

胁迫制度的经济分析

以违法性与制裁为核心

张淞纶*

摘要 反胁迫并非为了维护意思自治,而是源自公权力对私人自我执行的反感与打击,这是区分合法威胁与违法胁迫的关键。与刑法针对胁迫行为的类型化和直接定罪不同,民法对胁迫行为的类型化不够科学,亦未针对胁迫行为本身加以制裁,颇值改进。民法的胁迫制度需要超越《民通意见》第69条而设定更科学的类型化标准:胁迫不仅会引发法律行为(合同)的无效,本身更会诱发法律所设定的公法或私法责任;胁迫责任的认定和本质,乃是胁迫人违反了社会契约,即违法地谋取本该让渡给公权力之执行权限。

关键词 胁迫 违法性 博弈论 类型化 自我执行

引 论

胁迫制度由来已久,但法律对胁迫的态度几无变化,即胁迫行为的无效化(invalidation)。最著名的范例来自乌尔比安对裁判官告示的援引:“因恐惧而做的事情,我将不允许其产生效果。”〔1〕这一判定在后世从者甚众,如格劳秀斯在16世纪的《荷兰私法导论》中写道:“胁迫属于债务(全部)不生效力的内部原因之一,会引发恢复原状之救济,并会终结债务。”〔2〕《德国

* 南京师范大学法学院副教授,中国法治现代化研究中心研究员。本文系2016年江苏省社会科学基金项目“有限理性视角下的民法规则研究”(项目编号:16FXC003)的阶段性成果。

〔1〕 Ulp. *Edict.* D. 4, 2, 1.

〔2〕 (荷)格劳秀斯:《格劳秀斯私法导论》,张淞纶译,法律出版社2015年版,第365-366页。

民法典》第123条、《日本民法典》第120条以及我国《民法总则》第150条和《合同法》第54条持相同的态度。^{〔3〕}与此相应,美国《第二次合同法重述》第175条也做了类似的规定,并提出了构成胁迫的四个要件。^{〔4〕}如果再加上行政法(如我国《治安管理处罚法》第40—43条)以及刑法中的暴力、胁迫型犯罪(如抢劫罪和敲诈勒索罪),法律的态度可谓明显之至:胁迫不被认同,法律(至少)不会帮助胁迫者实现其所追求的效果。

法律为什么反对胁迫?最耳熟能详的理由即为了保护意思自治。诺奇克便持此种观点,其将胁迫定义为“一方通过威胁对另一方的意志造成之压力”,并认为使某人违背其意愿须有合法理由,否则应提供救济。^{〔5〕}秉承意思自治的民法学亦作如是观。^{〔6〕}然而美国学者安德森提出了一个洞见式的批评:他认为维护以意思自由为核心的“压力进路”(Pressure Approach)过分强调了胁迫制度的道德意义,忽视了社会与政治维度,太过片面;法律应在特定背景下,综合受胁迫者与胁迫者的动态要素(包括胁迫的成本—顺从/报复、威胁所立基的权力差距等)加以判断。^{〔7〕}这一观点启示我们,现代胁迫制度应当具体化地审视胁迫,探究胁迫者和被胁迫者此消彼长的对抗结构和策略选择。

关于胁迫问题,法经济学提供了一些相当有启发性的洞见:因其不会(像传统民法一样)先验地预设“胁迫因影响自主意志而导致合同效力瑕疵”,而是尝试采取更为动态化的视角来提供针对胁迫的对策:比如比较遵循胁迫带来的收益与胁迫造成之减损之间的净收益来判断胁迫之下的合同履行。^{〔8〕}类似的进路颇值借鉴,不过,目前的法经济学研究仍然有待深入和修正:这既源自法律体系的龃龉——诚如乌戈·马托所言,传统法律经济学乃是以美国式的“法

〔3〕 一般认为,《合同法》第54条改变了《民法通则》第58条直接将胁迫(与欺诈)定为无效的认识。但按照教义学的观点,《合同法》第54条适用于合同(双方契约),而《民法通则》第58条(以及《继承法》)仍得认定单方胁迫行为直接无效。参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第276页。当然,《民法总则》第150条终结了这个问题。事实上,既然撤销之后的法律行为直接无效(如《德国民法典》第142条、《日本民法典》第121条以及我国《民法总则》第155条),故与本文的观点并不冲突。况且在特定情况下,法律亦会直接规定胁迫无效,诸如《土地承包经营法》第57条、《劳动合同法》第26条。

〔4〕 这四个要件分别是:存在胁迫;胁迫为法律所禁止;胁迫诱发了受害人的同意表示;并且足够严重。See E. Allan Farnsworth, “Coercion in Contract Law”, *University of Arkansas At Little Rock Law Journal*, Vol.5, No. 3, 1982, p.331.

〔5〕 Robert Nozick, “Coercion”, in Patrick Suppes and Morton White (eds.), *Philosophy, Science, and Method: Essays in Honor of Ernest Nagel*, Sidney Morgenbesser, New York: St. Martin's Press, 1969, p.440.

〔6〕 参见(德)弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2013年版,第630页;王泽鉴:《民法总论》,中国政法大学出版社2001年版,第398页;马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2005年版,第198页。而这一点亦得见于我国实证法:如《民通意见》第69条、《劳动合同法》第26条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》第10条第1款等。

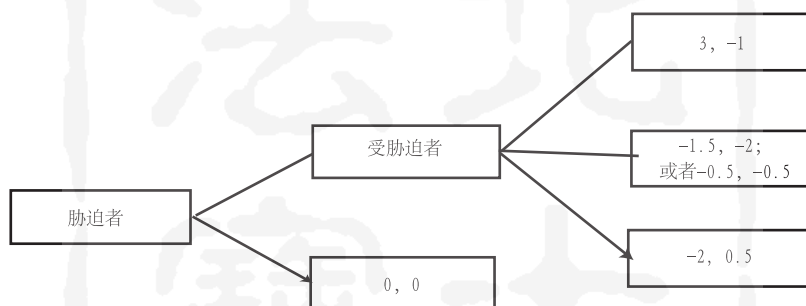
〔7〕 See Anderson, “The Enforcement Approach to Coercion”, *Journal of Ethics & Social Philosophy*, Vol. 5, No. 1, 2010 pp.1—31.

〔8〕 比如,考特和尤伦就认为,要以威胁能否创造剩余额度的合作作为判断胁迫是否存在的标准。参见(美)考特、尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海人民出版社1994年版,第350页。再如弗里德曼对成本和收益的分析,参见(美)弗里德曼:《经济学语境下的法律规则》,杨欣欣译,法律出版社2004年版,第182页。

院主导模式”作为基础，〔9〕对继承了大陆法系的中国民法而言，这明显不够。我们需要更为技术化和制度化的民法研究；〔10〕亦源自研究结论的不足——它未能深入地考察公权力（国家制度）在胁迫制度中所扮演的角色，〔11〕相反还会为了量化而采取某些抽象化的研究范式，后者有时甚至会与传统民法陷入相似的误区。要言之：我们需要进行制度化的重构。为了实现这一目标，本文首先希望反思法律反胁迫的真正原因：“受胁迫者丧失了自主意志”是传统胁迫制度的基本预设，而这个预设实际颇为可疑。

一、受胁迫者真的丧失了自主意志吗？

根据博弈论提供的分析工具，胁迫的本质是胁迫者与受胁迫者的有限序贯博弈：胁迫者先行动（威胁），受胁迫者后行动。下面的博弈树显示，〔12〕胁迫者的逆推均衡策略是不胁迫；而受胁迫者在面对胁迫之时，最优选择是事后无效化。由于传统民法的胁迫制度将“胁迫者”和“受胁迫者”都视为抽象的群体，前述分析以及结论均可用来描述传统胁迫制度的预期和目标：不胁迫当然最好，但如果胁迫发生，那么受胁迫者应当选择事后无效化。



〔9〕（美）乌戈·马太：《比较法律经济学》，沈宗灵译，北京大学出版社2005年版，第69页。

〔10〕笔者认为，对民法的经济分析应当在传统民法的框架内进行，尝试在传统教义学的范式内提供更加合理和有效率的内容填充。参见张淦纶：“傲慢与偏见：传统民法学与法经济学”，载《人大法律评论》（2017年卷第1辑），法律出版社2017年版，第115—117页。

〔11〕这是来自诺斯的重要观点：参见（美）诺斯：《经济史上的结构和变革》，厉以平译，商务印书馆1992年版，第26页。法经济学并非对此毫无意识，比如考特和尤伦就曾指出，“趁火打劫”式的胁迫违背了人们普遍接受的社会准则。参见考特等，见前注〔8〕，第351页。但其并未进一步思考公权力对社会准则内化入法律制度的重要意义，而笔者认为这恰恰是胁迫制度必须要考察的问题。

