**·导师文苑·**

波兰宪法审查制度的变迁——对波兰《宪法裁判所法》的文本分析

**···························································**王卫明（1）

比较视野中的中日侦查模式

**···························································**孙青平（7）

**·理论法学·**

行政行为说明理由的规范探析与展望

**···························································**潘春青(13)

论刑事诉讼法的法律价值之演进

**···························································**李明哲(22)

大数据时代下个人信息权的法律保护研究

**···························································**朱 垒(27)

**·部门法学·**

网络舆论恶性现象的行政法干预探析

**··························································**吴明熠(39)

论环境信息的公开——以新环境保护法的实施为标准

**··························································**刘季平(51)

从“伊斯兰国”看国际恐怖主义的新动向

**··························································**郝晓昱(59)

ATM故障中银行与客户法律关系研究

**··························································**朱海玲(70)

中介说视角下人类冷冻胚胎法律属性及行使规则

**··························································**薛条英(81)

**·法学随笔·**

试论行政程序法的立法目的、模式及价值

**···························································**张旭霞(88)

误存亡夫账户案请求权基础分析报告

**···························································**姚 娟(98)

**波兰宪法审查制度的变迁**

**——对波兰《宪法裁判所法》的文本分析**

王卫明[[1]](#footnote-0)\*

**摘 要:**波兰通过1982年的宪法修正案和1985年的《宪法裁判所法》引入宪法审查制度。1989年波兰社会制度发生转型,不过宪法审查制得以保留,但是宪法审查的性质和功能已发生根本转变。 1997年波兰通过现行宪法,新宪法成为新的制度背景下宪法审查制的基础。基于对不同历史时期的两部《宪法裁判所法》及其宪法基础的分析,以此揭示波兰宪法审查制在性质、功能等方面的变迁。

**关键词:**宪法审查 《宪法裁判所法》 宪法裁判所

波兰宪法审查制度创建于1982年,宪法基础是当年3月26日通过的对1952年宪法的修改案。根据此修正案创设了两个新的国家机关:宪法裁判所和国家裁判所,宪法裁判所被赋予宪法审查的职能。但宪法审查制度的完全引入是在1985年,这一年波兰通过了历史上的第一部《宪法裁判所法》，它是宪法裁判所开展宪法审查活动的基础性法律文件。1989年波兰政治体制转型,但宪法裁判所在此后不同时期的宪法修正案或新宪法中都被保留下来。波兰现行宪法审查制度的宪法基础是1997年通过的波兰宪法即现行宪法,于同年颁行的《宪法裁判所法》成为宪法审查活动的法律基础。本文旨在通过对不同时期、不同制度下的两个《宪法裁判所法》文本的分析来探讨波兰的宪法审查的变迁。

**一、两部《宪法裁判所法》出台的背景简介**

波兰社会制度转型过程中,有两个重要的转变期:第一次社会转变发生于1980年8月至1981年12月,第二次发生于1988年春天到1989年12月[[[2]](#endnote-0)]。第一次社会转变的直接结果是对1952年宪法进行修改,最终于1982年3月26日通过宪法修正案。根据此宪法修正案波兰新设立了两个国家机关:宪法裁判所和国家裁判所。该修正案第33a条第6款规定:宪法裁判所的管辖权,组织和程序应当由法律规定。波兰议会在宪法修正案通过后着手制定《宪法裁判所法》。由于执政党和反对党难以在较短时间内达成比较统一的意见,因此在经过3年多的激烈争论后《宪法裁判所法》才得以在1985年4月29日经议会批准通过, 1986年1月1日正式生效。第二部《宪法裁判所法》制定于1997年8月1日。这一年波兰现行宪法(以下称为1997宪法)在4月经由参众两院组成的国民大会批准,5月通过全民公决,10月17日正式生效。波兰自1989年社会制度发生根本变革以来就在着手制定新的宪法,到新宪法正式通过经历了近8年时间(其间有1992年的一部过渡性宪法,即“小宪法”),因此在制定新宪法的同时制定一部新的《宪法裁判所法》的工作也在准备之中。另一方面,宪法裁判所自1986年以来的审判实践为宪法审查制度的发展做了比较充分的准备,加之民主法治国的理念也被广泛接受,因此在新宪法通过不久议会就颁布了新的《宪法裁判所法》,没有经历第一部《宪法裁判所法》出台时激烈而漫长的争论过程。

**二、两部《宪法裁判所法》的不同制度背景分析**

波兰引入宪法审查制是通过1982年宪法修正案和1985年《宪法裁判所法》的制定完成的。两次立法的宪法基础都是1952年宪法,即宪法审查制的引入是建立在1952年宪法确立的社会主义制度基础上的[2],这一制度的一项重要内容是:议会是国家的最高权力机关(1952年宪法第20条第1、2款);议会颁行法律并实行监督国家其他权力机关与管理机关的工作(第20条第3款)[2]。宪法审查制的引入则意味着宪法裁判所监督议会的立法,直接构成对议会至上权力的挑战。因此宪法审查如何协调与权力统一、与议会至上的关系是波兰最初引入宪法审查时面临的最重要的问题。引入宪法审查主要是反对派的政治要求,但在80年代初反对派并没有强大到完全成为国家政治生活中的主导力量,因此无论是1982年的宪法修改还是1985年《宪法裁判所法》的制定最后都是以不同政治派别间的相互妥协完成。表现在宪法修正案中就是没有完全确立宪法裁判所的司法地位,只是赋予裁判所有限的审判权,并且有限的审判权到了《宪法裁判所法》中还受到减损(下文对此会有论述)。因此,从1985年到1989年之间的波兰宪法审查制度仍处于社会主义制度背景下[[[3]](#footnote-1)]。社会主义制度的痕迹在1985年的《宪法裁判所法》中清晰可见,该法第13条第6款规定宪法裁判所成员在就职时必须宣誓“忠于社会主义的国家制度”。波兰1997年宪法,已明确“民主法治国”的原则(宪法第2条)和“分权与制衡”原则(第10条)。上述原则的确立保证了宪法裁判所真正的司法地位和裁判所比较充分的裁判权。

**三、宪法裁判所性质的变化**

如果仅仅只从两部裁判所法看,宪法裁判所都被赋予对法律法规进行合宪性审查的职能,似乎不同时期的宪法裁判所具有司法性质。但事实上1982年宪法引入的宪法裁判所的司法性质是不明确的,1997年宪法才完全确立了宪法裁判所的司法性质和司法地位。由于两部《宪法裁判所法》都没有对裁判所的性质加以明确规定(在宪政国家也只有宪法才能规定宪法裁判所的性质和法律地位),因此,要看清裁判所的性质必须回到设立裁判所的宪法依据上。1985年《宪法裁判所法》的宪法依据是1982年通过的宪法修正案,即1952年宪法第33a条[[[4]](#footnote-2)][3]。这一条确立了宪法裁判所的宪法审查权(第1款),规定了宪法裁判所成员独立的、只服从于宪法的地位(第5款),但是这一条是被置于宪法第四章下,这一章规定裁判所和其他国家机构。另外有单独一章,即第七章规定法院和检察院。宪法中没有其他条文指明裁判所和法院在性质上的共同之处。立法上的这一安排意味着当时的波兰还没有将裁判所完全视同于司法机关。宪法修正案一方面赋予宪法裁判所具有司法性质的审查权,另一方面回避了对宪法裁判所性质的明确界定并且将宪法裁判所和法院分开规定。如果说上面的论证似乎有点勉强的话,我们可以看看1997年的宪法规定。1997年宪法第八章规定法院和裁判所,共分为三部分,即一般条款、宪法裁判所和国家裁判所。在一般条款部分,第173条明确规定:法院和裁判所(包括宪法裁判所)应当构成独立于其他权力的单独的权力。那么这个权力的内容和性质是什么呢?宪法第10条给出了清晰的解答。第10条第1款:波兰共和国的政府系统应当建立在立法权、行政权和司法权分权和平衡的基础上;第2款:立法权应当授予众议院和参议院(Sejm and Senate),行政权应当授予波兰共和国总统和国务院,司法权应当授予法院和裁判所。至此,我们可以清晰和完整地看出宪法裁判所的司法性质。在1952宪法(包括后来的修正案)中我们却无法找到类似的规定。理由在于:一方面,1982年宪法修改时波兰并没有改变自1952年以来的国家性质,没有确立三权分立和制衡的机制,众议院(Sejm)仍然在国家体系中具有最高性;另一方面,1982年宪法修改引入的宪法裁判所被授予的权力是不充分的,尤其是裁判所并没有完全的和最后的裁判权,恰恰是这一点不符合司法的性质。1982年宪法修正案对宪法裁判所司法性质的不明确和有所保留的规定还可以从有关“法官”名称的条文看出。宪法第33a条第4款规定:宪法裁判所成员应当由众议院从具有杰出法律知识的人中选举产生;第5款:宪法裁判所成员应当独立并只服从于宪法。在上述两个条文中都是使用的“宪法裁判所成员” ,而没有使用“宪法裁判所法官”;同样,1985年《宪法裁判所法》第五部分的相应条款也是使用的“宪法裁判所成员” ,而不是“宪法裁判所法官”;1997年的宪法和《宪法裁判所法》 ,无论是英语文本还是德语文本,都使用“宪法裁判所法官”一词。

**四、宪法裁判所裁判权的变迁**

**(一)宪法裁判所管辖权的一般规定**

1982年宪法修正案第33a条第1款规定了宪法裁判所的裁判权:宪法裁判所应当对法律和对其他由主要的中央国家机关制定的法规的合宪性进行裁判,应当对法律作出统一有约束力的阐释。1985年《宪法裁判所法》第1条用两个条款将宪法所赋予的权力具体化:其一,裁判所审查由众议院制定和批准的法律的合宪性;其二,裁判所对由国家委员会、最高的中央国家行政机关、其他最高的中央国家机关颁布的法规是否符合宪法或法律进行审查。上述两项审查内容通常合称为法律规范审查。但是,宪法裁判所并不是有权对所有符合裁判所法第1条规定的法律法规进行审查。《宪法裁判所法》第21条规定:提交到裁判所的审查申请,如果申请涉及的法律自公布之时、法规自获得批准之时已经经过了5年的时间,那么裁判所应当将此申请转交给制定或批准法律法规的众议院或其他机关。言下之意,就是裁判所对于公布或生效5年的法律法规不再享有裁判权。这一限制条款是裁判所对众议院立法权一定程度的妥协。《宪法裁判所法》的妥协性还表现在:本来1982年宪法修正案还有一个条文赋予了裁判所一项裁判权,即第4条第2款:宪法裁判所应当就政党的目标或活动与宪法的不一致进行裁判。但是1985年《宪法裁判所法》却没有将宪法的这一条文具体化,这就意味着宪法裁判所没有被赋予此项职权,因为1982年宪法修正案第33a条第6款规定:宪法裁判所的管辖权,组织和程序应当由法律规定。既然《宪法裁判所法》没有规定对政党的目标或活动与宪法是否一致的裁判事项,因此宪法裁判所自然不享有该项职权。在这一点上1985年《宪法裁判所法》无疑是对1982年宪法修正案第4条第2款的背离。1997年宪法第188条规定了裁判所的管辖权:对法律和国际条约合宪性审查、对批准国际条约的法律合宪性审查、对由中央机关制定的法规合宪性审查、对政党目标或活动合宪性审查、涉及宪法侵权的诉愿审查。此外,宪法第131条规定裁判所在众议院请求下对是否存在总统不能行使职权的情况的审查;第186条规定国家司法委员会可以就法规涉及法院和法官的独立性问题向裁判所提出审查申请;第189条规定裁判所应当解决中央国家机关的权限争议。《宪法裁判所法》第2条集中列举了上述宪法中分散规定的裁判权;第3条还规定:任何法院可以就案件审理中涉及法律法规合宪性的问题向裁判所提交审查申请。因此自1997年以来宪法裁判所享有的权力可以归纳为: 1)法律规范审查;2)处理中央国家机关之间的权限争议;3)审查政党的目标和(或)活动是否符合宪法[[[5]](#footnote-3)]; 4)应众议院申请审查总统是否失去任职能力;5)对公民宪法申诉的审查[4]。与1985年《宪法裁判所法》相比,新的《宪法裁判所法》规定了宪法裁判所更多的裁判权。1985年的裁判所只享有法律法规审查权一项职权,到1997年裁判所权能发展到5项。这些新增加的裁判权是波兰建设民主法治国的重要内容[5],特别是解决中央国家机关权限争议的裁判权完全确立了宪法裁判所独立的司法性质的法律地位;对宪法侵权引起的诉愿案件的裁判对保护公民基本权利提供了比较现实和真实的途径。

**(二)宪法裁判所法判决的效力**

1982年宪法修正案第33a条第2款规定:宪法裁判所作出的法律与宪法不一致的判决应当由众议院进行审查;第3款:宪法裁判所作出的其他法规与宪法或法律不一致的判决具有约束力,宪法裁判所应当采取措施消除法规中的不一致。以上条文包含下面三层意思: 1)宪法裁判所作出的法律与宪法一致,法规与宪法或法律一致的判决具有约束力,因此也是最后判决;2)宪法裁判所作出法规与宪法或法律不一致的判决有约束力,是最后判决;3)宪法裁判所作出的法律与宪法不一致的判决不是最后判决,不具有约束力,判决必须提交众议院,只有众议院的决定才是最后的、具有约束力的。关于众议院对宪法裁判所提交的法律与宪法不一致判决的审查程序和决定效力,《宪法裁判所法》第6条对此做了规定。内容包括: 1)众议院的审查时间,众议院在正在举行的会议期间或下次会议期间审查裁判所提交的判决(第2款);2)众议院的审查结果,如果众议院认为裁判所的判决是有根据的,众议院将修改法律,或者取消、部分取消被判决违宪的法律或部分条文;3)众议院审查的限制,如果众议院认为裁判所判决是有根据的,裁判所法对于参会人数和表决通过人数没有规定;但是如果众议院认为判决涉及的法律是合宪的,即否定了裁判所的判决,那么众议院作出推翻裁判所的判决的决定必须获得半数以上众议员参加表决情况下的2/3多数票方可生效。与1985年《宪法裁判所法》规定的裁判所判决效力不同,1997年宪法第190条第1款规定:宪法裁判所的判决应当得到统一并且有约束力的适用,判决应当是最后的[[[6]](#footnote-4)]宪法裁判所判决的效力与宪法裁判所完全独立的司法地位是一致的。

**五、宪法裁判所在政治体制中的位置**

宪法裁判所在政治体制中的位置所涉及的主要问题是裁判所与议会的关系。1980年的波兰仍处于社会主义制度下,议会至上是这一制度的主要特征,而宪法裁判所的一项重要职能是对议会制定的法律进行审查,那么是不是引入宪法审查就意味着推翻了议会至上的特征呢? 答案是否定的。除了宪法条文中“社会主义制度”的内容并没有废除外,宪法审查在当时政治体制下还表现出与权力统一、议会至上的协调性。通过对1982年宪法修正案的宪法条文以及1985年《宪法裁判所法》的条文分析我们可以看出宪法审查与议会至上的协调表现在以下几个方面: 1)宪法裁判所由国会选举被普遍认为是接受国家权力统一的观念;2)宪法裁判所的工作是服务国会,维护国会在立法方面的最高地位[6]; 3)宪法裁判所必须向国会呈递裁判所判决案件中的重要信息(1985年《宪法裁判所法》第31条),向国会呈递关于某一法律越权或存在漏洞的评价;4)宪法裁判所只对议会制定法律的一部分享有裁判权;5)裁判所对于国会立法违宪性的判决不是终局的,仍然必须由国会自己决定。协调的实质是宪法裁判所对于议会的依附,这种依附性是当时宪法裁判所与议会关系的本质,并且这种依附关系恰恰是和前面谈到的宪法裁判所的不完全的司法性、有限的裁判权具有直接的因果关系。当然,对上述理由的第一条,即“宪法裁判所由国会选举被认为是接受国家权力统一”的观点必须结合具体的政治体制进行分析。波兰1997宪法也同样规定宪法裁判所法官由议会选举产生,但是国家已完全接受和实行“分权和制衡”的原则,而不是“权力统一”原则。1997年宪法则确立了宪法裁判所作为行使司法权的机关与议会并列、分权和制衡的关系。宪法第10条规定: 1)波兰共和国的政府系统应当建立在立法权、行政权和司法权分权和平衡的基础上(第1款);2)立法权应当授予众议院和参议院,行政权应当授予波兰共和国总统和国务院,司法权应当授予法院和裁判所(第2款)。宪法第173条还规定:法院和裁判所应当构成独立于其他权力的分立的权力。因此我们可以看到,根据1997年宪法和《宪法裁判所法》 ,宪法裁判所有权对议会所有立法进行审查,而不是只能审查部分法律;宪法裁判所的任何判决都是有约束力并且是最后的,判决不再受到议会的重新审查。当然,两部《宪法裁判所法》内容上还有一些显著的差别,比如宪法裁判所的构成人数、宪法裁判所成员(法官)任职的期限、裁判所判决的生效时间。但是这些差别主要不是由当时的社会制度决定,也对宪法裁判所的性质和功能没有实质影响。在笔者看来,探讨宪法裁判制度的变迁应当主要关注宪法裁判所性质、裁判权以及在政治体制中的位置等方面的变化。波兰于20世纪80年代中期引入宪法裁判制度。由于当时社会主义国家制度和议会至上的限制,宪法裁判所没有获得完全独立的司法地位,裁判所只能享有对法律法规审查的一项审查权能,并且审查的权力还受到立法的实际或隐含的限制。但同时我们必须看到,即便在这种有限审查权的限制下宪法裁判所还是通过审判实践发展出“法治国原则”的宪法理论[7]。“法治国原则”成为1997年宪法的一项基本原则(第2条)。在民主法治和三权分立原则基础上,1997年的宪法裁判所成为真正意义上的司法机关,享有更为广泛的审查权力。然而我们也应看到它的局限性。例如在1997年《宪法裁判所法》制定过程中,很多学者希望将宪法裁判所“处理中央和地方之间的权限争议”的审查事项写进去,最后没有成功;宪法裁判所为个人提供权利救济的范围比德国、西班牙等国家要窄得多。只有辩证分析不同时期宪法审查制的历史背景和具体内容,我们才能看到波兰宪法审查的局限,看到宪法审查制度变迁中的继承和发展。

**参考文献**

[1] Jerzy Mackow. Die Konstruktion politischer Stabilit?t-Polen und Ru? land in den Umbrǜchen der achtziger und neunziger Jahre [M]. Baden-Baden(Germany): Nomos Verlagsgesellschaft, 1998: 137.

[2] 姜士林.世界宪法大全(上卷)[M].北京:中国广播电视出版社,1989.

[3] 1952年宪法文本(英文版)[Z/OL].http://www.oefre.unibe.ch /law/icl/pl01000\_ .html;(日)木下太郎.九国宪法选介[M].康树华,译.北京:群众出版社,1981: 179-203.

[4] 要了解宪法裁判所权能的简要介绍可以浏览波兰《宪法裁判所》[Z/OL].http://www. trybunal.gov.pl/eng /index.htm.

[5] 实现社会正义(英文版) [Z/OL]. http://www.trybunal.gov.pl/eng /index.htm.

[6] Leszek Garlicki. Constitutional Review and Legislation: the Polish constitutional tribunal, in Christine Landfried(ed.), Constitutional review and legislation-an international comparison [M ]. Baden-Baden(Germany): Nomos Verlagsgesellschaft, 1988: 201-203.

[7] Jochen Frowein. Thilo Marauhn(Hrsg.), Grundfra-gen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittelund os-teuropa[M]. Berlin(Germany): Springer, 1998: 66.

**The Transformation of Poland Constitutional Review System**

**—— the Text Analysis of Poland Constitutional Tribunal Act**

**Abstract：** Poland amended the Constitution in 1982 and issued Constitutional Tribunal Act in 1985. In this way, poland introduced the constitutional review system. The constitutional review system was remained in 1989, although the social system changed. In 1997 Poland has drawn up the contemporary constitution, which laid the foundation of the constitutional review system. This article discusses the transformation of the constitutional review system in Poland through analysis of the two acts about constitutional tribunal.

**Key words：**constitutional review; Constitutional Tribunal Act; constitutional tribunal

（责任编辑： 钟彩清）

**比较视野中的中日侦查模式**

孙青平[[7]](#footnote-5)\*

**摘 要：**刑事诉讼中的侦查模式是备受人们关注的热点之一。与日本相比, 我国刑事诉讼侦查阶段的结构设置存在诸多弊端。这些弊端的存在严重影响了司法的公正性, 已成为阻碍我国刑事司法改革的根本因素。重新设置合理的侦查模式才是未来改革的方向。

**关键词：**侦查结构　强制措施　羁押　沉默权

侦查模式又称侦查结构, 是侦查权利的分配、内容、运作方式, 对侦查权力的制约机制以及犯罪嫌疑人及其律师在侦查中的地位、权利等制度的总称。[[8]](#footnote-6)[1]由于侦查作为有权机关代表国家针对个人进行的追诉活动, 往往带有强制措施, 面临着限制和剥夺公民基本权益, 很可能触及到公民的人身权利和财产权利, 同时也存在追诉机构和官员滥用国家权力的危险。因此, 如何建构一种旨在约束追诉机构权利的机制, 确保被追诉人拥有一些最基本的防御权,就成了现代侦查制度的主要课题。

**一、中日侦查模式比较**

　　当今各国, 由于文化传统和价值观念的差异, 在诉讼模式上也有所不同, 笔者将从以下四个方面对中日刑事诉讼中的侦查模式进行比较分析, 同时结合当前我国的侦查实践按照一定的价值标准揭示我国刑事侦查模式存在的问题, 以推进中国刑事司法改革的深入进行。

**(一)侦查权的分配**

　　日本刑事诉讼法将侦查犯罪的权力赋予了检察官、检查事务官及司法警察。检察官和司法警察在侦查方面无明确分工, 原则上检察官与司法警察在侦查犯罪上应当相互协助, 但是由于侦查的目的之一是为公诉做准备, 而提起和维持公诉的权限属于检察官, 因此需要检察官从公诉的角度对于司法警察的侦查予以指示和指挥。[[9]](#footnote-7)[2]根据日本《刑事诉讼法》规定:检察官在其辖区内可以就侦查对全体司法警察作出一般指示, 在具体案件的侦查上, 检察官可以对协助侦查的全体司法警察进行一般指挥。此外, 检察官在自行侦查上有必要时, 可以就具体案件对个别司法警察进行具体指挥, 对于不服从指示、指挥的检察官可以向有惩戒罢免权的机关提出惩戒或罢免的追诉。

　　我国刑事诉讼法规定“公检法三机关分工负责, 互相配合, 互相制约” 。法院作为审判机关, 不享有侦查权, 也不参与侦查阶段的诉讼活动。而公安机关(指广义的公安机关, 包括普通公安机关、国家安全机关、监狱和军队保卫部门)和检察机关则属于法定的侦查机构, 有权直接实施各项具体的侦查行为。我国实行的这种由公安机关和检察机关分别独立行使侦查权的制度, 使得大多数刑事案件是由公安机关单独进行侦查, 检察机关在法律上无权直接参与公安机关立案的侦察活动, 更无权就侦查行为的实施向警察发布命令和指示, 甚至连公安机关是否立案并开始侦查程序以及是否撤销案件从而终结侦查程序, 都由公安机关自行作出决定。

**(二)侦查行为的实施方式**

　　在日本刑事诉讼法中侦查分为任意侦查和强制侦查,侦查可以开始于公民提供的犯罪线索, 如告诉、告发、请求、自首等, 也可以开始于侦查机关直接发现的线索, 如通过检验非正常死亡的尸体、职务查问、检查持有物品等发现的线索。侦查可以分别采用或者一并采用任意侦查和强制侦查行为。所谓任意侦查, 是指以受侦查人同意或承诺为前提而进行的侦查。常见的任意侦查方式主要有要求被疑人或被疑人以外的人到场并对他进行调查, 要求某人前往一定场所, 获得被疑人或其他人自愿提出的书面材料,委托鉴定, 口译和笔译, 要求公务机关或公私团体提出有关事项的报告, 留存被丢弃的物品或者由所有人、持有人、及保管人自愿提出的物品等。所谓强制侦查是指不受被侦查人意思约束而强制进行的处分, 强制侦查原则上应当依据法官签发的令状而实施, 这称为强制侦查令状主义。日本《刑事诉讼法》是将任意侦查作为原则, 强制侦查仅仅是例外。强制侦查仅限于刑事诉讼法有特别规定的场合方可进行。法律规定的强制侦查方式包括逮捕、羁押、搜查、勘验、鉴定处分、询问证人等。逮捕、羁押、搜查等强制侦查行为应经法官审查得到法官许可才可进行。

　　我国《刑事诉讼法》规定, 侦查是指“公安机关、人民检察院在办理案件过程中, 依照法律进行的专门调查工作和有关的强制措施。”因此我国的刑事侦查活动由两部分组成:一是进行专门调查工作, 二是采取强制措施。我国刑事诉讼法规定的专门性调查工作包括询问犯罪嫌疑人、询问证人、被害人、勘验、检查、鉴定等六种。同时在司法实践中, 根据《公安机关办理刑事案件程序规定》之规定, 还包括辨认、侦查实验等调查活动。强制措施包括法定的五种, 即拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕,也包括搜查、扣押、查询、冻结、通缉等侦查措施。

与日本的侦查程序相比, 中国的侦察活动完全由侦查机构自行实施, 法院不参与侦查活动, 也无权对侦查行为实施授权和审查。因此侦查阶段的所有专门调查和采取强制措施的活动都不按照开庭听审的方式进行, 而是遵循行政活动的方式进行运作。首先在侦查阶段, 只有侦查机构的侦查行为, 而没有犯罪嫌疑人一方的调查行为。如果犯罪嫌疑人或辩护律师针对案件展开调查, 侦查机构可以以妨碍侦查为由对他们的调查活动进行限制, 甚至可以采取必要的强制措施。因此在侦查阶段没有真正意义上的辩护方, 同时法律没有赋予犯罪嫌疑人防御的权力, 当然也谈不上有效防御。其次, 所有的侦查活动都有侦查机关依职权主动进行, 犯罪嫌疑人只能被动的服从和配合, 侦查机构在采取专门调查工作和强制措施时, 不允许律师在场,更勿庸听取辩护律师的意见, 而是直接自行作出有关的决定, 并实施侦查行为。再次, 所有的侦查活动都是以秘密,封闭的方式进行的, 有些犯罪嫌疑人失踪多天, 家属和单位才知道被拘留或逮捕, 我国《刑事诉讼法》虽然规定侦查机构应当在24小时内通知被拘留人、被逮捕人的家属,但对有碍侦查和无法通知的情形是除外的, 这里的有碍侦查和无法通知往往成了侦查机构不履行通知义务的最好借口。

**(三)司法对侦查活动的控制方面**

　　日本采取的是混合式的侦查模式, 也称诉讼式侦查模式。该结构具备以下特征:强调检察官介入侦查, 具有指挥司法警察工作的权威性, 重视第一次侦查机关(司法警察)与犯罪嫌疑人及其辩护人的关系;侦查结构也是三角形的关系, 检察官居于三角形结构的顶端, 司法警察与犯罪嫌疑人构成三角结构的两个底角, 这种有检察官和警察和为一体的侦查机关, 在侦查中享有一系列侦查权, 但是在侦查行为中, 对犯罪嫌疑人如果实施逮捕、羁押、搜查、扣押等强制措施, 则必须征得审判官即法官的批准。即便在某些紧急情况下, 先采取逮捕措施后, 也应当立即请求法官签发逮捕证, 如法官没有签发逮捕正式, 应当立即释放被疑人。

　　由此来看, 笔者认为, 日本的刑事侦查模式, 是按照诉讼的形态建构的, 将国家追究公民刑事责任的活动纳入“诉讼” 的运行轨道, 建立了针对侦查行为的司法授权和审查机制。这显然是“司法最终裁决” 这一现代法治原则的典型体现。

　　与日本相比, 我国的侦查是在中立的司法机关不参与的情况下进行的, 侦查机构采取的所有强制措施即拘传、取保候审、监视居住、拘留等, 全部是由侦查机关自己决定的, 如果侦查机关是公安机关, 这些措施的执行也有自己执行。唯一的制约来自侦查机关内部, 也就是说, 侦查人员在实施上述强制措施前, 须取得负责人的授权和批准,并由负责人签发有关的许可令状。

　　侦查机关在实施逮捕方面虽受到检察机关的审查, 但是从国际惯例及联合国对检察机关的性质认定来看, 检察机关应为行政机关而非公认的司法机关, 同时检察机关作为国家的公诉机关本身不可能成为中立的司法机关, 因此它对公安机关逮捕权的制约在有效性方面受到限制。同时检察院在自侦案件中还有权自行决定逮捕的权力, 这使得司法审查荡然无存。

　　由于缺乏真正中立的司法机关的司法控制, 侦查机关对几乎所有案件的犯罪嫌疑人在拘留时都拘留到了37日(法定最长时间), 同时, 超期羁押问题也比比皆是, (于日本相比, 我国侦查机构实施的拘留、逮捕与审前羁押措施没有实现程序上的分离, 审前羁押措施的采用不需专门的法律程序)。也就是说, 在拘留的使用上, 侦查机构拥有绝对的决定权, 而不受任何中立的司法审查。

在我国, 逮捕是侦查机构对有证据证明有犯罪事实,可能判处有期徒刑以上刑罚, 而采取其他强制措施不足以防止发生社会危害性的犯罪嫌疑人, 暂时剥夺人身自由的强制措施, 逮捕是我国刑事诉讼中最严厉的强制措施, 它会使犯罪嫌疑人受到较长时间的羁押, 侦查机关一旦采取逮捕措施, 就可以将犯罪嫌疑人连续羁押两个月, 同时上级检察机关和省级检察机关还可以在法定情况下将羁押期间延长到七个月。在对犯罪嫌疑人就羁押期限进行延长时,侦查机关或公诉机关完全是依职权单方面的作出有关的规定, 因在这个阶段不存在中立的司法机关, 也就不就此举行开庭审理活动或听证活动, 嫌疑人及其律师无从直接向司法机关提供意见, 也无从与侦查机关进行辩论。

**(四)犯罪嫌疑人在诉讼中的地位及律师的参与方面**

　　在日本刑事诉讼中, 侦查阶段参入了当事人主义的诸多因素, 表现在以下几个方面:首先, 赋予犯罪嫌疑人委托辩护人的权力, 根据刑事诉讼法第31条第一项规定:身体受到拘禁的被告人或被疑人, 可以在没有见证人参加的情况下, 与辩护人或有能够选任辩护人的人所委托的辩护人进行接见, 或授受文件或物件。日本学者认为, 这项权利是犯罪嫌疑人在侦查中进行防御的最基本的的权利。其次, 根据日本宪法第38条关于“不得强制任何人对自己作不利供述” 的规定, 日本学者称这项权利为“拒绝自己负罪的特权” 或宪法上的沉默权。犯罪嫌疑人对与检察官、检察事务官及司法警察的讯问调查, 有权保持沉默, 拒绝作违反自己意思的供述。第三, 为了避免不当的拘禁, 犯罪嫌疑人有权进行准抗告, 请求告知羁押理由, 请求取消羁押, 申请停止执行羁押和请求返还被扣押物件等。第四,赋予被告人、辩护人审判前的诉讼在场权, 根据刑事诉讼法第113条第一项规定, 检察官、被告人或辩护人在执行查封证或是搜查证时在场, 第157条第1项规定, 检察官、被告人或是辩护人可以在询问证人是在场。第170条规定,检察官和辩护人可以在鉴定时在场。第五, 被疑人享有证据保全的请求权, 依照法律, 如果不预先保全证据会在使用证据上遇到困难时以在第一次公审期日前为限, 被疑人或者它的辩护人可以请求法官作出询问证人、搜集、扣押、鉴定、勘验等处分。辩护人经法官许可, 可以在法院阅览和抄写有关处分的材料。被疑人没有辩护人时, 经法官许可, 也可以阅览处分材料。[[10]](#footnote-8)[3]

　　与日本相比, 我国法律没有赋予犯罪嫌疑人保持沉默的权利, 恰恰相反, 犯罪嫌疑人对侦查人员的询问负有“如实回答” 的义务。所谓的如实回答包括两个方面:一是必须回答问题, 无权保持沉默;二是必须讲出事实真相,不得隐瞒或虚构事实。犯罪嫌疑人的如实回答义务, 是“坦白从宽, 抗拒从严” 这一刑事政策的法律体现。在相当多的侦查活动中, 讯问犯罪嫌疑人, 要求犯罪嫌疑人如实供述, 成了侦查人员搜集证据的主要途径。

　　在我国的刑事诉讼中, 长期以来, 犯罪嫌疑人在侦查阶段无权获得律师的帮助, 只能单独面对专政机关。1997年以后, 根据修改后的《刑事诉讼法》的规定, 律师作为犯罪嫌疑人的法律帮助者可以参与侦查阶段的活动。根据法律规定, 犯罪嫌疑人在侦查人员第一次讯问后或者采取强制措施之日起, 有权被告知可以委托律师提供法律帮助。一般情况下, 辩护律师在辩护阶段可以从事以下行为:会见在押的犯罪嫌疑人, 向其了解有关案件的情况, 向侦查机构了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名;为犯罪嫌疑人提供法律咨询, 代理申诉和控告, 可以为犯罪嫌疑人申请取保候审。

律师在侦查阶段的行为, 对于改善犯罪嫌疑人的地位,制约侦查机关的权力有一定的积极作用。但是, 侦查阶段律师的地位还不具有辩护人的地位, 律师参与侦查活动的范围受到法律、司法解释及惯例的严格限制。首先, 律师在侦查阶段会见在押的犯罪嫌疑人, 侦查机构可以根据案件情况和需要派员在场监视, 这是律师与犯罪嫌疑人之间的交流受到限制, 其次, 遇到涉及国家机密的案件的情况,犯罪嫌疑人委托律师提供法律帮助以及与律师进行会见,都要取得侦查机关的批准。第三, 侦查人员对犯罪嫌疑人进行讯问过程中, 律师无权在场。

**二、我国侦查模式存在的缺失**

　　我国侦查模式在程序构造上存在诸多问题, 正是这种有缺陷的侦查构造, 导致了我国侦查模式的实际运作正越来越背离立法者的本意。那么, 与日本侦查模式相比, 我国的侦查模式存在着哪些缺失呢?首先, 缺少一个超然的、中立的司法机关对追诉方的活动进行合法性审查, 对犯罪嫌疑人的权力予以切实保障,使得侦查权的使用失去必要的司法控制, 偏离了诉讼所应具备的基本结构与起码的公正要求。只存在追诉方权利的运用。因而, 无论是拘留、逮捕、搜查、扣押的实施, 还是对犯罪嫌疑人长时间的羁押, 都是由侦查机关自己或者检察机关通过秘密审查来发布许可令状的方式完成的。由此可以看出, 我国的刑事侦查带有强烈的封闭性、秘密性和单方性。[[11]](#footnote-9)[4]这种制度设计不符合“控诉与裁判职能分离” , “司法最终裁决” 等现代法治的原则, 因此会经常带来诸如非法羁押、超期羁押、非法搜查、任意扣押、刑讯逼供等侦查权的滥用。

　　其次, 犯罪嫌疑人承担被迫自证其罪的义务, 同时,不享有沉默权。律师所能提供的帮助极其有限, 我国刑事诉讼的“如实陈述” 的规定, 使犯罪嫌疑人从法律上不得不承担被迫供述自己罪行的义务, 失去了进行自愿陈述的自由。

第三, 律师在侦查阶段的参与范围极其有限, 对侦查权的制约微乎其微, 辩护律师除了与在押犯罪嫌疑人进行受到诸多限制的会见和代为申诉、控告、申请外, 不能进行任何有效的诉讼防御活动, 在侦查的过程中不能在场,不能阅卷, 不能调查取证, 也不能向中立的司法机关提出任何有效的申请, 可以说, 在侦查阶段没有形成真正意义上的辩方。

**三、我国侦查模式的重构**

　　党的十六大报告明确提出了司法体制改革的目标和内容, 指出社会主义司法制度必须保障在全社会实现公平和正义。按照公正司法和严格执法的要求, 完善司法机关的机构设置、职权划分, 完善诉讼程序、保障公民和法人的合法权益。同时指出, 加强对权利的制约和监督, 建立结构合理, 程序严密, 制约有效的权力运行机制。上述论断,为刑事诉讼法学特别是侦查模式的研究指明了方向, 提供了政策性依据。因此在了解他国的结构设置和反思我国现行制度的缺失后, 必然要重新建构我国新的侦查模式。

**(一)在我国建构司法审查机制。**

　　首先在宪法及刑事诉讼法中明确司法审查的原则和制度:一是建立针对侦查行为的司法授权和审查机制。对侦查中涉及限制或者剥夺公民权利的侦查行为如拘留、逮捕、搜查、扣押、监听等侦查措施或手段的实施应由法院进行司法授权并签发令状,结束当前由检察机关垄断的局面, 防止追诉权的过渡膨胀。二是将逮捕与羁押分离开来, 逮捕仅仅是一种暂时限制人身自由的先行手段, 逮捕后是否羁押由法官裁判, 控辩双方均参与, 按照法庭审理的方式来确定对犯罪嫌疑人能否进行羁押及羁押的期限。其次, 明确司法审查机构的设置,为了保证司法的公正性, 可以在现有的法院系统内设立专门的预审法官, 让预审法官对强制性侦查行为进行合法审查和令状授权, 他的权限仅限于此, 在以后的审判程序中预审法官不得参与案件的实体审理。最后, 应规定司法审查的例外, 在法定紧急情况下, 侦查机关可以先自行决定采取强制措施, 但事后应尽快取得预审法官的追认授权,如不能得以追认, 应撤销已采取的强制措施。

**(二)确立不得“自认其罪” 的原则。**

　　赋予犯罪嫌疑人享有“沉默权”, 取消现行刑事诉讼法中“如实回答”的规定。目前反对强迫自证其罪原则是世界各国普遍适用的一项司法准则, 犯罪嫌疑人享有沉默权是遏制刑讯逼供的有效手段。我国已于1998年10 月签署加入《公民权利和政治权利国际公约》, 因此应承担该条约规定的此项义务。同时国内的执法环境经过几年司法改革的推行也逐步的得以改善, 立法条件也已基本成熟, 执法者对该原则的认同大大增加, 有些地方已出现了潜规则的沉默权, 如“零口供”。因此, 目前可以将该原则确立。

**(三)扩大律师参与侦查阶段的诉讼权利, 确立律师在场制度。**

　　在侦查阶段, 犯罪嫌疑人及时有效的得到律师的帮助, 对沉默权制度的作用发挥至关重要。因此立法上要赋予律师实际的权力, 如询问犯罪嫌疑人时的在场权, 侦查阶段的调查取证权, 阅卷复印卷宗的权力。同时要切实保障律师能够及时、顺畅、安全的介入诉讼。

**参考文献**

[1] 樊崇义、吕萍，刑事诉讼法学[M]，中国人民公安大学出版社，2002.

[2] 宋英辉，日本刑事诉讼法[M]，中国政法大学出版社，2000.

[3] 左卫民，刑事程序问题研究[M]，中国政法大学出版社，1999.

