

《中外法学》2024 年第 3 期

[代表作]

◦ 羁押人口率：落实少捕慎押的另一个面向 郭烁，中国政法大学诉讼法学研究院(教授) 摘要：中国未决羁押治理实践中长期存在一种可能的偏见，即认为未决羁押率是未决羁押治理水平的主要评价标准，因此无论未决羁押率下降的原因为何，均被视为未决羁押治理的成绩。未决羁押治理水平的评价标准主要应当是羁押人数或羁押人口率，而非单纯的未决羁押率。以羁押人口率标准比较中外未决羁押治理水平会发现，中国未决羁押治理水平有很大进步空间。真正贯彻落实依法少捕慎押刑事司法政策是提高未决羁押治理水平的必经之路。从整体视之，则应抓住《刑事诉讼法》第四次修改的契机，对我国刑事拘留制度予以系统性革新，首先废除37天拘留的实质意义上的羁押制度，并以此为抓手，彻底解决已呈现出结构性特征的未决羁押难题。 关键词：少捕慎押；未决羁押率；羁押人口率；逮捕期限；拘留	访问量：126
--	---------

[数字法治]

◦ 法律人工智能新范式：封闭与开放的二元兼容 余成峰，北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院(副教授) 摘要：符号主义与联结主义两种经典人工智能范式，以及由此形成的基于规则和基于数据的法律推理模型，对应于规范封闭与认知开放这一古老的法理学命题。符号主义强调规范的封闭，联结主义强调认知的开放，两条路径代表了两种迥异的技术范式，在其背后潜藏着深刻的哲学思想差异，并导向两种完全不同的法律发展模式。法律人工智能的封闭与开放，因此涵盖了一系列重要的二元论法理学命题。可以围绕这组二元概念，在形式理性法和实质理性法的思想传统中，借助系统论法学的概念工具，重构人工智能法学的核心理论命题。大数据智能技术的单向驱动，将在法律的社会、时间和事实面向引致深刻的法律变异。这要求从法律的功能、领域、过程和结构层面，重新定位法律人工智能的三种演化类型。应当从规范封闭与认知开放的二元兼容视角，发展更为复杂的法律理论，以此设计法律人工智能的发展路线图，引导数字时代智能法律的良性发展。 关键词：法律人工智能；规范封闭；认知开放；个性化法律；反思法	访问量：101
---	---------

◦ 何以“庭”？ 裴炜，北京航空航天大学法学院(教授) 摘要：刑事诉讼的数字化转型已经逐步拓展至审判阶段，传统以物理法庭空间为基础场域建构起的在线庭审程序在数字化的进程中面临诸多挑战，法庭在既有刑事诉讼制度框架下所承载的在空间、时间、行为和权力四个维度的聚合功能均在逐步消解或异化，进而冲击与之相应建立的刑事诉讼规则。对此，有必要在剖析法庭得以服务于审判公正的参与性、信息交互及展示性这三项核心要素的基础上，搭建起以物理与虚拟场域贯通为逻辑起点、以权利保障为落脚点的刑事庭审制度调整框架。在此基础上将纠纷系统设计理念嵌入调整过程，通过引入阶层化的程序正义理念，基于物理场域与虚拟场域的孪生关系调整法庭构造，通过能力建设弥合数字鸿沟，并在庭审数字化的转型期对相关诉讼权利保障予以必要强化。 关键词：刑事司法数字化；在线庭审；场域重构；程序正义阶层化；权利本位改革	访问量：117
--	---------

◦ 数字时代公共服务行政法构建的法理及进路 陈可翔，广东外语外贸大学法学院(副教授) 摘要：数字时代公共服务发展表现为公共服务数字化改造与数字公共服务创新，二者助推数字政府职能从秩序行政向服务行政延伸，凸显构建公共服务行政法的紧迫性。数字时代公共服务行政法构建的法理支撑在于，依托权利与义务相统一、权力的制度边界设定、合法性与有效性相协调、服务权利的程序保障，在服务供给中促进分配正义、秩序建构、服务本位和动态调控。技术创新与应用中的合作共治，以及融入高质量发展格局，推动服务标准化建设，奠定公共服务行政法的治理语境和框架思路。公共服务行政法的基本原则应契合守成与创新并行的逻辑，其体系构造应以构建基本法及对数字化问题作出专章规定，进而统筹各领域公共服务的数字化立法为主线。以公法与私法、正式规范与非正式规范融合适用推动规范体系整体扩容，并通过明确服务范围、主体功能、创新边界、系统规划、归责机制等破解数字化服务供给的制度困境，有利于勾勒数字时代公共服务行政法治建设的制度图景。 关键词：数字政府；公共服务行政法；治理变革；高质量发展；体系构造	访问量：121
--	---------

