1933 年东吴大学法学院的学子们承续美国的传统，创办了学术刊物《东吴法声》。2013 年王健法学院学生科技协会《东吴法声》编辑部在复刊电子版杂志之后开始出版纸质版杂志，本期是第四期。

这是一场无声的交流，我们希望这些文字在带给大家视觉享受的同时更能引起思想上的共鸣；这是一次倾心的会话，我们希望前辈们的经验之谈与恩师的谆谆教诲能让大家有所受益，巧走捷径；这是一回专业科学的攀岩，我们希望法学院学子的科研硕果能让大家更亲近法学，追求专业素养的提升与完善；这是一个资讯与消息的共享平台，我们希望各种时下热点、时政话题能让大家拓宽视野，了解民生百态。

时光荏苒，韶华易逝，唯有文字的记忆永不泯灭，唯有知识的声音永远铿锵。愿《东吴法声》与每位学子一同成长，终成青春岁月里的一笔绚烂。

指导教师：上官丕亮　　**监　　制：**陆　岸

主　　编：杨梦倩　舒雅雅

副 主 编：朱利亚　张慧敏

编　　辑：朱晨馨　邹雪雯　罗俏

封面制作：施伊琳　周赟凯

排　　版：苏州大学文星印刷有限公司

卷首语

法学教育——路在何方？

黄学贤*

法学教育在新中国建立初期曾经有过昙花一现。20 世纪 70 年代末 80 年代初，随着国家步入正轨，法学教育渐入正途。30 多年来，法学教育为我国法治建设培养了一大批优秀人才。但应当承认的是，与国家发展过程中的许多问题一样，法学教育之路也并不平坦。法学院系的激增，招生人数的膨胀，学位点的角逐，毕业生就业形势的由喜到忧，司法考试的剧烈震荡，学位类型的增加等，在看似繁荣和平静的法学教育中不断掀起涟漪。从总体上来讲，当今中国的法学教育应当归于平静和理性了。这不仅是法学教育本身发展的需要，更是全面推进依法治国、加快建设社会主义法治国家的实践需要。而要想使得中国的法学教育真正遵循教育规律健康发展，首先必须明确的是，法学教育是面向学生所进行的以传授法学知识、培养法律思维、训练法律职业技能、培育法律职业伦理等为主要内容的一项具有自身特殊规律和要求的教育活动。

长期以来，围绕我国法学教育中几对关系的处理，一直存在争论，而这种争论又直接影响着我国法学教育的发展。

精英教育与大众教育。围绕着法学到底是精英教育还是大众教育问题的争论由来已久。面对如今遍地开花的法律院校（院系），其大众教育的实然情形谁也不容否认。然而，客观的情形并不能了断人们的争论。甚至有人设想以学术型、应用型、国际型、复合型等模式，来对法律本科生加以分类培养，进而达到精英教育与大众教育并举而行。实施不久的卓越法律人才培养计划，似乎要在现行法律院校（院系）中分层次进行法学教育，其效果有待于实践检验。

理论教学与实践教学。法律是一门实践性很强的学科，但要适应未来职业的需要，又需要受教育者必须具备扎实的法学理论功底。反映在教学中的问题就是，如何融理论教学于实践教学于一体。案例教学、诊所教学、模拟法庭等手段，能否改变填鸭式教学的传统方法，达到实践教学的目的，尚需进一步探索。

法学教育与司法考试。如今，进入法律职业行列的一个前提条件，就是要通过国家司法考试。对于法科学生来讲，除了通过考试获得名目繁多的其他各类证书外，通过司法考试便成为其“法定”任务了。于是，常规的法学教育与司法考试之间的关系如何处理，也就成为法学教育中不可回避的问题。无视司法考试的法学教育是不现实的，但为了司法考试而延续高中教育模式，则无疑是万万不可取的。

* 黄学贤：苏州大学王健法学院教授、博士生导师。

此外，法学教育与研究生考试的关系、法学教育与公务员考试的关系、本科教育与研究生教育的关系、教师的教学与科研的关系等，在目前的法学教育中也是值得关注并要切实解决的问题。

综观我国法学教育，法学教育的培养理念和培养机制亟待改进。长期以来，中国法学教育将主要教育资源集中于既有知识的传授，在人才培养过程中缺乏应有的以法律思维、法律技能、职业伦理为核心的法律职业教育目标定位，从而导致课程体系、教学内容、教学方法诸多教学环节出现了偏差。其最直观的表现，正如有学者所指出的，我国法学教育的蓝本几乎采用了同一种书写形式：××的概念，××的特征，××和××的区别，××的要件，关于××的法律规定；或者稍微多一点，对相关法律进行评论，提出改进对策。无论是教材的编写，还是教师上课，几乎跳不出这一沿用多年的模式。在教学方法上，主要采取“满堂灌”的形式。教师上课时至多再举些案例予以说明。学生则偏重背诵概念、法条、标准答案以应试。教和学双方均缺乏应有的专业素养教育和专业技能的训练，至于应有的互动做得更是不够。

中国作为一个大国，积极投身于全球治理，这既是全球化的趋势要求，也是一个大国的责任所在。当今的社会治理，法治无疑是最为重要的手段和方式。就其自身而言，全面推进依法治国，加快建设法治国家宏伟目标的实现，更需要大批具有知识扎实、视野开阔、训练有素的法律人才。因此，我国的法学教育必须应时代发展，适时改革，以迎接社会发展市场化、多元化、国际化、法治化的时代挑战，否则就难以满足参与全球治理、建设法治国家对法律人才的社会需求。无论是国际因素，还是国内因素，积极推进我国法学教育教学改革、创新法学人才培养模式、提高法学人才培养质量已经势在必行。

由法律实务人才、法学学术人才、法律职业辅助人才构成的法律职业共同体，是一个法治社会不可或缺的职业团体。法学专业的学生在进入法律职业共同体并成为合格的法律人之前，必须掌握系统而又完整的法学基本理论知识，接受专业化的法律思维与法律推理能力训练，接受系统化的实务技能训练，具备法律人所必须具备的法律职业伦理素养。也即我们通常所说的由法学理论、法律思维、法律技能、法律职业伦理等构成的法律人基本素质。当然，并不是说法科学生在进入法律职业前所掌握的知识和技能，就足够以后的职业所需。相反，以法律职业经验的积累与法学理论知识的更新为主的法律职业继续教育，是永无止境的。但是，法科学生在校期间的基础教育，则是最为基本的环节。

诚然，产生我们法学教育存在问题的原因是多方面的，故而解决问题也应当是一个系统工程。了解特征、明确目标、合理定位、科学分类、理性规模、资源整合应当是我们规范法学教育考虑的基本元素。强化本科教育，对本科教育与高层次法律职业教育进行合理的统筹规划和有机衔接也不可忽视。

任何教育的改革，其核心都在于人才培养模式的改革与创新。法学人才培养模式应当基于法律职业共同体人才的培养目标，在这个基础上对课程体系、教学内容、教学方法等教学要素进行合目的的设计。由于法律职业的特殊性，在课程体系的设计方面，除了通识课程外，要以系统的

法学理论知识教育为基础，有效实现理论教学与实践教学的完美结合；在教学内容方面要有效实现法学基本理论、基本技能教育与法学方法、法律思维、法律语言、法律逻辑、法律职业伦理教育的完美结合；在教学方法方面要有效实现教师和学生两方主体的完美结合。包括法学教育在内的所有高等教育目前急需要解决的最根本的问题是，教什么和怎么教。

有学者曾指出：“今天的教育，所谓智育是要发展好奇心和理性思考的能力，而不是灌输知识；德育是要鼓励崇高的精神追求，而不是灌输规范；美育是要培育丰富的灵魂，而不是灌输技艺。”那么，具体到当下我国的法学教育呢？路在何方？对此，答案不胜枚举。我无意也无能给出所谓的答案。但是，日益盛行的注释法学（当下的法学研究方法）和注射法学（当下的法学教育方法），注定要为浩浩荡荡的世界法治潮流所荡涤。这一点则是无可怀疑的！

目　　录

学正之引

老东吴法学教育的启示：成“人”与成“才”教育并重 …… 上官丕亮（1）

按份共有人优先购买权制度的经济分析——兼论我国不动产按份共有人优先购买权制度的引入 …… 张　鹏（9）

财产性利益应解释为盗窃罪对象 …… 吴　江（23）

明日皋陶

人体冷冻胚胎的法学思考 …… 杜　平（26）

法价值与人伦道德价值抗衡互融下的探索---由我国首例冷冻胚胎继承权纠纷案引发的思考 …… 程向文（50）

体外受精胚胎法律属性及权属问题探析——以“首例体外受精胚胎权属纠纷案”为切入点 …… 吴诗琪（64）

从 APEC 蓝浅谈我国的环境治理——以庇古和科斯的经济学理论为视角 …… 顾庆琪（72）

冷冻胚胎案二审判决的司法正义探析 …… 张诗媛（82）

公权力的边界探讨——以“APEC 蓝”事件为切入点 …… 陈俊生（90）

论冷冻胚胎的法律性质和权利归属 …… 王　伟（104）

冷冻胚胎的处理与代孕合法化——由中国首例冷冻胚胎继承权案引发的法律问题 尤佳君（122）

狭路相逢

法官“辞职潮”的法学思考 …… 杜　平　等（132）

“一带一路”新战略下的我国对外经贸合作法律问题 …… 潘汪洋（141）

民诉管辖权的国际立法研究 …… 张雯轩　等（152）

宅基地使用权入市探究 …… 阮少凯　等（159）

旅行社随意变更旅游合同的法律分析 …… 赵司宇　等（165）

拜占庭早期体育政策与立法之管窥 …… 岳　旻　等（175）

南窗寄傲

反虐待动物的刑事立法前瞻 …… 祁天越（183）

论专利制度的正当性——以利益平衡论为基础 …… 卢　桐（194）

深谋远虑的理性——《程序比较法》读书笔记 ..... 张　滢（199）

民事诉讼中调解活动的一些思考 ..... 殷方迪（201）

植杖耘籽

劳务派遣的爆炸时代，法律该何去何从？——苏州工业园区劳务派遣岗位“三性”规定适用情况调研及对策研究 ..... 雷　蕾　等（203）

社区矫正实行现状 ..... 吕佳坤　等（214）

老东吴法学教育的启示：

成“人”与成“才”教育并重

上官丕亮*

摘　要：老东吴大学法学院不仅重视让学生成“才”的专业教育，而且非常重视让学生成“人”的素质教育。成“人”教育与成“才”教育并重，这是20世纪上半叶老东吴大学法学院的成功秘诀，对当下中国法律人才的培养颇有启示。法学教育不是培养做高官赚大钱之人而是培养“为社会服务为国家谋利益”的“公益人”。法学教育要培养“信仰法律而见之于实际行动”并“可以合于时宜的运用法律”的“重法人”。老东吴法学教育重视“人”的培养的教育理念和做法在今天仍值得我们去总结、学习并发扬光大。

关键词：法学教育　东吴大学法学院　成“人”教育　公益人　重法人

2012年教育部和中央政法委提出了培养卓越法律人才的法学教育目标和任务，从此，关于如何培养卓越法律人才的问题，包括法学教育安危究竟应是素质教育还是职业教育等问题，成为了法学界的热门话题。并且此问题至今尚未形成共识，仍有不少争议。或许上个世纪上半叶老东吴大学法学院法学教育的成功经验能给我们一些启示。

一、当今法学教育的反思与老东吴法学教育的成功：

成“人”教育与成“才”教育的问题

自1977年开始恢复法学教育以来，我国（大陆）的法学教育取得很大的成绩，但同时也暴露出不少问题。特别是，近些年来，法官、检察官和律师因违法犯罪而被抓、被判刑的新闻时有耳闻。其中一些人还是省高级法院院长、省检察院检察长。2010年更有最高人民法院原副院长黄松有因犯受贿罪、贪污罪而被判处无期徒刑，剥夺政治权利终身。再次令人震惊的是，据今年7月12日中央纪委发布的消息，最高人民法院又一名副院长奚晓明涉嫌严重违纪违法，目前正接受组织调查。这些人基本上都是学法律出身，毕业于正规的法律院校。最高人民法院两位原副院长黄松有、奚晓明还均为法学博士。为什么我们的法律人知法犯法？正如哈佛大学法学博士、海峡交

* 上官丕亮：苏州大学王健法学院宪法学教授、博士研究生导师。

流基金会首任秘书长、中国台湾地区国际法学会理事长陈长文先生所追问的:“法律人，你为什么不争气？”[1]这不能不让我们对当今的法学教育提出疑问，进行反思！

或许，回顾总结一下上个世纪上半叶的老东吴法学教育，会对我们有所启示。100 年前，即 1915 年 9 月 3 日开办的东吴法学教育无疑是成功的。它在 20 世纪的上半叶培养了吴经熊、陈霆锐、盛振为、梁鋆立、端木恺、丘汉平、桂裕、孙晓楼、杨兆龙、倪征燠、李浩培、鄂森、费青、卢峻、郑保华、裘邵恒、潘汉典、浦增元等一批中国近现代的著名法学家以及法律职业人。而且，其中有不少东吴法律人在世界著名，有世界影响。例如，1948 年海牙国际法院在世界范围内评选出 50 位杰出的法学家，中国有 2 人当选。这两人都与东吴大学法学院有关：一位是 1924 年被东吴大学法学院授予博士学位的王宠惠；另一位是 1927 年毕业于东吴大学法学院的杨兆龙。又如，众所周知，1928 年毕业于东吴大学法学院的倪征燠在 1984 年当选联合国国际法院法官，任期 9 年。1928 年毕业于东吴大学法学院的李浩培在 1993 年当选为联合国前南斯拉夫问题特设国际刑事法庭法官，1997 年病逝在任上。在上个世纪，东吴大学法学院饮誉海内外，时有“南东吴，北朝阳”之美称。特别是，东吴法律人在二战后的东京审判中表现杰出。在 17 位参加东京审判的中国代表团中有 10 人出自东吴大学法学院，他们是：向哲浚、倪征燠、鄂森、桂裕、方福枢、杨寿林、裘劭恒、郑鲁达、高文彬、刘继盛，他们分别担任中国检察官、检察官高级顾问、中国法官秘书、翻译等，对东京审判做出了杰出贡献。中央电视台在制作长达 7 集的历史纪录片《远东国际军事法庭审判纪实》期间，还对倪老、裘老、高文彬教授做了专访。正是这些“东吴法律人”，组成了中国检察方的主力军，把对中国人犯下滔天罪行的日本甲级战犯送上了绞刑架。这是老东吴法学教育的骄傲！[2]

为什么上个世纪老东吴法学教育能够取得成功？纵观其法学教育史，不难发现老东吴大学法学院不仅重视“才”的培养，而且重视“人”的培养，成“人”教育与成“才”教育并重。

在成“才”教育方面，即专业教育、职业教育方面，东吴法学教育很有特色。有人将当时东吴大学法学院的课堂教学概括为三大特色：判例法、比较法、英语。关于判例法（即英美法），当时是美国法律教学方法的主流，东吴大学法学院紧随美国潮流，也在教学中贯彻判例法教学。关于比较法，最初的学院的名称即为“中华比较法律学院”，教学内容以英美法和中国法为主，同时广泛涉猎两大法系的其他法律，而且长期开设比较法方面的学术讲座。关于英语，东吴大学法学院要求新生入学必须有较好的英文功底，而且大量使用英文原版教材，同时还开设专门的英语课，著名的教育家林语堂先生就在东吴大学法学院讲授过英文且颇有个性。[3]当年东吴大学法学院院长杨兆龙教授有一个基本观点：要研究一个国家的法律，就首先要学好该国语言。他自己就是外语学习方面的典范，他在中学时英语即是强项，后来又掌握了德、法两种外语，在哈佛的一年掌

[1] 陈长文、罗智强著:《法律人，你为什么不争气？——法律伦理与理想的重建》，法律出版社 2007 年版，自序。
[2] 王厚立:《祖国的荣誉，东吴的骄傲——一代宗师倪征奥》，载《东吴法学》2006 年春季卷。
[3] 参见杨大春:《中国英美法学的摇篮——东吴法学院院史研究》，载《东吴法学》2003 年卷。

握了意大利语和西班牙语，在柏林大学从事博士后研究的一年为考察俄、波、捷三国，又掌握了这三个国家的语言。他掌握了八国的语言。[4]老东吴大学法学院的这些特色，也成为东吴法律人被选派到东京审判并发挥巨大作用的重要原因。

老东吴法学教育不仅重视学生的成“才”教育，而且同时非常重视学生的成“人”教育。当年东吴大学法学院教务长盛振为先生在《十九年来之东吴法律教育》一文中就介绍东吴大学法学院的办学方针是“训育以校训‘养天地正气 法古今完人’为主旨”[5]。

强调成“人”的教育、人的素质培养，其实几乎是所有著名教育家的共识。享誉全球的教育家、曾任耶鲁大学校长 20 年之久（1993-2013 年）的理查德·莱文曾说过：如果一个学生从耶鲁大学毕业时，居然拥有了某种很专业的知识和技能，这是耶鲁教育最大的失败。真正的教育，是自由的精神、公民的责任、远大的志向，是批判性的独立思考、时时刻刻的自我觉知、终身学习的基础、获得幸福的能力。在他看来，本科教育的核心是通识，是培养学生批判性独立思考的能力，并为终身学习打下基础。[6]我国著名的政治家同时也是著名的教育家梁启超先生早在 1922 年 12 月在苏州作《为学与做人》的演讲时就指出过这一问题：“问诸君‘为什么进学校？’我想人人都会众口一辞的答道：‘为的是求学问。’再问：‘你为什么要求学问？’‘你想学些什么？’恐怕各人的答案就很不相同，或者竟自答不出来了。诸君啊！我请替你们总答一句罢：‘为的是学做人。’你在学校里头学的什么数学、几何、物理、化学、生理、心理、历史、地理、国文、英语，乃至什么哲学、文学、科学、政治、法律、经济、教育、农业、工业、商业等等，不过是做人所需要的一种手段，不能说专靠这些便达到做人的目的。任凭你把这些件件学得精通，你能够成个人不能成个人还是别问题。”[7]

人类社会是人的社会，人类社会的一切理应以人为出发点和归宿，一切都应当为了人。从终极意义上说，任何真正的科学都应当是人学。学法律，与学其他专业一样，首先应当是学做人。而且，法律是人们共同意志的产物，它以规范人的行为、保障人的尊严、自由和权利为基本内容，它的目的就是保障人真正成为人，所以学法律更应学做人，否则自己都不能成为一个真正的人，那么在将来从事法律职业时怎么能正确地执行好保障人成为人的法律呢？由此可见，法学教育（包括其他高等教育乃至所有的教育）不仅仅应是让学生成“才”的专业教育，而且甚至更为重要的应当是让学生成“人”的素质教育。

可以说，重视学生的成“人”教育，是老东吴法学教育成功的重要秘诀之一，而过分强调学生成“才”的专业教育而对让学生成“人”的素质教育重视不够，也正是当今法学教育出现问题的重要原因之一，值得我们高度关注。

---

[4] 参见施觉怀：《回忆与展望——为纪念东吴建校 110 周年作》，载《东吴法学》2009 年秋季卷。
[5] 孙晓楼著：《法律教育》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 200 页。
[6] 参见《青岛日报》2015 年 7 月 1 日第 17 版。
[7] 梁启超：《为学与做人——1922 年 12 月在苏州就读书与做人问题作的演讲》，载泽明、哲武主编：《世纪回声——推动历史进程的巨人演讲》（下），山西高校联合出版社 1996 年版，第 276 页。

二、老东吴法学教育的启示之一：法学教育的目的不应是培养大官、大款和大腕，而应是培养“为社会服务为国家谋利益”的“公益人”

当年东吴大学法学院在《招生布告》中写道：“办学的目标就是使他们完全掌握世界主要法律制度的基本原理，办学的重要目的是培养一代能为中国新的、更好的法律制度做出贡献的人才。”[8]

1949 年当时东吴大学法学院院长盛振为请东吴大学法学院创办人查尔斯·兰金重述法学院创建的原因时,兰金再次强调法律教育培养的律师等法律职业人“不应只是探究技巧和学识，还应成为一个品质无瑕、完美无缺的人”,“他们应率先阻止堕落并维护美德。他们应凭其娴熟的技艺和公正的智慧，机械地辨识社会公害，并迅速而果断地抵制之。”[9]

近代著名法律教育家、东吴大学法学院教授兼教务长孙晓楼先生在 1935 年其所著的《法律教育》一书中指出：“教育的目的，是为国家培植人才；法律教育的目的，是为国家培植法律人才……法律人才，不是在于做律师的大小，也不是在于官职的高低，更不是在于赚钱的多少，而是在于他所做的事业于社会公众的福利上到底有多少的努力和贡献。”“研究了法律，不能为社会服务，为公众谋利益，而专为自己个人寻好处求享用，这不能叫人才，更不能算做法律人才。”“法律的事业，是公益的事业，是社会的事业”,“法律教育也是训练社会服务人才的教育”。“法律教育的目的，是在训练为社会服务为国家谋利益的法律人才，这种人才，一定要有法律学问，才可以认识并且改善法律,一定要有社会的常识,才可能合于时宜的运用法律,一定要有法律的道德，才有资格来执行法律；法律教育家应当从这三方面着眼，来办理法律学校，从这三方面着眼，来陶冶法律学生”。[10]当年东吴大学法学院院长杨兆龙先生也曾特别提醒研究生：反对研究“脱法”（就是不要去研究如何钻法律空子），不得坑害他人，要树立“一切为人民服务”的崇高信念。[11]

可以说，正是老东吴法学教育的创办者和管理者及教师们将法律教育定位于培养对社会对国家有用的“公益人”,才造就在东京审判中作出巨大贡献的东吴法律人（不管他们当时在东京审判时是担任检察官、法官，还是担任顾问、秘书和翻译，都作出了不可或缺的贡献）。老东吴法学前辈关于法学教育目的的思想和认识，在今天仍值得我们深思和学习。

2011 年 12 月，教育部、中央政法委发布了《教育部、中央政法委员会关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》，提出了培养卓越法律人才的计划和目标任务。当今我们办法学教育，似乎就是培养卓越的法律专业人才，而且在许多人看来，好像只有将法学院的学生培养成为

[8] 文乃史著：《东吴大学》，王国平、杨木武译，珠海出版社 1999 年版，第 73 页。
[9] 参见[美]康雅信：《培养中国的近代法律家：东吴大学法学院》，王健译，载贺卫方编：《中国法律教育之路》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 268 页。
[10] 孙晓楼著：《法律教育》，王健编校，中国政法大学出版社 1997 年版，第 11、13、15 页。
[11] 聂昌颐：《东吴法学院的本科与研究生教育》，载《东吴法学》2005 年春季卷。

著名的大法学家、大法官、大检察官、大律师或者行政执法部门里的高官等杰出的高级法律职业人才，才算成功！

笔者以为，如果我们将法学院培养卓越法律人才仅仅定位于培养将来做大官、赚大钱、出大名的大人物、大腕，只会是死路一条！就拿笔者来说，本人于 1985 年考入吉林大学法学院读本科，1991 年考入北京大学法学院读硕士研究生，应该说这两所法学院都是国内一流法学院。但是，20 多年过去了，本人只是一名普普通通的大学老师。再看看我大学时和研究生时的同班同学，比我有出息的有不少。然而，大富大贵、大红大紫的同学几乎没有，好像还没有哪位同学做大官、赚大钱、出大名！大家都是普通的法官、检察官、律师、法学教师！可以说，如果我们将法学教育以及培养卓越法律人才定位于培养大官、大款和大腕，结果肯定是失败！

即使我们法学院的毕业生将来有少数人真的成为了大官、大款和大腕，但如果我们没有把绝大多数法学院学生培养好，绝大多数毕业生没有成为社会有用之才，那么对于每年毕业人数超过 10 万的中国法学教育来讲，也是失败！

再说，早年毕业于法学院而今天成为了大官、大老板、大学者、大名人、大腕的毕业生是当年法学院的培养目标吗？显然不是，大腕并不是学校培养出来的，而是社会中成长的，学校教育只是人生的基础（当然学校教育是非常重要的人生基础）！

其实，在《现代汉语词典》上，“卓越”就是“超出一般”的意思。如此看来，只要超出一般，就可以成为卓越。只要法学院培养的法科学生比一般的公民、一般的大学生更突出一些，超出一些，即使将来没有做大官、赚大钱、出大名，只是对社会有用之人，就是卓越法律人才！2011 年 12 月 23 日《教育部、中央政法委员会关于实施卓越法律人才教育培养计划的若干意见》提出的总体目标，也是强调“培养造就一批信念执著、品德优良、知识丰富、本领过硬的高素质法律人才。”

总之，法学教育，包括培养卓越法律人才，或许可以将培养少数拔尖人才作为目标之一，但不能作为唯一目标乃至基本目标，否则这会让广大的法学院老师感到无望，更让广大的法学院学生失去信心！而且，如果法学教育只是强调专业教育，仅把外在的成功、外在的能力当作卓越，而不重视对社会有用的“公益人”的培养，那么这样培养出来的“能人”知法犯法对社会的危害可能更大。因此，我们的法学教育应当将“公益人”的培养作为基本目标和任务，要将“公益人”教育与专业教育并重，让每个法学院毕业生不管将来专业能力大小，均有公益心，都愿服务社会。只有这样，“法律学校的学生，将来毕业后，虽不能望其个个都是能为社会服务的有用之才，至少也不至于在社会上，拿了法律的工具来敲诈人家、欺侮人家，使社会上添一害群之马罢！”[12]

[12] 孙晓楼著：《法律教育》，王健编校，中国政法大学出版社 1997 年版，第 13 页。

三、老东吴法学教育的启示之二：法学教育要培养“信仰法律而见之于实际行动”并“可以合于时宜的运用法律”的“重法人”

担任东吴大学法学院最后一任院长的杨兆龙先生在 1944 年 5 月出版的《中华法学杂志》第 3 卷第 5 期上发表的《宪政之道》一文中指出：“要使抽象的法律原则在实际政治或生活上具体化而成为民族生活的一种活制度，一定要有一批对于法学有研究并且认识时代需要的、富于创造能力的人分布于立法机关、裁判机关、行政机关，以及其他政府机关，作为贯通各层法律规范的血管，使彼此间发生联系并且时常将新的营养成分输送到各方面去，使整个的法律体系变成一个活的一贯的东西。”并且，强调了信仰法律、奉行法律的重要性，他指出：“抽象的法律原则在实际政治或生活上的具体化，固然有赖于各方面的‘知法’而尤其有赖于朝野上下的‘重法’。所谓‘重法’就是‘真心诚意’的奉行法律，也就是信仰法律而见之于实际行动的一种风气。这种风气就是现在一般人所讲的‘力行哲学’在法律生活上的表现。……它的本质是与尊重道德或习尚的风气相同的。”重法的风气乃是法律的‘生命素’，它不但可以使法律发生预期的作用，而且还可以使法律生长。”他还强调：“法律虽然有时可以创造，而且应该创造，但是要使新创造的法律为一般对它未曾习惯的人奉行不渝，必定要先使它成为一般人共同意识之一部；而达到这个目的的方法，只有树立重法的风气。至于重法风气的树立，则有赖于政府及社会上的领导分子以身作则，使一般人由摹仿而信仰，由信仰而习惯，由习惯而自然的见之于生活行动。”[13]同时，正如前面所述的，孙晓楼先生强调：法律教育训练的法律人才“一定要有社会的常设，才可以合于时宜的运用法律”。也就是说，老东吴法学教育强调培养的法律人才应是这样的“重法人”：信仰法律、尊重现行法律制度并 “真心诚意”地奉行法律，但又不机械地执行法律，运用法律时能合于时宜的法律人。

然而，在法律信仰方面，当今我们各大法学院的法科学生包括恢复法学教育以来法学院系的毕业生们并没有比一般人更执着、更卓越。在法学院的课堂上，我们经常讲民主、法治、人权。民主，首先是参与，没有参与哪有民主；法治，首先是人人守规矩，大家都依法办事；人权，首先是把人当人，平等对待每个人。但是，我们法学院的同学们比非法学专业的同学、比大街上的一般老百姓，更守规矩吗？更有民主参与精神吗？更会平等地对待每个人吗？没有！就拿守规矩来说，在国内各大法学院，法科学生有上课迟到的，有早退的，有旷课的，有考试作弊的，在食堂有不排队的，在图书馆有看书乱放的、甚至有撕书和偷书的，在校园里有随地吐痰、乱扔垃圾的，在大街上有乱闯红灯的。我们不得不痛心地接受一个残酷的事实：在遵守规矩方面，学法律的学生与非学法律的学生几乎没有任何差别！我们学法律的同学只是比非学法律的同学、比街头老百姓，多背了一些法律知识，多记了一些法学理论，并没有比一般的人更信仰法律，更能身体

[13] 杨兆龙著：《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦碧编，中国政法大学出版社 2000 年版，第 55、56 页。

力行地遵守法律！

我们这一辈人并没有比我们的父母辈、爷爷奶奶辈，更信仰法律，更能身体力行地遵守法律并按照法治精神为人处世！这让我们没有资格自称是卓越法律人才甚至法律人才！这也让我们难以看到尽快把我国建成社会主义法治国家的希望，因为建设法治国家不仅要靠制度，更要靠人，更何况制度本身也是由人制定的。如果现在法学院培养出来的新一代毕业生不能比当代人、上一代人更有法治精神，那么将来中国依靠什么力量成为法治国家？

而且，当今我国的法学院存在一种有趣的现象：法学院的教师们对待我国现行的法律和法律制度往往采取一种批判的态度，在课堂上动辄采用一种不屑一顾甚至嘲讽的口吻，对我国的法律和法律制度中的弊端慷慨激昂地加以指责；相反，对于西方的法律和法律制度则大加赞赏并自觉和不自觉地把其作为讲授的重点。[14]说实在的，本人过去在教学中也常常这样做。近年来，我和国内许多法学老师一样也在反思这种教学方式。可以想象，这种对我国法律和法律制度一味批判的教学方式导致的结果极可能是：我们法学院培养的法律人才对本国的法律没有好感，缺乏起码的尊重，甚至是蔑视。然而，法科学生以这样的态度去从事法律职业，在工作中怎么会认真地执行法律呢？而连执法者都不能尊重法律，不能认真地执行法律，我们又怎么能建成法治国家呢？显然，批判式的教学方式不利于我国的法治建设。正如一位学者所指出的：“执教者对本国法律进行宣泄式地鞭尸的结果，固然可能获得不少喝彩，瓦解的可能是他们对法律的信仰。”“当一个法学教师在课堂上尽情宣泄自己对本国法律不满的时候，他是否会想到、是否应当想到这种宣泄的不满会产生强烈的传染性，从而培养出新一代蔑视自己国家法律的‘愤青’而使法学教育走向歧途？”[15]

我们法学教师在教学中对本国现行法律应持有起码的尊重和敬意。当然，我们学习法律的法科学生在学习中同样也应该对我国现行法律给予起码的尊重和敬意，甚至应有一种敬畏之心，要培养尊重和敬畏现行法律的习惯。

也许有的同学会说，现行法律和法律制度有的是“恶法”，我们怎么能一概予以尊重呢？的确，许多法学著作告诉我们：“恶法非法”。我们也不否认我国的现行法律存在这个或那个的不足和弊端。然而，某部法律、某种法律制度是不是恶法，我们每个人都有权力决定吗？如果每个人都可以以某一部现行法律是恶法为借口而随意地加以否定，不尊重、不遵守，那么我们国家还会有哪一部法律能够得到遵守和执行吗？国家还会有什么法律和规矩可言吗？是不是恶法，应当由法定的违宪审查机关来决定。在违宪审查机关宣告某种法律是恶法，违宪而撤销之前，或者由立法机关自己废止或修改该法之前，我们每个人都应当尊重、遵守和执行这部法律。

更何况，法律是死的，人是活的。而且，“法律的实施以解释过程为前提。”[16]执法者在实施

[14] 参见侯欣一：《当代中国法学教育之我见》，载《法学家茶座》第 14 辑，第 31 页。
[15] 张建伟：《给法律一点敬意》，载《检察日报》2006 年 11 月 13 日。
[16] [法]勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社 1984 年版，第 109 页。

法律、适用法律、执行法律时，必然要理解和解释法律。在很大程度上，法律适用的过程就是法律解释的过程。执法者以不同的理念来解释法律、执行法律，其结果是不同的，甚至是截然相反的。笔者认为，执法者具有人权理念，就能正确、恰当地理解和执行法律。即使现行法律存在某种漏洞和弊端，如果执法者具有人权理念，也能很好地通过解释的方法弥补现行法律的不足，使之发挥良好的作用，正如杨兆龙先生所说的:“法律虽不完美，只要有适当的知法的人去解释运用它，使它合理化，仍旧可以在实际政治或生活上发生良好的作用。”[17]

四、结语

美国等一些国家的法学教育是研究生教育，它们已经经过 4 年本科的素质教育，而且这些国家的法官等法律职业人才主要从职业律师中选拔，为此它们在法学院三年研究生阶段专门进行职业教育，以培养优秀的律师人才为目标，这完全是可行的。然而，我国的法学教育主要是本科教育，尚未经过素质教育阶段，而且法学院培养的人才并不是主要从事律师职业。无疑，我国的法学教育不能忽视素质教育，不能只专门进行职业教育。

我国的法学教育特别是本科阶段的法学教育应当以素质教育为主，同时应当兼顾一些基本的职业教育。或许只有这样，才能培养出卓越的法律人才。培养卓越法律人才不仅要重视“才”的培养，更要重视“人”的培养。成“人”教育与成“才”教育并重的老东吴法学教育的理念和做法在今天仍值得我们进一步总结学习并发扬光大!

[17] 杨兆龙著:《杨兆龙法学文选》，郝铁川、陆锦碧编，中国政法大学出版社 2000 年版，第 55 页。

按份共有人优先购买权制度的经济分析

——兼论我国不动产按份共有人优先购买权制度的引入

张鹏*

摘　要：优先购买权人在出让人和第三人已经订立买卖合同的前提下，有权最终决定是否以同等条件购买，且优先购买权人一经行使权利，出让人不得反悔。从经济分析角度看，优先购买权制度存在相当的负面效应，对于出让人、第三人正当利益存在损害的可能，同时亦可能造成标的物利用效能的降低，除非出于重大法律政策考量，否则应当尽量缩减优先购买权制度的适用空间。一般意义上的按份共有人优先购买权制度并没有存设价值，我国仅需要承认不动产按份共有人优先购买权制度，以实现促进不动产（土地）整体化开发利用的法律优先保护目标，且仅需要赋予其债权效力。

关键词：优先购买权经济分析　按份共有人优先购买权　不动产按份共有人优先购买权

长期以来，按份共有人优先购买权制度被认为是立法通例，其正当性鲜有质疑。就其法理基础，理论界和立法界多从该制度对于共有物经济效益的促进作用予以证成。“为了减少共有人的人数，防止因外人的介入而使共有人内部关系复杂化，从而简化甚至消除共有物的共同使用关系，实现对共有物利用上的效率。”[18]自罗马法以来，法律一直以限制共有状态，减少共有人数目，降低共有人间磋商成本，提高共有物利用效率为立法目标。此点法律政策的合理性毋庸置疑，然实现上述目标必须有合适的法律制度与之配合。具体就按份共有人优先购买权制度而言，其是否真正具有实现上述法律政策目标的功能呢？鉴于优先购买权制度运行的经济效益分析在我国尚属研究空白，本文将首先对于优先购买权制度运行的经济效益状况进行一般化评估，而后结合按份共有中共有份额转让的实际情况对于此时引入按份共有人优先购买权制度的经济效益进行分析，从而对于我国现行法律中按份共有人优先购买制度的存续价值做出判断，最后，我们将提出重构我国按份共有人优先购买权制度的一些设想。

* 张鹏：苏州大学王健法学院教授，法学博士。

[18] 崔建远：《物权：规范与学说——以中国物权法的解释论为中心》（上册），清华大学出版社 2011 年版，第 471 页。另参见全国人大常委会法工委民法室编著：《中华人民共和国物权法精解》，人民出版社 2007 年版，第 176 页。

一、优先购买权制度下市场交易模型的构建

为了能够精确地计算、分析优先购买权制度对于市场交易中出让人、优先购买权人、第三人经济效益的影响，以及对于交易标的利用效能的发挥和市场交易秩序的影响，我们需要抽象地构建一个市场交易模型，模拟各类市场交易主体在有/无优先购买权制度下的不同市场选择，及其所产生的经济效益状况。

（一）研究起点：优先购买权行使方式的确定

对于优先购买权行使方式，我国立法多以“同等条件下优先购买”表述概括之，然具体方式，实践中，众说纷纭、不一而足。有的认为，仅是指，出卖人有出售标的意图时，应当通知优先购买权人参与竞买；有的认为，仅是指，出卖人和第三人达成“出售意向”时，应当通知优先购买权人参与竞买，而出卖人和第三人仍然有反悔的权利。优先购买权制度的目的在于，确保优先购买权人能够以优惠的价格购得标的物，以此照顾优先购买权人利益，以实现特定的法律政策目标。如若优先购买权人在出让人有出售意愿时即与第三人一并参与对标的的竞价，则对其利益的倾斜保护根本无从体现；即便在出让人和第三人达成出售意向时优先购买权人参与竞买，因为“出售意向”缺少强制性法律约束力，仍可以变更，故亦很难确保优先购买权人能够以较为优惠的条件购得标的，恐还是陷于与第三人竞价的境地。

我们认为，正确的优先购买权行使方式应当是：在出让人已经和第三人达成标的转让合同时，优先购买权人根据自己意愿决定是否行使优先购买权，以形成权方式，一经通知出让人，即成立与“出让人和第三人买卖合同相同条件”的和出让人的买卖关系。且优先购买权人行使优先购买权，成立与出让人买卖关系后，出让人将不得再反悔，既不能取消和优先购买权人的买卖关系，也不能要求重新磋商抬高价格。如此，优先购买权人事先不参与价格竞争，事后享有“最终发球权”，以“搭第三人便车”的方式，“后捷足而先登”，确保能够以较优惠的价格购得标的。[19]

必须指出的是，上述结论方才是对传统民法中优先购买权制度法律构造的正确理解。《德国民法典》第 463 条规定：“就某一标的物而言有优先买受的权利的人，一经义务人和第三人订立关于该标的的买卖合同，即可以行使先买权。”第 469 条第 1 款规定：“义务人必须将与第三人订立的合同的内容不迟延地通知先买权人。”台湾地区“最高法院”1976 年台上字第 2113 号判例：“土地法第三十四条之一第四项所定共有土地优先购买权之行使，须以共有人有效出卖其应有部分予第三人为基础。”近年来，上述观点也逐渐为我国学者所认同。如崔建远先生认为，“为使其他共有人行使优先购买权，转让份额（应有部分）的按份共有人应当通知其他共有人，将其与第三人所订转让合同的全部条件告知其他共有人。……其他共有人行使优先购买权的，转让人负有

[19] 参见史浩明、张鹏：《优先购买权制度的法律技术分析》，《法学》2008 年第 9 期。

强制缔约的义务，转让人和行使优先购买权的其他共有人之间形成转让该份额（应有部分）的合同，该合同原则上自优先购买权行使时即当然成立，与转让人和作为非共有人的受让人之间签订的该份额（应有部分）转让合同并存。”[20]

（二）有/无优先购买权制度下市场交易状况模拟

在此，我们以美国 David I. Walker 教授所构建的模型为基础，对于有/无优先购买权制度下市场交易状况进行模拟。[21]我们对于出卖人以 s 进行表示，对于第三人以 b 进行表示，对于优先购买权人以 r 进行表示；标的物对于相关当事人的价值以 V 表示，相关当事人就标的物达成的意愿支付交易价格以 P 表示。假设标的物对于出让人的价值 Vs 为 80；标的物对于第三人的价值 Vb 为 100；第三人正常情况下就标的物意愿支付的交易价格 Pb 为 90。

第一，标的物对优先购买权人价值 Vr 为 82 时：（1）未采纳优先购买权制度时，第三人和优先购买权人竞价，考虑到标的物对于优先购买权人的价值 Vr 仅为 82，而对于第三人的价值 Vb 为 100，故标的物会由第三人购得。而交易价格 P，依竞价，应为 82。此时，出让人收益为 2；第三人收益为 18；优先购买权人收益为 0；社会总收益为 20。（2）采纳优先购买权制度时，第三人需要首先出价，若第三人意愿支付的交易价格 Pb 为 90，因为标的物对于优先购买权人的价值 Vr 仅为 82，故优先购买权人不会行使优先购买权，标的物由第三人购得，交易价格 P 为 90。此时，出让人收益为 10；第三人收益为 10；优先购买权人收益为 0；社会总收益为 20。

第二，标的物对优先购买权人价值 Vr 为 84—90 时，和前述第一项情形类似，不再赘述。

第三，标的物对优先购买权人价值 Vr 为 92 时：（1）未采纳优先购买权制度时，第三人和优先购买权人竞价，考虑到标的物对于优先购买权人的价值 Vr 仅为 92，而对于第三人价值 Vb 为 100，故标的物会由第三人购得。而交易价格 P，依竞价，应为 92。此时，出让人收益为 12；第三人收益为 8；优先购买权人收益为 0；社会总收益为 20。（2）采纳优先购买权制度时，第三人需要首先出价，若第三人意愿支付的交易价格 Pb 为 90，因为标的物对于优先购买权人的价值 Vr 为 92，故优先购买权人会行使优先购买权，标的物由优先购买权人购得，交易价格 P 为 90。此时，出让人收益为 10；第三人收益为 0；优先购买权人收益为 2；社会总收益为 12。

第四，标的物对优先购买权人价值 Vr 为 94—98 时，和前述第三项情形类似，不再赘述。

第五，标的物对优先购买权人价值 Vr 为 100 时：（1）未采纳优先购买权制度时，第三人和优先购买权人竞价，考虑到标的物对于第三人价值 Vb 和优先购买权人的价值 Vr 均为 100，两者竞

[20] 崔建远：《论共有人的优先购买权》，《河北法学》2009 年第 5 期。持相同观点，可另参见郑永宽：《论按份共有人优先购买权的法律属性》，《法律科学》2008 年第 2 期；张礼洪：《按份共有人优先购买权之实现——《物权法》第 101 条的法解释和适用》，《法学》2009 年第 5 期；常鹏翱：《论优先购买权的法律效力》，《中外法学》2014 年第 2 期。

[21] See David I. Walker, Rethinking Rights of First Refusal, 5 Stan. J.L. Bus.& Fin., 1999, at 19-21.David I. Walker 教授构建的模型较为简单，仅设有三个变量，本文在此基础上进行了更为精细的假定和分析。而对于模型运行结果的分析，则主要为本文作者见解。

价，将交易价格推高到 100 后，均无升值空间，故可能两者均没有意愿购买标的物。此时，出让人收益为 0；第三人收益为 0；优先购买权人收益为 0；社会总收益为 0。（2）采纳优先购买权制度时，第三人需要首先出价，若第三人意愿支付的交易价格 Pb 为 90，因为标的物对于优先购买权人的价值 Vr 为 100，故优先购买权人会行使优先购买权，标的物由优先购买权人购得，交易价格 P 为 90。此时，出让人收益为 10；第三人收益为 0；优先购买权人收益为 10；社会总收益为 20。

第六，标的物对优先购买权人价值 Vr 为 102 时：（1）未采纳优先购买权制度时，第三人和优先购买权人竞价，考虑到标的物对于优先购买权人的价值 Vr 为 102，而对于第三人价值 Vb 为 100，故标的物会由优先购买权人购得。而交易价格 P，依竞价，应为 100。此时，出让人收益为 20；第三人收益为 0；优先购买权人收益为 2；社会总收益为 22。（2）采纳优先购买权制度时，第三人需要首先出价，若第三人意愿支付的交易价格 Pb 为 90，因为标的物对于优先购买权人的价值 Vr 为 102，故优先购买权人会行使优先购买权，标的物由优先购买权人购得，交易价格 P 为 90。此时，出让人收益为 10；第三人收益为 0；优先购买权人收益为 12；社会总收益为 22。

第七，标的物对优先购买权人价值 Vr 为 104 时，和前述第六项情形类似，不再赘述。

有/无优先购买权制度下市场交易状况汇总表

优先购买权人价值 Vr	标的物购得人		交易价格 P		出卖人收益 P -Vs		第三人收益 Vb-P		优先购买权人收益 Vr-P		社会总收益（出卖人、第三人、优先购买权人收益总和）	
	无*	有**	无	有	无	有	无	有	无	有	无	有
82	第三人	第三人	82	90	2	10	18	10	0	0	20	20
84	第三人	第三人	84	90	4	10	16	10	0	0	20	20
86	第三人	第三人	86	90	6	10	14	10	0	0	20	20
88	第三人	第三人	88	90	8	10	12	10	0	0	20	20
90	第三人	第三人	90	90	10	10	10	10	0	0	20	20
92	第三人	优先权人	92	90	12	10	8	0	0	2	20	12
94	第三人	优先权人	94	90	14	10	6	0	0	4	20	14
96	第三人	优先权人	96	90	16	10	4	0	0	6	20	16
98	第三人	优先权人	98	90	18	10	2	0	0	8	20	18
100	无	优先权人		90	0	10	0	0	0	10	0	20
102	优先权人	优先权人	100	90	20	10	0	0	2	12	22	22
104	优先权人	优先权人	100	90	20	10	0	0	4	14	24	24

＊“无”即无优先购买权制度下市场交易状态。

＊＊“有”即有优先购买权制度下市场交易状态。

二、优先购买权制度下市场交易的经济效益评价

在对于有/无优先购买权制度下市场交易状况模拟的基础上，我们将通过量化统计分析，研究优先购买权制度对于出让人、优先购买权人、第三人经济效益，以及对于交易标的利用效能的发挥和市场交易秩序的影响。

（一）优先购买权制度下各类市场交易的经济效益分析

在评价优先购买权制度社会功效时，往往存在这样一种观点：优先购买权制度虽然赋予了优先购买权人不参与和第三人竞价，而享有最终决定是否购买的有利地位，但由于其必须以“与第三人同等条件”进行购买，“优先购买权人和非优先购买权人仍然可以在同等条件之下形成一种公平的交易和竞争。”[22]因此，对于出让人的实际利益，以及标的物交易价格的形成并没有实质性影响，也不会对市场交易秩序产生实质性的负面效应。

但是，如果我们将出让人、第三人、优先购买权人置于“优先购买权人无需参与竞价，而享有最终决定权”，以及“第三人和出让人订立的买卖合同是否能够实际履行将取决于优先购买权人是否行使优先购买权”的实际场景，三方利益博弈之下，优先购买权制度是否对于三方利益的合理实现、标的交易价格的正常形成，以及市场财产秩序的有序运行毫无负面影响呢？似乎，我们看到了一个完全不同的场景。

第一，当标的物对于优先购买权人的价值小于第三人意愿支付交易价格时，即 Vr＜Pb 时（上表中 Vr 为 82-90 部分），因为标的物对于优先购买权人的价值 Vr 过小，不论有无优先购买权制度，标的物最终都由第三人购得，此时，优先购买权制度对于优先购买权人的价值为零。但是，若采纳优先购买权制度，第三人需要首先一次性出价，且由于担心优先购买权人行使优先购买权，故第三人只能一次性给出自己意愿支付的交易价格 Pb，甚至是抬高交易价格，造成了第三人原本可以在议价环节中获得的标的物利益流失。虽然这一部分利益最终流向了出让人，但还是扰乱了正常的市场交易秩序。而对于社会整体利益，此时亦是毫无帮助。

第二，标的物对于优先购买权人的价值大于第三人意愿支付交易价格，但小于标的物对于第三人价值时，即 Vb＞Vr＞Pb（上表中 Vr 为 92-100 部分），因为标的物对于优先购买权人的价值 Vr 大于第三人开出的交易价格 Pb，故优先购买权人应当会行使优先购买权，购得该标的物。如若没有优先购买权制度，因为标的物对于第三人的价值 Vb 要大于标的物对于优先购买权人的价值 Vr，即 Vb＞Vr，自由竞价状态下，则优先购买权人将无法购得该标的物。此时，优先购买权制度对于优先购买权人是具有价值的。然必须指出的是，优先购买权人对于该标的物并非最有效率的利用人，而只是利用优先购买权制度“技巧性”地获得了标的物。而由于标的物配置给了利用效

[22] 王利明：《物权法研究》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 347 页。

率较低的优先购买权人，故社会整体利益下降。而且，优先购买权人额外获得的标的物利益是以牺牲出卖人原本应当获得的更多的标的物利益为代价的。

第三，标的物对于优先购买权人的价值大于标的物对于第三人价值时，即 Vr＞Vb（上表中 Vr 为 102 及以上部分），因为标的物对于优先购买权人的价值 Vr 大于标的物对于第三人的价值 Vb，故即便无优先购买权制度，经自由竞价，标的物也应当会由优先购买权人购得。但是，在优先购买权制度下，优先购买权人无需参与竞价，而只需要以第三人所开出的交易价格成交即可。此时，优先购买权制度对于优先购买权人而言，显然是有价值的。但必须指出的是，如此将减少出让人原本通过自由竞价可以获得的更多的标的物利益，优先购买权人对于标的物利益因此增加，第三人利益不变，社会整体利益也不变。

（二）优先购买权制度的经济效益整体评价

基于以上优先购买权制度交易模型分析结果，我们认为，就优先购买权制度的经济效益价值而言：第一，优先购买权制度设计下的财产交易方式，整体上不会增加社会利益，在某些情形下，还可能因为将标的物配置给了利用效率较低的优先购买权人，而导致社会整体利益减少。第二，某些情况下（标的物对于优先购买权人的价值小于第三人意愿支付交易价格时，即 Vr＜Pb），优先购买权制度对于优先购买权人无任何价值，且扰乱了正常的市场交易秩序，无端损害了第三人本应获得的正当利益。第三，某些情况下（标的物对于优先购买权人的价值大于第三人意愿支付交易价格，但小于标的物对于第三人价值时，即 Vb＞Vr＞Pb；标的物对于优先购买权人的价值大于标的物对于第三人价值时，即 Vr＞Vb），优先购买权制度对于优先购买权人具有积极价值。但是，其运行中存在较大的外部负效应，或者可能造成标的物交易过程中社会整体利益下降，或者可能无端损害出让人本应获得的正当利益。

此外，针对优先购买权制度的经济效益分析，还有两个问题值得关注：

第一，优先购买权行使中，第三人需要首先和出让人达成买卖合同，而买卖合同的达成是需要成本的，如调查标的物状况成本、和出卖人谈判磋商成本、相关报批公证成本等等。如果交易成功，上述成本将在第三人的未来收益中抵充；但是，如果优先购买权人行使优先购买权，获得标的物，第三人的这些成本将付之东流，理论上称之为“沉淀成本”（sunk cost）。出于对沉淀成本的担心，第三人可能出现两种避险措施：第一，第三人压根就不参与标的物竞价。而由于缺少市场竞价，标的物原本应当有的潜在价值难以显现，优先购买权人最终以唯一的议价人身份获得标的物。此时姑且不论优先购买权人是否是最佳的标的物利用者，对于出让人而言，确实是无端地损失了诸多应有利益。[23]第二，第三人尽量抬高交易价格。这种情况下，虽然达到了避免沉淀成本，增加标的物购得可能性的结果，但第三人丧失了诸多原本在议价过程中应当得到的标的物

[23] 参见苏永钦：《法定物权的社会成本——两岸立法政策的比较与建议》，《中国社会科学》2005 年第 6 期，第 94 页。

利益。由上可见，鉴于优先购买权制度的存在，第三人迫不得已只能采取对应的策略行为，而其结果，只能是进一步扰乱了正常的市场交易秩序。

第二，针对优先购买权制度导致标的物被错误配置给低效率利用者（优先购买权人）问题，也许有人会提出，基于自由市场交易判断，第三人完全可以和优先购买权人再次进行交易，以使标的物通过再次交易配置给利用效率较高的第三人。然实践操作中，恐也存在一系列的障碍。[24]一方面，交易失败的第三人由于处于信息不对称状态，并不知道优先购买权人是低效率的标的物利用者，故也许并不会发动和优先购买权人的交易磋商。另一方面，即便优先购买权人主动发起和第三人的再次磋商，由于还需要再次花费磋商成本，加之第三人购买标的物后所获价值由于优先购买权人的转售获益要大大降低，故第三人是否愿意再次从优先购买权人手中购得标的物，恐存在较大不确定性。

基于以上分析，我们认为，从经济效益角度看，虽然优先购买权制度并非完全没有价值，但其同时伴之以十分严重的经济上负效益。“考虑优先购买权的制度设计，不仅需要关照优先权人的优先权益，还要兼顾保护转让人与外部受让人的利益。”[25]如若有足够的法律政策目标足以抵销采行优先购买权制度后所产生的标的物交易过程中的诸多不效益，从社会整体价值上看仍为正效益，亦不妨采行该制度；反之，如若没有足够的法律政策理由，绝不应当贸然采行该制度，以免对于社会主体合法利益、标的物交易秩序造成无端损害。如通说认为，房屋承租人优先购买权制度适用的法理基础是：房屋承租人处于弱势地位，为了维持其生产生活关系的稳定，以实现其居住权这一基本人权。[26]在此，法律为了实现一定立法政策，倾斜保护房屋承租人，故而采用房屋承租人优先购买权制度，不惜牺牲出卖人、第三人正当利益，甚至正常市场交易秩序，亦不足惜。因此，我们在相关领域选择适用优先购买权制度时，必须十分慎重，应当仔细揣摩、衡量各类优先购买权制度是否有足够的法律政策基础，整体利益衡量上是否足以抵销因此所带来的经济上负效益。

三、从经济角度对按份共有人优先购买权制度的反思

在对于优先购买权制度整体经济效益分析的基础上，我们将对于按份共有人优先购买权制度的经济效益状况进行针对性分析，同时，重新梳理有关按份共有人优先购买权的各国或地区立法例，以此对于我国现行按份共有人优先购买权制度的正当性基础重新展开反思。

[24] See David I. Walker, Rethinking Rights of First Refusal, 5 Stan. J.L. Bus.& Fin., 1999, at 23.
[25] 蒋大兴：《股东优先购买权行使中被忽略的价格形成机制》，《法学》2012 年第 6 期，第 74 页。
[26] 参见戴孟勇：《房屋承租人优先购买权之研究》，载崔建远主编：《民法九人行》，法律出版社 2010 年版，第 65 页。

（一）经济效益检视

如前所述，通说认为，按份共有人优先购买权制度的立法价值在于：通过赋予共有人对于其他共有人转让共有份额时的优先购买权，以减少共有人数目，降低共有人磋商成本，提高共有物利用效益。然就此点经济上价值而言，按份共有人优先购买权制度是否真正具有此项功效呢？结合前述优先购买权制度经济效益的一般评价，我们试分析如下：

第一，在共有份额对于优先购买权人的价值小于第三人意愿支付交易价格，即 Vr＜Pb 时，按份共有人优先购买权制度对于减少共有人数目没有任何效用。如前所述，因为拟出让共有份额对于其他共有人而言价值过小，而第三人出价过高，故无论是否存在按份共有人优先购买权，最终结果都是由第三人购得拟出让的共有份额。但是，由于信息不对称，第三人为了防止其他共有人主张优先购买权取得共有份额，故可能抬高报价，以致白白流失自己本应得到的标的物利益。在此情况下，引入按份共有人优先购买权制度，恐对于减少共有人数目的立法初衷无任何价值，反可能扰乱市场交易秩序。

第二，在共有份额对于优先购买权人的价值大于对于第三人价值，即 Vr＞Vb 时，即便没有引入按份共有人优先购买权制度，减少共有人数目的立法目标亦能实现，反之，引入了，反而可能造成负面效益。如前所述，因为拟出让共有份额的价值对于共有人而言，要大于第三人，故即便不存在按份共有人优先购买权制度，其他共有人亦会经由自由竞价而购得拟出让的共有份额。而需要讨论的是，由于其他共有人作为优先购买权人无需参与竞价，故可以直接以第三人和出让人达成的较低的价格获得拟出让的共有份额，如此，将以牺牲出让人利益为代价使其他共有人获得拟出让共有份额的更多利益。但是，这样制度设计的正当性基础何在？此时，拟出让共有份额的出让人也是共有物的共有人，和其他共有物共有人法律地位、经济地位平等，不存在其他共有人是弱势群体，需要法律倾斜保护的问题。在房屋承租人优先购买权制度中，我们预设出让人（房屋所有人）是经济上强者，优先购买权人（房屋承租人）是经济上弱者，后者需要法律倾斜保护，故牺牲前者利益以转移支付给后者。但在共有人之间，此项经济上强弱地位的预设前提并不存在，且因为共有份额对于优先购买权人的价值大于对于第三人价值（即 Vr＞Vb），拟出让共有份额将由其他共有人获得的结果已经确定，因此，还借助于优先购买权制度以使其他共有人在获得拟出让共有份额同时能够有更低的价格，以致获取更多的拟出让共有份额利益，似乎有不平等对待、过度保护之嫌。

第三，在共有份额对于优先购买权人的价值大于第三人意愿支付交易价格，但小于标的物对于第三人价值，即 Vb＞Vr＞Pb 时，按份共有人优先购买权制度对于减少共有人数目是有作用的。但是，其实施效果究竟有多大，且考虑到其诸多负面效益，其能否经得起社会整体利益考量，恐还值得进一步探究。如前所述，在此情况下，因为共有份额对于第三人的价值要大于对于其他共有人的价值（即 Vb＞Vr），故在自由竞价状态下，其他共有人恐是无法购得拟出让的共有份额，

然借助于优先购买权制度，其他共有人却可以优先购得拟出让共有份额。但值得注意的是：一则，如前所述，此时的其他共有人对于拟出让共有份额的利用效率是较低的，出于特定法律政策考量，将拟出让共有份额强行配置给其他共有人，而舍弃利用效率较高的第三人，实际上造成了社会整体利益损失。换言之，虽然实现了减少共有人数目的立法价值，但同时却牺牲了物之利用效能，两者权衡，孰大孰小，恐还需要仔细权衡，不能贸然判断。二则，此时，其他共有人是非经过自由竞价环节，而是借助于优先购买权人的优势地位而获得拟出让共有份额的，是以牺牲出让人利益为代价而使自己获得了额外利益。但是，在出让人和优先购买权人均为平等的共有物共有人的情况下，法律如此倾斜保护优先购买权人利益的正当性依据何在呢？三则，此时，按份共有人优先购买权制度发挥效用的特定适用范围是：共有份额对于优先购买权人的价值大于第三人意愿支付交易价格，但小于标的物对于第三人价值时（即 Vb＞Vr＞Pb），换言之，按份共有人优先购买权制度的效用发挥空间取决于共有份额对于第三人的价值和第三人意愿支付交易价格之间幅度的大小。如前所述，考虑到第三人出于担心优先购买权人行使优先购买权，购得标的物，以致自己原本和第三人辛苦达成的买卖合同泡汤，沉淀成本无法收回，往往可能会抬高自己的报价，以达到阻赫优先购买权人的目的。因此，我们认为，在存在优先购买权制度的背景下，第三人意愿支付交易价格 Pb 有一种向标的物对于第三人的价值 Vb 尽量趋近的趋势（即 lim Pb=Vb）。如果假设成立，那么，共有份额对于第三人的价值 Vb 和第三人意愿支付交易价格 Pb 之间幅度是有限的。换言之，此时，按份共有人优先购买权制度能够发挥效用的空间范围恐是十分有限的。

基于以上论述，我们认为，目前学界所秉持的按份共有人优先购买权制度存设的立法价值，即减少共有人数目以提高共有物利用效益，实质上是难以成立的。共有份额转让时，该优先购买权制度的存在，要么对于减少共有人数目于事无补，反凭空扰乱市场交易秩序，要么虽有助于目的实现，然存在降低共有物利用效益，不当损害社会主体正当利益等诸多弊端。总之，就减少共有人数目、降低共有人磋商成本角度看，似乎并没有引入按份共有人优先购买权制度的必要性。

（二）比较法印证

长期以来，理论和立法界似乎一直在渲染，按份共有人优先购买权制度是各国或地区立法中的一个通行做法。[27]然实际上，考察与我国法律体系相近的各国或地区立法例，似乎并非如此。按份共有为数人依份额共享一个物的所有权，共有人以份额为纽带，具有一定团体性，然同时必须看到，共有人对于相关份额的权利为“所有权”性质，应具有绝对的处分自由。[28]所以，在德国、日本民法典物权编共有部分中，一般均赋予共有份额自由转让的权利，均没有附加共有人优

[27] 参见全国人大常委会法工委民法室：《中华人民共和国物权法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2007 年版，第 185 页；梁慧星主编：《中国物权法草案建议稿条文、说明、理由与参考立法例》，社会科学文献出版社 2000 年版，第 425 页。

[28] 参见唐勇：《论按份共有的三层次私法构造——兼评《中华人民共和国物权法》的按份共有规则体系》，《法商研究》2014 年第 5 期。

先购买权加以限制。在德国，“根据第 747 条第 1 句的规定，任何一名共有人都可以独自处分其份额。其他的共有人必须接受因特定继受可能带来的新共有人，其他这些共有人甚至没有法定的先买权。”[29]在日本，“各共有人可以自由地转让自己的份额，或将该份额用于担保。”[30]

与此同时，我们也发现，一些立法例在不承认一般意义上的按份共有人优先购买权的前提下，只是引入了不动产按份共有人优先购买权制度。如瑞士民法典于“第十九章土地所有权”中“第二节土地所有权的内容及限制”中第 682 条（共有人的或建筑物权人的先买权）第 1 款规定了不动产按份共有人优先购买权，“针对任何一位取得共有物的非共有人，共有人享有先买权。多个共有人行使该权利的，共有份额依其当时所占有的共有份额的比例在其中间分配。”如台湾地区“土地法”于 1975 年修订时，增加第 34 条之一第四项以引入不动产按份共有人优先购买权，“共有人出卖其应有部分时，其他共有人得以同一价格共同或单独优先承买。”

而需要指出的是，前述立法例引入不动产按份共有人优先购买权制度的初衷并非是为了“减少共有人数目，以降低共有人磋商成本”之经济效益，其首要目标是为了“实现不动产整体利用的社会公共利益”。如台湾地区修订“土地法”，引入土地按份共有人优先购买权的立法理由为，“防止土地之细分，并兼及消除共有关系而使地尽其利。”[31]仔细分析，其规范的首要目标是“防止土地细分”。依民法原理，按份共有人得随时要求分割共有物。此项规则乃出于限制、减少共有情形的立法目标。然具体到土地共有情形，如果共有人过度地随意主张请求分割土地，必将导致地块过于细分、狭小，土地规模化、整体化利用不能实现，危及土地整体利用效能。基于此，故台湾地区“土地法”赋予土地共有人转让共有份额时其他共有人以优先购买权。与此相类似，瑞士民法在没有承认一般意义上按份共有人优先购买权的情况下，却承认了不动产按份共有人优先购买权。鉴于土地的公共属性，防止土地过于细化，实现土地整体效应，此点已经属于社会公共利益范畴。故虽然采行按份共有人优先购买权制度后，可能会扰乱社会财产交易秩序，无端损害第三人或出让人利益，甚或降低物之利用效能，但相较于土地整体利用效能这一社会公共利益，恐其立法正当性还是能够得以存设的。

不可否认的是，我们也发现一些立法例一般性地规定了按份共有人优先购买权制度，如法国民法典第 815-14 至 815-16 条（根据 2006 年 6 月 23 日第 2006-728 号法律修订）、葡萄牙民法典第 1409 条、巴西民法典第 504 条。然考虑到我国法律体系的渊源背景以及法律概念、法律制度的可比拟性，我们认为，前述日本、德国、瑞士、台湾地区的相关立法例也许更具有参考价值，退一步讲，起码应当引起我们足够的关注和思考。[32]

---

[29] [德]迪特尔·梅迪库斯：《德国债法分论》，杜景林等译，法律出版社 2007 年版，第 400 页。

[30] [日]田山辉明：《物权法》，陆庆胜译，法律出版社 2001 年版，第 188 页。

[31] 王泽鉴：《共有人优先承购权与基地承租人优先购买权之竞合》，《民法学说与判例研究》（第 3 册），中国政法大学出版社 1997 年版，第 352 页。

[32] 实际上，在英美法系财产法中，按份共有人对于其份额亦享有自由处分的权利，法律也并未授予其他共有人享有法定优先购买权。See David I. Walker, Rethinking Rights of First Refusal, 5 Stan. J.L. Bus.& Fin., 1999, at 72.

四、结论与建议

（一）不动产按份共有人优先购买权制度的引入

我国目前的按份共有人优先购买权制度并非源自我国法律传统，而是受到前苏联立法影响。在我国传统社会中，在承佃关系、典权关系、亲属关系、相邻关系中存在优先购买权，但并不存在按份共有人优先购买权。[33]“大清民律草案”、“北洋政府民律草案”，以及国民政府颁布的“中华民国民法”物权编共有部分中均没有按份共有人优先购买权制度。我们查询发现，我国最早出现按份共有人优先购买权制度的是 1956 年 4 月所制定的“中华人民共和国民法典所有权编（草案）（最初稿）”，其第 33 条规定：“按份共有人出让自己在共有财产中的份额时，其他共有人有优先购买权，但由法院公开拍卖时除外。”[34]相关资料显示，该条的参考立法例为苏俄民法典第 64 条。[35]此后，我国历次起草的民法典草案均规定有此项优先购买权，直至 1986 年颁布的《民法通则》中第 78 条第 3 款延续此项制度。

前苏联民法引入此项优先购买权的立法初衷究竟是什么？不讳言，囿于资料限制，我们没有找到相关论述。然我们必须看到：一方面，就我国目前主流观点所秉持的“减少共有人数目，降低磋商成本”立法目标而言，通过前述对于按份共有人优先购买权制度运行过程中经济效益状况的分析可见，其合理性无从证实。而且，此还和按份共有中共有份额原则上具有“所有权自由处分效力”的一般规则相冲突。另一方面，无论是与我国法律体系渊源较深的德国法系各立法例，还是我国社会历史传统，一般意义上的按份共有人优先购买权制度似乎并非通例。

考察按份共有人优先购买权制度在我国司法实践中的实施情况，我们也能发现该制度的实际效果确是强差人意。截止 2015 年 7 月 10 日，我们以“共有人优先购买权”作为检索关键词，在“北大法宝”中仅检索到 9 个案例，在“中国裁判文书网”中仅检索到 26 个裁判文书，剔除相同案例、同一案件多个裁判文书和部分不相关案例，真正有关案例仅 19 个。这 19 个案例中，18 个都是有关房屋、宅基地使用权、建设用地使用权等不动产共有中优先购买权问题，仅有 1 个案例是关于动产（大客车）共有中优先购买权[36]问题的。这 19 个案例中，仅有 2 个案例支持了优先购买权人的主张。其余案例中，法院往往会以“共有关系不存在”、“出让人转让的是共有物而非共有份额”、“优先购买权人怠于行使权利”、“第三人已经善意取得共有份额”等原因而拒绝优先购买权人的权利主张。由此可见，一方面，我国司法实务中有关按份共有人优先购买权的纠纷不多，即便有，也主要是关于各类不动产共有中优先购买权纠纷，动产共有中优先购买权纠纷极少。

---

[33] 参见吕志兴：《中国古代不动产优先购买权制度研究》，《现代法学》2000 年第 1 期。

[34] 何勤华等编：《新中国民法典草案总揽》（上卷），法律出版社 2002 年版，第 57 页。

[35] “苏俄民法典”第 64 条规定：“财产共有人出让属于自己的部分的时候，其他共有人有优先购买的权利；但是公开拍卖的时候除外。”（参见郑华译：《苏俄民法典》，法律出版社 1956 年版，第 18 页）

[36] 参见“刘忠全等诉张西志等共有人优先购买权纠纷案”（2012 平商初字第 547 号）。实际上，本案性质为共有中优先购买权问题，还是合伙中优先购买权问题，恐还值得进一步研究。

此点状况也得到了学者的印证，“优先购买权原则上适用于共有财产交易的一切场合，但在事实上主要适用于不动产交易或者不动产权利交易的场合。”[37]另一方面，优先购买权人能够实际成功主张权利的概率较低。这固然与优先购买权人没有正确行使权利有关，但也反映了法院对于共有人主张优先购买权较为谨慎的态度和较为苛刻的认定条件，某种程度上也反映出社会观念中对于按份共有人优先购买权制度的社会认可度也许并不高。

基于以上因素，我们认为，对于我国按份共有人优先购买权制度的存设价值恐还需要进一步思考。一方面，鉴于此项优先购买权制度所带来的扰乱正常市场交易秩序、无端损害出让人或第三人利益、降低标的物效用、正态发挥效用空间狭隘等诸多弊端，同时考虑到许多立法例中没有采行该制度的客观事实，以及我国司法实际状况，我们认为，对于此项优先购买权制度还是应当采取慎重的立法态度，恐没有必要一般性地采行按份共有人优先购买权制度，即，不区分动产和不动产，均赋予按份共有人以优先购买权。另一方面，对于有关立法例中承认不动产（土地）按份共有人优先购买权制度的做法，我国可以予以一定的借鉴。我国虽然实行土地公有制，但也还是存在各类土地使用权共有和房屋等建筑物共有的情况，如果放任按份共有人得随时分割共有物，可能导致相关土地、房屋的不断细分，零碎化，以致影响土地、房屋的整体利用效能。如农业用地的不断细分，必将导致农业的集约化、规模化生产无从实现；如建设用地的不断细分，必将增加各地块城市功能规划落实的难度；如房屋的不断细分，必将影响房屋整体使用的聚合效应。基于以上考虑，不动产（土地）的整体化开发利用具有一定的社会公共性，应当作为利益优先考量因素给予法律上倾斜保护。若如此，即便不动产按份共有人优先购买权制度实施过程中存在一系列的弊端，恐还是应当予以采行，以实现促进不动产（土地）整体化开发利用的法律优先保护目标。因此，我们建议，将来适当的时候应当修改《物权法》第 101 条，将按份共有人优先购买权的对象限于“不动产”。

（二）不动产按份优先购买人的法律效力

有关不动产按份共有人优先购买权制度具体的法律构造，如权利性质、行使方式、法律关系等，因均属于优先购买权制度中的一般性问题，本文不再赘述。在此，本文着重讨论不动产按份共有人优先购买权的法律效力问题。

不动产按份共有人优先购买权的法律效力是指，此项优先购买权是物权性优先购买权，还是债权性购买优先权？物权性优先购买权是指，优先购买权人可以优先购买权对抗第三人，即便第三人已经取得了标的，优先购买权人亦可以主张第三人已经取得的权利无效，而确保自己绝对地取得标的物所有权；债权性优先购买权是指，优先购买权人不可以优先购买权对抗第三人，如若第三人已经取得了标的，优先购买权人不能主张第三人已经取得的权利无效，而只能转而要求出让人承担损害赔偿责任。考虑到是否能够确定地获得标的物的不同效果，优先购买权是债权性，

[37] 杨立新：《共有权研究》，高等教育出版社 2003 年版，第 406 页。

还是物权性，将对于优先购买权人利益产生实质性影响。

关于按份共有人优先购买权的法律效力问题，我国相关法律并没有明确规定，学界和立法界似乎存在不同看法。有持物权效力观点的，如张礼洪先生认为，按份共有，特别是不动产按份共有中，共有份额转让时，第三人肯定知晓共有人及其优先购买权的存在，故（不动产）按份共有人优先购买权应当是物权效力。[38]有持债权效力观点的，如梁慧星先生认为，“由于共有人的此项优先购买权具有债权的效力，故出卖份额的共有人如违反该通知义务而致其他共有人不能行使优先购买权时，应负损害赔偿责任。”[39]就立法界而言，全国人大常委会法工委编著图书中表示，“此种优先购买权仅具有债的效力，不得对抗善意第三人。”[40]

对于该问题，我们认为：首先，一项权利是否具有物权效力，能否对抗第三人，绝不是因为此项权利是否已经公示，为公众所周知，而是一项立法政策选择。如果经政策考量后，立法者认为此项权利不应赋予对抗第三人的绝对效力，那么，即便其已经以一定方式为第三人所知晓，亦不能赋予其对抗第三人的绝对效力。反之，如果经政策考量后，立法者认为此项权利相当重要，应当赋予其对抗第三人的绝对效力，则可以法定地赋予其物权效力，此即为“物权法定原则”的本质含义。[41]当然，任何一项被赋予物权效力的权利必须配套以相应的公示制度。其次，虽然出于防止不动产过于细分以确保不动产整体利用效率的立法目标，还是应当继续保留不动产按份共有人优先购买权。但必须看到，一方面，不动产共有并不一定必然会导致不动产过于细分，另一方面，考虑到优先购买权制度本身的诸多缺陷，故还是应当以限制适用为宜。

综上，我们认为，恐还是应当赋予不动产按份共有人优先购买权仅仅具有债权效力较为妥当。基于以上认识，我国立法者对于该问题的倾向性意见还是值得赞同的，即仅具有债权效力。需要强调的是，虽然不动产按份共有人优先购买权仅仅具有债权效力，优先购买权人的权利不能对抗已经实际取得共有份额的第三人，但其还是可以基于侵犯优先购买权而要求共有份额出让人承担相应的损害赔偿责任。基于损害赔偿责任的威慑，共有份额出让人一定程度上还是应当会尊重优先购买权人权利的，即便损害了，对优先购买权人也有损害赔偿的救济。

在确认不动产按份共有人优先购买权仅有债权效力的情况下，第三人在购买不动产共有份额并进行过户登记时，不动产登记机关如何对于该项优先购买权进行审查呢？对此，我国现行生效法律法规中还缺少明确规定。如在 2008 年住建部颁布的《房屋登记办法》中，即没有相关规定。在 2015 年 3 月国土资源部公开的“不动产登记暂行条例实施细则（草案征求意见稿）”中，第 14 条（共有不动产登记申请）第 3 款规定：“按份共有人转让其享有的不动产份额，应当与受让人共同申请转移登记；受让人属于共有人以外的，应当同时提交其他共有人放弃优先购买权的书面证

[38] 张礼洪：《按份共有人优先购买权之实现——《物权法》第 101 条的法解释和适用》，《法学》2009 年第 5 期。
[39] 参见梁慧星、陈华彬：《物权法》，法律出版社 2010 年版，第 238 页。
[40] 全国人大常委会法工委民法室编著：《中华人民共和国物权法精解》，人民出版社 2007 年版，第 176 页。
[41] 参见张鹏：《物债二分体系下的物权法定》，《中国法学》2013 年第 6 期。

明。”依据上述规定，出让人将共有份额转让给共有人外第三人时，必须获得“其他共有人放弃优先购买权的书面证明材料”，如若当事人提供虚假证明材料进行登记移转，利害关系人自然可以申请撤销登记。这样的结果是，可以绝对地确保优先购买权人权利的优先实现，换言之，实质上赋予了此时的优先购买权以物权效力。我们认为，如果拟赋予不动产按份共有人优先购买权以物权效力，自然可以遵照上述规定执行，但是，如若仅仅赋予此时的优先购买权以债权效力，则在不动产登记审查程序上恐需要做一定修改。我们建议，如若仅赋予债权效力，则登记机关进行不动产共有份额移转登记审查时，对于是否通知优先购买权人以及优先购买权人是否弃权，可以不予审查。如若出让人未通知优先购买权人或未获得优先购买权人弃权表示，即申请办理了共有份额移转登记的，优先购买权人将不能申请注销移转登记，而只能要求出让人予以损害赔偿。[42]

Abstract: On the premise that the transferor and the third party have entered into a contract of sale, the preemptive right holder has the final right to decide whether to buy it under equal conditions. Once the preemptive right is exercised by the preemptive right holder, the transferor shall not break his commitment. From the perspective of economic analysis, there are considerable negative effects of preemption system, which are potential damage on the legitimate interests of the transferor or the third party and possible reduction on the use efficiency of subject matter. Except for the consideration on the major legal policy, the applicable scope of the preemption system should be reduced as much as possible. The preemptive right of co-owners in a general sense has no existence value, so we only need to acknowledge real estate's preemption system, which merely requires the effect of obligation, to achieve the goal of legally prioritized conservation towards the holistic development and utilization of real estate (land).

