

《中外法学》2018 年第 3 期

[论文]

- 我国监察机关的宪法定位

秦前红，武汉大学法学院{教授}

摘要：国家监察体制改革实质上是监督权的重新配置，监察机关和监察权得以在此过程中产生。此次修宪为之作了颇多的宪法设计，尤其是对监察机关作为国家机构在人民代表大会制度中的地位，以及与其他国家机关的关系进行了规定。据此规定，监察机关与权力机关是“产生、负责和监督”的关系，与司法机关是“互相配合，互相制约”的关系，与行政机关则为“不受干涉，且互相配合，互相制约”的关系，上下级监察机关间则是“领导与被领导”的关系。监察机关与其他国家机关间关系的运行需以宪法为遵循，同时，对宪法上监察机关和监察权定位和性质的考察，也需通过上述国家机关间关系的讨论来展开，并需注重机构设置与权力运行的实际轨迹。

关键词：监察机关；国家机构；宪法定位

访问量：483
- “法无授权不可为”的宪法学展开

童之伟，华东政法大学法学院{教授}

摘要：虽然国家机关“法无授权不可为”在今天看来是个宪法原则，但它其实起源和生长于私法土壤。国家一切权力属于人民，决定了国家机关权力只能以宪法列举的为限，并且，这些限制首先并主要针对立法机关。列举国家机关及其权力范围是宪法限制权力的基本方式。形成国家机关清单和权力清单乃宪法限制权力的基础性方法。国家机关和他们行使的权力不超越宪法清单一直是正常立宪国家的法治实践。“法无授权不可为”也应是中国宪法学者维护的价值标准之一。

关键词：法无授权；权力列举；权力清单；权力负面清单

访问量：406
- 一定条件下的见危不救入刑研究

黎宏，清华大学法学院{教授}

摘要：尽管多数说认为，见危不救不能入刑，但其理由均不具有说服力。陌生人之间的见危不救之中，有“见义不为”型的见危不救和“举手不劳”型的见危不救之分。对自身或者第三人没有现实危险的救助他人生命的“举手不劳”型的“见危不救”，不仅不会给自己增加负担，而且还会救助刑法中最为重要的保护法益即他人生命，增加社会整体利益，属于己他两利的行为，无论在保护法益上还是在维持社会生活秩序的最低限度上，都有入刑的必要。这种行为入刑，属于没有风险的行为，不违背人性，与刑法义务道德化无关，既不会导致偶然责任，也不会违反刑法谦抑性原则。不仅如此，在本罪设立之后，还可将历来被作为作为犯处罚的部分见危不救行为吸收进来，使得有关不救助行为的处罚更加完善合理。

关键词：见危不救；见义不为；举手不劳；道德义务；不作为犯

访问量：376
- 论代理的本质

王浩，华东政法大学{讲师}

摘要：在代理之中，民法所标榜的自我决定原理如何实现？代理人在代理时的自由意思决定，往往让人以为意定代理的本质是代理人一人的具有“他人效”的行为。但事实上，意定代理在本质上就是本人与代理人的共同参与。相应地，代理权授予行为与代理行为也应被统合为一个法律行为，由此生发出代理效果。所以当本人在代理权授予时存在意思瑕疵时，可以依据《民法总则》第146条以下各规定，直接撤销包括代理行为在内的整个法律行为，或宣告该法律行为无效。

关键词：意思瑕疵；代理权授予；代理行为；私法自治

访问量：826
- 胁迫制度的经济分析

张松纶，南京师范大学法学院{副教授}，中国法治现代化研究中心{研究员}

摘要：反胁迫并非为了维护意思自治，而是源自公权力对私人自我执行的反感与打击，这是区分合法威胁与违法胁迫的关键。与刑法针对胁迫行为的类型化和直接定罪不同，民法对胁迫行为的类型化不够科学，亦未针对胁迫行为本身加以制裁，颇值改进。民法的胁迫制度需要超越《民通意见》第69条而设定更科学的类型化标准：胁迫不仅会引发法律行为(合同)的无效，本身更会诱发法律所设定的公法或私法责任；胁迫责任的认定和本质，乃是胁迫人违反了社会契约，即违法地谋取本该让渡给公权力之执行权限。

