



www.comparativelaw.com.cn

2021年卷

中国比较法学

全球化时代的比较法学

主编 高鸿钧
执行主编 王志华

朱明哲

THE CHINESE JOURNAL OF COMPARATIVE LAW



中国政法大学出版社



www.comparativelaw.com.cn

2021年卷

中国比较法学

全球化时代的比较法学

THE CHINESE JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

主 编◎高鸿钧
执行主编◎王志华 朱明哲



中国政法大学出版社

2022·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（C I P）数据

中国比较法学：全球化时代的比较法学. 2021年卷/高鸿钧主编. —北京：中国政法大学出版社，2022. 11

ISBN 978-7-5764-0727-3

I. ①中… II. ①高… III. ①比较法—中国—文集 IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2022)第218510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 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 北京九州迅驰传媒文化有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 16.75
字 数 250千字
版 次 2022年11月第1版
印 次 2022年11月第1次印刷
定 价 75.00元

卷首语

自从1900年巴黎比较法国际大会标志着作为一个学科的比较法学诞生以来，全球化与法律统一便成了比较法学历久弥新的话题。但是，经过一个多世纪的历史实践，法律的全球统一之路不仅未能像乐观的萨莱伊和朗贝尔期望的那样一帆风顺，百年之后反而出现地方化倾向，即便在最有可能实现统一化的欧洲范围之内（欧盟法）也是步履维艰，英国脱欧便是最好的证明。

就像一般意义上的比较法可以追溯到公元前5世纪至公元前4世纪亚里士多德（西方）和中国战国变法争雄时代而并非产生于20世纪初巴黎比较法国际大会一样，从人类发展史和法律文明史角度言之，全球化也不是地理大发现和工业革命后带来的新鲜事物，实际上从人类文明有史以来就开始了这一进程。众所周知，前工业文明主要在欧亚大陆演绎，从未中断的中华文明与欧洲文明处于欧亚大陆板块的东西两端，历史上中国向西、欧洲向东扩张势力，试图打通东西阻隔，但未能成功。亚历山大大帝和罗马帝国的力量最东及于南亚次大陆，中国则止步于中亚。

或许，只有工业革命或科技革命的技术进步才使全球化有了实际可能。

20世纪全球化的显著标志是共产主义要将红旗插遍世界的理论与实

践，而西方所谓的自由世界则针锋相对，两厢对垒，直到接近世纪末的苏东剧变，冷战方告结束。表面上看来，西方世界赢得了这场胜利，全球化或可在西方文明主导下得以阔步前进。但是，中国在 21 世纪初的迅速崛起和跨国组织集团影响的日益增长，使得全球呈现前所未有的多元化格局。新科技革命在加快全球化进程的同时，也使得全球化本身在未来变得更加扑朔迷离。

而这一切，都是对包括中国在内的比较法学者提出的新课题和新挑战。

历史上，西安曾是中华法文明的发展中心，中华法系在这里酝酿成熟，中国传统法律文化曾对周边国家产生巨大影响。从这个角度来说，中国传统法律文化在全球化方面的努力虽然收效不大，但在区域统一化方面还是取得了一定的成就。在新的时代，中国传统法律文化应对人类法律文明的发展发挥其应有的作用。也正是基于这样的考虑，比较法学研究会才选择将“全球化视角下的比较法学新发展”作为在西北政法大学举办的比较法年会的主题。

