

《环球法律评论》2014年第5期中文目录

理论前沿

- 单一制国家特别行政区研究：以苏格兰、加泰罗尼亚和香港为例（屠凯） 5
程序正义对司法信任的影响
——基于主观程序正义的实证研究（苏新建） 21
非法经营罪堵截条款异化之研究（武良军） 33
允诺原则之历史解释（黄美玲） 49
消费者集体性损害赔偿诉讼的二阶构造（黄忠顺） 64

环球评论

- 美国白宫法律顾问制度研究（吴玄） 83
英国行政法上合法预期原则的最新发展（陈海萍） 99
德国行政程序法之形成、现状与展望（【德】弗朗茨-约瑟夫·派纳） 112
英国量刑证明标准模式及理论解析（彭海青） 127
中美刑事强制医疗制度相关问题比较研究（张吉喜） 141

国际法研究

- 论网络攻击在国际法上的归因（黄志雄） 157
酷刑禁止：不可克减的国际法原则
——兼评“9·11”事件后美国政府之酷刑政策（冀放） 169

综述·简讯

- “美国宪法新理解”学术研讨会述评（支振锋） 183
“繁荣法学研究与法学期刊建设”研讨会成功举办 192

《环球法律评论》2014年第5期中文提要

理论前沿

单一制国家特别行政区研究：以苏格兰、加泰罗尼亚和香港为例

屠凯

内容提要：讨论单一制国家某些特别行政区的高度自治，关键在于说明此类地区究竟与通常所谓“一级行政区”有何不同。本文将选择三个有代表性的案例，即苏格兰、加泰罗尼

亚和香港，论证单一制国家高度自治行政区的权力来源、法律地位和对外事务都有自己的特征。这些地区多有历史上的事实权力孑遗，它们的自治地位据称可以得到多样法律渊源的支持，而它们的对外交往也带来新的法律挑战。但这些特征尚不足以改变这些地区所在国家的单一制宪法框架，国家仍可单方面地改变它们的状态。以权力来源、法律地位和对外事务等特征为基础，本文试图进一步精炼单一制国家高度自治行政区的概念。

关键词：单一制 高度自治行政区 苏格兰 加泰罗尼亚 香港

程序正义对司法信任的影响 ——基于主观程序正义的实证研究

苏新建

内容提要：程序正义有两个维度：客观程序正义和主观程序正义，传统的法学研究主要关注客观程序正义。司法信任及其评估与民众的主观认知是无法割舍的，所以主观程序正义可以成为研究司法信任问题的一个重要视角。基于法学和心理学交叉的实证研究发现，主观程序正义影响到人们对司法的反应和态度，如果人们感到司法机关的运作符合程序正义的要求，他们便会更乐意接受该结果、遵从该结果。对浙江、江西、四川等地的实证调研和数据分析发现，程序性因素明显地影响着人们对司法的信任。

关键词：主观程序正义 司法信任 司法满意度 司法公信力

非法经营罪堵截条款异化之研究

武良军

内容提要：将非法经营罪堵截条款构成要件的异化，归结于具有高度抽象性和概括性堵截条款的立法规定，是一种虚假的表象性认识；在适用中司法人员对堵截条款的曲解才是非法经营罪堵截条款异化的实质。是故，对非法经营罪堵截条款异化的限缩应立足于司法而不是立法。教义学的分析路径可以在司法适用中实现对非法经营罪堵截条款异化的限缩。基于《刑法》第225条的规定，教义学视阈下非法经营罪堵截条款司法适用的具体限缩，应从“违反国家规定”、“其他扰乱市场秩序的非法经营行为”和“情节严重”三个方面展开。虽说“网络水军”具有较大的社会危害性，但并不符合非法经营罪的构成要件，司法解释将其以非法经营罪论处，有违罪刑法定之嫌。

关键词：非法经营罪 刑法教义学 罪刑法定

允诺原则之历史解释

黄美玲

内容提要：允诺原则的核心并不在于承认人们自我设定义务的自由，而是法律在何种情形下才能赋予允诺以强制执行力。罗马法中，不管是契约还是单方允诺，其效力的产生均不以允诺为出发点。在中世纪，教会法从道德和神学的角度赋予一切允诺以约束力，泛化了允

