



FALITANJIU

法理探究

孟 群 主编

陕西人民出版社

《法理探究》编辑委员会

主 编 孟 群

副主编 梅丽鹏 边晓红 董鹤龄

编 委 (以姓氏笔画为序)

尹继华 边晓红 田 斐 刘争远 李菊萍

孟 群 张 群 贾 创 唐 洁 黄大卫

梅丽鹏 梁 曦 董鹤龄

序

记得好几年前，贺卫方先生邀我参加他刚刚接手的《中外法学》杂志的编辑工作，并委托我为这份杂志拟写一份引证体例。我便利用这个机会，对美国法学院的《统一引证体例》(A Uniform System of Citation)第14版下了一番功夫。这个“体例”是当今美国法学院流行的一部有名的法律写作技术规范，俗称“蓝皮书”。如今已出至第16版。我认真研究了其中的法学文献引证的范围、引证与注释技术等问题。又结合我国目前一些重要学术期刊常见的引证与注释惯例，很快便拟出一份“《中外法学》常用注释规范”。任务虽然完成了，但其中被列为辅助性资料的几项引证资源给我留下了很深的印象——除了书籍、小册子、论著、报纸、尚未出版或发表的材料外，这几项引证资源当中，还包括了学生撰写的法律评论材料，即学生的课业、评论或动态短评，以及署名书评、学生所做的读书笔记等作品。这些都是相对于判例、宪法、制定法、条约及其他国际协议、立法材料、行政文件等权威性资料的辅助性引证资源。当时即为美国学术研究中引证系统的发达、法学院学生的作品在美国法律学术中被认真对待的重要地位而感叹不已。

通常我们撰写论文，都把眼光投注到公开出版的那些刊物、书籍等载体上，几乎没有听说过学生的课业居然也被视作法律论文写作中的引用品。在我国，学生的作品向来得不到应有的重视。在各类文字作品中，学生作品，包括课业、笔记、札记、短论或其他作品的地位

是最低的。我们很难在核心法学期刊中找到一篇引用学生发表或未发表的论文。学生写出的作品，总被认为是一个初学者在学习过程中的习作，是为了掌握某一门知识而进行的辅助性训练的一个环节。它的水平先天被假定为在其老师的写作水平之下，稚嫩、很不完善，存在着需要在导师的指点下才能完善的许多漏洞。而只有极少数学生的写作才能登上法学期刊的大雅之堂。

于是，我常想：这样的一种写作观念是否会在无意识中压抑学生创作的念头和写作的信心？他/她们是否会珍视并小心保管自己的笔记、小论文或其他属于认真思考出结果的东西？是否会因为自己的作品没有发表而忽视或丢掉它们？与本科生不同，研究生的写作，或者说研究生阶段的训练，重在养成分析问题、研究问题的方法和思维习惯。研究生的课业、读书笔记都应被视为自己在研究和探索问题中宝贵的思想材料，应该得到首先是自己的承认和善待。如果包括研究生诸君在内的整个学术共同体都本着这样一种信念，那么我相信对研究生习作的评价不仅会得到极大的提高，研究生的写作成果也会受到应有的重视。

2004级在职法律硕士生班是一个充满活力的集体。他/她们一边工作，一边学习。随着家庭、单位和学校场景的变换，心灵荡漾在刑法、民法等各个实在法之际，游走于学理和司法艺术之间。时光三载，殊堪不易。临近毕业之际，拿出了自己的写作成果。孟群和梅丽鹏等班干部又为出版这部论文集用意筹划，颇费心力。值此论文集出版之际，谨缀数语，聊表祝贺之意。

王 健

2007年6月6日

目 录

第一篇 宪法

英国宪法特征概论	余学军 (3)
英国宪法基本原则略论	张 婷 (7)
试论我国的政党制度	沈沛兰 (12)
浅析知识产权法院的设立	刘小燕 (17)
我国司法解释的改革与完善	刘坤琪 (21)
审判委员会制度的改革与完善	卢 珂 (26)
我国审判委员会制度改革与完善刍议	荆少华 (32)
中国检察制度的传承与发展	贾 创 (37)
试论中国检察官的诉讼角色及与法官的权力分享	王爱军 (42)
人民法院的逮捕决定权应当取消	吴练斌 (46)
法院审判辅助人员制度构建的实践与思考	孙 庆 (50)
试论政府行政行为的立法权限	丁 梅 (55)
税收立法权的横向分配	康 鹏 (59)

