

“夫妻财产增加额均衡”制度研究:以德国为例

李娜

内容提要:德国现行的法定财产制始于1958年,在50多年的司法实践中,这种法定的财产增加额共同制一直为德国公众广泛认可和接受。但随着德国社会出现的一系列问题,原有的各项规定或不足以应对或有失公允。为此,德国立法者于2009年进行了立法改革,针对夫妻财产共同制下“财产增加额均衡”的调整对象和计算方法等进行了修改;此外,德国各州法院也通过限制夫妻财产合同的有效性,强化了“财产增加额均衡”的适用范围。在德国立法者与司法者完善“财产增加额均衡”的过程中所体现的立法精神和价值取向无疑也给我们《婚姻法》的立法改革提供了经验,值得我们借鉴。

关键词:夫妻财产增加额均衡 夫妻财产合同 初始财产 终结财产

李娜,德国格赖夫斯瓦尔德大学博士生。

在《德国民法典》的亲属篇中,立法者考虑到不同夫妻间各有差异的生活关系,没有制定强制性的单一婚姻财产制模式,而是在法定财产制^[1]之外,根据意思自治这一民法原则提供了约定财产制,^[2]从而赋予了配偶双方自由选择财产制的权利。另一方面,为避免各方滥用权利,保障契约的公正性,德国立法者在《德国民法典》中对约定财产制的形式及内容做出了较为严格的限定,^[3]在此限定下,配偶双方可以选择财产分别制^[4]或财产共同制^[5]其中一种做为自己的约定财产制。^[6]2009年,德国立法者对《德国民法典》亲属篇中的财产分割问题做出了一些修改,^[7]而各州的高等法院对财产分割有争议的案件随之做出

[1] 关于法定财产制的主要内容,参见《德国民法典》第三版,2010,陈卫佐译,第1363-1390条。

[2] 关于约定财产制的主要内容,参见《德国民法典》第1408-1563条。

[3] 除了一般性的内容与形式限定,还有特别的限定:依据《德国民法典》第1409条规定,夫妻不得通过指定使用已不再施行的法或外国法来确定夫妻财产制,陈卫佐译,第三版,2010。

[4] 关于财产分别制的相关内容,参见《德国民法典》第1414条。

[5] 关于财产共同制的主要内容,参见《德国民法典》第1415-1518条;另依据《德国民法典》第1414条规定,配偶双方只要排除或废止法定夫妻财产制,即推定适用财产分别制。从此意义上来说,同样作为约定财产制的一种,财产分别制实际上是优于财产共同制而出现的。

[6] 因为夫妻双方可根据自身需要对这两种财产制进行自由选择,这两种财产制又叫做选择财产制。Vgl. Schwab, Familienrecht, 17. Aufl. 2009, S. 98, Rn. 201。

[7] 参见《德国民法典》附录第648页,《关于修改财产增加额均衡法和监护法的法律》第1条。这是德国立法者关于“夫妻财产制”自1958年修改后的第一次重大修改。

了一些“有趣”的判决,这些判决彰显德国法官针对财产分割问题的鲜明利益倾向性。

作为大陆法系国家中以法律稳定性著称的《德国民法典》,这种修改无疑令人深思。本文主要引介 2009 年《德国民法典》修改前后有关确立“财产增加额均衡”(Zugewinnausgleich)^[8]制度的相关法条,分析法典修改前后的主要区别,追寻德国立法改革的目的;同时通过 2009 年后德国联邦各州法院的一些相关判决,探索其判决的针对性,分析其司法指向,以期为我国的《婚姻法》及其司法解释提供借鉴。

一 法定财产制下的夫妻财产增加额的均衡

(一) 夫妻财产增加额共同制

2009 年 9 月 1 日后,虽然德国立法者对夫妻财产制做了些许修改,但夫妻财产增加额共同制做为德国法定财产制这一制度的本身并没有改变。所以,本文首先引介德国现行的法定财产制的内容,以及德国立法者确定此法定财产制的立法目的和历史渊源。

1. 现行法定财产制

德国的法定财产制为财产增加额共同制。其主要内容有二:其一,在财产增加额共同制下,配偶双方婚姻的缔结不影响双方对各自财产的所有权和处置权,^[9]只要婚姻关系存续,夫妻各方的财产(包括其在婚姻存续期间即婚后所得财产)与其婚前财产一样,均为双方分别所有和处置。也就是说,在婚姻关系存续期间夫妻双方的财产制实际为财产分别制。^[10]其二,当法定财产制因离婚或其他原因^[11]解除时,配偶各方在婚姻中所得财产开始实现均衡。依据《德国民法典》第 1378 条的规定,配偶一方的财产增加额超过另一方的财产增加额的,超出额的一半为另一方的均衡债权,从而实现财产增加额的均衡。^[12]一旦法定财产制解除,在夫妻法定财产制存续期间产生的财产增加额归夫妻共同所有,平均分配。

2. 现行法定财产制的立法目的及历史渊源

德国的法定财产制经历了一个相对复杂的历史发展过程。“财产分别制”曾经是德国的法定财产制。而德国现行的法定财产制即“财产增加额共同制”则于 1958 年起成为德国的法定财产制。此项立法的改变根源于德国《男女平等法》的颁布,此法律要求男女双方在婚姻生活中地位平等,所以随着此法的生效,致力于维护男女平等的“夫妻财产增加额共同制”取代了“财产分别制”成为了德国的法定财产制。

在德国,尤其是 20 世纪五、六十年代的德国,夫妻共同生活的主要模式还是传统意义上的男主外女主内。在这种女人大多为家庭妇女的情况下,一旦夫妻关系解除,女方不但失去了家庭,也失去了生活保障。显然这种分别财产制对女方来说有失公平:一方面,在婚姻关系持续期间,因为照顾家庭,女方失去了外出工作而使自己财富增加的机会;另一方面,女方

[8] 参见《德国民法典》第 1372 及第 1373 条。这里所说的“均衡”,是指针对婚姻关系存续期间夫妻各方所增加的财产数额,而不是实物。

[9] 当然这种处置权也受到《德国民法典》第 1365 与第 1369 条的约束。

[10] Vgl. Lüderitz/Dethloff, Familienrecht, 28. Aufl. 2007, S. 101 - 102, Rn. 56 - 58; Schwab, Familienrecht, 17. Aufl. 2009, S. 99, Rn. 20.

[11] 参见《德国民法典》第 1358 条和第 1386 条的其他情况。

[12] 参见《德国民法典》第 1373 - 1375 条,以及第 1378 条第 1 款。

通过照顾双方子女和做家务等劳动付出,同在外工作的男方一样,对整个家庭的财富增长也包括男方财产的增加发挥了重要作用,^[13]所以,女方理应获得补偿,即得到男方在婚姻关系持续期间所增加的那部分财产的一半。

时至今日,50 多年过去了,德国的司法实践证明,^[14]以夫妻财产增加额共同制为法定财产制是正确的选择,它适应了德国的现实需要;虽然随着德国社会的不断变化和发展,为适应家庭领域中出现的诸多问题,立法者于 2009 年 9 月对夫妻财产制中的一些法条做了修改,但是以“财产增加额共同制”做为法定财产制的总的立法原则并没有改变,而是随着这些法条的修改,如第 1374 条有关初始财产以及第 1375 条有关终结财产等财产计算原则的改变,使得财产增加额共同制这一法定财产制更加完善合理。

(二) 夫妻财产增加额均衡^[15]

依据《德国民法典》第 1378 条的规定,一旦夫妻之间的法定财产制终止,配偶一方可对另一方在婚姻关系存续期间所得的财产进行均衡,即均衡债权。均衡债权的多少取决于夫妻双方在法定财产制下各自的财产增加数额,根据第 1373 条的规定:财产增加额是配偶一方的终结财产^[16]超出初始财产^[17]的数额。为了更好地表述德国夫妻财产增加额均衡的计算方法,举例如下:

一对夫妻,男方的婚前财产为 2 万元,女方婚前财产为 1 万元。在婚后,女方继承了一栋房屋,价值为 30 万元。由于女方为家庭妇女没有参加工作,在申请离婚时,除却房屋,女方财产仅为 3 万元,男方的财产为 40 万元。根据《德国民法典》第 1373 条至第 1375 条的规定,男女双方各自的财产增加额如下:女方的初始财产为 1 万 + 30 万 = 31 万元,其终结财产为 30 万 + 3 万 = 33 万元,^[18]因此,其财产增加额为:33 万 - 31 万 = 2 万元。男方的初始财产为 2 万元,其终结财产为 40 万元,其财产增加额为:40 万 - 2 万 = 38 万元。根据《德国民法典》第 1378 条的规定,女方可以要求的均衡债权为:男方较女方多出的财产增加额的一半,即 $(38 \text{ 万元} - 2 \text{ 万元}) / 2 = 18 \text{ 万元}$ 。

德国这种财产增加额的均衡,极大地保护了夫妻间经济弱势一方的利益。一方面更好地保护了处于经济弱势的女方的财产权益,尤其是结婚时间较长的家庭妇女的权益;另一方面,对于在法定财产制下财产增加额相对较高的男方来说,这种均衡债权也适时地提高了其解除婚姻关系的成本,进而维护了婚姻关系的稳定。

[13] 德国作为福利国家,其个人所得税的征收比例很高,但已婚者和未婚者在缴税比例上存在巨大的区别:一旦结婚,已婚者的税卡会有相应的变化——征收比例会从高额降至低额,这样一来,在缴税以后相同工资的未婚者要比已婚者的实际所得低的多。

[14] 德国统一以后,原西德的《德国民法典》成为整个德国的民法典,对在此之后结婚的原东德人,财产增加额共同制也自动成为他们的法定财产制。

[15] 德国的财产分割方法与其他大陆法系国家,如法国,中国截然不同,它的财产分割是通过财产增加额均衡来实现的,所谓的财产增加额,顾名思义也就是财产的数额而非实物;在计算时,通过对所有的实物进行评估,然后再以价值的形式进行核算。参见《德国民法典》第 1373 条;Vgl. München kommentar, Aufl. 4, 第 1373 条, Rn. 2-4。

[16] 参见《德国民法典》第 1375 条,终结财产指的是各自在婚姻结束时所拥有的财产。

[17] 参见《德国民法典》第 1374 条,初始财产主要包括各自的婚前财产,以及配偶一方在婚后继承所得或赠与所得的财产。

[18] 为简明地解释财产增加额均衡的计算方法,在此计算中不考虑房屋本身价值在财产终结时的增加。

二 “财产增加额共同制”中“夫妻财产增加额均衡”的发展

(一)“约定财产制”下的夫妻财产增加额均衡的实现

排除因配偶一方死亡而进行的财产增加额均衡这一特殊情况,^[19]在一般情况下,夫妻法定财产制的终止^[20]标志着夫妻财产增加额均衡的出现,因为被均衡的只是配偶双方在“法定财产制下”生活所增加的财产。因此,当配偶双方通过“夫妻财产合同”另作约定时,^[21]配偶双方即生活在“约定财产制”^[22]下,这时财产增加额的均衡也就不会发生。

但是自2009年9月以后,陆续出现了一些特殊的判决,在这些判决中,即使配偶双方自认生活在“约定财产制”下,财产增加额的均衡同样也能实现。

1. 夫妻财产合同因内容而无效^[23]

案例如下:在结婚前一周,27岁已怀孕的小提琴演奏者与50岁富有的商人针对双方婚后财产问题订立了一个夫妻财产合同,双方在合同中做了如下约定:1)一旦双方将来解除婚姻关系,女方对男方将丧失以下权利:夫妻财产增加额均衡的请求权,养老金与退休金的均衡请求权,以及婚后赡养请求权;2)如果婚姻关系是因女方的错误行为而不能维系的,女方必须偿还男方用于婚后夫妻共同生活的花费。

2009年,德国科隆的州高等法院^[24]针对该案做出了如下判决:

法院认为:首先,虽然上述夫妻财产合同是依据《德国民法典》第1408条第1款的契约自由原则所订立,但是双方在订立合同时对合同情况的判断(主观印象)与其订立的合同内容(客观事实)之间存在重大差异;其次,在订立此合同时男方单方面加重了女方的负担,导致女方在订立合同时处于弱势地位,致使订立的合同内容违反了善良风俗这一原则。由于上述原因,科隆州高等法院依据《德国民法典》第138条第1款,即违反善良风俗的约定自始无效,判定此案例中夫妻双方所订立的夫妻财产合同无效,由此推定配偶双方自婚姻关系缔结后即生活在法定财产制下。因此,应依据《德国民法典》中关于夫妻法定财产制的有关规定对双方在婚姻关系存续期间所得的财产增加额进行均衡。

2. 夫妻财产合同因形式而无效

案例如下:夫妻双方在婚姻关系存续期间作了如下的书面约定:男方的投资所得与女方独自所有的房屋^[25](此房屋为婚姻关系存续期间女方因继承所得)均被看作双方在婚姻关

[19] 参见《德国民法典》第1371条。

[20] 在以下几种情况可导致法定财产制的终止:1)婚姻关系的解除;2)婚后签订的夫妻财产合同;3)因分居或其他特殊原因,参见《德国民法典》第1385-1388条。Vgl. Schwab, Familienrecht, 17. Aufl. 2009, S. 126, Rn. 261.

[21] 参见《德国民法典》第1363条第1款及第1408条。

[22] 根据《德国民法典》第1363条第1款的规定:配偶双方没有通过财产合同形式另作约定,双方默认其财产制为法定的财产增加额共同制。

[23] 联邦最高法院(简称BGH)于2004年11月2日的司法判例:没有限制的夫妻财产合同必须放弃。所谓限制指的是《德国民法典》总则中的一系列基本原则,诸如诚实信用,善良风俗等。但对于什么情况下算是违背善良风俗这一点并没有明确规定,凭法官自由裁断。Vgl. Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs im Zivilsachen, 简称BGHZ)158, 81.

[24] 此案例源自科隆州高等法院, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 简称 FamRZ; 2009年, 第1670页。

[25] 根据《德国民法典》第1374条第2款的规定:配偶一方在夫妻财产制开始后因死因取得的财产为其初始财产,与第1374条第1款夫妻财产制开始时的财产即婚前财产一样,属于初始财产,不算入财产增加额,不需要进行均衡;参见《德国民法典》第1363条。

系存续期间的财产增加额,如双方解除婚姻关系,上述两项财产平均分配。

2009 年卡尔斯卢的州高等法院^[26]对上述案例,做出了如下判决:

依据《德国民法典》第 1410 条的规定:夫妻财产合同,必须在双方当事人同时在场并由公证人记录的情况下订立之,认定上述书面约定不符合夫妻财产合同中形式要件的要求;参照《德国民法典》第 125 条的规定:不使用法律所规定的形式要件的法律行为无效,进而认定此书面约定无效。另依据《德国民法典》第 1363 条第 1 款的规定:配偶双方不另以夫妻财产合同的方式订立其他约定财产制的,夫妻双方即生活在财产增加额共同制这一法定财产制下,推定该对夫妻的财产制应为法定的财产增加额共同制。因此,在双方解除婚姻关系后,根据《德国民法典》中关于财产增加额共同制下的有关规定进行财产分割。依据《德国民法典》第 1374 条第 2 款的规定,在婚姻关系存续期间,女方因死因继承所得的财产算做女方的初始财产;此案中,女方独自所有的地产即为女方的初始财产,因此,此地产不被算入其财产增加额,不与男方进行均衡。依据《德国民法典》第 1373 条关于财产增加额计算方法及第 1378 条的均衡债权的规定,此案中的男方在婚姻关系存续期间的投资所得应算做其财产增加额的一部分,女方可要求对其进行均衡。

3. 司法启示

从以上案例可以看出:一方面,虽然《德国民法典》给予夫妻双方自由选择财产制的权利,但对于约定财产制的内容与形式都有严格的要求,尤其是 2009 年夫妻财产制改革后,德国法官对于夫妻财产合同是否有效的甄别愈加严苛。由此可见,夫妻财产合同作为民事契约的一种,因合同的订立内容与订立合同当事人之间关系的特殊性,在契约自由还是契约正义的选择中,德国的司法者把天平偏向于契约正义。另一方面,虽然德国的法学书刊和各种法学评论都认为,《德国民法典》中规定的法定财产制仅是夫妻财产制的一种,并不是所谓的“理想财产制”,但是上述法院判决无疑都透露着一个信息——较之约定财产制的不确定性,在司法实践中,法官更倾向于于财产增加额共同制这一法定财产制在家庭生活中的适用,财产增加额共同制对他们来说就是理想财产制。

由此可见,在当今的德国,法官们关心的不再是夫妻各方的权利和自由如何通过夫妻财产合同来实现;而是,如果夫妻财产合同有效,它将对夫妻中弱势一方带来什么样的后果,从而为整个社会带来什么样的影响。此外,在司法判决中德国法官通过对民法的一般原则——《德国民法典》总论中第 138 条的善良风俗原则的引用,解决了亲属篇中关于夫妻财产合同是否有效的问题,这不禁让人感叹《德国民法典》各篇的紧密连接性与适用灵活性,同时,也反映了制定一部立法原则统一、各篇内容互补、结构严谨的民法典的重要性。

我国目前还没有自己的民法典,但见贤思齐,无论是德国立法者针对“夫妻财产合同”在形式上的要求,还是德国法官关于“夫妻财产合同”是否有效而在其内容上的考量,都可以为我国“夫妻财产约定”在婚姻法立法上的完善提供参考。

在婚姻法立法中。不同于德国约定财产制在形式上的严格限定——即“夫妻财产合同”必须在双方当事人同时在场并由公证人记录的情况下订立,我国《婚姻法》第 19 条中关

[26] 此案例源自卡尔斯卢州高等法院,《家庭法汇总杂志》(Zeitschrift für das gesamte Familienrecht) 2009 年,第 1670 页;《新法周刊》(Neue Juristische Wochenschrift) 2009 年,第 2750 页;Vgl. OLG Karlsruhe, FamRZ 2009, 1670 = NJW 2009, 2750 = FuR2009, 469。

于“夫妻财产约定”的形式要求相对要宽松得多:即约定应当采用书面形式;同时也承认非书面形式财产约定的效力(夫妻双方都承认的口头约定,也应承认其效力)。〔27〕中德对“约定财产制”形式要求上的巨大差异,来源于中德立法者两种截然不同的立法目的:我国的立法者着重于约定财产在确定过程中的简便易行性;而德国则更倾向于夫妻约定财产的稳定性及其司法证明力。表面看来各有优劣,但笔者认为,虽然德国的约定形式使夫妻在确立财产约定时受到种种限制,在一定程度上加大了双方订立财产约定的成本,但作为调节夫妻双方婚前婚后财产归属的重要约定,在实践中,通过公证人公证的书面约定显然更有利于法官明确财产归属,便于离婚后财产分割争议的解决。

作为一个没有约定财产制传统的国家,我国的普通公民对于如何利用它来规范其家庭财产权属十分陌生,增添在公证机关公证这一形式要求,有利于一个既能反映夫妻双方真实意思又合法有效的夫妻财产约定的产生:一方面,通过公证这一步骤,延长了夫妻双方对具体约定条款的思考空间,避免了夫妻中的一方仅因为一时的情绪起伏而订立与其本意相违的财产约定;另一方面,通过公证员的审核,避免了夫妻双方即便订立违反我国法律规定的约定(如规避法律,损害第三人利益等)仍不自知的情况,从而确保夫妻财产约定在内容上的合法性。

(二)夫妻财产增加额均衡相关“标的物”适用范围的变化

一般来讲,在财产增加额的计算中,财产增加额均衡的“标的物”既包括夫妻双方各自所有的银行存款及其他有价证券,也包括双方各自所有的生活用品,如首饰,衣物等。但对用于夫妻双方共同生活的家庭用具,如电视,洗衣机等,是否同生活用品一样,做为财产增加额均衡的标的物,德国法学界一直存在争议。但自2009年后此情况发生了变化。

1. 立法改革之前

在2009年《家庭用具条例》废止之前,《德国民法典》只在第1369和第1370条〔28〕中针对家庭用具做出了一般性的规定,但对于夫妻双方婚后家庭用具如何分割并没有相对具体的法条加以规范,而是通过《家庭用具条例》这种单行法的形式对其进行调整。结合上述两种法律渊源,家庭用具分割方式如下:

对婚前归一方所有,但婚后因家务活动而导致灭失或丧失价值的家庭用具,依据“替代原则”认定新家庭用具归其所替代的原家庭用具的所有人所有,在此情况下,并不考虑这个替代物由谁购买,贷款由谁支付,被替代的原家庭用具在婚前归配偶哪方所有,此替代物就是哪方的初始财产,另依据《德国民法典》第1374条第1款的规定,此新家庭用具为原家庭用具所有人的婚前财产。

对婚后以共同生活为目的购买的,具有共同所有权属性的家庭用具如何分割,德国法学

〔27〕《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》第一条规定:“夫妻双方对财产归谁所有以书面形式约定的,或以口头形式约定,双方无争议的,离婚时应按约定处理。但规避法律的约定无效。”

〔28〕此条于2009年9月1日已被废止。在其废止之前,德国法学界有一个专有的法律名词“das Prinzip der Surrogation”,中文可翻译为“替代原则”。关于替代原则,《德国民法典》第1370条对其有明确的解释:为代替已灭失或丧失价值的家庭用具而置办的家庭用具,归其所替代的原家庭用具的所有人所有,新置办的家庭用具到底由谁支付,不改变其所属性。此项规定的立法考量是:原有家庭用具的灭失及价值的丧失是因共同家庭生活的家务劳动,或其他有助于家庭财产增加的活动所带来的损耗,而这种损耗不应由一方承担,而应由双方共同负担,以避免原家庭用具所有者的婚前财产因共同的家庭生活而减少,违背了婚姻立法的宗旨之一,即用于家庭生活的日常所需应由夫妻双方共同承担。Vgl. Lüderitz/Dethloff, Familienrecht, 28. Aufl. 2007, S. 103, Rn. 63, 64.

