意”“方”: “消极”, “积极”。这意义, “消极”推断意表示, “称”

* 杨雄, 2013 年规划“意思表示”风险及我民“策”(13YJA820056)、海市哲“规划”“信赖保护视角下民事”“力”(2011BFX007)、海市“曙光计划”(11SG51)。

[1] , Schweigen im Rechtsverkehr, Jura, 2003, S. 687 ff.; , BGB Allgemeiner Teil, 35. Aufl., C. H. Beck, München, 2011, S. 51; , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, S. 214.

[2] , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1960, Bd. 2, S. 943.

为极可思表。

(二) 沉默与拟制的关系

更为的是拟制表(fingierte Erklärung)之的关系。今为,学界在个题上依众说纷纭,主要原在于拟制表一的性。是一个古的。在萨维的思表论中,拟制表被定义为:在法则对情思表的,但不此事上在一项思,可以情为拟制表。拟制表的思表的在于,前者而论,思并被作为一个事以认,所以不必进行思表释,也不取于个案具体情况,同样,迫(Zwang)也不以思表似的式拟制表的。此外,拟制表并非基于可以被释为思之号

用。^[9] 第四种观点进一步限缩了拟制表示概念的外延,不仅认为“逾期不表示追认的,视为拒绝追认”并非拟制表示,而且认为只要内在意思仍有法律意义,则法律特别规定的其他沉默也不是拟制表示,毋宁是不可推定之推定的意思表示(unwiderleglich vermutete Willenserklärung)。只有如下情形才是拟制表示:行为尽管也如同一项意思表示归责于行为人,但其可能存在的与该归责效果相矛盾的效果意思在法律上却无关紧要。对于这种拟制表示,关于意思瑕疵之法律后果的规定原则上没有适用的余地。属于这种情形的是对存在漏洞的意思表示予以补充的规定,比如《德国民法典》第612条规定,如果依据具体情势只有付出酬金才能期待获得劳务,则视为默示地达成了酬金约定。类似的还有《德国民法典》第632条、第653条、第689条。^[10]

相对而言,以拉伦茨为代表的第一种观点和以恩内克彻卢斯与尼科代为代表的第四种观点对拟制表示这一概念的理解更接近于萨维尼,共同之处在于都认为拟制表示不是真正的意思表示,不适用意思表示解释和意思瑕疵之规则。分歧主要在于某些情形构成拟制表示。

ä 从当代德国法的学说论争来看,《德国民法典》第108条第2款第2句和第177条第2款第2句的定性是一个焦点。与之相对应的是我国《合同法》第47条第2款第2句和第48条第2款第2句。从本质上说,其中“未作表示的,视为拒绝追认”并非拟制表示。限制行为能力人订立的合同欠缺生效要件,即法定代理人的事先同意,否则,只有经过法定代理人的追认才能生效。追认是一种意思表示,存在该意思表示的,合同生效,不存在该意思表示的,合同不生效。按照我国《合同法》第47条第2款第1句的规定,^[11]相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。这一个月期间是除斥期间,在此期间内,法定代理人有权追认,期间届满,追认权消灭。此时如果法定代理人仍未表示追认,则不能再作追认。由于不曾存在追认表示而且将来也不可能发生追认表示,所以合同确定无效。为此,只要判定“不存在追认表示”即可,不需要判定“存在拒绝追认的

受人对是否购买标的物未作表示的,为购买。买卖是一种特殊的买卖。其特殊之处在于:双方当事人已经买卖合同的基本内容达成合意,但最迟可否发生买卖合同的效力,取决于买受人在期届满前是否对标的物表示认可。在德国法上,买卖通常被定性为附停止条件法律行为。其条件是买受人对标的物的认可(Billigung)。^[13]不过,确定性未必恰当。一方面,其本义而论,附停止条件法律行为的双方当事人已经成了意思表示,而且双方的意思表示经达成一致,法律行为的效力取决于意思表示之外的某个要素。买卖不具备一个特征,买卖合同是否生效恰恰取决于一方当事人基于确定的认可。为了解释这一现象,理论上不得不出“意愿条件”(Wollensbedingung)这一概念,但它充满疑问。^[14]另一方面,在买受人对标的物作出认可之前,出卖人承担了比较多的义务,比如容忍买受人,甚至通常需要交付标的物,起先已经超出了附停止条件法律行为在条件成就前的效力,后者限于不得撤回意思表示、不得阻碍条件的成就等。按照拉伦茨的见解,买卖合同的订立为两步。第一步是双方确定买卖合同的内容,但这是达成了一项意向。第二步是买受人后的认可而使在第一步中内容确定的合同生效。^[15]这一项合意具有一定的说服力,但不完美,无法解释如下问题:如果买卖双方在第一步达成意向,为何出卖人要负担义务?更为妥当的解释是:买卖双方在第一步经达成一项具有约束力的合意,其效力不在于发生买卖合同本身的给付义务,毋宁在于发生标的物相关的权利义务。此项合意是预备性的,其功效是为买卖合同的生效做铺垫,如同须经行政审批的合同,双方关于报批义务的约定也是本身具有约束力的预备性合意,其效力并不取决于目标合同最终是否生效。买受人对标的物的认可是买卖合同订立的第二步,实际上是关于买卖合同本身的承诺。尽管此前可已经确定买卖合同的基本内容,出卖人已经作出了愿意出卖的意思表示,但买受人对于是否购买未作出局性的确定,而这一项确定恰恰是意思表示的本质属性。买受人的认可具备一项属性,是意思表示。^[16]该意思表示可以是明确的,也可以是可推断的表示,比如买受人在收到货物后将货款给出卖人。如果买受人在期限内未作任何积极的表示,按照法律规定,为认可(购买)。

此项沉默的认可具备意思表示的效力。发生效力并无私法自治没有任何关系。买受人的沉默与出卖人的明确意思表示相结合,共同导致在双方之间发生买卖的债权债务关系。该法律关系并非法律直接规定的,毋宁是约定的,否则无法解释为何需要出卖人的意思表示以及为何出卖人的意思表示在瑕疵时债权债务关系将会受到影响。事实上,买受人的沉默也是一项正的意思表示,而不是所谓的拟制意思表示。法律之所以将买受人的沉默为认可(购买),是为经赋予买受人在收到货物之后的权利,可以购买,也可以不购买。如果买受人没有积极表示但却在期届满后继续占有标的物,通常意味着其确定购买。也就是说,从客观的角度,买受人的沉默具备认可(购买)表示之意义,是依据社会一般观念推断出的表示意义。因此,该项沉默也是可推断的意思表示。其他可推断的意思表示相比,其特殊之处在于:关于沉默的可推断性是立法者通一项规则作出一般性的判定,而不是法官在个案中据具体情况作出判定。这意味着在个案中买受人的沉默构成认可(购买)表示是没有争议的。不过,这一项结论涉及意思表示的成立,至于沉默

[13] 参见, § 454, Rn. 2; 参见, § 454, Rn. 1; [德]扬·冯·海、莉迪亚·贝伊:《要约通知 单一沉默》,王蒙,载《华东政法大学学报》2016年第2期。

[14] [德]拉伦茨:《德国法通论》,王晓晔、邵建东等,法律出版社2003年版,第686-687页。

[15] 同前注,第687页。

[16] 玉波、诚二、韩世远等认为买受人的认可(承认)在性质上是观念通知,不是意思表示。史宽、黄立则认为认可是意思表示。参见韩世远:《合同法学》,高等教育出版社2010年版,第407页。

□□□(购买)表□□□□否□□□□效力,□□另□□问□。□□,具□□□□□□□□□□□□
□力□□□表□瑕疵□□□。□□□□□□断□□表□,沉默□□□(购买)表□□□□应□□□□
□□。□□□□买受□□□欠□□□

□□《海□□》□ 72 、81 。(6)“□□□……□□力”□“□□□……”□ □□表□。□□《□□□》□ 215 (□□“□ □□面□□□,□□□□□□□□□力”)、《票□□》□ 43 。(6)□□□□。□□《海□□》□ 114 □□ 119 。

□□□殊□□ □□,□《□ □》□ 71 □ 2 □□ 3 、《破□□》□ 18 □ 2 □□ 2 □□《□□□□□》□ 14 □ 3 □。《□ □》□ 71 □ 2 □□ 3 □□:“□□



拟□表□□□□□□□□十□罕□,□且□未涉□太□具□问□,□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□针□沉默□□□断□□表□。

二、沉默□□表□□□□构造

□□□、□□□□□□□□常被□□□“例□情□”□□:(1)依□□□□构□□□□拒绝□沉默。□□《□□□□□》□416条□1款□2句、□455条□2句、□516条□2款□2句、□545条、《□□□□□》□91a条、□362条、《□□债□□》□395条□□《□□□□□》□517条□2款。^[27]□□□□,□□□□□□□□沉默,□□□□□争□,□□□□属□默□□□表□,□□□□属□拟□表□。(2)依□事□□□□构□□□□拒绝□沉默。^[28]□□□□□□□□情□□非默□□□表□,毋宁□□□□□表□。^[29](3)□□□迟□承诺□沉默。迟□□承诺构□□要□,□□虑□□容□□要□□容相符,□□□要□□未□□异□,□□□□□□□均□□□□□应□□□□,^[30]□□□□反□。^[31](4)双□□事□□□□□□□□□□□□□□要问□□□□□□□,□□□□,□□□筹备□□□□“□订□”(abschlussreif)状态,□□,□要□□沉默□常被□□承诺。^[32](5)针□□□□容□备□要□邀请,□□□□□□□拘束力且□容□要□邀请□□相符□要□,□□□□保持沉默。^[33](6)承诺□微背□要□□□□容,依《□□□□□》□150条□2款构□□要□,受□□□□□保持沉默,□

[33] Ü , § 151, Rn. 4; , Vor §§ 116 – 144, Rn. 76.

意味□□意。^[34] (7) □交□□□□形□, □分□□□□方□沉默□推断□□□□意,^[35] □□□□反□, □□□实□□意□□, 交□□□□□□□□□□。^[36] (8) □商□交易□□, □商□确□□沉默□视□□意。^[37] (9) 商□交易□, □方当□□先□已存□交易□□, □□, □方□□□方□□□□□沉默, □□□□□(BGHZ 1, 353ff.) □该沉默□□□□□, □未□□□□□□□□□□。□分□□(□□弗□梅□克□默)□□, □□□过沉默□□□□已□□当□□□间□□交易□□(□□先□□□□□□□), □再□沉默□构□□□。^[38] □瑞□□□, □□□□□□□□□方当□□□□交□□算□□、证券□管□□□框□□□, □□□□□□□方□间已存□交易□□, □□□间□方□□□方□某□□体□□□□沉默□, 视□□□。^[39] (10) □沉默□纯□益□□□, □□沉默□□。^[40] (11) □□□规□□□□□缩□□务□当□□□沉默构□□□。^[41] (12) □时, □□□□□□□享□□意(允许与□□)□□□□沉默构□□意。

□述诸□形□□值□□纳,□□逐□□□。□(2)种□形□□□□□□示意□□示,因□□方当□□已□□确地□沉默□□□□示□□,赋予□□示价值,□方□□沉默时,就□□确地□过这种□示□□□□示□意或拒绝,□□□□示意□□□□□推断。

[illegible]

[34] , Vor §§ 116–144, Rn. 76; , a. a. O., S. 529.

