

西部政法论丛

(三)

West Politics and Law Series

主编 刘志坚

兰州大学出版社



西部政法论丛

(三)

主编 刘志坚

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据
西部政法论丛. 3 / 刘志坚主编. —兰州: 兰州大学出版社, 2007.3
ISBN 978-7-311-02924-1

I. 西... II. 刘... III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 018785 号

西部政法论丛(三)

主编 刘志坚

兰州大学出版社出版发行

兰州市天水南路 222 号 电话: 8912613 邮编: 730000

E-mail: press@onbook.com.cn

<http://www.onbook.com.cn>

兰州大学出版社激光照排中心排版

兰州恒达彩印包装有限责任公司印刷

开本: 880×1230 1/16

印张: 16.75

2007 年 3 月第 1 版

2007 年 3 月第 1 次印刷

字数: 711 千字

ISBN 978-7-311-02924-1

总定价: 180.00 元(共四册)

(图书若有破损、缺页可随时与本社联系)

西部政法论丛

West Law and Politics Series

主办单位 兰州大学法学院

学术委员会 (以姓氏拼音为序)

- 主任 刘志坚(兰州大学法学院院长、教授、博士生导师;日本大学法学部特聘教授)
副主任 贾登勋 俞树毅
委员 黄锡生(重庆大学法学院副院长、教授、博士生导师、法学博士)
霍存福(吉林大学法学院教授、博士生导师、法学博士)
江 怡(中国社会科学院哲学研究所研究员、博士生导师)
李长健(华中农业大学文法学院法学系主任、教授、硕士生导师)
倪国良(兰州大学政治与行政学院教授、博士生导师、博士)

编辑委员会

- 主 编 刘志坚
常务副主编 管继尧 王 鹏
副 主 编 于 洋 刘学文 苏军生 张 睿
编 委 乔 翔 冯海瑞 王学军 刘 建

编辑部主任 任海涛
邮 箱 politicslaw@sina.com

目 录

前沿理论

遮蔽式诉讼程序之法制思考	陈 文(1)
论国际私法中的法律规避与意思自治	王 虹 翁国民(8)
论经济法的理念与经济法基本原则的层次性	袁振甫(11)
试论刑事和解制度的理论基础	刘兰秋 丁云臣(14)
和谐语境下我国水权交易制度研究	李长健 辛 晨 张 锋(17)
环境权主体新论	杨世英 张 勇(19)
论少数民族环境习惯法	霍永贤(22)

经济学研究

A股市场均值、方差模型分析	乔 翔(24)
试论武警边防部队军需物资有价运行	丁俊侠(26)
东北老工业基地产业集群发展对策研究	李晓磊 万 华(28)
会计诚信的经济学分析	白丽丽(31)
金融创新:金融机构应对农村市场策略研究	李长健 王 妍 任 斐(33)
竞争与发展:农村金融组织体系架构的新设想	李长健 任 斐 王 妍(35)
商业银行资本金管理	
——监管资本与经济资本比较分析	赵永萍(37)
我国技术市场交易额与 R&D 投入量对经济发展影响的实证分析	张 岩(39)
家族企业内部治理结构存在的问题及对策研究	李国君 秦丽娜(41)
IT 行业绩效评价指标体系探析	林锋发(44)
企业集团财务总监委派制浅析	陈 玲 姜志祥(46)
国有商业银行股份制改造对中小商业银行制度创新的影响	徐渤海(48)
会计信息虚假陈述原因分析	罗临云(50)
家族上市公司管理层激励与财务绩效	项海苹(52)
关于酒店业人才流失问题的探析	严小燕(55)
企业全面预算的编制及问题对策研究	宗志钢(57)
浅论人民币汇率稳定的原因	马 勇(59)
山东省 FDI 的区域选择	王娥燕 刘忠琦(61)
我国上市公司现金持有量影响因素的分析	张荣生(63)
兵团公共危机管理系统的完善	牛益民 张 岩(65)
城市广播频率设置的博弈	徐 宏(67)

政治学、哲学研究

大学生参与高校管理的必然性分析	赖显明(70)
高校辅导员角色的社会学思考	孙 超 胡婉峰 张 锋(73)
简论毛泽东“民族团结”的思想与实践	马莉娜 姜 勇(76)
美国对伊朗核问题的政策与伊朗核问题的未来走向	卢秀娥(79)
养老型卫星城构建设想	李 刚(82)
农业生产的非合作博弈及农地产权制度的演进	汤建华(84)

“以人为本”科学发展观的哲学思考	郝 鹏(87)
试论笛卡尔《探求真理的指导原则》在认识论上的价值	彭麟淋(90)
从基督教旧约经典谈希伯来法的渊源和表现形式	吴春所(92)

法学基础理论研究

罗尔斯和休谟的正义观之比较	张平静(94)
异化劳动与私有财产的关系 ——马克思《1844 年经济学哲学手稿》中的一个核心问题	陈淑菁(96)
从一则事例来看公权力与私权利的冲突	姚 蕾(99)
论德沃金思想在法治中国建设中的价值	宋以江 宁文东(102)
民法基本原则作为判决依据的法理分析	孙静科(105)
儒家的民本思想及其在构建以人为本的和谐社会中的现实意义	李红岩(108)
中国封建社会的牙行及法律性质和相关法律规定	程洪波 张海峰(110)
法的秩序价值初探	李 波 杜 伟(113)
浅论中国古代各朝死刑执行方式及其发展规律	阎 蓉(115)

私法研究

论我国企业社会责任缺失问题及对策分析	王玉梅 鲁彩荣(117)
论专利的间接侵权	柏文竹(119)
论公司在股东派生诉讼中的地位	季 庆(121)
论司法解散请求权制度的完善	蒋小鸟(123)
论商品房广告的法律效力	刘园园(125)
论虚拟财产的属性及法律保护	杨延兰(127)
民营企业知识产权的流失及防范对策	沈和平(129)
取得时效制度研究	张 艳(131)
损益相抵原则探究	房 冰(133)
探寻解决高楼坠落物致人损害案件的新思路	林 青(136)
一人公司存在的价值分析	张 磊(138)
揭开公司面纱 ——浅谈中国规范跨国公司的责任承担	潘佳璠(140)
浅析上海、江苏高院在离婚案件中对按揭房屋权属认定的异同	王 聪(143)
论网络虚拟财产的法律保护	张 虎(146)

公法研究

中南亚国家间建立统一反洗钱刑事司法合作机制可行性研究	刘 建(149)
城市土地的可持续利用研究	王芬 包立春 陶 浪(153)
精神病人社会保障的思考	张慧梓 彭余辉(155)
浅论行政公产	郝一霖(157)
死刑复核制度新探	李 巍(159)
对我国国土整治法的立法体系和基本框架的构建	杨晶晶(163)
行政公开制度疏议	张守亮(165)
论犯罪着手之认定	樊晓儒(167)
监狱的专政地位不容错位	路永泉 赵军 李 凌(169)
抽象行政行为的可诉性问题思考	龚文婷(172)
关于国家赔偿制度的几点思考	周飞鹏(174)
电子废弃物回收利用的法律规制	蒲亨莲(176)
试论单位犯罪主体问题	李晓珉(178)
受贿罪疑问题刍议	张锡成(181)

评析我国刑法第一百六十二条之二

——虚假破产罪	杨建国(183)
临床实习学生主体资格分析及对策考	詹 磊(185)
关于完善我国国有商业银行治理结构的几点探讨	赵 娴(187)
浅析我国包税法律现象	牛瞳哲 王学军(189)
浅谈刑法中的行为学说	喻 红(191)
浅谈我国区域经济发展战略的演进	李晓艳(193)
被害人对于加害人犯罪心理的影响之我见	吴凯敏(195)
论法律与流动儿童的受教育权	张怀德 杨树东(197)
量能课税原则之定位	汤鹤新 陆晓妹(199)
对完善我国公务员录用管理制度的探讨	刘 敏(201)
公民权、行政权与行政法	
——从“方法论意义上的控权与管理”谈现今中国行政法的作用	赵 锐 张若楠(203)
违法性认识错误初探	康玲维 马立飞(205)
论城管执法中群众参与机制的完善	缪新森(208)
浅议刑事精神损害赔偿	闫国志(210)
浅议抽象行政行为的可诉性	刘 魁 刘妮娜(212)
我国人大代表与西方国家议员的区别	王 烨 武婷婷(214)
正当防卫构成“五要件说”质疑	于 海 蔡曦蕾(216)
以口碑营销打造老字号市场竞争优势	
——兼评沈阳天江老龙口酒厂的非价格竞争	宋文娟 王海鹰(218)
行政诚信问题新探	张 伟 宋院芳(220)