第二篇 民商法、经济法

关于民法调整对象的质疑	严掌珠 (65)
“意思自治”在我国市场经济中的价值	韩国福 (69)
共同危险行为浅论	魏新峰 (72)
人身损害赔偿若干问题分析	赵 宏 (77)
医疗纠纷的概念及法律适用和归责	陈玉林 (82)
医疗损害赔偿的范围研究	韩文涛 (87)

论我国精神损害赔偿制度之缺陷与重构	上江涛 (92)
我国目前抵押制度之完善	古 晓 (97)
浅论善意取得制度	贾 菲 (102)
论代位权	李树宏 (107)
代位权构成要件之探讨	董凤国 (111)
浅论表见代理制度	刘 强 (116)
论表见代理	邢鹏程 (121)
浅论我国代表人诉讼制度的完善	龚菊英 (126)
浅谈房屋出租人优先购买权	高北慰 (131)
房屋承租人的优先购买权实务问题之探讨	任慕华 (137)
浅谈承租人的优先购买权	陈映红 (141)
浅析建筑物区分所有的法律问题	刘 君 (145)
论无权处分	
——《合同法》第 51 条的理解及适用之司法尴尬	杨继泽 (151)
《合同法》的诚实信用原则及无效合同制度的立法影响	卢康护 (156)
论合同自由原则	孙李丽 (161)
论合同解释的主体和客体	赵子辉 (166)
格式合同的规制	
——从消费者权利的保护谈起	王娜娜 (170)
试论合同法中的撤销权	张 刚 (175)
论强制缔约制度	何 煦 (180)
浅析合同解除后的法律后果	张舰伟 (186)
违约的责任形式与对违约行为的惩罚	任自力 (190)
论以合法形式掩盖非法目的的民事法律行为	朱 江 (196)
浅谈违约责任与侵权责任的竞合	宾 杨 (202)
撤销权及相关问题的思考	同小虎 (207)
浅论悬赏广告	刘威信 (212)
从一起民事案件看合同解除的法律适用	李 智 (218)
论合同履行中的附随义务	邵 宇 (224)
论电子商务合同纠纷所引起的几个法律问题	周梅青 (229)
网络侵权中名誉侵权行为的几点思考	罗 蓉 (234)
人格权浅论	王晓龙 (239)

对我国亲权内容的立法思考	曹 卓 (243)
论离婚赔偿的构成及完善	侯冀平 (248)
谈我国的婚检制度	刘 霞 (253)
试析《公司法》的修改特点	姜德鑫 (258)
我国公司治理与反思	王 哲 (263)
试论我国公司法人格否认制度	张宜蛟 (268)
关于有限责任制度若干问题的思考	徐本万 (273)
附赠产品质量问题及归责之法律探讨	韩 璟 (279)
商业秘密的相关法律问题探析	王清义 (283)
论商业秘密权的保护	王玉琦 (289)
合伙协议是认定合伙关系成立的要件	董 琪 (295)
试论保险代位权	唐 洁 (299)
论信托在金融领域的运用及其法律规则的完善	朱文坚 (303)
外资银行市场准入问题分析及对策	王广培 (308)
劳动合同无效制度探析	姜晓娟 (313)
因第三人侵权造成劳动者工伤引起双重赔偿问题探讨	腊翊凯 (318)
“一事不再理”原则与支付令的效力	肖 彬 (323)
论网络中的著作权问题	刘 渊 (327)
浅谈经济法的价值	陆娟莉 (331)
论我国公用企业垄断的现状及其法律规制	秦 雁 (336)

