



# 图书馆

二〇二二·第四期·冬

# 简讯

浙江  
大学  
光华  
法学院

Law Library Newsletter of Zhejiang University Guanghua Law School

Background text in seal script (Zhuanshu) repeating the characters '图', '书', '馆', '简', '讯'.



## 《浙江大学光华法学院图书馆简讯》编辑部

主 编: 何灵巧  
副 主 编: 袁 杰 马金江 陈燕 沈佳丽  
排版和美工: 袁 杰  
顾 问: 赵 骏 罗 伟

《浙江大学光华法学院图书馆简讯》系浙江大学光华法学院主管、光华法学院图书馆主办的期刊。本刊是季刊、内部刊物，每逢季度底出刊。

本刊编辑部地址:浙江大学之江校区光华法学院图书馆  
E-mail: [hdhlq@zju.edu.cn](mailto:hdhlq@zju.edu.cn)  
电话: 0571-86592715、0571-86592716  
网址:<http://www.lawlib.zju.edu.cn/>

创办《浙江大学光华法学院图书馆简讯》，旨在架起读者和图书馆之桥梁，提升图书馆之服务，宣传图书馆之资源，发展法学图书馆，进行馆际交流。本刊欢迎校内外学者赐稿。来稿可寄电子邮箱。本刊所载原创文章，均由其作者和本刊所有，任何转载、摘登、翻译或结集出版均须事先得到作者和本刊书面许可。

The “Law Library Newsletter of Zhejiang University Guanghua Law School” is a periodical supervised by Zhejiang University Guanghua Law School and sponsored by the Law School’s library. It’s a quarterly and internal publication which is published at the end of each quarter.

Address of Editorial Office: Room 102, Library, Zhijiang Campus of Zhejiang University  
E-mail Address: [hdhlq@zju.edu.cn](mailto:hdhlq@zju.edu.cn)  
Telephone: 0571-86592715, 0571-86592716  
Website: <http://www.lawlib.zju.edu.cn>.

The goal of founding the “Law Library Newsletter of Zhejiang University Guanghua Law School” is to build a bridge connecting the library with the readers, to improve the Library’s service, to propagate our resources, to developing the Law Library and to communicating with other libraries. We welcome article contributions by scholars at Zhejiang University and scholars from other institutions. The authors and this Newsletter reserve the ownership of all the original articles published in this Newsletter. Advance written permission from the authors and this Newsletter is required for any reproduction, extraction, translation and compilation.



# 目 录

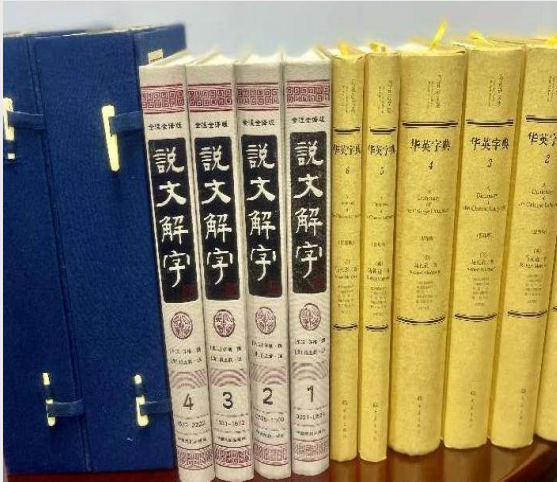
第一部分 图书馆动态	1
❖ 本馆动态	1
● 法学院图书馆 2023 年度获赠图书 4400 余册	1
❖ 国内外图书馆动态	2
● 浙江大学图书馆主馆试开馆	2
● 2023 年全国法律图书馆协作会议顺利召开	3
● 英国国立与大学图书馆协会加入绿色图书馆运动	3
第二部分 漫谈	4
❖ 找回遗失的公法传统——马丁·洛克林《公法的基础》导读	4
第三部分 文献检索实例	17
❖ 对接 CPTPP 数字贸易规则的中国跨境数据流动政策法律检索报告	17
第四部分 新书导读	26
第五部分 新书通报	27



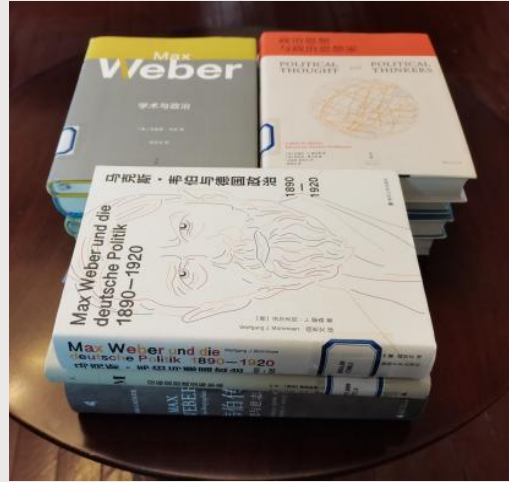
## 法学院图书馆 2023 年度获赠图书 4400 余册

2023 年度，我馆收到我院退休与在职教师、我校人文高等研究院研究员、我校毕业生与在校生、最高人民检察院以及关注我院及我馆发展的社会人士捐赠的图书，共计 4400 余册，丰富了我校图书馆的馆藏资源。

赠书主要来源于我院退休教师金敏，有近 4200 册。金老师自 2000 年 9 月在我院任教以来，主要教授《中国法制史》这一课程，对法律史的研究颇深。著作《眼睛就是一切：“法”的语词与源流辨析》集中体现了金老师的学术造诣，是我院学子借阅最多的图书之一。这次金老师向我馆捐赠大量的藏书，主要包括法学类、哲学类、史类及文学类等图书，更有《唐诗宋词元曲》、《中华典故》等极具馆藏价值的线装珍品及多种词典。



金敏老师部分赠书

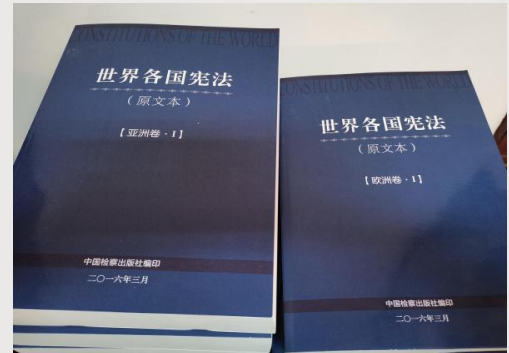


阎克文老师部分赠书

我校人文高等研究院研究员阎克文老师亦十分关注我馆发展。阎老师专事社会学奠基人之一的马克思·韦伯的著作的翻译与研究，近年来，每出版一本著作，便会立即赠予我馆。赠书内容主要呈现了韦伯的思想精华，有利于我院师生吸收其在社会学、政治学及经济学等方面的成果，助力学科交叉融合。



赵世义老师部分赠书



最高人民检察院赠书

本年度收到的赠书，将有利于我院师生在宪法学领域的研究。赵世义老师家属代为捐赠宪法学相关中文图书 100 余册。赵老师曾在我院任教，是当时国内宪法学界有较高知名度的学者，在宪法学研究领域产生了诸多成果，学术影响广泛。最高人民检察院赠予我馆《世界各国宪法（原文本）》，师生可凭借阅读原文，更为透彻地分析各国宪法。

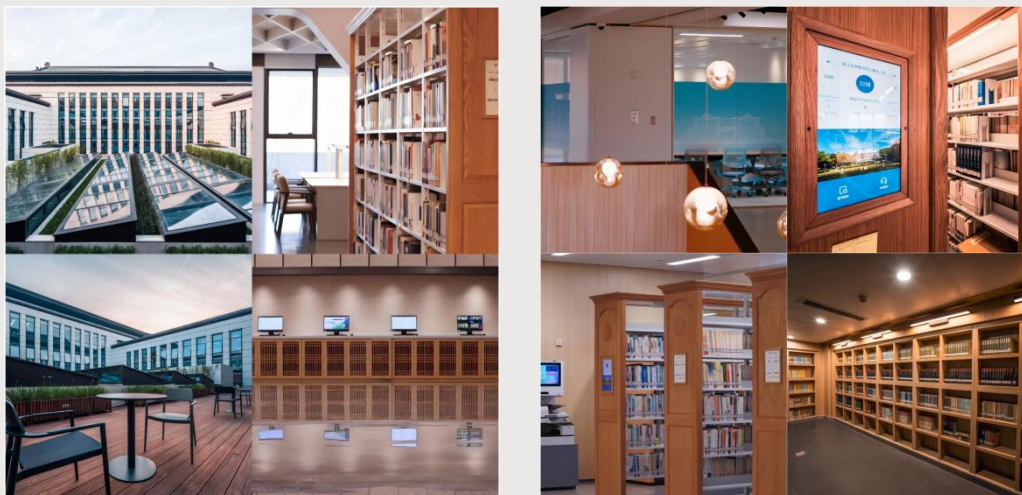
这些赠书将为我院师生的研究与学习提供更多方便和参考价值，一直以来，图书馆各类人士的关注与支持为我馆的发展提供了诸多帮助。我馆将再接再厉，打造一个馆藏更加丰富、资源更加多元的法学专业图书馆，为我校师生法学教育和研究的文献资源提供保障。

消息来源：光华法学院图书馆 <http://www.lawlib.zju.edu.cn/>

## 浙江大学图书馆主馆试开馆

2023年11月18日，浙江大学图书馆主馆试开馆亮相。

从外观上来看，浙江大学图书馆主馆借助现代立面手法，结合传统的歇山顶，传承古典对位形式，秉持中轴对称原则，“兼容并蓄，和而不同”的设计理念跃然眼前。大到布局形式小到开窗设置，室内空间与建筑风格高度统一，庄重的气质和典雅的氛围生动传递，典雅、智慧的气息扑面而来。信步走进馆内又感别有洞天，地上建筑六层，地下建筑一层，囊括人文社科一线藏书及相关理工科院系研究型文献资源，提供2000余个座位，100余个各类空间，为师生阅览、学习、研究、交流提供一流舒适的美好环境。层通高的中庭串联馆内功能，流线观景平台、空中庭院及屋顶露台引入湖光校景，优美的大视野、大空间，陪伴浙大师生书海遨游、自由思考。



图片来源：浙江大学微信公众号

逛一座宝藏图书馆，就如在人类文明宝库中徜徉；读一本精品书籍，又如穿越时空与智者对话。图书馆主馆致广大而尽精微，围绕“书”精耕细作、做好服务。图书馆主馆馆藏图书主要分布在三楼、四楼和六楼：三楼存放人文社科类中文图书，四楼存放理工科类和外文图书，严谨规划、合理分区，让书海漫游方便惬意，令精准找书高效简单。位于主馆六楼的观通堂也正式亮相：文献配置上，一层以四库全书、地方志等大型文献为主，二层以文史哲经典丛书为主，致力于打造“文明交流互鉴的知识殿堂”。借书便捷，还书快速，享受科技赋能的阅读体验：主要楼层均设自助借还机和咨询台，一楼配置24小时还书机和自助预约取书柜，书架上的“一键呼叫馆员”功能和自动感应亮灯的设计，在快速响应中尽显人文关怀。此外，通过二楼平台的求知荐读区可知晓最近有什么新书，再借哪几本好书；参加READ空间的读书沙龙可感受讨论交流的快乐；漫步即将面世的红色长廊则可一起传承红色基因、感受精神力量。

阅读，令人充实；思考，令人深邃；交流，令人宽广。图书馆主馆围绕实际需求，多元空间配以齐全设施，优雅环境配以丰富资源，为师生精研互进做好服务。256张智能阅览桌，1000余个智能阅览座位，框架式照明灯、多种电源接口，可满足多终端同时用电的需求，墨水屏实时显示预约人信息，还可扫码实现预约、签到、暂离等功能，为自习提供更多实用便利。可容纳6、8、14人的三类研讨间满足不同类型的借用需求，供较长期借用的单人研修间为科研工作者提供独立舒适环境，贴心设计的静音仓让临时的电话、朗诵、面试等需求有了一处安心便利的小小空间。搭载多媒体设备的4个i-Lab让师生畅享超“丝滑”的探究交流，5个专业打造的X-Lab空间将为师生提供多样炫酷的高科技体验，3个数字人文融空间致力于更好满足课程实践、项目交流、展示传播等需求。位于五楼的培训交流空间引入98寸三联屏一体化组合，演播室、录音室、



摄影室三间媒体工坊，配置了各类多媒体制作专业设备，带来全新的数字化学习体验，满足师生多样化媒体创作需求。清风盈袖，墨香扑鼻，手捧书卷，静坐窗边，沙发、高桌椅、卡座等休闲座位，欢迎师生暂停上下求索的匆忙脚步，享受求知之路上片刻的宁静悠闲。

掇菁撷华，悠悠邛架；启真湖畔，书香满园；启迪心灵，滋养灵魂。在浙江大学图书馆，用好资源，漫步知识的殿堂，体味探索的快乐，享受分享的喜悦，汲取成长的养分。

消息来源：浙江大学图书馆 <http://libweb.zju.edu.cn/>

## 2023 年全国法律图书馆协作会议顺利召开

为更好地推进全国法律图书馆的创新与发展，促进信息共享，学术创新，11月9日至12日，2023年全国法律图书馆协作会议在北京召开。会议由全国法律图书馆协作委员会主办，中国政法大学图书馆承办，来自国家图书馆、全国政法类院校图书馆及各法学院图书馆的80余名代表参加会议。研究会会长、副会长及会员20余人参加此次会议。

会议以“智慧、共享、创新——法律院校智慧图书馆探索与实践”为主题，来自中国政法大学、华东政法大学、西南政法大学、中南财经政法大学、西北政法大学、国际关系学院等单位的专家学者作了主题报告。与会者聆听了关于高校图书馆空间服务变革、未来学习中心建设、信息素养教育、智慧建设与共享服务等精彩报告，分享新技术发展趋势及专业图书馆领域的改革创新实践探索。代表们还参观了中国政法大学图书馆的院史展览和焕然一新的图书馆。

