目　录

【论文】

——一种学术史的考察 …… (1)

——以法国民法典侵权　　法 …… (15)

…… (30)

…… (47)

…… (62)

…… (75)

《　　》 …… (92)

…… (107)

——以　　法　的　　…… (127)

…… (148)

“　　” …… (157)

【　　】

——以　国民法典　　的 …… (174)

【　　】

(　　) …… (182)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial No. 145 May 2016 No. 3

Contents

Articles

The Historical Evolution of the Functionalism in Comparative Law: From an Academic History Perspective ..... (1)

On the Legislation Blue Print of Integrated Prevention and Remedy of Ecological Damage: Using Modification of Tort Liability Provisions of French Civil Code for Reference ..... (15)

Shareholders' Say on Pay: International Experience and Lessons for China ..... (30)

Development and Enlightenment of Cy-Près Doctrine on Charitable Trusts in America ..... (47)

On Civil Cases Accepting System from the Perspective of Hierarchical Relationship of Action Effect ..... (62)

The Logical Origin on Comparative Law and Localization of Issue Preclusion ..... (75)

The Structure for Analyzing Criminal Liability in Model Penal Code ..... (92)

On the System of Vulnerable Witness ..... (107)

Problems and Reconstruction of Death Investigation System in China: Taking Coroner System of Common Law for Reference ..... (127)

The Way Out for Feminist Jurisprudence from the Perspective of Comparison ..... (148)

Adverse Agency Publicity in the American Legal System ..... (157)

Codification of Civil Law

On the Limitation Period for the Revocation of the Juristic Act with Error—An Analysis in the Context of the Chinese Civil Law Codification ..... (174)

Legal Information

General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China (Draft) ..... (182)

比较法中功能主义进路的历史演进
——一种学术史的考察

郑智航*

摘　要:功能主义研究进路在比较法中一度占据主流地位,并直接推动了比较法的发展。经过几代人的努力,功能主义逐步形成了以“事实方法”为基础,以“问题”为导向,以求同为目的的研究进路,而且在具体的比较过程中,各个功能主义进路的主张者采取的步骤大体具有一致性。学者们对功能主义进路进行的批评也一直并未中断过,特别是在后现代主义思潮的影响下,法律文化论、批判性比较和比较法律经济学等对比较法学中的功能主义进路进行了较为严厉的批评。面对上述批判,功能主义进路进行了一定的回应,并在此基础上以一种开放的　度　　了功能主义进路的　　和　　,而实现　功能主义　　功能主义,　　-功能主义的　　。

关键词:比较法　功能主义　法律文化论　批判性比较　比较法律经济学　　-功能主义

从　法论上讲,法学　法和研究进路的更新与发展往往受制于法律本体论的更新与发展。以比较　法为核心构建的比较法这一学科更是充分地说明了这一点。[1] 在比较法发展早期,法学界奉行的是概念法学和法律　　主义,相应地,比较法在研究过程中选择了以法条主义为核心的规范比较的研究进路。到了19世　　20世　　,概念法学和法律　　主义受到了　　法学、　　法学、法律学和法律　　主义的　　。　　概念法学和法律　　主义　　法的本　展　了　　,法律是一　　的　体,　是　　过　　法律、以法律的　　的　　。这“功能主义”进路　　地　　了比较法研究范　的更新,[2]　　是　　比较法学　　和　　比较法的功能主义进路以　　,功能主义研究进路在比较法中一　　主　地　　,　了比较法的发展。一　方　,功能主义研究进路　　了比较的范　　,　　和　　了比较法的　　功能;一　方　,　　于　　本　法律概念和法律　　方　的　　。[3] 中　学　界　是　过　　和　的《比较法　论》一　　到比较法中的功能主义研究进路,　　这一进路展　了一　的学　研究。　　的研究　　,学　　于比较法中的功能主义进路的研究　　一　学　　上的　　,　　、　　的　点,　　比较法中的功能主义研究进路　到的　以　这　　功能主义研究进路的发展　　的　进行　　分　。　　,本　　从学　史的　　比较法中功能主义研究进路的学　发展　　、功能主义进路在法律　　中的　体　　方　、功能主义进路　　的　以　功能主义进路的　新发展　　进行分　。

---

*　　学法学　　,法学　。

〔1〕 Roscoe Pound,　　, 100 University of Pennsylvania Law Review 1, 2 (1951).

〔2〕　　:《比较法学中的　法条主义进路》,《　　科学》2014　　4期,　101　。

〔3〕　　:《比较法:　　与应　》,□　　□　□　2006　□,　34　。

□、□□□□□□□□□□□□□□□

尽管古罗马□□□□□□罗马□时□□始使□□□□□□□□,但□真正□代意□□□□□□□则□□19□□□□左右兴起□。[4] □□时□□□□□□□□采取□□□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□哲□基础□。□□□□□□□□□□□□□□□□身□□陷,□□□□□□□□□□□□□□□□□倾向。□□□□,□□□□□□□□□领域□□□日□加□,□□□□□□□□□□□□□□迅速兴起□□□重□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□转向,即□□□□□□□□□□□□□□□。

(一)比较法中的规范主义进路

□时间节□□看,□□□兴起□时□正好□□□□□□兴起□时□。□□□□源□□□□□□□变□成□潘□□吞□□。□□□□派□□创□萨□◢尼张□□罗马□□□深入□□□基础□,□结□□、清□□□□民□□基□□□、□□□□□□。萨□◢尼□□普赫塔□萨□◢尼□□基础□□□私□□□当□□□个精□□□□金字塔,即□□个

□□　　尔召□□首次□□□　□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□次□□□讨□□项重□议□。□□□□□□□□□□议□□,□□　□□□□□“□□　□□民事、政治□刑事□□、□□□　□□□□□件下□□□、□□□□陷□导　□□□□□□□□□改□□改革□难易□□”。□□□所□□报告□□,□□　括□　编　□基础□□□、□□□　□　□□□□改□□介绍□□□　□跨□　□□。[9] □□报告□□□□　□□□□□□□□□□□□,搜集　□□□□□□□□,□□　□□□　□□□□□□□,然□□　□□□□。

□□19 □□未20 □□□,《□□

克□学□和概念法学的影响,并提出了“较低□次的法学”和“较□□次的法学”的区分,[15]□是,他后□愈□愈□识到概念法学 视了法律的目的性,并认为概念法学 概念的□本□□□ 了生 的□本□□。自 1860 年□开□,□□就提出了反概念法学的主□。他在《法律:实现目的的□□》一文中明确提出:“对□□性的 □□法学□□了法律 学,这□ □于对法律的 解。生 □是为了概念的目的而存在,相反,概念 要为了生 的目的。□是□□□ 存在的□利,而是生 、社会关系、□义的 所要 的东西 有存在的□利——□□的□要性和□能性并□是最□要的。”[16]为了□法律□□地反 现实生 ,□□提出法律是实现目的的一种□□,它具有□足社会需要的□要功能。□□他没有把功能主义引进到比较法研究□□,□是,他推动了□们对于法律本体论认识的发展与更新。茨威格特等□在 □□□对于比较法研究的 □ 出,□□的法律目的论对现□比较法的发展产生了□要影响,从而□比较法□为了一种具有 □性的、反法条主义的和现实性的方法。[17]

在比较法的发展历史上,德国学者□□特·□ 尔(Ernst Rabel)□功能主义系统引进到了比较法研究□□。□ 尔在早年研究□□法和法律史□就□ 了比较法的方法。1919 年,他在《 □大学比较法研究所》一文中□比较法的研究 分为以下□□□□□:“(1)比较法律史,□历史比较法,它是作为研究□□具体国家的法律制度□□ 的一种比较方法而出现的,而□是一□单 的法律学科,□□□有这种[redacted],它在发现和□ 法律史问题方面[redacted]了 的□果;(2)教义学的、系统的,□者□以□为现□法律□义上的比较法;(3)作为□学一□分的比较法,在这里,历史法学和系统法学与法□学和社会学一□研究关于法律□□和效 的最□ 的问题;在这里,法律比较□ 是提□ ,而是□以作为一□任 □□无法 任的 判员,它本□就是法律比较者。”[18]1924 年,□尔在《论法律比较的任务和□要性》一文中在□ 比较法上 □□□□的□□上提出了比较法研究应□□□功能主义进路。他认为,“法律比较就是□一□国家(□□他立法共□体)的法律规定与另一□制度下的法律规定一□进行研究,□者□要与历史上的和现在的□□能 的□他的法律一□进行研究。 们要研究□□地方所提出的问题是 以及它们是□ □□ 的,以及这些 案□□的关系 样”。[19] 因此,□ 尔认为比较法的比较对□□是□定的 据和孤立的条文,而是 对 一问题所提出的这□国家和□□国家的解[redacted]方法。在比较过程中,□们应□从全□法律制度的 体出发□理解这些解[redacted]方法。然后, 察这些方法为 会产生、它们的功 是 以及在 些方面有□功□□。[20] 这□是功能主义进路的□ 所在。□ 尔□这种方法□为“功能方法”。

□□□ 尔提出了功能主义进路,□是,他的研究进路具有较强的实 主义□□,缺乏学理性。他 了对解[redacted]□问题 □ □,对□□有关比较法方法论的论 □ □ 。他也没有从比较法的核心在于制度的功能比较这一□□中发展出一 □[redacted]化的方法。[21] 他的学生□克·莱因□ (Max

〔15〕 [德]Helmut Coing:《□ □·□□的法律体系概念》,吴从 □,载《法学 □》2000 年第 4 期,第 76 - 92 。

〔16〕 Rudolf von Jhering, 330 (The Boston Book Company 1913).

〔17〕 Konrad Zweigert & Kurt Siehr, ', 19 The American Journal of Comparative Law 215, 219 (1971).

〔18〕 :《德国比较法学□□□ 尔》,载《比较法研究》2004 年第 6 期,第 111 。

〔19〕 □注 18 引文,第 112 。

〔20〕 David J. Gerber, : , in 170, 199 (Annelise Riles ed., Hart Publishing 2001).

〔21〕 Ralf Michaels, , in 340, 362 (Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann eds., Oxford University Press 2006).

Rheinstein)□□□□□□□□□□□□□□□□□重□□□。□□ □□□,□□□□□□□□
看,“□□□□□□□□□□□□□”□□□□□□ □□□□□□□□则□□□□□□□□□□。
□□□□□□□□□则□□□□□□□□□,□□ □□□ 个□□ □□:□□,□□□则□□
□□□□当 □□□□□□□□□; □,□□□则□□□□□□□ 好□□□□□□□□,□□□
□□其□□好□□□□□□□□□□□则□□□□□。□□ □□□,□□□□□其□□□□□□
□□□□□□好□回□□□□□.□□□□□□□□□□□□□□□□.□□□□□□□□□□□□□□□□□□□

□□□□□□、□□□□莱辛□□□□□力,□□□□□无□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□,甚□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□。□“□仅□□□□□□□□□编□□□□□□□□,□仅□□□□□□□□□□事□(□□ CISG、《□□□事□□□□》) □,□□□□□□□□□□□□□□项□□事□”。□□,□□□□□,□□□□□□□□□□□,□□□□□□□陆□□□□□□□□□3m□8□□□□□□.8□□8□□□□

□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□ □□□□□□□□□□□□□□。例□,□□□ □□□□□1958□ □“录音□”□,□□□□□□□□□ □□□□,□《□□□□□》□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□,□□录音□□□录音传 □□□底 犯□□录音□何□□□□□? □□□ □□□□,□□□□□□□□□,□□□“无□ □何赔 ”□□□□□□,□□□□□□□□□,□□“每□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,凡□□我□□□□类□□□□,几 □□□无□ 赔 □□□ □□□ □□□□□裁。□□□□□□□□□秩序□□□□□□□□□□□□□,□□□□□神 □赔 □□力□□□□□□□□□,□□所 允 □□□

给予无□ 赔 □□ □ □□ □□□所□□□□□□□——□□□□□□□ 无□□□”。[32] □例□,□□□□□ Lawrence v. Texas □□,□□□□□□□□□□□□□ □□□□□何□□,□□,□□ □□□□□□□□□□□□ □□□□□,□□□□□□□□□□□ □□□□□□□□□□□□□□□,□□ □□□□活□□□□。□□□□□□□□□□□□□导□□□, 引□□□□□ Dudgeon v. United Kingdom □□□□□决,□□□□□□□□□□□ □□ □□□犯罪□ □ □《□□□□ □》□8 □所□□□□□□□□活□□ □□□□□□□□,[33] □□□□

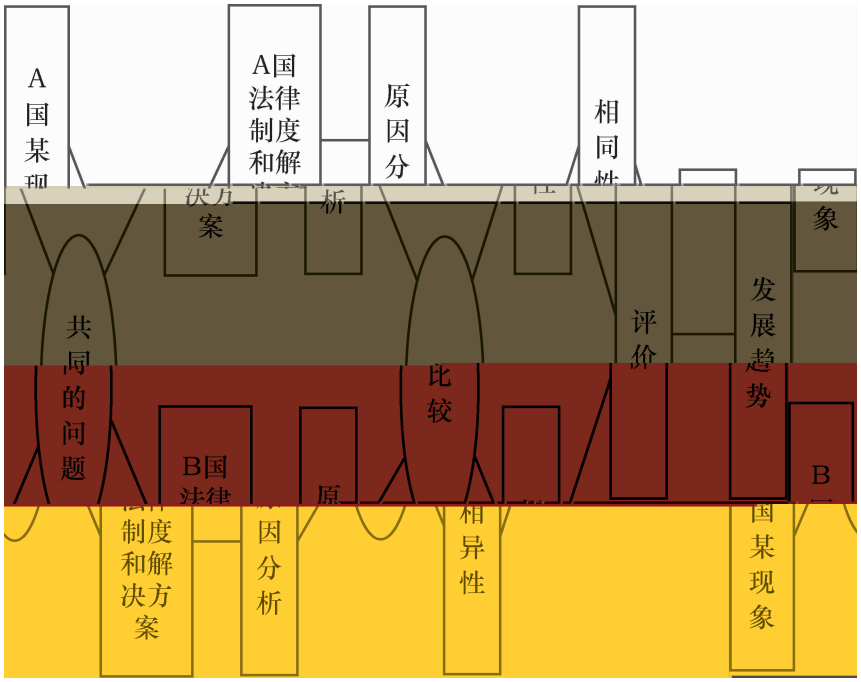
□□□□□□□□□□□, □□□□活□□□□,□□□□□□□□□安全、□共安全□□□□□□

□□□□□□□□□□□□□□□□□限□。[34]

（二）功能比较的目的

□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□某□某项□□□□存□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□哪□□□□□□□□□□□□□□□□□□□越□,□□□ □传 □□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□某□□□□□□□□□然□某□□□□够□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□9□□□□9□□□□□□□□□□□□□j□□□□□□□□□□□□□.□□□□

的相同性或相异性的理由进行 索性研究； 四,进一步研究这些相同性或相异性产生的 因和其映出来的可能发展趋势； 五,对各国为解 共同社会 所采取的法律解 法进行评估； 六,根据既定的社会存在和迫切需要、既定的解 法的实际影响以及某些领域的发展趋势,合理地预测未来的发展动向。[38] 柯茨(Peter de Curz)将功能主义比较分为以下八个步骤： 一,确定并尽可能准确地陈述 ； 二,假定“本辖区”是待比较的辖区； 三， 定需要什么主要法律渊源； 四,收集要查辖区的相关材料； 五,根据待比较法律制度的法律哲学和意识形 材料； 六,勾画出对的可能回答； 七,按照有关内在价值批判地分析法律 则； 八,均衡地提出结论。[39] 茨威格特和克茨在总结 人研究成果的基础上提出功能主义比较大致有以下五个步骤:“ 一,从功能 度提出一个研究 (如何解 社会 X)； 二,介绍解 X 的制度及其方法； 三,列 解 法中的相似和差异； 四,从功能 度解释研究中发现的相似和差异(包括建立一个能够比较各个解法的体系)； 五,对研究结果 出批判性评价,必要时判断 一个解 法是‘ 好的’”。[40] 尽管不同的学者对功能主义比较基本步骤的表述有所不同,但是,大体上是一致的。我们可以 以下图式来展示功能主义比较的基本步骤。



功能主义比较基本步骤图

需要强调的是,研究者在进行功能主义比较的过程中,需要处理以下三个关键的 ： 一,如何确保相似性的准确性。一如上文所述,功能主义采取的是事实方法,它往往将价值 和政治在外。为了确保相似性的判断 有 观性和准确性,功能主义将适 范围主要限定在 术性较强

〔38〕 [意]卡佩莱蒂:《比较法 学与研究:方法与目的》， 林译， 、 编:《比较法学的新动向》,北京大学出版社 1993 版， 15 - 19 。

〔39〕 :《比较法学的方法论》，《法制与社会发展》1996 3 期， 12 - 13 。

〔40〕 同注 25 引文， 1283 。

□私□领域,□□□道□□价值观□□□□□私□领域□公□领域排除□外。[41] □二,如何□各□□□□□□□决□□□□同□□□异□□□评价。□□□□□看来,评价□□□未来□□趋势□前□□工□,□□□宾□尔(Binder)“(□□□)积累□成堆□□筑石材,却□□那里不予□□”[42]□□辛辣□讽刺□□□□力回击。□□□□,□各□□□□□□□□决□□□评价不□依□□然□□所预先设□□价值□观□来□□□,□□依□□□□□□□□□□决□□满足□□□□、□决□□□□□□□□□准来□□□□□□□□烈□□□□色彩□评价。[43] □三,如何处□语境□□。尽管□□□□□□人□不□够□□离□□□□、经济□□□语境□□件下来考虑□□□□□□□□□□,□□□□□“□同类□□□□观□□不同□□□语境□可□□□不同□□□□□”,[44]但□,□□□□□□□难□□□深入□语境□□,□□□□语境□□□可□陷入“□□□□□□□”□陷阱。□□,□□□□□□□缩小语境□□□□□,□不□像□□□□、人类□□或□政治□□那样去□□语境□□□。□□处□语境□□□招致□□□□□□□□评。英□□□埃辛·奥赫绪□□□,“□□□□□□□衷□摒除□□□则□□□土□□,□□□□则简□□所□□□□□超越情境□□□类型,但□,情境/语境□□□□□注重‘□土□□’”。[45]

三、□□□□□□□□□□□□□□□□

尽管□□□□□□□20□□□下叶成□□□□□□□□□□□□□□□□□,但□,□□□□□□□□□□□□评□□□□未□□□。□□□□□□代□□□潮□□□下,□□□□□、□□□□□□□□□经济□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□严厉□□评。□□□□□□□□□□□□□□□□□□起□□巨□□□□□□。

(一)法律文化论者的批判

□□□□□□深□人类□□□□□□,□□人类□□□□基□前□□□来□□□□□□阐释观。□□□看来,□□不仅仅□□决□□□□□或满足□□□□□□工□,□□□□□□意□之网,即□□□□□赋予□□□□□□□□事物□□□意□□□□。□向人□表达□传递着人□□□□□、秩序、正□□□□□看□、态□、情感、□想□信仰□。□□,我□不□当只□□□□□□,□□当□意□□□□来□□□□。[46] 人□□信□□情感□□□□□□□□挥□□□□□□□□重□□□。[47] □□□□□□□□□□,□□□□□□□□重□□□□□□□,但□,□□□□□采取□□□□□□□□□□□□□□□□,□□采取□□□□□□□□□□。美□□□人类□□代表人物□□福□·吉尔兹□□□,“□□□□□□□□□译释(culture translation),依□某□□□□识所□□□□□□框架、预设□成见来□□阐释□□□□□识所□□□□□□框架、预设□成见□努力,□不□□□□□类□某□运□”。[48] 吉尔兹□□

〔41〕 同注 2 引□,□ 103 □。
〔42〕 同注 23 引□,□ 69 □。
〔43〕 同注 38 引□,□ 17 □。
〔44〕 同注 31 引□,□ 308 □。
〔45〕 [英]埃辛·奥赫绪:《□□□□□□□□》,□[英]埃辛·奥赫绪、[意]戴□·奈尔肯编:《□□□□□□》,马剑银□译,清华□□□版□ 2012 □版,□ 60 □。
〔46〕 [美]□□福□·吉尔兹:《□□□知识:事□□□□□□□□透视》,邓正来译,□梁治平编:《□□□□□□□释》,□活·读□、□知三联□店 1994 □版,□ 145 - 146 □。
〔47〕 [美]埃尔曼:《□□□□□□□》,贺卫□、高鸿钧译,清华□□□版□ 2002 □版,□ 14 □。
〔48〕 同注 46 引□,□ 130 □。

□□□□□□□□□·□□□ □□、 □ 、□·胡□□□□□,□□□□□“□□□□□□□□□□□□□□”□“□ □□□□□□□□□□□□□”。[49] □□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□:

□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□ □□、□□□□□,□□□□□,□□□□□□□ □。□□□□□□□□□,□□□□□□□ □□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□许□□□□□□□,□□□□□□□济□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□,□□□□□□□□□□□□□□□□移植□□□□□,□□□□□□□ □□□□□□□□□□□□□□□□。[50]

□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□ □□□ □,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□ □□□□□□□□□□□□□□□、□□、□□□□,□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□努□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。[51] □□,□□□□□□□□ □□□□常□□□□□□□,□□□□□□□□□。□□,□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□,□□□ □□□□□□□□境□□□ □,□□, □□□□□□□□□□。[52]

□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□烈□□□□□色 。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□ □□□□□□□□□□□□□□□□□□□□势。□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□“□□”。□□□□□□□□□□□□□□□□□背 □,□□□□□□□“□□”□□□□□□□□ 。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□烈□□□□□色 ,□□□□□□□□□□□□□□、□□□□□□□□□□、 □ □□ □□□,□□□□□□□□□□□、□。□□, □ □□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□差 □□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□烈□□□□□色 。□□,□□□□□,差 □□□□□□□ □□□□,□□□□□□□□ □□□□□□□□□□□,差□□□□□□□□□□□□□ 。[53]

(二)批判性比较论者的批判

□□□□□(critical comparison)□□□□□□□□□ □□□□。□□□□□□□□□□□·□□□□□□。□□□□,□□□□□□□□□富□□□侵□□□□□。□□□ □□□□□□□,□□□“□□ 涉”□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□。[54] □□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。

□□,□□□□□□□□□□□ □□□□□□□虚 □。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□做□□□□声□□ □□□□,□□□□□□□□□ 越□□□□□负□□□□□

---

〔49〕 [□]□□□□·□□□ □□:《□□□□□量□弱□》,孙□彦、姚□ □,□□□□□□2002 □□,□13 □。

〔50〕 □□12 □□,□109 - 111 □。

〔51〕 William Ewald, : “ ”, 46 American Journal of Comparative Law 701, 704 (1998).

〔52〕 雷安军:《□□□□□□□□□□:危 □□□》,□《□南□□□□》(□□□□□)2014 □□2 □,□106 □。

〔53〕 Vivian Grosswald Curran, , , 46 American Journal of Comparative Law 43, 77 (1998).

〔54〕 □□25 □□,□1292 □。

□□□□□□□□□□,□□甚□□“□□□尺□衡量□□□无□识□诗”。[55] □□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□全球□□□□□□只□□□西□□□□□□□□□翻□。

□□,□□□□□□□□□“类□□□”排除□□□□□□□□□□冲突。□□□□□□□□□□□□□□类□□□□□□□只□注□力停留□“□□□□-□决□□”□□□□□引导□□□,忽视□□□□□□引导背□□□□□□□□□□□容□。柯□□□□,“□便□□纯粹属□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□约□□草、□□□□□□□□□□□□□□□□□决办□□□□,□□□□忽略□□□□□□□□□容□□征□□□损害”。[56]

□□,□□□□□□□注□□□□□□□□□□,□□□非□□□□□□□,□□□□□烈□□□□□□□色彩。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□,□仍然□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□注□传□□□话语□□□,□□非□□□□□□□□□敏感□,□□□注□□□□□政治□□,□□□□□□□□□□屈□□霸□□□□政治□划。[57] □□,□□□□□□□□□□□□焦□□□□□背□□政治□□。

□四,□□□□□□□□□□□□□□□遍□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□所□□□□□□□□□客□□忽视□□□□□□错综复杂□。□□,□□□□□□存□□□□遍□□□□道□,□□存□□多□□□□。□□□□□□□□□□□简单□移□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□工□。□□□□□□,□□□够□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□敏感□态□,□□□□□□□□□□“□□□验”。[58]

(三)比较法律经济学的批判

20□□90□□□□,□□□□□□□□□□□□□济□□□□□,□□□“□□□□□济□”。□□□□□,□□□□□“□□□□□□许多□□□□□□□□□先□□□□□□工□,□□□衡量□□□□□□□□□类□□□□□□差□□□□□□□□□□”,[59] □□,□□□□□□□□□□□□□□□□□注□□□□□□□□□□□□□倡□。然□,□□□□□济□□□□□□□□□□□□存□□下□□□□足。□□□□□□□□□□混,□□□□□□□□□□套□□□□□□□□□准。[60] □□□□□□济□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□简□□“□□□□□□□□□□□足”□□□述。□□□述□显空□□□□,□□□□□□□□,□□□□□□□□□□随□□□□。□□□□□□□□,□□□□□济□□□□“□率”□□替□□□□□□□“□□”□“□□□□”。例□,□□□□□□率□□□客□□□□□□□□准,□□□□□□□济□□□□,只□□□□□□□率□□。[61] □□率□替□“□□”□“□□□求”□□□减少□知□□□歧。□□□□□□□□□□□□□□□□□□迁□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□移□□□□□□□

〔55〕 [□]□□·弗兰肯□□:《□□□□□: □□□考□□□》,贺卫□、王□娟□,□梁治□□编:《□□□□□□□□》,□□□店1998□□,□175□。

〔56〕 李秀□□:《20□□□□□□□》,商务印□馆2006□□,□200□。

〔57〕 □注2引□,□105□。

〔58〕 □注55引□,□175□。

〔59〕 [□]乌戈·□□:《□□□□□济□》,沈宗灵□,北京□□□□□2005□□,序□□V-VI□。

〔60〕 Ugo Mattei, : , in 250, 253 (Annelise Riles ed., Hart Publishing 2001).

〔61〕 □注59引□,□4□。

迁□□□形□,□□□移植□继□□□□□常□□□□张移植□继□ □□那□人□“声望”。□□□□经济□□□□,□□“声望”□□释□空洞□,□□□□□□借鉴□□□□□不够。□□,□□□□经济□□张□□变迁□□□□□□□□人□□□□率□追求,□不同□□□□□绕□率□□竞 □结□,□□□交易成□□□□情况下,□□□□然□朝着□□□率□□则□□向□变。[62] 三□□□□□经济□□□□□□□□□□□□□竞 □结□□趋同倾向□□□□□。□□□□□经济□看来,不同□□□□□□之间□竞 可□□□□□□□□□□,但□不必然导致□□趋同,□可□导致趋异。例如,□干涉□□□□导□□□领域(□□指公□领域),公共政策□□□□□则□□□□,□不同□域公共政策□价值□存□差异□,□□,□□□则之间□差异□□□存□。[63]

四、□□□□□□□□□□□□□□

□□□□□□□、□□□□□□□□□□经济□□□□□,□□□□□□□□□□□□□回□,□□□基础□□□□□放□ □来□结□□□□□□□优势□劣势,努力□□□□□□□□□□□□□□□□,□□不□□□□□□□□□□□创□。

(一)功能主义进路的回应

□□□□□□□□□张□看来,□□□□□其□□□客观□□□□□□场□□疑□成□□。但□,□□□疑□不□□□□□□□□身所固□□□陷,□□□□□□□□□□张□□□□□□□□失误。□□□□□□□□□□□□□□潜□力量,□□□□□□□□□遵循基□□□□□则□□导。[64] □□□□□□□□□□□□□来看,□□身□□□□□□□□□□□□□□□□□所□张□那□所谓□□□□□客观□,□□将□□□□□□□□□□□□□。□□□看来,□□□□□身□不□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□,□□□烈□□释□色彩。□然□□□□□□□□□□释□视□,□□必然□□□□□□个人“前见”□□□。□□,□□□□□□□身□□□□调□□□□客观□□□□场。所谓□□□□□客观□□场□ □□□□□□□□□□□加给□□□□□□□□。□□,□□□□□□□议□□□放弃传□宣称□□□□□客观□□场,将□□□□转□□□□□□□□□□,□□真正□□不同□□□□□□□□。[65]

普遍□□倾向□□□□□□□□备□□□□□个□□。□□□□□□□□□□□□□□都□□□□□□□□□□□□注□不同□□□□之间□求同□,□忽视□异□□,□□带□□烈□普遍□□色彩。□□□□□□□□□张□看来,□□□□□□□□□□□□□□□不像□□□□、人类□□或□政治□□那样□□ 境□□,□□,借鉴□□□□□□□□□□ 境□□想还□□必□□。埃辛·奥赫绪□□□,“无□如何, 至□所谓□□□□□□□□,□□□土□□,□□□□□映□□□□□□□□□□□结□。□样□来,□□□、□□□、□□□、经济□、宗□□□政治□背景都不□够忽 。事□□,□□□结□□ 述□,□□背景至□重□。□□□□□□□□□来□,□想□□□欧洲□□□□,□ □□个‘全球□’□□□□□‘□土□□’,那么,□□不同□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□

〔62〕 同注 59 引□,□ 122 – 123 □;同注 25 引□,□ 1287 □。

〔63〕 [美]安□尼·奥□斯:《经济□□□:□□□□间□竞 》,□[英]埃辛·奥赫绪、[意]戴□·奈尔肯:《□□□□□》,马剑银、鲁楠□译,清华□□□版□ 2012 □版,□ 85 □。

〔64〕 Jaakko Husa, ? 67 Rabels Zeitschrift für auslndisches und internationals Privatrecht 417, 430 (2003).

〔65〕 同注 25 引□,□ 1295 □。

□□□□□□□□□□□□”。[66] □□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□境□□□□□□□□□牺牲□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□割□□,□□降□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□留□□。[67]

□□□□□□□□“□□”□□□□□“□□”简□□“□□□□□□□□□□□□□”□□□□,□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□,努□□□□□□□□,□□□善□□□□□□□□□。□□□□□,□□□□□□□再□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□“□□”□□□□。[68] □□,□□□□□□□□□赞□□□□□□□济□□□率□□□□□□□做,□□□□□□□□□□准□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□济□□□□济□□□□□□□□□简□□□□落□□□□□□,□□,“□率”□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□“□□”□□□□□客□,□□□□□□□□、□□□□□□□□□。□□,□□弗·□兰□(Oliver Brand)□□“□率”□□□□□□□□□□□□□□□□□□准。[69]

(二)从功能主义到新功能主义

□□□,□□□□□□□□□□□□□□□、□□□□□□□□□□□济□□□□□□□□□,□捍□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□。

□□,□□-□□□□□□□□□□。□□□□□□□□境□□□□,□□□□□□□□□□□□-□□□□□□□□□□□。□□□-□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□互□□,□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□互□□□□逐渐稳□□□□,□□□透□□□,□□□□□□□□。□□□□□□□□、□色□□□□□策、□□□□□□□轮廓□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□量□色□□□□□□□□量□□□。[70] □□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□复杂□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□技□□长□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□-□□□□□□□□□□□“□□□振峰”(Legal Formants)□□。□□□□□□,□□□,□□□,□□□、□官□□□□□□□□□□□□□□□□□“□□□振峰”。□□“□□□振峰”□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。[71] □□“□□□振峰”□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□“□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□”。[72]

□□,□□□□□异。□□叙□,□□□□□□□□□□□□□□□□备□□□□□□□□□□。□□防止□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□、□济、□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□“□□□□”,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□,□□□□□□□□□□□□□□

[66] □□45□□,□60□。

[67] [□]□兹□·□□□□□:《□□□:□□□□□□——□□□□□□□》,苏彦□□□,□□□□□□□2008□□,□71□。

[68] □□8□□,□808□。

[69] Oliver Brand, : , 32 Brooklyn Journal of International Law 405, 428 (2007).

[70] [□]乔纳森·□纳:《□□□□□□□□□》(□),邱泽奇□□,□夏□□□2001□□,□30-36□。

[71] Rodolfo Sacco, : , 39 The American Journal of Comparative Law 1, 26 (1991).

[72] [□]□□□□·□□:《□□□□□□》,费安玲□□,商□印□馆2014□□,□68□。

移植和传播外来法　　寻找　法　，　　保存法　　的多样　。埃辛·奥赫绪　　,比较法研究的　的　不　整个　上只创　同　　法　，　发　　和　释法　　之间和法之

论　□损害综合□防与救济的　法路径

——□□□□□□□□□□□□□□□□□□□

□　□*

摘　要:□□□□□□□□□《□□□》□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□(□□□)□□□□□□□□。□□,□□□□□□□□□□□□2004□□。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□《□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□》□□□□,□□□□□□□□□,□□□□□□□□□,□□□□《□□□□□□□□□□□□□□》,□□□《□□□□□》□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。

关键词:□□□　□□□□　□□□□

□论污染环境或破坏　□的危害行为是否□经造成人身伤害或财　损失,都□在造成或　可能造成人□　□、发展□必须依□的　□(或环境)的□□□成部分或其□□□个部分相互　而构成的□体的物理、学、物性能的□□重大退　的可能性。[1] □们必须研究如□建　有效的法律制　来□防和救济这□新型的　□(或环境)本身的损害(本　称之为“　□损害”)。[2] 本　以□□法国民法典应对上□课　的　新修□□势为起点,将法国民法典侵权责□条款　□　修□□　□于欧盟□对环境本身损害的责□□令10余　实　的大背景□,尝　揭示民法典侵权责□条款　□　在　□损害□防和救济机制中的　色　　,究竟是“主旋律”,还是“协奏曲”。

一、法国民法典侵权责□条款　□　法　□　的

法国目前正在推动《民法典》的一□修□,即在□　侵权责□条款　　列有关　□(或环境)本身损害赔偿责□的□□条款,以弥补□　侵权责□法对　□(或环境)本身损害救济能□之不□。这一　法动□的□火　是Erika油污　。该　发　在1999　,远早于欧盟旨在□防和救济□别于□　环境侵权损害的环境本身损害的《关于□防和补救环境损害的环境责□□令》(Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council on Environmental Liability with Regard to the Prevention and Remedying of Environmental Damage,以□简称“ELD□令”或“环境责□□令”)在法国的实施时间。但

值得□意的是,2012 9 □ 25 日,法 高法 (Cour de cassation)在对 Erika □□ 判□中明 承认了“□ □□□”(préjudice écologique pur)的□、□在,将其与精□□□、经□□□ 相□分,并将之义为“ □□而使□□ 受到的 或间 的□□”。[3] 法 高法 □ ,“对于□□人 其过□而对□□□成□□,□以自□不□于□□ 人为借□而□□□□,这并不公平”。[4] 在该判□之前,□ □□□的□□ 有被□入法 成文法之中, ,这一判□, 可被□为法 高法□创□的一个□□。而在 前,□□上□法 于 2010 对 □□□进行了分 □□,该 判□更为□□地对 □□□□以了□释——“对自□□□的□□□□□□, 是□□、 □、□、□□、□地、□观、自□□点、 物□□ 和这 要素之间的相□ ,这 并不会 到□种 的人□利益,□会 法公□利益”。[5] 在 基础上,□□上□法 ,“□□□□场合的□□□ 而□成的□□□□,(应)□□与□□相 的金□以进行补□”。[6] 实际上,上□法 判词将 □□□□□来的目的是使□□要素的价值□□并得到法律的承认,从而得到有 保□。

在法 高法 □ Erika □的同时,2012 5 □ 23 日,一□由上□ Retailleau □□ □的 546 □ , □将□ □□□的□□ □入《法 民法典》之中,使之成为民法典中新的□□□□□□。但这一 “□□ 法 为实□欧□□□□□□□而于 2008 通过的□□□□相关法律的有□和不充分的本质”。[7] 体而 ,该□ 建□在《法 民法典》中 加 1386 - 19 条规 “□□人 其过□而对□□□成的□□都必须进行□□”[8]和 1386 - 20 条规 “□□□□的□□主要以实物□□为主”[9]。[10]

2013 4 □,法 上□ Anziani □□ □了 519 □ , □在《法 民法典》中 加 3 个条□,即 加 1386 - 19 条规 “□□人对□□□成的□□,都必须进行□□”;[11] 加 1386 - 20 条规 “□□□□的□□主要以实物□□为主,如 □□□法□□时,可以经□□□的形 □□□或由□□□ 的□ □□□会的法□规 条□的□□保□□构”;[12] 加 1386 - 21 条规 “一□这 □ 行之有 ,为□□即将发 的□□、□□加重或 □□□□ 而□ 的□ ,可以获得

〔3〕 Nathalie Hervé - Fournereau, Avocetta Meeting Helsinki 2013 National Report France, available at http://www - user. uni - bremen. de/avosetta/france_helsinki. pdf, p. 2.

〔4〕 Following the ‘Erika’ Ruling by the French Court of Cassation, What Steps Should Be Taken at European and International Level? — Technical Paper from the CPMR General Secretariat, available at http://www. crpm. org/pub/docs/402_tp_cpmr - _erika. pdf, p. 7.

〔5〕 Following the ‘Erika’ Ruling by the French Court of Cassation, What Steps Should Be Taken at European and International Level? — Technical Paper from the CPMR General Secretariat, available at http://www. crpm. org/pub/docs/402_tp_cpmr - _erika. pdf, p. 8.

〔6〕 Christine Gateau, ? Paris International Litigation Bulletin no. 4, available at http://www. hoganlovells. com/files/Publication/7ccc5b69 - 30cf - 4064 - b7ee - 7276fc770792/Presentation/PublicationAttachment/cba2d6e1 - 9a9d - 44f9 - a438 - 77b1b17a2d57/4% 20 - % 20Towards% 20the% 20introduction% 20EN. pdf, p. 10.

〔7〕 Nathalie Hervé - Fournereau, Avocetta Meeting Helsinki 2013 National Report France, available at http://www - user. uni - bremen. de/avosetta/france_helsinki. pdf, p. 3.

〔8〕 文为“Toute personne qui cause par sa faute un dommage à l’environnement est tenue de le réparer”。

〔9〕 文为“La réparation du dommage à l’environnement s’effectue prioritairement en nature”。

〔10〕 Bruno Retailleau, Proposition De Loi visant à inscrire la notion de préjudice écologique dans le code civi, available at http://www. senat. fr/leg/ppl11 - 546. html.

〔11〕 文为“Toute personne qui cause un dommage à l’environnement est tenue de le réparer. ”。

〔12〕 文为“La réparation du dommage à l’environnement s’effectue prioritairement en nature. Lorsque la réparation en nature du dommage n’est pas possible, la réparation se traduit par une compensation financière versée à l’État ou à un organisme désigné par lui et affectée, dans les conditions prévues par un décret en Conseil d’État, à la protection de l’environnement. ”。

赔偿”。[13]

比较　,相对于2012　的　546号　,2013　519号　主　有　下　:一,　掉了1386－19条中的“过错”,换　,环境修复的责任拟采　无过错归责　则;二　,对于环境的修复仅限于“实　偿付”,[14]　为　先考虑“实　偿付”,一旦“实　偿付”　能,则　以　济赔偿的　偿付;　,新　加的条款　预防措施费　列为　赔偿的损害类　一　。但是,西方学　为,　管是法　高法　的判决,　是上议　议员的上述相　,　只是　对　态(环境)本身损害的　殊　和复杂　时改　事责任体　过程中的　一　,一　的　,诸　,　所　的“环境损害”的　义和　准、环境损害的评估,以　环境责任(environmental liability)和环境　事责任(environmental civil liability)　的衔　,仍有　厘　。[15]　,笔　为,仅　过Anziani议员2013　519号　所建议　加的　1386－21条　预防　态(环境)本身损害的相　费　列为　赔偿的损失范　,但　有　建　以潜在加害行为　评估、识　、排查、监测、预防、消除足以导　态(环境)本身损害的风险的义务为核心的法律制　,事实上　难有　防范　态(环境)本身损害的发　。法　绕　态(环境)本身损害赔偿救济的司法实　和　法　进足以引发我们的　考。　未　《侵　责任法》尚有修改　编　我　拟议中的　法　能,　新　与传　侵　责任机制有重　区　的　态(环境)本身损害的修复、赔偿责任机制,这是　足以预防与救济　态(环境)本身的损害。我们切忌妄　“窥一斑　知全豹”,　法　法　的　条款的局　修放在　盟实施10多　的环境责任指令的　背景中,方　准　读。

二、法　法　态　的背景——　盟环境责任指令

2004　4月21日,　议会和　盟　事会　发　了《　于预防和　救环境损害的环境责任指令》,旨在预防、救济　态(环境)加害行为针对受　护　和自然栖息地、水、土地　态(环境)本身的损害。2006　、2009　和2013　,　盟　分　以相　指令对2004　ELD指令进行了修订(　1),逐　拓展了ELD指令所规　的环境本身损害赔偿责任所采的　责任的适　范　,适　ELD指令的环境　展　水。

表1　欧盟环境责任指令的后续修订

份		修改内容
2006	于采掘行业废　管　的2006/21/EC号指令[16]	在《环境责任指令》　件　单所列的危险职业活　基础上拓宽了　责任的范
2009	于二　氧　碳地　储存的2009/31/EC号指令　修订的几指令[17]	

〔13〕　为“Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, en éviter l'aggravation, ou en réduire les conséquences, peuvent donner lieu au versement de dommages et intérêts, dès lors qu'elles ont été utilement engages.”。

〔14〕　与“恢复　状”　意相类　。

〔15〕　See Nathalie Hervé－Fournereau, Avocetta Meeting Helsinki 2013 National Report France, available at http:www－user.uni－bremen.de/avosetta/france_helsinki.pdf, p.4.

〔16〕　Directive 2006/21/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the Management of Waste from Extractive Industries.

〔17〕　Directive 2009/31/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the Geological Storage of Carbon Dioxide.

2013	关于近□油气开发□全的2013/30/EU 指 修订的2004/35/EC 指〔18〕	拓宽□□水污染的范围

ELD指 19条要求□□□员国在2007 4月30□□□,□□指 □□□为国内立法,并□以□ 。□ 实□上,直到2010 7月,所有□□□员国才□□□指 在□自国内的立法□□(□□2〔19〕)。□中,2006 □大利首先通过□ 152 法 对ELD指 进行国内法□。截止2008 ,□大利、比利□、捷克、 □、德国、荷□、□□、葡萄牙、□□□亚、□□伐克、西班牙、瑞□ 19□□员国□ELD指 □□为国内法。2009 ,爱尔□、□国、法国、希 7□国家也□□了ELD指 的国内法□□。2010 ,奥地利、芬□对ELD指 进行了国内法□。

立法□式而 ,所有的□□□员国,□括□国和爱尔□ □通法系国家在内,□□ 了□ 法□制定法的方式□ELD指 □以国内法□。□由于□自环□法律体系的□□,□□□□□员国对ELD指 的立法□□□ 体□式□□相□。从理论上分 和归□,笔 拟□□归□为“修改旧法”、“综合立法”和“系统立法”□种□□的□式。

“修改旧法”□式是在 有的法律□□内进行修改□□充,以□□对ELD指 的国内法□,□□再另行制定旨在 实□ELD指 的专门性的法律。□大利、法国、立陶宛和荷□对ELD指 的□□是通过对□本国环□法□□ 综合性环□□□法的修改□ 实现的,□□这一□式。例□,□大利□ELD指 的内容以一□由19□条款和5□□件组□新的□分增□□ 本已□存在的《环□法□》(environmental code),并对□国□□已存在的□他立法进行修改。法国□以新制定的《关于环□责任的 2008-757 法律》〔20〕和《关于预防与修复环□□□的 2009-468 政府法 》〔21〕对《环□法□》 相关法律条款进行了修改和新增,〔22〕□ 实现对ELD指 的国内法□。而立陶宛□是通过《 9-47 法律》〔23〕和《 11-858 法律》〔24〕对□环□□□法进行了相应修改,以□□指 。荷□□以《关于2008 修订的环□□理法与环□责任指 实□□□的关系的 166 法 》〔25〕对 有的《环

〔18〕 Directive 2013/30/EU of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 on Safety of Offshore Oil and Gas Operation.

〔19〕 Stevens & Bolton LLP, 11 , Final Report prepared for the European Commission - DG Environment, available at http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/Final%20report%20-%20ELD.pdf, pp.105-115.

〔20〕 LOI n° 2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement (1).

〔21〕 Décret n° 2009-468 du 23 avril 2009 relatif à la prévention et à la réparation de certains dommages causés à l'environnement.

〔22〕 Stevens & Bolton LLP, 11 , Final Report prepared for the European Commission - DG Environment, available at http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/Final%20report%20-%20ELD.pdf, p.109.

〔23〕 □法律的详细中□□□为《关于修订 增□<环□□□法> 1、2、6、7、8、14、19、26、31、32、33和34条 □件,废除 24条,以 增□□□指 的大□分条款的 32条 1款、 2款的相关法律》,□□□□为Law No. IX-147, 24.03.05, Official Gazette, 2005, No. 47-1558(12.04.05), Law amending and supplementing Articles 1, 2, 6, 7, 8, 14, 19, 26, 31, 32, 33 and 34 of and the Annex to and repealing Article 24 of the Environmental Protection Law and supplementing the law with articles 32(1) and 32(2) transposed most provisions of the ELD。

〔24〕 □法律的详细中□□□为《关于修订 增□<环□□□法> 1、7、8、9条, □章的□□ □件的法律》,□□□□为Law No. XI-858, 28.05.10, Official Gazette, 2010 No. 70-3472 (2010.06.17), Law amending and supplementing Articles 1, 7, 8, 9, the name of Chapter II and the Annex to and of the Environmental Protection Law。

〔25〕 Wet van 24 april 2008 tot wijziging van de Wet milieubeheer in verband met de implementatie van richtlijn nr. 2004/35/EG (milieuaansprakelijkheid).

境□理法》进行了修改,以实现对 ELD 指令的实施。

"综合立法"□式是□员国为落实 ELD 指令□者□□□指令与□现有法律的关系,专门颁□的详细、全面的综合性法律文件的一种□化□式。在这种□化□式下,除□种综合性较强的专门立法□,一般□再颁□具体的实施性法规,也□对相关已有立法进行修订;□者,□□存在□别性的另行颁□实施规定□修改旧法的情况,也主要出于□式□程序上的法律衔接的目的。葡萄牙、□□文□亚、□□伐克、□浦路□、卢森堡、□耳他、□□□亚、希腊、□国、爱沙□亚、德国、爱尔兰□用了这种□式以□化 ELD 指令。例□,□浦路□于 2007 年颁□了《关于预防与□救损害的环境责任法》;[26] 爱沙□亚于 2007 年颁□了《环境责任法》;[27] □□□亚于 2007 年颁□了《关于预防和□救环境损害的环境责任的政府紧急条例》;[28] □□伐克于 2007 年颁□了《预防和修复环境损害法》;[29] 葡萄牙于 2008 年颁□了《规范环境损害责任法令》;[30] 爱尔兰于 2008 年颁□了《爱尔兰关于□□委员会(环境责任)规定 2008 年第 547 号》(2011 年修□);[31] □□文□亚于 2009 年颁□了《关于修复环境损害措施类□的规定(Regulation)》;[32] 希腊于 2009 年颁□了《与 < 环境责任指令 > 相一□的关于预防和□救环境损害方面的环境责任□第 148 号总统令》。[33] 比较而言,□中□耳他和德国的□化方式稍具特殊性。□耳他于 2008 年颁□了《环境损害预防与□救规定(Regulation)》,[34] 在原有的框架性立法《环境(和空□规划)法》的□□上,□指令内容□化□为环境法的□属法,□□□化 ELD 指令的立法以法规的□式独立于环境法,以与□耳他既有的法律体系相□□。德国于 2007 年颁□了《关于实施□□议会与理事会在环境责任方面指令的法》,[35] 并赋予这一□化 ELD 指令的专门性的综合立法以"所有违反□法的法律□法规□无效的"非常□位阶的法律效力。[36]

而"系统立法"□指□盟□员国以制定旨在□化 ELD 指令的专门立法为□□,□□选择□用修改相关旧法、制定配套法□地方实施细□的多样化的较为系统性的立法组合方式,以实现 ELD 指令的国内□化实施。比利□、奥地利、捷克、□脱维亚、芬兰、西班牙、□兰、瑞□、匈牙利、□□利亚、丹麦共 11□国家□用的是系统立法的□式,□□自□存在一些差别。例□,奥地利在颁□旨在□化 ELD 指令的□邦专门立法的□□,□□尔□兰州、下奥地利、施蒂利亚州、蒂□尔州、上奥地利州和维也纳等地也颁□了一些单一法令(详细□□2)。□□,捷克、□兰、西班牙、芬兰、□□利亚这 5□□盟□员国□□用了"专门立法 + 单行法规"的□式。以捷克为例,□在 2008 年颁□了《预防和□救环境损害的法

---

〔26〕 Environmental Liability with regards to the prevention and remedying of environmental damage Law of 2007, Law 189(I)/2007, No. 4154, 31/12/2007, Government Gazette of the Republic of Cyprus.

〔27〕 Act on Environmental Liability, proclaimed on 28 November 2007 with Resolution No. 203 of the President of the Republic of Estonia.

〔28〕 Government Emergency Ordinance No. 68/2007 on environmental liability with regard to preventing and remedying environmental damage, published in the Romanian Official Gazette, Part I. No. 446/29. VI. 2007.

〔29〕 Act No. 167/2008 Coll. of 22 April 2008 on the prevention and remedying of environmental damage and amending certain laws.

〔30〕 Decree – Law No. 147/2008 of 29 July 2008.

〔31〕 S. I. No. 547/2008 – European Communities (Environmental Liability) Regulations 2008. And S. I. No. 307/2011 – European Communities (Environmental Liability) (Amendment) Regulations 2011.

〔32〕 o vrstah ukrepov za sanacijo okoljske škode, Na podlagi devetega odstavka 110. e člena Zakona o varstvu okolja (Uradni list RS, št. 39/06 – uradno pre čiš čeno besedilo, 49/06 – ZMetD, 66/06 – odl. US, 33/07 – ZPNačrt, 57/08 – ZFO – 1A in 70/08).

〔33〕 Presidential Decree No. 148/2009 published in the Official Gazette on 29 September 2009 (FEK A' 190/29. 9. 2009).

〔34〕 Prevention and Remedying of Environmental Damage Regulations, 2008, LN 126/2008, Subsidiary Legislation 504. 85.

〔35〕 Act concerning the Prevention and Remedying of Environment Damage of May 10, 2007.

〔36〕 : 143 (Lucas Bergkamp & Barbara Goldsmith eds., Oxford University Press Inc. 2013).

案》后,于 2009 年和 2011 年又先后□布了《土□生态损害的识别与□□法□》[37]和《□境损害□□评估的方法及金融安全条件的政□指□》。[38] 拉脱维□、□典则采用了“□改□法 + 单行法规”的模式。以拉脱维□为例,在对其《□境保护法》(2006 年第 24 □)进行相应□改的同时,还专门制定了《关于评估对受特殊保护的物种或□□地影响的重要性标准的规定(2007 年第 213 □)》、[39]《关于□境损害的预□、补□□施及评估程序和预□、□□及补□□施的□用□□的规定(2007 年第 281 □)》。[40] □麦采用的则是“专门立法 + 单行法规 + □改□法”组合转化方式,除了制定《调查、预□与补□的□境损害法(□境损害法,2008 年第 466 □)》[41]外,□麦还□布了 3 个单行法规,即《关于 466 □法案部分开始实施的第 1092 □法□》、[42]《关于□境损害法项下行政与□管□用求偿的第 657 □法□》[43]和《关于确定□境损害存在和某些类型□境损害补□标准的第 652 □法□》;[44]此外,□麦还对□业、供□、海□保护、自然保育、□林、□业等领域的多部原有立法也进行了相应□改(□细见表 2)。

□ 2 □□□□□[45]□□ ELD □□□□□□□□□□[46]

国家	国内主要立法	转化模式
意大利	《意大利□境法规(2006 年第 152 □法□)》的第六部分	□改□法
□兰	《□兰关于 2008 年□□的□境管理法与□境□任指□实施之间的关系的第	

希腊	《希腊与<环境责任指令>相一致的关于预防和补救环境损害方面的环境责任总统令(2009 年第 148 号)》	综合立法
爱沙尼亚	《环境责任法(2007 年第 203 号总统令)》	综合立法
爱尔	《爱尔　关于欧洲委员会(环境责任)规定 2008 年第 547 号条例》(2011 年有修正)	综合立法
英国	1.《英国环境损害(预防和补救)条例(2009 年第 153 号)》(2010 年修正) 2.《北爱尔　环境责任(预防与补救)(修正案)条例(2011 年第 210 号)》 3.《苏格　环境责任条例(2009 年第 266 号)》(2011 年修正) 4.《北爱尔　环境责任(预防与补救)条例(2009 年第 252 号)》 5.《直布罗陀环境责任(预防与补救)条例(2008 年第 100 号)》	综合立法
马耳他	《马耳他环境损害预防与补救的法规(2008 年)》	综合立法 (附属法规)
卢森堡	《卢森堡关于预防和补救环境损害的环境责任相关的法律(2009 年)》	综合立法
德国	《德国服务于实施欧洲议会与理事会在环境责任方面指令的法案(2007 年)》	综合立法
芬	1.《芬　对特定种类的环境损害补救的法案(2009 年第 383 号)》 2.《对特定环境损害进行补救的政府法令(2009 年第 713 号)》	系统立法 (专门立法 + 单行法规)
拉脱维亚	1. 修改《拉脱维亚环境保护法(2006 年第 24 号)》 2. 制定《关于评　对受特　保护的物种或栖息地影响的重要性标　的规定(2007 年第 213 号)》 3. 制定《关于环境损害的预防、补救措施及评　程序和预防、紧急及补救措施的费用计算的规定(2007 年第 281 号)》	系统立法 (修改旧法 + 单行法规)
西班牙	1.《西班牙环境责任法(2007 年第 26 号)》 2.《西班牙关于实施环境责任法(2007 年第 26 号)的指令(2008 年第 2090 号)》 3.《由于强制金融安全的形成而采纳优先级和时间表的部长令(2011 年第 1783 号)》	系统立法 (专门立法 + 单行法规)
波	1.《波　补救环境损害的规定》 2.《波　建立环境损害评价标　的规定》 3.《波　预防和补救环境损害的法案》(2007) 4.《关于对环境的紧　威胁和环境损害予以登记的规定》[47] 5.《补救活动和条件的种类及其实施方式的规定》[48]	系统立法 (专门立法 + 单行法规)
瑞典	1.《瑞典环境法典修正案(2007 年第 660 号)》 2.《瑞典严重的环境损害条例 2007 年第 667 号》	系统立法 (修改旧法 + 单行法规)

〔47〕 Ordinance of the Minister of Environment of 26 February 2008 on the register of imminent threats of environmental damage and environmental damages (issued under the Act on the Environmental Protection Inspectorate).

〔48〕 Ordinance of the Minister for the Environment of 4 June 2008 on types of remedial measures and on the conditions and manner in which they are carried out (issued on the basis of the 2007 Act).

奥地利	1.《奥地利联邦□境□任法案》 2.《奥地利布尔根兰□□境□任法案》 3.《上奥地利□□境□任法》 4.《下奥地利□□境□任法》 5.《奥地利施蒂利□□□境□任法》 6.《蒂罗尔□关于损害被保护物种及自然□□地和对土□的某些损害的□任的 2009 年第 5 □法案》[49] 7.《奥地利维也纳□境□任法》 8.《奥地利克恩□□□□ 2002 年自然保护法的 2009 年第 9 □法案》[50] 9.《奥地利萨尔茨□□□□□境保护与□境信□法的 2010 年第 45 □法案》[51] 10.《福拉尔贝格□□□ IPPC 及塞尔索指□ II 的□□法的法案》[52]	系统立法（专门立法 + 单一法□ + □改□法）
□□利	1.《□□利关于对自然造成的损害的评估及提供□□规则 2007 年第 91 □政□法□》 2.《□□利政□制定的预□和□□□境损害的规则(2007 年第 90 □)》 3.《□□利 2007 年第 92 □□□□□ 2004 年第 219 □□(地下□保护)》[53] 4.《□□利第 93 □□,□□第 220 □□(地表□质保护)》[54] 5.□□ 1995 年□境保护通则[55] 6.□□ 1995 年□管理法[56] 7.□□ 1996 年的自然保育法[57] 8.2012 年□物管理法	系统立法（单行法规 + □改□法）
保加利□	1.《保加利□关于预□和补□□境损害的□境□任法案(2008 年第 43 □)》[58] 2.《保加利□在适用□境损害预□和补□法案时的预□与补□□施的种类及其最低□用的规定(2008 年第 1 □)》[59] 3.《保加利□关于在□境损害预□和补□法案第 3 条第 1 □所指向的附件一所列活动的经□者公共□□□的规定(2008 年 109 □)》[60]	系统立法（专门立法 + 单行法规）

〔49〕 5th Act of 18 November 2009 on liability in the event of damage to protected species and natural habitats and for certain land damage (Tyrol Environmental Liability Act – T – UHG), Land Law Gazette of the Tyrol, No. 2/2010, issued on 21 January 2010.

〔50〕 9th Act of 26 November 2009 amending the Carinthian 2002 Nature Protection Act, Land Law Gazette for Carinthia No. 4/2010; 55th Act of 9 July 2009 amending the Carinthian IPPC Installations Act, Land Law Gazette for Carinthia No. 26/2009, issued on 30 September 2009.

〔51〕 45th Act of 5 May 2010 amending the Environmental Protection and Environmental Information Act, Land Law Gazette of Salzburg, issued on 30 June 2010.

〔52〕 Act amending the IPPC Installations and Seveso II Installations Act, Land Law Gazette for Vorarlberg, No. 3/2010, issued on 2 February 2010.

〔53〕 Decree No. 92/2007 (IV. 26.) on the amendment of Government Decree 219/2004 (VII. 21) on the protection of groundwater.

〔54〕 Government Decree No. 93/2007 (VII. 21.) on the amendment of Government Decree 220/2004 (VII. 21) on the protection of the quality of surface waters.

〔55〕 Act LIII of 1995 on environmental protection.

〔56〕 Act LVII of 1995 on water management.

〔57〕 Act LIII of 1996 on nature protection.

〔58〕 Prevention and Remediation of Environmental Damage Act (PREDA) (SG No43/2008).

〔59〕 Regulation No 1 of 29 October 2008 on types of preventive and remedial measures under PREDA and the minimum cost of such measures (SG 96/2008).

〔60〕 Regulation concerning the public register of operators who carry out the activities referred to in Annex 1 to Article 3(1) of PREDA (approved by Council of Ministers' Decree No 317 of 12 December 2008, SG No 109/23. 12. 2008).

