

## 《环球法律评论》2016年第4期中文目录

### 理论前沿

澳门特别行政区对市场竞争的保护：挑战与展望（【摩尔多瓦】亚历山大·史维特里契尼） 5

“以管理为基础的规制”

——对网络运营者安全保护义务的重构（洪延青） 20

网络服务提供者的刑事责任比较研究（王华伟） 41

论“不予适用”：一种消极的司法审查

——以《行政诉讼法》第63条和64条为中心的考察（马得华） 57

建设用地使用权期限届满法律后果比较观察（王林清） 75

我国诉前行为保全申请的实践难题：成因与出路（任重） 92

法律认识论视野中的法律渊源概念（马驰） 111

### 环球评论

德国的引渡制度：原则、结构与变化（樊文） 127

英国大宪章对罗马法的继受与创新（陈鹏飞） 147

### 国际法研究

“中国平安诉比利时王国投资仲裁案”

——以条约适用的时际法为视角（刘勇） 162

中国自由贸易协定知识产权文本的体系化构建（刘彬） 179

## 《环球法律评论》2016年第4期中文提要

### 理论前沿

澳门特别行政区对市场竞争的保护：挑战与展望

【摩尔多瓦】亚历山大·史维特里契尼

**内容提要：**现代竞争法的作用在于保护市场竞争，目前综合的竞争立法模式和设立专门的竞争执法机构已成为全球趋势，并形成一种“普遍性扩散”。澳门特区作为一个在很大程度上依赖于博彩业的小型发达经济体，属于世界上少数没有采取综合竞争立法的地区之一。本文分析了澳门在博彩、电信和金融服务等几个行业的市场竞争规范现状，以及导致澳门没有采取综合竞争立法的内外因素。从各种内部因素来看，政府旨在稳定供应和价格，支持本地中小企业，保证本地居民就业等政策使得竞争法没有成为澳门实现经济和社会目标的合适的工具。从外部因素来看，与中国内地和香港（二者都有相应的竞争制度）的经济一体化并没有促使澳门制定自己的竞争法。本项研究力图对澳门竞争保护现状加以解释并展望在该

领域未来的发展。

**关键词：**竞争法 澳门特别行政区 小型市场经济体 经济一体化

### “以管理为基础的规制” ——对网络运营者安全保护义务的重构

洪延青

**内容提要：**和世界上大多数国家一样，我国的网络运营者主要是党政军和国有企事业单位之外的私营部门。因此，如何妥善地界定他们所需承担的网络安全保护义务，是改善我国网络安全状况的关键问题之一。在此方面，现行制度和两次公开征求意见的《网络安全法(草案)》，均采用了“关注安全底线的、静态的、具体的措施性规定”，作为网络运营者安全保护义务的核心内容。而在网络安全形势瞬息万变的今天，“关注安全底线的、静态的、具体的措施性规定”实际上并不足以网络和信息系统提供实质性的安全。因此，《网络安全法》中对于安全保护义务的制度设计，应该致力于让网络运营者在内部决策环节就足够重视风险管理，使安全义务从外部“至上而下”地施加转变为“内化于心”。

**关键词：**网络安全 网络运营者 安全保护义务 以管理为基础的规制

### 网络服务提供者的刑法责任比较研究

王华伟

**内容提要：**造成我国网络服务提供者刑事责任边界不确定的重要原因之一在于网络服务提供者类型化的缺失。德国和欧盟法律中的四分法，即内容提供者、网络接入服务提供者、缓存服务提供者、存储服务提供者，为我们提供了有益的借鉴。这一分类模式以行为的技术功能为标准，不仅划分出了四种具有体系性、明确性的主体类型，而且为不同主体类型规定了明确的责任边界，在网络安全与信息自由、媒体自由之间找到了较好的平衡点。我国相关法律规范仍然缺乏一套明确合理的类型化区分模式，导致了网络服务提供者刑事责任认定的模糊。我们应当积极借鉴吸收德国与欧盟的有益经验，用互联网教义学理论充实宽泛的法律框架。

**关键词：**网络服务提供者 监控义务 责任限度

### 论“不予适用”：一种消极的司法审查 ——以《行政诉讼法》第63条和64条为中心的考察

马得华

**内容提要：**基于法的位阶理论和“上位法优于下位法”适用规则，可以对新《行政诉讼法》第63条和64条作出全新解释，提出“不予适用”模式，法院可以在个案中拒绝适用抵触上位法的下位法，但不撤销或改变下位法。“不予适用”是一种消极的司法审查，只具有个案效力，不会侵犯备案审查机关的权力。法院不但可以不予适用规范性文件，而且可以不

予适用抵触上位法的规章、地方性法规和行政法规。司法实践中地方法院处理上下位法冲突时没有完全遵循“不予适用”模式，而最高人民法院的批复尤其是指导性案例5实质上支持“不予适用”模式。“不予适用”模式也有边界，法院无权不予适用法律，应尽可能对法律作合宪性解释。

**关键词：**依据 参照 不予适用 司法审查 备案审查

## 建设用地使用权期限届满法律后果比较观察

王林清

**内容提要：**我国《物权法》第149条关于建设用地使用权期限届满后的续期缴费规定的缺失，与其说是一个法律条款的立法漏洞，莫不如说是一个有意的立法留白。对续期是否缴费进行解释，一方面可以明确住宅建设用地使用权事实上具有永久存续的客观法律基础，另一方面也对缴费到底是义务还是额外负担而产生争论。通过对大陆法系德国、日本、我国台湾地区的地上权制度及英美法系香港特区的批租制度进行比较观察，对于建设用地使用权的续期，不妨采取住宅与非住宅区分原则，续期期限应尊重建设用地使用权人之自由选择，续期次数以一次为宜，应当象征性有偿，根据土地所处地段、用途等因素综合考量制定费用标准，采取一次缴纳和分期缴纳两种方式。同时应当坚持法律保留的原则，涉及土地相关规范应由上位的法律规范即全国人大常委会作出立法解释，地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织的权利或者设定增加其义务规范。