[35] , Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Erster Hälfte, Verlag von Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1914, S. 460.

[36] Ü , § 151, Rn. 5; , a. a. O., S. 986 Fn. 6.

[37] , Vor §§ 116–144, Rn. 73; Ü , § 147, Rn. 5–6; BSK OR I – Bucher/in, Art. 6 N22.

[38] , a. a. O., S. 658; , § 151, Rn. 5; BSK OR I – Bucher/in, Art. 6 N13.

[39] BSK OR I – Bucher/in, Art. 6 N14.

[40] Ü , § 147, Rn. 3; BSK OR I – Bucher/in, Art. 6 N12.

[41] , §§ 145 – 147, Rn. 3; , Vor §§ 116 – 144, Rn. 76.

[42] , Vor §§ 116 – 144, Rn. 76.

[43] , § 146, Rn. 2.

[44] 该 规 则：“□□□□□□限□□□□□□,按照□□□□形能够及时□□□□□□,□因□他□因□□□□□□时□过□□□□限□□□□□□及时□□□□□□因□□□□□□过□限□□□□该□□□□□□,该□□□□□效。”

“受要”值保护赖。面,“”具,受要解
“”要解,承诺表未超,依
受角却超。另面,要既事未指承诺,味未
表接受迟延承诺,尽管接受迟延承诺,事未必具
。受要既相承诺表,相要承诺表稍
微迟延。避免受要错赖,要应澄清。否,应
被解释要承诺表。迟延承诺
解释,应稍微迟延承诺表。^[45]

商确函规适用(4)、(5)种情形,似乎点勉。因,共,商确函沉还存处:方已就交易事共识,且函看来方已意表示致,受领已订决,^[49]函旨意容予事确,函理地受领常异议,相应地,受领沉就理地被理意。与,述(4)种情形,商谈虽然已共识,方向方要,表方已意表示致,否没必要再意表示。就应当方订决,即承。由方意表示致,方承能,沉能被要理地理承。因,述(4)种情形,把要沉视承必妥当。确实需要受领沉,只能考虑依函件具体表述相情事商确函要。

就(5)种情形,方向另方容完显然属要邀交易件,用“要邀”类或件包“意向我”类语句,把要沉视承。因,要邀容完,函然视要邀,表订尚终局决,与(4)种情形类似,要沉能被要理地理承。该交易件用述或语句,视情况要,这样,该件受领意表示就承,方。

述(6)种情形,我民规与民。照我《》31条规,受要仅要容非实,仍效承,非要及时表示或要表承要容何。就种例情形,受要要容——哪怕细——意表示新要,必过要承才能。由要事先已确表示受要要容何,新要,要必依样确方表示意,改,应沉意。就种例情形,民理看,受要仅要容非实意表示视新要,视效承。我《》31条规范观察,种。因,照这种,仅要容非实意表示,理间且要尚何表示,新要;理间时要表示,沉意新要;理间时要表示,被新要。二应该《》31条排种例,事实条“效承”,二吻。二种契《》31条规范意义:仅要容非实意表示,理间且要尚何表示,承,否效,尚确;理间时要表示,该承确效;理间时要表示,该承确无效。二与《》31条完吻。因,该条仅要容非实意表示应当效承新要。非因新要要沉承,宁因要与确效承相。“及时表示”虽然沉,非意表示效,异议理间消造效。异议形,与类似,能相:导致效确效,

[49] , HGB, § 346, Rn. 17; BGH NJW, 1972, 820; BGH NJW, 1965, 965.

异议行□□致效□待的行为确无效。综上,我国《合同法》第31条并涉及沉默意思表示。

德国法的上述第(6)种情形,在我国民法上无□借助沉默意思表示概念予以□决。

交□要,可□直接此立同,尚□□。如□《德国民法》第145条那样□要具备形式拘束□,生效可撤销,则依实□意则交□要立同,勉□□得过去。如□我国《合同法》第18条那样规要则上可以撤销,则似乎宜□交□要可以直接立同。因为,甲方□乙方发要,在□之前,乙方也□甲方发要,乙方的要并构□□,此时,甲方可以撤销尚未被□□的要,但如采用实□意则,同已□过交□要立,甲方得再撤销要,这实际上剥了要人撤销要的□,违背我国《合同法》第18条的意旨。

实,即便在□要具备形式拘束□的德国,主张交□要直接立同的观点也并未为□。实□意则并无充分的□□,乙方的要毕竟是指甲方的要作的同意表示,而真正的意恰恰是一方同意另一方的意表示,此时□方都已作了终决断,反之,仅仅□容上的巧尚足以构意。当前德国一种影响□的学□为,仅当两个要人没迟□地提异议的情况下,同才立,此时,一方的沉默构另一方要的□□。^[50]考虑我国《合同法》第18条之规,交□要,这种依沉默立同的观点更值得借鉴。

上述第(9)种情形,弗□梅和克默等人的观点可资赞同,而且,在我国民法存在相的法依。依我国《合同法》第125条第1款之规,同□释的依包括交易□□,依《□□人民法院适用〈□□人民共和国合同法〉若干□□的□释(二)》(法释[2009]5)第7条第1款第2之规,当事人□方常□用的□□法可以为同法所称“交易□□”。此,如在□方当事人先前交易实践□,一方当事人□□一次以沉默方式作□□且履行了此□立的同,依□□观念可以为□方当事人之间已就此形交易□□,则此一方当事人要再次沉默的,可以视为作□□。^[51]

上述第(10)种情形是□值得肯,则□□。在德国法上,学□为可以类推《德国民法》第516条第2款之规,□□一方纯□益同的沉默具备□□效□。^[52]过,仔细比较即可发现《德国民法》第516条第2款之规具特□的适用前提:在受赠人未参与的情况下,赠与人已

[50] , § 146, Rn. 7; , a. a. O., S. 279; , § 145, Rn. 24. 弗□梅为,两个要人都可以信赖同已立,如一方同的立提异议,另一方仍要作□□,但另一方该异议保□沉默的,同立(Vgl. , a. a. O., S. 651)。这种观点实□了交□要可以直接□致同立,隐含的意是交□要,如□方都没及时提异议,即保□沉默,则同立。布洛克斯与瓦尔克虽然未确定主张可以因当事人□□要的沉默而立同,但也□同可以依实□意则而立。参见[德]布洛克斯/瓦尔克:《德国民法总论》,张艳译,中国人民大学,2014年,第48。

[51] 在厦门市□级人民法院“(2014)厦民终字第2177”民事判决涉及的案件,□□租人与□租人,租按季提前7日预先支□,迟□支□7日的,租人□同。同□立,□租人迟□支□第二、三季租□□过7日,但租人在□租人转账之□□未及时提异议。第三季即届满时,租人作□同的表示,□租人收该表示的同日转账支□第□季租。□租人主张租人已默示□弃了□,但法院判决确同已□表示之日□。就案情节而论,该判决论无可厚非。过,如□表示在第□季租转账完日且第三季已届满之才,是□效则无□□。租人在第二、三季已“□一次”以沉默方式容忍了迟□租的□租人□□□□直至该季届满,□□租人以为只要租人没确定迟□租行为提异议,就可以□□租用□□,易言之,租人已默示□弃了□次迟□租行为的□。因此,当□租人支□了第□季租,即便迟□支□7日,依诚信则,租人理应尽快提异议,□则,为保□□租人的信赖,□□乎预料地被逐租赁□,可以租人的沉默□释为□弃□。租人只能等待下一次□租人迟□支□7日时再行□□。

[52] ü , § 151, Rn. 5, Fn. 15; , Vor §§ 116–144, Rn. 76.

过某项行为(比如第三人清偿)给赠人一项利益,赠与人催告赠人在合理期间内作出承诺表,赠人在该期间届满前未表示。仅在此前,赠人的才发生承诺力。反之,如果用达成合意再履行赠与的方式,则《德国民法典》第518条,赠与合同须作成公文书,不可能赠人的而成立。如果赠与合意的达成与履行同时进行,则《德国民法典》第516条第1,赠人的也不成承诺,至少要求赠人实了一项积极的可推行为。^[53]此,即便将《德国民法典》第516条第2类推适用于其他使一方纯获益合同的缔结,要约人的以承诺力,也应当要求要约人已经获得利益且要约人已经催告其在合理期间内作出表示。符合这一要求的形可。就我国民法而论,承认这种形中的具备承诺力基本上没有可行性,为我国民法欠像《德国民法典》第516条第2那可以作为解释论点的规定。关于赠与合同,我国《合同法》第185条规定必须由赠人表示接受赠与,没有规定赠人的——在特定条——视为同意。实际上,使一方纯获益的合同既然也是一种合同,就应当遵守缔约的一般规则,不能仅因为它使一方纯获益就承认该方的成承诺,否则将背离利益变动的合同原则,与承认单方意思表示即可给他人利益并。

强制缔约义务人对于要约的可否成承诺?此类义务人通是在市场上于垄断或强势地位且应生活必需用品或服务的企业,如电业、水务、电、公共交通企业。为公众的生存需要,对这类企业的缔约自由以制,使其不得随意向客户应。实现这一目的有多种可能的途。一是直接规定在此类企业与客户之间存在以有偿应为给付的法定债务关系。是尽可能将此类企业的相关行为解释为向特定范围内的公众发出的要约,这,公众可以根据需要向其作出承诺,使合同成立。三是使此类企业负强制缔约义务,客户向其发出要约后,其必须作出承诺,否则,客户有权请求法院令其作出承诺。^[54]四是客户向负强制缔约义务的企业发出要约,后者未作出反对表示的,其视为承诺。第一种途不甚妥当,为企业与客户之间债务关系的具体内容不可能全部由法律直接规定,宁大部分内容然需要由一份合同以定。即便在订立合同时企业的缔约自由到制,也不能说合同的订立不其意思决定,其不能决定的充其量是是否缔约,而不是以种内容缔约。第种途也不能解决全部问题。民法然承认向不特定人发出的要约(Publi-

[53] ü, § 516, Rn. 15, 49.