界有两种不同的观点:一种认为,配偶双方共有的家庭用具应与其他财产一样,在算清其具体价值后,作为财产增加额的标的物,与其他财产增加额的标的物一起进行均衡。另一种观点认为,家庭用具和其他财产增加额的标的物不同,不应共同计价核算,而应优先进行分割,即遵循《家庭用具条例》的规定。首先,依据《家庭用具条例》第 8 条第 2 款的规定,推定在婚姻关系存续期间获得的但所有权有争议的家庭用具为夫妻共同所有;其次,依据《家庭用具条例》第 8 条第 1 款,在遵循公正性及目的性原则^[29]的基础上,裁决具有共同所有权的家庭用具最终归谁所有;再次,依据《家庭用具条例》第 8 条第 3 款第 2 节的规定,给予因法院裁定丧失一半所有权的配偶一方向另一方(因前款规定得到单独所有权的)要求金钱补偿的权利。^[30]

2. 立法改革之后

2009 年后,随着《家庭用具条例》和《德国民法典》中第 1370 条的废止,《德国民法典》中的新法条第 1568 条 b 款问世,随之,德国的法定财产制也发生了一些变化。首先,由于第 1370 条的废止,前法的替代原则不再适用,在这种情况下,属于配偶一方婚前所有但已灭失的家庭用具的替代物,不再依据替代原则认定其归属(即为已灭失的家庭用具的原所有人独自所有);而是根据替代物由谁购买来判定其归属,如此替代物由配偶双方共同购置,它将做为配偶双方共有的财产加以认定。其次,根据新法第 1568 条 b 款的规定,夫妻共有的家庭用具,在合乎公平并考虑同住子女的最佳利益以及配偶双方的生活状况的情况下,配偶双方对其享有两种请求权:1) 配偶一方可以向配偶另一方请求,交付该家庭用具并转让其所有的那部分所有权;2) 当该方交付并转让所有权的行为发生后,配偶另一方可以请求获得适当的金钱补偿。^[31]

从立法改革后财产增加额调整对象的差别可以看出,关于家庭用具的分割,除了金钱补偿的数额还要如财产增加额的标的物一样核算其价值外,家庭用具的分割已经不再属于财产增加额均衡所调整的范围。

3. 改革前后的比较

首先,德国立法者通过新法条的颁布,即在“夫妻共有家庭用具分割”中统一适用《德国民法典》第 1568 条 a 及 b 款,解决了德国司法界存在的法律适用分歧;其次,立法者以民法典法条代替了原《家庭用具条例》这种单行性条例,保证了离婚后财产分割适用法律的一致性;此外,在新法中,由于家庭用具不被看做是财产增加额的标的物,不再做为财产增加额进行均衡,这意味着财产增加额适用范围的缩小。

4. 司法启示

比较立法改革前后的变化,笔者认为德国立法者立法改革的精神在于:首先,立法者通过废除单行性法律条款,充实了《德国民法典》的内容,扩大了民法典的调整范围;其次,立法者通过民法典中新法条的创立,化解了法律适用中的冲突;再次,通过对原法中替代原则的摒弃,解决了家庭用具所有人的认定问题。

[29] 在此原则下,谁经常使用某个共有家庭用具,此家庭用具就归谁所有。举例来说,如电脑虽为配偶双方共有的家庭用具,但男方因工作关系经常使用,在离婚后归男方所有;而作为共有家庭用具的电视,因女方经常使用则判归女方所有。

[30] Vgl. Schwab, Familienrecht, Aufl. 17, S. 191, Rn. 370.

[31] Vgl. Schwab, Familienrecht, Aufl. 17, S. 232, Rn. 479.

如何更好更简便地分割婚后财产无疑也是我国法律人所追求的,但遗憾的是,我国《婚姻法》关于夫妻财产制只做了简单原则性的规定,所以对夫妻财产分割有争议的案件进行判决时,所遵循的大多都是我国最高人民法院颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一),(二)》,这种不依据法律条款而主要沿用司法解释进行判决的尴尬情况应当进行改革。根源于此,笔者认为,我国应参照德国废除单行性法律条例以充实民法典的做法,完善我国的婚姻法立法:与其打补丁似地制定一系列相关的单行性法律条文(如《婚姻管理条例》),或针对具体问题颁布众多的司法解释来弥补我国婚姻法立法的不足之处,倒不如制定一部内容完整,体系完善的《中华人民共和国婚姻法》。这样,婚姻法的“由一所出”避免了诸多相关条例由于立法机关的不同而产生的相互矛盾,而具体法律条文的“由一而定”更是便于人们迅速快捷地查找相关法条。此外,我国现今法制改革的一个重要目标就是民法法典化,依据大陆法系国家的立法传统,婚姻法是组成民法典的重要部分,从这个意义上讲,一部内容完整的婚姻法无疑也能对我国将来民法典的编撰提供重要的法律渊源。

(三) 财产增加额计算原则的发展

如前述,德国立法者于2009年对《德国民法典》第1374条和第1375条中关于初始财产和终结财产的规定进行了修改,在此修改中,财产增加额的计算原则也随之发生了巨大的变化。

1. 原法中财产增加额的计算

根据原法条中关于初始财产和终结财产计算方法的规定,在对夫妻财产增加额进行计算时,主要遵循以下几项原则:原则一,财产增加额不能为负。因为财产增加额是配偶一方的终结财产超出初始财产的数额,所以在此原则下,如配偶一方的终结财产少于其初始财产,此方的财产增加额只能算为零。原则二,初始财产不能为负。在此规定下,如一方的初始财产为负资产,在对其进行计算时,其真实的负债数额不被算入,从而推定其初始财产为零。原则三,终结财产不能为负。如一方在婚姻关系解除时,没有资产只有负债,他的终结财产也只能算作为零。

2. 现行法中财产增加额的计算

在现行法中,除了上述“原则一”,即财产增加额仍旧不能为负与原法相同,随着《德国民法典》第1374条与第1375条的修改,原则二和原则三都发生了变化,即初始财产和终结财产都可以为负。因此,财产增加额的结果也随之发生了变化。举例如下。

男方的初始财产为-8万元,终结财产为-2万元;女方的初始财产为2万元,终结财产为4万元。依据原法财产增加额的计算原则,夫妻双方各自的财产增加额如下:男方的初始财产=零,终结财产=零,其财产增加额为零;女方的财产增加额则为2万元。根据《德国民法典》第1378条第1款的规定,男方为均衡债权的债权人,可向女方要求 $(2万)/2=1$ 万元作为其均衡债权。但依据现行法的规定,财产增加额的计算如下:男方的财产增加额为 -2 万元 $-(-8$ 万元 $)=6$ 万元;女方的财产增加额为2万元,与原法相反,女方成为了均衡债权的债权人,同样依据第1378条第1款,她可以向男方要求 2 万元 $= (6$ 万 -2 万 $)/2$ 作为其均衡债权;但因第1378条第2款关于均衡债权数额的限制,即不得超出夫妻财产制终止时一方所有的财产数额,也就是不能超出均衡债权中债务人的终结财产。在此案例中,由于男方的终结财产为零,女方的均衡债权也只能为零。

3. 司法启示

由以上案例可以看出,由于初始财产和终结财产的计算原则的变化,双方各自所有的财产增加额的数额也随之发生变化,同时均衡债权的债权人也因此发生了根本性变化:男方由原法中的债权人变为新法中的债务人;而女方虽然因为第 1378 条第 2 款的限制,实际上得不到均衡债权,但在对财产增加额均衡进行计算时,她已由原法的债务人变成了新法的债权人。比较原法与现行法中关于均衡债权的最终法律后果,显然现行法更加合情合理。在现行法中,男方在婚姻关系存续期间真实的财产增加数额得以显现;而在原法中,这些因偿还婚前债务而“消失的财产增加额”被隐匿了,而这些被忽略被隐匿的财产抹杀了配偶另一方对负债一方偿还婚前债务所做的贡献,从而也悖逆了立法者将财产增加额做为德国法定财产制的立法考量。因此,通过取消初始财产和终结财产计算数额最少只能为零的限制,配偶双方真实的财产增加额得以显现,从而也肯定了配偶一方对婚前负债一方在婚后偿还债务所做出的努力。

追本溯源,财产增加额不能为负在新法中的适用表明了德国立法者对婚姻关系存续期间夫妻双方财产和负债的基本处理原则:配偶一方可对另一方在婚姻关系存续期间所得的财产增加额进行均衡;但不必负担他方所负单独债务。不同于我国对夫妻双方财产与债务的处理方式,这种只能对财产同甘不能对负债共苦的处理方式,也正是德国法定的财产增加额共同制的特色之一,它反映了在财产增加额共同制下,夫妻双方在婚姻关系存续期间对各自财产处置的独立性。

较之德国通过财产价值的计算来均衡债权的做法,我国现行婚姻法中对离婚后夫妻共有财产的确定与分割方式则更适合我国的国情。其原因有二:其一,对我国来说,以列举方式确定夫妻共有财产更为简便,也更能反映夫妻双方在婚姻关系存续期间所得财产的真实状况。相较于德国较低的通货膨胀率和相对稳定的房价,我国的高膨胀率和持续走高的房价决定了我国只能以实物的方式来确定夫妻关系存续期间可分割的夫妻共有财产,如果以德国的这种以初始财产与终结财产的差额来计算可分割的夫妻共有财产的数额,由于初始财产和终结财产在计算时间点上的差异,其计算得出的可分割财产数额必会远远高于夫妻可分割共有财产的真实价值。所以,较之复杂繁琐又错误频出的价额计算方式,我国以实物列举的方式更可行。其二,对我国来说,以实物和价金的方式来分割夫妻共有财产,符合我国《婚姻法》关于离婚的相关规定。不同于德国只能以判决方式离婚^[32]的情况,我国《婚姻法》第 31 及第 32 条规定,夫妻双方既可通过诉讼方式也可通过协议方式来解除婚姻关系;而德国财产增加额的均衡仅是一种请求权,需要经过诉讼程序来实现。所以,对于想要以协议方式离婚的中国夫妻而言,德国的这种财产增加额均衡请求权无疑成为了其快速有效分割夫妻共同财产的巨大阻碍,加重了双方的离婚成本。

在德国新的夫妻财产增加额均衡的计算方法中,对于初始财产可以为负的改革也为我国更加公平合理地分割财产清偿债务提供了借鉴。关于离婚后夫妻双方共同债务的清偿办法,我国《婚姻法》第 41 条做出了明确规定——为夫妻共同生活所负债务由夫妻双方共同清偿;而关于属于夫或妻单方的债务,我国《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉的解释(二)》在第 23 条到第 26 条也做出了具体规定,尤其是第 23 条更是详细规定

[32] 《德国民法典》第 1564 条。Vgl. Schwab, Familienrecht, Aufl. 17, S. 153, Rn. 314.

了婚前债务的清偿问题。但遗憾的是,对于婚前一方所负的债务,而此债务并不是用于婚后家庭共同生活的,但其已在婚姻关系存续期间得到清偿的,不论是在我国婚姻法还是最高法院的司法解释中都没有提及。显然,我们的立法者忽略了在婚姻关系存续期间由夫妻双方的共同财产偿还一方婚前债务的情况,如这一部分被忽略的夫妻共有财产数额较大,无疑会造成财产分割的显失公平。所以,笔者认为,我国婚姻法应借鉴德国婚姻法的改革成果,给予在财产分割中因此受到损失的一方追偿的权利。

三 结 语

立法改革是社会变革的真实写照,而德国2009年对其民法典亲属篇的诸项立法改革正是这种写照的真实体现,是德国立法者对现今德国社会进行考量的结果。同时,新法颁布后各州的一些司法判例也体现了德国法官对当今社会问题的利益取向。

立法者首先通过对夫妻财产增加额计算原则的修改,保护了婚前无负债一方的利益;其次通过对“家庭用具分割”的另行处理,简化了夫妻财产增加额均衡在现实中的应用;而《家庭用具条例》的废除,既充实了《德国民法典》的内容,又解决了法律适用上的冲突。由上可见,德国关于夫妻财产增加额均衡的立法改革,是以完善民法典的体系、充实民法典内容和适应新的社会需要为考量的。而在司法中,法官通过对夫妻财产合同的诸多限制,强化了契约的公正性在夫妻财产制中的体现。作为一个崇尚契约自由、崇尚个人利益神圣不可侵犯的西方国家,德国法学界已不再只强调个人利益,其对弱势群体的关注与保护,从而保障社会利益的均衡已成为关注的重点。反观我国,由于没有统一的民法典,在对婚姻法进行立法改革和司法解释时,我们常常只着力于一点,没有从其作为民法组成部分的宏观角度上加以考量。因此,在立法与司法解释中往往顾此失彼,重复叠加;在司法判决中,常常因缺乏明确的价值取向,使法官的自由裁判权难以实现。而德国关于夫妻财产增加额均衡的立法改革和司法判例,无疑给我国立法者和司法者提供了一个参考的样本,值得我们借鉴。

[Abstract] The current statutory property regime in Germany began in 1958. During 50 years of judicial practice, the statutory property regime of the community of surplus has been widely recognized and accepted by German society. But as a series of problems arising in German society, such as abuse of rights in marital property contract and heavy debt borne by one party of the couple before marriage, various existing provisions have become either insufficient or unfair. In 2009, a legislative reform was waged, focusing on the “compensation for the increase in value” while modifying calculation methods. In addition, state courts have strengthened the scope of application of the “compensation for the increase in value” by limiting the validity of marriage contracts. The legislative spirit demonstrated and value pursued in the process of improving the “compensation for the increase in value” by both German legislator and the judiciary has offered us useful experiences for the reform of marriage law in China.

(责任编辑:黄 列)

红十字救护法律责任的豁免与限制*

——基于“好萨玛利亚人法”的分析

余少祥 朱国政

内容提要:红十字救护在应对重大自然灾害、突发公共事件的过程中一直发挥着积极、重要的作用。中国红十字会每年耗费巨大的人力、物力、财力进行救护员培训。但在实践中,由于我国现行相关法律法规的缺失,诸多救护员担心即便是正当救护也可能面临承担法律责任的风险,因此在遇到伤者需要救助的情形时也慎于出手,无法更好地发挥群众生命健康守护员的作用。借鉴西方国家“好萨玛利亚人法”的有关规定,我国也应当设置相关法律法规对红十字救护的法律责任实行有条件地豁免,即便救护员应该承担一定的赔偿责任,也应对其责任进行适当限制。

关键词:红十字救护 好萨玛利亚人法 法律责任

余少祥,中国社会科学院法学研究所副研究员。

朱国政,社科文献出版社救护图书事业部副主任。

作为特定术语,“红十字救护”是指遇到突发事件或紧急情况时,红十字救护员在现场为病人或伤者提供帮助。红十字救护员,即由红十字会进行初级救护培训、经过特定学时的学习、考试合格取得救护资格证书的社会人员。红十字救护不同于专业救护,也不同于一般的群众救护。专业救护是指专业人员在工作时间基于职责等进行的救护活动,一般的群众救护指未经任何训练、不具备救护资质的人对伤病者提供帮助。本文所谓的救护,仅指持有有效证书的红十字救护员的救护行为,相应法律责任,仅指红十字救护员在救护中所产生的法律责任,不包括专业救护和一般的群众救护所应承担的法律责任。

一 中国红十字救护的法律困境

长期以来,与国际红十字救护活动接轨,中国红十字会遵循“人道、公正、中立、独立、志

* 本文为中国红十字会资助的“中国红十字救护法律问题研究”课题的阶段成果。课题组主要成员有朱国政、李立东、郭建阳、张立、万芳和姚佳等。对以上同仁的帮助,谨致谢忱!

