



光华法学院

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:陈 相 陈 璐 刘 斌 郑小娜

排版和美工:陈 相

顾 问:梁上上 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102室

E-mail: hdhlq@zju.edu.cn

电话: 0571-86592715、0571-86592772

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,也是发展法学图书馆,进行馆际交流之基础。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

Telephone: 0571-86592715, 0571-86592772

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 and to propagate our resources. In addition, the Newsletter also constitutes the foundation of developing the Law Library and 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.

第一部分 图书馆动态·····	1
1. 本馆动态·····	1
1.1 光华法学院图书馆获“无烟单位”称号·····	1
2. 国内外法律图书馆动态·····	2
2.1 关于召开“2013年度全国政法院校图书馆馆际协作会议暨学术研讨会”的通知·····	2
2.2 国际图联第13届馆际互借与文献传递国际研讨会(ILDS 2013)将于10月召开·····	2
2.3 关于美国法律图书馆学会2014年年会通知·····	2
2.4 “第二届中美高校图书馆合作发展论坛”在兰州召开·····	3
2.5 《国际图联趋势报告》在2013年世界图书馆与信息大会发布·····	4
第二部分 文献检索实例·····	5
夫妻生育权的冲突及解决途径研究文献检索报告·····	5
第三部分 书评·····	11
读《民法思维之展开》·····	11
第四部分 新书推荐·····	13
第五部分 新书通报·····	15



光华法学院图书馆获“无烟单位”称号

近日，新一轮爱国卫生运动“无烟单位”评比活动落下帷幕，光华法学院图书馆在这次评比活动中荣获“无烟单位”称号。“无烟单位”铭牌由光华法学院胡炜书记代为颁发。

自2010年校爱卫会开展无烟单位评比活动以来，光华法学院图书馆便从认识和行动上积极响应校爱卫会的号召。一方面，根据学校的指示，严格按照《杭州市公共场所控制吸烟条例》的规定，开展了一系列禁烟控烟的活动和工作，组织了以图书馆负责人何老师为主的控烟工作小组，制定了详细的禁烟管理制度。另一方面，在日常工作中贯彻落实各项禁烟控烟措施，大力宣传禁烟思想。

经过长期的坚持与贯彻，光华法学院图书馆为广大入馆师生提供了清幽的阅读环境，创造了愉悦的学习氛围，受到广大师生的一致好评。

2013年7月3日，经校相关部门考核验收，光华法学院图书馆完全符合校爱卫会关于“无烟单位”的标准，授予其“无烟单位”称号，由光华法学院胡炜书记代为颁发了“无烟单位”奖牌。



关于召开“2013年度全国政法院校图书馆馆际协作会议暨学术研讨会”的通知

为促进政法院校图书馆的建设与发展,加强政法院校图书馆的交流与合作,根据2012年度在重庆召开的全国政法院校图书馆馆际协作会议精神,本年度会议由甘肃政法学院图书馆承办。甘肃政法学院图书馆经过紧张筹备,并征求部分院校图书馆的意见,现决定2013年9月22日—24日在甘肃酒泉召开“2013年度全国政法院校图书馆馆际协作会议暨学术研讨会”,本次会议主题是共建与共享——政法院校特色文献资源评价与联盟平台搭建,同时也借此契机进一步增加政法院校之间的交流和合作。

消息来源: 甘肃政法学院图书馆

<http://lib3w.gsli.edu.cn>

国际图联第13届馆际互借与文献传递国际研讨会 (ILDS 2013) 将于10月召开



国际图联 (IFLA) 第13届馆际互借与文献传递 (ILDS) 会议将于2013年10月16-18日在北京召开,会议主题为“资源共享:全球视野与本土策略”。近几十年来,国内各高校图书馆、公共图书馆和专业图书馆的馆际互借与文献传递服务方兴未艾,本届ILDS会议将为中国图书馆界提供一次难得的向全世界展示自我的机会,以此次会议为契机,加强国际交流,分享国内研究成果,吸收世界前沿理念,努力将馆际互借与文献传递服务提升到更高的水平。

第13届ILDS会议组委会由中国高等教育文献保障系统 (CALIS)、国家科技图书文献中心 (NSTL)、国家图书馆 (NLC)、中国科学院国家科学图书馆、中国社会科学院图书馆、上海图书馆、中国高校人文社会科学文献中心 (CASHL)、大学数字图书馆国际合作计划 (CADAL)、北京大学图书馆、清华大学图书馆、复旦大学图书馆组成。

消息来源: 中国图书馆学会

<http://www.lsc.org.cn/cn/index.html>

关于美国法律图书馆学会2014年年会通知



美国法律图书馆学会107届年度会议将于2014年7月12日至15日在圣安东尼奥市举行。本次会议的主题为“超越界限”,这一主题将给我们所有人带来挑战。它促使我们去探索作为一名法律信息专业人员的价值、眼界和活力。

消息来源: 美国法律图书馆学会

消息编译: 浙江大学光华法学院

<http://www.aallnet.org>



国际法律图书馆协会（IALL）第32届大会将在巴塞罗那召开

2013年7月16日至20日，“第二届中美高校图书馆合作发展论坛”在兰州大学举办。本届论坛由教育部中国高校人文社会科学文献中心（CASHL），北美中国研究图书馆员学会（SCSL）及兰州大学联合主办，重点探讨中国周边国家文献资源的收藏、整理、编目、共享和特色馆藏建设等主题。本届“中美高校图书馆合作发展论坛”是继2011年厦门大学后的第二届，与会代表有来自海内外来自8个国家和地区的图书馆专家、学者110人，其中海外学者30多人。



论坛主题为“中国周边国家文献资源的收集、整理与共享服务”，从图书馆信息管理角度出发，旨在交流了解国外出版和收藏的相关期刊、图书和数据库，为我国高校教学和科研提供文献服务。研讨范围涉及到东北亚、东南亚、南亚、中亚等多区域、多语种文献。本届论坛共收到来自大陆、港台、北美、欧洲等近五十家高校图书馆的47篇投稿。经过会议组委会的认真评选，遴选出其中26篇论文作为大会发言报告。

论坛上，来自北京大学、康奈尔大学和斯坦福大学的图书馆资深专家所做的“中国周边国家文献的国家保障研究”、“北美的东南亚图书馆”和“北美地区对中亚、西藏和丝绸之路研究的历史及相关资源的收藏”三个主旨报告，从宏观的角度，展现了大陆和北美高校对周边国家文献收藏的现状、面临的问题及未来发展的构想。

与会报告代表则以个案研究方式，从个体图书馆出发，分别介绍了海内外高校图书馆对于珍稀日韩文献的收藏、整理及利用；北朝鲜、蒙古、俄罗斯及东欧文献的馆藏建设；东北亚、东南亚、南亚研究文献采集的现状与资源共享前景。

与会学者还就中国周边国家语种文献的采选政策、整理与编目、区域研究资料中心建设、用户服务及地域共享思路展开探讨。重点研讨了周边国家特色馆藏建设相关主题，包括拉祜、回鹘、旧版日本文献、越南文献等，也包括古籍文献资源如梵蒂冈图书馆馆藏中国周边国家古代写本文献、复旦大学图书馆藏朝鲜汉籍述略等。

