

《环球法律评论》2015年第6期中文目录

理论前沿

- 重新思考古罗马与近现代西方法治的关系（罗洪洋） 8
土地物权规范体系的历史基础（汪洋） 17
宪法实施的商谈机制及其类型建构（王旭） 35
区域普选进程中的国家统合：转型国家的比较研究（刘晗） 56
《国际商事合同通则》与中国合同法的发展（韩世远） 69
标准必要专利情形下禁令救济的反垄断法规制
——从“橘皮书标准”到“华为诉中兴”（魏立舟） 83
论“混合式”公共风险监管法实施制度（杨小敏） 102

环球评论

- 面对社科法学挑战的法教义学
——西方经验与中国问题（宋旭光） 116
有利被告的当下中国程序话语
——兼及《刑事诉讼法》相关规定之评价（邢馨宇） 130
企业刑事责任二元模式研究（周振杰） 148
论行政诉讼中的预防性保护：意大利经验及启示（罗智敏） 159

国际法研究

- 美国金融监管法律域外管辖的扩张及其国际法限度（彭岳） 172

《环球法律评论》2015年总目录（中英文） 187

本刊启事 115

《环球法律评论》2015年第6期中文提要

理论前沿

重新思考古罗马与近现代西方法治的关系

罗洪洋

内容提要：学界将西方法律和法治传统追溯到古罗马的观点是大可质疑的，有必要重新思考古罗马与近现代西方法治的关系。古罗马政制在相当长的时段里体现出国家至上的特

点，缺乏个人自由、平等、权利保护等近现代法治的基本要件；罗马法的继受是欧洲中世纪政教权力斗争和绝对主义国家的产物，罗马法所提供的最重要资源是君主的绝对权力理论；作为一种制度的法治是近现代西方价值选择的结果，与传统关联不大。西方主要国家确立资本主义法治后，希腊罗马成为其可资利用的重要资源。近现代西方一整套法治理论是几代欧洲学者人为建构的一个精心编织的“无视历史”的法治神话和故事，神话的源头是洛克等人拟就的自然状态论和社会契约论，为西方现代国家政权奠定了合法性基础；黑格尔等人则是神话和故事的续写者，他们承担了将西方法治文化绝对化、普遍化的任务。

关键词：古罗马 西方 法治 法治神话

土地物权规范体系的历史基础

汪洋

内容提要：土地物权规范体系涉及时间维度和社会维度两个面向，这一过程体现了时代的政治经济背景作为宏观推力的重要影响。从法律系统内部观察，物权体系的初步框架是基于公地与私有土地构建出的“所有权—占有”二分体系；在公地多元化利用中逐渐催生出多种债权模式来排除城邦对于土地利用人的侵扰；随着永佃权、地上权、用益权与地役权等他物权规范逐渐成熟，最终成就“所有权—他物权”这一经典的物权体系，在法教义层面具有重要功用与价值。从社会系统外部观察，物权规范体系从来不单单是一种私法层面的权利架构，而是糅合着私人权利、各阶层的利益分配以及国家规制目的的混合产物。经由物权体系所构造出的多层次社会财产分配结构与社会财产秩序，起到社会结构的形成功能；国家也根据不同时期的具体规制目的，直接介入、调试和推动土地物权规范体系的变革。

关键词：物权体系 所有权 他物权 国家规制 罗马土地

宪法实施的商谈机制及其类型建构

王旭

内容提要：宪法实施理论不仅仅是建构一个实施机关的技术性问题，而是要发掘和探讨宪法实施的内在商谈机制。宪法实施的本质应该是人民通过各种制度化与公共领域的途径就宪法问题进行理性对话，是一个不断展现宪法规范的道德内涵和语义深度的历史过程，最终增进政治共同体对共同善的理解和认识。应该在法治主义延长线上讨论宪法实施的民主本质。宪法实施的商谈机制可以分为建制化商谈与公共领域商谈、论证性商谈与运用性商谈、日常商谈与非常商谈等多种结构类型，并可提炼出各自具体的制度设计。无论何种制度安排都必须遵循合宪性、程序性、互惠性、分权性、公共性等理性约束条件，从而确保宪法实施成为现代政治成熟的民族国家的最高公共生活方式。

关键词：宪法实施 宪法商谈 商谈结构 制度类型

区域普选进程中的国家统合：转型国家的比较研究

刘晗

内容提要:在当代宪法政治实践中,区域普选一般来说容易与身份认同问题交织在一起,并对国家统合有不小的影响。从历史和理论来讲,民主化过程本身也容易激化身份认同问题和文化政治议题。本文通过比较研究来切入区域民主选举与国家统一之间的关系,具体剖析了二十世纪下半叶几个典型国家中区域民主化的案例:西班牙、南斯拉夫、苏联和捷克斯洛伐克。可以发现,首次民主大选是全国性的国家(西班牙),其选举有利于巩固国家的统一认同;而首次民主选举在地区层面展开的国家(如南斯拉夫、苏联和捷克斯洛伐克),最终激化了族群矛盾,导致了国家分裂。在设计民主制度的过程中,选举范围、选举制度和政党制度都构成了决定性的因素。在构想普选方案时,须通过制度设计避免认同政治的激化,防止认同问题成为普选的主要议题。

