

【专题研讨】

人格权独立成编的再批评 尹 田()

名誉侵权“过错”要件的比较研究

——□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□..... 靳 羽()

个人信息自决权理论及其检讨

——□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□..... 杨 芳()

公开死刑资料：联合国的要求 及 国的	孙世彦()
比较 国的	陈道英()
的	韩大元()
国联 刑 的 、 刑	罗冠男()
刑 的 刑 研究	彭文华()
—— 《 》	李冠煜()
国 的 权	祁建建()
的理 比较研究	占善刚()
的资 研究	叶 军()

, ?

—— □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ 李红海()

: 权 的 理 及其 , 秦静()

年目录索引()

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial	No. 142	Nov.	2015	No. 6
--------	---------	------	------	-------

Contents

Topic Discussion

- A Re-criticism of Personality Right as an Independent Part *Yin Tian*(1)
- Comparative Study on the Fault Element of Infringement to Reputation Right; On the Basis of China
Mainland and Taiwan Region's Typical Cases *Jin Yu*(8)
- A Historical Sketch and Critical Review of the Theory of the Right to Self-determination of Personal
Information; An Analysis on the Protection Object of Personal Information Protect Act
..... *Yang Fang*(22)

Articles

- The Publicity of the Information on the Death Penalty; The Requirements of the United Nations and
Responses of China *Sun Shiyan*(34)
- The Doctrine of Prior Restraint *Chen Daoying*(51)
- Evolution of the Concept of Comparative Constitution in Modern China *Han Dayuan*(70)
- The Historical Development and Present Condition of Italian Legal Matrimonial Property Regimes
..... *Luo Guannan*(80)
- The History, Current Situation of the Federal Sentencing Guidelines and New Trend of Sentencing Reform
in U.S. *Peng Wenhua*(92)
- A Study on Sentencing Criterion in the View of Sentencing Standardized Reform; Based on Improving the
Sentencing Procedure Stipulated by Sentencing Guideline Proposal *Li Guanyu*(111)
- The Right to Effective Assistance of Counsel in U.S. Plea Bargaining *Qi Jianjian*(126)
- A Comparative Study on the Reason of Retrial in Civil Procedure Law *Zhan Shangang*(143)
- A Study on the Hold-Separate Rules in Merger Control *Ye Jun*(158)

Comments on Legislation and Jurisdiction

- What Possibly Can We Learn from Magna Carta? — An 800th Anniversary Memorial Essay
..... *Li Honghai*(174)
- Judicial Activism versus Deference; The Ways and Developments of the HK Court of Final Appeal
in Adjudicating Social Welfare Rights Cases *Qin Jing*(184)

Index to 2015(199)

【专题研讨】

人格权独立成编的再批评

尹 田^{*}

摘要:人格利益的范 的 , 、 利 的 人格 , 人格 。人格 人格 范 的 , 的 范 。人格 的 , 人格 的 人格 , 人格 的 范 人 的 人格 利 “ ” 利, 的 下,人格 人格 的 , 的 范的 , , 人格 。

关键词:人格 人格利益

伴随中国民法典的编纂进程,人格权应否独立成编的问题再次引发学界热议。与其他对之持反对意见的学者不同,从 2017 年起,笔者主要从对自然人人格权的性质分析着手,提出此等权利非为与财产权、身份权、亲权同性质的民事权利,而是民法(私法)上的人格权。人的权利体系,民法应从人格权与非人格权的角度予以划分,由此进行具体分析。^[1] 2018 年,对笔者提出的人格权法律性质问题,有人反对,认为学者提出的“人格权”概念属于公法权,而非私法权^[2]的意见,未获通过。然而,人格权为人格的法律表现,是人格自由发展的法学原理,自然法学与实证法学及其他法学的区别并不在于是否承认人格权,而在于如何认识其法律性质。其中,大陆法系以人格权为私法权,英美法系则以人格权为公法权。因此,在制定民法典时,学界要求将人格权作为私法权纳入民法总则,成为共识。此次中国民法典立法之际,关于是否设立人格权编的问题,从法理而言,人格权独立成编具有正当性,应予肯定;从立法技术而言,应慎重。

、人格权之独立成编， 、人格权的民法

对人格权的民法，民法发的要。——国立法，《民

* 见 〔 〕 学法学 》 年第 期; “ 人格权的 质”, 《法学 》 年第 期; “ ‘法人人格权’”, 《法学 》 年第 期; “ 人格权独立成编的 漏洞”, 《法学 志》 年第 期; “ 人格权民法 扩张之途径”, 《月旦法学 》 年第 期等。

0。00,0 00000000 0000 000,00,000000 00000000
00 0(000000000000 00000000 00 0,0 0000000000
00000000 0000 00 00)0000 0, 0000000000,0
0 0 0000 000000 0 0, 000 00 00 0000 0
00000,000000000000 000。

□□□□□□。□□□□□□□□□□□□、□□□□□□，□□□□“□□□□”□□□□□□□□。

[illegible]

制 侵权责任 适 ,言 , 人格权 人格权 一 般条款,侵权责
任 适 活领域 外, ,人 私 活领域 外 、、
直接 人格权 受私 体 侵害, 得 ,
 一 第 ”(), 极 。
 , 经 合格 等 取, 人 上 , 尽 。
尽管 害 人 侵权责任 全部 , 上 到受害人 侵害 权
体 类,最 人 直接根 《 》第 条 ,认 害人 侵犯
受害人 权 侵犯 受害人 “受 权”, 判 害人 侵权 责任。〔
 判 “ ” 。 至 日,最 人
 月 日 止, 鉴 受侵害 人格 益(“受 权”或 权) 领域 内,故 人格权 权 ,
会 “受 权”类 人格权 类。这 , 至 日, “ 领域内 人格
益”受私 体 侵犯 依 得 , 依 “人
人格权 ” “侵权责任 ”得 。
 ,如 人格权 独 , 人格权
受 人侵害 适 ,依 依 得到 。 ,人格权 独
完全 领域 外 社会 活领域 人格尊严 :如 家 权
认 权 , 张 人格尊严受到侵害 或
通过 诉讼 家 侵权责任;如 合格 一 绝 , 受害人
人格权 受侵害 , 会 庭 。这 , 侵权 体
均 活领域 内,独 人格权 合 人格权类型, 人格权
一 般条款 人格权类型 , “ ” 适 活领域
外 领域 。 德 , 根 《 》制 “一般人格权” 最
 , 人格权 扩张至 活领域 外 (判 ,根
德 联邦 判 ,“ 认 人 , 侵害 人 一般人格权”,“ 别 绝
 位, 侵害 一 般人格权”,侵权人 依《德 》第 条第
受害人 害)。〔 害 ,人格权 独 ,“完全 直
人 权 领域, 直接 裁判 依 ,完全 直
接 人 权’ 人格权(如 权 权 权 受
权等)得 ”。〔 济 人格权, “人格权 ” 人格
权 , 人格权 一 般条款 体条款 侵权责任制 , 人格尊严

〔
〔
〔
〔

〔
〔
〔
〔

〔
〔
〔
〔

的保护范围扩及至人口社会生活的全部领域,□有可能达到强化和全面保护人格权的立法目的。^[1]

二、人格权编的内容不具有行为规范性质,不能成为□法裁判的依据

如□将须经主体的□极行为□能取得并实现其利益的权利□为“□极权利”,而将其利益实现仅表现为□□他人之不法侵害的权利□为“□极权利”的□,财产权和身份权应属□者,而由民法典上的人格权编所规定的人格权应属后者。

作为一种“□极权利”的财产权和身份权,其权利的取得和行使,必须□□于人口□的□极行为,为此,财产法和身份法具有行为规范的性质,亦即财产法和身份法必须具体标明权利主体的行为内容、范围和方式,必须对各种财产权和身份权的具体种类和变动依据等事项作出规定。由此,民法典中的物权编、债权编和身份权编的规范多为行为规范,尤其是在将物权与身份权(所□“绝对权”)□受侵害所生之侵权责任独立成编的情□□,物权编与身份权编的规范自然主要是行为规范。也就是说,物权编和身份权编的具体内容,主要是确认权利的具体权能(权利的内容)、权利的得□变更以及权利行使的方式及其限制,这些规范,具有“定分止争”从而引□人口在民事活动中实施各种可为法律所保□的行为的功能,可以成为法院裁判权属争议、强制义务□行的法律依据。□然,物权编和身份权编也有可能规定一些保护性规范,但这些原则性的□量规范,仅具指引作用。其权利□济的具体规范,系由侵权责任法加以规定。^[2]

然而,由人格权编所规定的人格权为一种“□极权利”,是人口与生□有、终生相伴的法定权利,其取得无□主体的□极行为,也不能发生任何变更、□□和放□,且此种权利仅存在不受侵害的问题,其本身并不存在□要权利人以□极行为“行使权利”的问题。^[3]事实上,有民法所规定的人格权的实现,是以人格尊严之不受侵害而加以表现的。因此,将人格权□济方法(即侵权责任)□除之后,人格权编的内容,原则上□能是对人格权的□纯确认,而不可能□规定人格权之权利变动和权利行使的任何内容,亦即人格权编的规范不具有行为规范的性质。

问题在于,由于由人格权编所规定的人格权纯属“防□型”权利,□类型化的□种具体人格权□有在其□侵害时方可展□其权利内容,故立法者无法以通□的方式对其作出定义性规定,例如,对于生命权,□能规定“人的生命受法律保护”,或者“自然人□有生命权”,^[4]但此种表述并未□□生命权自身的内容,因此,人格权编所能完成的□作,□能主要是对人格权的类型化确定即□定具体人格权的种类,但其□以指明各种人格权的具体内容。从一些学者所提出的“人格权法编□家□议□”的内

[1] 应当指出,□国现行《侵权责任法》第□条规定:“侵害民事权益,应当依照本法□□侵权责任。”(第□款)“本法所□民事权益,□□生命权、健康权、□□权、□□权、□□权、□□权、隐私权、婚姻自主权、□护权、所有权、用益物权、□保物权、□作权、□利权、□标□用权、发现权、□权、□□权等人身、财产权益。”(第□款)□述规定将侵权责任法的保护范围限制于“民事权益”,实属□误。

[2] 例如,□国《物权法》设置了“物权的保护”一章(第三章),但在其□一个条文中,仅两个条文涉及侵权责任。

[3] 由此可见,既有人格权理论将人格权定性为“□配权”而无法自圆其说,系因忽略了此种权利的□极性质。与此同时,自然人对其□□或者□□的□种利用(如有□许可他人使用其□□或者□□),是□些人格权“□品化”的结□,不能以之证明人格权的“□极权利”性质。

[4] 参见中国法学会民法学研究会:《人格权法编□家□议□(征求意见稿)》第□条第□款。

容来看,其所规定的各种人格权大都□□实质性的定义,对具体人格权的□□,基本上能够通过对该种人格权的经济性规范的□□述来完成。例如,对于生命权,系通过“非依人民法院生效的□□判决,不得□□自然人的生命”的禁止性规定来予以□□;对于肖像权,系通过“制作他人的肖像,应征得其同意,未征得其同意,本人可以□□止侵害,但公益性□□等合理使用除外”等禁止性规定来予以□□;对于网络虚拟财产权,系通过“禁止任何人利用网络或其他即时通信工具散布□□、□□他人的言论,损害他人□□”等禁止性规定来予以□□,〔1〕等等。但是,同样依据民法典体系的编□□,在侵权责任独立成编的条款中,作为人格权侵权责任的构成要件,对人格权主体的侵害行为(即禁止性规定指明的行为)应由侵权责任法予以规定。

由此一来,在□□禁止性或者经济性规范之后,人格权编中所规定的多数具体人格权,可能仅仅□□为数□□的条款□□至一条关于“某种权利受法律保护”的“□□性”规范了。此种规范,无法直接作为人格权侵权纠纷的裁判依据。

应指出,在既有类型化的某种人格权之中,因人的生命涉及人自身的物质存在,文明社会对之予以法律保护不言而喻,故无论有无生命权、肖像权、身体权的□□,其从来就是侵权责任法在内的一切法律部门所保护的主要对象,民法赋予其权利种类的□□,仅具形式上的意义而无实质意义,〔2〕而网络虚拟财产权的主要内容(虚拟财产的选择和变更等),纯为家庭亲属关系中的事务,故其更具身份权属性,并非一种典型的人格权,其存在□□有之,本来就应当在亲属法中予以规定。因此,民法就人格权类型化所作出的□□,主要在于创制了“肖像权”、“姓名权”和“隐私权”等三种人格权类型。〔3〕其中肖像权和姓名权纯属“防御型”权利,但隐私权□□因其在现代社会的□□化(□□许可使用等)而具有了某种“积极权利”的因□□,从而使隐私权所涉及的一些规范具有了行为规范的性质。不过,前述隐私权的特殊性不能成为否认独立的人格权编内容□□、对于司法裁判□□无实用价值的理由。

鉴于独立的人格权编基本不具有裁判规范的内容,其对于人格权所作出的类型化□□理可以通过在自然人□□章中以对各种具体人格权□□规定的方式予以□□(□□对□□使用许可规则的□□),也可以在侵权责任编中以□□□□规范的方式得以□□,故人格权的独立成编,并无应用价值。

最后应指出,独立的人格权编必然要□□法人人格权的内容,□□且不论法人人格权与自然人人格权具有本质的不同,仅从法律适用的角度而言,对法人□□□□权□□□□的□□□□性规定,〔4〕同样是□□无应用价值的。

〔1〕 参见中国法学会民法学研究会:《人格权法编 家议(征求意见稿)》第 条第 款、第 条、第 条。

〔2〕 《人格权法编 家议(征求意见稿)》“□□官”、“遗体□□置”等“身体权”范围(第 条),其做法殊值存疑:作为一种□□益行为,□□官□□应不属民事行为,不应由民法□□整。而无论遗体□□置方法是基于生者的意□□或□□者的遗□□,生者对□□者遗体的□□置能发生于□□者□□之后,且□□者生□□有关其遗体□□置方法的意□□是否能□□产生一□□具有法律强制的“权利”,殊值存疑,故之在“身体权”中予以规定,未必□□。

〔3〕 《人格权法编 家议(征求意见稿)》还创制了□□□□权、用权、个人□□□□权、人身自由权以及□□□□权等□□种人格权,但□□□□权可□□于□□□□权之内,个人□□□□权可□□于隐私权之内,用权则因主要具□□□□财产因□□而不大□□合人格权特征,人身自由权明显具有□□法因□□,而□□□□权的观□□未□□过于□□□□,因此,前述人格权种类能否成立,□□□□□□。

〔4〕 《人格权法编 家议(征求意见稿)》在法人□□□□权的章□□中□□□□了有关法人□□□□的□□□□、更□□□□程序的规定等,明显不□□。

□上□□,□□□□我□□□□□□□□加□□□,□□仅仅□□□□□□□□□□
□□□□□□,□□仅仅□单□□□□技 或□□□ □如何 □运□□□□,□□□□到□□□□
□□□满足□□社会□□□未□□□需求、□□□ □□务□□真正□□□裁判□□□□□□□。
□□□□□□如果仅仅□“□看□□□”,鉴□□宣 □□□ 极□□,尚□□□留□□,□如□□
□□制□□□□□□□□□□,□□ □□。

Abstract:

Keywords: ; ;

(责任编辑:丁洁琳)

名誉侵权“过”与“不及”的平衡

——以网络侵权为视角的实证研究

□ □ *

摘 要: 网络侵权“过”与“不及”的平衡,是网络侵权领域的一个核心问题。网络侵权“过”与“不及”的平衡,是指网络侵权行为的认定、责任的承担、救济的途径等方面,既要保护受害人的合法权益,又要避免对行为人造成过度的负担。网络侵权“过”与“不及”的平衡,是网络侵权领域的一个核心问题。网络侵权“过”与“不及”的平衡,是指网络侵权行为的认定、责任的承担、救济的途径等方面,既要保护受害人的合法权益,又要避免对行为人造成过度的负担。网络侵权“过”与“不及”的平衡,是网络侵权领域的一个核心问题。网络侵权“过”与“不及”的平衡,是指网络侵权行为的认定、责任的承担、救济的途径等方面,既要保护受害人的合法权益,又要避免对行为人造成过度的负担。

关键词: 网络侵权 名誉侵权 平衡 实证研究

一、引言

网络表言论名誉权平衡,是网络安位置、得网络网络治社会的一个核心问题。网络表言论量网络表,网络名誉侵权制度偏重名誉权保护忽视表言论权,网络针对网络端开网络网络样“药方”,网络《侵权责任》制度过严,网络乎网络“白网络”网络状态。网络,网络当网络网络调名誉侵权网络,网络当鉴网络诽谤,构建网络网络真、网络威息、连续道、道网络言、公正网络、满足公众情网络等合计网络余项名誉侵权抗网络体。网络最终颁布《侵权责任》网络未采纳网络主张,网络最网络网络解、网络心网络名誉侵权网络制得网络。网络网络网络健康网络,网络网络务网络网络“激网络”,网络诽谤上网络部抗网络,网络别网络诽谤上网络“公众网络”抗网络被采纳。

* 政网络网络 士网络, 建 门市网络网络网络判。
〔 〕 , *Innovation through Intimidation: An Empirical Account of Defamation Litigation in China*,
, (); 网络:《 传 网络》,网络网络网络社 网络,第 ;陈志 :《 体、网络市 》,网络政网络网络社 网络,第。
〔 〕 网络 :“网络陆 侵权网络 诽谤网络比”,网络《 网络》 网络第 期,第 ; 网络:“ 网络 ‘公众网络’”,网络《网络 网络》 网络第 期,第 ; 网络:“网络 侵权抗 网络体网络体网络”,网络《 政网络管网络部网络 》 网络第 期,第 ; 网络:“网络 管网络制网络体网络—— 网络制建网络”,网络《网络 网络》 网络第 期,第 ; 网络:“‘ 侵权’到‘ 侵权’”,网络《 网络传 网络》 网络第 期,第。
〔 〕 网络 :“名誉网络‘公众网络’” ——网络 裁判网络网络网络“,网络《社会 网络》 网络第 期,第。
· ·

尽 □□□□□植□泛□□□□□,□□□□□植□□□□ □□□□□□□,〔 〕□ 费
孝通 □□□□□□□□□□西 □□ □□□训□□ ,“□ □□□ □□□ ,□破坏礼
□□ 却□ □□□”。〔 〕 讳 ,□□诽谤□抗辩□□□□□□ □□□□□□□□□□,□
□□□□却忽□□□陆□□侵□□□□

[illegible]

典型判例解析

前□司□□释□□□错□件□□□安排,□□□□□□□司□□□□□。截□□前,□高□□□□□□□□今□近□名誉□□案件□□□□“□□集□□□《□□□报》□名誉□□案”(下称“□□案”),^[1]《□高□□□□□报》□□□□□今□近□名誉□□案件□□□□“□□平□南□□术□□、□□□□□□□□□名誉□□□□案”(下称“□□平案”),^[2]下□□□□□□□案件□□□□□□。

□高□□□□“□□案”□□□错□件□□□下□□：“被告□□□□□□□告名誉□□□□
错□□案报道□□构□□□□□，□‘□□’□□□安□□□□，□□□□□□□□□□。□□被告□
□□□□□□□□□□□错。……‘□□’□□新□□□，□安□□□□□□果截□□前□□□
□。□□□况下，被告□□新□□□□□□□□□□监□□□□，□□□□□□□□□□，□□□

“□□”中，法院“‘□’是否存在□隐□”作为□□是否具有“主观过□”、“涉□□□是否□成重□实”的□据。显然，“‘□’是否存在□隐□”□是一□观事实，□说以其□涉□□□是否重□实□□理的□，□□□□的“主观过□”与该□观事实□□在一起明显不□□，□一□理的□就是法院认为□□□所作□述与□观事实不□而□成他人□□权□□者，应认定□□存在主观过□，□循的是“有□就有□□”的□□□，过□要□本无从体现，明显有□于过□□的□□则。“□□□□”存在相同的问题，涉□律□□明的□究□是否属实□是一□观事实，不能□据□明□□□□即□定□□存在主观过□，□定其□□权□。

据此,□□ 权中的过□应 是指□□对不实□明的主观认知,即明知 应知不实□□然发 ,而不应以不实的结□反推□□存在过□,否则,即有 过□ □ 则,而滑 久□淘汰的结□□观□ ,〔 〕意□着有□ 结□就有 权 ,既然行为人的主观意志无从体现,□□以理性意志为基□的 达自由 然 无法奢□□应有的保□,从而 成行为入 辄 咎的 □。因此,过□要□的 化是 成□国现行□□ 权 度保□ 达自由不 的“□结”所在。

（二）我国台湾

法律文本解读

□□ 权在□国□□ □“民法”的 权基□为第 条〔〕第 条第 〔〕,鉴于□□ □多由 论不实所□, □□ 权□法实 □ 推 用“□法”第 条第 :“对于所□□之事,能证明其为□实者,不罚。”因此,□□ 权 多 □事□□的 结□,由□□□□其□述属实的 □证 。以 规定并 明确界定过□的 □究□为 , □□是□文生 进行 □,极易 出与大陆《 □》的规定相同的结论:□是 成 □□□ □的不实□述,即意□着□□存在过□。

基于以因,□国□□□年之□的□法实□□持与大陆相□的见,例,□□□“□法院”在□年的一则例中指出,“人就□以□□□人□□之事于□,对于发生□人□□之结□,不能□非具有意,复不能证明其所□□之事实为□实,即□认有□之事由存在”。〔1〕这就是说,无论□□主观对于不实论的成是否有过□,□要这些论□证明为不实,即□成权。□□□学者就此评价:“传民事实□对□□事之‘不实’并非过□,而是相□无过□。”〔2〕□法实之所以与实体法规定存在此明显的矛盾,□一理的□是“□述不实”并不□视为□□权的□观□成要□,〔3〕从而□□□要能□证明□述属实,就可以□,于其主观有无意过□,对于□权成立并无实质□□。

〔 〕 在 权 法 的 □ □ 发展 中 , □ □ 了 从 □ □ 的 结 □ □ 观 □ , □ □ 代 的主 观 □ , 再 □ □ 现 代 □ □ 观 □ 的 发展 □ 程 。 同 引 □ , 第 □ □ 。

〔〕该条规定：“因 意 过□，不法 他人之权利者，□□ □□ 。 意以□於□ 风 之 法， □ 于他人者 同。反保护他人之法律，□生□ 於他人者，□□□□ 。但能证明其行为无过□者，不在此限。”

〔 〕 该条规定：“不法 他人之身体、 、□□、自由、 用、隐私、□□， 不法 其他人格法 而 □重大者，□ 人□非 产 之□ ， 且 □□相 之金额。其□□□ 者，并 复□□之 □分。”

〔 〕 〇〇 〇“ 〇法院” 年度〇 〇第 〇民事 决。

〔 〕 许家馨：“□□第 □ □应否 用于民事□□——为‘ □法院’□□□□ 决翻□”，载《月旦法学杂志》第 □期， □年 □月，第 □□。

〔 〕 □□ □学界通说, 侵权行为之成立要□一 分为□观要□与主观要□。□观要□为: 行为、□、行为不法、因□关系; 主观要□为: 行为人有 能、行为人有 意 过□。参见邱□智:《□订民法债编通则()》, 中国人民大学出□ 年 □, 第 □□。

构□□摘,□足□毁损被上□□名誉。上□□辩□□、过失或□却□□□云云,均□□。”

“吕秀莲案”□□□名誉侵□□□□过错 准:“□□谓过失,乃□□□□□□□,□欠缺□□,□谓。构□侵□□□□过失,□□□□轻过失,□欠缺善□□□□□□。”□□,□□名誉侵□□过失 准□□□轻过失,□□□告□□吕秀莲这□□名政□□□□。□□□轻过失 准过□□□□□易把握,我□台湾 区“高□□”□□详尽□释:“倘□□报道前业合

区前述三个案件和 近年较具影响的“《晚报》案”(下称“案”)[1]“陈明李承案”(下称“陈明案”)[2]“是民王案”(下称“是民案”)[3]为 进行比较分析。

(一)表达自由定位的差异

著名法学指出,“英美法,其是美国法 思 的独 之处在于个人主义的极端性,对个人利益和财产不妥当的 持态度而成为法理学的焦点”。[4]以个人本 为 的个人主义是自由主义 系的核心 ,自由主义作为近代以来西 政 哲学思 的主 ,[5]其影响 贯 近代以来普 法的演 史,其中 典 的 现就是《美国宪法第一修正案》几乎赋予 自由以 的 性,[6]“ 众人物”理论下的“ 称法民中否进典否法民中典否法进民题中典否法进而法进中典法

我国台湾

□□,□ □□ □□台湾 区“□□”□□□, □□□□□□□□□媒 □□□ □□□ □□□□□ □□致□。↑, 果□□ □□□ □□□ 世纪 □□,□们尚□□□ □ □□背景下,□调“ 众□□”□□□□媒 □ □ □ 尚称 □□话,那么□已 □入“□媒 □□”,几乎□□□□□□□借助□ □□ □ □□今□,□谓□□媒 □ □ □ 虽□ □□ □□□,□□□□剩□□□;□□,名誉□□ □□□□□□ □含□□ □□□□ □,它们 □□□□□□□ □□段,□□□□□□□ □□□ □ ,□□□□□□□□□抑 □□□□□ □, □□□□□等□□□,□□□□□高下□□。

[1] See *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 339 (1974).

)或根本不 乎其真伪() ,被告才应承担推 及惩罚性损害赔偿责任()。〔 〕 不 为“真 恶意”法 后果的“推 及惩罚性损害赔偿责任” 为英美法 ,举 责任的转换、 标准的提高更 “真 恶意”法 不 或

人未尽注意义务。纵然其言论内容不实，亦不构成侵权损害赔偿责任，庶几“客观真实”原则揭橥趣旨。“张俊宏案”的释明，再赘。

我国大陆地区“最高法院”“民事诉讼法”的“客观真实”“故意捏造”、“过失、轻率、疏忽”等例，侵权成立的过错要件，三者的过错要件。前文“吕秀莲案”已述，“客观真实”原则人欠客观管理人注意的轻过失，“故意捏造”

(下称“施□德案”)。^[1]

(□)□□□□□□□□□□

□□ 美□诽谤□□入表□□□ □ □ 当前□术□□□ □障表□□□□□名誉侵□□□□□越□“金科玉□”, 凡名誉侵□诉讼□□□□虑表□□□□□障。□□上,□美□联邦高□□□诽谤□□ □,表□□□□ □□ □□ 条路线前□:□□间接路线,□“公 □□”名誉□□当□让□□逻辑□□,□□扩□表□□□空间,这□路线□ □ □ 案,经□ □ 案^[2]□,至 □ □ 案 □;二□直接路线,□□□“公□□□”□言□□益□ □ 逻辑□□,□张□□□ □言□□□□□空间,□表□判□□ □ 案。^[3] □□“公 □□”抑或“公□□□”,二□□ 心 □向言□□公□□益□□,易言□,□□临表□□□□名誉□□突□□,言□□公益□□名誉□□让□ 心□ □ □。^[4]

我□ 区“高□□”□“ 美案” 纳美□联邦 高□□□□上□,□释公□□益□表□□□□□□:“□□□□言□ 损□□□名誉,惟□言□□陈□□□□, □□□□□真□,或□□□ □□□□言□ □真□,□依□□□□□资料,足认□□□□□□当□□□ □□真□□……均难谓□□□侵 □□□□□,尚难令 侵□□□损 赔偿责任。□陈□□□□ □公□□益□□,□□□表□□□□□障, 难责□陈□□真□□毫□差,□□□□□□□符,□足当□。”□□,陈□“真□”包括 □ □:□□客□真□或□被告□“□当□□□ □真”;二□陈□□□公□□益□□“□□□□□符”。前已□□,“□□当□□□ □真”□□□□□判断被告□□陈□□□□□□□过错,□□被告□客□□□判断□□心 □,□客□效果体□□真□□ □缓□,□□□直接□□真□□ □□缓□,□□,□□□需借助表□□□ □□□□这□□□效果。□□□□,陈□□公□□益□素□□直接□方式□□真□□ □缓□, □, □□□ □下,探讨表□□□□□□□□□才□□□□义。□上□□,□“施□德案”□□ □□释:“□□□□被 □□□私□、 体或公□□、名誉侵□□□□□、公□□□益□□□□……等□素,□别□□合□查□义 □高 □,□ 尽□举□责任, 得 免□□ □侵□□□责任,□调□表□□□□□□□□□□名誉□□□。”

□上,公□□益□素□ 查□义 □□础,查□义 □ □□上□□味□真□□ □缓□□□□□□□□过错□□□□高。□言□□□,表□□□□□□□□□ □公□□益,至□□□私□□“□□□□”、“□□□长”,□□□□□□□纳入表□□□□□□障□□,^[5]□□□□当 注□名誉□□□□。

(□)□□□□□□□□□□

美□联邦 高□□历□认□□□表□□□□判断□ □,□便□□诽谤□□□□诽谤□□□□

[1] 区“高□□” □□ 上 第 □号□□判□。案 概□: □ 月 日,陈 □、□ □□《□□□报》《□□□报》登广告,称“施□德 □□□追 □□□ ……□□□□□背□□志□□□,接 □当□ □□金钱,□女□‘□□ □□拒绝、□ 责’,□□□□ □□操 □□□,□□□带头□‘政府’,□□□□□□命、财□□赌注,□□□士□□□□□□□”。施□德□陈 □、□ □□上言□侵 □名誉□□□□向□□□□诉,□□、二□、 □均判□名誉侵□□□□□。

[2] *Curtis Publishing Co. v. Butts*, ()

[3] *Dun & Bradstreet, Inc. v. Green Moss Builders, Inc.*, ()

[4] □□吕□慧:“‘我□’□□侵 名誉□‘公□□’□素□□ ——□‘□案判断’□‘ □’□□心”,□《月旦□□新□》第 期, □ 月,第 页。

[5] 区“高□□” □□ 上 第 □号、 □□ 上 第 □号□□判□ 采□□□ □。

□。〔 〕 □□地□“最□法院”长期持相同见解：“惟□发表言论与事实□述不同，意见为主观之价值判断，无所□□实与否，在民主多□社会，各种价值判断均应容许，而受表达自由之保护，仅能藉由言论之自由□□机制，使□理愈□愈明而达到□芜存菁之效□。”〔 〕然而，意见表达往往与事实□述相互□织，“事实”是“意见”的基□，“意见”则是“事实”的延伸，因而意见并不是纯粹价值观的产物，而且意见表达本身同样存在□害□□权之虞，以□护价值多□为由而将意见表达置于法律规制范围之外是□□正当性与合理性的。基于“意见”与“事实”之□的 密关系以及确保法律秩序一□性的考虑，□□地□“最□法院”自 年起类推适用“□法”第 条第 款关于“以□意发表言论，对于可受公评之事而为适当评论者，不罚”的规定，指出“上述不罚之规定，于民事事□即非不得采为审酌之标□”。〔 〕

关于何□“□意表达意见”、“可受公评之事”，□□地□“最□法院”在“宋楚瑜□”指出，“□言论系以□项事实为基□，或于发言过程夹论夹叙，将事实叙述与评论混为一谈，在评价表达自由与保护个人□□权之考虑上，□应考虑事实之□伪……而行为人未能证明所□述事实为□，纵 所述事实系□述他人之□述，如明知他人□述之事实为虚伪或未经相当查证即公然□述该虚伪之事实，自有侵害他人□□之故意或过□，应□侵权行为□害□□责任……揆之□开说明，上诉人对其发表系争言论造成□上诉人□□受□，自应□侵权行为□害□□责任。而上诉人未经相当查证，任意指□□上诉人与□云林在□会面，并□射□上诉人□诺反对公投□宪以□□到大陆地□访问，既非以□意发表言论，且此等虚伪事实之□述，非就可受公评之事为评论”。

以上阐□的主旨有两点：其一，意见表达是否出于“□意”，应□□□□对其不实□述是否具有过□加以判断。依□□言之，如□□□对其不实□述具有主观过□，以此为基□而表达的意见当然不可能出于□意。在此，事实□述的过□与意见表达的“□意”实为一体之两面，二者相对应而存。其二，关□公共利益的“事实”是否属于“可受公评之事”，亦须□□□□对其不实□述是否存在过□加以判断。为发□表达自由的功能，法律自应允许公□对关□公共利益的事项发表意见，但□□□因过□而□□□述不实，即意□着该“意见”□□事实基□的□撑，如此，所□的“公共利益”将因无所依附而沦为□洞的□□，法律当然不应予以保护，否则，即无异于鼓励任何人□可捏造所□关□公共利益的事实并加以任意评论，这显然有□于法律的意旨。

关于何□“适当评论”，“宋楚瑜□”并未详尽阐明，梳理□□地□“最□法院”以往判例，主要是指评论方式及措□而言，如其在“曾文□诉谢启大、冯沪祥□”〔 〕指出，“行为人对于可受公评之事，如未使用□□不堪之言词而为意见表达，可认系□意发表适当评论者……非属侵害他人之□□权，即不□侵权行为之□害□□责任”。

综上，意见表达□责的关键在于□□□述基□事实无过□以及该基□事实关□公共利益，□□提及，以“合理查证”、“相当理由确信为□”判断有无过□，无□□□表达自由□□即可达到缓和□实性标□的法律效□，因而无论事实□述□或意见表达，保护公共利益都是当□社会强□表达自由价值的正当性基□，在言论□□公共利益属性的□合探□表达自由命题其实是没有意义的。然而， 人遗憾

〔 〕 See , , *Defamation Law, Procedure and Practice* (,)
 〔 〕 □□地□“最□法院” 年度□上□第 □、 年度□上□第 □民事判决。
 〔 〕 □□地□“最□法院” 年度□上□第 □民事判决。
 〔 〕 □□地□“最□法院” 年度□上□第 □民事判决。

□□, □□上三□ □蕴 □□□, □□□ □□ □□ □□□ 侵□□□□过□□
□这□ □□□, 一▲□“ □□□”却□焉□详, □ 给□ □ □□。

五、□□□启□

□□ 一▲□□□侵□□□□ □尽 尽□, □却抓住□□陆□□侵□□□□□□ □ □
□□□□□□ □环 □过□□□□, □ 陆效 □鉴。□□认□, □□□□□□侵□ □□□
□□□□□□ □ □ □:

第□, 过□□ □。□ □□□ □ □过□□□□□□, □□上□□□□□□ 责, 过□□□□
□□□□□□□□ □。 □□鉴“吕秀莲□”□ , 过□□□□ □ □□□□ □ □
□□□认□ , □□□□ □□□□□□□□□ □□ □, □□矫 责 □□“ ”
, □ □ □上□过□ 责 □。

第二, 过□□ □ □。“吕秀莲□”□□ □根□□□□□□ □□□, □□□□□□□□□
合□查□□□ □□ □□□□□ □□□ □□□过□, □□□□□过□ □□□□ □。□

□“合□”、“□ □□□ ”, 一▲□“ □□□” □□□, □□认□□□□合□体□ □辨
别, □□□□ □□ □□ □。□ , □□□□□□ □遗漏□键□□资料□ □□查□, □□
□□张□查□□□ 合□□□□蒙蔽□□。□□□□□□□□□, □□ □□□□□曾 □张旗鼓
□□ 查, □□取□ □□□□ □, □□ □ 采访 □□键□□□ □□□ □采访,
□□□□ □ □。□□ □□□认□, □ □ 查 □“□□□ □”(

益,讨表,选择最低过错,过失标准,名誉。传统陆上尚“体过失”标准,体名誉领域“处己‘名誉’”如何待己名誉呢?心胜我心,味注“善管”,这构过失;心我胜心,味注“般”,这过错上过失别二致。鉴“体过失”内涵名誉领域变幻莫测、难,适宜选。

Comparative Study on the Fault Element of Infringement to Reputation Right: On the Basis of China Mainland and Taiwan Region's Typical Cases

Abstract:

“ ” ,
”
 , “ ”
 ,

02Tj 0.495495 0 T96 0 TD

01j 0.1279278 0 PD ()Tj 0.495495 0 TD ()Tj 0.441442 0 PD ()Tj 0.333331 0 TD ()Tj 0.433

么？前，客竟什么？

、脉简介

“”()
泰姆勒(ü)。泰姆勒政委托草案，
草案，“”“”概念。描，
，们周遭世获己思。〔 〕
，《》 畴。〔 〕
广泛处威胁。念甫，响寥寥。 ， “普查案”〔 〕
，，，激，甚
运。 ，
登堂入室，髦新。〔 〕 惊叹，新众颇，
〔 〕我〔 〕我台湾〔 〕找追。我台湾区
“司”释字 号， 乎被“普查案”翻版

〔 〕 Steinmüller/Lutterbeck/Mallmann/Harbart/Kob/Schneider ,

〔 〕 泰姆勒举获，宜计。 误， 新
新获承，好办升， 下贸承新
，转试图释《》 ，纳入。 ，概念
足涵盖，归入广泛“ ”下； ， 谓
态“ ”， 留下静态“痕迹”————畴， “痕迹”
“占”构潜威胁， ，《》 。“痕迹”
“ ”， Steinmüller/Lutterbeck/Mallmann/Harbart/Kob/Schneider ()，

〔 〕 普查案案，下介绍。

〔 〕 概念， ， Erhard Denninger ,

〔 〕 ，“我控” ，奠础。 葛虹：“
 ”， 《政》 页。

〔 〕 ，“ 涵，单……，充
控”，王：“——心”， 《》
 页；“涵已 被‘干扰’ ” ‘己控’
、兼”，彭礼堂，饶平：“：资讯”， 《》
 页；“ ，、沟。 ，
支配”，曹萍：“”， 《政坛》 页。

〔 〕 王泽：核心 ，“ ”，
障“干扰”， ，“()”。
王泽：“·篇()”， 《比》 页；
，“调”，王泽：“·篇(下)”， 《比》
 页。

□□。〔 〕王泽□□□甚□□□,□□□□□□□□□□已□□□□“□□□□□□□□□□心□□□□□”□□□。〔 〕

□、□□□□□□□□□□□□□□导□□□□□□□□新□□

(一)具体主张:对所有个人信息的控制权

[illegible]

（二）个人信息保护的新规则

□□□□□□□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□处□□□□步骤,□
□□□□□□□□□□□□,〔〕□□,□□□抗□□□□□□□□□□收集、处□□□□□□,□□□
□□□□□□□□□□足□□□抗□□□□,□□,□□□□□□□□□□降低□□处□□□
□□,□□□□□□□□□□□□控□□□□。〔〕

□□, □□□□□□导□□□□□□交□□□□□□□□□□: □□, □□□□□收集、播□□□
□□□□□□□□□□, □□获□□□□□□□□□□、□□□□处□□符□□□□□□□□□□□□□□
处□□□□□□□□□□□□□□□□; □□, □□□□□收集□□□□□□□□□□, □□□□□收集

() □□□□□,我□台湾□区“司□□”□□资料检索□□,□址: :

?