国际法学研究

浅谈无核区制度	高 扬(222)
浅析 GATs 下法律服务的范围及我国公证业的开放问题	孙 莹(224)
WTO 与我国环境保护法律制度的完善	李 游(227)
反倾销法中的公共利益原则分析及其运用	管继尧 潘 红(229)
国外对华反倾销的现状和对策分析	何 琦(231)
中国的服务贸易以及开放后面临的问题	李晓慧(233)
我国外资立法导向问题探析	李 芳(235)
略论外资准入制度	张 媛(239)
适用于非国际性武装冲突的国际人道法规则	周 莉(241)
国际公法下的钓鱼岛主权归属	高 瑜(243)
WTO 争端解决机制的“反向协商一致”原则利弊考	向科海 陆忠虎(245)

程序法研究

论程序正义独立下的法律程序的价值	谢静静(247)
浅谈我国法官自由裁量权的合理行使	徐臻艳 王玉凤(250)
关于保全程序的一点思考	郁明琴(253)
论和谐社会中的法院调解制度	刘亚立(256)
论证据的主观性	刘彦廷(258)

遮蔽式诉讼程序之法制思考

陈 文*

(黑龙江大学 法学院, 黑龙江省 哈尔滨市 150080)

摘要:遮蔽式诉讼既不同于公开诉讼方式,也不同于秘密诉讼方式,是在公开或秘密诉讼过程中例外嵌入的一种诉讼程序。在某些高危案件中,部分诉讼参与人内心充满恐惧,加之对国家公力救济不信任,缺乏参与意识与参与激情,不利于诉讼顺利进行,遮蔽式诉讼方式应运而生。遮蔽式诉讼程序包括遮蔽式侦查、遮蔽式起诉和遮蔽式审判程序。它蕴含着重要的安全、秩序、隐私权保护、公正、效率等程序价值,具有专属于己的适用领域,不可不用,否则就会出现法律真空。它又存在与生俱来的理论缺陷,不能全面适用。应当动用“立法杠杆”消除意识及制度障碍,确立遮蔽式诉讼程序在我国现存诉讼程序中的一席之地。发挥其弘扬法治精神之利,克服其克抑法律权利之弊。

关键词:遮蔽式侦查;遮蔽式起诉;遮蔽式审判

一、问题的提出

堪称举世瞩目的世纪审判的萨达姆案云谲波涌。世人关注此案不仅仅因为其当事人地位的特殊性,而且单就案件本身的复杂过程而言也足以引人关注。其审判历时之长、反复变数之多、主审法官调换之频、辩护律师危险系数之高、证人拒证之忧等都会给关注此案的学界及业界同仁留下许多思考的空间。尤其在庭审中频频出现的遮蔽现象更加耐人寻味,是是非非一时难辨轩輊。遮蔽之一:合议庭组成人员抛头隐尾遮蔽于后;遮蔽之二:仅有的几个出庭证人心有旁骛遮蔽于后;遮蔽之三:出庭辩护律师以守为攻遮蔽于后;遮蔽之四:幸存的被害人噤若寒蝉遮蔽于后。对于这种具有遮蔽情节的审判方式,笔者称之为“遮蔽式审判”,遮蔽式审判方式及与其有关的遮蔽式侦查、遮蔽式起诉合称为遮蔽式诉讼。它与传统的侦查、起诉、审判方式存在诸多差异。作为一种学术探讨,本文拟从遮蔽式诉讼的制度内涵、制度设计、种类、追求的程序价值及其利弊分析等方面延展遮蔽式诉讼的理论思路。在此基础上,从实证主义观点出发,探求遮蔽式诉讼方式对我国现行诉讼方式的可借鉴之处、现存意识障碍及制度保障。

二、遮蔽式诉讼方式的法制内涵及其制度设计

(一)遮蔽式诉讼方式的法制内涵

遮蔽式诉讼是指在公开或秘密侦查、起诉和审判过程中,在当事人一方或双方自愿提出要求的前提下,被告人、证人、辩护人、代理人、控诉人或审判人员基于安全、公正、效率等诉讼价值因素的综合考量,而遮于屏风后、面罩或头套中进行的诉讼方式;在书面审查、审理过程中,卷宗材料由第三人预先采取相应的技术措施遮蔽或掩盖当事人的姓、名或姓名等具有特定性因素的信息采取隐名进行的诉讼方式。笔者称前者为人蔽,称后者为信息蔽。人蔽可进一步分为:面蔽、头蔽和身蔽。信息蔽亦可再分为:姓蔽、名蔽、姓名蔽及其它特定信息蔽。亦可将遮蔽诉讼方式分为:视觉屏蔽如面蔽、头蔽、身蔽等和听觉屏蔽如对证人的声音进行技术处理等。不能将遮蔽式诉讼方式与秘密侦查、秘密起诉、秘密审判混为一谈。遮蔽式诉讼与开放式诉讼相对而言,秘密式诉讼与公开诉讼相对而言。虽然,两对方式相互之间存在制度设计上的交叉之处,但是遮蔽式诉讼既不同于传统意义上的公开诉讼也不同于传统意义上的秘密诉讼。

(二)遮蔽式诉讼方式的制度设计

1. 应考虑的因素

首先,诉讼行为实施人之间的对立关系。诉讼行为参与者如侦查人员、控诉人员、审判人员、被害人、被告人、证人、辩护人、代理人等之间客观的存在着职能对立、利益对立、行为对立、身份对立等特定关系。这些对立关系存在着潜在的激化或失控的可能。一旦被激化或失控,结果必然是一种纠纷转化为更为激烈的另一种或多种纠纷,诉讼的最终落空。所以,应当兼顾到对立双方或多方之间的实力差距、潜在危险性、被激化或失控的逻辑后果及其后果的可预期性。

其次,自然法则与社会法则之间的对立统一关系。自然法则与社会法则并非完全一致,有时两者表现为对立乃至对抗。弱肉强食、适者生存是一种常见的自然法则,而保护弱势群体、防止恃强凌弱恰是常规的社会法则。有时两者在形式上表现为一致和统一。社会规则在功能上限制自然法则,在特殊领域如动物资源保护领域确认自然法则,自然法则反过来又影响、左右着社会规则的运作。

* 作者简介:陈文(1966—),男,山东费县人,黑龙江大学法学院教师,主要研究刑事诉讼法、证据学、民事诉讼法等。

再次,制度的价值、功能、目的、理念、结构、民众的文化传统、对立性主体事后行为失控的可能性大小及非理性诱因因素的数量和诱导程度。

最后,诉讼中遮蔽的必要性及遮蔽量的适度性。需要遮蔽的行为、行为主体、特定资料等的相关行为人往往处于明显弱势或极大潜在危险性,即存在明显必要性,但当一方遮蔽可能给对方的权利行使产生某种障碍,应加以适度限制。一般在一个诉讼行为的一个独立的阶段,符合遮蔽条件的行为、行为主体、特定资料不应多于所有遮蔽对象的半数。

2. 基于以上因素的考虑将遮蔽诉讼方式设计为以下六种类型:

- (1)证人遮蔽式;
- (2)被害人遮蔽式;
- (3)被告人或被害人特定信息遮蔽式(只适用于检察院审查起诉、法院书面审理及裁定程序中);
- (4)代理人、辩护人遮蔽式;
- (5)侦控人员遮蔽式(主要适用于涉毒、涉黑、恐怖、职务、集团、有组织等犯罪);
- (6)审判人员评议过程遮蔽式(即秘密评议)。

