

当前位置： 中外法学 > 过刊

## 《中外法学》2024 年第 5 期

### 【专题：刑法的再法典化】

#### 如何展开刑法的第四次修改？

左卫民，四川大学法学院(教授)

**摘要：**改革开放以来，中国刑事诉讼法经历了一次“初立”和三次“修改”。自1979年《刑事诉讼法》实现从“0”到“1”的突破后，数次修改均是从“1”到“1.1”“1.2”……的渐变过程。观察立法历程，我国刑事诉讼立法改革因循一种渐进、适度的修改逻辑，始终强调国家的主导作用，但也注重社会参与和改革共识的达成。这种改革趋势或许将持续——过去怎么改，也将大概率地影响现在和将来怎么改。在整体改革步伐趋稳的背景下，第四次刑事诉讼法修改不可能是一次“大改”，且与大改相应的法典化也难在此次修改中实现，但与数字诉讼法、涉外刑事诉讼程序以及其他已经达到共识或积累有益经验的改革可能会列入修改内容。在中国式刑事诉讼现代化背景下，此次修改将会是顺应数字时代和全球竞争，体现国家需要，并基于科学、民主的“小改”或“微改”。

**关键词：**刑事诉讼法；第四次修改；立法改革；法典化

访问量：159

#### 刑事诉讼法的解法典化与再法典化

聂友伦，华东师范大学法学院(副教授)

**摘要：**法典化以某一领域缺乏统一法典为前提，“刑事诉讼法的法典化”的说法在逻辑上并不成立。然而，法典化旨在解决的分散立法问题，在刑事诉讼领域同样存在。公安司法机关各自出台的司法解释将《刑事诉讼法》解构并架空，造成了明显的解法典化现象，引发了法律权威减损、法律稳定破坏、法律价值扭曲、法律体系动摇等严重弊病。为终结“以规代法”的局面，恢复权威性、维护法安定性、重塑法统一性、强化法自主性，就需要对既有规范体系展开再法典化操作。在《刑事诉讼法》第四次修改的背景下，以再法典化为导向，重新审视刑事诉讼领域内的全部规范，通过适当的模式与技术，取精用宏、去芜存菁，继而将其完整、和谐地汇编为一部新的法典，是法典化时代应当完成的历史重任。

**关键词：**刑事诉讼法；解法典化；再法典化；司法解释

访问量：84

#### 论刑事诉讼程序的整体性原理

程衍，华东政法大学刑事法学院(副教授)

**摘要：**我国刑事诉讼程序的运作，强调诉讼阶段独立性、程序分割性、机关主导性，具有鲜明的阶段性构造的特质。阶段性构造是事权分工的权力配置模式在司法领域的体现，强调实践质效的价值导向。但是，刑事诉讼程序的阶段性构造，在真实发现、人权保障以及程序协调发展等方面存在内生性缺陷。本质而言，诉讼活动是一个具有统一目标、统一对象的整体性活动，诉讼阶段仅是对各专门机关办案状态的描述与概括，而不能作为程序建构的目标。为此，需要以整体性程序原理改造当前过度阶段化的诉讼程序：在程序运行上，应坚持以审判为中心的实体化建构；在司法改革层面，落实以政法委为主导的整体性协调机制；在诉讼规则完善方面，以人权保障为宗旨指导法律适用。

**关键词：**刑事诉讼阶段；整体性程序原理；以审判为中心；侦查中心主义；法律援助

访问量：55

### 【专论】

#### 逻辑学在法学中的应用及其难题

舒国滢，中国政法大学法学院(教授)