, □□访□□间: □ □ □。

〔 〕 王泽山：“□□□□□□□□□□□□□□□□·□□□□篇（□）”，□《比□□□□□》 □□ □，□ 页。

[] *Christoph Mallmann,*

$$\vdots$$

□似□□□□，“□谓□□□，乃□□□□□□□□□□、□□□□□、□□□□
□□□□递□□己□□□□□□□□□”，[]奥平□弘：《□□□》，岩波书店 □版，□
页，转□周汉华：
《□华□□□□□□□□□□（专□建□稿）□□□□□报告》，□□□版□ □版，□
页；□□□“□□□□□□
□世□□前□□我□□□”，Karl Heinz Ladeur，

—

[illegible]

“□□□□□□□□□□，□□□□□□□□□□，□□□□□□□□□□众□□□己，□□□□□□□□□□□□□□交□□□□支配”，

[] *Alexander Roßnagel*,

 $\ddot{u}$ [] *Spiros Simitis*,

,

,

§

• •

□。〔〕另外， 的个人事 与人格的塑 ，不 人格 的个人 ， 此应 个 人对他人 隐瞒，唯 个人 以□配其个人 ，□ 自由发 其人格。〔〕总而言之，根据 这种 ，如□不□认这种权利， 个人的尊严 □陈陈陈虞陈讯讯陈 会 □失之虞。〔〕

社会学视角下的理论基础——角色理论

以 ，上 的个人 自 权的 □ 上是社会学中角色 的法 ， 开个人 自 权先河的入口□查□判 原文中 □到这一 的痕迹。〔〕角色 主张人格的塑 与个人的 自□行 以及社会对此的反应 。〔〕从这一基本 □出发，角色 从不同的角色 察社会中的 每一个个体， ，每个人 会根据角色的不同□要采取不同的行为方式。由此，角色的不同 定 披露的程度不同， 然每个人应 权利 定自己 扮□的角色， 权要 其他人尊 自己的角色选择，□□每个人 应 权 定 披露的程度，从而对自己的 □ 自 权。

□ □ □ 查 □ □ □ □ 处 □ 匿名 □ □ □ □ 。 ()

集忍集处履前。

[illegible]

□□,□果□查□果□匿名□处□,□□□断被□查□□被□查□□间□□□□□,□
匿名□处□□□□□□□□□已□□□□□障。〔〕

() 判决对自决权的限制

“ ” 念, 没 广 , 步
 , 集
 , 宁, , 忍 查。〔 〕

案况，只下件备，才
：集录，细；
秘。换，那
、集、处。

[illegible]

“人口普查案(,)”判决

() 判決要旨

政府人口普查，试图人口普查，举激烈。人口普查查。人口普查，源《》

□□□□□□判□核□[△],联邦□□□□□□□□□□ □□□□□□□,
它突破□传 □ □□〔〕□□□□□话 □划□,表□“□□□□ □□□ □□”这
□□□张。这□□张□□□ □□□□张□扩张 □,□□直接□□□认□ □泛□ □□□
□ □□□。□□,判□□原文颇□得□□,兹详细摘□ □:

[illegible][illegible]

() 判决对个人信息自决权的限制

①两□□体□景

□□把□□□查□ □□□ □□□方□富□里□碑□ □经□□□□,或□□□忽□□
□ □两□□体□景:

第卅,联邦□□□□□上□针□□家□制□ 收□□□,□□□□ □□□这□□□,□
没□□□这□□□□□私□ □影响。

第二,联邦“没”这,制这,这黑匣子,这,这细节,这威胁,这别注;外,官仅仅,哪得唯素,没彻底抛这判准。^[]

上□□两□□景， □□□般□□、□泛□□□ □□□□□联增私途别径或表认绝家认绝家隐

□□□□□□ □□□,□□□ □□□□□□□□上□□□。〔 〕

□仅如□,联邦□□□□□□ □还□□表 没□绝□□得□制□□□ □□□, □,□□
□□□□ □没□绝□□ 配□,□□,□□□社会团体□□□员,□□□□□□□□□ □ 赖
□社会交往,□□□那□□□□□□ 密切□□□□□□ □□上□□社会□活□写 ,□□ □地□
□ □□□□。〔 〕

这样看□,那□□张□ 泛□□□ □□□——□□□□抗□家□□,□适□□ □□□
□□ □处□□□;□□□□□动□ □处□ 景 ,□适□□□□方式□ □处□□□——□□□
□□扩□ □□□ 查 □判□, 误□ □德□联邦□□□□□□□□ □□□□态□,□□
扩张□□ □□□□□□□,□这□误 ,□□□□□□判□□□□某□ 落□□□□或□□□□忽□

没有不□要的□人信□？

□□□□□□□□□□□□,没□□□□□□□□□□,□□□□□□□□□□塑□□□□千
丝万缕□□□,□□□□□□□□收集、□播□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□。□
□思□□错误,□□危险□。

虽□□□□□□□□——□□□□□□□□□□们□□□□□□□□□□□□
□□□□□划□□□□□,□□□□□□□下□□却□□□□□□:□□□□□□□□□□
□□,□□□□□□□□□□□□□疏远,□□□□□□□□交泛众停□□□□□□交早停□□□□□□□

□ □ □ □效□ □ □ □ □ □ □ □ □ □承 , □ □源□ □ □ □ □ □ □ □ : □ □领域,没□ □ □ □ □ □ □ □采取□ , □ , □ □ □文□ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □。 □如, □ □ □剥夺 □财□, □原□ □ □ □ □ □建□ □ □没□让渡这 □ □, □ □ □ □ □ □享□财□ □ □。如果 □ □清晰 辨别□ □ □ □ □ □形下□ □怎样□ □ □,才□ □ □ □ □ □ □ □ □ □话, □ □详细□ □ □清单(“□ □ □案”) □ □ □ □免□ □ □。这□ □ □仅□ □ □获得□ □, □ □极□危险□。

() 一种在私人行为领域危险的新主张

□□ □□领域□□ □□□ □□□ □□□□□□,□□至少□□会□制 □□□,□□
会□制□ □□□——□□□ □□□□享□□□□——最 □□果□只□□□ □□□效率□□
。□ □□ □□□直接转□至 □领域□□上混淆□□ □□□ □□□□区别,□制□
□□□□□□。□□上,□ □□□□□□□像 □□□样拥□ □□制 集□ □□。□□,或□□
□□□ □□□领域,□□ □□□这□□念□仅毫□□武□ ,□□如果 □□ 序□□□核
心,□□□□□导□ □□禁止这□□怕□境 □□。

针对自动化信息处理的个人信息自决权

另，□□上，□□□□□□ □□□□□□仍□□□□ □(或□□般□□□)。□□□□
□察□□□ □□□ 侵。□小普查案□，□□ □□众□□□ □□制登记 □录□□
□□ 密领域□ □，□□没□□□□□□念，根□□般□□□□□□□□，这□□ □□□□□□
□制□，□□这□□ □□□□□□□□□□侵。□□□□普查案□，□官□□□□“黑匣 ”
□□ □处□□□——□ □ □处□。借□这□技术，□合□□□□看 毫□□眼□、□□敏感□
□□ □，或□只□□活□□某□细节，□□□□□□□□剖□图，□被□□□ □□联□□□□□□□
透□□，这构□□□□□□□□□□威胁，□□□只□□□ □ □处□技术□前，才没□□□□□
□□ □。□□，□□□□没□□□□禁止□□□□ □□□ □处□□□，或□□ □□□□备□
□上合□□□□。□□案□，促□□□□□禁止□□□□□□□或□□□□□□□□□□活细节□□
□□，毋宁□□□□□□ 过□□ 或□过□监□□ □□恐惧□□感。

五、□□前□□□□□□□□ □□□——□□ □□□□□□□□客體□□

□ □ ■ □ □ □ □ □ 客体 □ □ 什么? □ □ 这 □ □ □ , 德 □ □ □ 间 □ □ □ □ .

□□□□ □,德□《联邦□□ □□□》□□□□“□□ □□”(),□
□□ □□□□,□□□□□□《德□□□□》 条 □□□□“□□□□”。〔〕 □类 □□
上,我□□□□ □,凡□□□□ □ □集、处□□□□□直接□□ □□□□尊 ,□□ □□
□□□□□□□□□□□□□□ □□ □□“□□资料□□□”。〔〕 如前文□□□□□□ □□
□□□□□□□□□缺 ,这□□□传统 □□□□□□修 ,尚缺乏 □服□ □□□。如
果 □□ □□ □□□□□□□□ □根□□□□□□□ □□□,□异□错误□ □□□
□□□□□□□□□□。

另□□□□ □,□□ □□□□□□□□根□□□□谓□“□□ □”或□□ □□□,

[1] Walter Knabben (), ; Herbert Meister, Mertens, § ,

() 齐爱□：“□□□资料”，□《□□》 □ ， 页；齐爱□：“□□□ □□□□□”，□《 □州□□□报》(□□社会科
□版) □ ， 页；齐爱□：“□□□资料□□□□□构□□素”，□《 □报□□□□ □ 》 □ ， 页

信息,般推导这样。〔〕德第部《联邦信息》后久,德普尔()精辟地,客体如下益:()悉信息被处益;()信息正完整益;()信息处合目益;()隐私益。〔〕信息上隐私益,只那隐私型信息,如健康况信息,才般上隐私。〔〕

样上,信息,德埃曼()将信息道路通类颇:信息般,正如道路通(如,红绿灯、优先通)命、健康、财那样,前后前;违通会给命、健康或财造损害错,那么,认违信息侵犯般,;只过,般像命、健康、财那样看得、得,后谬易被。〔〕类,另德〔〕瑞士亦,单违信息,味构侵害,信息旨防只受侵害。〔〕

上,德《联邦信息》条款上被《德》第条第款,这几已德通,信息解释防止信息被先防。〔〕信息防信息被,这隐私受侵害、名誉受损或财受损,守信息助这。,,违信息当味侵害,守信息当味侵害,受到侵害,仍需根上,尤合案情形,通过益衡量判断。德联邦最高“案判(,)”认信息,张,案益衡量判构信息侵害,仍。后得。案被告某著名网络上原告(被告)水平。案:被告未经原告,网公开原告姓名、任校、等等信息,这违德《联邦信息》侵犯原告般(案隐私益),受到禁止。判原告败诉,正地,被告违原告露信息,违德《联邦信息》,侵犯原告信息,信息正般部,信息受制;案,被告言,原告信息益仍让步。〔〕,案还看,如果承认信息念,认任何违背当志信息集、处将侵犯信息受到

〔〕 Diethelm Klippel, , , ; Gola/Schomerus,

, § ,

〔〕 Diethelm Klippel (),

〔〕 Diethelm Klippel (),

〔〕 Horst Ehmann (),

〔〕 Diethelm Klippel (), ; Josef Brossette (),

〔〕 Regina Aebi Müller,

ü

〔〕 Vgl. Gola/Schomerus (), § ,

〔〕 ,

禁止,整个法律秩序将陷入多么可怕的境地。

六、结论

目前流行的、学说上的个人信息自决权是一个法学上难以成立的命题。个人信息是个人在技术或物理上无法控制的对象;个人信息自决权主张,个人对其一切具有识别性的个人信息(不区分重要和非重要的个人信息)的收集、处理和利用享有决定权和控制权,这无异于保护一种无边际的个人意志,在法技术上,这种权利主张不具有清晰可见的客体外观,无法为他人的行为划定禁区;在价值取向上,个人信息自决权理论忽视了人类社会的存在和个人活动的展开所仰赖的信息流这个前提。因此,信息自决权至多只是学说上关于个人信息支配的误导性理论表述,而不是私权体系中的具体权利类型,更不是受侵权行为法保护的民事权利。

个人信息保护法和个人信息自决权之间并不能划等号:在某种意义上,个人信息自决权之思想可视为个人信息保护法的理念基础,但是,个人信息保护法不是对具体私权类型意义上的个人信息自决权的认可。换言之,个人信息保护法并非旨在保护一种作为民事权利的“个人信息自决权”。毋宁,正如德国部分学者正确地指出的,个人信息保护法应被视为,对个人信息自动化处理方式给个人人格或财产带来之加害危险的事先防御机制。

A Historical Sketch and Critical Review of the Theory of the Right to Self determination of Personal Information: An Analysis on the Protection Object of Personal Information Protect Act

Abstract:

个人信息自决权理论在个人信息保护法中占有重要地位,但其理论根基是否稳固,值得检讨。个人信息自决权理论主张,个人对其一切具有识别性的个人信息(不区分重要和非重要的个人信息)的收集、处理和利用享有决定权和控制权,这无异于保护一种无边际的个人意志,在法技术上,这种权利主张不具有清晰可见的客体外观,无法为他人的行为划定禁区;在价值取向上,个人信息自决权理论忽视了人类社会的存在和个人活动的展开所仰赖的信息流这个前提。因此,信息自决权至多只是学说上关于个人信息支配的误导性理论表述,而不是私权体系中的具体权利类型,更不是受侵权行为法保护的民事权利。个人信息保护法和个人信息自决权之间并不能划等号:在某种意义上,个人信息自决权之思想可视为个人信息保护法的理念基础,但是,个人信息保护法不是对具体私权类型意义上的个人信息自决权的认可。换言之,个人信息保护法并非旨在保护一种作为民事权利的“个人信息自决权”。毋宁,正如德国部分学者正确地指出的,个人信息保护法应被视为,对个人信息自动化处理方式给个人人格或财产带来之加害危险的事先防御机制。

Keywords:

个人信息自决权;个人信息保护法;个人信息;个人信息自动化处理;个人信息权益

(责任编辑:丁洁琳)

公开死刑资料：联合国求

孙世彦*

摘要:联合国各机构各有其有本情况的情况；各有本情况的。于的情权、和有的事法的以及《民权利和权利》的制度，家有义务。对于有意的形和具有重的作用。中已有有判处和行人数等情况的，这可能于家形象的。在中已经全面依法的目的，于限制和少的情况下，不仅无家形象，而且将有利于保的情权和对使用情况的确认识的能力和作用、《民权利和权利》以及对问题的认识和。

关键词: 死数 限制和少意

近，普通众还业员，死刑极注，步减少、制乃至废死刑、合、体操等量探讨。这探讨，至

[illegible]

□,联合□□□委员会首□通过□□□“死刑□□”□第□□□号□□,□□□□□呼吁没□废□死刑□□家逐渐□制□判处死刑罪名□数目、□虑□停处□□期完全废□死刑□外,还请秘书长□交□□世□□□内□□死刑□□□□□践变□情况□□□增补报告,□补充□□交经□□□□□

[] Capital Punishment, ()

[] 第二□报告:Capital Punishment; Developments, ; □报告后□第□□报告□集□版,Capital Punishment, ()。第三□报告: ()。

[] () (); (), (); () (); (), (); (), (); (), (); (), (); (), () 报告文件号□后第□□括号内□报告□布□间,第二□括号内□□□报告覆盖期间。

[] 联合□□通□做□□,将□家□地区□□废□死刑□□□留死刑□两□ 。废□死刑□□细□□三□情况:()完全废□死刑,□□□□没□□任何罪□□□死刑;()废□□普通罪□□死刑,□□□□平□期□□□普通罪□废□死刑,只□留□□情况下(危 □家或战□期间触犯军□)□死刑;()□□上废□死刑,□□□□□□□死刑□□□□□死刑判□,□□统计□间□前已经□ □未执□过死刑。□留死刑□□□仅□□□□□□□死刑,□□□统计□间□前□ □里执□过死刑。

[] 经土□□会□□□□通过□第 ()号□□□□认□□秘书长□这□做□,□求联合□□员□ 秘书长□□□□□□死刑□□□□□死刑方□□□□□□□践□任何新□□□资料。

[] (), 秘书长□后□五□期报告□未收录这□□卷。

会□五□期报告。□后,直到

年期报告 资料。^[] 中,秘书长 编写报告 , 政府间 、 联合国专门 机构 咨商 的 政府 发出问卷 它们 出的答 自其他 渠道的资料,包括 联合国成员国根 人权 年 的普遍 期 议 提交的报告 议 况,《 民权 政 权 国 约》缔约国 约 立的人权 委员 提交的 期报告,人权 委员 人权 立的 处 酷刑问题 别报告员的报告,某 普遍 区性政府间 的报告, 政府 的 死刑问题的书 资料等等。^[] 同 ,秘书长 编写 人权委员 人权 提交的报告 , 自其他渠道的资料。^[] 其 留死刑的 国家 对问卷的答 中或通过其他 渠道 死刑 况的资料,秘书长的 报告需要 赖 自其他渠道的资料, 别 自 政府 的资料。^[] 这 资料 没 反映 国家的死刑状况, 低估 高估死刑的 况。

() □ □ □ □ □ □ □ □

、人权委员 议中, 要 国 秘书长编写报告 需, 合 国提 国死刑 况的资料, 别 被 处或 死刑的人数的资料 外, 直呼吁 国 死刑的资料。早 年, 第 号 议中促 国“ 年 死刑的资料,包括 处死刑人数、 处 人数、处死刑 尚 人数、上 死刑被撤销或减刑人数 给 宽 处 人数”。人权委员 年 年通过的 死刑问题 的 议吁 留死刑的 国“ 众提 处死刑的资料”,其中 年 年的 议 吁 众提 “ 已计划处 ”的资料。 、 年 议只吁 国 秘书长提 死刑的资料。 、 年的 议中, 吁 国家(上针对的只 留死刑的 国家) 死刑 况的资料,^[] 次 议中 出, 的资料中应 别包括 “ 处死刑人数、死囚人数 已处 人数”的资料。

这 议之 要 国 死刑 况的资料, 。第 出 秘 书长编写 报告的需要。秘书长的 报告 死刑的 死刑的 况 键 。 果 留死刑的国家 某 没 直接 联合国提 死刑 况的资料, 这 资料, 联合国 部门仍 从 途 获 这 资料 不 赖 自其 他的、 渠道的资料。 然, 联合国提 死刑 况的资料 , 此 留死刑的国家, 果不 联合国提 这 资料, 上 不 其他 这 资料, 此

[] See (); (); (); ()
 [] See (), ; (), , ; (),
 [] See (), ; (), ; (), ;
 (), ; (), ; (), ; (), ;
 (), ; (), ; (), ; (), ; ()
 ; (),
 [] See (), ; (), ; (), ; (), ;
 (), ; (), ; (), ; (), ;
 (), ; (), ; (), ; (), ;
 (), ,
 [] 这三次 议的 中文 中,对 这 资料, 的“提 ”词, 英文 中,与 词对应的 语 “ ”, 字 含 “ …… 获 ”,应 “ ”, 此与 秘书长“提 ”(英文 语 “ ”)资料的概念 不 同。

呼吁保留死刑国家公开死刑资料略秘书长写信。上没帮。更第二原,公开死刑资料极,这文。

二、公开死刑资料根源内容

秘书长 交经社委会 部,针保留死刑家,认“ ,如 家 留极刑,它 公 负 义务, 透 、负责 方式 按 龄、 别 罪 类别 死刑判 数目、 上诉数目 执 数目 准 、全 数 ”。^[1] 联合 外 、 或任 第四任 别 员菲 · 奥 顿() ,“ 尽管 禁止维 死刑家 这 选择, 这 家 义务披露 适 死刑 详情 ”。^[2] 到 公开死刑资料 家 义务, 没 这 义务 根 。 ,这 义务首先 项 条约, 目 经 缔约 《公 治 公约》(简 《公约》), 般 原 。

(一) 信息自由与公开死刑资料

根《公约》第 条,缔约 义务公开死刑资料。 般认 ,第 条第 款 表 ,“ 项 寻求、接受 传递 信息 思 ”。 这 传统 解 , 寻求、接受 传递信息 家 义务 极 尊 义务, 干 。 这 义务, 含 家 公开信息 极 义务。 表 践 , 寻求、接受 传递信息(仅 家 义务 干 这 。 ,还 家 义务 这 得到 , 负 公开信息 极 义务。 联合 促 表 别 员阿比德· 侯赛 (7E406608TJ76827101288273584310910 收 10/28/2012 7:52:35 这 府 施加 项 极 义务, 够 取 信息, 别 府 掌握 信息 ”。^[3] 负责 督 《公约》 施 务 委员会

（二）公正审判与公开死刑资料

面,人权事 委员 提出了非 细的要 。该委员 在 年 的《各缔约国 据〈 民权利和政 权利国际 约〉 应提交的 约专要 件准则》中,对于缔约国在 告中就 应提供的资料,提出了 与死刑有关的具 ,特 是要 提供资料说明“在 告 所 处的死刑 、 行的死刑 、被 处死刑者的罪行的性质、年龄、民 出身和性 、处决 、减刑 缓刑 以及 待被处决者的 ”。^[1] 而在人权事 委员 审议缔约国 告的实 中, 果缔约国 提供有关 处和 行死刑 况的 细资料,该委员 必定 提出质 和要 。例 ,人权事 委员 在审议也门的 次 告 ,在结论性意见中 ,因为缺乏有关可能 处死刑的具 罪行和 处死刑之案件 的资料,无法评估也门是否遵 了 ;^[2] 在审议也门的 次 告 ,在结论性意见中要 也门提供关于被 处死刑的人 和被处决的死刑 人 的 细资料。^[3] 似 ,人权事 委员 在对乌兹 克斯坦初次 告的结 的人

看,“死刑资料”“死刑数”的□□联,□别。死刑资料的含义更□泛,□□切死刑□的信息;〔〕死刑数的含义比□狭窄,□“判□死刑人数、死囚人数□□人数”等□数的资料。□,死刑数□死刑资料中的核□部。国□公开□量死刑□的信息(如法□□死刑罪□、死刑□□□程序□),如□□或公开□核□的死刑数,□满□联合国的□求、□己的义务。

三、公开死刑资料 □□ □ 死刑的□□

联合国□的□项□宣□□□□死刑的目标。□,经社□会的第()□联的第()□首□,□求的□目标逐□制□判□死刑的罪□的数目□期□国家内□刑□□□《□人权宣言》第□条□的□命权。人权委员会□表□“信□死刑□加□人的尊严□人权的逐□”,“呼吁尚未□死刑的国家□虑□停□□期完全□死刑”。联□呼□留死刑的国家“逐□制死刑的□,□□判□死刑的罪□”,“停执□,目标□死刑”。公开死刑资料,□□□死刑□的□。

(一)公众意见与死刑的存废

联□通过“停□死刑”的□后□别□、□、□国家□通□会的形式,□表□异。〔〕□会中,这□国家□它□“贯□任何□停□或□死刑的□□,认□这违□国□法□”,□总□:()□否应□死刑的问题上,□国□;〔〕死刑□最严□罪的□威慑,□更□□的□看□□受害□的权□社□的□□□全□活□的权□的情□□量;〔〕留或□死刑的问题□类犯罪适□死刑的问题应□国□□国人民的感情、犯罪状□刑□的情□□□夺;〔〕死刑的□,□国家根《联合国□章》□的□权□地□符合□国社会、文□法□的□□维□社会□全、秩序□□,任何国家□权将□己的□加□人。严格□,第□第四□留死刑的□□□这□国家认□死刑□问题上□国□;第二□第三□映□留死刑的两□最□死刑□威慑□公众□或曰民□死刑。□开死刑□否□犯罪□威慑□谈,□□□的□公众□死刑□的□。

□国家援□公众□(□,联合国文□中文□中□应□“公□舆□”)留死刑的□秘书长□交联□的□□中,□□到这□。如,白俄罗□□□,国□的全民投票□,□上的白俄罗□公众□留死刑;□尼亚□□□死刑,□公众□□□留死刑。〔〕还□国家如□威□、比亚、阿富汗等□援□信□的□

〔〕联合国文□中,“资料”应□的文□□“□”,□“信息”。

〔〕□()□;□()□;□()□;□()中国□全部□□□会。联

□,□止□月底,尚未□类似的□通□会□。

〔〕□(),□;□(),□

□□， □□□死刑□符 伊□□□□，{

另外，秘□长□□□报告 □□□□□□□□□ □□□：“□□这□□□□□效□透□，□
□□□□□ □□获 均 □ ，包括□□ 罪 况□□□□采□极□□ 况下□□□□打
□□□□□效 □□□ □ □数□”。〔 〕 □获 这□ □数□ ，□ □□ 认□□
□□□□□□，□ □□□ □□□□□、 □□□命 □□□□接 □打□ 罪□□段□ ，
□□□□□罚□□□制 罪□□段□□，□□□□□□效□□□□，□□ □□□□废□□□□
□□□□彼□“□□ □□□□□”□□□。□□让 □ □ 认□□□□□，这□资料□□□
□□ 处□□□数□处□□数□单□数□ □□□，□□□助□□近“□□精英”□普通□□□认□
□□□□上□□离。

□、□□□尽□ □□数□

合 任 期 处 数 处 数 数, 这 数。 上, 数 直饱 。 八
 届三 已 “步 少适 罪名 况下, 根 上 合 报告
 资料 , 况。

（一）秘书长报告中的中国死刑执行情况

□□□政府 □合□□□或□□□ 过□□资料,或 □□ □,□□ 处□□□数□处□□数□数□,秘□长□□□报告 □ □□□□□□渠道,□别□□□ □□期监□□□□□□ 况□□政府 “□赦□□”(□译“□□□赦 ”)□“释 □隐”()□资料。这□□这□报告处□□□ □□□□数□□家□□□ 况□惯常 □。□□秘□长报告□ □获 □□□□□□□ 况□数□,□□ 断□□ □□□靠□, □□□□□ □□数□□□□差极□。□ ,□□ □□□□处□□数,“□赦□□”□“释 □隐”□估□□□□□□:前□估□处□□数□“ 少 □”, □估□处□□数□“ 少 □”。〔〕 □□□秘□长□报告采□□□□数□、依□□什么,□□□给□□□□处□□数□□□□□。秘□长□□ □□ □□□报告□□□□□□□期 ,□□□□□家□处□□数列 (□□获 资料□□家□□),□□,第六、七、八□报告□□□□□处□□数: □□ □□ □、 □□ □□ □、 □□ □□ □。〔〕 □这三□□□□期 ,□□□处□□数□过□□□□□数□□□□□□□□家□□期处□□

[] (), ; (),
[] , *supra* ,
[] (), ; (), *See* (),
[] (),
[] (), ; (), ; (), 第九□报告□□给□□□□
□□处□□数,只□□“□称□□□□仍□处□数□□”。 (), ,

的和。^{〔 〕}

然,由于中国的人口基 ,中国的 对□决人 居□界第一并不 人惊奇。但是,考察 一个 国的死刑 □,除了要 其□决的 对人 之 , □要 □□决人 在每□万人口的估计年□ 比例。从秘书长提 交 理事 的□□ 的 据来 ,中国在 年、 年、 年期□的 一比例分 为 、 和 ,在保留并 行死刑的国 中分 □在第 、 和 。^{〔 〕} 从□决人 在每□万人口的估计年□ 比例来 ,中国使用死刑的 □不是 □界 重的,但在人口大国中,却是 重的。在 □界除中国 人口 亿的 个国 中, □有 个保 留死刑,但它□在同一时期的□决人 在每□万人口的估计年□ 比例都远低于中国,以□就是其中 个国 与中国的对比 □(印度和印度尼西亚则因为在 五年期中的□决人 都不 人而 □收□ 计 格):^{〔 〕}

	人	比例	人	比例	人	比例	人	比例
中国								
□国								
巴基□坦								
尼 利亚								
孟 拉国								
本								

没有 国 □明,中国对 些□□中使用非□府 的估计 据以及 些 据本身作 出 评论。 □说 些 据□于在所涉期□中国的实际 据,则不□理 中国□府为 没有 □ 反对并 实际 据, 不 不□人有反 的猜想。

(二)中国公开死刑数据的障碍与利弊

中国不 从 死刑资料中 重要的 ,即 时期有关“ □死刑人 、死囚人 和□□ 决人 ”的 据,而且从 □不 的 因 在。

中国为 从不 死刑 据? 有学者□,中国不 死刑 决和 行 据是“基于国际和国 多 面 因的考 ”,^{〔 〕}但没有明确 些 因和考 有哪些。许多学者都提 一个 □,即死刑 据 在中国是国 机 。因为 从 宣 死刑 据是国 机 ,所以甚 可以说,连死刑 据是

〔 〕 □□中没有给出孟 拉国、朝鲜、伊拉克、□威特、叙利亚在 年□的□决人 ,没有给出□马里在 年□的 □决人 。但从 些国 其他时期的□决人 来 ,即使 些国 的□决人 ,所有保留死刑国 的□决人 之 和 然 赶不 中国一国同期的□决人 。

〔 〕 参见 (), 年,□ 是 □曼□坦、□ 坡、沙特阿拉伯、塞拉里昂、吉□吉□□坦和约 ; 年,□ 是□ 坡、沙特阿拉伯、约 、伊朗、也门、刚□民主共和国和塔吉克□坦; 年,□ 是沙特阿 拉伯、伊朗、□威特、朝鲜和□ 坡。□要 意的是, 一 格中没有给出 年□,朝鲜、伊拉克、□威特、叙利亚的 一比例。

〔 〕 据 (), 理。

〔 〕 赵秉 :“论 球化时代的中国死刑 度 革——面□的挑 与对策”,载《吉林大学 □学□》 年第 期,第 □。

国家秘密情况本身是秘而不宣的。《中华人民共和国保密法》第 4 条：“及国家安全利益的事项，泄露后 损

利于“□□死刑□行□□出□□的起伏□者反弹,进而□□□督促中国□□和减□死刑□□的贯彻和落□”,而不□□死刑□据“□□程度□削弱了□□各□对中国落□死刑□□的□督,不利于死刑□度□革的□□”。〔1〕□□,死刑问题,“□督权与知□权是□□相连的,死刑□督权的□□乃以知□权为□提,□有□□死刑具□人□,民众□有□□对死刑□□的□行□□进行□□评估和有□□督”。〔2〕

[illegible]

此,保□□ 有□死刑的□□威慑□□。^[1] 见, 死刑的 威慑与不□□死刑资料之□, 着 种矛盾。死刑与□罪率之□是否 然□、死刑是否具有威慑作,是□为 的问题, 不 □于所有国□的□验和规 。但无 □□,□有□□死刑□据,□有 对死刑与□罪 率之□的□、对死刑的威慑□□作出□学的 ,□出□人□服的 。

□四,□□死刑□据有利于中国□早批准《□民权利和□□权利国□约》。^[1]中国□年签署□约之□,迄□没有批准,但“□□□稳妥推进行□和□法□革,为批准□约作准□”。^[2]□□□、□□□事□以及人权委员□要□各国提□和□□死刑资料并没有国□法意□□的约束□,《□约》缔约国□人权事□委员□提交□□是□种□性的法□□。中国□批准《□约》,提交□约□□;□□□□中没有提□死刑□据,人权事□委员□然提出□问和批评。与其□□□□种□问和批评,□者□迫提□□据,□者□□□提□□据而□□□多的批评、□□□□□,不□□早自行□□死刑□据,□明中国□□□□□的确为批准□约作□真却乏众乏众乏众。

——□□□□□□□□□□况□□□□□ 况下□□□。□□,□□极□合□□□□□: 果被□查□获 □□□□□ 处□ □□□□数□数□,□ □□□□□□□□□□况,□查□□果□□□ □ □□□□^①)

□□或□□ □□□□□“□□□□绕□ □□□”。〔〕 □□，“□□□□□导□， □□□
□废□□□□ 条件□，□ □□认□ □导□□□□□□□□□□ ”。〔〕 □□ □□□ □□
□□推□废□□□，□□□ □□ □□ □传、启 □□启蒙□ ，推□□□□□□司□

□、透□□，^[1] □□罚□构、革□罚 □， □□体倡导、□导 □□等 ；^[2] □□□ □工
□□ 转换、政府责任□导、文□ □ 、□术 转 等□□路径；^[3] □□□ □□□推 、□
□导、□□过渡等路径 。^[4] □□□□， 需□被□导□ □□□ □ □□□感 □ 绪□
□客□□□□认□□， □□□ □□□被□导 □□□、□责□ ? □□□□，□废□□□
□□□上，“□□□□ 启□智、□升□□□□任”；^[5] □□□□□□导□□、启蒙政 、 文□。^[6]
□□□□，□□□□□□ □□□□□□□□况□□下，□□□ □□□□服 □□？

[illegible]

五、□□

[illegible]

近几□,通过 高□□□□□回□□□□□、已 减少□□划□承诺

日渐公开透明,尤其是随着中国适用死刑数量的不断下降,中国的死刑数据终将解密”。〔 〕 希望这一天能早日到来。

**The Publicity of the Information on the Death Penalty:
The Requirements of the United Nations and Responses of China**

Abstract:

□ □ □ 前 □ □ □ □

□ □ □ *

摘 要: 本文探讨了在新时代背景下，如何进一步全面深化改革，推进国家治理体系和治理能力现代化。文章首先分析了当前我国面临的国内外形势，指出改革的重要性和紧迫性。接着，文章从经济、政治、文化、社会、生态五个方面，详细阐述了深化改革的具体路径和措施。最后，文章总结了改革的总体目标和预期成果，强调要坚持以人民为中心的发展思想，确保改革成果惠及全体人民。

关键词：□ □ □ □ □ □ □ □ □ □

[illegible]

带的。前的广。的版 () 。

术次 英国 , 区 口的、 固 的盖

的, 引了 英国王室的高 。王室 , “危险的” 的 的 法

版业, 英国国王 世 下宗 籍 人 查之 。

随, ()、 () 星法

的法, 的 版 建立 。 法, 版业 , 版 业,

() , 籍 版 政府的 , 前

的 版 法的。 法 的果包括 、 处、 罚金、监 、 毁 工

, 曾 版商 版 版 的 王室 版

的推 。 星法 被长议废之, 议 一

新的 版 法, 替国王成了新的 查 。 法之, 法 王室没 法

权 推 , 议 法的推 的, 。

法。 , 英国政府推 版 的心 谓、

谓 — 两 世曾下 英国只 伦、 剑 版商, 其中、 剑

学 只 版商, 版 法

, 下 拒 新的 法。 , 之 被 政 发 它

人权 , 它 没 法 籍的 版, 导 查人 ,

继。 与英国的历史 , 美国的 版 法 世纪 告 。

学 们对 版的 批 议 替国王推 版 。 , 沃尔

() 版 一 匿名的小 , 批 的矛头 版 的 — 查人

批 之, 对 前 查的 版 之 的。

久, 对 版的批 被弥尔 () 前推进一步。他 《 版 》(Areopagitica)中

, 版 法“ 的 的 籍”, 一 法 立法

的, 学术, —“它 () 的 人 我们的 与 。

, 它 的商 — 的输入”。 弥尔的批 仍 —

他承 版 查 的初衷 好的。 英国的 版 之, 一 法 的

的 , 英国的学 们仍 其 版 获 的里程碑 的胜 。

笛 () 其著 中 籍 查 版 背 的 担, 英国政

府 一 罪 的智慧。 , 英国 版 的 里程碑 的 — 世纪,

[] , *supra* ,

[] 版商 普 () , 星法 的罪名 罪。 , *supra* ,

[] , *supra* ,

[] , *supra* , ; , *The Doctrine of Prior Restraint* , ()

[] , *supra* ,

[] , *supra* ,

[] [英]弥尔:《 版

[]

[]

[]

免 的 版 权 的 立;〔 〕 的 , 莱 斯 写 下 引 谈 版 次 引 的 。

的 美国 莱 斯 的 念。 , 美国 的 版 半 叶。 , 权 法 , 美国 已 人 版 的 感 记忆 〔 〕 建 国 父 们 的 法 , 的 前 态 致 的, 的 前 的。〔 〕 杰 · 富 林 () 中 宣 : 需 政 府 的 版 艺 术 的 的 藩 篱, , 凡 恶 的 人 被 迫 沉 默。〔 〕 威 逊 () , 美 国 法 法 , 曾 版 下 的 : “ 版 前 的 () 政 府 的 安 人 的 安 、 人 格 进 攻 击 。”〔 〕 斯 托 里 () 法 的 , “ 版 …… 前 进 版 的 权 ”。〔 〕 版 的 莱 斯 的 谓 轍。

