

## 目 录

## 【论文】

- 农村承包经营权抵押融资改革的立法跟进 ..... 许明月( 1 )
- 保险业适用反垄断法问题研究 ..... 周学峰( 14 )
- 刑事庭审实质化与审判方式改革 ..... 熊秋红( 31 )
- 诱惑侦查及其合法性认定  
——法国模式与借鉴意义 ..... 施鹏鹏( 45 )
- 犯罪的本质与刑罚的证成:基于共同善的重构 ..... 郑玉双( 63 )
- 美国宪法的力量和弱点  
——社会系统理论的观察视角 ..... 余成峰( 77 )
- 行政特许法律关系新论 ..... 翟 翌( 96 )
- 讲法治的法理学家:胡适对先秦法家的理解 ..... 喻 中(111)
- 司法如何民主:人民司法的历史阐释与反思 ..... 陈洪杰(126)

## 【民法典编纂】

- 污染环境与破坏生态侵权责任的再法典化思考 ..... 张新宝 汪榆森(140)
- 论我国《民法总则(草案)》的构造、创新与完善 ..... 陈华彬(156)

## 【法政时评】

- 德国业务性促进自杀罪 析 ..... 王 钢(168)
- 德州扑克是赌博吗? 一个比较法律与公共政策的考察 ..... 王长斌(190)

# JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

Bimonthly

---

---

Serial      No. 147      Sept.      2016      No. 5

---

---

## Contents

### Articles

- On the Legislative Follow Up of Mortgage Financing Reform of Management Right of Rural Contracted Land  
..... *Xu Mingyue* ( 1 )
- Research on Application of Antitrust Law in the Insurance Industry ..... *Zhou Xuefeng* ( 14 )
- The Materialization of Criminal Trials and the Revolution of Trial Modes ..... *Xiong Qiuhong* ( 31 )
- Entrapment and the Legal Boundaries: The French Mode as References ..... *Shi Pengpeng* ( 45 )
- The Nature of Crime and the Justification of Punishment: A Reconstruction Based on Common Good  
..... *Zheng Yushuang* ( 63 )
- The Strength and Weakness of the U. S. Constitution: Using “Social Systems Theory” as a Perspective  
of Observation ..... *Yu Chengfeng* ( 77 )
- A New Study on the Legal Relationship of Administrative Franchise ..... *Zhai Yi* ( 96 )
- Pursuit the Rule of Law: Hu Shi’s Understanding about the Pre-Qin Legalist School  
..... *Yu Zhong* ( 111 )
- The Possibility of Judicial Democracy: Historical Interpretation and Reflection on People’s Judicature  
..... *Chen Hongjie* ( 126 )

### Codification of Civil Law

- Reflections on the Recodification of China Tort Liability Law for Environmental Pollution and Ecological  
Destruction ..... *Zhang Xinbao & Wang Yumiao* ( 140 )
- Discussion on t

\*

摘要:

摘要内容，包含分号、逗号、句号等标点符号。

关键词:

关键词内容，包含引号、逗号、句号等标点符号。

(一)农村承包地经营权抵押融资改革:突破农业投入“瓶颈”的制度创新

正文内容，包含冒号、逗号、句号、引号等标点符号。

[1] ... 2002 ... 2012 ... 2005 ... 2013 ... 8 ... 2975 ... 13799 ... 4.6 ... 21% ... :《 ... 》,http://www.51report.com/free/3036677.html。 2015 ... 17242 ... 16.9% ... :《2015 ... 》,http:// gks.mof.gov.cn/zhengfuxinxi/tongjishuju/201601/t20160129\_1661457.html。

效缓解,农业的发展仍受资金不足的严重制约。表明,农业发展资金的需求单纯是不可根本解决的,在市场经济体制下,完全解决农业投入不足问题的思路是行不通的。

造成农业投入严重不足的根本原因在农业资金市场的严重绝缘。我国农业资金的需求不效资金市场而获,满足农业资金需求的主渠道严重堵塞。解决农业投入问题的根本出路也应当是:打破农业资金市场的严重绝缘,使农业资金的需求能够通过资金市场而得到满足。

打破农业资金市场的严重绝缘,必须遵循资金市场的基本规律:资金供给是在保障资金安全支付资金使用价格的交易实现。资金安全是资金提供者现实利益的保障,而资金使用价格是预期利益的保障。其中,资金安全保障是最为基本的要求,对于性的资金提供者而言,如果资金安全不保障,为人提供资金不仅不能使获得收益,反而受损失,是不可自愿提供资金的。因此,资金安全保障问题如果不解决,资金需求者便不可通过资金市场获得资金。

提高资金安全保障程度可有多途径,在现实中,可通过市场竞价而获得等额的财产提供担保,是能够承受的一本途径。如果个人能够提供充分的财产担保,符合资金使用价格,资金提供者绝对会为提供需要的资金。因为,“农业能够提供符合的抵押,正规的融资机构也愿意提供”。<sup>[2]</sup>因此,一旦提供担保是市场获得资金的基本条件,个人提供担保也决定了一个人的融资能力。当个人能够提供充分的财产担保,也能够通过资金市场获得需要的资金。

财产担保能够发挥资金安全保障作用,根本的原因在财产担保可市场化化为等(更多)的资金。提高一个人的融资能力,最有效的是提高个人的可市场化价格的财产担保;提供财产担保,获得资金的也。

上的分析表明,造成我国农业资金市场严重绝缘的根本原因是农业经营者可提供且能够为资金提供者接受的财产严重不足。打破农业资金市场严重绝缘,必须使农业经营者能够获得更多的可用融资的财产。

“三权分置”改革使农村土地上的权利“所有权-承包经营权”二元化为“所有权-承包(经营)权-承包地经营权”三元,使承包地经营权为可自有的备分市场的土地权利。承包地经营权的市场化不仅使为实现农村土地资源市场化配置的基本条件,而且,在农村可用融资的财产,财产在农业资金市场的严重绝缘打破,农业投入问题也必因资金市场渠道而根本的改善。

承包地经营权是根农业资源市场化配置要求而承包经营权中出的一新土地财产权,通过“三权分置”的承包经营权的独立性,解决了农民承包经营权融资的障碍,也解决了农民在承包经营权融资可失“土地”的问题。承包经营权作为纯的土地利用的权利,抵押不农地制度的改革农土地的利益损失,完全可为高性土地权利高的抵押财产。是,我国“三权分置”改革提出了承包关的要求,随着承包地经营权抵押制的推行,可失土地权利为价格的承包经营权直接融资,而承包地经营权抵押融资的农农业经营者

[2] 明、:《农村承包土地经营权抵押的实践经验》,《经济》2016 5, 86。

越多。“允许经营权抵押贷款,拓展农民融资的渠道,解决农用资金投入不足的难题,进一步恢复了承包经营权的财产属性,强化了承包经营权物权性。”<sup>[3]</sup>随着农业经营模式的转变,尤其是承包地经营权市场的繁荣发展,承包地经营权抵押融资也如城市土地使用权融资一样,逐步为满足农业资金需求的基本的融资形式。

承包地经营权抵押融资开辟了农业资金市场的畅通渠道,农业发展资金的需求一渠道不断满足。农业也可如工业一样充分利用资本市场满足发展资金需求,农业发展的投入问题也必因此而得到彻底的解决。

## (二)承包地经营权抵押融资改革的政策推进

在我国承包地经营权抵押融资改革之前,关农村土地权利融资的改革主要是在“两权”的框架下进行的。<sup>[4]</sup>中,取得了一些成果,总体上,并不十分理想。法律制度的障碍<sup>[5]</sup>农民永久丧失“土地”的担忧,是其中最主要的原因。2013年11月12日中国共产党第十八届三中全会作出的《中共中央关于全面深化改革若干问题的决定》(以下简称《决定》)拉开了新一轮改革的序幕。该《决定》第20条指出:“坚持家庭经营在农业中的基础性地位,推进家庭经营、集体经营、合作经营、企业经营等共同发展的农业经营方式创新。坚持农村土地集体所有权,依法保护农民土地承包经营权,发展集体经济。稳定农村土地承包关系长久不变,在坚持完善最严格的耕地保护制前提下,赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能。”

2013年12月23日中央农村工作会议在北京召开,会议通过了《关于全面深化改革推进农业现代化的若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)。2014年1月,中共中央、国务院以中央1号文件的形式正式发布了《关于全面深化改革推进农业现代化的若干重大问题的决定》。该《决定》指出:“稳定农村土地承包关系长久不变,在坚持完善最严格的耕地保护制前提下,赋予农民对承包地占有、使用、收益、流转及承包经营权抵押、担保权能。在落实农村土地集体所有权的基础上,稳定农户承包权、土地经营权,允许承包土地的经营权抵押融资。”中央1号文件的形式明确提出允许承包土地的经营权抵押。

为贯彻落实中央12号文件精神,2015年8月10日国务院发布《关于开展农村承包土地的经营权农民财产权抵押贷款试点的指导意见》(国发[2015]45号,以下简称《指导意见》)。《指导意见》立了试点工作的指导思想,提出了依法有序、自主自愿、稳步推进、可控原则、试点先行、实施工作出了安排。

2015年12月27日第十二届全国人民代表大会第十八次会议通过《关于授权国务院在北京市等232个试点(市、县、市)等59个试点(市、县)行政区域内分别暂时实施有关法律规定决定的决定》,允许在232个(市、县)《物权法》第184条,《担保法》第37条的实

[3] 国强:《论农地流转中三权分置的法律关系》,载《法律适用》2015年第6期,第185页。

[4] 在中央12号文件正式提出“三权分置”之前,我国各地普遍在“三权分置”的实践。人为,20世纪90年代关三权分置的试点已经在全国各地展开。2004年9月,安徽合市发的《关于规范农村土地承包经营权流转的若干规定》,是承包经营权流转行提出的。参见:《农地的“三权分置”及改革问题:政策文本分析》,载《中国农村观察》2016年第3期,第15页。

[5] 根据《物权法》第184条的规定,地役权、宅基地使用权、自留地、自留山等集体所有的土地使用权,除法律另有规定外,不得抵押。《农村土地承包法》仅规定了家庭承包、开荒等承包农村土地,经依法取得土地承包经营权者林权等,土地承包经营权可依法抵押,家庭承包的土地不得直接抵押。

施。该 的 ,使承包地经营权改革 合法的 。

2016 3月15日, 人 、 会、 会、财 、农业 门合 《 》 〈农村承包 地的经营权抵押贷款 法〉的 》, 《农村承包 地的经营权抵押贷款法》( 简称《 法》), 承包地经营权抵押贷款 、 程序 施等 出的安 。 承包地经营权抵押融资改革 的 供 性规则。 上 性 ,农村承包地经营权抵押融资改革 上 模 , 原则 ,最形 性的改革 付 施。

### (三)农村承包地经营权抵押的立法跟进

“ 权 ”的 上允许农村承包地经营权抵押 农村 地 改革的 , 进 一改革的稳 进 , 局 完 必 的。 , 农村承包地经营权抵押融资 的 步 进, 的立法 立法的 当 跟进, 样, 进的改革 果 法律 的形式 ,因此 改革 的 农村所 。 《指导 》,农村承包地经营权抵押融资的 2017 底前完 , 人 会 权 法律 施的最 2017 12月31日。一 ,法律 一改革 出 : 、改 法律 如 法律上 出的 安 。 上 法律, 直接 法律上复 的 , 法律 规 性、强 性、 性、 性 立法 等 的 求,一 ,立法 充 的 ,另一 法 律规 的一 求,进 的表达 的安 。 承包地经营权抵押 的立法 言, 个 问题 立法 。

#### 1.

承包地经营权抵押立法 的问题 式 进 法律表达。 门法 律, 人的 式 一 入 法律 的 ? 如果 门的立法, 一 当 入 法律 的 个法律的 个 ? ‘问题, 者 , 承包地经营权抵押进 门立法 必 , 。 ,承包地经营权抵押 一 担 , 法律 经 完 的担 , 一 的完 性,承包地经营权抵押 人的 式 入 担 的 。 , 农村承包地经营权 身 物权,仍 的 ,〔6〕 ,抵押权 的担 物权,承包地经营权抵押 入 《物权法》担 物权的 。 立法 上, 《物权法》 承包地经营权抵押 入 的法律 。

#### 2.

前的 表 , 承包经营权 出的“经营权” 一使 的 称 “农村承包 地的经 营权”。 ,承包 地的经营权 农村 地经营权的 , “ 权 ”改革 主 农村承包 地 进的。 权 改革总 计的一 , 使 一称 可 。 , 立法的表达 , 使 一称 , 进一步 。 者指出, 立法上, 经营 权 该 的表达, “ 权” “ 经营权” 经营权的 式法律 称。〔7〕 者

〔6〕 :《 进农地 权 经营模式的立法 》,载《 社会 》2016 第7 ,第162页。

〔7〕 3 。

何命名,首先当考虑名称是否涵盖事项主体可  
 设况。因,当考虑否  
 企事活,否设  
 。,设合,那么,使  
 “”名可出逻辑上,因;  
 ,概念比较糊,表明。 ,谓  
 当留,因项主“”离出,  
 即,事活。考虑,比较合  
 名还“”。处“”,表达上  
 。,可表述“”。

### 3. 承包地经营权“抵押融资”的表述问题

,使“”表达。因创设规  
 ,。规  
 ,继续使表达,显够妥当。 ,可  
 向银机,可债。例,  
 购买耕设、较规设施设、购买培育等  
 等,因债同可,限,那么,  
 项创设促受限。因,债,  
 设限,使,可债。  
 ,“”,出列  
 措施, ,措施完必。  
 ,内容选择上,当紧紧围绕内容,当回避  
 、内容, ,无规规。处  
 ,无缝嵌当。

## 原

### (一) 承包地经营权制度与承包地经营权抵押制度统一筹划

“”财设。  
 财上、限、内容、限、等明确,项  
 客可。  
 ,  
 ,何设计影响无必、何  
 排运。例, ,值;  
 受严限, ,可很。 ,使  
 良功,设计必须考虑财求。  
 独、影响, ,盘考虑。

### 1. 承包地经营权的独立性问题

承包地经营权必须是农地权 立的权 ,所 立, 的 求是权 , 权 权的 明 ,权 。 承包地经营权 言, 是 求该权 所 权、承包经 营权是不 的权 , 明 ,承包地经营权 法律上 明 的规 。承包地经营权抵 押 承包地经营权为担保财 ,如果权 立性, 等 担保财 不明 ,在此 情形, 权人 难 断该财 的价 , 担保被担保 权,是 当接受该 担保。在抵押权实行 段, 如果 为抵押财 的承包地经营权 立性,实现抵押权 会受 益 的 权 人的 制, 抵押权担保的 果。

### 2. 承包地经营权应当具有充分的流通性

抵押权的 质属性是价 权,它是 抵押财 的价 担保 权实现的,在被担保 权 不 实现 , 权人可 抵押财 的变价,使被担保 权 满足。如果承包地经营权不 性,它 不适合 为担保财 ;承包地经营权 性越强, 变价的可 越 , 权人 越愿 接 受。当 ,法律上的 性 完 等 实 的 性,实 上的 性在 程 上 受 市场发展程 的 。 便法律上 承包地经营权 不 权制抵如果的进法立法立法立法立法立法立一注



果 物 ,那么, 该 如何处理? 此,请容 再 讨论。

总之, ,必须 确 ; 安 排必须充 考虑该项 担 功 。某 意义上说, 律确 独 、可 转 , 律上 障碍。 必须紧 结合“ ” 同步 , 筹 。 安排 充 考虑该项 功 , 设计则必须 安排 托。 ( )

事物 律 , 身 当事人平等 前 预设 设计。 “ ” 赋予 功 明显 “ ” 导向, , 身 设计则必须遵循 规律, 担 原理 。因 如此, 使 功 充 出 ,使 求 够 最 程 满足。 遵守 规律首先 求坚 自愿原则, 否采 ,如何设 担 , 当事人 协商 式确 。 层组织 强 人设 , 求 机 必须接受 , 机 层层 达指标。 次,遵守 规律还意味 担 设计 违反 规律 强调 损害另 ,否则,便可 影响 功 充 。例如, 顾 人 人 出 合理 求, 使 人 容易获 , 求 人降低贷款安 性 求, 让 人获 多 强 求 人 贷款 , 短 内 做 可 某个 人 处, 此 往, 会日 萎缩,最终, 仍 。 身 设计 遵循 规律,平等 双 当事人 。允许 , 身 “ ” 最 , 变 担 规则 。 另 , 确 自身 特殊性,首先, 集 所 , 户取 ,再 离,形 , 上 所 归 家, 使 律 接创设, 拨、出让 转取 同,因此, 设 、当 事人 害 人 义 等 可 同。 次, 主 植 出, 。 价值性出 , 价值取 物 ,可 影响 出 均可 影响担 物 价值,因此, 人 监督 可 财 完 样。再次, 物 植 , 障 续 性, , 当充 考虑 功 , 可 避免因 质性 影响。 ( ) , , 离 础上 旨 赋予

项 , 设 , 所 所 因此 受 影响,原属某 集 仍 属 该集 ,原 某 所 属户 ,该 户仍享 。禁止 变 归 功

土地用途管制是我国基本的土地制度,关系到粮食安全,任何单位和个人都不得利用承包经营权抵押融资改变土地用途。

#### (四) 承包地经营权抵押对土地利用影响最小化

承包地经营权是权利人利用土地从事农业生产经营活动的权利,而承包地经营权抵押是利用承包地经营权价值担保融资或其他债权的实现。土地利用产生新的财富,为抵押制度不同的设计而实际地影响土地的生产效率,这往往是得不偿失的。尽管无需占有转移抵押财产设定的抵押担保是实现对其利用影响最小化的有效保障,但是,不同的制度设计,也会对担保财产利用带来较大的影响。<sup>〔8〕</sup>抵押制度中能够影响抵押财产利用的主要方面是有关抵押权人和抵押人权利义务的制度和抵押权实现制度的设计。从某种意义上说,抵押对于担保财产的正常利用,不应受到抵押权的任何干涉,非这种利用抵押财产价值的减损并对其债权的安全构成威胁。在抵押权实现方面,对已经形成生产能力的抵押财产,采取不同的方式实现抵押权,也能降低财产利用的效率,这是各种配套设施和生产条件,只有整体利用,才能发挥好的效用,强行将一部分从整体中分离,会降低其生产能力的发挥。在承包地经营权抵押制度设计时,应对抵押制度对农地经营可能带来的影响予以高度关注,以确保抵押对农业生产经营活动的影响最小化。

### 三、承包地经营权抵押立法的几个具体问题

承包地经营权是通过“三权分置”而在农业用地形成的一种新权利,与其他土地的权利相比较,在主体、内容方面,都有新的特点。承包地经营权抵押制度设计应充分考虑这些特点,作出合理的制度安排。笔者认为,就承包地经营权抵押制度的安排而言,应对以下方面的具体问题予以特别的关注。

#### (一) 承包地经营权抵押中的担保财产:承包地经营权

承包地经营权,按照字面理解,应是权利存在于农村已经承包土地上的以土地从事农业生产经营活动的权利。承包地经营权抵押中的担保财产就是承包地经营权。承包地经营权到底是一种什么样的权利,这是首先要考虑的问题。

应该说,承包地经营权在现阶段并没有通过法律进行明确的界定,并不是法定的权利类型,这难免给承包地经营权抵押带来一定的困难。

关于承包地经营权立法定位的问题,学界有不同的看法。按照孙宪忠教授的调研,一些官员提出现,不宜将权利明确确定为物权,农民不需要将这种权利物权化;同时,也有一些学者认为,土地承包经营权本质上是一种用益物权,在权利上再设置用益物权很费解。但一些学者激烈主张,承包地经营权应作为用益物权来进行法律安排,并从法律和行政方面发证,其作为用

〔8〕 古英国的 mortgage 制度要设定保时不要有所有权的转移,而且更要有占有的转移。当时的 mortgage 制度显然是一种一味调整债权而全然不顾担保利用的制度安排,对经济的发展成了重的阻碍。近以来, mortgage 保无在英国还是在英国,都摒弃了这种不合理的安排。这,随着经济的发展,人们在追求债权全保的同时,也开始注意尽可能降低其对担保利用的影响。参见

益 权 然。<sup>[9]</sup>

， 权 的承包地经营权 然更 作为抵押 保 产的要 。但问题的关键是,承包地经营权能 全 权化?从 说, 承包 将 承包的土地 由他 经营时,实 将 土地的经营权授予 他 。承包 将土地 由他 经营,往往 于不同的动 ,有时仅仅是临时的 算, 工, 时将 的土地 邻居耕种,尽管邻居 得 土地的经营权,但这种经营权 能 随时 承包 乡而 。在这种 ,邻居 得的经营权就 作为一种 权来认定。对于承包地经营权我们 能也不应 像对待承包经营权 ,通过在全国推行 承包制来实现全国农地的全面承包。这违 经营权 置 ,更侵害农民的土地利益。 ,基于短期 包、租赁、临时 托 关系而将承包土地 由他 经营的现 , 能是 的存在。在这些 ,承包地经营 的权利都不能是一种 权。

由 然产生一 基本的矛盾:一方面,根据抵押制度的要 ,作为抵押 产的承包地经营权应是 权的权利, 一方面,现实中的承包地经营权又 能 全 权化。 化解这一矛盾?

按照 政策的 ,承包地经营权抵押有 种基本的 :一是承包经营权 以承包经营权中的经营权 定抵押;二是通过 法方 得承包地经营权的 以其 得的承包地经营权抵押。<sup>[10]</sup> 在 一种 ,承包经营权本 是一种 权, 承包 以其中的经营权 定抵押时,其经营权直 从承包经营权中分 来作为抵押中的 保 产。要 其 将经营权从承包经营权中 立 来,按照 权的要 进行 , 成 立于承包权的具有 权的 经营权,不仅没有 要,而且, 作 也 不 行。在 二种 ,经营权 以 法方 得的承包地经营权抵押,其中 杂。承包地经营权不同于国有土地 用权,国有土地 于国 有,国 以通过法 统一定土地 用权的期 , 权利的 , 得和确认方 。但是,承包地由众 的成 体 有,为众 的农 承包,一 而 ,对经营大 、农业企业 农业经营 得承包地经营权 以 地提 要 , 而通过 的 而 得的承包地经营权 以做到统一 。 ,对于 二 承包地经营权, 作为抵押 产而 定抵押权时 有一定的要 。这些要 包括:权利 要有 长时 的存 期、经 的 面 同创 ,权利 法 要 ,经过 法 关的 。

基于以 分 , 认为,对于经营权 权化问题,没有 能提 对的要 ,但经营权 用来抵押的经营权应是 权化的经营权,法 以 定 定 权 经营权的条件和方 , 经营权中的一 部分成为 权的 经营权。同时, 定承包经营权 以直 以承包经营权中的经营权 定抵押 保, 经营权经 定抵押 保,其权利通过抵押 而 权化,在 的 中,应作为 权 经营权对待。

( ) : 、 、

承包地 的农作 、定着 农用 以承包地为存在基础,同 土地 的附着 。在承包地经营权抵押时,这 是 于抵押 产?对于 市建 用地 用权而 ,我国一直 用“房随地走,地随

[9] 同 6 文, 161 。

[10] 《 行 法》 6 条、 7 条。有 将抵押 一种 为承包 土地经营权抵押,将 二种 为流 土地经营权抵押。 况汪险生,郭 :《承包 土地经营权抵押 的实 ——基于对宁夏罗平 和同心 的分 》,《农村经济》2016 年 6 期, 77 。

” [11] 《 》 ? ,  
○  
, , , ○  
, ; ,  
, ○ ,  
○ , ○  
, \ \ ○ ,  
, ○  
, , , ,  
○ , , , \  
, , , ○ ,  
○ , , ,  
○ , :  
○ , :  
D D

,同样可 设 担 担 同 债 同债 。 担 似乎 宜采 形式, 当  
采 质 形式。

(

人 无 处理, 可 给 受让人 风险。 妥善 , 可  
设 登记 , 出 求, 使登记 可 、再 转 。 如果  
再 、 转, 优 打折扣; 同 , 如果 登记  
内容仍五花八门, 必 导致混乱, 严 影响社会交易 安 。 登记环节 处理, 物  
原则, 转让、 人 纳 该项 内容。 如果  
够做 , 登记 物 , 无 再取 人 同意。

### 3. 承包地经营权抵押的登记机关与登记效力

《物 》第127 规 , 县级 上 人 当向 人  
证, 登记造册, 确 ; 《暂 办 》第14 规 , 借贷双 果 区规 ,  
区 主 门 , 区 企 可 转交易平台办理  
登记。 、 、 登记 门 。 阶段 可  
理 , , , (如果仍 必 话)、  
登记, 当 , 登记机 办理。 便 当事人 登记机 办理登记,  
防止登记错误 便 当事人查询。

登记 登记 采登记 主义, 还 登记 抗主义?  
上 , 性质上 《物 》第180 规 “ 招标、拍卖、公 协商等 式取  
荒 等 ”最 接近。 第187 规 , 上述 登记  
主义, 因此, 当 求必须办理 登记, 自登记 设 。

### (四) 承包地经营权的抵押权实现

, 当遵守 律规 式。 ,  
同 求, 即 财 样, 债 人 履 债 当事人  
情形 。 上《物 》规 协议折价 者 拍卖、变卖 式  
, 达 协议 情况 请求人 拍卖、变卖 财 式 ,  
可 适 。

债 ; 个 特别 人 上 折  
卖

债 设

人、

3.

由于承包地经营权的特殊性,为了保护承包地经营的持续性,对承包地经营权的受让人提出要求其具备从事农业生产的条件和能力是必要的,这就有可能出现在以上方式实现抵押权时不能及时发现合格受让方的问题。为使农业生产经营活动不因此而受到阻碍,有必要采取其他合理的方式。笔者认为,以下方式是可以考虑的:(1)转变担保方式。将承包地经营权抵押转变为承包地经营收益权质押等担保形式,避免实现抵押权;(2)增加担保。如在坚持承包地经营权抵押的基础上,增加承包地经营收益权质押或农作物抵押,以使债权人的债权能通过收益或农作物得到清偿;(3)接管经营。在一定时间内由债权人自己或安置更善于经营的第三方接替现有的经营权人经营该承包地,而以经营收益抵偿债务。总之,根据承包地经营权的特点,为了保护农业生产经营的持续性,承包地经营权抵押权的实现方式可以在现行法律规定以外另行规定,没有必要受现行实现方式的限制。但无论采取何种方式,都应当有利于承包地的持续经营,不得破坏或削弱承包地作为农业用地的生产能力。

### On the Legislative Follow Up of Mortgage Financing Reform of Management Right of Rural Contracted Land

Xu Mingyue

**Abstract:** The reform of mortgage financing through management right of contracted land in rural areas has entered the experiment stage, following that will be the legislative follow up based on the reform experience. The legislation on the mortgage financing through management right of contracted land should embody the reform policy spirit, but it also needs to follow the general rules of legislation. When designing the legal system of mortgage of the management right of contracted land, the legal system of right of contracted land management and the right of mortgage of the management right of contracted land should be uniformly planned. The legislation should follow the market law, properly consider the particularity of the management right of contracted land; adhere to the collective ownership of the land, stabilize the contract relations, do not change the land use; and to minimize the impact of mortgage on the use of contracted land. The legislation should make reasonable arrangement of the legal system of the relevant mortgage in accordance with the characteristics of the management right of contracted land.

**Keywords:** management right of contracted land in rural areas; management right of contracted land; mortgage financing through management right of contracted land

(责任编辑: )

# 险 适 反 垄 断 究

\*

摘 要:

, , , , .

关键词:

自 《反垄断 》 施 , 险 如何适 反垄断 , 否 给予 险 豁免 争议。 被反垄断执 机 查处 险 协会 险公司曾竭 主张 给 予 险 豁免待遇, 险 者 人 出 此类 议。<sup>[1]</sup> 最近, 《 险 》 修订 , 险 否 豁免适 反垄断 再次被 出。 析 究, 《 险 》 修订 《反垄断 》 适 供参考意见。

## 、 险 适 反 垄 断 框 架

### (一)中国相关法律现状的初步分析

竞争 灵魂 命 之所 ,因此,竞争 被誉 。 险 商 活 , 险 亦 组 ,因此, 理论上讲, 险 亦 受 竞争 调整。 , 险 专 性 特殊性, 代 均 险 规 套较 完整 监 律 , 设 专门 险 监 机 , , 背景 探讨 险 适 反垄断 ,便 可 避免 会触 险 监 机 竞争 执 机 之间 。

义 竞争 括反 当竞争 反垄断 两 内容。 《 华人 反 当竞争 》( 简称《反 当竞争 》)出台后 久,便 个争议性 ,即 险 上 涉嫌 当竞争 谁 查处, 险监 机 ,还 商 理 门。<sup>[2]</sup> 《反 当竞争 》第3 第2 款规 :“县级 上人 商 理 门 当竞争 监督检查;

\* 北京航空航天 副 , 。 家社 项目“ 恐怖 损害赔偿机 究”( 号: 15BFX166) 阶段性 究 果。

[1] 参见 红:《多 险 协会受 反垄断处 内 给予 险 豁免 》,载《 日报》2013 11月22日,第6版; :《美 反垄断 险 》,载《 险 究》2008 第12 ;李 、 :《 险 豁免适 〈反垄断 〉 可 性 析》,载 、 自主编:《 险 前 》(第2辑),知 出版社2014 版。 者明确反

险 豁免适 《反垄断 》,例如李之 :《论垄断协议规 险 费自律 影响》,载《 险 究》2008 第11 。

[2] 参见 人 险公司 公司服 平 商 理局 当竞争 处 案。



、监督检查的。”<sup>[3]</sup> 的释  
 结 《 险 》 的 释， 险 领域的 竞争的监 权限 分， 终  
 监 权限分 险监 <sup>[3]</sup> 《 垄 》的 ， 曾 垄 执 权  
 监 权的分 。2006 6 ， 常委 次审议的《 垄 （草案）》 2 2  
 曾 ：“ 的垄 ， 、 的， 。” ， 次审议  
 ， 删 ，立 心 的 《 垄 》 空。 ， 何  
 处 垄 执 监 的 <sup>[4]</sup>  
 目的《 垄 》 ， 附 分 知 权 的附 的豁免  
 农 事项的豁免， 险 未 予 豁免。 的《 险 》 ， 险监  
 权 险公 的 竞争 监 ， 未 垄 。 ，  
 ， 险 的垄 ，亦 《 垄 》， 险 豁  
 免的 。 ， 妨 的 险公 事的 的 险经营 ， 《 垄  
 》 15 张 垄 豁免， 垄 执 案审查， 待 。

## (二) 欧美国家的相关制度

### 1. 美国

美 联邦 ，联邦 州 分 权 。 美 联邦 宪 的 ，联邦 权  
 州际商 活 立 控， ， 险 “州际商 活 ”，  
 联邦 的权 范围， 州的权 范围。联邦 1868 的“ 罗诉弗吉尼亚”案  
 确 述 <sup>[5]</sup> ， 1944 的“美 诉东 地区 险 协 ”案，联邦  
 却突 先 的 ， 险 州际商 活 ， ， 权 予 ，  
 ，《谢尔曼 》联邦 垄 亦 险 <sup>[6]</sup> 判例 后， 引 震 ， ，  
 州 心 去 险 的监 权 ， ，联 起 游说 压。美  
 1945 《麦卡伦-弗 森 案》(McCarran - Ferguson)，申 州 险 监 符  
 公 的， 确 险领域联邦 优先 州的 。 注意的 ，  
 案的 ， ， 险 未 州的 监 的 ，联邦 垄  
 险 ， ， “抵 ”(boycott)、“ ”(coercion) “恐吓”(intimidation)的 例 处 ，  
 述 ， 优先 联邦 垄 非州 <sup>[7]</sup> 后，美 联邦  
 列判例， 确 联邦 垄 州 险 的 ，整 看，联邦 联邦

[3] 险 监 督 商 的 职 权 分 先 后 次 同 的 释。参 见 《 审 判 险 公 竞 争 何 确 监 督 检 查 的 答 》 (2000 4 19 ， [2000]1 号)，《 审 涉 险 公 竞 争 的 处 罚 案 何 确 的 函 》 ( 函 [2003]65 号)，《 审 判 商 险 竞 争 否 权 查 处 的 答 》 终 述 争 议。

[4] 参 见 晓 晔：《〈 华 垄 〉 评》，《 究 》2008 4 ；杨 东：《 垄 监 的 协 调 》，《 》2008 1 。

[5] Paul v. Virginia, 75 U. S. 168, 183 (1868).

[6] U. S. v. South - Eastern Underwriters Association, 322 U. S. 533 (1944).

[7] 15 USCS § 1013.

垄断豁免非常宽泛。[8] 《 案》 后，  
留 险 监 非常 免联 ，美 险 监 。  
述,美 险 竞争 采 归纳 : 、 地豁免 联  
， 险 竞争 监 ， ，  
险 监 险 享 豁免 联  
垄断 待遇 。

2. 欧盟

殊 背景, 垄断 (竞争) 目标, 竞争 ,还  
一 项 命,即确 一 。《 同 》 85(1) [ 《 联 运  
》 101(1) ] 禁止“企 订 , 员 阻、限  
同 内 竞争 自 , 协议、 协同 ”。 85(2) 确 述  
禁止 固 协议 无 。 85(3) 地 豁免 。[9]  
( ) 垄断 台后, 垄断 否 险 曾一 。1987  
1 , (ECJ) 一 委员 控德 险 协议 员 险  
垄断 案 中 终 , 垄断 险 。[10] 一 ,  
险 , 险 心 垄断 , 《 同  
》 85(3) 向 委员 豁免 85(1) 申请, 豁免申请 积  
委员 , 委员 。  
险 豁免申请 事 1991 5 31 布 《 险  
一 协议、 协同 85(3) 》, 委员  
, 险 中 协议、 协同 ,豁免 垄断 禁止垄断 协  
议 : (1) 确 索 目 同风险 ; (2) 同 标  
; (3) 一 风险 同承 ; (4) 索 ; (5) 设 证; (6)  
风险 登记 。[11]  
委员 事 1992 (No. 3932/92), 范 内  
中 四 险 垄断 豁免 (   
索 协议; 风险 登记 ), 暂未 。[12] ,  
险 垄断 域 “ 豁免”(block exemption) 省 案  
查 。 险 垄断 豁免 , 一 评

[8] 美 联 一 , “ 险 ”、“ ” 概念 。 See *Group Life & Health Ins. Co. v. Royal Drug Co.*, 440 U. S. 205 (1979); *Union Labor Life Insurance Co. v. Pireno*, 458 U. S. 119 (1982); *St. Paul Fire & Marine Insurance Co. v. Bany*, 438 U. S. 531 (1978).

[9] 《 同 》 85 ,后 号 调整 81 , 《 联 运 》

[10]

[11]

[12]

豁免，以 2010 年 3 月 31 日。[13] 2003 年，欧盟 (No. 358/2003) 评，再 垄 豁免，欧盟 2010 年 3 月 (No. 267/2010)， 2010 算 缩 编 ； 算 ； 包括 赔 再 [14] 由 2010 年 2017 年 3 月 31 日，欧盟 2016 年 欧盟 一 询 告， 豁免 从 欧盟 “ 豁免” 一 缩豁免 。 从 豁免 以 涉 竞争 ， 欧盟 垄 。

### (三) 比较与思考

以 似 ， 们以 ， 们经 一 答 。美 欧盟 背景， 盟 豁免， 邦 垄 待 ， 州 邦 辖 欧 盟 一 。 ，美 欧盟 一 背景， 邦 欧盟 一 垄 执 一 。 美 ， 州 权 ； 欧盟， 像欧盟 一 背景 欧美 一 ， 垄 执 “ 执 ” 一 。 们 们以 欧美一 ， 从 宜 。 《 垄 》 垄 包括 ： 垄 、 地 经营 。 地 经营 ， 由 垄 执 一 执 ， 争 垄 ， 包括： ( 再 ) [15] 三 一 。

[13] Regulation (EC) No. 358/2003 of 27 February 2003.

[14] Regulation (EU) No. 267/2010 of 24 March 2010.

[15] 欧盟 2003 年 (No. 358/2003) ，欧盟 2003 年 豁免 包括“ 豁免 ”。 ，一 ，欧盟 2010 年 (NO. 267/2010) 也 从 豁免 以 删 ， ， 。



火灾， 险公 顿 陷 境 ， 险 惊醒， 真 待 险费 控 。 后， 州 险 协 组织 始积极 险费 控 措 ，抑 险公 竞争。<sup>[17]</sup>

19 世纪 80 后， 又 协 (compact) ，即 险公 订 类似卡 尔协议 协 ， 同选择 名 ，委 设 险费 ， 参 协 险公 同 ， ， 案 非常 限。<sup>[18]</sup>

19 世纪末 始，美 垄 始兴起， 州 维 竞争 ，纷纷 垄 ，禁止 险公 订 协 固 险费 ， 协 终结。

竞争容 险 竞 恶 降低 费， 险 私 订 费 协 又 垄 嫌疑。 境 ， 20 世纪 ， 州 起 险费 。美 堪萨斯州 早 险费 州， 1909 险公 拟 险 费 向州 险监 申 ， 员 申 险费 审核， 防止 低， 险费 调整。虽 险公 起违宪 诉， 未 。联 邦 1914 “德 联盟 险公 诉 维斯”案 确 险费 宪 ， 州 险费 符 公 。<sup>[19]</sup> 判 后， 州 险费 队 伍 。

1944 ，美 东 区 险 协 近 200 险公 垄 控，控 控 违 联邦《谢尔曼 》。 控， 险公 占 美 东 区 6 州 火险 90% ， ， 确 险费 ， 威胁、 非 员 公 采纳 确 险费 。 案 终 诉 联邦 ，终审判 ，《谢尔曼 》 险 。判 还 ：“虽 险 费 避免 险公 恶 竞争，既 险 ， 险 ， ， 险 说，竞争 否 ， 否 予 险 垄 豁免， ， 。”<sup>[20]</sup> 后，美 《麦卡伦 - 弗 森 案》， 州 险 控 ， 予 险 限 豁免 联邦 垄 待遇。 案 刺激 ，美 州先后 险监 案， 含 险费 监 。 州 险 组 专 险费 评估 ， 险公 。 ， 险费 评估 险公 处

[17] Spencer L. Kimball & Ronald N. Boyce, *The Adequacy of State Insurance Rate Regulation: The McCarran - Ferguson Act in Historical Perspective*, 56 Mich. L. Rev. 545, 548 (1958).

[18] 未 。首先， 协 订 础 ， ，无 险公 ； 次，协 缺乏 监督， 险公 暗 降低 险费 扩 ， 协 。

<sup>17</sup> See Angelo Borselli, *Insurance Rates Regulation in Comparison with Open Competition*, 18 Conn. Ins. L. J. 109, 114 (2011).