浙江大学光华法学院图书馆馆长何灵巧老师参加了本次会议。

消息来源：法律图书馆与法律信息微信公众号

## 英国国立与大学图书馆协会加入绿色图书馆运动

当地时间2023年11月24日，英国图书馆与情报专家学会（Chartered Institute of Library and Information Professionals, CILIP）宣布，英国国立与大学图书馆协会（Society of College, National and University Libraries, SCONUL）将作为合作伙伴加入绿色图书馆运动（Green Libraries Campaign）。

绿色图书馆运动是绿色图书馆伙伴关系（Green Libraries Partnership）的第二个阶段，它通过国家绿色图书馆周（Green Libraries Week）活动将英国各地的图书馆联系起来，为图书馆开展绿色活动筹款，并举办了首届绿色图书馆会议，以分享相关信息和构建绿色图书馆联络网。

作为赞助者，SCONUL将支持绿色图书馆运动的发展，并发起新的运动和活动，使图书馆能够继续引领环境行动。SCONUL副主任丽莎·麦克拉伦（Lisa McLaren）表示：“SCONUL很高兴成为绿色图书馆运动的合作伙伴。可持续发展是我们新战略的一个跨领域主题，SCONUL正在这一领域实施一系列举措。我们期待着与其他合作伙伴一起，支持图书馆在其社区开展环保行动。”

SCONUL代表英国和爱尔兰的所有大学图书馆，以及国家图书馆和许多具有国家意义的图书馆，拥有近190名机构成员，致力于提升公众对学术图书馆在支持科学研究、学生成就和就业方面作用的认识，并向政府、监管机构和其他利益相关者代表图书馆的观点和利益。

消息来源：e线图情微信公众号

# 找回遗失的公法传统

## ——马丁·洛克林《公法的基础》导读

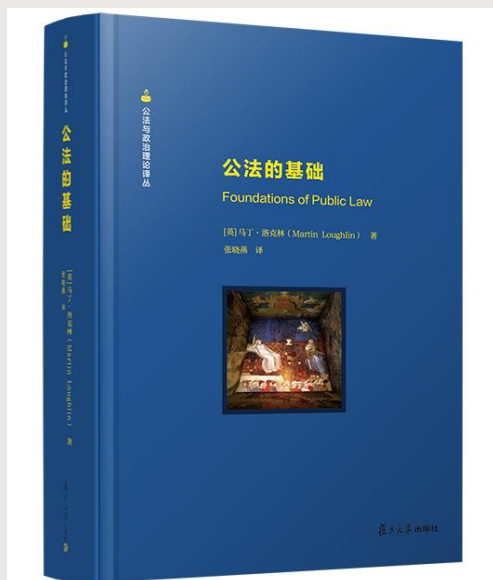
陈明辉<sup>1</sup>

**摘要：**英国公法学者马丁·洛克林一直对以实证法为中心的公法研究不大满意，他认为围绕实证法的公法研究无法把握相关领域的本质性问题。他在2010年出版的《公法的基础》一书中旨在找回一种遗失的公法传统。在该书中，洛克林提出了一种作为政治法理学的公法。这种公法诞生于主权国家的建立，公共领域的政治法是它的主要研究对象。这一公法传统区分了国家与政府、治理权与统治权、政治法与实证法。人们先是根据政治法结合成国家，然后再通过制宪组织政府。在制宪完成之后，治理权和政治法并没有消失，而是以政府特权的形式存在于紧急状态领域、以治安权的形式存在于现代行政国家内部。因此，公法研究必须纳入政治法理学的视角，超越实证法的形式合法性，才能更好地理解和回应我们这个时代的公法问题。

**关键词：**《公法的基础》、马丁·洛克林、公法、政治法、政治法理学。

### 引言

什么是公法、怎样研究公法？在当下的学术语境下，这似乎是一个不成问题的问题。在大部分人看来，公法不就是宪法与行政法吗，研究公法不就是以一国宪法和行政法为准据处理合宪性和合法性争议案件吗。这种实证主义的公法进路现在化身为法教义学主导了当前公法研究，而那些超越实证法的问题被视为法哲学的、政治哲学的和历史学的，统统被排除在公法的研究范围之外。法学的核心任务在于法律的解释和适用，法的解释方法成为了法学方法论中的唯一方法。这原本只是民法和刑法的学科特点，但现在这股潮流已经席卷了公法。一切都是解释，如果法律的某些内容实在难以解释，无法为具体争议提供裁判依据，那么这些内容就会被贴上“历史叙事”“政策条款”“宣示性条款”等标签悬置起来。一旦有人试图去触碰这些条款，哪怕是用法解释学的方法去进行理论建构，也会被质疑是无用的研究。



图片源自网络

英国公法学者马丁·洛克林自出道以来就一直与这种研究范式“唱反调”。1992年，洛克林在其第一本专著《公法与政治理论》中开篇就指出：“目前，公法研究正处于一种奇特的不尽如人意状态。”<sup>2</sup>对此，他归纳了两种公法研究的范式：规范主义与功能主义。规范主义侧重于控制权力，救济权利，强调对法律的遵守，其背后的基本原则包括分权、法治和司法审查。功能主义强调国家不是处处防范的对象，而是公共利益的实现机制，它不关注形式的合法性，更关心公共目的的实现。在对两种研究范式的梳理和归纳之中，洛克林透露出他对自由主义政治理论主导下的规范主义范式的反思。在2000年的《剑与天平——法律与政治关系的省察》接续了他八年前的研究思路，考察了法律与政治的关系。在这本书里，洛克林跳出法律的内在视角，从政治的视角观察和理解法律，认为法律是政治的工具，也是政治的约束。<sup>3</sup>在经过之前的积累后，洛克林开始切入公法的核心论题。2003年，在《公法的理念》一书中，洛克林提出公法是一个自主的学科，它

<sup>1</sup> 作者系浙江大学光华法学院百人计划研究员，博士生导师。

<sup>2</sup> [英]马丁·洛克林：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书馆2013年版，第5页。

<sup>3</sup> [英]马丁·洛克林：《剑与天平——法律与政治关系的省察》，高秦伟译，北京大学出版社2011年版。

是一个有着自己独特任务的特殊领域。公法不局限于法律实证主义（legal positivism）研究视野和研究方法下的实证法（positive law），它还有另外一个面向，这个面向旨在处理法律与国家、实证法与自然法、实证法与政治哲学之间的问题，这就是政治法理学（political jurisprudence）。<sup>1</sup>在这本书里，洛克林分析了他认为的构成公法基础的六个核心概念：统治（governing）、代表（representation）、主权（sovereignty）、制宪权（constituent power）和权利（rights）。但在这本书里，洛克林只是介绍了公法的要素。这些要素固然重要，但如果不清楚他们之间更深层次的逻辑关系就无法理解公法的大厦。

2010年，洛克林在其50多万字的皇皇巨著《公法的基础》中更进一步，系统地梳理了公法的起源及其主要构成部分。<sup>2</sup>洛克林当然不是在说实证法意义上的公法，而是作为政治法理学的公法。在该书中文版序言中，马丁·洛克林强调：“公法只有从政治法理学的角度才能获得充分的阐释和理解。”<sup>3</sup>洛克林将作为政治法理学的公法传统追溯到博丹、格劳秀斯、霍布斯、洛克、斯宾诺莎、孟德斯鸠、卢梭、施米特、福柯以及一大串不为当代公法学熟知的名字。在他看来，这些作家一直在一种政治法理学的层面思考公法问题，这种范式迥异于美国宪法开创的法律主义传统。因此，洛克林的公法学不是创新性地提出一种新的公法理论，而是对一种遗失已久的公法传统的回归。

### 一、公法的诞生：主权开辟出的自主领域

公法是从什么时候产生的？作为一种现象、一种制度实践以及一种观念，公法起码在古罗马时期就存在了。作为一个现代意义上的法律部门、作为一个法学学科，1787年美国宪法或许可以作为起点。对于洛克林来说，这两种观点都无法令其满意。前一种观念忽视了现代公法与古代公法的根本性差异，也混淆了公法和公法学的区别。洛克林所理解的公法是作为一门学问的公法，而不是作为制度的公法。后一种观念则切断了马基雅维利以来的公法理论对于现代公法的奠基性意义。

究竟把界限定在哪里，是一个相当考究的问题。洛克林认为，“公法是伴随着现代国家的出现而形成的一块独立的知识领域。”<sup>4</sup>从16世纪中期到17世纪晚期，现代国家开始形成，公法也开始作为一个自主知识体系出现。在这一过程中，出现了两个对现代公法理念的形成具有决定性的变化：一是国家的世俗化，即政治秩序从宗教秩序的束缚中摆脱出来成为一个自主领域；二是国家的去家产化，即国家被视为一个独立的法人存在，而不是一家一姓之私产。<sup>5</sup>当国家从宗教秩序的摆脱出来之后，它要重新找到自己的正当性基础。去家产化意味着过去那套教育统治者如何维护自己统治的理论和技巧变得非常不适宜了。这个时候的国家需要一套全新的理论。正是在此大背景下，公法应运而生。不过，现代国家的出现是公法诞生的果，而不是公法诞生的因。公法的诞生最开始是一场观念的革新。洛克林将这场思想革命归纳为三个方面：

#### （一）法学研究方法的转向：从注释法学到历史和比较方法

11世纪晚期，西欧迎来了罗马法复兴。注释法学派通过严密的文本解释方法，试图将《民法大全》作为普通适用的规则运用于所有国家。但在14世纪，后注释法学派对注释法学派的方法进行了革新。注释法学派推崇文本至上，任何事实都必须以和法律字面解释相一致的方式解读，当法律与事实发生冲突时，要求事实将就法律。而后注释法学派则认为，应该是法律根据事实进行解释，而不是相反。这次法律解释方法争论与后来美国的（文本）原旨主义解释与活的宪法之争近似。

16世纪，人文主义者对注释法学派所坚持的文本和解释方法予以彻底的否定。他们运用文献学和历史主义的批判理论质疑《民法大全》的权威性，“指出查士丁尼在制定法典时根本就没有考虑法典的综合完整性的

<sup>1</sup> See Martin Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2003, p.134.

<sup>2</sup> 2017年，洛克林又出版了一部《政治法理学》专著。See Martin Loughlin, *Political Jurisprudence*, Oxford University Press, 2017.

<sup>3</sup> [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，中文版序，第1页。

<sup>4</sup> [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第23页。

<sup>5</sup> 参见[英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第71页。



问题，只是做了一种零碎的拼凑工作，而那些用来注释它以增强其权威的方法是高度不可信赖的、经不起挑战的，他们忽视了很多重要的经典解释渊源。”<sup>1</sup>

法国的法学家根本不承认罗马法的权威，他们认为：“公法的原则不是来源于《查士丁尼法典》，而是来自对欧洲民族国家的法律和政治事件的历史性考察，科学法典的建构主要依赖运用比较的方法对政府构建秩序的经验进行分析。”<sup>2</sup>博丹对注释法学完全嗤之以鼻，在《易于认识历史的方法》一书中，博丹认为以注释《民法大全》的注释法学家没有任何学问而言，他们与其叫做法学家不如叫语法学家。后来的孟德斯鸠也不是从法律文本出发的，而是在历史和比较之中挖掘法的精神。这场法律民族主义（juridical nationalism）运动否定了罗马法的普适性，也否定了文本主义的方法，法学的任务在于运用历史主义方法去提炼本国的经验，再运用比较的方法建构本国的政治制度。

## （二）国家权力的转向：从立宪主义到绝对主义

洛克林认为，现代国家的诞生以主权为标志。主权是国家内部的最高权力和绝对权力，如果现代国家一开始就走在立宪主义的道路上，代表绝对权力的主权就无法产生，拥有自主性的现代国家和公法也无法产生。立宪主义（constitutionalism）强调法律对国家权力的控制，在现在看来立宪主义无疑更为正确。但在16-18世纪那个时候，立宪主义会被教会、封建主所利用，成为维护教会利益、地方利益和阶层利益的工具，成为阻碍现代国家形成的武器。

绝对主义（absolutism）不同于非理性的暴君统治，而是国王出于维护公共利益的需求行使一种不可限制的绝对权力。绝对主义斩断了世俗王国与上帝的联系，让“政治体获得了一种本体论上的独立性，它获得了为自己立法的能力。”<sup>3</sup>绝对主义为主权概念的诞生打下了基础。博丹在其《国家六书》（1576年法文写就，1586年大量修正）中提出，每一个独立的国家必然存在一个独立的、最高的权力中心，这个最高的权力中心享有最高的权威，享有所有的政府权力。这就是主权，最高、绝对、不可分割。

洛克林发现，博丹在《易于认识历史的方法》中还采用了立宪主义的方法，将国家等同于法律，将国家的治理等同于法律的运行。但在《国家六书》中，博丹与立宪主义决裂。洛克林认为是1572年圣巴托洛缪日惨案影响了博丹的立场。在那场一度威胁到法国统一的动乱中，国王因为支持暗杀胡格诺派的领导层而被视为暴君，胡格诺派作家提出了一套革命政治理论，主张人民享有抵御暴君权威的权利。博丹的这一写作背景与霍布斯非常相似，他必须选择站队，是支持可能引发内战的革命理论，还是为实施了暴君行为的国王辩护。因此，博丹在其《国家六书》提到：“国家这艘大船，遭遇了猛烈风暴的冲击，正处于即将沉没的迫在眉睫的危险之中。”<sup>4</sup>博丹一方面否定了马基雅维利主义者，认为通过暗杀等不正义的手段来巩固权力具有毁灭国王和国家。另一方面，博丹也反对诱导臣民反抗国王的理论，他认为这将导致比暴政还糟糕的无政府主义。在排除了这两种极端立场之后，博丹提出了他的主权理论，并主张国王是主权的享有者。