〔12〕以上博弈中各方支付（payoff）基本是根据传统胁迫制度的规则所设计：胁迫一旦实现，胁迫者的支付必然高（即受胁迫者“服从”情况下的支付3）；受胁迫者如果即时反抗，双方有可能陷入两败俱伤的局，但由于胁迫者的先动优势，受胁迫者的损失会更大。当然，胁迫者也可能撤回胁迫，于是双方支付等于胁迫不发生的情况（也就是支付均为0），但因胁迫本身需要付出成本（信息搜寻成本）以及信用成本（受胁迫方会因“原来你是这种人！”而增大对胁迫方的恶感），而受胁迫者的反抗同样需要成本，因此等于在轻微程度上的两败俱伤（也就是均为-0.5）。反之受胁迫者如果选择事后无效化，则胁迫者有可能要承担公权力和受胁迫人双重的责任追究，故其支付要低于受胁迫者反抗的情况，而受胁迫者因为借助公权力，可以最大程度地避免“越界”风险（如即时反抗过度造成侵权）以及胁迫成真造成的损失，并有可能获得相应赔偿，因此受胁迫者事后无效化的做法可能会有净收益（也就是0.5）；而胁迫者不仅胁迫行为无效，还有可能遭受惩罚，因此支付为-2。

尽管如此,具体的胁迫人和受胁迫人的具体策略抉择却往往不符合以上结论。一方面,胁迫人明知行为会被受胁迫人撤销,但仍可能会实施胁迫;另一方面,受胁迫人也有可能会在事后无效化的支持下选择其他方式。现实中的胁迫会呈现出具体化和复杂化的状况:具体当事人在具体情境下会进行具体的权衡与算计,这就使抽象化的处理方式难堪其用。以下是几种典型的范例:

第一,当事人对法益支付的个体性差异会影响策略选择。以暴力抢劫为例,一般而言,受胁迫人(被抢劫者)更理性的选择是事后无效化,因为当场反抗有可能造成生命丧失或健康受损,实属“得不偿失”;但受胁迫者也有可能因更看重财产损失进行即时反抗。^[13]另外,在习俗与文化的影响下,某些价值有可能被认为高于生命健康(比如贞操),故受胁迫者有可能(针对强奸)即时反抗(所谓“失节事大”)。反过来,反抗有可能逼退胁迫者,但也可能提升胁迫者的暴力等级。要言之,胁迫成行造成的损失在当事人看来越难以挽回,则受胁迫人就越有可能即时反抗;而即时反抗有点像赌博,胁迫者有可能做出更大的伤害,但也有可能撤回胁迫。

第二,当事人之间力量原本即不均等,此时一旦出现胁迫行为,受胁迫者会更容易偏向服从。我们借用美国学者的例子,一位奴隶每天都遭受奴隶主鞭笞,某一天该奴隶主要求此奴隶为某不名誉之行为,以换取停止鞭笞。Bar-Gill 和 Ben-Shahar 准确地指出,奴隶主无疑进行了胁迫,但选择无效化对该奴隶而言会更加不利。^[14]反过来讲,当双方力量不均等,选择无效化往往意味着“破釜沉舟”。一个真实的案例是 1938 年的 Perkins Oil Co. v. Fitzgerald 一案,^[15]该案中原告 Fitzgerald 不慎将手卷入榨油机,他用另一只手去拽,最终导致双手截肢。5 个月之后,公司要求原告接受 5000 美元的补偿金;其中一位名叫 Jasspon 的所有人明确告知 Fitzgerald,如果不接受补偿金而起诉,后者可能十年内都无法拿到补偿;且公司会解雇 Fitzgerald 的继父,同时 Jasspon 声称会利用影响力使其继父无法在此行业中找到工作。而 Fitzgerald 已残疾,其继父是 Fitzgerald 全家(Fitzgerald 与母亲、兄弟及其重病的妻子)唯一的经济来源。本案原告最终选择了起诉,这或许正源自其家庭几乎绝望的境地——若有其他转圜余地,并非所有人都有这样的勇气,美国大量的辩诉交易从一个侧面佐证了这个结论。

第三,对公权力的信任程度会影响当事人的策略。这一结论获得了实证的支持:在中国的一次“囚徒困境”实验中,预设的“与警察合作,背叛同伙”的激励并不成功,因为实验对象表示对警察并不信任。^[16]另一份例证来自曾小萍对清末民初自贡盐场的历史考察,在清朝灭亡

[13] 一个典型实例是 21 岁女营业员朱婷婷,为保护财产而与抢匪搏斗遇害。2010 年 9 月,温州市公安局授予朱婷婷“因公牺牲”的荣誉。参见 http://hzdaily.hangzhou.com.cn/dskb/html/2010-09/02/content_930678.htm,最后访问日期:2016 年 1 月 23 日。一般认为,弘扬“勇斗歹徒”是计划经济对“财产重于人身”的不当宣传。但一方面,就社会整体而言,强调“为人身安全应放弃反抗”意味着降低了抢劫成本;另一方面,鼓励个人反抗有可能迫使劫匪使用更暴力的方式(灭口),会承受更大水平的公权力打击,这些都会对抢劫行为构成负面激励。从这个角度讲,温州市公安局的做法对公权力而言是有效率的。

[14] Bar-Gill & Ben-Shahar, “Credible Coercion”, *Texas Law Review*, Vol. 83, 2005, pp.729-730.

[15] Perkins Oil Co. v. Fitzgerald, 197 Ark. 121 S. W. 2d (1938)

[16] (美)马洛伊:《法律与市场经济》,钱弘道等译,法律出版社 2006 年版,第 13-15 页。

的不稳定局面下,当事人更倾向于合同的自行执行。^[17] 这一结论同样适用于胁迫,典型的范例即为绑架案件,受胁迫者(往往是被绑架人的配偶或亲朋)有可能顺从绑架人“不许报警,老实交钱,否则撕票”的威胁,正是反映了对公权力解救人质的低信赖。^[18]

以上讨论显示,受胁迫者在应对胁迫时并未丧失自主意志——事实恰恰相反,大部分人面对胁迫都会打打小算盘,都会根据自己的利益选择更有利的策略,无论是胁迫者还是受胁迫者——而这很难说不是当事人的“真实意思”。事实上,我们会经常忽视这个颇为反讽的事实:受胁迫者求诸无效化制度(Invalidation),^[19]恰恰是因为自己之前同意了胁迫者的要求;而同意正是“两害相权取其轻”的判断,即屈从胁迫缔约要比胁迫成真更有利。以 *Kaufman v. Gerson* 一案为例,该案中被告的丈夫挪用了一笔款项,原告知晓后要求被告用个人财产赔偿,否则就提起控告。被告开始被迫同意付款,但后来拒绝之。^[20] 值得注意的是,被告被迫同意付款之时居住于法国,该行为在法国属于不法行为;嗣后拒绝是因为被告举家迁至英国,而该行为在英国并不违法。与此类似,在“庄月珠与王雪珍合同纠纷上诉案”中,^[21] 上诉人与被上诉人签订(健身俱乐部)承包经营合同,随后签订协议解除在先合同。上诉人称之所以签订后一份协议,是担心被上诉人将经营中收取的年卡和月卡低价出售套现造成损失,因此构成胁迫。法院否认了这一主张,理由正是上诉人对协议的签字“完全可能基于自身利益的考量……,所谓两害相权取其轻,当事人在综合考虑诸多方面因素并权衡利弊后主动作出了让步或妥协,这与民事法律中所称的‘受胁迫’仍有一定的区别”。

正因如此,美国学者提出了相当激进的主张:胁迫一旦可靠(credible)——即对当事人构成切实的威胁——反胁迫制度的存在反而会妨碍当事人选择对自己最有利的策略。因此对于可靠的胁迫,法律应当承认其效力。^[22] 这一结论固然有失偏颇,但它实际反映了一个正确的预设和判断:无论是胁迫人还是受胁迫人,都会依据现有状况——包括既有法律规定在内的现实要素——来决定自己的行为,可见“受胁迫者丧失了自主意志”是不成立的。这样我们又回到了篇首的那个问题:法律究竟为什么反胁迫?

[17] (美)曾小萍:“对战前中国产权的评论”,载曾小萍等编:《早期近代中国的契约与产权》,李超等译,浙江大学出版社2011年版,第25页。

[18] 一个佐证是,公权力会报道和强调“顺从劫匪反会倒霉”的事实,固然是为了维护当事人利益和公共秩序,但也不可否认具有维护自身权威的意图。

[19] 即基于胁迫而认定之前的行为与交易无效或可撤销的法律机制。

[20] *Kaufman v Gerson* [1904] 1 KB 591.

