

## 《环球法律评论》2014年第6期中文目录

### 理论前沿

- 违约责任与侵权责任竞合理论的再构成（谢鸿飞） 5
- 我国能源诉讼专门化问题之探究（张忠民） 27
- 投资型保险契约无效时之保险费返还与缔约上过失责任  
——台湾地区“高等法院高雄分院”2012年上易字第255号民事判决评释  
（叶启洲） 45
- 反就业歧视法的一般理论  
——中美两国的建构与反思（阎天） 59
- 中国古代废除死刑论的得与失（【法】杰罗姆·布尔贡） 80

### 主题研讨 美国宪法新理解

- 第二代宪法问题  
——如何讲述美国早期宪政史（田雷） 96
- 走出《独立宣言》  
——1787年美国宪法与美利坚共和国的构建（白龙） 121
- 美国宪法民族志初论：宪制文化及其意义结构（刘晗） 136

### 环球评论

- 法律和认知神经科学：法学研究的新动向（郭春镇） 146
- 《经济、社会和文化权利国际公约》中母国规制跨国公司的义务  
——兼评经济、社会和文化权利委员会的最新实践（于亮） 160

### 国际法研究

- 欧盟平衡人格权与言论自由的立法实践  
——以人格权侵权法律适用规则之立法尝试为视角（刘仁山） 173
- 《环球法律评论》2014年总目录（中英文） 187

## 《环球法律评论》2014年第6期中文提要

### 理论前沿

违约责任与侵权责任竞合理论的再构成

谢鸿飞

**内容提要:**合同法与侵权法的双向扩张使违约责任与侵权责任的竞合渐成常态。既有的各种竞合理论不仅未充分满足民法学的体系要求,而且在实践中造成了实体与程序的双重法律适用困境。竞合理论应区分构成论与效果论两个层面。竞合分为违反给付义务与违反保护义务两种基本类型。竞合时的法律适用应采新法条竞合说,即不再依法律规范之间的逻辑关系而依规范目的为标准,决定适用合同法还是侵权法;同时依循《民法通则》中的统一民事责任制度,解决损害赔偿以外的其他责任方式的竞合问题。在立法上,减少竞合是值得追求的,然而只有全面剥夺合同法的保护功能才能实现这一目的。《合同法》第122条及相关司法解释赋予当事人选择权,不仅不能实现充分保障债权人的立法目的,还会架空法律对某些类型侵权责任的利益配置,因此在解释论上应予限缩,在立法论上应予废除。

**关键词:** 违约责任 侵权责任 责任竞合 新法条竞合说 《合同法》第122条

## 我国能源诉讼专门化问题之探究

张忠民

**内容提要:**能源诉讼是指因能源的开发和利用等过程而产生的各种纠纷所致的各种诉讼的集合体。当下审判实践中,能源诉讼被拆解为多种具体形态,存在不专业等“泛化”现象,大都关注能源的自然和经济价值而忽略了其安全和生态价值,弊端不少。从德国、美国、能源宪章大会组织和印度的情况看,国外的能源诉讼以专业化为应对策略,甚至建立了专门化的审判机构。立足当前,对于核心关涉能源安全和能源生态,或者同时涉及民事、行政或刑事等诉讼类型,抑或涉外因素多、影响较大的部分能源诉讼,提倡专门化的应对必要且可行。应以环境保护审判庭的建设为契机,从部分能源诉讼的识别入手,将其逐步纳入到集中管辖和专属管辖等专门化管辖之列,辅之以特殊的程序应对,从而倡导部分能源诉讼的专门化,进而实现其维护能源私权、保障能源安全、保护能源生态之重要意义。

**关键词:** 能源诉讼 泛化 专业化 专门化

## 投资型保险契约无效时之保险费返还与缔约上过失责任

——台湾地区“高等法院高雄分院”2012年上易字第255号民事判决评释

叶启洲

**内容提要:**在台湾地区,保险契约存在无效事由者,保险人原应依台湾地区“民法”第179条不当得利规定,返还全部保险费。但投资型保险契约兼有保险与投资的双重性质,部分保险费乃依要保人指定用于投资部分。若要保人投资失利,致保单账户价值低于所缴保费,此时其主张保险契约无效,要求保险人全部返还保费,显有不合理之处。本文所评释之台湾地区“高等法院高雄分院”2012年度上易字第255号民事判决,保险契约因欠缺被保险人书面同意而无效,法院一方面允许要保人请求返还全部保险费,同时又认为要保人应负缔约上过失责任,以资平衡。实际上,投资型保险契约无效时,法院得类推适用“保险法”第107条或相关契约条款,使保险人仅负返还保单账户价值之责。至于可能产生的缔约上过失责任,其内容亦将因前述返还范围的不同看法而有所差异。