## （三）“法”的重新发现：从实证法到自然法

如果绝对权力不用遵守人定法，那么怎样防止或者说怎样判断主权者没有堕落于暴君。博丹的主权只是不受法律的限制，而不是不受任何限制。对主权的限制主要来自两个方面：一是根本法，根本法建构并保存了主权者的基本权力架构；二是自然法，自然法明确了主权者对待其臣民的基本方式。主权不能超出根本法界定的权力结构，也不能违背自然法专横地统治臣民。格劳秀斯、霍布斯、普芬道夫的自然法理论试图建构主权的运行法则，弥合博丹的主权权威与自然法的紧张关系。

自然法理论对于公法的意义在于，他将人民、国家和政府的关系以一种理论模型的方式展开，在政府和

<sup>1</sup> [英] 马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第74-75页。

<sup>2</sup> [英] 马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第75-76页。

<sup>3</sup> [英] 马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第90页。

<sup>4</sup> [英] 马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第93页。

实证法之上开辟出另一个公共领域。人民不是一步从自然状态跳进政府的统治之下的，人也不是一生下来就要服从实证法的统治的。在这之前，存在一个前政府的联合状态，存在着一种超越实证法的法。自然法中的社会契约理论完整地揭示了逻辑。无论是洛克、卢梭、普芬道夫都将人的初始状态称为自然状态，支配自然状态的法就是自然法。人们通过签订一个基于全体一致同意的社会契约走出自然状态，这个社会契约将人带入的就是政治社会，或者说国家。这个社会契约原则上是不能撕毁的，个体或许可以退出，但国家永远不死。国家主要受政治法的支配，这个政治法承接了自然法和实证法。在进入国家之后，人民又要签订另一个社会契约，这个社会契约就是实证法意义上的宪法以及由宪法产生的其他法律。至此，我们可以完整地看到公法包括但并不限于实证法。

## 二、公法的性质：公共领域的政治法

### （一）政治法科学与政治法理学

如果把国家比喻为一栋建筑，那么建造这栋建筑必然需要一套建筑学的知识，这套国家建筑学就是公法。洛克林认为，主权为国家开辟出的自主空间，让国家建构能够遵循自己的规律和方法，而不再听命于神学或形而上学。但是，洛克林不相信存在一套普遍意义上的正义秩序，也放弃寻找一套普遍适用的国家建构方法。简言之，洛克林退回到相对主义的立场，他认为公法是一种关于实践的学问，而实践不同于规范，规范是绝对理性的、理想化的、普遍的，实践则是一种具体情境中的活动，受制于各种主客观因素。“实践的知识只能通过推理间接获得，而这个推理主要通过类比推理或者模仿性的、典型性的步骤引导来完成。”<sup>1</sup>

实践，与休谟的习俗（custom），维特根斯坦的生活方式（forms of life），海德格尔的此在（dasein），伽达默尔的传统（tradition），波兰尼的隐性知识（tacit knowledge），库恩的范式（paradigms），布迪厄的习性（habitus），格尔茨的文化模版（cultural templates）等概念类似，它们表达了一个共同的意思：公法理论不是纯粹抽象的思辨游戏，而是针对特定问题给出的解决方案的学问，在此意义上不存在超越地域和历史的最优解。能够解决现实问题的理论才是最科学的，超脱于时代、超脱于特定历史情景的理论或许在若干年之后被证明是“先进的”，但若将其运用于一个不具备实施该先进理论的情境中，只会酿成人间悲剧。公法忌讳追求一种逻辑上完满的普适真理，各国的历史实践一而再再而三地证实了这一点。伟大的理论有很多种，有的伟大是预示了未来的发展潮流，指明了人类社会发展演进的方向，有的伟大是针对此时此刻最迫切的危机提供渡过难关的方法。洛克林略带悲观地表明了自己的立场：

“尽管西方的宪法思想发展有一个逻辑自洽、相对统一的轨迹，但是特定国家的实践经验还是各自不同的。尽管具有某种家族相似性，但是每一个政权还是表达了对法律和政治法更为深刻和更为特殊的文化理解，揭示了公法作为本土知识的更为严密的结果。简而言之，理论和实践之间的关系是非常复杂的，因此，想要围绕现代公法的出现提供一些一般性的思考，注定只能是片面的和临时的。”<sup>2</sup>

如果国家建构仅仅是一种“地方性知识”，那么公法如何可能呢？洛克林反对作纯粹抽象思辨的哲学家，也不愿意彻底否认事务的普遍性特质。政治实践总是在某些确定的框架中展开，也许我们无法找到最优的政体，但肯定能识别出一些特定的制度无法为国家的存续提供必要条件。他延续了斯宾诺莎的立场：“人类的生存条件是具有某种相似性的。因此必须遵守一些一般法（general law），才能确保人类的生存的有序。”故而，“公法可以以一种相对统一的形式呈现。”<sup>3</sup>

洛克林试图在政治制度的普遍性和特殊性之间寻求一种微妙的平衡。对于那种试图寻找人类最优政体的学问，他称之为政治法科学（the science of political right），卢梭、康德、黑格尔的政治哲学就被他

<sup>1</sup> [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第322页。

<sup>2</sup> [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第231页。

<sup>3</sup> [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第133页。



归入此类。洛克林认为，政治法科学是一场没有终点的旅程，因为“试图识别和阐述唯一的、具有权威性的正义秩序的观念几乎是不可能的”。<sup>1</sup>而那种探寻人类政体核心要素，并将其运用于具体情境中的学问，则被洛克林定义为政治法理学（political jurisprudence）。洛克林认为，“公法不应该被视为政治法科学的直接表述，而应该被视为一种政治法理学的实践或者练习。”<sup>2</sup>当然，后一种理论并不仅仅提供权宜之计，虽然政治法理学不直接提供成品，但它提供基本的概念工具和理论框架，就好像各种电子元件能够根据需要组装出各种类型的电器。

## （二）公共领域与政治法

作为政治法理学的公法和作为政治法科学的公法的研究对象是一致的，都是如何调和个体自主和公共权力的关系。只不过，政治法科学试图寻找唯一正解，而政治法理学认为没有唯一正确，只有在具体实践中寻找答案。作为政治法理学公法也不同于作为实证法的公法，后者研究的是一种实证法秩序下的合法性问题。如果把国家比喻为一艘大船，那么作为政治法科学的公法和作为政治法理学的公法都是造船术，而实证法意义上的公法是驾船术。大船在航线过程中可能会碰到各种危机，可能面临船体的损害，因此会一直需要造船术。

洛克林用了一个更为抽象的概念来描述公法的研究领域——公共领域（public sphere）。公共领域作为一个自主领域，核心的问题是处理个体自主和公共权力之间的关系。洛克林沿用了奥克肖特的说法，个体自主和公共权力源自于人性深处的两种需求，一方面，个人希望有充分的自由，另一方面人又期待归属于某个共同体从而获得一种安全感。<sup>3</sup>公法所要处理的问题就是通过合理的权力结构实现权力与自由的协调。而所有需要通过合理的权力结构实现权力与自由协调的领域就是公共领域。公共领域是对国家概念的替代，“公共领域也就是主权概念的同义词，是对政治领域自主性的陈述，是对国家作为一个自主的提供可理解性的体系的呈现。”<sup>4</sup>洛克林的这句话带有浓厚的黑格尔的语言风格，他实际上是想用公共领域这个概念去涵盖他后面所区分的国家和政府。

公共领域是主权开辟出来的自主性空间，在这个空间里，主权要做的就是用政治权力去建立国家和政府。毫无疑问，这是一种实证法产生之前的状态，这个时候还没有实证法，实证法是政治权力制定出来的，而不是支配政治权力的规则。正是在这个意义上，主权不受实证法的约束。但政治权力也不是任意的、毫无凭借的，政治权力遵循自己的法，这就是政治法（political right）。

政治法是洛克林公法理论中最为核心的概念。如前所述，洛克林区分了国家和政府，政治法就是国家的宪法，而以实证法形式出现的宪法是政府的宪法。在思想史上，博丹、霍布斯、斯宾诺莎、孟德斯鸠、卢梭、西耶斯、施米特都用不同的话语阐述出了政治法的概念。如博丹区分了构成性规则（constitutive rules）和规范性规则（regulative rules），前者确立国家权力结构的基本形态，后者规范国家权力的运行状况。卢梭的《社会契约论》，副标题是政治法原理（Principes du droit Politique）。卢梭归纳了共和国的四种法，第一种就是政治法，又称根本法；然后是，民法、刑法和习惯（卢梭称之为真正的宪法）。施米特的绝对宪法和相对宪法的二分更为明显，前者才是国家的根本政治决断，后者应当确认而不是改变前者。

政治法是国家的宪法，国家的宪法是古代意义上的根本法。洛克林就这样把政治法与欧洲中世纪以来的根本法传统接续上了。根本法比现代宪法更为古老，它是指一个国家存续已久、不容违背的法律原则和规则，而宪法特指符合近现代立宪主义精神的根本法。在霍布斯看来，根本法是国家的组织原则，“根本法就是取

<sup>1</sup> [英] 马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社 2023 年版，第 233 页。

<sup>2</sup> [英] 马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社 2023 年版，第 232 页。

<sup>3</sup> 参见[英] 马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社 2023 年版，第 239 页。

<sup>4</sup> [英] 马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社 2023 年版，第 334 页。

消了之后，国家将会坍塌并最终解体，就像地基被毁坏的房屋一样。”<sup>1</sup>在现代宪法产生之前，根本法一直以一种不成文的形式存在，根本法不是人为制定的，也不需要成文化，更不能被成文法改变。“因为它们本身就是法律，是最高的和最根本的法律（for they themselves are laws, yea the most supreme and fundamental law, giving law to the laws themselves）”。<sup>2</sup>最根本的法不是出于“意志”或“决断”，而是在长期历史实践中沉淀下来的。根本法是不能轻易变动的，不是可以任意创新的。<sup>3</sup>制宪者和修宪者也要受根本法的约束。根本法的“根本”一方面是古老、不变，另一方面是正当、符合理性。然而，以美国宪法为代表的成文宪法产生之后，宪法被定义为根本法并逐渐垄断了根本法。洛克林所要做的就是重新找回这个领域，重新发现国家的宪法（根本法），指出实证法意义上的宪法（根本法）并不是平地起高楼，而必须在已有的观念、制度和文化习性构筑的国家宪法的基础上进行组建政府。公法学家就是国家这栋建筑或者说这艘大船的设计师和维修工。当国家安稳的时候，公法和公法学家就显现不出它的重要性，人们甚至忽视它们的存在，但一旦面临重大危机，国家就会需要这门学问。

### （三）统治权与治理权

政治法处理的是权力与自由的关系。这里的权力和自由均不是实证法意义上法律权力（legal power）和法定权利（legal rights），而是公共领域中的权力和自由。权力与自由的关系就像是太极图上的阴阳鱼，两者相互竞争、相互建构。相比较于自由，权力具有更为显性的特征，公法体系的建构主要是围绕权力展开的。

洛克林对权力的分析，大量借用了斯宾诺莎的两种权力概念：统治权（potestas）与治理权（potentia）。在罗马法上，统治权是指一种正当合法的支配权，意在表明在法律上有权做某事，治理权则是指事实上能够做到某事。前者代表一种可能性，后者表明一种现实性。<sup>4</sup>用民法的话来说，统治权指向的是行为资格，治理权则是指行为能力。洛克林还引用了迈克尔·曼的权力二分法——专制性权力（despotic power）和基础性权力（infrastructural power）。在迈克尔·曼看来，“现代民主国家在专制的意义上是弱小的，但是在基础建制的意义上是空前强大的。”<sup>5</sup>古代国王的专制性权力看似无比大，但由于能力的限制，其实际享有的权力相当有限。现代国家用分权、法治等原则对专制性权力的限制本身能够使国家权力更好地良性运行，从而增加了国家权力的权威性，客观上整体性地强化了国家权力。<sup>6</sup>

洛克林旨在说明权力并不等同于支配或强制，权力也不仅用来限制权利，它也可以用来促进权利的实现。在斯宾诺莎的基础上，洛克林把权力关系分为两种：一是主体向度的生产性关系（power to）；二是客体向度的支配性关系（power over）。<sup>7</sup>不过，洛克林并没有将其之后的分析建立在他的权力类型学上，而是继续沿用统治权和治理权的二分。

统治权和治理权的二分大致对应了法律权力与政治权力。政治权力并不从法律权力中产生，“政治权力是人类创造这个世界、建构这个世界能力的产物，只有人们为了共同行动的目标结合起来的时候才会出现，无论基于什么样的原因，一旦人们相互分离、抛弃彼此，这种权力就会彻底消失。”<sup>8</sup>换言之，政治权力源自于人的联合，只要存在联合就存在政治权力。法律权力则属于人联合之后以法律形式创设的权力。按照传

<sup>1</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan*, edited with an Introduction and notes by J. C. A. Gaskin, Oxford University Press, 1998, p.191.

<sup>2</sup> See D. J. Galligan, *The Levellers, the People, and the Constitution*, in D. J. Galligan eds., *Constitutions and the Classics Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham*, Oxford University Press, 2014, p.100.

<sup>3</sup> 法国大革命期间的君主主义者约瑟夫·德·迈斯特也认为：“最重要的，本质上最具有宪制性质的或者真正根本性的东西不是写下来的”。See Joseph de Maistre, *The Generative Principles of Political Constitutions*, selected, translated and introduced by Jack Lively, The Macmillan Company, 1965, p.151.

<sup>4</sup> 参见孟强：《斯宾诺莎的“力量”》，《世界哲学》2021年第5期，第75-80页。

<sup>5</sup> See Michael Mann, *The Autonomous Power of the State: Its Origins, Mechanisms and Results*, p.190.

