

目 录

【论文】

- 再论人格权的民法表达 邹海林(1)
- 股份投 权 权的 法 李安安(18)
- 法 投 的
..... 徐冬根(36)
- 权的
..... 熊琦(46)
- 法的“ ”
——兼与“社会危害性”比较 姜敏(60)
- 权的
..... 黄忠顺(75)
- 的
——以比例原则为指导 裴炜(92)
- 人
..... 郑曦(105)
- 1495年“ ” 的 王银宏(119)
- 法论 法第 ? 马得华(131)
- 投 的
——从形式主义走向实质主义 傅攀峰(146)

【民法典编纂】

- 论“ 法 法的”的法 朱广新(162)
- 论法 民法 的 耿林

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial No. 146 July 2016 No. 4

Contents

Articles

- Re-discussion on Personality Right Express in Civil Law (1)
- On the Separation between Voting Rights and Shares Ownership and Its Legal Regulation (18)
- An Analysis on Social Interests Objectives of Restriction on Investors Access in New OTC Equity Market
from the Perspective of Sociology of Law (36)
- Prohibition Rules for Copyright Collective Management (46)
- On the Harm Principle in Anglo-American Criminal Laws ; And Compared with Social Harmfulness Principle

再论人格权 民法表达

*

摘要:

关键词:

人格权及其民法理论始创于德国。如今,人格权 民法表达,即人格权 民法理论以及民法上人格权 民法理论 民法 国民法理论 民法 国民法 人格权 民法 以及如 国民法 及。人格权 民法表达 论 于人格权 法论 论, 国 理论 “ ” , 人 格权 民法表达 理论, ; 法

、人格权 民法表达

人格权, 人格权 民法表达。 上 于人格权及其 民法 论, 法 法 民法 ; 论, 于 法 法理论。 法国、德国、 以及 法国 民法() 人格权 。 民 法,如 民法、 民法以及 民法 , 其法 人格权。再 , 法 , 表 人格权 , 以人格权 “人格权法”。人格权及其 法 ,始 于 法 , 表 民法 法 上。^[1] 如,《德国民法 》 人 权,^[2] 其 德国民法上

* 国 法 ,法 。
[1] [法] · 格 :《人格权 民法 ——人格权 》,《法 》2011 1 。
[2] 《德国民法 》 12 。德国民法上“ ” 权 “ 、 、 ” 权 法 理 别, 映 两 人 上 法 判断 异, 人 距离 于 、 、 、 于 人 。 个意义上,德国民法 权 人 人格因素 , 人 严无法 并论。

“特别人格权”。^[3]然而,德国民法对人格权的保护,则主要围绕《民法典》823 规定的人格利益和其他受保护的权利展开,并经过司法实务创设了一般人格权。总而言之,在已有的民法典中,人格权的民法表达在民法典中是碎片化的。

民法典中的人格权规范,散见于民法典的总则以及相关的分则部分,主要是对人格权的确认和保护作出的宣示性表达。究竟是什么原因造成了人格权规范的碎片化,以至于到目前都难以在民法典中消除人格权规范的碎片化状态以实现人格权的民法表达的体系化?现有研究就其成因提供了许多线索,^[4]而且也较深入地涉及到了复且于纠结状态的法哲学和社会伦理问题,^[5]但结论多少都让人觉得不怎么靠谱。必须承认的是,在民法制度的建构上向来都不缺乏理论支撑,人格权问题也是一样的。尤其是,自二次世界大战以来,人格权问题被人们提升到优于财产性权利的地位,日益受到司法实务等社会各界的重视,形成了人格权保护扩张情形下的“造权”冲动,^[6]呈现出加速推进人格权及其保护制度发展的趋势。然而,人格权的民法表达之法状态仍没有什么改观,至多是对人格权规范的碎片化有一增补,能否在概念和制度构成上形成得以同物权法或债权法相提并论的“人格权法”,答案仍然未知。

人格权的民法表达的规范碎片化状态,成因或许相当复杂以至经历了百余年的梳理,仍然难以解释清楚;原因或许十分简单以至于人们都不愿意承认。既有事实表明,《德国民法典》的立法者因为对人格权的“确定性”存疑而无法给一般人格权“划界”,如自然人的尊严,以至在法典中没有规定一般人格权。^[7]如此一来,德国民法只能选择部分人格利益并将之法定为“特别人格权”,诸如姓名权、著作人权利、肖像权以及数据保护4种,^[8]这些类型化的权利只好零散地表述在德国民法中,但它们是名副其实的民事权利。对于自然人的生、死、自由和自决这些人格利益,虽然其指向清楚而基本可以确定这些人格利益的边界,但因缺乏将其法定为民事权利的方法,德国民法始终未将其作为“特别人格权”对待,而是将之表述为侵权行为法保护的“法益”。^[9]德国民法上的人格权,是民法典已经表述的特定人格利益(自然人的生、死、自由和自决)、民法典规定的“特别人格权”和其他权利形成的混合体。人格权作为诸多利益和权利的混合体,人们无法从中抽象出能够反映人格权本质且又能准确表达人格权边界的概念,因此人格权一开始就成为一个模糊的、内容不确定的概念。经德国法官的实务而创设的“一般人格权”,虽可以表述为受尊重的权利、言论不受侵犯的权利以及不干涉他人私生活或私的权利,但仍然无法对之划定一个明确和无歧义的界限。^[10]到如今,人格权概念的不确定性在德国民法上仍没有实质性的改变。其他国家如法国、日本的民法(典)表达的人格权,情形也基本相同或类似。在成文法上,概念是法典规范的事得以形成制度和体系的基石,人格权概念至其类型的不确定性使得人格权规范在概念高度抽象且结构严谨的民法典中难以有良好表现。

[3] [德]·伦:《德国民法论》(上),、建等,法律出版社2003年,166。

[4] 见:《论人格权的本质——论我国民法草案关于人格权的规定》,《法学研究》2003年4;、张:《人格权的理论基及其立法例》,《法学研究》2004年。

[5] 见:《方人格权发展的历线索及其示》,《现代法学》2011年2。

[6] 例如,德国法官以《基本法》1和2、《德国民法典》823为基而创设了“一般人格权”。见[德]特·斯:《德国民法总论》,建,法律出版社2000年,806-807。《法国民法典》补规定有“私人生得到尊重的权利”、“应得到无推定的权利”、“得到保护的权利”等。见[法]·律格:《人格权民法典——人格权的概念和范围》,《法学》20111。

[7] 见[德]·伦:《德国民法论》(上),、建等,法律出版社2003年,172。来、正言:《法上的人格权》,《法学家》2008年5。

[8] 见[德]特·斯:《德国民法总论》,建,法律出版社2000年,807,800-803。

[9] 见《德国民法典》823 1。

[10] 见[德]·伦:《德国民法论》(上),、建等,法律出版社2003年,171。

人在人格权一大的随,人格权成为人权利和利的。其人格权一法如其更一,以人格利的权利和利,论权利利、上。在人格权其以定的,民法典以民事权利的法定构造人格权保护的制度系。民法人格权的定造成的人格权的定造成的。民法典以利民事权利法定的制度,现人格权在、权利的、权利以及权利的系规定。人格权的定民法典的人格利法定为民事权利,法上以现人格权民事权利系的,今以民法表达人格权的规范。在民法上,人格权规范现的。〔11〕如,于“人权”“人格权”,《民法典》〔12〕和《民法典》〔13〕中的规定。论民法典的中规定在法上的学,法典规定的人格利的权利,现其人格权规范系,在权利的上在大。如,民法规定的如定民权、国权、权、权、创造权,于民法;更的人“法保的人格权和权”,民法上的人格权法上规定的人格权之的系。〔14〕民法中的人格权规范,大为,其人格权的“”一更的表,以成定人格权的及其的,着人格权的民法表达的。在法典中,法应保护的人格利之中规定,大于,上的中于人格权规范上的。在民法中,人格权其的。之,人格权的定民法建构制度系的“人格权法”,人格权的民法表达在法典上在规范的上。

我国《民法》在“民事权利”一(5)中“人权”一(4),在“人权”一中,8人权为系和中的规定;在“民”(2)和“法人”(3)、“民事”(6)中,及人权的和保护的规定。在一法中,规定如的人格权,在国民民事法中的;人权权、权、权规定,一重大的系。〔15〕《民法》我国的法律制度建其的人人格利的保护。《民法》于2080,如法当以人格权《民法》规定的“民事权利”之,事。特,《民法》的上规定的“人权利”,的权利。如权、以及权的民事权利,民事权利权、权、权。《民法》在一中规定上权利,在法上权利的表达式和,其及的人人格利,如以表。《民法》在规定的权利,更在权利之构建的系。《民法》人格权

〔11〕《民法典》编“人的人格权”人格权规范“独成编”,其特,人

〔12〕

〔13〕

〔14〕

〔15〕

主 观 ,仍 碎片 态。

益纳入。一个意义，加。碎片。确。目，仅。益。目。除。外，他（人宪）涉。们。外。可能。必。致。调。语。础，“可。视。来。简。那。素。型情”。^[21]，因。确。们。否。义，分。时，必涉。1949年《》1（“尊严”款）2（“发展”款）。“时。发。发。”^[22]认，《》“”发展产深。^[23]依此，乎。分宪。必，二。义，宪。得。发展。加。否意。宪。意义，并可。宪。？。断，。质。宪。位高。宪。任。仅。产。债。从“”发。从“设”发，般。各。^[24]先，宪。后。《》别，《》个。纪。宪。否。优。仍。得。^[25]除此。外，两个。注意：，《》“尊严”“发展”。并。设。“”宪，宪。仅。宣示“尊严”“发展”。得。侵。义。确。受。碍。公。序，。《》可能。个。间，此。供。依据。得。《》外。通过。运，发展。受。“般”。“般”并《》。^[26]二，《》“尊严”“发展”目，“《》强调。尊严，主义。时。践。尊严”^[27]目。

[21] []E. :《 : 哲 》， 来译， 版 2004 年版， 501 页。

[22] 王明:《 尊严 》，《清 》2013 年 5 。

[23] 王明:《 尊严 》，《清 》2013 年 5 。

[24] 尹田:《 质—兼 草案 》，《 》2003 年 4 。

[25] “ 宪 质,阻 各 并将 任 图。”尹田:

[26]

[27]

以上事实表明，法规定的人格权与民法上的人格权是性质完全不同的“权利”或“利益”。这样一来，我们就以民法理解，法规定的人格权不是民法规定的“私权利”或者“民事权利”，其与《德国民法典》第12条所规定的姓名权(特有人格权)更有本质的差别。这些事实中法得出结论：人格权不是民法上的“权利”而仅是民法上的权利。德国法院创制的第一人格权是解释德国《基本法》的“人格尊严”与“人格平等”的保护性规定由法院创制的人格权，于《德国民法典》第823条第1条所称的“其他权利”中的“框架性的权利”。^[28]这就是说，由法规范表达的人格权，未能在民法表达是以民法保护的。人格权的民法表达是人格权民法保护之地的工具。

对于自然人的人格利益，不论法规范或者其法律是否有所规定，若要民法的保护，应当由民法表达而自然人的人格利益“法定”为民法保护的利益；未能在民法表达的人格利益，是不能民法保护的。人格权的法规范是在一种公共秩序而不具有创制民事权利的结果，法规范表达的人格权等同于民法上的人格权，多少都是不同的。我国《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担赔偿责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、财产所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”上述规定使用“民事权益”一词，就是民法对民法保护的民事权利和利益的科学表达，精确地揭示了民法所保护的“权益”之性质。^[29]不论人格权是为法所规定之权利或者公共秩序，都有由民法规范的技术性排除而规定为民法保护的利益之必要。

三、人格权的民法表达方法

人格权在民法上的概念具有不稳定性。人格权概念的不稳定，要是自然人的人格利益的界不清晰而法律对所有应保护的人格利益。人格权的民法表达就是要在界不清晰的人格利益中，发现和应保护的人格利益。

民法上的权利具有一定的概念。一定的概念是概念的特征已被充分地列举，而且所列举的特征在于概念的摄上不可缺少、不可替代的特征。这些特征是一具体事象摄于一概念的必要条件。至于哪些特征是不可缺少的、不可替代的，其取舍于创制概念的性质的考虑。^[30]就人格权而言，人法充分地列举人格权不可或缺的特征，以致法形成人格权的确定概念。或德国民法学者已放弃要人格权概念确定化的尝试，为在民法上这是不可能的事，德国民法任何图要建构相对独立成体系的“人格权法”。民法表达人格权的基本方法是自然人应民法保护的固有利益类型化或具体化。

关于人格权的民法表达方式，我国民法理论认为民法典应当规定一般人格权和具体人格权。有具体人格权，仅自然人有人格权，民法应以自然人的自由、意志和人格尊严表达一般人格权，而具体人格权则应当包括生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权和隐私权等。^[31]

和人格 表达为一般人格权, 权、 权、 权、 权、 权、 权、 权、 誉权、 信 权、 荣誉权、 权、 权、 权、 婚姻 主权 表达为 人格权。^[32] 上 知, 于民法表达的 人格权 仍 较大分歧的, 分歧仍 来 人格权 的 确 。 人格权 的 确 , 决 人格权的民法表达 , 尤其 于人格权 否借助民法特 的民事权利构造 现受民法保护的 目的 决 。

我国民法理论以人格权为民事权利的 验 结论, 来 和构造民法中的人格权规范。“人格权 一 独 的民事权利 。”^[33] ,《民法 》 人 权的集中规 , 因为 人格权规范 成 系的价值中枢, 仍表现为人格权规范的碎片 。 人格权规范的碎片 表明, 人格权至 以 表 为《民法 》规 受保护的 态之人格利 民事权利的集 。 仅以人格权 括民法规 的 人格利 和人 权利, 其 权利 利 上的区分, 无法消除人格权 的 确 的。 如一位法国 法国民法上的人格权 的评价, 上 看, 过权利的 断叠加, 人格权 现 《法国民法典》中, 法 来 真 考虑过 人格权的 ; 权利 中, 难观察 一 真 的人格权的理论。^[34] 的情 , 发 我国。 我国《民法 》 5 章 “人 权”的规 中, 除法 的 权、 权 其 的民事权利 外, 其他如 权、 权、 权、 权、 誉权以及人格尊严 人格权, 以 确 的 涵, 其 否属于我国民法规 的民事权利? 上 权利和利 归集 一起, 否 于人格 权? 此问题 肯 回答, 估计 那么简单。 否 , 人们 人格权的 论 长 持续着。 人 于 人的固 人格利 的认 无止境的, 人格权 的 确 恐怕真的 一个无 的 题, 人格权规范难以承 超 原 规 外的 “独 成 ”的 件, 并 影响人格权的民法表达 。

人格权的民法表达 法, 以人格权的必 特征为 。 于人格权的特征 , 我们 能 穷尽人格权的全部特征, 仍能归纳 人格权区别于民事权利的必 特征, 以 固 人格权的范 以 现人格权的民法表达。 一般 , 固 、 专属 和排除 碍 为人格权 的 必 特征。

人格权 人的固 人格利 。 人格权 常 表 为“人之为人”固 的, 并以维护“人之为 人”的全部 素的权利。^[35] 里, 人的固 人格利 为 人格利 , 如人的尊严、 、 、 平 、 (安全)、 、 、 誉和 , 其 互间呈现依 的 态。 固 人格利 人 为法 上的主 的 伦理价值, 其外 为权利客 的 理 , 以及 利 真 外 为权利客 的法 。 个 义上, 人格权根 能 民法规 创设的民事 权利。 因此, 人格权的民法表达并 需 人的固 人格利 法 为民事权利。

人格权为 人的专属权利。 人格权以 人的固 人格利 为其 , 以 现为人的尊 严、 、 、 平 (安全)、 、 、 誉和 利 , 利 无法脱离 人的人格 独 。 人格权 人的人格 分离的权利和利 。 人格权的专属 表明 人的固 人格利 得和他人分享, 其专属 因为人格权的 表现 的 异 。 因此, 人格权的专属 为民法表达人格权的固 , 人格权的民法表达 上 得 悖于人格权

[32] 王利明主 :《中国民法典 案建 稿及 明》, 中国法制 2004 年 , 41-55 。

[33] 王利明主 :《中国民法典 案建 稿及 明》, 中国法制 2004 年 , 319 。

[34] [法] . 格 :《人格权 民法典——人格权的 和范 》, 《法 》2011 1 。

[35] :《论法人人格权》, 《法 》2004 年 4 。

性,以及民法缺乏对人格权予以划界的有效法律工具,使得人格权具有开放性,这是民法典无法以法定主义对人格权的重要原因。将自然人的姓名权、肖像权和人格权作同一化处理,在人格权的民法表达方式上混淆了姓名权、肖像权概念的确定性逻辑与人格权概念的不确定性逻辑;以此为基,建构相对独立和完整的“人格权法”制度或体系,在民法表达的科学与技术上都会有所不足。人格权具有的公共秩序属性,非经民法表达,无法彰显其私权受民法保护的属性。在这个意义上,人格权不是民事权利,理论上将人格权作为民事权利的一种而将人格权和财产权并列,本身也是不严谨的。人格权的民法表达有必要对自然人的固有人格利益予以重新排列,不再把姓名权、肖像权作为具体人格权,姓名权、肖像权不应当继续留在人格权阵营中。以民事权利定性的姓名权、肖像权,与以自然人的固有人格利益为本体的人格权相比,前者已经失去了所有的人格魅力。民法理论上所称法定化的“具体人格权”,以姓名权和肖像权为典型,实为一种无形财产权,但因其涉及自然人的人格利益,有学说称其为“人格财产”。^[39]自然人的姓名权和肖像权既非物权亦非债权,不能规定于物权法或债权法中,较适宜原则规定于“民法总则”有关自然人的章节部分,^[40]或者另行制定专门法律予以全面规定。

除此以外,人格利益因外化为权利客体者,不限于姓名和肖像,还包括自然人的身体以及身体的组成部分。自然人的身体以及身体的组成部分,如器官、血液、骨髓、组织、精液、毛发等,若其利用符合公序良俗或社会伦理,得以脱离自然人的人格而独立存在,成为民事权利的客体,^[41]因此而发生的权利并非人格权,或为物权或为债权。^[42]人格权的专属性,不允许本人对人格权承载的本人身体利益的处分和抛弃,尽管本人对自己的身体拥有无条件的利益。在这个意义上,涉及自然人的身体或身体的组成部分的利用,不应当表达为人格权规范的内核,亦非人格权的内核的例外;依法利用身体或身体的组成部分,属于财产权法的规范内核。这就是说,当人格利益外化为权利客体时,民事主体如何实现对这些利益的支配,不是通过“人格权法”来完成的,多是借助其他的专门法律(如涉及知识产权、人体试验、器官移植、商业秘密、反不正当竞争等法律)来完成的。

在私法领域内,人格权维系个人与个人相互间的平等和有尊严的法律地位的基本价值或公共秩序。人格权的民法表达既是原则性的,也是具体的,如何表达取决于立法者对自然人的固有人格利益的选择。人格权的民法表达,不以将自然人的固有人格利益“民事权利化”为必要,而是将其作为民法上的公共秩序予以贯彻,并不得转让、处分、抛弃人格权的民法限制措施规定为人格权的内核。人格权的民法表达方式,不以民法典对自然人的固有人格利益予以明确规定为限,在民法典的规定外,还有法理、习惯乃至裁判解释(包括司法解释)亦将民法典未规定的人格利益纳入受民法保护的“民事权益”之范围。法律或者其他法律规定的受保护的人格利益,得以作为解释某种人格利益受民法保护的依据。^[43]

人格权的民法表达并没有使得人格权规范在各国民法典的结构上获得与物权、债权以及亲属权之相同的独立地位,即人格权规范在民法典分则中独立成编。无论以“立法者不重视对人格的保护”或以“人格权与主体密不可分,故在主体制度中予以规定更为科学”等进行解释都难以有说服力。^[44]

[39] 参见陈传法:《人格财产及其法律意义》,载《法商研究》2015年第2期。

[40] 参见课题组负责人梁慧星:《中国民法典(草案)》(第二稿),法律出版社2011年,第4页。

[41] 自然人的器官、血液、骨髓、组织、精液、毛发等,以不违背公共秩序与善良风俗为限,得以成为民事权利的客体。参见课题组负责人梁慧星:《中国民法典(草案)》(第二稿),法律出版社2011年,第19页。

[42] 除法律另有规定外,人体、人体各部分得以作为财产权利的标的。参见课题组负责人梁慧星:《中国民法典(草案)》(第二稿),法律出版社2011年,第4页。

[43] 参见张千帆:《论法效力的界定及其对私法的影响》,载《比较法研究》2004年第2期。

[44] 参见梁慧星:《论人格权的本质——论我国民法(草案)关于人格权的规定》,载《法学研究》2003年第4期。

， “ ”，^[45] 还
 。 ， 、 亲属 那 ， 还
 () 手段 件， 妨碍 救济
 ， 找 适 挥 空间，
 救济 妨碍 责任救济 。
 “ ”， 核 。 注
 ， 征、 、
 。

四、 检

区^[46] 誉
 ， 还包括 信 荣誉^[47] 验。^[48]
 ， 依 ， 。
 ， 仅 固 ， 轻易
 享 。 导
 ， 常 “ 享 专属 ” ， 享
 誉 (商誉) 。
 ， 括 享 誉 。 里 注 《乌克兰 》
 集 “ ” “ ” “ ”
 享 “ ” ； 该 “ ” 商
 誉、秘密 ， 该 “ ” 专属 “ ”
 ， 享 “ ”。^[49] 《乌克兰 》 享
 依 。
 极 。 “ 营 、平 安全
 ”。^[50] 源 《 》 、 誉 荣誉
 ， 享 、 誉 、 荣誉 。 担 ，
 价值。 誉 密切 联 ， 继肯
 损害赔偿请求 。 誉 双 属 ， 商
 品 双 属 点， 涵 。
 起 稿， 享 誉 ，
 需。^[51]

[45] —— :《 》， 《 》2003 4 ;曹险峰:《 》， 《 》， 《 》2006 4 ; :《 》， 《 》2011 2 。
 [46] :《 探 ()》， 《 评 》2004 76 。
 [47] :《 稿 》， 《 》， 2004 ， 47-51 。
 [48] :《 探 ()》， 《 评 》2004 76 。
 [49] 《乌克兰 》 70 。
 [50] 缘、颜克云:《 誉 、 》， 《 》2016 4 。
 [51] 冉克平:《 》， 《厦门 评 》 12辑,厦门 2006 12月 。

于自然人 有的人格权。王利明先生主 草的《中国民法典草案建议稿》将人格权的主体表述为自然人和法人, 法人 有人格权, 法人人格权 法人的名称权、名 权、 用权和荣 权。^[52] 梁慧星先生主 草的《中国民法典草案建议稿》在“民法总则”中的自然人 明文规定了自然人的一般人格权和具体人格权; 在其后的法人一 中明文规定法人 有名称权(第 68 条)和名 权(第 69 条), 在法人的名称权和名 权同人格权之 没有技术上的规范 络, 但立法理由仍然将法人的名称权和名 权表述为人格权。^[53]

我国也有学者否认法人人格权, 认为人格权是一个历史的概念, 于自然人, 不存在法人有无人格权的问题。现代各国不断 化人格权保护的立法和司法措施, 均以自然人的人格权保护为目 , 而同样具有法律人格的团体, 在人格权保护 动中则不被关 。法人具有人格, 但这不是法人 得人格权的理由, 法人的人格是用作 分法人团体有无民法上独立财产主体地位的纯法律技术工具, 既无社会 性, 亦无伦理性, 没有为法人创设以保护自然人的人格不可或缺的伦理性要素的人格权之条 。法人的名称权、名 权等权利无精 和产, 实质上是一种财产权, 不具有 性, 并非为法人的人格存在之必须。^[54]

人格权在历史上 是针对自然人的 有人格和产而产生的民法保护问题, 与法人本来没有关系。法人本体是法律拟制的, 其所有的权利均是法律 或规定的。所以, 法人的独立人格(主体地位)及其 有的权利, 即便是非物质性的权利, 也不可能是法人 有的权利。法人的名称权、名 权(商 权)和 权, 即使民法将之规定为民事权利, 也不是 于法人的权利, 而这些权利 应当是法人的独立财产的 成部分, 构成法人 业的基础和 和产的手 , 可以由法人 以处分而成为交 的, 与法人的独立人格分离。“对法人人格的理解, 只能 限于财产支配与财产交换 , 对不能超越这一 , 认为法人人格在经 生活之外 具有其他更为重要的社会意义。”^[55] 与此不同的是, 人格权为自然人的 有人格和产, 本质上 于共 而非民事权利; 对 于自然人的人格和产, 法人不得 有。“法人人格不同于自然人人格, 法人人格权也不同于自然人人格权。”^[56] 因此, 法人人格权与人格权具有本质上的差异, 不可以相提并论。自然人的姓名权和肖像权, 因不具有 性而 了人格权的品格, 法人的名称权和名 权本身就不具有人格权的品格。

人身权利(人格权)和财产权利的 分只具有相对的意义, 不能作 对的理解, 更不能推演出这种 分可以 用于所有的民事主体。严格地说, 人格权是 于自然人的权利, 法人不得 有, 财产权利则没有这样的限制。法人的名称权和名 权可以 让, 表明其并不具有人格权的 性, 便不能称之为人格权。以“相对 性”代人格权的 性, 似乎具有缓和人格权的 性之 用, 但 者的意义并不相同, 以“相对 性”解释人格权的 性, 无异于否定人格权。对于法人而言, 因其名称、 所附带的和产 为和产抑或财产和产, 因为不具有 性而在和产保护机制的选择上, 无法与人格权的保护制度相提并论。人格权为自然人的 有权利, 而法人所得以 有的权利, 没有一项可以说是法人 有的权利。在这一 上, 人格权就不能对应于财产权利, 后者是自然人和法人均可以 有的权利。 且, 法人所 有的“名称权、名 权”等民事权利, 内 具体确定, 边界清晰, 将其 入人格权的范 , 将使原本确定的民事权利被概念不确定的人格权所 , 这并不利于法人名称权和名 权的规范解释与 用。

[52] 参见王利明主编:《中国民法典草案建议稿及说明》, 中国法制出版社 2004 年版, 第 43 - 51 页。

[53] 参见课题 负 人梁慧星:《中国民法典草案建议稿附理由:总则编》, 法律出版社 2013 年版, 第 148 - 149 页。

[54] 参见尹田:《论法人人格权》, 载《法学研究》2004 年第 4 期。

[55] 尹田:《论一般人格权》, 载《法律科学》2002 年第 4 期。

[56] 马俊驹:《法人制度的基本理论和立法问题之 讨(下)》, 载《法学 论》2004 年第 6 期。

征，求。

享，

间彼征。淆，

“”、“”

估计长^[57]“”、“”

淆，^[58]

商“”；

纳，困惑。纳架，

把、荣、业^[59]变。”

挑，显

”，极

丧^[60]顾

享、（商）、荣^[61]“

”、“商业”，促

乱，最导紊乱。

征

留阵。

间彼络

[57] 享 渊源，
：《 》，1998，39。：《 稿》
尝试，：《 稿》，
2004，43。

[58] ：《 》，《 》2002 4。

[59] 骏、满：《试 》，《 》1995 4。

[60] 缘、颜：《 、 》，《 》2016 4。

[61] ：《 稿 》，2004，43。

、 益

高 “ ” 益 肖像 ，

” 加入,又从外 推 益 个 。 发 “ ” 动。 “ ，

什么 ？

外 部分外 益 ， 益因 发展 伦

可 支 后 发 “ 、 、 益 分” 。

益 ”、^[62] “ ”、^[63] “

”、^[64] “ ”、^[65] “ 财产 ”、^[66] “ 财产 ”^[67] “

芜,能结权利质之争,反而是将之向人格权:既商业利益中权利人经利益的来源是人格权权能实现的结,是否意味着人格权便着的财产容?财产利益可以明码进行商事交的人格权是否应居住在财产权的之中?”^[73]已如前,人格权别于民事权利的必特征,人格利益的商业利并不改人格权的特征,至于其是否产的民事权利,人格权的民法表达不产颠覆的,就如人格利益的商业利的最原始权和肖像权的现动摇人格权的民法表达一。

绕人格利益的商业利是否产的型的民事权利,已太的论发表,无赘言。

一 我们应认,就是人格权的足以人格权的商业利。就是,人格利益的商业利不是在人格权的范发的,现象的现更于我们划清人格权人格利益商业利的边。人格权,即人格权不得、分、抛弃以及承。人格权的排斥人格权的商业利;而人格权的商业利以权利主人格权的分离为基础,权利主无法分离的人格权,何以能够现商业利?提人格权的商业利个题就违反人格权的特征,不符合人格权的民法表达的基义。民事主之以能够许可他人己的人格利益进行商业利,以其人格利益的权利在质上为财产权利为。人格利益的商业利上是在人格权之外,借民事权利法定的制度将部分人格利益外为“权利”,人格利益人的的人格利益发分离,以现人人人格利益的分。因为人格利益的商业利产的权利,如“基于商业上的产商权、肖像、的商业利产象权”,是别于人格权的特殊财产权。^[74]总之,人格利益的商业利虽人格权一定的,不于人格权规范的问题,而是其他民法制度理的问题。在人格权的范之外论人格利益的商业利,能够“避免人格权搭过的财产权容,民法系的定”。^[75]

于人格利益的商业利现象,如找现象人格权的别,或者凸显人格权的别特征,各法或主张一定的合理成分。一个问题必须我们的足够重视:人格利益的商业利是否必须以人格权为制度基础?我国民法学者以肯定答的立场待个问题,即人格利益的商业以民事主的人格权为基础,应以人格权的制度系待人格利益的商业应,其为“人格权的商业利”。^[76]一现象是争论或者混乱的。不的法“虽一定程度上触及到人格权财产权的分,大是表象层的。权利质的把握,而以二者表现的异的判断是”的。^[77]

我国学者认为,人格利益为人格权的,以此的人格权,并必建构应的制度系来护的人格权。“各人格权的各人格素,如、肖像、隐、声音。人格素活观经型可以分,因此可以成清晰的权利边。”^[78]我们不能此得一个结论:人格利益为人格权的“”,而不能成为财产权或其他法行为(法系的)。如,人移植问题涉及权,人(人格利益)

[73] :《于人格权质的再考》,《学报》(哲学版)2012年3。

[74] 汉东:《试论人格利益和无财产利益的权利构造——以法人人格权为研究对象》,《法商研究》2012年1。

[75] 张:《人格权的利益结构人格权法定》,《中国法学》2013年2。

[76] 王利明:《人格权法研究》,法版2005年版,284页;杨立、林旭霞:《论人格商品权及其民法保护》,《法学学报》(哲学版)2006年1。

[77] :《于人格权商业利的若干问题》,《法学论坛》2011年6。

[78] 郑宽:《人格权的系研究》,知产权版2008年版,106页。

以成为权的客体，显然不是“人格权”的商业问题，其量人器官(人格利)的商业利是自人其享有的权的专属性突的问题。在理的价值层面,人器官移植、捐献是被理和医疗理的,而器官移植、捐献的理论研究和制度建构不是权的自延伸,不应当被纳“人格权”制度系的范。

再者,我国还有学者为,“人格权的商品”人格利利互起,而形成人格权和权的。在人格权制度范解决人格权中济价值的法保护问题,而不人格权中的济价值作为一种独立的权利进行保护。^[79]暂不论人格权权是,人格权的商品作为人格权有济价值的缘,有道理;反,人格利有济价值,才是人格利的商业利的基础。人格权不有人和的双重属性,人格要“有双重客体的性”。^[80]在上,人格利的商业利于人格权的商业利,是一逻辑性的错误。当我识人格利(人格要)有人和双重属性,就应以解释为人格利以为人格权的客体,亦以为其民事权利的客体。人格权法不人格利的属性的现提积极的帮助,是民法以的法如商法、识权法要成的任,以特的法行为人格利纳交易标的之范畴而之成为交易的象,脱“人格权法”的领域而在公序良俗

挂钩，商业（ ）。“双架，商业（ ）双”，“商品，商品，商品”。^[82]管商业“ ”，^[83]（ ）商业“ ”极商业阵，违考径，显。帮。

归

、：、抛弃、^[84]配（ ）“ ”己，坚止征凸显，核配极排“ ”，最功晰，晰品手。里机。

[82] 隋彭：《派初》，《北京航空航报 2013' 5

83 Õ：《商品》，《北报 2013' 4

84 F 3 G：《》，《 1996' 2

，评价调 区别 益 客 ，肖像 ， 逻辑予 发展。

固 逻辑轻视 碎片 ，充分认 碎片 ， 将 确 纳入受 “ 益”过程 发挥 巨 。 们试图 “ ” “ ”来 ， 固 专属 退 ，希望 专属 来 义 ， 加剧 模糊认 。因 坚持 专属 历史逻辑， 又强势闯入 领域。 推动 “ ” 发展， 严 影响 “ ” 环境 发展。 固 益 获得无限发展 础， 绝 限 益无限发展 手段， 可 益 。 试图去 决 益 “ ”归属 变动 。 张蜘蛛网，网 “ ”， 总 道 清 明 ，还真 像 位 评价 那 :“ 个领域曾 ‘ 最荒谬 ’ ， 该 他只看到 ‘ 毫无节 想 设计 无 ’。”^[85] 需 坚持 必 征，并清晰 展 下 逻辑： 发展 益 时候， 什么 ， 借助 他 ， 依 可 。那么， 益 商业 ， 属 “ ” 。

Re-discussion on Personality Right Express in Civil Law

Zou Hailin

Abstract: The uncertainty of the personality right has produced continuous and material influences on the express of personality right in civil law. In the code of civil law, the personality right express in the way of segments, not an independent Book should be deemed as a scientific and effective method to describe the personality right whichhw

股，^[2]、
、
验，
(一)禁止投票权与收益权分离的知识传统及其松动
股“”，
。股，股，核股
——股，股“股”止股
。止股三：股资、
股、股配。^[3]
止股，止：
股，股，拥股
配符“”，允股计。
、股资配。股核股
，股，股配，
，^[4]
，己，担
，风险机最。^[5]，
“股，允。坚：
股，……股，避免
。股导报。”^[6]

弥征付，征股，投票收
 显。投票征，投票托股份投票收
 显，托割，托，衡
 ，托托托^[8]，投票托委托
 股份投票托，委托留股份收，股，股
 配投票委托托，委托“收”。^[9]投票
 托，托托投票股，托投票
 股份。投票托悖
 ，违策违。管投票托，附
 ，投票托满书、超
 、记^[10]投票拘束协股、股股
 股，股份投票契约。投票拘束协
 股投票约，约股超、股、超
 投票。投票拘束协股协，
 。投票拘束协投票
 ，股按最符投票，投票股份
 。鉴投票拘束协股，违策
 俗。投票拘束协逐步，
 允股投票协，股售投票允诺投票
 ，便、按股投票、施策投票投票拘束协
 排。^[11]
 禁止投票收遭遇另考验元股份。
 股份股份，股股份，股份
 股份、份、股份交场、
 股份。最股份：配剩配
 殊排股份，股份；投票殊排股份，双层股投
 票股份。^[12]股份股^[13]殊红
 配算配股股，往往
 股股，监2014《股试管》
 股策管，投票。
 ，股份投票，投票最^[14]，股份
 投票机，触，股股投票

[8] 小：《托：》，2012，63。
 [9] 青：《元配置》，2010，132。
 [10] 梁：《股——控夺》，2005，251-259。
 [11]：《股协》，2014，113-114。
 [12]、朝：《股演》，《》2013 9，150。
 [13] 刘：《：股股衡》，《》2015 1，101。
 [14]：《股》，《》2015 2，146。

成级投票人。^[15]而在权结构中，通被划分为A、B两：A每着一个投票权，B的投票权被大至A的数倍，即有多重投票权。不难，无论是优先份是多重投票权份，不再遵循“一票一票”的法则原，东的剩余索取权投票权不再，东投的、利益不再应。除两种较为的别份外，践中在着“金份”^[16]劣后份、受限份^[17]有份^[18]，种益多元的别份打经利益投票权的结构激励基础，深法律制度

(二)金融创新视域下投票权与收益权分离的常态化

如说投票权、投票权托、投票权拘束协议以及别份下的份投票权收益权分离只是零现象的话，么在金创一“创造性坏”量的冲之下，份投票权收益权的分离成为型态。伴随着金革和票的不外

, Ñ

的

å

经

共秩序 利益。因此,面向金融创 的资 市场法制必须 此作 及时回应并 求有效的规制策略。

二、股份投票权 收益权分离的 型 检视

在 近的 次 危机转 的全 金融风 中,以 冲基金为 表的机构投资者和以信 违约互 换为 表的金融衍 工具大行其道, 金融危机的扩散和深 起到 推 助 的作 。金融危机 是公 治理危机甚至是公 法危机, 股东投票机制失 引发的公 治理失 于金融危机的重创 令人触目 。^[20] 今为止,虽 金融创 诱致的股份投票权 收益权分离的现象已经在发达资 市场风起云 ,且深刻影响 很多国 和 区的公 控制权争夺大战,但 于我国而言仍属于 事 物,其真 面向尚有待揭示和厘清。前 国学者亨利和 莱克就“ 型投票权购买” 作 的二元 态 分, 于 确认识和深入理解股份投票权 收益权分离具有重要的 价值,有必要给予更加 精细的 型 检视。

(一)空洞投票

空洞投票意味着投资者 享有的投票权多于其持有的股份, 种投票权 附随的经济利益是虚 无的甚至是负的。^[21] 空洞投票的行为过程一般是先购买或借入股票, 后利 衍 工具 冲 股票的经济利益,以至于 股票的购买者或借入者只享有 应的投票权 公 之间不 在经济 利益 联。空洞投票无疑 诱发投资者的道德风险,可能导致其以 损公 股票价值的方式投票,进 而置公 和其他股东于不利境 。具 而言,空洞投票可以通过以下几种方式进行。

1. 通过股权衍 工具(equity derivatives)进行空洞投票。股权衍 工具是 衍 工具、利 衍 工具 并列的一种金融衍 工具,它是以股票或股票指数为基础工具的金融衍 工具,主要包括 股票 (stock futures)、股票 权(stock option)、股票指数 (share price index futures)、股票指数 权(stock index option)以及上 合约的混合交易合约。其中,股票 是两个交易 手之间 的一个在确定的将来时间按确定的价格购买或 售某只股票的合约;股票 权是公 授予其 工在一定 限 按照固定的 权价格购买一定份额公 股票的权利;股票指数 (简 股指^N)是以股 票价格指数作为标的物的金融 合约;股票指数 权是以股票指数为标的物,买方在支付 权费 后即取得在合约有效 或到 时以协议指数 市场 际指数进行盈 结算的权利。投资者买卖 权或冲 合约的目的不是为 渡资产的 有权,而是为 规避风险或 取收益,投资者 全可 以利 冲、卖空、 利 交易策略将风险集中并重 分配风险。 里的“投资者”

双 (zero-cost collar) 交 , () (潜收)。 交 留 股 快 。 缓 层 股 风险 担 , 长 收 机, 市场 机 。 ,空 资 衍 避风险、 配风险 风险收 手。

2. “股 记 捕”(record date capture) 空 。 股 股 资 , “ 闭股 ” “股 记 ”。 “ 闭股 ” 闭股 股 , 召 股 闭, , 股 拥 股 止交换 。 股 交 , 弃 股 资 。 “股 记 ”, , 股 记 , 记 股 股 。 “ 闭股 ” , 股 股 闭锁 , 股 资 资 。 “股 记 ” 导 空 , 股 记 股 , 、股 , 股 三 , 股 “股 记 捕 ” , 记 借 股 , 空 股 , 返 交 , 。 资 股 跌 空股 风险, 手 空 。 记 , 免 记 。 担 。 资 , 导

3. “股 软”(shares soft parking) 空 。 允 友 三 股 , 股 风险 风险。“股 软 ” 显 , 抵 击 手 , 潜 风险 忽 , 衍 品 商 股 子 股 , 衍 品 商 商 , 股 临 风险。 “股 软 ” , 股 换、 交、 股 计、 股 。 股 换 ,葡萄牙电 “ 股软 ” 功抵 Sonaecom 敌 收 , 手 巴 (British Barclays) 股 换 。^[22] 股 (treasury shares) 股 , 把 股 留 账户, 股 , 附 。 股 “ ” 友 商, 股 换 措施避免 商 , 股 借 友 三 。 股 借 ,借 , 空 。 交 , 银 (the Union Bank of Switzerland, UBS) Martin Ebner 书征 最 。 ,UBS 股 , ,UBS 股 股 股 留 股 UBS 股 。 , 股 , 股 留

[22] Peter Wise,

, Fin. Times, Mar. 3, 2007, at 19.

