



《法學》月刊

主办单位：華東政法大學

[首页](#) [编辑部概况](#) [本刊动态](#) [本刊公告](#) [投稿须知](#) [文章推介](#) [历年目录](#) [中文繁体](#) [ENGLISH](#)



中文核心期刊
全国百强社科学报
中国人文社科学报核心期刊
《中国学术期刊综合评价数据库》来源期刊
《中国期刊网》、《中国学术期刊(光盘版)》全文收录期刊
《中文社会科学引文索引》来源期刊
RCCSE中国权威学术期刊(A+)
“中国人文社会科学综合评价AMI”权威期刊



今天是：2024年12月19日 星期四

《法学》2023年第3期

发布部门：法学月刊杂志社

发布时间：2023-03-21

增强宪法自觉，促进宪法发展

——习近平《谱写新时代中国宪法实践新篇章——纪念现行宪法公布施行40周年》

核心要义解读·····莫纪宏 /3

论法律预期目的冲突司法救济的默会维度

——一个默会正义的思考·····谢 晖 /20

过程论视角下公开行政处罚决定的法律控制·····汤 莹 /37

诈骗罪中被害人同意的法律效果·····付立庆 /51

刑法规范二重性视阈下犯罪故意的认定·····童伟华 /66

定金责任的惩罚性及其合理控制·····谢鸿飞 /83

论股东除名的事由与程序再造·····刘胜军 /99

私益牺牲补偿请求权的构成要件与法律效果·····韩富鹏 /114

论刑事诉讼中的诉讼担当·····聂友伦 /131

全国统一大市场视域下行政性垄断规制模式的重构·····叶高芬 /145

带薪年休假的法律属性及实施机制·····王显勇 /161

论国际投资条约中企业社会责任条款的强化·····黄世席 /178

●莫纪宏[1]

【内容摘要】 本文围绕习近平总书记《谱写新时代中国宪法实践新篇章——纪念现行宪法公布施行40周年》一文首次提出的“宪法自觉”与“宪法发展”，全面和系统地描绘了过去40年“宪法自觉”形成和增长的演变过程，分析了宪法理论和宪法制度发展对于“宪法自觉”所产生的积极影响，对于“宪法自觉”在理论、政策、制度和实践层面所表现出来的特征进行了概括和总结，得出了加强党对宪法工作的领导、提升全民宪法素养、建立和完善国家宪法日制度和宪法宣誓制度是增强宪法自觉、促进宪法发展的内在的制度和精神动力的学术结论。在此基础上，本文认为，在加强宪法解释方面，“宪法自觉”仍然存在需要提升的空间，只有在宪法实施方面产生了宪法行动的“自觉”，宪法制度才能真正地得到发展，宪法的根本法权威才能得到有效发挥。

【关键词】 宪法自觉 宪法发展 依宪治国 依宪执政

论法律预期目的冲突司法救济的默会维度

—— 一个默会正义的思考

●谢 晖[2]

【内容摘要】 法律不仅是能通过语言表达的逻辑化、体系化的明述知识，而且很多时候也是无法通过语言表达，只可意会的修辞性、亲知性的默会知识。司法通过个案救济法律预期目的冲突时，既面对着在冲突的法律预期目的之间的选择，也面对着在冲突的诉求和“证据”面前的采信，还面对着法律适用于案件事实中的妥适性、可接受性等问题。这些都是法官面对的默会知识。藉此，法官在个案裁判中追求的正义，在很大程度上是默会正义知识。此外，法官在裁判相关问题时，其本身的经验、亲识，以及判断是非、运用法律、协调正义的独特能力等，更增添了司法救济法律预期目的冲突时的默会内容。

【关键词】 法律预期目的冲突 司法救济 明述知识 默会知识 默会正义

过程论视角下公开行政处罚决定的法律控制

●汤 莹[3]