第三篇 刑 法

严格遵守“罪刑法定”原则

——浅析判例的运用不适用于刑事案件的审判	田 斐 (345)
“严打”政策与人权保障	郭 娟 (349)
对我国“严打”刑事政策的反思	马亚茹 (353)
共同犯罪概念和分类的反思与重构	王 玮 (358)
论共同犯罪中的实行过限界定	雷鹏华 (363)
正当防卫制度辨析	倪 雷 (368)
谈正当防卫中的必要限度	蔡 毅 (374)

谈正当防卫与特殊防卫的适用	杨建锋 (379)
我国台湾刑法中的不作为犯概念研究	王 嘉 (383)
牵连犯争议问题研究	姚莉勇 (389)
论单位犯罪及其刑事责任	张 健 (394)
认定单位犯罪的几点思考	魏重光 (399)
被告人归案前协助检察机关抓获同案犯后又逃匿的应认定为 立功	张琳明 (404)
剖析未成年人犯罪原因及预防对策	杨 军 (408)
对当前青少年犯罪新情况新特点的分析	元丹措 (413)
关于死刑存废的犯罪学思考	邹定胜 (418)
再论死刑保留之必要	威 那 (423)
我国刑法中死缓制度的思考	程 莉 (427)
浅论职务犯罪及其预防	安 毅 (431)
浅议预防青少年犯罪和教育改造	陈 鹏 (435)
论青少年的激情犯罪及其防治问题	刘秀红 (440)
论家庭暴力受害经历与青少年犯罪之间的因果关系	余 琼 (445)
借鉴国外经验 建构我国暂缓起诉制度	陈晓风 (450)
亚洲犯罪被害补偿法律制度研究	刘 帆 (455)
对刑法中“国家工作人员”的理解	耿震海 (459)
浅析合同诈骗罪的认定	巩树芳 (465)
浅析票据诈骗的行为方式	黄 旭 (470)
浅论商业贿赂	梅丽鹏 (476)
检察机关治理商业贿赂犯罪的对策研究	刘碧侠 (484)
贩卖毒品罪的既遂与未遂标准探析	李广海 (489)
论黑社会性质组织的特征	孟 群 (494)
交通肇事罪主体问题研究	孙永梅 (500)
浅议交通肇事罪中的几个问题	齐劲进 (505)
关于盗窃罪若干问题的研究	佟 玲 (510)
关于赌博罪的认定及法律分析	严 峰 (515)
论我国赌博犯罪的立法完善	王新权 (520)
重大责任事故罪客观要件的认定	熊海淞 (526)
试论生产、销售地条钢的定性	王文军 (531)

关于我国恐怖主义犯罪刑事化的思考	阎宇航 (535)
论组织卖淫罪的立法完善	吴志岭 (539)
关于受贿罪若干问题的研究	田 然 (544)
浅析赃款去向与贪污案件实质的认定	王文宾 (549)
贪污贿赂案件中款项去向对定罪量刑的影响	张文辉 (553)

第四篇 行政法

行政法学的理论基础及体系探试	王 洋 (559)
行政关系与行政法律关系之比较研究	普粉霞 (564)
浅论行政法之信赖保护原则	房 刚 (569)
试论我国行政诉讼的受案范围	刘文武 (573)
优化行政审判活动的机制思考	黄大卫 (577)
关于设立行政诉讼调解制度的调查研究	王晓明 (582)
行政诉讼的协调机制若干问题探讨	杨瀚黎 (588)
行政诉讼中举证责任的探讨	殷卫星 (593)
从一起案件看行政诉讼原告资格审查	周昌柱 (597)
行政诉讼第三人确定	何 周 (601)
行政诉讼撤诉制度研究	王艳玉 (606)
行政权在行政强制执行制度中的地位	杜 楠 (612)
论行政强制执行主体的设置	张 强 (617)
行政规定不可限制民事行为	庞 维 (621)
浅论行政控制权及律师在其中的作用	杨玉玲 (625)
试论法律援助的审查标准	李 珏 (629)
行政问责之浅见	
——关于加强人大“异体问责”的价值思考	吴琼华 (633)
浅议国家赔偿法中刑事赔偿的确认	董鹤龄 (637)
中国刑事赔偿归责原则及立法缺陷	朱小龙 (642)
行政赔偿与民事赔偿的关系	王 森 (646)
行政听证程序适用范围探究	曹建斌 (651)
《行政复议法》第三十条适用问题之辨析	胡桂斌 (657)

