

Constitutional Protection
of Judicial Rights
and Personal Rights
—A Sino-German Comparison

谢立斌 仁 恺 (Christoph Pohlmann) ◎主编

权利救济与人格权的宪法保障 ——中德比较



中国政法大学出版社

本书获中国政法大学交叉学科建设项目“比较法学与区域一体化”资助

权利救济与人格权的宪法保障 ——中德比较

谢立斌 仁 恺 (Christoph Pohlmann) ◎主编



中国政法大学出版社

2018 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

权利救济与人格权的宪法保障：中德比较/谢立斌，仁恺主编. —北京：中国政法大学出版社，2018. 11

ISBN 978-7-5620-8672-7

I. ①权… II. ①谢… ②仁… III. ①宪法—权利—对比研究—中国、德国
IV. ①D921.04②D951.61

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第256347号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 650mm×960mm 1/16
印 张 16.5
字 数 225 千字
版 次 2018 年 11 月第 1 版
印 次 2018 年 11 月第 1 次印刷
定 价 56.00 元



目 录

第一部分 权利救济的宪法保障

阿斯特丽德·瓦尔拉本斯坦因

司法救济权与宪法对司法组织的要求 3

姚国建

中央与地方双重视角下的司法权属性 9

罗娜·菲泽尔

德国宪法对诉讼法的要求 24

何海波

一次修法能有多少进步？

——2014 年《中华人民共和国行政诉讼法》修改回顾 30

刘练军

所谓诉讼权

——兼论诉讼权入宪应当缓行 59

王 楷

论宪法上的程序权 78

郑 磊 陈 对

冤错案救济的宪法分析

——以新一轮司法改革中 23 起冤错案为样本 104

谢立斌

论法院对基本权利的保护 136

莱因哈德·盖尔

请愿权 154

第二部分 人格权的宪法保护

莱因哈德·盖尔

德国民法和宪法对人格的保护 161

王 锴

论宪法上的一般人格权及其对民法的影响 168

上官丕亮

论宪法上的人格尊严 197

涂继强

我国宪法人格权规范及其实施路径

——与德国宪法理论和实践的比较 210

库特·格劳里希

德国对个人数据免遭公权力侵犯的保护 218

赵 宏

从信息公开到信息保护

——公法上信息权保护研究的风向流转与核心问题 227

安妮·桑德斯

一般隐私保护 253



第一部分

权利救济的宪法保障

司法救济权与宪法对司法组织的要求

阿斯特丽德·瓦尔拉本斯坦因 (Astrid Wallrabenstein)*

一、法院体系的基本结构

为了理解法院救济的意义，首先——非常抽象地——来设想一个没有法院的世界，是有帮助的。

近几年来，法兰克福歌德大学有一个作为黑森州精英计划而获得资助的重点研究领域，该领域研究法院内与法院外的争端解决。我打算以这样一个普遍的先前思考开始我的报告。

(一) 冲突、争端与争端解决

只要是在人们共同生活的地方，就会发生冲突。许多冲突自己可以解决，但是有些却会发展为争端。如果不希望这一争端按照“弱肉强食”的简单模型来解决的话，那么就需要两个中心要素：其他的不同于力量标准的标准——一个法律体系以及一个第三人，后者首先缓和这一争端，然后再对那些不能通过缓和而得到解决的东西作出裁决。

法律救济的功能正好可以这样描述：存在一个法律体系，并且这些法律可以被承担“第三人”的中立角色的法院适用。

(二) 作为国家争端解决机构的法院

这些法律是在国家的法律制度中加以规定的。相应地，根据这一法律制度裁决争端的法院是国家法院。这意味着，法院是国家的一部分。

通过法院来解决争端，这并不是唯一的可能性。在国家之外也存在

* 法兰克福大学法学院教授。

争端解决的可能性，例如调解或者仲裁程序。

如果我们仅仅局限在争端解决的国家机构上，那么在德国，这些机构即法院。在此，我们可以区分两种基本的冲突类型。

1. 公民之间的争端/冲突

一方面，冲突可能会在公民之间出现。这是我们思考的抽象出发点。原则上，民事法院裁决公民之间的所有争端。

但是，有些领域没有被分派给（一般的）民事诉讼，而是被分派给特殊的法院分支或者特殊的法院程序：雇员和雇主之间的争端会在劳动法院进行审理。劳动法院是一个独立的法院分支。