[21] 福建省高级人民法院(2009)闽民终字第713号。

[22] 参见 Bar-Gill 等,见前注[14]。一个类似的观点来自波斯纳,在 *Selmer Co. v. Blakeslee—Midwest Co.* 704 F. 2d 924—928 (7th Cir. 1983)一案中,波斯纳指出如果陷入财务困境的事实本身就会使和解协议构成胁迫,那么急切希望达成和解协议的人就没有办法订立和解协议(对方会因有可能会被撤销而拒绝缔约)。这实际表明过分扩张的胁迫制度很可能会影响当事人对自身利益的追求。

二、法律为什么反胁迫：区分合法威胁与不法胁迫

尽管传统民法一直号称保护当事人的自主意思(意思自治),但传统胁迫制度对具体当事人的(真实)自主意志实际并不关心:公权力只承认它所承认的自由意志,只认可“本应如此”的常识性判断。尤其是当法律在暴力胁迫之外承认了经济胁迫,^[23]这一点就更加突出:公权力(或实证法)对当事人的真实意思往往视而不见,相反更习惯对当事人的意思进行拟制与推定。典型例证就是源自衡平法的不当影响制度(Undue Influence)为例,后者认为当存在某种关系(往往是信任关系)或处于某种状态(比如精神耗弱)之时,^[24]当事人的决定有可能会被认定为受到了不当影响;某些本来正常的行为(诸如劝说)也有可能因当事人之间的力量不对等而被认定存在类似胁迫的情形(而无效力)。^[25]很明显,不当影响制度使得法院所代表的公权力对交易拥有了相当程度的决定权,增加了其在经济现实中的决策地位;而公权力所关注的首要问题绝非当事人的真实意思,更关注的是行为不当与后果不公,^[26]这都饱含着公权力的单向判断。^[27]我国的司法实践亦体现了这一判断,比如在“戚某与李某撤销婚姻纠纷”一案中,^[28]被告(女方)未婚先孕之后与男方(原告)结婚,随后原告主张婚姻因胁迫而得撤销。一审法院指出,“未婚先孕”仍不为世俗观念所接受,因此原告与被告结婚“在道德和法律范畴内并无不当”;即使存在原告违背真实意思表示被迫与被告结婚的情形,也应当是其迫于压力权衡利弊之后的抉择,并不构成胁迫。二审法院亦认可这一观点。不难看出,法院在判断“真实意思”的时候,往往依据法官(而不是当事人)的“意思”。

历史考察则为我们提供了另一种佐证。一般认为,胁迫规则的源头是罗马法的胁迫之诉:

[23] 这一变化被美国学者称为胁迫规则的“根本变革”,参见(美)范斯沃思:《美国合同法》,葛云松等译,中国政法大学出版社2004年版,第263页。

[24] 最典型的代表是父母与子女、律师、宗教顾问以及医生与当事人,再有就是订婚者以及继承;还有诸如临死之际不断请求(importunity)对方在遗嘱中给予一部分遗赠的行为。参见Winder, “Undue Influence and Coercion”, *The Modern Law Review*, Vol. 3, 1939, p. 101.

[25] 参见范斯沃思,见前注[23],第273页;See Farnsworth,见前注[4],第341页。尽管不当影响是合同法对胁迫规则的扩展,但范斯沃思也指出,胁迫范围的扩张正在缩小不当影响规则的重要性。可见不当影响规则与胁迫规则秉承着类似的逻辑。

[26] 一般认为不当影响制度是为了还原的当事人真实意图,但这里的“真实意图”实际是法官根据一般理性加以断定的意图,并不一定是当事人的真实意图。一个典型的例子是,如果当事人对神职人员的遗赠出于迷信(比如托请消灾),即便当事人自己确实相信,但法院仍然可以认定该行为无效。Middleton v. Sherburne, 4 Y. & C. 358, 390正如Winder所言,衡平法的不当影响制度很多时候是为了保证公平而不是同意。参见Winder,见前注[24],p. 100.

[27] 正因如此,我国继受不当影响制度仍需谨慎。因为与英美自由放任过久须加限制不同,我国现状乃是公权力过强,同时民众又缺少自我担责的意识(“有问题就找政府”)。事实上,在英美的判例中,夫妇一方利用不当影响制度来抗辩另一方之债务(诸如对银行或其他人)的案例非常多。这也从一个侧面展示了不当影响的副作用:它有可能成为当事人(利用法院)摆脱债务的一个手段,这是不健康且过度的司法能动主义。

[28] 昆明市中级人民法院(2015)昆民二终字第348号。

后者由裁判官奥克塔维乌斯所创设,最初仅适用于暴力和威胁剥夺财产,随后扩张至非暴力威胁,并可扩展针对因胁迫而受益者,并给予财产价值的4倍罚金。^[29]颇值玩味的是,对国家和集体凌驾于个人的罗马而言,意思自由是一个难以设想的价值观,^[30]但罗马法仍然坚定地打击非法胁迫。事实上,国家对非法胁迫的反感和打击普遍体现于不同时期的法文化,胁迫行为不仅无效,胁迫者还可能遭受不同程度的惩罚,而意思自由在这些法域中从未成为主流意识形态。比如,早期(公元2世纪)伊斯兰地区便有法谚:“胁迫之下离婚与释放奴隶均无效(*lā talāk wa-lā 'atāk fi iḡhlāk*)”;后来伊斯兰法规定,受胁迫的违法违禁行为(诸如不法性行为、饮酒或食猪肉)亦得免责,无须承担罪罚(*hadd*)。^[31]传统中国亦持类似的态度:以《唐律疏议》为例,卷十三《户婚》(上)第167条对“在官侵夺私田”之行为规定了自杖六十到徒两年半的责罚,而疏议对“在官”的解释是“居官挟势”,明显有着胁迫的因素。类似的还有卷十四《户婚》(下)第184条,强迫丧偶之女性改嫁者,若为大功以下(非女之祖父母、父母)则徒一年,“期亲”则减二等杖九十;虽然“娶者不坐”,但婚姻无效,“女追归前家”。上述史实无疑对流俗观念构成了质疑和挑战:国家政策对胁迫的非难或许本来就不是为了维护意志自由,而是另有其他用意。

每个人都经常受到(同时也在进行)各式各样的威胁,但不是所有威胁都是胁迫。恰恰相反,有些威胁不仅合法,威胁者甚至会变成英雄:劫持齐王的曹刿、令秦王色挠的唐雎以及完璧归赵的蔺相如就是典型的例子。事实上,政府(公权力)也不断地进行威胁(对内或对外),但這些威胁往往会被认定为合法。一如Edmundson所指出,良好秩序之国家对侵犯权利之人的威慑不应视为胁迫。^[32]因此无政府主义者(如葛德文)干脆极端地认为:法律(政权)的本质是强制而非同意;政权的基础正是强制之下的服从。^[33]相比之下,韦伯尽管强调“正当性”的

[29] 参见(古罗马)盖尤斯:《盖尤斯法学阶梯》,黄风译,中国政法大学出版社2008年版,第251页; (英)乔洛维茨、尼古拉斯:《罗马法研究历史导论》,薛军译,商务印书馆,2013年版,第297、360-361页; (英)尼古拉斯:《罗马法概论》,黄风译,法律出版社2004年版,第238页;周相:《罗马法原论》,商务印书馆,1994年版,第639-643页。

[30] 参见(德)蒙森:《罗马史》(第一卷),李稼年译,商务印书馆1994年版,第27-28页。

[31] 所谓*hadd*,指针对伊斯兰法中由可兰经规定的宗教犯罪,诸如非法性交(*zinā*)及诽谤非法性交(*kadhif*)、饮酒(*shurb al-khamr*)、盗窃(*sarika*)以及公路抢劫(*kat al'-tarik*)等等的刑罚。*hadd*的内容较为原始,包括死刑(非法性行为会被乱石砸死)、钉十字架或剑斩(公路抢劫致人死亡)、断手或断足(公路抢劫未致人死亡或盗窃)。参见Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press, 1964, p. 39, pp.175-176, p.199.