（责任编辑：袁小冬）

**行政行为说明理由的规范探析与展望**

潘春青[[12]](#footnote-10)\*

**摘 要：**本文通过对部分法律、地方政府规章的细致梳理，检索出涉及行政行为说明理由的18部规范，经过对行政行为说明理由法条内容的分类探析，笔者提出了对行政程序法行政行为说明理由部分设计的展望，以期为行政程序法的制定提供借鉴。

**关键词：**行政行为 说明理由 规范探析 展望

**一、行政行为说明理由界定**

行政行为说明理由指的是行政机关实施有可能会侵犯到相对人利益的行政行为时，需将其行使行政权的依据、事实、理由告知相对人。“说明理由制度作为正当程序的基本要求之一，承载着制约行政裁量权与保证行政决定理性、营造商谈对话环境与促进民主行政实现、创造司法审查便利条件与保障相对人合法权益等诸多价值功能。”[[[13]](#footnote-11)]正是因为其具有诸多价值功能，我们认为行政行为说明理由是保障公民权利，约束行政机关权力的重要举措，是我国行政程序法的重要组成部分。行政行为说明理由在我国法律法规规章中的表现形式以及其在行政程序法中的设计问题是本文探讨的重点。

**二、行政行为说明理由的法律渊源**

行政行为说明理由的法律渊源，指的是行政行为说明理由的法律表现形式，即中国哪些法律条文中存在有关行政行为说明理由的规定。笔者不全面整理检索到10部[[[14]](#footnote-12)]有关行政行为说明理由的法律规定，法条内容分析如下：

1. **理由表现模式归类**

行政行为说明理由在法律条文中的表现可以归为三种模式。一种是行政许可模式，即此项活动法律本身是禁止的，只有申请人向有关机关提出申请，并且经审查其符合法律规定的条件后，授予其从事某项活动的资格，但当有关机关不授予申请人从事某项活动的权力时，则需要向申请人说明理由。有关的法律规定有《中华人民共和国慈善法》第十条第一款规定“设立慈善组织，应当向县级以上人民政府民政部门申请登记，民政部门应当自受理申请之日起三十日内作出决定。符合本法规定条件的，准予登记并向社会公告；不符合本法规定条件的，不予登记并书面说明理由。”《中华人民共和国证券投资基金法》第十四条第一款规定“国务院证券监督管理机构应当自受理基金管理公司设立申请之日起六个月内依照本法第十三条规定的条件和审慎监管原则进行审查，作出批准或者不予批准的决定，并通知申请人；不予批准的，应当说明理由。”《中华人民共和国食品安全法(2015修订)》第三十五条规定“国家对食品生产经营实行许可制度。从事食品生产、食品销售、餐饮服务，应当依法取得许可。但是，销售食用农产品，不需要取得许可。县级以上地方人民政府食品药品监督管理部门应当依照《中华人民共和国行政许可法》的规定，审核申请人提交的本法第三十三条第一款第一项至第四项规定要求的相关资料，必要时对申请人的生产经营场所进行现场核查；对符合规定条件的，准予许可；对不符合规定条件的，不予许可并书面说明理由”。另一种是行政处罚模式，即行政相对人的行为违反法律法规的规定，行政机关依职权需对相对人给予不利处置，此时行政机关需要向行政相对人说明给予其不利处置的理由。有关的法律规定有《中华人民共和国行政处罚法(2009修正)》第三十一条规定“行政机关在作出行政处罚决定之前，应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据，并告知当事人依法享有的权利。”《中华人民共和国治安管理处罚法(2012修正)》第九十四条第一款规定“公安机关作出治安管理处罚决定前，应当告知违反治安管理行为人作出治安管理处罚的事实、理由及依据，并告知违反治安管理行为人依法享有的权利。”《中华人民共和国行政强制法》第二十四条规定“行政机关决定实施查封、扣押的，应当履行本法第十八条规定的程序，制作并当场交付查封、扣押决定书和清单。查封、扣押决定书应当载明下列事项：（一）当事人的姓名或者名称、地址；（二）查封、扣押的理由、依据和期限；（三）查封、扣押场所、设施或者财物的名称、数量等；（四）申请行政复议或者提起行政诉讼的途径和期限；（五）行政机关的名称、印章和日期。查封、扣押清单一式二份，由当事人和行政机关分别保存”。第三种是建议行政模式，即公民、法人或其他组织以当事人或第三人的身份向行政机关提出申诉、建议、检举、举报，行政机关认为其所述不符合法律规定的，应向当事人或第三人说明理由。有关的法律条文有《中华人民共和国治安管理处罚法(2012修正)》第七十八条规定“公安机关受理报案、控告、举报、投案后，认为属于违反治安管理行为的，应当立即进行调查；认为不属于违反治安管理行为的，应当告知报案人、控告人、举报人、投案人，并说明理由”。以上是以引起行政机关说明理由的前提不同为标准对行政行为说明理由法条内容的分类。

**（二）理由说明方式分类**

有关行政行为说明理由的方式，法律条文分为了三种情况。其一法条中明文规定要求行政机关以书面形式说明理由，有关的法律规定有《中华人民共和国慈善法》第十条第二款规定“本法公布前已经设立的基金会、社会团体、社会服务机构等非营利性组织，可以向其登记的民政部门申请认定为慈善组织，民政部门应当自受理申请之日起二十日内作出决定。符合慈善组织条件的，予以认定并向社会公告；不符合慈善组织条件的，不予认定并书面说明理由。”《中华人民共和国食品安全法(2015修订)》第三十七条规定“利用新的食品原料生产食品，或者生产食品添加剂新品种、食品相关产品新品种，应当向国务院卫生行政部门提交相关产品的安全性评估材料。国务院卫生行政部门应当自收到申请之日起六十日内组织审查；对符合食品安全要求的，准予许可并公布；对不符合食品安全要求的，不予许可并书面说明理由。”《中华人民共和国政府信息公开条例》第二十三条规定“行政机关认为申请公开的政府信息涉及商业秘密、个人隐私，公开后可能损害第三方合法权益的，应当书面征求第三方的意见；第三方不同意公开的，不得公开。但是，行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的，应当予以公开，并将决定公开的政府信息内容和理由书面通知第三方”。其二法条中未明文规定要求行政机关以书面形式说明理由，但能够从前文中推定出，有关的法律规定有《中华人民共和国行政强制法》第二十五条规定“查封、扣押的期限不得超过三十日；情况复杂的，经行政机关负责人批准，可以延长，但是延长期限不得超过三十日。法律、行政法规另有规定的除外。延长查封、扣押的决定应当及时书面告知当事人，并说明理由。”《中华人民共和国行政强制法》第三十二条规定“自冻结存款、汇款之日起三十日内，行政机关应当作出处理决定或者作出解除冻结决定；情况复杂的，经行政机关负责人批准，可以延长，但是延长期限不得超过三十日。法律另有规定的除外。延长冻结的决定应当及时书面告知当事人，并说明理由。”《中华人民共和国国家赔偿法(2012修正)》第十三条第三款规定“赔偿义务机关决定不予赔偿的，应当自作出决定之日起十日内书面通知赔偿请求人，并说明不予赔偿的理由”。其三法条中未明文规定要求行政机关说明理由的方式，从上下文中亦无法推定行政机关说明理由的方式，有关的法律规定有《中华人民共和国证券投资基金法》第十四条第二款规定“基金管理公司变更持有百分之五以上股权的股东，变更公司的实际控制人，或者变更其他重大事项，应当报经国务院证券监督管理机构批准。国务院证券监督管理机构应当自受理申请之日起六十日内作出批准或者不予批准的决定，并通知申请人；不予批准的，应当说明理由。”《中华人民共和国行政许可法》第四十二条第一款规定“除可以当场作出行政许可决定的外，行政机关应当自受理行政许可申请之日起二十日内作出行政许可决定。二十日内不能作出决定的，经本行政机关负责人批准，可以延长十日，并应当将延长期限的理由告知申请人。但是，法律、法规另有规定的，依照其规定。”《中华人民共和国道路交通安全法(2011修正)》第九条第二款规定“公安机关交通管理部门应当自受理申请之日起五个工作日内完成机动车登记审查工作，对符合前款规定条件的，应当发放机动车登记证书、号牌和行驶证；对不符合前款规定条件的，应当向申请人说明不予登记的理由”。

**（三）后续程序规定不一**

法律条文中对行政行为说明理由的后续程序陈述、申辩权规定不一致，部分法律条文规定了针对行政机关说明理由行为，相对人有陈述、申辩权，以回应行政机关的行政行为，保障公权力行使的权威性，有关的法律规定有《中华人民共和国行政处罚法(2009修正)》第四十一条规定“行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前，不依照本法第三十一条、第三十二条的规定向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据，或者拒绝听取当事人的陈述、申辩，行政处罚决定不能成立；当事人放弃陈述或者申辩权利的除外。” 《中华人民共和国行政强制法》第十八条规定“行政机关实施行政强制措施应当遵守下列规定：（一）实施前须向行政机关负责人报告并经批准；……（五）当场告知当事人采取行政强制措施的理由、依据以及当事人依法享有的权利、救济途径；（六）听取当事人的陈述和申辩；……（十）法律、法规规定的其他程序。”《中华人民共和国治安管理处罚法(2012修正)》第九十四条规定“公安机关作出治安管理处罚决定前，应当告知违反治安管理行为人作出治安管理处罚的事实、理由及依据，并告知违反治安管理行为人依法享有的权利。违反治安管理行为人有权陈述和申辩。公安机关必须充分听取违反治安管理行为人的意见，对违反治安管理行为人提出的事实、理由和证据，应当进行复核；违反治安管理行为人提出的事实、理由或者证据成立的，公安机关应当采纳。公安机关不得因违反治安管理行为人的陈述、申辩而加重处罚”。部分法律条文中虽规定了行政行为说明理由但未说明相对人有陈述、申辩权，有关的法律规定有《中华人民共和国慈善法》第二十二条第一款“慈善组织开展公开募捐，应当取得公开募捐资格。依法登记满二年的慈善组织，可以向其登记的民政部门申请公开募捐资格。民政部门应当自受理申请之日起二十日内作出决定。慈善组织符合内部治理结构健全、运作规范的条件的，发给公开募捐资格证书；不符合条件的，不发给公开募捐资格证书并书面说明理由。”《中华人民共和国证券投资基金法》第五十四条规定“国务院证券监督管理机构应当自受理公开募集基金的募集注册申请之日起六个月内依照法律、行政法规及国务院证券监督管理机构的规定进行审查，作出注册或者不予注册的决定，并通知申请人；不予注册的，应当说明理由。”《中华人民共和国食品安全法(2015修订)》第七十七条第一款“依法应当注册的保健食品，注册时应当提交保健食品的研发报告、产品配方、生产工艺、安全性和保健功能评价、标签、说明书等材料及样品，并提供相关证明文件。国务院食品药品监督管理部门经组织技术审评，对符合安全和功能声称要求的，准予注册；对不符合要求的，不予注册并书面说明理由。对使用保健食品原料目录以外原料的保健食品作出准予注册决定的，应当及时将该原料纳入保健食品原料目录”。以上是对行政相对人针对行政机关说明理由行为的陈述、申辩权的法律条文分析，对行政行为说明理由的内容完善具有重要意义。

**三、行政行为说明理由的地方政府规章渊源**

行政行为说明理由的地方政府规章渊源指的是地方政府规章中有关行政行为说明理由的规定，因行政行为说明理由是行政程序法中的制度，此处我们重点关注的是地方政府规章中的行政程序规定，截止于作者撰稿日2016年9月9日我国已经出台的地方行政程序规定有8部[[[15]](#footnote-13)]，对其中行政行为说明理由条文的有关分析如下：

**（一）理由适用事实有异**

地方行政程序规定中对行政行为说明理由适用的法律事实规定不同，存在三种情况。第一，行政机关请专家或公众对决策提出建议，对于没有接受的建议，应说明理由，此举是鼓励公民、法人或其他组织积极参与国家管理，增强主人翁意识，有关的程序规定有《汕头市行政程序规定》第三十九条规定“决策承办单位应当组织专家或者研究咨询机构对重大行政决策方案草案进行必要性、可行性、科学性论证。决策承办单位应当对专家论证意见归类整理，对合理意见应当予以采纳；未予采纳的，应当说明理由。”第四十条规定“重大行政决策方案草案公布后，决策承办单位应当根据重大行政决策对公众影响的范围、程度等采取座谈会、协商会、开放式听取意见等方式，广泛听取社会各界的意见和建议。决策承办单位应当将公众对重大行政决策的意见和建议进行归类整理，对公众提出的合理意见应当采纳；未予采纳的，应当说明理由。”《江苏省行政程序规定》第三十三条规定“决策事项承办单位应当将公众对决策方案草案的意见和建议进行归类整理，对公众提出的合理意见应当采纳；未予采纳的，应当以适当方式说明理由。”《山东省行政程序规定》第三十一条规定“决策事项承办单位应当根据重大行政决策对公众影响的范围和程度，采用座谈会、论证会和互联网发布等形式广泛听取公众意见，对合理意见应当予以采纳；未予采纳的，应当以适当方式说明理由。”《湖南省行政程序规定》第三十六条第四款规定“决策承办单位应当对专家论证意见归类整理，对合理意见应当予以采纳；未予采纳的，应当说明理由。专家论证意见及采纳情况应当向社会公布。”第三十七条第二款规定“决策承办单位应当将公众对重大行政决策的意见和建议进行归类整理，对公众提出的合理意见应当采纳；未予采纳的，应当说明理由。公众意见及采纳情况应向社会公布。”《海口市行政程序规定》第三十三条规定“决策事项承办单位应当组织专家或者研究咨询机构对重大行政决策方案的必要性、可行性、科学性及合法性进行论证。决策事项承办单位应当对专家论证意见归类整理，对合理意见应当予以采纳；未予采纳的，应当说明理由。”《兰州市行政程序规定》第十八条规定“对事关经济社会发展全局、影响经济社会长远发展或者技术含量高、专业性强的事项，决策承办单位应当组织专家或者研究咨询机构对重大行政决策方案的必要性、可行性、科学性及合法性进行论证。专家论证意见应当作为政府决策的重要依据。决策事项承办单位应当对专家论证意见归类整理，对合理意见应当予以采纳；未予采纳的，应当说明理由。”第十九条规定“决策事项承办单位应当根据重大行政决策对公众影响的范围和程度，采取书面征求意见、发放调查问卷、召开座谈会、举行听证会、专家咨询论证、公示等方式广泛听取公众意见，对合理意见应当予以采纳；未予采纳的，应当以适当方式说明理由”。第二，行政机关作出影响当事人合法权益或者增加其义务的行政行为时应说明理由，此处规定内容较为宽泛，对公民、法人或其他组织的保护更为全面，有关的程序规定有《汕头市行政程序规定》第五十六条第二款规定“行政机关作出影响当事人、利害关系人合法权益或者增加其义务的行政执法决定前，应当告知行政执法决定的事实、理由和依据；当事人、利害关系人有权陈述和申辩。行政机关作出行政执法决定，应当依法告知行政复议或者行政诉讼的权利、期限和途径。”《江苏省行政程序规定》第六十一条规定“行政执法决定限制公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的，应当说明决定的理由。”《山东省行政程序规定》第九条规定“行政机关实施行政行为，可能影响公民、法人和其他组织合法权益的，除法定情形外，应当书面告知其事实、理由、依据，陈述权、申辩权，以及行政救济的途径、方式和期限。”《西安市行政程序规定》第六条规定“行政机关实施行政行为，可能影响公民、法人或者其他组织合法权益的，除法律规定的特别情况外，应当事前向其告知，说明做出行政行为的依据和理由，并听取其陈述和申辩”。第三，一方当事人向行政机关申请调解，另一方当事人不同意或不符合法律规定，调解无法进行，行政机关需要向申请人说明理由，有关的程序规定有《汕头市行政程序规定》第一百二十四条规定“行政机关收到公民、法人或者其他组织请求调解民事纠纷的申请后，经审查符合条件的，应当及时告知民事纠纷另一方；另一方同意调解的，应当受理并组织调解。不符合条件或者一方不同意调解的不予受理，并向申请人说明理由。”《江苏省行政程序规定》第九十二条规定“行政机关收到公民、法人或者其他组织请求调解民事纠纷的申请后，经审查符合条件的，应当及时告知民事纠纷另一方；另一方同意调解的，应当受理并组织调解。不符合条件或者一方不同意调解的不予受理，并向申请人说明理由。”《湖南省行政程序规定》第一百一十八条规定“行政机关收到公民、法人或者其他组织请求调解民事纠纷的申请后，经审查符合条件的，应当及时告知民事纠纷另一方；另一方同意调解的，应当受理并组织调解。不符合条件或者一方不同意调解的不予受理，并向申请人说明理由。”《西安市行政程序规定》第一百零九条“行政机关收到公民、法人或者其他组织提出的行政调解申请后，经审查符合条件的，应当五日内告知被申请人；被申请人同意调解的，应当受理并组织调解。不符合条件或者一方不同意调解的不予受理，并向申请人说明理由。”《宁夏回族自治区行政程序规定》第九十四条规定“行政机关接到当事人要求调解的申请后，经审查认为符合受理条件的，应当及时受理；不予受理的，应当向当事人说明理由。调解应当制作笔录，并在三十日内调解完毕”。以上是以行政行为说明理由适用的法律事实为标准对地方行政程序规定中行政行为说明理由规范条文的简单表述。

1. **理由陈述方式统一**

地方行政程序规定中对行政机关说明理由方式的规定较为统一，基本方式为以书面为主，当出现紧急情形时，方可使用口头方式，但法律规定以书面形式的除外，体现国家对公民权利的尊重，有关的程序规定有《汕头市行政程序规定》第五十六条第一款规定“行政机关在行政执法过程中应当依法履行告知义务。行政执法告知应当采用书面形式；情况紧急时，可以采用口头等其他方式，但依法应当采取书面形式告知的除外。”《江苏省行政程序规定》第四十六条第二款规定“行政执法的告知应当采用书面形式。情况紧急时，可以采用口头等其他方式。但是依法应当采取书面形式告知的除外。”《湖南省行政程序规定》第六十二条第二款规定“行政执法的告知应当采用书面形式。情况紧急时，可以采用口头等其他方式。但法律、法规、规章规定必须采取书面形式告知的除外。”《海口市行政程序规定》第四十六条第三款规定“行政执法告知应当采用书面形式；情况紧急时，可以采用口头等其他方式，但依法应当采取书面形式告知的除外。”《宁夏回族自治区行政程序规定》第八条规定“行政机关行使行政职权可能影响公民、法人和其他组织合法权益的，除法定情形外，应当书面告知其事实、理由、依据及其依法享有的陈述权、申辩权、救济途径、方式和期限”。另地方行政程序规定中对简易程序行政行为说明理由的方式有特别规定，与基本规定方式不同，允许行政机关以口头形式说明，有关的行政程序规定有《汕头市行政程序规定》第八十条规定“对适用简易程序的事项，行政执法人员可以口头告知当事人行政执法决定的事实、依据和理由，并当场听取当事人的陈述与申辩。当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政执法人员应当采纳；不采纳的应当说明理由。”《江苏省行政程序规定》第七十条规定“行政机关对适用简易程序的事项可以口头告知当事人行政执法决定的事实、依据和理由，并当场听取当事人的陈述与申辩。当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政机关应当采纳；不采纳的应当说明理由。”《山东省行政程序规定》第八十八条规定“行政机关依职权启动行政执法程序的，对事实清楚、当场可以查实、有法定依据且对当事人合法权益影响较小的事项，行政机关可以适用简易程序，当场告知当事人行政执法决定的事实、理由和依据，听取当事人的陈述与申辩，当场作出行政执法决定，并在5日内报所属行政机关备案。”《湖南省行政程序规定》第八十八条规定“行政机关对适用简易程序的事项可以口头告知当事人行政执法决定的事实、依据和理由，并当场听取当事人的陈述与申辩。当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政机关应当采纳。不采纳的应当说明理由。”《海口市行政程序规定》第七十八条规定“对适用简易程序的事项，行政机关执法人员可以口头告知当事人行政执法决定的事实、依据和理由，并当场听取当事人的陈述与申辩。当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政执法人员应当采纳；不采纳的应当说明理由。”《兰州市行政程序规定》第六十九条规定“行政机关对适用简易程序的事项可以口头告知当事人行政执法决定的事实、依据和理由，并当场听取当事人的陈述与申辩。当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政机关应当采纳。不采纳的应当说明理由。”《宁夏回族自治区行政程序规定》第四十九条规定“行政机关依职权启动行政执法程序的，对事实清楚、当场可以查实且有法定依据的事项，可以依法适用简易程序，当场告知当事人行政执法决定的事实、理由和依据，听取当事人的陈述与申辩，当场作出行政执法决定”。以上是对地方行政程序规定中行政机关说明理由方式规范条文的简单陈述。

1. **不说明理由情形**

地方行政程序规定中不仅对行政行为说明理由内容详尽表述，对行政机关可以不说明理由的情形也有所规定，如《山东省行政程序规定》第八十七条规定“有下列情形之一的，行政执法决定可以不说明理由：（一）行政执法决定有利于当事人的，但是第三人提出异议的情形除外；（二）情况紧急，行政机关无法说明理由的；（三）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的；（四）有关资格考试、专门知识的；（五）法律、行政法规规定可以不说明理由的其他情形。有前款第二项情形，当事人自行政执法决定送达之日起30日内要求行政机关书面说明理由的，行政机关应当书面说明。”《兰州市行政程序规定》第六十四条规定“有下列情形之一的，行政执法决定可以不说明理由：（一）行政执法决定有利于当事人的，但是第三人提出异议的情形除外；（二）情况紧急，行政机关无法说明理由的；（三）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的；（四）有关资格考试、专门知识的；（五）法律、行政法规规定可以不说明理由的其他情形。有前款第二项情形，当事人自行政执法决定送达之日起30日内要求行政机关书面说明理由的，行政机关应当书面说明。”《宁夏回族自治区行政程序规定》第四十八条规定“有下列情形之一的，行政执法决定可以不说明理由：（一）行政执法决定有利于当事人的，但是第三人提出异议的情形除外；（二）情况紧急，行政机关无法说明理由的；（三）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的；（四）法律、法规规定可以不说明理由的其他情形。有前款第二项情形，当事人自行政执法决定送达之日起三十日内要求行政机关书面说明理由的，行政机关应当书面说明”。

1. **后续程序规定内容**

地方行政程序规定既正面阐述行政行为说明理由制度，又对行政机关未说明理由时，其行政行为效力如何，是否存在后续补救措施作了些许规定，《汕头市行政程序规定》第一百六十七条规定“行政执法行为有下列情形之一的，应当责令改正或者变更：（一）未说明理由且事后补充说明理由，当事人、利害关系人没有异议的；（二）文字表述错误或者计算错误的；（三）未载明决定作出日期的；（四）程序上存在其他轻微瑕疵或者遗漏，未侵犯公民、法人或者其他组织合法权利的。改正或者变更应当以书面决定的方式作出。”《山东省行政程序规定》第一百二十九条规定“行政决定有下列情形之一的，应当以书面形式补正或者更正：（一）未说明理由，但是未对公民、法人和其他组织的合法权益产生不利影响的；（二）程序存在轻微瑕疵，但是未侵犯公民、法人和其他组织合法权益的；（三）文字表述错误或者计算错误的；（四）未载明作出日期的；（五）需要补正或者更正的其他情形。”《湖南省行政程序规定》第一百六十四条规定“具有下列情形之一的，行政执法行为应当予以补正或者更正：（一）未说明理由且事后补充说明理由，当事人、利害关系人没有异议的；（二）文字表述错误或者计算错误的；（三）未载明决定作出日期的；（四）程序上存在其他轻微瑕疵或者遗漏，未侵犯公民、法人或者其他组织合法权利的。补正应当以书面决定的方式作出。”《西安市行政程序规定》第二十九条第一款规定“行政处理有下列情形之一的，作出行政处理的行政机关应当主动或者应公民、法人或者其他组织申请予以补正：（一）未说明理由但对当事人的合法权益没有实质性影响的，行政机关可在事后说明理由；（二）行政处理决定文字表述或者计算错误的；（三）行政处理决定已载明处理主体但未盖章的；（四）行政处理决定未载明日期的；（五）具有可撤销情形的行政处理作补正处理对相对人更为有利，且不损害社会公共利益的；（六）需要进行补正的其他情形。”《宁夏回族自治区行政程序规定》第一百零九条规定“具有下列情形之一的，行政执法行为应当予以补正或者更正：（一）未说明理由且事后补充说明理由，当事人、利害关系人没有异议的；（二）文字表述错误或者计算错误的；（三）未载明决定作出日期的；（四）程序上存在其他轻微瑕疵或者遗漏，未侵犯公民、法人或者其他组织合法权利的。补正应当以书面决定的方式作出”。以上是对法律法规规章规定行政机关应当说明理由，而行政机关未说明理由时，其行为效力以及如何采取补救措施的程序规定的简单介绍。

**四、行政行为说明理由展望**

我国尚未出台统一的行政程序法，但单行法律《中华人民共和国行政许可法》《中华人民共和国行政处罚法》《中华人民共和国行政强制法》等早已颁布，地方行政程序规定《湖南省行政程序规定》《汕头市行政程序规定》《山东省行政程序规定》《西安市行政程序规定》《海口市行政程序规定》《江苏省行政程序规定》《宁夏回族自治区行政程序规定》《兰州市行政程序规定》已相继发布，学术界有关行政程序法内容的探讨一直如火如荼。作为行政程序制度之一的行政行为说明理由制度不可避免的将出现在行政程序法的内容中，针对行政行为说明理由如何规定，笔者通过对以上法律、地方政府规章的深入分析整理，认为针对行政行为说明理由制度我们需要明确以下内容，哪些情况需要行政机关说明理由？行政机关以何种方式说明理由？行政机关说明的理由包含哪些内容？行政相对人不同意行政机关的说明该如何处理？下面笔者将针对这些问题，提出自己的建议。

1. **行政行为说明理由适用条件**

法律法规规章规定行政机关应当说明理由的情况；“对于行政机关而言，在法律明确规定的情况下，行政机关应当说明理由自不待言，但是在法律没有明确规定的情况下，行政机关是否要说明理由、在何种范围内作出理由说明、其效力如何等并非不证自明的论题”[[[16]](#footnote-14)]笔者认为行政相对人认为行政机关的行政行为侵犯其合法权益并以书面方式提出申请要求行政机关说明理由的情况也应包含于行政机关应当说明理由的范围。

1. **行政行为说明理由使用方式**

法律法规规章对行政行为说明理由的方式有规定的，遵照规定，没有规定的，以书面形式说明，书面形式确有困难的，以口头方式，但应取得行政相对人的同意。

1. **行政行为说明理由包含内容**

行政机关说明的理由应包含行政行为行使的法律法规规章依据、事实以及二者之间的印证，应尽量用通俗易懂、行政相对人能够接受的方式解释。

1. **行政行为说明理由对方应对**

行政相对人针对行政机关说明的理由，有陈述、申辩权，当事人行使了陈述、申辩权后，若行政机关的最后处理结果仍令当事人不满意，当事人可就行政机关的行政行为申请行政复议或行政诉讼。

**参考文献**

[1]章剑生，行政行为说明理由判解[M]，武汉大学出版社，2000.

[2]张兆成，行政法律行为论纲[M]，人民出版社，2013.

[3]关保英，行政法学（上下册）[M]，法律出版社，2013.

[4]应松年，行政诉讼法学[M]，政法大学出版社，2015.

[5]邹东升，公共行政学[M]，北京大学出版社，2014.

[6]胡建淼，行政法学[M]，法律出版社，2010.

[7]杨金晶，行政行为说明理由地方考—以八部地方行政程序规定比较为视角.研究生法学，2014-4.

（责任编辑：钟彩清）

**论刑事诉讼法的法律价值之演进**

李明哲[[17]](#footnote-15) \*

**摘 要**：1979年《刑事诉讼法》是我国改革开发以来制定的首部法律。任何法律本身即是一套价值体系，不同法律价值赋予法律以不同社会、政治与道德目标。法律价值并非变动不居，而是在历史的进程中呈现出调整与更新的样态。从刑事诉讼法的立法史出发，勾勒出刑诉法立法所呈现的价值演进之基本面貌，即是从秩序向人权演进。刑诉法的法律价值之演进与社会、政治的变迁之间联系紧密，而社会与政治则是此演进所蕴含的基本逻辑。

**关键词**：秩序 人权 法律价值 刑事诉讼法

**引论**

从清末以来，中国进入了一个长久的社会转型期，法律转型即是题中应有之意[[[18]](#footnote-16)]。1978年，我国拉开了改革开放的大幕，法制建设赢得了难得的历史机遇。1979年，中国制定了改革时期的第一部法律，即《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称“刑诉法”）。[[[19]](#footnote-17)]刑诉法的理念与规则紧随时代的步伐，响应了时代变革的主流需求，[[[20]](#footnote-18)]先后经历了1996年、2012年两次修订，[[[21]](#footnote-19)]逐步形成了一部较为完善的刑事诉讼法典。

改革近四十年来，刑诉法经历了一次制定与两次修改，看似波澜不惊的立法过程却实实在在地呈现了法律规则与法律体系的不断合理化与专业化，体现了科学立法的基本要求。同时，透过刑诉法的立法过程，亦可发现刑诉法背后的价值与理念之演进展现了法律与政治、文化、经济、社会的多维互动。如此，观察与分析刑诉法制定与修改背后的法律价值变迁，某种程度而言，则是勾勒了中国改革时期法治发展的基本图景。换言之，整个刑诉法的立法史即是中国现代法治的发展史。

法律本身即是一套价值体系，法律价值是法律实践的出发点，它直接关系着人的生存与幸福。[[[22]](#footnote-20)]就法律运行而言，法律价值贯穿于立法、司法、执法与守法之中。就立法与司法而言，在立法过程中，立法者对利益的分配既是认知历史与现实的经验，亦是考量多元化的价值理念。立法者将多样的价值诉求融入法律之中，渗透在每一法条的字里行间，表达着对传统的尊重与未来的期许。任何背离社会基本价值认同与趋势的法律，即便不被称之为恶法，其也难以在实践中发挥应有的作用。在司法过程中，法官行为展现的是对事实的认定与规则的适用，而背后则蕴含着法官对正义、公平、秩序、人权、效率等价值的基本衡量。价值衡量既源于法官对法律价值的规范认知，亦来自于决定法律价值的经验基础。社会的变迁带来价值的变与不变，刑诉法背后的价值逻辑展现了法律价值与不同领域所产生的诸种勾连。

本文基于中国改革的时代背景，从刑诉法的立法史出发，试图勾勒出刑诉法立法所呈现的价值理念演进之基本面貌；拟从法律与社会科学的多维度视角，试图阐述刑诉法之法律价值的演进与社会、政治等变迁之间的联系，分析法律价值演进的基础，并以此为基础尝试阐释此演进所蕴含的基本逻辑。

**一、刑诉法立法简述**

对于中国而言，1979年是一个极其重要的年份。从混沌中走出的人民共和国面临着二次创业，饱经风霜的中国毅然抛弃了“以阶级斗争为纲”的革命话语及其意识形态，拨乱反正，从“革命法制”转向了对现代法制的追求。从1979年开始的立法活动显示了中国建设法制的决心，而此决心在2011年达到高潮——我国自信地宣示：中国特色社会主义法律体系已经形成。就我国法制发展史来看，1979年制定刑诉法是结束前一个时期“无法无天”的“革命”状态的重要法律尝试。制定1979年刑诉法是中国现代法制发展的里程碑，是中国社会转型在法律上的投影。刑诉法不仅使刑事司法活动在法律框架内运行、使刑事案件的处理有规则可循，而且更重要的意义是奠定了一系列规范价值的基础。刑诉法作为程序法，从某种程度而言，对其独立的程序价值的认可即是对我国传统“重实体、轻程序”的扭转，平衡实体与程序则是刑诉法需要解决的重要问题。值得注意的是，1979年刑诉法第8条[[[23]](#footnote-21)]及总则所规定的“辩护”，从制度上确立了律师制度的合法性，更深远则是对犯罪嫌疑人或被告人权利的尊重与保障。[[[24]](#footnote-22)]毫无疑问，1979年刑诉法填补了我国刑事程序法的制度空白，而从法律价值而言，虽然可以从辩护制度中一窥权利保障的萌芽，但是权利并未成为刑诉法价值的核心。基于当时的政治形势与社会情况，无论在立法与司法实践[[[25]](#footnote-23)]中，秩序与效率价值显得比公平、正义、人权等价值更为重要，而这亦是无可厚非的。

经过一段时间的立法与司法实践，为刑诉法中的“敌我斗争”思维解毒、完善刑事诉讼制度体系成为法律界的共识。1996年，李步云等著名法学家建言改“法制”为“法治”[[[26]](#footnote-24)]，一字之易远不止语义学意义，简言之，法治更加贴合现代国家的基本治理结构和目标。同年，刑诉法迎来了首次修改。是次修改中，引人注目的是以“犯罪嫌疑人”取代“人犯”[[[27]](#footnote-25)]，并进一步强调对犯罪嫌疑人的权利保障[[[28]](#footnote-26)]，一方面体现了无罪推定原则的贯彻，从法律上否定了“未审定罪”的倾向，另一方面这些努力则是直接体现了刑诉法对人权价值的继续深化。另外，“纠问式诉讼”对“对抗式诉讼”的吸收，改革了庭审模式，亦间接对辩护制度进行了强化，表面是力图消解了法官不中立的形象，根本上，则是强调对权利或人权的保障。1996年刑诉法的修改造就了新刑事司法制度，无论从制度还是价值来看，刑诉法基本实现了从传统向现代的转型[[[29]](#footnote-27)]。

2004年“人权入宪”，作为宪法原则的尊重和保障人权奠定了人权在宪法法律上的重要地位，甚至可以说，人权原则的确立将从根本上改变中国法律的观念基础，促使法律运行诸过程的价值选择更趋于现代法治要求。刑诉法不仅是我国法律体系中“涉宪性”的基本法律，而且其直接关涉着人权问题[[[30]](#footnote-28)]，刑诉法与宪法原则相协调迫在眉睫。2012年，刑诉法的修改核心即是平衡惩罚犯罪与人权保障[[[31]](#footnote-29)]，而“以尊重和保障人权为主题”[[[32]](#footnote-30)]的修法则首次使保障人权的宪法原则载入我国的部门法之中，而如确立非法证据规则，更是将刑诉法的人权保障属性表现得淋漓尽致。

由刑诉法的三次立法行为观之，就法律价值而言，虽然在惩罚犯罪与保障人权、公平与效率间存在时代之局限，意即惩罚强过权利之保障，效率优先于对公平的强调，但是，权利/人权一直列于刑诉法的价值序列之中，而且显而易见的是人权逐步成为价值序列中的高级规范。人权是“世界潮流”、人类基本价值，这些都是从广义及广阔的层面给出关于人权的论断，具有明显普世性意味。当然，人权作为规范价值，其伦理化趋势无可避免[[[33]](#footnote-31)]，但是就本文所粗线条勾勒的刑诉法价值发展轨迹而言，呈现的法律价值依旧是经验上的认知，即讨论的是刑诉法的法律价值在历史进程中是什么，而非规范意义的应当如何。总之，在刑诉法所呈现的基本价值中，公平与正义是刑诉法根基性的价值要求，秩序与人权，效率则更多是技术性的考量。从历史经验来看，我国刑诉法在价值选择上，从重视秩序逐步转向重视人权，此趋势以中国社会的变迁为基础。

**二、法律价值演进的基础**

中国进入改革开放时代以来，国家经济实力和人民生活水平逐步提高，人民的权利意识勃兴，背后对应的是对人治的彻底否定及对法治的高度宣扬。现代法治的基本要求就是通过法律对权利/人权的肯定与认可，而前者正是以后者为前提的[[[34]](#footnote-32)]。建设法治社会，最基本的是要使法律成为人们的基本生活方式，使权利融入人们的生活经验认知之中。对于公民权利的保障，涉及的是对公民法律地位的认可，对法律规范的合理适用，而更为根本的是将尊重和保障人权的宪法原则贯彻于法律运动的方方面面。毫无疑问，受刑事追诉者是最易受到权利侵害的群体，面对国家机关的强势，甚至媒体对信息的垄断，“民愤”使受刑事追诉者的权利时刻处于危机之中，这并非特例，某种程度而言，这即是常态。冤假错案存在的可能性及难以避免性使对受刑事追诉者的权利保障具有明显的现实基础，使最脆弱的人之权利得到切实保障，是维护社会秩序，建立现代法治社会的现实需求。[[[35]](#footnote-33)]

就我国建设法治的目标而言，一方面是要建立自身特色的法律体系，另一方面则是要融入全球法治、借鉴有益的人类法治经验，强调刑诉法的人权价值实际就是要完成了上述两方面的要求。帝制中国的礼法体制，虽被斥为“道德干涉法律”，但是法律何尝不是源于道德，“德性的践履”与“权利的实行”本就可以并行不悖，[[[36]](#footnote-34)]二者共同构筑了理解我国政治与法律制度的基本维度。“我们的时代是权利的时代。人权是我们时代的观念，是已经得到普遍接受的唯一的政治与道德观念。”[[[37]](#footnote-35)]在刑诉法中落实对人权的尊重与保障是对世界发展趋势的正确认知，亦是融入全球法治/人权治理的基本步骤。人权在我国长期被误解、曲解，如何为人权“脱敏”成为中国法治建设的重要问题。[[[38]](#footnote-36)]实际上，在法律实践中，落实人权宪法原则就是“脱敏”的最佳步骤；就法律运行而言，实现与完善人权的司法保障既是践行法律价值的内在要求，亦是为建构中国的人权话语[[[39]](#footnote-37)]积累了经验。可以说，刑诉法对法律价值的践行从国内与国际两个层面均具有必然性。

刑诉法的价值序列上的诸种价值在重要性上毋庸置疑，唯一不同的仅是重视程度与现实需要的不同。在刑诉法的制定与修改中，法律价值并非固守僵化，而是逐步变迁，若从整体上看，可以说，刑诉法的法律价值是从秩序到人权的演进，演进的基础则是我国经济、社会所经历的历史性变革。

**三、法律价值演进的逻辑**

一般而言，法律立基于社会习俗（social conventions），如此，法律价值所体现的法律规范需求（normative demands）则亦不可脱离社会。[[[40]](#footnote-38)]法律价值深植于人们内心，展现了人们对历史传统、社会实践与理想生活的追求。实际上，法律所具有的强制力使之明显区分其他一般性习俗，而其规范需求则具有更为广泛的塑造能力。如此，法律价值本身源于社会实践，而法律价值因其属性而对形塑社会拥有巨大影响力。从经验维度来看，刑诉法的价值演进最基本的就是社会逻辑，此逻辑的基础是价值对于事实的反馈，即法律价值对于社会诉求的提炼。法律价值应建立于社会共识的基础上，推行单边的价值理念结果是撕裂社会，如美国宪法曾经不切实际推行禁酒令[[[41]](#footnote-39)]，其背后是限制自由价值，最终结果反而使社会秩序陷入混乱的危局。总之，法律价值演进的社会逻辑核心在于对社会状况与需求的深刻认识，重视现实需求就是要克制将不符合社会发展实际的道德规范、宗教戒律等纳入法律，以避免有法难行，甚至“好心办坏事”的情况发生。

刑诉法从1979年诞生到1996年、2012年两次修改，除了反映了整个中国社会的发展，亦呈现了中国政治的进步。改革以来，刑诉法的法律价值从秩序、效率到人权，政治是此演进背后所蕴含的基本逻辑。法律必须以政治为基础，其运行的整个过程必须得到政治力量的强大支持，否则，法律不仅仅是纸面上的法，更是潜在的破坏性力量。法律与政治的内在关联并非人为建构而是客观事实，承认法律与政治的关联性是为了更好地建立规则，否则法律就成了脱离现实需要的空谈义理，轻则制造不公，重则导致秩序混乱。法律与政治均与利益相关，而政治在事实与逻辑上要先于法律，如此政治则是法律发展的根本动力。[[[42]](#footnote-40)]1978年，中国开始改革开放，在邓小平、彭真等的领导与推动下，中国法律体系开始重建。首当其冲的是对秩序的恢复，而1979年的刑诉法则以秩序为价值要旨。在接下来的十余年，刑诉法在惩罚犯罪中贯彻了对秩序价值的坚持。1997年党的十五大宣布建设社会主义法治国家，依法治国成为基本方略，虽然于时间上晚于刑诉法的修改，而实际上，提出法治是经过长期酝酿，“要法治，不要人治”早已成为共识。此次修改重视程序正义，将刑诉法的正义价值进行了多维度重构。2004年宪法修改纳入人权原则，对于人权的重视已经提升到国家根本法的地位。作为首部落实人权宪法原则的部门法，刑诉法对于人权价值的重视从各项具体刑事诉讼制度中即可明显发现。由此，不难从刑诉法制定与修改的政治背景中发现，政治作为法律发展的动力源，重大的政治或法治事件对法律产生了直接影响，成为法律价值演进的重要且基本影响因素；而政治的诸多诉求亦通过法律得到宣示，如此，法律价值在演进中所蕴含着政治逻辑则是显明而重要的。

**余论**

自1978年以来，中国追求建立现代法治的热情从未减弱，“依法治国”成为党和国家的基本方略之后，“全面建设法治”更是从全方位鼓舞着法治建设的稳步推进。以惩罚犯罪与保障人权为目标的刑诉法是我国刑事司法制度的基本法律依据，“法律是治国之重器，良法是善治之前提。”要避免恶法的出现势必重视蕴含于制度与规则之中的法律价值。刑诉法搭起了连接国家机关与受刑事追诉者、受害人的桥梁，桥梁的牢固与可靠在于质料，而质料的核心在于蓝图与理念。法律价值作为刑诉法构建与运行的基本理念，其规范属性并非是要构建一个空中楼阁，或是建立一个价值的“天城”，而于实践中一无是处。实际上，无论是立法还是司法，法律价值均发挥着它固有的作用，在规范属性之外，其经验属性造就其实践的可能性，使它影响着立法者与法官的思维，而这一思维则以社会与政治的合理经验为基础。要建设现代法治，势必难以逃避种种难题与困境，但是，随着社会共识的逐步凝结，对社会需求的妥当回应，中国特色社会主义法治必然会随着中国政治、社会的进步而成为世界法治诸种模式中的模范。

（责任编辑： 张学敏）

**大数据时代下个人信息权的法律保护研究**

朱垒[[43]](#footnote-41)\*

**摘 要：**科技革命的发展使人们能够便捷地获取信息、分享信息，作为一种有个人识别性的个人信息数量而呈现暴增的趋势。随着大数据时代的到来，仅作为识别符号的个人信息开始逐渐转变成一种具有巨大价值的资源。人们在享受科技带来的便利的同时也面临着巨大的风险，近年来侵害个人信息的不法行为日益增多，个人信息不法收集、泄露、非法使用等现象频发。然而我国尚未对个人信息进行专门立法。一些个人信息保护制度也是分布在各个法律部门零散条文规定中。而传统的司法将个人信息侵权案件适用侵犯隐私权、肖像权等法律规范处理。然而很多个人信息权侵害案件不能寻求合理的法律救济。个人信息流转与保护的价值冲突的平衡也成为了各社会科学的难题。在法学界个人信息法律保护研究成了近年来学者研究的热点。本文中笔者从大数据着手，分析大数据时代下的个人信息，对其进行概念的厘定，并结合现今紧迫的形势，通过研究个人信息权的涵义，与隐私权进行区别分析，进一步阐明个人信息权法律保护的必要性。此外，笔者进一步对域外的相关法律制度进行比较法分析，从而提出相关制度构想。

