

《环球法律评论》2016年第2期中文目录

理论前沿

- 国家治理中的多元规范：资源与挑战（王启梁） 5
法院对上下位法冲突处理规则的适用及其限度（黄金荣） 20
中国独立行使审判权制度的历史考察（田夫） 36
违约可得利益损失赔偿的确定标准（郝丽燕） 48
商事组织法中的强制性和任意性规范
——以董事会制度为例（郭锐） 67

环球评论

- 论信义法的基本范畴及其在我国民法典中的引入（朱圆） 81
独立担保的商事法理构造
——兼论民法典视野下的独立担保制度建构（刘斌） 98
刑法中假定同意之评析（周维明） 116
刑事法律援助之社会向度
——从“政府主导”转向“政府扶持”（谢澍） 139

国际法研究

- 竞争中立：国企改革、贸易投资新规则与国家间制度竞争（冯辉） 152
解析欧盟移民法：历史演进、现实困境与发展趋势（郝鲁怡） 164
国际气候法律新秩序的困境与出路：基于“德班-巴黎”进程的分析（陈贻健）
178

《环球法律评论》2016年第2期中文提要

理论前沿

国家治理中的多元规范：资源与挑战

王启梁

内容提要：多元规范的格局是国家治理需要面对的社会事实。多元规范作为国家治理的资源，首先，基于法律是国家构建超时空秩序的基础性制度资源，成为国家用以结构化社会的基本力量。其次，社会性的规范是复杂社会中微观秩序来源的关键性因素，对日常秩序的形成具有基础性作用。而多元规范对国家治理形成挑战或阻碍则主要是源于两种情形，一是多元规范间的互动产生出冲突等意外后果，导致治理效能受损等难题。二是规范的多元性下降或不足，导致国家面对基层的日常秩序维护和社会问题时处于“孤立无援”的境地，治理效能低。国家的规范整合能力直接决定着多元规范是治理的资源还是挑战。当前国家治理中的规范整合面临三个主要任务，即国家正式规范的内部整合、法律与党规党纪的整合、国家对社会性规范的整合，并应注意整合的限度。

关键词：国家治理 多元规范 规范整合秩序

法院对上下位法冲突处理规则的适用及其限度

黄金荣

内容提要：中国法院适用上下位法冲突处理规则的实践有很多异常现象；这些异常现象与法律界对法院是否具有直接处理上下位法冲突的权力这一问题认识模糊有很大关系，同时也与法律对此规则及其适用机关规定不明确有关。法院适用上下位法冲突处理规则的实践蕴含着法院事实上拥有对法律法规进行司法审查乃至违宪审查的权力的内在逻辑，这也是造成有些人无法接受这一实践的原因。2004年最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》在澄清认识误区以及促进法院对上下位法冲突处理规则的适用等方面发挥了非常积极的作用，但由于法律规定本身仍不明确，并且法院直接适用此规则经常要面临较大的政治和法律压力，这就使得法院要全面实现对此规则适用的正常化并不容易。

关键词：上位法 下位法 法律冲突 法律适用 最高人民法院

中国独立行使审判权制度的历史考察

田夫

内容提要：中国宪法上的独立行使审判权制度，源自苏联，并经历了“五四宪法”第78条和“八二宪法”第126条的发展。长久以来，中国法学界围绕“五四宪法”第78条与“八二宪法”第126条，展开了热烈的比较与争论，其实质在于如何理解独立行使审判权制度。对“八二宪法”第126条的宪法解释表明，其涵义既不包括党、国家权力机关、检察机关不能干涉人民法院依法独立行使审判权，也不包括党、国家权力机关、检察机关可以干涉人民法院依法独立行使审判权，而是留下了一定缺漏。这暗合了党政机关和领导干部干预司法的现象，由此，需要从党政关系层面进一步反思独立行使审判权制度，在十八届四中全会提出建立防止党政机关和领导干部干预司法制度的背景下，可以考虑在适当时机推动宪法的修改，恢复“五四宪法”第78条的规定。

关键词：独立行使审判权 宪法解释 党政关系

违约可得利益损失赔偿的确定标准

郝丽燕

内容提要：我国《合同法》第113条规定违约责任中可得利益的赔偿额度以“预见或应当预见”为界限，但是司法裁判中经常援引“确定性规则”对可得利益损失赔偿不予支持。“可预见性规则”是在因果关系之外的附加要件，其目的是为了限制可得利益损失赔偿，避免违约方承担过分的赔偿责任，而“确定性”则是诉讼中判断是否存在可得利益时的证明标准问题。英美法及大陆法在可得利益证明标准方面现阶段通常采“极大可能性”理论。“可预见性”和“极大可能性”涉及的是可得利益的不同方面，二者同时满足才能使违约可得利