**摘要：**在“希腊化时代”，罗马法学家开始自觉地学习、引进古希腊（尤其是斯多葛学派的）辩证法（术），把罗马法学逐渐发展成为一种希腊化风格的专门学问，提出较为系统完整的法学理论。在12—15世纪，意大利“注释法学派”和“评注法学派”确立了意大利、乃至整个欧洲大陆法学教学与研究的传统，这两个学派的法学家采取当时流行的“经院主义辩证法（术）”，奉行一种强调形式论辩的“论题学精神”。近代法学受自然科学确立的知识范式以及自然法学说或理性法体系的影响，渴望完全被科学化或数字化，按照自然科学标准建构法律公理（逻辑）体系，企图实现“法律公理（逻辑）体系之梦”。19世纪以来，法学受到学者们的反思和批评，并遭遇一些逻辑难题（难以判断法律语句内容的真假）。对此，法学家和逻辑学家提出了不同的解答方案：比如，特奥多尔·菲韦格的“法律论题学”、沙伊姆·佩雷尔曼的“新修辞学”、斯蒂芬·图尔敏的“论证图式”和马·赖特的“道义逻辑”，等等。

**关键词：**论题学；开题术；意大利方式；几何学方式；法律的概念数学

访问量：139

#### 译译与拒弃：近代中国权利观形成中的自主性

林来梵，清华大学法学院(教授)

**摘要：**随着自由权利概念的输入，近代中国权利观也得以形成，但其间仍存在着译译与拒弃之间的张力，并蕴含了一种以中国传统文化为底蕴的自主性立场。将严复及其相关的思想文本作为个案加以考察，便可窥见这种立场的基本内蕴。正是基于这种立场，严复没有完整接受以穆勒为代表的西方古典自由主义思想传统，而且时常保有一种敢于拒弃的批判精神。但严复一贯具有保守倾向，应从一种参酌了严复所坚守的传统道德理想的立场对其给予评价。即使晚年的严复在一定程度上退回传统保守立场的事实无可否认，他也未像日本近代启蒙思想家加藤弘之在其学术生涯的中晚期那样发生急剧的思想转向，这意味着严复作为近代中国“头号”的社会达尔文主义者竟然没有顺势滑向当时盛行各国的强权主义权利观。这同样得益于严复所坚守的以中国传统文化为根基的道德理想。以此为为核心的自主性立场，也使得严复有关自由权利的思想具有了强韧的生命力，对于我国现行宪法亦具有一定的意义。

**关键词：**严复；权利；自由；自主性；比较概念移植史

访问量：58

#### 从三维人格同一性探究人格权的客体

刘银良，北京大学法学院(教授)

**摘要：**当今关于何为人格权的客体主要有人格、人格要素、人格利益等学说，这基本源自此前一个多世纪多国立法及司法实践的归纳与概括，持续的争议表明该问题尚未解决。对人格权客体的探析须借鉴多学科知识，系统梳理人之所以成为人的基础条件。在现代社会，自然人的存在同时具有生物、理性与社会维度，具有生物人、理性人与社会人三维人格。三维人格互相依存，共同构成人格整体。三维人格的基础分别是遗传同一性、心理同一性与社会同一性。自然人的三维人格同一性是其三维人格的基础，能够维护其完整人格利益和整体人格，是人格权的客体。基于自然人的三维人格同一性，就可理解尊严、安全、自由等人格价值的内涵，并对人格要素及其发展做出类型化分析。对人格权客体的科学界定有助于构建完整且合理的人格权体系。

**关键词：**人格权客体；三维人格；遗传同一性；心理同一性；社会同一性

访问量：57

#### 行政协议中行政性与合同性的关系

朱芒，上海交通大学凯原法学院(教授)

**摘要：**解读行政诉讼法上的“协议”概念及其内部行政性与合同性的关系，应当以行政诉讼程序法本身为基点，坚守合法性审查的本质属性。这个角度的探究首先可以从类型化出发，将协议与行政行为的关系分为两大类：作为行政行为对象的协议与作为行政行为本身的协议；后者再继续分为涉及意思表示的合法性争议和确定性争议，由此将讨论集中于该类型争议范围内。在此基础上，通过分析采用单纯行政角度审查的判例“超车公司案”，可整理出行政裁量中行政权职权范围与合同意思表示自由之间关系的法解释框架，继而用此框架分析旧法中采用“行政合同”案由的判例（起点）和新法最近期判例（现状）中司法判断的结构状态，以验证该框架的适用性。通过归纳判例经验并结合法定有各协议中行政部分的特性与司法审查的关系，可建立起行政综合性法律解释框架，将协议中行政主体方的意思表示（合同性）部分转换为行政裁量中效果选择行为，从而将其纳入行政诉讼法的约束框架。