Key Words: Economic Analysis of Preemptive Right Preemptive Right of Co-owners Real Estate's Preemptive Right of Co-owners

[42] 实际上，“不动产登记暂行条例实施细则（草案征求意见稿）”对于房屋承租人优先购买权就是采取的如此审查程序。依最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的规定，房屋承租人优先购买权仅仅具有债权效力。不动产登记机关对于是否通知房屋承租人或房屋承租人是否弃权，将完全不予审查。在已经登记移转的情况下，房屋承租人也只能转而要求出让人损害赔偿，而不能要求注销既存的移转登记。

财产性利益应解释为盗窃罪对象

吴 江*

我国刑法学界对作为盗窃罪对象“财物”的研究偏重经验式的归纳，规范意义上的解释学研究较为缺乏，尤其是对财产性利益能否成为盗窃罪对象存在很大争议。有学者认为盗窃罪对象不仅包括有体物、无体物，也包括财产性利益；另有学者否认财产性利益可以成为盗窃罪对象。理论上的纷争给司法实务带来很大困扰。如，采用技术手段秘密向自己持有的银行账户内增加存款后尚未取款，成立盗窃罪未遂还是既遂？债务人盗窃债权人保管的借条可否成立盗窃罪？等等。我们认为，财产性利益应当解释为盗窃罪对象。

一、财产性利益必须具备三个特征

作为盗窃罪对象的财产性利益，必须具备以下三个特征：

一是管理可能性，也就是可支配性。某种东西虽然对人类有用，但如果人力尚不能有效控制、支配，就不能认定为财产性利益。如，普照大地的阳光人类尚难以有效控制，原则上不能成为财产性利益。但通过现代光伏技术将太阳能储存在电池组中，就是人类可以有效控制的，属于财产性利益。

二是转移可能性。盗窃罪属于转移占有罪，必须将财物、利益由原占有人转移到行为人或第三人占有。这就要求，与行为人取得财物或利益相对应，对财产的法益侵害必须发生在先前的占有人身上。不具有这种转移性的利益，不可能发生转移罪所固有的法益侵害，因而也不能成立转移罪。

三是财产性价值。财产性利益必须具有值得刑法保护的财产性价值。但学界对如何判断财产性价值有客观价值论和主观价值论的争议。考虑到《刑法修正案（八）》对盗窃罪成立条件作了修改，除了数额较大（以下简称“普通盗窃”）之外，还包括多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃、扒窃 4 种（以下统称“特殊盗窃”）。我们认为，在普通盗窃中，财物的价值仍应以经济价值衡量，并需达到司法解释规定的数额较大的标准；在特殊盗窃中，对象的经济价值即使没有达到数额较大的标准，只要具有一定使用价值，就具有财产性价值，行为人就可以成立盗窃罪。

二、将财产性利益解释为盗窃罪对象不违反罪刑法定原则

将财产性利益解释为财物并未超出财物的文义可能范围，不违反罪刑法定原则。

* 吴江：苏州大学王健法学院副教授，法学博士。

首先，民法理论上“物必有体”的观念并非绝对。在民法学界，是否应当承认无体物为法律上的物，自罗马法以来立法例上就有分歧。罗马法将物分为有体物和无体物。法国沿用罗马法关于物的概念。德国和日本民法则坚持“物必有体”的观念。在我国，《物权法》颁布之前，民事立法中几乎没有“物”的概念及界定，最常见的是“财产”一词，而且“财产”也往往在不同意义上使用。《物权法》明确使用了物的概念，包括动产和不动产，同时规定：“法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。”有民法学者指出：“我国《物权法》虽然原则上将物的范围限定为有体物（动产和不动产），但又为将来物权客体的发展留出了足够的空间。”

其次，刑法理论上财物的有体物说也非不易之论。在日本，关于盗窃罪对象财物的含义，占支配地位的是有体物说。但管理可能性说一直是有力的见解，甚至有观点认为几乎所有的利益盗窃行为都具有可罚性。对于无体能源电能否成为盗窃罪对象，在德国、日本、法国等不同国家、甚至同一国家的不同历史时期的司法实践中有过大相径庭的判例。如在德国，帝国法院的判决曾经拒绝了将未经许可使用电力能源的行为作为盗窃加以惩罚，因为电是不能称为（物质性的）物品的。但是，这个案件（在 1900 年）推动了在刑法中增加禁止抽取电能的条文。又如法国 1810 年刑法典规定的盗窃罪并未就“在电表上作假”进行偷电的行为作出规定，也未对直接与电力公司的输电网进行搭接连线进行“偷电”的行为作出规定。但是判例并没有因此对采取这些方法窃电的人不适用刑法典第 379 条的规定，并且法院认为“电是一种可以占有的动产物品”。可见，盗窃罪对象必须是有体物并非不易之论。我国虽然通过司法解释明确规定了盗电行为可以构成盗窃罪，并未明确规定其他财产性利益可以成为盗窃罪对象。但是，与当代将债权等财产性利益解释为财物相比，100 多年前德日法司法机关将电解释为财物进而成立盗窃罪，或许才是一般民众难以预料的。语言的含义具有流变性。科技的进步、社会的发展、观念的改变，无时无刻不在催生着新的物的出现，改变着人们对“物必有体”的固有观念。正如刑法学者张明楷教授所言：“认为债权等财产性利益不能成为盗窃罪的对象，可谓 19 世纪的观念。”而且，即使刑法条文没有对某行为是否构成犯罪作出明确、具体的规定，但如果能在准确把握立法精神、科学运用刑法解释原理的前提下，将该行为解释进刑法的明文规定之中，那么，对该行为进行定罪处罚就并不违反罪刑法定原则，反而是贯彻罪刑法定原则的当然要求。

再次，我国刑事立法并不严格区分财产与财物。财产是一个人所有的具有金钱价值的各种权利的总体，包括物权、债权等各类财产性利益在内。《刑法》总则第 92 条规定公民私人所有的财产包括依法归个人所有的股份、股票、债券和其他财产。据此，财产性利益属于《刑法》规定的“公民私人所有的财产”。但纵观《刑法》分则条文，却没有与之完全一致的表述。承担保护公民私人所有财产首要任务的分则第五章章名是“侵犯财产罪”，但该章中所有条文凡言及犯罪对象的几乎一律表述为“公私财物”。如果将公私财物局限于有体物，不包括债权等财产性利益，将会出现总则指导性解释规定（第 92 条）在分则无法获得具体体现的情形，这恐怕不符合“总则指导制约分则”的理论通说，也与立法旨趣相悖。因此，合理的解释应该是，《刑法》中财产与财物具

有同义性。当然，财产性利益是否可以解释为所有财产犯罪的对象需要结合各罪的行为特征进一步探讨，但解释为盗窃罪对象是有利于合法规范妥当地处理有关司法疑难案件的。

人体冷冻胚胎的法学思考

杜平*

摘　要：近些年来，我国关于冷冻胚胎的争议案件越来越多，而冷冻胚胎的法律属性、法律地位问题不可回避。冷冻胚胎当是一种介于人和物之间的特殊存在，不能像普通物一样随意买卖和转让赠与。冷冻胚胎的归属权当由最密切联系亲属所有，而非肆意地成为实验品或者丢弃物。纵观中外，将冷冻胚胎视为特殊物已然是大势所趋，它不仅具有宪法上的正当性，同时也具备民法上的可操作性。当然，对人体冷冻胚胎的讨论必须要符合社会的发展和人之理念，不得违背法律精神和生命伦理。根据比例原则和正当程序原则的要求，相关法律应当给予人体冷冻胚胎一个明确的法律地位，并就无主冷冻胚胎的权利归属和将来去向做出明确规定，以保证日后在处理相关人体冷冻胚胎的问题上能够有法可依。

关键词：人体冷冻胚胎　生命权　生命伦理　法律地位　权利归属

引言

（一）问题缘起与研究意义

生命起源是当代的重大科学课题，然而却又是至今依旧了解甚少的最基本的生物学问题。关于生命的起源，历史上曾经有过种种假说，比如，“神创说”（认为生命是由上帝或神创造的），“自然发生说”（认为生命，尤其是简单生命是由无生命物质自然发生的），“化学进化说”（认为生命起源于原始地球条件下从无机到有机，由简单到复杂的一系列化学进化过程），“宇宙胚种说”（认为生命最初是来自地球以外的宇宙空间，只是后来才在地球上发展了起来）。

如果说第一个男人和第一个女人的生命起源我们无法得知，那么他们的后代生命诞生于何时？受精卵？亦或是其他？我们不得而知！随着科学技术的发展，体外生殖已然不再是幻想，而体外受精的生命诞生标准不仅关系到科学，同样和法律息息相关！

美籍华人生物学家张民觉（Min Chuch Zhang）博士是体外受精研究的开拓者之一。他研究了许多有关哺乳动物受精过程的材料，得出一个假设，精子在输卵管内一定经历过某种变化才具有了与卵子结合的能力。这个假设得到了实验的证实。同年，澳大利亚学者奥斯汀（Austis）也在兔子和大鼠的实验中发现相同现象并将其称之为精子获能（Sperm capacitation），之后张民觉终于在

* 杜平：2012 级法学（知识产权）专业本科生。

1959 年成功地完成了兔子体外受精实验，这使他成为体外受精研究的先驱，也从此为胚胎移植奠定了基础。

1970 年，英国妇产科学家 Steptoe 和胚胎学家 Edwards 开始人的体外受精和胚胎移植的研究，1974 年体外受精-----胚胎移植技术被正式确定，1976 年应用于临床治疗，结果产生了一例输卵管妊娠，1978 年 7 月 25 日世界上首例试管婴儿 Louis Brown 在英国曼彻斯特奥德姆医院诞生。1980 年 6 年 6 月澳大利亚第一例试管婴儿妊娠成功，1981 年 12 月美国出生第一例试管婴儿；1985 年 4 月我国台湾地区出生第一例试管婴儿；1986 年 12 月我国香港出生了第一例试管婴儿；1988 年 3 月，我国大陆首例试管婴儿在北京医科大学附属第三医院出生，其后各省不断有成功病例出现[43]。

为了应对日后的体外生殖，对剩余胚胎进行冷冻保存的需求越来越大，所以胚胎的冷冻保存技术逐渐发展起来。胚胎冷冻保存（Embryo Cryopreservation）技术是指在低温条件下利用低温保护剂保存胚胎的一门技术。这门技术是 20 世纪后半叶随着人工受精技术广泛应用而产生的，1949 年英国的 Polge 和 Smith 等人在偶然的情况下，发现低温保存精子时加入甘油可以增加精子的活力，从此揭开了胚胎冷冻保存的序幕。

统计发现，目前条件下的胚胎在冷冻保存后，平均存活率为 70%，采用冷冻胚胎移植的妊娠率和对照的新鲜胚胎的妊娠率无显著差别，都是在 25%左右[44]。因此，胚胎冷冻技术在临床上的应用已经成为辅助生殖技术中不可或缺的组成部分。

冷冻保存胚胎是将来进行胚胎移植的前提条件，但为什么会产生冷冻胚胎移植的问题呢？笔者认为，之所以会产生冷冻胚胎移植问题，根本原因就在于不孕不育问题的存在，据不完全调查总结，由于男性因素造成不育的占 8%～22%，女性因素占 25%～37%，双方因素为 21%～38%。在育龄期约有 8%对夫妇有某些不育问题，以此推算，全世界有 5000 万～8000 万人有不能生育的问题。每年约有 200 万对新的不育症夫妇，而导致不孕不育的因素有很多，比如工作压力大，饮食作息无规律，还有环境污染，有毒有害物质的影响等等。由此，对于人体冷冻胚胎的法律属性和法律地位这个问题法律无法回避，“它”究竟是“私有财产”还是法律上的“人”亦或是其他“特殊存在”都亟待相关法律作出明确规定。

根据《宪法》第 5 条第 3 款规定：“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”《宪法》第 33 条第 3 款规定：“国家尊重和保障人权。”以及《民法通则》第 9 条规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”从法律的角度探讨人体冷冻胚胎问题，具有独特的理论与实践意义：

1.理论意义

人体冷冻胚胎是生命科学技术发展到一定阶段的产物，将人体冷冻胚胎置于法学层面讨论，

[43] 孙笑侠：《法律家的技能与伦理》，载《法学研究》2001 年第 4 期。

[44] 引自李善国、倪正茂、刘长秋著：《辅助生殖技术法研究》，法律出版社 2002 年版，第 29 页。

目前国内甚少。本文从“人体冷冻胚胎与生命权”、“人体冷冻胚胎与生命伦理”、“人体冷冻胚胎的法律地位”三个关系角度切入，具体探讨了人体冷冻胚胎的法律属性以及处置权归属问题，这无疑有助深化人们对于生命的尊重和对人的基本权利的认识，填补人体冷冻胚胎在立法上的许多空白。同时，本文依据宪法精神和立法目的，提出了人体冷冻胚胎法律建构的初步构想，为法律实践处理这类问题提供法学思路。

2.实践意义

对人体冷冻胚胎问题的研究不仅具有理论价值，更具有重要的实践意义，主要体现在三个方面：第一，提升人们对生命的敬畏感。生命的诞生打破常规，人体冷冻胚胎无论被赋予何种法律地位，“它”都蕴含着潜在的生命，没有生命就没有一切，本文的研究正是出于对生命的尊重和敬畏。第二，推动我国对人体冷冻胚胎相关问题的立法进程。目前在我国法律中还找不到具体的关于人体冷冻胚胎的相关法规，虽然部分条例中有关于人体胚胎的规定，但都局限于禁止性规定，而且条例中的胚胎多指人体内的胚胎而不是本文所研究的人体外的冷冻胚胎。所以本文在综合国内学者的讨论后，也适当查阅借鉴了国外的案例，针对我国人体冷冻胚胎的立法提出建议，以期有针对人体冷冻胚胎法律属性、权利归属等问题的具体法律出台并解决现实操作无“法”可依的局面。第三，有助于我国胚胎收养捐赠制度的建立和完善。如果人体冷冻胚胎的权利归属不明，无主冷冻胚胎何去何从就成了大问题，而胚胎收养捐赠制度恰恰可以有效解决这一问题。

（二）研究现状

在我国，医学界对于将人体冷冻胚胎视为人体器官的一种呈现出支持的态势，但是法律学界和伦理学界很多学者则认为不能简单的将人体冷冻胚胎视为一种物。1992 年，吕国强的《试管婴儿的法律问题探》首次涉及人体冷冻胚胎的法律地位，2002 年，法律出版社出版了李善国、倪正茂以及刘长秋教授共同编写的《辅助生殖技术法研究》，是我国第一本具体针对体外生殖技术的法律图书，其中不少篇幅就是关于人体冷冻胚胎的研究。自从无锡法院判决的首例人体冷冻胚胎继承案以来，相关学术性文章也大量涌现出来，例如在期刊网上以“冷冻胚胎”为主题的法学期刊文献就有 28 篇，关于人体冷冻胚胎的主要报纸类文章有 37 篇[45]，通过查阅比较，目前我国学术界对人体冷冻胚胎相关问题的研究具有以下两个特点：首先，大部分学者文章的主体部分是给予冷冻胚胎法律属性进行讨论，而学界有三种学说，分别是主体说，客体说以及特殊客体说，大部分学者只是总结了每种学说的观点，并分别指出其优缺点，而并没有给出自己的立场，或者给出了自己的立场后却并没有论证。其次，无论是支持哪种学说的学者，仅仅是围绕国内相关法律，如物权法，民法通则等相关国内法律进行论述，很少涉及国外案例和法律，也很少给出强有力的对策以及立法建议。

[45] 数据来源：中国知网数据库。

（三）本文所要解决的问题及研究思路

无论是出于何种利益的考量，在实证法体系内探讨人体冷冻胚胎相关问题，首先必须要符合宪法精神，其次要符合立法目的。人体冷冻胚胎法律属性的界定关乎对生命权初始点的理解，也关乎对“生命”的理解。将人体冷冻胚胎视为物权法上的物是否剥夺了这个“潜在的生命”？是否符合国家对生命权的保障义务？是否符合生命伦理？如果人体冷冻胚胎被界定为一个法律上的“人”，则那些无主冷冻胚胎该怎么办，如果过了冷冻保存期，这些胚胎又该何去何从呢？既然是“人”，自然不能被视为财产继承，不能随意丢弃，更不能被用作科学等其他研究。即使大多数学者视其为特殊物，但终究其本源还是物呀，所以，本着不违背以宪法为首的其他法律的精神，如何有效的解决这些难题正是本文的研究目的所在。

在写作过程中，笔者拟运用以下几种研究方法：其一，价值分析法。在一定程度上，对某个问题尤其是社会争议较大的问题进行立法规制，不得不考虑要在生命伦理所能容忍的范围内进行规制[46]，否则法律的正当性就将遭到质疑。其二，比较分析法。通过比较借鉴其他国家或地区对人体冷冻胚胎的相关法律规制，在立法内容上和立法思路上对我国相关制度的建立提出一些构想。其三，综合分析法。人体冷冻胚胎问题绝不仅仅是法学难题，它与现代科学技术，与医学，伦理学的关系甚密，只有先从法律方面进行分析，方能从其他学科对人体冷冻胚胎进行更好的解读。

除了引言和结语外，本文总共 6 个部分，大致内容如下：

第一部分“冷冻胚胎的概念与立法”，主要论述了人体冷冻胚胎的基本概念、人体胚胎与其他容易混淆的专业术语的区分、国内国外的立法现状以及在我国在人体冷冻胚胎问题上的主要争议点，从而为下文探讨归纳焦点和构建平台。

第二部分“人体冷冻胚胎与宪法规定的生命权”，主要论述了人体冷冻胚胎自身蕴含着潜在的生命，这种潜在的生命应当得到法律的认可和尊重，法律应当给予人体冷冻胚胎一种“生命期待权”，不可以随意处置这些人体冷冻胚胎。

第三部分“人体冷冻胚胎与生命伦理”，主要论述了人体冷冻胚胎的定性以及无主冷冻胚胎的权力归属都应当考虑生命伦理，并且，一定程度上，生命伦理要指导相关法律的制定，以此体现对潜在生命的尊重。

第四部分“人体冷冻胚胎法律地位的明确”，主要论述了目前国内关于人体冷冻胚胎法律属性的三种学说：主体说、客体说、特殊客体说。而笔者建议应当将人体冷冻胚胎视为一种特殊存在，而不是简简单单的人或物。

第五部分“无主人体冷冻胚胎的权力归属和将来去向”，主要论述了何谓无主人体冷冻胚胎以及无主人体冷冻胚胎的现状，在此基础上根据现今各国的处理方式提出权力归属以及具体现实操作。

[46] 参见王苏著：《脑死亡立法的宪法学思考》，苏州大学 2010 届硕士毕业论文，2013 年 4 月，第 4 页。

第六部分“对我国人体冷冻胚胎立法规制的展望”，主要论述尽快确认人体冷冻胚胎的法律属性和法律地位，尽快建立并完善我国的胚胎收养捐赠制度，同时要为通过收养捐赠诞生的后代子女的知情权提供法律保障。

一、冷冻胚胎的概念与立法现状

冷冻胚胎的产生存在特定历史脉络，在整个论述过程中，难免会涉及到比较专业的医学知识，而这些是我们从法律层面探讨“人体冷冻胚胎是一种特殊存在”的必要背景铺垫，“何为人体冷冻胚胎”更是一切问题的起点。

（一）人体冷冻胚胎的概念

尽管对人体胚胎的定义术语不同，但是各国在人体胚胎的定义上达成了医学上的共识。首先，人体胚胎是受精后的生殖细胞，生殖细胞又称起配子，包括精子和卵子，精子穿过卵子形成受精卵，受精卵开始进行卵裂，不断地进行细胞分裂，三天后形成桑椹胚，桑椹胚的细胞继续分裂，细胞间逐渐出现小的腔隙,它们最后汇合成一个大腔，桑椹胚转变为中空的胚泡，胚泡逐渐长大，透明带变薄而消失，胚泡得以与子宫内膜接触，植入开始。胚泡植入子宫内膜，获得进一步发育的适宜环境和充足的营养供应，然后内细胞群分化为由内、中、外三个胚层构成的胚盘，它是人体各器官和组织的原基；胎膜与胎盘也渐形成和发育。从第 4 周初至第 8 周末的发育过程，胚胎不仅初具人形，而且胚盘的三胚层分化发育，建成各器官系统的雏形；胎膜和胎盘也于此时期发育形成。此时期的胚胎发育对环境因素的作用十分敏感，某些有害因素（病毒、药物等）易通过母体影响胚胎发育，导致发生某些严重的先天性畸形。因此，胚胎是受精卵在子宫内发育但还未成人形阶段的一种称呼。而人体冷冻胚胎，顾名思义，就是通过特殊的冷冻保存技术将人类胚胎进行冷冻保存。

1.人体胚胎与相关概念的区别

在人体冷冻胚胎的问题上，很多人会把人体胚胎与干细胞、胚胎、受精卵、试管婴儿相混淆，甚至将人体胚胎与人体干细胞等同起来，以此来论证人体胚胎是器官的一种，也有人对胚胎不做任何区分，简单的人类拟制为一般动物，还有人认为人体冷冻胚胎之所以有发育成人的可能性仅仅在于它是受精卵的延续，更有甚者将人体胚胎纳入试管婴儿的范畴进行论证。我们认为在此很有必要区别一下相关概念，以使本文探讨主体更加清晰。

（1）人体胚胎与干细胞

干细胞（stem cells, SC）是一类具有自我复制能力(self-renewing)的多潜能细胞，在一定条件下，它可以分化成多种功能细胞[47]。干细胞的“干”译自英文“Stem”，意为“树”、“干”和“起

[47] 参见好搜百科对“干细胞”的定义。

源”，所以干细胞又叫起源细胞。在细胞的分化过程中，细胞往往由于高度分化而完全失去了再分裂的能力，最终衰老死亡。机体在发展适应过程中为了弥补这一不足，保留了一部分为分化的原始细胞，即干细胞。我们可以很形象的把它们当做分细胞的“预备队”。目前人类胚胎干细胞已可成功的在体外培养，将干细胞移植于病变组织、器官，替代其功能，来治疗各种“不治之症”。我国专家认为，人类胚胎干细胞研究在遵循“行善和救人、尊重和自主、无伤和有利、知情和同意、谨慎和保密”的伦理原则下，赞同“对 14 天以内的人类胚胎干细胞可以用于实验研究[48]”的观点，由此看来，人体胚胎干细胞只是人体干细胞的一种，二者属于被包含与包含的关系。

（2）人体胚胎与胚胎

有学者在文章中指出，人应当具有双重生命：种生命和类生命[49]，种生命为人和动物所共有，类生命则为人所独有，《四部医典》有云：“父精生成骨骼及脑髓，母华造就血肉脏腑全，自心生出官能意识产，土生骨肉鼻问有嗅觉，水滋血液舌味湿润感。火炽热暖色泽眼体说，风产气息触角和皮肤，虚空生窍耳司音响间。习性使之有为见识宽，姻缘依据成身断全。”可见，古人认为胚胎形成的基础是父母的精华以及五源（土、水、火、风、空）[50]。而本文所探讨的胚胎显然不能归入“种生命”，而是一种“类生命”，是人类所特有的，虽然在生物学上我们没有必要过分区别人与动物，因为本质上人只是一种最高级的哺乳动物而已，但是本文是站在法律的层面对胚胎进行探讨，微小的不同也会导致法律结果的巨大不同，所以应当严格区分人体胚胎与一般动物的胚胎。

（3）人体胚胎与受精卵

受精卵是人体精子和卵子的结合，受精卵要经过多次分裂后才能发育成胚胎，受精卵只有一个卵细胞，而一个胚胎中包含有多个细胞，受精卵是一个生物个体生命历程的起点，而胚胎是生物由卵发育为新的生物幼体之间的中间阶段，由此可见受精卵和胚胎并不能完全地等同起来。

（4）人体胚胎与试管婴儿

试管婴儿是体外受精－胚胎移植技术的俗称，是分别将卵子和精子取出后，置于培养液内使其受精，再将胚胎移植回母体子宫内发育成胎儿的过程。理论上，这种技术让移植入子宫内的每个胚胎只有 25%的妊娠机会，为了保证接受治疗的人最终能够妊娠，一般每次要移植 4－6 个胚胎，这也就是试管婴儿的多胞胎出生率明显高于自然受孕者的原因。但是，用试管婴儿手术来生双胞胎绝不可取。目前，试管婴儿的怀孕机会最高为 30%，而其中生双胞胎的机率超不过 10%。同时，做试管婴儿的条件之一就是合法性，不孕不育夫妇需要具备结婚证、夫妇身份证及准生证，作为依据进行有效的登记才能试管婴儿。因此不难看出，试管婴儿是一种体外生殖技术的名称，

48 参见《人类胚胎干细胞研究中的伦理指导大纲》。

49 所谓“种生命”为人与动物所共有，它是我们通常所理解的“生命”。这种生命的根本特点是：由自然给予，具有自在性质，非人所能自主，而“类生命”则是由人创生的自为生命，这种生命作为对种生命的超越，已突破个体局限，以个体的个性差别为内涵，属于多样性的甚至异质统一体的概念。具体参见高海清著：《“人”的双重生命观：种生命与类生命》，载《江海学刊》2001 年第 1 期，第 78 页。

50 参见周红黎、陈普等著：《<四部医典>与<嘎牙山哈雅>对人体胚胎的认识比较》，载《中国民族民间医药》，2014 年 10 月，第 5 页。

在这种生殖技术的整个过程中包含着新鲜胚胎的移植，而人体冷冻胚胎是一个阶段性的产物，它的命运不会必然地成为移植的对象，因此我们不能想当然地将人体冷冻胚胎纳入试管婴儿的范畴进行讨论。

（5）人体冷冻胚胎

胚胎冷冻保存的方法主要有四种：即所谓的慢速冷却、慢速融解法；慢速冷却、快速融解法；玻璃化技术以及超级快速冷冻法。目前先进的细胞冷冻仪可以通过电脑预先设置数据，从而精确的控制整个冷冻过程，并在完成程序后将胚胎置于零下 196 摄氏度液氮中保存。

为什么要对人体胚胎进行保存呢？因为胚胎冷冻保存具有许多优越性，具体包括：（1）合理限制胚胎移植数（2-3 个），降低多胎妊娠率，而不必担心剩余胚胎的命运；（2）为胚胎移植但没有着床的患者或者胚胎着床后发生流产的患者提供再次移植的机会，病人受孕机会增加而费用和风险降低；（3）发生卵巢过度刺激的患者，采集卵子体外受精后，以冷冻胚胎方式供其后非刺激周期移植用；（4）满足病人若干时间后再次生育的愿望；（5）在胚胎所有者志愿捐献的情况下，冷冻胚胎可以捐赠给其他不孕夫妇，满足他们生儿育女的愿望；（6）满足医学科学研究的需要。所以胚胎的冷冻保存将是日后体外生殖的一大趋势所在。

2.胚胎的发展阶段

很多学者的文章中都有讨论胚胎的时间点，因为尽管是一个胚胎阶段，而这个阶段又是由许多其他的发展阶段构成的，而有些阶段产生的新物质，它的性质可能就会决定法律上关键的时间点，因此笔者认为很有必要在此归纳一下胚胎的主要发展阶段：

配子结合形成合子的一刹那

从遗传学上讲，在这第一个细胞中已经刻画了一个人的所具有的性别、身高等一切特点，未来的发展，胚胎将不会再接受其他任何补充的新“资料”。

14 天

14 天是原痕发生之时。原痕是是神经管的根基，而神经管是日后中枢神经系统的发生所在。所以很多国家将第 14 天作为研究与操纵胚胎的时间点[51]，此之前的胚胎通常称为囊胚。

25 天

此时的胚胎有脑的雏形，而且此时胚胎的个体性得到保障，也就是说，胚胎组织再不会断裂或者和别的组织融合。

2 个月

胚胎开始有脑波，且改称为胎儿，因此也有人称之为生命的开始[52]。

20 周后或者 6 个月以后

[51] 比如英国政府的 Warnock Committee、澳大利亚的 Waller commission、美国的 the Ethics committee of American Fertility Society 等等。

[52] 转引自陈新宇著：《天主教视野中的胚胎生命浅析》，载《宗教学研究》，2006 年第 2 期，第 210 页，原出自 Golden ring, J.M; Development of the fetal brain. N.Engl.J.Med.,307;564,1982.

此时胚胎离开母体后可以生存。

从上述阶段可以看出，14 天很重要，应为是人体思维诞生的基础，这也是为什么许多国家对于人体冷冻胚胎的处置以 14 天为节点的原因，笔者下文将有涉及，在此不赘述。

（二）各国关于人体冷冻胚胎法律地位的立法现状

国家	立法现状
美国	现今美国依然不允许从储存在辅助生殖机构的大量冷冻胚胎里提取干细胞进行研究。由此可见人体冷冻胚胎是不能像一般物一样随意处置的。
英国	英国《1990 年人类受精与胚胎法》规定每个捐精者必须提供有效书面同意文本以证明他是胚胎的捐献人，但该同意书并不是给他们任意处置权，如果捐精者不同意或者胚胎储存超过法定限制，这个胚胎将被允许毁掉。胚胎的首次储藏期为 5 年，并可以扩展到 10 年，只要捐精者书面表示同意。除非在胚胎的夫妻双方离婚或无法查询联络时，书面同意不可得，胚胎也将被终止生命[53]。 在英国，2001 年英国通过《人类胚胎学法案》，科学家可以利用辅助生殖机构所剩余的胚胎用于干细胞和其他研究，也可以通过试管受精培养研究使用胚胎，但是研究中使用过的所有胚胎必须在 14 天后被销毁。 由此可见，英国对于人体冷冻胚胎所持的态度是将其视为一种物。
加拿大	在加拿大联邦政府的卫生研究院于 2002 年 3 月 5 日公布的《干细胞研究指南》中明确规定“得到联邦加拿大卫生研究院资助从事人体胚胎干细胞研究的科学家，可用流产或人工受精剩余的人类胚胎进行医学研究，但是不能自行复制胚胎。
意大利	意大利卫生部长西尔基亚 2001 年 11 月 26 日在罗马指出，意大利议会应当通过立法来禁止这种利用人类胚胎进行研究的行为。
法国	2003 年 1 月 22 日，任职法国卫生部长的让. 弗朗索瓦. 马太在法国国民议会上陈述了法国政府对修改《生物伦理法》的

[53] 转引自李燕著：《生命科技背景下的人体与民法上的物》，载《政法论丛》，2009 年 6 月第 3 期，第 63 页。原出自 Mason. McCall smith. Law and Medical Ethical. London：Reed Elsevier（UK）Ltd，1999.

	建议，明确指出法国政府支持进行胚胎干细胞研究。 虽然没有具体针对人体冷冻胚胎，但可以猜想人体冷冻胚胎用于科研应该会得到政府的支持。
欧盟	根据欧盟有关法律，欧盟不得向从事人类胚胎的研究提供任何财政资助，不管这些研究出于什么目的。
日本	日本政府在 2001 年通过了《干细胞研究指南》，明确规定了用于研究的胚胎细胞只能从那些用于生育目的而面临被废弃的胚胎中获取。
韩国	韩国政府 2002 年对以往制定的《生物工程促进法》进行了较大修改，明确规定基于医疗目的的利用冷冻胚胎制造人体器官的研究可以获得批准。

（三）我国大陆关于冷冻胚胎法律地位的争议

“人体冷冻胚胎”究竟在法律上是个什么？在这个问题上，学界至少有三派，一种认为它就是民法上的物，纯粹的物体，另一派认为“它”应当享有人格权，应当视为法律上的人，还有一派则认为不能简单的把“它”归为物或人的一类，因为“它”毕竟不具有人的思维，但却有着成为人的可能！

对于无主冷冻胚胎，可不可以适用继承法？可不可以用于科研？可不可以丢弃？这些争议至今依旧没有解决，很大程度上都是由于人体冷冻胚胎的法律地位没有得到明确才导致的，所以，这一问题急需得到解决。

通过以上论述，我们认为，很有必要对人体冷冻胚胎的属性进行研究论证，下文拟就人体冷冻胚胎的属性即权利归属等相关问题予以一番讨论。

二、人体冷冻胚胎与宪法规定的生命权

（一）人体冷冻胚胎所蕴含的潜在生命

生命是一个“人”从事一切活动的基础，何为生命？生命是一种肉体的存在形式，是“生物体所具有的活动能力[54]”，生命是生物的组成部分，是生物具有的生存发展性质和能力，是生物的生长、繁殖、代谢、应激、进化、运动、行为表现出来的生存发展意识，是人类通过认识实践活动从生物中发现、界定、彰显、抽取出来的具体事物和抽象事物，这是生命的哲学定义。而在生物学上，生命的定义表现为，生命是生物体所表现出来的自身繁殖、生长发育、新陈代谢、遗传

[54] 引自中国社会科学院语言研究所著：《现代汉语词典》（修订本），商务印书馆 1996 年版，第 1128 页。

变异以及对刺激产生反应等复合现象。无论从哲学上看，还是从现代生物学上看，它都包含着生物体的自身繁殖、生长和发育。

那么，人体冷冻胚胎是否具有生命呢？此时我们就不可一概而论，生命的定义是很难的，有学者专门对生命的定义进行过深入研究，发现生命的定义方式至少有三大种[55]，而最新的信息定义法认为生物体中的核酸作为遗传信息的载体，这种遗传信息可以使得性状与亲代保持一致，虽然它没有直接从亲代获取性状而只是获得了控制发育的信号而已，但是这种暗含的遗传信息代表着生命的可能，似乎就是一种“熟睡中的婴儿”。

现今，各国对胚胎的生命权利的解释立法也不尽相同，澳大利亚认为，生命权利的解释并不适应于胚胎，相反在德国，人类胚胎被认为应与人享有同样的尊严，英国已通过相关法律，允许科学家利用胚胎进行研究，但比利时尚未解禁，德国虽然禁止从胚胎提取干细胞，但根据 2001 年 5 月份国会通过的法律，研究人员可以进口人的胚胎细胞进行研究；加拿大已通过法律，明确支持科学家可以对人类胚胎进行研究；根据法律，美国政府不能资助破坏和遗弃胚胎的研究[56]。所以，各国不尽相同的立法规定都凸显在胚胎生命这块的复杂性。

虽然我们对人体冷冻胚胎的定性很难达成一致意见，但是我们都不会否认它所蕴含着供体双方遗传信息这一事实，而运用现代生物科学上的信息定义法，人体冷冻胚胎实际上是可以被认为是生命的开始！

（二）人体冷冻胚胎应当拥有生命期待权

既然我们可以认为人体冷冻胚胎具有生命的特征，那么我们可以推导出人体冷冻胚胎拥有生命权吗，虽然我国宪法没有明文规定公民的生命权，但事实上很多学者认为宪法已经隐含的包含生命权，如果我们要弄清楚人体冷冻胚胎究竟可否拥有生命权，那我们首先就应弄明白享有生命权主体的准确定义。

同样是生命权，也有宪法和民法之分，规定在民法中属于私权利，规定在宪法中则是公权利[57]，我国《民法通则》第 98 条规定“公民享有生存和健康的权利”，我国《宪法》第 33 条第 3 款规定“国家尊重和保障人权”，显然从文义解释上看，享有生命权的主体至少是个“人”，并且只能是自然人，法人不能成为生命权的主体[58]，而恰恰人体冷冻胚胎的法律属性在法律上并没有得到明确，即使是从主体说角度出发，人体冷冻胚胎也仅仅是法律拟制的人，“它”并没有一个作为人最重要的“独立思维”，况且支持主体说的学者为数并不多，如果视其为特殊存在，笔者认为，

[55] 参见李建会著：《生命是什么？》，载《自然辩证法研究》，2003 年 4 月第 4 期，第 86 页至 91 页，其中指出以下几种定义方法：“实体定义法下的大分子说和细胞同一说、功能定义法下的集合定义与自创生说以及灵活适应说、信息定义法等。”

[56] 参见刘越泽、卢祖洵著：《干细胞研究进展及相关伦理学问题思考》，载《中华医院管理杂志》2004 年 1 月第 1 期，第 61 页。

[57] 引自上官丕亮著：《论宪法上的生命权》，载《当代法学》，2007 年 1 月第 1 期，第 62 页。

[58] 引自韩大元著：《生命权的宪法逻辑》，译林出版社 2012 年 5 月版，第 17 页。

应当赋予“它”类似民法上的可期待利益，也即给予人体冷冻胚胎一种“生命期待权”。

为什么要赋予人体冷冻胚胎这种“生命期待权”呢，笔者出于以下考虑：首先人体冷冻胚胎的法律属性在没有得到法律明确之前，我们应当遵从“最有利于”原则，宁可给予足够充分的权利保障，也不应该随意去克减或者剥夺。其次，有学者在讨论道德权利和权利伦理时指出：“道德权利一般表述为人类行为在道德上有效力的要求，道德权利是由‘人的价值’所决定的，这种‘人的价值’表明的是一种对人性的尊重，对生命的敬畏[59]”。在此笔者认为，生命期待权就可以被视为一种道德权利，可以更好的凸显法律对于潜在生命的尊重。再其次，许多学者在书中都谈到了生命权的新概念，“活着”已不仅仅是唯一的象征，“像人一样的活着[60]”显得越来越重要，而人体冷冻胚胎不是自然人，但是“它”应当享有这种成为自然人，从而可以“像人一样活着”的这种“生命期待权”。所以，赋予人体冷冻胚胎这种“生命期待权”并不无道理。

（三）随意处置人体冷冻胚胎是对潜在生命的不尊重

对生命的关注和权利的尊重贯穿了生命伦理学发展的始终，传统医学伦理强调人的义务、德性，而现代生命伦理则强调个体的权利，以维护人的生命权和尊严为首要目的[61]。如果我们一味地追求处理结果的最易化，那实质上是一种对生命的严重不尊重，随意处置人体冷冻胚胎就如同随意放弃生命一样，甚至比这个更加可恶，因为前者是自己，而后者是对他者！所以对人体冷冻胚胎尊重的最重要体现在于对“它”的处置上应当十分谨慎，而非随意处置！

三、人体冷冻胚胎与生命伦理

（一）人体冷冻胚胎的定性应当考虑生命伦理

关于对人体冷冻胚胎进行定性是一个法律问题，但是人体冷冻胚胎本身却是一个生命伦理的产物，法律是以国家制定和认可的并由国家强制力保证实施的行为规范，而生命伦理则是基于对生命的价值取向和原则的规范[62]，如果我们从社会的起源来看，伦理制度肯定是早于法律制度，从内容上看，法律的很多规范性内容也是来源于伦理，所以笔者认为相比法律规范，伦理规范的层次恐怕要更高一些，在此基础之上，伦理规范应当要指导并影响法律规范，而人体冷冻胚胎本身是潜在生命的蕴含体，关于它的定性不得不考虑生命伦理，很重要一个原因就在于生命伦理要求我们应当敬畏生命，诺贝尔和平奖获得者阿尔贝特.施韦泽说过：“有思想的人体验到必须像敬畏自己的生命意志一样敬畏所有的生命意志”对他来说，善是保存生命，促进生命，使可发展的生命实现其最高价值，恶则是毁灭生命，伤害生命，压制生命的发展，这是思想必然的、绝对的

[59] 引自肖健著：《生命伦理：认真对待权利》，载《科学技术与辨证法》，2005 年 10 月第 22 卷第 5 期，第 14 页。
[60] 具体清参阅郑贤君著：《基本权利研究》，中国民主法治出版社，2007 年 2 月，第 396 页至 413 页。
[61] 参见录改著：《生命伦理视野下的生命权》，载《中国医学伦理学》，2012 年 8 月第 4 期，第 418 页。
[62] 参见刘华著：《法律与伦理的关系新论》，载《政治与法律》，2002 年第 1 期，第 4 页。

伦理原则[63]。在对待人体冷冻胚胎的问题上，生命伦理始终环绕其中，如果抛弃生命伦理大谈特谈法律，则会失去其生命基础。

（二）人体冷冻胚胎的权利归属应当考虑生命伦理

血缘关系是一种社会化的血缘关系，被赋予了社会调控的使命，它不同于一般的民事权利，因为它无法上升为权利，否则由于其特殊性，会破坏整个法律的权利体系乃至有关的权利理论，它也不同于血缘利益，因为冷冻胚胎供体的近亲属单纯的精神上的痛苦与传宗接代的需求谈不上利益的问题，它实际上是一种紧密的身份关系，这种关系作为独立于权利义务的另一种法律关系而存在，折射出的是一种法益资源，而这种法益却又不是血缘利益，而是一种社会利益，所以，基于它的补救不是对权利的补救，而是法律出于社会目的，对这种关系意外断裂的补救[64]。人体冷冻胚胎权属问题凸显一种基于身份关系的血缘继承问题，最密切联系者往往是这些人体冷冻胚胎的血缘关系者，生命伦理的存在要求他们去关心这些人体冷冻胚胎的命运着实无可厚非，所以，尤其对于那些无主人体冷冻胚胎的权利归属和处置上，必须要充分考虑到生命伦理下的血缘情结。

（三）生命伦理需要法律对人体冷冻胚胎相关问题做出具体规定

有学者认为，伦理包括了社会生活的全部过程，是一种包含道德和法，同时又高于道德和法的社会现象，而生命伦理是以善与恶、美与丑、荣与辱等评价方式来调节人的生命活动尤其是生命科技活动的一种社会规范[65]。如果法律不对人体冷冻胚胎相关问题作出具体规定，则很难正常维系这种生命伦理，所以，生命伦理需要法律对人体冷冻胚胎相关问题做出具体规定。

四、人体冷冻胚胎法律地位的明确

（一）主体说

按照我国相关法律规定，在医疗事故中，如果他人故意或重大过失造成怀孕不满 8 周的胚胎死亡的，最多构成 4 级医疗事故，在非医疗事故中，最多认定为重伤，由此可见，法律对胚胎的生命属性并没有过多的强调，那么将胚胎视为人似乎并不恰当，在无法确定胚胎享有生命权时，有学者指出将其视为一种特殊的人体器官、人体组织或特殊二人共同产生的人体产物似乎更为恰当[66]。

美国个别州则是将人体冷冻胚胎作为“拟制人”，新墨西哥州就对冷冻胚胎进行了特殊的保

63 转引自陆树程著：《论敬畏生命与生命伦理共同体》，载《道德与文明》，2009 年第 1 期，第 23 页，原载于[法]阿尔贝特·施韦泽著：《对生命的敬畏——阿尔贝特.施韦泽自述》，陈泽环译，上海世纪出版集团、上海人民出版社 2007 年版，第 128 页至 129 页。

64 参见翟滨著：《生命权内容和地位之检讨》，载《法学》，2003 年第 3 期，第 54 页。

65 参见刘长秋著：《生命伦理法律化研究》，载《浙江学刊》，2008 年第 3 期，第 142 页。

66 参见仲玮、张雪静著：《“宜兴胚胎案”对我国胚胎收养捐赠的探讨》，载《商界论坛》，2014 年，第 213 页。

护，路易斯安那州明确宣布胚胎为“生物学意义上的自然人，其并不是生育的中间媒介，也不是医生的财产[67]。”

因此，支持主体说的学者认为，人类胚胎不仅不能用民法物的标准衡量，而且也不仅仅是一个人的器官，而是男女两个人精子与卵子结合产生的生命体，该学说将冷冻胚胎定义为“有限的人”，他们反对毁弃或研究胚胎，认为胚胎只能被植入或者捐赠。民法物的使用价值具有消费性，胚胎不能用于消费，也不具有民法物能满足人们某种需要的使用价值[68]。更有学者指出，作为一种更加接近人而非物的人格体，涉及胚胎的法律调整应当在利益衡量的基础上立足于人格权法的角度来进行[69]，笔者认为，虽然主体说亦或人格体说的观点对于生命的尊重及其法律适用存在生命伦理上的支撑，但是将尚未移入母体子宫孕育的冷冻胚胎视为生命亦或人格承载体，可能存在矫枉过正的理论疑问。事实上，我国法律对于胎儿预留份额这一继承权的规定也隐约透漏着这样的解释，即只有当受精胚胎在母体孕育的过程中才能被视为生命体，从而享有继承权[70]。

（二）客体说

何为客体？客体是相对于权利主体而存在的，是民事法律关系主体权利义务所指向的对象。一般意义上，权利主体主要是自然人、法人和其他社会组织，客体一般为物、行为、人格、智力成果等，那么什么是物？大陆法系国家所继受的罗马法发展至今对物的定义发展为广义概念和狭义概念之分，广义上的物主要包括有体物、财产权利和无形财产。狭义的物仅指有体物[71]。有学者认为将冷冻胚胎的法律属性归结为伦理物或者人格物更为恰当，他们认为人体器官或组织一旦脱离人体后就不再具有人格载体的属性，而是一种具有人格属性的伦理物[72]。

有学者在文章中指出，法律上之物需具备三个条件[73]，一是人体之外，冷冻胚胎独立于人体之外；二是人为控制，冷冻胚胎存于医院或者辅助生殖机构的控制之下；三是为其所有人带来一定利益，所以有学者称之为体源财产（Excorporeal Property）[74]，这样看来，似乎人体冷冻胚胎完全符合法律上之物的定义。

还有学者认为，人体冷冻胚胎不具有民事主体资格，各国法律一般都规定，自然人的权利能力始于出生，终于死亡。出生是指胎儿同母体分离而独立存在，不问生存时间的长短和生存能力的大小，所以人体冷冻胚胎应当属于物的范畴。

---

67 参见张尚斌著、李雅男著：《人类胚胎的法律地位及胚胎立法的制度构建》，载《科技与法律》，2014 年，第 287 页。

68 引自刘士国著：《人工生殖与自然法则》，载《人民司法》，2014 年第 13 期，第 34 页。

69 参见刘长秋著：《人类辅助生殖现象的伦理判定与法律裁度》，载《人民司法》，2014 年第 14 期，第 34 页。

70 参见时永才、张圣斌著：《父母对子女遗留冷冻胚胎享有监管处置权》，载《人民司法》2014 年第 22 期，第 34 页。

71 参见梁慧星著：《中国民法典草案建议稿附理由-总则篇》，法律出版社，2013 年，第 192 页。

72 参见杨立新著：《冷冻胚胎是具有人格属性的伦理物》，载《检查日报》，2014 年 7 月，第 19 页。

73 参见程永波著：《冷冻胚胎法律地位探析》，载《法制博览》，2015 年 2 月，第 17 页。

74 参见浦纯钰著：《论冷冻胚胎的法律属性及保护——围绕宜兴失独老人胚胎争夺案展开》，载《中华女子学院学报》，2014 年 12 月第 6 期，第 15 页。

（三）特殊客体说

学界关于人和物的二分法早已饱受诟病，因为随着社会的进步发展，越来越多的特殊物种随之出现，简单的人物二分法显然已经不能满足法律对其的准确定位。

冷冻胚胎不同于人，因为它还没有生命，同时它也不同于物，因为它有发育成为人的可能。就拿我国首例冷冻胚胎继承案来说，在判决中，宜兴法院认为，冷冻胚胎虽然具有物的属性，但它不是一般的物，其本身是蕴含未来生命特征的特殊物质，有未来生物的基因、遗传代码等等，所以不能像一般物一样任意转让或作为遗产继承。

北京大学法学院教授、中国法学会婚姻家庭法学研究会副会长马忆南认为，虽然继承法上没有明确规定，但就冷冻胚胎本身的性质，按照继承法的精神，它不符合遗产的法律属性。所以不能把人体冷冻胚胎简单的视为一种物。

有学者还从法理学的角度来分析，认为对冷冻胚胎法律属性的界定需要考虑两个方面的问题，一方面是医学或者生命科学意义上的认知，另一方面是社会文化因素。吉林大学法学院副教授侯学宾分析认为，从医学上来看，胚胎是生命诞生的初始阶段，卵子在受精后的两周内称之为孕卵或者受精卵，受精后的第 3 至 8 周成为胚胎，然后逐步地发展成胎儿。几千年来，这个过程只能在人体内实现，但是科技的发展使得这个过程可以在人体外实现，也就形成现在的冷冻胚胎。侯学斌指出，在我国，对自然孕育过程中的胚胎性质并没有太大的争议，但在我国首例冷冻胚胎继承案中，核心问题在于胚胎脱离了人体而独立存在，如果认为胚胎并不是法律意义上的人，那么它是不是夫妻双方的财产？显然胚胎具有成长为一个生命体的性质决定了它不可能是普通的物或者是财产。

美国法院曾美其名曰为“过渡物种”，所以，宜兴法院称之为具有未来生命特征的特殊之物具有一定的道理。从另外一个角度来看，冷冻胚胎法律属性的界定还要考虑到社会文化因素。侯学斌教授分析说，有人认为人的生命起源于卵子与精子的结合，所以任何堕胎行为都是对生命的杀害，但是我国对生命起点有独特的认知，对堕胎持较为宽容的态度。尽管我国继承法中将胎儿拟制为特定情况下的继承主体，但是堕胎并不被认为是在扼杀生命，从法律的角度并不会对堕胎者追求法律责任。所以在我国，将胚胎界定为法律上的人并不具有社会文化基础。

种种讨论看来，依据此种学说，人体冷冻胚胎应当是一种特殊物。

（四）特殊存在说

1.何为特殊存在

《德国民法典》第 90a 条规定：“动物不是物，它们由特别法加以保护。除另有其他规定外，对动物准用有关物的规定”。我国法律同样也将动物视为特殊物，目的就是为了限制人们随意虐待动物、甚至残忍地处置动物。但是特殊物终究其本源还是一种物，而人体冷冻胚胎被界定为特殊物似乎也并没有什么不妥，笔者认为，换一个称呼似乎更妥，人体冷冻胚胎毕竟不同于动物，

既然它的属性难以界定，不如称其为特殊存在，但是在具体的操作中，可以比照特殊物进行，似乎这样更能凸显对潜在生命的尊重。

2.将人体冷冻胚胎归结为特殊存在具有可行性

针对胚胎属性的界定问题，我国学者中支持主体说和客体说的很少，因为主体说过于强调冷冻胚胎的“人”的属性，不仅会限制处置胚胎的方式，也会阻碍科学研究的开展，难以应对人类社会的长远发展。而客体说在客观上会导致胚胎的商品化，此与尊重人类作为价值主体的主流价值观相背离[75]。

梁慧星起草的民法典草案中规定：自然人的器官、血液、骨骼、组织、精子、卵子等，以不违背公共秩序和善良风俗为限，可以成为民事权利客体[76]。在特定条件下，自然人本身的器官也可以成为物[77]。人体的器官、组织在同人体连接时，享有自然人的人格利益，但是一旦同机体分离就不得不作为权利客体来存在。胚胎有成为人的潜能，具有潜在的生命特征，包含供体双方基因，具有较强的人格利益，但有时出于对母体和社会利益的考虑，胚胎没有完全的生存权。所以一种特殊的潜在生命体被视为一种特殊存在充分平衡了客体说及主体说存在的弊端，虽然比较折中，但确实是最恰当的选择。

之前在论述胚胎发育过程时有提及第 14 天很重要，因为那一天起，胚胎分裂中枢神经细胞，而神经细胞是一个人拥有思维的必备前提，所以 14 天是个零界点，不满 14 天的胚胎视为物，大部分国家和地区都没有异议，而 14 天之后，胚胎的属性问题上分歧就很大，笔者认为，如采用这种学说，就既不能将冷冻胚胎定义为纯粹的物，也不能定义为人，而是一种介于人和物之间的特殊存在，而这种特殊存在既不能适用人格权法的规定，也不能适用物的民法规定。虽然主体说的主张是为了更好的保护冷冻胚胎，但是由于超越了一般人的实际认知能力，实际上未必能更好的实现对于冷冻胚胎的保护[78]，同时，若直接将体外受精胚胎定义为人，那么我国现有的卫生部的相关规章即为恶法，丢弃或用于科研都会涉嫌故意杀人或故意伤害等罪，相应的民法、继承法、刑法等均应做出较大的变动[79]。

也有学者引用《最高人民法院关于民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第四条的规定：“具有人格象征意义的特定纪念物品，因侵权行为而永久性灭失或者毁损，物品所有人以侵权为由，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。”以此来论证人体冷冻胚胎所蕴含的的特殊血缘关系，冷冻胚胎作为潜在的生命特征，包含供体的双方基因，是具有生

[75] 参见郑梅清著：《冷冻胚胎相关法律问题研究——以全国首例冷冻胚胎权属纠纷案为例》，载《法制博览》，2015 年 1 月，第 15 页。

[76] 参见梁慧星著：《中国民法典草案建议稿附理由-总则篇》，法律出版社 2013 年版。

[77] 参见徐国栋著：《绿色民法典草案》，北京科学文献出版社 2004 年 8 月版。

[78] “在古罗马，生物人是否为法律上的人需要法律判断，只有具有人格的生物人才是法律上的人，故是否为法律上的人是一个法律判断问题，而在现代社会，任何生物人都是法律上的人，所以判断是否为人就成了一个事实判断的问题。”具体请参见程永波著：《冷冻胚胎法律地位探析》，载《法制博览》，2015 年 2 月，第 17 页。

[79] 参见郑梅清著：《冷冻胚胎相关法律问题研究——以全国首例冷冻胚胎权属纠纷案为例》，载《法制博览》，2015 年 1 月，第 16 页。

命伦理上的特征，具有较强的人格意义[80]。因此，将人体冷冻胚胎归结为一种特殊存在具有较强的可行性。

五、无主冷冻胚胎的权利归属和将来去向

（一）无主冷冻胚胎的定义

实施 IVF 并同意冷冻储存胚胎的夫妇一般都会签署关于冷冻胚胎未来处置的知情同意书。但是不能排除那些没有签署任何相关文件的情况的存在，有些是辅助生殖机构无法联系到他们本人来获知其对冷冻胚胎的进一步处置，而另外一些情况则是夫妻双方都已过世，根本就没有获知他们意愿的可能，如此之下，这些冷冻存贮的胚胎就成了所谓的“无主冷冻胚胎”。

在国外，关于无主冷冻胚胎的确定有法可依，比如，在 2013 年 6 月，美国生殖医院协会（Society for Reproductive Medicine）伦理委员会颁布了无主胚胎处理意见指南[81]，指南中指出，“无主冷冻胚胎”分为两种：一种是胚胎的父母已经明确告知辅助生殖机构他们无意愿再对这些胚胎进行解冻移植，因此授权辅助生殖机构对这些胚胎进行处理。而另外一种则是胚胎的父母未辅助生殖机构签署任何关于现有冻存胚胎进一步处理的书面意见，在辅助生殖机构竭尽全力也无法和胚胎父母取得联系达 5 年后，这些胚胎可以被视为“无主胚胎”，笔者认为，对于后一种情况应当包括辅助生殖机构得知胚胎父母双双死亡的事实后，而不受这 5 年的限制。

（二）无主冷冻胚胎的现状

也许有人会存在这样的疑问，真的有必要对这些“无主胚胎”进行立法规制吗？根据数据显示，1996 年，英国人类受精与胚胎管理局的统计数据中，52000 个人体冷冻胚胎大约有 5%～7%为“无主胚胎”[82]。由此可见，无主冷冻胚胎的数量极其庞大，从经济学的角度考量，需要医院和相关辅助生殖机构花费大量的金钱、时间和空间去储存，但是资源总是有限的，无期限的存储总不是最佳的办法，此时这些无主冷冻胚胎的正确处理就显得格外重要。

（三）无主冷冻胚胎的处理方式

无主冷冻胚胎究竟有哪些处理方式呢？现代哲学之父笛卡尔认为，是否存在意识是道德身份的判断依据。任何没有意识的事物都仅仅是机械物理上的“东西”，不能称之为伦理层面上的主体，而人类冷冻胚胎尚不存在人的意识，只能是“物”，不具有人的道德身份，所以冷冻胚胎可以

[80] 参见安远著：《浅析冷冻胚胎法律属性》，载《法制与社会》，2014 年 11 月，第 273 页。

[81] 转引自杨坤、张云山著：《“无主胚胎”的处理方式及其伦理争议》，载《医学与哲学》2014 年 10 月第 10A 期，第 30 页。原载于 Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine.Disposition of abandoned embryos：a committee opinion[J].Fertil Steril,2013,99(7)：1848—1849.

[82] 转引自杨坤、张云山著：《“无主胚胎”的处理方式及其伦理争议》，载《医学与哲学》2014 年 10 月第 10A 期，第 30 页。原载于 Grahm J.Fertility clinics face a touch call[M].Chicago：Chicaga Tribune, 2004.

进行无期限的保存，也可以通过医学方法毁灭处理。而生态中心主义者认为，即使是动植物也具有内在的价值，人类冷冻胚胎具有目的性和主体性，更具内在价值，外在力量不应将其破坏，对冷冻胚胎进行毁灭、科研等处置都不可取。对“无主胚胎”的处置方式笔者总结为五种：毁灭、用于科学研究、代孕、无限期冻存和收养捐赠。但实际上在具体的实施上也是问题重重：

1.毁灭无主胚胎

医疗机构或者辅助生殖机构真的有权去毁灭胚胎吗？显然，在没有知情同意书的情况下，医疗机构是没有权利去毁灭胚胎的，但问题是，如果当初没有签订知情同意书，或与冷冻胚胎处置的相关文件下，那这些冷冻胚胎又该怎么处理呢，毕竟不能一直占用着医院的资源呀。

2.用于科学研究

正如前文所述，对于人体冷冻胚胎究竟可否用于科学研究，很多国家都持谨慎态度，即使是在允许进行科学研究的国家，也有严格的限制，而我国对此并没有表态。

3.代孕

近几年来，代孕行业高度发展，但是也因为涉及道德、医学以及法律等多方面内容而饱受争议。我国卫生部于 2013 年 3 月 12 日回应社会关于“借腹生子”问题时称，代孕会带来诸多严重的法律、伦理和社会问题，扰乱社会伦理秩序，可能给代孕母亲和孩子带来身体和心理的伤害。所以国家禁止实施任何形式的代孕技术，代孕在我国是一种违法行为，那么当供体双方都已经去世，即使冷冻胚胎没有销毁，而是由最密切联系人继承取得，那么要想让这个“潜在的生命”真正的成为一个人，除了代孕和收养捐赠似乎并没有其他更好的方法了，收养捐赠制度我国至今还未建立，代孕又是违法的，所以这免又成为一个难题。

4.无期限冻存

即使未按期续费的“无主胚胎”，鉴于冷冻胚胎的特殊地位，医疗机构极少对冷冻胚胎进行销毁或者其他处理，仍会继续保存。但是这需要耗费辅助生殖机构大量的人力、物力和财力，同时需要处理大量的信息资料，压力也着实不小。

5.收养捐赠

胚胎捐赠在医学上叫做“异源胚胎移植”，美国佐治亚州在 09 年 5 月通过的《收养选择法》首次认定胚胎收养也是一种组建家庭、让渡和设立侵权的方式，胚胎收养制度是一种经胚胎合法管理人将剩余胚胎赠与另外一对不孕夫妇后，则对该胚胎及后可能孕育的儿童的全部权利义务一并让渡收养人的制度。

可以看出，胚胎收养制度源自美国，相比代孕是一种更加人性和合理的方法，这项制度允许经提供人同意，胚胎可以被领养，然后由领养人怀孕生产，这种方法不仅更加合乎道德，更体现了对潜在生命的尊重，而且具有具有传统收养方式所不具有的某些优点，比如成本低，更利于建立亲子关系等等。

但是在我国，出于捐赠胚胎的“社会学母亲”、“生物学母亲”和未来孩子的关系等问题未得到妥善处理，我国 2003 年颁布的《人类辅助生殖技术规范》、《人类辅助生殖技术和人类精子库

伦理原则》和《人类辅助生殖技术管理办法》明确规定:“禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎”以及“禁止胚胎的捐赠”。

（四）具体操作

关于人体冷冻胚胎问题，有学者指出，本质问题不在于冷冻胚胎本身的归属问题，而在于冷冻胚胎权利归属确权之后的实际使用问题[83]。而冷冻胚胎被取出后唯一能够使其成活的方式就是代孕。

以当前的科技能力，无法达到不通过人体的孕育而让胚胎发育成独立的个体，所以只能借助代孕制度。但是我国法律禁止代孕，所以在冷冻胚胎所有者死亡的情况下，冷冻胚胎未来的命运只能是被抛弃销毁。那么双方父母是否有权行使自己儿女遗留下的冷冻胚胎的处置权呢？

学者马忆南指出，生育权是一种人格权，提供胚胎的这对夫妻已经死亡，那么这个生育权主体就不存在了，其他人对这个胚胎都没有生育权，包括这对夫妻父母在内的任何人都没有权利决定这对胚胎将来是否要用来孕育生命。马忆南同时强调，如果允许这类胚胎孕育生命，那么，这类孩子一出生就是无父无母的孩子，从子女利益最大化的角度来看，也不利于对生命的保护。冷冻胚胎虽然是前沿科技，但其有可能涉及子女身份的认定、财产继承、侵权损害赔偿等诸多问题，既关乎法律制度，又关乎伦理道德。

也有学者认为，关于冷冻胚胎的处理，法律赋予不行使生育权利的一方的利益应优于行使生育权一方的利益，且应允许不行使生育权利一方改变已经达成的合意[84]。

在人体冷冻胚胎监管权、处置权归属问题上，我们应当充分考虑胚胎处置权利的特殊性，结合伦理、情感、特殊利益保护等因素，在不违背禁止性规定的前提下，做出切合法理精神的规定。

其实只有当 IVF 治疗结束后再签署剩余冷冻胚胎处置意见知情同意书或许才会最有意义[85]，笔者认为，冷冻胚胎的最终处置权，首先应当尊重当事人生前的意思表示，如果是供体双方都已不在人世的情况下，若果死者生前没有签订知情同意书，或者知情同意书中未提及关于剩余冷冻胚胎的最终处置，美国教育协会关于生殖技术的报告认为，冷冻胚胎是供体双方的财产，而英国的沃诺克委员会明确建议，应制定立法保证对于人的冷冻胚胎不具有所有权，大多数法律改革委员会建议，供体双方应当拥有对于剩余胚胎的共同处置权，在夫妇都死亡或者存储到超出常规生殖生命期等情况下，医生、人体冷冻胚胎存储机构对该胚胎才享有最终处置权[86]。所以，以中国首例冷冻胚胎继承案为例，应当将剩余冷冻胚胎的最终处置权交给其双方父母，毕竟是唯一的血脉，应当充分考虑生命伦理和一个家族的情感。（见表 1）

---

83 参见张圣斌、范莉、庄绪龙著:《人体冷冻胚胎监管、处置权归属的认识》，载《法律适用》，2014 年第 11 期，第 47 页。

84 参见孙良国著:《夫妻间冷冻胚胎处理难题的法律解决》，载《国家检察官学院学报》，2015 年第一期，第 110 页。

85 有学者发现，很多患者在辅助生殖机构真正处理冷冻胚胎之前改变了主意。

86 参见吕国强著:《试管婴儿的法律问题探》，载《法学》，1992 年第 4 期，第 32 页。

表 1

案情	南京市民李华夫妇儿子、儿媳遇车祸双亡，生前没有生育，但曾在南京市鼓楼医院做过试管婴儿，并留下了 4 枚冷冻胚胎，这也成了和亲家心中的唯一希望。两对失独老人都想拿到冷冻胚胎，延续“香火”，在纠纷无法调解的情况下，李华把亲家告了，并追加拒绝交出胚胎的医院为第三人，要求法院将冷冻胚胎的继承和处置权判给自己。 2014 年 5 月 15 日，全国首例试管婴儿冷冻胚胎继承纠纷案在宜兴法院开庭审理。 在打官司之前，双方老人都通过各种途径联系医院，想讨要这些冷冻胚胎，并曾流露出找人代孕的想法，甚至还曾表露过想让胚胎的祖母或外祖母实施代孕的意愿。由于代孕行为是法律明令禁止的，医院表示不可能把冷冻受精胚胎给原告，帮助其实施代孕。 医院方表示，关于这些冷冻胚胎的处置，李俊夫妇生前已签署协议，同意将过期胚胎丢弃[87]。而胚胎被取出后，唯一能使其存活的方式只能是代孕，但该行为又是违法的，而且原被告双方也无权行使死者的生育权，所以这些冷冻胚胎不应由原告所有和处置。 李华表示，这些冷冻胚胎就是儿子、儿媳生命的延续，不管多少年，他们都愿意保存下去。如果今后法律在代孕问题上有所松绑，这些冷冻胚胎就是他们真正的希望了。 2014 年 5 月 5 日下午，无锡宜兴法院对此案做出一审判决：冷冻胚胎不属于遗产范畴，对于原告提出的应由其监管处置冷冻胚胎的诉求，不予支持。听到这个判决，李华表示考虑上诉。 鼓楼医院的医生表示，李俊夫妇的冷冻胚胎早已“欠费”，但考虑到此事的特殊性，院方还将继续保存，即使要销毁，也

[87] 2012 年 9 月 3 日，沈杰、刘曦签订《配子、胚胎去向知情同意书》，载明刘曦与沈杰在鼓楼医院生殖医学中心实施了试管手术，获卵 15 枚，移植 0 枚，冷冻 4 枚，继续观察 6 枚胚胎。对于剩余配子、胚胎，刘曦与沈杰同意丢弃，对于继续观察的胚胎，如果发展为胚囊，刘曦与沈杰同意囊胚冷冻，同日，他俩签订《胚胎和囊胚冷冻、解冻及移植知情同意书》，鼓楼医院在该同意书中明确，胚胎不能无期限保存，目前该中心冷冻保存期为 1 年，首次费用为 3 个月，如需继续冷冻，需补交费用，逾期不予保存。如果超过保存期，刘曦与沈杰选择同意将胚胎丢弃。

	会事先征询对方的意见。如果对方老人有长期保存这些冷冻胚胎的愿望，他们愿提供帮助。 但是在 2014 年 9 月 17 日，中国首例冷冻胚胎继承权纠纷案在无锡中院二审落槌，法院最终支持双方老人共同处置 4 枚冷冻胚胎。
判决理由	法官表示，这些冷冻受精胚胎具有发展成为生命的可能，不能像一般物品一样任意转让或继承，所以不能成为继承标的。同时，夫妻双方对其权利的行使应受到限制，必须符合我国人口和计划生育法律法规，不违背社会伦理和道德，且必须以生育为目的，不能捐赠、买卖等。李俊夫妇均已身亡，生育目的无法实现，所以他们对胚胎所享有的受限制的权利不能被继承。但是出于老人对“血脉”的苦苦思求，以及考虑到冷冻胚胎是介于人和物之间的过渡存在，应受到尊重和保护，最终支持与胚胎有最密切利益联系的双方老人有权共同处置 4 枚冷冻胚胎。
判决结果	二审法院判决支持双方老人有权共同处置 4 枚冷冻胚胎。
外界评论	对于原被告双方都要求获取李俊夫妇的冷冻胚胎，鼓楼医院代理律师表示，关于冷冻胚胎的属性，一直有主体说（把胚胎看做法律上的人）、客体说（把胚胎看做不同权利的客体）以及中介说，我国《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类辅助生殖技术规范》已明确作出了中介说的选择，即冷冻胚胎既不属于人也不属于物。而《人类辅助生殖技术管理办法》中明确表示“禁止以任何形式买卖胚胎”，从根本上否定了冷冻胚胎的财产属性，因此，本案中冷冻胚胎不能作为遗产继承。 原告李家的代理律师表示，在王利明教授主编的 《中华人民共和国民法典草案》中，有明确规定：“自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等，以不违背公共秩序与善良风俗为限，可以作为物。”而在梁慧星教授的《中国民法典草案建议稿》中也规定：“自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等，以不违背公共秩序与善良风俗为限，可以成为民事权利的客体。”因此，李俊夫妇的冷冻胚胎，应该作为遗产被李华夫妇继承。

	对此，医院方律师表示，对方所举的例子，都只对精子或卵子的属性等进行了规定，而受精胚胎并不是同一回事，所以并不适用。 杨立新教授则认为本案终审判决不仅确认了四位失独老人对其各自子女经过人工匹配取得，含有血缘传承的 DNA 等遗传物质和两个家族遗传信息的冷冻胚胎，具有生命伦理上的密切关联性，是双方家族血缘传承的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益，因而享有私法上的权利；同时还确认政府卫生行政管理部门关于胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕的规定，是对医疗机构和医务人员在从事人工生殖辅助技术上的管理性规定，不具有强制性法律、法规的效力，不能对抗当事人基于私法所享有的正当权利，因而确认四位失独老人对争议的人体胚胎享有民事权利，保存该人体胚胎的医院必须尊重当事人的私法权利，没有理由拒绝当事人正当的权利请求。

六、对我国人体冷冻胚胎立法规制的展望

由于我国对人体冷冻胚胎的法律性质的界定并未明确，所以现实中，司法机关裁判的依据相当薄弱，正是如此，司法机关不能因为没有明确的裁判依据而拒绝裁判，更不能以现今制度不健全、法律没有规定而剥夺当事人的诉讼权利，相反，应当法的生命伦理学，成就法律之“真、善、美”[88]。

因此，笔者建议，胚胎立法应上升至“法律”层次。胚胎立法工作在我国已经开展，但是立法层面较低，2001 年原卫生部颁布的两个“管理办法”，从法律层面上说仅仅属于“规章”的范畴，仅适用于卫生部下属的医疗机构、科研院所等单位及其医疗工作人员，一旦与《物权法》等法律相冲突，只能以“法律”为准[89]。所以法律位阶的问题不应当成为阻碍人体冷冻胚胎享有“生命期待权”的最大阻碍！

[88] 其中的真要求法律的制定符合社会的发展，在此笔者认为对人体冷冻胚胎的法律规制也当充分可结合医学的发展，同时法律之上要求法律的制定要得到普遍尊崇，笔者认为这一前提就要考虑生命伦理以及传统的传宗接代的血缘观。具体请参见石文龙著：《法伦理学》，中国法制出版社出版 2006 年 9 月版，第 103 页至第 113 页。

[89] 参见杨文怡、徐青松著：《冷冻胚胎真的可以继承吗？》，载《卫生与法》，2014 年第 11 期，第 62 页。

（一）建立并完善收养捐赠制度

目前我国只有人体器官移植的相关规定，还并未有胚胎收养捐赠制度，只有《人类辅助生殖技术管理办法》和《卫生部人工辅助生育技术规范》两部规范性文件对禁止买卖胚胎作出了原则规定，但随着医学生殖技术的不断提高，以及我国不孕不育患者数量的激增，传统的精子卵子捐赠依然无法满足广大患者的需要，故建立胚胎收养捐赠制度非常有必要。

有学者认为，在无法确定胚胎生命权时，应当将胚胎视为一种特殊的人体器官或人体组织或者是特殊两人共同产生的人体产物，而作为一种人体器官或者组织或特殊两人共同产生的人体产物，则可以依照各地的相关器官捐赠条例等进行捐赠[90]。但这以前提需要完善的胚胎收养捐赠制度作为保障，所以建立收养捐赠制度是必须的。

另外，《实施人类辅助生殖技术的伦理原则》中同样规定了相关原则，如知情者书面同意原则、双方保密原则、禁止捐赠商业化原则、维护双方和后代利益原则等等，笔者认为都可以相应的适用到胚胎捐赠制度当中去。

（二）为通过收养捐赠诞生的后代子女的知情权提供法律保障

以德国为代表，在对待人工生殖问题上，往往采取保守主义的态度，德国对于人工生殖的立法主要分布在《胚胎保护法》、《收养中介法》以及《民法》中亲属编的规定之中。

《胚胎保护法》订立的主要目的是防止人工生殖技术被商业滥用而引发社会问题。1991 年出台的该法明确表示“生命的开始始于受精卵”，“本法禁止一切除以怀胎为目的以外之滥用人工生殖技术之方法”。但是，即使以怀胎为目的而通过卵子捐赠的方式来进行辅助生殖，也为德国的《胚胎保护法》所禁止，这主要是由于在德国的社会观念中长期延续“婚姻示父”、“分娩者恒为母亲”的罗马法观念，防止在实施相关技术的过程中出现“两个母亲”的情况。

德国联邦法院也曾根据人格权的发展，推演出：“后代有知悉其血缘的权利”。因此，即使是在异源人工受精问题上，后代也享有知情权。德国 08 年民法亲属编中第 1598a 款规定：父、母与子女中一人对于另外两人，将有请求告知生身血缘的权利，但是由于精子提供方有可能是匿名的，并且愿意切断与后代的情感联系与财产关系，因而这种知情权应当被双方所限制[91]。

知情权作为人权的一种，应当受到保护，作为异源人工受精子女，即使其并非经由传统生殖方式而出身，亦可享有作为一名自然人的基本权利，在个人意识中，知悉血统来源一个人的人格完整形成具有重要的作用，我国虽然在《收养法》中明确了被收养子女知道自己身份之权利[92]，

---

[90] 参见仲玮、张雪静著：《“宜兴胚胎案”对我国胚胎收养捐赠的探讨》，载《商界论坛》，2014 年，第 213 页。

[91] 参见张天泽、施辉娜著：《比较民法视野下“捐精”制度的社会伦理、法律规范的冲突与协调》，载《法学论丛》总第 492 期，2014 年第 8 期，第 74 页。

[92] 《中华人民共和国收养法》第二十三条：“自收养关系成立之日起，养父母与养子女之间的权利义务关系适用法律关于父母子女关系的规定；养子女与养父母的近亲属间的权利义务关系，适用法律关于子女与父母的近亲属关系的规定。养子女与生父母及其他近亲属间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除。

但对于通过体外辅助生殖技术诞生的子女没有做规定，我国宪法保障和尊重人权，非特定情况下不应该歧视对待他们，更不应该侵犯和剥夺他们的知情权。

国外经常有保密协议，那保密协议能否约定排除后代子女的知情权呢？笔者认为也是不能的，有学者从合同的相对性角度予以论证，如果宣称子女之所以不享有知情权是由于之前供精者与受精家庭之间的保密协议所产生的效力，这并不符合民法中契约相对性的原则，而这种排除他人人身权的契约效力更应当被认定为无效，相对性的核心正在于保证不参与缔结此合同的相关主体的权利自由。

因此，在建立和晚上胚胎收养捐赠制度的前提下，保障后代子女的知情权显得格外重要，而法律如何保障，笔者在此不便赘述，以期待他人深入研究。

结语

托夫勒说过这么一句话：“越来越快的医学技术发展，产生了许多令人吃惊的哲学、政治、伦理和法律问题，迫使我深刻改变目前的思维方式”，确实，生命科学的发展，医学的进步带来的不仅仅是生的希望，同样也带来了很多法律上难以解决的问题，而人体冷冻胚胎就是其一。

人体冷冻胚胎本是夫妻双方供体为下一代的诞生提供的必需“物”，但其本身却有着和其他一般物的根本不同，即潜在的生命体特征，如果不能准确的对人体冷冻胚胎的性质进行定位，则必然会引起一系列的纠纷案件，所以，从法律上对人体冷冻胚胎进行解读是必须的。本文从“人体冷冻胚胎与宪法规定的生命权”、“人体冷冻胚胎与生命伦理”两个层次分析认为人体冷冻胚胎应当区别于其他一般物进行特殊对待，根据学界关于人体冷冻胚胎法律属性的三种主流学说，综合比较，将人体冷冻胚胎视为一种特殊存在是最为符合生命伦理与法律规范的，建议我国针对无主冷冻胚胎尽早建立胚胎收养捐赠制度。文章在整个论述过程中涉及到了如何界定生命的含义？如何把握潜在的生命的价值？如何处理好法律规范与生命伦理之间的关系？如何解决无主冷冻胚胎权利归属等问题。我们必须承认，人体冷冻胚胎的相关问题十分复杂，鉴于篇幅较短，资料不够全面，学识尚浅，很多问题还需要进行深入研究！生殖技术的发展会不断推动人类生命法学的研究，关于人体冷冻胚胎的研究，期待翻开新的篇章！

Abstract: In recent years, there are more and more disputes about the frozen embryos, but legal status cannot avoid these problems about it’s legal property and legal status. The frozen embryos should be the special existence between people and common objects, it cannot be sold or transferred as ordinary objects. The ownership of frozen embryos should be the most closely related relatives , Rather than become the guinea or discards. see from the world, frozen embryos are considered as special thing

is the trend, It is not only has the constitutional legitimacy, but also have operational practice on civil law. Of course, the discussion of human embryos frozen must be consistent with the development of society, and must not violate the spirit of the law and bioethics. According to the principle of proportionality and the principle of due process, the relevant law should give a clear legal status to human frozen embryos, And also make a clear Provision on the non-ownership frozen embryos about the ownership and future , in order to ensure that there are legal basis can be accord in the future when deal with these issues related to human frozen embryos.

Key words: human frozen embryos the right of life Bioethics legal status ownership

法价值与人伦道德价值抗衡互融下的探索

——由我国首例冷冻胚胎继承权纠纷案引发的思考

程向文*

摘　要：中国首例冷冻胚胎继承权纠纷案引发法的价值与人伦道德价值的思考，在法律与人伦道德衡量中摸清价值纷争的脉络，循着纷争核心所在进一步阐述两方价值互相依赖、互相促进至相互融合共同支撑的关系；在两者对立统一下挖掘更深层次的历史性的渊源冲突，并置于现代法治体系下来观察互融演化的过程；指出互融演化过程中人伦价值往往被忽视的原因，从中得到对现实中立法、执法、守法的启示意义，并积极寻求解决方案。

关键词：价值　法律　人伦　道德　理性

一、引言

一波三折的中国首例冷冻胚胎继承权纠纷案最终在无锡市中级人民法院的二审宣判中落下了帷幕，此案涉及法律、伦理、道德、感情等方面的社会价值，引发各方的关注。法官融义于理，融情于法，最终也得出了“中国首份法情理融合的判决书”以回复法律界种种疑问，打破了重重争议。面对这四枚已“痛失父母”的冷冻胚胎，二审法官判定涉案胚胎由夫妻双方的父母共同享有监管权和处置权，而巧妙避开胚胎继承权问题在法律上的空白而引发的不必要的分歧。此案从“顺天理，存人伦，敬法律”角度出发，展现了法律与伦理融合的智慧与精妙，这一具有指导性和标志性的判决，契合了千百年来中外各方普遍认知里的法的价值与人伦道德价值方面划开的巨大银河。这里的法的价值，指的是包含自由、秩序、正义内涵的具有维持社会全局统筹性的理性化价值；这里的人伦价值，指的是人与人之间的情感、道德、品行的具有直观性切身实际性的感性化价值。

“任何自觉的活动都追求一定的价值，都受价值判断的支配，都包含着相应的道德取向。在这里只有一种价值与另一种价值的区别，没有价值的有与无的区别。不仅如此，任何自觉的活动本身都被活动者认做为对自己的‘以某种角色进行的某种自我实现’的有正价值。”[93]因而，我们不能说在法价值与道德价值在同一事件上发生冲突，就决绝地认定必须要有一种值得牺牲的价值

* 程向文：2014 级法学专业本科生。

93 刘永富著：《价值哲学的新视野》，中国社会科学出版社 2002 年版，第 173 页。

来完成事物的评判。从法的价值判断上看，此案虽凭抽象的、无具体的总则式法律明文得出结果，但不能不说这是一个合理的、符合法律精神原则、顺应民众道德良心的结果，且与法的价值本质目的即追求人的全面自由发展之义并不相悖；从道德价值判断，也符合伦理秩序及伦理关系的统筹平衡。伦理关系通常表示为可进行道德评价的社会关系类型，与“道德关系”等同，且伦理关系渗透并存在于政治关系、法律关系等一切正在运行中的具体社会关系之中，并使之拥有价值属性，成为可以进行道德评价的关系。

“人们相信，如果把这些问题看作是囊括了法学等一般价值和评价理论的组成部分的话，那么这些问题就不仅可以归到价值和评价这样的总标题下，而且能够得到更好的处理并找到更加系统的解决办法。”[94]系统的方法不仅提高了由法与道德抗衡之下的解决机制的效率，而且促进了两方价值的互融效力，使法与人伦道德更能维系，使正义更能彰显。“正义指符合一定阶级或社会基本价值目标、体现一定群体关于秩序、合理、平衡、公道等内涵并作为一种价值评价尺度的原则、观念和实践，主要可分为法律正义和道德正义两大类”[95]。循着两种正义所体现的价值精神，本文将通过由本案引发的价值纷争的思考，比较两者冲突较量中凸显的差异性，以及引申在主流社会观与理性人主导下相互转化统一的同一性，进而阐发现代社会中人伦道德精神的价值焕发的曙光和司法裁判衡量的人性化特征，最后反思两者关系提出立法实践方面的意义和拙见。

二、胚胎继承问题疑难聚焦与价值纷争所在

本案根据《民法通则》第五、六、七条的规定，公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，扰乱社会经济秩序。结合《继承法》第三条认为涉案的冷冻胚胎属于“公民的其他合法财产”，因而判决 4 枚冷冻胚胎的监管权和处置权归上诉人和被上诉人共同享有。但实际上胚胎是特殊的客观实在物，施行体外受精及胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎具有发展为生命的潜能，含有未来生命体的特征，对其处置必定涉及到人伦道德等一系列问题，也就为不能成为继承之标的提供现实基础。这个问题在学界中也争论不休，具体有以下三种观点:一是胚胎是物说，根据《继承法》、《物权法》相关规定可以继承；二是胚胎是人说，在国外某些国家被承认，其享有一般自然人的民事主体地位；三是折中说，将胚胎看作是从物到人的过渡，赋予其比一般物更多的保护，但面临着法律的空白。“在美国，这种突破古典民法二分法的第三种方法已逐渐为人所接受和为很多州所采纳。如田纳西州的 Davis VS Davis 一案中，州最高法院就认为胚胎既不是人（person），也不是物（property），而是因其具有能够发展成为人的潜质而成为一种应受尊重的中间过渡形态（interimcategory）”[96]。本案主审法官倾向于

[94] [美]培里等著：《价值和评价》，刘继编选，中国人民大学出版社 1989 年版，第 1—2 页。
[95] 朱贻庭等著：《伦理学小辞典》，上海辞书出版社 2004 年版，第 287 页。
[96] 《冷冻胚胎的法律属性》，载《知乎——生物学》。

折中说即认为冷冻胚胎是一种中间过渡形态，明确了胚胎属性，缓和了胚胎在法律上的尴尬地位。而根据《人类辅助生殖技术管理办法》等卫生部的相关规定，不能对胚胎进行赠送、转让、代孕。因而引出了本案的疑难问题：涉案胚胎的监管权和处置权的行使主题如何确定？上诉目标即对胚胎进行代孕使之存活的违法行为的发生可能性如何处理？更深层次的揭示即在于法的价值定位问题、此法与彼法的价值问题、法律自我否定的价值问题与人伦、道德、情感、理性价值的相互关系。

（一）法的价值定位应合乎人伦道德

拉德布鲁赫认为，“法律是人的创造物，只能根据人的理念，也即创造的目的或价值来理解。所以对任何法律现象不可能采取价值盲的观点。法律又是一种文化现象，即与价值有关的事实”[97]。“一种完全无视或根本忽视基本价值中任何一个价值或多个价值的社会秩序，不能被认为是一种真正的法律秩序。”[98]受中国传统儒家伦理思想的影响，中国古代社会常出现“德治”、“礼治”、“德主刑辅”、“阳儒阴法”的说法和现象，即与当时百家争鸣的人伦道德观念产生了激烈碰撞，与当时的“仁爱”思想文明进行了融汇汲取。

纵观历朝历代，秦的暴政苛法有违于人民内心的道德伦理精神，因而虽其商鞅变法长存青史，流芳百世，这样残酷的法由于摄入过多的法家的偏激思想，没有从民众中卑微的需求道德、生存情感出发，因而秦在农民揭竿起义的大浪摧残后摇摇欲坠，统治秩序分崩离析，最终亡国。古典自然法学派认为，不符合自然法的法律就是恶法，恶法由于不具备必要的道德效力而不具备法律上的效力。恶法与道德法相悖，这是显而易见的。因而，价值定位一旦偏离人伦道德的需要和内涵，便可以认定为“不具备法律上的效力”，也即这样的法其实是统治者主观臆断上的政治统治，以法为工具和手段，间接隐晦地达到其真实目的，而以制定法上的实际不为承认的法律效力为旗幌诓骗劳苦大众，亵渎了法的价值，不被法赋予其效用。

而汉初的“黄老思想”，“休养生息”以及“不作为”的治国理念与立法之维则最大限度上满足了人们的道德和情感需求，使社会人际关系更为融洽，使道德之风不因受物质条件挑拨而败坏沦丧。“良法是合乎正义的法律，它是法治的根据……所谓‘良法’，包括法律的实质良善性和形式良善性两个不可分割的方面，法的实质良善性，即法的实体正义，蕴含法的人文性、价值性、合理目的性，是自由、平等、秩序、权利、效率、公平、正义之载体。法的形式良善性则指程序公正或形式公正，是道德的根本精神在法律体系中的体现。”[99]从中可以看到，“有法可依”并不是法的价值存在的真正意义，也不是能维系与社会多方价值如人伦道德等的万全之策，而是一个初步的前提，“良法可依”才能真正有效地实现价值。“任何值得被称为法律制度的制度，必须关

[97] 沈宗灵著：《现代西方法理学》，北京大学出版社 1992 年版，第 41 页。
[98] [美]博登海默著：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，作者致中文版前言页。
[99] 朱贻庭等著：《伦理学小辞典》，上海辞书出版社 2004 年版，第 289 页。

注某些超越特定社会结构和经济结构相对性的基本价值。”[100]要形成一项成功的法律制度，前瞻性的价值探讨和关注必不可少。

（二）此法与彼法的价值协调促成伦理包容

在一国的司法实践之中，法律与法规、地方法规或地方规章等“打架”的现象实然存在，即使不表现在具体条文规定上，也能从暗含之中的法的不同价值得以衍生。卫生部的有关规章文件否认胚胎的三种授让性行为即赠送、买卖和转让，其暗含之义是利用胚胎进行的一切行为如代孕在一定程度上侵犯了法益。因为生物技术的不发达和隐患问题以及受长期形成的伦理道德思想影响，公民对胚胎所享有的权利非常有限。但在《民法通则》中的“公民民事权益不受侵犯”以及《继承法》中兜底条款“公民的其他合法财产”却又尽可能地赋予公民范围更广的权利，以便应对不时之需----当法律制度的价值之间发生冲突时，能够以合理的解释来免遭不合理的错误判断，使公民能有法律依据来维持协调能力，也能够满足一些风俗习惯、道德正义上的需要，使大众所认识的伦理概念能容许法的价值冲突间必要的牺牲。

实践中常常存在关于自由与平等、公正与效率、秩序与人权间的统一协调。而本案中法官所做出的价值协调与伦理包容的判决中写道“白发人送黑发人，乃人生至悲之事，更何况暮年遽丧独子、独女！而沈杰、刘曦遗留下来的胚胎，则成为双方家族血脉的唯一载体，承载着哀思寄托、精神慰藉、情感抚慰等人格利益。涉案胚胎由双方父母监管和处置，既合乎人伦，亦可适度减轻其丧子丧女之痛楚。”则充分体现了法与道德价值双方的衡量互让。在这时，此法与彼法的价值相较并非通过法的位阶来衡量，而是通过价值本身所体现的对保护公民权利有所裨益的对人伦道德的尊重程度来衡量。

“伦理包容”则具体体现在本案另一个焦点问题上：代孕行为不被法律所允许。代孕，是许多国家令行禁止的被认为是违反道德伦常的行为。即使法律能作出一定让步，大众尽管出于关爱和怜悯，在伦理秩序上也未必能尽数接受。“人类在追求自身生命价值的过程中，产生了一定的价值判断、标准和观念。这些判断、标准和观念因价值主体的不同而不尽一致。当人类的物质生活方式发展到了一定阶段时，价值判断、标准和观念的差异性随之增大……需要产生调节平衡价值判断、标准和观念的契约。”[101]同理，秉持着一种开放式态度可以认为：随着社会生产力的发展、社会文明的进步和人们观念的转变，代孕有朝一日被赋予合法性来调节平衡法与道德情感价值的冲突。

（三）法律自我否定的价值可凭借人伦价值化解

在司法实践中，常出现法的具体规定的价值取向和基本原则的价值取向相矛盾的情况，此时

[100] [美]博登海默著：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，作者致中文版前言页。

[101] 李从军著：《价值体系的历史选择》，人民出版社 1992 年版，第 140—141 页。

无论否定哪一方都对原有的法律秩序造成冲击和对所应实现的价值造成毁损。秩序是法的基础价值，也是法的其他价值所要求的。庞德在《法的任务》中也说，“当法律秩序已经认定和规定了它自己要设法加以保障的某些利益，并授予或承认了某些权利、权力、自由和特权作为保障这些利益的手段以后，现在它就必须为使那些权利、权力、自由和特权得以生效而提供手段。”[102]秩序的维持可依法所固有的权威力和震慑力，但权威的基础被价值选择的冲突予以否定，就不得不探求其他解决途径，以一种柔和的方式如人伦道德、理性情感的思维委婉解说价值选择的均衡与无害，即当成是一种冲突解决机制。

曾有这么一个案例，说的是在美国一个偏远的村庄上，有一位在德国取得医生执业资格证的德裔医生暂住于此，某日一位村民突发恶疾，生命危在旦夕，需要做手术。但村庄上没有医疗机构，送至城里医院又耗时太长，家属和其他村民们只好请求那位德裔医生来实施救治，德裔医生犹豫了，根据《美国医生执业资格法》规定，只有取得本国医生执业资格证才可以为患者提供救治，否则将构成违法行为遭到处罚。但在家属们的反复劝说下，德裔医生最终还是实施了手术并救活了患者。但随之面临的是法律对这样的出于善心的行为的制裁。而法官最后的宣判结果是：他践行了法律的基本原则和精神，所以我宣布，他无罪。从中可以看出，该法订立的本意是让公民获得更有质量，更有保障的治疗服务，而不是作为条条框框来规制医生的发展资格，即主要原则目的不是为医生限定资格，划定标准，该法的价值主体在于患者。既然德裔医生有充足的值得让人信赖的资格（德国的医生执业资格证），而且救治范围不超过其能力范围，情况相对危急。“寻求意义，并在任何具体形式中赋予价值意义，是人类内心最深沉的呼唤。”[103]从这些方面来看，是完全契合法的意义的，可以突破僵硬的、死的具体规定的限制，而突破与成就的手段即在于法外人伦关系的价值。社会的人际和谐、秩序安定可以通过秉持人伦价值的正能量方式得到解决，那么法的“自我否定”将被化解为不具有特殊性的价值来处理，从而达到均衡。