本次论坛将有力推进中美高校图书馆在区域研究文献资源建设方面的深度合作，并为未来更好地为人文社会科学研究人员提供文献支撑与保障方面打下坚实基础。

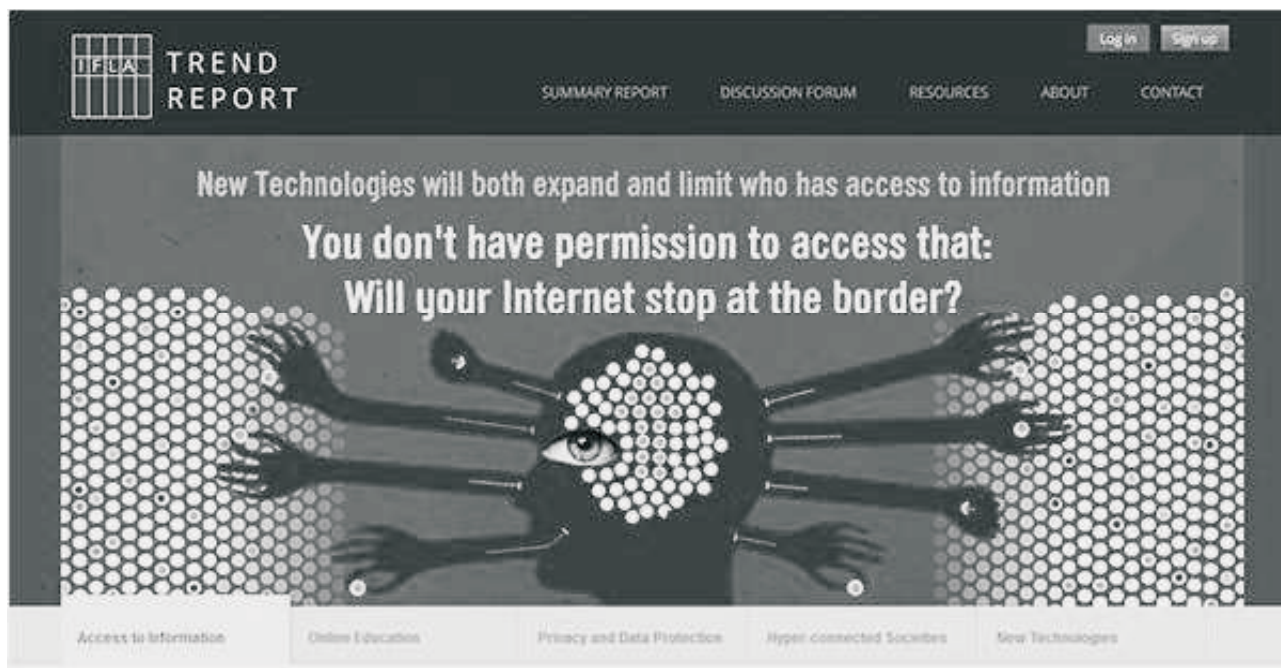
消息来源：光明网

图片来源：兰州大学

<http://www.gmw.cn>

《国际图联趋势报告》在2013年世界图书馆与信息大会发布

2013年8月17日至23日第79届世界图书馆与信息大会在新加坡召开。在此次会议上国际图联主席英格丽德·帕伦特（Ingrid Parent）和秘书长詹妮弗·尼科尔森（Jennefer Nicholson）发布了国际图联趋势报告，一窥塑造全球信息环境的大趋势。



《国际图联趋势报告》重点关注以下五方面：

- 信息获取
- 网络教育
- 隐私与数据保护
- 高度互联的社会
- 新兴技术

国际图联发布趋势报告的目的并不仅仅是在数字档案中增添另一份静态的报告，而是想考察互联网与科技给某一特定领域带来的影响。国际图联编制趋势报告，传达了其独特的视角，为图书馆与信息组织提供了一种国际声音。

国际图联趋势报告并非将图书馆置于信息环境下来考察——而是用跨越整个社会的眼光来对待。这不是一个静态的报告，而是一个动态的、不断发展的资源与线上讨论的集合，由国际图联的成员共同建设。该趋势报告是国际图联成员迸发灵感的起点，由此描绘出各自在信息环境中的发展历程。

图联趋势报告平台只是对话的开始报告给出的是一个总趋势；是为图书馆提供了一个框架。

消息来源：国际图书馆协会联合会

消息编译：浙江大学光华法学院

<http://www.ifla.org>

夫妻生育权的冲突及解决途径研究文献检索报告

浙江大学光华法学院 谢汶婷 *

指导老师 罗伟 (Wei Luo) 何灵巧

Introduction: 文献检索介绍

一、研究主题简介

生育是人类种族得以延续的重要保障。长久以来,人们对于生育往往是从义务、责任的角度出发来看待它,而对于生育的权利却鲜有提及。但是,随着时代的发展,由于女性地位的提高和技术的进步,生育变成了可以选择的问题,传统的生育文化也悄然发生了改变。人们——特别是女性,对于生育与否、何时生育等有了更多选择,生育的权利一面逐渐得到了呈现。

作为权利,生育权包含了两方面的含义:生育的自由以及不生育的自由。但是,自然合法的生育是依靠丈夫与妻子两者才能真正完成的,夫妻间任何一方不生育的自由势必会影响到另一方生育的实现,继而产生各种冲突。在实务中,对于夫妻间“生还是不生”的生育权冲突案件时有发生,由于没有明确的法律规定,各地法院在实际操作中也是莫衷一是。

2011年8月13日施行的《婚姻法司法解释(三)》第九条对如何处理婚姻关系中双方因生育权问题发生纠纷作出了一些回应,但是过于具体地限制于男方请求损害赔偿以及一方请求离婚两个问题的处理上。生育权的性质为何、一方拒绝生育是否侵害了另一方的生育权、如何妥善解决夫妻间生育权冲突的问题仍需要进一步的明确和探讨。

二、检索路径选择及关键词

(一) 检索路径

此次检索主要通过二次资源——一次资源——二次资源这样的检索路径进行。从二次资源中探寻相关的法律规定以及案例,然后通过这些法律法规及案例再拓展搜索与之相关的二次资源,通过这样的巡回往复以实现对相关内容的检索,尽可能多地收集与研究主题相关的文献资源。

(二) 关键词

生育权 (reproductive rights); 生育 (reproductive、procreation、pregnancy); 夫妻 (spouse、couple、husband and wife); 隐私权 (privacy right); 堕胎 (abortion); 侵权 (tort、infringement); 平等权利 (equal right); 告知义务 (duty of disclosure); 生育协议 (consensus of reproduction、agreement of reproduction)

Part One: 中国法律资源

这一部分的文献检索主要通过“北大法宝”、“CNKI”、“读秀学术搜索”数据库以及浙江大学OPAC系统进行搜索。“北大法宝”的“法律法规”及“司法案例”模块主要用于搜索相关法律法规以及主要的案例;“北大法宝”的“法学期刊”以及“CNKI”的“文献”模块则为期刊文章的主要来源,在选择期刊文章时,通过“引用次数”排序以获得价值较高的文献,同时辅以“时间排序”以获得最新的期刊文献;而著作则主要通过浙江大学的OPAC系统以及“读秀学术搜索”的“图书”模块进行搜索。

一、一次资源

(一) 法律

1. 《中华人民共和国宪法》(2004修正)【法宝引证码】CLI.1.51974

第四十九条第二款: 夫妻双方有实行计划生育的义务。

2. 《中华人民共和国婚姻法》(2001修正)【法宝引证码】CLI.1.35339

第十三条【夫妻平等】: 夫妻在家庭中地位平等。

第十六条【计划生育义务】: 夫妻双方都有实行计划生育的义务。

3. 《中华人民共和国妇女权益保障法》(2005修正)【法宝引证码】CLI.1.59781

第五十一条第一款: 妇女有按照国家有关规定生育子女的权利,也有不生育的自由。

4. 《中华人民共和国人口与计划生育法》(2001)【法宝引证码】CLI.1.38086

第十七条: 公民有生育的权利,也有依法实行计划生育的义务,夫妻双方实行计划生育中负有共同的责任。

* 浙江大学光华法学院民商法2012级硕士研究生

5. 《中华人民共和国母婴保健法》(2009修正)【法宝引证码】CLI.1.10460

第十九条：依照本法规定施行终止妊娠或者结扎手术，应当经本人同意，并签署意见。本人无行为能力的，应当经其监护人同意，并签署意见。

(二) 行政法规

1. 《社会抚养费征收管理办法》(2002)【法宝引证码】CLI.2.40964

第二条第一款：公民享有依法生育的权利，同时应当依法履行计划生育的义务，其生育行为应当符合人口与计划生育法的规定。

(三) 司法解释

1. 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》(2011)【法宝引证码】CLI.3.156539

第九条：夫以妻擅自中止妊娠侵犯其生育权为由请求损害赔偿的，人民法院不予支持；夫妻双方因是否生育发生纠纷，致使感情确已破裂，一方请求离婚的，人民法院经调解无效，应依照婚姻法第三十二条第三款第(五)项的规定处理。【有下列情形之一的，调解无效的，应准予离婚：(五)其他导致夫妻感情破裂的情形。】

(四) 主要案例

1. 《殷文辉诉袁叙轮应其妻的请求为其妻行终止妊娠手术侵犯生育权赔偿案》(2000.07.21)【法宝引证码】

CLI.C.22225

法院认为妻子作为完全民事行为能力人，有权决定自己是否终止妊娠。妻子引产须经丈夫同意之说法没有法律依据，故而丈夫要求为妻子实施终止妊娠手术的第三人赔偿胎儿费、精神损失费、生活补助费也是没有法律依据的。