我想强调的另外一个领域是家庭内部的争端。对此负责的是家庭法院或者自诉法院。这些法院属于上面已经提到的民事法院之中，但是在其整个程序规范上，它们在许多地方都区别于通常的民事诉讼。

2. 国家与公民之间的争端/冲突

法院需要介入的第二种冲突领域存在于公民和国家之间。在此，必须作进一步的基本区分。

（1）公民违法行为——刑事法院。公民与国家相互冲突的一种情形是，公民违反刑事法律。对违反刑事法律的公民的审判，在德国如同在其他大多数国家一样，是由法院负责的。

公民无论如何不会（主动）进入刑事诉讼程序。在刑事诉讼程序中，国家应当保障公民受到公正的审判，确保其受到的刑罚是适当的，这是一个刑事诉讼法的根本问题。德国《基本法》第 101 - 104 条专门规定了刑事诉讼程序中被告享有的几项重要的传统权利。

由于本次讨论的主题是积极的法律救济，在下面的内容中我将忽略刑事诉讼程序。

（2）行政行为——行政法院。公民与国家的第二种冲突情况——通常——是如此产生的，即某个国家机关进行某种行为并要求从公民那里获得什么或者要求公民作出某种行为。争议客体是这一国家行为，即行政行为。

在德国，这种冲突也由法院进行审理。从历史比较和国际比较的角

度来看,这种做法并不是如此理所当然的。德国所选择的方法是,公民与国家的冲突不限于在行政内部解决,例如通过特殊的调解机构来解决。对于此类争议,德国设立了三个独立的法院体系:一是行政法院体系,二是社会法院体系;三是财政法院体系。

(三) 结论

德国总共存在五种法院类型。它们的基础是德国《基本法》第95条第1款,其规定了五种联邦最高法院:联邦法院、联邦行政法院、联邦财政法院、联邦劳动法院以及联邦社会法院。

二、法院救济的宪法基础

概述德国法院体系之后,下面介绍法院救济的两个宪法依据。这两个宪法依据,根据上面已经介绍过的两种冲突领域进行区分。

(一) 公民之间的冲突:司法保障请求权

德国基本法没有直接规定公民与他人发生冲突时有寻求法律救济的权利。通常认为,根据法治国家原则,在与他人发生冲突的情况下,个人有权寻求司法救济。法治国家原则是德国基本法的中心宪法原则之一。在理论上,司法保障请求权是国家暴力垄断的结果:因为国家禁止“私力救济”,并且要求根据国家法律标准解决冲突,故国家必须提供用于解决冲突的法院系统。法教义学上,《基本法》第20条第3款规定行政权力和司法受法律和成文法约束,表达出法治国家的基本理念,因此构成了法治国家原则的宪法规范依据。根据这一原则,应当用法律手段解决冲突。

从这一国家原则中,还不能推导出个人有要求国家法院解决争端的权利。但是,在德国基本法中,司法保障请求权通过具体权利得到确认:在法教义学上,从《基本法》第2条第1款中的一般行为自由可以推导出司法保障请求权。该款规定:“任何人都具有自由发展其人格的权利……”由此,根据联邦宪法法院的判例法,如果没有正当理由则任何人的行为都免于国家行为的侵害。从这一广泛的自由权也可以推导出这一结论,即法律救济的缩减需要正当理由。由此,公民可以针对限制法院救济的行为采取措施。

（二）国家与公民的冲突：要求获得《基本法》第19条第4款法律救济的基本权利

在法教义学上，国家和公民发生冲突时，宪法对法律救济权利作出了明确规定。由于纳粹非正义政权的历史教训，这一点在《基本法》第19条第4款中得到了明确的规定：“任何人的权利如果受到公权力的侵害，那么其有权采取法律救济。”每一个公民都可以针对任何国家行为在法院进行诉讼，法院判断国家权力在具体个案中是否侵犯了个人权利。