愿服务、统一、普遍”的原则,在应对地震、洪水、泥石流等自然灾害和日常突发事件中,为保护人民的生命和健康,减少伤亡或致残,做出了重要贡献。然而,由于法律法规不健全,中国红十字救护一直面临很大的法律困境,存在诸多问题。

(一) 红十字救护法律责任豁免之诉求

改革开放后,中国红十字救护工作取得了长足进展。据统计,从2006年到2009年,中国红十字会每年培训救护员300余万名,培训救护师资学员超过4万人次。^[1]但与此不相适应的情况是,很多救护员在遇到需要救助的突发事件时,由于担心可能会引发相应不利后果,承担额外的法律责任,因此即便面临紧急情况时也慎于出手,无法发挥群众生命健康守护员的应有作用。在现实生活中,对路遇伤者的漠视,伤者得到及时救护后的讹诈,使得红十字救护工作面临困境。此时法律失语,无法有效地维护善意救护人的合法权益。由于法律对善意救护人的行为并无规定,其权益保障、救助失败是否免责、如何免责等问题无法解决,致使现场群众救护难以开展。作为群众救护的一部分,法律对红十字救护及其法律责任亦无明确规定。

然而,遇危不救并非法律失语的不利社会后果的全部。近年来,颇为引人注目的典型事例是,被救护人大量提起诉讼,向救护人提出损害赔偿要求,而法院在法律规定不明的情况下,作出侵权损害赔偿的判决,使善意救助者转变为(恶意)“侵权人”的情形在现行法律制度下频频发生。由于司法判决使善意救护人承担了“过失责任”,很多人认为见危施救是引火烧身。2007年轰动一时的“彭宇案”就是最好的例证。

(二) 红十字救护法律规定的空白

综观现有法律、法规体系,有开展“红十字救护培训”和“活动”的规定,但没有救护员是否应承担以及如何承担责任的规定。例如,《宪法》第21条规定“开展群众性的卫生活动,保护人民健康”,《红十字会法》第12条规定“进行初级卫生救护培训,组织群众参加现场救护”,《突发事件应对法》第26条规定“县级以上人民政府应当整合应急资源,建立或者确定综合性应急救援队伍”,但这些法规对救护人的地位和法律责任均没有提及。《刑法》规定了紧急避险条款,即为了使国家或公共利益、本人或他人“免受正在发生的危险”,造成损害,不负刑事责任。但该条并不适用于红十字救护,且《刑法》免除的只是“刑事责任”,不包括民事责任。《海商法》第9章对海难救助和船长职责进行了详尽规定,但海难救助是在特定情形下的救助法律关系,与红十字救护的自发性、群众性和无偿性明显不同。《民法通则》第93条及第109条设立了对“无因管理”和“见义勇为”的补偿制度,前者主要是解决无因管理者的支出和费用返还问题,后者主要是解决见义勇为者受到损害的补偿问题,对于其行为给对方造成伤害是否免责也没有规定。因此,红十字救护行为难以适用《民法通则》关于无因管理和见义勇为的规定。

2010年7月,《侵权责任法》开始施行。该法颁行旨在充分保护民事主体的合法权益,预防并制裁侵权行为。因此,在处理红十字救护的法律纠纷时,人民法院最有可能适用《侵权责任法》。但这里有一个问题是,救护员的不当行为是否属于侵权行为?红十字救护有一个不可避免的情况是:救护员通过正当方式施救,由于被救护人情况严重,最终救助失败。简言之,不论救护员施救与否,被救护者最终都会出现伤(病)情恶化或死亡。这时,救护员

[1] 中国红十字会内部资料:《2009年救护处工作总结》,2009年12月7日。

是否要承担“侵权”责任?作为善意行为人,救护员基于完全“利他”的人道主义精神,运用自己的专业知识,为突发事件的当事人提供无偿救护,在发生纠纷后,还要证明不存在“侵权行为”和“损害事实”,或二者之间没有“因果关系”,或自己的行为没有“过错”,既不是故意也没有过失,是否有失公允呢?因此,现行《侵权责任法》也很难解决红十字救护的法律责任问题。一些地方制订了见义勇为的相关条例,规定对某些见义勇为行为予以褒扬、奖励或补偿,但对见义勇为“致害”及其“认定要件”、是否承担“法律责任”并没有提及。^[2]如2001年《山东省见义勇为保护条例》、2000年《四川省保护和奖励见义勇为条例》、2000年《重庆市鼓励公民见义勇为条例(2005年修正)》规定了对见义勇为行为的确认、奖励和对见义勇为者的生活保障,却没有涉及群众性救护或红十字救护及其法律责任问题,因此地方法规也是一个空白。

二 “好萨玛利亚人法”及其启示

多年来,在红十字会与红新月会国际联合会以及各国红十字会的推动下,很多国家通过立法对救护员在何种情况下承担何种责任进行了具体规定。不仅如此,一些国际公约在这方面也做了很多具体规定,这就是所谓的“好萨玛利亚人法”。

(一) 救护员概念

“救护”一词被译为 first-aid,是指在专业救助到达前及时为病人或伤者提供帮助,它涉及到身体损伤或疾病,包括最初的护理和为经历或目睹创伤后情绪抑郁的人提供心理支持等。目前,很多国家和地区对“救护员”采用宽泛称谓、严格细分资格的方式进行定义,即将救护行为分为不同类别,分别进行培训和考试,颁发资格证书,并将具备这类资格的人统称为救护员。此类人员的救护行为被严格限定在资格证书范围之内,不得超出授权施救。另有一类特殊人群也被称为“救护员”,即在特定行业中,由于职责所系、经过相关培训被要求在紧急状况下实施救护的人员,比如矿山行业等。他们除了进行一般救护,还承担对行业事故进行处置的责任。

(二) “好萨玛利亚人法”的缘起与发展

“萨玛利亚”来源于《圣经·路加福音》中耶稣讲的寓言。^[3]由此得名的“好萨玛利亚人法”是指,在紧急状态下,施救者因其无偿救助行为给被救助者造成民事损害时豁免责任的一种法律制度,其实质是免除对他人救助的“好心人”后顾之忧,鼓励旁观者对处于危险境地的人予以救助,使更多的旁观者伸出援助之手。“好萨玛利亚人法”盛行于美国、加拿大和一些欧洲国家。实际上,古典英美法比较抗拒把道德义务转化为法律义务,它宽容一个身体强壮的人从一个溺水的老人身旁走过而不伸出援助之手。在这种场合,这个过路人可以不负任何法律责任。当然,这种救助义务的免除以遭难者与旁人间不存在亲属关系或特殊关系为前提条件,即由于彼此间是不存在亲属关系和特殊关系的陌生人,人们对他人并不负有救助义务。这是普通法一个悖乎常情的传统观点:给予他人以无偿救助似乎是并不必

[2] 董文勇:《论我国紧急医疗卫生救援立法》,《中国医院管理》2008年第9期。

[3] 萨玛利亚(Samaritan)为人名,在该寓言中,萨玛利亚为一个好心救助他人的人,故《好萨玛利亚人法》(Good Samaritan Law)依此命名。

要的。然而,越来越多的“临危不救”事件出现,包括见义勇为者没有受到应有的保护,引起了社会的广泛关注和人们的反思。

正是法律责任与道德责任的冲突使得人们忧心于社会道德秩序的稳定,担心见义勇为给自己带来负面后果。1959年,美国加利福尼亚州率先推出各州中最早的一部《好萨玛利亚人法》。到1983年止,所有的州加上哥伦比亚特区、波多黎各和维京群岛都制定了自己的《好萨玛利亚人法》或《无偿施救者保护法》(Volunteer Protection Law),主要目标是通过豁免见义勇为者在某些特定情形下的责任来鼓励社会的见义勇为行为。当然,这些州法中的绝大多数只是规定了消极的见义勇为者的民事责任阻却问题,如有的州的这一立法属于民事诉讼法的“民事责任的豁免”部分的一个或数个条款,甚至是捐献食品引起损害的民事责任的豁免问题。但在有些州如罗德岛州、威斯康星州、明尼苏达州、佛蒙特州、夏威夷州和华盛顿特区,则以不同形式对积极救助义务作了具体规定。^[4] 对于救助中造成的损害,各州几乎都规定了豁免责任的条款或条例。

当然,也有一些适用于美国全境的见义勇为法,如1996年10月1日克林顿总统签署的《好撒马利亚人食品捐赠法》就是全国性法律,该法旨在通过豁免捐赠人对食品引起损害带来的民事和刑事责任鼓励捐赠食品给需要的人。在欧洲,至1965年,至少有15个国家已承认见义勇为是一种法律义务,同时规定救助人可以豁免责任。2002年7月,意大利议会制定的《为社会团结目的分发食品条例》被称为“好萨玛利亚人法”,巴西学者于1996年草拟的《鼓励捐赠法》也被称为“好萨玛利亚人法”。从理论上说,这些法规与大陆法系中无因管理的管理人免责制度十分类似,如《德国民法典》第680条规定:“以免除本人的急迫危险为目的的而为事务的管理者,管理人仅在有意或重大过失时,始负责任。”推及好萨玛利亚人法的规定,除非有故意或重大过失,救护人不负责任。

(三)“好萨玛利亚人法”的启示

从美国的情况来看,尽管各州的“好萨玛利亚人法”在具体细节规定上存在着差别,但是其根本原则是一致的:即任何人,如果本着诚信的心态,对在事故或其他紧急情况下遭受身体伤害的受害者施以紧急的救助而没有从此救助行为中获得报酬或不期望获得报酬,那么他就对在此过程中因其过失的行为而导致对被救助者的损害免责。

归纳起来,“好萨玛利亚人法”主要涉及三个问题:第一,救助他人时所涉及的法律责任;第二,救助他人时受损的补偿以及好萨玛利亚人的权利;第三,救助他人时可能会承担的责任与风险。从其规定中,我们可以得到的启示是:应通过社会立法,为行善人免除一定的民事责任,以促进社会善举,鼓励行善人对他人的救助行为。为进一步促进社会道德发展,进而有“见危不救”应当承担法律责任的规定。可以肯定,如果没有规定对行善人的免责条款或将救助他人作为法定义务,会根本违背“好萨玛利亚人法”保护行善人的立法主旨。从大多数国家的规定来看,“好萨玛利亚人法”的保护对象是普通行善人,但有些情况下的某些主体不适用该法,如因职务原因产生救助义务的人、加害人对受害人、基于合同关系产生的相关义务人等。因此,应分清具有职业职责的公民在不同状况下适用“好萨玛利亚人法”的条件。

[4] 参阅徐国栋:《英美法系国家的见义勇为立法》,《中华见义勇为》2009年第8期。

三 红十字救护法律责任的承担、限制与豁免

讨论红十字救护的法律责任,必须着重考察救护员的行为后果。实际上,红十字救护责任豁免主要基于如下情况:一是救护员采取了正确措施,但伤病者情况严重,救助最终失败;二是不能证明救护员违反操作规程,加重了被救护人的危险;三是救护员因轻微过失致害。但如果救护员有故意或重大过失,加重了被救护人的危险,应承担一定责任。

(一) 红十字救护不利承担法律后果的前提条件

首先,救护员负有法定职责或约定义务。《好萨玛利亚人法》有一个基本原则是,任何救护的提供,不能以交换报偿或取得薪酬为条件。负有法定或约定义务的人实施救助行为,是执行职务或合约的必需,如果履行不当,不能免责。我国法律规定负有救护义务的救护员主要是三种人:1)法律规定负有职务责任的人员,如警察、消防员等;2)基于合同关系有责任救护的人员;3)其他负有义务救护人。当然,这些人在工作时间和职责范围之外的救护行为,可以适用好萨玛利亚人法的相关规定。此外,某些“特殊关系”也应提升为救助义务,比如由于疏忽,司机造成他人受伤,就有救助伤者的义务,承运人或旅馆主人也应该救助其顾客,因此造成损害,不能免责。

其次,救护员采取的措施违反操作规程,具有故意或重大过失。“故意”的情况无庸多论,“重大过失”主要指两种情况:一是根据被救护者的客观反应(如心跳、眼部、外在身体体现的症状等),救护员在现场采取了自认为恰当的施救方式,但经过医学鉴定,其措施明显不当。例如,把受伤者从没有进一步的危险的汽车中移动,而移动加重了其伤势。二是救护员采取的措施明显违反操作规程,导致救助失败。比如,对需要移动的伤者没有夹板固定骨折,结果造成开放性骨折。当然,这里仍涉及到“救护行为”与“损害后果”的因果关系问题。救护员的不当行为是否足以导致损害后果的发生?或者根本不会导致损害后果的发生?这些都需要通过现代医学的精准性来判断。

再次,被救护人或其监护人明确表示不同意救护。“好萨玛利亚人法”规定,如果伤病者是有意识的,可以作出反应,救护人在采取行动之前要询问他们是否需要帮助,得到其的许可。如果伤病者不同意,救护员强行施救,不论被救护人的危险是否加重,救护员都应承担一定的责任。这种情况在法律上称为侵权,属不法行为。当然,在发生纠纷时,需要被救护人或其监护人提供“不同意救护”的证据而不是救护员提供“同意救护”证据。在被救护人昏迷或没有意识时,应借鉴好萨玛利亚人法的有关规定,推定被救护人同意施救。如果被救护人不被视为成年人,当未能联系上其父母或法定监护人时,也应借鉴好萨玛利亚人法的规定,视为同意救护而不是相反。

(二) 红十字救护法律责任的限制

在目前的损害责任制度中,有两种情况比较常见:一种是损害多少赔偿多少,称为“完全性赔偿制度”;一种是赔偿数额超过实际损失额,称为“惩罚性赔偿制度”。实际上,现实中还存在一种致害人只在一定的限额内承担赔偿责任的现象,有学者称之为“限制性赔偿制度”。^[5]例如,发生重大海损事故时,对事故负有责任的船舶所有人、救助人等的赔偿责

[5] 参阅张耕等:《限制性损害赔偿制度初探》,《现代法学》2002年第2期。

任被依法限制在一定额度内,并非损失与赔偿数额相等。再如,汽车承运人对旅客非保价行包的赔偿、铁路和航空运输企业对旅客人身伤害的赔偿都不是以实际损失计量,而是明显小于实际损失。最有代表性的例子是,邮件、电报在传递、处理过程中,由于邮局的原因造成延迟或错误,给当事人造成损失,邮局只退还邮费,不承担赔偿责任。这些都是限制性损害赔偿的具体规定。限制性赔偿与完全性赔偿的不同在于:后者的责任人必须完全赔偿受害人的损失,而前者的责任人只需在法律规定或认可的范围内承担赔偿责任,其赔偿数额通常远远低于受害人受到的实际损失。

还有一种理论为“限制性法律责任”作参考。19世纪以来,以私法和市场经济为特征的自由资本主义为人类带来了越来越多的物质财富,也造成了越来越多的社会问题和社会冲突。为了解决这些问题,国家颁布了大量带有强制性的法律法规来规制私人契约,以保护处于相对不利一方的当事人的利益,这就是社会法的“基准法”机制。社会法的特点是将公法手段运用到私法领域,既具有私法意思自治的特征,也具有公法强制性的特征,即“公法私法化和私法公法化”。〔6〕在损害问题上,社会法的机制不同于公法,也不同于私法。公法的机制除了赔偿,还有处罚,私法的机制通常是“赔偿与损失对等”,造成多大损失赔偿多大。社会法的机制是,国家对损害不进行处罚,同时对赔偿进行限制,即:赔偿止于“适当”,不及于实际损失。比如,《劳动法》规定,员工因操作失当造成事故损失,可免除赔偿责任,即便赔偿也很有限,并非及于实际损失。再如,《医疗事故处理条例》规定,医疗事故赔偿也不是造成多大损失就赔多少,而是由国家确立一个合理标准和最高限额,实际上是限制责任,这就是社会“基准法”。如前所述,红十字救护法律制度属于典型的社会法,考虑到救护员的行为完全无偿,而且是善意的,我们主张对确有过错、酿成事故责任的红十字救护行为适用社会法的机制而非私法机制。具体可以参照相关法规,确立一个合理标准和最高限额,一方面维护被救护人的合法权益,另一方面确保红十字救护员和善良救护人不因“善举”和“义举”被拖入法律的深渊。

(三) 关于“见危不救”的法律责任

追根溯源,古埃及法和古印度法中就有惩罚见死不救者的规定。从古至今的犹太法不仅要求个人,而且要求社区承担援救处在危难状态的人的法律义务。〔7〕经历两千多年以后,这一法律传统在世界上很多国家得以继承和延续。目前,中东、南亚、欧洲和美洲大多数国家都规定了公民救助义务,即见危不救是违法行为,不仅要受到道德的谴责,还要受到法律的惩罚。在大陆法系国家,继1845年俄国刑法典之后,意大利、比利时、德国、荷兰、芬兰等国的刑法都作了类似规定。

在普通法系国家,基于“意思自治”和“人人为己”的法律传统,过去几乎没有见危不救人罪的规定。但是,这一传统后来被限制性地修正了。如美国一些州规定,在特定情况下不救助处于危难中的陌生人构成犯罪。1973年,佛蒙特州在《帮助临险者责任法》中明文规定,当人们知道他人面临严重人身威胁时,应当给予合理帮助,只要提供该帮助对其自身不具有危险或未与其他重大义务冲突,或已有别人给予帮助或关心。加拿大魁北克省相关法律规定,在没有风险和危险的情况下,如果公民不做出救助行为,即违反了法律,要受到法律

〔6〕 余少祥:《社会法:维系民生之法》,《今日中国论坛》2009年第1期。

〔7〕 徐国栋:《英美法系国家的见义勇为为立法》,《中华见义勇为》2009年第8期。

的惩罚。同时,这些地方也都制订了相关政策,对救助者因救助行为受伤以及财产受损进行补偿。

实践中,也有一些国家或地区强调救助的“恰当性”,规定只有恰当的人实施的恰当行为才具有合法性。由于救护行动通常需要对人体施加措施才能达到救护目的,未经培训并考核合格的人在实施这些措施时有可能误伤病人或伤者,故只有在救护员资格证书有效期内,救护员对病人或伤者实施相应的救助行为才具有法律上的“恰当性”。我们认为,红十字救护员经过严格的救护培训,具备救护的主体资格和技能,应借鉴“好萨玛利亚人法”的规定,对其救护行为予以明确的法律保护。至于没有资格证书的普通群众救护是否免责,是否具有“恰当性”,应具体问题具体分析,只要不涉及专业技术问题或无明显过错,应比照救护员的行为处理。这是另一个问题,兹不赘述。

(四)红十字救护法律责任的豁免

救护行为是具有不确定性和风险的,专业医生在抢救伤病员时况且都可能发生意外,仅仅让红十字救护员对这种具有挑战性的行为导致的不良后果负责是不公平的,也非常不明智:它将阻却救护员试图为那些需要的人提供帮助。因此,必须通过立法,使救护员在遇见意外事故时尝试帮助需要照顾的人,并免责于不利后果。

1. 红十字救护法律责任豁免的条件

从“好萨玛利亚人法”的规定看,红十字救护员的法律地位相当于“善意救助者”,且比普通善意救助者更具专业技能。因此,需要借鉴“好萨玛利亚人法”的规定,确立红十字救护员的免责机制。在目前的研究中,很多学者将红十字救护比附为见义勇为,是有一定道理的。但救护责任豁免是一个复杂的法律问题,很多时候要看事件的具体条件和情形。比如,欧盟《见义勇为法》规定了对见义勇为的免责条款,即如果救护是无偿的,是按照操作规程来实施的,在他救护之前也是通告被救护人的,在这种情况下即便出现意外也可以免责。美国、加拿大等国家也有类似的规定。

在我国,考虑到法律、文化传统和社会现实,应以规定如下条件为宜:

第一,救护人持有有效的资格证书。救护行为具有一定的专业性,在提供救护者可以免责的情况下,为了对受救护者进行保护,应对救护提供者的身份进行限制。研究表明,早期心肺复苏失败,致残、致死率高,与急救不规范、现场心肺复苏不标准密切相关。^[8]在美国,如果路人没有学习过急救而草率对伤者施救,有可能会被控告。日本则已立法明示,没有受过急救培训的人向伤者做不恰当的急救,要被追究法律责任。我们认为,红十字救护员经过严格培训,掌握了基本的救护技能,具有从事救护工作的资质,应该与一般的、没有经过培训的群众救护区别开来,在法律上区别对待。

第二,提供救护的人尽到了注意义务。提供救护者作为一个接受过救护培训、持有救护资格证书的人,应严格按照操作规程来实施救助,尽到应尽的注意义务。倘若没有尽到一个接受过救护培训之人应尽的注意义务,则不可以对其免责。

第三,进行救护前得到伤者的同意。欧盟、美国和加拿大等国的免责条款规定,在伤病者尚有意识的情况下,必须征得其同意才能实施救助,不然提供救助者对于不利后果不能免责。只有在伤病者没有意识的情况下,才能推定其同意接受救护。如果伤病者不被视为成

[8] 吴耀建等:《早期心肺复苏失败原因分析及对策》,《临床军医杂志》2002年第2期。

年人(无论其声称如何),只有未能联系上其父母或法定监护人时,才视为得到默许。这一规定,体现了对个人意志的尊重和对伤病者的保护。在个人自由和权利日益彰显的中国,在制定相关免责条款时,应将这一限制纳入其中。

对红十字救护有条件地豁免法律责任,并非法外施恩,或者破坏法制的统一,而是社会法的基本原则使然。社会法的基本原则是“倾斜保护”而不是“平等保护”,^[9]红十字救护法属于典型的社会法,应适用社会法的规则而不是民法的规则。根据有关规定,红十字救护并非负有法定义务的救护,它是单方付出,不以获得报酬为目的,因此不适用民法上“等价有偿”或“平等保护”的原则。所谓倾斜保护,就是由被救护人单方承担举证责任,救护人不负举证责任,即在事实无法查清时,法庭将作出对救护员有利的推定,而不是不利的推定。例如,欧盟、美国和加拿大等国规定,被救护人昏迷或没有意识时,应推定被救护人同意救护,而不是不同意救护。倾斜保护是社会法的通行原则,正如发生劳务纠纷和医患纠纷时由资方和医方承担举证责任一样,体现的是对员工和患者的倾斜保护。^[10]在红十字救护法律责任的豁免上,《侵权责任法》关于医疗机构免责的规定也值得借鉴。

四 结 语

总之,对红十字救护责任予以适当限制和豁免是必需的,也是迫切的,这是彰显社会主义核心价值观、体现社会正义公平的必然要求。至于将这些规定纳入那一部法规,完全是一个技术问题,可以在制订《见义勇为法》时进行具体规定,可以在《侵权责任法》、《红十字会法》等法规中增设相关条款,或通过相关立法与司法解释,予以明确。近年来,对“见义勇为”立法的呼声已越来越高,我们完全可以将其纳入未来的见义勇为法之中,或制订新的《红十字会法》实施细则,明确红十字救护员的地位和责任等。红十字救护的法律地位、法律责任属于基本的民事制度,根据《立法法》的规定,也可以制定专门“法律”或者“规章”。但我们认为,较为可行的办法是,在修订相关法律、法规时,增设某些条款,以尽快解决“见危不救”等问题。

[Abstract] The Red Cross of China consumes enormous manpower, material and financial resources to train persons in first-aid every year. Many of them, due to the concern that they might be pursued legal liability even if they have delivered proper aid, will not take actions when they face emergencies. As a result, they cannot play the role of rescuing people's life and health. We, therefore, should use "Good Samaritan Law" for reference to exempt the Red Cross' first-aid workers from legal liability conditionally, and in case they should bear liability for compensation, their liability should be limited.