2. 《叶光明诉妻子朱桂君擅自流产侵犯其生育权案》(2006.12.12)【法宝引证码】CLI.C.174523

法院认为男、女公民均享有相应的生育权。妻子享有的生育权是基于人身权中的一种生命健康权，而丈夫所享有的生育权是身份权中的一种配偶权。当两权利相冲突时，法律应当更加关注生命健康权，而非配偶权，而且《妇女权益保障法》明确规定了妇女有生育的权利。因此，妻子对腹中怀孕胎儿进行产化流产手术，不构成对丈夫生育权的伤害。

3. 《石华诉崔新峰生育权纠纷案》(2005.07.18)【法宝引证码】CLI.C.86899

一审法院认为生育权是一种基本人权，是法律赋予公民生育子女的权利，属于人民自由权的范畴。生育权是一种男女共享且需要特定男女相互配合才能实现的权力，它具有双向性和相对独立性。生育权的实现受着多种因素的制约，夫妻双方任何一方不生育均可造成对相对方的侵权，只有夫妻双方协商一致，共同行使这一权利，才能实现生育权。同时根据《妇女权益保障法》(1992年)“妇女有按照国家有关规定生育子女的权利，也有不生育的自由”的规定，故而对于丈夫强制要求妻子实现生育的请求不予支持。

二审法院则认为夫妻双方的生育权是指婚姻关系确立后双方依法享有的共同生育子女的权利，夫妻双方互为权利和义务的主体，其生育权应由双方共同协商解决。男方的生育权是基于女方已经怀孕，男方享有生和育，即做父亲的权利。女方的生育权是指男方有义务使女方怀孕的权利。如果女方未怀孕，男方的生育权就无从谈起。通过这样的解释事实上法院对于丈夫生育权被侵害的状况进行了一定的限制，即只有在女方怀孕后才可能出现侵害丈夫生育权的状况，若女方一直避免生育，并不侵害丈夫的生育权。

4. 《女子再婚后生育前夫依离婚协议索赔被驳回》(2010.02.02)【法宝引证码】CLI.CR.114813

法院认为，生育权是公民的法定权利，不因与他人的协商行为而受到限制。在不违反国家计划生育法律、法规的前提下，公民按照国家规定享有生育子女的权利。公民可以自愿放弃生育权，但如果又想生育子女，仍然可以继续行使生育权。禁止生育协议的违反了法律关于公民享有生育权的规定应属无效。

5. 《蒋某诉沈某抚养费案》(案件审结日期未显示)【法宝引证码】CLI.C.231703

法院认为在女方违背男方意愿生下残疾孩子时，男方仍然应对孩子履行支付抚养费的义务，但是，对于这一状况女方应承担主要责任。

二、二次资源

(一) 图书



1.周平：《生育与法律：生育权制度解读及冲突配置》，人民出版社2009年版。

本书从理论和实践两个方面，对生育权问题进行了较全面的探讨：首先研究了生育权规制的原理，通过分析生育权纠纷中的利益、价值、及人性冲突，指出规制生育权的相关法律，必须尊重生育权纠纷的上述本质，秉持负担衡量、少数主义和权利均衡原则进行制度建设和冲突调适；继而以此为据、并结合历史考察、社会分析、制度比较、法理论证等方法，对生育权概念、性质、内容、保护等予以分析解读；对生育权冲突进行研究并提出了配置建议。选择这一本书主要在于其与研究论题的关联性较强，在下篇中对于生育权冲突的内涵、类型等都作了详细的介绍，对于配偶间生育权的同质冲突、其原因以及立法解决都有详细的介绍，对本论题的研究大有裨益。

2.邢玉霞：《我国生育权立法理论与热点问题研究》，知识产权出版社2008年版。

本书从法学的角度，全面系统地介绍、论证了我国生育权的理论，并立足中国国情，针对社会中出现的热点问题进行深入剖析，提出了完善我国生育权立法的建议和思考。特别是在生育权的行使和生育权的侵权方面，作者作了比较全面的介绍。

3.杨遂全：《亲属与继承法论》，四川大学出版社2005年版。

本书的第一章第五节对身份权进行了比较详细的介绍并将其与人格权的区别进行了研究，对于我们认定生育权的性质有参考价值。在第六章生育制度中则对生育权的概念、主体、性质、内容以及侵害生育权的法律责任进行了介绍。对于生育权的性质本书作者认为是身份权而不是人格权，与其他的学者观点相左，可深入了解。

4.徐国栋：《民法哲学》，中国法制出版社2009年版。

作者在本书的第五章“生死论”中探究了一系列与生死相关的前沿民法问题，其中第一节“生论”中探讨了“自然生殖中的出生与权利——权力冲突”，其中便包括对于“配偶一方的生育权与他方不生育权的冲突”，在笔者看来，从法哲学的角度来了解和探讨这一问题对于更好地理解论题也是很有裨益的。

5.张平华：《私法视野里的权利冲突导论》，科学出版社2008年版

本书对权利冲突的问题进行了比较详细的研究。作者认为权利位阶是化解权利冲突的有效手段，对于不同权利依效力强弱或依价值轻重排列其次序。由于夫妻生育权的冲突在本质上亦是权利冲突所造成的一种两难局面。因而对于此书的阅读可以扩展在权利冲突问题上的理解，对于进一步理解生育权冲突问题以及后续的解决途径的提出都会有所帮助。

（二）法学期刊

1.樊林：《生育权探析》，载《法学》2000年第9期

对于生育权的性质，作者认为生育权是身份权且属于夫妻身份权范畴，只能基于丈夫和妻子的特定的身份在合法的婚姻关系上产生，在理论上应归入配偶权中，它是夫妻共同享有的权利。对于生育决定权的行使，应该以对方的同意为前提。在生育阶段由于女方事实上承担了更大的培育责任并享有更大的支配权，为确保男方对胎儿出生的期待权不被损害，流产必须以夫妻合意为前提。但是，若双方就生育达不成合意并不意味着拒绝一方构成对他方的侵权。

2.马忆南：《夫妻生育权冲突解决模式》，载《法学》2010年第12期

作者认为生育权是人格权而不是身份权，而对于夫妻间“侵害生育权”的行为，实际上多数是生育权行使的冲突，而对于这样一种冲突，不同于其他学者认为应该善意地行使权利，即必须须与丈夫协商，征得丈夫的同意，或至少履行告知的义务，否则擅自堕胎要承担侵权责任，作者认为无论法理上还是实践上，对妻子的堕胎都不应该有善意行使权利的要求，相反，其堕胎的自由应该受到几乎绝对的保障。而对于冲突的解决模式，作者认为可以对夫妻婚后的生育契约作否定推定，如果能够证明存在生育契约而一方违约，则可以违约处理。

3.张作华，徐小娟：《生育权的性别冲突与男性生育权的实现》，载《法律科学》2007年第2期

作者认为作为民事权利的生育权在性质上是存在着依赖性和身份性的人格权，且男性生育权的权利内容受到诸多限制。在自然生育状态下，男性消极的生育权较为完整、充分，而积极生育权则相对而言是一种不完整、不彻底、不充分的权利。对此，作者提出了四种设想：1.依双方婚前特别约定解决冲突；2.双方无特别约定的，依结婚合意，推定双方均享有积极生育权，即推定双方均有意图生育的意思表示，而不享有不生育的自由；3.上述约定或推定，因正当事由的出现而得以变更或被推翻，但“正当事由”应当加以严格而明确地限制；4.因生育权冲突导致离婚时，将女方的消极生育权的不当行使作为过错认定依据之一。

4.付翠英、李建红：《生育权本质论点梳理与分析》，载《法学杂志》2008年第2期

作者认为生育权可以从两个层次界定：作为应然性权利，其本质是人人都享有的延续后代的权利；作为实体性权利，其本质是怀孕女性享有的生育和不生育的人格自由权。值得注意的一点是，作者认为男性不可能享有生育权，且怀孕妇女的生育权收到夫妻配偶权的限制。

5.樊丽君：《生育权性质的法理分析及夫妻生育权冲突解决原则》，载《北京化工大学学报（社会科学版）》2005年第4期

作者认为生育权是民事主体依法享有的生育子女的自由和不生育子女的自由。生育权是人格权，具有绝对权、支配权性质，以不特定的任何人为义务主体，且权利主体可以以自己的行为直接支配权利客体。而生育权行使的天然限定条件则是夫妻生育权冲突的根源，为了解决这样一种冲突，作者认为应遵循协商一致原则和妇女生育权优先原则。