**关键词：**行政协议；司法审查；行政裁量；行政诉讼；法解释学

访问量：85

#### 世界银行新营商环境指标与我国破产法修改

李曙光，中国政法大学与经济学研究院(教授)；蔡嘉辉，中国政法大学与经济学研究院(讲师)；

**摘要：**世界银行新营商环境指标，在设计理念、指标内容以及评估方法上，较之以往均存在显著的革新。商事破产作为新营商环境指标的十大核心指标之一，被认为在提升全球各经济体营商环境方面，有着不可忽视的关键作用。准确把握新营商环境指标的改革初衷、商事破产指标中各指标细项之具体内涵，及指标所对应的最佳实践做法与其理论基础，是该项目未来在本土得以有效实施的关键。从规则的体系性完善角度出发，在此次《企业破产法》修改中有必要对标域外破产制度改革最新趋势及最佳实践做法，重点围绕破产临界期董事义务、跨境破产、小微企业破产重整以及重整新融资制度等方面，以系统性方式修改和完善相应的规则，从而有效助推我国市场化、法治化和国际化营商环境的建设。

**关键词：**新营商环境指标；商事破产；营商环境；小微企业破产；跨境破产

访问量：49

#### 强奸迷思的证据法反思

向燕，西南政法大学刑事检察研究中心(教授)

**摘要：**强奸迷思是对强奸行为或被害人通常行为反应所形成的错误或片面的看法，在我国刑事司法实务中亦普遍存在。强奸迷思在事实推论过程中发挥了“概括”的作用，在很大程度上影响了强奸案件能否获得追诉和定罪。对概括正当性的审查应当结合事实和价值两个层面的判断。在刑事司法制度中反对强奸迷思适用的主要理由是：就事实层面而言，现实世界中的强奸行为和被害人的行为反应具有多样性，认为强奸行为及被害人的反应仅存在一种典型模式的观点是错误的。就价值层面而言，强奸迷思的生成和传播是传统社会父权制权力结构的产物，体现了性别不平等的价值。在证据法领域对强奸迷思进行规制，不宜采取证据排除规则的规制方法，而宜采用推论限制规则和概括解释规则的形式，谨慎地界定所禁止推论的范围，以防止过度损害证据的证明价值。

**关键词：**强奸迷思；概括；事实认定；性别平等

访问量：88

#### 论预备行为的风险评价

郭旨龙，中国政法大学刑事司法学院(副教授)

**摘要：**预备行为实行化成为中国刑法修正的一大趋向，呼唤着构建体系化的风险评价规则。预备行为实行化的法理基础是预备行为的不法性推定，表现为巨大的危险性，由可能的危害性和该危害的可能性动态地构成。中国刑法实践趋向和网络罪情演变表明，可能的危险性这一构成要素的该当包含两种情形——受威胁的法益性质重大、法益数量众多、法益种类众多；在刑法不可接受的危害性的判断标准上，应当从形式上的法定刑幅度迈向实质上的生活质量受威胁的程度。对于危害的可能性这一构成要素，应当从预备行为的链条结构出发，客观上要求预备行为显著地提升了危害的可能性程度，甚至相当于实行行为的侵害可能性。认定预备行为的危险性之后，应当探索预备行为实行化的阶层式规则体系，在预备行为的风险不法性、有责性和规制的技术性层面进行构建。

**关键词：**预防性犯罪化；不法的危险性；可能的危害性；危害的可能性；数字犯罪

访问量：56

#### 中国继承法中的扶养考量：功能与局限

李贝，上海交通大学凯原法学院(副教授)