**关键词：**个人信息 个人信息权 信息自决 大数据 法律保护

**引 言**

随着物联网、云计算、云储存等高科技的迅猛发展，加之微博、微信、淘宝等各类新媒体方式的涌现，人们每天进行的信息活动都会产生大量的数据，数据呈现出了爆炸式的增长趋势，“大数据”一词出现在人们的视野中。为了处理海量的数据，信息实务界开发了“大数据挖掘”（Data Mining）和联机分析处理（OLAP）等工具，通过精确定位、快速捕捉与分析，从海量数据中提取出有价值的内容。在大数据时代背景下，数据由量变走向了质变，成为了一种新型掘取利益的资源库。在大数据时代下，个人信息除了具有身份识别和相互交往的价值外，还作为一种重要资源被赋予了经济价值。这些个人信息通过数据的形式被收集、整合、分析和利用，个人信息安全迎来了前所未有的挑战。近年来网络上出现不少非法收集、倒卖、散布、披露公民个人信息的乱象，导致公民个人信息安全受到很大冲击，同时也对国家安全巨大威胁。我国法律对个人信息的保护力度相对偏弱，一些相关保护条文也只是分布在部门法规范和行业规范中。如我国刑法修正案九规定，对违反国家规定向他人出售或提供公民个人信息情节严重的采取刑事处罚。此外，我国对个人信息保护的范畴仅限于隐私权部分，然而由于个人信息与隐私并不可等同而语，因此有必要单独对个人信息进行全面的法律保护。在我国研究个人信息保护的法学学者为数不多，大多集中在计算机科学领域，其中最早研究从法学视角研究个人信息保护问题的是史卫民教授。鉴于以上现状，笔者尝试从法学视角，对大数据时代下个人信息的涵义进行研究，结合大数据时代背景下个人信息面临的挑战，对个人信息权的概念、特征、实质、内容等进行研究，考察域外的相关法律制度，最终找出一条适合我国国情的个人信息保护之路，在大数据科技发展和个人信息保护价值冲突中寻找平衡。

**一、大数据时代下的个人信息概述**

**（一）大数据时代概述**

1998年Cass.T在一篇名为《A Handler of Big Data》的论文中首次提出“大数据”这一概念。美国麦肯锡研究院于2011年5月发表的名为《The next frontier for innovation,competition and productivity》的论文中首次对大数据进行定义，此后大数据在商业领域引起巨大反响。西方发达国家将其上升为国家政策，而我国在2015年李克强总理提出的“互联网”+计划强调大数据与制造业的结合发展。所谓大数据，根据麦肯锡的定义可知，大数据是数据体超出传统数据库可以承载、处理、计算的庞大数据集合。通俗而讲，大数据就是通过从海量的、多样化的数据中快速的采集、整合、分析，从中挖掘出有价值的信息，这些信息这些处理可以为社会主体提供判断依据，其涉及面广至政府宏观调控、企业经营决策、个人行为选择等各个方面。正如2016年5月12日“浙朵云”文化产业大数据服务平台的启动，企业可以通过“浙朵云”了解消费者的文化需求，政府也可以通过这个平台更好地对企业进行管理。“浙朵云”由文化产业数据、资讯、服务三大版块组成，整合了浙江乃至全国的文化产业数字资源，浙江文化企业可以通过大数据技术，对大规模人群的喜好进行分析，从而明确目标受众的品味和需求，创造出适销对路的文化产品。“浙朵云”除了为企业提供服务之外，也为政府的管理提供了方便。相关企业的目标客户、发展方向等都会存入数据库，政府则可以通过分析这些数据，提高决策的准确性，更好地制定发展战略。[[[44]](#footnote-42)]（引用http://zjnews.china.com.cn/yuanchuan/2016-05-15/81029.html）

目前对于大数据的特征，普遍通说是典型的4V特点：即volume、variety、value、velocity。首先，volume代表数据量的巨大和庞杂。其次，variety代表数据类型的多样化。大数据中包括交易数据、交互数据、传感数据等类型。再次，value代表了数据价值的巨大。有学者将大数据比喻为“未来的石油”，大数据的价值也在日益凸显。最后，velocity代表大数据处理技术速度快。这四点特征之间有隐含的内在逻辑关系。数据的大量和多样性使其可挖掘的价值就高，而处理海量庞杂的数据，必须提高技术水平，提高数据处理的速度，从而适应这样一个快速的大数据时代。如今云计算等科技的出现解决了这一问题，当然，大数据的时代正在向前发展，未来的大好趋势也显而易见。

在如今这样一个网络时代，大数据主要来源于互联网终端、移动终端、社交网络平台和网购平台。人们在社交平台上的信息以及网络交易的信息等都是形成大数据的源泉。同样，通过移动终端如健康手环等上传的个人信息都将被作为大数据进行处理。大数据时代给我们的生活带来了巨大变革，对于数据的处理重视整体分析和数据之间的相关关系，处理数据得出的是某一事物的发展趋势，其强大性让人不由担心未来信息保护的问题严峻性。大数据时代的到来给社会科学带来了一大难题，就是科技自由发展与个人信息保护之间的价值冲突。为平衡这一问题，必须在制度上做好建设工作。

**（二）大数据时代个人信息概述**

个人信息是什么？法律为何给予个人信息保护？这是本篇论文研究的重点。个人信息与我们的生活息息相关，它代表了我们的生活轨迹，与我们的人格尊严、生活自由紧密相连。尤其在大数据时代背景下，个人信息还会产生巨大的利益价值。对其概念的澄清有助于法律提供适当的保护，同时也有助于建立完善的相关制度架构。

1.个人信息的概念厘定

个人信息这一概念由来已久，各国学界和立法机关也对个人信息有着不同的认识。根据王利明教授的观点，个人信息是指与特定个人相关联、反应个体特征的具有可识别性的符号系统，包括个人身份、工作、家庭、财产、健康等方面的信息。国家工商行政管理总局2015年1月5日发布的《侵害消费者权益行为处罚办法》中规定，消费者个人信息是指经营者在提供商品或者服务活动中收集的消费者姓名、性别、职业、出生日期、身份证号、住址、联系方式、收入和财产状况、健康状况、消费状况等能够单独或者与其他信息结合识别消费者的信息。1981年欧洲理事会通过的《保护个人信息自动化处理公约》对个人信息界定为已识别或可识别的与个人相关的任何信息。也有学者采用隐私型定义法，认为个人信息是不愿为他人知道的个人秘密或者为少数人知悉的个人私事。美国立法也将隐私权囊括了大部分的个人信息内容。然而在我国隐私与个人信息并不能等同，两者具有相互交叉重叠性。下文的个人信息权与隐私权的界分时会对此进行详细阐述。台湾地区以及欧盟相关条约中提到的 “个人数据”一词实际上与个人信息的内涵基本相同，只不过提法不同。结合众多定义，笔者发现，个人信息有两个突出特点，首先其主体仅限自然人，法人或其他组织除外。其次，信息的识别性是关键，即通过个人信息单独或其他信息结合识别出个人。综合下来，笔者认为，大数据时代下的个人信息是指具有能够通过快速数据处理技术对大数据中的个人信息进行单独或者结合其他信息进行处理从而能够识别出具体个人的信息。而能够成为法律意义上的个人信息，必须是对于能够具体识别自然人的个人信息进行非法处理会对自然人的人格利益甚至财产利益构成侵害的那一部分信息。自然人的个人信息范围很广，包括其生活的方法面面，如个人基本信息、健康状况、财产状况、性行为状况、家庭状况等。

2.个人信息的类别划分

（1）按公开状况，分为公开的个人信息和未公开的个人信息

按照个人信息是否对外界公开的情况，可以将个人信息分为公开的个人信息和未公开的个人信息。公开的个人信息是指可以为不特定的第三人通过特定、合法的途径获取、知悉的个人信息，如各类百科中的相关人物百科。个人信息的公开不代表其他人可以随意擅自的使用，同时由个人信息带来的财产收益也不是理所当然的让渡给他人。但个人信息一旦公开，就丧失其享受隐私权法律规范的保护。但即便如此，基于信息的人格属性和财产属性，法律都应当给予其他的私法保护。与此相对的是未公开的个人信息。未公开的个人信息是指未向不特定第三人公开的相对隐秘的个人信息。未公开的个人信息不等同于隐私。隐私是指排除涉及公共利益的一部分的自然人不愿披露的具有私密性的信息或私人活动。而未公开的个人信息只是自然人选择将其个人信息隐匿，而这些信息并非都具有隐私特征，比如个人的相关违法信息。区分信息是否公开的意义在于其未来程序设计可以根据个人信息的不同适用的相对合适的法律制度。

（2）按敏感情况，分为敏感的个人信息和碎琐的个人信息

按照个人信息的敏感程度，将个人信息划分为敏感的个人信息和碎琐的个人信息。敏感的个人信息是指与自然人的权利与自由关联较大的，若被非法利用将对自然人造成巨大损害的个人信息，例如犯罪记录。然而敏感一词在严肃理性的法律规范中很难得到肯定，由于每个人对敏感的认知程度不同，对其定义也难得到一个统一的界定。我国国内相关学者认为该词并不符合我国的国情，不建议使用该词。然而在欧盟成员国、美国等地方均对敏感的个人信息有相关规定，这体现了私法对个人特殊信息进行特殊保护的理念。即使各国以及国际的规定对敏感的理解程度和规范不同，其间也有内在规律，大多数敏感的个人信息一般包括犯罪情况、性行为情况、宗教情况、医疗记录等这些方面。我国在构建此类制度时，应当结合考察信息与事件处理的具体缘由。碎琐的个人信息就是除敏感的个人信息之外的由生活琐事形成的个人信息。它可以形成自然人的生活轨迹，通过对碎琐信息进行分析得出自然人的消费偏好、消费趋势等。

（3）按识别程度，分为直接的个人信息和间接的个人信息

按照信息的识别程度，将个人信息分为直接的个人信息和间接的个人信息。直接的个人信息是指无需借助其他手段，直接根据信息判断识别出自然人。间接的个人信息是指需要与其他相关个人信息、知识、情势等结合分析才能识别出自然人主体的信息。这种分类的意义无疑是增大了个人信息的保护范围，然而由于大数据时代，个人信息受到侵害的案件频频增多，扩大保护范围也对个人信息保护起到一定的促进作用。

**（三）大数据时代下个人信息面临的挑战**

大数据时代的到来无疑给我们带来了新的惊喜，对于淘宝、京东等电商平台中的“猜你喜欢的商品”这一程序设计让我们切实感受到数字化时代高科技的睿智。然而当我们的移动终端收到各种各样的精准推送或者接到各种电话的骚扰之后，我们感受到了来自大数据时代带来的种种个人信息安全的挑战。目前个人信息安全的最大挑战是对个人信息的非法收集、倒卖等行为。比如不法分子利用网络浏览痕迹或者通过定位或监视软件进行收集个人信息。近年来，个人信息泄露的事件已成家常便饭。2015年研究生考试开考前一个月，130万考生个人信息被不法分子为谋私利而出售给培训机构、补习班等，使考生在考前接到无数骚扰电话，给考生带来严重困扰。除此之外，一些快递企业为谋私利竟在网上高价出售快递单个人信息，网络层出不穷的恶性“人肉搜索”案件等都使人们对个人信息保护感到担忧。大数据时代个人信息面临着许许多多的挑战。

1. **个人信息权涵义研究**

随着大数据时代的气势汹汹，加之个人信息面临巨大挑战，在制度方面应做好充分的准备工作来迎接挑战。个人信息侵害案件屡屡见报，我国对个人信息保护又缺乏体系完整的法律规范，因此有必要引入个人信息权，使其成为一项具体人格权，为受害人提供相应的法律救济方式。

**（一）个人信息权的涵义**

个人信息权是指自然人对其具有识别性的个人信息享有的自由支配、控制、使用的并排除他人妨害的权利。这一权利体现了个人对私生活的自主决定精神。个人信息权有三个特征：首先，个人信息权的主体仅限于自然人。由于侵害个人信息的行为是对自然人人格的侵害，损害了自然人的自由支配个人信息的权利，而法人组织并无人格尊严等问题，因此不包括法人或其他组织。其次，个人信息权的客体是个人信息，由于时代的特点，个人信息以数据的形式存在，而非一个有体物，因此个人信息可以由自己掌握，也可由他人掌握。基于个人信息所带来的人格利益和财产利益，私法赋予其个人信息权对主体利益进行保护。再次，个人信息权是一种绝对权，却是一种积极的能动的控制权和利用权。自然人主体既可自己使用个人信息，还可以通过授权允许他人使用其个人信息。

**（二）个人信息权的性质**

个人信息权具有保护人格利益和财产利益的双重内涵，笔者认为为个人信息权是一个综合性权利。许多学者认为个人信息的法律保护很大程度上是保护个人的人格利益。该利益保护的最终目的是要归于对人格尊严和人格自由的保护。正如康德所言，人格尊严是一种社会态度，也即是社会以及其他主体对该主体的认同和尊重。社会对个人的态度建立在一定的认知基础上。在时时处处以信息形式记录人们生活轨迹的大数据时代，社会及其他主体可通过了解社会主体的个人信息从而对其进行人格评价。由此可见，个人信息承载着深厚的人格尊严。自然人对其个人信息的应用与否以及是否授权他人应用的表现彰显了私法对人格自由的尊重。在大数据时代，由于我们的信息越来越多的掌握在信息技术人手里，我们的内在决策能力逐渐被操控，此时的个人信息保护更是体现对人格自由的追求。

个人信息权除了具有人格利益之外，还具有财产利益。事实上个人信息能够为商业目的使用，并且对于该个人信息的利用不会被法律基本理念和社会伦理道德所否认。在当今大数据时代背景下，个人信息不仅具有身份识别的功能，更是成为了一项价值高昂的资源。这也恰好解释了个人信息非法出售倒卖等现象如此猖獗。因此个人信息权除具有人格利益之外，还具有财产利益，是一项综合性的权利。

**（三）个人信息权与隐私权的界分**

学界很多学者包括一些国家立法直接将个人信息权等同于隐私权。然而个人信息权远远超出隐私权的范畴。许多国家并不能很好的区分两者，因此有必要针对个人信息权与隐私权进行研究界分。

1.个人信息权与隐私权的联系

个人信息权与隐私权难以区分的主要原因在于二者有较多的相似性和重叠性。首先，二者的权利主体均限于自然人。由于法人的信息缺乏人格性，所以法律于此不赋予其人格性权利。隐私权是为了保护自然人私生活的安宁，不涉及任何与法人有关的规定。同样个人信息权也是为了保护信息主体的个人人格尊严和人格利益。在大数据时代，许多个人信息是掌握在一些组织、企业法人手里，但个人信息权的主体仍是自然人。二者权利背后的精神都是为了保护人格尊严和人格自由，保护公民的私生活的安宁。其次，二者的权利客体具有交叉性。不愿公开的个人信息中有一部分属于隐私内容，但并不是所有不公开的内容都可以纳为隐私的范畴。再次，二者的权利侵犯后果存在竞合性，即行为人实施了一个行为即侵犯了隐私权，又侵犯了个人信息权。因此我国法院常采取以隐私权的规范来救济个人信息权受损的事件。

2.个人信息权与隐私权的区分

（1）权利属性不同

隐私权属于一种典型的“精神性人格权”，其内涵主要是人格利益；而个人信息权在性质上一种兼具人格利益和财产利益内涵的综合性权利。隐私权属于一次性用完的权利，隐私一旦被披露，权利主体不再对披露的个人隐私部分享有隐私权；而个人信息权不是一次穷尽型的，个人信息可以多次重复使用。隐私权属于一种消极的、排他性的权利。权利人无法主动的适用隐私权，只有等到隐私权受到侵害时，权利主体才会提起救济。而个人信息权虽是消极的支配权，但由于资讯自决权赋予的能动的控制和利用的权利。在未经权利人许可的情况下非法收集、使用他人的个人信息，他人可以通过要求对方更改或删除其个人信息。

（2）权利客体不同

隐私权的权利客体是隐私，隐私是自然人不愿公开披露的具有私密性的信息或私人活动，除了设计公共利益部分的内容。隐私一旦被披露，受害者是无法请求“恢复原状”的救济方式的。隐私大多以信息、个人活动、私生活等形态呈现，而个人信息是直接指向自然人的主体身份，个人信息许多并不具有私密性。凡是必须在一定范围内为社会特定人或不特定人所知悉的个人信息，都难以纳入隐私的范畴。个人信息可以反复使用，其损害具有可恢复性。个人信息须以固定化的信息方式表达记载，它侧重于识别，即通过信息识别出个人。除了一些特殊公职人员，个人隐私一般与国家安全没有关联性，具有个体性。而个人信息常常以集合的形式表现，形成所谓的大数据，某些数据将涉及敏感信息，国家安全将面临巨大的风险。

（3）权利内容不同

隐私权的权利内容主要在于维护个人生活安宁，个人秘密不被公开，以及个人私生活自主决定，侧重于个人秘密的不被披露。而个人信息权的权利内容主要是侧重于权利人对个人信息的支配和自主决定。侧重于保护个人信息的控制与使用的权利。隐私的内容虽与个人信息有交叉，但其保护的方向是不同的。隐私权并不要求对个人秘密进行主动的支配和使用，它只是单纯的请求不被披露。而个人信息权则侧重对个人信息的信息自决，其内容应包括信息决定权、保密权、查询权、更正权、删除权、封锁权等。

（4）救济方式不同

隐私权采取的是事后救济模式，一般采用民事精神损害赔偿的方式进行救济。个人信息权不仅涉及信息主体的个人权益，甚至可能涉及公共利益，因此个人信息权应采取事前预防模式，实现信息主体与信息控制者之间的平衡。而由于个人信息兼具人格利益和财产利益，因此当人格信息权受到损害时，基于受损的经济利益，信息主体可向法院提起民事损害赔偿与精神损害赔偿两种请求。

**三、个人信息权的立法保护比较法考察**

**（一）域外个人信息法律保护**

目前，世界各国对个人信息保护存在两种模式：统一立法模式和分散式立法模式。统一的立法模式是指单独制定一套体系完备的个人信息保护法，将与个人信息保护的内容全部纳入该法中。采取此类模式典型的是欧盟以及德日等国家。分散的立法模式是指通过不同的法律来保护个人信息，美国是此种模式的典型。

1.欧盟

欧盟对个人信息的保护早在20世纪70年代就已开始，其采取的是一种统一立法模式，即对个人信息进行全面系统的立法保护。1995年，欧盟通过了《关于在个人数据处理过程中保护当事人及此类数据自由流通的指令》。1997年通过《有关电信行业中的个人数据处理和隐私保护的指令》。[[[45]](#footnote-43)]这两个欧盟指令涵盖了网络环境下个人数据的收集、处理、利用、传递等各个环节，为个人信息的保护提供了全过程的保障。根据以上两个指令可得知，欧盟赋予了个人信息充分的权利保护和救济制度。信息主体对其个人信息享有访问权、拒绝权、自主决策权和寻求救济的权利。在欧洲，信息保护被看成是一种基本人权予以保护，其重视程度也影响了欧盟成员国的立法活动。目前欧盟20多个国家已经有统一的个人信息保护法，其中最为典型的是德国。德国联邦在1976年就通过了《联邦数据保护法》，该法第一次系统、集中的保护了个人信息，并对个人信息权利属性进行了界定。[[[46]](#footnote-44)]

欧盟制定的相关个人信息法律保护制度并未将个人信息与隐私进行明确的区分。2014年3月12日欧盟正式通过的《一般数据保护规定》中对个人信息抑或个人数据定义为“与一个身份已被识别或者身份可被识别的自然人相关的任何信息。”而对于隐私权的界定，根据《欧洲人权公约》的笼统规定：每个人有使自己的私人生活、家庭生活得到尊重的权利。个人信息的概念界定比隐私权的更加精确。不可避免的两者在内容上会有一定的交叉重叠，寻求法律救济时可能同时适用违反个人信息保护和侵犯隐私权的事由，但在欧洲的司法实践中，法院是以个人信息保护制度为主要审判依据，而隐私侵权情节仅仅作为辅助审判的依据而已。

2.美国

美国的法律传统是限制公权力对市场进行过多的干预，因此对于个人信息保护并未建立统一的个人信息保护法，而是采取了分散的立法模式，仅就公共领域中关于收集处理个人信息的内容予以规制。其他主体的个人信息保护主要采安全港模式，即依靠市场调节和行业自律来完成。所谓安全港模式，实际上是一种将国家的立法模式与私人行业的自律规范相结合的一种综合的立法模式。具体而言，就是将行业自律保护个人信息的规范纳入法律的范畴之内，要求私人行业的组织机构只要遵循经由国家主管机关审查通过的行业自律规范，就等同于遵守本国的相关法律制度的一种确认行业规范效力的立法模式。（引用杨咏捷）由于美国是典型的判例法国家，其个人信息法律保护制度时通过隐私权判例的扩张以及一些部门单行成文法的制定进行的。例如1974年颁布的《隐私法》是专门针对政府部门收集公民个人信息时应遵循的规则。除此之外，还有《金融隐私法》、《家庭教育法和隐私法》、《录像带隐私保护法》等特殊成文法来分别对生活的方方面面进行规制。与欧盟不同，美国的个人信息是依附于隐私权的范畴内的。美国的隐私权概念包容性很强，其内容体现了大陆法系的肖像权、姓名权、名誉权等具体人格权，因此将个人信息纳入隐私权范围内也是逻辑必然。对于已公开的个人信息是否能纳入隐私领域，在美国学界有很大争议。《美国宪法第四修正案》的“隐私权合理期待”制度也仅适用特殊的个人信息，即根据社会合理的客观的期待该个人信息为隐私权，即使该个人信息已经公开，法律仍给予其隐私权的一般法律保护。然而对于大多数已经公开的个人信息，当信息主体在向第三人公开的同时也应承担第三人与其他不特定主体分享信息的风险，因此侵犯已经公开的个人信息并不能很好的寻求法律救济。在美国隐私权语境下，个人信息虽与隐私有着许多异处，但对于需要保护的个人信息，法院会将其纳入隐私权范畴，再对隐私权的概念进行阐述，通过隐私权的进路来完成对个人信息的保护，其力度也不逊色于欧盟体制。

通过对以上两个典型主体的个人信息法律保护的考察，发现其保护路径虽然相同，但其内在逻辑是我们需要借鉴学习的。无疑，其法律制度都是从国情或实际国际形势出发，制定出符合国家内在需求的法律。如美国将个人信息纳入隐私权范围之内，并未将个人信息上升到法律层面，源于美国信息科技对经济发展有着巨大的促进作用。而欧盟地区之所以将个人信息纳入基本人权的保护范围，而又以基本人权为出发点制定专门法律，其根源是由于二战期间欧盟成员国保守纳粹独裁和监控，因此对个人信息和隐私十分重视，将个人隐私上升到宪法和人权文献的高度。因此，我国在建立个人信息保护制度时，应从我国基本国情出发，结合社会现状，提出合理的制度设计。

**（二）我国个人信息权法律保护现状**

目前我国对于个人信息权的法律保护存在着一系列缺陷和不足，对此必须厘清问题的根源，基于问题对症下药，以适应大数据时代背景下人们对个人信息法律保护的急切需求，制定出较为有效和完善的个人信息保护法。

首先，我国公民对于个人信息保护的法律意识薄弱。科技的快速发展，大数据时代的到来，都使得人们猝不及防，不能快速的发展自己的传统观念。人们对大数据的认知度偏低，大多数人并不了解何为大数据，同时也未建立起强烈的个人信息保护意识。人们只有当自己的个人信息受到侵害时才意识到个人信息保护的必要性。根据工信部网络安全管理局发布的《2015中国网民权益保护调查报告》可知78.2%的网民个人身份信息、63.4%的网民个人网上活动信息被泄露过。然而，在当代处于社会转型期的中国而言，法治建设是至关重要的一个环节，增强民众的法律意识也尤为重要。

其次，我国在个人信息的立法保护存在较大缺失。早在2003年，由齐爱民教授和周汉华教授分别负责起草《个人信息保护法草案》，并于2008年呈报全国人大法工委，然而至今尚未提交全国人大常委会提审。由于缺乏专项立法，我国目前的个人信息法律保护大多还是通过保护人格尊严、个人隐私的方式给其提供间接保护。由于个人信息权所保护的人格利益和财产利益，应将其纳为民法的规范范畴。而传统的司法实践显示对个人信息的保护仍归入了隐私权、肖像权、名誉权等传统民事权益的范畴，相关规范零散分布在《民法通则》、《侵权责任法》等法律规范中。目前我国对于个人信息的直接保护也只是处于起步阶段，其中最具代表性的是2012年出台的《关于加强网络个人信息保护的决定》以及2014年颁布的《关于审理利用信息网络侵害人身权益的民事纠纷案件适用法律的若干问题的规定》。2012年出台的这一决定使个人信息保护逐渐转向法律规范的形式，但在该决定中并未将个人信息权上升到人格权的高度，导致个人信息权的人格请求权的法律基础缺失。2014年的这一规定明确了个人信息保护的范围，加大了对个人信息主体的保护力度，为个人信息纠纷提供了直接的法律指导。除此之外，中国网络行业协会曾相继制定的《中国互联网行业自律公约》、《互联网信息服务管理办法》、《互联网电子邮件服务管理办法》、《垃圾邮件防范处理指南》等相关行业规范，但以上相关行业规范并未明确规范标准和责任处罚机制，对非法倒卖个人信息等行为规范也不严格。

再次，个人信息侵权案件追责问题是一大难题。由于大数据、物联网等科技的发展，人们的个人信息往往很容易被网络平台所获知、收集。一些电商平台之间对消费者的个人信息进行交流、互享，基于对消费者信息的整合分析，确保其精准的投放，这样一来即减少企业的推销成本等，也形成了一股不正之气，即在网络上大肆的甚至公开的出售个人信息，使民众个人十分被动。然而正是由于互联网平台之间信息的相互分享交流，且个人信息的泄露通过互联网途径进行，其泄露主体很难找到，诉讼主体难以确定，对案件的侵权人追责存在较大的技术障碍。

**四、大数据时代下我国个人信息权的法律保护制度构想**

**（一）制度构建模式的选择**

根据上文对两种立法模式的实证考察，我们可以得出，统一立法模式实际上通过使用国家强制力来保证个人信息权的实现，国家统一立法可以使公权机关与非公权机关的个人信息处理上实现内在一致性，同时也提供了一个统一的标准，有助于司法的顺利运行。个人信息主体通过立法可以获得充分的权利和救济，这大大提高了保护私人利益的力度。然而，个人对个人信息进行统一立法都是以人格尊严和人格自由为逻辑起点和价值归宿，将个人信息权上升为法律权利势必会影响信息流通的自由性，这与大数据时代本身的信息化相矛盾，因此在立法时如何平衡好人格尊严和信息发展之间的冲突是个难题。同时立法、执法、司法的巨大运行成本也是一个缺陷。

根据对美国对个人信息保护相关法律的考察，分散式立法模式具有极强的灵活性，可以有效的避免权力的过度膨胀，但由于多个法律条文对个人信息进行规范，势必会发生重复和冲突。适用的法律标准不同将导致司法领域运行不协调等情况发生。

考虑上文中讨论的我国关于个人信息保护的现状，结合我国的法律环境，笔者认为我国应当采取统一的立法模式，制定个人信息保护法，并将其作为保护个人信息权的基本法。由于我国公民对个人信息法律保护意识薄弱，国家应制定统一的法律来保护公民的个人信息权。当然，采取统一的立法模式，并不是照搬德国、日本等立法模式。我们在采取统一立法模式的同时，可以适当的借鉴与行业自律相关的安全港模式，在制定《个人信息保护法》的同时，在该法中明确行业自律规范的效力，建立相对较为合理的行业自律的机制。但注意要适当借鉴安全港模式，不可让其喧宾夺主。由于中国市场经济的迅速发展与法治建设缓慢的不平衡，在转型中国行业自律并无形成成熟的系统，期待其形成运行良好的行业自律体制是不现实的。但即使如此，我们仍应以立法的形式积极引导、主动推进行业组织进行行业自律，促进民间自律观念的矫正。

**（二）具体制度内容设计**

1.个人信息权法律保护的基本原则

法律基本原则的价值在于传达某种立法思想与价值理念，为一般性规则的解释提供指引，并在一定程度上用以弥补相关立法的缺失和漏洞。个人信息保护基本原则是在个人信息收集、处理和使用过程中，必须遵循的基本理念。1980年由世界经合组织通过的《个人信息保护及跨境流动指南》中明确规定了个人信息保护的“OECD基本原则”，主要指收集限制原则、信息质量原则、目的明确原则、使用限制原则、安全保障原则。然而在大数据时代背景下对个人信息保护的原则的设计必须加入对大数据特征的考量。由于大数据时代的灵活性、复杂性和技术性，许多立法者并不能根据它制定出十分精密的法律规范，同时，处于大数据刚刚起步的阶段，法律事无巨细的对个人信息进行保护势必会阻碍其自身发展。因此结合现状，提出指导性的基本原则对于个人信息保护立法有较好的指导作用。

（1）收集限制原则

个人信息面临最大的挑战就是不当收集。大数据时代，在“利用移动设备终端的定位、监控等功能对个人信息不当收集”、“商品或服务提供过程中对消费者信息进行不当收集”以及“通过个人网络痕迹对个人信息进行不当收集”是最典型的表现形式。收集限制原则意为任何的对个人信息的收集都只能采用合法、合理的途径进行，在适当情况下，信息收集还需获得个人信息主体的授权。该项原则体现了信息自决性，意味着在个人信息收集问题上，个人信息主体有自由意志决定是否被收集，且该原则适用于个人信息收集、处理和使用的全过程。

（2）安全保障原则

个人信息并非都掌握在信息主体手上，许多政府机构、企业、组织等也掌握着自然人的个人信息。个人信息的掌控者有义务采取合理措施保障个人信息的安全，以防止丢失、毁损和修改。大数据时代背景下，海量的个人信息一般采用网络方式进行存储，巨大的信息体量及其蕴藏的巨大商业价值使其很容易成为被攻击的目标进而面临巨大风险。此外大数据时代的到来使个人信息泄露概率和规模均大幅度提升，影响力也空前增强，因此，有必要强调和突出安全保障原则。笔者认为在大数据时代，应当突出考量并在基本法层面明确个人信息保护的“安全保障原则”，继而构建起个人信息收集、管理和使用主体的义务，以便为其他法律部门构建和完善个人信息安全监督及追责机制提供法律支撑。

（3）限制使用原则

限制使用原则是指未经个人信息主体的同意，不得披露或非法使用个人信息。大数据时代，大数据应用从“市场化”向“产业化”的方向过渡，个人信息被赋予了财产价值而逐渐受到各个行业领域的认可。在利益驱使下非法使用个人信息的事件日益增多。近年来，“个人信息非法交易事件”、“精准诈骗和推销事件”等现象与日俱增，这不仅对个人信息主体造成严重的侵权和困扰之外，也一定程度上扰乱了经济市场的正常秩序。造成这一现象的主要原因是相关制度的缺失。在市场准入层面，以个人信息开展经营活动的市场准入限制是空白；在市场经营层面，尚未明确个人信息使用的基本法规及监管主体；在市场救济层面，个人信息违法使用的追责机制存在空白。明确限制使用规则可以给市场监管和追责提供法律基础。

2.个人信息权法律保护的内容

大数据时代的个人信息法律保护的核心内容是对个人信息权内容的构建。在大数据时代，通过立法明确个人信息主体的权利内容，加强了对个人信息主体所享的具体权益的保护力度，也有助明确个人信息采集、处理和使用的主体的义务以及个人信息保护监管机制的落实。结合在大数据时代个人信息所面临的挑战，笔者拟从以下三个方面对个人信息主体的权利内容进行构建。

（1）个人信息控制权

个人信息控制权即个人信息主体对其个人信息所享有的一种支配和控制的权利。在大数据时代，该项权利的构建旨在缓解个人信息主体权益保护与个人信息自由流动冲突。该项权利包括个人信息主体排除他人非法收集、传播等权能。也即是除法律允许的例外情形或个人的明确同意之外，任何组织机构或个人均不可以任何途径收集、处理、使用、分享个人信息。由于物联网、云计算等高科技的运用，个人信息采集、复制、挖掘、处理等行为成本大大降低。与此同时，个人信息的商业价值日益凸显，个人信息采集、挖掘、存储并投入市场化运作的行为越来越多。为了规范市场行为，避免相关市场主体以损害个人信息主体的权益为代价追求高额的经济利益，有必要明确个人信息主体对其信息的控制权。大数据时代的技术发展迅速性与个人信息被侵害的严重性，使个人信息从外部控制或规定为侵权行为的需求更为紧迫。

（2）个人信息删除权

个人信息删除权，是指合法存储和使用个人信息的主体在其与个人信息主体法律关系终止或消灭时，或者个人信息被非法获取时，个人信息主体有权要求信息持有者删除个人信息。其内在法律逻辑有两点：其一，个人信息管理者对个人信息的管理使用的预先目的丧失合法性。其二，超越授权范围的管理、使用个人信息的行为触碰法律底线。此外，个人信息管理者对个人信息的删除必须是不可恢复性的删除。为了实现个人信息保护和信息合理使用的平衡，在具体内容设计上应对删除权的具体情形加以规定。

（3）个人信息知情权

个人信息知情权是指个人信息主体有权通过查询或其他合法方式了解其个人信息收集、处理、使用的情况。该项权利是个人信息权其他内容得以实现的前提基础。在大数据时代，伴随着个人信息商业化应用的加速，知情权的范围变得日益宽泛。在具体制度设计时，在对个人信息进行采集过程中，个人信息主体对于个人信息采集者对其个人信息采集的应当充分知情。需要强调的是个人信息主体对其个人信息的知情权不仅适用于从其个人渠道获得的个人信息，而且也适用于保护从其他任何渠道获得的个人信息主体的个人信息。

**五、结语**

对个人的保护是一切法律设计的基础。在以信息为社会经济资源的信息时代已经给人类的生产生活带来巨大变革。在大数据时代，个人信息呈现爆炸式的增长，同样伴随着物联网、云计算、大数据挖掘等信息科技的出现，个人信息不再仅仅作为一种身份识别符号，还作为一种可提取价值的巨量资源而被各行业竞相追逐，个人信息面临着巨大的挑战。社会对信息的依赖性逐渐增强，国家出于行政目的对个人信息进行大规模自动化收集，商业机构为追逐经济利益而抢占信息市场的高地，而作为社会的个人不知不觉被卷入这场没有硝烟的信息争夺战中。具有人格利益又有财产利益的个人信息受到侵害的事件频见报头，个人信息保护的需求迫切。笔者本着解决社会问题的态度，立足现实，着眼大数据时代，力求探究个人信息权的法律涵义，并通过域外相关制度的考察，从而提出了我国个人信息法律保护的制度建构。

**参 考 文 献**

[1] 邱敏，大数据时代背景下网络搜索与个人信息保护探讨[J]，信息化建设，2015(12).

[2] 宋曦，大数据时代的个人信息保护机制研究[D]，重庆大学，2014.

[3] 陶茂丽、王泽成，大数据时代的个人信息保护机制研究[J]，情报探索，2016(1):12-19.

[4] 周丹，大数据时代个人数据民法保护问题研究[D]，华中师范大学，015.

[5] 侯志英，从立法视角看大数据时代的个人信息保护[J]，生产力研究，2015(12):75-77.

[6] 周东，大数据时代下的个人信息与隐私——基于域外法的比较研究[J]，研究生法学，2015(4).

[7] 陈江，大数据时代下个人信息权的法律保护[D]，复旦大学,，014.

[8] 柯臻轩、余露芸、郭志勇，大数据时代下个人隐私保护的调研分析[J]，经济研究导刊，2015(2):299-301.

[9] 底涵钰、郑允凡、吕琳，大数据时代新媒体传播中个人信息安全问题研究——以“广东人肉搜索第一案”为例[J]，西部广播电视，2015(12):42-46.

[10] 杨咏婕，个人信息的私法保护研究[D]，吉林大学，2013.

[11] 童俊，个人信息法律保护的法理学研究[J]，法制与社会，2015(2).

[12] 刘宇晗，个人信息权的民法保护范式之研究[D]，山东大学，2014.

[13] 王利明，论个人信息权的法律保护[J]，现代法学，2013.

[14] 金春梅，论个人信息权民法保护[D]，沈阳工业大学，2015.

[15] 俞信吉，论网络环境下个人信息的民法保护[D]，宁波大学，2010.

[16] 梁辰曦、董天策，试论大数据背景下“被遗忘权”的属性及其边界[J]，学术研究，2015(9):31-36.

[17] 雒彬，试论大数据时代下个人信息安全的立法方向[J]，法学理论，2014(16):130-132.

[18] 卢清，网络环境下个人信息的民法保护[D]，西南政法大学，2012.

[19] 陈淋清，我国个人信息权构建的合理性分析[D]，华东政法大学，2014.

[20] 于威，云计算背景下个人信息保护的立法研究[D]，大连理工大学，2015.

[21] 梁莎莎，中美个人信息保护立法比较研究[D]，新疆大学，2015.