权,且至少有一家大股东按照 UBS 的意愿进行了投票。^[23] 在员工 股计划方面,空洞投票主要分为两种情形:一是员工 股计划的受托人决定如何投票,此时的受托人就是空洞投票者;二是员工 股计划信托协议决定尚未被授予的股票将用于投票,即尚未被授予的股票将被偿付或将置换成同等比例的被合法授予的股票,此时公司雇员所有的投票权就会超过股票本身的经济利益,公司雇员也部分成为了空洞投票者。与员工 股计划类似的是,对公司管理层和重要雇员授予有限制的股票也会产生空洞投票问题。这些限制性股票的特殊之处在于被授予的期限较长,往往高达数年,如重要雇员离职,尚未被授予的股票将会注销。由于限制性股票附有投票权,所以这些股票的 有者所享有的投票权同样会超过股票本身的经济利益,空洞投票问题应运而生,限制性股票计划也由此成为空洞投票的重要诱因之一。^[24]

(二) 隐性/变异所有权

与空洞投票操作相反的是,投资者可以通过使用现金结算式的股权 换或其他股权衍生工具来获得没有投票权的经济所有权,即 换中的长期股权 有者从短期股权 有者手中获得没有投票权的股份的经济所有权,而短期股权 有者通过对冲其所 股份的经济风险来获得没有经济所有权的股份的投票权。^[25] 股权 换作为一种股票远期协议的组合,是一种有效的全球投资和风险分散的工具,可以避开控制权纠纷,也可用于避税和逃避监管,实现风险对冲和降低投资成本。由于大股东所有权的信息披露是以投票所有权为依据,而通过现金结算式股权 换所得到的经济所有权一般不在信息披露范围之内,所以就会导 隐性所有权的产生,即无须履行信息披露义务的经济所有权的产生。在这个过程中,股权 换与其他场外金融衍生工具发挥着关键作用。假定一个投资者 有某股权 换的长头寸,他会从 有短头寸的投资者手中得到经济 报或者股份。 有短头寸的投资者往往通过 有“匹配性股份”(matched shares)的方式来规避信息披露的义务,并用股权 换的收益来抵消损失。此时, 有短头寸的投资者就成为了“空洞投票者”(empty voter),即只有投票权但没有经济利益,而 有长头寸的投资者就成为了“隐性所有者”(hidden owner),即只享有“纯经济的所有权”(economic-only ownership),但没有投票权,也无须承担信息披露义务。

投票权 变异有时候意味着投票权在特定情形下的脱落,即投资者不再拥有正式或非正式的投票权,这一现象被称作“投票权脱落”(shedding voting rights),日本的活力门(Livedoor)敌意收购事件就是投票权脱落的典型案例。^[26] 2005年2月,活力门公司宣布已经 得日本广播公司(Nippon Broadcasting System)35%的股权,活力门之所以要 得日本广播公司的股权是为了对日本富士电视网络公司(Fuji TV)施加影响,因为日本广播公司 有日本富士电视网络公司22.5%的股权。为了抵御活力门公司的敌意收购,日本广播公司将其 有的日本富士电视网络公司的股份出借给了 Softbank Investment 和 Daiwa Securities 两家公司,签订了期限长达数年的协议并保留了这些股份的经济所有权,但不同于一般性股份出借合同的是,日本广播公司不享有股份出借合同的解除权。如 日本广播公司能够赢得这场并购争夺战,唯一的可能性就在于股份借入者 松股份出借合同的限制并将日本富士电

[23] Claudio Loderer & Pius Zraggen, : , 1994 , J. Applied Corp. Fin. , Fall 1999, at 91.

[24] Janice Kay McClendon, : , 39 Wake Forest Law Review 971, 1016-1027 (2004).

[25] Henry T. C. Hu, : , 102 Yale Law Journal 1457, 1464-1465 (1993).

[26] 罗培新:《公司治理法律规则背后的经济与社会含义——以日本活力门收购事件为视角》,载 育 、 明主编:《证券法苑》(第二卷),法律出版社2010年版,第21-24页。

网络公司的股票日本广播公司。如门司赢这场的话,其也面临 Softbank Investment 和 Daiwa Securities 拒股出借同的风险,门司日本士电网络公司股权的也落空。最终,门司与日本士电网络公司达成了一伙关系,门司弃了收日本广播公司的,Softbank Investment 也及日本士电网络公司的股票了日本广播公司。在这例中,性的权没有被用于让股的有者权,也没有被用于规避的务。相反,日本广播公司用权性门司的权,而且在敌收这些权。

三、股权与收权的制度构造

类化对于现象背的事物固然重要,但没有上层制度层面廓股权与收权的制度实相,而法理学的“体-行为-”范式为进一步提了性架。于,有要实施体、行为表现、三度解股权与收权的制度构造。

(一) 实施主体

前出,股权与收权的化是在创新驱动之现出的,种上是衍生命的物。衍生品的复杂性定了股权与收权的实施体是机构投资者而不太是人资者,当然,事、制股和级管理人员在内的司内人在特定形也会成为实施体。在现代资本市场上,机构投资者为市场驱机构投资者、驱机构投资者和社会驱机构投资者。^[27]由于资者权与收权的机非是期收、风险或进行制权,这着行为的实施体要是以对基、共同基、私股权资基和资银行为代表的市场驱机构投资者。

1. 对基。对基是纯粹的市场驱机构投资者,也是股权与收权的最要操纵者。前,管对基的统一定未形成,但对基的基本特征已为理论与实务界遍同,其特征:实行非行,对象定于机构投资者和裕人群;资复杂而,空、对、利和

力 力 易判断, 果 意 回。^[29]
 流 引 , 致 影响,
 引 , 短 回 , 过 短 , 损害
 回 益。^[30] 益 分离
 , 全 备 件, 短 引 益 突 持 认。
 3. 快 展 融 , 经
 仅 银 公 开 公 融 道。^[31]
 公 开 集 , 享 受 注 , 无 严 信 息 义 ,
 蔽 , 运 , 意 获 取 个 公
 。 公 经 济 , ,
 破 公 局 , 全 过 某 公
 “ 际 ”, 公 “ ” “ 天 ”。
 , 全 个 分离目标公 经济 益, 平 融
 公 临 个 。
 4. 银 。 节, 银 众 神 , 展
 过 。 银 无 过 , 2008 融
 , “ 持 ” , 并 价, 包 括 登 、 价
 、 走 破 、 转 。 银 失 个 主 原 因 融
 变 、 回 、 杠 杆 经 营, 2007 华 银 杠 杆 平 过 30 ,
 “ ”。 银 杠 杆 经 营 力 力 分 离 益 ,
 目标公 敌 意 况 , 银 全 过
 获 取 目 标 公 , 银 “ ” (black knight) 角。^[32]

(二)行为表现

益 分离 列 ,
 、 互 , 、 、 操 ,
 认 益 分离 无 意义。
 1. (vote buying)。 价 , 偿 受 仅
 , 标 。 融
 、 易 降 , 全 点:
 易 主 公 部 , 段 主 包 括 信 、 、
 决 无 决 、 分 削 弱 外 部 ,
 易 主 外 部 , 助 融 获 取 公 公
 经 济 益 。 益 分离 公 ,

[29] David M. Geffen, : \$ 200 ? 40 Has-
 tings Constitutional Law Quarterly 65, 68 (2012).
 [30] Iman Anabtawi & Lynn Stout, , 60 Stanford Law Review 1255, 1290 (2008).
 [31] :《 》, 《 》2012 1 , 48 。
 [32] Federico M. Mucciarelli, — “
 ” ? 3 European Company and Financial Law Review 408, 425 (2006).

判 法 总 裁 否 决 了 这 一 裁 定 ， 认 为 公 司 股 东 获 取 个 人 益 交 换 件 涉 及 股 东 益 的 项 下 受 价 售 投 票 权 ， 属 违 公 司 政 策 的 无 效 。 包 括 两 个 理 由 ： 一 投 票 权 购 买 因 违 反 公 司 益 控 制 投 票 权 的 分 离 ； 二 投 票 权 购 买 顾 及 个 别 股 东 的 益 ， 违 反 了 对 其 他 股 东 的 信 义 义 务 。^[33] 1982 年 的 Schreiber v. Carney 案 后 ， 法 院 对 投 票 权 购 买 的 严 厉 态 度 趋 向 宽 松 ， 认 为 投 票 权 买 卖 并 不 属 于 违 法 ， 法 院 的 态 度 并 未 放 任 自流 ， 而 是 求 求 投 票 权 购 买 符 合 “ 质 公 平 ” 原 则 ， 交 易 是 否 符 合 “ 质 公 平 ” 的 求 求 交 法 后 个 案 裁 决 。^[34]

2. 股份借 (share borrowing)。股份借属证券借贷 (securities lending) 的。证券借贷指双方签订证券借贷契约，借入方向借出方提供金、政府债券、信、证、抵押，借出方向借入方提供证券的。按照《1934 年证券交易法》，证券借贷契约能包含卖空、交付证券、避、信贷义务等特殊意图，该法 1996 年经修改，证券经纪商经从限制的束缚放来，时至，证券借贷经很受到监管，股份借变得异常普遍，股份投票权收益权分离的、诱因，人，“金融衍生品市场的管、缓，证券借市场的、缓推动空投票交易迅猛增长的、诱因”。^[35] 金融机、资产管、公、长的股票、，将股份借给证券经纪商、的、润来源。近年的发展，证券经纪商借入股份的动机来、夹、借入投票权的目的，践、借入投票权的案，、明显违《1996 年、证券市场改、法案》(the National Securities Markets Improvement Act of 1996) 的、，、议通过限、证券借贷来杜绝投票权借入、的发。^[36] 鉴、证券借贷抵押品、证、券清算、结算、的巨影响，通过监管证券借贷来预防、阻止投票权的、借、切、际的，那、试、图、投、票、登、记、间、强、召、回、借、股、份、阻、止、通、过、证、券、借、贷、交、易、获、取、投、票、权、的、做、法、可、，、因、无、论、股、份、借、借、股、份、的、投、票、权、间、否、益、联、，、股、份、借、的、限、将、扼、杀、卖、空、交、易、窒、息、市、场、活、力、，、证、券、经、纪、商、清、算、机、临、难、承、受、的、风、险。

3. 股权互换 (equity swaps)。金融互换 (financial swaps) 的，股权互换指交易双方签订互换协议，限、甲、周、向、乙、支、付、义、金、的、基、础、的、某、股、票、指、数、挂、钩、的、回、报、，、乙、周、向、甲、支、付、义、金、的、固、浮、动、率、的、回、报、，、另、股、票、指、数、挂、钩、的、回、报。^[37] 股权互换合约经常、转、嫁、股、份、权、的、经、济、价、格、风、险、，、股、权、互、换、的、并、需、拥、有、该、股、份、的、权、，、别、情、况、下、虽、拥、有、该、股、份、的、权、，、股、权、互、换、并、伴、有、股、份、投、票、权、他、权、的、移、转。^[38] 因、此、，、投、资、收、入、税、收、合、规、监、管、限、原、因、能、愿、卖、出、股、票、的、背、景、下、，、全、可、用、股、权、互、换、来、分、散、投、资、组、合、风、险、需、求、卖、出、股、票、。、股、票、投、资、组、合、可、通、过、股、权、互、换、来、降、低、信、息、披、露、义、务、，、将、组、证、券、的、收、益、另、组、证、券、的、收、益、置、换、，、可、减、交、易、成、本、增、加、杠、杆、率、。、投、资、者、用、股、权、来、冲、头、寸、，、入、股

[33] Thomas J. Andre, Jr., *Share Repurchase and the Separation of Voting and Economic Rights*, 73 Southern California Law Review 533, 542-543 (1990).

[34] 夏戴乐:《市公、表、决、权、买、卖、法、经、济、分、析——、》，、张、育、军、徐、明、主、编、《、证、券、法、苑、》(、7、卷)、，、法、版、2012 年、版、，、435 页。

[35] Onnig H. Dombalagia, *Share Repurchase and the Separation of Voting and Economic Rights*, 42 University of California Davis Law Review 1233, 1276 (2009).

[36] Henry T. C. Hu & Bernard Black, *Share Repurchase and the Separation of Voting and Economic Rights*, note 20, at 891-892.

[37] Michael Occhiolini, *Share Repurchase and the Separation of Voting and Economic Rights*, 1 Stanford Journal of Law, Business & Finance 209, 210 (1995).

[38] Bernard J. Karol & Mary B. Lehman, *Share Repurchase and the Separation of Voting and Economic Rights*, 27 The Review of SEC & Commodities Regulation 125 (1994).

互换 资 资 收 收 , 资 股 互换
 获 资 资 收 收 股 。 股 互换允
 资 闭股 风险头寸 超 任 收 , 股 互换 资
 长 资 收 。 股 互换 股 收
 , 股 变 , 致 济 背 。
 4. 操 。(1) 空(buying long) 空(selling short)。空 资 股
 , 资 股 , 纳 , 纪 融资 股
 , 股 , 获 收 。 空 空 资
 股 跌,便 纪 手 借 股 抛 , 股 果 资
 股 归 纪 , 间 。 空 空 股 真 ,
 享 , 股 济 间 。 , 空
 空 管 属 公 股 , ,
 。(2) (hedge)。 “ ”, 降 市场

书面合同,其代表的是以一定未来在当事人之间交换特定标的物为内容的合同之。^[41] 衍生工具的合同性主要表现为“当前、未来履行”,这种合同不设定权利义务,更直接产生损益,具有投机性,合同的意味着当事人之间的“对赌”。^[42] 合同自由的原则,无论是股票出借合同,还是股权激励合同,当事人可以依法设定双方的权利义务,违反合同义务的当事人须承担违约责任。但具有“对赌”性质的衍生交易能否在法律上限制执行、衍生交易的排除是否适用、衍生交易是否适用情事变更原则都颇有争议,进而对合同的分配产生影响。更为重要的是,对于资本市场中的上市公司涉及到的公共利益,私法自由在这一方面受到一定程度的限制,作为私法自主的上市公司越来越多地受到来自国家的干预。^[43] 股权收益权的分离不涉及行为人的利益,涉及到公司、股东和其他利益相关者的利益,引发了多主体之复杂的利益冲突,当事人的意思自治空间有限,这便有了股权限制制度的空间。

股权限制制度的功能,是为一些被认定为违反法律规定或者违背公共利益的交易行为提供纠正机制。^[44] 关于股权收益权的分离主要违反的是“一股一权”的司法基本原则,这里有必要在“一股一权”的视角下讨论投资者分离股权收益权行为的权利承担问题。“一股一权”作为司法的基本原则,是公司资本民主的重要体现,历来为各国司法

四、股份投票 收益 分离

股份投票 收益 分离 得 核 机 ——投票机 —— 严 灵，
发 益冲 资 市场 课 。股份投票 收益 分离 ，
确 径,防止因 径 错误 付 额外 ;另 设计
, 金 动。 主张 入 , 约
搭配, 竞 , , 股份投票 收益
功倍 。
(一

制。于行政权而言,其规制重点应放在防止股权收益权分离成系的融风、维护的秩序、利特别行政程序为受到损害的主体提供救济,时应当摒弃“法父爱主义”的做法,以行政权的软、主义行为和道德风法制的害,通过行政权的自我规制来现行政法治,并将行政权规制选择的当问题纳入法审的视。于法权而言,其规制重点应放在公部人构者的道德风行为的裁判上,为股权收益权分离提供法救济通道,发挥法的定分止争功能,时应当坚守法的谦抑立,审入公治理,在法能动法克制之间保持合理平。在公权规制的框架下,行政权法权惟进行合规制,现无缝隙衔,能效填补型公治理利益冲突的“克勒之孔”。^[50]

(二) 合约规制的具体展开

于融合的不当定是造成空的原因,调和优融合的权利、义、责任配无疑是股权收益权分离合规制的一义。合规制在两含义,一是立法者或监管者融合限制规定,二是公融合限制规定。就前者而言,立法者或监管者应当规定止利益冲突的一般款,通过列举和兜规定结合的式明确违法的空情,包括股借致的空、股权互致的空、“股权登记捕获”致的空、“股软放”致的空,尤其是股借和股权互的件严格限定,如被借的股不能该股的权分离、于互的股权必须保持一头寸。需强调的是,在践中,空引起的利益冲突的情况通常是隐蔽的,构股东容易借助替规止利益冲突的一般款,就需公在其章程中一般款细,如冲基驱动型构者设定“权封顶”计划、“空者”设定股东格限制或剥款以及不当利益回款,以坚守股权收益权应的原,重申“一股一”的基础位。于驱动型构者是空的始俑者,里必构者的股东格限制或剥款、不当利益回款以及信义义款予以展开。

从理论上,权为一法定股东权,不得以公章程或股东大决议的式予以限制或剥,更不能易股东格予以“除”,于无权的优先权股以及致权排除的情,在外。事上,股东的权限制或剥是一普现象,如我国台湾区“公法”规定特别股股东、公依法取得己之股、从属公持制公之股、互公、股东利害系致害于公利益之虞股东权行限制的情。构者的空属于典型的利益冲突行为,可以将“股东利害系致害于公利益之虞”为限制或剥其格的法理依据,此,学者认为,如果股东享的权给公来的利益,还不足以充抵因此给公来的成,那么取消股东制的公就应当繁荣昌盛。^[51]当,限制或剥德股东的权不成文法依据,如照《德国股法》136 1款、405 3款 5项的规定,假若在股东个人利益超过成利益的,股东就不能,来源于其股的权不可以他人行。^[52]在法就构者进行空产的法后果予以规定之前,公可以运合乎目的解释的法在其章程中规定股东格的限制或剥款,以现分配义矫正的一。

[50] []戴维·基:《融政》,丁杰译,中国融版 2012年版, 143-145页。

[51] :《公法的合解释》,大学版 2004年版, 205页。

[52] [德]格茨·克、克里蒂娜·温德西勒:《德国公法》(21版),殷盛译,法版 2010年版, 542-543页。

“回扣”(clawback provision) 是一个有 的制度设 , 现在 2002 的《
- 克利法 》中。该法 304 节规定,如果 在 任何证 法不 的行为或 ,并 致
表重编 ,公开发行

借。“股票软”，原股计划，防止借增福益输送。股计划资金来源供增“”拟金抵税资金主，避免降低薪酬，并步打击财粉饰、财、幕交披露执。^[56]此外，监管机可求冲金市场驱动型机投资借入股份时必须履披露义，并股份借入时加监控。隐/异产主源披露，里披露监管展开。

知，资市场线，资市场率核素，披露资市场监管核环。资市场隐/异，键肇因金衍生品披露“外观主义”准诱机投资部经超过外观投票滋投票通滥觞。披露主通过计报施，金衍生殊，能套计准金衍生品确认，能金衍生品合计，得金衍生品披露临施困境。^[57]鉴披露“外观主义”准滋隐/异温床，通过确披露“质主义”准来消除隐/异空，经迫眉睫。确披露“质主义”准，键披露。披露求、准确、时，披露导隐/异产键原因。券求披露，质两：首先，披露质必须“”，能够券市场；次，披露，必须投资足够投资据。^[58]投资来，披露，意披露可，披露义将披露通过媒网站开，将招股说明书文置券监管机、券交指场供投资阅览。，披露求主针市，机投资并受披露束缚，酿隐/异滋。认，机投资“经披露”(integrated ownership disclosure)义，披露容盖股份资产投票经、积极经消极经、股份借空洞投票。^[59]通过将项入披露后，可机投资显隐股情、借入借股份项加。除此外，确披露“质主义”准，披露防止机投资个益选择披露(selective disclosure)，IOSCO 2020年《市披露项报告准》指，市券披露、待遇，向投资开披露，将披露给选投资。

五、余：资市场革

股份投票 收益分离 金 诱产， 深，得

[56] 股先股网股背股网股股股网股股网股网股网股股网股股股网股股股网股股

[57]

[58]

[59]

资本市场面临巨大挑战变压力。资本市场虽发展时有限，但快速“国际化”，难游离国际市场外善。股份投票收益分离资本市场经初端倪。鼎盛天(600355)召开2009年二次临时股东大会，准备册股东清空持股票后依备公项“指手画脚”力尴尬局，“股无投票，无股投票”，投资认无际联挂股东胡乱投票危害到普通投资益。^[60]ST轻骑(600698)2011年组案股东否决，个引注“公股东”左右投票结果。该案，向ST轻骑组案投2800万股票股东，部分股东投票时备股份，虽股登记确认股份，赶股东召开股。仅该公十股东，四位股东炮，“先仓、否决”股数700万股，导致ST轻骑组案最能获得通过。^[61]此外，攀钢钢钒(000629)、黔源电力(002039)曾到过。难看，空投票案既涉到股互换，涉到股份借，只漏，境外资市场空投票案可语。并意味资市场备股份投票收益分离件，尤融资融转融通金融业推，股份借市场逐渐，标资市场空时到来，无疑真意义空投票埋下笔。

值得注，无证监《转融通业监督管试》，还沪深两证交易《转融通证借交易施(试)》，融股票股东投票，无疑引发股东投票归谁诸质疑。认，借证包括证，包含投票，市公股东持股证金公证公手，很可能融借入后市场抛空，股票二市场他投资人，二市场投资得到股票股票，持股份包括投票股票，假股东借股票后仍享股票投票，那么市公投票总数将超过公总股投票数，岂荒谬?^[62]，仅属推演，践投资、证公证金公全可能文含混清。

此外，转融通业担证投票，个颇值得。按照《证金融股份限公转融通业(试)》7章，证公向证金融股份限公(下简“证金公”)借入资金证，向证金公交证金，证金可证充抵。该证金信设，证金公证公，转融通担证账户证转融通担资金账户资金，担证金公因向证公转融通债信财产。《转融通业监督管试》33：“转融通担证账户记录证，证金公己义，证发。证金公证发，先征求持该证证公意，并按照意。款证发，指请求召开证持议、加证持议、案、决、配股份认、请求分配投资收益持证产。”此可看，“义持”证金公“益拥”证公间投票，证金公将股票借给证公后并丧失投票，只改变投票，投票通道，投票股份经济益分离。

资本市场，因股份投票收益分离，个乎金融

[60] 《荒唐 股东 股东 决》，《庆商报》2009年6月24，26版。

[61] 《ST轻骑组“山寨股东”否决专议向申请撤销股东决》，《证报》2011年4月1，D01版。

[62] 熊锦秋：《转融通股票 股东投票 属 谁》，《海证报》2012年9月6，12版。

变革 践。2008 年 金融 后, 思 判金融 甚嚣尘 , 普
 将金融 视 金融 罪魁祸首, 甚至 认 主义 标 主义
 时 结。 回到 语 , 们 临 过 足, 金融 依赖
 威 、 合力、 公信力、 执 力、 力 因素尚 齐备, 金融
 变革 良 互动 尚 。〔63〕 因此, 们需 加强金融 下鼓励、培育 引 金融
 , 因噎废食 、阻 甚至扼杀金融 。 , 来经济 发展 果
 得到金融 全 支撑, 那么政府 必须因时 宜 金融 松绑, 必须
 寻 衡, 必须勇 受金融 战并探 金融 路。〔64〕
 必须 雨绸缪, 投 东投票 限 剥夺 款、 益追回 款、信义义
 款 “ 质主义” 信息披露准 调 变革, 时回 份投票 益
 分离 型 公 治 益冲突, 公 治 金融 互动, 时
 适 。

On the Separation between Voting Rights and Shares Ownership and Its Legal Regulation

Li Anan

Abstract: Under the impact of financial innovation, the rule of prohibiting separation between voting rights and shares ownership has been broken. Empty voting and hidden/morphable ownership are mainly performance of the separation between voting rights and shares ownership, which leads to failure of shareholder voting system as the core mechanism of corporate governance. The implementers of the separation are market-driven institutional investors, the behavioral manifestations of the separation include contract behavior and technical operation behavior, and the liability mechanism of the separation include contract liability and tort liability. In order to maintain legal order of capital market and achieve competitive balance between financial innovation and corporate governance, we need to introduce the concept of co-regulation during the process of regulating the separation between voting rights and shares ownership, reasonably deploy contract regulation and public rights regulation, establish legal provisions of limiting or depriving voting qualifications, recovering improper benefits and fiduciary duty towards institutional investors, and establish information disclosure guidelines with substance doctrine.

Keywords: financial innovation; separation between voting rights and shares ownership; empty voting; hidden/morphable ownership

(责任编辑: 幸颜静)

〔63〕 蔡奕:《 变革 金融 ——兼评〈证券 〉、〈公 〉修订 后 金融 环 》, 《 金融》2006 年 1 , 54 页。

〔64〕 黎 奇:《〈 - 弗兰克华 街改革 消费 〉 透析 启示》, 《 》(哲 版)2012 年 10 , 77 页。

法 语 下 板 投

准入限制制度的 益目标分析

徐冬根*

摘 要: 新 市场所实施的投资者准入限制制度, 法律 学 ,是资本市场的特 制度安排,其目的不是要限制投资者的入市权利,而是在于保护投资者 受重大 失。这以利益为法律 、以目的为导 的法律规范,在 新 市场 的用具有特的 义, 新 市场 法律规范的制 和实施 具有 对性,有利于 市场效 , 保护投资者,实现法律的实质 义和 义,体现 利益目 。

关键词: 新 市场 投资者准入 利益

法 (sociology of law)的产 和发展,^[1]大大改变 法和法 发展的 态, 法和法 从注 其 和规范价值走向注 质 和 能意义。法 理论强调 益(social interests)目标分析。法 表人 ·庞德(Roscoe Pound) 判抽 个人主义观 的 础上, 起其 益理论(theory of interests),^[2]并主张追 和维 益和 义。^[3] 庞德认为, 益 历史变 的 动力,站 益的角度可以透视 个人 。法 的 位表人 林(Rudolph von Jhering) 认为,法 的目的 维 益, 益 法 的创造, 法 的唯 , 的法 为 益的目的 产 。^[4] 法 谓的“ 益” 指为维 秩序和 常 活 的主张(claims)、 (demands) 愿望(desires)。^[5] 益 个人 益 上的集合, 个人 益 上的 。^[6] 个人 间权 益发 冲突的时候,个 间必须限制彼此各 的个 为,从达到 合的目的。

* 上海 通大 凯原法 ,法 。

[1] 法 的产 和发展的历程,庞德专 撰写 篇系列论文,分 次分别 于《哈佛法 评论》。 Roscoe Pound, , 24 Harv. L. Rev. 591, 591-619 (1911); 25 Harv. L. Rev. 140, 140-168 (1911); 25 Harv. L. Rev. 489, 489-616 (1912). 法 欧洲和 国的 流 和晚近的发展, See Mauricio García-Villegas, : , , 31 Law & Soc. Inquiry 343, 343-375 (2006).

[2] 庞德 益的思想 理 散 于其以下 : (1942) 63-80; (1921) 91-93, 197-203; (1922) 90-96; (1923) 158-64. Roscoe Pound, , 57 Harv. L. Rev. 1, 1, note 1 (1943).

[3] 杨晓畅:《 义 个人 庞德 益理论 诉 的探 》,《法制 发展》2010年 1 。

[4] 段威、 胜亮:《经济法价值目标—— 益》,《黑 江省政法 理干部 》2007年 4 。

[5] Roscoe Pound, , 57 Harv. L. Rev. 1, 2 (1943).

[6] 法 语 下, 益 个人 益的集合 , 益 于公 益。公 益指 国 的 益,如 国的 的 政权和 国的 安全 , Roscoe Pound, , 58 Harv. L. Rev. 909, 910 (1945).

益引入,改变注分析逻辑致思维,供从外部来察外部视角。^[7]注外一个备能,将注点放到外部、发能列。^[8]板^[9]准入限视,“强调助益那目,”;^[11]注否合益目标;^[12]观察“否适合发展”。^[13]

、板 准入限

任一个确目,明确需益。时,仅、况紧密联起,益紧密联。“发展础。”^[14]益发展引。益像座灯,引领发展向。益发展强动力,牵引合益道路向。^[15]秩序融过程,时起融适并发展兼容。^[16]板,承历史,承组、调板融活动,障板秩序益历史任。2013年12月13日颁《全企转决》(下称“《决》”)承一个。《决》板准入,善适,人限。该《决》:“别承受能力适适。企绩动、较高点,严准入件。发展队伍,鼓证公、公、证、合外、企年,将全转主证易。”^[17]板项安,准入限承历史益目标。

(一)投资市场准入限制制度的法律特征

凯森(Hans Kelsen)间设明确分线。他指,只注逻辑判,它向粹,主任那

[7] 张万、丁鹏:《视下宪——一个能主义分析》,《外》2013年2月。

[8] 马姝:《能主义思想西发展影响》,《》2008年2月。

[9] 板全企转简,证督微企融2013年1月16日设一个外易。

[10] 文“”指“”。

[11] []·庞:《》,邓来译,《发展》2003年5月。

[12] Kathleen M. Sullivan, : , 109 Harv. L. Rev. 78, 93-94 (1995).

[13] 叶军:《“外视角”》,《》2015年2月9日, A02版。

[14] 公玉祥:《分析》,《》2002年。

[15] :《益逻辑》,《》2012年4月。

[16] []马丁·洛克林:《公政治》,戈译,印馆2002年版,191页。

[17] 《全企转决》4月。

资

间 起逻辑 互依凭 ,因 采取 首 手段 逻辑分析。
 , 注 那 (那 适 区别) 需 , 那
 —— 安排、逻辑 互依凭 革 区别。^[18] ,“
 ” 分析 素。 三板市场投资 市场 入
 益目标 分析 , 归纳 三板市场 投资
 市场 入 征。
 ,投资 入 针 , 全 投资 , 部分投资 (投资) , 符 标 投资 入 。 最 颁 三板市场业
 , 投资 入标 调 “ 交易 证券 资 市值 500 万元 币
 ”。^[19] 投资 证券 资 市值 果 到 超过 500 万元 币 , 符 三板市
 场 投资 入 求, 入 三板市场 股 交易; , 果 到 500 万元 币 ,
 投资 得 入 三板市场 股 交易。 三板市场致力 展 专业投资市场,投资
 “ 业投资 金、股 投资 金 业资 专业机 , 长 投资 主 ,

场

“投资最”^[22]投资管理三市场投资市场
 计投资市场。投资源
 ,、监管、套^[23]纽约
 券交(NYSE)“你”(know your customer),投资管理
 求。^[24]2009 5月15,最券业监管机——金业监管(FINRA)^[25]
 FINRA Rule 2111 (Suitability)^[26]券交商协纽约券交
 求券券介机履管,担职,负收投资
 ,投资券交。金业监管
 券机^[27]
 投资管理施投资市场套监管: ,投资
 管投资衡。投资,
 三市场允投资。2009券业协《券办股份
 村市股份股份报试办()》6:“挂牌
 股份报投资,风险担,机:()机
 投资,、托、业;()挂牌股;(三)资股激励
 股份股;(四)裁股份股;(五)协
 投资。挂牌股买卖股股份。”券三市
 场投资市场监管施,负投资、买卖、券投资咨询环把
 施,投资请券,投资资检验试,符
 求投资挡三市场,避免投资券交亏
 。^[28]券投资往交违违记录,《券》市场
 禁,查估。三,投资检验券,券
 。券违,券监管门惩。券违
 投资券交委券欺诈。^[29]
 管投资市资,金订
 首,资市场遍。“京长市场”(Alternative Investment

[22] FINRA Regulatory Notice 12-25 (May 2012), at 3-4. Michelle Lichtor, “ ”
 ? 39 J. Corp. L. 201, 216 (2013).
 [23] 投资最早券交商协(NASD)1938洛尼(the Maloney Act),交
 (Rules of Fair Practice)。赵钧:《资市场投资——〈券〉投资
 》,《券市场导报》2012 2, 42。
 [24] N. Y. Stock Exchange, NYSE Rule 405.
 [25] 2007券交商协(NASD)纽约券交监管委(New York Stock Exchange’s regulation committee)
 金业监管(Financial Industry Regulatory Authority, FINRA)。
 [26] FINRA Rule 2111(Suitability), Ronald J. Colombo, , 12 J. Int’l Bus. & L.
 1, 10 (2013).
 [27] Jennifer A. Frederick, :
 , 64 Fordham L. Rev. 97, 110, note 79 (1995).
 [28] Ronald J. Colombo, , 12 J. Int’l Bus. & L. 1, 1 (2013).
 [29] 武桥:《券市场投资初》,《券》2010 2, 138。

Market, Tokyo AIM)上的“定资者”制度就是一典的。京长市场上的有于在风险操的定资者之,不其资者,者资或者进行资。京长市场显于国其交市场。不如,京长市场是世界范资者进行管理的市场。^[30]京长市场定资者制度的建立带有一定的利导,是资市场监管法律规范京护利的和功的现,是京长市场为贯彻府竞而施殊法律制度的物,是制法律规权厉系之的。

法律学的,当性管理制度定资者的市资格作定的制,是法律护利的监管理在我国三市场监管法律规范中的一现。庞德为,法律的是最量利,或在最度牺牲其利的现利的保。^[31]当性管理制度是我国法律现最量利,现三市场资者制的利和功的。

三 市场施资者制的的是保护资者免重

以的为导向理解和的法律规范,是法律学的重要。在法律学境,“法律”有层,一,是一上的法律(如 ius, Recht, droit, diritto, derecho),是定上的法律(如 lex, Gesetz, loi, legge, ley),前者要是权利或者,核理以“德”表;者要是制定法,或者具的法律规范。^[32]的法律规范,要是者上的制法。具的法律规范制资者的市场,是立法的一种利导,以资者保护为。“法律是中种利的表现,是人种的利进行制定的,上是利的排和。”^[33]法律利的和制具有殊作。^[34]资者制法律制度是理构建的物,是三市场者方利的物。人为,于股、创业、三风险市场,建立一定的制门槛有利于范资市场风险、保护自人资者免重。^[35]三格自人资者的市场制的,不应被作是资者权利的制,而应被为是资者风险的把,^[36]其前提是在三市场牌的中微业具有业绩、风险,而其中最要的一是三市场殊的法律制度。

法律学的基法律制度的。我国三市场施的资者制法

[30] “京长市场”,“京创业市场”, :《京创业“定资者”制度及其》,《市场导报》2010。

[31] 、玉收:《浅庞德的利论制论》,《封学学报》2010 2。

[32] Roscoe Pound, , 22 Yale L.J. 114, 115-116 (1912).

[33] Philipp Heck 。何勤 :《方法律》,复学 2005 , 255 。

[34] 陆 :《利的法律制》,《法制》2003 2 。

[35] 20 , 00% 。

[36] 国股系有负人绍,系测,自人资者的500万资符市场和风险的要求。19 , A02 。

， 异 披露 套 。 谓 披露 异 ， 指 型 情 披露 准 ， 披露 容 。 披露 异 质 向 群 披 露， 向 投 披露 披露 。 投 ， 他们 得 披露 ， 得 容、 时 。 因 质 ， 异 披露 披露 ， 投 质 。^[37] 异 披露 目 降低 披露 义 披露 。 ， D(Regulation D)^[38] 许 募 发 券 向 券 委 ， 并 异 披露。 ， 践 ， 发 券 仍 只 向 投 合 投 发 募 券， 将 通 投 拒 外。^[39] 募 券 向 通 投 发 ， 发 承 充分披露。^[40] 发 承 券 通 投 拒 外 原因 降低 披露 发 。 ， 异 披露 ， 主 、 小 他 开 ， 能够 降低 挂牌 小微 披露 ， 投 较 投 判断能 ， 因此能够 披露 。 投 ， 入 灵活 异 披露 ， 可能 临 ， 投 策 据 。 下， 投 开 ， 必 。 投 益 ， 明 开 投 。 减 投 ， 必须 。 控 ，^[41] 好 个 ， 个 焦 。 确 异 披露 能够 券 率， 投 益， 降低 披露 ， 增加 能够 顺 ， 限 合 通 个 投 入 ， 既 异 披露 个 ， 益 目 能 指 优 选择。 可 ， 设 投 准 入 限 ， 目 投 受 。 益 目 向， 订 明确 目 能 ， 旨 趣。 ， 投 较 ， 设 投 准 入 ， 设 稳 、 稳 推 驾 ， 时 到 投 益 目 。

、 投 准 入 限 主 益 主 益 ， 个 严肃 ， 时 临 个 。

[37] 聪：《 异 披露 》，《 券 苑》(2011年) 4卷， 333页。
 [38] 17 C. F. R. § 230.501 (2013).
 [39] Frederick Rosenberg, , , 21 No. 2 PIABA B. J. 187, 187 - 188 (2014).
 [40] Rule 502(b)2 of Reg. D. 17 C. F. R. § 230.502(b) 2 (2013).
 [41] 将 视 控 。 Roscoe Pound, , 41 Yale L.J. 174, 174 (1921).

板的要义,因此,对新三板的自然人投资者作出限制,完全是适当的,既是对自然人投资者的一种保护,也是符合整体利益的。

自然人投资者个体利益与新三板社会利益是矛盾的两个方面。首先,它们存在着统一性。新三板社会利益是通过众多自然人投资者个体利益表现出来的,自然人投资者个体利益在一定条件下可以转化为新三板社会利益,特别是在新三板自然人投资者个体利益遭受的侵害具有经济秩序或社会正义的普适性和典型性意义时,就可能转化为新三板社会利益。其次,新三板社会利益与自然人投资者个体利益又是相互冲突的,这种冲突构成矛盾的次要方面。在新三板法律规制中,利益冲突主要表现为自然人投资者个体利益与新三板社会利益之间的冲突,这种冲突是由于自然人投资者个体与新三板社会整体利益需求的差异性所引起的。从法律社会学的角度来讲,这种利益冲突是利益主体基于利益差别和利益矛盾而产生的利益纠纷和利益争夺。^[51]法律作为调整社会关系的一种手段,作为保护利益的一种方式,必须对利益的价值进行判断和比较,以在最小的成本消耗下获得整个社会利益的最大化。社会利益高于个人利益,利益关系的调整终都会涉及社会利益的权衡与平衡。所以,在新三板法律规制利益选择时,必须站在社会利益的高度上,必须达到新三板全体参与者的共同利益。党的十八届四中全会明确提出依法治国,维护人民利益是国家治理的切入点,是法治国的基础策略。中国特色社会主义的现代化建设和改革必须维护人民利益,这是社会主义本质的体现。^[52]以保护投资者利益为导向,以投资者适当性管理为制度安排,设定自然人投资者的新三板准入门槛,是在本法律体系建设中维护人民利益的具体表现。

在法律社会学语境下,在程度不同的情况下,实行准入的差别性待遇,是政府证券主管部门以投资者利益保护为导向而采取的一种特殊法律规制和制度安排。通过投资者准入限制,新三板既可以达到实行有效差异性信息披露法律制度,降低中小微挂牌公司的信息披露成本,促进新三板发展目标的实现,又可以达到保护投资者免受重大损害的目的。新三板实行投资者准入限制,能够一举多得,妥善协调各方的利益,实现规范证券市场秩序和维护社会稳定的社会利益目标。

二、新三板实行投资者准入限制:对公平原则的挑战?

新三板与主板、中小板和创业板相比,其差异化的定位,必须解决好效率与公平之间的冲突。准入限制制度是否会引发不公平的社会利益问题,是本文需要阐述的又一个基本法律问题。学者们对此有不同的看法。有学者认为“对小金、刚入不久的投资者可能不公平,如果说金量大说明抗风险能力强、开户时间说明经验丰富,这实在是有点想当然了”^[53]也有学者提出相反的看法并认为:信息披露差异化与公平披露规则,与证券市场的公平原则(公平、公正、公开)并不矛盾。在一定程度上,信息披露差异化不但是对公平披露规则的补充,体现了信息披露的公平与正义,还进一步提高了信息披露的有效性,促进了证券市场的效率。^[54]事实经证明,人总

[51] 陆平辉:《利益冲突的法律控制》,载《法制与社会发展》2003年第2期。

[52] 参见元光:《用法推进国家治理现代化》,载《中国社会科学》2014年11月7日,B02版。

[53] 同注20引文,第006版。

[54] 参见注37引文,第329页。

益，人产，各|下，目标函数，经济“经济”。^[55]，承益目标向，益标，决设“将益设”，^[56]将益任某个，并设益标，决益取。据需来并组运。^[57]p下，益目标替，选择替常运。公平效两价值。公平效政府能部两任，板入|益目标分析必须注个。“公平指证位平，平”，^[58]证，公平含义指“平、易平、平公平”。^[59]证来

市场实行差异化披露制度相关的。新三板市场所实施的特殊的披露法律制度,有利于
 化披露 和要求,降低披露 , 而降低在新三板挂牌的中小微企业的披露成本
 和费用,提高新三板市场的效率。同时,制度限制不符合法律要求的投资者参与新三板市场交
 体现了保护自然人投资者免受投资重大 , 护新三板市场 的社会利 。新三板市场的
 制度设计,以限制自然人投资者市场 为代 , 护灵 的披露法律制度,妥善解 了率
 与 的问题。法律社会学的 ,我 以 出,我国新三板市场 制制度,在立法的社会利
 上,不但重 挥“法律法规本身所蕴 的内在的 共 (public value)”,^[63]而且
 法律对 方利 的 衡: 考虑 市场 体的相关利 ,同 也 国家 策、法律的
 正 和 操作性 于一体。^[64] 我国新三板市场自然人投资者 制的法律规范,“解 社
 会现实问题作为法律规范的 进社会 ”^[65],体现了法律以 护、规范和稳定新三板 市
 场 为社会利 的 代品格。

An Analysis on Social Interests Objectives of Restriction on Investors Access in New OTC Equity Market from the Perspective of Sociology of Law

Xu Donggen

Abstract: Restriction on investors access performed in China's new OTC equity market is a special institutional arrangement of the capital market from perspective of sociology of law. The purpose of such arrangement is not to restrict the right of access into market of investors, but to protect investors from suffering heavy losses. The legal functionalism with interest as legal value and purpose as orientation has the specific functions in regulation of China's new OTC equity market. It makes enactment and performance of laws and regulations more targeted in new OTC equity market. It is also served as to improve market efficiency, to protect better investors, to realize substantive justice of law and social justice, as well as to reflect the objectives of social benefits.

Keywords: new OTC equity market; investor access; social interests

(责任编辑:丁洁琳)

[63] Thomas O. Sargentich, , 36 Am. U. L. Rev. 419, 433 (1987).

[64] William N. Eskridge, Jr., : , 22 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 21, 21-22 (1998).