**关键词：**投资型保险 书面同意 不当得利 账户价值 缔约上过失

## 反就业歧视法的一般理论 ——中美两国的建构与反思

阎天

**内容提要：**中国反就业歧视法研究亟需反思美国经验和教训，建构对于制度和理念、实然与应然的系统理解，创立一般理论。一般理论围绕歧视所对应的平等观念展开，中国已经树立了以用人绩效为价值追求的主流平等观，据此初步生成了反就业歧视法的“侵权法模式”。但是，侵权法模式面临挑战，其根源在于主流平等观无法处理用人绩效与其他价值之间的冲突。为此，中国反就业歧视法应当树立以改善群体弱势地位为价值追求的新平等观，界定其与既有平等观之间的关系。新平等观获得宪法文本和行宪机关的支持，落实为制度，就可能产生反就业歧视法的“宪法模式”。

**关键词：**就业歧视 一般理论 侵权法模式 宪法模式

## 中国古代废除死刑论的得与失

【法】杰罗姆·布尔贡

**内容提要：**反对死刑的人士常常将唐玄宗 747 年发布的敕令视为中国历史上废除死刑的最早记载。但不幸的是，全面的历史考察发现，尽管绞刑和枭首两种主要的死刑方式曾被暂时废除，但死刑仍旧通过其他方式得以延续。尽管在今天主张废除死刑的人们看来，公元 747 年敕令并不是废除死刑的先驱，但该敕令仍值得关注，因为它本身反映了很早就产生的，具有原生性和典型中国特色的死刑废除论。汉武帝在公元前 167 年曾做出过一系列法律改革，终于在经历了几百年的进步、倒退与重复之后彻底废除了肉刑。中华文明实际上是最早根据人道主义原则来评价刑罚的正当性的，并决定那些被视为残酷的惩罚应当由国家加以废除。欧洲是在启蒙时期出现了宏大的法律改革并于 18 世纪晚期获得了成功，而中国在此很早之前就已经经历了法律进步主义的各种挑战。

**关键词：**死刑 废除论 敕令

## 主题研讨 美国宪法新理解

### 第二代宪法问题 ——如何讲述美国早期宪政史

田雷

**内容提要：**“第二代宪法”作为一个理论问题的提出，意在超越现有的关于美国早期宪法史的主流叙事。在由第二代宪法所组织起的早期宪法史叙事结构内，“代际”是宪法叙事的基本单元，美国早期宪法史由主流的“建国——重建”两阶叙事转化为“第一代——第二

代-第三代”的三代叙事。传统的两阶叙事讲述的是一种“转型”故事，即重建对建国宪制的再造，而三代叙事则关切由第二代国家构建者所开创的守法道路，关键问题呈现为第二代是如何在漫长的建国时刻中守护并且传承原初宪制的。生活在“内战前”，美国第二代国家构建者所面对的结构难题即是建国者通过制宪所规定的究竟是何种性质的联邦共同体。他们的政治求索未能挽救美国免于内战，但在守法主义的宪政视野内，他们并不是毫无作为的一代人。在三代叙事结构内，第二代与其说是“失败”的一代，不如说是“悲剧”的一代：他们面对着联邦党人宪制所遗留的建国不彻底难题，却无法启动制宪权进行宪制续造，而只能在原初宪制框架内进行一次又一次的治标而不治本的妥协。

**关键词：**第二代宪法 宪法时刻 守法主义 联邦共同体 原旨主义

## 走出《独立宣言》

### ——1787年美国宪法与美利坚共和国的构建

白龙

**内容提要：**《独立宣言》昭示了殖民地和英帝国“分离”的正当性，但并不必然包括现实的建国方案，这一重任要由1787年美国宪法来完成。后者要在继承《独立宣言》政治理想的前提下，完成美利坚共和国的初步构建。制宪者通过从“分离”到“统一”的政治议程转换、总统制与权力制衡等机制设置，以及宪政理念的刷新，为共和主义传统注入新的因素与活力。在此基础上，1787年美国宪法得以走出《独立宣言》，并为后来的宪政变革留下遗产。

