

当前位置： 中外法学 > 过刊

## 《中外法学》2024 年第 4 期

### [代表作]

#### ◦ 宪法中的国策及其对立法权的指引

陈征，中国政法大学法学院(教授)

**摘要：**国策已经成为多国宪法中除基本权利和国家组织规定以外的“第三种结构”，国策存在于实定法中并具有规范效力，具有任务关联性、抽象性、公共利益关联性、全局性、长期性等特征。宪法规定的国策往往高度依赖于立法形成。国策对立法权所发挥的作用，与其说是约束效力，不如说是指引效力。从国策规定中无法导出公民的主观请求权。国策可以在消极面向和积极面向上发挥效力，两个面向均涉及将国策同对立原则进行权衡，应适用权衡法则并可同时适用实践调和理论。国策的实现存在于“可能性保留”中，不包含在任何情况下均必须由立法实现的核心领域，同时也未绝对禁止立法实现程度的倒退。合理的审查标准和审查强度可以在发挥国策效力的同时对立法决策空间给予充分尊重。当国策与基本权利冲突时，前者无法直接限缩后者的保护范围，也无法直接使立法限制行为正当化。无论是解决国策与基本权利的冲突还是解决不同国策之间的冲突，均需在规范层面探寻具体的权衡依据、思路和方法。

**关键词：**国策；基本权利；立法权；可能性保留

访问量：109

### [数字法治]

#### ◦ 算法公平的类型构建与制度实现

张欣，对外经济贸易大学法学院(教授)

**摘要：**伴随智能社会的兴起，算法公平已跃升为人工智能治理最为核心和紧迫的议题。基于主体和技术生命周期，算法公平可被归类为个体算法公平和群体算法公平；起点算法公平、过程算法公平和结果算法公平。以此类型框架为据审视我国算法公平规范现状，可见其呈现出体系化不足、可操作性欠佳、规范维度失衡、治理工具缺失以及对具备通用目的的人工智能与特定人工智能存在治理盲区等问题。为破解算法公平治理之困，应依循算法公平的技术机理和伦理关切，凝练法律、伦理和科技之间的内在共识，将算法非歧视原则作为算法公平治理底线，实现跨领域共识的有机融合。在此基础上，我国应立足反歧视法理，通过动态构建差异化的受保护特征清单、打造具有一致性和可预测性的算法歧视审查框架，建立合法性与必要性并重的算法影响评估机制，探寻算法公平的融贯理路与法治化实现路径。

**关键词：**算法公平；算法歧视；数字正义；人工智能治理；通用人工智能

访问量：86

#### ◦ 人工智能伦理的法律性质

李学尧，上海交通大学凯原法学院(教授)

**摘要：**将人工智能伦理从道德原则转化为可操作、可预期、可计算的伦理合规实践，需要探究人工智能伦理的法律性质，特别是法律体系如何评价以及纳入人工智能伦理规范。可以用“法化”和“事物本质”这两个传统法社会学理论管用以反思规范理论的分析工具。一是，相比于“法治化”“规范化”等被泛化的概念，“法化”用以分析人工智能伦理的实践问题，具有更好的理论收效性。科技伦理的既有法化路径主要有三：道义论持有者常用的新兴权利证立（如人格权）、结果论持有者常用的软法化（如政府监管工具创新）、美德论持有者常用的共同体伦理（如职业伦理）。二是，立法者或者“法律发现者”，在试图从人工智能技术及其产业的特征中推导出规范性的伦理要求的过程中，可以将事物本质的理念纳入，通过与生物医药伦理比较，抽象出人工智能伦理法化的三个约束要件：道德规则的技术可嵌入性、更强的场景性以及依赖于技术过程的程序性。

**关键词：**人工智能伦理；科技伦理；伦理审查；法化；事物本质

访问量：98

### [专论]

#### ◦ 司法解释规制农地权利的体系证成

陈小君，广东外语外贸大学土地法制研究院(教授)

