



# 《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  
中国人文社会科学核心期刊  
《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18日 星期三

《法学》2023年第9期

发布部门：法学月刊杂志社

发布时间：2023-09-21

---

ChatGPT 对法律人主体性的挑战 .....	雷 磊 /3
美国在近代中国行使治外法权的司法与外交手段	
——以“华尔遗款案”(1862-1904)为中心 .....	屈文生 /16
个人信息在国家机关之间传输的类型化治理 .....	罗 英 /33
行政处罚决定书法条引用的法治维度 .....	谭冰霖 /48
论累积犯的正当性及其限度	
——兼谈累积犯对污染环境罪构成的影响 .....	孙国祥 /64
诈骗罪中“取得财产”的教义学阐释 .....	孟红艳 /81
论无结婚行为能力的精神障碍者缔结的婚姻效力 .....	夏江皓 /96
离婚协议违约金的理论澄清与司法认定 .....	田韶华 /111
我国民法诚信原则的类型化适用 .....	潘子怡 /125
鉴定意见审查认证规则及配套机制的优化 .....	陈邦达 /142
法律实施激励机制的基本原理及立法构造 .....	董淳铎 /156
检察公益诉讼在金融领域的拓展与边界 .....	夏戴乐 /177

●雷 磊[1]

【内容摘要】 ChatGPT预示着强人工智能时代的到来。但AI的底层运作原理决定了它只是一款运算程序和机器学习模型，并不具有人类的自我意识和自由意志。反思能力与道德能力对于法律职业活动而言必不可少，因此ChatGPT将取代法律人的挑战是一种虚假挑战。真正的挑战在于，ChatGPT可能会导致使用者思维的庸化和道德的钝化，逐渐封闭自我意识，放弃自由意志，造成法律人主体性的自我消解。ChatGPT在未来可能展现的最大威胁是法律实践内在意义的消解，以及技术文明取代法律文明（人的文明）。

【关键词】 ChatGPT 法律人 自我意识 自由意志 人的文明

## 美国在近代中国行使治外法权的司法与外交手段

——以“华尔遗款案”（1862-1904）为中心

●屈文生[2]

【内容摘要】 1862年，“常胜军”副将华尔在宁波去世前留下遗嘱，称上海道台吴煦与记名道杨坊分别欠其银若干。华尔遗产管理人遂在美国驻沪领事法庭对吴、杨二道台分别提起诉讼。美国驻沪领事法庭组织中人对本案进行“会断”，但发现该索欠案并无任何有说服力的证据支持。当美方自觉在用尽司法救济手段而无法基于国内法索得利益后，逐步依靠外交“交涉”等法外手段，终于在1904年借“庚子赔款”成功索得所谓“华尔遗款”。“华尔遗款案”先后经过“会断”与“交涉”两个阶段，而“会断”与“交涉”恰是美国在半殖民地中国行使治外法权的常见方式。“会断”是司法霸凌手段，而“交涉”为外交霸凌手段，二者都是对中国司法主权的侵犯。在司法与外交的复合语境下讨论该案可以发现，美国早期对华行使治外法权时，一旦在常规、确定性的司法程序中无法获得救济时，往往会利用非常规、不确定性的外交霸凌手段来支配华洋交涉案件之审理，从而实现攫取治外法权之目的。

【关键词】 华尔遗款案 会断 交涉 治外法权

## 个人信息在国家机关之间传输的类型化治理

●罗 英[3]

【内容摘要】 个人信息传输是我国《个人信息保护法》第4条第2款规定的一种个人信息处理行为，国家机关之间通过数据共享技术传输个人信息，在我国数字政府建设中渐成常态。基于传输主体的组织形态、传输发起的缘由等不同因素，个人信息在国家机关之间的传输行为呈现一体化和点状式两种实践形态。前者是基于公共数据共享平台而展开的规模化传输，后者则是国家机关在履行法定职责或法定义务过程中，因职权互动或依职权主动而展开的个案式传输。从本质上而言，以上两类行为在法律属性上属于二元性事实行为。为了应对“一体化形态”的叠加风险与“点状式形态”的特殊风险，宜基于类型化视角对国家机关间个人信息传输行为进行适法性调适，以法律保留原则对传输行为区分不同的规范强度，根据程序正当原则对传输行为形成梯度性约束，并按照均衡性原则对传输行为进行差异化调控。