（责任编辑： 张学敏）

**网络舆论恶性现象的行政法干预探析**

吴明熠\*

**摘 要**：互联网信息时代的当下，网络舆论也随之兴起。作为新兴舆论方式的出现，在其快速发展的进程中，因现阶段国内干预模式的不完善，加上网络平台自身制度设计的合理性欠缺，进而缺乏正确的引导，其非理性化、情绪化等天然弊端也日益显露，导致网路舆论恶性现象的泛滥。由于刑法、民法等其他部门法律立法稳定性的特点，与网络信息的高速发展变化并不相匹配，难以起到很好的干预效果，而行政法设定下的行政权具有活跃性以及易操作调整性等特点，在网络舆论恶性现象的干预上具备天然优势。本文基于在针对网络舆论恶性现象的行政发干预的现状问题分析上，对进一步完善行政法对其的干预提出建议。

**关键词**：网络舆论恶性现象 行政法干预 完善建议

**引言**

根据中国互联网络信息中心（CNNIC）发布的第37次《中国互联网络发展状况统计报告》（以下简称为《报告》）显示，截至2015年12月，中国网民规模达到6.88亿，互联网普及率达到50.3%，中国居民上网人数已过半。其中，2015年新增网民3951万人，增长率为6.1%，较2014年提升1.1个百分点。《报告》同时显示，网民的上网设备正在向手机端集中，我国手机网民规模达6.20亿，有90.1%的网民通过手机上网。[[[47]](#footnote-45)]根据报告的数据调查，不难发现互联网媒介在当下已然超越传统媒介（如电视、报纸等）成为人们主流传播信息的渠道。随着网络信息化的普及，“网络舆论”逐步浮现在人们眼前并越发地频繁。但“网络舆论”作为中介帮助人们更直观地认识世界的同时也日益凸显了其“锋锐”的负面影响，即“网络舆论”无法传递客观、真实、理性的信息反而会引起较大范围跨度的恶性影响，小至个人权利利益，大至司法裁判、行政管理，甚至全社会动乱混乱。

纵观互联网发展以来，需要法律进行规制干预的网络舆论恶性现象可分为以下几类：网络暴力型舆论、虚假或误导性网络谣言、不当政治性网络言论、淫秽色情类舆论信息。所列几类网络舆论都会给国家、社会、政府以及个人带来不同程度的威胁。立足于现阶段我国网络舆论立法现状，对于网络舆论恶性现象的规制主要以刑法、民法为主，但各部门法规制干预的方式不同，因而其效果也不尽相同，笔者认为，由于刑法、民法对于网络负面舆论规制的滞后性，其干预效果并不明显，而历史因素造就了我国行政的主导地位，在兼顾比例原则、公共利益等原则的前提下，行政机关主动干预网络舆论恶性现象具有最直接的效果，鉴于我国关于干预网络舆论恶性现象的行政立法匮乏的现状，对完善网络舆论的行政法干预的探究具有重要的现实意义。

**一、网络舆论恶性现象的相关内涵分析**

**（一）网络舆论的特征及其恶化的成因分析**

1. 网络舆论的特征

罗马尼亚剧作家奥·巴琅格曾这样描述舆论：他是个奇怪的人物，你可以在任何时间、所有地方遇到他，他无所不知，无所不察，什么事情也休想逃过他的眼睛，什么人也骗不了他。舆论似乎有无数的眼睛、无数的耳朵、无数的唇舌，他无时无刻不在包围着人们的思想和行为。[[[48]](#footnote-46)]而当下新型的网络载体赋予了他完全不同于传统载体的显著特征：

（1）传播成本较低，言论自由

新型网络媒介的应运而生，显著地降低了人们进入信息“公共空间”的门槛，网络言论的高度开放性如今已深远地影响了人们信息交流的方式——从传统的单方面输入输出转变为多元化的信息交换，每个人都成为了信息的传播者，都是网络舆论的参与者。低成本、高效率的言论及传播渠道，使得每个人都可以充分地参与到事件的讨论中来，每个人都享有平等自由地抒发自己想法的权利。

（2）主体身份隐匿，真假难辨

虚拟的网络环境下，为达到“畅所欲言”的效果，网络主体大多选择采用了匿名制，正是由于网名身份的隐匿性，舆论主体的责任感降低，言论更加大胆，导致两个极端：一是无比忠实于自己内心进行客观地陈述，另则大胆编造谎言、谣言博取大众的眼球。[[[49]](#footnote-47)]每个人对话语权的享有，不可避免地导致了网络信息的零散化、多元化，再加上主体身份的隐匿性，无法准确的认知网络主体的利益导向，最终造就了网络舆论真实性难以辨别的特性。

（3）网络意识多元，冲突难控

“把关人”的消失，地域、环境等天然屏障的不复存在，基数庞大的网络主体发表着各式的网络言论，多样的观点汇集在网络媒介之中，逐步形成多元的意识形态，网络言论常常具有个体化倾向，具有个人情绪化思想，随着网络的传播扩散，在具有相同利益诉求的群体之间容易形成意识合流，相比于传统媒介信息交换的滞后性，由群体意识合流演变为网络舆论的效率要高得多。然而，几乎没有任何限制的言论思想难免会对具有强烈地域性的传统伦理思想产生一定的冲击，另外，基数庞大并高效传播的网络舆论，不论是在其萌芽亦或是传播阶段都是难以控制和把握的。

2.网络舆论恶化的成因分析

（1）利益诉求渠道的滥用

集虚拟、多元、难控等特征于一身的网络舆论，一改人们在传统媒介中的舆论接受者的角色，而向舆论的发布者、传播者转变，“把关人”等限制的不复存在，使得人们不断被压抑的而无从表达的诉求最终在网络这个“公共空间”中得到肆意的发泄。但随着改革经济的发展，贫富差距也在不断拉大，社会矛盾日益显著，社会中既得利益者与弱势群体的分层也伴随而生。网络作为一个开放包容的媒介平台，且具有身份的隐匿性，便自然地成为愤慨或不满者非理性和情绪化表达的空间，并经高效的传播，在仇富仇官、埋怨社会不公氛围下生存的群体中短期内形成群体合意，演变为网络舆论后，伴随着“羊群效应”[[[50]](#footnote-48)]在网络中愈演愈烈，舆论挟持着民意向着极端化发展，在社会中导致了“群体极化”现象的产生——凡是涉及“官富二代”、“社会不公”等相关词汇的事件，更容易被贴上标签，从开始便带着偏见看待事件，成为一致抨击甚至造谣的对象。如2010年“李启铭案”[[[51]](#footnote-49)]发生后，网络舆论纷纷出现了对李启铭官二代背景的谣言，进一步激发了群众的“仇官”心理，在社会中营造了“官民分立”氛围。

（2）群众猎奇心理的满足

网络信息多元化的同时也造成了网络信息的碎片化和无序化，然而信息泛滥的环境下，哗众取宠、标新立异的信息往往会得到高效的传播。互联网推动下的眼球经济[[[52]](#footnote-50)]时代，不乏网络服务商基于对利益的追逐，借助夺人眼球的煽动性标题来赚取网站的浏览点击率，而对传播内容不进行严谨地把关，甚至捏造虚假信息进行故意炒作。正如马克思在《资本论》中所谈到的，资本如果有百分之五十的利润，它就会铤而走险，如果有百分之百的利润，它就敢践踏人间一切法律，如果有百分之三百的利润，它就敢犯下任何罪行，甚至冒着被绞死的危险。人们常常对于符合自身兴趣倾向和利益需求的信息进行吸收，个人思想在网络公共领域中形成群体合意后渐渐导致非理性和情绪化，最终走向偏执和专横。如古斯塔夫·勒庞在《乌合之众: 大众心理研究》中所说的当人们聚集到一起时，他们的情感思路都会走向同一方向，生成一种集体心理，这使得每个人的个性消退，他们会因为某种狂躁的感情而聚在一起，而风暴过后，他们就会恢复成恭顺而安静的公民。群体中的人们失去了自我的概念，更多地表现为集体从众的意识，同时，网络服务商在利益的驱使下，为满足人们的猎奇心理而不择手段制造网络舆论，不进行正确的引导，任由恶性舆论传播，对社会的和谐稳定构成隐患。

**（二）网络舆论恶性现象的现实表现形式**

1. 网络暴力型舆论

网络暴力作为新型的暴力模式，指的是带有侮辱性、诽谤性、煽动性以及攻击性的网络舆论恶性现象，相比于现实中对人直接造成身体伤害的暴力行为，往往是对当事人进行名誉侵害，间接对其产生身体损害。主要表现为发表针对性的失实谣言以及进行非理性的人肉搜索，对当事人的个人隐私权造成直接的侵害。近年来网络暴力事件屡见不鲜，从2006年“女子虐猫”事件[[[53]](#footnote-51)]，到2008年“艳照门”事件，再到14年“爸爸2贝儿”事件[[[54]](#footnote-52)]、15年“成都女司机”事件[[[55]](#footnote-53)]，网络的恶意侵害事件愈演愈烈，非理性的情绪化心理驾驭在网络文明和道德之上，在网络的公共空间里几乎不受限制地施加暴力。正如部分学者所说的，他们打着维护道德的大旗，行践踏道德之实，以暴制暴，公布他人的隐私，践踏他人尊严，侮辱他人人格，甚至威胁他人的生命财产安全，使当事人处在巨大舆论压力之下，严重干扰当事人的正常生活。[[[56]](#footnote-54)]网络暴力的出现，与网络的匿名制、网媒的商业运作、缺乏制度道德文明约束都是具有极大关联的。

2. 虚假或误导性网络谣言

网络舆论本质上属于虚拟言论，极易受操纵而导致虚假和诱导，也大大降低了其客观真实性，为缺乏事实依据的带有针对目的性的网络谣言的滋生创造了有利土壤。部分网络媒介在利益驱使下借谣牟利，即借助夸张放大的标题和内容吸引大量网民传播，达到一定量后再通过企业广告的投放收费生财[[[57]](#footnote-55)]，最终导致网络媒介转变为了失实谣言的“放大器”。在个人层面上，误导性网络谣言往往最直观地导致个人名誉权的侵害，2011年“性学硕导讲座”事件[[[58]](#footnote-56)]后，媒体的歪曲报道在网络上激起了无数人对华中师大彭晓辉副教授的谩骂之声，对其名誉造成了严重损害；在市场竞争上，虚假的网络谣言导致恶性竞争局面的产生，损害企业、消费者利益。如今的产业竞争已刺刀见红，一定程度上也导致了对竞争对手谣言攻势的不断催生。如2015年“哇哈哈肉毒杆菌”事件[[[59]](#footnote-57)]，官方就公开表示，“仅2015年第一季度，部分产品就遭受20亿元损失。”再有“六翅肯德基怪鸡”事件、“农夫山泉水污染”事件等谣言竞争事件比比皆是，但在虚假市场信息四起的今天，最终导致的是消费者的信息混淆、利益受损；网络谣言更甚者，故意制造假新闻，激起民众与政府间的矛盾，借助社会热点影响社会安定，如2013年日本核泄漏，因“盐中碘元素防辐射”的谣言，一度导致国内食用盐的抢购，后因专家辟谣才得以平息；网络谣言的司法干扰性更受人瞩目，“邓玉娇”案[[[60]](#footnote-58)]便是舆论审判的典型事例。

3. 不当政治性网络言论

从一般意义上理解政治性言论，是指有关阶级利益、民族、国家关系以及由政府推行的、在各种社会活动中占主要地位的活动等内容的言论。反之可推导出不当政治言论，即不利于上述内容的言论。近年来，受个别反动团体的诱导，各式反动、分裂国家、挑拨民族关系的网络言论层出不穷[[[61]](#footnote-59)]，干扰了网络政治舆论的正常秩序，更直接影响了国家的公信力。不当政治性的网络言论，一方面直接干扰着社会的和谐稳定，另一方面由于网络传播的广泛性和高效性，亟需得到全面的规制。

4. 淫秽色情类舆论信息

淫秽色情类舆论信息作为影响网络环境最大的因素之一，对未成年人的身心损害、社会文化环境的毒化以及对社会主义精神文明建设的破坏等危害不言而喻。主要体现为显性和隐性淫秽色情类舆论信息。显性淫秽色情类舆论信息指的是公开在网络公共空间中营造色情正常化的舆论风潮[[[62]](#footnote-60)]，通过传播色情信息、交易各类淫秽出版物获取盈利，并对网络的舆论文明产生直接冲击。而隐性淫秽色情类信息依托着文字、图像等载体，借助着网络媒介，置身于网络舆论中[[[63]](#footnote-61)]、甚至共存于网络舆论事件中[[[64]](#footnote-62)]，在利益的考量下诱使淫秽色情类舆论信息的产生，并因网络的广泛即时的传播而泛滥，一方面污染了网络环境，另一方面也对当事人的隐私权造成严重的侵害。

**二、网络舆论恶性现象的行政法干预的必要性分析**

道德的疏导、行业的自律是对于网络舆论自我约束、防止其恶化的第一道防线，但网络舆论的开放性与难控性仍不可避免地导致大量网络舆论恶性现象的产生。当第一道防线被冲破，一个成熟健康的法律制度体系的干预便成了最有力的保障。然而，各部门法的干预都各具局限性，相较下行政法干预具备天然优势，有必要将网络舆论恶性现象的干预主体法律中讨论行政法干预的必要性。

**（一）其他部门法对网络舆论恶性现象的干预现状**

我国目前网络舆论恶性现象法律规制体系主要是由宪法为指导，民刑为规范主体所构成的。

1.宪法

宪法作为国家的根本大法，体现着法治的基本思想，保障人权是宪法的一项关键命题。《宪法》第35条规定了公民有言论、出版自由，而一个人的自由并不是绝对的，它的界限就在于他人的权利，正如卢梭在《社会契约论》中提出的“人生而自由却无往而不在枷锁中”。《宪法》第37条规定：“禁止用任何方法对公民进行侮辱，诽谤和诬告陷害。”国家有保障一个人说话的权利，同时也具有限制其滥用表达自由的义务。然而，宪法的生命在于实施，在我国，宪法具有弱适用性的特征，无法进行直接干预，其效果也主要体现在法的引导上。

2.刑法

多数的互联网犯罪都是传统犯罪在网络领域中的体现，因而刑法在法律规制中具有较强的直接干预性，在法律条文中已作出了关于侮辱罪、诽谤罪、煽动分裂国家罪，煽动颠覆政府罪、传播淫秽物品罪等与网络舆论恶性现象相关的罪名的设置，随着网络舆论恶性现象的日益猖獗，2013年两院也出台了关于诽谤信息浏览5000次以上，或转发500次以上应认定为“情节严重”的侮辱、诽谤罪的相关司法解释，但数量稀少的刑法方面的规定，仍在网络舆论恶性现象干预上留下了许多空白，且在犯罪成立要件的认定中与传统犯罪也产生了许多出入，如犯罪主观恶性的认定等等。另一方面，由于刑法的稳定性的要求和罪刑法定的原则，导致刑法无法快速修正以适应快速变化的网络环境。[[[65]](#footnote-63)]

3.民法

网络舆论恶性现象对于公民名誉权、隐私权等民事权利的侵害在《民法通则》及《侵权责任法》中得到了一定的干预，规定了停止侵害、损害赔偿等5项民事责任，也在《侵权责任法》第36条中专门设定了网络用户、服务提供者的侵权责任，以防止网络舆论恶性现象的扩散。对于恶性市场竞争，《反不正当竞争法》第14条规定，经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。以预防恶性竞争的发生。但民法的干预手段大多数以事后惩罚为主，而对事前预防的规定十分匮乏，且在调整范围上仍具有不周全性。另外，民法的干预遵循“不告不理”原则，如果受害人的人身、财产、名誉等的损害没有达到一定程度，他们将会出于对诉讼成本的考虑而放弃维权。[[[66]](#footnote-64)]

4.其他部门法

除此之外，其他部门法在网络舆论恶性现象的干预方面，更显得微乎其微。

**（二）网络舆论恶性现象的行政法干预的现实需求**

笔者在本文所讨论的行政法干预，指的是广义上的行政法，即行政法律的整体，除狭义的行政六法、具有行政法律效力的解释外还包含行政法规、行政规章、各地方性法规等以及各类行政规范性文件的干预。因而各类行政法表现形式落实为现实中的行政执法行为都应属本文探讨的范畴。

1.对其他部门法干预空白的弥补

前文讨论了其他部门法因其立法数量少以及不周全性而产生的干预空白的缺陷。然而，行政法律体系除了狭义法律外还囊括了基数庞大的行政规范性文件，其干预范围可谓其他部门法无可比拟的，对于具有广泛传播性的网络舆论恶性现象，行政法可进行大范围、更全面的干预，相较之下其干预作用效果应最为明显。

2.对事前预防、事中约束的完善

现状下法律对网络舆论恶性现象的干预主要体现在事后的干预救济，而事后救济的成本考量和维权的效果输出往往成为当事人的主要矛盾问题。笔者认为，事后救济只因作为网络舆论恶性现象侵权的最后一道防线，而加设事前预防、事中约束这两条防线才更为稳妥。法律的相对稳定性与滞后性与各类行政规范性文件赋予自由裁量权的行政权干预的活跃性形成质差[[[67]](#footnote-65)]，后者更具备事前预防、事中约束的干预模式，对完善整套网络舆论恶性现象干预体系起到关键性的作用。

3.其他约束力量的薄弱性

对于网络舆论恶性现象的干预，行业的自律、民间力量的监督因缺乏强制性而显得较为薄弱，而历史的发展造就我国行政的主导地位，同时相较于其他法律“不告不理”的被动性而言，行政法赋予下的行政权具有主动干涉性和强制性，将行政执法介入网络舆论恶性现象中往往会产生直接显著的干预作用。

**三、网络舆论恶性现象的行政法干预的现状问题分析**

**（一）相关行政法干预的现状梳理**

1.抽象行政行为干预方面（行政立法）

随着网络舆论恶性现象所引发的一系列社会问题的日益凸显，国家相继出台了一系列行政法律及解释、行政法令等各类行政法表现形式。共计78部的网络行政法律规范中，由全国人大常委会制定的法律和决定2部，国务院制定的行政法规7部，工业和信息化部等国务院部委制定的部门规章47部，国务院及有关部委发布的其他行政规范性文件16部，最高人民法院的司法解释6部。[[[68]](#footnote-66)]其中主要包括：全国人大常委会2012年颁布的《关于加强网络信息保护的决定》；国务院1994年颁布的《计算机信息系统安全保护条例》、2009年颁布的《互联网信息服务管理办法》以及近期2011年修改的《计算机信息网络国际联网管理暂行规定》、2013年修改的《信息网络传播权保护条例》、2014年修改的《中华人民共和国电信条例》；工信部2005年颁布的《非经营性互联网信息服务备案管理办法》、2013年颁布的《电信和互联网用户个人信息保护规定》；公安部1997年颁布的《计算机信息网络国际联网安全保护管理办法》等等各级人大、政府出台的对网络舆论进行干预的行政法律文件。除此之外，《治安管理处罚法》、《人民警察法》等传统行政法律也起到了一定的干预作用。从行政法律体系上看已经做了较大的覆盖，包括涉及到网络舆论，从网络舆论监管、网络舆论内容、网络舆论传播主体和非法传播网络舆论的惩治等方面对网络舆论恶性现象进行了干预。[[[69]](#footnote-67)]

2.具体行政行为干预方面（行政执法）

对于网络舆论恶性现象的表现形式，国家也采取了相应行政执法行为的积极介入进行行政法上的干预。首先，近年来，国家积极采取罚款等行政处罚方式对非理性“人肉搜索”等网络暴力进行打击，也取得一定的成效；其次，对网络谣言的行政法干预也进行得如火如荼，有学者对涉及 “网络谣言”的80起案件进行过统计，发现其中有39起当事人被以扰乱公共秩序为名给予行政拘留，19起当事人被罚款训诫或给予其他行政处罚，涉及“网络谣言”而被行政处罚的比例为73%。[[[70]](#footnote-68)]再次，在不当的政治网络言论中，也进行了明令禁止，《互联网电子公告服务管理规定》第9条规定：“任何人不得在电子公告服务系统中发布含有下列内容之一的信息：……(二)危害国家安全，泄露国家秘密，颠覆国家政权，破坏国家统一的；(三)损害国家荣誉和利益的；(四)煽动民族仇恨、民族歧视，破坏民族团结的；(五)破坏国家宗教政策，宣扬邪教和封建迷信的；……并给予行政执法上的充分保障；最后，对于淫秽色情类网络舆论，我国在2009年国务院9部委联手共同开展了针对互联网媒体淫秽色情以及其他不良信息的专项打击行动。

**（二）网络舆论恶性现象行政法干预的问题分析**

1.抽象行政行为干预方面的缺陷

（1）缺乏统一的专门行政立法设计

虽然目前对于网络舆论恶性现象的行政立法的数量已初具规模，但造法主体的多样性很大程度上导致“各自为政”的现象产生，各主体往往会从本单位的行政执法角度出发，对网络舆论恶性现象的干预进行制度设计，进而在行政法律干预的内容上出现重复规定，导致行政干预无法全面覆盖以及出现干预空白。再由于各部门间工作环节和侧重点不同，甚至在制度设计中出现相冲突的规定，导致立法效果与行政执法效果之间出现断层。统一专门行政立法的缺失，最终造成了网络舆论恶性现象的行政法干预无法进行统筹的规划、考虑。

（2）有关行政立法的层级较低

从目前有关行政立法层级上看，大多文件以“决定”、“条例”、“办法”、“规定”等形式存在，不在“狭义法律”层级的范畴之内。而较低的立法层级，一方面直接影响了相关的行政法律规范的法律效力，进而导致了行政法对于网络舆论恶性现象的干预能力的削减，无法从根本上对其的广泛传播加以制约。另一方面，大量同位阶以及低位阶的行政法律规范，难以统一对网络舆论的引导模式，甚至在高位阶法律面前，无法根据自身的规范特点进行针对性的引导。

（3）行政立法与科技的脱节

从行政规范颁布的年限上可以发现，仅有小部分的规范在近期做了调整，大部分的行政立法距今已有较长的时间跨度，凸显了相关行政立法严重的滞后性。但互联网的发展是蓬勃而迅猛的，发展模式也是日新月异，网络舆论恶性现象的高速泛滥已与过去的行政规范不相匹配，导致目前的有关行政立法的约束力有限，反而需要传统法律加以支撑。

（4）行政法干预下的救济途径缺乏

政府积极对网络舆论恶性现象采取行政法上的干预，由于网络舆论的优劣并无十分精准的界限划分，而完全由行政权中的自由裁量加以判定，或是政府对网络舆论恶性现象采取的消极不作为方式，难免会对自身利益构成侵犯，而目前相关行政立法中仍难觅行政救济途径的踪迹。

2.具体行政行为干预方面的问题

（1）行政法干预手段不透明、不到位

相关行政立法的运作中，行政主体因享有具体的行政执法权而占据着优势地位，目前大部分对于网络舆论恶性现象的干预手段仍属于行政上的事后规制，也是仅公众所知晓的部分，但对于网络舆论恶性现象进行事前预防，如政府的备案审查制度，以及事中约束，如行政主体思维积极作为干预等的行政法干预手段仍处在不透明的状态，对于网络舆论的优劣性干预标准也无从得知。缺少公众监督的权力，便极易产生干预手段的滥用，甚至导致“权力寻租”，而对网络舆论恶性现象的干预大打折扣。

（2）干预机构的职权分配不明确

根据《互联网信息服务办法》第18条[[[71]](#footnote-69)]的规定，目前我国对网络舆论享有干预权的机构主要包括信息产业主管部门、新闻、出版管理机关、公安机关等等，明确了多个部门共同执法的干预形式，同时也在网络谣言的专门领域设置了专门的国家互联网信息办公室加以监管，因此，在现实中执法机关之间的相互推诿问题并不突出。但共同执法导致了各部门间职权分配模糊，关于行政机关执法的职权范围没有准确的划定以及分工归责的规定缺失会导致责任不清、权责分散和执法干预力度的削弱，很容易使得多部门执法对网络舆论恶性现象不是出现空白地带，就是会出现多次干预的混乱局面。[[[72]](#footnote-70)]进而造成网络舆论对行政执法干预均持消极态度，大大减损行政干预机构的形象和权威性。

（3）行政干预不吸纳公众参与

对于网络舆论恶性现象的行政法干预往往是高效性的，行政机关通过打击、辟谣等种种方式便可将突发产生的网络舆论恶性现象打压下去。但这种打压往往是暂时性的，集体中公众是缺少判别意识的，行政干预恶性舆论的过程中缺少公众的参与，缺少引导公众如何去辨别、如何去对抗的行为，只会导致“一波未平，一波又起”。

**四、网络舆论恶性现象行政法干预的完善建议**

**（一）确定行政法对网络舆论恶性现象干预的基本原则**

事物的基本原则是其自我价值的体现，以及实现其价值的基本准则。法律规范的滞后性在快速变革的今天日益凸显，在出现法律的空白地带或是与现实相冲突时，基本原则就是最好的“调和剂”。另外，行政权的行使具有扩张性，不对其的行使界限加以原则上限定，公众的合法权益便极易受到侵害。笔者认为，应该对以下几点原则进行设定：

1.比例原则

行政主体实施行政行为应兼顾行政目标的实现和相对人权益的保护，如为实现行政目标可能对相对人权益造成某种不利影响时，应使这种不利影响限制在尽可能小的范围和限度内，保持二者处于适度的比例。对网络舆论进行行政法上的干预，将直接涉及到网络舆论主体的言论自由权，即行政主体在对网络舆论恶性现象进行行政规制干预的过程中，应当避免行政干预权在事件中的过度延伸而侵害到舆论主体本应享有的合法表达权利。比例原则是合理进行行政法干预，兼顾控制网络舆论恶性现象的泛滥的干预目标的实现与舆论主体合法表达自由权利的保护。

2.公共利益原则

人类社会作为一个有机整体，每个人的利益都与其他人的利益产生或多或少的联系，从而形成一定的共同利益，它代表了社会群体的大多数人的根本利益，是社会稳定发展的基石。[[[73]](#footnote-71)]公共利益原则在网络舆论恶性现象的行政法干预中则体现为，行政权对网络舆论的干预不得以其自我意识的价值判断来确定舆论的优劣与否，而应以社会的公共利益为判断标准，即网络言论自由权的行使，以不得侵犯公共利益为前提（其中包含对他人利益的侵害），否则将受到行政法上的规制。在衡量个人自由权利与公共利益保护后作出合理的行政干预。

3.法律保留原则

法律保留原则作为依法行政原则重要内容之一，主要指的是行政权非有法律的依据，不得使人民负担义务或限制其权利。目前，网络舆论恶性现象的影响范围的广泛性以及行政法干预手段的不透明性，极易导致行政管理权的滥用。而法律保留原则一方面要求相关的干预行为的对象应遵循法律上关于网络舆论恶性的划定标准。另一方面，干预主体所设低位阶的法律文件不得影响法律对于网络舆论恶性现象事后规制的处罚设置。最终使得网络舆论恶性现象能在较高位阶的行政法律中得到统一规制干预。

4.程序正当原则

行政活动不仅要在形式上符合法律规定，更要在实质上保证其公正性，因此，公民在其权利受到行政机关决定影响时，不仅在事后有通过行政内部监督或法院救济的机会，更应在事前、事中参与其权利决定的制作，尤其在其权利将受到行政权力的不利影响时，有权获得提出主张的机会，被告知决定的依据和理由。[[[74]](#footnote-72)]保证网络舆论行政干预程序正当最有效的方式就是行政公开，包括决策文件的公开以及行政干预过程的公开，对于公众，可以最大限度的保障其参与权、知情权以及异议权；对于网络舆论恶性现象的受干预者，应充分保障其说明理由的权利，以免合法权益受到侵害。

5.公众参与原则

参与式行政是行政行为民主化、科学化的体现，在网络舆论恶性现象的行政法干预中，政府与公众形成良性的互动机制，往往是遏制恶性舆论传播最有效的手段，即行政的干预呼吁公众的参与，将与网络舆论恶性现象的对抗意识融入到公众的意志中，使外在的行政约束手段转化为公众内心的自觉抵抗，更有利于行政干预目标的实现，降低行政执法的成本。

**（二）抽象行政行为干预方面的完善**

1.制定统一的网络舆论行政法律

初具规模的网络舆论的分散行政立法在遏制网络舆论恶性现象方面仍展现出了干预空白、效果断层等诸多弊端。在网络舆论迅猛发展的今天，没有专门统一的立法加以规范、干预，会对社会的稳定和发展构成极大的隐患。另外，出于网络舆论恶性现象多元、广泛等特征的考虑，有必要制定一部纲领性的统一法典在其干预方面做出统筹和规划，再由其他基数庞大分散的行政立法在干预细节方面做出深入的规制。统一的网络舆论行政干预法，在防止零散立法间互相重复、相互冲突以及保障规范的统一性上都有着重要作用。

2.提高行政立法位阶

网络舆论恶性现象行政干预立法分散的现状下，提高立法的层级，组成高执行力、强操作性的网络舆论干预法律体系，应当作为往后相关行政立法的侧重点。除此之外，各造法部门之间应加大在网络舆论恶性现象行政干预立法上的沟通，形成统一的、具有针对性的网络舆论引导模式，构建相互配合、相互弥补的行政干预体制。多管齐下的干预模式才能有效地对网络舆论恶性现象进行限制。

3.行政立法的适时更新

行政立法的严重滞后，导致其约束能力的严重削减。随着网络舆论的蓬勃发展，为达到对网络舆论恶性现象的约束效果，行政的干预法律也应当“与时俱进”，进行适时更新，即在互联网进步带来立法干预内容变化的同时，行政立法应当做出相应前瞻性的修改或者废止失去相应约束力的法律规范，对于现实干预效果较强的行政立法规范上升其的法律位阶，形成与网络舆论恶性现象发展相配套的遏制干预体系。

4.完善行政救济体系

出于行政主体对于网络舆论的强干预性、轻私权性以及对网络舆论恶性现象这一互联网时代的新兴产物的认识偏差，在行政干预的过程中难免会对公众的私权产生不同程度的侵害，而完善行政救济体系则对一方面起着弥补性的关键作用。主要包括行政复议、行政诉讼、行政赔偿领域救济体系的完善。在行政复议中，具体是指因网络中言论而受到行政处罚或被采取行政强制措施而提起的行政复议内容的完善；对于网络舆论引发的行政诉讼，仍应构建与传统行政机关承担举证责任的诉讼模式，作为平衡弱势一方公众的救济权利；完善行政赔偿领域，一方面对受侵害者进行了实际救济，另一方面也在一定程度上对行政主体起到了监督作用。

**（三）具体行政行为干预方面的完善**

1.行政公开的前提下控制自由裁量权

“阳光是最好的防腐剂”，行政权力缺乏透明度必将导致权力的滥用，行政公开是作为合理规范行政对网络舆论干预边界的重要前提，在保障公众充分参与的同时也增强了行政干预的权威性，其中包括事前行政预防的公开，即对于网络信息备案制度中关于网络舆论的优劣具体标准予以公布；还包括事中行政干预过程的公开，即使公众充分了解网络舆论恶性现象干预流程中的具体程序、细节。出于行政机关对于网络舆论恶性现象可能出现的认识上的偏差，行政干预公开后进行行政干预主体自由裁量权的控制更具有紧迫性。“将权力关进制度的笼子里”，以制度的限定对网络舆论自由裁量的限度与尺度，同时也让公众明白网络自由行使的界线。

2.合理规划行政职权

多部门共同执法干预的现状下，各部门行政干预职权的划分、固定能更有效地实现网络舆论恶性现象的全面规范干预，形成高针对性、权责明确的干预模式，避免干预空白、重复干预的尴尬现象的产生。另外，构建统一专门的干预机构，更有利于多部门之间行政干预职权的协调统一，对各部门特有的行政干预资源进行合理整合，也极大提升了行政法规范下的行政权对于突发性网络舆论恶性现象的干预能力。

3.重视行政干预中的公众参与

网络舆论恶性现象的行政干预在与公众形成良好的互动机制下，往往能发挥更好的遏制作用，不但增强了行政干预的可接受性，并且对于网络舆论恶性现象的行政法干预结合了公众内心的抵制而更具成效性。一方面应加强在与公众具有密切利害关系的公众参与的行政立法，另一方面应当吸收公众参与行政干预相关网络舆论恶性现象事件的调查中来，并允许公众通过网络媒介向外界发布调查情况，使得公众信息与政府信息互为补充，提高行政干预信息的可信度。[[[75]](#footnote-73)]

**五、结语**

大网络时代的环境下，网络中的舆论与每个人的生活联系日益紧密，但传统法律规范往往具有天然的滞后性，而新兴产物的在引导上的缺乏也为其非理性和情绪化的演变创造了条件，针对现实中出现的新难点，也对法律对其的干预模式提出了新的调整要求。

广义上的行政法相较于其他法律部门而言更具有活跃性、易调整和操作性，“法律永远落后与于行政”[[[76]](#footnote-74)]，通过本文的分析，将网络舆论恶性现象纳入行政法体系的干预中，具有重要意义。一方面在行政主体更加完善抽象行政行为和具体行政行为后，行政的干预管理职能更贴近新环境下管理的需要，更能与时代接轨；另一方面更有利于公众的网络言论自由的保障以及互联网健康发展的目的的实现。随着行政法干预的进步，和谐健康有序的网络环境的构建也指日可待了。

**参考文献**

[1] 中国互联网络信息中心：《中国互联网络发展状况统计报告》2016年1月，第43-45页.

[2] 谭伟，网络舆论概念及特征[J]. 湖南社会科学，2003，05：188-190.

[3] 袁建辉，法律规制视角下的网络舆论研究[D]，西南政法大学，2010.

[4] 谢上，“网络暴力”的法律规制[J]，法制博览，2015，06：38-39.

[5] 孙昌军、郑远民、易志斌，网络安全法[M]，湖南大学出版社，2002.

[6] 陈栩然，网络暴力的行政法规制，网络安全技术与应用，2015，07：104-106.

[7] 关保英，行政法学[M]，法律出版社，2013.

[8] 杨福忠，论我国规制网络言论立法之完善[J]，北方法学，2013，02：73-74.

[9] 孙万怀、卢恒飞， 刑法应当理性应对网络谣言———对网络造谣司法解释的实证评估[J]，法学，2013，11.

[10] 周静，论网络言论的法律规制[D] ，郑州大学，2015.

[11] 李璐，网络舆论的行政法规制研究[D] ，广东外语外贸大学，2014.

[12] 奥托·迈耶，德国行政法[M]，刘飞译，商务印书馆，2013.

[13] E.博登海默，法理学—法哲学及其方法[M]，邓正来、姬敬武译，华夏出版社，1986.

（责任编辑：袁小冬）

**论环境信息的公开——以新环境保护法的实施为标准**

刘季平\*

**摘 要：**我国新《环境保护法》于2015年1月1日正式实施，本法新设了“信息公开和公众参与”一章，对环境信息公开的主体、内容以及环境信息公开救济途径等做了相应的规定。新环保法与之前的环境保护法律规范比较，有了许多新的突破：在实体权利方面，赋予了公民、法人和其他组织环境知情权、参与权以及监督权;在环境信息公开主体范围上，增加了“其他负有环境保护监督管理职责的部门”这一主体;在环境信息公开内容上，特别强调了重点排污单位的环境信息公开义务；在环境信息公开救济途径上，则赋予了特定的社会组织提起公益诉讼的权利。我们在赞扬新环保法中新创举的同时，也应当认清我们国家现行环保法存在的不足或是不合理之处。研究、实践环境信息公开制度的基础就是界定环境信息的概念，但是我们的新环保法却没有对环境信息给出一个定义，这样既不利于新环保法的实施，也不利于学者们对环境信息公开制度的研究；虽然新环保法扩大了环境信息公开的主体范围，但是其主体范围仅限于“县级以上”人民政府环境保护主管部门和其他负有环境保护监督管理职责的部门，主体还是过于窄小；并且对于公益诉讼的规定，内容过于简单，很可能导致实践操作难以进行。

**关键词**：环境信息 环境信息公开 新环境保护法

**引言**

松花江污染事件、太湖蓝藻事件、浏阳镉污染事件、紫金山铜矿大量污水渗漏事件、“PM2.5监测”入国标事件、上海松江死猪事件，历历在目的有关环境污染的事件的发生催促着我们国家对环境保护立法的完善，“千呼万唤始出来”的新环境保护法终于在2015年1月1日开始正式实施。民众对于新环保法的出台寄予了高度的重视和厚望，民众对于新环境保护法的高度关注，不仅是民众环保意识的提高，更是民众法治意识的提高。破坏环境的事件时有发生，如果仅停留在道德的谴责层面的话，我们国家的环境保护是无法长远发展的，而只有更好的利用法律这把利器，通过法律的惩治、教育的功能，让破坏环境的行为人知道，污染环境是要付出高额代价的，只有这样才能真正达到保护环境的效果，我们的生活环境才能持久发展下去。新环保法在立法上虽有突破，但是结合国外环保走在前列的国家的环保法律规范和现今我们国家在环保中的实践经验来看，仍发现我们国家的新环保法一些不足的地方，作为学者，我们更应关注新环保法不足之处，针对不足之处提出批判性的看法，并且提出改善意见，以期在以后的立法中完善我国的环境保护法。

**一、环境信息**

在中国古代虽然有“天人合一”的哲学境界，倡导人与自然和谐相处，但是却没有人为保护环境的理念，就更遑论有关环境信息的一字半句的讨论了。20世界90年代，随着人类对于环境保护越来越重视，国际社会才开始真正的探讨有关环境信息的问题。相对与发达国家，我们国家对于环境保护的讨论起步的比较晚，现在虽有一些环境保护的法律、办法、条例，但是立法水平还是跟不是国际的步伐，因此在讨论环境信息问题时常借鉴国外发达国家的一些经验。新环保法中，我们隐隐约约可以从部分法条中找到一些关于环境信息的内容，但是却没有一条特定的法条是用来给“环境信息”下定义的，所在我国在法律层面上的环境信息的概念是不存在的。而我们为什么在开篇强调环境信息，因为它是一个基础性的概念，对于我们从事环境信息公开的研究和新环保法的实施有着不可磨灭的重要作用。

从最简单的字面意思来解读环境信息，它可以表示为“有关环境的信息”，但是这种解读是不触及概念本身的内涵的，显然无法满足学者们对于环境信息的探究。在世界范围内，基于各种原由，至今对环境信息都没有确定一个统一的、国际一致认可的环境信息的定义，这并不阻碍我们对环境信息的讨论。对于环境信息做了全方位概括的《公众在环境领域获得信息、参与决策和诉诸司法的公约》，即《奥胡斯公约》中将环境信息定义为：环境信息指下列方面的书面形式、影像形式、音响形式、电子形式或任何其他物质形式的任何信息：（a）各种环境要素的状况，诸如空气和大气层、水、土壤、土地、地形地貌和自然景观、生物多样性及其组成部分，包括基因改变的有机体，以及这些要素的相互作用；（b）正在影响或可能影响以上（a）项范围内环境要素的各种要素，诸如物质、能源、噪音和辐射，及包括行政措施、环境协定、政策、立法、计划和方案在内的各种活动或措施，以及环境决策中所使用的成本效益分析和其他经济分析及假设；（c）正在或可能受环境要素状况影响或通过这些要素受以上（b）项所指因素、活动或措施影响的人类健康和安全状况、人类生活条件、文化遗址和建筑结构。1998年6月25日，联合国欧洲经济委员会在第四次部长级会议上通过了《环境问题上获得信息公众参与决策和诉诸法律的公约》，公约于2001年10月31日生。针对《奥胡斯公约》对环境信息列举式的定义，不得不承认其范围的广泛性。深受《奥胡斯公约》影响的英国也在一定层面上放映了“奥胡斯式”定义，其在英国国内法《环境信息条例》（2004）中第二条，也对环境信息进行了宽泛的定义：任何以书面、视听、口头、电子或任何其他物质形式存在的关于下列事项的任何信息：ａ.各种环境要素的状况；ｂ.正在影响或可能影响上述ａ项范围内环境要素的物质、能量、噪声和辐射等各种要素；ｃ.正在影响或可能影响上述ａ项和ｂ项要素的政策、法律、规划、案、环境协议和活动；ｄ．环境法律的实施报告；ｅ.关于在ｃ项框架内所采取措施和活动决策的成本－效益和其他经济分析；ｆ.受到ａ、ｂ、ｃ项影响的人类健康和安全的状况、人类生活条件、文化遗址和建筑结构。英国法律对于环境信息的概念解释所包括的内容也算比较广泛，并且内容与内容之间具有层次性，即后一条款是前一条款的递进。前面两个法律定义相比较，可以看出英国队环境信息的定义更具有操作性。同时可以肯定的是，两种定义都触及到了环境信息的内涵，较之字面意思，让人能更直观的了解环境信息的内容。

国内学术界也有许多的学者对环境信息进行定义，众说纷纭，难以形成固定的形式与内容。难能可贵的是，我国《环境信息公开办法》（试行）（2008.5.1）第二条也对环境信息进行了定义，不同的是它将环境信息分类，分为政府环境信息和企业环境信息，前者是指环保部门在履行环境保护职责中制作或者获取的，以一定形式记录、保存的信息；后者是指企业以一定形式记录、保存的，与企业经营活动产生的环境影响和企业环境行为有关的信息。虽然这个定义是比较正式的，但是依然可以看出，定义比较笼统，令人难以界定环境信息的内容。对于环境信息的讨论时很有必要的，这是环境信息公开制度的基础，是指导环境保护的方向性概念，所以不能将其视为可有可无的概念。

**二、环境信息公开制度**

当人们认识到环境信息对人类生活、发展的重要性之后，越来越多的人要求将环境信息公开出来，随之就产生了环境信息公开制度。环境信息公开是指依据和尊重公众知情权，政府和企业以及其他社会行为主体向公众通报和公开各自的环境行为以利于公众参与和监督。环境信息公开制度之所以在世界范围内盛行，究其主要原因有两个：环境信息公开制度是保护公民环境知情权的重要手段；以及环境物品的公共性理论得到世界社会普遍的接受与倡导。

**（一）环境知情权**

进入高速发达的信息时代，不仅带来了经济上的快速发展，还带来了环境日益恶化的局面。面对日益恶化的生活、生产环境，民众愈加关心自身身处的环境状况，而且愈来愈多的人知道通过法律的手段来获得环境信息，从而维护自己的合法权益。通过法律的手段来获取环境信息并不是一个陌生的东西，其在宪法上已经有体现，我国宪法赋予公民知情权，而知情权的内容不仅仅局限于传统的观点了，从一般的公民信息内容延伸到公民对自身生活环境的知情权；并且随着人权在国际社会上的发展，内容上也有了扩张，其中新发展的一项权利即环境权，国际社会普遍认同，随着世界环境状况的恶化，公民人权也应当表现在公民应当享有身处于适合人类生存的环境的权利，而其中环境知情权就是环境权中的一个子内容，环境知情权是实现公民环境权的一个内在权利。在环境权的范围内，环境知情权可以表述为公民对本国乃至世界的环境状况，国家的环境管理状况以及自身的环境状况等有关信息获取的权利。这种表述是比较符合环境权的内在属性的。在此作一个假设，如果将环境知情权视为人权二级内容，那么根据环境知情权的重要性，导致了它不能仅局限的放在“办法、条例”中进行保护，而应该提高它的法律位阶，实现它的法律价值。正是认识到了这一点的重要性，我国的新环保法才将环境知情权规定在本法的第五章信息公开和公众参与的篇幅里面，提高了它的法律位阶，增强它的透明度。

**（二）环境物品的公共性**

中国有一句俗语叫“各人自扫门前雪，莫管他人瓦上霜”，意思是安分守己，不要多管闲事，但是这样的处世态度放在解决环境污染问题上的话，是万万行不通的，也是万万不能有的思想，因为环境问题它有其全球性或是区域性的特点。人虽然有地域之分，但是我们都生活在同一片天空下，呼吸同样的空气，使用同一片水域，而这些水、空气等都具有流动性，我们可以说是共同使用、共同拥有这些环境物品。正是因为这样，导致保护环境成为了一种是为了公众利益而为之的行为，是具有公益性质的行为。这些环境物品的特性，致使我们不能只顾自己，而是应该联合起来，对我们共有的公共性环境物品进行保护。环境物品属于所有的人，它的公共性不仅是指属于现在存于世上的人，还指这些环境物品同样也属于还没降临到这个世界上的子孙后代，我们必须集体一起保护环境，才能更好的繁衍与传承。

**三、新《环境保护法》在环境信息公开中的突破**

论及新《环境保护法》的出台，其在内容上专设了“信息公开与公众参与”一章，区别于《环境信息公开办法》（试行）中的内容：

**（一）扩大了环境信息公开主体的范围**

在新《环境保护法》第54条第2、3款中都规定了，由“环境保护主管部门及其他负有环境保护监督管理责任的部门”对环境信息进行公开，在主体上增加了“其他负有环境保护监督管理责任的部门”，是其他办法、条例所没有的内容。之所以要增加后一主体，主要还是为了形成互相监督的局面，形成对新法的良性的实施，不会止于制度虚设，导致形成达不到保护环境的效果。