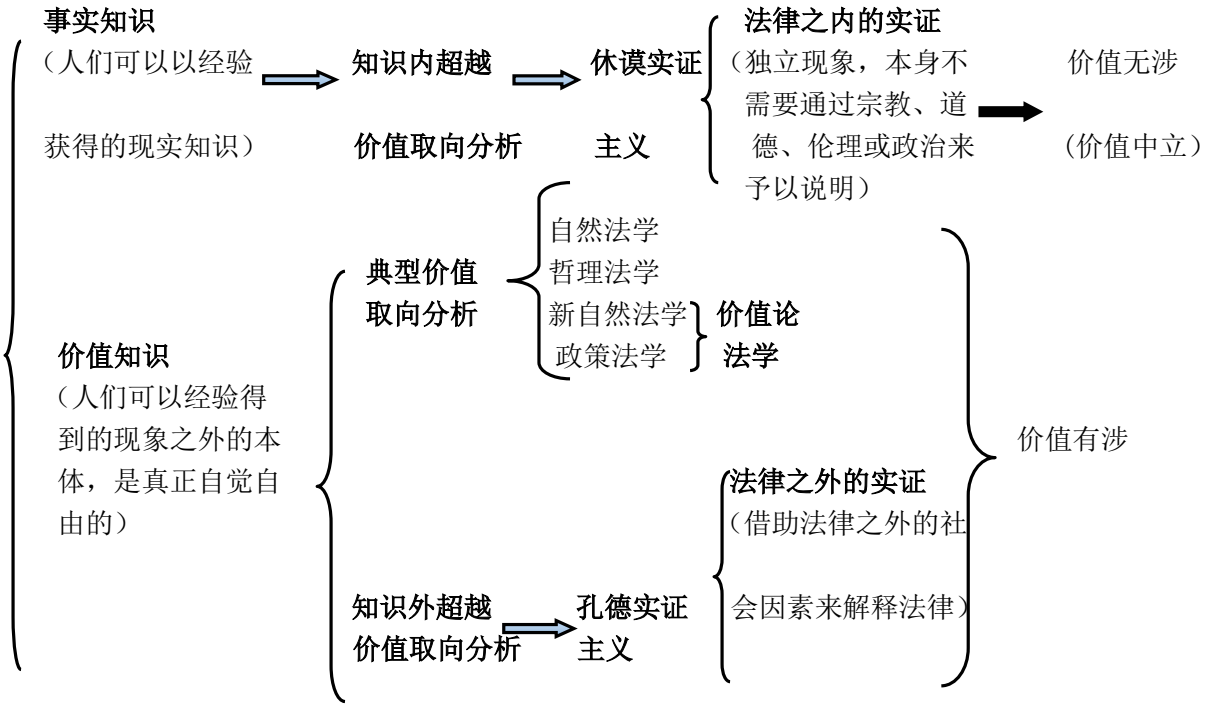
三、价值纷争根源于价值定向问题

休谟对因果联系进行了详细论证，将两者割裂开来成为“观念的关系”方面的知识和“实际的事实”方面的知识，这种因果关系不过是人们思想中的习惯性联想，而确然的联想阻断形成了事实与价值的分离。这种事实与价值分离的立场保障了法的客观性，使得其一方面排除了来自于现实利益的干扰，另一方面也不受理想的主观价值判断的影响。“价值中立，即法学研究的对象仅限于规范或规则本身，而对于各种各样的价值冲突则免于自己的个人主观判断。”[104]当然，保持法的公正性就要保证法的客观性，此时价值无涉是一种独立的排除主观的判断方式，在人为因素干预过强的案件中加以适用，保持一种“制度人理念的基本预设”，起到一定作用。

[102] [美]庞德著：《通过法律的社会控制 • 法律的任务》，沈宗灵、董世宗译，商务印书馆 1984 年版，第 114 页。
[103] [英]查尔斯·汉普登著：《国家竞争力——创造财富的价值体系》，徐联恩译，海南出版社 1997 年版，第 8 页。
[104] 胡玉鸿等著：《法学流派的人学之维》，北京大学出版社 2011 年版，第 398 页。

而在法学学术、法律裁判实践中却不可避免出现价值判断，“在法律判断中经常包括价值判断，例如决定特定行为是否有过失。当法官决定采纳类推适用的方式与否时，当法官“衡量”相互冲突的法益或利益时，或者，当法官考量生活关系的新发展及改变时，他们都须要以价值判断为基础。”[105]法律不可能事无巨细地规定各种各样的特定行为，因而必须在实践中让理性人而不是制度人灵活地加以变通和理解，否则，即会违背本源，失去其原来价值效力，社会总是在不断变化，价值也在不断变化，倘若不加以衡量，则会顾此失彼，为了法律的严正性，摒弃其情理性。做个略有所不恰当的比喻，两者可同为法律的左右脚，失去其中一个，都会失去“走路”的功效。

“事实认识一般以理性的形式出现，而价值认识一般是以情感的形式出现；事实认识一般以精确形式出现，而价值认识一般是以模糊形式出现；事实认识一般以抽象的形式出现，而价值认识一般是以直观的形式出现。”[106]法的价值与人伦道德的价值都是情感形式、模糊形式、直观形式的表现，法的价值的终极目的在于追求人的全面自由发展，从而构建一个人人都能够以安定惬意的方式生活的集体社会，人伦的价值则要求人们尊重人与人之间的和善关系以及道德要求。两者概念有所交叉，界限难以确定，进而发生抗衡与互融。如果划清事实与价值界限进行讨论，从而衡量价值的主观判断有无问题，与表层的法与人伦道德事实抗衡相较一样，无法解决问题；换句话说，即使纷争本质在于价值选择与衡量问题，选择与衡量的前提是价值的有涉无涉，但无论选择哪一种价值定向，还是要回到如道德、正义等基本价值元素的取向上来。所以，探讨法的价值与人伦道德的价值产生冲突及差异的来源，解决如何互融的问题显得十分必要。[107]



[105] [美]KARL LARENZ 著：《法学方法论》，陈爱娥译，台湾五南图书出版社公司 1996 年版，引论第 1 页。
[106] 仇德辉著：《统一价值论》，中国科学技术出版社 1998 年版，第 160 页。
[107] 图表整理参考文献来源于《法的价值论》（卓泽渊著），《法学流派的人学之维》（胡玉鸿等著）等。

四、两方价值的矛盾斗争性和同一性

矛盾斗争性是指矛盾双方相互排斥、相互冲突、相互否定、相互分离的趋势。矛盾同一性是指事物之间或事物内部诸要素之间既对立又统一的关系，矛盾双方的相互依存、相互贯通，在相互贯通之下相互转化或相互渗透；二者互以对方为前提，离开一方，另一方也不复存在；但二者可以相互转化。法的价值与人伦价值亦是如此，世界上第一部成文法典《汉谟拉比法典》就体现了道德与法的密切关系，古希伯来人的神法思想的体现“摩西十诫”也就是道德规范。在西方的法律思想发展史中，法律与道德常常混为一谈，不分你我。简单说来，法的价值与人伦道德价值均为起到规范作用的价值，法是最基础的，最低限的规范，表现为对行为的规范价值；而人伦道德价值是最高层次的，最接近于无限的规范，表现为对内心良知的呼唤价值。

（一）“仁”与“法”的冲突

法律价值与人伦价值的相较渊源在中国古代就是一场“仁”与“法”的冲突，延续了上千年的亲亲相隐制度是法律、人伦纠缠关系的突出表现。亲亲相隐制度是中国古代的一项重要法律制度，渊源发于西周，始于春秋，确立于汉代，完善于唐代，是千百年来的人们一代又一代坚守着的价值理念。“这一制度的核心是：卑幼首匿尊长者，不负刑事责任；尊长首匿卑幼者，除死刑以外不负刑事责任。”[108]由此看出，在这一阶段，人伦价值的强度是大于或等于法律价值的强度的，这一制度强调的是“人伦”，注重的是对人类亲情的爱护和宽容，法的威严和强制力价值此时退居二线，作为非亲亲关系时的价值尺度来进行评判和裁决。中国古代的宗法伦理制度一直占据封建传统社会的主流上风，以血缘关系为纽带，衍生了一系列与之为配套措施的维系宗法秩序的政策和制度，目的是为防止司法的专横破坏人类最为珍贵的礼孝情义。在这个制度下，为其隐瞒是天经地义的事情，而告发这一大义灭亲之举则是不孝不敬的受人唾骂的行为，若是卑幼告长者甚至还要受到处罚，等同于今天的违法犯罪行为，要接受法律的非难和否定。“曲法以伸伦理”，从这里可以看出两方价值的斗争性之激烈程度。

“叶公语孔子曰：‘吾党有直躬者，其父攘羊，而子证之。’孔子曰：‘吾党之直者异于是。父为子隐，子为父隐，直在其中矣。’”[109]“直”在这里有两种解释，儒家伦理认为真情重于是非，是曲是直须纳于脉络化的人伦之内来理解，合乎人伦之道，即是直道；而国法认定的“直”，是去脉络化的、客观意义的是非公平，偷窃是不对的，无论亲疏远近，理应受到同样的惩罚。两者冲突之下，宁取人伦的普遍主义而舍法律的普遍主义。[110]圣人孔子崇尚周礼，作为儒家学派的代表人物，其思想在体制内外都有“合乎情理”之义，其学说主张偏于“礼”的位阶秩序的维持。“尊

108 蔡叶利：《亲亲相隐制度的借鉴》，载《论文天下》。
109 《论语·子路》十八。
110 林端著：《儒家伦理与法律文化---社会学观点的探索》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 100—101 页。

尊”要求上命下从，不能以下犯上；“亲亲”要求父慈、子孝、兄友、弟恭。这是法所不容许僭越的领域。而儒家的另一代表人物孟子则坚持亲情重于天下、重于国法的立场，法的价值中去脉络化的、客观而不分尊卑贵贱、亲疏远近的的普遍主义必须让位于位阶更高的人伦价值中脉络化的、亲情为先的普遍主义。

或许因于此司法破案效率低下，统治者不得不采取另一强制性的看似不可理喻的制度中和其效果，也就是起始于周朝的犯罪连坐制度。犯罪连坐制度又分为亲属连坐，邻里连坐和职务连坐。其中，以血缘关亲属连坐则主要出于系为核心的“家族本位”，“家国同构”理念的考虑，我认为，犯罪连坐制度完全是针对亲亲相隐制度的，若家属犯法为家属所知晓，但劝说不从而继续从事违法活动，此时，处于自身利益和无辜者不受罚理念的影响，有人会置人伦亲情、宗法理性于一边而不顾，向官府告发以求得免于连坐的处罚，尽管违背义理，但也情有可原。“家长制”一直延续到国家政治生活层面，独特的“情、法、理”文化导致了一个人的犯罪行为被认同为一个家族的犯罪行为。犯罪连坐制度造成的冲击是：人人自危，造成社会家庭的信任度下降，人伦价值秩序遭到一定破坏，此时儒家的礼教思想一定程度上让位于对实际利害关系的考虑。在这个阶段中，法的公平价值虽然有所损益，但是也应看到，法律最贴合人性的价值——追求人的全面自由发展，特别是个人的全面自由发展在与人伦价值的斗争中寻求到了一席之地，也为现代刑法学中自首与立功制度的发展提供了基础。

（二）法治体系完善下的演化互融

台湾学者李钟声曾说：“我国的法律制度本于人伦精神，演成道德律和制度法的体系，所以是伦理的法律制度。”而以瞿同祖先生为代表的传统观点认为：“中国古代法律可说全为儒家的伦理思想和礼教所支配。”[111]这直接体现了中华法系法律制度的伦理化性质。当然，这种演化互融不是一蹴而就的，是通过人们法治意识的加强、立法技术的提高、社会观念的开化、司法裁判的成熟推动的。从春秋时起，“法德统一”，“礼法合一”便成为古代传统经典法律思想的灵魂精神，从“法德”，“礼法”的排序中可以看出，此两者虽有竞争，但两者价值在封建统治秩序的管理规范下具有同一性和融合性，亚圣孟子早已悉知，他有一句名言：“徒善不足以为政，徒法不足以自行”，随后封建社会在这种思想指导下形成了“德主刑辅”的司法原则。或许是出于“水能载舟，亦能覆舟”的忧虑，统治者不得不在颁布的政策和法律条文中尽可能地吸纳民性因素和人伦精神，注重民众作为社会主体的价值与意义及其人格尊严的权利。汉代时候，汉宣帝确立了王霸并用的统治方针；唐代时候，古代中国法律的制定最有影响力的《唐律疏议》中对法家信条“以刑止刑，以杀止杀”的引用，更是加速了法的价值与亘古以来的人伦道德价值的融合。“……不再反对以法为治世工具，自不再作迂而无益的坚持，既把握住支配立法的机会，于是以礼的原则和精神，附

111 瞿同祖著：《中国法律与中国社会》，北京中华书局 1981 年版，第 353 页。

以法律的制裁，编入法典中，儒家的目的也就以变通的方式达到，而踌躇满志了。”[112]可以看到，历代统治者企图通过“以礼入法”，“礼法并用”来达到法制多元主义架构的目的，从而使法律价值理念与人伦道德理念兼容并蓄，既对传统法律体系进行更新换代的价值改变，又融合多元素以稳固其统治。从科学理性的立场来说，两方价值的演化融合与当时政治经济利益的需求和发展密切相关，也是逐步由人治社会向法治社会过渡的一个具体表现。

但在依法治国逐步建立并开始迅速发展的今天，传统法律中一向特别注重对亲情伦理的维护的精神却“不见其踪”，在 1996 年《刑事诉讼法》第 48 条的规定中写道，“凡是知道案件情况的人，都有作证的义务。”这表明人人都具有在亲人犯罪之后“大义灭亲”的义务，委实让人难解和难当，但该规定后来在争议声中已作出了修改，新《刑事诉讼法》第 188 条规定：“经人民法院通知，证人没有正当理由不出庭作证的，人民法院可以强制其到庭，但是被告人的配偶、父母、子女除外。”，一是考虑到被告人配偶、父母、子女证人证言的证据瑕疵，“证人的可信程度应该随着他与罪犯间存在的仇恨、友谊和其他亲密关系而降低”[113]，确然这也是朴实的人伦价值理念的体现，毕竟不能强求至亲之人舍弃人伦亲情而去慷慨激昂地选择正义的法的价值；二是在法治快速发展的今天，延续了千年的人伦价值文化不应丢弃，这不仅是对公认的道德品质和社会公俗的摈弃，还是对社会主义价值观的漠视，破坏事关人伦的社会关系，实际上也是法律对其自身价值的否定。但我国《刑法》第 310 条规定：“明知是犯罪的人而为其提供隐藏处所、财物，帮助其逃匿或者作假证明包庇的，处三年以下有期徒刑、拘役或管制；情节严重的，处三年以上十年以下有期徒刑。”这一点却迟迟没有得到官方回应和改观意见。但总体来看，法制中人性化因素逐渐多元丰富，演化融合趋势明显，以德治国和依法治国如车之两轮，鸟之双翼，缺一不可，所以，构建更良好的体制和更完善的法制理念，通过立法技术、政策调整、方针改变、特别是对基层民众价值观的探访与研究，探索千百年来人伦亲情的价值延续与今天立法模式和内容的契合处，具有重要意义。

五、立法中人伦价值因素缺失的原因

在当代中国立法中，法律体系总体上呈现一种理性的、条理性的、富有逻辑性和综合性的特点，作为一种约束整体国民行为，规范国家事务日常操作、维护社会制度正常运行以及保证上下内外秩序稳定性的惯常、有效及有力的工具，其吸取了一代又一代古人的智慧和教训，也在不断实践中得到充实和完善，最终成为一项必不可少的有效处理公共事务、大小纷争的机制，其作用价值获得了长久的认可。然而，在立法中人伦价值的流失和抛弃，却是不容忽视的问题。法治不应当是冷冰冰的规则体系和制度体系的客观组合，还应该体现法治其内在本质的精神追求，如道

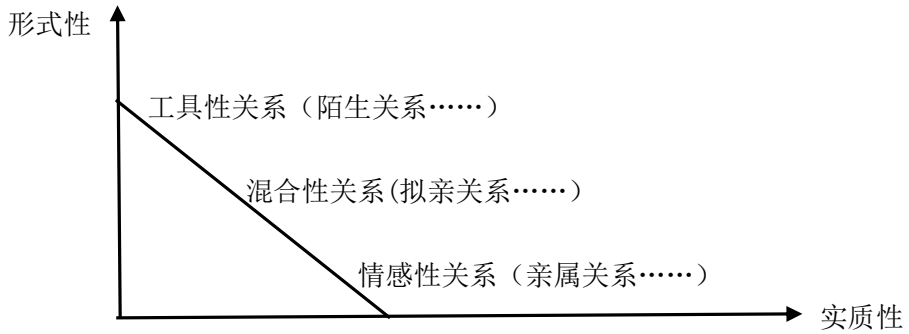
[112] 瞿同祖著：《中国法律与中国社会》，北京中华书局 1981 年版，第 322 页。
[113] [意]贝卡里亚著：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 22 页。

德，情感，理性，文化，伦理……法律也应具有一定的温和性和人情性，谢晖曾精辟地指出：“每个中国人，都在不自觉地感受着一种现象，这种现象并非‘天理’，而是‘人伦’……‘天理’是强加给人们的世界各民族共有的‘奇理斯玛权威’而‘人伦’才是我们民族发自内心的、心悦诚服的，引导我们民族不断向前发展，同时也给民族史留下深刻创痛的‘奇理斯玛权威’”。而今，在快节奏的社会中，法的效率的重要性使得浮躁的人们难以静下心来思考“人”的价值的重要性的问题，法的价值与人伦价值两者并不冲突而且任一不可偏废，只是在历史长河两者互融过程中明显不能势均力敌以及为适应社会更好发展而置人伦价值一方于弱势。

（一）封建残余的清扫观念极端化

“以人为本”的人伦取向始终是中国传统社会，人民集体的核心价值观念。前面已经提到，古代封建社会多注重以伦理道德价值为评判依据如春秋决狱的以“心”论罪，法价值往往次之。“这种伦理依循的原则是许烺光教授所谓的‘情境主义’与‘相互倚赖’，行动者必须判断人伦关系与社会情境而行。”[114]然而，在近代中国，由于封建政权腐败无能，国家每况愈下，为吸取西方先进科学技术、政治制度、思想文明，有识之士与部分统治者积极引进西方的先进技术和文化，因而发生了不可避免的继受文化与本土文化的冲突。其中就包括法律立法精神的差异冲突，原有法律文化的割裂情况，这种情况下，一些极端化的“封建扫除”之风狂暴掀起，特别是针对“这种各行其是而又彼此冲突的现象——‘法治乖常’即人治重于法治、人情扭曲法律、灰色地带充斥、司法黄牛横行现象”[115]认为倡导新时期的法治建设改革不能“改头换面”“换汤不换药”的形式进行，而要尽可能吸取欧陆英美文化的先进理念，而将原有文明的积极性因素一概述之为“落后文明”，其中就包括最淳朴也最真切的人伦理念因素，由于对封建观念残余彻底清扫的界限模糊，范围变相扩大，这样的“清扫观”大大伤害了法律的情感道德生命力，也大大削弱了人伦价值的生命力和在历史中应当起到的作用。封建残余的过度清扫也背离了法的价值的目的，立法者应“不忘初衷”，封建人伦秩序所形成的规则恰恰是后世立法基础的一片丰厚的土壤，若将土壤的孕育视为不必要甚至加之摈弃，如同共产党受阶级斗争学说和意识形态的影响，对旧法及法制思想没有采取科学的态度予以批判的继承，而是全盘否定国民党的“六法”，“将婴儿连同洗澡水一起倒掉”，对内在精神不加以剖析和继承，没有从形式化外表揭开深入的面纱，或许清扫出户的人文精神价值比真正的有害残余的影响力和铸造力要大得多。由于传统人伦价值理念的缺失，法的治理注重的更多的是整体性公平而不是依照社会普遍情境，从而导致社会关系的淡化，也进一步使人伦价值更多地往形式性方向发展而不是实质性方向发展。

[114] 林端著：《儒家伦理与法律文化---社会学观点的探索》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 106 页。
[115] 林端著：《儒家伦理与法律文化---社会学观点的探索》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 119 页。



（三种关系在实质性、形式性坐标上的位置[116]）

（二）整体主义的根深蒂固与对个人主义的过度排挤

历史唯物主义强调社会价值与个人价值是统一的关系。社会价值是指人通过自身和自我实践活动满足社会或他人物质的、精神的需要所做出的贡献和承担的责任。社会价值强调整体主义的客观精神，在中国古代封建社会中，整体主义表现为家族主义的道德原则与伦理思想；延伸至近代社会，则表现为对社稷的责任和国家整体的注重关怀。“为天地立心，为生民立道，为往圣继绝学，为万世开太平”[117]则强调个人为集体奉献乃至牺牲的大无畏精神；在现代刑法分则条文的编排中，“危害国家安全罪”位居首位，且法定刑之重是侵害其他法益的犯罪所不能比拟的，也可以看出“整体为先”的思想。个人的欲求往往成为整体主义所鄙夷之物。这种整体主义起源于群己关系的文化价值体系，宋明理学阶段的群体原则更是将整体主义推向了主流思想的顶峰，“这种整体主义的基本特征就是强调个体对群体特别是作为群体秩序代表的专制君主的服从，贬斥和抹煞个体独立存在的价值和意义。整体主义的兴盛与流行，导致和强化了中国人的人格依附性。”[118]人格依附性的形成，使得中国人难以舒展自身的需求，在整体主义的牢笼下生活，缺乏前瞻性的对人性价值的探寻，失去对“专制的法”的反抗力，也同样消磨了对多方面、社科性研究法与情理课题上的激情与创造力，整体主义的根深蒂固的思维，一定程度上阻碍了合理个人主义的发展。

个人价值既表现为个体存在的意义，包括个体对社会的重要性、责任和贡献，以及个体需求的满足，也表现为社会对个体的尊重和满足，社会应对个人主义进行一定的维护，而不是一味冠之以资本主义的腐朽之物加以排斥和鞭挞。同样，在立法中，不能单纯地将个人主义概之为享受主义而过分削弱作为一个完整的独立的“人”所应享有的权利，也不要过分宣扬“当个人利益与国家利益发生冲突时，个人利益绝对服从于国家利益”，“个人价值的涵义甚广：作为一种价值体系，它主张一切价值以个人为中心，个人本身具有最高价值；作为一种伦理原则，它与集体主义相对立，一切从个人需要出发，以追求个人利益满足作为行为的价值方针，反对统一的维护集体利益的社会道德标准”[119]，所以，抑制个人主义膨胀几乎成了每个时代统治者的重点治理对象，

[116] 林端著：《儒家伦理与法律文化---社会学观点的探索》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 261 页。
[117] 张载：《近思录拾遗》卷十一。
[118] 刘晓虹：《从群体原则到整体主义---中国传统价值体系中的群己观探析》，载《文史哲》2002 年 04 期。
[119] 朱贻庭等著：《伦理学小辞典》，上海辞书出版社 2004 年版，第 54 页。

以至于在立法中尽量避免涉及与人伦价值，人文价值等看起来似乎“并不理性”的内容，从而很容易造成“人情规避”现象，“黄光国教授提及的‘人情规避’是一种对关系淡化处理的逆向流动过程，基本上是针对互动的另一方企图提升关系的正向流动过程的一种反制或冷却，如心理区隔法的‘公事公办’。”[120]可以推知，根据上层的意志与精神的压制，排斥个人主义的趋向使人伦价值不得不在一定程度上进行克减，人情的冷漠、司法的无情、舆论的谴责使得一切依法行事、按部就班的行为看起来倒像是一种不大理性的落后的做法。那么，对个人主义价值的合理体恤和平等对待，或许是在法的价值与人伦价值之间缓和抗衡矛盾的一种润滑剂。

（三）过高估计人性预设的标准

德国法学家拉德布鲁赫曾说：“对于一个法律时代的风格而言，重要的莫过于对人的看法，它决定着法律的方向”。[121]人的模式的预设分为四类，分别为中人、恶人、理性人和社会人。中人即一般人，是法律通常设定的人性标准，恶人是法律的“忧虑”，理性人则为法律的“乐观”，社会人的是法律的“基础”。若从中人角度设置法律，法律则按照一般人的标准设置权利义务，即法律的设置符合中人的理智程度，注意标准以及道德要求。“恻隐之心，人皆有之；羞恶之心，人皆有之；恭敬之心，人皆有之；是非之心，人皆有之。恻隐之心，仁也；羞恶之心，义也；恭敬之心，礼也；是非之心，智也。仁义礼智非由外铄我也，我固有之也。”[122]这是孟子对于人性善的阐述，认为人生来就具备“仁义礼智信”等天赋的美德，人生来就是一个“理性人”，所以如果孟子成为立法者，他的立法要求必定是很高的，在没有外来其它不良杂质的牵涉下，人人皆为天生的圣人，所以几乎一切违反道德伦常的作为，都可以成为入罪的理由。

可以看到，法律上的“理性人”拥有个人自治、意志自由、行为期待能力和行为选择能力。但是法律是不能以高标准，“高层次”的视角来设定的，若将人伦需求的价值设定为已默认的选项潜移默化在法律条文内涵之中，不仅会造成法的价值和人伦价值的混淆，还会出现消极负面的现象，如社会犯罪率增加，司法负担加重，人人自危，秩序陷入不安稳的状态之中，过度追求这样一个“大同社会”未必是一件好事。伦理规则可以给人设定较高的人性标准，劝人向善，但法律的规则却是较低的人性要求，是为中人而设立的规范。因而法律应该直面现实，从现实中的人的客观状态抽象出法律的人性预设，都是有限理性的，并且依附于一定社会组织，即为“社会人”。“也正因为如此，行为经济学在法律方面的运用结论需要调整治理模式：从自由主义的模式到‘自由主义——家长制’的模式，即立法者的干预已经扩及到了个人只涉及自己的行为，消极的自由在缩小，家长制立法在加强。”[123]家长制立法则要求政府及有关部门切实落实好自己的职责和义

120 林端著：《儒家伦理与法律文化——社会学观点的探索》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 258 页。
121 [德]拉德布鲁赫：《法律上的人》，载[德]拉德布鲁赫著：《法律智慧警句集》，舒国滢译，中国法制出版社 2001 年版，第 141 页。
122 《孟子·告子上》。
123 徐国栋著：《人性论与市民法》，法律出版社 2009 年版，第 92 页。

务，为管理社会中的人而设置相对合理的规范模板，既不苛求也不放纵，保护人伦理念的生存与发展。

六、两方价值抗衡互融的现实启示

两个多元、多维、多层次的庞大的价值体系，其中各包含着不同的准则与观念。不同时代、国家、阶级、群体及个人在法律实践和法律理论上可能具有不同的法的价值观念与价值准则，不同的价值形式与价值性质。根据卓泽渊教授的分析，价值冲突的冲突元素至少是二元的。例如自由与秩序、秩序与正义、正义与伦理等的冲突。二元价值冲突的形式基本上包括两类：一是有 A 无 B、有 B 无 A 的二者只取其一的冲突形式，可以称之为排他冲突。二是 A 首 B 从、B 首 A 从或 A 主 B 次、B 主 A 次的冲突形式，可以称之为位列冲突。然而，在分析正义与秩序价值时，只能适用位列冲突的形式。一方不能绝对地，单一地“独占鳌头”，而舍弃一方；也不能孤立地将两者割裂开来，对个案只采用一种价值来进行分析。毕竟在当代社会，为维护整体秩序，防止出现秩序个别化的漏洞，总是要牺牲一些不特定人的利益，“排他冲突”形式锐化地使用，“情理人伦”往往成为被牺牲的对象，这样的法的裁决却不能使民众心悦诚服，反倒是舆论的力量使人们的内心秩序对法的价值有了抵触的防线，难以对法的价值进行正确的定义，法的“正义性”也无法得以体现。因而，要正确地定义法的价值，必须要加以人性化的能够为大众所理解所接受的因素，来解决案件中所涉及的价值评价问题。

首先，立法者要在立法中注重人性化因素的考量，将人伦价值的精髓融入到法的理念中。在解决这两类价值冲突时，有很多值得参考的基本原则，如遵从基本价值，坚定法定价值、考虑适当成本、追求最佳效益、实现补偿有余等。但笔者认为，以追求最佳效益、实现补偿有余的原则为优。“补偿有余仅是一个最基本的原则，它甚至是追求最佳效益的基础和起点。在价值冲突的解决中，当然应在补偿有余的基础上尽最大可能地争取最大的‘得’。”[124]而最佳效益原则是解决价值冲突的核心原则之一，毕竟人类在任何时候都不可能抛弃功利。这就要求立法者充分考虑人的价值需求如家族延续香火的传统需求观念等，尊重和保障人权，将人性化的积极因素付诸于法律规范中，使得人伦理念在不耗费不必要的司法成本下，通过“但书”或者其他特别规定在法律中得到实际的兑现和履行。

其次，法官在司法审判中要注重人性化因素的影响，必要时运用“自由心证”的方法解决疑难问题。其制度原则的基本内涵是法律不预先设定机械的规则来指示或约束法官，法官可以针对具体案情，根据经验法则、逻辑规则和自己的理性良心来进行事实认定，从而达到内心确信以作出符合实际和价值评价的判断。凭借内心的良知和理性的普遍的情感，在法律没有明确规定或规定模糊时在一定的范围限度加以运用，考察底层大众的舆论与态度，同时结合生活中的道德、伦

[124] 卓泽渊著：《法的价值论》，法律出版社 2006 年版，第 629 页。

理价值观进行评判。当然，运用“自由心证”方式应对主体加以一定的限制，在当代中国，不同地区、不同领域的法官呈现出良莠不齐的现象，民众对部分法官低素质的忧虑和不信任也使得司法权的威严有所损伤。“自由心证”的滥用会导致部分法官不负责任的独断裁判，也具有很大的危险性。所以在“必要时”即重大疑难案件或者是法的某些制度与社会价值观严重背离的情况下才可以加以运用。

最后，公民在社会实践中必须有法的价值与人伦价值的共同认同感，要有以普遍价值观对抗权威的勇气。公民是一个国家中的公民，如果国家的法是合理的法，是为代代人们所坚守并能很好地维持整体秩序的良法，就必须要“沿袭”这种认同感，作为一个民族所应承担和履行的义务。然而，法价值与人伦价值并不绝对抗衡，在非正式法律渊源中，有一项法源为公认的社会价值观，公认的社会价值观是人类社会传承下来的最基本的价值共识，是支撑社会和价值延续的重要载体，应是合乎国法、天理且具有情理性的，所以，公民们一方面要遵纪守法，另一方面也要反思法的某些强制力量是否触碰了公认价值观的底线，在“坚守”与“反对”中找到一个支点，平衡这两者的关系，以公民应有的国家主人翁的身份来酌定价值趋向问题，并以普遍价值观为诉求武器对不合理的法价值提出质询与非难。

七、结语

对于法的价值与人伦道德价值取舍或排位的纷争，是一个历久弥新、争论不休的话题。而此两者存在着本质的差异对于个案评判乃至指导立法、治理国家等问题上存在着巨大影响。所以在外在行为的规范和内在意识形态的约束两种不同处理方式上发生争端是客观使然的，然而，我们考虑这些问题时视角不能过于单一狭隘，也不能只重视形式价值而忽略实质价值，法治是针对于整个国家的法治，同时也是由不同的人、不同的个案量化形成的法治。所以，对于个人意志的表达、自由的诉求、道德的召唤以及那些发自内心的不能由任何强制力量强行使之扭曲的本性需要等一系列上升至人权范畴的价值道义理念并不是法的价值能一概囊括的，更不是能弃之纵之的。所以，通过探索这两种价值能够和谐互融的办法，落实到条文内容、实践操作、政策精神中，并形成稳定的“协作”机制，对和谐有序地推进依法治国的发展、并在依法治国中切实贯彻“以人为本”的核心价值观，具有很大的效益与作用。

体外受精胚胎法律属性及权属问题探析

——以“首例体外受精胚胎权属纠纷案”为切入点

吴诗琪*

摘　要：在人工辅助生殖技术的医疗运用中，体外受精胚胎的法律属性、权利归属等纠纷引起极大关注。现在学界普遍支持中介说，本文认为在现有法律框架下，将其定性为客体能更好解决权利归属的法律适用。在认定体外受精胚胎为伦理物的前提下，一方面承认其可以继承，另一方面强调在行使权利时要遵守善良风俗原则。

关键词：受精胚胎　法律属性　权利归属

一、问题提出：“首例体外受精胚胎权属纠纷案”引发讨论契机

2014 年 9 月 17 日，备受关注的大陆首例体外受精胚胎权属争议案在无锡中院落下法槌，其判决书符合善良风俗的说理使其成为富有人情味的成功判决。[125]2012 年 8 月，沈杰与刘曦在南京市鼓楼医院实施体外受精-胚胎移植助孕手术，获得受精胚胎 4 枚。2013 年 3 月 20 日沈杰与刘曦因交通事故身亡，双方父母起诉至法院，主张享有子女死亡后留在医院的体外受精胚胎。本案一审法院认为该体外受精胚胎与一般的物不同，有可能发展为独立成熟的生命，属于含有生命特征的特殊物，不能转让或继承。而且权利人对受精胚胎所享有的权利应受到法律规范和社会公德的限制，因此不支持双方父母继承受精胚胎的诉请，驳回原告诉讼请求。二审判决将“继承纠纷”案由变更为“监管权和处置权纠纷”，认定受精胚胎是“介于人与物之间的过渡存在”，体外受精胚胎由四位上诉人与被上诉人共同监管和处置。

本案所引发的崭新课题是：在社会关系不断变动的背景下，如果找不到现有的应当适用的法律规范法院应该如何裁判。笔者在梳理学界观点的基础上，从民法物格制度构建的角度对胚胎性质和权属纠纷进行探讨，希冀对受精胚胎权属的争议解决路径有所助益。

* 吴诗琪：2011 级法学专业本科生。

[125] 杨立新：《一份标志人伦与情理胜诉的民事判决——人的体外胚胎权属争议案二审判决释评》，载《法律适用》2014 年第 11 期。

二、学界争鸣：“中介说”热潮下的冷思考

（一）体外受精胚胎的立法梳理

大陆对人工辅助生殖技术的法律回应并不落后，但存在法律位阶较低，规制内容模糊等问题。自 2001 年卫生部颁布《人类辅助生殖技术管理办法》以来，依次出台《人类辅助生殖技术规范》、《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理规则》、《人类辅助生殖技术与人类精子库评审、审核和审批管理程序》等部门规章，均对体外受精技术的医用科研进行了严格的规范，如《人类辅助生殖技术管理办法》第三条规定，“人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规定。禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术”。但是对这些限制措施的根本性问题“受精胚胎的法律属性”并未作出明确规定，由此产生无锡中院二审判决中“介于人与物之间的过渡存在”的说法。

（二）体外受精胚胎“中介说”的兴起

本案二审判决引发学术界对体外受精胚胎的法律属性的争论，该问题涉及物权法、合同法、继承法等法律规范的适用。

经过笔者对现阶段体外受精胚胎研究的梳理，多数学者对二审判决一边倒的支持，并呼吁在民事立法中加入对“中介物”的规定。徐国栋教授主张，凡没有限制受精胚胎的制作数目、剩余胚胎的用途，同时严格规定医疗机构自治并限制商业交易的立法都视为中介说立场，即我国卫生部的部门规章已经默认其是“介乎人与物之间的存在”，呼吁通过民事立法将较低层级中默认的“中介性的特殊存在”纳入民事法律关系中。[126]本案二审法官张圣斌也撰文解释其裁判理由：“按照中介说，体外受精胚胎既不是物也不是人，应该将其定性为介于两者之间的蕴涵生命潜能的特殊物体。对于此物的权利归属，一方面不能单独适用人格权相关的法律规定，因为无法找到法律关系的权利主体；另一方面又不能纯粹适用物权法的规定，所以要受到双重拘束，即赋予体外受精胚胎更多的保护和尊重。”[127]孙良国教授认为，体外受精胚胎无法在传统的“人—物”框架下得到准确界定，一方面无法将其定性为人，另一方面基于其接近生命的特征而给予尊重与保护，因此民事法律规范必须基于其特征进行选择性适用[128]。

（三）体外受精胚胎“中介说”评析

中介说将受精胚胎置于由人到物的动态发展过程的视野下，将其定性为“处于过渡性质的存

[126] 徐国栋：《体外受精胚胎的法律地位研究》，载《法制与社会发展》2005 年第 5 期。
[127] 张圣斌、范莉：《人体体外受精胚胎监管、处置权归属的认识》，载《法律适用》2014 年第 11 期。
[128] 孙良国：《夫妻间体外受精胚胎处理难题的法律解决》，载《国家检察官学院学报》2015 年第 1 期。

在”，需要受到特别尊重和特殊对待，巧妙地结合了主体说和客体说的优点。然而，笔者认为中介说存在诸多问题难以解释。首先，将其认定为“能够成长为新生胎儿的特殊存在”，非主体非客体，在传统法律关系中无法认定，难以明确相关权利义务内容。其次，以“特殊存在”作为判决的逻辑起点，导致了法律适用上的困境。这样的法律定性，导致二审法院不可避免的将“继承纠纷”变更为“监管权和处置权纠纷”，其根源在于没有确定的权利义务关系和法律依据，不得不创新地采用派生性权利作为案由。因为此种学说下，体外受精胚胎既不能以物权作为权利基础，又不能以人格权和身份权作为权利基础，那么所谓的“监管权和处置权”就无法在民法体系内找到基础权利，以此为请求权基础逻辑关系存在缺陷。鉴于中介说自身存在无法解释的问题，且与我国民事理论在适用上存在隔阂，简单运用“中介说”解决权属纠纷有待商榷。

三、法律定性：体外受精胚胎法律属性的界定

通过上述分析不难发现，中介说有其自身难以解释的困境，在目前司法实践中也难以运用。笔者在比较各种学说的基础上，认为将体外受精胚胎定性为伦理物更为合理。

（一）物与物格

20 世纪以来，社会变迁、商业活动和技术发展使得物的概念范畴扩张，对民法理论的冲击表现在其内涵外延的确定。近代民法理论中物的概念在否定“物必有体说”之后，一个世纪以来又不断受到来自自然科学和其他社会科学的影响，构建统一的物的概念在法律技术上显得更为困难。我国《物权法》第 2 条第 2 款规定：“本法所称物，包括不动产和动产。法律规定权利作为物权客体的，依照其规定”。由此条款可以明确在我国民事立法中，物与权利构成物权客体的类别，这也是建构物这一概念的基础和依据。

物格制度的构建基础就是在市民社会中的两大基本物质形态——人和物。物格就是物的资格、规格或标准。民法物格，是指物作为权利客体的资格或格式，是相对人法律人格的概念，表明物的不同类别在法律上所特有的物理性状或特征。尽管物格制度是比照和对应人格制度建立起来的，其本质仍然是民事主体资格和客体资格的差别，其特征如下：第一，民法物格是权利客体的资格，而非权利主体的资格；第二，民法物格不是平等的资格或者规格，而法律人格是一律平等的资格；第三，不同的物的具有的不同民法物格，表明在法律上的不同地位，其保护的程度和方法也不相同。

（二）伦理物格

伦理物格是民法中物的最高资格，是作为民法中物的基础资格上还要具备伦理性、生命性或者人格利益因素的内容，才能具备的物的资格。在这个物格中概括的是那些与人身体有关的，具有生命活性，或者具有人格利益因素的人体变异物，具有生命的动植物，包括动物、植物和微生

物特别是宠物和珍稀动物，物一旦具备伦理物格则在市民社会中处于最高地位[129]。

伦理物是伦理物格概括的物，也是民法上的物，所以具有物的一般属性，但在具有自己的不同于物的一般属性的特殊属性。这些特殊属性在伦理物中，又是它们自己的共性，这些特殊属性是：（1）都具有生命活性或者人格因素。（2）都具有特殊的社会和自然地位。都承载着人的人格和尊严，具有人伦因素。（3）都具有特别的价值或可利用性。（4）都需要不同的保护规则。

伦理物的概念外延包含两类。一是与人体有关的物，即具有生命或含有人格利益的物，具体表现为人体变异物，包括：器官、组织，在脱离人体尚未移植给他人时，是特殊的物的形式；人体医疗废物，例如胎盘、尸体。这些人体变异物作为特殊的物，具有特殊的法律地位，在支配规则上不适用一般的物的支配规则。第二，其他具有生命的物。具体指：动植物，即野生动物、珍稀植物和宠物。动物特别是野生珍稀动物和宠物，是特殊的具有生命的物。尽管动物属于物权关系中的客体，但在处分动物物权时，必须遵照保护动物的法律规定。植物尤其是珍稀植物，应予以特别保护，在行使这种物权时遵守特别的规则。

从上述分析中可以看出，确立伦理物的概念有利于明确伦理物格中的物的民法属性。具有生命的或者人格利益因素的物仍然是物，而不是人。其次，当物具有生命或人格利益因素时，能够赋予其最高的法律地位。若仍予以一般物的地位，就会使民法需要特别进行保护和规范的物无法得到应得的地位，可能造成不可挽回的损害结果。此外，确立伦理物格有利于对伦理物格的物予以最高的民法保护。其具有的特殊性、重要性和与人类的密切相关性，决定了民法对其保护的要求最高。彰显民法对于物的保护不同于对人的平等保护原则，而是不平等的保护。只有这样才能唤起人们特别保护伦理物格的物的良知与良心，促使人们合理地选择行为与行为方式，保护好具备伦理物格的物。

（三）体外受精胚胎的法律定性：伦理物

对体外受精胚胎的法律定性存在两方面考虑，一方面从胚胎起源和发展连续性的观点在法律上和道德上都无法得出胚胎是人这一判断，另一方面又要基于人类尊严给予其特殊保护。因此将体外受精胚胎定性为伦理物，无论在民事实体法，还是在诉讼过程的法律适用均有符合我国民事理论现状[130]。

第一，脱离人体的器官或组织，应该属于物的范畴，不再具备人格载体的属性。体外受精胚胎，具有形体、质量，可以感知其存在，确实是有体物，在物理学上的性质不容否认，因此法律上要违逆物理学的性质而否认其实物，并不恰当。同时根据传统民法理论通说，市民社会是由“物和人”作为基本的物质构成的，没有脱离框架以外的第三种范畴。现阶段许多学者主张的将体外受精胚胎和脱离人体的器官自治视为中介的主张，虽然能够起到保护其合法规范运作的好处，但

[129] 杨立新：《民法物格制度研究》，法律出版社 2008 年版，第 76 页。
[130] [美]迈克尔.桑德尔：《反对完美：科技与人性的正义之战》，黄慧慧译，中信出版社 2013 年版，第 118 页。

其是否已经强大到独立于传统的“人—物”框架范畴以外，值得商榷。如果我们能够在现有民法体系内妥善解决其法律属性和法律适用的问题，其引入英美法系的概念与我国现行民事理论存在的隔阂，属于多此一举。

第二，本文将体外受精胚胎的法律属性定位物，并没有排除其基于特殊性所享有的保护。将体外受精胚胎与一般物相比较，虽然也具有一般物的外形，但其含有潜在的生命活性，所以有学者主张其为人格物也非毫无道理，因为日后有机会成为民事法律关系中的主体。在一般物中绝对不会存在这样的人格利益因素，哪怕是特定纪念意义的物品，仅仅是因为纪念意义而获得了人格象征意义，与未来的潜在人格存在本质差异。

第三，定性为伦理物能够给予潜在人格的物以特殊保护。主体说观点的本质在于将体外受精胚胎定义为人，再基于对人的尊重保护其特殊利益，防止人格利益损害，但对传统民法的物质划分的标准和思维方式造成冲击。我们主张以伦理物界定体外受精胚胎，通过单行立法进行特殊保护：“我们否认胚胎与已出生之人同视，并不排除给予胚胎相对保护的可能性。”[131]

笔者认为，赋予伦理物最高的法律物格，同时限制其权利行使，能够达到保护其特殊性的目的。就具体保护方式而言，原则上仍然遵循一般物的规制方法，但涉及人格利益和公序良俗，应当采取更加严格更加严谨的方式保障其潜在人格的特殊利益。通过具体规则的设定，使科学研究受制于法律道德的约束，具体的规则应当包括胚胎在实验室成长时间的合理限制、生育诊所的执照要求、对卵子精子商品化的限制。因此，将体外受精胚胎视为伦理物，足以体现其特殊法律地位，而不需要将其视为主体或创设第三类民法基本范畴，就能在现行民事理论体系中保护其权益。

四、权利归属：体外受精胚胎的处置问题研究

本案一审的起诉案由是继承纠纷，原被告就继承权产生争议，一审法官也据此作出判决。根据二审判决“一审在安排诉讼主体结构时存在瑕疵”而改变案由，但诉讼主体结构安排偏差并不能否认诉讼法律关系的性质，我们可以推论二审改变案由的原因是为了回避体外受精胚胎法律适用的问题。笔者在前文中已经分析，将体外受精胚胎定性为伦理物能够轻松解释并解决体外受精胚胎的各种争议。

（一）体外受精胚胎作为伦理物可以继承

既然伦理物作为“物”，当其具备我国《继承法》规定的继承条件时，应当认为体外受精胚胎也是可以继承的。所以按照一审判决流程，对当事人继承权纠纷予以认定，依据《继承法》第25条第1款规定：“继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的标示。没有表示的，视为接受继承。”从而认定原被告双方已经默示接受继承，取得体外受精胚胎的所

[131] 陈英钤：《人类胚胎干细胞研究的宪法问题》，载《台北大学法学论丛》第56期。

有权，进而根据《物权法》第 34 条，将案由变更为向第三人主张“返还原物”之诉，如此解决了法律适用的问题。法院在判决时根据案情，直接把案由变更为请求第三人“返还原物”，并直接依据《物权法》及《继承法》作出改判；或者驳回原告诉讼请求。所以从性质上来说，本案的真正的法律关系应该是基于继承产生的物权请求权纠纷，而非侵权责任争议。

（二）行使权利时应遵循公序良俗原则

本案中，四位失独老人均对胚胎主张权利，其权利行使应受到公序良俗原则的限制。

第一，非法代孕的风险控制。根据情理我们可以推断，本案原被告双方当事人请求继承体外胚胎的愿意是对体外胚胎进行代孕，进而实现传承血缘、繁衍后代的目的。在二审法院的判决中并未对此问题做明确表示，只是明确部门规章不得对正当私人权利进行干涉。根据我国禁止代孕的相关规定，可以发现其立法目的在于“防止血缘混乱发生纠纷、防止贩卖人口行为”，2013 年原卫生部就“借腹生子”问题作出回应：“代孕可能造成诸多法律、伦理问题，对社会秩序、当事人的身心健康均造成严重损害，所以在我国任何形式的代孕均被禁止。“[132]就本案而言，双方父母也表示在国家规定禁止的情况下，他们不会进行代孕，因为进行代孕无论是道德伦理层面会带来纠纷，对代孕出生的孩子而已，无父无母的状态对其成长极为不利。

第二，剩余胚胎的处置问题。在我国就剩余胚胎的处置一般是两种路径，一是代孕，二是废弃。现阶段医疗诊所保存体外受精胚胎，会向患者索要高额的保管费用，就成本效益分析而言，废弃是最便利最经济的选择。同时现行科研水平尚没办法做到保障胚胎存活的程度，许多胚胎在保存过程中会出现死亡，进而被医疗机构销毁废弃。然而，基于对体外受精胚胎的特殊尊重，将其丢弃违背我们了人类社会基本的道德良知和法律规范，没有会赞同肆无忌惮地毁损胚胎，如何在这两种方法以外寻求第三种路径呢？我们可以借鉴美国的胚胎收养制度，在卵子、精子提供者同意的情况下，胚胎能够被领养，由领养者用于怀孕生产。虽然该制度能够体现对生命的尊重，其经济价值高，但是在制度借鉴过程中，具体规则的细化还需要进一步考量。

第三，商业交易之禁止规定。体外受精胚胎被定性为伦理物，物权所有人行使权利必须受到融通性的限制，限制的目的在于防止胚胎被完全物化而产生商业交易的道德危险。现行部门规章将胚胎的应用限制在医疗试验中：“胚胎不能买卖、赠送和禁止实施代孕”。由此可见，通过单行立法的方式完全可以限制融通性来保护伦理物的特殊性质，这是让胚胎应用于生物医学为人类造福的最佳方式，而不用纠结于人性情节是否收到侵蚀的问题。

（三）对涉及法律规范以外的新问题案件的法律适用方法

本案诉反映的社会关系，法律并没有明确规定，如何选择法律适用甚为重要。《民事裁判方法》一书中，杨立新教授提出法律适用选择的顺序标准：第一，对能找到请求权基础的法律规范

132 《卫生部回应“借腹生子”问题：禁止任何形式代孕技术》，资料来源于新华网。

定性，根据性质划分强制性和任意性规范；第二，对强制性法律规范，区分单一指向、发生冲突、内在竞合、外在竞合四个角度循序渐进分析；第三，适用任意性规范时，依次按照当事人约定、任意性规范、合同解释、违反强制性规范无效的顺序进行适用；第四，原告的请求权没有成文法作为法律依据时，按照“有法律依法律、无法律依习惯、无习惯以法理”的原则，适用民事习惯或法理，确认当事人权利义务。[133]

因此，体外受精胚胎的权利归属是法律未规定的社会新问题，法律适用属于上述第四步，并应当进一步细化其内容：首先，寻找具备请求权基础的法律规范，若能找到则适用该法律规则进行审判；第二，通过对习惯或法理对该问题进行解释，将其纳入相应请求权法律基础中，继而适用法律规则；第三，根据法律原则作出裁判；第四，依据习惯或法理。

笔者认为，体外受精胚胎作为特殊的物，现行法律对其虽无明确的权利处置规则，但当事人在行使处置权时，应遵循法律最基本的原则，即善良风俗原则，保护民事权益原则、守法原则、公序良俗原则以及诚实信用原则。这些法律原则从语词语义上看很宽泛，在法律意义上没有固定的内涵外延。这种模糊性和不确定性被源于对法律漏洞的考量，在法律体系中会存在漏洞，即“关于某一个法律问题，法律依其内在目的及规范计划，应有所规定，而未设规定。”[134]这与哈特所说的“空缺结构”不谋而合，空缺结构包括两种含义，其一是语义导致空缺，语言本身含有空缺结构，有核心地带与边缘地带之分，使用自然语言必然导致空缺结构；其二是评价意义上的，人类预见未来的能力有局限，对目的认知也相对模糊，人类社会又有确定性和适当性这两个冲突的需要，必然导致法的空缺结构。[135]因此遇到无法提前预料的情形，必须授予司法者填补法律漏洞的权力，通过不确定概念的解释贯彻司法机关的裁量权，司法活动中适用法律原则意味着承认司法机关的创造性。

五、结语

随着生物科技的发展，法律规范似乎与之紧密结合。台湾地区有学者提出“生物科技法律”的范畴，但相关议题的讨论，“无论是从科技角度还是法律角度均流于形式，导致生物科技法律这一领域的内涵仍相当贫瘠”。[136]生物科技逐步融入我们日常生活，作为规范人类社会活动的法律，只能就单一问题作简单剖析，因此生物科技法律发展至今，科技与法律两者间缺乏有效地沟通。此次体外受精胚胎案件所引发的讨论热潮，正是法律、科技、伦理等多类因素集合的争议，笔者认为可以此为契机将传统民法理论忽视的边缘问题纳入研究视野，并通过司法审判推动理论与立法的进步。

---

133 杨立新：《民事裁判方法》，法律出版社 2008 年版，第 141 页。
134 王泽鉴：《民法思维与民法实例》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 251 页。
135 [英]哈特：《法律的概念》，张文显、郑成良等译，中国大百科全书出版社 1995 年版，第 124 页。
136 邱玟惠：《尸体之法律性质：物权与人类尊严之二元结构初探》，载《台湾大学法学论丛》2009 年第 4 期。

Abstract: In the medical application of artificial assisted reproductive technology, the legal nature and ownership of IVF embryo attracts the attention of society .Most scholars support the view of mediation theory currently. In the existing legal framework, this article holds the view that it is beneficial to the application of law if IVF embryo is defined as object. In the other word, this article regards it as an ethical content. IVF embryo can be inherited according to the law, however it should comply with good tradition of society at the same time.

Key words: IVF Embryo Legal Nature Ownership

从 APEC 蓝浅谈我国的环境治理

——以庇古和科斯的经济学理论为视角

顾庆琪*

摘　要：“APEC 蓝”作为 2014 年中国的热门词汇，至今仍使人记忆犹新，然而其背后折射出的关于我国现阶段环境治理方面的问题也值得我们深思。本文以“APEC 蓝”问题为背景，分析我国环境治理方面存在的问题及产生的根源，借鉴庇古和科斯的经济学理论，进而对如何解决我国目前的环境问题进行分析并提出一些建议。

关键词：APEC 蓝　环境治理　政府　公众参与

2014 年在北京怀柔雁栖湖召开的 APEC（亚太经济合作组织）会议可谓举国关注，这不仅由于会议本身的议题与中国的发展规划等重大利益息息相关，在会议期间出现的久未出现的蓝天，也分外引人注目而这也被网友戏称为“APEC 蓝”并成为年度热门词汇。11 月 1 日至 12 日北京市虽然经历了两次不利的气象扩散条件，但空气质量仅 1 天轻度污染，其余 11 天均为优良天；PM2.5 日均浓度值平均降低 30%，与 13 年同期相比下降了 55%。从数据以及各类对此的报道上来看，卓有成效的雾霾治理，与政府的提前规划，积极管制；企业公民的配合是分不开的，然而，如同中国环科院副院长柴发合对 21 世纪经济报道分析时所指出的：“但我们必须清楚‘APEC 蓝’的出现是在非常时期采取非常规手段的结果”，“如果希望“APEC 蓝”可以持续，就必须在环境治理的体制机制上做出深刻改革。”

正如其所言，在 APEC 期间，政府实施了“六地限产，多市限行”的方针，同时投入大量人力，对企业、工地进行巡查、夜访；投入大量物力，如卫星、无人机，对空气质量和限产地区进行 24 小时监控。这无论从成本上，还是可行性上都是短期、可复制性极低的行为。需要重现“APEC 蓝”，需要的是体制上的彻底的变革。尽管 APEC 已经过去，但“APEC 蓝”的诞生过程及其凸显出的我国环境治理体制的问题却值得我们进行后续的思考与探索。

* 顾庆琪：2012 级法学专业本科生。

一、我国环境问题治理的显著特征和困境

（一）政府强力主导

正如 APEC 期间网友对政府的“铁腕治污”“壮士扼腕的勇气”等评论，这恰恰隐藏着我国环境治理一直以来以政府为主导的特征，即一种：政府说治就治，政府说怎么治就怎么治的状态。企业和个人在这种强力主导下，只需扮演顺从和尽责的义务即可。而这种主导体现在立法和执法的方方面面：从改革开放“以经济建设为中心”的治国方针开始实施后，其以经济建设为第一要务的观念渗透入立法的方方面面，以 1989 年《环境保护法》第四条为例，其“使环境保护工作与经济建设和社会发展相协调”就可见一斑。尽管今年初实施的新《环境保护法》依然对二者进行了位置上的调换，规定了使经济建设与环境保护相协调，不可否认这之中蕴含着环境保护工作者和公民、社会团体的努力，但这样的改变更多的是基于近几年我国政府对环境保护的态度转变。所以在对立法中的调整感到欣喜的同时，心中也不免一丝失落。而在本就在政府行政工作范围内的执法行为，更是由政府一力承担，强力推行，在此不作赘述。

（二）公民参与度低

英国学者戴维·赫尔德认为，参与型民主有利于推进人类发展，强化行政效率感，培养对公共问题的关注，进而形成对政府事务感兴趣的公民。而通过国家环保总局公布的关于我国公民参与环保活动的报告中的数据：在各类环境保护活动中，我国公众低度参与比例 65.9%，高度参与比例仅为 8.3%。[137]可以看出，我国公众对于环境事务的关注度并不高，更谈不上“感兴趣”，而公众参与的行政效率感也就无从谈起。

（三）综合因素下的治理困境

由于上述的两个明显的特征综合作用，直接间接地使得我国环境的治理方式上存在巨大的缺陷，这主要体现在以下三个方面：

1.成本高昂

尽管在政府强力主导的治污问题上，省却了私人之间的谈判成本和企业内部的行政成本，但如同科斯在《社会成本问题》一文中所述，政府作为一个超级企业[138]，其也有其必须付出的行政成本，而这种成本有时是十分巨大的。在环境治理方面，以 APEC 蓝的成就为例，其人力物力的投入虽然使空气在极短时间内改善，但以巨大的资金和 GDP 的短时间停滞为代价，无疑入不敷出，而政府如果长时间处于此种超负荷的状态，对于政府自身的发展也是有百害而无一利的。

2.治理手段的欠妥

[137] 胡震云、张玮等：《论云管理理念下公众参与环境保护的管理创新》，《江海学刊》2013 年第 6 期。
[138] 盛洪：《现代制度经济学》（上下卷），北京大学出版社，2003 年版，第 14 页。

由于政府在治理环境时需要足够的信息以使其了解无论是成本还是效益的多少以作出决策，但由于缺乏足够多的可靠的信息来源，这与公众的低参与度密不可分，使其无法获得足够多的有效信息[139]，这就极有可能使得政府在考虑各种规范性文件时，对比如补偿、罚款的规定有失公允，而这样的有失公允对于公民、企业、政府之间的互动以及社会的效率是极其不利的。

3.治理的低效率

在治理效果上，如果政府足够多的投入成本，在短时间内也许效果显著，但长期来看，由于政府不会使自己长期处于超负荷的状态下，所以出于其自利性，必然会导致污染回潮，治理懈怠，这从长期而言是一种低效率的体现。另一方面，由于缺乏公众的参与，互动的低频和浮浅必然导致政府无法及时掌握污染的现况和突发的情况，而政府的这种对环境问题的反映的不灵敏，侧重于事后的治理，也是一种低效率的体现。同时，政府资金被迫的大量投入也会使得在资金有限的情况下，无法使投入与产出相匹配，也无法使其有更多的余地对其他领域进行投资，从而在总的资源配置上显示出低效。

二、环境治理困境形成的原因探析

结合在 APEC 期间我国对雾霾治理的方式以及治理环境问题上一贯以来的特征，笔者认为可能是囿于以下几方面因素的长期作用与影响导致现阶段我国在治理环境问题上形成了一套相对稳定但并不健康、不可持续的治理路径。

（一）“理性经济人”的趋利性和中国传统思想的融合

亚当．斯密在《国富论》中对理性经济人所做的假设大致表述即假定人都是利己的[140]，而且在面临两种以上选择时，总会选择对自己更有利的方案。而结合马歇尔在其《经济学原理》中首次关注的“外部性”问题[141]，简单来说即一个主体的行动和决策而产生的结果并不完全由其本身承担。而使其他主体受益则为正外部性，受损则为负外部性。不难得出结论，作为公共资源的环境，是最容易导致负外部性产生的，由于其公共性，使得主体（无论是国家、组织还是个人）在使得自己得利的前提下，代价的付出或是危害的承担非常地间接。毋庸置疑，个人到国家都受此种假设和趋利性的影响。

而传统思想的渗透主要体现在“官本位”思想和“中庸”的思想上。无论是《论语．子张》中的：“学而优则仕”还是《孟子．公孙丑下》中的“天下有达尊三：爵一、齿一、德一”都无不体现出传统文化中“官本位”的思想。而这种“尚爵”的思想在今天依然成风，即“臣民意识和

[139] [美]波林斯基：《法与经济学导论》，郑戈译，法律出版社，2009 年版，第 23—27 页。
[140] [英]亚当·斯密：《国富论》，唐日松等译，北京：华夏出版社，2005 年版，第 327 页。
[141] [英]马歇尔：《经济学原理》，北京：商务印书馆 1964 年版，上卷第 279—280 页。

盲从心理，不敢表达自身诉求以及盲目顺从”[142]，以政府主导公民生活，制定发展规划为重心，而这种观念久而久之形成了政府与公民之间双向的认同，使得政府更加主动而强势。而另一传统思想”中庸”在现代人们的思想中则逐渐演化成为了“莫谈国事”和“枪打出头鸟”的方法论，使得看似与自己切身利益并无甚关联的环境问题无人问津。个人、组织、国家长时间的“以环境换取 GDP”和“先污染，后治理”的思维模式的确立和环境治理问题上政府的不作为以及被公民选择性忽略，使得环境问题及其治理在我国成为一种恶性循环。

（二）立法文件和制度设计的缺失和不可操作

尽管公民意识和政府行为的缺漏有其必然性，但通过制度的协调设计可以有效地进行调整从而得到多方利益的均衡[143]。然而在我国，法律的制定和制度的建设也存在巨大问题。法律和制度的价值在于其可操作性，而其可操作性有依赖于规范之完备、详尽。以美国关于治理空气污染的法律为例，其数量不可谓不庞大，规则不可谓不完备：联邦层面的《清洁空气法》，包含了五个“Title”，从其官方提供的正本来看，其正文 397 页，修正案 36 页并含其他内容。而在州层面都有具体配套的立法，各州政府根据联邦的法律和对空气质量的要求，结合各州具体情况在本州内独立承担管理监督的职责。而反观我国在空气质量上的立法文件，主要的《大气污染防治法》共七章 66 条，囊括了总则、法律责任以及附则的全部条款。另外虽然目前新修订的《环境保护法》一定程度上改变了以往“宜粗不宜细”的原则，但比如新《环境保护法》68 条对于公益诉讼的规定，尽管是制度设计的重大突破，但其对于原告资格、立案以及在现实中环保组织的运行资金以及如何保证其独立性等问题，都使得公益诉讼难过这条道路阻碍重重，而具有操作性和指导性的解释和建议的缺失，也让人为公益诉讼条款是否会成为花瓶条款而忧心忡忡。

三、治理手段和机制构建的理论基础：庇古和科斯的方法

（一）庇古对于外部性问题的理论概括

在马歇尔完成其巨著《经济学原理》后，当时的经济学的研究在各方面已经趋于深入，同时对于边际的分析无论从工具还是理论也已经十分完备。在这种情况下，作为马歇尔的弟子的庇古在大体承袭了马歇尔的既有理论的同时，通过运用边际理论，着手研究如何才能使社会福利最大化的问题。

虽然在其著作《福利经济学》一书中，庇古并没有明确提出“外部性”的具体概念，但他却通过论述，提出了自己解决外部性问题的方案。在《福利经济学》中，庇古对使得社会福利最大

[142] 李太淼：《当代中国官本位意识表现分析》，《中州学刊》2014 年第 2 期，第 10—13 页。
[143] [英]哈耶克：《法律、立法与自由》第一卷，邓正来等译，北京：北京大百科全书出版社，2000 年版，119—123 页。

化的推演逻辑大体上可以概括为：社会福利的最大化以国民收入的增加和贫富差距的合理调整相关，而需要增加国民的收入则必然需要社会产量的增加，而社会产量的增加则必须依靠生产资料的合理配置，而需要实现社会生产资料的最合理配置则就必须确保边际社会净产量价值与边际私人净产量价值相等。而在书中第九章“边际社会净产量与边际私人净产量之间的差异”中庇古又指出，在现实社会中，边际社会净产量和边际私人净产量之间总是必然的存在差异的，而这种差异的根源来自于经济学对于完全自由竞争市场和理性经济人的假设，即他认为，在完全自由竞争的市场体制下，每个主体作出的投资或决策都具有自利性，而这时社会利益并不总是与私人利益一致，这就导致私人利益与社会利益在某些时候是背离的，而这将必然使得国民收入无法达到最大化[144]。

通过庇古的论述，我们大致可以了解其所说的关于私人利益与社会利益两者的背离以及个人行为对于他人或社会产生的效应从而带来的社会总的效应，和“外部性”的概念是暗合的。而针对他所提出的这个问题，在同一章中，他也提出了解决办法，即政府的干预，他认为通过政府对于正外部性行为给予补贴，对负外部性行为给予税收和罚款，通过将外部的成本内部化，可以很好地解决上述提出的自利性决策导致的社会净产量和私人净产量之间的差异。[145]

（二）科斯对于外部性问题的理论概述

尽管在 1929 年到 1933 年，“市场失灵”引发的资本主义的经济危机使得人们开始重新思考市场机制自身的稳定性的问题，从而使得以凯恩斯主义为核心的政府干预经济蓬勃发展并成为此后一段时间内政府调节经济的惯用手段，但 20 世纪中期的“政府失灵”又使得凯恩斯主义陷入被批判的浪潮，经济学界反对政府干预的呼声日益高涨，而这种反对政府干预的观念对科斯的影响十分巨大。而其在 1959 年针对当时美国广播业管理发表的《联邦通讯委员会》一文中提到：“权力的界定是市场交易的基本前提…最终结果（产量最大化）与法律判决无关”，引起了经济学界的巨大反响，而后 1960 年受邀在《法律与经济学杂志》第三卷刊载的《社会成本问题》更加具体翔实的论述了其对于外部性问题的解决对策。

在文章的第一部分科斯开门见山地指出了当时对于负外部行为普遍采取的对造成外部性效应的工厂主征收与所致损害的相应金额的税款的措施（即“庇古税”）并不合适，“因为他们所导致的结果不是人们所需要的，甚至通常也不是人们所满意的”，在接下来的论述中，他引导人们不再如同庇古一样站在“污染受害者乙”的角度来看待造成外部性的主体甲伤害乙的权益的问题，而是应当认识到避免“避免乙的损害会使甲遭受损害”，所以真正的问题是：“是允许甲损害乙，还是允许乙，损害甲”[146]，及站在中立的立场上关注问题的相互性。随后科斯先后建立了零交易

144 [英]庇古：《福利经济学》，北京:商务印书馆，2006 年版，第 147 页。
145 [英]庇古：《福利经济学》，北京:商务印书馆，2006 年版，206-208 页。
146 盛洪：《现代制度经济学》（上下卷），北京：北京大学出版社，2003 年版，第 3 页。

成本模型和正交易成本模型探讨在完全自由竞争的市场的情况下如何达到社会资源的最优配置。在《社会成本问题》的第三到第五部分，科斯论证了在零交易成本的情况下，无论产权归谁，不需要政府的任何干预，仅仅通过双方的私下协商和自由谈判，就可以达到最有效率的结果；而在之后对于正交易成本模型的考察中，科斯认为政府对初始产权的分配以及法院的判决会对资源的配置效果产生影响，从而政府需要在权衡各方成本的情况下规定好初始产权的配置，其他的交给市场调整，也能达到资源的有效配置。这在后来被斯蒂格利茨等经济学家总结为“科斯定理”。[147] 简而言之，科斯认为即使在政府不进行干预的情况下，只要初始产权明晰，具体来说是指明确企业享有一定的排污权而其他主体享有免受污染的权力，而市场主体可以通过自由协商和排污交易等行为自行解决生态环境问题使得资源的配置有效率。

（三）手段的对比分析

关于庇古与科斯的理论以及其带来的一系列方法论的对比，学界已有诸多考量，在此不作赘述。在此仅就本文中所提到的关于我国在环境治理问题上存在的问题，试从两位经济学家的理论进行探讨：

1.基于政府的分析

对于以上对于二位学说的概览，在政府职能的设定上，庇古更倾向于政府在治理外部性问题上采取一种主动的态度，需要预先对各项事务进行评估后确定收税或补贴的额度；而在科斯看来，由于市场的调节和配置，使得企业和个人之间可以通过内部的协商和交易，入排污权的交易等，达到庇古所希望达到的结果，而此时政府要做的就是排污权的初始的分配问题，在整个过程中，相对被动。

然而基于政府的角度，庇古的理论无疑更受到他们的喜爱，这一点在我国治理环境的问题上也得到了体现，因为政府本身作为一个主体尽管其具有行政职能和社会公共服务的特征，但其本身向外的扩张性和趋利性会使得其追求更多的收益，而税收的规定即是最好的收益方式。

2.基于公民的分析

尽管庇古和科斯理论的前提都是完全竞争的市场，但在现实生活中是一个难以达到的标准。无疑手段的选择会在不同程度上影响公民的参与和积极性。庇古的理论以国家干预为主，这就必然导致了市场中其他主体在干预下受其所制，服从其安排，其能动性和交易的积极性都会受到限制。而在以私人协商解决问题的科斯的排污权交易，可以鼓励人们在既有的产权配置的情况下，合理自由的交易转让，而这种转让无疑也会加大个人对个人、个人对企业等的监督，从而加强参与度和对环境问题的敏感度。

由于自由协商带来的选择性和利益更大，企业和个人更倾向于科斯手段的运用，同时由于自由协商的确立，更多利益相关人的涉及会使得更多的社会主体牵涉其中。

---

147 [美]约瑟夫·费尔德：《科斯定理 1-2-3》，李政军译，《经济社会体制比较》2002 年第 5 期，72—79 页。

3.基于成本的分析

庇古的理论中，由于其假设政府可以获得足够多的，使得他做出最优分配决定的信息，所以其治理外部性的成本主要来源于政府的行政成本。但在现实情况下，行政成本的高昂自不待言，但更多时候政府用于收集信息、汇总和筛选信息的支出是十分惊人的，而这些成本支出所获得的信息是否足够多、足够可信并帮助其做出最优配置的决定，尤其在没有公众参与的情况下，其回答是存疑的。

而在我国，政府对环境保护的投入成本是巨大的，无论是从信息的收集、行政行为的实施还是为了环境治理而保留的的经济发展的空间而言，但其收效甚微。其他主体对于环境问题的成本支出大多是于政府要求缴纳的环境税费，尽管我国规定了排污交易权的问题，但在实践中“拉郎配”和交易所零交易导致“摘牌”困境的问题屡见不鲜[148]，而这并不是科斯所指的自由协商，自由交易，仍是一种政府干预的方式而已，那么其成本也就终究只能归结为政府干预所投入的成本，私人谈判的协商所投入的成本，在现阶段少之又少。

4.基于信息的分析

在庇古和科斯的假设中，政府或法院掌握的信息足够多，以至于其能做出最优配置的决策或是根据实际损失做出判决的情况，在现实中是无法实现的。而在我国存在的状况是政府和公民信息的双向缺失，这使得公民无法了解环境问题的严重程度，而政府也无法了解全部的污染信息，而法院也就无法从当事人处获得客观准确的数据做出公正的的判决。

而由于在我国政府干预是主要的治理手段这就会导致政府信息的确实，放大到实践中使得决策的不科学、不合理对社会造成更大的影响，从而侵犯当事人的利益，使得在社会效益和私人效益上都与最初理论探讨的目的背道而驰。

四、治理现况和两理论对我国环境问题治理的启示

结合上述对我国现况的特征概括、特征的成因，以及通过使用两位经济学家的理论对现有情况进行分析后，笔者认为，对于我国如何优化环境治理的手段，已经有了一定的借鉴意义，现结合上文，提出以下几点优化的可能：

（一）政府角色转换中科斯理论的进一步采纳和吸收

对此点，笔者是基于对成本的考量。我国的地理风貌、生态环境的多样性导致了环境问题的多样性，而政府的普遍干预必然导致其干预成本的增加，而根据环保部对中国环境检测的情况显示，中国未来将会进入各类环境问题爆发的集中时期，这就有可能导致政府干预的应接不暇或者直接导致政府失灵情况的发生。同时由于问题的复杂性，也会导致政府在信息收集利用方面有更

[148] 宋春花、许君雨等：《我国排污权交易二级市场运营问题探析》，《商业时代》2013 年第 22 期，113—114 页。

多的不准确，从而导致制定的税费标准不合理，以上两个原因，会使得治理污染而效率低下，效果甚微。

故而建立健全的市场调节机制，通过自由协商、排污权交易等制度的进一步完善，使得交易的当事人真正在协商过程中走出政府的行政干预，可以为社会节约更多的成本。当然由于我国一以贯之的政府干预，尤其是在制度不完善、公民环保意识普遍不高的情况下尤其具有重要意义，所以在接下来的一段时间内，如何在治理环境的过程中逐渐引入科斯的理论，调整政府在治理中的强势主导角色的定位，降低治理成本，是值得考虑的。

（二）政府、公民、司法机关之间互动的建立

1.信息披露制度的完善

无论是基于庇古还是科斯的理论，信息的完备性都至关重要，而在我国由于环保问题一直是政府大权独揽，导致信息披露和公示的制度一直不健全，这使得公民无法了解身边的环境问题，及时进行了举报或是诉讼，在搜集相关文件、数据时也由于“涉及国家秘密”等原因而阻力巨大，而维权的失败或告诉无门，而法院通常由于资料的缺失只得判决证据不足方败诉使得判决有失偏颇。

信息披露的完善不仅可以使公民、法院方面掌握更多的信息，从而在谈判中或诉讼中提出更具体、切合自身利益的诉求，在判决中体现更大的公平性和客观性。从政府方面来说，这也加强了环境问题社会监督的强度和范围，分担了自身的义务和压力，使得环境问题的发现、治理的过程成为一个良性的循环。

2.法院应重视判决的社会影响

科斯在《社会成本问题》中也论及了法院判决的重要性[149]，尽管其所举的都为判例法国家的例子，即所有的判决都具有法律的效果，这就直接使得当事人对产权的界定明晰，从而对自己为一定行为的法律评价有预见性。在我国，虽然法院的判决不具有法律效力，但在媒体、互联网发达的今天，法院的判决公开、判决书上网已经成为常事，重大的环境案件更是每每牵动着全国的思绪，在这种境况下法院判决对于政府、公民行为的引导性就凸现出来，其判决结果作为对后来人的借鉴，也会逐渐渗透入政府、公民的观念中，从而形成某种价值导向。

此时就要求法院谨慎对待其所受理的每一个环境案件，由于环境案件的涉案主体除了企业外，常常涉及政府的利益，这就会使得环境案件判决达到公正的难度大大加强，而这就要求法院在判案过程中有摈弃一切外来因素干扰的魄力，仅站在公正、客观的角度给出判决。

（三）公众参与原则的贯彻

尽管以上一些制度的的贯彻和实施必然会使得公众参与的积极性得到提升，但针对于公众参

[149] 盛洪：《现代制度经济学》（上下卷），北京：北京大学出版社，2003 年版，第 22 页。

与这方面，应当采取具有针对性的措施：

1.加强环境保护思想的启蒙

任何意识的启蒙，对于人们今后行为的养成和观念的塑造都是至关重要的，正如日本在中学教科书中添加了关于环境的修习单元，使得国民从小心中根植了环境保护的种子，为其关心环境的积极程度提供了辅助，也减少了政府在环境治理方面的阻力。而在我国教科书中，从小学至高中，鲜少能有体现保护环境的理念，即使出现也淹没在了应试教育的模式中，无法获得老师和学生的重视，这一点在今后教材的编写中应当给予考虑。

2.注重环境公益诉讼制度的完善和可操作性

如上文所述，制度的不完善何物可操作性会使得制度本身成为空谈。在法律已经明确的如今，各级政府如何实施，各级法院如何贯彻才是至关重要的。同时，制度本身的设计，比如主体资格的问题，早在 2005 年 12 月 3 日，国务院的相关文件中就提到支持“社会团体”环境公益诉讼到 2015 年新《环境保护法》及其司法解释对主体进行了规定，据民政部统计这样的组织全国有 700 多家。那么这样主体的设计，尽管相对明确，但是否合理，比如资格的限制的严宽程度还有待商榷。同时主体进行环境公益诉讼，2010 年 6 月 29 日，最高法的文件中提出“政府行政机关”可以提起的确定是否能使得诉讼有效提起，这和主体的性质、资金来源，还有诉讼所需要的资金的支持都是密不可分的。然而在这些方面，具有可操作性的文件尚未出现。

（四）因时制宜、因地制宜的灵活理念

1.治理重点的变化

例如在英国治理污染的过程中，其在 20 世纪 50 年代，20 世纪 80 年代，根据主要污染源的变化将治理重点从工业排放转向汽车排放的治理，通过不同的立法和措施，如前期通过《清洁空气法》、《控制公害法》等对工业废气排放进行规制，并采取集中供暖等方式降低排放量。后期通过收取交通拥堵费，限制车辆进城，加强绿化建设等治理汽车尾气，卓有成效。

从 APEC 期间的措施，以及事后的统计上来看，工业废气和机动车排放的废气污染是现阶段主要的污染[150]，如何有针对性的治理，以及在我国产业结构不断变动的情况下，如何根据污染的来源制定切实可行的办法，显得尤为重要。

2.治理手段的变化

在英国治理的过程中前期其贯彻的是先污染后治理，头痛医头的政策，在达到一定的成效后，为建立良性的生态环境，其致力于产业的升级和调整。到 1989 年,三次产业结构由 1980 年的 2.2:40.2:57.6 调整为 1:31:68，工业更多转向服务业，而一些工业如制造业也从单纯的低端加工制造向高端的设计、集成方向转变。产业结构的调整，使得英国的环境走上长期良好的道路。同样，美国在理念的选择上，经历了从政府干预到逐渐引入以科斯定理为基础的排污权交易的历程，20

[150] 骆倩雯:《APEC 会议空气质量保障措施效果评估结果出炉——“APEC 蓝”机动车减排贡献占比近四成》，载《北京日报》2014 年 12 月 18 日。

世纪 70 年代美国环保局就开始在大气污染和河流污染的各领域，率先引入了排污权交易制度，大大提升了提高了市场配置的作用。

我国对手段的灵活选择的基础是对理论的接受和认可，“先污染，后治理”的观念尽管为其他国家所使用，但现在更应当向污染的预防方面发展，这是我国政府应当转变的观念，但此观念的转变异常艰巨的原因就在于经济发展和环境保护的孰轻孰重，在当今社会并没有得到共识。发展经济学中的库兹涅茨曲线，形状为倒 U 型，反映的是社会经济的发展和环境污染的程度之间的关系。从该曲线上看，在工业化的时期，环境污染的程度与人均 GDP 的增加成正比；而后期，两者呈现反比。分析人士指出中国还处在该曲线的前期阶段且“离拐点还有一定的距离”[151]，但在现阶段如果在放任黑色 GDP 的产生，一旦达到拐点后，由于我国本身产业结构不合理的问题明显，会使得调整旷日弥久，同时一些西方国家使用过的行之有效的方式，如“污染输出”在现在并不可行，其后果不堪设想。

五、小结

在政府日益重视环境问题的今天，如何将政府方针政策中原则性的规定充分落实，如何让法律法规中的条款具有更强的操作性，如何使 APEC 蓝重现并永远停留在我们的头顶上空，尽管本文中对现阶段提出的一些问题给出了一些尝试性的意见，但具体的实施和更多实践中碰到的问题的研究和突破，依旧任重道远。

[151] 赵细康、李建民、王金营、周春旗：《环境库兹涅茨曲线及在中国的检验》，《南开经济研究》2005 年第 3 期，49—51 页。

冷冻胚胎案二审判决的司法正义探析

张诗媛*

摘　要：无锡冷冻胚胎案的二审判决似乎得到了如潮的好评，但是对于一个司法审判结果的评价，我们不可能只是从公众的认可度出发，不能因为它站在了道德和舆论的制高点就认为它是正义的的判决。冷冻胚胎案的二审判决用道德的方式解决了法律的问题，这样一个没有运用法律说理的法律判决在司法程序上存在诸多瑕疵，诉讼主体、审判案由以及裁判依据都难以得到法律的认同，不正义之处显而易见。所以我认为只有当一个判决依据法律程序，基于法律条文，符合法律逻辑时，其结果才会拥有司法正义，得到法律认可，并值得我们遵守，对此产生敬畏。更进一步的说，一个好的法官不是因为他是人民的法官就可以名垂青史，而是因为他是法律的法官才能够掌握正义。

关键词：冷冻胚胎　法律　道德　程序正义　司法正义

引言

江苏宜兴一对年轻夫妻不幸因车祸身亡，他们生前曾在南京鼓楼医院做试管婴儿，并留下 4 枚冷冻胚胎。为争夺胚胎保留香火，双方老人对簿公堂，医院此时横插一脚，认为自己才是最终的保管者。对此，一审判处同意医院的观点，驳回双方老人的诉讼请求，而后这起备受关注的中国首例冷冻胚胎继承权纠纷案在无锡市中级人民法院二审落槌，法院最终决定撤销一审民事判决，支持双方老人共同处置 4 枚冷冻胚胎。

这两个截然对立的判决结果引起了社会舆论的轩然大波，所有的媒体似乎一边倒的批判一审结果的冷酷无情，赞扬二审判决的伦理温暖。法制日报认为这是“一个法与情兼得的判决”；澎湃新闻以“中国好判决”褒扬，江苏省人大常委会法制委员会副主任委员刘克希更赞其为：“近十年来值得一提的好判决，不但符合我国法律，而且符合伦理道德。”但是，什么样的判决称得起如此之高的褒奖，什么样的判决能够撼动社会舆论的风向，什么样的判决才会达到德法合一的至臻境界，最重要的是，这样的判决能代表正义的吗？

* 张诗媛：2013 级法学专业本科生。

一、法与情兼得的中国好判决

2015 年 9 月 17 日，全国首例冷冻胚胎继承权案在无锡市中级人民法院二审落槌，二审围绕涉案胚胎的监管权和处置权的行使主体如何确定的争议焦点展开，基于以下理由判决上诉人对涉案胚胎共同享有监管权和处置权：

1.对于医院和沈杰、刘曦签订的处理 4 枚冷冻胚胎的知情同意书，发生了当事人不可预见且非其所愿的情况而不能继续履行，南京鼓楼医院不能根据知情同意书中的相关条款单方面处置涉案胚胎。

2.在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，考虑伦理、情感和特殊利益保护，判决沈杰、刘曦父母享有涉案胚胎的监管权和处置权于情于理是恰当的，当然，权利主体在行使监管权和处置权时，应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益。

3.南京鼓楼医院不得基于部门规章的行政管理规定对抗当事人基于私法所享有的正当权利，权利人对胚胎享有的相关权利[152]。

在这一份三千多字的二审判决书中，仅有有四分之一是判决理由，而这四分之一的判决理由中，有法律依据的说理又只有两百多字，剩余的五百多字参杂伦理、情感和特殊权利，站在道德的角度上解决了法律的问题，可以说这是一份道德的判决书。

对此，二审审判长、无锡中级人民法院院长时永才这样评价自己的判决：“任顺天意、存人伦、敬法律，综合考虑民意、伦理道德、人情、法理、法律精神。”显然，不光是宣判，甚至是总结，这位中院院长也喜欢用道德的标准解决问题，认为判决的理由应该高于法律。

二、好判决不等同于正义

如果按照以上的评论，那么对于一审判决的和二审截然两分的结果，就显然是不顺天意、不存人伦且不敬法律的，可是即使本案一审判决结果并不能使社会大众信服，但它的拥护者并不少见，而上顺天意，下存人伦的二审判决却也被很多法律工作者狠狠地批驳了。究其原因，一审判决虽然没有在判决结论上符合大多数人的预期与情感，但他的审判程序是正义的，严格按照法律依据判决，只是存在自由裁量时的分歧，而在二审判决中，虽然判决结果满足了公众朴素的情感，但是从法律的角度上说，这样的判决说理自相矛盾，缺乏法律依据，对于以后类似判决的指导更是毫无意义。

对于一个司法审判结果的评价，我们不可能只是从公众的认可度出发，不是因为它站在了道德和舆论的制高点所以就是正义的的判决，而是因为它是合乎法律程序，基于法律条文，通过法

[152] 江苏无锡宜兴冷冻胚胎纠纷案二审判决书（2014）锡民终字第 01235 号。

律逻辑思考而写下的法言法语，我们才认为其有法律价值。换句话说只有符合法律的判决才拥有正义，才值得人们遵守和敬畏。

理论界普遍认为，正义是法律最为重要的价值之一，是社会应该遵守的最低限度要求，自古以来不同学派从不同侧面给其下了不同的定义，罗尔斯认为正义理论内容为两个正义原则和程序正义原则[153]。在冷冻胚胎案中，因为本案与基本自由权和社会经济不平等无关，所以前两个正义原则与之没有必然联系。考虑到我国对于冷冻胚胎没有明确法律条文规定，这就符合了需要程序正义的情况，即对于结果没有独立的判断标准，而只有一种正确的或公平的程序，从而使它所产生的结果也同样正确或公平时（不管它是什么样的结果），只要这种程序得到恰当的遵守，那么纯粹程序正义也就存在了。因此当没有直接的法律依据告诉我们该如何判决时，遵守法律程序的正义就显得尤为重要，因为它是正义结果得来的唯一途径。

