

北师大法学院

10周年院庆系列丛书

主 编 / 赵秉志

副主编 / 张远煌 梁迎修



北京师范大学法学院
Law School of Beijing Normal University

法学新论

(上卷)

北师大法学院教师法学论文荟萃

Tenth Anniversary of Law School of Beijing Normal University

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

北师大法学院

10 周年院庆系列丛书

主 编 / 赵秉志

副 主 编 / 张远煌 梁迎修

主编助理 / 马剑银



北京师范大学法学院
Law School of Beijing Normal University

法学新论

(上卷)

北师大法学院教师法学论文荟萃

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

总 序

北京师范大学的前身是创办于1902年的京师大学堂师范馆。作为享誉海内外的高等学府，北师大在中国近现代高等教育史上占有举足轻重的地位，一大批名师先贤曾在此任教，培养出无数杰出人才。在北师大这所百年学府中，法学学科的历史则相对较短，建校后的百年内法学近乎缺席，然而从这里也曾走出多位法学名家。因撰写《中国法律发达史》《中国法律思想史》《中国法律在东亚诸国之影响》而享誉学界的法学巨擘杨鸿烈，民国北洋政府时期司法界的风云人物、曾三任司法总长、在著名的“七君子事件”中担任辩护律师之首席、驰骋杏坛掌北大法科多年的张耀曾，担任过新中国教育部部长并执掌最高人民法院达十年之久的杨秀峰，撰写了中国第一本行政法教科书的朝阳大学教授钟赓言……他们都毕业于北京师范大学，其中杨鸿烈与杨秀峰还曾在北师大弘文励教。

接续此种历史基因，法学终在二十一年前开始在北师大落地生根：1995年在哲学系开设法学专业，2002年创建法律系；2005年创立国内首家实体性的刑事法律科学研究院，2006年4月26日正式成立法学院。以刑事法律科学研究院和法学院的建立为标志，北师大法学学科开始步入快速发展的轨道。

十年间，法学院依托北京师范大学这一享誉海内外的百年学府，秉承“学为人师，行为世范”的校训理念和“德育英才，法行天下”的院训精神，与刑事法律科学研究院兄弟般密切合作，坚持高起点、研究型、国际化的发展特色，在师资建设、人才培养、学术研究、国际交流、社会服务等方面取得了重大突破，实现了跨越式发展。

十年间，法学院不断加强师资队伍建设，目前已经拥有一支实力雄厚的

优秀师资团队。截至2016年4月,在专任教师中,有长江学者特聘教授1人,全国“十大杰出青年法学家”3人,入选人事部“百千万人才工程”2人,教育部“跨世纪优秀人才培养计划”1人,“新世纪优秀人才支持计划”6人。在教师结构上,教授38人、副教授37人、讲师14人;所有在编教师都拥有博士学位,获得国外博士学位的教师比例超过20%。尤值一提的是,得益于近些年来大力从国外著名大学引进青年才俊,目前法学院已形成了拥有美、英、德、法、日、意、韩等多国法学教育背景的人才梯队。此外,法学院还从国内外知名学者和专家型领导中聘请了数十位特聘教授、客座教授和兼职教授。

十年间,法学院在人才培养方面取得了突出成绩。目前北师大法学院开设有法学本科专业,拥有法学一级学科硕士点和法律硕士专业学位授予点,在刑法学、诉讼法学和民商法学设有法学二级学科博士点,同时拥有刑法学和诉讼法学等方向的博士后招收权限,形成了完整的本硕博三级人才培养体系。北京师范大学2012年首批教育部入选卓越法律人才教育培养计划,并获批应用型复合型法律职业人才教育培养基地和涉外法律人才教育培养基地。以卓越法律人才教育培养基地建设为契机,法学院不断改革和创新人才培养模式,在本科层面创设了卓越实验班和瀚德实验班,分类培养应用型复合型和涉外型卓越法律人才。法学院还建设有国家级精品课程1门,北京市精品课程2门,拥有国家级优秀教学团1个,北京市教学名师1名。自法学院建院迄今,已经培养了657名法学学士,236名法学硕士,987名法律硕士,51名法学博士。从北师大法学院走出的毕业生得到了社会特别是法学界和法律界的高度认可。

