

《环球法律评论》2015年第3期中文目录

理论前沿

- 反思与重塑：刑法上类推解释禁止之研究（杨绪峰） 5
刑事司法进程的四种调控模式评析（郭晶） 31
检察官办案责任制改革探索（杜磊） 49
民法中意思表示错误的构造（梅伟） 61
从公私合一到公私分离
——论集体土地所有权的使用权化（李凤章） 79
违约责任中的信赖利益赔偿（于韞珩） 95

环球评论

- 德国宪法变迁理论的演进（王锴） 112
网络中立管制的法律困境及其出路
——以美国实践为视角（吴亮） 127
英美法上不当得利返还责任的独立性探析（王栋） 140
认真对待现实主义
——评《波斯纳法官司法反思录》（戴昕） 156

国际法研究

- 《政府采购协定》适用范围的最新修订及其影响（张幸临） 169

学术综述

- “国家所有权性质与行使机制完善”学术研讨会综述（姚佳） 185

《环球法律评论》2015年第3期中文提要

理论前沿

反思与重塑：刑法上类推解释禁止之研究

杨绪峰

内容提要：刑法解释的实质化，使得目的解释成为刑法解释的“桂冠”，目的解释为类推解释开了一个口子，而类推解释又为目的解释提供了足以伸展的舞台。类推解释作为一种

法律解释方法，具有独立的品格，学界对类推解释的禁止并不合理。类推适用、类推解释、类比推理三个概念相互缠绕，使得对类推解释的曲解和误读不断。通过对司法实例的检讨，可以发现当前对扩张解释与类推解释模糊地带的处理表现欠佳。类推解释独立品格的确立，需要依赖于两条至为重要的线索：形式逻辑和实质立场。前者在于解决类推解释在形式逻辑上的障碍，基于此，传统“禁止类推解释”命题被重新表述为类推解释内部“允许的类推解释”与“禁止的类推解释”命题；后者在于为类推解释提供实质的理论支撑，并回答类推解释与罪刑法定原则的关系。

关键词：类推解释 扩张解释 罪刑法定

刑事司法进程的四种调控模式评析

郭晶

内容提要：域外法治国家注重将诉讼及时性要素纳入司法审查，在法律程序内对悖离及时性的诉讼进程状态予以调控。我国法律程序虽也存在类似的制度要素，但仅具雏形却难以有效规制过慢或过快的进程状态，不得不过度依赖行政性的管理和监控予以补充。行政监控的强势与程序调控的乏力，诱发诉讼拖延、超期羁押、程序失灵等多方面问题，屡屡引发法学界、法律实务界乃至一般公众的质疑。对此，有必要结合域外经验与中国问题，通过审慎的理论反思与制度检讨，激活我国法律程序内的进程调控功能。

关键词：迅速审判权 合理期间 诉讼程序 羁押 强制措施

检察官办案责任制改革探索

杜磊

内容提要：20世纪初期我国曾经进行过主诉检察官办案责任制改革。党的十八大之后，检察官办案责任制改革再次成为司法改革的重要内容。两次改革均未达到预期目的，究其原因是为我国政策实施型司法模式所限制。政策实施型司法与科层体制具有高度的契合性。而行政审批制办案模式则满足了政策实施型司法权力集中与质量控制方面的需要。因此，两次改革都不可能从根本上放弃行政审批制办案模式。面对办案责任的压力，我国检察官办案责任制改革则通过部分权力让渡与责任范围划分的方式予以化解，但这均非根本的解决之道。未来的检察官办案责任制改革需要在转变政策实施型司法模式的基础上，疏离政策实施型司法与行政审批制之间的紧密关系，构建起检察一体与检察官独立相协调的办案机制。