**摘要：**司法解释作为我国法律解释制度有机组成部分，属于民事裁判文书可以援引的裁判说理依据。以司法解释规制农地权利，可以在细化既有权利规则基础上丰富农地政策的私法实现路径。回应农地纠纷的司法审判困境，且有益于助力农地权利救济体系类型化，突破实体法和程序法、公法和私法的区隔，为农地政策的法律化提供过渡形式。当前，以《民法典》为核心的法律体系未能农地权利规制提供充足法制供给。司法解释在农地权利规制上已有“作为”，然仍凸显出“无为”和“难为”特征。司法解释规制农地权利的体系展开应包括“应为”“慎为”“不为”三个面向。司法解释应着力细化当前涉农农地权利法律条文 of 司法适用规则，谨慎填补立法留白但裁判亟需的实体权利规则，认真对待新型农地权利生成和既有农地权利物化权问题，恪守不与法律冲突、不明显缺乏适当性的底线。

**关键词：**农地权利；农地法制；司法解释；司法解释备案审查

访问量：57

#### ◦ 法律漏洞填补的原理与方法解析

张新宝，中国人民大学法学院(教授)

**摘要：**《彩礼纠纷规定》是通过司法解释填补法律漏洞的实践范例，其基本符合漏洞填补的科学原理和方法，具有法学方法论上的重要借鉴价值。对于彩礼及其返还问题，我国相关民事法律无明确规定，存在漏洞。在立法机关未通过立法或立法解释填补彩礼规则漏洞的情况下，最高人民法院通过制定《彩礼纠纷规定》，运用法律解释的方法对其予以补充性填补。当代彩礼习惯和相关法理是用以填补彩礼漏洞的重要素材，将此等素材转化为裁判规则，需要遵循《民法典》特别是其婚姻家庭编的基本价值指引。《彩礼纠纷规定》基于婚约自由原则、自愿原则、诚信原则、不违反法律与不违背公序良俗原则等法律原则，在正确适用法律行为解释规则和身份关系协议规则的基础上，对赠与合同规则和附条件民事法律行为规则予以变通，在法秩序框架内创设出符合彩礼关系性质、能够合理平衡当事人利益的具体规则。

**关键词：**法律漏洞填补；法律解释；彩礼规则；司法解释；习惯

访问量：105

#### ◦ 动产抵押登记对抗规则与优先顺位规则的体系关系

朱广新，中国社会科学院法学研究所(研究员)

**摘要：**登记对抗规则是针对意思主义权利设立模式可能产生的担保交易风险，向动产抵押权人提供了一种可自主选择交易安全保护机制。依其规范意义与功能，动产抵押权与以同一动产设立的其他担保物权之间的权利冲突是登记对抗规则的重要规范内容。以优先顺位规则为据，断言登记对抗规则中的第三人不包括担保物权人而主要是指抵押财产买受人与承租人的观点，严重限制了登记对抗规则的意义与功能。深入分析登记对抗规则与优先顺位规则在解决竞存动产抵押权之间权利冲突上的意义与功能可以发现，优先顺位规则是为化解竞存担保物权之间的权利冲突而不得不设置的规则，其目的不是改变、偏离或超越登记对抗规则，而是在登记对抗规则的基础上为担保交易提供客观的交易风险判断标准，以降低交易成本，便捷担保交易。

**关键词：**动产抵押权；登记对抗规则；优先顺位规则；善意；登记

访问量：72

#### ◦ 认真对待自然资源国家所有权公权说

巩固，北京大学法学院(研究员)

**摘要：**资源国家所有权公权说认为宪法资源国有条款赋予国家对全民所有的公共资源进行“公权性支配”的宪法权力，应从公法角度理解和适用。学界对公权说的批评经不住推敲，难以成立。公权说广遭拒斥的根源在于学界诸多基础性认识偏差，在所有权概念的多样性以及私权与市场、财产与权力、公法与私法的辩证关系等方面认识局限，一旦纠正更新，接受公权说并不困难。公权说与私权说实际指向的并非同一层面事物，二者并非水火不容。公权说虽集中探讨宪法层面的公权性资源国家所有权，但并不否认民法层面私权性资源国家所有权的存在，并为规范其产生和实施奠定基础和条件。公权说具有包容开放、解释建构、现实前瞻、科学规范、便捷高效等优势，符合现代财产权和资源法的发展方向，值得认真对待。

