

Jingshi Law Review

京师法律评论

第五卷

主 编 赵秉志



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

Jingshi Law Review

京师法律评论

第五卷

主 编 赵秉志



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP) 数据

京师法律评论.第五卷/赵秉志主编.—北京:北京师范大学出版社, 2011.4

ISBN 978-7-303-12203-5

I. ①京… II. ①赵… III. ①法律—文集
IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 041021 号

营 销 中 心 电 话 010-58802181 58808006
北师大出版社高等教育分社网 <http://gaojiao.bnup.com.cn>
电 子 信 箱 beishida168@126.com

出版发行: 北京师范大学出版社 www.bnup.com.cn
北京新街口外大街 19 号
邮政编码: 100875

印 刷: 北京联兴盛业印刷股份有限公司
经 销: 全国新华书店
开 本: 155 mm × 235 mm
印 张: 32.5
字 数: 581 千字
版 次: 2011 年 4 月第 1 版
印 次: 2011 年 4 月第 1 次印刷
定 价: 52.00 元

策划编辑: 李洪波 责任编辑: 李洪波
美术编辑: 毛 佳 装帧设计: 毛 佳
责任校对: 李 菡 责任印制: 李 啸

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

不积跬步，无以至千里；
不积小流，无以成江海。
骐骥一跃，不能十步；
驽马十驾，功在不舍。
锲而舍之，朽木不折；
锲而不舍，金石可镂。

——《荀子·劝学》

北京师范大学法学院 建院五周年志庆

5th

编辑委员会

学术顾问	江 平 高铭暄 储槐植
主 任	赵秉志
委 员	(按姓氏音序排列)
	柴 荣 陈云生 韩赤风 黄 风
	李希慧 刘荣军 卢建平 宋英辉
	王志祥 吴宗宪 夏利民 熊跃敏
	徐胜萍 薛 虹 张桂红 张远煌
主 编	赵秉志
本卷执行主编	裴 洋

前言

弹指一挥间，北京师范大学法学院即将迎来五岁生日，《京师法律评论》第五卷也在这时与各位读者见面了。按照中国人的习惯，五年算一个小小的阶段，应该做个小结。让我们略感欣慰的是，这五年间，在北师大法学院取得跨越式发展的同时，《京师法律评论》这块年轻的法学研究园地在各界的悉心呵护与浇灌下也已初步呈现出繁荣的景象。作为北师大法学院五周年志庆的专辑，本卷依然秉承“奇文共欣赏，疑义相与析”的选稿宗旨，共收录佳作三十九篇，数量为《京师法律评论》创办以来的新高。

“文章合为时而著，歌诗合为事而作。”当今的中国正处于从传统社会向现代社会转型的关键时期，它把市场化、现代化和社会主义制度的改革三类重大的社会转型浓缩在了同一历史时空，从而构成了一次前所未有的社会变迁，这既是中国法治建设的背景，也同样是中国法学研究的背景。本卷《京师法律评论》以“社会变迁与法治保障”为研讨主题，选取了九篇论文，分别从宪法、行政法、刑法、诉讼法、经济法、知识产权法、国际法等不同视角，对检察权能定性与法律监督机关定位、突发事件中学生权利的保护、行政复议机构的改革、中国区际追赃问题、民生刑法观的提倡、民事诉讼中协同主义理念的发展、经济发展中绿色正义的实现、个人资料的保护等社会变迁所引发的理论与实践问题进行了深入探讨，从而回答了法治如何保障社会变迁中顺利完成这一时代提出的紧迫问题。

“学科专论”栏目包含论文十二篇，基本覆盖了法学各主要学科。作者或依托理论，对税行为做法理学上的深入剖析；或紧贴实务，对工程建设领域贪污贿赂犯罪的侦查难点提出对策；或回溯历史，考证日本式对唐式的继受关系；或展望未来，对我国今后三年应对特别保障措施案件建言献策；或立足本土，提出完善刑事立法以解决我国目前相对紧张的警民关系；或面向世界，对“理性选择”国