(责任编辑:姚 佳)

[9] 余少祥:《社会法学基础理论研究评述》,《法律文献信息与研究》2010年第2期。

[10] 熊樟林:《劳动合同法倾斜保护劳动者之合理性特征》,《法制与社会》2008年第12期。

国际法不禁止即为允许吗？

——“荷花号”原则的当代国际法反思

陈一峰

内容提要：“国际法不禁止即为允许”这一论断起源于国际常设法院1927年“荷花号”案件的判决，又称“荷花号”原则。“荷花号”原则被公认为实在国际法的结构性原则，但在理论和实践中争议极大。本文通过考察国际法院实践和学者学说，指出“荷花号”原则并非抽象的绝对原则，而只是对有限范围的特定事项有效，即只适用于主权国家处理其领土管辖范围内的内政和外交事务。第二次世界大战之后，国际合作的深化、国际组织的广泛建立和人权保护的国际化在很大程度上限制了主权国家的自由。随着全球化和各国相互依赖的加深，“荷花号”原则作为国际法原则越来越不足以有效调整国家间关系和约束大国权力的滥用。“荷花号”原则的弱化同时也意味着实在国际法学说的衰落。

关键词：“荷花号”原则 习惯法 国际组织 人权 全球化

陈一峰，赫尔辛基大学法学院博士后研究人员，北京大学法学博士。

在国际司法实践中，“国际法不禁止即为允许”是最经常援引的一个论断。国家主张其行为的合法性往往不是依据国际法的积极授权，而是依赖于国际法上不存在相反规定。例如，在2010年“科索沃宣告独立”咨询意见案中，国际法院认为，一般国际法和联合国安理会1244(1999)号决议都没有禁止科索沃宣布独立，因此科索沃单方面宣告独立的行为本身并不违反国际法。^[1]

上述实践涉及国际法上的一个核心问题，即在国际法没有明确规定的情况下，是否存在一个基本假定，可以初步判断有关行为或情势合法与否。事实上，在法无明文规定的情况下如何判断一个行为或情势的合法性，是任何法律体系都要解决的问题。在公法领域，行政机构的权力一般限于宪法或法律的明文授权，“法无授权即禁止”；而在私法领域，公民的自由则以法律不禁止为边界，“法无禁止即自由”。这两个相互冲突的假定体现了不同的法律政

[1] International Court of Justice, Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, Advisory Opinion (22 July 2010), available at <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>, last visited on 30 April 2011.

策和价值取向:在公法领域限制公权力的自我扩张,在私法领域则尽可能保护个人自由。

国际法不禁止即为允许这一原则又称“荷花号”原则”,源于国际常设法院在“荷花号”案中的判决。法院在该案中提出了国际法的一个基本论断,即对独立国家的限制是不能假定的。根据“荷花号”原则,国际法是由禁止性规范构成的法律体系,在国际法没有明文禁止的情况下,国家享有主权和自由。因此,“荷花号”原则可以说是国际法高度实证化的一个经典表述。与此同时,“荷花号”原则间接支持了国际法体系是一个私法体系的观点:国际社会中的国家类似于国内法上的个人,国际社会不存在高于国家主权、超越国家同意之外的公共秩序。

然而,“荷花号”原则自其产生之日起就备受争议,其强烈的实在主义导向经常受到国际法学者的批判,“荷花号”原则已经过时的主张也不绝于耳。如何看待“荷花号”原则,恐怕是每个国际法学者都无法回避的问题。“荷花号”原则的争议何在,又该如何解决?在国际法从共存法向合作法演进的过程中,特别是保护人权原则受到高度重视的今天,“荷花号”原则是否依然是当代国际法的基本原则?这一原则自身是否已经受到修正?本文将结合国际实践和学者学说,分析“荷花号”原则涉及的若干争议问题,以求揭示当代国际法的基本结构及其最新动向。

一 “荷花号”原则的产生

1926年8月2日,法国邮船“荷花号”在地中海的公海与土耳其船只“博兹一库特号”碰撞,“博兹一库特号”被撞沉,8名土耳其人死亡。在“荷花号”抵达伊斯坦布尔港之后,土耳其当局对这起事件进行了调查,以过失杀人罪逮捕了“荷花号”大副、法国海军上尉戴蒙(Demons)和“博兹一库特号”船长、土耳其人哈森·贝(Hassan Bey),并提起刑事诉讼。1926年9月15日,土耳其法院判决戴蒙80天监禁和22英镑罚款。法国对此提出抗议,要求释放戴蒙,或者将该案移交法国法院审理。随后两国达成一项特别协定,同意将此案提交国际常设法院,请求法院裁判土耳其对法国公民戴蒙的审判是否违反国际法原则。^[2]

法国主张,公海碰撞案件的刑事管辖权专属于船旗国,因此法国享有对戴蒙的排他管辖权,作为遇难船员国籍国的土耳其对法国公民采取刑事措施是违反国际法原则的。^[3]土耳其则主张,土耳其是对其本国船舶“博兹一库特号”船长哈森·贝行使刑事管辖权,而戴蒙是因为关联犯罪而被起诉,这符合各国的实践。此外,土耳其还主张,并无任何国际法原则禁止土耳其行使刑事管辖权。^[4]法院最后支持了土耳其的主张,认为其行为并不违反国际法。

在判决的主文部分,法院就法律适用问题做出了一个经典表述:“国际法支配独立国家之间的关系。因此,对国家有拘束力的法律规则产生自国家本身的自由意志,这种意志体现在公约或者……惯例。因此,对独立国家的限制是不能假定的。”^[5]该表述在此后的公法学说和国家实践中被反复引用,“荷花号”案也由此成为国际司法实践中最重要的经典案例之一。

[2] Lotus case, P. I. C. J., Ser. A., No. 10, pp. 10-12.

[3] 同上,第7-8页。

[4] 同上,第9页。

[5] 同上,第18页。

“荷花号”原则涉及不少具有根本性的国际法理论和实践问题,^[6]但其最核心的论断是:国际法源于国家意志,除非国家自愿接受国际法约束,否则国家享有绝对主权和行动自由。不少国际法学者和国际关系学者更是把这一论断夸大或简化为“国际法不禁止即为允许”。“荷花号”原则看似简单明了,非此即彼,但在实践中却往往是国际争端的焦点所在,理论界对此的态度也是高度对立。本文第二部分将试图澄清“荷花号”原则的争议。

二 “荷花号”原则的理论争议及其解释

恐怕没有哪个国际法原则比“荷花号”原则更具争议性。在六票对六票的情况下,国际常设法院院长马克斯·胡伯(Max Huber)法官投出决定票通过了判决。六名法官对该案发表了反对意见,其中洛德(Loder)、魏斯(Weiss)、芬利(Finlay)和尼霍姆(Nyholm)四位法官明确反对“荷花号”原则。例如洛德法官就批评说,这个原则将国家自由凌驾于国际法之上,不利于国际法的发展。^[7]第二次世界大战之后,不少国际法院法官^[8]和知名国际法学者^[9]都认为“荷花号”原则已经过时,不适用于当代的国际法实践与发展。尽管如此,实践中“荷花号”原则却仍是被各国援引最多的国际法原则。国际法院的态度则是暧昧不明,其在若干案件中都直接或者间接涉及“荷花号”原则,但却从未引用或依据该原则来裁判案件。

实际上,关于“荷花号”原则的争议一定程度上源于国际法学者自身的职业偏好,因为绝对主权一直以来都被国际法学者视为对国际法的最大威胁。而另一个更重要的、决定性的因素则在于学者将“荷花号”原则脱离其上下文和案件具体情况,忽视判决表述本身的自我限定,从而将之扩大为抽象的绝对原则。

因此,在这里有必要重读“荷花号”案的判决。在法律适用部分,国际常设法院首先陈述了“荷花号”原则,紧接着就限定说,国际法对主权国家的基本和首要的限制在于,一国不能在他国领土范围内行使主权。“在此意义上,管辖是领土性的;除非基于国际习惯或者条约的许可性规范,否则一国不得在其领土范围外行使管辖权。”^[10]简言之,一国在行使领土管辖权的时候,也要尊重他国的领土管辖权;但在领土管辖范围内,国家的管辖则不依赖于国际法的许可性规则。“在此情况下,能要求国家的仅仅是它不得越过国际法对其管辖的限制;在这些限制内,行使管辖的权利基于其主权。”^[11]可见,法院在“荷花号”原则中对主权国家管辖权的肯定是以领土管辖为基础的,因此在事实上限定了“荷花号”原则的适用范围。

借鉴米歇尔·拜尔斯的研究,以领土管辖为标准,国际法规则可以大致分为内部规则、

[6] 详见本文第四部分。

[7] Lotus case, p. 34。

[8] 参见 Dissenting Opinion of Judge Alvarez, Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: IC J Reports 1951, p. 152。例如,威拉曼德里法官认为没有特别的禁止性规则并不等于国家有绝对自由,并且认为荷花号原则只适用于平时法,而不适用于人道法,参见 Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, pp. 492 - 496。

[9] 参见 Gerald Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951 - 54: General Principles and Sources of Law”, 30 *British Yearbook of International Law* 1, 10 (1953)。

[10] Lotus case, pp. 18 - 19。

[11] Id., p. 19。

分界规则和外部规则三类。^[12] 内部规则是指涉及一国在领土管辖范围内处理内外事务的主权权利的国际法规则,例如外国国家和财产豁免规则、市场准入要求、进出口产品公共卫生与检疫等;分界规则是指涉及划定主权国家领土和管辖范围的国际法规则,例如领海宽度、基线方法、大陆架划界等;外部规则是指涉及一国在其自身领土管辖之外——例如在国际公共区域或者他国领土范围内——行使特定权力的国际法规则,例如保护环境和人权、打击海盗、公海登临检查等。^[13]

具体来说,“荷花号”原则适用于内部规则。换言之,除非有条约或者习惯法的限制,否则国家可以在其领土管辖范围内自由处理内外事务,国家的权利不依赖于国际法的许可性规则。这一点在一定程度上也适用于一国对其本国国民的属人管辖。在这两个领域内,如果一国质疑他国行为的合法性,那么质疑国有义务证明他国违反了特定国际法义务。因此,“荷花号”原则的有效性是基于自我限定,有其特定的适用条件和适用范围,把“荷花号”原则解释为“国际法不禁止即为允许”这样一个没有限定的绝对论断本身就是错误的。

“荷花号”原则不适用于分界规则。这类规则涉及对国家管辖权边界的限定,无法适用“荷花号”原则,因为每个国家都可以主张其国家主权自由,最终裁判必须依赖于特定国际法规则。例如,在1949年“英挪渔业案”中,挪威就采取了“荷花号”原则的策略,请求国际法院判定其渔业划界法案不违反国际法,而不是有国际法的授权或许可。但法院认为,虽然挪威的基线方法并不违反国际法,但“海洋划界必然有其国际方面;它不能仅仅依据沿海国表达在国内法中的意愿……其划界行为相对于其他国家而言的有效性取决于国际法。”^[14] 换言之,一国对其领土管辖的划定需要有其他利益相关国家的同意或者默认,或者明确国际法依据,而不能仅仅依据“荷花号”原则。

“荷花号”原则也不适用于外部规则。关于这一点,国际常设法院在“荷花号”案中有明确表述:“除非基于国际习惯或者条约的许可性规范,否则一国不得在其领土范围外行使管辖权。”^[15] 主权平等意味着主权的相互尊重和不干涉,一国不得因主张自身主权而损害他国主权,非经国际法规则特别许可不得在他国领土管辖范围内行使管辖权。

总之,在涉及分界规则和外部规则的情况下,“荷花号”原则所能起到的作用仅仅在于一国可以将之作为法律基础来主张权利,但这种主张并不当然具有国际法上的合法性。这种权利主张的合法性的最终判定必须要有明确的国际法依据:或者是特定国际法规则的授权,或者是其他国家明示或者暗示的同意或承认。

三 二战后国际实践对“荷花号”原则的影响和修正

第二次世界大战以后,国际法调整范围不断扩大并且向纵深发展,从国家间外交和国际政治等传统领域扩展至经济社会文化领域,涵盖交通、通讯、贸易、劳工保护、货币政策、投

[12] 参见 Michael Byers, “Custom, Power and the Power of Rules: Customary International Law from an Interdisciplinary Perspective”, 17 *Michigan Journal of International Law* 109, 149-155 (1995-1996)。

[13] 需要注意的是,本文对这三类规则的解说与米歇尔·拜尔斯的原文略有不同,所举例子也不尽然是拜尔斯原文中所列。

[14] Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951; ICJ Reports 1951, p. 152.

[15] Lotus case, pp. 18-19.

资、物价、医疗、卫生、教育、社会福利等诸多方面,把越来越多原本属于国内管辖的事项吸纳进来。^[16] 一般认为,国际法已经从共存法阶段走向合作法阶段,“合作法”或者“合作国际法”的概念得到国际社会广泛接受。通过在上述领域内大量缔结国际条约,国家承担了广泛的合作义务,使得“荷花号”原则的适用范围在实体法层面进一步缩小,即使是在领土管辖范围内,主权国家的行动自由也日益受到国际法的限制。

(一) 国际组织的兴起和发展对“荷花号”原则的影响

国际组织广泛建立并成为国际社会重要成员,是二战以后国际法最为显著的发展之一。自1949年国际法院发表“赔偿案”咨询意见之后,政府间国际组织的国际人格得到了广泛承认,^[17] 国际组织成为有限的国际法主体,相对于其成员国拥有一定的独立性。

国际组织独立性的一个重要表现就是暗含权力,即国际组织享有的权力并不以其组织文件明文授权为限。关于暗含权力的法律基础,国际法学界有两种观点。第一种观点是明示权力基础说,以哈克沃斯(Hackworth)在“赔偿案”中发表的反对意见为代表。他认为:“该组织享有一种源自授权和明文列举的权力,这是无可否认的事实。可以假定成员国意图授予该组织的权力规定在宪章或者成员国缔结的补充协议中,但不能轻易假定没有被明确授予的权力。暗含权力来源于明示权力,并且限于为行使已经授予的明示权力而有必要享有的权力。”^[18] 根据这种观点,暗含权力应当以组织文件明确授予的权力为基础,在行使该明示权力所必需的范围内,国际组织可以享有有限的暗含权力。因此,从根本上说,国际组织的权力必须基于国家明示或者暗示的同意。

另一种观点是职能说,认为国际组织可以在其职能范围内广泛和一般地享有暗含权力。国际法院在“赔偿案”咨询意见中就持此种立场:“在国际法上,该组织必须被认为享有那些虽未明文规定在宪章中,但可通过必要推论得出的、对于履行其义务至关重要的权力。”^[19] 以国际组织的职能作为暗含权力的基础,要比以明示权力作为基础宽泛得多,但法院的解释从根本上背离乃至否定了传统的“荷花号”原则在国际组织框架下的可适用性:暗含权力的推论过程并不等同于探寻当事方的真实意图,当事方的意图甚至被认为与此无关。^[20] 虽然有观点认为国际法院在该案中对暗含权力的广泛解释仅适用于联合国,但实践表明暗含权力说在此后得到国际社会普遍接受,其适用范围并不仅限于联合国。^[21]

国际组织虽然是依据国家间的条约而成立,但必须承认,“一个机构一旦成立,就独立于产生它的因素而获得了自己的生命,必须依据国际生活的需要而不是创立者的意见来发展”。^[22] 国际组织的权力扩张对“荷花号”原则构成了第一次实质性冲击。国际组织可以

[16] 参见 W. Friedmann, “Some Impacts of Social Organization on International Law”, 50 *American Journal of International Law* 475, 476 (1956)。

[17] 参见饶戈平,《论政府间国际组织的法律人格》,《中外法学》,2003年第3期。

[18] Dissenting Opinion by Judge Hackworth, *Reparation for the injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion: ICJ Report 1949, p. 198.

[19] *Reparation for the injuries suffered in the service of the United Nations*, Advisory Opinion: ICJ Report 1949, p. 182.

[20] 参见 Krzysztof Skubiszewski, “Implied Power of International Organizations”, in Yoram Dinstein (ed.), *International Law in a Time of Perplexity: Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1989), pp. 860 - 861.

[21] 参见饶戈平,蔡文海:《国际组织的暗含权力探析》,《中国法学》1993年第4期。

[22] Dissenting Opinion by Mr. Alvarez, *Admission of a State to the United Nations (Charter, Art. 4)*, Advisory Opinion: ICJ Reports 1948, p. 68.