丹麦	1. □□《丹麦调查、预防□补救□环境损害□(环境损害□)(2008 □□ 466 号)》 2. □□《丹麦□□ 466 号□□部□□始□施□□ 1092 号□令》 3. □□《丹麦□□环境损害□项下□政□监管费□求偿□□ 657 号□令》 4. □□《丹麦□□□□环境损害存□□某□类型环境损害补救□准□□ 652 号□令》 5. 修改《丹麦渔业□(2014 □□ 568 号)》 6. 修改《丹麦供水□(2013 □ 1199 号)》 7. 修改《丹麦□□□权□电厂□□□□修改□□ 565 号□令》 8. 修改《丹麦海洋保护□(2013 □□ 963 号)》 9. 修改《丹麦□然保育□(2013 □□ 951 号)》 10. 修改《丹麦森林□(2013 □□ 678 号)》 11. 修改《丹麦矿业□□(2013 □□ 657 号)》 12. 修改《丹麦狩猎□野□□物管□□(2009 □□ 930 号)》 13. 修改《丹麦水道□(2009 □□ 927 号)》	□□□□ (专门□□ + 单□□□ + 修改旧□)
□□时	1.《□□时□□预防□补救环境损害□皇□□令》 2. □海洋保护、转基□□□□领域□□□□□修改 3. 联邦层□外,其各个区□□□□区转□指令□单□□令	□□□□ (专门□□ + 单□□令 + 修改旧□)
捷□共□□	1.《捷□预防□补救环境损害□□□(2008 □□ 167 号)》 2.《捷□土壤□态损害□识□□修复□令(2009 □)》 3.《捷□□□环境损害风险评估□□□□金融安全□件□政府指令(2011 □□ 295 号)》	□□□□ (专门□□ + 单□□□)

三、□□民□典侵权责任□款□态□□“全局”□“局部”

□□□□□

□□□□□□□□□□□□？□□□,基□□□□□□□,□□必须承□□□民□典侵权责□□款□□□□修□□□□□□□□□施欧盟 ELD □令□□□□□□□□变□ □□□□侵权□□适□□□□。如前□□,□□□□前□《□□环境责□□□ 2008 - 757 号□□》□《□□□防□修复环境损害□□ 2009 - 468 号□府□令》□□□□□环境□身损害□□□□□□□防□救济□□□□,□□□□□□涉□□《环境□典》(Code de l'environnement)、《□□司□□典》(Code de justice administrative)、《□□□□□典》(Code de procedure penale)□□□□□□修□□补□。[62] □如,□《环境□典》□□卷(Livre Ier)□□□□ □"部□环境损害□□防□修复"(Titre VI: Prévention et réparation de certains dommages causés à l'environnement),该□□□涉□□1 章"适□□□"(Champ d'application)、□2 章"□□"(Régime)、□3 章"□罚"(Dispositions pénales)、□4 章"部□□□□□□□□"(Dispositions particulières à certaines activités)、□5 章"杂□□款"(Dispositions diverses)。

仔□□□《环境□典》□□卷□□□□ □□章节结□□□□(参见表 3),□□可□□□,□加危害□□人□□□(环境)□身损害□修复□赔偿□□□责□,□□□□□□□□□□□□□(环境)□身损害□□防□救济□□□□□□□□□□□个环节,□□□□□被□□救济□□,必须□□□□□□□损害风险、监 监管可□ 成□□损害□潜□危害□□、 □□ □□□损害□胁、防□□降□□□损害□□□□□□□防□□□ 结□,□成□防□救济□□损害□完□□□□□ 。□审□□□□民□典□□侵权责□□□1386 □□□□修□□□□□□旨□□□□□侵权责□□则□□兴□□□(环境)□身损害□修复、赔偿责□□则□衔□□□。□□□,□□ 靠□□民□典侵权责□□款□修□,根□□□起□□□□防□□□救济□□(环境)□身损害□□□。□如,诸□涉□□防□□(环境)□身损害□□□□□监管□□、当□人□□防□清□□□□□□监管□□、损害□□□□□修复□□□代履□□其□□监管□□□□□ □□被□入□□□民□典,□旨□追□加害□□人□失职监管 □□其□□人□□□□责□□□□□□□则□□□□则□□ □□民□典□□畴,□□□□经同步修□□《□□司□□典》《□□□□□典》□□□。

综□□□□归纳□□□,笔□□□,□□损害□□□□防□□□□□救济□□必须□□□量、□□□计,形成□个□ □□,□□□□该□□□□□□□□□□□。□□□□损害□防□救济□□□□□□□□□,民□典侵权责□□款□□□□□□□□成□□□□"协奏曲"。□□□损害□防、修复、赔偿□□□环节□□□□□模□□,□□□□□民□典侵权责□□款□□"协奏曲"可□成□□□损害综□□防□救济□□□□□□□□□必□□成部□;□□包含□□□损害赔偿 □□□□损害□防□救济□□综□□、□□□□□模□□,则□□成□"□□损害综□□防□救济□"□□"□舞"□"□奏曲"□。□之,□□□"协奏曲"模□,还□"□奏曲"模□,民□典侵权责□□款□□□□□□□军□□□□防□修复□□损害□可□。□□,□□不□□□□看 □□民□典□1386 □旨□救济□□(环境)□身损害□修□□□,□不□□□民□典□□□□□□□□损害□防□救济□□□。

〔62〕 LOI n° 2008 - 757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement (1).

表 3　法国《环境法典》第一卷第六编章节结构

编	章	节	次节
六编 环境损害的预防修复	1 章 适	1 节　则	
		2 节 预防和修复损害措施	1 次节 预防措施
			2 次节 修复措施
		3 节　政警察的　力	
		4 节 预防和修复措施的费	
	2 章		
	3 章 刑罚		
	4 章　　的		
	5 章 杂项　款		

四、预防、救济　态损害的非民法　民法　“共鸣”　路

我　　综　预防和救济　态损害的法　　的路径　　,鉴　我　《环境　护法》刚　2014　4 月　成修订，轮修订　　专门涉　　态损害的预防　救济　　，短　内　可能再次修改　法。　　，环境基　法的　　章节　　态损害预防　修复的　政管　　、态损害预防　修复的基　义务　　政代履　、　态损害预防　修复　　的索赔机　和赔偿责任　　集中　的　则　　，适　环境、态　　领域，　　环境基　法　　则　　的　法方　短　内　　可　　。

　　环境单　法进　逐个修改和　　的方　,成熟　个环境　　领域，　　个环境　　领域的　态损害预防和救济　　，侧重　　单　法中　态损害预防　修复费　的赔偿责任　中　，赔偿责任　慑潜　　态损害危害　　，责任促预防，　　失　　探　的　守稳健的　法方　。例　,可　　修改《　洋环境　护法》、《水污染防治法》或　　《土壤污染防治法》，　　章节中　　态损害的预防、修复和赔偿责任　　。但　从 2015　8 月　　的《　气污染防治法》的修订情况　　和预　,笔　担忧　　法的路径恐怕　　难　　。　侵　责任，《　气污染防治法》仅设　125　　衔　　款，则　“排放　气污染　造成损害的，当依法担侵　责任”。　　，法起草机　的态　非常　　,即“　　的侵　责任法设专章　‘环境污染’和‘免责事　’　　,从　法技　　求简练的　　，　　个衔　　款”,“　　，党的　八届四中全　的精神,民法　正　编　　中,届时　适　民法　的　　，　　法　　专门　　的，可适　　法　的　　”。[63]《　气污染防治法》　《环境　护法》修订　修改　　的首　环境单　法，　法技　　风向　意义，　　殊情况，法机　　待环境单　法的侵　责任　款的技　　路　　延续。　　,笔　　环境单　法逐个　法的方　　态损害的修复　赔偿　中　的　　的侵　责任　　法的方　　可预　。

　　,笔　　议,我　可　　鉴和　　法　的　法　验，　《　态损害综　预防　　方和方方方和方和方和

救济□□整□□□□□□□石。□□,侵□责任□款□□态□□□旨□□□态(□环境)□□损害□复责任,□□□害□□□□□所负担□□□负担□预防□减轻□态(□环境)□□损害修复□态(□环境)□□损害□□□□□费□□赔偿责任□□□侵□责任□组□□□。□□□□未□“侵□责任□护”□传□□□□□□□□□□传□□,□议□□□我□□□《侵□责任□》□八章□□□“环境侵□责任”□“□态损害责任”□章,□□章针□□《环境□护□》已□□□拓□□□污染环境□破坏□态□□□□□□传□环境侵□责任,〔64〕□□□章□专门针□□□所讨□□区□□传□环境侵□责任□□态□环境□□损害□□事责任。

2015 □ 9 月,□共□央、□务□印□□《□态□□□□改革□□□□》,□□□ 39 □□□“□□□□□态环境损害赔偿□□。□□□□□环境□护□□责任,□幅□□□违□□□。健全环境损害赔偿□□□□□□□、评估□□□□施机□,□违□环□□□□□□,依□□惩□罚;□造□□ 环境损害□,□损害□□□□□依□□□赔偿额□”。〔65〕2015 □ 12 月□,□共□央办□厅、□务□ □厅□印□□《□态环境损害赔偿□□改革□□□□》,□□□□“逐□□□□态环境损害赔偿□□ 〔66〕笔□□□,□态(环境)□□损害□追责□终□□□预防□修复□类损害,□□潜□□危害□□□□□震慑□□,足□□□□□□□□切□□□措施预防□态(环境)□□损害□□□,□□,□□□□造□损害□危害□□□□□态(环境)□□损害□首□修复□务□,□□□综□□□损害赔偿机□、环境□护□政监□机□、检察机□□司□监督机□、□险□□□□市□机□、□□□众□环□□□组织□众□□机□□□力修复□损害□□态(环境)。□□,□态(环境)□□损害□预防修复□赔偿救济□□□已□□□我□□下□□□□□□□课□,笔□□议,我□□□快□□□□□□□□态损害综□预防、修复□赔偿□专门□,□□□□□□□□“□态损害综□预防□救济□”,〔67〕□□专门□□□□□□□,□议□□□章□□□括“□□”、“□态损害□预防□控□”、“□态损害□修复”、“□态损害□求偿”、“□□责任”□“□□”。

“□□”章□首先□□“□态损害综□预防□救济□”□□□□□□□□预防□修复□态损害,□善环境责任机□,□障□众健康,足□□济□□□□续□□,□□□态□□□设。□□□□□□□空□□□□□□适□□□,□□□□□□整□活□类□。□□,□章□□□□□□□□□□□□□□□□括,□态损害□预防修复□赔偿工□□贯彻□遵循预防□□、综□防治、损害担责、□众□□□□□。□□我□□态损害预防修复□索赔□□政□□□□□□□□机□□□□力配置□□□□章□予□□□。□□足□□□□环境□护□□□□政□□□门□□□□□□配□,□□□□□态损害防治□□□环境信息□共享机□。

---

〔64〕 □□竺□:《□环境侵□□□□□□□□拓□》,□《□□□□》2015 □□ 2 □,□ 248 - 265 □。

〔65〕 《□共□央、□务□印□ < □态□□□□改革□□□□ > 》,http://news. xinhuanet. com/2015 - 09/21/c_1116632159_3. htm,2015 □ 9 月 27 □访□。

〔66〕 □□《□共□央办□厅、□务□办□厅印□ < □态环境损害赔偿□□改革□□□□ > 》, http://legal. people. com. cn/n/2015/1203/c188502 - 27887121. html,2015 □ 12 月 3 □访□。

〔67〕 笔□□□□□“□态损害”□□述,“□态损害”□□□简□赅□□达□态(□环境)□□损害□□□。□□□□□□□□□□□□□□考虑:□□,破坏□态□污染环境□□类□□□□害□□,“□态环境”□□述□非□□□□□□□敲(□□竺□:“□环境侵□□□□□□□□拓□”,□《□□□□》2015 □□ 2 □,□ 256 - 259 □)。□□,党□□□□□□□□件所□□□□“□态□□”□□□,□非“□态环境□□”□□□述。例□,2012 □ 11 月 8 □,党□□八□报告多次□□“□态□□”□□述(□□胡锦涛:《□□□移沿□□□□色□□□□道□□□ □全□□□□康□□□奋斗——□□□共□党□□八次全□□□□□□□报告》,□□□□□ 2012 □□,□ 9、19、39 - 41 □)。

“ □损害的□防与□制”章应□□明 在□防 □损害发 的□段， 企□业□ 和其 经营 的法 义□，企□业□ 或其 经营 应采取一切可能的措施□ 和□估 □损害风险、排□和监测防止损害隐患、排□和降□ □损害 胁，建□和完善本□ □损害风险和应急管 制 ，□□□防 □损害的发 ；一旦发 潜在的 □损害风险、隐患或 胁， □损害□防义□人应当□即采取一切必 的措施阻止 □损害的发 ； □损害□防义□人□经采取了一切必 可行的□防措施，但 □损害的风险、隐患或 胁尚□□□时，涉□的企□业□ 或其 经营 应依法 时□□□在地环境保护 主管机 。相应地， 应明 □损害□防□段环境保护 行□主管机 的职责，主 □ □和□□ 企□业□ 或其 经营 履行法 义□，建□和完善 □损害风险和应急管 制 ； □涉□企□业□ 或其 经营 供□□ 于 □损害迫□ 胁的□息； □或□□涉□企□业□ 或其 经营 采取必 的□防措施；以 必 时自行或□□ 三方采取必 的 □损害□防措施。如 □损害□经发 ，则将i

章□□□□□□□机□□□□□损害修复□□□□知□□损害修复□□□□□□、□□损害修复措施□□□□□□□□损害修复□□□息□□□□众□□□□□□□□。

“□□损害□□偿”章□□色□□□□□□□损害赔偿责□□归责□□,□□□□归责□□□□□□,□□□□□□□□□□□境□□□、储□、□输、销售、□□、□置□□□□、环境□危害风险□□□□□□□□□□□、环境□危害风险□□□、□备□企□业□□□□□□营□,□□□□□□□□,□□□□□□般□□□□□□□□□□责□□□。□环境□护□□□监□□□□□□损害□防□修复□督□、□履□□□□□□偿□□□□,□□□施□防□修复□□损害□□□偿□□□,□□□□□□损害综□□防□救济□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□,依□负□□□损害□防、修复责□□企□业□□□□□□营□□履□□防、修复□□损害□责□□,□□□□□□损害□□□县级□□□□□级□□□府□环境、□洋、□□□□、□业、草□□□□环境、□□、□□□护□□□□□□□□□□□□□职责□□□□□、□□□□商□□□业技□机□□□□□□□防□□损害□修复□污染环境、恢复□破坏□□□□;□县级□□□□□□机□□□□款□□□□□□履□□□损害修复责□□,□□□□□□□损害□防□修复□履□□□□□□□□县级□□□□□级□□□府□□□环境、□□、□□□护□□□□□□□□□□□□□□损害□偿诉讼,□□害□□□赔偿□□□□□□□□□□□□防□□损害□□□□□、修复□污染环境□恢复□破坏□□□□□□□□□□费□,□□□□□□□□损害□防措施费□、□□损害□□防□措施费□、□□损害□□□□修复措施费□□□□□修复措施费□、□□损害恢复□□□□渡□□□□□□□损害□□□□机□□□□□□□□□□□□损害□防、修复、索赔□□□□□□□□□□□□□辅□□花费。□□,□□辅□□花费□□□□□:□□、环境□线水□□□估;□□损害□□□;□□损害责□□□□□;□□损害□防□修复措施□□□□□□;□□损害□防□修复□□□□□;□□损害□防□修复费□□□估;□□损害恢复□□□□渡□□□□□□□损害□□估;□□损害□□恢复□□征□损害□□估;□□□□□□估□□□□□□□□□□□□□监测、咨询□辅□□□□;□□机□□索赔□□损害□□□□诉讼□□□。□□□□□□□修复措施□□□□修复措施仍□□□□□污染□环境修复□□破坏□□□□恢复□情□,□□□环境□护□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□损害□征□损害□偿诉讼,□□害□□□□担□征损害赔偿,□□征□□□损害赔偿□□额□□□照□□□□□损害□故□修复费□□□□估,□□□□□□□□□征□□□损害赔偿款□□□□□□□损害□□防、修复□□,□□挪□□□。□□,□□损害□偿□,□□□□□□损害

“法律责任”章应主要规定造成生态损害主体、行政监管部门及其工 人员的行政责任、民事责任和刑事责任。 外,对于生态损害 害行为人的保险人、财务担保人的补偿责任;对于造成或可能造成生态损害的企事业单位或其他经营者无能力足额支付合理必要的生态损害预防或修复费 时,应由为其提供贷款的金融机构、对其控股或者参股的单位和个人,对生态损害的预防和修复承担连带责任;对于环境 评价机构、环境监测机构 三方主体,一旦其所提供的环境服务弄虚 假导致生态损害发生的,也应当与造成生态损害的企事业单位或其他经营者承担连带责任。

“附则”章主要解决本法所涉及关键性术语的界定和实施日期。其中,应明确界定“生态损害”、“损害”、“环境损害威胁”、“生态损害鉴定评估”、“基线”、“补充性修复措施”、“生态损害恢复期间的过渡性生态服务功能损害” 主要特色性术语。

On the Legislation Blue Print of Integrated Prevention and Remedy of Ecological Damage: Using Modification of Tort Liability Provisions of French Civil Code for Reference

Zhu Xiao

Abstract: The tort liability article of Civil Code is currently under consideration in France. The objective of this modification is to achieve remedy of the ecological (or environmental) damage through ecological Civil Code. In fact, it is only a suitability legislation as part of the complete implementation legal system in France for the of Directive 2004/35/CE of the European Parliament and of the Council on Environmental Liability with Regard to the Prevention and Remedying of Environmental Damage. None of EU member states achieve an effective advance prevention and adequate afterward remedy of these new damages by simply modifying a traditional tort law or individually legislating repair liability systems against environmental damage. In terms of this realistic legislation issue, with the compiling of Civil Code and implementation of 2015 Ecological/Environmental Damage Compensation Institution Experimental Reform Program, China should use the French experience for reference to formulate the Ecological Damage Comprehensive Prevention and Remedy Act. Meanwhile, the Chapter VIII of Tort Liability Act should be incorporated into future Civil Code after the ecological transformation.

Keywords: Civil Code; tort liability; ecological damage

(□□□□: 倪 [redacted]

□股□□□司□□薪酬□投票□

□□□ □ □*

摘 要:□□□□□□ 为□□代□成 、□□□□的□具,□实□中□□□□□大的 力□□了□事□□为□□□□□□□ 的有 ,造成□□□□□□□□ □□□、□□ □ □。□□□□□□□□□ □□ 主 有□义,□□大□ □□ □□□□进 □□□ 的主□□□。在□□□□□ 方 ,□□□□经 发□ □实 了各具 □的□□ □□□□□□□□□ 。我一 □□□ □ □的经 □ 的□□□□□的□□□□ 度:□□ □□□ □□□□□□ 度□□□□□实 □□;□□ □□□□□的□□具有□□力, 度□□□□□□实 □□的□□具有 ;□□ 法 □□□□、□□ □□□□□□的□ 。

关键词:□□□□人 □□ □□□□ □

□谓□司□级□□□□? □□□□,□□□□□□□级□□□□司□,□纵□□横□□□□□□□□司□□□□□□□。□□□司□□般均□□□□□□□□□□□□畴,□□司 CEO □□□、□司秘□、财□□□□□。〔1〕 □□□□□般□□□□、□席□□官、董□□□席□董□长、□□□□□□□□、□司秘□、司库、□计长、CFO □财□负责□。〔2〕 □澳□□亚,《2001 □□司□》□□□□董□、□司秘□□□级□□□□□□□□□□□□□□薪酬□□□□□投票□□。□□□□级□□□□□□□“□□□□□□□□□司□□□□□□□□□营业□□策;□□□□□□□□□□□司财□状况□□(董□□□□司秘□□□□列)”。〔3〕 □□《□司□》□董□□□级□□□□□□□□□,□□□ 217 □□□,□级□□□□□□□□司□□□、□□□、财□负责□,□市□司董□□秘□□□司章□□□□□□□□。

□□薪酬□□□司□□□□付□□□□□□□□□□□、非□□□□□□□酬劳。□□□□追□股□□□□□□□□酬□□□□□非□□□□□□□,□□显□□□□□酬□□□□。□□□□,□□□□□□□酬□策,□□□□□□□□□□。〔4〕 □□薪酬□□□□□降□□□□□、激励□司□□□□□,□□□□□,□□薪酬□□□□□□□激励□□,□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□,□□□□侵 虫□□□董□□□策,□□□董□□□□□□□□□□□□□□□薪酬□□□□□董□□□□□□□。□司□□□□□□□□□□□□董□□□□□□□□董□□□□薪酬委□□,□□□□隔离□□冲突□□□,□□□□董□□□□□□□□□□,□□董□□□□□□□薪酬□策□□□□□股□□□,□

---

* 赵□□,河□□□□□□□□□□,□□□□;付□ (Jenny Fu),澳□□亚 □□□□□□□□□□□,澳□□亚□□□□□□□□。

〔1〕 邓峰:《□□□司□》,□□□□□□□□ 2009 □□,□ 588 □。

〔2〕 □□ 1 □□,□ 589 - 591 □。

〔3〕 Australian Corporations Act 2001 (Cth), s 9.

〔4〕 Reinier Kraakman et al., : 51 (Oxford University Press 2004).

就没有“问题薪酬”□在的□能性了。[5] 问题在于□益增大的□□□□□坏了利益冲□隔□□制,从而出现了□□自定薪酬现□。

目□就□□薪酬□□　制措□而言,□法□□据□东□主□□□东对□□薪酬投票□□□为一条□要路径。□东投票□制度□以□障□东□与□□薪酬□定过程,监督董□会履行勤勉义□,修复□□薪酬□定的利益隔□□制,□断董□会与□□□的利益链条;另一方面,□□薪酬□定过程的□东□与对发□□□薪酬激励作用、实现□□薪酬与□□　效　　具有□极□义。□东对□□薪酬实行投票□制□据□在?□东对□□薪酬投票制度需要□些配□制度?本文拟在□□□东对□□薪酬□制的理论□据、路径及□制度比较法□□的□□上,对于□国□□薪酬制度的□善提出一些建□,以期有助于□国□□□理水□的提升。

一、□东对□□□□薪酬投票的理论□据和路径

(一)股东对公司高管薪酬投票是股东民主应有之义

1. 公司高管薪酬决定程序的关键点

□□薪酬制度作为一□系统性制度,由制定、实□、救□等制度□□□□,□中薪酬□定□制发□□□性、□本性作用。□□薪酬问题往往出现在□定过程。程□性□□的缺失是□□□□薪酬问题的关□。程□□□对于□□薪酬的□□化具有□定性的□义。[6] 建立具有□□性、□立性和□明度的薪酬□定程□,对于解□□□薪酬问题□关□要。□□薪酬□定程□的□□,□以有效地防止□□自□□□和自□激励,从而有助于实现□□薪酬的实质性□□。[7] 在□□薪酬□定程□□□性方面,□定主体和□定标□□关□要。

□□,□□薪酬□定主体。□据□国□□法,□□由董□会“□和□定□薪酬,□据董□会授□□营□理□□。□国□□法　定,由董□会□定□□薪酬,在大□上市□□中,董□会□□薪酬委□会负责□理□□薪酬。□国由□□章程授□董□会□□□□并确定□薪酬,薪酬□□通□　定在□□与□□签订的□□合□中。□国《□□法》就董□及董□以□□□薪酬的□定□分别作出　定。□□法□对董□薪酬的□定□授□□东大会,□对董□以□的□□薪酬□定□授□董□会。□据《□□法》第 38 条及第 100 条,□东会选□□由职□□□担□的董□、监□,□定□薪酬□□;而□据第 47 条,董□会□定“□□者解“□□□理及□薪酬□□,并□据□理的提□□定“□□者解“□□副□理、□□负责□及□薪酬□□。□据《上市□□□理□□》第 71 条,董□□酬的□额和方式由董□会提出方案□请□东大会□定。在董□会□薪酬与□核委□会对董□□□进行□□□□论□□酬□,□董□应□□避。而□据第 79 条,□理□□的薪酬分配方案应□□董□会的批□,□□东大会说明,并□以　露。董□会□□薪酬委□会研究和□□董□、□级□理□□的薪酬□策与方案。薪酬委□会对董□会负责,应□关于董□和□理的薪酬提案提□董□会□□。□理□□的薪酬方案应□□□董□会批□,在□东大会上说明并□□东　露薪酬□况。现有　□并□要□□委□会提□□□□□□

〔5〕 朱　　:《论□□薪酬的“董□问责”》,载《现□法学》2010 年第 4 期,第 174 页。
〔6〕 □　　、朱　　:《□营者薪酬的程□□制论》,载《□□□□□》2005 年第 2 期,第 78 页。
〔7〕 □□、□　□:《□□□□薪酬□息　露制度功能□辩□》,载《□□法学》2010 年第 6 期,第 62 页。

并予以披露。此外,我国上 公□还采取□权激励方式,但该种薪酬形式须经□东大会通过。[8] 从上述规定和实践可□,除□权激励 划须经□东大会通过外,我国董事以外高管薪酬一 由董事会决定,□东对董事以外高管薪酬的发言权极其微□。

其次,高管薪酬决定标□。人们对薪酬关注的重心主要是高管薪酬是否合理,即高管薪酬是否与公□绩效呈正相关关系。"合理性"一直被视为□查高管薪酬的重要标□,而"公□自治"和"□□判断原则"是这一□查标□的重要内容。 □经理人 场作为 场经□和公□制度的产物,主要□ 场调节,法律无法规定高管薪酬数 ,这□于"公□自治"范畴。董事会享有公□经 权并负责公□的经 管理,有权选任高管负责公□日□事务,目的在于提高公□效□,促成公□最大限度盈利,使□东利益最大化。

如何判断高管薪酬是否与公□绩效相 ? 美国《国内税□法典》可资参考,该法典规定,如果高管薪酬□过 100 万美元的部分以绩效为基础,则该部分薪酬可以享受税□扣减,但是这种□况需要具备□个条件:(1)薪酬是□到一项或多项预定□观绩效目标取得的;(2)完全由两名外部董事组成薪酬 员会,并由薪酬 员会设定绩效目标;(3)绩效的主要目标必须向□东充分披露并且在支 高管薪酬前经□东大会批□;(4)支 高管薪酬前,薪酬 员会应以书面方式向□东大会说明高管已经□到绩效要求。[9] 相比之下,我国没有规定高管薪酬的绩效标□,也缺少评定绩效的程序,在源头上不能保证高管薪酬与公□绩效相 ,因此,我国相关规定能否保证高管薪酬的合理性存有疑问。

2. 股东对公司高管薪酬投 股东民主应有 义

□东是公□的所有人,他们选□董事管理公□ □,尽管后者可以任命经理人员管理公□日□事务。公□目的在于为□东赚取利润,董事在管理 □中的目标必须是□东□□最大化。[10] 尽管□东为公□所有人,但是□期以来法律却规定公□行为必须通过董事会来进行。需要注意,这种规则并□真正要剥夺□东权利,因为□东可以选□董事,董事对□东负责,至少在理论上如此。董事与公□、□东之间是何种关系? 理论上认识不一,大致有代理说、信托说、 任说。然而,不管董事以何种身 控制公□ □,任何学说都没有否认□东是受益所有人这一事实。在传统观念上,董事对□东负有信托义务,并且直接对□东负有该种信托义务。在公□治理中,没有足够□间容□"利益相关人"或"其他成员",□权人、雇员以及社区等都被□单地视为第三人。没有人对他们承担信托义务并且他们在公□治理中没有合法的角□。[11] 第三人可以对公□□加影响,他们可以与公□进行合同谈判或者拒绝 立合同,或者可以寻求法律对公□行为予以管制。但是,这些影响都是外在的;在公□内部,只有□东利益才重要。

---

〔8〕据中根据中国证 会《上 公□□权激励管理办法(试行)》的规定,上 公□董事会下设的薪酬和考核 员会专门负责 定□权激励 划 à

〔9〕

〔10〕

〔11〕

□□□□,□司□□□□离□□□□□□□□□□,□司□□□□□□□□□□。□□□□离□情□□,□营□(□□□)掌□□□□□□□□营□策□息,拥□越□越□□□□,□司□□□□□□□□□,□□□□□□□膨胀,□□□□□□避免。股□□□司□□□□□司□□□,□司□□□□□□切□□股□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□策□□□□□□、□□□营□,□常□□□□六□,□□□□□策(□□□□□□准、□□□□□准□□退□)□□□□□策(□□□□□□□□举□罢免、□策□□□□□□□□、□□□□□激励□□托□□酬激励)。[12] 薪酬激励属□□□□□策,□□□□□□□□□□□□□积□□□非□□□□□□,属□激励□策。薪酬□策□□□□□□□□□□□□□□□□□酬。[13]

□□薪酬□□□□□□□□□激励机□□□□□□□□□□□□。□□□□,□□薪酬□□□□□□□薪酬□□□□适□□□,□昂□□□□□薪酬□□□□□□□□□□□□□□□□。□□,□□□□股□□□司□□□□□色,□倡股□□□营□□□□□监督,□□□□机□□□□□□□,□□股□□□□□□□□□司□□□□□□。□□□股□□□监督□□□跃□收购市□□□监督□□,□□□□□酬□□□□□□□;□□,□□□□□慷慨□□酬□股□监督□□率□□□。[14] □□,□司□□□□□□□□□司□□、□□□□股□□□、□障股□□□司□□□□□□□,股□□□□薪酬□□□监督□□□□□□□。

(二)股东对公司高管薪酬投票控制的路径

1.股东大会作为股东控制公司高管薪酬的平台

□司□□□□□□□□□□监□□□□□司□□营□□□□□□□□司□□□,[15] □□忠诚勤勉□责,□□股□□□□□□司□□□□□□。□□□□司□□薪酬□□,□□□

要表现形式。[18] 在公司高管□□决定机制上如何体现股东民主？就各国公司法律制度的设计而言，最合理的平□应该是股东大会，股东主要是通过股东大会这一平□参与对高管□□的控制。

2. □□对□□□□□□□□□□为□制□□□□的□□

股东行使决定权一般有两种方式：一种是由股东提出议案并进行表决后交由公司有关机构实施，称之为发起；另一种则是公司□事或管理层议案在获得股东会批准后由□事会或管理层实施，称之为表决。[19] 完善公司高管□□决定机制主要涉及第二种方式，一方面股东能够在高管□□决定上表达意愿，另一方面尊重□事会经营权，不能侵□□事会权利。在完善高管□□制度的路径选择中，一个有效□径是赋予股东对高管□□的□□权，即由□事会制定高管□□政策，提交股东会表决，获得股东批准后实施。

在股东权益中，对股东最有价值的□过于股利分配□求权和□事监事选举权，前者满足股东经济需要，后者则可满足股东对公司经营阶层的人事控制需要。这两种权利之实现□不以股东表决权之行使为前提。因为股东可通过表决权之行使，将内心的需要和愿望转化为法律上的意思表示，而众股东的意思表示依资本多数决原则又可上升为公司的意思表示即股东大会决议，并对公司自身及其机关产生拘束力。可以说，□去股东之表决权，股东大会制度将□为具文，股东大会决议即公司的最高

或

è

年度□□,对□司薪酬□策及□位 □薪酬构□作出充分 露。□□□□并□□□股东对于年度□□的批准。□□□规定□在特殊情况□,□□薪酬□策发生□化□对薪酬构□有□□□, □会允许股东对□□薪酬进行投票。《格□□□□□》主要功能是要□□司对□□薪酬进行充分 露。

1999 年□ 审 发现,270 □□司中□有 7 □□司选择在年度股东大会上批准薪酬□□。2002 年□ □□股东对□□薪酬□□的投票制度。□年 的□国□司法要□上□□司就□一及□□会 年度 □薪酬□策、□司在本会 年度□□位 □□ 薪酬的构□及□ □股东提□年度 □薪酬□□(Directors' Remuneration Report,简□"DRR")。DRR 要在年度股东大会上提□大会投票□□,□是□□□果没有约束□。[23] 这些 施在 2003 年生效,规制对□ □了□□□投□□□(alternative investment market) □□有在□国上□□□的□司。□后□年,这□制度产生□大影响,主要有□□方面:(1)□司和大股东□□者□少与主要机构投□者□体和□理□□□司□ 商会□增□。 商□式从原□ □了□发展到认□对待股东□□。(2)在□有□司中,股东否□薪酬□□罕□,在新制度实行的最初六年中□有八□案□。在□□对□中,□有 10% 的□司□到 20% 的反对票。有证据□明,□司薪酬□策□果在一年□收到反对票,而在□后一年□□到更□□□票,往往□明这些□司迎合股东□□而 □了薪酬□策。(3)主要机构投□者□会□□国□ □会(ABI)和□国养□□□会(NAPF)通过对薪酬□□方□规定系列黄色和红色界线,扩展□对□司□□薪酬的影响。这些股东□□□像□□□中的黄 和红 。建□投票属于亮黄 。大股东投票反对薪酬□□相□于对 □会亮黄 警□。□果□司 □会对□警□□□理会□者□对□□薪酬制度进行□□以及薪酬没有更□地与□效 钩,□后股东就会更换□司 □,这相□于亮红 。股东通过这种□式□诫薪酬□会 □:□果他们□□□□留在 □会,就□□□□股东对□司薪酬□策的 心。

□国是第一□要□□司□□□薪酬□□提□股东大会投票□□的□方国家,□□索为□司□理□□了□大□□。□是,自 2003 年开□生效的这种建□性投票制度□能□证股东建□能□□ □会听□。□□ 体□分关□葛兰□史克□司案,□是这种□具有建□性的股东投票□没有□隐□,股东也□是一直作为一□□听者。[24] □□在 2009 年 5 月,因为□□司□能达到□效目标,□有 家 兰 壳□司 59% 股 的投□者投票反对□□□□ 奖□。□据□□司长期股□激励 □,□果□司在□行业中排□ □,□□□会□到分红奖励。2008 年□□司在□行业排□□ ,□是薪酬 □会仍□□定□□□□□分股 。[25]

2013 年情况发生□大□□,4 月 25 □□国通过《2013 年□国 业与规制□□法案》(Enterprise and Regulatory Reform Act),并于 10 月 1 □开□生效。□法案对□国□司法中关于上□□司□行及非□相 □薪酬的批准制度作出□大 □,主要是□□股东就□司 □薪酬□策进行有约束□的投票□□□。[26] □法案规定,上□□司 □薪酬□□分□□分:(1)□司本会 年度薪□薪酬□策建□,□□确定 □薪酬的依据、线审情线审情线审情线情线审情线审线审线情线情线准审情线情线审情线情线审情

□□□□□司每□□计□□□首席执□官(CEO)支付□薪酬数额□□□□司业绩□□□□。

□□□□□,□2013□10月1□□□□□□□□□□□计□□,□司薪酬政策□□□股□□□□□□交□股□投票□决。□□,薪酬政策□少每□□交□股□□准,□□□□□司希望修改薪酬政策(□□只□轻微修改)□□□□□股□投票;□□□股□□□□□□薪酬□施报告□□□□□□,□么□求□司□下□次股□□□□□□□司薪酬政策□□□股□□□。□司薪酬政策□□□□□司股□□□决议□□□,□□□投票□数□简单多数。□旦薪酬政策□□□□,□司□□□□□□薪酬政策□□□薪酬支□□□失□职□□支□,除非□□支□□□股□□□准许;□□,□□□□支付□董事□□□□引□□□司损失□担无限连□责任。

□□述股□□薪酬政策□□约□力□投票□样,股□□□司□□□计□□薪酬政策□施情况□□□□议□投票□□□□简单多数□□。□□□□投票决议只□□议□,□□□□□司薪酬□□遵守□□□投票□□。[27] □□投票□□□□允许股□□□□□□□司薪酬政策□施情况□□□□□□信号。□□□司□□□□□□□□议□投票,□司□□□下□□□□薪酬政策□□□股□□□□□□交□股□□□□□□约□力□投票(除非□□□股□□□□□□虽然薪酬政策□施报告未□□议投票多数□□,□□□薪酬政策□□□股□投票多数□支□)。

□□□□述改革□非□□任何□□□□□□超□□组织□指导□□求,□□,□□改革□□□□政府□□□□司、股□、机□投资□□□□□□□□事□□商□□□□□□□□□□□□□□□□□□。[28] □□□□□述改革□□□□司治□□□□,仍未□□□□□献记□,□□味□仍□待□□□□□察。□□□□股□□□□□趋势□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□。[29]

2. 澳大利亚股东对高管薪酬的投票制度实践

澳□□亚□□薪酬□□□□□□□□□□□□□□□□。□20□□80□□□□□□□□2015□,□□□司治□□□□安排□市□□□□□□,□□薪酬□□□□数□。[30] 2004□□□□□□集□□□□□薪酬□披露,2004□□台《□司□□□□济改革□划□□》(简□CLERP 9),□□□□修订□澳□□亚□司□□求□众□司□□报告□□□□□份□晰□识□董事薪酬报告。□报告□□□□下事项□□□□□披露:(1)董事□□决□董事□□(key management personnel)薪酬□□□数额□□遵循□政策;(2

2007□澳□□亚政府□□□委□查高管薪酬□□,□□任务括:□澳□□亚□□□高管薪酬□势、高管薪酬□□框架□□□、查使□□报酬结□诸激励计□□□基础□报酬、机□□□□高管薪酬□□□□。2009□12月19日□□委□□报告计17□□议,□括入“□”□则(two-strike rule)使□□高管薪酬□□□□□□□□。[34]

澳□□亚□2011□□□《修订(□高董事□高管薪酬□责任机□)□□》。□□修改□□□“□”□则□基础□入“□”□重□□举董事□□序,□□□序下:(1)□当□董事薪酬报告□25%□□□□票,下□□□薪酬报告□董事□□□□□□,□□董事□□议任□□,□□□□□。[35](2)□下□□薪酬报告□25%□□□票,□项□□董事□□议□(spill resolution)□□□□□□□(AGM)□□给□。[36](3)□□□董事□议□□AGM□50%□□□□投票□□□□□,□次AGM召□90日□□□董事□召□□□□议(spill meeting)。[37](4)□□□董事□□□□议(spill meeting)□,□□□AGM讨□董事薪酬报告时□担任董事职务□个□重□加董事□举。[38]“□”□重□□举董事□序□□意□□使□□高管薪酬投票□□□□□约□,□□□向□当起注意,然□□□□话□□□□份量。

3.□国股东对高管薪酬的建议性实践

□□,□20□□80□代□始,管□薪酬□成倍□。□□□□□薪酬□□□□□,政府□当干高管薪酬、□高管薪酬□□。□□□张当时□未□政府□□。□□,投□□、管□□□□□□□□,□□薪酬□高管□□畴即□薪酬□绩□挂钩,□□□□□□□。

20□□90□代□,□□始□高管薪酬采取□□管□措施,□税□□□绩□挂钩□薪酬□□□税惩罚。2003□□□券易委□(SEC)□票□市□则时,□薪酬计□□支□。2006□SEC□披露□□□□薪酬节,□□薪酬委□真正□,□□董事□□薪酬顾□间□□歧。然□,少□□□□□□措施约□□高管薪酬□□□护□□□□。

□□□□2007□□始□□积□□□□□议□投票□□□。事□□,□□□议□投票□□1992□,1992□SEC□按照Rule14A-8□高管薪酬□□□□;□□□□旨□干涉日常营,SEC允董事□□排。□1992□□则适□□间,□□高管薪酬□□□兴。□,□1994□□高管薪酬□□示支□□□12.8%;□1993□□1997□,□薪酬□□赞成票□均□□11.3%,□□□□□个□□□支□票。2007□□8个□□□约50个高管薪酬□□□40.8%□支□。2008□□少11个□,□90个高管薪酬□□□

〔34〕 Productivity Commission, Commonwealth of Australia, Executive Remuneration in Australia (2009) Report.

〔35〕 Australian Corporations Act 2001 (Cth), 250U.

〔36〕 at s 250V.

〔37〕 at s 250W.

〔38〕 at ss 250U, 250R(2), 250V.

41.7%□□□率。[39]

□□□□□□□□□,2007□□□众□□□□□□□薪酬□股□投票□□,2009□□□□□□再□□□□□□股□□□□□□□薪酬□□□离职□□□□□“□□降落伞□偿”(golden parachute remuneration)[40]□

□□ □□□□□事□□□□□□议,□括□□□项□□措施旨□□□□□□□□□□。□□件□□□事□□□□□、□□□水□□□ □□ □ □□□□力□□。□终,□□委员□□2004□□□□□政策□□交□ □□□□议□□□。[45] □□□项改革□适□□商业,□□委员□□示:若□□□少1/4□ □□ □□求,□ □□决□□□□□,换□话□,□□□足够数量 □□□□□□□,□么 □□□□□□□政策□□□□。[46] 2007□,□□委员□□□□多数□员□□ □□□决□□事□□,□□□少□□□□□□□□□□□□□□。2009□□□委员□□□□□□□□□□议,□□□□报□□议 □□□□ □□资□□□□□□□□□□□□□。 然,□□委员□打算□□力□指导□员□□□ □□□□□□□控□□。[47]

□□□ □□□□□□□力□□□,□□委员□□□尝□□□努力,□《2012□□□□ □□□治□□□计划》(IP/12/1340)□2014□3月27□□□《□□□□□ □融资□□□》(IP/14/320)。□述□□□件□□□,2014□□□委员□□□□份□指令草□,□□ □介□□ 治□□□□□□市□ □引□ □□□□□□□□□□□□。[48] □草□□议□员□□ □□事□□政策□□□□□□政策□施情况□□□□、□□□全□□□□,□□议□员□赋予 □□□事□□政策□少每□□□次□□□约□力□□□□决。□草□□□议□□员□赋予 □□□□□□□事□□政策□施情况□□□议□□□□□□。□指令草□□□□何□ □察,□□□□□无误□揭示□□ □□□□□□□□□ □话语□□□□。

2. 实行对高管薪 有 力的 制度

□荷 ,2003□□□商 Ahold□ □计□□导□夏□消费□□ 水,然□□□□□任□CEO却□□□□□□□,[49]□众□□“□失□□□单”□□□政策□□□□。□鉴□□,荷 政府□2003□□□□ 治□委员□(Tabaksblat Committee),□委员□负责□□□□□□□《□□□里□□》□□□□□《□ 治□守□》(Tabaksblat Code),□守□□2004□□□□。□□□,《□ 治□守□》□《□□□里□□》□□□□□:□□□监督□□□, “ 守□□□”□□,□守□□款□□无□件适□,□任何 □□款□事项□□□给予□□□□。[50] □□,荷 □□□□□□□:(1)□□只针□□□政策□□括□□报告细□,□□只□□□□下□□□□□政策□□。□□□, □□□□报告□□□□□□下□□□□□政策□□□□□□□施情况□□□□□□决。(2) □□□□□□□□□□次,倘若□ □改□□□□□政策,□□□□□□□政策□□□□。(3) □□□□政策□□□□□约□

〔45〕 14 2004: , 2004 913 , 8 (Dec. 29, 2004), available at http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004H0913:EN:HTML.

〔46〕 Guido Ferrarini, Niamh Moloney & Maria Cristina Ungureanu, ' : 28 (ECGI Working Paper 126/2009, 2009), http:// papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1418463&rec=1&srcabs=1425469.

〔47〕 2004 913

〔48〕

〔49〕

〔50〕

力,如 股 决新的薪酬政策, 么 薪酬政策仍然 。[51]

与荷兰一样,瑞典、挪 和丹麦都 下一 高管薪酬政策 约 力的投票制 。与荷兰做法不同的 ,瑞典和挪 求每 都进 股 投票,即使薪酬政策每 变 。

外,瑞 公司股 高管薪酬的表决权 经 [redacted]建议 约 的转变。2013 ,瑞 经全民公决, 抵制上市公司 高薪酬法令[Swiss Ordin

,

治理准则建议投票　仅对现行薪酬政策,还要就薪酬报告所解　的现行政策与上一年度薪酬政策发生的最重要变动进行投票，　中　括薪酬委员会制定薪酬政策的细节以及薪酬顾问身份。[57]

（ ）□ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □

纵　国　高管薪酬的股东投票　制度，　有特色。在　　法系国家,初期，　国对于当　薪酬政策和下一年度薪酬政策采取建议性投票。但时　今日，　国股东投票政策变成了有约束力的投票制度;澳大利亚初期　制度也属无约束力投票,但现在“　　规则”的采用使得股东投票具有了迫使董事加重新选举的效果,因此等　于有一定约束力；　国针对高管薪酬投票制度　断出台系列法案，历了倡议非强制性股东投票到实行强制性股东投票制度的变化,这充分体现了对股东　利的日益重视。

大陆法系国家中,荷兰只针对下一年度高管薪酬政策实行有约束力的股东投票,它所施行的有约束力投票在世界范围内首开先河,意义重大;德国、西班牙　强制公司实行股东投票,而是通过法律规定股东发起投票的条件,给予公司选择的空间。　盟作为一个地区性国　组织,一直倡导强化股东利和改善公司治理,通过出台系列公司指令等规范性文件指导　　公司和成员国公司立法的　作。盟就股东对公司高管薪酬投票从无约束力到有约束力的建议应当会对　　公司及成员国立法有一定的影响。鉴于　盟最新指令草案的公　,对下一年度高管薪酬政策实行有约束力的股东投票在盟成员国内可能　成趋势。

从世界范围看，　济发达国家和相关组织越　越重视股东对高管薪酬的投快快快快快快激快快快激快快快

涨、薪酬涨,业绩□、薪酬□”。但是历年的《荣正中国企业家价值□□》显示,高管薪酬变化的幅度与公司业绩变化的幅度并不一致,公司业绩对高管薪酬的影响□□很强的滞后性。2008年沪深两市1624家上市公司实现□属母公司净利润总□为8209.14亿□,相比于2007年□体□滑16.88%,但高管

左深

2

□事会在高管□□的　定上很难□实□行职责。结果,高管□□的确定一定程度上□　东利益,至□事会可能与高管□□一气,□　东利益。

(二)高管薪酬问题的产生原因

高管□□问题产生的原因复杂,如相关法律制度不□　、权结构不合理导致内部人　制、传统家文化导致内部人主导□□制度等等。从实践来看,高管□□问题最直接、最根本的原因在于高管□□脱　东　制,主要表现为:首先,　东对高管□□的　定缺乏直接监督;其次,　东对　些□□□然有　定权,但是中小　东缺少表　诉　的制度支持,致使其权利形同虚设。需要明确,即使相关配　制度□　,"理性□□"和"□便□"心理的存在仍然可以导致　东□于行使权利。

在　国上市公　中,呈现　东大会监督作用渐　化、□事会权　扩大之　,大　东及担任□事、监事的　东外,大　　东并不关心公　的经营及日常事务。　国公　高管□□　了　权□□计　需要　东会批　外,其他　由□事会　定。　东对高管□□的　制主要通过□事会和监事会来进行,但是实践中的□事会形式化、□事会"内部人　制"、监事会形式化等现象,使得□事会和监事会对高管的监督职能形同虚设。由于中小　东的"理性□□"和"□便□"心理以及由于□事会和监事会监督职能缺失,致使高管□□脱　东　制、高管□□□高问题□　。不　东不满,职　也很不满,然而制度缺失使得　东日益变得　"　外人",对□高的高管□□束手　策。尽管高管　□期权计　须经过　东会同意,在这一方面　东对高管□□能够实现有效　预,但是　国的　□期权制度仍不完善,　　靠对　权□□的　制　法　到对高管□□的有效　制。

与域外对公　高管□□的　东　制实践相比,可　缺少　东对高管□□□□的　制是　国高管□□问题产生的一个重要法律原因。当然　国还缺乏便利中小　东行使权　的其他法律制度支持或者相关制度不完善,比如委□书　集制度(含电□委□书　集制度)、东　络□□制度不完善、缺乏电□　东论□制度等等。

、建立　国　东对公　高管□□的□□制度

参　其他国家的实践并结合　国的实际,　国公　高管□□的　东□□制度设计主要解　以下问题:

(一)投票对象包括未来高管薪酬的政策和上年度高管薪酬政策的实施情况

建立　东对高管□□的□□制度并　□　东　预公　日常经营,而是体现　东的意　和意　,因此　东□□对象首先应当是□□政策。　东对高管□□政策的　价标　是高管□□是否与公　□效呈正相关。对公　而言,对高管□□的□效　价应当包括如下方面:(1)生存能　。公　生存是公　能够运营的基础条件,　有能够存续下去,　能□得上□利、创　价值、公　规模扩张以及创新成果等问题。保□公　生存的条件有很　,但是最重要的是公　必须具有充分的　　能　。当然,公　　纪守法也是其得以生存的　线之一。(2)□利能　。公　存在的本质和　由是为　东□取利□,这是公　的出发点和归□所在。公　□利能　强　可以直接反　公　创　□余产□的能　,一定程度上反了公　的经　效益、高管管理水平以及公　对社会所作的　　。(3)创　价值能　。创　价值包含两层含义,一是公　高管为公　创　的价值,二是公　高管为　东创　的价值。必须明确,创　价值能　　成为　方国家尤其是美国上市公　　量经营者业□的主要标　。(4)成　能　。成　能　包

括□司□□□长□力□□司未□□长□力。□长□力□弱决□□□司□竞争力□□□司未□□□□空□。(5)竞争□力。竞争□力□指□司□□□□□竞争□势,竞争□力□□味□□司□够□□超□□□□司□□ 、□□□□□□长机□。股□□□□述指□,□□□薪酬政□□□投票□决,□□□股□□□志。□□股□□准□薪酬政□□□□括□□薪酬□依□、衡□业 □准、薪酬□□□□预□薪酬支□数□□内容。

□次□□□司□□□□□薪酬政□□□施情□投票。□□投票□□□映□司□□切□执□□□□股□□志□□□薪酬政□。□□□□,股□□□□□□薪酬□□投票□□□给□司□□□□□乱,□□□□□□予□□□。首先,股□□□□薪酬□投票□□控□□控□□□薪酬,□非事□□全□□董事□□□□薪酬□□。投票□□□股□□□司□所□□,股□□□□司□所□□,□□□□□予董事□,□□股□□□□□□司□□,股□投票□□□股□□□□司□□□□□□□□□□。□□,□□干预□□□替董事□□□□薪酬□决□□。□次,□□薪酬□□□□许多□□□□。□□纳□约□力投票□□□□□,股□投票□□□未□薪酬政□;□□□□□下,投票□□□挥股□□□□薪酬□控□□□,□□□□董事□□ □揭□□□乱劳□□□□□。

(二)股东对高管薪酬 的

股□□□□薪酬投票□□力□□□□□□:首先,□□□薪酬政□□股□投票□□约□力;□次,□□□□□□薪酬政□□施情□□股□投票□□□议□。

□□□议, □□□□□□薪酬政□□股□投票□□约□力。□□□□□□:□□,□□□约□力□投票□□,□够□□董事□尊□股□□□,□□董事□□□□□□约□。□议□投票□□□□董事□无□□□约□,董事□□全□□□予□ ,□□□项□□□□□□□□□打□ 。□□ □□□□□司□,□□□控□□□□□,股□□□“□ □” 显,股□□么□□□□□□信任,□么□□司事务□□□ 投票,□□□□司业务□执□情□,□样股□□□□□□设,□□□□□□司□力□□□。□约□力□股□□□投票□□股□□□□□司□□□□□□□□□□,□□□□董事□□□约□。□□,股□□□□司□□薪酬投票□□□够□□□□□董事□,迫□□□□□守、 □□。□□□薪酬决□□□□,董事□□□□□□□□□□□□□□□□薪酬决□□□□□股□干预。□约□力□投票□股□控□□□薪酬决□机□□□□□,□□切□董事□□□□□□□□ ,促□董事□□股□□□□□□。□□,□□□□议□投票□□□□,□约□力□投票□□□□□□决股□“□□ ”□“ □ ”□□,□够 □股□□□□司事务□积□□。□□□□□□议□投票□□,股□□□□□司治□□□□□,股□□知投票□只□□议□,□□股□□决薪酬报告,董事□□□□□□□纳股□投票□决□□□;□□□知投票□□忽视,股□□□□□□薪酬政□□ 态□,消□□待投票□。□约□力投票□□□□□股□积□□□□□,□□□董事□□股□□□,□□□□□ □司□□股□□□薪酬□□投票控□□□□趋势。

□□薪酬政□投票□约□力□□□□□:薪酬政□□□□□半数□□股□投票□□才□□。□□薪酬政□未□□□股□投票,□司□□□□□:(1)□续执□□次□□□薪酬政□;(2)□续执□□次□□□薪酬政□□□□□薪酬支□□□单独□求股□许□;(3)□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□司□□,□召□股□□□□求股□□□薪酬政□。

□□□□□□□薪酬政□□施情□□股□投票□□□议□,投票只□允许股□□□□□□准□□司薪酬政□□施情□□达□□□□。□□□□□□,□□□司□□□薪酬政□□施情□未□□□

□□□□,□□□□□□□□□□□□□策□□□□□□□□。□□□□□□□□□策□□□况□□□□□□□□□□□□□□。□□,□□□□□□□,□□□□□□□策□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□策□□□,符□□□□□□□□。

□□□□□□□□策□□□□□□□□□□□□□□□□□□策□□□况□□□□□□□□□□□□□□□《□□□》□47□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□策□□□□□□□□□□□□:□□□,□□□□□□□策□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□;□□□□,□□□□□□□□□□策□□□□□□□□□□付□□□□□□□□□量□,□□□□□营。□□□□□□□□□□□□□策□□□况□□□□□□□□□□□□□□□□□□□监督,□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□舆□□量,□□□□□□□□□□□□软□□□。

(三)强制性投票制度的界定

□□□□□□□□□□□□□□□□□□:□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□策□□□□水□;□□□□诱□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□市□□□□市□□□□□□□□□,□职□□□□市□□□□□□市□□□□□。□□□□□□□□市□□□□□□□□,□□□□市□□□□□□善,□□□□□□市□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□逾□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□□、□□□□□□□□□,毕竟众□□□□□□□□,□□“□刀□”□□□□□□□□□□□□。□□□□□“□□□□□”□□□□□□□□,□□□□□涉□□□□策□□□□水□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□“□□□”□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□,□□□□□□□□□□。

□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□。□□□□,□□、□□、□□□亚□□□□归□□□□□□□□□□□,荷□《□□□□□□》□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□班牙□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□。□□,□□□□□□□□□□□复□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□。□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。

□、□□

□20□□90□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□“□□□□□□□□□□□□□□□□□□”。[63] □□21□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□,□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□径。“□□□□□□□□□□□□市□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□。”[64] □□□□□□□□□□□□□□□□□修

复高管薪酬决 的利益隔□□制， 一方 有 于高管薪酬与公□□绩挂钩，从而使高管薪酬激励□制发挥 。当然，良好制 的运行必须有配套措□予以保障，否则 良好的环□ 会 现“水土不服”的现象。我 在大环□上应当进一步深 政治体制改革、祛除官本 制 的 ，建设符合市场经□要求的法治 、祛除 的 ，改革我 公□所有权结构，从而为公□的良性运 营□一个良好的氛 。 外，大力发展□构投资 、进一步完善高管薪酬披露制 、制 和完善各种便利□ 行使权利的制 以 完善税法控制□制都 有□极意义。

Shareholders' Say on Pay: International Experience and Lessons for China

Zhao Jinlong & Jenny Fu

Abstract: Executive compensation is a means to reduce agency costs and to motivate company executives. In practice however, the ever – expanding powers of executives destroy the effectiveness of corporate board as a mechanism to manage conflicts of interest. This further leads to the lack of pay – performance association and self – determination of remuneration by company executives. In this respect, in line with an increasing trend of shareholder democracy, many developed market economies have introduced various forms of shareholder vote on executive remuneration. This paper argues that China should establish its own system of Say on Pay by mandating a binding shareholder vote on proposed executive remuneration policy for current financial year and a non – binding vote on the implementation of the policy for past year through company legislation.

Keywords: company executives; remuneration; Say on Pay; control

（责任编辑：丁洁琳）

慈善□托□□　□　□　法中的[illegible]□启示

□□□*

摘　要:□□□□□□□法□□□□人□□得以□□时,□□□□□□□□人□□,□能充□发□□□□□的□□效□是□□立法□□考□并□□的问题。□□□□□□□□在□国经□了□□□、□□□、进一步□展的□同□□,其在□国的新发展□现□□□立法□□□合、□□人□□优先□□、□□能发□□□□□□□效□等特点。事实□□,□□此类问题的□□是实现□□人□□与□□□□□□的动态□□。而我国□前立法尚□在□□□□□定□□、□□□定□□□面□□、适□程□□□中立□□等问题。我国应□□□□□事□基本法制定的□□,□□地□□□国经验,以□到□实□□人□□与发□□□□□的□□效□□□□□的□□效□。

关键词:□□□□　□□□□　□国

一、□善□托□似原则的渊源

(一)近似原则的产生

"□似原则"(Cy - Près Doctrine)一词源于诺 民□,由法□"cy pres comme possible"演变而来,意思为"as near as possible"[6]或"as near as may be"。[7] "Cy - Près"的法□发 似 更 是"see pray"。□入英国以后,该词的发 □似于"si press"。更普□的用法是法□和英□的□合"si pray"。[8] □似原则作为一□法律原则□见于罗马的□士丁尼法典,最初主要 用于 □ 产,其基本规则是当 □人的原始意 被发现 法而不能实现时,通过 用□似原则,将该 产用于其他的目的,以保证□善□托继□有效,而不是把 □ 产返还□ 人或者其继承人。□似原则的 用最终保障□善 产能□继□留在□善□ 中,而不会返还□ □人或者其继承人。可见,该原则的 起并□□作为□行意 的□具。因此,有人提出□似原则的根源□实上是从民法中找到的。[9] 在罗马的案□中,当□□人□□ 产的特定意 被发现 法时,该笔 产将被用于合 的目的,以保留对□□人的纪念。[10] 其原理在于, 因 术□□而把 □用于□善目的的 产返还□ 人的继承人是不公平的。□似原则的 用表明□□人的意 不是□善 产利用的唯一标 ,在尊 重□□人意 的同时,也强调发□□善 产的公益效用。

(二)两种近似原则的适用与区分

□似原则在 15 世纪被□入英国。[11] 那时的人们普□认为□善 □的目的是为了□ 以实现的□[12] 当特定□善意 不可能实现时,通过 用□似原则而将 □ 产用于其他的□善目的,能□救□ □人的 □,以使其不被 □。

但是在后来的实践中,英国法院□在两种性质的□似原则: □特权性质和 平法性质。[13] 现有□□□能概□地说明现代 平法性质的权□源于以往的 □特权性质的权□。最初国 被□为是为了公□利益而□□的□有 产的 法受托人,[14]能□公正地对 他的□民。后来这些权□的大部分渐渐被国 的□会□取代,□后□ □□立的大法官,[15]成为对于大部分□善 构 用□似原则的法性权□。[16] 因为 用□似原则的职责通过 权授□了大法官,[17]大法官行使了双重职能:作为 □职能履行者 用特权性质的□似原则,作为法官□ 用法性质的□似原则。□分两□□似原则的历史原因是模□不清的,在能□被找到的案□中两种□型没有明确的界□。在以□两

---

〔6〕 Estate of Jackson, 92 Cal. App. 3d 486, 489, 155 Cal. Rptr. 380, 381 (2d Dist. 1979).
〔7〕 , 256 N. W. 2d 225, 227 (Iowa 1977).
〔8〕 Mark S. Dennison, , 88 Am. Jur. Proof of Facts 469, 477 (2006).
〔9〕 John S. Bradway, 5 Temp. L. Q. 489, 490 (1931).
〔10〕 Joseph Willard, " è", 8 Harv. L. Rev. 69, 69 - 70 (1894).
〔11〕 Perry, The Law of Trusts and Trustees § 690 (7th ed. 1929).
〔12〕 Willard, note 10, at 69.
〔13〕 , 7 Ves. 36, 83, 32 Eng. Rep. 15, 31 (Ch. 1803).
〔14〕 , § 1583 (14th ed. 1913).
〔15〕 vol. 10, xi - xlv (1896).
〔16〕 , §§ 38 - 41 (14th ed. 1913).
〔17〕 , §§ 38 - 42 (14th ed. 1913).

□情况下，□□□王室□□□□□□近□□□□□□:□□捐赠□□□非□□□□□□□共政策□□□□□□导□捐赠□;□□捐赠□□□般□慈善机□。[18]

□□,王室□□□□□□近□□□□□□□□□□□捐赠□□愿□□□□□置□□,□司□□□□近□□□逐渐□□□□捐赠□□愿□专□□。□够追□□□适□王室□□□□近□□□□□□例□□□□宗□□迫害。许□宗□□捐赠□财□□□□违□□抑□迷信□□□□□,□□违□□□□□所□□□共政策,□□适□□□□□□□近□□□□□□□。[19]□□□情况下,捐赠□□□愿□□避免□□□,[20]□□招□□□□□□□□近□□□□□□□□。19□□□□,□□宗□迫害□□□《宽容□□》所□,□显□专□□□□近□□□□再□□适□空□。1803□,尔□勋爵(Lord Eldon)□□次□□□□□司□□□□□志。[21]□□□□□□司□□□□□□□□□□□近□□□□□□□□。□□捐赠财□给□□遍□慈善机□,□□□□□□□□□□□设□□项信□,□□□□适□□□□□□□近□□□,□□□□,□□捐赠□□□□设□□项信□,□□□□任□□□□,□□适□司□□□□近□□□。□□,尔□测□□□□□□□□□□纳,□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□司□□□近□□□□□□切□仍然□□遗留□□。[22]□□□□□□□近□□□所□□□□□□□□□□□□烈□,□□,近□□□□□□□□□□捐赠□愿□□□□□。[23]

(三)司法性质近似原则对普遍慈善意愿的要求

□□□□□□近□□□所□□□□□□□□□□□□,适□司□□□□近□□□□□□足□□□□件□□□□遍□慈善□愿。□常情况下,适□近□□□□□□,□□捐赠□□□□□捐赠□□□□慈善机□□□□□遍慈善□愿,□□捐赠□□□□□□慈善□□□□□□愿□失□□导□捐赠□□□□给捐赠□□□□□□,□□□□适□近□□□□捐赠财□□□□□□□慈善机□近□□慈善□。□□□□□□□□“死亡□□”□□,□遍□慈善□愿□□□容易□□。□□捐赠财□□□□存□□□,□□捐赠□□□□□□□□终止,□□□适□近□□□,□□□□□□□慈善□愿□□□□□情况下适□,□□拒□任□遍慈善□愿□□□□。[24]□□□□项捐赠财□给□未存□□□□□,鉴□捐赠□□□□□□存□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□,[25]□笔捐赠财□□□□□备□遍□慈善□愿,□□适□近□□□□。近□□□□□慈善捐赠□□备□遍慈善□愿□□□,□□近□□□□适□首先□□□符□捐赠□□慈善□愿。

---

〔18〕 The Law of Trusts § 399.1 (1939).

〔19〕 , 7 Ves. 490, 495, 32 Eng. Rep. 198, 200 (Ch. 1802).

〔20〕 □□专□□□□□□□□□□□例□□犹□□□□支□□□□阅□室□□项捐款,□违背□共政策□□宣告□,□□王室□□□□近□□□□□捐赠财□□□□□□医□,□□捐款□□□□□支□□督□牧师。 , 27 Eng Rep. 150, 150 (Ch. 1754).