**（二）规定公众的知情权、参与权与监督权**

新《环境保护法》第53条赋予了公民、法人和其他组织环境知情权、参与权、监督权。赋予公民环境知情权，是为了落实宪法赋予公民的知情权，维护公民的基本权利，同时这项权利也是促进环境保护的基础权利；赋予公民监督权是为了更好的监督执法部分的执法行为，防止滥用环境执法权利，将政府公权力的行使暴露在阳光下，从而方便接受群众的监督；赋予公民参与权则是倡导公民积极加入到环境保护的大潮中，使环境知情权落到实处，同样也是为了更好的行使监督权，只有参与到环境保护中去，才能更好的对环境执法部门进行监督和提出合理性的建议。这三项权利是相互作用的，是不能缺一而论的，只有公民将这些权利落实在环境保护中去，才能更好的通过法治的手段来保护我们所处的生活环境。

**（三）要求重点排污单位应当主动公开环境信息**

重点污染单位因为其产生的污染相较其他单位更加严重，对社会环境危害的可能性更高，污染的范围更广，但是如果事故发生前就做好体系的排污措施的话，则能减少很多污染。这也是新环境保护法为什么注重强调重点排污单位要主动公开排污情况的原因，为了国民生产、经济发展的要求，导致现今我们国家还无法取缔这些重点排污单位，但是我们依然可以通过预防的手段进行减排和合理有效的控制排放污染。而被法律要求主动公开环境信息，能更好的对其进行管理与监督，促使排污单位合理控制排污和加大减排力度，同时也维护了民众的环境知情权，使民众对单位的排污事实在心理上有一个接受能力，不至于造成恐慌等影响社会稳定的事件。

**（四）完善建设项目环境影响评价的公众参与**

这一项突破是对民众环境参与权、环境监督权的落实。环境影响报告书是建设项目单位对建设项目可能对民众造成的环境影响的一种事先告知书，让民众知晓建设项目对环境污染的隐患，在做出报告书后，提取民众的意见，了解民众对建设项目的接受程度。如果民众无法接受这样的环境污染隐患，那么建设项目单位则要听取民众的合理建议，而不能一意孤行地走自己的路。如果建设单位一意孤行，其行为则违反了法律规定，所建项目则是是不合法的建设项目，单位行为必将受到法律的惩戒。

**（五）扩大环境信息公开救济途径**

有权利必有救济，不然权利就是虚设。新环境保护法纳入了环境公益诉讼制度，对于污染环境、破坏生态，损害社会公共利益的行为，符合法律规定的条件的社会组织可以提起公益诉讼。虽然公益诉讼在某些西方国家由来已久，但是在我们国家，在环境保护法等相关规定中，确是历史性的时期。我们认为正是由于环境物品的公共性，才导致环境污染侵权案件适用于公益诉讼当中。在环境污染的案件中，受害者具有不确定性，人数往往比较多，还有就是极多可能是跨地域性的，而传统的诉讼方式是无法满足环境污染侵权案件的，这时就产生了公益诉讼，吸取西方优秀的公益诉讼制度优势，为我们国家所用，形成符合我们国情的公益诉讼制度。

**四、新《环境保护法》在环境信息公开中的不足**

每一部立法，都会有其时间上、地域上、文化上的局限性。虽然新环境保护法才实施不久，但是结合国内法治发展的实际情况与西方发达国家的环境信息公开方面的立法状况一起分析，我们还是发现了新环境保护法在信息公开中的不足之处：

**（一）环境信息公开主体**

新环境保护法规定环境信息公开的主体是县级以上的地方人民政府环境保护主管部门和其他负有环境保护监督管理责任的部门，其在行政区划级别上排除了乡一级的政府相关部门，并且乡一级的政府相关部门中也不存在“其他负有环境保护监督管理责任的部门”当中，所以说乡一级是没有纳入到环境信息公开的主体中的。但是乡一级别作为民众生活环境的最直接管理者，其对本行政区域内的情况最为了解，在处理环境污染事故等问题具有更直接的效果。有一位学者总结了应当将乡一级政府部门也作为环境信息公开的主体的三个原因：第一，在心环境保护法第28条明确了地方各级政法公开环境信息的义务，在法律上，乡一级政府部门是有公开环境信息的责任的；第二，乡级政府部门与辖区居民关系密切，所掌握的环境信息更加直接、具体。第三，辖区居民能更加方便的从乡一级政府部分获得环境信息，从而更好的行使公民的环境知情权。针对上述三个理由，很有说服力，不仅从法律规范的角度肯定了乡一级政府部门的环境信息公开义务，还从民众与政府关系、以及获取环境信息的方便度着手肯定了乡级政府部门对环境信息公开的重要性作用。

**（二）环境信息公开的救济措施**

虽然在新环境保护法中纳入了公益诉讼制度，并且对提起公益诉讼的组织规定的一定的标准，确立了不是什么社会组织都可以提起公益诉讼的法律规定，只有符合法律规定条件的社会组织才有资格提起公益诉讼。除此之外，整部法律再也没有有关于规范公益诉讼制度的法律条文了。虽然国内学界对于公益诉讼的呼声不断，大有增高之势，但是即使是民事诉讼法，对于公益诉讼的规范也是特别少的。新环境保护法虽然确立了公益诉讼制度，但是规定粗线条化，在程序操作上难以达到很好的效果，这样的规定很可能在以后的法律实践中的实际作用不大，更有甚者，导致该法律条文形成虚设化。

**（三）未明确“环境信息”的概念**

本篇开篇就谈到环境信息概念的问题，国际上没有形成一个统一的定义，但是仍然有许多人去定义它。我们的新环境保护法却避开了这样的一种尝试，并未在法条中给出环境信息的定义，同样也没有指出要参照《环境信息公开办法》（试行）中对环境信息的规定。这样的做法给执法部门在执法过程中产生了很大的空白，很容易导致执法不力；同样的，这对于学者们的研究也无法起到指导性的作用。环境信息不是一个可有可无的概念，它在环境信息公开中起着很大的作用，这个概念能够确定环境信息的内容，还能明确执法部门的职责所在，这是一个对保障公众环境知情权、参与权与监督权的重要概念。

**五、对于新《环境保护法》在环境信息公开的不足之处的建议**

对于新环境保护法的立法不足之处，我们应该站在客观的角度上去看待。不能因为新环保法存在不足就一味的否定它，而更应该在分析其不足之处的基础上总结出一些好的建议，从而推动以后环境保护立法的发展，制定出更合理的法律。

**（一）明确乡一级政府部门的环境信息公开的责任**

综合上述关于确认乡一级政府部分对环境信息公开主体地位的讨论，我们认为可以将“县级以上的地方人民政府环境保护主管部门和其他负有环境保护监督管理责任的部门”规定为“乡级以上的地方人民政府环境保护主管部门和其他负有环境保护监督管理责任的部门”，这样的建议虽然在现在看来有些不合理，因为在我们国家，现阶段的乡级政府内部是不存在环境保护主管部门的。原因有两点：一是乡一级辖区范围比较小，设置这样的部门实用性不高，容易造成政府内置结构复杂、人员冗长；二是乡一级环境监测、检测等技术手段不高，如果引进新技术，财政上难以支撑。虽然国内的现实困境阻隔着我们法制的发展，但是我们也不能固步自封、自怨自艾，而应该走在法治的前段来探究我们环境信息公开主体的范围，只有这样我们的新环保法才能发展、进步。

**（二）实现多种救济模式，并对公益诉讼具体规范**

相比于之前以行政救济为主的环境信息公开救济模式，在新环保法中又加入了特定社会组织的公益诉讼的司法救济模式。但是相比于一些西方发达国家，我们国家的环境信息公开救济模式还是比较简单的，建议可以参考发达国家的救济模式的内容，来发展我们国家的救济模式。救济模式的多样性是环境保护的必然选择，环保的话题是全民关注的话题，随着污染事故的频发，单一的行政救济已经无法满足环保者和受害人的需求；行政救济方式随着政府公信力的下降，也渐渐地不为民众所信任。这就推出了公益诉讼的司法救济模式，但是我们国家的公益诉讼的规范太过简单，在司法实践中实际的操作性不强，这将导致这样的规定起不到救济的作用。对于公益诉讼的程序等问题，我们国家在司法过程中虽然很少这样的经验，但是我们可以向国外一些有经验的国家学习，比如美国。美国对于公益诉讼的规定比较具体，在程序要件上，规定了“诉前通知、执法行动先占”等程序；在法律救济上，对“罚款、强制令、不适用金钱赔偿、律师费和诉讼费”等做了具体的规定；在救济的限制上，规定了“违法的连续性、诉讼时效、争议不存在原则”等内容；公益诉讼主体问题上，对原告和被告都做了规定。虽然很多学者认为美国的公益诉讼制度并不适合我们国家的实际情况，但是既然我们国家还没有研究制度出适合我们国情的公益诉讼制度，那么我们为什么不能借鉴一些适合我们进行公益诉讼的国外经验呢，毕竟国与国之间除去“区别”，还是存在一定程度上的“共性”的。特别是针对学者们的研究，不能闭门造车，应该互相学习，以完善我们国家的公益诉讼制度为目标，使其在实践中更具操作性。

**（三）明确“环境信息”的概念**

环境信息概念的重要性已经在上述内容中论述过了，有一点必须强调，国内环保法上的环境信息的概念必须突破《环境信息公开办法》（试行）中的规定，除去法律发展的考量，更是基于国际社会环境保护的现状来考量的。旧的概念在一定程度上已经过时了，将无法满足现今环保立法的实际要求。如果立法上只是毫无创新式地照搬照抄，这必将导致环保立法的滞后，因此我们应该将眼光放长远，站在国际环保发展的角度上，给“环境信息”下一定合乎国内社会发展的定义。我们建议可以以《奥胡斯公约》中的环境信息定义的范围为参考，结合它的定义形式，以列举式的方式来给环境信息下一个定义。但我们认为不能照搬全抄，因为该公约中的环境信息内容范围实在是太广泛了，环境信息内容规范太广泛的话会不利于执法，导致行政、司法资源的浪费，不符合执法的经济性要求。同时我们也可以借鉴英国法律对环境信息的定义模式，英国立法对于环境信息的规定相比于《奥胡斯公约》的规定，内容更清晰、具体。并且其法条是采用列举加递进的形式对环境信息进行定义，这种定义的方式和《奥胡斯公约》的方式是相类似的，很有借鉴的价值。我们认为上述学者们的建议都是很有研究价值的方向，在定义中给出环境信息的内容，让民众对环境信息的概念有更直观地认识，使执法部门在执法过程中减少空白，提高执法力度，从而提升政府执法公信力。

**结语**

法律在保护环境方面是一把利器，利器虽好，却也有伤人的时候。我们在要求利用法律来保护环境的同时，也不能忘记了其他保护环境的手段。互联网络的发展，产生了许多新形式的环境保护模式，比如媒体在网络上曝光环境事件、发布民众对生活环境的评价，类似的这样的模式，可以提起民众对环境事件的关注度，甚至能在环境污染发生前就将引起污染的因素消除；同时随着各种商会的兴起，如果将环保内容设定为各个商事主体的竞争内容，商人为了利益，岂有不环保的。除上述三种环保模式，仍然还有其他多种形式的环保模式，有的现已存在，有的还需我们发现、实践。我们只有不停止环保的步伐，才能实现人与环境和谐发展，才能达到“天人合一”的高境界。

**参考文献**

[1]欧洲经济委员会，《在环境问题上获得信息、公众参与决策和诉诸法律的公约》，第二条第3款.

[2]http://www.chinaenvironment.com，中国环保网，2013-5-16.

[3]彭磊，《英国环境信息公开法律对我国立法的启示》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》，2013年6月，第165页.

[4]宋旭娜，《环境信息公开是环境应急管理的必要工具》，载《中国环境管理》，2009年第3期，第26页.

[5]王京歌，《试论我国环境信息公开制度的实施——紫金矿业污水池泄露事件思考》，载《辽宁行政学院学报》，公共管理，2011年第8期，第17页.

[6]李洪素，《新<环境保护法>中环境信息公开制度的缺陷分析》，载《商》，经济论坛·经济视点，2015年9月，第181页.

（责任编辑： 孙盼盼）

**从“伊斯兰国”看国际恐怖主义的新动向**

郝晓昱[[77]](#footnote-75)\*

**摘 要：**2015年11月13日法国巴黎连环恐怖袭击因其规模大、伤亡惨重、袭击者组织严密，可谓史无前例，在震惊了法国乃至全世界的同时，也使极端组织“伊斯兰国”成为了国际社会关注和打击的焦点。与以往其他恐怖组织相比，不论是组织形式、经济基础还是宣传手段，“伊斯兰国”都有自身独特之处。事实上，纵观其发展历程，不难发现该组织擅长利用网络手段推波助澜。对于这种新动向，不妨转换思路将防范和遏制的重点放在网络反恐的国际合作上，或许能有对症下药的针对性效果。

**关键词：**恐怖袭击 极端组织 ISIS 网络反恐

**引言**

作为残暴、极端、滥杀无辜的代名词，恐怖主义就像一个寄生在人类社会发展史上的毒瘤，时刻威胁着人类社会的和平、安全与稳定。也正是由于它定时炸弹一般不容忽视的突发性和破坏性，使得其历来都是国际关系和国际法学者的重点研究对象。迄今为止中外学者在恐怖主义的发展与如何制止恐怖主义等问题上已进行了许多深入研究并发表了大批的优秀成果，比较突出和有代表性的主要有[乔姆斯基](http://xueshu.baidu.com/s?wd=author%3A(%E4%B9%94%E5%A7%86%E6%96%AF%E5%9F%BA)&tn=SE_baiduxueshu_c1gjeupa&ie=utf-8&sc_f_para=sc_hilight%3Dperson" \t "_blank)：《恐怖主义文化》（2006）、盛红生：《国家在反恐中的国际法责任》（2008）、阮传胜：[《恐怖主义犯罪研究》](http://www.baidu.com/link?url=ybafM6wk5oLnKv1H2hMekbpqN42wI1dpKV_E36aOMTwuPqP-SeTdjnLZRmIysvIR&ie=utf-8&f=8&tn=70000002_o2_hao_pg&wd=%E6%81%90%E6%80%96%E4%B8%BB%E4%B9%89%E8%91%97%E4%BD%9C&oq=%E6%81%90%E6%80%96%E4%B8%BB%E4%B9%89%E8%91%97%E4%BD%9C&ssl_sample=normal" \t "_blank)（2007）、张娟：《恐怖主义在欧洲》（2012）和英国学者[查尔斯·利斯特](http://book.jd.com/writer/查尔斯·利斯特_1.html" \t "_blank)：*The Islamic State: A Brief Introduction*（2016）等。值得注意的是，对于恐怖组织爆发性的破坏力而言，以往在这方面的研究模式犹如亡羊补牢，只是在针对已出现的问题寻求解决方案，而难以较好地实现我们尽量减少损失、扼杀风险的初衷。曾有学者提出，在科学技术迅猛发展的今天，泯灭人性的恐怖主义分子会充分利用科学技术的进步，所采取的犯罪手段不一定是传统意义上的暴力手段，但却具有巨大的破坏性。的确如此，随着科技的发展，恐怖主义也不断更新着手段和形式给世界和平与安全造成危害。尤其是进入21世纪以后，结合了互联网技术的恐怖主义不断出现新的作战手段和方法，给国际社会和国际法提出了新挑战。正如2015年11月13日晚发生在法国巴黎的暴力袭击事件，以其事发之突然、事态之惨烈震惊了全法国乃至整个国际社会的同时，也让整个国际社会意识到，这个擅于利用网络手段的极端组织ISIS对国际安全的危害已然迫在眉睫。可以看出，仅停留在对恐怖主义传统手段和模式上的研究已无法满足实践需要，投入更多精力对其诉求、发展的历史沿革和嬗变过程进行研究，特别是对其未来发展的新动态进行捕捉，无疑既具有重要的理论价值又具有突出的现实意义。

**一、伊斯兰国简介**

ISIS，是英文Islamic State of Iraq and al Shams的缩写，中文翻译为“伊拉克和大叙利亚伊斯兰国”（也简称为“IS”）。当然，ISIS绝非一个国家，准确地说它是一个野心勃勃、势力强大且财力雄厚的极端恐怖组织。之所以叫这个名字，是因为该组织企图用暴力手段建立一个政教合一的神权国家，涵盖整个中东、非洲东部、中部和北部、欧洲的伊比利亚半岛、黑海东部、南部和西部，亚洲中部和西部（包括印度大部甚至是中国西部地区），打破原来欧洲殖民者在中东地区划分的边界。目前为止，“伊斯兰国”组织已控制了伊拉克西北部和叙利亚东北部的大片地区。这个区域究竟有多大呢？单从面积上看，其已超过了英国本土。[[[78]](#footnote-76)]因此，ISIS并不同于以往存在的那些普通恐怖组织，其威胁之大，不容乐观。

俗话说“冰冻三尺非一日之寒”，“伊斯兰国”组织也绝非一夜之间凭空产生。要追溯其源头，还要从叙利亚说起。2000年，34岁的巴沙尔·阿萨德当选为叙利亚新一任总统。上任后，巴沙尔开始推行一系列改革。但由于改革利益的冲突以及叙利亚内部什叶派与逊尼派的教派矛盾等原因，2011年初叙利亚内部爆发危机，即叙利亚反对派同阿萨德政府之间的激烈冲突。一方面，由逊尼派中反对巴沙尔·阿萨德领导的阿拉维派政府的政党力量组成的叙利亚反对派纷纷揭竿而起对抗叙利亚政府军，企图实现叙利亚政权更迭。这些反对派力量中也包括属于逊尼派的圣战组织、基地组织（即本·拉登生前带领的曾制造9.11恐怖袭击的组织）、塔利班等恐怖分子。因而叙利亚境内的冲突实际是非常复杂混乱的。另一方面，针对叙利亚政府的反对派背后又有来自英、美国家的支持，而阿萨德政府的身后又有俄罗斯、伊朗等国撑腰，两方的对阵已并非仅单纯是国家内部政治立场和民族矛盾的冲突了，而是暗含着国际多方势力的角斗和利益的角逐，因而两方难决高下，内战越打越激烈，持续时间也越来越长。就在混战的过程中，有一支力量异军突起发展迅速引起各方注意，此即日后臭名昭著的ISIS。

2003年美军攻打伊拉克时被外界认为并未发挥出实力的伊拉克共和国卫队，其分解后的残余势力私下进行了重组，形成了一个自称“伊拉克和黎凡特伊斯兰国”（ISIL）的组织，该组织初期主要依附于奥萨马·本·拉登领导的基地组织。起初ISIL一直活动于伊拉克境内，主要目标是对抗伊拉克新政府。因出身正规军队，其军事实力甚至压过伊拉克新政府军而略占优势。待叙利亚内战爆发后，该组织见有利可图，便加入了混战，企图借此机会扩张自身规模。不难发现，虽然反对派和叙利亚政府军实力都不算薄弱，但此时，长期的混战已令双方疲惫不堪实力大减，再加上反对派中的一些恐怖势力目的并不单纯，而只是想借机大发战争财、扩大势力范围、实现自身诉求，这就给ISIL组织提供了一个很好的契机。于是他们在反政府势力里选中了作战强悍的武装组织“胜利阵线”，并与之合并，正式更名为“伊拉克和大叙利亚伊斯兰国（ISIS）”。[[[79]](#footnote-77)]

**二、ISIS迅速崛起的主要原因**

宣布成立伊拉克和大叙利亚伊斯兰国之后，ISIS公布了其版图主张，即妄图在五年内占领整个中东、非洲东部、中部和北部、欧洲的伊比利亚半岛、黑海东部、南部和西部，亚洲中部和西部，建立一个囊括两河流域和地中海东岸（黎凡特地区）的逊尼派政教合一的国家。[[[80]](#footnote-78)]这绝非盲目的野心，其态势猖狂是有原因的，毕竟ISIS从最初仅活跃于伊拉克境内到加入叙利亚混战为祸一方，到如今占据着伊拉克西北部和叙利亚东北部大片区域、袭击巴黎、残杀各国人质，从“伊拉克伊斯兰国”（ISI）恐怖势力发展到ISIS如今的割据势力，只用了不过区区三年时间而已。如此速度和整个国际社会的恐慌都给了ISIS无比的自信和加速膨胀的野心。近几个月来，不论ISIS的武力攻势还是政治攻势，都令国际社会大为震惊，待到我们投以足够的关注之时，才发现ISIS早已不是什么疥癣之疾了，而是一个急速膨胀、迫在眉睫的忧患。我们不禁要追问，是什么使得ISIS不同于历史上曾出现的其他恐怖组织，而它又是凭借着什么样的条件得到了如此迅速的发展呢？可以这么说，对内ISIS有着核心凝聚力、战略谋划和现成的军事素养，对外其又通过多种渠道聚敛钱财，内外不愁，其壮大速度之快也就可想而知了。

**（一）内部因素**

第一点是思想引导。在我们看来，ISIS是疯狂、残暴、十恶不赦的恐怖组织，那么为什么还有这么多人甘愿成为恐怖分子为其效力，沦为人肉炸弹和杀人屠刀呢？这恐怕要归功于其组织内部洗脑式的思想灌输，靠精神上的凝聚力将整个组织的士气烘托到高涨。作为“伊斯兰国”首领的阿布·巴克尔·巴格达迪与以往拉登、奥马尔明显的不同之处在于，从伊斯兰教义来说，其合法性非常之高。一来，他是伊斯兰经学博士出身，坐过美国的监狱，又宣称自己是血统纯正的真主穆罕默德的古莱氏部族的后人（即古伊斯兰国的合法继承人）；其次，他宣称将会完全用逊尼派的“沙里亚法”治国（这在目前的伊斯兰世界来讲，只有极个别国家能够实现）；最重要的是，他懂得通过网络面向全世界招募伊斯兰国家的管理者。这些因素使得他在伊斯兰世界获得了极高的合法性，深受伊斯兰信徒拥戴。[[[81]](#footnote-79)]不知道多少年轻人在他的宣讲下血脉偾张地要为保卫伊斯兰而战，在他们看来，ISIS就是伊斯兰复兴的希望。

第二点是行动讲究战略。ISIS不同于以往有勇无谋、盲目前进的极端组织，从目前其制造的多次恐怖袭击中不难看出，其行动上是十分讲究战略和预谋的。就拿之前的巴黎恐袭事件来说，无论是在手法上还是配合上，都显现出ISIS周密的预谋策划能力和严密的组织协调能力，这也使得这次袭击造成了法国四十多年来最惨重的人员伤亡。总结事件经过，可以发现ISIS此次恐怖袭击两个显著的作案特点：一是多种手段并用。ISIS此番袭击巴黎，制造了多起枪击、爆炸以及人质劫持事件。这种多手段并用的恐怖袭击还是第一次在像法国这样的发达国家出现。较比以往单一手段的恐怖袭击，ISIS之所以选择这样复杂的袭击手段，是因为多重袭击可以带来更大范围的骚乱和更惨重的伤害，如此也更有利于达成其制造恐慌的目的。二是在时间协同上达到高度一致。当晚的多起恐怖袭击案件几乎是同时在不同的地点以不同的形式发生的，如果没有经过事先周密的谋划和安排很难达到多地时间点上如此紧密的配合。而多处在同时段相继爆发袭击一来可以分散救援力量，二来可以制造更大的声势，掀起恐慌的浪潮。从这一点也可以看到ISIS的组织协调性在不断强化。

第三点是较高的军事素养。ISIS组织的成员主要是萨达姆时期伊拉克共和国卫队残留的军官和士兵，他们在萨达姆失势后一度被什叶派政府大力打压，有一天突然发现出现了自己派别的组织和军队，其回归效力的心情有多么热切就可想而知。加之正规军队出身，实际作战、武器使用甚至军事策略等都经历过严格的专业训练，因而已经具备了较高的军事素养，大大带动了ISIS组织整体军事实力的提升。

**（二）外部因素**

除了以上三点自身因素外，ISIS的外部条件也可谓十分有利。以往的恐怖组织往往会在资金不足、装备简陋上占尽劣势，然而ISIS却因为有着五大资金来源渠道而将资金充足变成了其一大优势，得以不断将大量资金投在武器购买和自身扩张上。

第一渠道源于富豪资助。中东极端富豪以及一些有政治目的的国家私下给予资助是最传统的恐怖组织的资金来源。中东石油遍地，富豪多不胜数，而不少穆斯林的心里都有一颗复兴伊斯兰世界的心。私下的金钱资助是ISIS资金的一大来源。

第二是通过合并、扩张获得了一部分金钱。起初ISIS尚处于ISIL时期时，还主要依附于基地组织，需要靠基地组织的拨款支撑其活动。因资金来源上的被动，ISIL常常通过抢掠平民以及绑架人质、拦路收费等恶行搜刮钱财。在这个过程中，ISIL所用手段极其残忍，甚至遭到了基地组织高层的反对。又适逢叙利亚内乱，ISIL组织便索性从基地组织中抽身出来单干。这期间，ISIS先后占领了多座美伊战争后美国遗留在伊拉克的军火库，因而得以补充了大量先进的美式装备。[[[82]](#footnote-80)]再加上“胜利阵线”组织在叙利亚的反对派中属于实力最强的一支力量，与其合并，更使得ISIS在金钱和战斗力上都得到了较大的提升。不难发现，此时的ISIS已经同时具备了较高的军事素养、储备丰富的军火库以及先进的美式装备，凭借其此时的实力，叙利亚政府军以及其他抵抗ISIS的反对派已很难再与其抗争了，于是ISIS以相当快的速度控制了伊拉克与叙利亚的一些重镇。在军事扩张的过程中，仅是抢夺摩苏尔银行就使其获得了4亿多美元。[[[83]](#footnote-81)]但这还不是其获取金钱的主要渠道。

第三大渠道也就是ISIS最主要的财富来源，便是控制中东地区的大量油田。ISIS控制了所占领土地上的油田后，便开始通过黑市售卖原油了。在伊拉克，ISIS控制了至少5座油田，且在叙利亚还有另外6座。通过黑市或者内线即便是以极低的价格把原油售出，一天也能收入将近200万美元。[[[84]](#footnote-82)]这才是ISIS组织最大的“金库”。加之伊斯兰世界无比复杂且稳定的洗钱网络也帮了ISIS大忙，金钱已不再会成为ISIS的后顾之忧。

第四，绑架勒索。拥有了资助、军火库、油田、银行的ISIS已不是需要靠拨款、打劫才能得以维生的小组织；而早已演化成一个拥有土地、能源、装备、人口的堪称国家级别的恐怖组织了。但这样一个富可敌国的恐怖组织却在绑架勒索的可耻勾当上做得不亦乐乎。首先是打着募捐的名义敲诈勒索控制地的经营者，如不出钱支持“大伊斯兰国”的“圣战”，经营者将被以残忍手段就地杀害。其次是沿路设立公路检查站，收取过路费等费用（这一行为甚至被ISIS发展到类似于一国之税收的运营模式），而这部分的收入也非常巨大，一个月可以达到1200万美元之多。[[[85]](#footnote-83)]更为过分的是绑架各国人质，向人质政府或其家人索要赎金。这一模式历来有之，只是ISIS有意将这种“生意”越做越大。不仅大量绑架各国人质，向其政府索要高额赎金，还不定期将残杀人质的视频公布到网络上以示威吓。据说法国政府就曾经向ISIS支付了1800万美金来解救四个本国公民。德国等国政府也都先后支付了巨额赎金来解救本国被绑架公民。

第五大渠道就是通过售卖古董获利。ISIS在扩张、占领的途中，所到之处必将掠夺和侵占的古董、艺术品、收藏品等洗白、出售，有时甚至是公开拍卖。中东的各大文明古国本来文物资源就颇为丰富，据说仅在一次抢劫中ISIS就收获了价值3600万美元的工艺品。[[[86]](#footnote-84)]

资源丰富、资金充足，下一步自然就是野心的无限膨胀。ISIS面向全球不断募集新成员、扩张军队、招募雇佣兵。与以往的恐怖组织相比，ISIS有一个重大突破，即大肆利用Twitter等互联网社交工具在全世界范围内进行所谓“信仰”的洗脑传播和新丁招募。不仅大量穆斯林受其蛊惑，甚至西方一些尚未形成正确世界观的异族年轻人也会对这样一种“热血生活”心生向往，满怀自豪地做着成为一名“圣战”斗士的英雄梦。

武器有了，资金有了，人员也不断扩充，ISIS在各种优势条件下，乘着叙利亚内乱的风一路扶摇直上，以崛起之势攥取了国际社会的眼球。

**三、ISIS建立后的违法犯罪活动**

从ISIS的角度出发，一切有利因素似乎都来得非常容易。因此打着“复兴伊斯兰”旗号的ISIS更加坚信自身所为乃英勇的正义之举。势头正猛的ISIS不断向前推进其“战胜异教徒，战胜美国人和他们的同盟”以及“复兴伊斯兰，建立‘哈里发帝国’”等政治愿景的实现。[[[87]](#footnote-85)]尽管ISIS的出现是受宗教、政治、文化、社会等多重原因的催化，但将自身诉求与极端宗教思想相互裹挟，通过极端化、狂热化、政治化、诡秘化的方式呈现出来却是最为偏激、愚昧的方法。如此一来，国际社会皆为其危害性而深感忧虑，忙于抑制其扩散和消灭其带来的恐慌等负面影响，必然无暇深究其诉求以及作乱的根本原因，反倒对其令人发指的罪恶行径深恶痛绝。

**（一）对妇女执行强制割礼**

IS下令其管制下的伊拉克北部城市摩苏尔的所有妇女必须接受所谓的“[阴蒂](http://baike.baidu.com/view/54895.htm" \t "_blank)割礼”，即通过把女性的外生殖器突出的部分全部切除来使其面临巨大痛苦，从而对性交产生恐惧心理，以此禁锢女性思想并使其忠于自己的丈夫。拒绝割礼的女性将面对严厉惩罚。此举约使多达四百万名年龄十一岁至四十六岁的女性受影响，大批少女无处可逃。部分非洲、中东及亚洲地区仍然将执行割礼作为成人及婚礼的仪式，但这种荒诞残忍的行径早就经[联合国](http://baike.baidu.com/subview/3015/19193580.htm" \t "_blank)在[2012](http://baike.baidu.com/subview/728475/5240721.htm" \t "_blank)年通过决议要求所有成员国废除了。[[[88]](#footnote-86)]

**（二）强征妇女作为性奴**

ISIS武装分子对伊拉克北部的雅兹迪族人赶尽杀绝，并将大批女性掳走做性奴。[[[89]](#footnote-87)]一名被掳的17岁少女尼斯兰，冒险致电传媒说出她们的惨状。而另一位已婚少女怀孕8个月仍然被掳走，面对残暴的武装分子，她称自己宁愿美国的炮弹炸中她的囚室，将她们炸死，也不愿意被陌生男子强奸。

**（三）开设奴隶市场**

2014年10月6日，ISIS设立了奴隶市场，用作贩卖[基督徒](http://baike.baidu.com/view/889381.htm" \t "_blank)、[雅兹迪](http://baike.baidu.com/view/6635829.htm" \t "_blank)人及其他少数[族裔](http://baike.baidu.com/view/3471584.htm" \t "_blank)的[妇孺](http://baike.baidu.com/view/1720185.htm" \t "_blank)，每名妇人或孩子售价约为十美元。[[[90]](#footnote-88)]武装分子的奴隶市场设于伊拉克[摩苏尔](http://baike.baidu.com/view/781946.htm" \t "_blank)的圣城区及叙利亚的[拉卡](http://baike.baidu.com/subview/843826/13487500.htm" \t "_blank)，设立奴隶市场除了贩卖奴隶外，另一目的是为ISIS招揽新血。

**（四）发动爆炸袭击**

2014年10月11日晚，ISIS极端分子在巴格达和乡村郊区接连制造了多起汽车炸弹袭击，造成至少45人死亡和110人受伤。极端分子频频锁定巴格达什叶派小区发动攻击，同时不断渗透首都周边的乡村地区，伊拉克安全部队和什叶派民兵则竭力试图将他们击退。

**（五）大肆破坏文物**

2015年2月26日，ISIS通过一个[推特](http://baike.baidu.com/view/2399664.htm" \t "_blank)帐号发布了一段五分钟的视频，在伊拉克北部重镇摩苏尔的一家博物馆内，无数雕像被武装分子推倒并用大锤和[电钻](http://baike.baidu.com/view/1056661.htm" \t "_blank)砸碎。一座人首翼牛像正在被破坏，这一形象作为[亚述人](http://baike.baidu.com/view/977222.htm" \t "_blank)的保护神可以[追溯](http://baike.baidu.com/view/588856.htm" \t "_blank)到[公元前](http://baike.baidu.com/view/1039767.htm" \t "_blank)七世纪。考古学者拉弥亚·阿尔吉拉尼(Lamia al-Gailani)称：ISIS对文物造成的无尽破坏不仅是伊拉克文化遗产的损失，更是全世界的损失。[[[91]](#footnote-89)]

更有联合国方面的消息表明，ISIS不仅破坏占领区内的文物，还在黑市大量贩卖古文物以换取活动资金。这无疑是对世界古文化遗产的严重破坏。

**（六）炸毁俄罗斯客机**

2015年9月30日，俄罗斯开始空袭叙利亚，并在近几周加强了空袭。同年10月，俄罗斯一架客机被击中并坠毁于埃及，机上224人全部遇难，ISIS在埃及的一个下属组织宣称对此事负责。

**（七）制造巴黎恐怖袭击事件**

2015年11月13日，[法国](http://baike.baidu.com/subview/64741/14766784.htm" \t "_blank)巴黎市中心发生多起枪击爆炸事件，造成上百人死亡，数百人受伤。而ISIS的宣传机构——生活媒体中心(Al-Hayat media center)在14日正式宣称对袭击事件负责，并骄傲地称其为一个“奇迹”。[[[92]](#footnote-90)]

**（八）残杀各国人质**

ISIS惯用绑架人质的手段来提出其或交换人员或交换金钱的条件。有时是以被绑的基督徒人质交换被库尔德人扣押的极端组织武装分子，有时则是以绑架的平民或记者向其所在国政府索要赎金。美国、英国、日本、法国等多个国家曾被ISIS以杀害人质作为要挟索要巨额赎金，且这些人质最终难逃被以割喉、斩首等手段残忍处死的厄运。

纽约时报11月18日报道，ISIS当天稍早宣布其处决了两名人质，其中一人为[中国](http://news.fx678.com/news/keywords/zg.shtml" \t "_blank)公民，另一名人质则来自挪威。[联合国安理会](http://baike.baidu.com/view/16232.htm" \t "_blank)19日发表媒体声明，以最强烈的言辞[谴责](http://baike.baidu.com/view/841465.htm" \t "_blank)极端组织“伊斯兰国”杀害[中国](http://baike.baidu.com/subview/61891/14022133.htm" \t "_blank)及[挪威](http://baike.baidu.com/view/4918.htm" \t "_blank)人质的罪恶行径。[[[93]](#footnote-91)]

**（九）强征童兵**

目前已有多国展开对ISIS的武装打击行动，且已成功击毙众多“伊斯兰国”武装人员，据美国国防部估计，“伊斯兰国”死亡人数约在2.3万人至3.3万人之间。美军中央司令部发言人帕特·赖德表示，“伊斯兰国”正强征越来越多的童兵以弥补死伤空缺。[[[94]](#footnote-92)]

ISIS的种种反人类、灭绝人性的残暴罪行已经激起了世界各国的愤怒，面对恐怖势力，没有任何一个国家会畏惧退缩、一味忍让。

**四、各国的立场态度和做法**

2015年11月13日ISIS针对巴黎发动的恐怖袭击震惊了全球。ISIS的此次疯狂袭击不仅使得法国乃至整个欧洲意识到恐怖主义威胁迫在眉睫的严重性，也将打击和遏制恐怖主义的议题摆在了联合国的会议桌上。各国开始纷纷审视本国境内外的安全问题并致力于寻求合作和互助，共同应对以ISIS为首的恐怖主义所带来的全球安全威胁。

**（一）法国**

在刚刚遭受过IS恐怖袭击的法国，没能及时预测到恐袭的发生并进行拦截引起了法国当局的反思，也使其意识到法国当前安全形势存在的巨大漏洞。因为伊斯兰教是法国的第二大宗教，穆斯林人口众多，相关各种政策倘若稍有不妥便会造成巨大隐患。一来，倘若不能使法国境内的穆斯林拥有合理的经济条件和社会地位，失业率高和生活状况差的窘境就会激发他们宗教化的极端思想苗头，为恐怖主义扎根法国土壤提供契机。二来，法国和欧洲对于当前接收来自中东的难民的问题也将做进一步的慎重考虑。欧盟各国对难民政策本就存在分歧，以德国为首的国家想更多接收部分难民，却遭到部分国家的反对。在欧洲经济不景气的大形势下，一些国家本就出于财政负担、安全等因素的考量而不愿意接收难民，加之此次对恐袭事件的初步调查结果显示，这些恐怖分子当中的确有人是以难民身份混进来的，这就更加坚定了反对接收难民的国家的选择。[[[95]](#footnote-93)]如此一来，欧洲国家势必会以全新的视角来考虑难民的相关问题。

另外，未来欧洲的长期移民政策也将受到影响。由于欧洲的大量移民主要来自于中东地区，移民问题就很可能成为恐怖分子混杂入境的一大缺口。未来欧洲各国对于移民的相关法律法规、社会关系和个人背景的审查等都将更加慎重，相关体制也有待于进一步完善。

此前，法国等欧盟国家曾多次向ISIS交付赎金以换回人质，然而此次袭击也令他们意识到一味忍让并非长久之计，妥协只会令恐怖分子更加猖狂。2014年9月19日，法国就已确定加入美国空袭伊拉克境内ISIS的行动。2015年11月18日，法国“戴高乐”号核动力航母也启程前往地中海东部地区，准备加入打击叙利亚境内ISIS势力的军事行动。航母到达指定地点后将大幅度提高法国对“伊斯兰国”的打击能力。美军“杜鲁门”号核动力航母及4艘护卫舰也将前往地中海海域，与“戴高乐”号航母会合之后共同参与打击叙境内的“伊斯兰国”极端分子。

**（二）美国**

早在2014年，美国就已多次派出空军空袭伊拉克及叙利亚境内的IS极端组织。

2014年10月20日，美国集结全部空中武装力量打击叙利亚边境Kobane附近的IS。与此同时，[土耳其](http://baike.baidu.com/view/6785.htm" \t "_blank)宣布将开放边境，允许[库尔德](http://baike.baidu.com/view/229347.htm" \t "_blank)武装分子进入Kobane对抗IS。美军还曾于当地时间19日向库尔德人空投物资助其抗击ISIS。

2014年11月6日夜间，由美国领导的反IS同盟针对叙利亚西北部[伊德利卜](http://baike.baidu.com/view/778981.htm" \t "_blank)省(Idlib)的“基地组织”分支“[努斯拉阵线](http://baike.baidu.com/view/13036910.htm" \t "_blank)”发动了数轮空袭，其中一次针对北部城市[阿勒颇](http://baike.baidu.com/view/91996.htm" \t "_blank)附近一军事基地的袭击造成了至少6名武装分子死亡，满载弹药的“努斯拉阵线”车队也在空袭中被炸毁。[[[96]](#footnote-94)]

2014年11月11日，约50人的美军顾问小组进入伊拉克西部的安巴尔省，以协助伊政府打击“伊斯兰国”极端组织。这是美国计划向该地区派遣军事人员中的首支军事小组。[[[97]](#footnote-95)]

在2015年11月13日的巴黎恐怖袭击事件发生后，美国总统奥巴马表示，ISIS在巴黎所制造的一切企图恐吓无辜平民的暴行，不仅是对巴黎乃至整个法国的袭击，也是对全人类和人类价值观的袭击。奥巴马称，美国已准备好向法国政府和民众提供任何必要的援助。另外，他还在二十国集团安塔利亚峰会闭幕后，重申了美方削弱并最终摧毁“伊斯兰国”的目标，但排除增派美军部队参与打击该组织的可能。同时，他还表示美国正致力于简化与法国共享情报和军事行动信息的程序，以便“更快速和更频繁地”向法方传递包括与“伊斯兰国”相关的带有威胁性的信息。

**（三）俄罗斯**

俄罗斯也早已加入打击ISIS的军事行动。据新华网报道，俄罗斯国防部长绍伊古2015年11月17日宣布，俄方决定动用远程战略轰炸机，从本土起飞参与叙利亚空袭行动，并计划将空袭强度增加为原来的两倍。11月19日，[俄罗斯](http://baike.baidu.com/subview/2403/14453555.htm" \t "_blank)外交部反恐副部长奥列格·瑟罗莫洛托夫表示，有2719名俄罗斯公民从俄罗斯进入叙利亚，其中160人已被消灭，73人被[遣返](http://baike.baidu.com/subview/926440/15944576.htm" \t "_blank)并被定罪，还有36人被捕。12月3日，俄罗斯[苏-34](http://baike.baidu.com/view/331257.htm" \t "_blank)轰炸机就对[阿勒颇](http://baike.baidu.com/view/91996.htm" \t "_blank)和[拉卡](http://baike.baidu.com/subview/843826/13487500.htm" \t "_blank)的居民区内两条公路上的车队进行了打击，消灭ISIS近40辆液罐汽车及大装载量货车。[[[98]](#footnote-96)]

