

钱塘 钱塘法学文库
QIANTANG FA XUE WENKU

豁免权研究

——基于宪法的视域

陈雅丽◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

钱塘 钱塘法学文库

QIANTANG FALXUE WENKU

杭州师范大学出版专项经费资助项目

豁免权研究

——基于宪法的视域

陈雅丽◎著

陈雅丽◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

豁免权研究：基于宪法的视域/陈雅丽著.

—北京：中国法制出版社，2011.5

(钱塘法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2866 - 8

I. ①豁… II. ①陈… III. ①豁免权 - 研究

IV. ①D993.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 081626 号

责任编辑 赵 宏

封面设计 周黎明

豁免权研究——基于宪法的视域

HUOMIANQUAN YANJIU——JIYU XIANFA DE SHIYU

著者/陈雅丽

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

印张 / 14.25 字数 / 180 千

版次/2011 年 5 月第 1 版

2011 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2866 - 8

定价：39.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66010483

市场营销部电话：66017726

邮购部电话：66033288

钱塘法学文库编委会

编委会主任：

罗思荣

编委会成员：

李 安 朱 炜 范忠信 王建东 余永祥

俞静尧 谭世贵 章剑生 金彭年

对话 交流 进步

——钱塘法学文库总序言

钱塘是杭州城的古称谓，自古文人荟萃。杭州师范大学前身可以追溯到创建于1908年的浙江官立两级师范学堂，至今已有百年有余。沈钧儒、马叙伦、鲁迅、李叔同、叶圣陶、朱自清、陈望道、刘大白等大师名家都曾任教于此，人文艺术底蕴深厚。吾等坚信，理性对话与平等交流是学术生命之所在，现将吾等工作和学习的成果冠以“钱塘法学文库”之名出版。

杭州师范大学法学院成立于2001年，现有专任教师近四十余人。其历史虽不悠长，其队伍也并非堪称庞大，然而这里从不缺乏富有朝气和创造力的中青年学者。近十余年来，我们的教师在科研和教学一线上取得了累累硕果，其研究成果或深刻宏大，或细致精专，或博学深思，或务实前瞻，对当前的民主和法治建设均有重要的理论意义和实践价值。奈何吾等偏居江南一隅，与学界的交流与对话较为缺乏，故而吾等声音不能为学界所充分了解，这不仅使得我们的研究成果难以发挥其应有的学术价值，而且使得我们失去与学界同仁切磋琢磨、共同进步的难得机会。鉴于此，吾等特筹专款，组织多方人力，筹划出版“钱塘法学文库”丛书。

“钱塘法学文库”将为我院教师提供三个平台：一是出版的平台，旨在为杭州师范大学法学院教师的高水平学术专著提供一个固定和连续的出版平台；二是展现的平台，旨在以系列丛书的面貌集中展现杭州师范大学法学院教师的学术成果和学术传统，起到彰显前贤，激励后学，提升学术研究氛围的作用；三是交流的平台，旨在通过丛书与学界同仁展开思想交锋和观点碰撞，以求达到扩大学术影响，刺激学

术创新的目的。三个平台概况为一句话，也就是“钱塘法学文库”的宗旨，即对话、交流和进步。

“钱塘法学文库”是一个长期的学术出版计划，将随着杭州师范大学法学院的发展一直延续下去。每年视我院教师成熟作品的数量出版若干部著作。收入文库的著作需符合以下条件：（一）作者是杭州师范大学法学院在编教师；（二）著作学术水平应属同专业上乘，具有较高的理论意义或实践价值；（三）符合学术规范，符合出版要求。“钱塘法学文库”的编审委员会，负责审查作品的学术水平，严守质量标准，宁缺勿滥。