[32] 参见Edmundson, “Is Law Coercive?”, *Legal Theory*, Vol. 1, 1995, pp. 81-111. 类似的一个观点,即和平条约就是胁迫之下的合同,参见弗里德曼,见前注[8],第180页。

[33] (英)葛德文:《政治正义论》(第一卷),何慕李译,商务印书馆,1980年版,第152页。葛德文在后面论及法律时就更极端,他直接认为“制定法律乃是最有害的后果的事”,因为法律一旦制定就必然卷帙浩繁又缺乏灵动。参见(英)葛德文:《政治正义论》(第二卷),何慕李译,商务印书馆1980年版,第576-577页。比较缓和一点的观点来自考特和尤伦,其指出法律(合同法)实际也是一种加速自愿交易的威胁。参见考特等,见前注[8],第346页。参见(英)史密士:《合同法》,张昕译,法律出版社2004年版,第70页。

信念对权力支配的重要意义，^{〔34〕}但这种对合法性的寻求，等于承认了强制作为国家（公权力）的本质，而强制正是立足于大量的（合法）威胁之上。

这正是“维护意思自治”进路无法成功的根本原因：合法威胁和不法胁迫在“意志”问题上并不具备本质性的差异，因为所有的威胁都必然会影响到（对方的）自由意志。也就是说，“影响自由意志”是一个中性的事实判断，是胁迫的必要条件而非充分条件：正如上文所述，当事人在胁迫中并未真正地丧失自主意志，他（或她）实际是自主地选择了暂时看来更有利于自己的局面，随后借助公权力来谋求更优的结果。从这个角度讲，当事人服从胁迫也很难说不是自己的真实意思。更重要的是，仅凭“影响自由意志”无法准确区分合法威胁和不法胁迫，而这一区分又尤为关键：因为既不可能对非法胁迫置之不理，又不可能将一切威胁都认定为胁迫。何种威胁会构成法律上的胁迫，法律必须给出一个明确的价值判断，但求诸自主意志实际是无解的，胁迫制度必须超越意思自由的藩篱，必须进行科学化的改造。问题的关键并不是当事人自由意志是否受到了影响，而是这种影响有没有超越法律的限度，亦即是否违法而构成胁迫。既然胁迫是法律对违法型威胁的描述与认定，既然“非法性”的认定是胁迫的前置性和关键性要件，那么法律的核心和首要任务就是寻求区分合法威胁与不法胁迫的标准，确认胁迫与一般合法威胁的界限。可以说，反胁迫的原因，就是为了把握何种威胁具有违法性。

正因如此，自 20 世纪六十年代开始，以诺奇克为代表的西方哲学家们开始讨论胁迫的性质与意义，目的之一正是为了准确区分合法威胁与非法胁迫；而两大法系同样认为，构成胁迫必须满足“违法性”要件。^{〔35〕}但究竟何为违法？由于立足于“保护意思自治”，传统胁迫制度对胁迫之评价往往过分倚重道德话语，^{〔36〕}忽视受胁迫人自身的能动作用，未能对胁迫的违法性判断提出可操作的制度方案。我们必须另寻它途。

三、违法性的认定标准：对自我执行的反感与限制

一如美国学者迪克西特与斯克丝所指出，威胁蕴含着承诺的要素。^{〔37〕}一切威胁的模式都可以简化为“如果你不这样做，我就那样做”，这里当然蕴含着胁迫者的承诺：“如果你（按我说的）这样做，我就不会那样做”。也就是说，威胁者实际是用“我就那样做”的承诺来保证受威胁者遵从自己的指示，所以违法性的关键就在于威胁者究竟要做什么。一般的威胁性承诺会求诸合法性救济（如违约责任），而胁迫的特异之处（也是非法之处）在于：它求诸于胁迫者的自

〔34〕 按照学者的考察，韦伯的“正当性”是指在法律效力的基础上自圆一己的立场。参见（德）韦伯：《经济与历史：支配的类型》，康乐等译，广西师范大学出版社 2010 年版，第 293、456 页。

〔35〕 《民通意见》第 69 条虽然没有明确使用“违法性”的说法，但“违法性要件”同样是我国民法学界的基本认识。参见朱庆育，见前注〔3〕，第 280 页；崔建远等：《民法总论》，清华大学出版社 2013 年版，第 181 页。

〔36〕 比如，弗里德就认为胁迫人“通过侵犯其权利的威胁获得的允诺没有道德力量”，参见（美）弗里德：《契约即允诺》，郭锐译，北京大学出版社 2006 年版，第 114 页。

〔37〕 （美）阿维纳什·迪克西特，苏珊·斯克丝，戴维·赖利：《策略博弈》，蒲勇健等译，中国人民大学出版社 2009 年版，第 252—253 页。

力执行来防止对方的拒绝缔约或违反承诺。以最典型的“要钱要命”(抢劫)为例,胁迫者实际是用“杀了你”来保证“赠与”的缔结与执行。其他类型的胁迫虽然没有这么极端,但皆大同小异。这种自我执行是胁迫者为了追求个人利益对公权力的“僭越”,^[38]因其实际担当了公权力的角色,合法政府不可能对其有所容忍:它需要垄断执行力而维护权威,故必然要打击胁迫者的自我执行。正如美国学者安德森的洞见:合法性政权之所以防止非法胁迫,目的是为了阻止国家权威的降低。^[39]由此看来,当且仅当威胁的结构中蕴含非法自我执行,一项威胁就有了违法性而构成胁迫。

法律对自我执行的敌视与警惕并不罕见。^[40]考诸思想史,尽管在其他问题上针锋相对,但实证主义和自然法都不约而同地主张缩限个人的执行权限。强调“法律是主权者命令”的实证主义者自不待言,而自然法学者亦然。如圣托马斯·阿奎那就认为,作为私人的众个体不具有惩罚权。洛克同样指出,政治或公民的社会存在之前提,就是个人放弃(自然法的)执行权而把它交给公众。^[41]制度史上的此类范例更是屡见不鲜。比如在欧洲历史中,随着法学发展与教皇权威的确立,以刑讯和陪审团为代表的司法程序逐步取代个人之间的决斗神判,本质即为(愈发完善的)公权力对自我执行的废黜和褫夺。^[42]另一个实体法上的例证是约定违约金。正如乌戈·马太所指出,违约金条款当事人表明自己的可信度的有效方式,^[43]因此对约定违约金的限制和调整在经济学看来未必有效率。但各国合同法都赋予了法律和法院对约定违约金加以调整的权限。^[44]

当然,法律对胁迫的控制与反感有更强的合法性:一方面,胁迫行为本身往往具有道德上的可非难性。正如德国民法之认识,与欺诈相比,胁迫的违法性和可非难性更强,法律对后者

[38] 胁迫的自我执行与自力救济不同,后者一般是当事人在权利受到侵害的反馈行为,也就是说属于防御型(盾)而非进攻型(矛)。关于自力救济,参见徐昕:《论自力救济》,中国政法大学出版社2006年版,第106—108页。

[39] Anderson, 见前注[7],第29页。

[40] 正如桑本谦先生所言,国家致力于保护公共安全的垄断经营,必然将消灭“潜在的竞争对手”作为己任。参见桑本谦:《私人之间的监控与惩罚》,山东人民出版社2005年版,第142—143页。应当说明,本文的“执行”并非民事诉讼法的“执行”概念,而是从制度主义的视角,强调当事人对义务履行所诉诸的强制基础。

[41] (美)扎科特:《自然权利与新共和主义》,王崇兴译,吉林出版集团有限公司2008年版,第296—297页。

[42] 参见(英)巴特莱特:《中世纪神判》,徐昕等译,浙江人民出版社2007年版,第165、183—187页。

[43] 参见马太,见前注[9],第177页、第190—191页、第194页。乌戈·马太将法院的介入解释为国家权力的垄断要求,这一点非常具有启发性。而英美传统合同法法区分了违约罚金(无效)和约定赔偿金,而且认定约定赔偿金不得违背填补损害的基本原则。这一区分非常困难且意义不大;而对约定赔偿金的限制(比如在Banta v. Stamford Motor Co.一案中总结的三个原则)实际完全无视约定的赔偿条款对于事前缔约的重要意义。参见范斯沃思,见前注[23],第836—837页;参见史密斯,见前注[33],第210页。

[44] 参见《德国民法典》第343条以及我国《合同法》第114条(以及法释[2009]5号第29条)之规定。美国合同法理论同样认为,如果约定之违约金成了违约罚金,则无强制执行力。参见范斯沃思,见前注[23],第836页。

的评价要严苛于恶意欺诈。^[45] 另一方面,缺少公权力介入的胁迫双方很容易陷入失控的局面——胁迫者有可能不断提出新的、甚至更过分的要求(一如“滑坡”(slippery slope)^[46]所暗示的那样);而受胁迫者则可能进行报复性自力救济(“越想越憋气,干脆豁出去了”)。这些后果显然是公权力所不能容忍,甚至要极力避免的。^[47] 但非法胁迫与合法威胁有时候会很难区分,正如英国学者指出,有效合同与敲诈勒索的界限往往非常微妙。^[48] 事实上,现实中的当事人以“胁迫”为由求诸公权力的无效化,很多时候是因情事发生变化之后的“反悔”:一个佐证是,一方以胁迫撤销合同(协议)之际,对方往往会主张违约责任或继续履行。^[49] 由此看来,胁迫制度实际是以承认“反悔”来反向激励胁迫人的“以毒攻毒”,认定构成胁迫就等于否认了当事人的缔约意愿,因此必须有充足的正当理由。^[50]

由此看来,法律对胁迫违法性的认定必须遵循一定的标准,这就指向了违法性要件的制度设计。但由于未能认清反胁迫的本质,同时又囿于“保护意思自治”的窠臼,传统民法在很多地方都语焉不详或差强人意。一个经典的问题是,以起诉(包括控告、揭发以及检举等)要求对方为一定行为,是否违法? 各国一般持肯定态度,^[51]但理由却各有不同。德国法基于保护自由