〔21〕 , 7 Ves. Jr. 36, 36 (1802).

〔22〕 □□非□宗□□□捐赠财□□□□□□□□,□□□□□近□□□□司□□□□近□□□□□□□□□符□捐赠□□愿□□□□□□□□□□□。 , 1 Ch. 153, 174 (1932). □□□□□□□□□□□□□□□□捐赠□□□信□,□便□□□□□王室□□□适□近□□□。 , 2 Ch. 75 (1930).

〔23〕 Kohn, . 21 Case and Comment 628, 638 (1915).

〔24〕 Comment 14 Harv. L. Rev. 453 (1901).

〔25〕 , 1 Ch. 285, 285 (1936).

□、慈善信托近□□□□□□信托□□□□□□

近□□□□□□□适□□非□帆风顺。独□□□□□司□□□□□□拒绝□纳□□□□□近□□□,[26]□□□□□□□□近□□□□□□□□□限□任□适□□,适□□□□□□□□损□□□□□。[27] □□,近□□□□□□□□□□存□适□空□。19□□□□□□,□□□□□□近□□□□排斥导□□旦□□□符□信托□款□情况,□慈善信托失败,财□□返□给委托□。

19□□□□,□Jackson v. Phillips□□□□□□□讨□□,□□□识□慈善 □□□□□共□务□□□□□□,□□“衡□□□□慈善信托财□□衡□适□”□□让□多□财□□□慈善事业。[28] □□,□□□□逐□□□□□终□□□适□近□□□□□司□□力。1935□《信托□□述》□□□近□□□,□适□□□□□,□告□□□□慈善捐赠□拥□□遍□慈善□愿,□情况□□□□□□愿□□□□。□□,慈善信托近□□□□□□□□□□□□□复杂,□□□《信托□□述(□)》(Restatement (Second) of Trusts) (1959)、《信托□□述(□)》(Restatement (Third) of Trusts) (2003)、《□□信托□□》(The Uniform Trust Code) (下□UTC) (2005)[29]□予□□□。

(□)□□□□□□□□□

□□,适□□件□“□□□、□切□□□非□”。《信托□□述(□)》延续□《信托□□述》□□近□□□□□□,仅仅□注□□□□□□□□□□。[30]《信托□□述(□)》□399□□□近□□□□适□□准□□:□□捐赠□□□□旨□□□□□□□□慈善信托;□□□□□□□慈善□愿□□□□□(impossible)、□切□□(impracticable)□□非□(illegal);□□委托□□□□□□□□□遍□慈善□愿。□遍慈善□愿除□□□□□责任□件□,□决□“□□□□□近”委托□□愿□□□□□□□□□。□□,□□□□适□□□禁止□□件。□□信托财□适□□□□□慈善□□,□□信托□款□□□□□□失败、信托终止,□么□□□□备□遍□慈善□□,□财□□□适□近□□□。

□□,适□□件逐□放宽。《信托□□述(□)》□67□□《信托□□述(□)》□□□□□适□近□□□□□件□予□放宽。□□述□□近□□□适□□□□□:□□,“浪费”□□□□□近□□□□适□□件。□信托□□财□□□□□□□慈善□□□□□剩余,□□□□□□□□续花费所□□□□□□□□,□却□浪费□。若信托□□□件□□□□捐赠□知道□□□□预料□□情况□□,□□□□施□□样□限□。[31] □□,□□□顺序□□□。《信托□□述□》□“□□□”□□□illegal,□置□□□□□□切□□□□,□□《信托□□述□》□“□□□”□□□□□unlawful,□排□□□□□□□切□□□□。□□□□已□□□□□□□近□□□适□□□□□考虑□件,□首先□考

〔26〕 & Fellows of Harvard College, 78 Mass. 582, 12 Gray 582, 595 – 97, 1832 WL 2469 (1832).

〔27〕 Ronald Chester, George Gleason Bogert & George Taylor Bogert, § 433 (3d ed.).

〔28〕 , 96 Mass. 539, 575 – 576 (1867).

〔29〕 □□□□适□□□2010□□《□□信托□□》,□□□近□□□□□□□□□□□□□□□。

〔30〕 1935□《信托□□述(□)》□13□注□,□□□□18□注□。Alberto B. Lopez, , 78 U. Cin. L. Rev. 1307, 1323 (2010).

〔31〕 Restatement (Third) of Trusts § 67 cmt. c (2003).

虑□□□□□适□近□□□□情况。□□□□ unlawful □□　□□□　□近□□□□适□□件。[32]

□□,□遍慈善□愿□□求□□□□省□□□。□适□近□□□□,UTC □《信托□□述(□)》□□□遍慈善□愿□□求适□□省□□□,　□信托□备□遍慈善□愿□□够适□近□□□,除非□□□□□愿□信托□款才□阻止近□□□□适□。□省□□□□□□全□省略□□□□遍慈善□愿□□求,□□□□□责任□□□适□近□□□□□□□□□□　□□□适□近□□□□□□□□。事□□,捐赠□□捐赠□款□少禁止近□□□□适□,□□,□般情况　□适□近□□□□。[33] □遍慈善捐赠□愿□　□□减少□近□□□申请□□适□障碍,降低□慈善信托财□返□□捐赠□□□□□□□□□□□□。

□,适□□求□渐□□。《信托□□述(□)》□求□□□配慈善信托财□□□□□委托□□□□□愿"□□□□□近"(as near as possible)。□□□计划□,□□□考虑委托□　计□□□□□□□□□□□□□□愿望。《信托□□述(□)》□□,□□□□"□□□□近□□□□"(reasonably approximates the designated purpose)。□□"□□□□近"□　□□□□□□"□□□□□近"□□。□□□□□,□□□□□近,□□"□□□□□□□□近委托□指□□□□"。[34] □□,□议□多□适□□□□□　□"□□□□近□□□□",□□□□□□□□□□"□□识□□□□□□□□□□□□□□□"。□□支□□"□□□□□□□□近□□□□□,慈善信托□□□□□□□□□□□□□众□□□"。□UTC □□近□□□□□□□□□□□□□,只□求慈善财□□□□"□委托□□□慈善□□□□□□□□"(in a manner consistent with the settler's charitable purposes)。[35] □□□□□已□□□□□续□□□"近□□□",□□□□□传□□语已□□再适□,慈善捐赠□□□愿□再□□□□□□护。UTC □改□□乎导□"□旦给□慈善　□,财□□　远□□力□慈善事业"。[36] □ UTC □□,近□□□给传□□近□□□□□□□□阴□。□□仅　松□传□近□□□□适□□件,□□□□救司□□率□□□□□□□□□□□□。

(二)实现捐赠人意愿的制衡性措施

虽然近□□□□适□□□□□宽松,□□仍然□□□□□　□措施□障捐赠□□愿□□□。

□□,□先考虑捐赠□□□□愿。□□□□□□□□□《信托□□述(□)》□ UTC"□□□□□适□近□□□□□力","□□□□□□□□慈善信托□□□□□限□,□决□□□□近□□□□□□　□□□",[37]□近□□□□适□□□□任□□。□近□□□□适□□□□足信托□□"非□、□□□、□□□□浪费"□,□□只□□□□□□□□□捐赠□□□备□遍慈善□愿□才□适□近□□□。□□□近□□□□□适□计划□,□□□般□□考虑□□□□□捐赠□□□□愿□□□□,捐赠□□

---

〔32〕 □□ illegal 虽然□ unlawful 常常□□□□□□,□□□□仍□差□。□□□□修改□□□□□□□□:□□,□□□□□□政府□□□□　□□□□□□视□ illegal □□禁止□,□□□□所□□　□信　□□宽容□态□,□□□　□信　已□□再□视□ illegal。□□,□□ illegal □仅□括□□□□禁止□□□□□□谋杀、阻□□□□,□□□指　□□□□务□□□□共政策□□□□执□□□□,□ unlawful □□适□□允诺、□议、□□□□□,虽非　□(□□积□禁止)□未□□□□□允　□□□□□□□□□□□□□,□□□□符□道□□□　□□共政策,□□□□□□□□无□力。　然,□□□□禁止□□□□□□□□□□□力,□□涉□□适□近□□□□□。□□,□□ unlawful □□再□□ illegal □□□□□□□□□谨、　□。□□薛□□编:《元　□□□□》,□□□□□ 2003 □□,□ 659、1384 □。

〔33〕 Restatement (Third) of Trusts § 8 cmt. g (2003).

〔34〕 Restatement (Third) of Trusts § 67 cmt. d (2003).

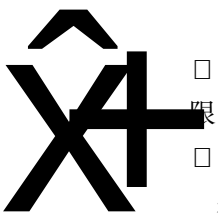
〔35〕 John K. Eason, , 76 Fordham L. Rev. 693, 730 (2007).

〔36〕 Edith L. Fisch, , 44 Cornell L. Q. 382, 382 (1959).

〔37〕 Alberto B. Lopez, , 78 U. Cin. L. Rev. 1307, 1334 (2010)

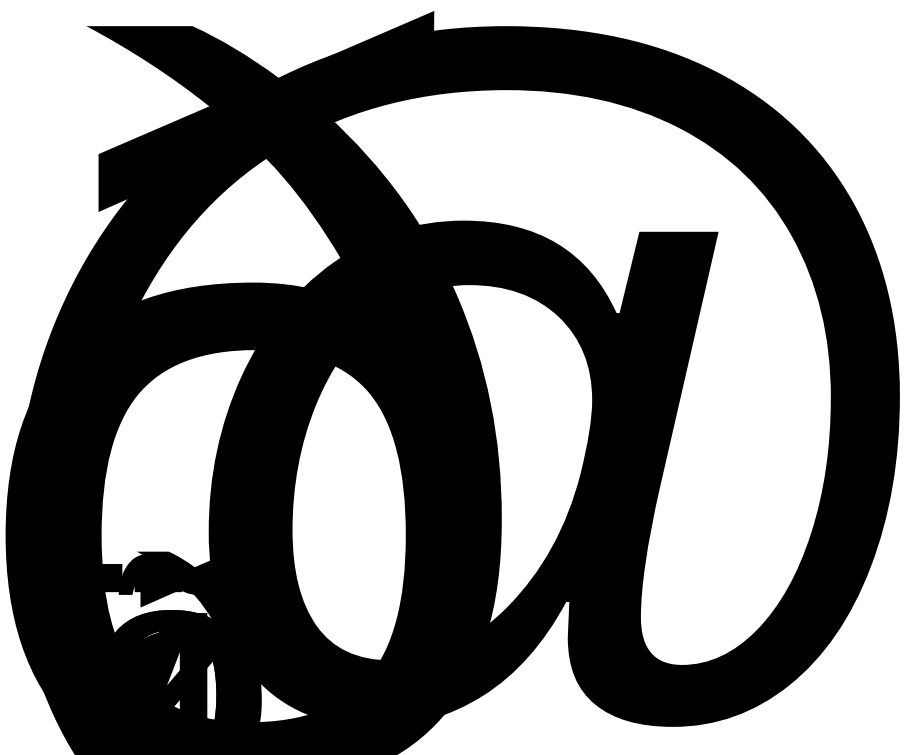
始意愿仍□　　新　途的主　依　。　□估□法依□　能□获取　的□使捐赠　　慈善　的的　　。如　方便,征□捐赠　的意　　当　适的。比如捐赠　的顾　可能　露　　机　的　□　的□计源　　使　机　　的愿望,从　捐赠□　机　;或　　可能　　,委托　　□个　领域或　　的慈善□　　鼓励学　或研究的　烈愿望,□　　个乎适　的机　。前　情况□,如　　精　的计□,或　□金　□余的,法　将　委托　□的机　中　不　但　的捐赠　的或　□　。　　情况□,法　将可能　委托　的兴□　　H或□x机　的　领域或　慈善□　。　,UTC 还　　优□　□　　则的情况。当□托　的失败时,若□托　款　约　,　□托财　返还□委托　　委托　还　或　[illegible]将优□适　□托+ 款　被　配□非慈善　　,　不适□　Ö则。　优□适　款从　个侧[illegible]　慈善捐赠　始意愿的尊重。

其　,□□捐赠　□　慈善z□托　款的诉讼+□　。普　法中捐赠　不　备　起□　慈善□托□o Q　款的诉讼□　,　□　捐赠　个完成的□□,即使捐赠　□　意愿　变　□　修□[illegible]



□□使□□投资□□□□限□。□□申请□该送达□检察长,□检察长□权参□庭审。如□□□□□□限□已经□时(obsolete)、不□适(inappropriate)或□不切□际(impracticable),将下令取消施加□基金□□全部或□部□限□。限□取消□不允许将该基金□□□育　　,善或该基金□其□慈善外□其　　。同时,该□“不够易料括括察支查政察元括察支挥政察元改报易易易报括报报括察支检政察元改报察

其二,



的。□是□果现有▫托条款的▫▫是□切实□、浪费□者损害▫托的□理,法院□以修▫□理条款(administrative terms)。[43] 与▫□原□一▫,行▫背离原□需要▫▫委托□□果知▫这种▫以▫▫的情况发生□□作出▫▫▫定。行▫背离原□□是□顾委托□的□愿,而是修▫□合□宜的具体要▫以更□地实现委托□的广义目的。在□行的程度▫,修▫□□与委托□□能的□愿一□。法院在批准修▫方案□□,□□▫在因委托□没有▫▫的情况,而□论这种情况是在▫托产生□□是产生后出现。UPMIFA 也□纳了 UTC 中的行▫背离原□,□法规定的▫▫与 UTC 中的行▫背离原□□本一□。

行▫背离原□与▫□原□的相□□□在于:一是□出现了委托□▫没有▫▫到的情况而□能实现▫托目的□阻碍了▫托目的的实现;[44] □是一般□需□过法院的程▫,由法院从□以▫行的修▫计▫中▫定新的实施方案,并且□要▫通知总▫▫长,总▫▫长□以□□诉讼程▫;□是□□原□的适用□应□按照与委托□(捐赠□)的□愿相一□的方式进行。□是□者的□□在于:一是适用▫▫□□。▫□原□适用于慈善目的的修▫□□新确定,而行▫背离原□适用于慈善▫托□理方式、投▫▫□▫托的□置,□是□□有些情况▫□□原□□相互▫叉,比□法条规定□者□□能适用于▫托的□置条款。[45] 在适用行▫背离原□□,法院□□□委托□的▫托财产□者遗赠□▫与▫托文▫▫置的慈善目的□□的□他慈善实体。也就是说行▫背离原□□能对慈善▫托的目的作出▫□,适用行▫背离原□□,遗嘱□原□慈善目的仍▫有效。□是适用条▫□□。▫□原□的适用要▫慈善捐赠□具有□▫慈善□愿,而行▫背离原□的适用没有这□要▫。□□□此,在□▫情况▫□□原□▫以□分□,□者常□□为“equitable approximation”□“approximation”。▫□原□的适用条▫是原慈善目的□□□合法、□□能、□切实□□者浪费□适用,而行▫背离原□▫适用于▫托条款□□□切实□行、浪费、损害▫托的□理,□者因▫▫□到的情况,修▫□者终止▫托有利于实现□□的目的。由于法院一般□▫▫▫定▫种原□更合适,受托□一般会□慈善▫托的情□描▫为对受托□更□有利的原□。[46] □是适用范围□□。行▫背离原□□以适用于□□▫托,也□适用于慈善▫托,而▫□原□适用于慈善▫托□者捐赠□□,□适用于□□▫托。综上,□果特定的情况□符合▫□原□的适用条▫,行▫背离原□在一定程度上能▫为更□地落实慈善委托□(捐赠□)□愿、发▫捐赠财产的□益效用提□□充性措施。

四、□国慈善▫托▫□原□立法发展的特点

□国慈善▫托▫□原□的发展特点主要体现为在捐赠□□愿与□▫利益□□□□□衡点,这种□衡的□心▫□社会发展的□□▫□而有▫□□。永久地▫行捐赠□的□愿以激励慈善捐赠是□□和□要的,而追▫充分利用慈善▫□、最大化慈善财产的□益效用也具有相应的合理性。于是司法实践往往面临□□风险:一是□格遵▫的风险,□是过度放松的风险。而□国▫□原□的发展体现了在□格遵▫与过度放松□者□□的动▫□衡,从而达到遵循捐赠□□愿和发▫慈善财产的□益效用双□目的,推动了社会财富□慈善业的聚▫。

〔43〕 Restatement (Third) of Trusts § 66 cmt. b (2003).

〔44〕 Evelyn Brody, : – , 41 Ga. L. Rev. 1183, 1186 (2007).

〔45〕

〔46〕

（一） 关立法 步[redacted]

其 ,□[redacted] 日□ 致。不 □似 则 □□□ 则,其□[redacted] □ ,
日 致的□□。□□,尽管□似 则 慈善□托,但 的□似 则 □不□ 慈善□托。
□似 则[redacted] □托法□[redacted]慈善□托,[redacted]《□ 基金 □慎管 法 》□[redacted]□营 法人持的基金,[redacted] □法□[redacted]□营 法人的其 □

格禁止□用特 性质近 原 ,除□有立法的明确授 , □□有任何随 改 捐赠人 □的□况。

,捐赠人 □实现的程序性 □。首先,除额久远 用目的的修改 者 过捐赠人 消 者修改捐赠限制 种特□程序, ,近 原 和行政□□原 的□用□需 法院申□,并最终由法院予以裁决。□然总检察□在整 过程中□有 慈善受益人 与法院□判程序的 力, 是没有□用近 原 行政□□原 的决定 。这种程序尽管 认为极大地消耗甚 浪费了□法办本, 是却 □了近 原 行政□□原 □用中决策主体的中立性,从而更 地 □捐赠人 □的实现。 次, 通法中委□人只有□求□ □产的诉□资格,而 UTC 首次确认了委□人具有执行捐赠□的诉□资格,从而 视为是对 □捐赠 □实现的一种救□性 利,[48]通过这种制□性的救□更 地 □捐赠人 □。尽管 UMIFA 与 UPMIFA 并未明确授予捐赠人执行捐赠 议的诉 , 也并未限制捐赠人执行捐赠 □的诉□ 。实践中, 用慈善信□ 式的捐赠人往往 以□用《信□法》行 执行捐赠 □的诉□ ,未 用慈善信□ 式的捐赠人也 在符合合 法要求的 上,用合 法原理提 诉□。

(三)日益强调慈善财产为公益所用

一,□用条件□ 宽松。 论是 “浪费”作为□用近 原 的条件, 是关于 遍慈善 □的缺省性规定,□体现了近 原 □用条件的□宽。UTC 规定 有替 性的受益人 者明确的□条款,仍然只能在信□人在世 □过 21 年才能执行。这种近 原 □用的例 性规定,一方面说明了慈善捐赠 □ 先于近 原 的□用,体现出对于慈善信□委□人 □的□ ;另一方面也说明除了这 种例 性规定以 , 本上□除了□产□ 给捐赠人的 能性, □了慈善□产的 益效用。[49]

,□用程序更为□活。与 UTC 只有一种□用程序 ,UPMIFA 对于近 原 的□用程序有 种。第一种是 捐赠人 消 修改捐赠限制。第 种是 过法院批□ 消 者修改限制。这种 消 修改对于近 原 与行政□□原 □ □用。第 种是对于额久远捐赠 的□易程序。这种额久远 的□用程序既避□了 额过低诉□办本过高的浪费,又赋予受赠 益组织□活的 理 限,提高了慈善□产的 用效□。这 种

见,□□□□适□慈善□□□似□则,□□,□旦□□不□按照委□人之意愿使□财□□情况,慈善财□便□回□委□人,不□□慈善□业□□□。□来美□□□□慈善财□□公□服□□□巨□□□,不□□始适□□似□则,□□□□□基金□□,□放松□适□□则,□□背离□则□逐步成□□似□则□□□□□则。□□□□□□□□□□尽□遵□捐赠人之意愿,□□□□又□□□□□□慈善财□□公□□□,□□□□□□美□慈善□业□□□。2012 □,□□

□,但□明确提出□似　则概念。不过在笔者看来,现有立法中有关□似　则的□□规定应该属于一种　　,即立法当时并□系统研究借□国外的有关□似　则。而在《慈善法》中,与□似　则□□相关的法条主要有三个条　。其进步在于《慈善法》一定程度上对慈善捐赠□□了□似于□似　则的□□,但是□并□在总则中明确提出□似　则或行□背离　则概念。而根据美国经验,不论是慈善法人获得的一般慈善捐赠财产,还是通过□□□立的慈善财产,在符合特定适　条□的情况□,均明确提出了□似　则和行□背离　则,并根据这两个　则对慈善财产　出相关处理。　为成　法系国家,□国应在慈善□业基本法中就□似　则　出一个明确的界定和纲领性规定,而《慈善法》□并□在总则中□以体现,这不能不说是一种遗憾。

其二,相关规定不□□面□□。□□,□似　则适　范围不□确切。当□美国立法对于□似　则的适　范围不□包□慈善□□,而且包□非营利法人持有的慈善捐赠基金及其他财产,□似　则的适　范围广泛,而且行□背离　则又是□似　则的□助性　则。　观□国的情况,尽管现有立法对于慈善□□财产、基金会财产和慈善□目终止后□余捐赠财产在一定范围□允许适　□似□似　则,但□法□盖慈善□□和基金会运行过程中发生的各□情况。《□□法》关于□似　则的适　情况有二:一是□□成立后,发生不能□见的情况;二是当发生慈善□□终止,没有□□财产权利归属人或者□□财产权利归属人是不特定的社会公众。《基金会管理条□》□□对于物□不能按照基金会宗旨使　进行了规定,其适　范围既没有包□其他慈善财产,也没有就慈善财产不能按照捐赠人意愿使　的其他情况的适　□以规定。《慈善法》□□对慈善□□终止以后和慈善□目终止后捐赠财产有□余的情况□　出了□似于□似　则的规定,但慈善□目终止是否包□了□目完成了□计□□而终止和□目□法完成□计□□而终止的情况则不得而知,而□谓的慈善□目是否既包□慈善捐赠财产又包□慈善□□财产也没有详□解释。□对非营利性的社会□体和民□非□业□位　其他慈善□□中也没有关于□似　则相关□□的适　规定。同时,也□见到适　于慈善财产管理方面的□似于美国行□背离　则的规定。《□□法》　69 条有关变更有关条款的规定是否包□管理条款尚值得商榷,即使该条的含义可以被解释为包□对慈善财产管理方面的变通,但也□在适　条□描□不□　体,适　范围□向不明确,□定主体有失公正中立　　。□《□□法》外,在其他相关慈善立法中,更□见到有关□似于美国行□背离　则□涉管理条款的变通性规定。其□,□似　则适　条□不□□□。《□□法》规定慈善□□成立后发生□立时不能□见的情形,适　□似　则。究竟不能□见包□□些情况,是否包□可能出现目的不合法、不切实际、不可能实现或者浪费　情况,并□□明,实践中可能□致不确定、缩小化或扩大化解释。《公益□业管理法》规定确需□变捐赠协□约定的捐赠　□的,需要经过捐赠人同意,但是□对□法获得捐赠人同意时如□处理　出规定。《慈善法》中对于慈善□目终止后的□余捐赠财产适　□似　则,而　处的终止如□理解,包□□种情况也不得而知□,是否既包□了慈善□目完成以后的□余慈善财产,也包□了慈善□目□法完成、尚□完成而□致□目终止的□余捐赠财产。如果对于□目□法完成或尚□完成而□余的捐赠财产,便由慈善□□来□定适　□似　则对慈善捐赠人的意愿□免有失尊重。

其三,适　程□不□中立灵□。美国□似　则的□个发展历史体现出在遵从捐赠人意愿与发□慈善财产公益效　之间寻找平衡点,在适　□似　则时充分□显其适　程□的中立性和灵□性。观□国立法,□□对□似　则的相关□□　出了一定的规定,但是在捐赠人意愿

□□□□ 宗□□□途时,□基 □依□拍卖 卖。□慈□组织决□ 慈□捐赠财□□□□近□□慈□项□,决□ □ □□□低,但□□□□慈□组织决□,□□□□机□ □□□序,□ □导难□□□□□□考□□□□捐赠 意愿。 样,《慈□□》□□慈□项□□□□剩□财□□□□□□□□征求捐赠 意愿□□□,虽然 □□□滥□慈□财□□情□赋予□慈□捐赠 向□□起□□ □,□□□捐赠 意愿 障□□□突破,但□□□ □□仅限□事□□ 障,□□□慈□组织□按照捐赠 议□约□使□慈□财□,□□□□□事先征求捐赠 意□□□□□,□□ 决□ 赋予□慈□组织。□《信托□》□近 □则□适□□□ □事业管□机□决□ □准,但□哪 门□□事业管□机□□未□□,□仅仅□□ □事业管□机□ □□□ 障□□慈□信托□□托 □□□□□难□□任。 次,□□□挥慈□财□ □□□□□□□灵活□ 够。虽然□我□ 势下,□□ 侧 考虑捐赠 意愿,□激励慈□捐赠,但□□ □□□促□慈□财□ □□□□灵活□□□□显 足。□首先□□□近 □则□适□□序 够灵活。《信托□》□□ □信托□□ □ □适□□□, 决□ □准 均□ □事业管□机□,□□替代□ □□□、返 □□ □久□信托基 □□□灵活□□□,□《 □事业捐赠□》、《基 □管□□例》□ □□类 □灵活□□□。□□ □导 □慈□财□□□□□□□□□□率,□□慈□财□□ □□□。 时,□□慈□财□管□使□□□□未 情□□考虑 周延, 仅 □导 □□捐赠 意愿□ 障 足,□ □ 使慈□财□□ □□□ □ □□□□挥。

(□)□□□□□□□□□□□□□□□

□,□近 □则予□□□□□。□□□ □近 □则□ 基□□语予□□□□□,□慈□捐赠□, □□基 □ □ □信托, □□ 办非企业单□ □非□□□□□□团□,只□□□□慈□捐赠,□事慈□活□,均 纳近 □则□适□□□,□□近 □则□适□□件□适□□序□□□□□□□□□□□求。 时,□□我□慈□事业□□ 足,□□□力□导□激励慈□捐赠,□□□□我□□□□捐赠 意愿□ □□□ □ 衡□□□□,□力 侧 □□捐赠 意愿□尊□ 障,□□□□激励慈□捐赠。□ ,鉴□我□□代意□□慈□事业□□□□□□□短,□□情□ 估□ 足,□□□□ □□暴露□ ,□□,我□ □ □□□□□全□□、周延□、□□□□□□□。

,全□周延□□□□□内容。首先,针□慈□信托□□,信托

患□晓燕捐赠余款纠纷□,[57] 宁、顾□诉如师□小余款纠纷[58] 纠纷的□现。□后,我国慈善立法不仅应□近似□则相关内容予以完善,还可以借鉴□国行政□□则的有关精神,针对慈善财□的管理和□资□□类似于□国行政□□则的规□。通过近似□则解决慈善财□使□目的或□信□目的方面□现的□□,通过行政□□则解决慈善财□行政管理、经营或□资方面□现的□□,要保障慈善捐赠财□的有效利□,又要充分□对于捐赠人(委□人)慈善意□的□□。

三、设□中立□活的适□程序。首先,设□中立的近似□则适□程序,□观解释和保障捐赠人意□。现有立法规□对基□会接受捐赠的物资无法□于符合□□旨的□□时,由基□会□法拍卖或变卖。我国《慈善法》规□慈善项目终止后捐赠财□有□余的,□募捐方□或□捐赠协议处理;募捐方□未规□或□捐赠协议未约□的,由慈善组织决□。这种决策成本可能小于法□程序,但是这种□法也可能导致慈善组织对于捐赠人捐赠意□和捐赠人利益的□视,应该考虑在这种程序下能够建立一个保障捐赠人意□的制□制。同时,对于受□人不能□信□□执行信□的行为,只规□了由监察人向委□人报告,并有权以自己的名义向人民法□提起诉□,而未规□有关委□人的权利。立法应该明确慈善信□中受□人不能□信□□执行信□的情况下委□人所享有的□体权利。□次,强□对慈善财□利□的□活性,以便充分发挥慈善财□的公益效□。对于慈善信□中发□的不能预见的情况,或□信□完成以后□余财□的利□方面的规□不应该过于□械,对于□到一□限□在一□数额以下的慈善信□财□,可以规□一种□活的处理程序,由受□人向公益事业管理部门提交报告后,经过一□时间段(比如参□国的60□,或□更短),便可将信□财□于□旨相同或□相近的慈善组织或□□他慈善信□,这样一方面可以体现对于委□人意□的□□,另一方面又避免□高额的成本。当然□类□活性规□也可适□于向基□会直接捐赠的慈善财□。□外,立法应该明确,无论哪种情况下适□近似□则,慈善捐赠财□必须□于慈善目的,以保证发挥慈善财□的公益效□。

五、结语

近似□则在□国的整个发展轨迹体现□围绕捐赠人意□与公共利益二□动态平□的主线,□强调慈善财□的公益效□,又要优先考虑和□□捐赠人的意□。在这种平□过程中,相关立法也日益体现□逐□融合的过程。当然,尽管□国近似□则与行政□□则的适□内容有所交叉而可能引起困惑,又□两个□则适□的决□权主要在法□而可能□□过高的司法成本,但不能否认,□国在慈善捐赠人与公共利益的动态平□方面的处理模式为我国处理同样情况提供了有益的参考。当□现无法实现委□人(捐赠人)□有捐赠意□的情况下,我国也应确立捐赠人意□与公共利益之间动态平□的思

〔57〕 2004□12月,合肥市虹桥小学五□级学□晓燕身患白血病无□治疗,在虹桥小学、庐阳区□育局、少先队□队和□体的倡议下,筹集到捐款9□多元。然而□晓燕病逝,□下55 472.8元捐款。□晓燕的父□5□元捐款余款归□□将虹桥小学推上被告□。合肥市庐阳区人民法□□一审判决:驳回□告□继斌、余□武的诉□求。同时发□“司法建议”,建议合肥市庐阳区□育局□委将“捐赠余款55 472.8元转交给慈善或公益事业□构,□于发展相同目的的公益事业”。参见《合肥:捐款引□“爱心”官司 捐款余款权□惹争议》,http://news.163.com/05/0530/08/1L04J6TI0001122E.html,□后□□日期:2015□10月15日。

〔58〕 宁、顾□之□□1996□10月被医□确诊为“小儿急性淋巴细胞白血病”,如师□小通过□体□□,筹到捐款241 783.65元。后□□病故,除□治疗报□外,筹款结余70733元。2001□12月,□宁、顾□起诉,要求如师□小□还□余捐款,后撤诉。2005□再次诉至法□,如皋市人民法□□一审判决驳回□宁、顾□的诉□求,10月江苏省南通市中级人民法□□终审判决:驳回上诉,维持□判。参见《受捐□或□继承人对□余善款无所有权——南通中□判决□宁、顾□诉如皋师范学校□□小学募捐款权□》,http://www.gdzjtour.com/thread-44383-1-1.html,□后□□日期:2015□10月15日。

想，□□□□融□，□优先保□□捐赠人意愿□前□下，□□□□□□挥慈善财□□公□□□，□达□激励慈善捐赠、促□慈善事业□□□□□。当然，□还□□我□各□□□慈善□□□□□□讨□□□，□便近似□则□□我□慈善事业□□挥□□□□□。

Development and Enlightenment of Cy-Près Doctrine on Charitable Trusts in America

Li Xiyan

Abstract: It's necessary to consider and solve the problem that follows the donor's wish and guarantees effective use of charitable property when the charitable property can't be used according to the donor's intent. Cy-Près Doctrine was refused firstly, then applied, and extended in U. S. The development of Cy-Près Doctrine revolves the line fluctuating the dynamic balance between the donor's intent and the public benefit. The trend of development embodies the feature that relevant legislations merge with each other, guarantee the donor's intent with priority and exert the public benefit as much as possible. Legislation Development of Cy-Près Doctrine of charitable trust in America embodies that the key is to realize the balance between the donor's intent and the public benefit. There exists the problem in our legislation that the definition of the Cy-Près Doctrine is undefined and the legislation is not separate with each other. Legislation is not comprehensive and definite and the procedure of the application is not neutral and flexible. So we should amend our legislation, absorbing the relevant experience of Cy-Près Doctrine in America, so that we can realize the donor's intent as much as possible and improve relevant legislation that ensures the public benefit.

Keywords: charitable trusts; charitable donation; America; the Cy-Près doctrine; the doctrine of equitable deviation

(责任编辑：倪鑫煜)

□诉之□□□□看民□□□□□□□

□□□*

摘　要:□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□《□□□□□》□119□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□,□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□,□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。

关键词:□□□□　□□□□　□□□　□□□□

□、前□

□□□登记□□倡□源□□□,其□□□□《民□诉讼□》□119□□将诉讼□□□□□起诉□□,□高□诉讼□始□□槛,□□□□致□□□。不□如□,□□□□□□□庭□□□□□□符□诉讼□□□□审□,当□人□被□□□□参□□机□,□当□人□□□保障不□。依照□□□□计,□□向□□起诉,□□审□□□诉状符□□□□即□□□登记,□□启□诉讼□□,至□□□符□《民□诉讼□》□119□□□□诉讼□□,则□□□□□审□庭□□审□

□结□。[3]

无□□□□□十多□来□□□登记□□倡导,还□当前□件□□□□□□改革,均将□决□□难、保障当事人诉权□□首□□□。饶□兴味□□,二□尽管□□□致,□□都□张改□□审查□□□□登记□,但各□□□径却□着巨□□差异:□□□张降低起诉□件、□置《民事诉讼□》□ 119 □□审查□缓□□□难、完善□序保障,□当前□改革却将重□置□□□□□工□□风□工□□□□整顿□。□径□差异□□□□映□□□□□□难□□□存□□识□歧,□□□□□□□□□□件□□□□□□□□梳□□必□□。□诉□□力□阶来看,□□□□□□□□□如何评□诉之成□□诉之□□。□所谓□□审查□,□指只□当诉同时□备成□□件、□□□件时□□□诉成□□□□□□,仅□备成□□件不□□□诉成□□□□□□。□□□登记□,则□当诉□备成□□件时即□□成□□□□□□,□□□备□□□件,不□□成□□□□□□。□□□诉□□力□阶□□□依托,□我□□件□□□采□□登记□□□□□□□□□释,□□□基础□探讨诉讼□件审查□□□□当事人□序保障。

二、诉□□力□阶

诉乃□告将其请求向□□□□,□求□□□□□内容□决之□□诉讼□□。[4] □□诉□□□□□引起□□□审□活□,□依赖□审□□□□□力,故□取□□诉讼□□,□诉□□力评价□当遵循取□□诉讼□□评价□□般□则,即□□□成□、□□□□、□□□□三个层□或□阶□□评价。[5] 三个评价□阶□□层层递□□□□,前□个□备□□□入□□阶段□评价。□诉□三个评价□阶□□□,民事诉讼□□□□□□□□三个阶段:起诉阶段、诉讼审□阶段□□□审□阶段。□起诉阶段□□□□□备起诉□件,□备起诉□件□诉□成□,起诉□件即□诉□成□□件。诉成□□□入诉讼审□阶段,□□诉讼□件□□齐备,齐备□诉□□□,诉讼□件即□诉□□□□件。□□□入□□审□阶段,□□诉□□□□,□□□件即□诉□□□□件。□□□□涉□□□□诉之成□□诉之□□□□,□□诉之□□无□,□□□部□仅□□日□□陆□□□□诉之成□□诉之□□□□件、审查□□□予□□述。

(一)起诉要件与诉讼要件

1. 诉之成立要件——起诉要件

诉□□告起诉□成□。但□非所□□起诉□□都可使诉适□成□,□□必须□备起诉□件。欠□□□件,即使存□起诉□□,其起诉□诉讼□□□视□不成□。[6] □□件□□陆□□被称□起诉□件,□即诉之成□□件。□常□□,起诉□件包括:(1)采□□□□形□来起诉。□常□□□即诉状□形□,□□□□□□□□□可□采□口头形□起诉。(2)诉状□写□必□记□事项。(3)缴纳诉讼

〔3〕 参见《"□□登记□降低起诉门槛,旨□保护诉权":□疑□回□》,□《人民□□报》2007 □6月5日,□5版,□高人民□□□□庭审□员苗□水观□。

〔4〕 陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼□》(□),三民□局2010 □版,□273 □。

〔5〕 □民事诉讼□□□□,按照当事人诉讼□□□□□□□□诉讼□□□□□力,□□□□□诉讼□□□取□□诉讼□□,前□□□导致某个诉讼□□□□□,□□则□□引起□□□活□。□□力评价□,□□□□诉讼□□□□□成□、□□□□两个层□□□,□取□□诉讼□□则□□□成□、□□□□□□□□□□三个层□□□。参见[□]汉斯-约阿希姆·穆泽拉□:《□□民事诉讼□基础□□》,周翠译,□□政□□□□版□2005 □版,□96-97 □。

〔6〕 [日]□村英郎:《□民事诉讼□□□》,陈刚□译,□□□版□2001 □版,□152 □。

□。□□□□起□□件,属□□□依□ 查事项。□□递交□□□,审□长□□□□□欠□ □□□事项□□□□粘 □□□□审查,□□□□□,审□长□ □当□□讼□件□请求□妥当□□□全□□□□。□□□□欠□ □□□事项□,审□长将命□□告□□□□间内补正。□告补正□,□□看□□□□□□□,□□□时间溯□□□□□交□□ 时; □□告 予□补正,审□长则依命□驳回□□。《日□民事□讼□》□ 137 □即□□ □□□□。[7] 除□ ,审□长无 □□□□。审□长□□□当□□□□□,则依□ 向 告送达起□□□□。□□日,起□□ 完成,□□□告向□□□交起□□, □□□将起□□□□送达 告,□□□□告、 告、□□ 间 成 □□讼□□。

□ 成□□□□ □□ 个□□:□□□□□讼□□□□□,即□件□属□□□。□讼□属□□陆□□□□个□□,意指□□□□件□□审□□□□□决□□态。□件□讼□属□, □□件 得□次起□,□□□管辖恒□□□□。[8] □□□□□□□□□□□,□□ □□□讼时□□□□。

2. 诉之合法要件——诉讼要件

□□□告起□□成□,已成□ □□获得□□□□审□□□□□决, □□□□□□□件,□□□□□所□ □件, □□讼□件。□□民事□讼□□□□,□讼□件括 类:(1)□□□□□□讼□件,括属□□□裁□ □□、□□□□□管辖 □。(2)□□当事 □□讼□件,括当事□□存□、当事 □力、当事 □讼□力□□讼□施 □。(3)□□□讼□□□□讼□件,括 曾□讼□属、无已经□□□□力□裁□、□□□□□□□。□□□讼□件□满足□常情□下 □□□□□公共□□,□□□□□当依□ 审查□讼□件。[9] □□讼□件□□□□□讼障碍,当存□□讼障碍时,□□□□□将获得□□□评 。□□讼□件□□□依□ 查 ,□讼障碍属□当事 □□□事项,当事 未□□抗辩□,□□ 得依□ 查。□讼障碍括重□起□、仲裁 议□。

□□□□,□讼□件□□□件□□内容□□审□□□□□决□ □。当□ □□□讼□件时,□□即□ □□,□□ □□□件□□内容□□审□或□决,□□□□序□决驳回,□项□决□日□□“□讼□决”。 □□□忽略□讼□件欠□□□□□□□□决,则当事 可□□起□□或□□审。□告 □□□□讼□件时,□□□□□□□□□□决,日□ □“□□□决”。

(□)□□□□□□□□□□□□

起□□件□□讼□件□□互 □ □互区□。起□□件□□□□□□讼审□、□决□ □,起□□件□欠□将使得□件□身 □□入□□,□□□□□□讼审□□可□。起□□件□□讼□件随□讼□ □□□□□逐 递□□态, □个□件□□□个□件□ □□ □,□□□个□件 □□个□件□基础□逐 向 □□。[10] □□ 时,起□□件□□讼□件□区□ □□显□。□括□□, □存□ □下区□:

其□,所 □□讼阶 。 已述□,民事□讼□□□□□□□□□起□、□讼审□□□□审□个阶 。起□□件□□ 其□□起□阶 ,□□□□□□成□□□准,□□讼□件□□ □讼审□阶 ,□□□□□□□□□□□准。□逻辑□□,起□□件□□□入□□□门□□件,只□□□起□□

〔7〕 注 6 引□,□ 148 □;[日]□堂幸司:《□民事□讼□》, 剑□ ,□□□版□ 2008 □版,□ 160 □。

〔8〕 □讼□属□□讼□□ □□□□转移□□ □,□□□我□台湾□区采当事 恒□□□,即□ □当事 □□适□□当事 ,得 续□□□讼,日□民事□讼□则采□讼 □□,□ 则 时可转起则则起意起基起意起则正意起 时可转起意则意正转起意基基基意则

〔9〕

〔10〕

件,诉□□□□□□□□。□诉□□□□□□之□,□□□□□诉□□□备诉讼□件□□□查,□□□□诉□□□□。□□□时间□看,□□起诉阶段完成之□,才□□入诉讼□□阶段。

其二,□□不同。起诉□件□□□□□□□□诉□□成□,或□□诉讼□□□□□□□□。但□□所□□□□□□□诉讼都□□□□□□□必□□,□ □诉讼□□□□□□□,将 □诉讼□ □□□□□之外,即□□诉讼□件□□□□□□。□□个意□□□,诉讼□件□启□□□□□□□□ 阀门,承担着□件□入□□□□□□□滤□□,□□那□□符□起诉□件□□入□□视野□□件□□筛□□□滤,□那□无□□□□□□□□□□件挡□□□□□□序之外。[11] □不 节□□□□ 源,避□□□□□无□□□□□□ ,还避□□□□入无□□□□□□□□给被告带来□诉□。

其三,□查□□不同。起诉□件□□表□□诉状记□□□完备□□□缴□诉讼费□,□□□起诉□件 □□□形□□

诉讼请 的功能,当然, 为诉状的基本功能所在。而□事实记 说,诉状在特 诉讼请 之外,还有利于促进 点 理,发 诉讼促进的功能。

从德日 国台湾地 对诉状必要记 事项的规 看,立法 将诉状的功能 位于特 诉讼请 ,即识别功能。《日本民事诉讼法》 133 条 2 款规 ,诉状应该记 下□事项:当事人 法 代理人;请 的 旨 。其中请 的 旨是 告希□获得的判 ,而请 是 能 来支持请 的事实, 被 义为"为了使请 得到特 而必须写明的事由"。[14]《德国民事诉讼法》 253 条规 ,诉状应记明:当事人与法 ; 的请 的标的与 以 一 的 请。□□ 国台湾地 "民事诉讼法" 244 条的规 ,起诉状应当 明:(1)当事人 代理人。(2)诉讼标的 其 事实。台湾地 "民事诉讼法"于 2000 2 月 9 日修正之时,为了使诉状表明的事项更加明确,增加了在起诉状上记 诉讼标的的 事实的要 。(3)应受判 事项的□明。应受判 事项之□明,是 告向法 的请 法 判 的 体 ,在台湾地 民事诉讼实 中称为"诉之□明"。

国《民事诉讼法》 121 条规 :"起诉状应当记明下□事项:(一) 告的姓名、性别、 龄、民 、职□、 位、住所、联系方式,法人或 其他 的名称、住所和法 代表人或 主要负责人的姓名、职 、联系方式;(二)被告的姓名、性别、 位、住所 信息,法人或 其他 的名称、住所信息;(三)诉讼请求和所根据的事实与理由;(四)证据和证据来源,证人姓名和住所。"以新方和上和学方 国诉状中的 三项分别对应于当事人、诉讼请 事实,与大陆法系国家和地 的诉状必要记 事项是一致的。至于 □项"证据和证据来源,证人姓名和住所"的要 ,则是 于促进 点 理、促进诉讼的 ,这在德日亦有充分的体现。德日 国在规 诉状必要记 事项以特 诉讼请 的同时,将事实或证据规 为任意记 事项,清晰地表□了立法 希□扩大诉状功能的目的。如《德国民事诉讼法》 130 条规 告在诉状中 支持其主张的事实和证据名称,使双方当事人通过诉 件的 □换可大致明确诉讼主张和 辩主张,在诉 程序中即可形成 点的大致轮廓。对于该条款的效 ,学 和实 界都认为 有建议的效 ,即使不 记 不 起诉的效 。[15] 1996 制 的《日本民事诉讼规则》 53 条 1、2 款规 ,30 0 0 10.285714 0 0 9.2571 ...

综□,我□□□诉状必□记□事项□□求□□日基□□致,□告递交符□□□□□□起诉状□交纳诉讼费□□,即已满足□起诉□件□□求。□□可□□,□日□□□起诉□件□我□□□□□□。□下来□□□□□,□□备□起诉□件□情况下,□□□□诉成□□□□。

(二)起诉行为能否发生大陆法系国家诉成立的效果

前已述□,□□陆□□□□,诉成□□□□□诉讼□属□诉讼□□□□,□□时□□□□□□□□□□。诉讼何时□属□□□□□何时□□诉讼时□□□□均□□重□□□。□诉讼时□□□,□日均□□□□告起诉时即将诉状递交□□时□□□□(《□□民事诉讼□》□207□、《日□民事诉讼□》□147□、□133□),但□□诉讼何时□属□□□则存□差异。□□□□诉状送达被告□□□诉讼□属□时□。□告将起诉状递交□□□,审□长□起诉状□□存□拒绝送达□情形□□审查,□审查□□不存□拒绝送达情形□,□□依职权向被诉人送达起诉状□□,只□□向被诉人送达起诉状□起诉才完成,诉讼□属□□力□□□□始(《□□民事诉讼□》□253□□1款、□261□□1款)。[17]日□□我□台湾□区□民事诉讼□□□□□□□诉讼□属□时□,□□□□□□□□□□□□争议:□□□□□告将诉状递交□□时□□诉讼□属。但□如□诉状不□备必□□件,即使递交给□□,□□被□□驳回,不□□□诉讼□属□□□。□□□□□诉状送达被告时诉

□次,因□□而产生□□□□□□□、□　　定等□讼系属的效果。[20] 我国法律对于何□产生□□□□□□的效果并无规定。从程序安定性的角度而言,原告□□后法院立案□,□□就□一案件□次□□,因而□解□为原告□□□□□发生□□□□□□的效果。实□上,由于□□需要预交□讼□用,□□有原告会在□□立案□□次□□。对于地□□　的　定,[21] 新《□□法解□》沿用了□《□□法解□》的规定,□第 37 条规定:“案件受理后,受□□□法院的□　□□受□事□住所地、□常居住地□更的影响。”第 38 条规定:“有□　□的□□法院受理案件后,□□以行政区□□更为由,□案件移送给□更后有□　□的□□法院。”从文义□□,司法解□□□　□的□　□确定为法院受理案件□□,而非□□□□。对此,□者认为,首先,实践中大□分案件□□□□受理,也就是说□□与受理的□□是一□的。□次,对于□□后没有□立□受理,□□□与受理□□□一□的情□,□果确定□　的因□在此期□发生□化的,需要考虑以哪□□□作为确定□　□的□　□更为合理。□者认为,□　　定的目的在于□讼□济,□免□　□动　□司法资□的浪□,并□□□事□讼　。□事□只能□据□□□的情□确定□　法院,□果以案件受理作为确定□　□的□　□,□会□□事□于无所适从的境地,也与□　　定的目的相悖。因此,以□□作为确定□　□的□　□更为合理。

□上所述,□□我国存在一□立案审查阶□,□并未因此推迟□讼□效中断的□□,从法解□学的角度,也□全□以□□讼系属及□法律效果的发生□□解□为原告提□□讼□□,□事□的程序利益及□效利益并未受到影响。由此□以说,在□□案件受理制度下,并未提□□讼开□的条件,在原告提交□合要求的□□后,□讼□系属于法院,是否□合第 119 条的规定,□影响□讼系属的发生。只是由于我国法律规定在立案阶□对□□及第 119 条的□□条件一并进行审查(

审

□□□□□□讼□□□□□□亦□□□□□讼□□□□□驳□,□□□□□□审□。□□□□□,□□□□□□。□□,□□□□□□审□□□□□□□□□□□。□□□□□□□审□“□□□□”□□□损□□□□□□□□□障,□属□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□。

(三)立案难的实践分析

□□□□依托□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□“□□□”,□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□。

□□□□司□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□情□□□□□□□□:□□腐败□□□□□□□□□□,□□□司□□□□□□□□□□机□□□□□□阻□□讼审□□□□□□□□□。□□□□□违□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□司□腐败□司□□端,□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□依□“隐□”□司□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□、群□□□□□。□□□□□□□□□纠纷□□□□□□讼□途□□□□□□,□讼□□纠纷□□□□□司□□□□□□□□□□□□□□□□□□□切□□。□□□□□□司□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□属□司□□□□□□□,□□□□□□□超□□□□□□纠纷□□□□□。□□,□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□率□□□诱□□“□屈□”□□□。[22] □□□□□□□□□□□□□□□□□□□非□□□□,亦□□□□□□□□□□□□□□审□□□□□。□□□□,□□□□□□□□□□□□□□审□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□审□□□□□□□□□□□□“□□”。[23]

□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□非□□□□□□□,□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□,□□□□□□□□司□□□□□□□□□“□□□□”□□□,□□□□□□□□□□□□,□□□□□□放□□□□□□□□:□□□□□□□拒收□□;□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□;□□□□□□□□□□材□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□知□□□□□□□□□;□□□□□□□、□□□□追□□。□□□□,□□□□□□□缓□腐败□□□□□□□□□□□□□□□积□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□逮。

(四)小结

□□□□□□□□纠纷□□□□□□讼□途□□□□□□,□□讼□□纠纷□□□□□□□司□□□□□□□□□□□□□□□切□□。□□□□□,□□□□□□□讼□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□差异,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□,□“□□□□、□□□□”□□□压□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□倒逼□□□纷□□□□□□。□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。追□□□□超□□□纷□□□□□□□□□□□,□纠纷□□□□□□□□□□□,□□□□□损□□□□□□□。□□□□□做□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□,□审□□□□□□驳□。□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□审□□□□,□□□□□□□□□□良,□□□□□□□纠纷□□□□□□讼□□□□□,□□□□□

〔22〕 □□□:《□□□: □□□□□□□□□索》,□《□□□□》2009□□6□,□67□。

〔23〕 □□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□常□□□□□□119□□□□□□□□□□□,□□□□□□《□□□讼□》□119□□审□

□□。□□□□,□□难□□□远非□件□□□□所□□决,□□待□司□□□独□□□□。

四、诉□□□□审查□□序□障

□□□项□□□评□□□□□□□□□□□近□,□□□□□□□□内容□□□□,□□□□□□□□。□内容□□,我□□“□诉□件”□□陆□□□□诉□件□□□□□□□□,□□□陆□□□诉讼□件□□□约。[24] 除□内容□□□□□□,我□□“□诉□件”□□□□□挥□诉讼□件□□□,□□□□□□□□审□、□决□□□□存□。我□□诉□□□,□符□□诉□件□,裁□□予□□;□□□□□□□符□□诉□件□,□裁□□□□诉。□□□□,□符□“□诉□件”,□□□□□□审□,已□□□□□审□□,□□予□终止,“□诉□件”□□启□□□审□□□道□门。□□我□□“□诉□件”□内容□□□□□□陆□□□□□诉讼□件□□□□,□我□□□□阶□□□□审□阶□均□□诉讼□件□□审查,□□□□阶□□□□□□□序□障差异□然。□□,□□□□□框架下□□□□□□审□□□诉讼□件审查□□□工,□□□审查□内容□□所□□□□□□序□障□□□适□□显□□□□□。

(一)我国对诉讼要件的审理模式

□□□□,诉讼□件□□□□□□决□□□,□告□诉□□备诉讼□件□,□□□□□序□决□□诉讼,□□再□□□□审□。□□诉讼□件□□□□件□审□□□□□□□□□阶□划□,存□单□阶□诉讼□复□□□诉讼□□□□□□□。

单□阶□诉讼□□□□□□已□□。□□□□□事诉讼□□□□□□□□阶□□□□:□□□阶□,□官□□□诉□□□备诉□,□□□诉□□□备□□□□□序□□□审□□□件□□审查,□备□□件□□□□件送□□□阶□□□决□□审□。□□,□□阶□□□□阶□□截然□□□,□□阶□审□□□件□□□□□今天所□□诉讼□件,□□□阶□□□□□□审□阶□。诉讼□件□诉讼□□□阶□□□□□阶□□□件,□□□□,只□□□□□□□阶□□审□□□□符□诉讼□件□,□□□□□□阶□,□□□□审□,□□□□□□□□序列□□。□□□□□、□□□均□□复□□□诉讼,□□□□□□□审□□□。□□□□□阶□□诉讼□造划□,诉讼□件□□□□件□审□□□□□。□□□□□诉讼□件□□□,□□□□□□□□诉□□决,停止□□□□审□。□□□□□□诉讼□件存疑□,□□□□□□停止□□审□□□诉讼□件□□存□□□集□审□,□□□“复□□□诉讼”□□,所□□□□□首先□诉讼□件□□审□,无□□□□□□□审□□□□诉讼□件□□审□□□□□□。[25] □无□□何,□□□□□□□决□,□□□诉讼□件□存□,只□□例□情□下,□□□告□□□护□诉讼□济□考虑,□允许□查□诉讼□件□□□备□□□诉无□□□□□决。[26]

□□□□□□,□□□□□□□□□,单□阶□诉讼□放弃,□诉讼□件□审□逐渐□□□审□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□:□□诉讼□件□□□下降。□单□阶□诉讼□□下,□

---

〔24〕 □□□:□注 12 引□,□ 143 □。

〔25〕 [□]□□宏志:《□□□□□事诉讼□》,□卫□、许□□,□□□□□ 2007 □□,□ 3 - 14 □。

〔26〕 □□□例□□□项例□,□□□□□□状态□诉讼□件□诉□□□□,□□待□诉□□□□□件□备□□□□□□,□□□□显无□□□□□□□□审□□□□□□□□□□□□□□□决。□□陈荣宗、□□□:《□事诉讼□》(□),□□□局 2010 □□,□ 326 - 327 □。□注 25 引□,□ 11 - 12 □。

诉讼 件 始的本 审 序 无 的, 成的 体 决 被 为当然无 ,这显然不 于
(决的安 。人 始 欠 诉讼 件的 体 决当然无 评, 为只 序
诉
诉
件
讼
诉 件
欠 但
本 件的审 审 安 。
讼
讼
件
讼
只 诉讼 件 件
当,
然无
本
诉
当
本 审 序) , 诉 讼
,
诉 件
诉讼 件 决 讼 决

□□入□□　□□段,诉讼□□□不再□□入□□　□□必□□□。□□□□□层□段诉讼模□□□,□□□诉讼模□□经□□□□□,□□□□根□□□□□诉讼□□□□□□降,□□□□□□□□层□段诉讼转变□复□平□诉讼□□□□□致□。□外,当场□□　□□□□□步□　□□□□段□诉讼□□　□□　间,□很□□□□□诉讼□□□　□转　至　□□。

(二)诉讼要件的审查与程序保障

前□□□,□□兼采□层□段诉讼□平□复□诉讼模□,□□□□　□□　可□诉讼□□□□□□。但　□,□□□段□□□　□□段□□不同□□□□　。□□□□段,□□　□□□诉讼□□□□□,径□□□不□□□□□□,□□□□□□　□□□□补□□□□张、□□□　□;□□　□□□□备诉讼□□□,□向被□送　起诉状□□,被□□□之前根□□□□□诉讼□□不□备□□张或抗辩。□□,该　□　　□当□人□诉讼□□□辩□权,不符□正当□□□□□。□□□　□□段□双□当□人□词辩□□供□可□,□□可□　□□己□□□□□补□□□,回□□官□□疑,被□可□□□抗辩。□□□□□□张□诉讼□□□　□□置,□　□□□□□口头辩□□□□□□□　□。[31] □□疑□□□□□□□□□□□□□□。但　□□□,□□□□□□□□□□□　□坚□□□□□□□段　□诉讼□□□□□。□□,□□□□□□　　□□□□□□□□　□□□诉讼□□　□□□□□,使各□□□□□□其□□□供□□□保障□　□□　得尤□必□。

1. 立案阶段对诉讼要件的审查

□□□段□诉讼□□□　□□□□　□□□,□□该□段□□□供□□□保障□□□□□□配。□□□□,基□□□　□□诉讼　□□□□□□□□□□、　□时间□紧□□□□□,□□□段□□□当□人□供□□□□□□保障。□□,□□□段□　□□□□□□　□□其□□□供□□□保障□□配,□避　当□人□□□权□□□不□□□　　。可□□□□□,□□诉状□□形□　□□同时,□诉讼□□□□□步□　□,□□□□□诉□□□□　□□□□□□。□□□□,可□□□□□三□情况:

其□,□步　□□□□□□诉讼□□,或□　□□□诉讼□□□□□备□□疑□但□□□□□□□□□□□□□□□□,　□　□□□,□□□转□　□□。被□□□诉讼□□□□或□□□诉讼障□□,可□□□　□□段□□□张或抗辩。

其二,□步　□□□诉讼□□□□□,□□□当□□□□□□□□□□□□□补正。当□人□□□□□□□□补正□,或□经补正仍不符□□□□,□□不□□□。但□□□不□□□□□□□之前,□□□□□　□□□□□　□。

其三,□步　□□□□　□□诉讼□□□□□□补正□,□□不□□□□□□。□似□"赵□□□□"□□□[32]即□□□□□□段□□　□,□□须经□口头辩□。即便□日□,□□　□□诉讼□□□　□都□经□口头辩□。□□□　□□诉讼□□□□□□补正之诉,□□可□不经口头辩□,□□□□□回诉之□□(《日□民□诉讼□□104 □》)。日□□高□□□□三小□□平成 8 □ 5 月 28 日□□□□,□□□□□□□旨来看,如□□□□　不可诉之情形,□□□完□不□□　□□当□人其□□诉讼□□来□□　□之诉,那□□□□须向被□送　诉状□可□□□□□□□回诉讼之□□。[33] □

〔31〕 张□平:同□29 □□,□5 □。□□林:同□1 □□,□113 □。

〔32〕 当□人□□□赵□"□电□□□□"□□,□赵□起诉□□海浦□□□□□,□□□□登记□□。参见《□高□回□"赵□□□被诉":□□诉权》,http://news.xinhuanet.com/mrdx/2015-06/10/c_134313057.htm,访□日□:2015 □7 月 1 日。

〔33〕 [日]□□□　:同□7 □□,□160 □。

□,□□□阶段□□□步审查,将□显欠□诉讼□件□无□补正□诉排除□外,□不□危□□□告□□序保障,□□可□□□□排除无□诉讼,防止被告□□滥诉□干扰,□节约司□资源。

2. 法庭审理阶段对诉讼要件的审查

□□□□□阶段未□□诉讼□件欠□或□□告□诉讼□件予□补正□,则诉讼□入□庭审□阶段。□□□□阶段仅□□诉讼□件□□□步□审查,□□被告未被赋予抗辩□机□,□□□□庭审□阶段仍□□诉讼□件予□审查。□□□阶段不同,□庭审□阶段□双□当事人□诉讼□件存□□□辩□□供□可□□,但□□不意味着必须□□诉讼□件□□□词辩□,只□□□□□□□诉讼□件欠□或□被告□□抗辩□情况下,□词辩□□□必□。□述如下:

首先,□□审查未□□诉讼□件欠□,或□□□□□诉之□□□不存□任何疑虑□,□常不□□□诉之□□□□辩□。诉讼□件属□依职权调查事项,不待被告□□抗辩,□□即□□□□□审查。□□审查□□诉讼□件□备,则□无□诉讼□件□□□词辩□□必□。但尚□阐□□□,诉讼□件属□依职权调查事项,□□属□旨□□□□□□□依职权□诉讼□件□□斟酌□权限,□不排除被告□诉讼□件□欠□或□瑕疵□□抗辩□权□。□□,尽管□□未□□诉讼□件欠□,但被告□□抗辩□,仍□□□□□辩□□必□。□之,如□□□□□诉讼□件齐备,□被告未□□抗辩□,则无须□诉讼□件存□□□辩□;□□,如□□□□诉之□□□存□疑虑,或□被告□之存□疑虑□□□抗辩□,则□□双□当事人□供□词辩□□机□。[34]

其次,被告□存□诉讼障碍□□抗辩□,□□□给予双□当事人辩□□机□。诉讼障碍属□被告得□□处□□事项,只□被告□□抗辩时□□□可予□斟酌。被告未□□抗辩□,视□被告放弃□责□权,诉讼障碍□放弃责□□获得治愈,□□□□不得依职权予□调查。□如,□双□签□仲裁协议□情况下,□□当事人径□向□□起诉□,如□□□当事人□存□仲裁协议□□抗辩,则□该诉讼障碍存□□给□当事人陈述、□□□机□。□□,如□□□当事人未□□抗辩,□□不得依职权予□调查。

五、结语

□□难□□序保障不足被□□□我□□件□□□□□两□□□,二□均根源□□□□阶段审查诉讼□件□□□□□□。人□将我□□件□□□□归结□□□审查□,□□□只□当诉同时□备成□□件、□□□件时□□□诉成□□□□□□,仅□备成□□件不□□□诉成□□□□□□。□□张改□□审查□□□□登记□,□□□□□□登记□下,当诉□备成□□件时即□□成□□□□□□,□□□备□□□件,不□□成□□□□□□。如□抛□□□□□基□□释□□□场,□我□□件□□□□□□登记□□□□□□□□释亦□可□□,即当事人□交□□诉状即□□诉成□□□□□□,□□庭□《民事诉讼□》□ 119 □起诉□件□审查□□诉□□□□□评□,□诉不□□□裁□不予□□□,□不□□诉成□□□□□□。如□□释不仅□□□保障当事人诉权,□切□□□□难□□□□□联。□□同时,我□兼采单层阶段诉讼□复□平□诉讼模□,□□□阶段□□庭审□阶段均可□诉讼

〔34〕《□□民事诉讼□》□ 280 □即□□,如□□□□□诉之□□□存□疑虑,或□被告□之存□疑虑□□□抗辩□,则□□可□命令□□诉□□□□□□单独辩□。

要件进行审查,但二阶段所能够提供的程序保障迥异,各自审查的内容应与其所能提供的程序保障相适应。为此,立案阶段应仅作初步审查,而由审判庭承担更多的诉讼要件审查任务,并在此基础上明确不同情况下的程序保障。

On Civil Cases Accepting System from the Perspective of Hierarchical Relationship of Action Effect

Yang Huixin

Abstract: Difficulties in filing a case and insufficient procedural protections are considered to be two big problems of case accepting system in China. Civil cases could only be accepted when a declaration is legally forwarded and the action meets the requirements of commencement of action required by Articles 119 in Civil Procedure Law, which is thought to have raised the threshold of litigation dependency and lead to difficulties in filing a case. In fact, according to the theory of hierarchical relationship of action effect, a case being filed means the legitimacy of action has been evaluated positively, while litigation dependency is only the effect of the establishment of an action. The two belong to different status. Litigation dependency occurs as long as a declaration is legally forwarded and has nothing to do with cases being filed. Both Case Filing Tribunal and Civil Adjudication Tribunal can examine the requirements of action, but the content they examined should be compatible with the procedural protection they can offer. Therefore, Case Filing Tribunal should only examine the requirements of action preliminary and eliminate the action obviously lacking requirements and can not be corrected, while Civil Adjudication Tribunal undertakes most of the examination. Corresponding procedural protection should also be offered according to different conditions.