履行其宗旨和目的为由，在缺乏成员国明示同意或授权的情况下进行权力的自我扩张，从而实质性地扩展国家在章程下承担的义务。换言之，在国际组织与成员国关系问题上，“荷花号”原则并不适用。

（二）人权人道原则对“荷花号”原则的修正

人权法和人道法的蓬勃发展构成二战后国际法发展最重要的方面，人权人道原则对于荷花号原则的影响更为根本。

1966年《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民及政治权利国际公约》以同样的措辞在序言中载明，“确认此种权利是源于天赋人格尊严”，^[23]亦即人权是人所固有的。奥斯卡·沙赫特分析说，这个假定意义重大，它意味着人的权利不来自于国家或者任何其他外在权威。^[24]这个论断从根本上否定了国际法的实在主义基础。从国际法的内容和调整对象来看，国际法不但调整国家间关系，赋予国家权利，而且赋予个人权利。这种个人权利具有一定客观效果，在一定程度上表现为人权义务的对世性。从法律渊源的角度来看，在国际人权法的形成和确认过程中，国家意志仅仅是一个辅助性要素。^[25]这表明，随着人权的兴起，当代国际法不再是“荷花号”原则所说的纯粹的国家间法，国家也不再能垄断国际社会的造法活动。

更重要的是，人权人道原则在一定程度上改变了国际法的基本假定。首先，在国际法的价值导向方面，人权成为和主权相竞争的价值因素，此消彼长，相互博弈。^[26]其次，在人权人道事务方面，在缺乏特定实在法规则的情况下，国家有义务善意行使国家权力，避免侵害人权。“荷花号”原则的假定是在国家主权管辖范围内法不禁止则属国家自由，但当涉及人权人道事务时却要优先推定个人权利而非国家自由，国家对个人自由和权利的限制必须有正当理由。这方面的典型是《〈日内瓦公约〉第一附加议定书》第1条第2款，即所谓“马顿斯条款”（Martens Clause）。该条款规定：“在本议定书和其他国际法律协定所未包括的情况下，平民和战斗员仍受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护和支配。”^[27]

因此，人权法和人道法的发展使得“荷花号”原则的可适用性进一步缩小。即使是在国家主权管辖范围内，当涉及个人自由与权利时国家的自由也不是无限制的。国家首先要遵守和履行有关条约和习惯下的义务；即使不存在相关条约或习惯，国家对个人自由和权利的限制也必须有正当理由。这意味着当代国际法并不假定国家在人权和人道领域享有任意自由。换言之，即使是在主权国家领土管辖范围内，“荷花号”原则也仅仅适用于不涉及人权和人道事务的事项。

[23] 王铁崖、田如萱：《国际法资料选编》，法律出版社1981年版，第155-166页。

[24] 参见Oscar Schachter, “Human Dignity as a Normative Concept”, 77 *American Journal of International Law* 848, 853 (1983)。

[25] 这在人权习惯法领域表现为，只要有充分的法律确信，国家实践所需要达到的标准就不那么严格。有关理论参见Anthea Elizabeth Roberts, “Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: A Reconciliation”, 95 *American Journal of International Law* 757 (2001); Frederic L. Kirgis, “Custom on a Sliding Scale”, 81 *American Journal of International Law* 146 (1987)。

[26] 参见李鸣：《当代国际法的发展：人权定向对主权定向》，2009年中国国际法年会主题发言。

[27] 《〈日内瓦公约〉第一附加议定书》第1条第2款，载白桂梅、李红云主编：《国际法参考资料》，北京大学出版社2002年版，第346页。

(三) 全球化对“荷花号”原则的影响

全球化已经成为当代国际关系和国际法研究的基本社会背景。全球化的首要特征就是“非国家化”，在此意义上与国际化有着根本区别。^[28] 在国际法层面，全球化对领土原则构成严峻挑战，以领土边界为管辖边界的传统国际法体制受到日益广泛的质疑。

环境污染、国际犯罪、恐怖主义、传染病和金融危机等全球性问题的危害和影响不仅仅局限于行为发生地国家，其有效的管理和控制也无法通过单个国家的行动来实现。以民族国家为单位的国际体系并不能充分满足全球化条件下的国际治理需要，因此全球化促使各国通过国际合作来应对全球性问题，国际社会生活的组织化进程也在一定程度上回应了社会生活的这种需要。^[29] 在此意义上，全球化进程定义着并且在一定程度上维护着全人类的共同利益。

但这只是全球化的一面。全球化的另一面是单边主义。随着全球化进程日益深入，国家间相互依赖日益加深，从贸易和投资扩展到经济社会生活各个方面。在此情况下，很少有什么主权行为能够真正被认为是纯国内的，一国在其领土管辖范围内的主权行为往往会发生一定域外效果。而且，除领土管辖外，国家还可以依据属人原则、保护性原则和普遍管辖原则行使管辖权，从而扩张自身利益。很多时候，一国并不是要求其他国家积极从事特定行为或承担特定义务，而是要求后者承认或者默认一国领土管辖内主权行为的域外效果。例如，美国经常以违反美国国内法为由对其他国家的公司和个人进行制裁。这在本质上是管辖权冲突问题：在国际法上，各国有权依据其各自的法律连接点来进行管辖，但国际法缺乏相应规则来解决管辖权的冲突问题。

在这个意义上，我们可以重新解释“荷花号”案。该案同时涉及两个问题：一是土耳其在国际法上是否有管辖权，二是法国作为船旗国是否享有专属管辖权从而能够排除土耳其的管辖。这本质上也是管辖权的冲突问题。国际常设法院仅仅用“荷花号”原则肯定了土耳其在国际法上的刑事管辖权，但并未用此原则来解决管辖权的冲突问题。“荷花号”原则仅仅是管辖权的基础，并不能解决管辖权的冲突问题。换言之，冲突的解决需要明确的条约或习惯规则。此后的 1958 年《公海公约》第 11 条和 1982 年《海洋法公约》第 97 条均规定，在公海上发生碰撞或任何其他航行事故，在追究船长或任何其他为船舶服务的人员的刑事责任时，船旗国享有专属管辖权。

可见，在全球化条件下，一国在其领土范围对不涉及人权和人道事务的事项行使管辖权也有可能受到其他国家或组织的挑战和影响。“荷花号”原则仅仅是管辖权的法律基础，并不必然能够保证管辖的有效性得到其他国家承认，也不能保证主权国家有效对抗他国的长臂管辖。事实上，发达国家的主权扩张往往建立在牺牲或削弱发展中国家主权的基础之上。在这个意义上，“荷花号”原则往往成为大国、强国扩张自身权力和管辖范围的借口。

四 与“荷花号”原则有关的国际法基本问题

“荷花号”原则至少涉及如下几个国际法核心问题：

[28] 参见 Jost Delbrück, “Globalization of Law, Politics, and Markets – Implications for Domestic Law – A European Perspective”, 1 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 9, 10–11 (1993–1994)。

[29] 参见饶戈平、黄瑶：《论全球化进程与国际组织的互动关系》，《法学评论》2002 年第 2 期。

首先,用菲茨莫里斯的话来说,到底是国家权利源自国际法,还是说国家权利原则上是无限的,仅仅受到国际法的限制?^[30] 这个问题至关重要,因为它触及国际法的根本,涉及国家权利的基础、国家主权与国际法的关系,以及国际关系的法治化。倘若国家权利来源于国际法,那么一国行为的合法性就需要有国际法规则的依据;换言之,国家权利来自于国际法的授权。而倘若国际法仅仅构成国家主权的限制,那么国家就是无限自由的,除非受到特定国际法规则的禁止。因此,对这个问题的回答涉及国际法的一个核心假定,即承认国家的自由意志还是坚持国际社会的法治。总体来看,随着全球化的深入,国家主权越来越成为一个国际法授权的权利。

其次,在国际关系和国际诉讼中,国家行为的合法性是取决于国际法的许可性规则,还是说国际法不禁止即为允许?在“荷花号”案中,法国和土耳其提交法院的特别协议中请求法院裁定土耳其的管辖是否违反了国际法。^[31] 法院认为,当事方的提问方式(是否违反国际法)是由国际法的性质和当时条件所决定的。^[32] 在“使用或威胁使用核武器的合法性”咨询意见案中,“荷花号”原则也是一个争议焦点。不少国家主张,法院应该回答的是国际法是否禁止使用核武器,而非其是否允许使用核武器。法院认为没有必要介入措辞上的争论,关键是在国际法上判断使用核武器的合法性问题。^[33] 但在事实上,禁止和许可的两分法支配着法院的整个推理过程。^[34] 在作者看来,在分界规则和外部规则中,法院不能简单通过许可或禁止来判决案件,因为案件本质上涉及的是利益的平衡和管辖权的分配,有必要赋予法院一定自由裁量权,而传统的非此即彼的法律裁判方法在很大程度上妨碍了法院有效履行司法职能。事实上,在判断一国行为的合法性时,如果该行为纯属国内管辖事项,那么该国只需要主张“荷花号”原则即可证明合法性;但若该行为涉及管辖权冲突和划界,或者属于外部规则,那么不论是否有确定的可适用的条约或习惯法规则,其合法性都来源于具体的国际法规则。

再次,“荷花号”案涉及国际诉讼中的举证问题。如果假定国家权利除了国际法约束之外是无限的,那么原告就负有举证义务证明被告违反了国际法规则;但若假定国家权利来源于国际法,那么被告就有责任证明本国规则合乎国际法或者得到国际法授权。这样在特定国际法规则不明确或者存在争议的情况下,诉讼结果将取决于当事人的原告或被告身份。对此国际法院的态度是:“法院作为一个国际司法机构,被要求对国际法加以司法认知,因此对于有关《国际法院规约》第53条的案件,与其他任何案件一样,由法院依职权考虑所有可能与争端解决有关的国际法规则。在案件的特定情况下确定和适用有关法律规则是法院自身的义务,确立或证明国际法规则的责任不能施加给当事方,因为法律属于法院的司法知

[30] 参见 Gerald Fitzmaurice, “The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951 - 54: General Principles and Sources of Law”, p. 8.

[31] 有意思的是,芬利法官在反对意见中认为,法院应当回答的问题是国际法原则是否授权土耳其行使刑事管辖权,而非国际法是否禁止土耳其行使管辖权。参见 Lotus case, p. 52.

[32] Lotus case, p. 18.

[33] Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, pp. 238 - 239.

[34] 法院首先考察了国际法上的授权性规则,结论是不存在授权使用核武器的国际法规则的结论;随后考察了禁止性规则,结论是不存在全面和普遍禁止使用核武器的规则。之后,通过考察国际人道法的发展,法院认为使用核武器一般而言是违反国际人道法的原则和规则的,但其无法判定一国在生死存亡关头进行自卫的极端情况下使用核武器是否合法。

识。”^[35]但在实践中,如果一国在内部规则所涉事项上受到他国指控,那么其他国家有责任证明这个国家的行为是违反国际法的;相反,在涉及边界规则和外部规则的情况下,主张权利的一方有责任证明其行为拥有国际法的授权或许可。

最后,“荷花号”案涉及法律不明时如何处理的问题。尽管国际法院原则上不承认存在法律不明的情况,但在涉及边界规则和外部规则时,事实上经常存在无法可依的情况。这方面最经典的案例是“北海大陆架”案,国际法院认为 1958 年《大陆架公约》规定的等距离中间线原则并没有成为习惯法,因为德国虽然签署但尚未批准该公约,所以等距离中间线原则不能适用。但这并不意味着无法可依,仍然有规则可以适用,那就是公平原则。法院认为公平原则并非抽象的正义,也并非《国际法院规约》第 38 条第(2)款所称的“依公允及善良裁断”,而是一项确定的国际法规则。^[36]这恰恰表明,边界规则往往涉及利益的平衡与分配,以及管辖权的冲突与协调,对此国际法往往缺乏具体规则,因而日益依赖于公平原则。

五 结 论

正是基于其根本重要性,“荷花号”原则最能体现当代国际法的发展与变迁。随着全球化的发展与国际人权运动的兴起,“荷花号”原则无可避免地走向衰落。“荷花号”的沉没意味着民族国家已经不足以作为全球化时代下国际治理的充分条件,意味着人类生活有了更多的国际性或全球性话题与事务,也意味着国际法学者在国家法治建设和全球化进程中的话语权正在增加。但这仅仅只是表明过分简单化的“荷花号”原则已经无法满足全球化条件下高度复杂的社会生活,并不意味着我们已经拥有超越“荷花号”原则的新的立法技术和制约霸权强权的技术,也不意味着超越民族国家的全球性法律的出现。相反,在“荷花号”原则走向衰落的同时却没有出现充分的国际法规则来规范和调整国家间关系,使得国际法对大国的霸权主义和单边主义缺乏制约。在一定意义上,对公平原则和人权原则的高度依赖恰恰也意味着国际法的确定性和规范性在日益降低。我们没有理由对全球化条件下的国际法治盲目乐观。

“荷花号”原则的弱化同时也意味着实在法学说的衰落。传统国际法对于法律的理解不过是国内法上法律的概念在国际法层面的延伸。实在法学说的经典代表是奥斯汀,他认为法律主要是指一个具有政治优势者角色特征的最高统治者或者主权者主体所作的直接或间接命令。^[37]如果将实在主义理论引伸到国际法,那么国际法就是主权国家之间意志协调的产物,或者说是共同同意。^[38]“荷花号”原则正是在国际法层面体现了这种实在法的理念。实在国际法的社会基础是高度集中的国家权力,由这个中央化的权力对其他社会主体制定法律。但随着全球化的深入发展,民族国家的权力正在削弱,国际组织和非政府组织的权力则在扩大,传统的实在法模式的立法形式已经无法满足日益复杂的国际社会生活需求。

[35] Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Zeeland), Merits, Judgment, ICJ Reports 1974, p. 181.

[36] North Sea Continental Shelf, Judgment, ICJ Reports 1969, pp. 46 - 48.

[37] 参见(英)约翰·奥斯汀:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社 2002 年版,第 156 页。

[38] 《奥本海国际法》第 9 版即认为国际法的效力依据是共同同意,参见詹宁斯、瓦茨:《奥本海国际法》(第 9 版),王铁崖等译,第一卷第一分册,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 8—10 页。但是奥斯汀本人认为国际法不是真正的法律,而只是实在道德,参见奥斯汀:《法理学的范围》,第 148 页。

“荷花号”原则的衰落正说明传统的以民族国家为基本单位的权力和知识生产模式无法充分满足全球化的国际生活，越来越多的国际组织和非政府组织在一定程度上承担起国际社会治理的职能。

对“荷花号”原则的分析还有助于理解和解释国际法不成体系的问题。^[39] 国际法的不成体系，其根本问题并不在于国际法规则的大量产生，而在于各个相对独立的“自给自足”的国际法部门及其对应的国际机构有着各自的内在价值偏好。例如，人权机构强调人权的优先性，而世界贸易组织则强调贸易与投资自由。虽然这些法律部门和机构的有效运作并不能完全脱离其他部门的国际法，但是每个机构都有其独立的目的和宗旨，因此其他部门的规则是由这些机构在其自身偏好的基础上解释和适用。正如科斯肯涅米教授指出的，最好将这些机构比做主权国家。^[40] 每个机构都有自身的运作逻辑，每个机构都在创建自身的法律秩序，每个机构都有自己的“荷花号”。在这个意义上，一般国际法的重要性在下降，学者的理论正在逐步让位于机构的实践。

[Abstract] The notion “Everything that is not prohibited in international law is permitted” may be traced back to the decision rendered by the Permanent International Court of Justice in *Lotus Case* in 1927, known as the “Lotus principle”, and recognized as a foundational principle in international law. However, the principle has also attracted much criticism both in theory and practice. By examining the practice of the International Court of Justice and doctrines upheld by scholars, the article notes that, instead of being an abstract and absolute principle, the Lotus principle is valid only for specific matters of limited scope, that is, it only applies to internal and diplomatic affairs within the territorial jurisdiction of a sovereign state. Since the Second World War, the broadening of international cooperation, proliferation of international organizations and the internationalization of human rights protection have all contributed to the restriction on freedom of sovereign states to a considerable extent. With the strengthening of globalization and global interdependence, the Lotus principle is increasingly insufficient to regulate inter-state relations or to restrain the unilateral actions of big powers. Meanwhile, the weakening of the Lotus principle also signifies the decline of positivism in international law.

(责任编辑:廖 凡)

[39] 参见 Martti Koskeniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Document A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

[40] 参见 Martti Koskeniemi, “The Politics of International Law—20 Years Later”, 20 *European Journal of International Law* 7 (2009).

美国对华出口限制补贴认定及其对策*

石 伟 赵海乐

内容提要:出口限制补贴是美国广泛认定的一种补贴形式。此种补贴认定方式将政府的出口限制行为等同于“政府授权私人企业提供货物”,并因此推定此种行为具备“政府行为”与“财政资助”两个要件。美国商务部还通过极为随意的证据规则控制了“授予利益”这一要件的认定。中国已经深受其害。虽然上述实体规则与世界贸易组织争端解决机构先前的判例不符,但综合各方面因素来看,诉诸争端解决机制对于我国而言并非最有利的解决方式。我国应当在法律渠道之外寻求政治解决途径,同时建立更加完善的应诉信息整合机制。

关键词:出口限制补贴 证据规则 财政资助 专向性 争端解决机制

石 伟,对外经济贸易大学法学院国际法学博士研究生。

赵海乐,对外经济贸易大学法学院国际法学博士研究生。

一 概 述

自美国于2007年10月对我国铜版纸出口做出反倾销和反补贴裁决以来,美国商务部共做出了18个针对我国的反补贴裁决。^[1]对华反补贴调查虽然始于加拿大,但近年来频繁对我国开征反补贴税的却仅有美国。值得注意的是,这些裁决当中,不仅涉及传统补贴项目,如企业所得税优惠、增值税返还等,还出现了一种新型的补贴项目,即出口限制补贴。出口限制补贴的概念并非出现在美国制定法中,而是美国商务部在实践中认定的一种补贴形式。此种补贴认定形式将一国政府对某种产品(通常是原材料)的出口限制行为等同于“政府授权私人企业(向其他企业)提供货物”,并因而认定此种行为属于对该种产品的使用者的补贴。这是美国政府针对其他国家的出口限制措施而采取的对抗策略之一。早在1995年,美国商务部就在“阿根廷皮革案”^[2]中认定了出口限制补贴的存在。加拿大、印尼等国的相关企业也曾先后因为这一理由而被征收反补贴税。加拿大政府还曾诉至世界贸易组织

* 本文受到对外经济贸易大学“211工程”三期“中国应对国外反补贴调查策略”项目及对外经济贸易大学“研究生科研创新基金”资助。

[1] 本文的统计数据截至2010年10月20日。

[2] Final Affirmative Countervailing Duty Determination and Countervailing Duty Order; Leather From Argentina, C-357-803.