在西北政法大学举办的这届比较法年会可谓一波三折。比较法学研究会在 2019 年于西南政法大学举办年会期间确定了将在西北政法大学举办下一届（2020 年）年会，但受疫情影响，年会不得不推迟一年（2021 年）召开。为了与会专家学者能共聚西安、线下交流，比较法学研究会常务理事会议与西北政法大学年会组委会协商，又将年会从 9 月推延到 11 月，但临近年会召开之际，西安市和全国各地的临时防疫管控措施使得全体学者线下参会的愿望落空，不得不采取线上线下结合的方式。除西安市本地专家学者之外，基本上多数专家学者都是通过视频会议的形式参加年会，这多少有些令人遗憾。但是，在西北政法大学学校领导的高度重视和大力支持下，以及在西北政法大学法治学院和《法学教育研究》编辑部全体同仁和同学们的积极努力下，这届年会举办得非常成功，甚至达到了线下会议所未有的效果，这一新的会议形式给人耳目一新之感。因此，这里既要感谢西北政法大学学校领导对比较法学研究会召开年会的支持，更要感谢为这届年会辛苦付出的老师和同学，而最应感

谢的是为年会的筹备和召开从头到尾负责的邱昭继教授。

按照往年惯例，本卷中的文章也是从学者提交给年会的论文中选录的。在此还要感谢中国政法大学出版社的编辑冯琰女士和吴濛女士，没有她们的辛勤付出，每年一卷的比较法学研究会年刊——《中国比较法学》便无法如期出版问世。

王志华

2022年11月20日

于蓟北湾流汇

目 录

王志华	卷首语	I
-----	-----------	---

第一编 全球化时代法律实践的新样态

季金华	控制行政权的宪法程序模式	3
刘秋岑	现代俄罗斯“判例法”概念的理论发展及实践探析	17
李龙贤	行政法法典化路径问题研究 ——韩国《行政基本法》经验与启示	38
施珠妹	重罪案件未决羁押问题研究 ——欧洲人权法院判例的经验及启示	54
王 静	塑造自由与秩序相统一的数字公民意识 ——以网络暴力治理为中心	74
刘小红	金融科技风险治理困境及法律对策	97

第二编 全球化与国际法治

许传玺 刘劲君	“一带一路”贸易法律制度研究:现状、问题与建议	… 123
余 地	基于文化安全的国际规则制定参与研究	… 143
王 尧	全球治理视域下应急防疫治理中情理法协调的比较研究	… 160

第三编 法律文明对话

李富鹏	宪法知识的全球流动 ——以德日国法学文献的清末翻译为中心	… 183
杨城新	英国《已婚妇女财产法》与信托制的成文化	… 205
朱明哲	法学交流的实践理论	… 227

第一编 全球化时代法律实践的新样态

控制行政权的宪法程序模式

季金华*

在全球化时代，行政机关行使着广泛的职权，履行着管理、服务和协调等职责。行政机关通过执行宪法和法律为社会主体创造社会经济、政治和文化条件，以保证他们能够切实地享有参与权、生存权和发展权。虽然行政权在提高人民福祉、保障人民权利等方面起到了重要作用，但是行政权自身却有摆脱宪法和法律控制的冲动。因此，法治国家都在通过严密的宪法程序来规范和控制行政权力。美国宪法第五修正案有多项条款涉及正当程序原则和公民的程序权利，以确保行政权力不会过多地侵害公民的合法权益。^{〔1〕}按照正当程序的要求，立法机关、行政机关和司法机关都应该依据宪法和法律规定的程序作出实体性决定。因而，正当程序原则成为美国联邦最高法院制约行政权力、保障公民权利的基本准则。在大陆法系国家，宪法也规定了行政机关行使权力的程序要求，行政权力的行使程序和行政过程参与权利的宪法化正在成为行政程序改革的基本理念。在西方国家，国会主要通过立法权、财政权、调查权和质询权、弹劾权、倒阁权、