【内容摘要】 《行政处罚法》第48条规定的公开行政处罚决定是对公开原则的贯彻。以行政处罚决定的“作出一执行”过程为观察视角，作为行政处罚的事后公开制度，行政处罚决定公开并非一种行政处罚类型，而是具有精神作用的事实行为。公开行政处罚决定可以监督行政机关和被处罚人，确保行政处罚的实效性。鉴于违法公开行政处罚决定可能产生不利影响，有必要通过目的限制、程序限制和权利保障进行法律控制。针对行政处罚决定信息的内容复合性和公开行为的从属性，适用时应注重差异化处理和过程性控制，以有效保障当事人的合法权益。

【关键词】 行政过程论 行政处罚 处罚决定公开 法律控制

诈骗罪中被害人同意的法律效果

●付立庆[4]

【内容摘要】 诈骗罪场合的被害人同意即针对财产转移的处分意思，不是单纯的瑕疵同意而是无效同意。如此理解，能在关于被害人同意的一般理论中获得说明，与将本罪理解为关系犯罪的见解并不冲突，且能在“诈骗罪的盗窃罪化”这一现象中获得印证。否定一般场合被害人的情报搜集责任、弱化诈骗罪的关系犯罪属性，是在考察诈骗罪中被害人自我责任侧面与要保护侧面关系时，一种动态平衡观之下务实的政策选择。诈骗罪中的被害人同意无效，意味着承认诈骗罪是将被害人作为工具加以利用的一部分盗窃罪间接正犯的立法化，认可了诈骗罪与盗窃罪之间的法条竞合关系。同意无效说并非对立思维的产物，也能与诈骗罪要求实质财产损害的立场兼容，不会导致该罪的法网大开。

【关键词】 诈骗罪 被害人同意 法益关系错误 盗窃罪的间接正犯 法条竞合

刑法规范二重性视阈下犯罪故意的认定

●童伟华[5]

【内容摘要】 尽管刑法规范具有二重性，但根据立法目的、法益保护方式及刑法机能、运行模式等，刑法首先是行为规范，其次才是裁判规范。基于裁判规范的属性、内容和运行机制，司法工作者根据事后认定的客观要件事实推定犯罪故意，容易忽视犯罪故意的内涵属性，得出不合理的结论。行为规范视阈下，司法工作者会基于一般人的立场，从行为人行为时意思出发，判断对其有无非难的可能性，有利于发挥刑法的行为规制机能及判断行为人的规范意识，贯彻责任主义原则和培育公众对刑法的信仰，可以克服单一裁判规范视阈下犯罪故意认定的问题。应当基于刑法规范二重性视阈，兼顾事后和事前的判断，根据一般人的立场，考虑行为人个人情况、行为实施的样态方式和背景等因素认定犯罪故意。

【关键词】 裁判规范 行为规范 犯罪故意

定金责任的惩罚性及其合理控制

●谢鸿飞[6]

【内容摘要】 定金在我国交易实践中的重要性与其在理论上的受关注度不成比例。定金不是物上保证，也非独立的金钱担保，它和违约金均为债权的一般担保。定金责任作为违约责任方式的定位，为法律调控定金责任提供了逻辑前提。定金的固有功能决定了定金责任的惩罚性色彩通常比违约金责任更浓厚。我国《民法典》对定金责任的三种适用控制都存在问题：将定金合同定性为实践性合同缺乏理论依据，且实务上容易引发道德风险；合同标的额20%的上限有时使定金责任对违约补偿不足，有时又远高于违约损失；仅适用于导致合同目的不能实现的根本违约行为也与契约自由扞格，亦无法与定金的现代运用场景相匹配。定金与违约金功能的高度相似性决定了定金责任应类推适用违约金酌减规范。定金、违约金等违约赔偿约款确定的是第二次合同义务或转化义务，而非违约责任，通过惩罚性赔偿法定原则可限制其惩罚性，由此可统合各类违约赔偿约款的法律适用。

【关键词】 定金罚则 定金责任 违约金 违约定金 解约定金

论股东除名的事由与程序再造

●刘胜军[7]

