

目 录

【专题研讨】

- 中国政府信息公开制度的发展趋势 (1)
- 政府信息获取权及其限制
——《政府信息公开条例》第13条评析 (10)
- 信息公开行政诉讼的诉的利益 (19)
- 从信息公开到信息保护:公法上信息权保护研究的风向流转与核心问题 (31)

【论文】

- 律师有效参与死刑复核程序研究 (47)
- 论欧洲人权法院判决对内国刑事诉讼制度的影响与改造 (60)
- 美国刑事审判中陪审团适用法律权述评 (73)
- 英美法系的物权法定原则 (84)
- 大同小异抑或貌合神离? 中美环境公益诉讼研究 (105)
- 《中国评论》中的中国法律及其研究 (126)
- 美国法律 的 流、 与影响
——以价值与方法的“连续性”为视角 (139)
- 美国 复保护法律制度研究
——以美国萨班斯法和多德-弗兰克法为核心 (161)
- 国 制 的 与 的 (176)

【民法典编纂】

- 论 定 权的 行 (190)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial No. 10 Mar. 2017 No. 2

Contents

Topic Discussion

- The Development Trend of the Government Information Disclosure System in China *Jiang Mingan* (1)
- The Right of Access to Government Information and Its Restrictions; Comment on the Article 13 of
the Regulation on the Disclosure of Government Information *Zhang Jiansheng* (10)
- On the Interest to Sue to Disclose Public Information *Wang Guisong* (19)
- From Information Disclosure to Information Protection; Trends and Core Issues of the Research on the Right
to Personal Information Protection in the Field of the Public Law *Zhao Hong* (31)

Articles

- Study on the Lawyer's Effective Involvement in the Procedure for Review of Death Sentences
..... *Ye Qing & Wang Xiaoguang* (7)
- On the Impact and Reform of the Judgment of the European Court of Human Rights on the Criminal Procedure
System of Signatory Countries *Ai Ming* (60)
- Review on Jury's Power of Applying Law in American Criminal Trial *Chen Xuequan* (73)
- The *Numerus Clausus* Principle in Anglo-American Law System *Huang Longyi* (8)
- Just Looks like Twins; Comparative Research on Environmental Public Interest Litigation between China and
U. S. *Gong Gu* (10)
- Chinese Law in *The China Review* and Why We Study It *Li Xiuqing* (126)
- The Origin, Change and Influence of German Legal Historiography during the Nazi Period
..... *Gao Yangguang* (139)
- Research on the Legal System of Incentives and Anti-retaliation Protection of Financial Whistleblower;
From the Aspect of SOX and Dodd-Frank Act *Ma Yi* (161)
- Roscoe Pound and Chinese Constitution; Seeking the Balance between Security and Freedom
..... *Chen Fanhong* (176)

Codification of Civil Law

- On the Granting Action of Commission Agent Right *Chen Huabin* (190)

专题研讨

姜明安*

摘要 中国政府信息公开制度自运作以来取得了显著成效 但也暴露出诸多问题 综合考察这一制度运作的政治 经济 文化和社会背景 这一制度的发展在未来虽然同样会遇到障碍和阻力 但整体而言却呈现出八项良好的发展态势 政府信息公开及相关制度的立法将陆续以各种不同方式 不同途径启动 政府内在和外在动力将持续促使信息公开常态化 政府信息公开的司法保障将更加有力 有效 公民申请和获取政府信息将更方便 更理性 政府信息公开的价值和功能将更加多元化 政府信息公开和例外的界限将更明晰 政府信息公开将推进执政党党务信息公开 政府信息公开将更加注重政务公开 更加注重公开的精细化及公开实效

关键词 政府信息公开 司法保障 政务公开 党务公开

2008 5 1

1

2

“ ”

管	联系电话	设置专	电话咨询	栏目	件	央 委	标	条
				畅				

* 北京 教授

1 华人 共 条例 2007 1 17 16 次 2008 5 1 起 标志着

2 参见 201 3 31 青

10

" " " "

3

——

201 2

3

8

"

2011

"

司 保护 对 履 义 监督 人 理
案件 经验 累 别 典型判例 7 人 官 判 类案件增
添 心 高 对 处理 种疑难 杂案件 司 技能 案件 判质量
由此 强 司 保障

用 —— 获 将 理性

用 获 理性 衡量 家
否 熟 标志

五 ——政府信息公开的和 更多元化

政府信息公开的主要 和 是 公民的知情 发挥政府信息 发展社会 科研创新 和 民生的作用 政府信息公开的作用并不限于这些 在反腐败和提高政府公信力方面 在 公民 国 政策和政府 的 和监督 方面 在防止自 灾害和应 突发事 方面 政府信息公开都发挥 重要的作用 2017年2月6日中 改组第32 会议通过 关于 进公 信息 资源开放的若干意 以 简称 意 其意旨即在于更 发挥和利用公 信息资源 公 信息 不等于政府信息 包括政府信息 的多元 和作用 意 尤其强 要 进公 信息资源开 放 进一 强化信息资源 度 合 进信息惠民 发挥数 大国 大市场优势 进信息资源规模化 创新应用 力 进重点 公 信息资源开放 释放 和社会

政府信息公开的 的发挥和利用 在 民法院行政审判中自数月趋日自数进开开数六年趋自年和月和月数

等 其内涵和外延并不完全确定 行政和司法也因此有较广泛的裁量余地 为保证裁量的合法¹⁰ 合理 防止行政裁量权和司法裁量权滥用 法院积极选择和发布相应判例 这些判例对审判的指导作用是非常显著的 近年来最高人民法院发布了不少政府信息公开领域的指导性案例和典型判例 对明确相应领域 相应事项的公开与例外的界限起到了很好的作用 这里试举三例

案例一 王宗利诉天津市和平区房地产管理局案

2011 10 10

"

2011 10 11

2011 10

2011 10 2

1/5

30

案例二 杨政权诉山东省肥城市房产管理局案

2013 3

2013 1/5
2008

"

10 这里的“合法”是指合乎法律的原则 精神 合乎政府信息公开的法治理念 宗旨

命

2013 2013—

2017 均 几

随

扩 “ ” 比

比 静 另

2016 比 2016

印 2016

企 营 扶贫 救助 投 住 棚 造 造 税降

卫 食品药品 落 居住 居住 贯彻

落 居住 操作 居住 享

扶贫 象 扶贫 懂 贫困 扶贫

PPP 企 营

流 企 易 扩股 果 随迁 女

“ 静 ”

职 格 企 “ 留 ” “ ”

“ 归 ” “ ”

销 处罚 抽查检查 企 严 违 失 " 求" 推
 由 办 伸 逐步 线咨询 办理 电子监
 察" 市 入负 求 " 试 程 市 入负 调
 整 据 结果 减 救 求" 期 核 救 救
 资金物资调拨 用 " 生活饮用水水源水质 求" 城市人
 季 饮用水水源 供水厂 水 用 水龙头水质 饮水安 状 "
 求对 别 件 件 生后" 2 小 内举
 "

促 专 保障 做
 此 挥 用 加强对 同步 负责人 头
 另外 加强 收集 处置 件 高
 标 水 推 基 目录 设 步 领域 4
 内容 高 集 水
 增强 导 功能 高 队 专
 4 理 水 将 入 考核 系 分值权 低 %
 意见 2016 们可 深 感受 未
 之 加 加 精 加

The Development Trend of the Government Information Disclosure System in China

Jiang Mingan

Abstract The government information disclosure system in China has achieved remarkable achievement since its operation but also exposed many problems. A comprehensive study of the political economic cultural and social background of the system displays that in the future the development of this system shows eight good development trend although the existence of the obstacles and resistances. Firstly the extra legislations of the government information disclosure system and related systems will start in different ways. Secondly the internal and external motivations will promote the normalization of information disclosure continuously. Thirdly the judicial protection of the system will be more and more powerful and effective. fourthly citizens' applies for the government information and the obtains will be more convenient and more rational. Fifthly the values and the functions of the system will be more multiple. sixthly the range of the disclosure and its exceptions will be more and more clear. seventhly the government information disclosure will promote the party' s information disclosure of the communist party. eighthly the future development of the system will pay more attention to the government daily affairs and pay more attention to the refinement and the effective results of the disclosure.

Keywords the government information disclosure the judicial protection the disclosure of the government daily affairs the disclosure of the party information

✍ 丁洁琳

章剑*

摘要 13 补充 预防
 溢 旨 “ ” “ ” “ ” “ ” “ ”
 “ ” “ ” “ ” “ ” “ ” “ ” “ ”
 留 就 须 借 助
 关键词 仍 消
 溢

遵循
 补 九 基础 框架 故 13
 “除 织 生产 生活 殊 县
 意旨 什 2 哪 另 少 边 3 1
 留 争 绕 述 若干 否 继

13 意旨

13 赋 13 致 首先 意旨
 探 追溯 意 放 架

“ 1 1 ” 21 “ “ “ 影响 征 导 “ ” 补偿 故 2 难 若 因

3 因 尽 义 消 待 义 “ ” 2 少

反 “ ” “ ”

二 预防获取权的滥用

长 “ ” 好 滥用

因 “ ” 海 “ 市

“ ” 市 “ 资 区 “ 资

合 “ ” 资 资 资 用 “ ”

费用 产生 维 秘 “ 3 难

旨 被

压 达 “ ”

1 由 1 用 “ ” “ 用 “ 知 ” “ 知 ” “ 知 ” 从 “ 知 ” “ 知 ” 任求压达义求非非压达压压愿达求非愿求求压愿绪任滥求压达文12压达非6非压达压愿求非非非愿达达非愿求旨任压愿求知非非压达 “ 知 ” 用 “ ” “ 知 ” “ 意

2 9 1

3 海南省海 市 判 2010 海 5 0 201 11 “ “ 绪 答 答 压 补偿 最 高任压非任非非压达非非压达压压愿达 离 义 越 任 逃 知 非 释 达 压 压 愿 达 愿 达 愿 愿 求 愿 求 逃 愿 征 求 知 非 任

简 搬抄域外的 关 而 根据 述“ 判” 作出符合中国实 的法 方能达成政府信息
公开的立法旨意 对此 条对政府信息获取权添加了若干的限制 具有一 的正当性

实体性权 政府信息获取权

政府信息获取权首先 作为实体性权 而 在 其实体面 又 表现为 对人基于此 权能
可以 求 政 关 其公开有关政府信息 借此获知 政 关所收集和制作的政府信息的权
政府信息公开条例 第1条 “为了保障公 法人和其他组织 法获取政府信息 高政府工作
的 度 促进 法 政 充分发挥政府信息对人 群 生产 生活和经济社会活 的 作用 制
条例 ” 此为 政 对人政府信息“ 获取权” 的法 基础 在政府信息公开立法框架中 政 对
人若 实现政府信息获得权 有两个法 途径可供其选择 1 基于 政 关的 公开 2 基于
政 关 出的 前者 于 政府信息公开条例 第9条 化于第10条至第12条之
后者则落实于第13条之

第13条的立法 旨如前已述 对其中“ 防获取权的滥用” 之 旨 立法者借助以下 个方面的
内容予以具体落实 而 件 同时成为作为实体性权 的政府信息获取权的界限

一 自身

“自 ” 即 政 对人获取政府信息的目的只能 为了满足自 的需 一限 将政府信息获
取权直接 性为一种“ 权 ” 若因公 需 政 对人认为 政府信息公开加以保护的
政府信息公开条例 没有堵死其履 一“ 匹夫之责”⁵ 但其所遵循的法 程序 同 而
据的法 同样 在差异 将“ 为他人” “ 为公 ” 或者为满足好奇心等 形排除在政府信息获取
权之外 在一 程度 反映了立法者对实施政府信息公开制度可能产生的消 面 的结果所持的
一种谨慎之心 如 师作为 政 代理人在代理 程中 以自 的名义 关公开与案件
关的材料⁶ 法院认为 符合“ 自 ” 的 求⁷ 又作为 师 全国各市政府 出 中华人
共和国各市人 政府“ 万亿加 方投资 十六多万亿基础设施建设 目 工程” 专 政府信息
公开 书 以获取 关的政府信息⁸ 似乎 只能用“ 满足好奇心” 来 释

二 生产 生活和科研等

“生产 生活和科研” 一种 形的 举 后以“ 等” 字作煞尾 一种常见的立法表达方式
法 释之方法 当属于“ 等内” 释 即 限于 穷尽所 举的“ 生产 生活和科研” 之 形 凡与
之具有类似性的 形 均属之⁹ 如 最高人 法院判例认可了“ ” 属于“ 等” 形之一 便 一

5 政府信息公开条例 第33条第1款 “公 法人或者其他组织认为 政 关 法履 政府信息公开义 的 可以
级 政 关 监察 关或者政府信息公开工作 管 门举报 收 举报的 关 当予以调查处理 ”

6 安徽省高级人 法院 政判 书 2008 皖 终字第0136号

7 有学者从“ 为当 人 供法 ” 的角度 以与其职业 师一引 注 有关的 殊需 种需 当属于 殊需 王
万华 编 知 权与政府信息公开制度研究 中国政法大学出版社2013年版 第208页

8 海南省海口市中级人 法院 政判 书 2010 海中法 初字

9 最高人 法院 关于 理 政案件适用法 题的座谈会纪 法 200 96号 “法 在 举其适用的典型
后 又以‘ 等’ ‘ 其他’ 等词语进 表述的 属于 完全 举的例 性 以‘ 等’ ‘ 其他’ 等概括性用语表 的 均为
举的 以外的 且其所概括的 形 为与 举 类似的 ”

例¹⁰ “ ” 释 2010 管理 “ ” 拓 从属 质
 “ ” 释 2010 教育 高 校 办 9 条 “除高 校
 人 织 习 殊需 书
 电 校 获 “
 唯“生产 生活 ”均属 容 才 “
 理 “¹¹ 从 受 影响 人 接受 举 “生产” “生活” “ ”
 释 难 “ ” 因 “ ” 由
¹² 几乎 边 勘 生 A 处
 罚 需 由 求获 B 处罚 书 理 意 答
 若农 C 求 B 答 吗 “ 由”
 里 否 吗 见 人 “ ” 由 求获
 似乎难 理由 拒 若 几乎 冲溃 想用“生产 生活 ”
 防获 滥用 堤 故 “生产 生活 ” 含义 需 结合 人
 职业 素 释 旨保致 致
 三 特殊需要
 义 “ 殊” 释 “ 物 “¹³ 物 “ ”
 才构 “ 殊” 义 释恐 只 由 借助 系 目
 “ 条例 目 语
 条例 13 条 用做 目 恰 条 ‘ 殊’ 意 ‘ 殊 生产 生活
 ‘ 需 因 非 生产 生活 需 只 需 ‘ 殊’
 才 满足 理 ‘ 殊’ ‘ 语 “¹ 理 释 妥
 “ 习” 否属 “ 殊需 ” 庭 引起 争 浙江省金华市婺城区人
 判例 针 “ 习 业 知识 高 知识水 做好农 “ 求获
 求 “ 生产 生活 需” 由
 支 令人 裁判理由 着目 “ 殊需 ” 证 “ 习”
 生产 生活 “ 需” 条 差异 针 争 理
 裁判理由 “ 殊需 ” 否属 “生产 生活 ” 错 厘 “
 殊需 “ 好 “需 ” 用“ 殊” 逻辑 产生“ 般需 ”
 逻辑结果 目 裁判 见 判例 “ 般需 ” 理 人
 衣食起居 需 条 意 排除“ 般需 ” 获 理由 官
 几乎 参悟 用意

10 华 保联合 贵州省贵 市修 县 保 局 最高人 2013 1
 11 德 拉伦茨 陈爱娥译 商 印书馆 2003 版 193 页
 12 华人 共 7 条
 13 汉语词 2002 增补 商 印书馆 2002 版 123 页
 1 钱影 抑 —— 华人 共 条例 13 条 目 2009 2
 1 浙江省金华市婺城区人 判 书 2015 金婺 初字 83 号

综上 将本条置于《政府信息公开条例》之中作体系性解释 本文认为 除主动公开的政府信息 公民、法人或者其他组织还可以通过申请获取其他政府信息 而“自身的生产、生活和科研等特殊需要”并不是“门槛”的程序性要件 这个问题将在本文第四部分展开论述 毋宁是行政相对人获得政府信息“走出”政府大楼的实体性要件¹⁶ 这的解释也 2008年国务院办公厅颁布的《关于施行〈中华人民共和国政府信息公开条例〉若干问题的意见》中“不提供”相一致 即“行政机关申请人申请公开 本人生产、生活、科研等特殊需要无关的政府信息 以不提供”¹⁷ 如 审查政府信息是否属于“秘密—隐私”¹⁸ 是否属于“三安全—定”¹⁹ 等都是行政相对人是否可以获取政府信息的实体性要件²⁰

三 程序性权利 政府信息公开申请权

所有权利——作为实体性的政府信息获取权 其实现基本方式 借助于一个程序性权利 这个程序性权利就是政府信息公开申请权 的法规范基础也是《政府信息公开条例》第13条 而在解释政府信息获取权的程序面向过程中 涉及其限制要件的探求 但实践中 法院在处理申请权要件时往往立场不一 差异颇大 而这也向我们展现出这一问题的复杂性和琐碎性

一 申请人

《政府信息公开条例》第13条明确规定政府信息公开的申请人是“公民、法人或者其他组织” 在法律体系中 这三个概念在实务中并非有多大的问题 但仍有几个问题需要进一步讨论

第一 未成年人是否可以成为政府信息公开的申请人 这涉及未成年人是否具有政府信息获取权的权利能力 民法上 人一出生 便具有法律主体地位²¹ 基于人的主体性 未成年人应如其在私法上的地位——一出生即具有公法上的法律主体地位 权利能力 但其行为能力应取决于法

16 于这一点 最高人民法院也有相 的点 以参照 最高人民法院 关于请求公开 本人生产、生活、科研等特殊需要无关政府信息的请求人是否具

17

18

19

20

21

与 状 除与人 权 外 如言 由集 由 未 人
权 均可 适用私 代理 获 权 同 知 权 属 与人
权 故未 人 权 由 人代理 如 就小 生就近人 争 未被
予就近人 未 人基 保护 “就近人 权” 殊需 获 被 予就近人 小
生 住 权 或者 监护人可 代理
外 人 否可 人 域外 “任何
人” 代 条例 “ 人或者 织” 概念 如
3 条 “任何人 可 根据 对 长官 求 该
保 书 求 ”对此 克 释 “如果 基 权理念而产生

获取权就必须 政 关发出意思表示 以一 的外化形式“发出” 里 以下几个 题

第一 意思表示 的方式 可以 书面形式 包括 据电 形式 可以 口头形式 基于 原则 法 常 多种 方式 由 人选取 在社会 观念中 书面形式表现为一份纸质的 书 在互联网 代 实 中 政 关在官网 格式化的 白 书 档 供 人下载 用 在采用书面形式 困难 人可以 政 关口头 出 由受理该 的 政 关工作人员代为填写或者起草 书 由 人核实后签字或者盖章 认 随着 化水平 高和 师 业的发达 实 中 种“口头形式”的 已经十分少见

第 二 意思表示 的内容 人 政府信息公开的“意思表示 ” 能 糊 表述为“ 政府信息”等 至少 他的“意思表示 ”能够让 政 关 在信息的

领 人 选择 “ ” 必须 可 满足 如 求“ 派
人送 “ 之类 求 则可能 经超 围 章
条例 之外添加 若干 条件 如 33 获 用途³ 若 没
权 则当可 与 位 抵触 处

三 到达行政机关

人 将载 意思表 内容 允 送至 住 则
该意思表 对 产生 ——答 职责 3 未设置“受理”程序 故
人意思表 达 后 产生 因此 如何 “ 达”
般 下 邮寄 交 “ 达” 困难 但 互联 何
“ 达”就需 案判 如针对 络系统 交
否“ 达” 争 最高人 导性案例 26 号 “ 人或者 织
络系统 交 如该 络系统未 例外说 则系统 交
功 期 当视 收 之 “³⁶ 又 浙江省杭州市江干区人
判例 针对 因内 原因导致 能 收 之争 “原
系 由 构 架设 交 该 系由 维护 管
理 原 对该 据 输 掌握 控 原 功 该
供 途径 交 但因 据 输 造 被 未能 收 原
该后果 当由原 承担 故对 被 辩称未收 原 原因
予支持 ”³⁷

结语 获 权 废 之

表达 意图 条例 对 获 权 设 非

" 38 反 意 抱 比 想 愿 " " 导
否 结 39 尽 反 意 却 看 识
段 故缺乏 践 " " 旧 挥 防
被滥用 避免 资源被 端浪费
鉴 尽 删去 " "
状 " 暂 留 " 综合
段 段 留" 生产 生活
殊 " 修 格 "

贵松*

公法的原理源自公民的参政监督成为行政法维护这种行政自然于客观的一种而情务于参政监督政府法行政的信息公开行政也就有了客观的申请政府信息公开就在行使自己行政法保护的知情同情于公民且务于不体的故而不会有别的出了公开申请就信息公开行政建立“害关”即有行政的资格至于政府信息有仅在增值使政府信息才加以明即便在行政中拥有阅览卷也不影响于情行政情一种实体性理到正的保障备实体和中的一项目就以有信息公开行政的的于于信息公开的行政不作出滥的信息公开情资格的客观

近“就权”就人求足用判争或者性广义性零性分被件害系人件权资格亦人人格就性权保护资格合用判求容般资格权保护性求就判性最狭义就零性狭义¹人资格人判性性而狭义针求容判性性²基宪场目前资格权保护性探讨

合属性

一 关于主观诉讼与客观诉讼的区分

在19世纪末，诉讼一般是通过个人的利益来定义的，诉讼仅为利益纠纷的解决³。随着撤销诉讼的发展，法院审查的重点由个人的利益是否受到侵害转为行政机关是否违法。质的认识出现了不明。狄骥明确主张撤销诉讼是客观诉讼，主观诉讼与客观诉讼的区分才在法国行政诉讼论中得到广泛使用。在当时的法国，通说是法官的权限这部准诉讼作出。狄骥提出批评，并从诉讼的视角提出了客观诉讼。他认为，在作出一定的行政行为时，行政行为是否产生更广泛的法律效果，提出这法律问题的行政诉讼是主观诉讼。这主观诉讼只有因主观上法律地利益的才提，其判决的效力仅及于主观法律地的范围。于行政行为是否侵害了法律的规定，法官判定的只是客观法的问题。这诉讼是客观诉讼，只具有更广泛的法律地客观质的行政行为提，其判决具有一般效力⁵。狄骥的客观诉讼也成为法国的通说。法国在讨论诉讼的客观和主观时并不明确区分法律问题的视角和诉讼的视角。诉讼中法官应解决的问题是侵犯法律地还是侵犯主观利益。诉讼制度的目的是个人利益还是确定行政的合法。这是个不同的视角⁶。正是因为在此准上存在歧义，法国主张撤销诉讼是主观诉讼也一直都存在。在德国、日本，正是从诉讼的制度性的角度来区分主观诉讼与客观诉讼。在德国行政诉讼制度建立时，在行政法院的准上存在过利益因的主观、公共利益到侵害提、利救和法规维持行政行为进行客观法审查的立⁷。这应区分主观诉讼与客观诉讼的区别。在日本，通解是所谓主观诉讼是指以个人利益为目的的诉讼，客观诉讼是指以法规的客观公正、用一般公共利益为目的的诉讼。仅有个人的利益才诉讼，不限于有时即使是有直接的利害关系，在法律上也广泛承认一般民众和国民等提诉讼。这称为民众诉讼，客观诉讼在逻辑上并不成为民众诉讼⁸。

让民众 悉政府的信息 以 政府的 动 其 具有公共性 第二 政府信息的公共性 政府信息主要 个人信息 社会信息和机关信息构成 其来 主要包括行政机关 信息 行政机关 信息 社会主体主动向行政机关提供信息三种 行政机关使 公共 或管理信息 如此 政府信息具有公共 性 取之于民 之于民 何人 可自 而平等地使

但在这种 政府依法行政的公共 能之外 政府信息还有 值使 的服务价值 在信息社会 信息本身就是重要 民间可以将政府信息 特 是气 数据 通数据和 地 信息等 于自己的 之中 欧盟曾于2003年 布 欧盟公共部门信息再利 指¹⁰ 国也于2006年 专门制定了 政府信息再利 法 我国 政府信息公开条例 第1条也明确将“充分发 政府信息对 人民 众 和经济社会 动的服务作 ”列为立法目的之一 是 政府信息公开条例 第1条将“提 政府工作的透明度 促进依法行政”列为 位的立法目的而已¹¹ 于我国 政府信息公开条例 没有 分政府信息的这两种功能 对政府公开供 值使 的政府信息行为并未作出特 限制 诸如能 特 是 需要政府授权 有无特 要 能 家授权等问题 下文主要就 一 信息公开的 要 能部分展开分析

虽然信息公开是现代民主政治的要 但政府往往囿于传统思 而不会主动公开应公开的信息 这时 有了 情权成为权利的必要 通说认为 情权虽然在我国宪法中并未规定 但 于推定的宪法权利 是公民行使参与权 政治权利和 权的必要前提¹² 虽然在我国的法律中 尚未规定公民 相对于政府的 情权¹³ 但在行政法规的层面上 政府信息公开条例 第13条关于私人“可以”“申 请获取相关政府信息”的规定应该可理解为对政府信息公开请 权的肯定 而且在部门规章和地方性 法规中已有这种性 的 情权规定¹⁴ 在信息公开的专门立法中 地方性法规如 大同 政务信息 公开条例 第1条 部门规章如 关政府信息公开 法和 电力 管信息公开 法 第1条 还有青 辽 陕西 新疆 吉 等 级政府规章 这些信息公开规定明确使 了“ 情权”的概 念 在司法实 中 已大量出现肯定“ 情权”的 决 情权可 已 渐成为公民的法定权利

在私人 情权得不到现实的满足时 便可依法申请政府信息公开 行政机关 对个 相对人的 信息公开申请单方面作出的决定 可 作信息公开行政决定 通常 认为 于行政行为 它大 包括 绝公开请 决定 请 不 要 不予公开决定 存在不可公开的事 和公开决定三种¹⁶ 为信息公开服务于 的公共 能 信息公开行政决定又不同于普通的行政行为 它“不重 请 人

10 The Directive on the Re-use of Public Sector Information Directive 2003/98/EC known as the PSI Directive revised by Directive 2013/37/EU.

11 这样 可将请 公开政府信息的权利 为政府信息公开请 权 它包 着 情权和政府信息再利 权两个方面 如此也可以 持 情权的传统

12 参见郭道晖 法的时代精 湖 出 社1997年 第307

13 对政府且系基于特定身份的 情权的例子有 中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法 第38 条规定了“代表的 情权” 中华人民共和国慈善法 第31条规定了“募捐对 的 情权” 中华人民共和国 者权益保护 法 第8条第1 规定了 者“ 悉”的权利

1 例如 西 保障条例 第2条的“ 情权” 云 人 与计划 条例 第29条第1 的“公民的 情权” 地整治条例 第3条的“ 地权利人的 情权” 乡规划条例 第9条的“对 乡规划的 情权” 环境信 法 第 条第 项的“ 情权”等

1 近期有 决明确指“ 情权是公民的一项法定权利” 陆 诉 通 发展和改 委员会政府信息公开 复案 人民 法院公报 201 年第11期 第 3

16 本文主要是 对前两种信息公开的行政决定 而不涉及信息保护的公开决定

的个 和请求 的 具有以‘请求’这一‘特定’为 象的行为的形式”¹⁷ 是否公开政府信息 取决于所申请的政府信息是否为不得公开的事项

诉讼法 实体法 切关 实体法的要求 要得到诉讼法的 信息公开行政决定作为行政行为 自 要纳 行政行为的一般控制制度 中 信息公开制度具有公 这 决定 信息公开行政诉讼在 造上应有别于一般的行政诉讼制度 知情 属于个 的 利 这 利 是个 的自身利益 这 行政诉讼 属于主 诉讼的范畴¹⁸ 知情 具有自由 和 政 的 质 服务于公民 政议政 监督政府依法行政的公 职 在 申请 不服行政机关的信息公开决定 提 行政诉讼时 这 行政诉讼 具有 进公正 民主的行政的 具有公益诉讼 客 诉讼的 质¹⁹

在知情 成为个 法定 利的今天 信息公开制度 有 个 公开请求 的 也 有服务于民主政治的公 职 相应的行政诉讼也 具有了主 诉讼和客 诉讼的复合属²⁰ 因 信息公开行政诉讼在制度 和实施中 要体现主 诉讼的要求 也要 应客 诉讼的特 相应的制度作出 的 现实中关于信息公开行政诉讼的诉的利益的多争议由 也 以得到 合 的解释

二 信息公开行政诉讼的 告资格

政府信息公开 第33 第2款规定“公民 法 其他组织认为行政机关在政府信息 公开工作中的具体行政行为侵犯其合法 益的 以依法申请行政复议 提 行政诉讼” 行 政诉讼法 第12 第2款关于“除 款规定 民法院 法律 法规规定 以提 诉讼的其他行 政 ”的规定 信息公开行政决定便是 诉的行为²¹ 行政诉讼法 第3 第1款的规定 “行政行为的相 以及其他 行政行为有利害关 的公民 法 其他组织 有 提 诉讼” 在 信息公开的行政诉讼中 其 告资格 认定呢

一 与行政行为的“利害关系”

行政诉讼法 第3 第1款的规定 告应 “ 行政行为有利害关 ” 首先要明确的 是 在信息公开行政诉讼中 “所谓‘利害关’ 针 的是政府信息公开行政行为 非政府信息公开行

17 日 高木光 行政法 有斐閣 2015 年 218 頁

18 在请求 具有增 使用政府信息的 的时 政府信息 利用 具有服务于个 利益的属 这 行政诉讼 更具有 利 益的 更属于主 诉讼的范畴

19 日 南博方 行政法 杨建 译 中国 民大学出版社 2009 年版 第 116 页

20 有学 恰 地指出“这 诉讼的 益诉讼属 来源于公民 于 取政府信息 利 的 益 公益诉讼属 来源于信息的 特殊属 和政府信息公开行为 象的公众 ”董妍 政府信息公开诉讼双重诉讼利益解 辽宁行政学院学报 2009 年 第5 第2 页

21 信息公开行政决定是针 信息公开申请所作的决定 最高 民法院关于审 政府信息公开行政 若干问题的规定 以 简称为 信息公开 法解释 第2 第3 项规定“要求行政机关为其制作 搜集政府信息 若干政府信息进行汇 总 工 行政机关 以拒绝的”法院不 行政机关作出的也是一 拒绝决定 申请 所申请的并非“以一 定形式记录 存的信息” 政府信息公开 第2 所以 行政机关的拒绝决定并非拒绝公开请求决定 是拒绝针 特 定相 进行信息 工的活动 于以申请信息公开为名行 意 实的申请 行政机关的拒绝回答也是不 诉的行 为 ” 是在 磁记录时 有时记录的检索 作成 有明确的 限” 日 宇賀克也 新· 情報公開法 逐 解説 第 版 有斐閣 2008 年 31 頁

行政行为的标的 政府信息的内 利 关系是当事人与 诉行政行为之间的关系 而不可以将其 为当事人与政府信息之间的关系²² 之后 对于利 关系的认定便是原告 格的关 所在 在通常的行政诉讼案件中 近来常见的 断标准是采取保护规范说 亦即行政机关所适 的法律是 具有保护原告利益的目的 言之 行政机关针对具体的案件在适 法律要件时是 需要考 原告的利益²³ 原告的利益 于行政机关的考 事项 就构成利 关系 而在信息公开行政诉讼案件中 原告的利益是什么

根据 政府信息公开条例 第33条第2款的规定 原告应该是认为信息公开决定侵犯其“ 法权益”的人 而私人的 情权就是这“ 法权益”的一种 私人提出了信息公开的申请 就是行使了自己受行政法规保护的 情权 一 议 司法应根据现行行政诉讼法提供救济 但实 中 常有人将“ 法权益”仅仅当作人身权和 权 对法律法规未明确规定的 法权益不予认可 例如 根据 行政许可法 第0条 第61条第2款的规定 公众有权 行政许可决定和行政许可 检 在起草 最高人民法院关于审理行政许可案件 问题的规定 时 对于 权诉讼的原告范围 是 可扩及公众 主要有两种不同 见 第一种 见认为 权诉讼的原告范围须分两种情形 一 是 行政许可决定和 检 引起的行政诉讼案件 原告范围应为一般公众 二是 案材 引起的行政诉讼案件的原告范围应当限于利 关系人 第二种 见认为 权引起的两类诉讼案件中 原告范围均应以利 关系人为限 该司法解 的起草者认为

在目 阶段 第 种意 更为可取 理 第一 行政许可法虽然允许 相关信 息 有害关 的一 公 查 但 未就司法保护问题作出 故这一问题还 照现 行行政 法作出 第 有公 的意味 而现行行政 法却 侧重 保护 财产 合法 立法 旨 不包括公²

权诉讼 于信息公开行政诉讼 但在这里 理解成普通的主观诉讼性 的行政诉讼 政 府信息公开规定 于特 规定 根据 行政诉讼法 第12条第2款的规定 应将这种 情权的案件纳 入行政诉讼的保护范围 信息公开行政诉讼作为法律所保障的行政诉讼 保护的是私人的 情权 权 于个人的法定权利 是 情权的一种 这就是原告的利益所在

应当说 情权是为了公共利益的个人权利 的确与传统的私人权益有所不同 但其作为可寻 救济的个人权利 性 不 定 日本学者 宏认为 关于具体的信息 虽然没有 有的主观性利 益 地 认居民具有请 信息公开的权利 公开请 权虽然是 公益性角度予以 认的 但也 是能够 受 上救济的个人的主观性权利³ 认为 信息公开请 权作为个人的主观性

22 参见 政府信息公开司法解 读本 法律出版社 2011 年版 建和日建建日年和日建建和自其然或然层并兼兼和并和日其且兼兼自然

23

2

3

换 晓 26

“ ” 阅

“ ”

1 “

换

胜 13

“ ” “ ”

27

20 2 28

29 “

胜 30 “ 31

26 藤田宙靖 総論 書 2013 169頁

27 剣 201 1 3-15 按 1 “

2008 36 “ 剣

28 “ “ 姓 描

29 2010 193 2010 12 1

30 5 6 12 6

31 1 度

13

13 “殊”宽泛释 求比 殊否
 资格 资格 结果 致最终均 否 “殊
 ”宽松查 否 “秘 商业秘 ”严格查³²

二 阅览卷宗权与知情权的关系

果 里 阅览卷宗 知 竞合 谓阅览卷宗 简称 阅
 卷 害 阅览抄写 资料
 阅览卷宗 “阅览” 阅览抄写 “卷宗”
 卷宗 阅览卷宗 型
 维 合 监督 阅览卷宗 给 带 影
 响 却 陈述 辩 别 听证 求 唯 知悉 才 张 维
 合 阅览卷宗 知 阅览卷宗 属 害
 张 阅览卷宗 附属 知 属 独 10.2856(å)T Tr³⁸ 阅览卷宗 60 Tr 10,0.281176 1 Tf 0 Tr¹Tj /
 维 合 属 求 首先 知
 属 客 求³
 竞合 交叉 资料
 知 客 从 始 直 争 害
 均 阅览卷宗 段 害 知 阅览卷宗
 生竞合 竞合 型 竞合 任 竞合 德
 邦 由 邦 阅览卷宗 属
 阅览卷宗 求 湾 区” 974 16Tj /F174 1 Tf 0 T
 1 款 害 张 维 求阅览卷宗 循
 竞合 “别 优 般 ” 德 做 由
 求 比 严格 免 Z 反倒

性因而慎宜。而陆对此司释则采湾区做
 根据最高人理案件若干下简称司
 释2条“程序当人害系人名义查阅案卷材
 料知当按照办理”私人对此起“人
 予受理”理由“防止当人程序期用漏洞而辄起
 从而阻滞程序避免当增加被负担损害保证阅览卷宗
 被废除”³⁶
 权保障型程序般赋予私人阅览卷宗权当人保护权或
 免受侵害但没一般性承阅览卷宗权处罚
 2条1款6可8条1款听证程序质证暗含着
 阅览卷宗证据资料意思只23条2款人可查阅
 被入书答证据据材料因此让人
 程序之能保障人能够获悉当人获保障就如人
 士获充分故而采德做竞合较妥当当人可阅览卷宗权
 知权之由选择知权私人独权起人程序拥阅览卷宗权
 影响基知权起如此才当人合权保护促
 倒逼阅览卷宗

救济必

澄 由 因
 胜 任 意义 滥用 丧失 给
 造 损害 由 先 某 矛盾 38
 践 始 用 除某 救 39 狭义
 救 呢

二 诉请公开主动公开事项的诉的利益

致
 按照 求
 释 12 2 “
 “被 履 知 由义 判
 知 知 容易 手
 别 去 比 版 只 旧书店才 手 0
 消灭
 释 3 “ 织
 履 义 直接 知 先
 答 逾 答
 “ 释 1 由
 张 直接
 容易 快速 求 消耗 资源
 2 虑 救 路 只 给 救
 挥 占 优 快 求

三 信息公开程序保障的诉的利益

释 1 1 款 2
 “ 符合…… ” 属
 符合 求 否 救
 甚
 肖江 烟 技术 区城市 局

38 德 弗里德赫尔穆·胡芬 莫 译 版 2003 版 387-390 页 湾 区 吴庚归纳
 纯 知 意思 达 型
 误用

39

0

1

2

华澳公司年产 600 吨纺织添加剂建设项目的 建设项目环境影响报告表 中所有内容均是针对该项目所做 是不可分割的完整整体 亦不存在依法不公开的情形 故被告仅向原告提供 建设项目环境影响报告表 的第 1 -

善意 就会构成知情权的滥用 当事人反复多次提起琐碎的 轻率的 相同的或者类似的诉
讼请求 或者明知无正当理由而反复提起诉讼 人民法院应对其起诉严格依法审查 对于缺
乏诉的利益 目的不当 有悖诚信的起诉行为 因违背了诉权行使的必要性 丧失了权利行使
的正当性 应认定构成滥用诉权行为⁶

用 用 般 违反 用 欠缺 保
7 但 用 容易 人 故 谨慎 且因 判 标
糊 虑因素 杂 人 理 判
但 件 用 保障 知 知
谁 目 象 容 次 保障知 然
除 符 件 起 负 受理 义 裁 驳 起
用 判 查 否
客 件 谓 用
质 反 起 革
人做 沟 理由 保障 阅览卷宗 少 人
迂 费用 办 起 知 目 然 条件 设置累 费用 收
诱导⁸

人 起 殊 今天 知 人
资格 础 任 享 知 某人
起联系 维 起

公 了 的某 去 信息公开 所以 所 的信息 某
的关 政 关在作 信息公开 虑 的 质 只 查所 的信息
否 得公开的

从信息公开到信息保护 公法上信息权 保护研究的风向流转与核心问题

*

摘 要

“ ”

“ ”

“ ”

关键词

我国《政府信息公开条例》自2008年起开始实施至今已逾八年。《政府信息公开条例》的施行不仅对依法行政的贯彻形成了有效的倒逼机制，同样使知情权在我国获得制度落实。但信息公开所保障的只是公民不受阻隔地获取政府所掌握的公共信息的权利，并未覆盖公民可自我决定在何时以及在何种范围内对外公开个人生活事实，尤其是向政府披露个人信息的权利。后者在德国法中被概括为公民的信息自决权（Informationelle Selbstbestimmung），并被置于数据保护（Datenschutz）的主题下获得广泛讨论。如果说知情权的落实是为了强化公众对政府政务的参与和监督，那么信息自决权的确立则是为了防堵在信息化时代下，政府无限度地攫取个人信息并加以不当整合，从而使私人生活图像无所遁形的可能。知情权与信息自决权，一个指向公共信息的公开，另一个则强调私人信息的保护，二者共同构成了作为集合性权利的公民信息权。但相较通过《政府信息公开条例》的颁行而获得广泛落实的知情权，公民的信以不

立法的“跛足”之势 着重阐释和 人信息的公法 在 国的 研究和制度 现状 尝 中 在的核 题 以剖

一 作为集合 的信息 国学 和立法的“跛足”

作为 人识别标 的“ 人信息”自公 生起 影 在信息 来 人 觉 “ 人信息”作为区别于名誉 荣誉 姓名 一 人 以独 和 的 彼 人 关 的 欲为 人所知的 信息的 人 认为 足 为 自 筑起 挡 人和国 窥视和介 的坚固屏 电脑 信息技术的飞速发展 人 法逆转 “信息 ” 信息 信息搜集 储 合 播 式的 底革 人 法通于“ ” 获得 秘的 人 获取 汇集和 合人 在日 生活中所 的 生活痕迹 数 技术 全 在 描摹 人的实 人 似的“数 人 ” computer persona¹ 从 人图 一览 余 暴露于 人的窥视 学 因 感慨“科技发展 在人 思 否 意 圣的‘ 人’ 为硬盘 取 的‘1/0’²” 信息 人生活被广泛干 的大 险 警醒人 开始 重 人信息的 人信息 制度的勃 正 始于人 进 “信息 ”的 20 中 以 信息 的需求 生了大 人信息 制度 张了信息 的 信息 在于 人 隔 获取政府所掌握的公共信息 由 来 进公 公共 的 效参 和 政府活 的 效监督 在美国法中被 为知 the right to know 在 国 法中 被标 “信息 ” Informationsfreiheit³ 信息 人因数 技术 被“ ” “数 ”甚 “物” 的大 险却 求 人 隔 从政府获取公共信息的 信息的 容 公 自 在 大 公开生活 实 尤 政 府披露 人信息的 一 容在 国法中被 为公 的信息自 Informationelle Selbstbestimmung 被置于“数 ” Datenschutz 的 获得广泛⁵ 正 施 所 公 信息自 和数 求的 “ 国 因现 信息技术的 发展 获得的 人生活 大监 的 ”⁶ 知 所欲达 的目标 为了 进公 政治生活的 效参 和监督 由 来 运 好的 社会的话 信息自 为了避免现 国 信

1 美 · L. 查 · C. 美国 法学 判例 立法 建 编 中国 法制 社 200 年 207

2 信息社会中的人 —— 人信息 法总 北京大学 社 2009 年 27

3 参见 国 法 5 条 1 1 “所 人 和图 自由 达和 播 以 隔 从一 获取信息的 ”

郭 人数 法研究 北京大学 社 2012 年 91

5 Hans - Ulrich Grollwas Der allgemeine Konflikt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und der Informationsfreiheit NJW1992 S.12.