际法观进行探讨与批判，可谓凌云健笔、才思泉涌。

“学术争鸣”栏目包含论文八篇。这些文章尤其关注国际、国内法治实践领域中的一些新问题或新动向，并试图提出兼具理论依据和实际可操作性的解决方案，如研究澳门大学横琴校区“管辖权澳门化”对“一国两制”的新发展，探讨东北亚能源运输安全合作法律机制的缺失问题，解读我国《侵权责任法》“产品责任”章的立法新意等，真正做到了百家争鸣。

“比较法研究”栏目包含论文六篇。“他山之石，可以攻玉”，这些文章无论是比较两大法系在责任保险与侵权责任确立上的实践，还是总结各国电子废弃物的回收利用和处置的经验，又或是介绍加拿大版权法的改革思路，都对我国的相关立法与实践大有裨益。

“判例研究”栏目包含论文两篇，对德国法院关于“王致和”商标案的判决及南京市玄武区法院关于“送奶工”案的判决予以了介评。

“法学教育”栏目包含论文两篇，分别探讨了在国内开展全英文法学教学的若干问题和日本法学教育改革对中国的一些启示。

最后，我们要衷心感谢所有向《京师法律评论》赐稿的作者、北师大出版社的编辑同人，以及社会各界的朋友们，对大家的支持、鼓励和鞭策，我们常怀一颗感恩的心。

“士不可不弘毅，任重而道远。”自2011年始，我国进入了“十二五”时期，这是我国社会主义法律体系基本建成之后法治的重要发展阶段。《京师法律评论》将力争为国家推进依法治国、建设社会主义法治国家的战略方针的完成，为法学研究事业的繁荣和发展作出更大的贡献。身为这块小小学术园地里的园丁，我们定会更加努力地耕耘，这既是义不容辞的责任，更是一份荣幸。

编委会

2011年3月

目 录

主题研讨:社会变迁与法治保障

3	检察权能定性与法律监督机关定位的宪法辨析	陈云生
23	发展中国家互联网全球治理战略研究	薛虹
35	论个人资料的法律保护	宋连斌 孔令杰
48	论突发事件中学生权利的公法保障	郭殊
58	论民生刑法观之提倡	卢建平
70	中国区际追赃问题研究	赵秉志 黄晓亮
88	我国行政复议机构的发展、问题及改革	唐臻
99	绿色正义的经济法制保障	张江莉
112	民事诉讼中的协同主义 ——理想抑或现实	熊跃敏 张伟

学科专论

125	刑事一体化视野下的反酷刑与反袭警	蒋娜
135	诈骗罪若干基本问题研究 ——以我国的司法实践为中心	张卫兵
148	工程建设领域贪污贿赂犯罪的侦查难点与对策	徐志
157	论日常家事代理权的行使范围及限制	王葆蔚 仇德胜
169	论国家审计本质演变的行政法理基础	林海
178	税行为论纲	张晓婷
191	预防条约冲突的国际合作法律机制	廖诗评

- 202 “理性选择”国际法观的理论与课题 赵英军
- 213 国际反恐形势下的联合国《禁止酷刑公约》 孟 军
- 228 中国应对特别保障措施案件的法律思考
——以2011—2013年的关键期为考量 ... 郭玉军 刘元元
- 246 论WTO规则下的“文化例外”与中国国际文化产物
贸易法律规制 黄振中 张 杨
- 257 唐礼部式祥瑞条与日本治部式祥瑞条“大瑞”色目关系
考略 吴海航