所以在此我们仅要讨论司法的程序正义，这个问题比什么是正义要简单的多，因为司法中的正义已经有一个标准即法律存在，法官的义务就是执行法律——“以法律为准绳”[154]。司法程序想要正义就必须遵循这个绝对的标准：遵守了法律就是正义，没有遵守法律就是非正义。而从司法程序上来看，冷冻胚胎案二审没有遵守法律的地方不少，大致存在以下的几各位问题：

（一）诉讼主体结构问题

从诉讼主体结构来看，二审判决上写着：首先从本案的诉讼主体结构安排方面来看，的确是存在一定的瑕疵，受孕夫妇的父母双方本应予以纠正。但考虑本次诉讼安排和诉讼目的指向恒定，不会对诉讼主体的程序和实体权利义务的承担造成紊乱，本院不再作调整。这表明二审法官认为本案的诉讼主体结构安排出现了差错，原告男方父母起诉被告女方父母要求继承由第三人南京鼓楼医院保管的“冷冻胚胎”在事实上并不能成立，这是一个虚构的诉讼请求。这种见解是很有道理的，二审认为在一审中原告与被告并没有冷冻胚胎的保管权，而南京鼓楼医院才是冷冻胚胎的保管者，因而原、被告在一审中并不适格，而且仅仅在审理中将南京鼓楼医院追加为无独立请求权的第三人对于南京鼓楼医院的诉求表达也是不够的。但是二审法院并没有因为一审原、被告不适格而发回重审，而是认为即便主体不适格，但是对判决不造成影响因而不予纠正，只是最终改判了一审的判决结果，并没有依据《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，二审的这种程序违法是显而易见的，因此结果本身也就谈不上正义了。

同时，《中华人民共和国民事诉讼法》第五十六条规定：对当事人双方的诉讼标的，第三人认为有独立请求权的，有权提起诉讼。一审中，原、被告认为各自才是冷冻胚胎的继承者而提起继承权主体诉讼，此时南京鼓楼医院认为胚胎不能继承，应该按知情同意书归医院保管直至保存期

153 约翰·罗尔斯：《正义论》何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 20—40 页。
154 周永坤：《法理学——全球视野》，法律出版社 2010 年版，第 195 页。

限届满后销毁，这种情况完全满足对于当事人双方的诉讼标的：冷冻胚胎，第三人认为自己有独立请求权，从而作为有独立请求权的第三人参加诉讼，既对抗本诉原告，又对抗本诉被告，从而否定原被告之间的权利争议。所以正确的做法应该是撤销原判后，南京鼓楼医院应该单独提起诉讼，法院经审查后合并审理两案，将其列为有独立请求权的第三人，处于原告地位，享有原告的权利义务，再进行案件的事实审理。

（二）审判案由问题

从审判案由上来看，一审判决严格按照当事人提出的诉讼请求归纳案由，并以确定的争议焦点——胚胎是否可以继承进行审理。运用法官自身的法律知识和法律逻辑，通过三段论的方式论证了这一问题，大前提是胚胎是含有未来生命特征的特殊之物，不能像一般之物一样任意转让或继承；小前提是原、被告双方因胚胎是否可以继承发生争议；结论是原、被告均不能继承也不能监管处置 4 枚冷冻胚胎。

而二审法官似乎认为冷冻胚胎是否能够继承是一个无法解决的问题，有待后人慢慢研究，因此直接根据上诉人的诉请以及当事人之间法律关系的性质，归纳总结之后将本案案由变更为监管权和处置权纠纷。表面上二审法院将案由从继承这一大的方面变更为监管权和处置权这两个更为具体细致的问题，但是实际上法官是越过《民事案件案由规定》自行创建了一个新的纠纷名称，篡改了当事人的请求权基础，从一个基于胚胎法律地位的继承权问题，变成了基于道德的监管处置争议。

值得质疑的是，为什么二审法院要进行案由的更改，难道一审法院给出的案由存在事实上的偏差吗？有人给出了这样的辩解：二审看似变更了案由，将继承权变成了监管和处置权。其实不然，因为继承权包含三个方面的权利，既接受或放弃继承的权利；取得遗产的权利；继承权受侵犯时的恢复请求权利。继承权接受遗产的目的在于取得继承物的所有权，所有权又主要体现为占有、使用、收益、处分四项权利，因此监管和处置权属继承权利取得的最终目的[155]。那么问题就出现了，既然实质上根本没有变更案由，那么为什么还要多此一举呢？而且按照此说，监管和处置权属继承权利取得的最终目的，那么一旦拥有监管和处置权就等于拥有了继承权，承认了继承权就表明认定胚胎是法律意义上的物。而二审的案由是“涉案胚胎的监管权和处置权的行使主体如何确定”, 也就意味着，二审还没有判决，甚至没有法庭辩论和取证，法官就已经承认了双方当事人之一是对冷冻胚胎享有基于继承的监管和处置权的，也就是等于说这个胚胎是物，既然胚胎是个物，也可以继承，那么就理所应当的属于继承人，不仅仅是监督和处置权，甚至基于物的所有权而来的占有、使用、收益、处分统统都归继承人，又何来主体不确定一说呢？二审还未审判便已经给出了答案，法官在不用说理和引用法条的基础上直接判断了案件争议之处，那么何必再浪费司法资源，浪费双方当事人的时间。

[155] 郝慧珍：《从律师的视角看本案裁判文书的情与法》，载于《法眼观察》，2014 年第 18 期。

更为矛盾的是案由中的这两种权利：监管权和处置权，二审并没有给出界定，法理上没有明确定义，民法上通常更不会使用，可以说这两种权利并没有明确的权利基础。按照一般状况，监管权大多来自行政机关对于市场的调节和管理，是一个多用于行政法上的概念，而处置权则基于物的所有权在民法上应与处分权相同，不同请求权基础的两种权利如何变成了一个案由呢？也许是二审法官为难于冷冻胚胎的性质，无法明确其是人还是物，不能解决原被告是对其的监护权还是处分权的判断说理，从而各改一字，而变成了现在所看到的颇为尴尬的监管和处置权的并存。但是既然案由承认对胚胎的处置权也就是法官和当事人都承认了，是有民事主体拥有在享有所有权的基础上对胚胎处分的权利的，这一做法明确的表示出二审对于胚胎是物这一定性的倾向，可是为何到最后却不直接说明反而避而不谈，十分令人疑惑。

（三）判决依据

首先，二审裁判的法律依据是《民法通则》第五条：【民事权益受法律保护原则】；第六条：【合法原则】；以及第七条：【禁止权力滥用原则】。在这三项原则中，没有一条法律依据和本案判决结果直接相关，就好像一篇文不对题的作文，内容写的再好与题目无关，依然是写得毫无作用。事实上法官明明可以依据法律规则直接对本案进行定性，却舍近求远，去选择用法律原则的笼统概念作为最基础的法律依据。正如德沃金所言：一个规则对于一个预定的事件作出一个固定的反应；而一个原则则指导我们在决定如何对一个特定的事件做出反应时，指导我们的思考[156]。法律原则不是不可以适用，但是它更多的是一种宽泛而模糊的指引，是规则的指导。法律实务界普遍认为，凡要使用原则必须遵守规则优先，因为在通常情况下，法律原则已经规则化，适用法律就是适用规则，只有在特殊情况下才有法律原则之适用。如果动辄适用原则，则法律规则将空置，法律就失去了安定性，法官就成了立法者甚至是独裁者[157]。而在本案中，明明有《继承法》和《物权法》上的规则可以适用，法官却选择视而不见，如果法官觉得本案判决不适用继承和物权上的相关规则，那么就是不认为冷冻胚胎可以继承，当事人对它也不享有基于物的所有权利，那么怎么可以又判决双方父母对胚胎拥有监管和处置权呢？反之，既然法官判给死去的受孕夫妇父母以监管和处置权不就等于承认了冷冻胚胎物的属性，为何又要放弃直接而明确的法律规则，用难以说明本案法理的原则去审判呢？

更为不专业的是，在二审的判决理由中，除了与本案无关的法条适用外，就只剩下大半的笔墨来陈述应当把胚胎交给失独的老人的伦理道德要求，不能否认用伦理道德使人信服十分符合我国传承已久的文化与精神，因为自古以来儒家以礼为行为规范，为维持社会秩序的工具，并以道德教化的力量，收潜移默化之功，以教化人心的方式，达到心理上的改造，使人心良善，知耻而

156 罗纳德·德沃金：《认真对待权力》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社 1998 年版，第 18 页。
157 周永坤：《法理学——全球视野》，法律出版社 2010 年版，第 175 页。

无奸邪之心，自是最彻底、最根本、最积极的办法，断非法律裁判所能办到[158]。所以中国人从不习惯通过诉讼的途径解决问题，而是试图用道德去感化，伦理去约束，舆论去威慑……时至今日法律方式依然不是首选。但是，每个人心中对于道德都有不同的标准，更难以统一，用道德去规范和约束所有人是不切实际的，法律已经是道德的最低限度，是大家公认正义标杆，在裁判中又有什么理由放弃它呢？道德永远也不可能等同于法律，判决书也绝不应该用道德代替法律，法律不可能像道德的规范一样全面而具体，它的公正是有限度的，否则我们必须选出哲人王来统治世界。

就像哈特曾经铿锵有力的质问一样：如果某种特定的行为不符合一般道德标准，是否仅凭此一情况就已经足够使之成为可由法律惩罚的行为？而如此的强制执行道德，其本身能否获得道德之许可呢？[159]答案显然是是否定的，哈特自己给出了理由：这一情况之所以还能显得貌似合理，很大程度上是由于含糊、暧昧和不准确的表达，因此当它们被暴露于严格的批判审视下时，这种表面上的合理性就会减弱。[160]大家之所以认为道德作为理由写在判决书中是法与情的结合，是冰冷的法律回暖的迹象，是因为民众的思维还没有达到法治的程度，我们更能接受我们所普遍认同的，更能接受我们所习以为常的，我们更能接受的是对于与弱者的同情而不是对于法律的服从。

其次，二审判决在论证时回避了胚胎能否继承这一法律空白问题，面对胚胎这一特殊的物，如何定性，是否可以继承，这些问题实际上是存在争议没有定论的，也许对于法院来说，直面这一问题，是要担风险的，既要考虑本案巨大的社会影响，又要回避填补法律漏洞的风险，但是这个问题的难度还不至于要二审法院左右为难以至于做出这样一个论证过程百转千回的判决，事实上，我们完全可以通过对现有法律的有力解释得到其可以判给男女方父母的理由：在我国，冷冻胚胎的法律属性有客体说、主体说和折中说三种观点。将冷冻胚胎认定为器官权的意见，是不符合民法的权利学说的；将尚不具有民事权利能力的冷冻胚胎作为人来予以保护，在民法上是说不通的。民法上的物分为伦理物、特殊物和普通物三个类型，将冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织认定为具有人格属性的伦理物的意见是正确的，而不是将其作为主体，能够体现其特殊的法律属性和法律地位，能够得到民法的充分保护，因而没有必要将其界定为主体，也没有必要在主体和客体之间创设第三类民法的基本范畴。既然冷冻胚胎的法律属性是物，那么在物的所有权人死亡后，冷冻胚胎当然就成为遗产，是继承人继承的标的[161]。

正如两审法院所说，受精胚胎为具有发展为生命的潜能，含有未来生命特征的特殊之物。即便是依据于此，冷冻胚胎作为特殊之物的物的属性无疑也是确定的，只是所有者在行使基于物的属性的一系列权利时，要尽到更高的注意义务罢了，但这已经不是当事人诉讼请求中的问题，本

158 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局出版社 2007 年版，第 309—310 页。
159 哈特：《法律、自由与道德》，法律出版社 2006 年版，第 5 页。
160 哈特：《法律、自由与道德》，法律出版社 2006 年版，第 7 页。
161 杨立新：《人的冷冻胚胎的法律属性及其继承问题》，载于《人民司法·应用》2014 年第 13 期。

案只是解决冷冻胚胎是否可以继承，继承的主体是谁，而不是解决继承主体对于继承权利的行使如何，所以法院基于不告不理原则完全没有必要在此过于纠结。本案中更为重要的是法官在法律没有规制的空白领域内，如何正确的依照程序进行合乎法律逻辑的说理，履行司法所应该承担的形成公共政策、实现规则治理的功能。

三、依法判决才是真正的正义

当一份判决显得很接地气，德情兼具，从道德的角度让人们认同，那么无疑它就是失败的，法官研究了这么多年的法律不是为了写一份凡是有良知的人都能得出的结论。当我们遭遇法律空白，我们要做的依然是依法判决，从原有的法律中去解释出判决的理由，不能因为法律规则的缺失而选择另辟蹊径，否则大可不必设立立法机关，因为法官俨然可以通过道德，伦理和人性进行判断，解决一切问题。我们要做的只是适应当前的法律，在当前的法律基础上解决未知的问题，一旦我们因为法律的的滞后性选择用其他不是法律的标准去衡量利益的得失，自行创设法律，那么法律的尊严与稳定就会荡然无存，我们的国家也永远不可能实现依法治国的目标，永远也不可能有一个所有人都认同的正义标准。

我们的法官不习惯于通过法律的说理得出结论，他们往往随心所欲，在没有现成的法律答案时，就喜欢跳出法律的框架去寻找比法律更符合普遍情感的标准，而不是通过法律的逻辑去解释和运用法律，让上帝的归上帝，凯撒的归凯撒。

事实上, 制约中国法官判决撰写的不仅有法官自身法律素养的问题，还有一系列中国本身的社会原因及制度问题。中国的法律来源于战争，中国的法官是军官出身，中国的法院也是从衙门中分离而来, 尽管法官不是严格意义上的官员, 但是, 用“我说你听”的方式、行政的方式、决断的方式处理纠纷还是为许多法官接受，他们有着与生俱来的权威优越感，并一直认为这是天经地义、理所当然的。他们不仅是不大会用法律语言说理, 他们更不大习惯用法律语言说理。

另一方面, 中国的法院和法官在中国社会中的地位也比其他大陆法系法院和法官在它们社会中的地位要低。不仅司法独立的传统不够，而且司法机构内部的行政色彩相当浓重。法院和法官往往受到来自各方的各种形式的干预，包括内部的层层审批，包括社会中波动的舆论干扰。在这样一种环境中，坦白地说，至少有一些时候，说理论证在法官看来是没有意义的。如果论证的结果是如此，但当地政府或是院长要你得出另一种判决(哪怕是这些要求并不错误，也并非徇私枉法，仅仅是由于认识不一致———而这是常有的)，或者是社会民情或大众传媒普遍要求法官这样判，那么法官就不可能按照法律的逻辑来论证。要对这样的判决做出某种法理上的正当性论证，只能是自欺欺人[162]。

[162] 苏力：《判决书的背后》，载于《法学研究》，2001 年第 3 期。

可以说，中国法官寻求法律正义的道路上障碍重重，不仅有从古至今延续的权威主义作祟，更有来自社会各阶级的阻挠，但是最重要的是法官们在面对这些左右他们自身判断的因素时，没有坚守法律的底线和尊严，使司法正义变成了随心所欲、遵循指示和听从民意，让道德代替法律，使法律规则名存实亡。

结语

美国法学家卡多佐说过法律是生长的，每一篇裁判文书都是一张法治的宣传单，老百姓正是通过一篇篇裁判文书，看到社会的公平正义，生长对法治的信仰。只有秉持着先进的司法理念，法官在实践中才不会有所迷失，在困难障碍面前才能坚定的前进。坚持对法律的孜孜以求，继续探索符合法治发展的规律性问题，好法官们还在成长的路上[163]。

在胚胎案终于尘埃落定的当下，我们不能盲目地去宣传法律判决的好坏，带给公众对于评价司法正义的错误见解，因为评判的标准从来不是道德，也不是人伦传统，更加不是民众的拥护和舆论的呼声，唯有依据法律一项，是司法正义不变的原则。我们的法官也切不可盲目地审判，不要试图建立比法律更高的标准，也不可因为道德是法律的更高限度而抛弃法律。作为一个司法工作者就应该时刻将法律放在首位，我们的法庭需要的是依法判决的法官而不仅仅是一个有良知的人。

[163] 罗曼：《对无锡胚胎案判决文书的思考》，载于《法眼观察》，2014 年第 18 期。

公权力的边界探讨——以“APEC 蓝”事件为切入点

陈俊生*

摘　要：“APEC 蓝”事件显示出公权力的边界正在扩张，侵入了市民社会与个人权利领域。国家公权力来源于市民社会，由市民让渡部分权利而成。为市民服务、保障个人权利，是公权力的唯一目的。而公权力的特征及人性弱点决定了必须要厘清公权力的边界。只有结合中国公权力边界现状与当下权威主义政体以及中国政治传统加以分析，方能最终厘定公权力与市民社会、个人权利的边界。

关键词：“APEC 蓝”　新权威主义　公权力边界　个人权利　市民社会

一、问题的提出

2014 年 11 月，亚太经合组织第二十二次领导人非正式会议（简称 APEC 会议）在北京召开，来自世界国家的政要齐聚北京。为了让各国领导人们免受雾霾的困扰，展现良好国家形象，中国政府强调，要保障 APEC 会议期间的空气质量达标。在采取了机动车限行、企业停产、工地停工等一系列号称“史上最严”的措施后，APEC 会议期间北京市的空气质量保持在一级左右。网络上将这种以超常规手段治理出来的“蓝”称为“APEC 蓝”。“APEC 蓝”之所以受到关注，主要有两点原因。一是政府对待外国领导的态度与对待本国国民的态度迥异。之前政府屡次表态要壮士断腕治理雾霾，却始终不了了之；“APEC 蓝”让民众意识到，不是政府治不好雾霾，而是不愿治。其中隐含的差别待遇让民众感到愤愤不平。二是政府本次动用的超常规手段极大地影响了居民的生活与工业生产。

2014 年 11 月 6 日起,环保部实施最高一级空气重污染应急减排措施，要求企业尽可能采取限、停产措施，其范围甚至扩大至山东省。中国北京、河北、天津等 8 个以上城市采取汽车单双号限行政策,机关单位的公车封存 70%。河北 2000 多家企业临时停产，1900 多家企业限产，1700 多处工地停工。APEC 会议期间,北京全市行政区域内的所有工地(抢险抢修工程除外)全部停工。通过全市单双号行驶等措施，会议期间 200 多万车辆停驶，为“APEC 蓝”做出贡献。北京大中小学幼儿园也都纳入放假范围，清华北影等高校在 APEC 期间放假调休六天。在主会场追的雁栖湖地区，居民们被要求在会议开始的 4 天前，方圆 5 公里内的村庄都“不许冒烟儿”，不用柴火做饭，改用天然气。

* 陈俊生：2012 级法学专业本科生。

在官方媒体和御用学者的一片点赞声中，我们不难发现“APEC 蓝”事件中隐含的问题。在“APEC 蓝”事件中，公权力面对企业、个人，处于压倒性的优势地位。停工、限行、调休，种种的措施都是公权力在单方面推动，而企业以及普通居民因此受到的损失却被选择性地忽略。在提倡依法治国的当下，我们却看到国家公权力的一再“任性”，公权力正在不断侵入民众的生活。这不由让我们担忧和疑惑：公权力的边界又在何处？如何将公权力牢牢圈定在其边界之内？本文试图在结合政治传统与当下中国的政治体制，分析公权力边界所在，以便于更好地限制公权力。

二、公权力的概念及确定其边界的必要性

（一）何谓公权力

1.公权力的产生

公权力即国家公权力，其产生与国家的产生密切相关。关于国家的产生，普遍认同的学说是“社会契约论”，即自然状态下的市民通过部分的权利让渡形成了国家，产生了公权力。在自然状态下，每个人都是自利性的主体，他们都是“具有意识的、经过思虑或凭激情行动的、追求某种目的的人”[164][165]。自由对于他们来说如此重要，因此民众试图通过自治解决一切事务。在追逐利益的过程中，人们经过不断的摩擦、博弈，发现只有互相尊重对方的利益才能得到双赢，权利的概念慢慢出现。在权利承认的基础上，一种“市民认同”与“公共理性”逐渐形成，市民社会初步形成。在这个市民社会里，有着相对认同的规则以及道德风俗，形成了一种自生自发的秩序。[166]

然而人有与生俱来、难以克服的人性弱点，总有人会破坏既定的规则，这种现象市民社会无法根治；同时，自然状态也并非完美无缺，洛克在《政府论》中指出自然状态的三大缺陷：缺乏明确与规定性的判断是非的共同尺度；缺乏公认与公正的裁判者；缺乏权力执行判决。为了解决这些市民社会无法解决的缺陷，市民选择让渡自身的部分权利，保留财产权、人身权等重要权利，成立一个具有宏观调控能力的权威机构，国家由此产生。正如洛克所云:“政治权力是每个人交给社会的他在自然状态中的所有权利，由社会交给它设置在自身上面的统治者,附以明确的或默许的委托，即规定这种权利应用来为他们谋福利和保护他们的财产。”[167]因此可以给公权力下一个简单的定义：即是以为市民社会服务为目的，以保障个人权利为根本目标，依据共同体的授权而对社会成员进行管理，对共同体事务进行决策、立法、执行的权力。

---

[164] [德]马克思、恩格斯:《马克思恩格斯选集(第 4 卷)》，中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译，人民出版社 1995 年版，第 247 页。

[165] 关于自然状态，霍布斯有不同的看法，他认为自然状态是一种混乱、野蛮、原始的状态，将自然状态定性为战争状态，是一种“恶”的状态。参见顾肃:《自由主义基本理念》，中央编译出版社 2009 年版。

[166] [英]洛克:《政府论(下)》，叶启芳等译，商务印书馆 1982 年版，第 105 页。

[167] [英]洛克:《政府论(下)》，叶启芳等译，商务印书馆 1982 年版，第 105 页。

个人和国家是人类生活的两种样态，个人权利和国家权力相互对立与统一。从本源上讲，国家产生于市民社会，也正是在国家产生的过程中，出于保护自身权利的需要，个人经过合意创造出了国家权利与权力，因此个人权利是国家权利与权力生成的基础。[168]个人与国家，市民社会与国家，都是相对应的概念，只不过是考察的角度不同而已。[169]

2.公权力的特征

公权力具有以下特征：（1）目的的公益性：市民社会是国家的来源，国家由个人有机结合而成。国家的产生极具功利性，它完全是基于人的需要，经由民众的委托和合意被人创造出来的。也正因如此，霍布斯称国家 为充满艺术性创造的“人造人”[170]。国家只不过是一个由个人的组成的共同体，个人永远是它的出发点和归宿。如果离开了活生生的人，任何国家都只是一个没意义的空壳。马克思认为决不是“国家制约和决定市民社会，而是市民社会制约和决定国家。”[171]为市民服务是公权力的唯一宗旨，背离这一宗旨，公权力的存在便失去了合理性基础。（2）权源的正当性：公权力产生与共同体成员的赋予或认可。公权力的权力来源必须是正当的，必须有法律的授权，遵照相关法律的规定。公权力遵循“法无授权即禁止”的原则，不得擅自行使法律未明确规定的权力。（3）强制性：公权力具有强制性，以国家强制力量作为其行使的保障。公权力的强制性是由其权力性质决定的。（4）不可处分性：公权力不得擅自转让，也不得擅自放弃行使，否则社会的稳定便无从维系，个人权利也无从保障。

（二）明确公权力的边界是必要的

国家一旦成立便具有一定的独立性，在运用权力的过程中，难免越过权力的边界。国家掌控暴力，面对市民社会与个人权利天生处于强势地位。而抽象的国家权力必然交由具体的个人来实现，由于人的自利性等人性弱点，权力往往被滥用。德国历史学家弗里德里希·迈内克对此有着精辟的论述：“一个被授予权力的人，总是面临着滥用权力的诱惑，面临着逾越正义与道德界限的诱惑。人们可以把它比作附在权力上的一种咒语—它是不可抵抗的。”[172]在经历了专制国家的长期奴役之后，西方逐渐形成了共识：公权力需要被限制。孟德斯鸿认为:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的经验。有权力的人一直使用权力到有界限的地方为止。”[173]因此为了更好地限制公权力来保护个人权利，必须明确公权力的边界。权力边界的模糊不清，会带来以下后

---

168 国家权利与其他权利相比在存在样态上便具有其特殊性，即权利的运作则更多地表现为权力的行使，具体说就是更多地表现为对一定的人或物的支配、影响和控制，因此，国家权利虽然并不是只有权力一种样态，但它却更多地被表现为国家权力。参见李拥军，刘晓林：《权利与权力的分野与暗合—— 对个人与国家权利关系的一种解析》，载《甘肃社会科学》2009 年第 5 期。

169 市民社会与国家的对应，是从较宏观的角度来看的。而个人与国家的相对应则是从更微观的角度来看的，两者并不矛盾。

170 [英]霍布斯：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆 1985 年版，第 132 页。

171 [德]马克思、恩格斯：《马克思恩格斯选集(第 4 卷)》，中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译，人民出版社 1995 年版，第 196 页。

172 [美]博登海默：《法理学、法哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 版，第 362 页。

173 [法]孟德斯鸠：《论法的精神（上）》，张雁深译，商务印书馆 1961 年版，第 154 页。

果：一、在这些模糊的权力边界上，公权力机关拥有过多的裁量权，更易侵犯个人的权利；二、当个人权利被侵犯后将很难获得救济；三、权力边界的长期模糊不清，由于公权力的扩张性，会进一步侵入市民社会，威胁到个人的关键权利。

公权力的边界是一个抽象的概念，既然说是“边界”，必然有边界之外与其相对应的概念。本文着重探讨公权力与市民社会、个人权利之间的边界。至于公权力之中立法权、司法权、行政权之间的边界则不是本文所要讨论的重点。

三、中国公权力边界演变

不同于西方国家在文明发展过程中产生了现代法律观念，并且发现了限制公权力的必要性，中国的古代历史是治乱的循环与王朝更迭。不对中国公权力边界演变的过程进行考察，则难以清楚把握其中的脉络。笔者以时间顺序将中国公权力演变的过程做出了一个简单的划分。

（一）明清到建国之前

中国有着漫长的封建专制历史，可以说中国的历史发展伴随着中央权力的不断强化。在集权政治和官本位的传统中,权利受到极端蔑视，权力可以肆意扩张，对私人领域不是“风能进，雨能进，国王不能进”，而是“兵能进，官能进，皇帝更能进”，不是坚持“上帝的归上帝，凯撒的归凯撒”,而是坚持“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”。尽管出现过多次商品经济的繁荣，但在重农抑商的政策下，自给自足的自然经济始终占据着主流。然而认为封建统治下，公权力无所不在、覆盖一切，这样的理解又是不准确的。有关专家曾提出中国传统社会组织的三个层次模型[174]：上层是大一统的官僚机构；中层是乡绅自治；下层是宗法家族组织。儒家伦理是上、中、下三个层次权威合法性的来源，从而把三个层次联为一体、相互协调。乡绅自治则作为中间阶层，将国与家紧密地联系在一起，缓和着两者的矛盾。在中国的明清时期,国家的政权一般只到达县这一层面，但是权力的渗透仍可以达到基层。显然，达到这样的渗透不是依靠正式的行政管理，而是依靠乡绅和家庭两种组织。

为何封建统治之下，公权力会止步于县一级？对此类问题,学界多有论述,且一般都从两个方面来加以剖析:一方面，在村社共同体内部，宗法关系下的道德压力和宗教压力通常足以约束机会主义行为，不需要也不会有王权政治。另一方面则是包含有政治技术、政治机构在内的王权政治若抵达村社共同体内部，成本实在太高，传统社会的任何一个政权都负担不起。基层自治能够满足国家对农村经济资源的索取。[175]马克思·韦伯在研究中国历史时说：“中国的治理史，乃是皇权试图将其统辖势力范围不断扩展到城外地区的历史，但是，除了在赋税问题上得到妥协外，帝

[174] 参见金观涛、刘青峰：《开放中的变迁》，香港中文大学出版社 1993 年版，第 27 页。
[175] 党国印：《“村民自治”是民主政治的起点吗》，载《战略与管理》1999 年第 1 期。

国政府的城外地区扩展努力不可能长期成功。”[176]

中国传统的基层自治是家国同构社会结构下的产物，与官僚统治一起构成了封建王权的基础。其存在具有一定的必然性，在维护社会秩序，缓解社会矛盾方面发挥的作用是公权力所无法替代的。传统基层自治的诸多缺陷并不能完全归结于其自身，基层自治的存在，给封建专制统治下的普通老百姓权益的保障，带来了一些暖色。

辛亥革命后，封建宗法制度特别是作为宗法制基础的封建土地制度受到冲击，国家权威的合法性受到挑战。为了进行农村现代化转型，同时也为了向农村索取更多的资源，公权力下沉到乡镇一级。传统的乡绅自治遭到破坏，急速膨胀的政府机构使得财政进一步透支。缺乏约束的权力使得官僚对底层民众的剥削日益严重。最终，共产党的农民运动打败了国民党，同时也将将中国传承数千年的基层自治传统与伦理彻底崩解。公权力的越界葬送掉了国民政府，也给之后中国的苦难埋下了伏笔。[177]

（二）建国后，建立市场经济前

中共建国后，实行公有制与计划经济，将土地收归国有，对粮食等生活必需品实行配给制。严格的户籍制度将人民牢牢禁锢在土地之上，人民的衣食住行都被政府所掌控，市民社会与个人权利的空间被无限压缩。如果要给当时的政治体制一个准确的描述，可以称之为全权主义政治体制。它主张用强制将社会的一切，无论是经济的还是文化的都消融于国家权力的光环下。在政治上，权力绝对集中到国家手中，国家权力又高度集中在一个政党手中，政党的权力又高度集中在某人手中。在经济上，它企图用国家完全取代市民社会，完全依靠国家从事经济活动，一切经济活动都被纳入国家强制计划的范围。在社会生活中，国家无所不能、无所不及，对市民社会生活的一切领域进行全面地渗透和严密地控制，“一切都从属于国家，在国家之外不存在任何有人性和精神的东西，更没有什么意义而言”。“一切权力，包括政治权力、经济权力、社会权力和文化权力，都压缩成一种权力：党权；党的权力都集中在领袖手中。”[178]简言之，市民社会耆服于国家权力之下，公权力几乎没有边界，这就是全权主义的价值取向。中国建国之后一直到建立市场经济这几十年间，便属于全权主义的政治体制。

（三）建立市场经济后

全权主义的政治体制给中国带来了深重的灾难，人权被践踏，法律如同废纸。事实上，在改革开放前，中国的经济已经濒临崩溃。领袖们意识到，不进行改革只会亡党亡国。改革开放初期，一种对改革的乐观情绪在中国社会中被普遍地确立起来。那是一段共赢的时代，每一个中国人都

176 [德]马克思·韦伯：《儒教和道教》，悦文译，江苏人民出版社 1997 年版，第 109 页。

177 参见于建嵘：《近代中国地方权力结构的变迁——对衡山县地方政治制度史的解释》，载《衡阳师范学院学报》2000 年第 4 期。

178 参见吴稼祥：《从新权威到宪政民主——探索中国特色的政治改革理论》，载蔡定剑、王占阳：《走向宪政》，法律出版社 2011 年版，第 67 页。

在这个进程中获得了经济上初步但却至关重要的改善。很多人喜欢用帕累托改进来描述当时中国的改革，即在没有使任何人境况变坏的前提下，使得至少一个人变得更好。然而，当“人民”开始被经济利益分化为一个个个体，改革逐渐触碰到既得利益集团时，帕累托改进不再是中国改革的准确描述，改革必然意味着利益格局的调整，也激起了既得利益集团尤其是官僚集团的强烈反弹。当城市改革选择官僚分权的模式，腐败的规模开始扩大，社会不公的裂痕日益加深，贫富差别渐次浮现。邓小平很早意识到，中国的改革不可能仅仅涉及经济领域，不涉及政治体制。其在1986年明确提出要将政治体制改革提到日程上来。邓小平每谈一次政治体制改革，全国人民特别是学生，就如沐一次春风。但春风并没有融化官僚体制的坚冰。89年那一场运动，带有着人们对改革不满的宣泄和对政治改革的诉求。这场运动的结果毋庸赘言，但其影响是极其深远的。自此，在邓小平的改革日程里，政治改革的目标被无限期地推迟，稳定作为实现经济增长的必须首要满足条件被提高到一个极其重要的位置。1992年建立市场经济后，经济增长成为中国政治中最高的合法性来源。改革的一丝理想主义色彩褪去，只剩下纯粹而原始的经济冲动。

如何称呼这一阶段的政治体制？来自官方意识形态的回答是：中国特色的社会主义政治体制。这样的回答过于自欺欺人，浓厚的政治色彩回避了关于权力来源、授权方式、所有制等拷问。西方主流观点（抑或说是世界共识）则认为，中国是一种后全权主义政治体制或者说是威权主义政治体制。而学者吴稼祥认为，新权威主义政体则是对中国当前运行的政治体制最合适、最贴切的描述。

何为新权威主义政体？新权威主义是指具有现代化意识及导向的政治强人建立起来的权威政治。它有以下特征：新权威主义的治国者在经济上必须具有一定的现代化导向，他所订立的发展目标，应当与世界经济发展的主流——市场化趋同。其次，新权威主义在政治上凭借庞大及有效的官僚体制和强有力的军事力量，以此来实现自上而下的统治。第三，对西方先进的资本、技术持开放的态度。[179]

为何说当下中国是新权威主义政体？新在何处？通过上述特征可以发现，中国的现状与新权威主义政体高度吻合。并且邓小平在听取当时思想界流行的新权威主义思潮时，他斩钉截铁地说：“我就是这个主张。”而新权威主义的新，新在它既有当代民主的成分，也有中国传统的权威成分。它实行的任期制以及选举制度，是对民主制度的模仿。而它实行的准接班人制度、中央集权制度，则是对中国传统权威的继承。[180]

新权威主义的合理性何在？在支持新权威主义的学者看来，新权威主义能起到防止现代化初期政治参与爆炸与超前膨胀的功能，从历史上看，几乎所有的传统集权型国家，由于缺乏矛盾化解机制，由于改革前已经陷入体制矛盾，长期积压的矛盾引发的政治诉求会在改革初期的短时期内井喷似爆发出来，在这一时期，激进主义也会与民粹主义合流，形成强大的挑战现体制的政治

[179] 参见陈智愚：《新权威主义在中国是否可行》，载《湖北社会科学》1989年第5期。
[180] 参见陈智愚：《新权威主义在中国是否可行》，载《湖北社会科学》1989年第5期。

势力，这是所有发展中国家走向现代化的不可避免的卡夫丁峡谷。“新权威主义的铁腕通过对时局的可控性，抑制过度政治参与对政治稳定的挑战，起到延时作用，从而为改革赢得时间，通过结构性改革，来化解社会矛盾。”[181]当下习近平一系列动作正是在试图树立起其个人的绝对权威。其亲自担任全面深化改革领导小组组长，建立国家安全委员会，一改以往“九龙治水”的九常委分管制。这种种的举措都与新权威主义不谋而合。总而言之，新权威主义既是对当下中国政治体制的准确描述，也是领导者们将长期坚持的治国方针。

针对新权威主义，曾经在学术界掀起一场大论战。尽管许多学者反对中国实行新权威主义，但学者们对于当下政治体制属于新权威主义政体这一点分歧不大。可以说，当今中国的现实与改革的历史，只有从新权威主义的角度，才能得到最清晰的、最有说服力的解读。

在这一时期的新权威主义体制下，政府部分放开对经济的严格管控，允许经济自由（当然是极度有限的经济自由，关键领域仍然被国有企业所垄断），承认市场的作用。长期被压抑的经济增长动力被突然释放，庞大的人口红利和破坏式的发展造就了中国的发展奇迹。再加上相关法律及一系列制度的完善，使得中国的个人权利得到了一定的保障。新权威主义的核心思想，就是经济自由优先于政治民主。为了顺利完成经济市场化改革，不仅可以在一定程度上容忍政治上的极权，而且要运用它推进市场化改革。

这一时期公权力边界呈现出一种“经济上放松，政治上收紧”的态势。公权力从经济领域和市民社会逐渐退出，却在政治领域进一步收紧。对言论的限制，对意识形态的高度控制，对公民参政议政权的剥夺，当用新权威主义去审视这种种措施，似乎便充满了合理性。按照支持新权威主义学者的看法，公权力在政治领域的严格限制是暂时的，最终公权力也会从政治领域逐渐退出。

然而现实却让我们疑惑，本文引言部分提到的公权力对市民社会、个人权利领域的不断侵入又似乎与新权威主义的路线相违背。我们不得不对中国当前的公权力边界进行深层次的分析：为何“经济上放松，政治上收紧”这一态势会出现如此大的变易性?

四、当下中国公权力越界的成因分析

这个问题非常复杂，牵涉到中国社会政治、经济、文化等各方面，限于文章篇幅所限，笔者在这里列出自己认为最为关键的几个因素。

（一）新权威主义的最大症结

关于新权威主义的路径是否可行，学界主要提出的异议归结起来就是一点：认为新权威主义还是在走专制集权的老路，中国实行民主政治一定会带来混乱的推论不成立，讲新权威能推动民

[181] 萧功秦、朱伟：《新权威主义》，载《社会》1989 年 4 月 1 日。

主恰恰是南辕北辙。[182]但这些质疑在新权威主义学者的解释下都能自圆其说。新权威主义不是一种目的，而是一种手段。它是一种政治改革理论而非政治模式理论，试图做出这样一个假设：一个全权主义政体可以通过市场化转变为一个疑似的威权主义政体，通过进一步的改革，可以将其完善为宪政民主政体。[183]

笔者认为，新权威主义最大的症结在于，它是建立在领袖、“权威”本性良善贤能这一基础之上的。“权威”掌握权力，始终为了人民服务，保障个人权利，会努力地推动政治改革，这样的推论在一个权力难以被监督的国家是很难成立的。基于人的自利性以及历史的教训，我们应当以最大的恶意来推测：当权威们身处一个自身掌权却又缺乏监督的体制之中，人的自利性得到最大的放大，每个人都会成为一个马基雅维利主义者。一旦连权威都成为既得利益者，又如何能指望他能冒着自身一无所有的危险来推动政治改革呢？（这一问题有学者曾提及，但过于隐晦。王逸舟：“依靠一个开明的领导推进民主政治现代化，将受制于历史的‘或然性’”）中国是一个官僚体制最早熟，历史也最悠久的国家。在这种传统中，官僚体制的利益始终是第一位的，不管它表面上如何标榜。官僚利益的最大化是中国改革贯穿始终的一个隐秘逻辑。这种以权力为轴心的分配体制一旦形成，在经济增长、政治稳定的双重掩护之下不断得到了强化，改革便会在一条愈行愈窄的岔路上疾驰。

当改革的目的由为了大多数人的利益变为维护既有体制，方便官僚攫取更大利益时，新权威主义的合理性必将受到极大的质疑。新权威主义所倡导的强权政治与中国现有党政不分、议行合一的体制相结合，公权力向市民社会的不断侵入也就可以理解了。

（二）虚假的市场化，散沙式的社会

中国公权力边界的扩张性除了与公权力有关外，与市民社会的积弱不无关系。市民社会这一概念的提出，基本目的是便是限定国家、公权力，抵御来自可能为国家主导的无所不及的侵犯。在这里有必要对市民社会给出一个权威的定义。哈贝马斯认为，市民社会是一种独立于国家的“私人自治领域”，包括私人领域和公共领域。私人领域是指私人企业之间自由竞争、自由提供经济产品的经济活动；公共领域则是由各自非官方的组织构成的私人团体。前者正是市场经济的核心内容，而后者则是维护市场经济健康运行的必要条件。中国市民社会的积弱正是从这两个方面表现出来。

1.虚假的市场化

从建立市场经济到现在，视野所及，市场化的影响已经无孔不入，遍及中国人生活的每一个角落。这很容易让人产生中国市场经济非常发达的错觉。在一个产权制度阙如，信任瓦解、法治

[182] 参见赵黎清：《论民主权威主义——兼析新权威主义有关论点》，载《社会主义研究》1989 年第 4 期。
[183] 参见吴稼祥：《从新权威到宪政民主——探索中国特色的政治改革理论》，载蔡定剑、王占阳：《走向宪政》，法律出版社 2011 年版，第 67 页。

匮乏的社会，市场能够在短期内得到如此迅速的发展，与中国市场长期处于完全抑制的状态有极大的关系。当我们深入中国的市场化进程内部，并将中国的市场化置于官僚利益最大化这个时代逻辑中，中国的市场化真相就会逐渐浮现出来。中国的市场化是国家或者说政府主导的市场化。在市场这只看不见的手之后，还有一只公权力之手。从市场化的起点看，中国的市场化是在国家权力十分强大的情况下开始的，这与西方国家的情况正好是相反的。这种起点上的差别，决定了国家权力在市场化中具有的某种主宰作用。新权威主义下公权力从经济领域的退出是一个不完全正确的表达，因为公权力以一种更为隐蔽、更为顽固的方式存在于市场之中。中国的市场化是一种不完全的市场化，因为通讯、电力、石油等本应该交由市场运作的领域被国有企业所垄断，其名义是维持“公有制”的主体性地位；它又是一种过度的市场化，教育、医疗等本应由国家买单的领域的市场化程度远超其他国家。中国过高过多的税收使得市场交易成本奇高，这种高制度成本对市场的发展构成了致命的阻碍。

当中国政府不断强调社会主义市场经济的优越性，强调宏观调控时，人们很容易忽略其中公权力的越界。中国的宏观调控，可以说是以更大的错误来掩盖原本的错误。08 年经济危机时的 4 万亿刺激计划的后患现在才逐渐显现。中国的市场化正在逐步显示其虚假而虚弱的本来面目。

2.散沙式的社会，原子化的个体

100 年前，孙中山先生就曾经说过：中国是一盘散沙。一百多年过去了，一个健康的市民社会仍未出现，仅仅得到了数量庞大的原子化个体。通过党委党支部，公权力的触须深入到中国社会的最基层，“上至中央，下至基层，甚至每一个人均处于官僚机构控制之下，民间社会和所有公共空间消失了。”[184]乡绅这一社会中间阶层被数次革命彻底摧毁，与市场化相配套的文化转型受到了来自公权力的压制，培育现代意义上的公民被视为对现有体制的威胁。对公民结社权的剥夺，意识形态的宣传，造就出一个个具有原始经济冲动的利己主义者。作为沟通上层结构和下层结构，缓和国家与个人之间矛盾的社会自治组织变为了权力的寻租，带来的是更高的交易成本。

“阶级分裂是旧王国的罪恶，并且后来成了它的托辞；因为，当国民中赋予及有教养的部分在政府中再也不能和睦相处、互相帮助时，国家的自我管理就仿佛不复可能，必须有一位主宰介入。”蒂戈尔在给法国国王的一份秘密报告中感伤地写道：“国民是由联合得不紧密的不同等级构成的社会，是由彼此之间极少联系、各顾自己的人民构成的社会。各个村庄、各个城市的相互联系同它们所归属的各行政区一样少。在这场各种奢望和企图的无休止斗争中，陛下不得不亲自决定一切，或由陛下委托人定夺一切。”[185]这样一个散沙式的社会，很多人对政治漠不关心，其他人虽然认为到社会需要改革，但都将希望寄托在公权力之上，指望一个英明的领袖和强有力的政府来拯救自己。在中国数千年来老百姓的贤君期望、青天思想下，无怪乎公权力会如此肆无忌惮地侵入市民社会，侵犯个人权利。

[184] 金观涛、刘青峰：《开放中的变迁》，香港中文大学出版社 1993 年版，第 14 页。
[185] [法]托克维尔：《旧制度与大革命》，冯棠等译，商务印书馆 1992 年版，第 236 页。

（三）权利意识的匮乏

在中国，有关权利的概念受到传统亲伦精神的影响，到近代才出现。西周时期，中国开始形成一种家国一体的社会结构。个人与家族紧密相连，不是独立的个体而是家族的一部分。个人毫无私权可言，更谈不上实质性的个人诉求。群体与个人之间主体的混淆，使得中国国民的权利意识无法觉醒。一百多年前，传教士丁韪良来到中国，观察后认为中国人缺乏现代文明和权利的启蒙教育。直到现在，我们仍不敢说中国已经完成了权利观念的启蒙运动。

梁漱溟在其《东西文化及其哲学》中说道:“今日之所患，不是争权夺利，而是大家太不争权夺利。”当民众将本应属于自己的福利看作是政府的赐予，当原本属于自身的权益被侵犯却不敢去争取，如何能指望大多数民众意识到公权力的越界？更何谈反抗公权力的越界？“只有大多数国民群起而与少数人相争，而后可以奠定这种政治制度，可以宁息累年纷乱，可以护持各人生命财产一切权利。”梁漱溟先生指出了权利意识的重要性，并忧心道:“如其再低头忍受，始终在做逃反避乱的消极打算，那就永世不得太平。”实实在在的权利是靠公民的争取而非政府的赐予，权利意识的匮乏使得个人权利在公权力面前节节败退。

五、公权力边界的最终厘定

面对公权力对市民社会和个人权利的不断入侵，必须厘定公权力边界所在。约翰·洛克在其重要著述《政府论》中，把政府看作是“必要的恶”，明确提出“有限政府”的概念，强调以基本人权（生命权、财产权和自由权）来为政府行为设置“底线”，以法治和人民的“革命”权来抗击政府强权。约翰·斯图加特·密尔在其《论自由》一书中通过将人的行为分为“涉已行为”和“涉他行为”从而划分出了个人自由和社会自由（公民自由），并在此基础上提出了著名的自由原则:（1）个人的行为只要不涉及他人的利害，个人就有完全的行动自由，不必向社会负责，他人对这个人的行为不得干涉，至多可以进行忠告，规劝或避而不理。换言之，正当限制自由的必要条件是只有当个人伤害到他人时，国家或政府的干涉才算正当。（2）在仅涉及本人的行为领域，个人具有绝对的权利去做他想做的一切，而不必担心由法律或公众意见的强加的惩罚。基于此，密尔确定了国家对个人运用其强制权力的合法限度，界定了自由的领域或范围，强调了必须排除国家对个人自由的许多无理干涉。

公权力目的的公益性这一根本属性决定了公权力运行始终要以增进社会和个人的福利为唯一目的，背离这一目的意味着公权力的异化。在这一前提下，笔者将分别厘清公权力与市民社会、个人权利之间的边界。

（一）公权力与市民社会之间的边界

首先，公权力的产生过程决定了其对市民社会起到的是一种补充作用，在保障基本社会秩序

和社会福利的前提下，其他都依赖市民社会自生自发的秩序。政治国家的取向是一种工具系统，正如潘恩所言：社会是各个人根据自己的私人利益而结成的经济联合，政治国家是人们为了避免社会的邪恶和混乱不得不采取的组织形式，前者用积极的方式增进人类的利益而后者用消极的方式增进人类的福利。由此可知，政治国家是手段，市民社会是目的。这就要求公权力在非必要时不能介入市民社会。

其次，公权力的边界受到市民社会价值边界的约束。政治国家的价值取向是由市民社会所传递的，政治国家是市民社会为了追求某种价值理想（如亚里士多德的善、公平、正义）的一种工具。毋庸置疑，政治国家中贯注了市民社会的价值理想。正如罗尔斯所言："一种理论无论多么精致和简洁，只要它不真实就必须加以拒绝和修正，同样某些法律或者制度，不管它如何有效率和有条理，只要它们不正义就必须加以废除！"

再次，市民社会和政治国家的边界的约定可以转化为权力活动的公领域和货币活动的私领域的边界性问题。新制度学派的代表人物科斯在分析企业为什么存在时提出了一个和古典主义经济学不同的观点，他不遵依传统的把企业当作一个生产函数分析方法，而是定义了交易成本，并将其引入了对企业组织的分析。在分析企业组织时，科斯得出这样的结论：企业将倾向于扩张到企业内部组织一笔交易成本等于通过在公开市场上完成一笔交易成本或在另一个企业组织同样的交易成本为止。在企业和市场之间相互替代取决于制度安排的边际成本，两者边际成本的持平处即是企业组织的规模边际。[186]将此引入权力边界的分析可以得到这样的推论，即公权力的边界在于政治国家的组织的制度边际成本，等于市民社会的边际制度成本。更确切地说是政府行政管理的边际成本等于市民社会的边际成本。只有在权力运行的边际成本等于社会的边际成本时才是公权力的最佳运行边界。前文所提到的明清时期公权力止于县一级，其中就蕴含了边际制度成本的原理，选择乡绅和家庭代替正式的行政管理是边际成本比较的必然选择。

（二）公权力与个人权利之间的边界

在与政治国家长期斗争的过程中，人们逐渐达成了共识：个人的力量过于渺小，需要运用制度的武器来限制强大的公权力。这一制度的武器便是法治。英国学者戴雪系统地提出并阐释了法治的含义，这便是学界所熟悉的法治三原则："除非明确违反国家一般法院以官场方式所确立的法律，任何人不受惩罚，其人身或财产不受侵害"；"任何人不得凌驾于法律之上，且所有人，不论地位条件如何，都要服从国家一般法律，服从一般法院的审判管辖权"；"个人的权利以一般法院提起的特定案件决定之"。法治意味着尊重宪法和法律，任何公权力的行使都在法治的框架之下。因此，法治是公权力与个人权利之间的绝对边界，是不容逾越的雷池。法治边界主要有哪些具体体现？回到文章开头的"APEC 蓝"事件，结合前文的分析，笔者认为主要有以下几点：

1. 民主是法治的基础，没有民众的授权公权力便缺乏合法性。如果不是通过民主机制所制定

[186] 彭德琳：《新制度经济学》，湖北人民版社 2002 年版，第 56 页。

的法律，往往沦为政府对人民的统治和压迫工具，不能有效拘束政府权力，这并不符合完整的法治要求。因此民主也可说是法治的必要前提和实质内涵之一。我国宪法明确规定："中华人民共和国的一切权力属于人民。"但由于一党专政、党政不分等种种因素，人民最基本的选举权等民主权利并未落实。考察中国公权力边界演变的历史不难发现，国家的民主程度与公权力边界有着密切的关系。只有在实行民主、保障公民选举权和参与权的前提下，公权力与个人权利之间才会有合理的边界。

2. 与公权力的行使相反，个人权利的行使遵循"法无禁止即允许"的原则。公民的基本权利是与生俱来的，并非国家或者法律赋予的。法律并未规定的权利并不代表该项权利不存在或不合法，公民可以从事一切法律未明文禁止的活动。但在 APEC 事件中，即使是宪法、法律明文规定的公民的权利也受到了公权力的限制。对机动车的限行侵犯了机动车所有者的财产权；而 APEC 会议期间，北京大中小幼儿园全部放假，有没有构成对宪法规定的公民受教育权的损害？责令企业停产、停工，是否侵犯了企业的经营自主权以及企业经营者、劳动者的财产权？不许用柴火做饭取暖，停止供暖供热，影响老人小孩取暖，这很可能损害公民的生命健康权。

3. 公权力的行使应当严格依照法律，遵循"法无授权即禁止"的原则和正当程序原则。（蔡定剑教授认为：法治首先要求法律本身是完善公正的，是所谓的"良法"，因此又需要有违宪审查制度。）实际上，从北京奥运会到上海世博会，再到北京 APEC，中国举办的每一次大型国际活动，都会有保证活动期间环境和秩序的一系列阶段性、临时性的非常举措。从本质上讲，"APEC 蓝现象"和"奥运现象"、"世博现象"是一致的，都是政府为了向世人尤其是外国人展示一个好的国家形象，运用公权力在一段时间内采取类似紧急状态下的非常规措施，不惜克减、限制公民、法人、企事业单位等社会主体的合法权利和自由。然而此种"类紧急状态"中国并没有专门的紧急状态法加以规制，仅在宪法中规定了紧急状态的决定主体以及宣布主体。"APEC 蓝"事件中政府行动的依据，笔者所能查到的只有天津市滨海新区政府制定的《滨海新区 2014 年亚太经合组织会议空气质量保障方案》，北京市政府《关于 2014 亚太经合组织会议期间调休放假的通知》，最高位阶的是国务院印发的《大气污染防治行动计划》（规范性文件）。也就是说，APEC 会议期间所采取的所有措施中，几乎都不是法律授权政府行动的。而其中克减、限制公民财产权、企业经营权等宪法规定的公民基本权利等事项，显然属于法律保留的范围。

"APEC 蓝"事件中政府命令企业停产停工等措施并未采取任何形式听取公众意见，违反了国务院国发[2004]10 号《全面推进依法行政实施纲要》（自 2004 年 3 月 22 日起施行）关于"社会涉及面广、与人民群众利益密切相关的决策事项，应当向社会公布，或者通过举行座谈会、听证会、论证会等形式广泛听取意见"的规定，也与《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》确立的基本原则、指导思想等相违背。种种事项的决定施行，既无法律明确授权，又违反了法律的相关规定，"APEC 蓝"事件中公权力的行使置法治于何地？

4. 虽然人权被认为是不可侵犯的永久的权利，但并不意味着个人权利是没有限制的。但公权

力对个人权利的限制应当有严格的规定[187]。

（1）公权力对个人权利的限制应当符合正当性的要求，其目的必须是为了社会整体的福利而不是个人或政党的私利。这里的“社会整体的福利”在中国被称之为“公共利益”。（中国宪法第十三条规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”）判断正当性涉及到对公共利益的界定，而关于这一概念的界定学界众说纷纭，但在“APEC 蓝”事件中，不需要对公共利益有一个精确的定义同样能判断出其正当性的瑕疵。

日本宪法中用公共福利与中国的公共利益是相近的表述，笔者认为可以借鉴日本对公共福利的定义，即：为了调整人权之间相互冲突的的实质性公平之原理。[188]公共利益是不特定多数人所享有的抽象出来的权利（至少是利益）[189]，当公权力对个人权利进行限制时，必须要有两种权利的相互冲突（也就是说该公共利益至少能具体表现为多数人的权利或是利益），并且对某一权利的限制要有利于达到实质性公平。而“APEC 蓝”事件中，政府因迎接 APEC 峰会而采取的种种措施，很难将其解释成是为了“公共利益”，因为难以从中发现与公民财产权等权利相冲突的多数人权利或是利益。为了保障领导人的身心健康权？为了保持国家形象？抑或是怕各国领导人因雾霾对中国心生不喜有损国家利益？“APEC 蓝”事件中固然有治理环境污染、维护公民身心健康的公益目的，然而这是最主要的目的么？相关领导人表述地很清楚：“在 APEC 会议期间的空气质量保障工作是“维护国家形象的重大政治任务”！因此，“APEC 蓝”事件中，公权力对个人权利进行限制的正当性是存在瑕疵的。退一步讲，就算能够从“APEC 蓝”事件中“发掘”并“解释”出公共利益，但公共利益并不具有当然的、绝对的不可损害性。当个人权利与公共利益面临冲突的时候，根据宪法原则讲，个人权利应当服从公共利益，但是，还应该考虑公共利益的正当性、合理性、合法性等诸种因素进行权衡。[190]

（2）公权力对个人权利的限制应当符合比例原则。比例原则发端于 19 世纪初的德国警察法，其原始含义包括三项子原则:手段符合目的的妥当性原则、手段所造成的损害最小的必要性原则和手段对个人的损害与产出的社会利益相均衡的原则。[191]比例原则的重要性便在于其体现了公权力行使的客观要求，与现代法治理念是相契合的。以比例原则考察“APEC 蓝”事件中的公权力行使，我们不难发现其中的问题。比例原则首先要求目的正当，前文已经论述到，“APEC 蓝”事件中政府的目的是缺乏正当性的，更何谈手段符合目的的妥当性！为迎接 APEC 会议而采取的种种措施难以论证出其必要性，“APEC 蓝”是政府用超常规手段治理出来的，并非是长效化的措施。放眼世界，有哪个国家像中国如此“好客”？同时损害的利益与得到的利益是否合比例？这方面

[187] 基本权利的限制又分为内部限制与外部限制，笔者这里谈的主要是权利的外部限制。参见[日]芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，北京大学出版社 2006 年版，第 87 页。
[188] [日]芦部信喜：《宪法》，林来梵等译，北京大学出版社 2006 年版，第 87 页。
[189] 权利和利益是两个不同的概念，一般认为利益是权利概念的组成要素。
[190] 蔡定剑：《宪法精解》，法律出版社 2006 年版，第 286 页。
[191] 郝银钟、席作立：《宪政视角下的比例原则》，载《法商研究》2004 年第 6 期。

又缺乏相关机构的论证评估。

（3）公权力对个人权利进行限制，应当予以补偿（除依法律对违法、犯罪进行处罚）。但在“APEC 蓝”事件中，公权力的运用违反了这一要求。中国宪法第 11 条第三款规定“公民的合法的私有财产不受侵犯。”第三款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用，并给予补偿。”而 APEC 会议期间，北京、河北、天津多个城市同时采取机动车单双号限行，明显构成了对公民财产权的限制（即使不算完全意义上的“征收”），而补偿呢？笔者并且找到任何相关报道。

（4）个人的关键权利公权力不得加以克减。前文论述过，在市民让渡权利成立国家的过程中，个人的关键权利如生命权被保留下来，公权力不得以任何理由对个人的生命权等权利进行限制。

六、结语

公权力与市民社会、个人权利之间的边界，这两者之间存在重合之处。市民社会归根结底是由个人所组成，公权力与市民社会的冲突、摩擦，最终会落实到个人权利之上。限于笔者水平，对于公权力边界的论述还不够全面，本文公权力更多地是以行政权的方式表达出来。而例如立法、司法等公权力与市民社会、个人权利的边界则并未具体论述。

中国近年来一直努力获得国际社会的承认，并试图构建起以自身为中心的体系，“一带一路”、建立亚投行种种举措却都遭遇了美国的抵制。国务院副总理汪洋在中美商贸联委会会议上称：“中美是全球经济的伙伴，但引领世界的是美国。美国已经主导了体系和规则，中国愿意加入这个体系，也尊重这个规则，希望发挥建设性作用。”中国对 APEC 会议如此重视，甚至规定 APEC 餐饮上菜时间精确到“秒”等一系列过度的措施，体现了中国对融入世界主流文明秩序的渴望。但这些举措外国领导人并不买账，相反只会因中国权力异化而不屑。道路的优劣并不能偷换方向的选择，而方向决定了道路的命运。[192]只有明确公权力的边界，以权力保障个人权利，承认普世价值，国际体系才会接纳中国。“世界大势，浩浩荡荡；顺之者昌，逆之者亡”，借新权威主义之名行自保之实的权力越界，终究难抵世界民主化的大势。惟愿历经治乱的中华民族能少些苦难，人民活得更有尊严，在 21 世纪迎来宪政法治的曙光！

[192] 参见刘仲敬：《从华夏到中国》，广西师范大学出版社 2014 年版，第 19 页。

论冷冻胚胎的法律性质和权利归属

王伟*

摘　要：随着科学技术的发展，体外受精——胚胎移植技术作为提高生命质量的优生手段之一，已经逐步趋于成熟。然而，由于体外受精技术导致了生育与性爱在客观上的分离，导致了双轨生殖体制的形成，涉及到以人本身为对象的道德情感问题，触及了人之尊严、自由等基本价值，因而该技术自诞生之日起就伴随着伦理上的非难和法律上的质疑。其中最核心的问题就是冷冻胚胎的法律属性问题，在理论和实践中，各国对这一问题作出了不同的回答，主要有主体说，客体说和中介说，并基于此在立法上采取了不同的应对措施。

关键词：冷冻胚胎　主体说　客体说　中介说　胚胎收养

前言

《孟子•离娄》中有言：“不孝有三，无后为大”。孟子有关孝道的这一论述，是深深植根于中华民族传统的信仰，而有限的肉体生命却是人类观念领域最深层的焦虑，因此，各民族都不约而同地有着关于长生不老的传说。即使在古希腊的哲学观念里，也在追求灵魂的永生与不朽，正如苏格拉底临死前所言，“真正的追求哲学，无非是学习死，学习处于死的状态，处于死的状态就是灵魂离开了肉体而独自存在[193]。”然而这种灵魂的独自存在却是一种灵魂的永生。关于灵魂的永生，印度佛教讲究转世轮回，基督教讲究末日救赎，而在强调顺应自然、寄希望于人的生命能在后代身上得到某种延续的汉民族，则是通过后代的祭祀使灵魂得到永恒。在汉民族的传统观念里，后代的祭祀能够使人死后灵魂不灭，这种远古的记忆在商代就已经存在，在周朝正式的确定下来，并逐渐成为中华儿女世世代代的信仰之一。在孔孟之说中，“孝”的最高表现就是要生育子嗣，传宗接代，延续香火，而“孝”之一字，逐步成为了“后代们”最强的生育动机。

然而，不孕不育症却在客观上使得患者的自然生育成为不能，并成为影响夫妻双方身心健康，家庭和睦和社会稳定的社会性问题。

据统计，在就诊的男性不育和女性不孕患者中，25 岁至 35 岁人数最多，男性占总就诊人数的 35%，女性占 40%。从医院门诊的情况来看，不孕不育症的发生率约占生育年龄妇女的 15%-20%，其中，女方原因占 50%，男方原因占 30%，男女双方原因占 10%，未查出病因者约为 10%[194]。并且

* 王伟：2012 级法学专业本科生。

193 柏拉图：《斐多——柏拉图对话录之一》，杨绛译，辽宁人民出版社 1999 年版，第 12—13 页。

194 人民网，中国妇联新闻。

医学调查显示，我国不孕不育的发生率明显提高，目前我国不孕夫妇已达到 9.3%，大量医学资料也显示，目前中国育龄男子的精子数量和质量较以往都有明显下降，这是一个世界性问题，并不仅仅是中国目前存在的问题。据世卫组织资料显示，人类精子质量正在全球范围内不断下降。与 70 年前相比，目前男性精子数目降低 40%以上，精子密度几乎下降了一半，平均每年下降 1%[195]。而引起不孕不育的因素主要是：环境污染、生殖系统损伤、感染、女性推迟生育年龄等方面。

在这样的医学背景之下，辅助生殖技术（Assisted Reproductive Technique, 医学上称为 ART 技术）应运而生，它主要是指采用现代的医学技术人工干预生殖中的某一过程，从而达到生育的目的，具体方式包括人工授精（Artificial Insemination,AI）、体外受精—胚胎移植技术（In Vitro Fertilization and Embryo Transfer,IVF-ET）及其衍生技术[196]。

但是我们不得不承认，人工辅助生殖技术在给广大不孕不育症患者带来福音的同时，也形成了性交生殖与非性交生殖的双轨生殖模式，其所牵扯的道德伦理问题不断冲击着我们传统的法律制度，用徐国栋教授的话来讲，在这些问题当中的天字第一号的问题就是冷冻胚胎的法律属性问题[197]。在国外 Davis 诉 Davis 案，Kass 诉 Kass 案等经典案例之后，中国也出现了国内的首例胚胎继承权纠纷案，使得国内对冷冻胚胎法律性质的争议已经从理论层面发展到实践层面。

由于冷冻胚胎和胎儿都具有未来发展为人的可能性，而且对于胎儿法律属性的探讨早已不是一个新的话题，国内外关于胎儿的立法和学说已有大量的资料，因此，本文在分析冷冻胚胎法律性质的问题时，将结合古今中外有关胎儿法律地位的相关规定和学说，站在前人的肩膀上，对冷冻胚胎的法律性质和权利归属问题进行研究。

一、冷冻胚胎的法律性质

目前学界对于冷冻胚胎的法律定性主要有三种：“主体说”、“客体说”、“中介说”，容分述之。

（一）目前学界关于冷冻胚胎法律性质的学说

1.主体说

“主体说”认为，冷冻胚胎是法律上的人。从位格伦理的角度来看，主体说实际上是一种极端保守的观点，就如努南（John Noonan,Jr）所言“如果你是为人类的父母所生，那你就是一个人。”持“主体说”的学者认为，在受孕的关键时刻，胚胎就拥有了道德上的完全的地位，而作为智慧生命的载体，胚胎是一种最终能够完成自我进化的存在，而这正是一个位格存在的自然基础。可

[195] 放心医院网。
[196] 蔡志明，王琦，王光明，李蓉：《实施人类辅助生殖技术如何维护医患权益》，载于《医学与哲学》2004 年 9 月第 25 卷第 9 期。
[197] 徐国栋：《体外受精胚胎的法律地位研究》，载于《法制与社会发展》，2005 年第 5 期。

以这样说，人的自然属性为位格提供了物质基础，而位格性又赋予了肉体以道德意义[198]。

主张“主体说”的学者又分为两支，其中一支认为“受精胚胎是有限的自然人”，即“有限的自然人说”；另外一支认为“受精胚胎是法人”，即“法人说”。由于“法人说”实质上与“有限的自然人说”并无差异，然而却为了强调胚胎权利的有限性，颠覆了我们对传统意义上社团法人和财团法人概念的理解，具有其固有的弊端[199]，本文不再赘述。

将胎儿看作是特殊的自然人的观念古已有之，早在公元 3 世纪，罗马法学家保罗就指出：“当涉及胎儿利益时，母体中的胎儿就像活人一样被对待，尽管在他出生以前这对他毫无裨益。[200]”在罗马法时代，尽管胎儿并非现实存在的人，但是由于其具有未来发展成人的可能性，也就是说胎儿是潜在的（in fieri）人，因此，罗马法学家们认为只要婴儿在出生时是活胎，其权利能力就溯及到受孕时，也就是说将“活着”出生作为胎儿具有权利能力的解除条件，经过一千多年的发展演变，巴西的奥古斯多在其起草的《民法典草案》中将胎儿视为已经存在的人，1871 年《阿根廷共和国民法典》是世界上唯一承认胎儿是人的民法典，其第 64 条规定“孕育于母腹而尚未出生的人，为即将出生的人”，其第 70 条对“即将出生的人”做了解释，即“人的生存自孕育于母腹之中时开始；人可在其出生之前如同出生一样地取得权利。如果母腹中的受孕胎儿出生时为活体，则即使是在和母体分离后存活一瞬间，前述权利也视为不可撤销地取得”。[201]然而，由于时代的局限性，1871 年阿根廷在编纂该民法典时，并无人工辅助生殖技术，人类的生育是靠传统的性交完成的，因此 1871 年的《阿根廷共和国民法典》并未考虑到冷冻胚胎的存在问题，而当 1978 年人类首例试管婴儿路易斯•布朗（Louis Brown）出生之后，人类的生殖已经不是传统的单轨生殖模式了，而是目前的性交生殖方式加非性交生殖方式的双轨模式。至今仍然有效的 1871 年《阿根廷共和国民法典》面对目前的双轨生殖模式，就不得不对“生命始于受精还是着床”这个问题做出解答，由此，阿根廷的学说又被分为两支，一支是“受精说”，另一支是“着床说”。

持“着床说”的学者把胚胎着床视为生命的开始，因为经过了 14 天的胚胎，其神经元已经开始发育，能够感觉到疼痛，具有了生命的征象，因此，存在 14 天以上的胚胎是人。“受精说”认为，人类的孕育过程是统一的，不能像“着床说”认为的那样分成各个阶段，体外受精技术的实施过程当中往往会培养多个胚胎以提高受孕率，这就不可避免的会产生剩余胚胎，如果将着床视为生命的开始，那么在 14 天以前的冷冻胚胎又是什么呢？另外，所谓的“胚胎在 14 天以后神经元开始发育，能够感觉到疼痛”这个结论，实际上是大量的实验和临床经验得来的一个平均的值，“目前，胚胎移植的选择依据依然主要来自胚胎的发育速度和形态学观察指标……形态学观察缺

198 王康：《基因权的私法规范》，复旦大学 2006 届博士论文，第 51—52 页。

199 《路易斯安那民法典》采纳“法人说”，该民法典在其自然人部分纳入了专门规定人类胚胎法律地位问题的 1986 年第 964 号法律《人类胚胎法》（Human Embryo Statute）。据说，该法是约翰•波伦那•克伦特尔（John Bologna Krentel）于 1985 年发表的一篇文章《试管受精卵的“所有权”：一个假想的路易斯安那州的案例》（32La.B.J.）催生出来的。

200 [意]彼得罗•彭梵得：《罗马法教科书》，黄风译，第 30—31 页，中国政法大学出版社，1992 年。

201 徐涤宇：《最新阿根廷共和国民法典》，法律出版社，2007 年，第 63、64、70 条。

少客观的可量化的公认指标对其进行分级评估[202]”，也就是说，现实中难免存在一些发育迟缓或者发育较快的胚胎，即必然存在一些胚胎在 14 天之内神经元就开始发育的情况，对于胚胎法律属性的认定涉及到人自身的尊严问题，这样的“一刀切”的说法显然是非常不严谨的。

笔者认为，至少在“有限的自然人说”这一分支里，“受精说”是优于“着床说”的。溯源到罗马法中的胎儿保佐制度正是“受精说”的有力证明[203]，民法学者经过对采纳胎儿保佐制度的民法典的研究发现，近现代至少有 14 部民法典或草案继受了胎儿保佐制度[204]，凡是采纳胎儿保佐制度的国家，可以认为它们至少是间接地承认了生命始于受孕，也就是说这些国家至少间接地承认了冷冻胚胎的法律主体地位。

2.客体说

主张“客体说”的学者认为体外受精胚胎不具有人的内心意志，将其看作是不同权利的客体。正如康德哲学反对把人的理性系于自然法则之上，主张其来自于人的内心意志。他认为：“没有理性的东西只具有一种相对价值，只能作为手段，因此叫做物；而有理性的生灵叫做‘人’，因为人以其本质即为目的本身，而不能仅仅作为手段来使用。”[205]从伦理的角度来看，客体说是一种极端自由派的观点，他们认为，潜在的理性能力不足以使冷冻胚胎成为位格，只有当这所有的潜在性都变成现实时，其才具有生命的权利，就像允许女性堕胎一样，对冷冻胚胎进行实验和研究只是一种中性的行为，并无任何道德意义。

持“客体说”的学者，有的将冷冻胚胎视为体外成孕之物，不能将其视为人，如 2000 年日本颁布的《复制规范法》将胚胎定义为“人的精子和未受精的卵子通过受精而生成的物质”，而早在 1900 年，英国和德国在立法时就将受精卵或胚胎定义为“受精后的物质”[206]；有的将冷冻胚胎定性为体源财产（Excorporeal Property），受其所有权人的意志控制[207]，该学说是从身体财产概念衍生出来的[208]；有的从配子提供者的权利出发，认为冷冻胚胎是私生活权的客体[209]。

民法学者梁慧星在其主持的民法典学者建议稿中提出：“考虑到科学技术的发展，特别是医

---

202 张宁媛、孙海翔：《胚胎的评估与移植》，载于《体外受精—胚胎移植实验室技术》，黄国宁、孙海翔主编，人民卫生出版社，2012 年，第 243 页。

203 比如 D.37,9,1pr.。乌尔比安的《告示评注》第 41 卷，“正如裁判官给已降临人世的子女们以保佐一样，亦不忽视那些尚未出生、但有望出生的孩子。事实上，告示的这一部分也通过授予胎儿遗产占有而不是违背遗嘱的遗产占有保护他们。”载于[意]桑德罗斯奇巴尼选编：《婚姻家庭和遗产继承》，费安玲译，中国政法大学出版社，第 377 页及以次。

204 徐国栋：《罗马法中的胎儿保佐及其现代应用》，该文是递交给 2010 年 11 月 12—13 日在上海召开的“生命法国际比较研讨会暨第四届法中生命法大会”的论文。

205 曹险峰：《人格、人格权与中国民法典》，科学出版社，2009 年，第 42 页。

206 张燕玲：《人工生殖的法律问题研究》，山东大学 2006 届博士论文，第 68 页。

207 Kevin U.Stephens, Sr.M.D.Reproductive Capacity:What does the embryo Ge?Southern University Law Review,1997,(2),p263-292

208 体源财产是从身体财产概念衍生出来的，按照约翰•洛克的理论，每个人都对自己的身体享有所有权，作为此等所有权客体的人的身体及其部分就是身体财产，从人体脱离的器官和组织就是体源财产，他在逻辑上允许摧毁剩余的胚胎、允许用其做各种实验，是一种最自由的、最脱离生命伦理学干预的理论。

209 Radhika Rao.Property, Privacy, and the Human Body.Boston University Law Review, 2000, (2),p359-460.

学上的器官移植技术、人工生殖技术的发展……规定自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等，以不违背公共秩序和善良风俗为限，可以成为民事权利的客体。”王利明在其主持的民法典学者建议稿中指出，“人身不是物，凡是从人体分离出来的某些部分，如器官、乳汁、血液、卵子等，也可以作为物并成为物权的客体”[210]。梁慧星教授和王利明教授都将精子、卵子作为权利的客体，然而却没有将卵子分为“受精卵”和“非受精卵”并分别进行分析，如果采用“客体说”，那么应该将受精胚胎涵盖在内。关于这一点，目前我国的《人工辅助生殖技术管理办法》已经做到了[211]。

总而言之，客体说将冷冻胚胎视为物或特殊的物质，而否认其是独立的潜在的生命。

3.中介说

黑格尔说：“在一切地方，一切事物，每一概念中都可以找到（中介）。中介有如矛盾那样的普遍性质，它是事物自身同自身、事物自身同它物相互联系、相互区别、相互作用、相互转化的承担者，或联系环节，是事物的固有的属性，就是事物自身。”[212]面对“主体说”和“客体说”的理论困境，有学者对胚胎的法律属性问题提出“中介说”。主张该说的学者认为，冷冻胚胎既不是人也不是物，而是基于人和物之间一种过渡的存在，其具有独立的潜在的生命。实际上，中介说是主体说和客体说的一种折中。其好处在于既尊重了胚胎作为潜在生命的尊严，又不必像主体说那样，为了保护潜在的生命的利益，而不顾供体是否愿意，将所有的胚胎都植入到其子宫当中。正如在 Davis 诉 Davis 案中，美国生殖医学协会所坚持主张的那样，胚胎作为潜在的生命，应该受到足够的尊重，但是又不能得到与自然人一样的道德地位和法律权利[213]，美国田纳西州最高法院在审理该案时采纳此说。

（二）从“主客体二分法”的理论困境看“主体说”和“客体说”的缺陷

1.“主客体二分法”的理论困境

如果要对“主客体二分法”进行溯源，恐怕要追溯到古希腊学者普罗塔格拉（Protagolas）的那个著名的命题——“人（person[214]）是万物的尺度[215]”，这一命题将人的主体意识抽象化，并且经由罗马法得到确认，在法国民法典和德国民法典中得到巩固和确立，无论是传统的哲学、伦理

---

210 王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由（总则编）》，法律出版社，2005 年版，第 242 页。

211 我国卫生部颁布的《人工辅助生殖技术管理办法》第 3 条第 2 款：“禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术。”

212 黑格尔：《逻辑学》上卷，商务印书馆，1966 年版，第 110 页。

213 参见 Paula J.Manning.Baby Needs a New Set of Rules:Using Adoption Doctrine to Regulate Embryo Donation , Georgetown Journal of Gender and the law,2004(2)，转引自浦纯钰：《论冷冻胚胎的法律属性及保护——围绕宜兴失独老人胚胎争夺案展开》，载于《中华女子学院学报》2014 年 12 月第 6 期。

214 Person 一词的中文翻译不一，主要有：“法律人”或“人”，如周枏所著《罗马法原论》（商务印书馆，1994 年）以及范扬，张企泰所译《法哲学原理》（商务印书馆，2009 年）；“人格人”，如朱岩所译[德]罗夫尔•克尼佩尔《法律与历史》（法律出版社）；“人格”或“法律人格”，如王闯所译[日]星野英一《私法中的人——以民法财产法为中心》（中国法制出版社，2004 年）；“人格体”，如冯军所译[德]京特•雅克布斯《规范•人格体•社会——法哲学前思》（法律出版社，2001 年）。

215 [美]梯利：《西方哲学史》（增补修订版），葛力译，商务印书馆，2000 年，第 45 页。

学还是法学，这种观念始终占据着人类思维方式的主导地位，可以说人法与物法的划分便是这一观念的直接体现。人是主体，物是客体，主客体之间的关系是支配与被支配，利用与被利用的关系，在这样的思维方式之下，人是不能成为物这样的客体的。但是，康德的伦理人格主义观点的提出，引发了“人本身或者有关人格的利益能否成为权利的客体这样的问题”[216]并且该观点对《德国民法典》的编纂产生了重大影响。奥托•冯•吉尔克(OttovonGierk, 1841-1921)在其著作《德国私法》一书中对人格权是这样描述的：“……‘人格权’，就是指保障一个主体能够支配自己的人格必要组成部分的权利。”他指出，人格权可以被称为是“人对其本人的权利”，其作为一种私法上的特别权利，与我们通常意义上的一般人格权利是有着明显不同的，一般人格权是指由法律制度保障的、要求自己作为一个人所应该享有的请求权，而人格权是主观的，它必须得到每一个人的重视[217]。可见，“人格权”这一概念的提出，已经模糊了主客体之间严格的界限，其对人格和人身的保护则凸显了作为客体的“人”的侧面[218]。

自从彼得•辛格（Peter Singer）提出“动物解放[219]”的概念以来，人们开始认识到人类与动物之间所具有的某种深刻的道德含义。人们意识到，人与动物都是地球上的生命体，动物对环境也有其感知能力，因此，环保主义者们认为，动物不应该被随意的处置，而应该受到人道主义的关怀。[220]目前世界各国新近的立法和学说当中，已经出现了对动物法律地位的修正，这正是“客体主体化”的肇始。比如，1988 年的《奥地利民法典》和 1990 年《德国民法典》修订时，都新增了关于“动物不是物，它们受到特别法的保护”的规定，2002 年的《瑞士民法典》在修订时，也规定了“1. 动物不是物；2. 对于动物，只要不存在特别规定，适用可适用于物的规定”。笔者认为，关于“动物不是物”的规定，实际上是创设了一个介于人与物之间的一种“中间态”概念。

无论我们是否愿意，“主体客体化”和“客体主体化”的现实已经悄悄地变成了一种常态，我们无法用传统的“主客体二分法”所划定的“人”与“物”之间的严格的界限，并以此对现实中存在的这些问题进行解答，而这些情况却都使得守护人的尊严的“主客体二分法”陷入困境之中，面对人类的组织、器官、胎儿、胚胎、基因以及动物的法律地位问题，传统的“主客体二分法”除了对此进行喋喋不休的争论之外，似乎也并没有提出什么有效的解决方案，以及言之有理的辩护策略。

2.“主体说”的缺陷

---

216 康德指出，法律制度的权威渊源要建立在伦理和道德的基础上，其伦理学的核心就是尊重人本身，康德看到了人格独立对与人的自由和人的本质实现的重大意义，并认为，人格的独立靠的是人的理性自觉，他把独立人格问题看作是“最高伦理学”的研究对象。

217 详情参见[德]汉斯哈腾鲍尔：《民法上的人》，转引自曹险峰：《人格、人格权与中国民法典》，科学出版社，2009 年，第 65 页。

218 [日]大村敦志：《民法总论》，江溯、张立艳译，北京大学出版社，2004 年，第 35—37 页。

219 [英]斯伯丁：《动物福利——护生文从》，崔卫国译，中国政法大学出版社。

220 刘臻：《论动物特殊价值的保护》，载于《郑州轻工业学院学报（社会科学版）》，2012 年 8 月，第 13 卷，第 4 期。

本文将“主体说”分为“有限的自然人说”和“法人说”。由于世界上仅有美国路易斯安那州的民法典为了强调胚胎权利的有限性，不惜颠覆我们对传统意义上社团法人和财团法人概念的理解，而采纳“法人说”。而且，通过对“法人说”的研究我们发现，其实质与“主体说”并无差异，因此，在本部分，笔者仅从“主体说”这一大的方面对其理论困境进行分析。

笔者认为，将胚胎作为法律上的人，不仅缺乏科学上的有力支持，同时还会造成诸多伦理上的争议和法律上的障碍。

第一，诚然，冷冻胚胎具有未来发展成生命的可能性，或者说，当人的精子和卵子结合形成受精卵之时起，这个在基因上独特的个体就具有了生物性，然而，一个真正的位格人是具有生物性、心智性和关系性这三个基本特征的。正如著名的伦理学家辛格（Peter Singer）所说“位格人是一个理性和自觉的存在（rational and self-conscious being）[221]，这就是从人的心智性（理性功能）去界定人的位格性”。在此意义上，冷冻胚胎并非我们所讲的社会意义上的人，其并未完成从生物生命到社会生命的转变。

第二，世界各国的立法以及科学界都普遍承认，受精胚胎的神经元在受精 14 天后才开始发育。而目前为了手术的成功率，通常会选择获卵后第三到五天进行胚胎移植，或者在移入母体之前对胚胎进行冷冻保存[222]，因此，在体外受精技术中形成的胚胎是早期胚胎，其实际上是卵裂细胞组成的囊胚[223]，神经元并没有发育，或者神经元发育非常迟缓，而且其并没有形成人体组织和器官。由于受精胚胎是全能干细胞，其极端尚未特别化，具有无限的发展潜能，如果将这样的胚胎干细胞直接定义为人，而禁止对早期的冷冻胚胎进行研究和实验，那么一方面，一些疾病如各种癌症、糖尿病、帕金森症、老年痴呆等就得不到研究，导致这些疾病的患者就难以得到及时的治疗，这未免有为潜在的生命而牺牲已出生之人利益之嫌；另一方面，在法律制度层面，如果采纳主体说，那么不得不说，我国卫生部所颁布的 4 部规章，允许医疗机构在法律规定的限度内对冷冻胚胎进行研究和实验，就是纵容“故意杀人”和“故意伤害”的恶法，更不用说在我国法律允许堕胎了，因此需要对目前的法律制度尤其是刑法制度进行全面的修改。

第三，从伦理的层面来看，由于冷冻保存技术的产生，使得冷冻胚胎能够长久保存，如果客观条件允许，可以保存几十年甚至百年，那么问题来了，成功移植胚胎并孕育子女后的剩余胚胎应该如何处置？难道真的要因为其法律上的主体地位而将其保存几十年甚至百年而不销毁？我们知道一个人的生命不过几十年，却将冷冻胚胎保存如此之久，仅仅因为其有潜在的发展成人的可能性，岂不荒谬？即使将其保存几十年甚至百年，那么百年后难道还要将其孕育成人吗，那人

221 Peter Singer, Practical Ethic, Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p. 87.

222 “目前，移植胚胎的选择依据仍然主要来自胚胎的发育速度和形态学观察指标。胚胎数的选择依据移植时间，获卵后第二天移植胚胎以 4 细胞为最佳，第三天移植胚胎以 8 细胞且前一天为 4 细胞最佳，囊胚期移植胚胎以扩张囊胚为宜。”详情参见张宁媛、孙海翔：《胚胎的评估与移植》，载于黄国宁、孙海翔：《体外受精—胚胎移植实验室技术》，第 243 页，人民卫生出版社，2012 年 2 月第 1 版。

223 浦纯钰：《论冷冻胚胎的法律属性及保护——围绕宜兴失独老人胚胎争夺案展开》，载于《中华女子学院学报》，2014 年 12 月第 6 期。

与人之间的辈份关系岂不是要乱套？这种种问题必然冲击我们传统的道德伦理观念。

3.“客体说”的缺陷

第一，从胚胎的位格伦理来看，尽管冷冻胚胎不是位格，但是它毕竟是位格人的自然基础，彰显了一个潜在的具有完全道德意义的具体位格，虽然我们难以清晰地界定究竟是在何种阶段位格得以最终形成，但是我们必须认识到，在道德意义下，胚胎是位格人的自然基础并且应该因此而获得应有的神圣和尊严。而持“客体说”的学者认为冷冻胚胎作为从人体脱离的精子和卵子的结合是一种体源财产，它受到其所有权人的控制。这种观点容易导致立法者或者司法者站在工具主义的立场上来看待冷冻胚胎，否定了受精胚胎作为潜在的生命的伦理地位。