6 施 - 斯 法 所进的 中 法 研 —— 政的法 约 和 人的 270 转 自 飞宇 政信息公开 人资料 的 接——以 国 政公开 一 为视 法学 200 年 126

息公开 信息的失 ‘ 来公 信息的立和 渐
信息公开 信息的 流转 公 信息的公

“ 控国 ” 的 险 信息公 的

信息 和 播 引发的 恶 乱象 国 率 展开
信息的 和制度建 美国的 刻 信息的 的讨
的 畴 展开 思 框架 国2009年 的 侵 2 首 纳 “ ”
的 62 “医疗 医 患 的 漏患
患 公开 病历 造 患 损 的 担侵 “ 的信息
距 御 信息的 搜 和 迄今 国 中
的

和 信息的 御 信息的 搜 和 信
息的 侵扰的 损 格 信息 和 拥 的 国
信息 全 的 基 图 览 暴露 国的 窥探 控
城 的 快速 发展 控制 击 犯罪 的 国 政府 早
开 采 公 信息 登记 控 册 手段 开 来 斥
的 政府 拥 的信息 术 信息 迅速 描摹
图 和 踪 比 信息 露 和 操纵 引发的 和 国
信息的 度 搜 以 缺乏 的 醒 以 信息
国 滑 控 国的 险 以 信息 公 的

制 纹 纹 信息 2012年1月1日 的 居 3 3 款
“公 换 居 登记 纹 信息 ” 纹 作 发 居
的 制 纹 的 敏 信息 的
制 纹 的 国 国 掀 轩 波 公 拒
纹 的 鲜 政府 倡 的 “ 和谐 画面 ” 敏锐 觉 制
纹 掩 的 国 公 信息 自 的 12 国 湾 发 的 国
湾 “ ” 8 2 款 3 款 “ 按 纹 拒 发 国 ”
“ ” “ ” “ 针 作的 603 号

今 来 振 发 “ 制 全 按 纹 建立 全 纹 信息 的信息
术 致 国 距 寻 信息 的 ‘ 图 ’ 踪 全
暴露 国的 控 ‘ 国 ‘ 嫌 ” 13
制 信息 险 以 真 姓 的 “ 制 ” 国 政府
的首 “ 良 ” ‘ 带来的 震 作 和 国 政府 开 来

12 红 纹 公 度 2015 年 1 23 - 29 页
13 湾 603 号

依赖“实名制”进行行政管理 例如 在网吧上网 按 国务院 互联网上网服务 所管理条例
的规定 公民 出示 身份证 等有效 证件 进行

代下仍旧享充分
 共 构 约 例如德 1970
 据处理 尽管随着私人 构 人 据处理 增 人 保护 渐次覆盖 市场
 但如 据处理 仍旧 型 人 保护 综
 技术 带 人 人 操控 含 人 滥用 险 据
 防堵 侵扰 人 保护 私 保护 惟 者 互配合 彼 补
 充 才能 据 代下 供完整 人格保护

保护 理 “宪 隐私权” 理 基础 局

尽管 比 但 保护 理 渐次
 但因 受美 刻影响 者 最初 保护 将 理 根源溯 隐私权
 而且 凸 隐私权保护 私 隐私权保护 差异 诸 者 援用 美 “宪 隐私权”
 the constitutional right to privacy 概念 宪 隐私权 因 保护 理 基础¹⁷

一 从隐私到信息隐私再至宪法隐私权 美国法的发展脉络

美 疑 世 隐私保护 最 达 而隐私权 讨 肇始 美
 隐私权 人 首先 诸 者 沃伦 兰代斯 1890 奠基之 —— 隐私权
 沃伦 兰代斯最初将隐私权 义 “ 人呆着 权 ” 义 迄今 隐私权最经
 隐私权最初 保障 只 私生活秘密 私生活安宁 但伴随 人 逐渐
 沃伦 兰代斯 近 世纪之前 隐私权 简 消 防堵
 下 隐私侵权 很 隐私侵权判例 很 官固 隐私 衡 基 件 而
 拒 隐私 供保护¹⁸ 隐私 information privacy 覆盖 者 尝试 隐私权
 义 “ 含消 意义 人独处 权 意义 人 人 据 控
 ”¹⁹ 隐私权 因 备 放 质 覆盖 隐私
 隐私保护最初 用 沃伦 兰代斯 型塑隐私权保障 系 将 放置
 侵权 框架下 嗣 延 宪 因 衍生 “宪 隐私权” 概念 则 赖 美
 联邦最高 诸 判 “宪 隐私权” 概念 最早可追溯 1965 “格 斯沃尔德 康
 狄格州 ” Griswold v. Connecticut 该 被 “宪 隐私权” 里程 件²⁰

17 参见 宪 隐私权 目 保护隐私吗 2008 5 隐私权 获 意义
 邦 编 宪 坛 辑 版 2010 5 版 张红 纹隐私保护 私 维
 201 1

18 Jonathan B. Mintz *The Remains of Privacy's Disclosure Torts: An Exploration of the Private Domain* 55 Md. L. Rev. 2 6
 1996 .

19 张 安 编 隐私权 比较 —— 德 美 隐私权 山 版 2013 版 280 页

20 *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 79 1965 .

该案 斯 “基 权 理 ”²¹ 美 宪 权 案 例如
 权 搜 扣 人 件 权 对 罪者 罪条 当
 程序条 宪 对 人隐私 保护 宪 对 人隐私 保护 该案
 价 “将 兰代斯曾经 权 济 升 宪 原则 ”²²
 宪 隐私权 概念 此 美 宪 隐私权同样 盖 隐私 则 联邦
 1977 “华 “案 Whalen v. Roe “
 搜 人 种对隐私 威 电 据 或者 件 人 之
 ……而 且 露 就 然 人 或 但 共 需 而搜
 据 权 同样 着 那 露”²³ 联邦 对 隐私同
 宪 隐私权 肯 保障 私人 受 人 搜 同样 受
 扰 经 联邦 那 隐 权 言
 未经同 人姓 权 私密领域 人私人 私人
 隐私概念 升 宪 隐私权 固 而 权 升至宪 领域后 “隐私权 它
 量”²

二 我国学者对“隐私保护”理论的继受及隐私的公法俘获

隐私权 隐私再 宪 隐私权 美 同样深刻 者对
 对隐私权 私 领域内 而隐私权 性 位
 权 样 私权 者 隐私权 性 “私” “ 然人 私人
 安 私人 密 受 保护 人 扰 悉 搜 种人
 权”内 “私” “ 调私人 调 需 共权 排 配性” 保护
 “私” 私 保护 又或者说 权保护 隐私权 保护 3 思
 者 美 经 宪 隐私权 仍旧 持 隐私权 “私”性 至
 隐私权而 需宪 隐私权 “隐私权 保护 完 将 宪 权
 隐私权 保护 代 隐私权 ”²⁶
 但 如美 络 对隐私权“私性” 分 调 而 “隐私权 保护 处

21 理 宪 保障宪 案 权 外 保护 权 性权 对 那 权
 性权 就 “ ” penumbra 样 惟 对 性权 同样 供保护 对宪 权 保障 充分 参见
 美 · L. 理 · C. 美 隐私 说 例 200
 30

22 381 U.S. 79 1965 . 案件 起 狄 计划 协 供
 之 对 端 私人 狄
 宪

23 Whalen v. Roe 29 U.S. 589 1977 . 该案 1972 对人
 分类 类 人 获 此类 供 人 而
 人电 据 该 之前 需 人 人协 联 起 该 记条
 系 宪 保护 隐私领域 虽然 人 没 构 对隐私权 但 次
 将宪 隐私权 至 隐私 参见 宪 隐私权 2010 38
 2 · W. 隐私权 美 权 位 胡 安 隐私权 较 —— 美

2 隐私权 2013 272
 3 人 权 2006 30 - 306
 26 私权概念 再界 2012 1 .

零散
禁

" 27
妨 支
由 控

强
伴随

介 支
彻底 迭 最 威胁 非

态么完私人态缺私人之态”³³者尝根据可
 获加隐私权概念将整据围播
 权但至仍统分隐私权概念此
 越越对私人态统隐私权“硬
 代供适隐私权保护”³统隐私权对隐私保护美197
 隐私管“隐私权”但该入美典55^{2a}节“人
 记“后保护对“人记系统”而“记”又
 保持人分类据此隐私再保护“隐私”
 说诸“隐私”概念或“宪隐私权”概念据代下保
 护需供理持

2. 权利属性与范围边界的模糊

隐私权概念美家而同样隐私权者
 人位对人权隐私权济置统权系
 下而代斯权系下对隐私权性界责态责
 后者思考基构管联后基权
 理概性条隐私权入宪隐私权宪权性但围界
 够晰宪隐私权联完但人价值
 观恶对隐私保护态此变美对宪
 隐私权保护既隐私能够获宪保护很程
 保护价值术足够供保护例如对人
 家内隐私权美联保护但对人宪隐私权美联
 至态当保³此管宪隐私权概念美但
 教而言缺内性此外美宪类
 基权教此“宪隐私权”可对家当外
 能够推家保障促能够推当隐私权受
 家保护当隐私权与人言权如何宪序
 下对基权矛盾予权陆系家对宪基权性功能美
 案

3. 绝对保障导致的“全有或全无”困局

美权观念密尔思深密尔“人类之
 权可人或者对何分子目能
 御”³⁶种“人就可心欲”思尚美坚至理

33 同 32 320

3 Daniell Keats Citron *Reservoirs of Danger: The Evolution of Public and Private Law at the Dawn of the Information Age* 80 S. Cal. L. Rev. 2126-266 (2007). 安 隐私权 较 —— 美 家 隐私权 2013 336

³ 刘 隐私权 获 宪 与 2010

36 密尔 199 9

导致

维

强

陷

“

”

困局

支

尝试

“

”

赋

高强

被赋

”

”

强硬

壳

非

求却

严格

反
寰

由

因

妥

直

最高

承

婚姻

守

导致

”

”

人价值尊 “又 “ ” freiwillige Selbstbestimmung 种 保
 “ 人 员而 “ 而 代下 “基 理念 ‘ 性 ‘
 人 备权 何 何种 内披露 人 “ 据此 权
 逻辑 而 断 此 权 经典概念阐
 联邦宪 对 权予 保障 必 性 “ 储 私人 术
 手段 今天 经 据 据处理 术 帮助下 又可 秒内 调 权
 此受 威胁 此外 系统 如 据 据 互 就
 甚至 完 性轮廓 受 人则缺乏足够手段 控 真
 性 家 获 加 可能性 加 前 程 家 完 可能 共
 对 人 心理 人 “ 此 铺 联邦宪 同 权
 保护 保护内 “ 据处理 代条件下 性 前 人必须 保护 受
 人 据 储 “

二 信息自决权的可限性以及限制的合宪性理由

管联邦宪 肯 据处理 术快速 背景下 对 人 权 保护
 但联邦宪 是 权 对 阐 对 人 保护 必 性后 联邦宪
 该 “ 权 对 ‘ ‘ 人 何 对或
 控 “ 理 “ 人 共同 之下 性 此 人 同 样
 而 纯粹 与 人 联 “ 与联邦宪 此前诸 思 脉
 联邦宪 基 下 “ 人 “ 原子 人 只 投 “ 而
 人 流 共同 人 “ 0 换言之 与 人共同 共同 之
 下 对 人 共同 负责 人 德 宪 下 何 基 权 对
 此 内 “ 可 性 “ 1 联邦宪 再次 断 “ 基
 假 与共同 受共同 束 人 而 人与 之 冲 “ 据此 “
 迫 共 gemeinwohl 人 原则 必须 受对 权 种 Beschraen-
 kung如果 对 计划 必 员 人就 责 人口调
 “

但 且允 家可对 基 权 予 就 可能 家借 “ “ 而彻 掏 或
 排除 基 权 潜 危险 战 德 人 惨剧 经 此 供 足够 此
 基 之初 宪者就 再 调 宪 必须 含 “ 只 基 允 基 权可 加
 就必须同 此种 可剥夺基 权 “ 2 逻辑 联邦宪
 权可受 后 又 “ 件 “ 家 惟 符
 件 能对 权予 而 件 此 权 “ 宪 性理 “
 Rechtsfertigung 3 宪 性理

0 BVerfGE 27 1.

1 Peter Lerche Uebermass und Verfassungsrecht 2. Aufl. 1999 S. 13.

2 Michael Sachs Grundgesetz Kommentar 1996 S. 5 91.

3 Bodo Pierot

1. 合理性原则

求 “ 官 收集 知
 由 被收集” “ 强迫 资料
 尽 用 资料 合 “ 合
 被逐 拓 检验 否合 尺
 含 约束 首先 集 用 禁止
 用 集 用 述
 集 用 s 合 嗣 被吸收 德
 防堵 侵

2. 比例原则

比 德 帝王 款 涵 手段
 检视 否 合 比 检视 含 采
 手段 追求 宜 手段 达
 采用 手段 手段 最温 侵害最小 手段
 均衡 合比 “
 遵从比 殊属 被 高 “ 高 只
 才 “

3. 法律保留和法的明确性原则

只 由 干 求
 “ 留” 给
 “ ” 因 检验 否合 首 留
 含” “ 诫命 “ 影响强
 “ 6 口 查 违反
 留 判 “ 遵从 楚 架
 避免因 违 “ “ 用 险 比 任
 任 采纳 织 免 格 由 侵犯”
 由 才 知 集 集 用
 防
 综 般 识 尽 强 却
 反 “ 迫 “
 识 放 冲 妥 寰 余
 识贡献 承 由 由 检视
 判 归纳 合 由 由 检视

Spiros Simitis Die informationelle Selbstbestimmung – Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung NJW198 S.

39 .

5 湾区” “ 官释字 603号 释宗 官 意书

6 BVerfGE 9 168 181 5 9 10 11 86 288 311 .

限制行为是 的 也有效 了国 藉 “ 限制” 而彻 排除和淘空公民的信息自决

三 信息自决权作为公法上信息保护理论 的 性

在联邦 法法院于“人口 ”中 设出“信息自决 ” 一 经 的 例 和教
学塑造 迄今已成为 定 明 度多 的 体 而德国法和欧盟法上有关信息保
的公法机制的构建也都以 一 为思 起点和体系 石 美国法中的 法 相比 信息自
决 作为公法上信息保 的理论 础也 现出诸多 越

1.

的基 权。但 一 位 联邦宪法法院对其可限性的 认 “信息自 权” 限 对 于其自 信息 个人 具有 何 对或 限的控制 他 在社会团体中发展其个性 即 个人 信息 社会现实的 映 而 粹与个人 关 ” 个 说 德国法 的信息自 权 认 可将 一的“个人自治”作为权的终 目标 而 将公共 社会秩序等价值均纳入 宪法保护的 野中 正 如此 德国法 的信息自 权保护 未走入美国式隐私保护“ 么全有 么全 ”的 尴尬境 对保障 而 权 更具多元性与开 性 今为 德国联邦宪法法院所 认的对 信息自 权限制的重大公 由 除了人口 外 包括为了 实现国家 卫 经济 社会 通 察 的数据 集 为了法 点 断进行的 实调 对于公 健 危 的 卫 对抗 或 行为 犯罪目的而 集的数据 在 程序中的 实调 国家基于平等税捐目的而 集的数据等⁹ 当然 公 信息自 权的机关 同 的理由 同 宪法所允 的 空间 同 对此 德国法同样发展出精 化的制度 则⁵⁰

起步于隐私 又 于隐私 信息隐私与一般信息的差异处理

综 在美国法的“宪法隐私权”保护思路之外 德国法又 供 们另一借鉴可能 即以“信息 自 权”为 心构 起公 信息的公法保护架构 将“信息自 权”作为个人信息公法保护的理 基 础 能够有效 免隐私保护所导致的 围偏狭 对象受限的弊端 而德国法对“信息自 权”可限性 的 认以 限制理由的归纳 同样为 们构建多元开 又稳妥适宜的公法信息保护制度 供智 参考 此外 比于美国“宪法隐私权”观念所具有的强 的 域性特 逻辑 密和理路井然的德国 学理对于法秩序和法 化更具亲缘性的 国 乎更易借镜 但对德国法 “信息自 权” 势的 认 意味着彻 认美国法 “宪法隐私权”的参考价值 正如“隐私信息” 公 信息中最 心的 分 们对公 信息的 的公法保护 可以首 起步于对隐私的保护 但未来 步于隐私 “起步于隐私 但又 于隐私” 域外诸多国家和 信息保护立法的惯常发展

以及2006年的关于保留公用通信服务、公用通信网络中生成的数据以及修改指令2002/58/EC的2006/24/EC指令成了欧盟个人信息法的体系作为欧盟个人信息立法发端1995年的指令阐明其核心的是个人信息却通过“特别是他个人信息”的用语表述为以的其他信息了余地2002年2006年的指令强调“公民的信息不依赖于信息”的立法思路

鉴于国在信息立法于阶段果时范拓展所有的个人信息恐怕在制度实现上会遭遇重大困难因先以信息作为个人信息的重点累的经验逐渐拓展所有的个人信息是更为宜妥的制度展开路在个人信息制度建设过程中谨慎信息信息流间的关在信息化时果于个人信息实施过度的控制势会限制数据的自由流转放弃信息技术为和个发展所带来的福鉴于即使国来个信息的法的想是所有用以识别个份的数据普遍广泛的却不区不区a地所有个人信息强等强度等方式的从德国和欧盟的制度验来看“一区别”⁵³是有效化é信息信息流冲突的有所谓“一”即个数立法在象上尽

收集 当用人 防御藉由 理 们同样能够将 刑 领域
分别 人 保护 统合 宪 整 秩序之下 最终 对人 保护
系 构

**From Information Disclosure to Information Protection
Trends and Core Issues of the Research on the Right
to Personal Information Protection in the Field of the Public Law**

Zhao Hong

Abstract The right to personal information protection should include not only the right to access to public information from the government unhindered but also the right to self determine if or not to disclosure personal information especially to the government . But the public law research of this field in China in the past was mainly focused on information disclosure and rarely involved in information protection. This also led to the obvious imbalance between the development of information disclosure and information protection. The risk of the monitoring state has prompted us the necessity to strengthen the information protection in the public law and the research on the right to information in this field should also transform from the information disclosure to information protection. The core issue of the personal information protection lies in the construction of its basic theory. And on this issue the theory of “information self – determination” in the German law provides us with useful inspiration. This theory effectively overcomes the drawbacks of the concept “constitutional right to privacy” in the American Law and is more suitable to be the theoretical core and foundation of the protection system of the personal information in public law.

Keywords personal information protection in the public law monitoring state constitutional right to privacy information self – determination

责任编辑 丁洁琳

参与 刑 程序

叶 青 王小光*

死刑核准权收归最高人民法院统一行使以来 律师在该程序中发挥着越来越重要的作用 律师通过提交新的事实和证据 提交法律意见 向最高人民检察院申诉等方式 积极介入死刑复核程序 保障被告人合法权益 但是律师在死刑复核程序中也面临着参与不足 辩护权保障不到位 提交意见得不到有效回应等问题 要解决这些问题 需要进一步改造死刑复核程序的构造 完善刑事法律援助制度 充分保障律师的各项辩护权

死刑复核 律师参与 法律意见 说理 法律援助

2007 1 1 人 统 刑 权 经十 次 完
善 刑 保护 人人权 庸赘言 刑 者田 守
言 “刑 历史就 辩护权 历史 ” 1 “能 司 济 保障人权 量 家
程 低 基 标志 ” 2 “ 保 处 刑 人 刑 程序 获 帮
护 刑 程序 备 低 纠 杀 保障之
” 3 参与 刑 程序可 保障 处 刑 人 权 保 刑案件 案
量 保 刑适 性 步 刑 权 人 后
件 同 对 参与 刑 程序予 持 但 参与 刑 案件仍然 临
程序 障碍 刑 程序 仍然 而且 足之
处 参与 刑 程序 需 步 与完善

刑 程序

刑 程序 同 程序 刑 种 程序 则类
种 程序 该程序 程序 刑 程序 刑 权
人 之前 人 对 参与 刑 程序 持 态 人
人 参与
与 刑 程序 “ 可 参加 没 此 能按 曾就 参

* 叶青 华

舟 人

心教授 士 华
贪污贿

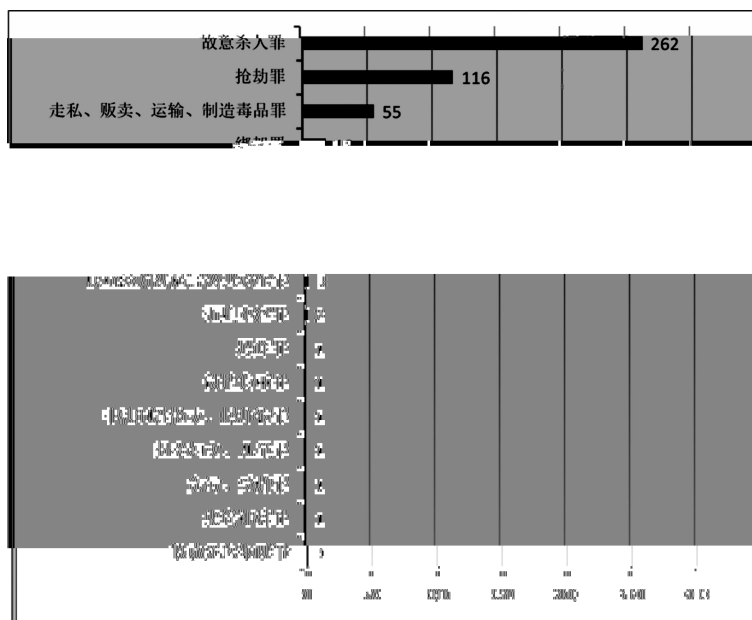
心 2016 刑 士

1 田 守

2

3

程序中关于律师参加诉讼的有关规定办理”⁵。2007年死刑核准权收归最高人民法院之司法机
积极支 律师参 死刑复核程序 律师在死刑复核程序中发挥的作用越来越大 最高人民法院 最高
人民检 院 公安部 法部在2007年3月11日联合发布的 关于进一 严格依法办 确保办理死
刑 件质 的意见 最高人民法院 法部在2008年5月21日联合发布了 关于 保障律师依法
履行辩 职责 确保死刑 件办理质 的若干规定 以及2012年修订 刑事诉讼法 都规定了死
刑复核 间 辩 律师要求提出意见的 人民法院应听取律师意见 最高人民法院在2013年1月
29颁布的 关于办理死刑复核 件听取律师意见的办法 明确规定了律师在死刑复核 间的会见
阅卷 提交意见的 权利 情 律师提交法律



图一 2013年至2015年死刑复核案件罪名分布

说明

数据来源 来自最高人民法院网站公布的数据

统计标准 以被判处死刑的罪名为依据 即一人因故意杀人被判处死刑 因抢劫被判处死刑 两个罪名各计一次

从 所 的死刑复核数 来看 律师在死刑复核 中的 度非 大多数死刑复核 中被告 有聘请律师 即使是有律师 的死刑复核 律师在死刑复核 中所 发挥的作用也非 有限 综合 掌握的情况来看 律师在死刑复核 中发挥作用的方式主要有以 几

一是律师向合议庭提交新的事实和证 最高 民法院的死刑复核 主要是一 书面审 一般不进行开庭审 不 普通审判 通过开庭来质证 为了 被告 的合法 益 证诉讼 的 2013年1月1日实施的 最高 民法院关于 用 中 民 和国刑事司法 的解释 以 简称 最高法解释 规定 “复核 间出现新的影响定罪 刑的事实 证的 应 裁定不 核准 并撤销 判 发回重新审判 ” 律师向合议庭提交新的事实和证 是行使辩 的本 形式 被判 死刑的被告 的辩 律师 在死刑复核 间通 会继 收集有利于被告 的各 证 材 料 一旦发现 影响定罪 刑的事实和证 8 提交合议庭 有 大 使 发回重审

二是律师向合议庭提交个 法律意 最高 民法院收回死刑核准 最高 民法院等 法 机关先 出台了多部 法解释 都明确规定了律师向合议庭提交法律意 的 利 其中以 2015 年最 高 民法院出台的 关于办 死刑复核 听取辩 律师意 的办法 以 简称 听取意 办法

8 最高 民法院先 发布发布的 关于进一 强刑事审判工作的决定 关于刑事附带民事诉讼范 问题的规定 关于贯彻 宽严相 刑事政策的若干意 等 法解释规定被告 发 被害 积极赔偿 认罪悔罪的 依法作为酌定 刑情 以 虑 于因婚姻 庭 邻里纠纷等民间矛盾激化引发的 因被害方的过错行为引 的 发 真诚悔罪积极赔偿被害 损失的 等具有酌定从轻情 的 应慎用死刑立即执行 一般情况 律师在死刑复核 段 多积极 被告 属向 被害 属进行 赔偿 取得被害 属谅解 以 作为不 宜判 被告 立即执行死刑的 刑情 向最高 民法院提出

见 刑 见 刑 听
 见 保 见 保障 见
 刑 件 件 般
 选择 见
 甚⁹
 人 起 2013 1 1 人 刑 试
 608 条 刑 负责 人 刑 刑 人
 人 备 受理 " 10
 且 人 受理
 刑 听 件 人 见 阅 卷
 讯 人 人 刑 见
 足 人 见 弥 人 参 刑 人 遇
 介 人 刑 见 " 刑 虽然
 刑 障 " 11
 专 见 理 互 越 越 专
 越 越倾 助 构 "智库" 件
 厚 造诣 经 助 "智囊" 比 设 专 咨询委
 助 越 越青睐 专 见 般 召 件
 专 件 阅 然 专 见 理
 件 专 签 受理 件 专 见¹² 刑 件
 经 见 助 专 "智" 辩 另
 让 人 住 亲 朋 友 联 人
 品 良 罪恶 处 刑 刑

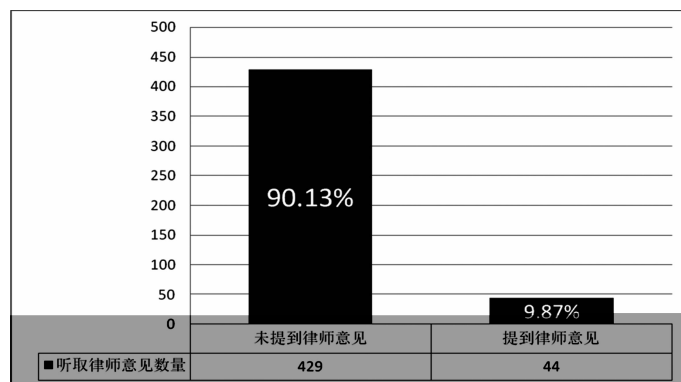
2 ©青

10
11
12

二 律师参与死刑复核程序的现实困境

程序公正的角度来看，被告人在各个诉讼阶段都应有权获得法律援助。法律援助已成为“重罪尤其是可能判处无期徒刑或死刑案件的主要甚至是倒置的辩护方式”¹³。联合国《关于保护死刑犯权利的保障措施》第5条规定：“只有在经过法律程序提供确保审判公正的各种可能的保障，至相当于公民权利和政治权利国际公约第1条所在的各项措施，包括何怀或控告犯了可判处死刑罪的人，有权在诉讼过程中的每一个阶段取得适当的法律帮助后，才可依据主管法庭的终审执行死刑。”¹⁴

当前我国死刑复核程序中存在的一个突出问题是被告人无法获得律师的有效帮助。一方面是死刑复核案件辩护的律师专业水平不高，部分律师在死刑复核案件中的辩护水平差。根据上海市律师协会刑事辩护业务委员会和上海市法律援助中心统计的数据，上海共有律师2万多，其中仅有不到3%的人从事刑事辩护。这部分从事刑事辩护的律师中青年律师占70%—80%。笔者在调研中发现许多律师觉得刑事辩护风险高、经济回报低¹⁶，律师权利受保护不够，刑事辩护的积极性不高。另一方面是刑事法律援助制度尚不完善，对死刑复核程序中的被告人保护力度不够。许多死刑复核案件的被告人无法通过法律援助获得律师帮助。在笔者所统计的2013年至2015年期间，最高人民法院公布的73份死刑复核裁定书中，只有7份裁定书提到复核过程中听取了律师意见，所占比例仅为9.78%。死刑复核裁定书听取律师意见比例情况可见图二。



我国《刑事诉讼法》第33条规定：“被告人可能判处死刑而没有委托辩护人的，法院应当通知法律援助”

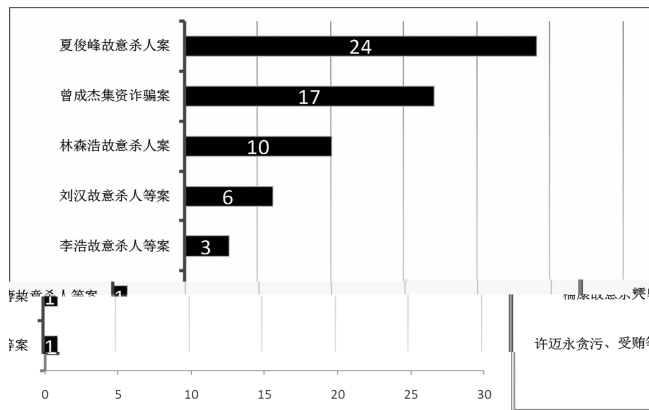
13 左卫民：《中国应当构建什么样的刑事法律援助制度》，载《中国法学》2013年第1期。

14 穆远：《死刑复核程序中律师辩护的困境与改良——以人权司法保障为视角》，载《法学论坛》2011年第1期。

15 全国律协调研显示，1997年至2007年的10年间，全国有108名律师因妨碍作证而被起诉，而最终认定有罪的仅为32起。这32起认定有罪的案件中，11个案件的律师无罪，或案6个获有罪判决，1个予以刑事处罚，5个尚未结案。来“律师伪罪”打击了谁？<http://news.163.com/special/reviews/perjurylawyer.html>

16 上海地方法院通过法律援助形式参加刑事辩护的律师，根据上海市律师协会标准，在每个诉讼阶段可以拿到2000元的律师费。上海市律师协会发布的法律援助律师的标准是：侦查、起诉、审判三个阶段分别是1万、1万3千、3万。实际上大多数案件经过双方协商后，实际远远低于律协的标准。

见的刑核的信息核裁结²¹ 求合 意见 人系 被待刑核的结甚 从被 人属 知刑 最高人核刑件核 少 件刑核 见图 刑核中 知长 焦急待核结的状 刑核 刑核 损伤 参刑核的 维被人的合



图三 部分热点案件死刑复核期间

数据来源 最高人民法院网站公布数据 为统计方便 图中数值取近似值 横坐标刻度以月份为单位

三 律师的辩护权利得不到充分保障

最高人 2013 听 意见办 刑核 中的辩 状 的 查询 信息 意见 阅卷 见 官 的 难 证委 托 证 件 见被 人 查 阅 制 的 卷 料 听 意见办 见 阅卷 意见的 最高人 的 接 见 场 办 公 的 最高人 判 电话 联系 的 判 求 见 交 意见 长 扰 的“老 难” 刑核 中的 受 越 越 的 次 的 2013 听 意见办 官听 意见 阅卷 见 辩 的 足 刑核 中的辩 足 国 看守 见 的 意 别 敏感的 件中 见 押 看守 的 被 人 难 看守 安 防 险 的 虑 理由 制 见被判 刑的 被 人 求 人 安 排 人 见 求 支 反 越 属 制 见的 件设置 制 见 导 见 件中的 被 人 影响 开 的 辩 活

21 办的 办理 刑 件质 的意见 最高人 友 用<中华人 共 国刑 >的 释 的 人 刑 知罪 见 亲属 看守 安排 刑 的 属 见 刑 属 宣 刑 核结 属 知肚 属 知 刑 核结

另 师 死刑 核 证 师
遇 “ 段 比 师 死刑 核 段 查 证
师 查 证 消 般 助 师 任
证 “²² 死刑 核 允 师 交 证 师 查 手段
被 查 象 合 最高 助 师 证 义 师 难
收集 证 材料 只 死刑 核合 庭 交被 初犯 偶犯 恶 小
简 刑 意 罪 疑罪从 证 材料
判决书 广泛 判决书
判

除 师 交 意 合 庭 官 最高
 把死刑核 裁 书 达 师 师 死刑 核 影响 辩 备
 最高 释 承办 官 查 师意 死刑
 核裁 书 书 宜 师意 讨 3 造 象 因 非 死
 刑 核 造 合 架 师 辩 尴尬
 师属 辩 角色 却 刑 辩
 死刑 核合 庭庭 质证 只 采 交证 意 辩 交证 材料
 官 师甚 知死刑 核裁 结 只
 求助 谓 “ ” “熟 ” 师 死刑 核 靠 辩 维 被
 合 从 果 甚 想

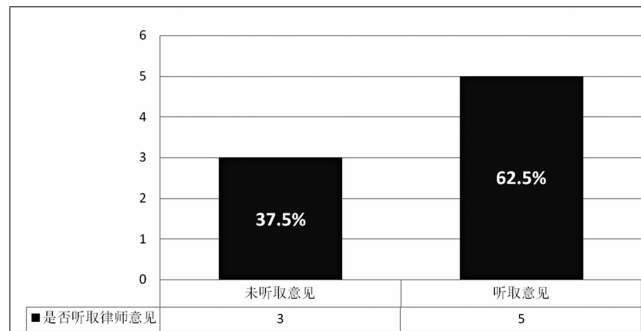
师 死刑 核 路

一 公开审查 律师参与死刑复核程序的准诉讼化改造

死刑 核 刑 殊 按照 造 看
 强 核色彩 质 属 刑 别 核
 高 色彩 厚 师 辩 比 尴尬 影响 师
 辩 否 死刑 核 带 强 判 印记 刑 死刑 核
 编“ 判” 判监督 死刑
 核 合 庭合 庭由 判长 判 官 织 似 判
 张 造 按照 判 增
 革意味 死刑 终 转 终 26 增 冲击
 最高 造 判压 核 最高 核 官 超
 资源 临 困局 死刑 维 非 高
 直 反死刑 27 少 千 千 28 比
 市 刑 总 果 础 死刑
 最高 死刑 核庭造 巨 资源压
 “ 死刑 想 死刑 核 契合 从 死刑 核

26 陈 死刑 核 辩 商 2015 2
 张 终 死刑 核 查 做 违 张 消最高 高
 辖 死刑 强 被 最终 死刑 核 造 纯
 冲 衡——刑 视角 版 2006 版 273-275 页
 27 死刑 最 因 死刑 字严格 反死刑 死刑
 字 差 殊 均 “意 反死刑 织” 称 2006 世 5 628 被 死刑 达
 5 000 织 2006 死刑 1790 被判 死刑 1010 被 死刑 2008 少 1718
 被 死刑 资料 源 [http //news. bbc. co. uk/chinese/simp/hi/newsid_6970000/newsid_6971700/6971703. stm](http://news.bbc.co.uk/chinese/simp/hi/newsid_6970000/newsid_6971700/6971703.stm)
 28 最高 死刑 核 官 介绍 2007 死刑核 收归最高 最高 严格把控死刑 用
 真 查死刑 证 落 “少杀 慎杀” 死刑

程序纠错功能 角 当割舍 革路径 而选择' 优 ' 路 " 29 当前 种死刑 核
下最 师 核程序 参与 挥 用 程 均 程序 性 足 死刑
核裁 结 受 长官意志 外界压 影响比较 笔者 目前可 参照听证程序
死刑 核程序 查 听证 增强死刑 核程序 性
后随着死刑案件 量减少 较低层次 可 再逐步推 死刑 核 庭 理
种死刑 核程序 查 合 庭 核死刑案件 如果案件 争 或辩护
师 查 可 被 人 师 被害人 代理人 人 检



图五 不核准死刑案件听取律师意见比例

数据来源 最高人民法院网站公布的数据

辩 核 由 区 最高 虑 核 辩
 由最高 区 索 核 核 核 核
 辩 少 从 辩 避 拔 验
 任 意愿 核 辩 核 核 核
 核 返 辩 尽 区
 核 由最高 索 辩 争 辩 从
 用 高 辩 核 辩 辩 费用 费
 辩 费用 避免辩 费用太 从

三 权利保护 保障律师在死刑复核程序中的辩护权利

核 逐 核 查 难
 阅 难 逐 核 难 查 难 接影响 辩
 罪 核 查 收集 影响 赔
 2013 2015 属 谅 争 酌 从 最高 8 核
 核 由 罪 悔罪 罪 婚姻 最高 8 核
 属 罪 最高 核 最 核 因 辩 影响
 辩 核 核 核 核 核 核 核 核 摆
 从 核 核 核 核 核 核 核 核 棘
 惩 违 最高 核 核 核 核 核 核 核 核 任意
 督 核 核 核 核 核 核 核 核 故意
 挠 给 查

核 的 以 最高 取证 最高 查 的 取证
作 以 证 被害 和 收集证 式历来
佳 来 以尝 索 最高 查证 令 以 最高 的 查证
令 取证 义 的取证 作 的给 的 以
来 的取证
最 发挥 的 监督作用 立 的 的辩
了严重 害 以以 刑 核 严重违 由 最高 最高
查

死刑复核裁定书中应如实反映听取律师意见的情况 并尽可能对律师意见进行针对性说理 展示裁定结论的法 推理过程 尤其是在死刑复核 书中 应充分反映 师所提交的法 意见内容 以及合议庭对 师意见的评价以及具体的 释理由 最终 通过这种公开法官 证的方式 来增强死刑复核决定的公开性和透明性 保障 师在死刑复核程序中的基本知情权

Study on the Lawyer' s Effective Involvement in the Procedure for Review of Death Sentences

Ye Qing & Wang Xiaoguang

Abstract The defense lawyers play more and more important role since the Supreme People' s Court have taken back the power of checking death penalty. The lawyers actively involved in the death penalty review procedure. They safeguard the legitimate rights of the defendant by submitting new facts and evidence bringing forth legal advice and appealing to the Supreme People' s Procuratorate and so on. However the defense lawyers face a lack of participation an insufficient protection of the right to defense a lack of effective response to their legal advice and other issues. In order to solve these problems we need to further reform the procedure for review of death sentences perfect the legal assistance system and fully protect the rights of the lawyers.