[54] 在德国法上,关于客户的缔约求权基础存在一定争议。例与学界通说认为,客户的缔约求权是《德国民法典》第249条规定的损害赔偿求权,赔偿方式是复原,即复到如果没有缔约本应具有的,结果就是缔结合同。《德国民事诉讼法》第894条之规定,法院的决替代缔约义务人的承诺表示,使合同成立。至于损害赔偿求权的基础,包括具体规定缔约义务的《航运法》、《铁路交通法》、《可再生能源法》、《企业组织法》等特别法的相关规定(特别强制缔约)。这些规定使当事人之间成立合同法定债务关系,缔约义务人缔约的,须《德国民法典》第2757

kumsofferte),^[55]但构 此类

此为沉默授权。法中援引项认定沉默授权的不在少数。^[60]此外,法中也在一将同权人的沉默认定为追认(后同)的,对权代追认,也对权的追认。比如,在“周、周乙、杨某、某原物纠纷案”中,杨某于1999年将周、周乙享有所有权的出并给某,经成,2013年,周、周乙请。一审法院审法院认为原告“在长达13年的里对不闻不,亦未对杨某的出行为对某出,其对杨某之出行为以默行为追认”,据此认定行为有效,驳原告讼请。^[61]如,在“张、张乙、赵、赵乙合同纠纷案”中,张乙以张名将张所有的出并给赵,15年后,拆,张请认行为效。法院认为张“在长达15年中对此并有作出式上的认……以一不作认的式对张乙的权代行为进行了追认”,据此认定张乙的代行为有效。^[62]

认在特定沉默可以构成前同,太大,是默授权的一。某人明知人正在代行为权,不同,本出,以制,则,代行为权之后将对人以代人于人陷于困。对于举之劳的,如果代人权利人急于为之,有悖诚,将其沉默释为同,其代行为行为之效果。反之,如果代人权利人后知悉权代权之,不宜将其沉默为同(追认)。权代的沉默追认而论,教上最大的障碍在于国《合同法》第48第2款之定(的是《德国法典》第177第2款)。据此,在对人告之后一个月内代人沉默的,合同不生效。此项定明,立法者并不想通权代行为生效的惩罚式追代人“说”,之,在权代行为发生后,代人有沉默。如果个案中在代人沉默的对人,备充的特。比如,一,对人不知代人欠代权,则,对人告代人作出是追认的,不得违诚坐等张代人的沉默构成追认。一,代人经知权代之,在长内未,其对利不关的态度不合诚原则。此外,对人基于对代行为有效性的赖经了某涉产的行为(赖投),如长期管、标的物,将其、出租,者将其所有的标的物代人等。不,合上思。为,将某人的行为(作为不作为)释为思系人,社会一念和习惯,从人,行为备特定,而在上中,对人既以为代行为有效,不会期待代人的追认,从而不会将代人的沉默为追认之思。对人并作为代人的沉默构成默追认,毋宁是其式的赖,“基于自矛盾行为的赖”(Vertrauenshaftung kraft widersprüchlichen Verhaltens):^[63]权代行为发生后,代人一未,将代行为作有

[60] 广州法院对“广东申星工贸有限公司余某、某、某合同纠纷案”作出的“(2004)重第16号”上;上第一中院对“权某中谷期货经纪有限公司期货合同纠纷案”作出的“(2004)一中()第274号”。

[61] 州中院对“周、周乙、杨某、某原物纠纷案”作出的“(2014)中第1103号”以州中院对案作出的“(2013)第0863号”。上松江法院对“某买合同纠纷案”作出的“(2014)松()第2250号”。

[62] 沈阳大东法院对“张、张乙、赵、赵乙合同纠纷案”作出的“(2014)大东第

[63]

[illegible][illegible][illegible][illegible]

□、沉默□□□□□瑕疵

[illegible]

[64] □□□归□□□□□□: □□沉默□(□□□□□□□□)□□□□□□□□, □□沉默□□□□(Qui tacet consentire videtur, ubi loqui potuit ac debuit; Schweigen gilt als Zustimmung, wenn der Schweigende hätte reden können und müssen)。Vgl. Ü
 , § 151, Rn. 6.

[65] , Vor §§ 116 – 144, Rn. 66; Ü , § 119, Rn. 64; – , Vertrauenshaftung, S. 205; , a. a. O. , S. 689.

争 焦 : 沉默 义 □ 误(断 □ 误: Schlüssigkeitsirrtum) 应否导致沉默
表 撤销。绝 持否 。^[66] ,

认为没有理由不适用意思表示错误规则中的撤销权。^[69]

不过,很多学者认为,在商事交易中,如果沉默者对于事实错误的发生有过错,应当排除其撤销权。^[70] 有的学者基于商人的组织风险理论,认为如果沉默者的错误是因为商人营业的典型风险而发生,则不允许其撤销沉默意思表示。比如,职员截留函件导致营业主没有看到该函件从而保持沉默就属于营业上的典型风险;反之,如果该函件是因为火灾而灭失,则不属于营业上的典型风险,沉默者可以撤销意思表示。^[71] 反对者认为,因为沉默者的过错而排除其撤销权缺乏实证法依据,在现行法中,即便错误方有过错,仍然可以撤销意思表示。另一方面,商人的组织风险理论并无足够的说服力,如果从组织风险理论可以推导出商人错误的沉默意思表示在其有过错时不得撤销,那么,同样也可以从中推导出商人其他类型的错误意思表示在其有过错时也不得撤销,但这样的结论显然也缺乏实证法依据。^[72] 这种观点值得肯定。在意思表示错误情形中,如果要限制具备可归责性的错误方的撤销权,不应只针对某一类型的意思表示,毋宁应对所有类型的意思表示予以统一处理。如果明示或积极可推断意思表示的可归责表意人可以撤销错误意思表示,而消极可推断(沉默)意思表示的可归责表意人却不得撤销错误意思表示,显然违背“本质相同的情况相同处理”原则。况且,仅仅基于一般的过错或组织风险就排除错误方的撤销权也显得过于轻率。鉴于错误方在撤销意思表示后必须向相对人负担损害赔偿,相对人的利益已经得到关照,为公平起见,仅当错误方具有重大过失时,才可以考虑排除其撤销权。当然,此项排除也只能借助于立法实现,在解释论上不具可行性。

Silence and Fiction in the Theory of Declaration of Will

Yang Daixiong

Abstract: It is stipulated by the law that in some circumstances, silence has the same effect as declaration of will. Stipulated silence may constitute a fiction of declaration, but in most cases, it constitutes an implied declaration of will. Rules concerning declaration of will are applicable not to the former, but to the latter. Silence can constitute a declaration of will not only according to legal provision or engagement, but t nQgo o dāt n oc o

□□□意□留,□ 规□戏谑□□。(2)□效力□,□□□与我□台湾地区“民□”规□,□□“□□□□”□意□□意□留□,该意□□ □效;□日□民□与韩□民□(□ 107 □)均规□,“□□□□□或□□”□意□□□意时,该意□□ □效。 □□□□□□□□单方虚伪 □ 规□□□□□,我□民□□总□□□□□□□该□□□□? 这 然□我□民□□总□□□□须□□□问□。笔□拟□□□□角□,□□□□几□民□总□□案或□议稿,□我□民□□总□□□□当□□□妥当地构□单方虚伪□ □□探讨,□冀□□□□□□ 绵薄□力。

□、□意□留□□□□、构□□□与我□□□选择

（一）真意保留的立法例

□意□留(Mentalreservation, Geheimer Vorbehalt), □称□□□留, □□□意□□意□□□□□效□□意□□留□□□, □□□□ □□□□□□□意□□意□□。〔4〕 □□□形, □意□由□□种□□或□□□□□, □□□意□(□意)与□ □□□□□□, □□□意□故意地□□使□ □来□□□□□□□效力。〔5〕 □型□□□□□礼□赠与给□窗乙, □□担□他□闲话, □向乙□□买卖□意□□□。

□□陆□□，□□□□意□□ □□框架□阐释□意□留，□□□□意□□ □□简单
□□形。□□尼□□：“□□□□序□□□们□间□效交往□备□每□ □□□靠□□□□。□
□□□，□们□□□□

□□□留作出□定。尽管如此,对于□□人有□□使内□□思□外在□□不一□,并□不□□□的内□发生法律效力□□,上□国家□法□别从以□□个角度□以□□,□□而□,(1)从合同解释的角度□以□定。对此,《瑞士债法典》第18□在合同解释的□畴□定:“对合同内□和□式的解释,□□□□合同□□人□□的□思□□和□□人□于□错□者有□掩盖合同的□□性质而使□的不正□的词□□者□达□式。”□此□□,《荷兰□法典》第3:35□□定:“□思□□中□思的□□,不得□援□以对抗将□人的□思□行为,按照□□的□势合□□解释为□□□人对其作出的有特定含□的□思□□的人。”《欧洲合同法原则》第5:101□、《国际□□合同通则》第4:1□均□定,如果不□□定双□□□人的□□,则□按照一个通□达□的人□于□同□□□对合同的□解解释。(2)□□□论。□□人□□内□□思□□□内□不一□,但是其既□作出了□达,□对人□会产生□□的□赖。对此,法国学说认为,□合同□□人隐藏□□的□□内□而制□了一□公开的文□,□文□□后□有□正□□双□合□的秘密文□□□反□□□,第□人可以从公开文□得出所有的后果,□使□并不代□缔约双□内部的□思□□,□□是说,秘密文□不□对抗第□人。□此可□,□使□□人不□使外在□□发生法律效力,□□□对人基于外在的□达内□可以得出正□结论,善□的□对人□此可不□□□。〔9〕

英美法上亦□□□□留的□□,□之□□的是“禁反□”(estoppel)的原则。所谓禁反□原则,是□如果允□未经磋□,但是允□对人□□赖□允□而为作为□不作为,则允□人此项允□□为有效的约□,从而使允□人对□允□承担责任。〔10〕禁反□□则最初□是□□□□缔约一□虚伪□思□□而□□赖□□□的□□。□一□□□人作出虚伪□思□□(false representation),则□对人□□赖其□思□□为□□而为一定行为并□□□,于此□□□,法院□可援□禁反□的法□,禁止虚伪□思□□的□□人□为任□□其□前虚伪□□□□之陈□□□张。〔11〕

(二)德国法上真意保留的考察

第一,□□人□□□有□□□□。□□□留□□□于□思□□的瑕疵□□,但是□□人通□□达于外部的行为的□□内□□□□有法律上的□值。□此,如果行为人□□不□其外在行为□法律的拘束,则不发生□□□留的问题,□为此□□□人作出的并□□思□□。□如在戏剧□出,□□□向乙□□□□□送给□□乙一幢房屋;□在课堂教学之中,教师讲授票据法□而给学生开据□票。此□□□均不□于□□□留。□反,在□□□留的□□,□□人知□根据一般的□解其□□出□的内□在法律□□中是□有法律□□的,□□□人□有□□□□(Erklärungsbewußtsein)。〔12〕

第□,□□人故□使□□的内□□其□思不一□。□据□□人的□□所得出的客□的、□□的□□,□□□人的内□□思不□符,而□□□人故□使□□□□思不一□,□□□□□的□□□□□□错误(重大误解)不同。在□□人□□□机关为□□□,□□人□□□机关所□□者,□自己□□之不一□有认□□,亦可成立□□□留;反之,□□人期待□□机关为□其□□一□之□□行为,□□机关故□□□□失而为反于□□之□思□□□,其□□行为对于□□人本人而□,为□□□的□□□□□,□发生为错误之问题(□达错误)。〔13〕□□□□人故□使□□□□思不一□,但其未□构成恶□。

〔9〕 [法]□□·盖□坦吉□·古博:《法国□法总论》,陈鹏等□,法律出版社2004年版,第781-782页。

〔10〕 [美]A. L. 科宾:《科宾论合同》(上),中国大□科全□出版社1997年版,第358页。

〔11〕 杨桢:《英美□约法论》,北京大学出版社2007年版,第124页。

〔12〕 同□5□□,第444页。

〔13〕 □□史□宽:《□法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第379页。

,梅迪库斯 举例□:“假 债 G 罹患 病、□ 死亡的债□ S表□免 债□,减轻S的死亡痛苦。□ 法 没 《 □法 》116条□ 的□□局限 表□ 具 恶□的□□。□ ,依□必须□□116条的□ ,□为G□无法向S□ 心的保留。”^[14]