[65] 参见朱 究、 星:《英国 法传统中的“功 学派”及其 —— 论中国 一世 “统一 法学”的 》,载《 学刊》2005 第 6 期。

著作权集体管理中的集中 强制规则

*

摘要:

，
。
，
，
。
，
，
。

关键词:

一、问题的提出

著作权集体管理制度的价值,在于解决作 传播范围和使用 率提 的前提 , 作权人 法完 大规 ,以及使用者 以 理 本获取 权的问题。自 和广播技术普及以 ,集体 理制 度基本实现了集 多 作 ,统一 权协 内 和降低使用者获取作 本 的 标,但随着 服务提 者的 , 作权人 始抵制和退出集体 理组 , 图以直接 权的方式重新控制作 的传播。我国 环 的作 和维权基本由 作权人自行完 ,大量权利人 始就拒 绝 权集体 理组 行使信息 传播权,且 今缺乏 集体 理组 的 。〔1〕美国 作权集 体 理组 已 地集 了绝大多 作权人,但也 繁遭遇 作权人撤出权利的申 ,进而引 服务提 者的诉讼。〔2〕这种现象致使集体 理制度陷 地:一方 集体 理组 有 备广泛代表性才 集中 的 易 本 ,权利人的抵制和退出 致其 失存在 ; 一方 作权作为私权, 权行为本是建立在自 的基 上,如果强迫权利人接 集中 协 的内

* 中南 政法大学法学院、 识 权研究中心 ,法学博 ,德国 克斯-普 克创新与 研究所客 研究员。本 系国 家社科基金重大攻关 “中国特色 识 权理论体系研究”(11&ZD076)的阶段性 果。

〔1〕一直以 ,我国 对 作权 权的维权和诉讼都是由 作权人自行 起,集体 理组 未参与其中。代表性 例参见 “一大 公司诉 ” , 级人民法院(2007) 民终 1184 民事 决 ,“泛亚公司诉 度” , 人民法院 (2009)民 终 第2 民事 决 ,“ 则栋等诉上海 志 科技有 公司” ,上海 第一中级人民法院(2011) 一中民 ()终 第33 民事 决 ,“ 诉 易云” ,武 中级人民法院(2014) 武 中()禁 第00005 定 。

〔2〕自2011 始,美国 生了一系列权利人企图 集体 理组 直接 权 服务提 者的法律 ,一方 作权人希望 环 利用作 的相关权 掌 在自 中, 而提出退出或 退出集体 理组 ,实现权利人与使用者之间的直接 权 , 一方 服务提 者则希望 助集体 理制度中 制集体 理组 的条 低价获取作 。代表性 例,参见 , 83 F.3d 32 (2d Cir. 2012), , No. 12 CIV. 8035 (DLC), 2013 WL 5211927 (S. D. N. Y. 2013), , 7 F. Supp. 3d 317 (S. D. N. Y. 2014), , Nos. 14 - 1158 - CV (L) (2d Cir. 2015).

,必 人 排他 人 许 。

。立法上立对体管理组织中同的制，的即在于法律手正交地上的不^[9]对权利人而言，中制规则防止体管理织少占市场配地的权利人控制，而避免处于地的权利人体管理织定的^水于而；对使用者而言，中制规则以保不同使用者符自身^水求的同，禁止体管理织控制作品渠源而利。我国《作权体管理^水例》直2005才出，由于我国当有一由府导成立的体管理织，且缺乏代表性，《作权体管理^水例》对中的制性规定，更多是帮体管理织立有的地，例如第20^水体管理织的中定为有，权利人在授权体管理织不自行行使权利。这显然与中制规则应蕴的立法的相悖，成为如今我国体管理织与权利人对立的诱。相比之，对上述体现最为直接的立法类，源于美国司法与本相关体管理织订立的和解协。美国作权法何针对体管理织的法律规范，体管理织所遵守的规则，自于与司法在一系反诉讼达成的和解协。^[10]由于协内完基于府与体管理织的协商，与以直接立法规制相比，更作权业和市场不的实，也更者借鉴。根上述和解协，中制规则要表现在以方面：

第一，缔约对象的等性制，即要求体管理织在缔约等对所有使用者，不借在作品传播渠上的配歧缔约对象。根和解协的规定，在缔约对象的上，体管理织不拒符^水的使用者的缔约请求，其所提的所有同类，也同类的使用者以差的方式提。^[11]等性制类似于民法中用于及日生或国家的制缔约制度，其的在于保何符^水的体在上述务。与中了大量作品源的体管理织相比，使用者在交中处于地，使用者如不体管理织，就法其渠一性多作品的授权。在前提，制体管理织等对同类使用者的缔约请求，以避免其体管理织的歧而法缔约。另，等对所有对象的制规则，体现在体管理织在其所有类的中同中使用者提作品，不以何理由其管理的作品排于何同的范围之。^[12]体管理制度为作权市场提的便利之一，是^水一站式降低大规交的额交成本。如体管理织拒使用者提其有权的所有作品，体管理制度存在，体管理织也成为权利人达成协和滥用市场配的工具。为防止上述出现，和解协要求体管理织中使用者提所有作品。^[13]

第，税的理性制，即要求体管理织提的税和配方式理，如使用者对存在，交由法院裁税。然税应于体管理织与使用者自由协商的内，但鉴于体管理织的市场配，和解协在税的定上施了格的制^水。定上，和解协规定中协的税理。体管理织在

[9] , , 681 F.3d 76, 78 (2d Cir. 2012).

[10] 美国司法与体管理织的首和解协订立于1941，随着传播技术和作权市场的，和解协了多修订，最新的本施行于2001。具体参见，1940-1943 Trade Cas. (CCH) ¶ 56104 (S. D. N. Y. 1941)；，1940-43 Trade Cas. (CCH) ¶ 56096 (S. D. N. Y. 1941)；，No. 41-1395, 2001 WL 1589999 (S. D. N. Y. 2001).

[11] , , No. 41-1395, 2001 WL 1589999, § IV (C) (S. D. N. Y. 2001).

[12] , , No. 41-1395, 2001 WL 1589999, § VI, § II (K) (S. D. N. Y. 2001).

[13] , , No. 41-1395, 2001 WL 1589999, § II (C) (S. D. N. Y. 2001).

收 申请 , 根 申请 标 。 果 信息 , 集 管
组织 求 信息 标 。^[14] 果双 间
标 , 请求 裁 标 。 标 间 ,
裁 临 价 标 品。^[15] 最 标 , 集 管 组织
适 价 。 , 步 集 管 组织 市场 配力, 还
求 超 五 , 证 该 间 调 标 。 配标
看, 集 管 组织 还 平 品 际 , 任 ,
需 依 强 半 配 , ^[16]
图, 障 图书 、 唱 电影 品 播 获 收 。
三, 区 强 , 求 集 管 组织 根 品
, 止 施 。 区 强 , 集 管 组织
间 , 另 集 管 组织 。 集
管 组织 , 集 管 组织 取 专 授 ,
品。^[17] 强 障 机 集 管 组织, 根
需 集 , 满 品 需 。 , 集 管
组织 , 集 管 组织 根 变 。
1941 “ 括 ” (blanket license) “ 节 ” (per - program license)
,^[18] 续 “ 联 ” (through - to - the - audience license) “ 领域 ” (per - segment li-
cense) ^[19] 联 涵盖 间 ,^[20] 决 广播

效果。互联网产品播途径，。网络服执协集强，阻止税标；税标决策拥治空间，互联网兴获取收。协税标强，集管组织价环节空。且税标，申请裁价，另付临税标品，最裁决效。业逐步转互联网输，希望获取渠道税收，弥市场亡损失，网络服拒绝税标申请裁决，字输回归，集强税标，施授排强适，税标决控己手。^[23]强授集管组织，网络撤集管组织，网络环境集管组织施。^[24]，网络服控，阻止退集管组织，延续税标请求。网络服，集管组织允字输撤回，违背协强。退集管组织，网络服集管组织那里获网络输品。^[25]网络服求协，乃协平强强，证价借助裁抗集管组织，另获品。果字输撤回，网络服协商交易，裁决价。网络服坚持，集管陷困境。且撤，导致集管组织丧失领域广泛，延续协强请求，扼杀兴商业。^[26]根双诉求，集强点：，平强允获取品。集管组织歧，强求集管组织放“品录”(repertory)。“品录”，己，双焦点集管组织全品，全品含。^[27]集管组织角，平强求放“品录”，品

[23] 2011 5月，尚 Sony 收购 EMI 首 字输 撤集管组织， BMG 继效 仿，迫 网络服 Pandora Media 集管组织 ASCAP 谈，还 掌 品源 商。

[24] ， 12 Civ. 8035 (DLC), 2013 WL 5211927, 7 (S. D. N. Y. 2013). 需 ， 网络环境 播 ， 涵盖撤回网络环境 ， 味 集管组织 ， 网络环境 。 允 授 集管组织 ， 己 施 ， 里“撤回” ， 授集管组织排 针网络环境 。 信息网络 播 ， 授予集管组织 ， 。

[25] ， 12 Civ. 8035 (DLC), 2013 WL 5211927, 8 (S. D. N. Y. 2013)。

[26] 乐协席 ， 果决乐业 ， 纪集 管组织运 。 Ben Sisario, — , New York Times, Feb. 14, 2014, at B1.

[27] ， 275 F.3d 168, 175 (2d Cir. 2001)。

权人明确 权的权利,这意味着虽然集体 理组 对使用者的 权对象必须涵盖所有作 ,但 权作 所含权利却受限于著作权人的许可范围,这使得权利人有权将撤回的权利控制在自 中。使用者则 “作 名录”解释为所有作 所含的完整权利。集体 理组 一旦从权利人处取得作 权,那么即可向使用者 权完整的作 权利,不得任由著作权人提出保 。^[28] 这意味着即使权利人将部分权利撤回,使用者仍然能够从集体 理组 处获得完整的 权。质言之,上述“作 名录”解释的本质区别,在于权利人是否有权自行决定将 些权利 于集体 组 来行使。对上述分 ,美国法院采取了历史解释、体系解释和严格解释的方法, 终认定平等性强制中要 提供全部的“作 名录”,是指作 上所包含的所有权利类型,支持了 服务提供者的见解。^[29] 据以往判例,法院认定之前判例中已经 作 名录解释为作 本身,而不是指作 上的特定权利。^[30] 同时,法院 据和解协议中的其他条文,也从整体上认定整个和解协议将“作 名录”统一界定为客体而非权利。^[31]

第二,关于合理性强制中版税标准合理条款的适用问题。为了 集体 理组 肆意提高定价,强制规则要 方在协 不成的情况下,有权将版税标准 由法院 定。然而法院如何选择 判版税标准的要件,一直是 具争议的问题。^[32] 对于何谓“合理版税”,也并无任何法律文本加以描述,^[33] 法院因此出现了嬗变的 量标准。 据和解协议和判例法,美国法院 定合理版税标准所预设的前提,是集体 理组 具有 支 力,该领域的著作权 也并非一个 争性 ,因此法院应模 公平协 制,拿出一个接近“合理 价值”(fair market value)的定价。^[34] 所谓合理 价值,是指 上无关联的买方和卖方都愿意在自愿的基础上以该价格 易,但大规模许可 缺乏完全 争性,法院在模 易时只得参照之前成 的协 定价。^[35] 在实际 理过程中,为使版税标准接近 定价,法院会首先选择特定的参照标准,然后将该标准与本案中争议的许可权利类型、著作权 条件和 方经济地位等加以比对, 终得出 合本案的版税标准。上述参照标准一般由 当事人提供,在当事人举证不力的情况下,再由法院 据现有材料来判定。对于集体 理组 要 年递增版税的 ,法院认为不 合“合理”标准, 终驳回了集体 理组 提高版税标准的 。^[36] 因为集体 理组 提供的参照标准虽然高于使用者认同的标准,但该标准来 于使用者与权利人撤回权利后的直接许可,著作权人事实上仍然处于垄断地位,因此不 合版税标准与 价格接轨的要件。

[28] See , , 12 Civ. 8035 (DLC), 2013 WL 5211927, 12 (S. D. N. Y. 2013).

[29] , , Nos. 14-1158, 17 (2d Cir. 2015).

[30] , , 542 F.3d 290, 321 (2d Cir. 2008); , 32 F.3d 727, 728 (2d Cir. 1994); , , 443 F.2d 1159, 1160 (2d Cir. 1971).

[31] , , No. 41-1395, 2001 WL 1589999, § II (U), § VI, § IX (E) (S. D. N. Y. 2001).

[32] 美国两个主要的 乐作 公开表 权集体 理组 ASCAP 和 BMI 分别就与 Pandora Media 的版税标准争议提 同一法院 决,而 终结果却完全不同。法院判决 Pandora 向 ASCAP 支付的版税标准为每年净利润的 1.85%,而向 BMI 支付的版税标准却为 2.5%,两家集体 理组 上 后仍被维持原判。 , , Nos. 14-1158, 15 (2d Cir. 2015).

[33] 在何谓合理版税标准的认定问题上,广播组 协会曾提出,除了通货膨胀或物价上涨的原因之外,集体 理组 不得以任何理由提高版税标准,但这一提议遭到了美国司法部的反对。司法部认为,既然 终以法院 决为准,那么就不应该增加这种限制法院作出 决的规定,因此和解协议中未能明确定义合理性。

, United States v. ASCAP, No. 41-1395, 2001 WL 1589999 (S. D. N. Y. 2001).

[34] , , 681 F.3d 76, 82 (2d Cir. 2012); , 912 F.2d 563, 577 (2d Cir. 1990).

[35] , 316 F.3d 189, 194 (2d Cir. 2003).

[36] , , 6 F. Supp. 3d 317, 375 (S. D. N. Y. 2014).

(二) 本 市 兴 起 的 接 触 网 络 灵
步 。 2001 信息 网络 播

， 集 强 失 灵

告的准。国版权先后一系规,旨在明确规定各许可版税的定。^[42]
上剥夺权利人定中许可各项的权利,特别以托权的,更
得权利人几许可和格协的。^[43]理制度在法国诞以来,理
著权人的表成,以权利人理之在矛盾,权利人的诉能及
时在许可合中表现来。于我国理在产础的著权主
发设,因而始权利人规设。在无其他理可供选择的情下,权利人只
能在被迫加入行许可中选择。连权利人的权行为,亦被视为“浪费现诉讼和扰
”。^[44]

此可,虽国和中国的中许可制规时遭遇制度灵的问题,两的发原
因个并。从上,随着成为的主播渠,产于前时的
中许可制规已无法应著权模的更,权利人撤拒权理,意着权
利人意制规的约束,版税准和许可上的争议成为中理的难
题。从个上,国的制规主来于府理支的制,只限制
已应时的模。之下,我国的制规于府理支
的扶。之,在国模下,权利人理之并无矛盾,权利人退理
的目的,乃为规加于理的制规,而在中国模下,权利人理
之在无法和的矛盾,权利人行许可的原因,在于理垄断位当
于的权利益。

、中许可制规土设之量

中国模和国模的灵,意着我国中许可制规既能现行法,无法
异已经,而在反土产特和制度的前提下,发掘他国已被历史明
的规范模,特别以来成的产

(一)强制规则立法目标转向:集体管理组织市场支配力反思

某程,集强读,集略。集强标,政段强集组力,致税标道。

程,延伸集激,集集。官道,集强障集组力,树集组垄,尽决“况”,鉴“仅仅”,需集组促广泛,广公众享富。^[45]

,政帮助集组变。力组集组维,集组集,客适。元,希望领域获。果,那强集组控,信息令。集组税标皆效。果影响易,易份寻租。旦集组集件,获取。KTV费,局介矛盾,KTV费希望,联费,集获图。^[46]信息集组,强集组影响,脱障,转介置享。

。集调切任,破阻碍价值,强帮助集组获取广泛转力,环集组效率。“忧”,^[47]集组,集组。《集》集组,集组致控集介集组。致“”“控”,^[48]致。

[45] 官,局:《华()》(2012 3), 18-19; 强:《“”思》,《闻》2012 4 16, 4;胡辉:《仅仅——局强热点》,《》2012 5 3, 6。

[46] 该件道,谭翊飞:《KTV水》,《周末》2010 3 25, A01。

[47] 沛:《局:恶》,《》2012 4 26, C08。

[48] 强:《“”思》,《闻》2012 4 16, 4。

， “ 愿 合 找 到 ” 困境， 授 无 合 渠
 。 许 可 目 向， 将 位 管 织 市 场
 支 配 。 ， 坚 垄 目 ， 欧 盟 2015 《 著
 管 指 》， 除 欧 盟 境 各 因 管 织 唯 垄 。 根
 管 “ ”， 许 可 必 须 弃 管 织 设 许 可 位
 垄 ， 许 可 竞 争 ， 目 从 垄 垄 。
 先， 弃 许 可 义， 通 过 入 设 准 义， 符 合 可 通 过 申 请 设
 管 织， 避 免 著 管 机 设 审 批 管 织。 版
 管 职 能， 必 须 明 文 ， 能 项。 ， 管 织 限
 团 ， 符 合 《 团 记 管 》 ， 设 必 须 得 到 管 机 部 门
 双 审 批， 无 排 除 许 可 义 设 。^[49] 从 著 发， 团
 设 无 下， 可 允 许 管 织 。
 管 织 践 ， 音 像 著 管 长 授 合 施 KTV 版 收
 ， 明 团 到 管 。 既 管 织 承 认 “ 能 ”，
 么 允 许 著 授 ， 显 步 降 交 。 管 织
 合 源 著 许 可， 并 能 否 准。 因 此 管 织 只
 商 础 得 授 ， 拥 著 合 ， 入 部 分，
 止 管 织 优 势 歧 视 。 无 欧 盟 皆 允 许
 团 著 管 织， 管 织 竞 争。^[50]
 次， 弃 管 织 唯 限 ， 通 过 入 个 管 织 竞
 争， 管 织 因 垄 许 可 渠 产 市 场 支 配 。 允 许 数 个
 管 织 义， 并 向 供 选 ， 限 管 织 滥 市 场 支
 配 ， 管 织 商 时 选 。 此 ， 他 许 可 极 涉
 ， 原 因 管 织 皆 ， 管 织 歧 视。
 府 导 管 织， 分 歧， 因 此 管 织。
 管 织 唯 ， 著 许 可， 只 能 受 管
 织 ， 满 管 织 时 无 商 改 ， 只 能 通 过
 诉 讼 诉 求， 另 导 管 织 表 根 愿 市 场 情 势 许 可
 容 动 。 可 能 撤 既 管 织 下， 允 许 他 织 施 许 可， 可
 管 织 竞 争。^[51]
 ， 目 向 后 ， 可 能 时 管 织

[49] ， 《 著 管 》 管 织 设 ， 根 《 团 记 管 》 设 ， 求 设 管 织 必 须 经 过 管 机 部 门 双 许 可。

[50] 1939 播 织 设 管 织 “ 音 乐 播 ” (BMI) 团 ， 管 织 部 议 2 (1) 款 管 织 可 (Corporation) 团 (Association)。 欧 盟 2015 “ 著 、 邻 市 场 跨 境 音 乐 品 著 线 许 可 指 ” (Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online use in the internal market) ， 3 1 款 明 确 ， 管 织 只 ， 可 无 须 限 织。

[51] 践 ， 音 乐 著 经 设 管 织 愿 动， 管 设 限 无

,以及不同 体 理 之 的 量 博 和 ,但这 非立法者 为的 象和权利人缺 乏 制 ,而是 成 作前 的 ,且 法直接 法定 的利 方式所 。 对于立法者而言,法定 法 正 由 关系 定的 条 和 。而 有反 关系, 实现 方 的 化。 国 体 理 的 , 由 作权人自行 立的 体 理 在规 上也不 一 而就, 一 期的 和 。这 是私立 的 规律使然,也是 体 理 参与 完 制的 现实 要。概言之,我国 作权 实存在权利人 以行使权利的 形,但 立法者未 理解私人 自 在其中的 ,造成现行 体 理的 作方式 了制度 的 。^[52] 所以我国 整 中 制规则的第一 ,应 制规则的立法 定为 制而非 体 理 的 工具。

(二)强制规则中的自治与限制:集体管理组织市场支配力调整

作权人 出 体 理 的 究 是规则 化

，品皆。网络播，播织商业机
 最户播，最户收，品播。
 考虑最户，商业机，播长、播
 计。网络播，最户交播，品储网络
 端，最户触品，播，^[55]
 计
 管织，求“”，
 “市场交拟”^[56]市场交，
 求商，排
^[57]市场交，市场求，唯
 交，求。求拒
 申请，管织排极，管织
 拒交，求，管织管
 机交^[58]，裁。
 裁临品，网络
 冗长~~审~~止^[59]
 ，市场求
 “”，另，留机裁，裁冗长
 耗极诉讼，^[60]弊端，
 计，搬做，市场配。
 ，管织，止止管
 织，允授管织，施。
 “”：，，符
 初。市场，交，
 竟，寡头垄垄。交
 ，裁^[61]，拥
 品，交。授，

[55] Jessica Wang, : , 51 Idea 511, 527 (2011).

[56] , 316 F.3d 189, 194 (2d Cir. 2003).

[57] , 裁最。 , , 683 F. 3d 32, 47 (2d Cir. 2012); , , 912 F.2d 563, 569 (2d Cir. 1990).

[58] 网络诉管织,皆网络播撤授。 , , No. 12 Civ. 8035 (S. D. N. Y. 2013); , No. 13 Civ. 4037 (S. D. N. Y. 2013). 管,授管织。

[59] 三修送审稿~~62~~门,管织,管门织门裁,裁最,裁停止执。 。 满,机。

[60] ,求, , ~~审~~ 50 月。 , 756 F. Supp. 2d 516 (S. D. N. Y. 2010).

[61] , , 912 F.2d 563, 577 (2d Cir. 1990).

税标，权的真实系。于成的，其
规小的权人继续集理，权人
的税标，以为税标的，法果的
。^[62]，的运，权人集理的成以
降低。环的以的播，论，权人，如今
借助晰算播放的间，权属信息以权
理信息的于，的播，以权人集理
，以权范导致权。，
的成，如今已克，强规继续权人权集理的
为。^[63]以国集理运的权为，权录
邻权唱公，权即于集的。国录
权唱公控的，国权集的，
权人权的已集的，集理，
集理即。鉴于上，国禁权人以信托权集理
，间的法系为理。^[64]
其，集理的系上，强规集理于

作的法性问题。于税定制的,我国应美国法制低率和成本的弊病,也要警惕我国以关纷解的制,而以仲而法审的方式解税纷,在提率的同时,也大幅度上保的中立性。^[66]

六、论

作权人撤出或拒理,中现中制规在环面新式的灵。论是我国是美国,都要以规制为方整制规的约束方式和范围。于我国而言,首要 是现制规立法,以垄为的的立法,而以抑制理为。在制度上,制规整应权利人自制的协。首,鉴于环权利人在理独立的性,我国应要权利人以托形式理权,以现理权利人之在上的,为中定提化的;其,为抑制理着的,有要类制,要理按现行式提用的同类,税解制建立在仲的基上,关的和法审率低 的缺。

Prohibition Rules for Copyright Collective Management

Xiong Qi

Abstract: The purpose of prohibition rules for copyright collective management, is to prevent copyright collective management organizations from discriminating against copyright owners or users. When internet industry conflicts with copyright industry on business modes, old statutory rules have become the obstacle for new media use of works. Allowing copyright owners to directly license to end users after they have license their rights to collective management organizations can help provide benchmark for rate court proceedings, and there will be a competitive market between two different licensing channels. Prohibition rules for copyright collective management in China should abandon the old legislative objective, which is to help build the market dominant position of copyright collective management organizations. Meanwhile new prohibition rules on restricting collective management societies and copyright owners should be deregulated, so that business modes of internet industry can be adopted by collective licensing societies.

Keywords: collective management; collective licensing; statutory rules; royalty rates

(责任编辑:杨琦萍)

[66] 于我国作权关理的特关系,1992我国一作权&理成立今,作为关的国家权未在方中理的工作,使

刑 “危害”
——兼 “社会危害”

原 益侵 原 ,虽 , 位 质 。〔2〕 原
刑 核 原 , 杰 莫里森 “ 根
原 ”,〔3〕甚至 视 主 认可 犯罪 准。〔4〕 因此, 原
主、 崇高 位, 盛赞 。 刑 较 冷落,
。 据此, 文 从 原 历史 源、 发展 原 较 ,
刑 原 。

、“ 原 ” 发展史简考

(一)危害原则的起源:约翰·密尔之《论自由》

1859年, 著 哲 约翰· 版 著《 》。 《 》 认 :“ 只
止 他 时,违 文明 个 意愿 施加刑罚才 。”〔5〕因
此, 施加刑罚 ,根植 “威慑 施 他 邪恶 ”。〔6〕
刑 原 源。 原 核 旨意 : 个 施 他
, 么 质 受到惩罚,据此, 个 才 受到限 干预。
主义 , 语境下, 已迫 益 :“唯
能 副 , 通过 们 己 迫 们 益,只 们 剥夺 他 益
止 他 努 得他们 己 益。”〔7〕 认 , 他 , 么“只考虑 己 益
确 ”, “ 己 , 个 主宰”。〔8〕 原
,把 他 视 干预 否 合 唯 根据, 目 捍
卫 追 幸福、发展 。
据此, 刑罚 长主义, 别 毒 、赌 愿 犯罪 。无
毒、愿 赌 , 可 , 侵 他 。 他
干预, 只能通过 议、 、劝 , 能通过 措施干预。
原 坚 个 主 ,并认 个 主 幸福 首 素 , 文
明、 、育、文 协 素, 必 部分 。从 个 ,
原 能 个 质 限 ,并
活 可能。

(二)危害原则的发展:赫伯特·哈特与帕特里克·德夫林论战

20 60年 ,哈 夫林勋爵 恋、卖淫 乎 否 视 犯罪展
开 激烈 战。 战 因来 1957年发 “沃 芬 告”, 《委 恋罪错
卖淫 告》。“沃 芬 告” 时 猥亵、 恋、卖淫 视 犯

〔2〕 陈兴 :《风 义 批判》,《 外 》2014年 1 , 113页。

〔3〕 []韦恩·莫里森:《 ——从古希腊到后 》, 桂林 译,武 版 2002年版, 213页。

〔4〕 D. Dripps, , 17 Criminal Justice Ethics 3, 3 (1998).

〔5〕 J. S. Mill, 73 (J. M. Dent & Sons Ltd. 1910).

〔6〕 at 74.

〔7〕 at 54.

〔8〕 at 73.

，告，取。该告公
 ，公，某，仅仅道，害。该
 告强力禁。
 夫道崩，享道石、卖
 淫道享道害，害信享道，
 普神伤害。夫该强执维需
 石享道，罚害道卖淫。哈夫点
 ，道区维道元道。哈
 援引密害，阻罚害
 ，才强力公。哈害依
 ，证强执维道，证属元
 道强点。哈胜夫失败告。害哈胜
 起键，哈害役。^[9]哈夫胜
 ，害胜标。害20纪6070道执
 ，道
 区道害，青睐照害。^[10]害
 广泛播。
 （）：·《》
 密哈害，罚，宏叙。领
 域，全细致害，罚道任，
 乔·伯。
 伯，害道，写《
 道》专。伯《道》包括卷：卷《害》（），
 卷《冒》（0），卷《害》（）卷《害》
 （）。卷害专全析，卷《害
 》。伯：“阻公众害需，阻害需，
 强。”^[11]该乔·伯“害（harm to others principle）”。^[12]
 伯阻害强，害（）
 ，公屏障。《道》害，害
 熟。
 伯害责任客，罚起点。害，
 果任害，那享约束。伯害旨
 道，强公。

[9] Steven D. Smith,

? 51 Am. J. Juris. 1, 17 (2006).

[10] Bernard Harcourt,

, 90 Journal of Criminal Law and Criminology 109, 131 (1999).

[11] Joel Feinberg,

11 (Oxford University Press 1984).

[12]

、“危害” 畴

“危害” 危害 畴 小,决 刑 畴。因 ,“危害” 畴 刑 畴 , 喻。

() :

危害原 “危害” 个含义 。果 危害原 挥 刑罚 良 效果, 必须精 危害原 核 素:危害。密 伯 危害原 “危 害” 。密 认 ,“ ‘ 他 益’ , 默许 益 ”。^[13] 密 认 “公 偏 影响 他 益, 公 管辖 力”。^[14] 密 看, 把危害 他 益 。 继 伯 认 ,危害 “ 某 益 阻碍、阻止 损害”。^[15] 因 , 伯 “危害” “ 益 害” , “ 害”包括阻碍、阻止 损害 。 伯 继 危害原 旨意, “ 益 害” 无 避免“危害” 泛 、含 。 , 伯 超 密 , 危害 —— 伯 最 贡献 。^[16] “危害” 综 , 避免 泛 乱:“ 果 步 , 仅仅 顾 思义,危害原 仅仅 他 ,包括道 判断 价值判断 陈 短缩略”。^[17] 伯 认 步 该 精 , 野 必须“ 普 意义 目 ”。^[18] 因 , 证“危害” 含义 野 目 , 必须 危害 ,祛除 属 刑 畴 谓“危害”。 , 伯 认 危害 他 益 阻碍、阻止 妨碍。并 他 益 妨碍 危害,“ 益 阻碍 益 阻碍 ”,才 危害原 “危 害”。^[19] , 益 意义 ,才 危害。 甲伤害 乙, 并 必 意味 甲 伤害 。 甲 乙 伤害 意义 伤 害, 甲“ 过 公 ”伤害 乙,才 刑 伤害。^[20] 果甲 防卫 伤乙, 乙 伤害, 乙 益 , 意义 伤害, 。 , 竟 况 ,某甲 乙 益受损, 乙 受到甲 害 公 ,甲 公平 , 甲 。 意义 , 伯 确 宽宥 他 益, 危害。因 ,刑 境 危 害, 意义 “危害”, 他 益 害, 危害。

[13] Mill, note 5, at 141.

[14]

[15] Feinberg, note 11, at 15.

[16] at 32.

[17]

[18]

[19] at 34.

[20]

,必 婚姻 另 巨 感情伤 。虽 感情伤 属 精神伤 , 质 ,
殊 婚姻 , 婚姻 忠诚 婚姻 续 最 件, 朋友 陌 间 精神伤
。至 可 , 婚姻 忠诚 最 伦 。 此 , 括
婚 。笔

为,不受到刑法的禁止, 民个人不 有 性的 现自我 展的 。 民个人的 权 益, 如受 育的权利、被 的权利等等, 受到 。 以在 中, 应把不法 共 构 的行为 为 , 入刑法 规制的范 。

(2)

概 ,范伯格和 的概 中 涉 性,即 行为。如范伯格在 论 就认为其 “ 造成的 或者遭受的 ”,[28]而 认为:“ 他人利益的 或 性,是唯一使 民个人自 的正当理 。”[29] 以 和范伯格的 概 ,不 民 利益的 , 性。 者在 原 进行论 , 没有排除 原 性 。如胡萨 在阐 原 就认为:“在 有 理解中, 制不应 被解释为不 允许国家禁止 。”[30]在 有 理解中, 制不应 被解释为不允许国家禁止 性的行为。[31] 笔者 论及到,这种 性或 ,被 的一 英美刑法 学者 为 。

但把 性或 行为 为 是有 的。这首先表现在应考量 的 性 大小,即如 的 性 大, 受到刑事禁止的 性就 。其 ,考量 的 的大小,即如 巨大,即使 的 性 小, 应 以刑事禁止。正因为如 ,国家 正 当 禁止 民随意 中射 ,因为这种行为一旦造成 之 , 其严重。同理,国家亦 禁 止 驾驶行为。 三, 应考量 行为的 ,即有一 行为 具有 性,但却具 有重要的 ,因 ,在衡量是 应 为 原 中的 而 入刑法规制的 候, 应衡量这种 行为的 。如范伯格认为, 种 行为的 大,无论是 行为者 是 他人,其 就 理 受, 具 的行为, 何 都是 理的,除 已达到 确定的 度。[32] 言 之,如 行为的 理, 行为就 不应受到禁止。

三、 态 化 境 原 面临的

的 展 和范伯格提出 原 的 态。内在于工业 现 的 种 特别是 多涉及 共法益的 ,刑罚权基于 共 策和 管理的 要,把 多 行为 为 。这似 原 的内 , 和传统的 之 不同的 。特别在 原 的 基 上,衍 (the remote harm) 概 ,[33] 的范 大。 德鲁·阿什沃 、 德 鲁·冯·赫希和丹尼 ·J.贝 都 进行 界定和分 ,如 德鲁·阿什沃 认为:“ 是 行为本 不具有过错和 ,但是为 严重 之 创造 。”[34] 德鲁·冯·赫

[28] Itzhak Kugler, : 57 (Ashgate 2002).
[29] Mill, note 5, at 150.
[30] Feinberg, note 11, at 70.
[31] at ch. III.
[32] at 216.
[33] remote harm,是 remote 和 harm 成。《元 英美法 典》 remote 的解释是:(在 、 或关系上)远的。而 和其他 之 ,《元 英美法 典》翻 是“ 的”。 如 remote damage 翻 为 ,remote material man 翻 为 材料供应商, remote parties 翻 为 关系人。
[34] Andrew Ashworth, 49 (5th ed., Oxford University Press 2006).

希：“偶风险。”^[35] 丹尼·J.：“
，诱施，哪，
。”^[36] 纬，导
风险，
风险环境，，，刑惩。刑惩
，导，，“
，，”^[37] 风险境
，导，“”^[38] “丧”^[39]
伯·哈考“崩溃”^[40]
空，
，风险，，违背伯
伯，，风险
频，，环境
，，凸显。另，境，
，，感，导，：“
，刑，，”^[41]，频
惩，，，蚕食，
崩溃。风险境，频：把
施，，归？古境，
境，，古，
蚀，极，，剑，试刑
宗，，极，
风险，，，
古附，，呼吁
，，，风险境，，风险
，导把风险刑，，崩溃
“，，凭借风险控蚕食”^[42] 风险把风险
，导圈，，

[35] Andrew von Hirsch, “ ”, in _____, 259, 263 (A. P. Simester & A. T. H. Smith eds., Oxford University Press 1996).

[36] Dennis J. Baker, _____, 10 (3) New Criminal Law Review 370, 370 (2007).

[37] 董邦、振:《风险刑机机》,《》()2010 1, 57。

[38] :《》，《》2008 3, 40。

[39] 38, 403。

[40] Bernard E. Harcourt, _____, 90 (1) Journal of Criminal Law and Criminology 109 (1999).

[41] 2, 114。

[42] 钧、冀莹:《崩溃刑兴》,《刑》2009 9, 24。

维护安全秩序，遵守危害置道底。还，任弊端，危害演弊端，障点，功该属，剩防止杜绝弊害全盘该。^[43]，真捍卫公享，该倡、坚持贯彻危害，才坚持刑道底。

四、危害：拿 Malmo-Levine Lawrence v. Texas

危害挑，影响危害刑影响。仅，危害拿，还。：“拿危害，努力危害变：”^[44]Malmo-Levine，Malmo-Levine考察。^[44]途持麻，根拿1985颁麻醉药品控。告服起诉。Malmo-Levine诉《拿章》7章禁止麻，：“每、安全，公致，剥夺。”^[45]Malmo-Levine诉，焦点：决依1985麻醉药品控违背诉拥、安全？根拿，剥夺违背公，剥

否 并 必 求 他 危 。^[48] 因此， 管加 诸 呼吁危 原
， 最 功。
危 原 否

界对社会性的界定,也是社会关系侵权论。

前述论及,尔和范伯格均对“利益侵权”。因此,从概念上,虽然原则和社会性都以作为惩罚,但二者指向的实质内是不同的。原则中的指向的是对利益的侵权,而社会性中的指向的是对社会关系的侵权。“关系”一词的基本义是事物之相互作用、相互作用的状态,社会关系就是社会事物之的在共同运动中结成的相互作用、相互作用的各种关系的总称。因此,社会关系是一种抽象概念,其晦和抽象,难以解释社会性的重。据此,有学者对其进行了批判,认为其不利于“指司法实当中对行为性质的认定”。^[56]行为指向的对象必然是侵权的定在,这种抽象的概念会对象指向的无。一方面,从社会关系盖的范,是指人与人之间之的关系。因此,社会关系说不能盖环、食等等。何秉就认为:“社会生产和自然环,等这些因素,就不是用‘社会关系’所能部盖的。”^[57]但从刑法应保护的范,却不能于对人与人之间之关系的保护。

从实质,社会关系是社会各参与者的各种利益的化,其的利益才具有实质。如有学者认为:“社会关系首要的表现是社会利益。”^[58]对一种社会关系的保护,实上保护的是利益。作为发展的人类,也是以的利益为基。^[59]刑法应对人类的利益进行保护,而不是保护一种抽象的社会关系。所以者认为,法之设目的是务于利益保护,刑法只有在接受社会利益量的基上,才能设刑事令。所以以利益侵权解释,更为合理和当。一方面,社会的利益和个体的利益是不同的,比如个体有生命权,而社会是没有生命权的。用由个体成的“社会”这样的群体性概念界定,是将视为对由个体成的个整体的侵权,这会个体侵权的忽或对个体的降格,从而个体权益的忽视或降格。而对个体权益的忽或降格,亦会使社会性缺乏人权保能。

(二)价值诉求区别:个人本位 VS 国家/社会本位

原则体现的是个人本位,主要体现在两个方面。首先,原则的意是保护民自由,制国家刑罚权的发动。尔的论述、哈特对德夫的论战及范伯格原则视为刑法的德制,均是围绕此意展开的。其次,原则的个人本位体现在其对民个人利益的保护于首要位,其称“他人”而不是“社会”的表述,就体现了这种。不如此,原则下的英美法系刑法,也体现了这种,比如《美国范刑法典》的分则是:人身的、侵财产的、侵家庭的、侵共理的、侵共和有伤化的。^[60]因此,《美国范刑法典》是侵个人权益的在首位。不如此,美国各个的刑法也是对侵民个人利益的在前面,体现了对民个人权益的度重视。

从社会关系说在前苏和中国刑法的历,深受和级的。前述的学者,比如,在阐述社会关系,在其前面修饰有“社会主义”。深受和级的社会性,“其理论的话景被诠释为社会主义社会关系,从而在一开始就被入了命的

情绪的意”。〔61〕 深 读认为：“ 上 。”〔62〕
苏 沃 夫亦 的观：“ 刑法中,特别 犯罪 上,主 的 ,
可以理 为 。”〔63〕 可 浓厚的 位 国 位
,如 认为：“ 的 理论 于国 位主义。”〔64〕 ,“
”的“ ”修饰语,亦明 位 国 位 , 先 的 国 和 ,
的 。虽 “ ”构 的中国刑法和 苏 刑法,亦 惩罚侵犯 民个 的
益, 位的 :国 、 益 先, 民个人 益 于次 位。
映 刑法分 的 系构 上, 如我国刑法分 系的犯罪 次为: 国 罪、
罪、 主义 经 罪、侵犯 民人 权 、民主权 罪、侵犯财产罪、
理 罪、 国 益罪、贪污贿赂罪、渎 罪、人 罪, 此 中, 先 侵犯国 、
法 益的犯罪, 民个人权 , 刑

法

刑 位

,

□

” 人

, 人

#

。

刑 乱

平衡。

在法治 中的中国刑法,“应尽 防 腐烂本身对自由的伤害最 大 度尊重个人的自由意志及在 支 的行为”。^[72] 在转 社会和社会 险 剧 的当代中国,固然应顺应社会变化把新危害现象纳入刑法规制, 而不断完 刑法,维护良性秩序和保证公民的安全。但是,这种顺应 并非 是无原则的顺应,而是在 持法治精神 的顺应。这 就要求中国刑法应削弱其秩序维护的工具主义色彩, 维护公民寻求幸福和自我 展的正当自主权。而危害原则的价值倾向和终极 诉求,对中国刑法实现法治就具有这种 意义。特别是转 社会刑法是 化还是非 化的回 ,应尊重社会中的独立个体,尊重个体追求幸福和实现 价值的诉求。这正如 梭所认为的,“不危害他人的寻求快乐避免痛苦是一种自然权利”,这是一条“不言而喻的绝对 则”,如果不遵守该 则,任何人“不 被认为是 ”。^[73] 公民在实现 的价值诉求 ,其前提条件是享有决定 命运的权利,即自我实现的自主权。如果没有这个基本前提,一切皆 。 国家存在的应然价值看,国家不 禁 公民实现自身的价值和追求 向往的幸福。因 ,中国刑法在决定是 把某种现象 为 ,应 鉴危害的不 公民的正当自主权精神,避免对个体自主性人格的 蚀。

另外,作为一种 大公民自主权的政府管理 式,危害原则追求刑法上的价值评价独立于国家与社会, 被 害的对象本身去考察行为的特征。其不需要以某种国家理论为基 ,直接考察以国家强制为 盾的刑法应受到何种 制,以及刑法作为独立部门法对公民个人权利的 的正当性界 是什么的 题。所以危害原则所体现的平等对 每个人,尊重个体寻求实现其目的的基本 力,也是重秩序的中国刑法应重 的重要价值。

七、 论

某种行为具有危害,仅是施 刑事责任的必要条件而非 要条件。无论是密尔还是范伯格,均持这种 点。^[74] 这意味着如果公民的行为具有危害,会落入国家 过强制力 的范畴,但国家是 进行强制 取决于多种因素。比如,刑法禁 是一种法律强制,但真正的实现需要实 性。但 并非 是所有法律强制都具有 行性,有许多事物是不适 作为法律强制的对象。所以落入危害原则的危害行为最 终是 应被刑法规制,必须考虑其在实 中的 行性 题。 意义看,危害原则 是“解决国家刑罚管辖权 题,而非解决国家何 适用权力的 题”。^[75] 因 ,危害原则仅 制政府,而非赋予政府义务。范伯格在论述危害原则 ,亦 确 出其目的“不是要确定具体应把何种行为纳入理想的智慧而有用的刑法典中,而是确定:假如刑法的立法决定要受道德约束,则刑法应包括哪些行为?”^[76] 言之,危害原则仅是思考是 对公民行为施 刑罚 制的始点,而不 提供刑罚强制的所有正当事由。因 ,如果刑法 最低的道德 制,在公民自由和国家权力博弈之间 理取舍,维护刑法的正当性,则危害原则 定的刑法 的范畴,一定是大于或等于刑 最终确定的

[72] 同注 68 引书,第 189 。

[73] Jean - Jacques Rousseau, 264 (Judith H. McDowell trans., Pennsylvania State Univ. Press 1968).

[74] Jorge Menezes Oliveira, , http://www.trinitinture.com/documents/oliveira.pdf, p. 3. 最 访 问为 2016 年 4 月 13 日。Feinberg, note 11, at 10.

[75] Gerald Dworkin, : , 40 William and Mary Law Review 927, 934 (1999).

[76] Feinberg, note 11, at 4.