[45] 参见弗卢梅,见前注[6],第 631—632 页。另一个佐证是,如果是第三人胁迫,即便对方当事人是善意亦不值保护。参见朱庆育,见前注[3],第 279 页。当然理由仍然是保护意思自治,因胁迫对意思自治的伤害要高于欺诈,参见王泽鉴:“受诈欺或胁迫而为意思表示之效力在实例之分析”,《民法学说与判例研究》(重排合订本),北京大学出版社 2015 年版,第 265 页。值得指出,目前学界主张对第三人胁迫和欺诈主张采取统一的策略,即不得对抗不知情的善意第三人,以便保护信赖利益。参见徐国栋:《绿色民法典草案》,社会科学文献出版社 2004 年版,第 14 页;薛军:“第三人欺诈与第三人胁迫”,《法学研究》2011 年第 1 期,第 58—67 页;冉克平:“论因第三人欺诈或胁迫而订立合同的效力”,《法学论坛》2012 年第 4 期,第 109—115 页;侯巍:“论第三人胁迫的效力及立法构建”,《法商研究》2007 年第 5 期,第 96—101 页。这个结论殊值赞同,但并非对本文结论之否定。对第三人胁迫或欺诈的一体化处理,乃是源自信赖利益凌驾于个体利益的政策判断。

[46] 这是美国律师很熟悉的策略:如果你接受了 a 主张,那就应该接受 b 主张, c 主张……如此类推,因为这些主张之间没有原则上的区别。所以最好的做法就是从一开始就拒绝。参见(美)波斯纳:《法律与文学》,李国庆译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 2 页。

[47] 正因如此,法律的经济分析准确地看到,(合同法)反胁迫是为了维持市民社会,防止其退步到自然状况。参见考特等,见前注[8],第 353 页。

[48] 参见史密斯,见前注[33],第 70 页。

[49] 此类案件非常多,比如“福建华艺钟表集团有限公司与福建康之味食品工业有限公司合同纠纷”,最高人民法院民事裁定书(2015)民申字第 54 号;“梁景与曲晶晶房屋租赁合同纠纷”,台州市黄岩区人民法院(2015)台黄商初字第 383 号。

[50] 传统普通法要求胁迫必须达到非常严重的程度。按照科克的解释,威胁必须符合以下要求才能够撤销合同:害怕丢掉性命、丧失器官、严重伤害、拘禁。如果仅仅是财产的胁迫,则不可以撤销合同。而随着经济发展,美国法承认对财产的威胁也有可能构成胁迫。参见范斯沃思,见前注[23],第 263—264 页。

[51] 我国的司法实际亦然,比如在“刘琼芝与戴智合同纠纷再审民事判决书”,长沙市中级人民法院(2014)长中民再终字第 00370 号,再审申请人以检具揭发再被申请人为由,要求对方进行钱款给付。法院认为“虽然检举、揭发他人的违法行为是法律赋予公民的合法权利,但行为人为实现个人目的,以此要挟对方做出违背自己真实意思的行为,给他人生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害,其行为仍依法可以认定为胁迫行为。”

意志为基础,提出了手段违法、目的违法以及二者结合之违法的界分,认为即便手段与目的均不违法,但结合不合法仍可构成非法胁迫。但何谓结合不合法?德国民法含混地说是“胁迫与旨在达到的目的结合具有法律上的可责性”。若追问这种可责性是什么,回答是“一个具有正义感的人”根据具体情形来判断“使用的手段恰当合理与否”。^[52]这太空泛了。反观美国法,起初认为利用刑事指控之胁迫的违法性源自“将控诉犯罪、保护公众的刑事诉讼用于私人利益”,这个理由显然不成立:哪种诉讼不是为了保护私人利益?或许看到了这个悖论,《第二次合同法重述》改以“不公平”作为标准,认为胁迫的不正当性源自“胁迫本身的不正当以及所导致的不公平”。然而范斯沃思也指出,谈判中的当事人若利用对方之弱点而达成协议,这种不公平不构成胁迫。^[53]这难免有点相互矛盾。

本文试图为违法性的判断标准提出另一种进路。比如在 *Mutual Finance Ltd. v. John Wetton & Son Ltd.* 一案中,^[54]被告是家族企业之管理者,其兄弟伪造签名向原告提供担保,后者以举报控告为由要挟被告缔约,由于此时父亲身患重病,被告担心父亲得知儿子被控告而受到刺激,故与原告缔约。这里原告(胁迫人)行为的违法性在于,其谋求个人利益是通过对公权力的隐瞒(“你若同意,我就不起诉了”),会损害公权力的管理与执行力。^[55]反过来,未突破公权力之管理权限的威胁,比如威胁“若不还钱就去起诉”,法院一般会否认构成胁迫。一个佐证来自 *Kaplan v. Kaplan* 一案,^[56]妻子以起诉会公开丈夫与其他女人之不正当关系的照片,威胁丈夫订立了财产分配协议,法院认定妻子的威胁不构成胁迫,原因正是妻子的威胁行为未突破公权力的范围:公开照片是起诉的必然结果,而起诉行为恰恰是在公权力限度内的。另一个典型案件则是弗卢梅提到的“冰醋酸案件”:原告和被告针对买卖内容究竟是 10000 公斤还是 16000 公斤存在争议,而作为卖方的原告要求以 10000 公斤为准,否则拒不供货。帝国法院认为此行为不构成胁迫,弗卢梅(以及梅迪库斯)不同意这一判决,并正确地指出原告(所威胁的)不供货的行为实为不法(合同不履行)。原告威胁行为的不法性,恰恰在于其超越了合同法所认可的自我执行——一如梅迪库斯准确地指出,首先应当进行的是合同解释,因为合同解释规则才是法律认可的权力运行方式。^[57]

[52] 弗卢梅,见前注[6],第 637—638 页;(德)梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社 2001 年版,第 616 页。

[53] 参见范斯沃思,见前注[23],第 263—267 页。事实上,范斯沃思就曾指出,这里不公平(Unfair)的核心实际是干预意思自治。参见 Farnsworth,见前注[4],p.340.

[54] *Mutual Finance Ltd. v. John Wetton & Sons Ltd.*, [1937] 2 KB 389

[55] 正如法官在 *Sykes v. DPP* ([1961] A. C. 528, HL) 一案中所指出,披露犯罪信息是当事人的义务。

[56] *Kaplan v. Kaplan*, 182 N. E. 2d 706 (Ill. 1962).

[57] 关于这个案件及其评论,参见弗卢梅,见前注[6],第 642—643 页;梅迪库斯,见前注[52],第 618—619 页。

值得称道的是,我国司法实务虽然并未自觉地认识到前述结论,但却表明了类似的态度。在“宫华利与沈风瑞保证合同纠纷”一案中,^[58]被申请人(一审原告)到债务人妻子的娘家索要欠款而发生冲突,^[59]法院否认构成胁迫的理由,除了实体关系(债权债务存在)以及当事人的切身利益(债务的不履行会导致被申请人房屋被银行拍卖而无家可归),还提到了派出所出警撤离后双方即达成协议,以及德州市德城区人社局的副局长刘某到场进行调解的事实,这些所显示的被申请人对公权力之“尊重”和“服从”,恰恰是合法威胁和不法胁迫区分的关键要素之一。另一个代表性案件是“赵玉品与江苏省泰兴经济开发区管理委员会撤销权纠纷”,^[60]一审法院和二审法院否认了胁迫,除了认为原告(上诉人)的证据不足以证明威胁事实,另一个重要的理由就在于法院认为协议内容“符合拆迁当时的政策、标准,不违反公平和等价有偿的原则”。可见本案不构成胁迫的重要原因之一,就在于当事人的主张仍然立足于政策,并没有侵犯对方的权利,而不构成(不法的)自我执行。一个反面的佐证是,在无效化机制既存的局面下,受胁迫人有可能使用“缓兵之计”,也就是“先顺从后反抗”以避免损失。^[61]这就有了利用法律的味道,而法院对此一般都不甚喜欢,尤其是在经济胁迫之中。比如在“王淑芳与本溪市成达房地产开发有限公司上诉案”中,^[62]法院认为“正常情况下,公民受到外界胁迫或敲诈应在第二天或事后很短的时间内报案,不应等几个月后才报案”。这个结论的内涵是,既然没有第一时间求诸法律的保护,嗣后就不应当援用胁迫制度来保护自己。

有鉴于此,本文希望将我国司法实践中的自发尝试予以理论化:以违法性认定为核心,以反非法自主执行为基础,对胁迫规则实现重构。

四、重构胁迫规则:以违法性认定为核心

我国《民通意见》第69条以“权利+真实意思”的模式规范了胁迫的认定。但该条文的立法模式(具体列举)受到了学者的批评,认为其太过封闭、僵硬甚至狭窄,应将排他列举改为典