Part Two:美国法律资源

法律文献检索课所学的最大收获体现在美国法律资源的检索上。这一部分主要使用了Westlaw、LexisNexis以及Heinonline数据库进行搜索。以Westlaw为例，通过主目录检索法（Directory）可以方便地找到各个类型的数据库，继而进入U.S. State Materials、U.S.State Materials、Treatises,CLEs,and Other Practice Materials、Legal Periodicals & Current Awareness等数据库分类寻找所需的法条、案例、专著与期刊资料。而使用布尔逻辑法设计Terms & Connectors则便于进一步缩小文献范围，提高检索结果与研究论题的相关度，在各州法律的检索中，使用abortion / sspouse能够检索到比较好的结果。

一、一次资源

（一）法律

1.U.S.C.A.Const. Amend.V-DueProcess（Westlaw, 2013）

U.S.C.A.全称为“United States Code Annotated”，是美国法典注释，它整理归纳了美国法典的内容并附有对条文的注释。Const. Amend.VI即指美国宪法第四修正案。在此修正案中包括了正当程序的内容，即不经正当法律程序，不得被剥夺生命、自由或财产。

2.U.S.C.A.Const. Amend.IX（Westlaw, 2013）

美国宪法第九修正案，它指出本宪法对某些权利的列举，不得被解释为否定或轻视由人民保留的其他权利。意即即使有些权利未明确在此宪法中提及，亦不能否认对其的保护。此条款事实上扩大了法官对于权利范围解释的空间。

3. U.S.C.A. Const. Amend. XIV,§1-DueProc（Westlaw,2013）

此为美国宪法第十四修正案第一节的正当程序条款，它提出禁止各州和地方政府未经正当法律程序而剥夺任何人（而不仅仅限定为是美国公民）的生命、自由或财产。这一条款以合并原则将权利法案中大部分原本只针对国会立法的限定内容变更为对包括州政府在内的各级地方政府都有效，并要求任何政府部门都将之视为基本的正当程序而得以保障完成。

4. 735 ILCS 5/11-107.1.Injunctive relief for the father of an unborn child in an abortion related decision by the mother（Westlaw, 2013）

此为伊利诺伊州所制定的法律条款，它主要是对于未出世孩子父亲在母亲作出时堕胎决定给予的一项禁令性救济。它规定如果一个已婚妇女想要堕胎而胎儿父亲反对，法庭需要听取双方证词，并平衡双方权力和利益。当丈夫从反对堕胎中获得的利益大于妻子堕胎获得的利益时，法庭只有在母亲的生命和健康不受威胁的情况下发布反对堕胎的禁令救济。

5. 750 ILCS 65/15.Expenses of family（Westlaw, 2013）

此为伊利诺伊州所制定的法律条款，它主要从堕胎费用承担方面对于夫妻双方堕胎上意见不同时的处理：当配偶一方在没有另一方的同意下进行堕胎，堕胎所花费的费用不应该由另一方承担，除非医生能证明堕胎对维持一方的生命是必要的。

6. KRS§311.735 Notice to spouse;exceptions;civil remedies（Westlaw, 2013）

此为肯塔基州所制定的法律条款，它是针对实施堕胎手术的医生和诊所所提的一项通知要求，要求其一般在状况下对于实施堕胎的女性的配偶要进行通知。其具体规定为：

（1）在堕胎之前，实施堕胎手术的医生或诊所，在合理的条件下，需要通知堕胎女性的配偶；如果无法在实施堕胎前通

知配偶的,尽可能在堕胎后三十日之内通知其配偶。

(2)(a)如果在堕胎手术实施前,婚姻关系中任何一方提交了解除婚姻关系的申请书且已送达另一方,该部分要求将不再适用。

(b)这些要求也不适用于主治医师基于事实,判断的确存在紧急医疗状况的场合。在这种情况下,医生应当按KRS 213.055所规定的要求提交他确实存在紧急状况的医疗判断的表格。医生或其诊所应当在合理可能的条件下,在堕胎后三十日之内通知接受堕胎女性的配偶。

(3)没有按要求通知配偶将在适当的民事诉讼中被视为干预家庭关系的初步确凿证据。

7. 18 Pa.C.S.A. §3209.Spousal notices (Westlaw, 2013)

此为宾夕法尼亚州所制定的法律条款,它明确了一般情况下对于已婚妇女实施堕胎手术的前提是她必须已告知其配偶。

8. 18 Pa.C.S.A. §3214.Reporting (Westlaw, 2013)

同样是宾夕法尼亚州的法律条款,主要针对医生和诊所,要求其对于堕胎手术需要提交含有是否向已婚堕胎妇女的配偶进行了通知这一内容的报告,如果没有通知,则报告中亦必须写明为什么没有通知的原因。

(二) 判例

1. Roe V.Wade, 410 U.S. 113, 93 S.Ct. 705, 35 L.Ed.2d 147 (U.S.Tex.Jan22,1973)(NO.70-18)

这是关于生育权的一个著名的案子。化名为杰内·罗伊的妇女认为德州限制堕胎的法令剥夺了她在妊娠中的选择权,使得她无法自主地决定在什么时间、以什么方式、为何种理由而终止妊娠。而被告德州政府则认为怀孕妇女在整个妊娠过程中,都存在着保护胎儿生命这一国家利益。宪法中所称的“人”包括胎儿在内,非经正当法律程序而剥夺胎儿生命是联邦宪法修正案第14条所禁止的行为之列。该案最终上诉到联邦最高法院。美国联邦最高法院以布莱克门大法官为代表的多数意见支持了罗伊的诉讼请求。法院在判决中认为公民具有隐私权,而“隐私权的广泛性足以涵盖妇女自行决定是否终止妊娠的权利”。而对于基本权利的限制,只有在为了维护某种“不可抗拒的国家利益”,而限制措施又没有超出实现立法目的所必须的限度时才可进行。在妊娠期间,存在着两种“重要和正当”的国家利益:一是保护孕妇健康;二是保护潜在生命,而两者各自在某一个时间点内成为不可抗拒的国家利益。德州法律对堕胎作了过于宽泛的限制,没有区分妊娠早期和晚期的堕胎,只是将抢救母亲生命作为允许堕胎的惟一理由,而排除了堕胎所涉及到的其他利益,因此,德州法律违反了宪法修正案第14条正当程序条款。

这个案子将妇女的生育权看作是一种受宪法保护的自决隐私权,使得49个州都对本州禁止或限制堕胎的法律进行了修正,为妇女赢得不生育的自由打下了基础。

2. John Doe v. Jane Doe, 365 Mass.556,314 N.E.2d128,62A.L.R.3d1082(Mass.Jul03,1974)

妻子怀孕后夫妻分居了,丈夫不想抚养这个孩子,故而妻子决定终止怀孕,但是丈夫对此表示反对,希望取得禁令阻止他妻子进行堕胎。法院认为女性在对于是否保留胎儿的决定上享有个人隐私权,故在胎儿出生前,除了与孕妇的健康合理相关的方面,国家不能干预个人的堕胎决定。同时国家也不能用自身并不具有的权威来协助丈夫。

3. Doe V. Bolton, 410 U.S. 179, 93S.Ct.739, 35 L.Ed.2d 201(U.S.Ga.Jan22,1973)(NO.70-40)

根据乔治亚州的法律,只有在涉及强奸致孕、胎儿严重畸形、或存在胎儿对母亲有严重伤害的可能性时,才允许女性堕胎。其他限制还包括,需要有堕胎手术实施医院的特别委员会和三名内科医生的书面批准,且非乔治亚州本地居民任何情况下均不允许在乔治亚州进行堕胎。对此一名孕妇起诉了负责执行该州法律的总检察长Arthur K. Bolton,认为此法违宪,最后获得了胜诉。

4. Eisenstadt v. Baird, 405 U.S.438,92S.Ct.1029,31 L.Ed.2d 349(U.S.Mass.Mar22,1972)(NO.70-17)

此案中最高法院限缩了罗伊案所定下的规则,认为法院审查限制堕胎法是否合宪的标准是“不当负担”:如果法律目的或效果对胎儿具有存活性之前的堕胎造成实质性障碍,则为不当负担条款,得被废除。

作为具体的争议条款之一——“配偶通知条款”,最高法院认为,配偶通知义务会给堕胎造成实质性障碍,属于不当负担。对于州政府提出的丈夫有权关注潜在的生命的抗辩,最高法院认为怀孕的是妻子,而不是丈夫,堕胎法是限制妻子的自由,而不是丈夫的自由。

5. Davis v. Davis, 842S.W.2d 588(Tenn.Jun01,1992)(NO.34)

对于夫妻离异前冷冻保存的受精卵,双方在使用与否上出现分歧时,法院认为当事人双方的事先约定将受到尊重,若无事先约定,那么必须同时权衡双方对于受精卵使用与否上相关的利益。如果当事人中有一方能够不利于受精卵而达到生育目的,那么一般希望避免生育的另一方应当获胜。

二、二次资源

(一) 专著

1. Lenora M. Lapidus, Emily J. Martin, Namita Luthr : The rights of women: the authoritative ACLU guide to women's rights[M], New York: New York University Press, 2009.