<sup>6</sup> 参见[英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第244页。

<sup>7</sup> 参见[英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第248页。

<sup>8</sup> [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第249页。



统的分权学说，法律权力可以进一步类型化为立法权、行政权和司法权。

相比于统治权，洛克林更看重治理权这种基础性权力。他还用福柯的治理术来指代这种权力。现代国家的很多行为在统治权的分析框架内无法被界定和归类，只有从治理权的角度才能理解这些国家活动的意义。比如，政府所做的人口统计、城市规划、基础设施建设、医疗和卫生事业，这些领域更多地是运用政策而不是法律。在这些事项上，考验国家的也并非法律意义上的统治权的大小，而是治理能力。也正是借助治理权的概念，作为政治法理学的公法不仅仅是研究实证法秩序建立之前的国家建构领域，它还将自己的疆域笼罩在实证法秩序建立之后的政府治理领域。

### 三、公法的领域：国家、宪法与政府

如果仅仅是倡导一种公法传统，《公法的基础》一书完全可以在第六章“政治法理学”之后就结束，但洛克林认为，由于公法的“实践特性”，公法具有无法调和的模糊性和分歧性。“比如，国家、主权、统治者地位、法律、政治、民主等基于不同的语境和语法，被赋予了不同的内涵。鉴于此，为了更好地把握公法的基础，我们必须考察这些术语在公法话语中是如何被使用的，并试图解释它们是如何恰当地被安置到相对连贯和同意的概念方案之中的。”<sup>1</sup>为了恰当地安置这些概念，洛克林花了九章的篇幅来论述国家、宪法与政府。

#### （一）国家的公法意义

国内政治宪法学者将制宪权作为政治学与宪法学的知识界碑。<sup>2</sup>洛克林显然更进一步，将其政治法理学的边界挪到了主权。制宪权是主权的权能之一，人民行使主权的方式还包括革命、公投等方式。如果将制宪权作为公法知识界碑，那么就无法回答谁是人民的问题。因为，人民在行使制宪权之前必然以某种联合的形式存在，这种联合的形式划定了我们人民（we the people）的范围，并在事实层面塑造出人民的意志。这就是社会契约论所讲的第一个原初性社会契约，人们走出自然状态进入公民社会的政治契约，而这个契约缔造的就是国家。

美国的建国立宪史最能体现这一逻辑过程。美国内战期间，南方反叛州认为，美国是根据1787年宪法成立的，1820年的密苏里妥协案及其他限制奴隶制扩张的做法违背了1787年宪法，南方的蓄奴州据此要求“解约”，即退出1787年美国宪法建立的美利坚合众国。但是，林肯拒绝把国家的建立与宪法的制定混为一谈。林肯将1776年《独立宣言》视为美国建国的原始契约，主权者“我们人民”在那一刻就已经形成，宣言中关于自由平等的政治承诺就是主权者的根本政治决断。在1861年3月4日的就职演说中，林肯将联邦追溯到1776年。在1863年1月1日的《解放黑人奴隶宣言》的最后一段，林肯的落款是：“美利坚合众国建国八十七年”。1863年11月19日的《葛底斯堡演说》的开头同样是“八十七年前”。在他看来，邦联和联邦不过是国家内部的政权更迭，是对《独立宣言》所塑造的主权者及其政治理想的进一步实施。林肯认为美国人民1776年建立的这个政治共同体应当是永久性的、不可摧毁的。宪法可以重新制定，但国家不可摧毁。将公法的边界拉回到制宪权以内显然无法回答国家永恒、国家不容分裂这类问题。

德国公法学家耶利内克将领土、主权和人民视为国家的三要素。领土需要人民去占领，需要权力去拱卫，人民需要一种制度化的方式呈现其意志，因此主权才是国家诞生的标志。“事实上只有关于统治的制度安排得以建立之后，人民才可能真正以‘人民’的面貌出现”。<sup>3</sup>换言之，是主权让人民变成人民。不过，绝大多数国家缺少像美国革命这样明确的历史性时刻。很多时候，国家是什么时候产生的不仅是一个事实问题，而是一个认知问题。从事实层面讲，当一群人在一片相对固定的疆域内建立起一种统治关系的时候，国

1 [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第263页。

2 参见陈端洪：《制宪权与根本法》，中国法制出版社2010年版，第19页。

3 [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第271页。

家就产生了。如果还没有建立统治关系或者统治关系解体了，但在这片疆域内的人们有着明显的建立国家的意愿和能力时，国家依然存在。很少有一个缔结原始契约的历史性时刻，国家的形成肇始于国家观念的形成。但是国家的观念不可能脱离国家的具体组成部分存在，国家总需要一片土地、一群人民。因此，“国家应该是这样的一个组织形态：它是观念本身，同时也是观念的具体化。”<sup>1</sup>

国家是主权建立的政治秩序，任何一种政治秩序必然存在一定的组织规则，这个组织规则就是国家宪法（the constitution of the state）。国家宪法不同于和政府宪法（the constitution of the office of government），前者是第一个社会契约，是作为政治法的宪法，后者是第二个社会契约，是作为实证法的宪法。正是通过这种区分，洛克林将古代宪法与现代宪法套用到国家与政府的区分之上。

## （二）重新认识宪法

在西方政法传统中，宪（constitution）和宪法（constitutional law）并非一回事，宪法与根本法也不完全是一回事。在古代宪法的意义上，宪（constitution）与政治体的健康状况紧密相关。人们常常将国家比喻为一个有机体，宪法不仅指向了这个有机体的组织规则，还表达了政治体的良好状态，而根本法正是维持国家良好状态或者说维持良好宪法的关键要素。<sup>2</sup>博林布鲁克曾给宪法（constitution）下过一个定义：“（宪法）是法律、制度和习俗的结合物，从特定的永恒不变的理性原则中产生，指向服务于确定的公共善的特定目标，宪法是构建一般体制的基础，共同体成员是基于对这些一般体制的认同和同意而接受统治的。”<sup>3</sup>在后来英国的语境中，根本法有时候与宪法并用（fundamental law and constitution），有时候也说宪法中的根本法（fundamental laws in the English constitution），也有人直接称根本法为宪法（the people by the fundamental laws, that is by the constitution of the government of England）。1649年，查理一世在面对残缺议会（Rump Parliament）的审判时声称：“我拿起武器仅仅是为了捍卫这个王国的根本法（the fundamental laws），对付那些以为我的权力彻底颠覆了古老政体（ancient government）的人。”<sup>4</sup>1689年，下议院在废黜詹姆斯二世时，给他扣上了两项罪名：一是“企图破坏王国的宪法（the constitution），破坏国王与人民之间的原始契约”；二是“根据耶稣会士和其他恶人的建议，违反了根本法（the fundamental laws）”。<sup>5</sup>在这类重大事件中，根本法与宪法是相并列的事物。

古代宪法与根本法的区别在于：（1）性质不同。根本法指一条一条的法律规则，所以经常以复数形式出现，而宪法是指由成文和不成文规则构成的政府形式，换言之，宪（constitution）并不一直都是法（law）；<sup>6</sup>（2）效力不同。根本法从一开始就是作为高级法使用的，人们认为它具有高于制定法的效力，而宪法与其他法律并没有效力上的区别；（3）内容不同。根本法是从法律效力角度而言的那些普通法律不可变更的规则，尤其指向政府权力的边界和臣民的自由，而宪法则指向政治体制，包括涉及政治体制构成的法律和惯例及由此塑造的政体的“性格”（disposition）和“品质”（quality）<sup>7</sup>。如果不考虑法律效力问题，古代宪法与根本法的区分并不大，洛克林基本上将古代宪法和根本法混在一起使用。

1 [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第271页。

2 See D. J. Galligan, "The Levellers, the People, and the Constitution", p.129-130.

3 [英]博林布鲁克：《博林布鲁克政治著作选》，中国政法大学出版社2003年，第305页。

4 Geoffrey Robertson, *The Tyrannicide Brief: The Story of the Man Who Sent Charles I to the Scaffold*, Pantheon Books, 2005, p.168. 查理一世口中的古老政体（ancient government）指的就是英国宪法。据学者考证，原本宪法指的是一个构造良好的政府，后来人们逐渐用宪法（constitution）来作为 constitution of government 的简称。See Gerald Stourzh, "Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century", in Terence Ball and J. G. Pocock eds., *Conceptual Change and the Constitution*, Kansas: University Press of Kansas, 1988, p.42.

5 J. W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford University Press, 1961, p.1.

6 这也正是后来戴雪区分宪法（constitution）中的宪法性法律（the law of the constitution）和宪法惯例（the conventions of the constitution）的原因所在。See A. V. Dicey, *Introduction to the study of the law of the constitution*, The Macmillan Press, 1915, p.23. 在戴雪之前，约翰·奥斯丁指出，宪法是实在道德和实在法律的混合物。主权者不受任何法律的限制，对于主权者而言，宪法仅仅是实在道德，而不是法律。参见[英]约翰·奥斯丁：《法理学的范围》，刘星译，商务印书馆2021年版，第312页。

7 Gerald Stourzh, "Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century", in Terence Ball and J. G. Pocock eds., *Conceptual Change and the Constitution*, Kansas: University Press of Kansas, 1988, p.41.



现代宪法 (Constitution 或 constitutional law) 是实证法意义上的宪法和根本法。美国 1787 年宪法是世界上第一部成文宪法, 它是古代宪法和根本法实证化和法律化的标志。实际上, 殖民地时期, 北美各州早就开启古代宪法的成文化了。例如, 1639 年康涅狄格的《根本条例》(Fundamental Order), 1677 年的《西新泽西宪章或根本法》(Charter or Fundamental Laws of West New Jersey), 1683 年东新泽西的《根本法》(The Fundamental Laws), 都是直接以根本法命名的法律文件, 也是宪法成文化的源头。<sup>1</sup>一些殖民地的宪制性文件也有用“根本的宪法”(Fundamental Constitutions)命名。譬如, 1691 年, 洛克为卡罗莱纳起草了 120 条《根本的宪法》(Fundamental Constitutions of Carolina), 威廉·佩恩也为宾夕法尼亚起草了 24 条《根本的宪法》(Fundamental Constitutions)。<sup>2</sup>

法国大革命期间, 柏克站在古代宪法的立场对法国大革命进行了批评。柏克认为, 宪法是神圣的存在物, 不是简单的人造物。但是潘恩不同意柏克的观点, 他重新定义了宪法: 1. 宪法是实际存在的, 文件的形式而不是理念的形式; 2. 宪法先于政府, 政府是宪法的创造物; 3. 宪法包括政府得以建构、运行和制约的原则; 4. 宪法是根本法, 政府无权改变宪法, 只有人民才有制宪权。<sup>3</sup>这是最早的现代宪法的定义。在德国国家法学的传统中, 我们也可以看到这种古代宪法和现代宪法的区分。例如, 斯门德的宪与宪法,<sup>4</sup>施米特的绝对宪法和与相对宪法,<sup>5</sup>以及实质宪法与形式宪法的二分,<sup>6</sup>大致可以与国家宪法和政府宪法相对应。

挖掘现代成文宪法背后的宪法或根本法旨在说明, 成文宪法并没有建造出一个国家, 在人民制宪的时候, 国家已经在那里了, 而在成文宪法之前组织国家的那个国家宪法才是真正的根本法。成文宪法不过是对国家根本法的确认和表达, 这些真正的根本法也构成了成文宪法修改的边界。更为重要的是, 真正的根本法的存在及其效力并不依赖成文宪法, 它们存在于政治体的主权意志之中, 它们的效力源自于政治事实, 此即耶利内克所说的“事实的规范效力”(normative power of factual)。<sup>7</sup>

现代宪法即政府的宪法宣称自己是根本法, 并且用司法审查制度来保障其根本法地位。这个时候, 没有被写入宪法的就不是根本法, 而司法审查机关成为了根本法的守护者。洛克林指出这一进程不是一步到位的, 而是经历了三个阶段: 首先, 宪法被视为根本法, 其次, 司法机关认为自己是根本法的解释机关和实施机关, 最后, 司法机关主张自己是宪法的最高守护者。<sup>8</sup>这一进程在美国 1958 年的布朗案中达到顶点: “联邦法院在关于宪法的解释上具有最高的权威, 这一原则作为我国宪法体制的一个永久性和不可或缺的特征, 应该获得法院和整个国家的尊重。”<sup>9</sup>如戈登·伍德所言, 最终赋予美国宪法概念重要意义的, 不是宪法本身的根本性或者说它是人民的创造物, 而是取决普通法院的运用。<sup>10</sup>

然而, 洛克林认为, “在现代国家当中, 作为维系‘根本法’或者说‘国家宪法’内涵的公法概念不应该完全地消失, 除非有人认为, 法律主义可以完全取代政治, 我们完全不再需要‘政治’这样一种能够对

1 参见陈端洪:《宪法的法律性阐释及证立》,《清华法学》2016年第3期,第12页。

2 See Gerald Stourzh, *Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century*, in Terence Ball and J. G. Pocock eds., *Conceptual Change and the Constitution*, Kansas: University Press of Kansas, 1988, p.44.

3 参见[美]潘恩:《潘恩选集》,马青槐等译,商务印书馆2012年版,第251页以下。

4 该书德文名为 *Verfassung und Verfassungsrecht*, 即 *constitution and constitutional law*, 直译过来就是宪和宪法, 后者是前者的实在法化, 中译本将其译为宪法和实在宪法。参见[德]鲁道夫·斯门德:《宪法与实在宪法》,曾韬译,商务印书馆2019年版,译后记,第253页。

5 参见[德]卡尔·施米特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2016年版,第23页以下。

6 形式宪法与实质宪法是独立于成文宪法与不成文宪法、刚性宪法与柔性宪法之外的一种宪法分类方法。汉语法学界不少人认为,形式宪法与实质宪法是耶利内克首次提出了形式宪法和实质宪法的概念。参见吴庚、陈淳文:《宪法理论与政府体制》,三民书局2021年版,第2页。实际上,卡尔·冯·罗特克(Karl von Rotteck)才是这组概念的首创者,他在1840年就区分了形式意义上的宪法和实质意义上的宪法。See Dieter Grimm, *Types of Constitutions*, in Michel Rosenfeld & Andrés Sajó ed. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, p.106.