**关键词：**自然资源国家所有权；公权说；批评回应；基础性认识；与私权说关系

访问量：38

#### ◦ 论著作权法中“合法来源抗辩”的正当性及范围

王迁，华东政法大学(教授)

**摘要：**《著作权法》中“合法来源抗辩”能否适用于出租行为及对体现作品的商品（作品复制件）照片的网络展示，这与对“合法来源抗辩”的正当性解释有关。“合法来源抗辩”的正当性源于后续发行（转售复制件）的特征，即对他人制作并首次发行的复制件购入后进行所有权转移的行为，缺乏获得著作权人直接许可的机制；转售者难以查明复制件的制作和首次发行是否合法，且其经营利益来自复制件进价与售价的差额，而非对脱离载体的作品的利用。因此将转售者的注意义务限于从合法渠道购入复制件具有正当性。《著作权法》对不涉及所有权转移的出租行为规定“合法来源抗辩”缺乏正当性，属于立法缺陷。转售者在网络平台中对商品照片的展示，附属于其转售行为，对其可准用“合法来源抗辩”。

**关键词：**合法来源抗辩；发行权；出租权；注意义务

访问量：75

#### ◦ 程序违法行政行为无效说之否定

杨登峰，东南大学法学院(教授)

**摘要：**新修订的《行政处罚法》规定：“违反法定程序构成重大且明显违法的，行政处罚无效。”哪些程序违法会导致行政处罚乃至所有行政行为无效亟待研究。通过检索裁判文书网和北大法宝的300多万份行政处罚文书，可以发现，自2000年以来我国中级以上三级人民法院以程序违法为由认定行政行为无效的仅有21份，且在其他案件中对同类的程序违法行政行为均作了截然不同的裁判，足见我国各级法院还没有发现公认的能致行政行为无效的程序违法情形。追溯“重大且明显违法”无效标准的立法渊源并从《行政诉讼法》第75条来解读，“重大且明显违法”应以“违背常理”和“维持不能”作为共同认定基准。采用这一标准并结合行政行为效力的一般原理，全面审视行政行为的所有程序瑕疵，可以看出，没有一种程序瑕疵可以达到“重大且明显违法”的无效要求从而能够导致行政行为无效。因此，应从根本上否定程序违法行政行为的无效制度。

**关键词：**行政程序；程序违法；重大且明显违法；行政行为无效

访问量：55

#### ◦ 过失犯的行为不法与注意义务的功能分析

柏浪涛，华东师范大学法学院(教授)

**摘要：**传统的过失论认为，“避免结果发生”这种规范是行为规范，因此判断行为不法不需要注意义务。然而，该规范仅表达结果不法，不具有行为指引功能和自由保障功能，不能塑造行为规范。唯有确立注意义务的规范，才能塑造过失犯的行为规范。基于此，“实质危险”不能代替注意义务，“法不容许的危险”也不能代替注意义务，其不是论证依据，仅是论证结论。结果不法从属于行为不法。针对行为不法的注意义务与针对结果不法的注意义务存在区别。前者针对抽象危险，后者针对具体危险及其结果。不能因为过失行为的抽象危险缺乏可罚性而否定其不法性。注意能力只是不法评价的前提条件，仅能决定注意义务是否失效，而不能决定注意义务的有无。产生注意义务的实质根据不是利益衡量，而是风险管辖。信赖原则是注意义务的分配规则，而不是预见可能性的判断规则。

**关键词：**过失犯；行为不法；注意义务；行为规范；法不容许的危险

访问量：67

#### ◦ 牵连犯成立要件的判例研究

王彦强，南京师范大学法学院(教授)

**摘要：**通过分析否定牵连犯成立的裁判文书中的否定理由，可以反向凝练出牵连犯成立的必要条件及其司法适用难题。类型化牵连关系、客观牵连事实和主观牵连意图是牵连犯成立的必要条件。类型化牵连关系的判断，应当在“通常性”（罪质的通例性）标准的基础上补充适用“必然性”标准；手段过剩、牵连搭扣等特殊情状的处理，误将同为手段（或目的）的数行为当作牵连犯以及手段与目的行为顺序颠倒等现象，是“客观牵连事实”要件在司法适用中的突出问题；主观牵连意图则强调在实施一个犯罪目的的统率下，行为人对数行为之间手段（原因）与目的（结果）关系的认识，并在此基础上意将该数行为付诸实行的主观心理状态。

