

目 录

【 】

- · : 舒国滢(1)
- 、 陈永生 白 冰(21)
-
- 逻辑与实践中的《物权法》第 90 条 肖 俊(49)
- 章正璋(62)
- : , ?
- 国际比较视 下的再审思 郭 雳(74)
-
- 以德国公司法规范为镜鉴 杨大可(88)
- : 毕玉谦(99)
-
- 兼驳“人性恶是法治基础”的观点 郭 忠(112)
- “ ”
- 以清末民初民事习惯法典化为例的实证研究 张洪涛(127)
- 《 》“ ”
- 从二元联邦主 联邦主 再 联邦主 何 渊(142)
-
- 以 的 性为中 陈卫佐(156)

【 】

- 王 轶(171)

【 】

- 刘 维(182)
-
- 以司法实践与 法 的 为视 刘仲屹(192)

JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

Serial	No. 144	Mar.	2016	No. 2
--------	---------	------	------	-------

Contents

Articles

- Georg Friedrich Puchta's Construction of Legal Science: Theory and Methodology *Shu Guoying* (1)
- Limitation of the System Reform of the Specified Number of Judicial Personnel
..... *Chen Yongsheng & Bai Bing* (21)
- The Study on the Claim of Real Rights of Immissio *Xiao Jun* (49)
- Three Interpretative Issues of the Legal Protection of Possession *Zhang Zhengzhang* (62)
- Revisiting the Chinese Styled Board of Supervisors: How It Gets Failed? —An International Comparative
Perspective *Guo Li* (74)
- On the Definition of the Concept of Supervisory Independence—By Reference to German Corporate
Legal Norms *Yang Dake* (88)
- Identification and Analysis: Categories of the Systematical Position of the Expert Assessor in Civil Litigation
..... *Bi Yuqian* (99)
- Chinese Theory of Good Nature Is Compatible with Rule of Law: Refuting the Opinion that “Evil Human Nature
Is the Basis of Rule of Law” *Guo Zhong* (112)
- “Bringing Courtesy into Law” and Its Amendment in Modern China—An Empirical Study of Codification
of Civil Customs within the End of Qing Dynasty and the Beginning of the Republic of China
..... *Zhang Hongtao* (127)
- Constitutional Changes to the US “Compact Clause” and Its Implications for China's Regional Legal
Governance—From Dual Federalism to Cooperative Federalism and Currently New Federalism
..... *He Yuan* (142)
- Significance, Methods and Trend of Determining the Law Governing an International Arbitration Agreement:
Focusing on the Validity of an AAr sm f

格奥尔格·弗里德里希·普赫塔的
法学建构:理论与方法

□ □ □ *

摘 要:格奥尔格·弗里德里希·普赫塔是德国历史法学派的代表人物,他提出的“历史法学”、“民族精神”、“习惯法”等概念,对后世法学产生了深远影响。本文旨在探讨普赫塔法学建构的理论基础与方法论,分析其法学思想在历史法学派中的地位,并探讨其对现代法学的启示。文章认为,普赫塔强调法律是民族精神的体现,具有历史性和民族性,这一观点对后世法学产生了深远影响。同时,普赫塔提出的“历史法学”和“民族精神”等概念,为后世法学提供了重要的理论支撑。文章最后指出,普赫塔法学建构的理论基础与方法论,对现代法学具有重要的启示意义。

德意志法,“自称自己是德意志的、共同法影响的法”,其目标是在科学的基础上以与共同法相同的方“重构”所的“德意志共同法”(Gemeines deutsches Privatrecht)。^[8]

艾希霍恩之,“萨维尼派”的重要人物要有科·格林(Jacob Grimm,1785-1863)、^[9]格奥尔格·贝塞尔(Georg Beseler,1809-1888)和奥·冯·基尔(Otto von Gierke,一“萨维尼”,1841-1921)人。格林为萨维尼在马尔堡大学任教时的学生,萨维尼在人格上萨维尼,他并不承其的学说,而专于萨维尼和德意志法律文献的研究,他本人并不承罗马法与萨维尼法(德意志法)之的对立,萨维尼在萨维尼的德国法中除罗马法;^[10]萨维尼称自己是萨维尼的追随者,为自己的思想“萨维尼的基本点”,^[11]并试图萨维尼的理论在萨维尼的基础上重新构造,却萨维尼的理论“从民众活的自由基中发而”的民众法(Volkrecht,文 people's law,一“部落法”“萨维尼法”),萨维尼罗马法在德国的乃“国家的灾难”(Nationalunglück),^[12]称罗马法为“外国”、“异”之法(das fremde, welsche Recht),而萨维尼其“萨维尼的”地位,萨维尼的萨维尼萨维尼的要,为萨维尼派对罗马派的立立了分的理;基尔是19世纪中期历史法学派之萨维尼派的,为罗马法萨维尼德意志法以形,而在形萨维尼的德意志“先的法的”;他同萨维尼的点,从萨维尼法中萨维尼“法的社会任”的点,萨维尼罗马个人萨维尼的法理论,萨维尼萨维尼在“统一”与“自由”两种思想之萨维尼调和。^[13]

不仅此,萨维尼派的法学家们[比,图宾根大学教授奥·路德维希·舍尔(August Ludwig Reyscher,1802-1880)、雷·劳大学教授威廉·德华·维尔达(Wilhelm Eduard Wilda,1800-1856)人]并不足于仅仅作为历史法学派的分支,为萨维尼的《历史法学杂志》萨维尼萨维尼他们的心,针对“法学之萨维尼派和罗马派的

□□ □“□□□□ □□□□”(eine vaterländische Rechtswissenschaft)。^[14] 1846 □, □□
□□□□ □□□□、□□□□□□ □□□□ □□□□ “□□□□”
(Germanistentag/Germanistenversammlungen, 雅 □ · □□□ □□□□), □□□□□ □“□
□□□□□□□□□ □”, “□□ □□□□”, □□ □ , □□□□□□□□□□□□
□, □□□□□□□ □□□□□□□ □ □□□, □□□“□ □ □□□□□□□□”□□□,
□ (□ □)□□□□[“□□□□ □□□”(eine einheitliche deutsche Gesetzgebung)]□□
□□“□□□□ ”(das Schwert)der Gesetzgebung)□□□。^[15]

[illegible]

□□ □□□^[18])□□□“□ □ □”[□□认□,传□□日耳曼-□意□ □(□□民□□□ □□)□ □□□□ □ □□□, ,□□□□□□□ □□□□],□□□□□□ □□□□(Rechtstechnik)□□□□□□□□□。 ,□□□□□□□□□趣□□ □□ (□□)□□□□,^[19]□□□□□□□□,□□□着□□□ □□□□ □□□□□□ □□□□□□□□价□□□, □□□□□□□□ □□□□ □□□□□□□□ □□□□□□“□□ ”(Römischer Ursprung),□ □□□□□,□□意□民族□“□意□□□□□ □”(die römischen Elemente des Rechtsbewußtseins)□□□□些“□□□”或“□□ □□□□□□ □□□着□□□□□□□□生□”□□ ,□□□□些“□ □□生□□□”□□□□ □□□□ □□ □□ □□。

[illegible]

，□□□□□^{〔22〕} □，□ □□□ □□□□□□(□□□□□□□□、□□日耳曼□□□□)□□□□□□□，□□□□着 □□□□□□问□□□□ □。□如，□□□^{〔23〕} □□□ □□□，“民□□”(□□□□□□)□“□□□□”、“□□□□”(das unwissenschaftliche Recht)□“□□□□”(das wissenschaftliche Recht)、“□族□”(eigenes Recht)□“□族(□)□”(fremdes Recht)□□□，□□“□ □□”(Laienverständnis)□“□ □□”(Sachverstand)□ □□□，□□“ □□□民□意□、□ □□些…… □生精□□ □□□□(□□)□□□□□□”□□(贝塞勒语)□□□□问□□，

□□□□□□□□(□□□□□□□□) □ 些□□□□□□□□问□□□□ □□
□□□□□□□□场、 □□□□□□, □ 出□□□□问□□□□, □□□□□□□□业□□□□□□□□□□

[18] 〇〇 〇〇〇〇(別〇意〇〇〇〇〇),〇〇〇〇〇〇〇 〇 〇后,〇〇〇〇〇 〇〇。1495 〇,〇〇〇〇〇〇〇〇〇 廷〇〇(Reichskammergericht),〇〇〇〇〇〇〇〇。〇〇〇〇〇〇〇“〇〇〇”〇〇〇〇,〇〇〇〇“〇〇〇” 〇〇〇〇〇〇〇, 〇〇〇〇〇〇〇 〇〇〇〇〇〇。〇〇上,〇〇〇 15 〇〇〇,〇〇〇 16 〇〇〇开〇〇〇〇 〇〇〇〇〇〇〇〇〇 〇〇,《〇〇 〇〇》〇〇〇《〇〇〇〇》〇〇〇意〇 〇〇 〇〇〇。 〇〇〇〇〇〇〇〇〇上〇〇意〇〇〇〇 〇〇〇“〇〇 〇” 〇〇〇“〇〇〇〇”(〇〇 〇)〇〇 。〇 〇〇〇〇〇〇〇〇〇,〇〇〇〇〇“〇〇〇〇〇〇〇”(Siehe *Bernhard Windscheid*, Das römische Recht in Deutschland, in: Wissenschaftliche Vorträge gehalten zu München im Winter 1858, Braunschweig, 1858)。

[19] 〇〇 〇〇, 〇〇〇〇〇〇《〇〇〇〇精神》〇 1 〇〇 4 “〇〇”〇 〇〇〇〇〇〇:“〇〇注〇〇〇 〇〇〇〇,〇〇〇, 〇〇〇〇〇〇〇〇上 〇〇〇〇〇〇。〇〇〇,〇〇〇〇 〇〇〇〇哲〇〇〇,〇 〇〇〇〇〇〇〇〇〇〇。”(*Rudolf von Jhering*, *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, I., 4. Aufl., Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1878, S. IX)

[20] Werner Krawietz, Zur Einleitung: Juristische Konstruktion, Kritik und Krise Dogmatischer Rechtswissenschaft, in: Werner Krawietz (Hrsg.), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, SS. 3, 6 – 7.

[21] □实，□□□□□观□，□□□，□□□□□□□□□□合，但19□□□□后，□□□□□□□□开□□向□□□□如，□□□□出：□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□或“□□”。□□注□□上□□观□□□□□□□□。□□□□□，□□□□□□□□□□□□□□□□□、□□□□□存□（Horst Heinrich Jakobs，Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht；nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts，SS. 18，27 [□□□□□·□□□□□·雅□□：《19□□□□民□□□□□□》，□10-11□□□20□□】）。

[22] Horst Heinrich Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht; nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts, SS. 90-91 (□ □ , □ □ □ □ □ □ □ □ :《19 □ □ □ □ 民□ □ □ □ □ □ □ □ 》, □ 86-87)。

法”(Gewohnheitsrecht)、“制定法”(gesetzliches Recht)和“科学法”(Recht der Wissenschaft)三种。^[27]习惯法是来自于直接民族的意识,并在民族的习俗(惯习、习惯)中表现出来的法,乃“直接的民族信念”的体现;^[28]制定法又称“颁布法”(promulgirtes Recht),是根据立法权力之符合体制的表达并加以公布的意志而形成的法,此时,立法机关作为民族精神的代表而存在(立法者没有与民族精神或法学家对立的“独特法律意识”);^[29]科学法是一个民族在进步的时代通过科学活动(die Tätigkeit der Wissenschaft)或科学技术工作而形成的法,它是“科学演绎的产物”(Produkt einer wissenschaftlichen Deduktion),即通过科学活动基于其原理(Prinzipien)还原而得,不单单是作为民族精神之代表机关(Organe des Volkesgeists)的法学家加以表述的,不过,因为它通常通过整个民族之一部分法学家之活动而得以彰显,故而又被称为“法学家法”(Juristenrecht),此法主要存乎于法学家的意识之中,并为法学家所

□□“□□□□”□□□□□“□□□”□□□□(das „wissenschaftliche“ Juristenrecht), □□□□。[40]
“□□□□”□□□□(□□□)□□□习惯□, □□像习惯□那□□□□□□□造□, □□威□□足□
□□□□: □□□□□□□□; □□□□□□□□□□原□□□□□; □□□□□□原□□结□
□□确□。[41] □□, 无□□事□□(□□□)□□□□、□□□事□□(□□务)□□□□□□□□
□□□□□□□□□□□“□□”□□□□□, [42] □□□工□□□□简□□□种“□□□□□□□□”(die kahlen Gesetze des Denkens) □□; □□□□□□□□(□□□)□□□“□□逻辑□□□结□”, □种
□□□□□□□□□□□□□已。[43] □□□□□□□□“□□”□□□□□□□□原□、□□□□□□
[“事□□□质”(die Natur der Sache)、 “□□□□”(die juristische Konsequenz) □“□□”(die Analogie)] □□□□□□□□□□。[44]

□□□□□□□□面□，□□“□□”□寻□□□□□□(□□威□面□)□□□
逻辑-□□□质：□□□看□，□□仅□□□□□，□□□□□□□□□概□□□□。^[45]
□□，□□□仅仅□□□□□“□□□□□□□□”(die übereinstimmende Meinung der Juristen)□
□□□□□“通□”(“□□□□□□□□”),□□□□□□□□□种“□□□□□□□□□□□□”(eine „auf wissenschaftlichen Gründen beruhende Meinung“),^[46]它□□□□“□□□□”(rezeptiv)，□
□□□□释制□□□习惯□，□像□何□□□□□□，□□□□“□□□”(Produktivität)，负□“□
种□□□使命”(eine produktive Aufgabe，□□□□，□□□□□□□种□□)。^[47] □□□种□□，□□□
□□，□调□□□□□□ - 习惯□□区□□很□□□，□□□□□□□□□□□□“□□”(□□□
□□□“□误”)□□□事，□□□□□(□□命题)“□□通□□□□□□”□□□“□□(□□□□
□)□威□”。^[48] 那么，□□□□□使命，□□□“□□”□威□□□□□□□□“□□”□可□“□□□
□□□□”(die Vernunftmäßigkeit des bestehenden Rechts)□□□。

[40] G. F. Puchta, Das Gewohnheitsrecht, I., Johann Jacob Palm, Erlangen, 1828, SS. 147, 165 – 166; Christoph – Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, SS. 393, 397; Hans – Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, SS. 188 – 190, 371 ff.

[41] G. F. Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Hrsg. von Adolf Friedrich August Rudorff, Bd. 1, 6. Aufl., Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1873, S. 42f.; Thomas Henkel, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, SS. 72–73. □□[□]□□・□利□:《□□□□原□》,□□□□,□□□□□□□□□□ 2009 □□,□ 506 □。

[42] □□□□，“□□”(Rechtssätze)□通□“□□□□处□”(die wissenschaftliche Behandlung des Rechts)□□□□□□“□□工□”(die theoretische Arbeit)□得□□□□(*Jan Schröder*, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule[1500–1850], S. 199)。□□□□看□，□□□□□□“□□□□□”(das gemeine römische Recht)□□□□□□□□□□□□□□(1837 □□□，□又□它看□□制□□)，□□，□事□□工□□□官□□□□□□可□□□□它□“□□□□”□□□□□□原□□□调□，□□，□□□□□□“□□”□□□□□□□种□□续造(□□□□□□□□□□□□□□手□(*Hans – Peter Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, SS. 448–449)。

[43] *Christoph – Eric Mecke*, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, SS. 393 – 394.

[44] *Thomas Henkel*, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit; zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, S. 86.

[45] Hans – Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, S. 194.

[46] □□□□, □□□□□□□□, □□□□像□□习惯□□□□, □□□□“□□(□□□) □信□□习惯”(Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule [1500–1850], S. 196)。

[47] □□ 19 □□□□□□(□□,□□□·□·□□)□□□,□□“□□□□□”(die „produktive Jurisprudenz“)□□再□足□“□□□□释□□”(die erzählende Darstellungsweise),□□□□□□概□□□达(Horst – Eberhard Henke, Wie tot ist die Begriffsjurisprudenz?, in: Werner Krawietz (Hrsg.), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1976, S. 390)。□□□□调□□□□种□□□□□,□□它□“□□□”仅仅□□它□□□既□□□□□,□□□□它□制□□□(□□[□]□□·□利□:《□□□□原□》,□□□□,□□□□□□□□□□□□ 2009 □□,□ 510 □)。

[48] *Christoph – Eric Mecke*, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, SS. 418 – 419.

[49] Hans – Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, S. 257; Christoph – Eric Mecke, Begriff und System des Rechts bei Georg Friedrich Puchta, SS. 439 – 440. □□□□□, □□□□□、□□□□□□□倡, □ 19 □□□□□□□□□□次 □□□“□种□证□、针□□□□□□□”, □种□□□□□□□□□□看□□□□□□互□□□□□, □□□□□视□□□无 漏洞□□□□“□□”; 它□□□□□“□□”(ratio juris, □□“事□□□质”[Natur der Sache]) □□□□□概□□原□, □□ 借助□□□□□□原□(Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur histo- rischen Schule [1500 – 1850], SS. 245, 269 – 271)。

[51] □□□□□□□□看□, □□□□□□兼□□□□(□□)□□□□几乎□ 18 □□□□□□□□□□□□□□□□(□□
□□□□□□□□□□)□□□看□ (*Jan Schröder*, *Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus
bis zur historischen Schule [1500 – 1850]*, S. 202)。

[53] G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, Bd. 1., § 32, SS. 84–85.

[55]

四、中国法律思想史中的“法权观”问题

中国开“法权观”民族史上问题”或法权观“法权回” (historische Antwort) 这问题不(实际上, 中国法律思想史趣不问题, 中国法律思想史), 中国考察中国“法权观”(das System der Rechtsbegriffe) 问题, 因这中国法律思想史认识到, 中国法律思想史(中国民权主义) 问题。

如上, 中国法律思想史, 中国法律思想史, 中国法律思想史上民族精神产生, 中国法律思想史则(Prinzip des Rechts) 基础上, 这些中国法律思想史将“法权观合”(die Massen von Rechtssätzen) 整中国, 中国法律思想史“法权观”(Rechtsinstituten), 中国法律思想史由中国法律思想史合整中国法律思想史;^[56] 由中国来, 中国法律思想史“法权观”中国来, 因这些中国法律思想史整中国法律思想史素, 中国法律思想史不“法权观特中国法律思想史上中国法律思想史”(ein in besondere Organe sich entfaltender

[illegible]

[62]

法的本质是法权，^[63] 知 论 权，它又是法权、权权权关系 理 的法学概念构成的“学”：知 论 权构建的法学概念，人 权 权 权的法权。^[64]

普赫塔在法权 法概念 的建构中，一种独特的“概念的”（Genealogie der Begriffe）方法，^[65] 种方法权权是通过形权 辑的方权 权要的权象法权（权权）的理 一种概念（die Hierarchie der Begriffe）的建构权。权普赫塔 的话，法学 的 是在 的关 权去权 权 互 权、又权互权权的法权， 权权权权单个法权的“”，权权权权权， 权 权 权权 权权 最 的权。在权的工 中，那权权权在权权法 权权 中的法权 带权权 中， 发权权权，权有权权，法权 “学权权

叫做“道路役权”(Wegservitut)。^[67]也就是说,按照普赫塔的分析,在这里,“道路役权”首先是一项(主观)权(或对标的的一种力);其,是一项“对一个物”的权(物权);,是一项“对一他物”的权,即物的部分属性之权;而物的属之特殊性是物之用,故此,“道路役权”属于“物之用权的谱系”,这个谱系还以断地向下追溯。^[68]

上述方就是普赫塔所讲的“概念的谱系”方法,通过该方法所形成的法就是所的“科学法”。以这样的方,普赫塔也就成功地历史法学派从法律史向现有的法。^[69]

五、普赫塔的“学说纂学”

此,我们向普赫塔有关罗马法,其是有关《学说纂》的阐和体系建构,从中或更够窥普赫塔之理论脉络及其面貌。

如上所述,无论萨维尼、还是普赫塔均认为科学法(或者科学的法学家法)是德国法的重要渊,而这种科学法(法学家)的主要在典时期的罗马法学家们的著作中(说到底,科学的法学概念体系的建构与实在法的关联,法学家抛弃有的实在法凭构建概念体系^[70])。他们和其他罗马派法学家之前的注法学派、注法学派和人文主义法学派以及“《学说纂》之现代应用”中的德国法学家样认真地对待作为代罗马“法学家法”之承载形的罗马法文——主要是优士丁尼的《国法大全》,其中最为重要的(核心)部分就是《学说纂》。^[71]

正为如此,与日耳曼支派试图从日耳曼-德意志法中资()构建法体系之路线同,罗马派法学家们主要通过搜和整理罗马法,以自己的专业工作为德意志民族构建真正属于本民族的富有表达力和精解力的法律语言以及本民族的现代法律,或者尼、斯图斯·泽尔(Justus Möser, 1720-1794)等人所憧憬的一样,构建“科学的”罗马法,编纂一部“新国法大全”(Novum Corpus Juris)或者新的《学说纂》(ein neue Pandekten)。^[72]

沿着这样的理论企图、理路和方法,在历史法学派内部,生成出一种新的、独特的学问风格(Wissenschaftstil),这就是所的“学说纂学”(Pandektenwissenschaft,或者Pandektistik,^[73]也作“德克之学”),该学问的目的是单地注罗马法文本,而是通过“创造性(生产性)的教义学建构”,解(注)优士丁尼的《学说纂》作为超、实的合法性基,以“形、概念的、体系构建的方法”,从中抽出一般的法规则和法概念,并对之体系,形成一种共同法(民法)之教

[67] G. F. Puchta, Cursus der Institutionen, Bd. 1., § 33, S. 88.

[68] Siehe Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 21 ff.

[69] Hans Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 154.

[70] Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850), S. 266.

[71] 根·埃希出,“在《国法大全》中包含的几乎全部法学家法都为伟大的共同法,反,国法的却出奇地”。[奥]根·埃希:《法社会学理》,国,中国大科全社2009年,第203。

[72] Hans Schlosser, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, SS. 149-150; F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1., „Vorrede“, S. XV; ders., Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, SS. 75, 78-79 (汉,弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼:《论立法与法学的代》,第94,第98); Reinhard Zimme

[73]

□□□□□(□□, □□□□ · □□□□□□ · 阿诺□ · □泽) □□, □□□□□□ □□客
□□□□□□ □□权□□类□□据。□□□, □□□□, □□□□□□□□□□ □□□□, □□□□
(□□□□ □□□ □□□) □核□□□权□, □□□□, □□□□□权□□□ □□, □□□□□□□
□□□ □往□□□□ □□□□□□。^[76] □□,(□□)权□□□□ □□□□ □□“□□□客□□□
□”□□□□□; □□“□□□□”(□□) □□□□□ □□□□□客□□□配, □□□配□□□□□
“□□□配客□□□□□□□”(eine rechtliche Macht über den Gegenstand) □□“□□□条赋□□□

[76] □□□□□《□□□梯□□》□,□□□□□□□□,“权□□□(Mensch)□□□(Person),□□□□□□□□加□□□”(G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, Bd. 1., § 28, S. 68.)。

□□□□ □,权 可□通□□□□□ 得□□□,□□权 □□□□面,□□□□种□□□规
□□□□□□□□□□;□□,□□□□□□,□□□□□□□条 □□□□权 □□(rechtliches
Willen)又□□□□□□□,□□,权 □□□□□□□通□□□□□□□决□;□□,□□□□□客□□
□ 种权 □□(□□)□□□配,□客□□□质□□□□□权 ,它□□权 □□□□□□,〔79〕□
□,权 □□□□□□□通□客□□决□。□□,□□□□□权 □类□□据□□□□面:□□□“权
照□□□□□□”(Verschiedenheit der Rechte nach der Stellung der Personen)□□类;□□□“权
客□□□□”(Verschiedenheit der Rechte nach dem Gegenstand)□□类。〔80〕

□“权 客□□□□”□□权 □□□类,□□□□□□“权 □客□”(die Gegenstände der Rechte) □“权 W

“□□性法学方法”(die produktive rechtswissenschaftliche Methode),^[96]其□要□□三个基本的操作阶段:(1)“法学的分□”(juristische Analyse,□要是□□建构),□分□□在法(法律)□□,从中抽象□“法律字□”(Rechtsalphabet,□□□□□的目□),形成□□建构的□术——“法律□学”(die Chemie des Rechts);(2)“□□的□中”(logische Konzentration,□要是□过“联□”(Verbinden)和“□□”(Zusammendrängen)的方法,从□个□有的法条中构建□□;(3)“体系的建构”(systematische Konstruktion),□在自□历史的方法下形□法律□□,建构成一个□□的法律□体(juristische Körper),其外在形□就是法律体系。□林试图□过□述三个基本的操作阶段,构建符□□术地形成“法律□体”的三大法□[□“□□□□□法□”(Gesetz der Deckung des positive Stoffes),“□□□法□”(Gesetz des Nichtwiderspruchs),“法律□美法□”(Gesetz der juristischen Schönheit)],并把“体系的建构”称为“较□□□的法□学”(Höhere Jurisprudenz),□应地,□把“法学的分□”和“□□的□中”称为“较□□□的法□学”(Niedere Jurisprudenz)。^[97]在□里,他□□□同和接□了普赫塔的“形□的□□、建构法学”方法,而□□□□□□法学的理论和方法□□□端[比□,□林在论述□□和法条的□性时有一□□□有□□性:“□□是□□性的,□们自我配对,□□□□□新的(□□)。法条本□□□有□□的□育力(diese befruchtende Kraft)……”^[98]]。□此,□林之学术的第一阶段(1842-1858年)就是在普赫塔的思想影响下成长起□的。^[99]

而□,□是□普赫塔思想的感□和□□,在19世纪中□期的德国法学中□□□现了以构建□法(□法)公理体系为志□的一□法学家,他们□□了大量以“学说□□”为□的具有建构性□的□法教□学专著□教科□,□此而形成了一个我们□□□□□□的学派——所□“学说□□学派”(Pandektisten,一□“□德□□学派”□“□□□□学派”)。^[100]□是个学派,□成了现□□法教□学理论体系的构建,为19世纪末期《德国□法□》的编□□□了□□的理论基□,□现了德国人一个世纪以□□有的“一个□□、一个□国、一部法律”(Ein Volk, ein Reich, ein Recht,□□为“一□、一国、一法”)

[96] Jan Schröder, Recht als Wissenschaft: Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850), S. 249.

[97] Rudolf von Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, II. 2., Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1858, SS. 334-389. 另□ Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 24 ff.; 吴从周:《□□法学与法学方法》第二□,第51-71□,第100-116□。

[98] Rudolf von Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I., „Einleitung“, § 3, S. 40. (汉□,□□吴从周:《□□法学与法学方法》第二□,第11□);另□ Thomas Henkel, Begriffsjurisprudenz und Billigkeit: zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G. F. Puchta, SS. 35-36, besonders, Anm. 180.

[99] Siehe Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, S. 400, Anm. 77 (汉□,□□弗□□·维□□尔:《□□□□法史》下,第387□,□21)。□过,1858年之□,□林的法学□□□□“目的方法时期”(die zweckmethodische Phase),□从□□法学□□□益法学。此时,他□“□□□把法学□□为一门法律□学的□□□体□□”□作是“一□□途”,□□于对“法的本体的□□□识”。□林□□,□活□是□□,而□□为了□活□才□在;□是□□所要□的,而是□活、□易、法感所要□的才□□□□现,□者□□在□□□演绎□□,□□□□法□□(Rudolf von Jhering, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, III. 1., 4. Aufl., Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1888, S. 321)。在《法学□的□□与严□》中,□林专门□了一□文□《在法学□□的□国里——一个□想图□》(Im juristischen Begriffshimmel. Ein Phantasiebild),□□□□其□年思想在内的所有“□□法学”。按照□林的说法,普赫塔□□把他的□多□学,□□把在他之□□世的□□萨维尼□□成了“□□法学家”(Begriffsjuristen)(Rudolf von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, SS. 247-316)。

[100] Reinhard Zimmermann, Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht, S. 14 (汉□,□□□□□德·□□尔□:《罗马法、□□法与□□法:现□的□法□统》,第22□)。

法官、检察官员额改革的思考

陈永生 白冰*

摘要:我国目前推行的员额制改革将法官、检察官的员额比例确定为不得超过中央政法专项编制的39%。从实施状况来看,这一比例过低,导致法官、检察官流失迅速加剧,办案压力大幅上升,并可能导致以审判为中心的司法改革目标异化。从当今世界主要国家法官、检察官人口比来看,我国处于中间略偏上的位置。由于社会主义或前社会主义国家法官、检察官人口比普遍高于其他国家,大陆法系国家普遍高于其他国家,而我国同时兼具这两者,因此法官、检察官人口比不宜过低。从法官人均办案数来看,中国似乎比较低,但实际上,这是因为中国与其他国家法院受理案件的标准、诉讼分流机制、法官与司法辅助人员的比例、法官的行政负担等因素不同;就法官采用普通程序审理案件的人均办案数而言,我国与其他国家大体持平。因此,我国有必要适当提高法官、检察官员额制改革的比列;区分不同地区、类型、级别的法院,确定不同的员额比例;强化配套制度的建设,扩大司法辅助人员队伍。

关键词:员额制改革 限度 法官、检察官人口比 人均办案数

自十八届三中全会以来,司法改革成为我国法律界关注的重点。2014年6月,中央全面深化改革领导小组第三次会议审议通过《关于司法体制改革试点若干问题的框架意见》(以下简称“《意见》”)和《上海市司法改革试点工作方案》。前一文将完善司法人员分类管理规定为“司法体制改革的基础性、关键性措施”,并提出建立法官、检察官员额制;^[1]后一文明确规定了上海市司法改革试点的具体内容,其中一项重要内容就是完善司法人员分类管理制度。在上海市的司法改革方案中,司法机关工作人员被划分为法官与检察官、司法辅助人员、行政管理人员,这三类工作人员的比例被设定为33%、52%和15%。自此,上海作为我国员额制改革的第一个试点地方正式拉开了帷幕。

2014年10月,十八届四中全会公布的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称“《决定》”)将“推进法官专门队伍正规化、专业化、职业化,提高职业素养和专业水平”作为建设高素质法官专门队伍的一项重要内容。2015年2月,最高人民法院公布的《人民法院第四个五年改革纲要(2014-2018)》将建立法官员额制规定为实现“法官队伍的正规化、专业化、职业化建设”的重要措施。与此相类似,最高人民检察院也公布了《关于深化检察改革的意见(2013-2017年工作规划)》(2015年修订版),提出要建立检察官员额制,合理确定检察官与其他人员的比例。

然而,员额制改革在试点过程中引发了不少问题,譬如,不少人担心员额制改革会导致大量年轻法官、检察官难以进入员额,以致出现了严重的法官、检察官“职业潮”;又如,随着立案登记制的推出,

* 陈永生,北京大学法学教授,法学博士;白冰,北京大学法学博士研究生。

[1] 杨维汉:“中央司改办负责人就司法体制改革试点工作答记者问”,引自新华网: http://news.xinhuanet.com/legal/2014-06/15/c_1111149887.htm, 最后登录时间:2016年2月29日。

□受□□数量□幅度增□,□额制改革导□□□些□达□,尤□□城□□□□□□少□面更加峻。那□,□额制改革实施□□状□如何?□推行□□□到底存□哪些问□?□否□必□□适当修正?□当如何进行修正?□□将□□域□相□经验进行考察□□础上,□这些问□进行深□析。

□、□额制改革□□状□问

□2014□启□□□改革□□□来,□□□不断扩□。□□,□□批□□省、□6□,□□批□□省、□12□。2016□2月22日,□央召开□□工□□,决定启□□□批省、□□□□。至□,□□改革□□□全□□□省、□全面铺开。□□□□□况来□,不□省、□□据□□实际,制定□不□□□□□;□□针□□遍□□□□□问□,□□□不□□□策予□□□。□当□,□□□改革□□数举措都得到□□□□□□□□□肯定,但□□额制改革则存□□定□疑虑。□□□□□□□额制改革□□状□存□□问□进行深□析,□□□未来如何进□完□奠定□础。

(一)员额制改革的现状

□□、检察□额制改革□□□突出特□□,□央□□□定□额制改革□□□上限:不超□□央□□□□□制□39%。各□可□□据□□实际□定□额制改革□□□,但可□低□这□□,不能□这□□。□据笔□收集□资□,主□省、□□额制改革□□□□举措参见□表。

表一 部分地区员额制改革试点情况

□	省份	□□批	□额□	备注
1	上海	□□批	33%	
2	□东	□□批	39%□□额□□□全省□筹	省□域不平衡□状况极□□,□□额□□上,粤东□□不到30%,珠□角□则突破39%,经□□□□间□□渡□,达到改革□□。
3	吉□	□□批	省、□、县□级□额□按照34%、37%、40%配备。	(1)□不□级别□□检察□,定□额□ (2)□级□□级领导□额□不得超□□□级领导□数□40%,□层□□级领导□额□不得超□□□级领导□数□50%。
4	潮□	□□批	36%	领导□□检□、□治(□)主□,□□□□公室主□等□层□合行□□□□负责□,如□□□额,必须提□□书面□诺,额后放弃□□□□相□□领导职务。
5	海	□□批	□□□□□额□□38%,□层□□□40%。检察□□□32%	
6	青海	□□批	39%□□	□□□、检察□□□、检察□□□副职□批不进□额

7	山西	第二□	30% 以内	各试点法院、检□院□□入额数控制在□□班子职数的 30% 以下
8	内蒙□	第二□	39%	
9	黑龙江	第二□	、 层检□院的检□官分□为 36%、40% 以下	
10	贵州	第二□	30% 以内	

说明：
本表数据来自笔者收集的资料以及媒体的报道。

□得□□的是,一□ 方在试点过程中,还□员额 例□一步降低,譬□,山西、贵州都□员额确□为 30% 以内。广东省□于沿□ 区法院、检□院办案压力本□就 常大,要□现 39% 的员额制改革 标□为困难,□而采取了□省 筹的方□:对于□济发展□对落□、案件数量□对较少的粤东西 区,其员额 例设□为□□ 30%,而发达的珠三角 区□可以突破 39%。例□,在案件数量□大的深圳 , 中院法官员额最多□超过 60%,各区法院法官员额最多□超过 65%。〔2〕

(二) 引发的问题

1. 人员流失迅速加剧

法官、检□官离职现象在□ 年成为法律界普遍关□的一个□题。 高级人□法院法官、中国应□法学研究所的□昌明博士□对 2 660 名法官就职□□□度□□调查,调查□明,法官群体离职倾□ 常强烈:94.47% 的法官□虑过要离□法院,其中 57.37% 的法官□□□虑过要离□法院,而□手□□离职准备的有 9.81%,从没有想过离□法院的法官仅占 5.53%。〔3〕 据媒体□□,2013 年,□□法院辞职的法官超过 70 名,较 2012 年有明显增加;2014 年共有 105 人离职。最 的数字□令人咋舌,2015 年截□一季度 ,□□法院已有 50 人选择离□,一个季度的离职人数已□ 2014 年一半。〔4〕

笔 □为,□致法官、检□官离职现象□益严重的原□ 常复杂,包括□济待遇、司法环境、工作压力、个人选择□诸多□□。□是, 2014 年以□,各 法官、检□官离职率急剧□升,□与司法改革,尤其是员额制改革的□□有□紧密的关系。 体而言,员额制改革的□□对法院、检□院以下个群体影响最大,最可□使他们□□离职□□。

其一是法院、检□院中没有 任□□职务的□务骨干。对□一群体而言,□□□验丰富, □较重的办案任务,□□于他们没有 任□□职务,□而□□员额制改革过程中□可□无法入额,成为司法辅助人员。同时□□人有□多年积累的工作□验和 人脉,□而从事律□□公司法务□职□□有□势,一旦□□入额,离职的可□ 常大。

其二是工作□久的法院

简称 UNODC)在联合国官方网站公布的统计数据。^[8] 该办事处公布的法官的数据较为完整,达到了 102 国家、地区,但有 21 个国家、地区只统计到 2010 年以前的数据,没有统计到 2011 年至 2013 年的数据,为节省论文篇幅,对这 21 个国家、地区予以忽略。同时,为节省篇幅,下表(表二)只列举 2011 年至 2013 年的平均数,不列举每一年的数据。对于只统计到其中两年数据的国家、地区,取这两年的平均数;对于只统计到其中一年数据的国家、地区,以这一年的数据作为三年的平均数。就每十万人检察官数而言,则采用 UNODC 提供的全部 42 个国家、地区自 2011 至 2013 年的平均数据。

（二）实证数据的比较考察

1. 主要国家、地区法官人口比

表二 2011-2013 年主要国家(地区)法官人口比

[illegible]

24	爱沙尼亚	17.4	65	阿塞拜疆	5.2
25	意大利	17.1	66	阿根廷	4.9
26	葡萄牙	16.9	67	苏丹	4.9
27	蒙古	16.4	68	澳大利亚	4.6
28	瑞士	15.9	69	布隆迪	4.4
29	挪威	14.9	70	墨西哥	4.2
30	丹麦	14.5	71	米加	
31	荷兰	14.3	72	哥	
32	科	14.3	73	爱尔兰	3.1
33	哈萨克斯坦	13.3	74	圭亚那	2.9
34	土耳其	13.1	75	日本	2.9
35	冰岛	13.0	76	秘鲁	2.6
36	摩纳哥	12.4	77	香港特别行政区	2.2
37	阿尔巴尼亚	12.0	78	新加坡	2.1
38	圣多明各	11.9	79	布纳索	1.9
39	巴哈马	11.8	80	菲宾	1.7
40	西班牙	10.8	81	肯尼亚	1.2
41	科瓦	10.8			

说明：
在联合国毒品与犯罪问题办事处公布的数据中，对美国只公布了联邦法官的数量以及每十万人口的法官数，没有公布联邦和各州总的法官数，但该办事处公布了美国自2003年至2007年联邦和各州总的法官数量以及每十万人口的法官数，因而对美国使用2005、2006、2007三年的平均数。

由表11-81可以看出，2011年至2013年，每十万人中只有14.3名法官，排在第32位，处于中间略偏上的位置。每十万人中法官数不仅不高，而且也不稳定，例如，瑞典每十万人中法官数为21.2，是日本的1.48倍；葡萄牙为16.9，是日本的1.18倍，等等。值得注意的是，大陆代表在代会上进行移植和习，法官数量也较高，为24.6，是日本的1.72倍。因此，意大利1988年修正刑事诉讼法，传职权主义基础上左岛模讼葡讼岛模葡港岛模葡右港讼讼讼讼俄岛模讼葡港讼讼讼讼俄岛模

的□门特别行政区(7.5),等等。

2. 主要国家、地区检察官人口比

□ □ 2011 – 2013 □ □ □ □ □ (□ □) □ □ □ □ □ □

排序	国家/地区	每 10 □人口 检察官数	排序	国家/地区	每 10 □人 口检察官数
1	巴 □ 马	80.6	22	英国(□ 格兰)	9.9
2	巴拉 □	66.3	23	美国	9.4
3	立陶 □	25.3	24	□ 典	9.4
4	爱尔兰	24.6	25	斯 □ 文尼亚	9.2
5	拉 □ 尼亚	22.1	26	波斯尼亚和黑塞哥维那	8.3
6	保加利亚	20.1	27	□ 得角	7.8
7	□ □ 利	18.1	28	科索沃	7.6
8	吉尔吉斯斯 □	15.4	29	塞尔维亚	7.5
9	波兰	15.2	30	□ 西哥	6.8
10	哥斯达 □ 加	14.4	31	□ 兰	6.7
11	克罗地亚	14.3	32	□ 门特别行政区	6.6
12	爱 □ 尼亚	13.2	33	德国	6.3
13	□ □ □	13.1	34	安道尔	6.1
14	丹 □	12.4	35	新加 □	5.2
15	黑山	12.2	36	希 □	5.0
16	□ 克	11.6	37	奥地利	4.4
17	中国	11.2	38	意大利	3.1
18	罗马尼亚	11.2	39	□ □ 特别行政区	3.0
19	亚美尼亚	10.7	40	日本	2.1
20	□ 士	10.5	41	菲律宾	1.9
21	英国(北爱尔兰)	10.1	42	□ 亚那	1.5