[专论]

◦ 刑事再审案件适用“行为时的法律”的反思 周光权，清华大学法学院(教授) 摘要：最高人民法院法释〔1997〕5号第10条规定，按照审判监督程序重新审判的案件，“适用行为时的法律”。但对于新法除罪化或减轻变动的，如果绝对禁止有利溯及可能明显不合时宜或量刑过重。为此，有必要针对新法变化的情形，类型化地建构具体运用规则，被告人不得仅以新法处罚轻缓为由从再审中获利；原来的判决明显是不合理的，在特殊情况下，人民法院根据新的司法解释主动通过再审允许有利溯及既往，并不会抵触罪刑法定原则；对于所有再再审时新法减轻变动的案件，虽可适用行为时法定罪，但在量刑时考虑新法除罪化或处罚轻的取向，原则上不宜加重被告人的刑罚，《刑法》第63条第2款的特殊减轻制度可以作为相关的规范依据。这一意义上的“相对有利溯及论”能够平衡法的安定性和实质正义之间的紧张关系，可以防止被告人遭受多重不利，降低法院主动或轻易地启动明显不利于被告人的再审的冲动。未来应当考虑对最高人民法院法释〔1997〕5号第10条的规定作出必要修改。 关键词：刑事再审；法安定性；新法；再审不加刑；相对有利溯及论	访问量：73
---	--------

◦ 新就业形态职业伤害保障制度的法理障碍及纾解 姜宇，中国政法大学民商经济法学院(教授) 摘要：工伤保险系基于劳动关系的人格从属性建立的雇主责任险，旨在为工业时代的劳动者提供个人无力解决的职业伤害保障。新就业形态就业人员职业伤害保障制度的法理障碍是劳动关系，应当从“不完全劳动关系”教义学入手，再结合保险法的一般原理设计结构性制度。相关就业人员受到平台算法的指挥控制，同时也可能受到站点以及相关企业的管理，长期服务于某一平台也可以解雇出稳定的工作预期，将工伤保险制度应用于这一群体原则上具备法理正当性，但是要满足合理性要求，还需要做到“靶向施策”：具备部分人格从属性的新就业形态就业人员应当强制加入职业伤害保障制度，由平台企业以合理方式负担缴费，在承担外部连带責任的同时赋予其内部的追偿权利；职业伤害认定应当恪守人格从属性决定的“三工原则”，规避工作任务“原子化”带来的道德风险；在确定工作预期的前提下，由平台企业承担经济从属性决定的生活保障费、伤残津贴、伤残就业补助金等待遇。 关键词：新就业形态职业伤害保障；工伤保险；不完全劳动关系；人格从属性；经济从属性	访问量：54
--	--------

◦ 论涉案企业合规中检察裁量权的规制 李奋飞，中国人民大学法学院(教授) 摘要：涉案企业合规改革虽有法律依据和理论根基，也取得了较好的政治、法律、社会和经济效果，但因其引发的质疑却从未停止过。究其原因，很大程度上是因为作为改革依托的检察裁量权得以扩张，且在行使中存在一些有争议的做法。检察机关尽管在改革规划中也设置了层报省级检察机关审批、第三方监督评估机制、合规验收听证程序等权力制约机制，但尚不足以有效防止涉案企业合规中检察裁量权的滥用，也无法消除人们对其平等性、公正性的疑虑。为确保此项改革的持续深化，进而确保已取得的积极成果能为《刑事诉讼法》第四次修改所接纳，检察官需要遵循客观公正原则，并将公共利益衡量原则和比例原则作为企业合规案件办理中裁量权行使的基础。在具体路径上，需要从办案模式选择、整改程序启动、合规监督考察、企业合规激励等企业合规案件办理的关键环节入手，通过立法规制、检察内部规制、法院司法审查规制、社会力量规制等多条路径，对涉案企业合规中的检察裁量权进行有效规制。 关键词：涉案企业合规；检察裁量权；规制；公共利益衡量；比例原则	访问量：37
--	--------

