

《中外法学》2019 年第 2 期

[视野]

传统印度法停滞不变吗

高鸿钧，清华大学法学院

摘要：印度法律传统是世界重要的法律文明之一。基于这个法律传统形成了印度法系。梅因认为，传统印度法停滞不前，没有发生罗马法那样的“从身份到契约”的“进步”；有人认为传统印度法属于封建法的类型；还有人认为传统印度法是“亚细亚生产方式”的产物。实际上，传统印度法虽然具有保守性，但并非停滞不前，而是一直依循自己的路径，处在变化和发展中。传统印度法不属于封建法类型，也不应按照“亚细亚生产方式”来理解。

关键词：传统印度法；封建社会；亚细亚生产方式；法律史研究范式

访问量：936

批判法律理论的谱系

强世功，北京大学法学院

摘要：不同于流行的“法律与文学”视角，从批判法律理论的角度重新审视法学界围绕《秋菊打官司》电影展开的讨论，能考察批判法律理论在中国的内在谱系。苏力从“秋菊的困惑”入手，秉持法律多元主义理论和功能主义法治观对主流的西方普适主义权利法治观展开批判，从而希望建构一种吸纳中国本土资源的法治。此后，对《秋菊打官司》的解读形成两个批判法律的理论高峰。一个是冯象从基督教理论和共产主义学说的左翼立场出发对法治实践趋向于全球资本帝国“法治行省”的批判，另一个是赵晓力试图从中国古典传统的保守主义立场出发对现代法治将人的生命意义压缩为资本-劳动力的批判。对此的研究一方面试图提供一个思考改革开放四十年中国法理学发展的内在线索，另一方面也希望推动中国探索新的法治发展道路和构建理想的法治秩序。

关键词：法律多元主义；法治；批判法学理论

访问量：902

[专论]

监察法与刑法的衔接协调与规范运行

陈伟，西南政法大学法学院

摘要：监察法的生效实施使其从静态规范转化为动态运行，在此过程中需要正视关联性法律的衔接协调问题。监察委员会行使的职务犯罪调查作为后期诉讼程序推进的基础，因其罪责追究的特定属性而与刑法关系紧密。在监察对象的明确规定上，监察法调整职务违法与职务犯罪的一体性决定了其比刑法更为宽泛，但是在内涵上仍然延续了刑法对公职犯罪的实质要求。监察法未把单位主体纳入监察范畴带来了刑法适用上的空缺，单纯程序补正无法遮蔽实体规定适用上的短板。监察委员会的性质定位决定了监察主体刑责追究在部分职务犯罪主体上的非对应性，权力边界与刑法平等原则未能一体遵循，应当在恪守罪刑法定原则的基础上通过立法解释或者法律修订予以弥补。监察委员会在行使职务犯罪调查权时，与刑罚适用中的时效制度、自首制度和认罪认罚从宽制度存在规范上的非一致性，由于难以排斥监察委员会调查行为与上述刑罚制度的价值契合，因而需要通过刑事实体法的调整来解决彼此之间的非协调性，从而保证监察法与刑法之间的衔接顺畅和规范运行。

关键词：监察法；刑法；衔接协调；规范运行

访问量：1053

论复议机关做被告与做共同被告的不同价值功能

方世荣，中南财经政法大学、法治发展与司法改革研究中心

摘要：复议机关因维持原行政机关的行政行为而与原行政机关成为共同被告，是我国《行政诉讼法》修订后的新规定，意在“倒逼”复议机关依法积极、负责地开展复议工作。但这只考虑了复议机关做“被告”的价值功能，没有反映出复议机关做“共同被告”的价值功能。复议机关在做共同被告时既是被告也是共同被告，故其制度设计要能兼顾两种价值功能。不同类型共同被告的价值功能各有重点：因同一行政行为产生的共同被告，其价值功能主要在于方便法院查明两个以上被告共同作出同一个行政行为的案件事实，公平认定和划分它们应分担的法律责任；因同类行政行为产生的共同被告，其价值功能主要在于对两个以上被告分别作出的同类行政行为并案审理，以达成简化程序、节省诉讼成本的目的。复议机关对原行政行为作出维持决定，本质上是对其予以肯定性评价的同类行政行为，由此形成的共同被告案件在审理上应以原行政行为为主，对复议维持决定可实行附带审查并探索书面审理的方式，以简化程序、减少法院司法成本和复议机关应诉成本的耗费。