**（四）澳大利亚**

2014年10月3日，[澳大利亚已派出皇家空军](http://baike.baidu.com/view/3246876.htm" \t "_blank)的6架战机、1架[预警机](http://baike.baidu.com/view/1172.htm" \t "_blank)和1架[空中加油机](http://baike.baidu.com/view/43773.htm" \t "_blank)飞抵中东待命，随时准备参加对ISIS的空袭打击。

另外，澳大利亚向[阿拉伯联合酋长国](http://baike.baidu.com/view/6802.htm" \t "_blank)派遣了400名空军人员、200名特种部队军人和11架飞机，为在伊拉克的军事行动做准备。据悉，日前已有约160名澳大利亚人投奔IS，与激进分子并肩作战或是提供支持，引起澳大利亚政府的高度重视。

**（五）土耳其**

2014年10月7日，[土耳其](http://baike.baidu.com/view/6785.htm" \t "_blank)总统埃尔多安发表讲话，呼吁西方国家对IS组织发动地面进攻。埃尔多安当天在土耳其南部[加济安泰普](http://baike.baidu.com/view/750869.htm" \t "_blank)省说，IS即将攻占与土耳其交界的叙利亚北部重镇科班，只通过空中打击难以消除来自IS的威胁。他还建议在靠近叙利亚和伊拉克的边境地区建立“[禁飞区](http://baike.baidu.com/view/194299.htm" \t "_blank)”和“[缓冲区](http://baike.baidu.com/view/266782.htm" \t "_blank)”。

2015年12月3日，土耳其外交消息透露，[安卡拉](http://baike.baidu.com/subview/31124/16994878.htm" \t "_blank)允许法国在于[国际联盟](http://baike.baidu.com/view/27697.htm" \t "_blank)框架下打击IS的行动中，进入土耳其的领空。安卡拉开了绿灯后，法国将可以在土耳其的[军事基地](http://baike.baidu.com/view/17252.htm" \t "_blank)部署战机，包括土耳其南部、离叙利亚边境不远的因吉尔利克[空军基地](http://baike.baidu.com/subview/3377870/15886993.htm" \t "_blank)(Incirlik)，美空军也曾使用该基地对ISIS进行空袭。[[[99]](#footnote-97)]

**（六）叙利亚**

2015年9月21日，叙利亚政府对在该国中部的3个由ISIS控制的小镇展开空袭，炸死38名极端武装分子。[[[100]](#footnote-98)]

**（七）中国**

在2015年11月15、16日于土耳其举行的二十国集团安塔利亚峰会上，中国国家主席习近平与土耳其总统埃尔多安在会谈中一致对ISIS制造巴黎恐怖袭击表示严正谴责，赞同国际社会加强合作，综合施策，共同打击恐怖主义。

**五、关于国际反恐新动向的思考**

不难看出，尽管在二十国集团峰会会后发表的《二十国集团安塔利亚峰会公报》和《二十国集团安塔利亚峰会关于反恐问题的声明》中，各国已发出呼吁，提倡加强协作共同打击恐怖主义，但囿于当前国际局势下，大国间国际关系错综复杂，不同的利益诉求导致各国在反恐合作上也是矛盾重重，故目前只能停留在小范围的合作上而难以有大的突破。但是，从此前的相关新闻中不难看出，ISIS成员中不仅包括伊拉克和叙利亚境内的极端伊斯兰教徒，还包括许多“慕名而来”的域外伊斯兰教众，甚至还有英美俄等国家的一些年轻人。换句话说，ISIS拥有更多更广的域外成员，这就意味着它拥有更强更灵活的跨境恐怖袭击能力。为了应对IS这一分散广、辐射范围大、跨境能力强的特点，相应的就要求各国应当加强合作，提高联合行动的机动性、灵活性和配合能力，以便在跨境恐怖袭击发生时可以两地同时打击、及时打击，实现对恐怖主义的有效遏制甚至消灭。

值得注意的是，与以往恐怖组织相比，ISIS的一大特征就是擅长借助网络渠道，实现其快速传播、迅速扩大的目的。ISIS常见的自我营销模式就有以下几种：通过诸如在线文本编辑平台JustPaste一类的工具来总结自己的战斗情况、通过在线音频分享平台SoundCloud公布音频报告、通过Instagram、Facebook、Twitter、YouTube和WhatsApp这些社交应用来发布大量的图片和视频内容。[[[101]](#footnote-99)]这些直播其斩首人质、烧杀淫掠的音频视频一方面帮助散布其所制造的恐怖效果，引起更大范围的恐慌，另一方面也实现了宣扬其恐怖主义思想、蛊惑更多新鲜血液加入组织以壮大自身力量的目的。据悉，为推动其网络宣传攻势的开展，ISIS特意建立起一支专业高效的网络宣传队伍，以助其发布一些画面精良的视频和极富煽动力的文字、图片内容。另据《纽约时报》报道，ISIS成员甚至在青少年问答社交网络Ask.fm上开设专门模块用于回答青少年提出的各种问题。[[[102]](#footnote-100)]这些网络宣传手段带来的成果是显而易见的，据说，有市民在日本的一些小超市里发现了张贴有ISIS招新的广告画。[[[103]](#footnote-101)]更令人担忧的是，ISIS面向全球发布的招聘广告说“你不用做太多，不错的薪水，包吃包住。”[[[104]](#footnote-102)]即便无关乎宗教信仰，对于那些失业的、生活失意的或境外的年轻穆斯林来说，ISIS承诺的优厚待遇也是极具诱惑力的。这大概也是为什么各国都出现了个别国民离开本国和自己的家庭进入叙利亚成为恐怖组织成员的现象。

如果说ISIS在现实世界的行动是残暴恐怖的，那么它在网络世界的活动就更加可怕而且后患无穷。因为现实的恐怖袭击尚且易于打击和抵抗，但是存在在于网络中的恐怖信息和恐怖主义苗头就有如空气中的病毒，难以针对性地予以遏制和消灭。普通的封号措施并不能有效解决这一问题，注销其一个账号它还会很快开设更多新账号，非但治标不治本，还有可能加快其传播速度。这就说明，网络反恐更需要在技术和立法层面上寻求突破。故而，如何推进更为有效地网络反恐应是各国接下来关注和加强国际合作的重点领域。

纵观ISIS的网络活动轨迹，我们不妨从以下几方面着手寻求新形势下反恐措施的突破：

**（一）加快网络反恐立法**

对于网络上流传的恐怖信息，常有尚未形成正确世界观的年轻人为追求刺激和酷炫感，或一些网站为追求访问量和点击率而大肆转发。此举无形之中推动了恐怖思想的传播，也使得这种毒素迅速在年轻人群体中扩散开来，影响其正确的认知和判断，而使大量年轻人因此误入歧途。因此，必须动用立法手段遏制和打击网络恐怖主义。通过立法，对有组织的网络恐怖主义活动和极端人士自发的网络恐怖主义行为建立相应的罪名和罚则，进而加大网络反恐的力度，警示网民远离网络恐怖主义，切实保护网络安全。

**（二）加强网站管理**

加强互联网信息管理责任的落实，对多次发布、传播恐怖信息的网站严格追究责任，追查网站经营者身份，对问题网站予以及时惩处、关闭。

推动网络实名制，以相应法规约束网民在入网、注册环境验证真实身份信息，在保护网民个人隐私等合法权益的同时，一来可以从源头规范网络行为，二来可以在网络恐怖主义出现时及时追查到个人。如此一来便可有效压缩恐怖主义的网络活动空间，那么网络恐怖主义也将得以有效地遏制。

**（三）建立专门网络反恐机构**

当前各国的网络反恐主要由侦查机关或情报部门等的网络监察部门负责，但由于这些部门的工作与网络反恐的高精度、高强度、专业性等要求不能完全相符，在工作执行中也就相较狡猾而专业的网络恐怖主义分子处于劣势，十分不利于网络反恐工作的开展。因而建立专门的网络反恐机构是十分必要的。一方面，各国都应有各自独立的网络反恐机构，由专业技术人员组成，能够针对可能出现的种种网络恐怖行为予以及时打击和制止。另一方面，因为网络世界难以划分国界，为有效拦截和打击网络恐怖主义，各国的网络反恐机构应在技术上和行动上寻求积极的合作互助。

**（四）完善网络反恐机制**

网络反恐还应注重进一步完善网络反恐机制，注意将恐怖主义的现实活动和其网络动态联系起来，寻找其内在规律，力求实现对恐怖分子现实和网络活动的双向预测。在具体工作上，明确各部门在网络反恐工作中的具体责任、具体任务，设置简明有力的上下级工作关系，尽量减少工作交叉点，简化信息内部沟通、传达的程序，保证情报信息流转渠道的畅通。[[[105]](#footnote-103)]促使网络监控、情报侦察、监察管理、技术侦破等各部门工作相互协调、高效有序、优势互补。促进网络反恐工作整体有效性和有力性的提高。

**（五）利用网民力量**

如果说网络世界是个海洋，那么网民就是海洋里的水，是赋予这个海洋意义的无数个体。实现对恐怖主义的网络监管和网上打击，只谈监管机构是不够的，归根结底还是要靠网民的力量。因此当务之急应是通过网络的正面宣传强化网民的正义观价值观，充分调动网民的反恐积极性。一则可以防止恐怖思想通过网络侵害网民，二来可以运用网民力量在网络恐怖主义现身的第一时间及时发现并举报给网络反恐的专门机构，实现及时打击和遏制，将网络恐怖主义的威胁降至最低。

**（六）加强国际网络合作**

2014年第68届联合国大会进行《联合国全球反恐战略》第四次评审并通过决议，首次在全球反恐战略框架内写入打击网络恐怖主义的内容。这表明国际社会对网络恐怖主义的危害和加强打击网络恐怖主义的国际合作的重要性已具备一定的共识。对待这样一个世界范围的网络安全问题，各国应在立法、司法、反恐情报等各个领域同时加强交流、合作，共同保证情报获取、分析技术手段上的相互支持，保证信息交流传达渠道的畅通，建立跨境打击的技术支持和助力模式，探寻多方面开展网络反恐的国际合作。

**结语**

近年来，恐怖主义暴力活动呈现多发趋势，恐怖活动手段也与高新技术不断结合，仍然墨守成规采用传统的老办法反恐，或是一味地只顾本国利益，都是十分被动且不利的。对付新形势下如ISIS一类的新兴恐怖主义，也应当与时俱进，一方面探索新技术新方法，另一方面寻求更为紧密、明确的国际合作。当下各国应注重加强在反恐行动上的沟通交流，充分发挥各国优势，以整体眼光审视国际环境的安全问题，切实提高各国单独以及共同应对现实恐怖主义和网络恐怖主义的能力，共同营造一个相对和平、安全的国际环境。

**参考文献**

[1] <http://www.zhihu.com/question/24788456/answer/31990163>.

[2] 若英，ISIS组织是什么？[J]，红旗文稿，2014(16).

[3] 张金平，从三年到三个月：ISIS开启“恐怖主义新纪元”[J]，世界知识，2014(17).

[4] <http://www.vccoo.com/v/1ad643>.

[5]<http://baike.baidu.com/link?url=jo9Pl-J8q2B9mBT2nI1NKEoRxOO-Z9HjkxGSwR-fsEg2ZnT96EBISD-vOoC5V8fcaTV-9fr2BiI6OZNXUFVETxYCOFywKyEC62NPKN5Tsg3IYrYxYSFL3U0XBsATl60vx93BtPrfrEjYCzs-wFQH2q>.

[6] <http://news.163.com/14/0817/22/A3SOS3FA0001121M.html>.

[7] <http://news.sina.com.cn/w/2014-10-06/222030952352.shtml>.

[8] <http://world.huanqiu.com/exclusive/2015-11/7979205.html>.

[9] <http://news.163.com/15/1119/10/B8PCQ7SA0001124J.html?baike>.

[10]<http://news.163.com/15/1206/01/BA493Q9R00014AED.html>.

[11] 谢玮，巴黎恐怖事件后的欧洲[J]，中国经济周刊，2014-11-13(6).

[12]<http://news.163.com/14/1107/16/AAF8LF7N00014JB6.html>.

[13]<http://news.163.com/14/1111/08/AAOOIAJ200014JB6.html>.

[14]<http://news.china.com/hd/11127798/20151205/20878428_2.html>.

[15]<http://www.ykcms.cn/news/world/3883.html>.

[16]<http://news.qq.com/a/20150922/058339.htm>.

[17] 丁红军、陈德俊，ISIS网络恐怖主义活动对我国反恐形势的影响及应对措施[J]，中国公共安全，2015(2)-39.

[18] 盛红生，伊斯兰国恐怖威胁非”一日之寒”[J]，法制日报，2014-10-28(10).

(责任编辑：袁小冬)

**ATM故障中银行与客户法律关系研究**

朱海玲\*

**摘 要：**随着我国经济改革的不断深入，金融行业不断的创新，以自动柜员机（ATM）交易为代表的自助交易已然成为现代商业银行为客户提供服务的主要途径。自中国银行珠海分行第一次引进ATM，并于1987年2月正式投入使用以来，中国的ATM使用已近30年，银行ATM机也因其得天独厚的优势——便捷而成为人们使用银行卡的主要手段之一，中国ATM等自助设备发展迅猛。ATM机在给人们生活带来更多方便快捷的同时,也会产生与之相伴而生的新的社会问题和现象。其中显著地新问题是“ATM”故障后造成的损失以及导致的责任由谁承担？利用ATM故障实施的行为是否一定构成犯罪。本文主要探讨的是 ATM 机作为银行和客户的新型的交易平台，ATM业务中银行与客户的法律关系，分析ATM机出现故障后引发的种种行为和结果；在这种种行为和后果中银行和客户各需承担的法律责任，明确银行与客户各自的责任，为融洽银行与客户的关系提出自己的看法。

**关键词：**ATM故障 银行与客户 法律关系 权利与义务 法律责任

**一、引言**

**(一）我国经济发展使然**

近十年，随着我国经济的腾飞和金融业尤其是银行的不断发展，ATM布设大幅的增加，针对ATM的各种犯罪活动不断增多，犯案手段不胜枚举，使得利用ATM犯罪的案件和纠纷不断增加。轰动一时的“许霆案”[[[106]](#footnote-104)]（2006—2008）将ATM业务推向公众和社会关注的焦点。虽然，现在已经时过境迁，事态已经逐渐平息，但若让我们回顾这些事件，不难发现其中大量问题的引发离不开ATM故障。

**（二）我国法律现状使然**

我国法律对于ATM故障后的各种法律问题以及相关的解决方法都没有形成系统的、明确的认识。现阶段仍有不少专家、学者、法律工作者在探索这一新兴的法律问题。

**（三）国内外研究现状**

先比较两个案例，前段时间阅读到一篇关于ATM故障后银行处理模式的报道，题名为“英国ATM故障掌掴中国银行”[[[107]](#footnote-105)]讲述了这样一个案例，事件发生在英国，某银行一台ATM机发生了故障，在客户取款时会吐出双倍数额的现金，得知消息的很多人赶来提款，银行方面则宣称其过错在自己，客户可以不用归还多余的钱款。对比中国的“许霆”案件，其处理结果竟这样大相径庭。难道是我们的法律出问题了吗？答案肯定是否定的。

我国在ATM机监管和规制方面并没有出台相关的明确的法律、法规。这是法律制定滞后性的表现。而在国外，英美国家认为银行与客户是经营者与消费者的关系，客户应该受到消费者权益保护法的保护。美国有专门的《电子资金划拨法》明确银行卡业务中银行与客户的权利与义务，发生故障时银行与客户风险责任的承担。

**二、银行和客户概念初探**

**（一）银行**

众所周知。银行分为商业银行和政策性银行两大类，本文探讨的“银行”是商业银行。而对于银行的定义有许多，但要对其下一个准确到位，且足以涵盖各种类型的银行业务，并揭示银行的本质特征的定义，是非常困难的。[[[108]](#footnote-106)]英国1882年《票据法》第二条规定：“银行是指经营银行业务的企业。”这是一个循环定义。我国《商业银行法》第二条规定：“商业银行是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人。”

**（二）银行业务**

1.银行业务定义

银行业务有广义和狭义之分，广义的银行业务指银行作为一个经济主体所能从事的所有金融业务。狭义的银行业务是指银行拥有的与其他金融机构相区别的的基本业务。

2.银行业务范围

早期的商业银行的业务范围比较狭窄，主要是存款、短期贷款、结算及相关的业务活动。而随着社会的进步，科技的发展，金融的创新，银行的业务在不断的拓展。

由于各国商业银行法定范围有差异，并伴随着金融不断的创新。[[[109]](#footnote-107)]商业银行的业务分为负债业务，资产业务和中间业务。

（1）负债业务

负债业务是形成银行资金来源的各项业务。其主要形式是吸收存款，、发行金融债券、借款以及交易往来中的应付款等。

（2）资产业务

资产业务是银行运用资金的各种业务，是银行取得收益的主要途径，包括贷款和投资两大类。其中贷款是主要的资产业务。

（3）中间业务

随着金融创新的不断丰富，银行出现了新兴业务。中间业务就是其中的一类。中间业务是商业银行为客户提供服务收取手续费等非利息收入的业务。商业银行在办理中间业务时，不直接作为信用活动的一方出现。

中间业务一般不运用或较少运用银行资金，主要利用自己的人力资源、市场信息和现代电信技术与设备提供各项金融服务，并收取手续的中介业务。根据我国《商业银行法》相关规定，中间业务一般分为九大类。其中银行卡业务在中间业务中占有很重要的地位。第三条规定了本文所论述的银行的ATM机业务就是属于银行卡业务的一部分。

若将银行业务负债、资产业务看做一般银行业务的话，中间业务可以说是新兴的业务，也是本文提到和研究的最多的业务。我国《商业银行法》第三条规定了我国商业银行可经营的业务，其中第十项规定的是银行卡业务。

（4）ATM机业务

ATM 机业务主要是客户通过使用银行卡在 ATM 机上操作来完成和银行的交易。其主要业务种类包括：现金取款、现金存款、现金存取款、余额查询、本行或异行转账、修改密码等基本功能；有些多功能ATM还提供诸如存折打印、[对账单](http://www.haosou.com/s?q=%E5%AF%B9%E8%B4%A6%E5%8D%95&ie=utf-8&src=wenda_link" \t "http://wenda.haosou.com/q/_blank)打印、[支票](http://www.haosou.com/s?q=%E6%94%AF%E7%A5%A8&ie=utf-8&src=wenda_link" \t "http://wenda.haosou.com/q/_blank)存款、信封存款、[缴费](http://www.haosou.com/s?q=%E7%BC%B4%E8%B4%B9&ie=utf-8&src=wenda_link" \t "http://wenda.haosou.com/q/_blank)、充值等一系列便捷服务。

**（三）银行客户**

客户这个概念在中国现行的法律中并未给出准确明晰的定义。大多数认可银行客户的概念是指在银行开立账户并委托银行办理银行业务的人。

所以，银行通过银行账户与客户发生关系。一个人要成为银行客户，通常必须持有银行的某种账户，账户一经开立，开户者即成为客户。

**三、银行和客户法律关系**

**（一）一般业务下银行与客户的法律关系**

1.负债业务下银行与客户的法律关系

负债业务其主要形式是吸收存款，[[[110]](#footnote-108)]从“存款所有权归属”的角度，日本和我国的台湾地区理论界有人主张，银行与客户的关系属于消费寄托关系。消费寄托合同关系的特征是，当一方将财产交予对方，对方取得交予物的所有权。但负有义务返还种类、数量、品质相同的物。

但现在很大一部分学者认为，银行与客户之间的存在的关系本质上是一种契约关系。在负债业务中，商业银行与相对人之间形成债权债务关系，相对人——客户是债权人，商业银行是债务人。

2.资产业务下银行与客户的法律关系

资产业务中银行与客户的法律关系在本质上亦是一种契约关系。贷款是主要的资产业务，在贷款业务中，商业银行是债权人，借款人是债务人。

综上，在一般业务中，客户把自己的货币存入银行，形成存款关系；银行向客户发放贷款，形成贷款关系；两者都是银行与客户之间的最基本的契约关系——债权债务关系。

**（二）ATM机业务下银行与客户之间的法律关系**

ATM 机业务主要是客户通过使用银行卡在 ATM 机上操作来完成和银行的交易。我国《银行卡业务管理办法》第二条规定，本法所称银行卡，是指由商业银行（含邮政金融机构）向社会发行的具有消费信用、转账结算、存取现金等全部或部分功能的信用支付工具。商业银行未经中国人民银行批准不得发行银行卡。

前面叙述过ATM及业务的种类包括存取现金，但亦有转账、缴费等功能，在不同的业务中，其法律关系的内容是不同的。

1.债权债务关系

我国《银行卡业务管理办法》规定：银行卡分为信用卡和借记卡。银行卡具有储蓄功能，持卡人凭卡可以在发卡银行指定的营业机构或者储蓄所存取款项，从这个意义上说，持卡人与发卡银行之间的法律关系是一种储蓄关系。但是，在信用卡业务中，持卡人购物消费所支付的款项超过其存款账户余额时，发卡银行允许持卡人在规定的限额内善意透支，即向其提供一种消费信贷，这时持卡人与发卡银行之间就发生借贷法律关系。由此可见，发卡银行与持卡人之间债务法律关系的主体具有不特定性。当持卡人账户上有存款余额时，持卡人是债权人，发卡银行是债务人；当持卡人因取现、购物、消费等行为而出现透支时，持卡人是债务人，发卡银行则是债权人。

2.代理关系

由于ATM机业务包括本行或异行转账、[缴费](http://www.haosou.com/s?q=%E7%BC%B4%E8%B4%B9&ie=utf-8&src=wenda_link" \t "http://wenda.haosou.com/q/_blank)、充值等一系列便捷服务，在这些业务中法律关系的当事人不仅仅有银行和客户还有第三方当事人。根据不同的业务这个第三方当事人可以改变。如在跨行提现中，提供ATM机服务的中间银行是作为客户的代理人，向发卡行要求提取现金，因此在银行与客户的法律关系外，还存在着委托代理关系，持卡人作为委托人要支付手续费。在转账和缴费业务下，则是提供ATM机服务的银行是作为客户的代理人，向转账相对人或收缴单位提供款项。此时提供ATM机若为发卡行则银行与客户就是双重的法律关系，即债权债务关系和委托代理关系。

**四、银行ATM机业务法律性质概述**

**（一）银行ATM机属性**

1. ATM机商业属性[[[111]](#footnote-109)]

关于ATM的商业属性，一般认为，ATM不是银行的分支机构，而是银行的一部分，是银行业务的延伸。在美国，《银行法》专门对ATM下了定义，将ATM分为：银行拥有的营业场所内的ATM和非银行/非银行营业场所的ATM。根据《麦克菲登法》(McFaddenAct)中对银行分支机构的定义，和美国货币监理署k7.4003规则(Establish-mentandOperation ofRemote Service Units)，ATM不是银行的分支机构，货币监理署将ATM视同远程服务设备。再从法院和美国货币监理署对ATM相关案例的判定来看，进一步说明了ATM并不被视为银行的分支机构。货币监理署还规定ATM布放不受州有关地理和业务规定的限制,也不受州注册法的限制。

考虑到各大金融机构近年来在中国的激烈竞争状况，我们可以得出这样的结论:各银行设立ATM的最初想法可能是为了客户取存现金的方便，是一项有效的便民措施，但银行最终目的却是为了扩大银行业务量、增加银行工作效率、降低运营成本,实现自己利益的最大化，使之在激烈的市场竞争中立于不败之地。因此，就ATM与银行的关系而言，ATM是银行的一种交易工具和服务手段，它本身不具备任何独立性，代表和执行的只能是银行的意志和利益。

2. ATM双重法律属性

关于ATM的法律属性，以前很少有研究者议论，我国的法律(包括法律解释)也没有涉及这方面。ATM具有双重法律属性:具备财物储藏功能的“保险柜”和具备业务交易功能的“电子代理人”。

（1）ATM是具备财物储藏功能的保险柜。目前包括中国在内的世界各大银行的ATM大都采用加密键盘设备(EPP)。所以 ，从纯技术的角度来看，取款机只是一个保险柜，与普通保险柜不同的是它有电子机械技术输入输出系统，接受全电子用户ATM界面控制。

（2）具备业务交易功能的“电子代理人”。在传统的银行业务中，存款、取款或转账活动都是通过客户和银行工作人员面对面的对话进行的。而在ATM业务中，这些业务活动是通过“人机对话”的方式实现的。ATM是一种智能化系统，在交易过程中中发挥着类似银行工作人员的作用，因此被称为“电子代理人”(e-lectronic agent)。

“电子代理人”概念最早出现在美国法律中。作为研究客户和ATM关系的概念，“电子代理人”是指在没有人操作的情况下，能够对某种电子信息独立地做出反应或采取措施的自动化系统。这一概念也被欧美一些国家和一些国际立法文件所采用，并承认其在电子交易中发挥的作用。

由此可见，因为ATM的设立、维护、使用以及其资金来源、操作程序等都由其所有者银行提供和决定，因为ATM体现的“意思”是银行的“意思”，也因为ATM能够直接与客户进行“面对面”的交易，所以，完全可以将ATM看作是银行的一个“工作人员”，其行为是代表银行所做出的职务行为，和一般银行职员的工作行为并无本质的区别。

**（二）银行ATM故障内涵**

1. ATM故障

（1）概念

ATM机故障是指银行的电子化系统由于某种原因无法正常为客户提供服务而导致银行或者客户权益受到侵害，是ATM机处于一种不正常运行的状态。

（2）种类

根据持卡人在ATM上的操作流程，ATM 故障大致可以分为三类：第一类是，ATM吞卡。ATM 吞卡具体有以下几种情形: 一是持卡人将卡插入ATM之后，ATM直接将卡吞掉；二是插卡之后，输入取款金额后，未取现金即被吞卡，持卡人不清楚账户中的账面金额是否被划扣；三是输入金额，取出现金后，卡被机器吞掉，客户不能确定取出现金金额与账户划扣金额是否相等；四是插卡进行存款业务时，卡直接被吞；五是插卡存入现金后，卡被吞。第二类ATM故障是金额出错。金额出错又可以分为取款时金额出错和存款时金额出错两种。取款时ATM出错，是指ATM吐出现金金额与ATM虚拟电子账面下账金额不等。存款时ATM出错，是指ATM吸入现金金额与ATM虚拟电子账面上账金额不等。ATM故障的第三种类型是ATM吐出或吞入假钞。持卡人从ATM取出假钞或者是持卡人通过ATM存入假钞时，ATM未能识别。

2.银行ATM机故障案例

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 案例原因 | 案例简单情况 | 信息来源 |
| ATM机吐出“假币” | 1. 大庆市朱女士在某银行ATM机上取出18张面值100元人民币中有2张是假币。 2. 据媒体报道，2011年10月至11月在石家庄市邮政储蓄银行的5个网点(支行)已发现9起涉及百元假钞事件。 | 1. 《大庆日报》，2008年3月3日 2. 2011年11月16日来源：[南方报网](http://finance.nfdaily.cn/content/2011-11/16/content_33276274.htm" \t "http://finance.ifeng.com/bank/yhpl/20111116/_blank) |
| 系统故障造成的ATM机“吞钱”“吞卡” | 1. 福州一市民王女士给记者打来电话称，自己遭遇了莫名其妙的ATM机“吞钱”事件，地点是民生银行自助服务网点的ＡＴＭ机器。王女士称，存钱时数额不大，仅仅一百元，但在随后发生的一系列追讨说法的过程中却屡遭搪塞，备感抑郁。 2. 南京市民丁先生存款时被ATM机吞去一万元，他立即联系银行工作人员，但被告之要等两个工作日才能处理。随后，丁先生换电话致电客服，假称机器多吐三千元，喜剧的一幕发生了，5分钟后客服便赶到。银行解释称，吞了客户的钱，这钱在机器里还是安全的，但机器多吐了钱，就会影响现金安全。 | 1. 2009-02-18福州新闻网 2. 2012-09-0来源: [扬子晚报](http://www.yzwb.net/epaper/html/2012-09/09/content_481652.htm?div=-1" \t "http://news.163.com/12/0909/02/_blank)(南京) |
| ATM机系统故障情况下造成的恶意取款 | 1. “许霆案”   2.汇丰银行在英国汉普郡的一台ATM发生故障，在客户取款时会吐双倍现金，很多人听到这个消息后赶到此ATM机处取款。汇丰银行表示错在自己，顾客无需退还。 | 1. 发生于2006年的案件 2. 网易新闻 |

从上述案例中可以看出由于 ATM 机故障所导致的问题，一般有如下几个方面：

1、资金损失（可能是银行资金损失，也可能是客户资金损失）

2、引发犯罪(盗窃罪等等）

**五、ATM机出现故障时法律关系的定性分析及责任认定**

前面章节中我们用案例说明了ATM机故障所导致的问题：（1）资金的损失（可能是客户资金损失，也可能是银行资金损失）（2）引发犯罪(盗窃罪等等)，在这些问题中银行和客户的法律关系有何变化，其各自应当承担什么样的法律责任呢？下面根据前述案例分别分析在ATM故障时银行与客户法律关系的变化以及银行与客户在ATM故障中的各自的法律责任。

**（一）ATM机“吐假币”情况**

1. ATM机“吐假币”银行与客户法律关系

在正常情况下，ATM机能够代表银行，且银行与客户的法律关系为债权债务关系，即银行与客户形成合同关系，当ATM机出现故障时，银行与客户仍就存在合同关系，不过因为故障的出现使当事人（银行或者客户）未能履行或不能全部履行义务。ATM机吐假币，法律主体仍就是银行和客户，受到经济损失一方是客户。

2. ATM机“吐假币”责任的认定

“取假币”案件的核心是客户从 ATM机中取出假币的风险损失是由谁承担，银行，还是客户？所以我们需要分析银行与客户在合同中的责任义务。

（1）客户的责任

在客户与银行形成合同关系之后，客户应依据合同法全面履行自己的义务。在ATM机交易中，银行需要客户承担的主要责任是，当ATM机出现故障时，客户应及时通知银行，防止其损失进一步扩大。

（2）银行的责任

银行依据公平责任原则承担相应民事责任。对于只具有单一取款功能的ATM机来讲，有时会出现“吐假钞”的情况，这时的ATM机是按照既定程序正常工作的，很明显这相当程度上是由于银行工作人员的工作失误所造成的。然而，在中国现阶段的法律中并没有明确规定有关“取假币”案件适用过错责任，在实践中，银行要求取得超额付款的客户承担不当得利的返还责任，另一方面却无须对其工作失误给客户造成的经济损失承担任何责任，这是不合理也不公平的。ATM机吐出假币，造成客户的损失，使得客户无法从中取出真实和准确的货币数额，为此基于公平原则，银行应对其工作的疏忽承担给客户造成的全部损失。

银行依据风险责任原则承担责任。在科技日新月异的今天，出现了可能是因为其他客户通过ATM机的存款功能存入假币的情况，而不是银行工作人员的失误存入假币。在此种情况下，银行还应为这种假币承担责任吗？本人认为，因为ATM机本质是代表银行行使权利，它所进行的一切活动都由银行承担责任，所以银行对其提供的服务瑕疵（可能不是银行失误造成的）也应承担相应的风险责任。

**（二）ATM机故障造成“吞钱”、“吞卡”情况**

1. ATM机故障造成“吞钱”、“吞卡”银行与客户法律关系

ATM已对银行的服务进行了一场革命性的创新，但其并没有改变银行与客户的基本法律关系——债权债务关系。ATM机故障造成“吞卡”“吞钱”时，客户的利益遭受了损失。

2. ATM机故障造成“吞钱”、“吞卡”时法律责任的认定

但我国法律以及所有银行与客户的协议条款，都没有规定哪种情况下银行要对ATM的非正常交易承担什么责任。

在实践中出现ATM机“吞钱”“吞卡”的情形，客户应当及时向银行部门反映情况，根据公平公开、诚实信用原则与银行协商解决问题。因相关法律没有规定ATM机故障情况下承担责任的过错问题，根据银行有义务为客户提供一个安全的交易平台，故银行应该返还客户被吞钱财，返还客户被吞的银行卡。银行不得以任何理由或者借口拖延返还或者不返还。客户亦不得以不正当的方式（如砸ATM机拿取被吞物品）拿取被吞的钱财或卡。

**（三）ATM机系统故障情况下造成的恶意取款情况**

1. ATM机“多吐钱”与恶意取款

ATM机“多吐钱”是指客户或者持卡人在不知ATM机系统故障情的情况下，从已经发生故障的的ATM机中取出比自己欲要取出的多余的钱。“恶意取款”是指客户或者持卡人在明知ATM机发生故障的情况下，仍从已发生故障的ATM机中取出超出自己银行卡中已有的钱财，从而给银行造成了损失。二者最大的区别在于行为人在取款时是否存在主观恶意，若存在即为恶意取款，若不存在即另当别论。以“许霆案”为例，许霆第二次从存在故障的ATM机上取款就存在主观恶意，即有将他人财物非法占为己有的意图。

2. ATM机“多吐钱”银行和客户法律关系及法律责任的认定

（1）法律关系定性

无论ATM机出现什么样的故障，ATM机始终是银行的“代理人”，银行和客户之间也始终存在基本的合同关系。ATM机多吐钱，使客户获得了利益，银行遭受了损失，客户获得利益又无正当的法律依据，客户也不存在主观恶性，客户构成不当得利。

（2）法律责任认定

对于ATM机“多吐钱”的问题我国法律无明确的规定，但我国民法通则第92条规定：“没有合法依据取得不当得利，致使他人损失，应当将取得的额不当得利返还给受损的人。其有返还的义务。即在ATM机“多吐钱”行为人无主观恶意时，客户应当返还多余的钱给银行。仅仅承担不当得利的民事法律责任。

3.“恶意取款”时银行与客户法律关系及法律责任的认定

（1）“恶意取款”时银行与客户法律关系

恶意取款的性质为利用机器故障或出错谋取利益。银行与客户的法律关系发生了质的变化。从基本法律关系合同关系变更到侵犯财产的刑事犯罪。而银行与客户的法律地位也转变成了受害人和加害人。

（2）“恶意取款”的法律责任的认定

我国法律对“恶意取款”的法律性质以及法律责任无相关规定，但司法实践中法院处理过相关案例。其中最典型的案例是广州“许霆”案。许霆案如何定性，在我国的法律界掀起了一场大讨论。终审判决已尘埃落定，但学界、民间的争论仍然没有停止，主要存在无罪(不当得利)、侵占、信用卡诈骗、盗窃四大派别。

个人倾向于“许霆”的行为构成盗窃罪。理由如下：广东省高级人民法院对许霆的二审判决说理非常充分，于是借鉴引用:盗窃罪中规定的“秘密窃取”指的是行为人采取自认为不被财物所有人或保管人当场发觉的方法，违背财物所有人，保管人的意志，利用非暴力的手段取得财物的行为，即“秘密”具有主观性、相对性的特点。“主观性指的是行为人主观上自认为其行为未被发觉，至于实际是否被发觉并不影响秘密性的成立；相对性指的是行为的秘密性只是相对于财物所有人或保管人而言，即只要行为人自认为不会被财物所有人或保管人发觉即可，至于是否会被其他第三人或财物所有人、保管人设置的工具发觉不受影响。秘密性还只相对于行为实行的当时而言，至于行为事后是否会被发觉亦不影响秘密性的成立。

许霆取款时虽然输入了正确的密码，但由于许霆是基于非法占有银行资金的这一犯罪目的进行取款，在此前提下，其操作取款行为只是许霆非法占有银行财产的一种手段，密码是否正确并不影响行为的定性，仅说明其行为具有非暴力性。综上，许霆的恶意取款行为完全符合“秘密窃取”的法律特征。故许霆最终以盗窃罪定罪处罚。

综上所述，ATM机故障情况下，客户操作ATM机时，若无主观恶意即应承担不当得利的民事责任，若有主观恶意，违反刑法规定，就需承担刑事责任。

**六、融洽ATM与客户的法律关系的几点建议**

**（一）银行应加强防范法律风险**

1.银行应确保ATM机的正常运行和安全的用卡环境；应完善网络银行专项管理部门，明确管理人员的职责。实时更新网络技术。

2.完善银行与ATM机生产商和软件供应商的合同协议，具体的来说就是银行在与ATM机软件、硬件供应商订立合同时，应该对ATM机故障后各自承担的责任进行约定，以明确责任的承担。

3.完善银行与客户的之间的协议，引导客户提高用卡的安全防范意识。银行应采取多种方式，教育客户提高用卡安全防范意识。

4.银行应对ATM机的外部风险进行防范。银行应在每个ATM机放置点都应该安装ATM机电子摄像监控设备、防撬窃报警和联网报警系统等安全防范设施，并且定期派遣技术人员进行检查。重点检查插卡口和出钞口、键盘吞没卡回收箱等部位，妥善保管ATM监管录像，一旦发现微卡、空白卡、吞没卡应立即报告上级主管部门，并向当地公安机关报案。

**（二）客户应提高风险意识和权益保护意识**

公民法律意识的提高，是顺利推进法制建设和依法治国的基础和前提。公民应当通过精神文明建设，全面提高自身素质，通过普法，建立法律意识和学习法律知识。精神文明建设的各项内容是互相联系、互相影响和互相促进的。在文化建设上要注重发展多种形式和多层教育，提高公民自身的科学文化素质和法制观念。要坚持正确的舆论导向，弘扬正气，倡导文明健康的生活方式和行为方式。

**（三）完善关于ATM业务的立法**

规制、监管银行ATM业务，针对现有的ATM业务中存在的法律问题或即将出现的法律问题做出相对明确的指示或者指引。如：明确规定在ATM机出现吞卡、吞钱时，在客户及时告知银行后，银行应该当返还，以明晰银行与客户的法律关系。

我国应制定关于打击针对ATM的犯罪的法律。对于那些确实符合刑法的犯罪构成要件的ATM的犯罪行为,就应该定罪量刑,给予惩罚。

我们可以参考国外的法律，如美国的1978年的《电子资金划拨法》[[[112]](#footnote-110)]（(Electron-icFund TransferAct)和英国的《银行业惯例守则》[[[113]](#footnote-111)](Code of Banking Prac -tice)，并结合自己国家的国情来制定和完善法律法规。即我国可以制定符合自身国情的《电子资金划拨法》。

**七、结论**

银行ATM业务的会随着经济的发展而发展，其发展途中很多问题也会应运而生，而这些问题的出现，尤其是ATM故障，使人们在日常生活中出现诸如“疯狂的ATM机”。通过本文分析，我得到了以下结论：

本文主要论证了ATM机故障中银行与客户的法律关系，通过对ATM故障概念及本质的解析确定了ATM是银行的代理人，在ATM业务中银行与客户的基本法律关系为债权债务关系。并通过国内外一条案例的对比，揭示了ATM故障中银行与客户所承担的法律责任的不同。通过解析日常生活中经常遇到的ATM故障案例，分析其法律定性和法律责任，在不同的ATM故障中，根据行为人主观意图的不同，其法律责任的分配也是不同的。以此，在文章的最后我提出了融洽银行与客户法律关系的几点建议。

**参考文献**

[1] 蔡宁伟、李江鸿，中国商业银行ATM管理义务与责任的法律界定[J]，金融与法，2014(08).

[2] 周盈作，ATM机多取款案例的合同法分析[J]，法制博览，2012(11).

[3] 蔡宁伟，自动柜员机全生命周期分析[J].北京，金融论坛，2011，a（12）：113-121.

[5] 杨克灿，竞争企稳，前景可观——2010年中国ATM市场发展述评[N]，金融时报，2011-04-11（5）.

[4] 蔡宁伟，ATM客户关系和声誉管理的问题与对策[J]，中国金融电脑，2011，b（8）：67-69.

[5] 徐国才，ATM服务存在的主要问题及政策建议，HEILONGJIANG FINANCE 2009(02).

[6] 刘颖，电子资金划拨法律问题研究[M]，北京:法律出版社 2011: 85-109.

[7] 赵蕾，许霆案成大悬案全民投入辩辩辩N.载《南方周末》2008 年2月28日，A6版.

[8] 董玉庭，ATM 机上非正常取款行为的刑法学分析N，载《人民检察》2008年第5期，第55页.

[9] 齐文远、魏汉涛，论被害人过错影响定罪量刑的根据N，载《西南政法大学学报》2008 年第 1 期.

[10] 吴志攀，金融法概论[M]（第五版），北京大学出版社.

[11] E.P.Ellinger.E.Lomincka.R.J.A.G.*Hooley. Modern Banking Law*[M]. Oxford University Press,2013:185-186.

[12] A Schellong.CRM in the Public Sector:Towards a Conceptual Research Framework [C].ACM International Conference Proceeding Series:Proceedings of the 2005 Nation Conference on.Digital Government Research,2005:326-332.