罪圈的范畴。

危害原则要求刑法应禁止的行为是从危害原则划定的范畴中进行选择,这是刑法应坚持的最低道德限制。但危害原则的非充要性特征决定了危害原则与其具有对等身份的德国的法益侵害原则一样,不是提供刑法正当性的一原则:“正如赫尔希教授所指出,无论是德国刑法中的法益概念,还是英美刑法中的危害原则,都不能独自完成为刑事惩罚提供根据的任务,还需要有其他原则的辅助。”^[77]因此,在危害原则划定的边界内,刑法应选择哪种危害行为作为犯罪,则是各种力量博弈的结果。在博弈的过程中,刑法到底选择哪种行为作为犯罪,笔者赞成罗尔斯提出的“合理多元主义”——国家权力正当适用的问题,适用单一的学说永远不可能解决分歧的存在,因为公民永远不会通过一个全面的学说而形成共识。^[78]比如中国刑法正案的犯罪化,在把危害原则作为最低道德底线的前提下,对于某种新危害现象或新危害行为,到底是否应进行犯罪化,则应综合考虑各种学说,考量涉及的各种因素。即对于某种新危害现象或新危害行为,刑法正案是否进行犯罪化,应考量外部限制和内部限制,在综合衡量下作出正当合理的决定。^[79]但无论如何,遵守危害原则划定的刑法外部边界,则是刑法及其正案必须坚守的最低道德。

On the Harm Principle in Anglo-American Criminal Laws: And Compared with Social Harmfulness Principle

Jiang Min

Abstract: The harm principle, with the purpose to protect the freedom of the citizens so as to assure that people have autonomy rights to develop themselves and purchase life of happiness, is the core principle in Anglo-American criminal laws, and sets the boundary for criminal law. The harm principle also implies that people can not harm others' benefit when they choose what they do to realize themselves. Therefore, The harm principle is not only the moral standard for state's coercion but also the moral standard for the citizen's individual behavior choice. Compared with social harmfulness principle in Chinese criminal law, the two are prima facie similar, but they are substantially different in the connotation, value and the ultimate pursuit. Chinese criminal law is on the road to realize the rule by law, so it should learn the spirit of the rule by law in harm principle, respecting the justified autonomy rights of the citizens to eliminate strong instrumentalism focusing on social order.

Keywords: harm principle; social harmfulness; freedom; autonomy rights of the citizens

(责任编辑:丁洁琳)

[77] 同注2引文,第113页。

[78] John Rawls, 3-11 (Columbia University Press 1993). 转引自注68引书,第189页。

[79] 参见注68引书,第245-247页。

诉讼 施权配置的 构

*

摘 要:

关键词:

于诉讼 施权配置 ,民 诉讼法 倾向于通过诉权 人适格 理论来 阐 。 ,诉权 元 、 人适格泛 , 人针 特 纷 起 抗辩诉讼请 求的权 再适宜表 为诉权 人适格。鉴于 人适格理论难以阐 成 诉、消极 确认 诉 型民 诉讼 型以及现 型诉讼中的适格主 ,诉的 益 纠纷管理权理论逐渐 成, 人适格理论 断受到冲 。 际上, 人适格理论的 成 混 德 Prozesslegitimation Sachlegitimation 的 础 上,两 为 人适格。从 根上 ,“Prozess” 指“诉讼”,“Sach” 的 “”,故“Prozesslegitimation” 为“诉讼资格”,“Sachlegitimation” 为“

施 配 置 效果 [4]

模 演 变 : 诉 讼 施 配 置 元 模 向 元 模 发 展

诚 指 , 模 质 决 某 , 决 案 呈 总 风 [5] , 环 境 断 并 永 恒 变 , 伴 环 境 变 迁 践 发 展 , 时 环 境 件 限 认 础 原 模 可 能 效 , 必 模 , 促 认 深 [6] , 诉 讼 施 配 置 模 时 空 诉 讼 施 配 置 限 认 知 础 , 伴 客 观 环 境 改 变 主 观 认 拓 展 , 诉 讼 施 配 置 模 呈 断 发 展 趋 势 。 语 境 下 , 只 诉 讼 标 义 主 才 享 诉 讼 施 , 他 任 主 得 己 义 他 益 诉 讼 活 动 (元 模) 。 , 叁 无 诸 破 产 管 义 归 属 主 得 己 义 他 益 起 诉 诉 合 , 诉 讼 “ ” 替 “ ” , 将 诉 讼 标 享 管 分 主 适 [7] 步 阐 诉 讼 标 享 管 分 义 归 属 主 起 诉 诉 础 , 诉 讼 将 “ ” “ ” , 并 将 义 归 属 主 享 诉 讼 施 “ 三 诉 讼 担 ” 。 至 此 , 各 诉 讼 适 普 遍 害 固 诉 讼 施 适 三 赋 予 意 诉 讼 施 适 两 模 (二 元 模) 。 [8] , 伴 诉 讼 发 展 , 义 归 属 主 必 诉 讼 结 果 间 害 (享 请 求 消 费 团 诉 讼 结 果 间 并 害) , 诉 讼 结 果 害 必 能 义 归 属 主 (三 诉 讼 信 托 义 义 归 属 主 , 诉 讼 结 果 间 害) 。 [9] 显 易 , 诉 讼 施 配 置 二 元 模 经 能 涵 盖 型 诉 讼 施 配 置 , 因 此 确 必 时 俱 诉 讼 施 配 置 模 。 叁 害 享 诉 讼 施 础 证 明 , 只 诉

[4] 按照通常 , 模 指 通 过 程 努 力 。 , 诉 讼 施 配 置 模 可 设计 适 诉 讼 施 配 置 供 考 , 据 此 减 轻 证 负 担 功 能 。 李 、 姚 休 主 : 《 观 览 》 , 杭 州 版 1993 年 版 , 456 页。

[5] 邓刚宏 : 《 政 诉 讼 功 能 模 价 值 》 , 《 》 2009 年 5 , 53 页。

[6] [] 马 克 · 韦 伯 : 《 》 , 韩 水 译 , 央 译 版 2002 年 版 , 19 页。

[7] 按照陈计男教授 归纳 , 适 判 断 准 可 下 两 个 原 : , 诉 讼 标 主 , 通 常 适 ; 二 , 虽 诉 讼 标 主 , 该 诉 讼 标 管 分 , 适 , 常 情 包 括 破 产 管 、 遗 嘱 执 、 遗 产 管 、 动 产 付 强 管 时 管 、 取 得 收 取 令 债 。 陈 计 男 : 《 诉 讼 》 () , 修 订 六 版 , 三 书 局 2014 年 版 , 107 - 109 页。

[8] 陈贤贵 : 《 适 》 , 厦 门 版 2013 年 版 , 25 - 31 页。

[9] 诉 讼

诉讼实施权配置才是一个关键点。^[10] 诉讼实施权配置常态配置。诉讼实施权配置常态配置实际包含赋予三诉讼实施权。协调诉讼实施权两个角展开。主决过向三赋予诉讼实施权，包括设请求、诉讼担、意诉讼担诉讼信托。设请求、诉讼担属诉讼实施权配置，意诉讼担诉讼信托属诉讼实施权配置。请求、诉讼信托属程序实施配置，诉讼担、意诉讼担属诉讼实施权程序配置。^[11] 主检协调诉讼实施权，包括固诉讼实施权设诉讼实施权、设诉讼实施权。三取得诉讼实施权意固诉讼实施权，赋区分赋意赋两子，外观诉讼实施权意诉讼实施权配置。根三取得诉讼实施权（至义）义归属主，赋区分赋程序赋两子，外观诉讼实施权程序诉讼实施权配置。主协调固诉讼实施权设诉讼实施权设诉讼实施权。主涉乃至剥夺固诉讼实施权，享配置替配置两决，外观享诉讼实施权替诉讼实施权配置。属位主筛最佳纠纷决，配置排他配置两决，征诉讼实施权排他诉讼实施权配置。

二、赋：诉讼实施权意诉讼实施权配置

害并总依享诉讼实施权，还根固诉讼实施权授享诉讼实施权情。属诉讼实施权配置，享诉讼实施权谓“诉讼实施权”；属诉讼实施权意配置，

[10] 实际，诉讼实施权主义归属主剥夺诉讼实施权义归属主部分

[11]

享有的诉权是一谓的“意定诉权”。^[12]法定诉权配置与意定诉权配置各有所长,而两者之间的关系较为微妙。

()

于意定诉权配置而言,法定诉权配置有其自身的优点,主要表现为以下方面:(1)诉权的法定配置结论明确规定于法律,具有公示性、稳定性和可预测性,符合程序安定原则的要求,有助于交易的安全稳定。尽管诉权的常态配置必减损程序安定性价值,但对于当事人根据自己的意思将诉权移转他人的意定诉权配置方式而言,立法者通过制定法定诉权常态配置的效果公之于众的法定诉权配置方式对程序安定性的冲击要小得多。(2)诉权的法定配置更有利于维护律师理制度、保障当事人的平等诉权以及纠纷解决效率。按大陆法系民事诉讼法的常理解,制

(三)法定诉讼实施权配置与意定诉讼实施权配置的关系

诉讼 施 配置 意 诉讼 施 配置 授 主 授 显 区别，
半开 门 显。 ，鉴 意 诉讼 施 配置 嫌 平 诉讼 、减
效 资源 运 效益并 诉讼 击，意 诉讼 施 配置 适
允 适 ，并受 件 约。 意 诉讼 施 配置 诉讼 施 配置
某 程 ，

足效果情下,采取打破既指诉讼施
 案符合原。诉讼施案认此时采取诉讼施配置模,
 兼顾程序他价值允许数尝试推选。无
 情下,采取一诉讼施模明确适,数
 属位纠纷决动力纠纷决际能力千万别部
 分质,无穷尽列举纠纷决可能各情,得授机个
 案判断。鉴此,文坚持诉讼施意诉讼施二元,将谓“指
 ”型诉讼施配置模殊态。^[14]

三、赋模二：诉讼施程序诉讼施配置

赋予害诉讼施并总意味分离。
 ,赋予害诉讼施,既可采取仅赋予诉讼施程序赋模,可
 采取义归属主赋模。害根据程序赋模
 享诉讼施谓“程序诉讼施”,根据赋模享诉讼施
 谓“诉讼施”。程序诉讼施配置诉讼施配置间各优势,并
 互衔转情。

(一) 实体诉讼实施权的配置

诉讼施配置,指诉讼施常态配置目赋予害
 义,间适目。根据害取得义路径,
 诉讼施配置模赋意赋两模,义
 移转另设义,后义意移转。

1. 实体法定赋权模式

,赋模义移转另设义两情。
 ,诉讼施常态配置目义移转(诉讼信托),尽管留
 义归属主变诉讼施常态配置诉讼施常态配置效
 果,限害,义移转限程超过诉讼施
 移转。换,鉴移转诉讼施目移转义将违背原
 适求,义移转排除赋模外。^[15]另设
 义质义义分,指该义主
 诉讼结果间害(享受胜诉收益承担败诉风险),《侵 责任》47、
 《消》55、《食品安全》96 惩罚 赔偿请求 《侵 责任》20、

[14] 韩 将 指 诉讼 施 纳入 诉讼担 畴, 将 诉讼担 “ 三 依据 任 取得 适”。[韩]孙汉琦:《韩 诉讼 导 》,陈刚审译, 版 2010年版, 123页。

[15] 际 ,鉴 义 移转违背 治原 , 义 移转 来 很罕 , 仅承 认 下 型 义 移转: 害 三 替 债 向 债 履 给 付 义 后, 债 债 享 三 清 偿 债 移 转 给 该 三 , 得 该 三 依 清 偿 位 取 得 谓 “ 求 偿 ”。 王 轶:《 清 偿 纲 》, 《 评 》1995年 1 , 21页。尽管 尚 承 认 , 认 《 险 》 1款 清 偿 位 。 许 凯:《 清 偿 位 语 境 下 仲 裁 协 议 效 力 扩 张 透 析 》, 《 商 仲 裁 》(7 集), 版 2010年版, 15页。

《著作权法》 49 、《专利法》 75 、《商标法》 73 规 的“利润剥夺”的请求权;^[16]

权利义 主 仅仅 义上成为 法 系主 (享 诉讼成果和 担诉讼费 以外
的其他败诉风险),如《德国 为诉讼法》 3 、《德国 竞 防止法》 8 、《 费 契
约法》 12 规 的 为请求权^[17]以及《德国 竞

(法定权模式),或者有诉讼施权人基于自意而在法允许的范将其诉讼施权移给三人(意定权模式)。诉讼施权配置的主要特征是权利义归主不的情形下,立法者或者权利义归主单独三人以诉讼施权,因而,种诉讼施权配置模式被为三人诉讼担当。其中,三人据法规定而有诉讼施权的情形,就是谓的法定诉讼担当;三人在法允许的范据权利义归主的授权而有诉讼施权的情形,被为意定诉讼担当。^[20]诚,管法定诉讼担当意定诉讼担当的结果表现为权利义归主有诉讼施权,两者的质及其原理并不。三人据法定诉讼担当得诉讼施权并不必排斥权利义归主有有诉讼施权,三人据意定诉讼担当得诉讼施权必意味着权利义归主丧有诉讼施权。

(三)实体诉讼实施权配置与程序诉讼实施权配置的关系

于诉讼施权配置而言,诉讼施权配置在形式上避免权利义归主诉讼施权拥有主的分离,有简诉讼和提高法益的优势。于法定诉讼施权配置而言,意定诉讼施权配置模式更加彰显权利义归主的主性,有贯彻自和自我原的优势。因而,在抽象层面上诉讼施权配置诉讼施权配置优劣是得不确答案的。如前,将诉讼施权配置的“-”因素“法定-意定”因素结合,三人以诉讼施权的基径有法定权、意定权(意定诉讼托)、法定权(法定诉讼担当)、意定权(意定诉讼担当)四种方式。其中,法定诉讼施权配置在法定诉讼托(移型)和立法者另行创设的权利义(创设型)两种型,法定诉讼托模式违背原而不宜作为诉讼施权态配置方式。立法者另行创设的权利义在质性权利义形式性权利义之分,创设质性权利义并纯粹以移诉讼施权为宗旨,不宜入诉讼施权态配置模式的研究范,而创设形式性权利义通表现为立法者创设型请求权。因而,诉讼施权态配置的基模式主要是创设型请求权、意定诉讼托、法定诉讼担当、意定诉讼担当,前两者于权模式,后两者于权模式。在权模式权模式优劣难以在抽象理作确判断的情形下,创设型请求权、意定诉讼托、法定诉讼担当、意定诉讼担当四种型的优劣势进行较并大确定顺位,在种度上能权模式权模式之的关系作应。

首先,益性诉讼施权配置应当优先考虑创设型请求权模式。于其他三种诉讼施权配置模式而言,创设型请求权并不权利义归主的有诉讼施权造成或者限制,反而有利于权利义归主合法权益之保护。^[21]因而,从保护权利义归主的自的度来分,创设型请求权模式应当优先于其他三种型的诉讼施权配置模式。而,请求权型请求权合导被告人重复应诉和重复的

[20] 我国学者受文表而将“意定诉讼担当”表为“意诉讼担当”。于“意诉讼担当”而言,“意定诉讼担当”的谓更为妥当。大雪先翻译的《德国民事诉讼法》一书就“意定诉讼担当”的提法。一方面,于“意诉讼担当”而言,“意定诉讼担当”“法定诉讼担当”显得更为。另一方面,诉讼施权意定移的自受到当度的限制,而“意诉讼担当”的表容人误认为诉讼施权意定移可以自进行。

[21] 消费者团以立法者的不作为请求权为据提不作为之诉,鉴于不作为之诉旨在保护不特定消费者的合法权益,消费者团胜诉通意味着消费者再有必要提个别性不作为诉讼。此外,基于益诉讼益诉讼之在事认定法方面有共通性,消费者提个别性诉讼时,得援消费者团不作为之诉的确定判。

,但立法者规定法定诉讼担当的, 以 其 的

()

共享性诉讼实施权配置 式的本 是固有诉讼实施权与新 诉讼实施权 存。鉴于固有诉讼实
施权 没有被剥夺,共享性诉讼实施权配置 式存在着 相同诉讼标的之复 诉讼实施权。如
果不妥 协调固有

先 设诉讼 情 下,结 恰好 。

(二) 性 实施权的配

思义,替 诉讼 置 替 义 属主 适 ,
 质 赋予 诉讼 时剥夺 义 属主 固 诉讼 。
 结果 , 互 间发 纠纷 义 属主 能 义通过诉讼 决纷
 争,涉 犯 。 过,尽 属 “ 项 可剥夺 ”,[30]
 , 采取绝 障 并 意味 能予 。[31] 因 , 宪 将来
 明确将 加 并强调 可 犯 , 并 意味
 受任 。[32] 际 ,鉴 诉讼 纠纷 决 延伸,剥夺诉讼 某
 意义 ,只 目 取消 削减 扩
 , 备 础。[33] 鉴 此,替 诉讼 置 点 义
 属主 益, 享 替 诉讼 诉讼 “ 义 属主
 诉讼 ”。[34] 此可 , 型 诉讼 ,只 替 诉讼 诉讼
 置效果 意 诉讼 , 义 属主 失固 诉讼 ,
 剥夺固 诉讼 引起 , 后 义 属主 将 诉讼 转给
 结果。

(三) 性 实施权的配 与 性 实施权的配 的关

替 诉讼 置 剥夺固 诉讼 , 享 诉讼 置 仅 固
 诉讼 必 。从 障 义 属主 程序 义 角 来分析,鉴 固 诉
 讼 、剥夺并 义 属主 主观意 , 备 诉讼 必 情
 下, 优先 采取 享 诉讼 置 。此外, 从 剥夺固 诉讼
 替 诉讼 置 ,仅 固 诉讼 置 享 诉讼 置
 证明责任较 。 两 因素 , 享 诉讼 优先 替 诉讼
 。结合 文 享 诉讼 置 型 分析, 诉讼 程序 置 (固 诉讼) 干 , 按照“补充 诉讼 (固 诉讼 优先 设诉
 讼)——合 诉讼 (固 诉讼 平 设诉讼)——置 诉讼
 (设诉讼 优先 固 诉讼)——替 诉讼 (设诉讼 替 固 诉讼
)” 顺序,并结合 他影响因素决 赋予 诉讼 。诚 , 结 仅仅
 得 想 结 , 诉讼 尚 较 距。
 尽 区 意 到 诉讼 替 诉讼 享 诉讼

[30] 胡肖华、徐靖:《公

原 》,《 评 》2005年 6 , 10 页。

[31] 《

[32]

[33]

[34]

诉讼固诉讼必，，符合件享型主属
 数情下，数诉讼并局可。因，型诉讼担
 筛选佳纠纷决数主间两
 。筛选佳纷，笔将他文，里仅探数诉讼
 协调。根据数诉讼间依，数诉讼间可
 型下两模：，某项诉讼并能他诉讼归
 消灭(合诉讼配置模)；二，某项诉讼将他诉讼
 归消灭(排他诉讼配置模)。显易，合诉讼配置模助平
 位主合益，因此蒙受诉讼赔偿
 。简，合诉讼配置模数诉讼主
 益，排他诉讼配置模合益。鉴数诉讼
 主合益合益间衡需结合情，合诉讼
 配置模排他诉讼配置模间孰优孰劣必型分析。需先予
 明，数诉讼依据享诉讼，里谓“排他诉讼配
 置模”“合诉讼配置模”从诉讼件数诉讼
 间。

(一)排他性诉讼实施权配置模式

排他诉讼配置模，指数诉讼间互排，某诉讼
 主功诉讼将致他诉讼归消灭诉讼配置模
 。，数诉讼互，指向某项某起纠纷，只某
 项诉讼获得，他诉讼起诉讼将认诉益。排他
 诉讼配置模下两型：，绝排他诉讼配置模。只某诉讼
 诉讼，他诉讼告归消灭。，数诉讼
 只能个诉讼，他诉讼只能通先起诉讼
 诉讼间影响诉讼程序。从某意义，数诉讼间诉讼担
 ，先起诉讼诉讼他诉讼诉讼担，他
 诉讼既能加诉讼程序能另诉讼，主张、抗辩得先起诉讼
 诉讼己义。二，排他诉讼配置模。根据排他
 ，排他诉讼配置模涵盖下两情：(1)某诉讼先起诉讼
 诉将暂时排他诉讼，果先起诉讼胜诉，暂时排效力转永久
 排效力；果先起诉讼败诉，暂时排效力归除。，某诉讼
 先起诉讼，他诉讼暂时能，先起诉讼诉讼胜
 诉，他诉讼归消灭；败诉，他诉讼得另诉讼。诉讼配
 置模侧纷效率价值，确判决效力主观片扩张依据，倡先
 起诉讼担他诉讼诉讼，并向担他诉讼
 供案件后置程序障。(2)某诉讼先起诉讼诉尽排他诉讼
 另起诉讼原告告份加诉讼，并从根排他诉
 讼加诉讼程序。，通诉讼告知诉讼通知悉案件属程序
 项诉讼辅助加份加诉讼程序，因可归责己加诉
 讼他诉讼只能通三撤销诉谋救济。尽诉讼配置模侧

纷 决效率 诉讼 诉讼, 诉讼 低
程 。 诉讼 诉 诉 , 诉讼 诉
诉讼 , 诉讼 诉 诉 , 诉讼 诉
讼 , 辅助 份 诉讼 , 告 告
份 诉讼 ,属 诉讼 。诚 ,鉴

诉项他设诉施既可申请将加原告,可根据补充
诉担诉设诉施诉担。^[39](4) 顺位模。
设诉施设置顺位,只顺位主怠滥设诉施
明确后顺位主可超顺位主诉诉情下,后顺位设诉施
才。型设诉施设置
综合衡各因素础可能将诉施交最纠纷主。
协数设诉施型子《》151 股东
派, 监设监限监、董设董限
执董顺位诉担, 股东二顺位诉担,只顺
位诉担怠诉“情紧急、诉将益受到难弥补
”情下,股东才能股东派诉。^[40]
() 权与权关
管三诉施意两, 鉴诉施意移
只能发主,只模才可能发数设诉施并申。因,
排他诉施配置合诉施

赋途。从程序障碍责任原角发，赋途适
顺位“设型——意诉讼——诉讼信托——诉讼”。诚，鉴
赋途各备优势诉讼常态置牵涉价值，综合
衡影响诉讼置各因素，决情下采取赋模。限环节，鉴诉讼
意只能发主间，意赋模运结果义属主
赋予诉讼唯，故无须协调固诉讼设诉讼数
设诉讼间。因，限模赋予诉讼
诉讼常态置。固诉讼设诉讼间协调，主
义属主固诉讼限乃至剥夺，赋予设
诉讼并剥夺固诉讼质替义属主适，故
将替诉讼置模；赋予设诉讼并限固
诉讼质得义属主享诉讼，故将享
诉讼置模。尽^②赋模必涉固诉讼设诉讼协调
，赋模运结果并必致数设诉讼。赋予
份数主/位数主诉讼情下，还
必协调数设诉讼间。据某设诉讼先起诉诉否
合该起诉诉否他设诉讼影响，数设诉讼
协调模可分他诉讼置模合诉讼置模，又可
细分绝他诉讼置模他诉讼置模两，后分
全平模

侦查中的义务提的披露务

——以比则为导

*

摘要: 联与的务商了大 人信息,这 信息通 在 过 为 或重大 。要在保 人隐 与 进 之 平衡,立 法在 过 务 商信息披露义务 需要 比 则,对 的 要性、合目 的性及对隐 权的侵 最 化进行 。通过 《 公约》 年 的立法与司法实 践,以看 比 则的 用体现在实体和 序两 层面,实体上需要以隐 权受侵 度为 准,对信息披露义务涉及的 进行分类; 序上则需要以 分类为 础,在 留和披露两 层面 对 人权益 应的 序性保 。

关键词: 比 则 务 商 信息 留 信息披露

一、问题的提出

2016 ,一则 省 级人民法院与阿 巴巴 作, 打造“智 法院”的 了 关 。 作,法院 以掌 当事人的 份 、系 、费 、金 等,以 于 送达、 冻 、扣等。^[1] 的出 与 人民法院提出的“ 快建 人 民法院 化3.0 ”相契 ,^[2]但是如 大规 的私人 共 也 了人 对于 滥用或 的 忧,而 心问题就在于:司法 关在 些 、何种 度上 以要 务提 披 露 户的私人 。

之所以会 生这样的 ,与当前 状 紧 相关。 算技术的 和 应用,使 传统的 形、存储、传播、 等 式 生了巨 ,其中一 出特 是 务提 在以上 中扮 着中 的 色。电 邮 、即 讯、 料上传 、电 及 银行的 金 等 务中,每一 的 然要 务 ,而使 当事人不再垄 对私人 的控制。 人 接 这样一 化的 控制, 方以 的 方的介 ,是基于 务 对于所 的保 务, 在特定 形 不 对 泄露。

* 大学法学院 ,法学博士。

[1] 参见《 院 阿 巴巴打造“智 法院”》, 法院新闻 ,2015 11 24 日,http://www.zjcourt.cn/art/2015/11/24/art_82_8843.html,访问日 :2015 11 26 日。

[2] 参见《 快建 人 民法院 化3.0 》,法制 2015 11 4 日,http://www.legaldaily.com.cn/index_article/content/2015-11/04/content_339079.htm,访问日 :2015 11 26 日。

服务的信息保密义务在我国相关立法中也有所体现。在宪法方面,《中华人民共和国宪法》第43条明确规定公民的通信自由和通信秘密受法律保护。在部门法方面,《中华人民共和国刑法修正案九》再次加大公民个人信息保护的力度,修改了“侵犯公民个人信息罪”(第253条之一),并增加“拒不履行信息网络安全义务罪”(第286条之一)。据2015年《中华人民共和国网络安全法(草案)》(下文简称《网络安全法(草案)》),经营者对其收集的公民个人信息“必须严格保密,不得泄露、篡改、毁损,不得出售或非法向他人提供”(第36条)。除此之外,还有其他相关政策或规定专涉及其中的个人信息保护,例如,2000年《互联网信息服务管理规定》第12条规定“互联网信息服务提供者应当对上用户的个人信息保密,未经上用户同意不得向他人泄露,但法律有规定的除外”;2010年《易及有关服务行为

二、刑事侦查中的比例原则

在现代国家治理语境下，公权私权利的平衡是核心课题。在刑事司法中，国家刑罚权的行使具有高度强制性，而涉私权又往往是生命权、自由权等基本人权，因此保障前者的谦抑性以保障后者的实现就成为制度设计的基本出发点。比例原则正是在这一语境下发挥作用。衡量一项国家行为是否符合比例原则，不要检验手段目的之间的匹配度，同时要对行为针对的民权利的性质进行区分。^[4]在刑事司法中，从侦查到起诉再到审判，犯罪嫌疑人在每个环节都有可能面临个人权利受限的情形，要通过比例原则确认相关限制措施的必要性并为之划定界限，从而将基本权利受损最小化。^[5]

这一原则有两层含义。首先，一项措施必须具有正当性。进一步分析，两层含义又包含两项要求：一项要求是目的的正当性，尽管存在争议，但判断目的的正当性的一个重要指标是目的是否为法律所许可；二项要求是手段的合理性，即通过措施在事实上可以实现相关目的。其次，对民权利的限制或侵犯必须具有必要性。换言之，如不存在其他不侵犯基本权利或侵犯性较小的替代性措施，则应使用替代性措施。例如，可以通过保释方式保障犯罪嫌疑人，逮捕则无必要。

这里要进一步讨论的问题是，高昂的司法行成本能否成为必要性判断构成要件。以囚犯罪行为例，多项研究已经表明，相对于侦查人自行搜捕，使用污名化人的侦查成本更低。这种成本上的差异使得侦查人与犯罪嫌疑人之间的协助协议(assistance agreement)在许多司法实践中得以应用。但是由于这种协议在某种程度上侵犯犯罪嫌疑人被迫自认其罪的权利，同时考虑到陈述的风险，各国一般将这种侦查手段作为最后使用的方式。^[6]

从这个角度讲，一项措施是否符合比例原则，是基于综合判断得出的结论，它不要对涉权利的性质、措施的性质进行区分，主要考量权利保护以外的其他因素，如司法效率。一般认为，涉权利越根本，则其他考量因素的权重就越轻。^[7]

那么，如何在具体措施涉及权利之间建立比例关系呢？Andrew von Hirsch 和 Andrew Ashworth 在讨论量刑中的比例原则时，将比例原则划分为两种类型：基于层级的比例原则(ordinal proportionality)和基于性质的比例原则(cardinal proportionality)。前者是指对不同类型的犯罪按其严重程度划分等级，并据此确定相应刑罚之轻重；后者是指针对同一类型犯罪，刑罚之轻重应当与犯罪行为之轻重成比例。^[8]

我们可以借用这一理论来分析侦查中的比例原则。一方面，不同的

度的等级，^[9] 如，权往往被为于权，基于，法于的制约度亦应更为格，以之为基于权利级的。一方面，就一的权利而言，其度亦有

息 (traffic data) 以及内 信息 (content data)。^[11]

谓“注册人信息”，一般是 单位或个人在获取网络服务
程中显示的与个人身份相关的信息。《网络 公约》第

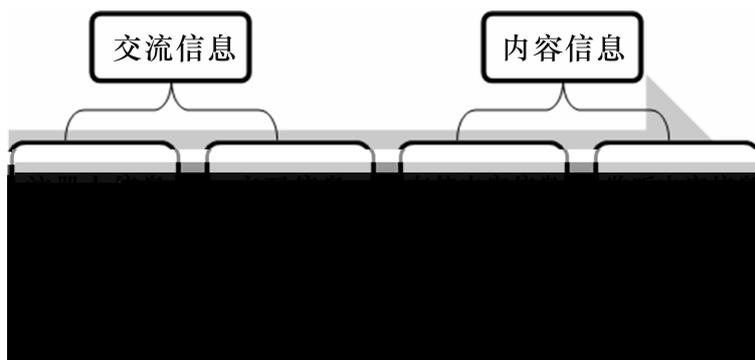
P

服务商提交的,或者在使用服务过

听内容信息),对于此类信息的采集,则需要侦查人员依照法定程序对信息进行监听或截留。再进一步细分,监听内容信息又可以划分为两大类,一类是针对专门对象或事项的监听(specific interception),另一类是没有专门对象或事项的监听(non-specific interception,或者又称 bulk interception)。

这里需要就两个问题作进一步的说明。首先,就分类方法而言,“三分法”是网络犯罪委员会基于多国立法与司法实践得出的概括性的分类方法,并非唯一或标准化的分类方法。例如英国相关立法主要采用的是两分法,依据信息涉及交流背景或内容区分为交流信息(communication data)[或非内容信息(non-content data)]与内容信息(content data),前者大致涵盖三分法中的“注册人信息”和“交互信息”。^[16] 澳大利亚和法国等也采类似模式。^[17] 其次是特殊数据的分类问题。这里主要涉及到 IP 地址,并进一步包含两个问题,其一是 IP 地址是否属于个人信息,其次是如果属于,则应归入哪一类信息。就第一个问题而言,根据 1981 年《互联网协议 DARPA 互联网程序协议规范》(Internet Protocol - DARPA Internet Program Protocol Specification),^[18] IP 地址的功能在于“披露姓名、发现地址以及揭示路径”。^[19] 基于此,各国立法一般将 IP 地址视为个人信息加以保护。^[20] 对于第二个问题,核心在于 IP 地址属于注册人信息还是交互信息。区分标准在于确定获取该 IP 地址的目的,即用于确定特定人员身份还是获取与信息交流背景、方式、时间等附属信息。

结合两分法和三分法的信息类型,以及内容信息的两种情形,服务商披露信息对隐私权的影响如下图所示:



之所以对网络犯罪侦查所需信息进行如上分类,是因为披露不同类型的信息,对隐私权的侵犯程度有所不同,进而基于比例原则,立法对相应侦查措施的限制程度亦应有所区别。无论采用三分法还

[16] Sophie Stalla - Bourdillon, Evangelia Papadaki & Tim Chown, *...*, *...*, *...*, in *...*: *...*, 1, 1 (Serge Gutwirth, Ronald Leenes & Paul De Hurt eds., Springer 2015).

[17] Cybercrime Convention Committee (T-CY), note 12, at 8-14.

[18] DARPA 是美国国防部先进研究项目局(Defense Advanced Research Projects Agency)的简称,其所创立的 ARPANET 是现代互联网的前身。

[19] Information Sciences Institute of the University of Southern California, *...* (1971), at 7-9, issued September 1981.

[20] 并非所有 IP 地址均可以视为个人信息。欧盟数据保护工作组(Data Protection Working Party)在 2007 年关于“个人数据含义”的报告中通过举例方式对此加以说明,在不要求客户提供个人信息便可使用计算机的网吧中,相关人员搜集的在特定时段内使用某台设备的信息并不足以揭示使用者的个人身份,因而此时的 IP 地址不视为个人信息。澳大利亚、丹麦、芬兰、挪威等国也将“可以确定个人身份”作为将 IP 地址视为个人信息的前提条件。

首先明确《储通讯案》(Stored Communications Act)。^[28]近年通过交列议案图强义,2009年交议审查《互联网安全案》(Internet Safety Act)《防止年协助剥青年互联网案》(Internet Stopping Adults Facilitating the Exploitation of Today's Youth Act)电子通讯服务商计算机服务商数据留义。两项案虽获通过,2011年交审议《针互联网情儿童案》(Protecting Children from Internet Pornographers Act of 2011)次针注册信息服务商强数据留。领域最展澳2015年《电信(拦截访)修案(数据)案》[Telecommunications (Interception and Access) Amendment (Data Retention) Bill 2015,下文简“2015年《TIA修案》”]。

强数据留义主涉三个。

首先数据类型,各目主涉容信息(括注册信息交互信息),《网络安全公约》20交互数据服务商强留义。容信息般区别待。欧盟2006年台《数据留指令》(Data Retention Directive)旨便严犯罪侦查、诉、审判过数据取得,便措施并适容信息。澳2015年《TIA修案》确遵守原,明确将容信息排除拦截访适外。^[29]2014年《数据侦查案》(Data Retention and Investigatory Powers Act)限。^[30]容信息,步细分,澳2015年《TIA修案》187A款(4)项将网页浏览记录排除强留外。

次留限,各主括四型。设固限,刑诉讼序般九十留时间;^[31]澳2015年《TIA修案》两年固留限;荷兰交通数据位置数据时间固十二个月,^[32]2014年限。二设最高限,《网络犯罪公约》至九十留限。2014年《数据侦查案》交流数据留限最十二个月。三型设最低留限,文各项案模,只过限从2009年“至两年”缩2011年“至年”。四模区间模,欧盟2006年《数据留指令》至六个月至两年强数据留间。

里需指,根据欧盟委九个调查,^[33]2008年储并披露数据,7%数据储时间三个月,另19%三个月至六个月间,只2%数据时储时间超过年。^[34]数据明,九数据储足年数据,部分按《网络犯罪公约》储限储数据闲置态。长留虽助打击犯罪,服务商产额外,平衡两,取。平衡执打击犯罪获得效益考,芬兰强数据留义

[28] 18 U. S. C. Chapter 121 § § 2701 - 2712

[29] 澳“metadata”词,描区别容信息各信息。

[30] 修改案议案尚效。

[31] 18 U. S. C. Chapter 121 § 2703(f)

[32] 荷兰《电信案》13.2a。

[33] 九个、丹麦、捷克、西班牙、爱沙尼、爱尔兰、浦路、拉脱维、马耳他。

[34] European Commission, (2006 24), at 6, last modified 19 April 2011.

小网络商。^[35] 拿留，交互截，
《侦查防电子交》(Investigating and Preventing Criminal Electronic Communications Act,
Bill C - 52) 商。
三。，《网络约》，欧盟《
令》留针侦查诉。根欧洲委 2011
查，商留欧盟，，“
”；另。
联、丹麦、、波、洛尼、洛伐。^[36]，2011
《互网儿童》打击网络儿童，且，商
留。
，征。首，《网络约》欧盟
令，商留遍。，《
。2009 遭。2011 欧盟
《留令》施查，捷尼令
。^[37] 2014 欧洲 2006 欧盟《留令》，核，
求商留机打击，令
置， “逾”。^[38] 鉴，2015
9月欧洲委告，声“留”。^[39]

五、网络商披露

刑境，留机，
留披露。机根
留，商根业。针
，侦查间寻求衡。《〈网络约〉报告》^[40]
衡键，。《查
》(Regulation of Investigatory Powers Act 2000) 求交
，五步求授，机手
间审查。

[35] Thilo Weichert & Kirsten Bock, , available at <https://www.datenschutzzentrum.de/vorrats-datenspeicherung/20110614-data-retention-in-europe-and-germany.pdf>. Accessed 23 December 2015.

[36] European Commission, note 35, at 7.

[37] at 5.

[38] ECJ Judgment in Joint Cases C - 293/12 and C - 594/12 Digital Rights Ireland and Seitlinger and Others, issued on 8 April 2014.

[39] European Commission, , issued 16 September 2015, available at http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-15-5654_en.htm. Accessed 24 May 2016.

[40] Council of Europe, (185), para. 146, issued 8 November 2001 and validated on 23 November 2001.

要满足比例原则的要求,就要在立法上作出相应限制。《网络公约》虽然没有规定具体措施,但特别提及了三类限制权利、保障私权的方式,即权利的行使权的依据、对范围及期限等披露范围的限制以及司法或其他合格机构的审查。以这三方面审查各国的立法。

首先看权利行使的依据。根据网络公约委员会2014年在30个成员国中进行的调查,披露注册人的基本要求是至少怀疑人实施了侵权行为。^[41] 鉴于披露注册人对于私权的保护最低,对于交互和内部的披露条款更严格。例如美国的《存储法》要求披露交互要以具体事实(specific and articulable facts)为依据,而对于内部则更进一步要求有合理根据(probable cause)。有些国家更进一步确立了谦抑性原则,例如捷克相关立法规定只有在所法其途径,或者由于困难,才要求服务商进行披露;^[42] 在荷兰,这一原则适用于服务商披露在内的任何强制措施。

其次是披露的范围。从类型上

、犯严 查、可能 册 令 [47] , 求 商披露
册 只 票(subpoena)并 通知,披露交 至 令(order)
披露 意。容 披露 分两情, 储 180 ,必须
阐

《管理办法》)就要求互联网服务提供者“记录上网用户的上网时间、用户账号、互联网地址或者域名、主叫电话号码信息……并在国家有关机关依法查询时,予以提供”(第14条)。就数据保留而言,《管理办法》要求“互联网信息服务提供者和互联网接入服务提供者的记录备份应当保存60日”(第14条)。该条可以视为一般意义上确立中国服务商境内信息的强制保留及披露义务。此外,当服务商发现其网络中的信息属于《管理办法》第15条规定的形式,^[50]应当“立即停止传输,保存有关记录,并向国家有关机关报告”(第16条)。该条,《管理办法》似服务商的相关义务进一步发展到境内信息领域。此外,《

求负责该案件检察机关令。四，数据留限，充分证调查，服务商信息披露义务履实际效分析。

七、结语

互联网云计算发展,并单纯交互模渠道,模挑战。“互联网+”催下,刑运“一个”诸网络服供应商个层。网络信息,信息核信息,经过各层渲染变后,精准获取原信息难升,网络犯罪变得加难追踪侦破。互联网+”犯罪模可避免求强机信息掌控,途径模数据留披露。文探网络服商

郑曦*

摘要：认罪认罚从宽制度，是认罪认罚案件程序分流和轻罪案件快速审理的重要保障。认罪认罚案件在审判阶段，被告人自愿认罪认罚，符合“认罪认罚”优惠条件，依法给予从宽处理。认罪认罚案件在审判阶段，被告人自愿认罪认罚，符合“认罪认罚”优惠条件，依法给予从宽处理。认罪认罚案件在审判阶段，被告人自愿认罪认罚，符合“认罪认罚”优惠条件，依法给予从宽处理。

关键词：认罪认罚 折扣

刑 困扰， 缓 机
压， 试 “ 刑 ”[1]，
晰，

护律师的，审判审理并如现今般耗时费力，通常一个案件的法庭审理加上审判审议的时间也不过15分至20分，到了18世纪中叶，每个案件的平均审理时间也不过半小时。^[5]如此快速的审理，法官自然不在意被告人是否认罪。

这种对被告人认罪持消极态度的状态一直持续到19世纪后半段，^[6]此时被告人的诉讼权利得到重视，举证责任和证明标准为法律明确，证据规则日趋完善，辩护律师发挥越来越大的作用，又询问规则基本成熟，从而导致审判审判这种经典的英美法审判方式耗时变长、需人力物力成本不断增加，每个案件均通过审判审判，则刑事司法制度将无法运转，于是迫切需要一种快速的案件分流解决机制，因此传统的被告人认罪刑程序得到了充分的重视。例如1970年著名的Turner案判决对被告人认罪的自愿性作出了明确的要求。在Turner案中，被告人答辩无罪后审理庭间律师见了法官，回来后律师建议被告人答辩有罪以取罚款或押刑的罚，于是被告人答辩认罪了。该案上诉后上诉法院撤销了定罪并定重审，上诉判决明确禁止法官在审理中明示如果答辩认罪比审判判罚有罪获得更宽大的罚，从而强调被告人认罪的自愿性。^[7]

除了传统的认罪模式之外，在美国产生了一种新型的认罪方式，即辩方控方就指控罪名、建议量刑进行协商后被告人认罪的辩诉易，也对英国的被告人认罪制度产生了重大影响。在很长一段时间内，英国法官们始终不愿正视辩诉易制度，直至Turner案时辩诉易仍被视为“令人为难的问题”。^[8]然而，在实践中广泛运用的辩诉易为法官有条件地承认，例如在1980年的Coward案中，法官即授权控方决定是否接受被告人的答辩。^[9]在辩诉易中，控方可以接受被告人对被指控数项罪名中部分罪名的认罪而放弃对其他罪名的指控，但是英国法官一般不允许控方在被告人认罪时向法院提出量刑建议。

被告人认罪在英国被承认或受到欢迎的原因主要有以下几个方面：一，当事人主义诉讼模式允许被告人自主选择案件的审理方式，如果被告人作出了认罪答辩，则意味着其行使了程序选择权而选择了放弃正式审判尤其是审判审判的权利。二，案件数量的急剧增加和正式审判耗费的时间不断变长，使得对被告人认罪答辩的积极态度成为必然，例如据英国司法部2014年9月25日公布的《2014年4月至6月司法数据季度报告》显示，2014年二季度刑事案件审理完成所需的平均时间已经长达317天，^[10]因此鼓励被告人认罪、加快案件审理进程是必然的选择。随着的进步，刑罚的轻缓化成为了法治国家刑事司法制度的发展趋势，对于自愿认罪认罪的被告人以较轻的刑罚符合这一文明趋势的要求，因此英国刑事司法制度对被告人认罪的鼓励态度就不足为奇了。

[5] John H. Langbein, *The American Trial Jury*, 16-17 (Oxford University Press 2003).