三、遮蔽式诉讼方式蕴含的程序价值

(一)安全价值

安全是诉讼行为主体对现有利益所产生的能够持久、稳定及完整存在的心理期盼。^[1]法律力图保护人的生命与肢体的存在与完整,预防家庭关系遭到来自外部的摧残性破坏,并对侵犯生命权、健康权、财产权等规定了补偿;再者,法律在创立预防国内混乱的措施和预防外国入侵的措施方面都起着不可替代性的作用。^[2]由于诉讼行为主体生命、健康、财产的权利客体的短暂性、匮乏性、不稳定性、脆弱性、易失性及生命的一维性决定了人对安全价值的企盼较其他追求更为强烈。法律理应准确捕捉常人心理以满足诉讼行为主体的安全企盼为首要法价值目标,尤其是在充满明显或潜在危险、贫穷、动乱因素的社会环境与司法信任危机或民众诚信危机相对严重的社会背景中。不安造成安全价值的升值,不安使人们内心产生强烈的安全渴望。^[3]证人拒证现象普遍的主要原因之一在于对安全状况的担忧。对某些被害人如对未成年人、不被侵害人知晓姓名的性犯罪被害人等采取一定的遮蔽措施也是基于人格安全及身份安全因素的考虑。对代理人、辩护人等诉讼参与行为及审判人员的评议行为采取一定的遮蔽措施在一定程度上体现了法律对诉讼安全价值的追求。在涉黑、涉毒、恐怖、职务、集团犯罪等案件中,对侦查人员、控诉人采取一定的遮蔽措施同样体现了法律对司法执业人员安全的关注。法律对诉讼参与人安全因素的漠视将在客观上直接消解诉讼参与人的参与激情和执业上的积极性,证人拒证可以说是一种典型的实践明证,其危害性不容忽视。

(二)秩序价值

秩序作为一种具有稳定性、连续性和确定性的关系结构、活动过程及行为模式,始终是立法者、司法者及执法者孜孜以求的法实践行为目标和归宿。人是一种社会存在物,社会秩序可以为人的存在和发展提供基本的安全及秩序等保障。在法制社会中,人的生存与发展无不需要法制维系人与人之间的基本关系结构,从而形成法秩序。它成为各国法关系主体无可替代的价值追求。在庭审过程中,对某些特殊证人、被害人、代理人、辩护人、控诉人及评议过程中的审判人员采取一定的遮蔽措施,在一定程度上是对法秩序价值的重视和社会无序的回应。

(三)隐私权保护

隐私权是自然人所享有的对自己秘密的合法私生活进行支配并排除他人干涉的一种人身权。它实质上是一种独立的人格权。目前,对隐私权的法律保护呈现出国际统一化趋势,联合国等国际组织早已将此项权利的保护纳入到多项国际条约之中。在刑事诉讼程序中,对于涉及当事人个人隐私权案件采取一定的遮蔽措施有利于提升当事人的诉讼地位,有利于维护其基本的独立的人格尊严,在一定程度上增强诉讼参与人对诉讼行为的主动配合积极性、诉讼结果的接受度、裁决履行的自愿化及民众认可率。从而有利于诉讼活动的顺利进行和诉讼目的的最终实现。目前,绝大多数国家已经对于涉及当事人隐私权类案件采取秘密方式进行遮蔽审理并取得良好的司法效果和社会效果。

(四)公正价值

司法公正是司法制度的灵魂和生命线,它被誉为维护社会正义的最后一道屏障。公正对于一国司法而言如何强调都不为过。认识公正直至达成共识并不难,难就难在如何才能实现真正的司法公正。此方面的制度论、原则论、方法方式论、策略论、责任论及权力论等颇多,但实践效果并不尽如人意,司法不公问题严峻仍然是一个十分突出的不争事实。司法腐败、暗箱操作、以情代法、权钱交易等现象在一定程度上得益于司法权力的拥有者与司法行为的对象之间信息联系通道的畅通无阻。在司法裁决过程中斩断裁决者与被裁决者之间的信息交流无疑会割断暗箱操作的“先天血脉”,进而切断明箱暗作、权钱交易等司法腐败现象的运作链条。对被害人、被告人的某些特定信息实施审前、审中遮蔽,能够在一定程度上阻断裁决者与被裁决者之间无关信息的交流渠道,起到遏制司法不公、促进司法公正的作用。裁决者的独立与公正是整个诉讼程序公正的一个基本条件,往往存在三种现实因素影响着裁判者的公正与独立,即:第一,利益冲突和偏见的存在;第二,缺乏独立地位,导致裁决不能自主或者地位过于独立导致失控而滥权;第三,具有与独立和公正相冲突的职能;第四,单方面从利害关系人处获取信息。遮蔽措施的采取可以有针对性的防止前述第一、第三两类因素的影响,避免因裁决者的利益冲突与偏见等因素的提前介入导致其裁决重心异位,从而导致最终

丧失裁决行为公正性。裁决工作的重心应当定位于案件事实与法律适用两部分,至于案件事实的行为者与实施者是谁,不应成为裁决者裁决时考虑的事实因素,裁决者只需了解与适用法律相关的案件事实的行为者的年龄归类,即成年人或未成年人和责任能力归类(亦即理智能力与精神能力)即可,最大限度的避免同案不同判现象的发生,否则,裁决结果就会因人而异,法律面前人人平等原则就无法得到落实而仅仅成为空洞无比的司法口号。法律面前人人平等是法治精神的体现,是人类千百年来在司法实践总结出来的代表当代最先进法治文明水平的标志性原则之一。它的基本要求之一就是“不论谁实施此种案件事实,都应当承担相同的法律责任”。也就是说,案件实施者的姓名等特定信息不应成为待审案件事实材料的组成部分,就像科研项目立项或博士论文答辩的前期匿名审查,谁是作者并不重要,重要的是看项目是否具有创造性、可行性、效益性或文章是否言之有物、言之有序、言之有趣一样。抑或像司法考试考卷的评卷人在面对试卷上各种各样的案例时无须知道考生是谁更无须知道考生的姓名,否则,标准外因素必然会对评判结果产生不公正的影响。

(五)效率价值

诉讼效率是指诉讼中所投入的司法资源(包括人力、财力、设备、时间等)与所取得的社会成果的比例。人类的一切行为活动都有其内在的经济逻辑。作为人类特定实践形式之一的诉讼,无论在实体上还是在程序上或在立法、司法、执法者的主观认识上都是一项能够产生一定社会效果同时又需要支付一定代价的行为。^[4]追求诉讼效率不仅是为了节约有限的司法资源、降低诉讼成本、缓解经费紧张,而且更为重要的是能够使犯罪分子尽早得到惩处、使无罪的人早日昭雪、使被害人及时得到补偿和安慰。遮蔽式诉讼方式可以在一定程度上减少诉讼成本、提高诉讼效率。例如:对于司法工作人员与当事人有某种利害关系或其他特殊关系可能影响案件公正审理的关系案、人情案,各国普遍制定了回避制度,由于回避理由的秘密性、当事人取证能力的有限性、司法工作人员权力操作的失范性、回避理由审查的形式化、人与人之间利益关系的复杂交错及隐蔽性等原因导致回避制度的施行成本巨大而效率甚微。同时,回避制度的低效性还表现为其本身功能的局限性,它只能在形式上解决特殊关系的存在对司法裁决人员的影响,而不能消解特殊关系的存在对被裁决人员的影响以及对双方影响案件裁决结果的实质作用。因为,特殊关系对案件结果的影响是双向而非单向的,且这种特殊关系在钱缘、权缘、情缘、血缘、姻缘、趣缘等作用下会本能的向纵深扩张并间接对案件结果施加影响,使回避理由由公开转入地下而超越法律调控范围。遮蔽式诉讼方式在裁决者与裁决者之间人为的设置了一层防止“关系病毒”介入的“防火墙”,将当事人的特定化信息予以遮蔽,阻断了两者之间业已存在的可能影响案件公正审理的关系网,回避制度失去存在的价值,在一定程度上减少了回避制度的成本支出,为司法效率的提高提供了客观的制度保障。