诺的道德效力；教会法学家通过对“允诺原因”的锤炼、借用福音告发制度整体推进了允诺制度的构建，允诺原则得到贯彻。近代自然法学家区分被接受的允诺与未被接受的允诺，并深刻影响各国立法：前者被纳入契约框架从而形成契约原则，后者则被称为“单方允诺”，成为契约原则之例外，允诺原则由此受到限定。现代法对允诺原则的贯彻程度不尽相同，一些国家的立法承认单方允诺是与契约平行的特殊债因，契约原则对允诺原则的限定有所放松。允诺原则之历史解释可以为未来中国债法中契约与单方允诺制度的构建指明选择方向。

关键词：允诺原则 允诺原因 契约原则 民法债因

消费者集体性损害赔偿诉讼的二阶构造

黄忠顺

内容提要：消费者集体性损害赔偿案件通过个别诉讼方式解决虽符合诉讼原理，但因消费者诉讼动力不足、司法资源有限而难以穷尽经营者的不法收益。集团诉讼、团体诉讼、示范性诉讼和共同代理人诉讼等立法或者司法层面的群体性纠纷解决机制试图通过法定赋权模式或者意定赋权模式实现化繁为简的宗旨，但均在实现集体性纠纷解决的规模化效应和确保当事人最低限度的程序正义之间存在难以调和的矛盾。二阶型消费者集体性损害团体诉讼制度将法定赋权模式与意定赋权模式高度融合，则很好地解决了前述矛盾，代表着消费者集体性损害赔偿团体诉讼的未来走向。尽管我国现行《消费者权益保护法》尚未确立消费者集体性损害赔偿团体诉讼的二阶构造，但在解释论上将确认共通性义务的一阶程序解释为公益诉讼，而将个别确定消费者债权的二阶程序解释为诉讼信托，并将消费者放弃行使的损害赔偿请求权凝集成撤去不法收益请求权并由消费者协会提起具有公益诉讼属性的补充性撤去不法收益之诉。

关键词：公益诉讼 团体诉讼 示范性诉讼 集团诉讼 撤去不法收益之诉

环球评论

美国白宫法律顾问制度研究

吴玄

内容提要：美国白宫法律顾问是总统在国会授权下建立的。该制度始于罗斯福时期，并在在 20 世纪下半叶美国政府管理模式的变化中发展起来。随着总统权力的扩张，白宫法律顾问的职责范围也随之扩大，并在总统决策中发挥愈加重要的作用。作为美国现代国家治理体系的重要组成部分，白宫法律顾问广泛参与到总统事务中，协助总统及其行政班子应对各种国内外挑战，为其行动提供宪法上的支持。由于其重要性，许多国家都相继建立起了国家首脑法律顾问制度。该制度对于我国国家治理体系现代化也具有一定的借鉴意义。

关键词：白宫法律顾问 国家治理体系 总统职权 美国宪政

英国行政法上合法预期原则的最新发展

陈海萍

内容提要：从英国行政法上合法预期原则 40 多年的发展看，合法预期保护从程序保护模式快速发展到了实体保护模式，从传统保守审查标准挺进到了新型开放标准，并从司法有限自我克制进入到了深度实质性审查。但在“公平”、“权力滥用”和“良好行政”等流行概念的纠缠下，合法预期原则在某种程度上丧失了其独特的行政法功能。有学者敏锐地提出了正本清源之策，主张“公民对政府的独特信任”之说为保护规范原理，从而为预期的合法性并给予保护提供了规则建构基础。观察当前合法预期案例，体现合法预期保护方式和深度的司法审查标准与强度也正发生激烈变化，曾一统天下的温斯伯里不合理审查标准和强度已被冲击与分化，在某些领域正被权衡原则和比例原则逐渐取代，英国合法预期保护原则的功能正发生着结构性调整。

关键词：合法预期保护 基本影像 规范原理 审查标准 审查强度

德国行政程序法之形成、现状与展望

【德】弗朗茨-约瑟夫·派纳

内容提要：行政程序法服务于宪法中的基本性规定，同时担负有实现行政效率的功能。联邦立法者最初所追求的目标是制定一部统一的行政程序法，即以一部统一的法律对联邦、各州以及其他行政机关的行政程序作出规定。然而从立法结果上来说，立法者的上述目标并未达成，联邦行政程序法仅仅实现了行政程序的部分法典化，其根本的原因在于行政机关所拥有的行为方式是多种多样的，无法对之作出统一完整的规定。联邦行政程序法实施至今已有近 40 年之久，在此期间许多具体问题都已经被行政法院所解决。实践中在两类案件中曾出现了困难，其一是所谓混合合同的法律性质问题，其二是关于说明理由的规定与理由的迟延。此外，在特定领域中也形成了一些新的包含有程序性规范的法律。如果可以参照德国已有的其他法典，对程序性法律进行整合，可以避免出现较大的法律分化，也可以清除许多重复规范，但这一做法是否可以实现却是值得怀疑的。