(以下简称 WTO)争端解决机制,要求争端解决机构(以下简称 DSB)就出口限制补贴的合法性作出裁决。

随着我国针对“两高一资”产业^[3]的政策调整,我国开始针对某些原材料的出口实施了包括出口税、出口配额等方式在内的出口限制措施。美国除了在 WTO 对我国的上述措施提起诉讼外,还通过对出口限制措施实行反补贴调查的方式,对我国施加压力。如果说在 WTO 提起诉讼是直接针对原材料出口限制措施的合法性提出质疑,那么反补贴调查就是间接地通过对工业制成品的原材料供应发难,打击我国原材料加工业的发展,并最终迫使我们出口原材料。在我国目前实施出口限制措施的资源中,有一部分国内已经具备了一定加工能力,如锌和镁。对于这部分资源的出口限制补贴的认定,必然会对下游产品的生产企业产生影响。而诸如稀土等我国加工能力不强、尚难将下游产品打入外国市场的资源,虽然暂时不会受到出口限制补贴的影响,但一旦加工业得到发展,同样会因为补贴认定而难以进入美国市场。因此,有必要系统研究美国针对出口限制实施的反补贴措施,探求其中规律,并在 WTO 法律框架内探讨其合法性,进而结合我国的具体情况寻找应对之策。

二 美国对华反补贴调查中对出口限制补贴的处理方式

在 18 起针对我国的反补贴裁决当中,共有 9 起涉及了出口限制措施。除 2007 年之外,美国商务部分别于 2008 年、2009 年和 2010 年作出了 2 起、3 起和 4 起裁决。在上述裁决中,美国商务部处理出口限制措施的方式主要包括如下三类:

(一) 在确定基准价格时提及出口限制措施但并未讨论其是否构成补贴

属于此种情形的案例共有 4 起,分别为 2009 年的“焊接不锈钢管案”^[4]和“厨房设备置物架案”^[5],以及 2010 年的“预应力混凝土钢绞线案”^[6]和“钢丝层板案”^[7]。在 4 起案件中,美国商务部在确定基准价格时都提到了出口限制措施,探讨了出口限制措施对基准价格的影响,并在裁决中表明,如果包括出口限制措施在内的各种原因导致了中国政府或国有企业在相关市场中占据主导份额,那么用于计算补贴幅度的基准价格应当选取国外市场价格。不过,美国商务部并没有进一步讨论出口限制措施本身是否构成补贴。

(二) 对出口限制措施是否构成补贴进行分析但因证据材料不足并未得出肯定性结论

属于此种处理方式的案例包括 2008 年的“环状焊接碳素钢管案”^[8]和“薄壁矩形钢管

[3] “两高一资”是指高耗能、高污染和资源性产品。具有这三种特征的产业被称为“两高一资”产业。此种称谓最早源于 2005 年发布的《中华人民共和国国民经济和社会发展第十一个五年规划纲要》。

[4] The Countervailing Duty Investigation on Certain Welded Austenitic Stainless Pressure Pipe from the People's Republic of China, C-570-931。本文中对于案例的中文译名与简称均来源于我国中文媒体对于相关案例的报道。在存在多种简称的情况下,优先采用我国商务部贸易救济信息网使用的简称。

[5] The Countervailing Duty Investigation of Certain Kitchen Appliance Shelving and Racks from the People's Republic of China, Final Determination, C-570-942。

[6] The Countervailing Duty Investigation of Pre-Stressed Concrete Steel Wire Strand from the People's Republic of China, Final Determination, C-570-946。

[7] Countervailing Duty Investigation: Wire Decking from the People's Republic of China, Final Determination, C-570-950。

[8] The Countervailing Duty Investigation of Circular Welded Carbon Quality Steel Pipe from the People's Republic of China, Final Determination, C-570-911。

案”^[9]以及2009年的“石油管材案”^[10]这几起裁决的共性在于都承认将出口限制认定为补贴的可能性,但最终由于证据原因没有对出口限制补贴的存在得出肯定结论。

具体来讲,2008年的两起裁决所涉及的出口限制措施均为热轧钢和锌的出口关税。美国商务部在两起裁决中均认为,中国政府于2007年5月30日对热轧钢和锌征收了出口税,这意味着有必要探讨出口税是否构成了出口限制补贴。但是,征收出口税这一事实在何种程度上影响了受调查企业于5月30日之后所购原材料的价格,根据现有资料无法确定。因为根据受调查企业提供的资料,不论在征收出口税之前或之后,涉案原材料热轧钢和锌的价格都存在波动。因此,此种价格波动无法合理地归因于出口限制措施。^[11]

2008年的两起裁决仅仅是有限度地提及了证据问题,而在2009年的“石油管材案”中,美国商务部则花费了更大篇幅阐述这一问题。美国商务部表示,虽然其历史上曾经认定出口限制补贴的存在,但这仅仅是在个别案例中的做法,而在这些个别案例中,申请人均提交了令人信服的证据。例如,在“阿根廷皮革案”中,通过对皮革长期历史价格的对比,证明出口限制措施与皮革价格变化之间存在清晰联系;在“印尼铜版纸案”^[12]中也有独立研究成果表明,印尼政府的原木出口禁令与原材料的国内国际价格差异之间存在联系。而在本案当中,不论是针对铁屑还是焦炭的出口限制措施,申请人都未能提交类似证据证明出口限制措施与价格变化之间存在联系,因此无法证明出口限制补贴的存在。^[13]

(三)“镁碳砖案”:首次直接认定出口限制构成补贴

2010年的“镁碳砖案”^[14]是美国商务部认定我国出口限制措施构成补贴的第一起案例。与上述裁决相比较,“镁碳砖案”裁决具有两方面的特殊意义:一方面,此案减轻了反补贴申请方的举证责任,并改变了十几年来沿用的证据要求;另一方面,在对华出口限制补贴的认定中,此案首次运用了“可获得的最佳信息”概念,对我国作出了不利推定。

在该案中,美国商务部认为,申请人提交的证据能够充分证明出口限制措施具备了财政资助、授予利益和专向性这三个要素,因而满足了对此展开反补贴调查的先决条件。但是,作为应诉方的中方受调查企业对于证据的充分性提出异议,因为申请人没有提交与涉案原材料镁的价格变化相关的材料,也未能通过长期历史数据证明出口限制措施与“利益”之间的因果关系,此外也没有独立研究成果能够证明上述因果关系的存在。根据“阿根廷皮革案”和“印尼铜版纸案”,这些证据材料是判断补贴存在所必需的。在上文引用的“石油管材案”中,美国商务部更是明确支持了这一观点。但是在本案中,美国商务部否认中方意见,

[9] The Countervailing Duty Investigation of Light-Walled Rectangular Pipe and Tube from the People's Republic of China, Final Determination, C-570-915.

[10] The Countervailing Duty Investigation of Certain Oil Country Tubular Goods (“OCTG”) from the People's Republic of China, Final Determination, C-570-944.

[11] Issues and Decision Memorandum for the Final Determination in the Countervailing Duty Investigation of Light-Walled Rectangular Pipe and Tube from the People's Republic of China, C-570-915, p12; Issues and Decision Memorandum for the Final Determination in the Countervailing Duty Investigation of Circular Welded Carbon Quality Steel Pipe from the People's Republic of China, C-570-911, p17.

[12] Issues and Decision Memorandum for the Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Coated Free Sheet Paper from Indonesia, C-560-821.

[13] Issues and Decision Memorandum for the Final Determination in the Countervailing Duty Investigation of Certain Oil Country Tubular Goods (“OCTG”) from the People's Republic of China, C-570-944, pp.111-117.

[14] The countervailing Duty Determination of Certain Magnesia Carbon Bricks from the People's Republic of China, Final Affirmative Countervailing Duty Determination, C-570-955.

认为即使没有上述证据材料的存在,申请人提供的证据也已经足够,中方所援引的先例并不能证明上述证据材料是确定补贴存在所必需的。根据美国《1930年关税法》(the Tariff Act of 1930)第702条b(1)款关于“提交反补贴申诉的程序规定”,只要申诉方能够证明构成补贴的三个要素,并提交可获得的合理资料,相关行政机关就应当进行反补贴调查。^[15]这就意味着,在美国制定法没有规定必须提交何种证据材料的前提下,美国商务部有权自主决定何种材料是提起申诉所必需的,而且此种行政行为为无需严格遵从先例。

当然,申请人提供的证据满足启动反补贴调查的要求并不意味着美国商务部能够根据这些证据做出肯定性裁决。美国商务部仍然需要寻求其他相关证据,以确定财政资助的数量并最终确定补贴的数量。从理论上说,在缺乏价格比照数据与独立经济分析的前提下,美国商务部难以确定财政资助的存在。然而,美国商务部声称,由于中国政府未能提供任何受到出口限制的各相关方提交给中国政府的报告及统计数据等资料。这些资料对于判断出口限制措施是否给予国内下游产业财政资助而言是至关重要的。^[16]因此,在缺乏相关资料的前提下,美国商务部决定援引《1930年关税法》中的“不利推定”规则,即在财政资助是否存在这一问题上,根据“可获得的最佳信息”做出对中国政府不利的推定。这也是本案当中美国商务部认定出口限制补贴存在的最直接理由。

三 出口限制补贴认定中的证据规则分析

在美国商务部对于出口限制措施的上述三类处理方式中,实际上仅有后两类直接涉及对出口限制补贴的认定。第一类处理方式仅仅是将出口限制措施同基准价格的确定方法相联系,并未认定新的补贴形式。这种对出口限制措施的分析视角也仅仅是一种相对传统的反补贴视角。而第二、三类案例都涉及了反补贴认定的证据规则问题,即在认定出口限制措施与国内国际价格差异之间是否存在因果关系时如何分配举证责任的问题。与2008年的两起裁决相比,“石油管材案”对此问题的说理更加清晰。该案的裁决首先重申了一个原则,即出口限制措施构成补贴是例外而非常态。裁决随后指出,为证明“例外”的存在,需要存在确定的证据,以表明出口限制措施与被调查国相关产业所获利益之间的因果关系。在该案中,这些证据包括但不限于历史数据以及独立研究成果。事实上,如果此案阐述的证据规则能够确立,那么不论美国针对出口限制补贴的实体规则如何规定,我国企业都可以进行辩驳。例如,在“石油管材案”中应诉企业就主张,虽然中国政府实施了出口限制措施,但根据中国权威价格统计数据,2006年1月到2008年8月间,尽管焦炭的出口税从5%增长到40%,但国内焦炭价格依然在上涨而非下降,因此国内企业并未因此获得利益。

然而,上述裁决所遵循的规则在“镁碳砖案”中并未被沿用。该案同样需要判定出口限制措施是否是造成中国国内市场与国际市场之间价格差异的直接原因,但美国商务部却适用“不利推定”规则,在既无历史数据也无独立研究成果的情况下,裁定我国政府拒绝提供某些信息导致反补贴调查无法继续,进而直接做出了对我国不利的推定。这就意味着,此种

[15] Issues and Decision Memorandum for the Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Certain Magnesia Carbon Bricks from the People's Republic of China, C-570-955, p38.

[16] Issues and Decision Memorandum for the Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Certain Magnesia Carbon Bricks from the People's Republic of China, C-570-955, pp.40-42.

“不利推定”实际上是一种随意性很强的措施。一方面,美国商务部有权决定相关方提交的信息是否充分,还可以决定我国政府未能提供的信息对反补贴调查是否具有重要作用,以及缺乏这些信息是否真正导致反补贴调查无法进行,具有很强的任意性。另一方面,“不利推定”的最终结果很有可能是在不做任何分析的情况下,直接以此为由认可申请人的主张,或者直接将先前的判例适用于相关案件。综上所述,如果“不利推定”的规则被不加限制地应用,其结果将等同于事实上的举证责任倒置,从而为调查主管机关不尽力履行职责提供极大便利。^[17]

事实上,美国对华反补贴调查的随意性已初现端倪。在最新的出口限制补贴终裁案例——美国商务部于 2010 年 9 月 10 日作出的“无缝管案”裁决^[18]中,同时出现了上述第二类与第三类证据规则的运用。对于中国的圆钢出口限制措施,美国商务部不但裁定美国相关产业代表未能遵循“阿根廷皮革案”与“印尼铜版纸案”中的举证规则,因而未能达到展开反补贴调查的证据标准,而且断然驳回了美国相关产业代表使用“可获得信息”作出裁决的请求。^[19]这似乎意味着美国商务部仍然较为严格地遵循着先例。但在同一份终裁报告中,对于焦炭的出口限制措施美国商务部却认为,由于中国政府未能提供三方面的信息(为何选择出口限制措施而非其他手段以达成环境目标、焦炭的生产和进出口信息,以及在对焦炭征收出口税时的考虑因素),因此对于是否存在补贴的专向性与财政资助两个问题,应当适用“不利推定”规则作出不利于中方的裁决。虽然中国政府在应诉中一再强调,上述问题的回答对于确定财政资助的存在与否并无关联,但美国商务部并未予以采信。^[20]

四 实体规则分析在出口限制补贴认定中的缺失及其原因

如上文所述,在对证据规则问题进行分析时,上述案例共同指向的是在认定出口限制措施与国内国际价格差异之间是否存在因果关系时的举证责任问题。从美国商务部在终裁报告当中对此花费的笔墨来看,似乎这一问题决定出口限制是否构成补贴的关键,而政府行为和财政资助等补贴必备的要件反而几乎未被论及。这种状况的根源在于,根据美国商务部此前通过“阿根廷皮革案”和“印尼铜版纸案”等典型案例所确定的判断规则,出口限制措施是一种特殊的“政府授权私人企业提供货物”的行为,天然具备政府行为与财政资助两个要件,因此只需证明专向性与授予利益两个要件的存在就能够认定可诉性补贴的成立。

具体来讲,从“阿根廷皮革案”到“印尼铜版纸案”,再到“加拿大软木案”,美国商务部在处理出口限制补贴问题时,将“政府授权私人企业”这一要件进行宽泛解释,并认为政府

[17] 参见陈小燕:《对“可获得的最佳信息”原则缺陷及补正的探析》,载《辽宁行政学院学报》2008 年第 12 期,第 69 - 70 页。

[18] The Countervailing Duty Investigation of Certain Seamless Carbon and Alloy Steel Standard, Line, and Pressure Pipe (“Seamless Pipe”) from the People’s Republic of China, Final Determination, C - 570 - 957.

[19] Issues and Decision Memorandum for the Final Determination in the Countervailing Duty Investigation of Certain Seamless Carbon and Alloy Steel Standard, Line, and Pressure Pipe (“Seamless Pipe”) from the People’s Republic of China, C - 570 - 957, pp. 125 - 126.

[20] Issues and Decision Memorandum for the Final Determination in the Countervailing Duty Investigation of Certain Seamless Carbon and Alloy Steel Standard, Line, and Pressure Pipe (“Seamless Pipe”) from the People’s Republic of China, C - 570 - 957, pp. 127 - 129.

对于原材料的出口限制可以视为政府委托原材料供应商低价向下游产业出售材料。^[21] 例如,在 1992 年“加拿大软木案”裁决中,美国商务部就指出:“美国国会在制定法律时,关心的也并非外国企业获得利益的方式,而是获得了利益这一结果……美国国会需要进行救济的是外国政府给予该国出口商的帮助或优势,并使该国出口商能够以低价同我国产品进行竞争,而不论此种目标是因何名义、以何形式达成的。”^[22] 这种裁判逻辑在实际效果上肯定了美国商务部超越制定法规定、创设新的补贴类别的行为,也使得对出口限制措施征收反补贴税成为可能。虽然此种做法在 WTO 的历次诉讼中被裁定为违反《补贴与反补贴措施协定》(以下简称《反补贴协定》),但美国国内却一直沿用这种做法。

在证明出口限制措施符合补贴的定义之后,美国商务部证明补贴专向性通常做法是,在证明出口限制补贴仅仅惠及特定企业或产业时,将使用出口限制措施所涉产品的全部下游产业划分为一类产业,并因而确定出口限制补贴具有专向性。具体来讲,就“产业”的认定而言,美国商务部在多起反补贴裁决中均认为,在补贴业已确立的前提下,由于主要使用原材料的产业仅仅包括相关下游产业,因此即使该产业的最终产品可能不只一类,也仍然可以按照原材料的同类性将其划分为同类产业。例如,在“阿根廷皮革案”中,美国商务部就将全部制革厂划分为同一类产业;在“印尼铜版纸案”中,美国商务部也认为,印尼政府的原木出口禁令惠及的仅仅是本国下游产业,尤其是纸浆和造纸企业,而这两类企业的数量都是有限的,因此该案中的补贴同样具有专向性。

美国的上述专向性确定标准在因果关系上并非无懈可击。一个很大的问题在于,采取出口限制措施的国家并未限制任何企业购买廉价原材料,而原材料的固有性质决定了必然只有某些企业需要大量使用此种原料。但美国商务部并不承认此种因果关系,并曾在“加拿大软木案”的终裁当中专门反驳说,以自然资源的固有性质进行抗辩将自动导致所有对自然资源进行的补贴都游离于反补贴法律之外,成为不可诉补贴。^[23] 此种推论虽然具有一定道理,但若完全否认原材料的固有性质在因果关联中的作用,实际上将会导致只要反补贴调查机关认定存在与原材料相关的补贴,专向性的存在就是不证自明的结果。这等于是从一个极端走向另一个极端。

综上,根据美国商务部采用的补贴认定标准,在判断出口限制措施是否构成补贴时,“政府授权私人企业提供货物”这一情形已被推定存在,专向性的判定也不是问题。在个案当中,唯一需要证明的就是被调查国下游企业是否因此获得了利益。关于“授予利益”,根据美国商务部在“阿根廷皮革案”中确立的规则,只要能够确定出口限制措施造成了国内价格和国际价格之间的差异,这一措施就在压低国内原材料价格方面起到了积极作用,从而给国内下游产业带来了利益。^[24] 毫无疑问,此种实体规则的演变使得针对出口限制进行的反补贴调查并不需要太多的法律剖析和实体规则探讨,而是更多地集中于经济学上的证明,具

[21] Department of Commerce, International Trade Administration, 19 CFR Part 351, Docket No. 950306068 - 8205 - 05, Countervailing Duties, Final Rule, available at: <http://www.federalregister.gov/articles/1998/11/25/98-30565/countervailing-duties>, (last visited Oct 27, 2010.)

[22] Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Certain Softwood Lumber Products from Canada, C - 122 - 816, at 22609 - 22610.

[23] 参见甘瑛:《国际货物贸易中的补贴与反补贴法律问题研究》,法律出版社 2005 年版,第 74 - 75 页。

[24] Final Affirmative Countervailing Duty Determination and Countervailing Duty Order; Leather From Argentina, C - 357 - 803.

体地说是出口限制与国内外价差之间因果关系的经济学证明。在证据规则的不确定性之外,此种做法进一步增加了我国应对出口反补贴调查的难度。

五 我国应对美国对华出口限制补贴调查的对策分析

美国对华反补贴调查中对于出口限制措施的处理,不论是程序规则还是实体规则都对我国相当不利。与此同时,WTO 现有争端解决机制又无法在此类纠纷中真正维护我国利益。为应对这种不利局面,有必要寻求 WTO 框架之外的更为便捷、迅速的解决之道,以维护国家利益和企业权益。

(一) WTO 争端解决机制无法根本解决问题

1. 美国的出口限制补贴规则不具备 WTO 项下的合法性

无论是《关税及贸易总协定》还是《反补贴协定》均未规定出口限制补贴这一补贴形式。相反,对于认定所谓出口限制补贴 DSB 早已做出过否定性的裁决。在“美国——出口限制案”^[25]中,DSB 对于美国政府对“政府授权私人企业”这一要件进行的宽泛解释明确加以否定,并在报告中指出,《反补贴协定》之所以在第 1.1 条中强调财政资助这一要件,其原因在于不得将任何授予利益的行为一概视为补贴。而在判定某种行为是否构成财政资助时,“如果仅凭结果而非行为的性质就确定某种政府行为构成财政资助,那么就等于将这一要件排除出《反补贴协定》了”。^[26]因此,美国仅凭出口限制措施会为下游产业带来利益这一因果联系就推定财政资助的存在,是对《反补贴协定》的曲解。此外,该裁决还指出,“授权”一词应当理解为“政府明确而确定的权力授予或者命令行为”。不论如何理解,出口限制措施当中均不存在政府对于原材料生产企业的权力授予,因而无法满足《反补贴协定》第 1.1 条(a)款的要求。^[27]

“美国——出口限制案”确立的上述规则表明,在正常情况下出口限制措施并不构成政府授权私人企业从事的行为,因而不构成补贴。美国商务部在对华反补贴的调查及裁决中认定出口限制补贴的方法显然与这一规则不相符。

2. WTO 争端解决机制无法在纠纷中真正维护我国的利益

虽然美国的出口限制补贴并不符合 WTO 相关规则,但是确认违法性的存在并不是解决问题的关键,关键在于如何改变违法行为,使我国出口企业获得良好的贸易环境。考虑到 WTO 相关规则及美国政体的某些固有特征,使用 WTO 争端解决机制并不能确保达到上述目的,原因如下:

首先,WTO 争端解决机制无法要求美国彻底放弃将出口限制认定为补贴的做法。这是因为,美国在出口限制补贴认定上的全部做法,均为美国商务部在制定法范围内创设的习惯性做法。这些做法只是美国商务部将相对模糊的制定法加以细化过程中的一种行为方式,而非法律明确规定的行政行为。如果美国是通过立法形式将“出口限制补贴”进行固化,那么 DSB 完全可能裁决该立法违反 WTO 规定,美国也将因此有义务停止依据该法案所为的

[25] Unite States-Measures Treating Exports Restraints as Subsidies (US-Export Restraints), WT/DS194/R.

[26] Panel Report on US-Exports Restraints, para. 8. 38.

[27] Panel Report on US-Exports Restraints, para. 8. 75.