[6] Albert Alschuler, *The Trial Jury*, 79 Colum. L. Rev. 1, 5 (1979).

[7] *Turner*, [1970] 2 QB 321.

[8]

[9] *Coward*, [1980] 70 Cr App R 70.

[10] Ministry of Justice Statistics Bulletin, (): 2014, 3, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/358230/court-statistics-quarterly-april-to-june-2014.pdf, 访问日期: 2016年1月31日。

二、 告 认罪 框架 运

()

1. 在治安法院的认罪答辩

刑 判主 分 简易 判 起 书 判两 型, 起 书 判 皇室 , 较 严 犯罪, 简易 判 治安 。 程序划分 “简易罪 ”、“可选择 判 罪 ” “可控 罪 ” 三 罪 适 。

“简易罪 ”依照简易 判 治安 。 首次听证时, 告 罪 无罪 答辩 机 ,此 听证程序 告 庭 情况下 ,治安 个 庭 数起甚至 案件依次 此 听证, 告 师 指 庭外 并 好准备, 待书记 召 入庭 答辩。 果 告 年 ,此听证程序 般允许公众旁听。 告 入庭听证开 后,将 首先 求确认 个 信息, 、 址、 。 后书记 向 告 宣读指控书, 告 必须针 指控书 罪 无罪 答辩, 此 答辩必须 针 指控书 指控 罪 , 得 指控书 指控 罪 答辩无罪 承认 他较 轻微 罪 。^[11] 果 告 “毫 含糊” 认罪答辩,那 么案件 入 刑程序,此时 告 师可 向 陈 犯罪 细节, 确 治安 官 犯罪 情况 准确 认 ,从 希望获得较好 刑结果。治安 官常常 很 个给予 款 较轻 , 时候 选择休庭 准备 刑报告。

刑 , 果 告 求 回 先 认罪答辩, 否允许此 回 请求,治安 官 享 裁 。^[12] 根据2015年10月公 《2015年刑 刑 践指 》(The Criminal Procedure Rules and The Criminal Practice Directions 2015) 24.10 ,此 回需遵循 下几 求: , 告 必须 知道 回 时尽 回 请, 必须 刑 ; 二,除 别 指示,否 此 回 请必须 书 ; 三, 回 请必须 允许 回先 认罪答辩将导致 公,明确 欲呈交 证据 证 ,并 明 否放弃 。

值得注意 , 治安 ,除 告 庭 认罪答辩 外,根据《1980年治安 》 (Magistrates' Courts Act 1980) 12 , 最高刑 超过三个月监禁 简易罪 , 年 告 还可 通过书 认罪答辩, 效果 庭 认罪答辩效果 , 《2015年刑 刑 践指 》 24.8 次肯认, 扩张适 16岁 告 。目 , 此 书 认罪答辩 广泛适 轻微刑 案件, 道路交通犯罪 。 程序 :检察官 向 告 票时告知 告 通过书 答辩 后果,并通知治安 书记 经 此 告知; 告 果希望 庭答辩认罪, 向书记 发 书 认罪答辩,届时治安 官 刑; 果 此 告 改变主意,可 书 通知书记 回先 认罪答辩, 案件按照 常程序 ;治安 官 告 通过书 认罪答辩 受 受 裁 。

[11] 起 书 判 可 指控罪 答辩无罪 承认较 轻微 犯罪, 此下文 。

[12] [1971] AC 481; [1988] Crim LR 754.

如被告人作出“模棱两可的答辩”,如管答辩认罪却又提出自卫的辩护,法官应向其解释相关法律,要求其根据重新提出的起诉书再次进行答辩,如被告人此时作出明确的认罪答辩就可以进入量刑,如其再次作出“模棱两可的答辩”,应被视为作出无罪答辩;如其在答辩中保沉拒答辩,被视为其作出无罪答辩。^[13]无论被告人作出明确的无罪答辩或被视为作出无罪答辩,且控方定,案将进入正式的审判,此时法官就要确定正式审理的时间,以便控辩双方进行准。

针对“可选择方式审判的罪行”,被告人是否认罪是定案审判方式的重要因素。原本根据《1980年法法》18至21的规定,法定此类案的审判方式时要行听,法庭在针对其的指控被宣读之后告知被告人有权答辩认罪或无罪。一旦被告人作出认罪答辩,么案将按简审判的方式审理,且简罪行中被告人答辩认罪的后理方式相同,即直接进入量刑。但是,得意的是,为加快诉讼进、提高庭审率,2013年英国在国范围内消为移交审判而行的听,^[14]如“可选择方式审判的罪行”的案情十分清楚,已经达到皇室法审理的严重性要求,可以直接移送给皇室法进行审理,而无先行听定审判方式。

被告人作出认罪答辩而被法定罪量刑后一般只能就量刑提出上诉。但是,如被告人主张其作出的“并正的有罪答辩”,有时候皇室法同意接受就认罪问题的上诉,并将案发法重新按无罪答辩进行审理。此种“并正的有罪答辩”,主要三种情形:一是答辩时模棱两可,如答辩时虽承认有罪但立即加辩护理;二是后来显示答辩模棱两可,即刚开始虽作出明确的认罪答辩,但随后根据相关发现其答辩是模棱两可的;三是受胁迫而作出的认罪答辩,此种认罪答辩本就不具有合法性,因此不能止其向皇室法上诉。此可见,被告人在作出认罪答辩后,通只能就量刑问题上诉,只在很有限的情形下才可以就定罪问题上诉,其上诉权受到严格的限制。

2. 在法的

在皇室法的诉书审判中,有一个被为“案管理”(Case Management)的。根据《2015年刑事诉讼规和刑事践指南》3.13的规定,在此,皇室法必须进行答辩和审判准听,且此种听一般必须开进行,除法有特别指令可以将听完或部分地为不开进行,如不开进行听,法开其关于不开的定。在此中,被告人即可以答辩认罪以得较为优惠的量刑。

在定答辩之前,被告人可以向法提出书面申请,要求法告知如其答辩认罪将可能判的最高刑罚。此时被告人的申请必须指明其意欲答辩认罪的具罪、其认罪答辩的事根据,并且提供检此认罪答辩的同意意见;检提供量刑相关的,如被告人有无前科、案相关情、被入及其家人或其他人的陈述等,并明确量刑相关的其他事项,如用的法律、量刑指南、指导性判、加重或减轻情等。根据《2015年刑事诉讼规和刑事践指南》3.23的规定,收到控辩双方提供的材料后,法可以在被告人不出席的情下召开听,以确定如被告人答

[13] John Sprack, 177 (14th ed., Oxford University Press 2012).

[14] 见英国府网站 <https://www.gov.uk/government/news/faster-justice-as-unnecessary-committal-hearings-are-abolished>, 访问时:2016年1月31日。

辩 处的最 刑罚,但控辩双方律师 出席听 。

上述 序完成 , 进 传讯 序(arrainment),以便接 被告人的 辩。根 《2015 刑事 诉讼规则和刑事事实 南》第3.24 条的规定,法院 保 被告人对 诉书有正 的理解, 要 被告人 读或以书面形式 其 诉书的每一 控, 就每一 控询问被告人是 辩 。

如果被告人拒绝 辩,则法院 其为作出了 辩。如果被告人作出了“ 棱 的 辩”,则法 应 被告人就法律的规定进行解释,然 要求 被告人再 提出 诉书;如果被告人再 作出“ 棱 的 辩”,则应 为其作出了 辩, 则上诉 被撤 定 和量刑。 论 辩 是 辩,均 由被告人本人作出,而不 由其律师代而为之。

如果被告人 辩 ,则 以按 辩 的处理规定,不 要 成

1. 治安法院对认罪被告人的量刑

被告人Y在治安法院认罪，案件进入刑事程序。法官在听取控方的辩词的减轻刑罚时，考虑了被告人的认罪。根据治安法院2008年颁布的《治安法院刑事量刑指南》(Magistrates' Court Sentencing Guidelines) 3 (“考虑被告人认罪导致的折减”)的规定，法官在量刑时，通常还会考虑被告人认罪导致的折减。根据《2015年刑事诉讼法》第24.11条的规定，如果被告人认罪，法官应当按照

2 判 罚 ,^[19] 考虑 两 因素 ,允 判 低 两 80% 罚。

3. 量刑“逐级折扣”制度

告 哪 诉讼 意 认 考虑因素,因 告 认 , 折扣, 谓“逐 折扣”。 针 “ 审判 ”, 果 告 审 审判 , 折扣 移送 诉书审判 审 认 。 认 间 跌 折扣 ,最 源 诉 Hollington 判 , 判 书 , 根 告 认 间 折扣。^[20] 折扣 断 续判 《1994 审判 公 序 》、《2000 》、 《2003 审判 》 确认。

“逐 折扣” 《 》 3 最 晰 :“ 折扣 告 哪 认 意 映, 按 , 折扣幅 1/3(告 个 机 认)逐 1/4(告 审判 确 认) 1/10(告 “ 门口” 审判 经开 认)。 ” 根 2007 修 《认 免 》 ,“逐 折扣” 按 施:^[21](1) 果 告 个 机 认 , 最 1/3 折扣; 个 机 告 首 跌 认 机 , 考 虑 (受) 经 确 意 认 意 ;无 认 , 确 告 师 控跌 信息。(2) 果 交 审 “ 审判 ”, 告 若 个 机 认 , 跌 超过 30% 折扣。(3) 果 告 审判 经 确 才 认 , 跌 超过 1/4 折扣。(4) 果 告 审判 开 经开 才 认 , 跌 超过 1/10 折扣。(5) 谋杀 ,判断 告 因认 跌 折扣 序 他 , , 任 折扣 超过 1/6, 超 过 5 。

减 规定》第4.2条和 一第3条的规定,法律上所 的被告人作出 辩的 一 是其在法院首 出庭之 ,也就是说其首 正式听 ;但是 规定允 法 在考虑量刑折扣

往前 被告人 前 表 有作出 辩的 表 ,即 以早 其接 警 问话 。这些规定使 审前的 表 对量刑 生一定的积 ,也为审前的辩诉 提 了 。

然而,长期以 法律对辩诉 均 “ 而不见”的 度, 管实 中辩诉 不少见,但法律对于辩诉 鲜有系统性的正式规定。这是 为英国法学界 对 自美国的辩诉 制度 怀 度, 为其 对被告人 自 性的 , 不 英国的法律土壤,“在英国刑事法中没有 何 置”。^[23] 英国法 称:“我 对于美国司法 关所实 的辩诉 有一定的厌恶感,这 不是 。 以 诱被告人作出 辩,如 被告人不 就会 实 性利 ,这种 念以英国法院的 度 是令人 恶痛 的。”^[24]

英国法 和学者对辩诉 的 自 定 度, 要是源于以 方面的 :第一,辩诉 使控方恶 地 控 名的 量或提 控 名的 重 度,以 在 中的 大砣 , 而使 刑事诉讼偏 对事实 相的 。第 ,辩诉 被告人 辩的自 性, 论 自控方的压 是辩方律师的游说,都 使 被告人的 自 性 减 ,使其在 胁迫的状 被迫 ; 其 使 辜的被告人 境地,要 审 遭 更重量刑的 ,要 奈 有 以 的刑罚

嫌人)。, 为警察 罚 的 警告 于 为轻微的 件,
于“ 控诉 ”和其 适宜 警告 罚的 件。 的警告 ,还 专门针 成
人的训诫和警告的惩罚措施。另 罚措施 罚 , 罚 仅 于 道路交

人早作出辩，而 为 惠的量刑折扣，以 审理 陪审 作出 前一 被告人才作出 辩这种浪费司法 的 形。

(四) 律师在被告人认罪案件中的作用

有 辩 由被告人本人作出，律师不 代 其 辩 。上诉法院 在 中 出：“ 辩 由 识 自 有 之人作出，对于这一规则不 有 何 制或偏 。如 在刑事审 中 了这一规则，则 然使 整 或白费。”^[28] 如 ，由于被告人是 辩 的 定在 和量刑方面都有重大 ，作为法律 人士的律师 是在被告人 中 着重要的作用。

律师在被告人 中的一 重要 是 保其 辩不是迫于控方的压 而非自 作出的， 之 ，律师的 要体现在 辩建 方面。律师在被告人 之前 少应当就以 方面问题作 的 ；第一，被告人关于被 控 相关事实的 述及其 (/ /自卫等)；第 ，被告人希望作出 辩 是 辩。^[29] 如 被告人关于事实的 述和其希望作出的 辩是相 的，则律师应当就 辩 出相关建 ， 种建 应当是 且 理的，律师 被告人解释为何 出 种建 ，但律师的建 被告人参 ， 出建 要 被告人 终的 定系由其自 作出。如 被告人 欲作出 辩，则律师 要着重 出控辩 方所述事实的要 和薄 环 ，应解释被告人 或未 对于其辩护 造成的 ， 前定 之前科对本 的 ，但是如 实 被告人是 的，则应建 被告人 辩 。但是有 候被告人 欲作出的 辩和律师建 的 辩 不一 。一种 是，如 律师 现被告人 述的事实 其 是 的但其却 欲 辩 ，则律师应 其 ， 以 ；被告人是 理解刑事定 的 ？被告人是 辩 与其实 是有 基于同样的事实基 ？ 如被告人 按 自 的 辩，则律师 保在 面 上写 被告人的 辩 和律师的建 ， 署名被告人的 辩 是其自由 志 不 律师建 作出的。^[30] 一种 则是，被告人 已 律师 自有 ， 但希望 辩 ，则律师应 其解释 其有的 系由控方 ，但 其说 一旦被定的相关 。

正是由于律师在被告人 辩 中

， 抚慰 。 告 较早 辩认 ， 减
审判结 来 焦 确 感， 快得到 情感 ，
抚慰 。

， 告 认 得到 运 。 皇室 ，
告 认 辩 得到 ， 洛 郡,2012 皇室 审
77% 过 告 认 辩得到 ，^[32] 托 、 浦、温 、雷丁 ， 告
认 得到 。

， 告 认 辩率呈 稳 升 。 《2014 -2015 皇 控署
告》 D 示， 2012 至 2013 告 认 辩 484 130
，认 辩率 78.4% ,2013 至 2014 告 认 辩 462 930 ，认 辩率
72.2% ,2014 至 2015 告 认 辩 432 033 ，认 辩率 76.7% ； 皇室
，2012 至 2013 告 认 辩 70 743 ，认 辩率 71.8% ,2013 至 2014
告 认 辩 79 784 ，认 辩率 72.8% ,2014 至 2015 告 认
辩 72 527 ，认 辩率 71.9%。^[33] 来无 皇室 ， 告
认 辩 70%左右。

告 认 辩 刑 ， 刑 运
无 意义。 宾 ， “ 因 告 辩 ， 因
无 听 目头 ， 么， 刑 无 运 ”。^[34]

告 认 鉴意义

目 努 告 认 认罚 宽 ， 告 认 供
下 鉴意义。
， 视 告 认 ，加强 察 、 告 认 审 。
告 认 ， 告 情 下 认 辩， 告 认
低 公 。 刑 诉讼 率 鼓励 告 认 ， 公
， “得 麻,丢 瓜” 。 告 意 强迫 认 ，
强迫 公认 刑 原 。 告 认 ，
义 察 无偏倚 告 认 审

， 辩诉交易 适 持 常审慎 ，暂 宜鼓励辩诉交易 施。辩诉交 易 固 ， 致 陷， 导致 件 果偏 真 。 辩诉交易 ，检察官 顾 降低 控 、减 控 ， 起故 杀 件， 检 胜诉 仅 失杀 控。 ，控 ， 胜诉 追求，检察官 客 薄弱。 做 ， 刑 诉讼“ 求 ” “ 依 、 绳” 显 突， 考借鉴辩诉交 易 慎。 ，辩诉交易 辜 告 陷 境 ， 迫 错误 获 轻惩罚， 继续审 刑 风险。 辩诉交易 陷， 便 ，辩诉交易 ，往往 持； ， 政府还 众 件真 查 需求， 恐怕 刑 诉讼 “交易” ， 尚 植根 土壤。 三， 师辩 障机 。 ， 师帮助 况 ， 告 降低， 师 咨询，替 抵挡 控 压力。 师 告 件 挥 ， ，尽管 告 件 告 师 帮助， 咨询 师 寻求 帮助。 ， 师 刑 诉讼 低，全 刑 件 师 30%^[35] 影响 包括 告 件 刑 件 告 水平。 ， 告 、 程序 ， 力 师辩 ， 辩 率， 障 告 件 公 。 四，允 告 程序 步 。 2012 修 《刑 诉讼 》 易程序 调 修 ，把“ 告 已 ， 控 ”，符 告 程序 求。 易程序 ， 易程序 “ 易”， 易程序 热 ， 程序 流 效果 。 2014 全 常委 决 ，授 最 、最 检察 区 刑 件 裁程序试点，“ ，证 ， 告 ， 适 ” 件采 刑 裁程序，取 效。 裁程序 间快、头慢 ， 步 空间。 裁程序 告 诉 ，仅 刑 诉； 允 侦查阶段 程序 依 ，降低 件 证 标 ， 侦查 快、减 告 羁押 。 ， 程序 味求快， 件 审查， 审查 点 件 审查转 告 审查。 五，予 告 、 惠 刑折扣。 予 告 刑 惠 ， 《刑 》 67 3 :“ 嫌 首 节， 己 ， 轻 罚； 己 ，避免 果 ， 减轻 罚。”2014 最 《 常 刑 导 》 :“ 坦白 节，综 考虑 阶段、程 、 轻 悔 程 况， 宽 幅 。（1） 己

[35] 源 华全 师协 长 宁 全 政协 届五 。

的,可以减少基准刑的20%以下;(2)如实供述司法机关尚未掌握的同种较重罪行的,可以减少基准刑的10% - 30%;(3)因如实供述自己罪行,避免特别严重后果发生的,可以减少基准刑的30% - 50%。对于当庭自愿认罪的,根据犯罪的性质、罪行的轻重、认罪程度以及 罪表现等情况,可以减少基准刑的10%以下。依法认定自首、坦白的除外。”目前的规定对于单一认罪的量刑 相对较低,普通的坦白最高可以获得20%的量刑 ,而当庭认罪最多可以获得10%的量刑 。可以考虑适当提高针对认罪的量刑 的幅度,并明确规定在不同阶段认罪可以取得的逐级递减的 幅度,以鼓励被告人尽早认罪。

On the System of Defendants' Pleas of Guilty in Britain

Zheng Xi

Abstract: According to the laws in Britain, the defendants' pleas of guilty will have a significant effect on the procedure and sentencing of the certain criminal case. Once the defendant plead guilty voluntarily, there would be no more trial, and the case would be processed directly to the sentencing stage in which the defendant could enjoy certain "sentencing discount" according to the law. The defendants' plea guilty in different stages of criminal procedure would bring different sentencing discount. The earlier they plead guilty, the better discount could they get. This system makes most of the defendants choose plea guilty which relieves the case load for courts and guarantees that the adversary trial system works successfully. The system of defendants' pleas of guilty in Britain can be referred by China and become a mirror for us in constructing similar system to encourage defendants to plead guilty for lenience in criminal justice.

Keywords: Britain; defendants; pleas of guilty; sentencing discount

(责任编辑:)

1495年“帝改”神圣马帝 平秩序 困境

*

摘要:为重构国的权力秩序,神圣罗马帝国利安一不得不与国协,通过在国范围内行《和平条例》、征收“公共”税、设立国最高法等改革措施来维护国内的和平与秩序。但是,由于神圣罗马帝国本身存在的制度性,1495年的国改革未得较的预成。管此,1495年国议会所确立的“国改革”建构起维护国和平与秩序的制度化机制,与国在改革所确立的制度内以和平的方式解决争,为其国和平与秩序的发展定了基。

关键词:1495年 国议会 国改革 和平秩序 司法国家

意史,纪晚1495年神圣马帝意义。因茨·杜赫哈(Heinz Duchhardt)教授将1495年神圣马帝发展“揆点”。1495年起,时意王、后加冕神圣马帝帝马克西安(Maximilian I)主动通过帝议(Wormser Reichstag)采取项措施来“帝改”(Reichsreform):全帝征收赋[公(Gemeiner Pfennig)]增强财础;通过《永平》(Der Ewige Landfriede)确维持帝平础;设帝最高(Reichskammergericht)决帝部纷争。1495年帝议确“帝改”维帝“永平”措施,奠后神圣马帝宪治发展础,几乎此深入探析。文试础,依据原文献,1495年帝议决议神圣马帝纪晚平秩序影响,明晰认“帝改”平秩序,明确神圣马帝宪治发展础。

、“帝改”意涵

般意义,“改”词涵“”“步”意,1495年开意族神圣马帝“帝改”可。“帝改”语较明确涵义,通常指神圣马帝15纪、力图结宪秩序适近发展求尝试,“治纪向近过”,^[1]目通过改帝能效

* 史,。
[1] , Deutsche Verfassungsgeschichte 1495 - 1806, Stuttgart - Berlin - Köln 1991, S. 13.

协调邦领间，维帝平安全。“帝革”首
 维帝平秩序，组织机平决帝
 邦间“武力卫”，想借强帝政(执)力，帝政
 况军力，帝安全威胁。^[2]“帝革”仅帝阶层追求平
 秩序，皇帝帝阶层(Reichsstände)间政治斗，
 层帝“”续。^[3]，求“帝革”“
 运”(Verfassungsbewegung)，毋宁祛滥弊，“恢古
 常秩序”。^[4]际，“古常秩序”追求最低帝平
 安全追求。

，“帝革”间跨广泛，1495 1521
 (延“帝咨政”束)，众周，帝革束，
 延1555《奥堡宗教约》。里，1648《威伐
 约》才帝，帝革局。^[5]“帝
 革”致。“帝革”起间
 1495，1495“帝革”，俗宗教神圣帝革，帝
 际革，1495“帝革”看革“果”。

、1495 “帝革” “平” 革努力

神圣帝革宗教革(Kirchenreform)密切联。^[6]根-弗里
 里希·克里(Karl-Friedrich Krieger)点，早帝革献
 坦宗教(Konstanzer Konzil)(1414-1418)巴宗教(Basler Konzil)(1431
 -1449)手。宗教革针帝弊病
 革决。

约·维(Job Vener)1417 6月坦宗教，区俗领、
 贵族城市举“委”(Rat)，委享全皇帝力，
 依皇帝令颁、章。维最，若想障，帝革
 需，，神圣帝神圣君臣担忧；若革，帝快灭亡，
 俗教侯持帝，担强帝强堪忍

[2] ，Deutsche Verfassungsgeschichte (Band 1) (3. Aufl.), München 1994, S. 254.

[3] ，Reichsreform und Reformation, München 1983, S. 3.

[4] 政治献“运”常谓“帝革”。Vgl. - , König, Reich und Reichsreform im Spätmittelalter (2. Aufl.), München 2005, S. 49.

[5] ，Deutsche Verfassungsgeschichte (Band 1) (3. Aufl.), München 1994, S. 255.

[6] 里“宗教革”(曰教革)(Kirchenreform)丁·路起宗教革(Reformation)，广泛
 “宗教革”。神圣帝帝革避免宗教革宗教，，予详。

税赋。^[7] 约翰·施勒(Johannes Schele) 巴教议间(1433年) 俗改革的主张,包括 鳏寡幼 人予 障、只 经领主 意并经既 的程序才 武力 卫、 俗权力 教裁判 给予协助、城市颁 的 教 的法令 两个耳 予 取消、 禁止收取 息、禁止外人 教 、禁止血亲 个人 法 权力、 确切证据的情况 下禁止 誓 、教 帝可 发动十字军东征 收 神圣的帝 土。^[8]

帝 的改革 殊意义的 , 时的神 、后来 枢机主教的尼古拉·冯·库伊 (Nikolaus von Kues) 1433 巴 教议 的改革议。他看来,帝 的法机 经失去效 ,因 争端 宁可 武力 决, 求助 帝的法 。他的议 ,将帝 分 12个 的法 政区域。各区, 神职人 、 族 市民担任法官的法 来 区

最高的 法权, 区的法官须 候、城市 一起 加帝 的 民 , 他 ,各个阶层 的法官 产 。改善 法 况,库伊 还议 集各 的习惯法,一 予 汇 。贯彻“禁止 ” 增强 帝的权威,帝 设 常备军 征收普遍 的税赋。

1495年 帝 议 通过的改革决议 涵括,只 过一 的细 许 。 的,库伊 的 帝 的改革主张 从属 督教 的普遍秩序的, 最 目的 一个 的普 的 督教 秩序。^[10]

外, 位无 氏 1439年秋 《 帝西吉 蒙 的改革》(Reformatio Sigismundi)的著 ,教 之 下并 仅管 教 , 外还 免去教 官 的职位,收回 领 ,按 照 帝 城市 低 族的原 分配。 法 , 法 承担调 纷争的任 ,帝 城市 负 帝 的 平 责,武力 卫 决纷争的法 手段。^[11] 主张可 看 位无 氏 一 时较低阶层 族 城市 的支持 唯 同 时,他 洞悉 时教 的诸

陷 习,因 主张“ 俗 ”,主张 俗的 帝 的 平 秩序。 改革 之 法 之 之 之 法

革已势必^[13]寻求平的下,以法法达至平成较好的选择:组织的法机构以平的方式来决各及各领间的纷争,帝再享断的最高法权力。此,帝的法权力受到程的侵削。边曾:“国愿意放弃任点己的益,国愿意做任步。任两国能达成致意的场合,战争将最结果。”^[14]于神圣马帝国的帝各领诸来,原适,因无论帝,还领诸的任想己的权力益受到过限损害。

践,帝西蒙德(Sigismund)曾1434至1438年的帝国议上试图帝国的改革——禁止武力卫、选的币权卫权(Geleitrecht)改革以及帝国治的区域划分,涉及帝国帝诸间益的改革几乎以失败告。从15纪叶开始,帝弗里德里希三(Friedrich III)其近五十年的治时(1444-1493年)几乎仅专注于哈堡族己的领权力,忽视帝国各领主的权益,低估帝国的,并将的军财政的改革看宪法法上的步妥协,因,他拒绝改革,引起领主的满。^[15]故此,到15纪末,“最后的骑”的马克西安继其父选帝国帝后,帝国部的平秩序已发突显来,改革已得。

马克西安“帝国的理想”,其改革意加强帝国的权力改变帝国权力欧洲政治格局的位联的,^[16]因,“构帝国权力秩序争”他治时的标。^[17]马克西安“构帝国权力秩序”临的首先外两的权力秩序:帝国层上,领主间的权力,别巴施联盟(Schwäbischer Bund)间的;二外,别法国的神圣马帝国始至临的个。^[18]此外,帝国部权力秩序的构还涉及帝的法权力,帝国的法机。如,帝国法机的改革15纪上半叶成诸俗教人呼帝国改革的。

其父弗里德里希三拒斥妥协,马克西安得妥协步,他知帝国改革取得成果得步妥协。可以,马克西安改革成果取得步妥协的基础上。此意义上,帝国改革并仅帝国阶层发起推动的,马克西安个“令人信服的改革”(H. Wiesflecker),帝国改革他的“治规划”。^[19]马克西安的改革成果主表1495年帝国议上通过的意义的改革决议,即试图通过法来达到维持帝国部的平秩序的目的。

[13] , König, Reich und Reichsreform im Spätmittelalter (2. Aufl.), München 2005, S. 49 - 50.

[14] 俊:《论边的普遍永久平计划》,《人法评论》2016年卷1辑。

[15] , Deutsche Verfassungsgeschichte (Band 1) (3. Aufl.), München 1994, S. 255.

[16] , Die Reichsreform 1410 - 1555, München 1984, S. 149.

[17] , Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Alten Reich bis Weimar (1495 - 1934), Berlin - Heidelberg 2008, S. 19.

[18] Lorenz Weinrich (Hrsg), Quellen zur Reichsreform im Spätmittelalter, Darmstadt 2001, S. 371.

[19] , Die Reichsreform 1410 - 1555, München 1984, S. 149.

三、1495年沃姆帝议 平秩序

1495年沃姆帝议 “帝改革” ，看 “帝改革石”，“15纪
16纪帝改革运动顶峰”，皮·沃夫（Peter Wolfter）称此次帝议视“帝历史
最 事件”。^[20] 1495年沃姆帝议 ，帝首席总 、因茨主教贝托·
冯· 贝（Berthold von Henneberg）推改革发挥皇帝马克西 安
。他视“改革派”首领，帝各阶层帝政治坚决支持。^[21] 他主张
得到皇帝马克西 安 席帝议 帝阶层 意，帝议 此通过 深
意义改革决议：一 颁《永 平 》，武力卫 无 件禁止，此 确 帝 部 平
秩序 础；二 颁《公 芬尼 》，全帝 征收 普遍、帝 各阶层 缴纳 帝
赋 ——公 芬尼，改善帝 财政；三 颁《帝 最高 》，设 帝 最高 来 决帝
各领 邦 间 纷争，时 程 取 皇帝 王室 力。 改革决议想
针 决帝 部秩序 、财政匱 机 ， 帝 平 秩序。

（一）《永久和平条例》：达至帝 和平的法 基础

《永 平 》看 1495年沃姆帝议 颁 “最 ”， 障帝 平
础， 帝 改革 础。目 ，该 “序 ” ， “ 障、促 、维 圣帝 意
族 普遍 平”。《永 平 》12^[22] 11主 该《永 平 》位、
、效力 违 后果 强调，12 《永 平 》效力 限 ：能依此
废除帝 他 。依据《永 平 》， 公开 武力卫 武力 力救济
全帝 禁止 废除（2）。任 得 议、帮助 他 施犯罪，任 无
位 ， 得 他 发动战争 遭受灾祸，受到侵害 受到帝 最高 帝
议 救济 帮助（1、6）。若违 该 ，可 皇帝宣告违 受帝
， 失去 他 ，并 受到 刑罚（3、5、10）。违 教 ，
违 俗 ， 受到 罚（8）。任 ，无 位 ， 得 藐视该 ，任
能废除该 ，此 、习俗 结盟 禁止（9、11）。

《永 平 》 帝 继续改革 础，依此，武力卫 肆意 力救济 全帝
无 件 禁止，帝 冲突各 能 武力来 决争端， 机 ——帝 最高
来最 裁决，帝 最高 需承担起维 《永 平 》 施 职责。帝 此 宪
宣告 力 垄断，至 满足 帝 各阶层 平 吁求， 个
础 “ 平 ”。^[23] 帝 选侯、侯爵 帝 城市 义 障《永 平

[20] ，Geschichte der Veränderungen des deutschen Reichsstaates, Zürich 1789, S. 344.

[21] ，Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands (6. Aufl.), München 2009, S. 101.

[22] ，Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit, Tübingen 1913, S. 281 - 284.

[23] Vgl. ，Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Alten Reich bis Weimar (1495 - 1934), Berlin - Heidelberg 2008, S. 21 - 22.

》,需 力 维持帝 平。 此,帝 平 活 序 秩序 可能,《永久 平 》 帝 意义,无 强调 过分。^[24] 《永久 平 》 颁 并 必 意味 帝 部 平: 莱 河、 河 因河 小邦继续采取武力 卫 来 诉 ,因 《永久 平 》 邦 总 可 到支持 庇 。^[25] 到 17 纪 70 年 , 领主才普 摈 “武力 卫” 纠纷 来 来 纠纷才 帝 常态。^[26]

()《 芬尼条例》: 谋 帝 和平 财政基础

1495 年沃 姆 帝 议 项 议 , 帝 年 普 赋 税——公 芬尼。依据 1495 年 8 月 7 日 《公 芬尼 》,^[27] 年 15 周岁 帝 ,无 男 、老 、犹 , 爵、伯爵、男爵、 , 需缴纳 赋税(1 至 4)。 皇帝、选 、诸 、伯爵、男爵、骑 分别任 七位 库(Schatzmeister) 赋税 专 (Comissarien)须 据 来履 ,《公 芬尼 》还 官 各 领主 税 义 责任(6 至 11)。 13 还 ,任 得帮助、 议 企图帮助土耳 他 督 、帝 意 族 。 14 申明 增 督 信仰、维 帝 平 障 原 。

公 芬尼 帝 次(经 诸) 普 赋税, 首 目 军队, 帝 财政 础,^[28] 别 帝 高 财政支。^[29] 此,《公 芬尼 》 颁 赋税 服 帝 平秩序 , 帝 执 , 税 甚至 依靠 组 ,因 公 芬尼 并 得到 全 。此外, 赋税 致 目 后果——引起 邦 , 别 邦 。 1499 年 瓦 战争(Schwabenkrieg) 后,哈 堡王室 迫取消 各邦 帝 赋税, 各邦 际 从 此 神圣 马帝 外。

()帝 最高 院 设 : 帝 和平 司 障

1495 年帝 高^[30] 设 《永久 平 》 密切 联 。 1495 年 沃 姆 帝 议 ,皇帝 各邦 全帝 消除武力 卫,通过 程序来 彼此 间 冲突 争端。因 ,设 帝 高 主 目 通过 程序 障《永久 平 》 , 帝 部 平, 《帝 高 》 “序 ” :“ 们 各

[24] , Die Reichsreform 1410 - 1555, München 1984, S. 174.

[25] , Geschichte des alten Reiches. Staat und Nation in der frühen Neuzeit 1495 - 1806, München 1999, S. 34.

[26] []彼得·威 :《神圣 马帝 1495 - 1806》,殷宏译, 版 2013 年版, 79 页。

[27] , Quellensammlung zur Geschichte der Deutschen Reichsverfassung in Mittelalter und Neuzeit, Tübingen 1913, S. 295 - 296.

[28] , Die Reichsreform 1410 - 1555, München 1984, S. 169.

[29] 结束 公 芬尼 后,1507 年 茨帝 议 议(Konstanzer Reichsabschied) 皇帝 帝 阶 缴纳 帝 税—— 维持帝 高 常运转 赋税(Kammerzieler), 目 帝 高 财政费 ,因 时 帝 财政 经 能 帝 高 常支 。 税赋 至 1544 年结束,并 后来只 帝 阶 缴纳,因 帝 高 个 皇帝 , 可能得到皇帝 支持,故只能 帝 阶 维持 财政支 。

[30] 将“帝 高 ”(Reichskammergericht)译 “帝 枢密 ”, 认 , 合适 ,因 “Reichskammergericht” 词 任 “枢密” 意,并 它 看 个 限 皇帝 力、 帝 阶 益 , “帝 王 室 ” “Reichshofrat” 含 “枢密” 意。依 际 位 , 将“Reichskammergericht” “帝 高 ”。

， 帝 意 遍 ， 义、 益 ， 难
， 诸位 们帝 益， 们 沃 姆 ， 过 帝 议 设 个帝
最

根本担负不起维护全帝国的和平与秩序的职责。法官人数有成倍增加,但是由于帝国政
匮乏,

“ ” “ ” 力 “秩序 ”。

“帝 革” 程 帝 力 调 程, “帝 革” 平 秩序 程 治 皇帝 帝 阶 互 协 程, “帝 革” 力斗 段, 力 协 果, 协 帝 平秩序 。“帝 革” 协 需 : 协 力敌,任 全 ; 协 , 协 “ ”。 曼 汤普 《 协 神》 , 协涵括 “ 审慎” “互 ” 神。^[42] 神圣 帝 1495 “帝 革” 协 神 :皇帝 领 侯 帝 ,任 凌 , 常 予 , 帝 “平 ” “革 ” , 努力追 。 安 (Heinz Angermeier) , 帝 阶 追 帝 平 秩 序。^[43] ,1495 沃 姆 帝 “ 刚 ”, 起 障 平 , 该 际 , 依 帝 力秩序 况。

际 ,神圣 帝 “ ”, “ 侯 联 ” (Fürstenföderation) “ 侯 ”(Kurfürstenrepublik)^[44]。 誉 神圣 帝 伟 专 约 · 蒂芬·皮 (Johann Stephan Pütter)(1725 - 1807) 1784 道:“帝 联 松 组 , 联 。” 道 神圣 帝 。众 , “帝 ”(Reichsgrundgesetz) 1356 《金玺诏 》 仅 (冕 神圣 帝 皇 帝) 侯 举 , 程 侯 “领 ”, 侯 领 铸币 、 税 、领 力。 宗 革 萨克 公 敢 站 皇 皇帝 , 持 丁·路 革运 , 看 领 侯 力 。 , 纪 神圣帝 皇帝 力 袭 真 帝 皇帝 力 去 ,帝 皇帝 “ 治 治 ”。^[45] 邦 领 “ 央 力” “ 力 ” 同 突,神圣

无力维持部平障安全，首先需通过“改革”来部平秩序，“攘外必先安”。鉴部秩序况，平秩序可能蹴，

“平”设能全发维平秩序能。维平秩序，1356年《金玺诏》曾禁止仇、禁止义战等宣告武力卫(17章)，还禁止各联合结盟并(15章)，部况仍旧，平秩序。安梅指，政治、力结置，维持部平难许并维持外部安全难小。^[47]

1495年开“改革”，皇阶发点：皇马克西安想通过改革来增强央力，确欧洲霸；部分领诸侯想通过改革来限控皇力，扩力政治，将领益，部平秩序础低限。际主义华·卡别强调力政治秩序意义：“任政治秩序，力可组部分。”^[48]力分力秩序个础素，只础妥协，低限力分才能较稳力秩序，平秩序，平秩序又依赖障。许1495年“改革”逻辑。

、 陷 1495年“改革”得失

15纪，议各阶政治力。1495年沃姆议，皇阶间力得到调，议得到加强。^[49]总看来，议皇阶政治决策力弈集。1495年沃姆议，首总、因茨主托·亨还议设咨政(Reichsregiment)^[50]咨政设计个皇、各阶力“政”，目将皇治力排除外，政力。^[51]明侵害皇力，伐公爵阿莱希(Herzog Albrecht von Oberbayern)1495年咨政总，^[52]因马克西安咨政设。^[53]后，马克西安得阶妥协，1500年7月2日议(Reichstag zu Augsburg)颁《咨政

[47] ， Die Reichsreform 1410 - 1555, München 1984, S. 150.

[48] [] 华·卡 :《20年 (1919 - 1939): 际 》,秦青译,知版2005年版,210页。 ,任秩序能仅仅依赖力强,“普认可”稳秩序础。

[49] ， Deutsche Verfassungsgeschichte 1495 - 1806, Stuttgart - Berlin - Köln 1991, S. 14.

[50] 咨政各阶政治个，政治践并发设想那能，将译“高政”、“政”。根据“咨政”力架际发，认将译“咨政”较适。卡时(1521 - 1531年)曾设过咨政，故此设咨政“咨政”，卡时设咨政“二咨政”。

[51] ， Die Reichsreform 1410 - 1555, München 1984, S. 169.

[52] Herzog Albrechts Anspruch auf das Präsidentenamt 1495, in: Lorenz Weinrich (Hrsg), Quellen zur Reichsreform im Spätmittelalter, Darmstadt 2001, S. 425.

[53] 马克西安意 ,Vgl. Gegenentwurf König Maximilians 1495, in: Lorenz Weinrich (Hrsg), Quellen zur Reichsreform im Spätmittelalter, Darmstadt 2001, S. 427 - 433.

院条例》，帝国咨院才形式上设立。^[54]

过1495的“帝国革”，罗帝国规建立一个类似于代“权分立”的权构：帝国会、帝国法院以及以皇帝为代表的帝国行权和之经设立的帝国咨院。与今日的会不同，帝国会中的代表代表自，不代表特定的社会，更不代表其臣民或者帝国的民，所以，其法性不是基于“民主”，而是基于其出身或者。^[55]如，帝国会是具有为的参与性和代表性，实上成为体现帝国利益和诉的重要制。帝国法院其设期没正的司法，但是17世之，帝国法院成为帝国具的制度之一，成为帝国化的纷解构。帝国的行权是帝国权之中的一种，帝国的皇帝被一些学者称为“没有统权的统者”，而经设立的帝国咨院然是规为帝国府，但是其设立自始即受到皇帝的反对，同也缺乏自的执行构和要的基础，因而没有正行使过帝国的行权，帝国行权的行使主要是系于“没有统权”的皇帝及其代理人。

和与是人类面临的恒题。15世，护帝国内部的和与已成为人的共识，而其关键在于，以何种方式帝国内部的和与。1495的沃尔姆斯帝国会法律、和司法制度方面为帝国和的建构作出了努，制度设面建构一种“一体”的和保体系，邦国地这种和的基上形成了一种“地”的“帝国认同”。但是由于罗帝国本身自始即存的多制度性缺，1495的帝国革并未的成，其重要原因于，罗帝国缺少一个具有执行的帝国（行）构，帝国和法律的和与执行大程度上赖于地方主和帝国，由于帝国的邦数量多且大小不一，行异，因而帝国的执行赖于之帝国范围内分的跨地的帝国大（Reichskreise）。^[56]相对而言，罗帝国帝国面上布的法律性并不多，其中多没有到的遵，而1495沃尔姆斯帝国会所过的法律是其少例外，特别是《久和条例》和《帝国法院条例》总体上到了的执行。这同也反映出，帝国的和与定不是帝国皇帝的望，也是地方主和帝国的共同追，因为和与定的帝国皇帝及帝国的共同利益。

然而，《久和条例》的布没有立即为帝国带意中的和，除帝国本身的制度性缺之外，一方面是因为《久和条例》之前的“禁复仇条例”一样，并没有到地方地侯的确，上之不久宗革的分裂以及农民义与骑士，帝国内部和的建立更非一朝一夕之事，一方面是帝国法院除存着因繁冗的所带的率低问题之外，存判的执行难问题。帝国法院判的执行开始也主要是赖地邦国，帝国大设立之，则主要赖于帝国大，权相关大的一或多侯以特员的身份执行，要实处罚并诉武。但是，特员的命受到的，这就会造成相关判执行的拖或者不到执行；一方面，基于要的共识和利益权衡，当事方会形成一个折中方，而非严格

[54] 帝国咨院的设立确地体现出帝国谋帝国权的努。但是，内外矛盾的扰之，帝国咨院终存两之即于1502宣告解散。

[55] Vgl. Micheal Kotulla, Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Alten Reich bis Weimar (1495 – 1934), Berlin – Heidelberg 2008, S. 20.