□ □ :

在联合国毒品与犯罪问题办事处公布数据中,对美国只公布了联邦检察官的数量以及每十万人口的检察官数,没有公布联邦和各州总的数量。其他年份,美国检察官的数据大多不完整,最完整的是1998年,因而本问地区地区地区地据用本问完地区

(三)域外法官、检察官人口比的基本规律

通过前文的研究,虽无法断定我国的法官、检察官人口比是否合理,但是按照目前的司法改革方案,法官、检察官的员额比到39%以下,改革力度显过大。道理很简单,目前,我国法官、检察官的人口比在当今世界主要国家、地区中是中等偏上,大概处于前40%的位置,并不处于前列,即使要予以削减,能够减的幅度也是有限的。而如果按照目前确定的改革方案,我国的法官、检察官人口比会降为全世界最少的四分之一,甚至十分之一的国家、地区之一。有学者可从反面论证:即使按照目前的改革目标严格,我国的法官、检察官人口比也不是世界最少的,仍有大约四分之一、十分之一的国家、地区的法官、检察官人口比比我国高,而且有不少是法治发达国家、地区。例如,就法官人口比而言,还有英国(英格兰和威尔士、苏格兰)、澳大利亚、新西兰、日本、美国、新加坡、我国香港特别行政区等比我国(大陆地区)高。就检察官人口比而言,还有意大利、日本、希腊、新加坡、菲律宾、我国澳门特别行政区等国家、地区比我国高。笔者认为,这种看法看起来似乎有一定的道理,其实是难以成立的。原因在于,判断中国的法官、检察官人口比是否合理,不仅要考虑中国法官、检察官人口比的具体数据与其他国家、地区对比,而且应研究影响法官、检察官人口比的具体因素,并结合这些因素判断中国的法官、检察官人口比是否合理。之所以如此,是因为合理的法官、检察官人员数量最终是由法官、检察官应承担的工作量决定的:法官、检察官应承担的工作量越大,需要的法官、检察官人口就越多;反之,需要的法官、检察官人口就少。而法官、检察官应承担的工作量又与国家的政治传统、司法体制、司法机关的职能、审判方式等密切相关,这些因素不同,法官、检察官承担的工作量就不同,因而需要的法官、检察官人员的数量就会存在差别。本部分对影响法官、检察官人员数量的主要因素考察,并在此基础上研究我国目前确定的员额制改革目标是合理的。

1. 前社会主义国家法官人口比普遍较高

(1)前社会主义国家法官人口比普遍较高

从表二来看,一个明显的规律是,前社会主义国家的法官人口比普遍高于其他国家、地区。在法官人口比排名前27的国家、地区中,前社会主义国家占了17个,约占63%。之所以前社会主义国家法官人口比普遍较高,主要是因为在前社会主义国家,法官、法院承担的职能比其他国家、地区更加广泛。以民事诉讼为例,在其他国家、地区,裁判职能与侦查职能是严格分离的,法官承担中立裁判的职能,不承担侦查的职能,而在前社会主义国家,侦查与裁判职能分离不严格,法官除了承担裁判职能,还有任务协助侦查、起诉机关收集证据,查清事实。对此,不少学者曾深入论证,有学者认为,在苏联的权力结构中,维埃法院作为国家的审判机关不仅仅负责解决社会争端、维护社会秩序,而且属于国家政权机构的重要组成部分,承担着维护国家统治的正统性与正统性的任务。^[9]不仅如此,不少法律也对此作出了明确规定。例如,《民事诉讼法典》第3条“起诉民事诉讼和揭发犯罪的任务”明确规定,不仅检察长、侦查员和调查机关,而且法院,在发现犯罪形式的时候,都有责任在自己的职权范围内起诉民事诉讼,采取法律所规定的一切措施来查明事件和当事人,并使他受到惩罚。^[10]

[9] 王建国:《列宁司法思想研究》,法律出版社2009年版,第260页。

[10] 《民事诉讼法典》,张军等译,中国政法大学出版社1989年版,第2页。

(2) 检 官 
从表 来□， 主义国 的检察□人口 也 较□。在检察□人口 排□ 20 的国 、
□中，

起诉 副本送达被告及其辩护人,并通知被告方 证。在庭审过程中,法官不仅负 主持法庭审判,而 主 法庭调查与法庭辩论:出示哪些证、不出示哪些证、何种顺序出示证、对被告人的讯问、对证人、鉴定人等的询问,等等,法官 ,控辩方 有在认为法官对证的调查、讯问、询问不充分时可以申请法官 , 性的调查、讯问和询问。^[12] 此可 ,在大法系国家,法官承担着 为繁重的 。而在 法系国家,刑事诉讼奉行起诉状一本主义,检察机关在 起诉时 一纸起诉 ,不得 证材。在法庭审判过程中,控方的证 控方出示,辩方的证 辩方出示;法庭调查以及法庭辩论的范围、顺序、方 ,包括对实物证的出示、对被告人的讯问、对证人、鉴定人的询问等, 控辩方 定,法官 负 对控辩方的 议 裁,以及在认为控辩方的讯问、询问不充分时 讯问、询问。 此可 ,在审判阶段, 法系国家法官承担的 大 法系国家法官轻得多。

(3) 陪审方式的差异

众所周知,就陪审的方 而言, 法系国家通常采用陪审团制,而大法系国家通常采用 审制,这种不同的陪审方 对法官员额的要 是不同的。

第一,法官与陪审员分工不同, 致对法官员额要 不同。在 法系陪审团制度下,陪审团裁 事实问题,法官裁 法律问题。就刑事诉讼而言,陪审团 定定罪问题,法官 定 刑问题。 此可 ,在实 陪审团审判的案件中,法官大致 承担一半的审判任务。而在大法系 审制下,法官既 与事实问题的审理,也 与法律问题的审理,这意 着法官承担的审判任务大致是实 陪审团审判方 的 倍,因而大法系国家 要的法官员额 通常 法系国家多。

第二, 与陪审团审判的法官与 审制合议庭的法官数 不同 致对法官员额要 不同。在陪审团制度下, 要 一名法官与 干名陪审员,通常是 12 名陪审员共同 成法庭。而在 审制度下,通常 要 干名法官与 干名陪审员共同 成合议庭。譬如,在法国,重罪法院对重罪案件的审理采用陪审制,重罪法院陪审庭 3 名法官与 9 名陪审员共同 成。在德国,对刑事案件的审理有大陪审法庭与 陪审法庭 种方 , 陪审法庭 1 名法官与 2 名陪审员 成;大陪审法庭 3 名法官与 2 名陪审员 成。^[13] 既 采用陪审团审判, 要 一名法官 与,而采用 审制方 审判,通常 要 2 名以上的法官 与,那么采用 审制的大法系国家、区 要的法官数 通常多于采用陪审团制的 法系国家、区。

(四) 对中国的启示

就上述影响法官、检 官人口 的 项因素而言, 国 者同时 具,这 定 国的法官、检 官人口 不宜降低过多,绝不宜降低到与那些既 社会主义或 社会主义,也 大法系的国家、区持 的程度。 国司法 革确定的 39% 的员额目标如果 格执 , 致 国的法官、检 官人口 低于 所有 社会主义国家,也低于 所有典 的大法系国家,是不 合 国的。

[12] 如《法国刑事诉讼法典》第 309 条明确规定:“审判长有 维护庭审 并 挥(direction)庭审。”第 312 条 一步 定,检 院以及各 事人的律 有向审判长 出 , 可以向被告人、民事 事人、证人以及所有被传 出庭的人 问。同注 11 ,第 237 - 238 。《德国刑事诉讼法典》第 238 条“主持审理”明确规定:“审判长主持审理、询问被告人和调查证 。”《德国刑事诉讼法典》,宗玉琨 注,知识产 出 社 2013 年 ,第 191 。

[13] 宋冰:《读本: 国与德国的司法制度及司法程 》,中国政法大学出 社 1999 年 ,第 169 。

1. 我国仍然是社会主义国家,这决定了我国的法官、检察官人口比不宜太低
首先,与其他大陆国家一样,在我国,法院仅仅是一个裁决纠纷、解决争议的机关,又是一个打击违法犯罪、维护稳定的机关。在我国实践中,许多法院被要求扶贫维稳、招商引资形形色色、千奇百怪的任务,就法律层面而言,国家确实要法院除裁决纠纷外的许多政治、警务。譬如,我国《法院组织法》第3条明确规定:“人民法院的任务是审判刑事案件,通过审判活动,惩罚一切犯罪分子,解决民事纠纷,保卫无产阶级专政制度,维护社会主义法制秩序……教育公民忠于社会主义祖国,自觉遵守宪法法律。”既在我国,法院承担许多国家法院多的职能,法官人口就宜太低。

其次,与其他大陆国家一样,在我国,检察院仅是一个刑事公诉机关,又是一个法律监督机关。在我国刑事诉讼中,检察院不仅要与公诉机关的()侦查、审查起诉、出庭提起公诉职能,而还要审查批准逮捕、审查延押期限、对诉讼参与人就侦查机关的强制措施、诉讼程序审查职能,而在英美国家,上面几项职能都由检察院承担。既在我国,检察院承担许多国家检察院多职能,检察官人口就宜太低。

2. 我国的司法制度仍然具有强烈的大陆法系特征,因而法官人口比不宜太低

我国诉讼制度主要是清末逐步移植西方诉讼制度建起来的。清末对西方诉讼制度的移植主要办法的是法国、德国、日本,有强烈的陆法系特征。1949年新中国成立后,中央人民政府废除国民党政府的《六法全书》,建立新司法制度。此后,几乎所有法律制度,包括诉讼制度都参照苏联为移植的对象,而苏联法律制度本质上是陆法系的,因此中国法律制度本质仍属陆法系。1979年刑事诉讼法、1982年民事诉讼法制国家的改革刚刚启动,对外法的移植非常有限,而民法仍主要参照苏联诉讼制度。20世纪90年代中期启动的司法改革,包括1996年对刑事诉讼法的修改,在保留职权主义的前提下,吸收英美法系当事人主义的一些合理做法,主要是在庭审方式方面由审判方式改革为对抗制。2012年刑事诉讼法的修改在1996年刑事诉讼法的基础上,又对职权主义的方面“回调”,恢复职权主义诉讼的一些做法。总而言之,笔者认为,我国刑事诉讼无论是从法规看,还是从实践运作看,仍有强烈的陆法系特征。

(1) 从司法理念来看,我国仍然属于大陆法系

首先,从诉讼理念看,陆法系偏重实体,英美法系偏重程序,而我国诉讼制度对实体与程序的重视,对大陆法系国家而言,有过之而无不及。从法律层面看,我国《刑事诉讼法》第1条^[14]对刑事诉讼的规定的规,强调惩罚犯罪,本身没有强调程序公正。从实践看,《刑法》得到严格的遵守,而《刑事诉讼法》一直“被轻视”。而且,超期羁押、侵犯人权等现象一直屡禁不止,我国在诉讼理念方面过重实体公正,而轻程序公正。

(2) 从诉讼模式来看,我国仍然具有强烈的大陆法系特征

第一,从起诉方式看,我国一直没有像英美法系的起诉状一本主义。在1979年《刑事诉讼法》

[14] 我国《刑事诉讼法》第1条规定:“为保证刑法的正确实施,惩罚犯罪,保护人民,保障国家安全,维护社会秩序,根据宪法,制定本法。”

《刑事诉讼法》典型职权诉讼模式，诉讼卷移送，检察院公诉，案卷材料移送院。1996年修《刑事诉讼法》吸收抗制诉讼模式，诉讼面改革，缩小检察院移送案卷材料范围，没美国起诉状。2012年修《刑事诉讼法》诉讼面“调”，恢复卷移送。

□□, □审判模□□看, □□□□□强烈□□陆□□征。□□□□□□, □ 1996 □修□刑事诉
讼□, □□□审判模□□面□吸收□□美□□□□□□, □□□□□□控辩双□举证、质证□□抗
制审判□□, □无□□□□□□□践□看, □□□审判模□仍□呈□□强烈□职权□□□征。

□□，□□□□看，□审判□，□院□权□□询□证□、鉴□□□。□典型□□美□□□□，
□庭审判□□□，□证□、鉴□□□□□□□控辩双□□□□，□官□□□控辩双□□□毕，
□□□□，才□□补□□□。□□□□，《刑事诉讼□》□□最高□□□□《□□□□<□华□□□□
□刑事诉□>□□释》□简单规□，审判□□□权□□害□、证□、鉴□□□，□没□规□□□
□□。□□味□，审判□□□□害□、证□、鉴□□□，既可□□□控辩双□□□□毕□，□可□□
□□□□□□□□控辩双□□□□。既□审判□□□权□□□□害□、证□、鉴□□
□，那□□□陆□□职权□□□□高度□□似□。

□次,□□践□看,□官□常积□□助检□官□控诉职□。□典型□□美□□□□,控、审职□□区□□常清楚,控诉职□□检□□□□使,□官□负□□□裁判,□□使控诉职□。□□□□,□□刑事诉讼偏□□□□□□□□□□没□改变,□院仍□□□□□□打击犯罪□职□,□□□践□,□官□常积□□助检□官□使控诉职□:□检□官讯□、询□□□□□□积□补□讯□、询□;□控□□□□证据□足□证□□□□□罪□积□□□庭□调查,收集证□□□□□罪□证据;□□通□限制□□□□使辩护权,□助控□证□□□□□罪。□□可□,□□□□陆□□□□□□□,□□□官□仅□使□裁判职□,□□□□□□助控诉□查清案件事□□职□。既□□□□官□□□职□□□□□陆□□□□□□,□□美□□□□□□□,需□□官□数量□□□□□□□,□官□额□例□□宜降得□低。

(3)从陪审方式来看,我国仍然实行大陆法系的 审制

□□□□,□□审制□,□官既□□□□□题□审□,□□□事□□题□审□,□□□常需□□名□□□□官□陪审□组□□议庭,□□□□□陪审团审判□言,□审制客□□□□□官□额□日高□□**5**□**T**□**T****IE**/□□□□□**T**□**T**□□□□□**5**□□□□□□□□□□**5**□□□□□**9**□**5**□□□□**T**□□□

决,才□ 公□的□命、□、财□□ 权利。□ 、区,□ 违法、犯罪□ □□惩罚,□□违法、犯罪□ 质轻、数额少,都□□□ 法院□□。□□ □ , 通常□ □ 处理的□通违□,□超、超载、违□ 、□ 安□带□, 、区,□都□□ □法院裁决。□ ,2013 ,美 州 审法院 □理案件9410万件, ,□通案件(Traffic/Violations) 占 半 □, 5110万件,高达54%。^[23]

□通违□案件□ 事□ 、证据□ ,□ □□ 议,□ 般□法官 听取□ □□□ □决□,通常□需 几□ ,□□几 □可 □裁决。□□ 1954 制□ 审理 类案件的《□通案件□ 审判 序法》。 □□ 序审理 , □、检□官、法官 □ 公, □ 处理□□□□检□官,检□官□审查□ 符□ 诉条件的□□法官,法官确□ □ 没 议的,□ □□ 序□□审理。 法 审理 序没 □ 确规□,□ 法院□ □□□ 可。通常,法官 听取 □□ □、辩护 辩 ,□ 调查 证据,□□ □ □决□。 □ □ 序审理无需 □□□裁判 □,□需 《□通 证》,□《违□□ □通法案件 处理的通 □ □》□可。^[24]

2. 对一般违法行为的定性 with 处理程序不同

违法□ 的处罚, 通常□□“双罚制”: □的□ ,□ 数额□ , 节□ ,□ □严 , □ 违法,□ 警安、务、 监□□执法 按照治安□理处罚 序□□ 处罚 序□□处理;□ 数额 , 节 ,□ 严 , □ 构 犯罪,□公安 法 按照刑事诉 讼 序□□处理。 、区,情犯罪的□□仅包含质的□□,□包含量的□□:□ □□ 符□犯罪构 件的□ ,□□数额、节、□ □何,通常都 □ 构 犯罪。□□ □ , 、区,犯罪案件的数量□□ 。譬□,2013 美 州 法院□理刑事案件的数量 1950万件,^[25] ,美 邦 层法院□理刑事案件的数量 39万件,^[26] □加 1989万件。

据《 法 鉴》公□的 数据,2013 , □ 法院□理刑事案件的数量 97万件, □ 美 的1/20。

□ , 、区□量的刑事案件 ,绝 数都 轻罪,□□ □公安 处理的 治安案件,□ □ □ 执法 处理的□ 处罚案件, □ 的□□□公检法 侦查、 诉、审判的案件,□ 罪案件 率很低。譬□, 美 , 罪案件,□可□判处1 , 徒刑 □刑 罚的案件 般□□20%。美 □ 州法院 □ 2013 美 32 州□ 刑事案件 罪 案件的数量:□ 刑事案件的总数 :12 127 325 件, 罪案件 2 395 031 件, 罪案件 率(罪率) □ 19.7% ,□□20%。^[27]

□ 绝 数轻罪案件控辩双 □议□ ,事□ ,证据确□、□ , □□殊审判 序处理□ 可, 的□□无需 □言 □审理,□ 审判 度 常 。 ,笔 □ 详 。

[23] Court Statistics Committee & Conference of State Court Administrators, *supra* note 17.

[24] [□] 官 :“刑事 序的简□”,载[□]西原春□□《□ 刑事法的 □色——□ 法学 □ 刑事法》, . 法 □□ /□ . 1997 □□□, 414-415 □。

[25] Court Statistics Committee & Conference of State Court Administrators, *supra* note 17.

[26] <http://www.uscourts.gov/statistics/table/na/federal-court-management-statistics/2015/06/30-3>,最□登录 □:2016 2 月29 □。

[27] http://www.ncsc.org/Sitecore/Content/Microsites/PopUp/Home/CSP/CSP_Criminal,最□登录 □:2016 2 月29 □。

（二）诉讼分流能力不同

1. □ □ □ □ □ □ □ □ □ □

[illegible][illegible]

(2) 辩(告)争不、()、微、刑

许、,辩(告)争不、()、微、刑不刑,、争不民、行、意见基础上,用书式进行,须用式,这也提效。式辩交。辩定罪刑问后,经,如认罪告罪辩、愿基础上出,且察指定实础,辩出,。 (Bureau of Justice Statistics) 布,1984,邦用辩交式刑上,1995 84%。后,邦用辩交式刑上,1995 90%,后进上,1999 至 2001 持 94%。^[33] 《报》布,近,邦 97%, 94% 用辩交式。^[34]

辩交后,不、也辩交合因素,辩交特讼。如意“当求适用刑罚”(《意刑讼》章), (“刑讼”七),等等。

辩交,、些主进行书、特,如日刑讼(《日刑讼》)、罚(《刑讼》章)、意罚(《意刑讼》章),等等。

(3) 英实行传讯 (arraignment)。

式英实行传讯 (arraignment)。英删讼,察提后,定日告进行传讯。传讯,向告宣书,然后求告进行辩。如告辩罪,且告辩意义后,愿辩罪,将不定罪问进行,进行刑;如罪行微,出。实来,由告愿辩罪,因传讯提效极意义。英, 2014-2015 《署报告》(附 D) 布,刑 563 625,告出认罪辩 432 033,认罪辩 76.7%;刑 100 865 然告出认罪辩 72 527,认罪辩 71.9%。^[35]

[illegible][illegible]

• 38 •

195 028 人, 辅助 4 595 人, 书记 82 213 人) 只 86 808 人,^[43] 辅助 1:0.45, 平均 每 不够配 书记 只 十 , 甚至几十 。

(四) 行政负担不同

只 决 纠纷 机, 不 改、行 ；即 认 实 正义 职责, 也 公正 决 实 。 且, , 平 , 间 平等, 不存 上 管 , 因 且合 或 意见, 即 书 布, 不需 报请 审批。因 , , 需 行 此 。 然, , 则 繁 行 管 , 如 所, , 不 着 决 纠纷 且 义 助 级党 完 “ ”, 譬如, 扶 稳, 征 拆, 甚至招 引资, 等等。 , 类似行 机 上 字塔 , 许 (), , 合 都 权 出决定, 必须报请上级 批准。譬如, 改革 , 所 书都必须经 、 审核才能签 疑难、 、 必须报请 、 审批, 提请审 委 讨 , 甚至向上级 请示, 请 级党 进行 , 等等。这 繁琐 审核、 序 增加 、 合 量, 降低 诉讼效率。实践, 许 审 经 只需 四 小 , 甚至 小 , 但 受 后 经 需 月, 四 月, 甚至更 间才能 出 , 因即 。 改革 实 “ 审 、 由 责”, 因 当 措 施, 削弱, 甚至 , 审 委 , 上级 , 及 级党 合 及 审 进行审批、 权 然 布 改革 来, 级党 、 上级 、 审 委 、 审批、 讨 权 化, 、 审批 权 不 弱化, 反 进 强化。而 , 、 审批 权 , 人 民 2015 9 月 21 日 布 《 完善 人 民 责 若干意见》虽然 、 审核签 书 权 ,^[44] 规定“ 审 委 讨 决定 , 、 副 、 未 参加审 书不 进行审核签 , 但 规定 、 审 进行监督 管 权 , 规定, 下 四类 、 、 权 求 或 合 报告 进 评 : (1) 群 纠纷, 能 稳定 ; (2) 疑难、 且 上 ; (3) 或 上级 类 决 能 生冲突 ; (4) 或 反映 违 审 行 。 、 监督、 管 权 强化将导 合 审 需 、 审批 例增 , 序更加 , 增加 合 力、 量, 增加 额 求。

[43] 陈陟云等:《 类管 改革 》, 出版 2014 版, 85 页。

[44] 《 完善 人 民 责 若干意见》6 条规定:“ 审 委 讨 决定 , 、 副 、 未 参加审 书不 进行审核签 ”

通□□□□□,已□□得□结□:□□□次□□□□□□官、□□官□□□确□□□得□□□□□□□□□□制□39%,□□□□,□□□□□调。

[illegible]

□ □ □ 50% □ □,这意味着,□用□通□ 审□ □案件□ □ □ 34 件。^[45] □ □ □ □ □、□区 □官 □ □用□通□ 审□案件□数 □ 低□这□数字。譬如,□据 □ □ □ □院□ □公布 □ □数据,□ 2014 □ 7 月 1 日至 2015 □ 6 月 30 日□ □ □ □ □度, □ □ □ □区□院受□案件□ 数 □ 374 791,当□,□ □ □ □区□院□官□ 数□ 677 名,平均 □ □官□ □案件□数 □ 554 件。□实 际上,由□存□着 □ □诉□ □ □制,□高达 96.9% □案件□用正式审判□ □ □ □ □处□,□ 用正式审判□ 审□ □只□ 17 □案件。^[46] 再如,□据 □ □院网公布□ □ □数据,□ 2009 □至 2013 □, □ □ □上诉□院审□ □案件数□别□ 1 367 件、1 208 件、1 349 件、1 381 件、1 259 件,□ □ □间, □ □ □上□院□ □官□数□ □ □ 179 □(□区上诉□院□官 167 名、□ □ □回上诉□院□官 12 名),^[47] 名□官 □平均□案数 □别□ 7.64 件、6.75 件、7.54 件、7.72 件、7.03 件。^[48] □ □ □ □、□区也□ □如□。如□ □ □,2012 □,日□ □ □庭裁判□ □ □各级裁判□ □受□各类诉□案件 1 099 699 件。^[49] □日□简 □ □适用率□ □ 92% □ □,^[50] 据□可□推□出,2012 □,日□ □用 正式审判□ □案件□ □ □ 87 976 件。□据□合□公布□ □ □数据,日□ □ □ □官 3656 名,^[51] 平均 名□官 □ □用□通□ 审□案件□数 □ 24 件,这□数字□ □ □ □次□ □ 革□ □ □ 34 件□ 少 12 件,低 42%。

(二) 区分不同地区、类型、级别的法院,确定不同的员额比例^[52]

1. 不同地区、类型、级别的法院,法官办案压力不同

(1) □ □ □ 的法 □,法官 □ □ □

□ □,不□省、□、□治区□ □院,□官□案压□ □别很□。由□ □ □不□ □区,如城□ □ □ □,东 □、□ □ □ □ □区,经济□ □ □度□别很□,因□案件数 □别

表四 2011 年各省、市、自治区法官人均办案数

□ □	□、□、 □治	□ □均 结 □	□ □	□、□、 □治	□ □均 结 □	□ □	□、□、 □治	□ □均 结 □
1	上海	122.5	12	□徽	59.4	23	□ □	38.2
2	浙□	110.0	13	□疆	58.0	24	□ □	37.8
3	□ □	105.1	14	□川	56.9	25	陕□	36.5
4	□苏	100.5	15	辽宁	52.8	26	□ □	35.6
5	□东	95.0	16	吉□	51.8	27	□ □ □	32.7
6	□庆	93.6	17	海	48.2	28	甘□	32.7
7	福□	88.4	18	云	46.9	29	□海	25.9
8	□东	75.3	19	□ □	44.2	30	□ □	25.3
9	□津	63.2	20	□ □古	43.8	31	□ □	17.8
10	宁□	60.1	21	河	39.0	全□ □ □均结 □		57.9
11	河□	59.7	22	□	38.3			

说明：

1. 本表数据来源于《中国各省份法院办案效率排行榜》，引自：http://mp.weixin.qq.com/s?__biz=MzA5MDQyNzQ3MA==&mid=404291354&idx=1&sn=ee5bcc089cfdea2

• 43 •

[illegible]

3. 2009 年 1 月 1 日起，对增值税一般纳税人销售自产农产品免征增值税。

既□□□□区、类型、级□□□院，□官□均□案数□□，那么□□□□据□官□案数□□□，确
□□□□额□例：□□均□案数高□□院，□确□□高□□额□例；□□均□案数低□□院，□确□
□低□□额□例。□□□，□官□额□例□高低□□□既往□官□均□案数□□□□□。□□□□
□，□□□既往□官□均□案数越□，□□□□院□案件数量越□，□□确□□高□□官□额□，增加
□官数量，才□使□官□均□案数恢复□□状态，□□保障审判、执□□质量。□□，□□□既往□均
□案数□距□□，□□□□□□院确□□□□□官□额□，□□□□既往□均□案数□□□□院依□面
临巨□□压□，□□面临□□□压□，□既往□均□案数少□□院依□□□□官□案数量□足、□□
闲置□□题。□□，□确□□官□额□□□□□□□□□□既往□官□□案数□，□□□□虑案件□诉讼□序
□复□度、□□□□院□□□职□□□□□□□□□□□□□□，□□确□□□官□额□□□□□□□□□□虑既往□官□□
均□案数□，既往□均□案数

2571431f8291T60ITt0.2857m0-9.2571r10.2843Tm

然,这 常不合理。其次,有些省、自治区虽然对各法院确定了不同的员额,但别过,没有反映各法院办案压力的真实别。譬如,如 所述,广东省的定,粤东区法官员额制革标可以低于30%,而珠三角区则可以高于39%,深圳各区法院法官员额最多还可以到65%,但实际上,如 文所述,2014年,深圳法院受理的案件是粤阳江的13倍之多,员额制革标低于30%与最高65%的别然没有反映法官办案压力的真实距,是不合理的。

(2) 对不同类型的法院,也应确定不同的法官员额比

从笔收集的来看,中央对各省、自治区以及省、自治区对各下级法院在确定员额制革标的时候,本上没有考虑不同审判庭既审判压力的别。而如 所述,民事、刑事以及行审判庭法官人均办案数别很大,审理民事案件法官的办案压力大致是审理刑事案件法官的2倍,是审理行案件法官的5倍,对这三种法庭确定相同的员额制革标然不合理。

(3) 对不同级别的法院,同样应确定不同的法官员额比

值得肯定的是,有些省、自治区在确定不同法院法官员额时考虑到了不同级别法院审判压力的别,定层法院的法官员额应当高于中级法院和高级法院。譬如,从表一来看,海南省定,高级法院和中级法院法官员额为38%,层法院为40%;吉林省定,省、县三级法院法官员额分别为34%、37%、40%。但是,大多数省、自治区没有考虑到不同级别法院审判压力的别,而是对三级法院定相同的员额,这然很不合理。外,就考虑到不同级别法院审判压力别的省、自治区而言,对不同级别法院员额别的定普过,与不同级别法院审判压力的别不成。从文表六来看,如以山东为,那么层、中级、高级法院法官人均办案数之大致为5:2:1,而述海南的定,高级法院和中级法院法官员额相同,是38%,层法院少2%,然没有反映不同级别法院法官办案压力的真实距。当然,考虑到上级法院审理的案件一下级法院审理的案件重大、复杂,并且上级法院除审判责,还了对下级法院进行监督的责,那么三级法院法官员额的别可以于既人均办案数的别,但是完全不考虑既人均办案数的别,或虽然考虑了,但是对三级法院定的员额别过,是不妥当的。

(三) 强化配套制度的建设,有效扩大司法辅助人员队伍

文对域外相关制度与实的考察表明,其他国区法官之所以能持较高的审判效率,名法官年能处理较多,甚至天的案件,是因为有完的套机制作,如充足的司法辅人员队伍,发达的诉讼分机制,等等。我国本次进行员额制革就意在借法治发达国区的先进经验,实现法官的精英化。但是,司法制度不同成部分之间是一个有机联的整体,要实现法官精英化,在减少法官员额的同时,必须同时建立、完其他套制度,如扩大司法辅人员队伍,完诉讼分机制,减少法院内部的审批程,等等。

应当说,有关策部门还是注意到了套制度的建设问题,譬如,就刑事诉讼而言,在2012年修正的刑事诉讼法从立法层面大幅度扩大简易程序适用范围的基础上,有关部门又于2014年6启动了刑事案件速裁程试点工作,并进一步推动被告人认罪认罚从宽处罚制度的试点。然而,笔认为,的司法革方案对建立相关套制度的划存在很多不足之处。正如 文所分析的,最高人民法院于2015年9月21日发布的《关于完人民法院司法责任制的干意见》,不仅没有弱化法院内部的审批机制,反而进一步化了院、庭对独任法官与合议庭的监督、管理,这不仅不利于实现司法正,对提高审判效率也常不利。

此外,在司法辅人员队伍的建设方面,本次司法革也存在重视不足的问题。如 所述,在其

他国家、地区，法官与司法人员之比为1:0.45，两法官配一司法人员。这意味着，在我国，法官实际上从数量上多本应少于司法人员，如法官、书记员组成的司法队伍，这是导致我国法官人口比例及其他国家、地区的重要方面。应该说，我国有关部门也注意到了司法队伍建设的重要性。在1999年10月，最高人民法院发布的《人民法院五年规划》就要求我国以前长期实行的法官、书记员、司法辅助人员升迁法，切断这三者之间的升迁通道，书记员升为法官，对法官、法官助理、法官助理助理的职务进行管理。2003年10月20日，中共中央组织部、人事部、最高人民法院联合发布了《人民法院法官管理办法(试行)》(以下简称“《管理办法》”)，对聘任制法官作出了规定。2004年9月，最高人民法院发布了《关于在部分地方人民法院开展法官助理试点工作的意见》，正在北京、上海、广东、福建等18个法院开展法官助理试点工作。^[56]2008年，最高人民法院在12个省、市、自治区开展了800余个基层法院法官助理试点工作。

然而，于法官、书记员以及法官助理的建立在实践中重重，法官、法官助理跳槽现象非常严重，不稳定。如前所述，2012年，全国一共有195028名法官，而书记员有82213名，法官助理有4595名，三者之比为42:18:1左右，司法人员队伍实践的要害。书记员之所以不稳定，笔者认为重要原因有以下三点：第一是身份歧视。自2003年颁布《管理办法》之后，法官在我国实践中出现了多类身份：法官、聘任制法官、法官助理派遣等同类。除法官外，大多是在《管理办法》实施之前招的，具有中政法专项编制，属公务员，其他类具有公务员身份。后三者中，聘任制法官具有公务员身份，但多具有事业编制，而法官助理、法官助理派遣具有中政法专项编制，也有事业编制，属于劳动合同制。法官助理派遣至与法官之合同关系有，而是与法官助理派遣公司之间存在合同关系。第二是升迁狭窄。这体现为两个方面：首先，书记员升为法官助理，法官助理升为法官，内部升迁渠道被堵死。其次，职级升格困难。《管理办法》第15条规定，最高人民法院法官的职级配备为正部级，高级人民法院法官的职级配备为正厅级，中级人民法院法官的职级配备为正科级，基层人民法院法官的职级配备为科级。第三是待遇过低。在多数法院，尤其是法官助理以及法官助理派遣人员待遇非比寻常，有法官的一半，至三分之一，十分之一。

我国以前对法官、书记员以及建立法官助理制度的问题存在重数量、轻质量的问题，而本司法制度要司法人员的建设，司法有关部门就应以司法人员的建设为目标以及有质量的司法。如，法官、法官助理与法官之比应持什么比例？应采取哪些不同于以往的司法，以有解决司法人员稳定的问题？等等。但可惜的是，目前的司法方面对这些问题的回答有作出明确。

就法官与法官助理、书记员的比，笔者认为，至少应1:1:1，也即法官至少应有1名法官助理、1名书记员，共两名司法人员协助其工作。之所以法官至少应有两名司法人员协助其工作，是为在司法体制成后，也即在合理状态下，法官要开庭、阅卷及关的工作，如前阅卷、阅卷、持法、写文书等，工作负担对于以前有所减轻；而

[56] ：“法官助理力中国法官向职业”，《法日报》2008年11月2日，第002。

□□辅□□□则□□□□ □指导□ □□□辅□□工□,如□□ □指导□审 诉讼材□,□□庭□证□交 □,□□庭□调□□草拟调□□书,□□财产□全□证□□全措施,委托□定、评估,等等,工□□很□。

[illegible]

五、结 □

由上析可见, 改革将、检察 额 定不得 央 制 39%, 存不少问 , 必 进行反 检 。

□□,□实□来■,这可能导致许□□富□□但没□行□□。□□、检察□“降□”□□。□□、检察□□,□□许□□□□、检察□□率□幅上升;□层□、检察□均□数进□上升,□□登□制□□夹击□□,不堪□负;□□压□□,□□□可能千□百□简化开庭审□□,主□靠□□□、书□□庭□阅□来□,□□□审□□□□□□□。革□远如水□镜花。

□, □域□经验来■, □□、检察 □。民□□□□□言, □□主□□□、□ □ □□间略偏上□□□, □□□□□□□□适□。□□ □均□ 数来■, □□虽然低□很□□□, 但这主□ □因□□□□□□□□□ 受□ □□□□□□、诉讼□□□制、□ □□□辅□□□□□□、□ □行

负 等因素不 。实际上,就法官采用普通程序审理案件的人均 案数而言,我国与其他国 大体持平。

此外,当 的 革方案对我国不 区、不 类 、不 级别的法官 案压力的 别也考虑不足。人据本文的研究,法官人均 案数最多的上海是人均 案数最少的 的近 7 倍;审理民事案件法官的人均 案数大致是审理刑事案件的法官的 2 倍,是审理行 案件的法官的 5 倍;中级法院、高级法院、最高

ä



□,□□□□权□□增加□□条毫□ □ 污条 , □□□□□ 人 □量□ 人□□□□□
落□。〔6〕

□,□□《□权□》□ 90 条□ □,□ □跳出□□□框 ,□□ 上 □权规□如□□伸
□安□健康 些□□型□□□权益□保护, □澄清□□ 邻□□、 □妨害、环□ 权□ □□别,
□□□ □□□□□趣。□□□□□□□□□□开□□:

□□,□□功 □规□□□□ □突问□。□ □量□ 入肩□保护环□□安□□□□,□什□
□□□规 □□权□□? □□环□污染□ 权损害□□别□什□?

□□,□□□准□□□□问□。□ 规 □□ 放□准□《□权□》□ 90 条□否□□ □实践□
□ 入□需 ? □□如□ □规□?