关键词：复议机关；复议维持；共同被告；价值功能

访问量：616

作为法律隐喻的“猫鼠游戏”

吕德文，武汉大学社会学系

摘要：“猫鼠游戏”是广为人知的城管执法隐喻。它不仅是城管执法活动的一种形象化阐释，还规定着城管执法的行动框架。采取法律隐喻视角，可以揭示“猫鼠游戏”的三个机制：街头空间的区域化机制塑造了游戏空间，让城管和小贩有了“呆在一起的可能性”；城管和小贩在行动框架范围内选择合適的“计策”，建立起一种特定且明确可察的角色互动关系；城管和小贩互动过程中的“临时妥协”，塑造并促成了游击、对峙、沦陷及冲突等情境转化。“猫鼠游戏”包含了极强的法律建构过程，在解释城管执法，乃至普遍意义上的街头执法方面具有启示意义。

关键词：猫鼠游戏；城管执法；法律隐喻；街头执法

访问量：880

论行政特许产生的要素及过程

霍翌，重庆大学法学院

摘要：相对于行政行为论、法律关系论，行政过程论可以提供新的研究行政特许产生的视角。根据过程论的“全面考察”思想，可以发现行政特许产生需直接规范要素、客观范围要素等形式要素，以及职权要素。权利要素(含其他主体一般权利、新兴权利)等实体要素。在过程论动态考察思想的视野下，行政特许的产生体现为实体要素上仅包括职权要素、实体要素上包括职权要素+其他主体一般权利以及实体要素上包括职权要素+新兴权利等三种特征各异的情形。基于过程论的多方关注思想，行政特许产生不仅涉及行政主体和申请人，还会涉及征收、占有和转换其他主体权利，需完善相关的分类规制。

关键词：行政过程论；行政特许；要素；过程；产生

访问量：598

生命选择案件中的康德悖论及其解决思路

孙立红，华东师范大学法学院

摘要：康德提出以自由的普遍法则作为法权的基础，影响了现代刑法体系的构建。然而根据康德的理性原则却无法证明紧急避险这一刑法正当事由的合法性，导致刑法体系的分裂。以功利主义法哲学为基础的利益衡量理论，试图取代康德原则为紧急避险提供合法根据，但最终这一标准不得不要受到康德原则的修正和限制，因此无法得以贯彻。黑格尔法哲学超越了抽象法权的范畴，对紧急避险中个人福祉的追求提供了合理根据，但在生命选择困境面前，这一观念再次遭遇康德原则的阻碍。根据黑格尔法哲学观念，可以从更高的伦理层次去理解个人福祉与自由的普遍性关系，并从公民义务的层面，为极端紧急状况下公民的牺牲提供了合法根据。这为国家在遭受恐怖袭击中击落被作为犯罪工具的满载乘客的飞机提供了理由，同时这一理由能够处于防御性紧急避险的法教义中，在不违反宪法原则的前提下被置于法秩序框架之内。

关键词：康德原则；功利主义原则；伦理原则；生命选择避险

访问量：1327

从“分野”到“融合”

简爱，中央财经大学法学院

摘要：法律融合”的背景下，数个法领域很可能对同一行为做出了调整与规制，在一定条件下应当允许违法的判断“和而不同”。违法判断相对性的立论依据在于，刑法具有相对独立性，并不从属于民法、行政法，因而也不能以民事不法、行政不法作为刑事违法判断的当然前提。法秩序的统一不是违法概念的形式统一，而是各法领域目的的统一。针对“刑民交错”“刑行衔接”案件的法律适用应当抛弃“非此即彼”的思考方式，转用法律竞合和法律冲突的思维。刑事违法判断首要考虑的是刑法自身目的的实现，以其他部门法相关规定为参考(而非参照)，行为的有效性并不能否定犯罪成立。较之于缓和的违法一元论，违法相对论不仅能兼顾刑法目的的实现和法秩序的统一，符合刑法的谦抑理念，并且在判断过程上更为清晰、高效。