关键词: 区域民主化 普选 国家统一 比较宪法

《国际商事合同通则》与中国合同法的发展

韩世远

内容提要:《国际商事合同通则》作为国际统一私法潮流的代表,在中国引起了立法者、司法者以及学者的高度重视,对于中国合同法的发展产生了巨大的和积极的影响。通过整理立法史料,运用比较方法,以合同标的自始不能、缔约过失责任、先履行抗辩权、违约责任归责原则以及强制履行六个问题为例,具体比较《国际商事合同通则》与我国《合同法》,揭示前者对后者的实际影响,以及中国立法者所作的变动,并尝试分析立法继受的成因。相较于法条的拷贝,理解和把握法条背后的精神更难。立法者在未对比较法有透彻把握和充分论证的情况下,擅自调整改动,容易造成不良后果。在立法完成之后,对立法的解释适用需要进一步参考比较法,准确理解法条背后的精神。本文以无权处分和违约场合的精神损害赔偿为例,进一步说明了《国际商事合同通则》对于《合同法》在解释适用方面的影响。在准备起草新的民法典的当下,需要加强对《国际商事合同通则》的研究。

关键词: 国际商事合同通则 自始不能 缔约过失责任 履行抗辩权 违约责任归责原则 强制履行

标准必要专利情形下禁令救济的反垄断法规制 ——从“橘皮书标准”到“华为诉中兴”

魏立舟

内容提要:在涉及标准必要专利的情况下,为避免专利劫持现象,保障标准实施者近用标准的机会,德国联邦最高法院在“橘皮书标准”案的判决中引入了反垄断抗辩制度。藉此,在标准必要专利的情形下,专利权人的禁令救济在一定条件下得以限制。欧盟法院就“华为诉中兴”案所作出的先行裁决,提出了“五步骤+三保留”的规则,对反垄断抗辩的成立要件进行了重构。与过于倾向保护标准必要专利权人利益的“橘皮书标准”判决相比,欧盟法院的新规则被认为是更好地平衡了标准必要专利权人和标准实施者之间的利益。在区分为什么要对标准必要专利权人的禁令救济进行反垄断法上的限制,以及在什么条件下可以进行这种限制这两个问题的基础之上,本文通过梳理反垄断抗辩在欧盟以及德国司法体系的历史演

变，体系性地介绍欧盟法院作出相关先行裁决的历史背景及其所直面的理论问题，通过比较法的分析，以期对我国具有借鉴意义。

关键词：标准必要专利 禁令救济 反垄断抗辩 滥用市场支配地位 华为诉中兴

论“混合式”公共风险监管法实施制度

杨小敏

内容提要：在公共风险监管领域，如何确保国家监管机关有效执法和行政相对人严格守法，一直是困扰理论界和实务界的难题。作为一种新的公共风险监管法实施形式，“混合式”实施制度不同于现行的公众参与和私人执法等实施制度。它是指，作为行政相对人的生产经营企业起草监管自身所存在的公共风险的“法律规范”，经由国家主管行政机关依法审查和批准并公开征求意见之后，交由企业自身来执行，同时，主管国家行政机关和司法机关履行监督职责的执法形式。该制度的合理性基础在于：现行有效的实定法为它提供了规范依据；它能够兼采政府强制型实施制度和企业自愿型实施制度的优势，却避免它们的劣势。为使该制度得以全面适用，公共风险监管法需要为公共风险主管行政机关、司法机关、企业、企业周边居民和其他社会公众配置相应的权利（职权）和义务（职责）。

关键词：公共风险 “混合式”实施制度 合理性基础 公共风险监管法

环球评论

面对社科法学挑战的法教义学 ——西方经验与中国问题

宋旭光

内容提要：社科法学与教义法学之争反映了当代中国法学的方法论觉醒，但当前更为重要的课题是如何促进二者的谅解与合作。在西方，法教义学同样面临着社科法学的挑战，对其的捍卫路径是多样的：或纳入经验因素，或转向说明工作，或强调描述与规范的不可分割，或者从法治背景和维护法律共同体的需要做出证成。同时，在这种捍卫之中，二者谅解与合作的可能也愈发明显。虽然法教义学与社科法学在立场、方法和基本理念上存在着巨大差异，但这并不代表二者一定要走向完全的对抗，而是存在着以分工为基础走向合作的可能。西方经验表明，在法治背景下，这一合作应当是以法教义学为中心的。首先，法教义学背后的经验基础和社会条件是这一合作的基础；其次，二者对于相同问题的不同面向的关注为分工基础上的合作提供了可能；最后，法教义学对于经验素材的吸收和转化成为这一合作的主要路径。