□□,请 权□□□□问□。《□权□》□ 90 条□□规 □□□请 权□□, □需□□□ 入
□如□ □ □妨害请 权,□ □ □ □忍 入□情况□如□□□□钱上□补偿。

□、“ □量□

quatenus nihil in alienum immittat)。

在这个论断中， 有一个动——“ ”(facere) “侵入”(immittere)。所有权人 在 的土 上合法 “ ”,但在 人所有或占有的土 上行 或 进入 中则是违法的。 , 直接 过保护占有或 保护所有权的诉权,要求 方停止 害。但如 烟 进入 人领 , 不是所有权人的直接行 导 的, 是合法 完成 的土 上,随后烟 不受 控 发 至 人的土 上, 法学 用 描 的 是“侵入”(immittere),表示这 害 有意干 人不动产, 是 成的间接 害。^[13] 在 情况 , 侵入人 提起类似 现代民法中 权 排 害请求权的“否认 诉”(actio negatoria), 过否认 人的 役权的存在来保护 所有权。 由 , 起源上奠定 “不可量 侵入”的 权 础。

(二)现代民法中“不可量物侵入”的界定

虽然《德国民法》 906 条列 煤 、 、 、烟、煤因子、 、 动这些不 的侵入,但在学理上, 侵入的特征 然是 害所有权的 进行,施蒂尔纳的《德国 权法 书》将 归纳 个要素: 一,侵入 的不可量 ; ,干 来 一块土 或 上的 备; ,不 的 上认持管上上上认持管上管上持管认则上上则上持上持认管认则管上观认持认持管上观认持

, 意的

基

□四,侵入□持续□□□□□。□□,侵入必须□持续□或□□□□□。“持续”意味着□每□次□别□侵入□间都存□着□□,每□□单独□侵入都不□□□孤□□□□;□“□□”意味着即便持续□□□□□些规□□停顿也□□侵入,但偶然□声□不□□这□范围

原则(《物权法》第84条或《民法通则》第83条)一起适用的有20个;和其他法条共同适用的有1个。^[23]

通过案例群的分析,我们可以发现,在“北大法宝”收录的案例中,法官在适用《物权法》第90条时,同时引用相邻关系的一条原则的比例高达78%。^[24]由此可见,法官没有僵化地适用国家标准,而是根据具体的地理环境因素进行判断,比如距离(“房屋相距较远,声音未达到常人可以容忍的异常程度”,[2011]闵民一民初字第11742号)、风向(“从当地实际情况看,夏季东南风向较多,原告的房屋位于被告的厕所东,原告的房屋处于下风方位”,[2010]青民五终字第759号)、经营方式(“养殖应充分考虑对相邻方生活、环境的影响”,[2012]修民初字第421号)等等。在此基础上,判断邻人正常生活状态是否受到干扰,比如“严重妨碍相邻方的正常工作、生活”([2012]玉区法民初字第966号),或者“污水堆积,散发恶臭,影响了原告的正常生活”([2012]海南一中民二终字第270号)。

反之,单纯适用《物权法》第90条会导致不公正的后果。比如邻人的猪圈已经达到了散发恶臭的情况下,法官仍以原告未能证明气、噪音、污水是否超出国家标准为由,驳回请求([2012]海南一中民二终字第270号案)。类似的还有由于原告方未能证明被告排放的油烟、噪音违反了国家规定的相应标准,所以法院驳回原告请求([2013]光民初字第128号案)。

由此可见,法官联动地适用《物权法》第84条和第90条,打破第90条中的国家排污标准,从而作出更为公正的判断。这一思路也符合大陆法系的学理,即相邻关系可以产生出法定的容忍义务。^[24]有学者提出,可以依体系解释的径路,结合相邻关系(《物权法》第84条)来建构容忍义务克服过于僵化的国家标准。^[25]不过笔者认为,单纯引用相邻关系原则只是一种权宜之计,它不能代替不可量物侵权规则。

首先,《物权法》第84条的规定过于简略,所谓的有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的标准过于抽象,仅具有合理宣传性的特点。^[26]在现代民法中,不可量物侵权的容忍规则包括了诸多要素:容忍义务、地方通行标准、平衡生产需求、经营在先原则等,单靠相邻关系的一条原则不能为法官提供足够的技术支持。

其次,这种联动适用的方法并没有从基础上澄明不可量物侵权和环境污染的差异,这使得它的适用范围过于狭窄:传统的相邻关系基础在于邻里和睦的相互关怀照顾义务,^[27]在此之外,大量的涉及到工业生产和居民、学校之间的不可量物侵权的案件,由于与“邻里和睦”无关而被法官所忽略,直接将之看作是环境侵权,使得市民们失去了一个根本所有获得保护的机会。有学者甚至认为,法官在不可量物侵权的违法性判断中主要依靠国家的管制性标准,^[28]这正是因为没有能够明确界定“不可量物侵权”,只适用环境污染或者人身损害的规则来解决问题造成的后果,而不是制度自身逻辑的延伸。

基于这些问题,有必要在《物权法》第84条和第90条的基础上,系统地建构不可量物侵权的容忍

[23] 对于《物权法》第90条的考察通过北大法宝的“法条联想”进行,完成于2015年6月1日上午,包括了从2009年到2014年的判断。

[24] 同注14引书,第231页。

[25] 焦富民:“容忍义务:相邻扩张与限制的基点——以不可量物侵权制度为中心”,载《政法论坛》2013年第4期,第116页。

[26] 纪海龙:“法律空间化及其补充——以物权相邻关系为例”,载《法律科学》2014年第2期,第85页。

[27] 王在全:《物权法》(上册),中国政法大学出版社2011年版,第177页。

[28] 宋亚辉:“环境管制标准在侵权法上的效力解释”,载《法学研究》2013年第3期,第38-39页。

□□,□□□□□□□ 清□□□权□□,□□□□□□□□□□□□□□。

(□)□□□□□□□□□□□□□□□□:□□□□□□□□□□□□

□□□□□□□□量□

□□□□案□原□没□证□□□□□□□□□□损害,□□□证□港务□□违□□□□□,□□□校园□□遭□粉尘侵□达□□墙壁变□□步,可□据□□□□□□□校□□常□□□□□□□,□□判断□院□□□权□□妨害,□□□□□□□□□□妨害请□权。

（三）不可量物侵入合理容忍的判断及其限制

结合《□□□□典》□《□□利□□典》□□□ □□□判 □□□,可□□□□□□□□□□,□
□□可 □侵□□□□忍□ □□□□通□□□ □□面□□判断。

□□,侵^人状态□□□□□□益□□□。□□侵^人□□□□□□益状态□□□□判断□忍□□□□。□□没□造□质□□□□,□□得□□限制,否□□□□□□□□□□使□□□□剥夺。□官□□□□□□侵^事□□□□□□益□□□□妨害□度□□□□,□□面□□□□侵^人状态,包括侵^人□□□□短、侵^人□□度□□□□侵^人□□□□;□□□□面,□□□□□□□□□□妨害□□□□□□□□益□□,它包括□□□□□□□□□□续□□□□□□□□□□、庭□□、工□、□□□□□□。

□□,可□ 2005 □最高□□□院公□□“陆耀东诉 达公□ 境污染损害赔偿纠纷案”□ □□
□□。^[35] 原□□诉□□ 宅□□□□□□□□□照□□灯□□□。□官依照□□ □□□□□判
断:□□,距离。 达公□□□□□□□□边 □小区距离□□,□□无□何□件遮挡。□□,数
光 数 足□改变 室□暗光 境。□□,侵□□□□。□侵□□□□□ 室,夜□□□备暗光
境。□□上,□侵□□□□□益状态。原□□□□□良好休息。

□□案□□“境污染”，□□□□□□判决□□□□□制□范(《城□境装饰照□范》)□侵权□□□□。〔36〕□□□范□没□□光□□□度□□□□□□，□□官利□光□度、距离、□□、侵□□□□□□断光□侵□超□□忍范围。

□□, □侵~~入~~□□□□□济□途。□忍□ □□□□□□□□□□益状况, □□□□□□
□□途□□□, □□□□益□□利益□结□度□□□。□□□□□健 状态结□□常密切□
□、医院、□校, □□仅仅□□□ □□□□□ , □□□工□□□□□商□□□□途, 它□需□□高
□度□安宁□□□。

□□□□□权□□□□没□□□□□□,□□□□ 范□□□陌□。□□ 1997 □□《境噪□污染防治□》□□□□“噪□_母感□筑□”□□概□,□□ 63 条 □,“噪□_母感□筑□”□□医院、□校、□□、□□单□、 宅□需□安静□□筑□。□□,□□□□ □ 2007 □□《宁波□境污染防治 □》□ 22 条□□ 23 条□□□□□□□□详细□ □。

□□噪□_母感□筑□□□□□□□□□□济□途。□□“_母感□筑□”，□□□□筑□
□□材 结□□□_母感，□□□殊□□济□途决□□□□权利□□□噪□□_母感。□□种□□
□《□权□》□90 条□□□，通□□□□□济□途区□□□种_母感□筑□□范围□噪□扩□□□
□□□可 □范围□，□□□□官□□□裁 □□□益□□□。

□□,制造侵□□□□□□□□济□□条件。□侵□□□□□□□□□□,需
□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□境。□□□《□□□□典》□906条□□□“□□通□□□
”□□《□□利□□典》□844条□□□□“□□□□□□□□条件”。□□状况□□□□□□□□常□忍概

[35] “陆耀东诉 达公□ 境污染损害赔偿纠纷案”，《□华□□□□最高□□□院公□》2005 □□ 5 □。

[36] 亘：“制 范 侵权”，《 》2009 年 2 月，第 60 页。

可侵制度的，邻仍要案判侵的合。^[41]未着超
 的侵肯是的，但便超，是合的，官可
 侵制度景衡。
 境放的母境的
 健但达的，它是种、治、济妥的结
 ，足的认，院民事判上倚境
 。的境熟，面，存着，境缺乏判，数值确修
 依问题；面境数值的确合的济技件，
 是民的健安。^[42]
 上看，合忍污是质的范，的
 实出，健面，可侵的合忍独的优势。

五、可侵的妨害请

（一）不可量物侵入排除妨害请求权与《物权法》第35条

《》90得超放，但没侵的请。笔认，侵
 的可侵请《》35的妨害请区
 的，^[43]大陆观认的妨害请可的侵，但
 的析可看，可妨害态上存别，超忍范围的况，它
 是占的阻碍的，妨害请是。
 实官依《》35可侵，种场值得崇的（
 [2012]岳民字02061）。
 可侵妨害请的缺乏信，邱智生认，妨害请
 釜底薪的，妨害事业存毁生灭，违判上取格
 的场。^[44]笔认是侵请的缺乏的度忧。
 妨害请的的止生产，况是让侵可预的范围增预
 防措，使得块产的使收存。
 要虑侵是新的请范围别。制造侵
 ，官认租格告，如[2011]民字1020-11405
 1143-1驳诉的民事裁[2013]民字101213的
 判，邻诉某酒吧，但官酒吧是房屋的，告格驳。
 上问题，要侵请的，便确
 的救济手。

[41] Mazzola, *supra* note 32, at 147.

[42] 晏、汪劲：“境制度存的问题策”，《境》2012年1期，187-190。

[43] 泽：《民》，大出2010年，130。

[44] 邱智：《民（）》，民出2002年，332。

（二）排除不可量物侵入请求权的行使

根据排除的方式,受侵害人排除请求权可以分为绝对排除与相对排除。绝对排除需要行为人作为一定的行为,对不动产和其上的物作物理上的改变,使侵害人回到容忍限度之内,达到排除妨害的效果,而相对的则是要行为人停止侵害行为,比如夜间弹钢琴或者酒吧营业来达到排除妨害的效果。从两者的关系上,绝对排除是相对排除的辅助。行为人可以通过停止侵害行为,或者通过一定行为改变工作流程,增加防护措施,从而能够维持其根本在不动产上所从事之活动。^[45]

绝对排除可以分为对物和相对排除。对物排除是要完全消灭产生侵害的物,而是在对健康和环境有严重威胁的情况下采用;而部分排除,是要对不动产和物作部分的改变,使之回到容忍限度中。在实践中,对排除入源是常见的做法,因为会对经济发展成严重后果,较为常见的是,法官

● 侵权法 ● 6 ●

求获得相应的补偿。

这种问题,随着近来规划调整建设¹⁷显得更突出。不少建的工业区特别化工区围,建设量的居住区,甚至居住区包围工业区的局面。这种工业区建、居住区建后,交错布的情况,单纯依靠合理忍难决问题的。公利益考量,如铁的噪音问题,建设,噪音事通铁局测评,因法官通常噪音侵权的案件认定,铁的噪音没超准(如铁运输法院[2001]铁经字23¹⁸),虽然由公利益的违法阻,不能求铁停止运,但受侵入¹⁹提供防御措施,且提供相应的补偿,否则受侵入不公平的。

实法上看,不可量侵入的补偿请求权可1987《最高人民法院贯彻执行<华民法通则>若干问题的意见》157条公平原则的释找到基础:“当事造²⁰害均无错,但²¹的利益或利益进行的受到²²害的,可责令²³或受益给予一定的经济补偿。”这恰好符合调生产的需求,相邻²⁴必须忍侵入超忍限度造妨害的情,²⁵因²⁶的受²⁷获得利益。理论上,更准确的近²⁸来学提出的“牺牲补偿请求权”,²⁹基础上³⁰开析。

(二)不可量物侵入补偿金的性质

民法上的补偿请求权指的³¹的权利,使得³²的权利受到限制或利益减少,这样的牺牲可获得的钱上的价。

虽《侵权责任法》也规定“合法建造损害救济,如第24条公平责任规定,“受害人对损害发生都没过错,可根据实际情况,双方分担损失”,但这不可量物侵入补偿请求权仍不成立。《侵权责任法》第24条公平责任生加害受害,主依事实经济状况决定责任分配,补偿则主依受益受益程度受害受损害情况决定补偿。^[52]公平责任可替代社会保障制度、商业保险制度等救济制度,不可量物侵入补偿基础弥补不动产使用收益受到限制妨害。

从传统上看,不可量物侵入,补偿责任种类权利义务,因它保护客体仍不动产使用收益状态保持块用途不兼土地利益平衡。补偿范围原则上不包括伤害不动产。^[53]虽侵权责任义务,主权利受损害可依据《侵权责任法》救济,但侵权责任“侵权责任”,不如“损害救济”,或称“不真正侵权责任”。^[54]

(三) 补偿金的计算方式

确保补偿支付标准,需符合计算,常见四种,即“减少收益资本化”“土地价值减损”。

四种“减少收益资本化”,即侵入带来不动产收益原来收益,这种资本化补偿债。这种计算式基础未来损失计算,不动产经济用途不生变化,没运用技术减少侵入程度情况,未来侵入带来损失可预见可算。它计算公式如:^[55]

$$V_d = \frac{D}{1+r} + \frac{D}{(1+r)^2} + \frac{D}{(1+r)^3} + \cdots \frac{D}{(1+r)^n}$$

其中, V_d 表示受未来损害价值, D 表示不动产减少收入, r 表示利率, n 代表年份。法官可算出受损不动产得到补偿,但它缺陷不用不动产用途生改变情况。

四种计算可称“土地价值减损”。这种计算原不动产市场上价受侵入价,价即得补偿。因受损不仅土地收益,可包括损失,如农上短缺。通市场交易式来衡量不动产价值减损,更全面反映实状况,不仅克服经济用途固定化问题,且能反映出四种收益减少资本化不反映出损害状况。^[56]

但,不可量物侵入制度来看,这种计算式,四种更合适。因不动产用途确定情况,减少收入资本化不动产市场交换价相等。这也补偿性质相符,它补偿土地用益减,不予受侵入土地各面利益全保护。^[57]

[52] 曹险峰:“公平责任——《侵权责任法》第24条释读”,载《法学》2012年第2期,第106页。

[53] 注15 书,第176页。

[54] 注48 书,第44页。

[55] R. Pardolesi, *Circolazione del fondo soggetto ad immissioni industriali e diritto all'indennizzo*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 1978, p. 409.

[56] A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo, VIII, Milano, 1995, p. 522.

[57] Salvi, *supra* note 20, at 271.

六、结论:环境保护中的现□潮流与□法□统

保护□态环境的压力与急迫感,使人们倾□于承□环境保护规范的□殊性,□是□统的物权保护仍□是□得关□的命题,其□势在于□够□□个人以物权请□权,□此可以□现“弥除祸害于无形,使一般公众利益均沾,□具□□性”的目的。^[58] 我国《物权法》第90条是本□同□的目的而制□的,□是□于过度强调环境保护,而丧失了其制度内涵。□□并非没有挽□的余地。笔者以为,对于□可量物侵入制度的□□建构,固□需要寄希望于□□的□法典,□□可以□统的学理和司法□践为基□,在现□法的框□内□□建构和□善。

首先,把《物权法》第90条作为建构□可量物侵入制度的中心,它规范的对象是“侵入“,□是对于□动□物权的无形、□接、周期性的妨害,从而有□于环境污染与侵权损害。

第二,通过《物权法》第84条的□邻关系一般原□,结□□邻□动□的距离、时□判断□可量物侵入的强度,软□《物权法》第90条中的国家□□标准。在□□的过程中,□□把□邻关系的一般原□与工□时□的土地利□□征□结□,□仅□□在□常□活的邻里关系中,□要扩展□□□和工□□地□。

第三,在《物权法》第90条□□中,□□□政法规中的“环境敏感物”以及“□环境质量标准”的原理,结□□动□的□济□途以及所在的社会□济环境,对于□理容忍限度□□判断。

第四,对于超□容忍范围的侵入,可以依据《物权法》第35条□起□除妨害请□权,请□权的内容依据□同的需□和权利人而有所差异。对于超□容忍程度,□是基于司法□者公共利益□可的“□法的□可容忍侵入“,□侵入方可以依据公平□任□者“□□□的侵权□任”获得补偿。

The Study on the Claim of Real Rights of *Immissio*

Xiao Jun

Abstract: Because of the defects in the content of article 90 of Real Rights Law, there has been an academic debate about its nature, and in the practice, people can't utilize the claims of real rights to exclude the emission and obtain indemnity. From the perspective of history of private law, this institution is originated from the *actio negatoria* in Roman law although its function in the modern civil law has expanded to the protection of interests of healthy living and the peace of living environment, but the foundation is still on the real rights law. By the traditional doctrine and Chinese practices, we can construct the complete norms in the structure of existing law, which also laid the foundation for the future improvement of the Chinese Civil Code.

Keywords: *immissio*; criterion of normal tolerance; *actio negatoria*; claim of the indemnity

(责任编辑: 幸颜静)

[58] 同□44□□,第332□。

占有 解释论的三个争议问题

章正璋*

□ □:我国《物权法》第 245 条有关侵害占有的损害赔偿规范,是独立的请求权规范基础而非参引性规范,占有人有权直接依据该条规定请求侵害占有的损害赔偿,请求权规范基础与归责原则存在本质区别。占有人返还原物请求权的一年期间性质上应该解释为除斥期间,该期间可以并且有必要一体适用于所有的物上请求权性质的占有保护请求权。物之占有是民事生活中一种普遍的事实,该事实具有可侵性。占有之诉与本权之诉存在本质区别,占有之诉败诉以后当事人有权提起本权之诉,本权之诉败诉以后当事人亦有权提起占有之诉。有本权的占有人占有被侵害时享有占有诉权固无问题,其是否享有侵害占有损害赔偿的本权诉权则受制于侵权法的保护范围以及侵害占有是否即构成侵害本权等因素。

□ □ □:侵害占有 请求权基础 占有之诉 本权之诉

我国《物权法》第 245 条规定:“ 有的不动产或者动产被侵 的, 有人有权请 返还原物;对妨害 有的 为, 有人有权请 除妨害或者消除危险;因侵 或者妨害造成损害的, 有人有权请 损害赔偿。 有人返还原物的请 权,自侵 发生之日起一年内未 使的,该请 权消灭。”这被学与国论论争与国

□□《□权□》□ 245 条规□□侵害占□□损害赔偿规范□否□□独□□请□权□□, □□□□□
□□无□□□讨□, □数□□没□□面触□□□答□□□题, □□□□□□。“占□□□□种权利, □□
□□□□保护□□种财□利益, □□□□□□□□侵害。侵害占□□, □负侵权□损害赔偿□□。”〔2〕
□□占□□□侵害, 占□□□可□□使□□□赋□□占□□返□请□权、占□妨害□去请□权、占□妨害
防止请□权□侵害占□□损害赔偿请□权。□□□□□否□□□□□□□□□, “侵害占□□损害赔偿规
范(《□权□》□ 245 条□ 1 款□ 3 □句)□□□□独□□请□权□□规范, □□□条□□规范, □□□照
《侵权□□□》□□□失□□□规□。循□□释□径, 既□□□违□□□, □□□□权□□规□□照债□
□□□□规范□无□可, □□□□□逻辑□□□贯□牺牲□失□□原□□□□”〔3〕

针□□□否□□□,笔□□□,□□《□权□》□ 245 条□□侵害占□损害赔偿□规□,□□□独□□请□权,□□独□□请□权规范□□□□□规范。□□侵害占□□损害赔偿规范□□□□独□□请□权□□规范□□□条□□规范,无□令□信服,□□□□:

□□,否□□没□□释清楚何□请□权□□,请□权□□□□□□件□哪□,《□权□》□245条
□何无□□□独□□请□权□□□□□题。□

请□权□□□□□□□温□莎伊□(Windscheid) 1856 □□名□《□□□□□□看□□
□□诉权》(Die Actio des römischen Civilrechts Vom Standpunkt des heutigen Rechts) □□率□□□
□。温氏□□,某□□□□权□侵害□□□□权□□□(□□)□□□□□□诉权,□□□□返□原□、
赔偿损害□请□权(Anspruch), □请□权□拒绝□, □□诉权□□□。□□, 诉权□□请□权□□

• 63 •

《民法典》第245条第3款分析：“侵占他人财产(占有)侵害他人，占有人有权请求返还”即指，权利人享有所有权、用益物权、担保物权等权利，他人非法占有其财产或妨害其行使权利的，权利人有权请求返还原物或排除妨害。权利人请求返还原物或排除妨害的，应当提供证据证明其享有合法权利。

[6]

[8]

□言,无□占□□能否主张侵害占□□□害□□问题□且不□,□□占□□□□侵害□□□占□造□
□□害可□□□□求□害□□□无问题。否定□认□《□□□》□ 245 □侵害占□□□害□□□范□
□□□独□□□求□□础□范,□□□□参引□□范,但□□没□提出令□信服□□□□□□,亦没□
□提出□□□□求□概念□□□□□求□□础□□□件□见□。□否定□□□恶意占□、□意占□
□□□□占□等□□□□占□□害□□□□求□□给□范围□□□□求□行使□件等□□问

占□□损害赔偿□无疑义。至□侵害占□损害赔偿□□适用□错、无□错抑或□□□归责□则,□□归责□则□面□问题,□□侵害占□损害赔偿请求权□础问题不生□□。□□□□□实践情况看,□权□实施□来□院审□□□量侵害占□损害赔偿□□,截止2013□10月1日,仅□□□宝网收录□即达92□,□□□院□决支持占□□损害赔偿请求□□□55□,不予赔偿□□□37□。^[10]□□□上□确认□侵害占□损害赔偿请求权□□础主□□《□权□》□245条□1款□3□句,将《侵权责□□》□6条□□侵害占□损害赔偿请求权□础□□例□□尚无□检索到,□院□□□□□实践值得肯定。

□、《□权□》□245条□规定□□□□间□□质□□适用范围

《□权□》□245条□2款规定:“占□□返□□□请求权,□侵占□生□日□□□□未行使□,□请求权消灭。”□□□条□规定□□□□间□□□质上□竟□□诉讼□效□□□斥□间,□□□□□存□完全不□□看□。□效□□认□,□□,□□□□□角度来看,这□□限□许□□□□认□□诉讼□效,□不□□斥□间,这□□限□当可□适用□止、□断等制度。□□,□斥□间仅仅适用□□□权,□诉讼□效适用□请求权,占□□返□请求权□□□质□言,□□□请求权无□。因□,□□□□间□□□□诉讼□效□范畴。再□,占□□□□占□□侵夺□后,可能□□不□道占□□□侵夺,□□□□限又□□短,如□再不允许□止、□断、延□,□□导□许□占□□无□主张□种权利,这显然不利□占□□利益□保护。最后,□□□处□设置□□效□间,显然□指占□□能够客观行使□权利□□间;这也意味着,□算□□□□占□□能够客观主张□权利□□。这正□“□效□无□行□□不得经□”(contra non valentem agere non currit prescriptio)这□□谚□□□□求。这□□□,占□□返□□□□□效□当□□□诉讼□效,□□可变□间,□可□适用□效□断、□止或延□等事由。^[11]□□斥□间□□则认□,“因□占□保护□般□□紧迫,规定□□斥□间可□促使占□□□□行使权利,使□□秩序□□稳定□来。如□规定□诉讼□效,由□诉讼□效可□□断、□止甚至延□,□且诉讼□效□□算□则上□权利□□道或□□当□道□日□□算,这样拖延□□间□□,不利□□□秩序□稳定。□且,□□□《□权□》规定□□算□来看,也□确定□□斥□间。”^[12]

针□上□不□□□□□□,笔□认□,仅仅□《□权□》□245条□2款□字面含义出□,尚不足□得出□条□谓□□□□间□□质上□定□□诉讼□效或□□定□□□斥□间,□款□□典型□□条含义不□□条款,完全可□□不□□□□,□□质须待□权□□□出□确□□才能确定。因□,□□□□□□问题□争议,仍□□价值□断□利益衡量□范畴,□□□事实□断问题。□□陆□□既□□□□□例看,□将占□保护请求权□行使□间规定(□□)□诉讼□效□,□如瑞士民□□旧□□民□等,也□将占□保护请求权□行使□间规定(□□)□□斥□间□,□如□□民□□日□民□等。^[13]□□□实际出□,笔□赞□将《□权□》□245条□2款□规定□□□□间□□□斥□间,□由如□:

[10] □注9引□,□203页。

[11] 石佳:“《□权□》占□制度□□□□适用”,载《□治□□□》2008□□10□,□34页。

[12] 刘智慧:《□□□权□□□□用》,□民□院出版□2007□版,□701页。

[13] □尚宽:《□权□□》,□□□□□□出版□2000□版,□596页。

第一,从《物权法》第245条第2款所用的“自侵占发生之日起”,表明此一年期的起算点是一个客观的时点,这与除斥期间相同而与诉讼时效不同,诉讼时效应当自权利人知道或应当知道权利被侵害之时起算,其起算点是一个主观时点。

第二,该款明确规定一年期间经过后“请求权消灭”,而按照《民法通则》第138条以及《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第3条等规定,诉讼时效完成以后,权利人享有的实体法上的请求权并不消灭。

第三,从占有保护

权自侵害□□终□之时起算的立法□有任□意义。□难想象,被害人□以随时起□,而要侵害□□一直持□,就以起□之时点作为一年除斥期间之开□。”^[18]因此,□者同《物权法》所规定的返还□物的一年除斥期间统一用于所有的物上请求权性□的□有保□请求权之主。而对于《物权法》第245条第1款所规定的侵害□有的损害赔偿请求权,考□到其□权请求权之性□以及填补损害之立法□等因素,则不应该用一年除斥期间,而应该用二年的普通□□讼时,这也是目前国内学界的一致的主和解□。

目前我国法□□对《物权法》第245条第2款规定□有若□□例,实□上主要倾向于认为该款规定的一年期间为除斥期间,认为该一年期间为□讼时的□例目前尚□法□索到。基于上文所阐述的理,□者认为司法实□之观点值□同。例如在“褚纪琴等与 斌等所有权□认纠纷上□□”中,受□法□认为,“本□ 斌、沈慧琴与褚纪琴、李兆根、李 永、李 斌、李 斌之间系因对房屋拆迁补偿款的权属产生争□,故属于所有权□认纠纷,并非□有物返还纠纷,不 用《中□人民共和国物权法》第二百四十□条关于□有物返还之除斥期间的规定”。^[19]而在“曾 升与李国 符 返还□物纠纷上□□”中,受□法□认为,“本□李国 符之返还□物请求权,不属于□有保□请求权,不 用上述规定的‘一年’除斥期间,本□应 用一般□讼时的规定,于曾 升持□侵权至□,□□认定本□未超过□讼时 并不 ”。^[20]

三、侵害□有与侵害本权

如同大□法系许多其他国家的立法,我国《物权法》明□□分了物权的保□与□有的保□,对于侵害□有与侵害本权,□立了不同的请求权基础。《物权法》第245条赋予□有人以□有物返还请求权、□有 除妨害请求权、□有□除危险请求权以及□有物损害赔偿请求权等四类□有保□请求权,这属于□有的保□方法。而《物权法》第34、35、37条分别规定了物权人的返还□物请求权、 除妨害请求权、□除危险请求权以及损害赔偿请求权,这属于本权的保□方法。□有之□与本权之□在请求权基础、立法目的、归□则、□□任、□讼时 与除斥期间的 用、□讼□果、□讼程序以及□□以本权直接 抗辩等□多方□存在明显□别。本权之□□法完全□代□有之□的立法□。^[21]此外,对于有本权但是□法对第三人(侵害人)主 的情形,比如合同□权,以及对于□权□有的情形,本权的保□□ 为力。^[22]这正是我国《物权法》第245条规定□有之□和□有保□的主要□因。□有保□与本权保□兼容□补、□不 斥,□法相□替代,构成□产归属秩序从□实到权□的双

□侵权□保护实质□□占□□权□保护。单纯占□不□□财产归□□□,□□单纯占□□侵害无□□□侵权行□,不能□□□损害赔偿□□式予□保护”。^[24] 笔□认□,上□□□□□释不符合事实□□□,原因如□:

□□, □□□释不符合占□保护□□□□□。占□保护□□□□□□□护□存□财产占□秩序, 禁止□私□改变占□□状, □□护□□□平□□□秩序。^[25] 占□□指□□□□实际控制□支配, 占□□事实□不□权利。□□些□□(□区), □事实持续满□定□间占□□可□依据取得□效□规定取得占□□上□□□权利。占□□事实遭受侵害导□占□□断或□丧失□, 取得□效亦随□□断。^[26] 占□事实□□□□□□□□□□□□□□□, 占□事实遭受侵害或□存□侵害□虞□□□生□□□常□生, 例如盗窃□□钱财、侵占□□房屋、倾倒垃圾□□□土□□上、邻近□□□□挖坑施工□□害□□□□筑□□安全等等, 无疑□□占□(事实)□侵害。正因□占□□□可侵□, 因□占□保护制度才□存□□必□。□□侵害占□□行□, 占□□□权□求停止侵害、排□妨害、消□危险、返□占□□□□侵害占□□损害赔偿。如□侵害占□□□亦□□侵害占□背后□□权, □且□□权亦□侵权□保护□列, 则□生请求权竞合。^[27] 因□, □□释□角度□言, 占□事实完全存□□侵害□可能, “占□损害”客观存□, 这不违背□何□□□逻辑□生□逻辑。□占□□□否得主张损害赔偿取决□□□否享□收益权限这□□提条件, 无□得出□不存□真正意义上□“占□损馱”这□结□, 上□□释□□倒□□因、买椟□珠□意。

[illegible]

□□,^[34]此时□果占有人□起占有之诉,□□按照大□法系德、□、韩以及我国台湾地□□诸多国家和地□之法律及司法□践,所有人□□以其□有本权(所有权)直接对抗,所有人在占有之诉中应该败诉。^[35]□是所有人基于所有权□□□起本权之诉,□属显□,该本权之诉□以作为占有之诉的□诉,□者另□□起。^[36]我国《物权法》对于本权之诉与占有之诉二者之□的关系□明文规□,□述□国和地□之□践□□□□□鉴。对于《物权法》第34条以下所规□的本权保护以及第245条所规□的占有保护,□应作□此理解和解□,□□□人于占有之诉败诉以□有权□起本权之诉。目前,我国占有保护司法□践中□□□现□□人于占有之诉败诉□□□起本权之诉的□例,例□在“□金□与中国人□财□保□□□有□公司平顶山市分公司占有物□还纠纷□审□”中,^[37]□□于占有之诉败诉、□审□决□□以□,□□本权作为请□权基□□检□机关申诉要□□审,其本权保护之请□□法有据,□□了检□机关和□审法□的□□。此外,在一□占有保护□□中,□□起诉被□侵害占有,被□以□有本权作为抗辩,□是被□对于其本权是否□在□法□明,此类占有诉讼□以被□败诉□□,例□“朱学□与朱新□恢□□状、财□□害□□纠纷□”□□此。^[38]对于此类□□,一旦□□占有保护诉讼的被□方□够□□□明其本权□在,□除诉讼时□□其他影响诉讼成败的□□,其本权保护的诉讼请□应□□□。

其二,关于本权之诉败诉以□□否□□起占有之诉的□□。对此□□,我国学者史□宽、□泽鉴□□否□的□点,□为本权之诉的败诉者□□□□起占有之诉。例□□以□侵夺其停车位而□起□还所有物之诉,□法□□决,□系基于□赁关系而为占有,败诉□□时,□□□□□起□还占有物之诉。^[39]笔者□为,□述否□论学者的□点□□□□。

首先,该□点□□了程序法□的诉权和□体法□的□诉权。^[40]本权之诉的败诉者□□□□起占有之诉的□点,□论是对照旧中国《□□诉讼法》还是新中国《□□诉讼法》,□属于法□据。

其□,□□□本权之诉的败诉者□□□□起占有之诉的□点,理解为本权之诉的败诉者□□法□□□□的占有之诉,该□果□□□□够□□于一部分占有保护之情形,□要是□否□论学者所例□的基于□同之有权占有情形。对此□□,我国《物权法》第241条□具有明文规□。□是,该情形□法□□应该□升为一项普遍□□的法律□□,□为占有的发□□□除了□同外,还有先占、拾□遗失物、侵权□为以及□承□□。^[41]对于非基于□同之占有,占有人□□在本权之诉中败诉,□是其占有理应□□法律保护,□其是□占有之诉的保护,其□法□起占有之诉的权□□应剥夺。占有之诉与本权之诉□在本□□

[34] □对“于占有之诉败诉者□□□起本权之诉”的□点,史□宽先□列□了两个□例:其一,所有人以自力□其物□占有人□□;其二,买□人以自力□所买之物□□卖人□□□。先□□为在例二的情形下买□人□□于占有之诉败诉,□是□□□□所有权,所以有权□起本权之诉。笔者□为,动□非□□□□所有权□□移□,买□人以自力□所买之物□□卖人□□□时□法□□所有权,所以买□人□□有权□起本权之诉,□其本权并□□在,买□人在基于所有权的本权之诉中□□难以□诉。□果买□人□起基于□权的□□之诉,□□卖人基于买卖□同□承担□□□□。同□13□□,第597□以下。

[35] Dieter Medicus, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, S. 154-156. 同□22□□,第368□。

[36] 我国《物权法》对于占有之诉□否以本权直接抗辩□明文规□,司法□践中□有本权之被□(侵害人)往往直接以本权□□抗辩,法□并□有要□侵害人□起□诉□者另□起诉,而是对侵害人所□据之本权的□□性、□法性□□□□审理,□果本权□□□法,□法□□□□□据本权而□是□据占有□□□□。同□9□文,第190-191□。

[37] 河□省平顶山市湛河□人□法□(2010)湛□□初字第9号,北大法□网-中国法律□□总库,【法□□□码】CLI. C. 1461818。

[38] 河□省漯河市中级人□法□(2010)漯□一□字第44号,北大法□网-中国法律□□总库,【法□□□码】CLI. C. 750754。

[39] 同□13□□,第598□。同□22□□,第367-368□。

[40] □木贵:《□□诉讼法(□)》,□照□□有□公司2010年□,第37-41□。

[41] 同□22□□,第215□。

四、结论

《民法》245条规定的侵害占有的损害赔偿范围，独立的请求权规范基础参引范围，占有的不动产或动产侵占的，占有人可依该条规定，请求损害赔偿损失，无须借助请求权的基础，法院可依据该请求权规范进行裁判。该规定的占有返还原物请求权，在性质上排斥占有，借用法律解释的方法，在占有请求权且必须适用该请求权性质的占有保护请求权。占有民事生活中一种普遍的事实，事实可侵，侵害占有损害赔偿请求权占有返还原物请求权、占有妨害去除请求权、占有妨害防止请求权逻辑上、生活上必然的延伸结果，侵害占有的损害赔偿与侵害所有权的损害赔偿判然有别，回事。支持占有可复亦可单，复合，亦复合。占有的败诉不得再提占有的观点缺少法律依据，无法也不上升为普遍适用的法律原则。占有的占有侵害占有请求侵害占有的损害赔偿，享有占有的损害赔偿则取占有侵害法的保护范围侵害占有即构成侵害占有等因素。占有占有，占有享有占有与占有，产生请求权竞合。占有占有、身份权等占有，侵害占有即意味着侵害占有，侵害占有、身份权等占有占有，占有占有占有与占有则不可概论。

Three Interpretative Issues of the Legal Protection of Possession

中国监事会：安于何处，去向何方？

——德国公司治理视野下的再思考

郭雳*

摘要：在德国公司治理体系下，监事的表现堪称失败。理论上，德国周密的安排在实践中却饱受批评，被指为虚设。作为该制度的主要来源国，德国、日本提供了很好的参照，但德国在2002年、2014年两次修法集中体现了制度变迁、现实考量及利益博弈。通过对比，中国监事会貌合神离，其灵感源于：一，移植德国制度背景要素的遗产，忽视；二，立法中多求造势的迷途。德国普遍存在的控制权征用也制约作用。监事会的出路在于简功，立更单切的。允许公司进入模式选择的做法，也应被考虑。

关键词：监事会，公司治理，独立董事，职工保护，公司法，法修

全球各地在其公司治理中都有监事会(board of supervisors)，例如德国(Aufsichtsrat)、^[1]日本(监查会)。^[2]然而，“监事会”一词在不同制度内却不同。在没有类似机制的国家如美国，亦有学者称监事会的计划分了监督和执、监督者(监事)和被监督者(董事和经理)。^[3]遗憾的是，监事会在我国公司治理中的实际发挥总体乏善可陈，常处于边缘、质、嘲笑而应被取而代之。本文拟结合我国最新发展，对中国、德国和日本监事会制度进行比较，审视该项机制在我国的败坏之因，呼吁公司法界对其废改立加强认识和讨论。本文集中关注上市公司的监事会。

一、规范界的我国上市公司监事会

我国《公司法》第117条第1款规定“股份有限公司监事会”。根据相关条文要义，监事会是依法设立，应独立于股东负责，对董事、经理层的经营行为及公司业务进行监督，维护公司及股东合法权益的法定机构。^[4]

* 北京大学法学教授，法学博士。在本文中，Klaus Hopt教授、Rüdiger Veil教授、田秀树教授、金建植教授、旭军教授、习超教授作了宝贵贡献，松尾刚、孙驰同学作了出色的研究助理工作，作者在此一并致谢。

[1] 德国《股份公司法》(Aktiengesetz)第95条规定，“监事会由三名成员组成。章程可加成员人数。该人数应为三的倍数”，并以资本金为标准具体规定了不同规模公司所设监事的最大人数。

[2] 日本《公司法》(株式会社法)第390条规定：“监事会由全体监事组成。”下文所述，均为方起龙文中的“监事”常被作为监事，其与中国法律所同。

[3] Cherie J. Owen, *Board Games: Germany's Monopoly on the Two-Tier System of Corporate Governance and Why the Post-Enron United States Would Benefit from Its Adoption*, 22 Penn St. Int'l L. Rev. 167, 184 (2003).