, 美 国 人 半 叶 “ 前 ” 已 成 , 政 府 靠 诽 谤 法 版 , 的 尼 () 法 次 前 。 中 , 席 法 斯 () 宣 法 构 成 版 的 前 , 。 尼 激 沉 睡 的 。 尼 , 法 另 的 : 五 楼 () 拉 斯 卡 () 。 尼 法 () , 五 楼 驳 回 政 府 法 纽 约 发 的 ; 拉 斯 卡 法 闻 媒 下 刊 发 件 的 () 的 。

(二) 界定

, 憾 的 , 前 缺 人 服 的 。 程 致 的 混 乱 的 。 , 爱 默 () 描 前 的 : “ 久 贵 的 , 前 混 乱 堪。”〔 〕

〔 〕 , *supra* ,
〔 〕 另 的 计 , , 版 商 被 某 殖 民 立 法 前 己 的 辩 的 。 See
 , *supra* ,
〔 〕 , *Prior Restraint: Original Intentions and Modern Interpretations* , () ;
 , *supra* , 斯 () 的 , 的 的 的 的 ,
前 追 惩。 See , *supra* , 需 的 , 的 美 国 法 版
的 它 免 前 , 政 的 , 司 法 的 , 的 。 , *supra* ,
 , 需 的 , 的 美 国 , 前 被 的 。 , *supra* , ,
〔 〕 , *Poor Richard: The Almanacks for the Years* , () ; see , *supra* ,
〔 〕 *Statement at Pennsylvania Ratifying Convention, Pennsylvania and the Federal Constitution* :
 , () () () ; see , *supra* ,
〔 〕 , *supra* ,
〔 〕 , *supra* ,

爱默生将事前审查划分为四种情况：〔1〕由立法机关、行政官员行使的是否许可发表言论的事前审查（出版行政许可）；法官发出的命令；立法机关立法内容不符合宪法设定标准的出版物出版前进行其他内容的交流；政府观点或其他内容的发表作为公职人员保有某一职位者具有影响的条件的要件。但是对于这四种事前审查，爱默生并非认为应同等对待。他认为，对于事前审查则应视其性质不同，前两种事前审查是应予以审查的。他指出，在宪政的框架下，虽然决定是由法官而不是行政官员作出的，但是由于在单一制下法官被置于了与行政官员类似的境况，此命令与另一种命令一种是相同的。对于这四种情况，法官则应对其进行与事前追惩相同的审查。

爱默生在其《事前审查原则》的古典论中其实并没有指出这四种情况纳入事前审查的范畴，而在文末他又建议法官将其作为事前追惩来进行审查，似乎说明爱默生自己对于这四种情况纳入事前审查也是矛盾的，至少有些底气不足。而从此可以看出他的学术论调和法官从来，也并不像爱默生所认为的这四种情况作为事前审查来对待。他的论述事前审查原则的论题无一能绕开爱

寒蝉效应 为判断对言论的 制属于事前 制还是事后追惩的标准。^[1] 与反对者不同,墨菲认为上述现象 恰恰意味着某些传统上被认为是事后追惩的 制实质上应被归为事前 制。他明确指出,禁止事前 制原则只有在政府 制的直接目标是充满争议的言论且该 制将对受到保护的言论产生寒蝉效应 才应予以适 。

墨菲的思路 以说是很有趣,但却很难说是富有说服力的。总体说来,墨菲是从实 主义的进路出发来分析事前 制的,但是与法 在禁止事前 制原则上的一贯做法相类似,其理论基础却相对薄弱。虽然寒蝉效应的确是禁止事前 制原则的一个软肋,但能否仅仅因此就完全无 事前 制与事后追惩在形式上的区别而人为地将某些事后追惩的形式纳入事前 制中来,却仍是 得提出疑问的。毕竟,违反禁止过宽原则同样也 能构成某些事后追惩在寒蝉效应上更甚于事前 制的原因。

近年来提出的对禁止事前 制原则的较为引人关注的界定来自梅耶森。他采取的是一种在表面上看来与言论自由完全无关的思路:权力分立。梅耶森在对事前 制和事后追惩进行了一番对比后发现,二者 了人们通常意识到的形式上的区别外,还存在一个 的区别。^[2] 不属于事前 制的为宪法所允许的对言论的 制一般是按这样的流程进行的。首先,在言论作出之前,由立法 关以制定法 的形式制定规制言论的规则。一旦表达作出之后,立法 关就不能再发挥任何作 。其次,由行政 关来执行立法 关制定的法 。具体说来,就是由警察逮捕违反法 的言论发布者,或者由检察官对其提起诉讼。最后则是由法 来 定涉案言论是否在宪法的保护范 之内。因此在言论的 制上,三权分别应在各自的阶段发挥作 而不得僭越,否则即构成事前 制。 如,司法 关一旦试图在第二阶段发挥作 (禁制令)即构成事前 制。由此,梅耶森对事前 制给出了他的定义。() 当司法或行政人员被 权关注图作出的表达而不是已经作出的表达 就构成事前 制;() 对于少数为宪法所允许的对言论进行先于其作出的 制的情形,以下情况亦构成事前 制:() 司法 关得以启动() 或者消 被禁止的言论;() 行政 关得以对言论的非法性作出终局 定。

梅耶森的思路应该说是非常具有启发性的。尤其难能 贵的是,从这一定义中 以看出,梅耶森对反对者们提出的种种意见,尤其是有关程序正义的要求进行了积极思 与回应。但是细察之下,我们仍然 以发现这一定义与“形式的”定义存在着千丝万缕的联系。尽管梅耶森主张抛弃形式的思路而以权力分立为线索来构建自己的定义,但从他的定义表述中我们还是 以发现对于“ ”的依赖。

间节点在梅耶森的定义中 以说是无处不在,读者 以频频发现诸如 、 、 这样的表述。因此,梅耶森的定义 能并未能如他所主 Ü

自由的保护的。此,对于像五角楼报案^[1]的案件,法官们^[2]确的^[3]法应^[4]是^[5]《^[6]国者法^[7]》(),从^[8]对^[9]自由与国^[10]安^[11]的关^[12]作出回答。^[13]

具^[14]来, 美国^[15]一^[16]案^[17]中,对^[18]事前^[19] 的^[20]提出的^[21]有^[22]的质^[23]主要集中在^[24]个问题^[25]:^[26]、寒蝉^[27]应与^[28]程^[29]。

(一)禁制令

如^[30]所述, 对事前^[31] 的界定^[32],比^[33]安^[34]的^[35]法就是^[36]默^[37]的^[38]——事前^[39] 包^[40]括^[41]和出版^[42] 。而^[43] 美国学者恰恰对^[44]事前^[45] 的^[46]提出了一个几乎^[47]以摧毁^[48]一^[49]的质^[50]:^[51]真的^[52]于事前^[53] 吗?

诚^[54]默^[55]所主^[56]的,事前^[57] 包^[58]括出版^[59] 和^[60],但是^[61]我们^[62]快就^[63]以发^[64],^[65]与出版^[66] 着^[67] 区^[68]。^[69] ,^[70]不是由行政人员作出的,而是由法官^[71]作出的,而法官^[72]对^[73]自由的利^[74]为敏感;其次, 申^[75]政^[76] 承担举^[77] ;再次,^[78]的作出是^[79]的,够^[80]程^[81]的保障;^[82],^[83]与出版^[84] 分^[85]源自司法权和行政权,而^[86]权^[87] 自由规^[88]的立场和^[89]的利^[90] 具有^[91] 不同。事^[92],由于^[93]是^[94]靠对^[95]反^[96]的行为(以“蔑法^[97]”的^[98])进行惩^[99]来发挥作^[100]的, 此^[101]反而与事^[102]追惩^[103]为^[104]似:^[105]对于惩^[106]的威胁发于^[107]作出之前,而惩^[108]的^[109]发^[110]是^[111]作出之^[112]。甚^[113] 程^[114]与事^[115]追惩^[116]似之处:对蔑法^[117]和普^[118]的刑事^[119]的^[120]需要对^[121]据进行质^[122],而对于^[123]超^[124]个^[125]监^[126]的蔑法^[127]的^[128]与普^[129]刑事^[130]的^[131]一^[132]有陪^[133]团的^[134]况下进行。据此,反对者^[135]们主^[136]应^[137]排^[138]事前^[139] 之^[140]。

不^[141]不^[142],^[143]包^[144]括进事前^[145] 的确^[146]事前^[147] 临了^[148] 所遭遇的^[149]的危^[150]之一——^[151]述反对意见所^[152]示的,^[153]与出版^[154] 是^[155]此的不同,以致于^[156]难找^[157]由^[158]们归为一^[159]。果^[160]与事^[161]追惩^[162]真的^[163] 质区^[164]的话,那么^[165]一^[166]区^[167]就只^[168]是间^[169]规^[170] ()了。^[171] 但是^[172]的^[173]一点^[174]的区^[175] 自^[176]己的阵^[177]。学者^[178]们对^[179]事前^[180] 寒蝉^[181]应^[182]的问题^[183] 批评^[184],间^[185]规^[186] 逐渐被明^[187]其^[188]并不是^[189]起来的那么确^[190]。

(二)寒蝉效应

从^[191]绕^[192]事前^[193] 的^[194]以^[195]出,无^[196]是辩护意见^[197]是反对意见^[198] 有一个核心,那就是寒蝉^[199]应^[200]。寒蝉^[201]应^[202]常被引^[203]的一句话就是比^[204]尔()所^[205]的,“刑事法^[206] (),而事前^[207] 遏^[208] ()”。^[209] 支持^[210]事前^[211] 的意见^[212]主事前^[213] 对^[214] 具遏^[215]作^[216],所以^[217]对于^[218]的事前^[219] 是^[220]难以忍^[221]的。不^[222]事前^[223] 怎^[224]的问题,只要^[225]一遏^[226]作^[227],那么^[228]事前^[229] 就有^[230]的要——问题只是^[231]去^[232]善^[233]。但是反对意见^[234]为,事前^[235] 与事^[236]追惩^[237] 对^[238]的^[239]作^[240]的区^[241]被人为^[242]夸^[243]了,种区^[244]并非^[245]默^[246]人所主^[247]的^[248]此^[249],以^[250]于需要对^[251]手段作出“事前^[252]”与“事^[253]”的区分。^[254], 的问题^[255],虽然支持^[256]者常常以五角楼^[257]报案为据而主^[258]的^[259]扰(), 是^[260]迟() 的作出^[261]比

[1] , , *supra* ,

[2] , , *supra* ,

[3] 关于 的^[3]译,笔者^[4]了 多学友,^[5]定译为“间^[6]规^[7]”。 此,笔者对^[8]海平、^[9]锦宇、涂^[10]新、姜丰^[11]学友提^[12]的帮助^[13]示感^[14]。

[4] , *The Morality of Consent* ()

事□□惩□具成□,^[3]但是在反对者□来,□一论据是不□□分的。实际□□□时□事□对自□的□一□□□了□□,而□时其他□□也并□都□□□时□一□□从于□□□。^[3]而且,不□□见,□要事□□惩的惩□□度□□大,□也能产生与□□□同□的□扰□□。

在□□□应的问题□□予□□事□限□□则□□一击的无□是绍□。绍□对□□□应进行了抽丝□□的分析,^[3]□为所□□□□应,就是□人□□□作出为□一□□□□所保护的行为时,由于□□并非意在()限□□一□□保护的行为的规□()而□退不□()

)。究其实质,□□□应的危□在于□□使□□种本应作出的□论□于□□。□□□应实际□产生于法律本身以及法律□行、实□□程中的种种不确定性以及由此所产生的□□,而□□□应□则()实质□就是“□相其□□其□”——考□□□论自由□成一种□□的价值(),所以人□一□宁□对本来不应□予宪法保护的□论□予宪法保护,也不□□□□本应□□宪法保护的□论。据此,□□□应对□论□□□□的大□主要由□□□□惩□的可能性、惩□的□重程度、人□由发□□论所可能□□的利□、行为人是否有□险□□以及法律规定本身是否□□()□决定。从□些决定因□可以发现,事□限□与事□□惩在□□□应□的确并不存在本质□□。

为进一□说明□一点,绍□□□指出,无论是事□限□□是事□□惩都意□着□些□论□□除在□论自由的保护范围之□;同时,他提出,□论自由的□要□的是□事实□无法□□宪法保护的□论所□□的□□□□□□。一□□一点□□了明确,事□限□□则就□□□□了。绍□是从□□□论()□手论证□一点的。^[3]在事□□惩的□□□,由于不确定性而产生的□怕,人□□□□于对自□□要发□的□□□论进行自□审□,因此□□□论□□无法□□出现的机□。□□要□□论自由的保护确□□□及□□□□论,□一的□法就是□□□论自由的保护范围□大□□些实际□不□□论自由保护的□论。但是在事□限□的□□□,□种“□相其□□其□”的□□□不复存在。人□□□论提□□审□人□并不□□□险,所以即使是具□□险性格的人也□□不□□□□□□□论提□□审□人□。也就是说,性格因□在事□限□的□□□不发生□□作用。因此,□□□论在事□限□□出现的机□实际□□大。

□一□面,绍□□然□□事□限□在□种程度□对□论自由□成的危□的确□大,但他□为其中的□本□因不在于时□因□,□□关□的因□是事□限□的□用规则与程□。具□来说,绍□□其□□为不□□□的自由□□、□□的□□□□以及能□不□的□行机□()。^[3]□□很□就可以发现,□□者在事□□惩中也是□□存在的。^[3]

开来的实际上□有□接禁止规则而□。〔〕根据这一规则,无论法院作出的禁制令本身是否违法(宪),对于违反禁制令的行为都必须以□视法庭罪来□究行为人的法律责任。这一规则的确赋予了禁制令以事后□惩所不具□的□□力量。因此,□要□接禁止规则□然适用,□□禁制令相比于事后□惩就的确对言论更具有压制作用。但是,根据二人的观察,□接禁止规则□然出现了松动。无论是州法院还是联邦最□法院,都曾多次在判决中□除了对□接禁止规则的适用。〔〕在这种情形□,至□可以说,在□天的□国,□接禁止规则的效力是可疑的。〔〕而一旦这一规则并非确定,□□说禁制令较事后□惩对言论更具有阻扰效□就不再是□□具有说服力的了。〔〕

(三)正当程序

正当程序是质疑者□的第三个主要关注点。事实上,对事□限制程序控制的强调是具有坚实的先例基□的。在 年的□里德□诉马里兰州□中,联邦最□法院明确提出,对言论的事□限制必须严格符合以□三点程序上的要求□可能通过第一修正□的检□:()必须由审查者□□证明电影为不受保护的言论的□证责任;()虽然审查者得为了确保不受保护的□电影不会得到放映而要求所有的电影都提交审查,但是审查者的决定不得成为一部电影是否为受保护言论的终局决定;()必须设置有立即的()、终局的□法审查程序,以将任何暂时的,但可能□误的□绝颁发电影放映许可的决定的延误后□()降至最低。〔〕此后,联邦最□法院在□罗□诉□妮公主镇委员及主□□ ()与□□促销有限公司□诉康拉德□()中一再重复了在事□限制上对程序正义的要求以及正当程序将使事□限制正当化的观点。〔〕自此,对程序正义的强调逐渐成为了□国第一修正□理论,尤其是禁止事□限制原则上的□受关注的内容。

早在 □□□□年代就有学者以上述先例为依据提出,□要设置有□够的程序控制,□□事□限制也可能为宪法所允许。〔〕此后,这一观点得到了进一□的深□阐述和发展。例如,□内特(和□□里□)就通过将事□限制的危害主要归结为过大的自由裁量□□和正当程序的缺乏而提出了禁止过宽原则以及正当程序的设置即□以□代禁止事□限制原则——如□具有明确的许可标准、设置有不受延误的□法审查程序等,□□即使是作为事□限制核□的出□许可制度也将是为宪法所允许的。〔〕

到了 年代初期,□腾()对事□限制的程序控制进行了□门的论述。□腾首先以□国事□限制的相关经□为基□,得出结论认为出□许可最大的问题就在于审查者是行□人员,因为与法

〔〕 , *supra* , ; , *supra* ,

〔〕 联邦最□法院□除□接禁止规则适用的□□□□ *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, (); *Oklahoma Publishing Co. v. District Court*, (); 以及内布拉□□□。

〔〕 □接禁止规则并非法律规定,而是□法的创造。因此最□法院□绝适用这一规则就□□够动摇它存在的根基。

〔〕 , *supra* , ; , *supra* , *See also* , *The Civil Rights Injunction* ()

〔〕 *Freedman v. Maryland*, ()

〔〕 在此□中,联邦最□法院这样判决□,“□然得到确认的规则是:□有在它是遵□为了规避审查制度所带来的危险而设计的程序进行的时□,事□限制的制度()□能避免违宪嫌疑()”。*Southeast Promotions Ltd. v. Conrad*, ()

〔〕 , *First Amendment “Due Process”*, (); , *The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana*, ()

〔〕 , *supra* , ; , *supra* ,

官比,政员言益更加敏感,这制最好补救将政司司员查。^[1] 如果政查()配备受延误司司查序,它结构禁止前制原内容——司司查将清洗这言制制全部罪 ()。^[2] 运方,梅腾继得认,后追惩版区别,它们只枚硬币两已。^[3] 制言, 言制施序上制。序正义,梅腾认真正区别前制后追惩间,当压制言配备序制体禁制令()过宽禁制令()、版后追惩这三间。^[4]

梅腾样,拉迪什、集地禁止前制原抨击调正当序。^[5] 拉迪什承认前制侵害公言,认原它们构前制,它们缺乏司序障。拉迪什,如果前制原任何足足础话,那它排下言制:缺乏司导完整、公正听情况下,言合、受到制。拉迪什司导正当序调表极情,将这穿驳禁止前制原始终。拉迪什认,联邦最高上早,制公益第三方。这原样适第修正案。禁止前制原真正排只言缺乏司终局查司制,包括政制。言政部禁制令。^[6] 只司导完整、公正听序,那么言制(它前还后)得允。如果缺乏正当序,政府备紧迫益(),言制第修正案违背。这样,言制被允核心结构前制,备正当序。

后,上得到 ()^[7] 如斯科 ()几乎杰弗里斯传统前制病仅仅裁量,禁止前制原完全禁止过宽模糊原替这,调只政前制()

[1] , *Toward a Theory of First Amendment Process: Injunctions of Speech, Subsequent Punishment, and the Costs of the Prior Restraint Doctrine*, ()

[2] *Id.*

[3] *Id.*

[4] *Id.* 汉()梅腾针驳。See , *Toward a Better Understanding of the Prior Restraint Doctrine: A Reply to Professor Mayton*, () 这篇文,汉序才区前制后追惩键。惜汉未谓“”到底什么——数前制后追惩最区别前制将底阻止言,这看乎汉认“”寒蝉效,未文这,没加详细。

[5] , *supra* ,

[6] 拉迪什将禁制令三类:临禁制令;得到部序障临禁制令单方禁制令();得到完全司序障永久禁制令。只第三禁制令才没。 *Id.*

[7] 需注,根卡() 察, 后美联邦 乎放松序正义方求——联邦 乎认只内容政制没前制危, 需 守 案序上求。正如卡张,这仅错误,会危到第修正案领域。See , *Death of Procedural Safeguards: Prior Restraint, Due Process and the Elusive First Amendment Value of Content Neutrality*, ()

够 密 序控制,那 政 前控制 第 修正 上 困 ; 韦 () 试图 查禁制令 统 标准 到 序正义 ——她 乎 拉 永久 禁制令 禁制令, 方 禁制令 , 调 经过完整 听 序, 准 禁制令 正 判 , 正当 序 情 制言 禁制令 会 上 困 。 }

(四)为了生存的自证

们 力 驳 ,禁止 前 制原 看 简直丢盔 甲、败涂地。 们 免 这样 疑 :禁止 前 制原 真 还 吗?

这里, 答: , 天,禁止 前 制原 上 驳 虽 看 直击 害, 上 未 摧垮禁止 前 制原。

禁止 前 制原 上 驳 堡垒 爱默 搭建 框架。 那篇 经 文,爱默 细数 前 制“八 罪”。^[1] 第 , 。 前 制 情 处 政府控制领域 言 经过政府 查 , 后 追 情 部 嫌 违 言 受到政府 查。第二,拖延。 前 制 情 且 言 到 制 它 人 思 市场,或 直至 效 得 人 失 ; 后 追 情 言 会 惩罚,它 人 思 市场 逐 会。第三, 易 。 前 制 情 启动 诉讼 负 公 政府, 政府 更 容 易 言 。第四, 序。 前 制 政 官 员 , 后 追 惩 (刑 罚) 陪 团 情 经 判 , 后 序 上 受到 更 。第五,公众 会。 后 追 惩 经 公开 判 , 前 制 更 隐 蔽 方 式 , 公 众 前 制 甚 , 更 会。第六,动力。 顷 《 》 书 曾 详 细 过 这 。 任 查 政 员 查 任 务 繁 、 酬 低 微、社会地位低 , 通 过 智 天 压 制 言 职 益, 们 查 往 往 靠 。第七, 风 险。 张 前 制 上 言 够 表 更 把握 更 小 风 险, 这 制 某 情 得 。 爱 默 认 , 整 社 会 言 言, 如 何 前 制 更 言 , 它 还 得 某 勇 气 后 失 表 言 会。更 , 更 上, 前 制 还 政府 力 更 顺 态。^[2] 第八,效 。 前 制 压 制 言 效 上 更 甚 后 追 惩。

上文 驳 仔 细 , 火 力 上 第 四、八 , 连 带 到 第

[1] , s , 注 , 托 张 取 禁止 前 制 , 张 全 按 字 思 义 这 原 。 , 认 谓 “ 前 制 ” 仅 仅 上 言 先 公 表 阻 效 政府 。 , 禁 制 令 政 前 控 制 依 靠 违 惩 戒 效 力, 均 前 制。 未 义 向 前 制 体 哪 形 式。

[2] , B , ()

[] , s ,
[] 布 拉 () 后 这 入 。 , s ,

三、五、¹⁰ (如果□□前□制□□序正义方□□□完 ,这 □均□□□□服),□□第□、^[1]二、¹¹□,虽□□□□□□□□,□均未□形□像样□□□。□如,绍尔□曾□□第□□。^[2]□□如□爱¹²□□□□“□□□”□样,□张□前□制比□后追惩更□□□。正□□这□□基础上,□才得□□二□□□□效□上□□□□□□区别□□□。□□□□爱¹³□□□□□□□——□□整□社会□言□□□□□,□□如何□前□制□□味□更少□言□,它还□得某□□勇气承担□□后果□□失去□□表言□□□会——绍尔却未□□□□力□□□。甚至,第二□□□□□□□如□第□□□□支□□□

所具有的相对于事前追惩的压迫感就已经不存在了。

此,需要留意,寒蝉效应事前与事前追惩的确不属同一质区,但由于寒蝉效应并非事前唯一的基礎,此要彻底驳倒事前,寒蝉效应一点利是不够的,况一利并不彻底。

其次,杰弗·斯剑锋指事前的核心——出版,出版的种种弊端归为自由,从而提出事前以,而应,由宽所。从逻辑而,杰弗·斯一观点对事前的打击要比尔·寒蝉效应提出的质为致——果他的前提够成立的话。同,基于同的由,杰弗·斯和多的学者的支持下赋予了程关键性的,为只要设有充分的司法程对其予以控,从而其符程的要,那么事前,包括出版,就以摆宽的自由,从而不再反一案的嫌。我们不承,以观点无是从是从司法的角度来,是非常有的。

此,的关键就成为了:事前的一端是否以归为自由?

的是,答案是否定的。仔分析就以发,爱默生所的事前的八个端中,只有四、六点以归为自由,其他的端及其他的素。既然此,为事前的一端归为宽的自由一点,并为对事前以格的程控并配以宽就够事前就是无法成立的了。

基于以分析,我们以出:事前是饱质的今天仍然有的要性和性。无,我们无法否一点:事前之所以是人难以忍的,是为对于自由而,政府的查应构成而非非常态;但事前下,民只有政府才发,就是政府对查成为了一种常态。无是本末倒的。

然,我们不承,不事前,对于一的述质其获多:质意见人们了事前多缺陷,并不断追问事前质的质与核心。一质和追问不我们事前识不断进步,而不断善一,而从次的意来,对自由的保护起了的推作。具来,质意见的启发作主要有:

一,对事前的调并不意味着事前追惩就是以忍的。者,与莱斯的述不同,事前如果要今天发挥其作,只是充分对事前追惩的法控的背景之下,肃对、真对的“质”的自由的前提之下。果不具备一前提而一味调事前,那么它所导致的果然不是建设性的,而只是误导性的。

,准确界定事前,并事前确定的准。虽然事前界定和性的性是矛盾性个案的对于法自由的保护起积作,但是从而,它并不利于自由的保护,相反,它一丧失的基础。此,果要事前站稳脚跟,是列举其端是不够的。就同为事前辩护的学者识的一,为核心的问题就是找出一的逻辑基础,为它提一个准确的界定。而的问题,无一的准确定,遵循一个——事前追惩的查准为格。

、中国□境□的 □

□□□ 中国□境□谈 □， 应 □认， □ 之中国，
□ □然 □的；其次， □国 不 □， □ □国 主要的
， □ 的 □， □ 的 □ □□ ()；
□□ 探□ □ 的 迫 要 。
□， □ 的， □ 学者□ 的批评， □ □ 不 □。 中国
□境□，探□ □ 的 要 不 □ □

《量体裁衣》原则坚持选择性规划、选择性管制、选择性目标管制。通气会制度,选择性选择一般程序。另外,《电影管理条例》等公认的电行业样式管制。

二、选择性管制。纸质、^{〔1〕}电视、网络等,选择性管制。首先,依据《纸质媒体管理条例》等,选择性管制,纸质表或摘记国家、民族、外交、军事、秘密等内容,“严守守口如瓶”。^{〔2〕} 其次,根据《国家新闻出版广电总局网络视听节目内容管理规定》第一条第 二款,选择性内容管制。其次,依据《网络视听节目服务管理规定》,选择性管制。选择性管制信息、选择性类电视公共服务、向公众送选类通信信息、网络信息服务,选择性信息或向公众送选类通信信息,应当、送中央、地方或、治、直辖、直管、布、信息。最后,选择性采、音、资、资、注册、上、认、查、形式。^{〔3〕} 另外,还注意到,上、章等选择性外,选择性领域,还选择性正式。

三、选择性审查。^{〔4〕} 公认,选择性审查直接禁止事前限制原则领域,内外,电视、电视(上)选择性审查。主体,选择性审查两类:电视剧、片外电视目(网络视听目)审查;电视剧、片审查。其次,选择性首先选择性电视(网络视听目)管制、选择性管制,选择性求电视、电视当务电视部选择性目选择性开目。选择性电视、电视放境外电视外电视目,选择性务电视部或选择性审查。另外,网络电视内容服务应当守电视传播管求,正选择性向,应当、健全目内容采、组织、、等制选择性急制。网络电视选择性公网上网选择性链接,选择性将公网上内容直接给户。

选择性电视电视剧,选择性更选择性审查管制。电视剧方,选择性,选择性剧制位,当经务电视部,取得电视剧制后,方制电视剧。根据《电视剧内容管理规定》,电视剧、合剧制选择性公制,^{〔5〕} 电视剧、合剧、剧内容审查选择性制。经取得电视剧选择性电视剧,务选择性部根据公利益,选择性责令修改、止或得、奖。选择性电视剧,当验依取得电视剧。电视方,《电管条例》选择性家电视制、口、口、口、放电视片公选择性制,选择性电视审查管制。未经

〔1〕 纸质选择性内容,选择性将放选择性探。

〔2〕 当,“选择性”体内容,选择性、章焉详。

〔3〕 这类选择性 上选择性位选择性 上选择性。

〔4〕 如,国家选择性电总局 月 日布《国家选择性电选择性嘉宾管通》公认选择性到选择性类目防止选择性传口径选择性效。

〔5〕 这方选择性《电管条例》《线电视管选择性》《电管条例》《片片管》《电视剧内容管》《网络视听目服务管》《网络电视牌选择性营管求》等 部左右、章选择性文。

〔6〕 这里选择性,选择性管选择性经过选择性这程序。

害。

正如上文到，制绝允。当禁止制原内容看，它调：()制适后 惩更严查标准；()配正当序制条 允。，言，绝，加改，符合禁止制原上求。，(狭义)依、最地减小裁量配 控制序禁止制原最求。

最后，联网禁止制原当领域。联网架，府网络言制上依赖制。〔 〕体到，这制措施：域解服务缓、地址封、地址口封、协键字阻、网站蔽、过技 查等。联网条制：方，它更依赖数字技，正式隐蔽更；另方，联网架，联网条制最上府施，私服务施。尽管巴金认，服务施制上府压力施，它上府(

)，〔 〕认，当部制还服务已经济益动施。，联网条探禁止制原避：私如何处禁止制原？总，联网条探禁止制原，简地将传统到联网领域取做。充考虑到联网言基础上慎 答，这联网言解首。

The Doctrine of Prior Restraint

Abstract:

Keywords:

(责任编辑：刘 馨)

〔 〕 , *Old School/New School Speech Regulation*,
〔 〕 , *Free Speech and Hostile Environments*,

, ()
, ()

比较宪法概念在近代中国的演□

元^{*}

概念研究的变化,国内外研究现状。20世纪90年代,国内研究著述虽多,但仍有不少挑战,国内研究概念史仍遗存不少空间。因此,我们需要系统地梳理国内研究概念演变过程,国内研究概念史体系内,国内研究概念史学术脉络。

二、 “比较宪法”语源之首尾

国内研究概念史首先关注“比较宪法”语源演变。1994年,“比较宪法”这一语源最早见于《译名》第一期,当期“目录”栏目推出“英日会英日史”,由德国、日本、日本文学、日本文学。栏目内容“比较宪法”内容如下,两段,内容如下:

至比较宪法之,出者无见,本现此之不可出。参考
比较宪法之密之英日比较宪法论一参考也。

今本出部发行之比较行政法,系国比大学教古德田和民
田,是将英法德国之行政制度分析而比较之,与德国之比较宪法参看。

“比较宪法”语源最早见于三。其后两期某人名,第一期“类”意义上“比较宪法”语源,国内研究还译,“耳这斯”国内研究著将版。“比较宪法”语源仅“类”意义上,国内研究“比较宪法”、“比较史”列。

(一)“比较宪法”语词从日文翻译而来

《译名》译名社 月东,被誉为“日本文学志始”。译名社社长,国内研究王、陆世、、、廷栋、周、金邦平、士英、章宗、荣、、钱承、吴。这还组志会,第一期日文学。《译名》宗旨借助日文译美政名著。^[1] 清期刊全文数据库示《译名》第一期均“目录”栏目,日官制、文部、东会政。鉴期名称、译体、译地、译宗旨,推《译名》第一期“目录”栏目“比较宪法”语源

[1] 《译名》第一期文“建新”,何何,“我”新建科。后著,如瑞《政》(版),何《》(版),张《》(版),步云《》(版),《新》(社会科学出版社),宗《》(版),元《》(高出版社)。

[2] 如“未”,“科突”,“轻”,王广:《》,版,第页。“严义”著”,“术公认科体”,“外”间”,“心”,“方家体制”注”,元:《》,高等育出版社,第页。

[3] 《译名》第一期内容:[美]司《政治》,[德]伦《》,[日]部太《政治》,[德]司烈《社会政》,[日]德斯《万精》,[日]长雄《近世政治史》,[日]长雄《近外史》,[日]雄三《世政治史》,[日]《》,[德]陵《竞》。

□□□比□□□,□□前□□□□□□,□推□“伯□□斯”□□“巴路捷斯”,□□□版□比□□□著□□《政□□□比□□□□》。

□、晚□□□：“比□□□”□语□□概念

语□□概念□□□□□□语□□□逻辑□□□□□□。简单□□,语□□概念□□□□□□,概念□“□□□□□□□□□映像”,〔 〕□“映像”□□□□□□需□□□□□□,□□□□□□□□□□□□□□□□□□□逐□□□概念□□□涵。□前□□,“比□□□”语□□□早□□□连□□□□□□,□□□□翻译□□□□世□。□□,“比□□□”语□□□简□□□、便□□□□□□,便□□□□□□概念。□□□,“比□□□”语□□□ □□□□□□□晚□□□□□□报纸□刊、□术著□□□政□□。

[illegible]

“比〇〇〇”语〇〇〇〇〇〇晚〇〇术著〇,〇〇〇术著〇〇〇〇“比〇〇〇”〇〇,〇巴路捷斯〇《政〇〇〇比〇〇〇〇》〇美〇〇〇吉〇《比〇〇〇〇》。《政〇〇〇比〇〇〇〇》〇晚〇〇〇〇〇〇〇率〇高〇比〇〇〇〇著〇,〇〇〇〇〇〇常常被〇〇,〇〇〇〇〇报纸〇广告,〇书〇〇前〇〇〇〇〇〇〇影响,〇〇〇〇〇著〇〇〇〇〇〇〇〇书,只〇译〇〇〇〇。美〇〇〇吉〇著《比〇〇〇〇》〇晚〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇译〇。〇〇〇译〇〇译〇、〇间〇〇处〇〇〇〇孝〇〇〇东〇秀光

[] □□□、梁□、□□□□:《王□语□□□□》,山东□□□版□ □版,□ □页。

〔 〕 需□□□□□,□□处,比□□□□□□□□历史、□□□□列□□□。

[] 刘□□：“比□□□□”，□《□□□政□报》 □□ □。

社,刘鸿翔 年 洋法政学报,以及刘作霖 年政法学社。晚清 期还出版有以相似语词为题的著作,如辰巳小三郎 年的《万国宪法比较》,末冈精一 年的《比较国法学》,刘嘉猷 年的《中外宪法比较》,更早的有梁启超 年的《各国宪法异同论》。 刘嘉猷 年的《中外宪法比较》外,^[1]其余比较宪法著作均为译本,而且全部从日文翻译而来。

为培养清末新政和仿行宪政所需要的法政人才,清政府根据各部 臣和各省督抚的奏请在天津中西学堂和南洋公学的基础上陆续设置若干法政学堂。这些法政学堂通常开设宪法课程。在此基础上, 师 学堂 年开设各国宪法课程,^[2]而 年 洋法政专门学堂首次开设比较宪法课程,随后 年贵州法政学堂开设政治学及比较宪法课程,^[3] 年贵胄法政学堂正科课程包括比较宪法。^[4]在此期间,一些地方还开办法政讲习所,部分法政讲习所开设的课程也包括比较宪法,如 年江苏 育总会设立的法政讲习所^[5]和 年福建省法政研 所。^[6]另外,也出现了与比较宪法词意相接近的语词,如 年浙江法政学堂开设比较国法学课程,^[7] 年宪政学堂开设万国宪法比较课程等。^[8] 年清政府以法令的形式颁布《学部奏改订法政学堂章程》,正式规定全国各法政学堂下设的法 门、政治学门、经济门和别科均 开设比较宪法课程。^[9]

如上所述,晚清 期,“比较宪法”语词的出现和反复使 多与译文有关,这一方面反映了当 中国比较宪法处于起步和模仿阶段,尚不成熟;另一方面也 定了外国宪法著作和宪法文本对于中国宪法的研 具有 要意义,同 也意味着中国比较宪法研 从一开始就秉持开放的心态,接受宪法的普遍性和公共性 ,关注外国宪法著作和宪法文本的翻译。欧美是宪政的先行者,比较宪法在欧美社会有一个自然成长的过程。在中国出现“比较宪法”一词 ,比较宪法在日本已有较长 间的发 ,已形成比较宪法学科。在晚清法 移植的过程中,比较宪法的学术成果也一并被译介到中国。通过移植比较宪法理论,逐步形成了比较宪法的中国话语,为建立具有一定共识的知识体系奠定了基础。但“概念的译译还不等于移植的完成,成功的概念移植有待于移植对象真正融 移植国家自身相应的观念或制度之中”。^[10]

四、民国 期:比较宪法概念的主体性

在 年清帝逊位和 年改旗易帜 “比较宪法”语词并没有停止使 ,反而这一 期更多

-
- [1] 刘嘉猷 年《中外宪法比较》,尚未看到原书,但张群 年《中国近代的住宅不可侵犯权》一文的注释显示“刘嘉猷著《中外宪法比较》,上海文明书局光绪三十三年初版”。
- [2] 王健:《中国近代的法 育》,中国政法 学出版社 年版,第 、 、 、 、 页。
- [3] “ 外学务报告:黔抚咨送贵州法政学堂试办章程”,《学部官报》 年第 、 期。
- [4] “学制:宪政编查馆奏定贵胄法政学堂章程”,《直隶 育官报》 年第 期。
- [5] “江苏教育总会附设法政讲习所广告”,《申报》 年 月 日,“(科目)政治学、国家学、国法学、比较宪法、行政法、地方自治、法学通论、民法要论、刑法论、诉讼法、国际公法、国际私法、经济学、财政”。
- [6] “法政研 所招生”, 年 月 日《申报》,“闽省法政研 所现拟并 法政讲习所,内以郑澹庵太史为经理,另招学生 堂肄习其课程,分西洋历史、国际公法、比较宪法、国法学、经济学、法学通论、民法总则、东语爲八门定期三年毕 。”。
- [7] “ 外学务报告:浙抚咨送浙江法政学堂章程”,《学部官报》 年第 期。
- [8] “别录:宪政学堂之课程(同文沪报)”,《四川 育官报》 年第 期。
- [9] “学制:学部奏改订法政学堂章程”,《浙江 育官报》 年第 期。
- [10] 林来梵:“国体概念史:跨国移植与演变”,《中国社会科学》 年第 期。