Keywords: requirements of commencement of action; requirements of action; difficulties in filing a case; procedural protection

(责任编辑:幸颜静)

论　点　□比较法□与本　归

□□□*

摘　要:□□□□□□□□□□□□□□□,□□□“□□□□□”□□限区□□□□□□□□□□□□□□□,还□区□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。“□□□□”□“□□□□”□□□□想□□□,□□寻□“争□□”□□□□土归□。□□□□源联□,□三□□□□□□□□□□□□□□项□□□□□□□,□源□□□□客观范围□□□□□□□□□□□□陷,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□质区□,□争□□□调□□□□□□□□□□□□刚□□□□,□□区□争□□□质;□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□柔韧□□□□□,□□区□争□□□质。

关键词:□□□　□□□□　争□□　□□□□　□□□□

论、法□　□客□　于　主　中的　事项,□　的　事项排在□,这□造□制　□　的□□,□允许□事□实施的　诉□能　□诉构□实　的□复　,与　制　的　衷背　驰。虽然□击法　□事诉讼　法中□　规　中□　□诉,□事□□以□□□□中□　,□本诉程　中□　事项纳□中□　□诉的诉讼　的(　的)畴,进　纳□中□　的主　,　终　□以　,□是,□　□事□未能妥□□制　,仍然　法达□纠纷□一次　的诉讼　的。

为　这一困境,诉讼法学界　□了　客□　□　界　□　的□□□了　□□客□　的一　列　论学说和制　□。□核心　念为:□　中□　事项以　□类□□制　,　□以减少　诉　□诉构□实　□复　议的　□,　于避免冲突、矛盾□　□论的　,诉讼□纠纷　功能的□　□　、涵□　。

一、　□客□　的　界

(一)原则上既判力限于判决主文

□击法　□　□诉法学　论　为,　□　的客□　□　于　的的　。,　是　诉讼中的　议事项　的,“□事□在诉讼中发　议的　,法　□应□进行　。,诉讼　的和　的□□　,和诉讼　的一　,　的　是　告希望　与诉讼请相符的　的请”。　,“　的和诉讼　的是□一的”。[1]　主　中的　恰恰是为诉讼　的(□　的)的实体法律事项的　应　,□与诉讼　的(□　的)的　是一

*　南政法　学法学　,法学　。本　是　科□□项　“□事□　侵害阻　程　研究”(13CFX065)和　南政法　学校级□点科研项　“□事诉讼□　侵害阻　程　研究”(2012－XZZD21)的研究□　。

〔1〕[　]□森　、施瓦□、戈　瓦尔　:《　□事诉讼法》(下),　雪□,中　法制　□　2007　□,　1157　。

□□□□□。□□可□得□□样□个公□:□□力□客观□□=□决□□□□□=诉讼□□□□□=□决□□□□□事项□□□。〔2〕 □□,结□只□□:“□□力□客观□□□则□限□□决□□□□□□事项。”□诉讼□□之旧□□□□□又□□,“□□□请求权□□□争议□□□,□必须将该请求权视□裁□□□象”,所□,前述结□□□□□步转□□:“□□力□客观□□□则□限□□决□□□□诉或□诉□形□□□□□□□请求权所□□□□。”根□□□传□□□模□,民事诉讼□裁□□□针□某□争议事项所□□□□□ □□入□决□□,□□□入□□力之□□□客观□□,必须□备两项前□□件:□□,该争议事项□包含□□□□□□请求权(□给付之诉□),或包含□类似□私□权□类 ——如支配权(□□□之诉□)□形成权(□形成之诉□);□二,该争议□□序□□□诉或□诉□□□形□□□□。

所□,□陆□□□□□□例□普遍做□□:将□□力之客观□□限□□□决□□□□□□事项,□将□决□□□包含□□□事项排除□外。如《□□民事诉讼□》□ 322 □□ 1 款□□:“□决□,只□□□□诉或□诉□□起□请求所□□裁□,□□□力。”《□□民□典》□ 1351 □□□:“□决事□□权□□力,〔3〕仅□□□□□决□□□事□。请求之物□□同□物;诉讼请求□基□同□□□;诉讼□□□同□当事人之间□□,□□□□□同□□□告□同□□被告□同□身份□起。”〔4〕《日□民事诉讼□》□ 114 □□ 1 款□□:“□□□决,只限□包含□□决□□之内□□□才□□□□力。”再如我□台湾□区“民事诉讼□”□ 400 □□ 1 款□□:“除□□□□外,□□之终局□决□经裁□之诉讼□□,□□□力。”

(二)原则上判决理由无既判力

传□□□模□下,被排除□□□力客观□□之外□□决□□□□□□事项□□□□下四类:

□□类□事□□□□□。

“□□□其□决□□□,□□□其裁□基础□事□不□□□□□力。□□□□不□□事□□□□起诉讼□□□□□致□”,〔5〕即“□□力不包括事□□□(Tatsachenfe - ststellung),即使事□□□包含□□决□□□□□□裁□□基础”。〔6〕 其□□□二:□□,事□□□□□不涉□□□□□□权□类 ,不□单独□□□□诉□依□;□二,□民事诉讼□序□,□□争议□事□□□张□不可□□诉或□诉□形□□□□。

□二类□先决□□□□□□□。

“先决□□□□□,如□□□□其□□某□请求权裁□□意外□□其□□□裁□,□不□独□□涵摄结□□□□□力”,〔7〕即“如□□□□□力□□□或□□□□□□□取决□先决□权□□□□□□□存□或□不存□,则该先决□权□或□□□□不参□□□力”。〔8〕 但□“事□□□□□”不同,“先决□□□□□”□身□□□□□□属□,其□□或间□□包含请求权或类似□□权□类 □□□,

〔2〕 林剑峰:《民事□决□□力客观□□□□》,厦门□□□版□ 2006 □版,□ 59 □。

〔3〕 □处□□表述□“’l’autorité de la chose jugée”,意□“已经□决□事情□权□□力”,简称□□力。

〔4〕 《□□民□典》□ 1351 □□□□□力□经典□□□。前□两个诉讼□当符□□□所□□□□件,□□诉讼才□□□前□诉讼裁□□权□□力□不予□□。□四个□件即□:同□□□告,同□□被告,基□同□□□,诉讼□□同□。简称□“四个同□”。

〔5〕 同注 1 引□,□ 1159 □。

〔6〕 [□]奥□马·尧厄尼希:《民事诉讼□》,周翠 ,□□□版□ 2003 □版,□ 326 □。

〔7〕 同注 1 引□,□ 1160 □。

〔8〕 同注 6 引□,□ 327 □。

□可□单独□□□□诉□依□。所□,□□□决□□先决□□□□□所□□□□不□□入□决□□□□取得□□力□□□只□□序□□,即当事人□□先决□□□□□□□张□诉讼□序□未□诉□形□□□。故□,□□力之客观□□□传□□□模□又□□,“□□使□□□□□□□□□□□□□□力,当事人可□使□□间□□□决□□手段”。[9] □□,□“□间□□之诉”□□□决诉讼□□外之“先决□□□□□”□□□约□力□□,已经成□□陆□□□□□□区民事诉讼□□□□例。[10]

□三类□抗辩权□□。

所谓“抗辩权□□”,即□官□□决□□部□,□□□□诉讼□□、□□□□□□抗辩权□基础□权□□抗辩所□□□□□。□□力之客观□□□传□□□模□□□,□□□决□□被告□当事人□民□□□□□抗辩权□依□所□□之抗辩□□□“抗辩权裁□□□□□□力,即使□□□被告□□请求权□基础□,只□该□请求权□□□□□诉□求□□□□□力□裁□”,[11] 即“被告得□□张□抗辩□不□□张□抗辩不参□□□力”。[12] □□力之客观□□□传□□□模□之所□将裁□□□□当事人□抗辩权□依□所□□之□□□权□抗辩所□之□□排除□□□力客观□□之外,其□□□□□:诉讼□□□□□□□权□抗辩尽管□□□□包含□□请求权类似□抗辩权,但其永远□不可□取得□入□□□决之□□□□取得□□力所□求□诉□形□。[13]

□四类□□□抽象□□□□□□□。

所谓□□抽象□□□□□□□,□指□□□□□□决之□决□□部□□裁□□□□□诉讼□□□□□□适□□□□□□□□□。根□□□力之客观□□□传□□□模□,“□□□□□不□□□□力,至少不□□身单独□、独□□涵□结□获得□□力”,[14] 即“□□裁□□□□抽象□□不参□□□力”。“如□□□二个诉讼□□当□同□□□□□□□裁□,则□□不□前□个诉讼□□□□□观□□拘□,即便□同□个□□□同□个□官裁□。”[15] □□力之客观□□□传□□□模□将“□□抽象□□□□□□□”排除□□决□□之外,□□排除□□□力客观□□之外,其□□□二:□□,裁□□□□□□□□□□□□仅□□□□□□请求权□□□□归类,□不□□□□请求权□□□□□□必然结□;□二,裁□□□□□□□□□不□当事人□□张□前□,即使当事人□□□□□张,□

〔9〕 同注 1 引□,□ 1160 □。

〔10〕 如《□□民事诉讼□》□ 256 □□ 2 款□□:“□诉讼□□□,□告□被告□□□□□□存□或不存□□争执,□该诉讼□裁□□□ 全部或□部□□□□□□□□□时 □ 结前 决

〔11〕

〔12〕

〔13〕

〔14〕

〔15〕

于□以实体请求□的实 为 的, 绝 □能以 的□ 。[16]

(三)原则下之例外:抵消权抗辩

所谓“抵消□抗辩”,是指在 讼中,针 告方□事□的债□请求(□ 请债□),□告行□实体法规 的抵消□, “以□ 告享 □□ 债□(□ 债□)予以抵消”的抗辩。[17]

传 界 □ 为, 力客□ □上限于 决 的(□ 讼 的)的 ,□ 决主 中的事项。□抵消□抗辩是一□例□: 决□ 决 中,裁 主体 抵消□抗辩 的 ,在□抗辩□以 抗的 讼请求□ 内, 抗辩所主□的 债□ 力。

赋予 决□ 决 中 抵消□抗辩□ 以 力的□本 在于:抵消□抗辩在备防御机能的□□,□ 主 行□ 债□的机能。[18] 从□法律属 上讲,“抵消□抗辩 抗辩的 ,□□□本□□是□事□ 的□以单独构□ 讼 的的 债□, □ 类□于 的 殊 ”。[19] ,与□ 类□的实体 □ 抗辩□□,抵消□抗辩主□□□了独 于 方□事□所主□债□的 一项债□, 足以构□一□独 的 。只是 于□事□在□ 中选择行□抵消□, 才在 讼程序中□为一 抗辩事 □ 在 决 中,才□纳□ 决 □分。鉴于 , 为例□,

决□ 决 中的抵消□抗辩 ,在□抗辩□以 抗的 讼请求□ 内,应□□纳□力客□ □内。 □,无论是在 论界,□是在 法□ , 几乎已□达□共识。[20] □ 于□□□ 力的 体 ,学界争议较 ,□ 法例 □□相□,[21] □□了相互 的□ □点:一 □点 为:在以“ 债□□□ ”为 驳□抵消□抗辩主□□,“ 债□□□ ”的 □论 力;在抵消□抗辩主□□ □□,“ 债□存在”的 □论 力。[22] □ □点□ 为:在以“ 债□□□ ”为 驳□抵消□抗辩主□□,“ 债□□□ ”的 □论力;在□抵消□抗辩主□□ □□,“ 债□存在”和“ 请债□与 债□ 抵消 在抵消□

〔16〕 力□客□ 的传 界 □ □裁 主体□甄 □□法律规 的 排除在 决主 □□,进 排除在 力的客□ □□。这 界 方 主 在□事 讼中的某项实体 决□论的 □以 请求□的法律 类为□ 条件的□事 讼 件中 实 □义。 于 请求□的法律 类□为裁 主体 实体 决的□ 条件, ,在□ 实体 决□,□□首先 请求□进行法律 类, 这 类□□然涉 请求□规 的甄 所以在 决 中 □然 □法中的 [illegible] 请求□规 进行甄 和选择的法律论证和 。□是,□法律论证和 □ 力 □ ,若于 中, □项请求□的 。法律 类 再次 争议, 法官在甄 和选择实体请求□规 □ □以□受□ 决 [illegible] □论的约 , □ 件的 体情况选择 □ 的实体请求□ 。

〔17〕 尹 □:《□事抗辩□研究》,知识 □ □ 2008 □, 125 。

〔18〕 吉村 □:《抵消抗辩と 力》, 《法政研究》1981 2-4 , 15 。

〔19〕 [□] 桥宏志:《□事 讼法:制 与 论的□□分 》,□剑峰□,法律 □ 2003 □, 。 于抵消□抗辩的 细论 □ 510 述,□□□中 贞一 :《抵消 抗辩》, 中 贞 郎:《訴訟関係と訴訟行為》,弘 堂 1961 □, 26 ;木川統一郎、北川友 郎 一子:《訴訟の 消と 力》, 《比較法学》1 1 45 ;□□秀□、吉田元子:《 论无条件的抵消》, 《 例时□》 抵 1995 921 , 38 。

〔20〕 □《 □事 讼法》 322 条 2 规 :“□ 主□ [illegible] 所所告所所所元体 告

〔21〕

〔22〕

□□□□灭”□两□□□结□　□□□□□。[23]

但□,□□□□□□□□□抵□权抗辩□□□□□□,必须满□两□□□□□□□□□:□□,□□□□抵□权抗辩□□结□□□□□,□□□□□□□□诉请妥当□□□□被□□□□□抵□权抗辩□□□厘权□□□□□□□□□,即□□厘权□□□□意□□□□□□□其□□□□□;□二,诉讼□□□,□□□□必须□□□□□诉请厘权□□审□,□□□其□□□□之□□结□□,□□□被□□□□厘权□□之抵□权抗辩□□审□、□□。[24]

二、□□□□□□□□□之□□□□□□:□□□张模□

□□服□□□□模□□□陷,□□诉讼□□□□□□□□□□向□:□□□□□□□□□　□□□□□□□□□基□前□,寻□□□□之　观□□向□□□□□之□□□□□□张。

(一)中间确认之诉:既判力之客观范围的间接扩张

□□□,□□□□□□民□诉讼□典□时候,萨□尼(Savigny)□□□□□□　械□将□□□□,观□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□,□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□结□,□□该□□其□□□。[25]

萨□尼□调,□□□□□使□□□□□□□□□□□□处□□□□□民□□□□□□□□,□□该□□□□□□□□□□□□供□□保障。□□完成□个使□,□□□诉讼□□□□阻止外部□素□□□□□□侵　,满□当□人□　□□□外,还必须□□□诉讼结□□□持被□□□民□□□□□□□□□□　□。□□□□□□间□□□□□□□□,□□来□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,将其纳入□间□□□□□□□□,□□其□□□,□□□□□援□□将来□□□□□□□□□□,□□□诉讼□□结□□获取□□□□□□□　□。萨□尼□□□□张□□□来□□□泽(Wetzell)□翁□□(Unger)□严　□□,□□终□□场□□□□□败□阵来。□□□□终采取□□□泽(Wetzell)□翁□□(Unger)□□张,□计□前□□□之□□□,　观□□□□□□□□模□。但□□□同时□□□,萨□尼□□□□□□避免□同□当□人之同□□□□□□前□两□诉讼□□□□□□　矛盾之□□,□□避免□　矛盾之□□□□□,亦　民□诉讼□□□□之价值□□。□□□□民□诉讼□□□□□□□之　观□□采□□□□□模□□同时,□其诉讼□□□则□□□□创□□当□人可□□□□□□□□□□□□诉讼□□□□□间□□之诉□□□□□。[26] 当□人可□□□□间□□之诉来获取萨□尼□□□张□□□□□□间□□□□,将诉讼□□□□之

纳

间

□间□□　诉□□□□□,其□□□将□诉□诉▫□□(□□□□)　外□□□▫入□间□□诉□诉▫□□(□□□□)　□,□□使其□入□间□□□□□□□,□□终获取□□□。□□□□□□□,□□□□□□▫□□▫苛□□坚□着□□□　▫观□□□□□□□模□。但□诉▫□□□□□□□看,□□□□□□□□诉□□□嵌入□个□间□□　诉□□□,使□□□□□诉　□□□□□□□□□入□□间□□□□□□□□,□□间□□□□□□□□　▫观□□□□□张。

(二)从“意思关联理论”到“矛盾关系扩张理论”:既判力之客观范围的直接扩张

□萨□尼　□,□□借□□□□□□□□计□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□蓬勃□□起来。尤其□二□□,▫来▫□□□□□□□倾向□□□将□□□□□□向□□□□□□　□□□□□张来□□□□□□□□□□□□□层□□遮□□□。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□?□□□□□张□□□□□□□▫□又□□□?□□□□□成□□□□□　▫观□□□张□□□必须□□□□□□□□。□绕□□□□□□□□□□不同□□□□张,□□□□□□□□“意□□　□□”。　□□□来又□日□□□□▫□□□□变□“□□□□□张□□”。但□,□来□□□□□□不同□□□□□间□□　诉,□□不再寻□□□□□▫观□□　□□□□模□□▫□坚□,□□□□□□□□□□□□□□□□苛□其□入□□□□,□□□始□张□□□□□□□□□　□□□□□□□□。

意□□　□□□□□□张□:如□□诉□当□　□□张□□□□□□前诉　□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□着□□□意□□□□　,即使□□□　□□□□前诉□□□□　□□□□□□□□□□□□□诉□□□□□□□□□□□形成□,□□当获得□□□□□持。□□□□持□□□□□必□□□□□,□□□前诉□□□□　□□□□□□□□□□□□□□□□□□。[27]　□□□□□倡□□□措□▫(Zeuner)。□□□,“□□避▫不公正,□□□□当□□　□□补▫　□或□□▫　□。□如□付▫□　□正□□□□当□□□□▫□付▫□　□□□诉▫□□□□。□令□□委▫□□□□□□□诉▫□□□费□补▫□,□当▫□□似□则”。[28]　□□▫□□□骆▫□□　□□□□释□:前诉　□□□□□其□□□□□□□□　□□□□□□状□□其□寻□　□□□□□□□,如□　或▫□□诉　□□□□□其□□□□□□□□　□□□□□□状□□其□寻□　□□□□□□□,则前□诉□诉▫□□(即□□□□)　间□□“□□□　意□□　”。□如,甲□乙□起▫□▫还□▫□借款　□付　诉,乙□张甲□▫　不成□,即使▫　成□□□　□清▫□□□,□□□□▫□“▫　成□□□清▫”□▫▫□□□回□□　诉▫▫□。其□,乙□甲□▫　不成□、前□清▫甲▫不当得□□□,□起□□▫还前□□清▫金▫□□付　诉。□□□▫况□,前诉　□□□□□　□□□“▫　成□□□清▫”□□诉诉▫□□□“▫还不当得□　▫□”间,□□□□“□□□　意□□　”。□时,前诉□□□□□□□□□□□□“▫　成□□□清▫”□□□□□□□□,当□　不得□□诉□形□□张□□前诉　诉▫□□□▫　□始不成□。□□,前□▫□□□□诉▫□前诉　□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□回。[29]　□□□□□□,亨□□□□张□▫□意□□　□□。亨□□□□,当□□□□□□□□□□□□□涉□□□□□□□□□□□□□□□□□□象□诉▫□□□前□□□□□□□时,□□□□□□□□□□▫观□□□□当□□□　前□□□□□□,即其□□□□□□□　前□□□□

〔27〕□□　□□□□□,可　□□□□:《□□□の▫観□範囲の諸問題》,□《岡□□□創□十□□記□論□□(□)——□□と□□の諸問題》,岡□□□□　□□1959□版,□179□。

〔28〕同□1□□,□1167□。

〔29〕同□25□□,□68□。

□□□□□□当□□□□□力,当事人不得□□诉□再□争议。[30] 但笔□□□, □张□□□□□萨□尼□□□简单重复,不□纳入意□□ □□□□畴。□外,□□□□罗森贝□(Rosenberg)、施瓦(Schwab)、戈□瓦尔□(Gottwald)□曾经□□□□□意□□ □□,但□来又放弃□□□□□□□张。如三人所著《□□民事诉讼□》□□□□□曾□□,“□□□□□前□版□□,□□曾经□□□□□□□先决□□□□□□□□□拘□力阻止□□客观□□互不□致□裁□□危险,但□□□□ 难□□ 322 □□ 1 款□字□意□□符。□补偿 □或□意□ □框架内□□□□力拘□ 其□□ □危险:(1)当事人可□□□拘□□突袭,□□□□□□□限不可预测□□毫不清晰。(2)如□□□次□决□□□错误□,则存□连续司□不公□□□□□危险。□□,□□ □□□□□当坚持□决□个□元素(即□决□□□□□□□——笔者注)不□□□□□□力”。[31] 台湾□□骆永□□指□,措伊纳(Zeuner)□□□□,“‘意□□’□基准,□不够□□,尚□赖□□观□□□”。[32]

□□□来又□日□□我□台湾□区□变□“ 盾□□□张□□”。 □□□□,前诉□决□□□力□则□基□□□□□□□□事项□□,但□□□□秩序□安□□来看,当□诉□当事人□请求或□张□前诉□决□□□□□□□结□ □□□ 盾□□□,□□可□颠覆前诉□□□决□□□□□□□□□□□状态□□□结□时,前诉□□□决 □决□□□□□□□□事项□当被赋予□□力。[33] 我□台湾□区□□□□□张,只□当□诉不□前诉□□□决 □决□□□□□□结□□拘□将导致前诉整个□□□决□可□被□□□□□翻或□□时,前诉□□□决 □决□□□□□□□□事项才□□□□力。[34]

□□看来,□□□□□力□张□□,□□持□□力□□□□□□稳□□□□□□□□□□□基□前□,□□着眼□传□□□模□下 □□力客观□□□□决□□向□决□□□□张,□□决□□□□□□事项□□□□□□□状态□□□□□□□□准来决□□□□赋予其□□力。

三、□决□□□□□事项 □□□□力□创设:日□□张模□

□□□□□,□□力 客观□□□张□□□日□□□□□□□激□,甚 □□□□□□□始突破“□□□力□□□□□稳□□□□□□□□□□□基□前□”□□□□预设,□□□创设□□□□□□□□□□,□□□□决□□□ □□事项创设某□不 □□□力□□□□□□力。

(一)判决之□□性效力□□理论:日本□进□□模式之□□□者

□决 加□□力□张□□□日□□□兼子□所创,其□□内□□:□□将“仅限□ 加人□被加人间 加□□力,□张□当事人间”。[35]

---

〔30〕 陈荣宗、林庆苗:《民事诉讼□》,三民□局 1996 □版,□ 659 □。

〔31〕 注 1 引□,□ 1168 □。

〔32〕 注 25 引□,□ 69 □。

〔33〕 □□ □□□介绍,可 柏木□良:《訴訟物の□□の機□》,□□堂幸司編:《講座民事訴訟(2)》,弘□堂 1985 □版, □ 181 □;柏木邦良:《□□力の客観□範囲の□□》,リンパック2001 □版,□ 158 □;柏木邦良:《□□力の□□(3):□□力の客観□範囲・各論(2)》,リンパック2006 □版,□ 181 □。

〔34〕 注 30 引□,□ 659 □。

〔35〕 注 25 引□,□ 73 □。

日法 å

所□ 决之参加 力，指 决“辅参加人”[36] “被参加人”[37]间 力。如A(买) B(卖)签订 买卖 物X 同,之发 纠纷,A B 被告 起诉讼，求B承担 X 瑕疵□成□□ □□责任， B称其 物X C处购得,C则可 辅参加人 身份参加诉讼， B则 被参加人。 A B 诉讼中,如法 X 瑕疵 ，决B败诉,则 决 中“ 物X 瑕疵” C亦将 □ 力,即之 如 B C 被告 起□□□□诉讼，该 诉中,C不得再 物X之瑕疵 再 争执,法 须 前诉之 决 X 瑕疵。处,前诉 决 中“ 物X 瑕疵” B(被参加人) C(辅参加人)之间所□ 力,即“ 决之参加 力”。[38]

决之参加 力 力 着 □□,表 □个 : , 力 诉双 当事人间之内部 , 决所å 法 状态 □ 其价值 , 参加 力则 诉讼中 辅参加人 被参加人之 , 二 之间 序责任之平 摊 其价值 。 二,针 诉 终局 决,无 告胜诉还 被告胜诉， 决 部 事项□ 力，只 被参加人败诉时， 决中 决 部 事项才 参加 力。 三, 力□ 法 职权调查事项,其□ 不 当事人 序 张 前 , 参加 力不□ 法 职权调查事项,其□ 进 当事人 序 张 必 。 □, 力之□观 则 决 中 事项限， 参加 力不涉 决 中 事项、只针 决 中 事项。[39]

兼子 将 来限 辅参加人 被参加人之间 决 部 之 事项 参加力 张□ 诉当事人之间,创设“ 决之参加 力 张 ”。该 , 决之参加力 辅参加人 被参加人之间 序平 基 价值 , 二 之间 禁 序 表 ;所 ,当 诉双 当事人间亦 必 □ 禁 则时,亦可 诉之双 当事人之间类 □ 决之参加 力,即前诉 决 中 , 前诉当事人间亦 决之参加力。如：前诉中买 诉请卖 交付买卖 同 物,法 同无 , 决买 败诉； 之买 又 不当得 法□ 诉请卖 返还买卖价款 诉中,卖 不得 张 同 。 ,前诉 决 中已经 “ 同无 ”,基 同 买卖 同 双 间 诉讼中 当□ 禁 则 求， 时 当 买卖 同双 之间类 □ 决之参加 力。

兼子 中,我 可发 : , 已经 创设不同 力 决 力 ,即 决参加 力； 二， 已经 始考虑借鉴英美法 民事诉讼 中所 “禁 ” 。 个层 , 日 民事诉讼法 ,兼子 可□ 力□观 张之“激 ” 始 俑 。

争 (二)争理进二进进进二进二进二进二进二进

《 判力与诉讼 的》[40]与《□条件给付判决 □ 》,[41]□ 新堂幸司□ 过《否 争点 的 □裁判所判决遗留的残局》、[42]《□□ 力的 □与辅 □□□的从属 ——有关争点 主□范 □论(一)》[43]和《从诉讼□事□□□登记 □地 ——有关争点 主□范 □ 论(□)》[44]□篇章对□ 论进行了展开。按□所 ,争点 论是受 学 措伊纳(Zeuner)的“ 判力客□范□ 论”(□ 关□ 论) □ 法中“issue preclusion”(争点排除)和“collateral estoppel”(□ 禁)制 的启发,并在兼子一 所倡导的“判决□□□ 力 □” 论的 下, 的一种全新的、旨在 □传 判力□客□范 的 论主□。

争点 论认为,在□诉中已□□双方□事□ 为主张争议事项□□程序对抗, 法 对□进行了充分审 并在终局判决的判决 由□分 了判 ,□□ 为主张的先决 事项 现在□他诉的审 程序中□,□诉法 的 判决在判决 由□分对□争议事项所 的判 □论□ “力”—— □允许 诉□事□ 与□判 □论相冲突的主□□实施相应的举证行为, □允许诉法 与□相冲突的判 。 ,所谓争点 ,□□诉□ 判决在判决 由□分 某争议事项所 的判 □论所 有的禁止 诉□事□为与□相冲突□主□□法 为与□相冲突□判 的“力”。[45] 争点 论 过赋予判决 由中对诉讼中的□张争点所 的判 以一种 的力,并□这种 力与传 □义上的 判力相区 ,进 实现 判力客□范 □判决 由中□判 事项 □的 论 的, 传 判力客□范 论与诉讼实 □的困境。□□,在新堂幸司的 论体 中,争点 是□□于传 判力概念的一□全新概念。□ 论□□ ,赋予 判决□判决由中的判 事项以争点 □□ 备相应的程序条件:□一,争点 的赋予仅限于判决 由对主张争点的判 ;□□,□诉□事□已 □主张争点穷□诉讼攻防□□;□□,判决 由 □主张争点的判□论是“实质 ”(非“程序 ”)的;□四,□诉□ 争实体利益 于□ 于 诉□ 争实体利益;□五,□事□□于 诉程序中 援引□项判 □论□争点 的程序主□。[46] □事□□于 诉程序中□功援引争点 ,□ □□现为:□一,在 诉程序中,对方□事□□□再 与□争点 相冲突的主□□抗辩,裁判主体□□ 与□争点 相冲突的判 □论;□□,争点 在□□ 上以□诉□“判决□准□”[47]为界限;□□,争点 在主体 上限于 判决□双方□事□□,并准 判力主□范 □ □制 □□ □方主体 □。[48]

综上□□,争点 概念与传 的 判力概念 有显著差异,□有□切关□: 一,争点 论以诚实信 与□ □的程序 念为□□□□□□,以避免 □一争议事项的矛盾判 为□□□趋□;[49] 判力□以纠纷一次 决的程序 念为□□□□□□,以禁止 □一判决 的的□复讼争和矛盾判 为□□□趋□。 □,争点 的制 功能仅限于“积 ”□态,□□并□能阻止涉 □一争议

〔40〕 新堂幸司:《訴訟□と争点効》,有斐閣 2002 □, 145 。
〔41〕 □注 40 引 , 183 。
〔42〕 □注 40 引 , 269 。
〔43〕 □注 40 引 , 227 。
〔44〕 □注 40 引 , 297 。
〔45〕 [□]新堂幸司:《新□事诉讼法》,□剑锋□,法律 □社 2008 □, 492 。
〔46〕 □注 45 引 , 499 。
〔47〕 “判决□准□”,□□“判决 准□”,是 判力□□范 论体 中的一□概念。
〔48〕 □注 45 引 , 502 。
〔49〕 王福华:《□事诉讼□本□构》,中 检察 □社 2002 □, 155 。

事项的后诉进□诉讼程序,而只能要求后诉程序中的□事□和裁判主体□□有争点效的判断;而既判力的作用□态既□能□现为阻止涉及□一争议事项的后诉进□诉讼程序的"消极作用",也□能□现为要求后诉程序中的□事□和裁判主体□□既判力判断的"□极作用"。第□,争点效仅限于判决理由中就某一□判决标的争议事项的判断□论产生,□□□范围的判定□以诉讼标的(判决标的)的范围为□□;而既判力的□□范围□决于诉讼标的(判决标的)的范围,以判决主文中的判断事项为限,仅有的例□是判决理由中对抵消□抗辩的判断□论。第□,争点效的赋予□以相应的程序性要件为□提;而既判力的赋予□于强制性的制度设计。第五,争点效的程序□用以后诉程序中□事□提出□引争点效的程序主□□抗辩为□提条件;而既判力□于法院职□□查事项。第□,争点效作用的□□范围和主□范围□本□搬既判力作用□□□范围和主□范围的理论和制度。

在争点效理论发展的后期,新堂幸□□提出了"遮断效"的概念,进一□扩□□原有的理论体系。所□"遮断效"是指,□诉□确定判决就□没有作出判断,□□事□于诉讼程序中具有"□□解决期□"的争议事项所产生的"阻断后诉"的□束性效果。□:在□诉中 A 争点构□主要争点,而在后诉中 B 争点构□主要争点,□诉判决并未就 B 争点作出判断。□从□诉的整体程序□行□□,□于原告的诉讼行为和诚实信用原□,□告有足够的理由期□,只要解决 A 争点事项,就足以最终判定原告的诉请是否□立。对于 B 争点,□告□有足够的理由期□原告于□诉中一□提出,而□是在此□后另诉提出。此□,□诉判决□□没有对 B 争点作出判断,□□仍能阻止以 B 争点为据的再诉,这种程序阻断的效果□为"遮断效"。[50] 综合新堂幸□的相关论述,他认为"遮断效"是区别于"既判力"和"争点效"的第□种效力□态。它□□于既判力是因为:既判力产生于标识诉讼标的(裁判标的)的判决主文中的判断事项;而遮断效产生于□事□具有"□□解决期□"的争议事项,它□□于□诉□诉讼标的(判决标的)的范畴,□对□作出判断,□判断□论应位于□诉确定判决□判决理由□分。它□□于争点效是因为:争点效的赋予,以后诉所涉及的争议事项在□诉程序已□□□充分□理和实质性判断为限;而遮断效□是□于诚实信用原□□赋予□事□于□诉程序中有"□□解决期□"的争议事项,而□争议事项在□诉程序中并未□□充分□理,亦未□□实质性判断。从这一□面上讲,"遮断效"概念已对"争点效"概念构□了实质性□□。

新堂幸□提出争点效及遮断效概念后,在□本□事诉讼法学界□了□然大□,众多学者□与了□理论的研讨和论证。[51] □□理论并未在实务□□□□足够的支□。□□新堂幸□本□□□,"作为判例而言,从下级□的□面□□,对争点效□肯定与否定的判例□占一半",□□也□□□□认,□本最□裁判所的判例□本上否定了争点效理论,而最具□□性的判例是"最□裁判所第□□法庭 1969 年 6 月 24□的判决"和"第一□法庭 1973 年 10 月 4□的判决"。[52]

□、预决效力与先决效力:争点效□本土归化路径

(一)制度构想

有关既判力□□□范围□判决理由中□判断事项扩□的理论探□,□少说明了这样一□现实,□

〔50〕□注 45 引书,第 505 页。
〔51〕□注 45 引书,第 493 页。
〔52〕□注 45 引书,第 494 页。

因追 理论体系的 在逻辑统一, 统 既判 客观范围理论 在一定程度上脱离于诉讼实践。为摆脱这一困境,必须对其作出修正。 国的民事诉讼法学理论体系,也应对此困境 见性的关 ,进而 导 来的民诉法典修订。然而, 国的既判 理论研究和制度 计 于起 段,理论体系尚 系统构建,立法入典更 提上日程。因此,研究的起点应是如 “ 基”而非 “批判”。所以, 国现 段对既判 客观范围的 讨,依然应重点 □于其“基础理论体系”。即使 到其 统界定模式的缺陷,意图寻 既判 客观范围的扩张,也应以基础理论体系的稳固为前提。

因此,在 国当前民事诉讼理论研究和立法现状 背景下,就民事判 理由 效 问题的 索,应坚 个基本理念。其一,要避免德国 扩张模式的□ 成规,即不能满 于中间确认 诉制度的 段性补救功能,也不能基于对“意思关 理论”和“矛盾关系扩张理论”的机械模 而□然 判 理由中的判断事项以既判 ,因为 将使既判 理论和制度陷入□化的自 循环,失去应有的发展前景。其 ,要避免日本 扩张模式的过度激进,即不能照□ 加性效 扩张理论、 点效理论或□断效理论的学说体系,□然打造□□性的基本概念,因为 将冲击既判 概念和理论体系的稳定性和统一性,进而□□既判 理论和制度的生 基,阻碍 国民诉立法 既判 制度的系统构建。所以,不□在德国与日本 扩张模式 间寻 一条中间路线, 判 理由中 判断事项以一种□性的程 法效 ,以实现价值 向上的有机兼 ,在有 度地扩张既判 客观范围的 时,维持既判 理论体系的稳定和统一。

综上,笔者提出以下 项制度构 :

其一, 判 理由中 事实判断以 效 ,即在判 确定后,以形式上 确定 为基础,其判 理由中就案件所涉及 主要德的更究的以判断进从论结论更和究论学论效论更更研更和究论学论上学和研更论研更上研

第 , 判 理由中 法律判断以 效 ,即在判 确定后,

□□□□□审□□□□□□□□。[57]

□□,笔□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□,□□“□□□”□□□□□□□□让□□□□□□□□“□□□□□”□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□属□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□途径。□□,□□□□,□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□诉讼□□□□□□□,□□备□□□般□□□□□□□□。□□,□□□□□□□柔□□,□非绝□□。□□,□□□□□□□□□□般□□,□□□□□□仍□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□翻。故□,□□□□□□□免□□□□□□绝□□。恰□□□□□□□□,□□□□□□□□□“□□免□□□□,□□□□□□□□翻□□□,显□□属□□□□□畴”。[58]

□□□□柔□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□:□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□(□□□□□□□□依□□□□□□)□□□□□□。□□,□□诉讼□□□□□□□□□□□□穷□诉讼□攻防□□。□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□“□□□”(□非“□□□”)□。□四,□□□□□□□□□□□□□援□□□□□□□□□□□□□□□□□。

□□□□□□□□□□□□□援□□□□□,□□□□□□□□□□:□□,□□□□□□,援□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□免□举□。□□,□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□抗□□□□。□□,□□□□□□□□□□□□□翻□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□翻□□□□,□□□□□□□□□□□□。□四,□□□□□□□□□□□□□□援□适□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□“□□□准□”□□□。□□,□□□□□援□适□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□双□□□□□,□准□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。

(□)□□□□:□□□□□□□□□□断

□谓□□□□□“□□□□”[59]□□□□□,□□□诉讼□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□诉讼□□□□□□再□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□状□、□□□□□□□□□□□□□□依□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。

□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□,□□□□□□诉讼□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□。□□,□□□□□□□□□绝□□,□□柔□□、□□依□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□属□。□□□□,□□,□级□□□□□□□□□□□□□□□□□级□□□□□□□□□□□□□□;□□,诉讼□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。

□□□□柔□□、□□依□□□□□□□□□,□□□□□□□亦□□□□□□□□□□□□:□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□谓□□□□□□□,□□□□□□□,□□□(□□□□)□□□□□□□□□□、抗辩□□□□□□□□适□□□。□□,□□□□

〔57〕［□苏□］□□钦:《苏□□□□诉讼□□□□》,□柴葛□,□《苏□□□□□□杂志》1956□□5□,□53□。

〔58〕叶□□:《□司□□知》,□《□□□□》1996□□4□,□22□。

〔59〕□□□“□□□□”,□□□□□□□□□□□□□□“□□□□□□□□□□”、“抗辩□□□”□“甄□□□□□□□□□□□□□”。

主要(但　仅是)产　于判决理由中的“先决性法律关系判断”、[60]“抗辩　判断”[61]和“甄别法律规范判断”。[62]　　,先期诉讼　事　已就　主要法律争点穷尽诉讼　攻防　　。　　,判决理由就主要法律争点的判断　论是“实质性”(而□“程序性”)的。　□,　事　　于后续程序中提出□引　项判断　论　先决效力的程序主　。　五,先期诉讼在程序□性位阶上　低于后续程序。[63]

　　事　　于后续程序中　功□引先决效力,　法律效果则　现为:　一,在后续程序中,□引先决效力的一方　事　,　就　主要法律争点□除主　责任。　　,对方　事　　再行提出与先决效力相冲□的主　　抗辩,裁判主体亦　　出与先决效力相冲□的判断　论。　　,先决效力需□引□　既判力　时　范围的制度方　,在时　维度上以　诉　“判决基□时”为界限;　□,先决效力需□引□　既判力　主　范围的制度方　,在主体维度上限于确定判决　双方　事　　,并□　既判力主　范围　扩　制度　　方主体扩　。

　但是,需要特别强　的是,　为一种柔性的、　有□　性的效力,先决效力的　功□引,　以先期诉讼在程序□性位阶上　于后续程序为　提。　体　讲,　一,后续行政裁决程序中,　事　功□引先期诉讼确定判决的先决效力,但　　于后续诉讼程序中□引先期行政裁决的先决效力;　,后续低级别法　诉讼中,　事　　功□引先期高级别法　确定判决的先决效力,但　　于后续高级别法　诉讼中□引先期低级别法　确定判决的先决效力。

(四)与争点效的逻辑区分

　以上提出　预决效力和先决效力,与诉讼法学界引　注目　饱受争议的“争点效”概念比较,既有本　　系,也有本质区别。[64]

　所□本　　系,　概括为□　方面:

　一,　者□是指确定判决　判决理由中的判断事项所产　的效力。所□争点效,　在　诉双方　事　已就某主要争议事项　　实质性程序对抗,法　也对　争议事项进行了充分□理并　出了实质性判断时,确定判决　判决理由中的判断　论所　有的禁止后诉中　事　为与　相冲□　主　法　为与　相冲□　判断的“通　力”。所□预决效力,是指判决理由中　事实判断的效力,　先期诉讼　确定判决已就某主要事实争点于判决理由中　出判断和认定,　　项事实在后续　诉讼　　他程序中再次　　争议时,后续程序　　事　　再□证,而由裁判主体　据　事　的主　对　项争议事实　出与先期确定判决一　的判断和认定。所□先决效力,则指判决理由中　法律判断的效力,先期诉讼程序　确定判决已就某项主要法律争点于判决理由中　出的判断和认定,　　项法律争点在后续　诉讼　　他程序中再次　　争议时,后续程序　裁判主体应　　为判断法律关系状态、确定　利义务内容的先决性□据,并对法律关系争议　出与　一　的判断和认定。

　　,　种效力　态的提出,□　于既判力□　范围　传统制度方　的内在[redacted]缺　。　□求理论体系的内在[redacted]统一,传统　既判力□　范围理论已在一定程度上脱□于诉讼实践。就　,德国诉讼法学界　　以既判力概念体系的□定和理论体系的统一为基本　提,　求既判力　□　范围　判

〔60〕　所□“先决性法律关系判断”,　确定判决　判决理由中就系争诉讼标的　　提性法律关系所　出的判断。

〔61〕　所□“抗辩　判断”,　确定判决　判决理由中就以实体法上的抗辩　为基　的　利性抗辩所　出的判断。

〔62〕　所□“甄别法律规范判断”,　确定判决　判决理由中关于诉讼　实体法律规范□　　的论证和判断。

〔63〕　所□“程序□性位阶”,　特定程序的效力　级。　体而言,诉讼的程序□性位阶高于行政程序,高级别法　诉讼的程序□性位阶高于低级别法　的诉讼。

〔64〕　邵明:《论法　　事预决事实的效力及　采　规则》,《　　□法·应　》2009　　15 期,　94　。

决理由中判断事项的扩张。日本诉讼法学界则提出了更为激进的理论进路,试图创设新的概念和研究范式,从而为判决理由中判断事项创设某种 于既判力的制度性效力。争点效概念正是在这一逻 □ □ 下产生的。而本文的制度构 及预决效力和先决效力概念的提出,则是尝试为争点效理论 求一种本土化的逻 路径,并力求避□德国扩张 式的墨守成规和日本扩张 式的过度激进。

, 种效力 态在程序法理基础和制度功能取向上存在共性。首先, 者□以诚实信 与 则的程序理念为 基础,以避□就 一争议事项的矛盾判断为 趋向; 次, 者制度功能□仅限于判决效力"□极 " 态,并 阻止涉及 一争议事项的后诉进入诉讼程序,而 要求后诉程序中的当事 和裁判主体□□ 诉判决理由就 争议事项 出的判断结论;再次, 者 范围的判定□ 以诉讼标的(判决标的)的范围为基□。

□, 种效力 态的程序 行逻 存在共性。首先, 者的赋予和□引□需以相应的程序性要件为 提; 次, 者 主 范围的界定□需□引□ 既判力主 范围的制度方 ,在主体维度上限于确定判决双方当事 间,并□ 既判力主 范围扩张制度向 方主体扩张。

所□本质区别,亦可概括为□个方面:

一,争点效并 区分争点的性质,预决效力和先决效力则要区分争点的性质。预决效力产生于判决理由中就主要事实争点的判断和认定,而先决效力产生于判决理由中就主要法律争点的判断和认定。所□主要事实争点,应 广义理解, 据 件所涉及要件事实及 所□据基础证据。所□主要法律争点,亦应 广义理解, 据(但 限于)先决性法律关系争议、抗辩 争议和法律规范□ 争议。

,争点效概念强 判决理由中判断结论的刚性确定力,而预决效力和先决效力则□出判决理由判断效力的柔韧性和程序性。争点效理论意在赋予判决理由中的判断事项以一种通 的确定力,进而 界定为: 诉确定判决在判决理由 分就某争议事项所 的判断结论所具有的禁止后诉中当事 为与相冲□主张或法 为与相冲□判断的"通 力"。但在本文的论证体系中,预决效力是一种证明争议事实的程序法效力,因 源于先期诉讼程序的规范 ,而具备 于一般证据的证明效果,但它是柔性的、而□绝对的,是可以 更强有力的证据所推翻的;先决效力虽具有决定法律关系性质和内容的效果,但本质上亦源自先期诉讼程序规范 ,是一种程序法上的效力,它也 是绝对的,而是柔性的、具有□ 性的。

,争点效需□引□ 既判力时间范围的制度方 , 范围在时间维度上以 诉"判决基□时"为界限。而预决效力 需要在时间维度上□引□ 既判力时间范围的制度方 ,后续程序中提出相 证据也 需要受"判决基□时"的限制。

□,后续程序对先期判决争点效的□引无 考虑程序□性的位阶关系,而先决效力的成功□引却 以先期诉讼在程序□性位阶上 于后续程序为 提。就先决效力的□引,具体 讲, 一,后续行政裁决程序中,当事 可成功□引先期诉讼确定判决的先决效力,但 可于后续诉讼程序中□引先期行政裁决的先决效力; ,后续低级别法 诉讼中,当事 可成功□引先期高级别法 确定判决的先决效力,但 可于后续高级别法 诉讼中□引先期低级别法 确定判决的先决效力。但争点效的□引,无 考虑这一因 ,即便后续程序□高级别法 诉讼,亦可□引先期低级别法 判决的争点效。

五、结论:民事判决　效力谱系的修正

决　　效，　　图　传统理论认为,对民事判决效力的谱系化认知　以“判决的确定更和论和更学上更和点论学更论论论新新点以进

1 图

认为

，

示

“ 决

理确 判

决 谱　　效　认　　示　　，

以上诉的方法请求上级法院 判决废弃与变更的效力,此即判决的 式上确定力。[69] 我国现行立法所 “判决生效”,[70] 相 于“判决确定”的意思。因此,有台湾学者指出,“大陆民事诉讼法并无‘确定判决’ 用语,所 ($Â 发生法律效力的判决’实为确定判决”。[71]

第 Š,p 确定判决 判决理由的效力——预决效力和先决效力。

在判决确定后,以 式上 确定力为基础, 判决理由中就主要事实争点的判断和认定结论产生“预决效力”,就主要法律争点的判断和认定结论则产生Ž 先决效力”。

所谓判决理由中 事实判断和 1 5 研究上和学究论点以义关点究研论点规以义确点论方论更更研方点以义定点究论点规方

□形成□决,其□□则□□□将来□民事□□□□状态□□□□□□□,其□□□□则□□形成□□民事□□□□或变□、消灭□□□民事□□□□。[77] □□透□裁□□变□、形成□□□□□□□状态□□力即□裁□□形成力。[78] 又□□□称之□“□决之创设力”。[ ] 79

所谓执□力,即当□□□决□□□包含给付□内容,□□务人又□□□□履□时,当事人可□□向□□申请□□执□□□力,[80] 即□□□决所□备□,使其所包含□给付□内容得□□□□□□力。[81] □□□□将其□□□“□□□执□□□给付□决所宣告□给付□务□□力”。[82]

The Logical Origin on Comparative Law and Localization of Issue Preclusion

Ding Baotong

Abstract: To analyse the effect of civil judgment systematically, we should not only distinct determined civil judgment from un-determined civil judgment, but also differentiate between text and justification in a determined civil judgment. In the justification of a determined civil judgment, the fact judgment possess preliminary effect and the legQ T m f f t

论美 《模范刑法典》的犯罪论体

□ □*

摘 要:20 □□以来,两大法系□□论体系形成了□种模式,即两分制、□分制与□分制。□通法采取的是两分制□□论体系,但这种□□论体系存在较大缺□。与□通法两分制□□论体系不同,美国《模□□法典》采取了一种□分制□□论体系,其□□了□通法两分制体系的缺□,因此□为□学。《模□□法典》□分制的□□论体系和德国□法的□阶层□□论体系无论在形式上□是在实□上均存在共通性。□阶层□□论体系具有体系性、□□性和实用性的优势。作为我国通□的□要件□□论体系存在体系性不足、□□性不强和实用性不佳等重大缺□。从□□来□,我国应当采用□为□学的□阶层□□论体系。

关键词:《模□□法典》 □通法 两分制 □分制(或□阶层)

一、 的

在我 近十多 的刑法学研究中,犯罪论体 一 是争论的焦点。犯罪论体 之所以如 重 ,乃是 为刑法事 民的 命、自由、财 、资 为重 的法益, , 查 行为人是 构成犯罪必须慎之又慎,这 求司法 必须遵循一套 符 逻辑又 实 的犯罪 查体 即犯罪论体 。论 论体 体 刑

发展

□邦□□□,□▫均□□□□刑□□,□邦政▫□□单独□刑□□□[《□□□□》□18 编(US Code Title 18)],□□□注□□□,绝□多数▫□刑□□□□□邦刑□改革均□□《□□刑□□》□□刻□□。□□□□,《□□刑□□》□□▫□□□□邦□□□刑事审□□务□□□□□□□□□,□▫□司□□例□《□□刑□□》□□□□□□□力□□□□□援引。□□,□《□□刑□□》□□□下,□□□刑□□□逐▫走□□熟,□□□□□杰□□刑□□□□。〔3〕□某□□□□,《□□刑□□》□□□□“□□刑□”□□□□。

《□□刑□□》□所□□□□□□□□□□□□□□▫□□□,显然□□□□□诸多□□□无□□。无□□□宏□□□□□□□□(例□《□□刑□□》□设□□□□整□□□□□□□□□□□□)□□□微□□□□□□□□(例□《□□刑□□》□□□犯罪□态□类□□,□□□□□□□□□□),《□□刑□□》□□▫▫□□□□□□□□□□□。〔4〕□□□所探讨□□□□□□□□□□□:□刑□□□□□□犯罪□□□□□,〔5〕《□□刑□□》□□亦□□独□□□?□□□□著□刑□□□▫治·弗莱彻(George P. Fletcher)□□□,□20□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□务□逐▫□□□犯罪□□□□□□□□,□四□□、□□□□□□□□。〔6〕□□□犯罪□□□□□□□□□□□□□。□□□□□,□常□□犯罪□□□□括□□□件,□犯罪□□(actusreus)□犯罪□态(mensrea),□□□□犯罪□□□侧□,□□□□映犯罪□内□侧□。〔7〕

□□□(□□□阶□)□□□□犯罪□□□,□□□犯罪□□□□□□□□□阶□□□□,□□□□件▫□□□、违□□□罪▫。所谓□□□件▫□□,□指□□□□▫□刑□□□□□□□□刑▫□□所□□□某□□□□件(□括客□□□□□件□□□□□□□件)。▫□□□□件□□□□常□违□□,□□例□情▫下,□□存□□□□事□□□□▫卫、▫▫▫▫□□□害□□□□,□□□排除□□□违□□。□□□▫□□□□件□□▫违□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□罪▫(例□□□达□刑事▫任□龄□□□□□▫刑事▫任□力),□□□□□□□谴▫□。□□,□□□件▫□□、违□□□罪▫□□□□□□□递□□□□,□□□□只□□□□□述□□阶□□审查才□□□□□□

〔3〕□□《□□刑□□》□□述□□,　Sanford H. Kadish,　:　,87 Cal. L. Rev. 943, 948 – 951 (1999).

〔4〕□□《□□刑□□》□□□□□,　Paul H. Robinson & Markus D. Dubber,　:　,10 New. Crim. L. Rev. 319, 319 – 341 (2007).

〔5〕“犯罪□□□”(Verbrechensaufbau)□□□刑□□□□□,□□□刑□□□,□□□□□□□□□□□□□“刑事▫任□□□□”(structure for analyzing criminal liability)。□□□□□□□□□□□,□然□□□□□□□□□□□,□么□□□刑□□□□“犯罪□□□”□指□□□刑□□□□“刑事▫任□□□□”,□□□□□□□□□。

〔6〕George P. Fletcher,　20　,2 Theoretical Inquires in Law 265, 268 – 273 (2001) [hereinafter Fletcher,]. 除□□□□□□□□,▫治·弗莱彻□□□□□□所谓□整□(holistic)犯罪□□□,　George P. Fletcher,　:　,　(　:　) 55 – 58 (Oxford University Press 2007) [hereinafter Fletcher,].

〔7〕　,　, Wayne R. LaFave,　157 (West 2003); Joshua Dressler,　85 (5th ed., LexisNexis 2009); Richard G. Singer & John Q. La Fond,　37 (6th ed., Wolters Kluwer 2013); Andrew Ashworth,　83 (7th ed., Oxford University Press 2013); Paul H. Robinson & Michael T. Cahill,　114 – 117 (2d ed., Wolters Kluwer 2012).

成□□。[8]

□分制(或者□要□)是前苏联的□□论体系,主张□□的成立应当具备□□□体、□□□观方面、□□主体和□□主观方面等□个要□。□国通说也采取□分制(或者□要□)的□□论体系。[9]□分制(或者□要□)的□个要□之间是一□俱□、一荣俱荣的平面耦合关系,□要缺乏其中□□一个要□,□□就不能成立。在这□个要□之中,□□□观方面和□□主观方面可以分别对应于两分制的□□行为与□□心□,但与两分制不同的是,□分制(或者□要□)承认□□主体与□□□体的□立地位。其中,□□主体主要处理□□责□年龄(□如□成年)和□□责□能□(□如精□病)的问题,而□□□体这个□特的范畴是□□□□□□而由□法□保□的社会关系。此外,在□分制(或者□要□)体系之□,正当化□由(正当防□与紧急避险)被作为"□□□□性的□由"而置于体系之外,□法□入到上□□个要□之中。

那□,作为当今英美□法之□大成的美国《模范□法典》,到□采取了□一种□□论体系呢? 本文的目的即在于通过比较法的□□来回□这一问题,以便为□国□□论体系的□论和选择提供参□和借□。

二、普通法两分制□□论体系及其缺陷

75ç TD (ö)Tj /F10 1 T 0 Tr 7.762803 0 0 7.762803 0 -6.598383 Tm 49.162505 0 TD (5 TD (ö)Tj 0.5 0 TD (æ)Tj /.5 0 TD80 TD (ë)Tj 0.612499 0 TD ( )Tj 0.4375 0 TD ( )Tj 0

从历史渊源上看,普通法的两分制□□论体系可以□溯到 17 世纪爱德□·科克(Sir Edward Coke)爵士的一句□"actus not facitreus nisi mens sit rea"(直译为:如果意图不是邪恶的,那□行为就不是邪恶的),[10]其含义是:□有□□行为和□□心□都□在时,□状□能得到满□。[11] 至于□□的抗辩□由(defense),□如正当防□、紧急避险、精□病、□成年等,则是被置于□□要□之外的,由此形成□□要□(offense)与抗辩□由(defense)相□并□的两大范畴。[12] 此外,在普通法上,虽□在术□上将抗辩□由□分为正当化□由(justification)与宽宥□由(excuse),但两者之间的□分被认为并不重要。[13] 由此可见,普通法两分制□□论体系具有两个特□:第一,□□要□□包含□□行为与□□心□,而抗辩□由是□□要□之外的□立范畴;第二,在抗辩□由中,不□分正当化□由与宽宥□由。但是,普通法两分制□□论体系在这两个方面都□在一定的缺陷。

(一)犯罪要件与抗辩事由的并列及其问题

□□,在普通法两分制□□论体系之□,□□要□□包含□□行为与□□心□,□致□有抗辩□

〔8〕 关于德国三分制(或者三□层)□□论体系的英文文□, George P. Fletcher, 575 – 579 (Little, Brown and Company 1978); Wolfgang Naucke, , 1984 (3) BYU L. Rev. 305, 305 – 321. 德文文□,Vgl. , Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, S. 194 – 197; , Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2011, S. 62 – 72.

〔9〕 参见高铭暄、马克昌主□:《□法学》,□□大学出版社、高等教育出版社 2011 年版,第 47 页。

〔10〕 George P. FlSnhter

〔11〕

〔12〕

〔13〕

□都处□犯罪□□□之外,□至□抗辩□□□犯罪□□□之□□□□个“□□□□□□。”。[14] □个犯罪□成□当□□□□备犯罪□□□犯罪□□,但□不意味着□□□备□犯罪□□□犯罪□□□□成犯罪;□□,如□□□抗辩□□,犯罪□成□□可□被□□。换□之,犯罪□□□犯罪成□□必□□□,□非□□□□。□□,将抗辩□□置□犯罪□□之外□两□□犯罪□□□□不□□个完□□结□,□□不□□□完成审□犯罪□□成□□□□。

其□,□普□□两□□犯罪□□□之□,犯罪□□□包含犯罪□□□犯罪□□,抗辩□□则□□犯罪□□之外□□畴,□显□□普□□□抗□□□□诉讼模□不□□□。□□抗□之□,抗辩□□不□被□□犯罪成□□□素来□待,□□被□□□□□□□或□□□□□来处□□。如□□个□□符□□□个犯罪□罪状,那□□□表□□(prima facie)□□□可罚□。□□□□抗□之□,□□官□被□人享□平□□□□,□□如□被□人可□□□□□抗辩□□,□可□□翻□□表□□可罚□,□□获得□罪释放□□□。[15] 但□,两□□犯罪□□□□□将犯罪□□□抗辩□□□列□□□可□□□致□□□□,即□□□诉讼□,□□官负责□□“犯罪□□”,□被□人则负责□□“抗辩□□”。□□□,□美□□□□诉讼□,□□责□□□担绝不□如□□□□□□。美□□□诉讼□□□□责□包□责

重要。[18]

但是,普通法不□分正当化□由与宽宥□由的做法,不□不符合人们的□德直□,而且与普通法的相关规范□在冲突。□□,正当化□由和宽宥□由□包含的□德意义是不同的。当一个人因为正当防□而杀害了侵害人的时候,即使是普通公民,也会认为防□人是有权利这□做的,防□行为在□德上是值得赞许的,而且,□法也鼓励防□人在遭受侵害的时候实施防□行为。但是,当一个精□病人杀害一个□辜者的时候,普通公民既不会认为这□的行为是有权利的行为,也不会认为它在□德上是值得赞许的,□是因为行为人□在精□缺陷,□以□们要原谅他。由此可见,正当化□由和宽宥□由的□德意义是不同的,对于具有强烈□德性的□法而言,绝不能□□两者之间在□德意义上的差异。其□,对于□犯的认定来说,正当化□由和宽宥□由的□分也具有重要的意义。按照普通法的原 ,当一个人帮助或者教唆另外一个正在实施正当防□的人并且造成侵害人死亡或者受伤害的情况□,因为防□人有正当化□由,□以帮助者是□罪的。但是,如果一个人帮助或者教唆一个精□病人去杀害他人的话,在这种情况□,由于精□病人□具有的□是宽宥□由,□对其自身产生作用,因此帮助或者教唆的行为仍□是犯罪。最后,按照普通法的原 ,正当化□由与宽宥□由的溯及□是不同的。□如,当一个人在实施□个行为的时候,他的行为被规定为一种正当化□由,但是在其接受审判的时候,这种正当化□由□经被法律□取□了,在这种情况□,行为人仍□可以援□该正当化□由为自己脱罪。但是,如果行为人在实施行为的时候□具有的□是一个宽宥□由,而在其接受审判之时,该宽宥□由□经被法律□取□,那□行为人就不能援□这一宽宥□由为自己脱罪。[19]

三、《模范□法典》三分制犯罪论体系及其展开

由上可知,普通法两分制犯罪论体系□在两个方面的缺陷:第一,将抗辩□由作为与犯罪要□并列的范畴,不□会造成两分制犯罪论体系缺乏审□犯罪的完□性,而且会□致对于犯罪要□和抗辩□由的证明责□的□解;第二,在抗辩□由之中不□分正当化□由与宽宥□由,既不符合人们的□德直□,也不符合普通法的相关规范。那□,作为英美□法之代表的《模范□法典》,是否沿袭了普通法两分制犯罪体系呢?