[4] 李建：《公司法》，中国人民大学出版社2011年，第329页；赵振华：《公司法》，法律出版社2010年，第150-153页。

□□式公□监事□□委□□型,由□名□上监事组□。监事□每六□月至少召开□□,监事可□提□召开临□监事□□。监事□决□当经半数□上监事通□。监事□主席由全□监事□半数□举产生。监事□权能□列不少,^[5]但主□□□董事、□级管□□□运□公□□财务状况进行监管□□。

监事可□列席董事□□，□□董事□决 事□提出质询或□□。监事□□□公□经□情况□常,可□进行调 ；必□□,可□聘请□□师事务□等□助□工□,费用由公□□□。监事□公□负□忠实义务□勤勉义务。监事执行公□职务□违反□□、行□□规或□公□章□□规定，公□造□损失□,□当□□赔偿责□。

证券□场监管□——□□证监□出台□公□治□准则□指导意见,□指导上□公□ □□持□准□公□治□,□□□□□□监事□相□。《上□公□治□准则》(□□简□“《治□准则》”)□4章规定□

度的《意见》，独立董事——我国的公司治理机制随后被我国《公司法》，并中国并未舍弃新，而是在保留监事会的同时保留了独立董事制度。独立董事对公司及全体股东负有诚信与勤勉义务，维护公司整体利益，尤其要关注中小股东的合法权利不受侵害。

独立董事制度在我国实施的效果并不太理想。^[8] 常的问题包括，独董的人选确定和产生机制董事会、大股东影响较大，其独立性受到质疑。独立董事们并未展现出《意见》所要的专业能力，并不是有足够的时间和精力履行职责。又如作为公司外部人员，独立董事通常没有机会获得第一手信息，而要依赖于内部董事和管理层。^[9] 对此失望之余，一些学者提出应废除设立独立董事的制度。^[10]

与此相关的还有董事会下的审计委员会，它同样体现了我国的治理。审计委员会是董事会内设的专业委员会，大部分由独立董事组成，主要负责监督信息披露、会计信息质量、内部审计和外部独立审计。^[11] 《治理准则》第52条规定，上市公司董事会设立专业委员会，如审计委员会，并要求独立董事在其中应占多数并担任召集人，审计委员会中至少应有一名独董是会计专业人士。

会计审计的确经常与监督发生联系。除了内部人的监查之外还有外部人的监查。根据中国《公司法》规定，公司应在每一会计年度结束时编制财务会计报告，并

公司利益，导致破产或者清算的情形下，监事会几乎只有发问或预防的功能。^{〔21〕}在我国的
一系列知名企业中(如纺织股、生生科、广新大地、和生绿大地)，监事会也都只有发问作

考虑国内研究普遍的含蓄风格，监事会在我国如此败的现状令人触目惊心。问题问出在
哪里？

(一) 地下、

许多上市公司监事会，把问成

制,而那90%问题无。,A 问题 1000 ,监事找 10% ,B 问题 10 ,监事功问题。

面,缺少激励制度,很让监事履,挥。好监事激励,监事酬映工,股票可酬。^[26] ,激励束虑,控股 监事。^[27]

(四)与独立董事关系不清、

伊始,独董监事制度。独董,监事陆概,可矛盾冲,^[28] 工、限模糊,^[29] 造叠。独董“事”挥,监事“事”种制可互调。^[30] ,种工落,扯皮、搭便车题。

(五)制 高管/ 东

,T 治题势高 层度 控股股东。^[31] 数

（一）德国监事会的功能

□□公□治□□特征□双层委□□制度,监事□□董事□□高低层次□□,^[34]通常 董事□代表公□,监事□监查董事□□业务 □□。^[35] 监事□□公□□领 □□,^[36]每□至少□开四次□议,^[37]负 选举董事,^[38]决定董事□□运□规则、^[39]董事 酬,^[40]可□撤销董事□命。^[41] □□,董事□□义务向监事□汇 □。^[42]

□□ 监事□兼□监督□ 职 。□□上监督功 □出□,□后监事□又获得□ 公□管
□□功 。^[43] 监督功 □面,监事□需□监督□公□□□可 □□□□□事□,^[44] □监事□来□
这既□权利,^[45]也□义务。^[46] 监事□□监督 仅包括董事管□□否合□,也包括□管□□否合乎□
□□ 率。

□□□□,监事□□□□公□□□日常运□□,但□□□□公□□□□业务,监事□□□□权决定□□否□意。□□据章□□或监事□□决定,特定种类业务□□□□获得监事□□□□意□□后才□□实□□。〔47〕□□实践□□,这类需□□□□监事□□□□意□□事□□主□□包括□□□□产□□易、□□□□工厂、□□□□保□□□贷款、设□□□□闭□□□等。〔48〕□□据公□□治□□准则 5.2,监事□□□□主席需□□□□定□□□□董事沟通,□□公□□战□□、商业□□□□□□风险管□□□□领意□□。

（二）职工参与

□□ 监事□最□特□□职工 □制度。□□可□□□□□五种情□:(1) 用《矿业业 □决定□》□公□,监事□ 11 名监事组□,4 名□股东代表,4 名□职工代表,□余 3 名□公益代表。(2) 用《矿业业 □决定补 □》□公□,即□□矿业业康□□□公□,监事□ 15 名监事组□,7 名□股东代表,7 名□职工代表,最后□名□公益代表。^[49] (3) 用《职工 □决定□》□公□。职工□数 2000 名□上□公□, 用□□。监事□数□偶数,□据职工数量□□设定□ 12 到 20 名 等,□□职工代表□股东代表监事等额。(4) 用《□□□□ □决定□》□公□,职工数量□ 500 名□上未 2000 名,监事□□数□□□倍数,□□□□□职工代表,□□□□□股东代表。(5) 设职工代表监事□公□。 职工□数未 500 名□,监事□没□强制□□职工 □;□□,如□公□□□□□□□□□□党□、□□或□艺□□,也没□强制□职工 □。

[34] □注6, □437。

〔35〕 □□《股份公□□》□ 78 条□ 1 款□□ 111 条□ 1 款。

[illegible]

[37]

[38]

[39]

[40]

[41]

[42]

[43]

[44]

[45]

[46]

[47]

[48]

[4]

董事 决定。设立董事 的公 有三名以上的监事,大部分为独立监事(外监查役)。^[63] 监事的主要权责是监查董事的运作。^[64] 当监事发现违法行为时,他们应向董事()汇报。^[65] 如 董事的行为可能造成公 的实质损害,监事可以请求法院制止董事的行为。^[66]

日本公 的监事现在 本上只有监查董事行为是否合法的功能。^[67] 至于董事行为是否适当,监事不能监查。一般来说,适当 要由董事 决定,但是如 不适当 超出一定程度,可能违反董事的勤勉义务,那么在此种意义上监事也可以监查董事行为是否明显不适当。^[68] 譬如公 建厂购买不动产,价格适当 不是监事 监查的,可是如 价格太贵可能导致违反董事勤勉义务的,监事就可以监查。监事有权调查,要求董事和 工报告公 财产情况。^[69] , 外,监事应当参加董事 ,并且可以陈述 的意见。^[70]

日本监事 的特点之一是每位监事均享受上述的所有权力。少数派监事甚至单一监事(不管多数派监事或 监事 是否支持他/她)均可监查经理的行为,向董事 报告,甚至请求法院停止经理的行为。因此,监事 只是一个信息、专业知 和经验分享的平台。^[71]

与中、德 国不同,日本的监事 没有职工代表。日本法律规定职工不能同时成为监事。^[72] 日本的监事 由三名以上监事组成,成 过半数为独立监事。^[73] 事实上,2014 年修法时,工 提倡日本要引进职工监事制度,但是 于以下原因未被立法 接受:^[74] (1)职工处于董事和经理的控制之下,彼此在一个团队中合作,而监事 要监查董事和经理的运作,所以如 职工作为监事 的成 ,意味着被监查 参加监查,可能导致监查无效或 无意义。(2)一般来说内部监事以 是 公 的职工。那么,至少一名监事已是职工可以信赖的 工。^[75]

与此相关,日本公 的独立监事有着不同背景,但许多是 师、律师或 其他专业人士。^[76] 因为监事 要监查很多事 ,通常 指定一名或多名常设监事,每天上班,负责日常监查。^[77] 同时,为确保监事 的有效监查,帮助人 是必要的。一半左右的上 公 设有监事 帮助人 ,平均人数为 1.93 名。^[78] 帮助人 是公 职 ,由公 支付薪酬,但要听从监事的指示。此外,如 监事需要雇佣

[63] 日本《公 法》第 335 条第 3 款。

[64] 日本《公 法》第 381 条第 1 款规定:“监事监督董事(设置外聘 公 的,为董事及外聘) 职务。此时,监

[65]

[66]

[67]

[68]

[69]

[70]

[71]

[72]

[73]

[74]

[75]

[76]

[77]

[78]

业士(如或师),费用也由公。〔79〕

(二)美国模式

美模式美上公公公架相。美模式日公不监,决定由委出,这些委半数上。色监经,日运则委托给后。因易,美模式到日资青睐。〔80〕当然,美模式日十几。〔81〕引进衷赋予公由,日公适合身情况。〔82〕然实践美模式未用量用,日日 4000 上公,只 100 左右用美模式,〔83〕近这数量降。〔84〕

日公遍排美模式出因。模式,提管酬主提委酬委决定,需占委数。上,日公总经权来源资源管报酬管,引进美模式意味剥夺或削弱权。总经不。失提酬决定权,因般拒美模式。〔85〕数用美模式际化日公,这型公曾。提升企业价值、增强透遏腐败,〔86〕然近芝等丑闻表效未必靠。

(三)混合模式

近来,安倍晋相推行经济改革,切。资。买日上公票。但美。资难日传监,进日公存疑虑。〔87〕例如,监票权,因监监否效值。疑。〔88〕这问,2014 修允许日公合模式,合传模式美模式。

合模式美模式相似,都只监,运决定委托给(但合模式不席执行)。合模式传模式相似,合模式委传模式监,〔89〕监等委。委委都,但。般监等委开(这传模式监相近)。美模式合模式别,合模式强提。酬委。传模式公转化合模式,保持日式总经资源管。酬管权。,监等委功能

〔79〕 日《公》388 条,见注 77 引书,26 页。

〔80〕 美公公架批评意见,参见 Kelli A. Alces, *Beyond the Board of Directors*, 46 Wake Forest L. Rev. 783 (2011)。

〔81〕 Takashi Araki, *Changing Employment Practices, Corporate Governance, and the Role of Labor Law in Japan*, 28 Comp. Lab. L. & Pol'y J. 251, 267 (2007)。

〔82〕 久保英、菊伸:《平 14 改正のすべて》,2002 版,55 页。

〔83〕 注 54 引书,381 页。

〔84〕 阿泰久:《经纬から読む改正》,日规 2014 版,46 页。

〔85〕 滨阳郎:“监等委置の导入によるガバナンス改革の行”,载《青山》2014 9,17 页。

〔86〕 Makoto Toda & William McCarty, *Corporate Governance Changes in the Two Largest Economies: What's Happening in the U. S. and Japan?* 32 Syracuse J. Int'l L. & Com. 189, 205-206 (2004-2005)。

〔87〕 英等:“グローバルにおけるガバナンス”,载《月监》586 (2011),6 页。

〔88〕 Bruce A. Aronson, *The Olympus Scandal and Corporate Governance Reform: Can Japan Find a Middle Ground between the Board Monitoring Model and Management Model?* 30 UCLA Pac. Basin L. J. 93, 140 (2012)。

〔89〕 合模式监等委美模式审委相似,但权提报酬向。提出意见,这意义上讲,监等委职权美模式审委略。

与监事会 似,原来的监事可以被 名为监查等委员会委员。通过采用混合模 ,把监事会 移到监查等委员会,以前的独立监事变成了独立董事,从而更容易被外国投资者所接受和认同。已 有 300 家日本 市公司公开表达了想要 化为混合模 的意愿。^[90]

(四) 式 □ □ □

目前绝大多数日本 市公司仍采用传统模 ,但其很难吸 外国人投资。同时,日本公司常 的内部均衡制度 董事会构建,通过总 理 之下的员工维持; 对而言,作为董事会 挥系统之外 的机构,监事会比较难以嵌入内部均衡制度。^[91] 有学者 出,为坚持认认场实持场 日坚持认认场实持场 日坚

此外,一□技术性改□包括借鉴德国做法,明确限制一个自□人担任监事的公司家数,目前对于独立董事□在类似要□,[98] □□证券□易所□要□监事在就职前应就其是否有足够的时□和□力履□职□□监事会和董事会作□□明。□有助于确保监事有□多的时□和□力履□其职权,□□是在□多律□、会计□□专□人士担任独立监事的情况下。德国的其他某□做法,□□□股银□□选派监事会成员□□监督,目前在我国□限于《商□银□法》第 43 条金融与□□分离的规□,基本难以借鉴。

（二）中国和日本

比较之前,□□□□的是□本的□□雇佣机制。^[99]多数□本□市公司的□理层均□□于自□员工,大学毕□以□就一直在该公司工作并最□升职□□理。他们视自己为公司的第一利益关系人,制约□股东□使控制权。^[100]在□本,□少对于很多□市公司,强势控股股东□是大□题。此外,就□统模□而言,□、中两国在独立董事和监事会制度并□方面是一致的,□本的基本思路是让两者□可□协调和沟通,□和部分中国学者的□□一致。^[101]

围绕监事会制度,两国□在若干差异及可资借鉴之处:

第一，中国法律禁止独立监事，也没有强制要设立。一、二国在论在展一、二国与论理论理建与发

加强监督，同时考虑引进外部监督^[105]来帮助公司。^[106] 同样，公司也可以进行利益冲突。

同时，公司上公司不能盲目照搬样主公司模式。因每公司情况不同，合适公司也不样，因公司引入模式间竞争。^[107] 不，相，允许模式存能导致市场乱，至公司间。

后，日允许公司决定传模式、美模式或合模式，因吸引投资。些公司美模式或合模式，望投资更易。吸引资传上投资主，但上公司券场这开扮演来色，2015 5 月李克强总指出，将继续坚持券场开放进。^[108] 吸引投资来英美投资，/模拟出悉公市场。当然，正如公司许移植败经示，当投资改只式，模式实，投资将不加，甚流。^[109]

四、反思

公司应当公司经营，化特征相情认真对待。^[110] 然公司引进监督，些西“移植”或忽。例如职监引入，但职监提职保。更，公生未到刻。由日终身雇佣拔擢传，经实际上代表等益求，因缩职监存必，相，监色主由业能，监督行来呈。美，职益由组织益相。公架构突出则（）（CEO 领管）行监督背书，因据，这能委式实。继受，日极进行着尝改良，近吸引资更相继提供化。

监督源因追求陷入相。考到监由股产生，监乎全股利益，《准则》59 条也提到“股责”。同时，近来小股保不断强，合投票权等规定，监样恐也责旁贷。但，职监置赋予更，、不行监等监能提出极求。不能、匹配监运行来难免顾彼、进据，委式难受更加安放，橘枳运几乎开注定。

改改善公监，当上。资讨不

[105] 蒋卫军、小红：“公司监督完善”，载《湘潭报》（哲版）2008 1，38 页。

[106] 李海：“业监如用”，载《业》2014 3，48 页。

[107] 卫球、李清池：“公改进”，载《》2005 6，71 页。

[108] 李克强：“稳推进股票场开放”，2015 5 月 27 日，<http://finance.qq.com/a/20130527/002754.htm>。

[109] Donald C. Clarke, *Law without Order in Chinese Corporate Governance Institutions*, 30 Nw. J. Int'l L. & Bus. 131 (2010).

[110] Michael H. Lubetsky, *Cultural Difference and Corporate Governance*, 17 Transnat'l L. & Contemp. Probs. 187, 206 (2008).

需的□业, 的监 构成 定位。例如,对 国有□股公 ,监 的中 作 向侧重 职 与 保□, 为□ □ 方 存在有董 □ 委 、外 □ 国 资□ 等多重□□,而对 其他公 ,监 则 妨更多 加强□ □ 方 的影响力,突出专业 专职 , 住 决 股 /内 人□制问 的牛 子。从理论上讲,如此 监 的定位 晰 , 有助 克 委托代理环 的代理人 倾向、□□其 的 ,^[111] 也 发 作为委 的监 之 通的组织 □。^[112]

国现《公 法》对 国有公 一定的特殊规定,有些即涉 到监 , 过其主要集 中 有 公 。未来 国有□股公 作为一种特殊类型的公 ,在《公 法》中作出□□有 公 股 有 公 等形□的专章规定, 据上 思 规 其监 有 要,甚至 就国有 □股公 法,□□除 一型《公 法》 对多种场 类□难 调 的 。需要 的是, 严□而有意义的 制或规则□ 托全 的调 研究、细 的成本□益 □ 广泛 入的论 ,□ 意 绕 国公 监 的讨论,也 主 □□一□之或 □ 些 节 断就□生 硬套 出改良方 ,而是希望认真□ 往 国制 □败的 ,在 认知 的上重□对其的 索。

本文主要对 国公 法制 较,表 名为“监 ”,其实际□ 作用 理却 径庭。德国 监 居 ,监督 董 管理 ,强调职 与。日本从德国 监 制 ,但公 理模 正 来 受到美国的影响,其监 制现在 来 其他 个 的 。允 公 据 情□在若□本模 中 ,也 作为 国的改□思 加 □, 未来中国公 的监 更需要 定重 、有所 舍,如 倾向 德国 制,则职 益保□的色 得到强 ; 如更□日本做法,则 驻公 的 外 专职监 、帮助人 、个 履职等 受到 重 。

有几 需要 。其一如 所 ,中国 监 的 程 上归 上 公 □股股 / 理的强□。即 法 监 更 的权力 , 若上 公 股权 构未发生 ,监 的 □发 受到较强的制 。其二,本文集中讨论内 制□其对公 理的影响,实际上外 制 □也 重要。^[113] 有 论认为, 有中国特色的 场 □即 现为强有力的 融 场 监 ,^[114] 在上 公 持股。^[115] 此外,德国 日本传 的 银 为中 的外 制□制,^[116] 日本的 持股制 等,^[117] 也在公 理中发 作用。其 ,中、日、韩等 国 入 董 概念,被认为 在 制 的 益、投国外资本所□,却 愿意放弃管理权或作出真正改 ,^[118] 这种舍本

末取巧□为所□致的功□失调已为□□□现的□司丑□所验证,有□要在包括□事会在内的□续治理□革中□以□服。

围绕□事会,我国学界□□□过□同□□。一□□点□应□除□事会制度,^[119]另一□学者□为可以□□□事会,同时采□一系□手段对其□以□□。^[120] 无论□何,□事□□摆□□前□使“廉□投□□”的“名誉”地位,^[121]□□承担起某种“简单□切□”的功□。在《□司法》□迎□下一轮修订之□,□事会的□□□□理应□起同仁们的重视,而□关键的前□是去除以□的□失和迷失,为中国□事会探寻一个□对□□、□□国□的□位。

Revisiting the Chinese Styled Board of Supervisors: How It Gets Failed?

—An International Comparative Perspective

Guo Li

Abstract: The Board of Supervisors (BOS) of Chinese listed companies is widely condemned as a failure. Though seemingly well balanced in book, it has almost never achieved its goals in practice. Drawn from a thorough comparison with Germany and Japan, this paper identifies three factors explaining such a malfunction: the misunderstanding and misplacement in transplant, the incompatible and often disoriented multiple objectives, and the prevalent control pattern of Chinese companies. The key to further reform and improve the BOS is to narrow down its focus which fits best into Chinese circumstances. It could also be considered to allow companies to choose their own corporate governance model out of several basic options, as available now in Japan.

Keywords: board of supervisors; corporate governance; independent director; employee protection and participation; revision of company law

(□□□□: 丁洁琳)

[119] 曹砚:《我国□市□司□事会统□□控□□研究》,□北人□□□社 2010 □,第 33 □。

[120] 李建伟:“论我国□市□司□事会制度的□□”,□《法学》2004 年第 2 期,第 78 □。

[121] 薛□□、□彤:“董事会、□事会制度□□与会计信息质□”,□《财□理论与□□》2004 年 4 期,第 88 □。

——以德国□司法规 为

摘要: 论在德国 是中国,实□“ □独 ”不是一项大□□。□过与学界和实 界的 期 □流,德国 法者在界定 □独 □概念(包 前和 中)方 已 □较为成 的法 □,特□是 2012 版《德国□司□理准 》的出 ,德国 将□□□成此项□□。 我国,由于 □行□司法规 □从 □ □人的“ 历 □” □对其 □格提出要□,而未对 □/ 过 □中独 □的□有和 失 □要□,因此 □在 过□中□□受□“ □ □”的 □以□来 自大 □或□为大 □□□的□营□理 的不当□,实□“ □独 ”之□ □□而□。德国此 对 □独 □失 因的□ □□得确定独 □概念的具□ □发 □。是 ,有□要对德国 目前开□□的 □独 □概念□行□理界定,以期为我国实□“ □独 ”之□ 出可能的前□方□。

□、□□提出

□□□□□□公□□□实践□□□势□□□□需□□。^[1] 如□□公□□□□康贝□ (Comberg) □生□□□□□股□□□公□组织□□□□□报告□□□,“□□公□□□□□几乎只□□□特定□□□□征□职□□□□,□且□□□上□,这些□□公□□□运不□产生□□□□”^[2]

□股□□□公□□例,由□许□□型股□□□公□□由□□企业转□□来,□□^[2]济□□□□□□□□□□□□□□□□定□□上□□存□转型后□公□□,□反□□□公□□□实践□。^[3]虽然□□不遗□□□推进□□企业□□□□□□□□□健全,但改□后□□□企业“□□□”□然未能实□□“老□□”□“权□交□”,□□□□□□□□□职□□□□然受到“□益□突”□□扰□□来□

* □济□□□□□助□□□, □□博士, □□(~~原~~ ^现 济□□□□□职□□□。 □□□ 2014 □□□济□□□□□□□青□□□□□“股□□□公□□□□□息权□□□□□”(□□□: 0701219040) □□□□□□□。

[1] 参见李开口：“□□□公□□□□□□不□□完善”，载《□□评□》2005 □□ 2 □，□ 123 - 124 页；施天涛：《公□□□》，□□出版□ 2006 □版，□ 308 页；俊海：《□公□□□□□□□□争□□□□难□》，□□出版□ 2006 □版，□ 388 页□□；石□□：“□□□《公□□》□□公□□□□□”，载《当代□□》2007 □□ 6 □，□ 4、6 页。

[2] Vgl. *Philp Comberg*, Die Organisationsverfassung der Aktiengesellschaft in China; ein Vergleich mit den Organisationsstrukturen der Aktiengesellschaft nach deutschem Recht, Hamburg, 2000, S. 88 ff.

[illegible]

大股东或作为大股东代表的经营管理的不当干扰,其()说是监()的独立无从谈起。在这样的现实下,监()不能对决定其运的大股东或作为大股东代表的经营管理实施有效的监督,而维护中小股东利益和公司整体利益的责任更成为“镜中月,镜中花”。更让人忧的是,我国的公法规没有对监()独立作出明确定义,其()的法内无从知晓。实现“监()独立”之任重道远。

而在同样实行“二元制”公司治理结构的德国的公()实践中,实现“监()独立”的浩大工程却随着2012版《德国公司治理准则》(DCGK,以下简称《准则》)^[4]的出台而悄然接近完工。《准则》的此()旨在加强监()对董()实施监督时的独立()。于这一()的,“准则委()”^[5]对监()独立的概念进行了全面()正并大大拓展了()能导致监()丧失()独立的()因的()。不过,定独立概念^[6]的()体内容也因此得()更加()难。是故,()认为有必要()据《准则》()其相关法()规的()规()的,对()开放()的监()独立()概念进行合理界定,以()为我国实现“监()独立”之()指出()能的()进方向。

二、监()独立()概念的第一个()面:监()候()人的独立()要求

对于监()候()人的独立()要求,即()极()职资格,我国《公()法》第51条第4款、第117条第4款和第146条()作出明()的规定。但在仔细研()这些法()条文后不难发现,除不考()不()备完全行为能力的()然人外,我国立法()只是希望将()些存在“经营管理劣迹”的人“()时()”(到()年不等)排除出监()候()人名单;而对()样()能严重影响监()公正客观履职的“()益冲突”^[7]要()未给予充分关注。

“()益冲突”在德国公()法规()关于监()职资格的语()下被()为“董()或()管职()与监()职()的不相容()”。据德国《股()法》(AktG,以下简称《股()法》)第100条第2款第2()和第105条第1款,有关公()的经营管理()构成()或在附()公()中()此类职()的人以()代理人、全权代表等不得()监();时(),法第100条第2款第3()还规定,如()A(资合)公()的董()是B公()的监(),A公()的法定代表人不得()B公()的监()(即“连锁董()”,“()禁()交叉()职”)。为因应

[4] 关于《准则》2012年之()版本的介绍,以参见冯()、李安安:“()融创()域下的公()理——公()法制结构()的一个()瞻()分()”,载《法学评论》2010年第6(),第35页;注1引书,第4、19页以()其他相关论述。Vgl. auch Hans - Christoph Ih-rig/Jens Wagner, Reaktion börsennotierter Unternehmen auf die Änderung des „Deutschen Corporate Governance Kodex“, BB 2003, S. 1625 ff.; Roland Kirsten, Deutscher Corporate Governance - Kodex: Die rechtmäßige Besetzung von Aufsichtsratsausschüssen am Beispiel des Prüfungsausschusses, BB 2004, S. 173 ff.; Eberhard Vetter, Update des Deutschen Corporate Governance Kodex, BB 2005, S. 1689 ff.; Anderas Hecker, Die aktuellen Änderungen des Deutschen Corporate Governance Kodex im Überblick, BB 20k

[5]

[6]

[7]

□□□□□□□□监□□□□念□□相□□《□□公□□□准则》□□□情况□□□绍。然后,笔□将□□□□监□□□职□□□□□□□□□涵,□□清晰□定监□丧失□□□□诸□□因,□□公□□□□□措施。这也□□□□□□将来清晰□定监□□职□□□□□□□保□□丧失提供□益□□鉴。

（一）德国监事会制度发展历程梳理

□百□□□,□□□□监□□□□,□□□□础上□□□职□参决□。□近几十□间,监□□□更□□□欧洲□□□注□□□□□□^①。欧□□□□□欧洲□□□□公□□□□□,□□推行监□□□□(□□职□参决□)。

監〇〇〇〇〇〇〇“〇〇〇”公〇〇〇〇〇〇〇显〇〇特〇,且这〇〇〇〇〇〇〇许〇情况〇〇职
〇参决〇紧密〇〇。〇〇〇監〇〇〇〇〇〇〇〇运行良好,但〇20〇〇90〇代〇〇企业出〇严
〇危〇〇来,〇〇〇監〇〇〇〇〇〇〇效〇开〇产生怀疑。〇〇〇〇〇遍认〇監〇〇〇〇〇〇〇极
〇〇态〇〇行〇〇式〇〇〇满〇〇代公〇〇〇〇〇〇〇求。

□□□□□□□□出回□:1998 □□《企业控□□□

(二)《德国公司治理准则》概况

2000 5月29日,德国“公法”府委(全“公法-企业管-企业监督-股法代”府委),即的“Baums委”。委的析德企业管监督存的问题。^[15]的框,委“如监管实好、的监督”这问, 2001 7月1日《告》。^[16]告干建,股公的法修,则整意,这些意纳后的《则》。

2002 2月26日,《则》正出,后德公实的些问题出修正。如,2009《薪酬法》(VorstAG)出后,《则》据修的公的,建监的样加薪酬顾问的。2010《则》上出完,的亮女监的监的业趋势。2011《则》未出修订,但后的2012出拳,监的出的建迎策。的热烈合虑馈的意,《则》出加监的建。2013 5月,《则》完“瘦”薪酬出干建。的亮建的薪酬固,的额的。

据德学的,《则》实上德上公监的则,占50%的幅;《则》出80建(Empfehlungen,占40%的幅)干建(Anregungen,占10%的幅)。但注意,《则》“遵或”则。

《则》法也法令,“软法”。法的《股法》161的“遵守况”^[17]。据款,上公的监出告:公否遵守、否遵守《则》的建些建未遵守出。德法希望加监公的上的监督的透问题。^[18]

2002,《则》盟委的告监的问。^[19]2005,盟委监的建(131款则II)出监念监否的干。^[20]2005《则》纳盟委监的;随后,这《企业代法》的《府法》,《股法》的认。

[15] Vgl. Ihrig/Wagner (Fn. 4), S. 1625.

[16] BT-Drucks. 14/7515 v. 14.8.2001, in Buchform erschienen 2001 (Hrsg.: Baums).

[17] Vgl. Ihrig/Wagner (Fn. 4), S. 1625.

[18] Vgl. Kirsten (Fn. 4), S. 173.

[19] 如《则》5.4.1,注1,4、198。盟的,的2002 11月4日的《代公法框的公法告》2003 5月21日的《的革公法盟公的委告》。

[20] 2005 2月15日盟委上的公的执监或监出的干建(2005/162/EG)。

如□□□言,□ □步^[21] 监事□仅□公□利益服务□意□,2012 □《准则》□监事独□□概念□□全面,这也□ □步□确□概念□确切□涵 □契□。

、监事履职□□□独□□概念□□□□涵

毫无疑问,“利益冲突” □ □侵蚀监事履 职务□□独□□, □□□监事依公□利益履 监督职 □□董事□ 恰 □咨询。□据□□□□通□, 利益冲突出□□,已 □待监事仅 □公□利益 事。

□□□□公□实践□日益突出□“利益冲突”□□,2012 《准则》□ □冲,通□□□规 着 □规范监事□独□□问题。^[21] □ 5.4.2 条□□□□最□□□□ □条款。□条□ 1 句□□□议监事 □□据□公□□实际需□聘□ 数 □□ “独□监事”;^[22] □□□据□条□ 3 句,监事□□ 得 包含□名□上□□董事□□□,□ 没□设 □ 限制。^[23] 这□□□ □度上□ □□存□□ □利益冲突□□□ 监事 □可 □。

□□判断监事□履职□□□□ 已丧失独□□□,《准则》□ 5.4.2 条□ 2 句 演着至□□□□ 角 。 □条款可□,如□某监事□公□、公□□□、某□ 股股东或某□□□企业□ 存□某种业 务或□□□□,□ 这种□□可 □□□ 持续□□利益冲突□产生,那么□□可□认□□监事已 丧失独□□。□□ 笔□ □据□条款 □□□□□件,□□□析监事□何种 □ 丧失□独 □□。

(一)存在可能产生重大且持续性的利益冲突的关联关系

1. 主体要素

□□加^[24]监事□□公□ □管□□监督,也□□□管□层□ □管□ □ 判□审查,监事 无疑□独□□董事□或公□。这□□□上□公□□尤□□□, □股权□散、股东数 □□,股东或 股东□□无□□董事□实 □ 监督。□□,《准则》□□ 到□□种可 □侵蚀监事独□□□危 险 □:□种 □董事(□),□□种 □ 股股东。^[24]

□□, □□□董事□□□□□□ □董事代表□公□□□□都可 产生监事□□董事□依 □。但《准则》□这□面似乎 虑 □,□□ 5.4.1 条□ 4 款 □□□母公□□ □业务□□,□未□ □□整□企业(也□□□□□子公□)□ □业务□□。□母公□□董事□完全可□ □□通□子公 □□监事 加□□。 □,笔□认□,这□□□□□□□ 涵盖□整□企业□ □业务□□。□□, □监事持□公□业务伙伴□□数股份或□□□□代□□□,□□样可 □□公□业务伙伴□“□□ 利益”□丧失独□□。□□ 反,□□链(即□某□□公□□□□□□□ □□□) 很难□董事□□ 悉□通常 □□□监事□独□□。2012 《准则》出 后,□名存□□□□□□□□监事□,若□监 事□认 □ □备独□□,则□□监事□独□□亦随□丧失。

[21] Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 998 ff.

[22] □□监事□享□很□□□ 裁 空 。2012 《准则》□□□各 □均 □ 监事□拥□“足 ”数 □独□监事即可。□“ ”取代“足 ”,表□□□□□望监事□□拥□ 高□ □独□监事。Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1023 f.; □可 阅朱慈蕴、□凯:“公□制度趋□□□检视□□□□公□治□ 析”,《□□□□》2013 □□ 5 □,□ 30 。

[23] 这意味着即便□□□董事已离职超□□□□□ □“冷□□”,也仍 □□监事。Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1025 f.

[24] Vgl. Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1011 ff.

其次,公司控股股东可凭借公司董事行使控制权,监事义务防止控股股东滥用控制权,小股东造损害。这既使监事受控股股东控制,董事抗衡,又独控股股东,2012《准则》确出监事控股股东或企业样可监事丧失独。实务表出截态度:遍迎受《准则》独概念扩,[25]后则猛烈。很实务士认这种未虑企业职工决制特殊,可侵害控股股东企业正权,更何况已股东小股东冲突决出全面规。

那么,《准则》议否削弱控股股东企业需?公司实践来看,这种完全没。控股股东监事股东监事选享绝话权。即便实职工决制公司,“独监事”仍控股股东负免,履职服控股股东,控股股东未丧失监事决议。〔26〕

控股股东范围如何确定问题,主要两种观点:《价证券收》29条2款“拥30%表决权”为准;用上控制权概念(《股份》16至18条)。笔认,准显得僵,今公司实践,很况股东无需掌握30%表决权可董事加决,通备独监事小股东护;后言,更注小股东护,但《准则》制够得到际双认可公司治理,使际投资可楚公司治理,这准样显得够“手”。实,这面虑得更全面远,《决算令》确出“决算上控制权概念”,〔27〕商规范反迅速,概念至《商典》290条。条款“决”出更确义,更投资掌握。认,规范,但《商典》290条规更合用来释《准则》控制权概念。

2. 德国认定的主要关联关系——业务或个人关系为思考进路

2012《准则》仅业务或这这种,笔拟这种手,监事独概念细析。

业务。〔28〕《准则》未出确,但遍认“业务”涵上主或依据债务业务来,即济上待付。故,单或事实绝意义上“业务”。〔29〕,业务都监事独丧失吗?鉴2012《准则》规范——防止“监督足”(Kontrolldefizit),〔30〕笔认,处业务那些无足轻、利益冲突业务(即取限缩释),这通常

〔25〕 69届上,确出,公司监事样聘代表股东利益股东监事。

〔26〕 但注意,实职工决制公司,控股股东代表再占据监事数席。

〔27〕 这概念可视控制权概念际准,盟委议规也议各鼓励济状况,借判断某企业否。

〔28〕 Ringleb/Kremer/Lutter/Werder (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1016 ff.

〔29〕 私上债务(如侵权、得利等产生债务)或公司(如公司企业实监管)均业务。事实(如或上空邻)样如。

〔30〕 实

□□□□监事□独□判断。□□, □□□职□□□务□□□□公□□□利益□□威□, □□《准□》□□□□已□□□□面规□,^[31] □□□类□□□□□□□□监事□独□□□□□。^[32]

□次,□□□□□言,□□《准□》□□规□得□□模□(仅□□案□简□□□),^[33]□□《□份□》□115条□2款、《证□□易□》□15a条□3款、《□□条例》□138条□□□□委□□□议□规□□□□□条款均□助□□□探□“□□□□”□□□□□。□□□□□规范□,“□□□□”□□那□□监事□□□亲□□□□□,例□配□(□□)、亲□子□、配□(□□)□子□□□□□□费请□权□□庭□□。□□□□□□□□□范围□□□□,□□某□□殊□亲密□□□超□通常□□□往□度□□亲□□朋友□□□□可□□□□□度□“□□”监事□独□□。□种□□确□□□□□□,□□□□□□□□□亲密□度很难□□据□□□客□□加□□量,□□□□保证监事□常□□职□(避免“监督□足”),□□□□□□□信□,□信□□□□职□□□□□□□朋友□□□□□□□□。□□□□践□,通常□□亲□□□□□□亲□□□才可□显□□□□监事决□□客□□。^[34]

3. 利益冲突因素

□□□监事□董事□□□。□东可□□□依□□(□□□□)□,□委□□□□议□规□□□□□□□□。□□□□□,□2012□《准□》□“监督□足”□规范□□□□,监事□独□□□□味□□□□□□利益冲突。^[35]据□,□□□□□务□□□□□可□□□□□□续□利益冲突□,才可□□□□□监事□□独□□。^[36]□□□□已□□□□种□□□危□,□某监事□□□利益□□□□□□□□利益□□可□□使□□使□违□仅□公□利益服务□□务,□□□□□□监事□决□□□客□□。□□种情□□,□□监事无□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□□得允□□□□监事□□讨□□决议,□可□□□□据《准□》□5.5.3条□2□□□份□□□□原□□□□辞去监事职务。^[37]

□□□□利益冲突□,监事□□□避□□讨□□决议,□□辞职□,□□□□□□利□保□公□□□监督强度□□□□得□□□□题。□□□□□公□□践□,监事可□□□□□通□□□。□利益冲突□□□□决□□□□□公□利益□□□□□□冲突。若□□□□,再□□剥夺□□监事□□议□加权(讨□□□决)□□□□晚。^[38] □□□□利益冲突□□□□□□,□可通□暂□停□□□监事□职避免□类冲突□□利□□□,^[39] □□□没□□□□□□□□监事辞职。□□□□, □□□公□□□□□“监督□足”□□□□,□种做□□□备□高□可操□□□□得□□借鉴。

□□又□□□□□□题：□哪□情□□□□□□务□□可□□□□□□□□续□□利益冲突？□

[31] 《□份□□准□□都□□□“□□□”□规□。例□《□份□□100条□2款□1□□4□□《准□□5.4.4条□2□、□5.3.2条□3□□□5.4.2条□3□。

[illegible]

[33] □ □ *Ringleb/Kremer/Lutter/Werder* (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1015.

[34] □□□□□□□□□□,□□公□可通□□□□□□□□□□□□□□公□□监事□加□□。□□,□□某监事□□□□公□□□□□□□□□□亲□□□,那么□□□□□□《准□》□□□□□□□□□□。□□可□,□□□□□公□□□□□□□□□□□□□□东□□□□□□□□□□都很□□。

(35) 委□□□□议□规□□利益冲突□确限□□监事□公□、公□□□层□□。东□□□□□□。

[36] Vgl. *Ringleb/Kremer/Lutter/Werder* (Fn. 9), § 5.4.2 Rn. 1020.

[37] □邦最高□院□很□□□□□□□□□□□□ BGH, NZG 2009, 346 Rn. 25; Klaus J. Hopt/Herbert Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 2006, § 103 Rn. 96 f.; Bruno Kropff/Johannes Semler (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., 2008, § 100 Rn. 72.

[38] Vgl. *Dake Yang* (Fn. 4), S. 72 ff.

[39] □ □ □ 1 □ □ , □ 301 □ 。

据《准口》

包括 配偶、如 偶(伴侣)、生 女、偶(伴侣) 女 享 生 庭 。

次,可 “ 持续 利 冲 ” 种 “ 实 危险”, 某监事 利 或 代 利 可 诱使或迫使 违 仅 利 服务 务, 监事 策 观 。 , 利 冲 否确实 监事 判 观 依 况 析, 武 认 监事 利 监事 策 已丧失独 。 认 确实存 利 冲,监事 观 禁止 监事 监事 议, 至可 免 监事 务。 已 可 确 很 无 合 履 。 , 防止 频繁 生 “ 监督 足 ” 状况, 尽可 持监事 工 续, 可 虑 监事 “ 隔离观 ” 或 短 停止 务 。

最后, 工监事 工 肩负 代 工利 务可 别 况 利 冲 产生,但 利 冲 产生 劳 或 业务 , 产生 肩负 护 工 利 务, 策 少 董事 好 独 工监事 可 视 “ 天 独 监事 ”。

On the Defi D

辨识与解析:民事诉讼专家辅助人 制度定位的经纬范畴

*

摘 要:□□ □工□□□ □□及 据规则日~~■~~□ □□□背景下,□□□□□□□□□□
□□事□□□辅助□□基本~~据~~据用助问问问别别别问英问别别别问英别问辅

发生在 1782 年,“在该案中,由于法官排除了专家对发生河口泥淤积原因的解_释导致法官对此_案重新审理。在重审过程中,法官采纳了一位首席土_木工程师有关诺_克发生泥淤积原因的_证”。^[2] 与古老的欧_洲相比较,尽管_法国的建国历史较为短_促,但“在_法国法官中_所早_所用的专家_证也是非_常广泛的,其中_包括_土木工程师、医生和其他专业人_员凭_借其专业经_验和_业培训而出_作”。^[3]

何谓“专家辅助人”? 回答这一问_题必须基于一_个特定的语_境和法律文化_背景。从比较法的_角度,我们在国外的教科书、法学论著甚至立法或司法实_践中似_乎还_没有_法国完全相同的术语或_概念。但两大法系_自对其有不同的定义与称谓, 如,在大_陆法系德国的民_事诉_讼上, 被称为专家_(expert)。^[4] 尽管在_一些_情况下,当_人也有_可聘_用自己的专家,但有关论著_仍还是将这_些专家称为法_国专家或法_国专家(court expert),^[5]同时,因在诉_讼上这_些专家主要被用来从_事定_案活动,故_被称为_定人。^[6] 而在英_国法系的民_事诉_讼上, 被称为专家_证人。

专家辅助人是一_类专业人_员,或应当_适性地被称之为“专家”。_这是一_个学理

,

在在方理建国重论被理泛论理建与发国论理理论理建与发国论理学发建国在与发国方国建与在方论方在在在方理建国

法律问题。事通常需聘请师诉讼代理,助完诉讼;事实问题。在许情况,事通证来满足相证的;业问题。事权聘请来助事的诉讼。可见,师、事实证等都可方事的诉讼辅助。

的般意义上言,辅助某业领的或业士,通常定的化素养注声望,视生产的代表。因,假定独的格、严谨的理、执着的职业操守与尚善的良。尽管受方事托业的角,度方事负,但民事诉讼发生的诉讼法,毕竟受国公法调整,事负尽义务不得牺牲的公平与正义代价。法理由待即便事聘请的也无意践踏良职业操守的资与由。

在诉讼,事与师、事实证与存在种私利益,师、事实证、与法院存在种公法意义上的诉讼法益,这层师、事实证、参与诉讼不得违背良、职业操守等,甚至恪守,不得刻意违反学真理。

(二)大陆法系的基本取态与端倪评析

方事的业辅助,在法着截不角色。在陆法,方事的业辅助出在诉讼的频率远远低法院,即使也往往处或补。例如,“理论上讲,德国的制度的建在促发事实真相的序得更加效的运。法院独各方事的且场也客观的”。^[7]这因,法院显的官方色彩且深受法院的信。“在德国民事诉讼,事可雇佣的”。^[8]但这毕竟不种常态,不视的原因,“法院通常怀疑事选意见的可信度,因这些受雇事且已经与事的师讨论案情”。^[9]由这种业辅助与事间的密切,很易怀疑受到事的操纵。“,德国民事诉讼法未设定用规范这些事选的规则。德国法院认,这样的的意见不与法院意见相的价值”。^[10]

事实上,陆法的法与法来无限夸法院用的倾向,这种倾向持续至今,也事倍受官方冷落产生的种结。事聘请的与事间存在密切的不言喻的,但这否定意味着事的在法庭上完全置学真理不顾撒谎,答案显如。虽不完全排在别情况类似的发生,但业的声与法的不良记录等措施在相度上效遏制这种情况的发生。完全没因噎废食。美法实的事的证制度,借鉴美法证的庭审调查方式,陆法模式的诉讼序加的改与完善,裨益的。

在诉讼上遇的业问题案件待证事实的,法上设置事聘请制度的衷,待业角度出发,用意见证据证方事利的业事实,

[7] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 179–180.

[8] Stein/Jonas – Leipold, *Zivilprozessordnung* § 402/56 (21st ed. 1999).

[9] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 178.

[10] Stein/Jonas – Leipold (Fn. 8), § 402/56.