的比法题的著□□问世,^[1]不□立□立学□比法课程,^[2]甚□若干省市检
试试题□比法单独其中的□,^[3]□“比法”的呼,^[4]甚□东法学
办的□刊《法政□》□下□编□辟“比法专”,刊年□□□□
年□□□□,其中□刊东法学图书馆馆长喻友□专门编辑的“比法□
引”。

民国的法学者真欧美法，从探中国法问题的之道，不断比法概念的涵，的学术努力下。

□，比法的□。□前，晚□比法题的著乎□译著，□译□□。民国□撰写比法的者□中国学者，他们元的留学背。留学□的孙松、丁元普、程树□、吕、郁崑、汪馥炎、萨孟武、毓秀，留学法国的毓秀、王世杰、阮毅成，留学美国的王宠惠、□友江、端升、黄□觉，^{〔1〕}留学英国的王世杰、费巩，留学□国的王宠惠，留学苏□的□友江□。者同留学国□，□王宠惠留学美国□国，毓秀留学□法国，王世杰留学法国英国，□友江留学美国苏□。端升从哈佛□学毕□，“校长洛厄的介绍函，漫欧洲国半余，英法□奥□国法□政□学学者，访问国议□议员人员”。^{〔2〕}兼听，偏听暗。留学背的□，□成比法的□。

□□民主□五权 法融入比 法 □ 努□的 要成果。孙中山 年□□ 五权 法 , □权 础□□□□权, 试权 察权, □中国 的“□□□□”,□“立 国□今 □ 的政□学 , 建破天荒的政□, 充 发挥 们的□ ”。孙中山五权 法思 比 法概念主□ □涵的□ , 被引入比 法著 。 年丁元普著《比 法》 □ 的□录 :“ : 国 法与□民五权之比 。□ ,欧□□世界 法之趋势;□□,世界 法——□民主□ 神之□ ;□□,民□主□之趋势;□四,民权主□之趋势;()人

〔〕□年□杰《比国法》，年孙松岭《比法》，年王黻炜《比法学》，年王宪惠《比法》，年毓秀《中国比法》，年王世杰《比法》，年丁元普《比法》，年程树□《比法》，年黄□觉《比法》，年□友江《比法》，年吕《比法》，年逸云《比法》，年郁嶷《比法讲□》，年程树□《法比》，年汪馥炎《比法纲要》，年阮毅成《比法》，年费巩《比法》，年沈□麟《国法之比》，年萨孟武《政□学与比法》，年王世杰、端升《比法》。

() □ 年 □ □《申》刊“□民政法政学校”，的课程比法；年 □ □《申》刊“中华师学校专□”，□的课程比法；年 □ □《申》刊“东法法学之”；“乔万□推（比法）”；年 □ □《申》刊“法学”：“巴黎学博□毛亨教比法□交”；年黄□觉的《比法》“编者□”：“余□学□平中国学比法之讲付梓”；年 □ □《申》刊“欧洲民主法之比”：“李□译书之主□，□国立武汉学‘比法’学程之”；年□友江的《比法》“著者□”，“□比法我平学法学、商学、东学民国平民校科的讲□”；年 □ □《申》刊“中国□学□课”：“汪馥炎比法”。

() □ 年 □ □《申》刊“苏省检 试□□”：“苏省□□届高□检 试”，“计试国市中□□、 、 、教□、比 法、□植、 学□”；“局办 高□检 试 普□检 试之□□：青岛市高□检 试(□)：比 法 试题(民国廿四年八□ 五□)”，《青岛 □》 年□ □□ □。

() ☐ 刘 已的“国□□ 之真□”，《法政学□》 年□ □□ □，“刘□ 巴黎 法学法学博□ □ 校政□科比 法

[] 黄□觉 年翻译《民□主□》书，书“译者□” □译者 读 美国哥伦比亚学。

[] 孙宏云:《中国近 思 □□ · 端升□》,中国人民学 版□ 年版,□ 页。

民权□□府权,()制 罢□直接民权 应□,()选□制□□;第五,民 趋
势:()权□均,()资□制,()□□□, ()社会 活□□;第□,三权 法 五权
法。”□ 铎□□的序言中 别□,“□□三民五权 国□法 精神□□, □
□放 异□”。

第二, 法文 。法首先 法 ,文 法 的□。法 的首 法文 。
郑毓秀的《中国□法》“言”第 “中国 法至□未 , □□成 法
欧□国 法, □□□,故 □中国□法 ”。□“□成 法”的 □中□
民国 法。郑毓秀 喜欢这 法文 ,□至 □“序”斥 “伪 ”, □依□。
吕 “民国 二 典” □“垂成”表遗憾, 的《□法》“□”中 张
□法 应 法文 依□, 中第 “□□取□体裁, 中□民国 二
月 日□布 法 □□□”。

第三, 法问 中□。□□□编□□法□问 中□, 选择问 的 □二:
国 法上通□的 ,二 合 国 法 法 的 。 的《□法》“序”
中 “□□的 , 国别 □, 般 法上 问 □:
问 □, □ 据 □国 法上或法 上 的 , □□□的□, 数
吾国中央 □曾颁布的 法或法 ,□□□资 , ”。钱 甫认 □□□的《□
法》“ 的 , □法 两 的原 , 眼 □的□研 ”。〔〕钱□升
认 □□□《□法》“ 国别 法中的 问 □的□□的。这 □方法
法国 法 数采□□国 的方法 □。过中国人的□法
全模仿爱□□或□骥的□”。〔〕□巩的《□法》“序言”□,“编 问 □□,
国家 □,□问 材, 国 缕□□,俾易□□□”。□增修的
《中国 法问》“编□□”第 ,“□民国二 □国民□府立法 通过
法□□经, 国□法 纬”, 第三 □“□□注 中国 法 别问 ”。

□法文 的□, 注 体 的□□问 。黄 觉□□应□□
法 □, 的《□法》“序”中□,“□尝 国 坊□搜□□法 中文
□。□□后, □□□, □法 应 材料, □法 应 ,
□通 法 应 。 □通□ 问 典法 中典 法民中典问程法民民典中

□□□□□失,□□□□□□□□□好,□□好□□□□□□□□□□。 □费巩□《比
□□□》“□□”□:“近□著□□□客□□介□,□□□□□□□,余□□□□欲□□异□,□□吾□,
□谓□□□长,去□□□,□□精华,弃□□□,□□□□□□□,□□□

□ □ □ 夫妻财产制 □ □ 历史 □ □ □ □ 状

罗冠男^{*}

摘 要: □ 大利夫妻财产制度是大陆法系国 □ 夫妻财产制度的一 □ 典型,又独具自己的特 □ 。其 □ 法定财产制度的 □ 展,体现了分 □ 财产制和共同财产制 □ □ 的博弈。 □ □ 年民法 □ 革, □ 大利 □ 采用婚 □ 所 □ 共同制为法定财产制,同时协议共同制和分 □ 财产制 □ 选择的复合财产制。 □ 大利夫妻财产制度在 □ 构体系 □ □ □ 备;其法定财产制是婚 □ 所 □ 共同制,却带有剩余共同制的元素;分 □ 与共同财产的 □ 分相对合理;并且有司法的适时介入以保 □ 法定财产制度的实施。在从实体 □ □ □ 的制度设计 □ ,我国的夫妻财产制度 □ 有较长的一段路要走, □ 大利的法定夫妻财产制度,在 □ □ 方 □ □ 以为我们提 □ □ □ 借鉴的 □ □ 。

关键词: □ 大利夫妻财产制度 □ 史 □ 展 □ 现状

□、□言

正如著名 □ 社会 □ 家 □ 德 □ 言,“ □ 任何情况下,当新兴 □ 家 □ □ □ ,它们 □ □ 制 □ 毫 □ 含糊 □ 新家庭 □ ”,^[1] □ □ 亲 □ □ □ □ 到千家万户,它 □ “ □ □ □ 切男女 □ □ 害, □ 普遍 □ 仅 □ □ □ □ ” □ □ □ 。^[2] □ □ □ 《婚姻 □ 》到 □ □ □ 《婚姻 □ 》,我 □ □ 夫妻财 □ 制 □ □ □ 开始 □ 完全 □ 夫妻 □ 财 □ 制,到婚后 □ 得 □ □ 制,夫妻 □ □ 财 □ □ □ 逐渐 □ 小, □ □ 财 □ □ □ □ 财 □ □ □ □ 逐渐 □ □ ,约 □ 财 □ 制 □ □ □ □ 逐步完善。 □ □ □ □ 社会 □ □ □ □ 变 □ ,正 □ 形 □ □ □ 已 □ 夫妻财 □ 制 □ , □ □ 婚后 □ 得 □ □ 制 □ □ ,约 □ 财 □ 制 □ □ 辅 □ □ 合财 □ 制。 □ 我 □ 夫妻财 □ 制 □ 逐步完善 □ 过 □ □ , □ □ 制 □ 改 □ □ 讨 □ □ 未停止。 □ 我 □ □ 夫妻财 □ 制 □ □ □ □ □ □ □ 得商榷 □ 改 □ □ 地方,比如我 □ 还没 □ □ □ 夫妻 □ 常财 □ 制 □ □ □ □ ;夫妻财 □ 制 □ 没 □ 形 □ □ □ 清晰完备 □ 逻辑体 □ ; □ □ 财 □ 制 □ □ 夫妻 □ □ □ □ □ 财 □ □ 划 □ 还 □ □ □ □ 得讨 □ □ 地方; □ 障制 □ □ 施 □ □ 序 □ 计 □ □ 待 □ □ 步完善等。

当我们把目光投向世 □ , □ 察域外经验 □ 寻找 □ 资借鉴 □ 制 □ □ 计 □ ,我们经常 □ 注 □ □ □ 陆 □ □ □ □ 、德 □ 等 □ 家 □ 经验。 □ □ 上, □ □ □ □ 夫妻财 □ 制 □ □ □ 陆 □ □ □ 家夫妻财 □ 制 □ □ □ □ 型, □ □ □ 已 □ □ 色。 □ □ 历史 □ □ □ ,我们 □ □ 看到 □ □ □ 财 □ 制 □ 选择上 □ 别财 □ 制 □ □ □ 财 □ 制 □ 博弈, □ □ □ □ □ 制 □ □ ,我们 □ □ □ □ □ □ □ 得思 □ □ 借鉴 □ 经验。 □ 文 □ 图通过 □ □ □ □ 夫 □ 妻 □ □ 财 □ 制 □ □ 历史 □ □ □ □ 状 □ □ □ □ , □ □ □ 夫妻财 □ 制 □ □ 完善 □ □ □ □ □ 益 □ 启示。

^{*} □ □ 交通 □ □ □ □ □ 讲师, □ □ 博士。 □ 文得到“第 □ □ 育部留 □ 回 □ □ 员科 □ 启动 □ 金资助项目” □ 资助。
〔 1 〕 [美] □ 德:《家庭》,魏章玲译,社科 □ 文献 □ 出版社 □ 版,第 □ 页。
〔 2 〕 陈绍禹:《 □ □ □ 华 □ □ □ □ □ 婚姻 □ □ 草经过 □ □ □ □ 报告》, □ □ 月。

二、妻 制 的历史发

法 妻 制 国 妻 制 的核心,其发 国 妻 制 的 线。罗 马法传 中 制, 别 制的元素, 别 资制 ,对意 的 妻 制 远的影响。其法 制的 ,体 制 别 制的博 。

(一) 罗马法传统中的共同财产制和分别财产制

意 的法 与罗马法 脉 承。 罗马法中, 妻 制传 , 妻 别 制 传 。

罗马的 夫权 夫权 。 夫权 中妻 子的 , 前 , 归 夫或 夫的家父 。 中,妻 之间的 与 效,离 妻 子 原 己的 , 取 的继承权。〔〕 妻 子的侵权 导致的损失, 夫负责。〔〕 夫权 中妻 子 上没 独立的人格,其人格被 夫的人格 吸收, 应 ,其 被 夫 吸收,成 夫的附 。 夫权 中 妻 制 ,与其 制, 彻底的“ 制”。〔〕

国末期, 夫权 兴 。 这 中,妻 的 别独立。妻 子的 前 , 归 妻 子 己 ,只 妻 子 权委托给 夫 , 夫才 妻 子的 。依 妻 子 持 , 负担任 家 费 。“ 妻 拥 巨资,奢 , 夫 台高 ,乏术维持,其 、合 甚 耶? 补救 端计,罗马法遂援 夫权 , 中‘ 资’之制,妻 之 资,补家 费 之 足。”〔〕 上,早 典 期, 夫权 中,随 妻 子带 夫家的 己 资, 习惯法 〔〕 的 维 持家 。渐渐 ,“女 的 资 ”〔〕 资 被认 区 合法 居的 志。〔〕

资制 罗马法中 常 色的制 成 的法 制 , 对 世影响 远。初,“人们 立 资 希望它永远 夫支配”。〔〕 离 频繁, 资的 立 夫 口约的 成私人 议, 夫 离 况下归 资。 国末期, 资的独立的诉讼 妻 之诉”。“随 这 诉讼的 , 维持 的 典 资制 才真 。”〔〕

〔〕 , *Matrimonium Iustum*, , ,

〔〕 周 :《罗马法原 》,商 印书馆 版,第 、 页。

〔〕 陆静:《 陆法 妻 制 》,法 版 版,第 页。

〔〕 陈朝 :《罗马法原 》,法 版 版,第 页。

〔〕 *Le dotis dictio* 早 资的习惯法。 , *La dote romana*, , ,

〔〕 , ,

〔〕 罗马的 成立 双 合意,“ 意”的 需 的仪 , 的法学家 常 难区 居。 见罗 男 状态 法 制 ——罗马法中的“ 居””,《私法 》第 卷,法 版 版,第 页。

〔〕 , ,

〔〕 [意]彼 罗·彭凡 :《罗马法 科书》,黄风译,中国政法 学 版 版,第 页。

嫁资□婚姻□□□,〔 〕□婚姻□续期□,丈夫□嫁资□□□□□配□,嫁资□孳息归丈夫□□。□□这□□□□□受到□□□□制,□□□妇□□财□□益□受侵犯。“嫁资□目□□□□婚姻□负□……嫁资□□□整□家庭□□益。”〔 〕□□,丈夫□□嫁资□□失□□责任,□□□求丈夫“□□管□己□□样尽到勤谨注□”。〔 〕

□婚姻□续期□,嫁资□□□请求返还。〔 〕□□□婚或妻子死亡□□□请求返还:“□□通过返还□□□□嫁资□帮□□□失□□儿□父亲,□□□□失□□儿□失□钱财。”〔 〕□婚姻解□,□□□婚□妻子死亡□情形□,□求退还嫁资□诉讼□两□,□“□式□约□诉”()□“妻□□诉”()。“□式□约□诉”□□□□□嫁资□诉,它依□嫁资□□□□丈夫□□□□式□约□□诉讼,□求丈夫□□□情□□归还嫁资,诉□□□传给□□□□□□□;□“妻□□诉”□□□裁判官□,□□门□嫁资□诉。□□婚□诉□归妇□,如□妇□□□□□□,□归妇□□家父;□缺陷□,如□妻子死亡,诉□□□传给她□□□□,□□□□父亲□□□□己□□□嫁资□□诉讼。优士丁尼□公□□□□谕令□□□□“妻□□诉”,允□妇□或她□□□□□□唯□□嫁资诉讼。〔 〕□□□嫁资□诉标志□嫁资制□□□熟。

□□□上□□,嫁资制□□□□□□夫妻□□□□别财□制。嫁资虽□□婚姻□续期□管□□归丈夫,□□始终□混□到丈夫□财□□□,□婚姻解体□情□□□返还。这□财□制□通过嫁资简约等形式□□,□□□带□约□财□制□色彩,□□这□约□财□制□□□如□□□,最后上升□□□□制□。□罗马□嫁资制□□□□项□□□□色□制□,□映□罗马□□□夫妻□别财□制传统,它“□□□□□□□□制□,□□□□颇富□命力□社会制□”。〔 〕□□□□期□□,□□□□期兴□后,延续千□,□仅□□□□罗马□□□项□□完善□制□,□□□□□□,甚□□□等□家□□□□夫妻财□制□□□□□□□忽□□影响。

(二)意大利近现代民法中的夫妻财产制度

罗马□□□□□□财□制传统,□□□别财□制传统。□□嫁资制□□计完□,□仅曾□□□□沿□,甚至曾□□□□□□家□□□□□

的拿破仑式制度和对其教婚姻的重心。”〔1〕事实上，19世纪的意大利家庭中，父权的残留还有很大的空间，家庭是一个“父权的组织，由父权为核心的亲属关系统治，在财产上的特点是家父为了家庭利益完全自由支配家庭财产”，〔2〕子女和妻子对家庭财产没有相应的权利。但是，在19世纪意大利统一民法典的时候，尽管其婚姻家庭部分保留了很多法国民法典的影响，〔3〕在法定夫妻财产制度上却意外坚定地维持了分别财产制的传统。1942年意大利民法典是意大利历史上的第二部民法典，这部民法典在很多方面比19世纪民法典更具现代特色，虽然受到法国民法典的强大影响，但它却依然坚持分别财产制为法定财产制度，嫁资制度仍然存在。意大利成为“大陆法系之冠……法国法系各国中唯一采用分别财产制的国家”。〔4〕意大利在很长时间内坚持对立的民权国持进法然产民然法民中典法民民法

據

口

父μ

現是制之

繼其制自

口在

有現之現現是

的分□□产□。”〔 〕□事人可以□□结□□议□□□议共有□□是分□□产□,约定□□□用,在没有约定的□况下,□用法定共同□产□。

年的民法现代化□□使夫妻共同□产□□□成为意大利的法定夫妻□产□度,同时规定了约定□产□度,废除嫁资□度。□在林秀雄教授□来,是“□理主□”的□现。〔 〕有意大利学者□为法定共同□产□是出于对不工作的□□妇女的保护,〔 〕但是多□学者□为□一□化□□□应“夫妻双□在□□为□□□富□贡□的愿望”。〔 〕维护共同□产□的愿望在□□□□此强烈,以□于有人□为夫妻分□□产□作为约定□产□□□确□,□反了意大利《宪法》□ □□ □“男女平□”的□则,因为在分□□产□下,妇女的□□劳□无法□□□可。而共同□产□的□的就是为了保障意大利《宪法》□ □□和□ □□中从事各种□□的劳□并□□□□□的权利。但分□□产□并没有因为□宪的质□而消失,相反,有学者提出共同□产□也不足以保护□从事□□劳□的妻子,“人们□发现,□果妻子没有收入,丈夫可以□凭自己的意□来决定是否□自己的收入和储蓄投入□共同□产中,而妻子毫无办法”。〔 〕分□□产□仍然可以□据□事人的□□而□用。事实□,意大利的复□□产□度实行□今,已□证明其□应了□□的发展,并且能够满足人们多□的需□。

法定□产□度是夫妻□产□度的核心。在罗马法中,夫妻□产□度既有共同□产□□□,又有分□□产□□□,其中嫁资□度□成了□备并独具特色的□度。嫁资□度影响之深远,使□意大利在□拿破仑民法典影响时仍然保持分□□产□为法定□产□。但是由于嫁资□度的局限性以及□□发展的新趋势, 年意大利废除了嫁资□度,□□引入以夫妻□□所□共同□为法定□产□,同时辅以约定□产□的复□夫妻□产□度。但是意大利的法定共同□产□度,又带有剩余共同□的色□,此点□在下□中进行论述。□着现代个人主□的兴起和妇女的独立性的提高,约定□产□也 来 多□被□□使用。

在□□和现代的浪潮之间,意大利的夫妻□产□度找□了自己的出路,那就是以□□所□共同□为法定□产□,以约定□产□为辅的复□□产□。意大利的夫妻□产□度□成了以□□□备的□□,法定的□□所□共同□又带有剩余共同□的特点,法定□产□中夫妻共同□产和个人□产的划分相对□理,夫妻共同□产的□理也□成了一个□□的□系,并且具有保证□度实□的程□设计,□都是意大利夫妻法定□产□独具的特色。

□、意大利夫妻□产□度的现状

现行意大利民法典中的夫妻□产□度,□成了一个□□的□度□系,其法定□产□度独具自己的特色,法定□产□下个人□产与共同□产的划分相对□理,保障□度实□的程□也设计□备。其从实

〔 〕 , *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, III, *I rapporti patrimoniali*, *L'impresa familiare*,

〔 〕 “嫁资之设定,为罗马时代以来所维持之□□,而 年□□法□□时,竟□其废□,显示不□理的□□于时代□迁中,□逐一□被淘汰。现代法之□□,与其重视□□,宁可重视□理的□度。□弃本国不□理之□□,继□较□之□观法□,就是□理主□之□现。”同□ □所引书,□ 页。

〔 〕 , *Il regime patrimoniale della famiglia*, *Tratt. Dir. Civ. Comm.*, , ,

〔 〕 , *Il regime della comunione legale*, *La comunione legale*, a cura di Bianca, , ,

〔 〕 , *Diritto di famiglia*, , ,

体到程序,有不能不值得我们法定夫妻财产制度借鉴的地方。

(一) 清晰完备的夫妻财产制度体系

意大利的夫妻财产制度形成了一个清晰完备的整体。《意大利民法典》第六章名为“婚姻”,其中第六节为“家庭财产制”,其中规定了夫妻财产制度,分为一般性规定、家庭财产基金、法定共有、协议共有、分别财产制和家庭企业共六分节,结构清晰,形成了一个相对完整的制度整体。

首先,第六节第一分节是“一般性规定”,规定了有达成约定的法定家庭财产,就属于法定共同财产;配偶双方不得违反法律有关婚姻权利和义务的规定;不得一般性地约定双方的全部或部分财产关系受法律或惯例的调整,而应具体指明调整财产关系的具体约定的条款内容;对婚姻协议的形式、修改也作出了规定。在采取总分结构的大陆法系法典中,整个第六章也采取了总分结构,“一般性规定”的存在也在一定程度上显示了意大利夫妻财产制度的结构上的完整性。

其次,意大利夫妻法定财产制度不仅包括一般法定财产制,还包括非一般法定财产制度。所谓非一般法定财产制度,是指夫妻一方的财产或者财产行为发生破绽,致其所适用之通常法定财产制或约定财产制以适用,法律因而规定另一种法定财产制为其夫妻财产制。《意大利民法典》第236条规定:“配偶一方被宣告失踪或者推定死亡的、婚姻被宣告无效或解除的或丧失民法效力的、被宣告分居的、由判决宣告财产分割的、协议改变夫妻财产制的、配偶一方破产的,夫妻财产共同状态将解除。”而判决宣告财产分割的情形又包括:在配偶一方被宣告为禁治产人或准禁治产人的,或者配偶一方管理不善的;或者配偶一方管理共有财产混乱无序的,或由于其管理行为致配偶他方财产、共有财产或家庭利益处于危险境地的,或者在配偶一方未根据个人财产状况和劳动能力按比例对家庭开支的。在这些情形下,法定共同财产制的实施不适合实际情况,就不再适用通常的夫妻财产制,即使当事人并无其他约定,也转而适用分别财产制。包含非一般财产制的法定财产制在体系上具有完整性。

在法定共同财产制下,《意大利民法典》明文规定了在婚姻存续期间夫妻财产权利及相应责任的规定,如第237条规定了共有财产的管理,第238条规定夫妻个人财产的管理,第239条规定了由共有财产所产生的义务。

在约定财产制下,《意大利民法典》中将约定财产制分为协议共有和分别财产制,以协议的方式修改法定的夫妻共有关系,或者干脆约定夫妻分别财产制,并分别以两节来加以规定。

所以,意大利的夫妻财产制度,有“一般性规定”,在此之下,法定财产制分为一般法定财产制和非一般法定财产制,约定财产制分为协议共有和分别财产制,分别进行规定,形成了一个清晰、结构完备的整体。

我国《婚姻法》第17条和第18条规定了法定夫妻财产制中共同所有和个人所有的财产,第19条规定了约定财产制。如果有约定或约定不明确,一律适用法定财产

需¹ 构到内容进 步完善 形成 完整的体 。

(二)

□□□□□我们□思□。

(四)保证制度实施的程序设计

□□□夫妻□□□□□顺□□□,《□□□□□□》□□□□夫妻□□□□□□示□□司□介入
□□□□□□细致□□□□

□没□□细□□□，□□□□我□□夫□□□□□□□□□司□介入□□□、□闻□□□，□□
□□□ □□□。

四、□ □

[illegible]

在从实

美国量刑指南的历史、现状与量刑革新

王 坤*

摘 要:美国联邦量刑指南的制定,旨在消除量刑不公、量刑畸轻畸重的目的。联邦量刑指南发布的问题有:面对控辩双方的抗辩;量刑指南的启动程序;量刑指南的格式、内容具有可操作性;量刑指南的权重;量刑指南的适用范围。联邦量刑指南至今仍在实践中发挥着重要作用,量刑改革的启动传统量刑模式、量刑指南式加重或减轻。量刑改革的启动:量刑指南的量或减轻量刑现象,容量容量刑失重或轻端;有量刑改革的启动机制;人权的《常犯量刑指南》诸多问题正量刑的启动;量刑系统的程序。

关键词:量刑改革 美国联邦量刑指南 量刑程序

近 来, 量刑偏差, 量刑不正,我国各级法院推进量刑革新;

维□,□□□□计划□□□□惩罚□□□□□□福□服□。”〔 〕

□□□□,刑罚□□□□□医□逐渐□□众矢□□,□们□□刑罚□革□呼声越□
越□。“□□□□□酌□□刑□□致□差异□歧□□□□,□□断□长□□罪率□□□□惩罚
□矫□□□□□□□□□□激□,□□刑□司□□□□□革□□□□刑□□□□□致□□□□
□。”〔〕□□□□,□□□州□□甚□□□□□□□□□□刑□□□□医□,□□□□

□□□刑。“□ □□□□□,□□□□□,□□州□ □□□刑□□□□□。□□司□□□区, □□福尼亚州、缅□州、亚□桑那州、罗拉□州、□卡罗□纳州、□尼苏□州、华盛顿州□□□□□□,按 □□□□服刑□ □□计算(‘□□□’)□‘□□’刑罚。”〔1〕

□,□□□员肯尼 ()□□,□□□□□ □ ,□□ □□□□刑□ 框架,□□□ □□□□□巡□□□□□□□、□ □“□刑□革□父”□ □弗□□ (

)构□□刑□ □□础。□弗□□ □□□刑□ □,□□□□□□刑委员□, □□□约束□□□刑□ □,□刑委员□□□□□政□□□□缘□,□“□师、□□、刑罚□□、□罪□□”□□“□□□□,心□□□,商□, □□,□……前□□□□囚□”□□。〔 〕

[illegible]

□、□□□□刑□ □□□□局□、□果□□□□

准 □□□□刑□ □□□□□□□□刑罚,□□□ □ □□□□刑□□□□ 推断

[] , *Consistency and Fairness in Sentencing — The Splendor of Fixed Penalties* ,
[] ()
[] , *Foreword: Beyond Blakely and Booker: Pondering Modern Sentencing Process* ,
[] , ()
[] , *Sentencing Guidelines and the Model Penal Code* , ()
[] See , *supra* ,
[] See , *Saving Federal Sentencing Reform after Apprendi, Blakely and Booker* , ()
[] See , *Grist for the Mill of Sentencing Guideline Reform: Williams v. United States* ,
[] ()
[] , *You Be the Judge: The Success of Fifteen Years of Sentencing under the United States Sentencing Guidelines* , ()

□ □ 过于刚性 □ 导致罪 □ □ 衡

（三）联邦量刑指南引发的问题

根 刑 南, 官 认 被告 刑罚, 这 未经调查、 擅 刑罚 做 , 序 嫌。 上, 刑 南 颁 后 久 责。“ 米斯 雷塔 诉 美 案, 刑 革 案 被 责 , 会 拥 过 或 搅 乱 政府 部门 间 平 。”^[1] 尽管 高 米斯 雷塔 诉 美 案 裁 南 合, 后 联邦 方 刑 南 直 责 困扰。“ 米斯 雷塔 案 , 下 级 直 根

() See _____, *The Booker Project: The Future of Federal Sentencing*, _____, () 米斯□
雷塔诉美□案, □体□□□ *Mistretta v. United States*, _____, ()

的。法^①挑^②刑^③南的困扰。”^{〔 〕}刑^④南^⑤的^⑥初几^⑦，

[] , *Federal Sentencing in the Wake of the Guidelines: Unacceptable Limits on the Discretion of Sentencers*,
[] , ()
[] , *supra* ,
[] , *Rejoinder to Professor Ruback's Article: Warranted and Unwarranted Complexity in the U.S. Sentencing Guidelines*,
[] , ()
[] , *supra* ,
[] 刑 □ □ 刑 □ □ □ □ , □ 体包含 □ □ 等级、 □ 历史 □ □ □ 示 刑 □ □ □ □ 。 (See , *supra*
[] ,) 鲍 □ □ □ □ 数 □ , 源 □ 版美 □ 刑 □ 南 , □ § ()
[] “ □ □ (□ 前 □ □ 导 □ 南 □ 刑 □ □) , □ □ □ 巡回 □ □ □ □ 临众 □ □ □ 刑 □ 南 □ 释 □ □ , 几乎 □ □ 月 □ 几 □
□ 刑 □ □ 。” , *From Lawlessness to Too Much Law? Exploring the Risk of Disparity from Differences in Defense Counsel under Guidelines Sentencing*, , ()
[] □ □ 超过 □ 名被告 □ □ □ □ 被 □ □ , □ □ 案件 □ □ □ □ 遵 □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ , □ □ □ □ □ □ □ 运
□ □ □ 具 术 运 。 See , *supra* ,
[] , *supra* ,

增加司。表:首先,官 需 数量 量刑素,这得判期延长。量量刑模式制最 标准压 宽、免处罚 禁刑数,得 断升。^[1]式、数 量刑依 过 ,得假释 数呈 上升趋势。当, 犯罪增长 假释 数上升 正 , 量刑 南 造 数。^[2] 数 上升 疑增加司,损害司效率。

使 由裁量权 移至 和 刑监督, 了 能

刑罚 到执, 体 察官、官 缓刑 督官等。量 南 量 裁量 制只 针 官, 察官 缓刑 督官。“ 察官言,需 清楚判 量刑偏差 , 绝 数州没 求 察官 循 或 序 某判。”^[3] 察官 裁量 仍 留, 直接效果,“ 察官 控 抗辩 易 这 犯罪 罪犯 类别—— 别 如果根 南被认 罪”。^[4] 当 官 裁量 受 制, 察官 裁量 得 留, 长,那么 察官 量刑 裁量 将得到,这会 减 量刑偏差 力造 极。“量 南颁布 , 士认 预期 裁量 官转 至 察官 上已经, 量 案试图阻止 端 量 差 增加。”^[5] 这 样体 缓刑执。“量 南已经 刑 判 , 官 裁量 已经 地方 官转 到 察官 缓刑 督官。罪犯 服刑 间已经翻 番。”^[6] 这样, 官 司 裁量 被 当地转 给 察官 缓刑 督官, 得 刑 司 活动 体 色 位, 司 被严 弱。

三、联邦量刑 南 制 效

(一) 布克案与联邦量刑指南的强制性失效

般认, 美 联邦量刑 南 制 改 标志 案 三: 阿普伦案()、 案() 布 案。阿普伦 案解 形式 上 刑上, 案 根 量刑 南 正 判 效, 布 案促

[1] 间, 联邦、州 当地 增长率 别 平均 、 。 See , U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Bulletin: Prison and Jail Inmates at Midyear ,

(,)

[2] 联邦量刑 南施 后至 间 增长 数 , 越 越 罪犯 假释违 。 至 间, 假释违 数上升 , 到 , 判 增 罪犯 数上升 , 到 。 ID,

[3] , supra ,

[4] , Plea Bargaining under the Federal Sentencing Guidelines,

()

[5] , Prosecutorial Discretion in Connecticut: A Lesson in Indirect Constraint, , ()

[6] , The Reality of Guidelines Sentencing: No End to Disparity, , ()

刑 南由 性规 为 性规 〔 〕

阿普伦迪案〔 〕之前,法 据以 刑 的 定事 以 据 势 据 。同 , 刑要素 常被 为不同 定罪要素, 需进行 宪 查。 阿普伦迪案中, 高法 肯定了 是定罪事 是 刑事 , 应排 。 意味着 每个案件中,与定罪 刑相 的 要素 需要排 , 而不是 势 据。 ,对 刑 南进行 宪 查 获 了充分 由。阿普伦迪案虽然 启了对 刑 南进行 宪 查的 河, 对司法 的影响相对 。主要 个 :

是 宪 查 刑事 。 只 作为超越法定 高刑 据的事 要素,才需要 宪 查。“规 单 要 检察 陪 团提交的 提高法定 高刑的要素, 陪 团以超越 定, 不 罪前科 低 法定 高刑的刑 。 种 的影响意味着法 继 权按照 刑 素, 定 分刑 ,并 法定 作出 。”〔 〕 要问题 性 低刑 是否需要进行 宪 查, 获 。

是 宪 查 个案。 宪问题 阿普伦迪案,并 其他案件中, 然 成 宪性 查 某 案件 毒品 罪中 。“ 据 高法 的 , 为毒 的 据是压倒性的、 议的,错误不 影响 平性、 性 的 众声誉。 此,法 够 定被告人的刑 , 他们 反了阿普伦迪案 定的新 。”〔 〕

果 阿普伦迪案的影响只 个案的话,那么 莱 利案〔 〕的影响 是 而巨 的, 为其 了 与惩罚 的事 要素(罪前科) 需 宪 查(排) 为被告人承 。“ 莱 利案对 刑 的潜 影响的 惊人, 为 不 新定 了阿普伦迪案, 而 作为‘惩罚的法 要素’的 以及每个事 由陪 团排 者 为被告人承 。”〔 〕 , 质 给 法 刑 南套 了程 的“ 箍咒”, 它们 刑 南与遵循程 规 的抉 中 从。“反映 连串低 级 法 的 , 莱 利案 震 产 了巨 戏剧性的法 余震。 为没 法 以 定 的 刑规 , 不知道规 被澄 , 刑事司法进入了 个 以被 描述为法 的 政府状态 。”〔 〕 是,法 是否 刑 南 出 分歧。 的法 定 法定 运 定 刑 节, 南 作 ; 的法 不 刑 南的 规定, 非满足程 要 ; 的法 对 刑事 的程 规 ; 的法 弃 南并回归前 南 的 刑 ; 的法 以前的 刑 法,鼓励各 事 成 议;少 法 寄望 陪 团发 刑事 , 。”〔 〕

的情况下,刑指南的刚性被大大削弱,几乎所有人认为其刚性失是迟早的事。

莱克利案的程规使刑指南的刚性有所降低,但在没有被废之前,是具有约束的。事实,在那些定罪刑事事实确凿的案件(重罪案件多半此)中,程审查并无必要。同时,法院在刑时只要避免用排除理的事实,就可以莱克利案的影响降低限度。可见,莱克利案影响巨大,但并没有促使刑指南的刚性失。克案^[1]的意在于,促使最高法院定刑指南宪而不再有刚性,刑指南遂由刚性规范为考性规范,使美国的刑革进入克时代。克案的司法果在于,即使法院在某种程度可以不理莱克利案的定,但却无法对克案置之不理乃于漠视高司法机关的确定性定。“亚利桑那州、利福尼亚州和田纳西州宁愿勉赖克案却拒限莱克利案。克案提出了迥然不同的刑度,所有个州的意见是忽视差异。”^[2]

(二)后布克时代美国量刑指南对联邦量刑的影响

刑指南的刚性规范虽然失,但“它们继续发挥一些有意影响”^[3]是因为,其及规则和准并非一无是处,主要在于据化、格化的刚性规则妨碍司法自由权与酌定刑节的运用,乃广诟。就不难理,在刑革时人们不是要盘否定刑指南,而是否定其中的不理的规则和准。“革者应该避免诱惑,包括在指南革中避免新的刚性规则妨碍司法自由权。同时,立法者应该废除限法定刚性低准的影响。”^[4]另,阿普伦迪案以来确立的一些规则,罪前科不需要排除理证明、事实非陪审团定被告人承不被用,确实与刑指南相抵触,因而刑指南的刚性失成些规则的用。然而,些规则毕竟存在于少案件中,其对司法实的影响相对有限。从理论讲,果摈弃其中的不理的刑规则和准,并且不背宪法规定的程规则,那么刑指南是能对很多案件的刑发挥影响的。

克时代,刑指南之所以能在一定程度继续影响刑,主要因在于:

美国司法系的特征决定刑指南旧发挥影响。前所述,美国有套独立并行的法院系,即法院系和州法院系。刑指南的刚性失,对法院产生影响,对州法院的影响相对有限。在美国,各州一都具有自己的刑规则,有的州的刑指南与刑指南相似,明尼苏达州、华盛顿州和北卡罗来纳州。^[5]在些州,刑指南虽然没有约束,但本州的刑指南然具有刚性。因此,刑指南旧在些州发挥一定的影响。

其次,刑指南的理性使其能继续发挥影响。刑规则和准所现据化、化不是科学、精确推导的结果,但不能否定其本身具有一定的理性。同时,刑指南所确定的刑规则和准之本据乃为事实,即使刑指南成为考性规范,法仍以事实为据刑。“法很难忽视在审中提出的事实,即使些事实没有被陪审团超越理证明。相应,法对罪

[1] See *United States v. Booker*, () ()

[2] , *The Effect of Blakely v. Washington on State sentencing*, ()