**关键词：**美国宪法 独立宣言 共和主义 党争 宪法变革

## 美国宪法民族志初论：宪制文化及其意义结构

刘晗

**内容提要：**美国宪法体现了一般性的宪法原理，但在具体制度和宪法文化上也呈现出了极强的独特性。本文借助宪法民族志的研究方法，从历史、文化和法律的整体视角，勾勒出美国独特宪法文化的外在形态和意义结构。美国成文宪法的至上性、司法审查的重要性以及本土规范的至上性三大特点，源于美国革命所开创的独特历史经历和政治想象。美国民众对于宪法的崇拜因其是美国革命的产物，对于法院和司法审查的信仰因其是弥合代际断裂、构建民族历史共同体的重要机构和机制，对于本民族规范的推崇因其是美国独特历史的产物，而非普遍理性的推论。因而，深入地理解美国宪法不仅仅需要研究《美国宪法》的文本，也不仅仅要求细致地分析最高法院的具体案件的判词，且要深入地理解美国宪法的历史语境，把握支撑其实践运作的潜在逻辑与信仰结构。

**关键词：**美国宪法 民族志 司法审查 宪法文化 美国革命

## 环球评论

### 法律和认知神经科学：法学研究的新动向

郭春镇

**内容提要:**法学与认知神经科学之间进行的跨学科研究是法学研究的新动向。近些年来,欧美已有诸多研究机构和人员投入了相当多的人力、物力和财力从事此项研究。该研究借助于认知神经科学的知识,对法学中一些基础性与应用性的问题进行了有益的且富有开创性的探索,如公正与司法、脑死亡与安乐死、法律责任、证据与测谎等方面。此项研究既推进了法学知识的更新,又为法律规则的完善提供了新的视角与方法。当然,法学与认知神经科学的结合也会凸显诸如自由意志和决定论的冲突、“真”与“善”的冲突等问题,而这恰恰说明了该领域是一个学术“富矿”,有待于我们进行更为广泛和深入的研究。

**关键词:** 认知神经科学 跨学科研究 知识更新 功能性磁共振成像

### 《经济、社会和文化权利国际公约》中母国规制跨国公司的义务 ——兼评经济、社会和文化权利委员会的最新实践

于亮

**内容提要:**通过综合考虑条约解释习惯法规则所包含的各项要素,特别是“适用于当事国间关系之任何有关国际法规则”,可以发现母国义务有很强的法律依据。根据《经济、社会和文化权利国际公约》,母国有义务采取措施规范总部在其领土上的跨国公司,防止其在海外侵犯经济、社会和文化权利。但母国义务受到“采取步骤”、“尽可得到的最大资源”的限制,这是《公约》自身特点。经济、社会和文化权利委员会对母国义务持肯定态度,并在其工作中对这一概念进行了积极阐发,这一点与联合国《工商企业与人权指导原则》形成鲜明对比。委员会采取了“尊重、保护和满足”的国家义务三分法,并认为母国义务属于域外保护义务的范畴。尽管委员会的工作存在缺乏连贯性和方法论不透明等问题,但其支持了“母国义务”这一理论视角,为“商业与人权”问题的解决提供了新思路。

**关键词:** 跨国公司 人权 母国 域外义务

## 国际法研究

### 欧盟平衡人格权与言论自由的立法实践 ——以人格权侵权法律适用规则之立法尝试为视角

刘仁山

**内容提要:**欧盟在酝酿非合同之债法律适用统一规则即《罗马条例II》的过程中,开启了人格权侵权统一冲突法立法尝试。2003年《欧委会建议案》与2005年《欧洲议会决议案》中的人格权侵权法律适用条款,即是这一尝试的初步成果。二者形式上表现为“损害发生地法”与“加害行为地法”之争,实质上却反映出在人格权保护与言论自由保障的政策平衡问题上,各成员国之间尚存较大分歧。欧盟虽仍坚持在《罗马条例II》框架下统一人格权侵权法律适用规则,但新近立法协调成果最终能否获得普遍接受尚待观察。欧盟经验表明,对于人格权侵权法律适用规则的构建,宜摒弃传统属地性规则,采用蕴含政策导向方法的最密切

联系地法原则；对于人格权侵权中特殊救济措施问题准据法的确定，宜采用“分割论”而非“统一论”。

**关键词：**人格权侵权 罗马条例 II 基本权利 立法协调