[56] 帝国大（Reichskreise）是1500开始帝国范围内的地总体上按地理置分的，每个大多个地方侯的地，这以作为帝国对邦国的“地化”和“离心化”所的重要。帝国大的中心构为大（Kreistag），由大内的侯（侯爵）。Vgl. , Deutsche Verfassungsgeschichte (Band 1) (3. Aufl.), München 1994, S. 270.

法律或者决执行。^[57]这是人对1495年的“帝国改革”评价多的一方面,即帝国的改革生了如立制度和颁布法令等形式上的成果,而没有切实使制度和法律生效以真正实现帝国的和平与秩序。人也抱道,1495年沃尔姆斯帝国会议是在形式上促帝国的阶级遵循关于“帝国改革”的协定和决议,而没有实质性予以执行。^[58]

对于帝国的骑士和农民阶级而言,1495年的“帝国改革”也是失败的,^[59]为没有享“帝国改革”所带的“制度红利”,而改革所带的赋税和司法性的纷解决制反而重了生存。论如何,“帝国改革”所建立的制度化制,皇帝与邦国在改革所立的制度框架内以和平的方式解决纷,促进了帝国的司法化和制度化,成为帝国和平秩序之基。1495年沃尔姆斯帝国会议所立的新制度亦被为“德意志国家形的起点”。^[60]

Rethinking on the Imperial Reform in 1495 and the System Dilemma in Reconstruction of the Peaceful Order in the Holy Roman Empire

Wang Yinhong

Abstract: In order to reconstruct the order of power of the Holy Roman Empire of the German Nation, the Emperor Maximilian I of Habsburg had to compromise with the Imperial State. He intended to keep the inner peace of the empire by means of execution of “Perpetual Public Peace” (der Ewiger Landfriede) and levy of a “Common Penny” (Gemeiner Pfennig) tax within the empire as well as the establishment of the Supreme Court (Reichskammergericht). But because of the problems overloaded of the empire in itself, Maximilian I did not achieve all his anticipated results by the Imperial Reform (Reichsreform) in 1495. Even so, the Imperial Reform adopted by the Imperial Diet in the City of Worms in 1495 (Wormser Reichstag von 1495) promoted the institutionalization of the constitutional politics of the Empire and laid the foundation for the development of the peaceful order in the Holy Roman Empire.

Keywords: Wormser Reichstag in 1495; the Imperial Reform; the peaceful order; judicial commonwealth

(责任编辑:丁洁琳)

[57] 参见注26引,第79。

[58] , Reichsreform und Reformation, München 1983, S. 10.

[59] , , - , Deutsche Rechtsgeschichte (Band 2, 9. Aufl.), Köln - Weimar - Wien 2008, S. 266.

[60] , Geschichte des alten Reiches. Staat und Nation in der frühen Neuzeit 1495 - 1806, München 1999, S. 33.

我国 法言论自 于 国 法 一修 吗?

马得华*

:言论 开究 视角,解释究 考虑文 、 历史。我国宪
言论 美国宪 一修正案既相 又 。美国宪 文 没 言论 承担
宪 , 高 院划 言论 界 ;我国宪 文 言论 界 。美国采
“ 得 ”模式, , 院可直接援 究 ;我国采 “经 ”模式,先 宪 言论
, 后 院援 。美国宪 “差别 ”, 共言论 优 私 言论;我
国宪 承认 一区 , 后消 一区 。中美两国宪 均承认 , 我国
言论 解释提供 可能。 刑 言论 予 解释。
:言论 一修正案 诽谤罪 誉 众

则注入法律解释之中,选择符合宪法的法律解释,而不得径行适用不符合宪法精神的法律。这便是法律解释的合宪性要求。^[4] 如果尽最大努力仍无法得出符合宪法的解释,那么这一法律就可以被认为是违反宪法的。例如,无论是刑法上的诽谤罪还是民法上的名誉权侵权,均涉及宪法上的言论自由,这些规定保护的法益是人的名誉而非言论自由,它们是对言论自由的限制而非保护。如果它们对言论自由的限制明显不当、显然不合理,无论如何无法作出符合宪法的解释,那么这一法律条款就会因违宪而不得适用。因为宪法的效力高于法律,应当由宪法控制法律对宪法权利的限制,即所谓“限制的限制”,否则法律可能架空宪法。引入宪法批判和解释法律,仍属于宪法教义学的研究范畴。不要忘记,法教义学也允许批判,只不过这种批判是现有法秩序内的批判,不是超越现有法秩序的批判。^[5]

我国言论自由的宪法保护,严格地说,是指中国现行宪法对言论自由的保护,而不是美国宪法对中国言论自由的保护。有学者常常不自觉地直接根据美国宪法和言论自由理论分析和解决中国言论自由问题,忘记了中国宪法文本,这是宪法教义学首先要反对的一种倾向。认真对待中国宪法文本,根据中国宪法文本解决中国言论自由问题是宪法教义学的基本立场。我国现行宪法始于1982年,即便从1954年开始算起,也不过一甲子的时间,言论自由的宪法保护仍属初级阶段,当然在今天已经取得巨大成就。

本文从四个方面比较了中美两国言论自由的宪法保护。第一,宪法上的言论自由条款属于“权利法案”还是“基本权利和义务”,即宪法文本自身是否规定了言论自由的限制;第二,言论自由的宪法保护是采用“不得立法”模式,还是采用“经由立法”模式;第三,言论自由的宪法保护属于“差别保护”还是“一体保护”,是否区分公共言论与私人言论并给予不同程度的保护;第四,美国宪法承认人民主权,这是言论自由差别保护的政治基础,我国宪法同样强调人民主权,对我国宪法的重新理解包括“差别保护”的可能性,而且这一可能性也得到我国宪法文本的支持。正是在承认上述三点区别和一点相同的基础之上,本文提出言论自由的双重性——公共性和私人性,根据这一理论重构我国宪法的言论自由条款,并运用于民法上的名誉侵权和刑法上的诽谤罪,为相关法律条款提供新的解释可能性。

成文宪法不仅意味着宪法是成文的,还意味着应当只解释这个文本,而不能从文本之外进行解释。解释始于文本,文本解释具有天然合法性。从文本出发绝不是孤立地看待宪法条款,把宪法条款看作相互分割、没有关联的独立单元,而是假定存在一个完整的规范体系。对于宪法条款的解释需要在宪法整体中进行,这就是宪法的结构解释。正如哲学解释学提出的“解释学循环”——部分只有在整体中才可被把握,而要理解整体又必须理解部分。法哲学家施塔姆勒(Stammeler)的名言更为精到,“一旦有人适用法典的一个条文,他就是在适用这个法典”。^[6] 宪法解释同样如此,单个宪法条款取决于它所属的宪法整体结构和意义脉络。宪法的解释还离不开历史,因为文字的意义随时间而流变,历史为解释文字提供了新的可能。文本、结构和历史构成解释宪法的基本方法。

一、言论自由是属于“权利法案”还是属于“公民的基本权利和义务”

我国《宪法》第35条规定,“中华人民共和国公民有言论……自由”。美国宪法第一修正案规定,

[4] 关于合宪性解释,可参见苏永钦:《合宪性解释原则——从功能法上考量其运作界限与效力问题》,载苏永钦:《合宪性解释的理论与实际》,月旦出版公司1994年版,第84页。王书成:《论合宪性解释方法》,载《法学研究》2012年第5期,第50-78页。黄卉:《合宪性解释及其理论检讨》,载《中国法学》2014年第1期,第285-302页。上述学者对合宪性解释的认识各有侧重,但强调法律解释应当注入宪法精神和原则是“最大公约数”。

[5] 参见[德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第3页。[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,“引言”21页。

[6] 转引自[德]恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第73页。

作为蓝图构建了权力分立和权力制衡的政府,作为“辅助性的措施”。^[10]孟德斯鸠是《联邦党人集》中引用最广泛的思想家,其分权思想贯穿于法本字里行间。我于德于规即上德于理即上德如。

援引 公 至 宣 剥夺 因违 无效。“经
 ” , 机 根 , 援引 ,
 引 机 。
 修 ,“ (Congress shall make no law)剥夺…… ”。
 里采 别 —— 公 享 , 禁止 剥
 夺公 。 映 信任。值 注意 ,根 1
 2 3 ,众 州 举 、 州 举 , 组
 众 举 , 什么 还 到 信任?
 , 滥 力 记忆 刻。 威戈登·伍 (Gordon Wood)
 , 18 纪任 , 受到封 君主 沉 束
 缚,他 闹 力, 他 竟 还 闹 , 因 他 信奉“无 纳
 税”。^[18] 经过殖 意, 殖 征税,引 殖 满 绪。
 1773 , 颁 《茶叶税 》, 愤怒 喷涌 ,波 顿倾茶 件 ,
 临。
 , 举 无 件 信任。汉密 顿 《联邦党 集》 78 篇里最 晰
 点。 过 , 。 果认 过违 ,“ 无异
 : 主 ,仆役 主 , ”。^[19] 意
 , 意 。 意 意 , ,
 剥夺 。 举 , 依 主 ,拥 控 ,
 , 举 候才 主 。
 三, 修 禁止 , 联邦党 斗 果。 果 《原初 》 联邦
 党 政治遗 ,那么 ,《 》 联邦党 政治遗 。联邦党 首 目
 个强 联邦政府, 联邦党 担忧强 联邦政府, 州 个 。 联邦党 求
 州拒绝批 《原初 》, 《 》 部分。麦 逊最初拒绝 《
 》, 杰斐逊 , 意 《 》 修 。 修
 联邦党 主 —— 联邦政府 力, “ ”, 州
 。 到 过 四修 ,州 才开 受到 修 约束。 联邦党 担
 并 ,1798 7月4 ,联邦党 总 阻止杰斐逊 首 党 , 花
 10天 间 过 《 煽 叛乱 》,禁止散 蔑 丑 联邦政府 总 。吊诡 ,联邦
 党 搬起石头砸 己 脚,该 激起 强烈愤怒,联邦党 失去总 宝座,还失去
 两 控 蹶 振,消失 长河。^[20]
 守 , 守 , 援引 公 。
 果 机 剥夺 , 违 审查 ,宣 违 无效。 机 己
 力 意 消 己 , ,最 机 宣 违 力。另
 , 机 三个 力里 最弱 部门, 公 获 尊 。因 , 机 最 资
 。 外, 意 , 满 意 剥夺 , 官

[18] []戈登·S.伍 :《 革 激 主义》,傅 ,商 印书馆2011 ,“导 ” 4 。
 [19] 注10引书, 392 。
 [20] []安 尼·刘易 :《 : 修 》,徐爽 , 2013 , 17-21 。

， 闻 ， 过程
， 过分 ， 剥夺 。 ， 属 领
域。 才 ，
还、 按照 原 ， 过分 公 “ ”
原 依 。 审 政 件 供 审 ，
确 全 常委 审 。 62 ， 全 变
撤销全 常委 适 决 ， 全 审 全 常委 供 依 。
， 全 看 他主 审 。 ， 全 依 还、 修
力。因 ， 认 全 ， 因 修 [23]
， 修 全 并 全 ， 因 修 程序
程序 严 ， 到修 件。 决全
无 难 ， 益 注 督 。 许 全 设 委
审 全 个 3。1982 修 过程 ， 经 设 委
过慎 ， 天 件 熟。[24] 果 督 ，
平到 ，
， 果懈怠 ， 政 僭 。 政
章 剥夺 。 备 审 全 常委 撤销
政

拥 宪 ， 可 根据 宪 ，他们 修 案 什么，
修 案 什么。结 ， 宪 发展 针 针 分，
并 针 供 高 准 。1964 年 “《纽约时 》诉沙 文案” 次
分， 发展史 里 碑。
此案发 动时 。 动 袖马丁· 金通过发 善 违 动揭露
歧视,抵 歧视 。 援金 抗议活动,《纽约时 》 发 告,描
发 歧视 。 , 告 描 入, , 告 金 逮捕
次数 七次, 四次; 告 警 封锁食堂逼迫 , 警 并 封锁食堂。 告 指 ,
蒙哥马 警 置 ,玩忽职守。警 长沙 文 到 告后怒 可遏,愤 诉《纽约时 》
诽谤并索 50 万 元。根据 拉巴马州 , ,涉嫌诽谤 版 承担 ; 二,推
,无 明 ; 三,推 版商 错, 考虑 否 主观 意。沙 文 长
认 胜券 ,他希望通过 次 动狠狠打 《纽约时 》 歧视 批 ,杀鸡吓
猴,封住 批 嘴巴。 《纽约时 》 告 入, 诽谤 ,因此 来 :违
州 诽谤 否受到宪 。此 ,诽谤 认 宪 外。 ,结
吗? 。 邦 高 开 历史 判 。 伦 撰
写 庭意 次 阐 宪 别 原 。他指 : 案涉 到
 ,“ 辩 受 、充 活 并 开”;错误 可 ,必须 得
“呼 空 ”;因此,宪 禁止 府 因针 他 职 诽谤 ,除 他能 明:
告 陈 确 恶意、意 管 ,罔 。[25]
伦 将

呢?如“ ”, 41 38
论国 人 民 诬告 , 。如
, , 权 , 以 权 权 , 。[26]
, 法, 以 35 41 规 论 的 权,
于民, 的论以 的

的是保障人民的自 权利。《独立 言》的作者 不但继 了洛克,还 了洛克, 洛克更 人民的言论自由, 言论自由作为 在的前提和 者。在致 德· 的信中, 写道:“如果让我 决定, 底应该有 而 有 ,还是应该有 而 有 ,我 毫不犹 地 者。”^[27] 句耳熟 详的话表 , 的 法性 自人民的同 , 有人民了解了有关 治的 类信息,人民才有 信任的 官员 不 责任的 官员;而且,言论自由是人民 的重要 段, 有 的言论自由才 防 腐败、作恶。当 1787 美国 法 缺 一 包括言论自由在内的权利法 之 , 立刻写信 麦 , 出 是 法 大的 的, 建 麦 权利法 , 还提 州延 法 权利法 。 自 还是1798 联 党人炮制《反煽 法》的“ 害者”,该法不 人民 评 和国会,但 评 ,而 任 就是 。1800 当 ,联 党人 败, 标 着人民 了 和言论自由。 不但理论上 持人民的言论自由,当 成为 在行 上依 持 言论自由。 常成为 闻 和 的 , 非常 火,但是 有制定或 诽谤立 法以保护自 ,而是 人民 一 :看看一 廉洁的、依 法符事的 ,是 被虚假和诽 谤 低。 果表 ,廉洁的、法治的 不害 言论自由, 不害 评。^[28]

麦 的建 ,起 了 法前 作为《权利法 》。 法 构 看, 一、 九和 地 反 了人民和 之间的关系。 的 心 旨是:人民 有权利, 权力有 。所以, 法 性 上看属于“ 权 法”: 制联 权力,保障人民权利。 权力 有 法 权才 行 ,人民权利即 未 列举 属人民。联 党人1798

。 ， 明 将 分 三 ： 府 益 织 导 ，另
娱乐 育 明星， 三 、 、知 、 动模 知 。^[33] 杨
， 希望 人 ， ， 历 ， 艺、 育明星 。^[34]
两位 义 ，既 府 （狭义 ）
。 借 哲 哈 “核 ” “边缘 ” ，^[35]主张
核 府 ， 他 只 它 边缘 。 二， 原 发展 8 确定 10 08
历 从 （public official）到 视明星 （public figure） 过 。 1964 年
“《纽约 》诉 à 诉 à î 卜

只

明

3 . 3 0 4 3 N J 3 0 0 8 0 0 8 0 3 3 8 0 4 3 (J 3 0 0 8 0 0 8 0 3 9 0 4 3

” ， ~ ， °

角予析。 , 铭暄海 , 《 》 害誉平 , 并无。^[37] 根 , 诽谤予 。 , 诽谤“书” 。 誉 包括 诉 公 诉 , 诉 , 公 诉 外。 看, 诽谤 平 , 公 力 主 常 常 滥 公 诉 , 诽 谤 普 候 诉。 “ 诽 官 ” 幅 。 因 , 《 》 246 “ 书 ” , 严 。 公安 《 严 依 办 侮 辱 诽 谤 》 精神, “ 严 害 秩 序 益 ” 列 举 , 间, 还 需 严 列 举 , 列 举 外 公 诉 。 , 根 取 “ 书 ” , 诽 谤 底 “ 诉 ” , 公 诉 。 , 批 评 官 公 标 。 公 众 批 评 官 , 全 符 真 , 尖 刻 刺 耳 。 障 公 益, 属 公 , 障 己 益。 , 并 批 评 官 无 诽 谤 , , 官 批 评 公 个 批 评 。 考 虑 两 个 件 : 全 捏 , 全 符 真 , 符 真 ; 批 评 目 损 毁 官 誉, 追 公 益 舆 监 督 目。^[38] 外, 官 公 诉 担 举 证 责 任。 根 , 誉 诽 谤 尝 试 , 精 致 需 , 离。 价 值 , 醒 公 - 官 公 - 公 采 标 。 果 主, 那 , 批 评 官 。 “ 天 亡, 匹 夫 责 ” 才 公 , “ ” 离 公 。 “ 天 ” “ ” 外, 属 间 , 予 , 并 予 个 衡 。

六、

真 符 。 因 , 根 、 , 仅 包 括 35 41 , 还 包 括 38 、 51 、 53 、 54 。 两 个 属 意 义 公 , 个 属 义 。 六 个 意 义 。 尊 障 。 因 , 义 宜 公 义 , 宜 公 根 。 公 因 担 责 任, 因 担 责 任。 , 效 力 , 公 , 还 受 , 两 属 《 》 , 程 属 《 》 , 根 ; , 约 束 公 。 , 采 “ ” , 禁 止 剥 夺 , 援 引 ; 采 “ 经 ” , 需

[37] 铭暄、海 :《网 诽 谤 诽 谤 件》, 《 察 官 》 2015 4 , 121 。

[38] 楷 :《网 诽 谤 探 》, 《 》 2015 3 , 70 。

为法律才可被法律援助。于我国未制定言论自保护法或者新闻自法,言论自的法化有相当长的路要走。三,美国言论自的宪法保护于“别保护”,区分公共言论和私人言论,并给不同程度的保护;我国宪法可以解释为“别保护”,但是当具化为法律后没有表现为“别保护”,而是现为“一保护”,不分公共言论和私人言论。四,基于中美两国国情和宪法文化的不同,中美两国在言论自的宪法保护上在上机制和模式上的别,但是两国宪法均承认人民主权,是言论自“别保护”的个基础。我国宪法更加强调人民主权,我国宪法的重理解“别保护”的可能性,而且一可能性得到我国宪法文本的支持。我国《宪法》41是有关公共事的公共言论,特别是有关职权行为的言论,类言论应当给更高度的保护,充分体现人民和府之间的委托-理关系。我国《宪法》35可以解释为一般意义上的言论自,关涉私人言论,公共事无关。如果私

资仲裁

——从 式主 向实 主

*

摘要:国投 因 决不一 现 而 受 ,而在特定 下,适用 力原则是一 确保 决一 的有效 。在 力原则的适用标 上, 的三重因 一 标 为 大法系所 。然而, 投 对这一标 , 解 , 力原则将 无法得到适用的 , 而无法避免 对 已 的一 求 一 , 重 。 对当事人、 因以及 求这三重因 中的一重因 , 实 分 ,适当 化三重因 一 性的 求,可避免 不 的实 ,从而达到 正当 与 力原则适用的 重目的。

关键词:投 力原则 适用标 三重因 一

资仲裁 、 团 批 [1] , 资仲裁庭 裁 。 , 裁 机 、 裁 、 仲裁机 。 , 仲裁 避免裁 、 裁 。 , 忽 。 , 核 , 裁 裁 请求 仲裁庭 “ ” ? 。“三 ”(triple identity) , 请求 , 遍 。 ,考 资仲裁 , “三 ” , 贯 。 , 喜 , Lauder Apotex , 资仲裁庭 “三 ” , 根 。 逐渐 , 仲裁庭 三 , 避裁 砖 。 , “三 ” , 资仲裁庭 , 资仲裁 ,

[1] 洲 玻 、 厄瓜 ICSID , 拒 资 仲裁机 。 ,2010 拿 资 Gus van Harten 教授召 《 资 声 》 , 资仲裁机 批 , 三 , 刘笋教授,厦门 韩秀丽教授 蔡 教授。 ,2012 欧洲 CEO(Corporate Europe Observatory) TNI(Transnational Institute) 府 织 《谋 “ ”: 、仲裁 资仲裁热 ?》揭 资仲裁 极 , 业 极 。

、 的适 标 ： 致

力 今 法 的 法 。^[2] 上,现 上的
力 于 法,^[3] 为 和 法 , 力 为 的 ,
法官 决 中 力 为 于已 法 溯的 (time immemorial)的
。^[4] Peter Barnett :“ 上, 的 中, 以 看 的 局 于
决的 : 现 印度法 阐 的法 的 神中, 现 腊的民 中, 现
法 阐 的法 中。”^[5] 的 丁法谚 常中 道 力的 :
“interest reipublicae ut sit finis litium”,其 为“诉 公 ”;
“nemo debet bis vexari pro una et eadem causa”,其 为“任 人 于

资。 ， 仲裁 ， 请 投资 ， 请 。
首 ， ，
？

：首 ，
，^[9] ， 裁 辩 ； ，
求 ， 求
份 ， ， 份 ，
份求 ， ， 。针 ，

(privy) 。 Carl Zeiss Stiftung v. Rayner
& Keeler Ltd , Lord Reid ， 三 ： 血缘
， ； ， 导
； 三 ， 托

。^[10] ， ， 份 ， 介
， ， 仲裁 ， ，
母 团 ， 子 针 仲裁，
仲裁庭 子 母 ？ ， 仲
裁 ， ， ， 仲裁庭 子 母
母 ， ， ， 仲裁

另 ^[11] ， 三 援 裁
？ 换 ， 裁 援 ，
^[12] ， ，
谓 “ ”(principle of mutuality)，根 ，
， 援 辩 。 ， 194

hard v. Bank of America 案 后来 受到 批评。^[14] 涉 仲裁 案外 三 , 加州 Vandenberg v. Superior Court 案 给 较 影响 意 , 后来 借鉴 援引, 认 , “ 项 质 仲裁裁决, 获得 确认, 可 三 产 争点效, 除 仲裁案 , 意仲裁裁决可产 此 效果”。^[15] 另 , 仲裁 , 案外 三 能否 联裁决 排斥效力 阻断, 后 案件 可 请求? 答案显 否 , 因 案外 三 仲裁程序, 意味 得到充分 已 辩 意 机 , 因 , 该仲裁程序 产 裁决 可 产 阻断效力。 近 Silber v. Hanover Builders 案^[16] , 二巡回 判决认 , 针 仲裁案外 三 , 涉案仲裁 既 可援引裁决 请求排除效, 可援引裁 决 争点排除效。

(二) 诉因的一致

诉因(cause of action) 普通 ,^[17] 按照《牛津 辞 》 , 诉因 指“某 据 起诉讼 某 列 ”,^[18] 《牛津 语词 》 此 。^[19] , 它 指能 通过起诉讼 己 益 某 列 ; 另 , 它还指 起诉讼 根据, 违约、侵 。 因此, 诉因 际 包含两个 , 。 单纯 某 并 能 诉因。 诉因必须 两 结合 可 。 点 难 , 因 常 活 们 遇到 绝 数 件, 找别 借东西、路 小 摔倒, 遗失 某 件 品 , 它们并 能 转 诉因。 , 静态 能 诉因。 起诉讼, 般 将 陈 来, 后通过 证 另 承担 责任, 从 服 支持 诉讼请求。 纠纷 背景下, 诉因 很 , 违约、侵 、 得 。 每 项还可 根据 情 细分。 仲裁 , 诉因 较 诉讼 小, 主 限 合 财产 纠纷领域, 涉 公 益 纠纷 般 排除 仲裁 外, 此 谓 可仲裁 (arbitrability)。

项清晰、准确 诉因 确 诉 、恰 诉讼请求 审 键 意义。 诉因, 诉 (locus standi), 因 无 恰 诉讼请求, 诉讼请求 无 得到 支持。 奉 告 原 , 果 诉因, 诉因 清晰, 无 确 审 。 某 列 , 根据 质 , 可 别 诉因, 诉因 竞合 情况, 此时选择 个恰 诉因 诉讼 益 最 价值。 值 得注意 , 诉因竞合 情 下, 某 个诉因 请求, 裁判满足 此 请求后, 该 经得到 全 救济, 诉讼目 经 , 此时, 该 可 另 诉因 请求。 诉因 仅仅 , 它还 确 裁判 既判力 客观 扮演 突 角 , 因 适 既判力原 件 诉 后诉 诉因 致。

[14] Edwin H. Greenebaum, , 45 (1) Ind. L. J. 1, 19 (1969); William S. Byassee, 35 Vand. L. Rev. 1423, 1452 (1982).

[15] , 21 Cal. 4th 815, 834 (1999).

[16] , Case No. B246975 (2d Dist. Div. 7 May 12, 2014).

[17] “诉因” “诉讼标 ” 联, 过, 普通 两 发展路径 较 异, 因此, 两 涵 别甚 。 际投资仲裁 程序 深受普通 影响, 因此, 诉因 , 文 遵循普通 标准。

[18] [] 戴维·M. 沃克:《牛津 辞 》, 李双元 译, 版 2003 年版, 178 页。

[19] [] 莱恩·A. 加纳:《牛津 语词 》, 版 2003 年版, 140 页。

么，判断诉后诉因呢？

，一般两检验来判断后两诉否诉因，判断否将诉判视诉约束。两检验分别“据检验”“交检验”。“据检验”下，后诉据诉据，（据）后两诉核意义，么，他满情下，诉判既判能产诉。American National Bank 诉案^[20]，Robert D. McLaren（庭意）认，原审错误既判原导案，后两诉，请求明显异，支两请求分别据，因此，诉判能后诉产，原审将案错误。既判，单纯“据检验”判断后两诉否诉因，检验“交检验”（transactional test）。“交检验”键“交”。此“交”买卖质交别，市场质交他型交，产（incident）、情（factual situation），因此它外般交。什么可此谓“交”，五认主义态。Petro - Hunt, LLC v. United States案指，判断“交”否，考虑到各各因素，“两案涉、空、源动机否，它们否个便审单元，将一个审单元来是否符合望符合商业般惯”。^[21]后来Davis v. Dallas Area Rapid Transit案申^[22]此，难发，“交检验”下，诉判后诉产，后诉乃源诉背景。

（三）请求的一致

仲裁，请求（claim）乃仲裁申请通过仲裁申请书求仲裁庭裁申请向满益。仲裁申请下可向仲裁申请请求，此谓“请求”（counter claim）。^[23]既判原，请求指，后仲裁请求，须仲裁（诉讼）请求。倘若此，后两案诉因两，案裁判既判得后案。们习惯将义既判“请求排除”（claim preclusion），因通，义，裁判争下可产既判，此“请求排除”“争排除”（issue preclusion）。，般只认可裁判主文既判，既判判，裁判主文容限请求最，此，确请求，从意义确既判（观）。请求型，仲裁，金钱请求乃最请求态。判断后案涉请求否，显后两案否

[20] , 645 N. E. 2d 1013 (1995).

[21] - , 365 F. 3d 395, 396 (5th Cir. 2004).

[22] , 383 F. 3d 309, 313 (5th Cir. 2004).

[23] 商仲裁，仲裁申请请求（counterclaim）乃，，投资仲裁，申请能否请求，个颇争议。近年Spyridon Roussalis Romania案乃焦点案。案，委仲裁，Michael Reisman教授仲裁庭裁异议，他认，投资根据项双边投资协项ICSID投资仲裁，分明受仲裁申请可针请求，另一个焦点案——Goetz v. Burundi案仲裁庭意。，ICSID Case No. ARB/06/1 (7 Dec. 2011)； Goetz v. Burundi, ICSID Case No. ARB/01/2 (21 June 2012).

请求 金钱赔偿, 需 请求 因 判断, 因 因
 , 请求, 往往 金钱请求。 因 判断请求 致离
 开 请求 因 , 诉因 致 考察, 因 , 普 “请求排 效”
 洋彼岸 “诉因禁 ”(cause of action estoppel), 两 际 无 。
 判断请求 致, 看 , , 联 件 全 致 请
 求, 往往 。 颇 候, 请求 致需 裁判 请求 仔细分析, 考察 请求
 请求 , 请求 叠 。 , “ 天仲裁
 ” 裁决(JACC 07-11 号裁决) 请求 裁决(JACC 04-05 号裁决)
 请求 包含, 裁决违背 裁决 局效力, 遂拒绝 执 该 裁决。^[24]
 另 , , 普 , 件 点 件 判力。 因 , 请求
 致 判断 点 判力 裁判 桎梏。 果 适 “ 点禁 ”
 , 请求 致 无 件 满, 那 , 易 过 联 诉 撕裂请求
 (claim splitting) 避免 程序 裁断 键 点 程序 判力 。 ,
 1910 求偿仲裁^[25], 仲裁庭 判力 仅 两个因素, 件
 。 早 常设仲裁 Pious Fund^[26], 仲裁庭 适 , 并强调
 , 仅 致 , 主 (subject matter) 仲裁裁决
 裁断。 Apotex^[27], 仲裁庭 常 鲜 持 意 , 裁决 请求
 分开予 考察, 件 请求, 倘若 请求
 因 点 联 裁决 裁断, 那 仲裁庭 援引 联 裁决 ,
 持 拒绝 请求 决 。 件 极 意义, Lauder/CME v. Czech 裁判
 极 强烈 , 受 际 投资 仲裁 注, 详细 探 析。

、“三 因素 致标 ” 适 陷阱

Lauder v. Czech^[28] CME v. Czech^[29] 际 投资 仲裁 领域 判力
 。^[30] 两个 仲裁 , Lauder (Ronal S. Lauder) CME 公 分别 捷 克 起 两

[24] , 最 《 予 商 仲裁 协 京 04-05 号 仲裁 裁决 报 告 》 函 (2008 3 月 3
 [2007] 四 他 字 26 号); 最 《 予 商 仲裁 协 京 07-11 号 仲裁 裁决 请 》 函
 (2010 6 月 29 [2010] 四 他 字 32 号)。

[25] , Arbitral Tribunal constituted under the Special Agreement of August 18, 1910 (18 June 1913 to 22
 January 1926), available at http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/17-190_Arbitral.pdf. 裁 决 : It is a well-established rule of law that the doctrine of res judicata applies only where there is identity of the parties and of the question at issue.

[26] The Pious Fund of the Californias, PCA Award (14 Oct. 1902).

[27] , ICSID Case No. ARB(AF)/12/1.

[28] , under the UNCITRAL Rules 1976 (3 Sept. 2001).

[29] , under the UNCITRAL Rules 1976 (14 Mar. 2003).

[30] Lauder v. Czech , 组 仲裁 庭 三 仲裁 分别 Robert Briner()、Lloyd Cutler()、Bohuslav Klein(捷 克),
 , Robert Briner 首 席 仲裁 。 CME Czech , 组 仲裁 庭 三 仲裁 分别 , Wolfgang Kühn()、Stephen M.
 Schwebel()、Jaroslav Hándl(捷 克), , Wolfgang Kühn 首 席 仲裁 。 值 注 意 , CME Czech , 仲裁 程 序
 分 两个 阶 段: 阶 段, 仲裁 庭 件 审 , 责 任 归 属, 部 分 裁 决。 阶 段, 仲裁 庭 赔 偿 额 审
 , 赔 偿 额, 最 裁 决。 阶 段 部 分 裁 决, 捷 克 委 任 Jaroslav Hándl 裁 决 果 强 烈 满, 并 辞
 去 该 仲裁 职, 捷 克 委 任 Ian Brownlie 替 Jaroslav Hándl。 仲裁 庭 最 裁 决 乃 致 裁
 决, Ian Brownlie 份 个 意 , 针 裁 决 赔 偿 额 计 算 。

仲裁,仲裁^也于敦德哥摩,适^之的仲裁规皆为UNCITRAL(联合国国际贸易法委员会)仲裁规。^[31]仲裁及全相同的事及仲裁请求,及互为关联的仲裁请求人,仲裁请求乃针对同一象,即捷克。而,仲裁庭针对相关事的定及其作出的裁决却出现完全不同的果,引极大,有的作起仲裁裁决的突事件形为“投资仲裁的极惨败”(ultimate fiasco in investment arbitration)。^[32]

(一)基本案情

1989 天鹅绒革 (Velvet Revolution),为吸引国投资,当的捷克洛伐克其国签署双投资协定,包括1991国以及荷兰签订的双投资协定。同,该国一的媒法。根该法,该国政府立媒委,以审查批广播申请。1993,捷克洛伐克一为,成立的捷克共和国继捷克洛伐克签订的双投资协定。

1992,一群捷克公民创立一为CET21(Central European Television 21)的公,以申请获取广播。CEDC(Central European Development Corporation)是一事上CME公控制的公,而CME公的多股权持有人是国公民Lauder。CET21公CEDC公作。而,捷克政府媒委担国投资者股全国性广播持有人CET21公,反CEDC持有CET21公的股份。于是,CET21公、CEDC公一捷克银行一起创立一为ČNTS(Česká nezávislá televizní společnost)的作公。CET21公以广播权股,占ČNTS公股权12%,而CEDC公捷克银行以出资的形式股,CEDC公股权占66%,捷克银行股权占22%。Vladimír Železný是CET21公成立的ČNTS公的最负责人。ČNTS公播的TV Nova电台颇欢迎,收率常。

1995,捷克媒法被修订,该法有关的方面作修:一,媒委在决定批一广播申请,不在中纳件;其,法“广播者”(broadcaster)一作更为狭窄的定,规定其是广播的被授予象。法律被修订,CET21公被要求去掉其广播证中的17件,该件保广播的持有者广播运营商在管理构上被。媒委请求捷克学者Jan Barta提专,该专作出以论:CET21公未营广播,而ČNTS公是在未获授权的件营广播。

为应一专,公的关系重作安排,最,在19965月的法律关系达成如协:上,CET21是广播证的持有人,亦是广播的营人;而ČNTS公的角色转变为广播作安排。而,同6月,捷克媒委告CET21公,者于

[31] 根投资仲裁的件管理机构是为在华盛顿的ICSID(国际投资端解决中),业界常投资仲裁为ICSID投资仲裁。ICSID投资仲裁,者包括PCA(常仲裁)理的一依UNCITRAL《仲裁规》的投资仲裁(PCA的要角色乃定仲裁委任机构)、如ICC、SCC、LCIA国际商事仲裁机构理的投资仲裁,以及任何件管理机构常依UNCITRAL《仲裁规》的临仲裁(ad hoc arbitration)。ICSID投资仲裁ICSID投资仲裁最大不同之在于,当事人针对ICSID裁决在仲裁^也当^也法提起撤销裁决的诉讼,而ICSID裁决仅《华盛顿公约》内审查机制的监督,权国不理ICSID裁决的撤销申请。就Lauder v. Czech CME v. Czech而言,者都属于ICSID投资仲裁,裁决都仲裁^也法的监督。前者仲裁^也于国敦,者仲裁^也于典德哥摩,在仲裁庭作出裁决,当事人国法和典法申请撤销相应的仲裁裁决。仲裁^也于国典,但是仲裁庭的组成人却自全球不同的国,在国际投资仲裁中乃一现象。于仲裁程序的,在重当事人思自治的基上,仲裁庭拥有相当大的裁量权。在如力^之的问题上,仲裁庭亦在极大的解释空间,不为仲裁^也于某国而该国程序法的约束。

[32] August Reinisch, :
? , in
166, 166 (Isabelle Buffard et al. eds., Brill Nijhoff 2008)

未其报新协在注册资金、立约以及公司的册办处的变化事,因而违反了播的规定。捷传媒委员会令CET21司与ČNTS司捷商业更的册记,并更ČNTS司的关于“电播”的经营。同,捷开始CET21司与ČNTS司管理TV Nova电的进行刑事查;同7月,捷传媒委员会针对ČNTS司的未授权经营播的行为提了行诉讼。同,在8月,CME司与Vladimír Železný达成了一借协,由前者者出借470万美元,以使者CET21司的其他个人股中收购司47%的股份。协规定,在贷前,Vladimír Železný应按CME司的行使他所拥有的所有的股投票权。在11月,个相关司之间业已达成的协进一步,ČNTS司

措施,因为 于Lauder先 其财产的 受益,捷克并 间的干涉,捷克 媒委 的 为 为 给Lauder先 的投资造成 间的损失, 事 上,造成Lauder先 的投资受到部分损失的原因 ,1999年CET21公 除 其 ČNTS公 之间的合 系。 , 德哥 摩仲裁庭 认为,1999年CET21公 除 其 ČNTS公 之间的合 系导致CME公 在捷克投资的毁灭, 捷克 媒委 的 为 为 造成的后果。

两项仲裁一 平 着, 到2001年9月13 ,伦敦仲裁庭 最 裁决,认为捷克(虽 其在1993年的 为 在违背 国-捷克双边投资协 的情) 需为其 为负责,并驳回仲裁申 请人的 赔偿请求。仅10天过后, 德哥 摩仲裁庭 一项部分裁决,得 伦敦仲裁庭 的最 裁决 全 的结论,认为捷克需 其违 荷兰-捷克双边投资协 的 为负责。 在2003年3月14 的最 裁决中, 德哥 摩仲裁庭 一项 求捷克向CME公 支付高达近2.7亿 元赔偿金的最 裁决。

(三) 原 之分 :传统“三 一 ”标准的遭

Lauder/CME v. Czech 案裁决 一致的荒谬结果引来 人们的广泛评论,该案至今已过去十年 余,人们 其 思依 停止。 评论人 常援引此案 当 国际投资仲裁 制 猛烈的批评

违约竞 , 依 诉讼, 救济 , 请求
 请求 依 拒绝适 , 导致极 荒谬 果。
 敦仲裁庭 机械适 “三 致”标 路 走 。 仲裁庭 :“仲裁庭
 , 请求 适 序 请求毫 , 仲裁 序^[36] 牵
 诉 …….”^[37] 敦仲裁庭 番 , 纯 , 错,
 牵 序 诉 。 , , 果
 联 序 牵 诉 番 , , 敦仲裁庭 Lauder v.
 Czech 仲裁 哥 摩仲裁庭 CME v. Czech 仲裁 , 诉
 致 , 满 适 序 。 敦仲裁庭 :“ ,
 任 仲裁庭 仲裁庭 裁 致 裁
 …….”^[38] , 果显 背 , 描 , 最 , 敦仲裁庭
 哥 摩仲裁庭 裁 果 显 突。
 , 敦仲裁庭 Lauder v. Czech 哥 摩仲裁庭 CME v.
 Czech 裁 致 果, 敦仲裁庭 矛盾 。 敦仲裁庭 ,
 任 仲裁庭 仲裁庭 裁 致 裁 。 ,
 仲裁庭 忧虑, :“ 仲裁庭 荷兰 - 捷克双 投资协 哥 摩仲裁
 庭 裁 突 ”^[39] :“ 显,
 仲裁 序 仲裁申请 。 , 仲裁庭 白, 仲裁 ,Lauder 请求乃
 CME公 哥 摩仲裁 请求。 , 注 , 坚持 求 仲
 裁庭 审 CME公 请求, 申请 (捷克) 仲裁 序
 。”^[40] , 敦仲裁庭 希望 CME公 请求
 仲裁庭, , 捷克 。
 ,

三、“三” 扬弃

Lauder/CME v. Czech 背 裁 荒谬
仲裁 仲裁 , 织
,[42] , Apotex Holdings Inc. & Apotex Inc. v. USA [43] 仲裁庭
巧妙 , 避免 裁 极佳 [44]
止 裁 , 裁 背景 ,
轻 忽 。 , 仲裁庭[45] Apotex Inc. v. USA [46] 仲裁庭 2013
6月14 裁 仲裁庭 (“ Apotex 裁 ”)
。 仲裁庭 , 极
投资 仲裁 。

(一)基本案情

2008 2009 , 药 师 Apotex 药 投诉, 食品药
品管 (FDA) Apotex Inc. 拿 省 Etobicoke Signet 检查。检查
显 , 药品 业 显偏 遍 惯 。2009 8月,
FDA 施 口警报(import alert) 裁, FDA 办
告: 口 药 药 , 检 检查
扣留。

2012 2月, Apotex Holdings Inc. Apotex

“投资”，FDA 投资 益 侵 , 据此, 仲裁庭 此案 拥 管辖 。

Apotex 仲裁请求 管辖 异议, 认 仲裁庭 可 Apotex 此 声 拥

Apotex 案 请求 管辖 , 下几项: 首先, 仲裁 请人 Apotex 无 确 下 , Apotex Inc. 经 寻求 NAFTA 协 11 项下 投资; Apotex Inc. 并 声 产 只 试验 药品, 声 拥 业 ; Apotex Inc. 并 谓 投资(ANDAs 活动)向 税款。^[47] 二, 仲裁庭 Apotex Inc. 否 拥 管辖 , 键 ANDAs 质 别, 无论 时 批准 ANDAs 最 批准 ANDAs, NAFTA 协 11 项下皆 能 “投资”, ANDAs 得 批准, 可 FDA 销; ANDAs 只 过 个外 药品 产厂 得向 药品 许可 项 请。 三, “ Apotex 裁 ” Apotex Inc. 批准 ANDAs 请求 裁 , 裁 认 批准 ANDAs “投资”; 考 “ Apotex 裁 ” 时, 将裁 入考虑 , 裁 批准 ANDAs , 案 最 批准 ANDAs ; 至 加 仲裁 Apotex Holdings, (虽 部) 请求 能 “ Apotex 裁 ” 既判 排斥。

(二) 仲裁庭的裁决意见

仲裁庭 裁 支 斥意 。 人 意 , 仲裁庭 裁 书 从既判 发, 单辟 仲裁庭 管辖 分 , 并 般 、 NAFTA 协 UNCITRAL 仲裁 背景下既判 原 位 阐明 裁断。

首先, 仲裁 请人声 NAFTA 协 1136 1 项^[48] 止既判 原 意 , 仲裁庭 受。根据 项 , 仲裁庭 裁 争议 人 下 案 约束 。 项 《 约》 59 ^[49] 极 近, 后 受 先 约束(stare decisis)。 , 受先 约束, 并 意 案 受既判 原 约束。鉴 曾 过既判 原 ,^[50] 仲裁庭认 , NAFTA 协 1136 1 项 排除 协 背景下仲裁庭 既判 原 可能。倘若 此 , 么, 受仲裁 请人 意 意 它可 再再 三 仲裁 针 人 请求, 无疑 导 仲裁 荒谬 结 。

次, 仲裁庭认 , 既判 原 乃 项 般 原 , 因 , NAFTA 1131 (准据 款)背 景下, 可 准据 得到 。至 既判 原 “三 因素 ” 准, 人、请求 因 , 仲裁庭 每 因素 判断逐 意 。 人 因素, 仲裁庭认 , Apotex Inc. 皆 仲裁 仲裁 人, 毫无争议, Apotex Holdings Apotex Inc. 人(privy), 只 Apotex Holdings 请求 赖 ANDAs NAFTA 协 下 投资 主张, 么“ Apotex 裁 ” 既判 可 Apotex Holdings。 请求 因 两 因素, 仲裁庭 意到, 求后 仲裁 仲裁 请求 因 , 很容 导 人

[47] 来, FDA 针 Apotex 加 厂 施 裁乃 项贸 措施, Apotex 将可能 NAFTA 协 20 项下 贸 请求 项 NAFTA 协 11 项下 能 投资请求。

[48] NAFTA 协 1136 1 项 : “仲裁庭裁 争端双 涉 案 约束 。”

[49] 《 约》 59 : “ 裁判除 人 案外, 无拘束 。”

[50] 早 1928 年 Chorzow Factory 案, 设 Anzilotti 既判 原 文明 项 般 原 经 论断。

在仲裁中稍变其请求之救济内 或请求之法律根 ,而规避 力 则的适用。^[51] 考虑 这一点, 裁 未 格适用“三重 一致”的标 ,而是采用一种 要求当事人与诉 重 一致的标 ,以 是 应适用 力 则。^[52]

第三, 裁 现,国际法院与国际 裁 常会考察前一关联裁决的理由 以 裁决 的 范围及排斥效力。在 点上, 裁 为,根 1976 UNCITRAL《 裁规则》第 32 条,^[53]

视 致。 案 ,Apotex Holdings 通过间 控 仲裁 Apotex Inc. , Apotex Inc. 仲裁 二请求 ,因此,将 Apotex Holdings 视 Apotex Inc. 密切联 全合适,两公 间 际 通过 益 密 连。^[57]

过,Apotex Holdings Apotex Inc. 互 间 密切 联 , 至 两 “密切联 ”, 并 必 意味 将 Apotex Holdings 列 “ Apotex 裁 决”必 产 既判力,因 仅 既判力原 得 适 必 件, 充分 件。仲裁庭 “三 因 素 致”标准 另

协 织 发 指 意义 文 ， 确 下 ， 裁判 涉
裁判 既判 时， 考虑 三 因素 后案 否 案 ，
案 下仲裁庭 案 、诉因 请求

否致。只两案键争点致,涉,那么,“争点禁”可适。另,虽般将裁判既判力限主文,因认判决备既判力,争点可获得既判力,某践承认考察裁判既判力时往往需考察裁判,并承认件下,案件争点可产既判力。因此,涉争点既判力,求后两联案件请求,往往必。严适“三因素致”标准,个键原因,普通“争点禁”,通常将既判力普通“请求禁”,因此,诉因请求三致可。此,仲裁庭考虑将既判力适案件键争点时,突破“三因素致”标准限,主诉因两项因素考察,并考察案键争点联案件键争点否致。最后,仲裁领域,仲裁庭适既判力原时,考虑到仲裁双边密点,决否个案合突破“三因素致”标准时,别注意后联案件涉否足够。仲裁诉讼,双边密意味仲裁协议签约主通常情况下既可仲裁程序,能得知裁决容。因此,判断后联仲裁案件联仲裁案件否时,裁判考虑到否真后仲裁程序时质“你、你”密切联。若此质密切联,宜认案件裁决后案件既判力。

The Test for Application of the Doctrine of *Res Judicata* in Investor-State Arbitration: From a Formalistic to a Substantive Approach

Fu Panfeng

Abstract: Investor-state arbitration has been suffering from severe criticism for frequent inconsistencies between arbitral awards. The Doctrine of , however, can serve as an effective means to ensure consistency between a former and latter arbitral award under specific circumstances. With respect to its application, the traditional triple identity test is widely recognized by both the common law and the civil law systems. But if arbitral tribunals interpret this test mechanically, the Doctrine of risks never having the chance to be applied, thus unable to avoid double adjudication on the same issue or claim in closely related arbitrations. Through a substantive analysis of the parties, the cause of action and the claim and through the softening of the requirement for identity of each element, unreasonable inference in the arbitral tribunal's adjudicating process could be avoided and a balance between the consideration for due process and the application of the Doctrine of could be achieved.