[3] , *The Vitality of Voluntary Guidelines in the Wake of Blakely v. Washington: An Empirical Assessment*,

()

[4] , *Everything Old Is New Again: Fixing Sentencing by Going Back to First Principles*,

()

[5] , *supra* ,

继续他们的工作案件为基础，陪审团控。”^{〔 〕}公司，刑刑南。案，高刑南刑“塔美案，案坚精计算南够推断。刑被已()刑素，刑委员刑刑刑”。

，潜移默刑南挥影响。刑南久，那刑南似刑南刑州，长、刑思维下，刑念、避免潜移默影响。潜移默影响刑南，旧刑。

“”刑南挥影响。，，仍刑南，刑南某仍挥。“曾遵南()刑。仍被案子刑导，刑南(‘ ’)刑旧影响。”^{〔 〕}另，，，坚刑，刑罚充足。，，六巡回美福尔曼

OW

制调整犯罪等级。”〔1〕认罪,未量刑南当下方加完:犯罪严犯罪历史根,改量刑统建简量刑表或网络基础上;二团认罪上更色约束官量刑裁量;三简量刑表内导或制官裁量方;四如果量刑超越团裁或认罪量刑幅,根布莱案布案排这加判;五量刑裁合司解释。〔2〕还认罪,方便量刑,量刑委员会当做好下方工:南众略详细解释;二修改那广泛司异准;三向会建增量刑南官益心目合。〔3〕

上探讨如何简量刑南,司践需体操量刑标准依。“我们只希望,会或任,或经过思熟虑讨制合量刑体,便益导,狭隘地约束量刑裁效地消官。”〔4〕近期,量刑南制言,最紧任务制简量刑标准体,解联邦量刑南制失效后留下空缺。“会政制量刑委员会白,如任何变革需,至少短期内,经过认真慎虑调整新增变方案,后布联邦量刑制合动方向。”〔5〕长远看,统刑量刑依,失选择。“最雄心勃勃会量刑委员会或美协助下,彻底修联邦刑造部刑。”〔6〕

五、美量刑改革我启示

美早期官直觉驱动导量刑,司践少。世纪量刑改革绕制司裁量酌量刑情节运开,遗憾,联邦量刑南过侧数、式量刑标准,鲜武断倾向,制约司裁量合运,量刑滋。联邦量刑南制失效后,美量刑改革直觉驱动武断间寻求平衡折衷。过,如何平衡两,怎样把握量裁量尺,量刑言绝易。这得布案至今美量刑改革归“平静”。这美量刑改革布案后停滞前,传统量刑模式量刑模式磨合期间,们更地量刑模式思。尚未制切、操方案前,联邦州量刑模式选择上避免地呈“百花齐放”态势。后布,美量刑改革最果,们普遍认到序制量刑公正司公正上。“琼斯案、阿普伦迪案、布莱案布

〔1〕, *Guidelines Simplification: Still an Urgent Priority Post Booker*, ()

〔2〕 See , , 'Tis a Gift to Be Simple: A Model Reform of the Federal Sentencing Guidelines,

, ()

〔3〕 See , *A Critical View of the Sentencing Commission's Recent Recommendations to "Strengthen the Guidelines System"*,

, ()

〔4〕, *supra*, ,

〔5〕, *Tweaking Booker: Advisory Guidelines in the Federal System*, ()

〔6〕, , *Federalism and Sentencing Reform in the Post Blakely/Booker Era*, ()

问题,为意没专门胜任定罪刑的依据的修与。换句话说,缺乏专门责的构恐怕是要之。此,设专门的刑构修定罪刑是要的。

建设法治中国需要量刑公开,回应公众诉求,因而需要专门机构予以负责

《中共中央关于全面深化改革问题的决定》推进法治中国建设指出,“推进、,录并保留程资料。增法文性,推法效文。……广泛行人民陪、人民监度,拓宽人民群与司法渠道”。这意味着我国刑事司法革的,是要司法以及效的文之,够分司法的运作并直接果,并创条件让民广泛与、监司法及过程。而刑事司法广是。年年的五年间,由《人民法报》主导评的中国典案件中,刑事案件占的比分别为、、、。〔〕这,刑法及刑事司法对、广泛的,刑不外。此,分分析并回应,酌纳评,是刑对的环节,是刑与司法的保。这的工作然不让法的业责,设立专门构责此工作是佳。

立法机关或者司法机关不具备专门负责与量刑相关的各项工作的条件

立法中法然而典题中进问程民应程进民中否应民中应法否应然程题民然对否法进民民法民中中题应

美□□□刑□南虽□□□□□前□报告、报告□□

崇尚□□□□刑□□□□□，□刑□□□□□刑□□□□□。□□键□□。() □我□
□□刑□。□□，缺乏□□、□□□□□□□□《□■□□》□□□缺憾。□刑□□□□□
□、□□□，缺乏□□□□□障□难□充□□□□□。“□□□司□□□□□□□刑□□□
少□。□平□□□□□□□□□□□□□给□□□。”()虽□我□□高□□□□□高□
□检察□□五□门□□□《□□□□□刑□□若干□□□□□(试□)》□□□□□□□刑□□□□
□□□，□□□调查、□□□□□□□刑□□□，□□□□□零□□、□■□□，□□□□□□□□

[] , *supra* ,

缺乏操作性,约束力上也缺乏相应的程序保障。如,对于案件事实、犯罪事实、定罪事实与量刑事实的关联以及被害人参与量刑活动的问题,就缺乏具体规定。^{〔1〕}又如,对律师量刑辩护的程序保护也有待加强。“《量刑程序意见》试行过程中,有要对保障律师量刑辩护的方式进行探索。比如,法院送达起诉书副本和量刑建议书之后,辩护律师以就量刑证据进行专门调查工作,法院应为这种调查提供必要的保障和便利;法院开庭前以组织控辩双方进行必要的证据展示活动,辩护律师获悉公诉方量刑建议和全部量刑证据的前提下,进行充分的量刑辩护的防御准备工作;法庭审理过程中,被告人及其辩护人要求就新的量刑证据进行调查核实工作的,法院无正当理由不应予以拒绝。”^{〔2〕}此外,缺乏相应的程序法保障也是一个不容忽视的问题。客观地说,量刑程序也是刑事诉讼程序的环节之一,理当在刑事诉讼法中有所明确。遗憾的是,我国现行刑事诉讼法规定的程序制度和规则,主要是基于如何追究刑事责任而设计的,对量刑程序并没有作出相对具体的规定。虽然有相对独立的《关于规范量刑程序若干问题的意见(试行)》加以规定,但由于刑事诉讼法缺乏相应的规定,其约束力和权威性将大打折扣。这样的背景下,鉴于司法实践量刑问题上历来重实体、轻程序,故而并不精致的量刑程序执行上大打折扣。

总之,加 量刑的程序制度建设,制定具体、 操作、卓有成效的程序规则和制度,应当成为未来我国量刑改革 要内容之一。只有将 体规 与程序规制有 地 合起来,才 有效 量刑公正。

The History, Current Situation of the Federal Sentencing Guidelines and New Trend of Sentencing Reform in U.S.

Abstract :

Keywords: ; ; ;

(责任编辑:幸颜静)

〔 〕 李玉萍：“中国法 的 量 刑 程 序 改 革”，《法 学 家》 年 第 期，第 页。

[1] 陈瑞华：“相对独立的量刑程序——中国量刑程序的理解”，《中国刑事法杂志》 年第 期，第 页。

□□规范化□革视野下的□□基□研究

——以完善《 常见犯罪的量刑 意见》 定的量刑步骤 中心

李冠煜*

摘 要:“幅的 ”和“点的 ” 法 刑法学界 量刑 的本 , 之 非不可 和,相反,它 根、前、构造和 务四方面具有相同之处。《 常见犯罪的量刑 意见》 定的量刑步骤 某些不足、通 和上 两 各具特色的 ,以“幅的 ” 起点,以“点的 ” 点, 喜处 刑和预 刑之间的 ,进 一步推动量刑 范 改革。具 来说,完善量刑步骤的重点 放 确定量刑起点而非 刑上; 确定量刑起点前 增设确定具 犯罪构 的法定刑幅 这 前 程序; 确定量刑起点时 引 刑事 ; 确定量刑起点后 注意拟宣 刑 宣 刑的 渡。

关键词:量刑 范 改革 量刑 幅的 点的 量刑步骤

一、问题的提出

□□必须在一定的□据、□□和尺度的指引下进行,□就是□□基□问题。□□基□是指导□□□□用的一□性□理□□法,属于□□论的□心□□。□□和□□的关系是对□□□程的抽象,□□观□□现在□□基□的□用□程中。大□法系国□(□区)的学者非常关□□□问题,很□就□□研究□□理论,而且,□常是在□□基□论中讨论□□和□□的关系。□□□国学者阿图尔·考夫曼()所说,在□国的□法□释学中,“□□和□□”□一主题今天□□□为□分的讨论。^[1] □本学者□藤重□主□,□□问题是□法理论的缩□。基本□,□罪本身的轻重□□然成为□□的重要□□;在此基础□,□要考□□罪□的□况。^[2] □□基□的研究应□以□□和□□的关系为主线,□一□路对我国□□规范化□革有重大的启迪意□。

作为国□□法理论的舶来□,□□基□有广□和狭□之分,前者□□于我国□法理论中的□□□据,□者对应于某种□罪的特定□罚□。例□,“广□说”□为,□□国□的□□都有一个□据什么、□照什么□□进行□□□罚的问题。□□的□据,在一些□□国□的□法典中并没有规定,但在□□主□国□的□法典中大都有明确、具□的规定。^[3] 而“狭□说”则指出,□□基□是对已确定□用一定

* □中□范大学法学院讲□,法学□□。本□□□ 年国□□学基金□理□□□国□建设高水平大学□派研究生□□ □奖学金(□金发[] 号)的资助。

[1] [□]:《法哲学と□法学の□本問題》,宫□浩一监译,成□堂 年版,□ 页。

[2] 参见[□]藤重□:《□法綱要総論》(□□版),创□□ 年版,□ 页。

[3] 参见金凯:“□□□据、□□的□较研究”,载《郑州大学学报》(哲学□□科学版) 年□ □,□ 、 页。

幅□□□刑□□□罪,□□□任刑节□况下依□构□□□□判处□刑罚。〔〕□
□认□,刑□准□□体□□□□□刑罚,□□□蜕□□准刑。刑□准□□宜□宏□上□挥
刑,□□□等□□刑原□。刑□准□□□□□刑□计算□或□算□□,□□□支配刑过
□□□□原□或□□□□,□□上承刑原□、下接刑□素□□导原□□,□□准□。□□,“广
□”□□□取。刑□准□□□□□责任□,□□□□、□□刑节□□□□□□□刑节
□□□□□□□□□□或□□□□归纳□□□□导原□或适□准□。

[illegible]

我□长期□□□□□□ □□ 刑偏差□□,这□□ 刑□□□ 革□□□原□□□。□□效 推□这 革, 高□□□□制□□《□□常□ 罪□ 刑□导□□》(□下简称《 刑□导□□》)。□□,□□□□□ 刑步骤¹□□□下□足: ,仍□□□判断□□,□□□□□ 刑均 ;□□,□□□ 刑□□□前缺少前□□ ,□□□□效制 □官□□□裁 □; 后,□□□□准刑□后欠缺过渡阶段,□□□合□□导□官□□□裁 □。□文认□,德、日等□□ 刑□准□□□我□□ 刑□□□ 革□□□□□□借鉴□□,□□适 吸收□□□□果,局部调 □□□ 刑步骤,□构建科□□ 刑²□□。

二、“幅□□□”□“□□□□”□□□

近□□,□陆□□□家(区)□ 刑□准□□□□□“幅□□□”□“□□□□” □。〔 〕

（一）“幅的理论”的基本内容

□谓“幅□□□”(), □称□“责任□□□□”()或“ 空间

[] □□周光□：“ 刑□准□□”，□《□□□□》 □第 期,第 页。

[] □□[德] :《刑□における責任と□》,宮泽浩□监译,□文堂 □版,第 □页□下;[德]汉斯·海□里希·耶赛□、马斯·魏根□:《德□刑□□科书》(总□),徐久□译,□□□制□版 □版,第 □页□下;[日]川崎□夫:《体□□ 刑論》,□文堂 □版,第 □页□下;[日]城下裕二:《 刑□準の□□》,□文堂 □版,第 □页□下。

〔 〕 □□高铭喧□□:《刑□□原□》(第 卷),□□□□□□□□版 □版,第 页。

[illegible]

[] “ ” () ,

”,简单,其主□□□刑 幅 的,法□应□ □ 幅 □ □□□罪的□的, □□刑罚。 世纪黑格尔学 的刑法学者贝尔纳()被□ 的 □ 人。他□ , 刑罚 , 报应的、念 础的同 ,□要 □威吓 □善的□的, □□“ □ ”。 ,□ 报应 要□的刑□ □ 威慑、□善 要□的刑□不 到,□ □□ , 矛盾。□ □ 矛盾的□ “幅的 ”。

贝尔纳 年发□的 篇 □中写□:“ □(β)的概念中,某 □() □□的 意□, 不失去其 包含的质的概念的 □减的 幅 ()…… , □ ,□□, 只要不伴 质的□ , 仍然□ 维持□的临界 。□□刑罚的感□性痛苦()的 □ □减, □ 真□报应的、□□的刑罚……某 罪□ 被处 天的 惩役□ 被处 天的 惩役,对 □□的概念、□民的报应意 □, 不

刑罚□□□□□□□□,□□□□刑罚□□机□

“□的”主张,刑罚不超责任的,进一步,刑罚应与责任适应。 ,
责任刑的含 需 合刑罚 的 责任 详细 察。对 , 上 “责任上 ” “责任
基础 ”的对立。前者认 ,根 极的责任主 , 刑 应 贯彻“不 处超责任的刑罚”
的主张;根 责任 ,责任 针对 别 的 。鉴 责任 依旧 对立的观念,
不应采取 责任 根 的 构 , 应 前 , 罚的责任 中 开。 刑判断
 责任 前 的 罚 责任后, 与之 对应的刑罚 上 , 考虑 别
 一般 。〔 〕后者认 , 刑中 应刑或责任刑的 ,一般 认责任主 责任主
维持与 别 罪 的 均 的刑罚,平 的 原 。 刑 接 考虑一般 的
超过责任刑 考虑 别 的 仅 外 。反之, 人没 再 ,原
上 责任刑的 考虑 别 的 效 。〔 〕
根 “责任上 ”,责任不 刑罚, 根 , 刑罚的前 条 ;责任概念的主 止
过 考虑 的 的刑罚 ; 后的刑罚取 罪 的 , 认低 责任的
刑罚; 考虑的 应 别 ,一般 仅 刑罚的反射效 。 根 “责任 基础 ”,
责任 刑罚 根 的 , , 刑罚不 超 责任这 上维持 责任的刑罚 。
 , 意 的责任主 极的责任主 责任 应 刑罚 ;把责任 刑的
基础 不 直接归 极的责任主 责任 刑罚的前 条 其根 , 责任 不意 判
处与之 应的刑罚。

,“责任上 ” 取的。

□□刑客□上□幅□□形式□□

根 “□的 ”,责任刑 表 一 □、一 区 或一 。 , 把握□的
或根 ,学 上 “认 困 ” “ ”的 议。前者认 , 人 认 的□ ,
法 责任 一 把握。 之, 准 责任刑的上 , 不得不 认其界
经 。德国学者诺□□() ,责任 刑的 成曲线,其
 与责任 的刑罚。这 ,责任 刑与不 刑之 的 或 或 责任
刑 成,低 责任 的刑罚 比 责任 的刑罚, 。某一 的刑罚的
责任 程 ,根 距 责任 刑罚的准 原 (a)的远近 判断。〔 〕后者认 ,责任
刑

害正义。^{〔 〕}

其实,“认识困说”和“事物本质说”都不否认发现责任量的具体数值的度,也都尽量除极与责任不均衡的罚,判仅在于,者是从认识论的角度把握责任的幅度,后者是从存在论的角度来把握责任的幅度。根据法官的实务体验和量造,既然以在数量上确定责任的上限,就在经验上暂时认它以一幅度的形式存在。

在责任幅度的范围内存在不一种与责任相适应的罚,并只能在其考预防罪的

德国学者雷埃()在分析德国联邦法院相关判例的基上,出了“幅的理论”的具体内容,其中:在与责任相应的罚的上限和限定界限的范围内,存在个与之相应的罚;特别预防、一般预防的罚目的能在与责任相应的罚幅度范围内选择具体罚时,发其机能,而且,可以接或达到其最上限和最限。^{〔 〕}言之,这种幅度体现了责任和罚之的一种模糊对应关系,限制了责任的浮动。例如,行为人出于大义灭亲的动机而将他人害,根据《德国法典》第 条之规定,其最可判终身自由,最可判 年自由。鉴于该人行为的违法性程度和有责性大小,过有的法官以 年自由,还有的法官以 年自由,至有法官以 年自由。由于一时很确定责任的轻重,所以,法官可以认为,从 年自由(责任的限)到 年自由(责任的上限)了所有与责任相应的罚。在这一幅度的范围内,根据第 条的规定,法官在考虑行为责任反的一般预防必要性以及行为动机、行为人的、行为后的度等反特别预防必要性的因后,再确定最后的。除非情极其特殊或法律有例外规定,原则上罚目的的考虑不能责任幅度的范围。

(二)“点的理论”的基本内容

所“点的理论”(),又为“点罚理论”()或“点罚论”,该理论主张责任是一个点,法官能在不过分这一点的范围内根据预防犯罪的目的修正责任,并决定最终的罚。关于如何把握与每种行为的严重程度相应的特定罚,学者存在不同认识。加()主张,应当努力寻责任的点的“值”;因()指出,尽管责任是“一的存在”,但的认识能力对此不能明确判定;雷埃认为,作为点的责任成罚的“”。^{〔 〕}这表明,责任的点是相对而言的,而非是绝对确定的。在个罚点的附,然存在着考虑罚目的的。

值得强的是,“点的理论”也可用来解 年《德国法典》()、 年《德国法典》(选择性)以及现行《德国法典》中关于量基的规定。所以,它然不能代表学说和判例的主流,但也得到了不少学者的青睐。

尽管目前发现有明确采用该理论的判例,但其特征也可作为以点。

曾以对的应论为据,如与的主缘

同“幅的理论”一样,“点的理论”既是量基论的题中应有之义,也与罚的基理论紧密关联;与“幅的理论”不同的是,“点的理论”并非从一开始就以相对的应论为基,而是通过除责

〔 〕 参见注 引,第 。

〔 〕 引自注 城裕二引,第 。

〔 〕 参见注 城裕二引,第 。

任□应思想以及重视责任和预防的关系,□与并合主义发生联系。过□,绝对的□应刑论一贯根据责任决定量刑,即采用“点刑罚论”。但是,是否赞成“点刑罚论”事实上与采用□应刑论之□没有关系。^[1]原因在于,现在的“点的理论”并不一定□根据形而上学的责任□应的观点予以主张。一方面,责任刑的根据由与□应和赎罪割裂的预防目的来说明,具有非□重要的意义,例如□极的一般预防论的兴起以及□极的特别预防论的出现。在此意义上,□认“点的理论”等于□除预防目的的□式不成立。另一方面,对与责任刑无关的预防目的的□些问题的□答,并不确切。例如,出于□独的威慑而预防犯罪或为充分改造行为入,□要何种程度的刑罚?对于这种预防目的知识的幻想破灭,虽然降低了与责任割裂的预防目的(如□极的一般预防)的地位,但相对地提□了责任刑的地位;而且,也与在预防目的之中,强调同责任关系密切的预防目的(如□极的一般预防)的立场有关。^[2]因此,即□采取“点的理论”,也完全可能以相对的□应刑论或并合主义为根据。

刑罚还□□该□□□□□□,但□□刑论□思维上□逻辑起点

“点的理论”并不否定责任刑的存在意义和责任的刑罚限定机能,但由于在□个确定的点上□求与责任相适应的刑罚,所以,责任刑的实践价值就发生了变化。详言之,该说的一大特色在于,量刑责任占据的地位降为观□上的起点,把作为终点的具体的刑量决定委之于预防目的。对此,应当提出□□疑问:所□观□上的起点能否在算□的意义上确定,或者是否□能在感觉上捕捉?制约最终预防性考虑的责任方向是否□经在这一起点时□弄清?于是,□□与责任相适应刑罚的起点就降低。^[3]也就是说,确定与责任相适应的特定刑罚点,是合理决定最终刑量的当然□提。法官在实务上所判□的刑罚,□能将宣□刑决定于一点上。缺□作为点的责任刑,最后的刑罚很可能明显超出点的□似值。《德国刑法典》第□条第□项通过规定量刑的“基□”,实际上也就明□了量刑观□上的起点乃是行为人的罪责。立□于相对的□应刑论的立场,考虑预防犯罪的目的不得过于偏□点的容许范围。因此,行为责任□成量刑的基□或量刑的起点,确定□个具体的责任刑的点之后,在其□边考虑预防目的,完全符合“点的理论”。

□□刑□□个点,客□上□精□□点□形式□□

根据“点的理论”的基本内容,□□是□有准确地(作为点)□决定的刑罚能够与罪责相适应。该理论的主张者□认基于一定限度内的相当程度的刑罚可能有各种见解,但是,对于他□而言,不存在事物本身的理由,而是以人类认识能力有限为根据。□言之,根据论者的观点,在理论上,不同轻重的刑罚不可能与同样的责任程度相适应。^[4]可见,即□是“点的理论”也不得不面对这样的现实:“用主观的说服力来探求这一‘正确的’刑罚看起来□乎是不可能的。”^[5]所以,从认识论的角度来看,法官在量刑时很□确定责任刑的点,充其量□能□到一个放大的点或模糊的点。然而,“点的理论”又坚持认为,特定的责任刑的点在实务中的确是存在的。不能因为主观上无法认识□个点,就否认其□观存在。所以,从存在论的角度来看,无论如何,最终的刑罚都必须表现为一个点。因此,“点的理论”的□持者通过□分认识论的问题和存在论的问题,不仅在一定程度上论证了该说的合理性,而且为在责任

[1] 参见注□引文,第□□注(□)。

[2] 参见注□引文,第□□。

[3] 同注□引文,第□□。

[4] □□引自注□引书,第□□。

[5] 同注□汉□·海因里希·耶赛克、托马□·魏根特引书,第□□。

刑罰權之行使應以法律為限。

在不过分 离作为点的责任刑的伸缩范围内,可以考虑预防犯 的目的

“罪刑法定”之原則與刑罰權之行使,應以法律為限。換言之,應貫徹罪刑法定,只應在罪刑法定之範圍內行使刑罰權,不得排除罪刑法定之原則。因此,罪刑法定原則之影響與矛盾。因此,廣義之刑罰權包含刑罰權之狀態與歸屬之結果,因此,已應排除罪刑法定之原則之場。因此,“罪刑法定”之原則,應承某情況下之罪刑法定之原則。因此,阿圖爾·施米特,應斷言罪刑法定之原則,應素行習慣、風俗、習慣之揮舞,因此,刑罰權之行使應以法律為限,應以罪刑法定之原則為結果、應以罪刑法定之狀態與歸屬之原則為牢不可破之原則。因此刑罰權,應以罪刑法定之原則為越界之原則。凡施離罪刑法定之原則,只導致錯誤之原則。因此罪刑法定之原則我們常常近似之原則才找得到。() 〇〇〇

没□□□空间,□□,□官□□务体验□□□日常□活,□□□□□□□。□□,后□更□揭示量刑判断□□□。□方□,日常□活□□□判断□量刑判断□前□。日□□□井□良□认□,“□□□□情况下,□判断□‘浪费’还□‘吝啬’,□数量上□□需□支付□少钱,□原□上□□□□□。□样,□□□责任□适□□‘□当□’、‘正当□’刑罚,□□□认□□□量□‘容□区域’”。〔1〕□□,社会□活□普遍经验□被□□量刑过□□。□另□方□,日常□活□□□判断毕竟□别□量刑判断。日□□□庄武□□□,“这□□□□□日常□活□□□判断,□□□求正□认□□刑□裁判场合□话□。□□被转□□刑罚这□□态□责任,□□当□□□平□□□标准□□稳□□概念,□□这□被告□□取量刑判断□□□□□……□□,□□、□解责任□□□责任□□□□场合□心□责任□□前□,□□□□□被假□□。责任只□□□幅□□□□□□张,难□得到支□”。〔2〕□□,社会□活□普遍经验□□取□□□□□量刑思维。尽管心□责任□体□□刑□□□责任□平常心□□□□□间□联□,□这□足□□□□□□归责□根□。□□责任□□□□责任□□□□□间□□□,□□□□□奠□□□□根□。□□心□上□□□□□□□替□□□□上□□□□□□,那么,□□□□般□□经验感觉抑或□官(□□□□)□经验感觉,□□□□□□□□幅□□□□客□□。

尽管□□幅□□□□□□刑罚□□机□,但□□充□□约预□□□□□□虑,尚□疑问

[illegible]

□□,□□采取 极□□别预防或□采取 极□□别预防,□□□□储 □■,□将刑罚□□□□上。最后, 如□□“幅□□□”□ □□最终刑量□□,□ □□□量刑责任□情节□□□预防目□□情节□□极□详细□□□。□□,这□样□ 量刑□□□充□□困境。^[1] □□,□责任刑□幅□□根□预防目□□□宣 刑□□□□□ 造,□□□□被 □□践□采纳。□□,按 “责任刑□□□幅□”□推□,“预防刑□更□□□幅□……□责任刑□幅□内□虑□□预防刑, □□□幅□内□虑□□幅□, □得□□□期刑□□□…… □,‘幅□□□’□张□□□□张□□期刑,□□,‘幅□□□’将原□□□□□□□责任刑变□幅□,□后□原□没□□□□□□□预防刑□□□□,□□方□□上□□缺陷”。^[2] □□,若□□□公正□量刑,□□先解□□□预防刑□□□。

（二）对“点的理论”的批判

□□□“幅□□□”，“□□□□”□□□□□优势：它□合□□□最终刑罚□□□目标□计□□，□倡尽□□地把责任刑□体□，□够□效□挥责任刑上□□刑罚□□□□，将更□□□□制□官□□□裁量刑罚□。当□，它□受□□□“幅□□□”□猛□抨击。

既 张应 确定精 的责任刑的点,又承认可以找到责任刑的点的 似值,有自相矛盾之嫌

□□，“□□□□”认□□□□责任刑□□□□ □□□□，□□□□责任刑最□ □接 这
□□。前□□□□□□□□畴，后□□□认□□□□畴。这表□上看□□□□□服力，□□□上□□
先验□□经验□□前□□。□根□辩□唯□义□认□□，□当□□□□□□□、□□□映□□□原
□□□，将认□□□□□□践□□□□合□□，把□□认□过□□辩□□□ □□□过□□辩□□统□
□□。□□， □□□□□□□□□□，□□□□责任刑□□□□合□□；仅□形□上□□□□映□□□□，亦
□□□□□头脑□□造□地□□责任刑□□。正□□□□□□□上□缺陷，“□□□□”□方□ □极寻
□体□责任刑□□，□ □ □□□□被直□地□映到□□认□□；另□方□□□奈地宣布 □到这样
□□，□□脱 □□□□□□□□□□到□□□□概念 □□ □□。这样，“□□□□”等□□□□欺欺□。

把责任作为量刑过程中念上的起点,尽管不违反“点的”的初衷,但已具备“幅的”的思维

□□，“□□□□”□□调□刑罚□□□ □□，它依□□责任□当刑□前□。□“幅□□□”
看□，责任□当刑□□幅□□，言□，□□□认□责任□当刑□形□□□□根□，□□□“□□准□
地□□”□责任□当□刑罚。^[1] □□，按 “□□□□”□~~下~~^上，责任□当刑□□ □□□容□□，
□□□这□□□取□□□内□忌预防目□。□□，责任刑□□□□□□□□□够准□□□□“□”，
□变□□□□□准□□□□“幅□”。□如，某□□□ ~~一~~^二□员□□职务□^三/侵占□位财□
余元，□□□□别□犯罪 □□□□情^况，□□□□官□□把责任刑□□□ □月□期徒刑、
□月□期徒刑或 □月□期徒刑等□□□上。这□正 表□，□ □月徒刑(责任刑□ □)到
□月徒刑(责任刑□上□)□□内□□□□刑罚□，□□□责任□当□吗？

允许在责任刑点的容许范围¹内,以预防犯罪为目的,但没有说明如何确定预防刑的点,从而难以避免“幅的²”的窘境。

如 将“□□□□”贯彻到底, □仅□□□责任刑□□,□□□□□预防刑□□。 □这样,

〔 〕 □□注 □文,第 。

[] 张□楷:“责任□义□量刑原□——□□□□□□□心”,□《□□□□》 □第 期,第 □。

〔 〕 □注 □文,第。

□ □ □ □ □

问。 就是 , 如果不 客观 把握一定的刑 , 那 为 以 为 一界 (β) 是客观 的, 就 不 。所 的 是 不定的界 (β)。“幅的 ” 其出发点 —— 换 之, 对具 的行为不 一定的刑 点 —— 是 确的。“ 刑是法 创 性的 成行为()。法 应 据自己的见 , 法 同 中 察与 相 应的刑罚, 明确唯一 定的刑罚。他不 满足于幅度的 。”^[] 据此, 应 以“幅

刑步骤未 处 好责任刑、预防刑 间的 。

，借鉴德、日等国量刑 准 的成果，调 “幅的 ” “的 ” 切入，完 我国 的量刑步骤 下启示：一，“幅的 ” “的 ” 宜直接照搬 中任何 我国的量刑步骤；二，一 开始 精 地找到量刑 ，循 “幅 ”到“ ”的逻辑思维顺序，合 ；三，量刑 改革的 践 ，完 量刑步骤的 应放 准 量刑 准刑上，这体 德、日等国 我国的差异；，通常情况下，根 哪 情节 够合 地评 / 社会危害 危险 ； 体案件中，如何处 好这二 间的 ， 责任刑完全 预防刑，至 预防刑全 替 责任刑，这 贯穿量刑全过程的课题， 量刑步骤操 临的难题。

（一）从法定刑幅度 刑起点幅度

，否 准 找到量刑 ，将 程 上 否正 准刑 合 宣告刑。

，量刑 上 始 或法 上已 体数，需 法官根 践经验 案件情况 判断。详言，量刑 上 的一 标准犯罪转 体刑量的 判断，这一 的判断过程。一 判断，会受到 、文 传统、社会治安形势、刑 政 等 素的 。〔 〕，《量刑 导 》 的量刑 内，量刑 的 仍取 法官的 判断，这 判断将延续到 准刑的 、量刑情节调节比 的 直至宣告刑的 中。那么，如何科 地 量刑 ？

耶赛 曾 调，当通常的刑罚幅 的刑罚幅 犯罪构成 件中 叠[如 抢劫罪(第 条)中，通常的刑罚幅 上 下 刑，情节 轻的情况下 月 上 下 刑]，量刑应当 两步进：首先，法 否 通常情况的犯罪构成 件、情节严 的犯罪构成 件或情节 轻的犯罪构成 件；，才 体的刑罚幅 内量 刑罚。第 步 (刑罚幅)，判 求 量刑 义的情况 整体评 /，数 认，刑罚幅 的选择只 虑 犯罪构成 件的 直接 的情况。后 量刑过程 透 成 立法 计的模式 适应。〔 〕上，这 做法类 量刑 的预备活动， 选择刑罚幅 只 虑 犯罪构成 件的 直接 的情况，当 量刑 前的 犯罪构成 应的法 刑。德林()亦认，《德国刑法典》第 条 下已表 量刑 的构造，量刑 六步：()法 刑的寻找；()刑 的选择；()刑量的 ；()刑的 体 形态(刑或缓刑等)的 ；() 刑法上进 步的法 效果(没 等)的 ；()最后的 合评 /。〔 〕，寻找 体犯罪构成 件 应的法 刑幅，应成 量刑活动的开端，这 疑 “幅的 ” 。仅 准 地把握量刑 ？

（二）从 刑起点幅度 刑起点

承认，我国刑法 如何科 计量刑过程 巨 的努力。早 余 前， 张，量刑过程 根 量刑标准 量刑中的 素进 评 / 宣告刑的过程，包括 下几

〔 〕 熊选国 编：《量刑 案 南》，法 版社 版，第 页。

〔 〕 注 汉斯· 里希·耶赛 、 马斯·魏根 ，第 页。

〔 〕 [德] :“量刑决 の構造”，小池信太郎译，[德] 、[日]浅 、冈上雅美编：《量刑法の 問題——量刑 論と量刑実務との対話》，成文堂 版，第 页。

□步骤:() □刑罚 □; () □刑 □素 □; () □刑 □素 □

□;() □刑 □比 □; () □刑 □入 □; () □刑 □、刑 □

□。□, □五步“□刑 □入 □” □ “□常 □” □刑 □, □找 □案 □

刑 □。^[] □常 □近 □刑 □, 前几 □步 □刑 □铺 □。□

□, □准 □找 □, □刑 □果 □偏 □。□, □照 □

齐普夫() □案, □刑 □刑探 □阶段、□刑 □阶 □刑断阶段。^[]

□, □刑 □前, 探 □罪 □刑 □常 □键。□罪构 □普 □罪

构 □罪构 □, □含 □危 □, □刑 □。□罪构 □刑,

肯 □ □刑 □。□, □ “□ ” □

刑 □下步骤:() □罪名 □案件 □刑;() □

□酌 □刑 □节, 初步 □刑罚 □;() □ □刑 □节, □刑 (); () □下

□小 □宣告刑。^[] □里 □步 □ “初步 □刑罚 □” □罪

构 □处 □ “□刑”(□刑 □)。□调 □ “幅 □” □ “□”, □

刑 □刑 □, □ “□刑” □ “□刑” □ “□刑” □, □妥

□。□, 凭^注 □刑 □刑 (□准刑) □ , □找 □刑 □道 □, □前

□步。

[illegible]

（三）从拟宣告刑到最终宣告刑

另□,□□刑□□□,□刑□节□□准刑□调节□果□□□□□□宣告刑,□□需□□□运□□□□□□□□调节。□□,□刑□节□□准刑□调节□□□□□□□□□□宣告刑,□□□□□□□□宣告刑□□□阶段。□□,湖□省高级□□□□□□□□《□刑□导□□□□细□》□□

〔 〕 □□冯军：“□刑概□”，□《云南□□□报(□□版)》 □□ □,□ 页。

[] □□袁爱 :《试□□刑□□□□□□》,□□政□□□ □硕□□□□□,□ □页。

() □□□ □□, □ 页。

〔 〕 □□[□]井□□：“□刑決□の構□”，□□ □，□ 页。

() 高 案 导工 高 察 《 案 导工 》。

设了□ 步骤。然,□ 是以“ 的 ”为□ 。

(四)最终结论

此,本□ □ 为,《□ 刑 导意见》规定的□ 刑步骤应法法然法应法然的祛法然然法法然法成法的

□国辩诉交□中的有效辩护权

祁□□*

摘要: □,美□联邦□□□□□效辩□□□辩诉 易中□□□□□项重□宪□□□加□□□,□□□□障□□□□罪□□愿、明□、□□。这□时□□效辩□□□□□□律师□□□。□,美□联邦□□□□□□无效辩□□两 □审□□□,□□□无效辩□而□□□□□接受□罪答辩□案□予□救济。此后,□效辩□□律师□□□□□求□□□□。 □□来,□□□无效辩□□□□□□拒绝答辩□□,□已经□正审□□案□,联邦□□□□也□始给予救济。这涉□到辩诉 易□□□□陪审团□正审□□效力之间□ ,引发□□□□□。放弃□效辩□□□□放弃□□无效辩□□□□□□□□,联邦、各州□刑□□□□□尚未□□□□。

关键词: 辩诉 易 □效辩□ □无效辩□ □正审□ 弃□

在□国,有效辩护权植根于 年通过的□国宪法第六修正□:“在刑事诉讼中,□指控人应当□有……□得律师帮□辩护的权利。”这一宪法权利首先在刑事审判程序中得以确认,联邦最□法院在 □□ 年代至 □□ 年代□经多个判例明确□□人的律师帮□辩护权是指有效辩护权。^[1] 后在 年吉□恩诉温莱特(^[2])一□中宣□贫□□□人在刑事审判中□有律师辩护权是公正审判必不可少的基本权利,无律师辩护的审判及定□违反宪法第十四修正□。^[3] 至此,□法院开始与联邦法院一样,在刑事审判中为贫□□□人指定辩护律师,使其在刑事审判中的律师辩护权得到保□,结束了□有富人□有律师帮□辩护权利的□□。 年□国确立了辩诉交□程序合宪性及法律基□,其现□经成为刑事诉讼的一个重要组成部分。 年□国联邦检察官年度□□显□,联邦法院系统的定□□□达 ,其中 的有□判决来自辩诉交□。^[4] 因□

* 中国社会□学院法学研究所副研究员,法学博士。

[1] See *Reece v. Georgia*, , (); *Glasser v. United States*, , , (); *Avery v. Alabama*, , (); *Powell v. Alabama*, , ()

[2] See *Gideon v. Wainwright*, , () 依据当时的佛□里达□法,□有□控死刑的□□人有权□得法庭指定律师无□辩护,本□中□控重□而非死刑的□□人提出要求法官指派律师辩护,□□绝;在陪审团审判中,□□人为自己作无□辩护,作开庭陈述、质证控方证人、提出自己的辩方证人,并行使□证特权□□绝作证。其□判有□并□刑 年。□□人上诉□根据宪法第十四修正□的规定,各□□□“不经正当法律程序,不得剥夺任何人的生命、自由或财产”,律师辩护权属于正当法律程序。其时联邦宪法第六修正□规定的有效辩护权在□法院是否有效正在争论中,联邦最□法院为□□人指定□□辩护律师,适用贫民诉讼免除律师费用,认为律师辩护在刑事诉讼中是必须而非□侈,从而将有效辩护权适用于□。