意在同时协助法官发现真相,或防止法官专家的鉴定意见中存在的瑕疵与偏颇。

值得一提的是,在我国民事诉讼上,专家辅助人系对当事人聘请专家的一特别称谓。而在大陆法系国家,专家辅助人往往是与法官专家(即鉴定人)同时出现在法庭上的。在立法论上,鉴于当事人专家与法官专家系相协调、互补的关系,两类专家在诉讼上所发挥的作用具有反差异性而并非契合性。因此,对于法官专家,我们有理由要求其站在客观、中立的立场上发表专业意见,因为法官专家的立场与法官是差别的,超越了任一方当事人的利益而具有公共属性,但是,对于当事人聘请的专家,我们不苛求其法官及法官专家同样在法庭上全恪守客观、中立。是当事人聘请的专家,其职责应是站在一方当事人的角度,在专业问题上对该方当事人,同时在法律上承担一客观、真实的义务,因此,是一相对的客观、中立。特别是在法官专家出鉴定意见的情况下,坚持对中立的应是法官专家,而当事人要恪守相对中立即可。也就是说,当事人聘请的专家在法律与专业科学允许的范围,内替一方当事人“辩护”,为其当事人对法官专家意见的合理性问题上大大地排除其中的疑点与瑕疵,以协助法官发现真相。

(三)英美法系的基本取态与改良计议

在英美法系的民事诉讼中,遇有专业问题时,专家证人发挥着不可替代性的作用,但专家证人与诉讼当事人之间的关系非特殊。至在理论上,在美国民事诉讼中,专家证人的方式有二:要当事人雇佣自己的专家证人,要法官指定专家证人。在美国民事诉讼中,当事人可以雇佣自己的专家证人,证人在雇佣专家问题上享有选择权,被称为“购物专家”(expert shopping)的模式,当事人有机会拥有于支持其观点的专家。证人对“好的科学家并不感兴趣,反而感兴趣的是好的证人”。虽专家(证人)受雇于一方当事人,但他或她保持客观、中立。证人的律师会为专家出作必要的准备。^[11] 为了更加直白地表述现象,甚至有学者坦称:“在美国民事诉讼上,一般情况下,原告要在科学观点上持一端立场的专家,而被告则要正好持恰恰相反一端立场的专家。”^[12]

关于当事人专家如何理解科学真理与发现真相的问题,学者指出,“一方面,专家有助于支持雇用他的一方当事人所主张的事实,另一方面,专家以(客观)支持事实审理者发现真相,并在此意义上,他(专家)可以被作为事实审理者的一扩张。这些都是成为专家证人的特色或功能”。^[13] 也就是说,遇有当事人专家作证时,其采用的专

于大陆法系上的应用,它专指当事人聘请的专家。专家辅助人制度的^{〔4〕}运用可弥补法院专家的缺陷与不足。专家辅助人制度既是证据辩论主义的体现,也是自由心证主义的基础。说到底,它是正当程序理念在大陆法系具体适用的产物。

(二)信条的专奉与不同逻辑的漂移

在诉讼上,始终坚持不偏不倚的中立立场对于专家是至关重要的,对于法院专家尤其如此。采用德国模式有利于规避怀有偏见的专家,但它缺乏^{〔5〕}的机制来限制和制约法院指定专家的实际权

美, 若干 决 妨 实真 序 问。 : , 若干 组 业 , [32] 够 出 歧 估。 [33] 美 , 业 扮演 积 色。 但 , 这样 增加 松 业 够胜 需 聘 , 需 支付 才 薪酬 (competitive salaries)。 , 这 需 育。 , 些 常。 [34] 美 , 尽管 邦 审 松 常 超 75 000 美 , 但 松 失 我 态 , 日 纠纷 显 可 民 决。 [35] 美 , 特 (Learned Hand) 出 组 些 特别陪 审 [36] 这些陪 审 业 问 荐 决意。 这 特别陪 审 组 吸 , 但这 陪 审 存 “ 陪 审 ” , 昂。 [37] , 实际 遇 些 预料 问。 例如, 硅胶乳房植入 业 问 业 陪 审 (小组) 实真 序 改善。 后 , 抗 松 模 产生 一 亿 美 赔偿支付。 陪 审 认 , 据表 乳房植入 疾病。 [38] , 抗 松 模 失。 告 , 4700 妇女, 这 增加 这 收入。 奇 , 告 。 , 医 生后 , 每小 她 四 女 审 , 她 每小 50 美 价 收 酬。 , 亲 这些女 做 审。 [39] 美 , 巴 特 (Basten) “ ”。 [40] 实 途径 特 业 聘 做 , 特 业 。 , 这 显 昂贵, 鉴 业 , 审 出 业 问 都 够 , , 这 问 尸 初 决。 [41] 四, 美 (the American Academy for the Advancement of Science , AAAS) 出 (the Court Appointed Scientific Experts , CASE) 型 , 委 帮助 估。 [42] CASE 显 , 决

[42] See Harris, *supra* note 38, at 8.

国民诉讼中法官消极、被动的观念并不牢固,由法官专业的法官不成为一
法中的现象。

、 曲的尺:关 专 辅人与法定人之关 的

是一

() 偏见 缘由

从法理上,由传 文化与审 模式所 定,在诉讼上当遇有专业问 , 法 实行 定人
。为 定人的中 而避免受到当 人的 , 定人的 由法 定,如, 德
国《民 诉讼法》第 404 定,法 有 专 。^[57] 因此, 法 的 定人 有 方 彩,

其能 站在法 的 场上来 定 一专业 问 对 实认定上的 。对此,有德国学 指
出,“ 定人是一 中 的法 辅 人,其活动的方式 受 法 的指示”。^[58] 因此,在
法 民 诉讼上, 定人的功能与作用在 充法 在 实认定上涉 有关专业知 、特别经 法则
等方 的欠缺与不 。 实上, 定人就是法 专 或顾问之一 ,他 在 法意义上 有 的一

为 贯彻诉讼()辩论主义, 也 克 法 在涉 专业 问 上过 赖 定人意见
的弊 , 法 为 当 人在专业 问 等方 能 享有 语 ,也为诉讼当 人 有相 的
专 辅 人 。如,在德国民 诉讼中,当 人还 雇佣 的专 。^[59] 见, 国民 诉讼
上所谓的“有专门知 的人”这 专 辅 人早 为其他 法 国 采用,其 法 的与 法功能
不 。当然,受传 文化上的国 本位主义等观念 ,在 法 国 的 法程 上,对当
 人聘 的专 终充满着偏见与不 ,导 即 在诉讼上出现当 人专 ,其提供的专业意见与
观 也 被法 所忽略,审理法 将这 意见与一方当 人的诉讼 为一 有 构成。
在相当程 上,这与法 来只 法 专 有 对的关 ,法 对 专 的 赖与顺
从是法 对当 人专 产生怀疑与排斥态 的一 成因。

在界定专 辅 人与 定人之间的关 问 上, 当认 到,从 学与专业的 ,专 辅 人
在法 上 在法 当坚持 观、中 的 场, 其是在 须采用 定方式而

业主疑

主 法

与专在

、
理
、
法

业 间 、 、 当 专

意
从

析□确□。□□,听取诉讼□事□□聘□□□□□抗□□□□审□□官□最佳选择,□种“□□
□□□”□□抗□□局,通□审□□官□调查询□使□□够□□□惑,□利□□庭□□□□、□□、□
□□□证。□种□□院□□□□事□□□□□□□□题□□□□证据辩□□□院□□□确□证□
□□条件。

（二）对抗式的格局与话语权的制衡

□□□□□□, □□事诉讼□□□辅助□□鉴□□□□□□□□种□□□□站□□□□□□□
□角度□□□□□抗□□□, □种□抗□□□□□□□□□抗, □□□质□□□, 它□映□□事□□
□事□□□□□□□题□□利益冲突□□□院□□事□□平衡□种利益冲突□□公□□□。□□□
鉴□□制度□设置视□□院独占□□□□□信息资□, 那么□□□□确□□□辅助□制度□可□□
□□□□□服□种□平衡状态□□取□□□救济□□□□□。□□序□, □种制度设□既□利□
制衡鉴□□□鉴□权, 又□利□制□□院□□□裁量权, 尤□□□□院□□□鉴□□□显得□显□□
□无端□□□□□□□□。□□□□□□言, “□陆□□缺乏□□□□制□限制□制□□院□□□□□
□□权□”。^[60] □院□□院□□□□通常□□无□□辨□质□□□缺陷□条件□概括□□□□□,
□院□□□且□□□□□□□, □□□情况□□毫无悬□□□□□□院□官□□□。□□□□题□, □
陆□□□□院几乎沦□□院□□□□□话筒。

□□□□□□□□工□□□趋势□渐显□,□院□□操控□院□裁判议□□裁判权□□局面□趋加剧。□□□□□□讲,□□辅助□制度□□陆□□□□□□□□空□,它□□确□□□利□控制□院□□□□□议权□滥□□□□裁判权□又□□制□□局面,它□□□续保留□陆□□□院□□制度□□□□□种□□□□改良□变革,□□种改良□变革□预□□否□够得□□□,□键取决□□院□改革□□、决□、□□□□□□□□□□□□量□□□配□度。

五、□□□境□□□□□□:□□□□辅助□□□□证□□□□□移□

(一)困惑中的原委辨析:大陆法系专家证人制度的悖论

单□□□□角度□□,无□□□辅助□□□□证□,均□□□□□□□□□□□□□□□
士,□□均□□□□□□□□□、验□技□□□助□□□事□证□案件事□□。□□□□□最□
□□□□处。□□□□□最□□□□□,它□□植□□□□□□□□□背景,□□,□□□□□
□都□□□□固□□缺陷需□加□改良□话,那么,“需□改变□□□□□□□□,□□□深□固□□
□□□”。^[61] □□□□□□□□诉讼□□□挥□各□□□□功□,□□□□辅助□依□□□陆□□
□□□背景,□□□证□□□□□□美□□□□□□□□□□。

□陆□□□□背景□□□□造□□□□序□□职权□□□模□,□□,□□□□□□□□
□角度□□,□□□美□□□事诉讼制度都□□质□□□抗□模□(fundamentally adversarial system),^[62]□□,□□□官扮演□角色□美□□官□□积□。^[63]□种积□□角色□□□□□□□□

[60] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 185–186.

[61] See Reitz, *supra* note 54, at 988.

[62] See Langbein, *supra* note 14, at 763.

[63] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 183.

主义与大陆法系对诉讼程序坚持国家干预主义的基本态度不无关系。由于法官在诉讼过程中始终处于强势的管理者地位,“法院与法院专家之间是一种密切关系”,^[64]法院专家在决定专业性问题上几乎成为法院自身的化身。“于法院专家在德国民事诉讼中扮演着极为不同的角色,以至于当事人可以与案件存在利害关系或持有偏见为由像撤换法官那样撤换法院任命的专家。”^[65]在此情形下,当事人及其律师在诉讼过程中不得不处于被动与从属地位,专家辅助人的地位式微与作用有限也就变得在所难免。

在实践中,由于“通常情况下法官在庭审过程中将会信赖由法官本人事先选任的专家”,^[66]这种在法官眼里,在专业权威的话语权上居于不可替代性和极端排他性的优势,使得法院专家的存在感显得相当强烈,以至于当事人专家的出现与否显得可有可无,客观上演变为如此一种现象:当事人雇用专家并不像法院专家在德国民事诉讼中被频繁使用。^[67]法院专家的专业意见在法院对事实问题的决策与判断上实际处于垄断地位。长期以来,这种现象一直被学术界所诟病。例如,有学者感言:“在德国,民事诉讼法典并未提供有效的措施来制约法院指定专家。提起上诉来撤销判决(to appeal de novo)是一种可供当事人选择的制约机制。但对于法院专家一个最重要的制约,则莫过于要求法官不得让法院专家实际承担裁判决定者的角色。”^[68]然而,如果在诉讼过程中仍对法院专家过分加以偏重,而不对法院专家与当事人专家之间不平衡关系进行结构性调整,那么对大陆法系专家制度克服现有缺陷的任何乐观理由及其前提将不复存在。另外,“在德国民事审判程序上,在绝大多数情况下只有一位专家在庭审调查过程中作证,他通常是由法院任命的。”^[69]这种现象表明,大陆法系的专家作证制度存在一种悖论,即如果法院任命二个或二个以上的专家,就会因这些专家之间对专业性问题的存在争议而影响法院专家的权威性。而法院只任命一位专家,其专业意见的唯一性将成为其权威性的根本保障。但事实上,对某一科学真理的认识,不同的业内专家存在不同的认识实属正常现象。

在许多情况下,专家之间的争论与辩驳有利于在发现科学真理的过程中去伪存真、明辨是非。科学的权威正是在历经一次次专业性挑战的条件下才能证明其真理性的品质。大凡以科学权威之守成而一味回避任何争议与挑战的做法,其预期的成效只能适得其反。这即是大陆法系在专家作证制度上形成悖论的原因。因此,唯有在一定程度上引入英美法系专家证人制度,才有利于破解其中的困局。

(二)宪政观念的变量:英美法系专家证人制度之利弊博弈

从协助一方当事人从事诉讼活动的角度讲,英美法系的专家证人说到底也是一种专业辅助人,也可以将其称之为英美法系条件下的专家辅助人。但恰如有学者所述,“专家证人在法律制度上的地位取决于科学、法律和国家之间所形成的一种特定的思想观念”。^[70]

英美法系专家证人制度产生和发展于其独特的历史环境。早在13世纪,作为美国制度先驱的

[64] Stein/Jonas - Leipold (Fn. 8), § 402/1.

[65] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 179.

[66] Horst Sendler, Richter und Sachverständige, NJW 1986, 2909.

[67] BGH NJW 1996, 1597, 1598; NJW 1998, 2735; NJWRR 1994, 219, 220 - 221.

[68] See Timmerbeil, *supra* note 5, at 186 - 187.

[69] *Id.* at 181.

[70] Carol A. G. Jones, *Expert Witnesses - Science, Medicine, and the Practice of Law* 17 (Clarendon Press 1994).

英国法^[71] 随后英国的 帮 实审理 业或 问 的 的 开 启用 一 仲 (a referee), 因 , 能 更 合 抗 诉讼模式, 这 模式 到所谓竞 正义理论(sporting theory of justice)的支持。^[73] 理论认 , 国这样 的 受 与竞争观念的主导, 国 所提供的审 是一 法 弈的形式(in the form of a legal gamble)出现的, 法 仲

近 来, 法 经 管理 法^[74] 更 参与审 程。然 , 国法 在 审过程中的 然 极。^[75] 这 法行 的 极与 , 正、中 、不偏不倚的必 素与特 。在 国, 与 方当 伍, 用 业 知 来支持当 的主张。因 况 不止一 参与 中, 故 也 不止一 业 意见 摆在 实 。 是由当 聘用的, 因 , 与当 间存在着 与法 间更 切的 , (或她)的 观 因 受到损害的危险。

国的民 审 在所 的诸 当中, 中 求 实真相。^[76] 由 存在受到 的 险, 能导 实真相的程 纵。然 , 身 诸如 方的 进行交叉询问、弹劾 方 传唤 方 出 这些 。 国民 审 的观念是, 在 提供所 息 后, 实 将能 实真相 出认定。 且, 在 国民 审 中, 即 实 不能 理 的意见, 实 也 样是 的 定。^[77]

然 , 来, 国 代表的英 法 的 的批评不 耳。早在 150 , 国 一个 等法 的法 曾坦 , “经 表 , 些持相反意见 是 的 数 ……浪 间 法 陪审 竭 忍耐, 所 的问 不是 澄 是更 令 ”。^[78] 学 指出, “ 国模式的主要不 在 , 产生偏见 、缺 观 的 。 , 国的 重

与旁观 事实真相 曲 享 的 种判断权。

六、结

事实上,在理论或 法层面,如 将 辅助 的意见视 当事 陈 的 ,这种 场显然表 当事 聘请 的不信 。这种规定似乎 在暗示,这种 辅助 在诉讼上 替 方当事 假话的权利。在 实生 ,当事 请的 辅助 出庭的 的在 业的角度 方当事 的利益服务。与 当事 需 找到最好的 ,不如 当事 向法庭提供最佳的证 。当事 提供的 仅仅站在 方当事 的 场上,借助 业 诉讼利益服务,甚至 置 的 学原理、常 不顾。但 ,不 忽视的 ,在许 情 , 方当事 或 双方当事 聘请的 某 业问题发表的意见 不 角度进行论证 释的, 助 使法庭更好 认 矫正法院 (即鉴定) 提供 业意见的缺陷与偏 。当然,这 不能够排 在 些极端情 ,双方当事 聘请的 向法庭提供的意见 在严 扭曲 学原理与客观真理的条件 的。这种做法不仅 违设 辅助 制度的 衷,不能 法庭客观、公正 认 判断鉴定意见提供必 的帮助,反 易混淆视听。事实上,设 辅助 制度 身 面 ,它如 双刃剑,如 不能够深刻 握好 的 在规 , 可能使 制度的弊端 益处。因 , 制度的深层次设 当扬 避短、趋利避害。 不宜将 辅助 的意见视 当事 陈 的 ,这只 助 主观、偏私、片面 与“党 ”。 至少 在 法层面上坚持 主张 辅助 向法庭出 意见 当 客观、学 ,强调 在 业上 当秉持客观、 场,在庄 严 神圣的法庭上既 方当事 负责,又 学 业负责, 法 负责。 , 相 配套出台 助 规范 辅助 出庭行 的 序规则, 如 辅助 出庭宣誓制度、 辅助 故意提供虚假意见责 追 制度、 辅助 出庭不良记录与黑名单制度等等。

Identification and Analysis: Categories of the Systematical Position of the Expert Assessor in Civil Litigation

Bi Yuqian

Abstract: Under the historical background that division of professional legal significance is great and evidence rules have been developed, looking from the basic structures of the courts' experts and the party's experts models of the two major legal systems, dealing with major problems in the litigation, the Anglo-American law system is based on the mode of court auxiliary expert supplemented with parties' expert, while the civil law's adoption is quite the opposite. Expert assessor in civil lawsuit system is a kind of new things. Professional identity and systematic position of the expert assessors are still controversial and not clarified, therefore examining its legal logic relation matrix involved in the category is of important value for our country's legislation and judicial practice.

Keywords: civil litigation; expert assessor; systematical position; relational category

(责任编辑: 幸颜静)

论中国□统性善论和法□的兼容性

——兼驳“人性恶是法治基础”的观点

郭 忠*

摘 要:近年来有论者认为西方法治和性恶□化有关,中国人治和性善□化有关,因此性善论□了中国法治。但是,西方法治论者并非主张人性恶,性恶论其实更□向于专制而非法治。性恶论无法支□法治的原因在于,它无法给人□的自由和道德□下□间,忽视了法治□善的目的。□统性善论是中国人道德生活之依据,它并不必然开出人治思□,只是由于□代中国社会物质生活条件的限制,无法产生出权力的外□制约思□。由于性善论并未排除对权力作恶的警□,它和现代法治可以兼容并存。较之性恶论而言,性善论更利于保□自由和人权,更利于法治实施,它可在目的和实施层面为法治□定人性基础。

关键词:法治□性善论□性恶论□化

一、□□的□□:□统性善论□□了中国法□吗?

□□文□热在中国的□起,文□对政□、□济以及法律□□的影响

。 伯功功功伯吗功功

长而

而中国性

真
法的

[illegible]

□、□恶□(唯恶□)□□筑□□□□□□□□□□

（一）西方法治论者并非主张人性唯恶

□□□类智慧□晶□□□□□□□怎□□□□□□□呢? □□□,□□□□□□□□。西□
□□□□□□□□,□□□□□“□□□□□□□□恶”□□□,□□□□□“□□善”□□□□
□□□□□□□□□□□。□□□□□□,“□□□□□□□□、□□□□□□、□□□,钟情□□□
□□□,□□屡屡需□愿违恶□□□含□□□□□□□□悲“□□”□□□□□恶□□□□□□□□,□□□□□倾□□,□□□□善恶
究□□厦”。^[3]西□□□□□□□□□□恶□□□□□□□□□□□□□□符□□□□□?

□□□□□腊□□□□□□□ □拉□。□□士□□□□腊□□□□□□□ □□。
□拉□□□□□□□□,□□□拉□□□□田 ,□□□□□,□□□□情□ □,□ □□□
□□□□□□。□《□□□》□□,拉 □□□□ □□□□□□□□,□□□□□□□□睿智、公
□□□□□□□□□□□□□□□才□□。□□,田 □□□□□□□□□,□□□□□□□□ □□

[3] 王明：“王明恶霸：王明王明”，载《王明》2001年3月，31页。

统治形式,它是最为现实可行的。柏拉图认为,法治自人们对统治者权力的怀疑,“人们确实会,一位拥有绝对权力的人一定会,他的权力伤害他的,把他们铲除掉。……人们好聚集起来,制成文的法律,尽管追踪那逝去的真正的政制”^{〔4〕}在柏拉图看来,法治尽管束缚了统治者,使其无法随心所欲,但它是人性堕落下的现实需要。他认为,一个人依靠成文法律治理,是六种统治形式中最优秀的。^{〔5〕}柏拉图在其年的《法律》中是详尽地勾勒了他的法治蓝图,肯定了法治,把统治者称为“法律的仆人”。他说:“在法律服从某种其他权威,而它自己一无所有的地方,我看,一个国家的崩溃已为时不远了。但如果法律是政权的仆人并政权是它的奴仆,那么形势就给了希望。”^{〔6〕}在柏拉图法治的时期,他确实调整了统治者滥用权力、堕落的腐败的现实,但他是怎样的人性?柏拉图对人性的研究要体现在《理想国》之中,其中他勾勒了底层的,出人的灵魂中有三种构成要素:理智、激情和欲望,如果三者理智的作用下,协调一致,各司其职时,则实现智慧、勇敢和节制四种美德。柏拉图并没有言人性是善还是恶,但是从其论述中,可以看出,柏拉图的人性观中,善恶皆有,善的人是理智起作用的人,恶的人则是欲望起作用的人,现实中人的善或恶是自灵魂中同时并存的结果。柏拉图人性善恶,但同样得出了以法律约束权力的法治。

里多德是比柏拉图更为坚定的法治者,他肯定了人治的可能,同时较柏拉图更为完整地阐述了法治思想。在《政治学》中,里多德是从人性角度论证法治的重要性,他说:“法律绝不会任激情摆布,但一切人的灵魂或心灵都会受激情的影响。”^{〔7〕}他还说:“崇尚法治的人可以说是只崇尚神和理智的统治的人,而崇尚人治的人则在其中渗透了部分兽性;为欲望就带有兽性,而生命的激情会扭曲统治者至包括最优秀之人的心灵。法律则是摒绝了欲望的理智。”^{〔8〕}里多德指出了人性中欲望和兽性的存在,但是怎样的人性?答案是肯定的。在《尼各马可伦理学》中,里多德是人和动物比较认识人性的,他认为,生命活动为植物、动物共有,但人的生命的特性在于“有逻辑各部分”^{〔9〕}是灵魂中理性的存在,人区别于德性的。他说:“人的活动是灵魂的一种合乎逻辑各部分的实现活动与实践,一个好人的活动就是好地、尚地、合乎逻辑的活动。”^{〔10〕}在里多德看来,是灵魂中逻辑各部分的存在,人产生了好坏、善恶之分。但里多德同时又重视非理性对人性影响,他认为,逻辑各部分“无力使多数人去尚和善”^{〔11〕}他认为对人性起作用的还是社会,人在本性上区别于动物,为“人天生就注入了社会本性”。是社会使人区别于动物,“和其他动物比较起来,人的独特之处就在于,它具有理智与情感,与动物以及如此不同的不同”^{〔12〕}此可以看出,里多德指出了人性中欲望、激情、非理性,但同时又肯定了理性和社会性对人性的塑造。因此,人并非本性为恶,而是

〔4〕 [希罗]柏拉图:《政治家》,见《柏拉图集》(第三卷),商务印书馆,2003年,第157页。

〔5〕 同注4,第159页。

〔6〕 [希罗]柏拉图:《法律》,王任、何勤华,上海人民出版社2001年,第123页。

〔7〕 [希罗]里多德:《政治学》,颜一、秦典华,中国人民大学出版社2003年,第106页。

〔8〕 同注7,第110页。

〔9〕 [希罗]里多德:《尼各马可伦理学》,廖申白,商务印书馆,2003年,第19页。

〔10〕 同注9,第20页。

〔11〕 同注9,第312页。

〔12〕 同注7,第4页。

恶皆。

英国^[13] 洛^[14] (John Locke) 是^[15] 启^[16] 治理论的最重要的^[17]。在《^[18] 府论》中,洛^[19] 通过^[20] 状态^[21] 的理论假^[22],确^[23] 府^[24] 护^[25] 的^[26]。 ,^[27] 现^[28] 的^[29] 利^[30], 府^[31] 便^[32] 要^[33] 制^[34], 种^[35] 制^[36] 要^[37] 依赖^[38] 法^[39]。洛^[40] :“ 法^[41] 最高^[42] 揽^[43] , 临^[44] 的^[45] 命令^[46] 治^[47], 是^[48] 的^[49] 常^[50] 的^[51] 法^[52] 的^[53] 法官^[54] 执^[55] 法^[56] 判^[57] 的^[58] 利^[59]。”^[60] 在洛^[61] 看^[62], 府^[63] 绝^[64] 的^[65] 的^[66], 没^[67] 常^[68] 的^[69] 法^[70] 治^[71], 违背^[72] 府^[73] 的^[74]。在洛^[75] 的理论^[76] 中,确^[77] 的^[78] 深深^[79] 的^[80] 恐惧^[81]。 :“ 的^[82] 集^[83] 一个^[84] 少数^[85], 使^[86] 服^[87] 血^[88] 潮^[89] 那^[90] 无^[91] 的^[92] 束^[93] 的^[94] 发^[95] 的^[96] 苛刻^[97] 肆^[98] 的命令^[99], 又^[100] 没^[101] 可^[102] 的^[103] 绳^[104] 的^[105] 何^[106], 那么^[107] 处在^[108] 状态^[109] 要^[110] 坏^[111] 得^[112] 的状况^[113]中。”^[114] 一^[115] 的^[116] 恐惧^[117] 现在^[118] 的^[119] 制度^[120] 设^[121] 中^[122], ,“ 一^[123] 的^[124] 制^[125] 执^[126] 法^[127] 的^[128], 的^[129] 弱^[130] 绝^[131] 的^[132] 诱惑^[133], 使^[134] 要^[135] 攫^[136] 取^[137], 借^[138] 使^[139] 免^[140] 服^[141] 的^[142] 法^[143], 在^[144] 制^[145] 执^[146] 法^[147], 使^[148] 法^[149] 的^[150] 利^[151]。”^[152] 洛^[153] 看^[154] 起^[155] 诱惑^[156] 的^[157] 弱^[158], 是^[159] 法治^[160] 的一个^[161] 重要^[162]。洛^[163] 恶^[164] 吗? 验^[165] 学^[166] 的^[167] 洛^[168] 在^[169] 天^[170] 恶^[171] 的^[172] 何^[173], 的^[174] 是^[175] 灵^[176] 板^[177]。在《^[178] 理^[179] 论^[180]》中,洛^[181] :“ 假^[182] 的^[183] 纸^[184] 似的^[185], 没^[186] 一切^[187] , 没^[188] 一切^[189], …… 在^[190] 理^[191] 方面^[192] 的^[193] 一切^[194] 材^[195], 是^[196] 哪里^[197] 的^[198]? 可^[199] 一^[200] 句话^[201] 答复^[202], 是^[203] ‘ 验^[204] 的^[205]。’^[206] 洛^[207] 的^[208] 是通过^[209] 抹^[210] 去^[211] 的^[212] 验^[213] 的^[214] 状态^[215] 的^[216] 的^[217], 的^[218] 看^[219] 普^[220] 的^[221]。在《^[222] 府^[223] 论^[224]》中,洛^[225] 的^[226] 话^[227], 互^[228] 的^[229] 在^[230] 的^[231], 仁^[232] 的^[233] 重要^[234] 是^[235] 的^[236]。洛^[237] , 状态^[238] 是^[239] 状态^[240], 是^[241] 的^[242] 状态^[243], 是^[244] 理^[245] 法^[246] 的^[247], “ 既^[248] 是^[249] 独^[250] 的^[251], 何^[252] 得^[253] 侵害^[254] 的^[255] 命^[256]、^[257]、^[258] 财^[259]。”^[260] 状态^[261] 的^[262], 洛^[263] 始^[264] 抱^[265] 乐^[266] 的^[267] 态度^[268], 它^[269] 一^[270] 是^[271] 一种^[272] 战^[273] 斗^[274] 状态^[275], 理^[276] 法^[277] 始^[278] 的^[279]。 , 洛^[280] 的^[281] 崇^[282] 的^[283] 乐^[284] 理^[285]。可^[286] 肯^[287], 洛^[288] 是^[289] 恶^[290] 的^[291], 调^[292] 状态^[293] 理^[294] 带^[295] 的^[296] 的^[297] 一面^[298]。

一 启蒙^[299] 孟德^[300] 鸠^[301] (Montesquieu) 没^[302] 论^[303] 法治^[304], 的^[305] 学^[306] 中^[307] 洋溢^[308] 法治^[309] 的^[310]。 , 是^[311] 法^[312] 可^[313] 的^[314] 一切^[315] 事^[316] 的^[317] 利^[318], 的^[319] 种^[320] 法^[321] 国^[322] 的^[323] 束^[324]。 , 治^[325] 在^[326] 国^[327] 的^[328] 滥^[329] 的^[330] 在^[331]。“ 是^[332] 一切^[333] 的^[334] 滥^[335], 是^[336] 万^[337] 的^[338] 一^[339] 验^[340]。 的^[341] 使^[342] 一^[343] 遇^[344] 限^[345] 的^[346] 方^[347] 止^[348]。” 句^[349] 话^[350] 通常^[351] 是^[352] 一^[353] 学^[354] 拿^[355] 证^[356] 孟德^[357] 鸠^[358] 的^[359] 恶^[360] 的^[361] 句^[362] 话^[363] 是^[364] 孟德^[365] 鸠^[366] 的^[367] 言^[368], 是^[369] 验^[370] 调^[371] 的^[372] 滥^[373], 无^[374] 何^[375]。 何^[376] 况^[377] 句^[378] 话^[379] 面^[380] 跟^[381] 一^[382] 句^[383]:“ 奇^[384] 怪^[385], 是^[386] 德^[387] 是^[388] 要^[389] 限^[390]的。”^[391] 的^[392], 无^[393] 限^[394] 的^[395] 仅^[396] 可^[397] 恶^[398], 可^[399] 的^[400]。 的^[401] 德^[402] 要^[403] 限^[404]。《^[405] 论^[406] 法^[407] 的^[408] 的^[409]》中^[410] 看^[411] 孟德^[412] 鸠^[413] 恶^[414] 丝^[415] 的^[416]。

[13] [] 洛^[14]:《^[15] 府^[16] 论^[17]》(), 叶启芳、瞿菊农, 商务印^[18] 馆^[19] 1964^[20] 年^[21], 84^[22] 页^[23]。

[14] 13^[15] 页^[16], 86^[17] 页^[18]。

[15] 13^[16] 页^[17], 89^[18] 页^[19]。

[16] [] 洛^[17]:《^[18] 理^[19] 论^[20]》(), 商务印^[21] 馆^[22] 1959^[23] 年^[24], 68^[25] 页^[26]。

[17] 13^[18] 页^[19], 6^[20] 页^[21]。

[18] [法] 孟德^[19] 鸠^[20]:《^[21] 论^[22] 法^[23] 的^[24] 的^[25]》, 雁深^[26], 商务印^[27] 馆^[28] 1961^[29] 年^[30], 154^[31] 页^[32]。

2. 性恶论更容易导致专制统治

英国思想家霍布斯(Thomas Hobbes)是著名的性恶论者,但他的性恶论并非主张法治,而是走向了专制主义。作为著名的启蒙思想家,较之于社会契约论,把国家权力的合法性建立在契约的基础上,开启了国家建立的现代性历程。但是,由于霍布斯的人性设定为恶,所建立的国家很快被他理论论为专制国家。在霍布斯的《利维坦》中,自然状态是每个人对每个人的战争状态,战争状态的现实源于霍布斯对人性的看法。他认为恶是人从外界刺激的欲望中诞生,人的欲望获得满足,便成为善;人所憎恶和嫌恶的对象便成为恶。^[25]由于人们相互间的欲望,便会避苦求乐,所以人人都有满足欲望的欲望。我的本性。在自然状态下,这就导致人们“无休止的欲望”,它“使人忙于争夺、敌对和战争”。^[26]

□导，□民□君主预定□□行□。□□□(Benjamin I. Schwartz) □□，“这□□主□
□快乐□痛苦□□□导向，□□□□模□□□础□行□主义□□”。^[31] □鞅□定□□行□□□
巨□□□趋势，□□：“民□□□□，□水□□也。”^[32] □□□追求□□□产生□好恶，□□好恶，则
君主□□□用□来□到□□□□□。□□：“好恶□，赏罚□□也，夫□□好爵禄□恶刑罚，□君□
□□□□民□□，□□□欲焉。”^[33] 韩□□受□□老师荀□□□恶□，□□□□□□□□□鞅□完全
□□，□□：“故舆□□舆，则欲□□富贵；匠□□棺，则欲□□夭□也。”^[34] □□□富贵□□□□□□
□□出□仁或狠毒，□□出□□□□考虑。□韩□□来，追□□□□□□□□□化□□□
□，但□□□用□□这□特□实□良好□□□，□表□□□□鞅□似□意□，□□：“□□天□，必因
□□。□□□□好恶，故赏罚□用。赏罚□用则禁令□□，□□道□矣。君执柄□□势，故令行禁
止。”^[35] □□□：“□好恶□上□□□也，民□好□禄□恶刑罚。上□好恶□□民□，□实不宜失
矣。”^[36] □□□□□恶推导出“□□”□□□□□，但这□□□□□不□□□君主□□□□□□□，君
主□不受□□□□□□，因□□□代□□主义□相□□。□□布斯□□，□□更□□□□□□□□□
□彩。

(三) □ □ □ 性 □ □ □ 法 □ □ 法治

1. 性恶论无法给我们的自由和道德留下空间

□□□□《□□□》□,□□孔□□□□□牧羊□□故□,□意□□牧羊□□□□场□奇□经□,□到□□枚□□□身□戒指,□□□牧羊□失□□□□□监督,开□□□□恶不□。故□□□表□,□□□□□罪恶□,□□□□向□□□能,□□□未□恶行产生不□□因□□□行恶□□□。“□□□□□□□□□□,□□到正义这□道□上来□。”^[37]由□□恶□□□□□到□□□存□着向□□□□□,因□,□□□□式□□□□□,更□□□□、压□惩罚,□□□□□,□□否定□□存□着道□上□□□□能,必须□□□□□控□,□□□□□能向□。这□□□□□□悲观□□□□□□□□导向□□□□□□因。

悲观□□□崇尚□□□压，因□□给□□由留□□间。如□主张□由，则必然□□□
□乐观□态□□■否□■■否□■否□□而□■□□□■□■否□■■否□■■否□□

[illegible]

西□□□□□□□□,道□生□□□□□□督□融合□□,□□督□□□□□,“□罪”□□□□□□罪恶□,□□靠上□□□□或□督□救赎,才□实□灵魂□拯救。□“□罪”意味着□□□罪恶,□□□“善□缺□”(□斯丁□),□□□□善□□量□,□需□□助□□□□量实□道□□□生□。但□□□□□□缺□□□□□□,□□□□够安□□、□□秩序□□□道□。按梁漱溟□观□,□□□□道□代□□,“安□伦□□□组织□□;□□礼乐揖□□涵养□□。□□合□□,□□□□□”。^[48]□善□□□□也□□□□几千□□道□生□□□□□□□□□□据。□这□意□上讲,□□□□□□□□□□□□代□情况□,□善□□□着□□□摇□□□□。

（二）性善论并未排除 人的罪恶的警惕

孟子 □□□□善,意味着□□□□道□ □抱□ □乐观□态□吗?需□注意□□,西□
□□□□□孟子□□□□□别□,孟子□□□善□潜藏□,往往□后天□ □倾向□掩盖,□
□这□□□□认□□□ 需□修养□。夫。□西□□□□□□□□ □□,或□□督□ □ ,
或□□□□观 □ □□ ,□□ 需□尽□□□认,也 需□□□□□□ ,□□□□ 显露□。如
□□□□认□ 孟子□□□□潜藏□,□ 善□□□艰难□,□ □□□□□实 □□道□□抱乐观态□
□, □□□□□□□□□□罪恶抱忧患□态□。

□，善恶□ □□□念，□□恶，□□善；□□善也□□恶。牟□□□生□□□孟子“道□□善”□□候，□好□□□这□善恶□辩□□。□□：“道□□善□□□罪恶意□□显□。”□□□

[43] 梁涛：“□生□□传□□孟子□□善□”，载《哲□□□》2007□□7□，□36。

[44]

[45]

[46]

[47]

[48]

11

善

善

善

域

域

域

域

□天□昨天不能□刀□□，也□□□刀□□，□天只能□昨天□□□。因□，□ □□□抹□
□忆，凭□□□或移植□来，□只能□□ □基础上□演□、□□□更□。如□□□□
□彻底批□□弃□化来□□□，则□能□□不□未能□□□，□□优秀□化也将□□
□弃。

传□□化不 □适□□代□□需□□,儒□□纲□礼□□□,也□不□不适□□代□□□糟粕,
□□代□□□由、平等□价值追求相抵触,特别□□儒□□化□ 生出来□讲□ 、□□□等□□□
□甚至□□□代□□□ □ □,这□□□□当警醒□。但传□□化□□优秀□□□□□当□到尊
□□继□□。儒□□ □□□□□化□宝贵 产,□全□□□□道□生□□□据。□□古代□□□
道□生□□□□□□□恢□至 □□□□□,□这□□□□□□□□超□□□□□□□来□□□
□□□贵! □□□ □□□用 □□□来克□□欲□诱惑,防□□□□堕落,实□道□□□生?