关键词：政策实施型司法 检察官办案机制 科层体制 行政审批制

民法中意思表示错误的构造

梅伟

内容提要：为了贯彻私法自治和保护交易安全，意思表示错误应区分为表示错误与动机错误。表示错误可导致法律行为被撤销，但应采纳理性人判断方法和可归责性理论对撤销权

予以限制；而动机错误一般不会导致法律行为被撤销，只有重大的动机错误才被视为表示错误。动机错误是否重大不应局限于交易上认为重要的性质错误，而应由法院依据利益衡量方法裁判。这种错误的区分模式适应了当今信息社会的需要，具有重要的实践意义。我国民法上的重大误解制度属于错误的一元模式，应当予以变革。未来我国民法典应在区分模式的基础上构建意思表示错误制度。

关键词：意思表示 区分模式 表示错误 动机错误

从公私合一到公私分离 ——论集体土地所有权的使用权化

李凤章

内容提要：我国集体土地所有权既具有公共权力的强制性，也具有财产权利的资源收益性，这使得农村社会现实中公共职能与经济职能界限不清，村民委员会与农村集体经济组织的职能存在一定混淆。为解决实践中存在的诸多制度矛盾，我们应从认识我国土地使用权的性质入手，并进行相应权利安排。由于土地使用权已经成为我国的基础土地权利，因此集体土地所有权中的财产权内容应自所有权中剥离，独立为非限定土地使用权，而所有权作为公权力继续加以保留，并允许集体经济组织以非限定土地使用权为基础设定其他限定性土地使用权。这对于我国城乡土地权利并轨、保护集体和农民的土地权益，实现土地使用权的体系化等具有重要的意义，并能够充分实现物尽其用，使广大农民从农村集体经济改革中获益。

关键词：使用权 非限定土地使用权 集体 土地所有权

违约责任中的信赖利益赔偿

于韞珩

内容提要：违约赔偿应以期待利益为基本标准，在期待利益无法证明或难以确定时，可采取信赖利益标准。美国法上的信赖利益与德国法上就“徒然支付的费用”的赔偿，其基础都在于债权人的信赖。信赖利益的赔偿也并没有改变违约赔偿的既有规则。富勒最大的贡献即在于将违约损害赔偿的全部基础与合同拘束力的来源统一为信赖。即使没有期待利益，信赖损失也可以基于信赖本身得到救济。我国《合同法》将来宜借鉴美国法，规定五种合同利益：返还利益、期待利益、信赖利益、归入利益与固有利益。只要不造成重复赔偿，当事人就可以同时请求两种或多种利益的赔偿，这不仅契合契约自由和信赖保护，也裨益法律的统一适用。

关键词：信赖利益 期待利益 违约损害赔偿 《合同法》第 113 条

环球评论

德国宪法变迁理论的演进

王锴

内容提要:德国宪法变迁理论发端于十九世纪末,经历了二十世纪至今的复杂演进。耶利内克将宪法变迁定义为一种宪法文本形式上没有变化但是通过事实引起的改变。黑塞将早期的德国宪法变迁理论归结于国家法实证主义的结果:法与事实的严格分离导致的不是规范性的加强,而是向事实的力的投降。伯肯弗尔德区分了通过政治事实的宪法变迁和通过宪法解释的宪法变迁,并且认为这种分类的原因在于宪法裁判制度的有无。经过黑塞和伯肯弗尔德两人的努力,早期认为政治事实的变化会直接引起宪法变迁的思想遭到摒弃,目前德国主流的做法是通过宪法解释来进行宪法变迁。宪法变迁的直接原因是宪法缺乏实效性从而贬损宪法的规范力,根本原因是由于事实的变化而引起的规范内涵的变化。然而,事实虽然可以引起规范内涵的变化,却不能证明这种新的规范内涵的正当性。规范的正当性只能通过其他规范来证立。所以,证立宪法变迁的关键是让它接受宪法核心规范的检验。