四、遮蔽式诉讼方式的利弊分析

(一)遮蔽式诉讼方式之利

1. 消弭司法公正的信念危机

在职权主义诉讼模式下,由于普通诉讼参与人地位之卑微、司法腐败风气之日盛、人们对司法过程公正与结果公正的期望值过高、诉讼参与者安全感的缺乏等现象的存在,使得理念之法与现实之法出现背离,出现了司法信任危机。司法信任危机不仅表现为司法权力的制约失衡、滥用和腐败、司法不独立、司法人员职业荣誉感的丧失、职业责任的随意放弃和司法主体的自我否定,^[5]而且表现为公众对司法过程中合法程序产生的司法结果的不信任导致在观念上对司法权威性的漠视。^[6]对某些诉讼参与人、诉讼环节及诉讼信息资料等采取有针对性的遮蔽措施,在一定程度上可以缓解司法公正信任危机,缓和司法与社会民众之间的价值冲突,增强公众对司法结果的认同与信服感。司法主体的职业荣誉感、履责正义感及诉讼参与人的安全感最终都可以转化为诉讼主体主动自觉的司法职业激情与强大动力。公众的司法信任危机自然得到一定程度的化解。

2. 提升司法民主性理念

司法民主性与政治民主性具有同源性,就像民主与政治一样,民众的积极参与永远是司法生命存续的动力源泉。法制的宗旨是为公众服务,公众对法制的了解、信任与参与是极其重要的。司法民主不仅成为现代民主法治目标之一,更是法制文明得以维系和发展的根本保障。遮蔽式诉讼方式能够充分调动民众尤其是诉讼参与人的程序参与积极性,拓宽司法与国民之间的接触面,充实司法的国民基础,全面发挥司法制度的社会机能。

3. 彰显司法正义与公平

程序正义的基本要求之一是与诉讼结果有利害关系或可能因该结果蒙受不利影响的人都有机会参与到诉讼中,并得到提出有利于自己的主张和证据以及反驳对方提出的主张和证据的机会。同时程序正义要求尊重当事人的意志和人格,把人看做目的而非实现某一外在目标的手段,程序公正承认人人都有接受正当法律程序保护的權利,这些权利不应受政治交易和经济利益的考虑所左右。^[7]诉讼程序的正当性根据之一恰恰体现在其对无辜者基本权利的尊重上,保障无辜者基本权利之所以在实体正义诸价值中居于核心地位,因为它是正义的底线。^[8]遮蔽式诉讼不仅能够为诉讼参与者提供参与诉讼的机会,而且还能有效地消除诉讼参与者的内心忧虑并积极主动有效地利用参与机会维护自身合法权益。遮蔽式诉讼在法律责任确立过程中采取非常审慎的态度和保护与强制相结合的人性化举措,有利于对无辜者基本权利的保护与尊重。

4. 维护被告人的基本体面

在押解途中对犯罪嫌疑人、被告人采取一定的头蔽措施,使其被强制的情景不被暴露于大庭广众之中,维护了当事人的基本体面,有利于取得当事人对司法行为的积极配合,在一定程度上消除了其抵触心理,主动自愿的接受案件的裁决结果,体现了保障基本人权的诉讼理念,维护了法律的权威。

5. 巩固被害人的诉讼主体地位

刑事被害人的地位经历了一个波浪式的历史发展过程:作为刑罚执行者的被害人、作为犯罪起诉者的被害人、被遗忘的被害人、再度引起重视的被害人。^[9]被害人一度曾在刑法舞台上消失了,^[10]今是而昨非。加大对被害人的保护力度目前已经被国际社会所认可,《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第24、25条、《联合国反腐公约》第32、33条规定了专门的保护被害人、证人、鉴定人的条款,美国自20世纪70年代已经越来越重视被害人的保护,法国于2000年6月15日为《刑事诉讼法》增加了序言,在序言第二项、第41条、53条、75条、80条等增加了保护被害人的规定,《德国刑事诉讼法》于1994年以来、《日本刑事诉讼法》自2000年以来均对此做出了相应的规定。^[11]被害人刑事诉讼地位衰弱,是国家力量强大后公诉权不断扩张的结果,被害人权利再度引起重视又是法制文明发展的必然。被告人处于弱者地位易受侵犯为由而优先考虑被告人的权利保护,但我们必须正视的一个更为基本的事实:在被告人处于弱者地位之前,被害人已经充当了一回弱者。与被告人的弱者地位不同的是:被害人作为弱者,绝非仅仅承担一种可能的危险或风险,而是实际蒙受了肉体、精神和财产诸方面的损害与损失。所以,对被害人合法权益的保障应当成为刑事诉讼的起点和终点,并贯穿于刑事诉讼的始终。^[12]遮蔽诉讼方式能够更好的保护某些需要保护的被害人的利益免遭二次伤害,如:日本于2000年修改后的《刑事诉讼法》第157条规定:对强奸罪等性犯罪被害人特别是当犯罪时尚处年幼或案件涉及有组织犯罪的场合或被告人为暴力团伙成员的场合,证人心理负担会格外增大,当证人有可能感到“显著不安或紧张”时,可以允许陪同人陪伴证人,可以在证人与被告人之间设置屏风等物以使相互看不到对方,从而强化了对容易受到伤害的作为证人的被害人诸如性犯罪被害人、未成年人或高龄人的保护。^[13]被害人不再是单纯的证人,而是具有独立的诉讼地位的诉讼权利主体。

6. 帮助证人完成理性的角色换位

由于人们对犯罪本质认识的深刻、国家权力的强化、国家性质与职能的重新定位、犯罪危害与侵犯利益的多元化思考以及公民对诉讼秩序、公正、效率等多元价值的企盼,以公正的不受报复感情及利害关系所左右的专门国家机关行使追诉权的公诉取代以私人复仇观念支撑的、存在矛盾激化风险与滥讼可能的被害人行使追诉权的私(自)诉。但是,如果国家公诉消除了被害人与致害人之间的利益冲突的同时又孳生出当事人与证人之间的复仇心理甚至利益冲突,无论如何都不能说是一种好的追诉方式,这样的诉讼结果也是证人万万不能接受的。传统的国家追诉制建立在程序工具主义理论基础之上,将证人视为解决纠纷的“工具”。追诉者与裁决者并不考虑“工具”角色的命运与感受;现代国家追诉制建立在程序价值主义理论上,将证人视为诉讼过程中的独立诉讼参与人之一。证人这种角色转换体现了当代的法治文明和理性的人文精神。在证人出庭作证感到不安或紧张时,法律允许其采取一定遮蔽方式作证,或者对于需要特殊保护的证人如儿童、老人等可以免除他们亲自出庭作证的必要性。^[14]证人在保护自身与履行社会义务时拥有极大的自由选择空间,有利于帮助证人转变角色积极参与到诉讼中来,减少证人拒证现象的发生。

(二)遮蔽式诉讼方式之弊

1. 对知情权的蚕食

对立的双方或多方在其中一方或数方参加诉讼采取一定的遮蔽方式,必然阻碍对方或他方对其了解的范围和程度。而了解对方或他方的心理、行为等主客观情况是诉讼相关人的诉讼权利之一,属于诉讼参与人的知情权。为他方了解自己的相关信息提供方便条件不仅是一种义务,更是一种换取对方或他方履行相向义务的条件。遮蔽措施的采取在一定程度上对他方意欲了解的信息资料予以掩盖,影响或蚕食了对方或他方知情权。