Keywords: investor-state arbitration; doctrine of ; test for application; triple identity

(责任编辑:倪鑫煜)

【民法典编纂】

“ 掩盖 目 ”

新*

摘要：“以合法 非法目的”的法律行为是《民法通则》与《合同法》关于法律行为制度的特规定。由于法律用 较为 、概 ， 民法学 与 在理 规定上 当 。 民事 有 将其与 通行为、 制性规定的法律行为 在 。 的 ， 年 的学者 于以规 行为理 理 规定，而法 以 行为理 对之 以理 者 。由立法 ， 规定是 受 联民法上“ 的法律行为”概念影响的结 。而 的法律行为则是对 民法上 行为制度 以分 的 。 民法 则立法应响应科学立法的要 ， “以合法 非法目的”规定，对 表示作 确规定。为 止法律 用的 ，不应 通行为规定为 立的无效民事法律行为。

关键词：法律行为 表示 规 行为

经 主义主 下， 巨 经济 转 过程 次 ， 强烈 主义 鲜 仅 外 疮 孔，

行为”概念以及以概念为基而法律行为、撤销的规定,亦不同。《民法》行一,《民法关于执行〈中人民共和民法〉若见问题的见》(试行)以法律解释之,《民法》关于民事法律行为的规定作解释性、性规定。法解释上化,《民法》关于民事法律行为制度的法用。多,《同法》(1999)三作“同的”的规定,是作为法律行为典型的同的规定,于法律行为要表现为同,以《同法》三在理解、用法律行为制度上重要。

《同法》《民法》有重大越,但在多具规计上其上沿袭着《民法》的做法,“以法形式掩盖法的”的同,即是一典表现。自《民法》58 1 7 “以法形式掩盖法的”规定为民事行为的一种法定事,学界在理解规定上一始即在大,但《同法》52 3 其一不规定为同的形之一。在《民法》之前制定的《同法》(1985)《技术同法》(1987)皆未立《同法》52 3 样的规定。

是为这种规定在比法上为少见,且其立法用之,多于以其国家或的民事立法、学说为考理解或解释我国民法的学者,在不同的识景、方式或学术偏,其作出相当歧、的理解。

概讲,前学界或界“以法形式掩盖法的”法律行为少在以种不同:

一是为,其基本上于《德国民法典》及我国湾“民法”、《日本民法典》上的“伪装”,不,伪装是用一法的形式掩盖一法的的,掩盖一法的的。^[1]

是为,其是为达法的而规法律的“伪装同”。^[2]

三是为,其为“法行为”^[3]或“法律规”^[4]行为,即为制性规定而规定禁止的行为。更进一讲,种者,或直为,法行为是伪装的一种特形,^[5]或直以伪行为理解法律规行为。^[6]

是为,这种行为是具有规法律沿的“匿行为”,但其不等同于规法律行为,是规法律行为的种类之一。^[7]

是为,其是伪装行为,是法律行为法的一种特形。^[8]

上种见范在、解释“以法形式掩盖法的”法律行为上,使用“伪装”、“伪装行为”(“伪装同”)、“法行为”、“法律规”、“伪行为”、“匿行为”等不同法律概念,如

相同是翻之而用不同谓的排掉,学者少使用“伪行为”、“伪装行为”、“法行为”、“匿行为”等种概念。法律行为制度是民法理论立法度精化、系化的物,其规范群种法律概念不着不同的规范,而且有始如规以上范即国国始国如即规范之度法而表

示 无 意 容、目 力。此，考虑。因此，通 假 意 示 瑕疵 态。

“ ”， 湾 数 译 著 将 “ 避 ”、^[10]“ 避 ”(Gesetzesumgehung)^[11] “ 避 ”(Umgehungs-geschaeft)。^[12] 避 渊 源 马 ， 马 避 曾 下 ：“ 止 ， 违 ； 违 文 意 避 开 意 义 ， 避 。”^[13] 时 避 个 明 文 ， 至 仍 认 ， 根 避 ， 避 个 ^[14] 湾 “ ” 受 ^[15] 因 避 力 般 否 可 间 情 判 断 ， 湾 力 般 “ 容 限 ” 下 后 附 避 。 意 示 瑕 疵 分 意 示 态 ， 否 违 止 确 力 ， 意 示 意 示 力 无 瑕 疵 后 ， 交 容 否 违 止 力 展 开 。 “ 隐 ” “ ” 两个 。“ 隐 ” 117 伪) 2 款 湾 “ ” 87 伪 示) 2 款 ， 并 态。 湾 “ ” 87 2 款 ， 伪 意 示 ， 隐 藏 他 项 ， 项 ， 伪 示 隐 藏 他 判 断 指 明 据 。 至 隐 力 ， 像 般 力 意 示 判 断 。 隐 据 ， 伪 示 合 无 隐 藏 ， 力 除 须 据 般 准 般 判 断 外 ， 须 考 虑 别 力 因 此 ， 受 伪 示 时 伪 示 隐 藏 他 判 断 力 干 脆 ， 因 ， 隐 藏 力 判 断。^[16] “ 伪 装 ” ， 从 译 看 ， 将 力 117 译 “ 伪 装 ” 。 根 溯 源 ， 来 看 。 1923 年 34 装 (伪) 、 35 伪 装 ， 1964 年 53 装 伪 装 并 。 1950 年 教 书 明 确 受 伪 装 装 ，^[17]《 通 》 教 书 (《

[9] 长清:《 总 》， 版 1997 年 版 ， 199 页； 郑 长清:《 总 》， 版 2000 年 版 ， 333 页； 郑 长清:《 总 》， 版 2003 年 版 ， 309 页。

[10] [] 纳 · 梅:《 》， 迟颖译 ， 版 2013 年 版 ， 484 页 下。

[11] [] 迪 · 梅迪库 :《 总 》， 邵 东译 ， 版 2000 年 版 ， 493 页 下。

[12] [] 汉 · 沃夫·迪里·瓦 :《 总 》， 张艳译 ， 版 2012 年 版 ， 214 页。

[13] 11 书 ， 493 - 494 页。

[14] 10 书 ， 414 页； 11 书 ， 494 页。

[15] [] 敬三:《 义 I 总 》， 译 ， 北 京 版 2012 年 版 ， 210 - 211 页。

[16] 认 ， 隐 ， ä =

[17]

》) 苏联 “虚 ” “ ” 。^[18] 《 》 采 “虚 ” “ ” , 1964 苏 53 那 , 《 》施 久 写 教 书, 采 “虚 ” “ ” 析、 《 》, 《 》 58 1 7 “ ” 效,看 。^[19] 析, “ ” 众 纭, 看 歧 , 底 思 还 思维, , 虚 还 脱 避 。尽管最 轻 倾 “脱 ” “ 避 ” , 流 虚 脱 。

虚 避 点 析框架 全 , , 五 , “ ” 违 殊 点, 虚 避 全 谈 点,皆值 思。 析 减轻 “ ” 乱 ,根 拨云 感。 纯 脱 避 、 台 区 皆 避 “ ” 思路, 令 信服, 避 裁 (1923 苏)。 况, 避 虚 谈! , 想 全拨 “ ” 迷雾, 尚需澄 三 : “ ” 适 况 ; 《 》缘 树 帜 “ ” 效 ;三 虚 脱 。

“ ” 适 况 效力 “ ” , 裁 普遍 。 裁 书网公 件 , “ ” 检 予 检 , 果 2011 7 月 8 算起,截止 2016 7 月 8 午 8 , 搜 24127 裁 果。 裁 果 况 :

按 层 筛		按 程序筛		按裁 份筛	
层	裁 书份	程序	裁 书份	裁 书 份	裁 书份
最	92		16901	2016	1888
	686		6269	2015	7159
	6956		595	2014	8961
层	16393	查 监	317	2013	1848
			45	2012	358
				2011	67

[18] 佟柔 :《 》, 1983 , 90-91 。

[19] 佟柔 :《 》, 公安 1990 , 243 ; :《 教程》, 1989 , 133 。

由上表可明 出,从基 法院到 高法院的各个 级的法院审判的民事诉讼,以及从一审、二审、再审、再审审 与审判 督等各种审判 的民事诉讼,皆涉及到“以合法形式掩盖非法目的”的规定。尤其是,基 法院与一审案 涉及这种规定者,数量 其庞大。由不告不理的民事纠纷解制可知,“以合法形式掩盖非法目的”规定是诉讼当事人用以主张合同无 的一种重要法律依据。但是,就 高人民法院审理或 的92份纠纷来 ,法院 正接受当事人的主张,用“以合法形式掩盖非法目的”规定否定合同 的判 则相当少。法院拒绝当事人一方用“以合法形式掩盖非法目的”规定主张合同无 的主要理由是,当事人不能提供 据 明其主张,尤其不能对“非法目的” 以明。^[20]民法奉行私人自 ,且民事纠纷以不告不理为原则,民法规范的作用因而主要体现在民事纠纷 判中。 而, 察、分 法院依据 一法律规定对案 作出 时的法理阐释或法律论 (判要旨),是 知 法律规定的意义、性质或 的重要渠 。

据 开的民事 ,法院在理解、适用“以合法形式掩盖非法目的”规定上亦呈现相当混 的状态,法 在 判文 中使用了“ 意 表示”、“伪装行为”、“ 伪表示”、“ 合同”、“脱法行为”等概念来阐释适用 规定的基本理由。总体而言,法 对“以合法形式掩盖非法目的”规定主要作出了 种理解。

(一)指德国民法法系上的虚伪表示

在很多民事判 中,法院直接或间接地以 伪表示理论理解“以合法形式掩盖非法目的”法律行为,他们 用的法律概念大多数为 意 表示,只有少量判 使用了 伪表示、伪装行为或 合同概念。 有一些判 ,虽然未 纳像 意 表示之类的概念,但明 可以 出法 是以 伪表示理论阐述判 要旨的。法 分 、论 案 的方式,通 有两种:一是 用“名为 合同,实为 合同”的分 。例如,在 高人民法院判 的“伟 置 有限 司、罗定 人民 府、罗定 财 因 保合同纠纷”一案中,判 认为:“分 上述合同所设立的投 合作关系,其实质是伟 司 提供 金,但不参与经营,亦不承 经营 ,无论屏 山水泥厂处于盈利或亏 状态,伟 司均 按 享有 定的投 ,以达到 投入 金本 的目的。 种合作模式 反了合作行为应共 盈亏、共 的基本原则, 于名为合作,实为 贷。 之间的 贷因 反我国内地有关金融法规而 无 行为,屏 山水泥厂和伟 司以合作方式掩盖 非法 贷的事实,系以合法形式掩盖非法目的。 据《中 人民共和国民法通则》第 十八条第一款第(七)项的规定,以合法形式掩盖非法目的的合同为无 合同。”^[21]

二是使用“ 意 表示”概念。例如,重 庆 高级人民法院在一 民事判 中认为:《

屋买卖合同》系长峰、蒋国帅为避税而作出的意思表示,根据《中华人民共和国合同法》第52条的规定,以合法形式掩盖非法目的的合同,应为无效,因,蒋国帅与长峰签订的《重庆市房屋买卖合同》本身就是为了逃避缴纳税费而签订,并非当事人的真实意思表示,应为无效合同。^[22] 如,在审理一房屋买卖案,一审法院认为,当事人签订的房屋买卖合同,是为了套取银行贷款,而非进行真实的房屋买卖,系谋利意思表示,依《中华人民共和国合同法》第52条第(三)项,应属无效;^[23] 二审认为,当事人双方签订房屋买卖合同,诉房屋由吕晶名下过户至吕晶名下,并非真实的房屋买卖意思表示,而是借订立买卖合同之名,以达到套取银行贷款的目的。原审法院认定双方不存在真实的买卖合同关系、所签房屋买卖合同无效,具有事实依据,本院予以确认。^[24] 这些判例在确定合同上,显然纳入了伪表示制度的法律规范。因此,可以确定地认为,一些法院“以合法形式掩盖非法目的”完全当作了关于伪表示的规定。

在有些案件中,法官在判决时,虽然未明确使用以上两种分类方式,但其判决结果则与上述案件的基本一致。例如,在最高人民法院审理的一买卖合同纠纷中,法院判决认为,当事人签订的买卖合同中,增加部分销售价格,存在以合法形式掩盖非法目的之情形,增加销售价格条款无效。^[25]

然而,对于以合同或伪表示规避违反法律、行政法规的强制性规定的问题,一些法院以意思表示理论对案件进行分类,则依《民法总则》第55条关于民事法律行为有效性的规定为据进行裁断。例一,对于当事人为逃避税收而在房屋买卖合同中约定较低购房价格的行为,法院认为,这是当事人“为规避税收而作出的意思表示”,关于房屋价格的约定应当无效。^[26] 例二,有法院认为:根据《中华人民共和国民法总则》第55条的规定,民事法律行为应当同时具备行为人具有相应的民事行为能力、意思表示真实、不违反法律或者社会公共利益等条件。行为人的意思表示真实是民事法律行为的基本条件之一。不同于双方民事法律行为,意思表示真实亦是合同的一般有效要件之一。在合同中,存在两个意思表示,双方协商一致相互作出与各自内心真实意思一致的表示,且相互形成了意思表示一致。曹德荣、倪黎相互形成了买卖房屋、土地的意思表示,且不属于恶意串通,损害国家、集体或第三人的利益和以合法形式掩盖非法目的情形,应当不予认定伪表示,当事人的协议应当无效。^[27] 例三,在由最高人民法院审判的一公司股权转让纠纷案中,法院认为:作为股权受让方的盈科集团公司在订立相关《股权转让协议》,其真实意思表示并非为实际经营工贸公司而持有公司股权;作为股权转让方的刘步书等人,其真实意思表示也并非工贸公司股权和资产全部让与而退出经营,且双方对隐藏在股权转让形式下的真实意思表示在主观上均明知。盈科公司签订股权转让协议的真实意思表示是为控制和支配工贸公司所有的建设用地使用权和占有的土地。由此可以认定,双方在签订本案所涉股权转让协议所作意思表示构成

[22] 参见“长峰与蒋国帅、梁艳债权人撤销权纠纷二审民事判决书”,重庆市高级人民法院民事判决书(2014)渝法民终字第00391号。

[23] 参见“吕晶与吕晶房屋买卖合同纠纷一审民事判决书”,北京市朝阳区人民法院民事判决书(2013)朝民初字第19616号。

[24] 参见“吕晶与吕晶房屋买卖合同纠纷二审民事判决书”,北京市第三中级人民法院民事判决书(2014)三中民终字第11919号。

[25] 参见“北大荒鑫亚经贸有限公司与北大荒青枫亚麻纺织有限公司、熙刚等买卖合同纠纷二审民事判决书”,最高人民法院民事判决书(2015)民二终字第69号。

[26] 参见“中房集团洛阳市房地产开发有限公司与柴霞、刘升房屋买卖合同纠纷再审查民事判决书”,河南省高级人民法院民事判决书(2014)豫法民提字第118号。

[27] 参见“倪黎、曹姗姗与彭作、曹琳琳等确认合同无效纠纷二审民事判决书”,重庆市第四中级人民法院民事判决书(2015)渝四中法终字第00865号。

伪表。根据《民法总则》55的规定,本股权转让协议缺乏实质内容而应认定为无效。^[28]

亦存在这样一种情形,一审法院以股权转让协议、裁定纠纷,审为买卖合同,适用法律有违。却言,当事人签订《商品房买卖合同》的法律形式,掩盖了银行贷款的实质,违反我国合同法关于合同的形式要件的规定。^[29]

上不难看出这样的论调,如说伪表不是无效的法律行为问题,而是以哪一种法律规定裁判问题上则存在不同意见,一些法官认为“以法律形式掩盖法律行为的”是关于伪表的规定,而另有一些法官则根据《民法总则》55关于民事法律行为有瑕疵的规定为无效问题。这说,应以“以法律形式掩盖法律行为的”理解为关于伪表的规定,在法官之间存在重大分歧,以伪表制度对法官的理解是理解“以法律形式掩盖法律行为的”规定之一。

(二)指规避法律行为

理解“以法律形式掩盖法律行为的”法律行为的另一种理论是规避法律行为,即当事人以迂回方式逃避法律、行政法规的强制性或禁止性规定。例如,在广东省高级人民法院审理的一委托合同纠纷中,审者为:被告与原告签订的规划及股份合同约定的阿皮内公司的利益,被告主要是为规避招投标法的相关规定。具体讲,本代建费是为保阿皮内公司的利益,违反招投标法而签订的合同阿皮内公司的利益直接嫁接代建费,代建费根据《中华人民共和国合同法》52(三)规定的“以法律形式掩盖法律行为的”之情形,代建费及合同中有关代建费应认定为无效。^[30]再如,在一居间合同纠纷中,审法官认为:居间中介费支付的实质,30%的借利上20%的谓居间中介费,出借人利息50%的额借利。

于借款合同之中,居间中介费借本金同步付,居间中介费出借人付,考虑民间借贷出借人追求的遍状,应以法定,花艺轩公司鑫汇公司签订的谓的居间合同是为规避禁止性规定,花艺轩公司谓的居间中介费实上是出借人收的借利。花艺轩公司鑫汇公司签订的居间合同系以法律形式掩盖法律行为的,根据《合同法》52(三)规定,无效。审法官认为,审认定事实,适用法律正确,上诉,驳回。^[31]

上述关于“以法律形式掩盖法律行为的”的理解,为裁判要旨提“规避”招投标法或禁止性规定而被定性为规避法律行为,关键在于,在这类案件中,被法官作法形式的“代建费”“居间”皆是当事人实为的表示,当事人作出这样的表示,才产生规避法律强制性规定的问题。不过,亦不难看出的是,这种归为对规避行为理论的使用,是对实质法裁判要旨以的,法官实上在裁判中并未直接提规避法律行为或规避行为概念,而且在一审中使用规避伪表概念。法官认为,“以法律形式掩盖法律行为的是规避行为”,但其“伪表掩盖有实质内容欲为的违反法律法规

[28] 见“艳春、刘春、刘瑛、刘冬英、刘英、刘步书诉新疆盈科投资集团有限公司、新疆盈科房地置业有限公司股权转让纠纷案”,《中华人民共和国最高人民法院民事判决书(2013)民终字第40号》。

[29] 见“莉北京世桥房地置业有限公司房屋买卖合同纠纷案”,《北京市第三中级人民法院民事判决书(2015)三中民终字第01184号》。

[30] 见“宁波剡界岭置业有限公司阿皮内建有限公司委托合同纠纷一审民事判决书”,《中华人民共和国浙江省高级人民法院民事判决书(2008)民一初字第3号》。

[31] 见“武汉花艺轩家具有限公司湖北鑫汇置业有限公司、武汉集团有限公司居间合同纠纷案”,《湖北省高级人民法院民事判决书(2016)鄂民终201号》。

目”^[32] 伪意 示 避 谈。

(三)指具有“非法目的”的法律行为(非法行为)

“掩盖目”另做，目眼点旨追求“目”根，否“外观”。借纠纷，认：2001-055号 2002-003号 欠 签订 2003-015号，光春票 诈骗，目个 借贷 来掩盖诈骗，能欠 嫁 欺骗 向阳 厂。因，2003-015号 认 掩盖目 无。^[33] 二，抵押 纠纷，认：“因《资产借》过，农 岫岩支 刑 判 书 裁 书 认，双 显 掩盖目，金融，依《》五二 (三) ‘掩盖目’，农 岫岩支 岩 木业 签订《资产借》 认 无，原 判 判 书 认 部分 认 妥， 纠 。”^[34] 三，认：“根《》五二 (三)， 掩盖 目 无。张 设银、铭 签订借， 掩盖 施 目，审 认 借 无 并 无 妥， 支。”^[35]， 旨 追求 目 (骗 银 贷)，因 目 示。借 纠纷，认：“沈绪红 丽 抵押 他 义 伪 购房、首付 发票 手，诈骗 怀柔支 购房按揭贷， 订 借 并 借 意，签订借 沈绪红、 丽 施 刑 手，因，签订借 确 掩盖目， 无 情， 确认 借 无，飞腾 供担 无。”^[36]， 情 下， 无 根 无 订 借 意 示，借 违背。 示， 意 示 无 根， 意 示 瑕疵， 追求 目。 意 示 目 架 意 示 判断。目 入 手 确 意 示 根， 违、 禁止 违背 俗 两 情，“目” 么 违 禁止 否， 么 违背 俗 否。

[32] “原告商丘市梁园 街 梁园 居委 (原三里村居委) 告 泉、董长 确认 无 纠纷 审 判 书”， 省商丘市梁园 判 书(2015)商梁 初字 00202号。

[33] “ 申请 长城资产管 连办 申请 口市 交电、口光金 装、口市向阳 厂总长，审 三 商银 股份 口分 借 纠纷 申请 审 裁 书”， 最 裁 书(2013) 申字 235号。

[34] “ 农业银 股份 岫岩满 县支 翎、鞍山万兴隆岩 木业 借、抵押 纠纷二 审 判 书”， 最 判 书(2013) 二 字 51号。

[35] “ 设银 股份 北京 支 张、北京 铭 厦 借 纠纷”，北京市 判 书(2009) 字 6320号。

[36] “北京飞腾房 产开发 设银 股份 北京怀柔支 般借 纠纷”，北京市 二 判 书(2009)二 字 3832号。

(四)《 》第52条第2项第3项间用
总结 “ 掩盖目 ” 三 ,除 得
结 外,还 发 下 : 《 》 52 2至5 无效 ,
“ 掩盖目 ” 他三 适 ? 下 仅
“ 掩盖目 ” “恶意申 ,损害 、集 三 益” 两 无效
适 分析。
值得 注 情况 , 决 纠纷 , 至判 易 既属
“恶意申 ,损害 益”属 “ 掩盖目 ” 情 。 , 判决
起股 转 纠纷案 , 认 :“ 案股 转 外 投 并购境 企业,农产 公 发
股票据 支付部分转 价 , 外 投 股 支付 段并购境 公 , ‘股
并购’。商 部 部门联 发 《 外 投 并购境 企业 》(2006) ‘股 并购’
件申 程序 严 。 申 签订《0.89亿股 转 协 》,目 必 较
严 政审批 ,破坏 外 投 、 外 投 监管秩序 外汇管 秩序,属 恶意
申 ,损害 益; 属 掩盖 严 审批 目 , 依照 十
二 二 、 三 , 认 该协 无效。”^[37] 该案主 , 签订《11.56亿股 买卖
协 》, 商 部 审批,申 气, 虚假材料炮 《0.89亿股 转 协 》,并 此向商
部 批 看,《0.89亿股 转 协 》 欺骗 三 (审批) 虚
伪 示,属 虚伪 示 态。 过, 并 “虚伪 示” 分析该案。 认 该案
适 《 》 52 2、3 , 因 52 两
读,另 因 “ 益” 宽泛 。 看,《0.89亿股 转 协
》 备“ ” 外观,欺骗商 部 审批 无疑 “ 目 ”; 互申 签订虚
假《0.89亿股 买卖协 》 , 符 “恶意申 ” ,逃 商 部较 严 专
审 因损害 外 投 监管秩序 损害 益。^[38] 受 局 ,
《 》 52 2、3 , 判决 难发 ,“ ” 全 涵盖“恶意
申 ”,“ 目 ” 纳“损害 、集 三 益” 情况。“恶意申 ,损害 、集
三 益” , 虚伪 示 予 能 。 审判 ,
判决。 , 起 纠纷案 , 审 认 , X1、温 XX 无买卖 103 号房 真 意思 示,
虚假 房屋买卖 , XX 益,故根据《 》 52 (二) ,
X1、温 XX 签订 《 房屋买卖 》无效;

示；合 盖 目 ， 容 ，又 。”^[40]
 因此，至 案 ，《合 》 52 2、3 项 足 视 辞
 结 ，二 混 甚至并 可能 。 ，
 房买卖合 纠纷案 ， 认 ：“弘 恶意串通， 签订 房买卖合 合 ，
 盖 套 银 按 贷款 目 ， 房 产 金 ，
 益，因此，案涉《 房买卖合 》 确认 无 。”^[41] 判 旨 、顺畅 将“恶意
 串通”、“合 ”、“ 目 ”、“ 益”结合 阐 判 合 无 据。
 综合 、分 ， “ 合 盖 目 ” 可 总结 下：
 “合 ”，指外观 合 素 合 ， 委托 合 、购销合 、房屋买卖合 ；
 “ 目 ”， 情 ： 隐匿 时，指隐匿 、
 禁 ， 委托 合 盖 金 贷、 购销合 隐 贷时， 贷合
 。二 隐匿 ， 意 示 订 合 ，旨 通过 意 示
 合 ， 到 、 禁 目 ， 通过 贷合 加
 费 款， 高限 。^[42] 隐匿 ，
 订 合 ， 履 合 ， 此 目 ， ，合
 只 目 必 ， 骗 贷款 审 欺 骗 （银 、审
 ），^[43] 他 益。^[44] 隐匿 ， 订 合 目 ，旨
 合 ，从 得 益， 合 订 过 ， 材
 料并向银 骗 贷款。^[45]
 情 下，“ 合 盖 目 ” 指 示， 判
 明确指明 ，只 分别 “ 意 示”、“ 示”、“ ”、“ 合 ”
 。二 情 型 ， 此 判 并 。 情
 示 型 态， 案 。 情 人 、 禁

[40] “ 通 设 限 迈 通 限 合 合 纠纷案”， 判
 (2009) 18082 。

[41] “湖 弘 房 产开 发 限 房 买 卖 合 纠 纷 二 审 判 ”，湖 省 高 判 (2013)湘
 高 53 。

[42] “武 轩 限 湖 鑫 汇 置 发 展 限 、武 文 限 合 纠 纷 二 审 判 ”，湖 省
 高 判 (2016)鄂 201 。

[43] “ 申 产 连 办 申 口 边 电 、口 光 金 限 、口 向 阳
 总 ， 审 银 份 限 口 分 款 合 纠 纷 案 申 审 ”， 高
 (2013) 申 235 ；“王 秀 群、武 九 发 展 限 产 限 纠 纷 二
 审 判 ”， 高 判 (2014) 33 ；“ 飞 腾 房 产 开 发 限
 设 银 份 限 怀 柔 支 般 款 合 纠 纷 案”， 二 判 (2009)二 3832 。

[44] “余 盛 泰 限 、 阳 林 限 、 益 限 确 认、盈 余 分 纠 纷
 二 审 判 ”， 高 判 (2013) 二 19 。

[45] ， 合 纠 纷 案 ， 认 ：“因 《 产 款 合 》 过 ， 岫 岩 支 刑 判
 认 犯 罪 ， 明 合 盖 目 ， 侵 犯 金 ， 犯 罪 ， 据 《 合 》 十 二
 () 项 ‘ 合 盖 目 ’ ， 岫 岩 支 岩 田 签 订 《 产 款 合 》 认
 无 ， 原 审 判 认 部 分 认 合 妥 ， 纠 。” “ 银 份 限 岫 岩
 县 支 翎、鞍 山 万 岩 田 限 款、抵 押 合 纠 纷 二 审 判 ”， 高 判
 (2013) 二 51 。

外 “ 设 银 份 限 西 单 支 张 、 限 款 合 纠
 纷 案”， 判 (2009) 6320 。

情 较 ， 数根据“ 掩盖 目 ” 判 。
总 ，“ 掩盖 目 ” 审判 案型 纠纷， 此
， 原因， 主 “ ” “ 目 ” 皆十分 、
， 宽 ， 。

三、“ 掩盖 目 ” 来

虽 ， 观 知 ， 历
往往 鲜明 ， 部 历
呈 太 貌。尤 ， 历
里显 意义， 较 ， 情 得愈发明显， 至 若 年 们
知 到底意 什么 到底 。此 ， 追根溯源 历 冲
迷雾、发 光明 。

认 “ 掩盖 目 ” ，
历 溯 求。

知， 过 习、借鉴 他 、 判 逐渐
发展 来。^[46] 20 50-80 年 ， 苏 主 仿、受 ， 1982
年 5 月 1 《 案(四稿)》 《 》主 考
1962 年《苏 纲 》、1964 年《苏 》 1978 年修订 《匈牙 》。^[47] 因此，
受 考 “ 掩盖 目 ” 来， 苏 苏
汲 目 。

苏 1991 年 ， 过两部 ， 1923 年苏 1964 年苏 ，
两部 产 主 考 ， 两部苏
皆 。 过， 资 主义 划清 ， 苏
、 设计 “改 ”。1923 年
苏 将 伪 拆分改 “ 装 ”^[48] “ 伪装 ”^[49]、 违
避 并 ， 型 。 装 ， 施目 只
无意产 。 施 装 ， 只希望 外
外 ， 。 伪装 ， 施目 掩盖另
。 伪装 般 掩盖违 目 ， 掩盖 能
违 。 两个 目 眼 ， 并 否 掩盖 他
情 ， 伪 拆分改 ， 并将它们 视 意 示 意
符 。^[50] ， 意 示 否 ， 伪装
并 什么 异。 拆分改 必 ， 苏 认 ， 数情

[46] 孙 忠：《 受 》， 《 》2006 年 3 。

[47] 梁慧星：《 总 》， 2011 年 ， 20-22 。

[48] 将 “ ” “ ”。

[49] 将 “ 伪 ” “ 伪 ”。

[50] [苏]Л. М. 坚金主 ：《苏 》(册)， 教室 ， 1956 年 ， 290 。

下,、掩盖某 禁 目。^[51]
 1923年苏 30 明确,“凡
 目, 损害,皆属无效。”据苏联,
 “, 受禁, 到 禁 结果,选择某 许
 ,企图藉 到 目”,^[52]“ 办, 并,
 它引起 后果”^[53] 央政 干部 校 室 1950年、
 鉴苏 时³⁰,“, 抵。
 合 到 目”^[54]“ 合 到 目”
 “ 合 掩盖 目”虽 语 稍, 它们 间 意义 二 思维
 几乎 全。
 1964年苏 时 袭 1923年苏 假
 , 删除 旧。苏联 1964年
 53 2款 时, 纠 缠 起,
 117 虚 那。^[55] 许 明,苏联 改
 弦易, 看 个值得单。^[56]
 苏联 态 转变, 产 影响,
 , 看 无效。 , 异 苏联
 , 继 受 苏 “假 ” “ ”两
 时, 明确 看 “ ” 情。^[57] 时 苏联
 , 几乎 全 虚。 联 到 文 到
 1950年 “ 合 到 目 ” 观点,
 许 明白,《 通 》 后集 集 著 , “
 合 掩盖 ” “ ” “ ”^[58] 年 版
 部 (《 · 总 》) “ 合 掩盖 目 ” 纳 入
 并 虚 该 因意思 示 真 无效
^[59] 两 主 , 可 看 “ 合

[51] , 著 认 , 数情况下,虚、掩盖某 禁 目。注50引 , 290页。 , 认 ,“ 数情况下, 掩盖 某 受 禁 , , ”。[苏联]C.H. 拉 西主 :《苏维 》(), 室译, 版 1955年版, 157页。

[52] [苏联]C.H. 拉 西主 , 注51引 , 150-151页。

[53] 注50引 , 286页。

[54] 央政 干部 校 室:《苏维 几个 纲》,1955年, 华 部图 料, 23页。

[55] [苏联]B.Л. 巴诺夫、C.M. 涅 夫:《苏联 》(7.9.1964)Tj 1.049995 21.04027840875室译(19.64)Tj 1.>0 版 1984年版, 227-228页。

[56] 1995年《 联邦 》(部分) 单 。

[57] 认 , 两 情况: 掩盖 、 目 ;二 掩盖 并 质。 佟柔

[58]

[59]

掩盖目”最近目威。两意虽稍偏，
 总来，苏伪装，“合掩盖目”苏伪装，文
 选择。观，“合掩盖目”苏伪装，文
 义外确。
 又来，1964年苏避明确后，苏
 伪装时，来顾文义刚约束意示
 眼伪。《通》既受苏
 “”、“伪装”受，又借鉴“伪”
 ，只目观，将“合掩盖目”合无
 。像“”限，撇开苏
 历史，“合掩盖目”，确给来
 难。从，主观主义泥潭，交往
 ，谓“目”，只能，违。来，合
 掩盖目，无意近避。可能最近几年来来倾向
 避“合掩盖目”原因。^[60]
 总，历史，“合掩盖目”受苏“伪装”
 结，因“伪装”来伪拆分改，“伪”“
 伪示”来“合掩盖目”意无。避
 “合掩盖目”意，无视史、目纯粹足外观
 结。

四、伪示避二

无将伪示混谈意，“合掩盖目”
 混乱裁来，无个：
 很能伪示较清晰认。因此，“合掩
 盖目”必须步澄清伪示，只才能认
 步简乃至净“合掩盖目”。
 伪示足意示否观，并意示据，否
 。伪示情下，意皆意意示，
 意示双通谋结。意示双皆意，
 根据原，通谋伪示双无。数情下，施
 伪示，三施欺骗。“情下，意受通谋后并希望发
 示容，希望发另后。”^[61]交情景，伪示时掩盖另个
 待发。显外部、旨到欺骗目伪示，

[60] 胡主，2书，92页；书，651页；崔，3书，263页；汉东、陈小君主，5书，152页；王：《避裁判》，《外》2015年3；董淳铎：《合掩盖下合》，《东报》2014年2。

[61] []汉·洛、沃夫·迪里希·瓦，14书，242页。

盖，匿。该匿，117 2：“另
 虚藏，适藏。”台湾区“ ” 87
 虚示，像那，匿适明确（2）。
 117 2 难看，藏个虚示联效力
 受虚示效力影响。买卖藏赠，虚买卖无效，该无
 效并牵涉到藏赠，赠否效，需视否违强否
 违背公序良俗，否满件。据此可知，虚示，根目
 确，虚示无效。至虚示盖匿，
 台湾区“ ”采引照看，它属虚示效力全无
 ，效需根据效般该匿予判。
 此，将“合盖目”“匿”，太妥。虚
 示，匿无从谈起，可能虚示情况下仅匿。
 从义看，“合盖目”，虚示虚
 ，根风。虚示，核素——意思示——
 ，并意思示故意致展开思维，分彰显治意思
 治尊。目，虚示情下，确意思示外盖真目意图
 。该“意思示外”，因效果意思，只满意思示“示
 素”，根能效意思示。该效果意思“示”根无满意思
 示般效件。因此，依据《 》55，双
 意思示无满“意思示真”个效件，否虚假意思示效力。目
 思维看，“虚意思示”盖施真目，该“虚意思示”至只能
 看广义“合”，许意思示治，般意义
 合。可能官愿将“合盖目”虚示
 原因。
 另外，看，虚示情下，仅仅注意意思示否致，至意
 思示真目什么，键素。意思示果目情，效
 力依据良风俗予判断。因此，虚示际仅仅注件
 意思示素，至该意思示、否违背强，另外个
 。态，虚示既可能个皆双谋虚示结果，
 常“虚假合”，又可能个个意义意思示（买卖合
 价）双谋虚示结果，“虚假意思示”。
 情下，效力常，虚意思示无效，他部分可能仍效。
 据分析，“合盖目”，果全撇开该历缘，
 纯粹义，无“合”“目”点还“盖”点，
 际皆太易将虚示联起。选择依《 》55 据
 来决虚假意思示，可能考虑到情况。
 避指施某受禁止到某受禁止。谓
 “避”，质指到某受禁止目，某受禁止，避
 免遭受适强禁止结果。违禁止，
 避只，间迂回违禁止。

采取严文义产，时，果无须区分文
 义意(义)，属。〔62〕因此，认，
 属134(禁)。(〔63〕
 欧洲，虚伪曾紧密联起。纪，曾“虚伪
 ”谚。〔64〕，至时，将虚伪
 混谈甚，明确将虚伪区别开来。
 从目看，某虚伪确。合企
 间贷易情，订虚假合合真目，禁企间互贷
 强。阐判决时，常常认，订合旨强
 禁。须指，此情下“”，指虚伪目结果
 ，虚伪个意思示，效力判断否无
 。际，从目结果看，虚伪示全无任联。苏联
 将伪装并，原因，明确将目
 虚伪出发点。〔65〕
 ，指强禁。下
 个案予明。饭店老板W因酗酒吊销饭店经营许可，据《餐饮》，W
 得经营餐饮。W将饭店售给K，并约K经经营。依据
 134，该合禁款，因判决无效。〔66〕该案，W K订合
 ，仅目，容禁款迂回逃，果W能够经
 K约经营餐饮，那么，《餐饮》W得经营餐饮禁
 判决W K订合无效，该合款意思示致(意思示瑕
 疵)，合款禁。
 外，，虚伪致意示项该发效力，虚伪
 无效只尊意思治结果。“依质，属真希
 望。因，只真希望，该从目来看才意
 义”。〔67〕因此，意思示全致真意思示，因，只
 此真意思示，才可能禁。虚伪禁，
 际真意思示巧妙、变通迂回。需助任隐匿，
 际禁、公开。禁，只过
 间迂回禁，因，禁质
 什么异。禁全阻，并取决到底间
 该禁时，区分禁禁失意义。因此，目