为了有效保障公民在与国家发生冲突时能够得到法律救济，必须确保法院是独立作出有关行为的国家机关。国家确保存在一个致力于解决冲突的“第三人”，这个“第三人”对冲突双方当事人来说是中立的。在这一“第三人”面前，双方当事人原则上是平等的。只有通过将当事人和“第三人”的角色进行严格区分，国家才能同时成为当事人和“第三人”。这一点也表达在《基本法》第97条当中，其规定了法官的独立性：“法官是独立的，只服从于法律。”换句话说，法官并不服从于国家的行政机关。就此而言——由于其面对的冲突具有特殊性——《基本法》第19条第4款比前述司法保障请求权更为严苛。

三、法院救济的限制及其解决

虽然个人有前述的要求获得法院救济的基本权利，但是这些权利也受到一些限制，在此我只谈那些最重要的限制。

（一）内容限制：起诉人的主观权利

宪法保障任何人都可以向国家法院主张其权利受到了侵害。与此同时，任何人都只能主张其自身的权利受到了侵害。德国的法律救济原则上是主观的，致力于保护个人自身的权利，而不是客观的，即并非以维护法律秩序或者为了维护其他利益为目的。

在特定的情形中，这种制度安排也带来一些问题，在例外情况下，需要作出一些特殊规定。

（二）他人权利的解决：为他人之诉

某一冲突的相关人并非事实上总是有能力主张自己的个人利益。在

这样的情况下，部分在法律中，部分在司法实践中，发展出为他人之诉的可能性：起诉人可以例外地为他人主张权利。这一为他人主张权利的例子是：离婚的夫妻一方可以向另一方主张孩子的抚养请求权（《德国民法典》第 1629 条第 3 款）。

（三）公法的解决：保护第三人的规范

法律没有规定个人法律地位时，个人无法寻求司法救济。传统上，德国的公法致力于维护公共利益，并没有规定许多个人权利。例如，法律规定房屋之间保持一定距离，一开始是出于消防目的。如果建筑规划机关在没有足够的间隔距离的情况下准许房屋建造，任何人都不能将建筑规划局的这一错误行为起诉到法院。如果有公民对此提起诉讼，该诉讼注定会以失败告终，因为其没有要求确保这一间隔距离的权利。

因此，司法实践发展出了公法规范的、具有保护第三人特征的机制：间隔距离的规定不仅仅服务于公共利益，也服务于邻居的个人利益。因为就不让邻居家的火灾蔓延到自家的房屋而言，邻居也有个人利益。该邻居可以起诉，由此，建筑规划局的错误行为就可以在法院进行诉讼了。

如今，这不是例外，而是一种规则：实践上，所有的行政决定即使是为了公共利益而作出，在选择具体措施时也必须考虑相关人的基本权利。由此发展出了所有相关人要求国家机关无错误地行使决定裁量的权利。相关人又可基于《基本法》第 19 条第 4 款的法律救济的保障而主张这一权利。因此，在结果层面，基本上可以针对所有的行政决定或者行政行为在法院进行起诉。

（四）具有普遍性的利益的解决：团体诉讼

对于某些领域，司法至今都是比较保守的。在环境保护领域和消费者保护领域，通常是国家机关单独为了公共利益而作出行为。公民的主观权利没有被涉及，由此，起诉在原则上是不可能的。

举一个例子：某工业设施的建设破坏了某一稀有鸟类的栖息地。鸟自身当然不能进行诉讼。只有动物环保组织对这一问题感兴趣，但是这却不涉及他们的主观权利。

在法院面前，要求遵守例如自然保护规定的一个现代手段是团体诉讼。这一手段源于其他欧洲国家的法律制度，并因欧盟的规定而被德国继受。致力于自然保护的团体，可以针对违反自然保护规定的行为向法院起诉。

四、结束语

在德国，请求法院救济的权利既是法治国家原则的重要内容，也被作为个人的基本权利而得到保障。原则上，只能为了个人的权利而进行诉讼。但是，如果有必要使错误的行为得到司法审查，则通过一些法律机制，以允许在一些特殊情况下进行公益诉讼。