钱塘之畔，是吾等工作和学习的地方，钱塘者，亦钱塘江之谓也。愿“钱塘法学文库”有如巍巍钱江潮，后浪推前浪，一浪高过一浪！

编委会

导 言

一、主题厘清

豁免是一个与责任相对的概念，法治社会虽以责任原则为主导，但豁免制度同样不可缺少。欲厘清本文的研究主题，必须弄清楚两个基本点：豁免权与宪法的视域。其一，豁免权。谈到豁免权，人们首先想到的是国际法学意义上的、具有外交性质的豁免权；但在国内法学意义上也存在着豁免权，如我们耳熟能详的总统刑事豁免权、法官豁免权、律师豁免权、证人豁免权等。对于前者、国际法学意义上的豁免权研究较多，也并非本文研究的主题；而后者、国内法学意义上的豁免权则往往是不为人们所普遍重视的“边缘化”问题。本文研究的豁免权则归属于后者，即国内法学意义上的、不具有任何外交性质或国际法学意义的豁免权。其二，宪法的视域。笔者曾试图将视域扩展到整个国内法学领域，即不仅对国家公职人员的豁免权进行研究，而且对律师、证人、医生等非公职人员的豁免权进行研究，但却发现不同主体的豁免权的内容均不同，甚至理论基础均存在差异，因此，无法进行包括整个国内法学领域的豁免权的研究，于是，一再将研究视野缩小，即仅对宪法视域中的国家元首、民意代表、法官三类公职人员的豁免权进行较系统研究。

不同主体类型的豁免权的具体内容是不同的，同一主体类型的豁免权的具体内容在不同国家也是不同的，甚至同一主体的豁免权在一国的不同历史阶段也存在着差异。尽管有着各种差别，但无论是国家元首、民意代表还是法官的豁免权都存在着共同的理论点：免除司法追诉的外在表现与职权保障的理论基础。同时，这些均属于宪法学研

究的范围，是宪法基础理论这一研究方向的内容。本文在综合掌握豁免权制度的基础上，指出豁免权是为了保障特定公职人员正确行使职务或者出于政治性目的，而在法律中明确规定的特定公职人员享有的不因其某些职务行为或其它行为而受到司法追诉或管辖的权利，具有消极性、程序保障性、不可放弃性、基于职业身份而享有等特征。豁免权可具体表现为两个方面：一是职权人的职务行为不受司法追诉或司法评价，质言之，不受司法的管辖，即职权保障性的豁免权；二是职权人的人身不受司法追诉措施或司法强制措施的对峙，即人身保障性的豁免权，这一般针对的是权利人的刑事犯罪嫌疑行为，而这种行为与职务是否相关则不问，故也可称为刑事豁免权。一般而言，职权保障性的豁免权不仅是对司法追诉程序的免除，也是对实体责任的免除，因此是非纯粹程序意义上的；而人身保障性的豁免权则仅仅指向对司法追诉程序的暂时性免除，本应承担的法律实体责任并未免除，仅基于权利人在职期间或不经特定程序的许可不进行司法追诉，因此是纯粹程序意义上的。不同主体的豁免权，体现或侧重的方面是不同的，例如，国家元首的豁免权，在美国突出体现为总统职权保障性的豁免权；在德国、韩国等国则主要表现为总统人身保障性的刑事豁免权，个中原因与国家元首职权的实虚、元首职位是否尊崇传统均相关。对于民意代表或议员的豁免权，则大多两个方面都被涵括了，即议员在会议上的言论不受法律追究与议员非经特定程序不受司法逮捕，当然，不同国家对这两个方面的具体宪法解释和宪政实践是不同的。对于法官的豁免权，讨论较多的则是职业保障性的豁免权，即法官的司法职业行为能否受法律责任，主要是民事责任的司法追诉的问题。所有这些均是介绍豁免权的具体制度的框架。

二、研究意义

本主题的研究具有一定的理论和实践意义：

第一，理论意义。国内法学意义上的或宪法学意义上的豁免权是不为人们所普遍关注的“边缘化”问题。笔者检索和翻阅了国内期刊

及硕博论文库，对国内法学意义上的或宪法学意义上（本文若不特别指出，均是指此意义上的）的豁免权大多仅是在司法制度中略提及法官豁免权，或者在诉讼法学的论文中论及律师职业豁免权或证人豁免权，对于豁免权的一般性研究、系统性研究则尚属空白。本文欲在梳理国内和国外对豁免权的研究成果的基础上，以及在考察现有的国家元首、国会议员、法官豁免制度的前提下，归纳、总结和创造出豁免权的一般基础理论，并通过介绍和比较美国、德国和法国的豁免制度，使人们对宪法视域中的国家元首、民意代表和法官的豁免制度有一个具体的认识，从而对豁免权在我国的建立或完善提出具体构想。因此，容笔者大胆的说，本书可谓具有填补国内研究空白的理论意义。