关键词: 宪法变迁 事实的规范力 宪法实效 宪法核

网络中立管制的法律困境及其出路 ——以美国实践为视角

吴亮

内容提要:网络中立管制的本质是要求互联网平等对待网络内容和访问者,其核心是“透明性”、“禁止屏蔽”、“禁止不当歧视”。网络中立管制面临着两难困境:政府如果听任网络运营商、服务商的流量限制、付费优先权等差别对待行为,就会损害互联网的创新、平等、非歧视以及言论自由环境。但是如果严格监管,也可能损害互联网产业的发展和消费者整体利益。美国围绕《维护互联网开放性指令》的合法性争议,集中体现了网络中立管制面临的法律困境。2014年威瑞森案及其后续发展表明,美国针对该困境的解决对策是:在经济层面采取“原则管制,例外不管制”模式,在非经济层面采取“言论提供者的言论自由优先于言论传输者”模式。我国也有必要引入网络中立管制管理差别对待现象,将网络中立管制的若干规则引入互联网立法,建立健全对违反网络中立行为的长效执法监管机制,限制运营商、网络服务商的信息言论审查权,强化平等透明的网络服务机制。

关键词: 威瑞森案 网络中立管制 网络运营商 差别对待

英美法上不当得利返还责任的独立性探析

王栋

内容提要:不当得利返还责任直到20世纪30年代才在英美法上取得了相对独立的地位,这一点不同于大陆法系,其背后的原因一方面是因为现代商业社会中财产非自愿性转让的几率增加,因此矫正因财产非自愿转让产生的不当得利的的需求变得非常强烈;另一方面是传统的法学理论解释能力不足,使得返还责任与不当得利相应规则的适用空间有限。这两方面因素相互影响共同促成了返还责任的独立及其类型化发展。对于返还责任的独立,英美法学者分别提出了大合同概念理论、维护财产权理论、衡平法上的显失公平理论进行激烈的批判,这些理论争鸣有些是由于英美法自身传统造成的,有些则是两大法系共有的问题,反映了返还责任在私法复杂格局中的独特地位。英美法这一重大制度的理论变迁对我国民法典编纂中

相关规则的构造具有一定启示。

关键词： 返还责任 独立性 大合同概念理论 维护财产权理论 显失公平理论

认真对待现实主义

——评《波斯纳法官司法反思录》

戴昕

内容提要：美国法律理论中形式主义与现实主义之争由来已久，虽然论争的具体内容和呈现形态时有变化，但分歧的实质始终紧紧围绕法律行动者面对现实挑战时须选择何种智识态度和应对策略。《波斯纳法官司法反思录》延续了这一论题，展示了相关争议在当今美国法学界的最新版本，即以文本原旨主义等司法哲学和方法论重新包装出现的形式主义与提倡以社会科学知识和实用主义理念为基础的新现实主义之间的基本理论分歧。波斯纳指出，在外部环境复杂性空前加剧的背景下，法律人应坚持现实主义的基本立场，而这意味着保持开放的智识心态，反对通过人为制造法律体系内部复杂性的方式回避真实问题。关注这一争论，对中国法学界近年来出现的一些方法和立场分歧或有直接启发。

关键词： 法律形式主义 法律现实主义 法律人思维

国际法研究

《政府采购协定》适用范围的最新修订及其影响

张幸临

内容提要：《政府采购协定》的适用范围规定对于确定其对各参加方的涵盖范围以及确保《协定》的实施至关重要。2012年《修订文本》不仅从形式上整合重排了原《协定》的适用范围规定，使相关条款之间的内在逻辑更为合理，还对适用范围条款的实质内容作了多方改进。具体改进包括新增“涵盖采购”及其他定义、完善附录一清单并明确《协定》适用于电子采购、明确规定不适用《协定》的五种具体情形，以及多方改进关于更改《协定》涵盖范围的规定。随着《协定》适用范围修订完成，现有《协定》参加方扩展了其附录一清单。这将增大中国扩展《协定》出价特别是将更多国有企业纳入出价清单的压力，需要积极加以应对。

关键词：《政府采购协定》 修订文本 适用范围 涵盖范围 GPA

学术综述

“国家所有权性质与行使机制完善”学术研讨会综述

姚佳