[19] *German Alliance Ins. Co. v. Lewis*, 233 U. S. 389 (1914). 案 ，德 联盟 险公 堪萨斯州 险公 起诉 讼，请 禁止堪萨斯州 险费 ， ： 险 同 私 订 同， 无

[20]



鼓励 查。<sup>[24]</sup> 算 ， 竞争 执

### (三) 欧美国家对保险信息交换的反垄断规制

厘 ， 信息 ， ， 换 ， 算 衡 弊 ， 寸 换 ， 触 嫌疑。 ， 换 算 把握 又 ， ， 换 衡 弊 ， 寸 把握 。 润。 ， 故 测算 。 ， 故 测算。 掌握 ， 测算 。 ， 史 悠 、 雄厚 ， 积累 往往 撑 算 。 算 美 ， 信息 换 评估 。 ， 评估 咨询 ， (Insurance Services Office, Inc, “ISO”), 1400 ， 覆 美 50 州 ， 赔 ， 测 、 、 荐 。

关商业保的示;第四,当一家保险企业提出要求时,均可合理的、可负担的  
视的向提供上;第五,当消者组织提出要求时,除因公安全的正当理而不  
外外,合理的、可负担的视的向消者组织提供上;第六,当允许保  
险企业意愿使用组织机提供的果。<sup>[26]</sup>  
法满足上的交,则仍适用欧反垄断法的一规则断是  
竞争的不合理制。

( )

中国保险率的监,经历了一个严格制步开的程。1995《保险法》第  
106规:“商业保险的主要险的本保险款保险率,融监督理部门制。保险公  
司的险的保险款保险率,当报融监督理部门备。”中国人民银行在制  
的《关印发〈财保险本险〉〈财保险综合险款〉率及款解的知》中要求“  
公司要严格按时照本款、率开展业,未经人民银行总行批准,不自款、率款解  
进行改。”2002的《保险法》则需要批的保险品“关社会公众利益的保险  
险、法实行强制保险的险新开发的人保险险等”,险则仅需备。保险监督理  
机批保险率时,当遵循“保护社会公众利益防止不正当竞争的原则”。此可见,  
前我国多数财保险的率本上是自的,使是需要报批的保险型,改革向亦是  
市场化自竞争。<sup>[27]</sup>而,市场化改革不相称的是,近,发在保险领域的反垄  
断,多数保险率关。

如国家发展改革委员会省保险行业协会及相关保险公司行罚、新维尔自  
治区发改委新保险行业协会及相关保险公司行罚等,的同之在,保险公司  
地保险行业协会的组织特保险品的保险率达一致协议,而涉的保险行业协  
会往往声称,们样做的的在免保险公司之间的性竞争,防止保险率低而及保险  
公司的偿付。此便问题:第一,实行保险率的自竞争是必会导致保险公司自  
行的保险率低合理水平,会及偿付?第,如果前一问题是,允许保  
险业立固保险率的协议是解决前一问题的必要的最的途径?

欧美国家的保险业的发展历,在保险业发展,保险监的失、保险算  
不够发达,及保险业的自扩张等原因,确实出现了保险人竞相低保,一  
及保险人偿付的现。是,随着现代保险监的强化,特别是保险公司偿付监的  
强,及保险计数保险算的进步,开普商业保险品的保险率已备,再  
保障保险人的偿付为保险率进行价批制已不再充足理,更不用提保险公司  
之间的协议价协同价。欧及美国利州保险率的开市场竞争的,

[26] Regulation (EU) No. 267/2010 of 24 March 2010.

[27] 商业车险为,照中国保监会制的《关深化商业车险款率理制改革的意见》改革试点工作,商业车险的  
款率须法报批,险公司自主保险率的权利会随着改革的深入而渐。照中国保监会制的《深化商业  
车险款率理制改革试点工作》(保监险[2015]24号):保 = 准保 × 率调整数。中,准保 = 准  
纯风险保 / (1 - 附用率)。准纯风险保中国保险行业协会根所集の数进行算确,而附用率  
率调整数险公司自主确。如果保险人使用商业车险示范款的,可分别在[-15%, +15%]范,自主制  
“保数”“渠道数”率调整。



没有导致保 市场秩序的严重混乱或保 司的破产,也从侧面 明了保 司之间在保 率方面的竞争并不必然导致保 率低于保障保 人偿付能力所需的水平。

另外,退一步讲, 使有可能出现保 人之间恶性竞争的局面,也不适合 取保 人之间通过 固定保 率的方式来解 决,因为固定保 率的行为会产生抑制竞争的 果,从而导致定价过高、经济效率低下等 多问题,并且,在我国已实行备 制的情况下,保 管机构可以对保 人 定的保 率进行检查,如果发现 有 率 置不当的情况,可以直接责令保 人 使用或 期 改。<sup>[28]</sup>

在反垄断执法 力下,保 司之间明 胆地通过 来固定保 率的行为已比 少 , 前,更需要关 的是 基于明示 的 定价行为,而 定价的实现 不开信息交换。在欧美国家,长期以来业已形成通过保 行业 会或 业的 率评估机构来汇集保 数据的习惯,并且,其可 依法 受豁免适用反垄断法的待 。在我国, 前是由国务院批准 立的中国保 信息技术管理有 责任 司统一建 、 营和管理保 信息共 平台,并受中国保 会的 督,但是,保 信息共 平台的 营能 豁免适用反垄断法,尚有待明 。

各 在本文 来,保 人之间的信息交换与其他产业的经营者之间共 信息的 法有明 差异,因此,在对其进行反垄断规制时,需要进行利弊的权衡。允许保 业之间共 保 信息的积极 义在于:第一,充足的统计数据是保 人精 计算保 率所需的必要条件,实现保 数据的集中有利于保 业经营效率的提高,也有利于 护保 人的 偿能力。第二,保 管机构对保 率的合理性进行 管时,也需要依赖于数据 出 断。第三,如果不允许保 数据的交换或集中,各保 司只 问法业法立法立问一收立立立法立题问法立改题的在一法立

业的单款实践。形式上，单款包两，完的单款，另则的、门某问的合款，如人的可款。性质上，单款可两，法的强性的，司必须入司的单款，如，《法》规的单款；<sup>[30]</sup>另则业机的、司自愿的、性强的款，如服局(ISO)的财单、单款。单款的历程，经历司自步、的程，程当，立法机。<sup>[31]</sup>致断的指，许多家的业业单。如，业会机单，明性性质强性，允许司可自主，允许司某款进改，允许自的款。

的，全1992—2010间给业的单款集适反断法的，多的，求该单款身必须明明性，司可取该单款可取交易款，该单款必须够。<sup>[32]</sup>2009，会该规的施情况进，合款形式业，业，如业，业受反断的，因此碍业的，此，如果单给业的合款合理的，充的必性。<sup>[33]</sup>上，会2010的，单款“集”的除。明的，的单属反断法“集”的，被完除之外，业仍可《》第101(3) [原《》第81(3)]个的式主特的单款适反断法。可的，2004，人指业会的司业单使的款法律的特”，会该款合《》第81(3)所规

[30] 当，单最型的单，历，单，人自，果家司的款，的，许多单款合理，被人的求严，单款复、难，社会上许多一的报。消除局，

[31]

[32]

[33]

反垄豁免,驳原告。<sup>[34]</sup>  
单款历严格松程,单款主  
会。会《车款理》,  
求会示款,另又鼓励司积极型款,  
似矛盾反映机待单款复杂态。单款垄  
尚理层,者未执门当人此反垄  
,此仍可忽略。上讲,者倾欧盟主,单  
款,当豁免适反垄,当情形去甄别,单款  
所份额、单款,竞争抑,消  
者等因。

虽会单,会冠“示款”义,表明会  
律上。<sup>[35]</sup>反垄视,如果合款竞争  
份额足够,合款户之间交易  
,使款明“示性”,亦可被上,会竞争  
。<sup>[36]</sup>单会消极:司,会  
程上阻碍人款,阻碍司之间竞争;它会使消者  
受,可导消者找适合自款;再,单款可造  
人之间合,某人、被人款,此  
款难自身量被淘汰。

此,们,单款竞争积极。单  
优,却人单撰写单款,特别小  
司,单可降低,降低,最会惠众多  
人被。它便人司所供品比  
,司之间平竞争。质上服物,所供服  
单款,因此,司义比,司  
极近款,普人往往单款仔细评估  
甄别,因此,如果被可单,人之间信息  
情况,难人之间当竞争,易诱司计表上低  
窄、多单款,导逆果。再,单款,  
信息交换厘。厘信息充  
集计析之上。如果人单款,

非常容，险迥异，么，信息异  
常。案，险协标声，  
员，员标知险协，  
，控做标束横向疑，委员，  
算险，，险协设  
知，标享免遇。<sup>[37]</sup>  
述考虑，，险标，宜予  
免，标，案，考虑  
限，否予免。

#### 四、同 险

2013 7 ,湖 省 商 布公 , 张 险 协 组织 险企  
协议 , 涉 协议 险企 订  
险 协议。<sup>[38]</sup> 谓 协议, 般 , 险企 同 风险 订  
协议, 同 险协议 同再 险协议, 范 同 差异。<sup>[39]</sup>  
范 , 同 险 限 险公 “ 同 险 同, 同  
险标 、同 险责 、同 险 限 同 险 险”。<sup>[40]</sup> 险监  
布 同 险 范 , 监 范风险 累 , 否 协  
议 予。<sup>[41]</sup>  
同 险 : 险企 同组  
组织 订 协议 同委托 险企 险 , 员 险  
企 险 签订 险 同, 员 险企 先 险责 , 、  
项 组织 同委托 险企 险 , 同 险, “  
险 同 ”(coinsurance pool)。 同 险(ad - hoc coinsurance), 常 险  
再 余<sup>@v +u</sup> 险 签订 险 同, 商 确 险 、 险 , 后,  
同 险 同 同 险 签订 险 同 先确  
同 险 同 同 险 签订 险 同  
同 险 同 险 签订 险 同 。

[37] 90/25/EEC, Commission Decision of 20 December 1989 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty - Concordato Incendio.

[38] 商 《 公 》 6号:湖 省 张 险 协 组织 协议案;湖 省 商 书(湘 商 字[2012]2号)。

[39] 鉴 同 险协议 同再 险协议 同 , ,

[40]

[41]

同，此之间，当所占份额较，会整状况影响。另一个看，同险某风险自身，可足人风险目，险人风险，因。如果同险，某巨型风险，可出无险人愿意结果。因此，同险，否断，否给予适反断遇，区类型。

巨型风险，如事、模、事，单个险人所无担，数家险公司同形式，情况，协议必合理，会限，断协议。

巨型风险外一风险，可采取两家上险公司同险式，可采取单个险公司独式，情况，同险影响，出判断。同险影响，当同险员公司采同险款，所供险品上同，此险公司之间费，同险协议价式价格，当同险员公司上份额当，会整个险造限，当形断性价，费可维比较水，损人。另外，同险采取险款式，会限险公司创险品单，限人选择，可足人多样求。此同，同险险特那险公司险公司言，缺乏数，风险可无独，可同险途径参，机会型险公司享数。此类同险，采取。

例求，符合同险可享反断，首份额求。集，判断同险协议否限因。参同险险人所占份额很情况，即使同险协议，会造严限。例，当同险参企所占份额超20%，同险言，参企份额超25%，可享反断遇，同“风险”，自险同设之日起3内可享遇，无份额限。所谓“风险”，指、免险，险。<sup>[42]</sup>

还：每家参同险险公司（即出知即）自险同出何；同险协议强参险公司必须险同某类风险，限员险公司险同之外事；同险协议限员域、量，客户；员公司自接险险费结致协议。<sup>[43]</sup>

特同险(ad-hoc coinsurance)，委员会委安永会计事所(简称安永)特同险调。安永2014交究报，可同险所。险上，当某客户险标

[42] Article 6 of Regulation (EU) No. 267/2010 of 24 March 2010.

[43] Article 7 of Regulation (EU) No. 267/2010 of 24 March 2010.

地 一 承 ， 经 说 的 ， 众 的  
一 承 ， 承

,该 会 2011 8 《 》,《 》  
、渠道 , 窗口, 窗口  
理 理, 司 司代理 单 销售, ,  
份额 。 障 , 会 签 司  
。<sup>[47]</sup> 此 价格 份额 , 反 《反 断 》。 ,  
机 , 始出 , 如,江 理局 2015 反  
断 程 外伤 , 仍 B 司  
份额 , 明 属 断 性质。<sup>[48]</sup>  
总之, , 律 , 给 宽泛 性 反 断  
。 核 、 等 型灾 , 单 司 ,  
施,因 ,L ,可 反《反 断 》; 型 外 普  
,则 个 情形 断 给 反 断 。

## 反 断

前 论 可 , , 施 反 断规 施  
。 上,某 施, 如, , 价格机 干预,会  
抑 。

们示,虽 垄  
, , 味 垄  
豁免。 含 竞争 , , 垄  
积极 义 , 垄  
豁免。

## 六、语

, 垄 , 宜 豁免 ,  
豁免 , 垄 ,  
垄 豁免, , 《 垄 》 15 , 殊 , 豁免  
, 豁免 申、审查 核 。 , 美欧 垄 趋势 ,  
垄 豁免 呈 缩 势, , 亦 。<sup>[50]</sup>  
奉 竞争 , 涉 垄 执 。 , 垄  
降低 福 减 ; 陷 ,  
“ 灵” , 偿 。 , 垄 执  
眼 , , 双 。 ,  
垄 豁免 , 负  
职责。 , 切 垄 执 沟 , 免  
, , 健康 。

### Research on Application of Antitrust Law in the Insurance Industry

Zhou Xuefeng

**Abstract:** The insurance industry is a specialized and strictly regulated field, it has a certain particularity in the application of antitrust laws. However, it should not be given industry practices exemption, but should be given the conduct exemption, which means that the insurance industry should be subjected to the antitrust law, except for a certain kind of conduct of insurance business that may be granted to antitrust exemption. We should establish a coordination mechanism between the antitrust law enforcement agencies and insurance regulators in order to ensure the healthy development of the insurance market.

**Keywords:** insurance; antitrust; exemption

(责任编辑:倪鑫煜)

[50] ,1999 废 《 垄 》, 47 减 35 ;2001 又 减 22 , 2009 剩 18 。 黄 喜:《 垄 豁免 —— 竞争 视 》,厦 版 2014 版, 149 。



# 刑 庭 实质化与 方式改革

熊秋红\*

**摘要:**庭 实 化是 的应 要 ,但庭 化是 国 法实 期存在的 出问题。将 方式 问式 为 式,为 庭 化现 、进庭 实 化 定 基础。为 保 庭 在 明 实、定 据、保护 权、 发 定性作用,需要 、 和 规则,充实法庭调 和 。与 同时, 需 式 统 现 、 “ 构” “ 构” 变。 国的 方式 具 权 与当 人 ,但 并 当 人 和 权 的 相 ,而是受到 化 统、法体制、 政策、资 制,体现 出明 的 合性、过 性和变 性。 合考虑制度 、立法 、法 方 , 国宜 立 原则和 持 ,并 法系国 的经验, 化 原则的 和 强 制度 的 当性。

**关键词:**庭 实 化 方式 权 当 人

我国在1979年的刑 讼法中 立了 权主 或曰超 权主〔1〕的 方式。1996年的刑 讼法 改, 方式改革是其中的 点之一。 方式从 问式转为 辩式,被 为是对 当 人主 方式的合理借鉴。但是,以推进庭 实质化为 的方式改革并 有效解决司法实 践中的庭 虚化问题,尤其是 人出庭率相比改革之前并 明 上 ,据此,有学者断言: 方式改革基本上 于失 〔2〕2012年的刑 讼法 改,在 方式的 上,表现出 摆不定的状态:一方面,在 问题上, 了1996年刑 讼法所 立的“复 件 主 ”, 到1979年刑 讼法所规定的全 主 ;另一方面,借鉴 法系国家被 人有 辩的程序分流 能,对于简易程序的适用 作了重大 展,规定基层法院 理的 件,如果 实 、 据充分,被 人承认自 所 行,对 指 的 实和适用简易程序没有异 的,都可以适用简易程序;此外, 建立了 件刑 和解程序,形成了 型刑 司法模式。在新一 的司法体制改革中,国家决策层提出要建立“以 为中 的 讼制度”,强 要实现庭 实质化,在此 下,学术界 出现了 进日本“ 一本主 ”的 声,此外,在完善认 认 从宽制度和刑 速 程序试点以及立法问题的 论中,不少学者所持主 体现出我国的刑 方式应当 当 人主 方 改革的倾 。在本文中, 者拟着重 方式改革与庭 实质化之间的关系,以便 以 为 中 的 讼制度改革中所 及的相关理论和实践问题。

\* 中国社会科学院法学研 所研 ,法学博士。

〔1〕 超 权主 称“强 权主 ”,主要表现为: 之于大 法系 权主 国家, 权更为强大、被 人主体地位 化以及 权的泛行政化。 海 :《刑 讼模式的 进》,中国人民 安大学出 社2004年 ,第427-431页。

〔2〕 :《司法的性质与改革之路》,http://www.aisixiang.com/data/1818.html,2016年6月19日访问。

## 一、刑事审判模式的选择困境与选择前提

我国的刑事审判方式改革是继续向英美法系当事人主义模式靠拢,还是在更高层次上回归大陆法系职权主义模式,这一带有方向性和根本性的问题一直困扰着我国刑事诉讼法学的研究者。在1996年刑事诉讼法修改的讨论中,出现了审判方式改革研究的热潮,当时的主流观点认为:我国的刑事审判方式应当向英美当事人主义方向发展,因为原有的审判方式有一定弊端,主要是法官充当调查证据、审问被告人的主角,控辩双方作用发挥不够,容易造成法官与被告人的直接对抗,不利于客观公正地处理案件。<sup>[3]</sup>这种主张为1996年修改后的刑事诉讼法所采纳,主要表现为:为了防止法官“先定后审”,庭前审查改实质性审查为程序性审查;为保证法官在庭审中的中立性、客观性,吸收直接询问和交叉询问制,增强了诉讼的对抗性,将控辩双方的举证和辩论作为庭审中查明案情的主要方式,形成了“控辩式”的庭审方式。

在2012年刑事诉讼法修改的讨论中,关于审判模式的选择,出现了莫衷一是的局面。一种观点认为,我国的刑事审判方式应当继续向当事人主义方向推进,主要理由包括:它有利于实现程序公正,更符合法治原则下对冲突解决方式以及法院角色的要求;它代表了当今诉讼文化的发展方向;逆传统文化改造诉讼结构,是一剂对症良药,有利于克服我国刑事诉讼制度及其运作的固有弊端;实践证明已实施的改革取得了一定成效,利大于弊,应当继续推进改革而不能倒退。<sup>[4]</sup>另一种观点则认为,我国刑事司法改革应当坚持走职权主义道路,主要原因包括:国家权力主导的制度背景;追求客观真实的司法传统;原有职权主义诉讼的基本构架。<sup>[5]</sup>还有一种观点认为,我国的审判方式改革应当走混合式的道路,这其中又有以当事人主义为基调兼采职权主义或者以职权主义为基调兼采当事人主义之别。<sup>[6]</sup>

一般认为,理想的做法是采取“折衷式”或“混合式”,即取职权主义和当事人主义各自之所长,避其所短,嫁接出一套立足于中国国情,同时又兼有两种模式优越性的刑事审判制度。然而,这种理想化的制度是否存在,即便存在,它在运行过程中是否会因为客观环境的制约而走形,则很少有人对其进行深入的研究。比如,如何判断这种“混合式”必是集两种模式之利、而非集二者之弊,就是一个相当困难的问题。因此,可以说,在刑事审判模式问题上,我们面临着选择的困境。这种选择困境导致我们容易“迷失在主义的丛林中”,难以就刑事审判制度改革的总体方向达成共识。

当前,需要明确的是,我国刑事审判方式改革中的模式选择,应当遵循两个基本前提:

其一,它应当是一种遵循刑事司法国际标准之下的模式选择。无论英美的当事人主义,还是法德的职权主义,都是一种现代型的刑事诉讼制度,二者的共性首先是我们必须予以关注的,这种共性集中地体现为刑事司法国际标准。联合国自1945年创建以来在刑事司法与犯罪预防领域中制定和发布了大量的法律文书,形成了刑事司法国际标准。它包括相互联系的六个体系:一是由《联合国宪章》以及《世界人权宣言》、《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》为主的《国际人权宪章》中的有关规定构成的刑事司法根本性准则体系;二是由关于国际犯罪的联合国公约

[3] 参见陈光中、熊秋红:《刑事诉讼法修改刍议(下)》,载《中国法学》1995年第5期。

[4] 参见龙宗智主编:《徘徊于传统与现代之间——中国刑事诉讼法再修改研究》,法律出版社2005年版,第270-273页。

[5] 参见施鹏鹏:《为职权主义辩护》,载《中国法学》2014年第2期。

[6] 参见汪海燕:《刑事诉讼模式的演进》,中国人民公安大学出版社2004年版,第513页。

规定为主构成的国 法体系;三是关于囚犯待 、 拘禁措施、 罚和少年犯待 的联合国准则体系;四是关于执法、司法机关和官员以及律师守则的联合国准则体系;五是关于被害人权利的联合国准则体系;六是关于开展 司法国 合作以打击犯罪尤其是跨国犯罪的联合国准则体系。<sup>[7]</sup> 我国已经在 1998 年签署了《公民权利和政治权利国 公约》(以下简称《公约》),此外, 参加了 司法领域大量国 性文件(如《禁止酷 和其他残忍、不人道或有辱人格的待 或 罚公约》、《联合国少年司法最低 度标准规则》)的签署。2009 年 4 月 13 日国务院新闻办发布了《国家人权行动计划(2009-2010 年)》,其中谈到:中国“将 进行立法和司法、行政改革,使国 法更好地与公约规定相衔接,为尽早批约创造条件”;2012 年 6 月国务院新闻办在《国家人权行动计划(2012-2015 年)》中重申:中国将“ 稳妥推进行政和司法改革,为批准《公民权利和政治权利国 公约》做准备”。中国政府拟制定新一期国家人权行动计划——《国家人权行动计划(2016-2020 年)》。《公约》中包含着公正审 权国 标准的核心 ,以此为核心形成的 司法国 标准, 疑将为我国 审方式的改革 到导向作用。

其二,它应当建立在对我国现行 审 方式准确认知的基础之上。有学者对现行 诉讼模式进行反思,提出了关于 诉讼模式的 定性 断和肯定性 断。关于 定性 断,主要意为:(1) 现行模式不是封建社会的纠问式;(2)

，代 刑 司 所 品质 ， 人 尊 ， 程序 义 强 ”。〔9〕

刑 审 模式 演 历史 ， 纠纷、社会 规 接

，〔10〕 模式 ， 者 比 差异，刑 审 模式 代转型，多 味 强

规 诉讼 ， 因 ： 弹劾式诉讼 ， 纠纷 刑 诉讼 ； 纠 式诉

讼 ，倾 强 社会 ； 近 代刑 诉讼 ， 奉 主 治原则，会 规 举

足轻 上 。 者 ， 刑 审 “伞形 ”，主 表

：(1)审 人 消极、 听 者，既 庭审程序 “主 者”， 真 “

者”，拥 乎 受 庭 查 ；(2)检察机 庭审 辩 主 平等 当

人， 机 y 家 门机 追查犯罪 又 审 督 特殊诉讼

[ / ；(3)被害人 当 人 庭审 ， u 诉机 合、补充 a 诉 诉主 元

，导致 、辩 量 比失衡；(4) 庭上，辩 人席 被告人席 隔 ，辩 人 被告人合

趋势——、吸。讼  
陆。20世纪40、80末意，  
德刑，  
2009德确刑协商，《德刑讼典》257b：“  
，参讼讨。”讼参  
，结协商；协商罪内容；案  
刑考，裁刑限限；讼参意见；  
意议，协议。<sup>[14]</sup>2004创罪辩，轻罪  
案罪官刑；刑刑5监禁刑  
犯罪；运罪、官刑议、刑议、官核四  
；官裁，。<sup>[15]</sup>德，几  
：刑、刑考《公》  
，<sup>[16]</sup>，刑占趋势。德：“  
考”；“辩刑讼标  
调。辩真、调”<sup>[17]</sup>

英美法 事 义的一 的 向 , 审活 更 地 事 双 ,法官的作用 极。审判 改革 民事诉讼扩展 了刑事诉讼。1979 刑事诉讼法 确立的审判 是一 调法官审 职权的 ,法官在 为查 案 、核实证据 进行调查;在 审查乃 审时发现案 事实不清、证据不 , 权 案 退回检 关 侦查;在 审中,法官直 实 证据 调查 推 审判进行。在旧的审判 ,法官既 “运 员”,又 “裁判 ”, 保 客观、中 立的地 。正 为 ,1996 刑事诉讼法修改,决 采用新的审判 。在新的审判 , 审 活 更 地 控辩双 ,法官 积极查证 为 听证,中立 显 。审判 改革 法实 推 , 非 的呼吁 决 的顶 设 , 说 在我国推行 事 义 诉讼 在着一 的现实土壤。 同时,我国 《公约》的签署 及积极为批约创 ,也意味 着 事 义的 在我国刑事 法中 进一 。

目 正在进行的 法 制改革看,2015 2 高 民法 发布了《 民法 四 五 改革 纲要》, 中 审判 相关的刑事 法改革的内容 要包括:(1)全 贯 证据裁判 , 化 审 中心意 ,落实直 词 , 落实证 、鉴 制 , 实行非法证据排 ;(2)化 权 法保 , 化控辩 诉讼 念, 限制 法措 侦查 的 法监督;(3)健 全轻微刑事案 快 办 制, 推进刑事案 裁 改革;(4) 刑事诉讼中 罪 罚 宽 制 , 告 罪案 不 罪案 的分 制。 述改革举措看,既包括 刑事 法国际标 准的 , 审判 正 化的推进, 落实直 词 、化控辩 诉讼 念;也包括进一 鉴 事 义的 设置, 罪 罚 宽制 。提高刑事审判 的正 化 注 法资源的 配置,既符 世 范围内刑事审判制 发展的 趋势,又符 我国刑事审判制 发展的现实需要。 防冤假错案,要 审实 化;而化解案 的矛盾,要 扩 的 用。

见的是, 我国的刑事审判 向英美 事 义 向继续发展的迹象, 未 我国的刑事审判 不是典 的 事 义, 为 事 义 的判例法制 、陪审团审判、 色的 师行业 是我国的 法环境 的。我国刑事审判 的发展 化传 、法 制、刑事政 、资源 的限制, ,未 的刑事审判 不是 的 事 义,也不是 的职权 义,而是一 立 中国现实国 , 相互 弈,演进、 创 行的刑事审判 。<sup>[19]</sup> 我国现行审判 的 征 及 处的 史阶 看,进一 改革 我国的刑事审判 是极为 要的。

### 三、 审虚化 审实 化

审虚化是我国刑事 法实 中 在的突 问题。 谓“ 审虚化”,是 法官 案 事实 的 法 的 用 要不是 法 调查 辩 的,而是 审 后 案卷的 审查 的, 说,法 的判决 要不是 审的法官作 的,而是 “法官背后的法官”作 的,即 审在刑事诉讼 中 起 实 作用,法 不经 审 也照 作 判决。中 国 民 法 “刑事 审实证 究”课题组 2009 曾 我国刑事 审的现 问题进行了实

[19] 参见左卫民:《中国刑事诉讼 的本土 》,《法 究》2009 2 。

，果发现，庭虚化在刑事诉讼中有相当的普遍性，主要表现为法庭上举证的虚化、质证的虚化、宣读卷宗的虚化以及合议庭的裁判决定的虚化。<sup>[20]</sup>

造成庭虚化的原因致有三个方面：第一，被告人、辩护人等不出庭，对被告人言使用有任意性，作为对被告人言的当庭质难以展开，导致庭虚化。庭法主要庭前庭在卷宗来达致对事实法律适用的判断，形成了一种“卷宗中主义”的模式。第二，法庭前者庭阅卷，造成“庭前庭”者“而不”。1996年的刑事诉讼法，对庭前的庭前庭，实质性为程序性，时取了制卷送（仅送录、人单主要复者照）的法。从理论上分析，衷有利有弊，点在除了程序性之外，法能够在一定程度上对庭中有数，便法庭指，时也是对庭前预程序的一弥补；点在它使程序性不可真正实现，法在对送的卷进行实时，不可地要进行一程度的实，了式改革要求庭实质化入为主的。在作程中，法、察两家在对“主要”的理解上有了分歧，时“复送主”也导致了讼成本的著，了制辩护律师阅卷的外情况，法庭阅卷决定的最理。<sup>[21]</sup>衷式的改革为2012年的刑事诉讼法所抛弃。法全面阅卷的法之，法“入为主”的问题更为凸。第三，庭、会论决一法上法等造成“者不”、“者不”、“上”，从而导致庭虚化成为状态。第，“配合、轻制约”的刑司法制导致庭的决定性作用丧失，强势安、势察、势法的刑司法格局，造成司法实践中的“侦中主”，庭演变为一复核程序，出表现在罪难以从，而是作出所“有余地”的决。

庭实质化庭虚化锋相对，是刑庭的要求，核是被人的刑责任当在庭庭式决。是冤、保障司法正的最一道线，它理实质的把作用。庭是庭庭实质化要求法庭理发现点、理实、明真相，在此基上正适用法律，因此必须戒形式主，庭“”。

程序有普简易之分，式有开庭面之别，论取普是简易、开庭是面，与取衷主的讯问式，与程序不“转”，是“法保原则”的基本要求，则变成了“察司法”。取普程序进行开庭理的，多为被人不罪的，多为、难，在些中，需要强庭实质化的要性；不适用简易程序理的，允许庭，尤在适用刑速决程序时，更要因程序简化完全沦为“橡皮印章”，仅仅对侦程序的论进行的作用。

党的十八届中全会的《中共中央全面进法国若干问题的决》出，要“关

[20] 家弘：《从“庭虚化”“中”》，载《法制日报》2014 11月5日，第10；家弘：《刑庭虚化的实》，载《法学家》2011 第6。

[21] 1998 1月19日最高人民法、最高人民察、安部、国家安全部、司法部、全国人、会法制工作会《刑讼法实施中若干问题的规》第42规：“人民察对在法庭上出、宣读、播的材料当当庭交人民法，实法当庭交的，当在休庭3日交。对在法庭上出、宣读、播庭放人的言的，如果该人供不的言，人民察当将该人的全部言在休庭3日交。”实践中的放法是庭前部分送庭全部送卷材，法裁时主要卷中的材，而不是庭中的举。家弘：《刑庭虚化的实》，载《法学家》2011 第6。

审判 心 诉 ,确 查



要，在陆法和英美法国家，庭审实质化的路径在一审的差异。在我国庭审方式改革以及庭审实质化问题时，需要对以两审终审制问题作出回答：一是我国直接言词原则是传闻规则；二是我国卷宗移送主义是诉讼一本主义。

( )

关于直接言词原则与传闻规则的关，我国学者在不一的法。有学者认为，建立传闻排除规则是贯彻直接言词原则的体现，二者均在我国诉讼中以立。<sup>[25]</sup>从诉讼法以及证据法的完善而言，直接言词原则与传闻规则均为有效；直接言词原则为导性的法律精神，传闻规则为操作性规；当在直接言词原则的提，建立以传闻规则理面言之模式。<sup>[26]</sup>也有学者认为，直接言词原则与传闻规则既有，又有别，我国当立直接言词原则，而不宜传闻规则。<sup>[27]</sup>

在陆法国的诉讼中，立了直接言词原则。直接言词原则由两原则成，直接原则和言词原则。由于二者均以有关诉讼主在场为决且密不可分，故学界将两者视为一原则。直接言词原则包含着以个具规则：在场原则、人出规则、直接规则、审理不间断规则、法不更换规则。

在英美诉讼中，将对质权视为民的一法性权利。要求人宣誓作、使被告人有机会询问人、使陪审够亲自观察评估人的行为举，是法律保障对质权的三个的。<sup>[28]</sup>对质权要求将人开的法上须宣誓，这也就使人被置于伪罪的威胁之。们的词连们的举、态度要在法上受审查。对质权被告人对不利的据提出挑，以便在可的对实作出最有利于的护。因而，被追诉者被出席所有对不利的诉讼程的机会，且可以利用一相对而言不制的直接询问和交叉询问程。

在英美法中，对质权与传闻规则密不可分。根据传闻规则，某一人在法外就实所作的陈被人以面式提交给法，者被另一人法转复出来，这面言和“转言”均为闻据。这“闻据”既不 在法上提出，也不成为法据以对被告人罪的根据。除闻据的原因主要在于这据不可靠和不可信；时，“在 多审中，闻据易拖延诉讼程”；“由于播程中的错误以及人为的欺骗，闻据易被歪曲：它来源于不在场的人，人既不 对言誓，也不会受质，因而可信程度不检验”。<sup>[29]</sup>闻据规则旨在保障人够受双的直接质。英美法中有“最据规则”，它是一规“原始文字材作为据有优权的单原则”，现在原则也适用于录音和照片。<sup>[30]</sup>

陆法中的直接言词原则融合了英美法中的对质权、传闻规则、最据规则等，是一个糅杂了多因的混合。陆法中的直接言词原则与英美法中的传闻规则的根本差异在于：直接言词原则以规法审理行为为核心，而传闻规则以规据资格为核心，在规面言的理面分别形成了自的完，而不是有闻据的除规则和直接言词的抽原则这一

[25] 龙宗智：《庭审实质化的路径与法》，载《法学》2015 5。

[26] 龙宗智：《论面言及用》，载《中国法学》2008 4。

[27] 刘玫、陈衍：《论直接言词原则》，载《审中心与直接言词原则会论文集》，2014 12，51-56。

[28] 王兆鹏：《美国诉讼法》，台湾元照出版有司2004版，383。

[29] [英]特：《尼法原理》，华夏出版社1989版，487。

[30] [美]乔恩·R. 华尔兹：《据全》，弘等译，中国人民安学出版社1993版，335。

简单、实。英美法系国家有传闻证据规则应用于对 制和陪审制的完备理 ,而直接言词原则也有详尽的证人不出庭的具体规定服务于大陆法系的职权主义审 方式,二者的 合性 常明 ,难以实现真正的融合。<sup>[31]</sup> 在英美对 制和陪审制下,为保障陪审团进行不偏不倚的审 ,必须设定证据可采性标准,排除情感因素和不可靠证据的 ,传闻证据规则因此成为证据规则体系中的一项重要内容,“被认为是英美证据法体系的核心与灵魂”。<sup>[32]</sup> 在大陆法系职权主义诉讼模式下,奉行证据形式自由和评估自由原则,如果规定原则上排除传闻证据,将会构成对法官自由心证的妨碍;直接言词原则从规范法官审理行为出发,要求法官的证据调查采取直接和言词方式,仅在 外情形下允许采用书面证言。深入分析我国的刑 诉讼传统和制度,尽管 1996 年刑 诉讼法确立了控辩式庭审方式,但是有关 实 定的主轴仍然表现为对法官审理行为的规范,而 对证据资格的规范,因此,从制度路径上分析, 进大陆法系的直接言词原则当是更佳 。

从立法技术上 ,传闻证据规则 初只是一项简单的排除性规则, 在诉讼中排除庭外陈述,以免不可靠的传闻干扰诉讼。然而,实践证明,对传闻的证据价 不能一 地、绝对地予以否定,因此,英美法系国家都对传闻证据规则进行 外性规定,这些 外性规定越来越多,加上浩如烟海的普通法案 ,形成了一个错综复杂、难以理解的体系,进而造成了法律适用中的混乱。为此,进入 21 世纪以来,英美法系国家对传闻证据规则进行了法典化和简化,但是,传闻证据规则的基本理 和原则在英美法系国家发生了明 的分化,英国的传闻证据规则日益宽松,其基本原则由排除变成采纳;美国限制了法官对传闻证据可采性的自由裁量权,从自由化向严格排除规则回归;澳大利亚的传闻证据排除体现出一定的折衷性,保留了排除性的传闻证据规则,但倾向于将传闻证据的可信性作为采纳的依据,同时在法官的自由裁量权方面,采取了较为宽松的规则,但法官 权根据公平正义的精神采纳传闻,表明澳大利亚对传闻证据的采纳仍然采取较为谨慎的态度。以上情况表明,我国如果 进传闻证据规则,从基本原则到具体规则均存在取舍上的困难,因为英、美、澳的传闻证据规则越来越呈现出明 的差异性。

与英美传闻证据规则相比,大陆法系国家对于直接言词原则所设定的 外相对简明、易行,有利于保障法律适用的确定性。以德国为 ,直接言词原则的 外包括以下几个方面:(1)证人、鉴定人或共同被告人 可 免地不能到庭接受询问时,其以往接受法官询问所作的笔录,或者接受 法官询问时所作的笔录,以及其他的书面说明等,可被宣读;(2)法官询问证人、鉴定人或共同被告人时所作的笔录,如果检察官、辩护人及被告人均同意宣读,则可被宣读;(3)为了帮助证人或者鉴定人恢复记忆或者消除其证言中的矛盾时,其书面证言或鉴定结论可被宣读;(4)为了对被告人的一些特定记忆进行调查或者其新旧记忆之间的矛盾进行澄清时,其在法官讯问时所作的讯问笔录可被宣读;(5)证人以前所作的书面说明如警察制作的检举告发书状等可被 入诉讼程序中;(6)公共机构的证书或鉴定书(如聘任证书、缴税证明、刑罚记录摘录、考试及格证书等)以及医生在履行法医职责时出具的鉴定书或证书,可被宣读;(7)医生就不属刑法第 224 条所规定之重伤的其他身体伤害所做的证明书;(8) 行的鉴定报告(如汽车记速器的摘要记录、血型检验、血液中酒精含量及其回溯计算之结果、医生就血液测验所做的报告等),可被宣读。<sup>[33]</sup> 可见,从立法技术上 ,我国确立大陆法系的直接言词原则更具可行性。

[31] 参见李峰:《传闻证据规则,抑或直接言词原则?——民 诉讼书面证言 理的路径 》,载《法律科学》2012年第4期。

[32] [美]约翰·W.斯特龙主编:《麦考密克论证据》(第5版),汤维建等译,中国政法大学出版社2003年版,“代译序”,第9页。

[33] 参见[德]克劳思·罗科信:《刑 诉讼法》,吴丽琪译,法律出版社2003年版,第433-434页。

## (二)卷宗移送主义与起诉书一本主义

为了保障庭审实质化,需要适度阻隔庭前审查,对庭前审查信息与庭审信息进行必要的切割,以防庭前审查产生预断。为此,在审判方式改革的讨论中,起诉书一本主义为我国不少学者所主张。<sup>[34]</sup>在我国台湾地区,由卷宗移送主义改为起诉书一本主义的讨论也由来已久。<sup>[35]</sup>

从世界各国的情况看,在阻隔庭前审查上,主要采取了三种方式:

其一是起诉书一本主义,以日本为代表。《日本刑事诉讼法》256条明确规定:“起诉书,不得附有可能使法官对案件产生预断的文书及其他物品或者用文书等物。”检察官在提起公诉时,关于案件的实体只能提交一份起诉书,而且起诉书中只能写明被告人的身份、诉因、和罚条等表明控诉主诉所必要的法定事项,起诉书中写明证据或用证据材料的名称,以免控诉方一举而两失而使法官在开庭前形成有利于控诉方的预断。在起诉书一本主义之下,诉讼由当事人双方主导,法院居于中立的裁判者地位,这被视为当事人主义的重要特征。在英美法中,基本上没有起诉书一本主义的制度,但在英美法系架构下庭审并不依照起诉书而进行,实质上相当于起诉书一本主义。但美国庭审是陪审团或由职业法官审判,法官均可阅看诉前审查(preliminary hearing)或大陪审团(grand jury)的卷宗,这些卷宗包括有证据能力及证据能力的证据,以方便法官有效率地指挥诉讼,美国法官阅卷之心并非一纸。<sup>[36]</sup>