第二，实践意义。豁免意味着责任的免除或暂时免除，而法治社会所追求的责任原则要求所有的人对其行为承担相应的责任，对公职人员更是如此，也正是豁免权似乎与主流责任原则的格格不入使得人们对其避而远之。然而，职权不仅需要责任的制约，也需要豁免权的积极保障，倘若豁免权能得到合理的制度设计、与责任制度能紧密配合，则不仅可以防止权力的滥用，也可以促进权力的能动和积极进取，从而共同致力于法治社会的终极价值目标。因此，本研究具有一定实践意义。下面，就不同类型主体豁免权的意义分而述之。

笔者认为，法官豁免权在我国的建立和完善有重要的实践意义：首先，法官豁免权是我国实现司法公正的必然选择。法官是公正适用法律的特殊职业群体，通过对个案的公正审理和适当裁决来实现司法公正。在法官审理案件的过程中，其审理的对象并非法官亲历的、已经发生的客观事实，而是依据法律程序，通过庭审的方式从当事人那里获得的法律事实，即法官只能依据当事人提交的证据判断案情真相和是非曲直，事实上，法官致力于追求的法律事实与客观事实间不可能完全一致。倘若要法官为新发现的证据或客观事实承担法律责任，那么势必导致法官在案件的判决过程中为自身规避各种风险，在判案过程中畏首畏尾、久拖不决，从而造成诉讼的拖沓，所谓的司法公正也就迟迟不能实现。因此，惟有从法律上赋予法官以豁免权，方能保

障法官独立、理性、公正地作出司法判决。其次，法官豁免权是维护司法权威的必然要求。法官自身不断受到司法诉讼，不仅有损于法官在广大公民心目中的形象，而且会破坏公民对司法的信任、损害法律权威。再次，法官豁免权有助于吸引更多优秀的人才加入到法官队伍中。在我国古代，法官职位被视为“畏途”，审判案件稍有失误，轻则降级，重则丢官，仕途险恶，正如沈家本所言：“时人视秋曹为畏途”，“国无专科，群相鄙弃”，“无人重视”^①。因此，古代官员只要稍有门路，即不愿到刑部、大理寺等处就职，而“畏途”观念之形成与我国古代法官豁免制度的缺失不无关系。“法官断案，如同一个水手，每天都驾着一叶小船航行在陌生的海域里，不知什么时候大海会风波大作，顿生不测。法官每天都要面对不同的案件，不同的当事人，案件千奇百怪，案情错综复杂，稍有闪失，错判错断在所难免。如果一有差错，便要追究法官的刑事、民事责任，这样的职业谁来干？”^②因此，在我国当今，欲吸引更多的优秀人才加入法官队伍，则必须赋予法官以豁免权。最后，近年发生的案例呼唤法官豁免权的建立和完善。近年来，对法官的诉讼案件可谓是层出不穷，王海诉法官李春梅案件^③、江苏东海县人民法院法官李健案件^④，还有大家熟悉的莫兆军案件^⑤。所有这些法官基于法律事实作的判断或者与职务有关的言行而受到法律诉讼的案

① 沈家本：《寄穆文存·法学盛衰录》。

② 干朝瑞、郭琦：“论我国法官豁免制度的建立”，载《法律适用》2003年第5期。

③ 南京秦淮区消费者权益保护庭庭长李春梅在接受媒体采访时说：“我认为王海是一个假冒消费者，王海现象的实质是知假购假，购假索赔……”，王海即以李春梅的言论侵犯其名誉权，向法院提出起诉。