◦ 异地用检的宪法争议及反思 刘练军，东南大学法学院(教授) 摘要：异地用检的宪法争议有二：一是上级检察院统一调用检察官行为是否合宪，二是被调用检察官是否需要经过调入地人大常委会任命。《检察院组织法》授予上级检察院统一调用职权，实乃检察院上下级之间领导关系的一种具体展开，其合宪性定然无疑。检察官在身份上具有国家性和地方性。前者表现为检察官的遴选和任免只能依据全国性法律，检察官必须坚持社会整体利益至上；后者是指各地检察官的遴选与任免属于地方事务，各地检察官可以且应当监督地方性法规的实施，以切实维护地方利益。人大及其常委会乃是检察官任免的唯一主体。“由上调下”的异地用检同样须经人大任免，因为领导关系代替不了产生方式。不宜将地方人大任免检察官的行为定性为宪法委托，它是一种旨在维护地方利益的职权行为。 关键词：异地用检；统一调用；检察官；地方人大；地方利益	访问量：55
---	--------

◦ 论我国金融法适应性的实现路径 王相淳，中央财经大学法学院(副教授) 摘要：高适应性的法律能快速回应市场参与者和司法裁判者的法律规则需求，更好地应对金融创新、防范金融风险，促进金融市场发展与深化。普通法系国家更为接受判例法，法律适应性更高，金融发展也较繁荣。判例法的高适应性依赖其法院独立行使审判权。我国未将判例作为正式法源，且司法存在地方化与行政化的特征，难以通过引入判例法实现金融法的高适应性，需另寻替代路径。依据法律的不完备理论，法院与金融监管部门都可发展金融法。金融监管部门更具主动性、专业性，其制定的规章、规范性文件能直接约束金融市场的参与者，且由金融监管部门主导发展金融法更加契合我国的金融法治环境。为更好地实现适应性，抽象理念层面，金融监管部门在制定规章、规范性文件时应更注重金融市场参与者的私法规则诉求，回应金融创新；具体方式层面，立法机关的监督应从实体性控制为主转向程序性控制为主，监管部门应强化自身的规则制定能力，并加强与法院在规则制定领域的合作。 关键词：金融市场；法律适应性；判例法；金融规章	访问量：109
---	---------

[冷门]

◦ 规范性视野之下的法律史学 高仰光，中国人民大学法学院(副教授) 摘要：中国的法律史学缺乏对于规范性的深入思考，因而可能走向两个极端：其一，强行援用现代法教义学的方法来对前现代的法律加以分析；其二，规避规范性的讨论并退回文史或社料的传统里面躲藏起来。因此，如何看待“事实与规范的二分”便成为法律史学需要面对的一个关键问题。在规范性的视野之下，法律史学的知识体系首先可以被理解为一个由“外部—内部”以及“一般—部门”的两重分化搭建起来的基本框架，其次可以被理解为一个包含着由微观而宏观渐次变化的六个层级所组成的知识谱系。缺乏对于这一基本框架的自觉意识，以及缺乏对于这一知识谱系中某些层级的必要关注，皆有可能导致中国的法律史学陷于分裂和封闭的状态。扭转这一被动局面的契机在于提升法律史学的认识论水平，特别是强调现代法学的规范性思维对于法律史学的重要意义。 关键词：法律史学；规范性；内部法史学；外部法史学；一般法史学	访问量：76
---	--------