[58] 德州市中级人民法院(2015)德中民再字第2号。

[59] 在本案中,此时债务人已不知去向;而本案再审申请人(一审被告、二审上诉人)是债务人的哥哥,对债务人此笔债务承担连带责任保证。

[60] 泰州市中级人民法院(2014)泰中民四终字第0422号。

[61] Bar-Gill等,见前注[14]。事实上,无论是即时性的暴力胁迫(要钱还是要命!)还是一般性的经济胁迫,皆如此。一个典型的案例就是“谢宏志与吴世忠撤销权纠纷上诉案”(江苏省高级人民法院(2007)苏民三终字第0011号),上诉人(一审原告)之所以提起起诉要求撤销协议,正是因为被上诉人(一审被告)所握有的光盘中“恰恰没有任何涉及对谢宏志(上诉人)不利言论的内容”。但这一事实成了法院认定不构成胁迫(证据链)的依据,驳回了上诉人的起诉。

[62] 辽宁省高级人民法院(2007)辽审民再终字第31号。

型列举。^[63] 此批评自有道理,但《民通意见》第69条以及相应的学理解释的症结并非仅此而已。由于未能摆脱维护“真实意思表示”的窠臼,加之源自时代局限性的欠精细技术,^[64]《民通意见》第69条实际是一条令人惋惜的法律:它虽然指明了一条正确的路,即以类型化的方式,把权利和利益与胁迫违法性认定联系起来,^[65]但却因未能把握反胁迫的本质,不仅没能提出更科学的类型化标准,反而使得“侵犯合法权益”本应发挥的作用被大大地削弱了。

与实际侵权不同,威胁只会造成权利受侵犯的危险。^[66] 事实上,威胁者有时恰恰要追求避免侵犯权利——因为侵犯权利(之威胁)仅仅是自我执行所借助的手段。从这个角度讲,威胁行为实是以未来的“侵犯权利”之危险谋求“不侵犯权利”之现实。权利在胁迫中不(仅)是受损害的客体,而是“僭越”国家权威之自我执行的一个表征:因为权利(包括合法利益)本身就包含着对政府权威的认同,以及对私人利用暴力的否认,^[67]因此即便仅以侵犯权利为要挟(并未实际侵犯),仍然有可能触动公权力的底线而构成不法。由此看来,只有将胁迫定位于对公权力执行的“僭越”和损害,才能深刻理解胁迫行为的不法性与权利之间紧密而微妙的关系:既然胁迫者以侵犯权利(以及利益)的自我执行来谋求个人利益,法律可以用当事人的权利(以及利益)作为判断威胁行为是否具有违法性的关键标准和要素。

在类型化和具体化的进路下,^[68]我们将胁迫的模式分为如下两种:威胁与他人缔约或与他人解约。暴力胁迫一般是缔约型,其威胁所侵犯的往往是人身权和财产权等固有利益;经济胁迫则包含缔约型与解约型(如“若不如此便解除合同”),而后一类型之胁迫会涉及合同权利——前文所述的“冰醋酸案件”,即为威胁成真会侵犯对方的合同利益而构成胁迫。本文所构想的基本规则是:威胁一旦成真,如受胁迫人不存在合法权利或利益的损失,且无其他不法情由,威胁合法而不构成胁迫。这里的“当事人”包含受胁迫人本人及其利害关系人;而权利(以及利益)包含人身权和财产权——后者包含固有利益(如物权与知识产权等对世性权利)和合同性权利(如债权这种对人性权利),也包含其他合法利益——比如受到他人胁迫进行违法(犯罪)行为的胁从犯,实为不受公权力追究的合法利益受到了侵犯。

相比之下,缔约型胁迫认定起来较为明显,而解约型的胁迫要更为困难,疑难案例也较为

[63] 参见朱庆育,见前注[3],第278—279页。

[64] 《民通意见》第69条存在大量技术瑕疵。比如,该条文使用了“财产”一词。从文义解释而言,《民法通则》使用了“财产所有权”的概念(如第71条),可见民法通则的“财产”内涵并非法理学的基本认识(即财产是指权利而非权利客体);且亦不包含债权(债权与财产所有权并行分列为《民法通则》第五章的一、二节),它应该类似于今天《物权法》所规定的物(权利客体)。而《民通意见》作为最高人民法院对《民法通则》的司法解释,其使用的财产概念应当与《民法通则》一致。

[65] 美国《第二次合同法重述》第176条实际就采取了这一进路。

[66] 因此美国《第二次合同法重述》第176条第2款规定,即便威胁对威胁人而言并无实益(也就是所谓“损人不利己”),仍然有可能构成胁迫。

[67] (美)巴泽尔:《产权的经济分析》,费方域、段毅才译,上海人民出版社1997年版,第87页。

[68] 美国合同法亦有类似的见解,参见范斯沃思,见前注[23],第264页。

丰富,但若从“僭越”公权力的视角看,这些案件实际都遵循了同一逻辑。在 *S.S. & O. Corp. v. Township of Bernards Sewerage Augh.* 一案中,^[69] 污水处理主管当局要求房地产开发商支付高额费用,否则污水排水就不与其房屋连接。此行为之所以构成胁迫,正是源自其不连接污水之行为会侵犯开发商正当且合法的财产权(包括公用事业的强制缔约权以及开发商房屋的财产权)。^[70] 本案法官认定行为构成胁迫的理由是不公平(前述《合同法第二次重述》亦采取此观点),但“不公平”并不能解释 *United States v. Bethlehem Steel Corp.* 一案中,^[71] 法院认为利用政府在战争期间对船舶的需求提价要求并不构成胁迫(但价格同样不公平)。究其原因,后一案件的威胁源自市场的优势,并未侵犯他人权利。与此相对比的是 *Austin Instrument Co. v. Loral Corp.* 一案,该案中原告凭借己方仪器(用于海军雷达的齿轮)一时无替代品的优势,在被告接受海军第二次分包合同并招标时提出提价要求,否则就拒绝交货。被告为了取得这一批货品被迫同意提价,随后以经济胁迫为由拒绝支付,引发诉讼。^[72] 法院认定构成胁迫,原因实为支付货物实为原告履行合同义务。我国司法实务亦存在类似见解。如“马 a 与上海 A 贸易有限公司挂靠经营合同纠纷一案”中,^[73] 被告作为挂靠公司扣留了原告购买的车辆。法院认为虽然这一行为“有所不当”,但车辆本身就是挂在被告公司处;而原告作为买受人,“本身就应妥善与被告协商车辆挂靠的事宜”。因此扣车而签订挂靠协议的行为并不构成胁迫。

不过,威胁成真虽不侵犯当事人权利,但受胁迫人本身有不法之时,威胁仍有可能构成胁迫。这里的不法可能体现为如下两类:一种是受胁迫人存在公法上的不法行为,前文所讨论的“起诉(检举)”即为范例。此种情况构成胁迫的违法性,源自隐瞒导致公权力的执行力受损;另一类则较为复杂,即受胁迫人之“不法”情由仅涉及私主体,比如以向某人妻子公开偷情之事实

[69] *S.S. & O. Corp. v. Township of Bernards Sewerage Augh.*, 301 A. 2d 738 (N. J. 1973)。我国亦有类似的案件,如“西安大鹏生物科技股份有限公司与陕西华宇实业有限公司、西安景颐物业管理有限责任公司建设用地使用权转让合同纠纷”(最高人民法院民事裁定书(2014)民申字第 2159 号)。其中(一审)被告通过停电、不签约三天就“直接拆厂房”等方式,要求(一审)原告签订协议构成违约。最高法院明确认定这构成胁迫。与此相似,在作为“最高法院公报案例”的“南海市邮电局诉崔立新欠付电话费纠纷”一案中,(二审)被告所欠高额电话费实为他人盗打所致,但邮电局以“停机、罚款、取消电话”的方式要求被告签订还款协议,被告认为这构成了胁迫。二审法院判决中虽未明文认定胁迫,但其否认协议有效性的判决基本等同于承认了原告的主张。

[70] 我国亦有类似的规定,比如 2011 年颁行的《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 27 条规定,“任何单位和个人不得采取暴力、威胁或者违反规定中断供水、供热、供气、供电和道路通行等非法方式迫使被征收人搬迁。”

[71] *United States v. Bethlehem Steel Corp.*, 315 U. S. 289(1942)

[72] *Austin Instrument Co. v. Loral Corp.*, 272 N. E. 2d 533 (N. Y. 1971).