学术争鸣

- 269 论WTO框架下关税同盟和自由贸易区的界定
——以GATT 1994第24条为中心的考察 ... 夏利民 刘曦子
- 281 东北亚能源运输安全合作法律机制缺失探析
..... 蒋新苗 郭 艳
- 293 外国法的性质与外国法的查明 肖 芳
- 305 著作权领域行政执法与刑事司法的衔接及其完善
..... 张 红 李玉清
- 318 论澳门大学“横琴授权”对“一国两制”的新发展 刘 彬
- 330 从损害补救到风险预防
——《侵权责任法》“产品责任”章立法新意解读 ... 胡俊宏
- 339 死刑案件中非法证据排除规则适用研究
——以“两个证据规定”为主要考察对象 廖 明
- 351 刑事审判法律监督之实质化 程绍燕 王 赫

比较法研究

- 365 黑格尔及其《法哲学原理》 [美] 伍德著 周静译
- 386 责任保险与侵权责任确立的比较法研究 余 纯
- 399 加拿大版权法的改革思路及其借鉴 夏 扬
- 410 电子废弃物回收利用和处置的法律措施
——国外的经验与中国的对策 冷罗生
- 422 质量认证的民法学层面研究
..... [意] 埃莱娜·贝利莎莉奥著 胡俊宏译

- 434 欧盟体育治理模式——国家与体育行会的关系
..... [荷] 罗伯特·西克曼、金威廉姆·苏克著 蔡纹译

判例研究

- 455 王致和案对中国企业海外维权的启示
——德国慕尼黑高等法院第29 U 5712/07号判决评析
..... 韩赤风
- 468 “送奶工”的用工性质辨析 陈文军 陈海挑

法学教育

- 481 全英文中国法学课程若干问题的思考
——以国际私法为视角 霍政欣
- 493 日本法学教育改革概论及其启示 肖 萍

CONTENTS

Topic: Rule of Law and Building of Harmonious World

22	Constitutional Analysis on the Nature of Procuratorial Power and the Allocation of Supervision Authority Chen Yunsheng
34	Strategic Research on Global Internet Governance from the Prospective of Developing Countries Xue Hong
47	A Treatise on the Legal Protection of Personal Data Song Lianbin, Kong Lingjie
57	On the Public Law Protection of the Students' Rights in the Emergency Event Guo Shu
69	On Strengthening Criminal Law Protection for the People's Livelihood Lu Jianping
87	Study on Recovery of the Booties between Regions of China Zhao Bingzhi, Huang Xiaoliang
98	On Development, Problems and Reformation of Chinese Administrative Review Machinery Tang Can
111	Green Justic and Economic Law Zhang Jiangli
122	Cooperating Pattern of Civil Lawsuit: Ideal or Reality Xiong Yuemin, Zhang Wei

Article of Branch

134	Against Torture and Attacking Policeman under Criminal Sciences Integration Jiang Na
-----	--

- 147 Research on Basic Issues of the Crime of Fraud:Based on Chinese Judicial Practice Zhang Weibing
- 156 Difficulties and Countermeasures of Investigating Embezzlement and Bribery Crimes in Engineering Construction Field Xu Zhi
- 168 The Exercise and its Restrictions of Daily Household Matter Authority Wang Baoshi, Qiu Desheng
- 177 The Foundation of the Administrative Law for the Nature of the National Audit Evolvement Lin Hai
- 190 Thesis on Tax Behavior Zhang Xiaoting
- 201 Prevention of Treaty Conflict: International Legal Mechanism on Cooperation Liao Shiping
- 212 The Rational Choice Theory and Methodology in International Law Zhao Yingjun
- 227 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment in the International Anti-terrorist Situation Meng Jun
- 245 Legal Reflections on China's Countermeasures against Special Safeguard Measure Cases of Chinese Products: Focus on the Critical Period from 2011 to 2013 Guo Yujun, Liu Yuanyuan
- 256 On Cultural Exception under WTO Rules and China's Legal Regulation of International Cultural Products Trade Huang Zhenzhong, Zhang Yang
- 266 Textual Research for the Distributive Relations of "Da Rui" (the Greatest Auspicious Sign Symbolized by Ancient Chinese) in "the Auspicious Sign" of Tang Libu (the Board of Ritual) Shi (Formal Regulations) and Japanese Zhibu (the Board of Civil Administration, similar to Tang Libu) Shi (Formal Regulations) Wu Haihang