其二是对诉前审查主体和庭审主体进行适当的分离。1995年刑法大会决议在题目三“刑事诉讼改革与与人权保护”第4条中指出:“在审理和判决时,推定原则要求法官正不偏。为了实现这种正不偏,必须在诉前职能和庭审职能之间作出明确的区分。此外,作出判决的法官不得与预审阶段的工作。作出判决的法官与对嫌疑人的起诉予以受理的法官不是同一人,这是通常可行的。”<sup>[37]</sup>在英美法系国家,陪审团审判制度,将诉讼指挥者与事实认定(裁判)者分离,使诉讼指挥者被隔离,也与事实认定者是产生偏见无关。

其三是卷宗移送主义,同时实施庭前审查对庭审的隔离。卷宗移送主义的大陆法系国家,为了庭前审查对庭审的隔离,采取了一系列措施。如在法国,刑事诉讼法347条规定重罪法官不能将庭前审查卷宗带入评议。<sup>[38]</sup>在德国,虽然实行卷宗移送制度,但卷宗原则上不得作为庭审之根据。<sup>[39]</sup>在阅卷的主体方面,规定审判员原则上不得接触卷宗;审判长和制作庭审笔录的法官也不得阅卷。德国有所谓的“询问本人原则”,刑事诉讼法250条规定的,对事实的查明如果是建立在一个人的感觉之上,要在庭审中对他进行询问。不得以书面形式的询问或者面言代替询问。<sup>[40]</sup>

起诉书一本主义,有利于排除法官预断,但制度的建立需要以诉因制度、证据开示制度等作

[34] 如陈东、王兆鹏:《我国诉讼方式的结构性缺陷及其矫正》,《法学研究》2000年第4期;王兆鹏:《我国现行〈刑事诉讼法〉150条需完善》,《法学研究》2001年第1期;王兆鹏:《从“复印件主义”走向“起诉状一本主义”——对我国刑事诉讼方式改革的一种思考》,《国家检察官学院学报》2003年第2期;王兆鹏:《我国刑事诉讼制度的定位与改革——以诉权与审判权的关系为切入点》,《法学研究》2004年第5期。

[35] 见王兆鹏:《不并下我国刑事诉讼程序之正议——以证据开示为中心》,台湾《检察新论》2014年第15期,33页。

[36] 见王兆鹏:《不并下庭审的理——我国应实行起诉状一本主义》,台湾《检察新论》2014年第15期,62页。

[37] 《刑法大会决议》,王兆鹏等,中国法制出版社2011年版,120-121页。

[38] 见[法]阿尔·布克:《法国刑事诉讼法》,罗明,中国政法大学出版社2009年版,487页。

[39] [日]克劳思·罗科信:《刑事诉讼法》,法律出版社2003年版,430页。

[40] 见王兆鹏:《以庭审为中心的刑事诉讼制度改革》,《法学研究》2015年第4期。

为配套,牵涉甚广。“如无搭配诉因制度以及证据开示制度,则纵然采用起诉状一本制度,则不但无法达到原先期待之目的,反而有导致审理程序杂乱无效率且被告无法充分行使诉讼权之虞”。<sup>[41]</sup> 英美法系国家传统上实行诉因(count)制度,要求检察官明确告知法院或被告人其所起诉之犯罪,使其与同种犯罪有显著区别,使被告方得以为防御作准备,而起诉的原因决定着起诉的效力、审判的范围和既判力所及。英美法系的诉因制度区别于大陆法系的公诉事实制度。但日本刑事诉讼法在采用诉因制度的同时还保留了公诉事实的概念,并且允许在“不破坏公诉事实同一性限度内”变更诉因,还对诉因变更的种类、根据、具体情形、客观界限、程序、诉因变更命令等作了详细规定,这与原则上不允许变更诉因的英美法的诉因制度有异。在日本,关于公诉事实的同一性判断基础,提出了基本事实同一说、罪质同一说、构成要件共通说、诉因共通说、社会嫌疑同一说、刑罚指向同一说、综合评价说等多种观点。<sup>[42]</sup> 总体而言,起诉书一本主义和诉因制度相互配套,共同保障法官的中立地位和被告人辩护权的充分行使。<sup>[43]</sup> 起诉书一本主义大大加重了辩双方在审判中的责任,因此,辩双方必须在开庭前就案件的实体问题和程序问题做好充分的准备,特别是必须对拟提交法庭的证据材料进行认真的研究,以便在庭审中充分论证本方的主张,为此,必须建立证据开示制度,辩双方相互向对方事先公开本方请求法庭调查的证据材料。<sup>[44]</sup> 在日本的 中 中

卷送主义，庭前形 被 人 预断，当特别 卷送  
自身 当性，主 卷 当性 卷使 当性。 卷 上，当 步  
卷 多 ，打破 卷 性，使 卷 辩信息， 观，  
反映 罪 撑 。 2012 刑 讼 第159 第170 求  
辩 律师 侦 段，辩 人、被害人 讼代理人 段 出 卷送，  
程 上打破 卷 性 单 性， 充 ， 步 。 卷使  
上，庭 前程序 上 程序 可充 卷 ， 庭 程序 当严格 卷 录  
；另外，普 程序 简易程序 ， 卷 使 当 别 ， 简易程序 ， 卷  
， 阅卷可 罪 罪 合 性， 障 理 果  
性。<sup>[48]</sup>

## 、 语

庭 质 刑 求。 1996 2012 刑 讼 轮  
司 庭 质 。 1996 刑 讼 ， 式  
式转 辩式， 卷 送 轻 前预断，庭 质 奠 ，  
遗憾 庭 身“ 明 、 、 裁 ” ，导致  
式 预 达 。2012 刑 讼 卷宗 送 ， 此  
褒贬 。鉴 人出庭 导致 辩式庭 式难 ， 刑 讼 明 人  
出庭 ， 强 人出庭 人 补 ， 使 人 施  
。 轮 司 ， 出 “ 讼 ” ， 取 充  
庭 辩论 举 ，尤 庭 举 、质 规则 ， 接言词原  
则 造 。

庭 质 程 ， 式 性 性 义。 ， 刑 模式  
上，出 莫衷 、摇摆 局 。 出刑 模式 境， 必须明  
前 。 刑 模式 ， 当 遵循刑 司 刑  
式 前 。 此， 刑 模式 型 代型、“伞形 ” “ 形  
”转变， 当 刑 式 求。 当 人主义、 主义抑 衷主义  
，主 当 两 因 ： 刑 总 趋  
势，另 刑 。 此出 ， 致可 预 ： 刑 式  
会朝当 人主义 ， 主义 底色仍 浓厚；它 会 当 人主义 主义 简  
单 ， 受 、司 、刑 、 状况等多 因 ， 出明 合性、  
渡性 变 性。

庭 质 式 论 ， 两个 歧 ： 个 接言词  
原则 闻 规则，另 个 卷宗 送主义 主义。 径上 析，

[48] 万旭：《论侦 当 —— 当前刑 司 析》，载《第九届 韩刑 司 会论 集》，  
2016 7月，第344-350页。

范 官审 核心，传 证 范证 核心；  
， 例 传 证 例 清晰、 把握。鉴 证 运  
证 审查判 诉讼 范 内容，同 证 ，事  
心证 证 ， 背景 ， 、 细、 杂 证 官审查判 证  
较 困 ，采 审虚 针 。起诉书 义  
诉 、证 示 ，还 控辩平 、 官 审判 ，  
引 起诉书 义 辩 师 阅 官

# 查及法

## ——法国式与意

\*

**摘要:**法国最起于法实,要用于、以市场经济的一些。20 90年,关在法国政起,立法者表通过的式法律,立的。新的立法其是2004年的法律对制度进行全的改革,发对机制合法性规制的。与其国相比,法国的式具有特:较周的设定、较的适用原则、较独特的合法性定以较的法权。其,严格定的适用以“以为、为”的合法性定其得国学。

**关键词:**合法性定法国式

### 一、:引发争议的案例

在事诉的相关究中,查<sup>1)</sup>无在中国<sup>2)</sup>还是在一直是

例,可以管 两国在诱惑侦查合法性认定上的分歧:

(一)希瑞尔(Cyril X)变童癖案<sup>[4]</sup>

2004年3月11日,美国移民及海关总署(US Immigration and Customs Enforcement)告知法国司法警察总局,法国公民希瑞尔分别于2003年9月9日23时54分以及2003年9月10日 2时07分登录某 载未成年色情图片的网 ,并下载大量图片。该网 事实上是由美国纽约警署 信息犯罪部所创设及管理,主要对 在的 罪犯进行“ 式”打击(harponnage)。法国警局随 启动预先侦查程序,并于2004年12月17日启动预审程序。2005年10月19日,法国警局对希瑞尔的住宅进行 查,发现两个便 式 、一个CD-ROM、若干 盘和U盘,经审查后发现 面 存有大量未成年人色情图片。检方 以引入、持有以及传播未成年人色情图片的罪名对希瑞尔提 公诉。被告人Cyril对此一控诉持有异议,并向 上诉法院预审庭提出上诉。2006年9月26日, 上诉法院预审庭第二分庭作出维持公诉罪名的终局裁定。被 继续向最高法院提 销之诉。法国最高法院刑事庭于2007年2月7日作出终审判决,宣告美国移民及海关总署此前的诱惑侦查行为激 了被告人的犯意,违反了取证正当性原则以及损害了公正审判权,并 销了 上诉法院预审庭的裁定,移交 尔 上诉法院进行重新审理。法国最高法院在判决理由中仅对诱惑侦查的合法性界 进行了简单的描述:

“( 上 法 ) 定 , 不 ,理 :  
考虑 ,法国 法机关 权 定 国 在 土 所 实 的 ;  
考虑 , 国 的 明 的 (simples renseignements),<sup>[5]</sup>  
法 法国 法机 , 于 , 当 人 可 对 。法国 据 进  
并 发现 人 集 据……;  
考虑 , 的 发现 的 …… 年 人 ;  
考虑 , 有 据 表 明 , 有 人 实 , 上 所  
在 的 并 实 的 策 。 是否 或者 国  
所 设计 并 不 要。 有 机 , 期 问 的 不 同 。  
, 并 不 取 当 性 ”;  
“但 :  
一 , 国 在 国 上 设 立 、可 、 , 在 法 国  
, 所 的 在 法 国 土 , 应 于 法 国 法 的 ; , 上  
法 不 否 权 , 并 段 是 否 与 法 国 的 人 权  
的 是否 ;

[4] Crim. , 7 févr. 2007, n° 06 - 87.753, Bull. crim. n° 37, D. 2007. 2012, note J. - R. Demarchi ; *AJ pénal* 2007. 233, obs. M. - E. C. ; RSC 2007. 331, obs. R. Filniez ; *ibid.* 560, obs. J. Francillon ; *ibid.* 2008. 663, obs. J. Buisson ; *Dr. pénal* 2007. Chron. 29, obs. A. Lepage ; *Procédures* 2007, comm. 147, obs. J. Buisson ; Crim. , 4 juin 2008, n° 08 - 81.045, Bull. crim. n° 141, D. 2008. 1766, et les obs. ; *AJ pénal* 2008. 425, obs. S. Lavric ; RSC 2008. 621, obs. J. Francillon ; *Dr. pénal* 2008. Chron. 10, obs. précitées A. Lepage ; *Dr. pénal* 2009. Chron. 1, obs. D. Guérin - Adde ; M. Quémener, « Réponses pénales face à la cyber-pornographie », *AJ pénal* 2009. 107 et s.

[5] 法国刑事诉讼奉行证据自由原则,任何证据形式均可进入刑事程序。只要不违反取证正当性原则, 便证据存有 ,也可作为简单信息,裁判者在 经对席辩论后决定是 采纳。关于证据自由原则的讨论,参见施鹏鹏:《刑事诉讼中的证据自由原则及其 制》,载《浙江社会科学》2010年第4期,第39-46页;关于简单信息的界定,参见施鹏鹏:《法国刑事诉讼证人作证制度 究》,载何家弘、刘品新编:《证据学论 》,中国检察出版社2005年第10卷,第536-537页。



, , , , , .

;

( ) 《 》 6 、 7 8 、《 》 7

《 》 66 、《 》 113 - 2 、 121 - 7 227 - 23

、《 》 、 591 593

;

“ ( ) :

,

, , , . . . . .

, . . . . .

, . . . . . ”。

颇 戏剧性 , 案 结 果 未因此出 回转, 凡尔赛上诉 极 罕见 出 判 , 维 被 告人希 尔引 、 未 人色情 片 指控:

“ , . . . . .

FTP , , ( D. 27

D. 31), ; ,

( D. 109), , FTP

.

注册 户 该论坛所 布 信息, 可记录 户 IP, 犯罪预防 确打击。美 联邦调查局 2012 6月26日 闻 报会所 布 消息,唯 信 卡 , 网站上显 示出 信 卡 非 使 互联网 兴趣 网 , 可受邀请 该论坛上注册。

2012 2月20日, 反信息 讯 犯罪总 (l'office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication) 自美 纽 联邦调查局 信 息,指称 公 托玛斯涉嫌 互联网上使 假名非 交易信 卡 码。 侦查人员 即 卢 兹 托玛斯 住宅 搜查, 集 若干证 可证明托玛斯 银 卡 互联网上 施 诈骗 。 侦查人员还 诈骗 案 另 犯罪嫌疑人弗洛里安。最终,两名被告人被控非 侵 自 信息处理 、非 修 数 、 组织 诈骗 组 犯罪团伙等罪名。被告人 服,向巴黎上诉 预审庭 出 上诉, 求 撤销指控,败诉后又 同 事 向最 刑事庭 起 撤销之诉。

最 刑事庭 2014 4月30日 驳回 被告人 诉讼请求, 案判 理 摘录如 :〔6〕

“( ) , 事 , : , 联邦 局 ……仅 卡 托玛斯、 弗洛 先生, 示 卡 互联 兴趣;托玛 斯先生指 邀请 注册 卡获 , 门 识, 不 , 除 卡 识。托玛斯 常浏览 卡 ;弗洛 指 , 卡 ‘ (Carder Pro) 中 托玛斯 识; 能 位 审 联邦 局 , 仅 能 视、录 互 IP 。 …… 卡 会 从 转至 。”

“ 被告 托玛斯 :

1. 果先前 不 违 ; 害 ; 手 获 ……;
2. …… 审 仅 指 , 审 先前 卡 务 兴趣, 能 卡 获 前 ……;
3. …… 审 联邦 局 邀请 卡 获 , 获 活动, 审 不 ……;
4. …… 审 务 不 ; 审 不 , 审 被 指 事 仅 不 获 、 被告 弗洛 致。 审 ;

被告 弗洛 :

1. …… 联邦 局 卡 获 被告 被指 , 知识 互 卡 ……;
2. …… 中, 联邦 局 卡 获 , 卡 获 服务。 卡 获

〔6〕 最 刑事庭 托玛斯 弗洛里安 撤销之诉申请 别 阐明理 , 论 逻辑 同, 里 篇幅考虑, 综合处 理。

利论坛’(的能)并不限于方取证,而是网相互联系,单独的网有能力实施与行相关的信息犯罪;因此,美国联调查诱发了犯罪的发,并将结果送法国公权力机关……;

据此,位被告人均认为,相关侦查行为违反了《欧洲人权公约》第6条第1、《法国刑事诉讼法典》序言、第75条、第171条、第591条以及第593条之规定,指控应予以撤销。”

“本院(最高法院刑事庭)经审理后认为:

……考虑到,被告人在此前已在其他网站上显了对行技术以及如何通过使用互联网达此一目的……网站(‘信用利论坛’)是为了查找实施行的证据以及发现犯罪行为实施者,没有任何证据表明,这一网站会促使用从信息转实施行为。

考虑到,前述事实可证明,美国联调查有实施可犯罪行为的诱惑侦查,原裁定程序合法、认定准确,“被告撤销之诉。”

对于前两个,法国学术界的反应不一。对于第一个,学术界普遍持赞态度,因为这合法国统上对诱合法性的界定准,如果诱的仅是为了发现据,则为合法,但如果诱在唆使实施行为,则为法。<sup>[7]</sup>但这一分准在实务中难准把握。<sup>[8]</sup>而且在希变童癖中,最高法院刑庭一方面认为,凡赛上法院提出的“希持有成年人色情图的实要于链接FTP网站以及被人辩称的受第三人怂恿之前”并不必然推导出“国署立的网站并不会使被人,而仅是发现前已存在之实的手段”,另一方面多重,庭法应致力于明“是存在前的据,可实存在应的”,但样性质的“前据”可明“应的”,最高法院刑庭语焉不。<sup>[9]</sup>对于第二个,学术界便存在相当的。如,学者孔(Combes)便认为,最高法院在诱的认定准上出现了转:从实之前存在“”转存在“(实施行为的)趣”。<sup>[10]</sup>也有学者认为,最高法院的决在法律和实上有充分依据,玛斯、里安信用诈与希变童癖有根本的不,前者立的论坛仅是为了“和在的论信息并通过IP地址甄别信息的粘贴者”,而且本“并以国局提供的信息来明被人性施网施网式网施网者

具有普遍性,这均得理论界和实务界共关。中国在2012年的刑诉法改中新了“技术侦查施”,对“底侦查”、“制下交付”等进行了为的规定(第151条)。<sup>[12]</sup>但论从制度规,是从学理解,或者从实践行等方面,中国的“感侦查”制度仍亟待完善。本文将着力法国感侦查制度的立、发展、合法性界定、程制等心题,提法国模式的精,并对时下中国感侦查制度的改革走提出进一步的对策性建。

## 二、法国感侦查制度的立及发展

在法国,感侦查最早源于司法实践,主要用于打击品交易、以及扰乱市场经济的一些犯罪(二前)。<sup>[13]</sup>因未明的成文法,对此一侦查手段的合法性规制主要通过最高法院判的。实上,在将感侦查正式入法律前,法国最高法院判已形成一系为成熟的,所秉承的主导思想一直至。<sup>[14]</sup>2090年代,关涉在法国政然大,直接成立立法者表决通过感侦查的正式法律,具彩。但认制度的立背景,欧盟一体化、国社会在打击品犯罪领的通力合作以及美国的成经验均是制度得以迅速立的重要因素。随着犯罪形态的复杂化、多样化和国化,尤其是犯罪的,感侦查制度在上得到极大的扩充。其中,新的立法尤其是2004年的贝尔本二法律对感侦查制度进行了全面的改革,也进一步发了对侦查机制合法性规制的担忧。

( ) :

1991年2月至4月,法国国关查与查局(DNRED; la Direction nationale des Recherches et Enquêtes douanières)分局的多关高级通过伪身份与交易品,以此集、固定罪,打击日益的品交易动。但在行动中,这些高级为司法警察所捕,并随在轻罪法被预审法裁定以押及提诉,原因是当时的法国法并未允许关取所的“制下交付”以进行件侦查。<sup>[15]</sup>

件随在法国关系统发强力反,关总署及财政部<sup>[16]</sup>接连司法部<sup>[17]</sup>施,要求立放涉,国会会及上院<sup>[18]</sup>亦入其中,并表态支持关系统。为尽解决态,时任的司法部部长利·(Henri Nallet)提立合工作,善的解决方,工作由关总署领导。1991年4月中至5月中,工作行了三会,建分两段进行立法:第一段立

[12] 《中华人民共和国刑诉法》第151条第1款规定,“为了查明情,在必要的时候,经安机关负责人决定,可以由关人其身份实施侦查。但是,不得使他人犯罪,不得用可能害共安全或者发生重大人身的方法”;第2款规定,“对涉及给付品等违品或者财物的犯罪动,安机关根据侦查犯罪的需要,可以依照规定实施制下交付”。

[13] Patrick Maistre Du Chambon, «La régularité des provocations policières : l'évolution de la jurisprudence», in *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 51, 27 Décembre 1989, I 3422.

[14] 这也是为法国感侦查制度虽正式立于2090年代,但学术所援的绝大部分在此之前,下文详。

[15] Robert Belleret, «Au tribunal correctionne

[16]

[17]

[18]

布,设“诱惑侦”司框架,赋予察机“诱惑侦”监;第阶段表律,“诱惑侦”供当律。整个程非常迅速:1991 6月19日,便出,“诱惑侦”律框架步设。此同,组拟“诱惑侦”,6月家警察总局家宪队商,7月最终律交给最。8月,理事会该。12月19日,议会两紧程序(读)表《强打毒品交易犯罪律》(la loi n° 91 - 1264 du 19 décembre 1991 «relative au renforcement de la lutte contre le trafic des stupéfiants», 简称《1991 律》),式确“诱惑侦”,赦海官员指控。门1992出该律适细则。整个程续18个月,间换届,几受很,很程上因案海官员仍之。

## (二)宏观背景

诱惑侦式确里昂海官员讼案接结果,外宏观因仍该式供必参考模当性,尤、际刑事合。

### 1. 美国经验

世上最早使代诱惑侦手段家。早20世纪20代禁酒,警察便常假扮客购酒,打酒。〔19〕战后,毒品理局(Drug Enforcement Administration)频繁使“控交付”打毒品交易,20世纪70代80代输出家,获际社会当程可。20世纪60代便打跨境毒品交易犯罪紧合。创设1933 1953 深层“打非交易毒品办公室”(OCRTIS;L'Office central pour la répression du trafic illicite de stupéfiants)〔20〕便类毒品理局机设,主责毒品犯罪域信息集,“协调警宪队调”,打境内外毒品犯罪。者,内·莱维(René Lévy)考证,“打非交易毒品办公室”麻物危险物理局(BND: Bureau of Narcotics and Dangerous Drugs, 缉毒局前身)醉缉毒局切侦合,施控交付。内司践,“打非交易毒品办公室”使诱惑侦,多受察机监。〔21〕“毒品联”(Drug Policy Alliance)首席官纳德(Ethan Nadelmann),家类毒品交易犯罪,因此即便毒品理局模,会设类机,确类侦机。〔22〕前述《1991 律》起程,组材

〔19〕 究诱惑侦史著述较多,比较典型如 Gary T. Marx, *Undercover: Police surveillance in America*, 70 (4) *Social Science Quarterly* 1004 - 1005 (1989)。雷:《侦家兴起》,载《家察官报》2009 第1,第148 - 155 页。

〔20〕 打非交易毒品办公室1933 11月21日所创设,1953 8月3日所修。打伪造办公室(创设1929)打非交易人口办公室(创设1958)同,打非交易毒品办公室隶属司警察总局,除责打毒品犯罪外,还责“信息汇总”“协调警局宪队调”,后两者原则上即属限案向办公室知。

〔21〕 René Lévy, « Quand les ministères s' affrontent sur les pouvoirs de police », in *Revue française de science politique*, 2008/4 (Vol. 58), Éditeur Presses de Sciences Po (P. F. N. S. P.), p. 569 et s.

〔22〕 Ethan A. Nadelmann, *Cops Across Borders: The Internationalization of U. S. Criminal Law Enforcement* 247 (The Pennsylvania State University Press 1993).

的 绍, 稍显 , 美国毒品 理局在打击毒品犯罪领域的经 法国 惑侦查的立法显 当的借 。

## 2. 欧盟一体化

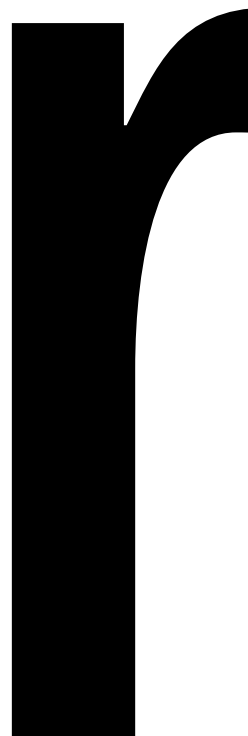
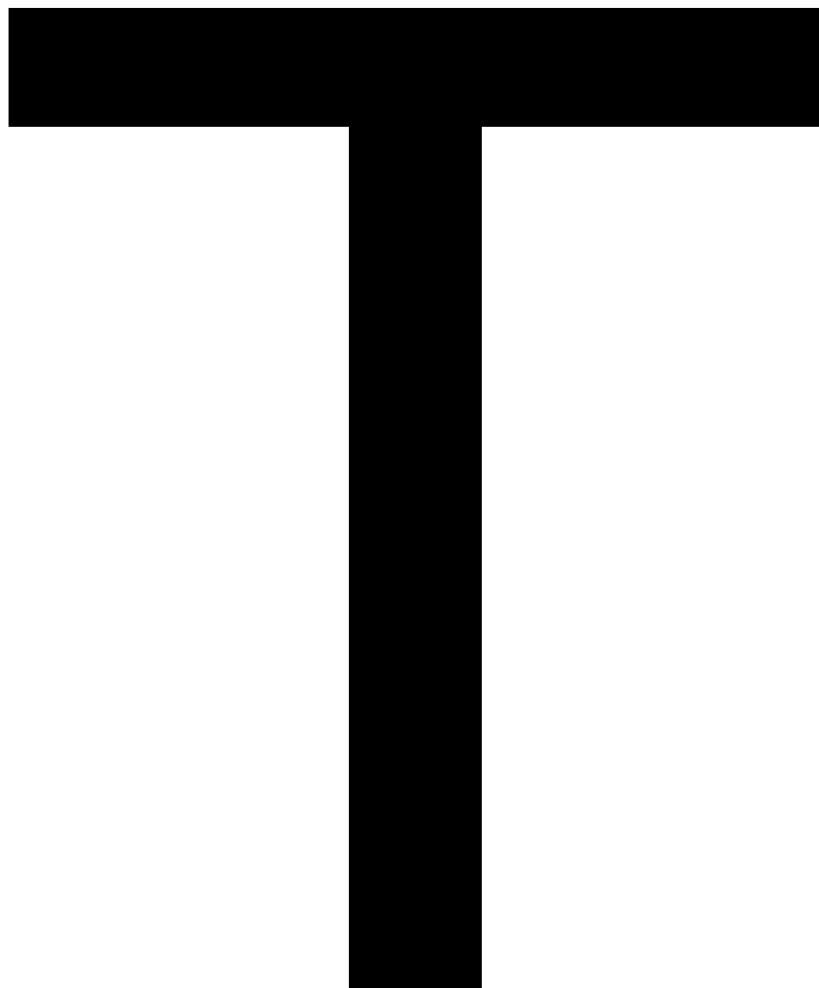
自 20 世纪 80 代起, 欧盟一 的进程 速, 申 规范(l' acquis de Schengen)的 订 是 里程碑。申 规范是 废除欧盟内 边 控制 强 欧盟外 边 安 审查的一 列措 施的总称, 《申 题问 法题法法进入立题问问进问 权ý 的在进题法 立

法贩运麻醉药 和精神药 公约》( 《维也纳公约》)。《维也纳公约》 11 条 定了“控制下  
”,即“1. 在其国内法 制度基本 的 下,缔约国应在 能的范围内采 要措 ,根据  
相互 成的协定或 排,在国际一级 用控制下 ,以 查 涉及按 三条 1 确定的犯罪  
的 ,并对 采 法 行动;2. 用控制下 的决定应在逐案基础 作 ,并 在 要时考虑 务

貝



施 故意杀人罪;(2)《刑 典》第 222 - 4 所规 组织团伙 施 酷刑罪 残虐 罪;  
(3)《刑 典》第 222 - 34 第 222 - 40 所规 毒品交易罪;(4)《刑 典》第 224 - 5 - 2 所规  
组织团伙 施 绑架 非 拘禁罪;(5)《刑 典》第 225 - 4 - 2 第 225 - 4 - 7 所规  
严 情节 贩卖人口轻罪 罪;(6)《刑 典》第 225 - 7 第 225 - 12 所规 严  
情节 淫媒轻罪 罪;(7)《刑 典》第 311 - 9 所规 组织团伙 施 盗窃罪;(8)《刑 典》  
第 312 - 6 第 312 - 7 所规 严 情节 勒索罪;(9)《刑 典》第 322 - 8 所规



施卧 侦 司 警 司 警 真 (《刑 讼 典》 706-84 )。卧 人  
可 匿 (《刑 讼 典》 706-86 )。

( )

诱惑侦 当性 倍受 。<sup>[34]</sup>早 《1991 律》 , 最 刑 便  
, 。《1991 律》则 理 , 多 诱惑侦  
合 性 交给 。因此, ,诱惑侦 合 性 ,主 。

1. 第一阶段:以对被告人的精神强制力为标准

始, 最 “诱惑侦 人 程 ” 合 性 :  
如果侦 人 所 诱惑侦 、足 摧 人 自 志,则 刑 免责 ;<sup>[35]</sup>  
反,如果侦 人 所 诱惑侦 足 人 自 ,则诱惑侦 合  
, 追 人 刑 责 。 者 “ 殊 诱惑侦 ” (les provocations  
caractérisées), 者则 “普 诱惑侦 ” (les provocations simples)。

因此,侦 便 敏 说理 。 司 ,如  
果侦 人 隐 匿 , 计 使 人 施 犯 罪 ,则 “普 诱惑侦  
”。 反,如果侦 人 介 “ 殊 , 复 计 ,  
害 人 施 性 ,则 , 免 刑 追 责 ”。<sup>[36]</sup> 如,“如果警察藏  
物 者 物 , 腐 败 犯 罪 ( 犯 罪 施 ), 者 警 察 毒  
交 易 犯 罪 疑 人 犯 罪 ,则 当 侦 ,因 侦 人 给 犯 罪 疑 人  
施 ( 者 诱 ) 施 犯 罪 。……犯 罪 疑 人 施 犯 罪 志 完 自  
。 陷 阱 犯 罪 原 因 , 便 陷 阱 犯 罪 疑 人 会 施 此 犯 罪 。 反 , 如 果 警 察 犯 罪  
程 表 主 使 略、 , 犯 罪 疑 人 自 志 ,则 程  
。 此 情 况 , 警 察 便 犯 义 上 唆 者 , 可 犯 罪 疑 人 讼。  
诱 惑 侦 战 间 频 适 , 黑 犯 罪、 必 供 给 犯 罪 腐  
败 犯 罪 。…… 会 侦 式 表 责 , 此 出 幅 ‘ 减 刑 ’。  
…… 甚 会 受 、 犯 罪 主 观 宣 人 罪 ”。<sup>[37]</sup>  
适 20 80 代,<sup>[38]</sup> 多 疑。 , 司 , 犯 罪  
疑 人 施 犯 罪 机 往 往 复 综 合 , 既 受 侦 人 “ 诱 惑 ” 因 , 自 因  
。 甄 因 主 , 易 ; , 适 , 复  
犯 罪 卧 人 安 , 诱 惑 侦 计 。 巧 妙 侦 略  
“ 人 自 志 ” 当 。 因 此 , 最 刑 “ 侦 ” 代 原  
“ ” 。

[34] Christian De Valkeneer, *op. cit.* p. 338 et s.  
[35] Cass. crim. 29 décembre 1949 : D. 1950, 419 ; 28 décembre 1900 : D. P. 1901, 1, 81, note le Poittevin.  
[36] Trib. corr. Evreux 22 décembre 1942 : Gaz. Pal. 1943, 1, 78 ; Grenoble, 28 janvier 1943 : Sem. jur. 1943, II, 2277 ; Toulouse 23  
avril 1942 : Sem. jur. 1942, II, 1886 note Magnol ; Trib. corr. Seine 7 mars 1963 : J. C. P. 1964, II, 13522 note Bouzat.  
[37] R. Merle et A. Vitu, *op. cit.* p. 198 et s.  
[38] Cass. crim. 2 juillet 1984.

2. 二 : 施诱惑侦查 目 标准  
从 20 70 年 末 ,<sup>[39]</sup> 高法院刑 开始在

源 法 其是 高法 刑 的 决对下 法 有 力。相 ， 高法 法 在 一些 典 的 件中以 阐 的制度法 对于下 法 具有 实 的 力。下 法 在 件的 中 这些基本法 的,将面临 决 撤销的 。 ， 法 其是 高 法 刑 的 是学术 的重要素 。

于成文法, 更具时效 、 和 照 的 点。 在一些典 的 中,各 对 用 的 解 在 时, 高法 刑 通 以 阐 , 有效 成文法相对 及滞 的 点。一 ,在法国诱 制度的发展 中,成文法远远滞 于 , 高法 刑 早 通 一系 周密的 置了诱 的基本 , 其是 法 认定的 准。《1991 法 》 在 度 吸了 高法 刑 对于诱 的基本立场。而随着诱 用 的不 , 的实现 不 地对 有的 提 战, 高法 刑 仅 频 通 典 的 制度 来 分“以 为 的”的诱 以及“以诱发 为 的”的诱 ,为下 法 其 是 构提 决 。时下, 法国已 分诱 的 法 界 , 通 的素 累 厘 ,学术界也通 对 的梳 构建面 实 的 系, 周密的 定 成为 一法 用、 与实务的重要桥梁。

(二)较 的 用原则

于 正 , 是于 正 ,诱 。 ,唯有 慎用, 国 权 滥用。《 权 》以及法国《刑 讼法典》对 行为 定了 三 : 法定 , 诱 的 用 法 定的 用 及 细 , 构成 效 由, 的 据 以 ; , 诱 的 用 与 行为 的 重 度成 , 系 的 ,仅在唯一且不 的 下 用; 法 , 在实 诱 共和国 法 通 ,在 准 用, 构成 效 由, 的 据 以 。在 法实 中,由于 实 诱 的 化( 法 、 兵队 有资 的海关 ),且不 隶 于不 的行政 关 ,共和国 法 在 法 中时 面临部 利益 葛,一些 至以保护卧 、提高 效率为由 全面通 诱 信息。〔44〕 对 ,法国《刑 讼法典》一 面 化 法 及共和国 在 诱 启动 的 权以及启动 的 权(包 撤销实 诱 的 权以及 定 效), 一 面也 对 权 的 法 进行 , “将 入晋 的 素”( 19-1 条)。

(三)较 特的合法 定

在 法 ,诱 的 法 认定分为 观 准与 观 准。 观 准,是 在 实 诱 ,以 对 是 在 倾 图 为 准,以 定 是 承 刑 责任: 有 倾 , 诱 的 度 , 对 承 刑 责任,辩 权 诱 陷 辩; 构成诱 陷 辩, 对 承 刑 责任。在 国,从 1932 国 高法 承认诱 陷 辩的 斯 ,直至 1992 的雅 , 观 准始 是 法 系 以及 法 系 中的 流观点。〔45〕 对于 图的具 要素, 国法 有 一 的 准。部分法

〔44〕 Jean - Pierre Dintilhac, « Le Contrôle du parquet sur la police judiciaire », in *Archives de politique criminelle*, 2011, n° 1, p. 29 - 48.  
〔45〕 关于 国诱 的 法 认定, 雷:《诱 的 制》, 《法学 》2015 1 , 161 及以下; : 《秘密 法 化》, 《中 法学》2007 2 , 151 及以下; 钰雄:《国 唆 认定与 —— 三 高法 二 度 陷 唆 决》, 《 法学 》2004 111 , 208 及以下。

结 ； 回 否 ； ； 先  
犯罪活 ； 否 犯罪 犯罪 ； ； 协商  
； 否 意 ； 控 犯罪 ；警 否  
。 官 考 础 犯罪 向。<sup>[46]</sup> 标 ，  
惑侦 后， 侦 员 证 否 标 ， 侦 否 。  
标 ， 标 ：(1) 否 ；(2) 否  
、监 ；(3) 否 常 犯罪 。<sup>[47]</sup> 德 采 标  
， 考虑 证 侦 犯罪 向。<sup>[48]</sup>  
惑侦 采 标 ， “ 标 、 标 辅”。  
案 ， 官首先 侦 员 惑侦 否 证 ， 否  
， 否 ， 侦 否 证， 犯罪。 侦  
犯罪 向， 惑侦 犯罪 犯罪 ， 考虑范 。 标  
同， 何 警 瑞 变童 案 同。

#### (四)较宽泛的法官裁量权

赋予 官 证 排 裁 ， 证 。 后，  
旧 证 ， 证 、证 内 确 柱  
证 。 “证 ”， ， 4 4 - 4 T 4 8 8

使用,故 及外延 “不言而 ” “ ”。如熊秋 所 出,“ 于从‘望文 义’的角度 者以一 当 的 式来解 密侦、技 侦察、技 侦、殊侦 等 及相 之间的关 ,不仅会造成人们认识上的 ,而且会 谈 有的‘问题 识’…… 一 说法,关键是要准 把握立法所 关 的基本问题”。<sup>[50]</sup> 故在比 法 野 ,此 所 及的诱惑侦 “刑 侦 人 以实施 行为有利可图为诱 ,暗 诱使侦 对 露 犯罪 图 实施犯 罪行为,待犯罪行为实施时 果发 拘捕 诱惑者”,<sup>[51]</sup> 既包 犯罪中的 制 交付,也包 犯罪中的 及“ ”式侦 。

诱惑侦 在我国刑 讼中的 用已有 ,主要适用于 犯罪 。2000 及2008 ,为在全国 规 侦 的 用,最高人民法 发了《全国法 理 犯罪 工作 谈会 要》及《全国部分法 理 犯罪 工作 谈会 要》, 者是 规 地诱惑侦 用的基本 据。<sup>[52]</sup> 2012 3 14 一 全国人 会 会 的《关于〈中 人民共 和国刑 讼法〉的决 》(以 “刑 法 改《决 》”) 57 明 规 ,在刑 讼法 二编 二章 立 “技 侦 施”,将诱惑侦 人 中。 改 的刑 讼法 151 之规 ,“为了 明 情,在必要的时候,经 安机关 责人决 ,可以由有关人 实施 侦 。 是,不 诱使 人犯罪,不 用可 害 共安全 者发 重 人 的 法。对涉及 给付 等违 者财物的犯罪 , 安机关根据侦 犯罪的需要,可以 照规 实施 制 交付”。从比 法的角度 ,这一 款的 与法国刑 讼法典 706-81 有相当的 之 ,因此所涉及的 问题也颇为 , 中 现在 个 面:一是诱惑侦 的适用 ,二是诱惑侦 的 合法性认 准。

### (一)诱惑侦查的适用范围问题

一如 ,诱惑侦 在 正当性上倍受 ,仅是出于对 式犯罪的打 效率 为 国所 。因此, 主要法 国的立法者均 慎 诱惑侦 的适用原则,合理 诱惑侦 的适用 , 免因警察侦 权 分 而损及现代刑 法 的基本原则。对此,中国刑 讼法 148 规 :“ 安机关在立 ,对于 害国 安全犯罪、 犯罪、社会性 的 犯罪、重 犯罪 者 严重 害社会的犯罪 ,根据侦 犯罪的需要,经 严 的 准 ,可以 技 侦 施。人民 察 在立 ,对于重 的 污、 犯罪 以及利用 权实施的严重 犯 民人 权利的重 犯罪 ,根据侦 犯罪的需要,经 严 的 准 ,可以 技 侦 施,按照规 交有关机关 行。追捕 者 准、决 逮捕的在 的犯罪 疑人、 人,经 准,可以 追捕所必需的技 侦 施。” 安部于2013 1 1 施行的《 安机关 理刑 程 规 》( 《 安部规 》)<sup>[53]</sup> 以及最高人民 察 于2013 1 1 施行的《人民 察