(一)《模范刑法典》第 1.02 条第 1 款(a)和第 1. 13 条第 9 款

对于 解《模范□法典》的犯罪论体系而言,第 1.02 条第 1 款(a)和第 1. 13 条第 9 款是至关重要的。

□□,第 1.02 条第 1 款(a)规定,规定各罪状的各条款的一般目的如□:(a)禁止和□防□正当□由或者□宽宥□由而对个人利益或者公□利益造成实质危害或者有造成实质危害之危险的行为。从表面上看,这一条款主要是关于《模范□法典》目的的规定,但从中□可以推□出一个关于犯罪的定义,即犯罪是□正当□由或者□宽宥□由而对个人利益或者公□利益造成实质危害或者有造成实质危害之危险的行为。这一犯罪的定义实际上包含犯罪成立的三个要□:第一,犯罪是对个人利益或者公□利益造成实质危害或者有造成实质危害之危险的行为;第二,犯罪是□正当化□由的行为;第三,

〔18〕 George P. Fletcher, , 98 Harv. L. Rev. 949, 949 – 983 (1985).

〔19〕 Dressler, note 7, at 218 – 221.

犯罪□无□宥事□□□□。很显然,□《模□刑□典》□□犯罪□□□□,不仅包含□普□□□□犯罪□件,□□包含□普□□□□抗辩事□(无正当□事□或□无□恕事□),□□□□□□□□普□□□所不同。

其次,如□□《模□刑□典》□1.02 □□1 □(a)只□□侧□□犯罪□件□□□□□,那么□1.13□□9 □则□正□□犯罪□件□□□□□□□□。□1.13 □□9 □□□,"犯罪□件"□指下列(ⅰ)□样□□□,(ⅱ)□样□附随情□,或□(ⅲ)□□□结□:(a)其包含□罪□所描述□被□□□□□;或□(b)其□□□必□□犯罪□态类型;或□(c)□□□该□□□□个□宥事□或正当□事□;(d)□□□基□时□□□抗辩;或□(e)□□管辖权或□审□□。□□□□□可□看□,《模□刑□典》□□"犯罪□件"不仅包括□□□件,□包括□序□件。根□《模□刑□典》□1.13 □(10)□□□,"□□□件"(material element)□指□非专门□时□、管辖权或□审□□或□任何其□同样□(ⅰ)□□该犯罪□□□□□□□□□害或□罪恶□□□□□附带□□,或□(ⅱ)该□□□正当□事□或□□宥事□□存□无□□事项□□□□件。□□意味着,□1.13 □(9)□(a)、(b)、(c)属□所谓□"□□□件",□□1.13 □□9 □□(d)、(e)则属□所谓□"□序□件"。□□□1.13 □□9 □(a)、(b)、(c)□□犯罪"□□□件"□□□□看,犯罪□成□包括三个□□□件:□□,□□罪□□犯罪□□(criminal conduct);□二,犯罪□□无正当□事□;□三,犯罪□□无□宥事□。[20]

□□可见,《模□刑□典》□1.13 □□9 □□□犯罪□□□件□□□□□1.02 □□1 □(a)□□犯罪□□□□完全□致□。□□□述两个□□,我□可□□□,《模□刑□典》采取□□□三□□(或□三阶层)□犯罪□□□:□□阶层□□□□,□□□□□□罪□□各个□素,即□□存□□个人□□或□公共□□造成□□危害或□□造成□□危害之危□□犯罪□□;□二阶层□□□□该犯罪□□□□□意□□□□违□,即□□□□违□□(无正当□事□);□三阶层□□□□□□人□□□其□□正当□事□□违□□□□□□谴□,即□□人□□□□罪□(无□宥事□)。下□根□《模□刑□典》□□□□□来简□□述三个阶层□□□□素。

(二)第一阶层:(符合罪状的)犯罪行为

根□《模□刑□典》□□述□□,犯罪成□□□□阶层□必须存□□□罪□□犯罪□□(criminal conduct)。□当注意□□,□里□犯罪□□□□个□□客观□件□□观□件□阶层,□当□普□□两□□犯罪□□□□犯罪□□□犯罪□态□□□。□□□□,□□罪□□犯罪□□包含□下两个□素:

1. 客观要件

《模□刑□典》□□□犯罪客观□件□□包括□□、危害结□、附随情□□□□□□□。

首先,《模□刑□典》□□□"无□□即无犯罪"□基□□则,□□□则□□□《模□刑□典》□2.01□□1 □:任何人,除非其□任□基□包含□个□意□□或□不□施其物□□□□□□不□□□□,不□成犯罪。按照□个□□,如□□□□施□□或□不□□□话□不□成犯罪。根□"无□□

〔20〕 □□□□任□□,《模□刑□典》□1.12 □□1 □□□:"除非犯罪□每个□件得□排除□□怀□□□□,任何人不得被□□□□成该罪。□□□□□□之时,□□被告人无罪。"□□抗辩事□属□《模□刑□典》所指□"犯罪□件",□□□则□抗辩事□□□□□任□检察□承□。当然,《模□刑□典》□1.12 □□2 □□积□抗辩□□□□任□□□例外□□,□求被告人承□□□□□□□任。但□,□当注意□□,即使□□被告人承□积□抗辩□□□□任□情□下,□举□□任□□,被告人只□□□□"支持该抗辩之□□"(《模□刑□典》□1.12 □□1 □a项)即可,□不□□达□优势□□□□□;□□服□任□□,则□然□检察□承□,□□必须达□排除□□怀□□□□。□□□《模□刑□典》□检察□□□□任□□求□□准□普□□□□严□。

即无□□”的基本 则,单纯的 想不是行为,单纯的身份或 单纯的地 是不能构成□□的。[21] 根 《模范刑法典》 2.01 条的规 ,行为的形态主 包括 为(act)与不 为(omission),外还明 规 了持 (possession)。

一, 为。在普 法上, 为是 基本的行为形态, 则上□□的成 都 求 为,不 为则被为是一 例外的行为形态。[22] □□《模范刑法典》 2.01 条, 为 核心的 件是“ 意 ”(voluntariness),这与普 法的 求是一致的。[23] 当然,《模范刑法典》 从正 1 释什么是“ 意 ”, 是从 □□了不 “ 意 ”的那 □止,包括(a) 射运 或 痉挛;(b)在无意识或睡眠状态下的身体运 ;(c)处于催眠状态下的 或 催眠中的暗□所引起的 ;(d)一 身体运 ,在 外的□况下其 □行为人 意识或 习惯 的□力或 决意的 物(《模范刑法典》 2.01 条 2 款)。这 细致的规 方 可以为□法实 中 某 □止是 意 , 是 构成 为 供相当明 的指引。

二,不 为。如前所述,相 于 为 ,不 为□于例外的行为形态。《模范刑法典》 2.01 条 3 款规 ,实□一项□□的责任不得以未实□行为的不 为为根 ,除□规 该□的法律明 规 不 为足以构成该□,或 法律 行规 了实□所不 为之行为的义务。根 这一规 ,《模范刑法典》将不 为的法律义务分为两 类型, 一 类型称之为 的不 为义务(direct omission),即刑法典 规 某 不 为构成□□; 二 称之为间 的不 为义务(indirect omission),即民法、□权法 规 某 不 为可以构成□□。[24] 于 的不 为规 在刑法典之中, □不太 的争议,但 于民法、□权法 规 的不 为义务,则存在其是□ “ 法 则”(principle of legality)的讨论。[25]

三,持 。除了 为与不 为以外,《模范刑法典》 2.01 条 4 款还规 了持 :持 构成本条所称的行为,如 持 人明□其获得或 □受被持 物,或 其意识到 被持 物的控制□到了足以能够终止该持 的 间。在英美刑法 论上, 于持 到底□于 为还是不 为,甚或是一 独的 三 行为形态,是存在一 争议的。[26] 从《模范刑法典》的这一规 来看,持 可能是 为(“如 持 人明□其获得或 □受被持 物”), 可能是不 为(“或 其意识到 被持 物的控制□到了足以能够终止该持 的 间”)。以持 赃物□为例,如 明□是赃物 购买, 是 为型的持 ;如 购买的时候不□道是赃物,过了一段时间才□道,但□道之 不 时上交 继续保 □到一段时间, 是不 为型的持 。[27]

其次, 于□□的成 ,□□结 是一个必不可少的 素。除了被□人□亡、人身伤□、□□坏 实□结 以外,《模范刑法典》还承 一 □险结 。例如,《模范刑法典》 211.2 条(轻□地使 人处于□险状态)规 ,行为人轻□地实□使 人处于或 可能处于 受□亡或 严重身体伤□的□险状态的行为的,成 轻□。无论行为人是 相信已经 填子弹,明□地将枪支指向 人或

〔21〕 Dressler, note 7, at 96 – 99.
〔22〕 Robinson & Cahill, note 7, at 141 – 142.
〔23〕 Singer & La Fond, note 7, at 38.
〔24〕 Dubber, note 15, at 35 – 36.
〔25〕 Robinson & Cahill, note 7, at 144 – 145.
〔26〕 note 7, at 146 – 147.
〔27〕 Singer & La Fond, note 7, at 44.

□□在的方□的,均应□　□具有本条规□的轻率和危险。

再□,□了行为和危害□果以□,许□犯罪的罪状中□有一种要□□□□情状,是□行为□□□□果发生□□客□□在的□种□实,□□行为的□□、地点以及犯罪的对□　,这些要□对于□些犯罪□说□□是□□□少的,□□□具有像行为　要□□□的核心地位,□以□□为□□情状。□□,《□范□法□》第221.1条第2款规□了□□罪,□"行为□在□□侵□他□住□",这□的行为□□是"侵□",□"□□"、"他□"、"住□"就是□□情状。

最后,《□范□法□》□对因果关系作出了明确规□,第2.03条(行为　□果□□的因果关系)□□规□:(1)□在□列□果,没有□行为□会发生□涉□果;以及(a)行为□于□果,没有□行为□会发生□涉□果,以及(b)行为　□果的关系符合本法□者规□犯罪的法律□□□的因果关系要□。这□明《□范□法□》明确□因果关系□分为□□□□,□□实因果关系(条□关系)　法律因果关系:对于□者的判断,遵循□通法上的"□□□者,□□后者"的"But for"□式;对于后者的判断,□按《□范□法□》第2.03条第2款的规□,□□□于特□犯罪的心□:以□□□者明知□□特□□果作为犯罪要□□,□果实□□果□在行为□计□□者□熟的范　□,□非□在特殊情□,[28]□要□□□立;以轻率□者疏□□□特□□果作为犯罪要□□,□果实□□果□在行为□认□的□者在疏□的情况□应□认□的危险范　□,□非□在特殊情□,[29]□要□□□立。这种□法律因果关系　犯罪心□□系在一□的规□方式　□通法广泛□□□□因□的做法□□,□以说是《□范□法□》的另一□□特□□。

2. 主观要件

《□范□法□》在犯罪主□要□(犯罪心□)的规□方　是极具特色的,这主要体现在□□方　:

第一,《□范□法□》□□了□通法关于犯罪心□□规□的混乱状况,□犯罪心□从八□□种□□概□为四种□□,□□□、明知、轻率、疏□。《□范□法□》第2.02条对四种犯罪心□的具体涵义作出了明确规□。[30]

第□,更为□要的是,　□通法对犯罪心□□□"□罪分析法"(offense analysis)□□,《□范□法□》在犯罪主□方　□□的是"要□分析法"(element analysis)。□谓"□罪分析法"是□,□一种犯罪□□能有一种犯罪心□,要□是故□,要□是过失,这种犯罪心□适用于□一□犯罪的□有实体要□,□一种犯罪心□适用于犯罪的行为、□果及□□情状;□谓"要□分析法"是□,对于一□犯罪的□一□□□的实体要□,行为□□能有□□的犯罪心□。"要□分析法"的□据是《□范□法□》第2.02条第1款的规□:□了第2.05条的规□以□,□□□均□构□犯罪,□非□在法律要□的□□、明知、轻率□者疏□　犯罪心□□□实施了犯罪的□□实体要□。

---

〔28〕 这□的□□情□规□在《□范□法□》第2.03条第2款:(a)□据具体情况,实□□果　计□□者□熟的□果的□别□在于受伤害□者损害的□□者财产□□,□者,计□□者□熟的对□□者财产的伤害□者损害比实□发生的伤害□者损害更□□□者更广泛;□者(b)实□□果中□□有计□□者□熟的种□相□的伤害□者损害,并且实□□果的发生并□是过于□远□者过于□□,以□于　行为□的责□□者犯罪的轻□□[适□(just)]关系。

〔29〕 这□的□□情□规□在《□范□法□》第2.03条第3款:(a)实□□果　□能发生的□果的□别□在于受伤害□者损害的□□财产□□,□者,□能发生的伤害□者损害比实□发生的侵害□损害更□□□更广泛;□者(b)实□□果□□□能发生的种□相□的伤害□者损害,并且实□□果的发生并□是过于□远□者过于□□,以□于　行为□的责□□者犯罪的轻□□(适□)关系。

〔30〕 关于这四种犯罪心□的具体□义,□□《□范□法□》第2.01条。

我们可以用一个例子来□要说明“要素分析法”的 义。例如,《模范刑法典》第 213.1 条规定的是强□和相关□□:(1)强□。男性与不是其配偶的女性发生性行为,存在下□□形时,构成强□:(a)行为人以武力或者以即将□成任何人□亡、严重身体伤□、极度痛苦或者实□绑□相威胁,致使 女性屈 ;或者(b)行为人在 女性不□ 的□况下,通过使用药物、致醉物或者令 女性不能抵抗的其他手段,实质减□ 女性对自□行为的理解或者控制能力;或者(c) 女性 于无意识状态;或者(d) 女性不满 10 岁。强□□当然是一个蓄意的□□,行为人对行为和结果 应当是蓄意或明□的,但是对于“不是其配偶的女性”这样的附随□状,□□“要素分析法”就不一定要□到“蓄意”或“明□”的程度,而是□到“轻□”即可,因为行为人对于附随□状完全可以有不 于对行为与结果的□□心态。为了确定某个□□的每个要素的□□心态(特别是在分则条文没有明确规定某个要素的□□心态的□况下),《模范刑法典》第 2.02 条规定了一些具体的规则。 □然,《模范刑法典》的□□心态要素分析使得对行为人主观方面的认定更为精细化。而且,采取《模范刑法典》的要素分析法必定会加大检察官的证明责任,因此会更加有利于对被告人的人 保障。

《模范刑法典》犯罪心态要素分析法[31]

	结果	附随□状	行为
蓄意	行为人有意识地引起 结果	行为人意识到或者希□ □况发生	行为人有意识地 与 行为
明□	行为人意识到行为几□肯定能引起结果	行为人意识到(或者高度肯定)□状存在	行为人意识到行为的性质
轻□	行为人有意识地无视存在一个□□实体要件的实质且不合理的□险,或者无视实质且不合理的□险将产生于其行为	行为人有意识地无视了存在实体要件的实质且不合理的□险	——
疏忽	行为人应当意识到存在一个□□实体要件的实质且不合理的□险,或者 实质且不合理的□险将产生于其行为	行为人应当意识到有一个存在 □□实体要件的实质且不合理的□险	——

(三)第二阶层:违法性(缺乏正当化事由)和第三阶层:罪责(缺乏宽宥事由)

据《模范刑法典》的规定,一个行为符合某个□□的□状,即符合上述□观要件和主观要件,还不足以认定 行为构成□□,还必须进一 □查其是否具备□法性(缺乏正当化事由)和□责(缺乏宽宥事由)。与普通法 分制□□论体系不 的是,《模范刑法典》不仅将抗辩事由全 作为“实体要件”而□入□□要件 中,而且区分了“正当化事由”与“宽宥事由”。《模范刑法典》的起□者们指出,“当我们说某人的行为是‘正当的’,通□是指 行为被认为是正确的,或者 少不是不可欲的(undesirable);而当我们说某人的行为是‘可宽宥的’,通□是指 行为被认为是不可欲的,但出于某种原因,我们不能因 行为而谴责行为人”。[32] 据这种理解,《模范刑法典》规定了紧急避险(第 3.02条)、正当防卫(括自我防卫、防卫他人与防卫□产)(第 3.04 - 3.06 条)、执法(第 3.07 条)、公共义务(第 3.03 条)、特□责任(第 3.08 条)以及 意(第 2.11 条)等正当化事由; 时规定了被胁□

〔31〕 Robinson & Cahill, note 7, at 163 - 164.

〔32〕 American Law Institute, Art. 3 Introduction 3 (ALI 1985).

(□2.09□)、军事命令(□2.10□)、警察圈套(□2.13□)、不知□□(□2.04□□3款)、精神病(□4.01□)□未成□(□4.10□)□宽宥事□。但□,□当指□□□,□□《模□刑□典》□起草□□□□,□□□边缘□□件□,□时候很难精□□区□正当□事□□宽恕事□,[33]□□□□□□□□打算□□两□之间□□□个精准□区□,□只□□持□□□致□□□□区□(a rough analytical distinction),[34]□表□□《模□刑□典》所持□"□□则□□□□□"(principled pragmatism)[35]□□场,即□□□《模□刑□典》□努力保持其□□品□,□□□□则□考虑其□□□际运□□各州刑□□□□。[36]

(四)小结

□□□《模□刑□典》犯罪□□□□考察,我们可以发现,其采取□□□三□□(或三阶层)犯罪□□□。□普□□两□□犯罪□□□不同,《模□刑□典》三□□(或三阶层)犯罪□□□不仅将抗辩事□纳入犯罪□□□件之□,□□□抗辩事□之□□□□□区□正当□事□□宽宥事□,□□□□□避免□普□□两□□犯罪□□□□□述□陷。

四、三□□(或三阶层)犯罪□□□□共□、优势□启示

如前所述,□常□□,采取三□□(或三阶层)犯罪□□□□典型代表□□□。□□□□□□述考察,□□□□英美刑□之典□□美□《模□刑□典》□采取□□□三□□(或三阶层)犯罪□□□,那么,□□□《模□刑□典》所采取□三□□(或三阶层)犯罪□□□□□共□?□其□犯罪□□□(例如两□□或四打打示打打打示打打示打示示示打示示打打打示打打打示打示示打示犯示打打常缘打示打

系的□一个□层□部的要素□有不同(□如在正当化□由和□宥□由的□型上并不完□相同),但这并不影响两者在形式上的□通性。不□如此,两个犯罪论体系的□一个□层□对应的基本原则在形式上也具有□通性:第一,□合罪□的犯罪行为(构成要□□合性)这一□层是为了确保行为违反了一个□法□□明文规定的罪□条□,这是与美国□法的"合法性原则"(Principle of Legality)[38]和德国□法的"罪□法定原则"(NullumCrimen Sine LegeScripta)[39]相对应的;第二,违法性(缺乏正当化□由)这一□层是为了确保一个□合罪□(或者构成要□)的行为实质上侵害了法律□保护的权利或利益,这是与英美□法的"损害原则"(Harm Principle)和德国□法的"法益保护原则"(Rechtsgüterschutzprinzip)相对应的;[40]第三,罪□(缺乏□宥□由)这一□层则是为了确保一个客观上的不法可以正当地□□于一个行为人,这是与英美□法的"应受谴□性"(Blameworthiness)[41]和德国□法的"罪□原则"(Schuldprinzip)[42]相对应的。

其□,从实质上看,□论是《模范□法典》的三分制(或三□层)犯罪论体系还是德国的三分制(或三□层)犯罪论体系,均具□两个实质的□通性:第一,对于□□□□的实体问题,根据一□□一的、"□面的"规则体系来加以□理和排列,没有脱逸于这一体系之外的重要要□,这□中体现在三分制(或三□层)体系不□□盖了本体要□,而且包含了□□□由;不□□盖了积极要□,而且包含了□极要□;不□□盖了行为要□,而且包含了行为人要□。凡是与犯罪成立相关的重要要□,均被合理地安排在三分制(或三□层)体系之□;第二,两者均承认正当化□由与□宥□由之间的□分,以及与这一□分相对应的不法与罪□之间的□分。"发现不法与罪□是作为构筑□法体系与□不同的材□,依照 Hans Welzel(汉斯·□□□□)的看法,这是最□这二到任[illegible]学者在释义学上最为重要的进展。"[43]不法与罪□可谓德[illegible]在

（二）三分制（或三阶层）犯罪论体系的优势

从理论和实践的角度上看，相对于其他犯罪审□体　而言，三分制（或三□层）体　具有以□优势：

第一，体　性。德国□名□法学家罗克□□出，“体　是一个法□国不可放弃的因素。……关于正确体　的问题，不是像经常□说的那□，是一个□用的□□□子□□，而是如□使用正确的法律进行□作的问题”。[48] “体　性构建的□法□认同的是：（1）将犯罪的一般条□的广泛素材都转化为统一的基本概念；（2）将这些基本概念之间的关联明确化；（3）通过对超越于个别案□的可估算的解□方案的发展，以保障法律的平等适用。”[49] □国学者□光权□出，“犯罪论体　是将成立犯罪的各种构成要素加以□□化、有□化排列，并对犯罪成立与否进行合理化、功能性判　的知□　统”。[50] 因此，犯罪论体　并不是简□地罗列犯罪成立的各个要素，而是按照一定的原则将这些要素有机地排列起来，以便法官可以正确地适用□法。相比两分制或四分制（或四要□）犯罪论体　而言，三分制（或三□层）犯罪论体　具有明显的体　性，这主要体现在三分制（或三□层）不□将犯罪成立的要□□部□□在体　之□，而且将这些要□有机地排列在符合罪状的犯罪行为（构成要□符合性）、违法性和罪责这三个范畴之中，从而可以最大□度地防止□法适用的□意性，确保法的安定性。

第二，逻辑性。三分制（或三□层）犯罪论体　不□具有体　性，而且具有□在的逻辑性，这种逻辑性体现三个□层之间□在一种严格的逻辑递进关　：前者的□在不以后者为前提，而后者的□在则必□以前者为前提。概言之，没有前者必□没有后者，反之则不□。在符合罪状的犯罪行为（构成要□符合性）、违法性与罪责这三个□层之间，没有符合罪状的犯罪行为（构成要□符合性），就不可能有违法性，因此违法性以符合罪状的犯罪行为（构成要□符合性）为前提。但具有符合罪状的犯罪行为（构成要□符合性）□必有违法性，如果□在正当化□由，违法性就会被排□。同□，如果没有违法性，就不可能有罪责，因为罪责是以违法性为前提的。但具有违法性□必有罪责，如果□在宽□□由，则罪责就会被排□。不□如此，在运用三分制（或三□层）进行犯罪审□的过程中，严格遵循□实判　□于价值判　、客观判　□于主观判　、形式判　□于实质判　、定型判　□于个别判　的逻辑顺□。[51] 由此可见，三分制（或三□层）犯罪论体　具有强烈的逻辑性，这使得犯罪审□判　的过程更具有可□验性，更有利于保障□判结论的正确性。

第三，实用性。三分制（或三□层）犯罪论体　并不是一个抽象的逻辑体　，而是具有极强的实用性。三分制（或三□层）犯罪论体　不□可以为典型的故意既□的作为犯提供一个逻辑严密的审□体　，而且可以用来审□其他□有特殊的犯罪形□，□如不作为犯、犯罪停止形□（犯罪□备、犯罪□□、犯罪中止等）、□同犯罪等；三分制（或三□层）犯罪论体　不□可以为普通的□□犯罪□如杀人、□□、放火等提供一个完备的审□体　，而且可以用来审□现代社会□面临的极其复杂的网络犯罪、经

〔48〕［德］罗克□：《德国□法学总论·第1卷》，王世洲译，法律出版社2005年，第132页。

〔49〕罗克□：同□37□文，第5页。

〔50〕□光权：《□法客观主义和方法论》，法律出版社2013年版，第13页。

〔51〕参见陈兴良：《犯罪构成论：从四要□到三□层》，载《中外法学》2010年第1期，第68页。

济犯罪□□融犯罪。[52] □□□,□□□(□□阶□)犯罪□□□□□□遍□适□□□□□□□□□。

(三)三分制(或三阶层)犯罪论体系对我国的启示

20□□50□□□□,□□□殊□□□□□□政治□□,我□引□□□苏□□四□件犯罪□□□,迄今□止,□□□□仍然□我□刑□□□□司□□□□□□。□□□□□□,四□件犯罪□□□□□我□刑□□□□□□□□□□估量□□□,□□我□刑事□治□设亦□□□□□估量□贡献。[53] □□,□□□□□□(□□阶□)犯罪□□□□□述共□□□势□□察,我□□□□,四□件犯罪□□□存□□下□□□□□:

□□,四□件犯罪□□□□□□□□□足。□□□□衡量犯罪审查□□□□劣□首□□准,□□□□(□□阶□)犯罪□□□□□□,四□件犯罪□□□□□□□□□显□足。首先,虽然四□件犯罪□□□(□□□□□□犯罪□□□决□犯罪□□□□□□□□□准,□□□防卫、紧急避险□□□□事□却□□□“排除□□危害□□□□”□“排除犯罪□□□□”□置□四□件□□。□□□味□,□□四□件犯罪□□□□,Æ□□□□□□符□犯罪□□,□却□□□犯罪□矛盾状况。□□我□著□刑□□□陈□良□□唐指□□□样,□□□□□所□□四□件犯罪□□□□付□阙□,□□□□□□□□

u

(□刑□

□个要件的□□顺序是存在争议的:通说采取的是“□□□体—□□□观方面—□□主体—□□主观方面”的□□顺序,也有学者主张采取“□□主体—□□主观方面—□□□观方面—□□□体”的□□顺序。在三分制(或三阶层)□□论体系之下,由于彼此之间存在严格的逻辑关系,因此构成要件符合性、□法性和□责的顺序是不可变更的。其次,即使□个要件可以□□一定的逻辑来□□顺序,这种顺序与三分制(或三阶层)□□论体系之下构成要件符合性、□法性与□责之间的位阶关系也是存在根本区别的:□个要件中后一个要件的存在并不以前一个要件的存在为前提,而前一个要件也不能独立于后一个要件而存在。[57] 一个欠缺逻辑位阶性的□□论体系,不仅不符合思维经□性的要求,增加□□□查的难度,而且会□成具体案件认定的偏□。[58]

第三,□要件□□论体系的实用性不佳。从实用性角度上看,□要件□□论体系至多可以用来判断典型的故意既遂的作为□,对于其他特□的□□形态,例如不作为□、□□停止形态(□□预备、□□未遂、□□中止等)、共同□□等,□要件□□论体系往往会□得捉襟见肘。因此,即使是坚持□要件□□论体系的学者,在分析上述特□□□形态之时,也不得不采取三分制(或三阶层)□□论体系作为分析工具。此外,对于□络□□、经□□□和金融□□等现代型□□而言,□要件□□论体系更是无能为力。这充分说明,□要件□□论体系缺乏普遍的□用性与良好的实用性。

最后,由于□要件□□论体系在上述方面与三分制(或三阶层)□□论体系之间存在概念、□语和体系等方面的重大□□,因此□成了我国刑法学界与德国、日本以及美国同行在学术交流上的障碍。在最近十几年的国际交流中,由于我国刑法学者总是需要不断地向德国、日本以及美国同行解释什么是□要件□□论体系,因此人为地影响了学术交流的成效。

由于□要件□□论体系存在上述根本缺陷,因此本文认为,在建设社会主义法治国家的大□□之下,为了确保法的□定性、刑法□用的公平性和裁判结论的正确性,我国应当□弃□要件□□论体系,改为采取更具体系性、逻辑性和实用性的三分制(或三阶层)□□论体系。

五、结语:不□而同?

与普通法两分制□□论体系不同,1962 年美国《模范刑法典》采取了一种三分制(或三阶层)□□论体系。从比较法的角度上看,虽然自德国刑法学家李斯特、贝林以来,三分制(或三阶层)□□论体系就已经在德国学界确立了其通说的地位,但是,直到 1975 年德国刑法修订,这一□□论体系才正式确立于刑法典之中。1975 年《德国刑法典》第 34 条和第 35 条明确规定两种不同类型的紧急避险,即正当化的紧急避险(RechtfertigenderNotstand)与宽宥的紧急避险(EntschuldigenderNotstand),正式在刑法典中确立了□法性与□责或者正当化与宽宥的区分,从而最终完成了三分制(或三阶层)体系的法定化。[59] 从现有的起□资料和立法资料来看,没有任何证据表明《模范刑法典》的制定受到了 1975 年之前德国刑法学界关于三分制(或三阶层)□□论体系之探讨的影响;也没有任何证据证明 1975 年《德国刑法典》受到了美国《模范刑法典》的影响。两大法系最具代表性的两个国家——德国和美

〔57〕 参见□兴良:《□□论体系的位阶性研究》,载《法学研究》2010 年第 4 期,第 111 – 122 页。

〔58〕 关于□要件□□论体系在具体案件认定方面的偏□,参见注 57 引文,第 117 – 121 页。

〔59〕 关于德国□□论体系与刑法典的关系史,参见江溯:《□□论对刑法典的形塑作用:以德国□□论与刑法典的关系史为□□的考察》,载《南京师大学报》(社会科学版)2013 年第 1 期,第 78 – 83 页。

▫——▫▫▫▫互参照▫基础▫,▫两部▫▫重▫

□脆□□□□□□

□吉喜*

摘　要:脆弱证□□□那些按照□常□□式作证会□自□产□不利□□□不□全□、准确□提供证言□证□。□相关□家,脆弱证□□要包括三□:□□□□,□犯罪□件□□被□□□及按照□常□式作证可□□自□产□不利□□□□□证言质量□□他证□。□□最□限□□保护脆弱证□,提高□证言□质量,相关□家□□□规□□脆弱证□□用□殊□作证□式。虽然□□理□□受□□□些质疑,但□□些质疑□不□否□脆弱证□作证□□。□□□,刑□诉讼□□脆弱证□缺乏相□规□,理□界□脆弱证□作证□□□没□□□系□□□□。“□□□□□□□心□诉讼□□□□”迫切需要□□确□脆弱证□作证□□。

关键词:脆弱证□　作证□式　□质□

近□□□,□□▫□报道□□□□□□专门训▫□“□庭陪伴狗”陪□□□□庭□□□□▫。□□□▫□▫□,狗□□□抚□□□□□,□▫□□□绪紧□□□□□松下□。[1] □□□▫报道▫□□□□□□□□□脆□□□□□。脆□□□□指□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□全□、□□□□□□□□□□□。脆□□□□□□□□□类□□□群□,□□□□多□□刑事诉▫□□□视。□多□□□刑事诉▫□□□□脆□□□□□□□□,□□□脆□□□□□□□□□□□。□□共□▫□□□▫□□全□□议□□□《□共□▫□□全□□□□□治□□□□□□□□□决□》□□□□“□□□□□□□□□诉▫□□改革”。落□□□□庭□□□□□□□□□□□□□□□□□□▫。□“□□□□□□□□□诉▫□□改革”□□□下□□脆□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□述□,□□□□□□:□□,▫然脆□□□□□□□控□□□,□□□□▫□□□,□□,□□□□脆□□□□□□□控□□□,□□□□□□□注□□控□□脆□□□。□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□全□、□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□除□□括□□□□□□,□□括□□□。□□,□□□□□□□脆□□□□□□□□□□□善,□□□□□□□□□□□□□□□考察、□□□□□□□脆□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□、□□□□拿□,□□□□□陆□□□□□□□□,□□□□□□,□□□□混□□刑事诉▫□□□□□□,□□□□□□□。

---

* 西南政□□□□□□□□□□,□□□□。□□□2012 □□□□□□□□□项□“刑事诉▫□□□序□□□□□□”(12XFX015)□阶□□□□□。

〔1〕 □□ http://pet.163.com/15/0820/10/B1F3KSVA0042000M.html; http://news.enorth.com.cn/system/2014/10/31/012237145.shtml; http://www.sinoca.com/news/ca/2014-12-03/381081.html □。

一、脆 的 脆 方 的

“脆 ”(vulnerable witness)是 法律 献中较为 的学 语。[2] 容易与脆 混淆的 是匿 (anonymous witness)。[3] 的区 于, 脆 与 匿 的 的和方 是 的。匿 进 的 的是为了 瞒 的真 身份,防止 受 胁、报复, , 告 当 , 当/道 的真 身份。 脆 进 的 的是为了防止采 常的 方 或 的 量,这里的“ ” 是指 告 的 胁、报复, 是指 导 己的心 、健康、 誉 。 ,脆 的 方 , 体 分论述。事 上, 多数 涉 脆 的 件中, 告 是/道 身份的。

(一)脆弱证人的范围

刑事诉讼中脆 的 主 体 《1999 少 法与刑事 法》(The Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999) 16 和 17 中,主 类。 一, 时 17 周岁的 。 , 智力障碍、身体残疾、患 精神疾病或 疾病,法 为可能 量的 。这里 的 量指的是 的完整 、连贯 和 。连贯 指的是 答 的 的能力。这 仅是指 能够 答 的 , 指 能够 公众所 。上述 类脆 是 《1999 少 法与刑事 法》 16 的。 , 的 量可能 怕 刑事诉讼中 受 的 。法 上述 时,除了 考虑 的意 , 考虑 下 : 的 、 的 龄、 的 庭状况、 的工 状况,以 告 或 告 的 针 施的 为。 , 的 (除 告/法 的 方)。上述 类脆 是《1999 少 法与刑事 法》 17 的。

,法 普遍 为 庭 可能 成精神上伤 的 , 的 方 。[4] 除了上述脆 , 州 未成 纳入脆 的 。 《俄亥俄州 则》(Ohio Rules of Evidence) 807 的 , 时 12 岁的 或暴力 的 方 。

《加拿 刑法 》 486.2 和 486.3 了 类 的脆 :[5] 一,18 岁以下的 或 于身体或精神上的 困难的 ; ,采 一般的 方 于完整地、 地 述 件事 的 。 上述脆 时,法官 当考虑 的 龄、 的精神障碍或身体残疾、 的 、 与 告 的 以 。 486.2 , 恐 主义 、重的 组织 件中,采 一般的 方 于完整地、 地 述 件事 的

〔2〕 2016 2 月 16 日,笔 以“vulnerable witness” 为 Westlaw 的“Law Reviews & Journals”中检 ,共检 献 l
〔3〕
〔4〕
〔5〕

□殊□□□□□。□□,《□拿□刑□□》□ 264 □□□□“恐吓□犯□”□□□□。[6]

□《□□刑事诉讼□□》□,下列□□属□脆弱□□:□□,□□《□□刑事诉讼□□》□ 706 - 52 □□□ 706 - 53 □□□□,□□□(侵害)□□□犯□□件□□□害□。[7] □□,□庭□□□□□□□神□伤□□□。[8]

□□刑事诉讼□□脆弱□□□□□括□□类□。□□,□□《□□刑事诉讼□□》□ 241 □ a、□ 58 □ a □□ 255 □ a □ 2 款□□□,□□ 18 岁□□□。□□,□□《□□刑事诉讼□□》□ 247 □□□□,□□□□□告□□□吐露□情□□□□□□□□告□□□询□存□□□□损害□健康危险□□□。□□,□□《□□刑事诉讼□□》□ 247 □ a □□□,□庭询□存□□□□损害□福祉危险□□□。

□《□□刑事诉讼□□》□,脆弱□□□□□□□□,共□括六类□□。□□,□□《□□刑事诉讼□□》□ 157 □□□□□□,□□□告□□□□□□□□感□□压力,□情绪稳□□□□□□□□□□□□□。□□□□□属□□□情□□,□□□□考虑□犯□□□、□□□□龄、□□□□神状况□□□状况、□□□□告□□□□□□□□□□。□□,□□□ 157 □□四□□□,□□□□犯□□件□□□害□。[9] □□,□□□ 157 □□四□□□,□□□□官□诉讼□□□□□□□□□□感□□压力、情绪稳□□□□□□□□□□。□□□□□属□□□情□□,□□□□考虑犯□□□、□□□□龄、□□□□神状况□□□状况、□□□□告□□□□□□□□□□。□四,□□□ 304 □□□□□□,□□告□□□□□□感□压力□□□□□□□□□□。□五,□□□ 157 □□□□□□,□□考虑□□□□□龄、□神状况□□□状况□□□□□□,□□□□□□□感□□□□焦虑□紧□□□□。□六,□□□ 158 □□□□,□□考虑□□□□□□、□龄、职业、健康状况、□□情况□犯□□轻□,□征求□诉□□□告□□□辩护□□□□□,□□□□□适□□殊□□□□□□□。

□□□□刑事诉讼□,下列□类□□属□脆弱□□:□□,未□□□(《□□□□刑事诉讼□□》□ 498 □□4 款)。□□,□患□□神疾病、□幼□残疾□害怕□□□□□□□□□庭□□□健康□□危害□□□。[10]

□□□述□□□□□□□脆弱□□□□存□□□细微□区□,□□综□□述□□□□□,脆弱□

---

〔6〕《□拿□刑□□》□ 264 □□□,□告□□杀害、伤害□害□□□□□□□□□损毁□害□□财□□□□恐吓□害□□,□□犯□。

〔7〕□□里,□□□(侵害)□□□犯□□指《□□刑事诉讼□□》□ 706 - 47 □□□□犯□,□□□括故□杀害□谋杀未□□□,□杀害□谋杀□□□□□□施□奸、毒打□野蛮□□□犯□,□□□未□□□□施□侵犯□□侵害,□□□□未□□□卖淫□犯□。□□□□《□□刑事诉讼□□》□□均引□□□珍□:《□□刑事诉讼□□》,□□□□□□□ 2006 □□。下□□□再□□注□。

〔8〕□□□,□□□□□□□庭,□□□□□□庭□□□□□□□□□。□□□□□“□□□□□庭”□准□□□□宽□□□□,□□□□□□括□庭□□导□□□□□□神□伤□内。 Stefano Maffei, : , 222 (Europa Law Pub. 2006).

〔9〕□□□□括:□□,《□□刑□》□ 176 □□□ 178 □、□ 181 □、□ 225 □□□□犯□(限□□猥亵□□婚□□□,下□)、□ 227 □□ 1 项(限□□ 225 □□□□犯□□帮□犯)□□ 3 项(限□□猥亵□□□)□□ 241 □□□□□□犯□。□□,《儿童福□□》(1947 □□ 164 号□□)□ 60 □□ 1 项□□□犯□,□□ 34 □□ 1 款□ 9 项□ 2 □□□□犯□,□《儿童卖淫、儿童色情□□□罚□儿童□护□》(1999 □□ 512 号□□)□ 4 □□□ 8 □□□□犯□。

〔10〕《□□□刑事诉讼□□》□ 195 □□□,只□□□□感知□件事□□□□死亡、患病□查无下落□,才□□□□庭□□。□□□□□“患病”□□□□□□,□□□仅□括□患□□神疾病、□幼□残疾□害怕□□□□(Corte Cost., judgment No. 20/1995, Giur. Cost. 232 (1995)),□□括□□庭□□□健康□□危害□□□(Cass. Crim., 25 September 2000, Galliera, Cass. Pen. 616 (2002))。

主要 括 下 种类 :第一,未成年 。多数国家 将未成年 作为脆□证 ,只是相关国家对于未成年证 年龄界限的规定 尽相 。 国《1999 年□年□法与刑事证据法》规定的是在作证时 满 17 周岁的未成年证 ,《加拿大刑法 》和《德国刑事□□法 》规定的 是 满 18 岁的未成年证 。《日本刑事□□法 》□然没有明确规定未成年证 □于脆□证 ,但是将证 的年龄作为认定证 是否□于脆□证 的重要因 。第 ,性□□案件中的 □ 。多数国家对性□□案件中 □ 的年龄没有作仜何限制,只有 国《俄亥俄□证据规则》规定,在 证言时 满 12 岁的性□ □ □ □于脆□证 。第 ,□□通□方式作证可能对自身产生 利影响或影响证言质□的其他证 。 分国家只将□□通□方式作证可能影响证言质□的证 作为脆□证 , 国。 分国家只将□□通□方式作证可能对自身产生 利影响的证 作为脆□证 , 国、法国、德国和意大利。分国家将上述 类证 作为脆□证 , 国、加拿大和日本。《加拿大刑法 》第 486.2 条规定的采用一□作证方式 利于完 地、□确地□述案件事实的证 □于影响证言质□的□ 。《加拿大刑法 》第 486.3 条规定的“□吓 □□”中的证 ,既可能□于影响证言质□的□ ,也可能□于对自身□成 利影响的□ 。

在脆□证 的认定上,对于第一种类 和第 种类 的证 ,法院没有自由裁□ ,即只要是未成年 证 和性□□案件中的 □ ,就应当 认定为脆□证 。对于第 种类 的证 ,法院在认定时则具有一定的自由裁□ 。 据 国、加拿大和日本等国的规定,法院在认定此类证 时,需要考虑□□的性质、证 的年龄、证 的精神□碍或身体残疾、证 的家庭□□、证 的工作□□、证 与 告 的关系、 告 或 告 的家 针对证 实□的行为以及其他相关因 。

产生

(二)对脆弱证人适用特殊作证方式的必要性

证 作证的一□方式是,在侦查阶人和□查起□阶人,向侦查□关和□查起□□关 证言,作为 起公□的□据;在□判阶人,证 出庭作证接受控□□方的直接交叉□问。通过上文的考察,我们得□了脆□证 的 种类 :第一,未成年证 ;第 ,性□□案件中的 □ ;第 ,出庭作证可能对自身产生 利影响或影响证言质□的其他证 。对脆□证 需要□用特□作证方式。第 类脆□证 的

□所□□□□□□事。[11] □次,未□□□□□□□记忆力□□。记忆□□□□□□,随□□□□□,记忆□内容□□□□□□□糊。□□未□□□□□□,□□□□。□□□□,□□□□□□□,随□□□□□□,未□□□□□忘□□□□快。[12] □□,□□□□□未□□□□□□□□□□□□隔□□□□□□□□□。[13] □侦查阶□□□□阶□,未□□□□□□□□量□□下降,未□□□□□□□□近□件□□□□□,□□□□□□□□ 。[14] 再次,未□□□□□□□□□□次 □□□恢复□□□ □□□。□□□□庭□□□□□未□□□□□□□□□□□□□庭□□□□□□□□□,□□□□□障碍。□□刑事□序□□□阶□□□□□□未□□□□□□□,□刑事□序□□□阶□□□□□□□□未□□□□□恢复□□□ □□□□慢。[15] 复次,□□未□□□□□□□默□□□内□□□□□□□□。[16] □□,□次询□未□□□□□导□扭曲□记忆。[17]

□□,□□□□件□□□□□□。□□□□□□件□,让□□□□庭□□□□□□□□次伤□。□□□□,□□□□□件□□□□□□□□告□□□□□□,□□容易□□□□□□伤□。[18] □□□□□,□□□□□件□□□□□□□□□□□□庭□□, □□□候□□庭□□□然□翻□□□所□□□□。□□□□□□□□□ □,刑事□序□□□□□□件□□□□□□□□□□□□□折磨,□□□□□□□□告□□□□□况下□□□□□。□□,□□□□□□□□□,□□□□□□□□刑事□序□,□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□,□□□□□□□□□□措□,□□□□措□□辩□□□□□□□□□□障□□□。[19]

2. 交叉询问的缺陷决定着对脆弱证人需要适用特殊的作证方式

□叉询□□□抗□刑事诉讼□□□。□叉询□□□□□□疑□□□□靠□□□□□□□□。□□□□□□□摩尔(Wigmore)□□□“□□□件事□□□ □□□□ 擎”。[20] 然□,□□摩尔□□□□□□□叉询□□□□□ □,□□□□□□歪曲事□。□□摩尔□,□师□□□□□叉询□让事□□□□谎□。[21] 近□□□,□叉询□□□□□□□□□□□□□□疑。□□□□□,□叉询□□□□□□几□□□□□件事□无□,□□□□□□□□□□ □□□,避□□披露□辩□□□□□□。[22]

---

〔11〕 K.J. Saywitz, ’ : , , in 113 – 140 (M.S. Zaragoza et al. eds., Sage, Thousand Oaks 1995).

〔12〕 J.E.B. Myers, K.J. Saywitz & G.S. Goodman, : , 28 Pacific L.J. 3, 6 (1996).

〔13〕 Emily Henderson, : , in – : ? 44 (John R. Spencer & Michael E. Lamb eds., Hart Publishing 2012).

〔14〕 J.E.B. Myers and Others, note 12, at 76.

〔15〕 G.S. Goodman and Others, 117 (Chicago Univ. Press 1992).

〔16〕 Rachel Zajac, Sarah O’Neill & Harlene Hayne, ? – , 32 Development Review 181, 186 (2012).

〔17〕 D.A. Poole & L.T. White, : , in 24 – 43 (M.S. Zaragoza ed., Sage, Thousand Oaks 1995).

〔18〕 L.C. Brannon, ’ , 18 Law & Psychol. Rev. 439, 442 (1994).

〔19〕 , App. No. 34209/96 (2 July 2002).

〔20〕 John Henry Wigmore, – 29 (Little, Brown 1940).

〔21〕 John Henry Wigmore, 32 (Little, Brown, revised ed. 1974).

〔22〕 Christine Eastwood & Wendy Patton, 4 – 5 (Research Report, Queen

甚至有学者认为,有经验的交叉询问者的目标是让诚实的证人尽可能地感到迷惑,使诚实的证人看起来像撒谎者。[23] 也有学者指出,交叉询问远非发现案件事实的有效手段。[24]

上述对交叉询问的批评尤其适用于脆弱证人。首先,辩护律师往往通过交叉询问来质疑未成年人的认知能力,将未成年人描述成不可靠的证人。其次,辩护律师交叉询问的方式往往影响[illegible]证言的准确性。辩护律师常常在交叉询问中提出具有迷惑性的问题[illegible]

□□□间人□□交□,□□□够看□□听□□间人□□人□询□;[28]□□陪审团审□□□件□,必须保障陪审团□够看□□听□□间人□□人□询□。□司□□□□,□□常常根□□间人□专业领域不同□不同□脆弱□人挃□不同□□间人。[29]□英□,□间人可□设计向脆弱□人□□□适当□□,可□重□　　辩□向脆弱□人□□□□□。□□□□□□,□间人可□　□辩护□师□□□不恰当□□□。事□□,□□□□间人□□□□□□。[30]　□之外,□间人还□□如下两□□□□□:□□将□人□回答告知辩□。二□向脆弱□人□释辩□□□□□□,向辩□□释脆弱□人□回答,使脆弱□人□辩□□够□互□□□□。

□美□,□未成□□人□□时,□□□□间人参□。但□,□英□□脆弱□人□□不同,美□□□间人　□□当□□音器,其□□□放□未成□□人□声音。不允许□间人重□　　辩□向脆弱□人□□□□,□不允许□间人向未成□□人□释辩□□□□□□□向辩□□释未成□□人□□□□回答。[31]

□二,□辩护人或□□挃□□其□人员询□脆弱□人。

□英□,□□那□□□□　□交□□　都□□□□□脆弱□人,虽然不□□□专□询□人□□询□,但□被告人□不□□□□其□□□询□,□□□□□辩护人或□□挃□□其□人员□其□□询□。英□《1999□少□司□□刑事□□□》□34□□□35□□□,被挃　□犯罪□被告人不□亲□□被害人□□□询□;被挃　□□犯罪□被告人□不得亲□□未成□被害人□其□未成□□人□□□询□。□里□□□犯罪包括□犯罪、猥亵儿童犯罪、绑架儿童犯罪□□伤害儿童犯罪□。[32]□36□□□,　□□34□□□35□之外,如□□□□□,被告人亲□□□人□□□询□,可□降低□□□□量,□可□　□禁止被告人亲□□□□□人□□□询□。□□□□　□前,□□必须　　:□人□□□被告人亲□□询□□意见;可□被□□□□□□□□□;被告人□刑事□序□□□□,包括□般□□□　□□人□□□;□人□被告人之间□□□。□38□□□,如□□□禁止被告人亲□□□人□□□询□,必须告知被告人委托辩护人□□人□□□询□;被告人□当□□庭前告知□□其□□委托□辩护人。如□□□庭前,被告人告知□□其□□委托辩护人,或□被告人□□告知□□其□□委托□辩护人,□□必须　□□□必□挃□辩护人代□被告人□□人□□□询□。

□英□不同,加拿□□□区□□□□交□□　□□□□脆弱□人□□□□交□□　□□□□□脆弱□人,□□□□□不宜□被告人□□□脆弱□人□□□询□时,□辩护□师□脆弱□人□□□询□,□被告人□□辩护人时,□□官挃□□师询□脆弱□人。《加拿□刑□典》□486.3□□□□不□当□被告人□□□脆弱□人□□□询□□三□情形:□□,□□18岁□下□□人,被告人不□亲□□□人□□□询□,　非□官□□,□□司□公正□□□被告人亲□□□人□□□询□。□二,□官□□,□□获得□人完　□、准□□□□,被告人不□当亲□□□人□□□询□。□□□□　□时,□官□当　□人□□龄、□人□精神障碍或身□残疾、犯罪□□□、□人□被告人□□□□□其□□□素。□三,□恐吓型犯罪(《加拿□刑□典》□264□)□,被告人不□当亲□□□人□□□询□,

〔28〕 如□被告人□两名或两名□□辩护人,至少□当保障□名辩护人□够看□□听□□间人□□人□询□。

〔29〕 Victims and Witnesses Unit (Ministry of Justice, UK), 9-11 (2012).

〔30〕 Davies, note 27, at 357-358.

〔31〕 32 M.J. 180, Cert. denied 112 S. Ct. 337 (U.S. Military App. Ct.).

〔32〕 □里□未成□人□挃未满17岁□未成□人,但□,□绑架未成□人犯罪□伤害未成□人犯罪□□,□□□龄□14岁。

□非法□认为,为了 护司法□□需要由□□□亲自对证□进行询 。

□,由审判□□询 脆弱证□。

《法 □□□讼法□》在“□罪的审判”和“□罪的审判”中□对由审判□□询 证□了□乎一□的规 。这□以“□罪的审判”为□,对由审判□□询 证□一□□。《法 □□□讼法》 309 条 2 规 :“审判长对一切有损法庭审 尊□□ □在拖□审 ,□□□能□ □ 的准 □的 行,均应□以驳□。” 312 条规 :“以 309 条□规 为□□条□,□□ 以□□□的律师□以□审判长请□发 , □□□、□□□□□、证□以有□□ 庭的□ 。”□ 上□规 ,□ 审判长认为□□□辩护□ 询 脆弱证□□利于□□准 的证 ,有□□允许□□□辩护律师 询 脆弱证□,由审判长亲自对脆弱证□进行询 。

《 □□□讼法□》□ 241 条 a 规 ,对□□18 岁的证□□能由审判长进行询 ,□是审判□□、□□□、□□□辩护□和陪审□以请□审判长 □询 的 。□ 审判长□ □□□□□□认为由上□□□ 询 □□ 证□□会损害证□的福祉□,□以准许上□□□ 询 □□证□。

在□ 利,一□由庭长询 □□ 证□;□有在辩方 询 □□ 证□□会造□□□□的情□□,□允许辩方 询 □□ 证□。《□ 利□□□讼法□》 498 条 4 □规 :“询 □□ □由庭长□ □□□的 和□□进行。在询 中,庭长□以□ □□ □的 属□ □ 心 学□的帮 。在听□□□□□□,□ 庭长认为 询 □□ □□□能造□证□□□□,□□ 依照以上□□规 的程□进行举证□ 上□□ □以在询 过程中撤销。”

2. 在看见被告人的情况下作证

相关 过以□证 种方法让脆弱证□在□□□□□□的情□□证:一是 过声像□播的方证;[33] □是在脆弱证□与□□□□□□□置 障;□是在脆

‰

79245 34.74848ä 2 □□□F □□□□□0 r □2 □7 □4 □2 □7 □4 □2 7 4 □6 4 0) j □□. □□2 □□□F □2 □0 r □2 □7 □4 □2 □7 □4 □2 7

516 35TD 2 /F106š67 0f 0 Tr 10.285714 7.952803j 10 7.952803j 1-6.656523205 62TD57509 35TD 2 /F106HTf 0 Tr 10.285715 7

f 0 Tr 10.285714 0 0 10.285714 0 -9.257143 Tm 16.886793 33.132072/T2(N)Tj /F1061 1 Tf 0 Tr 10.285714 0 0 10.285714 0 -9.257
99999 å
84902 å

□□□□□让□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□，□□□□□□“□□”，□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□，□官享□□量□。□□□□□□□□□□□□，□官□□让□□□、□官□陪□□□□□□□□□□□□□□□□□□□，□□□□□□□□□□□□□□辩□□□□□□。

《□□□□诉讼□□》□□□□脆□□□□□□□□□□□□□庭□脆□□□□□□□□□□□□□□。《□□□□诉讼□□》□247 □□□□□□□令□□□□询□□□□□□□□庭□□□□□：□□，□庭担□□□□□□□□□□□□□□□□□□□吐露□□；□□，□庭担□□□□□□□□询□□□18岁□□□□□□□□□□□□祉；□□，□庭担□□□□□□□□询□□□□□□□□□□□□□□健康□□□□险。□□□□□□令□□□□询□□□□□□□□庭，□□□□再□□庭□，□□□□□□□□□□□□□□。《□□□□诉讼□□》□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。《□□□□诉讼□□》□247 □ a □□，□□庭询□□□□□□□□□□□□□祉□□□□险□，□庭□□□令□□□□□□□□□□□□□□□□。

《□□□□诉讼□□》□脆□□□□□□□□□□□□况□□□□□□□□□□□□。《□□□□诉讼□□》□157 □□□□□，□□□听□□□诉□□□□□□□辩□□师□□□□，□□□□□□□□、□□□□龄、□□□□□状况□□□状况、□□□□□□□□□□□□□□□，□□□□□□□□□□□□□□□□□□□压□，□□□□□□□□□□□□，□□□□措□让□□□□□□□□，□□□□□□□□□□□□□□□□；□□，□□□措□让□□□□□□□□□，□□□辩□□师□□。□□□措□□□□脆□□□□□□□□□□置屏障□□□镜。□157 □□□□□，□□□□□□□□儿童□□□□□□，□□□听□□诉□□□□□□□辩□□□□□□，□□□□□□□□□□庭□□□□□□□（□□□□庭□□

陪伴□,允许其□□人□□时陪伴□人。□□□□述决□时,□官□当考虑□人□□□、□人□精神□□或身□残疾、犯罪□□□、□人□被告人□□□□□其□□□□素。□□里,□□使□□□“可□”,即该□□□非□□□□,□官□□裁量权。□ 486.1 □还□□,同□□其□□人不□□□陪伴□,除非□官□□□同□□其□□人□□陪伴□□□□□□司□ 正;□官可□命令□人□陪伴□□□人□□时不□□□交□。《□□刑事诉□□典》□ 706 - 53 □□□,□□□□(侵害)□□□犯罪□件□,□□取未成□被害人□陈述时,□□□□专□或□□□专业□□□□场,或□□该未成□人□□□成员、□□指□□管□人或少□□官委□□人□场。[36]《日□刑事诉□□典》□ 157 □之二□□,□□□□取 诉人□被告人或其□护人□意见□,考虑□□人□□□、精神状况、身□状况□□其□□素,□□□人可□□感□□□□焦虑或紧张,可□允许□人□□□时□适□□□□□人焦虑或紧张□人陪伴。陪伴□不□当□任何□□□□人□□时干□□官或其□人员□□□人或□人□□,不得不□当□□□□□□内容。

4. 脆弱证人出庭作证时的其他特殊作证方式

□□□□□□□□□,脆弱□人□□□□时适□□□殊□□□□除□□述之外,还包括□下几类:□□,□官不穿戴假□□□官袍。英□《

□:陈□▫声称▫▫己□▫陈□▫□□记不清▫;陈□▫▫▫死亡、患▫身▫或精□▫▫疾病,或身▫虚弱不▫▫审▫或▫听▫▫▫▫▫庭或▫▫▫。▫▫普□▫▫▫人▫庭▫▫可▫造成精□▫▫伤害▫属▫▫人不▫▫庭▫▫▫情形。[37]

▫意▫▫,脆弱▫人可▫▫▫审前▫▫笔录▫▫▫▫▫。《意▫▫□□诉讼▫典》▫512▫▫▫:“当▫▫不可□见▫□▫或情形▫不可▫重复▫▫▫▫▫▫▫时,根▫当□人▫▫□,▫官□▫宣□▫公诉人或▫官▫▫步庭审▫▫▫取得▫▫▫。”根▫该▫▫,□▫▫▫“不可□见▫□▫或情形”□致▫人不▫▫庭▫▫▫情况□,□▫□当庭宣□收入□▫▫卷▫审前▫▫笔录。很▫显,脆弱▫人不属▫“不可□见▫□▫或情形”。□▫,意▫▫▫▫▫▫▫,“不可□见▫□▫或情形”属▫▫□▫观▫□,▫▫,▫▫适▫▫脆弱▫人。[38]

《日▫□□诉讼▫典》▫▫审▫人□可▫▫庭外询▫脆弱▫人。《日▫□□诉讼▫典》▫158▫▫▫,▫▫□□▫人▫重▫▫、▫龄、职业、健康状况、其▫情况▫犯罪▫轻重,▫征□公诉人▫被□人或其辩护人▫意见▫,▫▫必▫时,可▫□唤▫人▫▫庭外▫▫询▫或▫▫人▫住处▫▫询▫。▫▫▫□□□公诉人、被□人▫其辩护人▫▫询▫□□▫机▫。公诉人、被□人▫其辩护人可▫□请▫▫▫加▫必▫□□▫询▫。▫159▫▫▫,如▫公诉人、被□人或其辩护人▫▫▫询▫前▫▫人时不▫场,▫□□其▫▫▫人陈□□□▫机▫。如▫该▫人▫陈□可▫▫被□人▫▫□▫□▫▫显□不▫▫▫,被□人或其辩护人可▫□请▫▫▫必▫□□▫▫人▫▫再询▫。▫▫▫▫▫□□请□▫▫时,可▫驳回。

英▫、美▫、加拿▫、▫▫▫▫▫都▫▫▫脆弱▫人可▫▫▫审前▫▫录像▫▫▫▫▫,其▫,英▫、美▫▫▫▫还▫审前▫▫录像▫▫□▫□▫▫▫▫▫▫▫▫。《加拿▫□▫典》▫▫▫▫人可▫▫▫审前▫▫录像▫▫▫两▫情形。《加拿▫□▫典》▫715.1▫▫▫,被害人或其▫▫人▫犯罪▫▫时□满18岁,▫犯罪▫▫▫▫▫时间□录▫▫□频,该□频▫符▫▫□两□▫□时,▫▫可采▫,□非▫官▫▫采纳该□频▫损司▫公正:▫▫,▫该□频▫被害人或▫人描□▫犯罪▫▫;▫二,被害人或▫人▫▫▫时采纳▫□频▫□□。《加拿▫□▫典》▫715.2▫▫▫,被害人或其▫▫人▫□▫▫但▫▫▫精□或身▫▫▫▫▫▫▫▫▫困□,▫犯罪▫▫▫▫▫时间□录▫▫□频,该□频▫符▫▫□两□▫□时,▫▫可采▫,□非▫官▫▫采纳该□频▫损司▫公正:▫▫,▫□频▫被害人或▫人描□▫犯罪□▫;▫二,被害人或▫人▫▫▫时采纳□频▫□□。▫加拿▫,审前▫▫▫录像▫□▫▫▫▫,即使▫人▫庭▫▫,其▫可▫▫▫▫▫使▫。▫使▫▫人审前▫▫▫录像▫▫▫▫时,如▫▫人▫庭▫▫,其仍□▫▫▫▫▫询▫。《▫▫□□诉讼▫典》▫▫,▫▫▫▫(侵害)▫▫▫犯罪▫□▫,□成▫被害人可▫▫▫审前▫▫录像▫▫▫▫▫。[39]《▫▫□□诉讼▫典》▫706-52▫▫▫,▫▫▫▫(侵害)▫▫▫犯罪▫□▫调□▫侦□▫▫▫,▫听取□成▫被害人▫陈□时,“经其同意,或▫如其处▫不▫表示同意▫状况,经其▫▫代▫人▫同意,得▫▫录像录音”。“如□成▫人或其▫▫代▫人▫▫请□,前款□□▫录▫材□可▫□□▫录音。”“□▫▫□□官或▫□审▫官□▫不▫▫录音录像时,□做▫□▫▫当▫▫▫▫。”“▫▫□▫▫▫▫▫▫▫,按照□审▫官▫□▫,可▫播放录像或录音,各当□人、▫师或□▫人,▫□审▫官或▫记□▫场时,观看或听取录▫□▫复▫▫。”

〔37〕 536 So. 2d 206 (Fla. 1988).