【关键词】 个人信息保护法 个人信息传输 法律保留原则 程序正当原则 均衡性原则

## 行政处罚决定书法条引用的法治维度

●谭冰霖[4]

【内容摘要】 行政处罚决定书的法条引用是展现依法行政过程的窗口。实证分析发现，我国目前行政处罚决定书的法条引用存在不同程度的形式瑕疵和实体缺陷。在形式方面，有引用名称不规范、依据性介词使用随意和省略法条内容等瑕疵；在实体方面，有引用非正式法源、未指明条文具休款项、片面引用法条、忽视基础法和上位法、法条引用错误、向一般条款逃避、类推适用法条、法律效果适用不完整等缺陷，由此导致行政处罚决定面临被法院确认无效、被撤销以及被指正的法律风险。应当基于处罚法定原则，从法定性、明确性、整全性三个维度，规范行政处罚决定书的法条引用。

【关键词】 行政处罚决定书 法条引用 法定性 明确性 整全性

## 论累积犯的正当性及其限度

——兼谈累积犯对污染环境罪构成的影响

●孙国祥[5]

【内容摘要】 累积犯的正当性基础源于现代社会诸多危害行为法益侵害的累积效应，这种已被自然科学验证的累积效应防范客观上需要刑法的介入，但同时也带来了刑法归责难题。累积犯一定程度上突破了传统刑法教义学对犯罪的认定，然而，这并非对原有理论的颠覆。行为人的行为与实际或者可能发生的法益侵害结果之间存在着互动与“贡献”，正是这种互动与“贡献”确定了累积犯的可归责性。在肯定累积犯正当性的同时，也需要从保护法益的类型特征、危害行为的性质等方面划定累积犯的界限所在，防止累积犯带来刑事责任的扩散风险。累积犯的观察对象源于环境犯罪，我国刑法规定的污染环境罪既不是实害犯、具体危险犯，也不是抽象危险犯，而应是累积犯。“严重污染环境”不应理解为污染环境的结果，而是指污染行为本身的严重性，只要证明该污染行为对环境的损害具有累积效应，达到了司法解释规定的“严重”程度，就应当认定为“严重污染环境”。

【关键词】 累积犯 抽象危险犯 集体法益 污染环境罪

## 诈骗罪中“取得财产”的教义学阐释

●孟红艳[6]

【内容摘要】 我国刑法学多数说认为诈骗罪既遂的标准是行为人（或第三人）取得财产，但对该要素的独立存在价值及其与财产损失的关系缺乏深入研究。在有的案件中，处分财产与取得财产并不同步；行为人取得财产与被害人财产损失的判断标准、判断逻辑不同，取得财产的判断更侧重于事实层面，财产损失的确立则考虑交换价值的折算和抵消，这些都决定了取得财产在诈骗罪构造中有独立存在的必要性。重视取得财产要素，对诈骗罪既遂就应当主张控制说（取得说），取得财产是事实上的既遂标准，为既遂的判断提供了时间点上的参照，具有较强的直观性和明确性；财产损失则是实质上的检验，从诈骗罪保护法益的角度规范地判断是否既遂。承认取得财产也是诈骗罪实行行为的一部分，有利于处理承继的共犯。诈骗罪是不法内容“向后倾斜的犯罪”，其不法重点是后半部分的财产转移，对仅参与财产转移阶段的后行为人也能肯定其正犯性。

【关键词】 诈骗罪 犯罪既遂 取得财产 财产损失 承继的共犯

## 论无结婚行为能力的精神障碍者缔结的婚姻效力

●夏江皓[7]

【内容摘要】 《民法典》对原《婚姻法》婚姻无效制度的修改使无结婚行为能力的精神障碍者缔结的婚姻效力成为法律难题。结婚行为能力区别于民事行为能力，主要通过当事人的法定婚龄和理解判断结婚行为的心智状况予以界定，后者关涉精神障碍者缔结的婚姻效力问题。基于兼顾成本与准确性的考量，精神障碍者的结婚行为能力宜采取以民事行为能力为参照的“直接对标”和“个案审查”相结合的双轨制认定模式，无民事行为能力的精神障碍者无结婚行为能力，无须另行审查；限制民事行为能力的精神障碍者的结婚行为能力由法院在确认婚姻是否无效时进行个案审查。在《民法典》的规范体系下，应当通过目的性扩张的方法将《民法典》第1051条中的“未到法定婚龄”漏洞填补为“无结婚行为能力”，故此认定无结婚行为能力的精神障碍者缔结的婚姻无效。无结婚行为能力的精神障碍者一般不可能成为《民法典》第1054条