十年间,法学院在学术研究方面成果丰硕。法学院的学术团队共计获得国内外各类教学科研项目资助500余项;发表学术论文2800余篇(其中CSSCI论文近1000篇),在国外刊物发表论文150余篇(其中SCI、SSCI等高质量论文20余篇);出版学术著作近500部,专业教材200余部;学术刊物100余本;共获得奖励和荣誉称号160余项,其中省部级以上奖励和荣誉60余项,其他奖励和荣誉100余项。主办有《刑法论丛》《刑法评论》《国际刑法评论》《京师法律评论》等9种在学术界有影响的学术丛刊。

十年间,法学院始终坚持国际化发展战略,先后与美、德、法、英、意、西、

葡、加等国的 40 多个著名高校、学术机构和实务部门签订了正式学术交流与合作协议。其中与美国宾夕法尼亚州立大学、英国阿伯丁大学、法国巴黎二大、图卢兹大学、意大利路易斯大学、西班牙巴塞罗那大学、葡萄牙科英布拉大学等国外著名大学法学院合作开展有交换生项目，选派教师、学生出国交流和接待国外学者来访超过 500 人次；承办“当代刑法国际论坛”“两岸四地刑事法论坛”等国际、区际学术会议 20 余次。法学院开设有中国法硕士项目，并与联合国国际贸易法委员会共同发起了国际电子商务法联合认证项目，招收和培养外国留学生，来自多个国家的留学生为学院营造了多元的文化交流环境。

十年间，法学院在与法律实务部门的联系与合作方面成绩斐然。法学院始终坚持理论联系实际，以促进中国法治建设为己任，积极加强与法律实务部门的学术交流与合作。目前已经与最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部等中央政法机关的 15 个厅局级业务部门和研究机构以及北京市高级人民法院、天津市高级人民法院、河南省高级人民法院、广东省高级人民法院、北京市人民检察院、西藏自治区人民检察院、宁夏回族自治区人民检察院等 30 多个省级、市级政法机关签订了学术合作与交流协议，并派出 30 余人次挂职最高人民法院、最高人民检察院业务庭（厅）副庭（厅）长以及西藏自治区人民检察院等地方检察院的副检察长、检察长助理、副处长等职务，广泛参与并服务司法实践。此外，法学院还先后向中央和地方政法机关提交 100 余份研究报告，其中不少得到有关部门的采纳。

北师大法学学科经过二十一年的建设，特别是法学院建立后十年来的跨越式发展，如今的北师大法学院已经逐步跻身全国法学院前列，成为中国高等法学教育的重镇之一。值此十周年院庆之际，法学院隆重推出《北师大法学院 10 周年院庆系列丛书》以回顾过去并展望未来。丛书既包括本院学者们的专著与文集，也包括学院的优秀博士学位论文与硕士学位论文荟萃，力求全方位反映北师大法学院老中青三代十年奋斗的学术面貌。本丛书由法学院院长赵秉志教授总其责，而组织专门编委会和编辑部助以成其事。

寄蓀先生沈家本尝言：“十九世纪以来，科学大明，而研精政法者，复朋兴辈作，乃能有今日之强盛。”今倏忽百年，吾国依法治国方略已定，迎来法

治勃兴之历史良机，吾辈当堪当重任，弘扬京师法学，培育法律英才，为民族复兴和国家文明进步而奋斗。

是为序。

北京师范大学法学院
10 周年院庆系列丛书编委会
2016 年 4 月

前 言

2016年4月26日，北京师范大学法学院将迎来十周岁生日。春秋十载，德育英才；漫漫长路，法行天下。十年间，北师大法学院在师资队伍、人才培养、科学研究、国际交流等方面取得了跨越式的发展，法学学科整体实力实现了质的突破。如今北师大法学院已经跻身于全国高校法学院的前列，成为中国高等法学教育重镇之一。