2. 对裁判权的束缚

审判是控辩双方在法庭上各自提出自己的主张和证据并进行辩论,裁判者站在第三者的地位上,基于国家权力依法做出裁判的一种诉讼活动。分前后两个阶段即审理和裁判,审理主要是对案件的有关事实进行调查、举证、辩论;裁判是在审理的基础上,依法就案件的实体问题或某些程序问题做出公正的处理决定。审理是裁判的过程、前提和基础,裁判是审理的结果、目的和归宿。评议过程的遮蔽对裁判权的行使固然会产生积极有利的影响,但当审理过程中的某些诉讼参与人、诉讼行为及信息资料被遮蔽,不能使案件事实完全暴露于裁判者面前,就会增加证据调查、举证、辩论、审查、判断的难度,基础与前提条件遭遇阻断必然会对裁判权的行使起到客观的束缚作用。

3. 对辩护权的眩惑

辩护权是法律赋予被追诉人的一项专属性权利,包括实体性辩护权和程序性辩护权,即刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人依据法律和事实反驳对其指控,提出有利于被追诉人的事实和理由,论证被追诉人无罪、罪轻或应减免罪责以及被追诉人的程序性权利受到了侵犯予以维护被追诉人合法权益的诉讼权利。该权利的行使建立在证据、事实、法律的基础上,辩护权的范围、顺序、内容、方式、自由度、对审判的引导力、种类等均依法而定,法律的适用又以事实为依据,事实依靠证据去佐证、还原。所以,证据是辩护权发挥作用的手段、基础、依据、保障和工具,辩护权缺乏证据基础会变得苍白无力或令人眩惑。诉讼过程中的遮蔽措施不仅对证据的收集、提供、举证、质证、认证、推定产

生不便,而且对证据的归纳与演绎、分析与综合、反正与排除、经验法则的形成与运用产生干扰和误导。

4. 对参与权的放任

公民的司法参与权来自于理性国家权力的忍让。国家让渡司法权力给民众已成为现代司法文明的发展趋势,这种忍让和让渡是人民主权原则的体现,是现代诉讼文明的积极成果之一,对有效防治国家权力专断、维持合理诉讼结构、实现刑事诉讼秩序价值有积极意义。但这种对权力的忍让与让渡一旦超出“度”的界限就会变成一种无度的放任。诉讼参与权一般分为当事人及其辩护人或代理人的程序参与权、证人等其他诉讼参与人的参与权、公民旁听、参审或陪审参与权。诉讼程序透明无隐对参与者的参与行为会产生无形的规范作用,参与者会本能的按捺冲动与激情,会基于形象、道义、名誉、法律责任、社会关系及社会影响等因素的综合考虑谨慎地选择是否参与司法。与之相反,诉讼程序遮蔽对于被遮蔽的诉讼参与人而言这种透明程序中的无形约束机制失去了作用,激情会代替理智,人自身的嗜利本能与权利扩张本能随时可能使参与者摆脱社会责任、法律义务的束缚。诉讼参与人参与行为的放任性、随意性、情感化及利益驱动性必然削弱社会对法律的尊重,阻碍法律制度真正持久的发展。

5. 对控诉权的禁锢

控诉权是指拥有起诉权的国家专门机关或个人依据事实和法律向有管辖权的法院提出追究被告人刑事责任的请求,并提供相关证据证明、支持其诉讼请求的权利。控诉权一般要经历三个阶段:获取证据阶段、审查起诉阶段、出庭支持起诉阶段。程序遮蔽一般在审查起诉阶段不会产生不利影响,而在获取证据阶段与出庭支持起诉阶段则可能产生消极后果。在获取证据阶段,国家专门机关通过侦查搜集证据、查获犯罪嫌疑人、打击犯罪、教育公民。它是起诉与支持起诉的基础。在出庭支持起诉阶段,控诉人将其获取的证据通过询问、出示、质证、辩论、调查核实、补充侦查等方式展示给法庭,以供法庭查明事实、分清责任,正确适用法律,实现控诉目的,完成控诉任务。遮蔽诉讼方式会缩小国家专门机关搜集证据、展示证据的自由空间,在程序上,禁锢控诉权的行使与变现。

6. 对证人谰妄的漠视

证人与其他自然人一样,具有人性的弱点和趋利避害的本性。证人自愿作证行为即任意性自白是一种本能的外观过程,常言道言为心声。而非自愿作证行为即非任意性自白不能真实准确反映证人的内心意愿,言不由衷、言非所愿,所以,不具备证明力或证据能力而被许多国家法律排除在有效证据之外。在遮蔽方式下,证人消除安全、名誉等顾虑,会积极主动地无拘无束地进行任意性自白。这种任意性自白与非遮蔽环境下任意性自白往往存在细微差别,遮蔽环境下进行的任意性自白更容易受证人作证意识的指向性、内容的先定性、主观倾向性、情感引导性及利益驱动性等谰妄因素的影响。证人的内心意识原本就很难取证,遮蔽方式又将仅有的能够反映其内心真实意思的面部表情流露、临场机智反应、形体语言表现等遮蔽起来,更增加了证明难度。这样的证人证言一旦丧失了客观性基础,就会为恶意作证、伪证、假证大开方便之门,而现有法制对证人证言中诸多谰妄因素缺乏有效的预防、监测、惩处机制,目前,可以说法律只是对其漠然视之。

7. 对侦查权的消抑

针对涉毒、涉黑、走私、危害国家安全、有组织集团作案、跨国际有组织犯罪、职务腐败等侦破难度大、风险高的案件,侦查人员自身遮蔽有利于安全、高效的行使侦查权,自不待言。但是,诉讼遮蔽方式是把双刃剑,当案件的证人、被害人、代理人等诉讼参与人采取遮蔽措施时,势必对侦查权的行使产生一定的消抑作用。

五、遮蔽式诉讼方式与我国刑事诉讼传统方式之协调

遮蔽式诉讼方式是利大于弊、弊大于利抑或利弊相抵?要视具体案件而定。因其并非一无是处,所以有借鉴之可能;又因其并非尽善尽美,所以没有完全吸纳之必要。明智的选择当属扬长弃短、协调有无。我国现有的主流诉讼方式是建立在职权主义并揉入了某些当事人主义因素的模式基础上以公开诉讼(警务公开、检务公开、审判公开)为原则、秘密诉讼(秘密侦查、秘密审理)为例外的混合模式。如何在不危及现有体制的前提下,为遮蔽式诉讼寻到一席之地并能与公开或秘密诉讼方式“和睦相处”是笔者思量已久的问题。不揣拙见如下:

1. 从正反两方面确定遮蔽式诉讼方式的适用范围。包括适用主体范围、案件范围、客体范围、诉讼阶段范围,明确适用条件、例外因素、适用目的。

2. 确立遮蔽式诉讼方式的适用原则。

3. 规定遮蔽式诉讼方式的具有可操作性的具体适用程序,力求详尽。

4. 制定切实可行的责任追究机制和制度保障机制。

5. 规范实践过程中适用解释条款及解释功能,使其在实践中日臻完善。

6. 加大宣传力度,扩大共识。遮蔽式诉讼方式体现实体法上的刑事法定原则和程序法上的诉讼法定原则,符合我国刑事诉讼控制犯罪、保障人权、维护社会法制秩序的目的观,丰富我国刑事诉讼职能体系,优化我国刑事诉讼双层结构模式,弘扬我国传统法律文化传统内涵。

六、建立遮蔽式诉讼方式的意识障碍与制度保障

一种新制度的建立往往首先引发意识领域的冲突,当传统意识不能接纳新意识时,传统意识就成为阻止新制度的建立和运行的意识障碍。为了解意识障碍带来的阻力,不仅应当及时在意识领域予以反击,而且还应在技术措施上设立制度保障机制,以巩固新制度的运行成果。