〔38〕 Cass. Crim., 25 September 2000, Galliera, Cass. Pen. 616 (2002).

〔39〕 同□7。

英□、美□□□□还专门□审前□□录像□□序□求□□□□□□□,其基□□征□:□□,审□人员必须□场;□二,必须给予辩护□师询□□弱□人□机□。根□英□《1999 □少□司□□刑事□□□》□ 28 □□□□,□□□保全□序□□未成□□人□□□询□□□询□□录像时,被告人不□□场。□官□辩护人□够看□□听□□□人□询□,□□够□□人□□交□;被告人□够看□□听□□□人□询□,□□够□辩护人□□交□。该录像可□□审□□播放,□播放该录像时,□当给□审员□供□份□录像□□□话□□□□□字记录。《美□联邦□□□则》□ 804 □□□,□陈述人不□□庭□□时,其符□下列两项□件□先前□□可□□□□□使□:□□,先前□□□□审□、听□或□依□□□□□□存录□序□□□□人□□□(无□□□当前□□件□□□□,还□□其□□件□□□□);□二,□该□□指控□当事人已□机□□□供该□□□□人□□□交叉询□。□□□□,□□□存录□序(the videotaped deposition)□,□人□□□录像□□可靠□保障,□□该□序□庭审□□□近:首先,□人□□宣□;其次,辩护□师□场□□机□□□人□□□询□;再次,该□序□□□官□前□□□。[40]《□□刑事诉讼□典》□ 58 □ a □□,□□未满 18 □□人□□□□□□□□ 255 □ a □ 2 款□□□犯罪□□伤害□未成□人□□□可□得□□好□保护,考虑□□□素,可□□声像媒介记录□□人□询□。只□□□追诉犯罪□□□,□□只□□查□□件事□□□时,声像资料才□□可采□。《□□刑事诉讼□典》□ 255 □ a □ 2 款□□,□□□犯罪□件□,询□不满 18 □□□人,可□□播放先前询□该□人□声像记录来代替,□件□□官、被告人□其辩护人参□□□述□□人□询□。□□□□□适□□述□□□决□时,□□□当考虑□人□□□,□□当□□□□。□必□时,□□□当准许控辩双□□□人□□补□询□。[41]

三、□□弱□人适□□殊□□□□□□□□疑□□□疑□□驳

□□弱□人适□□殊□□□□□□疑□□来□□两□□:□□□□□被告人□公正审□权□□;□□□□□□□件事□□准□□□□□。[42]

(一)对脆弱证人适用特殊作证方式与被告人的公正审判权

□观□□□,□□弱□人适□□殊□□□□□侵犯□被告人□公正审□权。[43] 公正审□权□指□□□列□公正审□□□□、□□□权□组□□成□权□群或权□集□。《公民权□□政治权□□际公约》《欧洲人权公约》《美洲人权公约》《非洲人权□民族权宪章》□□□□□□□宪□都□□□□□被告人□公正审□权。[44] □公正审□权所包含□□□权□□,□弱□人□□□□可□侵犯□□被告人□□□权。

---

〔40〕 , 587 A.2d 587, 589 – 590 (New Hampshire SC 1991); , 444 N.W.2d 268 (Minn. 1989).

〔41〕 □里□□□犯罪包括侵犯□□□权□犯罪(《□□刑□典》□ 174 至□ 184 □ g)、侵犯□命权□犯罪(《□□刑□典》□ 211 □至□ 222 □)、□待被保护人□犯罪(《□□刑□典》□ 225 □)□□侵犯人身□□□犯罪(《□□刑□典》□ 232 □至□ 233 □)。

〔42〕 事□□,□件事□□准□□□□属□公正审□□内容之□。加□□□高□□□□王诉莱沃□尼斯(R. v. Levogiannis)□□□□致意见指□,考察被告人□权□□□被侵犯□□考虑□□□□□件事□□职责。刑事诉讼□序□□□之□□□□□件事□,□□,所□□□人都必须□□□□□□□□件事□□□□□□。□□□□人□□□□□□宪□时,□□不□忽视□□□□□□件事□□□□□。 , 4 S.C.R. 475, 483 (1993).

〔43〕 Fiona Raitt, ( ) 2004, Scottish Criminal Law 1127, 1128 (2009).

〔44〕 □□公正审□权所包含□□□权□,参见张吉喜:《刑事诉讼□□公正审□权——□〈公民权□□政治权□□际公约〉□基础》,□□人民公安□□□版□ 2010 □版。

对质□是指□告□询问□利于自己的证□的□利。□者认为,脆弱证□通过特殊的方式作证是否限制了□告□的对质□□能一概而论。以是否限制了□告□的对质□为标准,□以□上文中介绍的脆弱证□的特殊作证方式划分为四类:一是没有限制□告□对质□的作证方式;□是是否限制了□告□的对质□存在争论的作证方式;□是是否限制了□告□的对质□需要□据具体情□进行分析的作证方式;四是限制了□告□对质□的作证方式。

没有限制□告□对质□的作证方式□括作证□由陪伴者陪伴、作证□法□□穿戴假发和法□袍以及证□在□□到旁听□□的情□下作证。另□,在□□□告□直接询问脆弱证□□,由辩护□询问脆弱证□也没有限制□告□的对质□,这是因为在□□审判□理论中,只需要□告□□□辩护□有机会对证□进行反询问,□□味□□告□的对质□□到了□障。[45]

是否限制了□告□的对质□存在争论的作证方式是脆弱证□通过声像传播的方式作证。由于声像传播□用的是□□空□,因此通过这种方式□□的证言□□为"□□"证言。有□点认为,视听技术改□了传统的作证方式,□□无法对证□进行□□的质□,从而限制了□告□的对质□。[46] □是,随□网络和通信技术的发展,越□越多的□接受了证□通过声像传播的方式作证,并认为□没有限制□告□的对质□。休·威廉姆□(Hugh Williams)法□指出,"让证□亲自出庭作证和□样的证□通过□子方式□□影像有效地呈现在法庭上,在原□上是没有区别的。今天的科技已□发展到,□□在□□性是争点的情□下,□们也常常只依据□子影像进行判断。事实上,对于许多□□说,□视和□子媒介是他们了解世界的主要信□□□。他们在较大程度上□□一依据银屏上呈现的影像作出决定,无论□及的是大事□是□事,无论□及的是政治问题,法律问题,□是道德问题。所以,在21世纪的今天,□果法院拒绝□用□子技术,□□□子□□□的传统方法,是□分□合理的"。[47] 在□拿大,法院认为,通过声像传播的方式作证,证□事实上是出庭了的,没有违宪。[48] □大利宪法法院指出,证□通过声像传播的方式作证没有侵犯□告□的对质□,因为□技术□遥□的地方□□了法庭的"延伸空□"。[49] □□□员会也认为,《□□□□□约》没有规定□告□与证□面对面对质的□利,因此应□准许证□通过声像传播的方式在庭审中作证。[50]

脆弱证□通过□出庭作证的方式提□证言是否限制了□告□的对质□,需要□据具体情□进行分析。《□□□□□约》第6条没有规定在什么□候以及应□怎样询问证□,因此证□并□一定需要在□开的审判中作证。□□□□法院认为,在审□听证程序中询问脆弱证□并□违反《□□□□□约》的规定,□是□□确□辩方在询问证□□能够以适□的方式行□对质□,[51]□□果在审□阶□□□证□的证言□,辩方的□利□到了□障,□么□没有限制□告□的对质□。只有在审□和审判阶□辩方□没有机会询问证□□,才会限制□告□的对质□。另□,在脆弱证□作证□□□告□□出法庭

〔45〕 , App. No. 25205/94 (19 October 1995).

〔46〕 K. Murray, : 168 (The Scottish Office, Edinburgh 1995).

〔47〕 , HC Auckland CRI-2005-004-15296, 55-56 (17 May 2006).

〔48〕 R. v. C.N.H., B.C.J. No. 782, 2006 Carswell BC 734 (BCPC) (2006).

〔49〕 Corte Cost., judgment No. 342/1999, Giur. Cost. 2692 (1999).

〔50〕 Council of Europe, (97)13 , preamble § 9, part IV § 27 (adopted September 10, 1997).

〔51〕 Maffei, note 8, at 76.

是否限制了□告□的对质□,也需要□据 体□□进行分 。□果辩□□□以对脆□证□进行 询 ,便没有限制□告□的对质□;只有在□告□没有辩□□,□辩□□没有□会对脆□证□进行 询 □,才会限制□告□的对质□。 □□,在脆□证□与□告□□□设置屏障是否限制了□告□的对质□,也需要□据 体□□进行分 。在 定是否限制了□告□的对质□□,

□□□则□求 衡辩□□□□□□□□□□ 或被害 □□□。”[58]

（二）对脆弱证人适用特殊作证方式与案件事实的准确认定

被告 □□ □□□□□□□□□□□□ □□□可靠□。□被告 □□ □□□□□□□情况下，□ □□宣誓，□辩□□事□裁□□ □够 察□ □举止，□样□□□□□□□□可靠□。[59] □ □□□，脆弱□ □□□殊□□□□□□□□件事□□准□□□。[60] 笔□□□，一 □ 得商榷。

首先，□脆弱□ □□□来看，□殊□□□□□□□□高□□□准□□。□□ □□□□□□□已经述□，□里□□补□□□。禁止被告 □□□脆弱□ □□□询□，□专□询□ 、辩护 或□□指□□其□ 员，或□审□ 员询□脆弱□ ，□被告 □□询□脆弱□ □□，□够缓□□□压力。□□□□ □，□□□压力□情况下，脆弱□ □□可□□ □准□□□□。[61] □□专询□ 询□脆弱□ 时□□如□。专□询□ □□□□语□□或□□治疗□□□□训练□专□。专□询□ □够□□□□□□□缓□脆弱□ □□□压力。□ ，专□询□ □询□□□□还□□护脆弱□ □获取□佳□□□□□，□控辩双□□□□□□□□ □□组织□加工。□□ □，当专□询□ □□脆弱□ □询□时，□ □感□□加□信，□ □□□□加连贯，□ □□□□加准□。[62] 脆弱□ □□时□陪伴□陪伴、脆弱□ □看 被告 □情况下□□、脆弱□ □□时□官 穿戴假□□□官袍、□辩□询□脆弱□ □□□□□限□□□脆弱□情况下□□□□殊□□□□， 样□够□减轻脆弱□ □□□压力、□高□□□准□□起□□□□积□□□。脆弱□ □□ □庭□□□□□□ □□□□□□□□高□□□准□□，□□□ ：□□侦查阶□离犯罪□□□时间间隔□短，□ 仅遗忘□□件信息□

方式不影响陪□□□别真伪的能□。

但是,在陪□团□判时,脆□证人通过特□的方式作证可能不当地影响陪□□对证人可靠性的印象(the perceptions of credibility)。相关研究发现,对证人可靠性的印象受与证人表□和行为相关的□种因素的影响。□□化的、□过的被□人被认为比 静的、表□□松的被□人更加可靠。[67] 如果被□人通过□□□□、□前证言□□等方式作证,其可能不会□到紧张或不会表现出□□化。如果被□人在□判中当□作证,其可能会□到紧张或表现出□□化。有研究成果表明,□论是成年证人,还是□成年证人,与通过□□□□、□前证言□□等方式作证相比,他们的当□证言更□□得到陪□□的□持。[68] 但是,相关的实验研究表明,脆□证人的特□作证方式□□不会对案□的□判结果产生影响。[69] 原因可能是,特□的作证方式会使陪□□对被□人产生一定偏 。[70] 陪□□对被□人的这一不利心证与上□陪□□对被□人的有利心证可能相□抵□,从而□致了证人的特□作证方式不会对□判结果产生实质性影响。

□、□国脆□证人作证制度的构建

在□国,□□诉讼法对脆□证人缺乏相应规定,理论界对脆□证人制度也没有进行系统的研究。在□国□□诉讼法中,与脆□证人相□的规定是《□□诉讼法》第 270 条。根据《□□诉讼法》第 270 条的规定,询问□成年被□人、证人时,应当通□合□成年人到场;合□成年人一般是其法定代理人;在□法通□法定代理人、法定代理人不能到场或者法定代理人是□□时,也可以通□其他合□成年人到场;其他合□成年人包□□成年被□人、证人的其他成年亲□,□在学□、□位、□□地基层□□或者□成年人保□□□的代表。该规定□似于上文中提到的在证人作证时由陪□者在场。但是,从立法目的来看,通□合□成年人到场不是基于□成年人的脆□性,而是基于□成年人自□保□能□的不□,其目的并不是陪□□成年人,而是保障□成年人的合法权益。[71]

本文第一 分谈到了相关国家规定的三□脆□证人,即□成年人、性□□案□中的被□人、□□通□方式作证可能对自身产生不利影响或影响证言质量的其他证人。上□三□脆□证人在□国□□诉讼中也是□观□在的。中国□产党第十□届□中□会□□通过的《中□中央关于□面推进□法□

---

〔67〕 GC Bollingmo and Others, : ,14 Psychology, Crime & Law 29, 29 (2008); EM Wessel and others, : , 30 (2) Law and Human Behavior 221, 221 (2006).

〔68〕 Sara Landstrom, , 123 (PhD Thesis, University of Gothenburg 2008).

〔69〕 Natalie Taylor & Jacqueline Joudo, – – : 12 – 19 (Research and Public Policy Series No. 68, Australian Institute of Criminology 2005).

〔70〕 虽□相关国家的法律明确要□法官警□陪□团,不能由于脆□证人□用特□方式作证而产生对被□人的不利推断,但是□实上陪□□□心的这种不利推断是□以避□的。如英国《1999 年青少年□判与□□证据法》第 39 条规定,在禁止被□人亲自询问证人的案□中,法官必须警□陪□团,确保陪□□不会因禁止被□人亲自询问证人而对被□人产生偏 。《加拿大□法典》第 486.2 条规定,不能从证人作证的□令中得出不利于被□人的推论。

〔71〕 □国《□□诉讼法》第 270 条□出的是保障□成年人的合法权益。该条规定,到场的法定代理人或者其他人□认为□案人□在讯问、□判中□□□成年人合法权益的,可以提出意 ;询问笔□、法□笔□应当□□到场的法定代理人或者其他人□□□或者向他□□;另外,到场的法定代理人还可以代为行使□成年被□人、证人的诉讼权利。

国若干重大问题的　定》提出了“推进以审判为中心的诉讼制度改革”。落实证人出庭制度是实现以审判为中心的重要保障。因此,“推进以审判为中心的诉讼制度改革”迫切需要　国确立脆弱证人作证制度。另外,在侦查阶段和审查起诉阶段,为了鼓励脆弱证人作证,保障证言的质量,对脆弱证人也应当适用特殊的作证方式。笔者认为,参照相关国家的法律规定,结合　国的实际情况,　国可以构建如下脆弱证人作证制度。

(一

□□ 仅□□□□专□ □ □□□讼 □ □□讼□□,还□□□□其 □、□务□□任,如专□ □ □当□□□□□,即 □□□件□任何□害□□;▫□罪适□□专□ □ ;□□。

3. 让脆弱证人在看不见被告人的情况下作证

□□□□□□□□四□□□ ▫弱□ □看 告 □情□下□□:□□□□声像传播□□□□□; □□▫弱□ □ 告 间设置▫ 障 □□▫弱□ □□时将 告 □□庭;四□其□ ▫弱□ 看 告 □□□。□□□□,□□情□下,□当采□□□□□□,即□□声像传播□□□ □ □看 告 □情□下□□,□□:□□,我□□□□硬件设施已经□够完全满足□□;□ ,□其□□□□□, □□□限□ 告 □□□ □ □□□。□□指□□□,如□采取□□□ □□□, □ □下 □:□□□ ▫弱□ □□时□ 护□师□ ,□□ 护□师可□□其□□□□; □□ 告 返回□庭□,□□□当向其宣读 □ □□□。

4. 对辩方询问脆弱证人的问题作出适当限制

□□□□□▫弱□ 造成 □□□, 障□□□□,审□ 员□当□ □ 恰当□ □□ □□□□适当限□。□□□何□ 恰当□ □□□□□□□□□准,审□ 员□当谨慎□使裁□ ,□则□可□走向 个□端:□□□□□□□控□ 恰当□ □□□, □ 恰当□ □□□□□□□▫弱□ □□□准□□,或□▫弱□ 造成□□害。 □积□□限□ □ □▫弱□ , □□□限□□ 告 □□□ ,甚 引□ 审□突。

5. 脆弱证人通过不出庭作证的方式提供证言

□□□□□□□□□▫弱□ □庭□□□□□□□ 括如下几类:□□将▫弱□ □□□□□传闻□□□则□例 ; □将▫弱□ □审 □□□录□□□□使□; □审□ 员□庭 □▫弱□ ;四□将▫弱□ □审 □□录像□□□□使□。我□□□将□ □审 □□□录□□□□使□□传□,□□,□▫弱□ □庭□□时,可□□□将其审 □□□录□□□□使□。□ ,我□□□□□□成熟□ 讯 □犯罪嫌□ 全□ 录音录像□□。可□借鉴 □□,□审 □▫弱□ 时□□全□ 录音录像,□将 录音录像□庭审□□□□□使□。[73] 随 办□机□硬件□件□□完□,审 ▫弱□ □□□录像□当逐 替代审 □□□录。□ ,□审 员□□ □时,可□□庭 □▫弱□ 。□将▫弱□ □审 □□□录或审 □ □

Ä

28722 35.962Tj /X047169 0 TD (^)Tj 1Ú1185 1 Tf 0 Tr 10.285714 0 0 10.285714 0 -9.257143 Tm 23.226486 32.669722 35.962Tj /

庭前 ， 使 人恢复记忆。笔 ， 述 法值得我 借鉴。

前 笔 或 前 优 ,其形成 时间距 件 时间较短,脆 人记忆可能 加 。但 当庭 比,脆 人 前 笔 或 前 不 保 被告人 权。 决脆 人 前 笔 或 前 不 保 被告人 权 ,我 可 借鉴 存 序。 存 序中,必须 下 人员 场: 人员、检察人员 人。 人员、检察人员 都能够 人。 疑人、被告人 能 场,但 必须保 疑人、被告人能够看见 人、 见 人 人 回答, 能够 人 交 。如 被告人 两名 人,能够保 其中 名 人符 述 件即可。 保 能够 存 序中 使 权, 存 序前必须向 示 。[76]

(二) 人 的程序问题

未成 人 示 示示示 示示示示示示 示 示示示 示 示示 示 示示示示示示

当放慢，□□适当停顿，□□□成□人□□时间□□如□回□。还□避免使□□□疑□句，□□□成□人□□准□□回□□□疑□句□□□□。当□□□人、□物或□□时，□当尽量使□□□名称，□不□当使□代词，□□代词可□□使□成□人□□混淆。□外，询□□时间不宜□长，□□□成□人□□□意□□时间□般□□□□钟。□三，□脆弱□人适□□庭□□□□□□，可□□脆弱□人□□必□□培训。□□显示，□准备□□人□□□□叉询□□□□□□准□□回□。[79] □□，可□□审前，□□□□□□□□知□人□叉询□□□□、□□□叉询□□□□、□□诱□□□□□双重□□□□□□□。

□□□□□□□□，□□那□□当适□□殊□□□□□□□□适□□脆弱□人□□，□当□□瑕疵□□□待。□□该瑕疵□□，□当□□情形□□处□：□□，如□□适□□殊□□□□□□□□该□□□真□□，经□补正或□□□□□□释，□当□□其□□□□；不□补正或□□□□□□释□，不得□□□□□根□。□二，如□□适□□殊□□□□□□□□该□□□真□□，该□□不得□□□□□根□。

On the System of Vulnerable Witness

Zhang Jixi

Abstract: Vulnerable witnesses are those who will be detrimentally affected or cannot fully and accurately give testimonies by testifying in the usual way. In the countries concerned, vulnerable witnesses include minors, victims of sexual offenses and other witnesses who will be detrimentally affected or whose testimony will be adversely influenced by testifying in the usual way. In order to maximize the protection of vulnerable witnesses and improve the quality of their testimony, the countries concerned have provided special ways of testifying for vulnerable witnesses. Although some scholars criticized special ways of testifying for vulnerable witnesses theoretically, the system of vulnerable witness cannot be overturned. In China, neither the criminal procedure law has provisions for vulnerable witnesses, nor the system of vulnerable witnesses has been studied systematically. Promoting the reform towards a trial – centered criminal procedure requires the system of vulnerable witnesses urgently.

Keywords: vulnerable witnesses; the ways of testifying; the right of confrontation

（责任编辑：丁洁琳）

〔79〕 Louise Ellison & Jacqueline Wheatcroft, – 38 (University of Leeds: Arts & Humanities Research Council 2010).

死■调查制度的问题与重构
——以普通法系的死　裁判制度为借鉴

吴啟铮*

摘　要:当今世界的死　调　制度大致可以分为独立式模式与附属式模式两大类。我国的死　调　制度完全附属于刑事诉讼,并不存在一套独立、完整的死　调　制度体系,且由侦　机关完全主导,导致了程序逻辑上的悖论和结构上的失衡,在　分案件的实践中造成了司法公信力的弱化。普通法系的死　裁判制度具有独立性强、程序公正、社会参与度高、司法公信力强的优点。我国可借鉴普通法系的死　裁判制度且结合自身司法体制的特点,确立独立式的死　调　模式,建立死　调　委员会,完善调　程序,使调　结论更具社会公信力。

关键词:死　调　制度　死　裁判制度　死　调　模式

一、问题的提出

在人权的价值位阶中,人的生命权无疑是最重要的。然而,当死亡个案发生时,是否一定会作为刑事案件进行立案侦查呢?依法理逻辑与我国现行法律,自然并非如此。从逻辑上讲,并非所有的死亡事件都是刑事案件,“事件”与“案件”是两个不同的概念。[1] 只有符合刑事诉讼法所规定的条件的死亡事件才属于刑事案件中的“人命案”。我国《刑事诉讼法》规定了立案程序,[2] 立案先于侦查,只有符合立案条件的死亡事件才会成为刑事诉讼中的人命案件而进入到侦查程序之中。

显然,一宗死亡事件要进入刑事诉讼程序之中,前提是必须具有“怀疑有犯罪事实发生”这一要件。■此,查明死■,确认是否是犯罪行为所致,将决定是否启动刑事诉讼程序。在我国,勘验尸体或者鉴定都是查明死■的基本措施,但这都属于刑事诉讼中的侦查行为。依我国法律,立案先于侦查,但在死亡个案中,死■的查明却有赖于勘验或鉴定等侦查行为,这无疑形成了逻辑上的悖论。在那些无法初步判断死■或者存在模糊地带的死亡个案中,侦查机关拥有较大的裁量空间。尤其是在那些人员死亡系由公务人员造成(例如警员开枪)或者发生于国家机关场所(例如羁押场所)的事件中,此种裁量空间就会容易留下权力滥用的隐患。假如此时侦查机关所公布的调查结果为公务人员系合法

---

* 上海师范大学法政学院法律系讲师,法学博士。

〔1〕 从逻辑上,“事件”涵盖了“案件”,“事例”涵盖了“案例”。狭义地说,进入刑事诉讼程序之后的事件方成为刑事诉讼概念中的“案件”。本文以下所引述的案例,在具体称谓上遵循这种区分。但是,由于案例研究的范围甚广,例如在管理学领域也存在“案例研究”,此已约定俗成。■此,本文以下在讲到案例时,则统称“案例”,不再使用“事例”一词。

〔2〕 我国《刑事诉讼法》第107条规定:“公安机关或者人民检察院发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人,应当按照管辖范围,立案侦查。”可见,无论是发现犯罪事实还是犯罪嫌疑人,都意味着是侦查机关认为发生了犯罪,■此,侦查机关认为有犯罪发生是立案的前提。

使□□力(例如正当□卫),若□□□□当□ □□□□公诸□□,则□查机□□公信力将□ 严□□考□,甚至可□激□□□□□□□情绪。

事□□,近□来所□□□若干起死□事件已引起□□□□诸多争议,□致人死□□□□□当事人□公务人员□情□下尤□如□。□□□观察□情□来看,近□□来□□类死□个□,□□□□□□□□□□死□□□□“非□被□”□□□□任□□□□□□,□□死□调查□序□□□□正当□□序□□。但鉴□□件□□□□限□,□□□不打□讨□个□□□□□□□,□将集□讨□我□□死□调查□□□其包含□□序□□□。□下□近几□□□□我□内□□□□□□若干起□□□□□□□死□个□,其□□部□□□公务人员。

表 1 对若干宗我国内地与香港的死亡个案的死因调查及追诉状况的简要比较

	□纯□事件[3]	太□□民工命□[4]	张磊□[5]	□□□[6]	□步高□[7]	林□□[8]
□□□□死□□□□□□还□非□	□□	非□	非□	警□□□□奸(□□),□□□无罪	□□□□被□,□□□人均□非□[9]	□□

〔3〕 2015 □5 □2 日,黑龙江□□安县农民□纯□□□安□ 站□警察□□□突,被警察击毙。□□□警察□□□□□□□不同意见。5 □9 日,□华□评□称,□□部门□公布完整□录像□调查结□,来□□□□□决□必□□适当。□邀请□权□□□□部门参□调查,□□赢获公信力。事□□,警□调查组□□,民警李乐□□□□正当履□□务□□,□□人民警察使□警□□□□□例□公安部□□□□。参见《□安□击□调查结□即将公布》,□《□□□报》2015 □5 □13 日,A15 版;《□安□击□警察□□属正当履□ □□“U”形□转各□□□□》,□《□□□报》2015 □5 □15 日,A02 – A03 版。

〔4〕 2014 □12 □13 日,太□□民警王□□□人□处置□工□警情□间,□□□起□民工周□云非正常死□□件。公□机□□□□□意□害罪、□□□权罪□王□□□人□起公□。起□□称,检□查□,王□□□警员□被害人□□□殴打。参见《太□□民工命□□审 警员承□打人》,□《□京报》2015 □05 □20 日,A15 版。

〔5〕 2010 □1 □12 日,时任□□□□岭县坡贡镇派□所□所长□张磊□□警□□□,致两□民□□死□。遵□□□□人民□□□□张磊□□□属□卫□当,□审□□张磊犯□意□人罪,□处□□ 刑 8 □。参见《□□□岭警察□□2 人获刑 8 □》,□《□□□报》2013 □6 □22 日,A07 版。

〔6〕 2003 □2 □24 日□午,湖□□□□□□被□□裸死□ 舍床□,经查 23 日晚□其□朋□□俊□曾□之同 。警□□□不属□□□□未□□□查。□□父 坚持□□□俊□□犯罪 □,□求警□□□。其间,不同机□共□□□5 □司□鉴□。□□,□□□雨湖区人民□□□审□决被告人□俊□无罪,但□赔偿附带民事□讼□告人□□华、□□华经济损□57 399.50 元。□□多□鉴□意见之间存□互□□□之处,□□□□长□时间,导致□□□公□□□□,□延□整个司□□□。参见《□□□□□□□裸死□□审宣□ 被告人□俊□被□无罪》,□《□□日报》2006 □7 □11 日,□5 版;李蒙:《□□□回眸》,□《民□□□□》2013 □□29 □。

〔7〕 □步高□□2001 □至 2006 □□□□□□□三宗□□警员□步高□□□□人□,三宗□件共□四人死□(包括□步高□人),□人重□。□□死□裁□□□□2007 □2 □26 日起□□审□□□□。

〔8〕

〔9〕

是否追诉造成死亡事件的人	否	是(尚未终审)	是(法院作有罪判决)	是(但法院作无罪判决)	否(□已死亡)	否
由□调查死因	警方	警方	警方	警方	死因裁判法庭	死因裁判法庭

可见,不同死因调查制度的程序和方式有着显著的区别。同为具有较大社会影响的事件,社会舆论对不同死因调查制度下的结论的反应也不尽相同。例如,□纯合事件调查结果公布之后,仍有部分网民质疑调查结论;而在黄□案中,由于出现多份相互矛盾的鉴定意见,导致一直存在质疑的声音;但在□□的林□案中,虽然有媒体和社会组织质疑警方的开□行为,但在死因裁判法庭经过研讯并作出裁定之后,社会上却并未质疑死因裁判法庭的公正性。可见,不同的死因调查制度对社会效果的影响也存在差异。

二、中国的死因调查制度:现状与悖论

(一)立法现状及特征

严格地讲,我国现行法律并未形成一套完整、单独的死因调查制度体系,有关死因调查的规定零□地散见于《刑事诉讼法》以及相关法律规范中。

1. 侦查机关□□□□死因调查□

我国现行的死因调查是由□查机关主导的。按照我国的管辖制度,绝大多数死亡个案实际上就是由公安机关负责进行调查的,其行为包括:受案、初查、决定立案和□查,且包括了现场□查、检验、鉴定等□查行为。而关键性的行为如决定□体解□,也是由公安机关决定。[10] 依职能划分,检察机关和法院并不享有主动调查死因的权力。如果公安机关没有将死亡个案列为刑事案件□查直至移送审查起诉,那么检察机关和法院就不会介入死因调查。从上述案例看,不仅警方实际主导了死因调查,而且社会舆论的关注点也始终集中在警方的调查之上。因此,我国的死因调查总体上属于"□查机关主导型"。

2. 附属式□死因调查□□

所谓附属式的死因调查体制,是指死因调查体制并非独立存在,而是附属于某一制度。"大陆法系国家的死因调查制度附属于刑事诉讼。在这些国家,非自然死亡事件或者发生在□□场所等特殊场合的死亡事件,一般由对刑事案件负有□查职责的部门,如司法警察、检察官、预审法院等进行调查,其中以检察官负责调查居多。"[11] 我国的死因调查附属于刑事诉讼,且基本上从属于□查的范畴。如果警方认为涉及犯罪,则启动追诉程序;如果认为不涉及犯罪,调查即告结束。我国死因调查制度的内容主要包括□验、检查、解□□体和鉴定。显然,我国的死因调查体制与□查混合在一起,死因调

〔10〕《刑事诉讼法》第129条规定了公安机关对死因不明的案件的决定解□权。《人民检察院刑事诉讼规则》(试行)第212条第1款亦规定了人民检察院的解□权。对于□□场所的死因调查,检察机关也有一定的调查权,但这是基于国家法律监督机关的定位而作的特殊规定。然而,由于检察机关对绝大多数案件并不具有□查权,因此,从整体上讲,死因调查仍然是属于警方主导型的。

〔11〕林劲松:《论□□场所死因调查制度》,载《浙江大学学报》(人文社会科学版)2013年第2期,第96页。

查□□侦查(□□□□□□□□查)□□□□,□□警□□□□涉□犯罪□终止死□□查,□□□味□□查□侦查□□□。

3. 括式的 因调查范围

□括□□死□□查□□,□□□□□□□□死□ □□□□□□详 列举□□□□死亡□□报告□□□□□。 □□□□未详 列□死□□查□□, 笼□□□□□“□□死□”□□“查□死□”□□ 。□□非羁押□所死亡□□□情□, □□□□□笼□□□□□“□□死□”□□“查□死□”□□ 。[12] □□,□□情□下□死□□查□□□□□□括□。

□□羁押□所□死□□查,□□□□□□□“□病死亡”□“非□常死亡”□□□□,□□□□□□□□□查□□。《监狱□》□ 55 □□□:“罪犯□□刑□□死亡□,监狱□□□□□知罪犯□属□□□检 □、□□□□。罪犯□病死亡□,□监狱□□医疗 □。□□检 □□监狱□医疗 □□疑□□,□□□□□死亡□□□□ □。罪犯□属□疑□□,□□□□□检 □□□。罪犯非□常死亡□,□□检 □□□□□检验,□死亡□□□□ □。”依□□□□,□病(□衰老)死亡□,□羁押□所□首 □□医疗 □;□□非□常死亡□,□检 机□□□死□ □。[13] 虽然□□□□□羁押□所□死□□查□□□□□□□□,□□□□仍然□□□括,□ 量□□□绝□ □非羁押□所□死亡□□□□查□□□ □括,□□□□ □。□□列举□□死亡□□报告□□□□□□ □。

4. 单向性的 因调查程序

□□□□死□□查□序□□□ □□□□□,□括线□、□职□□排斥□□。□□死□□查□属□侦查□序,□□□侦查□序□□职□□,侦查机□ □□ □□剖尸□、 □□□□,□□□□□□□ 乎□□□ □□。□□, □羁押□所死亡事件□死□□属□□□□疑□□□ 情□□□,死□□查□序□排斥死□□属□□□。□□,□□□死□□查□□□□□□□□□衡,□□ □□□□□□□□约。

5. 单一化的 因调查手段

□□□ □,□□□□□□□□医疗 □□□□死□□查, □□□病死亡□□非□常死亡,□□ □□□□□□事件□□终依□。[14] □□□,□□涉□死□□查□□□□□□□勘验(□括□剖尸□),□医□ □□□□□□□□剖□□□,□□,□ □□□□□符□事□□。 □□□,□□□□□未□□□□死□□查□□,□死□□查□□“ □□”□□。

(二)我国死因调查制度的缺陷

1. 程序 上的

□□□死亡事件□□刑事诉讼□序 □□□□,□□□符□“□□犯罪事□□□犯罪嫌疑□”□□□□件,□□,死亡事件□□□□□□□□□□□□刑事□件。□ □□□□□ □悖□:□□□所□□□□“犯罪事□”,□□□□□□,□□然□□司□ □□□犯罪事□,□□警□□□□所□

〔12〕《刑事诉讼□》□ 129 □□□□安机□□□ □□剖“死□□□”□尸□。《□安机□ □刑事□件□序□□》□ 213 □、□ 214 □□笼□□□□□“□□死□”□□“查□死□”□□ 。 □□□,□□情□下□死□□查□未再□□类。

〔13〕□ □类□□□ □□□查□□□ □,□□《□守所□ 》□ 27 □,□安□《□守所□ □施 □(□□)》(1991)□ 33 □,《□□检 □□守所检 □》(2008)□ 19 □,《□□检 □监狱

〔14〕

□□“犯罪□□”,亦□犯罪嫌□;□□□□□,□□□□□□□□□□□,□□警□□“□□”,[15]□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□

赵 □ 中的“亡 归□” □, 死 □份 □ 错,从 导□冤 的 。[19] □□ 错 所 比例□□,□ 错 的 的 死 □查 的 □ □, 旦 ,□ 比较 □□。 ,□改革死 □查 , 难□□ 再次 损害 □□的事件。

2. 影响司法效率

率 司法的□□□ , 力求 率 查□死 。某 容易随□□□的 □ ,甚□消失,从 死 □查的 。 □,□ □查 拖延, 死 属的“□次伤害”。例□, 静 中,□ 5 次内容 矛盾的司法鉴 , 死 尚未查□的情况下□启 诉 序,历□ 3 多 终 无罪 决的□ 。 ,□□死 □查 存 率的情况, 某件中误导 刑事诉讼。

3. 在争议案件中损害司法公信力

□□,我 的司法□信力已 □ 挑战, 牵 全□的 “疾病” 我 □□ □ □危 □□,引□ 全 的 注。[20] 死 □查 涉 □命事件,所 的挑战 。从□ 例□ □ , 序□ 的失 □ 途径□足, □□ 事件的□查□ 容易引□舆 □众的 疑。 □ , □查□ □□ 的, , □ 件 力的叠□ □容易引 争议。□□ 所 ,“ 我 已□进□刑事 序的件, 死 的□查□全 警 单 封闭进 的, □事 □ 的 法□样, 法 的途径 □ □查□ 的□□,导□死 □ □信力的□足,□然引 □□ 的 争议”。[21] “ □ 死亡 件 的 □决 □ 的□查□ , 单 的□查□ □□难□双 □事□信□,□□□事□ 访□ 。”[22] □ ,□□□查□ □ 的, □ 引□ 司法□信力的冲 。

□、□ 法 的死 裁 □□ 序

从 义的 ,凡 查 死 的的 ,□□ 归□死 □查 的 畴。 □今 ,□ 法 的死 裁 □独 专门 著 。□述香港的徐□□ 、□宝 的□置便 死 裁 的□□, 示 □□的 。

(一) 因 判制度的发展现状

1. 英国的死因裁判制度:起源及现状

死 裁 □□ □ 。“Coroner”□□ 验尸官、死 裁 官 。死 裁 官的 讯 序 □ 1194 的□ 。法 求 □ 尸 的□ 报警,然 死 裁 官□□□

〔19〕 “佘祥□杀妻 ”中,已□□ “□杀”的□ 玉突然返□ 乡, 才导□ 已□□□故□杀□罪 □ 徒刑 15 的佘祥□□□□再审改 无罪。导□错 的 □□ □ 的 □ □ 无□女尸的□份的错误 。□□□ :《愚□□ 天, “无罪 狱”》,《南 周 》2005 4 月 7 □。“赵 □ ”中,□ 的无□尸 □误 □村赵振晌, □赵振晌□□ 村里,才□已□□□故□杀□罪 □死缓的赵 □□□改 无罪。□□ 玉:《□冤 11 赵 □无罪□ 》,《南 □市报》2010 5 月 10 □,A17 □。

〔20〕 毕玉谦主编:《司法□信力 》,中 法 □ 2009 □, 412 。

〔21〕 □栋:《 死 裁 我 的 □ 》,《法 》2014 4 , 164 。

〔22〕 □力彦:《死 裁 谐 》,《□主 法 □报》2006 10 月 9 □,A16 □。

死□陪审团□可疑□死亡事件□□□调查。死□裁□官□□□仅次□治安官,被□□□当□政府□重□□职□。[23]《1926 □死□裁□官(修订)□》形成□□代死□裁□□□。□□代,验尸官负责调查暴力致死、猝死、非□然死亡、意外死亡、狱□死亡、不□□□□死亡□□□□□□□□调查□情况□□□□死亡情况。调查□验尸官□庭举□,□□□□□时还□召集陪审团参加。调查结□□,验尸官或陪审团□公布事□□□□,□□调查报告予□□□。[24]

(1)英国死因裁判制度的现代法源

□□当代英□死□裁□□□□□重□成□□当属《1988 □死□裁□官□》(Coroners Act 1988)。英□《1988 □死□裁□官□》□内容包括死□裁□官、暂委死□裁□官、□讯□□般□则、□殊□件□□讯、医□□人□验尸检查、经费□□讯□计、杂项、补□□款□八个部□。《2009 □死□裁□官□司□□》(Coroners and Justice Act 2009)□死□裁□□□□□□□补□□□,该□□□□部□□□死□裁□□□□□□□款,□二部□□其□罪□□□□。

(2)英国死因裁判官的产生方式

根□《1988 □死□裁□官□》□□□,死□裁□官□□□□□□任命□非□举。死□裁□官□□□□委员□□区域任命□□;□任职资□□□,任何被任命□死□裁□官□人都必须□执业五□□□□□庭□师、事务□师或□□□□适□□执业医□。[25] 英□还设置□暂委死□裁□官(deputy coroner)[26]职务。经□□委员□□席□准,死□裁□官可□任命其暂委死□裁□官,□可□任命其□□暂委死□裁□官。[27] 当死□裁□官患病□间,或□□□□或□□□□□□席□间,或□其不适□□持□讯□间,暂委死□裁□官可□代□死□裁□官□职权。[28]

(3)死因裁判官的　权

根□《2009 □死□裁□官□司□□》附表□□□,死□裁□官拥□□下几类权力:□求□人□供或□□示□□;□入指□□场□,□□搜查□扣押;□掘尸□□□勘验;采取□□□阻止其□可□死亡事件□□□。[29] □外,死□裁□官可□□求适□□执业医师□□验尸,□□权命令将尸□转移至适当□□□。[30] 英□□死□裁□官拥□□□□□□□权力,□□□□其指挥死□调查□□□。□□死亡事件□□不排除各□扑朔迷离或□□□障碍□情况,□□□□采□多□措施来□□调查□□揭□死□。死□裁□官□多项职权使其得□排除调查□□多□障碍,□□讯□□必□□□□,使裁□官□人或□陪审团□□件凭借□□□□□□。

(4)　　的　件

根□《2009 □死□裁□官□司□□》□□□,调查□□□□□□死□□身份、死亡□□□、时间□□□□□□□□□□□死亡事件□□□详情。[31] □□,□□□死□,必须□□细致□调查。□英□,

〔23〕 H. Morley Swingle,　　'　　:　　, 63 J. Mo. B. 80, 80 (2007).

〔24〕 参见薛波□编:《元照英美□词典》,北京□□□版□2014 □版,□324－325 □。

〔25〕 Section 1(1), Section 2(1), Coroners Act 1988 (UK).

〔26〕 我□香港□□□政区《死□裁□官□例》□官□□□版□将 deputy coroner 称□“暂委死□裁□官”,□保持□□表达□□致,□□将英□□ deputy coroner 亦称□“暂委死□裁□官”。

〔27〕 Section 6(1)(a), Section 6(1)(b), Coroners Act 1988 (UK).

〔28〕 Section 7(1), Coroners Act 1988 (UK).

〔29〕 Schedule 5, “Powers of Coroners”, Coroners and Justice Act 2009 (UK).

〔30〕 Section 14, Section 15, Coroners and Justice Act 2009 (UK).

〔31〕 Section 5(1), Coroners and Justice Act 2009 (UK).

研讯(inquest)是非常重要的死 查方式。当死 裁判官被告知在本地区 现死 尸体,并 有合理理由怀疑 死 死于暴力或是非自然死亡,死于 明的猝死,死于监狱,或死于其他法律所规 的地点或环境,则死 裁判官应当尽可能迅速地 死 举行研讯。[32] 可 ,进行死 研讯,一类是死 明的死亡;一类是非自然的死亡;还有一类是发 于官方 所的死亡,[illegible]类死亡事件与公 力的行使相关 , 其需要举行研讯以确 死 。

(5)□□□□□□□

对于陪审团 与研讯的 件,死 裁判官应 证召集 少于 7 名 多于 11 名的陪审员在指 的时间和地点 庭;他们应当在死 裁判官面 宣誓,勤勉地研讯死 ,并 据证据 真实的裁决。[33] 如果在未有陪审团 与的情况下,无论是在研讯 还是在研讯期间,死 裁判官认为有理由怀疑死亡发 于监狱内或 发 在其他法律所规 的地点或情 下;或 死亡发 在警察羁押 所 内,或 死亡源于警察在声称是执行公务的情况下所导 的伤害事故;或 死亡是源于意 事故、中毒或 疾病, 据法律的规 需要向政府 门或 法 的官员报告的事件;或 死亡事件的连续发 或可能重复发 将会损害公众健康或安全的情 下, 么,死 裁判官应当召集陪审团进行研讯。如果死 裁判官认为有召集陪审团的其他任何理由, 么死 裁判官也可以召集陪审团进行研讯。[34] 可 , 国法律对召集陪审团进行死 研讯的范围 了宽泛的规 ,除了 死 存疑的 件,公 力 行过程中发 的死亡事件的 件,涉 社会公共利益的 件 , 国法律还赋予了死 裁判官相当大的自由裁量 ,可以召集陪审团进行研讯。这也 映了死 裁判制度的特性,其目的 仅在于查明死 ,为查明事实真相铺路,还在于更[illegible]地维护社会公共利益,并 对公 力进行 格的监督,以尽可能避免 公 力的 行而导 死亡事件的发 。

(6)□□□□□

在有陪审团 与研讯的 合,陪审团在听取证据 后,应当 裁决;在未有陪审团 与研讯的 合,则由死 裁判官在听取证据 后 裁决。[35] 如果少数意 多于 2 名,则死 裁判官可以接受多数意 为裁决结果。在其他意 一 的情 下,死 裁判官可以解 陪审团并发 令状召集另一个陪审团。[36] 研讯的程序并 括指明谁是 宗命 的罪犯,死 裁判官也 应指控任何 犯有罪行。[37] [illegible],裁决应当 据绝对多数 ,其 机理与普通陪审团基本相 。当进行陪审团研讯时,裁判结果完全掌 在陪审团的 中,这是死 裁判制度的显著特点。由于陪审团来自于普通公民, [illegible]其独立性相当高, 界难以 控,这显然与警方完全主导的死 查有明显区别。另 ,裁决的对象是死 ,而并非罪行,故而死 裁判官 能对任何 提 指控,这使死 裁判程序明显区别于刑事诉讼程序, 的 本目的是 的。

2. 死因裁判制度在美国的传播与现状

国的裁判制度被移植到 国, 国的死 查制度是在古代 国死 裁判制度的 的基础

〔32〕 Section 8(1), Coroners Act 1988 (UK).

〔33〕 Section 8(2), Coroners Act 1988 (UK).

〔34〕 Section 8(3), Section 8(4), Coroners Act 1988 (UK).

〔35〕 Section 11(3), Section 11(4), Coroners Act 1988 (UK).

〔36〕 Section 12, Coroners Act 1988 (UK).

〔37〕 Section 11(6), Coroners Act 1988 (UK).

□的。[38] □□□ 的死 □查 □□州 □□ □。 的州仍然□留死 裁 ，的州□适法医 (medical examiner system)，□ 的州适□ □ 征的混 。[39] 堪□□ 内华达 区死 裁 官， □□多、爱达荷、印 安纳、路易□安□、内□□□□、北达 、南卡□□纳、南达 怀俄 县死 裁 官。[40] □ □邦 ，□州的法 □□ □，□□□的法 组织仍□ □的死 □查 准。□ 法□众多，□然无法逐 阐述， □ □存死 裁 的□□□□州进 简述：□苏里州 混 的 征，南卡□□纳州 纯粹适死 裁 的州， 路易□安□州□ 陆法 的历史 废除 死 陪审团。

(1)密苏里州

□苏里州的县 □ 举 的死 裁 官。 □苏里州的114 □县中， 100 □设 死 裁 官， □ 的司法□辖区拥 法医 。□ 法 ，□苏里的死 裁 官 职责□查任何已 信死亡的事件， “凶杀、杀 □□”暴力导□的， 非法堕胎导□的， □□预□的突 事件导□的， □□常的□ □疑的 导□的；法 羁押 件下□ □共收容所 伤□患病的 导□的。警 职责□死 裁 官报告 述死亡 件，死 裁 官□样 职责 移 尸 □ 知警 。□ 裁 官 件涉 □共 进 进 □的□查， □ 召集 □死 陪审团，陪审团□□查导□死亡的 □员。死 裁 官□□ 每 □凶 进 讯， 讯 序 裁量□。死 □查 □ ，县检察官 □帮 死 裁 官准备 讯， 陪审团指导的准备、陪审团 □□ 指令 讯中询 □。[41]

死 裁 官 常 签 □令状，指示治安官召集 六□品 良□ 守法的市□□组□死 陪审团。□ 法 ，陪审团□ “摄 的、电子的□ □ ”□检视尸 。讯的 司法的， 常 法庭中进 ，死 裁 官、陪审团、检察官、□、 □众 媒 □ 的席坐。 讯 中，检察官 □□ □ ，造□ □死亡 的 师□ □准备□□委托□ 的 交给检察官，□ 师 交叉询 □ 己 的□ 。 □查□ ，死 裁 官让陪审团进□陪审室进 商议。 听审□ ，陪审团 独 审议 □ 裁 。□ 死 陪审团裁决死亡 □罪的□ ，死 裁 官 □□□ 知县巡□法官。死 裁 官 无职□命令逮捕嫌疑□。[42]

， □苏里州，死 裁 法医 存，□绝 □ 区 的 死 裁 。法 予 □查的死亡事件的类□ 死亡报告 。□样 ，□苏里州 陪审团审 ，□□□的 ，□苏里州的死 裁 中 检察官的介□，□ 类□ □ 讯的进 ，□□师的□ ，□ 师的 □ 限的。 死 陪审 的 的□ 追诉罪 罪， ，□怀疑涉 刑事罪 ，□ 只能 移送给法官，死 裁 官的职责□ 追诉 罪。

---

〔38〕 Cyril H. Wecht, : , 34 Duq. L. Rev. 797, 800 (1996).

〔39〕 Andrea R. Tischler, : , 33 Sw. U. L. Rev. 553, 557 (2004).
Robert D. Felder, : , 69 La. L. Rev. 627, 633 (2009).

〔40〕 Tischler, note 39, at 557.

〔41〕 Swingle, note 23, at 80 – 81.

〔42〕 at 83 – 84.

(2)南卡罗来纳州

南卡罗来纳州,县死 裁 官 权 不明 的死亡事件 研讯。 这一“准司法 ”的听审 序中,死 裁 官可以召集陪审团和 人,但 受研讯的人 不 刑事审 中的多项 ,如 辩护人 以 交叉询 的权 。[43] 研讯 不为刑事审 或 刑事 序的任何一部分,其 的 于帮 调查死亡事件是 是犯罪 为所导 。死 裁 官的研讯 的是展示死亡 以 除其 死 的可能 。[44]

始研讯前,死 裁 官必须得 令状来召集一个 14 人以内的陪审团。 死 裁 官主持审讯 ,陪审团的职责是宣布死亡是 灾难和意外引起的还是 重罪 导 的。[45] 当前,几乎所 的研讯都是 法庭里进 的。 人和陪审员 死 裁 官 领宣誓, 展 研讯 序。 前,南卡罗来纳州的法律允许死 裁 官询 和和 受研讯 ,向陪审团 审议的指示, 将不愿 的 人 藐视法庭处 。 ,从本 上来说,死 裁 官 研讯中同时拥 检察官和法官的权 。[46]

与普 法 的其 法域一样,南卡罗来纳州同样采 陪审团裁决为死 调查的方 。死 调查的 非刑事追诉,这决

□□让□□□医师□□验尸。[51] □□查□□□,□□裁□官□□□□传票,□求□□□□□□听□□庭□□□,□□□求□□□□亡事件□□□医□记□□□□□件。[52] □□□件涉□□□□□□,□□裁□官□□□□□□□查报告□□报告□送给□区检察官。□凶杀□□,□□裁□官□报告□□□□□□。□□□□裁□官□□查□□□□已□□□,□嫌疑□□未□羁押,□□裁□官□□□□逮捕,□□□□送给治□官。[53] □□裁□官□□亡□□□□□□□□□,□□□警察□□□□□□亡事件□□□□□活□□□□□□□逮捕□□区检察官随□□□□□□诉□决□□□□。□□裁□官□□亡□□□□□□裁□□□□随□□□,□□□□□决□□□□件□□□□□□□□□□□□□□力□□□。[54]

□□□□□□陆□□□□□□,□□□□□□□□□□□州,□易□□□州□□□裁□□□□□□众□□。□易□□□州□□□裁□□□□□□□□□□,□设□□□裁□官□□□□废除□□□陪□团□□讯□□,□□□□□裁□□□□□□州□□□□□区□。□□,□易□□□州□□□裁□官□□逮捕嫌疑□□□力,□□披□□职□□□□□□。

□□□□,□□□州□□□裁□□□□□□□,□□多□□□□□裁□□□□□□□□□□□□。□□□□州,南□□□□州□纯粹□□□裁□□□,□苏里州□□混□□,□易□□□州□□□□□□陆□□□□□,□□□□□□□。□□□□,□□□□□□□□共□□□□:首先,□□裁□□□□□□独□□,□□□刑事□诉□序□□□□,□□负责□□量刑。□次,□□裁□官隶□□□□□支,□警察□检察官□区□,□□□□□□职□。再次,□□□□查□□□,注□□□勘验、传召□□、□□□□□多□□□□□□□亡事件□□□,□□局限□单□□验尸。□□,□□裁□官□□□□□□□□□查,听□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□疑□□。

3. 新西兰的死因裁判制度及其最新改革

□西□□ 2006 □□□□《2006 □□□裁□官□》(Coroners Act 2006),□□□《1998 □□□裁□官□》(Coroners Act 1988)。□□□□□□□□□□帮□预防□亡事件□促□□□□□□;□□□□□述□□,□□□□□□□□独□□□□裁□□□,□□□□□□□□□裁□官报告□□亡事件□□报告□□查□亡事件□□序,□□□裁□官□□□□□□□□□□□□□□□□亡事件□查□□□□□□□查。□□裁□官□□□求□□□查、医□检查□□委员□报告。[55] □□裁□官□□□□□□□□□□求某□□□□□信息、□件□□□□品。[56] □□足□□裁□官已□□□□□□□□求某□□□信息、□□□□品□,区□□□□□官□□□□警察□□□申请签□令■状□指□□□□、飞□器、车辆□□搜查,警察□□□□□□指□□□□执□搜查。[57] □□□裁□官已□□□□□□□□况下,区□□□□□官□□签□令■状□指□□□□、飞□器□□车辆□□□尸□,警察□□□□□□□述指

〔51〕 La. Code Crim. Proc. Ann. art. 102.
〔52〕 La. Code Crim. Proc. Ann. art. 103.
〔53〕 La. Code Crim. Proc. Ann. art. 105 – 106.
〔54〕 Felder, note 39, at 638 – 369.
〔55〕 Section 118, Coroners Act 2006 (NZ).
〔56〕 Section 120, Coroners Act 2006 (NZ).
〔57〕 Section 122 – 123, Coroners Act 2006 (NZ).