试论我国劳动教养制度的立法完善	万晓菲 (661)
对《行政许可法》及实施的评价	方绍民 (666)
试论对肇事肇祸精神病人强制医疗的立法完善	雷晓菊 (670)
对我国公安理论研究工作发展现状及其要求的几点思考	权锐锋 (675)
公安派出所等级评定问题初探	陈 江 (680)
浅谈公安行政执法中的人权保障	王桂胜 周明红 (685)
论公安行政处罚自由裁量权的控制	温 静 (690)
改善执法环境——维护公安民警执法权益	田艳春 (694)
城市化进程中的治安防控体系建设	汤 雷 (698)
论公安部门在突发性事件中的作用和存在的问题	吴海翔 (703)
推进社区警务及基层普法的思考	吴 雪 (707)
警察权力的监督与协调	杨曜任 (710)
公证机构告知义务刍议	苏国峰 (715)
公证审查浅析	魏佩文 (720)
谈审计监督作用的发挥	边晓宏 (725)
论城市规划的法律地位	代晓宏 (730)
城市管理综合执法问题研究	贺亚民 (735)
完善土地征收法律制度的思考	陆春梅 (740)
试谈拆迁安置案件中被拆迁人的权益保护	刘 煜 (746)
浅谈我国生态环境法治建设	于 江 (751)
浅谈完善我国食品安全保障体系	同秀娥 (756)
依法治校的理论 and 实践	巩稳定 (761)
浅谈我国图书馆立法建设	董媛媛 (766)
关于图书馆立法的一些思考	周小文 (770)
利用二维条码技术防止伪造印章	叶智泉 (775)

第五篇 诉讼法

我国人民陪审员制度存在问题及改革构想	刘争远 (781)
试论程序公正	杨 引 (786)
关于错案追究制的几点看法	胡 明 (791)

程序正义：刑事诉讼的基础

——兼论我国刑事诉讼法的缺陷	陈兴龙 (797)
对我国确立诱惑侦查的初步构想	刘玉平 (802)
诱惑侦查的法律规制	王少飞 (807)
试论刑讯逼供	杨卫莉 (812)
略论“坦白从宽、抗拒从严”	吕智勇 (817)
论沉默权制度在我国实行的现实性	王文浩 (822)
试述如何确立限制沉默权	宋朝晖 (826)
论刑事证明责任的承担	党宏军 (831)
刑事证据证明标准问题研究	何慧荣 (836)
试论刑事司法鉴定启动制度的模式及完善	张宏星 (841)
浅议刑事诉讼中的庭前证据告知制度	杜永恒 (846)
关于设立我国刑事訴訟証人出庭制度的思考	曹益彰 (852)
对刑事诉讼中证人出庭制度的思考	
——论关键证人的出庭作证	王 平 (856)
浅析我国刑事诉讼一审程序中的控审不分问题	丁 莉 (862)
错误逮捕与刑事赔偿问题探析	宋小玲 (867)
浅谈刑事审判实践中的人权保护	逯 睿 (872)
程序性辩护——困境及出路	马卫军 (876)
刑事附带民事诉讼中精神损害赔偿问题再研究	翟艳红 (881)
略论刑事被害人赔偿权的完善	薛建彤 (887)
对一审刑事案件合议庭组成人数的探讨	魏 东 (892)
对我国公诉案件移送方式的思考	杨建飞 (896)
浅谈刑罚执行体系的完善	王 起 (901)
浅析人民法院对敏感型案的受理	聂西海 (907)
浅析管辖权异议制度	郭 洁 (911)
对移送管辖问题的思考	刘庆平 (916)
谈科学构建诉讼管辖制度	刘 群 (921)
浅谈完善和改进举证制度	邓永锋 (926)
对证据展示制度的思考	马云鹏 (931)
举证责任的转移	刘 可 (936)
对民事诉讼中撤诉制度的认识	曹 媛 (941)