关键词：法教义学 法学方法 社科法学 研究方法

有利被告的当下中国程序话语 ——兼及《刑事诉讼法》相关规定之评价

邢馨宇

内容提要：在刑事程序法领域，有利被告是作为无罪推定原则的伴生原则与严格解释规则的补充规则而存在的，对于案件事实的认定、刑事再审的提起与刑事诉讼规范的解释具有重要制约作用。就犯罪事实的认定而言，有利被告要求疑罪从无，并以排除合理怀疑作为刑事证明标准。但我国刑事诉讼制度因受“罪疑惟轻”传统观念的影响而未能贯彻疑罪从无的理念。本次《刑事诉讼法》修改因引入排除合理怀疑规则而使疑罪从无得以初步践行，但却未能以排除合理怀疑取代“证据确实、充分”而作为证明标准，使有利被告话语在犯罪事实的认定领域难以得到最大限度的表达。就刑事再审而言，有利被告要求禁止双重危险，允许有利被告的再审而（附条件）禁止不利被告的再审。我国《刑事诉讼法》的修改因固守有错必纠的原则仍将禁止双重危险原则拒之门外，因而使有利被告话语未能在刑事再审领域得到应有的表达。就刑事诉讼规范的解释而言，有利被告要求在穷尽严格解释的一切努力，但对程序性法律规定的准确含义仍不得其解时，采对被告有利的解释。为避免规范明确性的缺失而导致公权力扩张，保障犯罪嫌疑人与被告人的诉讼权利，有必要在恪守严格解释的前提下，反对不利被告的解释，坚持有利被告的解释。

关键词：有利被告 疑罪从无 禁止双重危险 一事不再理

企业刑事责任二元模式研究

周振杰

内容提要：在差不多整个 20 世纪近百年的时间里，西方国家一直坚持企业刑事责任一元模式。但一元模式是传统刑法理论与规制企业活动的政策需求相妥协的产物，本身具有重大缺陷。近 20 年来，随着企业适法计划、企业文化等客观情况越来越多地在立法中被考虑作为企业刑事责任的重要情节，企业刑事责任在西方国家呈现出从一元模式向二元模式转变的趋势。二元模式提倡区分个人刑事责任与企业刑事责任，具有刑事责任趋于客观、举证责任倒置以及程序相对独立的特点，能够分散企业犯罪的预防责任、降低企业犯罪的制裁成本、促进企业内部的守法文化，在企业组织管理复杂化、业务行为国际化的形势下，对于预防企业犯罪而言，二元模式是明智的政策选择。

关键词：企业犯罪 适法计划 刑事归责 刑事制裁

论行政诉讼中的预防性保护：意大利经验及启示

罗智敏

内容提要：在行政诉讼中，因诉讼期间较长，起诉人的权益有可能在诉讼过程中因行政行为的执行或不作为而受到严重不可弥补的损害。为了实现对公民权益及时有效的司法保护，很多国家和地区都规定了对这种情况的预防性保护制度。此制度在意大利也变得日益重要，意大利《行政诉讼法典》以一章的内容加以规定，分为诉前预防性保护与诉中预防性保护，包括申请、受理、裁定及执行等具体程序。在此制度发展过程中，司法判例起到了重要的推动作用，很多最终形成的规范都是对司法判例的总结。在预防性保护制度中，法官做出

预防性保护裁定的审查标准、预防性保护措施的类型、预防性保护的裁定和执行、防止滥用该制度的手段等内容对我国完善该制度具有一定的启示意义。

关键词：预防性保护标准 预防性保护措施 预防性保护类型

国际法研究

美国金融监管法律域外管辖的扩张及其国际法限度

彭岳

内容提要：针对域外管辖的主张和行使，存在着相应的国际法原则和习惯国际法规则。2008年金融危机爆发以来，基于维护本国金融体系安全之考虑，美国和欧盟大幅度扩张其金融监管法律的域外管辖。迫于国际金融市场竞争力压力，就如何实施此类域外管辖法律，美国各监管机构选择了不同路径。概而言之，对于场外衍生品金融监管倾向于采取“替代遵从”标准，而对于商业银行自营业务和覆盖基金业务则仍坚持美国标准。美国单边主张并行行使金融监管域外管辖的做法受到其他国家抵制。美国学者提出的少边主义国际化方案不足以解决美国单边域外管辖在国际法上的合法性和合理性问题。根据不同领域中市场集中度和金融实力之现状，中国应有选择地与美国开展双边磋商，以降低金融监管法律域外管辖的负面影响。

关键词：金融监管 域外管辖 少边主义 国际法限度