④ 江苏东海县人民法院法官李健因为审理一起经济纠纷案件，被以涉嫌枉法裁判的罪名关押在看守所156天，无罪宣判后，检察院又提起抗诉，官司缠身数年之久。

⑤ 莫兆军系广东四会市法院法官，2001年9月27日开庭审理李兆兴状告张氏夫妇等4人借款1万元纠纷案，李兆兴持有张氏夫妇的借条，而张氏夫妇辩称借条是被李兆兴、冯志雄持刀威逼所写的。经审理，莫兆军作出判决，认为借条有效，被告应予还钱。11月14日，张氏夫妇觉得冤枉，在四会市法院外喝农药自杀身亡。11月15日，公安机关传唤冯志雄、李兆兴两人，两人承认借条系他们持刀威逼张氏等人所写。2002年11月4日，莫兆军被逮捕，涉嫌罪名是玩忽职守。2004年6月29日，广东省高院终审宣判：莫兆军无罪！参见南方网：http://www.ycwb.com/gb/content/2004-08/03/content_734699.htm。

件，表明了我国法官保障制度缺陷重重，法官豁免制度的建立和完善势在必行。

同样的，对人大代表豁免权的研究亦有重要意义。随着民主的发展，人民代表大会的议事功能日益凸现，也唯有完善人大代表的豁免权，才能保障人大代表能知无不言、言无不尽，充分地反映民情民意；维护人民代表大会制度的权威性和崇高性。

对国家元首豁免权的研究也具有重要意义。国家主席作为我国的国家元首，是作为一个独立的国家机构在宪法中予以规范的。但是，由于国家主席一般具有良好的政治品性、经历了各种考验和考核，不太可能会成为犯罪嫌疑人，因此，赋予主席豁免权有多余之嫌。但是，笔者认为，一方面，从过去的历史来看，国家主席并不是绝对的不会受到政治势力的迫害，刘少奇主席一案已经充分说明了这一点，虽然这样的悲剧发生在特定的历史时期，但是，笔者认为，主席一职往往关乎国家内政外交的稳定、关乎公共利益的维护和实现，作为法治健全的国家，预设主席豁免权制度，对于防范政治势力借助司法程序的合法化外衣行政治斗争的真实目的还是有必要的。另一方面，当今世界发生的案例，如美国前总统克林顿案、法国前总统希拉克案，说明了随着民主宪政的发展，对国家元首进行刑事调查和追诉也是有可能的，豁免权则可为这种刑事调查或追诉设计特殊的程序制度等。

三、研究现状

此问题的已有研究成果，从形式上看，可归纳为“短篇多长篇少，论文多专著少，英文多中文少”。涉及豁免权的研究成果主要体现在论文中，从国内看，专门写着豁免权的论文几乎没有，只有专门写着法官豁免制度的论文；相对于国内而言，国外的资料比较丰富，特别是美国通过案例判决所确认的豁免权的资料相对较多。至于专著，国内至今尚无，豁免权多是散见于各个著作中，寄寓于其中一角。下面，从内容上对豁免权的主要研究现状作一简述：

第一，关于豁免权概念的研究。对于豁免权的统一定义，目前较

少，大多是对不同主体的豁免权进行分别定义。王昊、蒋洁（2005）指出，豁免权是为保障国家公职人员妥善行使职权，排除各种非法干涉而赋予的特权，分为立法豁免权、行政豁免权、司法豁免权等。王潇（2005）指出，对法官按照法律的正当法律程序履行职责，不存在违法司法和枉法裁判的情况下，出于法官自身对法律的理解能力的局限和知识性缺陷造成的裁判不公和错案的，只要不是出于法官主观上的故意，则应给予法官豁免权。陈慈阳（2004）认为，议员豁免权主要是指“针对民主国家中，由人民依普通、平等、直接与秘密选举出之国民代表，为免除其它国家权力——特别是武力——之干预，使其能独立行使宪法赋予之权限，而于宪法中给予保障的特权。”^①

第二，关于豁免权的理论基础研究。李龙、汪习根（1999）认为，实现正义、自由、权利与平等这些宪政价值，除了古典正统理论，还有权力保障的新宪政论，这是一种积极的、能动的制度设计。埃尔金、索乌坦（1997）指出，在当代社会，我们也需要思考如何使政府更好地运作，即如何保障权力正确地、高效地行使，既是受到制约的又是能动进取的。施密特（2005）强调，“议员不像基于政治原因而取得了豁免权的护民官那样享有这种免责权。实际上，即便在这里，真正起作用的也是如下观念：议员是一个超越了利益对立的独立的、无私的、有教养的人，为了能够自由地参加辩论，他需要且理应取得这种豁免权。”^②丹宁勋爵（1984）指出，法官不受要求赔偿的起诉这倒不是因为法官有任何犯错误和办错事的特权，而是因为他应该能够完全独立地履行职责而无需瞻前顾后。莫诺·卡佩莱蒂（2005）指出，法官豁免问题即要确保法官在合理程度上不受对案件施加的外部 and 内部压力之影响。