◦ 商战与律例：晚清的重商主义法律改革 赖旋桐，复旦大学法学院(教授) 摘要：重商主义是理解中国近代法律史的重要线索。重商主义是近代政治经济的常见表现形态，其本质是民族国家与国民经济的同步缔造过程。西方各国经济自近代以来经历明显的重商主义阶段。晚清中国以不平等条约形式被迫卷入世界体系，丧失大量利权。为捍卫本国经济利益，实现富强，以郑观应为代表的晚清有识之士提出一整套包含法律改革在内的商战主张，即中国版的重商主义。在国际法层面，商战改革体现为以调查各国贸易、保护海外中国商民为宗旨的驻外领事制度的确立与完善，以及在条约谈判中要求废除诸多不公平待遇的尝试。在国内法层面，商战改革体现为专门应对近代经济发展的行政组织法改革、一般性重商法律的制定，以及与现代产业政策类似的、直接干预经济的诸项立法。提倡重商主义这一近代法新理解模式，并非要排斥原有的“法治—权利”和“政治—国族”模式，三者在近代语境中毋宁是兼容乃至互补关系。 关键词：重商主义；商战；近代法	访问量：67
--	--------

◦ “孔子诛少正卯案”在宋代的旅行 陈灵海，上海师范大学(教授) 摘要：“孔子诛少正卯案”是中国古代经典案例之一，学界对其已有较多研究，但多侧重于历史学和文献学分析，较少关注实践中的援引与适用。梳理宋代援引“孔子诛少正卯案”的一系列案件可知，宋人对该案的援引频率远高于其他时代，不但王安石、苏轼、李纲、朱熹等著名人物曾被指为少正卯，而且指控相当有效，被指者大多遭遇贬逐。宋代疑古辨伪思潮兴起，并不缺乏质疑该案真实性的学术能力，但理论上的质疑与实践中的援引同步而行。孔子对少正卯未审而诛，不符合儒家德治恤刑理念，却并没有影响宋人将该案奉为经典。可见经典名案的效力创生，并不取决于案件的真确性，而取决于援引的语境适恰性。宋代蓬勃高涨的“君子小人之辨”，复古思潮引发的“先王之法”崇拜，刑罚实践中重刑主义的复兴，使“孔子诛少正卯案”获得了高度的语境适恰性，其对司法程序和定罪标准常规化的破坏值得重视。 关键词：孔子；少正卯；援引；经典名案；法律效力	访问量：58
---	--------

[青年]

◦ 违法性认识错误可避免性：可罚性本质与规范性判断 刘赫，复旦大学法学院(师资博士后) 摘要：在刑法适用的层面，违法性认识错误的关键在于该认识错误是否具有可避免性。错误可避免性判断是对行为人产生违法性认识错误进行刑法归责的教义学方案。该问题尚未在我国《刑法》中得以明文规定，但能够在可避免性的本质和可避免性的判断两个层面得到合理回应。在可避免性的本质层面，认识错误情形的可罚性基础不在于行为人的义务违反或管辖责任，而在于行为人为人未使用的不法洞察力。在可避免性的判断层面，认识错误所涉及刑法规范的公开性与明确性应当作为可避免性的规范前提，与错误可避免性的个体审查一并纳入到规范性判断的教义学框架中。 关键词：违法性认识错误；可避免性；规范理论；不法洞察力；管辖责任	访问量：85
--	--------

◦ 可得利益赔偿中的证明标准：从确定性规则回归优势证据规则 严立，对外经济贸易大学法学院(博士后) 摘要：在可得利益损害赔偿问题上，我国司法实践多采“确定性”标准，常以“可得利益不具有确定性”为由，否定原告的损害赔偿请求权。换言之，可得利益损害应当被证明到具有相当的确定性，原告的需求才能得到支持。此种证据法、程序法上的要求，与实体法上的因果关系、可预见性规则等迥然有别。不过，确定性规则在我国欠缺实定法依据，应予放弃；应回归定有明文的优势证据规则，进而放宽可得利益损失的证明标准。证明标准规则并非以三段论的方式适用，多种实质性的因素共同支配着法院对原告举证是否达到证明标准的判断。若可得利益损害的数额就其性质而言本就难以证明，则在确认损害事实已发生且原告已穷尽举证手段时，应赋予法官酌定一定数额赔偿的裁量权。 关键词：确定性规则；证明标准；可预见性；优势证据；事实与数额的二分	访问量：104
---	---------