关键词：行政程序 法典化 基本法

英国量刑证明标准模式及理论解析

彭海青

内容提要：从 20 世纪 70 年代至今，英国通过判例逐步建立了量刑证明标准的规范体系，可称之为“严格的倾斜标准模式”。英国量刑证明标准模式的运作机理可以从经验主义传统、无罪推定原则、功利主义思想等方面进行理论解释。英国量刑证明标准规范在其本国获得普遍认同，然而有鉴于制度移植的风险，从比较法角度透过表象深入洞察英国量刑证明标准模式的运行机理，对于创造性地建设中国量刑证明标准模式，比直接借鉴其证明标准的内容更加可靠。英国量刑程序运行方式至少给我们完善相关制度以思考路径方面的启迪：一是量刑证明标准确立与发展的理论指导——刑事审判的基本原理；二是量刑证明标准确立与发展的动力——司法实践需求；三是量刑证明标准确立与发展的方法——从个案到规则。

关键词：量刑程序 证明标准 经验主义 无罪推定 功利主义

中美刑事强制医疗制度相关问题比较研究

张吉喜

内容提要：美国刑事强制医疗制度及其实践不仅对完善我国刑事强制医疗制度提供了具有参考价值的思路，还触及到我国刑事强制医疗制度的盲点。美国的附条件释放式治疗方式对涉案精神病人是否具有“继续危害社会可能”的证明责任和证明标准的规定，在一定程度上解决了这项证据标准的认定难题。在我国，因为检察院向法院提出的强制医疗申请不是刑事指控，因此，不涉及精神病人的出庭权问题，也不要求以上诉、抗诉的方式处理对强制医疗的异议，但是具有受审能力的涉案精神病人出庭更有利于案件事实的查明，以裁定的方式处理强制医疗问题并赋予相关主体以上诉权、抗诉权更符合诉讼原理。我国应当改革刑事强制医疗解除程序中证明责任主体的规定，由人民检察院证明被强制医疗者具有继续危害社会可能性。

关键词：强制医疗 证明标准 精神障碍

国际法研究

论网络攻击在国际法上的归因

黄志雄

内容提要：大多数网络攻击的私人性和隐秘性特点，使得这类攻击在国际法上的归因成为一个较为复杂的问题。近年来，国际社会日益重视对这一问题的讨论，并提出了种种放宽甚至取消国际法上既有归因标准的主张。但是，这些主张在强调受害国维护自身网络安全需要的同时，忽视了其他国家受到无辜波及的风险，具有不同程度的片面性和局限性。对网络攻击确定国家责任的前提，是通过国际法进行负责任的归因，既不应使实际从事和控制网络攻击的国家逍遥法外，也不应扩大国家责任的范围而伤及无辜。联合国国际法委员会 2001 年《国家责任条款》中确定的归因规则，对于网络攻击的归因仍然发挥着不可替代的作用。

关键词：网络攻击 归因 国家责任 《国家责任条款》

酷刑禁止：不可克减的国际法原则

——兼评“9·11”事件后美国政府之酷刑政策

冀放

内容提要：“禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚”不仅仅是国际人权条约中规定的缔约国不可克减的义务，并被众多国际法律文件、判例和国际法理论通说所承认，成为一项国际强行法，任何国家和个人都不得违反。美国近年来的酷刑政策及其行为与这一原则背道而驰，对美国政府在反恐战争中使用酷刑并寻求辩护的行为应该给予否定性评价，美国政府及其部分法学学者“酷刑合法化”辩护理由不能成立。酷刑及其它残忍处罚

的反人道性、反正义性决定了即便是在反恐活动中也不具备使用的必要性。酷刑禁止是一项不可克减、不可歪曲、不可动摇的国际强行法，但是将其从制度上废除到事实上根除尚需努力。

关键词：酷刑禁止 国际强行法 不可克减 不人道待遇

综述·简讯

“美国宪法新理解”学术研讨会述评

支振锋

“繁荣法学研究与法学期刊建设”研讨会成功举办