第三，关于西方主要国家豁免制度的研究。（1）国家元首豁免制度。黄维幸（2007）指出，在美国，通过司法判例，可知美国总统享有暂时性的刑事豁免权。王思为（2007）指出，在法国，宪法豁免伴

① 陈慈阳：《宪法学》（下册），元照出版公司2004年版，第688页。

② [德]卡尔·施密特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社2005年版，第339页。

随总统“职务”所发生的责任，也就是免除所有总统在行使职权时可能产生的附带责任。(2) 议员豁免制度。通过美国的司法判例，可知美国国会议员享有言论豁免权。美浓部达吉(2005)指出，英国议员在会期中，及会期前后各四十日内，享有不得逮捕的特权，但此逮捕豁免的范围或曰事项仅限于民事上的行为，议员凡是犯有刑事犯罪的行为时，并不曾受过特别保护。(3) 法官豁免权制度。周道鸾(2000)指出，美国联邦法官只有根据弹劾程序，经参、众两院通过，才能剥夺其法官资格。Thomas J. Noto(1985)分析了布雷德诉费希尔一案中，赋予法官豁免权的三点理由，并指出美国直至1977年“斯顿普诉斯帕克曼”一案判决之时，奉行的是绝对豁免主义。J. Sue Richardson(1990)指出，在美国存在上诉和弹劾两个任选的救济措施，足以挽回损失，而无需起诉法官。Susan D. Franck, (2000)、Rasmussen(2003)、Wilhelmi(2006)等人则探讨了法官豁免权制度可否也适用于美国的仲裁员。周道鸾(2000)也指出，德国法官在其职务内和职务外的行为以及政治活动中，应当保持人民对其独立性的信任不受损害的态度。奥特马·尧厄尼希(2003)强调，在德国，法官职位面临着政治化威胁，这不仅是对第三权力的独立性的威胁，而且最终也是对法官内部独立性的威胁。莫诺·卡佩莱蒂(2005)指出，德国于1981年6月26日正式颁布的《国家赔偿法》建构了国家对法官在行使其公共职能时的错误行为的受害人全部承担赔偿责任的制度。

第四，关于豁免权制度在我国的建立与完善研究。(1) 人大代表豁免权制度的完善。秦前红(2005)认为，我国应建立立法助理制度，赋予他们以言论豁免权。陈伯礼、郑凌(2005)主张，我国人大代表的言论豁免权不应扩大至立法助理，同时，代表的言论豁免应基于职务而定，不仅限于会议内，还应包括会议场所外，即应对现有法律作扩大解释。(2) 法官豁免权制度的建立。干朝瑞、郭珣(2003)认为，虽然1998年最高法出台了《人民法院审判人员违法审判责任追究办法(试行)》罗列了法官在行使审判职权时不须承担责任的行为，但因为此办法为最高人民法院制定，效力位阶过低，在法律上无法制约公安

机关和检察机关，不能使法官的豁免权得到充分的保护。李建明（2000）指出，现行尚未规范统一的有着形而上学明显特征的错案追究制弊端甚多，不仅无法实现错案追究制本身所应有的功能，甚至还产生了很大的负面功能。孙谦、郑成良（2004）建议，建立一个独立的专门机构，专司对法官的惩戒活动，可以考虑在最高人民法院内设立一个法官评审委员会对法官办案的情况加以调查，以保证法官豁免权的正当适用。