北师大法学院一贯重视学术研究，支持教师从事科研创作和学术交流。为了展示法学院全体教师（包括担任法学院兼职教师的刑事法律科学研究院同事们）的学术成果，同时也留下一份学术纪念，庆贺法学院十周岁生日，法学院邀请全院教师每人精选一篇代表性论文，取名为《法学新论——北师大法学院教师法学论文荟萃》，交付出版。

收入本书的论文基本上是法学院教师独撰并已经发表的代表性论文，也包括一些尚未发表但较为成熟并能代表个人研究水平的论文。收入本书的论文分为上下两卷，上卷由“基础理论法学篇”“宪法学与行政法学篇”“民商事法学篇”“经济法学与环境资源法学篇”和“国际法学篇”等五部分构成。其中，“基础理论法学篇”涉及法哲学、法学方法论、比较法和中外法律史等领域的研究；“宪法学与行政法学问题篇”涉及民主理论、公法视野中的公民私有财产和收入分配、法治政府、行政执法以及社区听证等领域的思考；“民商事法学篇”涉及财团法人、法律行为、债的相对性、用益物权、民法权利、占有、未成年人保护、网络与电子商务法等领域的讨论；“经济法学和环境资源法学篇”涉及国企高管薪酬法律规制、公司重整、国家标准立法、征税行为、反垄断诉讼、金融监管等领域的问题的分析；“国际法学篇”涉及领事保护、外国人土地所有权、涉外民事诉讼、欧洲人权法院判决、外空非武器化、欧

盟体育法、中美双反措施案、TPP、国际能源法以及国际私法的价值等领域的问题研究。下卷由“刑法学篇”“刑事诉讼法学篇”和“民事诉讼法学篇”三部分构成。“刑法学篇”涉及刑法中的人、刑事政策、遗传与犯罪、贪污受贿罪、嫖宿幼女罪、刑事司法解释与合宪性解释、企业家犯罪、个人信息以及非物质文化遗产的刑法保护、累犯、刑罚哲学与基础、犯罪化立法、打黑除恶、老年人犯罪等研究内容；“刑事诉讼法学篇”涉及刑事诉讼程序、禁反言规则、法院释明制度、日本检察审查会制度、司法程序现代化、刑事裁判文书、少年司法模式、证据法、刑事强制措施等领域的问题研究；“民事诉讼法学篇”涉及对民诉方法论、民间调解、法院释明权、民诉特别程序、民诉中的诚信原则等问题的思考。

本书由我本人担任主编，由张远煌教授和梁迎修教授担任副主编，同时吸纳了马剑银老师参与编辑和校对工作。由于时间仓促和能力所限，本书不足之处在所难免，尚祈广大读者批评指正。本书的及时出版得益于中国法制出版社的鼎力支持和孙璐璐编辑的辛勤工作，在此谨致以衷心的感谢！

北京师范大学法学院院长

赵秉志教授谨识

2016年4月

目 录

上 卷

基础理论法学篇

唐日两式祥瑞条之“上瑞”色目关系考	吴海航	003
明清时期“田皮权”属性法理研究 ——以民法用益物权为解释工具	柴 荣	020
权利冲突的司法化解 ——基于方法论的分析	梁迎修	037
法律移植、法律工具主义与制度异化	夏 扬	055
试析规范问题的法哲学意义	周 静	070
中世纪欧洲封建法的前世今生	马剑银	085

宪法学与行政法学篇

托克维尔论民主的社会条件	刘培峰	121
美国城市规划中的社区听证及我们的思考	黄凤兰	134
破解行政执法和解的难题 ——基于证券行政执法和解的观察	张 红	147
论公法对合理调整收入分配关系的保障	郭 殊	164