关键词：胁迫；违法性；博弈论；类型化；自我执行

访问量：1281
- 无涉外因素争议的域外仲裁问题

顾维遐，香港大学法律学院{副教授}

摘要：随着我国对外开放和市场经济的进一步深入，实践中衍生出无涉外因素的国内争议提交域外仲裁这类新型案件。从学理上，判断涉外因素的主流标准“法律关系三要素说”存在简单僵化的弊端；从立法上，法律规定演变的过程中新增了“兜底条款”，这意味着我国从规范上预设到了非典型涉外因素案件的出现。具体到涉外因素在仲裁中的认定，我国现有的仲裁法体系没有明确禁止无涉外因素的仲裁案件提交域外仲裁，然而此前的司法实践和裁判思路却倾向于否定此类仲裁的有效性。我国司法实践对于无涉外因素争议提交域外仲裁的态度，以2015年为重要分水岭，前后显现出较大的转变，最终在2015年底的上海黄金置地案中打破了长期以来对涉外因素认定的禁锢，对非典型涉外因素的识别实现重大突破。从法律与经济发展互动的角度观察，“一带一路”和自贸区建设的大经济环境需要中国仲裁制度的进一步开放，而其中涉外因素识别的突破对此意义重大。

关键词：涉外因素；识别；域外仲裁		访问量：1350
[评论]		
● 证据排除规则的发展动因：制度史解释		
樊传明，华东师范大学法学院{讲师}		
摘要：落实证据裁判，完善证据制度，是我国司法改革在技术层面的重要议题，其中包括对证据排除规则体系的建构。从比较法和制度史角度观之，排除规则体系主要是英国司法制度变革的产物。18世纪至19世纪初的一些诉讼程序变动为以排除规则筛选庭审证据这种管控方式，提供了发展动因。首先，陪审团的转型造就了二元管控结构和处于信息弱势地位的事实认定者，这为排除规则的发展确立了制度空间。其次，证据成为危险性信息源，产生了排除规则立法的实践需求。最后，激励对抗式举证和支撑言词论辩式庭审的需要，成为排除规则得以长远发展的程序驱动。对这些发展动因的制度史解释，能够为反思当代我国排除规则立法的可行性和必要性提供参照。		
关键词：证据法；排除规则；陪审团；对抗制；司法改革		访问量：435
● 财产性判项与减刑假释的联动机制		
劳佳琦，北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院{讲师}		
摘要：为解决刑事案件中财产性判项执行难的问题，最高人民法院在全国正式推行服刑人员生效财产性判项履行与其减刑假释裁定相关联的联动机制改革。实践中联动机制作为一种激励机制正向激励不足，负向激励被片面强调或放大，成为一种惩罚模式。在这一模式下，联动机制相关主体之间并不存在共同的利益基础。在保护受害人群体和法院整体利益的目标驱动下，有财产性判项犯罪人的利益普遍受损，由于信息甄别方面的低效，联动机制还导致利益受损犯罪人的范围不当扩大。犯罪人群体由此产生的消极反应进而损害了监狱的重大利益。同时，作为个体的受害人和基层法院法官并不因为联动机制必然获益。利益分配不均带来的成本与内耗降低了联动机制运行的整体效率。虽然联动机制在提高财产性判项执行率方面取得了一定效果，但是为此付出的代价却可能是巨大的。出于提高整体社会福利的考虑，最高人民法院在推行联动机制改革的过程中需要审慎为之。		
关键词：财产性判项；减刑假释；联动机制		访问量：362
● 论控辩关系的三种样态		
李奋飞，中国人民大学法学院{教授}		
摘要：随着以审判为中心的刑事诉讼制度改革的推进，控辩关系将逐渐呈现出三种阶段性的样态。在当下中国的刑事司法语境下，控辩双方的平等对抗只能适用于审判阶段，由此形成了“对抗主导型”的审中样态。而在进入审判前，由于作为控方的检察机关享有批准逮捕、审查起诉等带有司法属性的权能，辩方通常只能与其形成交涉关系，即通过有效的信息沟通，以说服其接受并作出有利于己方的决定，由此形成了“交涉主导型”的审前样态。而在审判终结后，一旦发现已经生效的裁判存在错误，控辩之间的互动机制便会被重新激活，由此形成了“协作主导型”的审后样态。控辩关系的三种样态各有其形成原因及运作机理，也都有独特的存续时空。通过研究控辩关系的这些复杂样态，可以为未来的中国刑事诉讼制度勾勒出新的图景。		
关键词：控辩关系；交涉主导型；对抗主导型；协作主导型		访问量：1273
● 民初选举诉讼中的“法官造法”		
聂鑫，清华大学法学院{教授}		
摘要：民国初年乃是中国法律大变动的时期，由于国会立法成绩有限，在司法与执法过程中存在很多法律漏洞；作为司法机关的大理院不得不通过抽象的判决例和解释例来进行“司法续造”。针对选举诉讼这一高度政治化的案件类型，大理院准用民事诉讼程序，通过行使终审权与司法解释权规范了诉讼程序、澄清了选举规则。在这个过程中，大理院顶住国会、行政机关与地方割据势力的压力，在兼顾人民的诉讼权利与选举制度公正有效的同时，努力落实国家选举法制的统一。据统计，在民国北京政府大理院2012件解释例与3900余个判决例中，涉及议员选举纠纷的有50件司法解释与72个判例要旨，由此可以分门别类地研究当时最高司法机关在相关领域的“法官造法”。		
关键词：大理院；选举诉讼；判例要旨；司法解释		访问量：259
● 分享经济规制现状及方法改进		
彭岳，南京大学法学院{教授}		
摘要：“如何妥当处理商业创新与政策困扰之间的关系”构成分享经济规制的重大命题。司法实践表明，如果对分享经济适用“传统法律法规”，分享经济参与人的权益往往无法得到有效救济。而受认知、规范和利益等因素制约，“监管新规”往往是“强调规范的多、鼓励发展的少”。2017年《关于促进分享经济发展的指导性意见》采取了“权力下移”的规制模式，但因为缺乏可操作性的规制理论作指导，极有可能造成监管上的各自为政。当前，分享经济规制难以同商业创新相契合，根本原因在于规制者采取了静态的规制思路，未能充分虑及市场的二次反应。对于分享经济所导致的政策困扰，我们无需为了解决技术层面的问题而预先抛出一个本体论的答案。通过采用“以规制中立原则为基础，并虑及公共利益和制度信赖利益”的“三步分析法”，社会各界可在“工程技术”层面达成“未完全理论化的共识”，从而实现利益平衡。		
关键词：分享经济；商业创新；政策困扰；规制理论		访问量：551