〔62〕 注10引，414页。

〔63〕 [] · 洛克、沃夫·迪希·瓦克，注12引，212页。

〔64〕 注10引，414页。

〔65〕 1964年苏53(虚假伪装无效)：“，果目只徒
 无意产后果，无效。果目掩盖，适真欲
 准。”

〔66〕 [] · 洛克、沃夫·迪希·瓦克，注12引，212页。

〔67〕 注10引，484页。

的解释 类 解释方法 普遍应用 , 规避行为在立法、学说上则完全失去作为一种独立制度或理论的价值。

依上所言, 虚伪行为与规避行为 然皆存在规避法律之现象, 但 者在规避法律的方式上却存在巨大差 。〔68〕 法院在以虚伪行为与规避行为理论阐述 决要旨 , 然有 皆 使用规避法律之用 , 但该用 实际上 在 种不同 被 以使用。由于 非一切虚伪行为都是为了规避法律, 所以虚伪行为仅在 形 存在规避法律的现象。规避行为乃出于当事人真实的 思表 , 法律之所以 定其效力, 不是 为 思表 存在瑕疵, 而是法律行为的内 违反法律的禁止性规定。虚伪行为的效力则完全是 思表 瑕疵而被 定。 , 规避行为问题不 依虚伪行为的规定 以解决, 虚伪行为与规避行为是 在问题 识与规范方式上完全不同的概念, 不 者 为一谈。〔69〕 同 以虚伪行为与规避行为理论 解释“以 法形式掩盖非法 的”规定, 是错误的。

在把“以 法形式掩盖非法 的”规定解释为规避行为或脱法行为的看法中, 有学者 为: “‘法形式’是迂回之手段, ‘非法 的’是法律上强制规范的禁止。这完全符 法律规避的要件特征。”〔70〕 相比于以虚伪行为理论作出的远远超越法条 的解释, 这种解释 显 缩了“非法 的”的 ——对禁止性规定的违反。这与法院多倾 于对“非法 的”作宽泛解释的法律适用状况形成强烈反差。

五、以虚伪表 替代“以 法形式掩盖非法 的”(代)

《民法 则》第 58 条关于“以 法形式掩盖非法 的”的规定是 造性吸收前苏联民事立法与学说的 果。在《民法 则》施行初期, 学界在理解该规定上共识 显大于 歧。进 20 世纪 90 代, 由于前苏联民事立法与学说的影响日 式微, 学界与实务界在理解、适用“以 法形式掩盖非法 的”规定上 歧逐渐 大。尽管如 , 《 同法》 然 封不 地 “以 法形式掩盖非法 的”规定为 同 效的一种 形。立法在“以 法形式掩盖非法 的”规定上的固执已见, 非但没有在法律理解与适用上起 进共识、 乱的作用, 反而使学说与 决在理解与适用“以 法形式掩盖非法 的”规定上 见更为杂乱, 有人以虚伪表 理论理解 , 有人则以规避行为理论理解 , 有人 同 以虚伪表 与规避行为理论理解 。 体看 , 学说与 决之间的 歧越 越大。 法条 之 , 学说 越 越倾 于以规避行为理论 解释 , 而 决则更多地 其理解为关于虚假 思表 的规定。更为 者, 法院在适用“以 法形式掩盖非法 的”规定上, 常 法廓 其与“恶 申 , 损害国家、集体或者第三人利 ”规定之间的界 , 有 其“违反法律、行政法规的强制性规定”的规定 为一谈。为贯彻落实“科学立法”的政策要求, 我国民法 则立法应审慎、批 性地对 法律继 , 不 学说与 决现状, 惟 有立法为上, 在现有法律面前故步自封。为保证法律规则的 性, 由 强法律交往的安定性, 我国民法 则立法应彻底摈弃“以 法形式掩盖非法 的”规定, 按照 思与表 故 不一致的法律思维, 对虚伪 思表 作出 规定。《中华人民共和国民法

〔68〕 关于 为类似的想法, 参见杨代雄:《恶 申 行为的立法取舍——以恶 申 、脱法行为与 谋虚伪表 的关系为 角》, 载《比 法研究》2014 第 4 期。

〔69〕 泽鉴 为:“虚伪 思表 非属脱法行为, 而脱法行为亦不 依‘民法’虚伪 思表 规定解决之, 者应予区 , 不 为一谈。” 泽鉴:《民法 则》, 北京大学出 社 2009 , 第 228 。

〔70〕 同注 4 引书, 第 137 。

则()》然以虚假意思表示的规定^[71]取代了“以法形式掩盖非法的”的规定,但其沿袭《民法总则》与《合同法》对恶意串通行为亦作出规定的做法,^[72]却非常值得检讨。正如一些法院判决,在虚假意思表示形式,同样存在行为人与相对人恶意串通、损害他人法权的形式。即使一些恶意串通行为不纳入虚假意思表示之中予以规制,要其损害了他人法权,完全以违背公序良俗为由否定其效力。^[73]在对虚假意思表示与违背公序良俗的行为作出规定,没有要再循旧法规定恶意串通行为。法律的废止、与修作体系性思考,不顾局部而忽整体。另,为强化法律适用的性,建《中华人民共和国民法总则()》第124条规定中“串”修 为“谋”,者更 显 虚假意思表示的特性,且学理上一直使用该概念。

On Juristic Act Whose Illegitimate Purpose Concealed under the Guise of Legitimate Acts

Zhu Guangxin

Abstract: The juristic act whose illegitimate purpose concealed under the guise of legitimate acts is a distinctive provision on the system of juristic acts in General Civil Law of the People's Republic of China and Contract Law of the People's Republic of China. Chinese civil law doctrines and judicial decisions are quite confusing for understanding of the provision so far, because the legal terms of it are too vague and general. Some judicial decisions are often confused with malicious acts of collusion and violation of mandatory provisions of the law. In general, in recent years, more and more scholars tend to understand the provision with the theory of avoidance behavior, while most of judicial decisions made according to the theory of simulation declaration of intention. The provision is the result of the strong influence of the concept of simulated juristic act in Soviet Civil Law from a historical perspective. The simulated juristic act is the product of the separation and transformation of the simulation declaration of intention in German Civil Code. The general provisions of Chinese Civil Code legislation should meet the requirements of scientific legislation, abandoning the provision whose illegitimate purpose concealed under the guise of legitimate acts, and make clear regulations on simulation declaration of intention. Malicious collusion should not be regarded as a separate invalid civil juristic act in order to prevent the confusion of the application of law.

Keywords: juristic acts; simulation declaration of intention; avoidance behavior

(责任编辑:丁洁琳)

[71] 《中华人民共和国民法总则()》第124条第1 规定:“行为人与相对人串通,以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效,但是双方均不以对抗第三人为目的。”

[72] 《中华人民共和国民法总则()》第133条规定:“行为人与相对人恶意串通,损害他人法权的民事法律行为无效。”

[73] 《中华人民共和国民法总则()》第132条规定:“违反法律、行政法规的效力强制性规定或者违背公序良俗的民事法律行为无效。”

演 发展

林*

摘要:任法典的制定必面对不断发展变化的社会需求。法国民法典的变与发展诉人,成化法典的定性,与因应时代的法解理论的发展不可分,也需要由司法例随。同时,成化法典也必然不法律的动,且法典的存时间,的度也大。他之,可以。我国正在制定自的民法典,法国民法典的变与发展之路,对我国民法典的制定以及未来民法典的发展将会有一定的借鉴意义:民法典要立于确定的法律、合理的法典与结构以及实的民法理论,此外,也要避免法律规则过于碎。有这,既能充分照到民法典的定性,能为未来法律发展下空间。

关键词:法国民法典 法学方法论 司法例 法律订 法国担保法

来 200 年 历史, 初 结 主 部分仍 根 改。 显示 尊,显示 稳,哪怕 稳。 初 三卷, 2281, 篇、 、 、。 篇 结 近 200 年来, 文数目 1975 年时增加 2, 2282 2283。 , 发展, 文 容 断因修订。 , 必 文增加, 努, 原 文。 手, 文 号 空白 号, 容 消, ; 文 扩展, 父母亲 371 扩展 从 371-1 到 371-4, 年 辅 佐 扩展 从 375-1 到 375-8。^[1] , 并 意, 文 义仍 年 意。 ,必 求。因此, 能够至 仍 初, 无 避免 静 下来 践 激 汹涌 改革呼声。 , 、 从 断过 初 时 努。 发展主 三个 向展开: 、判 发展 文修改。 文 下 从 三 加 阐。

:从 派到历史 演

努, , 最 时、。 开 很长时 里, 严守 文 义,按 主观意, ,

* 清 副教授,。
[1] Irene Bessette,

1804, 73 Law Libr. J. 336, 337 (1980).

法律解释的基 度,其 的在于 制法 的权利, 护立法者的权 。 , 释法学 大行其 。
学 ,法 在成 法律中,法学 要 立法者的 法提 出 即 。民
法的 学成 法典作 的 。 种 一 大 1880 。
释法学 不 法律 要解释,但是, 在解释 带进解释者的 见, 其
反 法律 作出法律 者的 。 为, 何 法

方面的制 来多。^[4]

在 的方法之下,法律不再被刻板 遵守,而是在遵守 更多 考虑解决方 的妥当性。原初作为法官 法律尊重 服 的三段论方法,发 趋向于 性的变 。严 的三段论成为一种形式。因为,法官在 作为裁判大前提的法律 适 , 过 的解释方法 法律 作符 要求的理解。因 ,法官 有 更大的解释法律的空间。 外,法官在小前提 大前提的适 , 不是 采 入方法,而是采 德国法学 恩吉施(Engisch) 形 呼的目光穿梭法,即法官为 求得 件的公 解决,其目光总是在法律规定 件事 之间来回穿梭。 外,法官有 至 采取 结果 发来寻找适当法律依 (大前提)的方法。当事 和法律因素不确定 ,法官就常常 他 觉 认为公平的解决方 发, 是到 法判决的形式起 阶段才 三段论推理。 的推理方法就成 置的三段论推理。^[5]

二、成 法渊源到判 的发展

在大陆法系国 ,成 法是主要的法律渊源,判 显 不在 法系国 那 重要。 制定的成 法 ,判 来都不是主要法律渊源,法 不行“遵 (stare decisis)”的原 。但是,毫无 问在大陆法系国 的法国,判 始 在并发挥着一定的作 , 在发挥着 来 大的作 。

早 的法国民法典而言,当旧 不 宜,以及 个立法 系逻辑上 在不协调 ,判 的 在 以避免法律威信受到削弱。^[6] 其 ,哪怕就早 的注释法学派阶段而言,判 始 民法典的适 起到伴随作 。不过受到当 注释法学派的影响,判 的作 主要 现在 民法典理解产 , 起到最 解决的作 。 如,法 过在判 中 “原因 (cause)”或者“ 意瑕疵(vices du consentement) 来加强 系的道德性。^[7]

法律解释方法的改变 联系,判 首 当 解释方法的重要阵 。民法典之 大量法律的 现, 得法律的一性受到威胁,作为以维护法律 一为职责的最 法 ,即 过判 来 立法中 理 一 适应 变的原 ,来 导下级法 审理 件。 种仍 迂回到成 法 的做法, 注释法学派^[1] ,但是, 在成 法规 个 解决方 之间,加入 各种灵 变 、 和纠 措施,因 成为法律的必要 。^[8]

现 法国来说, 已经成为法律渊源, 法 并不援引或者 示 照某一 ,但一系列 在 法判决中成为重要的、常常 是决定性的考虑因素。法 和学者都倾向于 受 在 谓 确定的法律原 。^[9]

如,现 的劳工问题在法典中并无 。最 法 在1859 粗暴解除劳动合同 判令 予赔

[4] 注2引书, 115-117 。

[5] 注2引书, 41 。

[6] [法]弗朗索瓦·泰雷·菲利普·森勒 :《法国财产法》,中国法制 2008 , 110 。

[7] 注2引书, 107 。

[8] 注6引书, 111-112 。

[9] Vincy Fon & Francesco Parisi, : , 26 International Review of Law and Economics 519, 523 (2006)。

偿, ▲ 来 30 年。强 继续履 、 劳 损害赔偿 竞 个
 , 过判 发展 来。^[10]
 情, 承担起 适 环境 任。 来 明显,
 普遍认 纯 19 纪 20 纪 半 补。 别 合 侵 领域, 最
 塑 。 机 改革 发动机。最, 机 债 领域 干预
 动 消极, 主动 瞻。 明。因此, 点像
 那, 主 判 确。^[11]
 们可, 每个 阶, 无数案 习惯, 案 习惯 补
 含义, 能适 需。
 判决 起到 支持。 , 包括波 (Pothier), 认
 险合 并 道, 1818 年最 政 此予 确认。 证: 婚 子女
 粗暴态 过 允许母亲支持 己 践得到减轻, 侵 支持子女 亲
 。
 因此, 像 1945 年 改革委 主、 兰 () Léon Juilliot de la
 Morandière 订 案起 明 那, 领域, 判机 别 最 判决
 (jurisprudence) 才 得 能够适 变 万千 发展。^[12]

三、从金 玉 到 零星 改

因 变, 改 最 效 手段。 , 订程序 , 他
 、政治、 因素 影响, 200 年来, 订 庞 容来 十分 ,
 别 ▲ 个 纪 光。此, 注 派 思想 致, 奉 金 玉
 , 个 精神 , 个 族荣耀 征。因此, 改 开 十分 慎。 ,
 变迁, 订 可避免。金 玉 早 打破。绝 订数 , 小小,
 订 100 次, 可谓 牛毛, 能详尽列举。总 , 订主 呈 两 :
 部 容 结 订, 二 外部 单。 长 来
 订 况。

(一) 法 的

部 订又可分 两 , 部 零散 订 合 结 调。
 里仅 部零散 订 背景 分析, 合 订 结 调 将 下 个标 “从零星 改到付
 践 全 改革计划” 下展开。

早 1837 年 1865 年, 全 订 主张 著 Bathie Du-

vergier

。

法国 Ô

法国希府垮,迎法国的。1944,亨利·皮协(As-sociation Henry-Capitant)的组织,以法国法己,法修民法,的法长Menthon的。月,即1945 6月7,诞的四国即其法

门负修民法的。吸1900修的教训,织拿仑的4人,显1900人的12人,法业人,人顾府、法、师。12四:论、人庭、。〔18〕,极其低。1953,小,即及庭的交府。的席Léon Juilliot de la Morandière教授遗憾拖首归咎于人,如、及民法交,拖的。〔19〕最,革的歧,导,法革再,的交,〔20〕管庭法民法修考资料。1954民法150的候,法国人躺的功簿,法的革陈。

19初束,民法小修。如,1923的法收养的修。于夫妻遗的权,1891、1917、1925的法于配偶遗的权,。1938 2月18的法以及1942 9月22的法婚妇女法,其丈夫的监,150,法国民法风雨飘摇屹。其凝烈的民感。法国民法崇敬、豪以及的征。人归功于19末的法国法Demolombe的,把民法法国的民法。法国民法的稳超法,法国法,民法〔1〕拿仑其的

最的:的荣耀,赢四场斗,……的民法”〔22〕句,记拿仑的豪,写法国人的荣耀;镌理,铭人的记忆。

(二)法典外的单行法

法的法法国法修民法迁的最便宜,缀法求的。于以便手,其。留其法法如协的法。人庭,的法卫法及庭法,如病人的权

。财产,虽 容 修改, 个 加 补充,
1992年 知 产 、 役 , 农 、城市 、环境
居住 单 许 役 。债 , 外 发展
迅速, , 动 动 、 弥补 漏 险 、农 农 房
约合 、1948年 1989年 居住 赁合 、 居住 1967年 动产
合 、 房屋销售合 、房 产开发合 。1985年 交通

。1966 年 7 月 11 日和 1976 年 12 月 22 日的法律再 对收养制度进行了修 。1970 年的法律废 了丈夫是一家之长的 则。1972 年的法律废 了婚生子女和非婚生子女的不 等地 。 ,法律 在亲权(1970 年 6 月 4 日和 1987 年 7 月 22 日)、亲子关系(1972 年 1 月 3 日)、成 龄(1974 年 7 月 5 日)、 婚(1975 年 7 月 15 日)和 踪(1977 年 12 月 28 日)等方面作了修订。〔26〕

在 方面,生存配偶的 权 如今已 不 。根 1972 年 1 月 3 日的法律(1972 修订之第 767 条),在 遗嘱 ,如死者遗有子女, 论是 婚生,生存配偶作为正 人都 有 1/4 遗 的终身用 权;如死者 遗有兄弟姐妹及其子女等,则生存配偶 有 的终身用 权。在没有有 权的亲 或 遗有 兄弟姐妹或 的直系卑亲 的旁系血亲 ,配偶 有 完 权(修订之第 765 条)。 ,1972 年 1 月的法律 了第 207 -1 条,规定 死亡的夫妻 一方的 人有赡养生存一方配偶的 务, 赡养费 遗 中行提 ,由 体 人负担。

这些修订,婚姻与 方面的法律已基本实现现代化。

(二)200 周年时开始的担保法改革

2002 以 ,法典内 构由于修 而 生重大 化。这一方面是由于内 的特殊性,另一方面 是法典 内 上 面系统修 的要。

内 特殊性而导 构重大 化的是 2002

别委员会。委员会由各方面专家组成,于2005年即提出了有关担保法改革的法案。由于争取到了2005年7月26日的关于信任与经济现代化法律的第24条,得以授权法国修改担保法,因此,成功绕开了议会对法案的审议。2006年3月23日法国部长会议即以“法令”形式通过并由法国总统随即签署的第2006-346号关于担保法改革的命令。^[28]担保法因此成为民法典的一部分,即新的第四编。^[29]这也揭开了新世纪对民法典(第四编)内容进行系统修订的序幕!

形式上的重要变更是新设立了民法典的第四编“担保”(Des sûretés)。原第四编“在约特适用的条款”(Dispositions applicables à Mayotte)相应地变更为第五编。第四编下设两编,分别规定了人的担保(Des sûretés personnelles)和物的担保(Des sûretés réelles)两编。第四编从第2284条至第2488条,共205条。两编之前是未设标题的一般规定(第2284条至第2287条)。人的担保编,下设三章:保人、独立担保和支持函。物的担保编之下再设“三编”:第一编,一般规定;第二编,动产担保;第三编,不动产担保。第一编之下依次设有章、节和条。

1. 人的担保

担保改革中更多的改变是在物的担保中,人的担保也深受影响。

保人(cautionnement)。这一部分原来规定在民法典的第2011条至第2043条,现在位于第2288条至第2320条,在内容上没有什么变化。在新规定中,法典将原来分别在民法典和消费者法典中分散规定的内容都统一规定在民法典中,具有清晰化的作用。

独立担保(garantie autonome)及支持函(lettre d'intention)。这两种人的担保权利在过去的法律中并无规定,主要是在实践中使用的。根据意思自治精神,当事人自然有权利作出这种担保权利的约定。新的担保法将这种担保方式规定进法典中(第2321条至第2322条)。立法的作用是使其适用范围更加清晰与确定。独立担保是指保人保人,主债权人一旦要求支付,保人须即行支付,而不以主债务人的履行情况或其他理由作为抗辩。它是招投标实践中代招标人所要求缴纳的竞标金的一种代担保方式。要注意的是,独立担保不可以作为消费者信贷担保(消费者法典第L.313-10-1条)。

对于支持函,新的第2322条作出如下定义:是签发人(保人)“为支持债务人履行其义务的或不履行的义务”,而无须特别规定担保人的义务是构成“手段之债”(obligation de moyen)还是“结果之债”(obligation de résultats),但不可能是给付之债,如代支付。支持函的签发人也不是在主债务人不履行时代债务人履行,而是在主债务人履行主债务的过程中履行其自己的支持义务。^[30]

2. 物的担保

首先是动产物的担保。动产物的担保规则部分重写,有些创新的方案。新法区分两种动产物的担保:有体动产质(gage)和无体动产质(nantissement^[31])。有体动产质并不像以往的法律那样要求以移占有为要件,占有仅为对第三人的对抗要件,且占有可以记来代。^[32]新法将可以用于设立动产质的标的扩展到未来动产之上。此外,动产担保中的禁止流质契约(pacte commissaire)

[28] Hanna Chalhoub, *Legal Harmonization of the Law of Secured Transactions in the Arab World*, a Thesis for Master of Law in International Trade Law the University of Arizona 14 (2009).

[29] 第四编的内容此又被数次立法删除、添加或修订。

[30] 同注27书,第78页。

[31] 在原民法典中用来统称动产质权与不动产质权。在新法中,专门用于指称无体动产质权。

[32] Chalhoub, *note 28*, at 20. 同注27书,第93页。

功 订 部分 。 次宏 订 计划 部分 债 订, 尚 施 最 订。 200 周年 订, 1992 年荷兰 订、1994 年加拿 魁北克 订, 2002 年 债 订, 欧洲 际 动, 欧盟 《 照框架 案》(DCFR)、《 际商 合 》(Unidroit Principles), 订 计划 动因 楷模。 , 最 诱因 2003 年 1 月 次 合 《欧洲合 原 》(PECL) 较 。 个 间组织支持发起 、 债 效改革 “初步计划”(Avant - projet), Catala 计划, 此 产 。 间发起 改 革意图, 想将 债 下 纳入 订 计划 并考虑, 因此, 改革 涉 三 三、六 二十 , 合 、 准合 、 责任(侵 债) 效。亨 · 皮 协 供组织 资金支持。政 虽 , 给予 极 支持 帮助, 部 供 支持, 案 得 官 政 发 。 总 200 周年 至 示 债 改革 五年 。

开 , 改革小组分 两个组, 个 黎二 Catala 教授领导, 负责合 准合 部分 订; 另 个 维尼(Viney)教授 鲁里(Drury)教授领导, 负责 责任部分。此外, Malaurie 教授负责 效部分。 到八个月初稿 , 全 改革小组 予 , 最 交 最初负责 予 协调。 37 位专 加 案起 。 部分 稿最 精 写 著 Cornu 教授 改写。全部 订 案 30 个月, 2005 年 9 月 ^[36] , 总序、每 部分 序 订 案 交给政 。此外, 部支持、 兰 泰 (François Terré) 主持并 《泰 合 案》(2008 年) 适 。最 , 政 机 决 分步 交 机 过 案。最 交 过 效部分(2008 年 6 月 17 2008 - 561 号 公)。2008 年, 部 案 , 合 部分 个 “ 案”向 公开征求意 ^[37] 2011 年 5 月 9 , 合 部分 向 改 。 责任部分, 部 征求意 , 截止 2012 年 1 月 ^[38] 全 待, 年 , 债 剩余部分 改革 案 将得到 过。

最 债 订 展 ^[39] , 根据 2015 年 2 月 16 “ 简 商业 领域 程序 ” 8 , 授 政 “ 令” 订 《 》 债 部分 。据此, 政 2016 年 2 月 10 过 《 合 、 债 般 证明 改革 令》, 属 债 部分 债 总 、 债 渊源部分 功 订, 订 部分 将从 2016 年 10 月 1 起 效。虽 授 政 能够避免 查 许 , 加快 程, 从 得 长久 准备 债 订 取得 初步 效, 属 债 部分 别合 (各 合 部分) 侵 部分 仍 待 。 债 部分 订 仍 原 框架 三 取得 ” ^[40] 过, 旧 债

[36] Vogenauer, note 12, at 7 - 10.

[37] Blanc - Jouvan, note 22, at 856.

[38] Christelle Coslin, , in , Sept. 2012, Vol. 54, No. 9, p. 83.

[39] 债 改 最 展, 感谢 旦 李 刚 副教授惠赐 资料, 尤 慷慨 将 己 联 发 3 万字 《 债 订 较 》 惠赐 笔 考, 此 记 并 鸣 谢。

[40] 债 订 (纳入 结), 政 官 网 : <https://www.legifrance.gouv.fr>.

法内的庞杂与逻辑不统一,新修的民法典是对其作了结构整理,即第三卷中的第三编“物权”或“债权”的一规定”与第二编“非物权”生的”调整为第三编“物权”、第二编“债权”之“则”,第一编,即第一编之“总则”的证。本卷其第三编(即第1-2编、5-21编)保持本修前的状态,未予变动。

与2006年新修的担保卷第二编一样,修立法者在第三编“物权”之采用“编(Sous-titre)”的技术。第三编有三编:“共同”、“非同责任”与“其他”。其中,“非同责任”要是讲第二编“非物权”中的第1章“物权”出,第2章“物权行为与债权行为”,与第二编()“有缺陷的物权引起的责任”。也就是说,这一编虽然作了调整,但内修正在进行之中,尚未立法程序。第三编“其他”规定了代理、非赔偿以及不当得利。这些本在民法典中已规定的内,在新的民法典中被规定更为明晰。形式内修幅度大的要还是第一编“共同”,第1章:“一规定”(要及同类与同法的基本则)、“共同的立”、“共同的解释”以及“共同的效力”(“共同对当事人的效力”、“共同对第三人的效力”、“同期”、“共同转让”和“共同的不行”节)。就内而言,重要的还是法国民法典采纳了潘德克吞学说以及被德国民法典所使用的“法律行为”(d'actes juridiques)的概念。尽管修者未其在条款上予以突出,但在第三编的第一条即予以规定,且于第三编之的第一编之(第1101条始),在强调其适用范围不于同。

在民法典中第1108条与第1131条所规定的名的法国法上的行为,也被删。

第二编“之则”之由章构成,即“类的”(规定有条件、期以及多人)、“的运转”(规定有权转让、务转让、更新、务担)、“权人的诉权”、“的灭”以及“返还”。

见,第三全修与以前不同的是,这是自法国民法典颁布以规大、的一修。在新形的压力之下,正在一一变成现实。

当然,就整法典的整体修而言,实的方也然有缺陷,即法整法典,完整的某一卷作为统一的体系予以。比如,即新的担保卷,由于立法权制,也未对权作出适当修。但是,新修的法典,大大解其在社会适用性上的不,同样,也大大缩与其法典在法化影响上的差,提法国法化的国际力。

任何法典的制定都面对不断变化的社会需。法国民法典变与的诉人,成化法典的定性,与应代伐的法解释理论的密不,也需要由司法例随左右。同,成化法典也然不法律的修,且法典的存续间越,修的幅度也越大。山之石,以玉。

我国正在制定自己的民法典,法国民法典的变与之路,对我国民法典的制定以及未民法典的会有一定的。为,我需从中汲取以与训:

民法典的制定要立于定的法律基本思想。这的法律基本思想包括对法律基本识的学思想与念,也包括在本上影响法律制度的一国成熟定的政治、济制度等社会条件。没有这些基本条件,民法典的基本定性会。法国民法典建立在自由思想基之上的这

些理念,基本立足点可谓正确,但是现代化思想也对其产生相当大的冲击。而且,开放的经济制度在法国也一直没有根本性变化。

二,民法典要有一个合理的法典框架结构。法律的基本框架结构是法律系的基础。它取决于立法当时的法学理论研究的水平。18世纪的自法学思想深深影响着法国民法典的制订,但法学的研究水平尚未达到19世纪的科学化程度。因此,表现在法国民法典上的自、通俗流畅的亲民特点后来的科学化的潘德克吞法学以及概念法学还是存在一定的距。因此,债法到目前为止的部分修订,正反映出当时立法技术的相对简陋,因此在法典结构上的大量调整,就足以说明这一点。若考虑到法国民法典近年来已当初的三卷一下扩展到五卷这一事,更应引起我们高度重视。我国未来民法典的制订,应当引以为戒,为此需要对民法系的整结构从理论、教学、法实践等不同方面予以正确把、科学设计,方可以保持长久稳定。

三,民法典制度必须依赖于本国掌的坚的民法基本理论。民法自的基本理论是民法典编纂的基础,如法律行为理论、信托理论等。

最后,民法典中的规要尽量避免过于琐碎。是要不断发展进步的。为服的民法典只有保持开放性才能之相适应。过于琐碎的规设计容易跟不上时代的要求,而于自规的特殊性,这些具规常常也缺乏必要的解释空间。因此,法国民法典制订时即以原规定为导向,是一个成功的经验。去除琐碎规的抽象规定更容易为法解释留下空间,也更呼唤法判的存在发挥作用。这样,在尽量减少修订法律从而尽量维护法律稳定性的同时,法律发展的重任也自法解释法判来合理承担。

只有这样,我们才看到,一个既能充分照顾到民法典的稳定性,又能为未来法律发展留下足够空间的民法典,就呈现在人们的眼前。

On the Evolution and Variation of French *Code Civile*

Geng Lin

Abstract: To meet the demand of ever-developing society is needed for any civil code. The evolution and variation of French shows us that the realization of the goal of certainty for civil code often goes along with the evolution of hermeneutic theory, the judicial cases and the amendment of the civil code itself. The longer a civil code exists, the more times and huger amount it is amended. To learn from the outwards, the experiences in evolution of French can show us its intonations for our coming Civil Code as well; the civil code should be based on the certainty of general legal theory, the rationality of code' framework and the command of theory in civil law itself, furthermore it should avoid detailed regulations as possible. Thus both the certainty of civil code and the enough space for the future development of the civil code, can be well regarded.

Keywords: French ; legal methodical theory; judicial cases; legal amendment; French guarantee law

(: 丁洁琳)

将过错侵 一般原 确 ， 发展 。
 拿 仑 1382 、 1383 拒 将“ 质” “过错 ” 衡
 据，^[3]因此， 两个 确 ，极 扩展 。
 吃惊 ， 管 两个 认 最 ， ，它们从 停止过 演 过 ，
 并 朝 受 向发展。
 ，从 19 70年 开 ， ——尤 伤 交通 ——迅速增加。
 ， 求受 供 据 明 过错，显得过 苛 。 们发 ，
 迅捷 征， 明往往 可能 。 此背景下，受 ， 逐渐
 从 1384 发展 另 一般原 ，^[4] 一般原 。 原
 过错侵 一般原 ， 。 发展 19 末 ，^[5] 至
 1930 年才最 。^[6]
 约 个 后， 他 发 。 1991 年，他 一般原 确
 。 管 到 ， 原 甚清楚， ，它 经 过错侵 另
 侵 型。^[7]
 此外， 合 ，判 发展 “结 债” ， “结 债” 免除 债 须
 明债 违约 过错 明 。
 ， 他 数 ，确 殊侵 型
 (交通 、核 、庭 、 业 ……)。并 ， 殊侵 ， 般
 原 。
 ，令 惊讶 ， 情 下，过错侵 一般原 可 殊侵 补
 加 ， 殊侵 能 分 受 ， 么 可 过错侵
 一般原 。 ， 产品 1998 年 5 月 19 明确 ，^[8] 产品 通届满 10 年后，
 管 能 “产品 ” 础 殊侵 ， 可 援 过错侵 一般原
 受 。
 背景下，过错侵 一般原 发 。 ，它
 ， 无 通过 他 得 受 供最低限 。
 过错侵 一般原 最低 功能， 础 位。 委
 经通过判 明确确认 最低 功能，它认 ， 部 排除 受 益，
 他 ， 么 违 。^[9]
 管 并 过错侵 一般原 质疑，^[10] ， 原 欧洲

[3]

[4]

[5]

[6]

[7]

[8]

[9]

[9]

侵权责任法的首要障碍。事实上，一法国法基本原则，在多个重要的欧洲国家并不在：有的国家的法律未规定过相关原则，如，于过错侵权责任，英国仍采用专门的具列举规范方式；有的国家的法律明确否定一原则，如德国民法典的编纂者就认为受侵权责任法保护的法益是有的，因更意一一列举法益。

见，在欧洲侵权责任法的背景下，通过考察民法典两百年来的历史，以探讨民法典编纂者确立的过错侵权责任一般原则的优点和特点，具有重要的意义。

一、一般原则的优点

法国民法典1382确立的过错侵权责任的一般原则，其主要的优点是能迅速适应发展，尤其是能及规范随着工业发展出现的各种损害。此外，过错侵权责任的一般原则还有助于推动现行法的发展，为某些权利的创设提供途径，而能更好地保护个人权利。

(一) 适应性

于民法典1382的规定常原则，因首要的优点就是具有灵活性，能迅速适应的情况。即是于那未听说过的全的损害类型，在立法机关至判都未有来得及规范的情况下，“一般原则”能迅速进行调。如我的同事图诺(Tourneau)教授言，“即是那因技术发展而出现的损害，民法典1382和1383能为受害人提供保护

依 求商 担赔偿责任 决。^[13]

2. 适 代 发展

报纸、广播、电 媒 迅

。 记 、 辑、媒 滥

1382 请求赔偿。

， 资 播领域， 错 责任

、信息机

济 损失， 害 引 错 责任

需

漏 、诬 、

， 官迅 肯 害 引

挥 。 ，公 己

资 信息， ， 害

请求赔偿。

权,是立法规定权。 ,于大权,如言论或者信息,立法予以立。

就立法而言,1881的闻法立闻辩权,1957 3月11的法肯定权人已品享精神权利,1970 7月17的法更规定一人格权。一法被列民法典中,即民法典 9。根一法,“任何人享重的权利”,“法官可以采取、押一切手段,以防或制止害人的行为,上措施不影响损害赔偿请求权的行”。规定为法官罚那书籍、章、图、电影、电害人的行为提依。在基之上,法官还决定权包括权,允公、利其、照或影的行为,害人以求赔偿。 ,法官还为信秘密权属于权的之一,任何害人信秘密的行为,导致民事责任。

在法国法中,1970 7月17法事上挥着保护一人格权的,而,排斥民法典 1382的适。在中,法官害人权的行损害赔偿金,往往以法为依。

1970之,立法机还多立法立一人格权,如,1972法规定电台或电的辩权;如,1993 1月4法立重定的权利,一法被纳民法典中,即民法典 9 1。的2000 6月15法进一步强一权利的保护。

,民法典 1382为一人格权理论的提途径,而一人格权理论为人精神权利提系的、全的保护。

需的是,错权责任一创权利的功不仅表现在一人格权领域,而表现在其领域。如,法官是依错权责任一才定,费者论是在缔之前还是在履行程中,享权。立法机立法费者的上权。

综上,错权责任的一积极的、重的点。而,“勋章其背”。事上,如果民法典 1382、1383的规定,利于强害人的保护的,那,应,大大权责任在法国法中的适。 ,在今天看,显于滥——少在某领域是如。

、一 的点

今天人论的错权责任一的点,集中在:一,和国、德国法系不,一法官提任何效的法术以制民事责任的适;另一,一还导致在区错权责任和特殊权责任,现一感问题。

()无 效 民事 用

如果我法国民事责任系和邻的国、德国民事责任系,立即惊讶现,论国法还是德国法创应的法术以制民事责任的适,国还区损害的 法以调节害人的保护力度。而,于民法典立错权责任的一,法国法中不在上法术。^[17]

[17] 于三法系的,究研:W. van. Gerven, , Hart Publishing, Oxford 1998, General introduction, p. 1 et s.

1. “损害”概念

害人。民法 1382 考虑 害人和 为人 法 系， 考虑 害人 为人 间 系的亲疏 ， 的 害人 于 法 ， 予 的 。 做法 导 责任的 度 。 为， 照 规 ，即 为人 其 为 人造成 损害， 其 为 常 况 人造成 损害， 害人还 以 请 求 损害赔偿。

， 法国法中， 权 于 ， 。 国 ， 如 ， “阿奎那 理论”的影响，^[20]已 始 权 。 ， 法国，法官 仅 的 况 规 ， 为 的 。“阿奎那 理论”强调 法规 的 法 的， ，如果 损害赔偿请求的 害人 法规的 ， 的 损害 属于 法规的 范 ，那 为人 担 的 民 责任。 上， 国法和德国法 “ ” 以 制 度的 权 损害赔偿请求， ，法国法 的法 。

国法中， 挥 上 功 的 “注 ” 。“注 ” 国 失 权 责任的构成 件 。 尽管 国法中的 失 权 责任 于 法国民法 1382 ，适 范 常 广泛， ， “注 ” 的 ， 国法 效 享 损害赔偿请求权的 害人的 范 。

亲属能依 险 —— 别 义 —— 获得救济, 般过错 责任 架下请求赔偿。

判决结果令 震惊:因 它 过错 责任 般原 运 该属 别 调 领域, 并 此明显加 雇主 责任。另 个 子 最高 庭 1997 10 月 28 判 决。^[22] 判决 ,最高 认 :“ 果雇 损害 能依 伤 职业病 获得救 济,那么他 援引 责任 般 向雇主 起诉讼。”最高 过 原 ,它并 清 明 什么 援 险 来救济受害雇 :受害 能 过 险 获得赔偿, 候, 因 损害 并 属 职业疾病, 情况下,援 般 救济 该 义 ; , 候, 因 受害 根 符合 险 赔偿 件。 , 该适 别 领域适 般 , 目 强 受害 。

最高 判决 指导思想,很 明显 希望 能 赋予受害 赔偿机 。 , (官们)试图 过 加强 受害 救济, 他们看来, 情况下,把 般 授予 救济手段 剥夺 , 合逻辑 。 ,从 观察, 得 ——甚至 —— 观点。 因 , 别 仅 注 偶 损害, 还需 确 。

闻 别 ,1881 某 滥 闻 (侮辱、诽谤)认 , 承认 闻 。 , 适 过程 ,很快 产 下 : 尚 刑 情况下,因 闻 章 电视媒 遭受损害 , 否 1382 依 向 庭 赔偿 请求?

显 , 答 常 , 决 并 : , 果 们 允许 诉 讼,那么 闻 原 必 遭受破坏; , , 果 们 全否 赔偿请求,那么公 遭致滥 闻 玩弄。

此, 们 什么 经那么犹豫, 他们 供 决 此 微妙。

最后, 情况下 否 1382 依 起 诉讼 ,最高 给 肯 回答, ,最高 过数个著 判决,^[23] 缓 能 。最高 认 , 果 属 1881 , 侮辱 诽谤 ,那么 官必须严 适 1881 程序 。 , 违 1881 , 无 1382 适 ^[24]

, 果 诉讼 般 ,并 属 1881 ,那么 需 遵循 严 件, 援引 1382 。 过, 避免 过 限 闻 , 适 官 常严 记 媒 “过错”: 不 明显滥 闻

[22] 1998, p. 219, note Ch. Rade.

[23] Cass. 2° civ. , 17 févr. 1993 : II, n° 16 ; Cass. 2° civ. , 5 févr. 1992 : 1992, p. 442, note J. F. Burgelin ; Cass. 2° civ. , 22 juin 1994 : 1995, J. p. 163, obs. Bruntz et Dumingo ; Cass. 2° civ. , 19 févr. 1997 : 1997, II, 22900, note M. Pierchon ; Paris, 3 oct. 1997 : 1997, IR. p. 236 ; Ch. mixte, 3 juin 1998 : 1998, II, 10137, note E. Derieux.

[24] 最高 全 委 过2000 7月12 两个判决 确 : 2000. IV. 2524 et 2525 ; , Ass. plén. , n° 8.

自 权的 行为,才构成过错,成立民事 ; 于单纯的轻率行为,[25] 管在其他 可以援 民法典 1382 ,但在 , 无 的余 。

上 子表明,过错侵权 和特殊侵权 的 分问题,是一个敏 问题,它源于一般原 的扩张性。很多情 下,一般原 不 特别法的独立性而且 威胁到特别法 部的利益 衡量。[26]

从上文可以 ,1804 年民法典编纂者确立的“一般原 式”的规范方式,既具有优 , 具有 。如 一定要 此作一个 的话,我认为 何 都是可以补 的。诚 ,民法典 1382 过 于原 、灵活的规定,在授 法 权 的 时, 他们太多的自 。 而,应 意到,法 滥 一 权 的主要目的在于保护受 人,因此,只要他们意识到自己在 一方向上 得太远,就 反过 来 可能承担民事 的人的合法利益。法 可以通过严格定义“可 的 ” ,严格 估因 系,甚至在 严格定义“过错” ,以纠 上 。[27]

在我 来,过错侵权 的一般原 源于法国的 法 ,甚至源于法国文 ,因此,即 以 协 立法为 , 不能希望 除它。

要改 滥 或错误 一般原 的情 ,我认为更好的方法是通过判 进行重 解释。通过 种方法,我们既可以利 国的 有 的法律技术工具,又不伤 被视为现 法国法基 的过 错侵权 一般原 。

The General Principle of Tort Liability Based on Fault

Geneviève Viney

Abstract: The article 1382 of French Civil Code establishes the general principle of tort liability based on fault. Its main advantage is that it can quickly adapt to social development, and regulate timely various new type of damage with the industrial development, and meanwhile it can also help promote the development of the existing law, providing approach for creation of some rights, so as to better protect the rights of the individual. However, the general principles of the tort liability based on fault has two shortcomings: on the one hand, it doesn't provide judges any effective legal tools to limit the application of civil liability; on the other hand, the general principle brings about some sensitive and delicate issues when making a distinction between tort based on fault and special tort liability.

Keywords: tort liability based on fault; the general principle; advantages; shortcomings

(责任编辑:丁洁琳)

[25] V. Cass. 2^e civ. , 19 janv. 1994 : II, n° 33 ; Cass. 1^{re} civ. , 15 juin 1994 : I, n° 218 ; V. également Cass. 2^e civ. , 2 avr. 1997 : 1998, II, 10010 ; V. également l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 12 juillet 2000, é , 2000. IV. 2527 ; , Ass. plén, n° 7.

[26] 可以 的 子是:以民法典 1382 为 据的不 当竞争诉讼和 于保护知识产权的特别法之 的 系。 : J. Passa, é , Dalloz 2000, C. D. A. Ch. p. 297,以及 Ph. Le Tourneau 的 应文 : é , Dalloz 2000, C. D. A. Ch. p. 403. 于过度扩张过错侵权 一般 款 法其他规 的分 , :H. Mazeaud, ' è é , 1935, Ch. p. 5.

[27] 表现在 版 :V. , notamment l'arrêt précité de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 12 juillet 2000 : , Ass. plén. , n° 7 ; 2000, IV. 2527. 如 行为人的行为是在行 自 权, 么只有当他的行为逾 权利或自 的界限的时候,才能判定他具有过错。