7 [英]马丁·洛克林:《公法的基础》,张晓燕译,复旦大学出版社2023年版,第271页。

8 参见[英]马丁·洛克林:《公法的基础》,张晓燕译,复旦大学出版社2023年版,第417页。

9 *Cooper v. Aaron*, 358 U.S.1, 18 (1958).

10 [美]戈登·S. 伍德:《美利坚共和国的缔造:1776-1787》,朱妍兰译,译林出版社2016年版,第272页。

相互冲突的正义理念进行斡旋协商的实践艺术。”<sup>1</sup>洛克林根本不相信司法机关能承担起维护宪法的任务。无论是宪法修改、宪法变迁还是单纯的宪法解释，从来不是单纯的司法技艺，而是让政府宪法与国家宪法保持一致的政治技艺。一项合格的宪法判决是对国家宪法的确认，而宪法判决一旦超越国家宪法的边界，就会像引发美国内战的“斯科特案”那样让国家陷入危机。

### （三）政府领域的公法

当成文宪法制定之后，先于政府的政治权力统统转化为了法律权力，但作为政治法的公法并没有因此完全消失。借助统治权和治理权的二元框架，洛克林开拓出实证法秩序下公法研究的政治法面向。如前所述，现代国家凭借主权得以获得自主性，但主权并不必然启动制宪权开启法治秩序。主权一开始依附在君主之上，实行绝对主义的君主专制统治。后来，法治的力量逐步变大，开始对君主的绝对权力予以限制。最后，法治与民主相结合，孕育出现代民主法治国家。至此，合法的统治必然是人民的统治，而人民无法直接统治，因此人民的统治通过代表制和制宪权转化为政府的依法治国。在这个法治化的过程中，国家的统治权类型化为宪法上的立法权、行政权和司法权等权力类型，并被要求在法治框架内运作。但治理权的范围和运作方式并没有被实证法框死，它以政府特权（即当代所说的紧急权力）和治安权（即当代所说的行政权）的形式继续存在。

#### 1. 从政府特权到紧急权力

政府特权（*prerogatives*）指的是政府出于维护公共利益的需要采取必要手段的权力。这种权力基本上按照政治法的逻辑运行，不在司法审查的范围之内。政府特权最初源自于国王的特权。在现代早期，国王的权力并没有全部被纳入到法秩序之内，其权力除了法定权力之外，还包括各种特权：（1）司法权；（2）决定生死的权力；（3）宣战和媾和的权力；（4）决定无主物归属的权力；（5）评估的权力；（6）铸币的权力。<sup>2</sup>这些国王的特权又被称为王权（*regal power*）或绝对权力（*absolute power*），区别于法定权力（*legal power*）和日常权力（*ordinary power*）。随着绝对君主制的式微，王权的范围也在不断缩小，最终退所至王室内部事务和公共领域出现重大危机的紧急状态领域。

洛克在《政府论》中设计了一种立法权至上的政府体制，但同时承认了行政特权的存在。洛克坦然承认，“有许多事情非法律所能规定，这些事情必须交由握有执行权的人自由裁量，由他根据公众福利和利益的要求来处理。其实，在某种场合，法律本身应该让位于执行权，或不如说让位于这一自然和政府的根本法，即应当尽可能地保护社会的一切成员。”<sup>3</sup>洛克关于特权的论述可以归入西方紧急权力（*emergency power*）的思想脉络之中。古罗共和国就创立了专政（*dictatorship*）制度用来应对重大危机。这一制度的核心要义在于：当危机来临时，罗马官员会暂时性地赋予一位才能非凡的公民以绝对权力，由他来拯救共和国。<sup>4</sup>这一危机治理传统在西方历史上产生了极其深远等影响。历史上，英国、美国、法国在面对重大危机时都会启动紧急权力来渡过难关。现代宪法中也有类似的紧急权力条款来确认紧急权力。

紧急权力的正当性基础在于必要性。必要性，简而言之，就是在某些情况下为了自我保存非如此不可。基于必要性，个体可以在特定情形下的紧急避险，国家基于自我保存的目的而对外发动战争或对内启用紧急权力。这种必要性无论是否被法律承认，它都可以在必要时被启动，宪法都不构成对必要性的限制。<sup>5</sup>事实上，宪法中列举的紧急权力是国家在危机时刻的权威典范，但并不是详尽无遗的，“即使宪法的目的是预先排除

1 [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第429-430页。

2 参见[英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第540页。

3 [英]洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1964年版，第102页。

4 参见[美]罗斯托：《宪法专政——现代民主国家中的危机政府》，孟涛译，华夏出版社2015年版，第29页。

5 Michael Stokes Paulsen, *The Constitution of Necessity*, *Notre Dame Law Review*, Volume 79, Issue 4, 2004, p.1257.

一种必然权力的行使，这种权力仍然会存在，因为必然性法则是无法控制的。”<sup>1</sup>

正如拉丁法谚“必要性无法可循”所揭示的那样，在危急时刻，紧急权力无法按照实证法的程序和方式运行，而只能遵循必要性是最高法这一条政治法。<sup>2</sup>例如，英国普通法传统中的戒严法（martial law）就是一种外在于法治的紧急权力。一旦宣布戒严，既有的法治约束全部失效。戒严法虽然带个“法”字，但它实际上不包含任何制定法，而是诉诸“至高无上的必要性法则”。<sup>3</sup>很多理论家坚持认为紧急权力根本不可能被法律驯服，当极端情形来临时，紧急权力可以直接横扫宪法，这就是所谓的“必要性不承认绝对的不可为。”<sup>4</sup>紧急权力的领域是一种法治的例外状态，这种例外状态“无法在法律层面得到理解的法律手段”和“无法拥有法律形式的法律形式”。<sup>5</sup>

紧急权力充满了恣意裁量的空间，可以不遵守法治所必需的分权、正当程序和权利保障等要求，这实际上是在法秩序内部制造出一个“黑洞”。在这个黑洞里面，“法制可以废除法治”。<sup>6</sup>对此，洛克林认为，在悬置实证法的紧急状态下，紧急权力的运作并非毫无规则可言。“实证法退却了，但是，政治法依旧存在。”<sup>7</sup>毫无疑问，这个领域属于公法的研究范围。洛克林虽然最后将作为政府特权的治理权落脚到紧急权力，但并非只有紧急权力属于政治法的范畴，军事权、外交权，很难纳入到立法权、行政权和司法权的分权框架之中。这类权力的运作表面上遵循的是实证法，但其实与披着实证法外衣的紧急权力一样，其实质性的部分遵循的是超越实证法的政治法。

## 2. 从治安权到行政权

政治法存在的场域不限于外在于法秩序的紧急权力，还包括不断扩张和变异的治安权（police power）。这个治安权不同于我们现在熟知的警察权，现代意义上的警察权主要是指出于维护公共秩序而采取的强制权，<sup>8</sup>而洛克林所说的治安权是指国家为了增进公共福利采取的一系列指导、规训、监管和控制的权力。洛克林认为，我们经历了三次塑造公法的革命：一是促成国家形成的技术（特别是军事层面）革命，二是塑造了成文宪法的资产阶级革命，三是发生在政府内部以建立良好秩序共和国的规训革命（the disciplinary revolution）。<sup>9</sup>前两场革命——建国和立宪，无疑都属于对政治法的发掘和运用，而后一场发生在政府内部的革命同样离不开政治法。

规训革命是美国历史社会学家菲利普·S·戈斯基的观点。<sup>10</sup>在传统自由主义的叙事中，国家的目的在于保障个体自由，现代国家的形成是一个不断排除国家权力干预的法治化过程。但实际上，现代国家最初的目标不是让个人自由，而是让国家强大。所谓规训革命，是指国家在尽可能减少胁迫和强制的情况下，通过各种治理术的运用，塑造更多服从和勤勉的好公民。戈斯基认为，规训革命从17世纪就开始了，并且规训革命一开始并不是自上而下的政府规训，而是自下而上的宗教规训和社会规训。因为君主权力理论上是绝对的、无限的，但君主实际上能直接支配的范围和层级有限。现代国家的建构不仅仅是在法理上强化主权者的专制性权力，也要在实践层面强化政府的基础性权力，以应对内部的动乱和外部的国家竞争。学校、医院、济贫所、法院等制度和设施，都是为了强化国家能力的治理手段。

1 John Fabian Witt, A Lost Theory of American Emergency Constitutionalism, *Law and History Review* Vol. 36, No. 3, August 2018, p.582-583.

2 参见[意]吉奥乔·阿甘本：《例外状态》，薛熙平译，西北大学出版社2015年版，第33页。

3 Edward S. Corwin, *Martial Law, Yesterday and Today*, *Political Science Quarterly*, Vol. 47, No. 1 (Mar., 1932), p.97.

4 John Fabian Witt, A Lost Theory of American Emergency Constitutionalism, *Law and History Review* Vol. 36, No. 3, August 2018, p.584.

5 [意]吉奥乔·阿甘本：《例外状态》，薛熙平译，西北大学出版社2015年版，第4页。

6 David Dyzenhaus, *The Constitution of Law Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006, p.200.

7 [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第572页。

8 参见苏宇：《警察权属性的考辨与反思》，《公安学研究》2021年第2期，第1-17页。

9 参见[英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第581页。

10 参见菲利普·S·戈斯基：《规训革命：加尔文主义与近代早期欧洲国家的兴起》，李钧鹏、李腾译，北京师范大学出版社2021年版。



德国官房学派（Camerarism）即是这场规训革命中代表。<sup>1</sup>他们的着眼点不是法治或合法性，而是政府如何变得强大到足以抵御外敌和有维持国内秩序效。对于官方学派而言，国家就像是一家企业，作为这家企业的管理者，政府的任务就是把国家做大做强。国家福利是最高的法律，因此国家治理就是通过各种行政管理手段增进国家的人口、财富和管理效能。官方学派最初是想发展一种有关公共行政的科学，但其最终促成了涵盖法律、政治、统计和历史等诸多学科的国家科学（the science of the state）。<sup>2</sup>这种国家科学的核心是治安权，因此这种国家科学又被称为治安学。

治安学与法学不同，前者是处理正义秩序的科学（a science of right-ordering），后者是处理一个国家现行法律的法律科学（the science of law）。<sup>3</sup>治安权，“只带的就是为了推动和平、秩序和好政府的目标，赋予统治者包罗万象的监管权力。这些治安权构成了统治者特权的一部分，在官方学者看来，这是一种非司法化的监管，一种不依赖法律得以建构的秩序。”<sup>4</sup>直白点说，治安权的目标是促进国家的繁荣，而不仅限于维持公共秩序。

在19世纪，德国的治安权范围非常之大。德国学者将其归为两类：一类是保护社会利益的权利，包括“确保不受犯罪侵犯的和平与安全权（涉及暴乱、流浪和移民问题），确保公共安全和健康权（涉及危险物质、危险活动和劳动工作条件，以及出生、死亡和婚姻的监管问题），确保公共秩序和舒适权（涉及对商业、公路、建筑和控制），引导公共道德的权力（如对赌博、酗酒、淫秽、卖淫和虐待动物的限制）。以及附属权力（包括对有关精神问题、教育问题和贫困问题的监管）”；另一类是保护经济利益的权力，“包括防止欺诈的权力（涉及度量衡、食品安全和贸易标准），保护债务人的权力（涉及高利贷问题的处理和破产安排），劳动保护权（涉及就业条件、工资监管和工会认证），以及公司控制权（涉及公司注册程序、反垄断、定价和垄断实践等）”。<sup>5</sup>这个治安权几乎无所不入的时代被称为治安国家（Poliziestaat，国内一般译作警察国家）。在很长一段时间里，治安权一直游荡在法律的控制之外。

到了19世纪后半叶，为了控制治安权，法治国家（Rechtsstaat）作为治安国家的替代概念被提了出来。法治国家“与警察国的区别在于，法治国的所有作用‘都是以法律的形式决定的’”。<sup>6</sup>至此，行政法应运而生，但行政法仍然面临着以控权为导向的法治模式和以公共利益为导向的治理模式之间的紧张关系。现行政法试图尽可能地压制行政权，将其降格为从属性的执行法律的权力。但在现代行政国家背景之下，行政权继承了治安权的任务，由于政府职能的扩张、立法的滞后和人们对政府的期望不断提高，行政权成为了各类公共利益的维护者。在这种背景下的行政权拥有极强的自主性，在一定程度上成为一种为公共利益自行其是的权力。为了实现政府治理的目标，“行政权的行使需要有对实质性物质资源进行控制，从而确保教育、规训和监管目标的实现。”<sup>7</sup>因此，效能而不是形式合法性成为现代行政国家的首要考量目标。

政府职能的扩张和行政专业化程度不断提高，传统的以代议机关为决策中心、以司法审查为监督手段的分权体制难以满足治理的现实需要。继续沿着分权制衡和形式法治的道路走下去，只会招致国家治理的失败。因此，议会的立法对行政权的约束越来越宽松，行政立法变得越来越常见，司法审查的标准也不断退让，扩张的行政权已然打破了原先的权力平衡。与其恪守分权制衡确立的限权框架，不如将三种权力组合起来作为实现政府治理的手段。英国和美国设立各类委员会即代表了一种新的公法架构。这类委员会以特定的治理

1 官房学派（Camerarism）产生于17—18世纪的德国。当时有一批学者被国王选为财政顾问，作为国王的“智囊团”参加国家财政金融事务的讨论。这些学者被称为官房学者，其学派被称为“官房学派”。参见李克强：《西方财政思想史分析》，中国经济出版社2022年版，第105页。