益损失得到赔偿。另外，在确定可得利益的数额时可以选择具体计算方法或抽象计算方法，抽象计算方法一般仅适用于商业领域。

关键词：可得利益 可预见性 确定性 具体计算 抽象计算

商事组织法中的强制性和任意性规范

——以董事会制度为例

郭锐

内容提要：对商事组织法中的任意性规范和强制性规范的一般看法是任意性规范促进自由而强制性规范则相反。法律现实主义和批判法学认为“强制”并非仅仅表现为约束，也包含一定“选择”。因此，商事组织法中的强制性规范事实上也具有一定“选择性”。人们传统上认为商事组织法仅仅增加任意性规范即可，但事实上仅仅增加任意性规范可能非但无法保障个人自由、反而可能会成为侵害个人自由的工具。立法对强制性和任意性规范的配置因而应以法律实效的实质分析为基础，而不应取决于规范类型是任意性规范还是强制性规范。打破任意性规范和促进自由选择之间虚假的对应关系，让妨碍自由选择的原因显明出来并在立法、司法过程里直面这些问题，法律才更有可能促进自由选择。

关键词：任意性规范 强制性规范 法律现实主义 批判法学 董事会制度

环球评论

论信义法的基本范畴及其在我国民法典中的引入

朱圆

内容提要：信义法是普通法系国家法律体系中极为重要的组成部分。在普通法系，信义法主要适用于委托人将自己享有重要利益的事务委托给受托人，受托人因此享有对受托事项较为宽泛的自由裁量权的法律关系。信义法律关系广泛存在于监护关系、专家服务以及机构（组织）的管理中。信义义务和信义救济制度的规则设计均充分体现了立法者对信义法律关系中委托人和受托人实力、信息不对等的基本状况的考虑，同时此两类规则的制度设计亦使得信义法从根本上区别于合同法。我国民法典总则编中所涉及的监护和代理制度在一定程度上符合信义法律关系的某些特征，在传统理论之上，可适当细化制定相关主体的信义义务规则。

关键词：信义法 信义法律关系 信义义务 信义救济

独立担保的商事法理构造

——兼论民法典视野下的独立担保制度建构

刘斌

内容提要：独立担保作为新兴的担保工具，学理上将其界定为合同和信用证的学说存在

诸多不足，应当将其界定为商事保证。基于商事保证的法律属性，独立担保可得摆脱民事担保规范所设定的利益平衡机制。进一步而言，独立担保在法理构成上主要包括三个方面：独立抽象的债务承诺、严格相符的单据交易以及特殊的修正机制。基于独立担保的法理属性及构造，在未来的民法典体系中，独立担保应当与保证相并列，共同作为人的担保的下属概念。在规则设置上，应当容纳独立性及其认定的规则、单据相符及其判断的规则、独立担保的修正机制等三个方面的构成性规则。

关键词：独立担保 独立抽象性 单据性 修正机制 民法典

刑法中假定同意之评析

周维明

内容提要：假定同意起源于德国民法学中的医疗侵权责任，后被联邦最高法院引入刑法领域并在刑法学界引起了热烈的讨论。假定同意，能够消除民事责任与刑事责任的不一致，促进法秩序的统一。假定同意在刑法教义学体系中的定位属于构成要件阶层的排除客观归责事由，排除行为的结果不法但保留着未遂的可罚性。假定同意的适用范围能够适用同意的犯罪构成要件，保护法益限于身体、自由、财产等个人法益。假定同意的判断基础，应当以被害人本人为准，在判断时应当将行为时存在的与被害人的真实意思有关的全部资料，从事后的角度进行盖然性判断。假定同意存在与否的证明责任应当由行为人负担。在运用“罪疑有利被告”原则时，不能仅仅依据假想的被害人同意的可能性进行判断，还必须有补强证据。

关键词：假定同意 刑法教义学 客观归责 义务违反关联 罪疑有利被告

刑事法律援助之社会向度

——从“政府主导”转向“政府扶持”