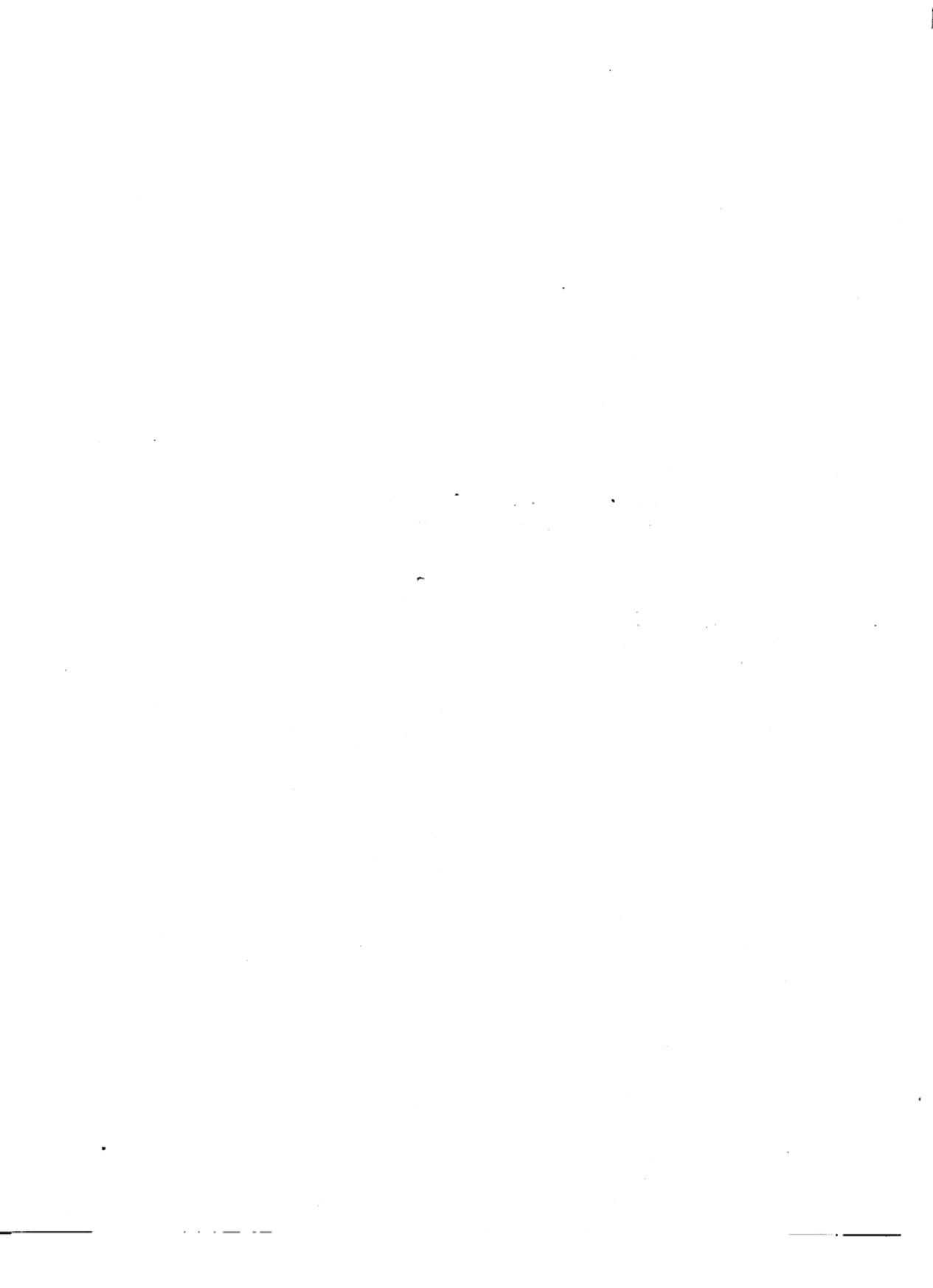
关于完善我国民事诉讼证明标准的若干法律思考	王成军 (946)
我国司法调解制度之我见	田湘利 (950)
民事再审制度改革浅析	房晓健 (954)
民事证据规则举证时效制度的尴尬	孙高峰 (959)
确认合同无效的诉讼时效	刘 雁 (964)
浅论诉讼时效的正当理由	梁 勇 (970)
我国法院调解制度研究	梁 伟 (975)
略论目前法院调解制度的不足与完善	赵 新 (980)
关于设立民事审前调解庭之构想	崔 志 (984)
调解反悔权取消及调解制度的完善	梁永明 (989)
我国民事诉讼缺席审判制度的缺陷及完善	杨铁军 (993)
浅析民事诉讼设立第三审程序之利弊	郭 晖 (998)
浅论裁判解释	金传会 (1003)
试论民事诉讼中的审前准备制度	山有梅 (1008)
民事执行的当事人主义与职权主义	张 超 (1013)
试论民事执行调查权	甘 露 (1018)
浅析执行和解	宫建军 (1023)
论执行权的归属	李增强 (1028)
执行权运行的监督制约机制改革	卢 路 (1032)
论执行救济之完善	任晓东 (1037)
试论执行中的举证	张 群 (1042)
执行通知不宜作为强制执行的前置必经程序	徐继峰 (1047)
民事行政裁判执行的检察监督	钟媛媛 (1052)
试论涉房产登记案件诉讼途径之选择	王 平 (1057)
民事二审监督制度存在的弊端	胡小强 (1062)
刍议保证期间	王 珂 (1066)
对规避举证期限之滥用诉权行为的合理规制	康宏基 (1070)
对目前司法鉴定改革有关问题的探讨	白宁波 (1075)
我国司法鉴定人管理制度的完善	李菊萍 (1080)
司法鉴定管理工作探索	梁 鹏 (1086)
我国司法鉴定制度中的问题及对策	柳 榕 (1091)
我国司法鉴定管理体制浅析	阎小军 (1096)