**关键词：**建设用地使用权 住宅土地使用权续期 法律保留 利益平衡

## 我国诉前行为保全申请的实践难题：成因与出路

任重

**内容提要：**我国民事诉讼法虽然确立了诉前行为保全制度，但是实践中申请保全却存在一定困难，这是困扰知识产权权利人和利害关系人的一个顽疾，亦导致我国立法、司法和理论研究之间产生一定割裂。除了与“起诉难”具有共通的制度背景，“申请难”还存在独特的制度成因，其理论根源可以被归结为对诉权范围的限缩、对程序事项的轻视和对证明标准的误读。通过拓展诉权范畴，建立多维度的诉权体系，可以在理论上克服立案登记制改革的盲区。通过对《民事诉讼法》第101条、《民诉法解释》第108条和第109条进行体系解释，可以建立证明标准的三层结构，以“说明理由”和“可能”为标志，将诉前行为保全及部分程序事项的证明标准界定为疏明。事实上，只有将解决“申请难”作为立案登记制改革的重要一环，在增加诉讼供给和完善司法救助的背景下，通过坚持优势盖然性标准，才能从根本上完善我国的诉前行为保全制度。

**关键词：**知识产权 诉前行为保全 诉权 程序事项 证明标准 疏明

## 法律认识论视野中的法律渊源概念

马驰

**内容提要：**现有的法律渊源概念理论不能充分说明有关此概念的三个疑难。法律渊源概念应当从法律认识论来加以界定，法律渊源在性质上仍然属于法律，它是法律认识中的特定阶段，与法律规范相区别，同时在法律认识中呈现出层级化的特征。“非正式法律渊源”不是法律渊源，法律认识中涉及的其他非操作性理由也不属于法律渊源。

**关键词：**法律渊源 法律认识论

## 环球评论

### 德国的引渡制度：原则、结构与变化

樊文

**内容提要：**本文以德国引渡制度的基本理念和重要法源为切入点，围绕《刑事案件国际司法协助法》，介绍德国引渡法的基本原则和程序结构，包括无条约关系的引渡实体要件、程序流程以及欧盟范围内引渡的实体要件和程序流程，着重解决德国引渡制度的框架“是什么”的问题。在此基础上，寻找德国引渡制度传统原则和程序结构出现的变化、特征和问题，并在对于德国的引渡制度“怎么看”的意义上给予评述。所有这些都服务于这样的目的：找到适用于引渡的德国法律上的正确根据和途径，顺利地把当事人从德国引渡出来，实现请求国的刑罚权。

**关键词：**德国引渡法 司法协助 引渡程序

### 英国大宪章对罗马法的继受与创新

陈鹏飞

**内容提要：**自公元一世纪中叶到十二世纪初，不列颠先后经历了直接和间接适用罗马法的漫长时代，其法律成长在多方面受到罗马法的影响。因此，1215年制定的英国大宪章不会像一些英国学者所言，是不列颠日耳曼传统独立发展的结果。大宪章中关于私人财产保护、人身自由保障、城市自治、赋税和刑事司法的制度都深烙着罗马法的印记；大宪章中蕴含的保障权利、限制王权、契约自由、注重程序等法律精神更是深受罗马法的影响。大宪章可谓英格兰法律成长中继受罗马法又秉持民族精神的创新结果，它蕴含着兼容并蓄、注重法治、协商共治、限制强权等一系列法律创新智慧，为英国普通法发展奠定了基石，使得后来的普通法系能够与大陆法系相媲美。

**关键词：**自由大宪章 罗马法 法律继受 法治创新

## 国际法研究

### “中国平安诉比利时王国投资仲裁案” ——以条约适用的时际法为视角

**刘勇**

**内容提要：**“中国平安诉比利时案”的核心争议是条约适用的时际法问题。国际投资争端解决中心仲裁庭对该案的审理过程过于倚重形式法律推理与条约文本解释，未按照《维也纳条约法公约》第 28 条的要求充分考虑中国与比利时在缔结 2009 年双边投资协定时的立法意图。目前中国有大量双边投资协定处于“自动续期”状态，有待签订新约予以取代。在谈判新的双边投资协定时，中国应制定内容明确的过渡条款，或纳入专门的时际法适用条款。当某一投资争端涉及新旧双边投资协定的衔接问题时，中国投资者可考虑先寻求东道国当地救济，再适时诉诸国际仲裁。

**关键词：**中国平安诉比利时案 国际投资争端解决中心 中国-比利时双边投资协定 条约适用的时际法

### 中国自由贸易协定知识产权文本的体系化构建

**刘彬**

**内容提要：**我国以往对区域知识产权议题兴趣较低，相关文本仅为笼统的被动象征。但近年来我国在自由贸易协定知识产权章中纳入了大量的硬性约束条款乃至“超 TRIPS”条款，标志着新时期随着缔约对象和自身条件的变化，我国的议题态度也开始发生变化。但对照美欧实践，中国文本仍然存在结构编排混乱、重要规定不一、措辞含义不清等问题。为此，我国亟需推动文本的体系化构建，并整合为硬软条款并行、坚持发展导向的稳定范式。此范式应关注国情需求度与可接受性，注重各个协定的制度一致，体现我国知识产权利益进攻点。鉴于自由贸易协定已成为国际经贸立法的最活跃舞台，此项工作有助于我国产生发展中大国的规则示范效应，渐进把握规则主导权。

**关键词：**自由贸易协定 知识产权 “超 TRIPS”条款 体系化 范式