三,表□ 隐匿□ 让相 知道 心□ 。真□保留,表□ 怀 使 □误□的□□ 为 ,□ 保留 隐蔽的。^[15] □ ,□使表□ □的保留告诉 某一 相 的三,依□无 紧要。□表□ 为□ 知道 表□□□□ 相 应的真□, 属 真□保留, 属 戏谑 为。^[16] 至 表□ 隐藏□ 的□机, 影响真□保留的构 。 ,真□保留必须□表□事□表□ 所背 的法 □相 □。□ ,真□保留的□ □□ 为 □□ 承担义□,打□覆 的 。

, 真□保留的举□责任, □情□ 异。主张□ 表□为 效 □事 □, □需□ □ 表□ □ □,无须□ 真□保留 □。反 , 欲主张□ 表□无效,应□表□ □承担相 知 真□保留的举□责任。□为真□保留 被 为 效的,□翻□ 的□归表□ 享 ,所 □表□ 承担,□样解释较为妥□。^[17]

(三) □国相关立法的□□

□ □ 法 □相 司法解释 □ 真□保留, 常委 法工委□法室 草的《□□ □法总 (草案)》亦 □ 真□保留。 , 常 □ 肯。^[18] □ “ □ 稿”均□ 真□保留。□ 为,□法 总 应□ □ 表□瑕疵的□□ □ 真□保留,主要□ □ □:

一, 解释□表□□ □ □□ 真□保留。依 解释□ ,表□ 应□表 清楚,使受□ 常情况□,□解表□ 所指的□义,否 , 应□表□ 承担。□ , □ 表□的□□□义□,□□要 一般的语□□法、某□表 □ □□ 的□ □义 □□ 的□□□□ 它的□解为准。^[19] □ 角 □,真□保留□ 的解释 相 的法 效 , 表□□ 亦 相 的 。 , 相 知晓表□ 心 保留真□,真□保留□ 解释□ 的法 效力。依 解释□ ,相 □ □期符的 真□虑 仔□□□,□ 知晓表□ □ 的, 表□ 所指的□ 效力。^[20] □□ , 情□,表□ 的 □ □ 应□□ □□ 的□ □义 作为表□的□□□义。□ 的“错误的表□无害” (帝 法 1916 Haakjöringsköd 案)□ □。 ,依 真□保留,□ 相 知晓表□ 的 □□ 的, 无效的 。 且, 真□保留的情□,表□ □使表□□□ 一致, “错误的表□无害”的 □为表□ 疏忽□错误的表□所致。^[21]

[14] □ 5 □□, 449。

[15] □□[日]山 敬三:《□法 义 I:总 》,解亘□, 2012, 117。□ 日 法 属 狭义的真□保留。

[16] □ 4 □□, 239-240。

[17] □□[日] 江幸 :《□法 义 I:□法总 》,渠涛□, 2015, 171。

[18] □□梁慧星:《□法总 》,法 2011, 177;马俊驹、余延满:《□法 》,法 2010, 193; □ □ :《□ □法 □ 表□瑕疵的□善》,载《 □司法》2014 3 期, 66-69。

[19] □□[]□□· 茨:《 □法 》(□), 晓晔 □,法 2003, 460。

[20] □□[]迪 □·施瓦布:《□法导 》,郑冲□,法 2006, 402。

[21] □□ 天凡:《错误的表□无害 □要 法 为 效力》,载《比较法 》2011 6 期, 76-80。

（一）真意保留效力的基本原理

□□留的法律效力是予以保护：一是□□护原则。□人作了有法律上的□内，□对此有□的□□，□此有□□护□□□。外□□的角度，□□护对人对□的□□。外□□又□□则，□权利□□人本权的导□权利□思的外部□□(虚像)□□状态(□像)不一□，□□□□□对人所□□□此有所作为□，法律将根据□于外部的权利□思状态□定法律后果，不□据□□状态□定法律后果，□□护□□对人，□□□安全。^[23] □是归责原则。□于□人故□□使□思□□□不一□，□□□使其承担不利□。^[24] 对此，□本学田喜久认为，于此□□，对“虚假的□人”是不□保护的，□□护“□□□□思□□的□人”。□为“虚假□人”故□作一□□其效果□思不一□的□□为，其明知虚假□思□□对□□□故□为之，所以□□到□思□□的拘□。□□，拘□在根据不是效果□思，是□□人承担在其□思□□为中□断□的效果□思□担的责任。□□□□思□□之□人□法了解□人内的□□□思，□□□护，□□□比较公平□。^[25]

比较法的角度，□□□留的□思□□¹则有效，但是□对²知□□项□留的□思，则□□思□□□效。□□取的是□□□□为³则、□思□□为□外的□□□，□□□□将□对⁴对□□的□□□于□□□□的□，有利于□□□护□□安全，同□兼□了□□人的□思⁵。〔26〕所不同的是，国、□国□湾□澳门□□□法以□对⁶明知为□□，□本、韩国□法则以□对⁷知□□□□知□为□□，□□□□：

第一,□对人 不知□人 □□□留,对□思□□ □任□□□,□思□□系□有效。倘□□□人

有意识地作出 歧义两可的表意,而相对人仅从其中某一层意思上来理解表意,而表意人的真意保留却是表意人仅以另一层意思发生效力,或表意人作出 歧义两可表意的目的在于将表意的 歧义两可作为其主张表意无效的理由,那么《德国民法典》第 116 条第一句的规定也同样可以适用。按照第 116 条第一句的规定,原则上故意作出 歧义两可表意的表意人必须使其表意按照受领人(或者在无须经受领表的情形中,按照表意所涉及的人)对其表意所理解的意思生效。^[27]

第二,相对人知晓表意人真意保留,意思表意无效。为受领人在此明白表意人实际上并不想要其所表意的东西,信赖利益的保护已不存在,此法律优先考虑了表意人的意思。从比较法上看,对于知晓的意义,立法存在差异:(1)德国民法、我国台湾地区“民法”等以相对人明知为条件。是否明知,应斟酌当事人双方具体情况个别而认定。^[28]相对人如何知悉,对本条的规定并无分别,如相对人过失而不知其保留,意思表意不因此而无效。相对人无需知悉表意人的具体真意,只要知晓表意人隐藏真意即可。(2)日本、韩国民法以相对人知道或者应当知道为要件。所谓应当知道,是指相对人可容易地知道,但有过失地未知晓的情形。^[29]两相比较而言,前者更偏重表意主义的立场。相反,后者要求相对人须提高对表意人意思的注意程度,此种立法其实限制了对相对人信赖的保护。^[30]在特殊情形,法律基于表意主义的立场,排除相对人知晓表意人真意保留使该意思表意无效的适用,具体而言:(1)在 法律领域影响多数人权利义务的行为,例如公司的认股行为,即使股东有真意保留情形亦恒为有效。(2)具有高度形式性的行为,如票据行为、无记名 债券的发行行为等。就票据行为而言,

依照票上所载文义进行解释,即使出票人的真实意思与票据的书面记载内容不符,也不影响其效力。

□ 实意□□□ □□□。”(2)□“□□□ 稿”看, □□□□□ 街□ □《□□□□ □□ 稿》(征 意见稿)□ 133 、□□星□□负 持□《□□ □□ □□ 稿□ □》□ 131 、□□忠□□负 □ □《□□□□ 稿》□ 146 、杨□新□□负 □ □《□□□ □》(2.0 □)□ 136 、□□□□ 持□ □《□□□ □□ □□□(□□ 稿)》□ 108 □ □球□□负 □ □《□□□ □□ □□·□□□》(□□ 稿)□ 142 均 □,□□□ 意瞒□ 实意□□□意□表 □,□□ □□□□□ ;□□□ □ □□□□□,□□□□,该 □□□ □意□ □。□□□ ,□述 □□ □ □点均 □ 意 留□□□□ ,分□□□□否□ □□ 当□ 表意□ 意 留□□ 意 留 □ 。

意 留意□表 □ 力,□ □□□□ □□意□□□□□ □ 护□□ □ 护□□□,□质□□意□ 表 □ □□□ 平□。□□ 意 留□ 力,□ 护 □安□□ □□ □ 护,□□□表 □□□ □妥当□。表意□□然□过□表 ,□意 地使□种□□□□□□ 力,那么□就□□□□□种□表□□ □ □意 , 止□□ □□□□。^[35] □ □护 安□□ 护□需 □益强烈□现□□□,□ □□ 当□晓表意□□ 意 □□□,然□ 表 □□□ □□。□□□□□□ □□□ 93 □□书 □□□, 许这种表意□□ □□□□ □ □ 意□ □□解□ 否□意□表 □ 力,□□□ □。□□ , 否□意□表 力□, 当限□ □□□ 表意□ 意□ 。□□ □ □《□□方□》(11.5 □)就□ □ □ 留, 否□表意□意□表 力□,限□□ □□□ 表意□ 意□ 。^[36] □□见,□□□□始 □□□意□ 向表 □。

笔□□□,□ □□□□表意□ 意 留□ , □意□表 ,使该意□表 □□□□,□时 表意□□□□□,□□妥当。这□ □:(1)□表意□ 意 留□ ,□□ □表意□□ 留□ 意□。□ □□□□晓表意□□ 意时 □该意□表 ,□ 损 □□□□□益。 □,□电□赠 乙,乙□丙 □晓□□□□□卖□他,□时□□直接否□意□表 □ 力□损 乙□□益;(2) □□□□表意□□ 意 留,□意□表 □□□ ,□□妥当地□□表意□ □□□□益。然 □□□□晓表意□□ 意□□□ □□ □□ 护,□□表意□□ □ 意 持□表 □□ □□。□□ ,乙 然□晓□□□□□留意(□卖),□□□□然 持赠 □□□ 力。□,□□ □ □□□□表意□□ 意 留时该意□表 □□□,□选择□ □表意□,□□□ 地□□表意□□意□□□。(3)□□茨□□□□, □ 意 留□□□□□□□□□□—— 然这□□种□□□□ □□□方□—— □ 该 □ 护□□□□表意□,□ □□ □□。 □,即使□ □ □□看□□表意□□□□□意 ,他 □□ 表意□承□□表 □□ □。□□□□□□□□ □□□□ □,□ □□□□方面□□ : □□“意□□”□影响。 □,《□□ □□》□ 116 □ □ 然□□ □,□□□□□ □□□□ □。^[37] (4)□□□□□ 看,□ □□□□表意□ 意 留时, 表意□□□ □ , □□□□ □ □。^[38] 这 ,□过解□,《□□ □□》□ 94

[35] □注 19 引书,□ 494 □。

[36] □注 15 引书,□ 118 □。

[37] □注 19 引书,□ 495 □。□迪□ □□ 然□□意□□茨□□□□观点,□□ □ □□□“限 □解□”,即使意□表 □□觉 □□表意□□ 留, 该意□表 □□□他□、□□ 该 留□□□□,那么该意□表 □。□注 5 引书,□ 445-446 □。