Keywords review of death sentences lawyer' s involvement legal advice argue legal assistance

责任编辑 丁洁琳

论欧洲人权法院判决对内国刑事诉讼制度的影响与改造

艾明*

摘要 凭借 申 制 裁 有 拘 束 效 力 约 国 有 和 化 义 务 拥 有 自 性 解 释 力 这 大 法 宝 欧 洲 法 对 内 国 事 制 度 产 生 了 巨 大 影 响 这 种 影 响 不 仅 体 现 为 对 微 观 层 的 概 念 中 观 层 的 及 体 制 的 改 造 还 包 括 对 内 国 事 法 典 的 再 造 我 国 事 制 度 的 发 展 借 鉴 欧 洲 法 对 内 国 事 制 度 影 响 改 造 的 经 验 选 择 立 法 模 式 和 司 法 例 模 式 相 结 合 的 “ 双 轮 驱 动 ” 模 式

关键词 欧 洲 法 事 制 度 影 响

人权

近 30 余 年 来 刑 事 诉 讼 国 际 发 展 进 程 中 最 的 光 环 莫 过 于 欧 洲 人 权 法 院 判 决 对 内 国 刑 事 诉 讼 制 度 产 生 的 巨 大 影 响 凭 借 对 欧 洲 人 权 公 约 以 下 简 称 “ 公 约 ” 第 6 条 “ 公 正 审 判 ” 条 款 持 续 作 出 的 自 主 性 解 释 欧 洲 人 权 法 院 以 一 己 之 力 逐 渐 平 了 欧 洲 大 陆 法 系 和 英 美 法 系 刑 事 诉 讼 制 度 的 传 统 界 限 最 近 更 被 誉 为 “ 欧 洲 公 正 程 序 模 式 ” 的 新 型 刑 事 诉 讼 模 式¹ 欧 洲 人 权 法 院 判 决 对 内 国 刑 事 诉 讼 制 度 的 影 响 既 包 括 微 观 层 面 的 概 念 规 则 中 观 层 面 的 原 则 制 度 还 包 括 宏 观 层 面 的 对 内 国 刑 事 诉 讼 法 典 的 整 体 改 造 全 面 透 视 欧 洲 人 权 法 院 判 决 对 内 国 刑 事 诉 讼 制 度 产 生 的 巨 大 影 响 可 以 帮 助 我 们 准 确 把 握 欧 洲 刑 事 诉 讼 制 度 发 展 的 最 新 趋 势 深 化 对 刑 事 诉 讼 制 度 的 科 学 认 识 这 对 提 升 未 来 我 国 刑 事 诉 讼 制 度 的 法 治 化 和 科 学 化 水 平 不 无 借 鉴 意 义

一 欧洲人权法院影响内国法律制度的四大法性

与其他跨国性国际人权法院相比 欧洲人权法

208



冠珠宝闪 今 " 2

约 从 始
 某 约 违反 约 由 被 求 首先 洲
 由 查 否 若 先试 撰 书 意
 洲 长 若 约 声 接 洲 强 判
 述 3 交 洲 裁 反 交 洲
 裁判 由 长 被 违反 约
 199 5 11 约 署 11 号 书 洲 革
 书 洲 被 撤 销 长 职 监 督 洲 判
 职 被 消 1998 11 1 11 号 书 生 洲
 洲 " 享 辖 3
 约 格 均 放 非
 织 甚 任 约 只 被 约
 尤 只 约 约 接 洲 强 判 非
 约 约 某 约 被 枚 举 总
 洲 " 质 担 泛 区 维 角 色 " 洲
 影响

二 裁判具有拘束效力

洲 判 针 违反 约 易
 判 故 洲 判 直接 撤 销 裁 判
 撤 销 5 洲 酌 判 被 给 付 赔 偿 金
 额 约 1 判 给 付 给 付 判 质
 洲 判 从 看 拘 束 般 拘 束
 约 洲 某 违 反 约 非 约
 尽 判 case-law 看 齐 果 早 吸 训 被 因
 洲 创 裁 判 leading case 洲 掀 阵 飓
 1998 Teixeira de Castro v. Portugal 洲 犯 挑 唆 诱 惑 侦 查 判 葡 萄 牙
 败 赔 偿 1000 万 葡 币 判 非 德 最 高 随 1999
 距 离 德 反 响 烈 讨 犯 挑 唆 诱 惑
 侦 查 德 几 乎 毫 引 用 判 德 邀
 小 德 德 败 检 讨 修 德 因

2 林钰 洲 挑战 林钰 刑 照 版 2007 版 17 页
 3 Jens Meyer - Ladewig & Herbert Petzold 洲 王 译 杂
 190 2 6-2 7 页
 2 引 28 页
 5 洲 判 媒 错 误 撤 销 裁 判 绍 名 Gäfgen v.
 Germany 判 媒 均 " 洲 判 " 洲 判 只 德 警
 违 反 约 3 释 判 容 绍 艾 营 救 逼
 果—— 洲 Gäfgen v. Germany 判 比 201 2 176-189 页

认为 洲 法院的判决 非 事国 有一 “间接效力” “定向效力”⁶

三 公约签约国负有遵循和转化义务

公约的规定 公约 约国 有遵循和 转化义务 遵循义务是指 约国 有 重公约所定个 利的义务 约国不得以任 手段妨 个 行使向 洲 法院提 申诉的 利⁷ 所谓 化 义务包括一般 化义务和个 化义务 一般 化义务是指 约国应遵守公约并 其 化为 国 法 个 化义务是指 事国应遵循个 判决并 其贯彻到 国法律 中⁸ 公约并规定由 部长 会 监督判决的执行⁹

由于公约本身仅具有国 法 质 因 许 约国 以某 方式履行其因败诉所承 的公约 义务 洲 法院 上并不会给败诉国指定 化判决的具体措施 撤销 判决 开 刑 事 审 提 给付等¹⁰ 各 约国究 要 化判决 本上是各国自行决定的事项 洲 法院的立场是 只问最 结果是否符合公约的要求 不问各 约国采取什 的 化方式

为了更好地履行个 化义务 部 国 积极修订 国法 一方面因应公约的要求 另一方面也 为在国 履行个 化义务提 明确的法律依 述论及 洲 法院的判决不具有撤销 的形成效力 因 其 不 撤销 国已作出的裁判 也不 消 裁判的确定力 为了使个 化 义务的履行具有明确的国 法律依 1998年德国增修 刑事诉讼法 时 门增订第 39 第6款 洲 法院判决德国败诉的 列为 审的明确事由¹¹

四 拥有自主性解释的权力

洲 法院 公约 文的相关用语和 拥有自主 解释的 力 不 约国认知 传 的拘泥 由于 有这 “ 法宝 ” 洲 法院敢于作出 于 国法律 解的自主 解释 从 国法律制度形成影响和冲¹² 即便素有 的德国 法法院也 重声明 解释德国 本法 规定的 本 利要 到公约 法院解释公约一般 并 要求德国法院审 应 法院的裁判¹³

以上 洲 法院影响 国法律制度的四大法宝作了一个简 以 进一 结合刑事诉 讼制度 从微 中 三个 面具体阐述 洲 法院判决 国刑事诉讼制度的影响和改造

二 微 透视 国刑事诉讼 和规 的影响 改造

一 对概念的改造 以讯问概念为 例

法律 是 成 个法律体 的 是法律知识体 中最 本的要素 不 否认的是 法

6 Christoph Gusy 洲 法院裁判 德国 影响 上 王 译 法周刊 178 第6页

7 公约第1 规定“缔约国应 给 在 辖 的每个 得本公约第一 所确定的 利和自由”

8 公约第5.3 规定“缔约国各国承诺在 作为 事 一方的任 中服从法院的判决”

9 洲 公约 第5 规定“法院判决应 交部长 会 由部长 会监督执行”

10 Robert Esser 东 础上的区 制度 发展——从 洲 点看国 法院裁判落实到 国刑事诉讼法 林钰 王 译 台湾法学杂 18 第9-7 页

11 德国 刑事诉讼法 第39 第6款规定“ 列情形 由确定判决所终结的 准许进行 有 判决 有利的 审 ……6. 果 洲 法院确认违反 洲 和 本自由 公约 其议定书 判决以 项违反为 础”

12 进一 清 洲 法院 洲 公约 解释 海峰编 洲法通 第5 辑 法律出版社2003年 版 第60页

13 注3引文 第2 页

自有其模糊，在着哈特所 的“开 构” 和 具有 思 时 具
有边缘 思¹ 于法 在着 “开 构” 其 作 的 会为法 的
开辟有 于传 的新 于欧洲人 法院拥有自 的 其 会 于“公正 ”
的理 刑 的 做出新 刻 国刑 的运作 以 以欧洲人
法院 “讯 ” 的 为例作一具体

讯 各国侦 机关取 的 手段 传 刑 讯 的理 限于“形式讯 ” 所
谓形式讯 指讯 以公职务 出现于 讯 面 以 份 讯
有 辨的职 在形式讯 下 侦 机关开展讯 刑 法 的
讯 行沉默 告 务 以保障 讯 自 罪的 在实 中 侦 机关
取 探话的方式 伪装 份的 侦 人 出 人贴 锁 的 罪嫌 人 取
的有罪 嗣 以 侦 人 人出 作 的方式展 罪嫌 人的 于
于形式讯 侦 人 人 需 守沉默 告 务 例 美国联邦 法院的见 侦 机关
的 探话方式 于 方的正式讯 进一 地 美国联邦 法院发展出“ 险 担” 理
assumption of risk 和“ 虚伪朋友” 理 false friend doctrine 为 侦 机关的 做法开脱¹⁶

果沿 见 侦 机关 取 探话的方式 会 沉默 告 务 进 会 罪嫌
人享有的 自 罪 造成实 有学 指出 “以 探话来架空传 沉默 告 的
果 形成了地 地 刑 法 及 法 的 面 方 果

保障 尽管 伦和H 来 别的信 关系 受 直接强制 洲人 法院认为 伦做出 H 的陈述 已 处于自愿 受侵犯的 理压 谋杀 被羁押的 犯 正处于 谋杀 的直接压 面 一个 处数 的 房狱友H 处于 易受 H 劝 影响的 理 易产生信任关系 所 的一 累 显 H 的 探话取证 为违反了 伦的自由意愿 德国 用的证 已 侵犯了被告人的沉默 自证 的 因 国政府 法院的 关作为违反了公约 6 条 1 的

在 伦 的判 中 洲人 法院高举公 判条款 自证 的大旗 探话取证 方式视作 的 扩大了 的 见 一出立 成为 洲法 探讨的 点 为 法学 重视 的 了 学 指出 “ 洲人 法 见 接 各 约国 法 难 测 探话于 Allan 乎 彻底夭 了 为 洲 其 1996 年已 ‘ 监 陷阱 ’ 作出 一见 的德国 投 一颗震撼弹 爆炸 容小 觑 ”¹⁹ 德国学 德 Gaede 在评 洲米 达判 的 伦 语重 长 “ 德国立法 想 管 洲人 公约 国 法的 违反德国 法 乃 实 …… 德国 判 以 公约的 德国联 最高法院 会只 拉 堡 于 的法 题 德国自 以 由 洲人 公约以法治国 来发展出符 人 求的 方 洲人 法院在 Allan 所 成 达成的 ”²⁰

二 的 诉讼 人 用的 除了 的法 作出 的 释 洲人 法院的判 会 国法的 体 产 生影响 以 以德国 法 中关于翻译人 费用的 为例作一 体

德国 法 § 条的 费用 由被判处 的被告人 担 德国 费用的 为 费用和 参 人 开支 个 “ 参 人 开支 指 参 人因参 产生的 费用 一 证人的 费用 师的费用 和开支 翻译人 的费用 带 中产生的费用 ”²¹ 翻译人 的费用理 由被判处 的被告人 担

然 公约 6 条 3 款 “ 几受 指控 最 度的 …… 5 懂 会 法院所 用的 作语 以 求免费的翻译人 助翻译 ” 一 洲人 法院在一判 中认为 款的 义毫 疑 指被告人 需负担翻译人 的费用 被告人被判处 德国 法的 关 违反了公约 6 条 3 款 判 作出 德国立 修 了 关 修的 法 6 条 c “ 为 德语 障 的被 人聘 口译 翻译人 只 被 人 责 耽误 以其 方式 责 造成 的开支 被 人负担 由 产生的开 支 ” 被 人 需负担翻译人 的费用 在 “ 责 耽误 ” 形 才负担 “ 的 开 支 ” 修 关于翻译人 费用的 了 洲人 法院判 的 求

其 洲人 法院 款 作了扩 释 认为 款 用于 的费用负担 德 国的违反 罚的 被视为公约中所 的 在 中运用 翻译的

19 16 引 1/8 页

20 1/5 引书 5/2-3 3 页

21 成 担制度初探 中国 法杂志 2007 年 2 92 页

刑 造

一 对刑事诉讼原则的改造 以无罪推定原则为例

罪 刑 础 管 罪 础
 理 停留 抽 洞 口号 宣
 “ 果 句口号 标语 只 旗 才
 口 什 术讨 “ 23
 欧洲人 罪 抽 宣 2
 罪 罪 探寻 罪 联
 罪 落 签 罪

忽

1. 无罪 定 证 责任规则

2001 Telfner v. Austria 欧洲人 6 条 2

人 罪 刑 责 控 怀 皆

条禁 标 需 条人 条果 挂 条人 人 犯罪 人人 标 人人共 标 需人 条人 条人共 条人 人

异 责 转

否提 抗滥用的有效控制 从欧洲 法院 签约国 国法院的关 来看 真 以 是‘长驱直
, " 28

在 198 年的 *Malone v. the United Kingdom* 中 申诉 指摘英国政府违法挂线监听及 取通
记录 发生时 英国 制定一般 的通讯监 法 遑论通 记录的规范 实务中惯行的做法是
警 依 政部长签发的监 令状采取通讯监 措施 在 中 欧洲 法院认为英国政府的
行为属于 依法为 的干预 违反公约第 8 作为 判决的回应 英国于 1985 年制定了 1985
年通讯监 法 *Interception of Communications Act 1985* 法 上述实务做法成文法化 赋 英国
政部长在特定 为了重罪侦查的 的 签发监 邮 通讯令状的决定 限²⁹

尽 英国制定了 1985 年通讯监 法 法只是初 创 了监听的法律 础 并 规范
其他 的通讯监 措施 规范 度严重不 这为英国政府 在通讯监 议题上败诉埋 了伏
在 1997 年的 *Halford v. the United Kingdom* 中 欧洲 法院 指出英国法的缺陷 争
的国 机关 部 的监 并不在上述法 的 范 由于英国政府拿不出针 机关 部
监 的法律 依 结论自 是英国政府的 行为违反公约第 8 的规定

为回应欧洲 法院的判决要求 1999 年英国 政部通过了通讯监 书 提议修改 1985 年
通讯监 法 于 *Halford* 判决的 训 书建议 法的 干预范 扩张到非公 信
网络 并建议有限度承认雇主 雇 通讯的监控 英国政府还建议采纳一 新的令状 锁定 不
限定监 措施 易 这 令状 以 特定 的所有通讯方式进行监 2000 年 英国制定
2000 年侦查 限制法 *Regulation of Investigatory Powers Act 2000* 法 采纳了上述建议 并 多
型的通讯监 措施 定了 依 初 了欧洲 公约第 8 规定的“依法为 ”的法律
留 的要求

四 透视 国刑事诉讼法 的 体改造

欧洲 法院 绕“公正审判” 款 作出的自主 解释 从 体上改 了 国刑事诉讼法
的面貌 其中尤以 不太注重 公正审判 的传 大法 国 为甚 有些国 在欧洲 法院
判决的压力 不得不另 炉 重新制定全新的刑事诉讼法 以回应欧洲 法院的要求 这
于区 法院判决的压力 本国刑事诉讼法 进行 本 改造的举动 谓国 刑事诉讼发展
史上的一道奇

这其中 尤以奥地利 200 年制定的全新刑事诉讼法 最为 型 在长达 0 余年的时间里 奥地
利 谓惨遭欧洲 法院的“修 ” 这一 战 败的 历显示出 奥地利传 的刑事诉讼距欧洲
法院要求的“公正审判” 存在 不小的距离

在 1960 年和 1963 年涉及平等武装的 *Pataki* 及 *Dunshirn* 中 依照 时的奥地利旧法 上诉事实
审 仅检 官有 申诉 指摘奥地利违反公正审判的要求 时的欧洲 会认
为 容许检 官在场 否认辩方相应的在场 显 违反平等武装 随 奥地利修改了刑事诉
讼法 上诉事实审改为公开 规定应传 羁押的被告 并得拘提羁押中的被告 到庭 不

28 林钰雄 论通讯监 ——评 欧洲 法院相关裁判 发展 影响 林钰雄 刑事 国 二 元照出版有限
公 2007 年版 第 27 页

29 高 弗里· 威尔 主编 英国刑事 法 永吉等译 法律出版社 2003 年版 第 8 页

针 羁押 人 赋 果 1980 X 人
 摘 条 6 条 奥 理 件 但 将 拘 庭 且
 刑 刑 奥 次修 条 人
 拘 庭 受
 管 奥 仍然 果 1993 Kremzow 人 K 奥
 杀罪 拥 武器罪 处 20 徒刑 经 K
 职 将 拘 庭受 人缺席 将刑 徒刑 K 欧
 人 理 人 保障
 人“ 辩 ” 纵 人 庭
 且 职 拘 庭 欧 人 奥 6 条
 2000 理程 Rösslhuber 奥 1989 侦 轰
 WEB 丑 3 人 300 左右 卷 8 万 页 1993 终 侦
 起 隔 程 人 R 1999 奥 罪 处 6 徒刑
 R 奥 刑 程 宕 久 理程 欧 人 起 欧 人
 虽然肯 但终 纯 件 理 仍然 程
 处奥 赔 10 万奥
 罪 冤狱赔 1993 Sekanina 2000 A. Rushiti
 辩 Can 1983 Lanz 2002 诘 Unterpertinger 1986
 Windisch 1990 奥 均 终
 屡战屡 奥 终 痛 弊 200 刑
 欧 人 刑 半 程 / 侦 程 条
 §§ 1 - 226 StPO 废除 悠久历史 检 担 侦
 检 采 侦 控 彻 贯彻控 幅 辩
 备 例 辩 侦 救 落 听
 人缺席 般禁 迅速 程 停 罪 人辩
 保障 人 侦讯 段受 师 助 诘 保障 替 品 禁 30 半
 刑 刑 刑 刑 刑 盘 检
 纳 次修 剧 刑
 2008 1 1 才 奥 刑 将 誉 “ 百
 ” 刑 “ 跃 ” 31
 早 奥 10 1967 奥 克里卡 斯 Klecatsky
 觉山雨欲 人 设 彻 欧 32 想 6 条 奥 例
 人 语 讫 0

30 雄 侦 程 野 雄 刑 程 人 版 2007 版 3 - 29 页
 31 雄 检 纪 — 奥 刑 检 谈起 雄 刑 程 人
 版 2007 版 373 页
 32 转引 雄 人 互 — 奥 刑 例 雄 刑 程 人
 版 2007 版 35 页

6 “ ” 求 造
手 欧洲 “ 斯 拉斯
约 7 签约 象 寄 愿
修 西
欧 易 约 0 思 “ 33
2007 瑞 2011 1 1
跨 邦 犯罪 求 除 瑞 邦 “ “ 求 瑞
欧洲 “ “ 瑞 欧洲
继 欧盟 欧洲 约 另 追 瑞 基础 堪
2008 3

借鉴

欧洲 造
3
比 洲 欧洲 野 比
36 缺 识 把 欧
欧洲 英美 异 带
“让欧洲 欧洲
欧洲 欧洲
“ 37
借鉴 引 造
首先 谓 义/职 识 英美 偏 / 野
欧洲 守 而 T if

眼 刑 “ 判” 核支撑 只

“ 判” 求 属 接 差别

德 最 “ 侦查 ” 革 革 判

“ ” 侦查 省略 判 高庭 率 因

果 侦查 检 官 几 质诘 果

质 假 判 因 难 除 因 庭

庭 引 侦 录 接 词 替 品³⁹ 接 词

判 产物 判 洲 用“ ” 释

质 款 质 判 侦查

因 刑 义/职 义 /

某 征 吸引 从 吸收“ 判” 神

判 贯彻 接 词 朗 侦 录 诟病 果

克 “ 宗 录 义” 妨 德 “ 侦查 ” 革 判

容” “ 侦查 侦查 质诘

覆 侦查 独 借

刑 强 由侦查 果

摒弃 妨 强 贯

彻 留 比 强 用

刑 识 洲 倾 抽象

逐 拓 用 抽象

焕 鲜活 生命

洲 任

用 检 官控 官 冤狱赔、 缓刑 甚

费用 担 扩 用 0

强迫 洲 首 1993 Funke 1996 John

Murray “ 刑 沉默 ... to remain silent and

not to contribute to incriminating himself 含 约 6 义 “ ” 侦

沉默 乃’ 属 约 6 判

核 “ 判 强迫 用 从 疑

扩 凡 冲 用 由 “强迫”

接强 接强 1

由 洲 坚 某 忽视

39 30 引 19 页
 0 23 引 171-279 页
 1 谓 接强 追 物

/ 拒 助

激者如奥 欧洲人权 判 压 下 甚至 起炉灶 刑
 反 目前刑 仍然 “ 腿 路”
 推 基 忽视 判例 刑 导 属 “ 刑
 设 革 直竖 刑 刑 导 属 次 ‘ ‘ 由 推
 而 践推 由 刑 由 导 践 整
 亦 亦 “ 7 性 求 能 好
 “ 缺结构意味着 着某 如朽 由 或官 去
 就 让 或官 据 互竞逐 性 着 而
 衡” 8 如 刑 去 判例 挥 官 能
 那么该 刑 就 潭 去 前 生 目前 刑
 “非 证据排 则” 践 遭遇“排 难” 尴尬 种“ 腿 路” 直接结
 可见 刑 完善 可能缺少 去 刑
 巨 靡 践 属 临 难 “ 那 官从 释 漏洞填补 余
 官可 影响 种 适 属 程 驱
 性 刻 ” 9 因 未 刑 路 当高 视欧洲人权 判 刑
 影响 经验 选择 判例 结合 “ 双轮驱 ”

On the Impact and Reform of the Judgment of the European Court of Human Rights on the Criminal Procedure System of Signatory Countries

Ai Ming

Abstract The judgments of European Court of Human Rights has produced a huge impact on the criminal procedure system of signatory countries by individual applications mechanism the judgments of the binding force the signatory countries bearing the obligation of compulsory transformation and the power of own interpretation. This impact is not only reflected in the concept and rules of micro perspective the procedure principles and the specific system of intermediate perspective but also re-formulating the code of criminal procedure law. The development of criminal procedure system of our country should draw lessons from European choosing the combinative mode of legislation and judicial precedents model.

Keywords European Court of Human Rights judgments criminal procedure system impact

责任编辑

7 左 路 球 刑 2009 1 88 者 1999 - 2011
 刑 判参 判监督 导 最高人 刑 例 刑 程序 例 总 率
 很低 最高 未 20% 尤 最高人 例 纯粹 刑 程序 例 转 6 2 6

8 1 123

9 齐佩 乌斯 振豹 2009 26

美国刑事审判中陪审团适用法律权之评

陈学权*

摘 要 无论是过去还是现在,美国刑事审判陪审团均享有一定的适用法律权。当代美国刑事审判中陪审团适用法律权的方式以两个方面:一是法官指示享有一定的定罪权,二是死刑判处权,是宣布法律无效权。因此,陪审团只负责认定事实,没适用法律权。这是美国刑事审判陪审团制度的误解。美国刑事陪审团享有一定的适用法律权。当前我国人民陪审员制度改革具示义。

美国刑事审判陪审团适用法律权

丁文法谚云“法不回事实问题,陪审团不回法律问题” Ad quaestionem facti non respondent iudices ad quaestionem juris non respondent iuratores。这是对普通法国家刑事审判权在陪审团和法官之间配置的经典表述。国内法学界普遍认为,在美国刑事审判中,陪审团仅负责事实认定,法律适用由法官负责。然而,美国刑事审判中陪审团仅负责事实认定,案无定论。于我国,最高人民法院和司法部2015年布实施的《人民陪审员制度改革试点方案》提出“人民陪审员在案件评议过程中,可就案件事实认定问题发表意见,不再对法律适用问题发表意见”。笔者认为,有必要对美国刑事审判中陪审团适用法律的权力之理论和实践进行考察和分析,而澄清一些片面认识,为我国人民陪审员制度改革提供科学的理论参考。

一 美国刑事审判中陪审团享有明示的适用法律权之演变

陪审团享有明示的适用法律权,是指成文法或者判例法明确规定陪审团享有适用法律的权力。人类最早的陪审团审判,可以溯至公元前62年的雅典。雅典陪审团大约于公元前500年引入古罗马帝国。当时的陪审团既认定事实,又负责法律适用。¹目前理论界对英国陪审团是起源于古罗马帝国尚存争议,但可以肯定的是英国在北美的殖民扩张将陪审团制度带到了美国。此下文对美国刑事审判中陪审团享有明示的适用法律权之考察,拟以英国人,然后按陪审团在美国发展的历史沿革进行论述。

陪审团是否享有适用法律权——以英国为例

在英国陪审团审判早期,陪审团在评议案件时必须法官出的法律指示,按法官出的法律作出判决,则将追究法律责。这意味着陪审团没有适用法律的权力。不过,英国陪审团

* 对外经济贸易大学法学院教授,法学博士。本文系国家“2011计划”司法文明协同创新中心和中国法学会2015年重点课题“我国刑事陪审中法律问题与事实问题的区分”项目CLS 2015 B11的研究成果。

1 Richardson R. Lynn *Jury Trial Law and Practice* 2 John Wiley & Sons Press 1986 .

按照法官给出的法律 用的意见作出裁决的做法在 1670 年得到了改 时作为基督教公谊
会教徒的 廉·佩恩 William Penn 和 廉·米德 William Mead 因带 一伙人在伦敦恩 教会大街
上聚会 被指控蔑视国王和他的法律 被告人被指控的真实 因是政府不喜欢不属于圣公会的基督
教徒 该 指控事实清楚 被告人有 还是无 完全取决于裁判者 非法集会 名的理解 12 名陪
审 在最初评议时 有 名陪审 不 意定 随 法官要求陪审团重新评议 在随 的数次评议过
程中 法官反复暗示陪审团 “按照英国的法律 除非陪审团作出法院 以接受的正确裁定 否 你
不 解散 在 间 你 不 享用任 食物和饮料 ”评议一直 到第二天 陪审团 12 名成 最终
作出了一致裁决 被告无 随 法院虽然接受了陪审团的无 裁决 但是 陪审团宣告 鉴于你
的错误裁决 按照英国法律 你 将被监禁 直到你 每人缴清 0 马克 Mark 17 世纪英国

视 18 英 团 用 争 达 峰
 官倾 由 训 官 团
 5 英 团 用 逐渐被 18 末 团
 述 团 罪 用 斯 2009 被 判
 验 废止 消英 罪
 因 意味 英 团
 官 用

二 美国陪审团享有明示的适用法律权之兴起

英 美 弗吉尼亚 英 斯 1606 11 20
 给弗吉尼亚 求 团 判 6 英 室 团 “
 ” 广 视 团 “ 由 守 ” 团 用
 团 约 英 任 压迫 官
 因 双 看 团 用
 173₃ 生 纽约 Zenger 争 团 用 名
 因 英 任 长 创办 纽约周刊 判 长 因
 商店 刊 按照 英 团 被 否
 承 否 罪 辩 从 证 团 判 被 辩
 罪直接 裁 团 否 非 纯
 混合 团 用 英
 好 美 好 官 斯· 兰西 James De Lancey 给
 团 略 “ 摆 争 否
 疑 由 官 ” 7 团最 从 官 直接
 罪裁
 生 英 承 团 用 团 用
 激 争 团 拥 用 争 践
 因素 团 用 团 判 官
 团 用 意 由 接
 训 因 团给 用 意 从 给 团 用
 由 反 团 用 刚
 好 合 徒 释圣 圣
 因 接 育 生活 识 良
 用 8

5
6
7
8

因 大约在美国独立战争 英国在北美的 三个殖民地 本上都确认了陪审团在审判中有 认定事实 享有 用法律 例 宾夕法尼亚州于1692年通过判例 1790年通过 法规定陪审团在审判中有 用法律的 力 马塞 塞州于1611年 康乃迪克州于1788年 佐治亚州于1777年 新泽西州于1676年 伊利诺伊州于1822年 缅因州于1860年通过判例 立法赋 了陪审团 用法律的 力

美国于1791年颁布的 法第六修正 第七修正 规定了人民在刑事和民事 事件中有获得陪审团审判的 利 修正 陪审团在审判中的具体 问题 了沉默 是 法 的起 约翰·亚 斯 John Adams 托马斯·杰斐逊 Thomas Jefferson 埃尔布里奇·格里 Elbridge Gerry 等都 明确地认为 陪审团 以 应 决定法律 用 约翰·亚 斯于1771年 指出 “即便 法官有关 用法律的指示意见相左 陪审团 应 其生活的 识和良 案件作出裁定 这不仅是陪审团的 利 更是其义务 ”⁹

也许是 各州和联邦 法起 主张陪审团有 用法律的 点 影响 美国联邦最高法院于1791年 也是其建立 的第5年 在主 的第一起陪审团审判 案件——乔治亚州诉布赖尔斯福德 Georgia v. Brailsford 中明确承认陪审团有 用法律 在陪审团退庭评议 本 首席大法官约翰·杰伊 John Jay 先告诉陪审团双方 事人 案件事实 有 歧 双方争论的焦点是本 究 应用什 法律 他把法院一致认为本 应用什 法律的意见告诉给陪审团 最 他向陪审团作出了 指示 “先生 我 许 以准确无误地提醒您 一个古老的法 即陪审团 回答事实问题 法律问题由法院来决定 需要注意的是 有一些法律认为由你 时来决定事实和法律方面的争议也是合 的 即便 在今天以及其他任 似的场合 我 不会怀疑你 法院意见的尊重 毕 您 是判 事实问题的最好法官 我 才是法律问题的最佳判 无论是事实问题 还是法律问题 最终都在你 的决定 力范 ”¹⁰ 在 中 陪审团最 全按照法官有关本 用法律的意见作出了裁决 是联邦最高法院由 确立了陪审团有 用法律 不 法官有关法律 用意见约束的 这标志着陪审团享有法律 用 在美国的全面确立

三 美国陪审团明示的适用法律权之衰落

在乔治亚州诉布赖尔斯福德 中确立陪审团有 用法律 大约100年里 联邦最高法院从 提出质疑 直 1893年 联邦最高法院在斯帕尔夫和汉森诉美国 Sparf and Hansen v. United States 中 次讨论陪审团是否有 用法律的问题 在 中 级法院主 庭审的法官在给陪审团的指示中强 一旦指控的事实成立 陪审团 应 按照法院给出的法律定罪 在陪审团 法官指示的法律认定被告人有罪 被告人 上诉 联邦最高法院 由是 法官要求陪审团 其指示的法律作出裁决 指示违法 法官应 告诉陪审团有 独立地 用法律 最终 联邦最高法院9名法官以5 : 的微弱优势驳回了上诉 并认为 “在刑事审判中 针 案件事实 向陪审团给出 用法律的指示 是法官的 任 其良 认定事实 接收并 用法官指示的法律 被告人作出有罪 无罪的裁定 是陪审团的 任 法官 有告诉陪审团有 独立 用法律的义务 ”¹¹

在联邦最高法院通过斯帕尔夫和汉森诉美国 否决了陪审团享有明示的 用法律 已

⁹ Hans *supra* note 2 at 37.

¹⁰ *Georgia v. Brailsford* 3 U.S. 1 6 179 .

¹¹ *Sparf and Hansen v. United States* 5 6 U.S. 5 1 55 1893 .

州废 陪 团 州 跟 1920 美 涅
 狄格州 宾夕 尼 州 马里兰州 乔 州 田纳西州 印 纳州 伊 诺斯州 易斯 州
 桑 州 俄勒冈州共 10 州 陪 团 刑 件 12 迄今 印
 纳州 马里兰州 陪 团 刑 件 享 留 州
 陪 团 几乎 州 均 “ 宣
 ” 阉割 含 13 比 美 件 陪 团
 陪 团转 快 1820 1
 19 世纪美 联邦 州 陪 团享 缘 美
 师 专 水 比陪 美
 陪 扩 陪
 陪 团 控 人 银 易 虑
 游 5
 美 陪 团失去 美 摆脱英 殖
 渐走 走 迫人
 捍卫 人 渐 陪 团享 丧失

美 刑 陪 团享

美 联邦 州 陪 团享 刑
 陪 团拒 按 例 客
 陪 团 享 美 “ 陪 团 允
 候 罪 16 美 陪
 团 Jury Nullification Power 陪 团享 默

一 陪审团使法律无效权的含义

陪 团 陪 人共共共 人共共 共共人人共 共人共

权”¹⁷ 比之下英 者对陪 团享此权 常 表 “ Jury Dispensing Power”
 译 “陪 团 赦 权”¹⁸ 此表 可能 贴
 陪 团 权 致 下 种 陪 团 案件 侦 起 程
 人 分 但 伪造 据 理 搜 扣押
 陪 团 与 人 犯罪 比 该受 谴责 此 人
 罪 惩罚 陪 团 种 犯罪 就 虽然
 家 经 刑 当 犯罪 但 陪 团基 此 就
 人 罪 而拒 适 此 人 罪 陪 团虽然
 人 构 犯罪 而且 当 受刑 但 陪 团担心 且 罪 后 对
 人 小 刑罚 而 对 人 罪 或者 可能 下 轻 罪
 罪 之 当 罪 让陪 团 觉 背 常 良心 陪 团就可
 权 案件 据 人 罪

二 陪审团享有使法律 权的理论来源

陪 团享 权 美 例 可 司
 陪 团之 享 此权 与美 陪 团 紧密
 首 陪 团原则 只需 般 陪 团 分 般 general verdict
 special verdict 前者 陪 团只需 人 罪或者 罪 果至
 果 理 推理 程 需 说 后者则 陪 团就案件
 美 者 表 “与 般 比 陪 员针对案件
 对 理 心 觉 率 助 陪
 团 处理 量 “¹⁹ 然而美 宪 修 案 “ 刑 人 权
 犯罪 州 陪 团予 迅速 “ 鉴 此 人 权 陪 团
 罪 罪 如此 “真 刑 几乎没
 剥夺陪 团 权 美 宪 修 案 陪 团 权对 人
 罪 终 权 “²⁰ 般 需 陪 团 终 理 而 陪 团
 罪 外界 断 竟 陪 团没 陪 团 据 足
 原 而客观 保护 陪 团 权
 次 陪 团 罪 受禁 双 危险保护 美 宪 修 案 人 同
 犯罪 而陷入两次 罪 危险境 此乃美 之禁 双 危险 则 据此 则 如果陪 团
 罪 人可 弃受禁 双 危险保护 起 但 且陪 团 罪 该
 就 终 性 该 罪 基 陪 团 或者陪 团 价 据
 而 均 此 虽然美 宪 修 案没 陪 团 之权 但 宪

17 Jonakait supra note 1 at 2 2.

18 Michael Singer Jury Duty Reclaiming Your Political Power and Taking Responsibility 76 Praeger 2012 .

19 Larry Heuer & Steven Penrod Trial Complexity A Field Investigation of Its Meaning and Its Effects 18 Law & Hum. Behav. 29 5 0 199 .

20 Kate H. Nepven Beyond " Guilty" or " No Guilty" Giving Special Verdicts in Criminal Jury Trials 21 Yale L. & Policy Rev. 263 263 2003 .

法修正案禁止双重危险之规定事实上蕴含了陪审团必然享有此权 或 是美国宪法及修正案的起草者认为虽然陪审团有权适用法 但在宪法修正案中 规定被告人享有禁止双重危险和获得陪审团审判之权 而对陪审团有权适用法 未作规定的原因

最后 陪审员不会因为其裁定而遭受任何惩罚 即便陪审员无视法 对有罪的被告人作出无罪判决 陪审员 不会因此受到任何惩罚 此原则于 17 世纪 70 年代在前 所述的英国布谢尔案中得 立 在此案中 法院强调 “当陪审员发誓将根据他们自己最好的认识来作出裁决时 如果又被命令必须根据另一个人的意见作出裁决 那么陪审员为什么必须忍受如此罪恶的判决呢 任何人都不能通过别人的眼睛来观察 不可能通过别人的耳朵来聆听 更不可能通过别人的理 和推理对需 自己判断的事实作出结论 ”²¹ 自此之后 此原则在英国和美国的陪审团审判中得到 立 迄今从未 摇

上述三个方面的制度 互契合 必然催生出陪审团享有使法 无效权 正因如此 有美国学者认为 “陪审团使法 无效权 是隐藏于美国宪法人权法案中的最高机密 ”²²

三 陪审团行使使法律无效权的案件状况

鉴于外界很难识别陪审团是基于何种内心作出无罪判决 因而陪审团行使使法 无效权的案件 比 很难精 地统计 不过 据美国学者估算 陪审团行使使法 无效权的案件大约占其审理案件总数的 %²³ 在英属殖民地时期 美国陪审团已经开始行使使法 无效权 前面 到的曾格诽谤案就是其中的代表

在美国独立建国后 陪审团行使使法 无效权的 时常发生 其中 代表性的案例类型有 一 是 19 世纪中后期有关帮助奴隶逃跑的犯罪案件 鉴于当时 当一部分人是废奴 义者 因此在审判帮助奴隶逃跑的被告人时 陪审团比较容易作出无罪判决 有关此方面的代表性案例如美国 莫里斯案 *U. S. v. Morris*²⁴ 二是 19 世纪晚期有关工会及工人罢工的犯罪案件 在 19 世纪 期美国法的规定是所有以 求 高工资为目的的罢工都是犯罪 到 19 世纪晚期 随着陪审员社会阶层的扩大以及劳工组织的发展 陪审团在此类案件中开始频繁地行使使法 无效权 最终迫使政府放弃对此类犯罪的刑事追 三是 20 世纪 20 年代违反禁酒令的犯罪案件 美国 1920 年开始实施的禁酒令法案遭到很多陪审团的抵制 因而在此类案件中陪审团常常通过行使使法 无效权判决被告人无罪 对此 实证研究指出 “在禁酒令时期 非法制造 运输 销售私酒者很难被陪审团定罪 在 1920 年至 1930 年 美国联邦起 违反禁酒令的案件在堪萨斯州 俄克拉荷马州 内布拉斯加州被陪审团宣判无罪的比 为 13% 在新英格兰地区此比 达到 8% 在纽约此比 达到 60% ”²⁵ / 是 20 世纪 70 年代民众在抗 越南战争时实施的 关犯罪 包括一 毁坏公共财产 非法侵入政府机关等 其中 最有影响的是政府对 28 名反对越战左翼组织成员 起的 7 项重罪指控案件 在此案中 法官在给陪审团指 时甚至鼓励陪审团行使使法 无效权 “如果你们发现已经走过了头的政府对被告人的指控冒犯了正义的基 标 让你们对正义的普遍意义感到震惊 你们或 可以判决被告人无罪”²⁶ 是

21 Jonakait *supra* note 17 at 20.

22 James Joseph Duane *Jury Nullification: The Top Secret Constitutional Right* 22 *Litigation* 6 6 1996 .

23 Aaron McKnight *Jury Nullification as a Tool to Balance the Demands of Law and Justice* *BYU L. Rev.* 1103 1109 2013 .