2 参见[英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第601页。

3 参见[英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第611页。

4 [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第602页。

5 [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第607页。

6 [德]奥托·迈耶：《德国行政法》，刘飞译，商务印书馆2013年版，第61页。

7 [英]马丁·洛克林：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社2023年版，第616页。

任务为目标，集立法权、行政权和司法权于一身，俨然成为立法、行政和司法之外的第四部门。现代社会的行政权越来越接近原初意义上的治理权，站在实证法的角度根本无法解决深层次的治理问题。

### 结 语

《公法的基础》一书采用的是一种思想史的写作方式，书中的概念术语和理论框架在如今的公法研究中已经很少看到。透过洛克林的旁征博引，我们可以看到一个不同于实证法的公法传统。这个公法传统比当前主流的实证法传统出现得更早，它为国家的建立和成文宪法的制定提供了理论和方法。在这个传统中，实证法不过是对政治法的临摹，比形式合法性更重要的是公共目标的实现。在实证法体系中占据根本法地位的成文宪法，实际上是对国家宪法的确认和保障。在成文宪法制定之后，这种公法传统并没有丧失生命力。现代国家的紧急权力领域和不断膨胀的行政权，需要回到这一公法传统的理论框架中去。洛克林在这本书中展示的理论抱负和观点值得我们认真对待。中国现已将国家治理体系和治理能力现代化作为未来发展的主要任务，这十分契合洛克林所强调的这种以效能为价值导向的公法传统。在当下中国的实践中，我们也时常可以看到法治逻辑和治理逻辑之间的紧张关系，而洛克林的学说无疑为我们超越自由主义法治模式打开了一个理论视角。

#### 附：马丁·洛克林著作目录

1. *Public Law and Political Theory* , Clarendon Press, 1992;  
中译本：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书馆 2013 年版。
2. *Legality and Locality. The Role of Law in Central-Local Government Relations* , Clarendon Press, 1996。
3. *Sword and Scales: An Examination of the Relationship between Law and Politics* , Hart, 2000。  
中译本：《剑与天平——法律与政治关系的省察》，高秦伟译，北京大学出版社 2011 年版。
4. *The Idea of Public Law* , Oxford University Press, 2003。
5. *The Paradox of Constitutionalism* , Oxford University Press, 2007(ed. with Neil Walker)。
6. *The Twilight of Constitutionalism?* , Oxford University Press, 2010 (ed. with Petra Dobner)。
7. *Foundations of Public Law* , Oxford University Press, 2010。  
中译本：《公法的基础》，张晓燕译，复旦大学出版社 2023 年版。
8. *The British Constitution: A Very Short Introduction* , Oxford University Press, 2013;  
2<sup>nd</sup>, 2023。
9. *Political Jurisprudence* , Oxford University Press, 2017。
10. *Cambridge Companion to the Rule of Law* , Cambridge University Press, 2021 (ed. with Jens Meierhenrich)。
11. *Against Constitutionalism* , Harvard University Press, 2022。

# 对接 CPTPP 数字贸易规则的中国跨境数据流动政策法律检索报告<sup>1</sup>

余纪萱<sup>2</sup>

指导老师：魏立舟 何灵巧

## 第一部分 引言

当今世界全球化和数字化的步伐仍在进一步加快，数据已经成为了贸易中不可或缺的一部分，数据对于各个国家来说就是国家实力较量的重要武器，企业或者国家可以通过数据来分析其他公司或者国家的人员结构，国民的消费偏好，当地的经济水平等私密或者机密信息，并且有针对性地做出应对措施。正因数据的跨境传输造成的一些个人隐私以及国家机密的外漏，社会公众已经开始担心个人、企业和国家的数据安全问题。FTA 等纷纷出台的数字经济规则，对数据跨境流动进行了符合自身利益的规制，由于 2021 年 9 月 16 日，中国正式申请加入 CPTPP，商务部新闻发言人高峰表示，中方已经就 CPTPP 协定内容进行了充分、全面和深入的研究评估。

CPTPP 新架构基本保留了原 TPP 的内容，其在市场准入、贸易便利化、电子商务和服务贸易等方面均无任何差异。跨境数据流动是数字贸易的前提，因此跨境数据流动政策深刻影响全球数字贸易与数字经济。CPTPP 的跨境数据流动规则已然成为新一



图片来源于网络

代的数字贸易范本，会影响到中国在全球的双边或多边贸易，因此需要比较中国的数据流动规则是否符合 CPTPP 数字贸易规则下跨境数据流动的规则以及中国如何通过自身的努力去适应 CPTPP 规则以及全球的数据跨境流动。

由于 CPTPP 是众多经贸协定中的一个，并且其前身是美国主导的 TPP，CPTPP 并没有相关援引的司法判例，因此，需要从跨境数据流动的角度去检索欧美这些主要国家和地区的跨境数据流动政策及趋势，进而反观 CPTPP 对待跨境数据流动的态度，预测未来趋势。本篇数据检索报告的思路就是从中国的法律法规、案例以及相关文献出发，探究中国对数据跨境流动的态度，对比国外相应数据处理的规则以及实践，可以发现中国与国外在数据立法以及判例方面的异同，找到冲突点，在了解到世界主要国家地区的跨境数据流动政策以及这些国家地区如何协调与贸易协定的数据跨境流动的关系的基础上，最终落脚到中国如何借鉴这些不同的经验来修改国内的法律法规来缩小差距以更好地对接 CPTPP 数字贸易规则下的跨境数据流动政策，更快地推动中国加入 CPTPP。

<sup>1</sup> 本文为原检索报告缩减版。

<sup>2</sup> 浙江大学光华法学院 2021 级法律硕士（非法学）。



## 第二部分 检索方法综述

### 一、检索路径

首先对检索关键词进行提取和概括，在“北大法宝”平台检索出相关法条，梳理出相关的法律条文，同时借助“北大法宝”的案例数据库和中国裁判文书网结合关键词检索相关案例，并筛选出关联度最高的案例。同时，通过“中国知网”、CALIS、CASHI、月旦知识库等文献数据库阅读相关著作、论文进行观点补充以梳理学者态度。国外法律法规及文献部分通过 Westlaw、Heinonline、Lexis Advance、Google 学术等数据库以相同的思路进行比较法检索。

### 二、数据库

#### （一）中文数据库（Chinese Databases）

北大法宝、知网、月旦知识库、独秀、CALIS、CASHI。

#### （二）外文数据库（Foreign Databases）

Westlaw、Heinonline、Lexis Advance、Google 学术。

### 三、关键词

数字/数据（data/digital）、网络（internet）、个人信息（personal information/data/digital）、全面与进步跨太平洋伙伴关系协定（CPTPP）、跨太平洋伙伴关系协定（TPP）、数据跨境流动（data transfer/data transmission/cross-border data transmission/cross-border digital transfer/cross-border digital transmission）。

## 第三部分 中文法律文献

### 一、一次资源（Primary Sources）

#### （一）法律及其他规范性文件（Statutes and Regulations）

《中华人民共和国数据安全法》第 31 条；

《中华人民共和国网络安全法》第 37 条；

《中华人民共和国个人信息保护法》第三章；

《数据出境安全评估办法》第 3、4、5、6、8、9、12、14、17、20 条；

《网络安全审查办法》第 10 条；

《互联网个人信息安全保护指南》第 5.3.1、6.2 条。

#### （二）相关案例（Cases）

【检索路径】在北大法宝司法案例中全文检索关键词“个人信息保护法”或“数据安全法”或“网络安全法”，选择“典型案例”，从中筛选相关度较高的案例并分类。

【检索结果】从检索到的案例中筛选出 5 则相关度较高的案例。根据检索内容可以将这五个案例大致分为两类：第一类（前三个案例）为用户和网络平台企业之间的纠纷；第二类（后两个案例）为网络平台企业之间的纠纷。

#### 1. 用户和网络平台企业之间的纠纷

##### （1）王某某与腾讯公司个人信息保护纠纷案。

在案件中，在原告王某某没有同意的情况下，被告微视 APP 仍然显示其微信好友浏览信息。法院二审认为，划入隐私的个人信息重在其“不愿为他人知晓”的“私密性”，王某某的“微信好友关系”以及真实的“地区、性别”等信息已在微信中相同范围公布，对前述信息不具有隐私期待，故它们不属于隐私，但属

于受法律保护的个人信。微视强制获取用户地区、性别信息违反了必要性原则，未经授权继续使用原告微信好友关系违反正当性原则。

### **(2) 蔡某某诉上海某电子商务有限公司网络购物合同纠纷案——电子商务平台经营者处理个人信息合法性基础的认定。**

被告上海某电子商务有限公司运营的 B2C 电商平台 1 号店在《服务协议及隐私声明》规定每位用户仅限使用一个 1 号店账户，告蔡某某同意该条款后注册成功，通过多个与 1 号店关联的账户、设备、IP 地址下单购买商品，订单收货人、联系电话、送货地址大多指向原告本人，再次下单时其订单被系统判定为“异常订单或经销商订单”，遂被系统取消并隐藏。法院认为，被告收集、处理客户账户、设备地址、联系电话、送货地址等信息，系履行合同所需，事先已征得客户同意，亦未超过约定的判断是否“因生活消费购买商品或服务”之用途目的。

### **(3) 江西省宜春市人民检察院督促保护医疗健康个人信息行政公益诉讼案。**

部分保险代理机构业务人员在推销保险产品过程中，通过合作医院违法获取大量患者的姓名、手术类型、联系电话等医疗健康信息，对相关患者进行保险推销。宜春市检察院审查认为，根据《中华人民共和国个人信息保护法》、《医疗机构病历管理规定》等法律法规，医疗健康等信息属于敏感个人信息。未经公民本人同意，或未具备具有法律授权等个人信息保护法规定的理由，医院向保险代理机构提供患者医疗健康信息，改变了公民公开个人信息的范围、目的和用途，不属于法律规定的合理处理。保险从业人员收集、使用获取的医疗健康信息从事保险营销违反国家规定，侵害了不特定多数患者个人信息权利。

## **2. 网络平台企业之间的纠纷**

### **(1) 深圳市腾讯计算机系统有限公司等诉浙江搜道网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案——数据权益的权属判断与分类保护。**

深圳市腾讯计算机系统有限公司和腾讯科技（深圳）有限公司（合称“两原告”）开发的个人微信产品是提供即时社交通讯服务的应用程序，主要包含个人数据。浙江搜道网络技术有限公司和杭州聚客通科技有限公司（合称“两被告”）开发的“聚客通群控软件”利用 Xposed 外挂技术将该软件中的“个人号”功能模块嵌套于个人微信产品中运行，为购买该软件服务的微信用户在个人微信平台开展商业营销和商业管理活动提供帮助。法院认为，网络平台方对于数据资源整体与单一原始数据个体所享有的是不同的数据权益，原告对前者应当享有竞争权益，对后者依其与用户的约定享有有限使用权，使用他人控制的单一原始数据只要不违反“合法、必要、征得用户同意”原则，一般不应被认定为侵权行为。两被告擅自将该部分并不知情的微信用户的数据移作自己存储或使用，违反了《网络安全法》的相关规定，构成了对微信用户信息权益的侵害。

### **(2) 深圳市腾讯计算机系统有限公司与杭州祺韵网络技术有限公司、广州优视网络科技有限公司著作权侵权及不正当竞争纠纷案——强化数据安全与保护促进新技术发展运用。**

被告一祺韵公司擅自在“5G 芝麻”云游戏平台预装原告腾讯公司的网络游戏，被告二优视公司提供“5G 芝麻”APP 的下载和分发服务，原告认为其构成帮助侵权。广州互联网法院经审理认为，在侵犯著作权方面，祺韵公司成立侵权，但优视公司不构成帮助侵权。在不正当竞争方面，用户数据属于原始数据，腾讯公司是经过授权才拥有收集的权利，祺韵公司运营的 5G 芝麻平台在收集游戏用户的账号及游戏相关数据时，同样获得了游戏用户的授权，且没有破坏腾讯公司的技术保护措施，并非违法取得，因此不构成不正当竞争。

## **二、二次资源文献（Secondary Sources）**

**【检索路径】**在“中国知网”、“独秀”、“月旦知识库”检索关键词“CPTPP”、“数据跨境流动”、

“数字主权”、“数据主权”等，梳理主要观点，并结合脚注中关联性较大的内容对文献进行补充。

【检索结果】经筛选，检索到的部分文献如下：

### （一）专著（Books）

#### 1. 朱琳：《大数据时代跨境数据流动治理研究》，苏州大学出版社 2022 年版。

书中对跨境数据流动进行概念界定、对数据进行分类。并将我国的数字立法通过《网络安全法》《数字安全法》分为两个节点，将我国的数据流动立法分为 1.0、2.0 和 3.0 时代。并对境内外的立法实践和我国地方的探索进行分析总结。朱琳对我国数据跨境流动的治理现状，通过不同的法律法规进行分类解读，以便于更好地与境外的跨境数据流动政策进行对比。作者认为中国的数据跨境流动政策与 CPTPP 还有很大的差异，需要完善国内的相应立法，比如建立健全数据出境安全评估机制、开展分级分类等，在此基础上加入 CPTPP 等国际协定，推动数据跨境安全有序流动。

#### 2. 张丽、孙菲阳：《跨境数据流动：全球治理趋势与我国规制策略》，电子工业出版社 2022 年版，第 60-73 页。

作者认为如何平衡数据跨境流动产生的经济红利与数据保护之间的矛盾是跨境数据流动法律规制的重要议题。从国际法的角度来看，我国关于跨境数据流动的法律规制是独立于“欧美模式”之外的第三种模式，总结出我国跨境数据流动法律规制具有“将维护国家数据安全与数据主权放在首位”的特点，并提出我国在重视安全的同时也要注重自由，完善数据本地化规则、数据出境安全评估机制，建立分级分类的管理机制。