**关键词：**牵连犯；判例研究；类型化牵连关系；客观牵连事实；主观牵连意图

访问量：39

### [青年]

#### ◦ 法律家长主义视角下《民法典》合同制度的发展

包丁裕睿，中国人民大学法学院(讲师)

**摘要：**法律家长主义是限制民事主体自由的一项正当性依据，旨在通过强制性或引导性手段提高民事主体的福利。《民法典》中诸多合同规范的设计和解释都可以从法律家长主义的视角进行解读和检讨。就体现强制性的传统法律家长主义的规范而言，部分规范未能根据保护特定民事主体的目的严格限制其适用范围，对此类规范应进行目的性限缩；部分司法解释和法院裁判也存在以保护当事人之名过度限制合同自由的情况。在将法律家长主义纳入目的解释时，需予严格限制。就体现引导性的自由意志家长主义的规范而言，在设计民事法律规范时可以提供“菜单式”的提示性规定，在当事人地位不平等时还可以考虑惩罚性任意性规定；在解释上，如规范仅涉及当事人自身利益，应当尽量将其解释为倡导性规范而非强制性规范。有权机关运用法律家长主义时，应在正确事实判断的基础上充分说理论证。

**关键词：**法律家长主义；助推；任意性规定；倡导性规定；合同解释

访问量：67

#### ◦ 牵连关系下民事案件审理进行之立法原理与裁量类型

马家骥，西南政法大学法学院(讲师)

**摘要：**与另案存在牵连关系的民事案件应当由法官并行审理，还是停止并等待另案先行审理确定，其裁量标准尚不明确。现行立法及传统“预决性”解释过度扩张强制性的停止审理范围，其审理进行的方式缺乏灵活性和安定性。在法典化的预期下，我国未来的《民事诉讼法》应当将停止审理作为法官裁量事项，在忽略将其与诉之合并和诉之分离纳入“诉讼指挥”章节。在不能优先适用合并审理时，本案原则上应并行审理；强制停止审理应仅限于法定特殊情形；裁量停止审理应分别规定两种裁量情形。其一，“法律上影响”的牵连类型指另案审理对象是本案审理对象的先决问题，其不仅以实体法造产生的依存性为要件，通常还需要裁判效力及于本案当事人，并有未来产生冲突的较大可能性。其二，“事实上影响”的牵连类型以“刑民交叉”案件为代表，其裁量标准在于相较于本案自行调查，援引另案共同审理内容是否具有避免不必要重复审理环节、促进诉讼经济等明显优势。

**关键词：**预决关系；牵连关系；中止审理；刑民交叉

访问量：44

#### ◦ 司法鉴定中的无关信息污染：规范、实践与治理

何宁，湖南大学法学院(助理教授)

**摘要：**理想的司法鉴定，是鉴定人基于检材特征及相关信息的理性决策活动。因此，尽可能多地收集案件信息以防止相关信息丢失，是鉴定人的天然诉求。然而，司法鉴定场域并不只有与鉴定相关的信息，同时还充斥着大量可能导致鉴定出现偏差的无关信息。面对这种信息诉求与信息污染之间的张力，我国现行法律规范和技术标准形成了“承认相关信息正当地位”“独立或非独立多人鉴定”“勘鉴一体”的规范体系，呈现出以原则性条款为主、冲突化程序设置并存的规制状态。基于我国司法鉴定实践的问卷调查发现，现有的规制框架无法有效地阻断无关信息的传播路径，为信息污染提供了空间。为此，有必要明确案件信息的相关性标准，构建以“信息守门人”为核心的程序治理框架，并辅以案件分流机制配套运行。

**关键词：**司法鉴定；无关信息；认知偏差；信息守门人；实证研究

访问量：52