第二，由于“客体说”是一种比较自由，而且极易脱离生命伦理干预[224]的学说，因而对于胚胎研究的风险是不容忽视的。如果将胚胎视为物，那么就意味着可以对其进行随意的处置和研究。尽管胚胎干细胞具有巨大的医疗价值，对胚胎的研究可以造福人类，但是正如赫费提出的风险伦理所言，“科学技术是一个相对自主的社会独立系统，但在一个共同的世界里，对那些可能会招致巨大风险的技术不能随意的选择。[225]”此时，科学技术的进步与社会的风险伦理便产生了冲突，那么在权衡利弊时，如果该项技术的风险“涉及一种决不与低等价值协商和妥协的价值，拿去冒险的是身体和生命的基本权利和人权[226]”，那么没有道德上的许可，该项技术就决不能被允许。

第三，不利于对人权的保护。按照“客体说”的观点，冷冻胚胎和脱离人体的血液、精液、脊髓液、皮肤、卵子等组织一样，被视为体源财产。既然承认冷冻胚胎是财产，或者说是私生活权的客体，那么其是否可以自由转让？我们知道财产的一个很重要的特点就是可以自由的转让，否则就不是完全财产，然而，如果允许冷冻胚胎可以自由地流转，那么势必会出现这样一个趋势，那就是人体组织的商品化，而人体组织的商品化是对人性尊严的一种极大的漠视，如若允许人体组织的商品化，必然会导致一部分人为了谋取不义之财，采取暴力不法手段取得他人的器官或人体组织，这些现象绝对是人权与法制的倒退。

（三）本文对冷冻胚胎法律性质的界定

本文认可“中介说”，即胚胎既不是人，也不是物，而是从物到人的过渡状态。当然“中介说”也有其缺陷，比如过渡状态应该如何理解，究竟这个过渡状态是从什么时候开始的，又到什么时候结束？根据 Warnock 报告的说法，14 天以前的胚胎是物，而 14 天之后的胚胎由于神经元已经发育，因此已经处于发展为人的不同阶段了。支持该报告的学者的观点是，随着胚胎的发育程度的提高，其受到的保护应该越大。但是有学者对此提出质疑，即：所谓的“胚胎在 14 天以后神经元开始发育，能够感觉到疼痛”这个结论，实际上是大量的实验和临床经验得来的一个平均值，

[224] 徐国栋：《体外受精胚胎的法律地位研究》，载于《法制与社会发展》，2005 年第 5 期。
[225] 参见[德]奥特弗利德•赫费：《作为现代化之代价的道德——应用伦理学前沿问题研究》，邓安庆、朱更生译，上海世纪出版集团，2005 年，第 65—68 页。
[226] 王康：《基因权的私法规范》，复旦大学 2006 届博士生论文，第 53 页。

现实中难免存在一些发育迟缓或者发育较快的胚胎，对于胚胎法律属性的认定涉及到人自身的尊严问题，这样的“一刀切”的说法和“主体说”中的分支“着床说”犯了同样的错误。另外，人的生命是一个持续不断的过程，将它们分为不同的阶段，是不合理的[227]。因此，笔者认为，此过渡状态自受精之时开始，在这一持续不断的过程当中，应受到作为潜在生命应有的尊严和保护。

我们应当认识到，迄今为止，受精胚胎作为人类基因的载体一直是自然的产物，尽管其本身并不能等同于位格，却一直决定着位格人的自然基础。我们可以说，从精子和卵子结合形成受精卵之时起，其基因就决定了一个人所具有的生物性外观特征，因此，受精胚胎作为基因的载体也就具有了相应的道德意义，足以被认为是潜在的基本的位格因素。正如学者对受精胚胎地位的分析那样，“既不是严格意义上的人，也不是单纯的事物，由于其潜在的人格而具有一定的内在地位，被赋予一定的道德地位，成为生物意义上的人类生命连续体（continuum）的一部分[228]。”

杨立新老师在其著作《人格权法》中提出“人格权延伸理论[229]”，他认为，“自然人在其诞生前和消灭后，存在着与人格权利相区别的先期人格利益和延续人格利益。……自然人在其取得民事权利能力之前和终止民事权利能力之后，就已经或者继续存在着某些人格利益，而且这些人格利益都与该主体在作为主体期间的人格利益相联系。……自然人人格利益的完整性和人格权利的系统性，决定了法律对自然人人格保护必须以对人格权利的保护为基础，向前延伸和向后延伸。”[230]在此基础上，杨立新老师认为，“对胎儿的先期人格法益延伸保护的期限，自胎儿出生之时，溯及到其成功受孕之时。”这实际上承认了冷冻胚胎作为潜在生命的尊严地位，间接地承认了冷冻胚胎的“人”的属性。然而，在关于冷冻胚胎法律属性的讨论当中，杨立新教授提出的观点是“冷冻胚胎是伦理物”[231]。“伦理物”作为一个偏正短语，伦理只是修饰词，其中心词依旧是物，也就是说，“伦理物”的概念更加看重冷冻胚胎的物的属性。显然这两者在主客体二分法的语境下是矛盾的，但细究之后会发现，无论是“人格延伸理论”还是“伦理物”的概念都是对传统民法中主客体二分法的妥协。

笔者认为，倒不如大大方方地承认在作为主体的“人”与作为客体的“物”之间确实存在一个中间态，为这些脱离人体的组织、器官、血液、精液、卵子（包括受精胚胎在内）的特殊事物

---

[227] 详情参见“ Vease Francesco Donato Busnell i,op.cit.,pag.119”，转引自，徐国栋《体外受精胚胎的法律地位研究》，载于《法制与社会发展》，2005 年第 5 期。

[228] Kayhan Parsi,Metaphorical Imagination:The Moral and Legal Status of Embryos and Fetuses,DePaul journal of health care law,Vol.2(1999),pp.703-785

[229] 李锡鹤教授在其著作《民法原理论稿》中对“人格延伸理论”提出批评，他认为“在法理上，利益只能属于主体，有利益即为主体。胎儿是一个现实的生命，如果法律视其为母亲身体的一部分，胎儿就不是主体，不享有任何权利和利益，无法把利益‘延伸’给胎儿。此时不存在权利的延伸保护问题。如果法律将某项财产归于胎儿，而不归属于其父亲、母亲，这意味着胎儿成为主体，而不是其母亲身体的一部分，享有权利，包括人身权和财产权，无需把利益‘延伸’给胎儿，此时同样不存在权利的延伸保护问题。”详情参见李锡鹤：《民法原理论稿（第二版）》，法律出版社，2012 年版，第 655 页。

[230] 杨立新：《人格权法》，中国法制出版社，2005 年版，第 100—102 页。

[231] 杨立新教授在其提出的物格制度中，将物分为三种基本类型，分别为：普通物、特殊物、伦理物。伦理物具有最高的法律物格。详情参见杨立新主编：《民法物格制度研究》，法律出版社，2008 年版，第 62—172 页。

找到一个合乎其本质的法律地位。如日本学者北川善太郎所提出来的生物体法的构想，该构想是以在称为 DNA、遗传基因的微观层面的生命现象中发生的法律问题为对象的法律模型，即使在现在，也在不断发生着利用冷冻精子、冷冻卵子、冷冻受精胚胎的体外受精问题，在基因诊断中罹患遗传疾病的未婚男女的婚姻障碍问题，DNA 相关的知识产权问题，生物体的移植、让渡问题等，在这种状况下，还能说只知道人和物的区别的现代法的框架下法律上存在合适的规范吗？如果维持原状人类的存在不会受到物的法理威胁吗？这种状况就是法律的紧急状况，对于这种状况，应该考虑作为既不是人也不是物的第三要素，将生物体这一生命单位作为法律模型加以固定，并从而以此为前提对特别问题采取法律上的措施（根据立法、行政、合意的措施）[232]。

二、冷冻胚胎的权利及其归属

（一）冷冻胚胎的权利

关于冷冻胚胎的法律性质问题，前文已经表明本文采“中介说”，即冷冻胚胎既不是人，也不是物，而是介于人和物之间的一种过渡的存在，其具有潜在的生命力。既然承认了冷冻胚胎具有潜在的生命力，那么，冷冻胚胎应该得到其作为“潜在的生命”所应得到的尊重和保护，笔者认为，冷冻胚胎的权利，主要就是其作为“潜在的生命”，理应在一定的年限内得到妥善的保存并且获得应有的神圣和尊严。

冷冻胚胎具有潜在的生命力，具有未来发展成人的可能性，如果允许把剩余的冷冻胚胎当成一般的医疗废物而任意地对其进行处置（主要是指对其进行实验和摧毁），是对人自身的一种不尊重，会对人自身的人道主义情感产生极大的伤害。世界各国对冷冻胚胎的保存期限一般都有所规定，但是各国的规定不一。比如澳大利亚规定保存期限仅为一年，丹麦的规定的保存期限为两年，英国、法国、瑞典等国家大多都规定保存期限为五年，芬兰规定的保存期限为十年。其实从科学技术的角度来看，冷冻胚胎完全可以永久保存。早在 1998 年，美国加利福尼亚州的一名 44 岁的妇女就利用保存超过 7 年的冷冻胚胎成功怀孕[233]，而 2003 年一名以色列的妇女利用其在 12 年前就已经冷冻保存的胚胎成功受孕，并产下两名健康的孪生男孩[234]，医学界将这种本应在多年前出生的孩子戏称为“时空扭曲婴儿”[235]。对于不孕不育的夫妇来说，冷冻胚胎的冷冻保存技术可能是一个福音，但是，从社会伦理的角度来看，如果不对冷冻胚胎的保存期限设限，在未来会造成辈分混乱，而这种情况是违背自然规律和社会伦理的，法律不能允许这样的情况出现。因此，对于冷冻胚胎的保存一定要设限。那么立法上究竟应该设定一个怎样的保存期限才合理呢？日本

[232] [日]北川善太郎：《不久未来的法律模型——由不久未来考虑现在》，华夏、吴晓燕译，载于《比较法研究》2006 年第 1 期。
[233] 详情请见：http://www.xdzyy.com/zxdt3.htm.于 2015 年 4 月 12 日访问。
[234] 详情请见：http://www.xdzyy.com/zxdt3.htm.于 2015 年 4 月 12 日访问。
[235] 李善国、倪正茂、刘长秋：《辅助生殖技术法研究》，法律出版社，2005 年版，第 39—41 页。

妇产科学会的会告规定，配偶间的冷冻胚胎的保存期间为“夫妻的婚姻存续期间且不得超过提取卵子的母体的生育年龄”[236]。在澳大利亚曾经有一个冷冻胚胎，其父母已经死亡的实例，对于这个胚胎已经决定不再移植，由此可见，澳大利亚的这个实例强调冷冻胚胎移植保存期应受其父母生存期的限制。在英国，尽管很多医疗科研机构已经掌握了长期保存冷冻胚胎的技术，但是由于英国法禁止使用超过 10 年的冷冻胚胎帮助妇女分娩，虽然英国夫妇们有权将自己拥有的冷冻胚胎保存 5 年，但如果，他们想继续将其储藏 5 年的话，则必须向政府相关机构提出申请。保存满 10 年后，他们的冷冻胚胎就必须被销毁或者贡献出来用于科研或者提供给另一对夫妇直接使用[237]。对于将来我国制定人工生殖法时，对于冷冻胚胎的保存期限的规定，笔者认为，五年的保存期限比较合理。保存期限过长，而不允许对其进行实验或者摧毁，则对于冷冻胚胎的保护过甚，一方面会造成辈分的混乱，对社会伦理产生强烈的冲击，另一方面，会造成医疗资源的浪费，而且胚胎干细胞所蕴含的巨大的医疗价值得不到利用，难免会有为了未出生之人而牺牲已出生之人利益之嫌。保护期限过短，则不利于体外受精手术的成功实施[238]，也不利于对具有“潜在生命力”的胚胎的保护，不利于人类对自身道德情感的维护。

（二）冷冻胚胎的权利归属

尽管冷冻胚胎具有未来发展成人的“潜在的生命力”，但是，其毕竟不是真正意义上的位格人，根据本文对冷冻胚胎的法律性质的界定，冷冻胚胎可以作为权利的客体[239]。既然冷冻胚胎可以作为权利的客体，那么其权利人对冷冻胚胎享有的权利应该如何界定？由于冷冻胚胎处于“人”和“物”之间的一个中间状态，因此，其一方面具有“人”的属性——位格人的生物性（即未来发展为“人”的可能性），另一方面，其具有“物”的属性，那么就其“物”的属性，其权利人应该对其享有所有权，然而这种所有权应该受到来自冷冻胚胎“人”的属性的限制，法律应该基于此，限制其所有人对冷冻胚胎的使用、收益、处分的权利。

1.冷冻胚胎的权利归属应该如何判定？

本部分通过几个案例进行论述：

（1）冷冻胚胎应归属于医院还是其供体？美国维吉尼亚州的不孕夫妇 York 夫妇在 Jones Institute 医院接受了体外受精治疗，据称，该医院是美国实施体外受精技术最为成功的医院。然而，York 夫妇在该医院做了三次体外受精技术均告失败，在实施了第三次手术之后，他们要求留下一枚受精胚胎以备日后使用。由于这几次失败的痛苦使得该夫妇转而到加州洛杉矶的一家授精

236 张燕玲：《生殖细胞的法律地位与权利归属新探》，载于《唯实·行政发展》，2007 年，第 5 期。

237 李善国、倪正茂、刘长秋：《辅助生殖技术法研究》，法律出版社，2005 年版，第 41 页。

238 吴煜、孙晓溪：《患者对于捐赠多余冷冻胚胎用于治疗和研究的态度》，载于《国外医学计划生育/生殖健康分册》，2006 年，第 25 卷，第 2 期。

239 由上文中关于“主客体二分法”所面临的理论困境中的论述，笔者的观点是，在当前“主体客体化”和“客体主体化”的趋势下，我们应该承认，确实存在一个既不是“人”也不是“物”的“中间态”（冷冻胚胎就是其中的一种），在这样的界定概念之下，冷冻胚胎可以作为权利的客体。

中心就诊，该授精中心要求 York 夫妇将冷冻胚胎送到加州。当 York 夫妇向 Jones Institute 医院提出转移冷冻胚胎的要求时，医院拒绝了他们的请求。该医院称，“York 夫妇只是同意在本院将冷冻胚胎解冻并植入母体子宫之中，其不愿自己怀孕时，只能选择将冷冻胚胎捐赠给其他不孕夫妇或供实验之用，而不能要求将其移送到其他机构。”法院在审理该案件时认为，该受精胚胎的储存协议性质上属于寄托关系，因此，在受托关系终止后，受托人有义务将该寄托物返还给寄托人。也就是说，冷冻胚胎的供体才是其权利人，只有冷冻胚胎的供体才能决定冷冻胚胎的命运，即只有其供体才能决定是否继续保存冷冻胚胎、将冷冻胚胎转赠给其他不孕夫妇、或者将其捐赠给医疗机构供其实验研究之用[240]。

（2）夫妻双方离婚时，其寄托在医疗机构的冷冻胚胎归谁所有？

美国田纳西州的 Davis 诉 Davis 案中，因女方 Mary Sue Davis 婚后先后 6 次发生宫外孕，使其不能自然生育，因此 1985 年 Davis 夫妇接受试管授精。在此后的 3 年里，他们先后经历了 5 次失败。在此期间，冷冻胚胎技术[241]诞生。1988 年 12 月 8 日，医生再次采集了 Mary Sue Davis 的 9 枚卵子，经过授精后植入了其中的两枚，冷冻了剩余的 7 枚。不幸的是，2 周后，医院宣告植入失败。1989 年 2 月，Junior Lewis Davis 向 Mary Sue Davis 提出离婚，由此产生了 7 枚冷冻胚胎的性质及其归属问题。Mary Sue Davis 认为自己是这些胚胎的母亲，它们是她自己的一部分，希望得到它们，以便在适当的时间将之植入体内。Junior Lewis Davis 则认为自己拥有每个胚胎的一半，为了不让孩子在破碎的家庭中长大，他不希望 Mary Sue Davis 将来生下他们共同的孩子，因而拒绝成为父亲，其行为类似于女性拒绝成为母亲而实施流产，双方遂发生诉讼。[242]法院首先对胚胎的性质进行了界定，巡回法院在进行了第一次听证之后，认为人的生命起源于受孕，而胚胎具有未来发展成人的可能性，从未来的子女利益出发，应该让 Mary Sue Davis 有机会将冷冻胚胎移入子宫并受孕，因此将对这七枚冷冻胚胎的监护权判给了妻子。在上诉审中，上诉法院认为这七枚胚胎应该由夫妻双方共同管理，因此变更了下级法院的判决。而在田纳西州最高法院的审判中，法官认为法院不得强迫当事人生育，且认为 Junior Lewis Davis 不为基因意义上的父亲的自决权（类似于妇女堕胎的权利）高于 Mary Sue Davis 的把多余的受精卵捐赠给他人产生孩子并养育的权利。

在另一相似的案例 Kass 诉 Kass 案中，纽约州最高法院的法官不顾冷冻胚胎的基因父亲的反对，把剩余的体外受精胚胎判给了其基因母亲，法官虽然承认本案涉及生殖自决的私生活权，但同时认为这种权利包括不生殖的权利和生殖的权利。法官根据自然生殖的先例认为，在体内受精的场合，丈夫控制生殖过程的权利止于射精。因为妻子同样享有生殖自决权，丈夫不能强迫或阻止她流产，因此在体外受精的场合，也应遵循同样的原则，不能因为授精是在体外完成就授予丈

[240] 张燕玲：《人工生殖法律问题研究》，山东大学 2006 届博士论文，第 70 页。
[241] 1988 年，冷冻保存胎胚(Cryopreservation) 的技术诞生，它是将准胎胚冷冻在液态氮中保存起来供将来使用的技术，其好处在于可在妇女自然的而非人工的月经周期移回受精卵于母体以增加怀孕的机会。
[242] 徐国栋：《体外受精胚胎的法律地位研究》，载于《法制与社会发展》，2005 年第 5 期。

夫以额外的权利[243]。

可以说，Kass 诉 Kass 案的判决隐含着对 Davis 诉 Davis 案“把丈夫的生殖自决权与妻子的生殖自决权相提并论”的批评，Kass 诉 Kass 案的法官认为妻子的生殖自决权要优先于丈夫的生殖自决权，按照本案的原则来处理 Davis 诉 Davis 案，必然要发生应把冷冻胚胎判给基因母亲的结论。对于这两个案例的判决结果，笔者认为 Kass 诉 Kass 案的判决更合理。首先，从体外受精技术的实施过程来看，为确保母体顺利怀孕，通常需要采集多个（一般情况下是 10—20 个）卵子备用。而在正常情况下，女性每个排卵期只排出一个卵子，但是在体外受精治疗过程中，患者在经期结束后数天后需注射刺激排卵药物，如促性腺激素释放激素（GnRH）结合卵泡刺激素（FSH），刺激卵巢同时制造多个卵子。在这一过程当中，对于女性的身体所造成的副作用是不可预知的。也就是说，在体外受精技术实施过程中，基因母亲的付出远比基因父亲的付出要多。其次，正如纽约最高法院的法官在 Kass 诉 Kass 案的判决理由中所说的那样，在体内受精的场合，丈夫控制生殖过程的权利止于射精，如果妻子怀孕，丈夫不能强迫或阻止她流产，因为妻子也享有生殖自决权，这一原则在体外受精的场合仍然适用。

因此，对于夫妻双方离婚的情形，他们寄托在医疗机构的冷冻胚胎的监管权原则上可以由夫妻双方协商一致、共同行使，但是如果协商不一致，妻子的生殖自决权应该高于丈夫的生殖自决权。

（3）夫妻双方死亡的情形下，冷冻胚胎的监管权应该由谁行使？

2013 年 3 月 20 日，刘曦和沈杰在南京鼓楼医院施行体外受精-胚胎移植助孕手术后因车祸双双去世，死者双方父母因受精胚胎的监管权和处置权发生争议并诉至法院，因涉案胚胎保存于鼓楼医院，法院追加医院作为第三人参加诉讼。一审法院以手术过程中留下的胚胎所享有的受限制的权利不能被继承为由驳回了原告的诉讼请求。后原告向无锡中级法院提起上诉，无锡中院经过审理后认为在我国现行法律对胚胎的法律属性没有明确规定的情况下，结合本案实际，认为实行冷冻胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎，具有潜在的生命特质，含有双方父母两个家族的遗传信息，双方父母与涉案胚胎亦具有生命伦理上的密切关联性。最后法院判决上诉人（即沈某刘某的父母）享有涉案胚胎的监管权和处置权，但特别强调权利主体在行使监管权和处置权时，应当遵守法律且不得违背公序良俗和损害他人之利益[244]。

由于中国是成文法国家，不承认“法官造法”，因此，法官难以像英美判例法国家那样，依据道德原则对疑难的新型案件作出审理，然而另一方面，目前中国在这方面的法律规定却不完善，只有卫生部颁布的 4 个部门规章[245]，因此，在面对着中国首例胚胎继承权纠纷案时，一度陷入了

[243] 详情参见 Radhika Rao,Reconceiving Privacy:Relationships and Reproductive Technology,UCLA L.Rev.45,p.1087.转引自徐国栋:《民法典与民法哲学》，中国人民大学出版社，2007 年，第 172 页。

[244] 无锡中院官方微博：中国首例胚胎继承权纠纷案判决书。

[245] 即卫生部于颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》、《人类辅助生殖技术规范》、《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理规则》、《人类辅助生殖技术与人类精子库评审、审核和审批管理程序》等 4 个部级规章。

“无法可依”的尴尬境地。尽管这样，我认为，无锡中级人民法院对于该案的判决是比较合理的。在本案中，刘曦、沈杰夫妇与南京鼓楼医院签订的《体外受精—胚胎移植知情同意书》中约定，“对自己的配子和胚胎有自主选择处理方式的权利，但不得买卖”，这一约定实际上将冷冻胚胎置于法律关系客体的地位，而在 York 诉 Jones Institute 案中已经论证了，冷冻胚胎应归属于其供体。由于本文对体外受精配体的法律性质持“中介说”的观点，且承认冷冻胚胎可以作为法律关系客体，因此，笔者认为，在夫妻双方死亡的情形下，冷冻胚胎的监管权应该归属于死者的继承者。

2. 对剩余胚胎的处置

从目前世界各国对体外受精—胚胎移植技术的规定来看，剩余冷冻胚胎的去向一般有 4 种：①继续保存②捐献科研③用医学方法废弃④捐赠他人。[246]由于冷冻胚胎特殊的法律地位，对其处置时涉及到众多伦理和法律问题，因此未来在制定人工生殖法时，对剩余胚胎的处置问题上应该格外慎重。

前文已经论述关于冷冻胚胎的权利问题，论及其应该得到在一定年限内被妥善保存的权利，这是对胚胎潜在的生命力的尊重，对胚胎将来发展成人的尊重，然而由于胚胎干细胞所蕴含的巨大的医疗价值，对于解决现实中棘手的医疗问题（如癌症、帕金森综合症、血友病等）的重大意义，应该允许在对冷冻胚胎保存满一定年限（本文的观点是“对冷冻胚胎的保存期限应定为五年”）之后，在经过其供体的应允后，对剩余的冷冻胚胎进行研究，以造福人类。如果在保存期限届满后，其供体出于种种原因不愿意将剩余的冷冻胚胎捐献科研，那么出于对医疗资源的节约，医院应该尊重供体的意愿，采用医学方法将剩余的冷冻胚胎摧毁。因此，关于①②③的合理性问题，在此不再赘述。

至于将胚胎捐赠他人，由于从医学上来看，其实际上是异源胚胎移植，涉及到很多伦理和法律问题。在此，笔者认为，可以借鉴美国的“胚胎收养”的实践和立法经验。

所谓“胚胎收养制度”（Embryo Adoption），是指胚胎的合法管理人（或称为胚胎的送养人）将其拥有的剩余的冷冻胚胎送给其他不孕不育夫妇收养，同时将自己对胚胎以及将来可能由该胚胎孕育出生的孩子的所有权利和义务让渡给收养人的制度。[247]

从世界范围来看，一直以来人们对“冷冻胚胎”这种生殖质料的态度就既敏感又多元，因此大家对“胚胎收养”的态度都非常暧昧，很多国家的立法和学说都宁愿用“胚胎捐赠”或者“异源胚胎移植”这样的与“胚胎收养”制度相似的术语，来减少伦理上对“胚胎收养制度”的质疑，从而减少社会公众对此程序的抵制[248]。美国也是如此，其对“胚胎收养制度”的立法也是在克服

[246] 杜湧瑞综述、张云山审校:《有关冷冻保存胚胎处置伦理问题的思考》，载于《国际生殖健康/计划生育杂志》，2012 年 1 月第 31 卷第 1 期。

[247] 吴文珍:《美国胚胎收养实践与立法及其对我国的启示》，载于《社会科学》，2011 年第 6 期。

[248] Melanie Blum:Embryo and the new reproduction technologies.http://www.surrogancy.com/legal/embryotech.html. 于 2015 年 4 月 5 日访问。

了一系列的困难之后才成功的。而本文提倡我国在制定人工生殖法时，借鉴美国的立法实践和经验，确立我国的“胚胎收养”制度，主要理由如下：

第一，从伦理的角度来看，采纳“胚胎收养”这一法律术语并不必然导致对“主体说”的承认。目前各国立法和学说对“胚胎收养”制度态度暧昧的主要原因就是“胚胎的法律性质问题”，而前文已经论证了本文在这一方面采“中介说”，并且在目前的立法实践中，越来越多的国家都倾向于采纳中介说，即“胚胎既不是人，也不是物，而是‘人’与‘物’的一个中间形态，其具有未来能够发展成人的潜在的生命力，应该得到比精子、卵子等遗传物质更多的尊重”。尽管“胚胎收养”这一术语在美国的产生在很大程度上是由于传统基督教认为“胚胎是人”的伦理观念的影响，但实际上美国佐治亚州的立法在胚胎法律性质的问题上，更多地采纳了“中介说”，其既没有承认“胚胎就是人”的法律性质，也没有强制所有的剩余冷冻胚胎都应该被收养，其仍然尊重当事人的意愿，巧妙地避开了关于胚胎法律性质的“主体说”和“客体说”的局限性，较好地协调了立法上对潜在生命的保护、对当事人权利的保护、以及促进科学和医疗发展这几方面的关系[249]。从佐治亚州的立法和实践经验来看，承认“胚胎收养”制度并不必然造成对胚胎主体地位的承认，而仅仅是为当事人提供一种选择。

第二，从法律术语的角度来看，“胚胎收养”这一术语更加符合该制度的目的和内容。由于冷冻胚胎的伦理地位特殊，因此，各国的立法和学说都企图用“胚胎捐赠”和“异源胚胎移植”这些术语来减少来自于社会伦理方面的质疑。然而，“捐赠”一词是财产法上的概念，体现不出立法上对冷冻胚胎作为“潜在生命”的尊重，不能正确反映当事人之间亲权的让渡。而“异源胚胎移植”实际上是一个医学上的概念，如果一定要当作法律术语，也会产生因移植目的不明而无法区分胚胎收养和代孕母的情况。传统收养的意义在于组建家庭、确立亲权，而从胚胎收养这一制度的目的和内容来看，其与传统收养殊途同归，而“胚胎捐赠”和“异源胚胎移植”这两个术语都难以体现“胚胎收养”作为组建家庭的一种合法选择的内在含义，从这一层面来看，比起“胚胎捐赠”和“异源胚胎移植”，“胚胎收养”这一术语更加符合该制度的目的和内容。

第三，从收养父母的角度来看，他们更加愿意相信，由于自己在胚胎收养后的怀孕过程当中对孩子倾注了更多的感情，使他们能够真正的感受到成为父母的全过程，而从人类最朴素的情感来讲，这种感情的倾注对父母而言是幸福的，也是无法从代孕和传统的收养中得到的；胚胎收养的另外一个好处就是，收养的父母能够控制怀孕的过程（比如避免孕妇酗酒和其他不健康的生活方式），减少不健康妊娠对将来出生的孩子的不利影响，而在传统的收养或者代孕的过程中，收养的父母难以控制孕母的妊娠过程；最后，对于不孕不育的夫妻而言，胚胎收养的成本比传统的收养成本要低，也更加低于通过试管生殖技术来获得孩子[250]。

---

[249] 徐国栋：《在人与物之间的冷冻胚胎的法律地位——比较法考察》，载于《民法与民法哲学》，中国人民法学出版社，2007 年，第 184 页。

[250] “在美国，胚胎收养的成本为 3600 美元到 10000 美元，但是通过一个完整的试管生殖技术来获得孩子显然要

第四，从送养人的角度来看，无论学界对胚胎的法律性质如何界定，对于剩余冷冻胚胎的供体而言，每一枚胚胎都是其历经艰辛得来的，每一枚胚胎都有着自己的基因，都有将来发育成人的可能性，因此，对于送养人而言，胚胎收养最大的优点就是，在胚胎收养的过程当中，胚胎能够被视为未出生的生命，这是最尊重送养人情感的对剩余冷冻胚胎的处理方法，是对人性的一种尊重。

目前无论在我国的立法实践还是学说当中，都鲜见“胚胎收养”这一术语，但是胚胎捐赠在立法和实践中已经出现，但是关于胚胎捐赠的规范只是散见于我国卫生部颁布的 4 个部门规章之中。其中《人类辅助生殖技术规范》规定了进行辅助生殖技术及其衍生技术的医疗机构的条件，同时设定了精子、卵子和胚胎这类遗传物质的捐赠者与接受者的生理条件和禁忌，《实施人类辅助生殖技术的伦理原则》则抽象地设定了实施辅助生殖技术应遵循的基本原则。与美国的立法相比，我国的立法有以下方面的不足：第一，我国的规范都是部门规章，效力级别低；第二，规定零散，不利于被社会公众知悉，也不利于法官适用法律；第三，从条文的内容来看，规定的比较抽象，不便于操作；第四，缺乏配套程序，如类似于美国“收养令或亲子令的签发”制度[251]。然而，随着人工辅助生殖技术的发展和繁荣，这般简陋的规定根本不足以应对实践中千变万化的需求，因此，笔者建议，未来制定人工生殖法时，应借鉴美国的胚胎收养制度的立法和实践经验，完善我国的胚胎收养制度，从而进一步完善我国的家庭法和亲属法。

三、结语

体外受精胚胎的冷冻保存技术作为一种生命科技无疑是不孕不育夫妇的福音，但同时也给生命伦理和传统的法律制度带来了冲击，面对生命科技给道德伦理和法律制度带来的挑战，Callahan 归结出生命伦理学的五大基本问题[252]，这五大基本问题是：

1. 我们如何应对这种史无前例的医药、技术和文化发展带来的道德困境；

2. 谁应该对新技术加以有效的控制；

3. 医疗科技的进步为人类所带来的利益应如何合理分配；

4. 人类有哪些德行或特性最足以导引我们善用新技术；

5. 有哪些制度、法律或规范足以管理不断变化的道德形式。

超过 10000 美元，而传统收养的成本最低为 9000 美元。”详情参见 Kingsberg,S.A,Applegarth,L.D,&Janata,J.w:Embryo donaion programs and policies in North America:Survey Results and Implications for Health and Mental Health Professionals,Fertility and Sterility,73(2),2000,pp.215-220.转引自吴文珍：《美国的胚胎收养实践与立法及其对我国的启示》，载于《社会科学》，2011 年，第 6 期。

[251] “收养的胚胎成功妊娠并分娩后，养父母应向法院申请签发亲子令或收养令，来确认亲子权利义务关系。……主要程序有：(1)申请时间和申请人。在孩子出生前或出生后，养父母可以请求高等法院签发收养令或亲子令。

[252] Callanhan, D. (1998).Bioethics.In W. T. Reich (ed.),The ethics of sex and genetics(pp.64-73).New York:Simon & Schuster Macmillan.

正如学者打的一个形象的比喻，“如果说科技创新是充满激情的足球运动员，而法律则是这场激情游戏的黑衣裁判。他既要保持运动员的活力，又要阻止运动员犯规[253]。”因此，在对生命科技进行立法时，一方面要采取各种措施防止生命科技“犯规”，另一方面又要促进生命科技的健康发展从而为人类造福[254]，因此，立法者应当认真地对生命科技加以权衡，从而设置最为科学的法律制度来规范和保证生命科技。笔者拟从立法定位、立法理念和立法原则等方面，对体外授精技术的立法规制进行论述，以期对我国的人工辅助生殖立法有所裨益。

文章对冷冻胚胎的法律性质问题采“中介说”，按照日本学者北川善太郎的观点，应该将生物体这一生命单位作为法律模型加以固定，作为既不是人也不是物的第三要素，这就意味着在主体理论、客体理论以及主客体互动理论之外，还要产生一个“中体”理论[255]。

根据中国法学会民法典编纂项目领导小组组织编纂的《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（征求意见稿》来看，其第十四条第一款关于“民事权利的开始和终止”的规定，“自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力”实际上对人的认定采分娩说，该建议稿并不承认体外受精胚胎是人，但是第十八条“对体外授精胚胎的保管和处置，不得违背社会公德，不得损害公共利益”的规定，又赋予了体外授精胚胎独特的尊严地位，实际上是对“中介说”的采纳。而这其实是我国卫生部颁布的《人类辅助生殖技术规范》和《人类辅助生殖技术管理办法》早在2003年就已经做出的选择，而这一选择有利于更好地协调促进科学发展、维护妇女的健康和对潜在生命的保护三者之间的关系，同时也更加符合我国计划生育的政策[256]。

尽管卫生部颁布的部门规章和《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（征求意见稿》都采纳了“中介说”，但是由于中介说意味着要打破传统民法典的理论架构，在短期内，要建立一个主体、客体之外的第三法域，并使其他的法律制度与之配套，似乎不是一件容易的事情，对此第三法域的建立需要社会公众甚至是法律工作者的心理认同。面对这样的立法环境，笔者认为，在对体外受精技术此类生命科学进行立法时应该坚持科学立法、超前立法、谨慎立法的原则，借鉴国外有关体外授精技术先进的立法经验，立足于我国的国情，尽可能在广泛地考虑人工辅助生殖技术涉及的社会关系的同时，为体外授精技术的发展保留一定的弹性，可以采取单行立法的方式制定《中华人民共和国辅助生殖技术法》，辅之以《人工辅助生殖技术应用指导规范》对人工辅助生殖技术进行立法规制。

253 朱勇、崔玉明：《新医疗处遇的法律问题与研究》，中国经济出版社，2005 年，第 11 页。

254 薛现林：《生命科技发展与法律的回应》，载于《河北师范大学学报（哲学社会科学版》，2004 年 7 月第 27 卷第 4 期。

255 徐国栋：《体外受精胚胎的法律地位研究》，载于《法制与社会》，2005 年第 5 期。

256 徐国栋教授在其《绿色民法典草案》中的选择，他认为，我国的民法典应当坚持绿色的原则，而该原则是在人的出生线和死亡线上控制欲望主体的数量得以实现的。若采用“主体说”，那么我国的人口总数马上就要在百万位数或千万位数上增加几个数字，而这应该是中国政府和多数同胞都不愿看到的“黄色”结果。

Abstract: With the development of science and technology, In Vitro Fertilization and Embryo Transfer Technology, as one way of eugenics, has been tending to be mature. However,the existence of Artificial Procreation Technology leads to the formation of double tracked procreating system. Involving people's ethical emotions and hitting the basic value such as freedom and dignity, the technology comes to existence accompanied with the ethical criticism and legal questions. The most important legal problem is the legal nature of the Frozen Embryo. Different solutions are adopted by relevant countries in theory and practice, which mainly include the object doctrine, the subject doctrine and the resonance doctrine.

Key words: Frozen Embryos the subject doctrine the object doctrine the object doctrine Embryo Adoption.

冷冻胚胎的处理与代孕合法化

——由中国首例冷冻胚胎继承权案引发的法律问题

尤佳君*

摘　要：我国首例冷冻胚胎继承权案，由于冷冻胚胎介于的人和物的特殊性，使其引起了是否能作为继承标的的争议。在对冷冻胚胎的性质确定之后，需要结合我国传统文化中的伦理，与中国长期实行计划生育的造成“失独父母”的现象，寻求符合社会理念的解决方案，探讨当前代孕合法化的可行性以及方案。

关键词：冷冻胚胎　继承标的　传统伦理　代孕合法化

引言

沈某、刘某夫妻二人由于求子心切，于南京市鼓楼医院做人工受精。院方称不久即可进行胚胎移植手术，但发生在 2013 年 3 月 20 日深夜的一场车祸使这对夫妻先后离世，留下两对“失独”父母。为了两人的血脉得以延续，双方都要求继承冷冻胚胎，并围绕冷冻胚胎的继承问题提起诉讼。但宜兴市法院一审认为，“施行体外受精——胚胎移植手术过程中产生的受精胚胎具有发展为生命的潜能，是含有未来生命特征的特殊之物．不能像一般之物一样任意转让或继承，故其不能成为继承的标的”，因此“对于原告提出的其与被告之间应由其监管处置胚胎的诉请，不予支持，判决驳回原告的诉讼请求。”双方父母诉至无锡中院，最终无锡中院撤销一审判决，并要求南京鼓楼医院将 4 枚冷冻胚胎交由四位老人共同监管和处置。[257]关于冷冻胚胎是否能被继承以及继承后如何处理引发了相当激烈的讨论。

一、对于冷冻胚胎属性的认定

这一案件的核心问题是冷冻胚胎能否作为继承的标的，如果把冷冻胚胎视为人，则当然地不能作为继承的标的，如果作为一般的物处理，仍会引发争议——冷冻胚胎虽然没有植入母体，也没有发育为生物学和法律上的“人”，但它与一般的“物”是有本质区别的，关键在于冷冻胚胎完

* 尤佳君：2014 级法学本科生。

257 参见孟亚生：《冷冻胚胎之争》，载《江淮法治》2014 年第 18 期。

全拥有发育为“人”的可能性。

《中华人民共和国继承法》总则第三条规定：“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产，包括：（一）公民的收入；（二）公民的房屋、储蓄和生活用品；（三）公民的林木、牲畜和家禽；（四）公民的文物、图书资料；（五）法律允许公民所有的生产资料；（六）公民的著作权、专利权中的财产权利；（七）公民的其他合法财产。”从严格意义上说，冷冻胚胎并不在总则规定的“个人合法财产”之列，又因为冷冻胚胎还没有发育成人，也不符合《民法通则》中自然人拥有民事权利能力的“出生”的条件，没有人格和身份。它介于“人”和“物”两者之中，却无法被完全归入任何一种类别之中。

各国民法上对于胎儿的民事法律地位也有分歧，中国大陆地区采“绝对主义”，规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务”，此种主义“绝对贯彻胎儿不具有民事权利能力的原则，依此立法原则，胎儿不具有权利能力，不得为民事权利主体”。[258]法国、德国、日本采“个别保护主义”，“即胎儿原则上无权利能力，但于若干例外情形视为有权利能力”。[259]“总括的保护主义”对胎儿权益保护最为充分，把胎儿视为已出生。中国大陆的绝对主义使冷冻胚胎既不能当作人而又不能当作完全的物处理，若采用总括的保护主义，则可以把四位老人对冷冻胚胎的争夺视作对监护权的要求，法院即可按照监护顺序进行判定。

有学者认为：“由于冷冻胚胎具有生长为一个完整生命的可能，法学界也不愿将其归为一般仅用作生产、消费的物，而将其称为特殊物、伦理物、人与物的中介。法律上，物的主要特点在于能被法律主体依其意志控制、处分。从这个角度上说，冷冻胚胎依据法律上关于物的规定处理是更为妥当的”。[260]人的一个重要特征是拥有独立的意志，冷冻胚胎尚不具备形成人的意志的生理特性，它的生存、消灭以及其他一切活动完全不能由自己支配，而需要其他人类的控制，法院的判决即是这种把某一客体交由特定主体支配和处分的判决，由此判定把冷冻胚胎作为物处理是合理的。

“人的冷冻胚胎属于脱离人体的器官和组织”，另有学者指出，“人体器官或者组织脱离人体之后，不再具有人格载体的属性，应当属于物的性质；认定冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织的法律属性为物，并不否认其所具有的特殊性；将冷冻胚胎定性为伦理物完全可以保护具有潜在人格的物的利益”，所以可以把冷冻胚胎认定为“是具有人格属性的伦理物”。[261]也有人称其为“受尊重的中间体”。[262]此观点也是把冷冻胚胎作为“物”的前提下附加特殊属性。

冷冻胚胎并非完全的物，而是人与物之间的过渡状态，是具有部分“人”属性的物，因此对待冷冻胚胎需要更慎重的考量和诸多限制。首先冷冻胚胎生物学上具备发育成人的可能性，本着

258 梁慧星：《民法总论》（第四版），法律出版社 2011 年版，第 89 页。
259 梁慧星：《民法总论》（第四版），法律出版社 2011 年版，第 89 页。
260 苏航：《冷冻胚胎处置：法律观点下的是与非》，载《法律与生活》2014 年第 21 期。
261 杨立新：《冷冻胚胎是具有人格属性的伦理物》，载《检察日报》2014 年 7 月 19 日第 3 版。
262 张善斌、李雅男：《人类胚胎的法律地位及胚胎立法的制度构建》，载《科技与法律》2014 年第 2 期。

“国家尊重和保障人权”的宪法原则性规定，法院由此做出的判决必须充分尊重已死亡的沈某夫妇的生育权，相关生育权的司法解释指出“公民有权获得科学知识和信息、有避孕措施的知情权和安全保障权利以及患不孕症公民有获得咨询和治疗的权利”，沈某夫妻二人在去世之前为人工授精手术做的预备理应视作是对生育权的保障，而留下的冷冻胚胎可当作两位公民生育权的延伸，法院的判决必须保障两者的生育权能够在最大程度上的实现。除此之外，如今冷冻胚胎还没有发育成人，但它有可能成为人，为此法院需要着眼于冷冻胚胎未来的处境，即预设冷冻胚胎终将发育成人的情况，并依此保障其出生后享有和其他公民同等的人权，并同等地受到国家保障，基于对未来的预想而在当前做出最有利于冷冻胚胎生存和发展的判决，台湾学者的“拟权利主体说”也提出了类似的观点，“拟权利主体说作为一种中间状态的实体，具有一定的主体资格，因此，在进行利益衡量时，不能仅从他人的权利或公共利益出发，必须从这些“拟权利主体”的利益出发，维护其利益”。[263]

对于冷冻胚胎处于人和物之间的过渡属性有学者论述：“笔者认为，冷冻胚胎兼具物权客体与人格权客体双重属性。作为物权客体，冷冻胚胎毕竟是一种客观存在的实体物，但其是一种具有‘潜在人格’的特殊的物，所以其处分目的是受限制的，不能适用有关财产性质的规定；作为人格权客体，冷冻胚胎是意欲成为父母的不育夫妇双方自己决定通过辅助生殖实现生育权的人格利益。”[264]冷冻胚胎归根到底是“物”的属性，但是因为它的“潜在人格”，冷冻胚胎享有部分民事主体而非客体所享有的权利，这就有效区分了普通的物与特殊的物之间的差异。

我认为，冷冻胚胎应当认定为一种人与物之间的过渡状态，在当前状态下其“物”的属性较为突出，因此是一种特殊的物，一种附加特殊条件和限制的物。我国当前对于受精卵、胚胎、胎儿之类是民事上的主体抑或是标的应当给予一个明确的界定，私见以为在精子、卵子尚未结合的时候，两者尚无形成生命体的巨大的可能性，因此精子和卵子可以认定为纯粹的物；而一旦卵子受精，它发育为生命体的可能性就变得极高，这时可以把受精卵视为物和人之间的过渡阶段，这一过渡阶段一直持续到胎儿出生为止；在受精卵——胚胎的过渡阶段中，它的属性的认定可以按照“物属性”和“人属性”所占比例划分，在胚胎没有自己的行动可能、无意识的阶段，其“物属性”占优，可以附条件受限制地当作“物”处置，而有迹象表明胎儿具有自己的意识、能自主做出简单的活动时便认定其“人属性”超过“物属性”，由此附条件受限制地把胎儿当作人对待。由于胎儿个体之间的差异，亦可按照妊娠时间统一判断，判断标准有赖于医学的界定。

[263] 参见雷文玫：《人类胚胎的法律地位：为何人类胚胎不应该是法律主体》，转引自肇旭：《人类胚胎干细胞研究的法理学分析》，载《学习与探索》2011 年第 1 期。
[264] 李燕、金根林：《冷冻胚胎的权利归属及权利行使规则研究》，载《人民司法》2014 年第 13 期。

二、中国传统家族伦理的影响

中国“家国同构”的先天路径和“天人合德”的后天路径造就了古代中国的伦理社会，也必然导致了伦理立法。儒家思想在近两千年的时间里，对中国——包括其法律制度在内——的方方面面进行了塑造，传统家族伦理观念是很难用近代百年的时间彻底抹杀殆尽的。

在中国，无论是出于先祖能得到祭祀、传承私有财产或者是传递家族特有的基因特征，生儿育女、培育子孙后代自始至终占据着非常重要的地位。如果说家族伦理是中国古代伦理社会的基础和本位，那么家族成员生儿育女就是家族伦理的核心，这一点仍然影响着现代社会。

宜兴市法院认为该冷冻胚胎的父母都已死亡，经由手术使两人的后代出生已不可能，而两家的父母想继承冷冻胚胎的要求有很大可能性是用于代孕，但代孕行为一是会引发巨大的伦理问题，二是在我国尚未合法化，把冷冻胚胎交由双方亲人保管会导致代孕的违法行为，法院把这作为理由之一驳回原告诉讼请求。一审判决未免有用“代孕”绑架冷冻胚胎继承之嫌，把案件之外的因素掺杂在本案之中，有悖于司法公正。双方父母表示，如果获得冷冻胚胎的继承权，他们会保存胚胎直到代孕合法化或者把胚胎赠送给无法生育的夫妻。由此看来，一审判决的假设未免偏狭，妄图以法院的积极作为防止违法可能性的产生，却忽视了冷冻胚胎被继承后其他可能的后果。科学技术的发展极其迅速，未来也可能会产生除代孕之外其他能使冷冻胚胎发育成人的医学技术手段，而一审不允许继承无疑是否定了未来的一切能让两家人“延续香火”的可能性，难以为人们的伦理观念所接受。

中国的司法虽然不允许依照“情理”判决，然而案件判决后的社会反响（即民意）仍是值得考虑的因素。冷冻胚胎继承后造成潜在的代孕可能是一个伦理问题，但因此断绝两家人“传宗接代”的所有可能性是一个更为严重、更具有历史和社会基础的伦理问题，以潜在的伦理问题为由禁止继承冷冻胚胎，因此引发一个更深层次的伦理问题，则无法得到社会认同，有损司法权威。

伦理和社会反响是一个不容忽视的因素，法官不能仅凭法律而无视人情。考虑到两家人希望沈某夫妻的孩子能最终降生，必须确保冷冻胚胎发育为人的最大可能性。按照医院规定，冷冻胚胎到一定期限将会被丢弃处理，而四位家长自然希望保存冷冻胚胎，由此把冷冻胚胎判决给予四位老人共同管理使胚胎获得发育成人的最大机会，也符合了伦理的要求。

三、其他国家对冷冻胚胎认定的判例参考

冷冻胚胎的继承权案在我国尚无先例，不妨参考国外既有的判例，从中借鉴具有指导意义的处理原则以填补我国的空白，以下为四个有关冷冻胚胎的判例。

“洛杉矶的里奥斯夫妇始终未能孕育子女，1981 年去澳大利亚墨尔本接受体外受精手术，将两个胚胎冷冻在医院里，里奥斯夫人要求医院必须保存他们。里奥斯夫人体外受精没有成功，后

来夫妇双双遇难，留下 100 万美元的遗产无人继承，于是引发以下问题：冷冻在医院的两个胚胎是销毁还是保存？胚胎有没有权利活下去继承 100 万美元的遗产？维多利亚议会上院通过《试管婴儿修正案》，同意把胚胎植入代理母亲的子宫中孕育，待该子女长大后继承遗产。”[265]

“2014 年初，美国德克萨斯的一对年轻夫妇身亡，留下 2 岁儿子和 11 枚冷冻胚胎。没有留下遗嘱，胚胎怎么处置成了个问题。法院最后判决：儿子到了 18 岁后，他将获得关于该胚胎的所有处分权利，在此之前，由相关医疗机构保管。”[266]

“美国田纳西州的路易斯·戴维斯和玛丽·戴维斯于 1980 年结婚，玛丽与路易斯于 1988 年 12 月冷冻了 7 枚受精卵（准胚胎），以备夫妻今后施行人类辅助生殖之用。不料两个月后，路易斯向玛丽提出离婚，于是发生了 7 枚冷冻胎准胚胎的归属及处理问题。田纳西州最高法院 1992 年 6 月做出判决，判决认为，准胎胚既不是人，也不是物，应当把他们看作一种过渡的类型，作为潜在的人类生命予以尊重。以此为基点，法院承认路易斯和玛丽对他们享有准财产权性的决定权；他们未来的命运如何，取决于路易斯和玛丽行使生育权的结果，而此等权利又属于他们个人私生活权的重要部分。如果他们两人的意见无法一致，只能用权衡双方负担的方式解决争议，即谁的负担大就对准胚胎处置享有相对较大的决定权。最终，法院认为丈夫路易斯的负担（被迫成为这七个胚胎的父亲）大于妻子玛丽的负担（最初主张使用胚胎生育，后转变为申请将之捐献）；换言之，路易斯的生育自决权优先于玛丽对胚胎的处置权，于是田纳西州最高法院判决医院将胎胚交给路易斯处置。”[267]

在美国 York 诉 Jones 案中，“联邦地方法院认为，与其把胚胎定性为人，不如定性为物。法院最后判决，胚胎为保管合同的标的，约克夫妇和被告之间存在保管合同关系，琼斯医疗机构有义务将早期人类胚胎返还给约克夫妇。”[268]

上述几个判例中，澳大利亚的里奥斯夫妇案因为国家允许代孕的存在，使得对冷冻胚胎的处理有了一个合理的解决方式，里奥斯夫妇的基因能顺利延续，胚胎也能被当作母体中的胎儿拥有一定的民事权利，便于遗产的继承，但当前中国并不允许代孕，该判例的参考性便微乎其微了。美国的判例倾向于把冷冻胚胎认同为“物”或是一种“物”属性较突出的人和物的过渡状态，由对胚胎负责最大、胚胎发育为人后血缘更近的人享有对当前冷冻胚胎的所有权和处分权，医疗机构存放冷冻胚胎的行为是对物的所有权人提供保管服务。将此原则沿用到我国的案件中，相关的认定也会清楚许多，大体上以“物”看待冷冻胚胎，南京鼓楼医院是保管合同的义务主体，依照《中华人民共和国合同法》第三百六十五条规定:“保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。”、第三百七十三条规定:“第三人对保管物主张权利的，除依法对保管物采取

[265] 付翠英:《论胎儿的民事法律地位》，载《广西政法管理干部学院学报》2001 年第 1 期。
[266] 蓝天彬:《“中国好判决”是怎么出炉的？无锡中院称“法情理融合”》，载澎湃新闻网。http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1267861，最后访问日期：2015 年 3 月 21 日。
[267] 卞文超:《外国法官怎么看待冷冻胚胎》，载《大众日报》2014 年 10 月 11 日第 5 版。
[268] 卞文超:《外国法官怎么看待冷冻胚胎》，载《大众日报》2014 年 10 月 11 日第 5 版。

保全或者执行的以外，保管人应当履行向寄存人返还保管物的义务。”第三百七十六条规定：“寄存人可以随时领取保管物。当事人对保管期间没有约定或者约定不明确的，保管人可以随时要求寄存人领取保管物；约定保管期间的，保管人无特别事由，不得要求寄存人提前领取保管物。”、第三百七十七条规定：“保管期间届满或者寄存人提前领取保管物的，保管人应当将原物及其孳息归还寄存人。”，南京鼓楼医院所主张的“代孕会带来很多严重的法律、伦理和社会问题。卫生部禁止实施任何形式的代孕技术。如果医院给了胚胎，等于去帮助他们实现代孕.一旦出了事情，医院是要担责的”[269]无法成为不履行保管合同义务的理由，因此医院必须把冷冻胚胎交给寄存人财产的继承人——由寄存人双方的父母共同监管。

四、国内关于冷冻胚胎的法律和制度亟待完善

对个案的认定固然重要，但由此案件折射出的中国当下在辅助生殖技术领域中法律严重滞后于科技发展的情况却更值得深思，因此必须完善相关法律，并依照法律建立起一整套关于人类体外受精胚胎的制度，才能够规范化地处理未来可能发生的类似案件。

目前国内关于辅助生殖技术的管理，主要是依据卫生部在 2001 年颁布的《人类辅助生殖技术管理办法》和《人类辅助生育技术规范》，其中《人类辅助生育技术规范》在 2003 年进行了修订，沿用至今。[270]这两部规范性文件皆为卫生部制定，属于制定法渊源中的部委规章。仅仅以部委规章的形式对辅助生殖技术做出法律规定存在诸多缺陷，首先部委规章在制定法渊源中效力较低，不能与宪法、法律、行政法规相冲突，所以这两部规章中关于人工授精和冷冻胚胎的规定被上位阶的规范性文件制约，一旦出现类似争议案件必须核对是否与上位法有冲突，使它们缺少权威性而又增加司法成本和理性负担；其次是卫生部的两部规章使用对象都是医疗机构与其医务工作人员，《人类辅助生殖技术管理办法》第二条规定：“本办法适用于开展人类辅助生殖技术的各类医疗机构”、《人类辅助生育技术规范》规定：“从事人类辅助生殖技术的各类医疗机构和计划生育服务机构（以下简称机构）须遵守本规范”，没有涉及对其他公民在接受辅助生殖技术的过程中权利义务和法律关系的调整，相应地就缺少了非医疗机构的主体在有关辅助生殖技术的过程中权利义务认定的法律依据，造成了实际上除医疗机构以外法律对辅助生殖技术过程中其他主体都不调整的结果，此无疑是中国立法上的一个空白，本案中医院方面拒绝给予四位老人冷冻胚胎的理由之一是《人类辅助生殖技术管理办法》第三条规定“人类辅助生殖技术的应用应当在医疗机构中进行，以医疗为目的，并符合国家计划生育政策、伦理原则和有关法律规定。禁止以任何形式买卖配子、合子、胚胎。医疗机构和医务人员不得实施任何形式的代孕技术”，实际上也是对医疗机构单方面的约束性规定，四位老人并不是该部门规章的调整对象。无锡中院对于本案的二审判

[269] 孟亚生：《冷冻胚胎之争》，载《江淮法治》2014 年第 18 期。
[270] 孟亚生：《冷冻胚胎之争》，载《江淮法治》2014 年第 18 期。

决的确合情合理，但无法通过这一次判决就完全填补中国关于冷冻胚胎继承权的空白，因为中国是一个制定法国家，法院的判例至多仅对无锡中院及以下的基层法院产生影响力，如果没有全国人大及其常委会或国务院制定的效力较高、涉及主体较为全面的相关法律或行政法规，对于类似案件将会产生诸多分歧，导致同案不同判以至于影响司法权威性。

国内相关法律首先要有较高的效力，以确保类似案件在审理的过程中不会出现因为相关的规范性文件与地方性法规、地方性规章冲突而失效的情形，保障法的稳定性，以期最大程度上的“同案同判”。其次，相关法律必须涉及下列问题：（1）规定参与辅助生育技术的主体及其遗产继承人和提供辅助生育技术的医疗机构各自的权利义务，（2）把医疗机构保存冷冻胚胎的行为界定为与接受辅助生殖技术的主体订立保管合同，（3）基于能给予冷冻胚胎发育为人类个体的最大可能性，规范不同主体对于冷冻胚胎作为物的处分和继承顺序，（4）对医疗机构无权处分体外受精胚胎后的损害赔偿责任进行认定，包括对接受辅助生殖技术的主体财产、生育权以及精神方面的损害赔偿。

在完善相关法律的基础上，配套制度也需要建立起来。针对冷冻胚胎偏重于物的属性，首先要建立其所有权人（一般情况下为构成冷冻胚胎的精子和卵子的提供者）对冷冻胚胎的权利的行使规则。有学者认为应当分为夫妻双方健在时夫妻关系存续期间的权利归属及权利行使规则和夫妻离婚时冷冻胚胎的权利归属及权利行使规则，即“夫妻双方健在时，冷冻胚胎是一种载有人格利益的特殊的物，此时，无论从所有权共有的角度还是从生育自己决定权的角度，对于冷冻胚胎的处置，如果夫妻双方意见一致，且符合法律规定，应尊重双方合意；由于冷冻胚胎从配子提取到培育再到植入母体内都是双方自主决定权一致的体现，期间任何阶段出现双方意思不一致的情形，不得强制处分”，而“双方离婚时，对冷冻胚胎处置意见形成合意的，从其合意；如果双方都同意将其植入女方体内，本质上这是双方的自主决定权，从法理上是支持的，况且只是由于各种原因使得怀孕时间推后而已，这与自然生育无大的区别，离婚后植入冷冻胚胎发育成婴儿与离婚前怀孕所生子女都是离婚双方子女”、“离婚时夫妻冷冻胚胎的权利行使应衡量双方利益在是否植入胚胎以实现生育权问题上，离婚时夫妻意见不一，一般法院不会强制植入，衡量想要生育和不想生育两个权利，一般因为其是平等的，不想生育的一方会得到支持。有的法院也会考虑女方在手术过程中付出的更多，考虑一方以后是否还有生育能力等因素。如果涉及不同权利，法院更要对各方利益进行衡量。”[271]对于离婚的夫妻双方就是否植入胚胎产生分歧时，笔者认为应当区分夫妻双方性别的影响，即若丈夫想继续植入胚胎而妻子不同意，须充分考虑妊娠对女方身体活动产生的妨碍、对健康可能造成的损害以及未来生产胎儿可能造成的危险性，应当不植入胚胎；而若妻子想继续植入胚胎而丈夫不同意，考虑到女方的生育年龄、生育条件，以及植入胚胎对男方生活的影响较小，在限制植入胚胎发育为人后的继承权的基础上应偏向妻子一方，确保其生育权

[271] 李燕、金根林：《冷冻胚胎的权利归属及权利行使规则研究》，载《人民司法》2014 年第 13 期。

的实现。

第二，类似本案的接受辅助生育技术的主体都死亡而冷冻胚胎仍存在的情况，需要建立冷冻胚胎的继承制度。原则上冷冻胚胎应视作物，按照一般的遗产继承方式在依继承顺序由近亲属享有继承权，但考虑到冷冻胚胎终究是具有发展为人的潜能，法院还是要确保冷冻胚胎发展成人的最大可能性，所以当继承人没有足够的经济条件继续保存冷冻胚胎直到它有获得发育的途径，法院应判决将冷冻胚胎交由医疗机构暂时保管，当保管合同到期后，经继承人同意，由医疗机构按合同约定处分冷冻胚胎或者转入下文即将论述的胚胎使用、捐赠和收养制度，值得注意的是，把冷冻胚胎交由医疗机构保管的原因是继承人无法使胚胎继续有效发育，而并非继承人有通过代孕手段确保胚胎发育的可能。

第三是胚胎使用、捐赠和收养制度的建立，由于胚胎的所有者（接受辅助生殖技术的主体或其遗产继承人）没有继续保存冷冻胚胎的条件或者没有通过自己使冷冻胚胎发育为人类个体的意愿，可以在征得所有者同意的情况下，由具备相应资质的机构或个人对胚胎进行使用、捐赠和收养，考虑到冷冻胚胎具有成为人的潜能，应当优先实现冷冻胚胎发育成人的可能性，即优先把冷冻胚胎用于捐赠和收养，其次才是以科学研究目的对其进行使用。

胚胎的捐赠和收养制度是相辅相成的，两套制度必须有效地衔接。胚胎的捐赠既是为了满足确保胚胎提供者基因传递的需要，也能实现其他不孕夫妻的生育权。因为事关伦理与人权，不得不对胚胎的捐赠和收养做出规范，如有学者提出“多余的胚胎可以捐赠给其他不孕夫妻，但是这种捐赠应当是无偿的，严禁买卖胚胎，维护人类尊严”[272]，当然，为了避免产生伦理纠纷，最大程度地使有可能产生的胎儿获得与正常人等同的生活，除冷冻胚胎的捐赠者和收养者一致约定同意之外，一般不得透露胚胎的具体去向，但是捐赠者在胎儿出生前有知悉胚胎生长发育状态的权利。在美国已经有了较为完备的胚胎收养制度的规划,2009 年佐治亚州的《收养选择法案》(Option of Adoption Act)首度以立法确立了收养的双轨制，正式把胚胎收养作为组建家庭、让渡和设立亲权的一种方式。具体操作如下：1.收养主体是已婚的不孕女子，为了避免科学伦理较大争议，其收养对象不能是同性恋和单身母亲。而且，还要基于“儿童最大利益”原则，对于申请人精神状况、生活习惯（是否滥用药物等）等审查。2.签署相关的协议，主要是确保捐赠父母对于胚胎的权利义务全部让渡给收养者。3.对于捐赠者年龄限制，捐赠者年龄“不到四十岁时”。4.在胚胎收养中，76%的诊所都采取互盲的、秘密的完全收养方式，即不允许捐赠人对收养人和将来出生的儿童有任何的控制。相关各方签订收养章程，收养协议，几乎涉及到了将来可能发生争议的所有情况，防患于未然。[273]美国现有的机制能够为中国建立胚胎的捐赠和收养制度提供经验，以学习诸如捐赠和收养主体须符合何种条件、为避免伦理和法律纠纷捐赠和收养所必须遵循哪些程序等

[272] 张善斌、李雅男：《人类胚胎的法律地位及胚胎立法的制度构建》，载《科技与法律》2014 年第 2 期。

[273] 吴文珍：《美国的胚胎收养实践与立法及其对我国的启示》，载《社会科学》2011 年第 6 期，转引自李燕、金根林：《冷冻胚胎的权利归属及权利行使规则研究》，载《人民司法》2014 年第 13 期。

诸多实施细则的处理办法。

对冷冻胚胎进行的以科研研究为目的的使用也需要受到严格限制，如有的学者提出：“关于胚胎的利用和处理，在捐赠者同意或者超过存储期限的前提下，应当肯定以科学研究和医学为目的的使用，但是，法律必须对此种利用的方式、目的、手段等各方面做出限制；以科学研究为目的的使用必须有时间的限制，不能使用发育超过 14 天及以上的胚胎进行科学研究，应当尊重和保护捐赠者的基因隐私。禁止利用胚胎克隆人类。多余的胚胎在不违背公序良俗、不贬损人类尊严的前提下，可以进行销毁，但是法律必须对这种行为的方式、手段等各方面都进行严格的限制，且必须得到捐赠者双方的同意。”[274]

五、代孕能否合法化

无须讳言，从符合家族伦理的角度来看，代孕是延续一个家族血脉的最直接、最有效的手段，抛开代孕在当代中国不合法的现状与借助代孕生出孩子后可能产生的伦理问题，代孕的确能确保不能生育的夫妻实现生育权，也能使已死亡但是保存有冷冻胚胎的夫妻的基因传承下去。与胚胎的捐赠和收养不同，代孕生育的胎儿交由提供精子和卵子的主体或其近亲属抚养，他们不仅能确保家族基因的延续，还能亲自抚养孩子，体验到为人父、为人母或儿孙满堂的感受。值得关注的是，本案中沈某和刘某都是独生子女，夫妻二人因为车祸猝然离世后他们的父母就成了失独老人，在多年后如果没有直系后代照料四位老人，就无人履行赡养义务，仅凭社会保障制度也难以满足保障老人们的需求。

“当前的代孕行为有两种:一种是人身性代孕，这类代孕者不提供卵子，将有生育要求夫妇的受精卵植入自己体内帮助他人代孕；一种是基因型代孕，妻子不能怀孕，丈夫与代孕者发生性行为，即当前禁止的借腹生子。”[275]我国在立法方面对代孕的定义比较模糊，囊括了两方面的内容，基因型代孕的确有违男女平等的原则，也和传承夫妻双方基因的初衷相违背，不能被法律所认同，但人身性代孕不涉及与代孕者的性行为，在双方意思表示一致的前提下提供子宫为不能生育者植入和孕育胎儿，这并不违背民法上的“公序良俗原则”，并且只要通过立法规范代孕者和委托者相对于被代孕的胎儿的各自身份，也不会出现伦理冲突，国外在代孕方面的立法已相当成熟：“美国路易斯安娜州于 1986 年颁布《人类胚胎法》，以色列于 1987 年颁布《公共健康(体外受精)条例》，西班牙于 1988 年颁布《关于辅助生殖技术的法律》，瑞典于 1988 年制定《试管受精法》，德国于 1990 年颁布《胚胎保护法》，都可作为我国立法的借鉴。”[276]

英国于 1990 年颁布的《人类受精与胚胎学法》是一部人工生殖子女法律地位的特别法，它

[274] 张善斌、李雅男:《人类胚胎的法律地位及胚胎立法的制度构建》，载《科技与法律》2014 年第 2 期。
[275] 赵衡:《代孕可在规制中有条件放开》，载《检察日报》2014 年 7 月 19 日第 3 版。
[276] 赵衡:《代孕可在规制中有条件放开》，载《检察日报》2014 年 7 月 19 日第 3 版。

坚持“分娩者为母”的原则，“规定怀孕、分娩者或者将精子、卵子植入其体内的任何妇女（包括代孕者）是子女惟一法律母亲；当胚胎、受精卵、精子或者卵子植入妇女体内时，该妇女处在婚姻关系中，即使植入其体内的胚胎，精子或者卵子不是其配偶提供的，孩子仍推定为其配偶的婚生子女，除非他能够证明该植入行为未征得他的同意并且在孩子出生后六个月内提出否认之诉。根据上述规定，委托人即便和孩子之间存在基因关系，也不能单纯凭借代孕协议自动取得法律父母身份，而必须在孩子出生后的六个月内向法院申请‘亲权命令’。亲权命令是为受术夫妻设定的取得法律父母身份的简便收养程序，法院批准亲权命令后，委托人即可成为孩子的法律父母。委托夫妻获得亲权命令的条件是:孩子已经和委托夫妻居住在一起；夫妻一方或者双方与孩子有基因关系并且在英国有住所；夫妻双方均年满十八周岁；代孕者(及其配偶)已经知情同意且无任何酬金给付。诸如此类的规定，使英国人工生殖子女亲子关系的认定从其一出生就置于法律的严格规范之下”。[277]中国应当借鉴《人类受精与胚胎学法》的这一原则，把它作为规范代孕的基础性原则，既遵从了从母系氏族社会以来对母亲的认定方式，又为代孕双方实现代孕行为提供了实现的方法，避免了伦理冲突。

所以有学者建议：“立法可将代孕行为明确定义为：有孕育能力的女性接受他人的委托同意将他人的胚胎植入自己的子宫并孕育出新生儿的行为。如此规定可以避免出现出租子宫、借腹生子等非法行为”，把代孕“在规制中有条件放开”。[278]一旦代孕有条件地放开，类似本案的情况下作为近亲属的遗产继承人在继承冷冻胚胎后有了更加恰当的使用方向，从实践上提供了该判决的部分合理性，也充分照顾到了失独老人的未来生活预期。把代孕制度和胚胎的使用、捐赠和收养制度结合起来，构筑全方位的处理冷冻胚胎的机制，不仅实现胚胎发育成人的最大可能性，而且可以满足社会关系与传统伦理的要求。

结语

现今是一个科技高速发展的时代，中国的制定法表现出了一定的滞后性，特别是既有的法律规范在新兴技术下暴露出相当大的空白。解决个案可以诉诸法理，但随着技术进步，类似的案件数量也将逐渐增加，司法部门也需要具有较高效力的制定法以解决同类案件。中国在人工授精和冷冻胚胎保存方面的立法和制度规划任重而道远，但无论是多么详细的法律和制度，必然要把冷冻胚胎的物的本质和人的潜能都囊括进去，即在确保冷冻胚胎发育成人的最大可能的原则指导下填补法律空白，由此才是对于潜在生命的尊重，兼顾传统的伦理道德和当代的人权诉求，充分实现了广义上的“我国尊重和保障人权”的宪法规定。

[277] 杨芳:《人工生殖模式下亲子法的反思与重建——从英国修订<人类受精与胚胎学法案>谈起》，载《河北法学》2009 年第 10 期。
[278] 赵衡:《代孕可在规制中有条件放开》，载《检察日报》2014 年 7 月 19 日第 3 版。

法官“辞职潮”的法学思考

杜平 胡子阳*

摘　要：正值司法改革之际，可一些地区法官辞职成“潮水”之势。工资待遇低，办案压力巨大，系统内部纠纷多，加之考核、编制不尽合理，司法改革不尽人意，使得法官感觉职业荣誉感在降低。法官辞职不仅影响法官在人民大众心中的地位，而且使得人才流失严重，法官整体素质下降，面对种种危害，急需我们有针对性的在法官工资待遇、职业荣誉感、考核编制、司法改革等方面做出合理改进。

关键词：法官辞职　司法改革　原因　对策

一、法官“辞职潮”真相

从 2010 年到 2014 年间，北京超过 500 名法官辞职，年流失人员数量逐年上涨。深圳市中级人民法院的数据显示，从 2009 年到 2013 年年底，深圳法院系统有 34 人辞职，237 人调走。2014 年间，上海法院共流失 86 名法官。在这些辞职的法官当中，大部分处于 28 至 35 岁之间，多为高学历、80 后骨干法官，法官辞职呈现高学历、年轻化、规模大的特质，并且流失法官主要集中在基层法院，不仅骨干比例增加，而且流失速度正在加剧。据相关调查数据显示，受访法官中竟有一半多（57.37%）的法官认真考虑过想要离开法院，从年龄上分析，25 至 45 岁的中青年法官占到离职法官的绝大多数（89.34%），其中任职 6 年以上的法官占到 70.17%，而且离职法官中基层法官占到了 78.67%[279]。

其实，辞职本是一件很正常的事情，个别法官辞职也不足为奇，但是短时间内大部分，尤其集中在某些区域，法官陆陆续续辞职呈现“潮水”之势就不正常了，对于这种“辞职成潮”的现象，网络上的各种评论也是接连不断。例如，有些人认为随着司法改革和反腐败的深入，法官没有办法象往常一样获得腐败收益、没了腐败机会，因而选择离开。而有些人又认为，法官辞职并非无可奈何，司法改革来了，一些法官是看到了法院之外的市场前景，遂痛下决心远离法院，为的是谋求一个待遇远高于法院、束缚却更小、工作更专注于法律的职位。对此有学者立刻反驳：“这毫无疑问会激起法官们的强烈愤怒，这不仅仅是因为谁也不喜欢被泼上一身脏水，更是因为这种判断压根没有经验上的依据，在逻辑上也不能成立。”法院存在少数腐败现象，这是一个不需

* 杜平：2012 级法学（知识产权）专业本科生。胡子阳：2013 级知识产权专业本科生。

[279] 以上数据引自微信公共平台：“法治昌明”调查报告之“中国法官原何选择出走？——法官离职原因解读及应对良策”。

要辩解的常识，但同样是常识的是，腐败机会在法院内部各层级、各部门之间也是不一样的，如果真的是因为中央彻底的反腐导致寻租机会丧失，那么辞职的法官应该是比较集中地彰显出部门和级别特色，然而实际现象并不支持这一点，在所有辞职的法官中，青年骨干、基层法官占了绝大多数，这些人会是法院系统内部更有腐败机会的人吗？

对于法官辞职成“潮”这一现象，很多人觉得，法官是无上的光荣，法官应当全心全意、无私地为人民服务，所以法官辞职就是没有操守和坚守的表现。但是笔者想问的是，法官当有奉献精神，但我们不能因此在法官体制缺乏制度基础之上一味的用道义去盘剥，毫不考虑对法官的“使用”尺度[280]。这些人一直强调坚守，强调初心，强调法官的理想，还树立一个个又苦又残的模范人物暗示现在给予法官的已经不少，如果法官有什么要求就会被定为贪心，他们还通过对结案七八百甚至上千人物的宣传来暗示法官，之所以结案不够多是因为法官自己没有能力也没有努力，这使得被批判“不坚定”“奉献意识差”的法官在这个问题上并没有多少辩解的余地，因为谁也不敢对抗这些伟大的词汇，由此看来，法官辞职之所以能成“潮”也是事出有因。

面对法官“辞职潮”，另外有些人觉得：“法官辞职是好事而不是坏事，一些法官辞职，固然是司法能力的损害，另外一些法官不辞职，也是对司法能力的损害。发生‘辞职潮’更是极大的好事，它有利于进行司法改革，精简人员，为以后提高法官的薪水提供了很大的空间，从而有利于吸引更优秀的律师从事法官职业。”笔者认为，有时，不经意间我们就会把现象当目的。法官辞职，确实推动了人才流动，但人才流动之所以值得提倡，是因为它有利于推动资源优化配置，实现人、位、利的匹配，流动是现象，本身并无积极价值。而一般而言，相对于作为当事人协助者的律师，最终裁断的法官职责更重，现在却反向流动，这又哪里称得上是正能量呢？

当然，还有人说：“法官是因为终身责任制的建立，很多法官害怕承当责任才选择离开。”笔者认为，类似司法责任制的建立虽然在一定程度上确实增加了法官的压力感，但是细细一想，裁判者对自己的裁判承当责任，是权力与义务相统一的最起码要求，在这种正义观要求下的严格责任追究从另一层面上看莫不也是对法官的一种职业保障，它能有效地避免各种因“打招呼”而违法、违心裁判的出现，保障了法官真正的良心自由。

法官也要生活，呼吁涨工资总是难避嫌，但眼见很多优秀法官都辞职，笔者心里确实着急。法院成了律师的训练营，以后律师到了法庭，都说某某法官是我培养的，这能从心底里尊重法庭吗？如果律师都不尊重，当事人能尊重吗？如果大家都不尊重，还能有司法权威？还能搞成法治吗？所以追根到底，我们不得不反问这种被称为“司法职业逆向流动[281]”的现象真的正常吗，法官“辞职潮”真的如某些辞职公务员所说，是一种社会回归正常的表现吗？笔者持否定态度，尽管以上现象反映社会上对此评论不一，但是没有经过实际调查研究，是很难对一问题择一终局评

[280] 正如山东聊城市东昌府区人民法院副院长赵耀彤在微博上所说，这种官僚主义的态度只会逼走更多的法官。
[281] 参见王浩云著：《从法官到律师：中国司法职业逆向选择现象透视》，载《湖南社会科学》，2014 年 3 月，第 90 页。

价的，所以，借着此次科研项目[282]调查研究的结果，笔者总结了一下法官辞职背后的具体主要原因和具体危害，并加以提出了一些针对性的解决之策以供参考。

二、法官辞职背后的原因

一名法官在辞职信的最后写道：“三年了，面临辞职和坚守的两难抉择，转身离去有万分不舍，坚守下去更难。”可见，一些法官辞职也实属迫于无奈。很多人片面地认为法官角色是单一的，其实不然， 有学者专门对法官进行过多维分析，从不同视角观察，作为一名法官，他既可能是纠纷的解决者，也可能是一个国家政策的执行者；既可能是一位教育家，也可能是为矫正师[283]；或者是一位纯粹的理性主义者，或者是一个司法过程中参杂多种成分的调酒师，也有可能是被法律条文机械化了的司法者，亦或是一个能动的造法人。这些都是法官现实建构的基础，而在这种现实构造基础之上，法官辞职背后的原因就会呈现多样化。

笔者通过总结分析，众多法官辞职的主要原因如下：

（一）工资待遇低，办案压力巨大

笔者在 2015 年 8 月份特意去淮安中级人民法院走访了一下，和刑事审判庭的一位罗法官进行了深入的交流，我问罗法官：“法官的压力是不是如同网上所说的那样又来自上级指标的压力？”罗法官笑了一笑：“当然了，上面给的一些考核指标，比如结案率、均案率[284]等等绝对让你觉得‘鸭梨山大’!”

法院和法院内的人员分布不均，法官人均案件负荷[285]过高，很多法官觉得自己办案所承担的责任与待遇不匹配，案多人少，造成现有法官工作负担加重。工资低，工作强度大是一个很重要的原因。法官工资究竟有多少，就北京法院女法官冯迎而言，一般法官的月收入到手四五千元，不同级别的法官津贴只相差几十元。由此，工资待遇低着实是法官辞职的重要原因。

（二）系统内部纠纷多，考核、编制不尽合理

和企业一样，法院系统内部也存在员工（一线法官）与管理层之分，两者同属于法院不可缺少的部分，在很多场合有着共同的团队目标和利益诉求，但由于二者在法院系统内的地位不同，因而仍然有着统一内部的对立。对法官来说，在诉讼法规定的时间内处理完毕，形成判决是他的法定义务，然而管理层却要求法官们不分难易大小的在开庭某某日内必须出判决（所谓的审判流程管理的节点控制）；对法官来说，尽到其对法律的忠诚与对当事人的责任感最大限度的执行案

---

282 本项目为：苏州大学 2015 年科研基金重点项目，项目编号：KY2015039A。

283 参见宋远升著：《法官论》，法律出版社 2012 年版，第 240 页，转引自达玛什卡著：《司法与国家权力的多种面孔：比较视野中的法律程序》，郑弋译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 1 页。

284 据罗法官所言，“均案率”是指要保证每位法官所受理的案子差不多，一定程度上一些专案法官，比如专门审理毒品案件的法官在案源少时，也要协助审理其他刑事案件。

285 一些研究发现案件负荷对结案率有影响，有人指出法官处理案件的数量有一个“定点”，超过这个顶点就不能处理额外的案件。参见周泽民著：《国外法官管理制度观察》，人民法院出版社 2012 年版，第 166 页。

件就足够了，然而管理层却以各种方式胁迫他们的执行率必须到达多少多少（于是就有大量的数字注水，但不要指望上级在发现注水后为你承担责任）——表现是多种多样的，基层的法官都能够倒出一大肚子的苦水。更极端的是，在中央已经开始用法治的态度对待信访的时候，已经不再提倡无原则的花钱买平安的时候，司法管理高层依然没有把这种职业空间释放给基层，各种息诉罢访考核并没有变化，由此带来一个结果就是法官陆续开始辞职。

法官制度考核不科学，培训任务重，交流和轮岗制度实施不力[286]。片面考核一步到庭率、当庭下判率、结案调解率，以至于与追求司法公正的最终目标的实现南辕北辙，许多法官口头上虽不说可心里却是郁闷极了。

司法编制体制同样也不尽合理。目前一线办案的年轻法官大多只是助理审判员，而拥有行政资源的院长、副院长、庭长、副庭长很少实际办案。按照现有员额制方案，法官一般不超过编制的 40%，而有人统计，法院中层领导以上就有 30%，最后谁留下谁退出？纵观以往减员增效的改革，被损害的往往是年轻人。“不患寡而患不均”，也是法官想离开的重要原因。进入法院工作的人一般都有法官职称，但他们会被分配为两种性质截然不同的工作：前勤[287]和后勤，换句话说，“法院里的法官人数”与“法院里实际办案的法官人数”差额很大！

（三）法官看不见公平正义使得法官感觉职业荣誉感在降低

很多新闻媒体在报道时都认为工作压力大是导致法官辞职的根本原因，但工作压力大是根本原因吗？辞职法官崔俊杰在采访中说道：“工作压力并不是我离职的主要原因，实际上，我相当热爱这份工作”，“这是个可以锻炼人的地方，有过下乡的体验，对国情、社情、政情了解感悟会很深。但出于对自己法律理想和长远前途的考虑，我还是选择离开这里。”他觉得真正动摇他内心最后防线的，是基层法官这份工作让他缺乏职业荣誉感。由此可见，法官职业荣誉感的降低也是一个不可忽略的原因。虽然不可否认由法官职业荣誉感降低的事实存在，但笔者还是不同意将其泛化为一个主要原因，毕竟笔者走访淮安中院时和罗法官聊到这个问题时，她反问我道：“你觉得在普通百姓眼中，如果让他们选择法官与其他社会职业，他们会选择什么呢？显然法官在百姓心中地位还是很高尚的。”

微博上有人戏称：“人民日报称，中国应拒绝西方司法独立和法律至上思想，坚持走中国特色法治之路。其实，西方的法治原则是‘法律是法官最高的上司’，而中国特色的法治原则就是‘上司是法官最高的法律’。”真的是这样吗？中办、国办《领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》、中政委《司法机关内部人员过问案件的记录和责任追究规定》实施了，明明是给法官撑腰的，结果是中国法官却辞职的多了，为什么？笔者虽不同意，但这现

[286] 参见康均心著：《法院改革研究——以一个基层法院的探索为视点》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 312 至 313 页。

[287] 前勤，也就是一线法庭办案，监察、政工等后勤部门的工作人员也是法官，他们不审案，却要管理一线人员，两类人的工资相差无几。

象不得不令人反思，各地的司法腐败并不在少数，对于那些保有正义理想的法官来说，可能没有比这更令人失望的了，所以看不见公平正义的他们毅然选择了辞职。

这同样也和法官自身尊严感息息相关，很多法官认为他们缺乏职业尊荣感，如果不从提升法官职业尊严、提高法官待遇、切实保障法官独立行使审判权、摒弃法官庞杂事务、提升司法威信上下功夫，一切都会是徒劳。有学者指出“未来，法官辞职，是多，还是少，关键就看，我们如何善待法官!”笔者对此深信不疑，毕竟法官究其本质也为人，是人就会有自己的情感，法不强人所难，就更不应该强法官之所难!

（四）现实的社会环境下未形成完善的法官职业保障体系

缺乏信仰和诚信的社会环境也是法官困境之一，而法律调控社会关系的一个重要原则就是诚实信用[288]。没有诚实信用作为保障，谈何执业豁免等职业保障。工资福利、办案补贴、抚恤救助相比国外都显得微不足道，近年来，蒙冤法官无一不是被钉上“滥用职权”的罪名。但事实上他们真的滥用职权了吗？如果没有，事后救济的手段又有哪些呢？在没有明确的法官职业保障体制下，法官辞职似乎成了理所当然的选择。

（五）人民群众不理解、不信任

还有一个原因在于，人民群众的不支持不理解。辞职法官李初说：“人民群众信访不信法，法官每天除了办案，还有来自各方的监督干预，不仅心理压力加大，工作也加重了。即使一个案件完结，如果有上访，上级还会要求你对此案作出说明。对于不服的民众，还要一次又一次接待安抚，甚至还会遭到严重的人身伤害。一些案件，已经不能单纯依据事实来作出审理了。正如安东尼. 肯尼迪大法官说：“世界上有六十亿人口，超过一半的任命在法治领域之外生活。他们所在的地方将法律视为障碍，而不是进步的工具，把法律看做威胁，而不是希望。在他们眼里，法律是一种需要绕行的东西，而不是需要接受的东西。他们不理解法律[289]。”所以，在这样的状态中，人民不信法官，法官难以发挥专长，更难以实现人生价值。

（六）司法改革不尽人意

司法改革落实难、落实慢，让人感觉等不起。法官辞职了，记者问：司法改革来了，你为什么还要辞职？答：“正是看到司法改革没有希望，才辞职了。离开了司法独立，一切司法改革都是耍流氓。过去法官们经常以司法民工自嘲，现在看来，哪里是司法民工，分明是司法奴工!”