[73] 上海市第一中级人民法院(2012)闵民二(商)初字第 1365 号。

为由要挟丈夫缔约。^[74] 由于此情况下受胁迫人的抉择实为自主权衡之后的结果,因此强调“真实的意思表示”是对意思自治的违反;法律不能替当事人做出应然合理的决策,而只能在实然范围内加以选择。由于私主体无义务向他人披露权利受损之事实(知悉丈夫偷情者无义务告知妻子),而其并未僭越公权力的执行,因此笔者认为,此种威胁不具违法性(即非胁迫),双方合同成立;但此合同附解除条件,即被胁迫人之不法情事不得公开,否则将因合同目的无法实现引发合同解除(适用我国《合同法》第94条第4项)。因此,威胁人不得诉请被威胁人给付——因为无论是进行诉讼还是实现了威胁(比如告知妻子丈夫偷情的事实),都将导致合同被解除;而受胁迫人亦得因自行公开不法情事而解除合同。^[75] 但如果双方就此缔结了他类型的合同,则仍可根据双方义务履行之情况进行请求以及诉讼。当然,如果胁迫人提出要求的方式或其他行为侵犯了其他权利或公共利益,不排除其承担民事责任甚至刑事责任。

上述方案意在为胁迫的违法性认定提供一个客观化进路,故受胁迫者的主观认识与胁迫的客观存在之矛盾将不再重要。^[76] 如果以上讨论成立,接下来的问题就是,若构成胁迫,则除了合同无效化之外,法律是否还另有可为? 关于这个问题,民法(合同法)和刑法选择了不同的制度模式,分析二者的区别意义重大。

五、对胁迫者的制裁:民法与刑法的比较

抢劫和敲诈勒索代表了最典型的两类胁迫行为(甚至可以说囊括了一切胁迫行为),我国刑法分别进行了规定(见于《刑法》第263条和第274条)。与民法相比,刑法上的胁迫制度有

[74] 我国现实的案件,是以向媒体曝光为由要求对方赔偿。比如2006年的“华硕天价索赔案”,当事人因发现送修电脑中安装了工程样品处理器,于是向华硕公司提出500万的索赔,否则就要向媒体公开此事。华硕公司报警,检察院以涉嫌敲诈勒索罪批准逮捕,后因证据不足不提起公诉,但当事人已经在看守所被关押了10个月之久。参见人民网:“华硕电脑天价索赔案背后的秘密”,<http://it.people.com.cn/GB/42891/42893/8301692.html>,最后访问日期:2016年10月20日。如果按照传统民法的“意思自治受影响”的观点,消费者索要天价赔偿的行为具有违法性而符合胁迫要件,这当然是令人难以接受的结论。国内亦有学者对此有过讨论,亦看到了敲诈的多向度性(并非单纯不利于被敲诈者)以及“是否违反法律义务”在对胁迫之认定中的重要性。参见缪因知:“敲诈和‘有偿不闻’违法性的法经济学分析”,载《北大法律评论》(第16卷第2辑),北京大学出版社2015年版,第81页。不过,笔者并不认同“反敲诈制度是为了控制选择成本”的观点:这太过想当然了;况且当某些权利的价值固于当事人之脑中(比如“失节事大”者),其根本不会花费任何选择成本。也就是说,胁迫的核心是公权力为了维护自身权威的单边价值判断,而并不来自对当事人利益的考量。

[75] 由此看来,双方的关系类似于自然之债,即双方无给付权利亦无义务的自然之债,且对于已经给付者不得请求不当得利返还。参见李永军:“自然之债源流考评”,《中国法学》2011年第6期,第78—95页。而此时受胁迫人并非撤销合同,而是因解除条件成就而解除合同。

[76] 传统规则的主观性体现在很多地方,除了前述“不公正”要素,还包括科克对恐惧的证明要求:胁迫需要构成恐惧,而恐惧是“内在的、隐秘的”,因此受胁迫者要证明“发生恐惧的正当理由”。而正如布莱克斯通所看到的,弱者/胆小鬼的恐惧与坚强之人的恐惧全然不同。参见范斯沃思,见前注[23],第268页。笔者认为,法律必然会受到主观因素的影响,但现代法律必须从技术上尽量控制和减少求诸主观因素的规范设计。

如下特异之处:首先,刑法将胁迫行为具体化,针对具体的胁迫行为进行定罪量刑。也就是说,刑法直接针对不同种类的胁迫行为定罪量刑,后者本身就是受责罚的对象。比如,绑架当然是一种胁迫,实为敲诈勒索的极端情况,即以第三人的自由(甚至生命)来勒索受胁迫人支付价款或为其他行为(如恐怖分子绑架某国记者要求该国释放某囚犯)。但《刑法》根据侵犯法益的类型和具体行为,分别设定了绑架罪和敲诈勒索罪并配置不同的刑罚——前者的判罚明显要重于后者。再如在区分抢劫和敲诈勒索时,正如张明楷先生所指出,抢劫罪要求“当场以暴力侵害相威胁”,足以压制他人反抗;而敲诈勒索罪的行为只需产生恐惧心理,无需达到足以压制他人反抗的程度。^[77]这实际反映了以行为强度为核心标准的具体化。事实上,刑法分则的条文结构也证实了这一判断:不同胁迫犯罪的罪状(结合总则的构成要件要素与责任要素)具有不同的罪名以及法定刑,^[78]诸如抢劫罪、敲诈勒索罪、绑架罪以及其他含有胁迫性质的罪行(诸如刑讯逼供罪以及暴力干涉婚姻自由罪),等等。尤其是考虑到刑法会针对犯罪的各种形态(既遂、未遂、预备以及中止)分别量刑,具体化制裁的特质就更加明显。

民法——在我国包括《民法总则》《民法通则》(包括《民通意见》)以及《合同法》在内的实证法与法学研究——在这一点上与刑法截然不同。尽管民刑在胁迫问题上都强调自主意思受影响,^[79]但民法的实证法与法学著述都走了一条抽象化的进路:民法中的胁迫是个抽象的概念,胁迫与“强迫”以及“威胁”等词同义,实为对意思自治的扭曲和干扰,各种胁迫行为都共享这一内涵。胁迫的概念概括地出现在立法文件(诸如《德国民法典》第123条、我国《民通意见》第69条)与法学著述(包括教科书)之中,民法只是抽象规定受胁迫者在一定期间内享有撤销权,不会(如刑法一般)针对各种胁迫行为进行具体化的规范,更不会(如刑法一般)直接针对胁迫行为定责。要言之,胁迫人并不会因胁迫行为本身而受到民法层面的惩罚——唯一的“惩罚”就是胁迫订立的合同无效(可撤销)。^[80]

根据学者的考察,民法不惩罚胁迫者的传统源自罗马法,后者认为胁迫的后果是引发物的返还(而不是惩戒),此后裁判官法又增加了胁迫抗辩与恢复原状令状,抗辩可以对抗胁迫者的请求,而恢复原状则往往是其他程序(一般是撤销审判)的预备措施。尽管罗马法设计了“四倍罚金”的规则,但当下的罗马法研究认为,这仍然是促进返还的手段,而非制裁不法行为;罗马法的胁迫之诉不是为了制裁胁迫人,而是为了保护受胁迫人。^[81]正如乌尔比安指出,对胁迫

[77] 张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第872页。

[78] 另一个佐证是,我国《刑法》第28条为胁从犯规定减轻刑罚,而相应的主犯(胁迫人)的刑罚会加重。

[79] 民法与刑法都强调胁迫会使当事人陷入恐惧。比如,弗卢梅就指出了这一点,参见弗卢梅,见前注[6],第630页。而诸如敲诈勒索罪同样强调基于恐惧而处分财产。参见张明楷,见前注[77],第869页。

[80] 因为传统民法认为,民法的目的不在于惩罚,而在于补偿受害人损失。参见崔建远:“整体、基点、度”,载《民法九人行》(第2卷),香港金桥文化出版有限公司2004年版,第147页。事实上,无论补偿损失还是惩罚,实际都是法律作为规范社会之工具所采取的手段,理论的桎梏是没有意义的。刑法与民法的区别在于惩罚者与利益面向的差异。

[81] 参见薛军,见前注[45]。

人处以四倍罚金是由于物无法返还,因此“不会被认为不公平”,^[82]可见四倍罚金是无法返还之后的(补偿性)结果。但就在《学说汇纂》的另一处,乌尔比安亦曾指出,四倍罚金和对物之诉互不兼容:当事人可以直接提起罚金之诉,只是这样就不可能提起对物之诉。^[83]这是否说明,罗马法的胁迫之诉中也隐含着对胁迫人进行惩戒的制度构想?事实上正如前述,对胁迫人的惩戒在民刑一体的传统法体系中实属常态。

诚然,民刑分离是法律科学化的必然结果,但其副作用之一便是容易割裂和忽视法律对同类危害行为的共同处理逻辑。^[84]胁迫制度就是典型的例子。比如法律将违背公序良俗与胁迫并列,而胁迫当然亦违背公序良俗,为何优先适用胁迫规范?德国学者给出的理由是,与抽象的强制秩序相比较,具体当事人的自由意志更值得关注。^[85]这一认识源自并凸显着传统民法与刑法(以及行政法等公法)的部门差异:刑法的宗旨在于维护公共利益,因此要针对具体犯罪(人)设置具体的构成要件与刑罚;而民法的胁迫制度意在扭转对意思自治的干扰,而不在于制裁和惩戒。然而,几乎每个违背强制秩序的当事人都希望践行自己的(往往也是违法的)自由意志;反过来保障具体当事人的自由意志也当然是重要的法秩序需求——事实上,现代法律只保护其所承认的“自由意志”!因此将自由意志(内在)与法秩序(外在)并立甚至对立的演绎式思路是不成立的。民法与刑法本来具有统一的公共职能,本应在行为认定的相近基础上实现功能上的互补,而不应存在如此巨大的认知鸿沟与制度差异。根据本文的观点,胁迫规范的优先在于规范的具体化,这种具体化基于胁迫行为的普遍性,更源自胁迫对公权力的“僭越”令公权力更为“关注”的事实;而“公序良俗”是针对法律介入成本更高(如类型化成本以及调查成本)之不法行为的兜底条款。^[86]既然如此,针对胁迫人设计单独的惩罚机制,似乎也没有那

[82] Ulp. *Edict.* D.4, 2, 14, 3.