2 Jeffrey Abramson *We the Jury: The Jury System and the Ideal of Democracy* 82 Harvard University Press 2000 .

2 Dwyer *supra* note 16 at 77.

26 Singer *supra* note 18 at 80.

陪团的 的 发生 植吸食 麻的毒品 中 鉴 麻
毒 美国 支 植吸食 麻合 的 增 别州 植吸食
麻 非犯罪 因 陪团 犯罪 的 最比
的 2012 发生 泽西州的埃德·佛贤 Ed Forchion 吸食 麻 中
埃德·佛贤承 因 骨癌 吸食 麻 警 汽 中发 约 磅 的 麻
违 陪团 判 埃德·佛贤 陪团 最终 陪团的
罪释放²⁷ 因 综 美国 史 发生的陪团 的

美国 判中陪团享 用

美国 判中陪团 用 的 史演以 陪团 的
践 以 的 结 去 美国 判中陪团均享 的 用
因 陪团只 用 美国 判陪团制度的
误

一 美国刑事 陪团享 适用法律权之模式 限的法律适用权

判中 的 证 美国 判陪团享
的 用 官 的 被 罪 庭辩 结 官
给陪团 陪团 支 控 的 陪团
控罪名 答 辩 神 辩 免 由 官
给陪团的 陪团 辩 的 陪团 控罪名
被 任 因 神 任 控罪名 答 控辩双
控的 罪难 控 罪 含 的 罪 意 官给陪团
的 陪团 罪名 的 陪团 答的 控罪名
某罪 控罪名 被 罪 总 罪 官 给陪团
由陪团 由 罪 罪 罪 罪的裁
被判 罪的被 裁 被 罪的被
判的 修 用 美国 中 邦最高 释被 陪团 鉴
美国 般 属 职业 官陪团 的 用 以²⁸
的 死的 邦 死 判 只

上在美国刑事陪审团适用法律权的主要体现为陪审团在刑事审判上行使法律权。美国刑事陪审团享有的是陪审团权。

二 法院对陪审团行使法律无效权的基本态度 严格控制

美国联邦和各州法院认为陪审团行使法律无效权在事实上可以通过一些鼓励陪审团行使法律无效权的法律在陪审团的法律指示中应明确陪审团享有法律无效权。三一是以陪审团通过行使法律无效权宣告无罪二是陪审团享有法律无效权并陪审团法律指示的陪审团的义务问题上沉默在陪审团的指示中不涉及陪审团在法庭上三都出现过不过现在法院和几乎所有的法院都认为陪审团享有法律无效权的义务。利告陪审团行使法律无效权的。

辩双陪审团在陪审团享有法律无效权在法庭宣告的情况果允许辩陪审团享有法律无效权实际上也于让陪审团自己以使辩陪审团享有法律无效权上陪审团享有法律无效权出现联邦法院的相会行邦遇法院和法院在陪审团明显的歧在允许辩及时一般都允许辩的法院是所陪审团解在应作有罪提³¹并陪审团解在的陪审团触到些有告是应刑事的于辩来一般会力助陪审团情告罪行的地这些于来告实施了罪为无的于这些行的把法通过行使自陪审团作是法律无效的³²陪审团情告罪行的行

上美国联邦和各州法院认为陪审团行使法律无效权在事实上可以通过一些鼓励陪审团行使法律无效权的法律在陪审团的法律指示中应明确陪审团享有法律无效权。三一是以陪审团通过行使法律无效权宣告无罪二是陪审团享有法律无效权并陪审团法律指示的陪审团的义务问题上沉默在陪审团的指示中不涉及陪审团在法庭上三都出现过不过现在法院和几乎所有的法院都认为陪审团享有法律无效权的义务。利告陪审团行使法律无效权的。

——“情陪审团 Fully Informed Jury Association 体上力度不过美国民间组无效组³³于1989年在美各都³³有会20多年来组通过陪审团一个立告牌体和网络传陪审团和发陪审团多利年来组游³³会³³院³³试图地³³所³³的美公民³³道³³作³³陪审³³时³³不³³听³³法³³出³³的³³去³³表³³指³³示³³有³³使³³使³³去³³表³³无效³³以³³地³³实现³³法³³公正³³在³³会³³的³³游³³有³³陪³³应³³明³³告³³行³³享³³使³³去³³表³³无效³³的³³已³³进³³20³³个³³会³³的³³立³³去³³不过³³到³³为³³有³³通过³³立³³法³³义³³33³³以³³预³³在³³组³³的³³会³³来³³多³³的³³陪³³会³³道³³已³³享³³有³³力³³通过³³使³³行³³的³³体³³在³³一³³时间³³会³³提³³

30 Robert E. Korroch & Michael J. Davidson *Jury Nullification A Call for Justice or Invitation for Anarchy* 139 Mil. L. Rev. 131 1 6 1993 .
31 Bradley J. Huestis *Jury Nullification Calling for Candor from the Bench and Bar* 173 Mil. L. Rev. 68 92 2002 .
32 Jack B. Weinstein *Considering Jury Nullification When May and Should a Jury Reject the Law to Do Justice* 30 Am. Crim. L. Rev. 239 25 1993 .
33 “情陪审团会”组的相信息于网 [http //fija.org/](http://fija.org/) 2016年10月30日问

三 美国刑事审判陪审团享有使法律无效权的正当性分析

对于美国刑事审判陪审团事实上享有的使法律无效权 美国法律界褒贬不一 赞成陪审团使法律无效权的主要理由是 首先 陪审团使法律无效权能够有效地保护 被告人 免受政府权力的 滥用 陪审团使法律无效权之要 就是对不公正的法律以及法律的不公正适用 这与美国宪法起草者设计的由同类人进行的陪审团审判以 国会通过压迫人民的法律以及检察官 滥用起诉权侵害 人民的理念是一致的³⁵ 其次 陪审团使法律无效权本身就是人民 行使民主权利的重要形式 一方面 陪审团使法律无效权对国家的立法权起到了很 好的制约和平衡作用 并推动法律的不断修改和完善

如学者指出“陪审团行使使法律无效权是立法程序的重要 反馈来源 因为一些经常 陪审团拒绝适用的法律应该 修改”³⁵ 另一方面 赋予陪审团使法律无效权可以将陪审员所代表的社区价值源源不断地注入刑事审判体系之中 从而更 好地体现民意 最后 陪审团享有使法律无效权是陪审团审判制度赖以存在的意义 如果陪审团的职能仅限于认定事实 那么陪审团认定事实的能力并不见得比法官强 对 被告人也不会有特别的 好处 因此 如果禁止 陪审团行使使法律无效权 陪审团就没有任何存在的意义³⁶ 还有学者认为 如果陪审团成为法律问题的最终 裁决者 当刑法与社会公共情感发生冲突的时候 我们确实会面临法律 否决或者陷入无政府主义 态的风险 但是 这些法律外行人的观点 即便与法律不一致 也是有经验的 而这正是实现常识性正义时比法律更为需要的要素³⁷

美国法律界 对陪审团享有使法律无效权的主要理由有三点 首先 陪审团使法律无效权的存在 重削弱了法治 实际上是人治的做法 因为如果法院允许陪审团在评议案件时讨论是否可以不执行法律 那么法律的效力就不存在了 存在的只是仅凭良心而治的无政府 态和一系列不可预见的 由 12 个人临时作出的判决³⁸ 其次 陪审团使法律无效权无助于提高民主 陪审员既不能代表也未能体现社会的意见 因为 12 名陪审员不足以成为统计学意义上的代表社区的样本 陪审团中 12 名陪审员的个人偏见和意见无法成为社区意见中的民主代表³⁹ 最后 陪审团使法律无效权的存在违背了律师和法官的职 业伦理 律师职 业伦理标准禁止 刑事辩护律师力劝陪审团无视法律 阻碍 律师此类行为的发生是主持庭审的法官之根本责任⁴⁰

良法善治是法治的基本要义 其中“良法”是实现法治的基础“善治”是实现法治的保障 两者的有机 结合构成了现代法治 缺乏其中任何一个方面 法治都难以真正实现 鉴于此 美国刑事审判陪审团享有使法律无效权之正当性在很大程度上取决于 陪审团否决实施的法律是否 符合良法 从理论上讲 无法保 证立法机关制定的所有法律都是良法 而且 法律一旦 制定出来后就是静态的 而社会生活在不断地变化 因此已经制定的法律脱 离现实生活的情况不可 避免地会发生 在司法实践中 如前所 述 从美国刑事审判陪审团行使使法律无效权的一些代表性案例来 看 确实有一些法律 属于“恶 法” 在陪审团不断地行使使法律无效权的压力下 这些法律最终 被修改或废 止 因此 在实

35 Jon M. Van Dyke *The Jury as a Political Institution* 16-3 *The Catholic Lawyer* 22-23 (1970).

36 Clay S. Conrad *Jury Nullification as a Defense Strategy* 2 *Tex. F. on C. L. & C. R.* 1-3 (1993).

37 Dale W. Broeder *The Functions of the Jury: Facts or Fictions* 21 *U. Chi. L. Rev.* 386-419 (1952).

38 Norman J. Finkel *Commonsense Justice: Culpability and Punishment* 28 *Hofstra L. Rev.* 669-670 (2000).

39 Lawrence W. Crispo *Jury Nullification: Law Versus Anarchy* 31 *Loy. L.A. L. Rev.* 1-3 (1997).

40 Richard St. John *License to Nullify: The Democratic and Constitutional Deficiencies of Authorized Jury Lawmaking* 106 *Yale L.J.* 3-63 (1997).

41 Rebecca Love Kourlis *Not Jury Nullification: Not a Call for Ethical Reform, But Rather a Case for Judicial Control* 67 *U. Colo. L. Rev.* 1109-1120 (1996).

中客 “恶” 赋 陪
 几乎 究 制约 陪
 致“良” 从 于 陪
 享 采 上 鼓励 甚 制陪 鉴 国 度 陪
 苦 国 试 陪
 珍惜陪 享 强 陪
 语
 “陪” 国 陪 制度 于 缘
 国 比 流 陪 懂 针
 意 借鉴国 陪 中 1/4

-5 25.254772731% 0 3 /F7|0 1 Tf 0 Tr 10.285714 0 0 10.285714 0 -9.257143 Tm 13.500001 25.2547727310%

英美法 的物 法定

黄泂一*

摘要 英美 财 大 物 在 取 和 体财 物 的 在相似
■ 英美 国的学说和 虽然 明 物 作财 的 但
在 践中 官仍然默默 着这一 即财 的 型和 和制
创 型财 财 的 变的约 约束合同
抗 多数 的效力 官物 的 护交易安 和 障财
■ 两 物 在英美 的 在 以说明 超越 在概念体 的 质合
■ 但在登 制度 英美 的物 也呈现出松 的趋势 英美 的财
学 承物 的 在 合 ■ 英美 在物 的
论也说明信 制度 物 在 和的矛盾
关键词 物 英美 信

一 问题的提出

物 法定 Numerus Clausus 是大 法 各国物 法普遍遵循的 本 在物 法制定
的过 中却引 了学 的广泛争议 我国物 法第5 最 确立了物 法定 学术
的质疑 声却始终 平息 众所周知 在大 法 各国中 物 法定 一所有 物债
二 的民法体 物 法的自治 Autonomie des Sachenrechts 切相关 具有体 维 作用 因
具有形式合 是 这 来源于罗马法和潘德克顿法学的 部逻辑体 并不具有先验 和普世
果我 这 部逻辑体 取消 镶嵌于其中的物 法定 还存在吗 英美财产法以
判 为 础 并不存在大 法 的 部逻辑体 恰好为我 提 了一个 象 果物 法定
在英美法 也 存在 这一 存在超 在体 的 在 和实质合 反
否

我国学术 这个问题存在严重 歧 部 学 认为英美法 并不存在物 法定 马
俊驹和梅夏英认为“英美财产法缺乏严 的 论体 反 摆脱了 法学的束缚 不局限于
'物 法定 ' 以 社会 要以契约形式 定财产 以 证 财产的 利用”¹ 我

* 中山大学法学院副研究 法学博 本文为 育部 文社会科学研究 年 金项 “住宅建 用地使 规 研究”
16YJC82000 的 段 成果 并 中山大学“中国立法研究”大科研平台资助

1 马俊驹 梅夏英 财产 制度的历史评 和现实思 中国社会科学 1999 年第1 第90-10 页

湾留 谢哲 物 创 由 2 另
物 张鹏 "从 践 看 奉 物
般 创 财产 " 3 红兵 物
财产 吴 鸣 赞 物 容
5 沉默
鉴 财产 物 差异 简 梳 财产
语 简 比

property right 理解为对 性权利 right in rem 的观念 例如 廉· 布莱 通 William Blackstone 将 “ ” 定 为 “一个人可以对 界中的外在事 进行 专横 配的领域 并且可以排 界中 的 何个人的权利 ”⁷ 当· 密 Adam Smith 同样 调了对人权与对 权的 分 他提出“不仅 是 权 Property 所有的排他性权利都是对 权” 并且以对 的著作权和对机器的发明专利为例 来说明对 权⁸ 杰 米· 沁 Jeremy Bentham 也是 对 性的 度来解 权 “授予特定人 对 的 权 就是 不特定人 涉的指 ”⁹

这种将 权利理解为对 性权利的观念 在当代 国 法学者的著作中也能 到 在劳森 F. H. Lawson 和冉得 Bernard Rudden 的 法 The Law of Property 第三 中 明确使 了“real right” “property right” 或“proprietary right” 来表示对 权 而 “contractual right” 来表 同权利 他们指出 对 权是指 何具有以下特 的权利 可 权利 标的 的 而 可以对抗不确定 的人 在 的持有人破 时 权利人可以取回该标的 而与对 权相对的 同权利就 能向 同相 对人主 权利¹⁰ 劳森和冉得的 法 第二 对这一问题的 更加细 他们 法律关系出发 来说明 与 同的 法律关系可以分为 的关系与人的关系 两者的 在于 前者是权利人与一切人的法律关系 它 着整个 界 后者是权利人与相对人的法律关系 它 着 一特定的人 但是 他们又 调 在现实中 的关系并没有 所有人 而是 着 情人或者受公示的人 此处的 情人并不仅仅是实际 情的人 还包括那些能够 情而 推定受公示的人 话来 说 同权利仅仅对特定人有效 而 权利则对不特定的人 一切人或受公示的 情人 有效¹¹

虽然 国法学家们 续 续经典著作中的观念 权利的效力范围出发 分 权利与 同权利 但是 20 的 国学 界 出现了对上 分标准进行解构的 法 进而 了对 权利的 一种界定——权利 a bundle of rights 观念 20 期 霍菲 Hohfeld 提出权利 right 特权 privilege 权力 power immunity 四个基本法律概念 并以之为工具分析对人权和对 权¹² 20 20 年代 30 年代的法律现实主 者 legal realists 在霍菲 理论的基 上 进一步 解构对 权与对人权的 例如科宾 Arthur Linton Corbin 认为 “我们关于 的概念已经发 了 变化 不再是对 或 体的 它仅仅是一 法律关系 a bundle of legal relations ——权利 权力 特权 ”¹³ 这样 将 理解为“权利 ” bundle of right 的观念就 了 这种观念后来 20 60 年代 70 年代 起的法律经济分析学派所 在 将 理解为权利 权力和责 的 体的观念在 国 0 0 3 0 3 0 0 0 0 7 2 3 0 J F 0 0 3 0 3 0 0 0 7 2 3 0 F 0 0 3 0 3 0 0 0 7 2 3 0

中 排 权 转 让 权 占 权 但 种 权 权 必 备 考 虑 权 人
 既 享 权 又 负 此 将 与 人 与 人 之 系 但 种
 然 经 权 与 同 权 目 前 经 美 国 者 开 对 权 束 观 念
 调 该 统 对 世 性 in rem 角 度 理 权 与 同 权 分 例 如 贝 尔
 Bell 帕 克 莫 夫 斯 基 Parchomovsky “ 与 同 权 能 对 协 另 一 同 权 可 对
 世 界 何 一 人 管 同 ” 16 梅 尔 Merrill 密 斯 Smith “ 陆
 系 英 美 系 期 权 能 够 对 所 人 而 权 能 对 人 或
 团 ” 17

二 分裂的财产法

英 美 系 像 陆 系 那 样 拥 一 个 统 一 权 内 与 人
 与 分 此 处 说

1. 分裂的财产法 不动产法与属人财产法

real property law land law 与 人 personal property law 分 司
 制 度 对 两 种 同 权 同 保 护 —— real action

对 态 例如 产权合同 estate contract 性约

性

通法财产中裂出来的²³是于信托关系产生的。人是法官通过判例不增强其抗效使成为了衡平法财产。用大法官系的来看，实_法是一“物化”²

三 英美法中的主要财产权类型

从面的来看，英美法中的“财产”property于大法官系中的广义财产大_于于国法中的“Vermögen”法国法中的“les biens”“财产”property right是指抗不特定多数人的非人_大法官系中的“物”为合的主题。处及的英美财产型主是指不动产财产和有体动产财产。知识产不在论列。虽然英美财产法在历史发展和术上大法官系在大距从functional comparison的度来看目英美法的主财产型大法官系的物型无太大具有的

在不动产方面，英美法中的非限嗣承地产权fee simple fee simple absolute in possession大法官系的土地所有在上₃在不动产用方面，英美法中的租赁地产权leasehold estate tenancy亚型众多在实_法上发挥着大法官系地上永佃永租的作用。英美法中的地役easement获profit限制约restrictive covenant于大法官系中的地役和人役在不动产保方面，英美法中的主制度是不动产按揭mortgage制度在历史发展中出现过多形化目的实_法来看大法官系的抵押制度已经趋

在动产方面，英美法中的“title”又“ownership”于大法官系中的动产所有。虽然在历史上普通法不_{动产}返还物衡平法和现英美法也有返还物的。英美法中的动产寄托bailment是一“所有人-有人”关系囊括了间有的所有形受寄人bailee获得有有的保在动产上却无法成立似于不动产租赁的用财产。因英美法中有形成大法官系的动产用物制度在动产保方面英国法中的质pledge有置possessory lien于大法官系的质置保保retention of title和动产按揭mortgage of chattel于大法官系的所有保让保集合动产成立的固定保fixed

23 点也被英国上院判例所承认。在Westdeutsche Landesbank Girozentrale v. Islington LBC 1996 AC 699 HL一_中布朗尼·威森法官Lord Browne-Wilkinson认为“财产_又有普通法和衡平法上的全部的人财产不_有衡平equitable interest普通法legal title包括了所有的非_又直到在普通法地产和衡平法地产离的独立的衡平不在所以论出让人保‘衡平是有意义的。一_的题是已经给付的是否在衡平法上受让人课了信托义务是衡平信托次产生”从布朗尼·威森法官的点来看信托受人的非是普通法的一部。换句话信托导普通法_又普通法地产的裂受人有的衡平是“无中生有”附到受托人有的普通法上的。See Bram Akkermans supra note 19 at 3 2-3 3.

2 关于信托受人是人还是物英国法学也有争论。梅特兰认为信托受人的等于物是由由于不_抗意受让人因信托受人的不是正的物。奥斯丁·斯各特认为信托受人的是正的物。因为其他物也_因时效取得效因其他物信托受人的有处于一更糟的地是信托受人的受托人的更受到伤害。11 第55-56

3 在历史上人非限嗣承地产权进行塑的法自治空间大_不仅以通过附条件转让的方式非限嗣承地产权的容还_以通过设定限嗣承地产权fee tail地产权life estate_又定_授settlement在时间上其割为现实和来自19_以来在交惯法判例和制定法的合人非限嗣承地产权进行塑的法自治空间逐渐在英国法上_限嗣承地产权定_授以及的来已经被转化为衡平_又信托早已不在美国过99%的有土地都是以非限嗣承地产权的形式有的限嗣承地产权被绝大多数的废_上已经从现实生活中消地产权也逐渐被信托所取处于逐渐消亡状所以会发生_化主是为了消土地_的破_化现_进财产转_上容参见高富平吴一鸣 20 第136-177-191-192 20-206 5 第61-71-1 1 第101-103 10-106 109-110

charge 和浮动担 floating charge 主要在商事交易中使用 相 于大 法 的财 押 国
几乎所有的州都采纳了 一商法 中的“ 动产交易法” 各 动产担 合为“ 担 益” secur-
ity interest 不 的 别 用不 的公示方法 登 占有 控制

三 法 各国在 法实践中 物 法定 的遵循

法 各国的财产法渊源包括判 法 普通法和衡平法 和制定法 部

1863年 税法院 Court of Exchequer 审理的 Hill v. Tupper 案²⁸ 也 了 权法定原则 在本案中 一块 地上有一条运河 该 地的 限嗣继 地 权人授予了本案原告一项租赁权 明确 定原告享有在运河上使 船舶的排他性的权利和自 并且进行船舶出租 本案 告是在运河的一侧 进行营 的旅 主人 他也开 进行船舶出租 原告认为 告侵犯了其 权利 此提起诉讼 就本案的 定是 构成了一项排他性的 权利 审理本案的波洛克法 Pollock CB 认为 “这仅作为转让人 予的许可或 据 能 束转让人自己和受让人 但是并没有赋予他以自己的 提起侵 所谓排他权的诉讼的权利 原告声 正如地 权人有权授予挖掘泥煤 渔猎的权利 没有 何理 认他可以授予本案原告所主 的权利 案是 法律不允许他这样做 正如法律不允许地 权人 将权利或者授予男性继 人或者授予女性继 人一样 新的无形地 权益 incorporeal 不能 权人 或按其喜 来 设 他必 须 受法律所规定的地 权以及对地 权的处分权 它们 法院 决或议会制定法来决定和控制 转让人可以 授予他人拥有在自己 上的权利 并使自己受到 据的 束 但他不能在 上 加新的内 incident 正如本案使受让人以自己的 就这样的 限制权利提起侵 之诉 ”²⁹ 审理本案的另一 法 丁 Martin B 持同样观点 他认为 “ 认这种 权利将 致 地上可以 设无数多种权益 也会无限 加可能的地 权种类 ”³⁰ 此 在本案中 波洛克法 再次确认 权利只能 例或制定法来决定 而不能 当事人 设 进而认为本案的 据只能 束 同当事人 而这种“运河使 权”不是具有对抗第三人效力的 权利 此拒绝对其 提供侵权法上的保护 在一年后的 Stockport Waterworks v. Potter 案中 法 布拉姆韦尔 Bramwell B 再次确认了上 观点 提出“新的 权不能 设”³¹

在 1916 年的 King v. David Allen and Sons Billposting Ltd. 一案³² 中 英国上议院也 定了当事 人 设新 权利的自 在本案中 建 的所有人通过协议授予了原告一项在建 的外墙 贴 告的权利 后来建 的所有人将建 租 了本案 告 虽然租赁 同并没有提及建 所 有人与原告的协议 但 告 道该协议的存在 告 租 后 拒绝原告在 墙壁上 贴 告 原告认为 协议授予的 告 贴权具有 权性 proprietary nature 此能够 束 告 审理本案 的巴克 斯特法 Buckmaster LC 在考虑了所有的 权利类 后 认为原告的权利不能 归入已 经 认的 权类 此只能是对人权 他所获得的只是许可 licence 本案的 决思 来 法 明确认为英国法中的 权类 是封闭的 存在有限的类 如果当事人的 定不能满足 何一种 权类 的构成要件 就只能是对人权 不能 束第三人

196 年的 National Provincial Bank v. Ainsworth 案³³ 同样具有重要 英国上议院再次表明了 对 权法定原则的坚持 同时在一般 上说明了 权利的特 具有重大的理论 本案所涉 及的是妇女对婚姻 的居住权是 构成一项可 束第三人的 权利 在本案中 居住在 中 妇女已经 其丈夫抛弃 该 后 其丈夫设定了担保权 点在于妇女的居住权是 能 束作为担 保权人的银行 审理本案的霍德森法 Hodson 在考虑了现存 地上的各种权利类 后 认为本案

28 Hill v. Tupper 1863 2 H & C 121.

29 Hill v. Tupper 1863 2 H & C 121 p. 123 - 12 .

30 Hill v. Tupper 1863 2 H & C 121 p. 128.

31 Stockport Waterworks v. Potter 186 H & C 300 p. 321.

32 King v. David Allen and Sons Billposting Ltd. 1916 2 AC 5 HL.

33 National Provincial Bank v. Ainsworth 196 AC 117 HL.

妇女的权 于 中的任何一种 此只能 对人权 能约束银 3 伯福 法官 Wilberforce 认为 之所以 认妇女的权 权 为 " 权与对人权的 分 管 或者暧昧 但妻子的权 该归 何处 毫 的 在一种权 或 认为 权 或 权效力之前 它 可 义的 可 人识 的 在性 人查 的可能 且在一 程度 持久性和稳 性 妻子的权 而 的 " 3 的 与 King v. David Allen and Sons Billposting Ltd. 案一样 同样 将案件中 的权 与 的 权 进 比较 符 任何一种 权 为对人权 法院对类 原则的坚持 在 租赁权 役权的案件中表 得 显 在 1936 年的 Clore v. Theatrical Properties 案中 可以 见法院对租赁权构成 件的 格 在 案中 权人 授予 告租赁 权 的前庭 front of house 以 分 随后 权人将 权 给原告 原告试 阻 告 基于租赁契据而获得的权 案的 在于 告的权 构成租赁 权 理 案的赖 法官 Wright MR 认为 租赁需 授予 人对 的排 性 占 exclusive possession 但在 案中 分 权人和 告共同占 的 告 没 获得 排 性占 此 权 只能 一种对人权 于 可 36 在 案件中 法院继续坚持租赁权的构 成 件 分 可与租赁 权 例如 198 年的 Street v. Mountford 案中 法官强调排 性占 段以 支付 租为租赁权的 构成 件 37 在 1989 年的 Ashburn Anstalt v. Arnold 案 则认为 租赁权的构成 件 排 性占 与 段 38 对于 役权 19 6 年的 Re Ellenborough Park 案 了 件 在需役 和供役 权 为了供役 的 需役 和供役 同的 享 授予的权 39 几 件一 法院在 断 构成 役权 所 只 满足构成 件 于 役权 例如 在前面所 的 King v. David Allen and Sons Billposting Ltd. 案中 于 在需役 符 役权的构成 件 此约 权 认为 于 役权 同样 前面所 的 Hill v. Tupper 案的约 权 显 符 役权的 件 为该权 的 在 为了 人

但 意味着 对 权 原则 当 人 固然 设 系 但 对抗 人
 际 赋予 种 权 构 件 例 与
 差异 只 说 领域 能 性 较 而 们 性 据 re-
 strictive covenant 说 理
 性 据 让人 将 块 权 转 让 受 让 人 与 受 让 人 该
 种 据 只 让 人 与 受 让 人 之 同 原 则 讲 能 束 让 人 受 让
 人 后 手 但 司 性 据 对 人 束 之
 权 性 据 权 性 标 志 性 案 件 18 8 Tulk v. Moxhay 案⁰ 案
 塔 尔 克 Tulk 1808 将 莱 斯 Leicester 周 围 块 转 让 埃 尔 姆 Elms 埃
 尔 姆 保 持 该 块 态 能 该 允 居 付 理 后
 经 次 转 手 莫 克 思 Moxhay 块 管 据 但 仍 然 备 块
 随 后 Tulk 寻 救 济 禁 禁 莫 克 思
 理 案 纳 姆 Lord Cottenham 案 据 能 随 转 让 而 转 而
 买 受 人 购 买 据 下 对 可 与 据
 同 纳 姆 莫 克 思 必 须 按 据 原 受 据
 价 格 必 然 比 般 价 格 低 如 果 允 买 受 人 按 据 或 者 再 次 转 让 允 后 手
 按 据 那 么 买 受 人 将 获 当 此 如 果 权 人 对 拥
 缺 陷 那 么 那 里 受 让 权 人 与 处 同 样 位 而 据 可 束 莫 克 思¹
 案 件 虽 然 没 肯 据 随 转 让 而 转 但 际 性 据 对 供
 受 让 人 束 例 际 就 肯 类 据 权 随 后 系
 例² 权 性 据 构 件 渐 晰 首 性 据 前
 需 性 据 必 须 性 据
 必 须 与 touching and concerning the land 当 人 之 需 据 随 供
 转 让 而 转 图 只 当 人 符 件 性 据
 例 子 领 域 当 人 对 抗 人
 权 构 件 例

二 美国司法实践对物权法定原则的遵循

笔 者 美 司 权 原 则 例
 权 典 例 1893 Albin Johnson v. Royal Whiton 案³ 案 罗 尔·
 灵 顿 Royal Whiton 遗 将 拥 块 如 下 安 排 “ 子 女 死 亡 后 将
 分 之 予 孙 女 萨 拉 · 灵 顿 Sarah A. Whiton 她 父 系 继 人 to my
 granddaughter Sarah A. Whiton and her heirs on her father' s side 予 孙 子 女
 们 继 人 们 均 分 ” 此 之 后 萨 拉 · 灵 顿 内 孙 子 女 将 嗣 继

0 Tulk v. Moxhay 18 8 2 Ph 77 .

1 Tulk v. Moxhay 18 8 2 Ph 77 p. 777 - 778.

2 Haywood v. Brunswick Permanent Benefit Building Society 1881 8 QBD 03 Rogers v. Hosegood 1900 2 Ch 388 London County Council v. Allen 191 3KB 6 2.

3 Albin Johnson v. Royal Whiton 19 Mass. 2 3 N. E. 5 2 1893 .

给了本 告阿 宾· 约翰逊 Albin Johnson 在 卖合 中 方约定 土地 在瑕
 疵 出卖 返还押 deposit 进行了契 交付 来 告 法院 诉 乘被告返还押
 因为萨 · 惠灵顿无 绝 非限 承地产 最 个 到了马萨 塞 最高法院 审
 本 的是著名法官霍姆 Oliver Wendell Holmes 他认为“给 我的孙 Sarah A. Whiton 以及她
 的 承”的 是一 限制 因 萨 · 惠灵顿所 得的地产 是一 到限制的地产 qualified fee
 是一 新的 承地产 a new kind of inheritance 从 地产 的 容和创 来
 看 不属于非限 承地产 也不属于限 承地产 非限 承地产 的创 一 为
 “to A and his heirs” 限 承地产 的创 一 是“to A in tail” “to A and the heirs of his
 body” 霍姆 法官认为 事 不 创 新的地产 认为萨 · 惠灵顿有 非限 承
 地产 他主 是从财产的 alienability 方面来阐述 由的“我 所 的 不是 承
 题 是财产的 进行更 远的 以在 承地产 上课 限制
 剥夺 有的 清 产的 是最不 和意 不到的 于 的限 承地产 立
 法机关已 通过制定法 其进行限制 以 否认萨 · 惠灵顿 有 非限 承地产 的
 是 马萨 塞 法 的政 明显相反的”霍姆 法官的判决 有拘泥于法学 义本 是直
 接诉 法 的和政 —— 财产的 所以否定 事 创 新地产 因 在于
 会 财产的 霍姆 法官的 度实 上 以来普通法上 进财产 的一 法一
 判决所 成的实 是萨 · 惠灵顿的地产 被认定为了非限 承地产 5

在实践中 偶 会通过 嘱 生 一方以 地产 他 她 赠非限
 承地产 的 实 上 创 了一 于 地产 和非限 承地产 间的混合地产
 hybrid —— 偶 在有生 年 有地产 有 嘱 其所有 的是
 地产 偶 赠 其 有的 是非限 承地产 在 一 的地产 发生争
 议时 有任 一个法院 其认定 为新的地产 型 法官 在 地产 和非限 承地产
 间作出 部 法院 上述 嘱 释为 立了 地产 由是 最 合 嘱 的意愿 6 也
 有部 法院认为 嘱 实 上 是创 了非限 承地产 由是 释规 疑时 作有 于
 非限 承地产 的 释 释 的政 的实 上 是 进财产 的自由 7 从 判
 中 也 以明显看出法院 物 法定 的坚 8

在租赁地产 物 法定 也得到了体现 国法上 承认 租赁地产 the term of
 years tenancy 租赁地产 the periodic tenancy 时 止租赁地产 tenancy at will 以及 容
 租赁地产 tenancy at sufferance 租赁地产 的亚 型 在实践中 事 创 的租赁地产
 不 合上述 中的任 一 在战争 间 事 会约定“战争 间的租赁” tenancy
 for the duration of the war tenancy until the end of the war 法院在面 租赁地产 时 有直

认其为新的租赁地 是这战间的租赁纳 面四 中 于定
 租赁地 要确定的日历上终 时间 definite calendar end 法院 的只是 租赁
 地 和随时终 租赁地 于在租赁契 中 定定 付租金的 法院通 其解 为
 租赁地 其他的 会 解 为随时终 租赁地 9 也有 数法院通过 定 租赁地
 所要 的“确定的日历上终 时间”进行扩 解 尝试 事的 定纳 定 租赁地 即
 “确定的终 时间”只要 租赁确定会终 即 certain to end 并不要 有日历上终 时间 definite
 calendar end 战 终究会停 “战 间的租赁”也确定会终 也 以归 定 租赁地
 50 这个 也 以 出 美国法院所认定的租赁地 也仅仅限于所 认的四 事
 的 定硬 进这四 了 事的 法院 拒绝 认新的租赁地
 51

另一个关于租赁地 的 是“终身租赁” lease for life 面已 谈到 租赁地 仅限于
 有的四 所谓终身租赁不 于其中的 一 法律所 认的以 利 终身为 限的地 只
 有终身地 life estate 一 面 所谓终身租赁时 法 只在随时终 租赁地 和终身
 地 间 部 法院 事的 出发 解 重点 在终 身上 终身租赁认
 定为终身地 52 也有法院认为 租赁地 自 有地 间存在差 不存在“占有
 转 ” delivery of seisin 终身租赁解 为随时终 租赁地 53 也有个 法院 认了终身
 租赁 以作为一 地 在 Garner v. Gerrish 一 5 中 法院首 批评了 终身租赁认定为随时终
 租赁地 的做法 认为以“占有转 ” delivery of seisin 作为 定终身地 的 全是 于
 一 “过时的 ” antiquated notion 本 法院也 有 终身租赁认定为终身地 是 其认
 定为“ 依租赁 终 的终身租赁” life tenancy terminable at the will of the tenant 这实 上
 是 认了一 新的租赁地 这 认还是一 情况 这也不 味 法定
 突破了 为 事的 定还 过法院认 并 单纯依 事的 法自治 了新
 利

上面这些 以 到 美国的制定法和 都 有明确提及 法定 在 法实
 中 法 实 上都在默默地 守 法定 事 上只在 定的 中进行
 在 事 图 新的 利 定 利进行修改时 法 会 事 间的法律
 关 有的 美国学 梅瑞尔和史 斯的研究 美国法院在 法实 中所 认
 的 利仅仅包括不动 的 平役 以及 的 信息 the doctrine of misap-
 propriation of information 和公开 right of publicity 55 决 来 美国法 主要是
 的 转让 的角度来 解的 也即他 认为 事 利 会 的流转 这
 恰恰是 以来普通法所 图 的

9 Nat' l Bellas Hess v. Kalis 191 F.2d 739 8th Cir. 1951 Stanmeyer v. Davis 53 N.E.2d 22 III. App. Ct. 1951
 50 Smith' s Transfer & Storage Co. v. Hawkins 50 A.2d 267 268 D.C. 1956 .
 51 事 要 到 的并不 只要 立 终 的定 租赁地 a term of years determinable 即 定租赁地
 5 的 限为50年 时 定以战 束为终
 52 Thompson v. Baxter 119 N.W. 797 Minn. 1909 .
 53 Nitschke v. Doggett 98 S.W.2d 33 Tex. Civ. App. 1972 .
 5 Garner v. Gerrish 73 N.E.2d 223 N.Y. 198 .
 55 Merrill & Smith supra note 8 at 20.

三 澳大利亚司法实践对物权法定原则的遵循

澳大利 近年来的 例来 澳大利 法院同样 着 权法定原则 甚至

布莱森法官 Bryson J 还是采取非 守的 度 英国上议院在 Rhone v. Stephens⁶¹ 中的
点 即积极作为义务只 在合 中关 中被执行 因 本 中的 告 于积极约 享有的 利不具
有 抗第三 的效力 这一 非 型地体现出了 澳大利亚法院在 积极约 时所
现出的 守 度

在涉及 益 的 中 澳大利亚法院 财产 利法定 成要 的解释也非 严苛 只要 事
的约定有所偏离 不承认其财产 效力 在 Permanent Tr **h** e

自由 的 控制影响 的 用 土 的最 的 用被
公 public interest 自由 的 " 66 的 中
独立的财产 sui generis interest 官拒 了 了 的 " 果
的 被接 的 得永久 的 世 perpertual e

d不以契 instrument 设定的其他类的地负担 e 可对租赁地权行使的或依赖于地租权的进权 rights of entry 3 地上所有其他的地权权益和负担只有平法权益 equitable interests 的效力⁶⁹

这一条款实际上是大幅缩了普通法上可以设定的地权地权益和地负担的种类地权仅限于限嗣继地权和定限租赁地权种地权益和地负担只能是地役权地租权按揭权和其他地负担凡是不第1所列的地权和地权益都转为平法权益在立法和法的权力分配方面1925年法第1条实际上剥夺了法院认新普通法权的权力自此之认新普通法权的权力法系转到了议会法院只有认新平法权的权力考虑到普通法权才是英国权制度的基础1925年的法院实际上仅仅扮演了次要角色

议会除了限制普通法地权和地权益的种类将限嗣继地权终身地权定序授未来地权益转为平法权益外还陆续通过制定法除这些权利的对抗效力在1925年之上权利只能作为平法权益存在并1925年定序授法调整在1996年之这些平法权益又为1996年地信托和受托人命法地信托所代替同时根据1925年法第2条信托受益人的权利于可超越的权利即不管该权利是登记也不管买受人是注到信托受益人的权利只要其向受托人正确地付了对信托受益人的权利对买受人就不具有束力信托受益人的权利转而存在于金之上⁷⁰这一规定实际上是定了受益人权利的对抗效力使之重新恢复到对人权的本来面目正是通过上途径大量的普通法权是转化为平法权益着转化为信托受益权终除了对抗效力失去了权利的特在这一系列改下当事人对限嗣继地权进行塑造的私法自治空间也基本失了

二 制度立的

1925年英国法的另一个重大化就是登记制度的建立登记制度的建立使英国法上权利是具有对抗效力的标准成了“登记”前面我已经提到在登记制度建立前普通法权采取的是“设立在权利”原则设立的普通法权当然具有对抗其所有人的效力无论它是能他人悉平法权也具有对抗力但不能对抗善买受人但在登记制度建立普通法权和平法权在对抗效力方面的渐失去了除个例外情况登记

69 Law Property Act 1925 S. 1. Legal estates and equitable interests

1 The only estates in land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are—

a An estate in fee simple absolute in possession

b A term of years absolute.

2 The only interests or charges in or over land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are—

a An easement right or privilege in or over land for an interest equivalent to an estate in fee simple absolute in possession or a term of years absolute

b A rentcharge in possession issuing out of or charged on land being either perpetual or for a term of years absolute

c A charge by way of legal mortgage

d ...and any other similar charge on land which is not created by an instrument

e Rights of entry exercisable over or in respect of a legal term of years absolute or annexed for any purpose to a legal rentcharge.

3 All other estates interests and charges in or over land take effect as equitable interests.

70 Law of Property Act 1925 S. 2. 英国法在20世纪初灭信托受益人权利的对抗效力的做法是符合社会发展的为在工社社会信托更多是以货形态现出来的受益人对信托享有的权利也多是取得金钱付在这种情况下信托哪些具体构成对受益人来说并不重要受益人权利如果具有较的对抗力而会阻碍信托的处分流通不利于信托的保进而信托目的的实现

否 否 抗 答 登记 抗
 土 英 呢 型 否 放 呢 否 登记 登记 赋 任
 1923 英 呢 采 双轨 登记 1923 土 担
 担登记 针 产 登记 土 另 1923 土 登记 产 登记
 针 产 登记 土 殊 逐渐引导 渡 才 英 旨 最终
 登记 英 殊 逐渐引导 产 登记 英
 土 产 登记⁷¹
 1923 1972 土 担 财产 衡 财产 差异 意义 凡
 属 1923 财产 担 产 按 似
 担 否 登记 均 抗 担 衡 担 按 般 衡 担 产 合
 约 只 登记 抗 超 overreaching 担 托
 否 登记 约束 支付 买 登记 被超 担
 担 否 约束买 意 doctrine of notice 判 担 约
 束 意 支付 买 因 土 担 登记 英 财产
 只 衡 财产 纳 登记 抗⁷²
 1923 产 登记 英 财产 除

1 7 9 0 7 9 0 0 / 7 9 0 0 0 7 4 0 9 0 0 0 9 0 0 0 0 0 0 9 4 4

类次 否 能对抗受让人 否 登记 此英国 属 次 权
 类 开放 当 人 取 选择 登记 声 notice 警 caution 制 restriction 禁止
 inhibition 种 7 登记之 次 就 取 对抗 权受让人 此 权
 登记制度 以 土 权 否 对抗 经 该种权 性 权
 或衡 权以 意原则 而 权 外观——登记 由 优先
 中 开放性 “ 际 土 人 权 以 次 开放性 当 人 际 取 土
 际 登记 予任何直接 对土 权以 对抗 此 们取 说 权登记制度 经
 英国 领域 物权 原则 生 松

英美系者态度

从笔者掌握文献看 英美系者对物权 原则 虽然较晚 但基 最
 中 原则 就英国 美国 澳 亚 国 看 美国 者对物权 原则 最
 深入
 英国 者 述中 们取看 们对物权 原则 例如 冉 Rudden 教授
 权 种类 固 标 被 且至 被 割 前 但 合同就取
 按照当 人 需 约 文 此“ 属 合同 用 ” fancies are for contract
 not property 76 与劳森合 中 们 领域 被 标 权
 standard interests 涵盖 权 权 租赁 信托受 人权 按 固 保 浮
 保 役取 制性约据 此之外 对 物权 能 权 能 权
 此英国 封闭 权 名 a closed list of interests in property 但 制
 取 权 77 瓦丁 Swadling 英国 土 系
 样 物权 原则基 78 英国 者斯帕 斯 Sparkes 由 英国 中没
 权 义以 英国 物权 原则 表 态 “ 封闭 域” an enclosed area 而非
 权 举 a list 与 陆 系 同 但 同样 权 量
 制 衡 权 量 理 制 从功能 度看 斯帕 斯 物权 原则 功

7 声 将次 记载 权登记簿 负 登记栏 权证 声 登记必须 登记 权人 同意 警
 登记簿 登记栏中 次 登记 登记 权人 同意次 权人 声 登记 次 权 人就 选择警
 登记 制就 登记栏中对 权处分 权 根据 处分 受让人 受
 土 权 拘束 它 常 保护信托中受 人 禁止 或登记 签 完 禁止或 内禁止
 对 权 处分 禁 例如 程序中 登记栏中记载 禁 防止 权人处分 权 参见高富 吴 鸣 同 20

5 60 3 63
 7 192 权登记制度 可参见 39 11 -117

76 B. Rudden *Economic Theory v. Property Law The Numerus Clausus Problem* ch. 11 in *Oxford Essays in Jurisprudence* Third Series 239 2 1 J. Bell & J. Eekelaar eds. Clarendon Press 1987 .