（一）意识障碍

1. “公开万能”意识

基于对中世纪纠问式秘密诉讼的痛恨,资产阶级法学家转而求助于公开诉讼,并对其寄予厚望,直至发展到今日之“公开万能”意识的流行。现撷取一二:“无公开则无所谓正义”;^[15]“如果公正的规则没有得到公正地适用,那么因公开而形成的公众压力常能纠正这种非正义”;^[16]司法公开是司法最有效的“防腐剂”。^[17]殊不知诉讼公开并非万能,它亦存在诸多局限性。侦查阶段过分暴露犯罪嫌疑人的基本情况,容易损害其名誉、带来生活或工作上不必要的麻烦、易使侦查陷入被动,容易导致证人、被害人人身遭受威胁。审理公开可能损害被告人的羞耻心,妨碍未成年被告人的心理健康发展,侵害到当事人的隐私权甚至损害公序良俗,使证人、被害人、代理人、辩护人等诉讼参与人的人身财产安全遭受威胁。

2. 法与情不容意识

过分强调法的绝对性和独立性,忽视德、情、俗等因素与法的联系,认为法与情泾渭分明,情主“私”,而法主“公”,情以自我为中心,而法以集体为中心。情往往干扰法的运行,法不容情。实际上情与法既相互排斥又相互交融。中国是个人情大国和伦理大国。引情人法符合我国国情,有利于社会稳定和法自身的发展。合理的人情得不到法律的接纳,法律就很难得到社会民众的接纳;违法的亲情、友情、社情、民情得不到法律的有效排斥,法律就可能遭到社会民众的排斥。

3. 主体异化意识

主体异化意识是“将法律视为阶级统治的工具、调整社会关系的工具、管(治)理的工具”等工具理性在法本质认识上的反映。在这种工具理性的指导下,人被异化为工具。这种异化自身的意识不仅是确立遮蔽诉讼方式的障碍,而且是法制文明发展的障碍。

4. 变色的司法透明意识

原本意义上的司法透明是指为了避免暗箱操作,司法机关在实施司法行为时允许当事人或普通民众知悉司法活动的过程、内容及资料。它涉及两方面的内容:知情权和监督权。^[18]两种权利是不可分割的,监督权是知情权的目的和归宿,有知情权无监督权,知情权失去了皈依;知情权是监督权的前提和基础,有监督权无知情权,监督权形同虚设。人为的分割知情权与监督权,必将造成监督权空位或知情权残缺。这样的司法透明不仅不能阻止暗箱操作,而且还会滋生明箱暗作。笔者以深中肯綮的视觉词语将其视为“变色”的。

5. 变形的司法独立意识

广义理解,司法独立是指司法权独立于其它国家权力。狭义理解,司法独立是指司法权在对外关系中保持独立性,司法机关作为整体对外独立。在构成要素上,它包括司法权独立、司法机关独立、司法人员独立。司法权独立于立法权、行政权、政党权。在政党政治的社会背景下,许多国家实行“司法官不党”原则。司法机关独立要求采取分权制衡式结构,具有上下级之间的非隶属关系。司法官员独立要求经济上、职务上、人事任免上独立、独立于自我等等。我国的司法独立受诸多权力限制,司法独立意识受到来自各方面的权力打压而变形。人民法院和法官要接受来自党委、人大、政府、政协、上级人民法院、人民检察院、新闻媒体、人民群众、当事人九个方面及党委方面的纪委、政法委、组织部、人大方面的法工委、监督室、信访室,政府方面的监察、人事劳动、财政、审计,新闻媒体方面的各个通讯社、报纸、电台、电视台等二十多个部门的党纪政纪、纪律、法律、工作等方面的监督和制约,^[19]婆多媳少,难以独立。对于与此现实相吻合的司法独立意识,笔者以精神上的触感词语将其定为“变形”的。

6. 变味的司法平等意识

宪法第5、第33条、刑事诉讼法第6条明确规定一切公民在适用法律上一律平等。要求司法机关在办理案件时,不受民族、种族、性别、职业、社会出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限等因素的影响,对一切公民的合法权益都依法给予保护,对一切公民的违法犯罪行为,都应依法予以追究,法律面前无任何特权。这种过于理想化的法律意识早已被社会诸多冷酷的不平等现实冲抵殆尽。司法理想与司法现实的巨大反差强烈地影响着国民的司法平等意识,形成了一种既不同于本来意义上的平等意识又不同于传统封建等级特权意识的“新型”司法平等意识,笔者以精神上的触感词语将其喻为“变味”的。

7. “宪法无为”意识

理论上,宪法自其诞生甚至孕育之日起就继承了高贵无比的“皇家”血脉,具有至高无上的法律地位。但是,实际上,宪法在未被司法化之前,它拥有的仅仅是地位的名份而已。宪法的地位依靠其约束力和强制力的直接效力来表现,而宪法一不能确权立义,二不能定纷息争,无法以最佳的方式进行权力能量的正当释放。权力意义根植于统治他人并使他人受其影响和控制的欲望之中。^[20]法律又何尝不是如此!“宪法无为”意识已经扼杀了宪法的一切欲望。应当建立与宪法地位相一致的宪法权威,对宪法诉讼、宪法控诉、宪法监督、宪法保障、宪法法院及宪法实施保障等方面进行全方位制度化和司法化,当然,在制度化之前应当首先实现司法意识化。

（二）制度保障

意识化是制度化的先导,是制度化的主观保障;制度化是意识化的皈依,是意识化的客观变现。遮蔽式诉讼方式的建立、发展与完善,既需要排除意识障碍,又需要建立科学、高效的配套制度做保障。应当适时建立弱势而有潜在危

险的证人、被害人等全程安全保护制度(包括身份保密制度、异地安置制度、经济补偿制度、举证特权制度等)、案件登记编号制度、案件裁决者与案件登记者或案件编号者隔离制度、事实审与法律审分审制度、(在取证、裁决、执行、保密、监督等过程中违规)责任追究制度等,保障遮蔽式诉讼程序的常规运作。

七、结论

遮蔽式诉讼方式既不同于公开诉讼方式,也不同于秘密诉讼方式;它作为一种独立的诉讼程序存在先天不足,但同时它又具有其他诉讼程序所无法比拟的法价值空间。扬长避短、科学规范遮蔽式诉讼程序必将为我国现代法治文明建设进程起到巨大的推动作用。借鉴、完善、有针对性地扬弃之,必将遮去时法之弊,弘扬律治之威。

注释

- [1][3]杨震著.法价值哲学导论.中国社会科学出版社.2004.219、223.
- [2][20][美]E·博登海默.法理学——法哲学及其方法.邓本来、姬敬武译.华夏出版社.1987.290、348.
- [4]顾培东.诉讼制度的哲学思考.载柴发邦.体制改革与完善诉讼制度.中国人民公安大学出版社.1991.72.
- [5]李华.浅议司法公正的信念危机.载最高人民法院外事局.中国与欧盟刑事司法制度比较研究.中国检察出版社.2005.21.
- [6]王志强.比较法律文化视觉下司法公正的隐性危机及其解决.载中国法学.2003(1).
- [7][18]樊崇义.诉讼原理.法律出版社.2003.200、491.
- [8]宋英辉.刑事诉讼原理.法律出版社.2003.21.
- [9]乔志华,张飞.关于刑事被害人权利保护的思考.载最高人民法院外事局.中国与欧盟刑事司法制度比较研究.中国检察出版社.2005.69.
- [10][法]米海伊尔·戴尔玛斯—马蒂.刑事政策的主要体系.卢建平译.法律出版社.2000.84.
- [11][13]陈光中.21世纪域外刑事诉讼立法最新发展.中国政法大学出版社.2004.197~272、254、260.
- [12]周常志.论刑事司法中被受害人的权利保护.载最高人民法院外事局.中国与欧盟刑事司法制度比较研究.中国检察出版社.2005.85.
- [14]刘立宪,谢鹏程.海外司法改革的走向.中国方正出版社.2000.57.
- [15]参见 Michael D. Bayles, Procedural Justice, 1990 by Kluwer Publishing Company, p42.
- [16][美]伯尔曼.法律与宗教.梁治平译.生活·读书·新知三联书店.1991.48.
- [17]谭世贵.中国司法改革研究.法律出版社.2000.125.
- [19]曹建明.中国审判方式改革理论问题研究.中国政法大学出版社.2000.75.