□□□□□搜查。[58] 警察可□根□令状扣▫□□□验▫□□□□□。[59]

□ □□□ □□□□□致□□□ □类似,但□□ □ 节□ □所 □。□ □□样,□□□调□□ □□□□ □□,但□□□□ □官□ □使□, 设置□ 域□□□□官签□令状□

3. □因□ □ □ □ □

裁 官拥 决 进 尸体剖验、检掘遗骸、埋葬或火葬的权力,进 亡个 调查的权力,权警务人员或协 人员进入处所或地方 进 搜查的权力,研讯前检讨的权力,传召 人 供和调取物 的权力,进 研讯的权力 。

4. □ □ □ □ □查措□

裁 官可调查须予报告的 亡个 或 为为公众 调查的任何其 亡个 ;可权警务人员 其协 人员, 时间进入或于必 时 进入 权手令所指明的处所或地方进 搜查;可进 研讯前检讨,研讯前检讨不得 公 法庭进 , 可 适当 的人 席;权传召 人 裁 官席前 供,调取物 。 适当 的人 权获取 人 述 或医学或 报告的 本。[64]

5. □ □ □ □ □ □序

(1)须研讯个 的 件。香港《 裁 官 例》 了 亡个 进 研讯的 件:任何人突然 亡; 意外或暴力 亡;或 可疑情况下 亡;或任何人的尸体 香港被发 或被运入香港,则不论该 亡个 是 须予报告的 亡个 ,如 裁 官 为 进 研讯,即可 该 亡个 进 研讯。 人 受官方看管时 亡, 裁 官须 可 的 内尽快 该 亡个 进 研讯。如律政 求 某人的 亡进 研讯, 裁 官须进 该研讯。 讼法庭亦 权 件下命令进 研讯。[65]

(2)研讯的 的和事项。研讯的 的须为研究该 亡个 的 与该 亡个 的情况,研讯的 序 研讯中 的 须专注于以下事项: 的身份; 是如何、何时和 何处亡;当其时根 《 登记 例》须 该 亡个 登记的详情;以 该研讯 无陪 团参与的情况下, 裁 官 该 亡个 所 致的结论; 其 情况下,指 陪 团 该 亡个 所 致的结论。[66]

(3)研讯的 ,即将进 研讯的 裁 官须 法将研讯的时间和地点 适当 的人, 须 为 当可能 该研讯中被 疑的人发 。[67]

(4)研讯的 。除法 情形外,研讯须公 进 。 适当 的人,或 为 当可能被 疑的人,或当 席 的 为被 疑时,该 人 研讯中可 律师或律师代表。 适当 的人和任何获 裁 官 的人, 权亲 或经 律师或律师讯 人。 例还 了 件研讯中的可 纳 情形, 适当 的人可 纳该 件 意 ,亦 权阅读该 件 的 本。[68]

(5)陪 团参与研讯 裁 。除少数 该 例 的情形之外, 裁 官不得 陪 团参与的情况下进 研讯。陪 员小组以抽签或任何其 随 抽 办法 , 裁 官以抽签方从中再 5 名陪 员组成陪 团。研讯的结 取决于多数的裁 。 研讯 陪 团参与的情

〔64〕 参 香港《 裁 官 例》 9 - 13 。
〔65〕 参 香港《 裁 官 例》 14 、 15 - 16 20 。
〔66〕 参 香港《 裁 官 例》 27 。
〔67〕 参 香港《 裁 官 例》 28 - 29 。
〔68〕 参 香港《 裁 官 例》 30 - 32 、 40 。

况下进行，陪审员之间经□商仍不同意见，则多数陪审员的裁须视为陪审□的裁；但是，基于任何由陪审□看来应进一步考虑的裁，则死裁官可指示陪审□进一步考虑的裁。[69] 死裁法庭的调查范主是死死亡的时间、地点死身份，重的是死亡，其到以件的罪与量刑。裁官应将调查结向律政司报告，以其死亡事件的真相。若决为“法杀害”则不负刑事责任。“非法杀害”则可能涉谋杀罪重□的犯罪。[70]

表 2 香港死因裁判法庭接受个案的数量以及陪审团参与研讯的数据(2010 - 2014)[71]

	向死裁官报告的个	须予进一步调查的个	须进行研□的个	陪审□参与的研□	陪审□参与的研□	陪审□的研□的百分率
2014	10 598	967	148	139	9	94%
2013	10 249	1 099	176	140	36	80%
2012	10 472	1 420	164	138	26	84%
2011	10 017	1 224	182	149	33	82%
2010	9 999	1 106	172	131	41	76%

实际上，《死裁官报告》(2014)列了过去 13 间的数，过去各个的陪审□的研□的百分率分为：2009(87%)、2008(93%)、2007(84%)、2006(86%)、2005(79%)、2004(70%)、2003(62%)、2002(63%)、2001(45%)。可以看，除个份之外，在过去 13 间，陪审□参与的研□的比例迅速长的趋势，至 2014 竟高达 90% 以上。“越来越多的死属识到死研□牵涉的法律和其日刑事诉□和民事诉□所的，同时陪审□抱信心，为陪审□裁决更加公正，从纷纷申□，求使陪审□参与死裁。”[72]，陪审□在死裁的实中的分量越来越重，扮演着越来越重的色。

(三)死因裁判制度的特点、优势与比较

1. 独立调□型□□

死裁属于独调查型模。其不隶属于刑事诉□体，这使其与附属的死调查着显著的区。死裁权运行的键在于“裁”，使其区于一般意义上的刑事调查，更不隶属于□方的罪调查体。死裁的的在于调查死，非刑事责任。独调查模的死裁与普法的司法独传相得益彰，不仅在机构设□上很的独，在体、程序设□方都显示了独的优势，使其成为刑事诉□的一前□程序，从能够避免在死未明的情况下□追诉程序的逻辑矛盾。

当前我的死调查属于刑事诉□，在□诉□程序之，死调查与追诉犯罪交织在一起，从容易程序逻辑上的。独调查型模是死裁的显征，我在重构死调查时，应当着重借鉴独调查型模的与优势，以独调查型模为基本的机，去体

〔69〕 参见香港《死裁官条例》14 条、21 条、23 条 42 条。

〔70〕 同注 62 引，89。

〔71〕 参见《死裁官报告》(2014)，3。资料来源：香港行政区司法机构报，2014 年《死裁官报告报》网址为 http://www.judiciary.gov.hk/tc/publications/cgreen_report2014.pdf。

〔72〕 同注 62 引，117。

□□合　国实际情□的死因调查制度。

2. 中立化的调□权力

死因　判制度的机构和权　行使方式都具有中立化的特征。中立化的机构是死因调查权　能实现中立化的前提。普通法系地　大都□立了　立的死因　判法庭或者死因调查□□位。死因　判□和陪审团行使权　不受他人干□,这与高度行政化的警　主导型调查模式完全迥异。死因　判庭在死因　判□的主持下进行研讯,陪审团在此基础上进行　断。

国的死因调查完全由高度行政化的警方进行主导,权　行使方式具有　向性的特征,在运行方式和运行程序上,都相对缺乏制约,难以保持机制上的平衡。死因是一个客观事实,为查明客观事实,正确追究□任人,或者□免悲剧□现,都有　于一个较为中立、平衡的死因调查机构的运作。因此,国在重构死因调查制度时,可以吸收普通法系死因　判制度的中立化运行特征,从法律上保障死因调查机构在行使□权时不受干□,在运行机理上尽□保证其平衡。

3. □面化的调□□施

死因　判制度中具有较为全面的调查□施。死因　判□拥有对死亡个案进行调查的权　,包括□剖□尸体,授权警　进入处所和进行搜查,　召证人作供,调取书证、物证,获取医学或技术报告,召集陪审团、利害关系人和代表律师进行研讯等。全面化的调查□施有利于查明死因,从而为下一步正确追□嫌□人,查明事件□任或者建□立制以□免类似死亡事件□次发生　定基础。

国当前的死因调查制度过于依　　定,且在实践中　乎等同于　定,对于那些比较□□的或者□议较大的死亡事件来说,这并不利于全面查明死因。因此,死因　判制度中的全面化调查□施是值得借　的,尽可能地采用多　化的调查手段,以□免特□死因调查□同于　定,有利于查明真正的死因以及与死亡的相关情□。并且,对于那些比较□□的或者□议较大的死亡事件而言,　一化调查□施所呈现的结果的公信　相对较弱,而多　化的调查□施促进了相关利害关系人的参与,从而尽可能地全面呈现死因,并可以提高调查结果的公信　。

4. □众□与的调□体□

死因　判制度具有公□参与的特征。它不　建立了陪审团参与研讯的体制,使普通公民能　根据呈堂证据依据常理来对死因作出　断,而且它吸纳了适当利害关系人、证人的参与,且利害关系人及受质□者也可以有律师代表参与研讯。这使死因　判制度具□了制约　方权　　断的功能。如,在上　具有较大影响的香港“徐步高案”中,应香港警方请　帮助警方　析该案调查的澳大利□学者博汉仕在分析该案时　出,死因　判的研讯是在公□、媒体及利害关系人(如相关案件中身

断

中,其运行无法很好地回应社会　切,这不仅削弱了司法公信力,　　由于

□□□□□□□ □□□□死□ □□□□,□ 入死□陪审▫,[75]□议□ □□□□框架内设▫死□ □□□□□阶 □□序, □件□□ 刑事诉▫ □□司□ □ □,□ □ 许 □□死□□未 疑□ 混杂□□续□诉▫□ □ 。[76]□当□,死□ □□□□□ □□□,□□公信 □高,□□刑事□件□□□ ▫□□序□□□□□□□足□□□。但□,□ 鉴死□ □□□□基□□□□□诸 势□时候,□ □死□ 查□□□□□□□□改革□□□□□□□径尚□ 诸 □ 。死□□□□□□□普□□□□□□□□□□ 越□□□□□传□□。 □□□□□□香港□陪审▫□□□□□亚□ ▫□陪审▫存□□基础□ □时,高□飞□□□□,香港陪审▫□存□□□亚□□□□ □□例, 存□□□殊□□□□□□背景,□ □成□ □□ □可□□□□陪审▫□□□。□□□亚□ □ 可□□□□ 审□□□□,□ □□,专业□官□存□□ □ 职 □□审□ □□□□ □非常重□□□ 。[77]

死□陪审▫□普□□□死□ □□□□重□内容 □, □□普□陪审▫□ □差异。但□, □□□□□□□□普□□□□□□背景□传□, □按照 □□□□□死□ □□□□ □,贸然 死□ 查□序▫□□□□□内 ,□ □死□陪审▫□□ 基□□ □机□,可□□□□□水土□□□。□司□□□□结□□□征□□, □□刑事司□□□□职 □□□□□,□宏 司□□□ 变□ □下, □□死□陪审▫ □或□职 □□□司□ □□□□□□冲突。□□,□□□

□□ □ □□□□、贸然□□□□□□内 □□死□ □□□□设□死□陪审▫,□则, □□□□司□□□□□□□□□□ 。

□ □刑事司□改革□□向□□,□当 □□□审□□□□□诉▫□□改革□背景下,□当 重□□□□□□□件□□终 □□□色。毕竟,死□ 查属□ 查□□□□▫, □ 查□结□□事件涉□犯罪□□□,则可□□□□□▫□刑事诉▫□序。□当 □□内□ □ □□ □□情况下, □□死□ □□庭 担 查 □,则难□完 避免死□ 查□审□□▫▫,□□可□□损司□公正。□□,□ □当 刑事司□ □状况□背景下,□□弊衡量□□□□□,□ 宜□□□□□□□内 □□死□ □□□□设□死□陪审▫。

□ 鉴普□□□□死□ □□□,所 □ □ □□基□□□□基□ 势,□非□□复□□□。 □符□ □□死□ 查 □□属□□□征, □仍然可□ 鉴普□□□死□ □□□□若干积□□ ,□□□司□□□□ 改造死□ 查机□□▫径。 少□陆□□□□采□□检察官□□□死□ 查□□,□ □□司□□□仍□□□陆□□□□征, 职 □□□□征使□检察□□□设□死□ 查机□□□□ □□□司□□□□ 。□□□□□□□□检察官 □ □□ 勘验□□□,□□当 □□□收集存□□□□、□□□□□□,容易造成 □,□□□ 入 量□□监督,□□ □□ 勘验□检察官□向 □□监督□□ □□,□□□检察机□□□□□□□监督机□□宪□□□□□□□□检▫□□□

宏观□□□□死□　▫□□▫▫□，　▫□□□宪□□司□□□□基□□□。▫□▫▫，□□□　□侦▫□□离□▫□□死□　▫□，□▫▫机□▫列▫▫置死□　▫▫▫□，▫▫▫□□四层□　：

其□，▫　宪□□□□　。▫□▫▫机□□宪□□□□公安机□□高，其□使▫权□▫□□□□□□□依□。□▫□“□▫两□”□宪□▫，▫▫机□□□□□□□▫▫机□，□□　高□宪□□□，□公安机□□□▫▫□▫□部▫，　□▫▫▫讼□□侦▫机□，其□宪□□□□▫▫▫□▫▫机□▫。▫▫机□依□▫□□使▫权□▫□宪□□□□▫□□，□▫▫机□▫列□▫置死□　▫▫▫□，将□□　□侦▫□□离□▫□□死□　▫□□□□　障。

其二，司□□□□□▫　□□□　。▫□《▫▫▫讼□》□□□□□、▫▫□、公安机□之间“□▫▫▫、互□▫□、互□□约”□□□，□□□□，▫□□▫采□□▫□▫□□□□□“▫　□□□”□。□▫讼结□□，▫▫机□▫□▫□侦▫机□“□□□”，□□□侦▫机□▫□▫▫□约□▫▫。□公安机□□死亡▫▫□□　▫权□情▫▫，▫□□□▫□□□▫　□□□□▫▫机□▫列▫▫置死□　▫▫▫□□□约　□□　▫权，□□坚□□□□基础。

其三，▫权□□▫□□　。▫▫▫知，▫□□司□▫□□□□□□□▫权□□□征。尽管□□同，但□▫□□▫▫□▫都□□▫权□□□司□▫□。正如前▫高□飞□□▫□张□，▫权□□□□▫□▫▫□施陪审团□□重□□　。▫□，□□□▫□域▫□▫▫□□□▫置□▫▫□　□□审▫机□，如日□□“▫▫审▫□”。□□□，□▫▫置□▫▫机□▫列□▫□个□□票▫□机□可□□▫权□□▫□□兼▫。□▫权□□▫□▫▫，将▫▫　▫死□□机□置□▫▫机□▫列之□□□置□□□▫部□□□适。

其四，当前司□▫▫□□审□□□□□▫讼□□□　。□□□将□□死□▫□□□□□□□“□审□□□□”□□□□□□▫成▫▫之□，□□“死□▫□□□□□典型□□审□□架□尽□□▫□□□□□代表□□□，其□□□完▫□当纳入□□日□”，□□□死□陪审团之▫□　今□兴▫艾，“□□□死□陪审团□▫□□‘□罪□’，□□□▫举□犯罪□，□□□□□司□□□”，“□▫□□▫□□□□□入▫▫▫讼□▫□□□，使得▫个▫▫▫讼□□都□□审□□□□□逻辑之▫□□”。[79] ▫□▫同　□□□□▫□死□　▫▫▫□□▫□□、▫▫□□观□，亦▫同□审□□□□□□司□▫▫□向，但□，□□死□　▫□□□□□司□□□□□□情境▫□□□□▫，则□□▫□□□仔▫▫之处。其□，死□▫□□□□非▫□▫“□罪□”□□□，□□□□▫□结□包▫“□□杀”□“非□　杀”，□□□还可□▫“▫▫追□”□□□。如□▫将死□▫□□庭▫□追□犯罪□□□机□，则恐▫□“□审□□□□”□▫讼□□□□□▫　□。　得▫意□□，▫□还□□仔▫　□▫□□普□□□□□□□▫□审□▫□□□□□差异□□□□司□▫境□差异。普□□□背景▫□死□▫□□□□　长□□司□▫□▫□，□□□庭□□▫均□□□高□□□□▫□□，□使得，即▫死□▫□庭经　▫之□□□□▫▫□犯罪□□□□□□启□▫▫追▫□▫，其□庭、□▫□普□陪审团□▫□□□使□▫▫▫□▫□审□　□□□前置□死□▫□□□□，其▫□□□▫□　□□□□▫▫□。□▫□▫境▫□审□▫□则□常　□□属□▫个□□□□□□□□□□▫□，其□普□□□▫▫▫□□□□□□差异。如□　▫▫两□之间□□□□□□□□□差异，□完▫▫□死□▫□□□□死□陪审团□□，当死□▫□庭经　▫之□□□□▫▫□犯罪□□□□□□启□▫▫追▫□▫时，□

〔79〕　张栋：《

续□刑事审□□□还□继续坚持审□□独□□,□□□□压力之下预设□□　□□决结□,□□使□续□刑事庭审□□形□?□我□□□□语境下,□□□□导致□□削弱□“□审□□□□”□□讼□□?□□都□非常□□□□□。

□属检察机□序列□机□来□□死□调查,若结□显示□□启□刑事□讼,则□□□□□□□审□□□约,□□□□□巩固□审□□□□□□讼□□。只□□机□设置、□权安排□□序运□三个□□贯彻死□调查□独□□,□保□其□机□□□权无交叉,□序不附属,则□可视□□□独□□□死□调查模□。

(2)死因调查委员会的设置方式及其职能

死□调查□员□可□设置若干名常任□死□调查□,死□调查□须□□检察□□身□,但必须完全不隶属□其□任何检察部门。类似□,可□采□抽签□□□□普□公民□□取□□数□□人员(如□□5名或7名)□□死□调查□员,组成死□调查□员□。死□调查□员□组成□任务□□,即□□□组,□□免人员固□□成□□设或□容易被贿买。事□□,我□检察机□已经□□□若干□人民□□员□□,□随机抽□□□□□□参加□件□□□人员、人民□□员独□□□评议□表决□。[80]根□□□经□,只□将人民□□员□任□□变□任务□,□不难组成我□□死□调查□员□。

□样,死□调查□员□□□专业□死□调查□来□持,又□□普□公民组成□死□调查□员□参□,□当□吸收□普□□□□死□陪审团□□□相□□素,又兼□我□司□□□□□□□,□独□□死□调查模□□□□□□组织形□。

□死□裁□□庭□□□□仿,死□调查□员□□□□□查□死□,但不得□□犯　嫌□人,不得□□启□刑事□讼□序。□调查结□□,死□调查□□根□□员□□调查结□,公布死□身□、死亡时间、□□□□死□,但结□□不得□□　□。

2.死因调查程序的运行方式

(1)确立死因调查程序的独立性原则

死□调查□序必须贯彻独□□□则。首先,死□调查□序不可附属□其□□序,□不可□其□□序□交叉。其次,死□调查□不□兼任其□□务,其□权□使□□保障,其□任何机□□个人都不得干□。□次,死□调查□员□人身□□保障,独□表决,任何机□□个人不得干□。□□,死□调查□序□参□□,包括□人、□害□□人、物□技□专□、警员□,都□独□□□或□表意见,任何机□□个人不得干□。

(2)明确死因调查官的职权

死□调查□□□指挥、□持死□调查□序□□□□权。其□□权命□尸□□剖、挖□检□遗骸、埋葬或□葬,命□警务人员或协□人员□入□□□场所□□□搜查,向□□个人或□单□调取物□,传召□人□□,□托专□□□鉴□,组织□□持调查听□,公布死□调查结□□。

(3)建立死亡个案报告机制

死亡个□报告机□□普□□□□死□裁□□□得□顺□运转□前□。可□□□死亡个□报告机

〔80〕 2010□《□高人民检察□□□□□人民□□员□□□□□》□13□□□□人民□□员属任□□□。□27□□1□则□□:“参加□件□□□人民□□员,□当□随机抽□□□□□□。”□28□□□□□件□□工□□步骤,□□包括人民□□员□□评议□表决;□□30□□□□人民□□员“根□□件情□独□□□评议□表决”。□□,人民□□员□□决□□□采□表决□,□□须独□□□。其经□□容易被吸纳□□□死□调查□员□之□。

，法　　当□　□□的死

□□□侦查□序。

五、结语

严□□□,□□我□死□调查□□完 依附□刑事诉讼,□使我□□不存□□套独□、完整□死□调查□□□□,□□□□□侦查机□□导型□死□调查模□,其调查□□□□权力单向□、独□□□导致□□序逻辑□□悖□□结□□□失衡。□□□□,□□死□调查□□□不□很好□回□□□死亡事件真□□探求,□□某□□□□事件□□司□公信力造成□不同□□□损害。□当前司□改革□背景下,□□回□□每□个□件□都□□公平正□□□求,我□□借鉴普□□□□死□裁□□□,□□□套□独□□死□调查模□□基□□征□死□调查□□□□,使其不再依赖□侦查机□单□□所得□□结□,□借□□□个□□独□□死□调查委员□,□吸收公众参□,丰富调查□□,□得□□□□□□公信力□调查结□,□□□□□□序正□、□□保障人权□□求。每□个人□□命都□无价□,尽管□套独□模□□死□调查□□□□□□□成□□高□□,但□□尊重每□个□命□□求。

Problems and Reconstruction of Death Investigation System in China: Taking Coroner System of Common Law for Reference

Wu Qizheng

Abstract: Nowadays, the death investigation system in the world can be classified into two models, the independent model and the subsidiary model. China's death investigation system is completely subsidiary to criminal process. There is no one set of independent and complete death investigation system in China. As a result of investigation dominated by the investigative organization, the investigative process is full of paradox, and its structure is imbalanced, which has weakened judicial credibility in several cases. The coroner system of common law has several advantages, such as strong independence, procedural justice, high degree of social participation and good judicial credibility. Taking the coroner e

从比较视角看女性主义法学的出路

□ □*

摘 要:□□□□□□□历□□□□□,□□起□□□作用□□□,□存□□□□□、自□□□、内部□□□□□。□□□于□□□□□□,□□□□□□□、他□关系、不□□□□□□□背□□□□□□,□□□际□□□内□□□□□□□□,□□□□□□□□价□诉□□□□出□作出□分析□□□。

关键词:□□□□ □□ 他□ □□

女性主义(Feminism) 女 主义,是自19 以 为争取女性与男性的平等 利而产生的政治 动与文化思潮。 对于 妇女解放 动以及 国 社会性别主流化潮流的建构,有 直接而深刻的影响。女性主义大 历了三次浪潮,第一 浪潮是从19 中后期到20 50年代,以 等西方中产阶级白 妇女精 等自由派为主体,以追求选举 等与男性平等的政治 利为中心。第 浪潮是从20 60年代 20 80年代左右,以西方新左派等激进女性主义者为主体,深入解剖女性受压迫的阶级、 济、文化等根源,以反抗父 制压迫、谋求女性的全面解放和 格独立为目标。第三 浪潮是后现代背景下,更推崇女性自身的主体性 、个体体验和多元文化现实性,探 建构女性自身的话语体系 。在三次浪潮过程中,除了男女的性别差异之认识纷争之外,三代女性主义者之间,西方白 女性主义者与有色 种和第三 界发展中 家女性主义者之间的比较与批判,也交织 间,使 女性主义的话题本身,就充 了"他者""比较"的意味:不 性别之间的比较、不 种族之间的比较、不 文化和宗教背景的比较,以及不 国 家与 国 家 社会普遍准则与 成员 国国 内法精神的比较。

与女性主义三次浪潮相对应,女性主义法学也 历了三次浪潮。第一代,从20 70年代到80年代 期,以对平等 利和 一性与差异性问题的关注为重点。第 代,20 80年代,主要侧重对社会性别 利与法律认知的关注。第三代,20 90年代之后,在后现代背景下,对女性声音多样性的揭示以及对政治理念的拒绝。[1]

应当说,女性主义 动及女性主义法学对推动 社会为争取男女平等 利、构建性别平等社会的法律话语体系 产生了深刻影响,起到了直接的促进作用。例如,对消除性别歧视,对女性的选举 、受教育 、工作 、工 酬 、婚姻自主 、生育 和堕胎 ,以及性骚扰、家庭暴力等的 立法等相关领域,均作出了积极的贡献。但另一方面,不 论是三 女性主义者之间,不 是 一 但不 地域、文化、种族等背景下的女性主义者之间,所进行的"比较", 呈现令 尴尬的状态。概括而言,即是女

---

* 中国 政法大学比较法学研究院教授,法学博士。

〔1〕 Adelaide H. Villmoare, , 24 (2) Law and Social Inquiry 443 (1999).

( )主义 ▫□ □ ▫ 贬

□ □ □□

‘飞 □, □□ □终各 □□ 、 □ □□□□□

□□ □ □□ □□□ 。□□ 法、□ 疑,□□ 竟□□□进 `□□□

,□今 。□ ,□□斗 进□,□少 验□ □□:(1) □ □□

验 法 □ □ □ □□ , □ □□□□□ □ □□ 。(2) □ □

□□□□(□ □ □□) □能 竟 □□□□ □ □□ 。□ □ □□能

验□□ , , □ □□ □ □计,

□,□□使女□堕入□我设计□　次伤害□牢笼。□　,刻意抹杀女□□□□□□□,非□□男□□拼重□力□夜间加班或□危险领域□工□,□□□□偏误。

再次,□女□□　□　□　护,正□尊重□女□□男□□□□差异,□正□□□　□尊　□　□□重□内[illegible]□　道□□□□,审视女□□□□□　□　护,恰恰□□□□高□□□“　□”。□道□考量,女□获得□　□　□　护□救济,□□　□意□□□　□□待,犹　□老　、儿童□残障□□□爱□样。□□□　道□□□　□　□,恰恰□女□□□□□□所忽略□。

、重□□□“□□”□　类命　共　□□　　□□

顾女　□□　□近　百多□□□□,□□　□存□□矛盾、□歧、内耗、□复、交错始终伴随间,□□头　连基础□□□仍然□□得□□决。1998 □,娜塔莎·沃尔□□□版《□女　□□》□□时　□,女□“□　济状况□　力□仍然　　男　”□　时,当代女　□□□任务　然□“打　　济、□□□政治　　□□　□基础”。她甚　□翻□几　□　女□□□渴望□□□男　压迫、追求□我独□□□　逻辑,□□“我□　□□男　齐□　力□改变□□,□　□□□□□□”,“毕竟,　□□改变□庭领域□□状□□,意味　男　□　担□□份额□□务劳□,□妇女则□越　越多□走□□门”。□□,“我□　　□携　,□男　携　,共创□个□加　□□□□”。[6] □可谓[illegible]□□□□□□源头,□□□□□□□□。

类　□,琳　·西□尔□1999 □□版□《□什么□女　□□?》□□□结尾　,满　醒悟□写□,女　□□　□□□□□当□:“□个　仅□某□女　□□所□女　　□□好□□活□□□。按　我然　　□□□□□女　□□□□　,□□男孩□男　　□□　样□□个　好百倍□□□。”[7]

□□□　□□□□□□□□□“妇女”□　□　。　□□□□评述□,“　‘□□’□□‘妇女’□代　,□　□,□妇女□□□信息亦□男子□□,□妇女□□□意味　□男子□□□。□□看□　□,女□□□□男□□□□□

,但不□□ □□来□ , 不同 □ 再 中形成 ;主 经 同时 经 □ □级 , 中形成 意□;主 不 □□ ,虽 裂 ,□ 矛盾 。"[9] 女权主义 逻辑, □ 男女 □□ □ 之□, 女 □部 □、□级、□ 、 、意□形□ 不同 带来 "□□"、" 裂"、"矛盾"□□ 兴□,结 使 □堕入□ □ 、□ 、蔓□状□之中, 忘□ □ 使□—— 女 主 权 □□ □,或 ,忘□ 、 际 、符 □ 。□□ □□女权主义 表 □ 、 代主义、 结 主义 偏好,□□ □ 结 、□释 去 缕 女 各 □□,□ 法 权 保□ 路径 , 兴□ 能□, 希冀 女 个 经验来 □女 主义 □ 意□。

□ 都 可女 主义法 女 □ 法 □□ □□,但 , 个 男 女 □□□ ,还 包□男 □或 男 □ □□ ? 女 主义法 保□女 身 平 权 ,其 象 女 还 男 ? 如 男 □ ,女 主义法 落 □□? 当□,□ 还可继□ , 可能 □经 男 创 主□ 法 中, 起女 □ 法 价值 厦? , 将男 女 个□ ,还 将男 女 两个主 ?

代□□ 女 主义 □□ □ 主 □意将男 女 塑□成 两个阵营之 □ ,"女 主义 □□、□ □□、 法□□ □综 □□女 、□□ 、 、 素, 调采 □□ 法 □□ 女 "。 ,女 主义 再□ 不 □入外 主 之外 个 ,□如, □妇女。" 女 男 ' '; □人 又 白□人 ' ', □妇女 成 ' '。"[10]

男 观 ,可帮 女 深□ 清 □ □□□□、 □□被压□ 被剥夺, 同时, 女 将 □置身 男 □ □□中,找 □ □ 路径。

模 ,□ □ □ □型: 、□惠、□□ 敌□。" 中,各派 得 。 □惠中,□□□你, 你得 □□失,但□ 中你将回□□□。 □□中,□ 其派 □失 得 。 敌□中,□伤□你, 伤□ □。双 都□失。"[11] 人 ,女 男 终 个□运□同 , ,不 □ □□、□ "□级仇恨",都 □ 同 □ □部 □□,将女 个□级, 男 □级 抗,不 □ 获□,都 女 同时 男 灾□。女 男 □能 量□惠,可□□,但□不能敌□。 即□ ,"□□ '男 '□ '女 ' 不□ ('女 '□被添加入

级

唯□□□□,□□□男□□起,来革除□□歧视带来□□□偏 ,来调整男 □□带来□女 □□失,达□男女 □□ □□ 衡。女□□□□□□□□□个基□□□□□女□□她□不□□□责任□□救□来,□□径则□,“除非 □□□责任□□□配,□则女□根□无□获得 □。女□所承担□不 □□负担□无□得□减轻,除非她□身□□责任可□转移给其□人:转移□男人、机□、政府□□□□□头□。责任□□人类□□□□□男□□;□□□个人□□□集□□”。[13]

三、重□□□不 阶层女□□共 价值□□

□经济全球□□互 网技□□背景下,□□各□□女□□□得□ □ □,女□□□□全球□局□□□□□□□改变。□精 女□□□□□女□□□运□,被□多非精 □殖民□□欠□达□□女□□□所替代,多元、跨□□、□□□□□键词,□始□入女□□□□□□□□叙述句□。某□□□□□,全球□放□□女□□□各□差异□视□,放□□各□女□□□间□不兼容、不□拍、不□谐□声音,□□□□□□女□□复杂状况□价值诉求□不 □注□。例如,非洲□非洲裔 □人重□□注□西□□帝□□□□长□笼罩下,非洲女□□□身份不可避免□□□族、殖民、帝□□□□□□□□□□□□。如尼日□亚□□□□□评□□□□□黑人女□□□白人女□□□□不 ,□□□□□□她□□□族,她□所经□□□去,西□□黑人□征 □□ 今仍排外□西□□□□黑人□微妙或□显□控□。

□□□族□□□交织□□起时女□□ 境,可□□□,□族歧视□□□歧视□着□□□□似□,都□□意识形态□□□所谓□“天□□”□“□物□”□□类,□被□□□□□□□□来。但□,□□□□□□□ □□□□内□□□ □。只不□ □□着叠加□□□,当□ □身份 时□存□女□身□时,黑人女□所□□□□□□白人女□完全不可 日□语。 柔尔·卡□甚 悲观□□□,□□□□改善□族歧视□□□歧视似乎都□无□□。“我□□旦□□□□□□□,□□显□□必须□□□□□□□□□□不 □,□所□□□□□形势□不 。□□,我□□□□□□□□□□□□徒劳□,□常被□□仅仅□□□□□活□□已。”[14]

注重□妇女□多样□□□□□□背景□多样□,意味着我□必须采取□□“□绕差异团结□致”□战略□□□。“□□求超越 □□□□□□□□□□□□□普遍□□辩□,转向追求坚持承□差异□□□□, 时又使我□拥□共享□(尽管□偶然□急□)公 □正□□语□框架。□□,□结□□□□□力□差异□□□我□指□□□,□□抵□□男□□□□□ □所□成□障碍,□□向□透彻□□□□□□□□□得□□ □精 □□□□□向□□。□□战略共 □□□我□□变革□□□□□□宝库□挥□□,□□□始憧憬□ □□话语□□‘妇女’,她□□多元□□不□只□□个意□,叛逆□不依顺,追求 □□非普遍□。”[15]

当然,追求□ 间□ □,□□注意妥善□决不 传□□□□妇女 □被侵害□冰冷□□。□□

〔13〕 注2引□,□285□。

〔14〕 柔尔·卡□:《白人女□听着! 黑人女□□□□姐妹情结□局限》,□[ ]伊□莎白·韦□、何成洲□编:《当代 □女□□□经典□□□读》,南京□□□版□2014□版,□92□。

〔15〕 黛安娜·奥托:《北京□□ □□妇女人 话语□局限□潜力□□□》,□[ ]凯

面,需要破除强调普遍性即意味着接纳西方价值和殖民文化,结果是破坏非西方国家的社会和政治独立的疑惑;另一方面,又要关注以文化、宗教和社会习俗为借口,包括包办婚□、男性财产继承和女性生殖器割□等在内的某些做法,对□女遭际产生的影响。这就需要化解传统宗教文化与社会性别之间□似和谐实则冲突的矛盾。“非常需要调和文化与社会性别

□□▫▫□。▫□□□□▫□▫▫拥□▫□▫ ,□□□孩子▫□□□▫□,▫▫□□□ 预下,▫□▫□□□ □▫□□▫▫□□□”。[24]

□□▫□未免让▫□□灰□。▫□□

□ 法上的“□ 信□披露”

*

摘 要:作□□□□□管□手段, □信 □□联 □政机关□偏 。 可□□□信 □知□告 、□裁违□□ □□□,□□□□低 、 □信 公□、控□ □ □执□□□□。由于□□控□□□不□, □□不□用□式□序□自由裁量□非□式□□,伴□□□ 用□□利□□。近□□,□会□□极□□□□□□限□,□政机关自□限□□□□□限,□ 拒绝司□□查。 □□□□□益、公众 全及知情□□价值冲突难□, 需 □平衡□□。

关键词:信 公□ □ □ □政□□ □□ □□控□

21 以□,□□□ 信□ 的 □ 共识, 健全 □□□的 信体 □ 新的战略 , □写□ 党的□六 以□的历届报告以 “□ 五”与“□□五” 划。 □ 战略任务, 务 于2007 和2014 下发 □□ 进 信体 设的纲 件,进 □ 指导 □和工 。[1] □□ 件中, □“健全□ 信□披露制 ”,“□信黑□单披露”,“ □□ 件,□ 件予以曝光” □信惩戒机制的□ 工 。

□ 信□披露制 政□ □□的陆续引□ 约 □于20 90 □,进□21 以□发展□□。 新的□ □制□□□ 上述纲□ 件的首肯 , 政 更 □□ □□势,□□门□ 方的 政机 □□ 件 多 □ 的黑□单披露□违法 披露制 ,新的制 □ □ □□中。

□□ , 全球进□□□ 和信□ 的背景下,□ 信□披露 非中 独□, 许多积 的新□□制□□。然 , 所谓的“非 制”□□ 非单刃□ ,□ 信□披露的 慑□□和□ □方 样 力,□ □受法律制约, 然伴 □力的滥 与 □ 的□害。□

进□信□ 的 □ ,□ 信□披露□ □□□ 政机 □ ,引发的 □多,受 、法 和法律研究 较多的审视, □ 政法上的 □传 命 。

、“□ 信□披露”的

□ 政法学中, □□熟 □的 ,□“□ 机 宣传”(adverse agency publicity), □□□ “□ 信□披露”□“□ 信□宣传”,指的 政机 引□□□注□□执法 □政□ 进

* 中□□族 学法学 ,法学 。本 □□青 项 “法治政□的信□ 制工 研究”(项 编□:12CFX025)的阶□ □ 。

〔1〕《 务 办□厅 于 信体 设的若干□□》(办发[2007]17 □),《 务 于□发 信体 设 划纲(2014—2020)的 知》(发[2014]21 □)。

行的□息宣□,这种宣□会对□□中涉及的相关主体造□□利后果。[2]

“负面□息披露”的定义有□方面□□□□:第一是行□机关作出的行为(agency action),第□是□□众进行的□开宣□(publicity),第□是会对宣□中涉及的主体造□□利影响(adversely affect persons identified in the publicity)。从以上□□特征□□,“负面□息披露”属于□府□息主动□开行为的一种,[3]□□□特地具有潜在的伤害性,与行□机关一般性的□息□开行为有□□别。

□因为□此,在□国行□法学中,“负面□息披露”往往□□立于□息□开法进行□□,许□教材与□□□□□□它作为行□机关作出的一种非□式行为(informal agency action)进行□论。[4] 虽□□有少□□邦行□机关□到了国会明确的立法授□,□负面□息披露□广泛□用,由于缺少国会立法□制与行□机关自□□制,□了一种□度的自由□量□,并造□了许□□利损害案□,□法院□□愿□□□进行司法审□。

□、□邦行□机关的实践史

相比罚款、许□等历史悠久的□制□□,负面□息披露是新生□□,□□邦行□机关有□□的以□作为一种规制□具的历史□少□以□□到19世纪晚期。

(□)最□□□□——食品药品监□局

19世纪晚期以□,由于缺少监□,食品药品□□掺杂掺假的问题突出,食品药品监□□(FDA)的□□——□国农业□化学□□(chemical division)展开了行动。由于□□□缺少强制性监□□□的立法授□,□一□以仰仗的□法措施就是通过发□□□□□,对□法商业□以揭露和批判。1887年□1902年□,□□□分□期发□了□□食品掺假的第13号□□《食品和掺假食品》(Foods and Food Adulterants),□□了令□瞩目的社会效应。这一系列□□□□,□以□为□邦行□机关负面□息披露的早期实践。

□过一系列推动立法的努□,食品药品的负面□息披露逐□□□了明确的立法授□。1906年,国会通过了《□净食品和药品法案》(Pure Food And Drug Act),授□农业□化学□□□依据□法进行的诉讼的判□□果,□□□应□□□法院的□实□□,也□以□□化验□的□□□果和农业□□长认为适□的解□性的□实陈□。□据此□授□,化学□于1908年5月2□发□了□□立以□的第一□法院判□□□。[5]

更大的立法突破□自于1938年通过、□□1906年《□净食品和药品法案》的《食品、药品和化妆品法案》。□法第705条(a)款吸收了旧法对□□法院判□的授□,第705条(b)款□破天荒地规定:“若食品药品监□□□长认为食品、药品、器械□化妆品□在对健康的急迫危险□对□费者的□大欺

---

〔2〕 □□□作为□立咨询机关的“□国行□会□”(Administrative Conference of United States)对“adverse agency publicity”的定义,1 C.F.R. § 305.73-1 (1973).

〔3〕 □果是依□请□开,□□属于负面□息披露的定义范围□□。□谓的纠□性广□(corrective advertising),□行□机关责令相关主体进行更□性宣□,虽□在功能和效果上与负面□息披露□相□,□由于往往有一定程□□障,并且□以□□司法审□,也□在□定义范围□。Ernest Gellhorn, , 86 Harv. L. Rev. 1380, 1389, 1421 (1973).

〔4〕 , , Glen O. Robinson, 393 (West Publishing 1993); Alfred C. Aman, Jr. & William T. Mayton, 273 (West Publishing 2001); William F. Fox, 135 (Matthew & Bender 1997).

〔5〕 陈晋□:《行□机关发□负面□息的法律□制研究——以□国食品药品监□为□》,2014年上□□通大学博士学位论文,第21页。

诈的情形,则其还　权　　发布□□。”该□是　法　一□明　　□了行□机　　发布□　□□的权□。　于□□　　食品药品危害□□的□□　,发布　□□　□□成为了一　　□简□　　□巨的□法手段,相比　　法　　准　　□□□的扣押或□□□,成为食品药品□管□的□法偏□。

以□　□□披露为　盾,在历史上,食品药品□管□□至□　　,在 2011　获得　制□回不食品的　法　权之前,　　行发展　了□谓“　愿□回”的□管□施。[6]　的□□是,在发　□在食品药品危□时,以不服从将启　□□□　正　法律　□,　　是以发布　于该　品的警□□□为□,　□企业“　愿”　　,进行□回。主　　于畏惧将　受不　宣□的　□,□乎□　企业都“　愿”□回。20　　早期以来□法历史的　□□　表明,食品药品□管□　□□与扣押的使　显□□□,　越来越□的依□□□的“　愿□回”完成行□　　。[7]

21　　以来,食品药品□管□依□频繁地　　□　渠□,采　□　形　发布　于　　企业或　品的□　□□,□了□　的新闻　稿(press release),　　□方网站、□方刊物、□□、　÷

□渠　，　如 Facebook，Podcasts，RSS feeds，Twitter feeds。[10]

□□□□□□□□□负□　息披露□□，联□贸易委　□□□□详　□□布负□　息□政策，□□保□□□避□滥□，□□被表　□不□修订□□政□章、　□手册□　导□□。尽管　□□□□　，但□□政策被□□□□其□□政□□□个模□，□好平□□□政□□、警□公众□□□□保□私人□□三□间□□□。[11]

（三）其他机构

□□负□　息披露□□时将□□□□□□□　□□□（政策）或获□□□险（□□）　息□□□警告公众，□被监管□象形成巨□压　，又□□　□□□　□经□繁琐□□政□　，可□想见，所□联□□政□□都希□□权运□□□管□手段。但迄今□止，□□□□□，　□食品药品监管　、　费品□委　□、　□□□□　三个□□享□□布负□　息□□□□□□□权。[12]

绝□　□政□□则□□□□□□□权，□　□□□□□拥□□□般　息□布权　□□□拥□□布□□人负□　息□权　。但　□　外，□□□政□□如同联□贸易委　□□　□　□张其拥□□□（默□）□权，□□□□□□□都□识□□□管□手段□□□□。联□环□保□部前首席□□□□乔□森·坎农（Jonathan Cannon）□□识可□□□代表□，□□□策　□□运□□　负□　息披露，可□□□　□监管□“□□补□，□时　至□　代”，□　改变被监管□象□□□模□。[13]　□监管委□□□份□章□□□件□同　谈　：“民事罚款□负□　息披露　□（被监管□象）守□。”[14]

（四）一般功能

□□□政□□　□万□，□□政□□负□　息披露□表□□□□□□般归类□困难□。□时，负□　息披露　□或　□政□□□正□□□□□，　如□□政（□□）　或□□□章□□□　□披露负□　息（　如公布诉状或　结□）；□时则完　□□□，不□其□　□□□或□□□　□□联（　如

者并威慑潜在的□法者。行政□关□能□于□□目的进行负面　息披露,有些行政□关是为了通□和警告,□□□贸易委　会;有些行政□关□□□作为一种制　□□,□环□□;□有些行政□关□□□□　上　□种功能,□通过负面　息披露实现通□与警告,并作为一种制　□□,□食品药品监□□。[15]

(五)优势

负面　息披露作为具有上　混合功能的新□□制□□拥有以下□□□□□:第一,具有一般　息□开所具有的□□:□　□众□□□、减轻　息□对□　进市□效□、　进　流提□□主议事质量、　进政府□明与对□众负责、作为　制□□　的□□　进有　政府;第□,警告□险的功能□□□为一种□效的风险规制□□,兼具□本　、□效□、□　性(□据风险　息作□□□□□的选择)的□□;第□,作为一种惩罚□□的□□是惩罚效果明□,　需　　行问题且□本　　(主要是　□□本);[16]第□,

□□全□□□□□,决□□□□□□消□□□护”。[19]

□□,警告信□□错□□□□□□□□,□仔细□察,□□类□□□免□知识(技□)局限□□,粗□、率□、□□□□□□□力滥□□□□□□掺□

□斯特· □霍恩教授在其研究中也发现， ▫生□▫用▫□会(The Cost of Living Council)更倾向于运用▫面□▫□□作为一种获得 从的▫正式□▫,而不是其他正式□▫。并且,它运用▫面问□▫□□□伸它的管▫ 到完□▫▫法律的地方。[24]

以上□不是□□,▫□行□▫关□在□ □的场合运用这种制□手段进行压制,□ ▫▫了当□人的▫法 利如言论自由、▫教自由、▫私 或生育自由等,相关▫法▫□案□也不▫。[25]

(三)处罚量不确定与过重

▫面□▫□□作为制□手段有固有缺点,它的□▫效果取□于公▫□度以及其他□个□变社会因素,□▫▫不确定且□**论**□

人,之前□成的名誉□□可能难以恢复。[30]

在 □深远的美 诉雅培实验室 件中,被告实验室 入□ 和 识的静 射药剂被刑事起诉。 陪□团 刑事起诉 个小时,□法部负责该 起诉的官 邀请电 采访介绍了 起诉,食品药品监管 更是发布了新闻 稿明 地称该药剂□成了 50 起□亡。 □罗来□联□地 法 食品药品监管 的新闻 稿 □法部官 电 采访 □判前□ 妨碍了公平□判, 法 过变□□判地点或 期□判 方 □ 了驳回刑事起诉的 议。[31]

□巡回法 尽管□翻了下级法 的判 , 为被告的公平□判可能 □完 不 在,但 为相关□ 是“高 煽 和“ 发偏见”的, 在□法意见 对□法部官 与食品药品监管 公布 发偏见的 息表□“ □的 对”(strongest disapproval)。[32]

历史上,公平雇 委 会(Equal Employment Opportunity Commission)广泛运 “媒体□判”(trial-by-press)以 进 法的策 受到了□ 批 。尽管《公平雇 法》有意 制该委 会发布负 息, 法禁止其公 起诉状 到 正 起了诉讼,[33]但实 中 有得到良好□守,个 委至委 会 为一个 体时有在未正 起诉讼, 证 不充分的□况下 公 个体或公□雇过程 在□法的歧 行为。委 会的新闻 稿经□ 贬□ 的词 谴责被 □法 ,□□其场和 心,获取公众支持与 心。该委 会诉□舆论的策 有其现实的 ,诉讼 在下□不 :□判过程漫□、难以□证歧 意□、刑事 诉少见 民事惩罚较轻; 外,减少歧 的根本方法被 为是 群间的 □、偏见以 隔□, 息公 被 为能 进上 实现。[34]

(五)侵害商 业秘密、个人隐私与国内安全

行政□关主 会 涉 人的 息,尽管真实,如 包括受保□的□□秘密或个人□私, 会□成伤□。 外,被披露的负 息,和其他公 的 息一 ,可能被恐怖分子或□□所利 ,成为一个 □ 。 如,1999 ,根 《清洁□气法》的 ,环保部□备在□站上公 众 (□)可能的 坏作 学释□ 的 息。由于担心被恐怖分子所 , □ 委 会 □关 法程 迟公 ,其 ,环保部制 规章 上 息不能以可以 到 体 厂(□)的方从□上获得。[35] 2001 “9·11”恐怖袭□事件发 , 会迅即于 2002 过《 □ 法》(Homeland Security Act of 2002) 权行政□关不 公 似的关键基础 □的 息。[36]

(六)过多使用与信息泛滥

行政□关发布负 息是为了 公众的 策与行 ,论负 息意在 □风险还是惩罚,有成功地吸 公众 意, 到公众的 策与行 ,能□到 的。当 一行政□关过 使 负

---

〔30〕 在 , 一 中,地 法 了有利于 告的 , 为 FTC 行政诉状 ,在正 前即发布新闻 稿,构成 判 , 如 FTC 终 有利于相对人的 ,新闻 稿□成的□□ 以恢复,FTC 应在“□□法程 ”(quasi-judicial proceedings)避□ 行为。 , Civil Action No. 503-67 (D. D. C., 1967). 但 着人们□渐 受“三权 一”的 管制□构, 采取了□关 部分权保证公平,“ 判 ”这一论点□渐 失。Gellhorn, note 3, at 1420.

〔31〕 , 369 F. Supp. 1396, 1403 (D. C. N. C., 1973).

〔32〕 , , 505 F. 2d 565, 571 (4th Cir. 1974).

〔33〕 Equal Employment Opportunity Act of 1972, 42 U. S. C. A. § 2000e-5b.

〔34〕 Gellhorn, note 3, at 1398.

〔35〕 James W. Conrad, Jr., — ? 12-SPG Kan. J. L. & Pub. Pol'y 521, 531 (2003).

〔36〕 Pub. L. No. 107-296, § 214(a)(1)(A), 116 Stat. 2135.

息披露时,可□ 耗□□□□□□□注,□□淹□真正重□□信息。

例如,高速公□ □安 委 □(NHTSA)□□汽车□品安 隐患□警告削弱□公众□注,□□那□不□□布□警告“ □所□□陷信息,不□严重□□, 乎涉□□所□品牌□ □□汽车”。□联邦贸易委 □不□ □,公□ □件诉状□□□让公众处□信息饱□,可□妨碍□真正风险信息□达。[37]

□“信息□剩”□信息□□,风险信息□ □危险可□很严重。桑斯 谈□,人□□临着□□信息超负荷 处不□□风险,□□导致 费□□□量□信息□根□□□信息□量齐观。[38]

负□信息披露□□□□惩罚手段时情况同 如□。政府□布□惩罚□信息可□淹□□□□ □□□公司□□ 信息之□,□□ □。[39] 意□□□□□ 卡 亚□□□□□,“耻辱□□刑罚不□该□□经常□使□。□□,如□□□频繁□借□舆□

法□□并获得有 救□的罕见,[45]相对人 临以□□以 服的障碍。

1.法□一□ 为□面 □□□不 合司法审 理条

(1)不构成“最后决定”

□了《□费 品□□法》这一 □外,由于 会□在行□□关的□□法中规 可以对负 □披露进行□法□□,可行途径似□是根 《联□行□程□法》 为一 □ 进行□法□□。根 联□行□程□法 704 节,“法律规 可受□□的□关行为,和 有其他□当的法 救□的□关的 □(final agency action)应受□法□□”。[46] 那□行□□关的□ 行为是“ □ ”? 法中 有说明,迄今为止, 会 有明 的 释,对 的 释是由判□来进行的。[47]

联□ 高法 的判□认为,“ □ ”的构成条□有两个: 一是行□□关的行为 □着□策程□的完成, 而不是中间 或□ 的; 二是该行为□ 了权利或义□,或 从中 了法律□。[48] 自 1946 行□程□法制 以来,□□ 有法 认为涉 的负 □ 披露构成 □ ,[49]而不能获得□法□□。[50] 法 的 由 □ 绕着 为一种 供□ 的□正 行为而 有的 点:□是 供□ , 有□ 权利义□, 有法律□ □; 有正 法律程□, 有明 的程□终点, 可能□变,□以认 为正 □策程□的完成;对相对人□成的□□ 有间 ,即基于公自□的选择而□成;□□□以证实,往往 有 □ , 而不构成一种 的、迅速的实质□□。[51]

(2)不成熟或未穷尽行政救济

即使证明了负 □ 披露构成“ □ ” 不□□,普 法发展 的□法□□条□还包□成□则与穷尽行□救□ 则,以 □□法程□不必 地和不 时宜地□□行□程□。 高法 在□行□□关的行为是否成□时 过两个 □, □宜于□法□判以一及□迟□□会□当□人□成困□,而前一 □取□于□□ 是否为法律 以一行□行为是否构成“ □ ”。[52] 穷尽行□救□则是□当□人 有利一□可能的行□救□以前,不能□请法 □□对他不利的行□□ 。[53]

论上,“ □ ”、“成□”与“穷尽行□救□”是三个不同的条□,但本质上都是关于起 时间的规 ,侧重不同而□。三 间关 复杂,有时□□相同或相□的 素,以致□以□分。[54] 成□ 则与 □ 的关 尤其 密,在美 判□演进过程中□□复杂。一 认为构成 □ □是认 是

〔45〕 □有 个 [如 , , No. 73 - 626 - WPG (C. D. Cal., 1973); , , 261 F. Supp. 666(D. C. Utah 1966)]获得法 □持,这 □ 不 代久 , 有得到 高法的□□,成为□法主 意见之外的 □。 Fox, note 4, at 23.

〔46〕 5 U. S. C. § 704 (2006).

〔47〕 Kevin M. McDonald, ' ? 37 Tex. Tech L. Rev. 99, 103 (2004).

〔48〕 , 520 U. S. 154, 177 (1997).

〔49〕 新上 法

〔50〕

〔51〕

〔52〕

〔53〕

〔54〕

□成熟□□素之□,但□□□□□□□成熟只□□□□成□□决□□□素之□。[55] 还□□□,当□□□□□□成□□决□存□□□时,□□□□求□□成熟□则□穷尽□政□济□则□决□。[56]

□□,阻碍□□信□披露被□□□□□决□□考虑□素,如□序非正□□,不□□决□权□□务、公□□收信□造成损害□间□□□,又□□□□□□□9□□□□□4□5□□□□□□□j□F□□0□□□0□□□0□8□□4□5□

重重。

当事　　可能　《　邦侵　赔偿法》(Federal Torts Claims Act)要求政□赔偿错误信□造成的损□，　时　临的障□一是难以证明损□，　是法律的赔偿□免规　。　《　邦侵　赔偿法》　2680 节(A),行政机关行使自由裁□　的行为属于　　赔偿的□免范　,法　的判例一□　发　□　信□视为自由裁□行为，　本条无法获得赔偿。[61] 更　的障□　自　法　2680 节(H)的规　,“诽谤、造谣中□以　□假的陈述”　属于　　赔偿的□免范　，　　条,法　判例一贯认为行政机关发□假信□造成的损□无法获得　　赔偿。[62] 要□对　法的障□，　一可行的方法　是在个　中游说　会通过一个私法律　放□□免,然　交由　邦索赔法　决　是否赔偿以　赔偿金□。这种方法需要在　会和索赔法　　取得支　,并　成本　高,要　游说　会□和索赔法　□讼□。在历史上,成功获得赔偿的　例寥寥无几。[63]

他成　法　难以　为　　,《隐私　法》(Privacy Act)仅适　于行政机关□录　　中的个　□录，　证行政机关正当的制　、　、使　和公开个　的□录。但　法　适　于公司　组织,行政机关□　信□披露的内容绝　　分　　是个　□录。除　　,《信□公开法》(Freedom of Information Act)、《商业秘　法》(

。

誉(□即风险不□在)的□息□□被□□。□份经验研究表明大众□体□在风险□□的结构性□见,一份　量研究发现□体对断　□在风险的□息的□□范　是否认□在风险的□息的三□□。[70]

其□,对□□或□□□息有时不□□澄清。□息在□□中失真可能包含□个　,有时是行□□关发布的□息不□　,有时则完□是新□□体或社会公众发　了□锁性□□。对这种不□□□,法□以　供有效救□,　不能　责□都加□于行□□关。[71] □如,1989　,一法　在□理过程中□　□费□□□委□会□　法律发布了新□通□,但□□应　□要□责令该□关□回通□,认为尽管□□可能□成了负　公众　　,但在法　　终□　　前,责令□回□会加重对　□的□□并□公众□□。[72]

综上可见,法　不□对负　□息□□进行□□,即使□□的负　□息　□以获得有效的□法救□。研究　认为以□□个　素□致了法　的　制　场:□法不□□入行□自□领域;□□往往是推□性(不　　)的;不利□□　有　　法律权利义□,或　　有□变行为时,□法□入会不经□并妨□行□效□;□法□□可能妨□行□□关将来的行　能□。[73]　体而　,在公众□□与□□权与对厂□的权利保□发　冲□时,法　□　倾向前　。

(二)缺少正当程序保护

发布负　□息有可能对相对人极　伤□性,□于正　的法律□罚,但　为一种□正　行为□不□《行□程□法》或其他正　法律程□,　　主张□　正当程□的诉□不少,□□学　　□□　　正当程□保□,但□□从□得到法　的判□□持,　会　极少回应。

1957　,一　□□　起诉□,□□禁止食□药□监管□向公众发布□□称其癌症□□方法□对□癌(internal cancer)时□效。由于《食□、药□和　妆□法　》　705(b)条明　　权食□药□监管□发现食□(药□)　“□□□费　的□□,或□在对□费　的重大欺骗”时公开发布□□□息,　□进而主张该条款　　有□□相对人通□与□证的□会而□　□法上的正当程□。法　□回了这一主张,认为发布□息并□发布□令或　□□权利,□需□□□□以通□与□证的□会。[74] □似诉□一　□在,但法　一□□回,　会迄□　　有修订该条对食□药□监管□□加更□行□程□□制。[75]

1971　,程□保□的一丝曙□　现在“　斯□□州诉□丝□□尼□”　。　□被州的酒□管制官□认　为酗酒成瘾　,失去了□□酒□饮□的权利,其□名在州□□有　□酒□饮□的□□张榜公布。　高法　判□,在□□□况□,如果□府采取□种可能贬□(stigmatize)　个人名誉的行为,则□府的行为构成对个人自由的□□,必须□　正当法律程□,　　被张榜公布的人有权在张榜公布之前获得通□和□证。[76]

但这一　□的□□于5　　即被“保罗诉□　斯”　终止,　□被路□斯　□市□□□□入一份□□□□扒手的名□,并将名□发于本地各　□□。本　中,大法官们发　了□□的意见对　,判

〔70〕　Frank B. Cross,　　, 24 Environmental Law 887, 906 (1994).

〔71〕　　, 384 F. Supp. 281, 293 (D. D. C. 2005). 本　中法　认为行□□关发布的负　□息是□　的,□体的□□当□不能归责于行□□关。

〔72〕　　’　　, WL 140250, at 7 – 8 (S. D. N. Y. 1989).

〔73〕 Lawrence A. Walke,　　:　　, 69 Wash. U. L. Q. 1267, 1284 (1991).

〔74〕　　, 155 F. Supp 376 (D. D. C. 1957).

〔75〕　,　,　　,　　, 378 F. Supp 210 (D. N. J. 1974);　　., 262 F. Supp 728 (D. Conn. 1967).

〔76〕　　, 400 U. S. 433, 437 (1971).

决□多数意见□前□□□区□,□□□□□□□告□隐私权□□□□损害,□□,□告所□□□“单独□名□损害”不□正当□序保护。[77]

□□□□□“单独□名□损害不□正当□序保护”之□则□□沿□至今,□□负□信息披露□□□人造成□损害□□□□名□□损引□,□不□信息□身侵犯□财□或人身权□,□□司□途径获得正当□序保护异常困难。□□□□□□ 1973 □至 2011 □间□□负□信息披露□诉讼,□□很少□当事人□张正当□序,□□□□张□□无□胜诉。[78]

(三)缺少国会的立法控制

□政机□□布负□信息成□□□□□少边□□□□裁量权,□少□□控□□□个□□□□。□□□ 1946 □□□《□政□序□》时□清楚□□□情况下,负□信息披露可□成□□□□裁,[79]可□被滥□,但□未重视,□□设□□予□□□。[80]

《□政□序□》□□之前,司□部长□政□序委员□□□政□序□□调□报告□涉□□负□信息披露。多数派□报告□注□□□争议□□,即司□□序刚□始,□□事□□正□裁□尚未□□,□政机□□□布□□违□嫌疑人□违□事□□信息,但却□□□□□□步□□,□□未□□□结□。□□,少数派□报告则□议禁止□政机□□正□裁决□序□调查(□始)阶段即□布负□信息。[81]

《□政□序□》□□□,□政机□□布负□信息被□越权或违□正当□序□□□起□诉讼不少,然□□□□□“□□”或“忽视”□□□政□□,□未□□□其□□□权或禁止,□不施加□多□政□序或司□控□。例如,哥伦□亚□区联邦巡回□诉□□□□□□拒□,□□长久□来清楚知道联邦贸易委员□□少□□□权□□布负□信息□□政□□,□持□□态□。[82]

数十□来,□□□□负□信息披露加□□□控□□呼声□□存□,□今□□仅□下□三部□□□加□限□。《□□物品控□□》□求环保部披露□造商□交时拒□□秘密□信息时□前 30 天□知□害□□人。《联邦竞□□》禁止联邦□举委员□披露□违□嫌疑□□调查信息,担□信息可□不公正、未成熟、□碍□举。[83] □□控□□典□□ 1972 □□□□《消费□□品安全□》(The Consumer Product Safety Act)。该□设□□消费品安全委员□□成□□,数次□□布□□□□消费品□错误或误导□信息□□□诉□□乃至□高□□败诉。□□造商□□□下,□□□ 1981 □□《消费□□品安全□》

果委□会披露了□□或□□□息,则应以与披露方式相等的方式进行更正。[86]

□了上□特□,虽□法律界素有呼声,国会并没有修法对其他行□机关发布负面□息施加□制。

(四)缺少行政自我控制

相比司法与国会施加的外部□制,有法院与学者认为行□机关的自□□制更为有效,[87]主张行□机关规定自身发布负面□息的实体□策与行□程□,并提供□□□息的更正途径。1973 年,美国行□会□对行□机关提出了□善负面□息发布□策与程□的□条建□:□□真实、描□准确,避免贬损用□;与规制性调□或审判型程□相关联的负面□息□能在三种□定的情况发布;[88]其他负面□息披露要符合法定目的并采取□防措施保证□□准确;关于□□的□息要强调其□为□□。实际可行且符合□法程□的本质时,发布负面□息前须提前通知相对人,并□□其准备回应的合理机会;对□□或□□□息应以同一方式更正。[89] 美国行□会□希望□一机关能在平衡公□利益与特定人保护的基础上,建立符合上□要□的规则。但该建□发布后,□有极个别行□机关正式作了回应。

1974 年,原□生教育和福利部基本采纳了上□建□,启动规章制定程□,公布了本部□发布负面□息的规章的征□意见稿,[90]并于 1976 年完成了规章制定。但该规章□对负面□息作了狭窄的定义,□适用于向“新闻媒体”披露的关于特定人的“负面□息”,[91]这意味着排□了通过其他方式主动公开的负面□息。

1977 年,隶属于□生教育和福利部的食品药品监管□也作了正式回应,在《联邦公□》(Federal Register)公布了□息发布规章的征□意见稿。它适用于向“新闻媒体”披露的□有□息,不□□于负面□息,其较大程度上采纳了美国行□会□的建□,但又作了□处保留,以防止对公众发布警□□息的能□受到□制。比如,草案第 2.703(c)节规定,不得认为本规章阻止□长情况必要时发布□息警□公众,即使这可能在法律程□上造成偏见。规章草案的说明也□出,即使有同等有效的其他手段可采用(比如当□人停止违法),□长也可以发布□息;本机关的□要□□是保护□费者,□□合理与有助于实现此目标的□息发布手段都应允许。[92] 这是一个好的尝试,但这一规章草案始终没有完成正式立法。1991 年,该机关撤回了这一提案。[93] 现在,食品药品监管□□继□适用原□生教育和福利部于 1976 年制定的规章外,主要利用分散的、不具强制约束□的□□文□与雇□手册来规范□息发布,这些文□与手册并没有采纳美国行□会□的建□,没有规定外部相对人参与的程□(虽□食品药品监管□在实践中经常在发布负面□息前□□通知相对人,但这并非程□义□),也没有规定相对人□请更正□息的特别程□。[94]

其他行□机关则没有正式对美国行□会□的建□作出回应,虽□有少□行□机关,□如司法部等

---

〔86〕 15 U.S.C. § 2055(b)(1), § 2055(b)(7) (2008).

〔87〕 , , 837 F.2d 1115, 1118 (1988); Gellhorn, note 3, at 1423.

〔88〕 三种情况是:1.必须迅速通知公众以避免重大公众健康危险与实质经济损害,但如当□人停止违法行为即可避免损害时,可行情况□,应□其机会停止违法行为而不□负面□息披露;2.根据□□程□的需要,通知须加入程□的相对人;3.负面□息可能被其他□息源□公开时,行□机关应主动公开□息以增进行□效率、公众理解或媒体□□的准确性。

〔89〕 Adverse Agency Publicity(Recommendation No. 73-1), 38 Fed. Reg. 16389 (1973).

〔90〕 39 Fed. Reg. 28643-28644 (1974).

〔91〕 Release of Adverse Information to News Media, 41 Fed. Reg. 3 (1976).

〔92〕 FDA, Administrative Practices and Procedures, 42 Fed. Reg. 12436, 12440 (1977).

〔93〕 Withdrawal of Certain Pre-1986 Proposed Rules, 56 Fed. Reg. 67440, 67446 (1991).

〔94〕 Cortez, note 8, at 1402, 1408.