中的过错一方。当事人的家庭暴力、虐待、遗弃等行为可以诉诸一般侵权责任条款解决。在婚姻被认定无效后可类推适用《民法典》第1088条，精神障碍者可主张同居期间的家务劳动补偿。

【关键词】 精神障碍者 结婚行为能力 民事行为能力 双轨制认定模式

## 离婚协议违约金的理论澄清与司法认定

●田韶华[8]

【内容摘要】 离婚协议违约金条款所具有的身份属性决定了《民法典》合同编第585条对其不具有完全的可适用性。离婚协议违约金虽然兼具惩罚性与赔偿性，但惩罚性更为突出。其所保护的利益并非仅为财产利益，更多的是离婚后和平、良好亲子关系的维系以及未成年子女的健康成长等非财产利益，故其赔偿性不仅指向财产损失，也指向精神损害。离婚协议违约金条款虽然存在效力瑕疵的可能性，但违约金过高本身不宜成为无效事由。由此导致的权利义务失衡，可通过司法酌减制度予以矫正。司法酌减的基准是守约方因离婚协议履行所获得的所有正当利益而非违约损失。离婚协议违约金的酌减程度应依动态系统论，在综合考量违约行为对离婚后秩序的破坏程度、当事人的过错程度，以及债务人的认知或经济承受能力等诸项因素的基础上，基于公平和诚信原则予以确定。

【关键词】 离婚协议 违约金 精神损害 正当利益 司法酌减

## 我国民法诚信原则的类型化适用

●潘子怡[9]

【内容摘要】 我国民法诚信原则的司法适用存在诸多问题，包括有具体规范仍向一般条款逃逸、仅作为加强判决说服力的工具、未对不同类型的诚信原则加以合理区分适用等。根据诚信原则具体功能的不同，可将我国民法诚信原则分为作为行为标准的诚信原则、作为法律修正工具的诚信原则与限制权利的诚信原则，限制权利的诚信原则实质上是禁止权利滥用原则。三种诚信原则在实质内涵、适用前提、适用标准等方面存在差异，在司法适用中须作出区分对待。首先，作为行为标准的诚信原则仅可适用于“特别结合关系”领域；其次，在“特别结合关系”领域应当先判断是否违背要求更高的作为行为标准的诚信原则，再判断是否违背禁止权利滥用原则；最后，诚信原则的法律修正功能仅能适用于特定情形，并以违反个案“公平正义”为核心判断标准，须结合严格的论证方法方可适用。结合既有司法实践，在“三分法”的类型化标准下妥切援引具体规则，在不存在具体规则时再经充分论证后援引一般条款，但应当始终贯彻类型化适用的方法论。

【关键词】 诚信原则 禁止权利滥用原则 类型化 行为标准功能 法律修正功能

## 鉴定意见审查认证规则及配套机制的优化

●陈邦达[10]

【内容提要】 我国立法确立的鉴定意见审查认证规则存在一定的疏漏，具体表现为鉴定管理权割据造成审查认证标准不统一、鉴定启动权垄断造成鉴定审查认证缺乏平衡性、“四类外”鉴定管理缺位加剧审查认证难度、鉴定意见可采性规则薄弱造成认证流于形式。专家咨询制度、鉴定人与有专门知识的人出庭制度、司法鉴定标准化建设等改革成效不彰，加剧了审查认证的难度。完善鉴定意见审查认证规则，应转变盲目崇拜司法鉴定的理念，树立法官是鉴定意见看门人的理念，破除专门性证据限于鉴定意见的认知局限。要从关联性、可靠性、合法性的角度优化审查认证规则，确立鉴定意见关联性规则，鉴定原理和方法的可靠性规则，检材的真实性、准确性和可靠性规则，鉴定主体资质适格性规则和鉴定意见排除规则。完善专家咨询制度，适度改变公权力垄断鉴定局面，加强司法鉴定标准化建设。