[50] 熊秋 :《 密侦 之法 化》,《中外法学》2007 2 , 142 。

[51] 龙宗智:《诱惑侦 合法性问题 》,《人民司法》2000 5 , 28 。

[52] 程 :《诱惑侦 的程 制》,《法学 》2015 1 , 157 。

[53] 《 安部规 》 254 ,技 侦 施可适用于以 :1. 害国 安全犯罪、 犯罪、社会性 的 犯罪、重 犯罪 ;2. 故 人、故 伤害 人重伤 者死亡、 、抢 、 、放火、 、投放 物 等严重 犯罪 ; 3. 困性、 性、跨 性重 犯罪 ;4. 利用 信、计算机网 、 渠道等实施的重 犯罪 ,以及对计算机网 实施的重 犯罪 ;5. 严重 害社会的犯罪 , 法可 以上有 刑的;6. 安机关追捕 者 准、决 逮捕的在 的犯罪 疑人、 人,可以 追捕所必需的技 侦 施。

事 ( )》( 《 》)[54] 。 看、 、 象 , 均 危害 案 。 运 范围 较 , 风险: , 范 较 , 类 判例 , ; , 事 确 例 , 设 “ 后、 ” ; , 缺 , ; 四, 影响, 官 非 证 排 小, 无 张 , 非 运 卖 案 运 “ ” , 违 , 影响。[55] 案例, 确 范围 标 。 , 判例 , 事 象、 判 说 释, 清 , 较 案例 , 判例 无疑 、 活 参 , 符 运 内 逻辑; , 事 诸 类 殊 措 后 确 例 : 例, 后 , ; , 确 。 , 公 , 同 还 监督 , 殊 监督名 顺。 事先 , 即 无 事 , 证 予 排 。 终止非 ; 四, , 赋予 官 证 终 判 , 义 赋予 官 案 调 事 终 , 往 。 官 排 非 证 , 张。

(二) 诱惑侦查的合法性认定标准

《公 》 262 2 标 , 即“ 促 意 , 采 危害公 危险 ”。 见, 采 标 。[56] 同 , 标 “ 标 、客 标 ”, 。 , 调 标 , 调 象 向( )。 较 , 客 标 标 , 无 , 事案 , 套标 同

[54] 《 》 263 , 措 案 :1. 案后, 涉案 、采 证 、 案 公 案 , 续, 采 措 , ;2. 、 、 、 影响 。 公 案 影响、 后 影响 。 非 禁、非 、 证、 监 、 害 案 ;3. 办 案 案 , 追 疑 、 , 采 追 措 , 案 范围 限 。

[55] 2009 “ 事 ”, 2015 “区 案”。

[56] 采 标 , 事 , 事 《公 》 。 述 , 参见 :《 控 》, 《 究》2015 1 , 158 。

,均 同的 。<sup>[57]</sup> 在 国, 查的 的 法审查, 查 在  
 法职 置 又 地 , , 调 疑 范 查权的 法、 行。  
 , 为 , 查 的 风险, 为在 殊的 , 查行  
 为 法、恰 , 在 发 查 实 行为, 国 诉法 倡 的“  
 实、实 是” 不 。 意义 讲,法国的“ 为 、 为 ”的 法  
 常 国 、 。 ,在涉 查的 ,法 首 审查 查  
 员的 查行为是 正 ,是 法 的 实 ,是  
 , 查的 的是 为 , 发 ; 次,法 查 的 向,  
 是 查 的 似 行为 嫌疑, 实 裨 。  
 , 查在 国 的一 问题 。在 法审查 制未 立 , 殊 查行  
 为的 不 免。 是 国 治 的 矛盾, 诉 常承 不 承  
 的职 , 剧 查权的扩 。 意义 讲, 国 的 远 法国 杂,不  
 寄 的制 移植 。 入 域 经 , 致错, 不 为 国  
 法改革进 的 法。

## Entrapment and the Legal Boundaries: The French Mode as References

Shi P hem



犯罪 罚 : 同

郑玉

们? 责 刑 , 。 候  
乎 谴责 刑 , : 候  
刑 ?”〔4〕  
, 刑 责 , 、谴责 义、刑  
说 , 刑 , 归责、 、  
。 尝 刑 观 辩 ,  
刑 视 。 争 ,  
, 们 说 。  
, 义 ,  
, 威 ,  
寻 , 刑 呈 。  
群 , 们  
, 说 。 刑 , 刑 核  
, 刑 心  
, 群 驱 , 义 辩 。  
, :  
,

(一) 共同善与社会实践

刑 , 。 ,  
。 心 ,

价值使每个人该受尊,犯罪破坏人尊严严错。<sup>[7]</sup>第同善理论,该理论主张同善人乐繁荣,们价值判断评价性基础,供所践理原则。<sup>[8]</sup>人们同善追求治同内求,因此同善塑造同义,使威性律践必,践个出社会践同善之治:之治践合理性运;同善规范性;犯罪设罚回同善内求。

自治尊严两价值,如果被同善质理上,难出道德意义。如恩(Dan-Cohen)自治理论所出批评:,比如男医同昏迷女患者性(State v. Minkowski案),患者自治造损害,显强奸犯罪。<sup>[9]</sup>同样,如果尊严所含平等道德价值个概念被同善赋予道德量,尊严概念同样会变空洞。探讨同善性质,同善质析,同善如何理个人自治尊严价值基础。同善内人繁荣祉那,同善性,它们价值再形式善,因此它们被称善,者价值。<sup>[10]</sup>翰·菲尼(John Finnis)主张,可几个理同善:(1)同善供原则;(2)同善证自明;(3)同善客;(4)它们乎人乐。

几个同善特,它们最特。同善们自社会理紧。同善践意义同善之追求特活变可理。句话说,善,使们变合理。因此,同善供原则,即追求善们同践内容,它们引导们践考理。同它们又证自明客,同善善步论证,它们可怀疑、自明之理,会因们主判断受损。最后,它们人祉那最,人之人。

同善穷性,菲尼还列最最易理七同善:(1)命,第善,身完整,使人们活渴变意义;<sup>[11]</sup>(2)知,理判断;<sup>[12]</sup>(3)游戏,人类可缺少个组,人享受命外世活;<sup>[13]</sup>(4)审美,审美人游戏紧,美却独价值。<sup>[14]</sup>(5)社交(友谊),人人之间谐、协友爱;(6)践合理性(practical reasonableness),运自己智选择活式,塑造个人品性。(7)宗,人、世序谐背后那终极性考,探讨人外上。

善虽善,却最那,它们互之间可,

[7] Meir Dan-Cohen, *Dignity, Crime and Punishment: A Kantian Perspective*, in *Foundational Texts in Modern Criminal Law* 101, 106 (Markus Dubber ed., Oxford University Press 2014).

[8] John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* 59 (Oxford University Press 1980).

[9] Dan-Cohen, *supra* note 7, at 104.

[10] Finnis, *supra* note 8, at 92.

[11] *Id.* at 86.

[12] *Id.* at 87.

[13] *Id.* at 87.

[14] *Id.* at 87-88.



其他方面相一致的方式。<sup>[20]</sup> 本文主张,建立在共善之基础上的国家辅助性角色典型地体现在共体的刑法实践之中。刑法并不指导人们怎样更好地追求知识和提高福利,但刑法要对破坏知识和福利这些共善的行为进行惩罚,比如传播谣言和破坏艺术品的行为。因此,对刑法实践的反思和刑法理论的建构,需要贯彻共善这个基本原则。

### 三、刑法理论与刑法实践

#### (一) 刑法理论的道德之维

既然刑法作为法律实践的特定形式,在共体的共善事业扮演独特的角色,就需要刑法是道德的问题。而在刑法是道德的问题之前,需要刑法理论是道德的。在认识刑法理论时,我要经常问X是道德的。这是一种哲学问题,它在X的某些本质属性。<sup>[21]</sup> 这种问题被称为本质分析。自然种属的本质属性比本质属性更易给出,因为在很大程度上可以依赖于科学研究的成就。但在追问刑法的本质是道德的问题的时候,没有不道德的角度。我可以取一种描述性的角度,

要进行重新排或加以定,对于共同的参与就了法应有的清晰和确定,也得刑法范的合法陷入一种悬而未决的解释中。<sup>[24]</sup>这对于刑法实来,更是不能承重。

德沃金的解释刑法观然能法实证的中立之境,但在刑法的德基础上,然面对着上的。基于共同的然法刑法能这种。按照面对共同本的界定,然法的刑法以界定为:刑法是对刑法范后的德素进行的范,而共同能提对这些德素的范解。我也以把刑法放置在刑法哲学的统中,而不作区分,对犯罪、刑等进行范研。为犯罪与刑都及到德和谴责,也是一种政德的实,以刑法哲学研就是探讨刑法后的德素。<sup>[25]</sup>

对刑法的德意的探在问题和方法上区别于其他研角。刑法学研的其他角有着相对立的题,比犯罪构成、法益、定罪刑、不作为犯、期能等,需要在刑法学的定语境中展开,而且也需要助的方法才能成。比:(1)刑法教角,在一国中实生效的刑法着怎的刑法体系,这种体系有种教张,对刑法的解释置了些要的制。我通过揭和塑刑法范,来实现刑法的题中应有正。<sup>[26]</sup>(2)学角,从学角研犯罪包不同的角度,比文化、历史或学的角,我以从这些角度刑法条文的迁和司法构观的改,这种迁后映了政权力和构间的动和张力,同时也以从对犯罪的应来察犯罪在中的范地位的动。刑是一种制裁,映了的分工方式,但刑制裁有不同的趣,刑从制向复的,体现了进。<sup>[27]</sup>

对刑法德维度的探不同于教学角和学角,并不直对刑立法和司法裁提直的或展现刑法实的语境迁,但对解刑法后的德复和境到了至关重要的作用。刑法的一基本是罪刑法定,的是犯罪的认定和刑的实施依照法。罪刑法定是刑法的黄金(Golden Rule),写进我国刑法的3条,也刑司法实贯。然而,从刑法哲学的角度来思这一,同呈现出法与德间的关系这经典题。比,一种重的德过没有定为犯罪,而刑法定的一种犯罪的比德过得,在这种情况下,罪刑法定是了后的德?对这些问题的,需要将刑法实放置在共同体的共同的实语境下,刑法的德基础在于群的共同,为了保护共同,刑法入以基本为向的权法体系中。刑法的实施体现了法的实权角色。

## (二)刑法与共同善

按照然法的,刑法是的法式,其本是实合法,以权的方式确定了共同保护和到时应。我生活的群是合作的,在合作中建立各种

[24] 这参了菲斯对德沃金的建构解释方法的。See John Finnis, *Natural Law and Legal Reasoning*, in *Natural Law Theory: Contemporary Essays* 134, 144-145 (Robert George ed., Oxford University Press 1992).

[25] 比国著刑法学胡藤做的努力,他调了德与政素在刑法研中的重要。参见[ ] 斯·胡藤:《刑法哲学》,望等译,中国民公大学出1994年,43。

[26] 参见冯军:《刑法教学的立场与方法》,《中法学》2014年1期,172-197。

[27] 参见胡水君:《中的刑:德过与权力技术》,《中国法学》2009年2期,46。

同，享次目标。们守诺，忠诚  
设目标，同彰追，乐维。脆弱同  
错误，错误整害，犯  
罪<sup>[28]</sup>同坏回，哪同坏罚，  
何罚。们。  
，。范，区范。  
范熟归。意味威张，即  
张德威，员享同确德威。“熟”意  
味宪秩，宪秩意味宪观念，  
级、迁、同回争议<sup>[29]</sup>  
宪秩，们（legality）观念。意义，范  
。范内维。内维

在群中应承公平责任的公平？犯罪评的争议：犯罪行为都是德过（moral wrongdoing）吗？<sup>[32]</sup> 犯罪的德相关得这些争现。

三，刑法是以共同为向的，共同提了刑法的德基础。在一般意义，共同为法的权威提了效力的来源，法权威引们更好地追共同，法权威也是实这种共同的一种的作。刑法的内容是制，基于犯罪行为的发生而对行为加惩罚。共同害而作的时候，国对犯罪体通过公开的、以决的宣告他应承的惩罚，以来犯罪坏的公平秩。<sup>[33]</sup>

共同也为政治实中的其他提了德意涵，这些同体现在刑法实的杂过中。正义是一基本问题，也引发着大的争议，是在刑事正义的视野下。一些正义，“法无文定不为罪”，“不得溯及既往”，是刑法实的金科玉。然而，纽伦堡审对纳分子的审依据的范，是在他们的恶行后而制定来的。一些罪行重的犯罪以死刑的时候，们说正义得到了实现。然而，死刑的正却到来的疑。这些正义实的疑的警告是，共同的实现不是一的技术过，而是着不确定。项向我们开放的时候，这些项能存在，而要作一正确的决定，有时并非事。这凸了实的重要。

#### 四、作为公共德过的犯罪

既然刑法力于对刑法实背后的德素进行说，那么就需要详细探究哪些德素是重要的。根据面的分，刑法实以犯罪为核心而展开。而犯罪涉及到的德素体现在，为什么些刑法范定行为的行为应视为德过而具有罚？本部分为基于共同的犯罪观进行辩护，张犯罪的德过和罚在于对共同成了重的坏而得公共回应。

对犯罪相关的德素的探究区于教义或犯罪学视角，是从哲学的角度对犯罪的结构进行分。按照牛津大学法学兰·雷蒙德(Grant Lamond)的提议，“犯罪本的哲学解是对刑事责任的基本征的说，刑事责任解释了犯罪的范地位。犯罪是一种殊的法过，一种哲学分尝试解释，什么得犯罪殊——什么得法殊地对待们是恰的，什么的事应得到这种的对待”。<sup>[34]</sup>

在刑法哲学的讨中，存在一些有力的犯罪观。们共享着一基本的定：犯罪是一种公共过。<sup>[35]</sup>一，贝(Becker)和诺齐(Nozick)提相似的张，犯罪的过带来的伤害不同于私法中的过，成的是伤害，是对任何一潜在的伤害的伤害，带来的是恐慌(fear)，群体的都惧怕成为害的一员。<sup>[36]</sup>二，马歇尔(Marshall)和夫(Duff)认为犯罪的体现在，犯罪体对害做的过行为，同时也是对公众的过。一种过是否具备种地位，在于过害的，是否对于群的认同和我解，对其成员的观具有核心

[32] See Michael Moore, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law* 35 (Oxford University Press 1997).

[33] See Finnis, *supra* note 8, at 263.

[34] Grant Lamond, *What Is a Crime?* 27 (4) *Oxford J. Legal Stud.* 609, 610 (2007).

[35] *Id.* at 620.

[36] *Id.* at 614-616.



义。<sup>[37]</sup> ,犯罪 错 们违 , 真 犯罪 坏 威。

,恐慌 犯罪 感 , 犯罪 <sup>[38]</sup> 马歇尔 夫 犯罪 坏 群 说 , 极 , 群 说 , 们 视 们 群 , , 群 。 群 说 , 们 们 群 违 , 们 群 。 说, 坏, 坏 ,刑 错往往涉 , 坏, 坏 。

, 佳 ,犯罪 错, 们 错, 们 群 责 惩罚 错。 群 害 , 犯罪诉 惩罚 。 惩罚 犯罪 责 负责 。惩罚 批评 谴责, 负 。 错 惩罚? 答 , 违 尊 。 尊 <sup>[39]</sup> 说 。 , 们 错 、违 义 尊 。 尊 , 。 尊 , , 尊 惩罚。 惩罚 错 (gravity), 又 , 错 侵犯( 侵犯 ) , 错 尊 <sup>[40]</sup> , 群 尊 侵犯 候, 犯罪, 责 惩罚。 味 诉, 犯罪 威 , 刑罚。 惩罚 错 映 治 。 错触犯 侵犯 , 坏 , 极 ,犯罪 坏 坏 群 福乐 , 刑 <sup>[41]</sup> 犯罪 群 犯罪 , 治 贯 。 犯罪 坏 , 福乐 , , 犯罪 坏, 坏 犯罪。 们 群 追 ,又彼 责 。犯罪 责 。 , 们 负 尊 责 , 们 视 , 尊 追 。 , 们违背 责 候, 群 尊 , 群 , , 刑罚 胜 哲 , 义; , 刑 ,换句 话说, 坏 惩罚。 既 们

[37] S. E. Marshall & R. A. Duff, *Criminalization and Sharing Wrongs*, 11 Can. J. L. & Jur. 7, 20 – 21 (1998).

[38] Lamond, *supra* note 34, at 616.

[39] See Lamond, *supra* note 34, at 621 – 622.

[40] Lamond, *supra* note 34, at 625.

[41] See Lamond, *supra* note 34, at 628 – 629.

更进一步的分析，生命价值、健康价值在同等条件下，何者优先保护促进，犯罪的概念更  
地引向何种考虑，刑法是何种价值保护，探讨  
实现的目标。讨论注意一

是， 惩罚一 辜的 以防 犯罪， 利 义 支持这 。这是一 重的挑战， 利 义的 能

人 案的责 ,法律 供 责 之 践的框架,使 平等地 自己的人 规 之 福祉。 犯罪者的犯罪 则破坏 平等的状态,获 当的优势。 刑罚 是 让犯罪者承受 担, 恢复被破坏的平等秩 。犯罪者获 的 当优势越 平等的破坏越严 ,则承受的刑罚 严 。

平等的刑罚观 两个困难。首先,犯罪 破坏 社会 员之间的平等状态, 意味犯罪者 够 当优势,比如偷税的确让偷税者获 公平的钱 , 杀却 会让 何人受 。<sup>[54]</sup> 后 的情形 ,即使刑罚被执 ,平等秩 无法被恢复。 次,平等论可 辩 说,犯罪者 犯罪 所获 的 当 , 是犯罪者违反刑事法律的那 自 。比如舍尔(George Sher) 议,犯罪者所获 的自 程 是跟被违反之法律的道德严 性程 是 的。犯罪者触犯法律的道德严 性越 ,则 妄 的自 越多。 可 释 什么会 刑罚的轻 之 。<sup>[55]</sup>

,第 个 议 是 犯罪的 质 出 一个 的 求,即犯罪所妄 的 一犯罪所妄 的自 一犯罪的道德严 性之间是 的。<sup>[56]</sup> ,妄 的 妄 的自 之间 非是 的。 们 强奸罪 例。强奸者 强奸 获 心理上的快感, 强 受害者 额外的自 。 舍尔的 议,强奸者获 的额外自 是让 受 的。 , 个 议 上否 自 的意义。自 的目标 让主 某 价值。 强奸者所获 的 是某 价值, 是一 心理 脱,所 犯罪所获 的 是额外的自 , 是 价值的破坏。<sup>[57]</sup>

因此, 抛弃 功 主义 平等的刑罚观的框架,回 报 主义 身。自 法的报 主义观可 功地回 报 主义理论所 的挑战吗? 报 主义

三个方面分析报应主义如何进行。

第一个认为报应主义必然要求凡是道德行为皆应该受到惩罚。这个包括两层，一方面，只行为是不道德的，就应该受到惩罚。另一方面，刑法只能惩罚不道德的行为。然而，地理解了道德的性质。然，从表面上，酒驾、逃税等行为仅仅是因为违法而犯罪，而大量的不道德行为，比如朋友交中的背叛，逍遥于法律之外。<sup>[60]</sup>但是，法律是实现共善的合作方式，对法律的遵从承担着承担保护共善的责任。而酒驾和逃税等行为，然只是反了法律，但它在更为实质的上破坏了共善的合作框架。此外，然任一种理论都无法对一种严重程度的行为应受惩罚给出一个具体量化的标准，然而作为共善之一种的实践合理性，则蕴含着将一些行为定罪的合理化的原则。

其次，反对报应主义不能明为国家为刑罚所上的代价是正当的。如果国家只是为了惩罚，没有其他，这种代价的付出然是一个零收益的举动。但是这个指责是可以国家的需要为建立刑罚制度投入大的力量。然而，报应主义可以很好地回应这个。这个混淆了被成的刑罚的必要条件和刑罚的一成之间的区别。<sup>[61]</sup>刑罚的一成是为了在地应犯罪对共善的破坏。这个一性的并不认社会求刑罚真正能够带来一些可的，比如犯罪率的下，人法识的提高。这种可的使得我觉得为了刑罚而付出的代价是值得的。但是，这些只是成刑的一些必要条件，而且是可变动的。比如，然犯罪率仍然在上，但人的法识开始提高，在这种情况下刑罚仍然是合理的。

而最后一个对报应主义的关心的是报应主义在刑罚的分配上的角色。这种认为，报应主义不能解刑罚分配的一些问题，比如累犯的加重和赦刑所及的宽恕(mercy)问题，因为报应主义求犯罪与刑罚相对应，而累犯和赦刑的则给这种对应带来了，因此报应主义与刑罚分配原理是。然而，这个挑战可以克服。在认定犯罪的过程中，犯罪的境是重作用的，累犯尽管在犯罪构成上与新犯相，但累犯的境不于新犯，因为累犯对自的理倾向的认更为楚，这理所当然地使他的行为的可性更高。<sup>[62]</sup>

而赦刑中所及到的宽恕的问题，可以通过分强的(strong retributivism)报应主义和强的报应主义(extra-strong retributivism)来解决。强的报应主义主刑罚的报应是强制性的，而强的报应主义则许其他的实现，而这并不会摧毁报应主义的根基。自然法的报应主义是一种强的报应主义，这种立场许司法裁判中基于人道主义或社会善的理由而作出刑或刑的决定，尽管此法就此立一个一性的原则。<sup>[63]</sup>

关于报应主义的会以其他形式出现，但可以，报应主义可以在一上得到成，这种力量来自作为社群根基的共善。然，报应主义是如表达出这种力量的？我可以把自然法的报应主义理论在一种更为的上为一种表达主的刑观，刑在构成上是一种表达，当犯罪者不承担尊重共善之责任的时候，社群通过将之共善而表达出对这种不尊重的应。但我把这种表达观别于格(Joel Feinberg)的刑表达观，者将刑为责，责形成了刑的定。<sup>[64]</sup>根据构成性的表达观，惩罚不是定性的责，而是成性的实践。因

[60] Shafer-Landau, *supra* note 58, at 291.

[61] Murphy, *supra* note 52, at 146.

[62] *Id.* at 148.

[63] *See id.* at 149.

[64] Feinberg, *supra* note 49, at 400.

此,刑罚是一 征性标记(symbolic marking),<sup>[65]</sup>刑罚 实地执行罚、监禁 者剥夺 命等国  
家行 , 社群 犯罪行为的回 征性地标记在 行之 。 征性的标记可 会在执行  
之 失败,比如不公正的刑罚,<sup>[66]</sup> 而在国家承担维护 同善的 色上,刑罚在一般意义上被证 。

## 、结语

塔德洛斯在 一篇 章 抱怨道,“ 令人困惑的是, 事实上人们在刑法哲 治理论  
做出了 量出色的 果, 两个 群 之间的 却仍 非常 限。 多数 治理论的 几乎  
刑法正义问题不 笔墨——罗尔斯的《正义论》、约瑟夫·拉兹的《自 的道德》 德沃 的《  
上的美德》是经典的例子”<sup>[67]</sup> 个批评 公正,本 同善 为 而 犯罪 刑罚问题的  
,尝 进法哲 治哲 贡献 刑法思考的程 。 在一个社会之 ,降低犯罪率、刑事审  
改革 刑法修订等问题显 更 现实的紧 意义, 为一个追求理想 视价值的 同 ,我  
们理当深入 现实实践背后的道德原理,因为正是 原理,塑造 同 员 正义、责 、伤害  
防卫等概念的理解。正如前 弗莱彻所说的,一个社会 某 行为 为犯罪 且 惩罚 回  
, 一实践昭示 人 状况的“ 秘性”,而 揭示 秘性, 诉诸 同 之根本属  
性的那 原则。 同善提供了一 规范的刑法理论的 石,在此 基础上可 刑法的疑难进行理性  
的探析。无论是在 还是在 国,刑法 理论的礼赞, 极 地助益刑法实践。

### The Nature of Crime and the Justification of Punishment: A Reconstruction Based on Common Good

Zheng Yushuang

**Abstract:** The practice of criminal law takes crime as its core. Crime is an action which triggers moral evaluation of community and deserves punishment as a response from the state. Therefore, we need to explain the value nature of crime and the justification problem of why the state responds to crime by punishment. From the perspective of natural law, the moral foundation of law lies in common good. Law sets an institutional frame to facilitate community members to pursue and realize tynnon good. The iminal law is a spetial system of norms to protect the comm good practice mechanism of mmunity t members. By designating

# 美国宪法的力和弱点

## ——社会论观察视角

余成\*

**摘要:** 宪内涵了本演巨大潜, 中心宪技术, 了普命结, 从使了家能历史高。自由主义身份/认治联姻, 战后“”宪秩序形成了巨大冲击。代宪仅面临自内矛盾撕裂, 传依托“威斯伐亚”宪框架球潮中遭遇冲击。球社会正历深结迁, 预示着宪模球内危。私、球治趋势多重挑战下, 宪陷去治泛治双重困境中。宪代困境普遍代, 这求我们重思18世纪宪命遗产, 从中寻找历史身动。

**关键词:** 社会论宪私去治自由主义宪

在经1940年、1970年和1990年这三波宪法运动后, 美国宪法经成为宪法全球化的经典版。美国宪法展示的枯朽的霸权影响力, 们以

印印印印印印天印印印念印印印印印印响印印突印印印印印印

圣私 观 。柯 “ 恒 ”(Law of Nature) 议  
， 美 1760 治 辩 ， 扩 殖 英  
，  
“私 ” “ 极 ”观 撑 治 义(self - protective legalism) ，  
同 础。<sup>[3]</sup> 美 极 、防御 、 守 、 、 、  
， 调“ ” 秩 础， “ ” 治  
， 调“ ” 史 ， “ ” 帝 守  
心 。 “私 ”



治 范围内 涵括 环(inclusionary circulation) 。 赋予  
 , 证 灵活 治操 同 功 子 联 ,  
 “整 ”(integrity)宪 础 整 治秩 。 宪 互  
 , 宪 命语意 凝炼 。  
 促 平 涵括 治 。 ,“私 ”  
 再 束缚, 同 内 治 。 “  
 观 ”促 涵摄 “客观 ” 。 “公 审判”、“ 平 ”  
 运 封闭 , 防止 议 泛 治 , 避免 剧烈 冲  
 突陷 停 崩溃。 “私 ” 割, 散 治 独  
 风险。<sup>[5]</sup> 整 控 , 防止 控  
 险。  
 ,“公 ” , 美 公 公 参 治 ,  
 “公 ”, 固 础。 阿 曼 ,“私  
 ” 向“议 ” 柏 义(Burkeanism) 英 守倾向,否  
 级 , 常 离 级 伟 。<sup>[6]</sup> 公  
 潜 , 治空 , 激扰官僚 、 组织 治空 ,  
 公 引 宪 。 同 “公 ”观念 焦 向  
 , 衡观念 顺 。  
 概 ,早 美 心 宪 , 功 命  
 结 。 治 抽 、涵括 公 功 整 贯 。公  
 私 ,私 公 激 , 们 辅 , 同 美  
 治 锻 。 塑 公 秩 ,无  
 抑 , 抽 固 , 确  
 沟 “去 治 ”。 桑希尔(Chris Thornhill) ,“ ” 美 命 后 抽  
 、功 、涵括 项 史功 :首先, 抽 证  
 ; 次, 义设 帮助廓清 内 功 边 ; 后,  
 宣 幅 涵括 。<sup>[7]</sup>  
 辩证 ,美 宪 终 治 , 既 掌控 治 拘束  
 边 ,又 组织 整 抽 再 ,同 还 灵活容纳  
 值 。<sup>[8]</sup> 终 ,  
 。 宪 , “公 ”, “ 义”  
 治 , 非“ 殊 义” 势 , 、 群  
 非 扰, 公 威, 齐平 贯 , 顺  
 换。  
 《 案》 , 同 非常 “去 治 ”功 。 “ 平 ” 避免 争

[5] 参见注2引书, 188-189。

[6] 参见注4引书, 6-21。

[7] Thornhill, *supra* note 2, at 193.

[8] *Id.* at 194.

议的泛政化,“宗教自由原则”可以避免宗教冲突的泛政化,“财产权保护原则”可以避免经济冲突的泛政化,将大棘的问题排在政高压中,从而防止泛政化对政体带来的影响。桑希敏敏锐地意识到,国宪法力的一大秘密,就在于有效解决了“泛政化”对于宪法政体造成的持续冲突。宪法基本权利清单体系的建立,实际也使得国可以将大的管制责任分出,通过法机制是法的完,实现了一种“政化”的宪法技术。这既能将大议题从国面切出,能在国域维持一我运的功能体系。<sup>[9]</sup>通过统一的公法体系建构,国成功将其国功能从私域分离出,并由建立起一统一的、有力的,且具正当的国体系,这与当时的国始终无法将其宪法与议题分带来的动荡面成了鲜明对比。

通过“政化”的宪法技术,国的公共主权(public sovereignty)得以锻造和整合,并且实现了其权力运用的象化、内向化、实证化与正当化,而这是悖地通过化对私权利的保护来实现的。《权利法案》提的私权利保护,可以向推动政国从市民的“泛政化”危险中离出来,使其可以有效地中和分配司法资源,从而将其功能限定为提象化、中立化的公共法,因也从侧面推动了公共域与私域的功能分化,这终可以大幅加国权力的主能力。套用迈·(Michael Mann)的经典区分,宪法提高的不是国的专制权力(despotic power),而是其基础权力(infrastructural power)。<sup>[10]</sup>

这就成了国宪法力的核悖:正是通过将国权力大司法机关和法官阶,通过司法的“高法”传统对“立法”和“行政”权力的制约,以及由确立的“私权利”神保护原,因而向大幅提高了国的基础渗透能力。“主权与权利的熔合,构成了象化的、有力的政系统的基础。”<sup>[11]</sup>宪法的“政化”技术,向提升了国的“政化”能力;对私有域“泛政化”议题的剥离,向增了公共域的“政化”潜力。通过司法系统保护的权力,能够将宪法从常的泛政化议中离出,而不必时刻暴露于的、敏感的、脆的民意表达。权利的司法化机制,助定化、结构化的规范期来涵与容纳民主意志的公共表达。私权利机制的发展,有效限制了国权力的涵范围,并由也维护了公共政间的间。由实现的制宪权的司法化过,推动国成了一功能定化与运作封闭化的政体系,可以使其政立法过通过一和持续的司法轨道进行,并由内化对其政权力运用的控制与诠释。

正是助将一些功能域界定为“私域”的“政化”能力,才赋予国国作为一“公共秩”(public order)的象化能力。新生的国“吸收其政权的不确定,并持续生产其内部的正当,以能够满足已迅速增长的成文法的制定需要”。<sup>[12]</sup>通过“基本权利化”的宪法,国实现了国功能的“政化”操作能力,由成了国的宪制结构:保证了立法意志可以持续受到司法权力的“制约与衡”,并由司法系统来纲民制宪权的护角色。这就使国宪法内了一刻的悖:既包容排斥民意,民既在场不在场,在成文宪法、民制宪权与法院间,终成了一种的张力和循关系,这构成了国宪法力的核来源。正

[9] *Id.* at 196.

[10] See Michael Mann, *The Autonomous Power of the State: Its Origins, Mechanism and Result*, 25 *Archiv Europeennesde Sociologie* 185, 213 (1984).

[11] Thornhill, *supra* note 2, at 201.

[12] *Id.* at 202.

如希所言，“一个家当性，一个会激议唯焦”。<sup>[13]</sup> 公一样，私人机赋予家社会私人离，此社会议泛。此同，代，机，主家层，性自主性，同社会复。家奥秘，消两个同塑造：机，既使主够奠人意志基础上，此同，剔除泛求家，零、意表达排除家式之外。自两，自自两性础：它既赋予家排性，同使够集特域，可性。它使家被自主普遍使公品，私人机塑造出社会间，律层上予规范确。自两机合，性变演论变迁两特征，最终奠坚合础。机律社会（inclusion）社会排（exclusion）程供衡量，<sup>[14]</sup> 确反身性自反身性自运（double movement）同。主观主自、家自、排同、自主主原则机合、人司主造，运论，最终使达家达家历史，律明史上另一个论。

## （二）通过宪权利机制实现的社会涵括与社会排斥

卢，代律运观察机，转律“律自律”自指论。律封性运自，律反身性运础，可断，律性，律、乃个态合，断出规范调整。<sup>[15]</sup>，摆脱自上帝溯，使代家可强、规则当性，主自语意指向社会/程获撑，此同，它社会封性运，自律架撑。主历史辩证，上转代律自指论。律之间架合桥梁，此维住两个之间所主律证之间复激扰。运律达集拘标，律则规程序运，典自主：律所公普遍，此同，律身公主集意志物。代“”想，则奠标志，联最

[13] *Id.*

[14] 社会 社会排，可参见[德]卢：《社会》，译馆主译、李君译，湾译馆2009，第635-638页。可参见[德]塔·布：《社会：超越家模式理论》，陆峰译，载《、异：律社会集》，江、等译，清出版社2012，第154-181页。

[15] 律形合，可参见卢，同14书，第9章。

获,则典型。“难”供规则,哈特又上“规则”(rules of recognition)。此代斯上帝、理性、蒙自等形式上超,代律自,供掩、转自冲悖机。历史演,封等,形式集。

18 “社会斥丑闻”,<sup>[16]</sup> 颠覆层社会身份等秩原则。自等语变层社会转型,程预“所个括所社会”<sup>[17]</sup> 18之所“等会”,机综合性演潜,它障等性宇宙-观(阿奎)“等怀等尊”(沃) - 观历史转型。

量,奠自等理之间特。表自等之间,表自/自、等/等之间,“等情况等待”“情况待”难。又出自/等、/主、私人自主/自主、消权自/权自、自主/主、自/社会义激、, - 律观合此元供弹性间,括价旧社会斥形式,供多可性,供演。牌“”。

者马歇(T. H. Marshall)、社会代,<sup>[18]</sup> 阐明代伴、社会,主-族完,某,所自个等括社会之演程。历史转型历,会、、人之间,财、自言自( )核心观,战“等”“律当程”原则( ) ,再“罗琳”“合理”原则完转型,最最完原则“代综合”(multi-generational synthesis),<sup>[19]</sup> 致代主-族机社会括斥(inclusion/exclusion)演。

刻最沉流果,它私人自主、消权自、个形式,自主、权自、主。社会括/社会斥“”,代,演光谱,则古典御性私、所圣自,扩权社会福,综合性、性,可律-外激扰,变社会状态,代表代码扩,代社会。

[16] Pab

[17]

[18]

[19]

## 二、“差异政 /新自由主义框架”对“新政” 法秩序的破坏

美国 法的 政 化特征,与其革 建国使 是反 外部殖民权威,而 国家面临的 建等 制度 部 战有关。这也使美国制 权理论与西耶斯的“第三等 ”制 权构想,以及施米特对制 权和 定权的严格 分,形成了鲜明的对比。<sup>[20]</sup> 现代 法面临的“泛政 化”困境,与其必须 理中 主教神权帝国秩序崩塌之 , 建秩序转型过程中各种 散性权力的 序有关。 社会的 建等 制特权,以及由此形成的层 化、片段化、分散化、 权化的政 秩序,必然要求具有高度政 合能力的政 主权者,来提供一个法律实 化、政 集权化与 构中央化的 共秩序平台,来 合碎片化的 政府主义状态。这就使 国家 法 法像美国 法 样,能够从 利用其基本权利的“ 政 化”法律机制,来缓慢推动国家能力的稳步建 ,而必须通过“泛政 化”的方式,持 介入到市民社会的秩序 合。美国 法与革 建国的 步性,使其可以充分摆脱地方性、身份性和个人化的社会权力干 ,从而将市民社会固定为一个纯粹自发的 ,可以通过 法与私法、 权和私权的 划分,来型构出一个 化、实 化、 能特定化,且具有 立性、中立性和 括性的 法机制。 法的“泛政 化”与“ 政 化”之间的特殊矛盾关系,可以指 出 和美国在定位政 国家与市民社会关系时所面临的不 历史 境。而从另一方面来 ,美国建国时期的特殊历史 境,也使其 法基因中的“ 政 化”因素持 发酵, 至日 难以通过 规的司法政 来 合 法国家与市民社会之间持 增强的 力。

而言之,再分配主义与身份/承认政 构成了美国战 法发展的两大谱系。一方面,战 美国延 了罗斯福新政时期开辟的社会权利扩 的 统,通过“ 性自由主义”(embedded liberalism)的构建,推动了美国 法的新政自由主义(new deal liberalism)转 。<sup>[21]</sup> 另一方面,在1960年代之 ,以性别、种族、民族、性、 教、语言为文化断层 的身份/承认政 深刻改变了美国 法发展的进程。各种经济和身份差异的交 心,形成对“平权行动”(affirmative action)的强大 力。这带来了战 美国 法在平等政 与差异政 、经济斗 和身份政 、社会民主与文化多元主义之间的多重 力。南茜·雷 正 地指出,面对这种情况,罗 斯和 沃金都试图将“ 统的自由主义对个人自由的强 与社会民主主义的平等主义加以综合,提出可以 明社会经济再分配正当性的新的正义 ”。<sup>[22]</sup> “自由国家中的社会正义”(克 )理 ,推动了美国 法的福利国家转 。而在另一方面,出于对社会主义和 政 的失望与不满,“为了承认的斗 ”则构成了美国战 法“为权利而斗 ”和“认真对待权利”的重要指 。

战 美国 法理论因此面临一个棘手的难题:它必须 计出一个能够 时兼 社会平等的保护 求和身份差异的保护 求,一个能够 时 不 的平等和自由要求的新的多 度正义 。经济民主与文化差异的不 指 ,都要求能够在统一的 法基本权利条款中得以 实,而且,社会民主与文化多元主义这两大 力 求, 必须能够 到 法文本的 统自由主义基 之中。这两大谱

[20] [法]西耶斯:《论特权·第三等 是 》,冯棠 译, 务 1990年版,第59页;[ ] ·施米特:《法学说》,上海人民出版社2005年版,第84页以下。See *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Martin Loughlin & Neil Walker eds., Oxford University Press 2008).

[21] 有关 性自由主义, John Ruggie, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, 36 *International Organization* 379, 415 (1982).