国家征税的宪法界限

——以公民私有财产权为视角	陈 征	184
论行政行为检察监督及其制度优势		
——加快建设法治政府的新路径	唐 璨	204

民商事法学篇

中国民法典制订的宏观思考	江 平	215
论互联网服务提供者的义务与责任		
——以《德国电信媒体法》为视角	韩赤风	225
论财团法人的功能和制度价值	夏利民	237
我国未成年人监护法律制度现状检讨与完善构想	林艳琴	254
民法学上权利客体与权利对象的区分及其意义	刘德良	270
论电子商务立法的国际化与创新	薛 虹	294
论收益权能的用益物权化	宋 刚	310
债的相对性规则辨析	崔文星	326
互联网应用中的消费者权益保护	沈 鹏	346
论占有保护中的“禁止竞合”规则	贾婉婷	364
住宅日照不足的瑕疵担保责任		
——韩国大法院判决介评及对我国的示唆	赵晓舒	376

经济法学与环境资源法学篇

日本绿色化的立法实践及其对我国的启示	冷罗生	397
系统重要性金融机构（SIFIs）监管的国际法制构建与中国回应	袁达松	425
论征税行为的无因性	张晓婷	456
互联网平台竞争与反垄断规制		
——以 3Q 反垄断诉讼为视角	张江莉	468

国家标准落后问题的法学视角剖析	胡俊宏	489
国企高管薪酬法律规制		
——效率的视角	肖 松	505
公司重整中的价值分配：法律原则、现实偏离与制度纠正		
——基于中国上市公司重整实证样本的研究	贺 丹	517
《环境保护法》“按日计罚”条款评析	严厚福	532

国际法学篇

论 TPP 中强化著作权保护之趋向及中国应对	张桂红 刘 宇	551
海外中国公民领事保护立法初探	邢爱芬	569
论国际能源法之性与属	黄振中	581
国际裁军实践中的外空非武器化问题分析	李 滨	592
新《民事诉讼法》实施后相关问题的研究		
——以涉外民事诉讼管辖权为视角	刘懿彤	606
欧洲人权法院判决的国内效力及其监督执行机制	赵英军	622
国际私法的秩序、正义及其衡平	邢 钢	637
欧盟体育赛事电视转播“清单制度”研究	裴 洋	663
“中美双反措施案”中的“公共机构”认定问题研究	廖诗评	679
英国外国人土地权制度历史沿革与政治视野分析	秦晓静	694

下 卷

刑法学篇

关于中国刑法学犯罪构成理论的思考	高铭暄	705
死刑改革：立法和司法两路并进	储槐植	715

贪污受贿犯罪定罪量刑标准问题研究	赵秉志	720
刑法对市场经济秩序的非理性规制及其克服 ——以企业家犯罪实证考察为视角	张远煌	751
宽严相济与刑法修正	卢建平	773
西方国家刑罚哲学述评	吴宗宪	795
实质解释论的应用风险与应对	左坚卫 王 帅	841
从《刑法修正案（九）》看中国犯罪化立法走向	刘志伟	858
“刑变罚恒”的价值背离及其重塑	阴建峰	875
遗传与犯罪的当代思考	狄世深	894
舆论空间、生活实体与法律演进 ——以嫖宿幼女罪可罚观念为中心	赵 军	904
乡村社会解决纠纷传统机制的弱化与法治保障的加强	孙 平 黄 贵	925
企业刑事责任二元模式研究	周振杰	942
场合与对象：刑法合宪性解释界定的另条路径	黄晓亮	958
从罪刑均衡到罪责刑相适应 ——兼论刑法中“人”的消隐与凸显	郑延谱	977
论老年人犯罪从宽暨免死的年龄标准与立法模式	袁 彬	1002
我国非物质文化遗产的刑法保护及其完善	郭理蓉	1011
从中日少年案件处理流程与矫正之比较看少年司法模式	苏明月	1022
新技术背景下个人信息的刑法保护	吴沈括	1034
论确定刑罚的基础	李山河	1050
我国打黑除恶工作的法治检视和思考	彭新林	1071
累犯从严量刑适用实证研究	劳佳琦	1095