#### 3. 梅宏：《数据治理之论》，中国人民大学出版社，第 301-452 页。

作者认为数字治理面临着很多问题，系统化的数据治理框架尚未形成，开放共享、安全与隐私保护、质量评估、价值预测等关键技术远未成熟。其中第六章为法学视角下的数据治理，认为在个人信息保护法方面，我国未来可能采取的模式会更接近于欧盟，分析了著作权法、商业秘密法、反不正当竞争法对企业数据权属的保护，认为未来设立数据集合有限排他权。并且作者认为数据跨境流通的安全问题是数据安全问题中的一个很重要的方面，不同国家的跨境数据流动模式不是绝对的，应该根据不同类型的数据选择不同的跨境数据流通规制模式。

### （二）论文（Articles）

#### 1. 徐程锦：《中国跨境数据流动规制体系的 CPTPP 合规性研究》，《国际经贸探索》2023 年第 39 期，第 69 页。

徐程锦认为中国法律中虽然没有“跨境数据流动”的概念，但从语义上看，数据“出境”和“向境外提供”应无本质区别。接着从中国国内法如何规制跨境数据流动及其限制措施，并将其放在 CPTPP 框架下进行合规性分析，认为由于有基本安全例外保护，要求此类可能属于国家核心数据使用境内服务器的措施不违反 CPTPP 规则。限制数据跨境流动的措施不违反 CPTPP 第 14.11 条第二款，数据出境安全评估满足 CPTPP 的例外规定。最终得出除数据跨境安全网关对部分外国网站的整体屏蔽外，中国的跨境数据流动规制体系可以满足 CPTPP 第 14 章的规则要求的结论，并对完善相关国内法以及加入 CPTPP 给出建议。

#### 2. 孙南翔：《CPTPP 数字贸易规则：制度博弈、规范差异与中国因应》，《学术论坛》2022 年第 45 期，第 44-53 页。

孙南翔通过对比欧美数字贸易规则，探究数字经济国际规则的发展动向，认为 CPTPP 数字贸易规则成为主要经济体可能共同接受的规则样本，对比 CPTPP 数字经济规则与我国法律制度的规范差异后认为 CPTPP 数字贸易规则在数据跨境流动、计算设施本地化、源代码规则、数据内容流动等层面与我国相关法律制度存在一定程度的不一致性，并提出中国加入 CPTPP 的对接策略。

#### 3. 何波：《中国参与数据跨境流动国际规则的挑战与因应》，《行政法学研究》2022 年第 4 期，第



89-103 页。

何波从多边贸易规则出发,发现中国国内数据跨境流动政策的不足之处,分析认为中国对数据跨境流动采取限制措施的目的恐难以满足 CPTPP 中“合法公共政策目标”的必要性要求,需要在数据分级分类管理的基础上,采取更加精细化的数据出境管理政策,以期符合 CPTPP “合法公共政策目标”的必要性要求。

4. 马光:《FTA 数据跨境流动规制的三种例外选择适用》,《政法论坛》2021 年第 39 期,第 14-24 页。

马光在对比 FTA 文本并总结三种例外后认为中国的法律不论是在内部法律之间还是在与条约的对接上都有不协调的问题,CPTPP 中一般例外和国家安全例外条款会对我国具有很好的启发借鉴作用,或许能达成数据跨境自由流动和国家安全利益的平衡。

5. 谢正一:《探讨台湾申请 CPTPP 入会的若干问题》,《华人经济研究》2021 年第 19 卷第 2 期,第 25-32 页。

作者认为 CPTPP 的入会要求,大陆是做不到的,CPTPP 是高度开放的贸易规则,在跨境数据流动方面,服务器的开放会是非常大的挑战。

6. 吴子涵:《中国大陆为加入 CPTPP 进行法规调适的初步观察》,《经济前瞻》2022 年第 9 期,第 203 页。

作者将中国大陆加入 CPTPP 面临的制度挑战分为 3 类,认为中国大陆的改革方向以及现在的能力来看与 CPTPP 的差距越来越小,但在电子商务方面仍然存在差距。目前中国大陆主要采取两大方式因应。一是积极运用已签署的经贸协定,作为和国际标准调和的管道;二是进一步加快国内改革与试点步伐,从根本改善国内法规的内涵与做法。同时还建立自贸区,如海南自贸港,对接 CPTPP 的数字贸易规则。作者认为都有利于中国加入 CPTPP。

7. 黄海瑛、何梦婷、冉从敬:《数据主权安全风险的国际治理体系与我国路径研究》,《图书与情报》2021 年第 4 期,第 15-28 页。

黄海瑛等人认为,在性质上,数据主权属于国家主权的下属权力,继承了国家主权相应属性。数据主权包括数据管理权和数据控制权。

8. 谢卓君、杨署东:《全球治理中的跨境数据流动规制与中国参与——基于 WTO、CPTPP 和 RCEP 的比较分析》,《国际观察》2021 年第 5 期,第 98-126 页。

谢卓君、杨署东对 WTO、CPTPP 和 RCEP 进行分别的比较分析,认为数据主权具有双重属性,因为它既可以视为领土主权在数据领域的延伸,也可以视为数据世界的独立主权。

9. 陈曦笛:《法律视角下数据主权的理念解构与理性重构》,《中国流通经济》2022 年第 1 期,第 6-11 页。

陈曦笛把国家主权和网络空间主权做对比,认为“只有能够容纳现实或虚拟活动开展领域,方能构成适格的国家主权客体”,“数据是经过整理和分析的信息之集合,本质上属于宽泛意义上的物”,“借助地域或国籍等国家管辖联结点,主权国家就能依靠领土主权和网络空间主权有效赋予数据管辖合法性”,因此没有必要为数据视为新型主权,数据主权是对主权概念的过度延伸。

#### 第四部分 比较法资源

##### 一、一次资源文献 (Primary Sources)

【检索路径】首先,谷歌学术上直接检索需要的 CPTPP,然后,笔者通过 Westlaw 的 regulation 中检索

data/digital transfer/transmission 得到的法律法规关联性不强，接着在 lexis 的 status and regulations 中检索 data/digital transfer/transmission，International Data Transfers, trans-border data flows, 得到的相关法律法规有上万条，因此，笔者通过微信公众号去搜索相关的限缩单词，再去 westlaw 和 lexis 中检索相关的法律。

【检索结果】经检索得到以下法律法规和条约：

### （一）制定法（Statutes and Legislation）

#### 1. 国外法律法规

##### （1）Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership（CPTPP）

主要集中在第 14 章电子商务章节 CHAPTER 14 ELECTRONIC COMMERCE。14.1 定义中关于数字产品、电子传输或通过电子方式传输以及个人信息的定义；14.11 通过电子方式跨境传输信息；14.13 计算设施的位置；14.17 源代码。

##### （2）Cloud act

该法案旨在提高执法过程中获取跨国界存储数据的能力。

##### （3）Export Administration Regulations（EAR）

对部分关键技术与特定领域的数据出口进行限制。

##### （4）National Security and Personal Data Protection Act of 2019（NSPDPA）

NSPDPA SEC.3 对科技公诉提出了六项数据安全要求。

#### 2. 国际条约

##### （1）The United States-Mexico-Canada Agreement（USMCA）

其中第 19 章数字贸易章节，与 CPTPP 类似。

##### （2）General Data Protection Regulation（GDPR）

主要规定了 GDPR 的地域适用范围、个人敏感数据、数据主体的权利（知情权、访问权、更正权、可携权、删除权、限制处理权、反对权和自动化个人决策相关权利）、数据处理者、数据泄露和通知以及设立数据保护官。

##### （3）Data Act: Proposal for a Regulation on harmonised rules on fair access to and use of data

该草案涉及数据共享、公共机构访问、国际数据传输、云转换和互操作性等方面规定，重点规制了非个人数据向第三国司法或行政当局的跨境传输，具有较多数据主权意义上的考量，但针对非向第三国司法或行政当局进行的数据传输。

### （二）判例法（Cases）

#### 1. In re Valsartan, Losartan, & Irbesartan Prods. Liab. Litig.

本案是一起药品销售跨境诉讼案件，也是首次涉及中国《数据安全法》与美国法院取证权之间关系的案件。原告指控这些药品中含有致癌物质 NDMA 和 NDEA，并导致了消费者的身体健康受到损害。该案涉及多个原告和被告，包括药品生产商和销售商等，美国法院进行了调查取证，但中国当事人以中国保密法规定为由提出抗辩。在本案审理过程中，中国《数据安全法》颁布和施行，中国当事人进一步以该法规定为依据提出抗辩。尽管美国法院认为该法仅限制将中国信息“提供给美国法院”，并未禁止将信息提供给对方当事人，但未对中国《数据安全法》进行详细分析。因此，本案中涉及到了目前中国数据安全法律框架与美国法院取证权之间的争议。

#### 2. Philips Medical Systems (Cleveland), Inc. v. Buan

本案中，原告 Philips Medical Systems (Cleveland), Inc. 控告被告 Buan 在其医疗产品中使用了其专利技术，构成侵权。美国法院首先从举证责任入手审理此案，认为中国当事人未能承担充分的举证责任。此外，中国

当事人也未能证明中国《数据安全法》（Data Security Law）实际上禁止出示有争议的具体文件。因此，法院在审理中驳回了中国当事人的抗辩。此外，美国法院也认为，由于“在美国普通法体系中，取证请求和对取证的回应发生在当事人之间”，中国《数据安全法》并不适用于本案。

### **3. Heng Ren Silk Road Investments LLC v. Duff & Phelps, LLC**

本案中，原告为 Heng Ren Silk Road Investments LLC，被告为 Duff & Phelps, LLC。该案件涉及到公司评估及咨询服务，原告指控被告提供给他们的服务存在瑕疵，并导致一笔不良投资。原告认为被告违反了与其签订的协议和陈述，需要被告对其造成的经济损失进行赔偿。

纽约州法院认为，被告中国法专家关于中国《数据安全法》下的潜在法律责任是推测性的，“没有充分的理由”。此外，在本案中有争议的文件是在中国《数据安全法》颁布前三年多创建的，法院认为被告没有证明“中国政府有可能追溯性地适用中国《数据安全法》”，从而回避了对中国《数据安全法》的实质性分析。

### **4. CF 125 Holdings LLC v VS 125 LLC - 2022 NY Slip Op 32676**

本案中，原告向被告提供了融资和借款服务，以便被告能够完成一项房地产交易，并且双方签订了相关的协议。但是，被告最终没有按照协议履行义务，未能还清所借款项。因此，原告提起了诉讼，要求被告赔偿全部债务，包括利息和违约金。被告辩称，由于中国《数据安全法》和《个人信息保护法》的规定，披露的负担和法律风险超过了所要求的文件的效用。纽约州法院驳回了这一抗辩，认为“被告未能证明外国法律禁止提供文件”，并批准原告强制取证的动议。目前，本案已进入上诉。

### **5. United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services**

由于美国通过在国内封杀网络赌博，甚至通过专门立法和司法判例限制美国网民使用信用卡和通过银行账户向国外赌博网站支付赌金对以赌博业和博彩业为重要财政收入的安提瓜造成了沉重打击，2003年3月21日，安提瓜正式向WTO争端解决机构提起磋商请求，认为美国联邦和地方政府采取的措施影响了对赌博和博彩服务的跨境交付。这些措施不仅违反了GATS关于服务贸易市场准入的规定，而且违反了美国服务贸易减让表中所做的承诺。

专家组认为，在本案的情况下，没有必要详尽地界定属于“赌博和投注服务”范畴的服务活动，因为这些不是本争端中的条约条款。因此，小组不需要这样“解释”这些术语。就上述字眼的一般涵义、各方提交的意见书及我们所参考的专门文献而言，专家组认为“赌博及投注服务”包括任何涉及投注的活动，即指某人拿有价值的东西(通常是钱)去冒险，以换取不确定事件的结果。对于博彩类游戏、彩票和体育赛事，无论这些服务是如何提供的，都可以进行下注或打赌。小组注意到，“赌博和投注服务”的定义包括安提瓜试图跨境向美国提供的服务以及美国允许跨界提供的其他服务。

### **6. Juul Labs, Inc. v. Chou**

“Juul Labs, Inc. v. Chou”是一起关于违反竞业限制协议和商业机密侵权的案件。原告 Juul Labs, Inc. 控告前雇员 Chou 违反了其与公司签署的竞业限制协议，泄露了公司商业机密信息，从而对公司造成了损失。美国法院认为：虽然中国《数据安全法》问题不是决定性的，但结合被告引用的其他因素，足以限制这一取证申请给被告造成的负担。虽然美国法院未对中国《数据安全法》展开分析，但接受了据此提出的抗辩。从法庭的公开文书可以看出，法院拒绝原告动议主要是程序法的考量，被告提出出示证据将违反我国法律也被法官视为被告提出证据的一个负担（burden）予以考虑。

### **7. Commissioner v Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems (Case C-311/1)**

欧盟法院于2020年7月6日发布了“Schrems II”案的判决，认定“隐私盾”协议作为欧盟与美国之间的数据传输通道已经无效。这一判决意味着大量企业无法再依靠该协议来合法地跨境传输数据。判决指出，



美国国内法对公权力访问数据的限制未能满足欧盟法律的要求，不符合比例性和严格必要等原则。此外，在美国的监视行为中，欧盟数据主体也缺乏可诉诸的司法补救措施。这是欧盟法院继 2015 年判决“安全港”协议无效后再一次否定欧美间的跨境数据传输机制。

## 二、二次资源文献 (Secondary Sources)

【检索路径】在 Oxford Scholarship Online、谷歌图书以及 library genesis 进行检索，例如：在 Oxford Scholarship Online 下的 subject 中选择 international law，选择下列 IT and Communications Law，检索和案例相同的关键词；论文部分在 Westlaw、Heinonline、Lexis Advance 中全文检索 digital/data transmission，cross-border data flows，在 Westlaw 中选择 secondary source，接着用 Springer、谷歌学术、检索关键词“CPTPP”和“data/digital transmission”，并结合学者论文引文。