法医鉴定人出庭质证制度的完善	张宏星 (1100)
行政程序的法律价值	陈永安 (1104)
浅议笔迹分析	张 青 (1109)
刑事诉讼审前侦诉模式研究	梁 曦 (1113)

第六篇 法理、法制史、国际经济法

关于法哲学中几个问题的思考	赵作明 (1119)
浅谈德治与法治的关系	秦 越 (1124)
社会主义法治理念价值目标探	尹继华 (1128)
法治是和谐社会的路径选择	赵全宇 (1133)
公平价值的选择	
——浅析“沉默权”	尹 军 (1138)
法律漏洞及司法补充	刘庆华 (1143)
论现代司法理念与法官素质	吴云青 (1148)
浅谈我国建立适当判例制度的必要性	吴永昭 (1153)
试论“判例制度”的建立	徐娟娟 (1158)
职业化的法官性格特质	张向宏 (1163)
论法律解释的必要性及其目标	程 冬 (1167)
浅议弱势群体与强势群体的权益平衡	李万平 (1172)
对法官独立性的分析	常 巍 (1177)
民事诉讼证据制度中的若干法理学问题	师安宁 (1182)
浅论中国检察权的性质	沈 强 (1187)
法官自由裁量权的必要性及其控制	周慧琼 (1192)
试析完善行政诉讼与建设法治国家	王 晓 (1196)
律师的社会定位及意义	李 维 (1200)
儒家文化对中国古代民法的影响	王 泉 (1205)
浅议中国古代肉刑的沿革	张红玲 (1210)
国际货物买卖中货物特定化问题	刘亚萍 (1215)
后 记	(1221)

第一篇 突 法



英国宪法特征概论

余学军*

摘 要: 自 1640 年英国爆发革命至 1688 年的光荣革命政变, 政治制度上开始实行君主立宪制以及不成文的宪法制。宪法政治起源于英国资产阶级革命时期, 因此, 英国的宪法是最早的宪法。其特点主要表现为: 原始宪法、柔性宪法、不成文宪法、协定宪法。

关键词: 英国 宪法 特点

英国宪法的实质与其他资本主义国家宪法一样是资产阶级意志集中的体现, 是维护和巩固资本主义私有制和社会秩序服务的, 它同时又是资产阶级和封建贵族妥协的产物。但是由于历史传统和资产阶级革命的结果不同, 英国宪法与其他资本主义国家的宪法也有许多不同之处, 呈现出自己的特点。