行政行为。这方面的一个典型例子是“美国——影响中国禽肉进口的若干措施案”，该案中专家组就宣布美国《2009年综合拨款法》第727条违反了《实施动植物卫生检疫措施协定》。^[28]但对于习惯性做法，即使他国在DSB针对美国商务部的某个反补贴裁决提起诉讼，判决结果也只能是美国商务部在该起裁决中的做法违反了《反补贴协定》。例如，在2001年通过的“美国——出口限制案”的裁决中，其结论就仅仅是认定，将出口限制措施视为补贴的行为“在本案中”是与《反补贴协定》不相符的。^[29]这意味着即使美国在未来的反补贴裁决中再次将出口限制认定为补贴，该做法本身也并不违反DSB裁决。^[30]

其次，即使DSB在其受理的每一起相关案件中都对出口限制补贴的合法性做出否定性裁决，也可能无法为受害方提供足够的补偿。一项贸易救济措施在不延期的情况下，持续期间不过数年；而在WTO提起的诉讼，从提交DSB到磋商再到专家组审查和上诉机构审查，持续两至三年并不罕见。实践中极有可能出现的情况是，在DSB裁定某一贸易救济措施违法的同时，此种贸易救济措施本身就已经失效了，因而根本无需讨论执行问题。^[31]在此期间，美国的贸易救济措施很可能已经将外国厂商驱逐出美国市场。同时，对于贸易救济措施实施期间外国厂商遭受的损害，WTO并没有提供赔偿或者救济机制。这是因为WTO语境下的“执行DSB裁决”从效果上讲是面向未来而非溯及既往，因此对于既往违反DSB裁决的做法，成员国无需进行赔偿或回溯性纠正，只需保证该做法未来不再产生影响即可。^[32]这就意味着在类似案件的WTO诉讼中，起诉国很可能在法律上胜诉，却在经济上失败。这不能不说是执行机制中的一个漏洞。

最后，本文提及的证据规则问题是无法通过在WTO提起诉讼解决的。这不仅是因为采用“可获得的最佳信息”是《反补贴协定》所明确允许的，还因为对于贸易救济调查中如何选择信息这一问题至今仍然没有统一标准。即便我国能够针对美国滥用“不利推定”规则提起诉讼，这一问题也是事实认定的意味多于法律规则创设的意味，对于今后的反补贴应诉缺乏足够的参考价值，在要求美国执行裁决方面更无实际意义。

(二) WTO争端解决机制之外的对策

上述分析表明，尽管WTO的争端解决机制能够提供程序和规则公平，但在某些个案当中却可能无法保证结果和效果的公平。^[33]对于我国而言，出口限制补贴问题就属于这样的“个案”。为尽可能减少美国反补贴措施对我国相关企业的不利影响，我国需要在WTO争端解决机制之外寻求其他对策。

首先，可以考虑通过进一步澄清《反补贴协定》相关规定和积极推进WTO新一回合贸

[28] Panel Report United States-Certain Measures Affecting Imports of Poultry from China, WT/DS392/R.

[29] Panel Report on US-Exports Restraints, para. 9. 1.

[30] 参见 Sungjoon Cho, “Global Constitutional Lawmaking”, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol. 31, No. 3, Spring 2010.

[31] 根据一位美国学者的统计，从WTO成立至2004年12月间美国执行的12起DSB裁决中，就有4起是消极等待贸易救济措施期满，只要不再延期就可宣称本国已执行了该裁决；还有一起由于涉诉措施已经失效，因而被自动视为“已执行”。参见 William J. DAVEY, “Implementation in WTO Dispute Settlement: An Introduction to the Problems and Possible Solutions”, RIETI Discussion Paper Series 05-E-013(2005), pp. 5-6.

[32] 参见常景龙：《DSB报告执行制度论》，厦门大学博士论文，2007年，第7页。

[33] 参见江西省商务厅进出口公平贸易处：《美国对华反补贴措施浅析及相关救济探索——以2008年美国做出的几起反补贴案件裁决为视角》，2010年6月25日发表，资料来源于江西省商务厅网站：<http://www.jxdoftec.gov.cn/swtnews/View.aspx?id=8351>，访问时间：2010年10月26日。

易谈判来解决出口限制补贴问题。虽然 WTO 新规则的制定并不见得能从根本上遏制美国的反补贴行为,但通过谈判方式向美国政府表明态度将有助于减缓美国商务部在处理这一问题时的任意性。不过,此种方法注定需要花费很长时间,因而无法立即改善我国企业的贸易环境。

其次,对于我国企业而言,在美国政府对出口限制补贴的态度没有发生根本性变化之前,未来应诉时应当将抗辩重点从反补贴的法律标准转移到替代国选择、其他生产要素的价格等事实问题上。如上所述,目前美国的出口限制补贴调查并不需要太多的法律剖析和规则探讨。在美国商务部的态度没有发生根本性变化之前,对相关法律规则的挑战是我国企业难以胜任的,在事实问题上“抢分”是相对现实可行的做法。同时,在应诉的立论当中应当把握美国法律体系的特征,尽量从美国国内法律与行政机关的裁决而非 WTO 判决当中寻找论据来源。

最后,对于我国政府而言,在应对美国的反补贴措施时应当兼顾进攻与防守。在通过外交途径联合其他国家与美国就此问题进行磋商的同时,应当对政府在反补贴应诉中的策略做出某些调整。例如,针对美国在反补贴调查当中某些较为固定的信息要求,设立跨部门的信息整合机制,在不涉及国家秘密与经济安全的前提下,对于某些问题的回答尽早制定相对固定、统一的模式,并不断根据个案裁决的结果对此模式加以修正,以免在证据规则上授人以柄。换言之,在无法立即改变规则的情况下,如何利用规则是我们当前必须重点关注的问题。

[**Abstract**] Treating export restrictions as subsidies is a countervailing measure widely used by the US Department of Commerce. Such way of determination regards export restrictions on certain materials by government as “goods provided to a private body by a government” and consequently determines that export restrictions automatically contain the elements of “government exercising authority over a private body”, thus amounting to a “financial contribution”. Besides, the US Department of Commerce has defined the essential element “benefit conferred” through its evidence rule wantonly, thus causing China to become a constant victim under its subsidy investigations. Though the above-mentioned substantive rule is in conflict with the former DSB decisions, yet taking various factors into consideration, the best solution for China is not to resort to lawsuit under WTO framework. Apart from legal means, China may also pursue political negotiations in this respect, and it is also desirable to set up an integrated responsive system for the CVD investigations.

(责任编辑:廖 凡)

信号传递、社会规范与法律

——评 Eric A. 波斯纳的《法律与社会规范》

书 名:《法律与社会规范》

作 者:[美]Eric A. 波斯纳

出 版:中国政法大学出版社,2004 年版

评论人:陈 坤*

长期以来,对社会规范的研究并不是法律经济学的重心,人们更关注正式的法律制度。这表现在,当权利交换需要一个初始界定时,当个体理性与集体理性发生冲突时(如囚徒困境^[1]、公地悲剧^[2]以及其它的集团行动问题^[3]),人们更容易想到的是法律,而不是社会规范。

人们希望通过法律来解释他们的理论问题,解决他们的实践问题,通常而言,这些希望是能够实现的。然而,对社会规范的忽视也常常让它们落空。一方面,这种忽视让人们无法理解没有法律规定下的权利界定,^[4]或者说,在没有强制的情况下,在自利的个体之间所出现的社会合作;另一方面,它也常常让人们运用法律调整社会生活的努力遭到挫败。^[5]

这意味着社会规范应当进入人们的视野。一个妥当的社会规范学说不仅能够增进人们对互动行为的理解,而且能够帮助人们制定更为有效的法律规定。所谓“妥当”,是指它较为清晰地阐述了社会规范产生的机制,以及法律干预的可能途径与后果;并且这些阐述是富有解释力的和可检验的。此外,在法律经济学的范式之内,还要求这些阐述是基于理性选择理论的;并且,没有添加太多的辅助性假说。

Eric A. 波斯纳(下文简称波斯纳)的信号传递模型,就是提供这样一个社会规范学说的尝试。他主要通过《法律与社会规范》一书^[6]阐述了这个模型。概括说来,他把社会规范理解为由个体发送(表明自己具

* 陈坤,北京大学法学院 2009 级法理学博士生。

[1] 对囚徒困境,这里不做介绍。如需了解,请参阅[美]罗伯特·阿克塞尔罗德:《合作的进化》,吴坚忠译,上海人民出版社 2007 年版,第 6-7 页。

[2] 对公地悲剧的讨论,请参见 Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons", 162 *Science, New Series*, 1243, 1248 (1968)。

[3] 集体行动困境,请参阅[美]M. 奥尔森:《集体行动的逻辑》,陈郁等译,上海:格致出版社,1995 年版,第 28-30 页。

[4] 比如,夏斯塔县关于牲畜越界等问题的权利分配。请参阅[美]罗伯特·C. 埃里克森:《无需法律的秩序》,苏力译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 17-147 页。

[5] 比如:美国历史上的禁酒令,中国一些城市燃放烟花爆竹的规定。

[6] Eric A. Posner, *Law and Social Norms* (Cambridge: Harvard University Press, 2000). 本文参考的为沈明翻译的中译本。参见[美]Eric A. 波斯纳:《法律与社会规范》,沈明译,中国政法大学出版社 2004 年版。波斯纳的信号传递模型主要通过该书阐述,但在其另外一些文章也有讨论或补充。如 Eric A. Posner, "Law, Economics, and Inefficient Norms", 144 *University of Pennsylvania Law Review*, 1697, 1744 (1996); "Symbols, Signals, and Social Norms in Politics and the Law", 27 *The Journal of Legal Studies*, 765, 798 (1998)。

有低贴现率的)信号所形成的行为常规性。

本文是对这一模型的介绍与评价。全文分为五个部分。第一部分概括了信号传递模型的主要内容;第二部分试图通过将信号传递模型与其它社会规范学说相比较来凸显它的优势;第三部分讨论该模型的理论与实践意义;第四部分将阐述它在解释力与可检验性上的不足;第五部分为结论。

一 信号传递模型

上文已述,一个“妥当”的社会规范学说,应当较为清晰地阐述社会规范产生的机制,以及法律干预的可能途径与后果。

(一)规范产生的机制

首先要说明的是,考察“社会规范产生的机制”,并不是描述社会规范产生的真实历史过程;而是指,在给定关于个体的基本假定的前提下,社会规范是如何从个体试图最大化其收益的努力中产生的。作为一种合理化重述,它是否真实无关紧要,只要能够帮助我们理解社会合作的关键特征,并具有一定的解释力与预测性,就足够好了。

波斯纳的重述从囚徒困境开始。我们知道,在囚徒困境中,背叛总是占优决策,即对于任何一个决策者而言,不管对方如何决策,选择背叛总是收益最大的。既然不存在(给定对方决策)通过调整自己的决策来使自己的处境变得更好的可能性,那么双方选择背叛就成为一种均衡。但这一均衡显然不是最优解:如果双方合作,每一个人的处境都将优化。

要解决这一困境,就要从一次博弈走向重复博弈。阿克赛尔罗德(Robert Axelrod)的计算机博弈实验表明,在重复博弈中,最成功的策略是,第一局选择合作,在以后的每一局中都重复上一局中对方的选择;也就

是所谓的“针锋相对”。由于“针锋相对”具有“善良”(不首先背叛)与“报复”(及时惩罚)、“宽容”以及“容易识别”的特征,所以在一个多种博弈策略共存的世界中,它得分最高;在生态演化模拟中,它也是最可能繁荣起来的策略。此外,阿克赛尔罗德还证明了,一旦针锋相对的策略在一个群体中被采用,那么它就是集体稳定的。^[7]从而,看起来,重复博弈解决了社会合作问题。

然而,这一解决至少依赖了三个特设性的假说。首先,多种博弈策略共存的出发点是设定的,只有在这个出发点上,针锋相对才能够取得最高的平均分;其次,博弈参与人的贴现率假定为足够低的,如果每个人都把当下收益看的很重,而把未来收益看的很轻,那么立即背叛总是最优选择;最后,它还假定博弈参与人对对方历史决策的记忆是不会出错的,而对其它博弈者的信息是一无所知的。

这些特设假说让重复博弈无法解释:在一个背叛策略占主要地位、博弈参与人的贴现率连续分布、博弈参与人可以传递信息但只有有限的记忆力与理解力的社会环境中,针锋相对的策略是如何能够“初始存活”的,或者更为一般地,社会合作是如何建立的。

在波斯纳看来,要解决这一问题,就必须区别两类博弈者,“好人”与“坏人”。好人是指具有低贴现率的人,坏人是指具有高贴现率的人。当然,在贴现率连续分布的情况下,好坏只是一个程度问题。由于好人具有低的贴现率,他/她的未来收益的折现值就比较高,就更看重未来合作盈余,也就更倾向于合作;而坏人则正好相反,更看重当下收益,也更有可能背叛。

可以想见,无论好人还是坏人,都偏好与好人搭档,而规避坏人。但要实现这一

[7] 罗伯特·阿克赛尔罗德:《合作的进化》,第43页。

点,就必须有谁是好人的信息。这些信息可以通过先前的合作而获得,但由于个人的记忆力是有限的,并容易出错;而且在多人博弈中,总是会遇到新来者,这些都导致这些信息并非总是可得。作为一种替代,好人发送信号,表明自己是一个低贴现率者。这一信号可以是此前的不背叛,但更为有效的是,先期支付一个可观察的成本。

由于好人与坏人的区别在于对未来收益的当下估值不同,那么一个价格合理的成本就能将他们区别开来。假设未来收益为10,好人的贴现率为10%,坏人的贴现率为30%,那么一个价格为8的无补偿成本就是价格合理的,它小于9(好人对未来收益的当下估值),而大于7(坏人对未来收益的当下估值),从而只有好人能负担这一成本。

这意味着,任何一个成本,只要价格合理,都可以被好人拿来作为表明自己具有低贴现率的信号。由于这样一种信号区分了好人与坏人,就造成了好人与好人合作,并一起规避坏人的局面。在这一情况下,无论好人还是坏人都不会偏离当下选择。这就形成了一个分离均衡,也建立了一种好人发送信号的行为常规性。然而,一旦行为常规性建立,不发送信号就会被认为具有高贴现率,就会被规避;当这一规避由于情况的变化可能给被规避者带来更为严重的损失时,为避免被规避,坏人也会发送信号,这就形成了好人与坏人都发送信号的混同均衡。当然,当人们认识到,好人与坏人都发送信号,信号也就失去了区分好人与坏人的意义;他们可能就不再发送这一信号,这也就形成了好人与坏人都发送信号的混同均衡。

在波斯纳看来,所谓社会规范,就是给(这种由在分离均衡中好人发送信号以及在混同均衡中好人、坏人都发送信号所导致

的)行为常规性所贴的一个标签。

(二)法律干预的可能途径与后果

在“政治与法律中的象征、信号与社会规范”^[8]一文中,波斯纳阐述了法律干预社会规范的四种途径。首先,法律可以改变发送信号的成本;其次,法律可以改变信号发送者和信号接收者从合作中获得的收益;第三,法律可以改变信号接收者关于低贴现率者在信号发送者中所占比例的信念。第四,法律可以激励规范创立博弈,提供新的焦点。

第一条途径不用解释。对第二条与第三条途径的理解,关键在于:由于每一个人的偏好和成本/收益结构是不一样的,即便是在一个分离均衡中,发送信号的也并不一定是低贴现率者;比如,当歧视同性恋作为一种信号时,对同性恋感到强烈不满的异性恋,与对同性恋中立的异性恋相比,发送歧视信号的成本较低,而这两者发送歧视信号的成本都显然要比同性恋要低。行为既可能表达了贴现率,但也可能表达了行为人的偏好或成本/收益结构。这样,在任何一个行为常规性中,发送信号者都有一定的概率其实并不是低贴现率者。如果合作收益较大,而偏差概率较小,那么这种偏差就是可以忽略的。这也就意味着,法律可以通过改变这两点,来干预社会规范。

对第四条途径的理解,需要引入一个新的概念:规范创立者。上文已述,价格合理是信号的唯一要求。在原则上,它可以表现为任何形式。但事实上,信号形式是有限的,在特定的环境下,通常而言,人们会发送相同的信号,以确保对方理解自己的意图。那什么决定了某一行为能够成为信号呢,或者说,是什么机制把信号从诸多价格合理的行为中挑选出来呢?

在波斯纳看来,有两种途径。首先是非

[8] Eric A. Posner, Symbols, Signals, and Social Norms in Politics and the Law, 第765-798页。

人为构建的焦点,比如“历史巧合、物理性质、对名人的模仿”等;^[9]另外一种途径就是人为的规范创立。由于信号选择是一个协调问题,对于价格合理的行为,只要大部分人将它作为信号,它就可以成为信号;那么对其他人将何种行为作为信号的预期就在信号的产生中发挥极为关键的作用。这意味着规范创立者可以通过宣布某一特定行为是信号来使它成为信号。当然,这可能成功,也可能失败。成功的主要表现是,它消除了原有的混同均衡,创立了新的分离均衡。

在规范创立者是个人的时候,他/她的知名度越高,地位越高,权威性越强,创立规范的成功率也就越大;规范创立者是群体时,同样如此,成功率取决于该群体的影响力。当然,规范创立者还可以是政府,比如“马丁·路德·金”节就是美国联邦政府创设的。在下面两种情况下,规范创立的成功率将显著提升。首先,规范创立者并不是提供一个全新的焦点,而是从人们可能选择的诸多焦点中选择一个。“马丁·路德·金”节可能设立在他的生日或忌日,而不太可能是其它随机的一天。其次,如果规范创立者是多元的,成功率也将上升。

对于政府来说,如果人们选择了它所宣布的信号,将在一定程度上增强它的合法性;对于群体来说,规范创立的激励来自于该群体的影响力上升或更加符合该群体内个体的成本/收益结构;对于个体来说,他/她可能会赢得人们的尊重。

把握了规范创立者这个概念,就可以理解法律干预社会规范的第四条途径,即它可以给规范创立者提供激励,或自身作为规范

创立者。^[10]比如,针对行人的交通法规的制定。即便没有执法者,至少有相当一部分人仍然会遵守交通法规。交通法规创造了一个新的社会规范,因为它给行人增加了一个价格合理的成本,并将闯红灯与高贴现率联系起来。人们接受了这一信号,并以不闯红灯为代价表明自己是一个低贴现率者。

这是法律干预社会规范的一个成功案例。然而,这种干预并非总是成功。比如,禁放烟花爆竹的规定就多多少少被挫败了。法律提高了燃放烟花爆竹的成本,在一定程度上减少了燃放量。但它并没有改变燃放烟花爆竹的社会意义,因此,当执法力度降低时,燃放量就会重新抬头。

在波斯纳看来,要预测一部法律的影响,是极为困难的。^[11]人们不仅要了解它是如何改变发送信号的成本与合作的收益,还要了解在法律颁布之前的均衡状况。此外,即便均衡是给定的,法律的颁布也可能造成不同的结果,比如减少信号成本的法律可能会造成所有人都发送信号的混同均衡,也可能会造成所有人都不发送信号的混同均衡。问题的复杂性还在于,法律不仅可能改变行为的成本/收益结构,还可能改变行为的社会意义。^[12]

二 信号传递模型的优势

将与信号传递模型进行比较的替代性学说包括:利他主义,功能主义,社会进化论,利益群体理论,演化模型以及声望模型。值得注意的是,这里对这些替代性学说的讨论是简略的,仅力图把握要旨。

由于社会规范通常体现为对“自利”行

[9] Eric A. 波斯纳:《法律与社会规范》,第44页。

[10] Eric A. Posner, Symbols, Signals, and Social Norms in Politics and the Law, 第774页。

[11] Eric A. 波斯纳:《法律与社会规范》,第189页。

[12] Eric A. 波斯纳:《法律与社会规范》,第191-197页。

为的约束(禁止性规范,比如不撒谎),或是对“利他”行为的鼓励(要求性规范,比如帮助别人),因此一种很自然的设想是,行为人不但是“自利”的,而且是“利他”的。所谓利他,就是把对方的得失也纳入自己的成本/收益考虑,这样,行为人就会自然地趋向于合作。利他主义可以用来解释一些现象,比如地震发生后,人们之所以会自发地捐款,是因为他们“关心同胞”。但问题在于,并不是所有人都会捐款;而且捐款率与收入水平也没有什么关系。显然,假设所有人都利他心是错误的。但如果说捐款是因为有利他心,不捐款是因为没有利他心,这又把利他主义变成了一种无谓的同义反复。^[13]