[争鸣]

● “五十年不变”的三种面孔

田雷，华东师范大学法学院{教授}

摘要：《香港基本法》第5条规定：“香港特别行政区不实行社会主义制度和政策，保持原有的资本主义制度和生活方式，五十年不变。”“五十年不变”可以从三个层面加以探讨，分别是作为宪法规范的“五十年不变”，作为政治承诺的“五十年不变”，以及作为国家战略的“五十年不变”。通过这种三位一体的阐释，可以深刻理解一国两制的宪制意义。从“五十年不变”看香港政治，《基本法》设定的不是一种五十年后重新出发的断裂时态，而是包容着一种在连续性轨道上追求与时俱进的民主政治。不理解这一点，从字面意义上无限拔高“港人治港”或“高度自治”，无意识甚或有意地忘记《基本法》对高度自治的限定，这种脱离《基本法》空谈自治的做派实乃香港政治乱象的社会心理根源。

• 税法一般反避税条款的合宪性审查及改进

王宗涛，厦门大学法学院{讲师}

摘要：税法一般反避税条款落入宪法财产权与契约自由权的保护范围，有介入宪法视阈关照之必要。财产权的社会义务理论可以为一般反避税条款的合宪性提供学理支撑与观念基础。尽管如此，这一条款仍要接受合宪性的框架与逻辑检视。一般反避税条款建制应以基于纳税人平等权的量能课税原则为主导理念，不宜过度宣示反避税的国库主义至上立场。在制度设计层面，基于法律保留原则、比例原则与平等原则的要求，现行一般反避税条款立法亟待予以合宪性修补。在法律适用层面，应引入合宪性解释方法与机制，对税法规范予以合宪性解释以贯彻宪法原则与精神，保障一般反避税条款个案适用的合宪性。基于税法与宪法的高度关联，税法学研究有向宪法学思维借鉴之必要，并应寻求与宪法学的学理和方法论沟通。

关键词：一般反避税条款；基本权利；财产权的社会义务；合宪性审查

访问量：444

• 作为公共资源配置方式的行政合同

陈国栋，大连理工大学法律系{副教授}

摘要：要从根本上解决我国行政协议之诉所面临的行政协议范围与审判方法问题，必须从解决我国行政合同独立于民事合同的本质入手。为此，需要放弃此前对私法合同理论的路径依赖，从行政合同所交易的资源的公共属性出发来理解行政合同。基于资源公共性及其所决定的物有所值原则，行政机关有通过公平、公正、透明的竞争化程序与相对人缔结合同的义务，相对人则拥有相应的缔约权利。由此，行政合同作为法制化、权利化的公共资源公平分配与分享方式，应当由独立的公法合同机制来规范。相应地，以公共资源为标的的合同，应当都属于行政协议；而行政协议之诉，应当是合法性审查在先，违约性审查在后。

关键词：行政合同；资源公共性；物有所值原则；缔约权利；公平分配与分享

访问量：808

联系电话：（010）62751689。E-mail: zwfx@pku.edu.cn。

版权所有 © 北大英华科技有限公司 北京大学法制信息中心 京ICP证010230号

Copyright © Chinalawinfo Co.,Ltd. All Rights Reserved Peking University Center for Legal Information

Email:info@chinalawinfo.com 电话:86-10-82668266 传真:86-10-82668268