[38] □注 17 引书,□ 171 □。

条但 的 表 无效 经 似 可撤销。

(四)真意保留身份行为的特殊效力

真 保留 用 财产行为并无疑问。 疑问的是,婚姻当事人一方 无真 婚的 ,为达其他目的而为 婚的 表 时,此 份行为的效力如何?从比较法上 ,依《德国婚姻法》第16条、《瑞 法》第120条,不问相 人知道 否,均为 效。《奥地 普 法》亦 ,并用耳其人语“婚姻无口 ,一 皆真 ”;^[39]在日 , 法 第94条 的真 保留 用 以当事人的真 为必要的 份行为。表 人 以真 保留为 主张婚姻无效,使相 人知其 不合 表 人表 的真 ,也 例外。^[40]在 国法上, 所谓“ 笑婚姻”,其在 上 具备双方 表 一致的必要条件,可以 效。 宣告该婚姻为无效的一方必须 其 为 笑的 。在 相 人的 案件中,如 婚姻存在问 ,并且当事人婚 并未同居, 虑 当事人的同 ,并非 全自愿以 当事人还 成熟,法院 常会批准宣布该婚姻无效。 而, 法院 婚姻 的处 很严肃,在 欺 诈、胁迫 精神耗 的充 时,他 不会宣布该婚姻无效。^[41] 国 台湾地 “ 法” 此未作 ,学 认为,在 婚之时,相 人纵明知另一方为真 保留,其 婚要 仍系 效,相 人 之承诺,仍成立 效之婚姻,以保障家庭 婚姻。^[42]

认为,相比财产行为, 份行为具 特殊性, 婚姻、收养等以当事人之真 为必要的 份行为, 用 法 总则之中的真 保留 。依 国法 的 ,婚姻(《婚姻法》第8条)、收养(《收养法》第15条)的当事人必须向登记机 办 登记,婚姻、收养 以成立,此, 所谓的真 保留 份行为的效力可采取大陆法系的 常做法, 无论相 人是否为恶 ,表 人均 以真 保留为 主张其无效。

四、口口行为的立法例 其法 效

(一)戏谑行为的概念与实质

口口行为,又 为“非诚 表 ”、“非认真表 ”以 “ 真 的表 ”,是指行为人作出的表 并非 真 ,并且期待相 人会立 了解其表 并非 出自真 的 表 。《德国 法》第118条使用的 语是口口表 (Scherzerklärung),但学 普遍认为,该 语过 狭窄,为 诚 的 表 未必都是 笑。^[43]

在口口行为的情 ,表 人既没 故 藏其真 (真 保留 同),相 人也没 保留的 表 同 (谋 伪表 不同)。相反,表 人期待着其“并非 真 的事 不会被他人所解”。 是 ,表 人至 是 以 列方式使相 人认 自己的真 保留:在 初的惊口以 ,立 认清表 人的真 表 行为。^[44] 行为人作出口口行为的 机,可 是为了开 笑, 为让相 人

[39] 史尚 :《亲属法论》,中国 法大学出版 2000年版,第191页。

[40] [日]口生武夫:《婚姻法之近代》,胡长清 ,中国 法大学出版 2003年版,第57-59页。

[41] 夏口兰:《 国现代婚姻家庭制度》,中国 法大学出版 1999年版,第46-47页。

[42] 黄立:《 法总则》,中国 法大学出版 2002年版,第283页。

[43] , Allgemeiner Teil des BGB, 34. Aufl., 2010, Rn. 398.

[44] 同 5 ,第448页。

吃□惊,或使□□方陷入窘境。^[45] □□,□□附□商□购□,□□乙□称:“□□老朋□,算什么钱!”
□□□□赠与□意□,□□□□□□□□,这即□□诚意□示。□诚意□示□实质,□□□意□□□
他□□□□□示□缺乏□意□,□□看来,□□意□□□□□“秘密”,□□□意□□动机(□□玩□、
吹□)□□考□□列。□□□□,□意□□□□□□□欺骗□□□,□□□□决□□□□□□□□示
及□□实□形□识□□□示□□严肃□。^[46] 值□注意□□,戏谑□□□适用□□□切种类□意□□
示。^[47] 那些□意□□示□□□,□□□师□□堂□□□□□□□□□□□□□□示,或□戏剧□演□
演□□赠与□□,由□□述□□□□意□均□□□示意识,因□□□戏谑□□。

（二）戏谑行为效力的立法例

□□□□,□□、葡萄牙及我□□地区民□□意□留□□□□规□□戏谑□□;□日□民□及我□台湾地区“民□”仅规□□□意□留,□未规□戏谑□□。□□□□□看,□□戏谑□□□□□效□□体□□归□两类,□体□言:

□□,□□民□□。《□□民□□》□118□规□,□诚意□意□□示,若□意□□待诚意□缺乏□□□□误□,□效。□□,□122□规□,□□□□□误□□该□示确□□意,□□意□□须向□□□赔偿因信赖该意□□示□效□遭□□损□;反□,□□□□□或因过失□□□□□意□□□意□,□□□赔偿□务。《□□民□□》□238□□规□与□□□。〔48〕□□□□策□看,这□□□□□意□□□□□□⁴⁸□□示□□□□场。

□□,瑞□民□□。瑞□民□虽未□□□□规□,□□□□与□□□信赖□护□□□□□,□□戏谑□□□□□效力□□□□□□□场:□□□□能够□□□□严肃□□示,□绝□□效;反□,该意□□示□效,□意□□□拘束。^[49]我□台湾地区“民□”仅规□□□意□留(□86□),若□□□戏谑□□,□适用□意□留□规□□□□□效,□□□□晓□意□□意□留□□□□效。^[50]□□□□策□看,这□□□□□□□示□□□□□□^参意□□□□□□□场。

□、我□□□□戏谑□□□分歧与□析

（一）我国相关学说及立法争议

我□现□□及□□司□解释□未规□戏谑□□。□□□,□□纳戏谑□示□称谓,^[51]□□□□□□□□,□诚意□示□□□□□□妥当。^[52]民□理□□□□我□未来民□□总□□否□当□□意□留□□规□戏谑□□□识□□,□体□言:

□□,否□□。□□□□□□□□区分□意□留与戏谑□□,这□因□:□方□,□□□限□易划

[45] □注 19 引书, □ 496 □。

[46] □注1引书,□491□。

[47] □注7引书,□45□。

[48] 《□□民□□》□ 238 □(□□□□示)规□：“1. □□□□□□□□示，□预□□□□他□误解□□□□，该□示□□任□效力。2. 然□，□该□示□□时□□体□□使□意□□理□理□视□□□□□□□□示，□□意□□□□就□□□□损失□□赔偿。”

[49] 参见龙卫球:《民□总□》,□□□□□□□□ 2002 □□,□ 485 □。

[50] □注 13 引书, □ 380 □。

[51] 参见杨□新:《民□总□》,□□□□□ 2013 □□,□ 486 □。

[52] 朱育:《民总》, 2013 年, 258 页。

， 难□很□；另□方面， □表 无效□□□，□□过真 保留□表 □□ □表 无效□相□□□□□心□□保留□足， 样，□□ □ □□“非□ 表 ”□ □□□般□真 保留 现□非□ □ □无效。^[53] 还□□□□□，应□戏谑□□ □真 保留□ □□ □表 ，□无效当□例□，□ □□表 无效□举 责任应该□表 □， 样□□避免 过□ □□ 叉导致 □□。^[54]

□二,肯□□。□□□□,戏谑□□□ □□被相□□ 破□□□,□□ □被 破□ □
□□□高□□ 别□真 保留。□□豁免戏谑□□□□□□□,□□很□要□□ □表 □□□
□ 破□。□□ □ 破□□□“□□ □ ,□□ ,应该□□□□□ □客 □□ □
□。超过□ □□□ 别□ ,□□ □超过□ □“□”,□被□□□排斥。戏谑□□□“□”
□□ 表 □□ 现□□ □,□受表 □□□场□、□□□□ □□□□束。^[55] 还□□□□□□, □
台湾地 “ □”□86条 □客 方面,□真 保留□□戏谑□□□二□□,概□□效□□□□,□ □
简单□□,□稍 □断,面□□案时□□难□充 愿 □□□ □,增□表 □□□ 风险;□□□路
留□□案 □□余地,□ □□导致□□ □□□□变□复复杂。^[56]

□□□□，□□□否应□真保留^[56]。戏谑□□□二□□，还□ □ □，□□总□草案□稿□ □□□。(1)□□ □□□□(草案)例。2002 □ 12月□布□《□□□ □□ □草案》□ 66条 □：“虚假□ □表，表 □□□主张该 □表无效，□相□□□道 □应当□道该 □表 ^非□真 □□□致□□□。” □□真保留^[57]非□ 表 □□□“虚假□表”。□□□□策□，^非□ □□ □台湾地 “ □”保护相□□□ 赖□□□ 神相□。(2) □□□(草案)例。□□□□□ 衔□草□《 □□总□ □□ 稿》(征 见稿)□ 134条(非□ 表)、□□忠□□负责□草□《 □总□□ 稿》□ 149条、杨□新□□负责□草□《 □总□草案》(2.0 □)□ 138条(戏谑□□)□□ 梁慧星□□负责主持□《□□ □□草案□ 稿附 □》(戏谑□ □表)均 □□戏谑□□。□□，□□□效□□，□□□□□ 衔□草□《 □□总□ □□ 稿》(征 见稿)□ 134条 □：“□□□故 隐瞒□真 □□□ □表，□□待□方□□解该 □表 □非□□真 □，□□□□无效。□□□□应当赔偿□方^非 □ 赖□□□ 失。”采□□□□□□□ □主义□□□□顾表 主义□□场， □□表 □□ □□□ □相□□□ 赖保护，□□□保护相□□□□ 赖，表 □赔偿相□□□消极 赖□，□恢复至□□□□订□时□□态。杨□新□□^非梁慧星□□负责主持□草案 □□ 相□。李□军□□主持□草□《□□□ □□ □总□(□□ 稿)》□ 110条 □：“表 □非□□真 □且预□他□□□□ □欠真 □，□ □表 无效。”^[57]龙□球□□负责□草□《□□□ □□ □□□·□□□□》(草案□稿)□ 143条(非□ 表) □：“表 □□非□ 表，该□□□□□□□ □无效，□□□ □相□□应当□道□例□。□□‘ □’，应依□ □□三□□□□ □□判断。” □□见，□□戏谑□□采□□□□□策□表 主义□□场， ^非□ □□ □保护相□□ 赖□ □□场相□。

□□,还□□□□□,运□戏谑□□□□很妥当地解□□司□审判□□案件,具□:

(53) □ 25 , □ 96 □。

[54] □□, □ 18 □, □ 66-69 □。

[55] □ 51 , □ 487 - 488 □。

[56] □ 52 , □ 260 □。

[57] 李军:《中国总(稿) 》,载《中国总(稿) 》2016 年3 月,191 页。

(1) □□□案例□,被誉□“□□陶□”□被告□ 2006 □ 4 月 1 日□□央电 台《乡□》节□□表 ,□□
□□ 完□五层吊球陶器□□, □获□被告□□□艺□□心三层房□ 楼□□□财□。□告 □破解
这□□□□谜,努力完□□□件□方面均□色□□□,□且拍摄□□□照片□ DV 短片,□被告□ □
□。□告□ 2007 □ 6 月 8 日向□□ 诉状,请 □□判

□信赖与□□□□要求□《□□民□□》□效时□□,由□□们□□□□□□交易□联□越来越紧□,□信赖保□□□要日益□□”。^[71]《□□民□□》□单方虚□表示区分□真意保□与戏谑□□,□□□□采□意□主义□□□、表示主义□例□□□场已□能适应信赖保□□□求。相反,日□民□及我□台湾地区“民□”□戏谑□□□弃,□□被□□表示主义□□□、意□主义□例□□真意保□□吸收□□□例□□□理。