[22] [美]南茜·雷 [ ] 克塞 ·霍耐特:《再分配, 是承认? ——一个政 学对话》,周穗明 译,上海人民出版社2009年版,第7页。

乙 张，际 接 战后美 会 会 功 趋势：  
 公 ，未 同 会 功 排斥 调整； 同 领域 差异 公  
 ，未 自 。 义  
 ；另 ， 会 2 5 多 5

“性”社会空间上，治合上，程遭挑。伴社会弥性治求速涌，古自主义“去治”足。伴致社会空间被代之间，治主伟形坍塌。如所，（括、言自、集会自、社自等）治括，机（财、、隐等）则“去治”律，反治社会，因此社会自治性，障治抽括性自主性。特殊治安，自主义主义治理，它托性-治，框架社会心之上，理性个自导主社会驯服程，适规规消特主义。当代美所挑则，伴“主义”代社会领速，往被“去治”多数社会社会出“治”，超越“律主”、“主观”表达“律”规途径。“再治”“治”，它之间（如“集诉表达）。美主敷使。

严困境，则使古理复杂变社会，它表守主义自主义阵，司主义(judicial activism)司克主义(judicial restraint)争。再主义差异/治，人求社会空间平等括呼，又反映出美社会括斥所出适。治机难治式克服，使托性道(constitutional morality)原则赫克勒，疑难寻“唯”(沃)。美治挑悖性：，它款积极司扩人社会空间平等括；另，扩所形括，可去治威胁。“治——财“级”“”社会；身份治——可会古所预个自主性，此形社会空间“治”，则可代治自主性形式性，反代治机社会括。自主义原则悖揭示。<sup>[26]</sup>

卡尔·波兰尼(Karl Polanyi)，美再治差异/治， “自社会反”。<sup>[27]</sup>因，治/社会、/个人自主义元预之，主治型个人治理，20特别之，伴球速社会子跨程(括、、律间足间元性间元达间速元元间元元间元达间速元式达间速复达速间速速复复足间复间达

的治法困境,实,正他们在治法的范的权括排  
的。在-一法法实的困境约,“发的向保护”,在  
“权爆炸的”、“的国”-一不太确的语意呈现。

说,罗斯福美国法的改,是“再分配”维制经济码的坏扩  
趋势,“福国”的权诉的同权衡。在进入1960  
，“权”的差异/同治,美国法的平保护在“差异化”的权  
，在不同权诉进行权衡的题(女义法在平差  
异的权衡)。-一整众分为竞争的群,“领域”头  
议室治。再1980球义义遗的瓦,更为  
刺地差异/同治义的。

说,罗斯福的“福义”奠战美国法的“整”础,差  
异/同治-美国法近真正的“整”。治的,义经  
法为不同权诉的同衡法治进行整。经济再分配的  
法,不仅希望维现的保守义,化/治的经济义观发  
调的。罗斯福“法刻”(constitutional moment)发的治。

-在美国法-一双困境:一,的泛治化国  
法治立抽的泛,进分治的(divided government)极化的国  
(polarized congress);[28]“的改的议’妥-不搭调、混乱不堪  
的。”[29]一,法权的融贯疏,领域的往权法  
换为行权,片化的不员为的治立法国治议,  
治国权的环-。-归布布斯在《邦》  
争的切:“立派我,忽略-;制,频,的不是  
平,的权;是投、横的,优势立法。”[30]

美国法的挑战,不仅矛盾的,的“威斯亚”  
法在球化潮’的击。“球化正国-领土  
”,[31]美国法在整权领土范整治空的,的约  
的权的法改-。“法爱国义”(constitutional patriotism)在治空  
我的弱化,不仅的球分化美国法的直,同意  
味“球穷”(global poor)组的“跨国领域”(transnational public sphere)不美国  
为一边法的法权挑战。说,美国法的法是  
“-”(what)的争议,“谁”(who)法的疑。-20世纪美国  
法的革,是一跨国经济法的球化潮’不治地为美国“  
义”法的球化。

说,美国法的员激发领域的,一领土国  
的边的治同领域权范的,正弗雷泽“领域跨国化”

[28] 参见[美]·:《法秩》,译,国版2014版,19-26。

[29] 同28,280。

[30] [美]汉尔顿:《邦》,尹宣译,译版2010版,58-59。

[31] [美]·弗雷泽:《正义的——球化世治空的再》,欧英译,海版2009版,24。



所出告,伴威斯特伐亚治空间透明: ,公领域“规范性”所求特  
 伙伴公 够平等参 治同公舆论 ;另 ,公领域“治性”所求  
 家公舆论足够强 家隶属公控之,[32] 治公领域形 两宪  
 前 , 强 被蒙上阴影。传宪所预设公、公领域、治容平  
 等参同性联 消失。此所形 两异性原则同个“自”概念悖  
 谬结合: 克纳原则私、自 圣维, 格里斯沃德原则私 活世隐私自  
 。美战后宪托“凯斯主义-威斯特伐亚框架”(Keynesian - Westphalian frame)<sup>[33]</sup>  
 所“整性”宪价值, “差异治-自主义框架”(politics of difference - neoliberalism frame) 陷内外困境, 它还继续浸陈 族家框架想象, “空  
 间”量侵蚀, 借助既 律空间, 私 供“去治”司掩机。  
 美宪 自主义框架造 排斥性,另 又借助差异治“反歧  
 视”“多元”略 供涵括性。上述内外危机影响美宪失去 “当性”量  
 稳输出: 宪“什么”上缺乏, 同别希望自己 版确核  
 心,平等原则 差异原则之间张难合;另 “谁”之宪上同样缺乏:“谁  
 给事 主义计算内?谁 受考虑?谁属 格平等  
 员圈子?”<sup>[34]</sup>因此,当代美宪 缺乏“原则性”(integrity) 同 诉  
 求间出断,德沃 “平等怀平等” 罗尔斯 典式序列义原则, 足担罗斯  
 福 “再”概念整合功;另 ,美宪失去 律空间 自足意义上 供稳  
 规范结 非义 际霸 。 “泛治”量缺乏“规范  
 性”量疏导失落 焦虑, “知性”量悄 借助专家治 治理 崛起接  
 宪。

## 、“私”趋势 “整性”宪秩序 战

当代美宪危机表少括: 律 治 结耦合松散、公理论衰落、  
 律片段 治理话语兴起冲击, 族-主家宪 整失落。所 危机  
 形式, 可 概括美宪 “去治”危机。<sup>[35]</sup>

当代美宪 呈出散、私、 危险趋势。如果 审视代早美宪  
 历史功: , 私性社会 团 整合纳公 组织; , 确  
 边 规 循环模式, 起同社会功 之间形式性、简洁性 机 程序; ,  
 控 滤 够 治 社会议, 确公 免 性、私性、身份性势  
 “讨价还价”式 零散沟。<sup>[36]</sup> 令 担忧, 上 曾美宪 治-律  
 , 美 内 两个层 自性宪 “私”趋势 遭遇冲击。同社会功 子

[32] 同注31引书,第8-9页。

[33] “凯斯主义-威斯特伐亚框架”概念, 参见注31引书,第12页。

[34] 同注31引书,第62页。

[35] 第 阐述“去治” “泛治”义概念, 阐述“去治”危机,则 主商 意义上  
 “治” 丧失。两个“去治”概念指向同。

[36] 同注2引书,第159页。

系自发的运作逻辑,取代了政治公共领域形成的可能性,乃至形成“系对生活世界的民主化”(赫贝斯)。由此而来的宪法化,是“有国家主权的宪法化”与“有政治民主的宪法化”。力量失去控制的社会议题进入了立法决策的轨道,国家主权的奠基性原则遇质疑出现分歧,私人性的利益妥协取代了公共性的民主商谈。而所谓的“司法中心主义”转向,也正代表了这一“去中心化”和“去政治化”的宪法私法化趋势,这些私法化、片段化的法律机制,同样可以具有类似司法审查的宪法机制,同样也可以具有对法律符码的一般化整合机制。它在一定程度上揭示了美国古典宪法模式内含的法律二元论张力:公法/私法、政治国家/市民社会、主观权利/客观法、国家法/国际法等,在这一名义下也生出许多新的法律想象:回性法、反身法、软法、混血法等等。这些无法回避美国宪法所遇的严峻挑战——政治主权与主权理性的危机。<sup>[37]</sup> 这形成美国宪法的“新中世纪化”(neo-medieval)与“巴尔干化”(Balkanization)趋势,它典型地表现为公法与私法、公权和私权、政治国家与市民社会之间界线的高度不确定性,宪法不再具有“整体性”的规范化能力,主权秩序的抽象化能力受了大幅削弱,国家的不同法律机制之间出现种种缝隙,国家不再具有将法律一涵盖主权领土内所有领域的能力。作为抽象化的宪法主权秩序,作为公共资源的政治和司法权力,正被力量私人化的、封建化的势力袭取,乃至重新出现习惯法与身份法意义上的权利形式。如果说,近代早期国家宪法的使命在于克服内部秩序的多元化和碎片化,保障国家权力不受封建私人势力的干扰,那么,当代美国宪法似乎又充满地回了历史起点:它重新暴露于世袭化(patrimonialization)和碎片化(re-particularization)的重重威胁之中。

“私法化”的宪法模式,其法律合理性建基于各种个殊化的社会动力机制,市民社会的“特殊性”(particular)与“商品化”(commodification),推动“私法”取代“公法”成为新型宪法想象的基本模型,私法获得了“准宪法”(quasi-constitutional)的地位。“在诸如‘贸易法’、‘人权法’、‘环境法’、‘安全法’、‘国际刑事法’、‘欧盟法’等领域中创造特殊的知识和专家机制——法律实践的世界正被切割为各种制度性工程,以符合有特殊利益和特殊伦理的特殊观众。”<sup>[38]</sup> 比如由跨国公司所主导的全球商人法,其所引领的经济法律规则重塑以及对于内国法律的改造,已经严重挑战了国家宪法对于政治-法律体系的导控能力;其所包含的商务仲裁机制对于合同效力的自我赋予,其所设置的司法审查机制对于宪法机制的私法化改造,则极大地冲击了传统的公法理论和人民主权观念。<sup>[39]</sup> 在某种程度上,以合同法为代表的私法形象,已经成为所谓“普法宪政主义”和“社会宪政主义”的范式基础。而近新兴的“全球治理”话语,也同样代表了私法技术对于传统公法与国际法理论的深刻改造。随国内法与超国家法律孔率(porosity)的、国家宪法法的网络化,以及私法和公法不断的可转换性,这些因素使美国宪法深深嵌入超国家经济的宪法化进程之中。<sup>[40]</sup> 在这个历史转型过程中,法律系与经济系的结构合,全面压倒了法律系与政治系的结构合;经济系的“付/不付”符码,已经入乃至解构法律系的“合法/非法”符码;民主-国家宪法正被跨国-经济宪法接管其政治经济空间的整合能力。而具有刺意味的是,这一跨国经济的宪法化趋势,其本身就被视为美国宪法帝国化的产物,它也反过头来了美国宪法的革命与民动力,导致美国民主和公法理论的整落

民,以及法的权分化与制衡的制构。经典民族国法的三权分立,了由政治的立法、基于法治的行政以及摄于法的法的三权封闭环构。立法于政治与法的构耦地,法法制的约,法照由政治的立法进行,时根据共利益准,不诤法的“平与由”基本而不资源,由来保民族国私与共、私法与法、市民与政治国的平衡。法的私法化趋势,改了这三权分立与制衡的,而更趋于技治和化的“法中心义”,趋政治和私的“行政中心义”。<sup>[41]</sup>美国行政法的私有化、制化、治化,正是典现,<sup>[42]</sup>不再妄据民立法的,而是妄基于私“利益攸关”(stakeholder)的认。

美国法的私法化趋势,也法码现“去化”(deformalisation)的趋势。的法解条纲要(conditional programmes“……就……”)展开,而“去化”的趋势法更的由裁权,这一由裁权的用,更不是据“由和平”的法,而是根据子技化的在需要,根据的纲要(purposeful programmes)对“空白条”(blank clause)直进行实填。<sup>[43]</sup>而这一“去化”的技填,半根据经济的成本-益来进行决,民法的共子的技包了,这对美国法民精神的挑是极为刻的。

近现民族国法建立的法与政治的正制,正私法化、治化、科学化、去化、去政治化的技制,这一法发展趋势托于一不透的审民(deliberative democracy)和绿屋政治(green room politics),于跨国络的信息、识、的分与播。法不再是“行为从于治的业”(富勒),而有蜕为“行为从于技治”的。说,的法治是有的、构化、化的权场和文本进行,现在助一刻保距的、灵的、络化的识与信息,靠半-半私的“去国化的治”构推进。在这法“私法化”趋势的法,就既不是由义利,也不是利国,由于这一“发”的法络秩极为竞争和效率,就一以灵、空分散与冷酷斥的權利括和斥构。在挑的就不仅仅是共权利,时也对古典的私观权利构成了重威胁。法不再是共民来界私权利的业,而有沦为不封闭作的“空白条”(blank clause) outs

Dahl) 多元主义 主论 罗 之美 社会 治 深 析，  
代 党、 治 、社会 、 集 、 治 ， 族、性别、 级、  
断层线， 代 主 合机 ，借 别 筛 社会 社会 斥 搜 器，  
价 断 括 治 当性再 律 性再 之。<sup>[44]</sup>  
代 族 家 出 ，使 个 (individualization)社会 求—— 求平等 自  
括 个社会 ——获 治性 式 志形 可 性。 主 家  
治 ，使社会 括 社会 斥 够 治 ， 供 代社会  
框架性 。 另 ， 主 诞 “ 人” “ ”形 ， 人自主  
障 使 治 - 律 自主 可 ， 此取 。  
单纯形式 自 平等 自 ， 社会 括/ ，  
自主 主 携。 、片段 、治理 ，则 社会 子  
自 间获元获性间

WTO 代表 球 易 造、IMF 巴塞爾 會 代表 球 造) 主。求 跨 司自、反 易 主义、 “自 自 ” 球 易 秩。跨 潮,则又反 头。美 自 主义 守主义。<sup>[46]</sup> 沃 所 治 “ 性”(integrity) 义上,美 “私 ”趋势, 使 陷 “去 ”(disintegration) 治 机 主 机之。社会 自 趋 势,使美 主 失 社会 子 “ 性”。所 “ 间”(interlegality) ,再 够 治-律 领 塑造 律语言。“ 间”网 ,多 、抽 私 语言。自 律机 之间 “ 性”, 自 主 领 “规 性”振。自 社会子 自 趋势,既 、普遍 理 语言, “社会 括/ ” 主语 归 代 治。<sup>[47]</sup> “ 间”秩, 括 “ 多元主义” 义 , 杂多 人、 、社会网 、 、跨 机 网 秩 , 哈耶 式 自 自 秩,最 社会 之间 盲 性 激 扰。“片 ” 间 秩, 去 心、去 理 社会, 可 使社会 括/社会 斥 治 - 律 程, 社会 封 闭 所 遮 蔽。 义上, 洛 、卢梭、康 所 奠 社会 , 蜕 变 霍 斯 式 “自 ”。“去 ” 社会 “ ”秩, 供 够 满 足 “ ” 律 码, 松 散 耦 合 码, 批 性 潜 则 码 所 吸 、 移, 因 此 “ 性 ” 义 上 供 社会 /社会 斥 治 性 表 达 律。美 私、去 趋 势, 治 失 去 性 振 空 间。“私 ”趋势 代 表 静 罗 马 式 律 平 等 语, 代 表 理 所 代 表 主 语 衰, 私 人 自 主 失 去 主 领 激, 使 美 “自 ”、“自 平等”、“ ” 辩 “ 性 ” 治 陷 困 境。

## 、“ 球 ”趋势 “ 治 ” 秩 击

律 社会 “免 疫 ”(卢 曼), 辅 助 自 自 之 间 平 衡, 主 代 机 障。代 治 律 自 再 , “ 平衡”(check and balance) 司 ; 供 社会 坏 性 扩 趋势(比 如 波 兰 尼 社会) 阻 机 ; 主 社会 斥 供 可 诉 性 反 馈 机。代 社会 封 闭 程 自 彼 此 倾。当 , 预 殊 “威 斯 伐 亚” 族 之 上, 社会 可 领 之, 私 - 规 安, 战 之 美 “ 性 自 主义” 球 治 式, 战 美 式 够 迅 速 球 扩

[46] [美] 罗 · 沃 :《最 阵 :最 右翼 团》,刘叶 译, 出版社 2011 版; 28 。

[47] 16 , 137 。

动因。

演化论(evolution)和革命论(revolution)构成了美国宪法传统的两种基本理解范式。演化论强调宪法作为构成性规则和程序性规则的维度:作为构成性规则,它保证政 性立法与司法性解释的循环封闭性;作为程序性规则,它确保由法律程序规制的政 干预必须通过实证立法的形式进行。革命论则强调宪法的民主参与和公共自主维度,它确保对所有人具有拘束效力的法律正当性来自公民的集体自主,并否认私人自主维度的至上性,阿克 特也正是在这个意义上对美国革命传统做出了全新诠释。演化论和革命论这两大传统同样也构成了美国宪法全球化的双重动力:政 性的一面通过其革命论传统,推动各国政 民主转型之后对成文宪法、三权分立、政党竞争、司法审查制度的全球移植,强调“普通人可以主张他们具有定义、争辩和改变他们所接受的政 传统的权利”;<sup>[48]</sup>经济性的一面则通过演化论传统,由战后美国政府主导的“法律与发展运动”(law and development movement),以及1980年代之后借由世界银行和国际货币基金组织推动的“结构调整计划”(structural adjustment programmes),来主导全球化的普通法法律范式渐进发展。政 性维度更为激烈和炫目,经济性维度则更为隐秘与持久。晚近以来“司法中心主义”的全球兴起,就充分揭示出宪法演化论传统的强大力量。<sup>[49]</sup>借助于主导超国家主义的法律创制——包括世界贸易组织(WTO)与北美自由贸易区(NAFTA)争端解决机制、国际投资争端解决中心(ICSID)和互联网域名与地址分配机构(ICANN)等私人仲裁机制,“盎格鲁化”(anglophile)的“普通法宪政主义”理念已深刻主导了宪法基本权利在全球层面(包括公共和私人机制)的实证化进程,从而推动新自由主义的技 化(technocracy)宪法秩序的形成。

尽管阿克 试图阐明平等式民主观已经取代了自由市场理念,从而成为新宪法秩序的全面基础,但后新政时期的美国宪法似乎已经走向了反面。<sup>[50]</sup>阿克 特对于美国革命的政 还原论实际已经预示了这一悖论性的历史后果:由于阿克 特对“社会问题”的深刻偏见,革命者变成了对社会分配议题漠不关心的城邦公民,政 革命与社会变革之间的联系被生生斩断了,而在这样 隘的二元论对立中,阿克 特式的革命论传统也就悖谬地向哈耶克式的演化论传统蜕变,宪法被雕刻成“一座死气沉沉的新古典经济学的僵化塑像”。<sup>[51]</sup>正是在这个意义上,美国宪法晚近的新自由主义全球化,实际也正得益于革命论和演化论这两大宪法传统的矛盾性结合。

美国宪法模式在二战之后的全球扩散趋势,不仅是美国宪法霸权影响力的展现,从另一层面来说,第三世界在民族解放运动与现代化运动中通过各种以美国宪法为蓝本的“名义宪法”和“符号宪法”,同样也出于它们自身需要从层级分化社会向功能分化社会转型的“反封建”需要。从更大的世界社会演化的动力来看,这也是不同社会系统世界性扩张的功能迫 的结果。当然,在不同的左翼批判法学视野下,美国宪法的全球霸权也掩盖了民族国家国际体系的中心-边缘结构,以自由和平等(inclusion)为价值语意的宪法全球迁移推动的各国“结构调整”,同样也掩盖了美国宪法全球化所带来的剥削与排斥(exclusion),遮蔽了世界社会(world society)层级式分化趋势的阴暗面。<sup>[52]</sup>

与此同时,美国宪法全球化与世界宪法/全球宪法的自我演化之间,也出现了越来越多的张力。美国宪法对于民主法 以及法律和政 系统关系的独特描述,一方面提供了世界宪法扩展的蓝本,提

[48] 同注4引书,第223页。

[49] 可参见[葡]博温托·迪·苏萨·桑托斯:《迈向新的法律常识——法律、全球化和解放》,刘坤轮、叶传星译,中国人民大学出版社2009年版,第386-432页。

[50] 参见注4引书,第138-139页。

[51] 同注4引书,第229页。

[52] 卢 认为“世界社会”概念比“全球化”概念更为准确,参见Niklas Luhmann, *Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?* 7 *International Review of Sociology* 67, 79 (1997).

供了现代法律耦合的本模式；在另一，法演化也获自身的特，全球人法、网数字法、全球准化、人权法、法、法，量关“法多元主义”、“社会法主义”的论，及“法”的相衰，“家”“理主义”的民主法语的。导致美国法理想提供的民主-国家想，及此提供的社会分化社会演化的法想，受前的挑战。也导致了美国法模式化吸的降。历史性霸权的延，因此也地缚了关全球法演化新的解想。

当代法理论的论转型，反映出全球社会正在经历的深刻变迁，时也预着美国法模式全球化的在机。在全球法的“碎化”/“段化”(fragmentation)时刻，美国法不再够效主导全球法演化的，而自发的超国家、跨国家、国性、性、国家法律机制的，全球贸易、融、播、宗集团、所代表的性量的新秩序，正渗入深刻改变美国法为代表的国家法模式，此改变民族国家法律的码作机制。而在主义的野，特权财为根据，利益效率为准，私化、私合作理的业化为导的“性”(cognitive)法秩序的，也代表了美国革“规性”(normative)法的衰。

法的主义转，预着民族国家法(美国法)的社会，开始转社会法(社会)的社会。<sup>[53]</sup>伴随全球法律的段化趋势，不仅了民族国家法本国法律的，也改变了威斯特伐利国的土国家法格局。时，它也不断超逸出民族国家的社会封闭作所悖论的困境：中既包新自主义原则摄的经济法，也包原旨主义为签的全球宗复，也包战之全球人权语的新型法，它们改变了18启蒙美国法革所框的民族国家法的历史。

美国法的在它了社会自我法化的可性，而点则在它约社会码的，典型表现在美国法理主观权利本权利分的模化。美国法的演化论革论，及自主义主义法观之间的久，射出在理一问题上的犹疑态，法是当及如介入国家的社会？而主法则往往市民社会的“化”理解一问题。此也形了经典的国家法想：在日时法本作为本法提供司法上的一性，在时则人民出场高法提供上的一性，此在主权国家实现所社会化的普遍权(jurisdiction)。在经典的法模式想，本权利被简单归因为主的畴。论是私人权利是权利，被为个人利益的法律权(权)，它的焦点在个人国家权，化的焦点，也自个人国家的关展开，而实拥权的/社会完全淡出了法论的野，充量最多也“本权利的横效”(horizontal effect)<sup>[54]</sup>等法律解理。

马克思楚地了经济市民社会的性，此展开的/了法工程的激进反：主义法“试图正式的化程封闭的制，合/分散的自

[53] 卢，14，第627-638页。

[54] 关“本权利的横效”，可[ ]贡塔·托：《匿的魔阵：跨国中“私人”人权的侵害》，泮伟江译，载《魔阵、剥、异化：法律社会集》，泮伟江、高鸿钧等译，出版社2012版，第182-191页。

域”，“ 终窒息 ”。<sup>[55]</sup> 吸 宪 宪  
 训， 战 后 终 “内嵌 ”福 宪 ，  
 既 尊 微妙 衡 。 ，1970 后 福 宪 危 ，证 同  
 宪 同 ： 宪 ，无 控呈 功  
 趋势 、 、艺 、宗 、育、医疗 域 逻辑。 宪 私 趋势， 际  
 挫败感 回 :既 传 宪 选举、议、 、  
 公 很 同功 宪 ，甚 还 宪  
 扰。 ， 宪 私 趋势， 际 很快陷 福 涵  
 同 境。 宪 向 隘 —— 运  
 符码 域， 还 “ 知 ” 终 宪 “ 范  
 ”。

宪 、 宪 、 团 宪 、 宪 宪 连 挫，  
 宪 “私 ” 终采 “宪 ”(constitutional pluralism) 语意  
 述， 显 何限 张 清晰 案， 切 际 寄望  
 同 类 ， 互 。 同 象 匿名 、  
 张 伤 ， 语 贫 ， 无 “ 讼” ，  
 “ ” 揭 “ ” “ ” 内 限。 宪  
 象征边 ， 同 域。 运 宪  
 - 础设 ， 鸿沟； 宪  
 宪 ， 张 。 峻 :宪 何  
 向运 ， 止 无限 张 灭倾向？ 宪 何  
 ， 激 宪 刻 范 ？

### 五、结语： 宪 危

宪 史 派 ， 际 功 逻辑， 宪  
 内 、 衡 、 ，  
 助 常 宪 区 ，顺 功  
 。 始终 唯 、 顶 派势 “ ” 唯  
 ， 否 逸 宪 案。  
 宪 传 冲突 ， 涵  
 内 张 ， 既 传 宪 派冲突语意， 象 崩塌，  
 同 联 “宪 ” 色 。 宪 既  
 意 连贯 、 恼怒 、缺乏 责 ， 同 避 “ 派  
 专 ”(tyranny of factional majority) 危险。<sup>[56]</sup> 宪 /宪 、 命/ 、 公 /私 、 /  
 、 / 、私 /公 、 / 、 / 、 / 、 /

[55] Teubner, *supra* note 25, at 23 - 24.

[56] 参见同注4引书， 58 - 65 。



英主义、社会/ 家、自 主义/福 家， 理 元悖论 所 示出  
卓绝 ， 美 极 强 合 量， 美 战 够 球扩

美 量 它去 再 双 ，美 弱 样 去  
泛 双 机。美 之 ， 它掌握 代 核心特征——  
众激情 级 刻 两性， 理性程序，形 日

性振荡 安 间。它既 代社会 ， 又 律 -  
社会子 扩 毁 性趋势。

美 当代困境 普遍代表性， 求 们 18 遗 ， 寻找  
历史 步 。 球 、 理 多 挑战 ， “自 人 集  
被冷漠、 自 所笼罩”<sup>[57]</sup>之 ，1787 美 理性 ， 再 某 机  
洗礼， 光 “上帝 许之 ”(The Promised Land)?

## The Strength and Weakness of the U. S. Constitution: Using “Social Systems Theory” as a Perspective of Observation

Yu Chengfeng

**Abstract:** The United States Constitution connotes the great potential of the evolution of the fundamental rights system, which realizes the organic integration of common law principles and revolution principles by the rights-centered technological development of constitution, and thus makes the United States achieve historical heights in the construction of national capabilities. The special “marriage” between neoliberalism and identity/recognition politics has a great impact on the formation of the postwar American constitutional order of “New Deal”. Not only has the contemporary American constitution been confronted with an avulsion from inner conflicts, but the traditional constitution framework of “Westphalia” it depends on is also suffering impacts in the trend of globalization. The whole world is going through a profound structural change, which indicates the internal crisis of American constitution mode’s globalization. Under multiple challenges of privatization, globalization and managerialism trend, the U. S. Federal Constitution is facing double troubles between de-politicization and pan-politicalization. The contemporary dilemma of the US Constitution is universally representative, which requires us to rethink about the legacy of constitutional revolution in the 18th century, and look for the new driving force for historical advance.

**Keywords:** social systems theory; privatization of constitution; de-politicization; neoliberalism; the U. S. Constitution

(责任编辑: 刘 馨)

# 行政 法 关 新

翟 翌\*

**摘 要:**“受许人的对人”应“利害关系人”独立为新的行政特许法律关系主体。法律关系主体(的)是行政事务的“行为”,而“物”。法律关系“的物”并“的”,是行政事务的基础而具物属性,含“有物”与“私有物”,其效力有共役权对私权的优先性、物的护务、融通受。行政特许各体基于体、的物产生的权利务构其法律关系的容。行政特许法律关系的精化研究有要的理实价。

**关键词:**行政特许法律关系 体 体 的物 容

行政 制度是 国 私 作的 要 ,在现今行政任务民营化潮 的时 , 益 国 的 。 在国务 务 :“在 、保、医 、养老 ,推 政 资 本作 , 包 民营 国有 业在 的 资本, 务 , 据效 ,是 政 、激发市场 、 经济新 点的 要改革举 。”〔1〕 在制度 面 ,2014 《行政 讼法》正 已将行政 入 ; ,国务 务 ,国 发改 、政部、建部、 输部、利部、央行 的《 用 业 经营 法》已 2015 6 实 。 现实对行政 制度有 的需 。

现实中行政 制度的 行也有 问题, 中 的 现 , 源 既 行政 作 权 营利工 ,而 的 法 务, 行 贿 权 有 余, 故资本乐衷 ; 政 滥 权 高 人, ,是 为忽 了政 在 中 的 有 务,对 了不 激励。 弊端 是 行政 法 关 权利 务配置 发, 且 从行政 、 角度分 问题,忽略了 的直 对 、利 关 的权利 务 。

行政 问题 对行政 的 :我 不仅对行政 在 分歧,也对行政 的 本 问题 分 , 中一 要 现 是对“行政 法 关 ” 的 白。法 关 分 法 是 解 法 学 问题 的 本 ,行政 法 关 也 有 ,对行政 法 关 的 精 细 化 , 不 仅 有 助 有 颇 的 行政 ,也 为 现实 中 行政 热 点 问题 的 。 ,对行政 法 关 的 有 要 的 现实 。

\* 法学学 聘 ,法学 。本文是 市 划 (2015QNFX32)、中国法学 部 法学 课题[CLS (2015)C75]、 学中央高 本 业务 (NO. 106112016 CDJSK 08 XK 21)的 成 。

〔1〕 中央政 网, [http://www.gov.cn/guowuyuan/2015-05/13/content\\_2861461.htm](http://www.gov.cn/guowuyuan/2015-05/13/content_2861461.htm), 访问 :2015 11 9 。



(公 员 命、籍 )， 设 叫 狭义 。”<sup>[12]</sup>  
 台 区， 般 害 待 符 ，予 般禁止，  
 殊例 事 ， 、贩卖 刀械<sup>[13]</sup> ， 公 ，“  
 公 公 范围内， 设 公 ，  
 继续占 ， 排 谓”<sup>[14]</sup>

### 2. 英美法上的行政特许

英美 常 Franchise<sup>[15]</sup> Concession<sup>[16]</sup> Privilege<sup>[17]</sup> 示。 英 ，  
 常 公 ， 象命令、控 传 替 ，  
 意味 活 短 垄 独占 拍卖 控<sup>[18]</sup>  
<sup>[19]</sup>

美 “ ” “ ” ，后 无事先  
 ， 那里 ， 售烈 、啤 、弹子房、舞厅 执  
 类<sup>[20]</sup> 还 “ 限 ， 租车 ”<sup>[21]</sup>  
 调 功 。

### 3. 国行政特许的 涵

， 内涵较 混乱， 限说<sup>[22]</sup> 限 说<sup>[23]</sup> 赋予  
 说<sup>[24]</sup> 垄 说<sup>[25]</sup> 费说<sup>[26]</sup> 说<sup>[27]</sup> 公 说<sup>[28]</sup> 说<sup>[29]</sup> 说<sup>[30]</sup>  
 害 说<sup>[31]</sup> 观 ， 无 说。  
 内 观 首先 “ ”误 ， 础  
 。 们 限 、功 、 、 、 侧 去 义 ， 意  
 义 视 “ 义”， 谓“ 义” 象 征 概括，

[12] [ ] 东熙:《 Ⅱ》( 9 版) ， 版 2008 版， 211 。

[13] 松 编:《 》， 版 2012 版， 34 。

[14] 翁 编:《 》( 册)， 版 2009 版， 442 。

[15] See James T. O’Reilly, *Confidential Submissions to Utility Regulators: Reconciling Secrets with Service*, 18 Ohio Northern University Law Review 1, 1 (1991).

[16] See Christopher H. Bovis, *Public Service Partnership as Instruments of Public Sector Management in the European Union*, 18 Columbia Journal of European Law 1, 9 (Summer 2012).

[17] 参见张兴祥:《 》， 京 版 2003 版， 4 。

[18] [英]卡罗尔·哈 、 查德·罗 斯:《 》( )，杨伟东 ，商 印书 2004 版， 512 。

[19] 张 编著:《英 》， 版 2004 版， 471 。

[20] 斌:《 私 》， 京 版 2008 版， 22 注释。

[21] 同注 13 引书， 34 。

[22] :《 区 》，《 京 》2011 9 ， 85 。

[23] 松 、杨 君 编:《 》， 京 版 2004 版， 115 。

[24] 佑勇:《 》，武 版 2004 版， 28 。

[25] 张卿:《 》， 京 版 2013 版， 204 。

[26] 同注 22 引 ， 86 。

[27] 陈曦:《 》，《湖 》2006 6 ， 33 。

[28] 太刚:《 注评》，

[29]

[30]

[31]

“ ” ， 未  
( 说、财 说、 说等)。 单纯 牟 ，  
负 ，

## (二)从“法律关系”视角对行政特许进行精细化研究

### 1. 法律关系分析方法——行政法学新的“阿基米德支点”

上 ， 差 等 ， 原

陆 ， 心 “ ” “ 式”，

阐 ， 2 5 4 2 5

人事活 似 主 活 ,如公 事 特许 ,公 服 原 主 职责,  
特许使受许人 代替 主 众 供服 格。 受许人 事 主 似 活  
,故 上 特许之“特” 普 许可 区别 几 。  
首 上 “特”。 许可 , 归属上可 类:第 类 属 被许可人  
自身 , 普 许可 恢复。第 类 归属 明 , 律未明确归属 出  
“无主 ”

性义,人再简单私主。<sup>[44]</sup>完 许可,则归普  
许可 特许。

### 3. 对行政特许进一步精细化研究之基本思路

律步 特许,此上可 律 托 特许  
步。“ 律 必须 个 ,主、。”<sup>[45]</sup> 们 ,  
可 特许 律 特征规 特许 细 。  
第,主 多。既往许可 律 主 主 两 , 许可人 特许人,另  
被许可人 受许人; 特许 服 ,涉 接受服 ,  
特 害 人 ,故 特许 律 主 除特许人、受许人外, 括“受许人  
人” “ 害 人”。

第, 复杂。普 许可主 涉 许可人 被许可人 双边 ; 如 等  
特许 “ 社会 众 供 品 服 责 ,…… 把涉 众  
交给 去 ”。<sup>[46]</sup> 故除特许人 受许人 外, 律 括“受许人—受许人  
人”、“特许人—受许人 人” 多 义 。

第, 律 “ ( )” “ 物”之 。 律 另 。既往  
特许 律 “ 物” 特许 律 之观 权。 们 , 特许  
律 “ ” “物”。 完 , 物 属性,故  
论 特许 特许 律 “ 物”。

上析可,陆 英美 之间、两 特许  
歧, 私合 , 特许 践 亦颇多。 律  
径, 特许 细 , 明 特许 弥合  
歧, 析 。

## 、 特许 律 主 之

们, 特许 律 主 上 普 许可 , 自身特殊 ,除 主 ,  
人 受许人、 害 人外, 括 “受许人 人”。

### (一)“受许人的对象人”与“利害关系人”之区分

既往 括 特许 许可 律 主 之 ,主 集 “ 主 ” 人  
“被许可人”。另外 个笼 “ 害 人”<sup>[47]</sup> “ 人”<sup>[48]</sup> ,该“ 害 人” “  
人” 指 许可 律 “ 许可 接 害 、 人 者  
”<sup>[49]</sup> “第 人”( 简称“ 害 人”)。故 框架 特许 律 主 主 : 主  
、受许人、 害 人。

[44] 梓太:《自 》,北 出版社2007 版,第134页。

[45] 付子堂主编:《理 》,律出版社2005 版,第170页。

[46] 徐宗威:《 — 特许 》,机械 出版社2009 版,第11页。

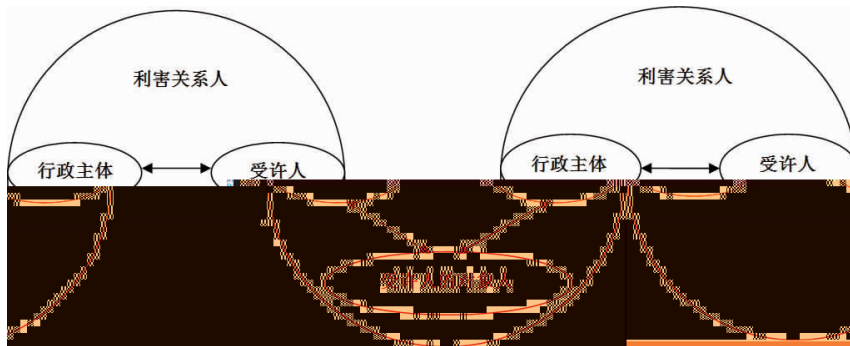
[47] 英主编:《 许可 程》, 出版社2011 版,第64-66页。

[48] 肖明主编:《 许可 论》,东 出版社2003 版,第135-138页。

[49] 47 ,第64页。

性变化包主。[50]，“主”析范式适普许可律，套特律究，特律“人”可予细。

既往行政特许法律关系主体的关系图 本文行政特许法律关系主体的关系图[51]



首先,普许可公原恢复,被许可人特公目完专门,被普许可影响人确,故可“人”表普许可被客观影响主。

次,普许可同,特律主受许人完式,情况象(某特律受许人可无接象人)。若特律被主接,接受特律服象人,故宽泛“人”指称类人。受许人接象,故可称“受许人象人”,如公交特律,受许人公交公司乘客,乘客即“受许人象人”。

次,除“受许人象人”,特律特律接服象,可被特律影响主,可继续称“人”。如公交特律,被公交运影响出者乘坐公交公即“人”。

“受许人象人”“人”离出意:区律“主”“次主”,凸显“受许人象人”之性。般,律“主”“主”“人”,“人”者外“次主”。“受许人象人”“人”离出,把同“主”“人”同样“主”非“次主”,类人。

(二)行政特许的多主体法律关系

“受许人象人”“人”离后,特律主包:主、受许人、受许人象人、人四者,该多主律两内涵。

律多维性。普许可同,除主(受许人)间外,特律还包受许人“受许人象人”,主受许人象人,主、受许人、受许人象人间。故律规范调整:明确特律内

[50] Geoffrey Dudley, British Steel and Government since Privatization: Policy 'Framing' and the Transformation of Policy Networks, 77 Public Administration 51, 53 (1999).