这本选集对性别研究进行了整合,反映了新的趋势,其内容涵盖了美国从殖民地时期到现在的历史,以及多元化和跨学科的学术研究。书的主要内容包括了宪法的平等保护权利、就业歧视和养育孩子方面的问题、拐卖女性和强迫女性劳动、教育、对女性的暴力行为、生育自由、家庭法、刑事审判制度、救济与福利、住房等等。这本书可以让我们对美国整个历史中对于男性和女性在各项社会制度中的权利等方面有所了解,而其中生育自由是最需要注意的一块。

2. Nancy Ehrenreich: There productive rights reader[M], New York: New York University Press, 2007.

这本书分四个部分,研究了有关女权主义批判的医学知识和实践,以及相关终止妊娠、怀孕、怀孕期间行为和生育孩子的法律条例。作者支持对于所有女性的生育司法,但是怀疑通过中立的政府政策来保护自由选择这样一种主流的法律和政治的解决措施,因为这些解决措施经常忽视或损害其他种族和贫穷女性的利益。作者认为生育司法和男女平等不能必然保证选择权;想要真正实现这个理想,意识到女性的生育经历和需求,以及法律和政策影响女性决定的方式的复杂性是不可避免的。

3. Richard C. Turkington, Anita L. Allen: Privacy law: cases and materials[M], West Group, 1999.

本书考察了在美国宪法中发挥重要作用的隐私概念,收集了学者们对独居、保密、匿名和数据保护的价值和历史的重要学术观点,还收录了联邦最高法院作出的一些与家庭隐私有关的重要的宪法决定。在本书第七章“隐私、自觉和亲密的行为”中探讨了“自觉隐私”的起源和发展,它与“公共领域”的划分,并在“生育自决”中对避孕、堕胎等作了详细的研究。

4. Ellen Alderman, Caroline Kennedy: The right to privacy [M], Paw Prints, 2008.

本书对美国公民的隐私权进行研究,结合案例阐述了隐私与执法、隐私和我们自身、隐私与媒体、隐私与偷窥狂、职场隐私、隐私与资讯等内容,在隐私与堕胎一节,通过格里斯沃德诉康涅狄格州案、罗伊诉韦德案等一系列案件中各个法官的意见,清晰地呈现了司法上是如何一步步通过对隐私权的理解判决堕胎这个在美国社会中充满争议的问题的。

(二) 法学期刊

1. Sarah Primrose, An Unlikely Feminist Icon? : Justice Harry A. Blackmun's Continuing Influence on Reproductive Rights Jurisprudence [J], 19 Cardozo J.L. & Gender 393(2003)

本文探讨了布莱克门法官的生活,利用传记材料和访谈作为一个切入点来理解司法对生殖权利运动的影响。本文的第二部分探讨了布莱克门法官的法学知识,尤其是有关生育权和以性别为重点的案例。在探讨布莱克门法官最著名的裁决(Roe v. Wade)时,利用传记材料来更深入的了解潜在问题。此外,第三部分还深入调查了Roe的将来,并提供了一份关于现今迫切的性别问题。

2. What's Good for the Goose is Good for the Gander: Toward Recognition of Men's Reproductive Rights [J], 15 N. Ill. U. L. Rev. 141.(1994)

作者认为一位怀孕的妻子可以随时单方面决定他的子女将不出生,这是对丈夫的(生育)权利的侵害。男性应该享有平等的权利来决定是否生育,他有权得到通知和放弃生育权利和义务的机会。生育与否是每个人都需要被保护的基本权利,一个人并不应该得以自动地否决别人的生育决定。女性是否可以堕胎多从保护女性自身的权利和胎儿潜在的生命角度出发,作者认为加强对未出生胎儿的利益保护使得各州能够保护一个父亲对于他未来小孩的根本利益。

3. Wesley D. H. Teo, Abortion: The Husband's Constitutional Rights [J], Chicago Journals Vol. 85, No. 4, Jul. 1975 (1975)

作者认为在罗伊案中,确立的只是女性的堕胎权利而并没有涉及父亲的权利,它是指面对无根据的政府公权力干涉,个人有权利决定是否要一个小孩。作者认为妻子不应该单独地完全具有决定是否堕胎的权利,因为这损害了丈夫的生育权,是基于性别基础的对他的排斥,使他无法平等地受到法律的保护。

4. Joseph O'Meara, Abortion: The Court Decides A Non-case [J], The Supreme Court Review, Vol. 1974 (1974).

作者认为胚胎的产生依赖于男士,孩子是父母双方所共同拥有的,因而父亲在堕胎决定上也应具有发言权。而法院对父亲权利的判决又存在着不同,一些案例承认未婚的父亲有权去参与监护和抚养诉讼的听证,而在几周后另一些案例中法院又认为父亲没有禁止母亲(不管是否已婚)堕胎的决定,否认了父亲的平等的法律保护。作者认为既然父亲拥有对孩子出生后的权利,那么在孩子出生前他也理应对孩子拥有权利。

(下转12页)



读《民法思维之展开》

张桂龙*

近日，图书馆馆长何老师，盛情邀我撰写一篇书评。初，欣然应允。然而提笔之时，方体会其中之不易，亦觉吾之力有未逮：一则囿于平素所读之书甚少，概览之余，竟无从拾起；二则囿于吾辈资质尚浅，学殖未深，未敢妄做书评。一直以来的印象是，只有那些大家才够格写就书评，才能于举手抬足之间，评书而论道，谈古而论今。吾之后辈，何来评书一说？其时，手中的笔抬起又落下，在纸上肆意地圈圈点点，竟不知所措。慌乱之余，脑海中闪过一丝碎念，与其评书，何不如结合自身阅读之心得而荐书？既符合自身特点及能力，亦能为诸位同仁增添茶余饭后的谈资，又不至于因畏惧高深的书评而无从落笔，同时，与何老师邀我写书评的初衷可能也是相契合的。于是乎，原先的书评更多的成为了一种可以分享的读书感悟和思考，如果能够借此为读者打开一本书的一扇窗，让读者透过窗细细品味屋内的精致，也算是尽了我的一点绵薄之力了。

一番思索之后，准备与诸位同仁分享尹田教授的力作《民法思维之展开》，这是尹田教授的一本民法学演讲集，就静静地躺在图书馆一楼的某个藏书室里。记得导师曾经再三嘱咐过我，要多听讲座，因为主讲人为了能够“hold住”全场，会将其研究得较为细致透彻的领域拿出来分享，因此，讲座的内容多是其研究之精华，法科学子亦能从讲座中汲取诸多养分。这本《民法思维之展开》，亦是尹田教授思想的精髓之所在。与此同时，就自身而言，研习法律数年，深感面对浩繁的法律条文，总是驻足在记忆的表层，而缺乏一根一以贯之的逻辑和思维主线，因此未能深入研究，往往浅尝辄止。旁人眼中所谓的法科学子，亦是此种印象：要背诵很多法律条文。就旁人而言，法学似乎从来都不是以一门科学而出现的，而是以一种记忆性的法律条文方式而呈现的。然而，法律条文的创设并不是毫无章法可言，而是有根有据的。可以说法律条文乃逻辑和思维的根基之下盛开的花朵，花朵的艳丽离不开深扎的根，而透过根基则能窥见花朵是否美艳。可是，若想抓住法学的根基，谈何容易，特别是在分析具体的案例，具体的制度设计之时，若非能真正理解，虽有法律条文的堆砌，问题尤不得解，同时这也是笔者在学习过程中所遇到的困惑之一。只有真正理解了背后的法学理论根基，才能真正理解法律条文的内在涵义，同时，这对于法律条文的解释来说，助益之处，亦无需多言。而尹田教授的《民法思维之展开》正是这样一本阐明法学理论根基、能够带领读者在法学的森林里自由前行的书籍。

都说出路在于思路。尹田教授在“民法思维方法”一辑里便不走寻常路。“概念与推理——民法思维方法之检讨”一篇，开篇提及了一个生活中的简单例子：如果某甲的财产被某乙非法占有，某乙则应依法承担向某甲返还非法占有的财产的责任。多年的法学研习的经验告诉我们，此处某乙承担的应当是侵权责任。但是应该适用何种归责原则呢？过错责任原则是侵权责任的一般归责原则，无过错责任原则适用于法律明文规定的情况，公平原则更多地倾向于利益平衡。从而此处只能适用过错责任原则。因而，某乙承担返还财产的侵权责任，必须具有过错。但是，常识告诉我们，这一结论是明显错误的。尹田教授借此问题引出思维方法上的检讨：对于侵权责任一般归责原则是否真的可以适用于排除妨害、返还财产等责任的问题。