谢澍

内容提要：《法律援助条例》的颁布实施使得刑事法律援助制度改革“提档加速”，但数据描绘出的乐观图景并没有带来辩护质量的实质提升，2012年《刑事诉讼法》相关条文的修改亦未能使刑事法律援助摆脱尴尬，合法化与制度化的边际效用逐步放缓。“政府主导模式”之下的刑事法律援助，呈现出“法援律师垄断”和“法援服务外包”两种典型样态，通过对案件社会结构的勾勒，不难窥见结构失衡之现状。刑事法律援助之根本在于私权保障，刑事法律援助律师应当凸显出“平衡刑事法律援助案件结构的独立性”、“适应刑事法律援助案件类型的专业性”、“提升刑事法律援助案件影响的社会性”。是故，需要在秉持法律援助乃国家责任之立场的同时，充分引入非政府的行动力量，以社会机构、社会资金、社会律师和社会评价作为“政府扶持模式”之基础，利用社会向度之上刑事法律援助的竞争效应，激活刑事法律援助的竞争生态。

关键词：法律援助 有效辩护 政府扶持 社会参与 竞争效应

国际法研究

竞争中立：国企改革、贸易投资新规则与国家间制度竞争

冯辉

内容提要：从聚焦于国企改革的国内法，到转向规范政府及国企行为的双边、多边贸易投资新规则，竞争中立制度的演进及其实践背后本质上是国际竞争新情势下各国对制度竞争的强化与博弈。竞争中立制度已产生重大影响，势将成为主导性的新国际规则。但澳大利亚模式、欧盟模式和美国模式的并存及其差异展现出复杂动因和差异化影响，规则的多极化也为各国综合考量及合理因应提供了时间和空间。面对竞争中立制度的扩张，我国应通过内外并重提升制度竞争力，特别是以竞争为基准、以规范政府角色和行为为核心，完善国企改革政策、产业政策、竞争政策及相应法制，构建由竞争评估、竞争倡导、竞争执法与司法构成的完整实施机制，通过自贸试验区引入并创新竞争中立规则，引领和参与双边、多边竞争中立规则的制定与实施以及规则平台的构建与推广。

关键词：竞争中立 竞争政策 国企改革 贸易投资新规则 制度竞争

解析欧盟移民法：历史演进、现实困境与发展趋势

郝鲁怡

内容提要：欧盟移民法在形成与发展过程中受到欧洲一体化进程的深刻影响，具有内部与外部双重维度，发挥着促进内部个人迁移自由与保障外部国家边界安全的一体化功能。取消成员国共同边界的欧盟内部市场一体化目标是外部移民法建构的动因和基础，而外部移民法又为无内部边界的欧盟区域安全问题提供制度性保障。欧盟一体化共性治理与主权国家多元需求的根本矛盾制约着欧盟移民法的一体化结构与功能，不仅对其外部移民领域的决策与立法带来显著局限性，也为欧盟移民法的现实困境和发展隐患埋下伏笔。欧洲移民与难民危机的爆发使欧盟移民法面临严峻挑战，亟需从短期、中期和长期三个层面探求破解危机的综合性路径。

关键词：移民法 欧洲移民与难民危机 共同庇护制度 第三国公民

国际气候法律新秩序的困境与出路：基于“德班-巴黎”进程的分析

陈贻健

内容提要：从德班到巴黎的国际气候谈判进程，尤其是《巴黎协定》的达成，表明了国际气候法律秩序构建的新方向，即在缔约主体的广泛性、谈判轨道的统一性、减排义务分担的动态性方面进一步强化。但上述阶段性进步并不能掩盖新秩序构建在主体立场分化、谈判程序中的“民主失灵”以及减排目标和减排行动之间的背离等困境。为构建一个减排雄心与减排实效相匹配的新秩序，应从制度应对和路径转变两方面加以推进：一方面，在微观层面作出及时的制度应对，包括通过碳交易市场的完善等措施形成对相关主体的选择性激励；引入“最大多数同意”原则改善谈判程序低效的现象；通过明确的“过渡期”设置为发展中国家未来承担有约束力的减排义务提供缓冲；采取动态复合标准使减排义务分担方案更易为各国接受。另一方面，从宏观层面推动路径转变，包括推动共同但有区别责任原则的重心从“共

同责任”向“区别责任”转移；推动减排模式向“自下而上”与“自上而下”相结合转变；推动国际气候法律秩序向“一体化”与“多元化”相结合转变。

关键词：气候变化 巴黎协定 国家自主贡献 共同但有区别责任