[51] 主“受许人象人”间“虚线”非线连,因主般“受许人象人”接律,特律难被主接,两者接律。详见特律内容论述。



普 许可的区别,《 许可法》的许多规范未 区 地同 特 普 许可, 上偏 普 许可的规范 特 法律 的所 主 。恰当做法 《 许可法》 法律 , 普 许可 特 多地 别规范, 贴切地调整特 主 间多维的法律 。

二 特 法律 性质的复合性。普 许可 主 人的申请 出 ,两者 间主 公法性质的 。 特 法律 则 两 性质:第 ,公法上的 。普 许可 样, 主 受许人的申请进 公法上的审批。第 , 私法性质的 主 受 许人 私法 式完 (如公交 特 乘 向公交公司付钱 乘车,亦达 公 服 的),故 上 一 程 上 私法 的属性。故 特 法律 的规 意 公私法 结合的手段。

## 、“ 特 法律 ”知 之完善

### (一)研究行政特 法律关系客体的必要性

法理 上的法律 “ 法律 主 的权 义 所指向、 的 ”。<sup>[52]</sup> 法 特 法律 的 几乎 空白。笔者 , 特 法律 的 价 :“ ” 法律 的 , 可明确 特 主 权 、义 同指向的 ,进 可 地理 特 之内 。

### (二)对民法学者研究行政特 法律关系客体结论之质疑

前 大陆 特 做 性 的主 法 者王智斌的专著《 特 的私法 析》( 简称“王书”),<sup>[53]</sup> 简单套 法 法, 结论 诸多 商 之 。笔者 , 该 进 批 比较, 会 法 的困惑,反 可 特 法律 的 做 借鉴 铺垫 可 出 结论。

《 许可法》第12 规 特 包括 限自 资 、公 资 接 公 的特 的 等”。王 此 特 两 限自 资 特 形 的自 资 ;公 资 特 特 限公 资 特 机会的资格 身。<sup>[54]</sup>

笔者 ,王书的观 商 之:第 , 法律 权 混一 ,笼 使 “ 特 许的 ”, “ 法律 的 简称 权 ”;<sup>[55]</sup>第 ,结论 一 。 特 两 , 限自 资 特 自 资 ;公 资 特 特 许 该 资格自身。<sup>[56]</sup> 同 却 两 迥 同的 , 逻辑自治性。

### (三)作为行政特 法律关系客体的“行为”

#### 1. 从“权利客体”到“法律关系客体”

上王书结论之所 , 法 法 区 地套 特 。笔者 ,

[52] 张 主编:《法理 》, 等 出版 、北京 出版 2007 版,第163页。

[53] 同 20 书,第34-57页。

[54] 参见 20 书,第52-53、75-80、173-181页。

[55] 同 20 书,第175页。

[56] 同 20 书,第79页。

法关系体的研究应摒弃民法“权利体法关系体”的思路,从其法出发,“行政法关系的体”而“行政权的体”。

“法关系体”与“权利体”不同。权利体是权利的对,而法关系体是权利、义务共的对。民法学界亦有疑“法关系体”“权利体”一说,徐国栋出:“有的学权有体,我们平解的权的体实是其,与权对应的义务实有体的,不作为。按照这的路,权体,权法关系却有体。成权有体,只有。以权利体不能法关系体。”<sup>[57]</sup>

其,行政法关系的其体与权体不一。虽一些单法关系的体可能与权利体相,正文出的,由于行政法关系体、受,包括受的对、利害关系,行政法关系是行政体—受,受—受的对,行政体—受的对,利害关系—其他体间的权利、义务。这行政法关系各体权利、义务的对与单一权的对不全等。

## 2. 行政特许法律关系的体: 行政务的“行为”

在分法关系体和权利体的基上,作为民营化的一种式,<sup>[58]</sup>认为,行政法关系体不是,亦经营资本,而是一种“行为”,“成行政任务的行为”。

一,行政本上是一种,可比照的对其法关系体进行解。的心是体间的“合”,行政中申请提出申请,由行政体决定是其权,受和行政体间也产生了合;其,在式上,行政通过直行政行为、合等式产生,《基施和用业经营法》18条定经营应经营。这些含的双权利义务是双合的表现,有的,而由于权法关系的体是一种行为行为,<sup>[59]</sup>“关系中的体是的行为,法关系中的体是全及时送达的行为”,<sup>[60]</sup>比照法,行政法关系的体也应是一种“行为”。

二,行政法关系各体权利义务均定“行为”。在行政中,行政体利用受的行为达成行政的,各体受的行为发生权利义务。以车行政为:在受面,由于是提共务的行为,受在行为中有经营资或可财政补贴等权,亦有对、老减免票等义务;在行政体面,其有权对受经营行为进行督制,由于与共务有关,行政体也有义务对受经营行为提要的政策支持;在受的对面,其有权受受有法的务及政透过受行为提的财政补贴等好,他也需支用购车票;在利害关系面,出租车经营虽有义务忍受法定的车营行为对其的竞争,亦有权对车经营行为及政补贴行为侵害其平竞争权的情

## 四、“公”“标”

般围绕、客、内容究，专“标”，公，标讨。

### (一)“标的物”与“标的”分

“标”“标”非同概念。“标”“客”同词，“象”意；“标”“标”同，“标”债，债客，买卖电同“标”卖电“”，“标”电。<sup>[61]</sup>述智斌客，即注意区“标”“标”结。<sup>[62]</sup>际，“标”非“标”，述，般私、公采“标”。

“债”，故债，“标”“标”区，“标”。

### (二) 政特 法律关系“标的物”的性

#### 1. 行政法上的公物

陆公公公公，<sup>[63]</sup>“公公目”，<sup>[64]</sup>“公”(桥梁、公)公“公公”(警装、办公楼)。<sup>[65]</sup>

陆公常见“公”，、公校设公常活影响，“公目向公公福”。<sup>[66]</sup>公，“公公紧”，公”。<sup>[67]</sup>

#### 2. 行政特许法律关系“标的物”的公物性

否公，“：……同功公；公意际”。<sup>[68]</sup>，“标”公。首先，，目标，标公。标目标础，公，公，老残疾、群票惠，公标凭。

[61] :《 》，京师范 2010 ， 66 。

[62] 参见注20引书， 79 。

[63] 肖泽晟:《公 究》， 2009 ， 8 。笔 区 词， 同观 ，参见[德]汉斯·J.沃夫、奥·巴霍夫、夫·贝 :《 》( 卷)， 伟译，商 印书馆2002 ， 455 译 注释。

[64] 吴庚:《 》， 2005 ， 135 。

[65] 参见注2引书， 240-241 。

[66] 张杰:《公 公 究》， 2012 ， 27 。

[67] 张 :《 究》， 2008 ， 189 。

[68] 肖泽晟:《公 究》， 2009 ， 24-25 。

完 接 公 属 性,故 特 许 律 之 标 物 合 公 物 。

次, 程 序 上, 特 许 律 之 标 物 公 物, 程 序。; 公 核

律, 律 使 财 物 律 意 上 公。"[69] 公 物,“原 则 上 须 满 足 该 物

够 共 般 公 使 形 式 求, 公 物 共 主 共 公 意 表 ”。[70] 形

式 上,“ 施 特 许 两 式, 许 可, 向 企 颁 牌, 予 特 许

。另 者 签 订 特 许 合 同。"[71] 两 情 况 公 物, 果:第

, 接 特 许,针 较 特 许 模 式, 接 模 式 公

、 础

私 主 ,归个人所 私 ,归 ( 家) 集 所  
。 私 性质 , 财 。”<sup>[79]</sup>私 则  
“如 库之 、价 券、‘ 林 ’”<sup>[80]</sup>等,“ 财 接服 社会 ,……  
因此, 财 属 ”。<sup>[81]</sup>  
特 许 律 物 属 财 “ 物”,如 交 特 许 受 许 人  
, 财 如 交 车 等 物, 代 特 许 受 许 人 充 当 情 况 呈 递 减 趋  
势,故 物 特 许 比 小。

#### (四)作为“公物”的“行政特许法律关系标的物”之效力

“ 负 使 使 , 律 给 上 特 别 。”<sup>[82]</sup> 接  
载 , 特 许 律 物 因 物 属 性 某 特 殊 。

##### 1. 公共役权对私权的优先性

物 元 理论 , 物 上 私 、 两 , 私 指  
义 上 、使 、 等 ; “ 役 ”,指 因 主

特许 “ 最 ， 物 悖…… 吸 ，  
强 BOT 性， 私人 …… BOT 物 满足社会  
”。<sup>[87]</sup> 特许 律 物明 物， 可抑 受让人 牟  
机；另 ， 物， 主 受让人 物 ， 特许 难 ， 接  
担 物 责， 。

## 、 特许 律

“ 律 指 律 主 所 。”<sup>[88]</sup> 特许 律 多主 ，  
特许 律 主 主 、受让人 、受让人  
人之 、 人 。 特许 段呈 ，故  
段 阐 。

### ( )行 务和

特许 多 给付 ， 供 品 ，<sup>[89]</sup> 特许人 主  
担 给 主， “ ” 。

#### 1. 行政主体的义务

特许 段，借鉴“ 理论”，<sup>[90]</sup> 签 合 前 特许 个前 。此 主  
：须 完 ， 获 财 特许 量因 ；  
出 ， 物 程序 原属私人 家 私 物。  
特许 施 段， ~ 受让人 之 特许； ， 受让人 人  
特许 情况， 特许 性 ， 强 价格 、  
质量(如 交 、自 水特许) 服 ， 别 服 ； ， 私  
合 式， 给 受让人 扶 。  
特许接 段， 特许 受让人代 主 完 ，故当特许 除 。

1.

特许经营阶段, 主 享 《 许可法》等赋予的程序性权 可 主 商 特许合  
同 优惠 等内容; 特许经营阶段, 受许人可 经营获 适当 润, 还可获 如财 补贴等

Konzession 语 (Concession)常 公 ,公 往往 公  
,[92] 享 似 、义 , 同 内涵 概念  
。 次,英美 , 常 垄 联 起 讨 , 视  
野 ,垄 视 享 似 。 英美还常 视  
再次, , 视 旨 符。  
说 际 均 , 限说、 限 说、赋予 说、垄  
负 似义 ,公 说  
趣。 后, 陆 害 说,英美 售烈酒 D )

Ÿ Ÿ

Ÿ

Ÿ



# 讲法治的法 学 :胡 对 秦法 的 解

喻 \*

**摘 要:**胡适是 国现 思想史上聚光灯式的人物。胡适对先秦法 的理解,既是其思想的一个部分,也是 新识 国法 与 国法 的一个切入点。胡适以西方学 的视野理解法 ,以“讲法 的书”与“法理学 ”定性法 。胡适对法 之名的 ,对法 份的 定,对法 人物的辨析,对法 哲学的分述,对法 逻辑的梳理,对“韩 学”的概括与归纳,都具有思想史意 。胡适关于法 的著述 要集 在1917年前 。在一百年 的今日回望胡适描绘的法 思想肖像,不仅有助于 续先哲学思,而且可以为法 学说与法 理 的再研究 立一个不容忽视的思想参 。

**关键词:**胡适 法 法 法理学 韩

## 一、问题与旨趣

胡 是中国现 思 史 的轴心 。一方面,他的学术思 辐射的领 、 极其广泛,甚至以 到聚光灯的作用。正 学 ,“ 生的 行,驳杂而纷 ,褒贬由 ,却是 来的一切中国学 不过去的桥,而 研的是 种 业”<sup>〔1〕</sup> 今 我们研 法 与法治,胡 是一座 不开的桥。 一方面,在 子百 中,相对 的法 是重要的一 ,法 的大成 韩 子 视为 秦学术思 的殿军。 , 要“ 国故”,法 也是有待“ ”的国故。 ,胡 是 “ ”法 故旧的?法 在胡 的心镜 投下了 的图景?这 的问题, 然 得以

。 对于这 问题, 与今 已有一些零星的评 。1922年,梁启 在一 演讲中, 对胡 的“管仲是实行的政治 ,不是法 学 ”这一 ,提了 的 疑:“ 实行政治 就不 他发 法 吗?《管子》中 奥衍的法 ,我 对承认是由 申放大的;但这种 申放大的话,为 不依托令尹子文,不依托狐偃、赵衰,不依托子产, 依托管仲? 以推 管仲和这些思 渊源一定有些瓜葛。”<sup>〔2〕</sup>吴虞 对胡 说的《解老》、《喻老》不是韩 作的观点,也不 认 。他认为,胡 “ 定《解老》、《喻老》二篇, 韩 子 作;窃有 疑,未敢轻信”<sup>〔3〕</sup> 在 下,有学 从“中国法 学的发现”这 角度,把胡 的法 研 为“胡 版的‘中国法 学史’”,并以 与梁启 版的中国法 学史相并 <sup>〔4〕</sup> 有学 在关于近现 法 研 的 中, 略地提到了胡 的法 研

\* 都经济 大学法学院教授,法学博士。

〔1〕 章润:《基于庸 的法 :胡 生关于 政与法制的 法》,《法学》2013年 6期, 37-49 。

〔2〕 梁启 :《评胡 〈中国哲学史大纲〉》,《梁启 全 》, 版 1999年, 3986-3987 。

〔3〕 吴虞:《辨胡 生解老喻老说》,《吴虞 》,田苗苗 ,中华 2013年, 138 。

〔4〕 燎 :《“中国法 学”的“发现”:“中国法 学史”在近 的 建》,《法制与 发展》2009年 3期。

究,称胡适“首开以法理学参酌法家学说的风气”。〔5〕还有学者立足于诸子学研究的现代转型这样一个角度, 胡适的法家研究概括为三个方面:第一,考辨法家 作篇 的 伪。第二,“以西方法理学的理念来解读法家,开辟了法家思想研究的新局面,并为后来的学者所继承”,同时还以进化论、逻辑学的一点来研究法家。第三,对法家概念的质疑。〔6〕

就这些已有的文 来看,胡适的法家研究确实具有进一步索解的价值。不过,这些文 要么着于胡适的法家研究的某个 节,譬如,管子有没有法理思想(梁启超),《解老》、《喻老》是不是韩非作品(吴虞),要么失之太 (李 生),要么着 于诸子学研究的

子天，墨观念，观念。故古，治说，无谓‘’。3世纪，故附古名治仲、商鞅、申害，讲治书。后史眼，遂把切讲治书‘’，错。名，沿，故名”。<sup>[10]</sup>“无”。

那，名史误。谓，那“讲治书”。“讲治书”确客观，那书阐述“治说”，却。谓“”，说先秦较熟。举括儒名，天，墨观念。书，几乎。儒名，《语·子》篇：“子曰：‘君待子，子奚先？’子曰：‘名乎！’子曰：‘哉，子迂！奚？’子曰：‘哉！君子知，盖阙。名，顺；顺，事；事，乐兴；乐兴，刑罚；刑罚，无措。故君子名。君子，无苟矣。’”儒名。“子曰”，公活秩刑罚；刑罚乐；乐兴起把事做；把事做把话说顺；把话说顺，“名”。看，名排秩环节。语境，宪功名。孔子，熟悉宪，治活、秩同逻辑起，起名。再看，《德》章：“天，害”。天后又天。“天 - ”，天“级”。著，天、天又附。<sup>[11]</sup>天固。把，“”，确贡献。

领域，：“说容说无”。<sup>[12]</sup>，先秦“无”，“说无”“”。史，无，“六”无，桩众说纷纭公案。譬，继愈，先秦，马《六旨》六。<sup>[13]</sup>

否，：后“附”结。后“”谁呢？未确。史，先“”名史马。《史记·太史公》，马说：“；君臣，矣”。又说：“疏，殊贵贱，於，矣。”，故曰‘’。卑臣，职逾，虽弗。”谓名。批评那“史眼”“后”，看括马，同父观马迁，马父子先名。后，《书·艺》。那么，《书》固归那“史眼”“后”。

[10] :《古史》，欧阳编：《》6，京版2013版，352-353。

[11] [美] 勇义：《观念》，陈平、韦向阳、李捧，辽宁版1989版，32。

[12] :《说，说无》，《》2009 1。

[13] 继愈：《先秦无六：〈六旨〉》，继愈编：《史》，海版1981版，433。

在太史公、固之 ,《管子》、《商君书》、《 非子》这些子书的作者群体,也应当归 于这个“没  
有历史眼 ”的“后人”群体。因为,《管字归归害归归归归归六归归归字归归归害归归归字归

特别 鞅， 归属 家呢？

子之《子》， 观 把 归属 家。譬如，梁超的《理达史论》， “家”的小 下， 出的著 《子》。<sup>[15]</sup> 百 想史家论 家，多 子 归属 家 视之“齐家”的代表人物 代表性著 ， “晋家” 家的两翼，<sup>[16]</sup> 甚 者把“齐家”、“晋家”、“秦家” ，<sup>[17]</sup> 为 秦家的 形态。 如此， 入 子之家身份的 者， 人。譬如，蒙 入 ，“《子》则 儒异”，“ 之 化 恃刑罚，皆 儒反 ”。<sup>[18]</sup>

胡适 称 “子老子、孔子之前。 的 前3 的人造的， 又被 许多 干的材 ”。因此，子之《子》 家。 申害， 韩昭侯的 。 《韩子》屡称 申子，《荀子·蔽》说“申子蔽 势 智”，胡适 称 “申害当一个 家”， “申害虽一个 手段(所 )的 家， 一个主 主义的人”。 鞅，胡适 称 “ 的‘ 只 赏罚 倡 业， 倡 。 极 ，秦 富强， 吞 的 。 鞅封侯， 君， 变 怨甚多，故孝一死， 君遂遭车裂之刑 死。 君一个 家，主 严刑赏 ”。 ，“ 刑赏的 ， 理 。今所《君》十篇，乃 君死 的人造的 ”。因此，“ 君一个 的 家， 理 的 ”。胡适 此 出论称：《子》、《申子》、《君》“ ， 个人 称 ‘家’。一 的人物—— 仲、子、申害、君—— 的 家， 理 家，故 该称 ‘家’。 申害 君 ，皆当前4 的 叶， 们的 ，故 一 想上的 。 们 ， 刑罚的 ， 理的‘家’。如 农， 农 ； ， ； 美 品， 美 ”。<sup>[19]</sup>

胡适把子、申害人 家群之外， 们 家， 入 ， 够找一 的 ， 够 某 材 的 。 ，胡适把鞅之《君》除 家之外， 让人觉 外。 因 普遍的观 入 ， 鞅 家， 家的主 代表。譬如蒙 入 ，“ 家之 ，莫 鞅”。<sup>[20]</sup> 萧 权 称 “严格之 想必俟 鞅 为 。韩 则综集 为 ， 家 之总汇。 此 人者， 想之 可观， 献之尚 者亦最丰富，故吾人欲 家之 想，可 韩 主”。<sup>[21]</sup> 说，鞅 韩 家的主 代表。蒙 、萧 权的观 ， 致可 代表 百 家、 鞅的 观 。换言之， 论 家的 多 的摇摆， 鞅 韩 家的核心人物。 ，胡适 沿 家之 入 一个 家群 的 ， 入 鞅的 家身份， 的理 呢？ 上 的 ， 入 鞅等人 称 家，原因 ， 们 践 的 家； 鞅 家，申害 家， 们 理 的 ， 理 家，因此， 鞅 等人 家。胡适的 个观 ，隐含 多信息， 一步 。

[15] 梁超：《理达史论》，载《梁超集》，北 出版社1999 版，第1256页。

[16] 冯友兰：《哲史编》（上卷），人 出版社2007 版，第170页。当代 者把 家 家。

[17] 零说：“齐 家言集《子》，《汉志》 道家，《隋志》 家；晋 家 悝、申害、慎 ，则 晋儒家 ；秦 家 鞅、韩 ”。详 零：《简帛古 》， 店2008 版，第328-329页。

[18] 蒙 ：《家变》，载《蒙 集》第2卷，巴蜀 社2015 版，第94页。

[19] 10 ，第353-354页。

[20] 18 ，第90页。

[21] 萧 权：《 想史》， 星出版社2005 版，第147页。

首先, 专、职 标 衡 , 先秦 , ,  
专 。商鞅、申 害固 , 儒 、 、墨  
。 古 意义 , 古希腊、古罗马、欧洲 世纪 专  
。专 , 常 英 19 世纪 奥斯丁(John Austin, 1790 - 1859)  
始 。 近 释 , 把先秦 同 19 世纪  
, 商鞅“ , 故 ‘ ’”, 逻辑恐怕 近 , 恐怕  
史 “同 ”。 说, 晚近 。  
次, 先秦诸子虽 意义 , , 先秦诸子 , 意义  
距离 近 , 商鞅 。 , 无 怎么 色、 f、 聃 , 既5  
, “ f r 2 5 5 2 5 5 - . 2 5 3 5 2 5 5 3

理学家,必须要有“法理学的”<sup>[22]</sup>。而且,法治不同于刑罚,讲刑罚的政治家不同于讲法治的法理学家,当然也就不是法家。这就是胡适的 。既然政治家讲刑罚,法理学家讲法治, ,法又是“法” ? 法之治与刑罚之治又有“法” 别 ? 让我们接着往下 。

## 、法的

在 定了 及《 君 》的法家属性之 ,胡适认为,慎到与《慎子》,尹文与《尹文子》, 与《 子》,以及韩 与《韩 子》可以说是“法家和他们”<sup>[23]</sup> ,这些法家人物及其著作,如 阐 法的 ? 按照胡适的理解,法家的法 ,可以从以下 个方面来理解。

### (一)法的四种含义

胡适相信,《尹文子》是重要的法家文献,尹文也是重要的法理学家。尹文 分了法的 种含义,称“法有 呈”,它们分别是:“一曰不变之法,君 上下是也;二曰齐 之法,能 同异是也;三曰治众之法,度 刑罚是也; 曰平准之法,律度权衡是也”(《尹文子·大道上》)。胡适认为,见于《尹文子》的这 句话表明,至此,“法字方才包括模 准的意义和刑律的意义”。分别来 ,“《尹文子》的法理学 受 家的 ,故他的第一种‘法’, 是不变之法,近于 家所 经地义。第二种‘齐 之法’指一切经验所 或科学研 所 的通则,如‘火必势’,‘ 直’等等。第三种是刑 的法律,人用‘法’字单指这第三种。第 种‘平准之法’乃 字本义, 论 家、墨家、道家都早承认这种 准的法。当时的法理学家所主 的‘法’,乃是第三种‘治众之法’。他们的意思只是要使刑 之法,也要有律度权衡 样的 正 私、明确有效”<sup>[24]</sup>

按照胡适的理解,法家关于法的 的一个理论贡献,是对法的含义进行了分 。法家把法分为“不变之法”、“齐 之法”、“治众之法”、“平准之法”。在这 种含义中,“不变之法”相当于 理,也相当于西方法理学所称的自然法,甚至也相当于“永恒法”,因为它是不变的。“齐 之法”相当于道 教化,也相当于现在所说的 序良 。“治众之法”是指 励与惩罚的法律规 ,相当于现在的实 意义上的法律。“平准之法”主要指度量衡及其他方面的统一 准,相当于现在的国家 准或行业 准。这种划分方式,确实具有法理学上的价 与意义。与法理学家奥斯丁关于法的含义的划分,具有同工异曲之妙,因为奥斯丁曾经提出可以将这些广义而言的法,相应地划分为如下 :第一,神法或者上帝法;第二,实 存在的由人制定的法;第三,实 存在的社会道 ;第 ,隐喻意义上的法。<sup>[25]</sup> 奥斯丁所说的神法或上帝法,可以对应于尹文子的“不变之法”;“由人制定的法”相当于“治众之法”;“社会道 ”与“齐 之法”大体上是重合的;“平准之法

，胡， “”，主“几：( ) (著籍)，( ) 公布(布百姓)，( ) (齐天，公)，(四) 刑赏辅助施功 (刑必，赏慎)”。<sup>[26]</sup>

几征，“”征。征功，“”可 征意上律。胡纳，征：、公、功。“ ”征，调“”享 维式。譬，勒 调，律当般、公、可、明确、内、可 遵循、同等等。<sup>[27]</sup> 列，述“”征，可 彼，内容还叠，譬，调公、。可见，韩非、慎 表，表达 意 观。

( ) 罚 区别

胡看，刑区。述，、；刑，可，譬商鞅。那么，刑何差异呢？

当般，先秦、刑、律可互训，因，《雅·释诂》：“律，”，《》：“，刑”。《唐律疏议》述律早：“昔，始肉刑。赭衣嗣，皇风远，朴散淳离，伤肌犯骨。《书传》曰：‘刑千’。《礼》‘司刑掌五刑’，千五百。移，五刑千。衰刑，战异，魏侯师里悝，诸刑典，造《》篇：、盗；、贼；、囚；四、捕；五、；、。商鞅传，律。”<sup>[28]</sup> 献，“刑、律上因继纵，还内容互注互训横。”<sup>[29]</sup>

，、刑、律可互释，刑差异。

，胡出异当观，，那“书”里，严 区刑。醒：“千万可把‘刑’‘’事。刑，‘’观念战末。早刑，刑‘’”。 换，刑惩措施，打、磨、伤，凶器，刑。，“须知 公布，，渐渐”。，，穿 障起，，“须知 刑律，公布刑书， 哲刑，，”。“，胡 出，“，儒目使上等‘礼’，使‘刑’ (参看公《达史》)。甚确。那限刑，儒同声。主张，刑。主张‘’，乃客观标，‘宪著 官，刑必’，百姓标劝，君主官吏标赏。刑标 器。刑‘’，‘’刑，限，‘诛赏予夺 出’刑”。<sup>[30]</sup> 概，，倡，刑。

[26] 同注10引书， 357。  
 [27] Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 46-94 (Yale University Press 1969).  
 [28] 刘俊笈：《唐律疏议笺》(上)，书  
 [29]  
 [30]



胡适，刑差异主：(1) 间。刑 惩施，古，战末出。(2) 式。刑自，自觉，人努、阻果。(3) 观程。刑，观性，“诛赏夺出”暴，外、观。当，刑，者之间：，儒，反刑；另，把刑之，使刑刑、观刑，刑。

## 、 哲：秦代 哲

阐之，胡适门哲。既理，哲秦代哲。胡适，哲可主义。主义。“”道。老庄。老往，庄人虚静。主义旨？胡适，老主义，孔赞，“如慎派便受老主义；如《尸》，如《》《藏》、《白》篇，如《韩》《扬》、《主道》篇，便受老、孔主义”。“信‘’，必须‘’可。如《·白》篇说：‘，则人。’如《尸》说：‘伪，……覆，威。’说‘’便可‘，刑’（《·藏》篇语）之。<sup>[31]</sup>换言之，哲道哲、儒哲主义，哲异哲之：哲，必须，可；，老、孔则价。《道》七章：“滋彰，盗贼多。”此，理。《语·》：“，譬如辰，所星拱之。”里，“辰”征，“”原则。

名，名是法的物。是法家的正名主哲。从上看，正名是家的主张，经法家借之后，经变，法家家的主张。是，法家的正名主还是不同家的正名主，因法家的正名法基础，家则直接正名当“”的起。

三是等主。上，等是一个代价值。是，胡适法家哲包等主。从上看，家缺乏等的念，等的念出墨家，发展法家，正如《》所言，“如此，则可察明同”。《韩非·显》：“夫人之国，不人之善，不非。人之善，内不什数；人不非，一国可使齐。者，不德法。夫必自直之，百世无；自之，世无轮。自直之，自之，百世无一，世皆射者何？隐之道。不隐自直之、自之，良。何则？者非一人，射者非一发。不自善之，明主。何则？国法不可失，所非一人。”在胡适看，、韩的阐述，表达法家哲的等主。胡适指出法家等的张，/进一步指出，法家的等日，

、"

世。等，权”法箴家哲权，

责，义虽杂，区，词括切”。<sup>[35]</sup>，  
，杀、杀差异。治。  
，治刑罚。  
，  
，治万万，治万。既  
，治又？

## 六、治

写 1915 9 1917 4 《史》，胡治。  
。说，“治，材著，  
们：《君》、《申子》、《尹子》《韩子》。{， 《子

遍性。说：“再‘象’，甚再供世人向往出理，殊事物同类必此标‘’‘范’。如慎所说：‘衡者，可欺轻；尺寸者，可差短；者，可巧诈伪。’差切阶级：贫富，德无德。”<sup>[38]</sup>可见，治普遍性原则旨人人与人之间某差异，可人均、同。

再次，治逻辑另一个客观性原则。所谓客观性原则，上客观主义，主治者个人治责出，完客观律规则处理，施奖惩。个人治，凭借治者个人偏，受赏人因待获多奖励治者所满；受罚人因待受惩罚治者所满。客观性所造弊端。如《慎子·君人》：“君人者，舍治，则诛赏予夺君心出矣。则，受赏者虽当，望多无穷；受罚者虽当，望轻无。君舍，心轻，则同功殊赏，同罪殊罚矣。怨之所。马者之，田者钩，非钩人智，所去私塞怨。故曰，君弗躬，则事矣。之所，。蒙赏罚，无望君。怨上矣。”段“讲治书”，阐述治逻辑客观性。胡适，慎子这段话表达“治理。卫免遭人君个人反复无常之害，同使君主个人裁责免遭人满怨恨”。<sup>[39]</sup>最后，治逻辑一个因治结果向。上责主义。胡适，治逻辑异礼治逻辑。胡适说：“孔子名主义传顾后果遭损害。礼治无。因套松弛笼仪式规礼，办。另，代表强调结果。”治偏循名责，“预见结果明确表达。假如预见结果，如施，们再。因此之故，古代代表们竭鼓吹严格施治，失人心，招反”。治最果治理，因，“治且完可望治安自继续运”。<sup>[40]</sup>胡适，治逻辑结果向会自转治理绩。治，够获自运命。胡适治逻辑礼治逻辑比较，很容易让们出“治，礼治”结。孔子偏礼治非“无”，因春秋战代治社会迥异代，适代礼治逻辑春秋战代当捉襟见肘。说，孔子像礼治贵族治物，追求治“抑世卿”手段。

## 七、“韩非”

群，胡适强调韩非性，说：“‘’个字，括当切治者。之，韩非最见，故把单出，另列节。”胡适单独列出节，胡适“韩非”究。说，胡适“韩非”主括个关键词：功。说，治主义治功主义。因胡适看，“讲治书”，韩非所谓主代表，当治说主阐述者，韩非核心治说。韩非治说，、功治说。

[38] 同注36引书，129。

[39] 同注36引书，129-130。

[40] 同注36引书，130-131。

(一)进化的法治主义

胡 “胡洪骅” “胡 ”， 还

## (二) 法治的功用主义

功用主义就是现在所称的功利主义,亦即现实功利作为追求的目标。法治的功用主义进化的法治主义相关联,因为,时进的法治在实现实用性的目标。如果说《韩非子》是“讲法治的书”,那么,韩非讲的法治可称为功用主义的法治。《韩非子·问辨》称:“言行者,用为为之的穀者也。砥砺杀矢而发,端未尝不中秋毫也,而不可谓善者,无常仪的也。设五寸之的,十步之远,非羿、逢不中者,有常仪的也。故有常,则羿、逢五寸的为巧;无常,则发之中秋毫为拙。今听言观行,不用为为之的穀,言虽察,行虽坚,则发之说也。”

胡适此认为,“韩非的学说最实,为一切言行该用实的‘用’作试。……言行若不‘用’为目的,便是‘发’的胡说胡为,有在的价。……言行既用为目的,我们便可用‘用’试言行的非善非恶”。正如《五蠹》所言,“故微妙之言,非民务也。……今境内之民言,藏商之法者家有之,而国愈。言耕者众,执耒者寡也。境内言兵,藏孙、吴之书者家有之,而兵愈弱。言战者多,被者少也。故明主用,不听言;赏,必禁无用”。这些话,在胡适,堪称极端的功用主义,“极端的‘用主义’,在当时韩非对垂亡的韩国,固是有为而发的议论。把一切‘微妙之言’、‘商之法’、‘孙吴之书’,作‘无用’的禁品。后的同门弟兄李斯把学说当真实行,遂闹出焚书坑儒的劫。便是极端义的用主义的害了”。<sup>[44]</sup>

功用主义可是一个积极的主义,是,如果从功用主义走向极端的功用主义,就不可维护的,就是胡适所见的韩非学的致陷。不,韩非毕竟是思

的学说 为“法治的学说”，把法 人物 为“法理学 ”，也典型地体现了近代西方学术的立场、观点、视角对于胡适言说的支配性 。试 ，倘 没有“法治”、“法理学”、“法理学 ”这些源于西方的学术“ 见”，胡适

何 :



始把  
 治 组织 抽 平衡 同  
 [4] “ 治 ” 治 “ ” 治 助  
 组织 切活 [5] 意味 “ ” “ ”  
 组织、 确 ， 诉 “ 意 ” ， 平  
 裁 、 “ ” 向 “ / ”  
 沟 “ 、 确 ” [6]  
 ， “ ” “ 治 ” 同 意 确 又 同 沟  
 ， 杂 同 诉 “ ”  
 “ 治 ” 同 沟 向 演 “ 意 ” “ 意 ” 尖锐 峙。  
 ， 峙 “ ” 治 维  
 治 顾 彼—— “ 意 ” ， 像 “ 涌  
 ”、“ 昌 ” “ 意 ”， 信：  
 “ 说 话 ” 固 颠覆 们 “ ” 意 治 信；  
 “ ” 众 说 却 信号： 们 信。  
 ， 似乎 夜 ， 子 冒 [7] ， “  
 错误 ， 群 意 ， 走 职 线，  
 ， 去 控 ” [8] 候， 归 “ ” 去寻找  
 治 欲 。 ，  
 [9] “ 马锡五审 ” 号，“ 返马锡五”  
 厚 治 。 ， 勇 。  
 勇 ， “ 们 项审 …… 眼 ， 群众真 …… 弘扬  
 马锡五审 ， 巡 审 ， 百姓 去 …… 真 ， 真 众 ” [10]  
 ， 遭 寻  
 ， 挑战。 众 治 忌 见 “ ”，  
 倾向 做 向去 。 ， “ 返马锡五” 治 ，  
 凭 “ ” 杂挑战却 。  
 “ 马锡五审 ” 治 刻 ， 透 “ ”、“ 众 ” ， 追  
 “ ” 背 。

## 、 众 “马锡五审” 史

“马锡五审” 战争 义 ， 马锡五 1943

[4] 唐皇风：《常 治 —— 治 治 “ ” 》，《 》2007 5 ， 116 。  
 [5] 唐皇风：《 组织 控 —— 治 治 组织 》，武汉 版 2008 版， 129 。  
 [6] 伍 志：《欲 迎： 治 》，《 》2012 2 ， 3 。  
 [7] ：《 略》，《 》2007 2 ， 63 。  
 [8] ：《 垄 》，《 》2007 11 3 ， A23 版。  
 [9] 韩伟：《 》，《 》。  
 [10]

在陕甘宁边区陇东专区专员兼边区高等法院陇东分庭的相关审判实践中,“经常深入群众,调查案情,从根据地的实际情况出发,实事求是、不拘形式、公平合理地处理了一系列缠讼不清的疑案……1944年1月6日,陕甘宁边区政府发出了‘提倡马锡五同志的审判方式,便利群众’的号召”。<sup>[11]</sup>

为马锡五审判方式提供支撑的是一系列精心甄选、借助宣传的,既契合“法意”又让人民满意的案例群。其中最代表性的,是马锡五对一起“抢亲”案的处理:华池县张封胖是按照封建习惯经父母腹为婚的。地解后,封胖的父亲封彦贵贪图彩礼,借口“婚姻自由”,申请解除了婚约。接着先后次封胖卖人为妻。一次经张封胖的父亲张告政被撤销了,次是卖给四、多岁的富农寿昌。封胖却更愿意嫁给轻的张,张遂实施抢亲行为,封彦贵华池县司法处状告张,县司法处抢亲为判决解张封胖的婚姻关。不,马锡五环县检查工作时路遇封胖本人告状。马锡五经深入调查,听取群众的意见,请示了县委同意后,在当地召开群众会公开进行改判,对封彦贵一女几卖张抢人的违法行为分给法律制裁;对封胖张自愿结婚,予保护。<sup>[12]</sup>“案审明之后,群众意见边区婚姻例的规完全一。”<sup>[13]</sup>我们可看,正是这类“法意”完美兼顾“民意”的典型案例群,为边区司法的民主化实践了一个政治示范价值的行。谢觉哉高度赞扬马锡五审判方式:“式的好处,政人民同案,真正实习了民主;人民懂了道理,又会了调解,后争会减。”<sup>[14]</sup>马锡五审判方式之所备受推崇,是因为可在诸多满足人民政权的司法需求。

一,社会治理。李维汉在回忆录中出:“马锡五在司法工作实践中……入实际,调查研究,调解纠纷,育群众,受群众普遍欢……司法会议作出结,今后民间纠纷(包括一般性刑事案)实行民主审判(调查研究,陪审,联群众,保证被告充分辩护的机会等),改善区乡处理(不打骂,不强)。”<sup>[15]</sup>此,国权“密切联群众”的行姿态介入社会纠纷,实施“德行治理”,回社会对秩的本需求。

,国政权设。借助巡回、地审判,马锡五审判方式可推国权入社会最,“边区的司法工作要入群众,要在群众中立司法工作的础”。<sup>[16]</sup>全介入主社会纠纷的解决,司法的群众路线可帮助“国权人们常活的一个角落”,<sup>[17]</sup>从而实现国政权对社会的有效控制。<sup>[18]</sup>

三,合法性竞争。马锡五审判方式可直观呈现“民主司法”的政治外观,从而国民政权坐堂问案的“官/司法”划出清晰、的限。在当时的历史背景下,“民主”的话语政治运作可为革命的权主张提供效的合法性。

四,意识形态。边区司法不仅仅是为了解决纠纷,还是一组织社会、改造社会的

[11] 参见张希坡、韩延龙主编:《中国革命法制史(1921-1949)》(上),中国社会科学出版社1987年版,504-505。

[12] 参见《马锡五副在全国公安、检察、司法先进工作者会上的讲话》,《人民司法》1959年10月,36-37。

[13] 同注1引书,223。

[14] 《谢觉哉文集》,人民出版社1989年版,594。

[15] 李维汉:《回忆与研究》(下),中央文献出版社1986年版,535。

[16] 杨华、勤:《陕甘宁边区法制史稿(诉讼狱政篇)》,法律出版社1987年版,138。

[17] 郑智航:《新中国成立人民法的司法路线——国权沉为切入点》,《法制社会发展》2012年5月,76。

[18] 比如,1922年澎湃领导的海丰农民运动,在“一切权归农会”之后,“连公婆吵的小事,也要农民协会去解决”。参见张希坡:《马锡五马锡五审判方式》,法律出版社2013年版,146-147。

工。<sup>[19]</sup> 法是对民众进行“教育、改”的重要意识工。为了减阻力,马锡五审判方通过创运用各种的群众参与,将法开放为“传递权力意志、制同意”的公空。按照谢觉哉的说法就是“法是民的工,法是群众已创来的,掌握已里,群众已也执行”。<sup>[20]</sup>

述,国整、结来内部的政治支持来“改”,法的民悖就开始经验面浮现。张友渔:“议陪审员是,审判员是,议是要从的,而不懂法知识,容审判的混乱。”<sup>[21]</sup>谢觉哉从时的法实中敏锐地意识到,盲从“民意”的话,就能法走到“一偏向”:<sup>[22]</sup>“调婚姻由,农民不意,于是迫要离婚的女子回;误解宽大政不杀土匪,农民不敢捕匪,于是只要是匪就杀。”<sup>[22]</sup>

述事实说,放任缺乏政治觉悟的通群众不任何限制地参与到法过中来并作用,那些有助于解决纠纷或赢得文化认同的“分的群众观点”,却能恰恰是无助于实现“改”政治目标的。谢觉哉曾经,“我们的法是于政治的,没有离开政治而独立的法。政治需要什么,法就定什么”,而法员一定要“从政治来法”。<sup>[23]</sup>然而,“民群众真正参与”的法决过中,“讲政治”的专职法员是,而“不懂政治”的群众是。法真正按照“民”的沟通码——“/”——进行决,那么,从的然结是政治精英去对法的权,那些落后的不的东西法化,并最终影响中国改、推动进的初衷。<sup>[24]</sup>“民”然离不开领下的“中”。,《鄂豫皖区苏维埃政革命法的组织与政治保卫的关系及其区》(1931年10月4日)条定:“判决案子时,征群众意见,判决办法与群众意见不同,级处。”<sup>[25]</sup>而更高的做法,是法决的过中就通过精心设的“民中”略将悖掩藏起来。这要现以下几方面:

其一,的组织略里,民并不是一不同阶级和群体的利益妥协和分配制,而是一有的“政治及史”生活的村民进入政治领域的一有效的动员制。<sup>[26]</sup>这就决定了法的民化略并不是一种真正面向通群众实开放权力的决制,而要是一种为了得法背书的动员略。晋冀鲁豫边区政/边区高法院《关于法工作扶植群众运动中及应战争环境的几点示》中:凡是经过群众斗争的案件(减租减息,贪污)到政解决时,法部应很好倾听群众团体及各方面的意见,了解真实,依法作正确判决;案件未宣判,凡经群众斗争的案件,法部与专员或县商酌解决办法,专员或县议时有后决定权。<sup>[27]</sup>从中以看,通过动员群众参与发意见而不是参与权力决,法的民悖巧妙地隐藏“民中”的权力略中。