□□□□□□□□恶,道□实□□□□□□,□□□尝□□□□?不□□□□□,□且相□不□□□。□□罪□化不能□□□□□□恶□化,□实更□□□□向□□化,□□忏悔罪孽,恶□,实□道□□□生。□□□□□□□□□□,□□□□□□到□□□实□□。如□失□□这□提升□□、□□□□□道□,□□□也□□□□□,□只能□向□□。因□不□乐观□□□,更需□□□□□,□不□□□由。

[illegible]

受这“启”，笔“认”适“代”需“王”来“当”，也“至”上“道”，这“至”上“道”领域“出”来“精”神“价”值。“这”至“上”实“良”，实“勾”，实“儒”“”领域“转”化。《“央”全“推”进“若”干“问”决“定”》指出，“器，良”“提。”俞“平”生“观”，“”“公”益“化”公“管”。^[57]“笔”来，“”“价”值“追”求，“道”“整”，“良”“”完“全”相“融”。崇“尚”“”民“族”，必“着”“良”“烈”“待”。这“来”，由“来”“圣”“王”，也“经”代“转”化“适”需。

□ □□□□□虽□不□□□,□□□□□上也曾经□□□提供□□□支撑,但这□并不意味着□□□□□ □□□□,或□□ □只能□来□□。□吸收 □民主□□□□精神,□□□□□□鉴□□□□□□□□基础上,□□□化也□□产生□□□□架表□,□□ □也□□□□□□□□奠定□□

[55] 牟□□:《□道□□道》,□ 师□□□出版□ 2006 □版,□ 44 页。

[56] □注55引书,“□版”,□8-11页。

[57] 俞平：“幸”，《克主义实》2011 2，1 页。

□

。

□ □ □

□ □

□

□ □ , □ □ 防

的要。自和人权明人性得肯和尊重,人性同于兽性,人可以区分善恶,可以自地
为,并为自己的为承担任。

要赋和现人的自,就对人拥有乐的心,信一个人无法律的强制性,便
可以理地安自己的事务,可以依靠教,改恶为善。有在种对人性的乐心下,法律才
心大胆地赋人们自的空,并形成一种自的秩序。

同,要赋和现人的权利,对人拥有乐的心。人权是人性的外在,人得
被强权任践踏,仅仅是为人性的绝对要。人具有自,够成为德的体,并够在共同体
中互理解和尊重,是人具有权利的最重要的条件。而一个被欲望制、自地利益的人
性,和动物性的区分仅仅在于智力,何可被尊重,何可心其权利的使?权利的本质在于
性,而非利益本,有对人性抱有乐的心,才心大胆地让人权利。

() 善论更利于法 实施

法治的核心要在于权力的制约,而其 在立法、司法、执法和守法过程之中。在一个
社会中,果没有对人性抱有 的乐心,又何够信任立法的性? 的立法可
有公,可它的基本倾的性。没有对种立法的基本信任,是可的,
法治可期待。

在司法、执法和守法过程中,法治味 个过程对法律的服从,而服从法律本无法仅仅靠强
制,而大程度在于服从法律的德务。试想,假官员愿执法律,公愿遵守法律,
那么法律强制得了谁?对于性恶的个体说,服从法律的德务并体现为对个体的利益,
而多地体现为一种负担,那么谁又愿服从法律呢?果说为了长远利益,性恶的个体会
弃短期利益。是对于性恶的个体说,谁会信人会弃哪怕是短期的利益呢?自己先
弃利益,就陷自己于利的境地。于他们总是从自己的人姓看待人的人性,信人会服从法
律,自己又何会服从法律?没有对人性的乐度,就没有人们彼此之的信任,而种信任恰
就是人们服从法律的德依据。

五、结语

文是决性的,可,法治总要孕育在一的文土壤中,才根、发芽、花、
结果,法治离 的文。西方法治是在西方文的土壤中孕育 的,法治的治国方可以学
习,法治长的文土壤却难以照搬,法治的文土壤,我们改良自己的,而无法拿 人
的,了性善文,我们拿 原罪文。盲目地判统文,并 此建立起现法治。
此我们 从自的文 统中寻 现法治可资利的资。在者看,西方法治的人性
基解读为性恶论,断言中国性善论的统 法治的 点有重大理论缺陷,是一个严 的结
论。 的 点试图抽走法治长的文土壤 建立法治,仅可败坏中国文的根基,会使中
国法治失去营 自的土壤。

《中共中 关于面 依法治国若 重大 题的决 》,“加强公 德建设,弘 中华
秀 统文,增强法治的 德底蕴”。说明

□□治,□治□领域□着不足□处,但无妨通□□代转化,□□□□实施层面□□治奠定□□□础,□□利□增强□□□治□道□底蕴。□东亚日□、韩□□□□□台湾等□□□治□□来看,□□治□□□□土□化□□□□结□。□韩□更□独特□□,□□□□□传□□极□□护,正□实□□种□□传□□西□□□□□通。^[58] 由□可见,□□□□身□化传□□础上,完全可□走出□条适合□土□□治□□。

Chinese Theory of Good Nature Is Compatible with Rule of Law: Refuting the Opinion that “Evil Human Nature Is the Basis of Rule of Law”

Guo Zhong

Abstract: In recent years, some scholars consider that the western rule of law relates to culture of evil human nature, and Chinese rule by man relates to culture of good nature. But some great western ideologists advocated that rule of law didn't allege original evil human nature. The theory of evil nature tends to despotism instead of rule of law. It is impossible for the theory of evil human nature to leave liberty and morality for human being, and the theory ignores the moral purpose of rule of law, so it can not sustain the theory of rule of law. Chinese theory of good nature is the reason of Chinese moral life, and it does not lead to rule of man inevitably. In ancient China the theory of restriction of powers didn't appear because of the limitation of Chinese social material living conditions. The theory of good nature doesn't neglect the evil power

近代“礼入”补正 ——清末民初民事典证

张洪涛*

摘要:面对民事“个—全”(地域性—全性)—“”进程,、地域入情困境,近代立选择下道用道路,“复”了“礼入”程:民事典情困境道,归身碎片、封建落、合;借助道/意识节约等功,现了民典现代,使民典了去道路。治下治进到、作层面、用意识,也民事典入到进视入性析。

关键词:民事典 情困境 “礼入” 道用 用 入性析

西早道呈混不状态。到19,“反18据道来别做”,“伦”提出不看;〔1〕到近代,超道道主控制手,也相种种相独“治型”;甚至提出“纯粹”观,将道清出去,但最后失败,不得不认“最低限度然”。析不,波斯纳(Richard A. Posner)实证角度,“道”疑问,提出“消”神秘,特别道道这神秘制造脱出来”。〔2〕

言,古代道依赖可不,代“礼入”后“主刑辅”局,延续至清,既没代意义上,也没相独“治型”;即使到近代,像西那样情也没出,传处问题道化/意态化式,〔3〕西相也更遍突出。

因,问题包括面:“定”上“”追问,即近代否摆

* 东南院,博士,江苏高校“2011”区域治。 (13BFX001)、招“民江苏档案适用”(14ZDB127)子课题“民江苏档案整”、2016东南业务费引导“邓小平党治宪制意涵”省级“嵌入”感谢匿名评审提出肯、业、设修改意见。

〔1〕 [美]:《道》,陈译,出 2003,“言”,1页。

〔2〕 [美]波斯纳:《道》疑问,苏译,出 2001,“原书序”,1页。

〔3〕 “意态不可避免观察公正持道、伦评价相互交织”,“虽然都总认,都着节信息费用用”。([美]诺斯:《经济结变迁》,陈郁等译,上海书店、上海民出 1994,53、229页。)这意义(即功能)上,意态(化)道(化)没区别。见苏:《也许正生》,出 2004,144页;苏:《》,书店2006,231-271页。

□□道□□依赖？如不能，□□近代□□□何、如何走上道□化？□□□□何□□？如何扬□避短？这些□□□□近代□□□道□□问题□否□□□遍意义？□□□“定量”上□“小□”□追寻，即□□□□□何□西□更加依赖道□？道□能满足□□□□□什么功能□求？□□□□□何□西□更需□这种功能需求？

□□□□考察近代□□民事习惯□典化□状况；□次，□习惯进入□□□□□

说明:

此表中规定习惯文的□□数□来自苗鸣宇:《□□习惯与□法典的互□》,中国人□□□大学出版社2008年版,第113-114、148-149、178-179□;□文比□ = □文数 ÷ □文□数 × 100%;习惯利□□ = 习惯数 ÷ 习惯□数 × 100%;《大清□律草案》(前三编)、□国《□律草案》和“□国□法”(前三编)的□文□数分□为1316

□, [12]

□

惯□□

近代□

查□□

□, □

等

出□

□□

布□

□□

东
南
沿
海

世纪中□□到4.3亿的□峰。”^[15]“中国历史上的民间法”也经历了一个与之类□的□化:“□□法的历史极其久□,这一点,从中国古代契约文书发展演□的历史上□以□到□□的□明和说明。宋代以后……□□法在民间社会□其是民间经□活动方□的重要性日益突出。明清时代……□□法□□到了进一□的发展……从而对缓解因资源稀□而□成的巨大社会□力起到了重要作用。”^[16]

另外,人□□对民□□□法□化的影响,在西方法律发展历史中也□以□到□□。如在英国和法国法□发展历史上,英国统一□□法即普□法之所以能在亨□二世(1154-1189年)统□期间形成,法国统一□□法即“普□法”的形成(1804年)要□英国将近□□个世纪,其中的一个重要因素就是,“法兰西更大,□的人□□能是英格兰或□意大□人□的5□。□的统一进程开□□较□”。^[17]

为什□人□的□加会导致□□法□化的□难甚至□败呢?

第一是人□密□论的解□。人□密□论认为,任□一个□动都□含着合作与冲突的□能性,当□动人□□加到30人时,合作与冲突的□能性的□加比人□本身的□加要快□多,用□学语□表□,就是人□以算术函□□加,□动密□以几□函□□加。当人□□加到一定规模时,□体对管理□整的需求就加速了,更加需要□节者——管理者。□定法律□□作为协□社会中人们的不同行为和目的的□具,□□□动密□就□以□测法律□□比社会人□□加□更快。但当人□□加不是□过法律□□而是其他□□如□□来完成协□人们之间关系的任□时,法律□□就不会□□期的□样□加,而其他□□如□□就会□到较快的发展。^[18]中国清代基本上属于后一□情形:人□从明末的近2亿□□到清代4.3亿,解决因人□□□而导致的协□问□□其是民间纠纷,除了受观念和□术的□□对国家□定法进行有□的□改、□整、□容外,主要还□□赖于内生于中国社会的□□。这是因为,“中国古代法□,□论《唐律》还是《大清律例》,都□□关于‘私法’的规定,与此形成鲜明对照的是,□□人□□入藏的明清契约文书一项,其总□就□超过1000万□。这个□字为我们展现出—个极广大的社会□间,其中,国家法虽然不是全□影响,但其作用□定极其有□”。^[19]□见,在国家□定法□化不大的条□下,人□的□加,必然导致人□密□的提□,进而导致□过□□协□人们之间关系的需求和个人□□的□加;而个人□□的□多,必然导致由个人□□整合成为社会□□、地域性□□整合成为全国性□例的难□□加,□终□成了清末民□民□□□法□化的□难甚至□败。

第二是□体行动能力论的解□。由个人□□整合成为社会□□、由地域性□□整合成为全国性□例的过程,实□上是一个社会共识形成的过程,进而也是一个□体行动能力的问□。当人□较□、□□规模较小时,人们□□个人□□的“相□点”或“交□”就较为容易,采□一致行为所需的□息成本和组织成本较□,人们容易□成共识,□体行动能力较强,“关于协□、共识和过程的□念,□以□易地适用于人□和□杂性□的□□世界”。^[20]随着人□□的□多和□□规模的□大,如清代人□由□来的一亿□□到四亿多,以及随之而来的个人□□的不断□多,□□个人□□的“相□点”就较为□难,“人□的众多还意味着□方进行协□的难□的□加和□成能够给□方都□来附加值的一致性方□

[15] 葛剑□主编:《中国人□史》(第一卷),□□大学出版社2002年版,第149页。

[16] □平:《在□□□思考》,法律出版社2003年版,第12-13页。

[17] [美]□尔曼:《法律与□□》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第559页。

[18] [美]B. 休·R. 列文格尔:“人类聚合体中的□动规模和密□”,载《美国社会学杂志》第82卷(1976年),第86页;转引自朱□文:《现代西方社会学》,法律出版社1994年版,第96-98页。

[19] 同注14引书,第30-31页。

[20] [美]尼尔·考□萨:《法律的□□》,申卫星等译,□□□书□2007年版,第179页。

的可能性的减少……人口的增加意味着更多的各执一词和协商失败的可能性”。^[21] 人们采取一致行为所需的信息成本和组织成本较高,不易达成共识,集体行动能力较弱,由个人习惯整合成社会习惯、由地域性习俗整合成全国性惯例的难度就相应地加大,所需整合时间更长,甚至使社会无法承担,最终造成了其民事习惯法典化的困难甚至失败。

第三是博弈论的解释。博弈论是从微观的习俗的生发机制来解释人口对民事习惯法典化的影响,将习俗定义为,“在一人口群体 P 中,当其中的成员在一重复出现的境况 S 下,这些作为行动角色者的行为的常规性 R 只有在下列条件下而成为人口 P 中的共同知识时,它方才为一种习俗:(1)所有人遵从 R;(2)每个人都会预计到他人会遵从 R;并且(3)因为 S 是一个协调问题,而一致遵从的 R 是 S 中的一种协调均衡,在他人遵从 R 的条件下每个人又乐意遵从它”。^[22] 因此,当人口多时,人口群体 P 就会扩大,参与博弈的人就会增多,协调问题 S 就更加困难,而且由于参与博弈的人口越多,信息的不对称问题就更加突出,以及由于信息不对称而带来的道德问题就更容易出现,人们搭便车的动机就更为强烈,因此,(1)所有人遵从 R 的可能性更小;(2)每个人都会预计到他人会遵从 R 的可能性也在下降;并且(3)一致遵从的 R 是 S 中的一种协调均衡更难形成,在他人遵从 R 的条件下每个人又乐意遵从它的可能性也在下降。可见,随着人口的增加,个人习惯在相应地增加,由个人习惯整合成为社会习惯、地域性习俗整合成为全国性惯例的难度也在加大,最终使之难以法典化。

总之,人口的变化,必然导致个人习惯的相应变化,进而导致由个人习惯整合成社会习惯的难易度的变化:当人口基小时,寻找个人习惯的“相点”或“交集”就较为容易,由个人习惯整合成社会习惯也较为容易

“高山制，民生间俗。”^[26]“自然状态；寒、热、温气候；土质、地势面积……民、财富、贸易、风俗、习惯相适。”^[27]“这意义上，习惯像风景，南到，东，习惯随风景变换。”^[28]东民俗区、华民俗区、华民俗区、华南民俗区、南民俗区、民俗区、青高原民俗区，可细东民俗、燕赵民俗、齐鲁民俗等16区域民俗。^[29]

这种习惯域，给习惯整合全惯带来困难。如，受等主因素，
《报告录》，南区不产转让须交付上手老契，因土转移频繁；^[30]龙江等则
因土近受让取得，定。^[31]又如

的习惯的整合程度。

根据习惯通于政区大小的不同及其整合程度由高到低的□□,可以《报告□》中的习惯分为□种□形:通于全国各□的习惯;整合到全□一□的习惯;整合到□□的习惯;整合到一□的习惯;调查达到村镇一□的习惯。^[40] 第一种□形在《报告□》中是个空□,最后一种□形也□□没有,□□三种□形对《报告□》中的习惯统计。下面不妨□□物□、债□和□属继承□□,涉全□的习惯、涉□□的习惯和涉一□的习惯及其各自所□物□、债□和□属继承□习惯□文的比□统计,在此基础上各自习惯□文□合计及其比□□均,可以大致得出《报告□》对整个习惯的整合□□,□见表(三)。

《报告录》中习惯整合情况统计表(三)(单位:习惯为“□”;□为“个”)

	习惯□文 □□	涉一□的 习惯及比□	涉□□的 习惯及比□	涉一□的 习惯及比□	□□ 政区
物□	1368	52;3.8%	172;12.6%	1144;83.6%	482
债□	985	75;7.6%	188;19.0%	722;73.4%	414
□属继承	1045	46;4.4%	227;21.7%	772;73.9%	498
合计、□均比□	3398	173;5.1%	587;17.3%	2538;77.6%	

说明:
习惯比率 = 习惯条文数 ÷ 习惯条文总数 × 100%。

从表(三)中可以看出,在《报告□》中,通过地性的习俗整合成全国性惯□的□形是一种空□;即使是整合到□一□的习惯,也是微□其微,比□为 5.1% ;整合到

□□立法机关承担,^[43]□在历□□□现过□国□“法□立法”的情形。^[44]□法国在 1270 - 1667 年□□形成了一种类似于□国的□要□法□承担的□□□机制,□□□调□程序和□程序以及“□众□陪审□”程序;^[45]法国□法典草□之所以□在四个月时□内□法国人普□□□6□□□□1□□

□□□□□□ □。□□□□□□,□种□□□□□□□ □□□迁□□□□□;换言之,□□□□□□制度□□□□□,□无□□治、□央□□止□县城、官绅□□治、□□□□□□□细□□□□、□□□习惯□默□□□,□□□□□□□。^[55] □□,□□□□□□院□□□习惯制度□探□□□□□固□□(□习惯□)□□□移植□□□□□融□□□□□种□□□□制。□□□通□制□□□□固□□□移植□□搬硬套□拼装□□□□缺乏□□利□□奔□□□□□□□□,□□□□□□□□□□利□,□□,它□通□各□□□□□□□各□利□驱□□□□□□□□利□□奔,□固□□□移植□带□诉讼□,□□□□□□□□融□。

□□□□,□□□□□□□□,□□□□习惯□□□□□制□□□□□□毕竟□限,□□□原□□□可□□□□□□□□□□习惯□□□□□制□□□□得□答案。

□□,□□□□。□□□习惯□□□制□没□事□□□□制□□□□,□□种习惯□搜集、□炼、□□、□□、□结□□制,□□□□习惯□□□□□□□□□□。□□□□习惯□□□□□制□事□□□□□种□□□□□□□冲□□□□□□□□□□制□□,□□种习惯□审查、□□□制,□审查□□□习惯□可□□□□

正因如此,尽管“例”制度安排,但这种“导入”制度安排,代习惯整合“常”有限,“结合民典条款”“神民最”“例”,“可”出,“民”习惯“度”“序”“严”限制习惯“”。^[60] “千余”民“”,“习惯”仅“2%左右”。^[61] 《报告》虽“未见”“开”“价值”,如“书名”示,“只”“实”“调”报告,“习惯”“规”“出”“书籍”。^[62]

二、困境“克”——“实”主义

可见,代“民”典如“那”,通“式”“实”“民”典“习惯”“合”,“将”“经”“极”“”。这“实”“代”“”,几乎“座”不可逾越“”,存“着”“情”“带”“情”困境。因,“种”“节”“制”“化/意”“化”,^[63] “古今”“面”“这些困境”“遍”“甚至必不可少”,“类”“效”“不”“定”、“信”“种”“最”“遍”、“最”“式”。^[64] “意”“存”“因”“复”,“”。如“简单”或“无”,“那”“也不”抄“意”“来”“公平”。意“最”“能”因“可”“节”“信”“费”“种”工“”。^[65] 这也许“西”都存““(化)”“因”。

不“”,随着“情”不“导”“间”、“信”“也不”,“意”“化/”“化”“需求”度也不。当“少”、“域”小“复”,“面”“间”“信”“”,“化/意”“化”“节”“制”“能”“弱”;“则”“强”。因,代“民”典制定“只”“弃”“实”“民”典“习惯”“合”、“西”““讼—习惯—典”“”“导”,“取”“种”“常”“实”主义、“常”“遍”“式”：““礼入”,^[66] 即将习惯“化或意”“化”,将“典”“归”“习惯”“身”“碎”“化、封”“后、不合”“宜”。“不但”没“民”习惯“”,“如何优”“民”习惯。”^[67] “清”“来”,“习惯”“观”“:民”习惯“习惯”,“不良习惯居”。”^[68] 黄“智

[60] 引注 6 引书, 222 页。

[61] “将”“习惯”“总则”“规”“归条”,只包括“习惯”“”。参见注 6 引书, 145 页。

[62] 引注 47 引书, 88 页注 5。

[63] 斯: 引注 3 引书, 53 页。

[64] “”,古代“”,“意”“”“、偏见”、“神”“式”,都“节”“信”“能”;参见[美]斯纳:《正义/经》,苏,“出” 2002 , 357-411 页。

[65] 毅夫:“制度变迁”“经”“:变迁”“强制”“变迁”,载[美]斯:《产权 制度变迁》,“书”、“民出” 1994 , 380 页。

[66] 据“治平”,““礼入””包括“面”：““化””““化””。(参见“治平:《寻求秩序》”,“出” 1997 , 251-325 页。)“来”,“面”“含义”,后“能”“面”“含义”。““礼入””主“后”,“将复”“技”“问”(包括“治”“技”)“简单化、化”“问”,“节”“问”“信”“”。这“意义(即能)”,“古代”““礼入””“代”“问”(即“习惯”“技”“化”)“化(即“礼入”)”相通。”,“尽”主“代”““礼入””,但也“古代”““礼入””“”,至少“意义”;这“因”“古代”“情(尤”“域)”“代”甚至“代”“情”,“质”没“实质”“变化”。

[67] 张:“清”民“习惯”调“《清民》”“纂”,载《》2007 1 , 131 页。

[68] 引注 6 引书, 218 页。

“□□□□问□□□□失□□□生□□□□□□，失□□□□□开放□。”^[73]“□□□□‘□□□(□□——引者注)’。”^[74]□□ □□□□产□□ □□□□产□， □□□规则□ □□□规则， □规□□□□□缺□ □□□□□□□实□□□， □意□□态□□ □□□□， □□□□□□□□□策□价值□□上□□移□□产□□ □□ □□□□□□□□□□□□□□上□□□ □产□，□□ □□□□上□□□轨 □缺□□□□上□轨 ，□□□“太□□□都□□□□抽□□规□□□□上□，□□□出□ □□□□□□□□上□资 □□□收□□□□□□□□实际如□ □□□□□□□□后□如□□数据□资 都太□”，^[75]□ □□□民□□□□上□□□□□□□脱嵌 □□。

□□,□□□□需□□□ □□土□□资 □□ 上浮□□□□上□□径:□□□ 观念。□□, □□□□上□□径,□ □□□□□□□□ □□□切 , □预□□□□ □ □观念,着□

• 138 •

技 制度。□种□在 技 □ 层面的制度,□ □□层面的制度 言,□□□得零碎、□□、琐细□□零□,□ ,没有逻辑,□没有 ,是一种无法□□□□起□□□济的 方▲的□□个人□的制度知 ,有的深□ 中,有的 空□惯 □□□□,有的浑□天成 □□辨□,很 □被视 □□,□□是 □方发达成熟的制度□ 形态□发 ,□ □被 □ 形态□为封建落□的制度技知 ,□它是 中国法治的□验起 “原材□”。

次,“□ □□□有方法的增□ □换”。^[76]为 避免 □种琐细的技 制度的一种□ 形态□理 □□误 ,还□一种 学 □□的 视角□ 历史的技 角度。^[77] □是□□ □好□题□技 □ □□的制度,□可 为 □□题的选 , 制度□一种□□、包 的态度;□使是 为□□制度的□德□□ 形态,□是□此:□ □德□□□ 形态□□凭借□ 制□功□ □好□题,□可 为 中的一个选 ,□□是□一的选 , □□□□选择 某种□ 形态就□□ 他的选 。在□个□□(□功□ 技)□,技 角度 □□□□□□德□□□□, 是 □德□□□□□的一种□□,一个重要的□□ 修□。□种“站在(□今中外的——引者注)中□”(□仁宇)的 □□的技 角度,□要 浅□的 法 □题□技 制度□手, □□□□□□学、 学、人□学、 治学□ □□学角度的□ 的 ,重 □法 嵌□中国 □□嵌□ 析。

再次,□种□层面的技角度的切□,□是为□证□题的□□审视□题的□□;的还是为□□,□□过是“□□”罢。“□重要的是□□□□中发现□□的有□□的□题,发现□人的□为□制度□的重要□□稳□的变□,发现□□□要变□之□的有□□▲的□此有普□□□的□关,在□□□境□件人的□为方□/▲在□□□件的变□此可丰富□□简单□关建构起□的模□(□理论)。”^[78]质言之,就是为理□获得建□制度技□的□理▲、□技□理▲,□在习惯的治理技□,□治理象(□习惯)□范▲、□高的□形□选择□□的治理技□,□习惯的□法治理模□。^[79]

[illegible]

[76] 苏：“□□世中的法”(□□)，□[□]伯□·□里□□：《无□法的□□》，苏□，中国法学□□ 2003 □，第19□。

[77] □□□仁宇:《中国 历史》, 联□□1997 □,“中 □ □”,第4 □;□洪□:“中国法治为何□要‘ 历史’”,□《 法论从》2013 第1、,第46-55 □。

[78] □ 76 □ ,第 18 □。

[79] 洪:“国习惯的法治模式之思”,《山东学学》(学学)2009 第5,第59-66。

[80] □ 2 □ □, 第 216 □。

[81] 关 于 种 技 术 的 问 题,还可 参 见 78 年,第 46-55 页。

技实用主义不像道德实用主义那样回避、否定情困境,也不像理主义那样当实与理不符轻言改造,满足的理,认实的提,恪守法的职责,强调通提高法技,通提高法治理治理能的代化,来达到法的治理改善。

技实用主义法观制度观,种不名实、不范式问题、不表达实践、不观念技的法观制度观。这种法观制度观,也久远的,儒典型。儒面春秋战“规范的失范或挑战”,虽“治、平天”,但处处探讨“修身、齐家”、“规范与修养”、“秩序庭始”等生的常的技制度案,[82]观察到这的韦伯(Max Weber)认,“儒学压儿只堆治格言上养的行规则已”。[83]后来的与西也认“哲眼,伦理学树理论,亦不白黑字已足,求实践。这东伦理学与西式相处,后集讨论诸如什么‘正确’或‘善’等问题。西哲视伦理学学,或不生与行”。[84]总,“西伦理学学建的,的、析的理论,孔子的趣,不树套伦理,只建秩序,行,不。与儒学伦理的,毋宁伦理身”。[85]甚至西秩序上提出问题的角度也不。“布斯(Thomas Hobbes)提出的问题:秩序什么可能的?孔子等的问题则:如何建秩序?的问法:‘什么?’问题;后的问法:‘如何?’规范问题。”[86]换言之,西侧的观念问题,强调观念制度的逻辑、,侧技制度的操化实效,正如孔子言,“不曰‘如何如何’,吾未如何也已矣”。[87]“民可使由,不可使”。[88]正因如,儒观念也持种技实用主义观念:凡能够利儒决秩序的观念,都可儒用,组;即使曾经与儒针锋相的法,也能后儒收。正因如,儒近代西借助西船坚炮利进入,观念层面土崩瓦解。“也由受西学的式话,回西学强势话的压,许情理儒化的代子也习惯话层面处理儒,将变‘化’、‘哲学’或’”。[89]敏锐观察到这的认,“哲学、伦理学、化层面(观念层面——引者注)的努,越功,越可能低估、扭曲甚或遗忘儒的这最的更大贡献更的问题的考的理

注) 儒法制度, 翼……儒法制度, 限……”^[91]

“, 治……, 摆脱‘幼稚’……, 那么, 仅……, 种……, 可……, 可……, 济……。”^[92] 换言之, 种……, 套……, 西……, 够……, 平……, 独……, 话……, 仅……, 视……, 制度……, 技……, 角度……, 视……, 技……, 制度……, 视……, 技……, 制度……, 仅……, 使命……, 光荣……, 治……, 走……, 情……, 困……, 境……。

“Bringing Courtesy into Law” and Its Amendment in Modern China —An Empirical Study of Codification of Civil Customs within the End of Qing Dynasty and the Beginning of the Republic of China

Zhang Hongtao

Abstract: During the evolution of civil customs from “personal customs to social customs (regional customs to national conventions) to State law”, facing the national condition predicament due to the impact of population, geography and imported judicature mechanism, the legislators in modern China had to choose the way of top – down moral pragmatism. They “copied” the historical process of “bringing courtesy into law”: moralizing the national condition predicament for civil customs’ codification. They attributed it to the civil customs’ characteristics: fragmentary, feudal, backward and untimely. Depending on the function of saving mechanism of moralization / ideology and other functions, rule by law in Modern China has been realized quickly. Meanwhile, rule of Law was led to the path of eliminating Chinese culture and disembeddedness. Thus rule of Law in China needs a legal ideology of bottom – up technology pragmatism urgently, which can promote “rule of law” to technical operation level. Rule of Law in China also needs an embeddedness approach of codification of civil customs embedded in Chinese society.

Keywords: codification of civil customs; national condition predicament; “bringing courtesy into law”; moral pragmatism; technology pragmatism; embeddedness approach.

(: 刘 馨)

[91] 89 , 51 .

[92] 苏 :《制度何何》, 山 1999 , 172 .

美国《宪法》“协定条款”的宪法变迁 对美国区域治理的启示 ——从二元联邦主义到合作联邦主义再到新联邦主义

何 渊*

摘 要:美国《宪法》“协定条款”使州际协定成为美国最重要的区域法律治理机制。美国联邦最高法院就“国会的同意”形成了“双层功能性联邦权威”标准,即只有侵犯联邦政府至上权力的州际协定才需要获得国会的批准。在“协定条款”适用过程中,联邦和州之间的相互逐力体现的是二元联邦主义到合作联邦主义再到新联邦主义的宪法变迁。基于美国经验和我国国情,解决区域合作“缺乏直接的宪法和法律依据”^①问题的法律对策是修宪论、法律

美国殖民地“序言”中《独立宣言》中美国《独立宣言》“条款 (compact clause)”中
照例,条款中台促美国州,使得州中美国最区
治制。条款强调准权事各州州缔结权,“”
释美国难题。

“变中种修改,保变,通中修改中
无事事中修改”,^[3]通“某种含读字”^[4]释
去醒“中中字沉睡中

美《宪》“第10条”规定：“本宪法所赋予之权力，均授予合众国政府或州政府，凡未授予联邦或未禁止各州行使者，皆保留给各州、人民或其各州之政府。”^[8] 美《宪》颁布于1787年，而1791年通过的10项修正案中，第10条明确规定了权力的分配。这一条款不仅明确了联邦与州之间的权力划分，也体现了美国政治体制中的分权原则。

美□□□□□“□□条款”□□□□□□□□ 1893 □□□□□州诉田□西州□^[10] □□□。□□□□□, □□□□州诉□, □□田□西州□缔□□□□□□□□□□□□□□准, □□违□《宪□》□“□□条款”, □□□□□□□□。^[11] 美□□邦□□□□□□□, □□□□□字□□□□□□□《宪□》“□□条款”, □□□□□州□□□都需□□□美□□□□□准。□□, □□禁止□州缔□州□□□势□□□□州□□永久□□□□□□□□□□公□妨害。□□□, □□邦□□□□□□□□□美□□□□□烂额, 美□□□□□愿□花□□□□□准□□□□□□□州□□□州□□□。

美□□邦□□□□□□□□美□□□□否□淮州□□□□□□□□□□□□。“□□□□□□”□□

• 144 •

生际 缔结，可生 缔结后，“ ” 既可，可暗，，美“税”，边际 出确信持，暗 着美案边。〔16〕 种情，，没确出，际生。

田西案。美国《宪法》“条款”准，名“邦权威”准。面，准强调“”，院际唯依据，据际缔结综合判断“”。面，准又强调“邦权威”，各缔结际通侵犯邦府至上权。加权，那么“”总，美使际准权例，让各使美《宪法》际缔权才常。判例事实上后面列际案件设准，美府际邦生。

() □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ — □ □ □ “ □ □ □ □ ” □ □ □ □ □

“邦权威”准 1976 罕 什 案^[17]得 强 。美 邦
最高 院认 , 罕 什 缔结边 际 确 已
存 际边 线,既没 邦 府 权 , 没 邦 府 府 治平
; , 际 既没 加 府 权 , 没 威胁 邦 府 至上权 。 , 美 邦
最高 院认 , 罕 什 边 际 需 获得美 ^[18]

事实上,罕什缅甸案田西案“邦权威”准,“侵犯美邦至上权”际才需得美准。^[19]罕什缅甸案出概念“治平”,但可惜,美邦最高院没概念开。

() □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ — □ □ □ “ □ □ □ □ ” □ □ □ □ □

□ 1978 □ 美 □ 钢铁公 □ □ □ 际税 □ 委 □ 案 □ , 美 □ □ 邦最高 □ 院 没 □ □ □ □ “ □ 邦权威” □ 准 □ □ 改, □ □ □ □ “ □ 邦权威” □ 准 □ □ 步细 □ 。 美 □ □ 邦最高 □ 院认 □ , □ □ □ 际 □ □ □ “通 □ □ 加 □ 权 □ □ 损害 □ 至取 □ 邦 □ 府 □ 权 □ ”^[20] □ □ 候, 它 □ □ 违 □ 美 □ 《宪 □ 》“ □ 条款” □ 。 那么, □ □ 如何判断 □ 际 □ □ □ 事实上侵犯 □ “ □ 邦 □ 府 □ 至上权 □ ”呢?

美□□□□认□,□际□ □□□符合□列□□条件□情□□,□□□侵犯□“□邦□府□至上
权□”, “□□,□际□ □□□□□□邦□府□权□,□□邦□府□□□权□ □□独□
使;□□,□际□ □□通□□ □□加□权□ □免□□□”。^[21] □美□邦最高院
□美□钢铁公□□□际税□委□案□□出□□□□□□□判断:□□,《跨□税□□》没□□
□□□□□权□,□各□ □□使着□□ 缔结□□既□□□权□;□□,《跨□税□□》

[16] *Virginia*, 148 U.S. at 522.

[17] *New Hampshire v. M*

$$H$$

[18]

[19]

[20]

[21]

有把州的权力授予该协定产生的州税收委员会;其三,成员州保留着接受或拒州税收委员会作出的规则的权力,甚至有权随时出《州税收协定》。^[22]基于此,美国联邦法认为,如果州际协定创了一个州的管理机构,即这个管理机构拥有大的权力,也不是美国国会准分条,因此,《州税收协定》不需要到美国国会的同意。

(四)其他案件——功能性“联邦权威”标准的补充

自美国钢铁公司诉州际税收委员会案^[23]后,州际协定因美国《宪法》“协定条款”而受到法律的挑战。在Star Scientific v. Beales案中,美国第四巡回上诉法院是对《烟草大和解协议》(Tobacco Master Settlement Agreement)是否对联邦政府的权力产生实际影响进行了审理,而并非否定这个未经国会准的州际协定的法律效力。^[23]后的一些试图用“协定条款”来否定州际协定法律力的也都以失败而告终。^[24]

随着美国州际合作的入,州除了缔正式的州际协定外,还发展了其他形式的合作机制,如认立法(reciprocal legislation)和州际示范法(model state laws)等,们虽不以“协定”为法律基础,但是却以“协定”的形式出现。在这个背景下,法院开始注意辨别真州际协定。^[25]在Northeast Bancorp Inc.案中,法院阐述了州际协定具备的“四大型特征”：“其一,州际联合组织或实体的建立;其二,一个州与其他成员州的联合动情形的出现;其三,成员州方修改或废除自己州法律的权力受到了协定的或约;其四,每个成员州的规章受到其他成员州的相或约。”^[26]

总之,“不”在国家史上的重大转折点,且在正国家生活过程中,这要性也以令人吃惊的方式显现出来,并国家机构相对于宪法文本而发生迁。……在相关法律文本尚未来及作任修改的情况下就经历了比刻的迁”。^[27]过例的不断积累,美国联邦法发展出了完全不同于美国《宪法》“协定条款”字意思的标准,即“双功能性联邦权”标准:第一,根据Northeast Bancorp Inc.到的“四大型特征”,来判断一个州际协定是否构成一个真正的州际协定。如果不符合四大型特征,属于州际协定,就不用美国《宪法》的协定条款,国会的同意自要有;第二,如果所涉及的州际协定完全符合上述四大型特征,属于州际协定,还判断该协定是否实际上侵犯了联邦政府的至上权力。有意思的是,迄为止,美国有一个法院曾经认定过州际协定因侵犯联邦至上权力而需要到美国国会的准,也未因此而否定过州际协定的法律效力。相反,一些事实上经美国国会准的州际协定,也被法院认定为有法律上的要性。^[28]

[22] *United States Steel Corp. v. Multistate Tax Comm'n*, 434 U.S. 473 (1978).

[23] *Star Scientific*, 278 F.3d 360 (4th Cir. 2002).

[24] *Mariana v. Fisher*, 226 F. Supp. 2d 575, 586-587 (M.D. Pa. 2002); *PTI v. Philip Morris*, 100 F. Supp. 2d 1179 (C.D. Cal. 2000).

[25] *Clark v. Allen*, 331 U.S. 503, 516-517 (1947).

[26] *Northeast Bancorp, Inc. v. Board of Gov. of the Fed. Reserve System*, 472 U.S. 159, 175 (1985).

[27] 同注3书,第28-29页。

[28] *United States Steel Corp. v. Multistate Tax Comm'n*, 434 U.S. 471 (1978).

、《宪法》“特定条款”与 权 张

由 邦最高法院这种一贯宽松态度,使 际定 得到 未 。
这 , 权获得 张 , 各 开始不断 邦 治平 ,甚至开始 战
《宪法》“特定条款”。这 充 近 20 生 典 际定上。

典 意义 际定 草《 议》(Master Settlement Agreement)。1998 ,
46 检察 最主 草公 签 议。据《 议》定, 草行业 支付给各 2500 亿 元“赔偿”。这些“赔偿” 质上 消
税,但 没 何 层次 出来表态反 这 特 式 税 ,《 议》也 没
获得 批 。^[29] 那么,“ 消 税” 际定 事实上侵犯 邦至上权
?

境 护 面引 公 争议 际定《 域 温 气 议》(Regional Greenhouse Gas Initiative)。2008 , 邦 府 日益攀升 温 气 指 面 不 , 9 结
《 域 温 气 议》。定 求各 义务 来 电站 氧化碳排放 出限 安排,
达到 定 定 ,各 当无条件停止碳排放; , 限制 提 , 许各 碳
排放进行 场化 交 。^[30] 定虽然 获 功, 取得 良好 效 ,但 氧化碳排放等
问题 全 问题。通 际定 式来 全 问题, 存 侵犯 邦至上权
嫌 ?

近 来最受 公 注 热议 际定《全 选票 际定》(National Popular Vote Interstate Compact)。2006 , 叫“全 选” 极 推《全 选票 际定》, 选举 选举 团制度,间 实 全民 选。《全 选票 际定》定:“ 加
定 持 选举 团票 数超 全 数 ,加 各 选举

效后的5年,国国有权对协定进行审查,有权随时撤回州际定的批。〔38〕此外,国国在《低密度放射□物策法案》中还“州际行管理构的信息公开”为批《低密度放射□物州际定》的附加条件之一。

(二)“事先立法形式”的国会同意

为□□限制州权,国国的意形式也开始现样化的特征。在实践中,国国的意主要有种形式,或是国的法案,或是州际定中的联□与州的联合决议。〔39〕其中最典的是,国国通过“事先立法形式”的国意,主动促使各州在特定的领域结州际定。如《关扣□令的州际定》(the Interstate Agreement on Detainers)事获得1934国国《□□控制法案》的批。但即使是事先获得法批的州际定,最终还是需要再次递交给国国便获得正式的批书。

那么,经国国批的州际定是否使州际定构成联□法呢?在People v. Central R. R.案中,法院认为,国国的意不能使州际定成为国《法法》(Judiciary Act)意义上的国法。〔40〕在Hinderlider v. La Plata River Co.案中,法院样认为,国国州际定的批不能产生联□法。〔41〕但这种法意见在Cuyler v. Adams案中被推翻,国联□最高法院认为,“当国权各州结一个合定,且定所的主题也符合国法的原则的时候,国国的意使得州际定然转化为《□法》‘定条□’的联□法”。〔42〕国联□最高法院进一步指出,《关扣□令的州际定》完全符合国国法的原则,“成为国国法的主题”,因此州际定的法释也当“联□法的问题”。〔43〕

(三)联邦政府对州际协定的直接参与

联□□州际定的直接参与在很大程度上可看是国《□法》“定条□”“国意”的一种的形式。实践来看,联□□州际定的直接参与至少带来个好处:一,联□□在州际定的结的积极介,这必然提高国国意的可能;二,联□□州际定的直接参与,有利各州获得联□□物质精神上的支持。

联□□州际定的直接参与既是各州主动治游的结,更是联□□州际定加法□管的结。实践中,很州际定“事先意”的国国法都附加一个特别条件,即联□□有权参与到州际定的结程序实施程序中。如《鲍尔德峡谷工程法》(The Boulder Canyon Project Act)定,“国意”的提条件是命的国代表有权参与到□域的州际定的结过程实施过程中。

,联□□州际定的直接参与还表现为联□与各州之间的联合州际构的建。1961年,为国代表的联□□特拉华州、宾夕法尼亚州、纽州、泽州成特拉华□域□(Delaware River Basin Commission)。〔44〕此外,《萨斯奎纳□域定》(Susquehanna River

〔38〕 Low-Level Radioactive Waste Policy Act, 42 U.S.C. § 2021d(a)(2)(B) (1982).

〔39〕 Potomac Compact, ch. 579, 54 Stat. 748 (1940) (codified at 33 U.S.C. § 567(b) (1970)).

〔40〕 People v. Central R. R., 79 U.S. (12 Wall.) 455, 456 (1870).

〔41〕 Hinderlider v. La Plata River Co., 304 U.S. 92 (1938).

〔42〕 Cuyler v. Adams, 449 U.S. 440 (1981).

〔43〕 Id. at 442.

〔44〕 Delaware River Basin Compact, Pub. L. No. 87-328, § 1.2, 75 Stat. 688, 689-691 (1961).