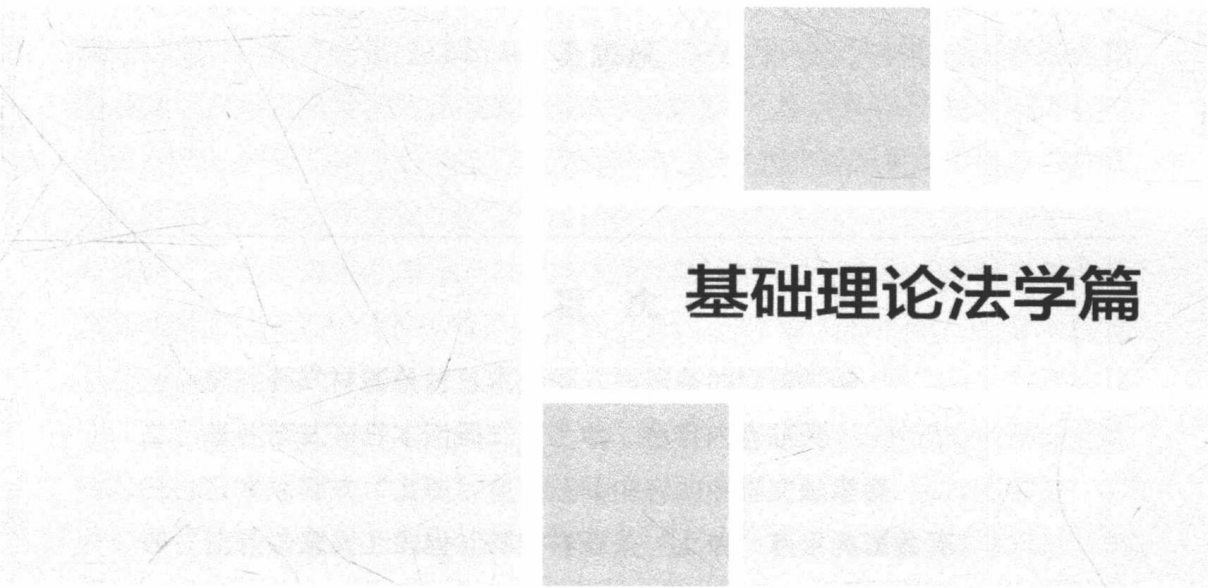
刑事诉讼法学篇

我国刑事速裁程序试点的反思与重构	刘广三 李艳霞	1127
------------------	---------	------

论国际刑事司法中的一事不再理原则	史立梅	1154
刑事证据法学研究的再次转型：从价值表达到精确解释	王 超	1171
日本检察审查会制度改革及其启示	肖 萍	1190
刑事强制措施中的令状制度研究 ——从美国法的角度切入	杨 雄	1201
论司法程序现代化的标准	何 挺	1212
刑事裁判文书说理的困境与出路：以死刑案件为分析样本	雷小政	1223
公法私法互动视角下刑事诉讼制度的运作与发展	孟 军	1239

民事诉讼法学篇

从方法论看近年我国民诉研究	刘荣军	1253
中国传统民间调解的溯源究因	徐胜萍	1277
民事诉讼中法院释明的实证分析 ——以释明范围为中心的考察	熊跃敏	1293
实现担保物权案件特别程序的适用范围 ——从实体法与程序法交错的视角	刘 璐	1312
诚信原则的具象化与禁反言规则的中国式建构	郭 翔	1331



基础理论法学篇

唐日两式祥瑞条之“上瑞”色目关系考^{*}

吴海航

目 次

- 一、唐礼部式祥瑞条对日本治部式祥瑞条的立法影响
 - 二、唐礼部式与日本治部式“上瑞”色目内容胪列
 - 三、日本治部式“上瑞”色目注释内容的中国文献考察
 - 四、比较法意义上的唐礼部式祥瑞条“上瑞”色目渊源蠡测
-