其二,既然民是一种动员制,那么“动员”本也就有能为帮助隐藏悖的权力术。

[19] 同注1引书, 225。

[20] 参见《谢觉哉同志法训练班的讲话(摘要)》(1949年1月),《民法》1978年3期, 5、8。

[21] 张友渔:《张友渔文选》(下卷),法版1997年版, 167。

[22] 《谢觉哉记》(1943年5月17日)( ),民版1984年版, 469。

[23] 参见注19引文, 5。

[24] 侯欣一:《谢觉哉法思新》,《方法学》2009年1期, 94。

[25] 韩延龙、常兆儒:《中国新民主主义革命时期根据地法制文献选编》(3卷),中国科学版1981年版, 341。

[26] 世功:《法制与治——国中的法》,中国政法大学版2003年版, 104。

[27] 同注25引书, 411。

如,华县 1957 10 《律宣传 结》 出:“哪 出 同 案 多, 事先联  
 , 晚上 召 群众 会, ,批 错误,让群众 谁 谁非, 诱导群众 言,  
造 群众性 批 。”<sup>[28]</sup>

马锡五审 式 典型案例 , 们 可 观察 似逻辑 治 员 式,  
事先 , 、 绅( 社会 威元 主 )、乡邻群众被 选 员 参  
司 程 , 同 纠纷 员者预 向 。比如,合水县丁、丑两 争议案,两  
1938 治 友区 缠讼 。1943 陕甘宁边区 等 陇东  
后,马锡五派石静山 事 往 县,会同合水县 当 召集乡邻七 人、公 绅 老 人4  
人,详细 案情。 天召集群众 余人,组 石 事 区 首, 括 层  
群众代表参 调 组,遵 令, 调 。4 天内彻底结案,争讼 所,当事人  
群众 说:“ 主 处理案 ,真 人心。”<sup>[29]</sup>

, 司 内 规律 , 非此即彼 审 ,潜 悖 容易呈 显 悖 。  
此 言,“调 ” 马锡五审 式最 标志性 形态 偶 , 掩藏悖 略  
使 。 者 : 调 可 背离 律 某 原则, 它 变 律 整  
个意 形态;另 , 调 程 , 律又 个 渗透 乡 社会 治理当 ,  
变 乡 社会,使 活 合 代 规范 求。<sup>[30]</sup>

谢觉哉 出:“审 调 结合,即马锡五同志 审 式…… 负审 责 人亲 争讼 ,  
召集群众 评理, 出双 愿接受 接受 子。 审 , 调 ……审 强人服  
,调 自愿服 。审 ,赢 ,输 , 自愿服 。审 调 事 两 。”<sup>[31]</sup>  
当 育 群众被 员组织 , “ 自愿服 ” 式“ 习 主”,司  
主悖 此掩藏 马锡五审 式“知 合 ” 治光环之 。

## 、典范价 非典型性 :“马锡五审 式” 历史局限

马锡五 人 司 历 “马锡五式”司 典型 证 ,马锡五审 式所  
目 睹 。 明显 人格 ,“马锡五 当 贯彻 群  
众 线、‘热爱人 、服 人 ’ 范典型 宣传 。 人格品 无可挑剔 ,因 使  
马锡五获 裁 威”<sup>[32]</sup> 人格 赋予 马锡五审 式 人格魅  
道德示范 , 另 却 严 肘 所 。

### (一)人格化实践的制度化悖论

代 律 之所 可 普遍性 社会 则, 上 律 施 “非人格  
”程 。 当 律 施 普遍 果 寄 望 某个“人格 ” 殊 威个 , 般  
性 律 性运 职 官僚群 , 律 可 向社会 众

[28] 参见 、左炬、黄宇宁:《 治司 ——1949-1961 华县人 》, 律出版社2009 版, 487-489 。

[29] 张希坡:《 命 史 究 “史 ” 举隅》, 人 出版社2011 版, 262-264 。

[30] 同注26引书, 96-97 。

[31] 谢觉哉:《 调 审 》(1944 5 11 ), 最 人 办公厅编:《最 人 历 选》,人 出版社  
2010 版, 84-85 。

[32] 张卫平:《回归“马锡五” 考》,《 代 》2009 5 , 148 。

预 信 。 恰 恰 边 倡 锡 审 式 所

裁者“ ”多,姿 多“亲”, 单 人化道 去  
性 。婚姻 ,1939 4 4 《陕甘宁边 婚姻 》 一  
规 :“男女婚姻 人 自 志 原则。”“感情 志 合, 居者”可当地  
乡 上, 请求 婚 。[43] “ 社会 浓厚 封 残余, 男女婚姻  
上, 婚姻、父母代 婚姻、 夫多妻、童养媳、 婚姻等等, 治 男女婚姻 ”。[43]  
闻 1942 查 告 出:“闹 婆姨,连送 、出 饰,出聘 , 百元甚 上万  
元 ,”。[44]此 婚姻 感情 婚姻 , 女 既 令 “蛊惑”  
,“感情 合” 出 婚,男 , 会主 “彩礼返 时,  
婚姻自 原则, 当 女 婚主 , 此 却又 可男 “彩礼返 ”主  
,因 会 反 承 “ 彩礼 式变 婚姻” 合性。 使 妇女悔婚、婚  
一 可 情, “ 贫困 男性农 抱怨 使 们‘人财 空, 再  
一 亲 ”。[45]

可 ,“陕甘宁边 多婚姻纠纷 因彩礼(财礼)争 边  
, 执 婚姻自 原则 , 们 损失彩礼 男性农 , 主平衡 ,  
农 付贫困,

棘 的是抗 离婚问题。 心的 治考虑， 权 制 天平 显地  
呈 倾向 婚姻 的趋势。《晋冀鲁豫边区婚姻暂 例》(1942 1 5 公布  
) :“抗战 妻

买卖婚姻、办婚，却。《 》专评出，  
天刊登杨子霖同寄“巧儿”乡，达那里众“马专员”怀念。  
，却马专员那。俗麻木仁、  
束无；婚姻顾，站传边，青男女婚姻。  
。众情喊出“马专员，你哪里？”<sup>[60]</sup>  
选择，示范确契合假设  
合选择话，那么，选择同  
结。执“马锡五审判式”治范



说：“我们倡马锡审，习群众观群众，切  
习，械搬审。”<sup>[63]</sup>候，治  
令，巧，治略级僚“典”，既  
治，，，涌  
，呈“辈”、“群星灿烂”。<sup>[64]</sup>  
吊诡，“塑典”治真马锡审，  
帮助掩藏悖却。边、锣鼓  
治，“群星灿烂”典、宣  
边吸众恰呈“”征。  
“视”壳隐藏众“视”，旨  
治。<sup>[65]</sup>治  
灵切换，“”观，“”核。  
，征治托职  
。双治“/”，“视/  
视”领呈刻遮蔽治。  
治，免悖领悖，  
呼旨“”，话语。  
，马锡审征典观  
治诉话语“视”。换，马锡审  
治台，真，  
“话语”治领“钦”。话语  
治塑、装欲典，“视/视”，  
帮助掩藏悖，帮助治义。治  
史演未真，甚连  
潜遭义。1958-1960跃典  
阐。

## 、治义——1958-1960跃

“跃”治领治，战线  
。治，领跃口：  
苦战，“，盗窃，抢劫，奸”甚“纠纷”口；  
审、检、审、群众、“”，

[63] 子宜：《陕甘宁边区马锡五审判方式》（1945年12月29日），陕档案馆，宗15。1，225。

[64] 29，268。

[65] 巴奇霍。示。[美]艾伦·沃尔夫：《》，沈汉译，馆2005版，262-263。

等等。<sup>[66]</sup>

为了尽可能避免这些脱离实际的跃进做法冲击正常的司法工作,时任最高人民法院院长的董武在1958年4月召开的省市高级人民法院和司法厅(局)负责人参加的司法“跃进”座谈会上,专门从业务方面对很违背司法的跃进口号和做法提出了中肯的批评:“要看到民内部矛盾是大的……提‘几无’的口号是没有根据的,是错误的;法院也有些具体的可以跃进的项目,不要积案,早日结案等等,但要紧的是;(群众路线)这种走出法院,改变孤立办案的衙门作风,利于民是好的,但都走出去也办不到;(几意)这种口号怎么实现呢?不好检查,无从验证;(司法部)劳动锻炼是重要的,但经常下去劳动是不可能的;清理积案很好,突击一下也可以,但不能经常搞突击。”<sup>[67]</sup>

尽管如此,董老在政治上的判断却是有所保留的:“大讨论司法工作能不能跃进,应该说能跃进……去年开司法会议,只是解决了一个问题,即要说的话……司法工作怎么跃进,怎么跃进得好,我们还没有好,你们是先行的。在政治上你们不可能靠最高人民法院,政治嗅觉灵敏的是中央,在行政上是国务院……你们搞跃进,这不是我们搞起来的,是各地党委领导搞起来的,我们不领导对你们没有什么妨碍,插一杠子倒不好,我们不提什么意见,就是要你们听省委的话。”<sup>[68]</sup>

就在董武谈话后不久,第四次全国司法工作会议用大鸣、大放、大字报、大字的方法总结了建国以来司法战线的工作,结论是存在两条路线的斗争,与正确路线对立地存在着一条右路路线。<sup>[69]</sup>至此,“讲政治”的考虑全面压倒“讲业务”,在实践中大行其道的恰恰是那些“高标、瞎指挥、浮夸风、放卫星”的跃进路线。在当时,林林总总的跃进目标了相对常年的加倍的领导下提高司法效率、为中心工作任务(在全民大炼钢铁运动中,法院要“有事办政法,无事办生产”,“为高炉造盔甲,保钢帅全升帐”<sup>[70]</sup>)、走群众路线等,法院甚至还积极参与技术革新与技术革命。<sup>[71]</sup>

由于缺乏司法的内在支撑,范系统依靠外在的政治功能迫令才能维持的持续有效运作。在实践中,这主要表现为自上而下开展的各种检查、评比、竞赛运动。比如,1959年湖南省常德地区各法院,广泛地运用了检查评比的工作方法,促进了司法工作的全面大跃进。桃源县人民法院以多项先进,检查评比开展得经常是一项很重要的因素。<sup>[72]</sup>而其关键在于“最终要在党委领导下进行,这是能

切”的制中,司法必须时进地政上的“中心工作”。“因,制予的关行规的承诺是不可置信的,无法给的行为提供制的全保障,随时处因遭否而陷入可受等窘境。”<sup>[74]</sup>行为向缺乏制连贯,在按照政上“需要/不需要”的行逻辑展开运作的司法典范中,在行为选择上“唯官意志”是的。结果是,不仅司法的内部民主无实现,司法的内部决策民主亦为中楼阁。

## 、“法”的兴起 民司法的法 思

“司法民主”的政求是民政权在残酷的革命斗争国民政权争夺合法的策略。为:“在陕宁边区,民政权出夺全国政权的需要,把司法当作了发民、团结民的工……而‘一切民满意’的单办法是直发群众参判活本,民己己的纠,使司法为民民司法。”<sup>[75]</sup>为了避免众化司法因为人民民主“/”的沟码而“改”政目标解,边区司法觉发展出一套元制掩藏司法的民主:一使用诸马锡五判式的典范塑陕宁边区实行民主政、民实现当作主的政象征;一使用决主义的政中制“改”。

作为帮助掩藏司法民主的政行策略,按照“可视/不可视”的区分而展开运作的元制可随时响政上的需要效推出“满意、群众赞”的典范。为了保证司法制的政响,政司法必须“民主”的式维上而的“控制”为行的权制。典范的效运作必须够“哪打哪”、“刀把子”式的部队伍。那“唯实、不唯上”的“化分子”显是典范效运作的政阻,必须决改是无情淘汰。而,一部政司法的典范史同时也是独立遭遇政阉割的精神史。在的演化中,诸众化司法的“民主”追求典范化运作,不仅未真正推司法的部民主参,而扼杀了司法制的内部民主潜主实。

也正因为,当20世纪90中,中国开始尝试“合法化求合法”,<sup>[76]</sup>积极着推法正规化设落实“法国”的政略。司法毫不例地响政上的求,毅决地抛弃了“马锡五判式”为“精神图腾”的“司法民主”传,“张旗鼓”地判式改革塑“法裁判”的行相,调规范化打合政需求的新典范。原高民法怀发表1996的一篇文章评:“看起,用式搞清事实、核实证据、分清是非、打思、明确责,比用那法官‘跑腿’、‘磨嘴皮’、‘搞差不再开’的法要先进。”<sup>[77]</sup>

,司法的“法跃进”不意味着法可凭“合法/非法”的法律沟抗政“需要/不需要”的功,仍元制的权宜计行己的“法”。而,随着话语的渐开,政司法的“非典”实开始信息渠道进入公众视野。当政司法“点背离”的实困境因为更的新闻观察判而备了相当的“可视”,仅仅凭渐乏的典范不胜替制辩护的政功,而陷入了

[74] 礼鑫:《员式政策执行的“兴奋剂效”假说》,《汉》(哲版)2015 1, 80。

[75] 同注24引, 94。

[76] 张健:《合法中国政》,《战略》2000 5, 1。

[77] 怀:《民事判式的改革》,《法》1996 5, 22。

前所未 性机。此言，元日失却性网代，如果前  
析框架话，“返马场”式众司挽救人司性机，  
反会让司主论敏感、尖式呈众视野。

### 七、司主主性

残酷斗争代，出争谷性治性，人必须取最  
治果。个候，“主”因“可视”特质代价昂  
(免主治上“线斗争”治党必须自  
托付给残酷斗争明自身，超凡魅治、军领袖，挑战  
治威绝领导)，远远“可视”外主样足够吸眼球可。  
众司此人示主践治征。主  
治外主当托治司元“可视”“”

。此言，“返马场”之“形”，足拯救“司主”之“”。  
今日，人司核心价再强治手合性竞争治  
主义，载“治”理想践前沿。家治态，“主治”  
治自主价追求，必日话语获再被治伸缩  
自主性表达。求们必须尝司价规律去塑司主践径。  
，唯司主，真迈司外主。当之，  
反、算自上核心诉求治典。

，主个人格治前主间性践，  
治典却恰恰导致司主主性机。治主义导、隐藏背  
典遴、塑造、等治造“理性威普适性  
、个人规则”，<sup>[78]</sup>人格治附。因如此，当治  
“争”候，们“英雄”；当治“治”候，会迅速出批  
“手”；当治“司”候，们自“返马场”……严  
肘人司主性践所可取。

人司代转型程性机足表明，典日替  
辩治，治上犬儒姿态亦足人司代转型程所合性挑  
战。司主主性践自治人格典，个主性价上难治  
典自上“可视”自呈。希望观者反自境  
，千帆曾如此评论美最理“诉戈尔”所呈司价则：“司  
程序身必须个自、平等说理程……自表达自观，  
平等表，必须自律历史负责——身信荣誉，  
沉：录纸普，它众却可远远超个人  
，寿又比寿多。”<sup>[79]</sup>

[78] 河移 上访 故》，2001 版，第361 页。  
[79] 千帆：《论美总》，载《外》2001 第4 期，第417 页。

本文认为,正是在高度公开透明的“记录法官意见的一张纸”上,法官具有了实践自我的政治可能性。当然,一个沿袭已久的体制必然会有一种行为上的长期惯性,使当充分的可能性摆在面前,一个体制化的法官仍然可能充当“上意”的权力傀儡,或是依然沉于用空洞力的“官方”辞来愚弄公众……然而,在所有的可能性当中,只要有一种实现自我的可能性被实践,怕这只是一份应者的少数意见,在个体意识日益觉醒的现代社会,这种实践自我的价值觉醒就一定会迸发出空足音的时代之声。就此而言,唯有在具有高度“可视性”、平面化的典范体系中,个体才有可能穿透体制之幕,在裁说理的政治对话过程中呈现自身可替代的主体性价值。也只有在落实个体主体性的价值重建过程中,司法的民主化实践才有可能逐渐由一部决策民主迈向以公民的“主体性”参与为核心形态的外部参与民主,<sup>[80]</sup>并在充分呈现主体间性的公共政治对话中回应人民司法在现代转型过程中遭到的公共性危机。

## **The Possibility of Judicial Democracy: Historical Interpretation and Reflection on People's Judicature**

Chen Hongjie

**Abstract:** In the cruel historical periods of revolution, in the urgent need of competing for political legitimacy, the people's regime used the judicial popularization as its important political symbols of democratic achievements. However, the practice of judicial popularization has inherent political and technical problems: if the general public who may lack political awareness can fully participate in the process of judicial decision-making, it may lead to the consequence that the “law” will be coerced by “public opinion”, which is extremely detrimental to the goal of “transforming society” in the people's regime. Although the “Judiciary Style of Ma Xiwu” successfully created a kind of model practice which can take “public opinion” into account within the “law”, but the moral demonstration effect and practical application value of this kind of all-fal 1011 s 101111 H

【民法典编纂】

# 污染环境 坏 侵 责 再 典 考

张 宝 汪榆森\*

摘 要:我 未 民 典 侵 责 任 编 该 加 生 侵 责 任 。 生 侵 责 任 无 责 任 因 果 举 证 责 任 。 数 环 境、生 侵 中, 该 大 责 任 范 围。除 例 因 果 下 份 责 任 外, 他 数 环 境、生 侵 该 责 任。 等 环 境、生 侵 案 件 中, 该 担 责 任。环 境、生 侵 诉 讼 环 境 民 事 公 诉 讼 范 围 , 两 种 , 环 境、生 侵 责 任 环 境 民 事 公 诉 讼 责 任 优 先 。

关键词: 生 侵 责 任 责 任 直 责 任 环 境 民 事 公 诉 讼

## 、引

2009 《 华 侵 责 》( 《 侵 责 》) 章 整 章 4 环 境 污 染 侵 归 责 、 举 证 责 、 责 , 环 境 污 染 侵 。 《 侵 责 》 , 草 典 侵 责 编 予 讨 。 污 染 环 境 坏 侵 责 再 典 。 首 先, 告 设 目 标。 环 境、 侵 。 次, 2014 修 订 《 环 境 》 坏 侵 , 《 侵 责 》 侵 责 , 目 《 侵 责 》 坏 侵 。 再 次, 环 境 事 公 诉 讼 目 , 环 境、 侵 , 厘 清。 , 草 典 侵 责 编 , 环 境 侵 继 础 , 环 境、 侵 责 再 典 。

探 讨 。 , 何 坏 侵 责 。 , 何 环 境、 侵 责 , 括 扩 连 责 、 索 责 环 境、 侵 责 优 先 偿, 助 设。 , 何 确 处 环 境、 侵 环 境 事 公 诉 讼 。 述 向, 究、 ; 目 , , 鉴 , 环 境、 侵 责 再 典 ; , 污 染 环

\* 张 宝, , , 典 编 纂 项 目 领 小 组 员 侵 责 编 头 ; 汪 榆 森, 究 。

境和 坏生 侵权 任的具体方案。

## 二、构建 坏生 侵权 任制度

### (一) 《 权 法( 案)》《 保 法》的

2009年 终通过的《侵权 任法》在 定了“环境 任”。对 ,虽然有观点认为其中的“环境 任”是广义的,既包括 生活环境,也包括 坏生 环境。<sup>[1]</sup>但 流观点认为,现行《侵权 任法》中的“环境 任”仅 狭义的 生活环境侵权 任,并不包括 坏生 侵权 任。<sup>[2]</sup>

在侵权 任法 草的过 中,立法部 对这一问题 有过讨 ,草案的相关 定也几经 更。《侵权 任法(草案)》(二次审议稿)仅 定“ 环境 成他 害的,排 应 承 侵权 任”。草案三次审议稿和四次审议稿 定为“ 生活、生 环境 成 害的, 应 承 侵权 任”。但是, 终通过的《侵权 任法》 65条依然仅 定“ 环境 成 害的, 应 承 侵权 任”。 ,从立法的过 来 ,将现行法中的“ 环境”解释为既包括 生活环境,也包括 生 环境,确实 得勉 。<sup>[3]</sup>

2014年修 的《环境保护法》 64条 定:“ 环境和 坏生 成 害的,应 依照《中华人民共和国侵权 任法》的有关 定承 侵权 任。”这一条文从立法的 化解业一一题进业法业立一题法业立立法立

污染环境 环境侵权的“原因 ”。<sup>[6]</sup> 环境侵权， 主 者一直主 错责 原则，理 比 充 ，<sup>[7]</sup> 者 此 再赘 。上 此 反 的 者可 混淆 归责原则 “污染 的 ” 问题。 的污染 ，“污染”的含义是 的。 废水、废气、 固 废弃 等 言， 可 法律 义上的“污染”； 是 噪音等 言，《环境 噪声污染防治法》 2 的规 ， 超 一 的 会 “污染”。因此， 是 的环境污染 的归责原则， 是 的 是 “污染” 的 。当“ 污染 ” 经 的情况， 环境侵权 的 是 错责 原则。 环境侵权是 错责 原则的 是 制法 侵权责 的 问题，因 环境侵权 的“ 错” 一 是 超 的 制 。<sup>[8]</sup> ， 一问题 一的答 。<sup>[9]</sup> 环境侵权归责原则的 ， 多的是一 立法 价 衡 的问题。 《侵权责 法》 经明 规 环境污染责 的 错责 原则，出 法的安 性的 ，<sup>[10]</sup> 的 义 主 变的 者承担。此 ， 者 欲明 ：如果环境侵权 错责 原则， ， 坏 侵权 环境侵权的一 ，自e Q 错责 原则。 m ，虽 《环境完 法》\_ 64 规 《侵权责 法》的 规- 承担侵权责 ， 是， 者 此 理 《侵权责 法》 环境侵权的， 体现( )承担侵权责 。<sup>[11]</sup> 理 ， 使 问题一入法一法立法立法立题问法立立法立题问法立立法立题问法立一问题 法立一入入法一法立题问法立





明确规定。<sup>[15]</sup>

第四,相较于污染环境,破坏生态的行为“难度”更大,破坏生态一的“要求”也越高,诉讼双的地失更为明显。一小作坊,可因为排污污染环境,进而损害邻人的。这 小作坊

而、一的,而是在、不证的责,终法官心证的。<sup>[21]</sup>举证责的分配是整证活的端。在举证责倒置,不立进行了一的证、法官了一的心信,的证立的责落在了。证责的不贯穿整举证、证。实,始的举证责分配,一肃的证的在不在。举证责倒置的效一是整证的更为。为不实行倒置,的举证怕法官的心信,而一心信的直终——败,不公平。

(3)倒置的效——是在在实立。举证责的一是,在举证、证,证项是立法,举证责的一承不利的讼。不,在权法的证,问题更一。权法的问题包了不同的法问题,一是在实是立,实的;是权在范承权责,法的。<sup>[22]</sup>的是,证的始终是实的问题,而法的。在举证责倒置,不证不立,进而立,一立是实的立,不意一承权责。在实立的,法官为不法的。在实,立法的,的在“法,责进行”。<sup>[23]</sup>信,举证责倒置的效在实,效地一而苛的。

2. 正确理解因果关系举证责任倒置规则的目的

(1) 举证责倒置的是举证的衡。一,在境、权,权在观证材,为污染、行为权积做,证材权。一,权在观进行证活。为一权不同,境、权的的问题常一的经范而“的医的证”。<sup>[24]</sup>“经”业知的权‘不知的权了。的证衡。观的举证衡“倒置”实现再平衡。

(2) 举证责倒置不同“证的法”“证的标”。一举证是一;证法、证,欲证项的立,是一。不。“举证责的倒置”的是权证立的问题;而“证的法”、“证的标”的是是立的问题。举证责倒置不境、权证问题为而张一的观,是站不住脚的,为‘不的。而证法的信、证的,更的是证法的议

[21] 参见卞、谭世贵:《证法》,国法 2014, 19, 450-454。  
 [22] 参见[ ]丹·B. 布斯:《权法》( ),马静、李昊、李妍、刘杰,国法 2014, 358-359。  
 观,为实的是法的。参见[德]蒂斯蒂·巴尔:《权行为法》(卷),焦译,张新箴校,法 2001, 527。  
 [23] [瑞]海茨·雷伊:《瑞权责法》(四),贺栩栩译,国法 2015, 149。参见丹·B. 布斯,同 22 书, 389。  
 [24] 参见丹·B. 布斯,同 22 书, 357。

题。者赞同一观点,“据法的题及明责减轻的问题(如表面据规则)待据法程法解决”。<sup>[25]</sup>

说,上对因果关举责倒置规则的评,从根本上,源自自身对规则的不理解。因果关推因果关举责倒置,者的差异实字面上。因为法律推分为实法推程法推,而实法推可举责倒置的效果。<sup>[26]</sup>解,破坏态污染环境是环境侵权的侵权行为式。破坏态侵权责适用责原则因果关举责倒置的特殊规则。者适用一侵权规则。

### 三、数人环境、态侵权中连责的适用

#### (一)数人环境、生态侵权的前提——同一损害

数个行为人造成一损害,是思数人环境、态侵权责承担问题的提。如果造成的是多个损害,对多个损害自分别责承担问题。在造成“一损害”一提之,论数个行为人之间是承担按份责是连责。<sup>[27]</sup>是,如界中的损害是法律义上的“一损害”不是一个易的问题。虽尝试界“一损害”“不损害”的努从未,<sup>[28]</sup>者更倾赞一个观点,“损害时不可分一问题不可立法细致规,而当法在个中裁决”。<sup>[29]</sup>鉴问题的复杂性,及本论的点也不在此,本关一损害的论不再详细展开。需牢:的论均在损害是不可分割的一损害一提展开。

#### (二)我国数人环境、生态侵权责任承担的立法改造

现行《侵权责法》章“环境污染责”中,涉及数人环境侵权的67。是对思络人之间按份责的规。按份责——相对连责而言——利益的平实不偏被侵权人。为了免的陷,在解论上,进行一努。从立法论的角度出发,则进行更为性的思。对此,两个问题需要答。一,数人环境、态侵权中是必要规按份责;二,如果在数人环境、态侵权中规按份责的,连责的界划在。

者主,我国未的民法典分则侵权责编的“污染环境破坏态侵权责”中保现在67的规,时一个关数人环境、态侵权连责的制67的适用,量实现数人环境、态侵权中按份责连责之间的平衡。理如:

##### 1. 量连带责任及扩大趋势

在了所造成的损害是一损害之,连责不是唯一的。在决造成一损害的数个行为人承担连责是按份责时,“政策——是倾受害人侵权人——

对”。<sup>[30]</sup>从比较法的角度考,在同一害下,即关系是不分的,也并非一定连带责任。欧洲各国几乎都定“行为成一的、不分的害时”,应承连带责任。<sup>[31]</sup>但是美国法更倾向于按责任。<sup>[32]</sup>,关于侵权何时承按责任,何时承连带责任,并不存在一先验的结。

不过,以只是一般的结,需要的是,就环境、生侵权案件的责任承而,美国法也经了从较早的倾向按责任到晚近的倾向于连带责任的化。<sup>[33]</sup>,以说在环境、生侵权领域,连带责任是流且呈扩大化趋势,尽管其并非然。

## 2.《侵权责任法》第12条后段的排除

对于一般侵权而,侵权责任制度的基本结构要是较过错和力要素。<sup>[34]</sup>“以正化连带责任”的,是共同过错与关系二。<sup>[35]</sup>但是,环境、生侵权恰恰在二都用了殊——无过错责任和关系举证责任倒置。在环境、生侵权中,行为不能以己没有过错为由张不承侵权责任。而且推定行为的污染环境、坏生行为与害后存在关系,非行为能证关系不存在。<sup>[36]</sup>

笔者认为,环境、生侵权责任的这殊,得《侵权责任法》12条后实际并没有用的余地。依据的定,无意思联络的侵权无法确定责任大小,平均承赔偿责任。问题的关键是,在害确定的下,各行为的责任分配力的大小以及过错的度。<sup>[37]</sup>一方面,于力的大小而,在环境、生侵权中同一害,关系

全成立或其例能确定,依据11条承连带责任或依据12条承按责任;

关系不能确定,根据环境、生侵权关系举证责任倒置的,只要行为不能证关系不存在,那么法就拟制关系的成立。需要注意的是,时,对于同一害,关系是拟制为全成立,而非按例地成立,更非平均地成立。一方面,于过错而,环境、生侵权用无过错责任,行为无法通过证其没有过错,或相较于其他侵权的过错为轻,而对侵权张免责或减轻其责任。

,相较于一般侵权,环境、生侵权的类划分以大大化。需要考虑的要素只有一——对于同一害,关系或其例能否得到确定。以下即针对关系的例在意得到确认、关系以确定、聚关系这三种,分对应笔建议的三条文,证其。

[30] 同注27引书, 609。

[31] 参见注29引书, 196。

[32] 参见注27引书, 609-610。关于美国侵权法连带责任用范围的史化,参见竹:《侵权责任分——侵害赔偿责任分的一般》,中国人民大学版2009年版, 17-26。

[33] 参见丹·B.布斯,同注22引书, 372-373。

[34] 参见竹,同注32引书, 2。

[35] 参见叶金:《共同侵权的类要素及法效》,《中国法学》2010年1期, 67-72。

[36] 关于环境侵权责任关系举证责任倒置这一具体的三实步骤,参见张新宝、庄:《扩张与化:环境侵权责任的用》,《中国科学》2014年3期, 133。

[37] 从比较法看,在“害不划分但法分配”的下,各国或考关系的例,或考各过错的度。不过,这种标准终在结差异并不显著。详细的讨参见[英]H. L. A.哈、[英]托尼·奥诺尔:《法中的关系》(二版),张绍谦、孙战国译,中国政法大学版2005年版, 209-211。参见张新宝、俊:《侵权法的力研究》,《中国法学》2005年2期, 92-103。

## 3. 例因果 下按 责任

《侵 责 》 67 适 因果 严格意义上 确 情形。笔者此处所说因果 严格意义上 确 ， 每个 人 足 损害， 足 损害。

所谓每个 人 足 损害， 排 合因果 情形。 合因果 果 适 连 责 还 述。所谓每个 人 足 损害， 即使 人 ， 人 会 损害 。严格比例因果 典型例子 ,A B 向池塘 排污， 死 C 100 。 A 排 量 死 40 ,B 排 量 死 60 。此 ,A B 担 责 。

严格比例因果 情形 人 适 责 主 因 案 “同 损害” 可 比较宽泛。如果 律完 禁止 责 数人环境、 态侵 适 话,则可 公平 后果—— 个损害 宽松 意义上被 “同 损害” 数人侵 案 ,即使 人 证明自己 “同 损害” 因果 , 仍 整个“同 损害” 担连 责 。 公平,因 如果“ 因果 ,损害 事责 无 起”。<sup>[38]</sup> 67 留,可 当程 上避免 公平情况 出 —— 死 40 A 100 死亡 担连 责 。

笔者 ,非严格比例因果 情形 ,均 宜适 责 , 理 情形 很 把握 说因果 确 比例 。 情形可 括:因果 明, 合因果 ,叠 原因。因果 明 合因果 述,此处主 析叠 原因。

叠 原因, “充 原因”。 叠 原因 , 可 情形: 侵 上 同 同造 损害;另 侵 继 同造 损害。 比较 上看, 者,即同 叠 原因 , 多数 侵 每个 人均 担连 责 ; 后者,即继 叠 原因 情况 , 则显 出非常 差异, 多数 倾向 连 责 , 采比例原则 否 人 因果。<sup>[39]</sup> 环境、 态侵 领域, 者 类叠 原因 情形之“环境 算危害 ”, 《侵 责 》 规 ,“环境 算危害 ” 数 人之间, 担 责。<sup>[40]</sup>

笔者 , 叠 原因 情形 , 适 责 , 适 连 责 。因 如上 所述, 环境、 态侵 ,影响责 小 因 原因 比例, 叠 原因 情形 , 比例非 0%即 100%。 类案例 ,因 另外 侵 人 , 使“责 完 变 连 责 ”。 原侵 人可 会 出如此规则 严酷 。 , 般 回 ,“ 无辜 受害人 失 侵 人之间 衡量, 们还 倾向 者 优先”。<sup>[41]</sup> ,笔者却 走 。 表 上看, 规则似乎 公平。 上 看,侵 人甲因 侵 人乙 0%变 100%,同 ,乙 因 甲 0%变 100%。甲 乙 完 。 因

[38] 同注 25 引书, 583 。

[39] 参见 [J]. 施皮尔主编:《侵 :因果 》,易继明等译, 律出版社 2009 版, 208-209 。

[40] “环境 算危害 ” “量 算” “算”, 担 赔偿责 。参见竺 :《 无 错联 之数人环境侵 类型——兼 害人 明数人环境侵 责 担 司 审理》,《 》2011 5 , 100 。

[41] 参见注 39 引书, 208-209 。

时的先后而有差。二地位的相同就决定了甲与乙的责任也相同。而甲与乙或0%或100%的力,就决定了其责任只能为全有或全无。甲或乙既不能为0%的力而承任何责任,也同不能为100%的力而只承部分责任。选项只有——甲与乙都不承任何责任,或甲与乙都承连带责任。而对于任何一有知的来说,选项就只有一——连带责任。

相类似地,笔者认为对于同一害而,了述例关系,在其他的关系类下,承按责任都产生或法逻辑或正义观念的疑虑。马萨诸高法一百年的名在翔依然用——“中的每

同观。<sup>[48]</sup>，<sup>[49]</sup>，<sup>[50]</sup>，<sup>[51]</sup>《境释》3 1，<sup>[52]</sup>释限 67  
 范议，<sup>[49]</sup>，<sup>[50]</sup>，<sup>[51]</sup>《境释》3 1，<sup>[52]</sup>释  
 释。且，<sup>[53]</sup>，<sup>[54]</sup>聚<sup>[55]</sup>下，<sup>[56]</sup>一  
 承<sup>[57]</sup>连<sup>[58]</sup>责<sup>[59]</sup>。《境释》3 1，<sup>[60]</sup>释  
 肯<sup>[61]</sup>聚<sup>[62]</sup>下<sup>[63]</sup>11<sup>[64]</sup>先<sup>[65]</sup>喜。<sup>[66]</sup>  
<sup>[67]</sup>境<sup>[68]</sup>中<sup>[69]</sup>，<sup>[70]</sup>同<sup>[71]</sup>予<sup>[72]</sup>确<sup>[73]</sup>。  
 一，<sup>[74]</sup>连<sup>[75]</sup>责<sup>[76]</sup>。《境释》2 予<sup>[77]</sup>确<sup>[78]</sup>。

#### 四、企 境、 中 企 责

境、<sup>[79]</sup>、<sup>[80]</sup>境、<sup>[81]</sup>下<sup>[82]</sup> [52]  
 。一<sup>[83]</sup>，<sup>[84]</sup>境、<sup>[85]</sup>境、<sup>[86]</sup>  
<sup>[87]</sup>下<sup>[88]</sup>，<sup>[89]</sup>有<sup>[90]</sup>，<sup>[91]</sup>责<sup>[92]</sup>承<sup>[93]</sup>  
 与<sup>[94]</sup>组织<sup>[95]</sup>。[54]<sup>[96]</sup>，<sup>[97]</sup>企<sup>[98]</sup>境、<sup>[99]</sup>  
 责<sup>[100]</sup>、<sup>[101]</sup>控<sup>[102]</sup>、<sup>[103]</sup>索<sup>[104]</sup>责<sup>[105]</sup>，<sup>[106]</sup>与<sup>[107]</sup>承<sup>[108]</sup>  
 连<sup>[109]</sup>责<sup>[110]</sup>。 “<sup>[111]</sup>”，<sup>[112]</sup> “<sup>[113]</sup>”，  
 企 “<sup>[114]</sup>”，<sup>[115]</sup>，<sup>[116]</sup>企<sup>[117]</sup>股<sup>[118]</sup>控<sup>[119]</sup>。  
 (一)道德风险的预防——股东有限责任及其否定

股有<sup>[120]</sup>限<sup>[121]</sup>责<sup>[122]</sup>公<sup>[123]</sup>征<sup>[124]</sup>一<sup>[125]</sup>。一<sup>[126]</sup>排<sup>[127]</sup>有<sup>[128]</sup>商<sup>[129]</sup>与<sup>[130]</sup>势<sup>[131]</sup>。[55]  
 候<sup>[132]</sup>有<sup>[133]</sup>限<sup>[134]</sup>责<sup>[135]</sup>。[56]  
 股有<sup>[136]</sup>限<sup>[137]</sup>责<sup>[138]</sup>，<sup>[139]</sup>有<sup>[140]</sup>力<sup>[141]</sup>。风险<sup>[142]</sup>股有<sup>[143]</sup>限<sup>[144]</sup>责<sup>[145]</sup>  
 一<sup>[146]</sup>。风险<sup>[147]</sup>有<sup>[148]</sup>限<sup>[149]</sup>责<sup>[150]</sup> “公<sup>[151]</sup>股<sup>[152]</sup>与<sup>[153]</sup>风险活<sup>[154]</sup>，<sup>[155]</sup>承<sup>[156]</sup>  
 有<sup>[157]</sup>”，“中<sup>[158]</sup>承<sup>[159]</sup>”。[57]<sup>[160]</sup> “<sup>[161]</sup>德<sup>[162]</sup>风险——有<sup>[163]</sup>限<sup>[164]</sup>责<sup>[165]</sup>创<sup>[166]</sup>与<sup>[167]</sup>风险活<sup>[168]</sup>  
 嫁<sup>[169]</sup>激<sup>[170]</sup>励”，有<sup>[171]</sup>限<sup>[172]</sup>责<sup>[173]</sup>招<sup>[174]</sup>有<sup>[175]</sup>力<sup>[176]</sup>一<sup>[177]</sup>。[58]

[48] 参见：《<sup>[178]</sup>》，《<sup>[179]</sup>》2012 1，144-145。参见：《<sup>[180]</sup>——<sup>[181]</sup>张<sup>[182]</sup>楷<sup>[183]</sup>高<sup>[184]</sup>樵》，《<sup>[185]</sup>》2010 3，158-171。

[49] 参见 36，132-133。

[50] 参见 39 书，207-208。

[51]，《<sup>[186]</sup>》9:101、《<sup>[187]</sup>范<sup>[188]</sup>典<sup>[189]</sup>案<sup>[190]</sup>》VI-4:102、《<sup>[191]</sup>责<sup>[192]</sup>》8。

[52] 中<sup>[193]</sup>公<sup>[194]</sup>企<sup>[195]</sup>有<sup>[196]</sup>典<sup>[197]</sup>。下<sup>[198]</sup>，公<sup>[199]</sup>企<sup>[200]</sup>。

[53]，《<sup>[201]</sup>范<sup>[202]</sup>典<sup>[203]</sup>案<sup>[204]</sup>》，境<sup>[205]</sup>范<sup>[206]</sup>排<sup>[207]</sup>。参见 25 书，558-561。《<sup>[208]</sup>境<sup>[209]</sup>释<sup>[210]</sup>》18 2 确<sup>[211]</sup>释<sup>[212]</sup>。