上述研究均从各个角度对豁免权的相关问题进行了探讨，从豁免权的一般理论到制度实践均取得了一定的研究成果，也正是这些成果为本研究奠定了丰厚基础、为本研究在思维的路径和研究的技术路线方面提供了有益借鉴与学术启发。当然，已有研究成果尚存在一些不足，例如，在方法和研究视野上呈现出单一性，缺乏对西方主要国家豁免制度的比较与分析；无论是国内还是国外的研究，大多处于自发的零星状态，缺少系统深入的成果，未对豁免权的基础理论、基本原则、制度展开、与责任的关系、豁免权制度在我国建构的必要性与可行性等问题作一体系化的研究。这些也恰好为本研究留下了空间。

四、研究方法

毛泽东曾指出：“我们不但要提出任务，而且要解决完成任务的方法问题。我们的任务是过河，但是没有桥或没有船就不能过。不解决桥和船的问题，过河就是一句空话。不解决方法问题，任务也只是瞎说一通。”^① 本文在坚持马克思主义唯物辩证法的基础上，具体运用了以下方法：

一是“实然”的归纳与“应然”的演绎相结合。“实然”的归纳，是在揭示事物“实际是怎样的”前提下形成对事物的抽象性认识；“应然”的演绎是在分析事物“应该是怎样的”基础上形成的对事物的具体建构。本文综合运用了这两种方法：在综合掌握现有的豁免权制度

^① 《毛泽东选集》第1卷，人民出版社1991年版，第139页。

的前提下，抽象出豁免权一般性的、共有的理论，如豁免权的概念、特征、分类、法理构造、理论基础、基本原则等；在揭示豁免权的精神实质或底蕴的基础上，提出了豁免权在我国的具体建构或完善。

二是事例分析的方法。理论来源于实践又指引着实践活动。对豁免权的理论归纳必须以事例分析为前提，本书将在分析典型事例的基础上抽象出豁免权的相关理论。

三是比较分析的方法。“真正的宪法比较研究，不能单纯停留在‘认识’或‘介绍’外国宪政体制的阶段，也不能只从表面‘观察’与‘平行对照’不同宪法秩序之间的差异。而应通过这种比较，着眼于具体宪政问题的解决”^①，本书在豁免权的制度落实一章，突出使用了比较分析的方法。对于比较分析法，最关键是要选择好比较的对象，但是，对于国家元首、民意代表和法官的豁免权，每个国家的侧重都是不同的，也没有哪一个国家能为这三类主体的豁免权提供一个完整的蓝本，因此本文选择了比较具有代表性的美国、德国和法国三国作为制度介绍和比较的对象，以及分析了产生差异的背景原因。

四是规范分析的方法。对法律问题的研究始终不能、也无法离开规范分析的方法。本文在解读已有的有关豁免权的法律规范以及法律判例的基础上，深入分析豁免权的制度运行与宪政实践。

^① 秦前红：“中国宪法领域的法比较——方法与趋势”，载《河南政法管理干部学院学报》2007年第1期。

目 录

导 言

一、主题厘清	1
二、研究意义	2
三、研究现状	5
四、研究方法	8

第一章 豁免权概述

第一节 豁免权释义	1
一、豁免与豁免权的概念	1
二、豁免权与赦免权、免责权的区别	9
三、豁免权的分类	13
四、豁免权的构成要素	15
第二节 豁免权的“权利”结构分析 ——以霍菲尔德的权利结构理论为据	20
一、霍菲尔德的权利结构理论	22
二、豁免权的“权利”结构分析	25
第三节 豁免权的历史起源	28
一、国家元首豁免权的历史起源	29
二、法官豁免权的历史起源	33
三、议员豁免权的历史起源	35

第二章 豁免权的理论基础与基本原则

第一节 豁免权的理论基础	39
一、新宪政理论	39
二、人的理性有限理论	50
第二节 豁免权的基本原则	57
一、有限性原则	58
二、合乎目的原则	63
三、特别保障原则	68

第三章 豁免权的制度展开——以美国、德国和法国为例

第一节 国家元首豁免制度	74
一、美国的总统豁免制度	76
二、法国与德国的总统豁免制度	82
三、比较与评价	87
第二节 议员豁免制度	93
一、言论豁免制度	94
二、逮捕豁免制度	104
三、议员豁免权是否及其他主体	110
四、比较与评价	112
第三节 法官豁免制度	119
一、美国的法官豁免制度	122
二、德国的法官豁免制度	133
三、比较与评价	137