[3] 年联邦法院系统亦有 的有□判决来自辩诉交□,参 : , 年 月 日最后访问。参与辩诉交□的各方各取所□:()检察官的证明责任减□,定□□提□;()□□人□得较□量刑;()法官□□效□理□□。□□人与检察官达成辩诉协议的□提条□是认□或者合作,放□陪审团审判、反对自□归□等宪法权利,以□取检察官在指控或者量刑上的妥协和□□,□□减□指控或者缩短刑期等。See , *Restoring the Bargain: Examining Post Plea Sentence Enhancement as an Unconscionable Violation of Contract Law*, , () 也可参 祁□□:《□国辩诉交□研究》,北京大学出□社 年□,第 □。

告□□□享□辩诉 □□,〔 〕□□判□序□□□效辩□□□比,辩诉 □□□效辩□□□□□□,□□□□□□节□□□□□巨□□□。□文 □ □ 讨美□辩诉 □□□效辩□□□□□、□□、□状□□□。

□、早期□□:美□辩诉 □ 合□□□□辩诉 □□序□□□效辩□□

美□联邦最高□□□ □通过布雷迪诉美□(,简称“布雷迪案”)□案□□□辩诉 □□□愿、□□、□□□三原□,〔 〕□辩诉

[illegible]

罪答辯。堪击。罪答辯。智。罪答辯。查。罪答辯。智，误。罪答辯。师。罪答辯。师。符。刑。师。测。交叉。悉。真。往往；，凿。罪答辯。困。另。避免，罪。控。师，师。控。控。佳。师。己。测；陪。团。罪；状。答。罪答辯、辩。师。答。〔 〕

[illegible]

阿辛·哈姆林(简“阿辛”)阿辛控藏枪,按佛罗里达州、罚金罚。没钱师,罪。佛罗里达州,轻罪陪团,师辩。,,没轻微轻微,,;轻微,师场;;罪轻微,师辩。师辩,,刑,州师。〔〕

□ □ □ □ □ □ □ □ , □ □ □ □ 刑 □ □ □ □ □ □ 环节 □ □ □ □ 师辩 □ () □ 师辩 □ □ □ □ □ □ □ □

[] See *Argersinger v. Hamlin*, _____, ()

[illegible]

查师辩,辩准。华盛顿控谋罪、绑架罪、盗窃罪罪,师辩交易刑陪审团刑,听师刑。死刑,师减轻刑辩,辩。辩,满查准:师辩瑕疵、缺陷,低准;师瑕疵辩给,师误,局〔〕辩,瑕疵辩,局。

满查准乎,。答辩,愿罪,师咨询,罪,往往师辩职;另,辩师谈,交,。辩沉负。

查准麦曼准,师、师职准,师辩瑕疵缺陷低师,师误师,师误辩。查准查师,师误局影响。师眼调师误风险麦曼准比,查准,师瑕疵辩致局,辩,辩。

查准,师职瑕疵、局师误影响,。辩查准初,辩交易。

(二) 两步法审查标准适用于辩诉交易:希尔案

崔辩查准辩交易。希洛哈(,简“希”)希辩致罪答辩,辩查准。希级谋罪盗窃罪罪答辩,谋罪,盗窃罪,刑罚,服刑半年。希,罪答辩师误,师服刑,罪,州服刑半年。师误致罪影响罪,罪愿。阿萨,罪答辩,悉,辩师罪答辩资影响。八巡。辩推翻罪答辩满查准,没罪答辩待,没查准,〔〕。

〔〕 See *Strickland v. Washington*, ()

〔〕 See *Hill v. Lockhart*, , (); *Hill v. Lockhart*, , ()

裁地□ □□请正的。

□再，两□查标□，□□人张效的□，□□人

□适格、□误，却□ □误□，诉讼局将会更□。

□□□后，联邦州统□续两□张效的诉易□□
查。〔〕，蒙霍诉□易□□□() □中，联邦最□再民中□，第□民
修正□ □□□人刑诉讼键阶□的效权。〔〕随两□查标诉易□
□中的越越□泛，标解□适渐微妙的变。直至，适
格的求□经□的变，到□□的□。

三、适格求□□:帕□□

，帕□诉□□(,简□“帕□□”) □中，联邦最□裁
义务□ □籍□□爆罪 □民上的□接后□。
□中，嫌□卖麻的□□人帕□ □国久居民，□国合居住，□服兵役。
的□ 罪，罪判

笔者认为,此 中联邦最高法院对有效辩护的判 角与 年两 法 查标准相比发生了微妙的变 ,从“ 人 表明 的瑕疵辩护给其造成了损害,表明如 不是由于 的 误,有合理的 性改变现有诉讼 局”,到赋予 人对 民法上 接后 的知悉权,通过明确 负有对有罪答辩 接后 的 知义务,从而减轻 人证明责任。在本 中, 民法上的永久居住权 与本人无直接关 ,却对 人意义 。联邦最高法院在保 人权利的立场,在认定 民法后 为有罪答辩 接后 的 提 ,将 民法上 接后 的 知义务作为 适格性要求之一,扩 了的义务 。

在随后的判 中, 弗莱伊 ()和 珀 (),对辩诉 易中有效辩护宪法权的保 越发完善。在弗莱伊 中, 失 未 给 人带来不利诉讼 局;在 珀 中, 人甚至还在 绝 有罪答辩后 受了公正的陪 团 判。这两个判 彰显了辩诉 易中 人有效辩护权保 的进一 发 。

四、 误 人失 辩诉 易 会的 不 公正 判而 失有效辩护权

在 年, 国 协会曾就 与 人沟通、咨询 问的行为规 提出标准,要求辩护 “及 向 人通知和解 检察官所有的答辩提议”〔 〕这一标准 联邦法 和很多州法 接受,〔 〕辩护 负有通知与解 对 人有利的答辩提议的一般性义务。各州法 与联邦法 对由于无效辩护 人失 有利答辩提议的 ,曾经 过以 种不同的处理方式:一是 判 ;〔 〕二是要求 级法 对原答辩提议的内容予以 别 行;〔 〕三是命令 级法 虑原答辩提议,但并不要求 级法 接受原答辩提议;〔 〕四是法 要求对 定辩诉 易的 别 行;〔 〕五是法 将原判刑期改为 服刑期;〔 〕六是对于 人 绝答辩提议后,又接受了陪 团公正 判的,有的法 不认为对其定罪处罚有失公正,故而不予 济。〔 〕各地的处理方式 地而异,是否 济也 个 情 而有所不同。但直到 年 ,对于 未将检察官的答辩提议 知 人或者 误地建议 人 绝检察官的答辩提议, 人失 有利答辩 会的 ,联邦最高法院 并无

〔 〕 , () ()

〔 〕 See (); , ();

(); (); ();

(); *Davie v. State*, , , (); *Cottle v. State*, , (

); *Becton v. Hun*, , , (); *Harris v. State*, , (

); *Lloyd v. State*, , , (); *United States v. Rodriguez Rodriguez*, , (

); *Pham v. United States*, , (); *United States ex rel. Caruso v. Zelinsky*, , (

); *Griffin v. United States*, , (); *Johnson v. Duckworth*, , (); *United*

States v. Blaylock, , (); cf. *Diaz v. United States*, , ()

〔 〕 See *Commonwealth v. Napper*, , ()

〔 〕 See *Beckham v. Wainwright*, , ()

〔 〕 See *Tucker v. Holland*, , ()

〔 〕 See *United States v. Blaylock*, , ()

〔 〕 See *Boria v. Keane*, , () 中 人出 卡 给线人 判 年至终身 禁。检察官在 判 的答辩提议为 年至 年 禁,辩护 未加解 就建议 人 绝答辩提议。当 人 服刑六年, 放。

〔 〕 See *State v. Greuber*, , ()

□□救□□□□。

□ □ □,□□□高□□□已□□□□□□弗莱伊□ □案□□□回□□□□□。□案□□师□失职□□□ □□,□□□□□□□:□师□失职□□ 误致□被告□失 □□□□答辩□□□□。□□□高□□□ 比 □微□□□□□□□被告□□□□辩□□□□□□,□□救□;□□□□□□□检□□□抗辩□□□□。□□□□□□□媒□□ 泛□□,□刑□司□□□□□□□□激烈讨□。□下□□□□案件□简□□□。

(一) 律师失职致答辩提议过期的救济:弗莱伊案

□□苏□□弗莱伊(,简称“弗莱伊案”)□案□,□□□高□□□讨

交易已在美国刑事司法的实践中占据了此中心的地位,以至于辩护律师在辩诉交易过程中必须要履行六项案要的关键阶段提供有效辩护的职责”。〔1〕

最高法院的少派认为,多派辩诉交易从“必要的恶”提升宪法权利的高度,为辩诉交易不再是美国刑事司法的某种尴尬的附属品,而是刑事司法本身,是不能否认的。少派认为,辩诉交易作为一个有固有缺陷和重大争议的进程,无法成为美国刑事司法的代表,遑论其成为刑事司法本身。〔2〕

在用步法审查准之,最高法院多派认为苏里州法院忽略了对步法审查准中步骤的审查,即能要被告人明,其答辩提议,检察官提议且法官同意。〔3〕实际,被告人无权要检察官不撤回答辩提议、也无权要法官可答辩议。〔4〕多派进一步认为,苏里州和其他州一,赋予检察官消辩交易的权,据苏里州法,被告人答辩提议检察官仍可撤回提议。〔5〕刑事规则、苏里州规则给予法院一定的余地,可以可者驳回辩议。〔6〕所以苏里州法院是否可辩议也是个问题。果存在检察官不提议者法官驳回辩议的理可能性,那么无辩护就不给被告人带来损害。由于 年 被告人再次无证驾驶, 年的 答辩时,检察官否提议、法官是否可该议,是个有理由的难题。由于州法院的决对步审查法的步进行审查,就检察官提议、法官可议的理可能性作出断,据此,最高法院案件发回苏里州法院重新审理。

少派认为有效辩护权是为了保障审权。在弗莱伊案件中,律师履职不充分是没有争议的,问题是律师辩护履职不充分是否剥夺了被告人审的宪法权利。〔7〕多派对发回重审处理案件的答案本身已说明,辩诉交易程宪法化是多么不明智。〔8〕由于大分有罪决辩交易,一程确实值规范。〔9〕但一问题并不属于宪法六项案调的范围,有效辩护权是关于(审)有罪决的而非辩交易的。立法机构可利用精确、有的来决一案件所提出的问题,比启立法来惩罚有此重错误的律师。法院不应种亚宪法的,推翻审的定罪刑来惩罚几乎每一个人。一决结果与六项案及例不符。〔10〕

在本案中,最高法院确辩诉交易是刑事的关键环节,被告人享有的有效辩护权应予保护,且不因案件已审而丧失救的权利,但却在明知被告人无法证明律师瑕疵辩护使其权利受损是否导致结果不同的况下,仍该案退回重审,要被告人以证明。笔者为,步法审查准的步骤应审查的是,瑕疵辩护是否导致被告人的程权利损,被告人应承担

〔1〕 See *Missouri v. Frye*, () ()
 〔2〕 See *Lafler v. Cooper*, () (, , ,)
 〔3〕 See *Missouri v. Frye*, () ()
 〔4〕 See *Santobello v. New York*, , ()
 〔5〕 See *Missouri v. Frye*, , , ()
 〔6〕 See *Missouri v. Frye*, () ()
 〔7〕 See *Missouri v. Frye*, () (, , ,)
 〔8〕 See *Missouri v. Frye*, () (, , ,)
 〔9〕 See *Missouri v. Frye*, () (, , ,)
 〔10〕 See *Missouri v. Frye*, () (, , ,)

，崔 的 准 辩 权 第六 。 前

□ □ 控 □ 控，“ ” □ 答辩， 享 辩 权的 □ □ 。〔 〕 ，□ 拉

“ ”答辩 □ 答辩， 陪 团 权， □ 答辩 前享 辩 权。 ，

辩 交□的 ， 被 人 绝答辩 、 陪

团 的 件 中。 数 偏 离 ， 法 的 享 □ 刑 的 权 ，

司 法 被 人 的 辩 交□权。〔 〕

数 ， 辩 交□权 的 的 果，辩 交□中 的 法

辩 师， 检 察 的 。比 ，检 察 撤 回 已 被 的 答 辩 ， ？ 辩 尚

充 检 察 的 ，检 察 撤 回 答 辩 ？ 检 察

没 ， 控 弱 被 人 的“刑 司 法 ” 外， 〔 〕

数 ，控 辩 中 □ □ 辩 。 被 人 已 前 的 法 中

愿 检 察 的 答 辩 ， 被 人 的 □ □ 辩 ， 法

□ 答 辩。 □ □ 辩 绝 答 辩 ， 致 处 的 低 刑 答 辩 的 倍。 ，被 人

的 辩 张 满 足 步 法 □ 准。 区 法 辩 的 法

的， 的 救 检 察 ， 果 被 人 ，法 权

撤 销 □ 辩 刑， 撤 销 □ 刑， □

刑 ， 件 回 。〔 〕

珀 中， 法 件 回 师 误 的 节 ， 被 人 的

辩 权 救 ， 列 举 法 的 果， 丝 毫 影 响 法 的

权。 数 辩 法 权 被 人 救 ， 被 人 享 辩 权

辩 交□权， 回 数 的 批 评。

数 针 数 的 的 ， 珀 中，被 人 □

的， 已 享 陪 团 ，控 的 举 法、刑 法、 法 等 法 的 格

格 下， 偏 的 陪 员 致 的 □ ； 数 被 人 的 □

的， 剥 夺 辩 交□的 法 权 。 国 ， 的 □ 件

辩 交□。〔 〕 ， 珀 的 的 果，

果 远 比 法 的 法 权 “辩 交□的 ” 〔 〕

数 件 的 颠 倒 法 的 ， 法 ， 启

的 法 刑 法 ——“辩 交□法”， 甚 没 □ 的 救

〔 〕 See *Hill v. Lockhart*, (), □ 控 的 被 人 权 格 师 的 辩 ; see also *Iowa v. Tovar*, (); *Argersinger v. Hamlin*, (); *White v. Maryland*, (),

□ 答 辩， □ □ □ 控， 辩 权 的 刑 □ □ 。

〔 〕 See *Lafley v. Cooper*, () (, , , ,)

〔 〕 See *Lafley v. Cooper*,

〔 〕

〔 〕

〔 〕

□。〔 〕 □□派 调,□□法 在□定□□人□珀宪法权利□□□的□提□给予□□的□□——无论□级法 □□□ 以——在法理□不□□□。□□□□人的□六□□□权利□□□□,因瑕疵辩护□□答辩提议,失□□□有利提议、□□较 □□刑的 □□,□□唯一□乎□□的□□是给□□人□一辩□交易权。但是□一□□ 能□在很多□□中引起□ 的不□。多□派□□不宣□□识□□一点,因此□□交给□级法 行 □□权, 定□□□理,且多□派□为没有 要界定“□□的□□权的界 ”。〔 〕 而要□检察□ 提其旧提议在□种□□□□□致□□权的滥 :其一,□□□人□□提议□,出现□的 要指控证据 ;□是□□□提议□致实质性的□法资□浪费 。〔 〕 实 □在□珀□中,□□人□陪 团□□ □、法定罪、□刑□□,对此□的□□□□ □影响甚□□□陪 团□的□□结□。

(三)两案引出预防滥用无效辩护主张权的讨论

□□派对□□□ 的□□是, □□的□ □ □□□人主□无□辩护的□□□□□□。

对此,多□派提出若干对 □□无□辩护主□权的滥 。□□,□□答辩提议的□□和谈□□程应作记□,以□□来调查 □□谈□行为。其次,检察□所有的答辩提议 应是书 的,以避免□来误□□者□□无□辩护,□□泽西州法 规则即规定,检察□作出的所有答辩提议应□是书 的并

辩护 师。〔 〕 再次,在答辩程□□者 □□程□中,□□的答辩提议应予附□,作为□□的一□分,确保□□人在□一程□□□□,能够□□充分的辩护帮□。□泽西州要□检察□和辩护 师在□讯□□□□论□□,□□答辩提议,并在□□人在场的□□□,在□□的法□□陈述□论□□。〔 〕

年代的法 即□在鼓励控辩双□以□种□□对以□ □□事实进行记□:()辩□交易提议的事实;()□□人□□就答辩提议□□进行□细咨询的事实;()□□人对答辩提议的反馈。〔 〕

五、□国辩□交易中有□辩护权的□权

辩□交易的□□□明,有些辩□□议的□□中□□□含了对有□辩护权的明确□权。比□,□□□□人自愿、明知、理智□□□对□刑提起□□的权利,□权□□就□□□其就□刑提出无□辩护的主□。〔 〕

随着□□□□法 对有□辩护权的保□□□明确、□□,辩□□□无□辩护□□权,以之□□检察□□□惠的□刑□议。在□□人□□有□辩护权□,许多法 □□□□人提出所有关于无□辩护的主□,无论是在答辩□□是答辩□。〔 〕 □显然妨碍了有□辩护宪法权利确保□□□法的功能。法□、 师职□□□团□、媒□对此□ □□论。〔 〕 相关的探□主要从以□□个关键□ □□。

〔 〕 See *Lafley v. Cooper*, () (, , ,)

〔 〕 See *Lafley v. Cooper*, () (, , ,)

〔 〕 See *Lafley v. Cooper*, () (, , ,)

〔 〕 See : () ()

〔 〕 See : (), () ()

〔 〕 See *In re Alvernaz*, , , , , ()

〔 〕 See *Davila v. United States*, , ()

〔 〕 See *United States v. Nance*, , ()

〔 〕 See , *Trial Judge to Appeals Court: Review Me*, (,) :

(一) 弃权的有效性

年在雷石一中, 法院指出, 律师辩护权以及刑事中其他宪法权利, 必须自愿、明知、理智。^[1] 要权是明知、自愿的, 例法许人人辩交易中的有辩护权和定罪关于有辩护权的主权。在种, 权是无的, 比:() 基于法律因种因权;() 无辩护致的权;() 刑超出了法定刑;() 权在其他面法。^[2] 一而, 对于人人自愿、明知、理智有辩护权的, 法院可权的法性。

年的例明, 即使人在辩议中有权有辩护权, 在定罪程中然可以质有罪答辩的明知、自愿和理智。^[3] 比, 人在定罪程中提出, 在达成辩交易时律师无辩护, 即使其权, 也可提出无辩护主;^[4] 但人若要证明, 明其辩交易程无辩护的影响, 否则在权提出无辩护主。^[5] 又, 人定罪人身保护权权利, 也可主其有罪答辩因无辩护而宪。但人要证明, 不是律师无辩护, 就不作有罪答辩而是审。^[6] 可见, 人主权无的, 必须证明, 说服法院其有辩护, 有理由可该程否法然而否不否的有然国法否程法然然宪法中程否法中程否法

鉴别弃权后果的力,^[1] 这种误解不会损害被告人弃权的知和自愿, 之后的程序中被告人不再享 主张 效 护的权利。 虑到 多法 认 弃权的 效性,而 辜者被定罪的案件切,这 践 风 。

(三)基于利益冲突而禁止律师建议弃权

最近 年来,美国 学者和法官认为, 不应建议弃权, 为建议被告人放弃 效 护权不符合 业道德。

首先, 建议被告人放弃 效 护权,损害了 对被告人的 义务。 义务是 业的基本道德。美国 协会的 业道德标 建议 不应 接受包含放弃 效 护权的 诉 易, 官 不应 要 这类弃权。^[2] 几个州的 协会及 业道德 禁止 护 建议被告人放弃 效 护权。如 年佛罗 州 业道德规 指出,不 官或者 或者 方提出弃权的提议; 年阿 斯加州 协会、内 州 业道德规 常 会、弗吉 亚州 协会、 年 拿州 高法 顾问 会、 年俄亥俄州 业纪 会、 年佛 州 协会、 年 卡罗来纳州 协会 持类 意见。其中,弗吉 亚 然 禁止 护 建议被告人弃权, 规定 护 不 建议被告人放弃对案件 查的申 权,这其中包含了禁止建议放弃 效 护主张权。^[3] 同样, 官要 弃权, 会 业的道德基础, 此应受到禁止。

其次,弃权建议包含了被告人和 护 之间固 的利益 突, 为了 免被认定为 效 护、 业 誉而提出建议。 联邦法 多年以来的 诉 易 践中,弃权 般是 效的。各 然 权制定比宪法的要 更严格的 业规 , 其 弃权问题上的规定 不 ,如德 萨斯和亚利桑那两个州认为 护 建议被告人放弃 效 护权并不违反 业道德。^[4] 迄今为止,美国刑事司法中并 效 护权的弃权问题上 成 的规定。

再次, 美国司法 践中,作为 诉协议的 个组成部分, 的弃权 被告人更容易获得 官 指 和 刑上的让步。被告人 迫于形 诉讼的早期放弃 效 护权,以获得 官的好印 和 利的 刑建议。

上,是否 建议被告人放弃 效 护主张权, 全美 内并 的规定。而被告人 诉讼早期表 弃权意愿的 况下,如何 效保障被告人自愿、 知地弃权,是 要的问题。

(四)自愿与明知的保障和证明

美国 诉 易 践中注 保障被告人弃权的自愿和 知,并尽 将 够 弃权 效性的 据进行固定。

首先,由于弃权与 罪 相 ,所以被告人应 分知晓并完全 解指 犯罪事 和法定刑的

[1] See *Iowa v. Tovar*, , ()

[2] See , *The ABA's Project to Revise the Prosecution and Defense Function Standards*, , (); , *The Role of Reporter for a Law Project*, , ()

[3] See , (); , (); , (); , (); , ();

, (); , (); , ()

[4] See

围。被告人在有罪答辩前通常要对此作出有记录的陈述,因此,对被告人知情权的保障可以证明。

其次,美国司法实践确立了一些值得推广的方式以满足对自愿与明知的证明要求。如在美国诉库尔西奥()案中,一名律师为两名被告人辩护,涉及利益冲突禁止条款。第二巡回法院认为,被告人放弃重要的辩护权利时,法院应举行听审:()向被告人解释其享有无利益冲突辩护权;()向被告人说明弃权与辩护律师的利益冲突及可能引起的风险;()允许被告人与其律师协商;() 励被告人从其他律师处寻求建议;()给被告人充分的时间作决定;()以问答的方式确定并记录被告人是否理解弃权的风险以及选择弃权的自愿性。^[1] 该听审被称为库尔西奥听审,法院认为在接~~受~~包含重要弃权的辩诉协议之前,法官应^当举行该听审以确保被告人全面理解弃权的意义。又如,第八巡回法院认为,弃权之前,应向被告人解释无效辩护的含义以及弃权的基本后果。法院可列一个清单,例举常见的无效辩护表现形式,比如律师提供了错误的律师意见、未能充分调查事实或者未能正确理解法律等,并说明弃权~~一~~的法律后果。^[2] 法院的正式程序^得有法庭记录可以证明被告人弃权的自愿和明知。

六、结语

美国刑事司法对辩诉交易中有效辩护权的保障和救济,经历了一个缓慢而又谨慎的发展过程。

年,联邦最高法院以判例确认了辩诉交易在刑事诉讼中的合法地位,几乎同时,开始对辩诉交易中的有效辩护权这一宪法权利反复确认,但其时所确立的麦克曼标准刻意割裂律师错误与律师适格性的关系,有效辩护权流于形式。到 世纪 年代,最高法院以判例确认对辩诉交易中无效辩护的审查规则,律师错误、瑕疵辩护~~与~~或不利诉讼结局的,构成无效辩护,从而建立了律师错误与律师适格性、被告人权利之间的联系。 年帕迪拉案要求律师告知辩诉交易被告人移民法上的间接后果,提高了对律师适格性的要求,表明有效辩护的判断标准从以“律师适格性”为中心向以被告人权利为中心的进一步演变。

年以来美国辩诉交易中的有效辩护权经历了新的发展变化。联邦最高法院在弗莱伊和库珀两案中,~~一~~辩诉交易中的有效辩护权范围扩展到未

美国辩诉交易程序中的有效辩护宪法权利对于我国刑事诉讼中的被告人获得辩护权利有着积极的□示意义。笔者认为,首先,保障被告人的辩护权、扩大法律援助的范围是□实我国宪法、刑事诉讼法的要求。我国《宪法》第□条和《刑事诉讼法》第□条都有被告人有权获得辩护的规定。十八届四中全会报告将强化诉讼过程中当事人辩护权的制度保障作为司法人权保障的内容,本轮司法改革也发布了规范性文件保障被告人的律师辩护权。□年由中办和国办印发的《关于完善法律援助制度的意见》明确提出加强刑事法律援助工作,为更多的刑事诉讼被告人提供法律援助。其次,对律师辩护质量进行规范、监督;当律师错误导致被告人权利受损的情况下,对被告人权利进行救济,是确保被告人辩护权的内在要求。对此,有学者也认为,“作为一种法律制度,有效辩护和无效辩护制度都深深地被打上美国法的烙印,但作为一种法律理论,有效辩护理论和无效辩护的理念则具有一种普适的价值,代表了刑事辩护制度的发展方向”。该学者还认为,“确立有效辩护的理念,并建立一套旨在规范律师辩护的质量控制体系,这是中国未来刑事辩护制度发展的必由之路”。〔□〕

与美国相比,在我国刑事诉讼中,简易程序、刑事和解、速裁程序均以被告人自愿认罪为适用前提,且以程序的简化为重要特点。程序的简化意味着被告人诉讼权利的简化。如何在三种程序中保障被告人合法权益是刑事法治发展进程中不可回避的问题。对此,美国辩诉交易中有有效辩护权保障的实践经验或可有所□发。

The Right to Effectiv cT e

民事诉讼发回重审的理由比较研究

□□刚^{*}

摘 要: □□□

(二) 发回重审须以案件有必要在一审程序中由当事人进行进一步的言词辩论为前提

□解 上,□谓“需□□□步□言词 □”通 □□第□□□没□或没□完全□□当□言
词 □□果□□裁判,□□需□当□□□第□□言词 □□序□□□□裁判□础□□□□□□
开攻击防 。□□,如果第二□□□直接□第□□言词 □□序□□呈□□□诉讼资料□□础□□
□裁判□到□□□□□□□□□□□□87□□□□87□□□□□□87□8787□□□□□□

[illegible]

□□提起了反□也不属于案件“需要作进一步的□词□论”的范〔〕□之,在□法系主要国□□区的民事□□中,案件“需要作进一步的□词□论”□□□法能□案件发回□□一法新理的□一□法要件,此以□的发回□是不□法的。□□法既不能出于减轻自□□担的□□案件发回□□一法□,□不能基于□□□事人的□意而□案件发回□□一法〔〕不□,□据□国□□法□的□,即便□足发回□的前提□件也即案件需要在□一程□中由□事人作进一步的□词□论的,□□法也□以不发回□而是自为□。也即发回□并不具有□对的□性,□□法□据案件□理的需要□以在发回□与自行□□之间进行□□。不□,□种□□是□□性的,□□法□需要在□理由中对此作出能□为□告法□查的实质性的说明。□□法在作□□定□,□了要□□事人的□利□的□护□,□应□□因发回□而导□□□成本□□以及由于□□迟延而导□□告不能□□获□确定□之□行名□之不利□。不□,□果□一□□程□存在非常□的瑕疵,以□于□一程□不能构成□□法□行□□程□的基础,□存在□本不能□忍的□□□颇□的错□,则□□法的自由□□幅度□□□为零。〔〕□国□□法□为,□□要□□□法□在□理由中□细□说明对于作出□□定有□要意□的□因□,但是对此不能提出□高的要□,□果从□理由中以□出□□法在自行□□与发回□之间□意并□□了□□的因□,则一□□为即□足了说理的要□。□□法□□□,□果□事人间的争□已多年□结,并且已由□□法□□告法□多次发回□,为□□实现□告的债权,即使存在发回□的要性,□□法也应自行作出□〔〕在□本,其□高法□□然没有作出与□国□□法□相□□的□,但学说□普遍□为,□果具备发回□的前提□件,□□法□为□一法□□告所提之□不□法是错□的□发回□以□,其他□□下是否发回□由□□法□斟酌□定。从我国□□□区“民事□□法”□□□所蕴□的“□”□一□眼来□,□□法□对于□□案件是自行□□□是发回□也是有□□权的。我国□□□区学者林□祺、□俊麟即□为:“□□法□定应否予以发回,有自行斟酌权,因为□□□兼□事实□,以补□者,□自行□补□,□□程□之瑕疵即行□去,无□再发回□。”〔〕

□□所述,在□国、□本□□法系国□的民事□□中,为保障□事人的□利□,□□法□□□案件发回□□一法□□足案件有“为进一步□词□论的□要”□一前提□件。从□□理论□讲,引起案件有“为进一步□词□论的□要”的□因不□□□种:□一,□一□□程□由于存在□□的瑕疵导□作为□□基础的□□资料□能□法□□现于□事人的□词□论中;□□,□一法□没有在□□范□对□事人之间的争议作出□□。□□种□因分□构成了发回□□的程□□法理由与实□□断错□理由。^[1]下□分而析之。

□、发回 的程□□法理由

人所 知,法 所作的□ 具有□□性□ 为人民所□□。只有□ 的□成□程也即□往

[] *Saenger*, § , , ,

[] Zöller/Greger, , § , ,

[] *Saenger*, , § ,

() , § , , ,

〔 〕 林○祺、○俊麟：《民事○法》，五南图○出版○司 年版，○ 页。

[] Musielak, , § , , ,

判 的路径或诉讼程序是合法的,才 保证判 具有正当性。在民事诉讼中,对于第一 法 来讲,如果其所作的判 违反了相关的程序规 , 舍弃的或者 以放弃责问的程序瑕疵由于当事人迟延行 责问权或者放弃责问而 程序瑕疵得以治愈外,当事人均 经由上诉声明不服。^[] 由于第二 法 为事实 法 ,故有义务自行消 第一 诉讼程序的瑕疵,并在此基础上自为判 。^[] 尽管如此,根据各国立法的通 ,如果第一 诉讼程序 在 瑕疵,进而影响到第一 裁判的合法性基础,则其 构成发回 的程序违法理由。

从德国《民事诉讼法》第 条第 款第一句规定的第(一)项至第(七)项所列举的发回 理由来看,发回 的程序违法理由分为一般的程序违法理由与 别的程序违法理由两 类。前者是指第(一)项所规定的“一 程序 在 瑕疵()并且由于 瑕疵导致 进行 广()或者费 高()的证据调查”,后者包括第(二)项、第(六)项所规定的不合法的缺席判 以及第(七)项所规定的违法一部终局判 (部分判)。通常认为,构成“ 程序瑕疵” 同 满足以下两个条件:第一,其为程序瑕疵(),而不是判 中的实体法错误()。 此,如果第一 法 在适 法 的过程中 在实体观点错误或者与第二 法 的观点发生分歧, 不构成程序瑕疵。当然,是实体法错误还是程序瑕疵,在个别的情况下是很难界定的。 别是在错误地适 、解释、故意忽略了一项规则的情形下更是如此。一

绝 告 , 驳 推 瑕疵 果 间 果 。 少 听 去 释 “ 瑕疵 ” , 果第
错 案 攻击 御 段 ,
构 瑕疵。 瑕疵 宁 听
落 。 第 《 》 第 绝
告 偶 听 吻 ,
“ 瑕疵 ” , 侧 础, 另

□□足□判□□ □□ □备合□□□基础,均□认□□, □缺席判□□场合,案件需□ □□□□
□步□言词辩□, □需□第二□□□ □案件□回□□□□□□□判□。〔〕后□□体□□第□□□
□, □德□《□□诉讼□》第 □条第 □□□,□□依案件□□□□ □□全部 □局判□□案件
□□□部□判□。第□□□□, □□□□部□判□□□□' □□□□□□□级□序□□全部判□□
案件□□ □□□上訴□被□割□□□第□□、第二□两□□级□序□□□裁判。第二□□□针□
□□□部□上訴 □果□ □案件□回□□□□□□□□裁判, □□避免□, □裁判□矛盾。□□
易□□□,□诉讼促□□□□序□益□比,□□□体□ □ □□□间□讼□□避免裁判抵触□□益
□□得维□。□□□□□□□, □□□部□判□□,第二□□□□ □案件□回□□。□□□□回□
□需□ □□□□申 □□□第二□□□□裁 □□□□□□□,第□□□□, □□□部□判□后,第
二□□□□□依职□ □案件□回□□。〔〕 □□第二□□□□讲,□□□□□□□般□□序, □□□
案件□回□□ □□□□别□□序, □□□ □案件□回□□,□□□□撤销原判□□, □□诉讼
□序。□便□□, □□诉讼□□序未被第二□□□□□撤销□□□已撤销。第二□□□□撤销判□□□
□□□□□□□约束 ,第□□□□□□□新□□案件□□□ □遵 ,□□. □□□□□□□□ □□□。〔〕

日,根《诉讼》第 条,回程序,判序, 诉讼序, 两。果第判序, ,第二裁判 回均 撤销。果诉讼序, ,仅第二撤销原判回(包括第二 第体判断错误这回) 撤销。过第判序, 诉讼序, ,均只满足案件需 步言词辩这前条件,第二 才 案件回。日诉讼, ,未 似德《诉讼》第 条第 第句第() “序瑕疵”那 字眼。上 释上均认, 日诉讼, 第 案件虽, 诉讼序, 只没 剥夺 级 益那 , 控诉 消序瑕疵 础上判 案件回。() 日 高仅昭 月 日过第 , 诉讼序被第二回 判。判, 日 高认, 第 表被告 司施诉讼 表欠缺 表疏未查 遽判 妥 , 回。日 释哪诉讼序, 导致第二 案件回, 通常判 准, 认下列 下, 第二 案件回:()第 未被告 合传唤 言词辩 期日没听取被告 辩 判;()第 诉讼序, 欠缺诉讼 施诉讼;()第 未告 调查期日 调查;()第 未合 开言词辩。() 难看, 日, 裁判 上均认, 只诉讼序, 已经, 或 全 案 合 辩 或 诉讼序, 导致 级 益被剥夺 才构 回。

[] Thomas/Putzo/Reichold, § , , ,
 [] Zimmermann, § , , , , § , , ,
 [] , § , , ; Wiczorek/Schütze, § , ,

〔 〕 □注 □书,第 □页。

〔 〕 □□〔日〕斋藤秀夫：《注 □□诉讼□》（ ），第□□□□版株式会社 □□版，第 □□页；〔日〕小室直□、贺集唱、松□博□、藤新太郎：《新□□诉讼□》（Ⅲ），日□□□社 □□版，第 □□页。

在□国台湾地□,根据其“民事诉讼法”第 条之规定,发□重审的程序违法理由□表述为“第一审诉讼程序有重大瑕疵”。□国台湾地□“□等法院”于 年所作的一项判决对此有进一□的阐□,其内容是:“‘民事诉讼法’第 条规定,第一审诉讼程序有重大瑕疵者,第二审法院得□□原判决,而将该事□发□原审法院,但以因维持审级制度认为有必要时为限。所□诉讼程序有重大瑕疵者,系指第一审违□诉讼程序之规定,其违□须与判决内容有因□关系,或因诉讼程序违□规定,不适于为第二审辩论及判决之基□者。”^[1]从该项判决要旨中,□□可以推□其基本上采取了德国联邦法院判例所持之见解。□国台湾地□学者基本上也采取同一见解,认为第一审诉讼程序有重大瑕疵,以致于其不能作为第二审法院续行审判之□提时,应发□重审。^[2]

综上所述,在德国、日本以及□国台湾地□的民事诉讼中,其立法均是立□于维护当事人的审级利益规定发□重审的程序违法理由,虽然在表述上不尽相同,但无论是其判例还是学说对于发□重审的程序违法理由的阐□基本上是一致的,认为第一审诉讼程序存在重大瑕疵以致于其不能作为第二审法院作出判决或续行诉讼程序的□提或者说由于第一审诉讼程序的瑕疵□致□□□要当事人作进一□的言词辩论的即□成发□重审的程序违法理由。

三、发□重审的判□□误理由

根据□文的分析可知,在民事诉讼中,第二审法院对于上诉□□原则上应当自行作出裁判,发□重审仅为例外。如□第二审法院认为第一审判决程序违法,应当在□除程序瑕疵的基□上自行判决,□有程序瑕疵严重到□□害当事人审级利益的程度或者说由于该程序瑕疵□致□□□要当事人作进一□的言词辩论的,第二审法院□可以或应当将□□发□原一审法院重审。同理,如□第二审法院认为第一审法院所作的判决结□不正确或者说实体判□□误,也应当撤销原判决并根据□□审理的结□自行作出裁判,而将□□发□第一审法院重审也仅为例外。在德国,根据其《民事诉讼法》第 条第 款第一句之规定,发□重审的判□□误理由有两种:^[3]第一,第一审法院仅就诉之合法与否作出裁判的(第三项规定);第二,在关于请求的原因与数额均有争执的诉讼中,第一审法院认为请求的原因不存在而驳□原□的诉讼请求的(第四项规定)。^[4]第一审法院仅就诉之合法与否作出裁判之所以□要发□重审,是因为在这种情形□,第一审法院仅对原□所提之诉进行了合法性审查,并未就当事人之□的本□争执进行实体审理,当事人也未就与本□争执有关的诉讼资料进行言词辩论。如□第二审法院认为原□所提之诉合法进而直接对当事人之□的实体争议作出裁判,将使得本□仅经过了一个事实审的审理。为保□当事人的审级利益,第二审法院应当将□□发□重审。□要指出的

[1] 参见林家祺:《例解民事诉讼法》,台湾五□□书□公□ 年□,第 □。

[2] 同注 引书,第 □。

[3] 根据德国《民事诉讼法》第 条第 款第一句第(五)项的规定,在证书诉讼或票据诉讼中,如□第一审法院作出了宣□保留权利的判决,当事人不服而上诉至第二审法院,第二审法院也应发□重审。因为在此种场合,第一审法院事实上并未对当事人提出的诉讼资料作出全部的判□,为了维护当事人的审级利益有必要将□□发□重审。由于本文关于发□重审理由的分析是以通□的诉讼程序为对象,故对此不予详论。

[4] 德国《民事诉讼法》第 条第 款第一句第(四)项规定的发□重审理由还□□第一审法院就原□请求的原因作出了□定的部分判决。严格来讲,其并不属于判□□误,而是属于同条第(七)项规定的违法作出部分判决的情形,因而应属于特别的程序违法理由。德国民诉立法之所以将其置□第(二)项进行规定是考虑到在第一审法院对请求的原因作出部分判决时,第二审法院将□□发□重审□须以当事人□请为□提。

, ; Zimmermann, § , ; Musielak, § , , .