尹田教授继而分析道，侵权责任的基点是责任，侵权法是在过错责任原则基础上发展起来的。虽然尹田教授只是在《民法通则》中寻求分析的框架和路径，但是透过其思维方法，现今的《侵权责任法》亦是沿着此原则而发轫的，其第六条、第七条和第二十四条便确立了过错责任原则、过错推定原则、无过错责任原则以及公平责任原则的归责原则。而物权的基点是权利，物权法是以物的利用和归属为基点而展开的，物权的保护方式则力求恢复物权的圆满状态。现行的《物权法》第三章即规定了物权的保护方式，并确立了几种“物权请求权”，诸如“排除妨害”、“返还财产”均是作为物权的保护方式而出现的。同时，通过第三章相关条文可知，物权的保护与“过错”是无涉的，一旦权利遭受侵害，权利人即可要求恢复物权的圆满状态。然而，翻阅《侵权责任法》第十五条侵权责任的承担方式，可以发现“排除妨碍”、“返还财产”等物权的保护方式赫然在列。但是，由上述之分析可知，“排除妨害”、“返还财产”等作为物权保护方式的“物权请求权”，与以过错责任为基石的侵权责任其实是格格难合的。尹田教授亦声称，“如果仅仅是把一堆侵犯绝对权、合同责任之外的、分散的、各自特征和构成条件不一样的责任拼合在一起，从而宣称侵权法理论体系大功告成的话，至少是不太负责任的。”这不由得引起了我们对平时看来司空见惯的“侵害物权而致的‘标准的’侵权责任”的反思：所谓的《侵权责任法》第二条，我们还有很长的路要走。如果说上述的思维方式只是一缕清风，那么下面尹田教授给我们带来的将是一阵狂风。先来看一幕场景，“如果走进18世纪德国的大剧院，如果舞台上正在表演启蒙主义文学家歌德早期的重要剧本《葛兹·冯·珀利欣根》，那么，我们会听到剧中人物口中朗朗吐出一句颇具震撼力的台词：‘不公正胜于无秩序！’”但是，法科学子所周知的是：公正是法的本质，是法的最高价值，上述的台词似乎是“一种公然凌辱良心和道义的威胁”。然而，尹田教授却要跳出来论证“‘不公正胜于无秩序’不仅是传统民法蕴涵的重要价值判断，而且是现代民法最重要的并且越来越重要的基本理念”。

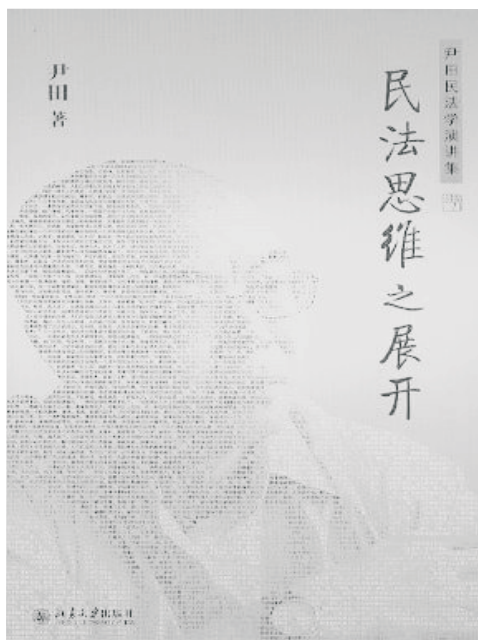
尹田教授首先论证究竟何为“公正”。“公正”应当理解为“各人应得的归诸各人。”在民法的领域之内，表现为

* 浙江大学光华法学院民商法2013级博士

“以权利为基础而建立的正义”；其次，阐明何为“秩序”。他认为在民法的框架之内，“秩序”有两个维度，即“个别秩序”和“整体秩序”。前者对应的是“基于具体利益享有的正当性而建立的秩序”（一般意义上的“公正”），后者被界定为“法律关系整体上的稳定而形成的秩序”，而个别秩序应让位于整体秩序，从而巧妙地论证了公正和特定秩序之间的价值位阶关系；最后，他指出，“在以权利为基础而建立的正义与以市民社会整体利益为基础建立的整体秩序发生冲突时，民法做的是舍弃正义而保护秩序”，典型的诸如善意取得制度，并进行思维上的拓展。传统的善意取得理论往往停留在交易安全的视野，鲜有学者像尹田教授这样提到公正和秩序的价值位阶的高度并进行充分地演绎推理。

此外，尹田教授对于“人格权”、“货币所有权”、“物权法平等保护穷人和富人”等问题的分析，亦令人耳目一新。书中发人深省的一句话是“我怎么也不能理解，我的生命权是根据民法取得的”，亦引起了我们对人格权性质以及人格权立法的深刻思考；国企职工利益与“货币所有权”视占有而定的理念冲突的案例，亦道出了现有理论在司法实践中的困境；而看似资本主义色彩颇为浓厚、对穷人和富人一视同仁的物权法，又是怎样地在尹田教授的笔下被赋予新的生命力的呢？

我想，既然是荐书，在分享了以上的思维风暴和读书感悟之后，在这里就不再一一剧透了，留待诸位同仁去打开那扇专属于自己的窗，掀开窗帘，去寻找书中的光亮。



（上接第10页《夫妻生育权的冲突及解决途径研究文献检索报告》谢文婷）

Conclusion：文献检索总结

从文献检索的结果来看，对于夫妻生育权冲突及解决途径文献资料相对来说还是较多的。我国法律有明确提出生育权的概念，但是相关的规定却不多，最主要最直接的对于妇女生育权的保护是在《妇女权益保护法》中提出的。在新出的《婚姻法司法解释三》中对于夫妻生育权冲突的某一表现形式给出了准予离婚的解决模式，但仍不够全面。就案例来看，无论是报道还是已作出的判决，夫妻生育权冲突引发的纠纷数量上并不少，说明现实生活中这一问题确实存在且有待妥善解决。目前我国对于生育权研究的著作，多数是将其作为其中一个章节进行介绍，专著较少。期刊方面文献数量相对较多，主要是研究生育权的性质、夫妻生育权以及受刑人的生育权等等。而在美国，对于生育权主要争论和研究的点在于妇女能否堕胎，即妇女是否有怀孕后不生育的自由。而无论是判例还是文章对此的论述也往往从保护妇女权利和保护胎儿生命中展开，对于父亲的权利则相对较少提及。这主要是由于对于妇女能否堕胎其主要是从个人自由、隐私自决的角度出发论证的——例如罗伊诉韦德案，如果将妇女堕胎的权利归属于个人自由、隐私自决的话，那么妇女本身便自然地取得自我决定的权利，不受其他任何人的干涉，包括她的丈夫，不过也有学者提出这样一种论证是政府公权力不能对抗堕胎女性，而不是指其丈夫也不能对抗，如此即对生育权进行了公法和私法上的区分。而这样一种区分对于接下来的研究是很有借鉴意义的。

刑法格言的展开（第三版）

名家点评：

法律不是嘲笑的对象(本文中楷体字均为拉丁文法律格言),而是法学研究的对象;法律不应受裁判,而应是裁判的准则。应当想到法律的规定都是合理的,不应推定法律中有不平衡的规定。本书并不绝对主张恶法亦法,但也不一概赞成非正义的法律不是法律,而是主张信仰法律,因为“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。”既然信仰法律,就不要随意批判法律,不要随意主张修改法律,应当从更好的角度解释疑点,对抽象的或有疑问的表述应当做出善意的解释或推定,将“不理想”的法律条文解释为理想的法律规定。对于法学者如此,对于裁判者更如此。法官可以宣示法,但不能制定法;或者说,法官解释法,但不制定法。“裁判者只有适用法律的职务,却没有批评法律的权能。裁判者只能说出法律是怎样,却不能主张法律应该怎样;所以立法的良恶在原则上是不劳裁判者来批评的……要晓得法律的良不良,是法律的改造问题,并不是法律的适用问题。”