功能主义的解释是,社会规范的出现,是因为它在人类合作中发挥了特定的功能。这种解释较为集中地体现在厄尔曼-玛格丽特(Edna Ullmann-Margalit)1977的著作《社会规范的产生》(The Emergence of Norms)^[14]中。玛格丽特的功能主义详细阐述了理性的个体在互动中容易陷入哪些困境,以及她所言的各种规范是如何解决这些困境的;但并没有解释规范发生的机制。功能主义的早期版本通常与某种社会进化论混合在一起,认为社会规范所起的作用是促进了拥有这个社会规范的群体的繁荣。如果是这样的话,那么社会规范的产生就可以是一个偶然事件,当下规范的现状不过是拥有特定规范的群体在自然选择中占据了优势地位。但正如埃里克森所说的,也正如大部分生物学家所理解的,自然选择以个体为

单位,而非群体,“一个不诚实的个体,生活在由诚实者构成的环境中,也许会特别发达”;因此,社会进化论必须解释如何防止“那些会颠覆群体福利的不轨者入侵”。^[15]此外,功能主义与社会进化论的共同缺陷是,由于不能清晰地描述社会规范产生、维系与变迁的条件与过程,也就无力给人们增强社会合作提供什么方法论的意义。

利益群体理论认为规范是为特定的利益群体服务的,那么规范的产生也就可以解释为是由相关利益群体所推动的。不可否认的是,有些规范的确如此。比如埃里克森所提到的:“花农在推动母亲节礼物上获得某些成功,钻石商在推动婚戒的习惯上也获得了一些成功”;^[16]玛格丽特专门讨论了所谓“不公平的规范”;^[17]阿克赛尔罗德也指出,“权力有助于规范的实施”,于是“最强者支持的规范变成支持最强者的规范”。^[18]但利益群体理论的毛病同样很多。首先,如何解释由一些利益群体推动的社会规范会被非利益群体所接受;其次,很难理解为什么特定利益群体能够从一些中性的规范中得到更多的收益,比如不撒谎、守诺、尊重弱者、帮助他人等;^[19]最后,利益群体理论以社会分化为前提,而社会规范的稳定性与社会分化却是负相关的。

演化模型由著名的博弈论专家阿克赛尔罗德提出。他认为规范是在人们的规范博弈中产生的,并用计算机程序模拟了规范博弈的过程;证明了,在不存在元规范(惩罚那些不惩罚违反规范者的行为人)的情

[13] Eric A. 波斯纳:《法律与社会规范》,第56页。

[14] 对玛格丽特功能主义社会规范学说的更多了解,请参阅 Edna Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms* (Oxford: Oxford University Press, 1977)。

[15] 罗伯特·C. 埃里克森:《无需法律的秩序》,第185页。

[16] 罗伯特·C. 埃里克森:《无需法律的秩序》,第186页。

[17] Edna Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms*, 第134-197页。

[18] 罗伯特·阿克赛尔罗德:《合作的复杂性》,第66页。

[19] 罗伯特·C. 埃里克森:《无需法律的秩序》,第187页。

况下,最有可能出现的最终博弈结果是,较高的冒失率与较低的惩罚率所造成的规范的消亡。^[20] 为了给惩罚提供激励,他加入了元规范,模拟运算的结果是在存在元规范的情况下,规范是稳定的,并且能够从具有固定报复倾向的行为人所从事的重复博弈中产生。^[21] 阿克赛尔罗德所提供的元规范,试图解决的是二级搭便车问题。由于惩罚的成本是私人的,而收益却是群体的,所以就像任何公用品那样,存在激励不足的问题,换句话说,每一个人都希望别人惩罚背叛者,而自己坐享其成。看起来,元规范解决了这一问题,通过加入不惩罚的成本,改变了惩罚的成本/收益结构。但事实上,它只是把问题延伸了一步,即,为什么会存在元规范? 元规范博弈中,惩罚不惩罚者的激励又从何而来?

二级搭便车问题一直困扰着试图探究社会规范的发生机制的人们。因为,即便在重复博弈中,形成了合作的行为模式,如果背叛者不被惩罚,那么机会主义行为就会展开来,合作的行为模式也就无法被常规化。声望模型通过假定行为人具有特定的追求声望的偏好来解决这个问题。在“遵从理论”中,博海姆(Douglas Bernheim)假定,“个人将社会地位作为内在效用”;^[22] 在“行为的理性选择模型 vs. 功能主义与遵从理论”(Rational Choice Models of Behavior versus Functionalist and Conformist Theories)中,哈萨伊(John Harsanyi)谈到“人们的行为可被解释为追求经济收益与社会认可”。^[23] 声望模型的基本思路是,声望的赋

予对于赋予者来说可以是成本为零的,由于声望是可传递的,所以被赋予能获得不菲的收益。行为人可以通过赋予或不赋予声望来在一定程度上影响其它人的行为。尽管是否赋予声望是一个自利的决策,但追求声望的竞争会使人们从事对他人有利的行为,进而产生合作与社会规范。这个思路集中反映在理查德·H. 麦克阿达姆(Richard H. McAdams)那近100页的长文“社会规范的起源、发展与规制”^[24]中。声望模型能够解决二级搭便车问题,但这是以增加“所有或至少大部分人追求声望”这样一个假定为代价的。

通过考察上述替代性理论,可以发现,信号传递模型的优势在于这样几点:(1)较为清晰地阐述了规范产生的机制;(2)解决或避开了二级搭便车问题;(3)坚持了成本/收益分析;(4)没有增添其它辅助性假说,保证了理论的简洁性。

三 信号传递模型的意义

上一部分通过将信号传递模型与其它替代性学说进行比较来凸显它的优势,这一部分将简要谈谈它的理论意义与实践意义。

(一) 理论意义

首先,信号传递模型拓展了经济学方法论的适用领域。经济学的分析方法(主要是指边际分析与均衡分析)在传统上只是用以研究市场行为,但从上个世纪50年代开始,以贝克尔为主的一批人将之适用于其

[20] 罗伯特·阿克赛尔罗德:《合作的复杂性》,第51-55页。

[21] 罗伯特·阿克赛尔罗德,第55-57页。

[22] B. Douglas Bernheim: "A Theory of Conformity", 102 *The Journal of Political Economy*, 841, 877 (194).

[23] John Harsanyi: "Rational Choice Models of Behavior versus Functionalist and Conformist Theories", 21 *World Politics*, 513-538 (1969).

[24] Richard H. McAdams: "The Origin, Development, and Regulation of Norms", 96 *Michigan Law Review*, 338, 433 (1997).

它领域中的人类行为,并获得了巨大的成功。^[25]在1960年科斯的“社会成本问题”^[26]一文发表后,所谓法律的经济分析运动正式登场,时至今日仍方兴未艾。然而,经济学对制度的关注往往局限在正式的法律制度,陷入所谓的“法律中心论”。^[27]如果要对人类行为有更为深刻的理解,就必须注意到那些非正式制度的普遍存在。事实上,经济权利的来源往往是在人们的互动中界定与再界定的,而并非通过法律的初始分配。如果不理解这些非正式制度,那么个体的行为就会看起来并不符合经济学关于“理性人”的核心假定。如果说埃里克森《无需法律的秩序》在很大程度上运用的还是社会学方法的话,那么波斯纳所提出的信号传递模型无疑是把经济学的研究方法应用到社会规范问题上,从正式制度到非正式制度,进一步拓展了经济学方法的适用范围。

其次,它深化了对社会规范的研究。长期以来,人们较多理解社会规范是如何影响个体行为的;但较少理解个体行为是如何影响社会规范的。一个原因是,传统的经济学与社会学都把社会规范作为约束个体行为的外生事实,而不是研究对象。在我的涉猎范围内,1977年玛格丽特《规范的产生》是较早将社会规范作为研究对象的社会学著作。该书阐述了在个体互动中可能出现的困境,以及社会规范是如何解决这些困境的。1991年埃里克森在《无需法律的秩序》中,通过对夏斯塔县畜牧业的观察,归纳出一个假说,即“关系紧密之群体内的成员开

发并保持了一些规范,其内容在于使成员们在相互之间的日常事务中获取的总体福利得以最大化。”^[28]然而,这些研究并没有涉及规范发生与变迁的条件和机制,也就无法预测规范在什么条件下会出现或消亡;更进一步地,也无法提供任何关于人们如何通过正式的法律制度干预社会规范,以及这种干预的可能性与限度的知识。正是在这个意义上,波斯纳的信号传递模型深化了人们对社会规范的理解,也为人们改善社会合作创造了条件。

(二) 实践意义

社会规范可能是没有效率的。由于信号仅仅受到价格的约束,那么发送信号的行为就既有可能提高社会总体福利,也有可能降低它。比如,在波斯纳看来,投票规范产出了外部公益,自我审查规范却产出了外部公害;^[29]同样的例子还有,歧视同性恋的规范让同性恋群体深受其害;燃放烟花爆竹的习惯既增加了事故,又浪费了金钱。这些都给法律干预社会规范提供了额外的理由。

尽管社会规范是个体发送信号的副产品,是自发的,但对这一产生机制的理解还是有助于人们运用法律对其进行干预。任何社会规范都依赖于有关行为人的信息交流,法律从而可以通过保护隐私权的方式来使其至少在某些特定的场合下不发挥作用。比如,如果存在歧视私生子的社会规范,那么法律可以通过禁止亲子鉴定的方式来使至少部分私生子不会遭受到这种歧视。^[30]

其次,法律可以通过改变当事人的成

[25] 在贝克尔看来,经济学不同于其它社会科学的关键不是研究对象,而是研究方法;它通过假定行为人是具有稳定偏好、并在“约束下求大”的理性主体,来进行边际分析与均衡分析,解释社会现象。事实证明,这一方法不仅是富有解释力的,而且具有很强的可检验性。请参阅[美]加里·S·贝克尔:《人类行为的经济分析》,王业宇等译,上海:格致出版社,2008年版。

[26] R. H. Coase: “The Problem of Social Cost”, 3 *Journal of Law and Economics*, 1, 44 (1960).

[27] 罗伯特·C·埃里克森:《无需法律的秩序》,第5-6页。

[28] 罗伯特·C·埃里克森,第204页。

[29] Eric A. 波斯纳:《法律与社会规范》,第192页。

[30] Eric A. 波斯纳,第1页。

本/收益结构来调整发送信号的行为。这包括波斯纳“政治与法律中的象征、信号与社会规范”一文中所说的前三条途径。然而,正如上文所说的,对成本/收益结构的改变所造成的后果是很难预测的。比如,如果法律降低投票成本,这可以通过给不投票设置罚金来实现,那么一个直接的后果可能是投票率上升。然而,如果原来的投票是一个分离均衡的话,投票率上升意味着产生了一个几乎所有人都投票的混同均衡。这就可能改变投票的意义。投票率不再和低贴现率联系在一起,而是和害怕被处以罚金联系在一起。那么不投票也就不再和高贴现率联系在一起。于是,罚金就代替规范成为约束条件。导致的结果是,那些对规范敏感而对罚金相对不敏感(罚金相对于投票的机会成本较小)的人就会倾向不再投票。这个例子提醒我们应当特别注意规范的社会意义。

一种特定行为成为信号,可能是历史的偶然因素所导致的,也可能是人为设计的,但无论怎样,它都具有一个表征功能,即行为人为人具有低的贴现率。法律可以通过新建一个特定行为与低贴现率的联系,比如上文所说的交通法规的例子,来调整社会生活;也可以通过改变某种行为的含义,来削弱甚至消灭一个规范。这个过程可能是无意的,比如上述投票的例子。也可能是有意的,比如一部合法化同性恋婚姻的法律就可能促使人们放弃将歧视同性恋和低贴现率联系在一起的信念。

上述这些说法意味着,信号传递模型让我们对通过法律重塑社会规范的努力保持一种谨慎的乐观。乐观是因为,尽管社会规范是自发的,但人们能够在一定程度上重塑它;而谨慎是因为,社会规范是坚韧的,法律的影响也是多方面的,如果没有充分考虑到个体互动中的各种复杂性,这种重塑就极有可能被挫败。

四 信号传递模型的不足

在讨论完信号传递模型的优势与意义之后,这一部分将着重说明它在解释力与可检验性上的不足。

(一) 信号传递模型的解释力

波斯纳用信号传递模型解释了大量的社会现象,比如礼物赠送、婚姻、耻辱刑、投票、歧视、审查制度。这里并不准备对所有这些解释进行全面考察,而是试图讨论信号传递模型在解释力上的一般性不足。

首先,信号传递模型无法解释人们为发送特定信号而进行的投入。如果信号仅仅是以先期支付一定的成本以表明自己具有低贴现率的话,那么发送信号就仅仅涉及支付这一成本,但人们往往在发送信号之前进行相关投入。以投票与礼物赠送为例。信号传递模型将投票解释为通过投票来表明自己具有低贴现率。这意味着投谁是无所谓的,关键是进行了投票这一行为。那么如何解释投票者为了获得决定投谁的相关信息而进行有时甚至是不菲的投入呢?就礼物赠送而言,人们为什么不直接选一个价格合适的,还要考虑到被赠与人的喜好等因素呢?波斯纳的解释是对喜好的考虑说明了赠与人花费了一定的时间成本,因此是一个更为可靠的信号。那时间成本为什么就不能折到礼物的价格里,从而赠送更为贵重的礼物?毕竟,更贵重的礼物将直接增加受赠人的福利,而赠与人花费掉的时间却不能做到这一点。

其次,信号传递模型无法解释常规行为的实质性。由于信号仅仅是价格约束的,那么在原则上就既可以是有益于接收者的,也可以是有害于接收者的,还可以既不增加也不减少接收者的福利,但在现实生活中,情况往往是第一种。这并不意味着发送信号的行为聚合不会产生社会公害,比如歧视就

可以理解为一种社会公害,地位竞争也产生了一种公害,在混同均衡中,都发送信号的效果和都不发送信号一样。但这考虑的是行为聚合和整个群体;如果仅仅考虑单个发送者的行为与相应的接受者的福利,往往是上述第一种情况。一个极端的例子是:赠送一个礼物和把一个价格合理的物品带到被赠与人面前打碎,参与投票和来到投票场所静坐,价格都可以是一样的,那为什么信号往往是第一种行为,而不是第二种行为?

再次,信号传递模型无法解释人们对于一些行为的内在态度,也就无法在社会规范与其它行为常规之间进行有效的区分。波斯纳试图进行这一区分,在他看来,那些仅仅是由于“价值最大化”所带来的行为常规不是社会规范,比如,“由卖方购买货物运输保险的习惯”就不是社会规范,因为它仅仅反映了“成本最小化的策略”。^[31]但这一区分很难说是成功的。人们选择与发送信号的人合作,和人们选择提供货物运输保险的卖方一样,都是出于自身收益最大化的考虑。反过来说,人们对不发送信号的人的规避,也和人们对不提供货物运输保险的卖方的规避没有什么不同。那么信号传递模型无法解释的就是:为什么前者往往伴随着负面评价,而后者却并不会如此。

(二)信号传递模型的可检验性

模型的意义不仅在于解释现象,更在于能够从中推导出一些可检验的命题。

在波斯纳的信号传递模型中,贴现率是自变量,行为与社会规范的符合度是因变量,因此,一个可检验的命题就是,行为人的贴现率越高,就越少发送信号,其行为也就越倾向于背离社会规范。贴现率是无法直接测量的,所以必须转换为另外一些在统计上具有高度相关性的指标。比如波斯纳所

提到的与贴现率高有关的一些指标是,“受教育程度低”、“初次吸烟、饮酒与性行为的年龄较低”、“进行无避孕措施的性行为”、“没有储蓄账户”等。^[32]发送信号的行为也是多种多样的,比如“投票”、“赠送礼物”、“上教堂”等等。那么检验的方式就是测量表征高贴现的一系列特征与发送信号的这一系列行为之间有无统计上的高度附相关。但事实上,这个检验在很大程度上是无效的。原因在于,首先,上述一系列特征可能恰恰就是不发送信号的表现或结果,这就构成了循环论证;其次,波斯纳也意识到,社会中可能存在具有不同社会规范的社群,在一个社群中,“投票”可能是信号;而在另外一个社群中,“抗议”却是信号;再次,发送信号的行为可能形成分离均衡,也可能形成混同均衡,在混同均衡的情况下,这两者之间就不再具有相关性。

由于正式检验是困难的,波斯纳提议说最好使用非正式的检验方式,比如普通人的直觉与知识。然而,这种非正式检验的说服力却是极低的。结果可能如约翰·阿莫(John Armour)所言,“那些对人类行为有相同直觉与知识的人可能会接受他的说法,而那些有不同直觉与知识的人将拒绝他的说法”。^[33]如果信号传递模型的有效性只能通过人们的日常经验与常识加以验证,那么它就只能是印象化的。缺乏可检验性严重削弱了它的方法论意义,也使之无法成为一个“合格”的经济学模型。

五 结 论

信号传递模型较为清晰地阐述了社会规范产生的机制,以及法律干预的可能途径

[31] Eric A. 波斯纳,第 51 页。

[32] Eric A. 波斯纳:《法律与社会规范》,第 54 页。

[33] John Armour: "Review of Law and Social Norms", 30 *Journal of Law and Society*, 609, 614 (2003).

与后果;并且力图使这些阐述建立在理性选择理论的基础上。此外,它没有添加太多的辅助性假说,保证了理论的简洁性。然而,一方面,它的解释力相对较弱;另一方面,对它的检验主要地只能依据人们的日常经验。这都使它更接近于“印象”,而不是“科学”。

在我看来,信号传递模型的不足,在很大程度上是由于没能看到社会规范的一个核心特征,即“内在化”。在《无需法律的秩序》一书中,埃里克森认为存在一个社会规范,便意味着能够观察到:(1)行为的常规性,(2)对背离行为常规的惩罚,(3)一些志向性陈述。^[34] 库特(Robert D. Cooter)在“一个复杂经济体中的非中心性法律”一文中,认为社会规范的核心特征是“内在化”;内在化涉及将社会规范作为一个新的行为理由,或者说改变了特定行为的成本/收益结构。^[35] 派比特(Philip Pettit)将社会规范定义为满足如下条件的行为常规:“(1)几乎所有人的行为都符合它,(2)几乎所有人都对其它几乎所有人的符合持支持态度,对其它几乎所有人的背离持反对态度,(3)上述(2)中的事实促使上述(1)中事实的实现”。^[36]

可以看出,除了波斯纳,其他学者都把

某种内在态度(或内在态度的外在表现)加进了社会规范的规定性之中。这个加入是妥当的,脱离了内在态度,对社会规范的理解就不可能是精准的。如果不考虑内在化,一方面,将有许多现象无法解释,比如社会规范的凝滞性与习得性;另一方面,也就无法真正将社会规范与波斯纳所谓的纯粹“价值最大化”的行为常规区别开来。

波斯纳对内在化的排斥在很大程度上是由于他认为它无法“操作”或干扰了成本/收益分析的行为主义基础。但事实上,内在态度是可以转化为可观察的外在表现的,比如埃里克森所说的“志向性表述”,比如施加有成本的惩罚;内在化也可以被纳入成本/收益的分析中,比如将之理解为节约信息成本的一种努力。

任何一种旨在解释某一社会现象的理论,其获得成功的前提都包括较为精准地把握了社会规范的核心特征。信号传递模型由于忽略了内在化,导致了它在解释力与可检验性上的不足。然而,它毕竟给我们带来了新的思路,展示了理性选择理论在研究社会规范问题中的作用,也展示了“博弈论的概念对于理解法律问题的价值”。^[37] 这或许就是信号传递模型最大的意义。

(责任编辑:支振锋)

[34] 罗伯特·C.埃里克森:《无需法律的秩序》,第211页。

[35] Robert D. Cooter: “Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudication the New Law Merchant”, 144 *University of Pennsylvania Law Review*, 1643, 1696 (1996).

[36] Philip Pettit, “Virtus Normativa: Rational Choice Perspectives”, 100 *Ethics* (1990), p731.

[37] Eric A. 波斯纳:《法律与社会规范》,第10页。