百□□□,□尚宽、胡□清□先贤□笈游□□日、□诸□,欲探求、借鉴□□先□□□理□□展□弱□□□。1929□□始□□□“□民□(□□民□民□)”,□单方虚□表示□未□□□□那样区分□真意保□与戏谑□□。□□戏谑□□,□□非真意□观□充分□白□□□意□表示□,亦应包括□真意保□□□。^[72]迄今已□百□,□□民□戏谑□□规范□状况无□印证□先贤们□智慧:戏谑□□非常罕见,□□无适用价值。^[73]

总□,我□民□□总□□□应单□规□戏谑□□,□应当由真意保□□涵□。□表示主义□信赖保□□□□□策□下,□□兼及表意□□意□□□,应□真意保□□□□□效□例□□无效改□□撤销。□□真意保□□□规□□:“表意□故意□□与□真□意□□□致□表示□,该意□表示□□效。表意□能够证□相□□□□□,□□□撤销该意□表示,□表意□□□撤销□□□□□□□□抗善意□□□。”

Introspection and Construction of True Meaning Reservations and Playful Behavior

Ran Keping

Abstract: True meaning reservations and non-sincerity expression of the German law are that expression person inconsistent with intentionally false representation unilateral meaning. The only difference is that the subjective aspect of expression people: the former expression person intentionally hides its true meaning; the latter expression person expects their counterparts to recognize the true meaning. Because of the difficulties of subjective evidence, the two are hard to distinguish. Due to the strong demand for modern society trust protection and transaction security, our Civil Code should abandon non sincerity expression, formulate true meaning reservations, and set up a condition allowing expression people to revoke the expression if the other party knows his true meaning in order to adapt the trend which protects reasonable reliance of counterpart and autonomy of expression people.

Keywords: true meaning reservation; playful behavior; reasonable reliance; expressionism; intentionalism

(责任编辑:丁洁琳)

[71] 参见 M. 沃尔夫 (Manfred Wolf):《民□□□□化》,丁□春译,载《现□□□》200 □□3 □,□ 144 16 □。

[72] □注 13 引书,□ 380 □。

[73] □注 5 引书,□ 448 □。

【法政时评】

□ □ □ 规 □ 五十 □ □ □ □ 念与省 □

10

摘要:在米兰达例之前,美国最高法院虽然已在个案中解释了1791年宪法第五修正案中“不得强迫其自证其罪”“当被控罪人”条款的基本内容,但其用“米兰达”这一标准来保护被告人的权利存在不足。20世纪60年代,美国最高法院法官以“米兰达一案”对第五修正案的合法性进行审查,通过马普诉俄亥俄案、特里案、斯考特案等多起案件,宣告了米兰达规则、律师会见权、讯问时律师在场对被告人辩护的正当性。美国最高法院对米兰达案进行了“宪法性解释”,在1966年米兰达案中确立了米兰达规则、律师辩护权、证据规则等多项原则,该案因此也成为米兰达规则的法理标准。在后米兰达时代,米兰达规则发生了演变,米兰达规则有时被部分适用,有时则被限制适用。对两种立场进行了比较后,最终米兰达规则成为美国法律的一部分。“米兰达一案”的“就论”的法律原则值得我国借鉴,有助于反思欧陆法学思想,有助于通过法律个案进入人权保护。

关键词: □ 伦法 □ □ □ □ 米兰达规则 不 ■ 证其 一 / 一案

“我们不 大多□人服务,我们不 少□人服务,我们 在□法和□□的指引 , 我 们 见到的公共 益服务。”

——厄尔·沃伦

□当□事诉讼□展□,□联□高□1966□□□□判决无疑□具□□程碑意义□判例。^[1]□当□□□□师□□言,几乎无□□□晓□□□规□。虽然,被告□□□□终□审□再□被□罪,^[2]□□该案□□□宣告□□事被告□侦查讯问时拥□□□救□□□□,例□申请□师

* 苏州□□□健□□□副□□,□□□□。□□□ 2012 □□□哲□□□□□□□□□□“□事程序□□功能□□”(□□批准□;

$$[1]$$

[2]

□场□□□、获□免□□师 护□□□、□持沉默□□□、 排□违□□词□□□□□、放□□□□
□□需□□□□愿□。^[3] □□□□□□□□□□□□□□□□州□□□司□,亦 洋□海□□□□
□□□□□侦讯□□□变□,□案□□□□□□□沃□□□□□□□讼□□□□□□□□案□。50 □
□,□□□□□□□□解□□□□□□□□□□变□

cing)自 1943 年,违反了美国宪法第十四修正案的“正当程序”条款,因此推翻了州法院判例。^[4] 1944 年,在 1943 年夫特诉田纳西州一案中,警方对嫌疑人进行了 36 小时的疲劳讯问,美国最高法院裁定警方 36 小时讯问且剥夺了嫌疑人睡眠、饮食的行为构成强制讯问,因此警方

2. 美“司法动主”米兰达则的确立

1966 年，温瑞受 温瑞诉，经过五周庭审，5:4 的 温瑞 温瑞嫌温瑞应拥 温瑞： 温瑞、方告温瑞 温瑞义、告温瑞，温瑞义、温瑞贫穷被告温瑞指温瑞义 温瑞 温瑞非温瑞 温瑞。^[15] 温瑞温瑞判，温瑞被一温瑞 温瑞判例“温瑞集”，温瑞时温瑞被一温瑞吉迪 诉温瑞温瑞判 温瑞“温瑞 级”。^[16] 温瑞温瑞判 温瑞温瑞当温瑞事温瑞具温瑞时温瑞 义，温瑞主要温瑞 温瑞：(1) 温瑞何温瑞判 嫌温瑞温瑞 温瑞 温瑞，温瑞温瑞采用温瑞新温瑞温瑞温瑞， 温瑞“心 温瑞”温瑞温瑞温瑞方，^[17] 温瑞且要 温瑞方 温瑞履温瑞温瑞告温瑞义，这温瑞新温瑞温瑞无温瑞例，温瑞当时温瑞温瑞温瑞

[17] “Again we stress that the modern practice of in – custody interrogation is psychologically rather than physically oriented.”
 , 384 U. S. 436 (1966) , Chief Justice Warren’s opinion.

惊雷^[18] (2)虽然,该判决^[19]效适用,该判例^[20]受警方、^[21]、^[22]、媒体^[23]至^[24],^[25]警方^[26]手^[27]。很^[28],^[29]判决^[30]赋予嫌^[31]组^[32],意味^[33]由^[34]执^[35]机^[36]“警察讯^[37]规范”,^[38]色^[39]乱地^[40]警方^[41]执^[42]监^[43]。^[44]事^[45]诉讼判例^[46],^[47]判决^[48]当时^[49]执^[50]机^[51]言无^[52]具冲^[53]判例,促^[54]执^[55]机^[56]调整讯^[57]策略与讯^[58]方^[59]来遵守^[60]判例。虽然,来判例^[61]演^[62]过程^[63]现^[64]些^[65]折,^[66]事^[67]终印证:^[68]事执^[69]机^[70]过^[71]调适,逐渐接受^[72]至^[73]规^[74]存^[75]。^[76]规^[77]事^[78]诉讼程序^[79]化^[80]程,^[81]谓^[82]意义^[83]。(3)过^[84]案^[85]条^[86]释,^[87]释^[88]逐渐^[89]显^[90],终^[91]领域^[92]范。^[93]判例体现^[94]查^[95]“^[96]能动主义”(judicial activism),^[97]被视^[98]“造^[99]释”(law – making interpretation)方^[100]范。^[101]相^[102]条^[103],^[104]条款往往相^[105]抽象,^[106]何^[107]时^[108]地^[109]“睡^[110]”^[111]过判例转化^[112]具体^[113],这亦^[114]与^[115]面临^[116]理困^[117]。1960 – 1966^[118]间,随^[119]非^[120]民^[121]动^[122]断推^[123]及^[124]冷^[125]局^[126]化,^[127]始^[128]时^[129],^[130]警方讯^[131]相应^[132]讯^[133]规^[134]。^[135]查^[136]传^[137]下,当^[138]气候形^[139],亦^[140]造^[141]释^[142],^[143]且^[144]似乎再^[145]找^[146]适^[147]担当造^[148]释^[149]。^[150]直^[151]州能够及时^[152]保^[153]嫌^[154]。^[155]州^[156]直^[157]迟^[158]动,^[159]终由^[160]过^[161]造^[162]释^[163]判例实现^[164]分^[165]案^[166]义。^[167]案^[168]判决书^[169],^[170]意见^[171]五^[172]案^[173]“^[174]”(compelled)^[175]义^[176]扩张^[177]释,^[178]警方心理^[179]方^[180]供述予^[181]排^[182]。判决书^[183]意见亦^[184],当警方讯^[185]告^[186]沉默^[187]与^[188]辩^[189]时,^[190]嫌^[191]因^[192]受心理压迫造^[193]意^[194]由,^[195]因^[196]述^[197]非^[198]愿^[199],警^[200]方^[201]用心理^[202]

口、后米兰达时代侦查讯问规则的演变

(一) 两种观众、两种声音:米兰达判决后的判例演化与立场交锋

1. 限 与 翻 兰 达 的 声 音

米兰达口决之后,一些偏向文本口口与原旨口口的学者批评沃伦法院的宪法解释已经“口得太远”。^[24]口决结果口乎超出了宪法第口、第六修正案的立宪者的原意,偏离了美国联邦与各州分权的传统,也口离了“法与秩序”下公共安全优先的民意基础;^[25]政治领域内的反口更为激烈,尼克松总统批评最高法院法官们对犯罪行为口弱仁慈。^[26]1968年,美国国会制定《综合犯罪控制与街口安全法》试图推翻米兰达规则,法案规定讯问“自愿性”与否口当综合口断,意味着即使警方不告知沉默权利与律师辩护权,法院也未口口排除有罪供述,国会立法等于变口否定了米兰达口决。^[27]而1968年的特里口俄亥俄案口决,警方对于盘查拍身行为口需进行米兰达警告,有学者认为沃伦法院在此案中几乎是宣告了刑口口讼口命的暂告结束。^[28]

在沃伦等温和的口守派法官1969年陆续退休后,^[29]总统开始提名口守派口彩更为浓口的法官人选,试图推翻米兰达口口。但后来的法院口然遵循先口,口定了米兰达口口的法治内口,并对之进行了限制、修正与补充,同时又对米兰达规则设定了若干口外,使得米兰达规则发生了复杂的演化:(1)在1971年的口里口口纽约州一案中,最高法院认为,如果供述只是用于证明“与先前不一口的陈述”,即使违反米兰达规则,但可以用于反驳口告人法庭上陈述的可信度而并不违反宪法。^[30](2)在1976年的贝克威口口美国一案中,最高法院对羁押“讯问”(custodial interrogation)的定口进行了曲解,认定

[24] 口如,学者英口(Inbau)就认为:“就像口士比亚名剧《口利口世》幕僚建议国王的那口:‘我们第一口口的口,就是杀死所有的律师。’如果我们律师界口忍米兰达口决这一恶作剧,一些口身口外者或许会认为口士比亚的想法并不坏。”Fred E. Inbau, —, 89 J. Crim. L. & Criminology 1449, 1463 (1999).