以上所列种种法官选择辞职的原因让我们不得不去反思，如果这些都是不可避免的，那么法官辞职恐怕不仅仅是“潮”而已了，终会有一天成为“泛滥之灾”。

---

288 参见马军著：《法官的思维与技能》，法律出版社 2010 年版，第 2 页。

289 引自[美]布莱恩.拉姆、苏珊.斯温、马克.法卡斯著：《谁来守护公正——美国最高法院大法官访谈录》，何帆译，北京大学出版社 2013 年版，第 1 页。

三、法官“辞职潮”的危害

尽管有很多人质疑法官辞职，认为有些法官辞职未必不是好事，但笔者还是深信法官“辞职潮”必将带来许多危害，在阐述辞职危害前，笔者想先讨论一下辞职法官的就业去向。

（一）辞职法官都去了哪

有专业人士局部调查统计发现，60%的法官辞职去做了律师，30%的法官辞职去当了法务，这两年法官辞职到互联网公司当法务的比较多，因为薪水相当可观，10%的法官走了学术之路或其他选择。

对于辞职法官的事后去向，笔者在与罗法官交流时也加以询问过，据罗法官所说，他们院的辞职法官其实并不是很多，少数辞职法官大部分都去从事律师工作了，而且目前都生活的不错，工资待遇都普遍要高于法官，我问罗法官怎么看，她笑笑答道：“就这样吧，把自己手头上工作做好都忙不过来了，哪有时间管别人哦。”

（二）法官辞职影响法官在人民大众心中的地位

法官这一职位在普通百姓眼中是高大的，在即将就业的学生眼中是可以实现正义梦想的地方，在蒙受冤屈的当事人眼中是伸张正义的“救命恩人”，而如今，法官一个个选择辞职，改行其他职业，不得不让普通民众对法官这一职业产生种种猜疑，由此法官的公信力以及荣誉感在社会上大幅度降低，法官在人民心目当中也不再是那么高大，不再是正义的象征。

如果法官陆续辞职如同潮水一般，法官职业的稳定性也会遭遇严重打击。法官不是公务员，却有着和公务员一样的编制，法官辞职成“潮”似乎让更多人在面对律师与法官二者选择之间有了更多的理由去选择高薪轻松的律师职业，这无疑会给我国司法系统造成严重的人才流失。

（三）法官辞职为司法改革带来困境

有些学者网上大呼司法改革要加快进程，这样才能有效缓解法官“辞职潮”的现象，笔者很是赞同，同时笔者认为，法官陆续辞职同样也会给司法改革带来重重阻碍。首先，司法改革的依靠主体主要就是法官这类群体，而如今法官一个个都选择辞职，势必为司法改革增加困难，当然，司法改革也不是仅仅针对法官而言，但法官辞职无论是在制度上还是在社会影响上都会阻碍司法改革的进程。

（四）法官辞职使得人才流失严重，法官整体素质下降

一个群体正常的新陈代谢是良性的，甚至有利于群体知识的更新换代和能力的提升，但是如果离开法院的是高学历、经验丰富、年富力强的骨干法官，甚至出现了“劣币驱逐良币”的现象，那么长此以往，法官的整体素质将不断下降，造成源源不断的法律人才的流失，这势必将严重损害司法的公正和权威。据相关数据显示，离职法官的学历普遍较高，本科以上占 99.17%，其中硕

士以上学历占 37.34%，并且，不仅仅无职无权的普通法官纷纷离开法院，法院的院庭长们也纷纷跳槽，法院院级领导占离职法官的 4.33%，庭长占 13.83%，副庭长占 18.67%，如此一来，法院骨干力量严重流失，法官的整体素质也会降低，这将会引起一系列的恶性循环。

四、法官“辞职潮”的对策

（一）提高法官工资待遇，缓解其办案压力

有些法院为了避免法官集体、频繁辞职现象的出现，甚至专门制定了辞职规定[290]。有人认为，如此方式限制法官辞职并非法院的刻意刁难，而是站在维护公共利益、法律尊严、公平正义的立场上的决策，但笔者认为光靠辞职规定来约束法官，不能根本解决法官人才流失现象，而是要通过着力提高法官待遇，缓解他们的办案压力才是最为重要的！辞职法官张衡在自述中说：“在法院第一年见习期间，每月到手工资不到 2000 元，转正后两年多是每月 2000 多元，后来成为中层享受副科级待遇，每月也就 5000 多元。”由此可见法官的工资待遇着实不高，因此，法官的待遇应当高于公务员，并且应当高于公务员一倍工资，这样，可以让法官摒弃社会现实的困扰，专心于司法审判。而关于具体的措施，有的学者建议不错：“让区县、市一级法院不再依靠同级财政养活，先由省级财政拨款，而后，慢慢过渡到中央财政统一管理法官待遇，或是专门成立一个中央财经司法专门委员会管理法官待遇也未尝不可。”

笔者认为无论什么样的具体措施，其目的应当在于让法官待遇独立于地方财政，同时配以专门措施来提高法官待遇，规范法官的收入，让法官拿上体面工资，心无旁骛地专于审判工作，或许他们再苦再累也都毫无怨言了。

（二）考核、编制制度一定要合理，内部纠纷一定要解决

据笔者所知，法院有着各种各样的考核指标，有考核有约束是没有问题的，但考核指标合不合理又是另外一件事了，像一些法院私下定的结案率必须要超过多少多少，这显然是不合理的，如此一来，不仅会增加法官办案的压力，同时也不能在根本上保证公平正义的实现，也许很多法官就会为了这私定的结案率，而用正义换效率，如此一来，错案、冤案一大堆，恶性循环，法官的职业荣誉感必须会下降，所以，可以有考核，但各种指标应当合理。

同时在编制问题上，以及法院系统内部纠纷的解决上，相关人员要积极制定出合理的编制规划以及纠纷的解决模式，内部问题不解决，又谈何为人民服务呢。而内部纠纷又大多体现为法官的独立审判权得不到保障，所以，法官办案会受到法院系统内部的种种干涉，没有配套措施的跟进，单单仅凭中央下达的“权利干预案件法官记录制度”，这顶多只会吓唬一些权贵，但却于事无

290 《公务员法》第 81 条第 1 款规定：未满国家规定的最低服务年限的，不得辞去公职。同时，延长服务年限并非法院的强制，而是在单位提供了政策范围内的福利待遇前提下，公务员作出了相应延长年限承诺，无论出于是恪守契约精神还是捍卫公共利益都应遵守。

补，所以必须要制定出严格规划保证法官对于自己审判的案子能够做的了主，定的了结果，保证他们的审判权不受到无故和任意的干涉！

（三）提升法官的职业荣誉感和人民的信任感

笔者认为社会舆论的着眼点不应该仅仅停留在猜疑法官辞职的“动机”之上，而是要从如何真真确确地提升法官职业尊荣感等视角来提出建设性的意见。提升职业荣誉需要依靠司法改革大业的扎实推进，这样法官职业待遇能够有效提高，法官职业尊荣能够切实建立，让司法真正成为广受社会尊崇羡慕的职业，让更多法官无怨无悔投身司法事业，那时，自然不会出现法官“辞职潮”，也就不会有法官“辞职限令”的尴尬。因为，毕竟尊重是一切道德感的来源，也是自我实现感的基础，当办案能力成为司法管理层的考察标准的时候，会办案的法官的上升空间也就更加广阔，他们也会觉得留下会有更多的希望。

同时，提升民众对法官、对司法的信任和尊敬也很重要。法官断案，往往案结事未了，现实中，很多法官怕当事人“闹”而不敢判，所以委曲求全依照一方当事人的意愿判案，另一方只得服从，究其原因，民众为何会“闹”？归根结底还是因为人民对法官、对司法的不信任，虽然现行法律规定了申诉制度，但申诉率越高就越是显示出人民对法官的不信任，因此，提升人民对法官的信任显得至关重要。

（四）推进司法改革进程，完善法官职业保障体系的建立

除此之外，更要推进司法改革进程，增加法官的职业保障[291]，提高法官的任命等级，实现法官的独立经济保障。笔者翻阅了许多中外法院制度、法官制度比较类的书籍，借用他们的结论即：“法院和法官制度既是法治问题，也是政治问题、历史问题和文化问题，我国的相关法院和法官制度的建设绝不能奉行拿来主义，照抄照搬西方的做法，而要尊重我国国情把握其与制度创新之间的关系[292]。”法官的身份保障制度应当包括法官不可更换制、高薪制、专职制和退休制。另外一个就是保障法官内部的独立，探索法官“菜单式”培训[293]。

很多学者对于法官的职业伦理道德有过深入研究，指出法官的行为，无论是职务内还是职务外，往往会受到社会的广泛关注，做一个好法官首先要做一个好人[294]。正所谓“人民信任，来之不易，维系信任，法官何为？[295]”，在很多法院自己出版的书籍中，经常会见到类似于“四个加强”[296]等话语，如果这些都能在司法改革、法官职业保障中落实到实处，相信法官不仅不会辞职，还

[291] 有些学者提出从长目标看，应当确立法官职业的终身制。

[292] 参见叶赞平著：《中外法院制度散论》，法律出版社 2012 年版，第 3 页。

[293] 法院培训职能部门按照培训对象的不同需求，设置不同的培训课程，选择不同的授课老师，确保业务方向多元化，理论和实践要各有侧重。引自沈志先、吴偕林、陆文平著：《法院文化》，法律出版社 2012 年版，第 211—215 页。

[294] 参见怀校锋主编：《法官行为与职业伦理》，法律出版社 2006 年版，第 205 页。

[295] 引自[美]斯蒂芬.布雷耶著：《法官能为民主做什么？》，何帆译，法律出版社 2012 年版，第 101 页。

[296] “加强队伍建设是做好法院工作的关键、加强基层工作是做好法院工作的基础、加强行政管理是做好法院工

会尽心尽责的全心全意服务于人民。

总结

法官辞职背后的原因多种多样，每种原因都折射出现今法官体制的不足。因此，在司法改革的进程中，仅仅做到提高法官工资水平，仅仅解决法院内部纠纷和完善考核编制制度，仅仅把握法官的职业保障体系的建立还远远不够，要想防止法官辞职成“潮”必须要真正做到善待法官，真心的站在法官的角度去体会法官，不仅仅要让每位法官没有后顾之忧，更要让每位法官从心底为法官这一职业感到自豪。如此，他们才能更安心地在自己的工作岗位上为人民提供更好的服务！

相信，在不久的将来，随着司法改革进程的推动，法官会越来越受到人民的信任，法院也将会是许多人所向往的伸张正义之所！

Abstract: Judicial reform is undergoing, but the resignation of a judge like a "tide" of the situation in some areas. Low wages, handling enormous pressure, more disputes within the system, coupled with assessment, preparation is not reasonable, judicial reform unsatisfactory, so that the judges feel professional pride decreasing. Judges resign not only affect the status of judges in the hearts of the masses, but also makes a serious brain drain, decline in the overall quality of the judges, the face of these hazards, the urgent need we make reasonable improvements in judges’ wages, professional pride, examination preparation, and judicial reform.

Key words: Judge resigns judicial reform causes and solutions

作的重要保障、良好的物质装备建设是做好法院工作的重要条件。”引自尹忠显主编：《法院工作规律研究》，人民法院出版社 2003 年版。

“一带一路”新战略下的

我国对外经贸合作法律问题

潘汪洋*

摘　要：2013 年，习近平主席提出了“一带一路”战略构想，即建设新时期的“新丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”。“一带一路”建设包括基础设施建设以及能源、通信、贸易、知识产权、投资等一系列领域的改革与国际合作，对外涉及亚欧地区的众多国家，对内囊括从沿海到内陆的广阔地区，辐射范围十分广泛。然而在中国法治建设尚未成熟的情况下，推进“一带一路”建设必然会遇到诸多法律问题，诸如国际贸易领域海事立法不足、对外投资领域保险制度不完善、知识产权领域相关法律实施不到位以及劳务输出领域专门法律文件仍未出台。本文将着重探讨这四个方面的法律问题并一一提出解决意见，以期快速完成“一带一路”战略构想的最终使命。

关键词：一带一路　国际贸易　对外投资　知识产权　劳务输出　法律保障

2013 年，中国国家主席习近平提出建设“一带一路”的战略构想，即建设新时期的“新丝绸之路经济带”和“21 世纪海上丝绸之路”。“一带一路”不是一个实体和机制，而是合作发展的理念和倡议，是依靠中国与有关国家既有的双多边机制，借助既有的、行之有效的区域合作平台，主动地发展与沿线国家的经济合作伙伴关系，共同打造政治互信、经济融合、文化包容的利益共同体、命运共同体和责任共同体。[297]然而，“一带一路”建设包括基础设施建设以及能源、通信、贸易、知识产权、投资、税收等一系列领域的改革和国际合作，对外涉及亚欧大陆众多国家，对内囊括从沿海到内陆广阔地区，范围广、影响大。推进“一带一路”建设，必然会遇到一系列新型法律纠纷，需要通过高效公正的法律途径解决。中国是“一带一路”建设的倡议者和领头羊，在此背景下，重视和解决“一带一路”背景下的法律问题十分重要。

* 潘汪洋：2013 级法学专业本科生。

[297] 袁新涛：《“一带一路”建设的国家战略分析》，载《理论月刊》2014 年第 11 期，第 2 页。

一、“一带一路”下的国际贸易及其法律问题

（一）国际贸易的发展现状

“一带一路”战略已实施近两年。据搜集到的资料表明：在全球经济增长放缓的背景下，中国近两年的出口仅有微幅增长，进口处于负区间。而在这样的情况下，“一带一路”沿线国家进出口值接近 3 万亿元人民币，约占同期我国外贸总值的四分之一，并且我国对部分“一带一路”沿线国家的出口实现了两位数的较高增速，可以说是非常不易的。因此，我们可以得出以下结论：“一带一路”效应将成为中国对外贸易的新引擎以对冲经济下行的压力。[298]新的机遇往往伴随着新的风险，在国际贸易的领域，一带一路必将面临诸多挑战。

（二）国际贸易法律保障制度的缺漏

1.法律依据不同

目前世界上主要存在两大法系，其中大陆法系属于成文法，而英美法系则以判例法为主。“一带一路”涵盖的地域范围十分广泛，几乎贯穿了亚非欧大陆，一头是活跃的东亚经济圈，一头是发达的欧洲经济圈，中间还包含着众多的腹地国家。丝绸之路经济带重点畅通中国经中亚、俄罗斯至欧洲（波罗的海）；中国经中亚、西亚至波斯湾、地中海；中国至东南亚、南亚、印度洋。21 世纪海上丝绸之路重点方向是从中国沿海港口过南海到印度洋，延伸至欧洲；从中国沿海港口过南海到南太平洋。“一带一路”涉及的既有大陆法系国家，也有英美法系国家。两大法系之间存在着明显区别，在往来贸易的过程中，这种区别将会成为不可避免的阻碍。[299]两大法系内部尤其是成文法国家，各国法律也有很大的差别。从大体上东亚、东北亚和东南亚部分国家属大陆法系，而中亚特别是西亚多以《古兰经》为法律准则，此外沿线国家还有印度法系、犹太法系、非洲法[300]，即便属同一法系各国国内法也大相径庭，这些都会在某种程度上影响丝路沿线国家之间的经贸往来和投资贸易的便利化。

2.国际贸易立法缓慢

就目前而言，贸易领域的国际立法进程还比较缓慢。1980 年联合国国际贸易法委员会主持制定了《联合国国际货物销售合同公约》，同年在维也纳举行的外交会议上获得通过。该公约于 1988 年 1 月 1 日正式生效，是目前世界上公认的、最成功的一部国际性法律。截至 2014 年 6 月，核准和参加该公约的共有 81 个国家，包括：澳大利亚，奥地利，白俄罗斯，比利时，波斯尼亚和黑塞哥维那，保加利亚，布隆迪，加拿大，智利，中国，哥伦比亚，克罗地亚，古巴，法国，加蓬，格鲁吉亚，德国，希腊，几内亚，洪都拉斯，匈牙利，冰岛，伊拉克，以色列，意大利，日本，

298 参见黄益平：《中国经济外交新战略下的“一带一路”》，载《国际经济评论》2015 年第一期，第 1 页。
299 参见赵化杰：《大陆法系与英美法系的比较》，载《河南机电高等专科学校学报》2010 年第 6 期，第 77 页。
300 参见李江涛：《<比较法律文化>的四大法系解构》，载《新乡学院学报》2013 年第 4 期，第 2 页。

韩国，俄罗斯联邦，土耳其，乌干达，乌克兰，美国，巴西，巴林，刚果等国。虽然参与该项公约的国家数量不少，但仍然不能将所有“一带一路”沿线国家包含其中。

此外，这项公约有十分严格的适用范围。[301]第一，公约只适用于国际货物买卖合同，即营业地在不同国家的双方当事人之间所订立的货物买卖合同，但对某些货物如电力、股票等的国际买卖不能适用该公约作了明确规定。第二，公约适用于当事人在缔约国内有营业地的合同，但如果根据适用于“合同”的冲突规范，该“合同”应适用某一缔约国的法律，在这种情况下也应适用“销售合同公约”，而不管合同当事人在该缔约国有无营业所。对此规定，缔约国在批准或者加入时可以声明保留。因此，基于以上限制，《联合国国际货物销售合同公约》不能很好地参与当前的新形势下的国际服务贸易及投资贸易。

3.海事立法不足

“一带一路”建设内容主要包括：政策沟通；道路联通；贸易畅通；货币互通。其中开辟交通和物流大通道、实现贸易和投资的便利化则为重中之重。

随着“一带一路”战略的继续实施，可以肯定的是，中外商品交易将会得到更进一步的鼓励和发展，贸易量会大幅增加，贸易量增加所带来的商品流动除一部分通过陆运以外，大部分则将通过海运的方式，由此将促进海运市场的发展。正如上文所说的高利润伴随高风险，基于“一带一路”战略对我国国际贸易和海运市场带来的长期利益，在未来一个期间，国内海事审判的涉船企、船员和船舶案件、海运欺诈和恶意转嫁风险、海洋环境公益诉讼等案件量也会有可以预期的增长，非诉法律事务也会增加。[302]我国的海事立法起步较晚，经过十多年的努力，海事立法体系虽已初步建立，但仍存在着诸多不足。在实体法方面，仅有一部《海商法》，比较单薄且存在着较大的执法随意性。在程序法方面，虽已出台了《海事诉讼特别程序法》，但由于这部法律仍是一个冲突折中的结果，所以还是留下了很多问题有待完善。当然，这两部法律还存在范围上不周延、内容上不具体以及适用上不灵活等缺陷。[303]

（三）如何解决国际贸易中的法律问题

1.加快国内立法和签订国际条约

为了克服“一带一路”中法律依据不同以及国际贸易立法缓慢的问题，中国政府应该加强丝路沿线国家在国际贸易立法方面的沟通及合作。同时同丝路沿线国家签署有关经贸和投资领域的相关的双边条约、协定和多边公约，在此过程中不断完善国内立法，适时适势推动我国立法与世界接轨，以帮助国内企业化解进行对外贸易和投资过程中遇到的法律风险。为了迎接新形势下的挑战，我国国内相关企业应紧跟时代步伐，立足国内，放眼世界有针对的选择和培养贸易方面的专业国际商法人才并建立相应的涉外法律部门，以增强在国际贸易对法律风险的防范和抗击能力。

---

301 施勒希特里姆：《<联合国国际货物销售合同公约>评释》，出版社第 2006 版，第 3 页。
302 参见李志强：《对当前海事立法状况的思考》，载《中国水运》2007 年第 3 期，第 19 页。
303 吴兆麟：《论海事立法的规范化》 ，载《中国海事》2005 年第 1 期，第 47 页。

2.改革海事法院

立法不足的问题，我们可以加快对海事法院的改革，要求海事法院能够充分行使涉外司法审查，自觉遵循国际通行规则，优化涉外争议裁判方法[304]；对于从事海事海商的律师，除了要求数量上的增长，也要求能够更加专业化，并主动的参与国际法律业务的分工，进而谋求国际业务合作的主导地位，争取由以往的“农民工”变成为“发包商”或者“主管”，唯有取得对法律事务的主导地位，才能更好的利用中国的法律规则，增加“话事权”，服务于我国“海洋强国”的更高战略。

二、“一带一路”下的对外投资及其法律问题

“一带一路”在世界经济下行的时代背景下应运而生，这是一项整合世界资源的贸易之路，其包容性，互利性，共赢性，平等性，包容性赢得了世界多数国家的支持，目前参与到丝路建设的国家已多达六十二个。当然这仅仅是个开端，伴随合作深入，新丝路经济带将可能成为世界上跨度最长的经济走廊。而这将给中国带来无法估量的巨大利益，因此，我们要坚持“一带一路”战略的实施。

（一）对外投资项目法律保障制度的缺漏

在国内立法方面，我国目前尚无专门的海外投资立法，有关海外投资的法律规范主要散见于国务院各部委颁布的若干规定和条例之中，这些法规主要有：原对外经济贸易合作部于 1985 年制定的《关于在国外开放非贸易性合资经营企业的审批程序和管理办法》,国家外汇管理局于 1989 年颁布《境外投资外汇管理办法》以及 1990 年颁布的实施细则，1992 年外经贸部颁布《关于在境外举办非贸易性企业的审批和管理规定》（试行稿），国务院于 1996 年颁布了《中华人民共和国外汇管理条例》，1992 年国有资产管理局等部门联合颁发的《境外国有资产产权登记管理暂行办法》及 1993 年发布的《关于国有资产实物向境外投入开办企业的有关规定》，1997 年原国家计划发展委员会、国家外汇管理局发布《境外进行项目融资管理暂行办法》，1996 年财政部发布了《境外投资财务管理暂行规定》等等。也就是说，我国目前对外投资的基本情况是无法可依。[305]

从以上分析可知，我国现行有关海外直接投资的立法仅仅是国务院各部门内部规范性文件，很多没有上升到行政法规和法律的高度，目前共有国家发改委、商务部、财政部、国家外汇管理局、国有资产管理局、中国银行等部门权属零星制定了 10 多个涉及海外直接投资的规范性文件，没有统一的法律规范。[306]在实践中出现海外企业受多重主管，审批程序繁琐，期限冗长的现象。

---

[304] 纪玉峰:《浅谈“一带一路”对国际贸易及海事司法领域的影响》，载中国律师网。http://www.acla.org.cn/html/lilunyanjiu/20150511/20954.html，最后访问时间：2015 年 8 月 30 日。

[305] 参见程尔宁:《我国海外投资立法的现状、缺陷及其完善》，载《法制与社会》2010 年第 3 期，第 105 页。

[306] 参见董墅:《我国海外投资立法现状分析》，载《商品与质量》2011 年第 1 期，第 118 页。

各个参与海外企业设立、人员出境、资本运营的部门都从各自关心的重点出发，导致审批标准不一。因而，从长远角度来看，海外直接投资是推动我国经济融入世界的主要手段，不尽快提升海外直接投资效力层次，就无法在法律上体现出海外直接投资重要意义。

缺乏宏观管理体制。海外直接投资是一个微观决策行为，本应以市场为导向，但是，市场信息相对于经济个体而言总是不完全的，没有政府宏观指导就容易被市场失灵效应所左右。现在我国企业跨国经营或者一哄而上，分布的投资领域过于集中，或者缺乏国际竞争意识，坐失良机，当然最为主要的原因就是政府指引和扶持不够，欠缺调整市场导向的法律规范。[307]

海外投资保险制度的缺位。同国内投资相比，海外直接投资往往面临更大的政治风险，而且这类风险经常是由企业和个人所无法抗拒的因素所致，由专门的政治风险保险机构承担。这一制度源起于美国的海外私人投资公司，为其他发达国家所效仿，而我国目前既没有承保海外投资风险的法律规定，也没有承揽此类业务的专门机构，而仅是由中国人民保险公司办理一些投资和政治风险保险。因此我国的海外直接投资虽然近年有所突破，但风险却日益的高涨，尤其是入世 6 年以来同各国的投资贸易摩擦在不断增长。[308]

（二）如何健全对外投资项目的法律保障制度

1.设立专门机构

为了配合我国“一带一路”战略的实行，必须要有至少一个专门的机构进行协调。目前，我国设有商务部，但是由于国内法之间、双边条约之间、多边条约之间容易产生法律冲突，只有商务部是无法真正协调产生的冲突与矛盾的。

国内法是一国意志的体现，由于各国总是基于本国国情制定法律，各国国情又存在差异，所以各国制定的国内法难免存在冲突。同时，各国签订的关于对外投资的双边条约、多边条约与相关国家原本的国内法可能存在冲突。

由于这些法律冲突的存在，我们小组认为需要建立专门的海外投资管理机构，曾经也有专家提出要建立专门负责制定相关的海外投资方针、政策和规划的海外投资委员会。

2.构建法律体系

（1）构建国际多边法律框架

关于对外投资的国际法方面，要针对法律冲突制定相关法律。我们小组认为不仅要公开已经签订的协定和相关的国际惯例，更应当公开投资保护协定，以便于国内企业掌握情况，而不是如今的立法贫瘠，发生了冲突无处求助的情景。此外，政府要积极参与区域经济合作和国际多边投资框架的谈判，为我国企业进行投资，实现“一带一路”战略目标开辟有利通道。

（2）健全国内法律法规体系

---

[307] 参见辜胜阻、杨威：《开放战略转型需要加快企业海外拓展》，载《经济纵横》2012 年第 7 期，第 7 页。

[308] 参见张燕生：《一带一路”战略下对外投资新格局》，载中国金融四十人论坛，http://www.cf40.org.cn/plus/view.php?aid=9148，最后访问时间：2015 年 7 月 21 日。

为了“一带一路”战略的顺利进行，更是为了对外投资的顺利发展，我国必须建立较为完善并且符合国际惯例的对外投资法律体系。2002 年 3 月，在北京举行的全国人民代表大会上，就有代表提出我国需要尽快制定《境外投资法》。

根据我国的立法现状，并且从各国立法经验中进行总结归纳，我国应当建立起以《中国对外投资法》为基础，以《对外投资审核法》、《对外投资外汇管理法》、《对外投资企业所得税法》《对外投资银行法》以及《境外国有资产管理法》和《对外投资保险法》等单行法为配套立法的一套完备的法律体系。具体制定上则必须不断总结，立足实践，具体问题具体分析，改变我国对外投资无法可依的局面。[309]

（3）保护海外企业

韩国政府对外投资的主导是政府及国营企业，主要关注诸如中亚、拉美、非洲、俄罗斯等新兴资源开发区域，在这些开发区中选择重点对象国集中投入，并且用韩国自身的技术或经验换取资源富藏国的矿产资源，进行双赢性质的综合交易或“一揽子交易”。[310]

从韩国对外投资的政策方针看，为了降低海外投资失败风险，为了减少我国对外投资可能产生的法律冲突，更是为了改变我国对外投资无法可依的局面，我国政府可以设立专门的对外投资管理机构，借鉴韩国政府主动为企业提供配套性资源服务和风险预警报告的举措，我国也应当签订相关的双边或多边条约以降低投资失败风险，提高成功率，保护海外企业。对外投资管理机构应当与世界知名的咨询机构建立业务联系，搜集相关信息资料提供给企业，甚至提供评估报告，提供海外投资咨询与服务，以此来弥补立法上的缺漏。

三、“一带一路”下的知识产权及其法律问题

知识产权作为国际经贸交易的重要载体，越来越成为提高国家核心竞争力的关键因素。“一带一路”战略将欧亚大陆的 60 多个国家连接为一体，在这样的战略部署下，中国企业加速走出国门已是大势所趋。如何在这样广阔的市场中占据有利地位，在对外投资和国际贸易中保护我国利益，除了做好前期规划和以雄厚财力作为后盾之外，需要树立保护知识产权的意识。

（一）知识产权的发展现状

为了和世界经济接轨，我国一直在积极进行知识产权保护制度的建设。从改革开放至今，短短二三十年间，我国陆续颁布并实施了《商标法》（1982 年）、《专利法》（1984 年）、《著作权法》（1990 年）等有关保护知识产权的法律、法规，其后各部法律都在不断进行修订完善。同时，我国积极参与有关知识产权领域的国际合作，先后加入了世界知识产权组织（1980 年）、《巴黎公约》

309 马其家：《我国〈对外投资合作法〉的立法构建》，载《宁夏社会科学》2011 年第 1 期，第 11 页。

310 参见金明华、金花善：《韩国对外投资的特点、动因及发展趋势》，载《黑龙江财专学报》1997 年第 1 期，第 36 页。

（1985 年）、《马德里协定》（1989 年）、《伯尔尼公约》和《世界版权公约》（1992 年）等。并且进一步建立相关的国家商标局、专利局、版权局等知识产权法实施机构，将知识产权保护落到实处。初步建立起一套既体现中国特色又具有国际性的知识产权法律保护体系。

习近平总书记提出“一带一路”战略构想后，知识产权方面的工作一直顺利开展。中国目前已经发展成名副其实的世界知识产权大国。2014 年，中国的专利、商标、工业品外观设计和实用新型的国家申请量均为世界第一。知识产权伴随着中国商品、中国投资和中国服务走出国门已是大势所趋。[311]同年，世界知识产权组织在中国设立办事处，这是继日本、新加坡、巴西之后，WIPO 设立的第 4 个驻外办事处。自成立后，世界知识产权组织也正在全方位为中国经济深度融入国际体系并向全球价值链高端转移提供帮助，针对知识产权司法保护、行政执法、知识产权的国际合作、专利信息利用等领域进行系统的培训。2015 年，中国专利信息年会也以“专利运用新业态支撑经济发展新常态” 为主题，重点提出关于“一带一路”上的专利问题，聚焦中国企业行走在“一带一路”上应怎样进行专利布局。与此同时，国内立法不断完善，例如《专利法》第四次全面修改正在进行。[312]

（二）知识产权保障制度的缺漏

在“一带一路”战略背景下，我国知识产权保护面临诸多问题。在商标注册方面，由于企业缺乏长远规划，对知识产权的重要性认识不足，众多中国企业品牌商标频遭外国抢注。数据显示，中国企业过去在海外投资过程中，每年都有数以百计的商标遭国外企业抢注而失去商标经营的自主权，例如“飞鸽牌”自行车商标被印度尼西亚抢注、“海信”在德国被抢注、联想因为 Legend 在很多国家被注册要改用“Lenovo”等。 在专利法领域，专利侵权现象十分普遍，特别是群体侵权、重复侵权等现象很严重。由于上专利权无形性和侵权行为隐蔽性的特点，专利维权面临周期长、成本高、赔偿低、举证难、效果差的局面，使我国一些创新型企业处境艰难。

（三）如何健全知识产权的保障制度

1.司法保护

各地法院应当积极发挥民事审判、刑事审判职能，监督和支持行政机关依法行政，严厉打击侵犯知识产权侵权和犯罪行为，加大对知识产权的保护力度。尤其在民事与行政交叉，民事与刑事交叉的案件中，简化诉讼程序，缩减审判周期，优化审判资源配置，避免审判周期过长、司法效率低下。[313]

311 余瀛波：《投资“一带一路”需知识产权战略同步跟进》，载法制网，http://news.sina.com.cn/o/2015-09-01/doc-ifxhkaeq8974180.shtml，最后访问时间：2015 年 9 月 2 日。

312 张维：《专利法第四次全面修改稿征求意见》，载法制网，http://www.legaldaily.com.cn/index/content/2015-04/01/content_6024011.htm?node=20908，最后访问时间：2015 年 8 月 20 日。

313 《中国法院知识产权司法保护状况（2014）》，载中华人民共和国最高法院网，http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-14207.html，最后访问时间：2015 年 8 月 22 日。

最高法院应当积极推动设立知识产权法院的启动和立法，2014 年，北京、上海、广州三地知识产权法院相继设立，三家法院审判工作有序开展，改革探索深入推进。可在各地推广知识产权法院的设立，将知识产权民事、行政和刑事案件统一收归到专门的知识产权法院主管和管辖[314]，有利于解决案件多头共管的问题，实现知识产权民事、行政和刑事案件诉讼程序的有效衔接，保持审判标准的统一，提升法院的公信力。

人民法院需深入基层提供司法服务，不断创新和完善司法服务机制，积极开展助推企业创新发展，提高品牌保护意识的司法服务活动。选派法官深入企业讲授知识产权维权案例，零距离开展普法宣传活动。

2.政府提供有力后盾

保护知识产权，政府应当成为主力军。首先，在实施“一带一路”战略的背景下，政府应当积极主动地提供各主要国家中国企业各国专利和商标的注册程序、企业维权平均成本和各国侵权诉讼数量和等信息，让中国企业提前掌握相关权威的资料。针对企业因为知识产权维护的费用高昂而选择放弃的问题，政府应提供更多资源，对到海外注册商标达到一定数量的中国企业提供资金补助，解决注册费用高昂问题。其次，政府应加强与“一带一路”沿线国家的合作，通过国与国之间的沟通平台，使企业能在相关国家主管部门的支持和配合下得到妥善解决。对拒绝合作或者设立对知识产权、商标保护不力的国家，可以建立相关名单，供中国企业参考。再者，政府应加强知识产权人才培养、储备，加强对品牌商标代理机构的资格认证、诚信机制建设及规范管理，以及增强培训机制等方面着手，开展前瞻性规划，组建系统的、完善的品牌商标服务专业队伍，为到海外投资的中国企业商标遭抢注问题保驾护航。[315]

3.企业自身

企业需要建立长远规划，认识到知识产权的重要性。利用知识产权组织提供的《专利合作条约》、国际商标注册马德里体系和工业品外观设计海牙体系等进行国际注册。在自身出口业务形成一定规模前，就要提前在海外注册。同时，不可因顾忌知识产权保护的费用成本而放弃商标注册，这不仅助长了抢注的坏风气，而且会在遭到侵权时遗留无穷的后患。其次企业在对外进行投资时，应当提前了解投资所在国的知识产权保护制度，建立品牌商标的防御思维。[316]尤其是在部分商标法不太健全的国家，为避免商标原本所有人无奈放弃品牌的案件或支付高额的经济补偿，熟悉该国知识产权相关的法律十分重要。再者，企业需要创新商标保护模式和培养自身知识产权保护的海外思维模式。例如采取家族品牌策略、多元品牌策略和联合品牌策略三结合的新模式，还可通过与投资所在国的知名企业合作，共同推出产品，并冠上共同品牌，为中国企业在竞争激烈的海外投资市场寻求新的发展模式。四是，拓展海外市场的国内企业，应该有意识的建立专门

[314] 袁秀挺：《中国知识产权法院的愿景及其实现路径》，载《科技与法律》2015 年第 1 期第 22 页。
[315] 参见赵建国：《“一带一路”显生机 知识产权添活力》，载中华人民共和国国家知识产权网。http://www.sipo.gov.cn/mtjj/2015/201504/t20150408_1098446.html，最后访问时间：2015 年 8 月 30 日。
[316] 参见金彩虹：《企业知识产权战略与技术创新》，载《科技与企业》2015 年第 7 期，第 1 页。

的知识产权保护队伍以吸纳知识产权人才，提前部署品牌商标保护程序。

四、“一带一路”下的劳务输出及其法律问题

2014 年以来，随着“一带一路”战略的大力推行，我国在对外经济合作领域再次进入快速发展阶段，不仅海外投资量大幅度提升，对外劳务输出量、劳务合作也取得了大规模的突破。在这种背景下，人们一方面关注我国海外投资的经济效益，另一方面也关注推动对外劳务输出的因素。对外劳务输出被认为在缓解国内就业压力、学习国外技术以及增加外汇收入等多个方面有利于国内经济发展和结构优化，因此我国政府较为重视对外劳务输出的发展，进而对何种因素有利于推动劳务输出的探索也具备较大的政策参考价值。基于此考虑，对“一带一路”劳务输出中的法律问题进行研究讨论。

（一）我国对外劳务输出法制存在的问题

1.欠缺对外劳务合作的基本法

目前，劳务输出法制在法律层级几乎是空白，我国尚没有出台对外劳务合作的专门法律，而且在有关的法律中也很难找到规范管理其法律关系的专门条款。由于国家对劳务输出没有统一的规定，但在实施中却要求各地政府落实贯彻并制定相应的实施办法，造成了各地有关规定五花八门，各行其是，地方性规定不统一，有些地方甚至出现违规规定。

2.现有法规的法律效力低

目前我国主要依靠部门规章和文件规范劳务输出这一行业部门，但是其中绝大多数又是以通知形式下发的非法律法规类的其他规范性文件。其他规范性文件是指国家各类行政机关为实施法律、执行政策，在法定权限内制定的除行政法规、行政规章以外的具有普遍约束力的决定、命令及行政措施。两部综合性的规章——《对外务合作经营资格管理办法》和《境外就业中介管理规定》在形式上更类似于行业准入规定，不能起到市场规范和准则的作用。对外派劳务公司在对外劳务输出中的法律地位并没有明确，两者在各种准入标准上差别太大，对劳务人员的权益保障没有直接可循的规定。

3.行政许可缺少法律依据

我国《行政许可法》规定，“必要时，国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可。实施后，除临时性行政许可事项外，国务院应当及时提请全国人民代表大会及其常务委员会制定法俸，或者自行制定行政法规。”但是，由于国家在法律和行政法规上的立法空白，我国现行的几个有关的资格管理规定均没有上位法的依据。其他的规范性文件更是成为无本之木、无源之水。

4.涉外劳动关系的法律适用空白

对外劳务输出作为一种劳动就业形式，其劳动关系、劳动力市场和劳动管理等内容本应当由

《劳动法》调整。但是《劳动法》作为一个基本法律，并未规定涉外劳动关系的法律适用。《劳动法》对劳动关系的调整范围过于狭窄，在没有对“劳动关系”明确定义的情况下，把许多应当由劳动法调整的劳动关系(如雇佣关系)当作劳务关系而排除在外。它对劳动合同的内容，从合同的订立、效力、合同条款、合同期限、合同的变更、终止和解除以及合同的责任等都作了规定，但多属于原则性的规定，在具体的适用上，许多问题难有明确的法律规定。这致使众多外派劳务人员被排除在《劳动法》的适用范围内，一旦发生纠纷，只能按劳务关系适用普通民事法律。有些案例甚至被司法机关认定为行政合同纠纷，被推向有关行政部门去申请解决，使劳务人员告诉无门。

5.救济手段缺乏可操作性

对于劳务输出中产生的一些违法违规行为，各类文件在适用处罚依据和方法时大多采用“依照有关法规”、“根据有关规定”、“会同有关部门”等表述[317]，缺乏明确的指引和救济的具体措施。对涉及行政处罚的规定过于笼统，缺少处罚的程序性规定。此外，由于国家没有出台劳务派遣的相关法律法规，其他相关部门如外交、工商、税务等部门对劳务输出事项进行管理时同样缺乏法律依据。

6.国际合作不足

我国缔结的多边和双边条约较少，对于发展我国劳务贸易，保护我国劳务人员在外合法权益意义不大。对于非法劳务我国政府虽然采取了一些措施，但由于国际司法合作少，缺乏劳务输入国的有力配合，打击效果并不明显。

（二）如何解决劳务输出中的法律问题

1.加强立法

加强劳务输出立法，依法规范劳务输出活动，加强针对性立法。我国应当以《服务贸易总协定》所提供的法律原则和规定为基础，对国际服务贸易的实质内容在各个多边贸易谈判中加以进一步的落实。充分考虑各项国际劳工公约，应尽快出台国家级完善的、具有前瞻性和可操作性的有关劳务输出的综合性法律，将劳务输出的经营、管理和促进、劳务人员的培训及合法权益的保护等以法律形式固定下来。

2.依法管理

劳务输出应依法管理，对外劳务合作法应规范外派企业和外派劳务人员的行为，明确外派企业的经营资格、权利、责任；完善对外劳务合同的管理。同时，为执行此种专门的劳务输出法律，我国应成立由外交部、劳动部、国家工商管理局、公安部等部门联合组成的专门机构，以为劳务输出提供培训、出入境程序、法律援助、信息沟通和市场开发等全方位的管理和服务。

3.人权保护

317 参见李雄：《我国劳务派遣制度改革的误区与矫正》，载《法学家》2014 年第 3 期第 30 页。

加强政府在劳务输出人员权益保护中的作用,强化劳动关系调整机制对外劳务输出中突出的问题是赴外劳务人员的权益保护问题。[318]增强政府在国际劳务合作中的作用，建立和完善劳务输出人员安全保障的预警和处理机制。政府应根据社会主义市场经济原则和 WTO 规则设计管理方面的职能，在劳务输出管理上要理顺体制，加强协作，设立专门的劳务输出管理机构，以便对我国外派劳务合作的总体规则、行业选择等方面进行统一协调和战略思考。我国还应简化劳务人员出国手续，提高政策部门的工作效益。[319]

4.鼓励、开发和利用民间渠道

这种输出方式环节少、输出灵活高效，适宜小规模、多样化的劳务市场需求。政府应当将政府间协议和企业劳务输出作为主渠道，在此基础上放宽对民间劳务输出的限制[320]，同时制定相关政策以鼓励民间渠道的参与和补充，发挥其灵活多样的特点。

5.积极开展国际合作，大力推动劳务贸易发展

政府要充分重视对外劳务合作对我国国民经济的影响，综合运用各种外交手段，减少国外对我外派劳务的种种限制措施，为我国对外劳务合作争取有利的国际环境。

五、结语

“一带一路”这一跨越时空的宏伟构想，从历史深处走来，融通古今、连接中外，承载着丝绸之路沿途各国发展繁荣的梦想，赋予了古老丝绸之路以崭新的时代内涵。不可否认，在建设的过程中会遇到诸多问题。而在中国，法治建设的不够完善更是引发了众多领域的法律问题。以上关于国际贸易、对外投资、知识产权及劳务输出四个方面的探讨仅为我国“一带一路”战略下法律问题的一部分，尚有很多领域等待我们的探索与研究。“一带一路”这一跨越时空的宏伟构想，承载着丝绸之路沿途各国发展繁荣的梦想，赋予了古老丝绸之路以崭新的时代。而中国作为这一战略构想的倡导者和领头羊，更应发挥自己的带头作用，立足自身发展，放眼国际需求，完善法律制度，推进“一带一路”进一步建设。

318 李琳玲：《浅谈涉外劳务派遣纠纷及其解决》，载 2014 年第 4 期第 22 页。
319 参见杨文：《我国对外直接投资和对外劳务输出相互关系——基于时间序列数据的协整分析》，载《时代金融》2014 年第 32 期第 22 页。
320 吕小飞：《河南省对外劳务输出现状及对策》，载《中外企业家》2014 年第 31 期第 3 页。

民诉管辖权的国际立法研究

张雯轩 石宇坤 葛燕燕 苗雨鹤*

摘 要：国际民事诉讼管辖权冲突是指在国际民事诉讼中，与某一国际民商事案件相关联的所有国家都主张管辖权或者都拒绝管辖的情况，前者称为管辖权的积极冲突，后者称为管辖权的消极冲突。现行法律体制下,我国有关法院对涉外案件管辖权的规定仍存在弊端，需要从以下几个方面加以完善：避免不合理地盲目扩大对涉外民事案件管辖权的范围；户籍制度与他国住所地的规定需要赋予一个统一的解释；在《民事诉讼法》中明确对公共秩序保留的规定。

关键词：管辖权 积极冲突 消极冲突 公共秩序保留

引言

在全球化的背景下，国际民商事往来日益频繁。随之而来的涉外民诉管辖权争议的案件数量也不断增加，加之 2014 年 APEC 会议在京召开以及“一带一路”战略构想和“丝路基金”的相续出台，使得这一问题在我国也更加突出，但是对于这一问题的解决在国际上存在着立法空白。如何公平、合理而有效地处理这些国际民事纠纷，将直接影响到我国的国际形象及国际化进程。

一、国际民事诉讼管辖权冲突概述

（一）国际民事诉讼管辖权冲突的类型

国际民事诉讼管辖权冲突是指在国际民事诉讼中，与某一国际民商事案件相关联的所有国家或都主张管辖权或者都拒绝管辖的情况，前者称为管辖权的积极冲突，后者称为管辖权的消极冲突。[321]

（二）国际民事诉讼管辖权冲突的具体表现形式

1.一事两诉或平行诉讼[322]

一事两诉、一事再理、平行诉讼、重叠诉讼或重复诉讼、未决诉讼等现象都是国际民商事诉讼管辖权积极冲突的表现方式，这种冲突方式也是管辖权积极冲突形式中最常见的一种，这种形式的特点就是有关国家的法院对同一事实的案件都具有管辖权，而且，也不排斥其他国家法院的

* 张雯轩等：2012 级法学专业本科生。

321 吴海玲、胡颖欣：《论国际立法趋势下我国涉外民事诉讼管辖权的完善》，法律出版社 2005 年版，第 128 页。

322 刘力：《国际民事诉讼管辖权研究》，中国法制出版社 2004 年版，第 56 页。

管辖。产生的原因主要有两种：一是有关国家关于管辖权的立法和实践相同，二是有关国家承认平行管辖和协议管辖。

一事两诉可以表现为下列两种类型：

（1）重复诉讼（repetitive suits），或称为相同原告诉讼、原被告共同型诉讼，即同一纠纷当事人中的一方始终作为原告在两个以上国家的法院针对同一被告提起诉讼。一般而言，重复诉讼的起因可归结为原告追求私人利益的最大限度保护，其目的不过是寻求对自己最有利的判决。

（2）对抗诉讼（reactive suits），也称为相反当事人诉讼、原被告逆转型诉讼，即同一纠纷当事人中的一方作为原告在甲国以对方当事人为被告提起诉讼，而对方当事人同时作为原告在乙国以甲国诉讼中的原告为被告提起诉讼，而对方当事人同时作为原告在乙国以甲国诉讼中的原告为被告提起诉讼，也就是原告、被告的地位在两个或两个以上国家法院中的地位发生逆转。

因此，平行诉讼的主要动因在于当事人的利益驱动，从保护当事人合法利益的角度，平行诉讼是可取的，但是也有给国家的司法资源造成浪费，增加司法机关的负担；就当事人而言，不仅表现为诉讼费用的增加，还要面临各国判决的相互矛盾和冲突，无法成就有利判决的域外承认和执行等。

2.诉讼无门

相对于国际民事管辖权的积极冲突，现实中也大量存在诉讼无门[323]的情况，即与某一国际民商事争议相联系的各国都不主张对该案件行使管辖权，致使当事人欲诉无门，无法获得司法救济。国际民事诉讼管辖权消极冲突的原因主要是立法上的空缺，换句话说，就是成文法系各国对某一国际民事纠纷没有确定的依据，而英美国家的“自由裁量”司法也否定对某一国际民事案件的受理。

二、国际民事诉讼管辖权冲突的原因

（一）迄今为止，国际间还没有一套获得普遍认可与遵行的确定国际民事管辖权的规则或惯例存在，而是各主权国独自根据本国法确定自己的管辖权范围。这是产生国际民事管辖权冲突的基本前提。[324]

（二）国际民事纠纷本身是牵连到数个国家的纠纷，而当那些与该种纠纷有关联的“联系因素”[325]被有关国家列为确定涉外民事管辖权的基准时，则必然出现对于同一纠纷，数个国家的法院都可主张管辖的局面。

（三）各国有关确定民事管辖权的规定的不同及对相同规定的理解与适用的差异,构成了国际间管辖权冲突的重要条件。通常情况下，国际民事诉讼管辖制度可分为专属管辖、平行管辖与

323 刘力：《国际民事诉讼管辖权研究》，中国法制出版社 2004 年版，第 58 页。

324 刘想树：《国际私法基本问题研究》，法律出版社 2001 年版，第 128 页。

325 李守芹：《论国际民事管辖权的冲突及解决》，《烟台大学学报》，1995 年第 1 期，第 58 页。

被排除的管辖三种。[326]专属管辖既然属于无条件的、排他的管辖，因而，当有关国家就同一诉讼都规定了专属管辖时，就会产生管辖权方面的积极冲突。平行或竞争的管辖起因于一国在确定管辖权时并列使用了多种管辖基准，即连结因素。因而在该类案件中既存在内国管辖权的规定，又没有排除对外国管辖权的承认；当事人也可以在内、外国法院之间选择，从而亦可能使管辖权的积极冲突产生。在被排除管辖的场合，因有关国家间对同一诉讼都采取排除或拒绝管辖的态度，故会产生管辖权的消极冲突。

（四）同内国诉讼一样，国际民事诉讼的当事人同样享有选择法院（国家）的自由，此亦为国际民事管辖权冲突产生的一个不可缺少的因素。

三、对管辖权冲突的解决方法

（一）对于积极冲突的解决

对于管辖权积极冲突中的平行诉讼，各国针对平行诉讼的解决方法大体采用“一事不两诉的原则”来应对。具体做法可以分为两类：一是停止本国法院的诉讼，英美国家称之为未决诉讼中止令方式，二是停止或限制外国诉讼，英美国家也称之为禁诉命令方式。[327]采用未决诉讼中止令方式的法院则最终将中止或停止本国法院的诉讼而继续外国法院的诉讼；禁诉令方式则相反。

1.美国的实践

一般情况下，美国法院以平行诉讼的先后顺序作为采用中止令方式的必要条件，也就是说，只有当外国诉讼先于美国诉讼开始时，美国法院才会颁布未决诉讼中止令；但是，例外情况下，美国法院也可以对诉讼在先的本国诉讼实施中止令制度以支持外国诉讼。

未决诉讼中止令的实施更多的依赖法官的自由裁量权，考虑的因素主要有：（1）国际礼让原则；（2）替代法院（外国法院）实施救济的充分性；（3）司法效率的促进；（4）内外国诉讼中当事人及争议事项的一致性；（5）替代法院（外国法院）及时处理争议的可能性；（6）当事人、律师以及证人的方便程度；（7）中止诉讼可能产生的歧视等。

美国司法实践在下列情况下发布禁诉令：（1）在预期的美国诉讼中占有优势的一方当事人可以要求发布禁诉令，以阻止处于劣势的对方当事人在外国法国法院就同一争议事项再行起诉；（2）美国法院诉讼的一方当事人为阻止对方当事人在外国法院进行有关同一争议的未决诉讼或预期诉讼而要求发布禁诉令；（3）如果在两国法院提出相关但不相同的诉讼请求，一方当事人为了将诉讼合并在他选择的法院进行，可要求发布禁诉令；（4）法院可发布反禁诉令，以阻止一方当事人为反对在本院进行的诉讼而在外国法院取得一项禁诉令。

2.英国的实践

---

[326] 黄瑞、张东理：《论我国涉外民商事管辖权及立法完善》，《烟台大学学报》，2003 年第 1 期，第 138 页。

[327] 李旺主编：《涉外民商事案件管辖权制度研究》，知识产权出版社 2004 年版，第 78 页。

在英国，未决诉讼令的实施也有赖于法官的自由裁量权，[328]考虑的因素有：（1）原告是否可在另一国法院获得充分救济；（2）中止诉讼是否可缓和重复诉讼；（3）是否可防止对被告的羞辱；（4）被告能够以事实证明确有烦扰，继续进行两个诉讼是压抑或令人难堪的；（5）平行诉讼中的一个诉讼已对当事人之间的争议具有一定影响力等。

作为 1968 年《布鲁塞尔公约》和《卢迦诺公约》的成员国，当平行诉讼发生在该公约成员国之间时，英国法院只能援引公约第 21 条[329]规定，以各国法院受诉时间的前后顺序来确定管辖法院。

（二）对于消极冲突的解决

协议管辖可以在争议发生之前或争议发生之后达成，它的效力之一就是创设法院的管辖权，使得原本无管辖权的法院可以由此协议而获得管辖权限；效力之二，可以排除法院管辖权，使得具有管辖权的法院丧失管辖权。协议管辖的两个效力是两个矛盾的关系，如果各国都肯定协议管辖的排除效力，那么协议管辖的效力一和效力二同时产生作用，即使本无管辖权的法院获得管辖权而原本享有管辖权的法院丧失管辖权，其理想的结果就是不会存在管辖权的争夺和冲突。

1968 年《布鲁塞尔公约》和 1988 年《卢迦诺公约》都肯定了协议管辖，该公约关于协议管辖的条纹只有第 17 条[330]和第 18 条，其中第 17 条专门地规定了协议管辖的形式和效力，并又涉及公约其他条文；第 18 条规定了默示协议管辖：

（1）协议管辖事项的限制：按照公约第一条规定，协议管辖不适用于：a.自然人的身份或能力，夫妻财产制遗嘱或继承；b.破产、清偿协议及其他类似程序；c.社会保障；d.仲裁。

（2）管辖协议形式的限制：要求书面协议或有书面证明的口头协议；或以双方当事人业已确立的形式作成；或在国际贸易或商务中，以双方意识到的或应当意识到的惯常形式作成；此类交易或商务中，这种惯常形式为这种特定交易或商务合同的当事人所熟知或一贯遵守。

（3）管辖协议不得违反缔约国法院专属管辖权的规定。

四、中国处理涉外民事案件管辖权的实践

（一）中国处理涉外民事案件管辖权冲突的几种方式：

1.平行诉讼

我国立法中对平行诉讼没有作出规定，但最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉

328 杜焕芳著：《国际民商事司法与行政合作研究》，武汉大学出版社 2007 年版，第 23 页。

329 《布鲁塞尔公约》21 条：相同当事人就同一诉讼因在不同缔约国法院起诉时，首先受诉法院以外的其他法院应主动放弃管辖权，让首先受诉法院审理。需放弃管辖权的法院，在其他法院的管辖权被提出异议时，得延期作出其决定。”

330 《布鲁塞尔公约》第 17 条：“如当事方约定某缔约国法院为管辖法院，该法院即有排他管辖权。”

讼法〉若干问题的意见》第 306 条肯定了“对抗诉讼”的存在，而《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第 10 条全面肯定了“平行诉讼”，[331]且措辞较为灵活，即“我国法院和外国法院都享有管辖权的涉外商事纠纷案件，一方当事人向外国法院起诉且被受理后又就同一争议向我国法院提起诉讼，或者对方当事人就同一争议向我国法院提起诉讼的，外国法院是否已经受理案件或者作出判决，不影响我国法院行使管辖权，但是否受理，由我国法院根据案件具体情况决定。外国法院判决已经被我国法院承认和执行的，人民法院不应受理。我国缔结或者参加的国际条约另有规定的，按其规定办理。”因此，在平行诉讼造成管辖权冲突不可避免的情况下，人民法院在强调国家主权的同时，应适当地采用“一事不再理”原则，承认外国法院的诉讼效力，并考虑到有利于判决的执行等因素。[332]

具体言之，对于“对抗诉讼”，人民法院经司法审查后，一般应予受理，且不得承认和执行外国法院的判决。对于“重复诉讼”，应根据不同情况区别对待。[333]对于当事人已在外国法院起诉而正在进行中的案件，再到我国法院起诉的，应按“一事不再理”原则不予受理。对于当事人在外国法院起诉后获得胜诉，但判决在该国得不到执行，再就同案向我国法院起诉的，不宜按“一事不再理”原则处理，而应当允许当事人再行起诉。

2.不方便法院原则

我国在立法上没有规定不方便法院原则，司法解释也不曾明确。但在司法实践中，已有这方面的案例，例如，赵碧琰确认产权案[334]。该案为一起国际财产诈骗侵权案，涉讼的财产位于日本，主要诈骗人也在日本，而原告在中国，有些证据和证人也在中国，某些诈骗人还在中国被捕。但是对于该案件的管辖，中国法院并没有“争夺”，而是认为，从传讯证人、搜集证据等方面看，日本法院受理对当事人更为方便，因而不予受理。因此，为了恰当地保护当事人的正当权益，并提高司法效率，最高人民法院可通过司法解释明确规定不方便法院原则。《第二次全国涉外商事海事审判工作会议纪要》第 11 条“我国法院在审理涉外商事纠纷案件过程中，如发现案件存在不方便管辖的因素，可以根据‘不方便法院原则’裁定驳回原告的起诉。‘不方便法院原则’的适用应符合下列条件：[335]（1）被告提出适用‘不方便法院原则’的请求，或者提出管辖异议而受诉法院认为可以考虑适用‘不方便法院原则’；（2）受理案件的我国法院对案件享有管辖权；（3）当事人之间不存在选择我国法院管辖的协议；（4）案件不属于我国法院专属管辖；（5）案件不涉及我国公民、法人或者其他组织的利益；（6）案件争议发生的主要事实不在我国境内且不适用我国法律，我国法院若受理案件在认定事实和适用法律方面存在重大困难；（7）外国法院对案件享有管辖权且审理该案件更加方便。”已对此作了肯定。当然，“不方便法院原则”的适用应符合以下条

331 徐宏著：《国际民事司法协助》，武汉大学出版社 2006 年版，第 55 页。

332 参见章尚锦《国际民事诉讼管辖权制度研究》，《北京政法职业学院》，2004 年第 3 期，第 25 页。

333 徐卉著：《涉外民商事诉讼管辖权冲突研究》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 6 页。

334 冷风：《东京疑案:老卷宗之赵碧琰留日财产案》，现代出版社 2010 年版，第 67 页。

335 赵相林著：《国际私法教学案例评析》，中信出版社 2006 年版，第 232 页。

件：被告提出请求或者提出管辖异议而受案。

法院认为可以考虑适用该原则；受案的我国法院对案件享有管辖权；当事人之间不存在选择我国法院管辖的协议；案件不属于我国法院专属管辖；案件不涉及我国公民、法人或者其他组织的利益；案件争议发生的主要事实不在我国且不适用我国法律，我国法院若受案在认定事实和适用法律方面存在重大困难；外国法院对案件享有管辖权且审理该案件更为方便。

3.适当地建立必要管辖权

对于国际民事案件管辖权的消极冲突，我国应适当地建立必要管辖权。[336]虽然我国在立法上没有明确建立必要管辖权，但是从最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 13 条和第 14 条分别有如下规定："在国内结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由婚姻缔结地或一方在国内的最后居住地人民法院管辖。""在国外结婚并定居国外的华侨，如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理，当事人向人民法院提出离婚诉讼的，由一方原住所地或在国内的最后居住地人民法院管辖。"可以看出，我国在该条司法解释中采用了必要管辖权的原则，保护了我国公民的权益，又避免了消极冲突。是一个很好的例子，我国应该考虑夸大必要管辖权的涵盖范围，不仅限于离婚领域，更多地适用于民商事其他的领域。

五、我国涉外管辖权的弊端及其建议

现行法律体制下,我国有关法院对涉外案件管辖权的规定仍存在以下弊端：

（一）不合理地扩大对案件管辖权的范围

如民诉法第 243 条规定如果合同在中华人民共和国领域内签订或履行，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，法院则可以行使对案件的审判权。仅仅因诉讼标的物被告有可在国内执行的财产作为管辖依据，会有妨他国行使属地管辖权、或属人管辖权，也会带来加大各国管辖权之间的冲突与矛盾的风险，从当事人角度则违背当事人便利诉讼原则所体现的精神。[337]国际电子商务的迅猛发展，大量的合同、定单不再采用传统的书面形式进行签订，而是通过网络使用电子数据等电子信息进行交换，并确立双方的权利义务关系。因而无法准确认定合同签订地等连接点，所以有关规定已很难适应现在的需要，有必要对其进行修改或补充。

（二）户籍制度与他国住所地的规定需要赋予一个统一的解释

在我国，住所地是指当事人户籍所在地，而户籍制度是我国独有的一种制度，其他国家没有相应的法律概念，且仅就我国现行户籍制度的发展趋势而言，我国的户籍制度正在不断地软化。

336 盛勇强：《涉外民事诉讼管辖权冲突的国际协调》，《人民司法》1993 年 9 月，第 31 页。

337 章剑生：《行政管辖制度探索》，《法学》2002 年第 7 期，第 28 页。

[338]现行的关于确认住所地的制度已不适应时代的要求。事实上，我国在普通管辖制度中本身就存在着变通的规定，根据《民事诉讼法》第 22 条的规定，被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。被告在其惯常居住地被诉与我国法律并不冲突，但是需要一个简短的规定，如将被告的惯常居住地直接规定为管辖根据，既与国际条约中确立的标准相一致，又与我国现有法律及司法实践相适应，且使规定更加明确而简练。

（三）应明确的公共秩序保留法律依据

国际民商事诉讼管辖权的行使关系到一国的国家主权问题，因此，利益冲突作为国际民商事诉讼管辖权冲突的本质，除了包含私人利益冲突外，还必须包括另一层面——公共利益冲突。[339]一国依其冲突规范对某一涉外民事案件的处理本应适用某外国实体法，但考虑到适用的结果会与内国的“公共秩序”严重抵触，则拒绝适用，这项制度称为公共秩序保留。在各国的涉外民商事诉讼法律制度中，维护本国的社会公共利益通常是作为维护国家主权原则的条款而加以规定的，在选择法律及选择法院等方面均规定当事人不得违反社会公共秩序。我国在民商事立法中也大都有公共秩序保留的条款，但《民事诉讼法》在关于管辖权的规定中却缺乏此项规定， 这是立法的一个重要的遗漏，应当加以补充。

六、结语

结合上述论证过程来看，我国关于国际民商事诉讼管辖权的规定，仍有所不足。在面对当今复杂多变的国际环境和我国富强发展的关键时期，我们仍应立足实践，展望世界，引进国外相关法律中科学的规定，“洋为中用”，使我国法律的规定更为科学严谨，也为实现中华民族复兴的伟大的中国梦增添一份力量。

Abstract: Conflicts of international civil jurisdiction refer to cases in which all the concerning nations claim jurisdiction or refuse jurisdiction. The former is known as positive conflict of international jurisdiction while the latter is called negative conflict of international jurisdiction. Under the current legal system, provisions of jurisdiction over foreign-related cases still have deficiency, which requires improvement in following aspects: avoiding unreasonably expanding jurisdiction over foreign-related cases; unifying the legal interpretation of provisions of household registration and foreign domicile; defining servation of public order in civil procedural law.

Key words: jurisdiction positive conflict negative conflict reservation of public order

[338] 徐国建：《建立国际统一的管辖权和判决承认与执行制度》，《时代法学》2005 年第 5 期，第 18 页。

[339] 林欣：《论国际私法中管辖权问题的新发展》，《法学研究》1993 年第 4 期，第 75—84 页。

宅基地使用权入市探究

阮少凯 赵永如 刘炜琪 钱滢涵 王文敏 李嘉豪*

摘 要：现行法律对土地承包经营权不得抵押的规定过于僵硬,它实际反映的是旧体制下不承认集体土地承包经营权的物权性质和不承认农村地产市场的政策取向,随着我国土地权利制度的研究,这种僵硬的规定最终应当取消。中国村庄的宅基地平均空心化率在 10.15%左右,其中东、中、西部村庄的宅基地空心化率分别为 14.82%、9.11%、7.15%,呈现出由东向西逐渐递减的格局。

关键词：宅基地 土地征收 融资

一、引言

随着市场经济的发展，土地的稀缺性也越来越明显。在高度集约利用城市土地之后，人们逐渐地将眼光瞄准了农村土地。然而，由于目前的立法状况不允许城市居民购买农村房产，导致了农村宅基地隐性交易现象普遍存在，这一状况也导致了像“宋庄房讼”[340]案件的发生。同时，由于以往缺少对于农村土地的有效立法，导致了现行法律法规不适用于现行状况。为了解决问题，我国各方都在尝试着对农村土地进行改革，允许转户农民在自愿基础上通过市场流转方式出让承包地、房屋、合规面积的宅基地并获得财产收益，即允许农民出让宅基地获益。正是基于土地改革的迫切性，故对此问题进行相关研究。

二、现行法律为何禁止宅基地入市

随着土地制度改革的深入，现行的《土地管理法》、《城市房地产管理法》中的个别条款已经暂停实施，那么就会有这样一个疑问，之前的法律为何禁止宅基地使用权入市呢？笔者觉得主要有以下几点考虑：

（一）宅基地是农民生存的保障

我国宅基地制度的演变从宅基地所有权制度逐渐演变到宅基地使用权制度，其中一个重要的目的在于在保证土地属于国家、集体所有的基础上，保障农民的基本生存，这一制度带有一定的福利性质。国家通过分配、限制宅基地流转等方式来达到保障农民生存条件的目的，同时也防止了农民由于买卖宅基地而导致流离失所的情况发生，这在一定程度上既保障了农民的生存条件，

* 阮少凯等：2013 级法学专业本科生。

[340] 引自申建平：《宅基地使用权流转模式的选择》,《政法论丛》，2011 年第 3 期，第 34—38 页。

又有利于社会的治安发展。

（二）禁止宅基地入市利于保护农村土地

目前中国的土地现状主要是城市土地利用率高，呈现出集约化发展模式；相反，农村的土地则利用率不高，分散严重。中国提出的 18 亿亩耕地红线主要就是针对的是农村土地，而非城市土地。如果允许宅基地入市的话，则很有可能会导致各地政府为了获取更多的经济利益而出现卖地财政等现象的发生，而这种方式的实现则是通过征收土地的手段来实现的，势必会导致 18 亿亩耕地红线的瓦解以及生态环境等的破坏问题的出现。

（三）有利于防止贫富差距悬殊

《土地管理法》第 63 条规定：“农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设”。立法之所以这样规定，目的在于防止农民由于贫困而将这些土地都卖给城市居民，最后导致土地使用权都集中在城市居民手中而出现贫富差距越来越悬殊的状况发生。

三、宅基地使用权现状

通过对宅基地使用权相关论文的检索，我们发现宅基地使用权目前存在着各种各样的问题。例如，由于为维持物质生活引起的多数农民进城打工所导致的农村宅基地闲置等情况。本文对宅基地使用权现状进行了归纳，主要有以下几种情况：

（一）宅基地闲置严重，并引起农村空心化现象

目前在我国农村的宅基地取得主要是通过继承、受赠、分配等方式取得，根据这种取得方式，农民所拥有的宅基地往往不止一处，农民只能够除了满足其自身家庭的居住情况外，不能够公开地进行处分，导致了农村闲置的宅基地越来越多。根据中国科学院地理科学与资源研究所的调查显示，“中国村庄的宅基地平均空心化率在 10.15%左右，其中东、中、西部村庄的宅基地空心化率分别为 14.82%、9.11%、7.15%，呈现出由东向西逐渐递减的格局[341]”。

（二）农村宅基地隐性交易盛行

目前的法律规定城市居民不能购买农村住宅，由于农村村民可以通过集体分配、继承等方式取得宅基地，这也就意味着现行法律实质上是切断了农村宅基地自由流转的通道。但是由于目前城市房价高等因素的影响，现行的法律法规也无法阻止城市居民购买农村宅基地的热情，这也就引发了农村宅基地隐性交易的问题，然而这种行为是不受法律的保护，因而引发了许多像“宋庄房讼”这样的宅基地纠纷，严重影响了土地市场的交易秩序和安全。

[341] 引自宋伟、陈百明等《中国村庄宅基地空心化评价及其影响因素》，《地理研究》，2013 年第一期，第 20—28 页。

四、本次问卷调查

在经过简单的问卷整理、汇总、分析之后，我们发现各地农村宅基地情况不一。经过资料查找之后，我们发现，在我国，宅基地的数量、利用、征收方面大多存在着的问题，因此这部分将阐述包括宅基地入市对耕地和土地征收带来的影响、宅基地现状和宅基地入市后的制度设计。

（一）拥有宅基地情况参差不齐，总体上宅基地空心化情况严重

经过调查问卷和走访农村，我们发现拥有一处以上宅基地的农村居民十分常见，在数据汇总结果中，我们可以发现样本中 60.73%的农村居民都有两处及以上的宅基地。相较于这些拥有多处宅基地的农村居民，还有部分仅拥有一处宅基地，这就造成了同一个地方宅基地的拥有量参差不齐。结果显示，农村居民点土地利用在总体上比较粗放，农村居民点用地总量偏大，村庄用地规模偏小，村庄用地布局分散，集约化程度低，建新不拆旧，一户多处居住用地，宅基地闲置的现象相当普遍。

农村宅基地的空心化不仅影响村容村貌和农村的发展，而且造成了严重的土地浪费。特别是在中国土地供需矛盾尖锐的背景下，宅基地空心化一方面造成大量农村土地的闲置，另一方面导致村庄周围耕地不断流失，使中国已经非常严峻的耕地保护形势雪上加霜。[342]针对农村宅基地空心化严重的情况，学者们提出了很多整理的方法，例如将农民们进行迁村并点与退宅还耕，建设中心村。这种模式是利用集中宅基地的方式改善空心化，将农村建设成社区。

（二）宅基地入市对土地征收造成影响

缺乏相应制度的保障使宅基地入市先天不足，而宅基地入市的匆忙落实反过来又极易对土地制度造成不良影响。如果宅基地交易行为依法进行，并让农民得到合理补偿，宅基地入市可能会成为推动农村经济发展、优化资源配置的巨大推动力。但是问题在于，我国的法律制度太过脆弱，只要权力集中在少数人手里，又缺乏足够的监督和制约，滥权行为就注定会发生，农民的各项权利还会被轻易侵犯。各地政府低价收购、高价卖出的例子屡见不鲜。

宅基地入市之后，随之而来的现象肯定是农村土地价格的上升，那么，政府征收土地时仍然按照现行的立法规定对农民被征收的土地给予补偿的标准对农民进行补偿，农民肯定是不情愿的，这就会加大政府征收土地的难度。而这种宅基地入市交易制度是否又会冲击现有的农村土地集体所有制度呢？

（三）耕地数量接近红线

宅基地使用权是我国一种特殊的带有社会福利性质的权利，由集体成员无偿取得、无偿使用，

[342] 引自宋伟、陈百明等《中国村庄宅基地空心化评价及其影响因素》，《地理研究》，2013 年第一期，第 20—28 页。

是农民基于集体成员的身份而享有的福利保障。宅基地通常具有如下特点：宅基地主要由建筑用地和活动场所两部分构成。其中建筑包括住房、基础设施、畜舍以及杂物堆放间；而活动用地主要是包括与建筑用地紧密结合，农民活动和晒粮食的院坝等没有建筑物的也无法耕种的空白用地；[343]以及使用者为农村集体组织成员，性质为集体土地建设用地，期限为无限期[344]。由此可见，宅基地所有权归集体所有，农民享有使用权，这样一来，农民就无法享有宅基地的财产权利，也就不能享受宅基地流转带来的价值增值。同时，由于宅基地使用权的主体只能是农村集体组织成员，而不允许城镇居民原始取得和有偿取得宅基地使用权，这就大大遏制了城镇居民使用宅基地的动机和途径，造成大量土地闲置和浪费。

五、宅基地入市后的转让机制与限制

宅基地使用权是一种特殊的用益物权，主体是集体经济组织成员，客体是集体经济组织所有的土地。权利人有权依法适用集体所有的土地，在该土地上建造房屋及其他附着物，权利的取得不像城市国有土地，宅基地使用权取得具有公益性，但其处分权受到一定的限制。正因如此，宅基地一旦入市，必须建立起其特有的配套制度。从前文就可以看出之所以立法禁止宅基地入市的原因以及目前现实情况所带来的宅基地入市必要性，主要提出以下几点建议，以供参考：

（一）宅基地入市交易的用途限制

《土地管理法》第 63 条规定：“农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于非农业建设；但是，符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业，因破产、兼并等情形致使土地使用权发生转移的除外”。目前法律对于宅基地流转的用途限于“农业建设”。笔者认为，应将宅基地使用权入市后的用途扩大到“工、农业建设”。首先，随着我国工业化建设的发展，目前的工业布局逐渐向城市郊区分布，而将宅基地使用权流转用途扩大到工业建设则一定程度上有利于吸收企业到当地办厂，有利于促进当地就业以及削减农村青年进城打工潮；同时，也有利于农村闲置宅基地的有效利用；其次，要重点申明的是，农村闲置宅基地应该禁止被用于商品房开发等房地产项目，否则会引起炒地皮等不良商业现象的发生。

（二）宅基地入市范围的确定

宅基地使用权入市流转的对象只能是现有闲置的宅基地。首先，如果为了通过宅基地入市交易这一途径来获取不正当利益，那么许多集体组织势必会通过将耕地转化为宅基地的方式来获取经济利益，这就会导致现有的耕地红线受到破坏，那么久而久之，我们国家的耕地资源则将不复存在。其次，将宅基地入市交易的对象局限于现有的闲置宅基地，有利于有效利用现有闲置的宅

[343] 引自宋伟《我国农村宅基地资源现状分析》，《中国农业资源与区划》，2008 年第 3 期，第 1—5 页。
[344] 引自王远燃《宅基地概念更新——湖北省的调查》，《中国土地》，1998 年第 12 期，第 14—15 页。

基地，从而使闲置的宅基地发挥出其应有的经济价值，在一定程度上也有利于缓解城市土地紧张的状况。综上所述通过对闲置宅基地的入市交易既有利于保障耕地红线，有利于集约利用闲置的宅基地，提高农民的生活水平。

（三）完善宅基地登记制度

目前农村房屋宅基地使用权与所有权管理混乱，许多产权产籍归属不明。即使法律限制宅基地的流转，宅基地使用权作为一项不动产物权也应该依法登记，一是达到确权的目的，二是便于管理。登记部门应在审查之后登记造册，发放一定的证明证书，权利人自此取得权利。通过对农户手中现有的宅基地进行登记，有利于确定现有闲置宅基地的情况，对于手中仅有一处宅基地的农民则禁止其宅基地使用权入市交易，这样有利于保障农民的基础生活；而对于手中拥有不止一处宅基地的农民，则允许其通过交易多出的宅基地，从而有利于盘活自己手中的财产，也保证了宅基地得到有效的利用。

（四）完善户籍制度

这里本文将对宅基地流转和户籍制度改革的相结合进行简要论述。户籍制度是国家依法收集、确认、登记公民出生、死亡、亲属关系、法定地址等公民人口基本信息的法律制度，以保障公民在就业、教育、社会福利等方面的权益，以个人为本位的人口管理方式。推进农村集体经济组织产权制度改革，探索集体经济组织成员资格认定办法和集体经济有效实现形式，保护成员的集体财产权和收益分配权。建立农村产权流转交易市场，推动农村产权流转交易公开、公正、规范运行。坚持依法、自愿、有偿的原则，引导农业转移人口有序流转土地承包经营权。将宅基地流转和户籍制度相结合，合理放宽城镇落户（主要是中小城市）的限制，对宅基地流转和城镇落户进行试点，这样一来，农民在对宅基地进行流转以后，也不会就此失去生存保障，出现有籍无户、无家可归的情况，农民也不会为了落户城镇而在没有保障的情况下盲目对宅基地进行流转，由此就可以实现宅基地流转的有序化，同时也能促进户籍制度改革的进一步深入，以农村产权制度为户籍制度改革注入新的推动力。

（五）建立完备的利益分配制度

宅基地是一种重要的土地资源，它是农村群众安生立命的居所，也正因其独特的性质，多年来宅基地交易一直没有解禁。宅基地价格应在充分尊重市场机制的前提下加以政府干预。以广州市为例，《关于公布广州市国有土地使用权基准地价的通知》穗国房字（2004）545 号“……宅基地经征用，政府补偿征地费用，然后进行土地开发，需耗用土地开发费，此时变成熟地，最后，土地使用人通过在土地市场上购买，支付地价款。集体所有的宅基地，变为国家持有土地，再变为国有出让土地；价格形式也发生转变，由宅基地价格到国有土地价格（无期限或者划拨地价），到国有土地出让价格（有期限或者交纳出让金价格）。”

六、结语

宅基地入市不仅仅是促进社会经济发展的手段，更是提高农村居民生活水平、提高土地利用效率、缓和当下社会矛盾的重要途径。经济发展总是伴随着地价的飞速上涨，宅基地使用权作为我国农村集体经济组织成员特有的一种保障性的权利，其自身价值本可有更长足的提升空间，农村村民也本可以依该权利获得更多的现实性利益。但禁止宅基地入市的相关法律规定却阻隔了这一现实性利益的实现，集体经济组织成员只能坐拥土地却望“利”兴叹。与此同时，大量土地闲置，浪费严重。市场驱使下又产生了大量权责不明晰的小产权房，现有法律也有随之产生新的漏洞，权利纠纷不断。上文中业已对宅基地入市之现状有了深入的阐述，对入市之必要性也有了一定的分析。改革开放以来中国迅猛发展的步伐虽未甚减，然也渐入瓶颈，如果不能突破原有体制，大刀阔斧地破旧立新，经济社会的发展必受阻滞。开放宅基地入市，建立配套的产权体系、交易制度以及利益分配制度，是当下中国进一步发展的不二选择。

旅行社随意变更旅游合同的法律分析

赵司宇 申宇 邵沁雨*

摘 要：法谚云，没有救济就没有权利。而救济往往表现为对责任的承担。因此为了寻求对旅游者权益的保护，本文将着眼于在旅游过程中对旅行社单方随意变更旅游合同内容的违约责任的探寻。《旅游法》实施后，旅游合同成为有名合同，对旅行社主体的责任较《合同法》中的规定也进一步明确与具体。因此本文将主要以包价旅游合同下的旅行社的违约行为的民事责任为研究对象，通过案例分析，结合《旅游法》,《合同法》,《侵权责任法》等法律法规，以及与其他国家和地区的法律进行比较，在民事领域内对旅游者的权益的救济方式展开研究。最终为我国完善旅游者在此情况下的权益救济寻求合理的解决方法并且提出自己的建议。

关键词:包价旅游合同 违约责任 《旅游法》 比较法

前言

古人云：读万卷书，不如行万里路。旅游作为人类一项基本的娱乐方式，古已有之。近现代以来，随着科学技术，经济水平的发展，旅游活动越来越频繁，出现了专门以提供旅游服务为盈利方式的组织机构，人类旅游也愈加便利。

中国作为一个有着丰富旅游资源的大国，旅游已经成为当代国人不可或缺的放松娱乐方式。据中国旅游研究院的数据，2014 年，我国国内旅游人数达 36.3 亿人次，同比增长 11.4%，国内旅游收入为 3.1 万亿元，同比增长 16.3%。

但在旅游市场繁荣的背后，我们发现仍然存在着许多的不足。正如国家旅游局局长李京所说，现在的旅游市场上暴露着许多问题:旅游环境不达标，旅行社资质不合格，恶意更改旅游行程，吃住行标准随意降低，导游强行索要小费等事件时常发生。因此如何更好地对这一问题进行解决也就十分重要了。

而本文将着重对于旅行社旅游过程中随意变更合同的问题进行讨论，研究背后的民事责任的承担方式，以便更好地解决这一问题，保障旅游者的合法权益。

* 赵司宇等：2013 级法学专业本科生。

一、包价旅游合同的介绍

（一）包价旅游合同的定义

梁慧星教授曾对《合同法》中无法规定一系列典型性合同而惋惜，其中就包括旅游合同。但《旅游法》的出台我想是对梁教授的一种慰藉了。《旅游法》第五章的标题为旅游服务合同，其中第 58 条的规定采用的是包价旅游合同的称谓，并且整个一章除了第 74 条的规定体现出旅行社作为中间人受旅游者委托代订旅游相关的服务，有委托合同的相似性外，其他条文都是以包价旅游合同为调整对象。在明确了包价旅游合同是《旅游法》调整的主要部分的同时，《旅游法》说明了签署包价旅游合同时所应该涉及的事项（第 58 条），并且最终在第 111 条对包价旅游合同下了定义：包价旅游合同，是指旅行社预先安排行程，提供或者通过履行辅助人提供交通、住宿、餐饮、游览、导游或者领队等两项以上旅游服务，旅游者以总价支付旅游费用的合同。而根据在布鲁塞尔制定的《旅行契约国际公约》，关于包价合同的描述为“有组织的旅行契约”，其含义是：当事人一方向他方提供一次性计酬的综合性服务，包括交通，住宿及任何其他有关的服务的契约。结合上述定义以及作者的理解，本文将包价旅游合同定义为：旅行社提供整体性的旅游服务，旅游者支付相应价金的协议。

（二）包价旅游合同的特征

1.主体的特定性

《旅游法》实施后，关于旅游合同主体的各种观点也可以暂且告一段落。《旅游法》第 28 条明确规定了旅游合同的旅游服务提供方主体是获得旅游主管部门许可的，依法办理工商登记的旅行社。这意味着不具有旅游服务资质的组织、个人不可能成为旅游合同的服务主体。而根据《旅游法》第 11 条、12 条，可知对旅游合同的另一方旅游者的定义为一切的自然人。这表明了我国对于旅游合同的定义采取了狭义的定义，将旅行社与相关的履行辅助人之间的协议排除在外。作者对这一观点也是颇为认同，因为根据合同的相对性原理，既然旅游者只与旅行社签订合同，那么就只有认定旅行社和旅游者为旅游合同的主体，如果出现违约情形时（无论是旅行社还是履行辅助人的行为导致），旅游者只需向旅行社要求违约责任的承担，而不需要要求实际的履行辅助人承担责任，实为对旅游者的一大便利。也就是说《旅游法》的核心是表明了包价旅游合同中旅行社的角色不是中介，而是生产商，必须就签订合同的内容向旅游者负全责，其道理就如汽车，冰箱的生产商一般，尽管所有零件可以是外购的，但对出售的产品要向消费者负责。[345]仍然有一点争议的是如果机关，公司组织旅游，在旅游合同上用的是法人，组织的名义，此时是否仍然是旅游合同呢？作者认为此时仍然为旅游合同，以法人，组织的名义可以理解为一种代理行为，所以仍然受到《旅游法》保护。

[345] 戚东祥：《关于<旅游法>的深度解读之二——旅游合同》，《旅游学刊》2013 年第 9 期。

2.合同目的特殊性

现代法上，合同是最为常见的财产流转的法律形式，合同关系是财产关系而非人身关系，合同内容通常具有财产价值，或者用金钱衡量。[346]因此，一般合同的直接目的就是为了财产利益的增加，所以一般来说如果出现违约导致的损害赔偿时，主要考虑的是对财产利益的损害的赔偿。但是旅游合同的目的却与一般合同不大相同。旅游的基本出发点，整个过程以及最终目标都是获取精神上的享受，所以旅游不仅仅是一种经济活动，更多的是一种精神活动，因此旅游又是一种审美活动，一种综合性的审美活动。[347]所以，可以认为旅游合同的直接目的是为了获得精神上的享受，虽然不可否认，这种精神享受的获得是通过财产性给付义务的履行而获得，但在旅行社违约场合的损害赔偿此时在一般的财产损害范围外，还应当重点考虑精神所受到的损害，这一点将会在下文着重论述。

二、旅行社旅行途中随意变更旅游合同的法律界定

（一）旅行社。这在上文中已经论及，即得到旅游部门批准，获得工商部门营业执照的以提供旅游服务为经营范围的法律主体。但仍然有一问题需要提出，就是《旅游法》中区分了组团社与地接社，那么哪个类型的旅行社违约是否需要分开讨论？作者认为不需要，因为《旅游法》第71条规定：由于地接社或者履行辅助人的原因导致违约的，由组团社承担责任；组团社承担责任后可以向地接社、履行辅助人追偿。所以，无论此处是哪种类型的旅行社随意变更旅游合同，责任的承担都是与旅游者签订旅游合同的组团社，因此不必区分。

（二）随意变更旅游合同。[348]众所周知，合法有效的合同是当事人之间的法律，《法国民法典》对此有明确规定。究其原因在于合同作为当事人合意结果，按照宗教文化的观念，具有神圣性，由此衍生出了合同严守原则。一个有效的合同，除非出现法定的撤销解除的理由，或者当事人的约定，原则上不得擅自变更或者解除。[349]而随意变更合同则可以理解为单方的，没有正当性的，对合同约定内容的不尊重与违反，这样的行为在正义的法律面前当然是要承担不利的后果，这种行为就是一种违约行为。违约行为即违反合同义务，我国法律中的用语是“不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定”。违约行为的违法性是学界公认的，因为其违背了法律关于合同严守的基本价值判断，所以这一违法性也具有了推定的色彩，除非债务人能够证明自己具有正当性事由（例如不可抗力，同时履行抗辩权），否则就必须承担相应的责任，因此也可以说明关于违约责任的承担我国采取的是严格责任原则。而随意变更合同此时的表现形式既可能是不履行合同，也可能是履行不符合约定。具体表现的形态为拒绝履行，履行迟延，履行不能，不完全履行。