Basin Compact)也出现了类似的联邦与州的联合州际机构。^[45]从实践来看,这些“联合州际机构”大都只是制定流域规划的权力,一旦流域规划制定完毕,剩下的实施工作实际上由联邦和州按照各的事权分工分别进行。

外,联邦政府对州际协定的直接参与还表现为联邦政府与各州之间的联合州际协定的缔结。联邦与州的联合协定往往用来解决一些大都的州际难题,这些联合协定既有州际协定的灵活和主,又有联邦政府的权威和支持度。如在美国东海岸的纽约、波士顿以及华盛顿哥伦比亚特区等都圈中,就缔结了很多联邦与州的联合州际协定,这些协定为解决或缓解大都的交通、治安、垃圾处理及环境污染等法律难题作出了很大的贡献。

六、美国《宪法》“协定条款”下联邦与州的关系的平衡

在州际协定问题上,州权的不断扩张和联邦权力的强势崛起,是一个相当的时间内联邦权力和各州权力寻求“治平衡”的一个过程,这个过程体现了美国联邦主义从二元联邦主义到合作联邦主义再到新联邦主义的宪法变迁。而就美国《宪法》“协定条款”而言,核心问题依然是“国同意”的必要和适用条件。

(一)对功能性“联邦权威”标准的批评

功能“联邦权威”标准事实上导致了州权的不断扩张和联邦权力的不断干预,联邦权力和州权之间的治平衡面临着随时被打破的风险。功能“联邦权威”标准也引来了很多的批评。

其中一种批评意见是,功能“联邦权威”标准忽略了联邦主义的横向维度,威胁了州际协定的成员州的利益。在美国钢铁公司诉州际税收委员会案的判决书中,怀特法官认为,没有加入《跨州税收协定》的各州将很难吸引大公司的投资,“常明显的是,成员州在竞争中将处于劣势”。^[46]虽然多数派法官也认“从本质来看,各州的集体行动单个州的个别行动更有影响力”,但他们认为,《跨州税收协定》对成员州施加的压力与单个州的优惠税收策对其他州施加的压力没有区别。因而,对成员州施加的外在压力不能成为否定“未经国批准”的《跨州税收协定》法律效力的法律理由。^[47]

还有一种批评意见是,功能“联邦权威”标准与《宪法》“协定条款”的原义背道而驰。在美国钢铁公司诉州际税收委员会案的判决书中,怀特法官认为,《宪法》“协定条款”的设立的是为州际联合行动提供法律指导。如“协定条款”的功能仅限于为侵犯《宪法》“贸易条款”的州际协定得到国批准提供宪法基础,那么直接适用《宪法》“贸易条款”可以起到一样的法律效,而《宪法》“协定条款”存在的法律价值在于:有些行为,单个州有权单独作出,但数个州却无权联合作出。^[48]在怀特法官看来,功能“联邦权威”标准解决的法律问题并不是“州际协定是否需要得到国的批准”的问题,而是“国在不能作为的情况下,能否立法权授予州际协定的成员州来行使”的问题。

[45] Susquehanna River Basin Compact, Pub. L. No. 91-575, 84 Stat. 1509 (1970).

[46] *U. S. Steel v. Multistate Tax Comm'n*, 434 U.S. 452, 495 (1978).

[47] *Id.* at 478.

[48] *Id.* at 452.

(二)“国会同意”的新标准

基于对功能性“联邦权威”标准的反思,美国学者提出了三种新的法律标准,即“固有权力”标准、“主题基础”标准及“州权基础”标准,具体阐述如下。

1. “固有权力”标准——二元联邦主义下的完全限制

美国《宪法》第十修正案规定:“本宪法授予众国、禁止各州行使的权力,保留各州行使,保留应各州人民行使。”二元联邦主义(dual federalism)是以此修正案为基础,“强调联邦和各州之间的分权,关于政治权力在两个层次的权利的二元分配,并要保证每个层次的权利都具备另一个层次所不得侵犯的政治权力底线”。^[49]

受二元联邦主义的影响,美国学者 Michael Greve 在详细列举联邦权力和州权力的基础上提出了“固有权力”标准。在他看来,要州协涉及了列举的联邦权力或其他非成员州的权力,“国会的同意”是该协法律效力的必要条件。美国《宪法》“协定条款”的法律目的就是为了避免“有害州协”的通过,而并非是为了限制富有成果丰硕的州工作。^[50]“有害州协”不仅包括违背纵向联邦主义的州协,即侵犯联邦政府权力的州协,还包括违背横向联邦主义的州协,即侵犯非成员州权力的州协。

Greve 希望严格适用美国《宪法》“协定条款”,对任何形式的扩大性宪法解释^[51]均不涉及联邦权力、非成员州权力或非成员州公民权利的州协是无效的,区别在于量多量少的区别。

此,从一个角度说,“固有权力”标准几乎否定了国会同意的州协的法律效力,即国会批准的州协都具有法律效力。

2. “主题基础”标准——合作联邦主义下的基本限制

美国罗斯福新政之后,地方问题逐渐国家化,二元联邦主义开始衰落。从公共流通毒品贸易、从证券贸易教育,联邦和州往往做着同一件事情。^[52]于是,合作联邦主义(cooperative federalism)出现了,它从美国《宪法》前言和《宪法》第四条修正案出发,强调联邦政府享有权威,并让州和联邦分享权力,州是联邦的合作伙伴。合作联邦主义具灵活性和多元性,各州与联邦的合作事获得了更多的权力。

受合作联邦主义的影响,美国学者 Matthew Pincus 提出了“主题基础”标准。Pincus 认为,如何解释美国《宪法》“协定条款”是问题的关键,即在那联邦可接受的州协和那通过侵犯联邦权力的方面而扩大州权的州协之间划一条红线,而红线的划分基础就是州协所涉及的主题。^[53] Pincus 认为,除了那涉及州的统一问题的州协之外,其他州协都应获得国会的批准。

什么是“州的统一问题”呢?在过去几年,美国联邦最高法院开始讨论州的固有权利,并将其标签为州的统一问题。在 United States v. Lopez 案中,法院为《学区禁枪法》(Gun-Free School

[49] 千帆:“从二元合作——联邦分权模式的发展趋势”,载《环球法律评论》2010年第2期,第45-57页。

[50] Michael S. Greve, *Compacts, Cartels, and Congressional Consent*, 68 Mo. L. Rev. 285, 377 (2003).

[51] *Id.* at 365, 388.

[52] 同前注,第45-57页。

[53] Matthew Pincus, *When Should Interstate Compacts Require Congressional Consent*, 42 Columbia Journal of Law and Social Problems 511, 536-538 (Summer 2009).

Zones Act)^[54] 违《宪》，美国最高法院裁定各州“规 则”侵入联邦领域。^[55] 在 United States v. Morrison 案中，最高法院，《暴力侵害妇女法案》(Violence Against Women Act)^[56] 中的 赔偿条款违《宪》第 1 条列举的权力，因此无效。因此，最高法院“规 则”无效，因此规 则无效美国最高法院裁定，因此 州权力”。^[57] 因此，因此 州“州权力”州权力，因此需 要美国最高法院裁定，因此因此 州权力都 因此，因此因此 州权力因此 美国最高法院 准。^[58]

□□□, Heron □□□“州□□□”□□, □□州□□州□□□□□□□□□□, □□□州□□州□
□□□□□□□□, □□□□□□□□□□□□监□□□□□□。□□, □□□□□□□□□□草州□□
□□□□□□款□□“州□□□”□□□迫□□□州□□□□□□, □□□违□□《宪□》“□□□款”。〔65〕

六、□□□。□□□。□□启□

（一）修宪论、法律完善论及宪法解释论的分阶段运用

□□□, □□宪□□□□。□□缺失, □□□□□□□□□□违宪(□)□□□□怀□, □□□□□□□□□□犹豫□□。□□□□□□, □□《宪□》“□□□款”□□□□□□□□□□□□。

的模式是,《宪法》是原则性“协约款”,“除了侵犯中央权力或妨碍其他省、市、县的地方权力影响政权的平衡的形式外,各级地方人大及地方政府有权签订政府协议,实现合作”。而具体内容应参照的《合作法》细则,实体性内容参照中央与地方的分权、合作协定的宪法基础、主体、法律效力、管理机构及程序条款,而程序性内容则参照合作协定的程序、中央政府的程序及程序、公众与程序、程序、修废止程序以及纠纷解决机制。在《合作法》正式出台之前,以国家根本有的实力和理论储备,先制定《合作法》。时机成熟后,上升为法律。

(二)责任条款解决机制、行政解决机制、仲裁解决机制及司法解决机制的综合运用

于地方权力的观念存在,权力上法律的重缺失,我国地方政府在治理的过程中避免地会产生摩擦,至冲突。应如何合理构建实际纠纷解决机制?符合我国的实际和国情,笔者认为要有四种法律对策:一是责任条款解决机制,地方政府之通过合作协约款具体违约责任,从而起预防纠纷的法律后果。如《江苏盛泽和浙江江泾边界水污染联合防务方》第3章第3款第3项:“于水污染故成经济损失时,……如系政府有关部门管理或作为成的污染起的损失,相关政府赔偿全部损失。”二是上级行政机关解决机制,地方政府治理而产生法律纠纷时,共同的上级行政机关法律解决的机制。如《政界治理法》第11条:“省、自、直市之的边界,……协议达成协的,各方应自的解方并边界地形图,国家治理。”三是仲裁解决机制。在美国,仲裁被广泛用于州际协议,其法律理是为一些重要诉诸于法的州际纠纷一种低成本率的解决机制。^[66]如《内河协》(Snake River Compact)第4条约,“两个州的政员对有关协的管理问达成一致的时候,成员州以要国会地质调查委员会(United States Geological Survey)或其他有任一名联邦与该的解过程中,的解方法三方中的多数意见”。四是司法解决机制,通过人民法院解起的地方政府纠纷。在美国,《宪法》第3条授联邦法院对州际的初管,州际协的成员州有向联邦法院提起诉讼。Rio Grande协第4条约,“……有关水权和数起的生起的州际协解。但是,这并不理解为诉讼程序的禁止。如果一成员州擅自违协的则,对另一成员州成损害,害的州有向联邦法院起要赔偿的诉讼”。在我国,前的责任条款解决机制和后的政解决机制是实际中分权的实际纠纷解决机制,而司法解决机制和仲裁解决机制则于缺关键的宪法和法律并在实际,但两者应成为我国实际纠纷解决机制的发展趋势。

以实际纠纷司法解决机制为,该制要在中国真正落地生根,要在以下个方面实现突破:一是通过《宪法》修正,把地方政府诉讼的初管人民法院;二是通过《政诉讼法》修正,增“机关诉讼”这种新的政诉讼;三是在的《合作法》中,对地方政府纠纷的司法纠纷解决机制专以具体。“司法是社会公正的最后一道防线”,是法治的内在要素,而“政机关从

法法》第1697条第3项]也含有类似规定。^[11]

(二) 国际性仲裁协议的特殊性及准据法的范围

国际性仲裁协议是与至少一个外国的法律体系有联系的仲裁协议。例如,如果达成仲裁协议的双方当事人惯常居所(或住所)分别位于不同的国家,则该仲裁协议就是国际性的。严格地说,仲裁条款是国际性民商事合同中关于非诉讼程序事项的条款;单独的仲裁合同本身并不是确定双方当事人实体权利义务的民商事合同,而是关于非诉讼程序事项的合同。但是,国际性仲裁协议与一个或一个以上外国的法律体系有联系,而不同国家的法律体系对国际性仲裁协议的有效性会作出不同的判断。相对于主合同,国际性仲裁协议同样具有独立性(可分离性)。^[12]一些国家的立法者为国际性仲裁协议制定了专门的冲突规则,用冲突法解决办法来处理国际性仲裁协议到底应适用何国法律体系的问题(即仲裁协议准据法的确定问题),而不是一刀切地采取“程序问题,适用法院地法”这一在各国国际民事程序法上久已确立的原则。事实上,就仲裁等非诉讼程序事项而言,在许多情形下并无法院地和法院地法可言。因此,尽管仲裁协议属于双方当事人所达成的旨在解决彼此间的争议的程序性协议而非实体协议,但一些国家的立法者通过制定专门的冲突规则而赋予了国际性仲裁协议以不同于普通程序事项的特殊性。

从狭义上说,国际性仲裁协议的准据法通常是指国际性仲裁协议的实质有效性的准据法,主要用来解决双方当事人之间所发生的关于仲裁协议是否已有效地成立、仲裁协议是否具有实质有效性^[13]以及仲裁协议应如何解释^[14]等方面的争议。^[15]从广义上说,国际性仲裁协议的准据法的范围还可能及于仲裁协议的其他方面,如仲裁协议的形式有效性、当事人缔结仲裁协议的行为能力和争议的可仲裁性等,而仲裁协议的形式有效性、当事人缔结仲裁协议的行为能力和争议的可仲裁性所适用的法律体系均可能不同于仲裁协议的实质有效性所适用的法律体系,致使仲裁协议的不同方面适用不同的法律体系,形成“准据法分裂”的局面。在下文中,如无特别说明,国际性仲裁协议的准据法是指国际性仲裁协议的实质有效性的准据法。

(三) 确定国际性仲裁协议的准据法的意义

对于国际商事仲裁来说,国际性仲裁协议准据法的确定具有重要意义,因为如果仲裁协议不存在,或仲裁协议无效、失效或不能实行,则仲裁庭对双方当事人之间的争议没有管辖权,不但仲裁程序无从进行,所作出的仲裁裁决也得不到承认与执行,甚至可能被有管辖权的某国法院所撤销;如果仲裁协议有效,则该有效的仲裁协议具有排除法院管辖权的法律效果。^[16]而要判断国际性仲裁协议是

[11] Vgl. Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2015, Rn. 3827.

[12] 例如,瑞士《关于国际私法的联邦法律》第178条第3款规定:“不得以主合同无效或仲裁协议系针对尚未发生的争议为理由而对仲裁协议的有效性提出异议。”

[13] 例如,在一方当事人违反仲裁协议向法院提起诉讼,而另一方当事人通过申请停止诉讼来寻求仲裁协议的执行的情形下,就有必要依国际性仲裁协议的实质有效性的准据法断定双方当事人之间是否存在将争议提交仲裁的有效合意。又如,有效的仲裁协议是否可以纳入一般交易条款(格式条款),如果可以纳入,依何种条件纳入的问题,也必须由国际性仲裁协议的实质有效性的准据法来回答。

[14] 例如,国际性仲裁协议本身的适用范围到底有多大即属于仲裁协议的解释问题,需要依仲裁协议的准据法予以判断。

[15] Vgl. Christoph Wendelstein/Michael Stürner, Das Schiedsvereinbarungsstatut bei vertraglichen Streitigkeiten, in: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (im Folgenden IPRax), 2014, S. 480.

[16] 根据我国《仲裁法》第5条,国际性民商事合同的双方当事人已有效地订立仲裁条款或以其他书面形式在争议发生前或争议发生后达成请求仲裁的协议,一方向法院起诉的,人民法院不予受理。

否存在、是否有效,以及解□国际性仲□协□应如□解□等问□,□必须以□一国家的法律体系为标□和□□,□就是国际性仲□协□的□□法。^[17]自2011年4□1日起施行的《中□人民共和国涉外民□关系法律 用法》(以下□称《涉外民□关系法律 用法》)第18□^[18]在新中国立法史上第一□明□□定了□定国际性仲□协□□□法的冲□□则。这对于受理国际□□争□□□的仲□□和被□执行仲□协□的中国法□有法律□□地□□仲□协□是否存在、是否有效以及应如□解□等问□,进而□定仲□□是否有管□□□疑具有积 意义和□进作用。

本文拟以国际性仲□协□的有效性为中心,从国际法律冲□法和国际民□程□法的□□□□、阐述和□纳□定国际性仲□协□□□法的□□方法,并在此基础上展望□定国际性仲□协□□□法的□□、□□和□□的发展趋势。

二、□定国际性仲□协□□□法的方法

□观关于国际□□仲□的国际文□和□国的仲□立法 □定国际性仲□协□的□□法的方法主要有二:其一是 用□方、□人所明示或□示地□□的、用于仲□协□本身的法律体系(□□人意思自□□则),其二是在□方、□人未□□仲□协□本身的□□法的□形下, 用仲□地国家的法律体系。除此之外,在国际□□仲□实□中,有些仲□□以□方、□人之间的主合同的□□法为仲□协□的□□法,有些仲□□以申□执行仲□协□所在地国家的法律体系(法□地法)为仲□协□的□□法,有些仲□□以与仲□协□有□□切联系的国家的法律体系为仲□协□的□□法,还有些仲□□以仲□程□本身的□□法为仲□协□的□□法。^[19]

(一)确定国际性 协议准据法的主要方法

1. 首先适用双方当事人所明示或默示地选择的、适用于仲裁协议本身的法律体系——当事人意思自治原则

在国际□□仲□实□中,□方、□人就仲□协□的□□法作出法律□□的□形并不多见,在仲□协□表现为合同中订立的仲□□款时更是如此。但如果他们明示或□示地□□了□一国家的法律体系为仲□协□本身的□□法,则其意思自□应□到尊重。□实上,关于国际□□仲□的国际文□和□□所有国家的仲□立法□□许□方、□人以明示或□示的合意□□国际性仲□协□的□□法,□即以□□人意思自□□则为□定国际性仲□协□□□法的首要□□。

1958年6□10日订于□约的《承认及执行外国仲□□□□约》(以下□称《□约□约》)^[20]第

[17] 国际□□仲□意义上的仲□协□的□□法□□是□一国家的法律体系。与此不同的是,国家间仲□和投□仲□意义上的仲□协□□□ 用国际法。本文不□论国家间仲□和投□仲□意义上的仲□协□所 用的法律体系。

[18] 《涉外民□关系法律 用法》第18□□定:“□□人以协□□□仲□协□ 用的法律。□□人有□□□的, 用仲□机构所在地法律或者仲□地法律。”□是在《中□人民共和国涉外民□关系法律 用法(草□)》于2010年10□25日至28日被第三□□审□期间,在□后时刻□被添□进该法的。在此之前,该法草□之2010年6□28日修□稿、2010年8□二□审□稿以及全国人大法律委员会2010年10□14日草□□□□□这一□文。

[19] See Born, *supra* note 3, at 40.

[20] 《□约□约》于1959年6□7日生效,并于1987年4□22日对中国生效。参见1987年4□10日《□□人民法□关于执行我国□□的〈承认及执行外国仲□□□□约〉的□知》,法(经)[1987]5号,□《中□人民共和国□□人民法□□报》1987年第2期,第16-17页。

5 条□ 1 款甲□□□推断,^[21] 尽管□公□□双□当□□□(□示或□示□)□□□□□□□仲□□决□出□□□□□□□□断仲□□□□否□效□准据□, 然□□断仲□□□□否□效□准据□□推双□当□□□(□示或□示□)□□□□□□, □□才□仲□□决□出□□□□□□□□。《□合□□际贸易□委□□□际□□仲□》□ 34 条□ 2 款 a □□ 1 □□□ 36 条□ 1 款 a □□ 1 □、《欧洲□际□□仲□公□》(《月□瓦公□》)□ 6 条□ 2 款也含□类似规定。

受《□合□际贸易□委□□□际□□仲□示□□》□□□,□□《民□诉讼□》□1059条□2款□1□a□、^[22]瑞士1987□12月18日□《□□□际私□□□邦□□》(□1989□1月1日□施行)□178条□2款^[23]也将双□当□□□□□□□□□□断仲□□□□否□效□□□□□□。□□《□□民□□□□□适用□》)□18条□□□1句□□赋予□□□仲□□□□双□当□□□□主□□仲□□□准据□□权能,□双□当□□□□□□□□□□断仲□□□□否□效□□□□□□。□□□□施行□□,《□□□民□□□□适用〈□□□民□□□□仲□□〉若干问□□□□》□16条□1□情□□□求□级□民□□□□□□仲□□□□效□进行审□□,□□适用双□当□□□□定□□□。

2. 在无法律选择的情形下适用仲裁地国家的法律体系

□双□当□□□仲□□□□准据□□□□示□□□□□□□□示□□□□□□情□□,□□□
 际□□仲□□□□际□□□□些□□□仲□□□规定适用仲□□□□□□□□□,即仲□□□□□□
 □□□□□冲突□(□□适用□)□□序□□□□私□规定□总□。当然,这□□“仲□□”宜□□□
 上□□□,□不□□□□□□□等□□□□上□□□。□□□际□□仲□□□□上□隶□□□□□□
 □□□。□实践□,□往往□双□当□□□□□□□间□仲□□□□指定□“仲□□”□□□,□双□当
 □□□□□□□□□□仲□□□□□□□□,则□仲□□或仲□□□□□□□“仲□□”□□□。□□□蔽□,
 □□□□□□仲□□□□□□□□□□“仲□□”不□□仲□□□□□□□□□。

至□□双□当□□未□□准据□□情□□适用仲□□□□□□□□□□由,□□□些□□□□□□□、□□□仲□□强□仲□□□□□序□甚□强□□契□□,因□将双□当□□□仲□□□□□□□□示□□仲□□□□仲□□□□准据□。□□□些□□□□□□□、□□□仲□□则□仲□□□□□□(□□□□)□□出□,认□仲□□□□□□主合□□仲□□□□□密切□□,[²⁴]故仲□□□□□□仲□□□□□准据□。^[25]

□□□□,《纽□公□》□5条□1款甲□□□□双□当□□□(□示或□示□)□□□□□□□□

[21] 按照《纽约公约》第5条第1款甲项规定，“双方当事人在仲裁协议中约定（公断人或“公定”）“公当由公断人公定准据法，或未经指定法律者，由仲裁庭决定”，则仲裁庭有权拒绝承认并执行”。参见黄进、

[22]

[23]

[24]

[25]

判断仲裁协议是否有效。根据《仲裁法》第16条第1款第1项、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第27条第2款b项含类似内容。因此，仲裁裁决是否有效（即仲裁协议是否有效）应视仲裁协议是否有效而定。

土耳其2007年11月27日《民事诉讼法》第5718条（即2007年12月12日修订）第62条第1款e项“仲裁条款依双当事协议使服从于无拘束力，即，即种协议达成，仲裁条款依仲裁裁决而无效”即拒绝执行仲裁裁决。^[27] 即可判断，该条对双当事选择仲裁裁决是否有效判断仲裁协议是否有效。根据《洛可可法》1999年6月30日《民事诉讼法》（即1999年7月28日修订）第106条第1款第6项对双当事选择某仲裁条款（即双当事选择仲裁）仲裁裁决是否有效判断仲裁协议是否有效。^[28] 因此，仲裁裁决是否有效可视仲裁协议是否有效而定。2010年《苏俄仲裁法》第6条：“仲裁协议对双当事协议仲裁苏俄，仲裁绝辞结辞已已绝结辞已已已已已绝结辞辞辞绝辞绝辞绝辞辞辞绝辞已辞绝结辞已辞裁绝辞结辞辞已

选择时判断仲裁协议是否有 的法律体系。在该法 之前,《最高人民法院关于 》(《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释)第16条第2种情形已要 各级人民法院在对涉外仲裁协议的 力审查时,在双方 事人没有约 仲裁协议的准据法但约 了仲裁地的情形下, 仲裁地法律。

(二)确定国际性仲 协议准据法的其他方法

1. 以主合同的准据法为仲裁协议的准据法

国际商事仲裁法 的一些知名专家,如 国的朱利安·卢(Julian D. M. Lew) 以 合同的准据法为仲裁协议的准据法, 仲裁协议 现为仲裁条款时尤其是 。在他们看 ,仲裁条款 过是 合同的多条款之一罢了,所以双方 事人所选择的 于 合同的某一国家的法律体系照理应 于仲裁条款。他们 至质疑 :在双方 事人明 地选择了某一国家的法律体系为其 合同的准据法的情形下,为什么 合同的一个条款应 双方 事人所 选择的另一法律体系,难道仅仅 为该条款 巧是仲裁条款吗?在德国 有一部分学者基于仲裁协议与 合同之 的密切联系而在双方 事人 明 默 地选择仲裁协议准据法的情形下,以 合同的准据法为仲裁协议准据法。他们 至认为, 双方 事人对 合同准据法的选择可以 断出对仲裁协议准据法的选择。^[33] 在实践中,以 合同的准据法为仲裁协议准据法的 一 得 了一些 格 法院的认可。在“印度联盟与麦 唐 · 格拉 公司纠纷案”(Union of India v. McDonnell Douglas Corp. ^[34])中,审理案件的 格 法官 :“本案的商事合同中的仲裁条款是一种协议中的协议……双方 事人可以就他们的商事 易所 的法作出明 选择,而 一选择 可以就仲裁协议所 的法作出。在本案中,我认为双方 事人 依第11条选择了印度法,而它 仅 于 他们的商事 易而发生的权利 务,而 于 他们之 的仲裁协议而发生的权利 务。”在“ 拉奇石油公司与费雷尔国际有限公司纠纷案”(Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) v. Ferrell International Ltd. ^[35])中, 格 法院称:“ 合同含有明 的法律选择,而仲裁协议却 含有独立的、明 的法律选择的,该仲裁协议通常 被明 地选择 于 合同的那一法律体系。”在2012年判决的另一起晚 的案件中, 格 法院 出,“双方 事人对 合同的明 法律选择”起 了“强烈地 其在仲裁协议问题上的意愿”的作 。^[36] 此外,在澳大利 、印度和美国 有 少人 以 合同的准据法为仲裁协议的准据法。^[37]

而,上述 在实践中并 得 彻底的贯彻。 于仲裁协议独立性(可分离性)的缘故, 有一些国家的司法实践和一些常设仲裁机构的仲裁规则认为,仲裁协议的准据法可以 同于 合同的准据法。例如,瑞士联邦最高法院在1995年3月21日的一个判决中 出,“仲裁条款独立性原则尤其意味着,在国际商事 易中,仲裁协议和 合同可以以 同的法律体系为准据法”。^[38] 又如,自2014年起,《香港国际仲裁中心仲裁规则》之“建议性规则” 建议达成仲裁协议的双方 事人就仲裁协议

[33] Michael Stürner/Christoph Wendelstein (Fn. 15), S. 473, 478, 480.

[34] [1993] 2 Lloyd's Rep. 48.

[35] [2002] 1 All E. R. (Comm) 627.

[36] Sulamérica Cia Nacional de Seguros SA v. Enesa Engenharia SA, [2012] EWCA Civ 638.

[37] See Born, *supra* note 6, at 822.

[38] ICCA's Yearbook of Commercial Arbitration, XXII (1997), 800, 803 (Swiss Federal Tribunal).

作出□□的法律^[39]。在□方当□人就主合 的□□法作出法律□□,而未就□□□的□□法作出法律□□的□形下,□予考虑的主要法律体 是□□国 的法律体 ,至于□□□是在□国□成的则□□□关紧要。在“国际□ 第 6162 □□”(ICC Case No. 6162^[40])中,主合 □有一个□定□《国际□ □□□则》在□□日内瓦□□的□□□□。此外,主合 还□有一个法律□□□,□定主合 的□□法是□ 法,但并未提 □□□□本身的□□法。被 □人指出,由于□□□不是□□□□指定的,也不是□争□发生后订立的任□□□的□□合 指定的,□□《民□□诉□法》第 502 □第 3 □,□□□□效。尽管这一主张在□ 法上有其法律□□,但□ 导致□□程□的终止。于是□□□□定,□□□的成立和实□有效 的□□法是作为□□国 的法律体 的□□法,而不是□方当□人所□□的主合 □□法(□ 法)^[41]。

2. 以申请执行仲裁协议所在地国家的法律体系(法院地法)为仲裁协议的准据法

有一□观点认为,国际 □□□应适用 □□行□□□所在 国的法律体 (法□ 法)。□如,一方当□人□求将其与 一方当□人之间的争□诉诸民□诉□,而 一方当□人则□引有效的□□□并□求法□□行□□□,于是法□适用法□ 法以□定□ 是否□□行□□□管□□。

□《□□人民法□关于适用〈中□人民 和国□□法〉□干问□的解□》第 16 □第 3 □□形的□定,对涉外□□□的效力审□,在□方当□人□未 定□□□的□□法□未 定□□或□□定不明的□形下,适用法□ 法。□□人民法□于 2007 年 6 □ 8 日就“中国□ 伟业□□有□□、大青鸟有□责任□ 与广晟投□发展有□□、□□青鸟 □发展有□□□□□合 □□□”作出了民□□定。^[42] □上诉人中国□ 伟业□□有□□(□审被告)、 □大青鸟有□责任□(□审被告)为与被上诉人广晟投□发展有□□(□审告)、□□青鸟 □发展有□□(□审被告)□□□合 □□一□,不□广□省□级人民法□(2006)粤□法民□ □第 1 民□□定书,向□□人民法□提起上诉。作为上诉审法□的□□人民法□□明,2002 年 12 □ 25 日,广晟投□发展有□□、中国□ 伟业□□有□□、□□青鸟 □发展有□□和□英亚洲有□□□订了《□转□□发行 □》。 □第 10 □ 定:“□方应妥□解□履行中发生的争□, □解□不成的,提交□□解□。本 □适用中□人民 和国□□特别行 □法律。”2002 年 12 □ 25 日, □大青鸟有□责任□ 向广晟投□发展有□□ 出 了《 □函》,主要内容是 认其全□□□□。

4. 以仲裁程序本身的准据法为仲裁协议的准据法

最后,还有一种观点认为,如果双方当事人协议选择了仲裁程序本身的准据法,且未明示以仲裁程序本身的准据法以外的法律体系为仲裁协议的准据法,则应推定双方当事人对仲裁程序法的选择意味着对仲裁协议准据法的默示确定。但这一推定在仲裁程序法被仲裁庭所选择的情形下不予适用。^[50]今天,赞成这种观点的仲裁机构和个人已为数不多。一般认为,仲裁程序本身的准据法无须与仲裁协议的准据法相一致。

三、国际性仲裁协议的准据法确定的发展趋势

(一)辅助性地适用“有利于有效性”原则

国际仲裁领域的一些专家认为,传统的冲突规则已不适合于国际性仲裁协议,故转而主张辅助性适用“有利于有效性”原则,即在可适用于仲裁协议的数个法律体系中,如仲裁协议依任何一个法律体系有效,则以该法律体系为仲裁协议的准据法。这方面的例子可举瑞士《关于国际私法的联邦法律》第178条第2款,它规定了以下任择性的冲突规则:仲裁

国家的国际民事程序法相应规定(如土耳其《关于国际私法和国际民事程序法的第5718号法律》第62条第1款e项、斯洛文尼亚共和国《关于国际私法和国际程序的法律》第106条第1款第5项和第6项)以及《纽约公约》第5条第1款甲项在此情形下唯独以仲裁地国家的法律体系为仲裁协议准据法的做法有所不同。如果仲裁地国家和仲裁机构所在地国家是同一个国家,则该法第18条第2句实际上无异于以仲裁地国家的法律体系为仲裁协议准据法。但如果仲裁地国家和仲裁机构所在地国家分别是两个不同的国家,则情况要复杂一些。从字面上看,似乎既可以适用仲裁机构所在地国家的法律体系,也可以适用仲裁地国家的法律体系。如果两个国家的法律体系均肯定仲裁协议的有效性,则情况也较为好办,因为只须适用其中任何一个法律体系即可。而如果其中一个法律体系肯定仲裁协议的有效性,另一个法律体系否定仲裁协议的有效性,且双方当事人各执一端,亦即一方主张仲裁协议有效,另一方主张仲裁协议无效,则《涉外民事关系法律适用法》第18条2句无法提供令人满意的答案。^[55] 笔者认为,在此情形下应依照有利于仲裁协议有效性的原则,尽可能适用肯定仲裁协议有效性的那一法律体系。这样解释的理由是,自《纽约公约》于1987年4月22日对中国生效以来,中国作为该公约迄今为止总共156个缔约国之一,^[56] 依照该公约第2条第1款和第3款^[57] 的规定及其精神在国际公法上负有以下义务,即最大限度地承认和执行关于可通过仲裁予以解决的争议的书面仲裁协议。^[58]

(二) 辅助性地适用能够使仲裁协议有效的国际法原则或规则

此外,一些国家的国内法院或仲裁庭认为,国际性仲裁协议不应受制于国内法律体系,而应适用实体国际法原则或规则。例如,一些法国法院的司法判决认为,国际性仲裁协议不应受制于国内法律体系,而应径直适用使双方当事人的意思得以实施、有利于仲裁的实体国际法原则;一些美国法院则采取一种“比较的方法”,认为《纽约公约》只准许适用“在国际层面上为中立的”和“可一般地予以适用的”统一实体国际法规则(如禁止歧视国际性仲裁协议的统一国际法规则),而不是那些动辄否定仲裁协议的可执行性、带有歧视性甚至“有点怪异”的国内法规则。^[59] 与“有利于有效性”原则相仿,适用此种“国际法原则或规则”的目的,在于实现国际性仲裁协议的可执行性的最大化。^[60]

(三) 将与国际性仲裁协议的有效性有关的“准据法分裂”作为确定仲裁协议准据法的一种辅助手段来使用

从国际法律冲突法的视角来看,国际性仲裁协议的实质有效性的准据法只是判断国际性仲裁协议的有效性所依据的主要法律体系而非唯一的法律体系。除了仲裁协议的实质有效性的准据法外,

[55] 参见万鄂湘主编:《〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉条文解释与适用》,中国法制出版社2011年版,第142页。

[56] https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en (last visited on 23 January 2016).

[57] 《纽约公约》第2条第1款规定:“当事人以书面协定承允彼此间所发生或可能发生一切或任何争议,如关涉可以仲裁解决事项,确定法律关系,不论为契约性质与否,应提交仲裁时,各缔约国应承认此项协定。”第2条第3款规定:“当事人就诉讼事项订有本条所称协定者,缔约国法院受理诉讼时应依当事人一造请求,命当事人提交仲裁,但前述协定经法院认定无效、失效或不能实行者不在此限。”

[58] *Concise International Arbitration* 5-10 (Loukas A. Mistellis ed., Kluwer Law International 2010).

[59] 例如,苏格兰法曾要求达成仲裁协议的双方当事人必须明确指定仲裁员。这种规定势必导致大量针对将来发生的争议的仲裁协议无效或不可执行,不符合《纽约公约》和《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》的宗旨和精神,属于“仲裁不友好型”的国内法规则。

[60] See Born, *supra* note 3, at 56-57.

还有一□要□□会影响□国□性仲□协□的有□性,□□要□本□□有涉外□□□具有国□性,有时要□□另外的冲突□□确□它们各自的□据法,从而形成“□据法分裂”的□面。在国□商事仲□□中,与国□性仲□协□的有□性有关的“□据法分裂”□常被□作确□国□性仲□协□□据法的一种辅□手段,□以从仲□协□的形□有□性、□事人□结仲□协□的□力和□□的可仲□性□□同方面□□断仲□协□是□有□□。

首先,仲□协□的形□有□性是□仲□协□的有□性的要□之一。《纽约公约》第2条第1款要□仲□协□□□是□面协□(该公约中文本称之为“□面协□”),同条第2款□一□解□□,□面协□是□□方□事人所签订□在互□函电中所□明的□同仲□条款□独立的仲□协□。□似地,1985年的《联□国国□贸□法委员会国□商事仲□□法》第7条第2款□□:“仲□协□应是□面的。一项协□□包□于□方□事人所签字的文□中,□包□于□信、电□、电□的□□中□□□该项协□的□录的其他电讯手段的□□中,□包□于申请□和□辩□的□□中,其中一方□事人□称□在协□而另一方□事人□□□□,□为□面的。在□同中□□有仲□条款的文□,□构成仲□协□,□以□同是□面的,□该项□旨在□该仲□条款成为□同的□成部分为限。”2006年□订的《联□国国□贸□法委员会国□商事仲□□法》□项I之第7条在其第2款、第5款和第6款基本□重复了1985年文本第7条第2款的□□。

议缔结地国家的法律体系 ☐ 同(包含仲裁条款的 ☐ 同 ☐ 单独的仲裁 ☐ 同

四、结语

国际仲裁协议的据法确定关系仲裁协议的有因性,而在国际商事仲裁中具有重要性。统一,在于得《纽约公约》第5条第1款甲项的接受可确定国际仲裁协议的据法的方法要有二:其一是双方当事人所明确地选择的、在于仲裁协议本国的法律体系,其二是在无法律选择的形下仲裁地国家的法律体系。在双方当事人已明确地选择仲裁协议的据法的,当事人的意思自治应得尊重,当事人意思自治原则已成为确定国际仲裁协议的据法的首要原则。在双方当事人无明确法律选择的,仲裁地通常被作为是与仲裁协议有最密切联系的地方,常常被采用的是仲裁地国家的法律体系。此外,共同的据法、申请执仲裁协议所在地国家的法律体系(法院地法)、与仲裁协议有最密切联系的国家的法律体系以及仲裁程序本的据法可成为仲裁协议的据法。在依此的结论确定国际仲裁协议的据法时,于仲裁协议独立性(可分离性)的缘故,国际仲裁协议所采用的某一国家的法律体系可以同于共同的据法。仅此,国际仲裁协议的据法可以同于仲裁程序本的据法。为了从仲裁协议的形有因性、当事人缔结仲裁协议的能力和协议的可仲裁性等方面判断仲裁协议是否有因,与仲裁协议的有因性有关的“据法分裂”常被作为确定仲裁协议的据法的一种辅助手段使用。《纽约公约》和《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》所确立的统一的国际性原则的影响,最近十年,在国际仲裁协议的据法的确定问题出现了一个可使仲裁协议有因的发展趋势,具体表现在辅助性地“有利于有因性”原则和辅助性地使仲裁协议有因的国际法原则(禁止歧视仲裁协议的统一国际法),借以便利国际仲裁协议

[66] See Bernar Hanotiau, *The Law Applicable to Arbitrability*, 26 Singapore Academy of Law Journal 874, 874–885 (2014).

的承认与执行,继而实现国际商事仲裁之为国际性争议提供简便、高效和合理的解决办法的目的。

Significance, Methods and Trend of Determining the Law Governing an International Arbitration Agreement: Focusing on the Validity of an Arbitration Agreement

Chen Weizuo

Abstract: Determining which law governs an international arbitration agreement is central to the practice of international commercial arbitration, since one cannot consider the validity of an arbitration agreement without making this determination. There are two primary methods for determining the law governing an international arbitration agreement: The first is to apply the legal system chosen by the parties explicitly or impliedly that is applicable to the arbitration agreement itself. The second is to apply the legal system of the country of the seat of arbitration. The law applicable to the main contract, the legal system of the country in which enforcement of an arbitration award is sought, the legal system with which the arbitration agreement has the closest connection, or the law applicable to arbitration proceedings may also be the law governing an international arbitration agreement. In addition, the *dépeçage* (*Statutenspaltung*) is often used as a subsidiary means of determining the law governing an arbitration agreement. The purpose is to pass judgment on its formal validity, the parties' capacity to enter into such an agreement, as well as the arbitrability of disputes. In the last few decades, there has been a trend in favor of the validity of arbitration agreements in the question of determining their governing law, i. e. in favor of the subsidiary application of the principle *favor validitatis* and the subsidiary application of international legal rules that recognize the validity of an arbitration agreement. The aim is to maximize the enforceability of international arbitration agreements.