一、英国宪法是原始宪法

英国宪法的发展, 主要依托于成文性宪法文件及宪法习惯和惯例两种实体法律形态。戴西曾经指出: “英国的注释家, 他们须从多方面探究英国法的构成基础, 这种基础一部分在法律里面, 另一部分在生效已久的惯例和习惯里面。”^① 成文性宪法文件从最早的《人身保护法》到后期的《王位继承法》《人民代表法》, 都围绕了限制王权这个核心。这些文件的内容, 又与当时的国内形势、党派利益、阶级斗争状况等因素相联系, 因而具有比较强的针对性。以《王位继承法》为例, 它的主要内容是规定英国皇位的继承事宜, 同时又规定: “非经国会批准而由国王颁布的法律一律无效; 对下议院提出的弹劾案, 国王无权赦免; 国王应当依照英国法律的规定管理政务。” 法律文件的内容显得具体而琐碎, 立法主旨和动机单一而明确。而作为宪法习惯和惯例, 主要是通过具体事件, 确立法律原

* 作者简介: 余学军 (1970—), 男, 陕西户县人, 西安市公安局治安管理局治安行动大队。

则，形成惯例，并得到后世的遵守。英国宪法诸多原则制度的创制并非出自一部鸿篇巨制的统一法典，而是依靠漫长历史时期的逐步积淀。这种渐进式的立法形态也许正与英美法系判例传统有一定关联，即通过众多个案的归纳得出一般性结论，最终形成具体的法律原则。值得指出的是这种依靠惯例、判例和宪法性文件逐渐勾画出的英宪体系，基本上没有受到外来现成法律制度的影响，具有比较明显的开创性和原生性。这些原则制度主要是结合英国自身情况的原创性杰作，基本上没有抄袭的痕迹。相反，英国宪法的许多实践和制度，如君主立宪制度、责任内阁制度、议会主权原则等，却成为后来许多国家立宪的重要参考模式。孟德斯鸠正是在考察了英国宪政实践之后，才系统地提出了“三权分立”的思想；英国实行的责任内阁制度，更是在世界范围产生了重大影响，战后日本、泰国、斯里兰卡、印度等许多国家都加以仿效，构建本国的政权组织形式，并在实践中对该制度进行了完善和发展。因此，英国被称为“宪政之母国”，英国宪法被称为“原始宪法”。

二、英国宪法是柔性宪法

凡以宪法修改权，交给普通立法机关（议会），而修改程序，又与普通立法手续相同者，则其宪法为柔性宪法。^②英国宪法的主要组成部分是在不同历史时期，议会以一般立法程序制定的宪法性文件，其法律效力与其他法律完全相同，即宪法不具有最高性和派生其他法律的母法地位，宪法与其他法律在效力和修改程序上完全平等，它们的区别仅仅在于调整的法律关系不同。与柔性宪法相对应的是刚性宪法，即制定和修改程序比普通法律严格、具有最高法律效力的宪法。

相比较而言，柔性宪法具有消弭剧烈的政争或革命风潮的机能。也就是说，柔性宪法具有及时适应社会实际变化的功能。例如，前述的1911年《议会法》的制定，就比较圆满地解决了英国上下两院的权力纷争，避免了政局动荡。因此，实行柔性宪法的国家，可以降低暴力革命的几率，因为政治上的利益分配往往通过修改宪法而得以实现。英国宪法演进的主要渠道是针对既有制度的改良，而非全盘革新，这种做法正是造就英国数百年的法律习惯得以传承，并不至产生法律传统断裂的重要动因。时至今日，英国仍有“任何人不得身穿盔甲手持长矛进入议会”的习惯存在。而刚性宪法，“既不易以实行修改为平服革命风潮的手段，而要求修改者，因预知其修改的不易，抑或不愿努力以求合法的修改，而悍然诉诸法律的方法；因此，刚性宪法有时不免为酿成革命的原因”。^③英国数百年宪政实践的结果表明，人民具有“极强的尊重法律与现存秩序的精神”，^④柔性宪