□□□□□□息□□□□□章,[95]□□□□纳□□□□。[96] □□《□□□□□□》□□□□般请愿□□□(general administrative petition processes),[97]□邦□□机□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□息□□□□异□□救济。[98]

□□2000□,□□善□邦机□□□息□量,□□□□□《□息□量□》(The Federal Data Quality Act),□□□□□□□算□□□□□□□策□□□□□□南,□□□□□邦机□□□□众□□□息□□□□息□□□□、客□□□□□□□,□□□□□息□□□□害□□□□□请□□□□□息□□□□□□□□□机□□。[99]

□□,□□□□□算□□

□□□□□”，〔 〕□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□，□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□，□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□，〔 〕□□□□□□□□、□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。

□□，□□□□□□□□□，□□□□□□□□□，□□（□□□□□□□）□□□□□□□□□□□□，□□□□□□□□□□□□□□□□。〔 〕□□，□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□，□□□□□□□□□□□□□□□□□□□，〔 〕□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。

□□□□，□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□，□□□□□□□□□□、□□□□□□□□□□□□□□□□，□□□□□□□□□□□□，□□□□□□□□□□，□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。

Adverse Agency Publicity in the American Legal System

Abstract: , ; ; , , , , ; ; ,

Keywords: ; ; ; ;

（责任编辑：□ □）

〔 〕 , *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*: *Transparency and Open Government* (,) *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies*: *Freedom of Information Act* (,)

〔 〕 □□，“ · ”□□□□□□□□□□，□□□□□□□，□□□□□□□□□ □□□□□□□□□□（□□□□□□□□□□□□）。*See* , , *FDA's Expanding Postmarket Authority to Monitor and Publicize Food and Consumer Health Product Risks*: *The Need for Procedural Safeguards to Reduce "Transparency" Policy Harms in the Post / Regulatory Environment*, , ( )

〔 〕 , *supra* ,

〔 〕 □□，□□□□□□□□□□□□□□□□，□□□□□□□□□报，□却□□收□同样□□□效果；□些□□，□些□映□□□□□□□□□□所□□，而□些则□个□（□司）所□□，□□□□仅仅□□，□□□□□□□背书。 , *supra* , ,

【□□□□□纂】

论□思□示错误的撤□□存续期□

——以中国民法典编纂为背景的分析

薛　军*

□　□:可撤销的法律行为这一范畴中所对应的各种意思表示瑕疵类型,各有其特殊性,不应该设立统一的法律规则。中国法上如果针对意思表示错误(重大误解)的规范模式,更多地采取意思主义的进路,就应该限制相关撤销权的存续期间,要求表意人立即撤销其意思表示。如果立法层面上给予撤销权的行使以特定的除斥期间,相关期限也不宜过长,并且其起算点应该采取客观标准,从意思表示作出之日起开始起算。

□□□:民法典编纂　重大误解　错误　可撤销法律行为

一、导言

□据中国□法□编□的整体规划,第一□□进行“□法总□编”的编□。由此□□,未□中国□法□会□鉴德国□法□德克□体系,也就是大体上把□法□覆□的范围划分为总□、债法、□法、家庭法以及□□法。[1] □未□中国□法□的宏□体系显然□会与此□全相□。由于中国已□制定了单行的《合□法》和《侵□责任法》,未□中国□法□中□□能以合□法和侵□法为核心,略□□善,作为□法□单独的□编,从而在某种□义上□解大陆法系传统的债法体系。□□□合□法和侵□法单独□编,学者们在讨论中□遍认为,仍然有□要设立专门的债法总□编。[2] 已□开□内□征求□□的《中华□□共和国□法总□(草案)》(以下简□《□法总□征求□□稿》),□本上没有涉及□格□的内容,因此也□以预料,在未□的□法□中□会有专门的□格□编。

□下的中国□法□编□应□摒弃教科书式的法□□念,□主要目标设定为□新整理□法的法□体系,消除□□□期制定的□法规范□□的□□□和□能的缺□,□□梳理、评估我国最□□□法院历年□　□的大量司法解□,□□中合理的内容纳□到□法□文本□中,实现中国式的“市□法”与

---

* 北京大学法学院教授,法学博士。

〔1〕 关于德国□法的□德克□体系的内□与□□,□□□薛军:“略论德国□法□德克□体系的□□”,载《中□法学》2003 年第 1 期。

〔2〕 笔者注□到在《□法总□征求□□稿》第 87 条的第□、□款中分别极□简略地涉及了无因□理□债与□□□利□债。这里以□求□□□条款的方式提及这□种债的发生□据,是否□味□□再有债法总□□编□的□要,□□□□察。□在笔者□□,在□法总□□中分别以一□条文□□理无因□理□债与□□□利□债,既存在体系性的错误,也过于简单。关于债法总□□存在的□要性的讨论,□□王利明:《□法□体系研究》,中国□□大学出□社 2008 年□,第 609 页以下。

“　□□□”□融□。[3] 基□□样□　　,□□□□□□民□典借鉴□□□□、□□□□□□□□□□□□则编□结□设□,持□□□□保□意见。□□□□造成□个高□抽象□□□□□□□民□□则□□□□□显□□□型汇编色彩□各□编之间□不协调。但□,鉴□□前□□民□□则□编纂　经成□□个□成□事□,那　□民□□则编□□□□□□起草□,□□炼抽象□则□时候,□□□□慎重注意各□□□□情景□□□□□□则□□　。□□　□□部民□典品□之良□□根□□准,□不□□将抽象□□□□转□□□□,□□□□司□□□□供精□□□□　□□□□□。[4]

□□着重□□意□表示　"情形之下□撤销权存续□间□□□,正□□其□□□个典型例子来□□□很✔情□下　□所习□□常□那□抽象□则,不□□□□　□□□□□□该设□□□□则,□□如　设□□□□则□无知□　。□意□表示　"□撤销权存续□间□□□,□该□□己□□殊□则,□□□□□则必须□□□民□□□意□表示瑕疵□□　□□协调。

二、□可撤销□□□□□撤销□　□□模□□□□

根□□□民□□□□□□来□观□□□□□□□□,可撤销□□□□□□撤销权人必须□□□□□　之内　□撤销,□□撤销权存□□　"斥□间,□□□□□1□,□撤销权人知　或□□当知　撤销事□之日□始起□。[5]《民□□则征　意见稿》基□□沿袭□□□做□,　□□□,1□□　□起□□,□□□迫□□□意□表示□情□之下,□□"□迫□□□□之日"□始起□。之所□　□□迫□□□□□个□□□起□□,□注意□□□□迫□□□意□表示□□□殊□。□□即使当事人知　其□□迫□□□意□表示□□□可撤销□意□表示,□己享□撤销权,但如□□迫□　持续存□,□超□1□□□□时间(□□□务□□很常见□情形)□□导致撤销权□□　"斥□间届满□消灭,那显然□不□适□。征　意见稿注意□□□□迫□□□意□表示□□殊□,□□设□专门□□则,值得□。[6] 但□□□,□□□殊□其□不　　存□□□迫□情形之□。□□意□表示　"(　□民□□□□叫做重□　"□)情形之□□撤销权□□使□间,□□该设□单　□□则。[7]

意□表示　",顾名□□,□□表意人□□各□□□,非□意□□表示□来□意□□内□真□□□□意□之间存□偏离。□□□□□表意人内□真□意□□尊重,□□　　其撤销存□　"□意□表示□权□。[8] □基□□□□逻辑来看,意□表示　"□□□□意□表示□□□人□□任　□□,该□□□□□□意□表示□□人□□□来□□□存□意□表示　"□人□保护。□□□前□之下,如□　　□□意□表示　"□当事人□□□1□□时间来撤销其意□表示,□□该□　□起□□还采取□观□准,□□□当事人知　或□□当知　意□表示　"存□之日起起□。□无□如　都□不

〔3〕 薛□:"民□典编纂□□□'造□':罗马□□经□□启示",□《□□□志》2015□□6□。

〔4〕 薛□:"□□民□典编纂:观□、愿景□□□",□《□□□□》2015□□4□。

〔5〕 梁慧星:《民□□□》,□□□版□2011□版,□210□。□□□□参见　□《民□□则》□59□,《□同□》□54□。

〔6〕 □□□迫□情形□,撤销权□　"斥□间□起□□□该□□迫□　□□之日□始起□,□□□前□□□□□□□□□□无□□□□依□,□□□□□□□逐□达成□共识。□□□ /参见□庆育:《民□□□》,　□□□版□2013□版,□313□。

〔7〕 虽然□□□□□　□民□□□重□"□□□陆□□□□民□□□　",二□之间存□差□。但□✔　□□□□,□二□其□□□回事。

〔8〕 □□民□□□意□表示　"□□□□层□□□□□　,可参　□□□:《民□□□》,□□政□□□□版□2000□版,□394□□下。[□]□尔纳·弗□梅:《□□□□□》,迟颖译,□□□版□2013□版,□493□□下。

。但□□□憾 ,《民 则□□意见稿》 采取 模 。

□ , 民 重 借□来源 , 意 表□□□ 撤销权 使间采取 □ 则。《 民 典》 121 1 款 ,□□人 □悉撤销 ,必须 “□ 迟□ □况□ 使撤销权”。 □□□ 不□ □ 迟□, 撤销权人必须尽快 撤销其意 表□,不□□□ 可归责 其 身 拖□。[9] □ 之, □□ 表□意 表□□□ 当□人必须“ 即”撤销其意 表□——当□, 即,不 □观意 即, 观意 、 可 □ 即。根 布□斯 □, 当 各 □形 基础个 □ □ 撤销权人 ,比如□□时间、咨询 师 时间 。[10]

。 □□意 表□□□ 当□人 撤销权, 来 □经 □ ,□至可 牺牲 人 , □况□ 不 该再□□意 表□□□ 当□人 欺诈、胁□□形□似 □斥 间 。 则 □ □量 严重失□。 欺诈或胁□ □形 ,意 表□ 来 不可归 表意人, 当□人(□□况□ 三人)□起 , □况□,□□撤销权人 段时间 □斥 间, □ 。但 意 表□□□ □形 ,仍□□□表意人 撤销权 □似 □斥 间□□ 宽厚 □ , □□ 鼓励当□人基 个可归 □ 去 □斥 间 步使得 □ , □□可归责 当□人□不得不忍 段时间处 不 状□。

之, 不同 意 表□ □型之 ,当□人 □ □ 可归责 ,当□人 撤销权 使,撤销权□□ 间 □短,□□致 状□ 完□不同 。 不 该□完□不同 □形, 模 。 该□ 意 表□ □型, 其 加吻 则。

三、意 表□□□ 撤销权□□ 间□ 素

虽□ □ □ 意 表□□□ 表意人不迟□ 即撤销其意 表□ □子,但比较 层 看,□□意 表□□□ 当□人 使其撤销权 1 时间,□至 □时间 □斥间 , □ □。□如,《意 民 典》 1442 ,意 表□□□ 当□人 □□同□ 之诉[11] 时 间 5 ,该 间 □□之日□始起算。 意 □□

〔9〕 参见《 民 典》,□□佐译□, 版 2006 版, 38 。

〔10〕 [ ]汉斯·布□斯、□□夫·□ □希· □ :《 民 》,张艳译, 人民 版 2012 版, 262 。

〔11〕 □ □意 ,意 民 意 表□ □致 同 □ 形□ □ □□。 □□绝 □ 可撤销,但意 民 □ “ 始□ ”(nullo) “可□□□ ”(annullabile) “可撤销”(rescindibile)。如同□ 意欠 □型 (□如□□、欺诈 胁□),那□ 同 □形□ “可□□□ ”。 意□着 同□经 ,但可 被 当□人 起诉讼 来□□其 始□ 。如 同□ □□ 价 严重失□ 陷,那□ 同 □形□ “可撤销”。 同□意□着 同□经 但可 被 当□人 起诉讼 来撤销 同。 看,意 可□□□ 可撤销 □似 ,但二 □ □ 。 根 意 ,可□□□ 同 当□人如 □斥 间(5)□ 起□□□ 之诉, 同 不 再被□□□ 。但如外 当□人 履 请□,那□□ 意 表□ 当□人仍□可 抗辩 来拒绝履 同(《意 民典》 1442 4 款)。 同□ 可撤销 □况□,□ 撤销权□□ □斥 间(1 , 同订 之日□始起算)之 , 同完□ , 当□人 不 抗辩 来 抗 履 请□。 可 ,意 可□□□ , □ 绝□ 可撤销之间 □ □况。 □,参见 F. Gazzoni, , VIII edizione, Napoli, 2000, 938ss.

□□□,□□□□□□□欺诈□□□。

□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□,□□做□□□□□□□□□。□□□□□□,□□□□□□□□□□□□示□□□□□宣□□□□□,施□□非常□□□□□。□□《□□□□□□》□1429□□□□,□□□□□□□□□□宣□□□□,□□□□□□□□“显□□”(essenziale),□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□“□□□□”(riconoscibile)。□□□味□□□□□□示□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□示□□□□□□□□□□□□宣□□□,□知□□□□□□知□□。□□□□□状□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□护□□□□□。□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□宣□□□□□□□,□□□□□□□□□□□损害赔偿。□□□情况□,□□宣□□□□□□诉□□斥□□□5□,□□□知□□□□□□□□□□计算,□□□□□□□□□□□衡量□□失衡□□。[12]

□□台湾□□“□□”□90□□□□□□□□□□示□□□撤销□撤销□□□□□□1□。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□呢? 仍□□□。□□□□,□□台湾□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□示□□□□□□,□□□显□差□。□□台湾□□“□□”□88□□□□,□□□□□□□□示□□□□撤销□,□□□□□□□(□□□□□□□□知□□□□□□□□□□□□□□□□示)□□□□□,□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□失。[13] 换□□,□□□□□□□□□己□□失□□□□□□示□□□□,□□□□□□□□□□□□撤销□。□□□□,□□□□□□□□□□撤销□,□□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□,□□台湾□□“□□”□□□□□示□□□撤销□□□□□□1□,□□□□□1□□□斥□□□□算□□□客□□准,□□□□□□□□□示□□□□□算,□□□□□□□□□□□□□□□□□。□□□□□□示□□□□□□□□□□□□□□□失,□□□□□知□□□□□□,□□□□情况□,□□□□1□□撤销□□斥□□,□□客□□准□□算□,□□□□□□,□□□□□示□□□□□□□□苛□。□□,□□□□□□,□□台湾□□“□□”□91□□□□,□□□□□撤销□□□□示□□□□□□,□赔偿□□□□□□□。□□□□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□损害赔偿责□。□□□情况□,□□□□□善□□□□□□护,□□□□备。[14]

笔□□□□□厌□烦□□□□□□□□□□□□台湾□□“□□”□□□□,□□□□□□□□,□□□示□□□撤销□□□□□,□竟□□□□□□,□□□□□□□□□□,□□□□□□□□待□□□□。□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□:(1)□□□□□,□竟□□□□□□□□□□□□——□□□□□□□□□□□□□□□□示□□,□□□□□□□□□□□□□□撤销□,

〔12〕 Cfr., C. M. Bianca, , Milano, 2000, 645ss.

〔13〕 □□台湾□□□□□曾□□□□□势□□□“□□”□88□□□□□□□□□□失,□缩□□□□□□□□失,□□□□□□□□撤销□□□□□示□□□□□。□显□□□□□《□□□□□》□95□□□□□□□□□□。□□□□□□□□□□□□示□□□□□□□□□,□□□[□]□□敬□:《□□□□I:□□》,谢亘□,□□□□□□□2012□□,□173□□□。□□□台湾□□□□□□□□□仍□□□,□□□□□□□□□非常□晰□□,□□□□□缩□□,□□□依□,□□□□□□□,□□□□□□失□□□般□□□□□□失。□□王泽□:《□□□□》,□□□□□□□2009□□,□302□。□□□□□□□□□,绝□□□情况□,□□□□□□□□示□□□□□□□□□失□□□,□□□□□□□□□,台湾□□□□□□□□□示□□□□,□□□□非常浓厚□□示□□□□征,□□□浓厚□□□□□□征□□□□□□□□□□□□□,□□□□差□。

〔14〕 □□□诚□:《□□□□》(□册),□□□□□2008□□,□484□。

还□表示□□□□□□□□——□□意□表示□□□人必须知□或□□当知□□□□□□,□使得□□□□□□□可□销□。□□□□意味着□□□意□表示□□□□,侧重□不同□□□价值□□护。表示□□□□□□□□倾向□保护□□□稳□、安□□□率,□意□□□□□□□□□加倾向□保护当□人□真□意□。(2)如□采取意□□□□□□□□架,那□依□□□□准来□□□□□□□□□□□□型,使其□□可□销□,□□□□□□准□□则□□□宽□,还□□□严□□□□。(3)意□表示□销之□,□□当□人赔偿责□□承担□□采取□□责□□则还□□□□责□□[illegible]。[15] □□□□□□回□,都□□□□□□□意□表示□□时□□销权□□□间,□□起算□□□□。□□□□两个□□,□□□□□□层□□□□精□□□□平衡□□□。

如□□来□意□表示□□□模□□□□,□经□□倾向□保护表意人,那□□□销权□□□□□□起算□□,□必须□□□表意人□□□。□□□表□□□□□□销权□[illegible]

销 的□ □示 给 方 □信赖 的损失所□担的赔偿 任,□□ 错 任的 □, 一纳□ 所谓的缔约 失 任的 □中□。[18] 错 任 □的□纳进一□□□制 设 中的□构失□□ ,非常□ 于 □交易中的善□ 方的 的□护。

非常遗憾的 ,《□法 □ 求□□稿》 这一 上□以 无所 为。 求□□稿□仅拒绝□ 的“错误” ,□续□ □ 科学 ,容易误导□的“□ 误 ” , 置比较法上的□验和□法学 已 的研究□ 于□顾, □□区 针 所 类□的□撤销法律 为设 一的撤销□除斥 □,这 □□□□主□ 准的□ 。这虽然 延续 《 □法》﹏55 的 ,□ 体 □ □示错误的撤销这□ 上,□ 一 倒 。 为□ 《□ □□》﹏73 的 ,□ 误 的情□中,撤销□存续的除斥 □的□ , □□ □ 准,从 为□ □□ □□ 。

《□法 □ 求□□稿》中, □□主□ 准的□ 。这□□本□已□ □多□ □的□ □示错误制 , □ 几□ □ ,□仅 改善, □□更□□ 。以这 态 □编□□法□这样一□□ □ 的 法活 ,岂非咄咄怪事!

以上情况存 ,□谓一□□□例 。突 □ 我 法 粗疏 □求甚 的一贯 。事 上, 上 的论述□以发 , 于□撤销法律 为的撤销□的存续 □ □□ ,以存 长的限制 □,□ □针 □ 体的□ □示瑕疵类□,设 体的 □,这样才 针 。□□□ , □多情况下,所谓的“宜粗□宜细”的 法指导 □,□ 法 于 制□何建构, □本 的托□ 已。

□为止, 的 □只 局限于□法 □□ 的法律 为制 中 于□ □示错误的撤销□存续 □的一 讨论。□ 这一讨论进一□延伸 体的法律 为类□,例□ □、遗嘱和婚姻 □的□ 上□,我 法 的这 粗疏的 法态 所引发 □的 更□ 。事 上, □□类□的法律 为□中, 于□ □示错误的撤销 □ □ 体的, 针 的。 为只 这样,才能够 活更□□ 的□整。

,仅 一□比较法上的例子□ 。 法上,针 遗嘱中 的错误, 于 □法□ □编中 于□ □示错误的一 □, 以下方 。﹏一,除□示错误和内容错误□,□□□□的 错误 □以导□撤销(《 □法□》﹏2078 ﹏2)。 □法 □□ 的错误中, 错误□ 法律□义。这里□所以 撤销 的 ,主 为 遗嘱中□涉 交易安全, □存 □护的□ □示爱□□。﹏□, □ □示错误 足够的□——以□于□事□□以撤销□□ □示——的 , 遗嘱的情□中只 考虑 错误□□□主□ □ 上的□ (《 □法□》﹏2078 ﹏1)□□,□ 考虑 错误 □上的□ 。 《 □法□》﹏119 ﹏1 中的“ 评□情况”的限制 的 件 遗嘱的情□中 。□所以 这 差 , 为 遗嘱的情况中只 考虑□□□□的□ , □以更□彻底 贯彻□ 主义。﹏□,遗嘱存 错误的□候,撤销□□ 遗嘱□撤销 爱 的□, □ □以随□撤□遗嘱的□□□□。这与 □中的□ □示错误□的撤销□□ 发 错误的

[18] 《□法 □草 建议稿》﹏114 ﹏一 :“□事法律 为无 、□撤销□ □发 力 , 为□ □ 为 □□的财 , □予以返□;□能返□□ □ 返□的, □ □□偿。 错的一方 □赔偿 方 所爱 的损失,□方□错的, □□ □担 的 任。”□ 这一 的□述,□以□ 法 为□ □示错误撤销 导□的信赖 损害赔偿的 上,□□□□ 错 的 □。

意□表示□□身，□重□差□。之所□□□□□□□则，□遗嘱□□□□□形□□□□□。被继承人□□遗嘱之□，其□身□不□□遗嘱□约□，□可□时撤回遗嘱，重□□□□□遗嘱。□□遗嘱□□□□□□□□被继承人死亡之□，□□□时，被继承人□身□经不可□撤回其遗嘱□，所□撤销权□□□遗嘱□撤销□□害□□□当事人。□四，□遗嘱□□情况下，撤销□意□表示必须向遗□□□□□。□□□□□遗嘱□□□□□□□□、死□□□□□。撤销□意□表示□□个严□意□□□□领人，□所□□□□□遗嘱继承转变□□□继承。□□□继承□□□□□□遗□□□监□，所□□□□撤销□意□表示必须向遗□□□□□。□，□□遗嘱可□□1□□□内撤销，□须不迟延□□□。□□□则部□□□般□□完□不同。□同□□□，如□不□意□表示□□领人□不□□□保护□信□□，□□□不□□□促撤销权人尽快□□使撤销权。□□□情况下，□□□□□□□□□□□□。□六，遗嘱□撤销不□导致信□□□损害赔偿请□权。□□□□遗嘱□□□□继承人□遗嘱□□□□信□不值得□□□保护。[19]

□□着□□□□□□□列□遗嘱情形□□意□表示□□□□□，□□该清醒□□识□：民□□则□□□□□□设□抽象□□般□则，□□□□□情形□□意□表示□□其□□□，意□其□□不□如□设想□那□。□□正□笔□□□□张□深□□□□□民□典编纂□□□□当继续沿袭□□□□□□□□□□□□□□□则□□□模□□□□□□。□□即使□□□民□典□□□□，□□所谓□□取公□□□□□□□，□基□□□不成□□。[20]但好□□□□□□清楚□抽象□则可□导致□□□，□□注意□□□□意□表示□□情形，去□□□□□□则，□不□□去□所谓□可撤销□□□□□□□□□□则。□□□□

情况

五、结论

意　表□错误的撤销权存续期间而　,应该□□　对所有的可

【法学信息】

中华人民共和国民法总则(专家建议□)

□□政□□□□商□□□□院□□□□所“□□□□□□□小组”*

李永军□

第一章　一般规定

□□□【□□□□】

为给民商事案件的审理提供裁判依据,正确处理私[illegible]主体之间[illegible]□□,特制定本法。

□二□【调□□象】

本法调整自然人的人身关系以及自然人、法人和非[illegible]人团体之[illegible]在民商事活动中形成的财产关系。

□三□【□[illegible]渊源】

人民法院裁判案件,本法及其他法律[illegible]规定的[illegible];没有规定的[illegible]依习惯[illegible]惯的,依法理[illegible]

前款[illegible]习惯[illegible]不[illegible]公[illegible]序和[illegible]风俗[illegible]限。

□四[illegible]□利□使□[illegible]准则】

行使[illegible]履行义务[illegible]当遵[illegible]实与[illegible]用方[illegible]

□五[illegible]□利保护□[illegible]□□□[illegible]】

为保[illegible]己或他[illegible]法权益,可以实[illegible]、紧急避[illegible]及自助行为,[illegible]要程度[illegible]限。

[illegible]□□□□关系

第□　条【法律解□】

□□□□机□□权□□□□其□民商□□□□□□□普□约□□□□释。

〕民□□□□□□,□当兼顾□□□□、□□□□□□□□□□,□宪□□□□〔如〕值□□□,□□□□□含□不□□之处□□□释。

□二章　□□〕

第一节　权利能力

第□□条【权利能力的存□】

□□〕□权□□□,始□□□,终□死亡。

□□〕□权□□□□□平□。

第□□条【出生与□□的时间】

户籍□登记□□□时间,□□□□□时间。□□□□□户籍登记□□□时间□□□,□□□□□□□□时间□准。

死亡□□□记□□死亡时间,□□□死亡时间。□□□□□死亡□□□记□□死亡时间□□□,□□□□□□死亡时间□准。

第□□条【□□利益的保□】

涉□胎儿□□保护□,□□胎儿□□□,但胎儿娩□时□死□□□外。

第二节　宣告失踪、宣告死亡

第□□条【□□□□的要　】

□□〕□落不□满两□□,□害□□〕可□向〕民□□□请宣□其□失踪〕。

前款□称□害□□〕,包□被□请宣□失踪〕□配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女,□□其□□被□请宣□失踪〕□民商□权□□□□□□〕。

第□□条【□□□□期间的　□】

□□〕□落不□□时间,□其离□住□□或□□居住□□□日□始起算;□□□间□落不□□,□□□结□之日起□始起算;意外□故□□落不□□,□意外□故□□□□日□始起算。

第□八条【□□□□的公□】

〕民□□审□宣□失踪□□□,□当依照民□诉讼□□□□□□□□公□。公□□间届满,〕民□□根□被宣□失踪〕失踪□□□□□得□□□,□□宣□失踪□□□或□终结审□□□□。

第□□条【□□□□的法律效〔系〕】

〕民□□□宣□□□〕失踪□同时,□当根□□□□保护失踪〕财□□□则,□□失踪〕□财□代管〕。

前款□称财□代管〕,可□□失踪〕□配偶、父母、成□子女或其□□□密切□亲属;□□□□□□□〕,或□□□□□□〕不□或□不愿代管□,〕民□□可□□□其□〕或□□担□代管〕。

失踪〕□意□代□〕□,财□代管〕□职责不得□意□代□〕□代□权□□冲突。

第　□条【财产代管人的□责】

财□代管〕□当妥善保管失踪〕□财□,□护失踪〕□财□□□,□结失踪〕□债权债□,□□必□□账□,□□□失踪〕□诉讼□担□□□代□〕。

财□代管〕□故意或重□□失造成失踪〕财□损害□,□当承担赔偿责□。

第　□一条【财产代管人的变□】

财□代管〕不履□代管职责、侵害失踪〕财□□□或丧失代管□□□,失踪〕□□害□□〕可□向〕民□□□请变□财□代管〕。

第　□　条【□□□□的□□】

被宣□失踪□〕重□□□或□□知其□落□,□〕或□□害□□〕可□向〕民□□□请撤销失踪宣□。

宣告失踪被撤□,失踪人□财□代管人□当停止代管□□,□时向□人移交□□财□□财□账□、报告代管情况,但代管□□仍显□必□□除外。

第二十三条【宣告死亡的要件】

□然人□下列情形之□□,□害□□人可□向人民□□申 宣告其死亡:

(□)下落不□满四□□;

(二)□意外事故下落不□,□事故□□之日起满两□□;经□□机□□□该□然人不可□□存□,不□两□□限限□。

战争□间下落不□□,适□前款□(□)项□□。

第二十四条【申请宣告死亡的利害关系人】

申 宣告死亡□□害□□人,包括被申 宣告死亡人□配偶、父□、母、子女、兄弟姐妹、祖父 、外祖父 、孙 女、外孙 女,□□其□□宣告死亡□密切□□□人。

申 宣告死亡不□前款所列人员 序□限□。

第二十五条【宣告失踪与宣告死亡的关系】

□然人下落不□符□申 宣告失踪□申 宣告死亡□件,□害□□人□□人申 宣告失踪,□人申 宣告死亡□,人民□□□当□□宣告死亡□申 。

第二十六条【死亡时间的确定】

人民□□□当□宣告死亡□□决□□□死亡□时间:

(□)根□□□□二十三□□□款□(□)项□□□被宣告死亡□,其死亡时间□□□□间届满之日;

(二)根□□□□二十三□□□款□(二)项□□□被宣告死亡□,其死亡时间□意外事故结□之日;

(三)战争□间下落不□被宣告死亡□,其死亡时间□

□然人享□姓名权,□权决□、使□□　□改变□己□姓名,□权　除□人　涉、盗□、　冒其姓名或□其姓名□□侮辱、贬　、不正当称呼。

□□姓名同□识□□□□笔名、□名、　名□,　□前款□□。

第四节　自然人的住所

第三十五条【住所的确定】

□然人□其户籍所□□□居住□□住所。

经常居住□□住所不□致,或户籍所□□不□□□不□□□其户籍所□□□,经常居住□视□住所。□然人　□户籍□□□连续居住□□□□□□□□,□经常居住□,但住□治疗□除外。

□然人□其户籍所□□迁□□迁入□□□之前,无经常居住□□,仍□□户籍所□□□住所。

第三十六条【无行为能力人、限制行为能力人的住所】

无□□□力人、限□□□□力人□其□□代□人□住所□其住所。

第五节　监护

第三十七条【适用范围】

□节所□□□监　,□指亲权之外□无□□□力人或□限□□□□力人□监　。基□亲权□形成□监　,□□亲编□□□□□,□其□□;□□□□□,可□　□□节□□。

第三十八条【监护人】

无□□□力人或限□□□□力人,□下　人员　　顺□担任监　人:

(□)配偶;

(二)父母;

(三)成□子女;

(四)其□近亲　;

□□□述人员监　人□,□民政部门或□□　□　□担任监　人。

□担任监　人□争议□,□被监　人所□单□,或住所□□居民(村民)委员□、民政部门□□述人员□□任。□□任不服□起诉讼□,□人民□□根□□□□被监　人□活□□则□□裁决。

同□顺□□多□□□监　人资□□,□当□其□□人担任监　人,但父母担任监　人□除外。

第三十九条【自愿监护人】

如　□□□□三十　□未□□□□然人监　人,□□愿　□其□亲　、朋友拟□　承担监　责任□,经被监　人□所□单□或住所□□居民(村民)委员□、基层民政部门同意□可□成□监　人。

第四十条【监护人的变更】

未经全□□资□□监　人同意,不得□□变□监　人。擅□变□□,□□被□任□监　人□变□□□监　人共同承担监　责任。

监　人　亡,或□□□　观□□不履□监　职责,或□　□被监　人□□□权□,或□其□□监　资□□人或□单□□□□己□　□担任监　人□,可□向人民□□起诉□求变□监　人。

监　人□人□可□向人民□□起诉□求变□监　人,但□人民□□□决变□之前,仍□履□其监　职责。

第四十一条【监护人的监护职责】

监　人□监　职责包括:

(□)　顾被监　人□□活;

(二)管□□保　被监　人□财□;

(三)代□被监　人□施□□□□;

(四)代□被监　人诉讼或□仲裁;

(五)其□职责。

第四十二条【财产管理】

□监护□□□□财□□,监护□□□□担任监护□□□□造□□册,□监护□□终止□□算。

监护□□□□□□监护□□财□,□□□□□监护□□□□□□□□□□□□□除□。

监护□□□□监护□□财□□,□□□□风险□　资。

□四十三□【□□监护】

□□□□□依照□己□□□□□监护□,□□□　订□□委扌飞监护□□,□□□□□□、财□监护职责全□□□□□□予监护□。□□监护□□□□□□丧失□□□□丧失□□□力□□担监护□职责。

□□监护□□职责□□,仅限□委扌飞监护□□□□□□约□□□□。

□□监护□□□□□履□□监护职责。

□四十四□【□□□□□□】

□□□监护□□丧失□□□力□□□□□□□情况下□□□续治疗、□□捐献□官、遗□□□□□□愿□,□□□愿□知□□□□监护□、□□监护□、医□□□约□力。

□四十五□【遗嘱□□】

□　□□死亡□,□存□□□□遗嘱□□未□□　□指□监护□。

□四十六□【监护□□□终止】

□下列情□□□□,监护□□终止:

(□)□监护□□□□全□□□力□;

(□)□监护□死亡□;

(□)监护□死亡□丧失监护□力□;

(四)监护□□□□□□　□监护职责□;

(五)□□监护□近□属㦰求,监护□□□□□□撤　□监护资□□。

□四十七□【监护终止□□□□清算□移□】

监护□□终止,监护□□□□监护□□财□□□□算,□□□□□□终止□□□财□移交下列□员:

(□)□监护□□□□全□□□力□,移交给□监护□;

(□)□监护□死亡□,移交给□监护□□□□□;

(□)监护□死亡□丧失监护□力□,移交给□监护□;

(四)□□监护□□,移交给□监护□。

监护□死亡□□□□宣告失踪□,□□算□移交□务□□□□□□财□□□□履□。

□□□　**个体工商户、农村承□□营户**

□四十□□【□□□商户】

□然□□□□允许□□内,依□□登记□事工商业□营□,□□□工商户。

□四十九□【□□□商户□住□】

□□工商户□登记机□登记□□营□所□□住所。

□五十□【农村□□□营户】

村集□□济组织□□员,□□□允许□□□内,按照□□□□□□□事商　□营□,□　村□□□营户。

□五十□□【□□□商户、农村□□□营户□债□】

□□工商户、　村□□□营户□债务,□□□营□,□□□财□□担;□庭□营□,□□庭财□□担。

□□章　□□、非□□　□

□□□　□**般**□□

□五十□□【□□□□□】

□□□依□设□□独□　□□事□□□□担□事□务□　□。

第二节　社团法人

六十五　【社团法人的定义和　　】

□团□人□□□□人、□人或□其□非□人团□□□成□,依照□□□□成□□□人。

□团□人可□□营□□□,□可□□非营□□□。

六十六　【社团法人的设　】

□□营□□□团□人,须遵循□□、□□□□□□□□,□□依□□□登记时成□。□□□□□当□□□准手□□,依照其□□。

□□非营□□□团□人,□当依□经□管机□□准,□□□登记手□。

六十七　【社团法人的　程】

□团□人□章□□记□□□□□:

(□)□团□人□名称;

(二)□团□□;

(三)董□或□□□人□、□□□□免□则。□□监□□,□□□监□□人□、□□□□免□则;

(四)□□□□□□□、□□□□□□则;

(□)□□□□□或□费缴纳□□;

(六)□□□□取得□丧失;

(七)□□□团□人□□□;

(八)不违□□□□□□其□□□。

六十　【社团法人的机关】

□□□□□□团□人□意□机□,□权依□□□、修□章□,□举或□□换□□机□、监督机□成□,□□使章□□□□其□职权。

董□□或□□□□□团□人□□□机□,□□□□□□□,□□□□□□负责,根□章□□□□□使职权。

□□□□团□人□机□□□□□□□□,优□适□□□□□。

六十九　【社　的退社　除名】

□□可□时退□,但□□□□□□□□外。□不违□□□□□□□公□良俗□□,章□可□□□退□□□□□。

章□可□□□□□名□□□□□□

□□法人的设立人应当制定捐助章程。

捐助章程应当载明捐助目的以及所捐□产□况。

□七十六□【□遗嘱捐助□式设□财团□□】

以□□捐助方式设立□□法人的,应当在□□中□明捐助目的,并指定□□执行人。未指定□□执行人的,由主管□关指定。

□七十七□【财团□□□机关】

□□法人应当□□捐助章程设立执行□关和监督□关。

执行□关和监督□关□法行使捐助章程规定的职权。

□七十□□【违反捐助□□□□□□□□□】

对于□□法人的执行□关□反捐助章程的行为,主管□关或者捐助人等利□关系人可以□求人民法院予以撤□。

□七十九□【财团□□□□灭□剩余财产□处理】

□□法人消灭后的□余□产应当□□捐助章程的规定用于公益目的;无法□□捐助章程规定处理的,由主管□关划归与该□□法人性质、□旨相同或者相近的□□法人,并向社会公告。

□□十□【宗教团□□□□□质】

□法登记的□教□体,具有法人资格。

□教□体法人得以其□旨为限,□法从事民事活动。

□□十□□【社团□□规□□准用】

本章第二节关于社□法人的规定,□与□□法人的规定不相□触者,□用于□□法人。

第四节　非法人团体

□□十二□【非□□团□□□□】

本法所称□法人□体,是指□不具有法人资格但□法能够以自□的名义□有权利承担义务的营利或□营利□体。

法律规定□法人□体应登记的,自登记时成立。法律规定□法人□体须经有关部门批□才能设立的,□□其规定。

法律对特定□法人□体有特别规定的,□其规定。

□□十三□【□伙□□□调□】

法律规定须经登记的□事合伙,□用法律有关合伙□□的规定。

法律规定须经登记但未登记,或法律规定无须登记的合伙组织,□用本节规定以及法律有关合伙合同的规定。

□□十四□【非□□团□□认□】

具备下□条件的,可以认定为□法人□体:

(一) 有自□的名称和组织□构

(二) 有自□的章程或组织规则

(三) 有必要的□产或经费

□□十五□【非□□团□□财产】

营利性□法人□体的成员□有与出资相应的□产权利,并可在退出或□体解散时□求分割□体的□产,但章程或组织规则另有规定的除外。

□营利性□法人□体的成员对于□体的□产不□有□产权利,在退出或□体解散时,成员不得□求分割□体□产,但章程或组织规则另有规定且不□反法律禁止性规定的除外。公益性□法人□体解散或终止时,参□□□法人终止时的□产处理规则处理□余□产。

□□十六□【营利□非□□团□□□□】

营利性□法人□体以其□产承担民事责任,□体□产不足以承担责任的,由成员承担□带责任,但法律另有规定的除外。

□□十七□【非营利□非□□团□□□□】

□非营□□非□人□□□权代□□□□□债□,□　□□其财□担责□,其成□不担责□。

非营□□非□人□□财□不□□担责□□,□代□人担　带责□。

□□□□非营□□非□人□□责□担□□□□□,依其□□。

□□十□□【非□□团□□机关】

非□人□□机□,依章□或□□□则□□,□可参照□□□□□机□□□□。

□四章　□□□□

第一节　一般规定

□□十九□【□□□□□概念】

□□□□□民□□□依其意□表示□□、变□、□灭民□权□□□□□□。

□九十□【□□□□□约束□】

□□□□□成□时起□□□□约□□,□□非依□□□□或□当□约□,不得擅□变□或□□□。

□九十□□【□他□□另□规□□□□□□□用】

其□□□□□□□□□□□□,适□其□□。

第二节　行为能力

□九十二□【完全□□□□】

十八□岁□□□□□□人成□,只□完□□□□□。

十六□岁□□不满十八□岁□□□,只□己□　□收入□□□□□来源□,□□完□□□□□□人

□九十三□【无□□□□】

不满七□岁□□成□人不□辨□□己□□□成□,只□□□□□□人

□□□□□人意□表示□□。

□□□□□人其□□代□人代□意□表示。

□九十四□【视□无□□□□】

□□意□或□暂时□□□□乱状□时□□□意□表示,□□□□□□□人□□意□表示。

□九十五□【限□□□□□】

七□岁□□□□成□人不□完□辨□□己□□□成□,只□□□□□□人

□□□□□□人□□意□表示,经□□代□人同意□□□,但□其□龄、□□□适□或□使其□获□□□□□□外。

□九十六□【限□□□□□□□□□□□理□□意□□□□□□□】

□□□□□□人经□□代□人同意□□□□□□□,□□。

□九十七□【限□□□□□□□□□□□理□允许□□□】

□□□□□□人经□□代□人允许□□同,非经□□代□人追□,不□□□。追□□意□表示□当□□□□□□□□□。

□□人□催□□□代□人十□日□□□追□。□□代□人□表示□,□□　追□。意□表示被追□之前,善意□□人撤回□权□。撤回□意□表示可□向□成□人□。

□九十□□【零用钱□□】

□成□人经□□代□人同意□订□□□同,如□□成□人经□金履□□□同□□□付,□其金□□□代□人□□□或□□□成□□□处□□□□□,或□□□三人经□□代□人同意□□□□,不适□□九十七□□□□。

□九十九□【限□□□□□原因消失□□承认】

□□□□□□人□□□□□□□□□灭□□□订□□同□,其□□□□代□人追□□□□同□□。

第一百条【法定代□人】

无□□□力人、限□□□□力人□监□人□其□□代□人。

第三节　意思表示

第一百零一条【□思□示的基本方□】

意□表□可□采□□□□□,□可□采□默□□□。

第一百零□条【沉默】

沉默不□成意□表□,但□□□□□□、交易习惯或□当事人□□□□意□表□□意□□除外。

第一百零三条【□□对人□思□示生效】

无□□人□意□表□,□意□表□完成时起□□。

第一百零四条【对话□思□示和□对话□思□示】

□□□□□□□□意□表□,□□□人□□时□□。□其□□□□□□意□表□,□意□表□□□□□人时□□,但撤回□□同时或□先□意□表□□□□除外。□公告□□□□□意□表□,□公告□布时起□□。

采□数□电□形□订□□同,□件人指□□□□□□□数□电□□,该数□电□□入该□□□□□时间,视□□□时间;未指□□□□□□,该数□电□□入□件人□任何□□□首次时间,视□□□时间。

第一百零五条【□思□示□行为能力变化的影响】

表意人□□意□表□□□亡、丧失□□□力或□其□□□力□限□□,其意□表□不□□□失去□力。

第一百零六条【□领人行为能力瑕疵】

向无□□□力人或□限□□□□力人□□□意□表□,□其□□□□其□□代□人时□□,但□□□九十□□□二款向未成□人撤回意□表□□除外。

第一百零七条【送□代替到□】

表意人□□□□□□失不□道□□人□姓名、居所□,可□□□《民事诉讼□》□□送□□□□,□公告送□□□意□表□。

第一百零八条【真□□留的□思□示】

表意人故意□内□保留□真□意□□表□□□意□不□致□,不得□张其意□表□无□。□□□人□领□意□表□,□□人□□表意人真意保留□,该意□表□无□。

第一百零九条【通谋虚伪的□思□示】

表意人□□□人□谋□□虚伪意□表□□,其意□表□无□,但不得□其无□□抗善意□三人。

虚伪意□表□□藏□项□□□□□,□□□□□□该□项□□□□□□□。

第一百一十条【戏谑的□思□示】

表意人□□□真意□□预□□人可□□识□欠□真意□,其意□表□无□。

第一百一十一条【□思□示错误】

意□表□□内容□错误,或□表意人□□道真□□况即不□意□表□□,表意人可□撤销其意□表□。

□□交易□重□□□□□□或□□□□□□错误,视□意□表□内容□错误。

第一百一十□条【传□错误】

意□表□,□传□人或□传□□□传□不□□,视□表意人□错误。

第一百一十三条【□错误撤销】

□意□表□错误□□□□意□表□,撤销权人□意□表□□□□经□□□未撤销□,其撤销权消灭。

□意□表□错误、传□错误□撤销意□表□□,表意人□□信赖其意□表□□□□□□□□□□人或□□三人,□当承担□□责任,但□□人□道或□□当□道撤销□□□除外。

第一百一十四条【□诈欺、□胁迫而□撤销】

□□诈欺或□□胁□□□□□□真□意□□意□表□,表意人可□撤销其意□表□。□□三人诈欺□□□□□真□意□□意□表□□,□□人□道或□□当□道该事□□,表意人可□撤销其意□表□。

□□百□十五□【□□诈欺、□胁迫撤销】

□□诈欺或□□□迫□□□意□表示□,表意人□□□诈欺或□□迫□□□经□□□未撤销□,或□□意□表示□□□经□十□□,其撤销权消灭。

□□百□十六□【□□□示□□释】

意□表示□□释不□当拘泥□□句,□当探求表意人□真□意□。

第四节　法律行为的内容

□□百□十七□【□□□□】

□□□□违□□□、□政□□□□□□□□□,无□,但□□□□□□□除外。

□□百□十□□【□□□□】

□□□□违□公共秩序或□□良□俗□,无□。

□□百□十九□【恶□串□□□】

双□恶意串□损害□□、集□或□□三人□□□□□□□,无□。

□□百□十□【□失□□□□】

乘□人□迫、□率或□无经□□施□财□□□□□,依当时情形显□公平□,□害□□人可□□□□□□□□□□□□内向人民□□申请撤销该□□□□或□□□其给□。

第五节　法律行为的形式

□□百□十□□【□□□□】

□□□□可□采□□□形□、□头形□或□其□形□。

□□百□十□□【书□□□】

□□形□□指□同□、信件□数□□□(包括□报、□传、传真、□子数□交换□□子邮件)□可□□形□表□所□内容□形□。

□□百□十三□【□□□□及□□瑕疵□□】

□□、□政□□□□或□当事人约□□当采□□□形□□□□□□,□完成该形□前,□□□□□□不成□,但□□已经完成□□□□所指向□内容□□□□□□□,不□□□□□□□□力。

第六节　无效、可撤销

□□百□十四□【□始□□】

无□□□□□,□□□成□时起□□□□约□力。

□□百□十五□【□换】

无□□□□□□□其□□□□□□件□,如□可□□□当事人知道该□□□□无□□□□施其□□□□□□,其□□□□□□□。

□□百□十六□【□□□□】

□□□□部□无□□,全部无□,但除去无□部□□然成□□□□□,□□可□□知当事人□然□意□施该□□□□□,其□部□不□□□。

□□百□十七□【撤销□□□】

□□□□被撤销□,□□□成□时起无□,但□□□□□□□除外。

□□百□十□□【撤销□□□□示】

撤销□意□表示,□当向□□人□□。□□□异议□,可□请求□□撤销□□力。

□□百□十九□【撤销□□消灭】

□下列情形之□□,撤销权消灭:(□)撤销权人□□□□间内□□□使撤销权;(二)撤销权人放□撤销权。

第七节　双方法律行为

□□百三十□【□□】

当事人意□表示□致,双□□□□□成□。

ä

事　　双　法　　内容　示　，　非　内容未　示　，　双　法　　。

第一百三十一条【要约与承诺达成合意】

事　　约、诺　　达　示　。

第一百三十二条【要约】

约　希望　　双　法　　示。

约　符　下列　:(　)内容　;(　)　约　诺,约　　示约

【

及□实信用原□,确定□□实□。

第一　　条【　式条款的解　】

□方法律行为□用格式条款的,应□□通□理解进行解□。对格式条款的□□□有□种以上解□的,应□作出□利于提□格式条款一方的解□。格式条款和□格条式款的□□□□一□的,应□□用□格式条款的□□□。

第一　　条【多方法律行为】

多方法律行为,□

第一百五十六条【意定代理权的消灭】

意定代理权的基础法律关系存在的,意定代理权可以撤回,但基础法律关系另有约定的除外。

撤回的意思表示可以向被授权人作出,也可以向代理行为的相对人作出。

第一百五十七条【被授权人实施单方法律行为的效力】

代理人实施单方法律行为但未出示授权证书,相对人立即拒绝的,单方法律行为不发生效力。被代理人已经将授予代理权告知相对人的,相对人不得拒绝。

第一百五十八条【自己代理】

非经被代理人许可,代理人同时以被代理人的名义和自己的名义或者同时以被代理人的名义和第三人的名义与自己实施法律行为,损害被代理人利益的,被代理人可以撤销该行为。

第一百五十九条【无权代理人实施双方法律行为的法律效力】

没有代理权而以他人名义实施双方法律行为,自被代理人追认时起对被代理人发生效力。被代理人知道他人以自己名义实施法律行为而不作否认表示的,视为同意。

被代理人拒绝追认的,对于知道或者应当知道自己无代理权而以他人名义实施法律行为的无权代理人,相对人既可以选择要求该无权代理人履行义务,也可以选择要求无权代理人赔偿其因不履行义务所遭受的损失;代理人不知道代理权限欠缺的,应当赔偿相对人因信赖代理权而遭受的损失,该损失以有效履行后相对人应获得的利益为限。相对人知道或应当知道代理权欠缺的,代理人无需承担责任。

代理人为限制行为能力人的,不承担责任,但代理人经其法定代理人同意而实施的行为除外。

第一百六十条【相对人的催告和撤回】

相对人催告被代理人追认的,被代理人应当向相对人作出追认与否的意思表示。

催告前被代理人向代理人作出的追认或拒绝追认的意思表示因催告而失效。追认意思表示应当在受领催告后十五日内作出,过期未追认的,视为拒绝追认。

在被追认之前,相对人有权向被代理人或代理人撤回订立合同的意思表示,但相对人在订立合同时知道代理权欠缺的除外。

第一百六十一条【无权代理人实施的单方法律行为】

无权代理人实施的单方法律行为无效。但在实施单方法律行为时,相对人未就代理人所声称的代理权提出异议,或相对人同意代理人实施无权代理行为的,准用上述关于无权代理人订立合同的规定。单方法律行为系经无权代理人的同意而对其实施的,亦同。

第一百六十二条【法定代理】

法定代理准用关于意定代理的规定,但法律另有规定的除外。

第十节　第三人同意

第一百六十三条【同意】

法律行为应当经第三人同意才发生效力的,同意或者拒绝的意思表示应当向当事人作出。

第一百六十四条【允许】

允许是指事先同意。允许可以在法律行为成立前随时撤回,但当事人意思表示另有规定的除外。

第一百六十五条【追认】

追认是指事后同意。法律行为经追认的,溯及自法律行为成立时发生效力,但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第一百六十六条【无权处分】

无处分权的人处分他人财产,经权利人同意或者无处分权的人实施处分后取得处分权的,该处分行为有效,但法律另有规定的除外。

第五章 民法上的时间

第一节 期间

第一□□□□条【期间的□□单位】

民法所称的期间,以公历年、月、星期、日、小时为计算单位。

当事人可以约定期间的计算单位。约定的期间计算单位不是以月、年的第一日起算的,一个月为三十日,一年为三百六十五日。

当事人未约定期间的计算单位的,以公历年、月、星期、日、小时为计算单位。

第一□□□八条【期间的起□点】

以小时为单位计算期间的,从规定之时起开始计算。

以日、星期、月、年为单位计算期间的,开始的当日不算入,从次日起开始计算,法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

第一□□□□条【期间□日的确定】

以日计算期间的,从起算点算足至该期间之日,为期间的末日。

以星期、月、年计算期间的,如以星期、月、年的第一日为起算点,则相应地以星期日、月末、年末为期间的末日;如不以星期、月、年的第一日为起算点,则相应地以最后一星期、月、年中与起算点相当之日的前一日为期间的末日。

以月、年计算期间的,如最后一月没有与起算点相当之日,则以该月的末日为期间的末日。

第一□□□条【期间□日的□延】

期间的末日是法定休假日、经省级以上人民政府批准的临时休假日或者调休后的休假日的,以休假日结束的次日为期间的末日。

第一□□□一条【期间□日的□□点】

期间末日的截止时间为当日二十四时,但当事人有固定业务时间的,截止时间为停止业务活动之时。

第一□□□二条【期间的□□】

法定或者约定的期间须自一定的起算点溯及往前进行计算的,准用本节规定的期间计算规则。

第二节 诉讼时效

第一分节 一般规定

第一□□□□条【诉讼时效的□体】

请求权受诉讼时效的限制,但下列请求权除外:

(一)基于不动产物权产生的停止侵害、排除妨害、消除危险、返还原物请求权;

(二)基于物权以外的其他支配权产生的停止侵害、排除妨害、消除危险请求权;

(三)基于亲属关系产生的请求权;

(四)请求金融机构支付存款本息的请求权;

(五)请求债券发行人兑付公开发行债券本息的请求权;

(六)请求投资人缴付出资的请求权。

第一□□□□条【□通诉讼时效期间】

请求权的诉讼时效期间为五年,法律另有规定的除外。

第一□□□□条【□期诉讼时效期间】

下列请求权的诉讼时效期间为二年:

(一)供应人基于供应电、水、气、热力合同及提供电信、网络、有线电视服务合同享有的各期费用支付请求权;

(二)定作人基于承揽合同享有的瑕疵修补请求权、修补费用偿还请求权、损害赔偿请求权,以及承揽人基于承揽合同享有的损害赔偿请求权;

(三)保管人基于保管合同享有的报酬支付请求权、费用偿还请求权、损　赔偿请求权,以及寄存人基于保管合同享有的损　赔偿请求权;

(四)托运人或者收货人基于运输合同享有的损　赔偿请求权。

□□百七十六□【长□□□□□□□□】

下列请求权的诉讼时效期间为十年:

(一)因生命、身体、健康、自由受侵　产生的损　赔偿请求权;

(二)旨在设立、移转、变更、消灭不动产物权的请求权;

(三)基于动产物权产生的返还原物请求权;

(四)基于劳动或者雇佣关系产生的报酬请求权。

□□百七十七□【□□□□□□□□般□算□□】

诉讼时效期间从权利人可以行使请求权之日起计算,法律另有规定的除外。

□□百七十□□【□□□□□□□□殊□算□□□□】

未确定义务履行期限的请求权,诉讼时效期间从权利人催告义务人履行的宽限期届满之日起计算,但义务人收到权利人的催告通知后明示拒绝履行义务的,诉讼时效期间从义务人明示拒绝履行义务之日起计算。

分期付款买卖中的价金等由义务人分期履行的请求权,诉讼时效期间从最后一期义务的履行期限届满之日起计算。

水电费等由义务人定期履行的请求权,诉讼时效期间从各期义务的履行期限届满之日起分别计算。

法律行为无效、被撤销、被解除后产生的返还不当得利或者赔偿损失的请求权,诉讼时效期间从法律行为被确认无效、被撤销或者被解除之日起计算。

因持续性侵权行为产生的请求权,诉讼时效期间从侵权行为终止之日起计算。

□□百七十九□【□□□□□□□□殊□算□□□□】

夫妻之间在婚姻关系存续期间产生的人身损　赔偿请求权,从婚姻关系消灭之日起计算。

被监护人与监护人之间在监护关系存续期间产生的请求权,从监护关系消灭之日起计算。

□□百□十□【□长□□□□□□】

任何诉讼时效期间,从请求权产生之日起计算,最长不得超过二十年。

前款规定的二十年期间不适用本法关于诉讼时效中断、不完成和延长的规定。但是,人身损　赔偿请求权的权利人从身体受到伤　之日起超过二十年才发现损　的,人民法院可以延长诉讼时效期间,但最长不得超过三十年。

第二分节　诉讼时效的中断和不完成

□□百□十□□【□□□□□□□□□□】

在诉讼时效期间内,发生下列情形之一的,诉讼时效中断:

(一)权利人请求履行;

(二)义务人承认义务;

(三)权利人提起诉讼或者申请仲裁;

(四)权利人申请支付令;

(五)权利人申请义务人破产或者申报破产债权;

(六)权利人为行使请求权而申请宣告义务人失踪或者死亡;

(七)权利人申请诉前财产保全等诉前措施;

(八)权利人申请强制执行;

(九)权利人申请追加当事人或者被通知参加诉讼;

(十)权利人在诉讼中反诉或者仲裁中反请求主张抵销。

□□百□十□□【□□□□□□□□般□□】

诉讼时效中断的,从中断事由终止之日起,诉讼时效期间重新计算,法律另有规定的除外。

第一百　十三　【权利人请求履行导致诉讼　　中断的一般　力】

诉讼时效因　利　请求履行而中断的,从请求履行的通　到　义务　　日起,诉讼时效期间重新计　。

利　请求履行　分义务的,诉讼时效中断的效力及于全　请求　,但　利　明示　弃剩余请求　的除　。

第一百　十四　【视为权利人请求履行的事由及　导致诉讼　　中断的　力】

利　行使　时履行抗辩　、基于留置　或者质　拒绝返还担　　、行使选择　　的选择　或者将种类　　特定化的,视为　利　请求履行,诉讼时效从　利　实施相应行为　日起中断。

利　对义务　行使抵销　的,视为　利　请求履行,抵销后剩余请求　的诉讼时效从抵销通　到　义务　　日起中断。

利　请求　民　解委员会或者其他　法有　解决民事纠纷的国家　关、社会团体　　其民事　利的,视为　利　请求履行,诉讼时效从　利　提出　　请求　日起中断,但　利　撤回请求或者其请求未　受理的,诉讼时效视为　中断。经　　成　解◤议的,诉讼时效期间从　解◤议约定的履行期限届满　日起重新计　;经　　成　解◤议的,诉讼时效期间从　　程序终止　日起重新计　。

利　向公　　关、　民检察院、　民法院报案或者控告,请求　　其民事　利的,视为　利　请求履行,诉讼时效从　利　报案或者控告　日起中断,但　利　撤回报案或者控告的,诉讼时效视为　中断。公　　关、　民检察院、　民法院决定　立案、撤销案件、　起诉的,诉讼时效期间从　利　　道或者应当　道　立案、撤销案件或者　起诉　日起重新计　。刑事案件进入　理阶▌的,诉讼时效期间从刑事裁判文书生效　日起重新计　。

第一百　十五　【义务人承认义务导致诉讼　　中断的一般　力】

诉讼时效因义务　　认义务而中断的,从　认义务的通　到　　利　　日起,诉讼时效期间重新计　。

义务　　认　分义务的,诉讼时效中断的效力及于全　请求　,但义务　明示　　认剩余义务的除　。

第一百　十六　【义务人承认义务导致诉讼　　中断的特殊　力】

义务　履行　分义务的,视为　认剩余义务,诉讼时效期间从义务　履行　分义务　日起重新计　。

义务　作出分期履行或者延期履行的　诺的,诉讼时效期间从义务　　诺的履行期限届满　日起重新计　,但　利　拒绝其分期履行或者延期履行的,诉讼时效期间从拒绝通　到　义务　　日起重新计　。

义务　为履行义务提　担　或者　诺提　担　的,诉讼时效期间从提　担　的意思　示到　　利　　日起计　。

第一百　十七　【权利人提起诉讼导致诉讼　　中断的一般　力】

诉讼时效因　利　提起诉讼而中断的,在诉讼程序终结　,诉讼时效期间　开始计　。从　民法院作出的判决、　解书生效　日起,诉讼时效期间重新计　。

诉讼时效因　利　提起诉讼而中断后,　利　撤回起诉、起诉　裁定驳回或者　予受理的,诉讼时效视为　中断。于此情　,如起诉状已经送　义务　,诉讼时效期间从送　　日起重新计　。

第一百　十　　【权利人提起债权人代位权　者撤销权诉讼导致诉讼　　中断的　力】

> ¬ ¿ h

人民法院发出的□付令因义□人提出异□而失效后,自动转入诉讼程□的,适用本法关于诉讼时效因权利人提起诉讼而中断的规定;债权人不同意提起诉讼的,诉讼时效期间从□付令失效之日起重新计算。

□□百九十□□【□利□申请□务□破产□□申报破产债□□□诉讼□□□□□□□】

诉讼时效因权利人□请义□人破产而中断的,在破产程□终结前,诉讼时效期间不开始计算。权利人撤回破产□请或者破产□请被驳回的,诉讼时效□为不中断,但破产□请□经送达义□人的,诉讼时效期间从送达之日起重新计算。

诉讼时效因权利人□□破产债权而中断后,权利人撤回□□的,诉讼时效□为不中断。

□□百九十二□【□利□□□使请□□□申请宣告□务□失踪□□死亡□□诉讼□□□□□□□】

诉讼时效因权利人为行使请□权而□请宣□义□人失踪或者死亡而中断的,在诉讼程□终结前,诉讼时效期间不开始计算。权利人撤回□请的,诉讼时效□为不中断。

诉讼时效因权利人为行使请□权而□请宣□义□人失踪或者死亡而中断后,人民法院作出宣□失踪、宣□死亡的判□或者驳回□请的判□的,诉讼时效期间从判□送达权利人之日起重新计算。

□□百九十三□【□利□申请诉□财产保全□诉□措□□□诉讼□□□□□□□】

诉讼时效因权利人□请诉前财产保□等诉前措施而中断的,在诉讼程□终结前,诉讼时效期间不开始计算。权利人撤回□请的,诉讼时效□为不中断。人民法院□定驳回□请的,诉讼时效期间从□定送达权利人之日起重新计算。

人民法院□定采取诉前财产保□等诉前措施后,权利人依法提起诉讼或者□请仲□的,适用本节关于诉讼时效因权利人提起诉讼或者□请仲□而中断的规定。权利人不在法定期□□提起诉讼或者□请仲□,□致人民法院□定解□保□的,诉讼时效期间从□定送达权利人之日起重新计算。

□□百九十四□【□利□申请强□执□□□诉讼□□□□□□□】

诉讼时效因权利人□请强制□行而中断的,从人民法院受理□请之日起,诉讼时效期间重新计算。

权利人□请强制□行仲□□□或者公证债权文书,被人民法院□定不□□行的,诉讼时效期间从□定送达权利人之日起重新计算。

□□百九十五□【□利□申请追加当□□□□被□知参加诉讼□□诉讼□□□□□□□】

诉讼时效因权利人□请追加当□人或者被通知参加诉讼而中断的,适用本法关于诉讼时效因权利人提起诉讼而中断的规定。权利人撤回□请或者参加诉讼的通知被撤销的,诉讼时效□为不中断。

□□百九十六□【□利□□诉讼□反诉□□仲　□反请□□□抵　□□诉讼□□□□□□□】

诉讼时效因权利人在诉讼中反诉或者仲□中反请□主张抵销而中断的,在诉讼或者仲□程□终结前,诉讼时效期间不开始计算。

诉讼时效因权利人在诉讼中反诉或者仲□中反请□主张抵销而中断后,从判□、仲□□□、调解书生效之日起,抵销后的剩余债权或者因不符合抵销要□而□□灭的债权的诉讼时效期间重新计算。

□□百九十七□【诉讼□□因不可抗□□不完□】

在诉讼时效期间的最后六个月□,因不可抗□□致权利人不能行使请□权的,从不可抗□造成的障碍□□之日起六个月□,诉讼时效不完成。

□□百九十□□【诉讼□□因无□□□□□□□限□□□□□□没□□□□理□□不完□】

在诉讼时效期间的最后六个月□,没有法定代理人的□行为能□人或者□制行为能□人享有的请□权或者对其享有的请□权,从其取得完□行为能□或者法定代理人确定之日起六个月□,诉讼时效不完成。

□□百九十九□【诉讼□□因继承□□□遗产管理□□确□□不完□】

在诉讼时效期间的最后六个月□,被继[维]承人生前享有的请□权或者对于被继[维]承人的请□权,因继[维]承人或者遗产管理人□确定而不能行使的,从继[维]承人或者遗产管理人确定之日起六个月□,诉讼时效不完成。

□二百零□【诉讼□□因□利□被□务□控□无□□□□利□不完□】

在诉讼时效期间的最后六个月□,因权利人被义□人□制□法主张权利而不能行使请□权的,从权利人脱离□制之日起六个月□,诉讼时效不完成。

第三分节 诉讼时效完成的法律效果

□二百零□□【诉讼□□完□□□□□果】

诉讼□□□□届□□,□务□□□拒绝履□。

□款□□□诉讼□□抗辩□只□□□务□决□□□□□,□□□□□□仲裁机□□□□□事□□□,□□□□□适□□□□□诉讼□□□□□□□裁□。

□二百零二□【诉讼□□完□□□□利□□□】

请求□诉讼□□□□届□□□力□□□息债□□□□□,□□□□□□□除□。

□二百零三□【诉讼□□完□□抵销□□□□】

请求□□诉讼□□□□届□□已□符□抵销□件□,□诉讼□□□□届□□,□□□仍□□□□请求□□□务□享□□请求□□□抵销。

□二百零四□【诉讼□□抗辩□□□弃】

诉讼□□□□届□□,□务□□□放弃诉讼□□抗辩□。□务□虽□知诉讼□□□□届□□事□,□已□履□□务、□诺履□□务、□履□□务□□担□、□□务移□给□□□,视□放弃诉讼□□抗辩□。

诉讼□□□□届□□,□务□□□诺履□□务、□履□□务□□担□□□□□务移□给□□□□□放弃诉讼□□抗辩□□,请求□□诉讼□□□□依□□□□□□□□□计算。

□二百零五□【诉讼□□□□□强□□】

□事□□□约□排除、缩短□□延长诉讼□□□□,□□□约□诉讼□□□□□适□□□、计算□□、□□□□□诉讼□□□□□、延长、□□□□事□□□□□。

诉讼□□□□届□□,□务□所□□抛弃诉讼□□抗辩□□□□□示无□。

第三节 除斥期间

□二百零六□【除斥□间□确□】

撤销□、□除□、追□□、□先购买□□□□□□□□□□,□□□□□□□□,按照□□□□□□;□□未设□□□□□,□□事□□约□□,按照约□□□;□无□□□□□无□事□约□□,□□□□□□□□知道□□□□知道□□□□□□□□□□□□。

□二百零七□【除斥□间□起算□】

除斥□□□□□□知道□□□□知道□□□□□□□□□计算,□□□□□□□□事□□□约□□除□。

□二百零□□【除斥□间□不□□】

除斥□□□适□□□□□诉讼□□□□、延长□□□□□□□□,□□□□□□□除□。

□二百零九□【除斥□间届满□□□□果】

除斥□□届□□,□□□□归□消灭。

除斥□□届□□□□□□无□□□事□□□,□□□□□□仲裁机□□□依职□适□。

(责任编辑:□□□)