Contending of Learning

- 280 Determining Customs Unions and Free Trade Areas with the
WTO:An Analysis on Article 24 of GATT 1994
..... Xia Limin, Liu Xizi
- 292 Research on Lack of Legal Mechanism of Cooperation of
Safty of Energy Trasportation in Northeast Asia
..... Jiang Xinmiao, Guo Yan
- 304 Nature of Foreign Law and Proof of Foreign Law ... Xiao Fang
- 317 The Connections and Improvements of Administrative
Enforcement of Law and Criminal Justice in the
Copyright Field Zhang Hong, Li Yuqing
- 329 The New Development for "One Country, Two Systems" by
the Authorization on Hengqin Campus of Macau
University Liu Bin
- 338 From Remedy of Damage to Risk Prevention ... Hu Junhong
- 350 Study on the Application of the Exclusionary Rule for Illegal
Evidence in Death Cases: "Two Rules of Evidence"
as the Main Object Liao Ming
- 362 The Substantiation of Legal Supervision on Criminal Trial
..... Cheng Shaoyan, Wang He

Comparative Jurisprudence Research

- 385 Hegel and His Grundlinien der Philosophie des Rechts
..... Allen W. Wood, Zhou Jing
- 398 A Comparative Study on Liability Insurance and the
Establishment of Tort Liability Yu Chun
- 409 Reform of the Copyright Act of Canada and its Experiences
..... Xia Yang
- 421 Electronic Waste Recycling and Disposal of Legal Measures:
Foreign Experience and China's Countermeasures
..... Leng Luosheng
- 433 Quality Certification: A Civil Law Perspective
..... Elena Bellisario, Hu Junhong

- 452 Models of Sport Governance in the European Union: the
Relationship between State and Sport Authorities
..... J Robert Siekmann, Janwillem Soek, Cai Wen

Analysis of Case

- 467 The Enlightenment of WANGZHIHE Case to the Overseas
Lawsuit of Chinese Enterprises; The Judgment of 29th
U 5712 /07, High Court of Munich in Germany
..... Han Chifeng
- 478 Analysis of the Milkman's Property
..... Chen Wenjun, Chen Haitiao

Law Education

- 492 Reflections on Chinese Law Courses in English Language:
From the Perspective of Private International Law Course
..... Huo Zhengxin
- 504 The Introduction and the Enlightenment of Legal Education
Reform in Japan Xiao Ping

主题研讨： 社会变迁与法治保障



陈云生*

检察权能定性与法律 监督机关定位的宪法辨析

【内容提要】

现行《宪法》第一百二十九条规定人民检察院是法律监督机关；又在第一百三十一条规定人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。前条的规定在宪法上具有国家机关职能意义上的“定位”意义，后条的规定在宪法上具有国家权能意义上的“定性”意义。“定性”标识着检察权是与审判权具有同等权能上的“司法权”；而“定位”则标识着检察机关目前正在行使的职权，还没有在实质意义上行使完全的国家司法性的“检察权”，仅仅是整体检察权能中的部分权能，即法律监督权。法律监督权应朝着完全的检察权方向发展，其最终的理想发展境界应当归位于国家检察权。

【关键词】

• 宪法定性 • 宪法定位 • 整体检察权 • 法律监督权 • 检察机关
• 司法权

中国的检察理论秉承列宁的司法思想，师法苏俄和苏联的检察制度，其立论与建制本来志存高远，但其在中国的建立和发展却是命运多舛，甚至经历了三上三下的坎坷与挫折。尽管如此，中国的检察制度在改革开放

* 北京师范大学法学院教授，中国社会科学院法学研究所研究员，博士生导师，法学博士。
本文为最高人民检察院检察理论研究 2009 年重大课题“中国特色社会主义检察制度的完善”(项目编号：GJ2009AO1)的阶段性成果。