**摘要：**中国继承法以其无处不在的扶养理念而独具特色。依被继承人是否作为扶养义务人还是接受扶养的对象，这一理念又具体转化为继承人的需求和贡献这两个关键词。在我国继承法中，扶养关系的有无可能影响继承资格的取得、继承份额的多寡以及遗产债权的存在。这一模式与我国的法律文化相协调，与老龄化社会的现状相契合，也有助于疑难案件中实体正义的实现。当然，我国现有的这一继承法体系仍然存在诸多缺陷：既有的规则粗糙，缺乏可操作性；单纯依据扶养因素决定部分继承人（尤其是继父母子女）的资格，缺乏说服力；忽视扶养关系中对遗嘱自由不可避免威胁，缺乏全面性。然而，上述局限并非全盘推翻我国继承法体系的理由，如何在保留本土特色的基础上对既有规则予以完善优化，应当是未来继承法理论实务探索的方向。

**关键词：**扶养；继承人资格；必留份；遗产酌给

访问量：55

#### 型塑双重组织格局：跨行政区划司法管辖制度改革的反思与构造

杨奕，最高人民法院中国应用法学研究所(研究员)

**摘要：**司法管辖与行政区划相重合是普通法院的基本设置模式。法院的人财物归地方管理，容易受到地方保护主义干扰。如何深化与行政区划适当分离的司法管辖制度改革，在理论上存在全面重构与分类分层深化两种模式。全面重构模式是对各类与行政区划相分离的案件管辖情况进行系统性调整，打破目前集中管辖模式的划分，推动重新建立跨行政区划法院组织体系。分类分层深化模式是在保持目前与行政区划相分离的四种管辖类型基础上进行渐进改革。这一模式聚焦于调整专门法院的跨行政区划管辖，规范普通地方法院集中管辖，健全铁路运输法院集中管辖，深化跨行政区划法院改革试点。这有助于实现重点突破和整体推进相统一，形成打破诉讼“主客场”现象的新型司法管辖模式，构造跨行政区划法院与普通法院协同的法院双重组织格局。

**关键词：**双重组织格局；司法管辖；行政区划法院；专门法院；跨行政区划法院

访问量：27

### 【青年】

#### 论有关法律问题的决定的含义与识别

江辉，中国社会科学院大学法学院(讲师)

**摘要：**有关法律问题的决定是因应1982年《宪法》取消法令表述后出现的术语，一直以来不是清晰的法律概念；官方目录中的有关法律问题的决定，既包括立法性决定，亦包括执行性决定。立法性决定是行使具有创制性的立法权作出的决定，性质为法律；执行性决定是行使《宪法》和法律规定的不具有创制性的其他各项法定（宪定）权力作出的决定，性质不是法律，并不承认具有法律才有的各项法律效果。从法理上说，执行性决定不应适用主要调整立法权行使的《立法法》，而应适用赋予各项执行性权力的《宪法》或法律相关条款。2023年修改后的《立法法》明确有关法律问题的决定适用《立法法》，因而有关法律问题的决定应当限定为立法性决定，不再包括执行性决定。

**关键词：**有关法律问题的决定；立法性决定；执行性决定；立法权；立法法

访问量：66

#### 法秩序统一视角下的刑民占有关系界定

李会彬，北京市社会科学院综合治理研究所(副研究员)

**摘要：**关于如何界定刑法中的占有，学界存在着规范性占有说与事实性占有说的争论，两种观点均存在疑问。依据法秩序统一原理，不同法域对相同社会关系的保护应体现出一致性和协调性，在概念界定上可保持适度差异性。这三项内容可以具体化为界定刑民占有关系的指导原则。据此，民法中的准占有可以引入刑法并用于犯罪的认定，而间接占有和继承占有则不能为刑法所引入。对于由占有衍生的“封藏物的占有”问题，可依据间接占有和辅助占有的原理解决其占有转移和归属问题。对于由占有衍生的“违禁品占有”的问题，是基于刑法的特殊规范目的而设立的，并不违背刑民占有保护的一致性原则和协调性原则，应当为刑法所坚持。基于此，刑法与民法中的占有表现为部分相同又部分不同的交叉关系。

**关键词：**刑法占有；民法占有；法秩序统一；关系界定

访问量：48