中央与地方双重视角下的司法权属性

姚国建*

一、“司法权属于中央事权”：新一轮司法改革的理论基础

司法改革是党中央深化改革、贯彻“四个全面”的重要内容。党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》指出，要“改革司法管理体制”从而“保证依法独立公正行使审判权检察权”。为落实这一规定，中央自2014年开始在全国设立司法改革试点，选取了上海等6个省市作为首批试点地区，2015年又在11个省市作为第二批试点，并于2016年在全国推广。

作为法治国家建设的重要环节，司法改革应围绕如何实现司法公正这一核心命题展开。习近平总书记在《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》中指出：“司法领域存在的主要问题是，司法不公、司法公信力不高问题十分突出。”而其根源一般被认为是司法独立难以得到保障。在妨碍司法独立的各种因素中，司法权的地方化尤其受到关注和批评。有鉴于此，在2013年开启的新一轮司法改革中，去除司法机关的地方化就占据着核心地位。

如何去除法院的地方化？中央给出的办法是法院人、财、物的管理权全面上收，其理论基础是“司法权本质上是中央事权”的论断。司法权作为中央事权在理论上并不是一个新观点。十多年前就有学者指出，司法权的地方化是造成司法不公的重要制度根源；为实现司法公

* 中国政法大学教授，博士生导师。

正,就必须实行司法权的中央化。^[1]也有学者深刻分析了司法权地方化的种种表现及对司法公正的危害,并提出了各种避免地方化的改革主张。^[2]由于与我国现行宪法体制存有一定的冲突,这些观点仅停留在理论探讨层面,并未付诸改革实践。但在新一轮司法改革中,司法权的中央化被转换成“司法权是中央事权”的话语体系,并成为本次改革的理论基础。中央政法委员会负责人发文明确这一论断:“我国是单一制国家,司法职权是中央事权。”^[3]《人民日报》刊登题为“中国的司法权从根本上说是中央事权”的评论文章,进一步明确了司法权的中央事权属性。^[4]

为落实司法权属于中央事权的性质,新一轮司法改革采取了以下重大举措:^[5]一是省以下法院人、财、物由省级统管。根据宪法确立的人民代表大会制度,地方人民法院由地方各级人大及其常委会产生;相应地,地方法院的人、财、物主要依赖于同级财政。但在本轮司法改革中,省以下地方人民法院的人、财、物都将由省一级统一管理。二是探索建立跨区域的法院,实现司法辖区和行政辖区的分离。三是最高人民法院设立巡回法庭。四是行政案件的集中管辖。为化解行政诉讼受困于地方化的境况,一些地方实行行政案件的集中管辖制度。

以上诸多改革措施已开始在全国进行试点。本轮司法因改革力度之大而备受国内外关注,也因其“依法治国”的大背景下而显得意蕴深远。本文从“中央事权”的含义及标准的界定入手,分析中央事权的运作方式,并以此作为参照来分析司法权作为中央事权的含义及表现,探讨司法权的地方化究竟是否以及如何影响司法公正的,对司法权的属性进行理论和实践的反思,并就如何应对司法改革中的问题陈述