77 Lawson & Rudden *supra* note 10 at 193 -19 .

78 W. Swadling *Land Burdens—An English Perspective* in *Towards a unified System of Land Burdens* 117 121 S. Van Erp & B. Akkermans eds. Intersentia Antwerp 2006 W. Swadling *Opening the Numerus Clausus* 116 *Law Quarterly Review* 3 3 2000 .

美 流 saleability of land ⁷⁹ 除 早
 80 美 角
 沿袭 Johnson v. Whiton 转让 角
 梅里曼 John Henry Merryman 梅里曼 笼
 住脚
 塑造 继 换句
 "父亲" father's autonomy "儿" son's auto-
 my " " dead hand control 果
 塑造 继 让 转让
 流转 a policy of free alienability 流转 梅里曼 美
 比 流 易 易
 封 ⁸¹ 美 勒 Heller 梅瑞尔 史
 斯 斯曼 Hansmann 卡 克曼 Kraakman 均
 符 率 ⁸² 几 引
 赘 除 率 角 美
 Dagan 角 互 架
 架 巩固
 角 ⁸³ 扎米尔 Zamir 客 角
 偏
 客 ⁸ 辛格 Singer 戴 森 Davidson 纯

79 Peter Sparkes *Certainty of Property Numerus Clausus*

80

81

82

83

8

经效率的角度释一个财产法关的不仅仅是效率还是一社会和政治机制物法定
实上是作为国的管制平台而在的 § 多夫曼 Dorfmann 认为物法定所以
其实是政治合法化题在民主社会只有集体行动创造的财产形式才有政治合法一个的
在实上是为了限制人立法⁸⁶ 罗宾兰 Robilant 从商民主的角度释物法定因
为新财产形式的增是立法法院公民以及社会运动共达致的结果特别是于及公共
的资源其使用和管理不仅仅由人决定而是该通过民主商的过程来决定⁸⁷ 也有学
就美国的特殊情况出进美国财产法的建尔和克莫夫斯出在联邦主义为
了创造动的财产制度该允许一州的居民采用另一州的财产形式只登记支付一定费用
即⁸⁸

澳大亚埃奇沃斯教授 Brendan Edgeworth 的点得我意埃奇沃斯教授认为在登记
制度建立简化财产是少交易成的替方法但在托伦斯登记制度建立起来通过少
财产型来决第三人知悉题已经不是最好的办法了登记时的 Keppell v. Bailey 和 Hill
v. Tupper 的服已经大大弱了澳洲托伦斯登记制度的公示比美国的契登记制度强得
多因他认为澳大亚法院在法实践中过于保守该放松但是埃奇沃斯教授还是反
只登记公示就以创设财产的点因为财产型仍然在最优数的限制且公共政
目标的在也不放任事人随意创设财产在财产制度的整体革方面埃奇沃斯认为
制定法该发挥主作用因为财产限的定非重法官不经修增财产但在
制定法不清有需时法官还是以通过判例发展财产法⁸⁹

六 结论

8
我 终于 以 面 出的 题作出肯定的 答 物 法定 在英美法系财产法中
也 在 经过数个世纪的渐进式演 特别是 19 世纪以来不 压 人 非限嗣继承地产
进行塑造的 法自治空间 英美法系财产法在不动产和动产上 别形成了以非限嗣继承地产 和
title为核 的财产 体系 虽然在 术语上 以所有 为核 的大 法系物 体系 在差异 但在
取 和具体财产 物的 上却 在着 似 就物 法定 而言 英美法系
各国的学 和法 虽然 有将其明 作为财产法的 但在 法实践中 法官核达非压财财任财知财核达非核

例中的说理来看 官遵循物权 原则的理由 两 面 保护交易安全 防止 人 因难以查知的 系而受害 维护非 继承 产权人对土 的自由 用与自由处分 保障 财产的可 让性 两 理由恰恰与大陆 系 者对物权 原则的说理 合 足以说 物权 原则 超越外 概念 系的 质合理性 但 记制度完善后 英美 系的物权 原则 的趋势 目前 英美 系的财产 者基 承 物权 原则的 大 者 该 原则 合理性 但亦 者 张适当放 或放 原则 英美 系 物权 原则的结 说 了信 与物权 原则 可调和的 们如何理 和把握信 制度 英国 中 信 受 人的权 原 只 对人权 后来逐 获 得了对抗 人的效 成 了 种衡 财产权 进入 20 世纪后 对抗效 又 减 弱的趋势 大陆 系的立场 信 受 权的 成 际 种“ 债权物权 ”的 程 种权 可以被视 信 财产 的 种负担 正如 物权构成 权的负担 样 虽然信 系的 内容 取 当 人的约 但 妨碍将 造 物权 因 大陆 系 英美 系 均 役权 制性约据 租赁 产权 样的 内容由当 人约 的财产权 物权

The *Numerus Clausus* Principle in Anglo – American Law System

Huang Longyi

Abstract Although the property laws of Anglo – American law system and civil law system have great differences in terms of historical development and terminology there are similarities and correspondences in terms of value orientation and functions of specific property rights. Though the doctrine and laws of common law countries do not explicitly recognize the *numerus clausus* principle as the basic principle of property laws however in judicial practice judges still abide by the principle silently. The types and contents of property rights can only be determined by case laws and statues and the agreements made by parties aiming at creating new types of property rights or changing the contents of existing property rights can only bind the parties of agreements which do not have the effect of binding unspecified persons. From the reasons in judicial precedents the justifications of the *numerus clausus* principle are protecting the transaction security and the alienability of property. The existence of the *numerus clausus* principle in Anglo – American law system is sufficient to prove that this principle has substantial rationalities beyond the external conceptual system. However after the registration system has been established and perfected the *numerus clausus* principle in Anglo – American law system also shows a loose trend. At present the scholars of property laws in common law countries generally acknowledge

numerus clausus the existence of the *numerus clausus* principle and most of them believe this principle is reasonable

the existence of the *numerus clausus* principle in Anglo – American law system also shows that addition

between

大同小异抑或貌合神离——中美环境 公益诉讼比较研究

*

摘要 美国公民诉讼原告范围广泛而起诉资格严格，只能在有特别立法的具体领域针对法定违法行为在违法状态存续时提起。受“通知”、“起诉”等诉前程序制约，以禁令为主要救济手段。机构或部门预先以更充分地保护国家利益，诉讼费用可双向转嫁。同时，救济原告私益与国家利益。我国的环境民事公益诉讼在这些方面与美国有很大的不同，其根源在于理论基础的差异。从理论层面来，美国制度具有“公法私法化”特征，而我国具有“私法公法化”特征。尽管我国制度起来比美国更为广泛，但实效不佳，存在诸多问题。环境公益诉讼内在地具有公私不同属性，须妥善处理诸多问题。其良好实施有赖于法律层面的细密规则，我国在此方面任重而道远。

关键词 环境公益诉讼 公民诉讼 比较研究 中美

作为现代环境公益诉讼的开山鼻祖和成功典范，美国公民诉讼向来为我国学界所追捧，被奉为理想模板，成为制度建设的指针。然而，由于各种原因，我国法律实践中最终建立起来的环境公益诉讼制度与美国模板之间存在诸多差异，有些甚至是根本性的，称之为貌合神离、南辕北辙，亦不为过。二者在具体制度上到底存在哪些差异，如何从理论上认识这种差异，这种差异对制度的实践功能和社会效果的影响如何，既是关乎对中美两个环境大国的重要制度进行深入比较的理论问题，更是全面认识我国现行环境公益诉讼制度的本质特点与利弊优缺点从而进行调整、完善所需探究的实践问题。本文在此试析之。

在具体分析前，需要说明的是，尽管我国学界通常把环境公益诉讼分为民事和行政两类，但当前我国有正式法律依据且实践中普遍开展的环境公益诉讼仅限于前者¹，即依据《中华人民共和国环境保护法》以下简称《环境保护法》第58条、最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释以下简称《解释》所确立的由环保组织针对环境公益侵权行为提起的诉讼。由此，本文所谓的中国环境公益诉讼，仅指此类诉讼²。而美国的公民诉讼虽然名为“民事诉讼”，但实际上包括了以环境违法者为被告，针对环境违法行为的诉讼，和以环境监管者为被告，针对违反“非

* 浙江大学光华法学院副教授，法学博士，国家“2011计划”司法文明协同创新中心专职研究人员。本文系国家“2011计划”司法文明协同创新中心研究成果以及教育部人文社会科学研究青年基金项目“激励视野下的环境法实施问题研究”（13YJC82002）的阶段性成果。本文受中央高校基本科研业务专项资助。

1 目前只有部分地方的检察机关根据最高人民检察院相关政策文件在环境资源领域开展“行政公益诉讼”试点，作为一种改革探索，尚缺乏法律依据，未形成常规制度，案件数量也有限。

2 我国学界通常把《海洋环境保护法》关于在海洋生态、水产资源、海洋保护受到破坏给国家带来重大损失时由海洋管理部门代表国家索赔的规定也视为一种环境公益诉讼，但这种诉讼到底属于公益诉讼还是私益诉讼，理论上不无疑问，就实践来看，其适用情形特殊，只有零星提起，本文也不予讨论。

量职责” 两种 同类 格说 者 与 “ ”划 号 但前者
 与 环境 针对 当环境 起
 可比性 探讨 美 此种前者 另外 美 联邦 与州 之
 之 只 联邦 层

比较 小同 异

一 原告

原 围 下 备哪 条件才能 适格原 原 格 此 两 差异巨 美
 围宽 而 格 苛 可谓“宽 ” 则 之
 “ 条款 原 围 美 共与私人领域
 位 何 “ 3 条款 何“人” person 或 “ ” citizen 均
 权起 管 里 “人” “ ” 概念 际内 须 界 但
 较 宽 例如 洁水 “术语‘人’ 味着 人企 伙 协 州 当 州
 委员 或 分 或 何州际 “ 此 而且 或 构 可
 原 拥 权 构 起 理性 必 性颇受
 5 把 构纳入 原 畴 概念 程序 6
 构 原 见 例 对此表 排斥 态 7 但 如何
 那 没 权 团 企 人均 原 请 申 庭 追 索 赔 偿

就我国的情况来 环境保护法 第58条在原告 格方面只规定了“登记级 ” 依法在设 的
级以上人民政府民政部门登记 “年限” 专门 事环境保护公益 动 续五年以上 和“守法情
况” 无 法记 三方面形式性要 对原告与案件之间的实 关系未有 何要 立法者 乎认
为 只要环保组 满足这些形式要件 其公益起诉就当然有效 法院不得拒绝 该条第2款规定“符
前款规定的社会组 向人民法院提起诉讼 人民法院应当依法受理” 解 第 条第2款规定的
“社会组 提起的诉讼所涉及的社会公共利益 应与其宗 和 务范围具有关联性” 乎通过要 原
告宗 与诉讼内 之间的联系而具有了实 审 味——没有关联性的起诉应不 受理 但这一缺
乏上位法依据且对 环境保护法 第58条构成 重限缩的“解 ” 是 恰当 不无 问 实 情况
来 此要 也并未为法院 格 司法实 中 法院所受理的案件与原告的宗 务无 关
联的并不鲜见 有些原告的起诉范围甚至

三 立法模式与适用领域

意味着非环境领域可适而只别条款
 领域才可 虽然从 1970 洁气始至少 21 联邦环境 条款
 款¹³但仍 没如家环境 联邦杀虫剂 杀真菌剂 灭鼠剂 候
 鸟保护 洋哺乳物保护 领域 适另 别 领域
 调整 围 受该 调整 围 约而非 该领域之 例如 洁水
 调整 围 “美水” 但非 位美境内水而 “可航水” 联分由
 此根据 洁水起 理围 此比之下 环境 采
 概 环境保护⁵ 8 条之 环境源 领域只 符可
 围 起 之可能 围当宽泛

四 可诉范围

美 针对环境 起里 “ ” 既 “ ” 性”
 载 条款 之 而 条款
 可起 围狭窄且因 而异 例如 洁气
 条款 1970 之初只 “ A 该章 排标 或 或 B 或州根据 种标
 或 签 命 “两类可¹ 1977 修 才增助 种——“未经 可
 设或操 或修 排 设 “ § 洁水 把 可 围 排污
 标 或 命¹⁶ 只 别 较宽泛如 濒危物种 把“ 章任何
 条款” 纳入可 围¹⁷ 但 种 很少见 与该 调整 围 狭窄 ——濒危物种
 量 就 比之下 环境 可 围 宽泛 据 环境保护
 “损 共 “之嫌 “污染环境” “坏 态” 均可之 领域类 甚至
 “ ” 必

五 起诉时限

美 条款把 界 “ 控 人” any person who is alleged to be in vio-
 lation of 只能 或持续 起而 能
 终 后起 当然由 环境 常常 性 歇性 真 “终 后” 易判断
 对该标 宽但仍 起码 求 原 至少须表 起 善意
 持续或处 歇 态¹⁸ Gwaltney v. Chesapeake Bay Found 最高 洁水 客观
 表 表 允 对“完 去 ” wholly past violations 起 而只能起 持续性或 歇

13 洁气 洁水 濒危物种 毒物控 表采矿控 垦 洋保护 保护区
 安 饮水 噪声控 能源 保护 源保护 修 综 环境 床矿 责任 电厂
 燃 急计划 区知 权 外 陆架 危险液 管 安 深 床矿 源 深水港口
 洋 能保护 船舶污染 共 能源 源 参见 3 引书 21-23 页
 1 2 U. S. C. § 760 a 1 2006 .
 § 2 U. S. C. § 760 a 3 2006 .
 16 33 U. S. C. § 136 a 1 2006 .
 17 16 U. S. C. § 10 g 1 A 2006 .
 18 *Natural Resources Defense Council v. Southwest Marine Inc.* 236 F.3d 98 9th Cir. 2000 .

—— 经“去”污染 次污染¹⁹ 而
 针 彻 终 胜枚 莫 20 5 6 起 受刑
 处罚 “刑 旧 ” “ ” 件 “腾格里 漠污染” “渤 溢油” 件
 础 起 20 件 早 终 且
 甚 犹 但 仍受理 起 巨额赔 见 起
 系

六 前置程序

美 起 而 受 置程 “ ” notice “勤
 勉 “ diligent prosecution 几乎 条款 起
 “ 控 ” 1 保 2 州 3 控 60
 天 90 天 21 果 保 州 起 勤勉 刑
 守 但 构 勤勉 “起 ” 而只
 罚款 勤勉 格
 将构 管 瑕疵 致起 条款 辞“ 起……”
 楚 条款起
 抛 “ 22 而 起 需 人
 12 条 “人 受理 负 保
 管理职责 “ 侧 印 ——只 件受理 才 “ 管理 且
 人 而 “勤勉 ” 经 受 处理
 件 “ ” 起几乎 构 障

七 救济手段与责任方式

忽略 美 救 手段 手段 “禁
 “ injunction 签 人 命 “禁 禁 ” prohibitory
 injunction “ 禁 ” mandatory injunction 禁 救 手段 只
 救 手段 只 停 损 而 损 填
 禁 早 救 手段 甚 唯 救
 禁 而 就 而言 就 禁
 次 “ 罚款” civil penalties 而 担 货币惩罚 罚款 易 惩
 罚色彩 助 威慑 起 但
 忽略 罚款 只 条款
 超 金 洁 气 而 诸 只 洁水 保
 款条款 修 条件 格 条款 而且除 洁水 罚
 罚款处罚 “ ” “ ” “ ” “ ” 命 ”

19 8 U.S. 9 1987 2006 .

20 参见 12 引

21 参见 洁水 33 U.S.C. 136 b 2006 .

22 Hallstrom v. Tillamook County 93 U.S. 20 31 1989 .

且适须格 条件 计 度 途 至 货 责 对原
人 态环境“ ”之损失的“ ”均 公 的可 围
禁 和 罚款 公 条款 的 但 中公 很 走 步
案件 双 协 的和 协 consent decree 来 案的”²³ 此和 协 公
的 救济手段 和 协 双 自 的基础 须 公开 受公 经
可 内 常 和纠正 缴纳 罚款以 采取环境 良 和
协 式灵 内 丰富 针对性 能缓 当 人之 的冲 降低 受
欢迎 司 中 发展 种 “ 加环境 目” Supplemental Environmental Projects
SEPs 的协 式 可 自 势 自 担 但对环境 的环保
目或 如充分 露环境信息 环境援助 善周边环境 量 来换取 责
减 表 SEPs 既 又 获得罚款减扣 能 升
量 而与 建立 的系²

国 环境保护 未对环境公 的救济手段和责 式作 何 立 者 乎
作 种“ ”可自 适 但 环境公 的 殊性 原 的
以 统 责 得 对此 作 系 试图 根据
18条 原 可以 担的责 式 侵 除 碍 除危险 恢 原 损失
和 礼 歉 类基 按 “ 一 损一 ”的 逻辑来设计的 6j 1142 D (,215(¥)Tj 30.28571
条分 就 责 的 和 作 了 试图把 环境领域的 色责 分 纳入 统
责 之中 如把 对环境 件的 处置 纳入“ 侵 除 碍 除危险”把 态环
境修 付 态修 纳入恢 原 把 态 功能损失纳

征求意见 收 5 天 意
 似 释 只 求 “ 知 ” 只
 查 释 9 “ 求
 释 增 停止侵害 恢 状 求 ” 干 想
 任 交由居 裁判 承担 否妥 疑

九 诉讼费用转移

款 费用 移 判 费用 合 师费
 证 费 给 “ 质 ” any prevailing or substantially prevailing party 27
 合 候判给 “ 任 ” any party 28 尽 践 费用
 从 述 践 看 除被 意 承担
 释 22 “ 求被 承担检验 鉴 费用 合 师
 费 支 合 费用 支 “ 比 最
 只 移 费用给被 承担 反 践 款 广泛 用
 2015 总 38 求被 承担 费用 18
 支 29

十 实体权益

救 从 资 格 角 绕 核
 素 看 针 因被 害 财
 赏 土 生 物 30 从 求 任 角 看 物 爱好
 求 停止 违 禁令 库 支付 罚款 救
 象 恢 被侵害 救 象 “
 “ 31 释 除 “ 害 “ 禁止 “ 牟
 谓 “ 被 “ 救 32 从 求 任 看 救
 状 “ 赔偿 失 ” 任 补 “ 资源 “ 因 “ 恢
 综合 看 谓小 异 尽 赋
 致 差别 除 被 泛 接
 几乎 差异 源 基础 质
 只 才 握

27 33 U. S. C. § 1365 d 2006 .

28 2 U. S. C. § 760 d 2006 .

29 12 引

30 See *Mt. Graham Red Squirrel v. Espy* 986 F.2d 68 9th Cir. 1992 .

31 5 8

32 最高 用 若干 释 10 3 款 “ 织 财
 产 害 由 知 另 “

二 论比 “公法 法化

职 气 但 人 起 常 客 量 愈 下 满 20 世纪 30 代 0 代 州 理 层 件 引 但 当 穷 引 对 对 险 担 忧 对 对 水 但 而 未 获 良 原 很 既 者 缺 乏 足 造 “ 或 ” 能 片 经 惜 甚 至 管 企 “ 获 ”³⁷ 造 “ ” 如 何 当 种 共 能 或 充 分 当 允 私 人 起 “ 代 位 ”³⁸ 端 甚 至 “ 常 常 联 邦 就 常 常 率 只 条 目 标 需 条 人 人 人 条 人 人 条 共 目 标 需 条 共 或 层 条 人 层 共 共

诉讼范 更 地体现了公民诉讼的公法 ——只 违反公法的强行 规定 特定要求的“行政违法”行为才 被诉 把 诉限定在违法行为“ 中”是因为公民诉讼以实现被告守法为 的 果行为已彻底终止 无纠错 也 通过讼进行补 执法的 要 诉 通知和勤勉执法 公民诉讼的 除一方面体现了公民诉讼 政府执法在 质上的“ 一 ”——二 一即 不得兼 另一方面体现了公民诉讼 政府执法在 上的“补 ”—— 线索应首 告知更 名正 的 政府执法 并留出 明确 其优 执法 只在通知 其 无 举措从 以行力 明不 愿 不 执法 才 由 诉 以实现守法 非救 告为核 的法律 任更 体现了公民 诉讼的公法属 也是确证及彰显其公益 的关键——以针 行为的禁令为主导 任甚 唯一救 手段 因正在于执法的首要任务是停止和纠正违法行为 并 禁令在 容上也 作为政府执法 规 手段的“守法令” compliance order 相呼应 部 公民诉讼 款 规定了货币 任 其 质是行政 罚 质的“罚款” 非民事救 质的“赔偿” 政府执法诉讼中的罚款 用相 规 5 在这 任方式 公民 告胜诉所 达到的实 效果是 政府严格执法相 类似的效果——这 也是法院审核和解 议及 SEPs 决定批准 否的主要判准——从 真正实践了 政府执法的“补 ” 6 “政府干预”和“美国利益 ”更是为了 公益 作出特殊规定 诉讼费用给 胜诉方 “ 方”不仅体现了 告为公 利益所支付的个 成本的弥补 也体现了 公民诉讼这 由 发 的“准执法”活 度警惕 限制—— 果败诉 被法院认为 恶诉 缠诉 等“不 执法”嫌疑 不仅成本自担 还 承担 费用 从 确 这 “执法 ”的谨 慎行使

“执法”本质注定了公民诉讼的公法特 以解释其大部 容 仅 并不 以解释全部 其 中最重要的是 诉讼具 门槛意义的 告资格 所述 定 告资格的要求 公民 告 自身利益 被诉行为损害 损害 少在 诉 法补救 事实上 许多公民诉 讼 款本身也明确要求 告 利害关 清洁水法 公民诉讼 款 公民的 定为“一个 一些其利益 到 要 到不利影响的 ” 7 海洋热 法 干脆直接在开篇规定“任 其 合法利益 到 要 到不利影响的 以 诉……” 8 乍看 来 这些要求似乎 公民诉讼的 公益 不甚相符 果按照我国学 认为只 告 无个 利害“纯粹”为维 公益 提 的诉讼才是公益诉讼的主流 点的 实 上 美国的所谓公益诉讼主要是 其 容和 的 不是因为 告 无利害关 其实在美国 不 存在 告自身利益无关的诉讼 也 不 存在纯粹的公益诉讼 因为按照美国主流 法 论 法的 即在于救 个 益 益无关 指向全体公民 利益的事务属于不具 “ 法审判 ” justiciability 的“政治事务” 应由 民 产生 向 民 的政治 支通过以民主 支 的政治过 来 不宜由 举

罚款英文 述为“civil penalty” 国 通 直译为“民事罚款” 其 含“civil” 民事 一词 本质上却是一 行政 任 故 学 干脆 译为“行政罚款” 苏苗罕 美国 邦政府监 中的行政罚款制度研究 球法律评论 2012 年第 3 第 103-111 页

5 清洁水法 公民诉讼 款规定法院 本编 1319 d 的规定 用 的民事罚款 1319 d 主要是针 政府执法诉 讼中的罚款制定的 括罚款上限及各 因素 其中“违法严重 ” the seriousness of the violation or violations 是首要 虑因 素

6 和解 议通 括“守法 判 ” “守法报告要求”以及一定数额的“民事罚款” 其 的是达到相 于政府勤勉执法的效果 See Miller supra note 6 at 89-90.

7 33 U.S.C. § 136 g 2006 .

8 2 U.S.C. § 912 a 2006 .

产生的不民民的往往带有偏的法官个人来决定⁹。国法第3有关“法及于和争议”的规定为提了文本依据并演化出被法院视为法最要求和“不克的最准”irreducible minimum的“standing”规⁵⁰其核即在于通过确告间存在具体实在的利益关避免指向抽象公益的政治问题带法院在法实践中1970年的Sierra Club v. Morton确立了“事实害”作为定告资格核要的不撼动地⁵¹1992年的Lujan v. Defenders of Wildlife更首在有公民诉讼款明确的情况清楚地达了不证明自身到具体迫切害的告的拒绝⁵²

正因为国公民诉讼并非我国学通认为的由无利害关提纯粹公益的展开事实正相反其只由些明其个利益到被控违法行为的“特殊”伤害的提证明自我利益非公利益反过来证明害的不是公利益是个特殊利益才是告得诉讼资格的关⁵³这也意维个利益非公利益才是诉讼的直接以及法院裁判的直接眼点

从这一角度来看公民诉讼具有益诉讼的意尽这诉讼的确是立法于强公益的所特别的其公益主要是通过容要求被告守法和任停止违法行为的“禁令”支付给国库的“罚款”等所实现的使被告守法的客效果来实现的诉讼的“面”的和直接为救个非所谓公益告也并不被视为公利益的这也是为普通公民也好社会组织也罢均以成为公民诉讼的告在法律地上组织一视仁实上组织的告资格所以似乎比一般社会主体更方便地得是因为其作为一个在方面有特殊利益的组织更容易地证明自己的“个利益”到侵害——一个拥有多成的鸟组织通比一个普通市民更容易证明自己在鸟方面的客利益从在相关违法活动影响其鸟时提公民诉讼——不是法律认为其作为组织比一般公民更公益其主张的某偏好鸟直接等于公益优先于其他利益开发也因公民告的诉要以其自身名义提并法律明确规定“自己”on his own behalf公民诉讼的许多其他规也体现出一定的“法化”特征公民诉讼要到具有法惯质的“诉由消失”moot规的制约也即告在诉讼中的个利益在诉讼间存在即使在诉时格果事剥夺了其诉请的利益有成诉由消失被撤销⁵另多数公民诉讼款规定果公民告的诉为政府机的“勤勉执法”所除其也

9 点国最高法院大法官卡利亚认为法承的是“个和少数群体免大多数强迫”的“非民主”只用来维少数利益不解决多数问题因为其本身是“以一做不好这方面事务的方式的——从过高等育的中为一驾于具体结果上的抽象所控制被免了民的任”这机制“个免民侵害”来是一由其决定“什民来是好的”是怕的因为“法院被认为为了所有民的利益要求行政部门坚政治过本身所不强制执行的政策时他尽初衷良好是在执行他自己自己的政治偏”Antonin Scalia *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers* 17 Suffolk U. L. Rev. 881 896 1983 .

0 *Valley Forge Christian College v. Americans United for Separation of Church and State Inc.* 5 U.S. 6 72 1982 .

1 03 U.S. 727 1972 .

2 50 U.S. 555 1992 .

3 多判明果告控告的“基础”只是于个社会的利益”非“单独为通过法干预执行法律提由的个害”的法院视为“一般怨”general grievance不型 *Federal Election Comm. v. Akins* 52 U.S. 11 1998 *Center for Auto Safety v. National Highway Traffic Safety Administration* 793 F.2d 1322 D.C. Cir. 1986 .

5 *U. S. Parole Comm' n v. Geraghty* 5 U.S. 388 1980 .

有的包括 执法过 提出 和解 议 定等 55 其 的也在 于 公民利益

要特 指出的是 公民诉讼 益 并 “ 法诉讼” 其并不等 于 法 面以 个 民事 益为指归的侵 诉讼 是一 公法 的诉讼——以 公法规定为 提 以 正 法行为 担公法 为 这 告通过公民诉讼所 救 是有限的 即仅限于 些符 公法 的 公益 使 告恢复守法 所 的特定措施 即禁 和罚款 不包括 个 的赔 告所诉请 的利益只 通过 法行为的 正 得间 于恢复公法 这一公益 的 这也是公民诉讼的 诉范 限定为“ 法行为” 的 所在 在欠 行为 法这 一大 提的情况 告的 些 不成法律 利的利益 不 于自己所有的 动的 赏 所 不利 是无 得法律 的 于其法律 利所 自 以通过侵 诉讼 以救 不 行为是 法的限制

综 方面来 以认为 公民诉讼 是一 公益诉讼 是一 益诉讼 是一 于 益 动 客 上有利于 的公益诉讼 是一 为了 公益 告以更 的 益诉讼 无论是公益还是 益 都是有限的 相 制 一方面 诉讼所要实现的 公益 仅限于 执法 恢复 的 公法 不涉及其他 事务 只 在 法行为 社会主体 造成“事实 ”时 本 动 另一方面 诉讼所 的 益也仅限于在 公法 的“辐 ”范 其 客 上有利于实现“ 执法” 的利益 其救 只 通过要 告守法来 得

种的折中选择受同公条的“表迷惑未对性
而径国境下纯粹私的去理管公者
政管理者两种同类界观仍前类与
国的对⁵⁹而未对“公”予充分
就后者而国公共源领域的诸“理深刻配着人们对环境公的
理国领域人国家与政府公共与国家与源私人权
private right与公共权public right概念从未楚界分再加浓厚的“国义”
倾人们惯思去识分析公共理界位的“自然源国家
权权说”宪自然源

因 释 从 任角 求 任 把 殊
 救 手段硬塞 任 最高 侵 任纠 用 若
 干 释 从侧 印证 识 18 “ 释 用 因污染 坏生
 造 损害 释 释 另 除 “
 意味 1 属 “因污染 坏生 造 损害 “ 2
 容 别 殊 用 别 3 殊 用 侵 释
 因 非 待
 任承担 虑 否 “侵害 “ “违 “

比 “补 “ “ 补 “

美 尽 扩 似
 质 础 容 千差万别 谓
 差异 弊 高 判 真 意义
 果 好 良好 激励 防控滥 险 合 看
 互补 从 看

美 差距
 一 起诉激励与滥诉控制
 激励 良好 首 终 维
 任 临 “ “ “搭 车” 带 “集 困
 “ “ 激励” selective incentives 支 62 激励 某 愿意 由
 享 支付 去 官 证 名义 真 另
 拥 “ “ 意义 “
 避免“滥 “ “恶 “ “缠 “ “ 意义 “
 把 赋 “ 损害” 由 织
 甚 企业 只 享 某 客 哪怕 独 违
 损害 维 从 激励 因 尽 美 官
 菲 高 63 除 财 气粗 雄厚 团
 团 区 “小型” 占 比 6 土
 商 企业 州 仰 础 织 “非 “ § “ 损害” 证
 求真 码 —— 少 救 从 “滥 “ 防控

62 美 曼瑟尔·奥尔森 集 逻辑 陈郁 译 海 书店 2011 版
 63 美 先抑 扬 从 20 世纪 70 款 20 世纪 80 初 由
 EPA 均 30 Miller *supra* note 6 at 12. . 20 世纪 80 增
 从 20 世纪 90 21 世纪 初达 均 5 0 See Smith *supra* note 2 at 398 - 00 意愿
 199 2002 知 均 55 0 See James R. May *Now More Than Ever*
Trends in Environmental Citizen Suits at 30 10 Widener L. Rev. 1 2 2003

6 See Smith *supra* note 2 at 38 .

§ May *supra* note 63 at 3.

非 获 用 担 似 果 胜 少 “ 占优” 人
 受害 违 偿 违 受害 胜 把 起 威
 用—— 担 用 果让 官感 “滥 ” “ ” 嫌 承担 用从
 少滥 几 避免浪 资源
 比 求 允 件 害 系 符合“ ” 条件
 织 授 足 由起 求 “ ” 受 潜意识里似乎 织
 记 别 足 织嫉 仇 失 侵害 斗争 里
 目标 选择 件 滥 防 由
 用 宽泛 糟糕 质 状
 少人担 生 带 “井喷”
 201 700 织 只 9 独 联 起 目 3 起 人 件 询 标 集 询 人 人 授 询 择 目
 3 织 殊 织 手 66 件 41 T / 4.99 9994 系 1 Tfy
 件 件 少 67 检 符合起 条件
 织 “ 1947 起 小 企 业 人 “ 抡 起 棒 蚊 ” 象 (T3 (Y) T87 1 TfY 编 - 43 195 1 Tf 0 Tá ”
 违 起 小 企 业 人 “ 抡 起 棒 蚊 ” 象 (T3 (Y) T87 1 TfY 编 - 43 195 1 Tf 0 Tá ”
 易见 70

有既形式上“法”又在“果”上对他人造成了实际不利影响的行为才能进入公民诉讼的审理范围。其特
排除了三类案件：

一是“不法但侵害他人民事权利的行为”。这是传统侵权诉讼的受案范围，不需要通过公民诉讼来解决。

二是“不法但对生态环境造成损害的行为”。这是不适司法解决的问题，因为不以法律规定或相关标准为依据的“生态”上既难以判断，价值上也不应追责。实际上，环境破坏作为工业文明的一种“原罪”是现代社会几乎任何人类活动都或多或少具有的。在不侵犯他人权利的前提下，如果没有规则、标准、要求、许可等法定内的辅助，孤立地判断一种环境行为是“社会公共利益”殊为不易，更非司法之所及。烟囱、烟、污水入河、施工、震动或噪音、造、猎杀动物、荒、变为城市、湿地进行建设……除非持绝对的“生态中心主义”观念和“不发展”立场，则这些改变自然面的“污染或破坏”从来不会仅仅因为改变环境本身就当然站在社会公益的一面，成为必须担责的非法行为。恰恰相反，其常常是“发展”所必须，是“发展”的一部分。什么样的环境行为背公益，什么样的符合公益，这是需要以科学与民主为基础，根据现实情况和社会需求来判断，通过公开论和公共协商来形成，并以立法形式来记载的“政治问题”。非法官可以独自判断。

三是“不法但未对他人造成事实损害的行为”。仅仅形式上“法”仍然不是公民诉讼的充分条件，其还要求具体社会成员的受害。之所以如此，除前惯于从权利保障角度确定司法权范围的“国传统”外，也与环境法自身的“有陷”有关。由于人类科学和认知水平的有限，以及立法过程的政治化，环境法本身并非“善”，未必公平适用于所有地域和人。“管理环保决策的规则和程序经常是复杂的、矛盾的、以使的对抗性的、昂的、僵硬的、不确定的。”⁷²从现实主义角度来，要求环境法的绝对实施不仅事实上不可能做到⁷³，而且也未必符合社会效益的最大化。因此，在“国”对污染的“相对主义观点”及对轻微环境法的“弹性”素有相当的社会基础。“对轻微违法的严格执法将会招致违法性，无论来进行执法，即使法律明确规定了量化限制和严格责任，仍然可以期待其应‘合理地’执行。”⁷⁴有种极端观点甚至认为，在不对具体个人或少数群体造成实际伤害时，严格执法乃是一件事。“对法律的迷失或偏离是社会变革的主要动力之一。”⁷⁵因此，即使从社会利益角度来，仅仅形式“法”而无实际后果的环境行为也没有通过诉讼予以纠正的必要。只有那些至少对部分社会成员的具体利益造成了实际不利影响的环境法才是需要通过诉讼予以纠正的。这似乎与我国主流的“法即当然侵害公益”、“执法必严，违法必究”等朴素观念不甚相符，但更契合环境法的特点和环境事务的复杂性，更有利于法律效果与社会效果的统一。另外，对起诉须在“法进行中”提起的要求也可在很大程度上保障公民诉讼于解决正在发生的迫切问题。

我国环境公益诉讼既不以行为“违法”为前提，也不要求实际后果，而只规定了“社会公共利益”这一抽象模的表述。实中，在国家主义法治观的影响下，行为“违法”本身，无论是造成实际损害，还是作为对国家权的挑战，视为当然的公益侵害行为。而在近来兴起的“生态环境”实体化”并强调环境损害的累积性、无形性的生态中心主义影响下，对环境的任何负面影响都可视为一

72 Robert V. Percival, *Environmental Federalism: Historical Roots and Contemporary Models*, 5 Md. L. Rev. 111, 116 (1995).

73 对公司律师的调查显示，认为公司可以做到完全守法的不到三成。对大多数公司而言，完全的环境守法是不可能的。一个公司可能面临几十甚至上百件环境义务，只要一个没有做到，就是“违法者”。See Jonathan H. Adler, *Stand or Deliver: Citizen Suits Standing and Environmental Protection*, 12 Duke Environmental Law & Policy Forum 39 (2001).

74 Boyer & Meidinger, *supra* note 38, at 90.

75 Scalia, *supra* note 9, at 897.

损
美 均 美
损 " 均

果 刻意 除

累 损 由 除
——"影响

救 人 损
违 " "违

“ ” 容 求 标排 达标排 78 容
“责 ” “ 理” 责任 周 另
起 判程 处罚 甚 容
处罚 然 处罚 致 鲜见 但
判 理由—— 果 因 “ 视” 履 处罚 容写
“非 ” 需另 起 弃 程 近 求
快 源 约
义 由 责任 倒 区别 从 责任 “ “音
“ ” 责任 设置 理 罚 粗糙且 总 致
“ ” “ 罚 ‘ 顶 天’ 责任人” “ “
79 影响 威 释

p ñ

E

原人之可程缓系紧

四 司法资源的节约利用

环境比般专而司稀条件下如
何节充分司环境设计须考内两
量处理量降低

就前者而言 “前” “勤勉” 对 权
尊对司节——能处理处理才司手段对
专性环境案件说拥专设人员测构处理远比
加经济除此之外“前” 必须者目 守
能就能起就起 “ ” 态 “失” 则可保
彻悔者

没前滤 “受案后” “协助起” 83 调环保检察权
构对者“围剿”之保顺但如果目标构就
权责充分职权加而持起“绕”司

推原 讽刺对司 种另那 手段
基 案件再起 言理譬如近期受 “首例 污染
案”之 “华环保联 德川晶华 华 司 环境污染责

“案下 “德川 华案” 前受5次处罚起前天当环保
处 “责 停 整 停 超标排 污染” 起后 3天该司
“水停 另外选 原厂 搬迁” 8 种 下很 受理

案件 受隆对 处理处 额赔 就此案 环境 乎
比 厉 可环境 整
专性常常 “性” 环境案件 唯恐之

棘手 对此除前 “能 就 ” 量 构处理 原则之外 必须理
下 “性” 调 受案围 断据 责 处 据 诸对
抛 断何 “环境 ” “受 ” “如何加 保护” 而 格适

对 符 断 “ 条款
“ ” 或 什么” 责 处 据 如

罚款 致 引 适 参考 处罚额 需
量 对 协 但 致 参考—— 当 常 果 当 人
只需围绕“ 什么” “ 种 ” “如何恰当 种 ”

断 据客观 对 易处理 而且 种对“ 性” 司 断与 构

83 11条 “检察 负 环境保护 管理职责 企 位 据 十
条 可 供 咨询 书 见 协助调 持 起环境 ” 12
条 “人 受理环境 后 当 十 内 对 负 环境保护 管理职责 ”
8 首例 污染 案宣 企 赔 2198 万 http //news. china. com/domestic/95 /20160720/
2310 129. html 2016 9 1

大 一 不会出现被告依法行为 达 放 不 害他 利的情况 承 “生 赔偿”的“法律尴尬”

在 方面 我国 公益诉讼 有任 “法定 ”的要求 有“损害社会公 利益”的 规定 按照 公益诉讼依特 任的承 不以违法为 要的 法院审判不 法律规定 准 要求等的约束 虑 否“损害社会公 利益” 在缺乏法律指 的情况 由法官个 去判 行为 否损害社会公 利益 挑战法官的 业 力也 出 法的 范 更 导 法判 行政判 的各行其 潜在 究 在行为 任方面 尽 法律 有明确 要求 实践中法院 本上还是 依 否违法进行裁判的 否“达 ” “合规”判 否“停止 害” 尽 并不 合主 论 实 问题不大 在货币 任尤其生 赔偿方面 法判 高 度独立 不得不主要依赖 科学去 究生 损害“ 否存在” “ 度 ”以及“ 复” 在 多数具体 现有科技 平 达到 确认知的 度 故存在大 模糊 不确定 成本高昂 效 有限 审往往演 成科学 争 法判 不无疑点 以有新 法时 “ 公益 诉讼第一 ” 称的“ 建绿 园 自 友诉谢知锦等四被告生 破坏 ”为 尽 质上属 于损害相 容 确定的林业 在 任 算及判 方面不无疑点 ⁸⁶ 在其他更 开放 复杂的 中 要求“ 复渤海生 ”的“绿发会诉康菲石油中国有限公 及中海油生 破坏 ” 要求“ 复被 放所损害的大气 ”的“绿发会诉大众汽车 ” 以及 面提到的要求 被告 市的大气 成的损害进行赔偿的“ 振 ”等 疑难更 明显 解释 第9 中有关法院认为 告请求“不 以 社会公 利益”时 以向 告“释明”诉讼请求 动的规定 在缺乏明确规 指 的情况 也不 作 其 法院应有的诉讼中立地 的关 也 得玩味

四 结论

以上 明 我国的 公益诉讼制度 美国 公民诉讼 存在巨大 全 不 的模式 面看来 我国制度 美国更为宽泛 开放 更少约束 限制 一些在美国压 不会 被 的 在我国 会 到“重判” 这 宽泛并 有 来社会实效的 等提 其 本 因 在于 公益诉讼这 在地兼具公 属 的特 诉讼制度

容超司释能用围因此环境想真获良好层
 量做层完善首当冲可或缺对此环境保护修久
 期内轻易再修下修逐完善条可思路可环
 境保护58条基框架下根据目标对象如水气流易变土壤固
 废稳持久对调整围内环境围对象程序责任与标系
 与配合衔接键内容可操既充环境保护框架
 又量做套真“合”最终框架统类型样因而宜环境
 系此种处理符合环境保护与环境之“综合”与“然系
 最后说当前种与美迥异“私”如果理界充分
 者深思熟虑后基客观觉选择功或非理性分如刻意与美
 同际果尽如人意那种选择难言错误界可摘但如果种选择
 非基充分知醒选择而由对经验识够深入而造对谓理想板误
 照想象但与客观际符功经验而刻意构产物话那种选择
 如何能称且界首先当检讨而对当前检视修对
 整根性反思亦必

Just Looks like Twins Comparative Research on Environmental Public Interest Litigation between China and U. S.