对现行刑法的批判并无道理

事实上,一些人对现行刑法的批判并无道理。我国刑法中的定义已经远远多于其他国家刑法中的定义。法谚云:法不定义未遂是什么,但我国刑法定义了未遂。再如,其他国家不会定义什么是共同犯罪,但我国刑法却有定义。尽管如此,还是有人批判现行刑法对单位犯罪等一些概念律过于僵化,所以,法律中的定义都是危推翻的定义实属罕见。社会是复杂的,需律时,立法者不得不出一种并不适用定,因为,由于案件数目无限,各有各义)。”对单位犯罪的概念就很难下定定义,而委任善良人裁量。德国旧刑法中规定了故意、过失的定义,但1975年的颁“因为以法规固定这些概念,会阻碍今后法者的任务,而是学说的任务。”由于司法也是危险的。

再如,有人认为现行刑法还不够确之,“法律家希望能够使用精确、简洁、失败在所难免。”诚然,法律的内容确定

受到非难。可是,极度的确定性反而有损确定性,事实上也不可能十分确定,正因为不确定才需要解释。“有很大一部分法律训练,特别是在精英法学院里,就是研究法律的不确定性,并且创造了一种与一般的外行人并且事实上也与许多法律人的看法相距遥远的关于法律的基本看法。”法律当然应当明确,但又不可避免会存在不明确之处。“如果法律没有不明之处,就不存在解释问题,因为在这种情况下,解释不仅无益,而且是有害的……明确的法律条文需要解释的惟一情况是立法者在制定这项法律条文时出现了明显的笔误或差错。”极度的精密在法律中受到非难。因为“越细密的刑法漏洞越多,而漏洞越多越不利于刑法的稳定”。极度精密也不利于刑法的执行与遵守。法律既是针对司法人员的裁判规范,也是针对一般人的行为规范,因此,法律应当被一切人理解。“为便于适用和遵守起见,条文固应力求其少,文字尤应力求其短,以免卷帙浩繁,人民有无所适从之叹。”因为“即使是规则清楚,其数量也可能太多,以至于受这些规则规制的人们无法了解;这样一来,规则清晰也就只是水中月,镜中花了。”所以,法律必须简洁以便更容易掌握;法律需要简洁以便外行人容易理解。法律的普遍性本质决定了法律不能过于具体。“法律的具体规定内容,本质上既有相当的一般概括性,则又不得不有相当的抽象性,相当的非具体性。而法律的具体内容,在本质上,就除了以某种抽象的概括的表现方法之外,没有把它直接表现出来的方法。”

又如,有人习惯于认为刑法存在漏洞。虽然以前曾有人认为系统的法典可以包罗无遗,法律实证主义的典型代表Bergbohm认为,“法律绝不需要从外在加以填补,因为它在任何时刻都是圆满的,它的内在丰富性,它的逻辑延展力,在自己的领域中任何时刻都涵盖了法律判决的整体需要。”但是,“我们的时代已不再有人相信这一点。谁在起草法律时就能够避免与某个无法估计的、已生效的法规相抵触?谁又可能完全预见全部的构成事实,它们藏身于无尽多变的生活海洋中,何曾有一次被全部冲上沙滩?”很多人知道很多,没有人知道全部。“很明显,立法者难以预见到社会生活中涌现的大量错综复杂的、各种各样的情况……因此从法律的定义本身来看,它是难以满足一个处在永久运动中的社会的所有新的需要的。”认为刑法典可以毫无遗漏,是荒唐的幻想;希望刑法典做到毫无遗漏,是苛刻的要求。承认刑法典必然有遗漏,才是明智的想法。法律有时入睡,但绝不死亡的格言,或许在某种意义上也表述了法律必然有漏洞的观点。在刑法领域,面对真



没有下定义。但是,过多的法律定义会使危险的。同样,民法中的定义都是危险的,没被要适用法律的案件也是复杂的,“在制定法于所有案件而只适用于大多数案件的普遍规的特点,很难下一个定义(即绝对定义。因此,难以下定义时,法律不规定精确的没有故意、过失的定义,1962年的修改草案布的刑法删除了故意、过失等多种定义。犯罪论的发展,对这样的概念下定义不是立法解释具有法律效力,所以,司法解释中的定

定,不够明确、不够精密、不够具体。换言之明晰且耐久的独特语言,当然他们失败了。

是罪刑法定原则的要求,不确定性在法律中

正的漏洞时,解释者确实无能为力。在依法治国的时代,解释者必须充分认识到罪刑法定原则的贯彻所形成的对法治的信仰、对其思想基础与基本理念的弘扬、对公民自由的保障所具有的重大意义。所以,“在刑法上,还有所谓刑法的片断性格,也就是说,规定的无漏洞性在这个领域中只会是法律解释的次要目标。”另一方面也必须看到,一些所谓的漏洞,是声称有漏洞的人制造出来的。

还有人批判刑法用语不能充分表达立法意图,刑法用语与刑法精神不尽一致。然而,这种现象在任何法律中都不可避免,这并非法律的原因,而是语言的原因或对语言有不同理解的原因。“在所有的符号中,语言符号是最重要、最复杂的一种。”“尽管每位作者都希望把自己的意图原原本本地、毫无保留地反映在作品之中,但由于作品语言的局限,作者的意图不可能充分地、完全地表达出来,言不尽意是作者与作品关系中存在的普遍现象。”立法用语与立法意图不一致正是需要解释的理由之一,用语与意图一致时,没有解释的余地。法学者不应当将自己的任务推卸给立法者。

法学的重大任务是解释法律

法律必须适应社会生活。社会生活在不断变化,但是,法律则必须以固定的文字持续相当长时间,并且适应社会生活。英国人说,我们不希望英国法律变更,中国人也不希望法律经常变更。朝令夕改是最危险的做法。自然不能飞跃,法律也是如此。依靠修改法律来适应社会生活,决不是现实的。“法学的永久的重大任务就是要解决生活变动的要求和既定法律的字面含义之间的矛盾。”这一重大任务就是解释法律,而不是嘲笑法律。只有解释,才能使古老的法律吃着新鲜的食物。

法律的制定者是人不是神,法律不可能没有缺陷。因此,发现法律的缺陷并不是什么成就,将有缺陷的法条解释得没有缺陷才是智慧。在发现缺陷时不宜随意批评,而应做出补正解释。例如,重婚是同时具有复数的丈夫或者妻子的婚姻,一个人不得同时有两个妻子,可英国的一条法律规定,“任何已婚之人在其前夫或者前妻生存期间同另一个人结婚”的,构成重婚罪。显然,这里的“前夫”、“前妻”的用语很不恰当。“尽管是法令起草人的疏忽,然而意图是清楚的。法院对有关部分的意思解释为,一个在妻子或丈夫还活着时意欲同另一个人结婚的人为犯重婚罪。”又如,法国曾经有一条法律规定,“禁止列车停止之际上下旅客”。但是,法院知法。法国法院不可能按照这种字面含义适用法律。再如,日本1995年修改以前的刑法第108条规定,放火烧毁供人居住或者现有人在内的建筑物的,构成对现住建筑物放火罪;其第109条第1项规定,放火烧毁现非供人居住或者现无人在内的建筑物的,构成对非现住建筑物放火罪。就后一条而言,“虽然法条使用的是或者,但在这种场合,现非供人居住与现无人在内都是必要条件,所以应理解为并且即而且的意思。”可以看出,法律的完善,是立法者与法学者的共同任务;当我们要求刑法明确、协调、合理时,应当知道刑法的明确性、协调性、合理性需要立法者与解释者的共同努力。由此看来,法学者研究法律时,一方面要有宽广胸怀,胸怀造就法学家;另一方面要进行合理解释,“解释是法律调整机制的必要因素”。