[1] 刘作翔:《中国司法地方保护主义之批判——兼论司法权国家化的司法改革思路》,载《法学研究》2003年第1期,第84页。

[2] 焦洪昌:《从法院的地方化到法院设置的双轨制》,载《国家行政学院学报》2000年第1期,第70-73页。

[3] 孟建柱:《深化司法体制改革》,载《人民日报》2013年11月25日。

[4] 《中国的司法权从根本上说是中央事权》,载《人民日报》2014年1月22日。

[5] 当下正在进行的司法改革包括法院改革和检察院改革,为论述方便,本文通常以法院改革为例进行说明。

管见。

二、作为去地方化的手段：司法权的中央化

(一) “中央事权”的含义、标准及行使方式

根据《现代汉语词典》的解释,“中央”是与“地方”相对而言的,指国家政权或政治团体的最高领导机构。在我国宪法体制下,中央国家机关包括全国人民代表大会及其常委会、国家主席、国务院、中央军委、最高人民法院和最高人民检察院。探讨“司法权”属于中央事权时首先需要明确这里的“中央”只能是中央国家机关。其次,并非所有中央国家机关都享有司法事权,而是要结合司法权的具体内容由相应的国家机关行使。^{〔6〕}“事权”是在法律上并不常用的概念。近年来,一些财政法的学者经常将其与财权相对应,主张中央与地方各级政府的职权划分应财权与事权相适应。通俗来讲也即“管多少事就得有多少钱”。“事权”的核心是事务,即国家机关管理某项事务的权力;这些事务可能是单一的,如教育事务、财政事务等;也可能是复合的,如经济社会发展事务、国家安全事务。司法权作为一种事权,显然是一个复合性的概念,既包括司法权的核心内容,即审判权,也包括配套性的内容,如司法组织的建立、司法人员的任命、司法经费的保障等。

如何划分哪些事权属于中央事权,哪些事权属于地方事权呢?从世界各国的宪法和法律来看,似乎并无统一规定。笔者以为,确定中央事权的标准主要有三:一是以国家名义才能行使的权力,如在国际交往中,只有中央政府才能代表本国与他国建立外交关系;二是关涉国家统一和安全的权力,即如地方管理该事务则对统一和安全构成威胁,如地方政府建立武装力量;三是基于平等保护的原则,在公民权利保障领域,如果容易出现地方差异化对待的,就应由中央政府管理。根据这三个标准,国防和外交应是中央事权的典型。国防涉及国家安全,其核心

〔6〕 当强调某些权力属于“中央”时,不同语境中“中央”的含义可能完全不同。如在《香港特别行政区基本法》中,界定“中央”与特区关系时,“中央”是指全国人大及其常委会以及国务院等,由于特区实行司法独立和司法终审,最高人民法院和最高人民检察院就不是基本法意义上的中央国家机关。

是建立军队，以保障国家免受外来侵略，保障国家主权和领土完整。外交是指一国与其他国家或国际组织交往的权力，是以国家的名义进行的，能够代表国家的只能是中央政府，而非地方政府。国防和外交作为传统意义上典型的中央事权，即使在联邦制国家也不得由各州行使。

相应地，中央事权则由相关的国家机关来行使。但因中央事权内容的差异性，中央政府如何管理中央事权无统一的模式，大体可概括为以下四点：①有关立法只能由中央立法机关制定；②在法律执行上，中央行政机关或其派出机关负责；③负责人员由中央任命；④经费由中央政府的财政予以保障。

（二）司法权作为中央事权的根据及运行方式

学者们主张司法权属于中央事权的根据主要有两大方面：一是我国宪法和法律的规定；二是世界各国的通例。^{〔7〕}

宪法和法律规定包括：其一，《宪法》第123条明确规定人民法院是国家的审判机关。第126条规定，人民法院依照法律审理案件。在宪法的基础上，《人民法院组织法》第2条也规定，“中华人民共和国的审判权”由地方各级人民法院、军事法院等专门人民法院、最高人民法院行使。这些规定表明司法权是中央事权。^{〔8〕}其二，宪法结构上的理由。《宪法》第三章“国家机构”部分规定我国的权力机关时，是将全国人民代表大会和地方各级人民代表大会分节规定的；规定行政机关时亦如此，但规定司法机关时是将人民法院和检察院统一规定，并没有区分最高人民法院和地方各级人民法院。其三，宪法上民族自治地方的特殊规定。我国民族自治地方的自治机关只有权力机关与行政机关，即人民代表大会和人民政府，不包括人民法院和人民检察院。有观点认为，这表明司法权不属于地方性的权力，而属于中央的权力。除宪法和法律的规定外，有学者主张司法权属于中央事权是世界各国的通例，^{〔9〕}以此来

〔7〕 张卫平等：《司法改革：分析与展开》，法律出版社2003年版，第35页。

〔8〕 蒋惠岭：《中央司法事权的八项“基本待遇”》，载《法制日报》2015年1月28日，第10版。

〔9〕 郝银钟：《法院去地方化改革的法理依据与具体路径》，载《法律适用》2013年第7期，第94页。