* 季金华，南京师范大学法学院教授、中国法治现代化研究院研究员、博士生导师。

〔1〕 美国宪法第五修正案采纳了詹姆士·麦迪逊等人的主张，规定了联邦政府未经法律的正当程序，不得剥夺任何人的生命、自由和财产。

罢免权来控制行政权力,影响和牵制政府行政过程。其政党主要通过执政党和在野党的相互监督实现对行政权的有效控制,通过向政府输送官员来影响政府的行为,借助议会党团影响总统、首相和内阁提出的立法议案的审议过程和审议结果。当然,西方的一些利益集团也可以通过游说、提供选举资金、抗议示威等方式影响行政决策。总结控制行政权的不同宪法程序模式,揭示其成长的历史逻辑,可以预测全球化时代宪法控权机制的发展趋势,为各国完善自身的行政权宪法控制机制和全球治理提供有益的启示。

一、对行政权力进行宪法程序控制的必要性

马克思认为,“行政是国家的组织活动”。^[1] 在古德诺看来,所有的政府体制都具有国家意志的表达功能和国家意志的执行功能,议会的功能在于表达国家意志,行政的功能在于执行国家的意志。^[2] 在一般意义上讲,行政乃是行政主体为实现国家目标,依照宪法和法律的规定,组织、管理国家政务、社会公共事务和自身内部事务的执行性活动。从行政权的演化与发展历程来看,行政权来源于社会管理权、君权和公共意志的执行权。行政权既要服从法律,不能超越法律规定的权限,又要在一定程度上超越法律界限以弥补法律的不足。因此,行政权是一种既具有刚性又具有弹性的公共权威。行政权的本质是代理权,是执行议会意志的权力,因此行政权是有限的、软弱的执行权。因为行政权是维护公共利益的权力,所以行政侵权责任不是无限责任,国家只对受到特别损失的当事人承担补偿与赔偿的责任。从执行官是人民化身的观点看,行政权又是强大的执行权。^[3] 在曼斯菲尔德看来,三权分立的国家机构包括:一个并不进行统治的立法机构,因为它仅仅通过法律,体现灵魂的慎思功能;一个仅仅落实法律的司法部门,体现灵魂的判断功能;一个仅仅贯彻法律的执行部门,体现灵

[1] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局编译:《马克思恩格斯全集》(第一卷),人民出版社1956年版,第479页。

[2] 参见[美]F.J.古德诺:《政治与行政》,王元译,华夏出版社1987年版,第12页。

[3] 参见[美]哈维·C.曼斯菲尔德:《驯化君主》,冯克利译,译林出版社2005年版,“前言”第6~7页。

魂的统治功能。^{〔1〕}

行政权力体现行政机关对社会进行管理的一种能力。行政权力的根本目标是通过贯彻执行国家法律、法令和各项政策来有效地实现国家意志；行政权力的作用方式主要是强制性的行政命令；行政权力的性质是一种执行性和管理性权力。在自由资本主义时期，西方国家行政机关拥有执法权、外交权、军事权、立法参与权、审计权和赦免权。在不同政体的国家，最高行政权力的行使主体也不相同。在总统制国家，国家最高行政权力属于总统；在内阁制国家，国家最高行政权力属于内阁首相或总理大臣；在委员制国家，国家最高行政权力属于委员会。随着自由资本主义社会向福利资本主义社会的演化，行政服务和协调职能有所增强，行政权的功能集中在管理、组织、协调和服务等方面。

依据西方的宪法理论体系，受到宪法程序控制的政府才是宪法政府，要保护公民的基本权利就必须借助宪法程序对行政权力实施严密的宪法控制。在惠尔看来：“在行政权要比宪法更受敬畏的地方，在人民不能自由组织起来的地方，在缺少形成舆论之智识与能力的地方，宪法规定的权利宣言，实际上恐怕只会是一纸具文而已！”^{〔2〕} 控制行政权的权威手段是宪法。宪法对行政权的控制既体现在宪法典、宪法性法律之中，也体现在宪法判例和宪法惯例之中。^{〔3〕} 鉴于不同状态下，行政权力受到的宪法制约的情况不同，和平时期的政府容易成为宪法政府，但处在危机和紧急状态中的政