关键词：相对独立性；法秩序统一；违法相对论；缓和的违法一元论

访问量：766

论婚姻无效的制度构建

申晨，中国人民大学法学院

摘要：我国学界长期以婚姻无效制度对标合同无效制度，但二者的价值结构和立法目标存在重大差异。狭义婚姻无效制度涉及国家对公民婚姻权利的限制问题，可以用比例原则对其正当性进行检验。疾病作为婚姻无效事由不符合必要性原则和狭义比例原则，相关规则应予废除。婚姻可撤销规则的正当性需经表意人注意义务、婚姻主旨、公共利益三项标准的检验。通谋虚假婚姻的撤销不符合公共利益，不应准许撤销。欺诈婚姻中，仅在一方刻意隐瞒其患有不宜结婚疾病、有持续性犯罪恶习、性功能障碍或性取向时，婚姻可以撤销。因当事人未履行注意义务造成的错误婚姻，不应准许撤销。婚姻宣告无效的法定财产性后果，应视财产结合是否符合当事人真实意思，分情况予以决定。

关键词：婚姻无效；婚姻可撤销；比例原则；意思表示瑕疵

访问量：707

个人信息对价化及其基本制度构建

郑观，浙江大学光华法学院

摘要：大数据时代个人信息呈现对价属性。服务换取信息的对价化交易模式以个人对信息享有权利主体地位为前提，现行民事规范对此却界定不清。否认个人信息的私权属性或仅承认主体具有防御权能的观点，折射出对主体信息自决和客观交易现实的误解与漠视。考虑到个人信息的人格法益属性，应建构以信息自决为核心内容的主体权利制度，承认主体享有积极利用权能，并采用可撤回之同意作为行权模式。

关键词：个人信息对价化；信息自决权；可撤回之同意

访问量：674

独角兽、法律周期论与民族国家建构

唐应茂，北京大学法学院

摘要：借鉴美国耶鲁法学院蔡美尔教授种族法理论，参考其对发展中国家外商投资法领域出现的“市场化—国有化—市场化”历史怪圈现象及其动因的分析，有助于识别中国境外设立的创新企业回归我国资本市场并跨境发行存托凭证规则(《创新企业回归A股规则》)存在的核心问题。我国法律对创新企业存在“支持—限制—支持”的历史怪圈，其背后动因在于中国境内企业与带有外资身份的创新企业在争取境内外上市资源过程中产生的张力。更进一步讲，《创新企业回归A股规则》将带来境内企业与创新企业的直接对立，并将延续境内资本市场一直存在的大企业和小企业之间的紧张关系，存在针对创新企业的新一轮限制的可能性。

关键词：中国存托凭证；创新企业；法律周期；国有化；国际证券法

访问量：618

[评论]

论不定期继续性合同随时终止制度

吴奕锋，德国科隆大学

摘要：作为继续性合同一般理论的一项特有制度，随时终止权的制度根源在于不定期继续性合同的永久束缚可能性的排除，是与以信赖基础丧失为正当化理由的任意解除权完全不同的一套制度，在法学理论和立法条文上均应予以区分对待。现阶段，从一时性给付义务视角认知继续性合同的思维定式深刻地影响着立法者、司法者和解释者，这不仅导致了对部分随时终止权规范的解释偏差，还导致司法实践中法院大规模的法律误用，并衍生出像返还义务诉讼时效这样的虚假理论问题。在随时终止权的体系化视角下，现行法呈现出“低水平重复”的特征。在民法典编纂立法中应当贯彻“公因式”的提取，删除各有名合同的大量重复和冲突规定，以具体化的终止期间取而代之。

关键词：随时终止权；任意解除权；终止期间；继续性合同；诉讼时效

访问量：830

金融市场基础设施自律管理规范的效力形成机制

季奎明，华东政法大学经济法学院

摘要：金融市场基础设施通过自律管理规范对市场及相关主体实施自我约束，是对行政监管的重要补充。无论会员制还是公司制基础设施制定的自律管理规范都存在两方面困惑：其一，无法形成明确的对世效力；其二，不能取得相对于一般民商事法律的优先适用力。在比较法上，大都通过高位阶法律，将基础设施的属性定位在市场化与行政化之间。我国应将其明确界定为“非政府公共组织”，先行制定《金融市场基础设施条例》，通过行政法规的路径赋予自律管理规范对世的普遍拘束力。同时，将自律管理规范认定为《民法总则》第10条中的“习惯”，适用民法漏洞填补的司法技术实现其优先适用力。

关键词：基础设施；非政府公共组织；自律管理规范；普遍拘束力；优先适用力

访问量：1313