【检索结果】经检索得到以下文献：

### (一) 专著 (Books)

#### 1. Harcourt, Alison, George Christou, and Seamus Simpson, *Global Standard Setting in Internet Governance* (Oxford, 2020; online edn, Oxford Academic, 23 Apr. 2020): 1-43)

作者认为鉴于自我监管的兴起，以及跨国公司、律师事务所和主导跨国法律秩序的积极知识政治的政治力量，在互联网治理方面，民间社会团体正在推动国际组织，美国也在积极寻求与他国的合作，但作者也猜测即使是像电子前沿基金会等成熟的、历史上成功的数字权利组织，也可能带来重大僵局。

#### 2. Kettemann, Matthias C., *The Normative Order of the Internet: A Theory of Rule and Regulation Online* (Oxford, 2020; online edn, Oxford Academic, 18 Feb. 2021): 45-56)

在瑞典和瑞士等以人权为导向的国家与俄罗斯和中国等以主权为导向的国家之间，在规范性方法方面出现了进一步的裂痕，这些国家寻求和监管政府对互联网的更多控制，将电信提供商国有化，规定了数据本地化法律，并对在线异议（或过滤异议言论）实施严厉的惩罚。作者不赞同这种严格的数据本地化立场，他认为数据方面的法律具有碎片化的特征，在对适用于互联网的国际法律规则的以实质为导向的分析中，发展“互联网国际法”新体系的论点被证明是没有根据的。国际法完全适用于互联网，互联网治理是国际法中具有规范价值的补充，是管理互联网资源及其指导相关的社会政治进程的体系。

#### 3. Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace[M]*, BASIC BOOK, 2006: 83-138.

这本书中，美国的 Lessig 教授反复强调了一个概念：“代码即法律”。有什么样的代码，就有什么样的网络社会。而网络空间的法律，现在却越来越受到外界（即现实世界）的政策影响。言论自由的限制、实名制的提出与实施，以及网络隐私问题，都发生在中国的互联网上。Lessig 教授提出数据财产化理论，认为应该授予数据主体数据所有权，确定个人对于自身数据的财产权利。Lessig 提醒我们要关注谁在控制代码、谁在制定网络空间的法律，以及这些法律对个人权利和社会公共利益的影响。Lessig 强调在网络空间治理中需要在代码、法律和市场之间找到一个平衡点。这意味着要权衡各方的利益和自由，以实现有效的网络空间治理，同时保护用户的权益和自由。

#### 4. Kuan Hon, W, Christopher Millard, and Ian Walden, 'What is Regulated as Personal Data in Clouds?', in Christopher Millard (ed.), *Cloud Computing Law* (Oxford, 2013; online edn, Oxford Academic, 23 Jan. 2014): 167-192)

本章为 Cloud Computing 书中的相关章节，考虑根据欧盟数据保护法，云端的哪些信息是，以及哪些应该被归类为个人数据。首先解决这个问题至关重要，因为欧盟国家数据保护法规定的权利和义务只适用于个人数据，而且往往是在“全有或全无”的基础上进行，这取决于特定个人是否被识别或可识别。在云计算中使用加密、匿名化、数据分割和其他技术，对这个门槛问题有影响。

## (二) 论文 (Articles)

### 1. **New York University Journal of International Law & Politics Fall, 2021 Matthew S. Erie, Thomas Streinz:14-24.**

作者认为中国在 2021 年 9 月申请加入 CPTPP 不太可能成功。一方面, CPTPP 成员有可能协调其承诺, 支持跨境数据传输和反对领土数据本地化, 根据“一带一路”与中华人民共和国的关系, CPTPP 没有将特定数据治理模式强加给东道国。另一方面, 希望效仿中国数据主权方法的有利于北京效应的国家将希望避免做出 CPTPP 式的承诺。但也不得不承认中国在现有和新成立的全球数据治理机构中发挥着越来越果断的作用。由于中国、欧盟和美国的方法也有重要的共同点, 中国可以通过对冲即三角化他们与数字超级大国的关系。最后作者认为, 数字发展战略需要相应地发展法律框架, 以引导数字转型走向社会有益的方向。

### 2. **CROSS-BORDER DATA FLOWS, THE GDPR, AND DATA GOVERNANCE, W. Gregory Voss, Washington International Law Journal June, 2020:486-493.**

作者认为欧盟和美国在数据隐私立法上有障碍, 美国各州正受到 GDPR 的影响。然而其他国家进一步增加了复杂性, 这些国家已经通过了数据本地化法。比如作者把中国归入数据本地化的典型, 中国寻求“网络主权”的目标并采用一种强调国家利益而不是公司利益的互联网监管模式。在域外法律的“竞争对手标准”和“规则重叠”限制了跨境数据流动, 在这种法律规则重叠的情况下公司可以借助合同来保护数据流动。

### 3. **Frenz, W. (2022). Who Owns the Data?. In: Frenz, W. (eds) Handbook Industry 4.0: 24-38.**

**Data protection is comprehensively regulated at the EU level. According to the General Data Protection Regulation, there is a need for a company organisation that limits the processing and storage of personal data to the absolute minimum.**

数据保护在欧盟层面得到了全面的监管。根据《通用数据保护条例》, 公司组织有必要将个人数据的处理和存储限制在绝对最低限度。仅仅收集数据并不能确立数据的所有权。例如, 生产者相对于自动驾驶或生产系统的用户而言, 数据分配应根据欧盟法律进行安排。如果数据被发送给电子通讯媒体的免费平台 (WhatsApp) 的运营商, 至少是基于使用权的转让, 或者进一步说, 是所有权的反转让, 那么系统的汇编就不同了。然而, 在这方面必须确保透明度。

### 4. **Digital Trade in the Australia — EU FTA: A Future-Forward Perspective. In: Bungenberg, M., Mitchell, A. (eds) The Australia-European Union Free Trade Agreement. European Yearbook of International Economic Law (springer: 79-115)**

该文章介绍了欧盟的 PTA 条款, 以及欧盟和澳大利亚在数字贸易上的差异, 澳大利亚最近的许多 PTA 都严格遵循了大型地区 CPTPP 中包含的语言。作者通过对比认为欧盟和澳大利亚在数字贸易方面的立法存在区别, 但是目前, 他们的 PTA 实践中出现了更大的趋同, 可以继续通过谈判建立共识。

## 第五部分 检索总结

通过此次文献检索, 可以发现中国以及国际在数字立法方面还不完善, 各国之间不同的数据跨境流动政策不利于数据价值的发挥, 中国积极加入 CPTPP, 但也必须直面困难。研究 CPTPP 也不仅仅从 CPTPP 文本本身出发, 也要研究相关国家以及同类协定对数据流动的态度异同。CPTPP 作为一个高度开放的国际协定, 要求中国研究我国与其数据流动方面的差异, 并对未来做出预判。我国目前是以个人信息保护为主的一个态度, 与欧盟的有些相似, 但是 CPTPP 与其前身 TPP 的主导国美国是高度自由的模式, 因此中国在加入的过程中势必会遇到很多阻碍, 对比欧盟、美国对待数据的不同态度以及合作的趋势, 可以为我国对接 CPTPP 提供思路和方案。



书名：法律东方主义在中国批判  
与反思  
作者：魏磊杰  
出版社：商务印书馆  
ISBN：9787100212106

内容简介：

法律东方主义造就的结果经常是作为主体的西方观察者可以不自知地声称拥有对于中国法的终诠释权，对于这样一种垄断性的话语霸权，不可能不对其进行反抗，但反思甚至反抗并不等于就是简单否定，而只是意在否定偏狭的原旨主义式的法治观念。从“法律东方主义”迈向“东方法律主义”，本质上是在现有体制构造基础之上如何建构中国法治话语体系与法治国家的问题。当下中国学人既要接续后现代法学的批判精神，确立一种明确的自省意识，重新审视自己的法治观，在法治建构的过程中尽可能避免现代性的傲慢与偏见，尤其是对个人理性的盲目乐观和对形式法的过分张扬；又要以开放的心态迎接他者，寻求共同语言与共同关切，并在此基础上通过真诚对话与沟通来克服文明的失语或自闭，找到互补互利的机遇，进而探索出一条既符合国情又接轨国际的法治中国新路径。

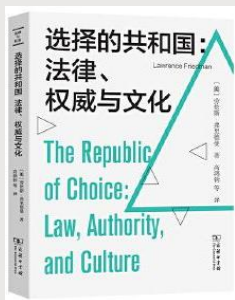


书名：公主之死：你所不知道的  
中国法律史  
作者：李贞德  
出版社：重庆出版社  
ISBN：9787229170646

内容简介：

《公主之死》是一部法律史作品。作者爬梳史料，详细讲述了北魏兰陵长公主被驸马殴打流产致死这一经典案例的来龙去脉，以大处着眼、小处入手的写作方式探讨了婚姻暴力、性犯罪、亲属容隐、连坐、夫家认同、男尊女卑等重要而深刻的法律及婚姻伦理议题。

通过零星残存的条文、案例和判决，作者分析了儒家官僚集团与皇权在确定涉案人员罪名及刑罚轻重方面的共识和分歧，深刻揭示了汉唐之间几百年里女性的法律地位情况、法学和司法的传承状况，显示出虽然从汉朝开始婚姻和家庭伦理已被纳入法律规范之中，但儒家伦理法制化的进程是曲折的，在胡汉交融的北朝时期，夫尊妻卑的伦理并未完全进入法律体系之中。读懂这一案件，对于中国法律“儒家化”或“父权化”的发展过程，以及中国古代法律制度会有更深入的理解。



书名：选择的共和国：法律、权威  
与文化  
作者：[美]劳伦斯·弗里德曼  
出版社：商务印书馆  
ISBN：9787100214001

内容简介：

本书是美国当代著名法学家劳伦斯·弗里德曼的重要著作。作者从法律社会学视角对当代美国法文化进行了系统和深度的描述，考察其形成和发展的社会背景和观念基础，论述其中存在的各种问题，阐释人们对这种法文化的不同理解和争论，并指出了它的未来走向。作者特别关注生活中的法，眼光敏锐，想象丰富，持论中肯，颇多创见。本书深入浅出，通俗易懂，语言流畅，是一部全面了解当代西方法文化的重要著作，可供高校、科研机构师生以及法律实务部门工作人员参考，也适于对法学，特别是文化法学、法社会学、比较法学感兴趣的读者阅读。



书名：“付费墙”：被垄断的  
作者：[美]莎拉·拉姆丹  
出版社：上海人民出版社  
ISBN：9787208184329

内容简介：

本书分析了数据垄断企业给法律监管带来的挑战。在数字世界中，数据就是力量，收集了大量数据的公司拥有很高的地位，并通过恐吓、侵略等手段保持其影响力和控制力。数据垄断企业已经成为不受监管的“数据卡特尔”，形象地展示了挖掘和销售数据和信息资源的公司，是如何加剧社会不平等并威胁知识公平共享的。目前，少数几家大公司支配了大部分关键信息资源，并在“数据分析”或“业务解决方案”的外衣下，掌控了互联网系统的数字命脉。为了改变这种现状，除了制定相关法律和基于市场的解决方案外，本书建议将信息视为公共产品，通过构建理想的数字基础设施来支持其公共产品属性，是解决数据垄断问题的基本思路。



序号	书名	出版时间	出版社
1	Property Law:Comparative, Empirical, and Economic Analyses	2023	Cambridge University Press
2	The Environmental Rule of Law for Oceans:Designing Legal Solutions	2023	Cambridge University Press
3	Legal Tech and the Future of Civil Justice	2023	Cambridge University Press
4	Fundamental Rights:The European and International Dimension	2023	Cambridge University Press
5	Advocacy:(The Hamlyn Lectures)	2023	Cambridge University Press
6	A Historical Introduction to English Law:Genesis of the Common Law	2023	Cambridge University Press
7	Transatlantic Jurisdictional Conflicts in Data Protection Law:Fundamental Rights, Privacy and Extraterritoriality	2023	Cambridge University Press
8	Citizenship and Residence Sales:Rethinking the Boundaries of Belonging	2023	Cambridge University Press
9	The Cambridge Companion to European Criminal Law:(Cambridge Companions to Law)	2023	Cambridge University Press
10	Intersections Between Corporate and Antitrust Law:(Global Competition Law and Economics Policy)	2023	Cambridge University Press
11	Transitional Justice and the Historical Abuses of Church and State	2023	Cambridge University Press
12	Capital Controls and International Economic Law:(Cambridge International Trade and Economic Law)	2023	Cambridge University Press
13	The Cambridge Companion to Gender and the Law:(Cambridge Companions to Law)	2023	Cambridge University Press
14	The Cambridge Companion to the International Court of Justice:(Cambridge Companions to Law)	2023	Cambridge University Press
15	Fundamental Rights and the Legal Obligations of Business:(Cambridge Studies in Constitutional Law)	2023	Cambridge University Press
16	The Timing of Guilty Pleas:Lessons from Common Law Jurisdictions	2023	Cambridge University Press
17	International Law Reports:(International Law Reports)	2023	Cambridge University Press
18	Managed Dissent:The Law of Public Protest,(Cambridge Studies on Civil Rights and Civil Liberties)	2023	Cambridge University Press
19	The International Law of the Sea	2023	Cambridge University Press
20	Manifestations of Coherence and Investor-State Arbitration	2023	Cambridge University Press
21	A Rule of Law for Our New Age of Anxiety	2023	Cambridge University Press
22	Responsibility on Trial:Liability Standards in International Criminal Law	2023	Cambridge University Press
23	Social Enterprises in Asia:A New Legal Form,(International Corporate Law and Financial Market Regulation)	2023	Cambridge University Press



# 图书馆简讯



版权所有©浙江大学光华法学院图书馆（浙江大学图书馆法学分馆）

地址：浙江大学之江校区（之江路51号） 联系电话：0571-86592716