[25] 口如,宪法原旨口口解释方法的代口人物口卡里亚(Scalia)就认为:“米兰达权利只是沃伦法院的决定,或许国会不能推翻,但可以由我们后来继任的法院来推翻。”—, 530 U.S. 428 (2000).

[26] 尼克松在1968年竞选总统时严厉地抨击沃伦法院:“一些法院口得实在是太远了,削弱了反犯罪的和平的力量。”Lucas A. Powe, 407-411 (The Belknap Press of Harvard University 2000).

[27] 参见1968年《综合犯罪控制与街口安全法》第3501款,该法案在参众两院均以口倒性多数通过。如果法院以该法案为口审查讯问供述的自愿性,等于口到了米兰达案之前的“总体口势”标准,赋予法官自由口断嫌疑人供述的自愿性,该法案其实变口地否定了米兰达口决。此外,法案明确授权警方有权进行窃听、口法羁押外国公民、诱供等,推翻了米兰达案讯问自愿性的审查标准。总体而言,该法案代口了口守政治势力的反击口图。

[28] 由于沃伦法官口决书中的脚注多次引用耶鲁·卡米口教授的观点,卡米口教授因此口法学院师生誉为“米兰达口口之父”。卡米口教授本人一口是米兰达权利的坚定口护者,但其却认为,1968年的特里案标志着沃伦法院刑口口讼口命已经结束。Yale Kamisar, —, —, 31 Tulsa L. J. 1, 5 (1995).

[29] 国内有学者将沃伦形口为自由派法官的代口,可能是仅仅分析口决结果而得出的结论,有待推敲。参见任东来、胡晓进:《在宪政舞台上》,中国法制出版社2007年版,第303-359页。从历史的口实口口看,沃伦法官可能口于温和的口守派而口典型的自由派。其履职最高法院之前曾经担任过加利福尼亚州州长,在太平洋战争期间在加州坚决地口行了联邦政府设口口中营强制隔离日裔美国人的决定。更早之前,沃伦担任过该州检察总长弹劾犯罪,其父亲1939年死于枪击谋杀(凶口却一口逍遥法外),沃伦的履历在共和党口守派那里几乎是口可挑剔。从沃伦的简历不难看出:沃伦是典型的共和党代口,口行联邦口口(前提是尊重州权)与有限政府理论,强口联邦口当对政府部门的滥用权力进行约束监督与司法审查。在犯罪议题上,美国共和党一口有偏向公共安全、口击犯罪的传统,所以用自由派法官来形口沃伦可能失实。

[30] —, 401 U.S. 222 (1971).

警方以拘捕为目的的谈话中必须先告知嫌疑人米兰达警告。^[31] (3) 在 1980 年的纽约州考尔一案中,最高法院认为存在“公共安全的例外”,当公共安全受到威胁时,警方询问枪击地点是为了公共安全,进行米兰达警告的证据有可采性。^[32] (4) 在 1984 年的尼克松威廉姆一案中,最高法院判决当某项证据可能为警方所“偶然发现”时,警方进行米兰达警告所获得的证据仍然合法。

判决:1968 年的《综合犯罪控制与街道安全法》已经取代了米兰达判决,应当根据该法案而不是 1966 年的米兰达判决来审查判断 察讯问的合法性。^[40] 此判决关系到米兰达规则的最终命运,假设最高法院也认可 1968 年的法案内容,等于将侦查讯问的审查标准恢复

1. 诉讼模式的选择与米兰达规则

反□,□□□□□共□□优先□嫌□□诉讼□□保护,媒体、□□、警方及□□□量□常□反□□□□规□。□过,犯罪控□模□□下,□非没□□当程序运□□空间。□□□述,□诉率、□罪率只□犯罪控□□□非决□□因素,赋予嫌□□沉默□、讯□时□师□场□、申请证□排□□□□□必然影响真实□现与犯罪控□。□方面,警方□□□□□警告□执□□□□□□,□□效提升执□□□化□功能却□□估量,执□□□□规□□□□收益□□执□□□;另□方面,即使因警方告□□□□规□□□导致

反□,□□□□□共□□优先□嫌□□诉讼□□保护,媒体、□□、警方及□□□量□常□反□□□□规□。□过,犯罪控□模□□下,□非没□□当程序运□□空间。□□□述,□诉率、□罪率只□犯罪控□□□非决□□因素,赋予嫌□□沉默□、讯□时□师□场□、申请证□排□□□□□必然影响真实□现与犯罪控□。□方面,警方□□□□□警告□执□□□□□□,□□效提升执□□□化□功能却□□估量,执□□□□规□□□□收益□□执□□□;另□方面,即使因警方告□□□□规□□□导致

可被□为“刚性□则”□“柔性□则”被□合使□的□□。如果□□美国最高法院独特的司法□□历史□源□□□,至少从主□上□□,最高法院并不□向□为警□制定全面、系统的“讯问□□”(□□客□上逼□判例制定了其中一部□)。将警□讯问合法性的具□标□问题,留□立法机关□□□开放□论,进行□主□□最□重□修法,更符合“司法自□□制”(judicial self-restraint)主义。

因此,在米兰达判例之后,沃伦法院同受到自保留保守的:自批评米兰达判例中的“柔性”部,认为米兰达判例在人权保护上的则洞多的弹性,似最高法院其是容。警在警局之外不告知沉默权、律师在权,而且之后立了“登记例外”、^[49]“公共安全例外”、^[50]“据必发口的例外”^[51]等多的例外,等限制了米兰达判例的;保守则批评沃伦法院的“刚性”部,认为法官毕不是执法警,法官代替警制定讯问则不口际,口以应侦口中个的复情况,米兰达判例中的刚性标有可会使警很在口控制口保护人权之口保持平。采刚性判例的口在,法院强制排除警侵犯嫌疑人沉默权、⁽⁹⁾口(F20(8)TJ 53, 1m M102957257043, 1m 28501263571, 嫌5143, 口底限0.2权,口口则是:口口必要的口弹性,导致警在一个口中而无所从。口;5年米兰达判例的口变,口口口口口发:美国最高法院采的是刚性判例口柔性判例的口合口口。一。一面,通米兰达判例口刚性判例强制排除非法讯问;另一口面,美国最高法院仍口向在讯问口则问题上预留出必要的弹性口,通口刚柔相济的口则口调个口口正义口警口讯问权力之口的口口。

三、从米兰达判例□□英美判例法中的司法□□：一次一□□□事论事

“中国自清末沈家本以□，以东洋□本为□板□样，在法律制度□面借鉴□学习西洋的基本上
是欧□罗马法的概□□学□。……□通法□□平法进而□(他)定□的□T□F□是85714□马□所□没有285714□-9.25714□
司法□济□□的□□所导□致□的诉权□司法技术□的□□□□综复□局面□对68□□出了

（一）从米兰达判决透视英美判例法中的“个案取向”

“□□□庭□□棘手问□,总□□ 渐□,□非□幅跃□。”^[53] □现□□□□□背景^[1],□□ □□□□□面□□□非常棘手□□□ □,例□堕胎、□□恋婚姻、安乐□、□□种□歧 □□准、□□ □ □□□,任何□□□□□□ □□□当判 ,均□□ 使□□□身□泥潭□饱受批□。□□□□□□ □□□,既要审时□势地 □□ □□深 讨□,□时□必须保持必要□司□□主义,避免过□“□□深”□司□解释□蚀□□□。 □□□ 无□□□□审查□□,□ □□高□□□□直□□司□解释□□□□ □□ □。□新□ □□判例□背□□□□□维 □案□向值,□ □□□超越欧陆□□□□色彩□□□解释□,□且□变迁转 □□□□□事诉讼□解释□,仍 具□积极□ 值。

受^[54]日^[55]维影响^[56]深^[57],^[58]^[59]^[60]^[61]^[62]^[63]^[64]^[65]^[66]^[67]^[68]^[69]^[70]^[71]^[72]^[73]^[74]^[75]^[76]^[77]^[78]^[79]^[80]^[81]^[82]^[83]^[84]^[85]^[86]^[87]^[88]^[89]^[90]^[91]^[92]^[93]^[94]^[95]^[96]^[97]^[98]^[99]^[100]^[101]^[102]^[103]^[104]^[105]^[106]^[107]^[108]^[109]^[110]^[111]^[112]^[113]^[114]^[115]^[116]^[117]^[118]^[119]^[120]^[121]^[122]^[123]^[124]^[125]^[126]^[127]^[128]^[129]^[130]^[131]^[132]^[133]^[134]^[135]^[136]^[137]^[138]^[139]^[140]^[141]^[142]^[143]^[144]^[145]^[146]^[147]^[148]^[149]^[150]^[151]^[152]^[153]^[154]^[155]^[156]^[157]^[158]^[159]^[160]^[161]^[162]^[163]^[164]^[165]^[166]^[167]^[168]^[169]^[170]^[171]^[172]^[173]^[174]^[175]^[176]^[177]^[178]^[179]^[180]^[181]^[182]^[183]^[184]^[185]^[186]^[187]^[188]^[189]^[190]^[191]^[192]^[193]^[194]^[195]^[196]^[197]^[198]^[199]^[200]^[201]^[202]^[203]^[204]^[205]^[206]^[207]^[208]^[209]^[210]^[211]^[212]^[213]^[214]^[215]^[216]^[217]^[218]^[219]^[220]^[221]^[222]^[223]^[224]^[225]^[226]^[227]^[228]^[229]^[230]^[231]^[232]^[233]^[234]^[235]^[236]^[237]^[238]^[239]^[240]^[241]^[242]^[243]^[244]^[245]^[246]^[247]^[248]^[249]^[250]^[251]^[252]^[253]^[254]^[255]^[256]^[257]^[258]^[259]^[260]^[261]^[262]^[263]^[264]^[265]^[266]^[267]^[268]^[269]^[270]^[271]^[272]^[273]^[274]^[275]^[276]^[277]^[278]^[279]^[280]^[281]^[282]^[283]^[284]^[285]^[286]^[287]^[288]^[289]^[290]^[291]^[292]^[293]^[294]^[295]^[296]^[297]^[298]^[299]^[300]^[301]^[302]^[303]^[304]^[305]^[306]^[307]^[308]^[309]^[310]^[311]^[312]^[313]^[314]^[315]^[316]^[317]^[318]^[319]^[320]^[321]^[322]^[323]^[324]^[325]^[326]^[327]^[328]^[329]^[330]^[331]^[332]^[333]^[334]^[335]^[336]^[337]^[338]^[339]^[340]^[341]^[342]^[343]^[344]^[345]^[346]^[347]^[348]^[349]^[350]^[351]^[352]^[353]^[354]^[355]^[356]^[357]^[358]^[359]^[360]^[361]^[362]^[363]^[364]^[365]^[366]^[367]^[368]^[369]^[370]^[371]^[372]^[373]^[374]^[375]^[376]^[377]^[378]^[379]^[380]^[381]^[382]^[383]^[384]^[385]^[386]^[387]^[388]^[389]^[390]^[391]^[392]^[393]^[394]^[395]^[396]^[397]^[398]^[399]^[400]^[401]^[402]^[403]^[404]^[405]^[406]^[407]^[408]^[409]^[410]^[411]^[412]^[413]^[414]^[415]^[416]^[417]^[418]^[419]^[420]^[421]^[422]^[423]^[424]^[425]^[426]^[427]^[428]^[429]^[430]^[431]^[432]^[433]^[434]^[435]^[436]^[437]^[438]^[439]^[440]^[441]^[442]^[443]^[444]^[445]^[446]^[447]^[448]^[449]^[450]^[451]^[452]^[453]^[454]^[455]^[456]^[457]^[458]^[459]^[460]^[461]^[462]^[463]^[464]^[465]^[466]^[467]^[468]^[469]^[470]^[471]^[472]^[473]^[474]^[475]^[476]^[477]^[478]^[479]^[480]^[481]^[482]^[483]^[484]^[485]^[486]^[487]^[488]^[489]^[490]^[491]^[492]^[493]^[494]^[495]^[496]^[497]^[498]^[499]^[500]^[501]^[502]^[503]^[504]^[505]^[506]^[507]^[508]^[509]^[510]^[511]^[512]^[513]^[514]^[515]^[516]^[517]^[518]^[519]^[520]^[521]^[522]^[523]^[524]^[525]^[526]^[527]^[528]^[529]^[530]^[531]^[532]^[533]^[534]^[535]^[536]^[537]^[538]^[539]^[540]^[541]^[542]^[543]^[544]^[545]^[546]^[547]^[548]^[549]^[550]^[551]^[552]^[553]^[554]^[555]^[556]^[557]^[558]^[559]^[560]^[561]^[562]^[563]^[564]^[565]^[566]^[567]^[568]^[569][[]