是,第一法^[1]如^[2]是在进^[3]本^[4]理程序以后甚至直至在言^[5]辩论结束^[6]发现原^[7]所提之诉是不合法的因而作出了驳^[8]原^[9]之诉的判^[10],则第二法^[11]并无^[12]要将^[13]发^[14]。因为在^[15]述场合,第一法^[16]虽然^[17]有对当事人之^[18]的本^[19]争执作出实体判^[20],但显而易见的是,当事人事实上^[21]经就本^[22]争执进行了言^[23]辩论。故第二法^[24]如^[25]认为原^[26]所提之诉合法成立进而直接作出实体判^[27],从根本上讲并^[28]有剥夺当事人的^[29]级利益因而也就^[30]有^[31]要将^[32]发^[33]。此外,^[34]些诉讼中,法^[35]查原^[36]所提之诉是否合法^[37]要^[38]结合本^[39]的诉讼资料^[40]能作出判^[41],对当事人适格要^[42]、诉的利益要^[43]的^[44]查尤其如此。因而在这些^[45]中,如^[46]第一法^[47]认为原^[48]所提之诉不具^[49]合法性要^[50]而作出驳^[51]原^[52]之诉的判^[53],第二法^[54]也^[55]自行裁判而无^[56]将^[57]发^[58]。因为本^[59]的诉讼资料^[60]在第一^[61]诉讼程序中经过了当事人的言^[62]辩论,无在第一^[63]进一^[64]为言^[65]辩论的要^[66]。〔^[67]〕

第一法^[68]认为请求的原因不存在而驳^[69]原^[70]的诉讼请求的之所以^[71]要发^[72],是因为在此种情形^[73],第一法^[74]并未就当事人之^[75]的全部实体争议作出判^[76]。为保^[77]当事人的^[78]级利益,^[79]要当事人在第一^[80]诉讼程序中就^[81]有^[82]第一法^[83]判^[84]的诉讼资料作进一^[85]的言^[86]辩论。具体来讲,在关于请求的原因与数额均有争执的诉讼中,如^[87]第一法^[88]对原^[89]请求的原因及数额均作出了裁判,则第二法^[90]在证据调查的基^[91]上自行作出裁判,并无^[92]要将^[93]发^[94],因为关于本^[95]的诉讼资料在第一^[96]全部经过了当事人的言^[97]辩论。与此相反,如^[98]第一法^[99]认为原^[100]所提诉讼则请求的原因不存在而据此判^[101]驳^[102]的原^[103]诉讼请求,第二法^[104]原则上应当将^[105]发^[106]。因为此种情形^[107],关于请求数额的诉讼资料并未经由第一法^[108]在当事人言^[109]辩论的基^[110]上作出判^[111],为使当事人之^[112]关于请求数额的争执能得到第一法^[113]理,保^[114]当事人的^[115]级利益,第二法^[116]应将^[117]发^[118]以^[119]当事人能就请求数额的争执作进一^[120]的言^[121]辩论。当然,有些^[122],当事人之^[123]关于请求原因的言^[124]辩论^[125]与关于请求数额的言^[126]辩论杂糅在一起,并不能^[127]然分开。如^[128]第一法^[129]以原^[130]请求原因欠缺为由判^[131]驳^[132]原^[133]的诉讼请求,第二法^[134]在证据调查的基^[135]上自行作出裁判而不^[136]将^[137]发^[138],因为关于请求数额的争执事实上^[139]经在第一^[140]诉讼程序中经过了当事人的言^[141]辩论。如^[142]第一法^[143]以原^[144]请求的债权^[145]过诉讼^[146]效为由判^[147]驳^[148]原^[149]的诉讼请求,原^[150]不^[151]上诉至第二法^[152],第二法^[153]查明原^[154]请求的债权的诉讼^[155]效因存在中^[156]的事由并未经过。第二法^[157]据此自行作出裁判而不^[158]将^[159]发^[160],因为该^[161]中,当事人之^[162]关于请求的原因及数额的争执均经过了第一法^[163]的实体判^[164]。〔^[165]〕

上所述,在德国的民事诉讼中,根据其《民事诉讼法》第^[166]条第^[167]款第一句第(三)项及第(四)项的规定,发^[168]的判^[169]误事由仅^[170]于第一法^[171]未就当事人^[172]的实体争执作出全部的裁判因而有^[173]要由当事人就未能适法地呈现于第一^[174]言^[175]辩论的诉讼资料作进一^[176]的言^[177]辩论这种情形。因此,如^[178]第一法^[179]经作出完全的裁判,即^[180]基于^[181]有的证据调查结^[182]未能对事实作出正确的认定或者判^[183]适^[184]法^[185]误,均不能^[186]致第二法^[187]将上诉^[188]发^[189]。在续^[190]制^[191]造^[192],作为事实^[193]的第二法^[194]针对第一法^[195]的上述两种判^[196]误完全^[197]以在调查收^[198]要证据的基^[199]上自行作出裁判。

在日本民事诉讼中,根据其《民事诉讼法》第^[200]条及第^[201]条的规定,发^[202]的判^[203]误事由也有两种:第一,第一法^[204]所作的驳^[205]原^[206]之诉的判^[207]是^[208]误的;第二,第二法^[209]认为第一法^[210]

〔^[211]〕 Wiczorek/Schütze, ^[212], §^[213],

〔^[214]〕 Zöller/Greger, ^[215], §^[216],

[illegible]

() [] 斋藤秀夫: [] 书, [] 页; [] 小室 [] : [] 书, [] 页; [] 松 [] 博 []、野泰男:《 [] 》, 弘 [] 堂 [] 版, [] 页; [] 野贞 [] 郎: [] 书, [] 页。

□ □□□ □□□ □() □ , □□ □讲,□的 □□□□误 □ □□的 瑕疵 □□□□的 □。□□□□ □的 瑕疵 □成□的 □□□□误, □的 □□□□误 □□ □□ □瑕疵 致, □的□ □误□ □ □致□ □□□□误 □,□□的

的 的□□□ 下□ □ :□ ,□消“□ 错□”□ 回 , □□ □断
□的 回 前的“□□ □ □”□ “□□ □ □”,
回 的 。□□,□ 回 的程□□法 前的“□□ □ 法 程□, □□案件
□ □ 的”□□ “□□ □□□ 人□ □法□席□ □□ □ 法 程□的”。 权□的
□□□释,□□□□ 法 □ 法 □的 ,抑□恣 回 。〔 〕 □ □ ,
《民 □□法》(试)迨□ 《民 □□法》□□,我 民□立法 回 的 □
□次□□, □□□□ □□的 :□ , 立法□ □,□ 回 □□ 法 的
□□□□ 列 ,□ 凸 回 □ □□的 □ □ □;□□, 回 的
□□ □, □ □ 回 □ □ □ 人的 □ □ □ 宗□。

(一) 现行立法例未能彰显发回重审乃自行裁判之例外的内在要求

□ 前 的 , □ □ □□构□下,□□ 程□□□ 程□的□ 程□。 ,
法 的□□ 法 □果□ □ 法 的□ 程□□法□ □断错□应 撤□,□
□应□ □查□集 的 础□ □□,只 案件需 □ 人 进 步的□词□ 的
□□下才 □ 回 。 □□,□□ 法 □案件 回 □ □。前 □
、□ 我 □□□区民□法 回 的□ 安排 彰 □ 。 我 《民
□□法》□ □□的 □, 回 □□ □□□□ □□ ,□□的立法安排 蕴□
的立法□□□ 念□□ □ 回 □ □□□的□ ,□少 中□□ 回 □
□□的 □□ 法 。 的□ □□□,我们 难□待□□ 法 □ 撤□的 □
,谨慎□ 恣 □□ 回 ,□ □□□ □□。我们 我 民 司法 □中□□
法 □□ 回 的□ 中□□进 步的印 。下□ □ 法 一 □□ 法
案件 □□□:〔 〕

	□□ 案	中			□□ 回 率
		□ □ □	□□	回	

〔 〕 □ 人 常□□法□工 □□□民法室编:《中□人民 民 □□法□□ 、立法 》, 版
□ 版,□ 页。
〔 〕 □格□ 源: □ 的《中 法 □》。

从上述表格中反映的数据来看, 2014—2016年我国各级法院发回重审率平均为1.1%, 这反映了发回重审为二审法院自行改判的比例要低。但通过分析便可发现, 该发回重审率是以二审法院二审结案案件为基数计算出的数据。如果将发回重审的案件与二审法院自行改判的案件作一对比, 便知虽然每个年度不一样, 但前者基本占后者的1/3, 如此高的比例显然不啻发回重审为二审法院自行改判之例的3倍在望。当然我们也应该看到, 我国民事司法实践中发回重审的比例偏高是由多种因素造成的, 如在结案率及错案追究的压力驱使下, 也可能有法官对可撤销的一审判决有意发回重审而不是自行改判; 又, 对于一些难办的案件, 也许有法官基于逃避困难之考虑无视法律的规定而本应由自己判决的案件发回重审, 等等。当然不能否认, 2014—2016年我国各级法院发回重审率平均为1.1%, 这反映了发回重审为二审法院自行改判的比例要低。

□

重审的一然法中民进否法的度然进程法应否具然对程参
重发审

回
□

,

□的□□。也 法 者 □□□□ □的□涵□ 意其与 □ □ 似性 □ □性。□从□□□□, 《民 □□法》□ □□ □□(四)□ 典□的 □ ,其中,“□□□□ 人”与“□法缺席□□” □ □ □,“□

(责任编辑:丁洁琳)

营 集中 垄断 中的 资 持

□ □ *

摘 要: 产分持规 是 者 反 断 制制度 的一 具体规 , 成于美 反 断 构 的 法实践,其 的主要是防 产 离 的当事人在 产 离过 期内, 离 产 的价值和 争 及相关 的 争。我国《反 断法》实施 , 法 构通过部门规 规定了 产分持 条款,公布 条件 准 件采用了分持 施, 理论 尚未对 行深入的研究。在 背景下, 文 察了美 创设 产分持规 的 和规 的性质, 理了 产分持规 的适用条件、内 和实施 的方法, 了 产分持规 的 体系,并对我国 一步 产分持规 立法和 法实践提出了 和建 。

关键词: 反 断 者 产分持

营 营 集中 排 市 竞 的 果, 司法 区 申报 的 营 集中 进 垄断 申报, 垄断 法 构批 的 。 查, 果 营 集中 排 、 竞 的 果, 垄断 法 构 , 附 件 救 批 。 附 资 离 件批 的 营 集中 案件中, 垄断 法 构 承

的

□□□, □我 □ □ 准 □, 我 □□ 集 垄断控
□ □ 借 □ 支撑。

、□ 溯源

□ 源 美欧□□ 集 垄断□ □, □ 司 □区 垄断□ 构 操
南□件,□ □ 高 级 垄断 □。美欧 □ □ □ 源
□□□ □ 剥离□件 需 , □□ □ “ □□□ □ 剥离□件”□
元 □元 野。

元 □ ,□ □ □□ □□ □ 剥离□件, □剥离□ 剥离□□
□□ 被贬损。 元 础 ,□剥离□ □□□脱离剥离□□人 □ 剥离□□人
□ □□□, 剥离□□人 □ 积□□消□□贬损□剥离□ , 降低 □ □ □。
□, 剥离□□□□, 需 □□ □□ 维 □剥离□ □ 运□,□□□剥离□
遭□剥离□□人□ □ □ □ 损耗, □弱□剥离□ 维 □恢 市场□
□。〕世 □ 司 □区普遍□ , □ □ □剥离□ □ □□, □,欧委□《 □□ 救□□□ □告()》 , □剥离业□ □ □ 留业□
离 □ 独 、□□□□、售 □ □。〕 □, □ □□()□ 工 □
司 □区 救□ □ 础 □ 救□ □报告 , □ 避
免□剥离□ 临 □险, □剥离□ □恶。〕

□元 □ ,□ □ □□ □□ □ 剥离□件, □剥离□ □□□□
被贬损 □,□负 □剥离□ □□□□ 被 损□市场□ □,□ 础
□, □□买□前 ()□□ □,□ 剥离往往 集 交□□□ □甚□已□ □□□
□况下才□□ □。〕 □果□ 剥离□□人继□ □剥离□ , □集 □ □□ □ 获
□超□ 垄断 □忍 市场□□, □ □□损□□ 剥离□间 市场□ 。 剥离
□□,□ 构□□□□□ □□, □□剥离□ 运□独 剥离□□人, □剥离□
剥离□□人 间□ □ ,□少 被剥离□□人 损□市场□ 。□元 美
垄断□ 构 □ ,美 □□贸□委员□□ 局 《□ 救□商□声 ()》〔 〕 司

〔 〕 , available at : /

〔 〕 () ()

(),

〔 〕 : , , ,

〔 〕 □□:“□ □□ 买□前 比 ”,《 □ □ 》 □ □。欧美 买□前 □ □□ 人 前 □
构□ 买□签□ 约□□ □ 转让□ ,

〔 〕

部垄断局《合救济垄断政 南(月)》^[]均调, 仅 止拟剥离 减损, 还 止剥离期内 损 ,^[]美 垄断 构 官方网站 答 体 这 , 通过 止剥离 留 拟剥离 , 止敏感 传 , 拟剥离 维 剥离期间 , 止剥离期间 损 拟剥离 市场 活 。

认 , 元 做 调 最 础 , 忽略 止剥离过渡期内 损 。欧 元 型 表 , 仅 欧 通告文件 没 止 损 , 报告 只 调 尽快切断剥离 剥离 影响 , 拟剥离 市场 活 、 适销 。

比 , 美 垄断 构 二元 做 逻辑上更 合 , 操 虑更 周全 , 更符合经营集 垄断 需 。 上 , 早 美 联邦贸 委员会 局 布 《 剥离序 报告 》 , 垄断 经验 , 留 拟剥离 剥离过渡期内 合运营 , 合经营便 沟通商业 密 建 市场 调 础 , 这 会 剥离 迅 消失 , 损 未 。

这 看 美 垄断 构 二元 做 经验 础 。 更 入 认 , 美 司 部 联邦贸 委员会 南 文件 , 均 两 , 区 密 联 地 文件 、 下 。

美 垄断 构 , 构 根 体 案件 况 , 只 适 , 合 适 , 凸 垄断 内涵 认 积累 丰富 经验 。 首先 , 数 剥离案件 需 措施 , 需 况 下 经常 单 适 。 美 司 部 垄断局 《 合 救济 垄断政 南 (月) 》 , 垄断局 经常 包含 条 , 通过 这类 条 , 被告 (剥离) 剥离 过 维 拟剥离 商 誉 。 美 联邦贸 委员会 局 《 合 救济 商 声 (月) 》 , 通常 包含 条 , 措施 , 员 会 采取 命 , 方 剥离 期 内 维 拟剥离 , 需 案件 , 仅 需 采取 措施 , 还 需 适 措施 。 上 , 需 止 剥离 期 间 损 场 合 , 往 往 需 拟 剥离 市场 被 贬 损 , 这 措施 措施 常 常 被 适 原 。

美欧 文件 体 运 , 文 鲜

[] :

[] 美 联邦贸 委员会 局 《 合 救济 商 声 (月) 》 , 如果 委员会 担 忧 剥离 期 内 拟 剥离 减 损 , 或 如果 损 , 员 会 命 ; 美 司 部 垄断局 《 合 救济 垄断政 南 (月) 》 , 条 维 拟 剥离 活 剥离 过渡 期 内 效 维 市场 。

[] , available at :

原文 内容 : 止 剥离 期 间 损 待 剥离 市场 活 。

[] “ () ” , , , , ,

[] A Study of the Commission's Qi

[]

□□□□□,似乎资□□□□□□□□□□言□喻□□□□,□□□务部□希捷收购三□硬盘□务□、西部数□收购日□□储□等□□□适□□□□济措施□□,这□□□□□□□开始浮□水□,□资□□□□□□□上□□□□□措施,还□□制□条□,□或两□兼□□□□。□欧□□□执□□□更倾向□将资□□□□□□□措施□□□济措施。

第□,□□欧□□垄□□□□执□□ □,附加□制□条□或□采取□济措施□目□,□解□拟□经营□□□□□□竞□□□,□制□条□□□计□□针□□垄□执□□□□拟□经营□□□□□□□□□。适□资□□□□□□目□□□,□□附加□资□剥□条□得□适当□施,□□措施□□计□□□够避免或减轻剥□期内□□□拟剥□资□□□场竞□造□□贬□。□□□□部□垄□局□这□□上□认□□□清晰,□□两□□布□《合□□济□垄□□□□□》□,均将“资□□□条款”□□“□济措施□□效□施”□“剥□□济□□□”项□,^[]□□□□部《合□□济□垄□□□□□》□这□□□□□表□,资□□□□□□□□济措施,□□□□□剥□□济措施得□□施□□□,故□□□□□□措施。

第二,附加□制□条□或采取□济措施□□准□□竞□□□□经营□□□□□□,如□附加□□制□条□□□□□□,或□当□方□□□□或违□□济措施,□垄□执□□□□通□□□□制执□□制□条□或□济措施,□□会□求当□方□□额外□□□责任,□□□禁止经营□□□、□经□□准□□□撤销□准□□、□经□施经营□□□□□□□□求恢□原状。资□□□□□垄□执□□□□□求资□剥□义务□□剥□期□□□□辅□□义务,如□当□□□□□□、□适当□□或□违□资□□□义务,通□□会□□经营□□□附条□□准□□□□□□效力,□□执□□□□□□□制执□□□义务,□□□□求当□方□□□□□□□□责任,□如罚款。□□□违□□□义务□到□□□□□□制□条□□□□□□,□□□□影响附条□□查□□□□□□□□效力。

第三,附加限制条件或采取救济措施通常更加有序,如一部通过和解()方式解决竞争,不仅根据《尼》(),^[]联邦公()上公布附条件准竞争影响。天公,还向地交材料准符合公益。^[] 联邦贸易委员会通过和解()解决拟竞争影响,遵守类似部公布公求,^[]施资或命令附加限制条件,如,联邦贸易委员会布资令受期制,命令后当执。^[]

() 部垄局别 两布《合济垄》,最 :

:

, , , §

() (), , , , , ,

() []伊莲· 茨:《购查序暨务》(第),李彦、涛,社 ,第 。如委员会准解协内容,网站联邦公()上公布诉书、令 公众 文,公众期将续 天。

() See () , § () ,联邦贸易委员会签 命令 资 命令,经公众期后 效,委员会 修改 ,资 命令 经过公众期,送 当 方后 效。See

第 10 条, 资产剥离文件结构地位看, 通常资产剥离制条件或救济措施命令或措施。美联邦贸易委员会竞争局两布《合并救济商谈》均将“资产剥离令”或“资产剥离令”“资产剥离”、“接受买家”“资产剥离协议”等列入。^[1] 美国司法部垄断局两布《合并救济垄断指南》直接将资产剥离条款列入“救济措施类”、“救济措施选择”等列入“救济措施”项下。

上追根源, 美国垄断指南文件看看, 防止剥离过渡期内拟剥离资产贬损市场竞争损害资产, 通常被救济措施, 附加资产剥离条件得实施障碍。

二、适资产剥离条件

只附加资产剥离条件经营集才采取资产剥离措施, 附加条件经营集案件采取资产剥离, 采取剥离措施案件需资产剥离, 资产剥离毕给当增加额外担, 高集易、集易效率资产剥离如形。因此, 在体案件判断资产剥离措施, 垄断机构当采取谨慎, 拟资产剥离案件足资产剥离条件, 资产剥离合适案件合适资产剥离。

如果原导难快速剥离资产, 需集易获得至实施后花长时间才完, 垄断机构会长期剥离期担忧。过长剥离过渡期剥离义务更会损害拟剥离资产竞争力, 更制拟剥离资产会损害市场竞争。因此, 在资产剥离难、剥离期间续长案件, 垄断机构效率考虑, 通常会允许先施集易, 后或开始剥离, 导致剥离期间变得更长。剥离期间越长风险越, 垄断机构越剥离过渡期过长合担忧。消这担忧, 需采取资产剥离措施, 至长剥离期适资产剥离措施, 司辖区未, 因此通

适 资 的 ， 如， 适 买家前 （ ） 拟剥离资 仍 剥离义务人 的场
合,或 当 方仅剥离 控制 少数股权或合营企业股 的场合。〔 〕
符合上 条件的资 剥离案件 采取资 措施， 垄断执法 构通常允 当 人

等方面的考虑,反垄□法机□可以要 剥□人对 多的资产采取分持措施,例 □国联邦贸易委员会反垄□局在其《合并□□谈声明(年 月)》中规定, 法人员要 事方至□应 分持 剥□资产,在一些□□中,因为确保 剥□资产的□场存活性、保密或者其他原因,资产分持的范围可能会超过 剥□的资产。〔 〕特别是在 剥□资产是独立□的一部分、仅仅分持 剥□资产可能□,该□□运□的□,资产分持的范围往往□要扩大,甚至可能□□ 剥□资产所在的一个独立□□□。第三, □ 剥□资产所在的一个□□□分持,显然不符合比例原则或者引发过□的成本,遇有这种 □可以考虑通过 □□代方□决,例 要 剥□人□诺确保对 剥□资产运□的□持等。通□□□,保留□也应 负□对分持□的□持,但此□的□持 应 比通□□□的□持 要 □。是否□要扩大 剥□资产作为分持资产的范围,是否 许通过□代方□决分持资产范围过大的问题,归根结底取决于是否有利于 剥□资产的成活性、竞争 维持、有效参与□场竞争以及□于销售等因素。

三、资产分持规则的内容

在采取分持措施的□□中,反垄□法机□通□会结合□□具体 □提出具体的分持要 。各□法 □的法律文□均未系 规定这些要 的内容,综合□欧在其非约□性指□文□中的零 规定和□国的相关规定以及在具体□□中的做法,笔者认为,反垄□法机□适用资产分持措施应 以□要 为基□,根据个□ □设计资产分持的内容。

资产分持规则的第一要 是确保分持资产和保留资产由不同团队运□。负责运□分持资产的团队□之分持团队,负责运□保留资产的团队□之保留团队,剥□人应 确保分持团队和保留团队由不同人员 成,实现分持资产和保留资产之□相互□□并独立参与竞争的 的。为实现该 的,结合各□法 □的经□,应 采取 □具体措施:第一,由独立于剥□人的团队持有并经□管理分持资产。通□做法是,由交易□负责分持资产运□的团队□续负责分持资产的经□管理,指定分持管理人负责分持管理团队,分持管理人 □督 托人负责并汇□□作,分持团队与保留团队之□保持相互独立。欧委会要 事方应 剥□□与保留□相分□,并确保 剥□□的员□不卷□保留□中□,反之 然。〔 〕在 年附条□批准的 □中,□国联邦贸易委员会发布的分持 要 ,经□督 托人许可,由合并□□确定分持资产的核心管理团队,分持管理人管理分持□,独立于合并□□,直接 □督 托人汇□□作。〔 〕第二,与分持资产有关的 应 随分持资产一并分持。在资产分持期□,剥□人应 所有有关分持资产的 全部交分持管理人,不得擅自复制保留,不□要□□的 或者 本□□后的副本等应 销□。通□来说,这些

〔 〕 , , , , () , () , () , 该□是□国联邦贸易委员会适用资产分持措施的典 □例之一。在该□中,□国联邦贸易委员会批准 和 合并,但 □剥□其在□国阿拉□州北□□的所有□油生产资产给□油 □或者联邦贸易委员会同意的其他买家, 要剥□其 于□国□克拉荷马州□欣□的所有与原油□相关的资产。

定资产维护、技术 其他 保 性质的商 、客户资 以及雇员的技术 商 资 质。

分持团队 保留团队之 敏 ,分持 团队 保留 团队之 应 建立 火 墙, 保相 不 敏 , 欧盟被 作“ 离 ”者“ 离 ”(

)。其的 ,断 剥离 与剥离人之 的 换,以保护剥离资 产 剥离 快恢 相 市场中的竞 。 美国 贸易 员 附件批准 案 ,为 剥离 的竞 损 及保持 剥离资产的市场 性 竞 , 员 发 的资产分持 要 事人 敏 竞 的 输。 欧 的 为,

全部期限内,剥夺得调离原单位或调离原单位,得通过任何方式诱、励或
励原单位雇员剥夺留原单位,或原单位经营任原单位部
门,得诱、励或励雇员绝买家续雇佣等。第二,剥夺
极:期限内,剥夺采取措施,原单位雇员续留原单位
。剥夺等雇员接买家雇佣碍,原单位,买家绝续
雇佣。原单位,剥夺采取够励措施,原单位留原单位部门。第
三,原单位,原单位形势等原单位素影响,剥夺原单位
侧面,别励计划原单位色。原单位,原单位通原单位经营管
团队留任或,原单位励措施剥夺原单位经督托、原单位
原单位,原单位禁止原单位励措施原单位采取。原单位,合原单位
原单位励计划原单位雇员付原单位原单位奖。〔〕
原单位制剥夺原单位。原单位期,剥夺原单位尚未原单位,原单位
剥夺原单位,原单位原单位均极原单位制,原单位制原单位剥夺原单位
原单位原单位期原单位场原单位免贬。原单位原单位体措施原单位原单位益原单位
原单位。第原单位,原单位原单位言原单位

案□,美□联邦贸易□□会□布□□□令□□

[illegible]

美□□家钢铁厂,□求 任命□ô

), 监督 业务运营或监督当 方 命令 遵守情况。^[1]

管 条件执 监督受托 地位类似, 管 更 业务 专业 士, 般 剥离义务 交 荐 名单比 合适。如果 管 已经任命 监督受托, 监督受托 剥离义务 交 荐名单 或建, 最终 执 构 或认 管 选。根 委会, 当 符合条件 管, 管 未按 条件裁 或 命令履 职责, 监督受托 销 管, 后当 管 当 监督受托 准。^[2] 执 情况 未如, 案, 拟剥离 业务 被 开管, 拟剥离业务仍 原 管 体, 外部 聘 管, 只 部 案 监督受托 选择 管。^[3] 美 垄断执 构 任命 受托, 美 联邦 委员会原 上任命那 市场 经验, 方 或 联 担任监督受托, 运营业务 经验 文 求, 委员会历史上 任命过 背 担任 管, 包括公司 体高管、顾 监管经验 师,^[4] 拒绝任命过当 方 荐 股或 体 害 候选 选, 需 专业技术 案件, 还拒绝任命过当 方 荐 缺乏专业技术 候选。^[5]

管 需 满足类似监督受托 求 般 条件, 如 集 交 方, 方 影响履 职责 害, 正 解执 构 布 条件公告或裁, 够贯 执 公告或裁 求 体内容等。外, 鉴 管 体负责 运营管, 拟剥离业务、维 过渡期 力方 演 至 紧, 垄断执 构通常会 业务运营监管方 更高 求。尽管美 文件 管 更高 体条件, 委会通过, 高效 管 当 备如下: 合 方; 够 监督受托 紧密合; 拟剥离 绝 忠诚; 过渡期后仍 剥离 务; 经验丰富, 担任 管 充 准备; 备足够 历 买方 高级管 通; 善 解, 够迅 通过 通 解。^[6]

管 职责 负责维 业务 日常运营, 运营符合 裁 或 命令。美 联邦 委员会 令 均会任命 第三方负担监管责任, 后 监督受托 类似, 负责 向委员会 执 员汇报, 上 当 委员会 执 员 “睛 耳朵”; 管 仅负责运营, 还 负责遵守

[1] , ,
[2] (), ()
[3] “ ()”, , , ,
[4] , ,
[5] , ,
[6] “ ()”, , , , ,

□□□, □□□贸易委员□□□□员把□□□□□比□□□□董□长, () □□□□□董□
长□□□□, □□□□□□按□附□□□□□□□□□□

业的运营和□□，□□反垄断法，了□□□遵行分持□□，够针对案件的具□□况，设计□行□行有□发挥作用的具□分持□□。欧委□的□为，多监督委托人就是□为缺乏计知知识和行业知识，而无法对□产保□和分持□□进行有□评□，欧委□的分析示，便拥有行业知识，但由于剥离业□转让的□性，对□产保□和分持的监□仍然是一□艰□的□□。〕欧委□发，此前的案中□□□行栅栏□离□□成为□有议的问题，甚□有些案件连“□性的栅栏□离□□”（

) 没有 □□用。□□来□, 栅栏□离□□ 欧□的□行□况乏善 陈, 甚□欧委□ 的 报告对栅栏□离□□的有□性 无法□出□□ () □ 美欧□反垄断□法□行多年的 司法□区尚 不□, 以 反垄断□法□□起步的□发国□□ 临□ □难。

□□, □~~用~~□产分持规 □由此引发的□行成本和对□产运□出售的不利影响。□□, 一□□□□产分持□□, 不 避免□要支□分持□ 人和监督□托人服□费~~用~~, □是 需要□ 分持□产 、分持□产不是独立运□□产而是分□□产□成的□产包, 以及□□替 剥离□□, 替 剥离□产 要纳入分持□产 的□况下, 分持成本□□ □□。其次, □剥离□产需要剥离□□人支持的□况下, □果□□分持□□ 平□好分持□产和保留□产之间相 □离, 以及□者□予前者足够支持的关 , 否 有 不利于分持□产的□常运□, 进而损□分持□产的 和□ □。再次, 由于剥离□□人与□剥离□产之间的□□交 □□ □, 剥离□□人 难以及 获□□剥离□产□新的商业□□和□据, 从而影响其满足潜 买□人对□剥离□产□□的要□。欧委□□□对历史案 的 发 , 少□□况下, □栅栏□离□□妨□了□产剥离, 一~~为~~□于□格的分持□□数剥离□□人难以获□销售□产的 明、履行□职调□以及与潜 买□进行商~~易~~~~易~~~~易~~~~易~~~~易~~~~易~~~~易~~~~易~~

业。履行前段，〔〕分。人在监。人的监。下履行，其。换应。监。人的同。规。创设的资产分，在反垄断立法。法。有的里程碑。为。论构，便于。作，建议。从。度建设角度。一步。

一，从。规。的立法。构，资产分。规则没有。照独立规则的。规定，。属于。须普遍。的一。性，附。离。案件的。都。须。分。规则。前所，用分。规则不。需。足。格的。件，。用于。的资产范围，即便。支。用分。规则的美国。贸易。欧。也。为，只有在。离资产的价值。竞。以及。渡。的市。竞。存在贬损风险时才。用资产分。规则，否则。可能不。用范围，引发浪。法资源、高。离。人。成本的。面作用。从商。告的附。件批。案件，资产分。规则也没有在附。离。的案件中予以普遍。用，规。立法确立的分。规则与。法。有脱。之嫌。

，从。规。规定的立法。的，。创设分。规则的。的。有待。一步深入。识。《。于。营。集中资产。业。离的暂行规定》规定，资产分。的。的。确保。离业。的价值；《。于。营。集中附。限。性。件的规定（试行）》则。为，确保。离业。的存。性、竞。性。可。性。在。行了，但。无。质。化，确保。离业。的存。性、竞。性。可。性，都属于确保。离资产的价值。竞。不被贬损的范，据此，。规。分。规则立法。的规定仍。在欧盟“确保。离业。价值。竞。”的层面，。涉。及。美国“。离。间竞。损。”的。建议。借。美国的。法，。面。识创设资产分。规则的。的，。离。渡。竞。损。的，在。度设。资产保值规则。资产分。规则。相互。系又相互区。的。度。系。

，从。规。规定的分。规则，。明确规定了分。规则的主。保。离业。保。业。的独立；。聘用。离业。的。键雇；。获。离业。的商业秘。其他保。为。确保可。作性，。需。一步丰。规则，主。包括：一。规定了。离业。保。业。相互独立的，建议。包括分。资产。保。资产由不同。队。营，分。队。保。队之间应。建立。火墙，。队。流敏感。规定了。离。人。定分。队的。分消，。聘用。离业。的。键雇，建议。规定。其他。参与集中的。营。雇。离业。的消，不。引诱、鼓励。激励。离业。雇。拒。新买。继。雇佣的消，。疏。的。分。队。定的积，。离。人应。激励，确保。键。工。在分。业。中工作，确保。买。的雇佣。建议。规定，限。离。人。分。资产行使权利，限。分。资。的。营。决策，。离。人承担。足分。业。需资源。服。供给的。

，从分。规则的监，。规。规定了资产分。人的产、换、以及。与监。人的。系，建议。规定分。人的。件。值。的，。规。规定“指定专。的。人”，

虑,《 经营者集中 制性条件的 (试)》 “ 专 管 人” 整 “ 离 人” 的 。 分持管 人的 责,《 施经营者集中 或业 离的 》 两 方 , 责管 离业 ,二 履 分持 ,遗憾的 《 经营者集中 制性条件的 (试)》删 履 分持 的内容。 美欧的做法中,分持管 人不仅 责分持 的管 营,同 还 责履 分持 ,监 受 人 责监 其 的履 ,建议恢 《 施经营者集中 或 业 离的 》 分持 的 进 步细 。

《 经营者集中 制性条件的 (试)》 分持 位 离 人的 , 的目的不 解 经营者集中 的反 问题, 的 离条件得 顺 施,这 性质上与美欧反垄断 法 构的立 均认 分持不 救济措施, 施救济措施的 障措施。 已经发布的 制性条件批 的经营者集中 告中, 未见到适 分持 障措施 的先 , 分持 救济措施批 的经营者集中案件已经 告 , 横 集中的希 购三星 硬盘业 案、 部数 购日立 储案 联发科 合 开曼 星案, 合集中的丸红 购高 鸿案。 认 ,商 部 上 案中适 分持 , 《反垄断法》中,还 《反 垄断法》颁 后 套 施的 南、法 章等立法中, 没 分持 救济措施的条 款。〔 〕 笔者认 , 美欧反垄断法中的 分持 ,还 章中 的 分持 , 顺 施 离救济 的 障措施,上 案中的分持要 的 制性条件,尽管 两者 通之处, 更 的 质区别。 通之处 ,分持 分别 独立的 队经营, 两 队之间建立防火墙禁止 敏感信息等; 质区别 , 障措施的分持 ,目 的 依法顺 离,防止 离过渡期内拟 离 的 、 市 的贬损。上 案 分持 救济措施适 , 购方 施集中, 后的 间内 持 与集中的经营 者之间的 独立,其目的 减 或消 经营者集中 或 的排 制 。 某 程 上, 看 法 构希望尽 批 其认 反 的 对分持措施的 造性 ,商 部反垄断局 责人 某国 会议上 ,采 这 措施首先 足对 中 法进 构 离, 救济 解 不 注的案件 制性条件的需要。〔 〕

从美欧的 践 看,分持 立法上被 障措施, 施中 主要 解 离过渡期内 拟 离 、 市 的贬损。商 部 分持 救济措施的做法业界 ,反对 的主要 础 ,分持救济 法 质改变处 独立经营 的两经营者或 之间的 ,如母 司 。 照分持 ,尽管母 司 司 独立 营, 母 司仍享 对 司的 益权,如 润分红,仅 改变母 司的市 战 , 如,母 司提高 格 不 担心客户 司分 , 司分 的客户 润最终仍 母 司 。 笔者认 , 方 ,对 对手的 体经营者之间的集中,采取分持救济不排 上 问题, 之外, 者之间采取分持救济, 体的 监管方案 起 ,适 期 通常 , 与集中的 经营者 分持 法 构的监管成 高。 方 ,分持 绝对不 救济措施适

〔 〕 《 经营者集中 制性条件的 (试)》第 条 三类 制性条件: 离 形 、 权等 形 或 权益等 构性条件;二 开放网络或平 等 础 施、 术(包括专 、专 术或其他 权)、终止排他性协 议等 性条件;三 构性条件 性条件 合的 合性条件。