论国际私法中的法律规避与意思自治

王虹 翁国民*

(浙江大学 法学院, 浙江 杭州 310028)

摘要:在国际私法上,法律规避现象存在的首要前提是当事人意思自治。当事人意思自治在不超越强行法和公共秩序保留的范畴时,应予以提倡和保护。对法律规避行为在与强行法冲突的范围内予以适当限制,并将其纳入法律选择的领域,即有利于在国际交往中促进法律的发展,也有利于保障当事人的权利。

关键词:法律规避;意思自治;法律选择

一、引言

一般法的追求价值包括公平、合理、正义、自由、平等、安全、有序与和谐。国际私法的基本价值追求与一般法的追求价值是一致的,但又有其特殊性。如实现判决结果的一致性、可预见性、追求法律适用的稳定性、实现个案的公正解决,追求程序上的公正,实现法律冲突的适当解决,保护国家利益、个人利益,追求国际私法的趋同等。

法律规避制度是传统国际私法的重要组成部分,法律规避问题历来也存有争议。该制度在出现之初有一定的合理性,但是随着全球化进程的发展,这一传统理论正受到来自逻辑和实践两个方面的严峻挑战,已不符合国际私法的立法和司法实际,有时甚至阻碍正常的民商事交流。从1878年法国最高法院关于鲍富莱蒙王妃(Bauffremont v. Bibesco)案起,我们发现,几个世纪以来一直被人们定性为法律规避的个案实际上还包含了意思自治的因素,而且这种因素还有着不断扩大的趋势。自杜摩兰(Damolin)系统地提出“意思自治”原则之后,该原则在合同法领域迅速发展,成为选择合同准据法的最重要原则。近年来,“意思自治”原则已扩张到婚姻家庭、继承、信托、侵权等领域。

在以往对法律规避的讨论中,大多集中在其定性、构成要件、对象、效力等方面。本文则试图将法律规避与意思自治相结合加以探讨,以期对法律规避有一个重新的认识。

二、法律规避与意思自治

在现代国际私法理论中,法律规避是指当事人为实现利己目的而改变构成法院地国冲突规范连接点的具体事实,以避免本应适用的对其不利的准据法,而使对其有利的法律得以适用的行为。其之雏形,可以溯及到法则区别说时代荷兰学者尤利克·胡伯等人的“国际礼让说”。在这种学说中,他们把国家主权思想引入法则区别说。此后,19世纪中叶意大利的孟西尼在其1851年提出了民族主义(即国籍)的原则。他认为,法院在审理涉外民事关系中有关人的身份能力、亲属关系及继承关系时都应适用当事人本国法。^[1]显然,1878年法国最高法院对鲍富莱蒙一案的判决,就是对胡伯尤其是孟西尼学说的具体运用。

较之法律规避,意思自治的理论渊源似乎更加清晰可辨:可以追溯到法国“法则区别说”时代的杜摩兰,他在《巴黎习惯法评述》一书中提出了意思自治原则。在他之后又有意大利人孟西尼、英国人戴西等人阐述了对这一问题的不同看法。^[2]虽然人们对意思自治的内涵的表述不尽一致,但已无实质性的区别。大体而言,它是指在某些特定法律领域的法律适用问题上,尊重当事人的自由意志,由当事人协议选择准据法的做法。

在新制度经济学理论中,所谓国家,“不过是指在某个特定地区内对合法使用强制性手段具有垄断权(独占权)的制度安排”。^[3]因而在利害关系面前,国家就具有了动物一般趋利避害的功能。具体到鲍富莱蒙案件中,因为鲍富莱蒙王妃的行为危及到法国法律的尊严(利益),所以法院便会以种种理由宣告其行为无效,而对当事人主观意思不予支持。有人认为,减少这种情况产生的最好办法是完善其本国法律,然而令人遗憾的是法院地国是会不会在当事人面前检讨自己的法律制度是否存在瑕疵的,这是因为此时的国家与对方当事人是处于一种“对立”状态中的:国家的目的在于维护其制度利益,而个人的目的乃在于从国家制度利益中寻求自身利益的最大化,这里面也存在着利益冲突问题。一方面,国家利益是个人利益存在并得以终极行使之制度保障,无国家利益,个人利益便无从谈起;另一方面,个人利益虽依国家利益而存在,但两者之间是一种相辅相成的关系。在鲍富莱蒙一案中,法国法院认定鲍富莱蒙王妃先前一系列行为属于规避法律而判决其无效就有把法律规避扩大化的嫌疑,事实上它是一种对意思自治的直接限制。

* 作者简介:王虹(1969—),女,陕西宝鸡人,浙江大学法学院硕士研究生,主要研究国际经济法;
翁国民(1964—),男,浙江萧山人,浙江大学法学院教授,主要研究国际经济法。

(一)法律规避与意思自治之牵连关系

在国际私法上,法律规避与意思自治之间存在着一种相互的牵连关系。法律规避现象存在的首要前提是当事人意思自治,只有在某一国家或地区的法律接受意思自治原则的前提下,法律规避现象才得以存在。法律规避与意思自治的关系基础源于法律的经济分析。首先,人不是完全理性的主体,这种理性是有限的。^[4]其次,许多非经济利益因素也是法律关系主体行为目的的函数,因此法律行为中其他一些非经济特点也要纳入到法律关系主体目标函数的集合中。^[5]法律主体由于受到智力资源约束或行为指向价值多元这一事实影响,其经济人特性——追求私人利益最大化应是有限的。正是在这种基础上,有限理性法律经济人的概念才得以演绎而来。有限理性法律经济人在其特性驱使下总是积极争取享受更多权利并力图摆脱法律义务。也就是说,法律规避是一种理性行为,从其主观动机来看,乃是为了实现其意思自治——选择那些能够满足需要或者说能够给其带来利益的法律予以适用。显然,法律主体冒险规避法律的奥妙就在于此。^[6]

由此来看,既然有限理性法律经济人选择法律外方案规避法律以实现其意思自治并获得自身利益最大化是理性的,那么,法律规避与意思自治之间就有了更深层次价值构造的基础。适当限制的意思自治是法律规避的前提,而其又是法律规避的终极目的或最终结果,法律规避在当事人实现其意思自治的过程中只起着一种相当于媒介的作用。因此,适当限制的意思自治这一制度安排优先于法律规避或者说其是法律规避的上位利益,即使在以法律规避宣告当事人先前的法律行为无效的情形下,也不能不考虑当事人的适当的意思自治因素,并对其与法律规避之间的效用函数作恰当的安排。

(二)法律规避与意思自治的限制

虽然在意思自治原则发展的过程中,苏联学者隆茨、德国学者巴尔曾将当事人意思自治为当事人规避法律提供了方便作为反对意思自治原则的理由。但是,从最初的遭到反对到主要适用于合同领域,到如今不同程度地扩展到继承、婚姻家庭、侵权等各个领域,当事人意思自治原则已经获得了越来越多的接受。应该说,“私法自治”理论在今天的情势下重新提起,有助于我们把本该由私方当事人自主约定之事项从国家强制性规范中解放出来,对这些事项制定大量的任意性规范。既然是任意性规范,则可留待当事人自主确定适用与否及其适用范围,也可以由当事人选择另一国法律作为准据法。罗马法对公法和私法规范的性质曾有著名的论述:“公法规范不得由个人之间的协议而变更”,而私法的原则是“协议就是法律”。^[7]意大利学者孟西尼也以私法自治理论为基础,明确提出当事人意思自治原则,即涉及个人的财产及其享用以及合同等方面的规定,属于私法中的自愿部分,个人完全能自由处置,因而在确定这些问题的准据法时当事人有自由选择的权利。同时,该理论也认为当事人在法律选择过程中的权利不是绝对的,它必然受到来自公共秩序保留和强行法的限制。^[8]