The research of The Bank and the customer Legal relationship in ATM malfunction

**Abstract:**With China's financial electronic reform thorough, automatic teller machines (hereinafter referred to as ATM) transaction as representative of self-service trade gradually become the mainstream of modern commercial bank for the customer service channel. Since 1986, the bank of China zhuhai branch for the first time the introduction of ATM, and in February 1987 formally put into use, ATM use nearly 30 years of China, bank ATM different machine also because of its convenient and become one of the main means of people use of bank CARDS, such as China ATM self-service equipment developing rapidly. ATM machine at the same time of bring to people's life more convenient and quick, also can produce and accompanied by a new social problems and phenomena. Which significantly after new question is \"ATM\" fault caused by damage and liability shall be borne by the who? Using ATM's failure to implement behavior must constitute a crime?

This paper mainly discusses the ATM of the bank and the client's new trading platform, their respective rights and obligations; After analysis of ATM machine malfunction caused by actions and results.

**Key words:**ATM malfunction The Bank and the customer Legal relationship Rights and obligations  legal responsibility

（责任编辑：孙盼盼）

**中介说视角下人类冷冻胚胎法律属性及行使规则**

薛条英\*

**摘 要：**随着冷冻胚胎术运用的增加，相关纠纷不断增多。我国相关立法虽然比较欠缺，但是理论探讨比较热烈，而国外立法例与理论发展相对成熟。关于法律属性问题，中介说突破了主体说和客体说的人、物二元框架，具有明显的灵活性和时代性。在冷冻胚胎的处置问题上，以冷冻胚胎的双重属性为立足点，坚持“双方同意”原则为主、利益平衡原则为辅，更加符合社会伦理，有利于维护社会秩序。

**关键词：**冷冻胚胎 法律属性 中介说 行使规则

**一、冷冻胚胎法律问题之现实需求**

据调查，我国近年来不孕不育症存在着上升的趋势，目前国内不孕不育的平均发病率为12.5%~15%，不孕不育患者人数已超过5000万。[[[114]](#footnote-112)]冷冻胚胎技术是目前保存生育功能的一种较为成熟的方法。是将通过试管培育技术得到的胚胎，存置于零下196℃的液氮环境中长时间保存，解冻后可以进行移植，冷冻胚胎技术减轻了不孕不育夫妇体外受精治疗的痛苦，同时也使得生育的成功率大大提高。

随着胚胎移植越来越多地被采用，尤其随着二胎政策的全面放开，冷冻胚胎的数量亦有所上升，冷冻胚胎带来的纠纷也日益增加。例如，不孕夫妇在医疗过程中对是否植入冷冻胚胎、离婚或者死亡后对冷冻胚胎的处置问题等等。由于我国相关立法甚少，导致产生了此类纠纷的法律适用困境。本文将结合当前司法实践和国内外立法例，就冷冻胚胎的法律属性、权利归属及处置规则进行探讨，以期对相关立法、司法的完善有所助益。

**二、冷冻胚胎法律属性**

冷冻胚胎法律属性问题是规范其具体行使规则的关键所在，关于法律属性主要有三大学说：主体说、客体说、中介说。

**（一）各种学说的介绍**

1.主体说

主体说认为脱离人体的器官和组织的法律属性非为物，冷冻胚胎具有人的主体地位；认为这些器官和组织从属于人的身体，因而是法律关系的主体。而主体说又分化为两个分支。其一，把胚胎视为自然人或有限的自然人，确定胎儿有人的主体地位，并且依据人格产生的时间又衍生出着床说和法人说；前者认为着床后的胚胎才具有人的主体地位，故冷冻胚胎并非法律关系之主体；后者则认为自受精开始就已成为人，故冷冻胚胎是主体，美国田纳西州Davis诉Davis案[[[115]](#footnote-113)]一审即采取了这种观点。

主体说之二，把冷冻胚胎看作“法人”，是由物向人过渡时一种人的“拟制状态”，并非全部将自然人的权利赋予胚胎，只是赋予生命权，从而产生免受伤害权。法律规定只允许在一种情形下处置受精胚胎，即解冻后36小时没有能够成功发育的冷冻受精胚胎。美国《路易斯安那民法典》第26条和 1986 年第 964 号法律《人类胎胚法》第9：123条规定：在被植入子宫之前,体外受精胎胚享有法人(Juridical person)地位，植入后的胎胚作为胎儿享有自然人地位。此处法人不同于大陆法民法传统意义上的法人。该法认为受精胎胚是男人的精子与女人的卵子的联合，这种联合与在社团名义下自然人的联合具有等同性，受精胎胚因其法人的属性而当然的获得了主体资格。但是该法强调了受精胚胎权利的有限性，仅赋予其生命权（第9：129条）、免受伤害权（第9：129条）、被代理权（第9：124条）、被收养权（第9：130条），且其不享有继承权（第9：133条）。[[[116]](#footnote-114)]法人说旨在提高冷冻胚胎的法律定位，加大保护力度，使其免受他人的非法侵害，然而此处法人与大陆法上社团法人和财团法人意义上的法人概念相去甚远。

2.客体说

客体说认为冷冻胚胎是民事法律关系的客体，具有物的属性。客体说中主要包括了财产说、夫妻利益说，我国学者杨立新教授提出了伦理物一说。财产说认为胚胎属于夫妻共同财产，是一种“物”，可以成为合同标的，也可以继承。夫妻私生活利益说认为：胚胎不是单纯的物，是夫妻关系私生活权的客体，即生育自决权，包括生育的权利和不生育的权利。财产说表达的是一种横向的权利，即私法的权利；而私生活利益说表达的是一种纵横交错的权利，即宪法上的权利。夫妻私生活利益说，一方面指，在生育不能仅仅通过男女双方一方的努力完成的前提下，男女双方生育权平等；另一方面，国家不能以促进人口增长的公共利益来凌迫个人不生育的自决权，个人利益与国家公共利益需要权衡。[[[117]](#footnote-115)]伦理物说认定冷冻胚胎等脱离人体的器官和组织的法律属性为物，并不否认其所具有特殊性。总体上使用对物的保护方法，但采用更谨慎、更周到的态度就能够保障其包含的潜在人格。冷冻胚胎应当作为继承权的客体。

3.中介说

在主体说与客体说的基础上，产生了中介说，亦称折衷说。该学说主张：冷冻胚胎不是主体也不是客体，而是人和物之间的一种特殊的过度存在，包含着潜在生理活性、生命特征，“具有成长为新生儿的能力”[[[118]](#footnote-116)]因而拥有“受特别尊敬” 的地位。美国Davis诉Davis案三审中即采用该种理论，将胚胎定义为人与物之间特殊的过渡物。

在美国法中，中介说往往采取“准财产说” 的形式。“准财产权”在美国法中用法极广。母亲对生下的死胎的权利、配子提供者对冷冻受精胎胚的权利、一个人对有线电视信号的权利都属于“准财产权”。这个术语运用于人的意义上, 它是所有人不对之享有完全的所有权的财产。而运用于物的语境中时，指所有人对其的权利不具有对世性，只具有对人性。[[[119]](#footnote-117)]其实质是：把一种涉及人格利益的东西贴上财产的标签, 同时被用来指称许多只代表财产利益的客体，因此在实践中易造成误解。而美国Doris and Del Zio v.Columbia Pr esbyterian Hospital[[[120]](#footnote-118)]一案，即采用了这一学说，并以此为据赔偿原告精神损失费。

**（二）评析主体说和客体说**

1.主体说的局限性

首先，冷冻胚胎只是孕育成生命的一种可能性，是潜在的生命，而非真实生命，两者存在本质上的不同。本质上冷冻胚胎没有独立的人格，更没有反映人的本质的自我意识，不符合生命的本质特性。其次，从法人说的重点在于说明冷冻胚胎权利的有限性，其实质与有限自然人说并无二致。另外，如果承认其为主体会产生诸多困境：放弃亦或是销毁了冷冻胚胎，就构成了犯罪；胚胎干细胞医学研究将被禁止从而牺牲许多已出生而身患疾病的人口重获健康的机会；人有自由发展的权利，而冷冻胚胎这种技术则延迟了胚胎正常发育的时间，此种技术身而不合法；我国在法律上的人的数量也将不可胜数。从当前现实看，父母决定堕胎并不违法，况且除了医疗堕胎还有自然流产的方法，此种危害胎儿权利的行为都尚未受到法律的苛责，举重以明轻，冷冻胚胎的抛弃或者销毁更加不需要遭受追责，从而冷冻胚胎可以成为主体的现实性大打折扣。

2.客体说的局限性

客体说的缺陷亦是显而易见：财产说仅将冷冻胚胎看作民法中规定的普通物否定了冷冻胚胎的潜在生命属性。私生活利益说只考虑到了配子提供者的权利问题，没有考虑到受精胎胚的权利问题，略显片面。而伦理物说又突出了冷冻胚胎的双重属性的同时又侧重于物的特性，具有合理之处，然而似乎又有偏向中介说之嫌。

3.突破人、物二元理论框架

主体说、客体说的理念来源于罗马法上的人、物二元框架理论，对事物的二分法决定了，胚胎要么是权利主体，要么是权利客体。不过，目前很多法国法学家认为，从法律上的人、物二分法中走出来是可能的。M. Herzog-Evans指出：“不管我们的制度遵循什么样的‘人类’概念解释，胚胎都绝对是一个真正的人类学意义上的人（une personne humaine）。”[[[121]](#footnote-119)]这一观点几乎无人反对，然而其是否可以因此而当然地可以成为法律意义上的人，具有法律人格，成为权力义务的承担者，则无定论。有学者认为“法律人格的缺失，表明法律并未承认人的本质，正如对于物或动物那样认定。胚胎法律人格的否认，是对其作为人（Homme）的状态的否认”[[[122]](#footnote-120)]。也有学者持相反观点，认为人格（humanité）并非就是法律人格，应当区分人类学人格（personalite humaine）和法律人格（personnalité juridique）。P. Murat 就此解释说，“孕育中的胚胎仅仅是一个生物学意义上的人和他不是法律主体二者之间，并不必然存在冲突；这种立场是理性选择的表达。”[[[123]](#footnote-121)]最典型的例证是在古罗马，尽管奴隶不是法律意义上的人，未被承认有任何权利，然而，主人无权任意处置他，而忽视其作为生物人具有人性的一面。主人若是肆意妄为，会受到监察官的制裁。罗马奴隶的法律地位，无疑可以带给我们启发，从而有可能破解胚胎的法律地位难题。[[[124]](#footnote-122)]

放眼当今之社会现实，科技日新月异，生物技术、医学水平蒸蒸日上。例如，人造子宫技术正在不断突破，美籍匈牙利未来学家佐尔坦-伊什特万(Zoltan Istvan)认为，未来20年内，这项技术将准备好使用，30年内将广泛投入使用。[[[125]](#footnote-123)]若此项技术足够成熟，可以预测结合冷冻胚胎技术，在实验室诞生婴儿并非无法想象。

科技不断革新，社会不断发展，法学的发展也势必随之发生巨大变革。采用更加宽容和客观的态度看待冷冻胚胎的法律属性，突破人与物的二元结构未尝不是适应发展的一种良好现象。

1. **中介说的现实性、灵活性**

中介说避开了主体说和客体说的局限，提倡建立“人——中介——物的三极处理模式”[[[126]](#footnote-124)]，将“具有成长为新生儿的能力的特殊地位”的冷冻胚胎视为人与物的过渡阶段，中和了是对单纯的主体认定和单纯的客体认定，也契合了冷冻胚胎客观上存在的人格和物的双重属性，显然具有现实性和灵活性。

民法的作用就是保障平等主体的人身及财产权益，而财产权益的产生本就是因为人的利用而愈加凸显，二者存在天然的联系。随着商品经济的发展与科技的进步，二者联系的表现也越来越明显，人格商品化问题、冷冻胚胎问题不断涌现，造成理论上巨大的争论，但其实质都是过分强调人身与财产的界限，实际上承认物与人之间过渡状态，对这类状态加以特殊对待有利于问题的解决。

1.冷冻胚胎含有物的特性

冷冻胚胎符合传统民法学上“物”的认定标准。第一，冷冻胚胎是指，将经过试管培育技术得到的胚胎，存置于零下196℃的液氮环境，符合物出于“身体之外”的条件。梁慧星教授主编的《民法典草案》中第99条规定，“自然人的器官、血液、骨髓、组织、精子、卵子等，以不违背公共秩序与善良风俗为限，可以成为民事权利客体。”梁教授指出该规定是“考虑到科学技术的发展，特别是医学上的器官移植技术、人工生殖技术的发展”[[[127]](#footnote-125)]，同理，冷冻胚胎也具有存在于身体之外的特征。第二，冷冻胚胎是高科技的产物，由专业机构保存，具有“可支配性”。第三，冷冻胚胎的目的是植入母体孕育生命，“具有一定的价值或使用价值，能满足人类社会生活上的需要”。第四，.冷冻胚胎从始至终是一种“有形体”。

2.冷冻胚胎内含的人格属性

（1）对于生命的尊重

生命的意义在于传承，而胚胎是每一个个体生命的初级阶段。人类胚胎具有人类延续和生存的目的性，具有人的全部遗传信息，有潜在将来发育成人的能力，从生存目的论来看，它已经具有人的生命形式和意义。[[[128]](#footnote-126)]据统计，冷冻胚胎复苏临床妊娠率为48.28%，囊胚冷冻复苏临床妊娠率为63.48%，如此这般的比例证明了冷冻胚胎，尤其是唤醒后的冷冻胚胎发育为真正的生命体的可能性很大。从而胚胎也就内含了人的尊严，是一个人所应当具有的伦理地位和道德权利的最初源头。

冷冻胚胎技术一方面帮助有生育困难的人群达成生育的愿望减少其医疗过程中的痛苦，另一方面又一定程度上有利于优生优育，使人们可以保留身体状况最佳时形成的胚胎，同时有助于帕金森病、亨廷顿舞蹈症、阿尔茨海默病等相关疾病的医疗。因此，对于胚胎的尊重与保护，正是表达了对于生命体发展的尊重和对于已有生命个体健康的保护。

1. 对于生育自主决定的人格利益的尊重

自主决定权是“就与他人无关的事情，自己有决定权”[[[129]](#footnote-127)]，是“人格自由的内容，实现对于具体人格权的补充，保护新型的人格利益”[[[130]](#footnote-128)]。在法律明确规定自主决定权之前，自主决定是包括在一般人格权的人格自由之中的人格利益。由于冷冻胚胎问题中的胚胎是在体外受精、培育的，此时妇女掌握其身体的利益不存在，剩下的只有双方自主决定“是否愿意成为父母的权利”[[[131]](#footnote-129)]。美国罗伊诉韦德案（Roe v. Wade）[[[132]](#footnote-130)]确认了堕胎自由属于个人自主决定的范围。胎儿是否出生尚且可以由夫妻双方自主选择，则举重以明轻，冷冻胚胎更应该是夫妻二人自主决定权的载体，具体表现为自主决定生育或不生育的权利。田纳西州Davis诉Davis案三审判决中法院就引用了这种观点，认为生育自主决定权属于个人隐私的范畴，联邦宪法或者州宪法都应给予尊重与保护，德国冷存精子销毁案的判决也印证了自主决定权的内容，其中提到“《德国民法》第823条第1款“因故意或者过失不法侵害他人生命、身体、健康、自由、所有权或者其他权利者，对他人因此而产生的损害负赔偿义务”保护的客体不是物质，而是人格的存在及其自主决定领域”[[[133]](#footnote-131)]。

自主决定的人格利益受法律保护，在我国的民事立法中也有所体现，如：《婚姻法》中的公民婚姻自主权，《侵权责任法》中的患者自主决定权等。可见，冷冻胚胎作为生育自主决定的人格利益具有人格权客体的属性在理论及实践中都能找到依据。

**三、中介说视角下冷冻胚胎具体行使规则**

从当前我国以及其他各国的立法实践，不能得出冷冻胚胎法律属性到底为何的答案，但是中介说显然能给我们更多的启发。并且而从实证法的角度以及结合各种理论与我国国情，我们可以发现对于冷冻胚胎的具体行使规则都应当紧紧围绕其双重属性。

**（一）冷冻胚胎具体行使规则之原则**

关于胚胎的归属问题似乎由于胚胎的法律属性存疑而成为一个巨大的难题，其症结在于承认胚胎所有权人后是否就当然地否定了胚胎的人格属性问题，笔者认为显然二者并不必然等同，突破传统的人、物二元框架，完全可以承认胚胎有所有权人、可以继承，但其具体规则可因其人格属性而区别于普通物的行使规则。

关于冷冻胚胎的规则体系，目前主要有三大路径：英国法上的“双方同意”、美国许多法院采取“合同”路径、美国部分州采用的“利益平衡”路径。

英国《人类受精与胚胎学法》采取了“双方同意”的基本原则。该法案指出：“双方同意”中的“双方”是指胚胎的配子提供者；“双方同意”表现为双方签署的具有法律效力的书面文件；并且若提供配子的任何一方撤回同意，则同意书失去法律效力，“双方同意”消失。[[[134]](#footnote-132)]人工受精本质上是男女双方基于一起养育孩子的愿望而共同从事的一项活动，若一方反悔，则人工受精之目的不能达成，那么活动即应终止。

美国许多州，基于信赖理论，采用了“合同”路径。医疗机构与就诊的夫妇之间通常会签订书面协议来约定对冷冻胚胎的处置，诸如：如果该对夫妇离婚、一方或双方死亡或者他们与该诊所失去联系等情况下，对胚胎处理的方式。通常的处理方式包括：继续存储、销毁、捐赠给其他夫妇或者科研机构。他们认为：达成事前协议有利于避免诉讼，并且避免法院介入家庭生活。

美国少数州采用了“利益平衡”模式。在这一模式里，法院关注的原则是：“执行在试管受精开始时达成的协议，但这一协议受限于任何一方在使用或销毁任何被储存的前胚胎之前改变主意的权利”[[[135]](#footnote-133)]。法院须在当事人无法达成了合意时衡量各方的相对利益从而做出处置决定。

生育的目的本身就在于传承，而良好的传承依赖于父母双方完整的爱，从儿童利益保护和生育自我决定权益的角度出发，英国法上采用的“双方同意”的路径相较于美国法上的“合同”路径具有优势。利益平衡的原则只有在采取双方同意原则，将会造成明显违背社会伦理时才应当加以考虑。针对双方同意原则可能引发的，以一方否决权为婚姻筹码、冲动放弃胚胎等问题，英国2008年修改《人类受精与胚胎学法》规定了12月的“冷静期”，规定了“如果是为了解决男女伴侣的生育问题而储存人体胚胎，即使提供配子的一方收回同意书，该胚胎还可以继续被合法地储藏12个月，以防配子提供者改变主意。”[[[136]](#footnote-134)]在此需要特别指出的是，当提供配子的双方中有一方不幸死亡，并且生前并未作出不同意胚胎处置的意思表示，则不影响“双方同意”的存在，除非健在的另一方作出“不同意”的决定。

总的来说，对于配子提供者双方之间关于胚胎的处置应当以双方同意原则为主，利益平衡原则为辅。

**（二）冷冻胚胎的可继承性及其限制**

遗传基因的延续性决定了存在于体外的胚胎天然地归属于那些储存胚胎以供自己生育使用的男女伴侣，尽管其权利由于法律法规、公序良俗在一定程度上受到限制。冷冻胚胎的物的属性也决定了其不仅具有所有权人，更加可以被继承。意欲利用冷冻胚胎技术生育的夫妻双方均死亡时，其载有的生育自我决定权益虽然随之消灭。但仍具有潜在的生命特性，其归属与处置人应当区别于普通物。

1.继承人对于冷冻胚胎享有受限制的继承权

冷冻胚胎不仅凝聚了一定的经济价值。对于死亡的夫妻的继承人来讲更具有特殊的意义（在中国背景下冷冻胚胎往往寄托了继承人对死亡夫妇的诚切哀思），但是其继承的不是完整的所有权。首先，不育夫妇生前对冷冻胚胎的权利本身也因其特殊性而受到限制。而继承人更因被继承人内含的自我决定权益的消灭而受到进一步限制。继承人只有占有权（表现为委托保管权）、受限制的处分权（表现为抛弃的权利、法律制度许可下的捐赠权、禁止买卖等）。

2.继承人对冷冻胚胎的受限制的处分权

冷冻胚胎被继承后，权利归继承人共有，不得分割，不得进行非法处分。如果继承人意见一致，可以保存、抛弃、销毁，捐赠（理论上）。若继承人意见不一致，不得分割，鉴于公益的目的，可由专业的保存机构存储。[[[137]](#footnote-135)]

**四、总结**

冷冻胚胎技术使得体外生殖成功率大增，为生育困难的夫妻带来了福音，但由于其本身的特殊性，给伦理道德、社会秩序、法律环境带来了不小的冲击。而我国立法对于冷冻胚胎的规制尚存空白，对此我们应当比较国外相关立法和理论，结合我国国情尽早完善立法。鼓励实施冷冻胚胎技术的当事人及医疗机构签订事前协议，防患未然。对于当下遇到的纠纷应由法院依据基本法律原理和伦理准则，参考其他国家和地区的立法例，在司法实践中填补法律漏洞。

**参考文献**

[1] 黄丁全，《医疗法律与生命伦理》，法律出版社，2007年版.

[2] 李昊，冷冻胚胎的法律性质及其处置模式-以美国法为中心 [J]，华东政法大学学报，2015年第5期.

[3] 李蕊佚，英国法上的人体胚胎规制体系 [J]，华东政法大学学报，2015年第5期.

[4] 李燕、金根林，冷冻胚胎的权利归属及权利行使规则研究 [J]，人民司法应用， 2014（13）.

[5] 徐国栋，体外受精胎胚的法律地位研究 [J]，法制与社会发展（双月刊）， 2005年第5期.

[6] 叶名怡，法国法上的人工胚胎 [J]，华东政法大学学报，2015年第5期.

[7] 周江洪，法制化途中的人工胚胎法律地位-日本法状况及其学说简评 [J]，华东政法大学学报，2015年第5期.

(责任编辑：袁小冬)

**试论行政程序法的立法目的、模式及价值**

张旭霞[[138]](#footnote-136)\*

**摘 要：**行政程序法典化在我国行政法学界已基本达成一种共识，行政程序法典化在我国具有可行性和必要性。而2015年5月新实施的《行政诉讼法》在诉讼目的、受案范围等方面实现了重大突破，但对制定统一行政程序法典的需要未作出回应，再次突显了行政程序法的立法滞后。本文将从行政程序法的立法目的、立法模式以及法律意义三个方面做一解析。

**关键字：**行政程序 立法目的 法律价值 立法模式

**引言**

行政程序法——规范行政权的基本法，是行政行为被诉至法院后，法院对行政行为进行司法审查的重要裁判依据。在大陆法系国家，行政程序法既包含程序性内容，同时兼具实体性内容，部分承担了行政法法典化的功能。2014年11月1日，第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过了《关于修改<中华人民共和国行政诉讼法>的决定》，并于2015年5月1日正式实施。本次修改在诉讼目的、受案范围、证据规则等方面都实现了重大突破，但未能及时回应行政法治实践对尽快制定统一行政程序法的立法需求，再次突显了行政程序法的立法滞后。

**一、行政程序法的立法目的**

制定行政程序法的立法目的，在于规范行政权力的运行，保护公民的利益，是立法者基于对行政程序法固有属性的认识及社会发展的需要，旨在通过制定行政程序法达到规范行政权力的行使、提高行政效率的理想效果。

1. **行政程序法的根本目的**

行政程序法作为行政法的重要组成部分，其根本目的是规范行政权力的公正运行，提高行政效率。法治作为一种治国理政的方略，并非完美无缺，但除此之外，人们很难找到另一种更好的适合现代社会形态的治国方式。法治的核心要义是公权力的善法而行，衡量一国法治实现程度的关键因素是强大的行政权是否依法行使。规定行政权力的程序规则，实现程序法治，应当是所有国家行政程序法共同的立法目的。因此，制定行政程序法的根本目的是规范行政权力的运行，既要防止行政权力的滥用，保护公民的合法权益，又要使得行政机关树立为人民服务的理念，积极的进行行政行为，提高行政效率。在现代社会中，行政职能的内容不仅仅局限于维持安定有序的社会秩序，而更多地要求政府能够为公民提供更多地便利和福利，人们需要行政机关积极行使行政权力，“他们对官僚政治和行政机关无所作为的恐惧在今天更甚于对行政机关滥用权力和专制的恐惧”。[[[139]](#footnote-137)]一个最能为国民提供福祉的政府，是一个积极、公正行使行政权力，树立为人民服务的理念，具有法治思维和依法行政的、高效率的政府。

1. **行政程序法的直接目的**

作为不同于其他行政法组成部分的行政程序法，规范行政权力的运行，实现程序法治，是所有国家制定行政程序法共同的立法目的。立法者通过制定行政程序法，构建与本国国情相适应的行政程序规则，从而决定了该国的直接立法目的。

我国行政程序法的直接立法目的是实现行政权力的程序法治，构建统一的、最低限度的公正行政程序制度。”最低限度地程序公正标准”是实现程序正义的最后一道防线，是程序法治制度的基本要求。“在程序法领域，程序法律制度尽管不能保证程序正义理想得到彻底实现，但应当尽量减少或者克服明显非正义的情况，应该满足一些起码的价值标准。这些标准具有这样的特性:坚持这些价值标准不一定能确保程序公正绝对实现，但不坚持这些价值标准程序肯定是不公正的，是非正义的。这些旨在克服人们不公正感的程序公正标准就构成了实现程序正义必不可少的条件，从而成为一种最低限度的公正程序标准”。[[[140]](#footnote-138)]行政程序领域的最低限度公正程序标准体现为不同的原则，包括：

1、程序公正原则：作出行政行为的程序应当公正；

2、程序公开原则：行政程序应当以公开的方式运行；

3、参与原则：受行政程序结果影响的行政相对人应当充分的参与行政决定作出的全过程；

4、效率原则：行政机关应当及时、高效率的作出行政行为。

**二、行政程序法的立法模式**

行政程序立法模式是指行政程序法的立法体例是采用统一法典式，还是采用单行法律模式，抑或无独立的程序法而完全与实体法合并的模式。[[[141]](#footnote-139)]立法模式是一个技术性问题，良好的立法模式有利于法典的顺利出台与法典的执行。

行政程序法的立法模式具有非常重要的意义及作用，是行政程序法的基础性架构，一个国家的社会历史条件、法治发展状况、公民的法律思维及法律意识、立法传统和技术都会对行政程序法的立法模式产生影响。综合考虑我国的基本国情、法治水平、社会发展现状等各方面的因素，在我国行政程序法立法模式的选择上，应当以采用单独行政程序立法逐步推进法典化的立法模式。

1. **在立法模式上，以单行法律为主，逐步实现法典化**

行政程序法典，是我国行政程序法立法模式的最终目标，也是行政法治的基本要求。但是，制定一部统一的、规范行政权力运行的行政程序法典是一项技术性要求很高的工程，也是一项比制定其他部门法更加艰难的工作。由于我国立法技术相对落后，行政法学理论发展比较滞后，所以现阶段我们应当以制定单行的行政程序法律为主，例如《行政强制法》、《行政许可法》、《行政处罚法》等，并进一步完善。通过这些单行行政程序法律切实有效地实施，向公众传播行政程序法所蕴含的观念及其存在价值，待社会条件、法治状况等成熟后再编纂为统一的行政程序法典。

1. **在立法设计上，兼顾公正与效率，合理控制行政权**

随着依法治国、依法行政的推进，行政权逐步规范化、民主化，但是在实际运用过程中，行政权仍具有强大的支配权，行政自由裁量权的存在，使得行政权仍然具有侵害行政相对人合法权益的可能性。因此，行政程序法应充分法律其自身的独立性价值，保障行政权力公正运行，保护公民的合法权益。同时，在行政程序法运行的过程中，也应当兼顾行政效率。任何走极端的立法都无助于规范行政权力运行目的的实现，建立一套公正、高效率的行政程序法律制度，是我国行政程序立法的直接目的及价值取向。

1. **在架构过程中，借鉴国外先进经验，并兼顾法律本土资源**

现代行政程序法源于西方发达国家的理论与实践。在20世纪时，许多西方法治国家就已经制定各自的行政程序法典。在我国行政程序法典的架构过程中，必须积极借鉴西方发达国家的宝贵经验，同时应重视法律本土资源的开发与利用。

**三、行政程序法的法律价值**

价值是一种事物通过其所固有的某种属性满足人的需求的一个关系范畴，表现出事物与人之间的一种美好的理想追求。行政程序法的价值是通过行政程序法的运行实施实现和追求的社会价值，是指“行政程序法能够满足人们控制行政权的需要以及其为满足该人类需要而具有的属性，是行政程序法为什么要被制定，以及被制定出来的行政程序法能够长期存在且被执行的依据”。[[[142]](#footnote-140)]行政程序法的价值既包括保证实体法实施的外在价值，又包括行政程序法的本质属性，即内在价值——公正、秩序、效率。

1. **公正**

追求行政公正是我国行政程序法的价值之一。公正具有较强的客观性，具有一定的社会公认标准。行政公正要求行政主体在作出行政行为时，平等的对待各方当事人，排除各种可能造成不平等或偏见的因素，客观公正的作出行政行为。

将行政公正作为我国行政程序法的价值，是基于我国传统行政权力漫无边界的现实状况。从行政权力运行的现状来看，我国行政权力几乎可以说无所不在，无时不在。行政权力的膨胀与缺乏公正的行政程序法的有效约束息息相关。行政程序法的公正价值要求合理分配行政主体与行政相对人的利益，真正将行政权力纳入执法为民的法治轨道。如果行政程序法缺失公正，将沦为国家统治的工具，为人治创造了“合法”的理由。因此，将行政公正作为我国行政程序法的价值能够反映人们对我国传统上强大的行政权力的拘束与控制，平衡行政主体与行政相对人利益的要求与期盼。

1. **秩序**

建立行政秩序也是我国行政程序法的价值之一。“秩序是自然界和平共处的社会运动、发展和变化的规律性现象。某种程序的一致性、连续性和稳定性是它的基本特征”。[[[143]](#footnote-141)]自然秩序与社会秩序使得人类社会得以进化与发展。自然秩序更多地是一种自发的秩序，而社会秩序则主要是一种人造的秩序。[[[144]](#footnote-142)]对于自然秩序，人们一般只能被动适用而别无选择，而相对于社会秩序，人们则可以通过相互之间的互动建构起来，其中最为主要的就是通过立法建立起法律秩序。生活在一个法律秩序良好的社会中，人们享有自由并具有理性，法律秩序为人们的行为提供预测并作出相应的选择。

将建立行政秩序作为我国行政程序法的价值，目的在于通过对公权力行使的约束来维护人们的人身安全与财产安全。如果没有行政程序法对行政权进行限制，其会成为公众合法权益的最大破坏者。因此，行政程序法的主要目的就是，将行政主体行政权力运行的全过程纳入法律规范之中，控制公权力，维护社会的安定有序。

1. **效率**

行政程序法作为行政法的重要组成部分，应当以效率为其价值取向之一。扩张的情况下，提高行政效率非常重要。“英国行政法学者认为，行政程序法公正的程序规则可以维持公民对行政机关的信任和良好的关系，减少与行政机关之间的摩擦，又可能最大限度地提高行政效率”。[[[145]](#footnote-143)]因此，科学、合理的行政程序，有利于行政主体迅速、及时并有效的行使行政权力，保障行政目标的实现，提高行政效率。

将效率作为我国行政程序法的价值，既是基于行政程序的性质，也是行政程序法民主、参与的体现。行政程序是行政主体代表国家行使行政权力、管理社会事务时必须遵循的程序下规定。行政程序往往为法律所规定，因为行政程序不仅可以保证行政权力的合法运行，实现行政目标，也是行政相对人维护自己合法权益对抗行政权的重要形式。但是，由于社会资源的有限性，在设定公正的行政程序时不得不将效率纳入考虑范畴。迟来的正义非正义，有效率的行政程序将节约有限的社会资源以及给予社会成员平等的权利。

**参考文献**

[1]姜明安，行政程序对传统控权机制的超越，行政法学研究2005.4.

[2]路建，行政程序法的目标模式的选择，学术交流，2005.10.

[3]陈瑞华，通过法律实现程序正义—萨默斯“程序价值”论评析[J]，北大法律评论，1998.(1).第1辑.

[4]关保英，行政法的价值定位—效率、程序及其和谐[M]，中国政法大学出版社，1997.

[5]张文显，《法学基本范畴研究》，中国政法人学出版社，1993年版.

[6]应松年、袁曙宏，走法治政府，法律出版社，2001年第1版.

[7]姜明安，行政法与行政诉讼法，北京大学出版社，1999年第l版.

[8]马怀德，行政程序法的价值和立法意义，政法论坛，2004年第5期.

[9]袁曙宏，全面推进依法行政实施纲要读本，法律出版社，2004年第l版.

（责任编辑： 李明哲）

误存亡夫账户案请求权基础分析报告

姚娟[[146]](#footnote-144)\*

**案情：**2015年7月，北京市昌平区44岁的黄女士拿着5万元现金去昌平区某银行分理处办理活期存款。钱存进去后，她发现错拿成前夫郭先生的存折，而郭先生不久前因病去世（郭先生于2014年4月和黄女士离婚，因身患重病又无其他近亲属，生活起居仍由黄女士照料）。因没有前夫账户密码，黄女士只得向银行说明情况，希望拿回自己的5万元存款。银行员工称，黄女士需要提交郭先生死亡证明并办理继承公证等手续后才能取出存款。银行员工和黄女士一同到了公证处，却被告知这5万元并非郭先生的遗产，不能为黄女士办理继承公证。与银行交涉未果，黄女士遂提起诉讼。

**待决问题：**黄女士得依何种规范向银行提出何种请求？

**分析思路**

**壹、黄女士享有的请求权**

**一、黄女士或许可以依据《民法通则》第92条向银行主张不当得利。**

（一）请求权是否产生？

1. 是否存在不当得利？

2、中间结论

（二）请求权是否消灭？

（三）请求权是否可执行？

（四）结论

**二、黄女士或许可以依据《合同法》第42条向银行主张缔约过失责任。**

1. 请求权是否产生？

1、储蓄合同是否成立？

（1）是否存在有效的要约？

（2）是否存在有效的承诺？

（3）承诺与要约内容是否一致？

1. 储蓄合同是否有效？
2. 当事人是否具有相应的行为能力？
3. 意思表示是否真实？
4. 是否违反法律以及社会公共利益？

3、是否构成缔约过失责任？

4、中间结论

1. 请求权是否消灭？
2. 请求权是否可执行？

（四）结论

**三、黄女士或许可以依据《物权法》第34条向银行主张返还5万元。**

（一）请求权是否产生？

1、返还原物请求权是否存在？

2、中间结论

（二）请求权是否消灭？

（三）请求权是否可执行？

（四）结论

**四、黄女士或许可以依据《侵权责任法》第34条向银行主张侵权赔偿。**

（一）请求权是否产生？

1、是否构成侵权？

2、中间结论

（二）请求权是否消灭？

（三）请求权是否可执行？

（四）结论

**贰 总结论**

**分析内容**

**壹、黄女士享有的请求权**

**一、黄女士或许可以依据《民法通则》第92条向银行主张不当得利。**

**（一）请求权是否产生？**

《民法通则》第92条：没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的，应当将取得的不当利益返还受损失的人。

不当得利的构成要件：（1）一方获得利益；（2）他方利益受有损失；（3）一方获得利益与他方利益受损之间有因果关系；（4）获得利益及利益受损均无法律根据。

1. 是否构成不当得利？

（1）一方获得利益。关于个人存款的法律性质，我国理论界对此有两种观点：一是物权说，“储蓄就是所有权与使用权相分离的信用行为，通过契约的方式，个人把货币存入银行后，货币的使用权暂时让渡给银行，存款人仍然享有所有权，并拥有收取利息的收益权和暗器收回本金的处分权”[[[147]](#footnote-145)]；二是债权说，又分为借贷性的契约关系说、消费寄托关系说、消费借贷关系说、混合关系说。大多数学者赞成后者，也就是说银行与储户之间存在债权关系，这就意味着银行通过储户存款的行为，此刻获得了暂时性的利益，而不受其后期是否需归还的影响。

（2）他方利益受有损失。在本案中，黄女士因误存遭受了5万元的经济损失。

（3）一方获得利益与他方利益受损之间有因果关系。得利益和受到损失之间有因果关系，是指他方的损失是因一方获得利益造成。在本案中，银行获得的利益与黄女士遭受损害之间不存在因果关系。

（4）获得利益及利益受损均无法律根据。在本案中，银行受益是因储户存款行为所致，存在法律依据。

综上，银行不满足不当得利的（3）、（4）要件，则不构成不当得利。

1. 中间结论

黄女士不可以依据《民法通则》第92条向银行主张不当得利。

1. **请求权是否消灭？**

请求权未产生，没有讨论该问题的必要。

**（三）请求权是否可执行？**

请求权未产生，没有讨论该问题的必要。

**（四）结论**

黄女士不可以依据《民法通则》第92条向银行主张不当得利。

**二、黄女士或许可以依据《合同法》第42条向银行主张缔约过失责任。**

**（一）请求权是否产生？**

1、储蓄合同是否成立？

合同成立的否成要件有三：（1）存在有效的要约；（2）存在有效的承诺；（3）要约与承诺内容一致。

（1）是否存在有效的要约？

根据《合同法》第14条之规定，要约，是一方当事人以缔结合同为目的，向对方当事人提出合同条件，希望对方接受的意思表示。构成要件须符合以下条件:①要约必须是向特定人所为的意思表示；②要约必须向相对人发出；③要约必须具有缔结合同的目的；④要约的内容必须具体确定。

在实务中，储蓄活动可以描述为以下过程:储户填写存款凭条-一交付存款及凭条于储蓄机构工作人员-一储蓄机构工作人员接受存款和存款凭条-一储蓄机构工作人员清点钱款并确认数额--一打印[存单](http://baike.so.com/doc/6264323-6477744.html" \t "http://baike.so.com/doc/_blank)一盖经办人章-一将存单交付给储户。在这个过程中，储户以特定的储蓄目的进入储蓄机构、填写存款凭条并将凭条和货币实际交付给储蓄机构工作人员，应视为其希望和特定的储蓄机构订立合同的意思表示，应为储蓄合同的要约行为。

在本案中，黄女士将其5万元及存折交付给银行，其行为可视为其希望和银行订立储蓄合同的意思表示，且内容具体明确，故存在有效的要约。

1. 是否存在有效的承诺？

根据《合同法》第21条之规定，承诺是受要约人做出的同意要约以成立合同的意思表示。其构成要件有三：①承诺必须是由受要约人所做出的意思表示，②承诺必须向要约人做出，③承诺的内容必须与要约的内容一致。

《合同法》第25条规定，承诺生效时合同成立。界定储蓄合同承诺生效的时点至关重要，它是储蓄合同成立的界定标准。由前述储蓄业务的办理过程，对于储蓄合同承诺生效的时间，有四种情况:①储蓄机构工作人员接受储户的存款是储蓄合同的承诺行为；②工作人员清点钱款并将金额、期限等事项打印在存折或回单上的行为为承诺；③工作人员盖经办人章以确认数额；④将存款或回单交付给储户后，承诺即为生效。根据《合同法》第26条规定，在承诺采用通知的情况下，只有在承诺通知要求到达受要约人时承诺才生效；承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为是也即生效。虽然很难说储蓄存款合同承诺是否需要通知，但根据储蓄存款流程及交易习惯，一般在储户到储蓄机构柜台[存款](http://baike.so.com/doc/5369262-5605113.html" \t "http://baike.so.com/doc/_blank)时，储蓄机构不需要将承诺通过口头或书面通知的行为送达储户，只要储蓄机构在存折或[存单](http://baike.so.com/doc/6264323-6477744.html" \t "http://baike.so.com/doc/_blank)上盖章，作出了具体的承诺行为，承诺即可生效。学者认为，作为实践合同的储蓄合同，“自[存款人](http://baike.so.com/doc/2218503-2347458.html" \t "http://baike.so.com/doc/_blank)将货币交付于金融机构之时起，合同成立”。[[[148]](#footnote-146)]

在本案中，银行对黄女士将其5万元交付给银行时，可视为银行作出了有效的承诺。而且，要约与承诺的内容一致，故黄女士与银行之间的储蓄合同成立。

2、储蓄合同是否有效？

储蓄合同的生效必须符合《民法通则》第55条和56条规定的法律行为的生效要件：（1）当事人具有相应的行为能力；（2）意思表示真实；（3）不违反法律以及社会公共利益。

（1）当事人是否具有相应的行为能力？

根据《储蓄管理条例》第3条的规定，储蓄合同当事人一方的储户必须为自然人，法人或者其他组织不能成为储蓄合同存款当事人主体。这里的自然人是指有权接受银行服务地或开立帐户与商业银行发生业务关系的自然人。黄女士作为成年人，银行作为法人显然是具有相应的行为能力。

（2）意思表示是否真实？

行为人表现于外部的表示与其内在的真实意志相一致，而且此种意思是由当事人自由产生并对外表示的，未受外界的任何强制、不当干涉或者影响。事人意思表示不真实的常见情况有受协迫、受欺诈、重大误解等。本案中，黄女士的误存的行为可能构成重大误解。根据《民通意见》第73条，重大误解的构成要件有三：