一、唐礼部式祥瑞条对日本治部式祥瑞条的立法影响

唐式在古代日本立法中有直接影响，在日本式的形成过程中，无疑有唐式内容的直接植入或间接植入的情形。在一些日本学者的早期著作中，唐式对日本式的立法影响曾得到部分学者的承认。如大正时期的学者三浦周行在其著作《续法制史研究》中指出，日本历史上曾经存在一个“第二期第一外国法模仿时代”，他将这个“外国法模仿时代”又划分为“律令时代”和“格式时代”。^①很显然，日本学者所使用的“律令”和“格式”的概念，是基于唐代律、令、格、式在日本的传承和影响的事实而给出定义的。但是，虽然日本法史学界较早就使用过“格式时代”的说法，但它并没有像“律令时代”

^{*} 本文原载《北京师范大学学报（社会科学版）》2014年第4期。

^① [日]三浦周行：《续法制史の研究》，岩波书店大正十四年（1925年）版，第658页。

的提法那样得以流行或得到学界的普遍认可,原因正如后来泷川政次郎所做的结论那样:“日本格式受唐代格式的影响微乎其微”。^①然而实际情况并非如此。日本《延喜式·治部式》祥瑞条对唐礼部式祥瑞条的全面继受,就表明唐日两式之间存在着无法割断的渊源关系。我国学者霍存福先生在《唐式辑佚》中列举了唐礼部式祥瑞条内容与日本治部式祥瑞条的种类及色目内容,^②笔者通过进一步地挖掘,对日本《延喜式·治部式》祥瑞条诸色目后增加抑或移植来的注释文字部分,考察其在中国古代文献中的渊源依据,以此证明唐式对日本式的系统影响过程。

关于中国古人对祥瑞物的认识,反映的是中国传统文化对自然界与人类社会关系的认知态度。古人将某种特殊的自然现象赋予其象征意义,使其具有预示吉祥、瑞兆的先验功能,或者期望以某种好的结果应验王朝的统治,其在形式上是为呼应统治者的政治清明,天下太平,因而也称为“瑞应”,在本质上是为当政者的治世效果唱赞歌。

在中国古代,政府往往根据民间已有的神话、巫术、宗教和习俗,选择确认祥瑞物的种类和具体色目名称,并编成图籍供自己解释和利用。早在先秦时期已有文献记载相关内容,这成为后世印证祥瑞物最早出处的基本材料。^③司马迁《史记》中的记载,表明早期有关祥瑞物的选定已初步建立起制度依据,只是当时规定在礼制范畴中:“或言古者太平,万民和喜,瑞应辨至,乃采风俗,定制作。”^④至南北朝时,有儒生开始系统编著《瑞应图记》供统治者参考;^⑤至唐代,有关祥瑞物的记载已见于多种著述,^⑥同时,政府以行政立

① [日]法制史研究会:《法制史研究》第十五册。参见泷川政次郎:《律令の研究·附录·律令史研究》,刀江书院1966年版,第69页。日本学者泷川政次郎的观点影响了日本学界对唐式移植日本的继续探讨。参见拙文“唐代格式东传日本嬗变考”,载《法学研究》2007年第5期。

② 参见霍存福:《唐式辑佚》,社会科学文献出版社2009年版。

③ [西汉]刘歆编、郭璞注《山海经》。参见袁珂:《山海经校注》,上海古籍出版社1980年版。

④ 《史记·礼书》卷二十三,中华书局1959年版,第1160页。

⑤ [梁]孙柔之撰《瑞应图记》,经清人叶德辉辑存,也称《瑞应图》。参见王德毅主编:《丛书集成续编》第84册,新文丰出版公司印行,中华民国七十八年(1989年)版。

⑥ [唐]瞿昙悉达:《开元占经》,参见常秉义点校,中央编译出版社2006年版;[唐]刘蕡:《稽瑞》,参见王云五:《丛书集成初编》,商务印书馆影印后知不足斋丛书本,民国二十五年(1936年)版;[唐]徐坚《初学记》,中华书局1962年版。