张明楷

错案



作者: (法) 勒内·佛洛里奥 著
赵淑美 张洪竹 译
出版社: 法律出版社
出版时间: 2013年2月
ISBN: 9787511843821

德国刑法学总论



作者: (德) 克劳斯·罗克辛 著
王世洲 译
出版社: 法律出版社
出版时间: 2013年5月
ISBN: 9787511848703

刑事法律适用与刑罚功能发挥



作者: 郑少三 周玉华 主编
出版社: 法律出版社
出版时间: 2013年1月
ISBN: 9787511840639

序号	书名	出版时间	出版社	序号	书名	出版时间	出版社
1	中华人民共和国公安法典	2013	法律	51	民间借贷法律政策案例适用指南	2012	中国法制
2	民事诉讼证明权研究	2013	知识产权	52	版权与文化产业发展研究	2012	经济科学
3	德国知识产权理论与经典判例研究	2013	知识产权	53	反就业歧视的理论与实践	2012	法律
4	中英商务合同精选与解读	2012	人大	54	政治转型与行政审判	2012	中央民族
5	非诉讼程序 (ADR)教程	2012	人大	55	担保物权论 :体系构成与范畴变迁	2012	中国法制
6	网络洗钱现状分析及对策研究	2012	社会科学	56	日本知识产权法律制度	2012	知识产权
7	域外刑事诉讼专题概览	2012	人大	57	两岸四地立法语言中的情态动词研究	2012	南开大学
8	知	2012	中国法制	58	刑法修改与案例评析	2012	法律
9	刑事推定的基本理论	2012	人大	59	刑法专题研究	2012	法律
10	疑难侵权案件理论与实务研究	2012	法律	60	意思自治的法哲学研究	2012	社会科学
11	宋代的宗教、身分与司法	2012	中华书局	61	反垄断司法制度	2012	商务印书
12	反垄断法案例评析	2012	对外经贸	62	形式与神韵 :基督教良心与宪政、刑事诉讼	2012	上海三联
13	我国气候变化立法研究	2012	中国检察	63	《老乞大》与《朴通事》	2012	上海三联
14	危害国家安全罪研究	2012	中国检察	64	活的宪法	2012	中国政法
15	刑法的功能与价值	2012	中国检察	65	民生刑法 :刑法修正案中的民生权益保障解读	2012	上海人民
16	现代生命科技犯罪及其刑法规制	2012	法律	66	劳动法基本概念的哲学研究	2012	中国法制
17	准物权研究	2012	法律	67	欧盟区域刑事合作进程研究	2012	上海人民
18	和谐社会语境下的刑法改革	2012	山大	68	案例合同法学	2012	中国法制
19	刑事证据制度发展与适用	2012	人民法院	69	他山的石头 :中国近现代法学译著研究	2012	中国法制
20	走协调结合之路	2012	法律	70	食品安全法律法规读本 :食品企业指南	2012	中国政法
21	领事法和领事实践	2012	世界知识	71	建筑法律规范集成、典型案例与疑难精解	2012	中国法制
22	平行进口法律规制的比较研究	2012	人大	72	让证据为你松绑	2012	宁波出版
23	在法律思想的密林里	2012	陕西人民	73	银行法律规范集成、典型案例与疑难精解	2012	中国法制
24	国际法中普遍性法律利益的保护问题研究	2012	人大	74	案说信息网络传播权保护条例	2012	知识产权
25	网络法案例评析	2012	对外经贸	75	创意产业的知识产权保护研究	2012	知识产权
26	法和经济学	2012	格致	76	法律教育与等级制度的再生产	2012	中国政法
27	婚姻家庭法	2012	中山	77	中国减刑、假释制度的改革与发展	2012	法律
28	俄罗斯联邦宪法司法制度研究	2012	法律	78	老年犯罪心理学	2012	中国政法
29	法律实施与审判理论研究	2012	人民法院	79	法治的真原	2012	陕西人民
30	整合中之契约法	2012	北大	80	国际货币金融体制改革的法律问题	2012	科学文献
31	行政处罚法教程	2012	法律	81	中国案例指导制度的构建和应用	2012	法律
32	刑法的知识转型 :学术史	2012	人大	82	对风险说不! :非诉博弈与企业法务精要	2012	中国法制
33	宪法诉讼的中国探索	2012	山东人民	83	秘密线人 :最有价值的执法工具	2012	新华出版
34	国际经济法	2012	武大	84	反腐败国际合作理论与实务	2012	中国检察
35	中国东南沿海地区有组织犯罪实证研究	2012	中国法制	85	贫困问题的环境法应对	2012	中国检察
36	中国非常法律研究	2012	清华	86	美国资产证券化法律问题研究	2012	中国商务
37	十九世纪英国宪政改革研究	2012	中国政法	87	企业法律风险管理的创新与实践	2012	法律
38	法律文化视域中的法学教育比较研究	2012	中国政法	88	当代刑事司法制度史	2012	中国检察
39	民族自治地方社会和谐法治保障若干问题研究	2012	社会科学	89	侵权责任法疑难问题研究	2012	中国法制
40	司法公开规范总览	2012	中国法制	90	存贷犯罪刑法理论与实务	2012	上海人民
41	月球资源开发国际法律制度研究	2012	中国宇航	91	凉山彝族习惯法调解纠纷现实案例	2012	中央民族
42	中华人民共和国行政处罚标准大全	2012	中国法制	92	认罪案件审判程序研究	2012	对外经贸
43	中国近代刑法的肇端 :《钦定大清刑律》	2012	商务印书	93	现代律师的生成与境遇	2012	科学文献
44	巴朗法律词典	2012	中国法制	94	新刑事诉讼法教程	2012	人民法院
45	浙江省海域使用调查与研究	2012	海洋出版	95	商事物权与商事债权制度研究	2012	中国法制
46	世界知识产权组织知识产权指南	2012	知识产权	96	劳动合同法实务操作与案例精解	2012	中国法制
47	监狱文书制作原理与实务	2012	中国市场	97	经济法概论	2012	西南交大
48	医药专利保护典型案例评析	2012	知识产权	98	欧盟食品标签法规	2012	中国质检
49	中国财政支出制度的法学解析	2012	法律	99	中国刑法学	2012	上海人民
50	案说反不正当竞争法	2012	知识产权	100	变革社会中的宪政秩序	2011	人大



万律 (Westlaw China)

万律 (Westlaw China) 是汤森路透法律信息集团基于世界领先的 Westlaw 法律信息平台的技术和经验打造的智能化中国法律信息双语数据库，为法律执业人士提供最佳的中国法律解决方案。

全面的内容：涵盖了全面的法律法规、各级法院官方公布的裁判文书以及精选的法学期刊，并将法律法规和裁判文书进行专业分析和高度整合，提供多个由法律要点体系组成的法律专题。

权威的翻译：由资深双语律师整理并进行翻译，由英美专业律师编辑、校正。内容严谨并精确使用专业法律用语，为英语世界中的法律执业人士提供专业、准确的中国法律信息，使得法律工作更为轻松、高效。

科学的分类：独有的法律专题分类体系精准、权威，以法律实务为指向，对数据库内的法律法规和判例进行专业分析和高度整合，Key Number System(钥匙码系统) 完成对法律专题下的每一个法律要点的逐条索引、环环相扣使法律从业人士处理日常实务时，能够便捷、快速地获取所需信息。

及时的资讯：通过个性化邮件订制和在线阅览相结合的方式，分别提供中文和英文版本，内容涵盖新法快递、立法趋势、审判参考、政策指导、统计信息、法律和财经方面的时事信息、专家评析、律所简讯和文献资料等 9 个栏目，每天多次更新向客户提供经过精心筛选和编辑的信息和资讯。

欲了解更多，请联系我们

汤森路透法律信息集团

电话：+86 10 5969 5100 (北京)

+86 21 6104 1704 (上海)

www.westlawchina.com

www.thomsonreuterslegal.com.cn

www.thomsonreuters.com

销售代表邮箱：westlawchina.marketing@thomsonreuters.com

客户支持邮箱：westlawchina.support@thomsonreuters.com

Westlaw™ 万律



学院首页

最新消息

图书馆馆刊

论文提交

读者留言

联系我们

求是厚德

明法致公

当前位置: 浙江大学光华法学院图书馆 - 网站介绍

★网站简介★

浙江大学光华法学院图书馆网站(www.lawlib.zju.edu.cn)面向广大读者,清晰地介绍了图书馆服务与资源,方便读者与图书馆互动,读者可以从我馆网站全面了解和充分利用图书馆丰富的文献信息资源。

图书馆网站于2007年10月22日开通以后,先后经过两次改版,新版网站于2010年3月8日正式与大家见面。新版网站首页和内页设计简单大方,目前网站的主要栏目为读者服务、馆藏资源、数据库、入馆指南。每一个板块都有自己特色的内容满足读者的需求。

无论是图书馆的面对面的人性化服务,还是快捷方便的网站服务,我们希望图书馆能满足您在教学、学习和科研方面的信息需求,欢迎各位读者经常访问图书馆网站,多提宝贵建议。

★网站栏目介绍★

读者服务:
介绍图书馆的主要服务项目,并且读者通过图书流通可完成书目查询、续借、图书预约、查询用户状态、更改用户密码等操作。

馆藏资源:
主要为可扩充图书馆资源的网络内容,包括学术视频、OpenCourse、庭审现场、法律法规、教师成果等。



数据库:
内容为图书馆购买和试用的数据库。其中已购买数据库6个,试用数据库4个。

入馆指南:
此部分主要面向读者,介绍图书馆的馆舍布局、开放时间、借阅规则等内容,以及简略地介绍图书馆。