[83] Ulp. *Edict.* D.4, 2, 9, 6.

[84] 在《学说汇纂》中,乌尔比安就将胁迫与抢劫进行了比较(Ulp. *Edict.* Book 11. D.4, 2, 14, 3),认为抢劫者是更应受谴责的贼。参见(古罗马)优士丁尼:《学说汇纂(第四卷):恢复原状与责任的承担》,窦海阳译,中国政法大学出版社2012年版,第29页。民刑不分一直被视为传统法律体系不够科学的一个例证,但过度的部门法区分亦容易使我们忽视,不同部门法律对同一类型行为的规范应当保持可通约化和一体化。

[85] 参见朱庆育对Rüthers/Stadler的援引,朱庆育,见前注[3],第295页。这似乎是德国学者的基本认知。比如弗卢梅认同地援引了冯图尔的观点,认为撤销胁迫的原因在于决定自由受到了不正当的影响,而不是胁迫人的行为有违法性或道德上有谴责性。参见弗卢梅,见前注[6],第630页。

[86] 正如李昊指出,《德国民法典》第826条规定的背俗行为的功能之一就在于补充。参见李昊:《交易安全义务论》,北京大学出版社2008年版,第33页。值得说明的是,我国《民法总则》第153条第二款直接将“违反公序良俗”作为民事法律行为无效的情由,这一条文存在不妥之处:一方面,“违反公序良俗”行为具有多样性与复杂性,“一刀切”地认定“无效”,有时会造成不公平(参见德国案例:某甲在未离婚的情况下与另一已婚女性同居23年,遗嘱中将所有财产留给该女性。随后该女性起诉要求遗产,法院虽然认为不能对抗原配偶之份额,但得对抗甲之姐妹所提出的继承要求。德国法院在判决中,区分了“为酬谢或促进(非法)性关系而进行赠与”的行为;与“因其他原因而进行赠与,只是双方之间存在(非法)性关系”的行为。参见邵建东编著:《德国民法总则编典型判例17则评析》,南京大学出版社2005年版,第138页以下)另一方面,公序良俗本来就作为补充功能,但类型化的背俗行为(如欺诈或胁迫)都有可能有效,反而补充性的、非类型化的背俗行为必然无效,这亦难以在逻辑上成立。因此,应当对该条文的适用采取限制解释。

么难以想象了。

当然,传统民法的胁迫制度亦有难处:一旦受胁迫人行使撤销权而撤销合同,而胁迫若并未成真,也就并未发生实际损失。如果胁迫构成刑事犯罪或涉及行政责任,现行法律体系之下的公权力固可追责;但若该行为仅处于私法范围,由于传统民法(如德国)以“填补损害”作为责任功能的核心,因此无法适用独立的侵权责任。但笔者认为,如果我们确认反胁迫的核心在于维护公权力对执行的垄断,^[87]就意味着胁迫制度必须加以改造和升华:这就意味着要对胁迫行为本身设定相应的制裁。我们必须看到:胁迫行为侵犯的法益存在双重性:一方面是受到公权力保护之当事人的合法权益,另一方面则是胁迫者对公权力之权威的挑畔和侵犯。传统民法只看到了前一点,并以“维护意思自治”为由设计了无效化的机制。即便我们忽视“意思自治”存在的问题,也不难看到这里并未对公权力的权威(在尚未构成犯罪之际)所受侵犯做出回应。这是对胁迫的一个独立的负激励。

胁迫本质是非法自主执行的认知,将为针对胁迫的独立罚责提供理论基础与制度方案:公权力机构有权针对胁迫人设定额外且独立的一项责任:此项责任的本质不是侵权,而是合同——实即违反社会契约(卢梭意义上)的责任,胁迫人谋求非法取回让渡给公权力的执行权限,等于侵犯了公权力的权威与执行力。

关于该项责任的具体内容,限于篇幅,笔者仅提出如下构想:首先,该责任的形式以罚金方式为主,认定胁迫构成之后有权收取,劣后于胁迫人对受胁迫人之赔偿,性质属于一般之债;其次,当受胁迫人存在权利之际,该责任的范围准用相关民事法律(如《合同法》第107条、《物权法》第32、37条以及《侵权责任法》第2条等),以侵犯受胁迫人之权利的赔偿为基数,并乘以一定比例(如10%);而如果是胁迫人无权利而妨碍控告(检举)的情况,则可以考虑准用《民事诉讼法》第111条第1款的第1项或第5项之规定,^[88]视情节轻重收取罚金或训诫;第三,若胁迫人因行为已承担刑事责任或行政责任,则该民事责任可免除,因为公法责任本身就是惩戒非法执行的方式;第四,该责任之罚金款项归属于法院,作为法院执行案件开销之用。

六、结语以及未来的展望

本文希望重新界定胁迫的认定和制裁问题。与传统民法不同,本文认为胁迫规则的核心就是要区分合法威胁和不法胁迫,而这里必然涉及到法律的价值判断;仅以“违反意思自治”为认定标准,不仅不符合实际情况——因为当事人并没有真正地丧失意思自治,其往往会在具体的情境中选择更满足个人利益偏好的做法;更因为其缺乏操作性——合法的威胁

[87] 传统法治观念认为要对公权力加以限制和约束,而这一认识的核心在于提高公权力的制度技术水准。公权力垄断执行是现代国家的必然做法,问题的关键是垄断执行的边界与程序是否合法。从这个角度讲,本文的结论不仅不违反法治,而是对法治的深化理解与推进。

[88] 如以“举报”为名加以胁迫,可解释为构成伪造或毁灭证据;而其他行为则可视作“其他方法”阻碍私法工作人员执行职务。当然,最妥当的方法仍然是修法以明确。

同样会影响当事人的“意思自治”。现代民法应当为胁迫的认定寻找更科学的违法性标准,这就是自我执行而对公权力权威和执行力的损害,而既存权利的存在恰恰可以作为执行力和权威的客观标准。一旦认定胁迫,则不仅意味着被胁迫人的利益受损,更意味着公权力的权威受损。因此,除了胁迫人与被胁迫人之间的约定无效化,法律应当设计额外的制裁/救济途径,以便弥补公权力本身的权威受损。在这个问题上,刑法针对胁迫(人)的直接打击,对民法来说颇有借鉴之处。

由此出发,我们触碰到了一个敏感而未决的问题。从经济学的角度看,民法(私法)与刑法(以及其他公法)的本质都是创设行为激励,因此二者应当具有统一且一致的核心逻辑,并且应能无缝衔接和互为支撑。胁迫制度就是一个典型的例证。但在传统法律观念之下,公法与私法由于一些技术因素(包括执行机构、补偿抑或惩罚等问题)而泾渭分明,致使本文的结论在传统民法看来似乎难以接受。笔者无意否认自罗马法以来区分公法与私法的重要意义,但针对具体行为的规范,公法与私法无疑有着非常广阔的“合作”前景;而在现代经济学与制度分析等工具的协助下,这一前景将展现出更为鲜活的生命力。本文希望抛砖引玉,不当之处,还望方家指正。

Abstract: The purpose of the law against coercion is not to maintain autonomy, but for the resentment and infliction of the public power against private self-enforcement. This is the key legal distinction between lawful threats and unlawful coercion. Different from criminal law, under the rules of coercion in civil law coercive acts have not been convicted directly, nor scientifically categorized. In order to solve the problem, coercion should be divided into different types based on the standard whether the legitimate interests are infringed upon and if the coercions become true. There should be a kind of responsibility for the coercion itself, the essence of which is violating social contract for the seeking of permission of execution that should have been transferred to public authority.

Key Words: Coercion; Illegality; Game Theory; Typology; Private Self-enforcement

(学术编辑:贺 剑)

(技术编辑:许一君)