许多国家在涉及政治、经济、社会制度中重大利益的领域,都逐渐地以特别法中的强制规则、格式合同等排斥当事人选择外国法的权利,只能适用本国法。二战之后,跨国公司、垄断组织的壮大,科技的发展导致产品的复杂化,国际劳务转移的增长使得生产者、销售者与消费者及雇佣者与受雇者之间处于不平等的交易地位,失去了当事人意思自治的社会基础,保护弱者的观念渗透到法律领域,从而强调国家干涉,以协调这种不平等的关系。因此,一方面,纯粹为维护国家利益而绝对禁止法律规避是不合理的,国家理应考虑当事人意思自治的因素,从而做出适当的安排。即使在以法律规避宣告当事人先前的法律行为无效时,也不能不考虑当事人的意思自治。另一方面,适当限制的意思自治这一制度安排应优先于法律规避或者法律规避的上位利益,当事人意思自治不能突破公共秩序保留和强行法的限制。

当事人意思自治原则虽然在实践中被各国所广泛采用,但对这一原则还远没有形成完全一致的共识。本文认为,完全的、绝对的、“无限”的意思自治,是不可能的;法律对“意思自治”总会或多或少,或在某一个、某几个方面对当事人提出一定的要求。在应该如何行使法律所赋予的“意思自治”权问题上,绝大多数国际私法论著和审判实践都认为,当事人选择法律的意思,应该是合法的、公正的、善意的。^[9]

从杜摩林提出意思自治原则之日起,包括杜摩林自己在内的绝大多数学者也都认为对这一原则不能漫无边际地适用,在具体适用时应作一定的限制。在目前的国际社会,除了英国等少数国家以外,大多数国家,尤其是大陆法系国家的立法和司法实践都十分强调涉外合同当事人不得任意选择与契约毫无关系的第三国的法律。这表明当事人选择法律的权利在空间上是受到限制的。另外,法律选择不得违反公共政策。这一限制也是英美法国家的理论和实践所持的观点。当然,当事人选择的准据法并非绝对有效。如果当事人所选择的准据法有悖于法院地的公共秩序或国家利益时,那么此种选择显然是得不到适用的。不过,这一问题似乎已经超出了所谓的意自治原则的限制了。因为,即使不采用当事人意思自治原则,对国际合同的法律适用,比如硬性规定适用合同缔结地法,而这种合同缔结地法如同法院地公共秩序相抵触时,显然也是得不到适用的。

三、法律规避与法律选择

法律选择问题是国际私法的基本理论问题之一。选择法律一向是国家的特权,国家在立法或司法中进行法律选择被认为是天经地义的。国家制定冲突规范的立法行为,法院解决涉外民商事案件过程中对法律适用的自由裁量行为都是国家择法行为的典型体现。但是,涉外合同领域法律适用中意思自治原则的发展,动摇了国家选择法律的垄断地位,赋予了合同当事人选择支配他们合同的法律的自由。

本文赞同卢鹏的观点,认为国际私法上的法律规避不是欺诈行为、逃法行为,而是择法行为,是当事人间接的择法

行为,在性质上是否合法具有不确定性。从广义上讲,法律适用的当事人“意思自治”,即当事人直接的择法行为,就是一种法律规避。但是,狭义的法律规避强调通过改变冲突规范连结点来达到规避法律的目的。从这个意义上说,法律规避是当事人一种间接选择法律的行为。^[10]

当事人选择法律的范围,即意思自治对象的法律或选择法律的内容,是指有关国家的实体法,还是包括冲突规范在内的整个法律体系,抑或包括国际条约或国际惯例。各国对当事人法律选择的范围有如下几种:1. 国内立法。包括对方当事人任何一方的本国法,也可能是第三国法律。2. 国际条约。缔约国当事人可以选择某一实体法国际条约,有时非缔约国当事人也可以选择某一国际条约作为合同的准据法。3. 国际惯例。涉外合同的当事人可以选择某一国际惯例适用于其合同关系,当事人选择的国际惯例主要是指国际贸易或商业惯例。目前,各国立法一般都主张在国际合同中排除所谓反致制度,因而规定当事人所选择的准据法只能是直接规范(实体规范),而不包括冲突规范和程序规范。^[11]

法律规避的产生具有其合理的基础:法律本身所具有的局限性。但是法律的主体是人,而人又是能动地来追求自身利益的;而且多法域并存的局面和跨法域广泛的交流也是人类社会的现实需要和发展趋势。允许当事人自主地进行法律的选择,虽然并不意味着当事人最终可以决定法律的适用,但是它却极大地促进了跨法域民商事交流。

因此,把法律规避与法律选择联系起来,将它理解为一种当事人间接的择法行为,在国际私法上具有重大的理论和实践意义。将法律规避理解为一种法律选择有利于在国际交往中促进法律的发展。法律规避与法律规避的效力是两个不同的问题:前者是当事人选择法律的行为,后者是国家排斥外国法的行为。当事人的法律选择客观上有利于各国法律的交流,从而促进各国法律的发展。国家对外国法的排斥虽说是有一定必要的,但在客观上却可能会影响到各国法律的交流。将法律规避理解为一种法律选择也有利于在促进国际交流的同时保障当事人的权利。法律的最终目的是要服务于人,以人为本,当事人在多法域背景下,在不违背国家和他人利益的前提下,利用冲突规范,通过改变连结点,选择一个对自己利益有利的法律,是无可非议的。^[12]事实上,国际私法的本质就是赋予当事人自主选择或排除特定法律的权利,当事人自主选择准据法的过程本身就是一个法律规避的过程。如果这种选择危害到了一国的公共秩序,那么可以通过公共秩序保留制度来加以排除。但是无论如何,健全的法律制度并不意味着社会生活的各个方面都要由法律来加以控制,更不是动辄加以简单禁止。在特别注重保护交易安全和尊重当事人自由意思的国际私法领域更是如此。

四、结语

法律冲突的存在不仅是不可避免的甚至可能是有益的。国际私法的目的不是消灭法律冲突,而是法律协调。当事人意思自治作为私法领域的一项原则应予以大力提倡和保护,且应优先于法律规避或者法律规避的上位利益,但其不能突破公共秩序保留和强行法的限制。法律规避行为在与强行法冲突的范围内也应予以限制。同时,盲目地排除或限制一切外国法的适用是不明智的,国际私法立法不仅应该保护国家的利益,也应该兼顾国际整体秩序的协调。

将法律规避理解为一种法律选择,是与这种法律协调观念相一致的。对法律规避制度予以适当限制并将其纳入法律选择的领域是符合社会法律制度发展的明智之举。

应当承认,我国现有法律规避立法尚有进一步完善的空间,无论是司法解释还是民法草案,甚至是示范法,都存在着有待改进之处。在涉及到如何认识当事人意思自由与限制、维护国际国内法律秩序以及法律公正和保护国家利益与个人利益的关系等多元价值之间的关系问题上,我们应该吸收现有立法的经验,结合我国国际私法立法的价值取向,准确地进行具体规范的技术设计,从而形成科学先进的国际私法规范。

注释

[1][2] 韩德培. 国际私法. 高等教育出版社,北京大学出版社. 2000. 39、44、45.

[3] 王跃生. 没有规矩不成方圆——新制度经济学漫话. 生活、读书、新知三联书店. 2000. 68.

[4][美]理查德·A. 波斯纳. 法律的经济分析(上、下). (中译本). 中国大百科全书出版社. 1997.

[5][美]贝克尔. 人类行为的经济分析. (中译本). 上海三联书店. 1994.

[6] 秦仁旺,杨玉豪. 法律规避的经济分析. 桂林市教育学院学报. 2000(2). 27~30.

[7] 江平. 罗马法·中国法与民法法典化. 中国政法大学出版社. 1995. 3~4.

[8] J. J. Fawcett, Evasion of Law and Mandatory Rules in Private International Law. Cambridge Law Journal, 49(1), March 1990.

[9] 钱骅. 国际私法. 中国政法大学出版社. 1992. 213.

[10] 卢鹏. 法律规避与法律选择. 同济大学学报(社科版). 2002(4). 84~89.

[11] 黄进. 国际私法. 法律出版社. 1999. 81.

[12] 张仲伯. 国际私法学. 中国政法大学出版社. 1999. 231.