〔1〕 参见 [美] 哈维·C. 曼斯菲尔德：《驯化君主》，冯克利译，译林出版社 2005 年版，第 34 页。

〔2〕 [英] K. C. 惠尔：《现代宪法》，翟小波译，法律出版社 2006 年版，第 46 页。

〔3〕 惠尔指出：“宪法政府不仅指符合宪法条文的政府。它指的是以规则为根据的政府，它是与专制政府相对立的政府；它指的是受宪法条文限制的政府，而非只受行使权力的人的欲望和能力限制的政府。因此，有时候可能会有这样的情形：虽然某特定国家的政府是依据宪法条文来行为的，但它的宪法最多只是确立了政府机构，而让这些机构依自己的愿望自由行事。在这种场合，我们很难说它的政府是宪法政府。宪法真正的正当根据、它们背后的原初理念，是限制政府的理念，是要求统治者服从法律和规则的理念。……然而，在我们可以得出‘拥有限制政府的宪法的国家也就是宪法政府’的结论之前，我们必须看看，它的宪法在实践中是如何运作的，尤其是要看看习惯和惯例是强化还是削弱了宪法限制。同样，我们也不能因为某国家的宪法看起来好像没有对政府施加限制，就得出结论说，这个国家没有宪法政府；这里的情形很可能是，进一步的研究可能会表明，这个国家的普通法律及习惯和惯例提供了它的宪法法律没有提供的限制。” [英] K. C. 惠尔：《现代宪法》，翟小波译，法律出版社 2006 年版，第 131~132 页。

府为了维护公共秩序、保护公民的生命权利和健康权利,需要集中必要的权力,迅速作出有效解决危机问题的决策,这就意味着公民的某些权利和自由受到限制和暂时地剥夺,这就中止了宪法对行政权力的一般限制。因此,“危机或紧急状态中的政府很少是宪法政府。和平繁荣确实是宪法政府的坚强的同盟。前者的前途就是后者的前途”。〔1〕鉴于此,宪法不仅要为和平时期的政府权力设定一般的宪法程序的限制,还更应该为处于危机或者紧急状态中的政府设置相应的控制程序。

行政权力受宪法程序制约的根本原因,在于行政权的宪法属性。“每一个行政活动都是一个潜在的宪法决定。诸如安全、自由、社会福利、国内和平等国家目的同时也是行政的任务,国家的目标就是行政目标,国家的任务就是行政任务,这是行政的出发点所在。”〔2〕一言以蔽之,行政的任务就是通过国家事务的行政管理确保公民权利的安全和稳定。行政的宪法属性和行政目标的宪法化,意味着行政机关必须依照宪法程序正当地行使行政权力,在适用法律、制定行政法规、规定行政措施和作出具体行政处理决定时,都必须遵守宪法规定的基本权利和其他人权保障的宪法要求。行政权实质上是行政主体在对公共事务进行管理过程中,依法对被管理者作出直接影响其权利和义务的决定,或者对被管理者权利的行使和义务的履行情况进行监督检查的权力。行政权是人民通过宪法授予行政机关管理公共事务的权力,是受议会立法控制的权力。〔3〕因此,世界各个国家的宪法都通过宪法程序对行政权力施加严格的控制。

行政权力的扩张是福利国家的必然产物,而强化对这种日益扩张的执行权的控制也是民主法治的内在要求。西方国家权力结构的变迁历史说明,伴随着国家的集权化趋势而来的,是一种扩大执行权的趋势。预防战争、应对恐怖、解决经济危机、推行福利国家政策、推动普选权和民主制度的发展,都是趋向集权化的力量,都要求增加管理者、计划者和执行者,从

〔1〕 [英] K. C. 惠尔:《现代宪法》,翟小波译,法律出版社2006年版,第132~133页。

〔2〕 [德] 汉斯·J. 沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》,高家伟译,商务印书馆2007年版,第134页。