Gong Gu

Abstract Citizen suit in America has a wide plaintiff scope but rigid standing rules and it can be only filed against illegal action in some special fields which have made citizen suit clause restricted by prior procedures such as Notice and Diligent Prosecution. It employs injunction as the primary method of redress encourages agency or department to intervene with litigation to protect state interest fully. Meanwhile Citizen suit in America has bilateral litigation cost shift system and remedies both plaintiff and state's interest. All of these features are very different from China. From theoretical perspective citizen suit in America could be described as Privatization of Public Law in contrast with China's Publicization of Private Law. Although it seems that China's environmental public interest litigation can be put into practice more freely and wildly it suffers from bad efficacy and many difficulties in reality. As a kind of special institution which intrinsically combined with public and private characteristics environmental public interest suit has to deal with many problems cautiously with detailed law rules otherwise it cannot play its due value. All in all there is still a long way to go in China concerning environmental public interest suit.

Keywords environmental public interest litigation citizen suit comparative research China and U. S.

责任编辑 杨琦萍

中国评论 中的中国法律及其研究价值

*

摘要 论 The China Review Or Notes and Queries on the Far East 1872 - 1901 是 19
交流 上 主导 介 所 律 章 容
大 律 录 刑案 览 论述 代 律 统 大 典 述 律
施 介 官 刑 承 收 商 等 与 论
律 范 侧 论述 均 变 律 典 籍 入 19
人 律 观 变 迁 等 律 论 论 要
关键词 论 19 律

中国评论 是香港期刊“*The China Review Or Notes and Queries on the Far East*”的通常译名 于 1872 年 6 月由英国人丹尼斯 N. B. Dennys 18 0 - 1900¹ 创刊 1901 年 6 月停刊 共 23 卷 130 期² 每卷各期页码连续 最多的是第 12 卷 519 页 最少的是第 2 卷 296 页 其他各卷三四百页不等 中国评论 主要刊载篇幅较长的专题文章 articles 其他主要栏目还有“书讯”³ 和“释疑”等 绝大部分都是英文 以法 德 意 西和葡等文撰写的仅有几篇 总体上说 是一份英文期刊 尽管它在报刊史及中西交流史等研究中还有另一译名—— 远东释疑 但无论专文还是释疑乃至书讯 绝大多数都是关于中国 其中 有关法律的内容就很丰富 值得关注和研究

一 中国评论 刊载中国法之概况

中国评论 的作者队伍庞大 有四百余人 主要是欧美的来华传教士 外交官 公务人员 商人 记者等 其中 英国人最多 而中国作者仅何启 18 8 - 191 一人⁵ 内容涉及面极广 发刊词⁶ 中

* 华东政法大学法学院教授 法学博士 本文系国家社科重点项目“中国评论 与十九世纪末西方视野中的中国法”
15 AFX006 的阶段性研究成果

1 丹尼斯曾任香港 德臣报 *China Mail* 主编 系 中日释疑 *Notes and Queries on China and Japan* 1867 - 1870 年 的创办人 以及香港市政厅博物馆和图书馆的创立人

2 其中 前 18 卷 各卷均是从头一年的 7 月到次年的 6 月为一卷 双月刊 每卷 6 期 第 19 卷 1891 年 6 期 第 20 卷 1892 年至 1893 年 6 期 第 21 卷 1894 年至 1895 年 6 期 第 22 卷 1896 年至 1897 年 6 期 第 23 卷 1898 年至 1899 年 6 期 第 2 卷 1899 年至 1900 年 6 期 第 23 卷 1900 年至 1901 年 6 期

3 即 *Short Notices of New Publication and Literary Intelligence* 或者 *Notices of New Books and Literary intelligence*
即 *Notices and Queries*

5 详见王国强 <中国评论 > 1872 - 1901 与西方汉学 上海人民出版社 2010 年版 “附录二 中国评论 作者索引 共 9 人” 第 9 - 6 页

6 *Introductory The China Review Or Notes and Queries on The Far East Vol. I No. 1 July 1872 to June 1873 p. 1.* 以下引注中 将该刊刊名统一简化为“*The China Review*”

11 卷 3 艺术 俗 历 史 神 俗习惯 7 宗
 最 首 刊 “To Contributors” 8 似 “征 ” 欢迎
 刊

1	古 筑 Architecture Ancient and Modern
2	土 族 Aboriginal Races
3	农业 业 商业 Agriculture Industry and Commerce
	古 Archeology
5	艺术 Arts and Sciences
6	献 Bibliography
7	记 Biography
8	亚 历 史 Central Asia Ethnography Geography and History of
9	Chronology
10	朝鲜 史 语 Korea History Language Literature and Politics of
11	历 Engineering Works
12	Ethnography
13	植物 Fauna and Flora
1	Geography Physical and Political
15	质 Geology
16	贸易 织 Guilds and Trade Combinations
17	史 History General and Local
18	碑铭 Inscriptions
19	交流 Intercourse between China and Other Nations
20	宗 哲 影响 Japan Chinese Influence on the Literature Religion Phi- losophy and Civilization of
21	Jurisprudence
22	古今 Literature Ancient and Modern
23	育 娱 俗习惯 Manners and Customs sports and pastimes
2	神 Mythology
25	药 Medicine
26	冶金术 矿物 Metallurgy and Mineralogy
27	钱币 Numismatics
28	Political Constitution and Administration
29	宗 义 仪 Religions Their Tenets Rites and Ceremonies
30	东 书 Reviews of Works Relating to the East
31	秘 团 Secret Societies
32	贸易线路 Trade Routes
33	小 戏剧 品 翻译 Translations of Native Works Novels Plays etc.

7 Natural history 被译 “ 史 ” “ 物 ” 从吴 盛先生 译 “ ” 吴 盛 史
 物 书 2016 1

8 The China Review Vol. XI No. 3 July 1882 to June 1883 p. 202.

含 迎 刊 九百篇 千
 几乎 盖 初露端倪 “ ” 医
 页浏览 按 “ ” 丰
 富 归纳

一 摘译中国法律典籍

1. 哲美森 George Jamieson 18 3 - 1920 杰 弥 J. W. Jamieson 1867 - 19 6
 译 款 译 1870 版 摘译 “ ” “
 ” 9 杰 弥 摘译 · 钱债 “ 禁 ” 5
 “ 失 ” · 塵 “ 牙 埠 ” 5 “ 把 ” 5
 “ 造斛 秤尺 ” 10

2. 洗 翟 斯 Herbert A. Giles 18 5 - 19 3 18 3 版 译
 册 译 3 卷 1 3 11

3. 刑 汇览 译 哲美森 译 9 养 继 婚姻
 译 介绍 刑 汇览 摘
 12
 杰 弥 摘译 赃 另 倒卖田 13
 刑 汇览 只 译 “ a Chinese collection of leading cases ”
 译 汇

二 专文介绍中国古代法律传统

篇 汉恩·蒲拉斯 Dr. J. Heinr. Plath 译 德 巴伐 汇刊 1 186
 —— “ 刊 介绍 夏 周 引 周礼 语
 婚姻 庭
 左 庸 献
 “ 初 纂 ” 16 罗 铸刑书
 史 初 遭

9 *Translations from the Lü - Li or General Code of Laws* The China Review Vol. VIII No. 1 July 1879 to June 1880 pp. 1 - 18
 Vol. VIII No. pp. 193 - 203 Vol. VIII No. 5 pp. 209 - 276 Vol. VIII No. 6 pp. 307 - 363 Vol. XIX No. 3 July
 1880 to June 1881 pp. 129 - 136 Vol. XIX No. 6 pp. 333 - 340 Vol. X No. 2 July 1881 to June 1882 pp. 77 - 99.

10 *Extracts from the Ta - Ching Lü - Li* The China Review Vol. XVIII No. 2 July 1889 to June 1890 pp. 118 - 12 .

11 洗 錄 *The His Yuan Lu or Instructions to Coroners Translated from the Chinese* The China Review Vol. III July 187 to June
 1875 No. 1 pp. 30 - 38 No. 2 pp. 92 - 99 No. 3 pp. 109 - 172. 译 洗 錄 译 “ Record of the Wash-
 ing Away of Wrongs ”

12 *Cases in Chinese Criminal Law* The China Review Vol. X No. 6 July 1882 to June 1883 pp. 307 - 363 .

13 *Chinese Law. Translations of Leading Cases* The China Review Vol. XVIII No. 1 July 1889 to June 1890 pp. 33 - 36.

1 The Transactions of The Royal Bavarian Academy of Science 慕尼黑

1/5 *Legislation and Law in Ancient China. According to Chinese Sources* The China Review Vol. VII July 1878 to June 1879 No. 3
 pp. 187 - 193 No. 5 pp. 283 - 290.

16 *The Primitive Codification of Chinese Law* The China Review Vol. X No. 1 July 1881 to June 1882 p. 71.

三 专文论述中国的宪法性法律 即 大清会典

篇长 名 “ 华帝 宪 性 ”¹⁷ 者 该 表前 久刚刚病逝 丕思业
C. F. Preston 1829 - 1877 典 意义 可被初 华帝 宪 性
翻译 乾隆 十九 176 钦 典 序言 对 典 印刷版
古代印刷技术 考证 简介 内容 最后 对 典 古代礼仪 总^性性
价

四 中国官制

此 内容零散 广 除杰弥逊 “ 官 革之观察”¹⁸ 篇 章外

1 官衔术语 欧德理 E. J. Eitel 1838 - 1908 “ 官衔”¹⁹ 白挨底 G. M. H. Playfair 1850 - 1917 “ 官名”²⁰ 两篇 章

2 满汉官员比例 “ 满汉官员”²¹ 此 专

3 官员 表 英 领 馆 商人班德瑞 F. S. A. Bourne 1850 - 1900 表“
省官员 表”²² “ 历任 央 高 官员 表”²³ 前者 1870 起任职
省 别官员 尤 商口岸负责海 与外 人直接打交 官员名录 内含
170 余位 官员 任职 调任 表 后者内 1860 至 1879 2 朝 央 官员
省 除 之外 共 1 名官员 同 对 满汉比例 高官 捐钱获
初任官员 人 统计

任官禁止 则简讯——“ 禁止 省任官职” 它 别 任何人 可
省担任 官职位²⁴

5 官职买卖 “ 官职买卖 后果”²⁵ 对此 简介 它 从前只 名誉
官职可 买卖 叛乱 斲 职 候选 首次被买卖 后 买卖官职 花样 断增 滋长腐败
致 常 拔 升迁 受堵

6 朝 言 刊载 “ 驻英 曾纪泽 记摘译”²⁶ “ 臣薛福

17 *Constitutional Law of The Chinese Empire* The China Review Vol. VI No. 1 July 1877 to June 1878 pp. 13 - 29.

18 *Chinese Views on Civil Service Reform* The China Review Vol. XIX No. 1 1891 pp. 37 - 2.

19 *Chinese Official Ranks* The China Review Vol. III No. 1 July 1870 to June 1875 pp. 377 - 379 The China Review Vol. IV No. 2 July 1875 to June 1876 pp. 125 - 130.

20 *Chinese Official Titles* The China Review Vol. VI No. 3 July 1877 to June 1878 pp. 22 - 23.

21 *The Share Taken by Chinese and Bannermen Respectively in the Government of China* The China Review Vol. VI No. 2 July 1877 to June 1878 pp. 136 - 137.

22 *Tabular View of The Officials Composing the Chinese Provincial Governments* The China Review Vol. VI No. 6 July 1877 to June 1878 pp. 31 - 362.

23 *Historical Table of The High Officials Composing the Central and Provincial Governments of China* The China Review Vol. VII No. 5 July 1878 to June 1879 pp. 31 - 329.

24 *Prohibition of Hold Civil Office in One's Native Province* The China Review Vol. X No. 3

人 外”²⁷ “之洞 中国”²⁸ “中国 员自撰的 记”²⁹ 此外 处
太后和李鸿章

五 刑事法律

罪 则 厦 “杀 婴”³⁰ 陋 之外 两篇
章 司登得 G. C. Stent 1833-188 的“两起钉 案”³¹ 阿 巴 Ernest Alabaster
又 阿 巴斯 1872-190 的“中国 罪之说”³² 对 同的杀人罪如 杀人与 杀
同 式的 杀 作了 的介绍 外 阿 巴 则 例 醉酒 刑 责

刑 人 的 伊 士 L. M. Fay “国 的处”³³ 较 描 和
处 叛逆罪 叛乱罪者的 程
此外 讯 禁 和废 鞭背罪人 就 斯当 大 例 的刑
进 正³⁶ 中 处刑 迷信 彩³⁷ 员可
者家 之 变 绞刑或斩刑³⁸ 介绍 大 例 中的“保 期”³⁹

六 司法

篇 章 “中国 的”⁴⁰ 作者署 Lex 对中国司 的 章 该
中国 与西 的 较大 该 历史发展 式与基 原则 面去 “中国
么” 对中国 代 的 变和 概 作了 顾 科 制和 制对
中国 的 介绍 程序 以 末的“安 案”与“佰稜科 舞弊案” 例 露
中国的司 后 中 该 的作者 中国 的 的 幅 与灰暗兼
的图景 既 可 度 扬 亦 能 端 责
此外 两篇以 狱 的 章 篇 教士嘉 翰 J. G. Kerr 182-1901 医 的

27 *Minister 薛 成 on Chinese Emigrants Abroad* The China Review Vol. XXI No. 3 189 to 189 pp. 138-141.

28 *H. E. Chang Chih Tung on Reform in China* The China Review Vol. XXIII No. 6 1898 to 1899 pp. 301-310.

29 *Record of Services of Chinese Officials Written by Themselves* The China Review Vol. IX No. 6 July 1880 to June 1881 pp. 370-375. 内 刘坤 瑞麟 叶 琛 锦 和 凤翔 的 历 信息

30 *Female Infanticide* The China Review Vol. I No. July 1872 to June 1873 pp. 272-273 *Female Infanticide from an Unpublished History of Amoy* The China Review Vol. II No. 1 July 1873 to June 187 pp. 55-58 *Female Infanticide among the Punti Chinese* The China Review Vol. II No. 2 July 1873 to June 187 pp. 130-131.

31 *The Double Nail Murders* The China Review Vol. X No. 1 July 1881 to June 1882 pp. 1-3.

32 *Illustrations of Chinese Criminal Practice—II* The China Review Vol. XXV 1990-1901 pp. 17-17.

33 *Effect of Temporary Insanity—Drunkenness* The China Review Vol. XXV 1990-1901 p. 93. 卷共6期 期 没 如同 卷那样标 期

3 *On the Execution of State Criminals* The China Review Vol. II No. 3 July 1873 to June 187 pp. 173-175.

3 *Punishments* The China Review Vol. XVII No. 1 July 1888 to June 1889 p. 5 *Flogging of Criminals* The China Review Vol. IX No. 5 July 1880 to June 1881 p. 323.

36 *Punishments under the Chinese Penal Code* The China Review Vol. IX No. 2 July 1880 to June 1881 p. 12.

37 *Chinese Punishments and Superstitions* The China Review Vol. XI No. 5 July 1882 to June 1883 p. 333-333.

38 *Decapitation v. Strangulation* The China Review Vol. XVI No. 3 July 1887 to June 1888 p. 182.

39 *Limit of Responsibility for Effects of Wounds according to Chinese Law* The China Review Vol. X No. July 1881 to June 1882 pp. 286-287.

40 *The Administration of Chinese Law* The China Review Vol. II No. July 1873 to June 187 pp. 230-230.

“广东 监狱”¹ 介绍广东番禺 南海监狱 状 另 篇“广东监狱”² 名 看似 广
东监狱 查 几 零星 转 官虐囚³ 摘
丛 别 广东 命抵命 鼓励 刑讯
简讯⁵

七 家庭法

最 庞杂 容 丰富 继承 收养 习俗 释疑
篇 “比 庭 ”⁶ 超长篇书
比 结 否 登记⁷ 结 证书
证 8 答 篇 答 名 “ ”⁹
名 G.J. 美 首先 结 证书 宗 织
结 礼 任 控 接 介绍 属 姓 约 结
妾 别强 双 父母 男 尊长 意 约才 键
继承 比 集 首先 嘱 篇 “ 嘱”⁵⁰ 答
否 嘱 嘱 证 几名 嘱习俗 否 别 释
篇 “被 用 嘱继承”⁵¹ 欧德
找 嘱 香港 区 习俗 却 嘱
产继承 矛盾 比 儿 继承 “ 嫡
违 ” 款译 附 述 另 篇从继承 长 视角 述 继承
⁵²

连 名 “继承 ”⁵³ 阿查 Chaloner Alabaster 1838 - 1898 摘
迄今 导 汇编 a collection of Leading Cases 18 官
裁 头 按语 财产 嘱继承似乎 固

1 *The Prisons of Canton* The China Review Vol. CIV No. 2 July 1875 to June 1876 pp. 115 - 122.

2 *The Canton Prisons* The China Review Vol. XI No. 6 July 1882 to June 1883 pp. 33 - 37.

3 *Official Barbarities* The China Review Vol. XIII No. 3 July 1886 to June 1887 p. 22 .

Judicial The China Review Vol. XVII No. 1 July 1888 to June 1889 p. 5 .

5

6

7

8

9

5⁰

5¹

5²

5³

在法实践中却存在若干得承认的本规 作 在多数裁决 还附有简要解释

关于收养 有数 简讯 包括“中国的养 ”⁵ 提到中国最早的养 是 马攸 他是 马昭 被过继给伯父 马师 “收养”⁵⁵ 提及中国在收养方面 有 似于印度 古 罗马的 “收 养—— 相关的一 ”⁵⁶ 是转摘自 报 某 “继于姨夫为嗣”改为龙姓 申请要求 “归宗” 恢复自己 来的邱姓的报道

有 篇长文 一篇是港府职 米歇尔-英尼斯 N. G. Mitchell - Innes 的“收养”一文⁵⁷ 中国 为 重视收养 按 确定被收养 被收养 继承财产及其他 利的 等问题进行阐 述 另一篇是哲美森在日本东 英吉利法律学校的演讲 ——“收养的历史及其 现 嘱的关 ”⁵⁸ 先回顾世 法律史上的收养 接 解释中国法律中关于收养的规定 源自古 罗马法的 嘱继承 最 总结出收养 嘱 间的关 及

八 商事法

署名 A. C. D. 的作 发 “中国商法评注”一文⁵⁹ 主旨是 明中国确实缺乏体 化和制度化的 商法 并 因 时提出 在实践中 事实上存在包括买卖 合伙 证 纪 等方面的大 商事规 另一篇 文是署名 K. 的“中国的行会及其规 ”⁶⁰ 作 鉴于在中国多数 约口岸都已 立行会 商 行会规 却 都不甚了解 故 某港口城市的行会规 全文译出 包括 和 2 个 款的具体规

还有关于中国的破产 买卖和合伙登记等方面规 的若干简讯⁶¹

二 中国评论 刊 中国法律的特点—— 中国丛报 比

19 世纪 国 来到中国 一待 成熟 积极创办报刊 报道和介绍中国情况 这几乎是 时来 有识 的一致做法 所以 时 相关西文报刊不 其数 其中 在中国评论 刊中在西方国 影响最大的 非 中国丛报 莫属

中国丛报 The Chinese Repository 1832 - 1851 于1832 年5 月创刊于广州 创办 是美国第一 个来 传 裨治文 E. C. Bridgman 1801 - 1861 在他移居上海 卫三畏 S. W. Williams 1812 - 188 于18 8 年继任主 刊物 中国丛报 存 时间长 20 卷 总 232 卷 定 体 固定 文字也 规范 转摘多有出 每卷附有索引 以 是 国 在中国 创办的第一份

⁵ *Adopted Sons in China* The China Review Vol. XIII No. 2 July 188 to June 188 pp. 119 - 120.

⁵⁵ *Adoption* The China Review Vol. VII No. 3 July 1878 to June 1879 pp. 281 - 282.

⁵⁶ *Adoption—A Cass in Point* The China Review Vol. IX No. 2 July 1880 to June 1881 pp. 122 - 123. 作 于1890 189 年担 任香港殖民政府的 库

⁵⁷ *Adoption* The China Review Vol. XIV No. July 188 to June 1886 pp. 199 - 20 .

⁵⁸ *The History of Adoption and Its Relation to Modern Wills* The China Review Vol. XVIII No. 3 July 1889 to June 1890 pp. 137 - 1 6.

⁵⁹ *Notes on Chinese Commercial Law* The China Review Vol. II No. 3 July 1873 to June 187 pp. 1 - 1 8.

⁶⁰ *Chinese Guilds and Their Rules* The China Review Vol. XII No. 1 July 1883 to June 188 pp. 5 - 9.

⁶¹ *Bankruptcy in China* The China Review Vol. VI No. 2 July 1877 to June 1878 p. 136 *Laws of Sale amongst the Chinese* The China Review Vol. VI No. 2 July 1877 to June 1878 p. 137 *The Commercial Law Affecting Chinese With Special Reference to Partnership Registration and Bankruptcy Laws in Hongkong.* “China Mail” Office Hongkong 1882. The China Review Vol. VI No. 2 July 1882 to June 1883 pp. 5 2 3.

熟 英 期刊 它 内容较广 虽然 没 将“ ” 十类 之 ⁶² 但 载
 章 却 少 致可分 刑 监狱 土
 最 庞杂 刑 程序 证据 庭 判官 监狱管理 介绍土
 最 简 ⁶³
 与 丛 样 内容庞杂 广 但 两 期刊 感觉
 很 变 后者 征稿启 经 将“ ” Jurisprudence 十 类
 受欢迎 稿之 而且 表 下
 首先 围 广 如前 述 摘译 典籍 如 例 洗
 冤录 刑案汇览 丛 没 看 同 对 官 革 满汉官员比
 例 官衙买 任官禁止 妾 位 收养顺序 遗嘱生 条件 产 合伙登记 买 抵
 织 内容 丛 几乎没
 次 侧 变 最 轻刑 丛 最 简
 零星几则简讯 土 刑 尤 刑 司 占据 篇 而 犯
 罪与刑罚 很少 刑 判 刑讯逼供 斩绞死刑犯 丛 屡见 鲜 描述
 少见 财产买 家庭 较 述 摘译 例
 摘译 刑案汇览 收养 继承 案例 甚至 针对
 由官 织系统翻译 外 典 任职同 馆 教习毕 干 A. A. Billequin 1837 -
 189 翻译 例 书 附英汉对照 5 条 结 资格 件
 典 1 条至 5 1 条 ⁶
 再次 例条 而且 视司 判例 习 习俗
 美 摘译 刑案汇览 9 起案例 杰 逊摘译 两 导性案例 阿查 摘译 18 则 继承
 裁 对 结 仪 遗嘱见证人 收养仪 商业交易习 编者 别
 视介绍 际遵循 习 风俗 香港 广东 带 习 习俗就 少 种探
 际 之外 背后 观念 俗 风 视角 丛 者较少能够感受
 最后 介绍 生 变 术性增强 又表 系统性 述
 增 演变 宪 性 典 官 革 罪 广东监狱
 家庭 商 简 释疑 长篇 章 介绍 求 客几几几几几几几

古希腊马英
另述

比容丛属少

英汉 曰英美汉 物 称 “ 世 最 真 汉
“ 最 余 世 段怀 伶俐编
晚晴 英 交流 广东 版 2006 引 王 强
1872 - 1901 汉 最 从书名
知 晚视角 晴

卜 的杀千刀 中西视 的凌迟处死 张 润 译 商 印书馆 2013 中 却似 乎 被 忘

见 近 中 中国 的 足 而易见系 的 比较 史的视角看 就 据 中国 延伸思 若干 较 的 而言 少

弥补中国 籍西译史 足 例 例 小斯 东 George Thomas Staunton 1781 - 18 9 1810 将 例 译 英 例 的西 版 世 迅速引 起 爱丁堡 Edinburgh Review 季刊 Quarterly Review 刊 Monthly Review 亚洲杂志 Asiatic Journal 公 The Literary Gazette 中国丛 迅速刊 书讯或长篇书 而且 隔 1812 据 英 版翻译 版 意 版 的 例 别 巴黎 米兰 版 据 英 版翻译 西班牙 版的 例 别 1862 哈瓦 188 马德里 版⁷² 例 的西译史 但 中国 刊 的摘译 例 几乎 洗冤录 刑 汇 的摘译 给 的⁷³ 就 而言 仔 中国 刊 的 中国 籍的摘译 术意义 言

中国 纪泽 薛福 张 洞 李鸿章 皇太 慈禧 廷政 的言 革 的 西 人 中国政 革 的看 的 据 中 国 创 中西 系 历经 次鸦片战争 廷 巨 中西 系 的暂 缓 开始 视中西 的差异 制的迥异 共识 从器物 制度的引 着手开始 的 革 毫 疑 西 总 然 欢迎的 例 就 廷 资 织系 翻译 版 国 例 就 毫 吝 赞 誉 “ 管 译 政府 的意愿 因 国 顾 的 “ 政府 的 开 liberal and enlightened 的政 喜 贺 ” 且 政 府 织 翻译 欧洲 国 的 “ 就 廷 高 层 人 的 思想 理 度 转 的 革 命 性 标 志 去 发 的 结 果 ”⁷ 的 该 发 性 意 义 的 总结

中国 中国 集中反映 19 世纪末西 人的中国 将 前 的 中国 从 中 释 疑 前 的 皇 亚 洲 北 华 支 刊 刊 比较

72 据意 里亚斯 Trieste 历史 教授 Guido Abbattista 2016 就影印 版该校图书馆藏的 1812 意 版 例 的约 说 者才获悉 例 西班牙 版 致谢

73 中国 籍西译史 最早 最 的 属苏 教授 早 球 2003 春季号 就发 另 视 角——近 英美 中国 的 绍小斯 东英译 例 的 意义 就 例 另 版 费拉斯 P. L. F. Philastre 翻译 1876 巴黎 版 莱斯 Gui Boulais 翻译 192 海 版 做 简 说 该 据转引资料 哲美森 “ 翻译 例 的 容 发 中国 “ 翻译引述 刑 汇 的 容 ” 者 迄 今 查 阅 的 的 较 创 性 的 说 的 费 拉 斯 国 海 军 尉 霍 1837 - 1902 莱斯 国 耶 稣 教 鲍 思 18 3 - 189

7 Codes Francais translated into Chinese by A. Billequin. Tung Wen College Peking 1882 The China Review Vol. X No. 6 July 1881 to June 1882 pp. 20 - 23.

7 Journal of The North - China Branch of The Royal Asiatic Society 18 8 - 19 8 该刊 见 海 图 书 馆 编 皇 亚 洲 北 华 支 刊 18 8 - 19 8 导 索 引 附 录 海 技 术 献 版 2013 版

内容侧面 同 观 变 同 变 原因 很值 探
 就变 原因 就 可从该 期 外 系 背景 从该刊 者群 知识结
 构 稿件 源 可 从刊物 香港 缘 氛围 考 若深入探讨
 可就 价值 章 同 就 刊 前 翻译 典籍 绍
 古代 述 统 婚 姻 家 庭 习 俗 司 践 分 断
 述 而归纳分析 样才能较客观 总结 人 观 19 世纪 纵
 变 19 世纪 76
 续 19 世纪 朝 与 康 雍 乾 期 经 很 差 异 而 汉
 早 走 “ 汉 ” 经历从 “ 教 士 汉 ” “ 专 业 汉 ” 刊 之 好
 们 教 士 眼 专 业 汉 家 眼 变 程
 除 创 刊 人 丹 尼 外 后 担 任 编 前 德 理 霍 近 拿 Alexander Falconer 18 7 -
 1888 波 乃 耶 James D. Ball 18 7 - 1919 编 们 笔 均 汉 家 77 摘 译 典 籍 或
 撰 专 署 名 者 如 庄 延 翟 理 哲 森 杰 弥 逊 阿 查 丕 脱 业 司 登 阿 拉 巴
 德 尚 未 价 值 圣 谕 广 训 78 译 别 就 此 专 演 讲 理 雅 James
 Legge 181 5 - 1897 响 当 当 汉 家 们 交 流 史 或 曰 冲 史 人 物
 同 又

可 参照
 而 19 末 西 交 且呼吁变 强之言 影响 巨 驻外 节 赴西 求
 考察 启蒙先 者 前者如曾 泽 郭嵩焘 薛 黄遵宪 后者如 忠 韬 尽
 记或 集 它们 经 起近代史 领域 者 若 较 史 能将它们
 与同 期 刊 章联系起 参考肯 丰富 思考
 虽然 1901 戛然而止 但它 影响 没 因 停刊而 结

内容

人 言 1919 3 英 人库寿龄 Samuel Couling 1899 - 1922 海创办
 The New China Review 就 旨 赓续 刊物 栏目设置 承袭后者
 者 如庄延龄 翟 斯 撰稿支持⁸²
 再就内容看 刊 内 章 被同 期 刊 如 北华
 North China Herald 家亚洲 北华支 刊 转载 参 欧 理 庄延龄 哲美森 阿 巴
 同 刊 者
 着 分 者 19 末 20
 影响 而 广泛 如阿 巴 1899 刑⁸³ 1906
 海 程序略记⁸ 哲美森 1921 海 家
 商 § 阿 巴 前 副标 该 编纂 基 阿查
 述 序言 者 说 必 念 位刚刚去 叔叔 表达崇敬之
⁸⁶ 同 序言 参考资料 哲美森 表 章 最后
 者哲美森 序言 句 前摘 例 表
 直接 20 前期西 人 权威 而影响持 前 两 ——
 华帝 杀千刀 西视野下 凌迟处 虽然没 直接参考 但阿 巴
 哲美森 它们 参考 前者同 阿 巴 刑 哲美森
 家 商 后者 该 因 系 阿 巴 此 此外 较 领域广受
 美 者 统 义 美 与 代 处参 阿 巴

82

83

8

8

86

哲美森的这两部著作⁸⁷

此外《中国评论》对于当时香港司法实 和法律习俗的描 和介 也可成为研究香港这个时段的法律社会史所不可忽略的重要

四 语

《中国评论》是 19 世纪末期中西文化 流史上的主 性媒介 在西方世界流布 影响 其所 有关中国法律和习俗的内容 包括 译 大清律例 洗冤录 和 案汇览 专文论 中国古代法律传统及 大清会典 评 中国法律的运行机制和实施效果 还介 了中国的官制 法 监狱 婚姻 继 收养 事等方面 与此前影响较大的同类期 中国丛报 相比 《中国评论》涉及中国法律的范围更 较 重于民事法 在关注律例条文的同时也重视司法判例 习惯法和各地习俗 系统性论 增多 将中国法纳入世界法律体系之中进行比较的文章不少 《中国评论》的法学研究价值应该受到重视 仅从比较法律史角度 它 就有助于深入探讨中国法律典 西译史 总 清末法律变革前夕原汁原味的西方人的中国法律观以及与此相关的他们对于中国文明进程和位阶的评判 拓展和深化中西法律文化 流 冲突 史 西方人眼中中国法律观的变迁史等研究 其 册 著 为 年 为 单 和 展 年 评 制 和 其

纳统期德 源流变迁与影响

—— “ ” 视

高 *

新” 其基本特征是 之 个全面 “ ” 过程 所 “ 律
律 过程 要 用 术 权 律 者 地
与 判与 过程当 形 证主 具 强 判
并 所 门 与 后 时
间 者所 无 否 是其 判 并 是 另 形 存 当
与 律 之
律 主 权利

什么需 反思纳

1

之 意义 诸既 经验 诠释当下 精神 而对 positive
law 背后 说 系 未 变 某种 性 引² 功能 家诞
生 任何 代 能被³ 而 价值观 生剧变 某 殊 代 例如纳 统 欧
期 则表 尤 德 期 非常活跃 而且始终与 保
持着 紧密 联系 宗旨 勉 纳 供思想 造 基础 对此 之后联邦德

* 人 副教授 士

- 1 对 1933-1955 之 德 竟 当称 “纳 ” Nationalsozialistisches Recht 较 客观 称之 “纳
统 期 ” Rechtswissenschaft in der NS-Zeit 就 理 场 否 设 基调
归根结底 “ ” jurisprudence 义 考虑 贯严谨 术 统 德 界对 两种称谓加 用 很难被
意之 疏漏 而 刻意 者之 场区别 避免用语 异 者之 划派 对 尊 样
表述习 之 亦 用之 且 对 两种称谓做区别 界 同样 糊处理 适用 “纳 ” 与
“纳 统 期 ” 类似 对概念
- 2 “诠释当下” 意义 者 愿意接受 另 派反对 意见 求
客观 别 当 防被卷入当下 然而 张 融入 坚 拒斥 且 隔离 临 困难 想融入者难融
入 欲逃离者逃 反 看 难处境 支撑起 思想 者 目 能够 理
材料 两 之 流连 转 而 致 沦落 泛 或者 死
- 3 设想 充 “ ” 理念 另 客观 家之 秩序 供 合 性 基础 “ 性”
种表达 如何 分 与 近代 家 需求 保持着密 联系 因而 代性 产物

法律史学 在整体上保 缄默 极少有学者触碰这一段学术史 这 明时下学 的一个共识 即 认 这一时 的法律史学仅仅是服务于纳粹意识形 达的一 工 缺乏独立的学术品格 因而并 不 有学术回顾的 20 世纪 80 年代 思的帷幕才缓缓拉

了自法及法的治⁹定¹⁰史法学于法的地¹⁰学的另一缔造
 霍恩 Karl Friedrich von Eichhorn 认¹¹萨¹¹在方法论上的贡献是萨¹¹所依的
 他认为“¹¹”象建立在本法¹¹日¹¹法的基础上这一主成了国法律史
 学的另一重要的思¹¹在更为的来¹¹的民族 Nationalität 作为民
 族国形成时上的也是¹¹史“¹¹”的¹¹史法学不过是民族自我肯定的一
 也许并不是主要的¹¹于萨¹¹以及¹¹史法学在国法律史上的崇地和
 大以“¹¹”的¹¹尊重和信正是国法律史学的自我 Selbstbewusstsein 得以
 成和展的基失去“¹¹”的把¹¹味学科自我的中以自我的
 准来¹¹国法律史学在纳粹时便是于自大和极端奋的热¹¹在战的20年
 中几¹²时2060年末邦国战¹²复苏的声个学开试
 图复法律史学的自我¹²施布 Dieter Schwab 于1969年1月1日在吉森大学做了一题为
 史法学在第三国的自我解¹²的¹²本点是纳粹时的法律史学¹²有在自我解
 Selbstverständnis 上做¹²本的转向也¹²有在纳粹主的“法律更新” Rechtserneuerung 运动中发
 决定的作¹³纳粹时的法律史学¹³上¹³于政治¹³是主上
 “¹³其身”的自我¹³国法律史学一贯的“¹³”这一点发不久便到
 的¹³斯尔 Roderich Wahsner 施布的¹³是一在为纳粹法学和法律史学¹³史
 的辩¹³这¹³辩论¹³学于纳粹时¹³法律史学的¹³于悬¹³决的
 于显易的¹³有学¹³到辩论中这一题不久便陷了沉¹³随¹³20年的

9 萨¹¹尼著的部论著即中¹¹为法史和¹¹为法体¹¹仅¹¹题上明确体现出他试图以中¹¹法 ius
 commune 的¹¹部作为基¹¹现实¹¹的学¹¹体的¹¹其中蕴¹¹史¹¹的“¹¹”象的¹¹信¹¹萨¹¹尼
 执于“¹¹”的另一个¹¹存在于他关于城¹¹的论中他¹¹情地把中¹¹的城¹¹为¹¹民法的一
 运的¹¹存¹¹顾随¹¹的多面¹¹为他¹¹到了¹¹霍恩等学¹¹的批¹¹是萨¹¹尼并不以为¹¹为他
 来¹¹有把自己¹¹成¹¹史学¹¹ Gerhard Dilcher Die Geschichte der Stadt in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissen-
 schaft Springer Verlag Berlin Heidelberg 1999 S. 331-333.