Keywords: international arbitration agreement; validity; determination of the governing law; methods; trend

(责任编辑:丁洁琳)

【民法典编纂】

民法□则法 行 效 制度 法建议

王 轶*

摘 要: 据广泛□的□,法□度,法□的组□。□绕如何设
法□中的法□度,理论□在□的□歧。法□度表□
□国地区限核□□断的本法,□□少□法
的法□□,言喻。国□法□在□法的□,丰富法
□的类型;□□法□的□;□□待的□
□;法□绝□的□□,步法□的度。
关键词:□□的法□□□□□□□□□□
强□□

进□ 21 世纪的□个十□,民法典□纂工□再次提上法□关的日程。民法典□纂的
一步,全国人民代表□常务委□法制工□委□ 2015 3 □ 20 日正式□动《中华人民
国民法□则》的起草工□。依□□享的□,法 行^{〔1〕}制度将成民法□则的重要□成
。但围绕如何设民法□则中的法 行 效 制度,理论□实务□仍存在□的意见□歧。法
行 效 制度事关行使国□□介□私人生活、□□场交□与尊重民事主□意□治的边
问题,包□着民事主□间利□冲□民事主□利□与□利□间利□冲□的调□略,表达□一
个国□或区□由□限制这一□价值判□问题的□看法,还□到不

第51条、第52条、第54条、第74条第1款等条款规定,行政民行效力类型:生效民行,即民行;无效民行;撤销民行;效力待定民行^{〔2〕}。民行由行政撤销权予撤销民行等。民行,民行近表面,上效力类型不涵行政效力状态,不能够适经济生行政效力规则提出求。俱进,丰富行政效力类型,完善行政效力必由。详如:

(一)需要认可尚未完全生效的法律行为作为法律行为效力的独立类型

尚未完全生效行政、行规规定产生。行政民行,据《合》第44条第2款规定,“行政、行规规定当批准、登记等才生效,照规定”。这批准、登记即合行定特别生效。

批准民行定特别生效条款,行政、行规见。型如《民合经企业》第3条第1句规定:“合签订合、合、章,报经济贸易主管(审批准)审批准。”第13条第2句规定:“定合企业,合意合,距合满六月向审批准提出请。”如《民合经企业》第5条第1句规定:“请合企业,当将合签订合、合、章等报经济贸易主管或权府(审批准)审批准。”第7条规定,“合合合意合企业合更,当报审批准批准”。第10条规定:“合合转合企业合全或权、义,必须经意,报审批准批准。”第24条第1句规定:“合企业合由合合合企业合订。合意合,当距合满百八十天向审批准提出请。”^{〔3〕}

登记民行定特别生效条款,行政、行规则难觅踪。《民保》(“《保》”)第41条规定:“当四十条规定财产抵押,当抵押登记,抵押合登记日生效。”条规定出台日备受诟病,不圆满型予批评。当然,随着《民权》(“《权》”)颁布施行,《保》条规定终《权》第187条、第188条代。^{〔4〕}登记民行定特别生效条款,倒见,即《民适用〈民保〉若干问》第6条第1、2,认,“未经主管批准或登记保”“未经主管批准或登记,向权提供保”,“保合效”。虽民渊源,但,也行规,^{〔5〕}如规定,否妥当尚值讨。

批准民行定特别生效条款,未批准民行效力如何? 。

〔2〕 魏振瀛主:《民》,出版、等育出版2013版,155-171页。

〔3〕 《民投资》(草征求意见稿)将《合经企业》《合经企业》审批准整“准入许”“安全审”。

〔4〕 《民权》第178条规定:“保规定不,适用。”

〔5〕 王主:《民》,民出版2015版,16-18页。

民法的司法解也经历了一个认识不断 进的过程。

据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第9条第1款的规定,“照合同法第四十四条第二款的规定,法律、行政法规规定合同应当办理批准,或者办理批准、记等才生效,在一法辩论终 当人未办理批准的,或者未办理批准、记等的,人民法应当认定该合同未生效”。以出此类合同当是未生效的合同。

据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》第8条的规

成立之时起算。与动产标的物所有权转移有关的价款,乃为《物权法》第45条第1款中的“价款”的价款,其在价款交付时成就,即发生法律效力。至于买受人享有动产标的物的要,买受人及其他价款人下,应依人的交付动产标的物于买受人。至于分期付款合同中与动产标的物所有权转移有关的价款,买受人享有要买受人移动标的物所有权的价款。买受人此时交付动产标的物的为,并是在履行其在合同中所得的价款,《物权法》第135条所“买受人应履行买受人交付标的物交付标的物的,并转移标的物所有权的”。买受人所交付的动产标的物的交付为,仅是对于买受人对于标的物的享有而,一旦与动产标的物所有权转移有关的价款所成就,买受人交付了该款的履行了其他义务,买受人要买受人履行转移标的物所有权的义务。考虑“动产物设立和,人依法占有动产”的,“物权法为即时发生法律效力”。^[7] 保留所有权的分期付款合同中,动产标的物的所有此关于、交付的,与动产标的物所有权转移有关的价款之时,买受人所有。^[8]

所述,物权法为法为力的立。

(二)需要认可相对特定第三人无效的法律行为作为法律行为效力的独立类型

法为所发的主体与主体之间的关中,法为的人与第三人之间的关。对此种关的调,要第三人。所第三人,法为以外第三人以的,的以影响第三人的法为的力。

被的第三人被的是法为对其的,以的力为,第三人此。

动产的,不发生物权效力。”这里之所以“不发生物权效力”,原因即在于就出卖人或转让人与其他民事主体所实施的处分不动产的合同行为,预告登记的权利人有权主张该行为相对自己无效。《物权法》第194条第1款第2句规定:“抵押权人与抵押人可以协议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容,但抵押权的变更,未经其他抵押权人书面同意,不得对其他抵押权人产生不利影响。”抵押权人与抵押人变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容的协议,对其他抵押权人产生不利影响的,其他抵押权人应有权主张该协议相对自己无效。《物权法》第205条规定:“最高额抵押担保的债权确定前,抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额,但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。”抵押权人与抵押人变更债权确定期间等内容的协议,对其他抵押权人产生不利影响的,其他抵押权人应有权主张该协议相对自己无效。《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第10条规定:“买受人以出卖人与第三人恶意串通,另行订立商品房买卖合同并将房屋交付使用,致其无法取得房屋为由,请求确认出卖人与第三人订立的商品房买卖合同无效的,应予支持。”这里的所谓“无效”,应属相对特定第三人无效。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》第12条第2款规定,其他按份共有人“以其优先购买权受到侵害为由,仅请求撤销共有份额转让合同或者认定该合同无效”,不予支持。这就意味着,在其他按份共有人不但请求认定按份共有人向共有人之外的人转让其份额的合同无效,而且请求按照同等条件购买该共有份额的,人民法院应予支持。这里的无效也应该理解为相对特定第三人无效。

可见,在现行民事立法和司法解释中,不乏有关相对特定第三人无效合同行为的规定。但值得注意的是,现行民事立法及司法解释,在确立协调合同关系一事人与合同关系以外特定第三人利益冲突的法律规则时,也不乏采用授予该特定第三人撤销权的例证。最典型的就是《合同法》第74条有关债权人撤销权的规定,此外尚有《物权法》第195条第1款第2句;^[9]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第69条;^[10]《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》第12条第2款^[11]等。

从立法论的角度出发,协调合同关系一事人与合同关系以外特定第三人的利益关系,认定合同相对特定第三人无效较授予特定第三人撤销权更具价值判断上的妥当性。原因在于,授予特定第三人撤销权的情形,基于该特定第三人撤销权的行使,合同行为不仅相对于该特定第三人不发生效力,在合同一事人之间也丧失拘束力。但相对特定第三人无效的情形,该特定第三人仅得主张合同行为相对自己无效,在合同一事人之间,合同行为仍然有效。就实现对特定第三人合法权益的保护而言,认定合同相对特定第三人无效,更符合比例原则的要求,也更有利于意思自治原则的实现。

综上所述,相对特定第三人无效的法律行为为法律行为效力的独立类型。

[9] 该句规定:“协议损害其他债权人利益的,其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法院撤销该协议。”

[10] 该条规定:“债务人有多个普通债权人的,在清偿债务时,债务人与其中一个债权人恶意串通,将其全部或者部分财产抵押给该债权人,因此丧失了履行其他债务的能力,损害了其他债权人的合法权益,受损害的其他债权人可以请求人民法院撤销该抵押行为。”

[11] 该款确认,在其他按份共有人不但请求撤销按份共有人向共有人之外的人转让其份额的合同,而且请求按照同等条件购买该共有份额的,人民法院应予支持。

□、□□□□:不□规定□□行□□□般生效条□

□□□行民□□□□民□行□□□般生效条□。如《民□□则》□ 55 条规定:“民□□□行□□当□备□列条□:(□)行□□□□相□□民□行□能□;(□)意□表示真实;(□)不违反□□或□□□公□□益。”□如《合□□》□ 44 条□ 1 款规定,“□□□□□合□,□□□□生效。”这□□“□□□□”,□当□□□照《民□□则》□ 55 条□规定□□。

□民□总则□草□□□□,□观□主张,□□《民□□则》□ 55 条略□□整,即将《民□□则》□ 55 条□ 3 □□整□“不违反□□、行□□规□效□□强□□规定,不违背公序良□”,继□规定□□行□□□般生效条□。也□观□主张,□□未来民□□□□□□行□效□□□“□□清□式”□□□□,即□须正□列□□□行□□□般生效条□,^[12]□只须详尽规定□□行□效□存□欠缺□情□。当□□□□□□行□,只□不存□效□存□欠缺□情□,□□□行□即生效。

笔□认□后□观□,即不□规定□□行□□□般生效条□。□由□□:□□,正□列□□□行□□般生效条□,□生效□□行□□□断□□,存□未尽□□□□因□□□满□□□□□行□□□般

浪了有司法，不于贯彻意思自的基本则。因而，民法则正定民为的一生活，恐非明智之。

就立法术而，如果不定法律为的一生活，以采用的替代方法是：第一，民主体实施法律为要具应的民为力，是对自人的要，就可在自人民为力部分，详细定民为力欠缺对法律为力的影响，或者自人民为力一并并在法律为力中作出定。第二，意思表示不真实影响法律为力发生的一则，后真意留属意思表示不真实，也不影响法律为力发生的则，同时意思表示不真实的形，如非意表示、伪表示、错、欺诈、胁迫等，根生活形态予以大程的化，并定对应的力形态。第三，法律为不违反法律、政法力性的性定，不存在其他损害共的形，是根认定法律为对的则，出来的，重重定。

采用“”的立法术，在人所为法律为，存在法律明文定的力有欠缺的形，认定法律为力存在欠缺，这不但有于减轻思考担，也有于避免不否认法律为的力。

三、建之三：不合同认定为力定的合同

我国《合同法》第51定：“的人分他人财产，经人追认或者分的人订立合同后分的，该合同有。”该分合同认定为力定的合同，这一定的妥性，受学说和司法的疑与挑。在不认担为和分为分的背景下，出他人之物的合同是分的合同的形态。《民法关于审理合同纠纷案件适用法律问的解》第3定：“人一方以出人在约时对标的物有所有或者分为主合同，民法不予支持。”“出人因未所有或者分致标的物所有不转移，受人要出人承担违约责任或者要解除合同并主损害赔偿的，

生,从而实现欲追求的目的;二是不□□分权的欠缺影响合同行为的效力,而是□□分权的欠缺影响□权□分人履行义□的能力,从而也□实现欲追求的目的。二者相较,后者价值□断□论妥当性更□,且□段与目的更为相称,更合比例□则的要求。

有一□观点认为,在□权形式主义的物权□动□式之下,若

利

共

素为恶意串通,即当事人具有共同目的,希望通过民事行为损害不特定第三人的利□。它可以表现为当事人事先达成协议,也可以是一方当事人作出意思表示,对方当事人明知其目的非法而用默示的方式接受。它可以是当事人相互□合,也可以是共同作为。□观因素为合同损害不特定第三人的利□。

(2) 损害社会□共利□的其他□形。《民法通则》第 58 □第 5 项□定,损害社会□共利□的民事行为绝对无效。《合同法》第 52 □第 4 项□定,损害社会□共利□的合同绝对无效。

从立法技术的角度考□,我国未来民法□则无须从损害国家利□或者社会□共利□方式、手段的角度出发,□举法律行为绝对无效的□□,仅□概括性地认定损害国家利□或者社会□共利□的法律行为绝对无效即可。至于□□化民事主体损害国家利□或者社会□共利□的方式和手段,可以交由其他法律或行政法□完成。考虑法律、行政法□效力性的□制性□定,本身就包□着国家利□或者社会□共利□的具体□□,但借□法律、行政法□效力性的□制性□定,并不能发挥对所有□□的国家利□或者社会□共利□进行□□的作用。一些国家利□或者社会□共利□可能体现在法律、行政法□之外的立法文件中,还有一些国家利□或者社会□共利□可能是随着社会经 的变迁□生出来的。

Wang Yi

Abstract: Based on the commonly shared consensus, civil juristic acts will be an essential part of general provisions of civil law. There are different opinions about how to design the rules of civil juristic acts in theory and practice. Validity system of juristic acts reflects a country or a region's basic views about the core issue of value judgment—freedom and its restriction, and is also related to legislative techniques concerning legislative quality, which is of great importance. Chinese general provisions of civil law should enrich the types of validity of juristic acts on the basis of current civil legislation; remove general requirements of validity of juristic acts; no longer deem the validity of contracts without right of disposition to be pending; integrate rules determining juristic acts to be void in order to further improve validity system of juristic acts.

Keywords: non – effective juristic acts; juristic acts void to a specific third party; contracts without right of disposition; mandatory provisions on effectiveness; public interest

(责任编辑:丁洁琳)

[18] □□□□□□典□纂□□□□小组、□□□□□□□：《□华□□□□□□典·□□总□□□□议稿(□□稿)》□ 147
条。

[19] □□□□□□典纂□□□□小组、□□□□□□□:《□华□□□□□□典·□□总□□□□议稿(□□稿)》□ 146
条□□决议□□□□设置□□规□,确□“□□决权□□□□□ 裁□□□□决议□□□□,□□□□□□□□□□规□
□召集□序□□□□决□□无□□□”。

摘 要: 损□赔□□□□能是(□识□□□□)未□□□□案件的规范价值所在。未□□□□案件具有高□的□实□□□,□有理论研究未能提供此□案件□判的有□指□,发□未□□□□行为的□□不□是□结所在。□识□□□□□□是一种专有□的□利行□行为,我国采取反不□当□□法模□□行规制,□心在于□□专有□□与自由□□之间的□衡。不能□过□识□□□□后被判定无□、□□或不成立□□而□推发□者□造“虚□□实”。发□行为□当□审□□以“过失论”为标□,判□发□者是否□□□□注意义务。

□、□题□□□

□□□权侵权警□函案件□□□□通□《□□□□□□□□》□ 14 条^[1]□□规制。^[2] □□□□□□□□□□区□警□函□□送□□、□送□□、函件□□□□□□面区□□□□送□□□□□□。□侵权嫌□□单□□送警□函,通常□□易□□□□□□常□权□□;□侵权嫌□□□□易□□□□警□函,通常□□易□□□□□□□□□□;□□□□利权范围、□□利权□□续□范围□虚假□□□□警□函□□□□□□□□;□□□、□闻□□□□□□通□媒□□公□□□□警□函,□易□□□□造□“悬置”□□□□□□□□□□质□□阻碍□□□□□□夺□□□□□□□□决侵权纠纷,□□□□□□。^[3]

□□案件事□往往复□、□□□无简单归类□□某□种情□，□使□□□某种情节，□
□案件事□□□□□□套□□□结□□“公□”。□□□□□□权侵权警□函□□□利
益冲突、□质、审查□准□□□，□类案件□始□游离□□□□□□□□，裁判结□模 难测。□
□□□□□□□□□□题，它□往往“□事□事”，□触□□□，□□□□质□□决□题。
□□□决事□□□□□手□客户□送□利侵权警□函，□□又□□院□量 □□诉，□□□客户□送
警□函□□□□□□□□□□手准备□□□□节□，□□警□函□□□某□侵权事□“事□”□□院□

* □□□□□院/□□□权□院讲□,□□博士。□□□ 2014 □度□□□□□□□□□“互□网□□□□□权□□□□□题□□”(□准□:14ZDC020)□□□□□□□□。

〔1〕 〇条规〇,〇〇〇〇得 造、散〇虚伪事〇,损害〇〇〇手〇商〇信〇、商品〇〇。

[2] 湖北省高级人民法院(2012)鄂□□□字 40 □□事裁□□;□□□□□级□□□院(2007)沪□□□五(□)□字□ 43 □□事判决□;□□□□□级□□□院(2010)沪□□□五(□)□字□ 288 □□事判决□。

〔3〕 □□梁□□：“□□利权□□侵权警□函”，载《□□□权》2004 □□3 □；范□军：“□利侵权警□制度探析”，载《□□□权》2014 □□3 □。

但“片面真实但□□□实”。^[6]□,□传□警告函□□,如□送□□真实□警告函(□□产□后未□认□无□或撤销、□□后□□□□产□侵□,□□□“□传□警告函”),无□□□损害□□手□商业信□或商□□,□14□□鞭□莫□,□□□□《□正□》□2□□□□□。

但□ □□ 如□ □□□传□警告函□□传□警告函 , □□□产□稳 □ 估
□侵□认 □复□□,□□□□警告函□ 通常□出□ 些 实□□ 认□真、 些 实□□
认□ □混□□□,□ □□ □这些稳 □或侵□问 认 上□□□ □□□ □正 □
□□□□复□□彩,这□□□□□□ □□ □最□典□,但□□□警告函 □ (也□)□□
14 □□ □ □□,□□这种□□,□□ □□□□□产□侵□警告函 □□□商业诋毁。□□,
□□□产□侵□警告函□□□□质,□ 这□□种□□□ □□, □ □救□ □; □□
□□□□□送 □□□逾 □□ □边□,□ □□ 则上禁□警告函□□送。□ ,□□
□□□产□侵□警告函正 □□□□ □□。 □□□□、商□□□□ □□□□独□□特□,侵
□警告函□ □ □□□□□ □ □□□ □,□□ □□稳 □ 估 复□、绕□ □□产
业 □□, □□ 侵□警告函 □□□□□□典□□,□□ □□□ 侵□警告函□□□
□背□。

□、□□产□侵□警告函□□□□质

□□□讼□（ □□ □□□、□讼□等）□□， □□□商业实□□太 针□□□
□□嫌侵□ □□开 □□□□讼攻击。 □寄□□ 函或□侵□警告函□□ 惯□ □。^[7]
尽管如□，□□产□侵□警告函□□质□□ 无疑。如深□迈瑞 □□□□ 认□□送警告函□
□种□□□ □□□ □，“迈瑞□□□□ □□ 产□□□ □□，针□□嫌侵□产□□销售□□
出□ 停□侵□□警告，□□ 合□手□□□□ □□□正 □”。^[8]“□□□ □□□ □”
太□□□（即 存□“□ 合□手□”□□饰□，也无□□警告函正 □□ □、□□），迈瑞
□□□□ □观□□度认□这□□种□□ □。^[9] □□ □□存□危害□ □□实□ 靠□
□救□ 无□避免□□， □□□苛 □ □□□ □□□□，□□□□认□ □□捕□酒□□吃□

(6) 上 000000民 (2002)沪00民(0)00047民 :如00信息00 真实,或000 真实但表0 面则 0商00 销商00 000上0商0产生 0, 00000 得 优0或0 00造0损害0 0,违00实信 则,0 正 0。最 0民0 (2013)民0 0050民 :即 0 实0真实0,但 00 0片面0 000宣传, 00 00商业信0或0商0 0造0损害, 0亦00《 正 0》014 00 0000 。h00 出00,最 0民0 0 0迈瑞 0014 0 00 造, h00“ 实”0“商业 0”纳014000 0,h 出0 0正 000000:捏造、散 伪 实00 上 贬0 0手商00商业 价,或0000足0实质000 0000认00贬损 0手商00诋毁0 0, 000商业诋毁 0。 最 0民0 (2015)民000191 0民 。

[7] 袁真:“‘侵□警告函’如何寄□□ □?”,《□□□□产□》□□96□。

〔8〕 最 民 〔2015〕民 191 和民 。

(9) □□ □也□□种□□□ 合□□□□ □。《□□民□典》□ 229 □□ ,□□□□□□□ □、毁坏或毁损□□□,或□□ □□□

喝而赖账的人时,才可能适用这一规定。^[10]可见自助行为不受鼓励。^[11]如果发送警告函的行为性质上是自助行为,那么警告函的正当性空间可能会比较狭窄。

通常来说,一份知识产权侵权警告函包含两个方面的内容:要求停止涉嫌侵权行为和表达协商解决纠纷的愿望。由于涉嫌侵权行为的性质尚未经法院判决确定,发函者也完全可以提起诉讼、采取诉前保全等公力救济,警告函的发送行为性质上不构成自助行为。我国知识产权法和民事诉讼法均鼓励诉前纠纷解决,如《专利法》第60条规定:“未经专利权人许可,实施其专利,即侵犯其专利权,引起纠纷的,由当事人协商解决。”为保护专利权而发送侵权警告函,应该认为是当事人协商解决纠纷的重要途径和环节,符合法律有关鼓励当事人协商解决纠纷的规定精神,是专利权人行使专利权的固有成部分和应有之义。将知识产权侵权警告函的性质认定为行使知识产权的固有成部分,与比较法上的意见相吻合。

在2002年之前,尽管发生了多起案件,但日本法院未就知识产权侵权警告函的性质作出认定,直到东京地方法院2002年审理的“金属粉末案”,^[12]田村秀之教授称判决中的观点为“权利行使论”。^[13]在这种理论框架下,发送警告函在性质上是一种权利行使行为,警告函案件的正当与否需要结合个案中的所有因素来判断向用户发送的警告函是否为专利权行使的固有成部分,还是超出了必要范围。^[14]根据“金属粉末案”判决,即使专利无效决定已经具有终局性或者竞争对手在随后的不侵权判决中胜诉,这种警告函仍然可能具有合法性,是权利人行使专利权的行为。

将知识产权侵权警告函认定为专有权行使行为,对警告函的不法性审查将截然不同于自助行为的思路。首先,由于发函行为是一种正常的权利行使行为,因而不能简单地通过知识产权事后被认定无效、撤销或事后被法院认定为侵权不成立,倒推这种事实构成《反不正当竞争法》第14条中的“虚伪事实”并进入商业诋毁的审查通道。其次,既然是一种权利行使行为,也必然存在权利滥用的可能。知识产权法授予经营者或创作者以专有权,一方面是为了确保经营者或创作者独享其创造性成果或竞争优势,另一方面也限制了竞争自由。知识产权的法定主义严格规定了限制竞争自由的范围和程度,在法定权利内容之外的领域处于竞争自由的范畴,因此行使知识产权在限制竞争自由的层面也意味着可能超出权利行使范围而过度损害竞争自由。从这个角度上说,知识产权侵权警告函的正当性审查实质上是要基于权利行使论,在专有权固有范围与公有领域之间,或者在法定的专有垄断利益与自由竞争之间划定一条界线。在既有法律框架下,这条界线应当结合《反不正当竞争法》第14条的法律构成谨慎划定。

[10] [德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2013年版,第133页。

[11] 还可参见Robert协议案判决:“……其行为的性质尚未经法院判决。即使原告的技术措施被认定为不正当竞争,在市场竞争中也不应当采用‘以牙还牙’的方式解决,而是应当向行政机关或行业协会投诉、向法院提起诉讼等方式解决,紧急情况下,亦可以按照相关法律规定采取提起诉讼或诉前行为保全等法律措施予以解决。”北京市第一中级人民法院(2013)一中民初字第2668号民事判决书。

[12] Dowa Kogyo v Bayer AG, Case No. Hei 13 (Ne) 5555. Also see Japan: Unfair Competition Prevention Act, sec. 2(1)(xiii) – “Warning Letter/Metallic Powder”, International Review of Intellectual Property and Competition Law 2006, 37(6), 758–760.

[13] [日]田村秀之:《日本现代知识产权法理论》,李扬译,法律出版社2010年版。

[14] 这份判决提出具体可参考的因素有:警告函的形式、文字内容;警告函以前的经过;警告函的时间、期间、数量、范围;警告函接收者的经营种类、内容、规模、与竞争者的关系和交易状态,对涉嫌侵权产品的参与程度,应对侵权诉讼的能力和实际应对;警告后权利人和用户的反应。See Japan: Unfair Competition Prevention Act, sec. 2(1)(xiii) – “Warning Letter/Metallic Powder”, International Review of Intellectual Property and Competition Law 2006, 37(6), 759.

□、 □侵□警告函□□的 □法

法上 警告函□□的□□ □， □模 ： ， 法模 ，
□ □ 诋毁 □的□ 警告函□□ □□ □□□□， 、德
。 的□ 诋毁法 □ □ 警告函□□ □□， □模 的
着 □□ 。 ， □法模 ， □□ □□ 法 □ □□ 警告函□□
□□， 的《 法》， □

无论对知识产权侵权警告函的正当性审查,还是其他商誉诋毁行为的构成审查,“以过错为要件”的要点均能成立。

第一,《专利法》第14条并没有“过错状态”的表述,该条中“捏造、散布”行为通常体现为行为人的主观过失,难说第14条从文面上除了“过错状态”的要件。

第二,保护客体的性质决定了“过错状态”在商誉诋毁构成中的要件地位。商誉诋毁行为作为一种侵权行为,行为人的商誉、客户资源与商誉关系是行为指向的对象,在性质上是一种法益,具有确定性。^[31] 法益之存在的判断方法区别于知识产权绝对权,通常需要结合行为人的过错与利益平衡综合判断,“法益应具有明确的归属和排除性,对法益存在的本身,并应证明行为违法性,是否构成侵权、利益主体与否请予排除,相应法官在个案中利益权衡之才可作出决断”。^[32] 保护客体的性质差异决定了商誉诋毁的构成应区别于知识产权物权权的构成,通过嵌入“过错状态”要件能够廓清自损行为与公平竞争的边界,防止过度自我保护。

第三,从历史发展看,无论在大陆法系还是在普通法系,警告函行为作为一种“特殊”侵权行为的特点通常会有争议。^[33] 由于人们行为自由的利益高于预防救济损失的利益,此种妨碍贸易关系的行为只有在行为人具有过错的条件下才具有可诉性。^[34] 在所有的侵权行为类型中,除假冒之诉出于历史演进过程中舍弃了对“欺诈”行为的要件,^[35] 其他侵权行为均仍以过错(故意或过失)的过错为要件,以过错(故意或过失)作为行为构成的要件。

(二)“过失”是警告函案件正当性的审查标尺

就知识产权侵权警告函的正当性审查,行为人究竟是否已逾越知识产权的法定范围还是仍属于知识产权的固有组成部分,需要对个案中的所有相关因素综合判断,其中发函时的过错是判断逾越界限的关键因素——过错是唯一标准。“对于专利权人熟知其专利权状况,应一并尽力知悉相关涉嫌侵权事实,在发函维权时应善尽谨慎义务,分披露据以判断涉嫌构成专利侵权的重要信息。”^[36] 其,基于过失判断的客观原理,“信息披露是否充分”应是判断“是否善尽谨慎义务”的一个客观因素。

“善尽谨慎义务”与权利图之究竟是何种关系?比较法的研究表明,发函者是否善尽谨慎义务才是正当性判断的标尺。裁判者又总是无法排除对发函者权利图的考量,“权利人

发送侵权警告行为的属性及其正当性,□□要根据权□人的权□状况、警告内容及发送的意图、对象、方式、□□等多□因素进行□合□断”。“□如专□权人明知或者应知竞争对□不□能构成侵权,□然□晃一枪地提起专□侵权诉讼,□后□撤回侵权诉讼,并轻率地向竞争对□的客户发送侵权警告函,以此□害竞争对□□誉的,其行为就有□能构成不正当竞争。”^[37]对发函对象、发函方式、□□等因素的考察实际上□为了说明发函者的主观意图,有助于考察发函行为是否逾□了专有权的□有构成。

从前述□圳迈瑞□□以□出,我国□□人民法□□合了主观过错和主观意图作为警告函正当性的审□标准。但主观过错和主观意图之间究□是□□关系,发函行为正当性的审□过程中究□应同时考察主观过错和主观意图,还是□一考察?□□人民法□在该□决中未能予以阐明。“主观过错”□□过失和故意两□主观状态,“故意”是指明知竞争行为不正当□然希□或放任□害后果发生;^[38]“主观意图”则□□善意和恶意两□主观状态,“恶意”是指动机不良、以攀附或□害他人□益为目的的主观意图。^[39]有学者认为,“恶意”与“故意”□有根本□别,□是指行为人明知其竞争行为不正当,而□然希□或者放任□害后果发生的主观状态。^[40]这□观点值□□榷。“恶意”不□要求行为人对不正当性的明知,还进一□要求其具有搭□车、侵占□誉的主观意图,□含道德谴责性。“主观恶意”的门槛比“主观故意”更□,“明知”是□断行为人主观恶意的一个因素,但□□□过“明知”不能必然□出行为人具有恶意。^[41]□照侵权构成的动态理论,违法性程□□低,则侵权构成对过错程□的要求□□。^[42]因此,□断竞争行为的不正当性不□能具有统一的主观状态要求,就一般条款的构成而□,应满□“恶意”要求,^[43]这样也符合一般条款的道德伦理色彩;□业诋□作为我国《反不正当竞争法》中具有明□规□的行为类型,其构成要□和保护客体具有更强的□定性,应以“过失”为标尺,考察行为人在捏□、□布□导□论时是否尽到了谨慎注意义□,即发函者是否怠于履行专业上的勤勉注意义□,至于行为人是否具有□害竞争对□的主观意图则在所不论。

至于发送内容真实的警告函是否应进行竞争法审□,当然不能□对排除,但不□于我国《反不正当竞争法》第14条的□□,而□能落入我国《反不正当竞争法》第2条的□□。荷兰法□认为,□经□实的□□(justified threat)也□能具有不法性,如果其不必要地具有侵犯性或不必要地公开。^[44]法国□例法也认为,以谨慎的语□□□的警告函也□能被认定为具有不法性,如果其被大量发送给直接侵权人的客户。^[45]在德国,内容真实的陈述也□能构成□害竞争者的□誉,从而□于德国《反不正当竞

[37] □□人民法□(2015)民申字第191号民□□定书。

[38]

[39]

[40]

[41]

[42]

[43]

[44]

[45]

法》第4条第7项的规定。^[46]

六、结语

知识产权警告函在知识产权维权的实践中得到广泛的运用,其法律策略在我国知识产权界引起了一定的关注。^[47] 发送知识产权警告函是权利人维权的一种表现,但却容易被滥用成为贬损他人名誉的工具,从而给权利人带来不必要的损失。从法律角度看,警告函的发送,并试图在专有权利人与侵权人之间划清界限,丰富挑战的司法实践。理论上,对于知识产权警告函的说明,发送函内容应明确警告函的目的,系统思维应有地为司法实践提供参考。

在明确发送知识产权警告函,应是一项专有权利人为的基础,是否为被滥用,权利人是否逾越专有的法律从而侵害他人权益,是审查知识产权的关键和思路。发函者在发函之时的主观过失是否是一方当事人是否逾越专有的权利,对侵权警告的关涉程度、内容及手段相同,发函者对发函者相同,发函者对发函同发函为的相同应有相同。如果从法律角度看,知识产权警告函的发送,知识产权警告函在我国《著作权法》第

法实践 国家 法完善的必要 析

——以司法实践 立法完善的关系为视角

刘仲屹*

摘 要:现今以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系已经形成。这一体系的形成,为我国司法审判工作的顺利进行有效开展提供了有力的制度保障。但是,我们应认识到中国特色社会主义法律体系尚不完善,依然存在立法技术不、法律以及法律之间相互等问题。本文以司法实践 立法完善之间的关系为切入点,结合英美法系 大法系的相关理论学说,并以大法系的代表——德国的法律实践为例,析 司法实践对立法完善的重要性,在此基础上提出:司法实践对我国现阶段的立法完善有着积极的进作用,司法实践是完善立法的一个必要来源,我国应积极从司法实践中取营,以进一步完善中国特色社会主义法律体系。

关键词:司法实践 立法完善 必要性

一、问题的 出

改革开放来,国家法工取得巨成,宪法核的中国特色社会主义法现已形成,这法审判工的顺利进行与有效开展强有的制度保障。但是,认识到中国特色社会主义法尚不完善,依然存在法技不、法漏洞法间存在矛盾等问题,需要通过加强法工,使上问题得到有效改变,使主义法更趋完善。中国共产党十八次代表确出“要推进学法”,十八届四中全进一步指出,“建设中国特色社会主义法治,必须抓住法行,发挥法的引领推动作用,抓住高法质量这个键”。这国家一的法工出原则与要求。但是学法的是要形成学的法,通过法形式结构的学化来保证法的学,这需要法的质法的形式做进一步的认。由受陆法法传、西方治哲学中法权与法权相互监督防止权滥用这一理论的,国学一般认法权主要是法审判,法的主要职是审判。这样,国家法权的配置来看,法排在通过填补法漏洞的途径完善法的活动。

从经验的角度来看,法由适用制定法裁判案件的职,这使得法制定法的漏洞与不足最敏感最有深切,法通过审判活动推动法的完善得

* 西安交通大学法学院博士生,陕西省咸阳市中级人民法院副院。

天□厚□条□。故□□□实践□□□完善□着特殊□不□忽□□□用□意义,□□□□上□□认□□总□□□实践□□□□完善□间□辩□□□,□□□□上□□□实践□□□完善□□进□用□□□□□认□。

□、□□实践□□□□□□□□□□源

J.伯曼《西传——西传》书开篇表这样观：“曾经‘西’；这出特‘’、价值念；这些西、价值观念意代代相传数，由开‘传’；西传产生‘革’，后来数革打断改。”〔¹〕伯曼这观正表来不凭产生，主且正传。因，来都呈出，终整组织。虽然后，存，产生。但由整，整因素化，也随生化。认，伯曼西西传考察提出，“西传经由六伟革加改”。〔²〕，也提出“切行式”。〔³〕因，来，必须民族精神，反映赖产生存民族意，民族精神，指出，“类开古代，出，然秉身定特，定民族特，如、行式组织。不如，凡孤存，实际特民族特不割禀赋向，向出幅特行景貌。将排切偶然意由来意这民族念，必然意”〔⁴〕。

因□,□□□产生□□□不□孤□进行□,□□□整□□□□□、□化□迁□□□反映□式□□□□□。□□斯·□□也注意到20□□全球化□□□□□□□□,□□指出,“□20□□,□□□化开□□□出□,□愈演愈烈。□□□□,□业交易□□□终□□□□□□□□情□□□开□”^[5] □□□这□经济□化,□□进□□提出,“伴随着经济秩序□□合□扩□,□□遍□□□□□间□□□□□□恰当□平衡,□□□□□□□□□□问□”^[6] 这□□□□□提出□□□□□观□,□□如□□□全球化□背景□□□□□□□□□□,□□继□指出,“颇□□□□□,仰赖□□适用□经□这□□□□□□做□,正□□代□□认□必须且只能经由□□□□□定规则□□□□念”^[7]

〔1〕〔美〕□□□·J.伯尔曼:《□□□革□——西□□□传□□□□》,贺卫□、□鸿钧、张□铭、□勇译,□□出版□ 2008 □版,□ 1 页。

〔2〕 □注1引书, □18页。

〔3〕〔日〕田中隆雄·田中·隆·田中：《田中隆雄田中当代》，许章润译，田中出版，2001年版，11页。

〔4〕 □注3引书,□7页。

〔5〕〔美〕□斯□·□□:《□□□》□□卷,邓正来译,□□□□□□出版□2004□版,□469页。

〔6〕 □注5引书, □470页。

〔7〕 □注5引书, □471页。

[illegible]

□□看□□□□□□□□□□□□□□，□陆□□□□□□□□□□□□□□□□□□
□□□，梅□□□□，“□□□□□□□□留□□□□□□□□很□□□□”。^[10] □□□·□□□
□□□确□□□，“□□今□，已无□再□□官视□□□制□□□□□□器，□□□□□□□□□□
□□，□可□□□□□□□□□□判□。□□□□，□□已摆脱□□□□□□□□无□□□□信□，
□□□□□□□变□得□无□□□□绝□判□禁□，□□□□官□□□□□□造□□务”。^[11]

□、□□□□□典□质□

□ □ □ □ □ □ □ □ □ □ □ 促 □

“通概得 辑结结害”。^[20] 美 仅典 ,连 制 例 , 美 种 谨慎 ,芒 · 密 ,“ 都验 。 例 规 没 , 资 , 验室—— 断 检测。每 都验”。^[21] , 美 量 怀 本度 , 变 度 析, 质 。 美 孤 , 结 。 名

哲学基础归康德,但偏偏“化典源黑”,源黑主张“绝对精神”。

康氏“出超验层面上存道”仅仅“遍”原则,这因康德哲学基础“综合判断”,“综合判断”将经验超验进行综合,“康氏确”出:‘因,言,可经验,不可何。’“处”又:‘经验因结:未上可经验式耐更,且因东西,不可经验,未超越感限,惟感才赋予’。^[29]“民典”着“则坚持认“民族精神”质,民族精神民族实践”结,因,“实证主义”开端,至少“蕴含精神”实证主义上。正由“实践”,由“康”“视”,“代表”“陆”“官”“造”“用”“定”,“认”“官”“续造”“权限”。“拉伦茨”出,“久来,也认院填补漏洞权限。因,官些——可宜事,且可——完”“务”,也“愿”。官“续造”,不仅“填补漏洞,毋宁”“纳至”“些——”“至”“隐”——“”,“裁判已超越原”,“或”“或少”正”。^[30]

但,“代表”“陆”“官”“续造”“式”“释”“进行”,“佐”“热”“、埃利”、“梅”等“观”“进行”“后”出,“今”,“陆”“流”“正”“更”“由来改”“释”。,“这些制定”“常支离”“碎、考”“不”“且”“不公正。因,官”“秩序”“含义”“释”,“那些”“忽略”“因素,纠正那些不确定”,“通”“由决定”——“由寻找”——使“判结”“正义相互”。^[31]

概言,正“陆”“美”“实践”“驱使”,“化”“制定”(“典”)“进行”“全面”“质疑,这种质疑,实质近代西”“主义”“反”。这“反”“质疑,没”“放弃”“概念”“核”“素”“遍”“效”,“遍”“效”“质”,离开“这”“质”,“将”“去”“品”。这“《布莱克”“典》”“何”“这”“概念进行定义”,“将”“遍”“效”“概念”“核”。^[32]“坚持”“遍”“效”“”,“视角”,“式”“进行”“更”“合”“代化”“释,即”“典”“化”“质疑,不”“上”“定”“主义”,“主义”“遍”“偏”,恰恰揭示“何”“质,也正确”“揭示”“又何”够

司法对立法的证

司法与立法是以两种不同的形式展现出来,一种是基于理论的突破而自为之;另一种是基于现实司法,自觉地,使实务界已在事实上为之,学术界还没有从理论上予以总结和思考,而形成新的,在理论上其而为之,在法学固守普遍的思辨理路而对司法与立法以应对。对此,本文以下围绕德国司法对法律的促进探索。

卡尔·伦在《德国法通论》一书中说了“解释法律以及法院发展法律的任务”。^[33] 通常,法院的任务是适用法律,而法院适用法律的活动要是法院适用法律裁判案件,适用法律的活动首先对法律解释,而只是在司法活动中所存在的法律解释活动成为了德国法院发展法律的基本方法。德国法院在解释法律时,对法律发展的基本路径是,“有时,法院为了完成其任务,不得不超越法律文本,亦超越法律可具有词义的范围”,^[34] “司法机关就是通过法律中的缺陷发展法律的”。^[35] 因此,德国法院在发展法律时依据德国《基本法》,使发展法律的法律解释活动符合德国《基本法》的要求。

在安东和奥尔塔解除婚约赔偿案就是说明了述原由与事实。该案的基本情况是,“安东(Anton)(A)和奥尔塔(Berta)(B)约定结婚并准备举行婚礼,B的父母为两人预订了地中海游轮旅行作为结婚礼物。就在将要举行婚礼之前,A得知B在认识他之前曾同很多男人并有过从秘密。A于是写信给B,说他非常遗憾地不能和她结婚。B的父母因此支付了一笔200欧元的定金,作为对于临时取消预订,旅行社根据合同,要退还旅游项目价格的百分比付‘取消赔偿’。B的父母要支付200欧元,对此一案,《德国民法典》第1298第3项,如果系重大事由解除婚约,赔偿义务”。^[36]

德国法学家迪尔·瓦对这一案件的要点是,“《民法典》第1298的法构成要件所包的冲突解决方案,对于我们的案件认识是个很合理的方案。在一个非常关键的地方,前变得清楚了,因此,什么是重大事由,什么是重大事由,单从重大事由这个词本中得出结论,而我们从法律文本之外的案件中得出结论”。^[37] 基于此点,迪尔·瓦继续说,“人们所说的法律,并不仅仅是把事实摄入法律中,而只是法律的人本在参与构建法律

当然,从德国的上述经验中,我们可以看到,德国虽然认识到了在理性主义基础上产生的体系化法典也有着法典一旦制定出来必将落后于持续发展的社会现实的明 弊 ,但是出于对个人 利益的 目的,又坚守着三 分立的要旨,没有像英 法系那样直接给予法官通过判 来发现法律的特 使判 成为法律,而是给予法官以法律解释 ,由法官在司法过程中,针对实际中的个案,根据已有法律制度的精神,对法律进行合理的解释,并在以后的法律 中,及时将司法实 中的这些法律解释吸 到法典之中,从而实现对法律的完 ,由此,得以 现司法实 对立法完 的重要促进作用。

□、结论

不可否认,理性主义的这一主张对我国具有现实意义,正是理性主义推动我国法律现代化的迅速发展。现今我国正处于现代化过程之中,要理性主义之口的耀与推动。因此,通过立法使我国法律体系进一步完是我国法治现代法过程中不可或口的,这是由于我们现在面临的首要目标是法律现代化。所以,必然坚持立法是建立与完法律体系的主要方式。

[40] 同注39引书,第46页。

[41] 转引自同注39引书,第44页。

[42] 同注 17 引书,第 69 页。

[43] [德] 德:《法的形而上学原理》,沈叔平译,商务印书馆2009年版,第146页。

[44] 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第17页。