〔3〕 参见刘旺洪:《行政与法治——中国行政法制现代化研究》,南京师范大学出版社1998年版,第10页。

而导致行政机关的规模和权力的不断扩张。^{〔1〕} 处理越来越复杂的社会现象需要不断扩大行政管理的范围, 行政权的行使也越来越需要宪法予以严格的控制, 其中最有效的宪法控制方式就是制定严格的权力行使程序和创造更加民主的行政参与程序。

实现这一目的的一个有效途径是行政程序权利的宪法化, 强调外部参与在政府行政政策形成过程中的重要作用。也就是说, 要力图把参与行政政策形成过程的机会视为一项确定的基本权利, 看作是超越选举政治的程序参与权利。^{〔2〕} 在宪法视野中, 程序参与是一项基本权利, 公民有权参加影响其权利义务的一切权力运作活动。但是, 在现实的政治生活中, 全民参与所有法律决定的过程是不可能的, 代议制就成为必然选择。但代议制并不能完全保证政治代理人不背弃委托者的信任, 因此有选择的程序参与就成为必要。^{〔3〕} 而最为重要的参与方式就是保障利害关系人的听证权利, 这是程序参与原则的核心内容。听证权利是从宪法正当程序和其他基本权利中推导出的宪法性权利, 是保障其他权利实现的程序性权利。现代行政国家的正当程序要求行政机关回应公民利益, 要求把那些有能力促进理性对话的人吸收到行政政策的制定程序中来, 增加一些程序屏障以防止行政机关轻易拒绝外部提供的建议。这些程序屏障就是严格的程序要求和细致的司法审查。^{〔4〕} 另外一种途径就是通过对行政结构的设计来细化和完善行政程序体系对行政权力的内部控制, 以保障公共政策制定的合宪性。^{〔5〕} 其实, 行政权力的行使程序并不仅仅是行政法范畴的问题, 行政程序的基本原则归根到底是宪法性原则, 行政法是活的宪法, 行政程序在某种意义上

〔1〕 参见 [英] K. C. 惠尔:《现代宪法》, 翟小波译, 法律出版社 2006 年版, 第 70 页。

〔2〕 参见 [美] 杰瑞·L. 马肖:《行政国的正当程序》, 沈岷译, 高等教育出版社 2005 年版, 第 278 页。

〔3〕 参见季卫东:《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》(第二版), 北京大学出版社 2005 年版, 第 153 页。

〔4〕 参见 [美] 杰瑞·L. 马肖:《行政国的正当程序》, 沈岷译, 高等教育出版社 2005 年版, 第 281 页。

〔5〕 参见 [英] 特伦斯·丹提斯、阿兰·佩兹:《宪制中的行政机关——结构、自治与内部控制》, 刘刚、江菁、轲翀译, 高等教育出版社 2006 年版, 第 5 页。

也就是宪法性程序。^{〔1〕}

二、英美法系国家控制行政权的宪法程序模式

英美法系国家基于程序正义的文化传统，大多通过在宪法中规定程序正当原则来限制行政权力。程序正义的文化传统源于自然公正的文化理念。自然正义原则的内涵是“任何人不能作为自己案件的法官”和“双方当事人的诉词都必须被听取”的最基本的程序要求。程序正义原则发轫于 1215 年大宪章。17 世纪以降，英国议会出于对王权进行限制的需要，在《权利请愿书》《人身保护律》《权利法案》和《王位继承法》中始终确认程序正义原则。1628 年的《权利请愿书》规定，非经议会同意，国王不得强行征税和借债；非经同级贵族的依法审判，任何人不得被逮捕、监禁、流放和剥夺财产及受到其他损害；海陆军队不得驻扎居民住宅，不得根据戒严令任意逮捕自由人。1689 年的《权利法案》规定，议会对国王行政权力的限制。^{〔2〕} 1701 年的《王位继承法》第 4 条中也明确规定，一切法案必须经过议会的同意才具有法律效力，国王治理国家的行为必须在法律的框架内进行。这些限制国王权力的程序性规定，实质是英国的正当程序对行政权制约的初始形态。到了 19 世纪，随着功利主义和实证分析法学的兴起，程序正义原则被确认为宪政的基本原则，程序优先、没有程序就没有权利成为一种普遍的法律意识，人们普遍看重司法机制对人权保障的价值。随着现代福利国家的兴起，英国行政权开始极度膨胀，行政立法和执法活动的范围不断扩大，程序正义原则开始进入行政领域，成为现代英国制约行政权力的主导性原则。