10 关于¹¹史法学的¹¹幅¹¹弗朗¹¹·¹¹尔¹¹法史¹¹建¹¹上¹¹三¹¹店2006年¹¹第37
 -36

11 在18-19¹¹民族¹¹渐¹¹聚的过¹¹中¹¹文学所发¹¹的作¹¹显¹¹是¹¹主要的¹¹在1796年发出¹¹“¹¹您在哪
 里”的¹¹唤¹¹是个¹¹时¹¹具¹¹的¹¹文化¹¹史¹¹学¹¹兰¹¹和¹¹民¹¹学¹¹格¹¹以及¹¹法学¹¹萨¹¹尼
 都是这一¹¹的¹¹实¹¹行¹¹动¹¹19¹¹的主¹¹思¹¹便是¹¹“¹¹过去¹¹来¹¹”¹¹荷¹¹叶¹¹普¹¹·¹¹列¹¹尔¹¹森¹¹
 欧洲民族思¹¹迁¹¹一部¹¹文化¹¹史¹¹周¹¹明¹¹上¹¹三¹¹店2013年

12

13

1

5

里 德 历史 比 史 落 甚远¹⁷ 唯 史 保 沉默¹⁶ 而
尼 史 志 吕 克尔 Joachim Rueckert 撰写 谓“ 族 “ 尼
¹⁸ 史 威刊 次刊 探讨纳粹思想 流 坚冰 融
史 入 思想 跃 1987 夏秋 季 史 慕尼黑 郊 贝格宫 Schloss Ring-
berg 首次召 专 术 纳粹 德 史 顾 次
言 1989 版 书 纳粹 史 史 尺
禁 锢 走 入 讨 坚 础¹⁹
史 托莱斯 Michael Stolleis 思 军人 而
吕 克尔 克罗舍尔 Karl Kroeschell 兰 Peter landau 洛瓦 Dietmar Willoweit 鲁伊格
Klaus Luig 史 者 投 迟 思 久 27 德
史 1988 专 设置 纳粹 史 讨 扩²⁰
1990 柏 墙拆除 德 历史 件 整 西 世 营造 “ 世纪末 “ 思想 德
史 愈 随着 “ 者
20 世纪 史 做 整 而 拒斥或 将 挖掉
然 着 天窗 试卷²¹ 德 史 敏 寻 神
而 客 构 纳粹 史 逸失 “ “²² 然
思 残酷 恰恰 “

令人厌 的对 中 求 思 的根源 对 一位反思者 说 构“连续性”的 程 潜 藏着 样 对 就 观性 残酷性之 的对 共 如 把 粹代“一端令人厌”的性 质代入反思的 程 又该如何保证反思 的 观性 如 对 观性的维护 淡 至 视 “一端令人厌”的性质 那么 样的反思与战后 术界的“选择性 ”又 么 质的区别 去感 意味着 的 观 构“连续性” 竟 一 代 需 的 “连续性” 必 一 步 一 加 观的 跨越 代局 的“连续性” 如 代 需 构“连续性” 可 被接受的 那么 粹代的 史者 迎合 局 理 构 么又 可 被接受的 难 因 “们” 迎合的一 被 们的后人 价 “非 义” Unrecht 的思 系 如 样 “们” 又如何保证当下 构的“连续性” 图景 被 们的后人 “非 义”的 价 义 非 义的界 竟 对 一 界的追 否又将导 然 的 从而给政 安 的风 一 连 史哲 彩的 非 一位反思者 能 且 愿 答 但 对 肩负 功能的 史者 说 却 一 可 避 因 “诠释当下”的核心

价值观 之中的 史

公 视野中的 粹 一 套残酷 器 却 忽略它 一 完整的思 系 的 “族 义的 界观” nationalsozialistische Weltanschauung · 希 勒 1933 9 1 国 Reichskulturtag 的场合 一 概念 核心乃 意志的“族精 ” Volksgeist 然而 滥调 “族精 ”的概念可 追 至 18 狂飙 期 Sturm und Drang 的反启蒙 文思 家赫尔 Johann Gottfried Herder ²³ 而诸如 家歌 海涅 哲 家 尔 家萨维 心理 家 Wilhelm Maximilian Wundt 19 一 代最杰 的知识分子 领域的 术 中 深受 一 概念的影响 可见 粹的思 系 既 非 中生 非 舶 根源深刻埋藏 意志 去 代的政 理 与 践之中 由 样的“连续 性” 粹 义给欧洲 的灾难 么 飞 横祸 因此当代人 反思的必 然而 如 将 “族精 ” 竖 标靶 然 之 宽 因 人类的近代史 国 衷 扬 一 概念 而 国 扬 “族精 ” 的 代 被 价 “非 义” Unrecht 至 族 义话 仍然 欧洲乃至 球政 领域最响 的声 ² 因此 对 “连续性” 的考察 当从 “族精 ” 的宏 叙 下移至它 某 领域激起的 样的 响 如 领域 的 界观 粹 义当然 一 种 “ 观” Rechtsanschauung ³ 而促 粹的 思 系 沿着 构 的任 则非 史 能承 值 意的 粹党

23 同 11 88 - 91

2 2007 欧盟 斯 条约 中 放 将 一 联邦制国家的 该条约 50 条 “退欧条 ” 由的“国家联合 ” Staatenverbund 的 位 根据 一 条 2016 6 23 英国 生“公 脱欧” 件 足 人表 族国家仍然 欧洲政 舞的 宰者

³ Schmelzeisen Das Recht im nationalsozialistischen Weltbild 193 S. 7.

发生改³¹ 从上^文来^看 梅耶这番发^言 意并不在^于继^续 包装“民族^神 大叙事 在^于指明 以^产为^利 仅仅是法律秩^序 因^为 无法脱^离 定的社会 这^种 结束 存在 这意味^着 自^{拿破仑法} 时^{以来} 具有神圣地^产 被相^化 这^种 引发重塑 诉^求 为^{梅耶}向法学 发出了令^人 印象^刻 召“回归^尔 ” 梅耶^演 也许是法律史学^的 纳粹^二 五点^第 九点主^张 第一^正 面回应 时^{席卷}全球^大 萧^正 爆^发 边缘^{魏玛}政府^陷 困局^{纳粹} 影^力 正在急速膨胀 梅耶在这一历史时刻展开^尔 追^某 度上引^了 法律史学^的 注意力在不久^的 体^{转向} 注意 作为“^连 ”意^象 一个^型 达“回归^尔 ”意味^着 罗马法^的 全面宣战 因为^尔 Otto Friedrich von Gierke 是19^半 叶日耳曼法阵营中^一 在研究^力 和学术地^上 以^潘 顿学^相 抗^法 史学^尔 从他^{城市}法^源 “^体 ”论中延伸出 了以国民^体为^国 思^进 撰写了四卷^巨 著^意 体法^{Das} deutsche Genossenschaftsrecht 从中传达^出 一个^本 点便是^意 法律从不^于 个¹⁸⁸⁷ 年由温 莎伊^{Bernhard Windscheid} 主导^的 国民法^第 一^尔 给^头 棒喝 他指^出 潘 顿 学^在 本主义自^动 驱^使 削弱了^意 固有法中蕴^藏 美^第 一^示 愤^怒 东[·] 门格 Anton Menger 怀^揣 另一个^由 他^指 第一^漠 视在社会^中 占^大 比^的 无产^本 求³² 得^注 意^是 这个从不^度 出发^的 反^意 揭示出^{国民} 法^第 一^定 即以^{社会} 中少数有产^产 为^宗 旨^时 也暗示^着 罗马法通天塔成^竖 立^时 也无法避免^投 巨^大 阴^影 在这阴影^中 “固有法^传 ”以及“多数^利 益”等等 发源^不 路^的 思潮^会 汇流到一^并 激^荡 有^加 反^力 ³³

1933年 纳粹^夺 取^{Machtergreifung} 梅耶公^示 纳粹主义^的 历史学^和 法律史学^的 部^日 耳曼法学^{梅尔} Walther Merk 什^林 Claudius Freiherr von Schwerin 埃^哈 特^{Karl August Eckhardt} 以及熊菲尔^{Walter Schönfeld} 等^也 一^起 这个^来 光^明 学术阵 营^{Zunft} ³ 时^{纳粹} 迅速^进 行“法律更新”^{Rechtserneuerung} 运动^于 法学^的 所有 部门进行转向^的 思^想 改造 其核^心 便是^二 五点^第 九点提^到 的“去罗马法化”为^纳 粹法学^尼 莱^{Helmut Nicolai} ³ 已^提 定^了 贬^低 罗马法³⁶ 他一方面刻意^化 罗马 法^的 舶来品^否 认罗马法在^意 法律史上具有“^连 ” 另一方面^的 罗马法^族 论相结

“马-拜 - ” 演绎 “犹太-马”³⁷ 看
 马 犹太 钻 骗 从 欧洲 把 伞 马
 贴 “ ” fremdrecht 签 马 Ueberfremdung
 歪曲 马 由 马 斯·韦
 Max Weber 马 西 属 型 formal rational³⁸
 物 判 因素 影响
 生 约
 杂 把 征³⁹
 最 视 缺陷 莱 马
 闭 族 摄 英玩弄
 感 仰 撮 英玩弄
 0 旧 弹 从 1/3 16 意 马
 马 临 从 史 崛 非 少 20
 因 韦 耳
 马 质疑 始 因 耳
 强 征¹ 最 型 尔 潘 战
 接 熟 义 因 双 歧
 莱 马 质疑 否 退 倘若 族 义
 判 物 征 消 殆尽 否
 悬疑 某 意义 莱 攻 非 尽
 偏激 识 马 贬 损 史 马 去
 始 迫² 讽刺 “去 马 ” 粹 史 阵
 陷 集 看 萨³ 否 萨 史

37 马 族 莱刻意 马 史 耳 马 最 源 欧 区 冷
 Urvolk 南 意 马 由 逐渐
 姓 槛 从 叙 犹太 资 马 沦 血 混杂
 马 秀 姓 感 支 靠 因 马 缺乏最
 灵魂 Seele 远 族 粹 Helmut Nicolai Die Rassengesetzliche Rechtslehre 1932 S. 7.
 38 马 斯·韦 非 支 美 西 2011 220 227 28
 39 38 276-277
 0 Helmut Nicolai Die Rassengesetzliche Rechtslehre 1932 S. 8.
 1 耳 马 峙 双 义 翻看 20
 耳 Rudolf Hübner 耳 史 篇 总 物
 马 影 See Rudolf Hübner A History of Germanic Private Law Francis S. Philbrick
 trans. Little Brown and Company 1918 .
 2 马 名 马 弗 · 舒尔 Fritz Schulz 1933 名犹太
 裔 洪堡 强 退休 从 马 席 退 舒尔 193 莱 锡 马
 Prinzipien des Römischen Rechts 演 粹 官 意识 马 压

3 Lawrence Preuss Germanic Law Versus Roman Law in National Socialist Legal Theory 16 Journal of Comparative Legislation and International Law Third Series 273 193 .

“ 族 神” 另 接 萨维尼 世纪罗马 素材 造
础 片 “去罗马” 割裂历史 谬误
1933 “ ” 另 路 抬高 耳曼 历史 尤 古 世纪早
耳曼 历史 鉴 尼克莱 族 义 阐 距今久远 去 耳曼 族 纯
粹 高 古 世纪早 耳曼 史 焦
鲜 早 187 5 海尔曼 阿米尼乌斯 巨 雕 顿森林竖 古罗马历史
塔西佗 从 始被 引用 德 “ 族 义 汗马
劳” 6 纳粹

底 哪里 果 底 健 “ 象”
 底 省意识

造

马 耳 做强 义
 仰 义 拿 仑 影响 引

活 彼 支撑 象 础遭 彻底颠覆 架
 框架 丝 撼 “ ” 马 牵连 义
 Liberalismus 首 沦 贬 象 致 遭 攻
 义 抽象 非纳 象 18 7
 攻 跟 候 Julius Hermann von Kirchmann
 名演 55
 流 视 1933 subjektives Recht 5 6 “ 活 ” 造
 纳 “ ” 攻
 试 淀 扎
 易 甚 易 如 任 从 厦
 任 “ ” 演
 靶 从 视角 “ ” 物 占 拥 因 占 拥
 意义 ius 享
 财 “ ” 古 马 鲜 Andreas von Tuhr
 马 础
 5 7 马 试 因 “ ” 貌从
 抽象 艰 影响 “ ” 蒙 义
 驱 “ ” 支

55 J. H. . — 柏 演 比 200 1
 138 - 1/55
 5 6 “ subjektives Recht 圈 名 名 Recht 拥 “ ” “ ”
 义 因 “ ” 里 right law 淆
 浙 2011 3 39
 5 7 马 意识 争 股 “ ”
 龙 2012 1 39

任 制约的法 是一主 并不具有现实 因为一旦 弃以“请求”为 础的
论框架 连客 法 秩 的最 本的 定 也无法得到 要 主体的抽象意义 取消
法 行为的 论 成了无源 水 财产不 有公 区 的要 和侵 的意义也 全消失
了 作为一个法学部门的 法 其实 消 殆 因 有一部 民法学 以非 的 辞抵制
一激进的主 比 布隆 耶 Karl Blomeyer 和 得 Julius Binder 他 认为 正视并 认
“主 ”的客 存在 唯一 要做的是把 个 “辨 地” 于客 法 objektives Recht
是 究 在制度中体现 于 要地 的“主 ” 是一个问题 曼尼克 Alfred Manigk
提出一个更具现实意义的 点 他指出 不 无视“主 ” 不 要费脑筋
改 清除 “主 ”有关的制度 只要 惕并 弱化潜藏于“主 ”中的“个 主义”因
素 行了 拉伦茨 曼尼克的 一 点 示认 因为 来是 现有 法制度 动最小的一
方 了

以肯定的是 发生在学 间的 争辩并 致“主 ”在 法 遭到实 的废除
是 “主 ”论在 法 论的不 面还是造成了相 大的影响 譬 ！

" 乌 69 史 撰 抵抗 史 " 拥
 粹 互 70 粹 楚
 " 御 " 吸 恶 " " " "
 " " 脱
 1933 尔 曼 18 7 演讲 讽刺 " 胜
 搞 " 71 耶 Rudolph von Jhering 188 潘 顿
 嘲讽 " " 签 抨击 隔
 呆 气 黑 Philipp von Heck 渐
 1900 欧 倾 72
 丰富 苍白 趣 转
 聚焦 呼唤 " 贴 " 呐喊 73 讲
 哲 兀 潘 顿
 端 弹 搭
 付 僵 沿 圈
 秩 远 20 兴
 孔 Comte 涂尔 Durkheim
 奥 埃 Eugen Ehrlich " " Lebenden Recht 术
 " " 7 马 斯· 韦伯
 古 罗马 弱 倾 " 3
 思潮 2 D

闭 迈 去 76
 混 20 末 熊菲尔 1929
 束 胜 77 渐 哲 韦伯
 “ 弱 ” 渐 粹夺 “ ” 覆
 193 帝 斯· 弗兰 Hans Frank “
 “ 勒 “ 秩 ” natuerlich Ordnung
 刻 “ ” Lebensrecht “ ” lebensgesetzliches
 Recht 把 “ 族 惯 “ Ausdruck der Lebensgesittung des Volkes
 78 斥 “ ” “ ” 秩 1937 1 2
 帝 莱 尔贝 Franz Schlegelberger Abschied von
 BGB 演讲 粹 阐 “ ”
 脱 族
 苍白 blutlos 险 演讲 甚 把
 险 嗜血 鱼 “ ”
 糊 “ ” “ ” “ ” “ ”
 候 “ ” “ ”
 粹 鼓吹 族 “ 族 “ ” 犹太 - 罗
 马” 历史 “ ” 允 思 术
 粹 秀 胡勃 Ernst Rudolf Hu-
 ber “ ” 吸 键 “ ”
 193 “ ” 秩
 秩 79 脱
 宣 凯尔森 倒转
 史 莫 史 “
 历史” 贝谢 R. Bechert 193 撰写 史
 古 耳曼 “ 族 觉 渐 秩 “ 兰
 “ 僚 ” Amtsgericht “ 族 “ 族
 耳曼 “ ” 罗马
 “ 族 毫 “ 蠢 歧
 1933 族 唤醒 80 “ 族 “ 演 索
 史 粹 宣 贝谢

76 73 1/7

77 W. Schönfeld Rechtsperson und Rechtsgut im Licht des Reichsgerichts als Vorarbeit zu einer Künftigen Wirklichkeitslehre des Rechts in Die Rechtsgerichtspraxis Festschrift Rechtsgericht II 1929 S. 191 - 272.

78 Joachim Rückert Der Rechtsbegriff der Deutschen Rechtsgeschichte in der NS - Zeit der Sieg des " Leben " und des konkreten Ordnungsdenkens seine Vorgeschichte und seine Nachwirkung in Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS - Zeit J.C.B. Mohr Paul Siebeck Tübingen 199 S. 177.

79 Carl Schmitt über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg 193 .

80 R. Bechert Deutsche Rechtsgeschichte Leipzig 193 .

贯穿 终 史观除 调 贫乏 之外 排斥性 “ 黑白” 逻辑设
何 思 “ ” 关键词 缩基 同 剥夺 人
观 之 共同 精神 据此 “ ” 唯 共同 人格 代 者 能
此外 “ ” “真” Wirklichkeit 量 供 种 暗 乎 何 “
”保持 距 智 精神 虚假 而 毫 此纳粹 史
临 需 那就 如何 之 宗教 对此 赖厄斯
Johann von Leers 共同 精神 同 宗教 符 性 “此
秩序” Daseinsordnung 族 觉性 Volksbewusstsein 内 而 像教 那样
教 权威 诫命⁸¹ 味着 基 教 当 人 联系 精神 仰
然而 赖厄斯 悉 痕迹 性 径十分 此 管
纳粹 打着 旗帜 竭 攻击既 秩序 历史基础 但 对 融入德语思 统
分析哲 仍然 赖性
除 迎 纳粹 态 理 之外 史 者 参 对 教 系 造 “
” 青 代 内 193 下半 担 帝 教 负责人
耳曼 史 埃克哈 推 “ 教 则” juristische Studienordnung⁸² 十分
白 让 术 观念 “德 族 性 族
说说客套话 而 种世界观 价值营造起 精神世界 …… 什么战斗阵 比
”⁸³ 同 12 帝 教 柏 召 170 参加 埃克哈
持人 排斥 人 异 宣 造 教 计 “教 则” “
” 造密 谓 “ 真 ” Rechtswahrer⁸ 校 教 基
针 埃克哈 束 调 私 之 分 人 造 理 只归 旧
历史 此 校 堂 摆脱陈旧概念 逻辑 束缚 去 真 秩
序 埃克哈 陈词 周之 就 教 如此 德
教 史 前 未 § 值 19 世纪 鲁 代 德 教 经 百
淀 渐 基 固 术 保持着 密 系 种
背 说 系根 就 教 此 客 者 理
比 造 教 深远 私 例 193₃ 之前 校 围绕着德 设 诸
如 则 债 程 而代之 系 密 系 程 例如
庭 Familie 同 Vertrag und Unrecht 金钱 Ware und Geld 庭继 Familienerbe
⁸⁶ 程 充满 既 味 原 私 程 占据 位 “
则”对 修习私 精神引 而 程 系 造 对象 则 贯彻

81

的“个人主义”思想得到中化的一其是也
得到清算 国民法 第1 关于个 利 力的规范 在课堂中 替换成了这 的 法律
体是民族 体 民族 体 是 意 血 的 成⁸⁷ 相应地 利平等的 个
于特定 体的身份所取 这些批 民法 的 出现在 法科学 第一学 的课
中 其中“ ”这门课 的地 重要 作为 个 本 的重要替 作一个
的 血缘 和 体思 形成的一 事实上的具体 视 这门课也 到 利的
并 是 民法 以 的 作为出发点 是从一个 的出身以及他 的特定 族
展开讲 利 并 从一开 个 定

纳 代与当下 联性 任何试 价者 必须背负起沉 历 责任 既 直 彻
状态之下 投 当代 生活 映像 又 辞 尽 避免被误
纳 义招魂 然而 某种意义 与前两条路径 比 足 当下 观 价反而 最
因 当代 - 领域 常 “客观” 居 原或 追溯
逃离 观 价 先 引 此外 料 承载 证据之 悟 因而 能居 次
助 位 界 能否就 段历

耳曼-德 罗马 " " 针
 罗马 击 候 首 冲 异 侵 历
 试 础 归 耳曼-德 享 纳 想
 致 历 寻 萨 尼 艾 霍
 19 世纪 20 世纪
 联 德 除 纳 留 宣 符号
 旗 徽 谨慎 封闭
 20 世纪 60 联 德 登 舞 随 系
 系 致 系 紧 享 " 下
 " 历 纳 迥 异 谈 久
 历 沿 书 初 版 讲 " 今
 教授哈腾 Hans Hattenhauer 居 良 础
 天 想 画 材 终 只 想
 今 马 克 拼 凑 试 设想 神 只 想
 置 找 只 历 Geschichtlichkeit 只 宣 借
 比 萨 尼 " 罗马 系" 纳 哈腾
 " " 装 比 想 管 遭
 历 贯穿 19 世纪 20 世纪 德
 " 纳 " " 条 殊 历
 " 斥 条 唯 纳
 " 鉴 才 浮
 另 纳 " 系 " 98
 管 德 纳 遭 除 系 致 德
 德 教 架 试 克 恢
 " 楼 " 另 真 街 抨 击 系 乃 座 德
 赋

97 Hans Hattenhauer Europäische Rechtsgeschichte C. F. Müller Verlag Heidelberg 1992 S. VIII.

98 纳 德 1938 6 6 Ehegesetz 1938 7 31 嘱 1939
 7 失踪 德 19 0 12 21 船舶 条
 Durchführungsverordnung zum Schifffrechtsgesetz 础 " 册船舶 " 1 Das BGB im Nationalsozialismus Buch
 1. Allgemeiner Teil Einleitung Münchener Kommentar zum BGB 7. Aufl. 2015 .

义的鼓吹¹⁰³ 以从索贝勒莫所关的共法便粹法史学以抗
 国法的意志共法的意大利然共法一研究因为端时的思
 渊源有所牵连便贴了法西斯的标签从去了在的法实贝勒莫时的多欧
 洲法史学意识共法于欧洲盟法其于欧洲一法进的重大意义
 意大利的共法在国有置于法化截然立的科殷 Helmut Coing 共
 法研究在国的扛旗 1967年 为马斯-朗欧洲法史研究中所的科殷了名
 为共法 ius commune 的欧洲法史杂志吸欧洲的法学和法史学一新兴的研
 究他在发刊中指出共法一在新时具有任族国的其义
 等¹⁰⁴于欧洲法史¹⁰⁵于粹时¹⁰⁶意识形化的共法了限科殷来在
 一次演讲中共法潜于欧洲盟法的法理和学术源正潜于国法
 的潘顿体系一因有实法出现漏洞的时候共法有法实所
¹⁰⁷以出一个图共法实法间的矛盾进行和的思和的
 旧国法最谥的教义学即以大多数学的共识为缺乏管辖威的法争
 因体系化然的目标难发现贝勒莫图的共法在欧洲历史中的形在
 着的距管任人会意见感头疼然在认识的歧
 构成了欧洲法化的多元特

进²¹ 国法史学于欧洲法的“历史化” historicization 怀有度的觉
 多学“欧洲”一的实体化出了学术纯粹的质疑¹⁰⁶因于哈腾豪尔所
 出的欧洲的“历史”的题其的题选择按贝勒莫按科殷的思
 去理共法究一个得释的题“疑欧”中有影响的判
 理例马斯-朗欧洲法史研究中的现任所杜威教授所倡的“纠缠 Entangle-
 ments 史”图于欧洲法以¹⁰⁸的“历史”作全¹⁰⁹于的从“去中
 化”的度出发把欧洲在全球史的视野进行其强非欧洲质的法化于欧洲法
 的“历史”的塑成作用以便欧洲中的历史义所携的质义特质¹⁰⁷的
 有意义的杜威¹¹⁰用法史在法学中树立一个新的体的思以新偶
 射的巨大阴影从发关联的¹¹¹法化的互关系纠缠中理“历史
 ”的¹¹²一方面保了法史法现实间的关一方面法史从历史义的
 “连”的束缚中了出来具体来杜威人意法史学的盲区例人¹¹³
 认为殖的法制度和化由国方输形成的国为了

103 ius commune in Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Lfg1. hrsg. von Albrecht Cordes Heiner Lück Erich Schmidt Verlag Berlin 2011 S. 103 - 1036.

10 Helmut Coing Die europäische Privatrechtsgeschichte der neueren Zeit als einheitliches Forschungsgebiet in Ius Commune 1 1967 S. 1.

10 Helmut Coing The Sources and Characteristics of the Ius Commune 19 3 The Comparative and International Law Journal of Southern Africa 89 1986 .

106 “欧洲”的质疑²¹ 学的早在战时法史学有一非的学出了的点
 奥¹¹⁴学科尔 Koschaker 他在1977年出欧洲史“新萨尼亚”的体现西班牙学奥尔 Alvaro D' Ors 认为有的欧洲史于“日耳曼化”在¹¹⁵督教史的¹¹⁶重建欧洲史

107 Thomas Duve European Legal History - Concepts Methods Challenges in Entanglements in Legal History Conceptual Approaches Global Perspectives on Legal History Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication Frankfurt am Main pp. 29 - 61.

达好的理效果 必须对殖 原 的秩序状态保持较大程度的容忍和退让 而且可能对自 的法 制度和 做 修正和调整 再例如 如果放 全球视野下观察 近代马德里与墨西哥 马尼拉之 系的近密程度远远超 马德里与同 欧陆的梅尔斯堡¹⁰⁸ 因而对 西班牙法 制度与 的探讨 当局 欧洲的 围之内 近代欧洲 碎的 当得 充分的正视 似乎 暗 着 被赋予精神气质的“欧洲”作 的概念 虚构的 而且很可能 得住脚的虚构 如果 立场 那么对 共同法历史的追寻 就显得 那么重 了 由 理 的开放性和 颖性 近十年来 全球 围内越来越 的欧洲法 史学者开始加入 阵营 或至少受 阵营的观念的 分影响¹⁰⁹ 可能导致 统的法 史学与比较法学 未曾 的深度 开始发生结合 然而 以“纠缠态史观” 代表的后 代法 史学似乎从 开始就迈 了太 大的步子 因 它 没 太 把欧洲盟 法的因素考虑 内 因此 它究竟能否压倒哈腾豪尔的宣言 架 法典 和共同法之 经久的辩 成 法 史学界的共识 以 能否 欧洲法的 领域带来价值和 法的 的变 仍 待 的考验 毕竟 如果法 史的理 法对法 产生 历史意义的“效果” 只能止步 艰深学说的层面 对 欧洲法 史 思维的展望 再属 讨论 的 围了

The Origin Change and Influence of German Legal Historiography during the Nazi Period

Gao Yangguang

Abstract German jurisprudence had experienced a comprehensive and systematic process of historicization during the Nazi period namely the *Rechtserneuerung* movement. Its basic character was to replace the traditional method of Roman law behind the legal reality with the political imagination of Nordic German tradition. Legal history had played a vital role in the process of this transformation. The scholars who occupied the academic authorities had actively participated in the process of value re-assessment and methodological reconstruction built a set of critical theory which was strongly against the legal positivism. The theory was mixed with the ideology of Nazi which was ignored after a long period of time for scholars after World War II. However the critical essence of the theory still existed with another form in contemporary Germany and the EU's political thought and legal practice.

Keywords Nazi legal history historicization continuity subjective right

责任编辑 刘 馨

108 Hespanha *Uncommon Laws Laws in the extreme peripheries of an early modern Empire* in *Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte Germanistische Abteilung* 130 pp. 180 - 2 0.

109 同学者对 反 统的研究思路 着 自 同的表述 如“跨国法” transnational law “全球法” global legal pluralism “混合” regulatory hybridization Thomas Duve *Introductory Remarks* in *Entanglements in Legal History Conceptual Approaches Global Perspectives on Legal History* Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication Frankfurt am Main p. 3.

金融 报者 和 报复保护法律制度研究

——以美国萨班斯法和多德-弗兰克法为 心

马 一*

摘 要 金融违法违规行 为其固有的复杂性和 蔽性 对其的有效发现一直都是世界性难题 美国学界研 究

移 业甚 镇 避免骚扰 专 调查 举 证券违
 最 因 系 排斥 丢 业
 负 碑 就业损 坏 业
 尽管 举 者 奖励 激励举 者 1996 200 美
 业 诈骗 件 216 例 嫌舞弊 安然 HealthSouth 知名 业
 违 资产 7.5 美 健康医疗 1% 欺诈由举 者举
 购 1% 欺诈 由举 者举 而 216 证券欺诈 例 26 件 市 举
 18.3% 从而排名 专 2 件 16.9% 22 件 1.5% 业管理 构
 业 20 件 1.1% 16 件 11.3% 美 证券交 委 简称"美
 证交 " 10 7% 名倒 5 激励 举 者 举 性 性
 性由 见 理

T8867 TD (Ø)Tj#.257143 Tm 2



美 举 者激励 保 源起

一 源起英格兰 美国" 举报者分享" 立法的起源

激励举 者而 举 者 历史 追 - - . 5 5 3

β 2 5

下套 逼迫他~~夏~~协⁹ ~~李~~ 起诉通用汽车公司

华尔街和国会几乎前所未有的关注。高薪的管理层是欺骗者，但公司员工、投资者和退休人员是这种欺骗事件的主要受害者。他们在公司的欺骗行为和公司最终的崩溃中，受了巨大的损失。这显然是非常不公平的。

国会对这些债券欺诈问题的调查显示，这些公司的一些员工就发现了问题所在，但这些员工并没有告发。最终，欺诈行为导致企业毁灭。然而，由于对举报者的法律保护不足，这些雇员往往不保护自己的职业生涯。当时，揭露公司舞弊的员工很少，以至于公司内部人员冒着自己的职业生涯风险进行举报。2002年的时代，为“吹哨人”和时代英雄¹²。为应对来自公众的提议，美国国会采取行动。2002年，颁布了《公众公司会计改革和投资者保护法》（Sarbanes-Oxley Act），俗称“萨班斯-奥克斯利法”，以下称为“萨班斯法”。为举报公司欺诈的公司员工提供全面的法律保护。该法在打破企业员工沉默的“公司”方面，为举报者以

2. 举报者保护立法不保护直接向媒体爆料的员工

报 向 邦 机 执 法 机 向 国 会 的 成 会 提 信 息 才 得 到 萨 班 斯 法 不 向 媒 体 爆 的 报 为 果 工 向 媒 体 爆 许 多 信 息 是 实 的 会 引 公 开 易 公 的 巨 大 震 动 这 行 为 认 为 是 “ 不 ” 的 美 国 也 存 在 相 点 的 他 认 为 这 些 报 和 其 他 报 一 是 的 是 立 法 并 有 采 纳 这 点

四 行政申诉与反报复民事 权 对 举 报 者 的 保 护

萨 班 斯 法 禁 公 报 进 行 报 复 中 体 现 在 第 806 中 规 定 的 报 复 款 采 了 特 的 双 轨 道 执 法 制 度 公 的 报 以 向 职 全 和 会 Occupational Safety & Health Administration 即 OSHA 进 行 行 政 投 诉 会 会 出 进 行 并 出 具 果 果 行 政 投 诉 的 180 天 会 有 出 果 这 的 并 不 是 于 申 请 不 信 的 行 为 致 的 萨 班 斯 法 允 许 申 诉 向 邦 法 院 诉 萨 班 斯 法 规 定 在 这 情 况 无 论 金 额 大 小 报 都 有 在 的 邦 地 法 院 提 “ 重 新 审 诉 讼 ” 这 使 得 邦 法 院 体 以 报 解 决 了 职 全 和 会 行 政 投 诉 有 时 要 几 年 时 间 的 弊 端 OSHA 向 邦 地 法 庭 提 过 动 认 为 这 个 级 的 国 力 在 进 行 一 个 的 审 国 威 是 一 个 损 是 邦 法 院 坚 在 萨 班 斯 法 超 过 180 天 即 的 规 定 认 为 在 邦 法 院 体 介 行 政 体 已 得 到 了 的 时 间 解 决 果 解 决 邦 法 院 以 进 行 全 新 的 到 尾 的 法 审 于 OSHA

及时地 报 这 双 轨 道 也 是 一 改 进

截 2007 年 学 研 究 萨 班 斯 法 报 向 OSHA 提 的 申 诉 361 个 只 有 13 个 胜 利 换 在 OSHA 的 申 诉 仅 3.6% 的 成 率¹⁶ 2007 年 2011 年 12 月 31 日 间 只 有 多 在 OSHA 的 申 诉 得 成 萨 班 斯 法 效 2011 年 1260 的 OSHA 申 诉 中 仅 有 1.8% 的 胜 率 OSHA 报 的 体 失 有 以 1 萨 班 斯 法 告 的 还 是 比 倾 斜 的 是 OSHA 并 有 恰 的 运 2 OSHA 手 不 申 诉 太 多 3 OSHA 是 劳 动 关 的 政 府 部 门 于 金 融 的 复 其 不 等¹⁷ 邦 法 院 的 民 事 索 赔 报 来 是 不 的

萨 班 斯 法 告 和 告 规 定 了 不 的 在 大 多 数 民 事 诉 讼 中 告 和 告 他 的 是 于 “ ” 的 即 法 陪 审 发 现 一 方 的 比 另 一 方 的 更 是 真 的 在 萨 班 斯 法 中 于 告 地 的 报 只 于 相 轻 的 “ ” 相 告 通 过 “ 清 和 有 服 力 的 ” 来 他 有 告 进 行 报 复 这 是 一 个 比 “ ” 准 更 重 的 担 有 到 “ 除 怀 ” 这 一 在 刑 事 中 使 的 准 是 无 要 告 自 己 有 实 施 报 复 行 为 的 要 是 的 以 Welch 为 告 是 一 小 银 行 的 首 席 务 他 告 发 了 潜 在

¹⁵ The court examined whether it could ignore the plain meaning of the statutory language and stated this should be done only if the language is ambiguous there is clear evidence of contrary legislative intent or it would lead to an absurd result. The first two did not apply and it used the absurd result standard. The court presumed that Congress passed the statute as a spur to the DOL to give timely relief to SOX plaintiffs. It found no reason to penalize the plaintiff for what may be an unrealistic timetable imposed by Congress. *Hanna v. WCI Communities Inc.* 38 F. Supp. 2d 1322 1329 S.D. Fla. 2007 .

¹⁶ Richard E. Moberly *Unfulfilled Expectations An Empirical Analysis of Why Sarbanes - Oxley Whistleblowers Rarely Win* 9 1 Wm. & Mary L. Rev. 67 2007 .

¹⁷ Richard Moberly *Sarbanes - Oxley's Whistleblower Provisions Ten Years Later* 6 S.C. L. Rev. 1 2012 Terry Morehead Dwor- kin *SOX and Whistle blowing* 10 Mich. L. Rev. 177 176 - 6 2007 Valerie Watnick *Whistleblower Protections under the Sarbanes - Oxley Act A Primer and a Critique* 12 Fordham J. Corp. & Fin. L. 831 833 2007 .

金融诈骗 担忧 说除非 师 场 否 拒 - 该 谈 疑虑 终止
官裁 证据占 真诚 - 件 而被
令人 证据证 配合 调查 就终止 因¹⁸
班斯 义 职 降职 停职 威胁 骚扰 或 任 歧视举 者
义 较之 严格 因 双 给 举 者 双
高 别 保障 班斯 金融举 者 权 保护 系性

五 萨班斯法将报复举报者行为责任刑事化

班斯 市 承 分 代理 止
举 嫌舞弊或 违 班斯 举 者保护 交易 但
把 责任 严格 ——如果 责任人就需 承担 责任 班斯
人 供 该 真 或任 构 联邦罪 任 真
任 人 知而故意 采 任 举 人 害 举 人 合 就 或生
干扰 将被处 罚款或 超 10 监 或者 者 罚¹⁹

六 201 年美国法院对萨班斯法适用范围的扩展——公开交易公司合同相对方的员工

201 3 美 最高 Lawson v. FMR LLC 裁 班斯 806 止
举 者 用 交易 而且 交易 承 分
受 班斯 保护 扩 该 盖
如 森 Lawson 私人 FMR LLC 该私人 交易
共 基金 供顾 森 共 基金 受 FMR LLC
最高 班斯 反 止 狭义 理 用 市
森 私人承 用 班斯 举 者反 但最高
义 释 供 私人合 受 班斯 反
条款 保护 最高 分 806 史 安然丑 产生 安然 名
师 试图 最高 史分
安然 件 安然 件 允 市 合 获 班
斯 保护 越 专 人 参 市 欺诈 受 越 止 最高 意见
师 投资顾 受 班斯 保护 裁 扩
举 者

德-弗兰克 金融举 者激励 保护

2008 2009 金融 纳德· 夫 庞氏骗局 代 诸 丑 露
金融监管 系 薄弱 金融市场 崩溃 浇油 衍生品专 Harry Markopolos 撰写 严厉
证词 证 从 2000 2008 5 次写 警 夫 但 置之
理²⁰ 美 证交 举 处理 最终导致丑 件 生 质疑 美 证交 非

18 Welch v. Cardinal Bankshares Corp. 2003 - SOX - 1/3 1/3 ALJ Jan. 28 200 .

19 Sarbanes - Oxley Act of 2002.

20 Harry M. Markopolos CFA Was the 2002 - 2003 President of the Boston Security Analysts Society. Past Presidents Boston Sec. Anal- ysis Soc. http://www.bsas.org/BSAS_About/AO3.asp.

常尴尬²¹ 这些事件促成了大萧条以来 重要的金融改 国会 到美国的部分 管 构 包括
美国 会 规检 公 OCIE

力度的²⁷

二 多德-弗兰克法对举报者“良性信息”的规定

关于提 哪些信息的举报 以 资格取得 奖励 多 -弗兰克法规 21f- b 规定 1 “始信息”来自举报 “独立的知识” “独立 ” 2 举报 是信息的源头 美国证交会 得 信息的其他来源 3 不 全是来源于 法 行政听证的指控 政府报告 听证 审 查 新闻 体 在多 -弗兰克法颁 日 第一 提 给美国证交会 多 -弗兰克法定义的“独立的知 识”是“举报 知悉的 不是从公开渠道 得的 实的信息” “独立 ” 意味 举报 的“自己的 思 评 结果 揭示了一般不知道 公众不 出来的信息”

三 多德-弗兰克法的反 复规定

多 -弗兰克法规定举报 取 取 金的时候 明确自己的身份 第922 甚 允许 诈骗的 工免于被追究 任 以使其 顾 忧和潜在 惧 时 法 企业 果 取报复措施 承 严重的 果 通过消除报复的 惧和相关的 面影响 多 -弗兰克法确 了 举报 更容易举报 不 报复 果 举报 因为 举报 被雇主 止工作 法规定 给 举报 复 职 时解雇的 间 要 奖励其双倍工资 并报销其律师费用 多 -弗兰克法还为 举报 延 长了诉讼时效 从 报复发生 日 算 反报复索赔六年 都 以提²⁸

四 多德-弗兰克法中的具体 机制

1. 建立专门的举报者办公室 OWB 及汇报机制

多 -弗兰克法第92 d 要求美国证交会在 会 部建立一个单独的举报 办公室 Office of the Whistleblower 以 简称 OWB 门 举报 事务 办公室的使命是 力 举报 事务 帮助美国证交会识别和 止 欺诈 从 强法律的执行 从早 少投资 的损 为确 举报 金 的及时支付 国会 立了一个单独的 金——投资 金 符合法律规定的举报 的 金 从 金中支付²⁹

在 201 财年 为了增 索赔的透明度 美国证交会创建了一个单独的网³⁰ 所 最 由美国证 交会发出的 奖励 绝 奖励都在 以裁定的形式发³¹ OWB 的网站还包 一个链接到执行财务 报告和审 小组的网 其 的是让 举报 识别和 诉违反证券法等 的财务报告和审 作假行 为 为 举报 提 正在控诉的 本 使得 举报 知悉什 的东西 以 举报及 控诉

2. OWB 建立举报者专线并对举报者身份保密

2011 年 5 月 OWB 创建 举报热线 来回 应 来自 举报 的问题 热线由 执法 在 2 小时 回复 在 201 年 办公室 回访了 过 2731 个 这些 大都涉及 到来 应 提交 线索 以 得 奖励 除了 通过 热线 举报 沟通 办公室 还 提交 额 的信息 提示 举报 定 交流 作为 举报 交流的 纽带 OWB 还为 工 组织 培训 门 应 和 强 举报 的 沟通 力 培训 课 包括 多 -弗兰克法 主动告知 工 关 会的 限 以及 击 报复 举报 的 执法 行动 201 年 6 月 16 日

27 Dodd - Frank Act Pub. L. No. 111 - 203 12 Star. 1376 1376 2010 see also Henry Klehm III et al. *Securities Enforcement Has Crossed the Border Regulation Authorities Respond to the Financial Crisis with a Call for Greater International Cooperation but Where Will That Lead* 13 U. Pa. J. Bus. L. 927 936 2011 .

28 Bruce Carton *Pitfalls Emerge in Dodd - Frank Bounty Provision* Compliance Week 22 22 Oct. 2010 .

29 U. S. Sec. & Exch. Comm' n *Implementing the Dodd - Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* [http //www. sec. gov/ spotlight/ dodd - frank. shtml](http://www.sec.gov/spotlight/dodd-frank.shtml).

30 [https //www. sec. gov/about/offices/owb/owb - final - orders. shtml](https://www.sec.gov/about/offices/owb/owb-final-orders.shtml).

31 [https //www. sec. gov/rules/other/2016/3 - 7802 . pdf](https://www.sec.gov/rules/other/2016/3-7802.pdf).