346 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2011 年第 3 版，第 586 页。
347 谢彦君：《论旅游的本质与特征》，《旅游学刊》1998 年第 4 期。
348 顺序的变化是为了更好的对概念进行界定。
349 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2011 年第 3 版，第 44 页。

（三）旅行途中，在认定随意变更旅游合同是一种违约行为后，旅行途中则是对违约性质确定。我国合同法上将违约按照时间的不同分为预期违约与实际违约。预期违约指合同一方主体在履行期届满前明确表示或者以其行为表示在履行期届满后将不履行合同义务。而实际违约指在履行期届满后不履行合同义务的违约行为。旅行途中意味着是合同义务是在进入实际履行阶段才有违约的明确表示与行动。因此，此时的违约为实际违约。

将三者结合起来，整体概念也就更加清晰。旅行途中表明履行期限届满，那么此时的违约形态只能是迟延履行与不完全履行，因此整个现象的法律性质就可以表述为旅行社迟延履行与不完全履行包价旅游合同。

在进一步阐述迟延履行与不完全履行的概念前，需要特别注意的是我国对于违约责任的归责原则是严格责任原则，也就意味着有违约行为，则推定承担违约责任，除非出现法定的免责事由。而今天对于上述两种违约的形态我们对其责任的分析是排除了免责事由的影响的，也就是说此时是不存在免责事由的，是一定要承担违约责任的。下面我将对这两个概念进行简单的阐述。

迟延履行指债务人能够履行，但在履行期届满时却未履行债务的现象。现实中时常出现的是旅行社恶意改变旅游景点，缩短旅游行程，在游玩时间逼迫游客观光购物点等。

不完全履行指债务人虽然履行了债务，但其履行不符合债务的本旨，在我国法律称为“履行合同义务不符合约定”，其中包括加害给付与瑕疵给付，在旅游服务合同中一般也被称为旅游服务缺陷。现实中常常出现的形式是旅游中住宿、餐饮比合同中约定的等级低，景区游览的时间过短，游览的项目减少等。

三、旅行社迟延履行与不完全履行包价旅游合同的法律责任分析

《旅游法》的第 70 条前半部分规定：旅行社不履行包价旅游合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当依法承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。由此可见，《旅游法》对于违约责任的规定有明确表述，那么本文就将结合研究的问题对这些救济方法一一进行分析，结合案例，展开讨论。但在此有一个问题，是否要对迟延履行与不完全履行分开讨论？作者认为并不需要，因为两者作为违约的原因虽然各不相同，但是依据《旅游法》及《合同法》的条文，并没有对不同原因的违约承担责任的方式进行区分，因此本文也将不予分类。

（一）继续履行。继续履行是强制履行的具体形态，指违约方不履行合同时，由法院强制违约方继续履行合同债务的违约责任方式。[350]这种责任方式能够使合同本来的义务得到履行，有的学者称之为“使守约方能尽可能取得约定的标的。”[351]因此这类责任的目标是使债权人能够实现原本的合同目标。看似这种责任的承担对债权人的保护很大，但在具体的合同中却不一定能发挥

[350] 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2011 年第 3 版，第 600 页。
[351] 崔建远、韩世远等：《合同法》，法律出版社 2007 年第 4 版，第 304 页。

很大的效用。由上文对旅游合同性质的分析可知，旅游合同的直接目的是获得精神上的利益，与一般的合同不同。在旅行社违约之后，当事人一般都是到旅游结束后才能通过法院，获得这类救济。而此时当事人的精神利益已经受损，精神上并没有得到享受，因此一般当事人也并不会再次要求这类不讲诚信的旅行社再次履行债务，此时继续履行就不能起到直接实现合同目的的作用。况且旅游之进行一般都是旅游者对时间的安排之后的选择，继续履行的话此时也会受到时间的限制，十分麻烦。所以，这类救济手段一般并不适用于本文的问题。但是也不排除一些特殊的情况，比如旅游者对于应该到达而未到达的景点确实十分向往，并且有足够的空闲时间，而此时旅行社也有下一次的行程安排，那么这时的继续履行就并不违背《合同法》第 110 条的规定。[352]此时法院是可以要求旅行社承担继续履行的责任的。

（二）采取补救措施。采取补救措施也是强制履行的具体形态。[353]一般来说，采取补救措施是针对非金钱给付债务。《合同法》中关于补救措施的条文主要是第 111 条，其针对的是质量不符合约定的情形，具体表现为“修理，更换，重作”。《旅游法》对补救措施也没有具体的表述。而修理，更换，重作这类对标的物的瑕疵的补救措施更多的是适用于买卖，承揽，建设工程这类财产性质合同中，在旅游合同中采取补救措施至少到目前为止作者没有理解具体的含义，所以希望国家出台相关司法解释来使这一条文更好落实。

（三）赔偿损失。赔偿损失，是指当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定时赔偿债权人所受损失的责任。不管下文将要谈论的物质损害赔偿还是精神损害赔偿的问题，作者认为关于损害赔偿问题的核心是法益二字，只有弄清这两个字，才可以清晰地阐述损害赔偿的理论。

作者十分赞同德国法学家耶林在《为权利而斗争》一书中对权利的描述：“权利是受到法律保护的利益。”而受到法律保护的利益就是法益。但这句话不能颠倒：受法律保护的利益都表现为权利。理由很简单，利益本身是一个大概念，法律保护的利益是其中的一个小概念，而权利只是法律为了保护特定的利益所采取的一种常用的方式或者说手段。因此，权利体现法律保护的利益，但法律保护的利益并不全部表现为权利。这也就是为什么我国《侵权责任法》中使用的是“侵害权益”。因此，我们绝不能认为一行为没有侵犯法定的权利，就不可能侵犯法律保护的利益，也就不存在损害，不需要赔偿。那么，法律保护的利益到底有哪些？民法上将权利两分为人身权利和财产权利，那么就可以推断法益至少包括人身利益和财产利益。但我们不能忽略第三种利益，虽然没有在权利中表现，但实实在在的存在，就是精神利益。所谓利益，一般指金钱利益，但也包括精神利益。[354]可见罗马法时代已经承认了精神利益。因此精神利益也是法益的一种。精神利益作者对它的理解是精神上的一般状态的维持，对精神利益的侵犯则意味着对精神状态的破坏（当

[352] 第 110 条规定了三种不适合强制履行的情形，分别为不能履行，债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高，债权人在合理的期限内未要求履行。
[353] 韩世远：《合同法总论》，法律出版社 2011 年第 3 版，第 608 页。
[354] 周枏：《罗马法原论》下册，商务印书馆 2001 年版，第 647 页。

然是精神状态往不良的方向发展），具体表现为精神的痛苦、烦躁、苦闷、愤怒、羞愧、失落，惊慌、恐惧等，严重的可以引起精神上的疾病，包括失眠、幻觉、精神分裂等。作者认为精神利益与人身利益是一种并列关系，是非财产性利益的组成部分，因此不赞同精神利益，人身利益等同说，[355]也不赞同人身利益，精神利益包含说。[356]本观点即意味着人身权利中并不包含精神利益，侵犯人身权利，并不必然侵犯精神利益，而是肯定侵犯人身利益。反过来也可以认为如果对财产权利的侵害，在一定条件下也可以请求精神损害赔偿。精神利益是独立于人身与财产利益的。但之所以总是将精神损害赔偿与人身权利相联系，作者认为原因是人之精神很大程度上受到人身利益的影响，精神的注意力大部分情况下集中于人身权利。所以可以认为人身权利之损害，通常伴有精神利益之损害。那么大家不禁会有疑问，此时如何赔偿单纯人身利益的损害?作者认为此利益的损害是抽象的，所以通常会通过为此利益恢复而要付出的物质利益的损害或者此利益所造成的物质利益损害进行赔偿，因此这种赔偿并不具有直接性，而如果侵害十分严重，侵害了精神利益，则也会通过精神损害的赔偿进行间接保护。这也是最高院关于《民事侵权精神损害赔偿规定》第 1 条的体现。[357]所以既然侵犯精神利益本身是独立的，那么在违约行为中侵犯精神利益，符合一定条件也应该产生赔偿责任。[358]

就上文理解了法益二字，那么下文单就包价旅游合同中的相关问题进行阐述。

首先，旅行社的迟延履行以及不完全履行是对旅游者债权的侵害，而债权作为财产权利的典型，违约行为是必然侵犯旅游者的财产利益的行为，必然要承担财产损害赔偿责任。具体表现为由于宾馆星级不达标而导致的补偿费用，景区没有游览而导致的退还景区门票费用等。此等财产性损害赔偿与一般合同相似，一般以财产性的履行利益为损害赔偿范围，并无过多异议。那么现在需要论述旅行社违约的精神损害赔偿。按照上文所述，在理论上进行违约精神损害赔偿是存在可能性的。那么此时就需要考虑是否有赔偿的必要性。

虽然最高法院在 2010 年出台的《关于审理旅游纠纷案件适用法律的若干问题规定》的第 21 条否认旅游者可以通过违约提起精神损害赔偿之诉（规定应当变更为侵权之诉），[359]但是不仅作者，还有很多民法学者（如刘旭东，郭晓梅，牛立夫）也都是反对这一法条，支持旅游合同中对违约精神损害赔偿的。[360]

---

355 杨立新：《人身权法论》，人民法院出版社 2002 年版。

356 鲁晓明：《论纯粹精神损害赔偿》，《法学家》2010 年第 1 期。

357 自然人因下列人格权利遭受非法侵害，向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理：（一）生命权、健康权、身体权；（二）姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权；（三）人格尊严权、人身自由权。违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理。

358 “违约精神损害赔偿”获得越来越多学者的肯定，例如崔建远：“论违约的精神损害赔偿”，《河南省政法干部学报》2008 年第 1 期；陆青：《违约精神损害赔偿问题研究》，《清华法学》2011 年第 5 期。

359 第二十一条【精神损害赔偿】旅游者提起违约之诉，主张精神损害赔偿的，人民法院应告知其变更为侵权之诉；旅游者仍坚持提起违约之诉的，对于其精神损害赔偿的主张，人民法院不予支持。

360 刘旭东、郭晓梅：《试论旅游合同中精神损害赔偿的合理性》，《黑龙江司法警官职业学校学报》2007 年第 5 期；牛立夫：《旅游合同中精神损害赔偿的问题探讨》，《旅游学刊》2006 年第 8 期。

论证必要性，此时就需要结合旅游合同本身的特点产开论述。

上文已经对于包价旅游合同的一个重要特征——合同目的的特殊性进行过阐述。其核心是订立旅游合同的直接目的是旅游者获得精神上的享受，而不是财产利益的增加（当然不可否认精神上的享受的前提是通过财产利益的实现而实现），所以在一般的财产性损害的赔偿之后，更需要考虑的是精神利益的赔偿。在现实生活中，旅游者本来抱着能获得精神上愉悦的期待参与旅游，但遇到这类问题的实际情况意味着不仅使他们无法获得预期的精神享受，更会使本来平静的心理状态变得消极，那么这时的精神利益难道不应该保护？其实我们国家的立法中明确承认精神利益与其损害的救济，在最高院关于《民事侵权精神损害赔偿规定》中出现了类似“精神痛苦”的词语，但只是支持侵权产生的精神赔偿，由于侵权责任和违约责任的构成要件差异较大，以及侵权精神损害赔偿要以人身权利受到侵害为前提，这一单一方式其实严重影响了对精神利益的救济，实乃一大遗憾！

因此有必要对国外的立法做一些介绍。

英国作为判例法国家，其关于违约的精神损害赔偿正是通过判例作出的，并且这个判例正是关于旅游合同。在此案中，原告向被告支付一定酬金后按照被告的安排前往瑞士度假，在到达瑞士后，发现整体环境与和被告所约定的环境相差巨大，致使原告精神遭受痛苦，非常失望。原告因此向法院提起诉讼，要求精神损害赔偿。一审法院驳回原告要求，仅判决财产利益的损害，即不完全给付导致的财产利益差额。而上诉法院则支持了原告的观点。审判法官丹宁勋爵说道：“在处理特殊案例，例如假期合同以及其他以获得精神享受，排遣抑郁，放松心情为目的的合同中，法官应当对违约造成的精神损害予以赔偿。并且这一赔偿是十分合适的。”[361]后来的法官斯蒂芬斯又提出：“某些特殊的契约中，双方当事人应该可以预见到违约可以导致的抑郁，痛苦。”这一见解又进一步发展了特殊合同的违约精神损害赔偿理论，并且与合同法理论形成了一致（特别是可预见性理论）。

美国在《第二次合同法重述》中虽然原则上并不支持违约的精神损害赔偿，但如果存在特殊情况，则可以支持。第 353 条规定：“违约系如此特殊以致严重的精神损害成为一种极易发生的结果。”此时可以支持。美国立法当局对此条的解释是：“如在某些特殊的合同中，违约很容易导致当事人的精神痛苦和抑郁，对其身心造成不好的影响，比如旅游合同，住宿合同，但损害必须达到相当严重的程度。”

德国关于违约精神损害正式发表意见是在 1956 年，在该案中，[362]德国法院并没有直接从精神利益的损害的角度来作出赔偿判决，而是认为享受如今已经商业化，换言之，如其取得须为相

[361] 潘维大、黄阳寿：《英美契约法案例解析》，北京大学出版社 2001 年版，第 218 页。

[362] 案情：一对夫妇利用假期到海上旅行，运送人因为疏忽而未将托运的衣服依约送达目的地，结果因为天气寒冷，该夫妇不能尽兴旅游，就该夫妇财产而言，并未减少，但其海上旅游所获得的愉快，则较诸衣服及行李送达相去甚远。

当大的财产给付时，则妨碍或者剥夺该享受即构成财产上的损害。[363]此即“商品化论”，将对精神利益的保护转化为对财产利益的保护，以便保持原有的“非财产利益不得赔偿”的观点。后来《德国民法典》第 252 条新增第 2 款，规定:“因侵害身体，健康，自由或者性的自我决定而须赔偿的，也可以因为非财产损害而请求公平的金钱给付。”一改往日对非财产损害赔偿的隐晦，使之可以直接获得救济。

由上文的介绍可知，越来越多的国家承认了违约的精神损害赔偿，特别是针对一些特殊的合同，这一趋势表明了对这一问题我国需要完善法律来承认违约的精神损害赔偿。

因此，对于旅行社旅游途中随意变更合同现象，应该让旅游者在精神利益遭受严重损害时要求精神损害赔偿。

关于违约精神损害赔偿的问题在理论上就先分析到这里了，当然我们从各国的法律中也了解到违约精神损害赔偿是要符合严格的法律判断标准才能够真正获得法律保护，得到赔偿的。所以还存在违约精神损害赔偿要件以及赔偿的具体标准的研究，但限于篇幅以及知识能力，在此也不论述。

其次谈一谈时间浪费请求权。当今社会时间的宝贵性不言而喻，时间的白白流逝也成为了一种浪费，因此法律对时间利益也愈加重视，将其划入法益之中。据上文所论述，作者将法益分为财产性法益，与非财产性法益，而非财产性法益中包括人身利益与精神利益。而所谓的时间浪费请求权所保护的法益则是时间利益，作者认为其是非财产性法益的一种，因此作者并不赞同时间利益的本质是精神利益。[364]而是承认时间利益的独立性。换言之，应该坚持对于时间浪费的赔偿，而不是对于时间浪费而导致的精神利益的赔偿，[365]那么旅游合同中时间浪费赔偿应该如何认定呢？可以先从确立时间浪费请求权的立法中去了解。

德国在 1979 年修正民法典时增设了旅游合同，其 651 条第二款规定：“旅游无法进行或者明显受损时，旅客也可以因为无益使用休假时间而要求以金钱作为适当赔偿。”

台湾民法典第 514-8 规定:“因可归责于旅游营业人之事由，致旅游未依约定之旅程进行者，顾客就其时间之浪费可请求赔偿相当之金额。”

从这两个条文中我们可以发现在本文所研究的旅行社旅行途中随意变更旅游合同的问题中，如果旅行社的违约行为致使旅游时间白白浪费，那么此时对于时间利益就可以请求损害赔偿责任。

我国《合同法》对这一权利并没有作出规定，并且在我国司法实践中也并不承认存在这样一种权利。虽如此，但新颁布的《旅游法》的 70 条后半段似乎可以对这一请求权的基础进行解释。第 70 条后半段规定：“旅行社具备履行条件，经旅游者要求仍拒绝履行合同，造成旅游者人身损害、滞留等严重后果的，旅游者还可以要求旅行社支付旅游费用 1 倍以上 3 倍以下的赔偿金。”

363 韩世远:《合同法总论》，法律出版社 2011 年第 3 版，第 618 页。
364 方旭:《论旅游者的时间浪费请求权》，中国政法大学硕士论文 2008 年，文章第 14 页。
365 韩阳、孟凡哲:《旅游合同研究》，知识产权出版社 2007 年版，第 219 页。

这段文字表明当旅行社违约时，如果造成了滞留的后果，可以要求旅行社进行赔偿。那么此时的赔偿金能否在一定程度上理解为包括对时间利益的损害而导致的赔偿呢?作者认为虽然此时的赔偿金有一定的惩罚性，但是“滞留”一词表明了直接对旅游者时间利益的侵害，那么一定程度是可以理解为其中包括了对时间利益的赔偿。而且顺着这个思路我们还可以认为此时似乎我们国家是隐晦的承认了违约精神损害赔偿，因为滞留间接地会导致精神利益的损害，因此似乎可以认为我国隐晦地承认了违约的精神损害赔偿。虽然法律明文规定是不承认的。[366]

对于时间浪费请求权作者就讨论到这里，关于具体的赔偿标准限于篇幅，暂且不作讨论。

（四）违约金。违约金，是由当事人约定或法律规定的，在一方当事人不履行或者不完全履行合同时向另一方当事人支付一笔金钱或者其他给付。违约金由于其本身的性质与作用，对于旅游者为了防止旅行社旅游途中随意变更合同现象，在旅游合同中进行约定有非常大的帮助。具体来说，违约金的约定，一方面，使得债权人(旅游者）掌握一种压力手段:债务人（旅行社）为避免违约金，便会竭力履行其义务。[367]另一方面，当真正出现旅行社违约的场合，旅游者无需就其损害逐个举证，而得直接主张违约金，避免了上文所述的损害赔偿的繁琐。而且当事人除了可以约定赔偿性违约金，也可以约定惩罚性违约金，使得旅行社在更大的压力下更好地履行自己的义务。因为违约金是对合同履约风险的一种防范机制，所以旅游者要对违约金的数额进行充分考虑，防止旅行社故意通过违约金减少自己的民事责任。原因在于我国一般认为将赔偿性违约金作为违约损害赔偿的替代性责任，并且由于是当事人的特别约定，因此会优先适用。[368]即使我国《合同法》114 条第 3 款有对于违约金约定的调节机制，但是这种调节充其量是当事人间意思的补充，一般情况下并不会产生实质性的变化，所以违约金的约定需要结合具体情况进行磋商。但现实中，由于单个的旅游者面对旅行社时，势单力薄，很难真正地实现意思的真实表示，所以作者建议旅游者作为一个团体与旅行社进行磋商，以便使违约金发挥作用。

四、对旅行社随意变更合同内容的再思考

上文已经根据《旅游法》的分析将主要的民事责任做了介绍，因此本文的最核心的部分已经论述完毕。总结来说，关于旅游中的民事责任，我国《旅游法》的规定较《合同法》是一大进步，但仍然有许多遗憾，例如最重要的“违约精神损害赔偿”的缺失，当然还有“补救措施”的过于抽象等。但要注意的是，《旅游法》的内容不仅限于旅游合同，它是一部集行政监督，旅游行业管理，民事合同规范于一身的综合性法规。[369]因此在《旅游法》的第 100 条中明确规定了旅行社因为本文中所论述的随意变更合同的情况时，需要承担较重的行政责任。[370]不得不说，此项行政责

366 参见上文所注最高法院在 2010 年出台的《关于审理旅游纠纷案件适用法律的若干问题规定》的第 21 条。
367 韩世远:《合同法总论》，法律出版社 2011 年第 3 版，第 657 页。
368 韩世远:《中国的履行障碍法》,《私法研究》2002 年第 1 卷，第 194 页。
369 渠涛:《对<旅游法>中民事法律关系问题的解读和思考》,《旅游学刊》2013 年第 9 期。
370 第一百条 旅行社违反本法规定，有下列行为之一的，由旅游主管部门责令改正，处 3 万元以上 30 万元以下

任较《旅游法》制定前国务院 2009 年出台的《旅行社条例》中相同情况下责任的承担更加严厉。[371]可见我国目前要求旅行社承担的责任是多层次，更加严厉的。通过民事责任更侧重于保护旅游者的利益，而通过行政责任则更侧重于对旅行社的惩罚。

虽然如此，作者却进一步认为责任，无论是民事，还是行政，甚至是刑事责任，都是一种事后救济，我们更多的时候应该考虑如何能够减少此类现象的发生，让合同能够严守，让合同能够神圣！

作者最近读到一篇博文，是苏州中学王开东老师写的，题目为《中国人为何不讲诚信》，其中他讲到了："契约精神的本质就是诚实守信精神，只有交易双方都能诚实守信，履行合约不折不扣，才能保证交易安全，社会稳定和谐。"如今的中国，很多时候正是缺少契约精神，诚实守信作为民法的基本原则也只是纸面上的话语，并没有真正深入人心，因此如何让我们一诺千金，有信而立，才是解决本文所论述问题的本质。

结语

文章到这里已经是尾声。整篇文章里，作者在重点分析旅行社旅行途中随意变更合同的违约责任后，也谈到了诚实守信，履行契约方面的一点感想。旅游应该是幸福的，正如英国著名戏剧制作人麦金托什所说："旅游是获得愉悦感和浪漫性的最好媒介。"但在如今，旅游市场中也充斥着许多令人不愉快的因素，其中就有本文所研究的问题。因此，如何打造一个绿色的旅游环境，让旅游成为一种真正意义上的享受，是我们亟待解决的问题。本文所讨论的问题非常有限，并且观点上也并不一定为所有人接受，但如果大家都去关注《旅游法》，去关注我国的旅游现状，拿出心中的正义感，用法律来维护自己的合法权益，那么我相信不仅是旅游环境，整个社会环境也会变得越来越好！

罚款，并责令停业整顿；造成旅游者滞留等严重后果的，吊销旅行社业务经营许可证；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 2 千元以上 2 万元以下罚款，并暂扣或者吊销导游证、领队证：（一）在旅游行程中擅自变更旅游行程安排，严重损害旅游者权益的；（二）拒绝履行合同的；（三）未征得旅游者书面同意，委托其他旅行社履行包价旅游合同的。

[371] 第五十九条：违反本条例的规定，有下列情形之一的，对旅行社，由旅游行政管理部门或者工商行政管理部门责令改正，处 10 万元以上 50 万元以下的罚款；对导游人员、领队人员，由旅游行政管理部门责令改正，处 1 万元以上 5 万元以下的罚款；情节严重的，吊销旅行社业务经营许可证、导游证或者领队（一）拒不履行旅游合同约定的义务的；（二）非因不可抗力改变旅游合同安排的行程的；（三）欺骗、胁迫旅游者购物或者参加需要另行付费的游览项目的。

拜占庭早期体育政策与立法之管窥

岳旻 陶婷婷*

摘 要：拜占庭是一个神秘的国度，对它的历史分界以及肇始学界存在着不同的观点。主流观点认为的拜占庭早期的社会体育活动深受群众的青睐，竞技比赛、四轮马车、奥运会等都是早期的特色体育活动。繁盛的体育活动过程中却发生了暴力事件等其他恶劣事件以及受到宗教的影响，这使其在体育政策与体育立法的管控与约束之下。本文对拜占庭早期的体育政策与体育立法的考察，深刻了解那个时期的体育法史，并使其对现实社会有所借鉴。

关键词：拜占庭 体育活动 体育政策 体育立法

一、破题、价值与方法

（一）破题

1.拜占庭的历史分期

“拜占庭史”是拜占庭帝国历史的简称。拜占庭学界对于拜占庭历史开端和分期存在着不同的意见，学术界中多数学者将拜占庭帝国的历史划分为早、中、晚三个时期。历史学界对拜占庭的划分的阶段主要是：早期拜占庭帝国史（330-610），其中包括：君士坦丁堡（330-518）和查士丁尼（518-610）。中期拜占庭帝国史（610-1056），其中包括：伊拉克略时代（610-711）、毁坏圣象运动时代（711-867）以及黄金时代（867-1056）。晚期拜占庭帝国史（1056-1045），其中包括：衰落时代（1045-1204）、尼西亚流亡时代（1204-1261）和帕列奥列格时代（1261-1453）。[372]

由于学者对拜占庭历史的不同解释、观察，形成了对于拜占庭帝国历史分期的多种看法。通过对不同历史文献的解读与观察，宜将拜占庭划分成早、中、晚三个时期。拜占庭的早期的肇始于君士坦丁堡一世，“因为君士坦丁一世是罗马混乱、动荡不安的时期。罗马的古代商品经济彻底瓦解，城市破败，商业凋敝，人口锐减，土地荒芜，农村赤贫。同时帝国政治剧烈动荡，军阀混战、争权夺地、武装割据、自立为帝。”[373]君士坦丁一世致力于帝国的政治和军事统一，最后在其统治之下摆脱了帝国迅速衰亡的趋势，逐步走出危机造成的困境。综上所述，我认为拜占庭的开端始于君士坦丁一世。他的早中晚期的划分根据拜占庭历史发展的主要线索和曲折脉络来判断，可以得出拜占庭的历史划分正如多数学者的观点。

---

* 岳旻：2014 级法学专业本科生。陶婷婷：2014 级知识产权专业本科生。

[372] 参见陈志强：《拜占庭史研究入门》，北京大学出版社 2012 年版，第 7、8 页。

[373] 陈志强：《拜占庭史研究入门》，北京大学出版社 2012 年版，第 9 页。

2.拜占庭体育政策和体育立法的界定

有关体育的“政策”和“立法”是本文的直接研究对象。在罗马帝国晚期，皇帝敕令已经取代元老院决议，成为唯一的法律渊源。对这些敕令的研究，构成了本研究中的“体育立法”部分。另外，帝国、皇帝和其它行政机构有关体育的习惯性实践和非成文性质的惯例，构成了本研究中的“体育政策”。“体育政策”与“体育立法”相互作用，共同成为拜占庭帝国早期统治者在体育治理上不可或缺的重要手段。

（二）价值

“历史研究的基本功能，就在于它的认识功能。”[374]人类的好奇心永远指向未知的世界，而对先人的崇敬总是推动人们在面临现实困境时到祖先智慧中去寻找出路。这就是历史研究的旨趣所在。带着强烈的探寻历史共性的意识，充分尊重历史个性，同时本着合理的怀疑论立场保留历史模式变迁的可能,以实事求是的态度来面对活生生的现实。所谓的经世致用，不过如此。[375]历史研究对当代社会的重要，体现在历史研究对当代社会需要的敏感，也体现在其对当代社会重大矛盾和进步趋势的洞察。

近两个世纪以来，对拜占庭历史的研究空前繁荣。不无遗憾的是，尽管存在着发达的体育文明与法律文明，这一时期体育政策与体育立法状况，却只零星出现于一些历史研究中，始终缺乏系统的梳理与解读。本文选题为“拜占庭早期的体育政策与体育立法”。其直接应用意义表现在：第一，为作为国家治理现代化重要组成部分的体育治理现代化提供历史借鉴；第二，丰富体育史和体育法的认识视野；第三，深化对体育政策和体育立法价值、定位与功用的认识，为决策机关提供有益的借鉴。

（三）方法

本文将主要采用原始文献解读的方法，以第一手材料为主。“无论何时在研究中——尤其是古代史的研究中，原始文献都极其重要。只有通过原始文献，我们才能接近和尽量还原古代生活。”[376]近二个世纪以来，大批拜占庭历史文献和文物的发现整理导致了拜占庭研究的空前繁荣，也为本文第一手材料的获得提供了基础。

二、拜占庭早期的体育活动

（一）拜占庭早期的社会体育活动

拜占庭早期的休闲娱乐方式多种多样——节日欢娱、饮食欢娱、审美欢娱以及休闲欢娱等。

374 冒荣：《论历史研究的当代性》，载《南京大学学报（哲学·人文·社会科学）》1994 年第 2 期。
375 参见时殷弘：《历史研究的若干基本问题》，载《史学月刊》2001 年第 6 期。
376 赵毅：《体育史和罗马法：文献与方法——约勒·法略莉教授学术访谈录》，载《体育与科学》2014 年第一期。

在古罗马时期的竞技和角斗比赛等体育活动被作为节日欢娱的方式。与此罗马时代相同的是拜占庭早期的体育活动也具有欢娱的性质，贴近群众生活，具有社会性。拜占庭时期的皇帝也十分重视群众的体育活动与娱乐生活。“一切凡能有助于显示一座伟大都城宏伟壮丽的东西，一切有助于为它的居民提供便利和娱乐的东西，在君士坦丁堡这座城市的四墙之内无不应有尽有。”[6]体育活动不仅仅是群众们的娱乐方式，它同时也是皇室锻炼身体的一种方式。具有社会体育活动是接近大众，具有参与性。例如：赛跑、狩猎、骑马等，这些社会体育活动不具有一定的竞技性，相反如皇室一样认为是一种锻炼身体的途径。

对于君士坦丁的五个侄儿和儿子而言，作为君士坦丁公认的继承人，体育锻炼是他们教育中不可或缺的一部分。这是他们将来必须应付的疲劳的战争生活和繁忙的职务的前提准备。“那些偶尔提到君士坦提乌斯的教育情况或他才能的人，认为他在跳远和赛跑等体育运动方面能力出众；还说他是神箭手、熟练的骑手。”[377]

除了一些很常见的社会体育活动，它们的成本极低。竞技活动的成本较高，在罗马时期是贵族的享受。而在拜占庭早期的竞技活动成为群众性的娱乐活动，并且这种竞技体育渗入到社会的每个阶层。哪怕作为最贫穷的拜占庭人，只需要一个铜钱，他们就可以得到“也许连亚洲的皇帝都会激动和羡慕的高贵豪华的享受”。频繁举行的各种公众竞技活动和各种节日让群众感到激动与欢乐。对早期的拜占庭而言，对竞技活动的需求就像他们对面包的需求一样。德尔图良说：“哪里有欢娱，哪里就有快乐。欢娱与欢乐密不可分。哪里有欢娱，哪里就有竞争。竞争使欢娱更有吸引力。”[378]拜占庭早期的体育活动受到广大的群众的青睐。

（二）拜占庭早期体育活动的特色

对于拜占庭帝国而言，体育和艺术一样是“表演给才智卓越的鉴赏家和购票者欣赏”。[379]由此，拜占庭帝国体育史的文化定位便昭然若揭，这些体育活动自身的特色才使得其有艺术色彩。

历史上的拜占庭是一个神秘的帝国，其由君士坦丁一世通过政治与军事相结合建立的新罗马——拜占庭。罗马时代的体育运动对拜占庭的体育活动有着极大的影响，例如，竞技比赛、四轮马车、奥运会等。但是拜占庭时期并不是仅仅就是承上启下。因为拜占庭既不能被认为是很好地继承、发展了古希腊时代的竞技运动，因为从表面上看它有了明显的后退——一方面逐渐退出了国家生活的主体，另一方面也没有更加彰显个体对审美的追求，仅仅是堕落为一种对娱乐的追求。[380]

拜占庭早期的经典体育活动有竞技比赛、角斗比赛、四轮马车和奥运会等。竞技比赛继承自古罗马时代，但是拜占庭早期的体育活动并不是古罗马的复制品。从古罗马到拜占庭，竞技比赛

[377] [英]爱德华·吉姆：《罗马帝国衰亡史》，黄宜思、黄雨石译，商务印书馆 1997 年版，第 418 页。
[378] 参见[古罗马]德尔图良：《论表演》，第 15 章和第 16 章。
[379] 参见[德]斯宾格勒：《西方的没落》（上册），吴琼译，上海三联出版社 2006 年版。
[380] 参见高强、董超：《拜占庭体育史的重现——基于文化逻辑的思考》，载上海体育学院学报 2015 年第 5 期。

从贵族的奢侈活动演变成贫民也可以享受的娱乐。当君士坦丁在博斯普鲁斯海峡上建立其都城时，他就打算建立第二个罗马。“君士坦丁给新都的民众分发面包和竞技比赛票”[381]。经常举行的战车竞技，依据蓝、绿、红、白色坐区组成赛区“车迷协会”，后来发展成“吉莫”（意为赛区）党，不仅组织本区民众，而且表达政治意见。[382]

竞技比赛中分为很多项目，首先开始的是战车竞赛，其又称为场技比赛，是最古老的竞技活动，一直受到着广大观众的青睐。参赛战车一般分两马战车和四马战车，战车分为四个不同的四个战斗队，每个战斗队都有自己的战旗，颜色分为绿、红、蓝、白。每种颜色代表一个季节，一种自然力量，一位神灵。战车竞赛极富象征含义，竞技场犹如绕着地球转的宇宙（当时的信仰），任战车疾速飞驰。这个战车竞赛的优胜者可以获得棕榈奖。除了战车竞赛外，竞技比赛中还会有马技表演、摔跤表演场。[383]竞技比赛对民众的吸引力极其大，有时他们会为了比赛在竞技场长达13 至 14 小时。由此可见，竞技比赛在古罗马和拜占庭时期的魅力十足。竞技比赛是拜占庭早期体育活动的特色，本文着重讲述了竞技比赛，其他活动的特色当然也不逊于竞技比赛。

三、拜占庭早期的体育政策

在世界历史上占据着独特而显著地位的拜占庭帝国，也为后人留下了璀璨的体育法制文明遗产。在帝国后期，皇帝和其他行政机构有关体育的习惯性实践和非成文性质的惯例，构成了本段内容的“体育政策”。

（一）宗教和奥运会政策

与罗马时代相比，拜占庭帝国早期的体育政策显示出更加强烈的国家管控性。帝国后期，随着基督教在罗马帝国合法地位的确立，基督徒对流行的体育活动充满了厌恶，承载着异教表征的古代奥运会亦走向末路。[384]

对于奥运会是如何最终走向消亡，学界的观点莫衷一是。学者们的观点主要有以下几种。第一，公元 339 年，“东罗马”皇帝狄奥多西以禁止异教为由废除了奥运会。第二，公元 394 年狄奥多西一世以禁止异教为由废除了奥运会。第三，公元 393 年狄奥多西一世通过《米兰敕令》废除了奥运会。

我们知道东、西罗马之分始于公元 393 年即狄奥多西一世逝世。《米兰敕令》则是由李锡尼和君士坦丁皇帝颁布于公元 391 年。狄奥多西虽然是一个狂热的基督教徒，他颁布法令禁止异教徒，对异教徒极尽残忍的迫害。但是至今没有历史文献可以直接证明狄奥多西颁布了法令废除奥

[381] [英]N.H.拜尼斯（N.H. Baynes）：《拜占庭：东罗马文明概论》，陈志强主编， 郑玮、孙鹏译，陈志强校注，大象出版社 2012 年版，第 2 页。
[382] 陈志强：《拜占庭史研究入门》，北京大学出版社 2012 年版，第 228 页。
[383] 参见[法]让·诺埃尔·罗伯特：《古罗马的欢娱》，王长明等译，广西师范大学出版社 2005 年版，第 70 页。
[384] 参见赵毅：《古希腊罗马：体育法制文明的先驱》，载《天津体育学院学报》2014 年第 3 期。

运会。所以奥运会是被迪奥多西废除的论点并站不住脚。

在意大利学界对奥运会的消失有一个主流观点“消亡说”。米兰大学罗马法教授法略莉曾得出这样的结论：“狄奥多西一世并不存在一份废除奥运会为目的的敕令，奥运会是随着狄奥多西一世对异教徒的全面镇压而‘无声消亡的’。”我个人赞成法略莉教授的观点。若狄奥多西认为奥运会是传播异教的思想的，那么狄奥多西应该会以直接颁布法令废除奥运会从而取得了与异教斗争的胜利。这个历史事件会因基督教的文献而流传百世。所以“消亡说”比“废除说”站得住脚。

（二）体育迷骚乱的管控政策

塔西佗的《编年史》中描述到：在公元 59 年庞培城竞技场的一场角斗比赛中，双方的支持者发生了暴力争斗。普罗柯比乌斯和其他的拜占庭历史学家也证实，在公元 6 世纪君士坦丁堡的一些马拉战车观众组织之间，经常会发生暴力冲突。

公元 532 年，在君士坦丁堡赛马场内举办的一场体育比赛为后来的流血冲突埋下导火索，后者就是著名的“尼卡叛乱”。体育迷会根据自己的爱好不同而组成不同的党派，主要分为蓝绿两派，这些派别之间会存在一些争斗，他们在进行斗争时会将自己的身体置身之外，做一些危险的蠢事。这两个蓝绿派别之间不仅是两者之间对抗，相反他们却联合起来一起反抗皇帝。这个暴乱的影响力极大。优士丁尼皇帝面对这次暴乱所采取的政策不是与其谈判或者直接示弱答应群众的所有条件。优士丁尼皇帝对这次的尼卡叛乱采取的是宏观调控的政策，他表面上将主动权给了人们，但是他的政策却是要从根本上击垮这个蓝绿两派。优士丁尼的手下的两个忠诚的将军帮助他平息了这次暴乱，贝里撒利奥和蒙托两位大将军冲入了马场，清理叛乱的场面就像一场大屠杀。[385]优士丁尼皇帝对这场暴乱的政策是流放了反对他的元老院议员和没收全部财产，根据拜占庭史学家特奥法勒·康非索勒的叙述，优士丁尼引发了一场巨大的恐怖氛围，“城市陷入安静之中，很长时间内，都再没有举办过马拉战车的比赛。”优士丁尼皇帝采用以上方式解决了体育迷骚乱的事件。

四、拜占庭早期的体育立法

体育比赛的存在必然带来竞技规则的产生，由此，体育法的发展则就成为可能。[386]传承于罗马法的拜占庭体育法在优士丁尼时期，获得进一步的发展，达到发达时期。[387]不但契合当时社会的发展程度，也能够满足社会用法律规制体育活动的要求。

1.体育比赛的地位与功能

[385] [意]马特沃·德·伯纳尔蒂:《罗马时代的体育迷暴力事件》，赵毅译，载《体育与科学》2014 年第 4 期。

[386]参见张志胜《体育法——全新的课题》[EB/OL，来源 http://zzschx.fabao365.com/article/view_90120_5455.html。

[387] 参见赵毅：《古希腊罗马：体育法制文明的先驱》，载《天津体育学院学报》2014 年第 3 期。

在罗马社会，体育主要服务于两个主要的目的：训练士兵和给大众提供娱乐[388]。尽管在帝国的后期，娱乐活动普遍甚至成为一种风气，但体育仍然始终以积极的面貌存在。[389]通过《学说汇纂》的一项规定，我们可以看出体育与其他娱乐活动在法律地位上的巨大差别。

D.11，5，2，1。保罗：《告示评注》第19卷。一项元老院决议禁止在玩乐时以金钱为注，除非他们是竞赛投掷长矛标枪，或者赛跑、跳远、角力或者拳击，因为这是力量的竞赛。[390]

这段法言写于公元三世纪初的赛维鲁时代。体育运动的独特地位在这条法言中得到了清晰的体现。在通常情况下，赌博不被允许，但在涉及“投掷标枪、赛跑、跳远、角力、拳击”等体育活动时，则可以产生例外。由此，体育的最重要本质应当是“力量”而不是“娱乐”，这一点已经得到罗马法学家的普遍认同。[391]

2.赛会组织

在《狄奥多西法典》中，有这样一个片段，详细描述了体育活动的赛会组织：

C.Th.15.9.2。霍诺留和狄奥多西皇帝致城市禁军长官安东米乌斯：我们鼓励所有裁判都如惯例一样，参与到运动会的欢庆活动中来；由此使人民得到娱乐，以获取他们的支持；给裁判的花费不应超过两个士兵的钱。不应该让不加顾虑的鼓掌和兴奋既带走各城市养老院的财力，又对官员的宅邸和市民的财富造成威胁；但对阿里达契亚市政官组织的运动会、叙利亚和亚细亚行省总督组织的运动会的裁判以及其他冠名欢庆活动的人，不受此限。409年2月25日于君士坦丁堡，霍诺留第8次担任执政官，狄奥多西二世第三次担任执政官。[392]

这份敕令对于承办运动会的机构和经费的来源都进行了明确的规定。在《罗马帝国衰亡史》中，我们还能看到这样的描述“帝国的两个都城里，每年在演戏、杂耍和竞技活动等方面的花销足有4000磅黄金；而如果如此巨大的开支超出了行政官员的财力或意愿，亏空部分将由帝国的国库予以补助。”“一年一度被委托作为行使法律和主持公道的法官的下级执政官，不可能与通常是皇帝心腹、任期无限的强有力的行政官员争夺审判席的控制权。他们的法庭经常无人问津，他们的重要职能也逐渐仅限于花费巨资为人民的娱乐筹备各种运动会了。”[393]

由此，我们可以发现，投入到类体育活动上的财富数量是惊人的。元老院的敕令对于各种可能的情况的规定极尽详细。赛会的组织也有专门的负责机构。

3.运动员奖励

C.10.53。根据惯例，免除以下运动员应承担的赋税：在一生参加过的神圣赛会中已证明获得不少于三次桂冠的运动员（其中一次必须于罗马或古希腊地区获得），以及从未被对手击败过的

388 COAKLEY J J:<Sport in society:Issues and Controversies >,[M].St Louis:Times Mirror/Mosby,1990:47.

389 参见赵毅：《古希腊罗马：体育法制文明的先驱》，载《天津体育学院学报》2014年第3期。

390 Alan W:<The Digest of Justinian>[M].Philadelphia:University of Pennsylvania Press,1998.

391 参见赵毅：《古希腊罗马：体育法制文明的先驱》，载《天津体育学院学报》2014年第3期。

392 就此份原始文献，拉丁文及法文译本出处为 Code Théodosien I-XV,Code Justinien, Constitutions Sirmondiennes, Text Latin T. Mommsen,P. Meyer,P. Krueger , Traduction Jean Rougé,Roland Delmaire [M]. Paris: Les ditions Du Cerf,2009:396-399.

393 [英]爱德华·吉姆：《罗马帝国衰亡史》，黄宜思、黄雨石译，商务印书馆1997年版，第390、394页。

运动员，以及从未被对手夺走桂冠的运动员。[394]

这是优士丁尼《法典》收录的公元 3 世纪末 4 世纪初戴克里先时期的一条敕答。在拜占庭早期，运动员收入颇丰，而赋税并不重。[395]因此，免税政策中蕴含的精神嘉奖的意味比物质奖励更为重要。如果作为运动员能获得罗马元老才能拥有的免税身份[396]，绝对是一件无上光荣之事。当然，要取得这种荣誉并不容易。它要求运动员取得三次以上世界大赛冠军，或者在运动生涯从未有过败绩。这一条件已经与运动员聘请雕刻家为自己雕塑的要求相当，其蕴含的精神价值不言自喻。[397]

4.伤害归责

（1）体育竞技风险自负

D.9，2，7，4。乌尔比安：如果在厮打、混斗或拳击中，一人将他人杀死，而这时发生于公开的竞赛里，则不适用《阿奎流斯法》，因为这种损害乃由于声誉和勇敢而被导致，并不是不法实施。这不得适用于奴隶，因为只有生来自由人才进行公开竞赛；但如果参加竞赛的受伤者是家长可适用。不过如果某人伤害了退阵者，则可以适用阿奎流斯法诉讼；这同样适用于某人不是在竞赛中将一个奴隶杀死，除非这是其主人的怂恿——这时阿奎流斯法诉讼不予提出。

该条法言讨论了“体育竞技风险自负原则”。由于最初的《阿奎流斯法》并不涉及自由人的伤害赔偿问题。所以，应该是在优士丁尼时期，《学说汇纂》编纂者们对乌尔比安的原文进行了修改，使得自由人也能拥有诉权。[398]从乌尔比安的观点出发，在代表声誉与勇敢的公共比赛中产生的伤害，对加害人而言并不能构成不法。当然在主观上，加害人有故意和过失两种可能。但根据 D.9,2,9,4 中提到的原则，只有过失才能免责[399]。

（2）受害人过错与加害人责任相抵消

乌尔比安曾就投掷标枪时击中奴隶的几种情况进行归责的规定。根据投掷者主观的意图以及奴隶经过的时间不同，提出了不同的归责认定。（D.9,2,9,4）。

但在拜占庭时期，乌尔比安的观点在《法学阶梯》的编纂过程中得到了进一步发展。地点与职业因素被加入考量。

“如果某人在用标枪玩耍或练习的时候，刺穿了过路的奴隶，则要区别不同情况。事实上，如果这种行为确实是士兵在训练场和经常进行这种练习的地方实施的，被告有过失。如果士兵在其他非作军事训练之用的地方实施了这种行为，同样的法适用于士兵（I.4,3,4）。”

---

394 SCOTT S P.The Civil Law including The Twelve Tables. The Institutes of Gaius, The Rules of Ulpian, The Opinious of Paulus, The Enactments of Justinian, and The Constitutions of Leo,Vol. XV[M].incinati: The General Trust Company,1932:151.

395 参见徐国栋：《论罗马人的税赋——从起源到戴克里先登基》，载《现代法学》2010 年第 5 期。

396 参见徐国栋：《论罗马人的税赋——从起源到戴克里先登基》，载《现代法学》2010 年第 5 期。

397 参见赵毅：《古希腊罗马：体育法制文明的先驱》，载《天津体育学院学报》2014 年第 3 期。

398 参见赵毅：《<阿奎流斯法>：体育伤害责任的历史之源》，载《上海体育学院学报》2013 年第 4 期。

399 Erwin G.The Roman Law of Damger to Property being a Commentary on the Title of the Digest Ad Legem Aquiliam (IX.2)with an Introduction to the Study of the Corpus Iuris Civilis[M].Manchester University Press,1999:76.

两个片段的差异反映了“过失”观念的变化：[400]在乌尔比安的片段中，使投掷者免责的受害者的共同过失；而《法学阶梯》的片段则排除了对加害人的归责要求，是否在特定的场地，是否由特定的人员实施，成为考量过错的唯一标准。在这样的情况下，只要士兵在军事训练场上投掷出标枪，哪怕他们明知有人路过而故意致其死亡，也不能判定他们存在过错。优士丁尼《法学阶梯》该片段的重点在于增加军事事务和民事事务之间的区分，而不在于要求行为人日常活动中的谨慎。[401]

五、结论

在世界历史上占据着独特而显著地位的拜占庭帝国，也为后人留下了璀璨的体育法制文明遗产。在拜占庭帝国早期，先后历经了君士坦丁王朝、狄奥多西王朝、利奥王朝和优士丁尼王朝的统治。尽管这些王朝的统治者在解决他们各自面临的问题时采取了不同的政策，但当时皇帝们应对着的却是共同的时代难题，他们努力寻求着使拜占庭帝国走出危机，确保其统治长治久安的出路。可以发现，无论是古代奥运会之最终消亡，还是大型体育赛会之组织、球迷骚乱之管控，乃至具体体育立法的价值走向，无不显露着深刻的政治烙印。体育政策与体育立法紧密配合，相互作用，成为早期拜占庭帝国的一大政治和文化表征。

拜占庭帝国早期体育政策和体育立法的经验证明，体育治理在国家治理中扮演着重要角色，而法治无疑是推进体育治理的根本保障。中国的体育治理现代化工程，离不开法治的引导、参与和建设，我们应以史为鉴，大力推进法治体育的建设，发挥好体育政策和体育立法在体育治理活动中的积极作用。

[400] 参见斯奇巴尼：《法的建立：合同外责任注释方法实例：<优士丁尼学说汇纂>之阅读》，罗智敏译，知识产权出版 2009 年版。

[401] 参见赵毅：《<阿奎流斯法>：体育伤害责任的历史之源》，载《上海体育学院学报》2013 年第 4 期。

反虐待动物的刑事立法前瞻

祁天越*

摘　要：虐待动物的行为在社会上屡见不鲜，同时也引发了动物保护人士与虐待动物的人之间的冲突，其社会危害性愈发严重，但是却没有有效的措施来加以规制。这些现象与我国反虐待动物立法的缺失是分不开的，这不仅牵扯到社会公众的道德感情，更是动物福利的问题。然而目前我国并没有专门的法律来保护动物福利，笔者认为动物保护立法应当首先在刑法中反虐待动物，对虐待动物的行为予以刑事规制。

关键词：虐待动物　种际法益　动物福利　刑事立法

最近几年，中国出现的严重虐待动物行为越来越多，如高跟鞋踩猫事件、打狗事件、火烧猫事件等，时常会引发动物保护人士与虐待动物的人之间的冲突，甚至出现了“爱狗人士围攻玉林”、“高速公路拦车救狗”等事件。这些事件交织着法律、道德和人性的争论，然而却依然没有结果。笔者认为这些现象与我国反虐待动物立法的缺失是分不开的，正是这片法律的空白，造成了相关问题的层出不穷。长此以往，任由虐待动物事件的发生，将不利于社会和谐稳定，助长暴戾风气，其社会危害性愈发严重。基于此，引发了越来越多的人对虐待动物的行为是否应该立法禁止、是否应该入刑的关注。笔者认为我国动物保护立法应从反对残忍虐待动物开始，首先应当在刑法中反虐待动物。

本文拟先从反虐待动物立法的必要性谈起，进而从我国反虐待动物的刑事责任基础和刑事立法体系滞后两方面分析其入刑的必要性，并借鉴反虐待动物刑事立法的沿革，分析我国的针对反虐待动物刑事立法的困境与出路，借此阐述笔者对我国反虐待动物的刑事立法不甚成熟的看法。

一、反虐待动物立法的必要性

反虐待动物[402]，为动物立法首先要明确动物的法律地位。动物的法律地位本来是一个不具争议性的问题，传统上是把动物当作“物”来对待。但随着“动物权利理论”的发展，认为动物只有一种权利，那就是不被作为财产或资源来对待的权利；动物的道德地位必然地排除了将他们作为人类的财产来使用的可能。[403]1990 年的《德国民法典》《关于动物保护的修正案》第 90 条 A 规

* 祁天越：2013 级法学专业本科生。

402 注：笔者在这里将“动物”限定为活着的脊椎动物；将“虐待”界定为故意以残酷的手段、方式给动物以不必要的痛苦或者伤害，或者以残酷的手段、方式杀害动物。

403 ［美］G. L. 弗兰西恩：《动物权利导论——孩子与狗之间》，张守东、刘耳译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 26—27 页。

定动物不是物，值得注意的是，本条并不当然地排除了动物“物”的地位，其随后说明有关的适用动物专门的法律，但至少在德国，动物的法律地位不同于物权规范之中“一般的物”。

动物权利论者的观点经常被视为过于极端，并且其所提出的道德性义务上升至法律层面还有太多问题，笔者认为动物的法律地位是动物福利供给，而非动物权利保护。动物并不是一般法律意义上“权利”的主体，动物福利需要人“供给”，而不是动物依权利提出“请求”。动物福利法主要是保障法律关系主体“人”依法提供福利给法律关系客体“动物”。福利供给不合法，受制裁的是人，而不是动物。[404]因此笔者更赞同“动物福利论者”的观点。该观点认为，动物福利是赋予了动物不同于一般物的“准物”(quasi-property)的法律地位，使得动物的“物格”变弱。当人们对这种具有较低法律物格的动物施加行为时，除了要遵循物权法等法律中关于把动物作为一般物进行利用、交易、处置时的一般性规定之外，还得遵守特别法中关于保护动物的有关规定，即遵守动物福利立法中关于不得虐待动物的各项规定和要求。[405]正是由于动物不同于一般物的特殊法律地位，法律对人类施加了一种非对称性公法义务——保护动物，并科加了许多限制性义务。

以人的视角观察，世界可以分为人和非人类存在物两类，二者之间不可避免地存在种际生态法益冲突。人与非人类存在物之间主要是其中的动物的利益冲突，因自然无声反抗而表现得不剧烈，但若不能妥善处理好上述冲突，人类还是要继续遭受自然的报复，因此动物的利益也需要保护。[406]

（一）从动物角度来看

动物对自身利益的保护能力相对于人类来说是极为弱小的，作为万物之长的人类将法律从单纯的对人的保护的范围扩大，将动物的利益需求转化为对人的行为限制。我们有必要通过法律之力，满足那些与人类在生理结构上并无本质差异的动物在这个星球上生存下去的基本需求。[407]反虐待动物立法是尊重生命的表现。随着人类社会的发展，“种际正义”[408]原则的贯彻，非人类动物的生命价值已逐渐为国际公约和各国法律所承认，如《世界自然宪章》（联合国大会第 371 号决议）规定：“每种生命形式都是独特的，无论对人类的价值如何，都应得到尊重，为了给予其他有机体这样的承认，人类行为必须受道德的约束”。

动物福利者并不认可动物权利者主张的动物平等以及动物权利，后者在伦理层面仍存在着很大的争议，前者只是有限度地承认和保障动物的生存资格以及其正当需求。其认为，动物应享有五大自由：一是享有不受饥渴的自由；二是享有生活舒适的自由；三是享有不受痛苦伤害和疾病

404 刘国涛：《论动物的法律地位及其福利监管》，载《山东社会科学》2009 年第 10 期。

405 杨朝霞：《论动物福利立法的限度及其定位——兼谈动物福利立法中动物的法律地位》，载《西南政法大学学报》2009 年第 3 期。

406 参见焦艳鹏：《刑法生态法益论》，中国政法大学出版社 2012 年版，第 55 页。

407 同上书。

408 注：学者曹明德认为，所谓“种际正义”，是“地球生物圈内所有物种都是生命共同体的成员，具有存在价值和内在价值，人类只是地球生物圈共同体中的普通成员，而非生物圈的主人，人类应当尊重其他生物生存和存在的权利”。

的自由；四是享有生活无恐惧和悲伤感的自由；五是享有表达天性的自由。这些法律成果都直接源于一百多年来人类在道德、伦理方面的思考和进步。[409]这是动物基于其本身的存在所应享有的利益。

（二）从人类角度来看

1.社会秩序

在我国，社会和谐是社会主义的本质属性，虐待动物这些事件愈发影响着社会的稳定与和谐。以广西玉林狗肉节为例，2014 年 6 月初，随着夏至临近，网络上围绕广西玉林“夏至荔枝狗肉节”的争论日益增多，网络乃至现实里爱狗人士和支持食用狗肉人士又开始混战，转帖、声讨、表态、发誓等等不绝于目，同时大批爱狗人士、新闻媒体记者也涌入了舆论漩涡的中心玉林，甚至出现暴力对抗等群体性事件。[410]由此引发了社会对爱狗人士的不理性、虐狗人士的不道德以及政府的不作为强烈的不满情绪，严重影响了社会秩序。通过立法反对或规制虐待动物的行为，可以更好地协调人与人之间的关系，促进社会的和谐。

2.经济发展

长期以来，我国并未重视动物福利问题，但随着新贸易保护主义的发展，越来越多的国家运用动物福利条款来限制他国的国际贸易，更在某种程度上被称为动物福利壁垒，我国深受影响。我国的一些动物生产企业，为了降低成本追求利益，其生产方式不达标、屠宰方式落后、运输方式不合格，涉嫌以虐待的方式经营，不符合西方国家的动物福利保护贸易标准，带来了巨大的负面影响。例如 2010 年 6 月份德国各大超市大量下架肉兔产品，认为中国肉兔在饲养过程中被虐待，德国对种兔、兔笼舍大小、配置均有明确要求，只有经认证符合要求的养殖场生产的兔肉产品才能被允许进入德国市场，这给中国肉兔行业带了极大冲击。

同时我国已经加入世贸组织，WTO 规则中也包括有对动物福利的规定，我国理应履行相应的义务。此外，我国动物产品由于无视动物福利，生产成本大大低于动物福利国家，成本低廉的动物产品出口涉及 WTO 的反倾销，又是对动物产品出口的一个巨大打击。只有及时立法规制虐待动物，逐步提高动物的福利，才能逐步提升我国动物产品的国际竞争力，我国的畜牧业经济、出口贸易才能得以稳定持续地发展。

3.精神文明建设

孟子有云：君子之于禽兽也，见其生，不忍见其死；闻其声，不忍食其肉。[411]虐待动物之人恰恰反其道而行之，非但盼其死求其肉（本无可厚非），更是虐其发肤残忍相待，远非君子所为。

---

[409] [英]彼得·辛格：《动物解放》，孟祥森、钱永祥译，光明日报出版社 1999 年版。

[410] 相关报道有，陈兴王、吴跃伟：《玉林狗肉节发生伤人流血事件》，载《东方早报》2014 年 6 月 22 日 A05 版；新浪网：《广西玉林狗贩逼爱狗人士高价买狗：不买就虐狗》，http://gd.sina.com.cn/yj/news/2014-06-21/1009807.html，2015 年 11 月 9 日访问；中国新闻网：《玉林狗肉节当天 爱狗人士与当地人多次冲突》，http://www.chinanews.com/shipin/2014/06-22/news447928.shtml，2015 年 11 月 9 日访问。

[411] 《孟子·梁惠王章句上》。

在我国，社会主义精神文明是社会主义社会的重要特征，在全党把工作重点转移到现代化建设上来以后，中共中央曾多次郑重指出：我们在建设高度物质文明的同时，一定要努力建设高度的社会主义精神文明。而现在新闻媒体曝光的种种残忍虐待动物的事件与精神文明的建设背道而驰，不仅不利于我国的精神文明建设，更是有损我国的国际形象，在保护动物方面一直深受国际社会的批评与指责。

道德失，仁义尽，唯以礼教化。何为礼，礼即法，亦即针对虐待动物的行为，有必要通过立法来制止，从而在全社会提倡“保护动物，尊重生命”的良好风气，促进社会主义精神文明建设。

4.暴戾心理

洛克在《教育漫谈》中写道，许多儿童会“虐待”其得到的任何弱小的动物，“磨难，并极度残忍地对待”。洛克对此表示极力反对，并认为：“因为虐待动物与杀戮动物的习气可以使得他们对于人类的心肠也逐渐地变硬；凡是以虐待和摧残弱小动物为乐的人，他们对于同类也是不会十分同情或仁爱的”。[412]另有一项研究表明，虐待动物的行为不可避免地要演化为虐待人类。虐待者攻击孤立无援的动物，其报复心理得到满足，并从中体会到君临万物的强有力之感，并当这种行为并没有受到惩罚时，他就逐渐获得了攻击人类的信心。[413]社会是由每个个人组成的，特别对于青少年来说，其对社会的认知尚属懵懂，如若虐待行为不受法律约束，社会蔓延虐待动物之风，势必会耳濡目染，减损同情或仁爱之心。虐待动物的行为，受害的不仅仅是小动物。因此制定反虐待动物法不仅是出于保护动物的需要，也有利于个人的心理健康成长。

（三）反虐待动物的限度

在主张动物福利的同时，我们也必须考虑，对动物福利的保护是有限度的。这也是反对者们用以攻击的武器，虐待植物是否要受到惩罚呢？动物是不是完全“神圣不可侵犯”了呢？笔者认为，动物的范围不能无限扩张，对动物的保护不能过分扩张至植物，如前文所述，非但不包括植物，动物的范围也限于活着的脊椎动物，这是目前科学已证明最具有知觉最能感知痛苦的“非人类存在物”，基于其能感知痛苦的能力，才对人类课以了更高的道德义务，植物不在此列。此外，对动物的保护限于反对“虐待”，即故意以残酷的手段、方式给动物以不必要的痛苦或者伤害，或者以残酷的手段、方式杀害动物，该种行为才是刑法所要禁止的内容。动物的利益不是不可以放弃，权衡不同的利益需要对互相冲突的利益的相对强度进行评估。也即，如果我们对动物施以痛苦能获得的利益压倒了动物和利益，人类的利益占上风，动物遭受痛苦就是必要的。诸如实验动物、食用动物以及紧急避险等。但禁止对动物施加不必要的痛苦。[414]

412 参见[英]约翰·洛克：《教育漫话》，傅任敢译，人民教育出版社 1957 年版，第 104—105 页。
413 参见张云胜：《虐待带来了什么？》，载《心理与健康》2000 年第 10 期。
414 参见前引[2]G.L.弗兰西恩书，第 47—48 页。

二、反虐待动物入刑的必要性

对于一个行为的刑法考察，其入罪的标准应当是具体且可操作的。张明楷教授认为行为只有在符合下列条件时才能被规定为犯罪：①不管从哪个角度来看，这种行为都是侵害或者威胁合法权益的，具有严重的社会危害性，而且绝大多数人不能容忍这种行为，并主张以刑法进行规制；②没有其他制裁力量可以代替刑法，只有动用刑法才能抑止这种行为，才能充分保护合法权益；③运用刑法处罚这种行为，不会导致禁止对社会有利的行为，不会使公民的自由受到很大限制；④对这种行为在刑法上能够进行客观的认定和公平的处理；⑤运用刑法处罚这种行为符合刑事责任的目的，即具有预防或抑止该行为的效果。[415]笔者在这里主要从如下两个方面阐述何以动用刑法来反虐待动物。

（一）虐待动物行为的刑事责任基础[416]

面对日益猖獗的虐待动物行为，刑法的及时介入，对其进行更为严厉的否定评价，不仅是对其社会危害性的必要反应，也是对新兴生态法益保护的必要路径。可以说，虐待动物行为承担刑事责任的前提在于生态法益保护的必要性，本质在于其社会危害性的严重性。

1.现实根据：种际生态法益的发展

种际生态法益是指生物之间尤其是人与生物、人与动物之间的生态法益冲突。人类越来越不是独立地存在于地球生物圈中，作为其中的一份子，人类应当妥善处理好彼此的冲突，种际生态法益需要法律进行调整和分配。同时，人与脊椎类动物特别是宠物之间有着特殊的感情，二者不再是物种对立的关系，饲养宠物成为排解心中孤寂的生活方式，对动物的保护关乎人的善良情感和社会的良好秩序。

法益是指法律所保护的利益，而刑法中的法益更是刑法所要保护的利益。那么刑法是否有资格对虐待动物行为加以规制进而保护这种法益呢？我国刑法保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行，刑法不同于一般部门法，其可以对多方面的法益进行保护，种际生态法益中的动物保护完全可以纳入刑法范畴。

虐待动物的行为升格为犯罪行为，正如涂尔干所阐述的那样，“社会成员平均具有的信仰和感情的总和，构成了他们自身明确的生活体系，我们可以称之为集体意识或共同意识”，这种行为触犯了强烈而又明确的集体意识，那么其就是犯罪。[417]随着社会的进步，虽然我国目前针对虐待动物的行为并没有明确规定予以惩罚，但是每次虐待动物的事件出现，从民众强烈的反对态度可

---

415 参见张明楷：《论刑法的谦抑性》，载《法商研究》1995 年第 4 期。

416 注：犯罪的本质问题包括法益侵害说和规范违反说两种理论。在法益侵害说和规范违反说的背后，是结果无价值论和行为无价值论的论争。除此之外，我国学者还提出了行为无价值论和结果无价值论折衷的二元论来对社会危害性理论进行解释。笔者在这里赞同法益侵害说的观点。

417 转引自骆群：《涂尔干犯罪学思想探析》，载《社会科学论坛》2006 年第 3 期。

以看出，其已经侵害了社会公众的利益，对这种具有社会危害性的行为，单纯的道德谴责已经不足以制裁这种行为，法律缺位，所以应当把这种行为纳入刑法的处罚范围加以规制。

2.根本原因：社会危害性的急剧倍增

随着人类文明的发展，人类对非人类存在物特别是动物以及人与动物的关系的愈发重视，曾经不被认为是犯罪的行为已经愈发具有严重的社会危害性。

虐待动物的行为不仅仅造成了动物的死伤，其是对人类道德底线的冲击，对社会和谐稳定的破坏，更是对生物圈中与人类具有同等地位的动物资源的破坏。“破窗理论”认为，如果一个公共建筑物的一扇窗户损坏并且没有及时得到修理，很快该建筑物的其他窗户也会被损坏；因为坏的窗户表明没有人关心它，那么损坏其他更多的窗户也不会有什么不良的后果。[418]同样，如若不对虐待动物的行为加以规制，这类恶性的虐待动物的行为屡见不鲜，已经逐步成为了一种无序的现象，而正是这种无序的现象会对人的反常行为和违法犯罪具有强烈的暗示性，若是对其放任不管，只会使该行为越来越多，社会危害性愈发不可控制。

虐待动物的行为首先动用刑法来规制，也受到了部分人的质疑，认为严厉的刑法不应过度涉及此类行为。笔者想到鲁迅先生在《无声的中国》一文中的一段话，“这屋子太暗，说在这里开一个天窗，大家一定是不允许的。但如果你主张拆掉屋顶，他们就会来调和，愿意开天窗了”，当然学术不容这样怠慢，不过也正如贝卡利亚所言，“一个哲学家的呼声是微弱的”，可能拆掉屋顶现阶段不可取，但驱散屋子的阴暗是必要的，是需要大家共同努力的。

诚然，刑法不同于一般的法律，刑法是预防犯罪的最后手段也是最为严酷的手段，其涉及社会成员的行动自由和国家刑罚权的扩张。从刑法的目的、谦抑性原则以及犯罪的本质来说，虐待动物的行为不能一概而论、全部认定为犯罪，只有行为人虐待动物达到一定程度并且恶意宣扬、宣传的，才能构成犯罪，而其他的虐待动物行为应该纳入治安管理处罚的范围。

（二）虐待动物行为的刑事规制体系的滞后

目前我国[419]只有《野生动物保护法》、《动物防疫法》、《畜牧法》、《生猪屠宰条例》、《实验动物管理条例》等专门的动物保护及管理的法律法规。然而这些法律法规并不是保护动物的福利和待遇，而是完全从人的利益的角度出发，主要关注人类如何利用动物资源。

从我国现行的刑法典来看，可能涉及虐待动物行为的罪名有非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪，以及故意毁坏财物罪两个罪名。前者的对象为国家重点保护的珍贵、濒危野生动物，普通的动物并不在此列。后者的对象为被害人的财物，虽然在“刘海洋硫酸泼熊案”中，法院认定其行为构成故意毁坏财物罪，但也有学者认为将“伤害”认作“毁坏”、“黑熊”认作“财物”似有类推之嫌。抛开此点不谈，对于更多的无法明确归属的动物来说，该罪更是没有适用的余地。

418 李本森：《破窗理论与美国的犯罪控制》，载《中国社会科学》2010 年第 5 期。

419 注：如不做特殊说明，“我国”仅指我国大陆地区。

可以说，我国现行的刑法典中无法有效地规制虐待动物的行为，已经与社会对反虐待动物的法律需求[420]脱节。

三、反虐待动物刑事立法沿革

“动物福利”对我们大多数人来说是个既陌生又新鲜的词汇，在国外，人们很早之前就开始关注动物的福利。早在 1822 年，英国人道主义者查理·马丁提出的“禁止虐待动物法案”就在英国议会顺利通过，从此出现了世界上第一部反对人类虐待动物的法律。1824 年，英国成立“防止虐待动物协会”。从此掀起一阵动物保护立法热潮，并迅速扩展至欧洲其他国家。法、德、比利时、爱尔兰、荷、奥等国家相继发起保护动物的运动，并纷纷制定了动物保护法，欧美大部分国家在 19 世纪就基本完成了防止虐待动物的立法。到 20 世纪，亚洲、非洲、拉丁美洲的一些国家也取得了一定进展，立法保护动物。目前世界上已经有一百多个国家出台了有关反虐待动物的法案。

（一）西方反虐待动物的刑事立法

1.英国

英国的 1911 年《动物保护法》规定：因残忍的（虐待动物）行为而被判有罪的，应当承担相应的法律责任，可处以 5 级（标准尺度）以下的罚款或 6 个月以下的监禁；情节严重的，可两者并罚。1968 年《农业法》规定：虐待农场动物，构成犯罪的，依法处以 3 个月以下监禁或 4 级（标准尺度）以下的罚款。1986 年《动物（科学方案）立法》规定：无证人员进行实验、不遵守饲养条件和不提供动物规则的行为，均构成犯罪，应当承担相应的法律责任，可以根据情节轻重判处相应的罚款或 2 年以下的监禁；违反法令繁殖动物的、重复使用实验动物或非法杀害实验动物的，构成犯罪，应当处以相应的罚款或 3 个月以下的监禁。

2.美国

美国《动物福利法》第 19 条(d)规定：该法第 12 条所明确列出的对象故意违反该法规定的，若其行为已经构成犯罪，应对其判处一年以下有期徒刑，或者被处以 2,500 美金以下的罚款，或者并处。第 27 条(c)规定：对于违反本法条(a)或(b)小节中规定的机密信息的动物委员会组织成员，将会被该委员会开除，或要么处以 1,000 美金以下罚款或者 1 年以下有期徒刑，或者要么若是故意违法，则应处以 10,000 美金以下罚款和 3 年以下有期徒刑。

3.德国

德国《动物福利法》在第十二章法律责任中规定，对于“(1)无合理原因杀死脊椎动物，(2)对脊椎动物施以造成其显著痛苦的粗暴行为，或者施以带来长期或反复的显著痛苦的行为”应对

[420] 注：在新浪网 2009 年 6 月的《你如何看我国拟立法规定虐待动物致死者负刑责？》调查中，约占投票总数人数的 89.1%的 57033 人表示赞成：动物也是生命，理应受到尊重，此举将加强人们保护动物意识。虽然该项调查并不能充分代表社会大众的看法，但在一定程度上反映了虐待动物入刑的社会需求。

行为人被判处三年以下的监禁或者罚款。[421]

（二）我国反虐待动物的刑事立法

我国国土幅员辽阔，法律文化博大精深，两岸四地各为不同的法律体系，在反虐待动物立法方面也有着很大的差异。

1.香港

香港地区《防止残酷对待动物条例》第 3 条规定，任何人如若有(a)～(g)项之行为如虐待、疏忽照顾、不适当地运送、打斗、动物进口等方面使动物承受不必要的痛苦的行为，一经循简易程序定罪，可处罚款$200,000 及监禁 3 年。《猫狗条例》第 3 条(2)(d)规定，违反该等规例任何条文而订立罪行和就任何该等罪行规定处以不超过第 6 级罚款以及监禁 6 个月的罚则。

2.澳门

澳门地区立法会 2014 年 10 月 24 日刚刚通过的《动物保护法》第 30 条规定，对于残酷对待动物的虐待行为，并造成动物肢体残缺、重要器官功能丧失或死亡，以及宰杀动物的违法者，处最高三年徒刑或科罚金。

3.台湾

台湾地区《动物保护法》第 30 条第二项规定，违反前项第一款至第三款致动物重伤或死亡，或五年内违反前项第一款至第八款情事二次以上者，处一年以下有期徒刑；第 31 条第二项规定，五年内违反第一项第三款至第六款之一情事二次以上者，处一年以下有期徒刑。

4.大陆

我国大陆现行立法中并没有广泛意义上的动物保护立法，特别是普通动物（相比珍稀野生动物）的立法，但近些年来社会各界对动物保护、反虐待动物的立法付出了不少的努力。

早在 2008 年，中国社会科学院法学研究所就成立了《中华人民共和国动物保护法》（专家建议稿）课题组，于 2009 年发布《中华人民共和国动物保护法》（专家建议稿）向社会征求意见。

但动物保护法不易于为社会大众所接受，课题组随后以中华民族认可的反虐待道德为底线，对国内外的动物保护法制建设问题进行了系统、深入的研究，结合中国的国情，提出《中华人民共和国反虐待动物法》（专家建议稿），于 2010 年提交全国人大常委会审议。并提请全国人大常委会修订《中华人民共和国刑法》，增设虐待动物罪等专条配合《反虐待动物法》。按照该法案之规定，违反法律规定，虐待动物情节严重的，处六个月以上一年以下有期徒刑或者拘役、管制，可以并处罚金；情节相当严重或者造成相当严重后果的，处一年以上三年以下有期徒刑，并处罚金。[422]

---

421 胡珍珍：《我国动物福利立法研究》，硕士论文，郑州大学环境与资源保护法学，2011 年。

422 参见常纪文：《〈反虐待动物法〉（专家建议稿）及其说明》，载《中国政法大学学报》2011 年第 5 期。

四、我国反虐待动物刑事立法的困境与出路

（一）我国反虐待动物刑事立法的困境

从经济角度来说，我国目前仍属于发展中国家，提高动物福利需要很大的经济成本，在现有的经济状态下，实行与西方发达国家接轨的动物保护措施还是有一定障碍的。从法律角度来说，我国目前的法律仅对珍稀野生动物予以特殊保护，普通动物的法律地位问题未能得到确认，仍然是作一般财产的“物”来看待，脱离“财产所有人”无法从法律上保护动物的利益。从伦理角度来说，动物与一般的财物无异，人仍然是动物的主宰者，掌握动物的生杀大权，保护动物福利的观念并没有普遍为人们所接受。

然而从现有的民间保护动物的行为来说，也有很大的问题。保护动物本没有错，但强迫人为善不可为，暴力行善亦需检讨。部分人认为只要是为了解救动物，暴力违法的行为以及对动物使用者造成的威胁在道德上都是正确的，但这些人的态度是令人遗憾的。其不仅影响了公众对动物保护的认知，几个人的违法行为更是让保护动物的反对者从中获益。没有法律的约束，使得虐待动物者与动物保护者或曰尊重自由或曰尊重生命，各执一词，冲突不断，严重影响了社会的稳定与和谐。

（二）我国反虐待动物刑事立法的出路

1.法律制度的健全

立法是构建法律制度的一个重要环节，虽然《反虐待动物法》（专家建议稿）已经提交全国人大常委会审议，但人大及其常委会何时讨论、审议、修改、通过、实施，这一切都是未知数。与此同时，这部法律只是我国反虐待动物立法的第一次尝试，并不像一部可以立刻实施的法律草案，与我国的现实仍有一定的距离。其并没有被社会大众所广泛理解，草草推行有可能会引起社会上的反感，执行起来难度较大。因此需要完善相关法律制度，明确动物的法律地位，提高动物福利，并通过法律来保障实施，以保障反虐待动物刑事立法在中国的顺利实施。

有部分观点认为，现阶段人的权利尚难以充分得到保障，推行保护动物的权利（福利）简直是天方夜谭。但笔者认为：第一，对人权的保护的不充分并不能停止推行动物福利，动物福利保障和人的权利保护是并行不悖的两个方面；第二，推行动物福利其实更是对人的权利保护，动物得到保护也是对人的尊严的肯定，也更能促进人与人之间的尊重与友善。的确，这种观点也是现阶段推行动物福利不得不面临的困境，因此在现阶段，也不能过分盲目地推崇直接对动物的保护，只能通过“旁敲侧击”的方式，逐渐提升动物的地位，从而更好地保护动物。

因此，笔者认为在现阶段，直接推行“虐待动物罪”阻力可能较大，较为可行的方法就是在刑法中新设“故意传播虐待动物影像罪”。通过刑法刑罚，对“以宣传、鼓励虐待动物为目的，传播虐待动物的图片、声音或者影像情节严重或造成严重后果的”行为加以规制禁止。该罪客观上

仍然是对人的社会秩序以及公序良俗的一种维护，但却可以在一定程度上减少虐待动物行为的发生，从而为虐待动物入刑奠定基础。当然这只是笔者为现阶段困境提供的一种可供选择的解决路径，最终还是为了推动虐待动物入刑。

2.伦理观念的树立

动物是非人类存在物的重要的组成部分，对保护动物的理解不能单单理解为是为人类更好地生存、为人类自身利益的一种制度措施。从伦理的角度来说，生命是神圣的，只有当一个人认为所有生命，包括人的生命和一切生物的生命都是神圣的时候，他才是伦理的。

史怀泽认为，动物保护运动在欧洲哲学那里得不到什么支持，其未承认善待动物与善待人类是绝对相同的伦理要求，但在中国思想中，人和动物的问题早就具有重要地位，而且，中国伦理学原则上也确定了人对动物的义务和责任。并指出了问题，“然而中国伦理学并不能够教导民众真正对动物行善。中国思想的静止状态出现得太早了，僵化在经学中，停留在思想上，没有进一步发展”。[423]正因如此，更是需要加强动物福利伦理思想的教育、强化相关企业人员的动物伦理意识并通过大力宣传培养社会大众的动物福利伦理观念，不能让保护动物的宣传教育流于表面。树立动物保护伦理观念，从而为反虐待动物刑事立法创设条件。

3.民间组织的设立

民间组织在国际上被称作 NGO(Non-Governmental、Non-Profit Organization)，定义为“志愿性的、以非营利为目的的非政府组织”。民间组织的社会调整机制是环境资源保护领域中第三种调整机制，其可以社会舆论、社会道德和公众参与等非行政、非市场方式进行调整。[424]例如英国防止虐待动物协会（RSPCA）是世界上最久且最著名的动物福利组织，为英国排名第六大的慈善机构。他们与全世界的类似组织及团体，或政府的主管部门等一起合作，从事防止虐待动物，促进动物善待的工作。此外，在制订任何有关动物的法令之前，都会先征求 RSPCA 的意见。

动物保护民间组织以防止虐待动物、促进动物保护为目的，并且在经济上不依赖于任何组织和个人，其特性决定了其活动行为的单纯性和目的实现的彻底性。同时动物保护的民间组织也是公众参与动物保护的有力形式，唤醒公众保护动物的意识，带动公众的积极性，为反虐待动物刑事立法提供广泛的群众基础。

结语

在人类社会高度文明的今天，为动物立法已经是国际社会的发展趋势。我国为动物立法不仅是适应国际社会的需要，更是促进人与自然协调发展、促进社会和谐的需要。现阶段以反虐待动

423 [法]阿尔贝特·史怀泽：《哲学和动物保护运动》，载[德]汉斯·瓦尔特·贝尔编：《敬畏生命》，陈泽环译，上海社会科学院出版社 1995 年版，第 72—77 页。

424 参见蔡守秋：《第三种调整机制——从环境资源保护和环境资源法角度进行研究(上)》，载《中国发展》2004 年第 1 期。

物立法为突破口，率先在刑法中禁止虐待动物，这只是逐步保护动物、提高动物福利的第一步，也是十分艰难的一步。但这却是促进生态文明建设、社会和谐稳定必不可少的一步。

对于反虐待动物的刑事立法、虐待动物的人会受到刑事处罚，很多人对此都认为不可理喻甚至对持这种看法的人恶语相向，但笔者在这里想借用汤姆·睿根的话来结束这篇文章：尽管我们经常被视为非理性的极端主义者，我们却欢迎这种就事论事的讨论而不是人身诋毁。我们相信在公平的辩论中，我们的立场终将获得承认。每当批评者们希望表达反对意见并且愿意进行公平对话的时候，我们就高兴地说（引用林登·约翰逊总统的名言）：“来吧，让我们好好讲讲道理。”[425]

[425] 前引[2]G.L.弗兰西恩书，第98页。

论专利制度的正当性——以利益平衡论为基础

卢桐*

摘　要：专利制度可以被看成是平衡专利权人的个人利益与社会公共利益而做出的制度设计，旨在激励创造和对知识产品需求的社会利益之间实现理想的平衡。所以利益平衡就成为专利制度价值构造的重要因素，也是专利制度所追求的价值目标，而专利制度的价值目标也恰恰是专利制度正当性的体现。故笔者以利益平衡论来论证专利制度的正当性，使人们更好地认识这一制度，并发挥起在社会生活中的作用。

关键词：专利制度　利益平衡论　个人利益　公共利益　正当性

引言

对于专利制度正当性的探讨一直都是法学研究的重要内容之一，也是社会各阶层所探讨和争论的焦点。从法律意义上讲，正当一般是指人的行为、要求、愿望等符合社会的政策和行为规范的要求；而作为一个制度的正当性，则主要考量该制度的终极目标是否符合社会发展的需要和人民的利益。

专利制度的设立，其目的在于使得赋予专利权人的专有权和拥有一个开放与竞争性市场的公众利益之间达成精确的平衡，以实现专利权法公平正义的价值目标。[426]并且在我国知识产权司法实践中也体现了对利益平衡问题的重视，最高法有关判例指出：专利法的立法宗旨是“既要明确受保护的技术方案，又要明确社会公众可以自由利用技术进行发明创造的空间，把对专利的合理保护和对社会公众提供足够的法律确定性结合起来。”正是在此意义上，笔者认为利益平衡论可以作为建立专利制度的理论基础。

一、专利制度理论——利益平衡论的起源

“专利”的英文 Patent 一词来源于来源于拉丁文的 Letters Patent，其意义是“敞开”。在中世纪的英国，指一种盖有国王玉玺，没有封口，人人可以打开阅读的文书，即说明其内容是公开的，且在英文中也包含专有、独占的意思。这些都暗含了专利两个最基本属性——公开和垄断。所谓公开，即指发明创造人为了获得法律授予的专有权利而必须将自己的技术方案予以公开，旨在传播和发展技术，给社会公众带来利益，从而促进全社会的技术创新与经济发。所谓垄断，指

* 卢桐：2014 级知识产权专业本科生。

426 吴汉东著：《知识产权法学》第六版，北京大学出版社。

法律给予发明人一定时间的对发明创造独占权或排他权的享有，任何人不得侵犯其权利，旨在建立一对权利人的保护机制，避免“搭便车”现象的出现从而影响到发明人或设计人劳动积极性、创造性。[427]由此可见，专利制度设立之初实际上便是在寻求个人私欲权利和社会公共利益的一种平衡。

然专利制度设立之初的理论基础却并非利益平衡论，此理论的出现是随着社会的不断变迁，专利制度的不断完善和发展而逐渐形成。当社会经历着从个人本位到社会本位，再到现在追求两种价值观的协调与整合，与之相配套的理论学说也在不断完善，以适应社会的需求，从最初的自然权利论到报酬论和发明奖励论，再到契约论。[428]但它们都或多或少存在一定的缺陷与不足，有的侧重于个人权利的保护，有的过于强调对国家、社会经济的促进和发展，并且难以解释专利法中某些具体的制度内容：专利的时间地域限制、专利的实质条件审查等。

而利益平衡论的出现，是对前述几种理论学说的完善和发展，亦是对社会本位和个人本位两种价值观的协调的追求。在专利法中，围绕专利产品的生产、传播和利用而形成了多个不同的利益主体：国家利益、专利权人的利益、发明者的利益、专利用户的利益，而专利用户的利益又包括出于商业目的利用的竞争者利益与出于非商业目的为了获取知识和信息而利用专利的普通用户利益，所以专利法的目的即是在这些利益间进行协调，平衡各方利益。作为专利法存在合理性的基础——专利制度的正当性，即可通过利益平衡论予以验证和支持。

二、专利制度的正当性

“在法的创制过程中，认识各种社会利益是法的创制活动的起点……对各种利益作出取舍和协调，是法的创制的关键。”[429]作为协调专利权人的利益与专利品中其他利益主体的利益关系的专利权法更不例外。专利法保护的不仅是权利人的私人利益，还保护社会公共利益，所以利益平衡原则就成为专利法价值构造的最重要因素，也是专利制度所追求的价值目标，而专利制度的价值目标也恰恰是专利制度正当性的体现。对专利制度正当性的研究，最重要的因素就是利益平衡。

（一）专利制度理论——利益平衡论存在的基础

著名的社会法学家罗斯科·庞德的社会学理论——将法律视为一种协调、均衡各种利益冲突的社会工具，为利益平衡论提供了法哲学的基础，而专利制度中的利益平衡即要求全面考虑国家、社会公众与个人间的利益，寻求他们的平衡点。[430]

而作为专利权的保护客体——专利产品，其为一种无形的智力劳动产品，这一特性就决定了它与一般有形财产的差别，作为一非物质性的知识形态的产品，它不能被人们在事实上占有和控