①表意人对合同内容发生重大误解。错误须具有主观重要性或客观重要性，不是鸡毛蒜皮的小事、无关宏旨的错误。所谓“主观重要性”，指若表意人知悉实情就不会作出此等意思表示；所谓“客观重要性”，指表意人经理智评价即不会作出此等意思表示。本案中，黄女士将5万元误存入已故前夫的存折，属于主观重要性错误，较大的错误。

②因为误解，致使表意人表示出来的意思与其内心真意不一致。本案中，黄女士因拿错存折，将5万元误存入已故前夫的存折，与其内心意思不一致。

③表意人因误解遭受较大损失。本案中，黄女士将5万元误存入已故前夫的存折，导致其损失了对该5万元的所有权。

因此，本案黄女士的意思表示不真实。

1. 是否违反法律以及社会公共利益？

本案未违反法律以及社会公共利益。

综上所述，本案不符合储蓄合同生效的第二个要件，黄女士对合同内容存在重大误解，储蓄合同的效力为可撤销。

1. 是否构成缔约过失责任？

《合同法》第42条确立了缔约过失责任，该条规定：当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：(一)假借订立合同，恶意进行磋商；(二)故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；(三)有其他违背诚实信用原则的行为。

缔约过失责任构成要件有三：（1）当事人为了订立合同而接触或磋商；（2）一方因过错违反协助、照顾、保护、忠实、通知、保密等先合同义务；（3）给对方造成合理的信赖利益的损失。

（1）当事人为了订立合同而接触或磋商。本案中，黄女士与银行都是为了订立储蓄合同而接触。

（2）一方因过错违反协助、照顾、保护、忠实、通知、保密等先合同义务。本案中，银行有提醒黄女士注意存折账户人姓名以及数额的义务，但是银行未尽该义务。

（3）给对方造成合理的信赖利益的损失。本案中，黄女士基于对银行的信任将5万元存入其所持存折中，银行工作人员有义务提醒黄女士注意存折相关信息，但是银行方未尽该义务即存有过错，造成了黄女士5万元的损失。

综上，本案符合以上所有要件，故黄女士可以依据《合同法》第42条向银行主张缔约过失的损害赔偿责任。

1. 中间结论

黄女士可以依据《合同法》第42条向银行主张缔约过失责任。

**（二）请求权是否消灭？**

经过审查可知，并不存在导致请求权消灭的情形。

**（三）请求权是否可执行？**

经过审查可知，请求权可以执行。

**（四）结论**

黄女士可以依据《合同法》第42条向银行主张缔约过失责任。

**三、黄女士或许可以依据《物权法》第34条向银行主张返还5万元。**

**（一）请求权是否产生？**

1、返还原物请求权是否存在？

返还原物请求权构成要件：（1）请求人是物权人；（2）被请求权人为现时的无权占有人。

（1）请求人是否是物权人？

从法律上来看，货币是一种特殊的动产，其特殊性表现在：货币是一种特殊的种类物，在交易上可以互相替换。货币的占有与所有是同一的，简称为“占有即所有”。本案中，黄女士将交付给银行，银行占有该货币，货币所有权发生转移，则意味着黄女士丧失了对该5万元的所有权。故黄女士不属于该5万元的物权人。

（2）被请求权人是否为现时的无权占有人？

根据前述货币的特殊性可知，银行占有5万元即享有所有权，不是现时的无权占有人。

综上所述，本案不符合返还原物请求权的两个构成要件，故黄女士不能向银行主张返还原物请求权。

1. 中间结论

黄女士不可以依据《物权法》第34条向银行主张返还5万元。

1. **请求权是否消灭？**

请求权未产生，没有讨论该问题的必要。

**（三）请求权是否可执行？**

请求权未产生，没有讨论该问题的必要。

**（四）结论**

黄女士不可以依据《物权法》第34条向银行主张返还5万元。

**四、黄女士或许可以依据《侵权责任法》第6条向银行主张侵权赔偿。**

**（一）请求权是否产生？**

《侵权责任法》第6条规定：行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任。

侵权责任的构成要件：（1）加害人实施了违法加害行为；（2）受害人遭受了可救济的损害；（3）加害行为与损害之间有因果关系；（4）加害人对损害的发生具有过错。

1、是否构成侵权？

（1）加害人实施了加害行为。加害行为又称致害行为，是指行为人做出的致他人的民事权利受到损害的行为。任何一个民事损害事实都与特定的加害行为相联系，亦即民事损害事实都由特定的加害行为所造成。没有加害行为，损害就无从发生。本案中，黄女士遭受了损失，则银行方存有加害行为。

（2）受害人遭受了可救济的损害。此处所称的损害事实，是指因一定的行为或事件对他人的财产或人身造成的不利影响。在本案中，黄女士遭受了5万元的经济损失。

（3）加害行为与损害之间有因果关系。在本案中，银行方未尽提醒、注意之义务即有过错。

（4）加害人对损害的发生具有过错。

综上，完全符合侵权责任的构成要件，故银行构成侵权。

2、中间结论

黄女士可以依据《侵权责任法》第34条向银行主张侵权责任。根据《侵权责任法》第15条规定侵权责任的承担方式中包括损害赔偿，则黄女士可以要求银行承担侵权损害赔偿责任。

1. **请求权是否消灭？**

经审查可知，请求权未消灭。

1. **请求权是否可执行？**

经审查可知，请求权可执行。

**（四）结论**

黄女士可以依据《侵权责任法》第6条向银行主张侵权赔偿。

**贰、总结论**

黄女士不可以依据《民法通则》第92条向银行主张不当得利，以及《物权法》第34条向银行主张返还5万元。

黄女士可以依据《合同法》第42条向银行主张缔约过失责任，或者《合同法》第206条向银行主张返还5万元，或者《侵权责任法》第6条向银行主张侵权赔偿。

（责任编辑：李明哲）

1. \* 王卫明(1972年-),男,湖北应城人，上海政法学院副教授，北京大学宪法与行政法研究中心助理研究员，研究方向为宪法学。 [↑](#footnote-ref-0)
2. [↑](#endnote-ref-0)
3. [] 波兰宪法的第1条在1989年改为“波兰共和国是一个法治的、实现社会正义原则的民主国家”。 [↑](#footnote-ref-1)
4. [] 但是这一文本中记录有1983年通过的一个修正案,却没有记录1982年修正案;同时该文本将入到宪法原文中的方式,例如1952年宪法第33a就是1982年修正案的一个条文。 [↑](#footnote-ref-2)
5. [] 1997年宪法第188条第4款规定“政党目标或活动的合宪性” ,但是《宪法裁判所法》第2条的规定是“政党目标和(或)活动的合宪性” ,故而此处采用裁判所法的更细致化的规定。 [↑](#footnote-ref-3)
6. [] 宪法裁判所的判决还涉及判决的生效时间。考虑到生效时间的安排主要是技术性问题,故而本文不作讨论。 [↑](#footnote-ref-4)
7. \* 孙青平，女，上海政法学院副教授，研究方向为诉讼法学、司法制度、法律文书。本文发表于《前沿》2009年第10期。 [↑](#footnote-ref-5)
8. [1] 樊崇义、吕萍：《刑事诉讼法学》，中国人民公安大学出版社2002年版，第322页。 [↑](#footnote-ref-6)
9. [2] 宋英辉：《日本刑事诉讼法》，中国政法大学出版社2000年版，第4页。 [↑](#footnote-ref-7)
10. [3] 宋英辉：《日本刑事诉讼法》，中国政法大学出版社2000年版，第9页。 [↑](#footnote-ref-8)
11. [4] 左卫民：《刑事程序问题研究》，中国政法大学出版社1999年版，第248页。 [↑](#footnote-ref-9)
12. \* 潘春青 山东烟台人，2015级宪法学与行政法学研究生，导师关保英。 [↑](#footnote-ref-10)
13. [] 徐 伟，行政行为说明理由制度的规范分析，行政与法2015年09期，第82页。 [↑](#footnote-ref-11)
14. []《中华人民共和国慈善法》2016年9月1日起实施；《中华人民共和国食品安全法(2015修订)》2015年10月1日起实施；《中华人民共和国政府信息公开条例》2008年5月1日起实施；《中华人民共和国行政强制法》2012年1月1日起实施；《中华人民共和国国家赔偿法(2012修正)》2012年10月26日发布；《中华人民共和国证券投资基金法》2015年4月24日发布；《中华人民共和国行政许可法》2004年7月1日起实施；《中华人民共和国道路交通安全法(2011修正)》2011年4月22日发布；《中华人民共和国行政处罚法(2009修正)》2009年8月27日发布；《中华人民共和国治安管理处罚法(2012修正)》2012年10月26日发布。 [↑](#footnote-ref-12)
15. []《湖南省行政程序规定》2008年10月1日其实施；《汕头市行政程序规定》2011年5月1日起实施；《山东省行政程序规定》2012年1月1日起实施；《西安市行政程序规定》2013年5月1日起实施；《海口市行政程序规定》2013年8月1日起实施；《江苏省行政程序规定》2015年3月1日起实施；《宁夏回族自治区行政程序规定》2015年3月1日起实施；《兰州市行政程序规定》2015年3月1日起实施。 [↑](#footnote-ref-13)
16. [] 赵银翠，论行政行为说明理由——以行政过程为视角，法学杂志2010年第1期，第129页。 [↑](#footnote-ref-14)
17. \* 李明哲，四川旺苍人，上海政法学院法学理论专业2016级硕士研究生。 [↑](#footnote-ref-15)
18. [] 付子堂：“转型时期中国的法律与社会论纲”，《现代法学》，2004年第2期，第18-22页。 [↑](#footnote-ref-16)
19. [] “1979年2月，全国人大常委会法制委员会重新组织力量对1963年起草的刑诉法草案进行修改，并于1979年6月完成“修正二稿”提请全国人大审议。1979年7月1日，第五届全国人民代表大会第二次会议通过了我国第一部社会主义性质的刑事诉讼法典。”参见徐日丹：“刑诉法：30年发展历程尽显人性与科学——访北京师范大学教授宋英辉”，《检察日报》，2008年12月10日头版。实际上，据1979年刑诉法起草小组成员之一的严端教授所述，我国在1954年即研究制定刑诉法，并于1956年起草了刑诉法的草案，然而，1957年开始的“反右”运动致使刑诉法的起草工作被迫中断，再次启动已是1962年。参见景致远：“刑事诉讼立法三十年的国家记忆”，《检察风云》，2012年第期，第8-12页。 [↑](#footnote-ref-17)
20. [] 易延友教授指出：“中国刑事诉讼法是中国所有法律当中最具有中国特色的法律，中国刑事诉讼也是最能反映当代中国所面临的问题、中国当代社会所具有的特征的领域之一。一方面，刑事诉讼是观察社会主流价值观念的一个窗口；另一方面，社会发展状况以及主流价值观念又是我们了解刑事诉讼现状的一座桥梁。”参见：易延友：《中国刑诉与中国社会》，北京大学出版社，2010年9月第1版，第1页。 [↑](#footnote-ref-18)
21. [] 1979年7月1日，第五届全国人民代表大会第二次会议通过了刑诉法。1996年3月17日，第八届全国人民代表大会第四次会议通过第一次修正刑诉法。2012年3月14日，第十一届全国人民代表大会第五次会议通过对刑诉法的第二次修正。 [↑](#footnote-ref-19)
22. [] 夏勇主编：《法理讲义：关于法律的道德与学问》，北京：北京大学出版社，2010年9月第1版，第225页。 [↑](#footnote-ref-20)
23. [] 1979年刑诉法第8条规定：“被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。” [↑](#footnote-ref-21)
24. [] 1980年9月2日开庭审理的“渤海二号”案件及1980年11月20日由最高人民法院特别法庭公审林彪江青两个集团的案件中的被告人均有律师进行辩护，此举无疑保障了被告人的权利。此两件开先河的案件若无1979年刑诉法的颁布，则难以设想被告人获得辩护的可能性，同时，即便辩护可能也无充分的合法性基础。 [↑](#footnote-ref-22)
25. [] 针对当时社会治安恶化的现状，1983年8月25日，中共中央发出《关于严厉打击刑事犯罪的决定》，“依法严厉打击刑事犯罪分子活动”（即“严打”）取得了立竿见影的效果。 [↑](#footnote-ref-23)
26. [] 实际上，1979年9月9日颁布的《中共中央关于坚决保证刑法、刑诉法切实实施的指示》（即“64号文件”）是官方文件中第一次使用“社会主义法治”一词。1997年党的十五大报告中正式使用法治一词，“依法治国”至此成为治国的基本方略与原则，2014年党的十八届四中全会更是以“法治”为主题，提出了全面依法治国，为我国法治建设不仅绘制了蓝图，而且制定了路线图。 [↑](#footnote-ref-24)
27. [] 受刑事追诉者在刑事诉讼中的称谓问题是法律概念、法律规范及法律体系科学化的显著标志。参见陈瑞华：“刑事诉讼法修改中需要重新研究的一个问题──‘嫌疑人’、‘被告人’和‘人犯’名称的区分与使用”，《政法论坛》，1994年第4期，第57—61页。 [↑](#footnote-ref-25)
28. [] 如1996年刑诉法第8条规定：“诉讼参与人对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯公民诉讼权利和人身侮辱的行为有权提出控告”。 [↑](#footnote-ref-26)
29. [] 左卫民、王凌：“中国刑事诉讼法制现代化历程论纲”，《法律科学》，1995年第1期，第44页。 [↑](#footnote-ref-27)
30. []实践中，作为公民的犯罪嫌疑人的权利可能受到如“刑讯逼供”等行为的侵犯，可能的冤假错案亦是对人权造成直接威胁。 [↑](#footnote-ref-28)
31. [] 刘计划：“保障人权：刑事诉讼法再修改秉持的价值理念”，《中共石家庄市委党校学报》，2012年第5期，第39页。 [↑](#footnote-ref-29)
32. [] 张文显：“司法文明新的里程碑——2012 刑事诉讼法的文明价值”，《法制与社会发展》，2013年第2期，第38-46页。 [↑](#footnote-ref-30)
33. [] [英]雷蒙德·瓦克斯：《法哲学：价值与事实》，谭宇生译，南京：译林出版社，2013年5月第1版，第1页。 [↑](#footnote-ref-31)
34. [] 夏勇指出：“我们已经同意关于权利是现代法制的‘核心’或‘基础’的预设。”参见夏勇：《中国民权哲学》，上海：生活·读书·新知三联书店，2004年8月第1版，第3页。 [↑](#footnote-ref-32)
35. [] 如杜培武案、佘祥林案，参见冀祥德：“民愤的正读——杜培武、佘祥林等错案的司法性反思”,《现代法学》，2006年第1期。 [↑](#footnote-ref-33)
36. [] 夏勇：《中国民权哲学》，上海：生活·读书·新知三联书店，2004年8月第1版，第8页。 [↑](#footnote-ref-34)
37. [] [美]L·亨金：《权利的时代》，信春鹰、吴玉章、李林译，信春鹰校，1997年12月第1版，第I页。 [↑](#footnote-ref-35)
38. [] 蒋云龙：“为人权概念‘脱敏’——记西南政法大学人权教育与研究中心”，《人民日报》，2014年11月26日第19版。 [↑](#footnote-ref-36)
39. [] 付子堂：“建构中国自己的人权话语体系”，《人权》，2015年第2期。 [↑](#footnote-ref-37)
40. [] See Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford: Clarendon Press, 2001, p.v-viii. [↑](#footnote-ref-38)
41. [] 王茂生：“美国禁酒立法的过程及启示”，《政治与法律》，2011年第9期。 [↑](#footnote-ref-39)
42. [] 姚建宗：“法律的政治逻辑阐释”，《政治学研究》，2010年第2期，第32-40页。 [↑](#footnote-ref-40)
43. \* 朱垒，河南新乡人，上海政法学院2015级研究生，法理学专业，师从汤玉枢教授。 [↑](#footnote-ref-41)
44. [] 参考：<http://zjnews.china.com.cn/yuanchuan/2016-05-15/81029.html.最后访问时间：2016>年5月23日。 [↑](#footnote-ref-42)
45. [] 金春梅.论个人信息权民法保护[D]，沈阳工业大学，2015。 [↑](#footnote-ref-43)
46. [] 王利明.论个人信息权的法律保护[J]，现代法学，2013。 [↑](#footnote-ref-44)
47. [] 中国互联网络信息中心：《中国互联网络发展状况统计报告》2016年1月，第43-45页。 [↑](#footnote-ref-45)
48. [] 谭伟： 《网络舆论概念及特征》 ，载《湖南社会科学》2003年第5期，第188至190页。 [↑](#footnote-ref-46)
49. [] 袁建辉：《.法律规制视角下的网络舆论研究》 ，西南政法大学2010年卷。 [↑](#footnote-ref-47)
50. [] 也称“从众效应”：是个人的观念或行为由于真实的或想像的群体的影响或压力，而向与多数人相一致的方向变化的现象。 [↑](#footnote-ref-48)
51. [] 2010年10月16日晚9时许，李启铭在河北大学新校区生活区内醉酒驾车，将陈晓凤和张晶晶两名在校女生撞飞，导致张晶晶受伤，陈晓凤死亡。后被闻声赶来的保安和学生截获，在被拦截后，李启铭叫嚣道：“有本事你们去告我，我爸爸是李刚”。“我爸是李刚”迅速成为当时中国最火的流行语。 [↑](#footnote-ref-49)
52. [] 依靠吸引公众注意力获取经济收益的一种经济活动，在现代强大的媒体社会的推波助澜之下，眼球经济比以往任何一个时候都要活跃。 [↑](#footnote-ref-50)
53. [] 2006年2月，一网友公布了一组虐猫视频截图，一名时髦女子用高跟鞋将小猫踩死。不久，有网友发出“宇宙通缉令”，不少网友悬赏捉拿“凶手”。很快，该女子虐猫地点和她的工作单位等信息曝光。事件的结果是，虐猫女被解除职务。 [↑](#footnote-ref-51)
54. [] 2014年《爸爸去哪儿2》录制中费曼受伤贝儿被黑。费曼在新西兰录制节目时受伤缝针引发众多关注。对于费曼的受伤，有网友称是因为贝儿所致，并称节目组出于保护贝儿的目的没有说明真相。对此不实言论，护女心切的陆毅忍不住发飙，怒斥网络暴力：“为肮脏服务，为五毛折腰”，并直接表明贝儿与费曼受伤事件完全无关。 [↑](#footnote-ref-52)
55. [] 2015年5月3日下午，一段35秒视频网上疯传：在成都市娇子立交处，一名男司机将一女司机逼停后当街殴打，35秒内4次踢中女司机脸部，整个过程触目惊心。事件曝光后，被打女司机受到网民广泛同情。然而，随着男司机张某行车记录视频的曝光，不少网友开始转而谴责女司机卢某的路霸行为。这种反感很快在网络上漫延，有网民开始在网上对卢某进行人肉，先后翻出了她的驾驶违章记录、身份信息、甚至是开房记录等等，事件再度扩大化，卢某家怀疑有人雇佣水军，侵犯了卢某的名誉，并提出要报警，就连病房也不准无关人员擅自进入。 [↑](#footnote-ref-53)
56. [] 谢上： 《“网络暴力”的法律规制》 ，载《法制博览》2015年第6期，第38至39页。 [↑](#footnote-ref-54)
57. [] 2014年涉嫌传播康师傅“越南地沟油”谣言被起诉的“营口自媒体”负责人董某向新京报记者透露，借助企业投放广告仍是主要盈利模式，并已有手表、面膜等企业主动找上门，广告投放价格一般是150～300元/1万粉丝左右。“营口自媒体”粉丝数达到8万多，其公众号头条植入广告报价是2000左右，“部分达到10万粉丝的公众号，广告价格是3000元左右/条。” [↑](#footnote-ref-55)
58. [] 2011年5月华中师大彭晓辉副教授在南师大做了一场名为“性与人际交往”的讲座，当晚的媒体报道称，彭教授抛出多个前卫的性学观点，数次挑战传统性观念底线。而他的“遭遇性侵犯女性应主动递上避孕套”这一观点，更是当堂激起一名男生的强烈反驳，双方展开激烈的“唇舌之战”。而后彭教授再其博客中申明报道歪曲了其当天在南师大讲座的主旨。 [↑](#footnote-ref-56)
59. [] 吉林女子于秋红，2015年1月在腾讯微博发布了“娃哈哈AD钙奶、爽歪歪都含有肉毒杆菌”的文章。4月10日，武汉鑫众昌商贸有限公司通过“嘟嘟童年”公号发布《幼儿园老师刚发的啊！做妈妈的都转过去，看好自己的宝宝》，称娃哈哈“含有肉毒杆菌”。同天，广州魔斯网络科技有限公司通过“微狮岭”公众号发布《狮岭得白血病的小孩越来越多，原因竟如此惊人》一文，声称“喝娃哈哈饮料会导致白血病。” [↑](#footnote-ref-57)
60. [] 邓玉娇案中，网民一边倒地支持代表弱势群体的邓玉娇，批评代表官员的邓贵大，给当地法院施加了很大压力，最终使邓玉娇从“故意杀人罪”被改判为“防卫过当”，并免于刑事处罚。 [↑](#footnote-ref-58)
61. [] 例如“毕福剑”、“新疆籍艾滋病人通过滴血食物传播病毒”等事件 [↑](#footnote-ref-59)
62. [] 例如互联网中各式淫秽色情网站的开设。 [↑](#footnote-ref-60)
63. [] 部分利益集团为舆论事件更夺人眼球，故意将淫秽色情的内容进行细节性的描述。 [↑](#footnote-ref-61)
64. [] 2008年香港明星陈冠希“艳照门”事件以及各类涉黄、出轨小三等裸照的公开。 [↑](#footnote-ref-62)
65. [] 孙昌军、郑远民、易志斌：《网络安全法》，湖南大学出版社2002年版，第67至68页。 [↑](#footnote-ref-63)
66. [] 陈栩然：《网络暴力的行政法规制》， 载《网络安全技术与应用》2015年第7期，第104至106页。 [↑](#footnote-ref-64)
67. [] 关保英主编：《行政法学》，法律出版社2013年版，第167页。 [↑](#footnote-ref-65)
68. [] 杨福忠：《论我国规制网络言论立法之完善》 ，《北方法学》2013年第2期，第73至74页。 [↑](#footnote-ref-66)
69. [] 袁建辉：《法律规制视角下的网络舆论研究》 ，西南政法大学2010卷。 [↑](#footnote-ref-67)
70. [] 孙万怀、卢恒飞： 《刑法应当理性应对网络谣言———对网络造谣司法解释的实证评估》 ，载《法学》2013 年第11期。 [↑](#footnote-ref-68)
71. [] 《互联网信息服务管理办法》第十八条规定:“国务院信息产业主管部门和省、自治区、直辖市电信管理机构,依法对互联网信息服务实施监督管理。新闻、出版、教育、卫生、药品监督管理、工商政管理和公安、国家安全等有关主管部门,在各自职责范围内依法对互联网信息内容实施监督管理。” [↑](#footnote-ref-69)
72. [] 周静：《论网络言论的法律规制》，郑州大学2015卷。 [↑](#footnote-ref-70)
73. [] 李璐：《网络舆论的行政法规制研究》，广东外语外贸大学2014卷。 [↑](#footnote-ref-71)
74. [] [德]奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2013年2月第1版，第8页。 [↑](#footnote-ref-72)
75. [] 张新宇：《论网络谣言的行政规制》，载《社会科学战线》2015年第6期，第270至273页。 [↑](#footnote-ref-73)
76. [] [美]E.博登海默：《法理学—法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1986年版，第349、425页。 [↑](#footnote-ref-74)
77. \* 郝晓昱，山东济宁人，上海政法学院2015级硕士研究生，法律硕士（法学）专业。 [↑](#footnote-ref-75)
78. [] [htt](http://www.zhihu.com/question/24788456/answer/31990163)[p://www.zhihu.com/question/24788456/answer/31990163](http://www.zhihu.com/question/24788456/answer/31990163)。 [↑](#footnote-ref-76)
79. [] 若英：《ISIS组织是什么？》，载《红旗文稿》2014年第16期，第39页。 [↑](#footnote-ref-77)
80. [] 张金平：《从三年到三个月：ISIS开启“恐怖主义新纪元”》，载《世界知识》2014年第17期。 [↑](#footnote-ref-78)
81. [] [http](http://www.zhihu.com/question/24788456/answer/31990163)[://www.z](http://www.zhihu.com/question/24788456/answer/31990163)[hihu.com/question/24788456/an](http://www.zhihu.com/question/24788456/answer/31990163)[swer/31990163](http://www.zhihu.com/question/24788456/answer/31990163)。 [↑](#footnote-ref-79)
82. [] 同上注4引文。 [↑](#footnote-ref-80)
83. [] 张金平：《从三年到三个月：ISIS开启“恐怖主义新纪元”》，载《世界知识》2014年第17期。 [↑](#footnote-ref-81)
84. [] 微口网：[巴黎恐袭真凶！臭名昭著的ISIS到底是个什么组织？](http://www.vccoo.com/v/1ad643" \o "巴黎恐袭真凶！臭名昭著的ISIS到底是个什么组织？)[http://](http://www.vccoo.com/v/1ad643)[www.](http://www.vccoo.com/v/1ad643)[vccoo.com/v/1ad643](http://www.vccoo.com/v/1ad643)。 [↑](#footnote-ref-82)
85. [] 同上注7引文。 [↑](#footnote-ref-83)
86. [] 同上注7引文。 [↑](#footnote-ref-84)
87. [] 若英：《ISIS组织是什么？》，载《红旗文稿》2014年第16期，第39页。 [↑](#footnote-ref-85)
88. [][http://baike.baidu.com/link?url=jo9Pl-J8q2B9mBT2nI1NK](http://baike.baidu.com/link?url=jo9Pl-J8q2B9mBT2nI1NKEoRxOO-Z9HjkxGSwR-fsEg2ZnT96EBISD-vOoC5V8fcaTV-9fr2BiI6OZNXUFVETxYCOFywKyEC62NPKN5Tsg3IYrYxYSFL3U0XBsATl60vx93BtPrfrEjYCzs-wFQH2q)[EoRxOO-Z9HjkxGSwR-fsEg2ZnT96EBISD-vOoC5V8fcaTV-9fr2BiI6OZNXUFVETxYCOFywKyEC62](http://baike.baidu.com/link?url=jo9Pl-J8q2B9mBT2nI1NKEoRxOO-Z9HjkxGSwR-fsEg2ZnT96EBISD-vOoC5V8fcaTV-9fr2BiI6OZNXUFVETxYCOFywKyEC62NPKN5Tsg3IYrYxYSFL3U0XBsATl60vx93BtPrfrEjYCzs-wFQH2q)[NPKN5Tsg3IYrYxYSFL3U0XBsATl60vx93BtPrfrEjYCzs-wFQH2q](http://baike.baidu.com/link?url=jo9Pl-J8q2B9mBT2nI1NKEoRxOO-Z9HjkxGSwR-fsEg2ZnT96EBISD-vOoC5V8fcaTV-9fr2BiI6OZNXUFVETxYCOFywKyEC62NPKN5Tsg3IYrYxYSFL3U0XBsATl60vx93BtPrfrEjYCzs-wFQH2q)。 [↑](#footnote-ref-86)
89. [] [http://news.163.co](http://news.163.com/14/0817/22/A3SOS3FA0001121M.html)[m/1](http://news.163.com/14/0817/22/A3SOS3FA0001121M.html)[4/0817/22/A3SOS3FA0001121M.html](http://news.163.com/14/0817/22/A3SOS3FA0001121M.html)，2014年8月17日。 [↑](#footnote-ref-87)
90. [] 新浪新闻中心2014年10月6日新闻：报告称伊斯兰国设奴隶市场 妇女儿童售价10美元，载[http://ne](http://news.sina.com.cn/w/2014-10-06/222030952352.shtml)[ws.si](http://news.sina.com.cn/w/2014-10-06/222030952352.shtml)[na.com.cn/w/2014-10-06/222030952352.shtml](http://news.sina.com.cn/w/2014-10-06/222030952352.shtml)。 [↑](#footnote-ref-88)
91. [] 百度百科：伊拉克和大叙利亚伊斯兰国，载[http://baike.baidu.com/link?url=jo9Pl-J8q2B9mBT2nI1NKEoRxOO-Z9HjkxGSwR-fsEg2ZnT96EBISD-vOoC5V8fcaTV-9fr2BiI6OZNXU](http://baike.baidu.com/link?url=jo9Pl-J8q2B9mBT2nI1NKEoRxOO-Z9HjkxGSwR-fsEg2ZnT96EBISD-vOoC5V8fcaTV-9fr2BiI6OZNXUFVETxYCOFywKyEC62NPKN5Tsg3IYrYxYSFL3U0XBsATl60vx93BtPrfrEjYCzs-wFQH2q)[FVETxYCOFywKyEC62NPKN5Tsg3IYrYxYSFL3U0XBsATl60vx93BtPrfrEjYCzs-wFQH2q](http://baike.baidu.com/link?url=jo9Pl-J8q2B9mBT2nI1NKEoRxOO-Z9HjkxGSwR-fsEg2ZnT96EBISD-vOoC5V8fcaTV-9fr2BiI6OZNXUFVETxYCOFywKyEC62NPKN5Tsg3IYrYxYSFL3U0XBsATl60vx93BtPrfrEjYCzs-wFQH2q)。 [↑](#footnote-ref-89)
92. [] 环球新闻2015年11月14日新闻：快讯：巴黎恐袭致128死亡 99人重伤，载[http://](http://world.huanqiu.com/exclusive/2015-11/7979205.html)[world.huanqiu.com/exclusiv](http://world.huanqiu.com/exclusive/2015-11/7979205.html)[e/2015-11/7979205.html](http://world.huanqiu.com/exclusive/2015-11/7979205.html)。 [↑](#footnote-ref-90)
93. [] 网易新闻2015年11月19日新闻：外交部确认中国公民樊京辉被“伊斯兰国”杀害，载[http](http://news.163.com/15/1119/10/B8PCQ7SA0001124J.html?baike)[://news.163.com/15/1119/10/B8PCQ7SA0](http://news.163.com/15/1119/10/B8PCQ7SA0001124J.html?baike)[001124J.html?baike](http://news.163.com/15/1119/10/B8PCQ7SA0001124J.html?baike)。 [↑](#footnote-ref-91)
94. [] 网易新闻2015年12月6日新闻：人手不够 ISIS强征童兵，载[http://n](http://news.163.com/15/1206/01/BA493Q9R00014AED.html)[ews.163.com/15/1206/01/BA493Q9R00014AED.html](http://news.163.com/15/1206/01/BA493Q9R00014AED.html)。 [↑](#footnote-ref-92)
95. [] 谢玮：《巴黎恐怖事件后的欧洲》，载《中国经济周刊》2014年11月13日，第6版。 [↑](#footnote-ref-93)
96. [] 网易新闻2014年11月7日新闻：美国盟军空袭叙利亚基地组织分支致6人死亡，载[http://](http://news.163.com/14/1107/16/AAF8LF7N00014JB6.html)[new](http://news.163.com/14/1107/16/AAF8LF7N00014JB6.html)[s.163.co](http://news.163.com/14/1107/16/AAF8LF7N00014JB6.html)[m/14/1107/16/AAF8LF7N00014JB6.html](http://news.163.com/14/1107/16/AAF8LF7N00014JB6.html)。 [↑](#footnote-ref-94)
97. [] 网易新闻2014年11月11日新闻：美第一组约50名军事顾问抵达伊拉克西部空军基地，载

    [http://new](http://news.163.com/14/1111/08/AAOOIAJ200014JB6.html)[s.163.com/14/1111/08/AAOOIAJ200014JB6.html](http://news.163.com/14/1111/08/AAOOIAJ200014JB6.html)。 [↑](#footnote-ref-95)
98. [] 中华网：俄罗斯空袭恐怖分子车队 炸毁IS大量运油车，载[h](http://news.china.com/hd/11127798/20151205/20878428_2.html)[ttp://new](http://news.china.com/hd/11127798/20151205/20878428_2.html)[s.china.com/hd/11127798/20151205/20878428\_2.html](http://news.china.com/hd/11127798/20151205/20878428_2.html)。 [↑](#footnote-ref-96)
99. [] 英空网：土耳其允法使用土领空打击IS 法可在土部署战机，载[http://](http://www.ykcms.cn/news/world/3883.html)[w](http://www.ykcms.cn/news/world/3883.html)[ww.ykcms.cn/news/world/3883.html](http://www.ykcms.cn/news/world/3883.html)。 [↑](#footnote-ref-97)
100. [] 腾讯新闻2015年9月22日新闻：叙利亚政府军空袭击毙38名极端组织成员，载[http://n](http://news.qq.com/a/20150922/058339.htm)[ews.qq.c](http://news.qq.com/a/20150922/058339.htm)[om/a/20150922/058339.htm](http://news.qq.com/a/20150922/058339.htm)。 [↑](#footnote-ref-98)
101. [] 丁红军、陈德俊：《ISIS网络恐怖主义活动对我国反恐形势的影响及应对措施》，《中国公共安全》2015年第2期总第39期。 [↑](#footnote-ref-99)
102. [] 同上注24引文 [↑](#footnote-ref-100)
103. [] 盛红生：《伊斯兰国恐怖威胁非“一日之寒”》，载《法制日报》2014年10月28日，第10版。 [↑](#footnote-ref-101)
104. [] 张金平：《从三年到三个月：ISIS开启“恐怖主义新纪元”》，载《世界知识》2014年第17期。 [↑](#footnote-ref-102)
105. [] 丁红军、陈德俊：《ISIS网络恐怖主义活动对我国反恐形势的影响及应对措施》，载《中国公共安全》2015年第2期总第39期。 [↑](#footnote-ref-103)
106. \* 朱海玲：四川巴中人，上海政法学院2015级法律硕士（法学）专业，师从翟新辉老师。

     [] 2006年4月21日,许霆在广州市天河区某银行的ATM取款机上取款。由于发现取出1000元但银行卡账户里只被扣1元,于是许霆反复操作取走5. 4万元。在两天中,许霆先后取款171笔,合计17. 5万元,随后潜逃。期间,许霆曾与银行联系,但被银行职员告知不管是否退回全部款项,均将被判刑。2007年5月,潜逃一年并将17. 5万元挥霍一空的许霆在陕西省宝鸡市火车站被警方抓获。2007年12月,广州市中级人民法院以盗窃罪判处许霆无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。被告人上诉后,广东省高级人民法院将此案发回重审。最终判决许霆犯盗窃罪，判处有期徒刑 5 年，并处罚金 2 万元，追缴许霆的犯罪所得 173 826 元，发还受害单位"。 [↑](#footnote-ref-104)
107. [] 时事评点，（沙牧 评点） [↑](#footnote-ref-105)
108. [] 吴志攀：《金融法概论》，北京大学出版社，第五版，第123页。 [↑](#footnote-ref-106)
109. [] 王国卫：《银行法学》，法律出版社，第103-108页。 [↑](#footnote-ref-107)
110. [] 吴志攀：《金融法概论》，北京大学出版社，第五版，第131页。 [↑](#footnote-ref-108)
111. [] 黄立、何田田：比较法视野中的ATM——以许霆案为研究线索 ，法学杂志 2008年第3期。 [↑](#footnote-ref-109)
112. [] 美国1978年《电子资金划拨法》适用于联储电划系统与消费电子资金划拨，成为世界上最早出台的有关电子支付的专项立法。该法规定，电子资金划拨是通过电子终端、电话、电传设施，计算机、磁盘等命令、指示或委托金融机构向某个账户付款或从某个账户提款；零售商店的电子销售安排、银行的自动提款机交易、银行客户通过电子设施进行的直接存款或提款等，均为“电子资金划拨”。该法将银行的客户看做消费者，侧重保护客户的权益和利益。 [↑](#footnote-ref-110)
113. [] 与美国《电子资金划拨法》一样，有很强的保护客户的倾向。只适用于个人客户，不适用于公司、合伙等。 [↑](#footnote-ref-111)
114. \* 薛条英：浙江绍兴人，上海政法学院2015级研究生，法律硕士（法学）专业。

     [] <http://acwf.people.com.cn/n/2014/0103/c99038-24017997.html>，人民网。 [↑](#footnote-ref-112)
115. [] [美] 爱伦·艾德曼、卡洛琳·肯尼迪：《隐私的权利》，吴懿婷译， 当代世界出版社，2003年，第74页。 [↑](#footnote-ref-113)
116. [] John Bologna Krentel.The Louisiana“Human Embryo” Statute Revisited:Reasonable Recognition and Protection for the in VitroFertilized Ovum [ J] .Loyola Law Review, (45)。 [↑](#footnote-ref-114)
117. [] 徐国栋：《体外受精胎胚的法律地位研究》，法制与社会发展（双月刊）， 2005年第5期。 [↑](#footnote-ref-115)
118. [] Jeremy L. Fetty.A “Fertile” Question: Are Contracts Regarding the Disposition of Frozen Preembryos Worth the Paper upon Which They are Written?[J].L.Rev.M.S.U.-D.C.L.,2001。 [↑](#footnote-ref-116)
119. [] Michael J.Bastian .Protection of “Noncreative” Databases:Harmonization of United States, Foreign and nternational Law [ J] .Boston College International and Com parative Law Review, (22). 第425页。 [↑](#footnote-ref-117)
120. [] Radhika Rao.Property , Privacy, and the Human Body [ J] .Boston University Law Review, (80). 第416页。 [↑](#footnote-ref-118)
121. [] 叶名怡：《法国法上的人工胚胎》，华东政法大学学报，2015年第5期。 [↑](#footnote-ref-119)
122. [] M. Herzog-Evans, «Homme, homme juridique et humanité de l'embryon", RTD civ. 2000, p. 72。 [↑](#footnote-ref-120)
123. [] P. Murat, «Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain", RD sanit. soc. 1995, p. 467。 [↑](#footnote-ref-121)
124. [] J. R. Binet, Juris Classeur Civil Code, Art. 16 à 16-13, Fasc. 10 : Protection de la Personne– Principes, no 93。 [↑](#footnote-ref-122)
125. [] http://tech.qq.com/a/20140816/008217.htm。 [↑](#footnote-ref-123)
126. [] 徐国栋：《体外受精胎胚的法律地位研究》，法制与社会发展，2005年第5期。 [↑](#footnote-ref-124)
127. [] 梁慧星：《中国民法典草案建议稿附理由-总则篇》，法律出版社，2013年，第190页。 [↑](#footnote-ref-125)
128. [] 李才华：《人胚胎的伦理地位》，科学技术哲学研究，2010（4）。. [↑](#footnote-ref-126)
129. [] [日]山田卓生：《私事与自己决定》，日本评论社，1987年版，第3页。 [↑](#footnote-ref-127)
130. [] 王利明：《人格权法研究》，中国人民大学出版社，2012年版，第167页。 [↑](#footnote-ref-128)
131. [] 黄丁全：《医疗法律与生命伦理》，法律出版社，2007年版，第436页。 [↑](#footnote-ref-129)
132. [] Roe v. Wade, 410 U. S.113(1973)。 [↑](#footnote-ref-130)
133. [] 王泽鉴：《侵权行为法》，北京大学出版社，2009年版，第104页。 [↑](#footnote-ref-131)
134. [] Para.1 of Sch.3 to the Human Fertilisation and Embryology Act 1990。 [↑](#footnote-ref-132)
135. [] In re Marriage of Witten, 672 N.W.2d 768, 777, 778 (Iowa 2003)。 [↑](#footnote-ref-133)
136. [] Para. 4 of Sch.3 to the Human Fertilisation and Embryology Act 1990。 [↑](#footnote-ref-134)
137. [] 李燕、金根林：《冷冻胚胎的权利归属及权利行使规则研究》，人民司法应用， 2014（13）。 [↑](#footnote-ref-135)
138. \* 张旭霞，上海政法学院2015级研究生，宪法学与行政法学专业，师从关保英教授。 [↑](#footnote-ref-136)
139. [] [法]勒·达维：《法国行政法和英国行政法》，高鸿钧译，载《法学译丛》1984年第4期，第27页。 [↑](#footnote-ref-137)
140. [] 应松年：《中国行政程序法立法展望》，中国法学，2010年第2期。 [↑](#footnote-ref-138)
141. [] 杨海坤，黄学贤：《中国行政程序法典化从比较法角度的研究》，法律出版社，1999年版。 [↑](#footnote-ref-139)
142. [] 刘帅、徐健：《行政程序法的法律价值》，法学研究，2009.12（中）。 [↑](#footnote-ref-140)
143. [] 章若龙、李积桓主编：《新编法理学》，华东师范人学出版社，1990年9月版，第221页。 [↑](#footnote-ref-141)
144. []参见[英}弗里德利希·冯·哈耶克：《法律、立法与自山》(第一卷)，中国人百科全书出版社，2000年1月第1版，第57- 60页。 [↑](#footnote-ref-142)
145. [] 杨建生：《行政程序法价值探析》，行政与法，2004.10。 [↑](#footnote-ref-143)
146. \* 姚娟，上海政法学院2015级法律硕士（法学）专业。 [↑](#footnote-ref-144)
147. [] 公孙致远：《中国金融法律事务全书》，中国经济出版社1994年版，第582页。 [↑](#footnote-ref-145)
148. [] 王利明，《中国民法典学者建议稿及立法理由(债法总则编.合同编)》，法律出版社，2005年版，394页。 [↑](#footnote-ref-146)