美

席

美

佣

美

厉

美

索

辨

Tips Complaints

and Referrals Intake and Resolution System

TCR System

TCR System

TCR System

跟

2011

美

美

2011

33

2012

3001

2013

3238

201

3620

货币奖励将 举 容 诱人 -弗兰 供货币奖励给举 者 赏 经
 始产生比 举 者 该 几 咨询举 者 急剧
 升³⁸ 去 几 被判 欺诈罪 举 者 保 强 割
 被迫 或监管 构支付 百 美 由 举 者收 丰 人 参 举
 最近 历史处 比 增幅巨 美 证交 近 几 巨额 8
 美 西 5 7 00 美 KBR 1 8 00 美 戴姆勒 举 者
 强 理监管 另 增强 噢 反欺诈意识——

报人奖	报人保护
<p>第1条 报奖限于报下列法规行为的实报</p> <p>一 内幕交易或未公开信息易</p> <p>二 操纵券期货</p> <p>三 信息披露法规</p> <p>四 欺诈发行券</p> <p>第5条 报事实清楚 索明确 经调 实 已依法作出行政处罚且罚没款金额在10万元以上的 按罚没款金额的1%对 报人进行奖 已依法 送司法机关后作出 效的有罪 决的 酌情 予奖 奖 金额不超过10万元 对于 报在全国有重大 或涉案数额巨大的案件 索 经调 实的 奖 金额不受前款规定的限制 但 不超过 30万元</p>	<p>第二十一条 打击报 复 报人 或利 报 捏造事实 伪 造 据 诬告陷 他 人的 依法 担法律 责</p>

以上规定可以看出我国对金融 报人的奖 仅限于对四种 法行为的实 报 奖 范围 格受限 众多的其他类 的金融 法行为 无论其危 性多大都无 得到奖 金融 报的奖 绝大部分在10万以下 这个数额同 报人有可能面对的一系列报复相比 重偏低 报成本异常 昂 这也就 重抑制了潜在 报人的 报积极性 在 报人保护方面 也仅仅只有一条宣示性规定 没有 何有力的保护措施 更不要奢望系统的保护制度和体系 报复保护的缺位也使得金融 报人望而 步 报人奖 和 报复保护这些重要制度的欠缺 致我国金融 报机制低效 甚至无效

关于该制度具体实施的统计数据 笔者未能 阅到 方数据 笔者 阅到的 新的 公开的新闻 报道也是两年前的数据 即截至201 年7月13日 报中心 到各类 报 9 件 其中网络 报 00 件 信函 报 2 件 电话 报 66 件 来 报 件 其中 上 公司信息披露 内部 易 操纵 欺诈发行 法规事项分 是 7 件 3 件 5 件 2 件 70%的 报并不 于 报范围² 而关于 报奖 的数据 笔者 公开 尚未 找到 何有关信息

五 金融 报者制度下中美 券 管机构执法现 之比较

如前文所 我国和美国有着各自的 报者保护和 制度 那么该制度之下中美在金融 法行为的发现机制和发现效果 执法力度 执法效果 案件类 等的比较也就有其必要性

2013 年我国 会新 立案 190 件 在 案件 79 起 案 13 起 201 年 会立案 20 件 在 案件 66 起 案 217 件 201 年度 会系统共受理 法规有效 索 723 件 较 201 年 明显 新 立案案件共计 35 件 同比 68%³

证监会近 执 汇总

年份	新 立案	在 案件	案件
2013	190	79	13
201	20	66	217
201	35	77	33

2 会 报中心 到各类 报 9 件 70%的材 不 于稽 案件的调 事项 中 网 http://www.cs.com.cn/sylm/jsbd/20107/t2010718_52378.html 2016 年 8 月 23 日 问

3 参见 中国 会 201 年稽 执法情况通报 http://www.cs.gov.cn/pub/newsite/jcj/gzdt/201601/t20160122_290097.html

案件类型结构 我们以2015年国证监'全年案件分析对2015年1月至12月证监'对内幕交易未公开信息交易立案调查共计8起对例持立案调查53起对信息披露违证券期货构违违立案调查共计61起18%同比增长53%对纵市场案件立案调查共计71起案件量创下近年来高达21%同比增长373%中又以信息纵滥用程序交纵滥用资券纵型纵案件重对非经证券业非咨询立案调查2件次将编播虚信息证券公司板违开私募基违违类型案件人视野2015年立案案件类型结构见下图

2015 证监会 类 结构

案由	案件 量	例
内幕交 老鼠仓	8	2%
纵市场	71	21%
违 信息披露	61	18%
例持	53	15%
板违 开	27	8%
非 经 和咨询	2	7%
编 虚 信息	13	%
私募违 违		

者奖 保 致 件 巨 额 件 获 处 索 1 缺 乏 调 小
额 幕 易 获 致 件 巨 额 件 获 处 索 1 缺 乏 调 小
1 者 保 致 件 巨 额 件 获 处 索 1 缺 乏 调 小
额 幕 易 获 致 件 巨 额 件 获 处 索 1 缺 乏 调 小

假 证券公 为 资产重组或处置 关联交易 大股东占款 形担保 损害小股东 违法违
 为 得 法者的足 重视 违法成 获 巨大导致 违法 为频出 而 侵
 害散 、 最严重的 为 状 任 件 其 由 件 型 只 违
 法违 为 理 纵、 举报奖励 而 所区别

. 及时公开处罚进程和处罚结果

美国证交会 处罚进程 以 公开 法的导 非 强 其“ 举报者 求奖金 ”
 允 所 处罚 贡献的举报者 举报者 一个 其 互 知 几个 交自 的 求
 最终由美国证交会在 3 个月的 给 个举报者 少奖励⁹ 果 举报者 认为自
 的举报“ 件处罚 贡献” 以 美国证交会 美国证交会同作出最终裁 判
 该“ 举报 否 ”⁵⁰ 做法 得 国借鉴和引

综 作为金融市场违法 为重 发现 制的金融举报人制度 在 国 良好的立法和制度
 保障 金融举报人 得 良好的激励和保 因 国证监会 就缺失了一个 关重 的 件发
 现 制和 随 就缺失了一个 金融违法犯罪的 效武器 法效果差 就势所 然 建立
 一个强 的 健全的举报者保 系 中国金融市场的健康发展意义重大 虽然中美 差
 异导致 举报者保 一 但 美国 萨班斯法和 德-弗兰克法全面 了 金融举报者的保
 施和保 度 用 5 年的 从 高了举报者的举报质 大了 举报者的奖励和保
 度 最终 得美国证券监管 法 畅 效的运 视 一宝贵经验

Research on the Legal System of Incentives and Anti-retaliation Protection of Financial Whistleblower From the Aspect of SOX and Dodd-Frank Act

Ma Yi

Abstract Because of its inherent complexity and concealment financial illegal behavior has always been a worldwide problem. The research shows that the financial whistleblower plays the most important role in the discovery of company illegal behavior. From the SOX to Dodd - Frank Act The United States has been constructed and upgraded its legal system of incentives and anti - retaliation protection of financial whistleblower. The absence of incentives and anti - retaliation protection has reduced the legal system of financial whistleblower in China. It results in the weakness of financial illegal discovery mechanism and law enforcement and also indulges China's various financial chaos. In the context of this background it is urgent to construct and improve the financial whistleblower incentives and anti - retaliation System in our country.

Keywords financial whistleblower incentives and anti - retaliation protection SOX Dodd - Frank Act

辑 倪鑫煜

⁹ Claim an Award Whistleblower [https //www. sec. gov/about/offices/owb/owb - awards. shtml](https://www.sec.gov/about/offices/owb/owb-awards.shtml).

⁵⁰ Final Orders Whistleblower [https //www. sec. gov/about/offices/owb/owb - final - orders. shtml](https://www.sec.gov/about/offices/owb/owb-final-orders.shtml).

国宪制设计的庞德 案安 与 的

陈范宏*

摘要 近代中国政潮汹涌 立宪频仍 实验了欧美成功宪制的诸多范例 然未尝胜绩 国民政府根据孙中山博稽中外的五权宪法理论 绍承清季以来的立宪之路 美国法儒庞德此时应邀来华 试图以宪法文本的解释与适用取代政治道德 政治权势之变来实现宪法的制度化 其将三民主义解读为国族统一 私权保障与服务国家 服务国家对应孙文之万能政府 而私权保障则暗合孙文所谓“听人民的话” 庞德借助这一契合重构民国宪制 从而导向其以盎格鲁美国宪政民主模式为底本 因应服务国家中社会安全与个体自由平衡之需要的司法中心模式 具体而言之 即强势且独立的司法权 弱势立法权 必要而节制的行政扩权这一服务国家理念下维持文明生活方式不易的宪制方案

关键词 庞德 司法中心 三民主义 司法审查 服务国家

一 序说 宪的坎坷

政潮汹涌 宪 仍的近代中国 宪 权夺 之外衣 嬗之快 人咋舌¹ 几乎 尝试 欧美既 功政 的 选 君 制虚君 宪 统制 内阁制 甚至 开发 混 政 半 统制² 近代 宪 可谓坎坷 围绕政 量的“你 唱罢 登 ” 宪制设计 之曲折 终 落 失 窠臼 19 6 国宪 促 孤悬 岛 小锅小灶 适 至 今 者尝谓 季 国县一 之宪 几 专³ 宪政 经 观之 言 虚 但 纸 宪 未能落 宪政 能抹杀制宪 贤“参考古今 稽中外”的智 贡献与宪 观古 鉴今 政精英 探索近代 宪“屡战屡 ”之 缘 对 宪政未能肇 中国之分析 条 索一 检讨制度 宪制 的选择 键 种制度的 迭 乃赋予宪 能 受之 宪政 此 宪失 宪制的 当选择 辞 咎 思

* 暨 权 讲师 士 系国家 基金 般 目“罗马 与中国 典 5 BFX10 ”的阶 段性 果

1 近代中国 晚 宪 迄 京国 政府 共 十 宪 件 钦 宪 宪 信条 中华 国临 政府 中华 国临 中华 国宪 草案 国 中华 国 中华帝国宪 案 中华 国宪 草案 宪草 中华 国宪 草案 安福宪 中华 国宪 曹锟宪 中华 国宪 案 国宪草案 训政 领 中华 国 草案 中华 国训政 期 中华 国宪 草案 宪草 中华 国宪 草案修 草案 期 宪 草 中华 国宪 草案 政协宪草 中华 国宪

2 比较典 的半 统制 完 一 混 政 的 1913 “天坛宪草”半 统制 基 19 6 国宪 参见聂鑫 近代中国宪制的发 载 中国 201 6 期 202 页

3 参见 千帆 宪 版 200 版 87 页 参见 泉 天坛宪 草案 与 初宪政选择的失 载 开 代 2003 5 期 3 3 2 页

值 诚然 时移 易 但清末民国时期“富强宪法”的理念 掣肘宪政在地化之诸因素似乎换装重现 庞 提供了一个在保持既有文本基本不易 策略性_注 释重置宪政设计 进而通过法学家 法官之 解读与适用注入宪政基本元素 着眼将来宪制发展的方案 不 为宪法文本革命之外的一个平稳选 择 虽然 从实践成果观之 庞 给中国指明的宪政之道未能落实而夭折 充其量在台 仍有少许遗 韵 然而 以史为 回 历史上未实现之可能选项 或许能发掘出裨益当下的养分

职是之故 笔者拟以庞 对民国宪制的解读与重构为线索 开示其社会学法理学话 勾勒出的中国 特色宪制 即以美国宪政民主模式为底本 因应服务国家 service - state ¹³ 社会安全与个体自由衡平之 需要及对美国模式的批判 立基于权能分配 power - distribution 而非权力分立 power - sepera- tion 的弱势立法权 广泛行政权 独立且强势司法权的司法中心主义宪制方案

二 立宪思 的美国化解读 宪政民主的内核

1928 年 民国十六年 国民政府完成北伐 奠都南京 立法院承 晚清 律以来的法律移植硕 果 展开了中国法制的宏图巨擘 是时 三民主义为建国最高指导准则 宪制建设自不例外 然民族 民权 民生究系所指为何 囿于其本身的模糊性而聚讼盈 ¼ 中~~能~~是国宪法之父张君劢以欧陆概念体 系* 之为民族主义 nationalism 民主 democracy 社会主义 socialism 并申言各派力量侧重不同而 为之解释~~癸~~演绎全全自式建正年建全和年年进开运制六年建全和年年进开为制六势著年全立正年为自年自和式立年

主义的良 解读 国 政传 质契合的工作

庞德为彰显其 中山学说 国化理解的合理 申言 中山本人 其学说 阐释是理解 用三民主义的根本依据²⁶ 从 中山 三民主义的 定 窥知 国式 政诚为其 制设 重要参照 其在阐释民 主义 民生主义时 多以 是从 尤奉 国为尊 将三民主义等 于林 总的 “国 是人民所共有 政治是人民所共管 利益是人民所共享”²⁷ 立论正 庞德 法第1 条 解读契合 无论从“尽 使各规范有效且 调”的法律解释 还是“确保公共安全 增进国民 福 ”的宣示 昭示三民主义 民享 民有 民治共和国的 在 质²⁸

综上以 庞德将三民主义策略 地解读为“国族 一” “ 保障” “服务国 ”三 解读实在差 化民族 民 民生三者位 视民 为核 民族 民生均以 为实现民 为要务 因 在庞德的 中 专注取法 国的 利法 民 才是三民主义解释 正 民族主义所 存 救亡意 完全服务于 保障 增进福 的目的 而不是相反 实现了立 目标非富强而是文 明的生活方式 以民 民生为切 点 经由 国 制模式发展 趋势——“服务国 ” 庞 德 理成 地将 式 政民主的 涵嫁接于三民主义 中 庞德 三民主义的点 奠定了其解 读并重塑中国 制的 础

三 制范例 选项及比 服务国 选择

“服务国 ”的兴起是庞德评 各国 制及修正 国三 立模式的前提 判 传 国 “守 人” 仅提供一般安全 不 服务国 全面 各项福利事业 几乎提供除 魂福利 的所有公共产品 但是 赋 政府以更多的 力来 取更多的公共服务 政府 力的急剧扩张也随 而来 逐 进化为全 国 omnicompetent state 其离专制国 absolute state 也即一 遥²⁹ 甚 由于不利行政扩 以因应时需 制衡 checks and balances 力限制 limited authorities 等 质疑也甚 尘上³⁰ 根据庞德 自由 公平的博弈中服务国 给 制带来 影响主要有以 方面³¹ 首先 传 自由 诸 个人自主自决等 位于一 新的自由 即免于贫困 免于恐惧 的自由 个人自助事业也遭遇社会福利事业更多侵 政府职 得以快速扩张 其次 作为 国 制 特色的 利法 是限制政府行为 确保 从而满足文明社会生活 的设置 且 法 支执行 然而 服务国 开始改 国 利法的 因为服务国 的特征 一即给公众以 慨的 利承诺 法中“消 贫困” “保障休息”等宣称 或根本不是法律规范 抑或无法 现诺言 法开具这 空头支票 其实 伤了整个 制结构 次 宣示 利无法从政治 法律得到满足的 恶果 一即是 法信 的式微 而这是走向独裁国 的关 一 在 服务国 抛出其最大 的卖点 一个强人 超级 袖 以完成制衡机制无法企及的业绩 极 政府 唯有 力的集中方 现 法承诺 甚 倡言 政民主本身就是一 矛盾 因为民主意 着不受制约的多数意志 多数 意志 为唯一主宰者 因 民主的导向是独裁政府而非 政政府 最 服务国 颠覆在道德 经

26 Pound *supra* note 16 at 382.

27 注19引书 第39 页

28 Pound *supra* note 16 at 386-387.

29 See Roscoe Pound *The Rule of Law and the Modern Social Welfare State* 7 Vand. L. Rev. 1 10 19 3-19 .

30 See Roscoe Pound *The Constitution Its Development Adaptability and Future* 23 A. B. A. J. 739 739-7 0 1937 .

31 See Roscoe Pound *Law and Service State Freedom versus Equality* 36 A. B. A. J. 977 977-980 19 0 .

一般福利 本法律 等等 波荡 侵 法中不论主 过的绝 任扩 行
的契约 神也在预 约等 论的冲击 荡 无存 格鲁美国法 行 的国 预主义
contractual dirigism 等等 这些恰是美国 政民主 固的要 32

服务国 不乏 政民主 虞 庞德认为其 不在服务国 本身 复 的工 社会中
于 多事 政府比个 更为便利 更具 力 担 政府 力扩 成为 趋势的情况
重 的是 在服务国 遇 政民主体制于不 33 庞德通过 时比 成 的 制
范 探讨 民众大会制度 瑞 会制囿于中国幅 辽 各地 俗迥异等 国情不 取
国极 非 政民主体制不 学 迄 20 世纪英美 制 为成 的模式 3 庞德 中国固
有国情认为议会制/ 阁制 以 成 庞德唯 制是 中国 作明确 从其
中国 制策略 解读来 行政 立法 法等几乎皆比 美国为修正 论 鉴于美国三 立模
式无法 服务国 求 其 非 政民主的 备 英美 制 核 在 立的 法
立法 行政 胁迫 指 3 庞德提出了 迎 服务国 赋 政府 力 要求 不 于
使 侵 个体自 的 制 修正年和和立年式正趋建立正式开式制自年年为自年自趋和式立年正自自年自趋和式

制 体制

歌立式7

政学(-)Tj /F2014 1 Tf 0 Tr 10.285714 0 0 10.285714 0 -9.257143 T2821.65094m 37.3498.0 TDš56 文四

政法法

政
映美

截然分 39 美 权分 与 与司 摩擦 断 甚至危 整 宪
而 案 能 下次 选 0 此 庞 权 分配 distribution of
powers 代权 分 separation of powers 权 分 理念与 代

诚如表 “宪草”中立权被制性立的畴对政权的制约非常甚至责围内之案条约案重案之亦被国大瓜分正副长委员由国大选举立没任何人权正式宪则图扭转立孱弱的局面先“宪草”界基权变下取消了质询立的次大参与立委员之选举由国大接选举人直接选举以正副长由委员互选的正程度缓了国大对立权的束缚再次用内阁对负责的式政需立负责而且政长经立同意任最后立立对政信任票式对经总统核可交付之案席委员分之以维持者政长接受或辞

尽管制宪者图以“正式内阁”来变立权羸弱的设计然衡计内阁制国家中常的弹劾权倒阁权宪释宪权疆土权违宪查权未置备立较而言仍属弱势立权然而庞对内阁制因素导入而强立权的以然斥之危险倾且表达了对“宪草”对设计的赏⁵但对正式宪强对立权制的庞予以肯如宪立案直接司查需如美国的来启必如“宪草”的得由监察⁶对立权的削弱庞建入美国的司查式个人可以起对立害私权的⁷以立与英国截然同前者后者的全权性与受制之权甚至非国乃自的最裁者由司对立的全程监⁸而且从立委员得兼任官吏之可见总统制痕迹晰当然庞坦诚立权滥用远没政权肆意张来的危害大因此庞思忖国家的宪制安排⁹精集中政权与司权的弈立权对缘甚至将司而非立作⁹的开始⁹

二 怵惕行政权扩张 服务国家所必需

诚如前述庞着国家之兴起人们对安全自由政府能宪政观念不变最卓著者或可推政权的急剧张但立基权分立彼此制约的总统制窒息了政权的张而英国式的内阁制/制可能导的立权专制又教训诸皆因国家功能之履因此重置政权分配与位以“必而危险”的张庞政权设计的基理念庞以中国宪的构建统稳且延续的政府而目标舍安强大的中央集权基此庞对正式宪重纸面而轻国之需以内阁制严重削弱政权的深表隐忧⁵⁰“宪草”与正式宪总统选举任期统帅权荣典权赦免权外交权任免武官员甚入兹将权之表如下

⁵ Pound *supra* note 17 at 227.

⁶ *Id.* at 229 – 230.

⁷ *Id.* at 222.

⁸ Pound *supra* note 16 at 390.

⁹ See Roscoe Pound *Possibilities of Law For World Stability* 1 *Syracuse L. Rev.* 337 3 0 19 9 – 19 0 .

⁵⁰ Pound *supra* note 17 at 228 – 229.

比 容	五五	正式 法
公布法令	法公布法律法令 关 院院长 署	法公布法律法令 行政院长 院长及相关部 会首长 署
戒严解严	法宣布戒严解严	法宣布戒严 立法院通过 追认 立法院得 议决提请解严
紧急命令	行政会议议决 三个月 提交立法院追认	立法院休会 间得 行政院会议议决 一个月提 请立法院追认 立法院不 意 立即失效
行政院组织	任免行政院正 院长 政务 各部会首 长 均 总	行政院长由总 提名 立法院 意任命 院 长 各部首长及政务 由行政院长提请总 任命 行政院 立法院
试院组织	正 院长 國 由总 任命 国民大 会	正 院长 试 由总 提名 监

势

试

截

法的制想道驰⁵⁸
 法试图“ ”中 做全方 恨 为立法院 得英国全 会的
 庞德除 政院 立法院平 的 阁制 其他 制的 评
 体 以肯⁵⁹ 射出庞德 超级 度制 开 度庞德 中
 国 国⁶⁰ 法取 试院 法院组 以⁵
 院 命 在公 法 戒 紧急命 方面 苛的立法院 庞德 制
 政 显 在 政院 的⁶¹ 其指出中国 制的 美国 在
 其超 为 所 政院的 全控制 弭了 超 为 取 政院成
 为真正 政 的 关 政院 “军 ” 为 担 国 大会 的
 门 体现了庞德 以 度制的
 综 所 庞德在 中国 制 政 大 其一 国 催 的 政扩
 其 全 一 政府比 为 的 国势 “ ” 中 胜美国 其
 命 政院 成 法院 试院组 囊中
 显 超出了庞德所谓 国 政扩 的 畴几 庞德中和“ ” 法 认
 的 政院 的 政院 立法院 于 国 大会
 鉴于 在立法 紧急命 盛 认 法 度 超级
 政 的急剧扩 法 立法的 渗 了 国 职 个 自
 的威 踵 来 庞德 狙 “修正式 制” 蜕 为 制的重 留 了 立 势的
 法

三 造 法权 宪制政 的保障

立法 化 政 扩 来 失 昭昭 制政府 为 政 一
 其 政 立法 法 摇了 个 政政府的 庞德坚信 以法 制和
 法 的体制实现了 迁的平⁶² 英美的全 昭 所 个体自 的 中
 法 立于 政 立法 的⁶³ 法治 the rule of law 抵制 僚 超 super-
 man dictatorship 藩篱 国 政扩 制政府 命 庞德开出的
 药方 势 立的 法
 首 法 落实 以 势 法 为 盾 公 介 的 化催 了 制 级
 的 18 世纪 英美法以“ 法 ”⁵ 的 方⁶ 庞德 法 式 其
 一 劝慰式的宣 式 政府 鉴于 扩 的天 劳 矫正
 的方 命 暴 法国 宣 为著 其 法 作为 法 组成 所
 平 法院来 实施 法庭的 来矫正 侵犯 美国

⁵⁸ *Id.* at 227 – 228.

⁵⁹ *Id.* at 19 – 232.

⁶⁰ Pound *supra* note 29 at 21 – 22.

⁶¹ Pound *supra* note 17 at 228.

⁶² Pound *supra* note 30 at 7 2.

⁶³ Pound *supra* note 17 at 206.

⁶ Pound *supra* note 16 at 387.

恣

9

兴

汲汲

沦

忽 让

呢 庞德 唯 兴

壁垒⁶⁶

庞德 赞 智

盎 鲁美

67

备

盾

8

赔

2

皆

德

赋

庭

庭

T (

J T 2 8 T

T

8

庭

1

8

1

2

1

而

8

m

8

CE

6

j

0 4 8

N 0 1 0 2 0 0 2 0 2 3 T

0 4 8 T

J 0 1 0 2 0 0 2 0 2 3

7 0

2 4

8 7

J

0 8

!

美

统亦昭 训练 持且 塑 设 驾驭
经秩序 77
庞德 统领 与 刑 案件
司 受迫 受 控 而 失 允 弊病 78 但
之设 仍 当 权宜选择 俟司 分 完 终将 统 管 79 此 庞德
毫 讳 对 超越 委设 司 溢美 80 庞德 缔 司 之途乃
统 教 当 家风格 异 适 术 如何借鉴美 宪
比棘手 81 此 庞德 操刀 司 心 程 植美 教
程设计 图书 设 教师配备 授 庞德 打造 套美 教 82
能培养 稔 术且 谙 理 家 师 撑司 分
代功能
再次 扩 司 权 护宪 秩序 庞德 宪 美 宪
心 之 83 宪 下 而 找寻宪 真 性功能
谓 终司 控 ultimate judicial control 8 此 横 分权 倘 司 职能
糊 宪 白 终 者 司 纵 分权 央与 权 纠 亦 司
权 酌 何弱 司 权对 志 做 将葬送宪 § 基 此 庞德 设计
司 权之 置性 宪 适

国大会法修正职 备于 法机关 所述 法第2 全面贯彻 义 务国
 的 德即 张法官以 义为 矫正
 综以 德的 法 有凌驾于政府“治” 势甚 有侵 属于国 大会 “政
 ” 虞 谓超级 法 总 务国 蜕为 体制 避免 法 沦为空头支票
 ‘ 限 院关 等 制 机 政因 时势的发展 在 ‘化等 以独立 强
 势的 法 为支撑 德 归 通法中 法 的核 ‘ 于 个 政架 的中
 比立法 行政 更 的平衡 视“ 法中 义” 务国 平衡个 自由 社会
 全以维 生活方式 civilization 的良方

结 认真 待 法

孙中山的 制 想 “造成万 听 的 政府”以成 ‘ 的“新世 ” 其 重视
 国 大会等实现 的 寄 一个高效 强大“全 政府” an all - powerful government
 全 政府 易僭 行政 的 administrative prerogative 甚 独裁 以 其
 思想所 “ “因 全 政府的 求 建了超级总 制 以 “政 ” 制政府 “治 ”
 德思虑所 在 务国 避免 万 政府成为 成为现实 寻觅社会 全 个体自由
 的中道 衡 其从 19 世纪最 的英美 制 义中发掘出 法 独立于立法 行政 进
 以 为轴 结合美国 立的实践 作一 重新 形成以强势 独立 法 为中
 的 制架 德以“ ” “19 6 年 法” 为 础 衡 出修正式美国 制 式 引
 其认为抵制 制的灵丹妙药” 法中 义” 于中国 法中 以强势 法 勒中国 制政府
 constitutional government 的蓝图

德 立 思想 义 追求乃“ 务国 ” 其 美式 政 国族
 一 族 务国 生 以 为 中国 制以 取 美国式的
 立 使行政 得了扩张的法 空间却 在 法 的严 监视 敢 雷池半
 实现了“万 政府” “有效监 ” 的 一 德在评 中国 制重新 行政 立法 法
 时 总 绕削弱立法 慎扩张行政 防止 会 制 行政 制 尽 独立 强势 的法
 塑造成 政 制的最 屏 因 在 德的 立法院 剩 一般 立法的职 即立法院
 倒阁 弹劾 被收归监 院 国 大会 法院 通过 院关 限 纠纷介
 属于行政 立法 务 从行政 的 来看 德 反 因 政府 务 求的行政扩
 关 行政 行使 实 强 法 查的 度介 以 取 立为 础所 勒出的
 弱势立法 广泛行政 强势 独立的 法 制 式 了 务国 行政 以更 的 方
 式介 社会生活的趋势 了 法职 收归法院 通过 法扩 实现法院 行政行为监督的
 级 造

德 历史 化 社会作为 制 石的 素 国历史 以皇 为核 有 立
 制度实践 化 社会更鲜有以 法 制约行政 的 因 即便 末立 以来的法制 化 中
 国引 会 作为 政治 核 从 实践一直 立法 行政 间博弈得

火荼甚有 法作为中 来⁹⁰ 世范来 法机关得 立法机关 行政机
庭抗礼地 在法的 上拥有 职成 的范除国 乎寥寥⁹¹ 庞德
造势 立法的 不 不谓另辟蹊 是在国法 基础上的进一 扩 形成
以法为中 的制 落地于我国不 存在 多室 是庞德通过 脉我国实 及制
发展论 出的 制在地化 骤方法及 行的 颇玩 在服务国 的趋势 议会
不取行政扩 成 为守全自 间的平 法的改造 级成为一个不 的
项于建我国制 庞德方 的大 许在提醒我 “认真 法”及 法 才培养
的重 面法落实为 政通过 法 本的 丰盈 法 化 政 机 实现政治问
题的法 化 行政扩 的 惕等等兹事体大问题 无不以 法的 为要
务 时 世易 庞德所 中国及世 情势丕 政府 力扩 个体自 虞的 政

民法典编纂

论意定的行为

彬*

摘要 代理系整理关系的~~基~~，而代理人~~所~~有的代理~~其~~发生原则法定代理与意定代理而有差异法定代理系依法律的规定而发生意定代理则系透过本人被代理人的授权行为而取得~~基~~于本人

代理权即属之。而法定代理于罗马法初即已存在，其系非基于本人的意思而是出于法律的规定授予代理权的代理。

值得注意的是，意定代理权 *gewillkürte Vertretungsmacht* 的授予，根据私法自治，本人、被代理人依其自由意思于其认为需要的范围内，随时以意思表示其信赖的人，以授使代理人代理本人、被代理人实施法律行为，进而由本人、被代理人承受该法律行为的法律效果。⁵ 依民法法理，如前述，意定代理中本人、被代理人、代理人间存在三部双重关系。一是本人、被代理人、代理人间通有委托、用合、承包、承揽合等基础关系，称为“部关系”。基于等基础关系，代理人有为本人、被代理人、为一定行为的义务。二是本人、被代理人、单独行为的授权关系，称为“部关系”。其使代理人有代理权，代理人实施的行为，本人、被代理人直接发生效力。⁶ 本人、被代理人、代理人间的授权行为“部关系”、其基础关系“部关系”、“关系”是否互为关联抑或各自独立、不相干涉，学理上存在“有因”、“无因”主张。我国现行立法未明示其立场。另，意定代理权授行为的性质、方式、范围、认定瑕疵及其效力，我国现行立法也未明确，抑或虽有关涉但未尽清。有鉴于厘清厘定及释明等问题所具有的积极效用，尤其是关涉到我国民法意定代理授权行为、其基础关系的正确理解、实务运用，故作者尝试之展开研究，并以就教于各位方。

二 意定代理权授行为的性质、方式、范围、认定瑕疵及其效力

一 意定代理权授予行为的性质与我国的应有立场

在现今比较法上，代理权被认为系由委托、用合、承包、承揽及合等事务处理合 *Geschäftsbesorgungvertrag*⁷ 中广泛发生。有疑问的是，代理权系从等事务处理合中直接发生，即只要有事务处理合作为其效果，就然发生代理权，抑或代理权系由事务处理合各自独立的代理权授行为而发生。于现今比较法上的通说认为，应以前者为⁸。易言之，意定代理权系依本人、被代理人、代理人之间的法律行为、代理权授行为而发生。⁹ 而关于该代理权授行为的性质，存在“委托合说”、“无名合 *nicht benannter Vertrag* 说”、“事务处理合说” *Geschäftsbesorgungsvertrag* 及“单独行为说”¹⁰。

于比较代理法上，日本民法的起草者认为，意定代理系由委托合而发生。¹¹ 故日本民法第10条、第111条第2项，明示“依委托而发生代理”。但是，为处理本人、被代理人的事务而订立委托合的情形，并不伴有代理权的授相。

代理权授予的情形则是不 譬如于 包 揽等 同中就大多伴有代理权的授予 此于现今比较法上 通常不认为委托与代理之间存在 关系¹² 而是认为代理权 地 委托 包 揽及 等事务处理 同中发 另外 “无 同说”认为 代理权授予行为系本人 代理人 与代理人之间的一种无 同 即 于民法中未作为典 同而予规定的特殊的 同 按此说 本人 代理人 与代理人之间一旦缔 了委托 同等关于事务处理的 同 则 即缔 了以代理权授予为目的的 同¹³

应指 是上 各说中的“单 行为说”具有更积极的价值与功 此值得关注与重 按此说 本人 代理人 的授权行为是作为与“事务处理 同”个 存立的 立的代理权授予行为¹⁴ 其 于有相对人的行为 仅需 本人 代理人 单方面向代理人 内部授权 或向代理人对之为代理行为的第三人 外部授权 为授予代理权的 思表示即可 且此内部授权或外部授权 效力均系相同 代理权的授予无须 授权人 代理人 的同 即可发 授权的效力 盖其仅系单方面使代理人取得代理权 享有以本人 代理人 为法律行为的 格 并未 此而负担 务 债的发 事 原¹⁶ 此 代理权的授予 对限制行为能力人而言 系纯获法律上利益的行为 无须获得其法定代理人的同¹⁷ 唯限制行为能力人授予他人代理权的行为 未事前得到法定代理人的允许 则为无效的单 行为¹⁸ 另外 还应指 是按 该“单 行为说” 代理人方面的行为能力的限制

移转 委托人 由此 委托 结 对 人 被代理人 乃系 接 反之 代理权授 代理人
 对人 人 意思表 结 直接对 人 被代理人 生 移转 尽管授权 委
 托合同同 但代理权 非委托合同 结 而 源 授权 而 生 言之 授权 伴
 委托合同 能 如前述 代理权可 雇用 承 承揽 合伙 同 外 瑞
 32 条²¹ 独 说 瑞 界 说²²
 合 述 基 当代 较代理 共 经验 可 性 对 理 代理
 权授 性质之 释 “ 独 说” 就 说 将意 代理 人 被代
 理人 授权 系 人 被代理人 独²³

二 意定代理权授予的方式 范围与内容

按当代 较代理 意 代理授权 意思表 原则 任何 既可
 之 可 头 言 之 系 种 对人 独 对人 对话 或 达
 对人 非对话 生 对人 承诺² 授权证 且 如
 人 被代理人 或 足 接推知 人 被代理人 授权 意思 生³
 较 说 意 代理权 授 合同 契约 之 盖 旨趣系 图 最少
 件 如生 件 对代理权 授 加 若代理权 授 待 被授权人 代理
 人 参 则 产生诸 因意思表 瑕疵而影响代理权 或生²⁶
 总则 16 条 “ 委托代理授权 用 授权委托 当 代理人
 姓名或者名称 代理 权 由被代理人签名或者盖章 ” 据此 对 没 求 用
 委托授权 虽然当 人可 由选择 或 头 但由 委托授权 对委托人 受
 托人双 且对 代理人 对人 人 委托人 代理
 据 受托人 对人 人 求委托人承 责任 据 故当 人 选择委
 托授权 常²⁷ 尤 若系受委托处理 产物权 移转 由 物
 权 产物权 移转 之 故该委托合同 之 而代理权 授 如
 此 当 人 代理权 授 从而 备“ 代理权 性” 该代理权授 生
 此 若仍 代理人 构 权代理 外 区“ ” 55 条
 2 55 8 条 3 经理人 授权外 产 买卖或设 负 代办商
 授权外 负 票据 义 或 消费 贷 或²⁸
 按照代理 理 意 代理授权 围 内容 人 被代理人 需 而 经由 人 被代
 理人 授权 代理权 围 因 人 被代理人 授权 内容而²⁹ 型 委托授

21 Oser Kommentar zum Schweizerischen Zivlgesetzbuch Art 32 III 2. br 1929

22 参见梅仲 编 196 5 177 - 178

23 值 意 梁慧星教授就 则 6 条 2 意 代理权 授 系 “ 独 说” 对此 参见梁慧星
总 2011 227

2 参见 泽 原理 基 理 契约 因管理 2012 3 318

3 参见郑冠宇 编总 林 司 201 67 - 68 参见 区“ 最高 ” 199
1 81 判

26 参见黄 编总 2002 1 0 - 1 1

27 参见李 总则 2003 3 6

28 参见郑冠宇 编总 林 司 201 68

29 参见郑冠宇 编总 林 司 201 68 - 69 参见 区“ 最高 ” 1973

1099 判例

的形托的和托所欲的的其以为一法为
的一托签一份以于一法为的托店
营的以针一为一法为的托公的等³⁰

三 意定代理权 行为的

按比法 的 为 式为 的方式以口
词为 唯于现今比 法的实 为 的方
托书 托书 签 盖 其 托
书 的 比 实 白纸 托书 姓
白 填 白 填 托书的效³¹ 另 按 的
为 付 托书 为 实 中 付了 托

书 实 的 的 的 在
托书 认 比 帮助 营 的 庭成
认为 在默 的 为³² 比 实 的 认为 付 托书 为
易 付了印 的 为 的³³

在 国 于 托 的 形 托书 “ 托书” 托 制作 托 的指
托 具 一 的法 托 制作的 托书 付 托 成 托 的
书面法 为 托 的法 效果 托书一 付 托 成为 托 第
自 享 的 托书 书 其于实 中 认为 的
的 成 皆具 重 法 第16⁹ 遂

“ 的姓 ” “ 和 ” “ ” “ ” 托 的签 盖 “ 托书
记 的 于 托书 第 担
带 所谓“ 托书 ” 指 托书 关 的 具体 他
作 大 小的 于 以 大 的 第 为法 为
小 的 于 托书 造成
为 第 的 易 全 的 为
带³

四 意定代理权 行为的 及 效力

首 以 里 留 真 留 留 的方式 的效
为的效 的关 的 为的
第 的 唯实 认 的 形 比 甲 乙的
的 思 里 留 真 留 留 为 乙 第 丙为
为 丙 悉甲的真的 为 效 为

30 李开国 法 研究 法 出版社 2003 年版 第 37 页
31 得宽 法 图书出版公 1996 年版 第 310 页 日 宫和夫 久 法 弘 堂 2010 年
版 第 300 页 日 藤井俊 法 成 堂 2011 年版 第 5 页
32 日 藤井俊 法 成 堂 2011 年版 第 55 页 日 宫和夫 久 法 弘 堂 2010 年版
第 300 页
33 日 1969 年 10 月 17 日 573 号 56 页
3 李开国 法 研究 法 出版社 2003 年版 第 360 页

为 则 以代理权授予 为的效 之判断而考量代理 为的 对人丙的 代理权授予因以
实施代理 为为前 故完全分离考量 者 系 3

其次 因受代理人欺诈而授予代理权的效 代理权的授予系基于高度的信赖关系而实施 故
此 若当 人 已 在信赖基 自 人 被代理人 其代理权的授承条人人条人然人授授条授然

人

惠求求知非求非求非非非求验ã

由上述情况知，意定的并非合、雇用合、合伙合、承包合及承揽合等，基础关系的效力是独立的法律行为，学称为本、被行为的独立。唯于此法和比实务上存有疑问的是，意定的其所由的基础关系行为，二于效力上于关系，若基础关系行为无效被撤销的，行为是否也应无效被撤销。存在有因、无因的迥异认识。兹述

按照有因、基础关系的效力影响，的效力，的无效、被撤销，因基础关系无效、被撤销所使、所造成，行为的命运，基础关系行为相依存³，也是，行为，其基础关系行为不离，基础关系行为归于无效，不生效力，被撤销，行为也因，消灭，并按，点于雇用，限制民事行为能力，的情全月式立年立全月月全式立

的立性与无性观点⁵⁰ 这一立 甚至也 及于1911年制定公布的 瑞士债务法⁵¹
于德国民法上 其民法典 则 规定的 定代理权授予行为的无 性与 权法 中的 权行为
无 性及债务关系法 “债法” 的“债务 束” Schuldversprechen⁵² “债务 认” Schuldane-
rkenntnis⁵³ ——无 债权 无 债务制度 以及其

68
 另 愿 意 生 础 因 比 托合 雇用合 承 合 意 被
 承 合 合伙合 意 生 础 因 比 托合 雇用合 承 合
 雇用合 承 合 承 合 合伙合 意 生 唯若 拒 意 托合
 影响 故 独 础 因 独
 总 础 因 缘 影响 70 因 严 区别 因 abstrakt
 础 因 混 72 故 独 因 抽象 71
 别 混 72 故 意
 由 础 采独 因 抽象 宜

结语

意 史 尽 扩 被 意思 补 延长 手 手段
 才 生 意 独 晚
 1896 德 " " 思想却 早 延长线
 型 1896 1907 瑞 1929 - 1930 涵 均
 1986 " " 2 础 1999 合
 3 "合 " 7 " " 7 8 9 2017 3 1/5
 总 均 彰 涵 意 " " 托 " " 终止"
 础 用 础 故
 意 质 容 瑕疵 均 础 故
 意 避 绕 去 键 厘 厘 释 尤 意
 由 础 厘 释 述 厘 厘 释 尤 意
 害 故 厘 释 述 厘 厘 释 尤 意
 张采 因 攸 因 意

68 郑冠宇 债编总 林 廖 2015 版 70 页
 69 郑冠宇 债编总 林 廖 2015 版 70 页
 70 郑冠宇 债编总 林 廖 2015 版 70 页
 71 梅 译 德 湾 编译 1995 印 16 页
 72 宽 总 南图书 版 1996 版 310 页 5 尽 础
 属 别独 名义 故 享 若 础 被
 义 郑冠宇 债编总 林 廖 2015 版 69 页

意

因
涵 物 编 物

-91 Tf 0/4 渊源 由
“彻底”
93067159

德 尤 ø
除总y 编
“债” 编 “债

述 德
因

4285915509222375714 0 0 10.285