由于历史文化传统承继关系，美国继承和发展了英国的程序正义传统，在宪法修正案里确立了权力行使的正当程序原则。美国宪法第五修正案规定，联邦政府未经法律的正当程序，不得被剥夺任何人的生命、自由和财

〔1〕 韦纳的“行政法乃具体化之宪法”、罗斯的“行政法乃活生生的宪法”，道出了行政法在发扬宪法理念过程中所扮演的责无旁贷的角色及其功能。参见陈新民：《公法学札记》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 20 页。

〔2〕 凡未经议会同意，以国王权威停止法律或停止法律实施之僭越权力；凡未经议会准许，借口国王特权，为国王而征收，或供国王使用而征收金钱，超出议会准许之时限或方式者，皆为非法。

产。1868年的宪法第十四修正案也作了类似的规定。依据宪法修正案的这些程序规定，行政机关在行使行政管理、公共服务和协调职权时，必须遵循人权保障原则、利益平衡原则，保证公共利益和私人利益的衡平。由于美国是总统制政体，行政权主要由以总统为中心的行政分支行使，因此，宪法程序对行政权的控制，还可以从宪法对总统有关权力的程序制约上体现出来。美国宪法第2条规定，总统与外国缔结条约须经参议院出席会议三分之二以上同意。总统提出大使、公使、领事、最高法院法官的人选，须经参议院的同意方可获得任命。总统应该随时向国会报告国家治理的情况，提出必要和妥当的措施供国会审议。

尽管美国的正当程序原则源自英国的自然正义原则，但是在美国宪法实践中获得了新的发展。英国的自然正义原则是纯粹的程序性原则，不包含任何实质性的内容，这充分体现了英国普通法传统中程序先于权利的要求；而美国的正当程序原则在司法领域和行政领域都被赋予了实质性内涵。1856年怀尼哈默案使正当程序原则由程序意义向实质意义延展，被认为开创了一个新时代。^{〔1〕}由此，正当程序被赋予了一种实质性的含义：一项法律规定即使在形式上符合正当程序的要求，没有程序上的缺陷，只要违反了宪法的基本理念和法律的精神，在实质上也不符合正当程序的要求，^{〔2〕}从而将正当程序原则的适用范围扩展到了对立法和政策的实质性审查，使正当程序原则成为权威的价值评判标准。

众所周知，在联邦行政程序法产生以前，美国没有统一的行政立法程序。行政机关主要依据正当程序原则制定行政实体规则和程序规则。从实质上讲，联邦行政程序法乃是正当法律程序原则的具体化，联邦行政程序法也是行政机关制定行政规章的最低程序保障。在这里，听证程序是正当程序的核心环节，对于任何将给公民带来重大影响的正当程序，都应当合

〔1〕 该案起因于一项纽约州法律，该法律禁止出售非医疗用烈性酒，并禁止在住所之外的任何地方储存非用于销售的酒类。这部法律进一步规定，立即销毁全部违反其规定而保存的酒类；如有违反，以轻罪处。纽约州法院认为：该法的实施，消灭和破坏了这个州的公民拥有烈性酒的财产权，与正当程序条款的精神不符。参见〔美〕伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军等译，中国政法大学出版社1997年版，第56页。

〔2〕 参见周佑勇：《行政法基本原则研究》，武汉大学出版社2005年版，第85页。