【内容摘要】 股东除名不应与股东失权相混淆，其具有解决股东纠纷和打破公司僵局的独立价值。法定除名事由应舍概念式立法，转采例示性类型结合不确定概念的立法模式；在尊重章程除名事由的同时应予严格限制，引入比例原则进行司法审查，嗣后章程除名事由应经股东会一致决议通过。关于股东除名决议，从解释论与司法实例来看，决议方法为普通决议，决议程序排除被除名股东表决权，其效力为成立即生效；从立法论来看，决议方法应为特别决议，应增设决议变更之诉以避免表决权排除规则被滥用，其效力应再造为成立未生效。除名决议成立即生效往往会引发效力争议，且不为登记机关所接受，在实践中通常借助除名决议有效确认之诉解决此弊端，但因面临程序上和实体上的困局而效果不彰。有鉴于此，我国公司法应引入除名之诉并进行具体的程序构造。

【关键词】 股东除名 除名事由 除名决议 重大事由 除名之诉

私益牺牲补偿请求权的构成要件与法律效果

●韩富鹏[8]

【内容摘要】 权益间发生冲突在所难免，如果为了保护价值更高的法益而不得不牺牲价值较低的法益且无法期待双方当事人自愿达成法益转移之合意，设定特别牺牲义务是更为妥当的选择。此时，应当赋予牺牲人牺牲补偿请求权，以恢复法益平衡之状态。私益牺牲补偿请求权的权利人为牺牲人、义务人为受益人，其成立需要满足受害人负有特别牺牲、受益人获得利益、两者之间具有因果关系的要件。牺牲补偿应全额填补牺牲人的损失，同时可以类推适用过失相抵、损益相抵、强迫得利等规则。《民法典》第182条第2款关于紧急避险中受害人的补偿请求权、第322条第2句中添附人的补偿请求权属于私益牺牲补偿请求权规范，但《民法典》现有的牺牲补偿规范存在明显漏洞，需要借助整体类推技术予以填补。私益牺牲补偿请求权是法定之债的重要类型之一，具有独特品性，与损害赔偿、不当得利、公平责任等债之类型存在一些相同点，但也存在明显差异。

【关键词】 私益牺牲补偿 特别牺牲义务 紧急避险 相邻关系 添附

论刑事诉讼中的诉讼担当

● 聂友伦[9]

【内容摘要】 刑事诉讼通常由与案件结果存在直接利害关系的主体实施，一旦其不能、不愿起诉或应诉，诉讼的成立和进行便将受到阻碍。若立法者意欲使诉讼在直接利害关系人缺位的情况下运作，则一般须通过例外规定赋予第三人诉讼实施权，由其启动与推进诉讼。这种例外在诉讼理论上被称为诉讼担当。诉讼担当在我国刑事诉讼中呈现立法先行、理论缺位的状况，亟待梳理与明确。从现实性面向看，现行规范中的诉讼担当包括为了当事人利益的诉讼担当、为了被当事人利益的诉讼担当与为了公共利益的诉讼担当，涵盖公诉、自诉与附带民事诉讼诸程序类型。从可能性面向看，出于解决实践问题、填补程序漏洞的目的，得经法律修改拓展诉讼担当的范围，增加检察机关对刑事自诉的诉讼担当、被告人近亲属对缺席审判的诉讼担当。

【关键词】 诉讼担当 诉讼实施权 诉讼要件 自诉转公诉 缺席审判

全国统一大市场视域下行政性垄断规制模式的重构

● 叶高芬[10]

【内容摘要】 破除地方保护和行政性垄断是建设全国统一大市场的关键举措。实证分析揭示目前我国行政性垄断的规制效果不甚理想，其中“分散型”行政性垄断规制模式是导致效果减损的原因之一。申言之，作为行政性垄断事后矫正手段的行政执法，其“次优性”表现在自我纠偏“单向度”机制具有片面性，存在央地两级执法体制安排缺陷等问题；作为事前预防手段的公平竞争审查制度，其“次优性”表现在自我审查机制仅基于局部决策单位，导致了地方化问题。鉴于此，在建设全国统一大市场的背景下，行政性垄断的规制模式亟须转向“全局型”模式，具体建议包括探索公平竞争外部审查机制和“央派区域办事处”机制，强化竞争执法的刚性约束，探索行政执法体制的“中央事权”，以及加强行政机关的竞争中性工作等。

【关键词】 全国统一大市场 行政性垄断 外部审查 中央事权 竞争中性

带薪年假的法律属性及实施机制

● 王显勇[11]