[illegible]

[53] [□]凯斯·□斯坦:《司□极简主义》, 千仪、高忠义, 台湾 □□□□司 2001 □□, □ 2 □。

[54] □□“涵摄”(subsumtion),□□“□□□□案例事 (Sachverhalt=S),置□□□□□□□要件□ (Tatbestand=T),□获致□□□□□□(Schlussfolgerung=R)□□维过”。□□鉴:《□□□□维——□□□□□□□》,□□□□□□□□2009□□,□157□。

[55] 见[□]卡尔·□□茨:《□□方□□》,陈爱娥,2005□□,□1-300□。

[56] □□□□, □□支持□, 例□《□□帝□》□ □□□沃□, “□□主义”、“□□主义”释□方□□□表斯卡□□□□。他□ 事 □条□ □融贯, 避免□官□□□ □影响司□判 □□, □□□ □□ □、□□解释、□□□□□□ 解释、□□□□解释□ 角 解□□条□□□□。

[57] []卡尔·[]施：《[]维导》，郑[]流，[][][][] 2004 []，扉[]。

[58] Cass R. Sunstein, *Why We Don't Drink the Milk*, 43 Tulsa L. Rev. 825, 825–842 (2008).

在两种法律思维传统下米兰达案的不同结局	“强制”一词的含义	“法官造法解释”的法理根据	造法性解释的方法	学术理论与比较法对法官判决的影响力	之前案例所确立规则的适用范围(对后案拘束力)
求“法规完、体化”的□□法传 :警方米 的讯□ 法□□款 “□”的□□	“理□” 法 □□“□” (compelled) □ □	法□与学 当 求规的 完与 一,□补 法□ 下的法 漏洞	□□、 法史考察、的 □□ 。□用 学,归纳 法与演绎法 ,□法	学界期□、推崇 理□实践。 传□□法学 培□法□、□ 察□为□。“学 型法□”倾□ 求“完、”的 规体	“宽”决:□ 归纳的规,扩□适用 他□。学与 法□试图□ 规推□适用 他□
“星、规” 法传 :(1)警局的 理□□ ;(2)米决 只是□裁, 常扩□或类推适用; (3)米 只是救□, □适用州 或□推□	言讳□: □法法□的“ 法□□” “□法精民 ”,是民程 序失的□补 沃□法□的: 警局讯□的 理□□法 □□“□” 一□的□	□法 作为终局 法,□ □□ 法□ □的□。 决 如,□ □威	只当□所 确的规 □现严 的□法, 时的 □程,法□才 法□□,抛 先。□, 遵循先 ,拒绝法 □□	法学 是培□□ 为。□ 常求宽 □的理 □训练 的法□常考 法学理或学 ,□□□优 先考遵循先	“窄”决:一 一□、就。 法□常扩 □的规适 用范围。适 用□□严 的,法□ 才法 的□程 法□□

□法九法□,□□了国普法□□的因,□量□遵循先与一一□,“□当下,就”。^[59]法□□决,□图□“窄浅”,体现了法□法的□。□法议□□众、□量话协商,由法机民意终定□法程,这□现代法□□。□及人□限或严侵蚀法,国□法法□□。□,□法□地法□□,虽能实现□,□由缺乏□与民意□面临“□困□”的尴尬,的当□□的□□。

就我国土的□方法,国法□的“窄浅”或许供参,意求宽决与□理。米规的缺陷与漏洞,□□法训练的法人往往选择□补规漏洞,试图形严、一的讯□规体;国法下,□法倾□一一□决,即□存规的漏洞,然选择□法谦抑下谨慎地实现□,□□□的法□□意地扩□或类推适用。国□法只□法议□的法□□,□议□□□民法程序完。“□试图下决,普遍适用。如一来,□求决范围宁窄勿宽。他们只决边的□,时考量他的□。”^[60]

(二)将米兰达判例进行扩张、类推适用的倾向与防止

如米决类推适用“警方□民”、“狱侦”、“□监听”等侦□为,求警方

[59] [] □芬·雷耶:《法□能为民□什么》,帆译,法,2012年,271。

[60] 注53引书,24。

同，□
□□
异□，
表侦查
线□
司
主
□
刑
□
□
案件
□□

千年后最终建构起相对严整的规则。美国联邦法院法官个案裁判中遵循先例,保持了必要的司法克制精神,他们通常谨慎、温和地推动法治变迁,以“一次一案”方式来下判,理性对待案例的示范功能,这也许是美国宪法两百多年来一直未有大修却仍然耐用与维持良性运转的原因之一。

诚如布雷耶法官所言,“世事变迁,历经诸多波折,我们最终形成了这样的政治体制:三亿美国人靠法律化解纠纷,在一个相对稳定的社会中和平共处,不再通过武力解决矛盾”。^[62] 警方的讯问权力与嫌疑人的不自证其罪权利之间,原本存有鸿沟与许多棘手的法律议题,但美国最高法院通过判例建立了刚柔相济的审查标准,平衡了正当程序与犯罪控制间的冲突,也许值得中国参考和借鉴。

Reflections on Miranda Rules on Fiftieth Anniversary

Liu Lei

Abstract: Prior to Miranda Rules, the standard of “shock conscience” by Supreme Court can not solve all the in the 190s

, Walk (decisions) on defendants’ rights such as silence, lawyer presentation when clients were interrogated, exclusionary rule when interrogated in police house and those rights had been such as the Miranda Rules. In the 1960s, the rule of custody interrogation had been finally became the judicial standard recognized by American society. The

” for case law may have good values for China since American, the could care police conducts more effectively than before.

Key words: Warren Court shock conscience; Miranda rights; against self incrimination ; one case at a time

责任编辑 □

[62] 同注59引书,“序言”,第1页。

[illegible]

本索□□年6期□目□□分类,各□目□以文□□□□□□□□,□□□□

【专 研】

用 单 惩 戒 理 ()

1/1 -14

用单劳动章——

☐ ☐ ☐、☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ ☐ (☐ ☐ ☐)

1/15-27

雇主劳动 条 (国) 1/28-51

【论文】

保险 用反垄□□□□□(□学□)5/14-30

□ □ □ □ □ □ □ (何勤华)6/1-11

□□□□ 功 主 义 □ 路 □□□ □ — □□□□□□

□ □ (□ □ □)3/1 -14

□ 识 □ 析： 事 诉 讼 □ 辅 □ □ □ □ □ □ □ 纬 范

□ (□ □ □) 2/99 - 111

□ □ □ □ □ □ □ □ 求 □ □ □ — □ □ □ □ □ □ □

90 (2/49)-61 /109-125

□ 《□ □ □ 4》 □ 90 □ (□ (□ □)²/49) - 61

/109 - 125

慈善 托 □ 似 □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ 展 □ 启

(□ □ □)3/47-61

□ □ □ 视 □ 看 □ □ 主义 □ □ □ □ 路 (□ □) 3/148 - 156

□ 诉 □ □ □ □ □ 看 事案件受理 □ □ (□ 会新)

3/62 - 74

□□、检 □ 员 □ □ 改 革 □ □ □ (□ 生/□ □)

2/21 -48

□ □ 新 □ □ 准 □ □ 范 □ □ (□ 世 □) 6/88-110

□□□□语□ 新三板 场投 □□~~11~~1215□8□8□□8□8□□7□8□□□8715□

附录 6-45 析() 4

盤6-45 析(□) 4

1/63-75 ()

□ 1/63 - 75 □ ()

¥ □ □ "

指导案例“参照”效力及裁判技——基于对公的42个指导性案例的分析(曹志勋) 6/111-134

传善兼容——“人性法基”的观点() 2/112-126

“负面信息披露”() 3/157-173

力量弱点——理论的观 () 5/77-95

农村承包地抵押融资改革 () 5/1-13

何计司? 官、师与案件量 () 1/52-62

深化司改革与事诉讼修改若干点问探讨 (/) 6/12-27

司何民主: 民司 阐释与反 () 5/126-139

死因调查问与构——法的因裁判制为 () 3/127-147

诉讼实施配置模构 () 4/75-91

我言由条款类似 修案吗? (马) 4/131-145

WTO 补贴协“共机构”准——DS379 案为例(业伟) 6/135-146

现: 尤安萨维尼(柯伟才) 6/65-77

事庭审实质化与审判方改革 () 5/31-44

事误判理 参与——国 为范例(李) 1/76-95

许 新 () 5/96-110

1495 “帝改革”与神圣罗马帝平秩序构 困境反 (王银) 4/119-130

被告罪 () 4/105-118

“危害”——与“性”比较 () 4/60-74

诱惑侦查及 ——法国 与意 (施) 5/45-62

再格民表 () 4/1-17

占保护解释 三争议问 (章) 2/62-73

监事: 安何处, 去向何方? ——国比较 的再思 () 2/74-87

著 集体管理 集 许 强 规 () 4/46-59

【民法典编纂】

纂 商事格民 (经) 1/162-168

民 演变与展 () 4/179-191

“形掩盖非 ” () 4/162-178

意表示错误撤销存续间——中国法编为 的分析 () 3/174-181

我《民总(草案)》构造、新与完善 () 5/156-167

民总 效力 议(王) 2/171-181

污染环境破坏态侵 责任再 化考 (/) 5/140-155

意表示理 沉默与 () 6/155-171

真意保留与戏谑 反与构 () 6/172-184

【法政时评】

业务促 杀罪析(王) 5/168-189

州扑克赌吗? 与共策考察 (王) 5/190-200

共 视角下 救助 解释(真 /) 1/169-181

环境实施 保障 () 1/182-188

区听证衰与 (兰) 1/189-200

规五十 念与省(刘) 6/185-198

司实践我 完善必要分析——司法与立法完 的为 (刘) 2/192-200

识 侵 警告函 当边 (刘维) 2/182-191

【法学译介】

过错侵 责任般 ([] 维 · 威 / 罗) 4/192-200

【法学信息】

民共 民总 (专 议稿)(李) 3/182-200