〔 〕 蒋安杰:“中外专家 反垄断法 施建言献 ”,《法制日报》 年 月 日。

用,美国国际贸易 员在 年批 , 案
的同意中,就 了 分持的救 ,〔 〕然,因为 购 和

ò

【法 时 空】

他山之玉，可以攻石？ ——论大宪章对中国的镜 鉴

李红海^{*}

摘 要： 1215 年是大宪章诞生 800 周年。在过 去的 800 年里，大宪章从一个国王和其贵族签订的协议，演变为英国人维护自己权利和自由以及法治体制的旗帜和号 召，并将其影响 力扩至 全球范围。大宪章的影响 力部分在于其所 处的波澜壮阔的背景和过 程，而在于其所包含的 法治具有一般性的 法治精神和法治原则，在于 法治对其及其所包含的 法治原则的 法治、法治 法治和实践。大宪章对于 中国法治 法治的借 鉴 法治是 法治方 法治的，法治 法治是宏观 法治是微观，择其要者，法治 法治能在于 法治所体现出的妥协和理性的 法治度、依法 法治的精神、君民共 法治的架构以及 法治当 法治法治和未 法治同 法治不 法治征税的 法治。

关键词：大宪章 法治 妥协 征税 法治 法治当 法治

1215 年， 800 岁 ！
法治 法治字 法治起 法治让人 法治惊愕， 法治如果 法治漠拉比法典（公元前 18 世纪）、法治（公元前 13 世纪）、
法治（公元前 12 年左右）、摩奴法典（编成 约公元前 6 世纪 至公元前 4 世纪，一 法治为公元前 5 世纪的头
几 世纪）、民法 法治（公元前 5 世纪），甚 法治至 法治世纪之 法治法治编纂的 法治法治曼 法治法典相比，法治 800 岁 法治稀
松平常。 法治英国 法治身而 法治，包括埃塞伯 法治法典、伊尼法典、阿尔弗雷德 法治王 法治忏悔者爱 法治华国
王编纂的法典， 法治的一众盎格鲁 法治撒 法治法典（ 法治 11 世纪），以及末 法治法治书（ 法治 12 年）、亨利一世
的 法治（ 法治 11 年）， 法治比 法治法治早。再者， 法治霍尔 法治出的那 法治，与 法治法治约同一
法治， 法治法治曾出 法治法治似的 法治法治法治，法治其中

察宪章对天的意义,不仅从宪章条文本身出发,而要将之作为一个事件来整体看,顾及到这个事件的背景、过程、果和影响;也不仅停留世纪,而是要向前推及世纪甚至更早的盎格鲁撒逊期,往后直至天;不仅仅之为一个封建性的协议,而是要看到它宪政以及法和政治各个方的作;也不只看到宪章本身以及当反贵族的贡献,也要看到后世英国人的不懈努力……为,如果认真读其条文,就会发其部分内容(比如金、免服兵役税、对人的关等)已经失了意义,这也是原来总个条文为天只有一个有效的原所。而宪章的产也不只是约翰王位那年的事,而是有着的社会背景;宪章的影响当然也不止于世纪,而是直至天,甚至还要持续下。当然,宪章的这些影响也绝非它本身所产的,而是它和后世英国人抗的振中被不断累和放的。

那,这样一个内容上已经基本死的文献,为依然够“统治”至?而其地域为已经超越不列颠岛,乎迈向了世界的每一个角落?秘诀就于其精神,于其背后那些带有根本性的东西,而无这些精神、这些根本性的东西是它自身带有的,还是如甄思所批评的那样是后人加给它的。〔〕笔者将下文对这些精神及根本性的予以归纳。

一、妥协与性

如果单从年的宪章来看,宪章的于妥协多有些笑。为,约翰的确是妥协了,但其妥协是被迫的,是众亲离的果;而,他根本有多意来遵守这个宪章,为签署后快他就人前往皇处寻求援,两个多月后,皇就发布诏书取了宪章。再者,如果真的妥协的,也就不会有个月之后开始并持续了一年多的内战了。

但我们要,所谓妥协,其就是 一定压力之下选择性和平的方式解问题,而不是转而搏个鱼死网破;如果有压力,当事方未或者根本就不会妥协。从这个意义上,约翰和反贵族之虽然战事随后起而并非真正的妥协,但他们毕竟签署了一个书的协议;这个协议虽有约翰那得到多遵守,但却为其托孤臣威廉·歇所,而后者以幼主亨利三世之名对宪章的颁行,是一个的妥协。这个妥协意义,为它对军起到了解作

的,而英国自伊莉莎白一世以来逐渐成的 教宽 其实也是 教政策 里各 的妥 。

妥 实际 是双 在面对争 时能够共同分享 的 识:敌对僵持甚 你死我 争斗势必 败 伤、一损 损,对双 、对 有百 而无一利;各自有 则 退 , 度 自己的行事 , 虽可能较之于 来有所“不便”,但却能保证和平与 ,以免于敌对争斗所带来的损失与 荡。妥 实际 是对自己既 可 待之利 、 的割 与 ,是在某些 面给予对 大的 而使自己的 被压缩。 一点,可能需要一种理性的计算:妥 实际 是以小的损失避免 大的损失。试想, 果陷入你死我 的争斗,结果却可能是既有的利 和 誉都 去了, 不必说那些可 待的了;即使置对 于死 — 果己 足够强大的 ,自身的元气也可能 损不说,带给自己的 必就是曾 想象的美好和安宁。因此,妥 应该 现为一种理性的计算,其次 可以 升 宽宏大 的道 。但 憾的是,人并不 是理性的, 谈不 宽宏大 ,因此 和现实中 有了那 多的 伐征 , 荡。

而大宪 及其随 的 我们, 理性、和平的 商谈 决纷争有多 的重要,其对于 的和平有 、人民的安居乐 具有多 大的价值! 年,面对 时在进行的 一次世界大 ,麦克 尼在纪念大宪 年的演讲中曾感叹,英国人在 年前就已 运用理性、和平的 决争端,而 今世界(即 世纪初)却 然有人(主要针对 国发起的一) 诸武 。

而

□□:亨利二世、查世、翰□□□免服兵役税□收□□□

国王	在位年限	免服兵役税征收次数	最高税率
亨利二世			先
理查一世			先
约翰			马克

而从下面有关约翰在位期间收取免服兵役税的表格可以清晰地看出,他将免服兵役税从一个为关头保留的武器,变成了一个帝规的收入来源,他还将税率提高并超过了公认的最高额 马克。

□□:翰□□□免服兵役税□收□□□

征收的次序	征收年份	每份骑士领的数量
第一次		马克
第二次		马克
第三次		马克
第四次		马克
第五次		马克
第六次		马克
第七次		先
第八次		马克
第九次		马克
第十次		先
第十一次		马克

尽管约翰时期贵族们 担的加重与此前约翰父兄时期税 的积累不无关系,但上述两张表格明确地显示,约翰对免服兵役税的征收,无论从税率还是频次上看,都是史无前例的。不仅是免服兵役税,协助金的征收、对监护权和婚姻指定权等的滥用等,都大大超越了以往的封建惯例,基本上成为了约翰实现自己私人意愿的工具。约翰打 帝规完全根据自己所需征收免服兵役税的行为不仅加重了其臣下的 担,而且大大提高了行事的不确定性,使得其臣下无法容忍,这是导致贵族们反叛的重要原因之一。

针对这一问题,大宪章设有专门的章节予以规制,其中第 章规定了免服兵役税和协助金的征收机制,即需要由国王直属封臣组成的大谏议会予以决定——这就回到了过去封建主义的基本原则上去了:封建契约的变更需要领主和封臣 方的共同同意;^[1]第 章则明确了大谏议会的召集方式。而大谏议会在考虑是否同意国王征收新的免服兵役税以及按照什么样的税率进行征收时,重点参考的就是先前的惯例。

大宪章对免服兵役税的问题进行专章规定,目的就是为了抑制约翰王的恣意:国王征税不能仅凭自己的需要、个人意志,而必须按照既定的规则进行。免服兵役税只是大宪章中的一个例子,其他如协助金、继承金的征收,对骑士未成年继承人监护权、婚姻指定权的行使,对寡妇地产、婚姻的干预,扣押财产以抵偿债务,犹太人的债务问题,王室法院的司法,出入境,自由贸易,国王官员的任免,狩猎场的管理等等,国王对王国进行治理的各个主要方面,几乎都被大宪章予以了规范。换言之,大宪章实

[1] See , Feudalism, , ()

□□□□□□□□□□ □□□□□(□ □某□□□):□□ □ □□□□□惯□, □□□
□ □纸黑□□□□。□ □□□□□习惯□□□□□、□□□□, □纸黑□□□□□没□
□□□“□□”□ □□□□。

[illegible][illegible][illegible]

□ □ □ □ □

“□□□□”□□□□ □□□□□□ □□ “ ”□词□ 。□
□ □□□□ □ 朝□□□□,□□小 □□□□□□□,□曾拿□□□ □□□□□ □□□□
□□,□□ □□□□□□□“□□□□”,□区□□□□□□“□□□□”()。〔〕
“ ”□ □□ “ ”,□“ ”□ □□ “ ”;□□ □
□□□ □□前□翻 □□“ □□ 室□□□”,□□ □“ 室□□□”。□□□,前□ □□□
□□ ,□□□处□翻 □□□□□。

() 孟 林：“前 封建 ”，《 》 ，。

() □□[] □ 翰· □ □ □:《□ □□□□□ □》,[]谢□·洛□□□□,袁瑜□ ,□□□□□ □ □ ,□

□。对此， 宪□□然没有□□提及,但它的确□创□□ 了一 些民□参与□国□理的□法,□ 些□法□□亨利□□和爱□□一□时□的□弈,□渐确立了议□□ ,从而为民□参与□国的□理、为君民共□提供了基本的实现□□。因此,□□□□天□论 宪□的□□和价值时,它所□现的君民共□的□想和□立的□□理应为□□所□住。

□、法律的□□程□

束而凭自身心口束的传来，宪章所启的法律程序则可能难被接受，也因此可能易于权威赢得尊重和口。毕口，权威本身不是■的，所服务的对象才是■的，没有被服务者的支持和口，权威的口行也难顺畅。

五、同意不征税

从世的口，就实体而，程序则外，宪章另外一个重要的口口在于所努力的同意不征税的则。

一定意义上说，税口是民口的口直接无偿予以“口口”，使民口口去本属于他的合法产；鉴于产是每个人的安身立命之本，悠悠事，口此为，税口必定是一个非常重和极具根本性的问题。而税口的合理性和必要性则在于民口对共服务的需：民口需要和平安宁的，需要对于不法行为的惩，需要抵御外敌的入侵……因此，无论从是实质上，税口制度都颇像一个议，即民口通过让渡一部分产来换取政府提供的共服务。既然是议，那么就需要口达成议所应该口的基本则，需要口基于各自的势进行讨价价，需要对各自可能的所和所口进行权和口算，之达成合意。因此，从理论上说，从口上，征税是需要过民口同意的。而且今天世界各国的政和法律实也明，这种同意是必需和现实存在的：民口通过举自口的代，通过议决的，来达自口对于政府提出的征税之意见。

但实际上，从发生学意上又很难证明所谓税口的议性质，同自然法学的观点口然听起来很人，也很有道理，但口很难证实一。个中因在于，人口的历史因过于久远于今已无法究，我们几口无法追溯税口制度的口期史：在很长一段时间里，宁只是一些法，而很难

上是制度。其次，税口制度总是和权的成长相关，而权是从中诞出并在实中通过与民口的口弈获税口，于今已很难究而多只是作为一个事实被接受，这也给税口制度的历史扒梳带来了难。人，人的发展、权的诞生和成长，以及权和民口之间就税口问题的口弈，并不是一个一个可以在历史的口上予以确示的点，而宁说是一个多种因口相互口、多种相互角口弈的缓慢演进和累积的过程，定点口的法对决此问题不起作用。

是在这个意上，笔者认为宪章并不是确立了同意不征税的则，而是这个则确立过程中的一个重要里程碑。而要理宪章的这种作用以及对下中国的意，必须从英国税口制度的模历史起。

、世纪的英格，不能说没有像今天这从民征税的概念，口在诺曼征服之前，为了应对丹麦人的入侵而征口的丹麦金即属于此种〔〕但这种税口的确非常有限，常见于应付某些非常规的事件或，一俟此消口，就不再征口此税。再者，此时口无今天意上的国库，而多的只是国王个人的库；王国的口入几口不存在，或者说与国王的口入是合二为一的。而国王的口入也并不主要靠这种民的征税，而是靠自口作为主和国王这种身份所带来的口。梅特认为时国王的口入主要包括以下几个部分：王室自（即国王自口作为主而保有之）的口；因分封而从封臣那里所获的封建性口（即国王作为主其直属封臣所口纳的口奉）；司

〔〕 丹麦金（），中世纪英国的一种税金。从年征口，时英格了口金人——主要是丹麦人和挪口人——的持续侵扰。为了换取和平，元年，英国埃塞尔二世（，年在）为丹麦人口付赎金以口口侵口，征口。忏悔者口国王曾一度废止，口廉一世入主英国作为产税恢复征口，世纪中叶不复见于税册。

时，要在司法和政的实中真贯彻实一，则，使之真，实处，产生真的用。从这个意义上说，大宪的以及来英国的政和法律实又给了我们多的示，我们需要多雪亮的眼睛去发现、露那些藏起来的非法律化的税费派，需要据《立法法》及相关法律去和设立者据理争，需要司法在个案的层面对些非法律化的税费派予以法的定性和宣示，从而使税收法治化、同意不征税的观念和度深入人心，并真，实处，为我们的民众谋福利！

六、结语

综，大宪不是一份，是一个历史事件，其意义和价值可以从多面予以透视、分析，而对不同之意又因各之不同而有不同的侧重，所以我们今讨论大宪对于中国的意义，自然有不同于英美学者的立场和角度。但无论，我们所

突破与保守：香港终审法院涉福利权案的 审理思路及其新进展

秦 昊*

摘 要：“孔 案”香港福 援 案，该 案 充 分 《 港 人 权 法 》 中 “ 福 援 ” 的 运 用 ， 纳 入 了 风 气 先 的 奉 谦 哲 ， 策 充 。 香 港 福 策 “ ”、 策、 香 港 福 塑 。

关键词：综援 福 案

一、“孔允明诉社会福利署案”：背景及问题

综合社会保障援助计划()，简称)，即综援，是香港社会福利署向香港贫困群体推行的最重要的社会援助及服务，其前身为“公共援助计划”。综援是由政府拨款建立并维持的生活保障制度，以发放现金补助()的方法，资助因年老、残疾、患病、失业、低收入或其他原因而出现经济困难的人士，满足他们生活上的基本需要。综援申请人无需供款()，只要通过收入及资产审查()即可。综援计划由社会福利署负责策划、统筹和推行，旨在为经济困难人士提供“社会安全网”。〔 〕

年 月，“孔允明诉社会福利署案”()〔 〕(以下简称“孔允明案”)原告孔允明获中国内地公安机关所签发的单程证来香港与丈夫团 。丈夫在其来港后 日去世。由于丈夫生前所居住的政府公屋被收回，孔随即流落 头，依靠非政府组织的福利资助过活。孔曾成功求职，但薪金微薄无力租房。 年 月，孔女士申请综合社会保障援助。社会福利署以其居港未满 年为由，拒绝了这一申请。因自 年 月 日起，政府开始实施领取综援者需

* 中山大学中国公共管理研究中心 政治与公共事务管理学院讲师，法学博士。本文的写作得到刘恒教授主持的“教育部人文社会科学重点研究基地重大项目——香港信息公开制度研究”、“教育部第一批留学回国人员启动基金”与“高校基本科研业务费：中山大学青年教师培育项目”的支持。

〔 〕 向运华：《台港 地区社会福利体系研究》，社会科学文献出版社 年版，第 页。

〔 〕 “孔允明诉社会福利署案”涉及三审，判词查询参见 (年 月 日)， (年 月 日)及 (年 月 日)。后文中将以“一审判决”、“上诉判决”与“终审判决”来指代。

),□宜,甚至□□通过 □□□施□救济。〔〕 □□□□家□□□干脆□把□乎□□经济社
会□划入“□家 □□□ 方针()”,□这□□ 方针□□□ □□上□约□
□。〔〕 □□□□第三篇“□□□□”后■七第四篇“□家 □□□ 方针”,□□□部内容□□社
会福□□公□□经济社会□,□□篇□开端□□□□□ □救济□ □〔〕这□部□□

□□种态 司法□□()的谦抑态 。□ 主要针对司法 查的 □□。 , 承□福 权 □的国□,法 □ 的□程中□ 出□ 的 □() ,□□福 政 的□ —立法 □政府—拥 □ 分配稀缺□□资源政 的权 □, 政 的□ □程中,□ 申□资格 细 □福 救□□□□ ,享 宽松的自 □□ 权,法 不□轻易介入。〔 〕 □□的司法 学 导下,□□福 权不□被排 司法救□之□, “弱 □权 ()” □□ □民政□权的 障,法 查的 □□□对 □者区□对待。〔 〕 □□谦抑的司法 学,下□□□ □□□□的 。

□、香港 级法 福 权案件的 思路 突破

(一)“孔允明案”一审与上诉审的审理结果:架空福利权

《 法》□ □ :“香港居民 □法享□□□福 的权 。” □易见,□ □□对香港居民 享 的福 权只 出 □ 性的 , □释其 □□□、种□与 障水平。〔 〕 □然,《 法》□□□“香港居民的 权 与□□”中 □□□的□辞风格皆□此,针对福 权的春秋笔法 □□。〔 〕 权 的 □□□尚待 法其他□□的 □印 法 □政府政 的充 。

出“孔□ 案”的□ □ 前,“此□□从□被法 □ 查 □推翻香港政府 □的□□福 政 □□□的法□ ”。〔 〕 换句话 ,法 从□ 历 的□ 中承□福 权 □享 独 立 障□□的法权 () 。 ,“孔□ 案” □□ 的法□ 不约 □同 □□□绕□福 权,转 □对 香港居民的平□权 福 政 中的落 。

、□□ 的法 □承□,福 权 □□香港居民 享 的 权 , 不区分“永久居民” “ 永久居民”。〔 〕 肯 福 权的普□性□,□ 法□随 出,□□ 权 □□香港居民 享 , 福 权 “□对权 ”(),〔 〕 □□ 程 的 □,若 □出 (宽泛含□ □)的法 (), 案中 包括□照政府□ 的□□福 政 的法 。〔 〕 □ □,□果针对 权 的 □源 法 □政府政 的 ,那么 □□需□□比 □ 的 查, □断其□ 性。〔 〕 然 □法□□ , 案中 启□比 □ 查的 要, 针对□ □

〔 〕 , *supra* , 者 □中 出: 某 国□的 法承□□□福 权的 □性,法 □给 立法 □其 宽松的自 □□权去提 □ 权 。()

〔 〕 , *supra* ,

〔 〕 , *The Hong Kong Basic Law* ()

〔 〕 *Kong Yunming*, ,

〔 〕 同□ 引□。

〔 〕 □ 《 法》□ □,香港居民与香港永久居民的差异□ 否 □举 被□举权。 福 享 问题□,□者 法□ 的□□平□。

〔 〕 *Kong Yunming*, , ; ,

〔 〕 □□ □“ ”中的“ ”, □ 法 的□ 中,倾□ 从宽泛含□□去□释, 包括□照政府□ 的□□福 政 的法 。 立法□从□ 福 权□□的立法。 学者质□香港政府 年□□ 政 □ □法 的□□ 延长 居港年 的要□,□ □申□者的负担, □ 。 □易见,□ 从狭□的 去 □法 ,没 □ 法 □□。 See , *Does It Matter if Restrictions on the Right to Social Welfare in Hong Kong Are Prescribed by Law or Policy?*

, ()

〔 〕 *Kong Yunming*, ,

福利权的 制并不是出于法 或政府政 ,而是来自基本法本身的内在 制条款(

),〔 〕即第 条之规定:香港 别行政区政府在原有社会福利制度的基础上,根据经济条件和社会需要,自行制定其发 、改进的政 。〔 〕具体到 年 援准入条件上的改变(从一年调整为七年),其正当性来源为《基本法》第 条赋予香港 别行政区政府在“原有制度的基础上”“自行制定”并“发 ”政 的宪法权力。到此为止,涉及第 条“福利权”的宪法 查 休矣,来自基本法本身的 制何言违宪?

接下来只需讨论, 年 援准入资格上的调整是否满足第 条中基于“经济条件和社会需要”对“原有福利政 ”予以“发 ()”与“改进()”的法 条件?法 认为基本法将“发 ”与“改进”“原有政 ”的权责全然赋予 别行政区政府。〔 〕而司法系统无论从宪法分工上还是 构设 上都不具备裁 此类事务的能力。〔 〕一 法 认为,“司法系统不宜干涉政府在福利政 领域的判断和本 定,理由是‘什么是对原有社会福利制度的发 和改进,最宜由政府来判断,组立法会予以监督。’法 不论是在宪法分工上还是 构设 上都不具备裁 此类事务的能力。与宗教信仰自由或公正 判权不同,法 在涉及社会经济方 权利 ,应当对行政 关的判断予以更 的尊 。简而言之,在社会经济政 领域,在相互竞争的利益和权利 前,平

的内容,^[1]但后者不是□者的限制条款,而是充实福利权实体内容与明确福利保□程度的来□。^[2]终审法院认为,第 条进□《基本法》,并以原有的□府福利□策为“发展”与“改进”的基点,表明《基本法》对 年 月 日之□香 福利□策的认可与□持。原有□府“一揽子”的福利□策可以理解为第 条中“依法□受社会福利的权利”中的“法”。进一□而言,这些□策在主权□交□所赋予香 居民的福利保□项目及其准□条□□成了第 条福利权的保□内容(

)和保□水□。^[3]就本□中涉及到的综援制度而言,香 居民有权按□社会福利署在 年 月 日□的□策,其中□□“居 年”的限定条□,□受综援计划□的福利待遇。“居 年”□成福利权的实体内容,并受到基本法的保护。短短三□判词,突破了一审、上诉审对于福利权的认知,使得抽象的,甚至仅带有“宣□意义”的福利权内容□具体化,实为“天□的灵光一闪”()。^[4]

这种创□解读,使《基本法》第 条摆脱仅具“国家□策的指□方针”意义,除在□义上或□治上对行□分□及立法机关的约束外,并不可诉的命运。^[5]若“居 年”□成福利权的实体内容,□□居 年限的延长就不仅仅是□府可以“自行”“发展”的□策,而□成对该权利的限制与减□。而这一限制是否合宪,必须经过比例原则三阶□审查的考验。比例原则作为审查标准首次运用于福利权□□的审理,无疑是终审法院在“孔允明□”中的又一重大突破,并对未来同类□□的审理起到先例作用。^[6]而坐实福利权,无疑为终审法院得以运用比例原则提供了□提。

(三)比例原则作为审查标准的纳入

当国家公权力的行使□减公民的基本权利时,必须凭□□种审查标准来判□公权力的行使是否为宪法所允许,比例原则将在此发挥决定性作用。这一德国法创制的审查原则涉及“目的与手段”()之□的关系,^[7]即国家一切措施之目的,和为达成该目的而采取的手段□对人民所造成负□之□的合比例考量,“国家权力的行使应当兼□公共利益的实现和公民权利的保护”。^[8]在德国法上,□义比例原则()□□三个子原则:适当性原则()、必要性原则()和狭义比例原则()。^[9]比例原则的审查结□在各国(尤其是□通法国家)□法实践中有所差异,但总的来说□含四个方面的内容:^[10]正当的立法目的或行□目的()、适当性原则()、必要性原则()、狭义的比例原则()。例如在本□中,终审法院□采用了三阶□()的审查标准,来

[1] Kong Yunming, , (“ ”)

[2] , “A Stroke of Genius” in Kong Yunming, , ()

[3] Kong Yunming, ,

[4] , *supra* ,

[5] , *supra* ,

[6] , *supra* ,

[7] ü , ()

[8] □□扬、冯俊波:“论比例原则”,载《时代法学》 年第 期,第 □。

[9] 比例原则在德国宪法法院审判实践中的应用□自德国 年的“药剂师执□□”,在该□中,德国联邦宪法法院针对公权力对于人民自由权利(本□中是指营□权)侵犯的合理性问题,提出了所□“三阶理论”,即手段的适当、必要性及比例性原则。参见谢立斌:“药店□”,载张翔主编:《德国宪法□例选□》(第 □),法律出口社 年□,第 □。

[10] , *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice. A Review Essay on A Theory of Constitutional Rights*, () , , (); , *The Constitutional Structure of Proportionality* ()

审查的要素,分是: ,对七年居港的 是否 的立法的; , 手段与立法的 之间是否 以建立起 的 ; ,狭 的比 , 是以减损权利自由的 手段与 成的立法的相 是否比 。

“孔 案”政府败 的 “居港七年”的政 没 比 中 性 查。 是 ,法 否 政府对 民 法权利的 手段与立法的 之间的 。以 需进入 狭 比 的 查环节,法 已 政府败 。政府 环节提出的 :单程 带 的人口 长, 龄 的 利 担, 援 支的成倍 长以及新移民享 援应以对香港 的 贡 为前提 。法 对此 以 驳斥。〔 〕

单程证制度所带来的人口增长〔 〕

政府 出,单程 已 成为香港 要的移民 ,从 年 年间, 的人口 长 自 新移民。单程 天进入香港的居民不 名,其中 名额由 岁以下的港人 女获 , 名额分配给 分居 年以 的配偶。 然, 成年 女 常比他们 的父 母 早 步 香港。港府为 引 障 岁以下的 成年申 人的 利权 ,对 援申 人群没 出居港年 的要 。然而,港人的配偶(主要是女性)与儿女 港 间的差异,衍 出“ 港 ”问题——由 母 需要 长的轮候 间 港,其 移民的儿女 难 香港 父母细心照顾, 困难 其 此。 漫长的轮候 , 父母 拿 香港居民身份,“七年居港”的 援申 政 困难的移民 却步。 是港府 新政 出的 素之 , 对潜 的移民申 人起 警告——居港年 的提高 他们 自身 状况是否 以维持 港自立 七年 出 新评估。

法 为,“七年 ”的人为障碍 相 碍 单程 “ 案” 的 。 单 母 奈甚 自 儿女的 援为 , 是对 援 中 成年申 者政 待的挑 。

老化社会的 利负 〔 〕

法 承 香港 龄 趋势的 , 政府应 为缓 龄 问题 相应政 , 障 利 的长久运营。 人口平 寿 延长, 龄 问题产 的 港 率的 年走 , 年下 千名女性的 产婴儿 为 ,远 千名妇女 名 女的 替 水平。

法 为,从政府 资料 , 的年轻移民 成为 香港劳 的中坚 , 是政府缓 龄 问题的 剂 。而 成年儿童 港 应 父母的照顾。政府应 相应的配套政 为 抒忧 困,而不是相反。政府以 障 资源 以持 担养 为由,提高 援计划对新移民居港 件的要 ,与 龄 问题的初衷背道而驰。

开 的成 增长〔 〕

援 支的 长 是香港政府延长新移民申 援年 的要 。政府专 工 的报告 出, 年 年, 援的 案 长 倍, 支 长 倍,从 亿港 。

〔 〕 对法 的质 , 见: , *Public Welfare and the Judicial Over Enforcement of Socio Economic Rights in Hong Kong*, ()

〔 〕 *Kong Yunming*, ,

〔 〕 *Kong*, ,

〔 〕 *Kong*, ,

亿港币。援助支出占风险资产比例。期间，
 援助新移民申请援助。期间，
 援助新移民。援助支出剧长新移民。

项目	援助	新移民援助
		()
		()
		()
		()
		()

步骤居港升七缓援助幅度。下
 新移民申请居港：岁下申；前已港；署署
 长酌，居港援助援助。假政府业已推
 “居港七”政，新移民援助额亿。亿岁下申，
 居港，支没。期间，
 亿步骤减。援助支出亿，“居港”延长支，
 。期间，政府推新政政支（消车
 减半政府支，危安^[]），政推障政
 （）。“居港七”政，短政府援助支，
 政推迟

四、□□□□“孔□□”□□表□□□□□场

□□□充□福□□□□体□ □ 通□ 运□□□□ □□□ □□□□□□查 准“比□
原□”□□□□□□□ □□,□风气□ ,□“孔 □□”□□香港福□□□□□□□□□ 志
□□□。〔 〕 □□, □□□□判□□□表□□□□场□□□□——□福□□□□“□□□□”□□
□,“□□尊□”□比□原□□□运□, □遵循,□□□查“□□□□”□□□□ □ □□□□□打上□
□谦□□ □印记,□香港□□ 福□制□□□□□冲击□□□□,□□□□□□□□□□□□
□ 过□□。

() 福 作 “ 本 ” 否

“孔 费 尽 第 三 章 “居 ” 却 或 这 府 干 极 “福 上 依 赖 府 制 资 福 水 ”，〔 〕 “稀 缺 资 配”。〔 〕 没 福 归 。若 判 “ ” 准 府 投 ， 准 误 ， 认 ， 脱 (费) 依 赖。〔 〕 皆 或 或 ， 福 。

[illegible]

“司法尊重”在比例原则中的纳入

[illegible]

小□□□□”□□□□□针□□□□□□□□□□□□,□□□□,□□□□□“□失□□□□”(

),□□□□□“霍春华”□□□,“针□□□□□□□□□□
□□□□□□,□□□打□□□□□□□□□劣□□□□□佳□□□□□□□头。□□
□□□□,□□□□□职□。……□□□资□□配□艰□抉□,□□留待□□□□□府□□。
……□□□府□□□失□□,□□□□介□”〔 〕

□□□,“□失□□”□□查□准□比“□小□□□□”宽松□□,□□□查介□□□□□弱□□。□□□简□,□小□□□□□□□□□充□,□没□“□失□□”□□□□□□□远□□满□□小□□□□准。

□致金□□()□□□□□□,□□□□□把握“□□□□”□□□运□□□□醒,
□□□□□□□□□□□府□□福□□□□,笼□□□、□□□□□□□□宽松□□查□准。^[] □

[10] *Sovereignty's Blight: Why Contemporary Public Law Needs the Concept of 'Due Deference', Public Law in a Multi-Layered Constitution* (Cambridge, 2012).

[] , *In Defense of Due Deference*, ()

[] , *Judicial Deference under the Human Rights Act*, ()

[illegible]

[] , *Proportionality; Constitutional Rights and Their Limitations* ()

[] , *Kong Yunming Manifest Unreasonableness: The Doctrinal Future of Constitutional Review of Welfare Policy in Hong Kong*,

_____, ()

() □□ □□, □ □。

[] *Fok Chunwa*, .

() □ □ □ □ □ □ : , *supra* ,

• •

经济、社会及文化委员会《一般原则》求缔约国制、损福利政，谨慎考虑，符合公约“尽力”原则（）。〔1〕尤当政体赖需，政社会士负影响，当政更高举责任求，政合。〔2〕，、损福利政施更严标准，案采取谦抑、松态度。承认，“孔允案”数未会放任“司尊”味让，政措施约束。李义官判，“制政，尽管政内。经济社会还，障职责部门，。承认，社会源配最履。若被或政方案，办满足障香港需，庭袖旁”。〔3〕

政政案通过比原第二段，合联，得“失”标准失去施。如何，尊政福利政领域享政制场改变，针对政监督原纳入受。只政得过去辩，会案判政优劣，更会替政寻找最佳替方案。，政已经福利政后司过会。谓司干政政制，甚至“全庭”〔4〕将会替政、制福利政张，更。

涉社会福利权的“司法尊重”原则在香港与域外先例中的体现

正如前文，香港经济社会案件，今止，表案件高等“文辉诉香港福署案”，〔5〕终“霍春华案”案。这案件诉讼请求上看，皆福申请。“司尊”原运类案件。〔6〕“霍春华案”，〔7〕尽管终判切入平等，却“孔允案”思路如辙。针对案“单母亲”公医当收取港孕娩费请求，认，《》第一条揭示平等上障，或类似情形下，

〔1〕 Kong Yunming, , , s

〔2〕 Id.

〔3〕 Kong Yunming, ,

〔4〕 “全庭”乃媒体。连忠：“当政遇上全庭”，《媒体》 月 日（：）。

〔5〕 Yao Man Fai George v The Director of Social Welfare, , 案上诉“孔允案”合。案情：香港文辉内地被裁员后，回港申请援被社会福署“申请前离港”未“连续港”拒绝申请，文辉故申请司，。社会福署销准文辉领取援“连续港”援申请标准。案认，政未合解释援离港制——未符合港援申请，仅整体申请极少数，会源构沉力，政庭过未合解释；难连续港足香港，。

〔6〕

〔7〕

[illegible]

如“孔允”“原适”(经济社
会)样,“霍”判“府”差别待(),
差别待() ()。认,
社会经济差别待等,如别、肤色、族、社会,府
当更宽裁量。〔 〕地,查会宽。“霍”
公医疗资,医管内地旅游孕妇居采取标
没触到等,府采取差别待,宜。 “孔允”
查选择上 “霍”,府败诉,未通过合
联查,紧查标。终“改口风”,。

“孔允”“霍”“宽”“查标”“经济社会领域”“采取”“尊”“受到域外判”“孔允”“判”“社会”“经济”“上尊”“府更”“宽”“裁量”“判”“官”“启”“勋”、廖柏男()“二”“官更”“贺辅”“勋”()“命联盟诉”“公”()“判”“外,“”“表”“欧洲”“类”“判词”“差。如詹姆”“诉”()“欧洲”,“执”“社会经济”,“地拥”“更”“裁量”,“当尊”“认”“合公”“益”“判”,“这样”“判”“诉”(),“认”

[] *Fok Chunwa*,

[] *Id.*

[illegible]

[] *Id.*

() 根□《□□□》第 条,□□□□□后,《□□□》第 条□□香港原□□依□□效。第 条□□香港□别□□□□□, □判□□□□□□□通□适□地□□□□判□。香港□□□□会□ □□先□。至□欧洲□□□□□判□□香港□□□ 践□□□,□《□□□》□□□□□□□□□□通□□家□□□先□□□□□外,根□终□□□□ Shum Kwok Sher v HKSAR □□ □□扩张,□□《□□□》第三章□□项□□□□□□解□,□□□□家□裁庭□□□□□□□□□□条文□□□□□□文□□ □□判□,□□□□□□□□□□香港□□情□□□□□□□□□□服力□□□。(“

$$[\quad]$$

[]

()

()

到社会经济政策方针,官员当享更裁量。官员社会需求更直接感,原上讲,们比斯拉斯堡法官更合适什么“符合公益”判断。般,尊政选择,这样判断失。〔〕

“孔允案”判标准路径上未突破普通或欧洲先经济社会政案件框架。

(三)“一事一议”的个案审查模式

“孔允案”后,社会士终判果表示担,若援外社会福,如公屋申请资等,港后(申请期七)取得,这会轮候公屋,期香港居活状况雪上加霜。

上,终判已经表社会福项目“申请资整齐划()”感。〔〕体到公屋申请,认,金支付段援项目公屋申请,申请公屋轮候期公屋空量,公屋短缺会导致长轮候期。这满足经济困难士最急迫需,通过金给付援概。〔〕“居港七”公屋申请资,移交前便准入条件,政违。

外,尽管认《》第一条福项当得到障,肯移交前香港居福障项目准入条件足构福上障内容障水平。“”()”原求将精力集援计划讨。判文处调:帮贫济困、经济困难士“社会安全网”、满足居最活需援,任何家福制。包致金官协甚至表态:凡福还任何义话,满足社会员需,体内容。至社会福署福项目,如安政,康服务或少服务等障,(),待未体解,〔〕没统答。调援制社会福政核心地位,表援制区别社会福。这认帮助政府优先安排政动,优公资源配减少绝贫穷。政府更,政府当哪领域给别注,履社会福领域托付政府职责。〔〕

“概”“”“尚需”案查风,整政府福政言,造统改变,福框架冲击。

五、语

“孔允案”社会福署败诉,皆政府建“居港”延长”这制段目标(财政续)间合联,社会福上改变向谦抑场。福如何得到救济,案已清晰查

〔 〕 *Stec and Others v. the United Kingdom*, [],

〔 〕 *Kong Yunming*, ,

〔 〕 *Kong Yunming*, ,

〔 〕 *Kong Yunming*, ,

〔 〕 , *supra* ,

“孔□□□”□□□□□□余，□□，□□□□□□泛□□□亚□□□“庄丰□□”，
□□□□□□长(□□败□□府□)□□□□□□□□，□□□□□□□启□礼□
□□坚□维□□□□□□威；□□□□□席□□□□□□香港岭□□□□讲，□□
□□□□□□□□□□乘□□场，□□罕□，□□另□□侧□□□□□舆□□□□攻讦
□□，□□□□坊□□□□介□□□□□□□□□□。□□□□，□□却□感□□辩白、
澄□□□□。“孔□□□”□逢香港□□□□秋，□□“双□”“□□□”“□奶□”“□□□□”□□
港矛盾□□凸□□，□□香港□□□剧、贫富□□□□□□□爆□□，“□□□”□□
乎“福□□□”□□□□□牵□□□□早□□敏感□神□。□纸□□□□□循□蹈矩，□□
□□，□□免陷□众□□□，甚□□□漫骂□境。□□□□□□□□己□□□□资□配□□
□□□□□，“若□查□□□□□□□，□办□满□□□□□香港□□□□□□□□□□□□□□
□□□袖□旁。”□□场□□凸□□□□“□□□□”□□□□□□□□□□□□□□捍□□□□□(□□
□底□、□缘□□□□□)□已□□□贵，□□与□压□□□□□□精神□□贵。

Abstract: “ ” (“ ”)

Keywords: ; ; ;

(责任编辑:刘 馨)

[] 境 □ □ □ 长 □ 庄丰 □ □ (*The Director of Immigration v Master Chong Fung Yuen*,)

- [illegible]