【关键词】 鉴定意见 审查认证规则 可采性规则 司法鉴定标准化

## 法律实施激励机制的基本原理及立法构造

●董淳锴[11]

【内容摘要】 对于受制于集体行动悖论的共益权规则、维权效益低下的私益权规则、难以标准化的义务规则、实施成本高昂的法律监管规则，以及责任边界不清晰、威慑作用有限的法律责任规则的实施，相关法上的惩罚机制作用有限。为了弥补惩罚机制功能局限、强化法律实效，应当为法律实施构建完善的激励机制，改变法律私人实施效用函数，将法律公共实施转化为私人实施，促使法律实施行为为外部性内部化，消除法律实施过程的道德风险和逆向选择，引导法律主体主动遵守和适用法律规则，使其行为符合立法目的。申言之，一是通过经济利益给付、荣誉褒奖、资质评定和信用公示等方法，使法律实施与立法目标激励相容，以此克服集体行动困境，减少委托代理关系下可能出现的道德风险和逆向选择；二是厘清产权关系，将法律实施的外部性内部化，使每项行动决策的权利、义务和责任相对应；三是通过优先权奖励、保障权利行使、降低适用成本及法律责任减免或替代承担，使法律实施的成本收益结构回归均衡。

【关键词】 法律实施 法律实效 激励 惩罚机制

## 检察公益诉讼在金融领域的拓展与边界

●夏戴乐[12]

【内容摘要】 我国金融公益保护的缺陷为检察公益诉讼提供了拓展至金融领域的空间。但检察公益诉讼作为非常规手段，延伸至金融领域时需要明确其介入空间与边界。检察机关的介入空间应以检察公益诉讼可解决的金融公益的现有保护困境为限，具体包括纯粹性金融公益产权人缺位困境与集合性公益集体行动困境。金融检察公益诉讼的介入限度在适用范围上以必要性为标准，适用顺位上遵循谦抑性。金融公益一线保护失灵时方可以适当的金融检察公益诉讼手段介入，但如同时可以适用其他金融公益救济手段，应优先适用其他手段。如其他的替代性程序失效，确需适用金融检察公益诉讼程序，也应当在功能可相互替代的程序中优先适用制度成本较低的程序。

【关键词】 金融公益 产权人缺位 集体行动困境 检察公益诉讼必要性 检察公益诉讼谦抑性

[1] 作者单位：中国政法大学法学院。本文系2020年度北京市社会科学重大项目“数据科技时代法学基本范畴的体系重构”（项目批准号：20ZDA02）的阶段性成果。

[2] 作者单位：华东政法大学涉外法治研究院、外语学院。

[3] 作者单位：湖南大学法学院。本文系湖南省社科基金一般项目“行政法视野下网络空间多元共治研究”（19YBA070）的阶段性研究成果。

[4] 作者单位：中南财经政法大学现代行政法研究中心。本文系国家社会科学基金青年项目“行政处罚数额设定的法理标准与制度设计研究”（项目批准号：19CFX027）的阶段性成果。

[5] 作者单位：南京大学法学院。

[6] 作者单位：清华大学法学院。

[7] 作者单位：中国政法大学。本文为中国政法大学青年教师科研创新项目“《民法典》视野下妇女婚姻家庭权益保障研究”（项目编号：1000-10822513）的阶段性成果。

[8] 作者单位：河北经贸大学法学院、河北经贸大学地方法治建设研究中心。本文系2021年国家社会科学基金年度项目“法典化时代中国民法的语言研究”（项目编号：21BFX017）的阶段性成果。

[9] 作者单位：上海交通大学凯原法学院。

[10] 作者单位：华东政法大学刑事法学院。本文系司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目专项任务项目“司法鉴定立法的理念与路径研究”（22SFB5033）、上海人才发展资助项目（2020133）阶段性成果。

[11] 作者单位：中山大学法学院。本文系国家社科基金青年项目《经济法实施的激励机制研究》（16CFX057）的成果。

[12] 作者单位：上海财经大学法学院。本文系2021年度国家社会科学基金后期资助项目“影子银行的功能监管构建研究”（21FFXB026）的研究成果。

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