【内容摘要】 现行带薪年假法律制度属于特别私法性质的劳动保护法，立基于劳动者带薪年假权的私权建构，依托于行政机关介入劳动争议的实施机制。带薪年假被定义为劳动者私权的认识存在偏差，行政实施机制设置存在错位，导致带薪年假无法有效实现。带薪年假具有劳动基准和债权请求权的双重法律属性。带薪年假基准是用人单位对国家所负担的公法义务，无法转化为替代性经济补偿的私法义务。我国应当实行带薪年假必休原则，通过行政执法机制来确保带薪年假基准得以实现。带薪年假基准具有私法效力，其经由劳动合同转化为带薪年假权。带薪年假请求权是附法定生效条件的选择之债，其在权利生成阶段属于附法定生效条件的请求权，在履行期日确立阶段属于法定的选择之债。带薪年假请求权以实际给假为给付内容，通过劳动争议处理、行政调解、工会帮助实施等多元实施机制予以实现。

【关键词】 带薪年假 劳动基准 债权请求权 行政执法 劳动法

论国际投资条约中企业社会责任条款的强化

● 黄世席[12]

【内容摘要】 传统国际投资条约侧重保护投资者权益，而对责任承担视而不见，此一特点给当前国际投资规范机制带来了越来越多的负面影响，加强投资者企业社会责任的国际呼声促使一些国家开始在投资条约中规定企业社会责任条款。但是，由于企业社会责任本身的软法性质和其弹性的模糊概念，使其在投资条约中的规定范式各异且无太强的约束力。为了强化企业社会责任，国际投资条约需要加强企业社会责任规范的

“硬法”性质，投资争端解决机制也应当适度平衡投资者与东道国之间的权益，在裁量相关争端时考虑投资者企业社会责任的承担问题。我国在投资条约谈判和起草中也应当注重对投资者社会责任的强化，以此促进和提升在国际投资规则制定中的话语权。

【关键词】 国际投资条约 企业社会责任 投资者义务 投资争端解决

[1] 作者单位：中国社会科学院法学研究所。

[2] 作者单位：广州大学人权研究院。

[3] 作者单位：中国人民大学法学院。

[4] 作者单位：中国人民大学刑事法律科学研究中心。本文是国家社会科学基金一般项目“诈骗罪的构造及其展开研究”（项目批准号：20BFX064）的阶段性成果。

[5] 作者单位：海南大学法学院。本文系作者主持的国家社会科学基金后期资助项目“刑法规范二重性视阈下存疑有利被告人研究”（编号：20FFXB71）的阶段性成果。

[6] 作者单位：中国社会科学院法学研究所、中国社会科学院法学研究所私法研究中心，中国社会科学院大学法学院。本文为国家社科基金重点项目“民法典实质债法规范体系研究”（批准号：22AFX015）的阶段性成果。

[7] 作者单位：中国民航大学法学院。本文为2020年度国家社科基金项目“《民法典》时代公司法体系化方法研究”（项目编号：20BFX120）的阶段性成果。

[8] 作者单位：清华大学法学院。

[9] 作者单位：华东师范大学法学院。本文系教育部人文社科项目“司法解释权的行使规则建构研究”（22YJC820026）的阶段性成果。

[10] 作者单位：山东大学法学院。本文系国家社会科学基金项目“国际竞争新格局下初创企业并购的反垄断规制研究”（批准号：22BFX194）、国家自然科学基金重大项目“数字经济反垄断理论与政策研究”（批准号：72192842）及2018年度国家司法部法治与法学理论研究项目课题“互联网平台竞争的法律规制研究”（批准号：18SFB2047）的成果。

[11] 作者单位：中国政法大学民商经济法学院。本文为中华全国总工会委托课题“劳动法典编纂研究”的阶段性成果。

[12] 作者单位：山东大学法学院。本文系国家社科基金后期资助重点项目《国际投资条约中的国家安全条款研究》（项目编号：20FFXA006）的阶段性成果。

版权所有 华东政法大学 copyright 2013-2018 ecupl all rights reserved.

松江校区：松江大学园区龙源路555号 邮编：201620

长宁校区：万航渡路1575号 邮编：200042