[427] 贾瑞瑞：《试论专利制度的正当性》，载《法制与经济》2011 年 8 月刊，总第 284 期。
[428] 冯晓青、刘友华著：《专利法》，法律出版社，第 38 页。
[429] 孙国华、朱景文著：《法理学》，北京大学出版社 1995 年版，第 67 页。
[430] 贾瑞瑞：《试论专利制度的正当性》，载《法制与经济》2011 年 8 月刊，总第 284 期。

制，一旦被公开就可以为许多人利用，但是专利权人本身并不能行使或充分行使其知识产品，须通过他人对该产品的使用和传播方能实现经济效益，所以它的保护与其他财产不同，而是以公开为代价来给予其一定期限并受法律限制的垄断权。一方面通过授予专利人以专利权这种私权来保护其财产权利和精神权利，并给予一定期限的垄断权以激励其进行智力创造；另一方面也要防止这种权利垄断妨碍社会公众对该知识和信息的接近，从而阻碍成果的传播和社会的进步。[431]因此，专利产品的特殊性也成为利益平衡论产生的一个重要基础因素。

（二）利益平衡论在专利制度中的诠释及价值

专利制度在内容上的设立，均彰显着利益平衡原则的运用：一是专利权的权利授予方式的平衡。一项成果不是凭空产生的，它凝结了发明人的劳动创造，所以专利制度的设立是对其付出的劳动予以肯定，让其从劳动成果中获益，进而激励创造。但是对于一项专利权的授予，专利法也具有严格的条件限制，既包括专利审查的实质条件，也包括后续的申请程序、文件等条件，其目的即在于确保授予专利的质量，防止部分个人以现有技术申请专利，从而损害社会公共的利益；并且专利法规定了几种不授予专利的情形，包括科学发现、智力活动的规则和方法、疾病的诊断和治疗方法等，这些情形的规定也是基于公众利益的考量。其次，专利的授予以公开为对价，这样的“公开”不仅可以实现权利人的产品价值，也可以让社会公众从其成果中受益；并且可以避免其他人再做同样的研究，既节省人力资源，又节省社会资源。[432]

二是专利权的有限专有与最终进入公有领域的平衡。这种平衡体现于知识产权保护期限或者说有效期的限制。知识产权专门法律规定知识产权具有有限的保护期，其目的在于避免知识产权私权永久性地被个人占有，使知识产品来源于社会而最终又回归于社会，使社会公众最终能够不受任何限制地自由获取知识和信息。

三是专利权的权利行使方式的平衡。该平衡体现在：专利权人在行使自己的专有权时，以不损害社会公众利益为前提。专利权人在法律规定的范围内可以充分地行使自己的权利，社会公众也应当保障权利的正常行使。但是，权利的行使不能因此影响到公众对知识和信息的正常利用。[433]

如此下去，就会形成一个良性的循环，无论是对权利人，还是整个社会的发展都具有重要意义。且我国《专利法》将立法目的规定为“保护专利权人的合法权益，鼓励发明创造，推动发明创造的应用，提高创新能力，促进科学技术进步和经济社会发展”。这一目的的规定也是利益平衡论在专利制度中的诠释及价值。

---

[431] 王立平：论专利奖赏制度，载《“国家知识产权战略实施策略与绩效评价”国家研讨会》2009 年第 19 页。
[432] 冯晓青：《知识产权法利益平衡理论》，中国政法大学出版社 2006 年版。
[433] 冯晓青：《利益平衡论：知识产权法的理论基础》，载《学术论坛》2003 年第 6 期，第 18—19 页。

三、专利制度正当性面临的挑战与回应

专利制度从建立至今已有几百年的历史。在这期间，人们对专利制度的认识的探讨一直没有停止过，并且存在激烈的争论，其中对专利制度否定或负面评价的声音也时常可以听到。有观点认为，专利制度给予了权利主体垄断权，这种权利应该取消，它阻碍了社会的进步和发展。但我想人们之所以有这样的看法，其原因在于没有看到此“垄断权”取得的前提和条件，没有看到这个制度背后蕴含的利益平衡意义，一定时期的垄断权与其对公共利益的贡献两者其实并不冲突。

（一）利益平衡论面临的挑战

现在社会存在一现象，即基于垄断而价格高昂的专利药品背景下的专利权与公共健康权冲突凸显。由于发达国家拥有全世界绝大多数的药品专利，药品专利人为收回投资或进一步开发新药，势必将药品价格维持在一个较高水平上，而这对于发展中国家或发展水平较低的国家而言，其民众难以承受药品的相对高价。[434]这导致药品专利权与健康权冲突异常尖锐，也对专利制度的法律框架提出严重挑战，最终迫使专利权人暂时“放弃”专利权，对该药品专利实施强制许可，也导致了发达国家药品专利人的权益和发展中国家的公共健康利益的不平衡。且随着经济时代专利重要性的提升，专利已不再是纯粹的法律概念，而变成企业关注的经营概念，于是策略性专利、专利池等现象也相继而生，这使得专利通过微不足道的代价即可获得，从而鼓励面对面谈判的企业相互之间的专利组合竞赛，还可能耗费社会资源，增加经济运行成本，阻碍其他企业的进入进而阻碍创新。如此下去，专利制度的良性循环将被破坏，由此带来的问题是，在后工业时代，专利体系是否还能实现社会利益与个人利益的平衡？

（二）利益平衡论对上述挑战所作回应

首先需要指出的是，我们所主张的以利益平衡论作为专利权法的理论基础，并没有否认不平衡的现实性；相反主张平衡，正是因为存在不平衡。[435]尽管基于平衡是暂时的现象和状态并可能随时被打破，却不能因为这种“暂时”的平衡而否认平衡的价值——原有的平衡被打破后，会在新的环境下形成新的平衡。诚如上述挑战中，药品专利人的权益与社会公众健康权益出现不平衡，但是国家可通过暂时性的强制许可使之形成新的平衡，待紧急状况消失，再予以恢复药品专利人的权利。专利权法的发展也正是在这种利益平衡与不平衡的矛盾中发展的，但总体上是趋向于平衡的。特别是专利权法与技术的发展、社会的进步有极大的关系。

渐渐地，随着技术的发展和社会的进步，作为专利权制度基石的利益平衡状态会产生相应的变化。[436]这种变化的一个趋向就是使原来的利益格局被打破，致使原有的平衡状态走向失衡状态，

[434] 冯晓青、刘友华著：《专利法》，法律出版社，第 45—47 页。
[435] 冯晓青：《利益平衡论：知识产权法的理论基础》，载《学术论坛》2003 年第 6 期，第 18—19 页。
[436] 吴汉东：“知识产权法的平衡精神与平衡理论——冯晓青教授《知识产权法利益平衡理论》评析”。

诚如一些策略性专利、专利池现象的出现。为了使专利制度在新的环境下继续协调专利权人和社会公众利益关系，以产生理想的社会效用，这就需要对保护专利权的法律制度进行调整，重新规制权利人的权利义务。也只有这样才能使之继续成为鼓励知识创造和扩散、促进文化进步和经济发展的制度。

四、结语

专利制度的理论基础——利益平衡论，它总是相对的、动态的平衡，而不是绝对的。在不同的国家，不同的科技、经济和文化发展的环境，包括同一国家的不同时期，专利权法中利益平衡的取向相对来说都是有所侧重的。例如，发展中国家经济、技术和文化发展比较落后，与发达国家的专利权法相比，在利益平衡的天平上可能更加倾向于公众接近和使用知识与信息的利益；随着发展中国家经济、科技和文化的发展，这种利益的天平也会向权利人倾斜，当然这与在国际化影响下对专利权保护的加强也有一定关系。总的来说，尽管利益平衡在不同国家不同发展阶段侧重点有所不同，但它作为建构专利权法律制度的理论基础是毋庸质疑的。正是在此意义上，本文将其视为建立专利制度的理论基础。

深谋远虑的理性——《程序比较法》读书笔记

张滢*

古语有云：“公道自在人心。”即是说明，对于是非曲直每个人心里都有一杆秤，这个秤叫做理性。但是人是理性与感性相交杂的动物，而现实中的公正不是取决于多数人的偏好，而是取决于多数人的理性，因此当人们为了维护公正而需要实现和保障理性时，程序就应运而生了。

在成文法体系中，程序法又称为形式法，因此在这里我们就面临着一种实质正义与形式正义的冲突。实质正义通俗地讲是指无论过程如何，追求一种结果上的正义。而根据作者的观点，司法审判是一种不完全正义的场合[437]，保证程序正义的结果并不一定指向实质正义。面对这种冲突，我也在作者的文章中找到了答案。实际上，作者倡导的是一种新程序主义，即其认为现代程序并不等同于形式，并且程序与实体结果是相互作用的，具体包括以下两个部分。

首先，程序中包含了实体的内容，一条程序性的原则也能同时体现实体的正义。例如，民事诉讼中双方当事人均有权委托代理人，提出回避申请，提供证据，进行辩论，提起上诉，申请执行[438]，这恰恰是保证了双方当事人在平等的基础上进行诉讼，与实体法中的平等原则对应。再如民事诉讼法中规定的当事人的真实义务、证据失权以及申请回避等制度体现了实体法中的诚实信用原则。同样地，民诉法中的调解制度必须本着当事人自愿的原则，也对应了民事实体法中的自愿原则。因此，程序不应该被视为一种单纯的手段或形式，而是能体现实体法中的内容并将之具象化。

其次，按照作者的观点，程序对于实体法还具有补救的作用。大家都知道，在新旧法交替时有实体从新、程序从旧的规则。一部法律的修改应是与经济、社会相适应的，应具有一定的先进性和科学性，但是由于实体法关系到一个法律关系最重要的内容问题，不能轻易改变，法律不能对其颁布以前发生的事进行调整，在这种实体法从旧的规则下可能会导致一些不合理的情况发生，此时需要发挥程序正义的作用，通过较为灵活的程序法予以纠正和补救。这就应了作者的观点：程序合成物能够成为实体合成物的基础和催化因素。

作者在论述到程序的功能性原则时，认为中立原则是一切程序中共通的必不可少的因素。作者特别强调了程序中立性与决定者中立性的区别，但其只是一笔带过，并没有过多赘述。为此我

* 张滢：2013 级知识产权专业本科生。

437 J.罗尔斯《正义论》。

438 《中华人民共和国民事诉讼法》第四十九条：当事人有权委托代理人，提出回避申请，收集、提供证据，进行辩论，请求调解，提起上诉，申请执行。当事人可以查阅本案有关材料，并可以复制本案有关材料和法律文书。查阅、复制本案有关材料的范围和办法由最高人民法院规定。当事人必须依法行使诉讼权利，遵守诉讼秩序，履行发生法律效力的判决书、裁定书和调解书。

查阅了相关资料。程序是预先设定好的解决法律事务的顺序、方式和方法。公正程序要求任何进入程序之中的当事人都不应因程序的设计而受到不公正的对待或者得到不应有的优待。而作为判断公正程序的重要标准，程序中立性原则是指程序的裁判者应承认所有的程序参与者是具有同样价值和值得尊重的平等的道德主体，因此必须给予他们同等对待。程序中立性的要求早在古罗马“自然正义”原则中就得到经典的表述。根据“自然正义”原则：一方面任何人不得作为自己案件的法官；另一方面应当听取双方当事人的意见。美国学者戈尔丁在吸收了“自然正义”观念的基础上将程序中立的内容阐释为以下三项具体要求：1.任何人不能作为自己案件的法官；2.结果中不应包含纠纷解决者个人的利益；3.纠纷解决者不应有支持或反对某一方的偏见。在司法审判中，法官是纠纷的解决者，也就是决定者，所以我认为在审判程序中，程序中立性是自然涵盖了决定者中立性的。至于作者所说的两者的区别，应更多的体现在行政程序中。这一点作者也在文章中予以了说明。行政过程中，决定者为了实现既定的目的而很难做到不偏不倚地做出行政决定，因此也就不可能实现所谓的决定者中立性。但在行政决定作出后，如何能让行政决定的相对方接受这项决定、如何使其受到合理的补偿，就需要发挥程序中立的作用了。

在文章的结语部分，作者向我们传达了一种观念，即现代程序既保护当事人的权利，也保护决定者的权利。关于程序保护当事人的权利很好理解，一项正义、合理的程序会使双方当事人处于平等的地位，给予双方充分的、自由的发言机会，给予其发言的自由，但也要求当事人对自己的行为负责，以维护程序的正统性[439]。至于程序如何会保护决定者的权利，作者认为只要法官忠实于程序，那么其做出的审判无论造成什么样的严重后果，原判法官都不受追究，所以反过来程序也有效地保护了法官。这让我想起了 2015 年 9 月 21 日发布了《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》，其中明确了，法官应当对其履行审判职责的行为承担责任，在职责范围内对办案质量终身负责。乍看之下，两者似乎矛盾，但是细究发现，该《意见》中规定的必须追责的七种情形全部是审判者在审判程序上的瑕疵，并且《意见》同时明确了几种免责情形，包括因对于实体法的理解和认识不一致、对案件基本事实判断存在争议和疑问等情况而造成的审判结果错误。也就是说，只有审判者不忠于法定程序时才会被追究责任，这就更加应证了作者的程序保护决定者这一观点。

程序作为制度化的基石，其完备程度可以视为法制现代化的根本性指标。真正的公正绝不仅靠存在于人心的“公道”，更需要公正的程序保障。

439 《法律制度——从社会科学角度观察[M]》[美]L.M 弗里德曼：“正统性基本上是程序问题，是对法、过程以及制度的信赖问题，而不是对于结果的信赖问题。”

民事诉讼中调解活动的一些思考

殷方迪*

调解是现代法治社会中一种常见的纠纷解决手段，建立在当事人自愿基础之上，由法律为其创设一个平台，在第三人主持下，当事人彼此之间进行交流沟通，各自做出让步，对自己的实体权利进行处分，创造他们自己的结果，然后由法律赋予其约束力，当事人可在判决前任意时间内提出调解申请，也可在调解过程中随时退出，继续选择诉讼，充分体现当事人自治的原则。可以看出，有一些案件更适合用调解方式加以解决，如对于那些事实基本明确的案件，双方当事人对于原告胜诉的几率有了大体一致的预测，此时已经没有辩论的必要，当事人出于声誉等考虑，会选择这种非诉方式解决纠纷；或者是具有特定社会关系的当事人，引导他们选择调解更有利于社会秩序的稳定。也表现了与刑事诉讼相比，民事诉讼活动更加具有弹性，多方利益可通过彼此协商谈判得以平衡，不容易产生争议。

调解本身是多元化解决纠纷机制的表现，同时调解也具有多种途径，包括人民调解委员会调解，行业协会调解，专业调解中心调解，职业调解人调解等，这些被称为诉外调解。而在法院主持下的调解被称为诉内调解，二者区别不大，诉内调解的效力比起诉外调解更强。一般而言，法院的调解书作出后，具有与判决、裁定相当的司法效力，一方当事人拒不履行调解书内容的，另一方当事人可以申请人民法院强制执行。而诉外调解一般是达成调解协议书，调解协议书一经达成，立即生效，对当事人产生约束力，不得擅自变更或者解除协议。从本质上而言，调解协议是当事人之间达成的合意，是一种合同关系。当事人若对调解协议书的内容不满，拒绝履行，则另一方当事人可向人民法院提起诉讼。而不满的一方当事人则因为协议本身合法有效而失去了诉讼的权利。相应地，不满的当事人可寻求审判监督程序的救济，但是提起救济的事由是针对调解书或者调解协议本身而言的，也就是说，在因调解活动所提起的诉讼中，包括两种情况，一种是调解协议或者调解书存在《合同法》规定的合同确认无效的瑕疵，如协议书的制定时存在欺诈胁迫行为，或者协议书内容违反法律等，法院针对协议本身的内容进行审查。另一种是法院就协议书的执行进行审判。而无论哪种，都不涉及之前的原有纠纷，表明除非是协调解书或者调解协议本身有重大瑕疵，才能对原有纠纷重新进行审理，否则当事人意思一经做出，就没有了可回头的余地。这表现了，虽然法律在创设调解机制时是出于当事人自治原则，但是也对此进行了限制，使得当事人处分自己的权利时更加慎重，更加深思熟虑，也使得纠纷处理的结果更加科学，更加接近正义，同时避免了因对法院判决不服产生的上诉等问题，减轻了法院的工作量，节约司法成本。

* 殷方迪：2013 级知识产权专业本科生。

前文提起当当事人之前存在特定的社会关系时，法院往往会鼓励他们进行调解以维护社会安定和谐。我们不禁开始思考，在我国，法官同时担当着审判员与调解员的角色，也就意味着即使当事人选择了调解，法官也不可能完全任由当事人合意选择，他会进行一定的干预以维护法律的权威，监督当事人是否规避法律或者损害第三人的利益，维护社会秩序等，这种职权主义色彩浓厚的模式可能会压制当事人合意选择。不仅是法庭调解会以法律的角度去评价、干预当事人的合意，我国的调解员普遍存在这个问题，这与美国存在重大差异，美国的调解往往更加注重当事人的内心考虑，而不以法律的角度对当事人的合意进行评估。并且，我国调解员往往会以自己所认为的公平正义对当事人进行说服教育，替代当事人提出解决方案。而美国调解员在与当事人对话的过程中更多地扮演倾听者的角色，先等待当事人自己提出解决方案，然后再帮助当事人形成该方案。举个例子，一个家长给了两个孩子一个苹果，围绕这个苹果该怎么分的问题，中国调解员会把苹果一分为二，告知两个孩子这是最公平的结果。然而美国调解员则会询问两个孩子的想法，或许其中一个孩子会将自己的玩具送给另外一个孩子以期得到整个完整的苹果。以调解取代诉讼活动的本意是为当事人提供机会改变其彼此相处的机会，为当事人创建相互理解的关系状态，通过对话发现共同获益的机会，当事人的具体状况、心理预期等都会影响调解的结果，而这些往往是不会被调解员所得知的，因此究竟如何解决才能真正满足各自的需求只能通过合意解决机制来实现。因此，调解过程中调解员应当更多地注重程序性事项，而非对当事人的说服教育。

另外上文所说法院审调不分，拥有双重职权，法官在经过审理后对案件有了自由心证，而在调解过程中又需要维护法律，这导致了法官的判决与调解存在高度重合，使得真正的合意难以达成。我认为这并非是由于审判与调解不分造成的，诉内调解与诉外调解并非我国独有，只要存在诉内调解，任何法官都会以其专业知识对当事人产生影响。原因应在于我国并没有真正做到当事人主义，总以法律为出发点，而并非当事人的需求。这也是大陆法系的特征所造成的，成文法体系下，维护法律的稳定与权威是最重要的。但是将审判权与调解权分开，弱化诉内调解的强制色彩，法律可以作为最后的底线但不是对当事人的耳提面命，尊重当事人选择，仍然是调解制度的核心所在。

最后由于调解是民事诉讼法中的重要制度，我们往往会以为调解也需要有特定的程序，但调解本来就是为了减轻法院审理的压力，如果再为其配套各种程序，反而不容易达到节约司法成本的目的。并且出于对当事人意愿的尊重，程序也应当在当事人的合意选择之中,因此调解作为程序事项，反而没有那么高的程序要求。但是我们在强调调解的当事人自治原则时，也应当考虑到调解是双方利益衡平的过程，也是双方力量进行角逐的过程，由于程序的缺乏，真正的合意可能被力量强大的一方所压制，因此如何做到既淡化调解的强制色彩，又保障弱势一方的利益，实现公平正义？首先，树立调解者的权威，同时建立一定的程序对调解者进行监督，防止其借助公权力压制合意，而真正对抗调解双方力量不平等所带来的压制后果；其次，为弱势一方建立良好的救济程序，这种救济并非仅仅是民事救济，还应包括刑事手段以及社会保障体系等。

劳务派遣的爆炸时代，法律该何去何从？

——苏州工业园区劳务派遣岗位“三性”规定适用情况调研及对策研究

雷蕾 马晓萌 张诗媛 叶郑庆 祁天越*

摘 要：随着经济的发展，我国一些劳动岗位上开始出现了大量有别于传统的非典型性“劳动三角关系”（用工与招工相分离）——劳务派遣。但法律对这些岗位的规定具有滞后性和不科学性，而学界对于劳务派遣岗位性质的研究也难以满足实践需求。针对实践中暂时无法解决的问题，我们团队成员借助此次社会实践的机会，以苏州地区“三性”岗位规定适用情况的系统调研为切入点，结合国内外立法规定和学说理论，研究现存问题及其原因，并通过与多方的沟通与合作探寻出可行的建议。最终拟达到以点带面之效果，对我国劳务派遣岗位“三性”的推行提出具有可操作性的意见与建议。

关键词：劳务派遣 三性岗位 适用范围 域外经验

前言

2012 年全国人大常委会通过的《劳动合同法修正案》对劳务派遣的适用范围进行了严格的限制，并对“三性”岗位进行了具体的界定。2013 年人力资源部和社会保障部审议通过了《劳务派遣暂行规定》，对用工单位使用劳务派遣劳动者的人数比例提出了要求。之后，各省、市也根据自身发展需要制定相关条例以完善劳务派遣制度，如江苏省于 2013 年公布的《江苏省劳动条例》等。今年以来，劳务派遣“三性”规定也是备受社会各界人士的关注，既有来自两会期间人大代表罗双全、政协委员阚珂的倡议，也有来自中石化裁员 200 万的反思。但是，不可否认的事实是，“三性”岗位的法律规定难以落实，理论研究对于解决劳务派遣滥用问题又收效甚微，然而，为了保护劳动者的合法权益就必须正视这些问题，切实有效地解决这些问题。

苏州市工业园区以 CBD 建设为龙头，集聚各类银行与专业商务机构 140 多家，环金鸡湖区域成为苏州新的商业文化中心；以全国首个服务外包示范基地为依托，集聚服务外包企业 950 家、

* 雷蕾等：2013 级法学专业本科生。

从业人员 4.5 万人。以全国首家综合保税区为平台，引进注册生产、物流、贸易企业 174 家。客观地说，劳务派遣的兴起对于工业园区的劳动力市场产生了很大影响，也不可避免地对当地的经济、社会、文化等各方面产生了程度不同的影响，全面了解“三性”岗位在这一地区的适用情况、存在问题并提出对策是十分必要的。

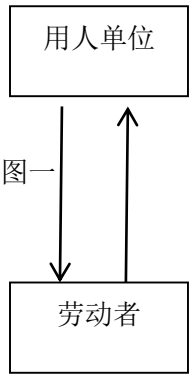
为了了解情况，我们借助此次暑期社会实践的机会，查阅资料，走访工业园区的劳动局、法院以及相关的用工单位和派遣单位，具体调研成果如下：

一、中国劳务派遣“三性”制度研究

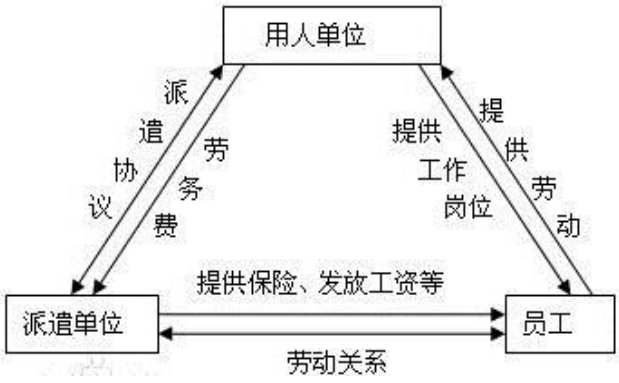
（一）劳务派遣“三性”原则的理论分析

劳务派遣又称人力派遣、人才租赁、劳动派遣、劳动互动力租赁、雇员租赁，是指由劳务派遣机构与派遣劳工订立劳动合同，并支付报酬，把劳动者派向其他用工单位，再由其用工单位向派遣机构支付一笔服务费用的一种用工形式。劳动力给付的事实发生于派遣劳工与要派企业（实际用工单位）之间，要派企业向劳务派遣机构支付服务费，劳务派遣机构向劳动者支付劳动报酬。劳务派遣业务是近年我国人才市场运用一种新的用人方式，可跨地区、跨行业进行。不难看出，劳务派遣打破了劳动关系仅束缚于劳动者和用工单位之间的局面（图一），而纳入了一种类似于劳动力中介的环节，俗称的劳务派遣公司，也就是招工单位，从而形成了有劳动者，派遣单位，接受派遣单位这种三角关系（图二）。

图一



图二



劳务派遣作为新型劳动关系的典范，对于促进劳动关系发展有着相当大的优势，第一，“不求所有，但求所用”是劳务派遣制的一个显著特征，特别适合于那些非公有制企业、国企改制企业和那些经营发展变化比较快、不同发展阶段或不同发展时期对人才需求又不尽相同的单位。第二，“你用人，我管人”可以使用人单位的经营管理者能够更专心于事业的发展和企业的生产经营。第三，劳务派遣机构“一手托两家”，更有利于劳务供需双方的双向选择和有关各方权利的保障，这是劳务派遣制的一个带有根本性的好处，也是这种用人模式独特的机制。

然而在利益驱使下，用工单位过于热衷地采用派遣工对于劳动者利益有着很大的伤害，所以对于限制劳务派遣势在必行，其中重要的一方面，就在于严格限定可以适用劳务派遣的岗位类型，也就是本次社会实践的主题——劳务派遣岗位需满足“三性”，分别为临时性、辅助性和替代性。要想真的对劳务派遣带上枷锁，对于三性的解读就十分有必要了。

从理论层面上来讲，首先，临时性是指劳务派遣中接受派遣的单位为派遣员工提供的工作必须是短期可完成的临时性的任务，法律将其具体化为劳务派遣协议约定派遣期限为不超过 6 个月的，劳动者在期满 6 个月时应当终止在用工单位上班，返回劳务派遣单位。用工单位继续使用劳动者上班违法，同时劳动者主动留下工作也同样违法。其次，辅助性这一要求目前法律来讲，还是较为主观的，“辅助性”工作岗位也多由用工单位负责确定，与被派遣的劳动者无关。但为了保护劳动者权益，作为用工单位的员工，如果有什么异议可以向本单位提出质疑。是否需要派遣，由用工单位与劳务派遣单位协商决定。最后，替代性是指否由派遣单位派遣人员到用工单位来替代原来工作人员的岗位，由用工单位与劳务派遣单位协商决定。三性规定目的在于提高劳务派遣的准入门槛，但在此需要说明的是三性规定并非需要全部符合，而只需符合一项即可适用劳务派遣。此外在满足三性规定的同时，劳动关系中其他原则性规定例如“同工同酬”等等均需要遵守。

（二）劳务派遣“三性”原则的实践层面分析

从理论层面理解三性，是一种较为狭义抽象的解释，其与实践可能存在着较大出入，因此我们还必须从实践方面加深对三性的认识。

从实践层面来说，最为重要的就是立法活动，而若想要揣度立法者的意图，则需对整个立法过程有所了解。众所周知，劳动合同法在出台之前，在“全社会广泛征求意见”，并由全国人大常委会进行了四次审议，对劳务派遣及派遣范围的规定，也在不断的变动中。一审稿未专节规定劳务派遣，也未对派遣范围作出规定，只是对派遣机构设立进行了规范；二、三审稿专节规定劳务派遣，规定“劳务派遣一般应当在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施，具体工作岗位由国务院劳动行政部门规定”。二、三审稿出现了后来被称之为派遣“三性”原则的“临时性、辅助性或者替代性”规定，而且是以强制性规范的形式出现的；四审稿规定“劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施，具体工作岗位由国务院劳动行政部门规定”，由强制性规范变为了任意性规范。2008 年 5 月 8 日，国务院法制办公布了劳动合同法实施条例草案，并向社会各界广泛征求意见，草案共有 45 条，其中第 38 条规定：用工单位一般在非主营业务工作岗位、存续时间不超过 6 个月的工作岗位，或者因原在岗劳动者脱产学习、休假临时不能上班需要他人顶替的工作岗位使用劳务派遣用工。通过该条款对派遣“三性”原则进行限制，使派遣范围进一步缩小。但是，出人意料的是，在正式出台的实施条例中，该条款并未被保留，《劳动合同法》第 66 条仅规定了：“劳动派遣一般在临时性、辅助性和替代性的工作岗位上实施”。[440]而到 2012

[440] 高丽华：《“三性”原则视角下我国劳务派遣立法发展方向研究》，华东政法大学硕士论文，第 3—4 页。

年全国人大常委会通过的《关于修改〈中华人民共和国劳动合同法〉的决定》》(以下简称《劳动合同法修正案》)第六十六条规定:“劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式,只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

从立法过程可以看出,派遣三性原则经历了无规定——严格规定——放松规定——回归严格规定的演变。由此我们也可以看出立法者由一开始由于对劳务派遣的不熟悉,呈现一种起伏波动不定的状态,故而采取了一种谨慎保守的做法,之后由于劳务派遣的广泛而大量的存在并滥用,导致了劳动者的权益不断受到侵害,而采取了更为严格的限定条件。

这种限定不仅体现在对劳务派遣三性岗位的强制性规范的规定,2012 年《劳动合同法修正案》还增加了对“三性”的具体解释:“前款规定的临时性工作岗位是指存续时间不超过六个月的岗位;辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位;替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内,可以由其他劳动者替代工作的岗位。”“用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量,不得超过其用工总量的一定比例,具体比例由国务院劳动行政部门规定。”

近期以来,对于劳务派遣三性岗位影响较大的,是 2013 年 3 月 1 日起开始施行的《劳务派遣暂行规定》,解决劳务派遣工同工不同酬、同岗不同权,社保福利待遇低,没有职业培训,职业发展受限等问题,打击违反临时性、辅助性、替代性的“三性”规定,滥用派遣制度等违法行为问题等等。在第二章规定了用工范围和用工比例,其中的第三条为“用工单位只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上使用被派遣劳动者。前款规定的临时性工作岗位是指存续时间不超过 6 个月的岗位;辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位;替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内,可以由其他劳动者替代工作的岗位。用工单位决定使用被派遣劳动者的辅助性岗位,应当经职工代表大会或者全体职工讨论,提出方案和意见,与工会或者职工代表平等协商确定,并在用工单位内公示。”

此外,各地方也出台了很多有关劳务派遣的法规或文件,在关于劳务派遣的岗位限定也大都遵循三性要求,但由于所有规定都没有涉及违反三性的后果以及更加具体的标准,所以现实中的问题还是存在,众多立法无法根治膨胀的现状,而这也是我们实践活动的出发点所在。

二、劳务派遣范围的域外经验考察

虽然我国对劳务派遣范围做了详细规定,但客观上来说,“三性”的规定还是过于原则与抽象,在具体的实践中还是很难操作的.“他山之石,可以攻玉”,国外的相关立法已经相当完备,因此有必要考察外国立法,以加强对三性原则的理解。

劳务派遣据说起源于美国上个世纪二十年代,由一个叫萨缪尔•沃克曼(Samuel Workman)的人创立了一家从事人力出租(rented-help)服务的公司,其雇佣一批家庭妇女,再将她们租赁给

企业服务，满足一些企业对临时或短期劳动力的需求。此模式被认为是劳务派遣的初始形式。此后四十年，劳务派遣作为一种新的用工形式，在欧美国家逐渐发展起来，二十世纪九十年代以后其发展明显加速，并扩展到了欧美以外的其他一些国家。至今，劳务派遣已经为世界各国所普遍接受，并不断发展。纵观全球劳务派遣市场，现主要有两种不同的立法模式：

（一）以英美为代表的自由放任模式

英国除 20 世纪 70 年代至 90 年代对劳务派遣业实行过较短暂的行政许可制度外，至今没有针对劳务派遣的适用范围和派遣期限作过任何限制性的规定，英国的劳务派遣基本处于自由放任的发展态势。[441]而与此类似的是，在美国，无论是联邦法律还是州法律，对于劳务派遣的范围都未做强制性规定，而是交由市场来选择。以往劳务派遣主要流行于特殊行业，例如，化工和石油行业、工程和设计行业、建筑行业等等。这些行业往往需要各种不同技能的人才，雇主通过雇员租用的形式，可以补充雇主自身雇员技能的不足，或者让其从事一些短期项目，或者弥补雇主自身雇员人数的不足。但时至今日，派遣已经渗透到整个经济的各个领域，从“看门人”到“首席执行官”。各个行业都可以根据需要使用派遣劳动者。

虽然美国存在着大量的劳务派遣，并且对劳务派遣的范围采放任模式，但仍然保持着良好的平稳发展趋势，究其原因在于：第一，美国主要通过“共同雇主”理论调解劳务派遣关系。所谓“共同雇主”，是指派遣单位与用工单位均为被派遣劳工的雇主，在法律上都必须对被派遣劳工承担雇主责任。另外，用工单位作为被派遣劳工的使用者，必须保障被派遣劳工享有与自雇员工平等待遇的权利。正是通过雇主与派遣单位共同承担责任的模式，基本解决了劳务派遣争议中的责任分担问题，从而最大程度上保证了雇员的合法权益。另一方面，散落在相关联邦以及州立法中的有关劳务派遣的规定，基本满足了解决争议的需要，可以说是适应美国经济发展的。因此，无论在理论还是实践方面，对于劳务派遣并没有太多的争论，与之相适应的制度也只是随着社会经济的发展以及相关的判例逐渐建立起来，既无明确定义，也无系统的法律。

第二，在美国，与“共同雇主”理论相配套的是“雇佣自由”的劳工政策。从历史的角度考虑，美国的雇佣关系由普通法调整。按照美国普通法的理论，如果雇主与雇员之间没有签订有期限约定的雇佣合同，那么双方之间的关系就是“自由”（at will）的。雇主解雇雇员并不需要正当事由，也无须履行解雇程序，即使雇主的解雇行为没有正当事由，雇主也无须承担责任，除非劳动合同为固定期限合同或者雇主的解雇行为违反合同约定、诚信和公平交易义务、违反公共政策。[442]这种相对宽松的解雇政策，使美国的劳动力市场本身具有较强的灵活性，从而企业无需为

441 郑东亮，李天国，阴漫雪：《劳务派遣的发展与规制——来自国际经验和国内时间的点差研究》，北京：中国劳动社会保障出版社 2010 年版。

442 转引自沈同仙：《论我国劳务派遣适用范围的法律规制》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2013 年第 3 期。

了规避解雇保护而选择劳务派遣用工方式，这也就使得美国的劳动派遣虽然很发达，但被派遣人员占公司总的就业人数的比例却很小。

（二）以德日为代表的严格限制模式

德日等国家对于劳务派遣的态度实际上很大程度上来源于国际劳工组织(ILO)对劳务派遣的道德批判。由于受“劳动力不是商品”这一观念的影响，ILO 对劳动派遣一直持否定态度，其在劳务派遣机构产生之初就认为它是私营职业介绍所的一种形式，故从国际劳工组织对私营职业介绍所的态度和立场就能看出其对劳务派遣机构的态度和立场。最初，国际劳工组织垄断公营职业介绍所，对私营职业介绍所持全面禁止态度。经过私营职业介绍所的不断发展，国际劳工组织开始对其实行一般禁止和特殊例外的限制，公营职业介绍所和私营职业介绍所开始实现并存，但公营职业介绍所仍占据着主导地位。随着经济的快速发展，对用工的大量需求使得私营职业介绍所对安置就业起到了重要作用，国际劳工组织也由开始去全面彻底地否定逐渐转变为承认其合法性，鼓励私营职业介绍所的发展。1997 年 6 月，第 85 界国际劳工大会通过了《1997 年私营就业机构公约》（以下简称“181 号公约”），181 号公约是目前唯一对劳务派遣关系做出全面规定的国际劳工公约，它对劳务派遣关系的法律规制提供了一个基本框架。公约在承认私人就业机构的合法地位的同时，同时提出了加强保护派遣员工（第 8 款至第 11 款）和雇主责任分配（第 12 款）的基本法律框架。这标志着国际劳工组织对劳务派遣用工方式的关注由用工形式向派遣劳工实体劳动权利保护的转变。

与国际劳工组织对劳务派遣的态度相对应，德日等国对劳务派遣也经历了由禁止到逐渐开放的过程。以德国为例，在最初，劳务派遣并未被认可，直至 1967 年，联邦宪法法院以判决的形式认定禁止劳动派遣的行为因其违反职业自由的基本权利，违反宪法而无效，自此，劳务派遣形式在德国始获得合法的地位。从立法上看，1967 年宣告派遣合法地位后，1972 年德国制订了《德国雇员转让法》来规范派遣公司、派遣员工以及用工企业三者间的责任和权利。但该法收效甚微，仍旧有众多的企业并不遵照执行，其中最突出的行业为建筑业。为此，1982 年 1 月 1 日，德国又出台法律明令禁止了建筑业的雇员转让行为，到 1980 年代中期，德国为了增加就业岗位，放松了有关的限制，以期待借此促进就业形势，法律上显示出非常明显的解禁倾向，随着 2002 年初《劳动市场政策措施改革法》的实行，有关劳务派遣的法制更加自由化了，《劳动市场现代服务法》的出台，与就业有关的各项法律规定均以促进就业为导向而作了修改，修改的法律放松了多年来对建筑业雇员转让的限制，允许建筑企业和其他企业之间可以进行雇员转让协议，另外，新的《雇员转让法》还有条件的允许建筑企业之间进行雇员转让，从以上立法发展过程可以发现，经营性的雇员转让即劳务派遣范围已经从曾经的限制、禁止的得到了较大的放松。[443]

[443] 蔡和平：《德国雇员转让法及其发展》，载《中国劳动》2006 年第七期，第 28—29 页。

而日本对劳动派遣行业范围的限制随着日本《劳动派遣法》的四次大修改经历了从严格到宽松的演变史。日本的劳务派遣产生于 1960 年代,顺应当时世界诸国普遍采取的禁止态度,劳务派遣在日本并未得到法律认可,被派遣者的权益遭受损害而难以得到保障。直至 1985 年《劳务派遣法》获得通过，劳务派遣才获得合法地位，但劳务派遣被限制在 13 种工作中。1996 年，可派遣的工作种类扩大到 26 种。1999 年对《劳务派遣法》进行了大规模修订，通过修订，以反向立法的方式取代了之前的正面列举的方式来规范劳动派遣的行业范围。规定禁止采用劳动派遣的行业包括港湾运送业、建筑业、执业律师、警备业、医疗业等，除此之外的其他行业均允许使用劳动派遣。2003 年的修正案中进一步缩小了反面列举的限制的范围，还将劳务派遣的期限从一年延长至三年(不包括制造业)，劳务派遣的限制进一步放松。2007 年日本政府把面向制造业的派遣期限也延长到了三年。通过一系列的修正案，日本政府对劳务派遣的立场从“原则禁止”转向了“原则自由”。[444]

三、苏州工业园区的适用情况与存在问题

（一）苏州工业园区的适用情况

苏州市工业园区行政区划面积 278 平方公里，常住人口约 79.46 万，地区生产总值超过 2000 亿元，以占苏州市 3.4%的土地、7.4%的人口创造了 15%左右的经济总量，并连续多年名列“中国城市最具竞争力开发区”排序榜首，综合发展指数位居国家级开发区第二位，在国家级高新区排名居江苏省第一位。工业园区地理位置优越，经济发达，各类外资、民营企业众多，累计就业人口 71.7 万人，该区的劳务派遣市场快速发展、潜力巨大。

基本情况。随着经济的发展和用工的需要，苏州市工业园区以劳动密集型企业为主的企业采用劳务派遣用工形式日益普遍。据不完全统计，苏州市工业园区目前约有近百家劳务派遣机构，涉及职工近 2 万人，职工男女比例约为 4:3，学历在大专以下占比约 60%。

从业人员情况。从本次调研结果来看，苏州市工业园区的劳务派遣工主要由农民工、大中专毕业生等城市外来人口及本地下岗失业人员组成。大中专毕业生由于其素质比较高，比较受用人单位欢迎，成为劳务派遣公司争夺的对象，是技术劳务的主要力量；农民工、本地下岗失业人员是普通劳务的主要力量；劳务派遣也有少量的高层次劳务派遣，主要服务于高端人才和大企业，派遣工资质较高，属于高薪阶层。

行业情况。我国的劳务派遣主要集中在制造业、建筑业等劳动密集型产业，近年来，餐饮、银行、医院、家政等服务性行业也开始广泛使用劳务派遣工。在某些行业中，劳务派遣工正在逐步替代正式工，规模不断扩大。电信、银行、饭店等第三产业中的服务业是苏州市工业园区劳务派遣工比较集中的行业。

444 平力群：日本劳务派遣制度改革及其问题［J］.经济研究，2010，（2）。

岗位情况。劳务派遣工一般从事的岗位大约有 40 多种，主要有保安、企业操作工、钟点工、话务员、柜台销售、司机等等。目前园区外资企业大都存在劳务派遣，派遣用工通常是超出编制的人员，处于企业中层以下，如助理、秘书、程序员等职位。

（二）苏州工业园区存在的问题

在采访劳动局相关领导时，我们了解到虽然劳务派遣中劳务派遣公司的出现对拓展就业渠道、促进失业人员再就业有着积极的意义，也适应了市场人力资源分配发展的需要，但由于劳务派遣制度缺乏法律法规的统一规范，劳务派遣行业乱象丛生。其中对“三性”岗位的适用情况也不容乐观，事实上，在本次调研中我们就发现了以下两方面的问题：

1.劳务派遣适用中固有的问题

一是劳动合同和劳务派遣协议签订率低。虽然《劳动合同法》、《苏州市劳务派遣管理暂行办法》等等都明确规定被派遣劳动者要与劳务派遣公司签订劳动合同，用人单位应当与劳务派遣人员签订劳务协议，但在调研的过程中我们发现近一半的有用人单位拒绝与被派遣劳动者签订劳务协议，约 1/3 的劳务派遣公司扣押被派遣劳动者的劳动合同。劳动者的合法权益很难得到充分保障。

二是被派遣劳动者工资待遇差。同工不同酬是劳务派遣中普遍存在的问题，通过对劳动者的问卷调查，我们了解到被派遣劳动者很难享受到与用人单位相同岗位的正式工的工资待遇，并且违规超时加班情况普遍存在，劳动者对此无可奈何也习以为常。同时，劳务派遣机构管理混乱，劳动者工资支付不透明。《劳动合同法》第六十条明文规定劳务派遣公司不得克扣被派遣劳动者工资，《苏州市劳务派遣管理暂行办法》也作了具体的补充说明，除依法代扣代缴应由劳动者个人承担的税费外，不得以收取管理费、劳务税和其他经营税费等名义克扣劳务派遣人员工资，但实际上劳务派遣机构克扣工资现象比比皆是，甚至已经成为潜规则[445]。此外被派遣劳动者往往从事的是替代性的工作，用人单位给予劳动者的劳动条件一般较正式工的条件差，派遣公司不发福利，用人单位的福利往往也享受不到。

2.“三性”岗位适用中存在的问题

一是现有法律对“三性”岗位规定模糊，劳动者理解出现偏差。《劳动合同法》第六十六条规定：劳动合同用工是我国的企业基本用工形式。劳务派遣用工是补充形式，只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。虽然在第二款中法律对“三性”的含义进行了解释，但在实践运用中仍然显得过分概括，具体表现在：

“临时性工作岗位”是指存续时间不超过六个月的岗位。然而，在我们本次采访中，据几位被采访的被派遣的保安介绍，他们在现在的工作岗位上已工作最短不低于 3 年最长有超过 15 年，

[445] 注：本次调研中，一位被派遣劳动者为我们举了一个很有意思的例子，用人单位需要 12 个派遣工，而派遣公司只派遣 10 个人，10 个人做 12 人的工作，但 1 个人还只能拿 1 份工资，而且是被克扣过的工资，劳务派遣公司从中二次获利。

然而他们却仍认为自己时而在东门守卫时而在北门执勤，自己的岗位是临时的，因此符合“临时性”岗位的要求，对临时性的理解存在很大误区。又如“辅助性工作岗位”，其是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位，法律文字拗口不说，对非主营业务岗位均认为是辅助性岗位，虽在《劳务派遣暂行规定》中增加了在辅助性岗位上使用劳务派遣的需公开讨论公示等程序，为辅助性岗位提供了一定的限制，但辅助性岗位的外延和内涵仍然很模糊。“替代性工作岗位”是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内，可以由其他劳动者替代工作的岗位。而部分受访被派遣劳动者认为的“替代性”则是从事该岗位的自己是可替代的，若岗位不需要特定的专业技能，不需要一定的资质便是替代性岗位。在调研中我们发现，虽然一些劳动者知道“三性”岗位的相关规定，但无法很好地理解法律的内涵，一些本不属于“三性”岗位范畴的岗位，也被误认为是合法的劳务派遣的岗位。法律语言固然存在模糊性，但是这普遍存在的理解误区使得一些劳务派遣公司和用人单位有机可乘，与法律之规定背道而驰。

二是无效派遣工和超期派遣工缺乏救济。《劳动合同法》只允许用工单位在“三性”岗位上使用派遣工，同时禁止用工单位在非“三性”岗位以外的其他岗位上使用派遣工。表现在合同效力上，劳务派遣单位与用工单位就用工单位在非“三性”岗位上使用派遣工签订的劳务派遣协议不具有法律效力，是无效派遣。[446]但是，无效派遣的被派遣劳动者是否自动转为正式工，劳动合同性质、法律地位如何，法律均未说明。同时，临时性岗位要求岗位存续时间不超过六个月，这就带来超期派遣的问题，当用工单位在临时性岗位上使用派遣工在六个月期限届满时，被派遣劳动者该何去何从？若是按照法律规定，用工单位应当退回被派遣劳动者，但按照现行法律法规，用工单位只有在被派遣工存在《劳动合同法》第三十九条或第四十条第一项、第二项规定、《劳务派遣暂行规定》第十二条第一款规定的情形时，才能退回被派遣工。即临时性岗位存续期限届满或者替代工作的事由消失不在我国《劳动合同法》、《劳务派遣暂行规定》规定的用工单位可以退回派遣工的情形中。用工单位在临时性岗位存续期限届满或者替代事由消失时，用工单位无法也不能将派遣员工退回派遣单位。因为这显然与《劳动合同法》规定的劳务派遣用工只能在“三性”岗位上适用的要求相悖。

四、劳务派遣滥用问题对策研究

本次暑期社会实践，我们的目标不仅仅是要走进社会、走近劳动者，调查苏州工业园区劳务派遣存在的问题，了解这一现象存在的原因，更旨在通过我们的调研分析，听取相关当事人的意见和建议，并结合我们所掌握的知识，中外结合，以点带面进而为劳务派遣“三性”岗位制度提出具有可行性的解决方法。

446 参见沈同仙：《论我国劳务派遣适用范围的法律规制》，载《苏州大学学报》2013 年第 3 期。

首先，通过中外比较，本团队成员认为相较以英美为主的自由放任模式和以德日为主的严格模式，中国应坚持现有模式，即在全面放开劳务派遣在各行各业运用的基础上严格限制其适用的岗位。采取这一模式，不仅是因为中国的经济正处于高速发展的阶段，劳务派遣能满足日益增加的劳动力市场需求，促进经济发展。而且，从立法模式的选择来看，英美国家也开始对劳务派遣运用的行业进行概括式、抽象式的列举，德日国家考虑到经济发展的需求也在一定程度上放开对劳务派遣的限制。总之，坚持中国现有的放任与限制并存的模式既是国际发展的趋势，也符合我国劳动力市场发展的方向。

其次，在把握了劳务派遣的总体趋势后，团队成员结合所学知识及采访过程中相关当事人的意见和建议，对中国现有的法律规定提出以下建议：

（一）解决劳务派遣适用中固有的问题

对于劳动合同和劳务派遣协议签订率低问题来说，尽管《劳动合同法》第十条规定：建立劳动关系，应当订立书面劳动合同，第五十八条第一款规定：劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同，除应当载明本法第十七条规定的事项外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。第八十二条规定：用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。但是这样的惩罚显然是微不足道的，如果劳动者不反映，不签劳动合同的状态就会维持，如果劳动者举报或起诉，那么就将面临被辞退的风险，无论哪一种对于劳动者来说都是不利的。同样的，在被派遣劳动者工资待遇差的问题上也存在相同情况，所以我们不应该让劳动者在事后想办法，而应该在事前约束雇佣者，立法可以做的事是明文规定，一、劳动局进行定期检查，对管辖区域内的企业签订劳动合同状况进行抽查；二、鼓励组织工会，用集体合同弥补单个劳动合同的不足；三、加大惩罚措施，双倍或多倍同岗位或相近岗位实得平均工资而不是最低工资标准，必要时可以对单位进行罚款或吊销营业执照。

（二）解决“三性”岗位适用中存在的问题

正如前文所说，“三性”岗位的规定虽然在不断的完善中，但依然无法避免语言模糊性，也难以解决无效派遣和超期派遣的问题。为此，本团队成员通过讨论，对涉及“三性”岗位的法律条文提出以下修改意见。

1.删除例如“劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同”以及用工单位退回派遣员工条件的规定，以消除这些规定与劳务派遣只能在“三性”岗位实施的强制规范之间的冲突和摩擦。

2.增加“在非‘三性’岗位上使用劳务派遣员工的，视为用工单位直接与派遣员工建立劳动关系”的规定。一方面可以弥补现有法律在超出“三性”岗位使用派遣员工处理方式的缺失，另一方面有利于推动企业的直接用工。

3.增加用人单位必须与劳动者签定劳务使用协议的规定。连续一定时期使用同一劳务派遣人员，必须将其转为正式工，来解决劳动派遣非临时性的尴尬。

4.重视被派遣员工同工同酬的问题，通过法律强制规定被派遣员工的最低工资不得低于同岗位（无同岗位则为相近岗位的非派遣员工的平均实得工资水平，消除劳务派遣和普通用工的不公平。

5.对于劳务派遣从业人员采取灵活的社会保险政策。劳务派遣企业必须为劳动者缴纳社会保险费。正式职工正常缴费，临时劳务派遣人员参照其他规定缴费。针对流动就业者的情况，积极推动建立全国统一的社会保险帐户。

6.加强对劳务派遣的劳动保障监察，维护劳动者的合法权益，劳务派遣的劳动保障监察对象包括派遣公司、使用派遣人员单位（包括家庭）。针对家政服务现有的劳动保护监察力量手段不够的情况，可考虑通过对派遣公司的专管员、督导员进行劳动法律、政策培训，使其持证上岗的方式，让其担当一部分监督职能，以维护劳动者的合法权益。

总的来说，针对我国劳务派遣发展混乱的现状，比起一味地强调对被派遣劳动者的权利救济，通过立法强化对劳务派遣市场的干预和规范更为重要，当然对公权力的干预也需要尊重市场自身的运行规律。虽然我们提出的建议并不能起到很大的作用，也不能对劳动者产生直接的影响，但至少我们在通过自己的努力去发现问题，并试图通过讨论分析提出对这一问题的思考，希望为保障劳动者合法权益尽一份自己的力。

五、结语

这个暑假，三十七八度的三伏天，五个二十出头的大学生，走出校园，融入社会，十天的忙碌奔波，汗水与欢笑交织，学习与成长并行，忙碌成就充实。清华大学第一任校长梅贻琦老先生曾在《大学一解》中谈到“大学校内，通专虽应兼顾，而重心所寄，应在通而不在专”。作为法科生，理论知识把我们带到一个博大精深的世界，而社会实践让我们走出围墙，扩宽自己的知识面，调查事件背后的真相，了解社会存在的问题，真正做到“风声、雨声、读书声，声声入耳；家事，国事，天下事，事事关心”。

身处象牙塔，劳务派遣、“三性”岗位似乎离我们很遥远，但两三年后，当我们走上社会、踏入工作岗位，接踵而至的劳务派遣问题将会让我们身心俱疲、有苦难言，这些或许正是千千万万的劳动者所面临的困境，我们不能再眼睁睁地看着那些默默无闻、辛勤工作的劳动者们饱受不公、诉求无门了。尽管立法机关颁布的法律、政府机关出台的政策不断涌现，专家学者的理论研究也日益成熟，但是，作为以后要担当起社会重任的法科生，我们必须正视这一社会现象并参与到解决这一社会问题的队伍中来。保护劳动者的合法权益，是国家的重任，是政府的担当，也是我们每一位公民的责任！

社区矫正实行现状

吕佳坤 谭天枢 徐作为 张旭亮 王承枫 施翌*

我们本次暑期社会实践小组进行的实践课题是“社区矫正的实行现状（以徐州与洛阳为例）”，着重调查“社区矫正”自试点推行以来十余年间在国内的推行现状如何。并主要从“实行模式，工作特色，工作缺漏，存在问题，群众反馈，社会影响”等方面对徐州以及洛阳两地的社区矫正工作展开实践调查。主要涉及的对象包括公安局，法院，检察院，司法所以及居委会的相关工作人员，同时还有小区的居民，主要的调查方法有：采访，询问，走访等形式。本次实践共持续 7 天，调查范围涵盖将近 20 个小区，采访居民 64 名，司法工作人员 15 人，取得了不小的收获。实践过程中，小组成员：几人都认真负责地完成自己的调查工作，并细心记录工作日志，即使出现了水土不服等身体不适的情况，也坚持完成本次的实践任务，使得本次暑期实践能够顺利而又圆满地结束，在此对他们为团体做出的贡献表示由衷感谢。

回顾此次暑期实践的全过程，从初期课题的选择，修改，再到中期小组成员对课题的讨论，再到最后一波三折地完成本次的实践，每一步都十分艰难，每一分成果都来之不易。因此接下来我将从“课题由来，实践方向，实践过程，实践成果及反馈”四个方面来对本次的暑期社会实践进行总结报告。

课题由来

本次社会实践的课题我们选择了“社区矫正的实行现状”其原因主要有二，其一是由于我们自身都是专业的法科生，暑期社会实践的课题内容应该是我们将课堂知识学以致用的“练兵场”，同时由于当今法律教育与司法现状呈现出一种倾向“平衡”发展的态势，书本知识和实务之间存在着很大的距离，因此选择这样一个既能用上专业知识同时也能贴近司法实务的课题对我们来说当是一个不错的锻炼，能借此机会“躬行于法”，看看“外面的世界”，使我们不至于成为象牙塔里的“书呆子”。其二，在人权法课程的学习中，从老师那里了解到，虽然很多的罪犯在监狱中得到了应有的刑罚，但是，当他们走出监狱的时候却很难再次融入社会，罪犯的“再社会化”问题，一直是当今司法实务中的一个难题。因此我从中得到了启迪，想借此事件机会了解一下罪犯的再社会化现状究竟如何。为此我专门找到了教授人权法的许小亮老师进行相关问题的了解。老师悉心听取了我的问题之后，告诉我有关出狱犯人的再社会化的相关调查是比较难于进行的，这其中将会涉及到许多的利益关系，同时还有隐私的保护问题，凡此种种都会使得关于这个问题的实践难于推行。因此他建议我从较为简单的“社区矫正”着手，围绕其设计一些能够从中反映出罪犯

* 吕佳坤等：2014 级法学专业本科生。

的“再社会化”问题。在听取老师的意见之后，我们小组成员参阅了相关的学术论文，并进行了多次的小组讨论，最终确定了本次实践的课题“社区矫正实行现状”。

实践方向

从 2003 年开始，为了跟上国际社会刑罚制度的发展趋势，履行联合国常任理事国所要尽的国际义务，与中国政治、经济及文化发展要求相适应，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发《关于开展社区矫正试点工作的通知》，确定首批在北京、上海、天津、江苏、浙江、山东 6 个省（市）开展社区矫正试点工作。2004 年底社区矫正工作被列为我国司法体制和工作机制改革的内容之一。2005 年初，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部再次联合发文，将社区矫正试点范围扩大到涵盖东、中、西部的 18 个省（市、区）。经过近 3 年的努力，首批试点的 6 个省（市）已经有 186 个县（区）的 2147 个街道（乡镇）开展了社区矫正工作，共接管了社区服刑人员 34000 多人，取得了较好的矫正效果。2009 年 9 月“两院两部”第三次发出通知，要求在全国试行社区矫正工作。2011 年通过并实施的《中华人民共和国刑法修正案（八）》将“社区矫正”将写入刑法，社区矫正由实践进入法律文本。

但是，社区矫正虽然已经在我国蓬勃发展起来，且在相当多的地区内已经取得了较好的成效，然而“社区矫正”这样一项制度却依然没有广泛而又频繁地出现在人们的视野中，不仅没有成为人们街头巷尾热议的话题，相反很多的人对此项制度知之甚少。因此，我们希望通过本次的实践着重了解“社区矫正”是如何推行的，希望了解到是什么影响了此项制度在社会群众中的传播，是否存在着阻碍其进一步开展的问题。因此经过小组成员之间的讨论，我们最终确定了本次课题的研究核心，即通过比照由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合印发的《社区矫正实施办法》与本次实践开展地区（徐州、洛阳两地走访社区）的矫正开展的方法，从中发现不同之处，总结各地特色，并发掘潜在问题和弊端，了解工作难题，听取相关的意见，并最终汇总出较为具体的“社区矫正”实行现状的总结报告，并请相关工作单位提供意见和反馈，帮助其完善社区矫正工作。

除此之外，我们还通过集体讨论确定了本次实践的主要活动内容：一、活动形式将以调查，走访，问卷，参观的形式为主。二、活动对象将包括“社区矫正”工作当中的所有参与主体（包括法院，检察院，公安局的相关工作人员，司法机关的工作人员，社区居委会成员，社会矫正志愿者等工作人员，以及广大社区居民）。三、活动地点将主要分布在徐州市的云龙区，邳州市以及洛阳市的涧西区两处人员较为密集的区域。并在徐州市以采访司法工作者为主，在洛阳市以走访社区群众为主，进行有侧重的实践活动。

实践过程

从 7 月 13 日到 7 月 15 日这三天，我们一行人主要在徐州市的云龙区以及邳州市进行实践活动。我们在 13 日和 14 日两天主要对小区进行走访（13 日走访中低端社区，14 日走访高档社区），主要的实践内容是走访社区居民，以及采访居委会。由于任务量较大，我们兵分两路（分别以我和施翌带队），以下榻的宾馆作为中心点对周边的社区进行走访。

我们小队率先走访的是莲花小区，这个小区所在的区域人口比较稠密，小区的居民主要是中老年人。我们一边打听居委会的所在地，一边询问小区居民对于“社区矫正”制度有多少了解，然而无一例外，几乎没有居民听说过甚至是知道此项制度，只有极个别稍微年轻一点的对此项制度有粗略的了解，但也只限于将其与劳改犯画上等号，并且知道“他们是义务扫大院的”。于是我们便耐心地给路人们讲解“社区矫正”制度，告诉他们这是一种帮助犯罪分子尽快返回社会，回归正常社会的，在监狱外服刑的制度。时近晌午，我们几经波折终于找到了刚刚搬迁不久的居委会，当我们向居委会工作人员表明来意之后，其中一名工作人员跟我们介绍起了他们小区的“矫正工作”以下是汇总后的信息：1、管辖范围：附近八、九个社区。2、实行时间：大约十年。3、协助单位：与街道办事处、派出所有所联系，文件和矫正犯资料由司法所下发。4、矫正内容：定期的思想汇报、劳动改造、汇报；外出活动请假；由法制人员讲授法制课；有社区工作人员进行辅助工作；像正常居民一样生活。5、矫正时间：两年左右。6、矫正现状与结果：改造状况良好。

从工作人员的回报当中我们了解到，该居委会所管辖的面积十分地广，覆盖周边八到九个社区，但是我们一路走来，这里的小区分布十分地复杂，而且分布不是十分地紧密，于是当我们问及是否能够保证对每一个小区都能做到定期走访、保证工作效率时，工作人员只是含糊地说他们会尽职尽责去完成任务。为了保证能够继续采访，我们没有再继续追问这个问题，而是问到有没有向居民传播一些相关的社区矫正的知识，比如什么是社区矫正，我们小区是否正在进行，这样的制度有什么优点等等，工作人员告诉我们，他们并没有进行过此类的宣传，他们主要的担心在于这样做会侵犯矫正犯的隐私，不利于其与社区居民更好地相处，会造成其被隔离的状况，不利于矫正工作以及其重新回归社会的进程，因此没有进行过宣传。最后我们希望能够有机会看一下相关的档案和资料，但是工作人员以保护隐私为由拒绝了我们的请求。

与我们不同的是，施翌小队则进展不错。他们先后走访了建国社区、民和社区、宣武社区，虽然几个小区的居民对社区矫正同样不是十分了解，但是他们中大多对此项制度表示了自己的看法，大致可以分为以下两种：一些人认为把这些人放在社区矫正可以给他们一个好的环境使他们重新做人。有些人则认为，对于这些人在身边居住有很大不安，甚至不能忍受，如果放在身边，有关部门也应加强监管，不能再犯。随后，他们采访了社区的居委会工作人员，从他们那里得知社区矫正工作是有专门的工作小组负责的，但是主要都由居委会进行承担。工作人员表示，此项制度虽然很好，但是执行起来却因为缺乏强制措施，会因为一些不配合的矫正犯而难以执行。这

一点在我们接下来走访的一些社区大多又能找到共同点，当然也有一些作风比较硬派的居委会工作人员，对这些矫正犯会采取强硬态度，迫使他们前来进行思想工作汇报，义务劳动等工作，其他的小区大多存在对比较顽固的矫正犯没办法的窘境。通过一天的走访，我们大概了解了当地小区“社区矫正”的工作模式：1、矫正内容主要包括：定期思想汇报，义务劳动 2、参与矫正工作人员：社区的居委会工作人员，矫正犯家庭成员，司法所的工作人员 3、任务分配：社区居委会工作人员主要担负日常矫正工作，实行居委会与家庭成员的联合监督，司法所工作人员定期收取从办事处收集起来的各校区矫正犯考核记录以及档案。

而其中暴露出来的问题：1、对矫正犯的法律知识教育和心理疏导工作重视不够，缺乏相应的专业人员配备 2、并没有对矫正犯进行基于基本能力的培训，很难能给矫正犯提供就业机会 3、没有社会志愿者或者政府购买的社会服务力量参与矫正工作 4、基层提供的相关提案未能得到上层重视等几个问题。这些问题都普遍存在于我们走访过的小区。

7 月 14 日，我们一行人继续走访小区，我们这次的走访区域是云龙湖附近的高档小区。但是，经过一天的走访，我们却收获很少。原因有以下几点：首先这些高档小区不允许外来人员进入，是相对封闭的环境。其次这些高档小区大多没有社区矫正的工作。当然我们想尽办法进入了一些小区进行询问，但是居民们对社区矫正工作依然毫无了解。

7 月 15 日，我们一行人来到邳州市对当地的公检法工作者进行走访。我们第一站是检察院。向工作人员表明来意之后，他们告诉我们负责这方面工作的是监所科的工作人员，但是为了方便工作已经全部搬到离市区很远的看守所去工作，他们建议我们去找控审科看看。从接待厅走出，我们径直走向检察院大门，但是果不其然，保安拦住了我们的去路，说明情况后他们还是不放行，原因是没有批示和去找监审科。由于监审科距离我们现在做出的位置很远，于是我们不得已放弃了对检察院的采访，转而去到法院。然而当我们一行人顶着火辣辣的太阳，来到法院大门时，保安再一次拦住我们的去路，虽然我们已经提前与接受采访的法官打好招呼，但是保安执意要我们与他取得联系后方可通行。无奈我们只能联系法官，但无独有偶，对方手机一直处于关机状态，无奈我们只得再次离开这里前往最后一站司法所。来到司法所后，我们打听到了专门负责社区矫正工作的办公室工作人员。然而当我们表明来意之后，对方一席话却让我们大吃一惊，对方表示已经有大学生来调查过这方面的问题，因此局里领导表示没有局长的批示一律不准接待，同时他告诉我们局长正在徐州市开会，我们可以改天再来。由于我们的行程安排得很紧，因此我们不可能在这里逗留一日，所以我们只得离开司法所，返回徐州市。由于返回徐州市尚早，距离我们起程去洛阳还有很长时间，于是我们决定继续兵分两路，对小区进行走访。走访了六个社区之后，经过我们对信息的汇总，发现并没有什么与之前的调查结果存在很大不同或者特色的地方，只不过我们终于有幸在燎原小区见到了对社区人员的一张考核单，考核单上是矫正犯的基本信息，以及思想汇报，另外还有工作人员的批示。

由于我们未能在徐州市取得司法工作人员对于社区矫正工作相关的看法建议等信息。于是我

们调整了在洛阳市的实践任务，以采访司法工作者作为重点，并且针对未能在徐州市取得的相关社区矫正工作的信息，在洛阳进行进一步调查。

7 月 17 日，我们来到了洛阳市 725 所家属小区的警务室了解社区矫正情况。接待我们的是社区民警黎警官以及居委会主任。在这里黎警官跟我们讲述了小区的社区矫正工作情况，在这里，所有的社区矫正人员有一个共同的名字叫做“重点人口”，同时他还向我们展示了“重点人口档案”这是我们第一次正式看到矫正人员的档案是怎么设置的。除了基本人员信息之外，档案中还有移交证明，矫正犯的思想汇报，警官的评语，还有考核。而且考核也分得很详细，根据矫正时间的长短，分为月考核，季考核以及年度考核。随后黎警官在与我们的交谈中也坦言，对于这些矫正犯，社区的民警和居委会工作人员多数情况下会选择与他们“友好相处”，这表明他们会经常去做家访（每月一次），关心矫正犯的生活，对于有苦难的矫正犯给予一些照顾，但是并不能保证给他们提供岗位或者技能培训，也不能强迫他们进行劳动，更多的是相安无事。社区主任也说，心理疏导方面的工作并没有专人辅导，大多数情况下是居委会的工作人员来承担这方面的工作。而且，为了维护矫正人员的隐私，他们并不会将社区矫正在社区内进行公开，在一定程度上也是帮助矫正犯同社区居民更好地相处。但是会存在特别难以对付的顽固分子，主任坦言，他们能做的只能建立在矫正犯配合的基础上，如果他们不配合工作人员也只能无可奈何。尤其是一些吸毒分子，根本就不在他们的控制范围（并没有到社区报道，现在的状态是潜逃），他们也没有办法进行约束。而对于在矫人员，如果十分难以对付，他们只能选择与其相安无事，尽量减少对他们的强迫。

之后我们去了全国道德模范李虹警官所在的居民小区。由于公务繁忙，我们经过值班民警的介绍见到了社区主任王主任。主任跟我们详细地介绍了他们小区的矫正工作。对方称，他们居委会下辖三个家属小区，有一万多口人，其中矫正犯有将近 60 名。但是经过他们的社区矫正工作，再犯率虽然有但是很低，而且都在解矫之后尽快地回归了社会。下面是总结后该地矫正工作的开展方式:

1、矫正内容：定期参与社会义务劳动和公益活动；每两周让犯人学习法律知识；由司法所的专门人员进行思想工作；24 小时以内到办事处报道；并且有常年和免费的心理咨询师和由老党员和老干部组成的志愿者。

2、管理流程：与社区网格化管理相结合，居委会主任进行评价机制，在矫正犯义务劳动时，或者平时来居委会找主任谈话时，居委会主任会经常以聊家常的形式与其进行对话。多谈心，多鼓励。

通过比较我们不难发现，该地的矫正工作室严格按照《实施办法》的要求来执行的，可以说是面面俱到，并且根据自身条件进行了调整。可以说是矫正工作的一个典范。

结束了对小区的走访工作，我们实践的任务已经完成了一大半，但是却仍然不能轻松起来，因为公检法以及司法工作人员的采访依然没有进行，这一部分将对我们的成果起到至关重要的作

用。因此我们马不停蹄，开始了对司法工作人员的采访工作。

我们先后走访了两处街道司法所。根据我们的采访汇总出来了以下的信息:

1、司法所与居委会联合监督矫正犯每周一次义务劳动，由司法所给矫正犯派发“派工单”在劳动结束后，交给居委会存档，再将回执单交给司法所；2、每周五都要主持一次法制教育，主要是通过视频法制报；3、经常针对个体进行谈话，了解相关情况；4、司法所有明确的考核评测标准，评测标准用于考察是否可以适用社区矫正，以及是否可以解除矫正；5、通过手机定位系统对个体进行追踪，了解情况；6、矫正人员外出需得到批准，七天以内可由司法所批，以上则由司法局，违反规定达三次以上者，则移交监狱，重新收监管理；7、在每一个矫正周期结束之后，司法所将统一收缴矫正犯信息，并进行存档。

从司法所工人员那里我们了解到，矫正工作的小组成员一般由司法所人员、社区工作者、家庭、司法工作者、社区协勤组成。司法所的工作人员会经常与社区内的其他矫正工作人员一起到社区进行走访等工作。当我们问及现在的工作有什么难处的时候。对方表示首先是资金，其次是“身份感”的缺失。在资金方面对方称，司法所的工作人员并不多，但是负责的社区分布面积很广，他们的工作开展很难。由于资金缺乏，他们没有办法让社会上的人员帮忙参与社区矫正工作，同时也没有办法购进所需的仪器方便他们工作的开展。对方还说，之前说每个矫正犯都有一千元的财政补贴，到现在都还没有到位。所以工作很难提高效率，很难有大的提升。在说到“身份感”这个话题时，对方说，虽然我们是司法所的工作人员，但是好歹也得有身衣服穿穿是不是。每次去小区工作的时候，跟对方说明自己是司法所的，对方首先会有疑问，司法所是干什么的，其次会说你是司法所的那把证件给我们看看。这样的尴尬场景时常会发生，这大大降低了司法所的权威，使得工作人员在执行公务的时候遇到很多不必要的麻烦。因此，尽快解决司法所工作者的“身份”问题是至关重要的。

接下来我们找到了洛阳市检察院的监所科科长了解情况。对方称，检察院在社区矫正工作方面主要是进行法律监督，在矫正工作的过程中，监督矫正工作人员的工作行为是否存在违法现象以及批复确定适合矫正的人员名单，再通知司法局对名单上人员进行矫正工作。至于工作困难，对方说，洛阳市涧西区一共有十二个司法所，每个月都要进行矫正工作，但是他们监所科从科长到普通工作人员一共六人，而且他们负责的工作不仅仅有社区矫正这一项工作，还有其他如监视居住，对监狱、看守所、拘役所等执行机关执行刑罚活动是否合法实行监督；对监狱、看守所、拘役所管理教育罪犯的活动是否合法实行监督；对劳动教养机关的活动是否合法实行监督等等许多的工作，而且监所科正在面临改制，马上又会有更多的项目。但是他们的人员编制却十分有限，于是在社区矫正工作上，他们只能咬咬牙，在矫正工作开始的第一个月份将十二个司法所跑完，接下来就隔一段时间去一次。因此对方称希望社区矫正工作能够不仅仅由监所科一个部门区管辖，应当将任务分配得再平均一些，多部门联合管辖，效果才会更好。

最后，我们来到了洛阳市涧西区人民法院。法院的刑庭庭长接待了我们。他告诉我们，人民

法院主要的工作内容是对符合社区矫正适用条件的被告人、罪犯依法作出判决、裁定或者决定。需要调查其对所居住社区影响的,可以委托县级司法行政机关进行调查评估。对于适用社区矫正的罪犯,应当核实其居住地,在向其宣判时或者在其离开监所之前,书面告知其到居住地县级司法行政机关报到的时间期限以及逾期报到的后果,并通知居住地县级司法行政机关。

再问到对方对现在的社区矫正工作有什么看法或者存在什么难题时对方表示:“优点在于对少年犯、初犯改造作用良好。缺点在于犯人违反规定使得执行收监的阻力很大，手续比较复杂，衔接不太良好”。另外，对方还表示，由于洛阳市的社区矫正工作刚刚从公安机关移交给当地的司法行政机关两年多的时间，一切都还在摸索当中，各个部门之间的配合与衔接仍然不是很流畅到位。整体上仍然没有形成一个完整的体系，对方表示虽然《实施办法》已经颁布很长时间，但是按照其要求进行矫正工作仍然需要很长时间的磨合，这是所有参与部门在将来一段较长的时间内需要不断摸索和实践的工作。

实践成果及反馈

结束了为期一周的实践，我们对社区矫正工作在社会是集中是如何推行的已经有了一个清晰的概念，存在哪些优点以及缺点，有什么困境，努力和改进的方向在哪里，我将在接下来的内容中予以阐述。

为了更好地突出本次实践所发现的问题，我将用《社区矫正实施办法》与实践中我们所了解到的矫正工作各部门的工作内容进行比对从而得出本次实践的结论（为方便归纳我们将主要分为“规定”和“实际”两组）。

部门	规定工作内容	实际工作内容
人民法院	1、对符合社区矫正适用条件的被告人、罪犯依法作出判决、裁定或者决定；2、委托县级司法行政机关对拟适用社区矫正的被告人、罪犯，对所居住社区影响进行调查评估；3、宣判时或者在其离开监所之前，书面告知其到居住地县级司法行政机关报到的时间期限以及逾期报到的后果，并通知居住地县级司法行政机关。	工作内容与国家规定内容基本一致，并没有较大的不同。
人民检察院	1、对社区矫正各执法环节依法实行法律监督；2、对拟适用社区矫正的被告人、罪犯，需要调查其对所居住	除了第二项一般由人民法院执行之外，其他的工作都按照规定执行。

	社区影响的，可以委托县级司法行政机关进行调查评估；3、对于人民法院禁止令确定需经批准才能进入的特定区域或者场所，社区矫正人员确需进入的，应当经县级司法行政机关批准，并告知人民检察院；4、发现社区矫正执法活动违反法律和本办法规定的，可以区别情况提出口头纠正意见、制发纠正违法通知书或者检察建议书。交付执行机关和执行机关应当及时纠正、整改，并将有关情况告知人民检察院。	
公安局	1、对违反治安管理规定和重新犯罪的社区矫正人员及时依法处理；2、对拟适用社区矫正的被告人、罪犯，需要调查其对所居住社区影响的，可以委托县级司法行政机关进行调查评估；3、社区矫正人员违反监督管理规定或者人民法院禁止令，依法应予治安管理处罚的，县级司法行政机关应当及时提请同级公安机关依法给予处罚。公安机关应当将处理结果通知县级司法行政机关；4、人民法院裁定撤销缓刑、假释或者对暂予监外执行罪犯决定收监执行的，居住地县级司法行政机关应当及时将罪犯送交监狱或者看守所，公安机关予以协助	在我们从洛阳的走访中了解到，公安机关其实在矫正工作中的功能是有变化的。2012 年之前，社区矫正工作全部是由公安局进行的，现在则将全部的矫正工作交由司法所来负责，因此与规定相参照并没有太大的出入。
监狱，看守所	1、暂予监外执行的社区矫正人员，由交付执行的监狱、看守所将其押送至居住地，与县级司法行政机关办理交接手续；2、监狱管理机关对暂予监外执行罪犯决定	由于未能到监狱与看守所去采访所以我们未能了解到其实如何配合进行工作的，但是从法院和司法所工作人员那里可以了解到他们的工作也是按照规定进行工

	收监执行的，监狱应当立即赴羁押地将罪犯收监执行；公安机关对暂予监外执行罪犯决定收监执行的，由罪犯居住地看守所将罪犯收监执行	作的。

由于司法所的工作内容过多，因此不将其在表格中一并标明，将在下面进行单独地罗列。

规定工作内容：1、县级司法行政机关社区矫正机构对社区矫正人员进行监督管理和教育帮助。司法所承担社区矫正日常工作；2、司法行政机关应当根据委托机关的要求，对被告人或者罪犯的居所情况、家庭和社会关系、一贯表现、犯罪行为的后果和影响、居住地村（居）民委员会和被害人意见、拟禁止的事项等进行调查了解，形成评估意见，及时提交委托机关；3、司法所接收社区矫正人员后，应当及时向社区矫正人员宣告判决书、裁定书、决定书、执行通知书等有关法律文书的主要内容；社区矫正期限；社区矫正人员应当遵守的规定、被禁止的事项以及违反规定的法律后果；社区矫正人员依法享有的权利和被限制行使的权利；矫正小组人员组成及职责等有关事项；4、司法所应当为社区矫正人员确定专门的矫正小组。矫正小组由司法所工作人员担任组长，由本办法第三条第二、第三款所列相关人员组成。社区矫正人员为女性的，矫正小组应当有女性成员；5、司法所应当为社区矫正人员制定矫正方案，在对社区矫正人员被判处的刑罚种类、犯罪情况、悔罪表现、个性特征和生活环境等情况进行综合评估的基础上，制定有针对性的监管、教育和帮助措施。根据矫正方案的实施效果，适时予以调整；6、根据社区矫正人员的心理状态、行为特点等具体情况，应当采取有针对性的措施进行个别教育和心理辅导，矫正其违法犯罪心理，提高其适应社会能力；7、司法行政机关应当根据社区矫正人员的需要，协调有关部门和单位开展职业培训和就业指导，帮助落实社会保障措施；8、司法所应当根据社区矫正人员个人生活、工作及所处社区的实际情况，有针对性地采取实地检查、通讯联络、信息化核查等措施及时掌握社区矫正人员的活动情况。重点时段、重大活动期间或者遇有特殊情况，司法所应当及时了解掌握社区矫正人员的有关情况，可以根据需要要求社区矫正人员到办公场所报告、说明情况；9、司法所应当定期到社区矫正人员的家庭、所在单位、就读学校和居住的社区了解、核实社区矫正人员的思想动态和现实表现等情况；10、司法所应当及时记录社区矫正人员接受监督管理、参加教育学习和社区服务等情况，定期对其接受矫正的表现进行考核，并根据考核结果，对社区矫正人员实施分类管理；11、发现社区矫正人员有违反监督管理规定或者人民法院禁止令情形的，司法行政机关应当及时派员调查核实情况，收集有关证明材料，提出处理意见；12、社区矫正人员违反监督管理规定或者人民法院禁止令，依法应予治安管理处罚的，县级司法行政机关应当及时提请同级公安机关依法给予处罚；13、社区矫正期满前，社区矫正人员应当作出个人总结，司法所应当根据其在接受社区矫正期间的表现、考核结果、社区意见等情况作出书面鉴定，并对其安置帮教提出建议；14、对于被判处剥夺政治权利在社会上服刑的罪犯，司法行政机关配合公安

机关，监督其遵守刑法第五十四条的规定，并及时掌握有关信息；15、对未成年人实施社区矫正，应当遵循教育、感化、挽救的方针，按照下列规定执行；16、社区矫正人员社区矫正期满的，司法所应当告知其安置帮教有关规定，与安置帮教工作部门妥善做好交接，并转交有关材料；17、司法行政机关应当建立例会、通报、业务培训、信息报送、统计、档案管理以及执法考评、执法公开、监督检查等制度，保障社区矫正工作规范运行；18、司法行政机关应当建立突发事件处置机制，发现社区矫正人员非正常死亡、实施犯罪、参与群体性事件的，应当立即与公安机关等有关部门协调联动、妥善处置，并将有关情况及时报告上级司法行政机关和有关部门；19、司法行政机关和公安机关、人民检察院、人民法院建立社区矫正人员的信息交换平台，实现社区矫正工作动态数据共享。

实际工作内容：从我们调查走访的情况来看，司法所的日常工作内容实际上与规定的工作内容是基本符合的，可以看出，司法工作人员是按照上方的批示严格执行的。但是仍有一些地方是没有做到的：1、由于资金的缺乏，我们走访的司法所并能没有经济实力购买社会力量来辅助矫正工作；2、由于进行矫正工作的犯人较多，所以并没有对其分别进行矫正犯方案的制定，取而代之的是“大锅煮”的方式；3、设立矫正小组的情况较少，基本就是司法所工作人员，居委会工作人员，矫正犯家属三位一体联合进行矫正工作；4、心理辅导方面并没有足够能力聘请专业心理辅导人员进行辅导，大多由工作人员自行辅导；5、法制教育同样没有专业人员进行，基本上是用司法所工作人员召集矫正犯进行司法资料阅读和观看的形式；6、职业能力培训和解矫安置目前为止还不能做到，但社会保证基本是能落实的；7、信息交互平台仍然不是十分完善。

从上面的比对我们可以发现，其实矫正工作中的各个主体都基本上按照上方的《实施办法》进行着各自的工作，但是社区矫正仍然没有广泛的进行推广和适用，这其中到底还存在那些困难呢，接下来我将针对这其中的重点予以阐释。

首先是司法所方面，在我们走访的过程中，主要暴露出来的两个十分重要的问题便是资金以及“身份”的问题。首先就资金方面，我们在走访中了解到，资金的不足直接影响到了社区矫正工作中：1、对社会力量的购买，2、专业人员的配置，3、必要的工作设备等几个问题。这就直接使得社区矫正的工作主体多元化，社会化的趋势难以进行，心理疏导，法制教育，职业技能培训很难开展，以及工作效率很难有大的提升等多方面存在短板。在采访中，司法所的工作人员表示，南方地区的社区矫正工作较好在很大的程度上来源于当地的经济水平较高，而北方地区社区矫正工作如果要进一步发展，国家的财政补助一定要尽快落实到位。其次是“身份”的问题。司法所工作人员表示，由于社区矫正工作司法所这个单位是由于社区矫正工作的重点近些年主要集中在这里才为人们所知晓。但是由于司法所的工作人员缺少相应的工作执照，证件甚至是制服，使得他们在平时的工作中常常遇到尴尬的情形。因此尽快解决司法所工作人员的身份问题，将有助于进一步提升司法所的权威性和知信度，提高工作效率。

公检法单位方面则有以下几个问题，首先检察院肩负的法律监督任务需要他们随时对社区矫

正工作的全过程，各环节进行细致的监督，这就需要足够的人员配置来保证工作的完成。然而正如我在上面提到的，检察院的人员编制是十分有限的，这就大大限制了其监督的力度，将会造成较多的工作漏洞，不利于社区矫正工作公平公正地进行。人民法院方和公安局的问题并不突出，但是其在工作的配合与衔接上需要与其他部门更多地配合。

通过上述的内容总结，我们做出了一些可供改进工作的建议以供参考:

1、落实资金问题，应当根据矫正犯的矫正内容进行等级评估，根据不同的等级给予其所在矫正的司法所相应的财政补贴，以便聘请专业人员进行心理疏导，法制教育，技能培训等工作；2、进一步开放社区矫正机构私立化，政府与其建立合作关系，定期购买并分配社会力量以减轻司法所财政负担并推动社区矫正工作进一步社会化；3、加强对社区矫正工作人员的专项培训；4、解决司法所工作人员缺乏证件，制服的问题；5、检查局参与社区矫正监督工作人员要配足编制，并制定合理方案，可以设定司法所值班室，专人专用方便对司法所的监督；6、公安机关，司法所之间的协作应进一步加强。在进一步加快矫正犯转移的文书工作进程的同时，可以先由公安机关统一在矫正犯到达指定司法所服刑之前，由所在社区派出所先行监督，避免脱管现象；7、法院应当重视社区矫正这种监外执行的刑法方式，尽可能地增加这种刑罚的使用，减少监内执行；8、应当尽量在社区内宣传社区矫正的相关知识，让社区的居民们懂得什么是社区矫正，并且力所能及地参与其中；9、应当鼓励社区外的社会大众积极参与社区矫正工作，可以采取聘用制的方式在劳动市场招募并培训该类人员；10、劳动保障所应当与司法所建立更为紧密的关系，为解除社区矫正的人员提供再就业方便，并提供技能培训方便再就业；11、对于想要自主创业的矫正犯人员，政府相关部门应当给予同等对待，在一些特殊的要求（如无犯罪记录证明等）方面给予特殊对待，并建立严格的考核机制，对矫正犯提供一定的创业贷款，方便其创业。

社区矫正工作执行十余年，其效果是显著的，但是背后的问题仍然是不可忽视的。十八届四中全会之后，国家对于法制建设的要求提高了一个档次，依法治国已经是当下势在必行的大趋势。社区矫正，作为一种具有巨大发展潜能的以及国际化的刑法方式，将在未来逐渐对刑罚执行带来巨大的变革，因此继续发展社区矫正工作，重视并及时改正其背后存在的问题，当是眼前亟待解决的重中之重。相信，社区矫正将在今后的时间内得到更好的发展。