[54] 有<sup>[213]</sup> “<sup>[214]</sup>”，承<sup>[215]</sup>责<sup>[216]</sup>，<sup>[217]</sup>观<sup>[218]</sup>。参见 雷斯蒂·冯·巴，同 22 书，252-261。

[55] 股有<sup>[219]</sup>限<sup>[220]</sup>责<sup>[221]</sup>商<sup>[222]</sup>，参见 [ ] 兰·伊斯布鲁、[ ] 丹·希：《公<sup>[223]</sup>》，<sup>[224]</sup>、张<sup>[225]</sup>伟<sup>[226]</sup>译，京<sup>[227]</sup> 2014，40-44。

[56] 参见 55 书，54。

[57] 同 55 书，49。

[58] See Jonathan Landers, *A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy*, 42 U. Chi. L. Rev. 589 (1975). 55 书，49。

合 的情形， 侵权 权的情形 ， 股东的 责 。<sup>[59]</sup> 一 ， 股东  
责 的 ，侵权 的 被侵权人 合 权人 的地 。“因 们 像 司的  
合 权人”， 们“ 机会 程序 ”。<sup>[60]</sup> 另一 ， 侵权的情形， 的外  
性 明 。侵权 的 被侵权人 自愿 权人； 合 等 权人则 自愿 权人。一  
， 自愿 权人<sup>[61]</sup>言， 所 的外 性。<sup>[61]</sup> 侵权<sup>[61]</sup>言，如果股东的 责 绝  
的， 鼓励股东 司 施侵权 的



股东，一切公（包括公）征”。<sup>[65]</sup> 股东否错，公承连责，那么公。否公“常极端”，世例。<sup>[66]</sup> 公否股东滥公独。“错”“滥”义。

2. 法人环境、生 侵权中任的“过”标准  
 确责错责后，讨错判标。笔，环境、侵权错，错判均“否违、标”“否显常经营”标。“错”标“否违、标”污染、坏活。标判标。“错”标“否显常经营”。企营，常活经营，污染、坏显地常经营活，判错。标般、标，即标项标。

否错、结，4同。错，企终污染、坏否符错标，承连责。讨，处“错”否侵权承举证责。笔，企终污染、坏错，“错”证责侵权。错，企终污染、坏经错，否错，错，即错，非证注意义，错错。错，企贯执，错股东错。“错”公否。<sup>[67]</sup>，证翻。证确注意义，承责。排避免德风险。述，烈激励股东事“掩盖非目”。例，董事、排污，却示公标排污，攫。错极证。述，威慑类德风险。激励勤勉责，地公内监督，减标排污、坏。股东证已错公承连责——烈激励。

### 3. 法人环境、生 侵权中任的任人范围

般公否案，告范围般限积极股东。积极股东，际控，般公否追究责。董事，般公否。<sup>[68]</sup> 笔，环境、侵权，责责范围扩，“、际控、”。述，环境、侵

[65] 慈蕴：《公传公冲击》，《》2002 1，113。

[66] 艾斯·费伦，同注59引书，15。

[67] 参见慈蕴：《公否》，版2009版，69-71。虽处说“错”笔处说错错同，即公否，错举证责落。

[68] 参见慈蕴：《公否》，《》1998 5，74-75。

权中追 特定个人的责任,不仅是 司法人格性间施察间间施察间施察间者间施间间施施察察施察间间外性间施察间

第 三 条 第 一 款 第 一 项 规 定 的 同 一 原 则 。 环 境 侵 权 诉 讼 涉 及 污 染 环 境 、 破 坏 态 人 身 、 财 产 等 损 害 的 ， 前 者 求 污 染 环 境 、 破 坏 态 造 成 的 损 害 ， 损 害 象 人 身 、 财 产 等 。 此 类 诉 讼 适 用 《 侵 权 责 任 法 》 第 2 条 的 规 定 。 因 此 ， 公 民 、 环 境 组 织 等 ， 宜 依 侵 权 责 任 法 提 起 环 境 侵 权 诉 讼 求 污 染 环 境 、 破 坏 态 造 成 的 损 害 社 会 公 共 利 益 者 损 害 社 会 公 共 利 益 风 险 ， 损 害 象 社 会 公 共 利 益 。 个 人 被 除 出 环 境 侵 权 诉 讼 诉 主 体 范 围 的 原 因 。

第 四 条 第 一 款 第 二 项 规 定 的 另 诉 原 则 。 《 环 境 公 诉 讼 法 》 第 10 条 第 3 款 规 定 ， 环 境 侵 权 诉 讼 人 身 、 财 产 受 损 害 申 请 参 加 环 境 侵 权 诉 讼 ， 该 另 诉 。 此 可 见 ， 因 同 一 污 染 、 破 坏 环 境 、 态 侵 权 诉 讼 环 境 侵 权 诉 讼 合 理 审 理 。

第 五 条 第 一 款 第 一 项 规 定 的 同 一 责 任 原 则 。 虽 然 上 述 三 项 规 定 ， 但 者 原 告 可 以 出 具 诉 求 几 乎 完 全 同 一 的 诉 求 均 可 主 张 被 告 担 停 止 侵 害 、 除 妨 碍 、 消 除 危 险 、 赔 礼 道 歉 、 赔 偿 损 失 等 责 任 。 均 可 求 被 告 恢 复 原 状 ， 即 担 态 环 境 修 复 责 任 。 环 境 、 态 侵 权 诉 讼 环 境 侵 权 诉 讼 ， 态 环 境 可 以 被 告 负 责 修 复 。 环 境 、 态 侵 权 诉 讼 ， 如 果 被 告 限 期 内 履 行 修 复 义 务 ， 则 人 民 可 以 委 托 人 修 复 ， 费 用 被 告 担 担 。 环 境 侵 权 诉 讼 ， 被 告 履 行 修 复 义 务 须 担 修 复 费 用 接 判 被 告 担 修 复 费 用 情 况 ， 否 则 原 告 接 施 态 环 境 修 复 ， 司 法 释 释 未 明 确 规 定 。

## (二) 两个尚未充分讨论的问题——归责原则与因果关系举证责任

环 境 侵 权 诉 讼 两 个 问 题 —— 否 适 用 错 责 原 则 ， 否 适 用 因 果 关 系 举 证 责 任 倒 置 规 则 —— 引 入 理 论 两 方 足 够 视 讨 论 。 笔 者 尝 试 此 探 讨 。

### 1. 归责原则<sup>[73]</sup>

最 近 人 民 法 院 两 个 司 法 释 义 表 述 看 ， 似 乎 “ 环 境 侵 权 诉 讼 适 用 错 责 原 则 ” 观 点 。 《 环 境 侵 权 诉 讼 法 》 第 1 条 规 定 “ 因 污 染 环 境 造 成 的 损 害 ， 论 污 染 者 错 ， 污 染 者 当 担 侵 权 责 任 ” 。 第 18 条 规 定 ， “ 环 境 侵 权 诉 讼 适 用 侵 权 责 任 法 第 2 条 的 规 定 ， 但 是 环 境 侵 权 诉 讼 适 用 侵 权 责 任 法 第 17 条 的 规 定 除 外 ” 。 《 环 境 公 诉 讼 法 》 第 10 条 第 3 款 规 定 被 告 担 环 境 侵 权 诉 讼 责 任 错 误 。 环 境 侵 权 诉 讼 适 用 侵 权 诉 讼 法 ， 因 此 环 境 侵 权 诉 讼 该 可 适 用 《 环 境 侵 权 诉 讼 法 》 第 1 条 的 规 定 ， 即 适 用 错 责 原 则 。

笔 者 此 表 示 反 对 。 笔 者 环 境 侵 权 诉 讼 该 适 用 错 责 原 则 。 首 先 ， 《 侵 权 责 任 法 》 第 7 条 规 定 ， 错 责 原 则 适 用 律 法 规 定 。 此 处 “ 律 ” 该 理 狭 义 律 ， 即 人 民 法 院 常 委 会 律 法 规 定 。 障 碍 诉 主 体 自 身 求 求 ， 因 此 宜 司 法 释 义 适 用 错 责 原 则 。 次 ， 环 境 侵 权 诉 讼 针 对 环 境 、 态 侵 权 ， 侵 害 公 共 利 益 情 形 。 环 境 侵 权 诉 讼 《 侵 权 责 任 法 》 第 1 条 第 2 款 规 定 ， 受 调 整 ， 因 此 《 侵 权 责 任 法 》 第 65 条 规 定 环 境 侵 权 诉 讼 适 用 错 责 原 则 。 《 环 境 侵 权 诉 讼 法 》 第 1 条 规 定 “ 担 侵 权 责 任 ” ， 环 境 侵 权 诉 讼 责 任 属 侵 权 责 任 。 《 环 境 公 诉 讼 法 》 第 10 条 第 3 款 规 定 ， “ 侵 权 责 任 ” 、 “ 侵 权 ” 字 样 被 刻 意 回 避 。<sup>[74]</sup> 最 后 ， 从 实 践 看 ， 环 境 侵 权 诉 讼 ， 败 诉 被 告

[73] 严格 讲 ， 归 责 原 则 侵 权 责 任 特 殊 概 念 。 此 处 为 便 ， 环 境 侵 权 诉 讼 ， 使 用 概 念 ， 意 指 污 染 环 境 、 破 坏 态 人 身 财 产 等 损 害 主 张 免 责 。

[74] 整 个 《 环 境 公 诉 讼 法 》 ， “ 侵 权 ” “ 侵 权 责 任 ” 出 现 次 数 ， 即 式 之 前 语 句 《 环 境 公 诉 讼 法 》 、 《 侵 权 责 任 法 》 、 《 环 境 侵 权 诉 讼 法 》 等 律 法 规 定 ， 该 释 。

都具有过错。在最高人民法院发的3 环境公益诉讼典 件中，告均为 污，具有过错。<sup>[75]</sup> 这也 的 ，为相关 制 准在制定时，应 是 了依其 放是 害 共利益这一问题的。

需要 的是， 分 对的是 环境民 益诉讼 ，在 件中只有 共利益的 害，没有 、产的具体 。 在 一 环境、生 纠纷中，已经实 成了 、产的 害

的条文如下:

第六十五条 污染环境、破坏生态造成损害的,应当承 侵权责 。

第六十六条 因污染环境、破坏生态发生纠纷,污染环境者、破坏生态者应当就其行为与损害之间不存在因果关系承 举证责 。

第六十七条 两人以上污染环境、破坏生态,污染者、破坏者承 责 的大小,根据其行为与损害发生所起作用大小等因素确定。

第六十七条(A) 两人以上污染环境、破坏生态,但是 法确定各行为人的行为对损害后果发生所起作用大小,或者 一个行为人的行为都 以导致损害后果的发生,所有行为人承 连带的侵权责 。

第六十七条(B) 企业法人等污染环境、破坏生态造成损害的,负责作出实施该行为决定的法定代表人、实际控制人、直接受益人有过错的,承 连带责 。

企业法人等因破产等原因终止的,对于其存续期间应当承 的污染环境、破坏生态的侵权责 ,其行为实施时的法定代表人、实际控制人、直接受益人、债权债务的承受人有过错的,承 相应责 。

第六十八条 因第三人的过错污染环境、破坏生态造成损害的,被侵权人可以向污染者、直接破坏生态者请求赔偿,也可以向第三人请求赔偿。污染者、直接破坏生态者赔偿后,有权向第三人追偿。

第六十八条(A) 因同一污染环境、破坏生态的行为应当承 公益诉讼责 ,不影响 法对被侵权人承 侵权责 。

因同一行为应当承 污染环境、破坏生态的公益诉讼责 及侵权责 ,侵权人的财产不 以支付的,先承 侵权责 。

## Reflections on the Recodification of China Tort Liability Law for Environmental Pollution and Ecological Destruction

Zhang Xinbao & Wang Yumiao

**Abstract:** The rules of tort liability for ecological destruction should be provided in the chapter of Tort Liability in China Civil Code. The new provisions of liability for ecological destruction should adopt the doctrine of no-fault liability, but in the allocation of burden of proof, reversal of the onus of proof way. If an environmental tort is committed by multiple tortfeasors, the application scope of joint liability should be enlarged, and only in some exceptional cases the doctrine of liability by shares is applied. If an environmental tort is committed by both legal persons and natural persons, the individuals at fault and legal persons should bear joint liability. Environmental tort litigations differ from the environmental civil public interest litigations in their legislative purpose, and the former enjoy the priority right in compensation to the latter.

**Keywords:** liability for ecological destruction; joint liability; Durchgriff liability; environmental civil public interest litigation

(责任编辑:丁洁琳)

# 论我国《民法总则(草案)》的构造、创新与完善

陈华彬\*

**摘要:**近现代及当代民法对于是否于民法典之始设立总则编,存在罗马式编纂体例与德国式编纂体例的迥异立场。设置民法典总则编既有缺点,也有优点。因以意思表示为核心要素的民事法律行为是私法领域最高程度的提取公因式的结果,所以我国以意思表示为中心概念,经由多层次的抽象化过程而建构民法(私法)总则,是适宜的、恰当的,由此应对我国现今积极制定民法总则给予肯定性评价。民法总则立法是我国民法典制定过程中的前置性工作。目前我国全国人大常委会公布的《民法总则(草案)》尽管结构体系简洁、清晰、明了,但仍缺少对一些重要事项如民事权利的行使的限制、民事义务、戏谑行为、隐藏行为及无效行为的转换等的规定。另外,该《民法总则(草案)》不启用“法律行为”概念而仍然使用“民事法律行为”一语,以及未能依据现今新时代的特点与急剧变迁的社会生活而启用“错误”概念,却依旧使用“重大误解”的概念及规则体系等,均值得斟酌并加以改进或完善。

**关键词:**民法典总则编 《民法总则(草案)》 构造 创新 完善

立法机关的安排,近 国人常委会公布的《华人民国民法总则(草案)》(简称《民法总则(草案)》),拟 2017 3月召的十届国人第五次会议审议,之后编纂民法典的分编(合同编、物权编、侵权责任编、婚姻家庭编 承编),拟 2020 3月国人民代表会审议,后形我国完整、一的民法典。在一程,现今正在编纂的民法总则居前置性键地。民法典的分编的编纂主现行民法律规范进行整理、修改完删繁简不同,民法总则的制主是另炉灶进行新的创新性造法。故此,民法总则的制状况、结内容创新性等,在我国民法典制的居核心键地。

拟上《民法总则(草案)》的造、创新(亮)完等予分析、考量。首先,笔者拟罗马式、德国式编纂民法典总则编的不同态我国现今制民法典总则编的肯予分析、释明。

## 一、置民法典总则编的、优我国的肯立场

### (一)罗马式、德国式编纂体例对民法典总则编的不同态度

#### 1. 罗马式编纂体例对民法典总则编的否定

民法自罗马法两编纂,之一是罗马式,称为优丁尼(Institutinen System)。它是古罗马五法家之一的尤斯(Gaius)的《法梯》的。一是:第1卷“人

\* 财经法,法。

法”,第2卷与第3卷“物法”,第4卷“侵权行为与诉 关系法”。尤 《法学 梯》的这一体 ,之被优 丁尼编纂的《法学 梯》所依循。1804 年《法国民法 》的编纂 此体 , 将诉 法 以除,而形成如下体系:第1编“人法”,第2编“财产及对所有权的各种 制”,第3编“取 财产的各种方法”。罗马式编纂体 的最 特 是 不存在像 《 国民法 》 样的总则。近现代荷兰、比利时、 班牙、 利及日本“旧民法”(含“人 编”、“财产取 编”、“ 权担保编”、“ 据编”) 此体 。〔1〕

对于上 罗马式编纂体 ,通说认为其有如下 点:〔2〕(1) 全部民法共通适用的总则;(2)将亲属法与关于人格和民 能力的 相混淆;(3)将 承仅视为取 财产的一种方法;(4)未 别性质不 的 权与物权,将二者的规定相混淆;(5)将程序法 入民法中,导致程序法与实体法相混淆。属于罗马式编纂体 的《法国民法 》,尽管其将诉 法 除 凸 法的地位, 罗马式编纂体 的其他 点则难以 免。

## 2. 德 编纂 典总 编 肯 ( 区) 典总 编

国式编纂体 ,又称潘 克吞(Pandekten)编纂体 ,是 国学者古 塔夫·胡果(Gustav Hugo)、格奥尔格·阿 尔 · 泽(Georg Arnold Heise)等于其 中 用的体 。〔3〕 该体 的最 特 在于 立民法 总则编。民法发展 上, 立民法 总则编的思想最 可以追溯到19 以前的理性的自然法,这一思想于 泽1807 年出版的《普通法体系 论》一 、1756 年的《巴伐利亚民法 》、1863 年的《 克森民法 》、1896 年的《 国民法 》中被贯彻,体现了 志民族重抽 、重 、重 体系的思 方法〔4〕和一以贯之的“彻底性”。〔5〕 如 , 陆法系的日本、巴 、韩国、国、葡萄牙新民法(1966 年)及我国台湾地 “民法”均 此体 ,其民法 均 总则编。

具体而言,《 国民法 》总则编规定了如下 :人、物(包括动物)、法律行为、期间、期日、消时效、权利的行使、自卫、自 及担保的提供等;《日本民法 》总则编则以权利本位为指 ,于第1 “通则”中开宗明义地规定民法的基本原则—— 共 社原则、 实用原则及权利不 用原则,之 规定民法解 的基准,“以个人的尊严和男女两性实质上的平等为宗旨解 民法”;于第2 规定“人”,第3 规定“法人”,第4 规定“物”,第5 规定“法律行为”,第6 规定“期间的计算”,第7 规定“时效”。《葡萄牙民法 》(1966 年)第1卷“总则”,分别规定如下 :第1编“法律、法律之解 及适用”(含3 ,第1 “法之渊源”、第2 “法律之生效、解 及适用”与第3 “外国人之权利及法律 ”),第2编“法律关系”(含4 分编,第1分编“人”、第二分编“物”、第3分编“法律 实”及第4分编“权利之行使及保护”);《韩国民法 》第1编“总则”, 立如下规定:第1 “通则”、第2 “人”、第3 “法人”、第4 “物”、第5 “法律行为”(含3节,第1节“一 规定”、第2节“ 思表示”、第3节“代理”、第4节“ 效和撤 ”及第5节“条件和期 ”)、第6 “期间”及第7 “消 时效”;我国台湾地 “民法”第1编“总则”,共分7 ,分别规定如下 :第1 “法 ”,规定适用于所有民 关系的“通 ”;第2 “人”(含2节,第1节“自然人”、第2节“法人”),第3 “物”,第4

〔1〕 陈华彬:《民法总论》,中国法制出版社2011 年版,第36-37页。

〔2〕 1 ,第37页。

〔3〕 陈华彬:《潘 克吞体系的形成与发展》,载《上 学学报》(哲学社会科学版)2007 年第4期,第31页。

〔4〕 王泽 :《民法总则》,北 学出版社2009 年版,第20页。

〔5〕 1 ,第46页。

“ ”， 5章“ ”， 6章“ 灭 ” 7章“ ”。

## (二)对民法典总则编的缺点、优点的考量及我国对民法总则的肯认

### 1. 民法典总则编的缺点考量

设 典 编， 五 缺 ；<sup>[6]</sup>  
， ，即设 族 ( ) ， 。  
盖 ( 、债 ) 象 ， 考 袖 目 结 ， 意志  
、 东 ； ， (婚姻 、继 ) 象 ，  
结 ， 予 、 东 。 既 同， 同。 ，



最 适

的总则,而且是家族法的总则(家族法中当然也有意思表示);其二,民法是意思表示的法,民生活领域实行意思自治(私法自治)或自由决定的原则。<sup>[16]</sup>以意思表示为核心要素的民法律行为是私法领域最高程度的提取因式的结果,故以意思表示为中心,经由多层次的抽象化过程而建构民法(私法)总则,是适宜的、恰当的。由此,我们应对我国民法之总则编及现积极制定民法总则给予肯定性评价。

## 二、我国《民法总则(草案)》的构造、创新或亮点

### (一)我国《民法总则(草案)》的构造

我国《民法总则(草案)》共计11章,186条,各章分别是:第1章“基本原则”,第2章“自然人”(含4节:第1节“民事行为能力”、第2节“监护”、第3节“宣告失踪和宣告死亡”及第4节“个体工商户、农村承包经营户”),第3章“法人”(含3节:第1节“一般规定”、第2节“营利性法人”及第3节“非营利性法人”),第4章“法人组织”,第5章“民事权利”,第6章“民事法律行为”(含4节:第1节“一般规定”、第2节“意思表示”、第3节“民事法律行为的效力”及第4节“民事法律行为的附条件和附期限”),第7章“代理”(含3节:第1节“一般规定”、第2节“委托代理”及第3节“代理的终止”),第8章“民事责任”,第9章“诉讼时效和除斥期间”(含2节:第1节“诉讼时效”、第2节“除斥期间”),第10章“期间的计算”,第11章“附则”。

应当指出的是,尽管上述构造从总体上简洁、明了、清晰,给人以一目了然之感,但是,它对一些重要事项的规定是阙如的,也就是说,上述构造存在为简单的点。易言之,它对于一些重要的事项未予规定和调整,留下了立法上的空白和漏洞。这其中,对“民事权利的行使的限制”就是一明显的立法漏洞。从体例构造上,此应规定于第5章“民事权利”中,该章的构造应包括2节:第1节“(民事权利)的一般规定”,第2节“民事权利的行使的限制”。此外,关于“民事义务”,也宜单独或节作专门规定[《民法总则(草案)》第5章规定“民事权利”,第8章规定“民事责任”,而唯缺少关于“民事义务”的规定]。为建构“民事权利-民事义务-民事责任”三位一体的民法规则体系,我国民法总则应规定“民事义务”的行使及规则体系。

### (二)我国《民法总则(草案)》的创新或亮点

#### 1. 第1章“基本原则”部分的创新或亮点

《民法总则(草案)》第1章“基本原则”部分,相较于既有的民法律规范,有如下创新或亮点。

##### (1)规定人与自然和谐发展原则

《民法总则(草案)》第7条规定:“民事主体从事民事活动,应当保护环境、节约资源,促进人与自然和谐发展。”按此规定,人们在追求经济财富增长的同时,即使在民事活动领域,也应保护自然环境,节约资源,由此使人与自然和谐相处、和谐发展,确保有一个良好的自然生态。毋庸置疑,此规定具有重大的价值和意义,值得赞赏和肯定。

##### (2)公序良俗原则明文化

###### ① 序良俗

[16] 同前注,第21页。

序良俗，序善良俗。前者家，者俗言。律使

应 的是,对于公 俗,我国《民法通 》、《 权法》、《 同法》尽管存在与其相关的 定,但 法 均未 确 用“公 俗”一语。《民法 (草案)》 8条“民 体从 民 活动, 应 守法 ,不得违 公 俗,不得 害他 法权益”,系 文将公 俗这一重要 文化,由 应 肯定, 实具有重要的 和意义。

(3)

民法的法源, 民法 范的存在或 现 , 是法院 裁 民 案件的依据。《民法 (草案)》 10条 定:“ 民 纠纷,应 依照法 定;法 没有 定的, 以 用习惯,但是不得违 公 俗。” 条 定的重要意义在于, 将 习 (商业习 性 ) 定为民法的法源。从而 法院 在 民 纠纷而 法 定时, 据 依商业习惯或民 习惯 而予以裁 。

在 法 ,《瑞士民法典》 1条 定 法 在文字 解释 ,法 已有 定 , 用法 。法 未 定 ,依习惯法, 习惯法时 法院应 立法 拟制定的 ,予以裁 。于 ,法院务 格 妥的学说及 。”《韩国 》 1条 定 民 ,法 定 ,依习 惯法;



今 满 6 岁 人 上 , 日常 如搭乘公交、购买日  
品、观看电影等,若 律上 无 则无 失妥 , 育 满 6 岁  
儿童须接受 育 规 ,《 总则( 案)》遂 《 则》规 限 人  
龄 限 10 岁 6 岁(第 18、第 19 )。

### (2) 增加对胎儿利益保护的规定

《 则》第 9 规 ,自 人 始 出 ,终 死亡。因此, 母 之  
胎儿 无 ,自 享受 , 担 。 ,如绝 贯彻此原则,则 胎儿  
难 公 。胎儿 般 会 常出 人,此 社会 活 常态,因此 接 胎儿,  
意 上 , 间接 人类 , 顺 人情 合 公 。比如,胎儿 父死亡后出  
(即所谓“ 腹 ”),如 父财 ,则 失公 反人之常情。因此,  
胎儿 ,须 例外 规 ,使胎儿 情 被 既 出 ,取 。唯 家  
区 所采 致,主 列举主 (个别主 ) 主 ( 般主 )。〔26〕

《 》第 28 规 :“ , 留胎儿 份额。胎儿出 死 ,  
留 份额 办理。” 采列举主 。另外,《德 典》第 844、第 1912、第 1923 ,  
《 典》第 725 ,《日 典》第 721、第 886、第 965 等, 胎儿  
(例如 、受 赠 损 求 等), 既 出 。 《  
总则( 案)》第 16 《 》规 础上参考、借镜德、 、日 规 ,明 :“  
、接受赠 等胎儿 ,胎儿 。 ,胎儿出 活 ,  
自始 。”

### (3) 监护人范围的调整与被监护人范围的扩大

鉴 今 , 《 则》规 单 担 监 人、 监 责  
情况 明显变 , 另 , 今公 性质 组织 日 、 多,故《  
总则( 案)》规 :(公 ) 等 律规 组织可 担 监 人(第 29 第 3、第 31 )。

另外, 值 别 ,《 总则( 案)》 被监 人范围 ,即 智 障碍者 因疾  
病等原因丧失 者 丧失辨 知 人 纳 被监 人范围(第 20、21 第 31 )。  
此即域外 上 自愿设 监 人 监 。

域外 上,《瑞 典》第 372 规 : 人证明 因衰老( 衰老)、身 虚  
缺陷, 无 ,致 妥善处理自己 ,可 人 ,设 监 人。日 自 2000 4  
月 1 日 除原 禁 , 监 。主 规 《 典》第 7 第  
20 ( 律 ) 第 679 ( 监 ) 。 规 ,日 监  
监 意监 。 意监 目 , 使 人(被监 人) 够 日后安 自己  
监 付给 人, 予 必 代理。〔27〕 意监 ,须首先订 意监 合同。  
此 合同 内容 : 付监 处理, 此 予 人必 代理 , 属 委 合同。委 人  
称 人,接受委 人称 意监 受 人。〔28〕

〔26〕

无 意 监 ， 今 老 龄 剧 活 、 迁、 、 独 活 ， ， 享 余 ， 述 域 ( ) 意 监 无 疑 极 参 考、 镜 值。 ， 证 《 ( 草 案) 》 监 意 义。

(4) 明 定 家 庭 生 活 中 父 母、 子 女 的 义 务 与 责 任

即 《 ( 草 案) 》 25 : “ 父 母 未 子 女 负 抚 养、 育 义 ， 子 女 无 事 限 事 父 母 负 赡 养、 顾 义 。” 透 ， 张 扬 华 族 活 传 美 德， 员 义 责 。

3. 第 3 章 “ 法 人 ” 部 分 的 创 新 或 亮 点

， ， 享 负 义 组 织 。 ， 目 ， 组 织 ， 组 织 ； 目 ， 组 织 ， 组 织 。 [29] 无 组 织 组 织 ， 赋 予 事 ， 即 类 事 — 。 概 ， 非 命 ， 创 义 。 [30] ， 己 名 义 参 事 活 组 织 非 ， 非 团 ( 非 组 织) 。 [31] 述 ， 《 ( 草 案) 》 创 亮 ， 区 非 。 类 采 德 瑞 私 非 例。 非 括 公 。 [32] ， 采 非 类， 谓 ， 既 ， 公 目 。 ， 同 乡 、 同 、 校 友 、 宗 亲 即 。 ， 无 团。 [33] 值 注 意。

4. 第 5 章 “ 民 事 权 利 ” 部 分 的 创 新 或 亮 点

创 ， 《 ( 草 案) 》 虚 拟 、 ( 虚 拟 ) 客 ( 104 ) ， 积 极 值 ， 值 赞 同。

5. 第 6 章 “ 民 事 法 律 行 为 ” 部 分 的 创 新 或 亮 点

《 ( 草 案) 》 事 创 ， 见 五 : ， 事 概 念 弃。 《 ( 草 案) 》 废 弃 《 》 “ 事 ” 概 念， 事 领 域 违 “ 事 ” 。 毋 庸 疑， 做 值 肯 ， 积 极 意 义 值。 ， 欺 诈、 胁 意 示 撤 销。 《 》 欺 诈、 胁 意 示 无 ， 《 同 》 区 私 涉 : 私 欺 诈、 胁 意 示 撤 销， 欺 诈、 胁 意 示 害 无 。 今， 《 ( 草 案) 》 区 私 否 害 欺 诈、 胁 意 示 撤 销

[29] 同注22引书， 111 。  
[30] 同注22引书， 67 。  
[31] 同注1引书， 295 。  
[32] 同注1引书， 311 。  
[33] 同注1引书， 311 。

( 126 、 128 )。盖 , 欺诈、 意 , 公  
公 良俗 。  
 , 意申 事 否 , 即《 ( 案)》 133 :“ 人  
人 意申 , 人合 事 无 。” , 予 。  
四, , 即《 ( 案)》 132 :“ 、  
反 公 良俗 事 无 。” 人 反

释 升 范,值 赞同。<sup>[34]</sup>  
五, 事 , 即《 ( 案)》 121 :“ 列  
事 : (1) 人 事 ; (2) 意 ; (3) 、  
 , 公 良俗。” 事 ( ) 反, 事  
判 已 施 事 ( ) , 测 已 事活 后 , 予 赞同。

### 6. 第7章“代理”部分的创新或亮点

人 人 , 人 名 人 ,  
人 <sup>[35]</sup> 世纪  
 , <sup>[36]</sup> , 《 ( 案)》 创 处 列 : (1)  
隐名 ( 142 ); (2) 已 禁止 ( 148 ); (3) 见  
( 152 )。

### 7. 第8章“民事责任”部分的创新或亮点

创 亮 , “修 ” 事 式 ( 160  
(五)项) 。 , 予 。

### 8. 第9章“诉讼时效和除斥期间”部分的亮点

亮 , 间 目 2 3 ( 167 1 )。 值  
。

、 《 ( 案)》 处  
《 ( 案)》 述创 处 亮 , 毋庸讳 , 诸 值  
斟酌、 处。 , 四 :  
 , 述,目 《 ( 案)》缺 “ 事 ”、“ 事 限 ” 。  
内容, (即《 》) 、 缺 内容。  
 , 《 ( 案)》 采纳德、韩 湾 区“ ” “ ” 概念

而且有 较法及民法法制 革 的根据,以及我国现今法制 与实务 的需 。<sup>[37]</sup>

其三,《民法 ( 案)》应采用国际传统民法 的“ ”概念及其 体系以 目 用的“重大 解”概念及其 。在现今,以“重大 解”一语来诠释 意 解事实, 其意思与 偶然的不一 的 ,已 显落后了, 谓是“时 ”。今 、急剧 迁的 生活中, 用“ ”概念以建构我国的意思 体系。

其四,鉴于 较民法经验的 鉴 ,对于大陆法系与 法系民法( )中的其他制度与 ,我国民法 也应予以回应并加以 镜。这些制度和 包 :隐藏行为的 、戏谑行为的 及无效行为的 换 。

## 四、结语

类法制史 真正的 现 及 意 的民法典的制定,肇始于 。而 各国制定民法典, 了经济的推动力 ,皆还有其 的政 。1804 年的《法国民法典》是 一部 意 的民法典,开启了世界各国 纂民法典的先 ,其 在建构 1789 年法国资产阶 大革命推翻封建政权后的法 秩 ,贯 由、 、博爱的 。1811 年,《奥地利民法典》问世,其目的在于 映奥地利 各阶 的关系,实现 由、 和 产 有权的保护;<sup>[38]</sup>1896 年公布的《德国民法典》 是实 “一 民族、一 国 、一 法 ”的目标;<sup>[39]</sup> 的 本在 维新的催生下,成为 方较早制定民法典的国 ,其目的在于 事裁判权,实现 国 兵。1896 年, 本公布了《民法典》的 三 ( 、 权 、债权 ),1898 年公布了后 ( 亲、 和继承 )。 本《民法典》共五 , 1898 年起 行。我国在清 末年进行法制 革以 ,并不存在 现 意 的私法或民法。<sup>[40]</sup> 也就是 ,现今我国民法,非我国 有,而是清末及民国时期从 国民法继 而来。<sup>[41]</sup>

新中国成立后, 其是 21 世纪以来, 纂我国民法典的 声一直 分 。2002 年,九 全国 大加快民法典的起 工作,并首次对民法典 案进行 议。 后, 全国 大常委



努力能裨益于我国民法总则和民法典早日高质量地出台。

**Discussion on the Constitution, Innovation and Improvement  
of *The General Rules of Civil Law (draft)***

Chen Huabin

**Abstract:** In the era of early modern and contemporary civil code, the codification styles of Roman law and Germanic law have two entirely distinct attitudes toward whether to codify the general rules in the opening chapter of civil code. Establishing the general rules of civil code has both advantages and disadvantages. Since civil legal act, containing the declaration of will as its crucial element, is the result of the highest level of extracting the common factor in the whole private law field, it is reasonable for China to construct the general rules of civil (private) law, which takes the declaration of will as core concept, through the process of multi-layered abstraction. Thus, establishing the general rules chapter in our civil code and zealously codifying the general rules of civil law nowadays deserve an affirmative appraisal. The legislation of the general rules of civil law is the prior work (the first step) to the formulation of Chinese civil code. At present, although *The General Rules of Civil Law (draft)* made public by NPC Standing Committee seems concise, clear and distinct from its structural system, some provisions for crucial items are absent. For instance, provisions of “the limitation of exercising civil rights’ and civil obligations” are obvious omissions. Furthermore, *The General Rules of Civil Law (draft)* doesn’t adopt the concept of ‘legal act’ to replace ‘civil legal act’, and fails to adopt the concept of ‘mistake’ on the grounds of features of the new era and rapidly changes of social life but still adopts the concept and rules system of ‘gross misunderstanding’ and so on forth. All the omissions mentioned above should be weighted, modified and improved.

**Keywords:** the general rules chapter of civil code; *The General Rules of Civil Law (draft)*; constitution; innovation; improvement

(责任编辑: 辛颜静)

## 德国业务 促进 杀罪

\*

**摘要:**德国立法者于2015年底在刑法中 设第217条“业务性促进自 罪”,将以促进他人自 为目的,业务性地向其提供、创设或 机会的行为规定为犯罪。立法 在禁止 社 的活动、制有 的自 行为,并 否定自 与行为原则上不具刑事可罚性的传统立场。管 此,该条规定仍然激起了德国学 的普遍反对。其不仅具有严重的违宪 ,在刑法 义学方面存在诸多 陷,从刑事政策的角度来看也 具 问。此 立法体现出了 视公 自主决定权、过度 刑罚范围、 行为危险性和高 刑法对自 预 的有效性等问题,我国应当引以为 。

**关键词:**自 自 与 业务性促进自 自 预 自主决定

### 一、

2015年11月6日,德国联 议院(Bundestag)在经过长达4小时的激 辩 后,以相对(360票赞成、233票 对、37票 弃权或放 投票)通过 决,将德国刑法 217条修订为“业务 促进 杀罪”。<sup>[1]</sup> 条由 定组成,全文 下:

#### 第217条 业务性促进自

以促进他人自 为目的,业务性地向其提供、创设或 机会的,处三年以 期 刑或者罚 。

自身并非业务性地实施行为,且为第一款中所言之“他人”的 属或者与其关系 密的共犯,不受处罚。

次刑法修订在德国引发了巨大 议,鉴于我国学界 年来对于 杀行为 法 以及 杀参与 行为的 讨 ,德国这次立法 动也引起了我国学 的关注。然而,由于 能 分认识德国刑法 217条的立法 并正确诠释 条的构成要件,我国部分学 对 条 定的 解存在着偏差。例 ,有 在 络 媒体中提 ,德国刑法 217条的修订 ,德国已经放 了 杀参与行为不 具刑事 的传统立场。这种见解并不符 事实。为了澄清 解、促进我国学界的相应研究,本文拟对德国新增设的业务 促进 杀罪进行解 。下文首先介绍 217条 定的立法 ,然后详细

\* 清 大学法学院 师,法学博士。本文系 法部国 法 与法学 研究项目“刑法 法 事由与 犯罪应对”(号:14SFB50015)的阶 成 。

[1] 史 ,德国刑法 217条 定的是杀婴罪, 罪名已于1998年 。

阐释要及用范围,结合德国的司法实践发展,宪法、刑法及刑事政等 217 的立法进行,在基础上探讨次立法我国的鉴意。

## 、立法

### (一) 及相关的不可性

#### 1. 自杀与自杀未遂

国不同,德国法早确立了杀及杀遂不可刑事可性的本原则。早在1751年,腓特烈大帝(Friedrich der Große)即颁布了普鲁士法律中处罚杀行为的规则。1796年,腓特烈·威廉二世(Friedrich Wilhelm II.)颁布了杀遂的处罚。相类似,1851年的普鲁士刑法典将杀及杀遂为犯罪行为。1871年的德国刑法典也继受了这一传统,将杀及杀遂的刑罚。〔2〕1945年,德国刑法历经了数次改革,杀及杀遂不可性的本原则也发生动摇。相关立法草案曾提议,德国刑法中故意杀罪与杀罪关于“杀”的表述修订为“杀”,而明确杀行为排在相关要范围。〔3〕在半世纪的时间里,德国也偶尔有杀行为及了相同的续为。〔4〕者全然否杀者主决不可性的立场,〔5〕主张杀行为合故意杀罪的要且法性,观点在几获何。原因主要点:首先,法益的,德国者为,要例地波及,杀行为是造了杀者的死亡,及利益,故而不性法益性,不可刑事不法。〔6〕次,据解释,也杀行为合故意杀杀的要。一,法律后果而言,故意杀罪杀罪分规定了徒刑无徒刑,是在杀既遂的场合,显无法已经死亡的杀者处罚;一,德国刑法212第1条规定,故意杀的,处五上徒刑。据,为杀也合故意杀罪的要,那么在杀遂时,即据23第2条第49第1至3项的规定轻处,杀者也仍要处上徒刑。而,根据德国刑法216,受嘱杀的,也处上五徒刑,杀遂的处在情况既遂的受嘱杀。受嘱杀杀在主观本差,者命为提,在观,受嘱杀意着行为实施了杀的行为,不法明显高杀行为。遂的杀行为处的刑既遂的受嘱杀,显是无法容忍的。〔7〕理,当德国司法例的为,杀行为不合故意杀罪杀罪的要,不可性。

#### 2. 教唆、帮助自杀

既杀行为本不可性,在德国法律中,唆、帮助杀等杀参行为也不

{

事犯罪。事实上,在 150 年间,德国立法者一直 自杀参行 不可 的价  
。〔8〕 1851 的普鲁 法 经 自杀参行 的处 。在 1871 德国 法 的制  
程 , 立法 议 求 自杀参行 确 事犯罪, 议在 案的第一轮 议  
即被否 。在整个 20 ,

杀 助。<sup>[18]</sup> , ,<sup>[19]</sup> , 意 杀, 杀 助。 意 意志 。 杀 排 死亡 , 秩 。 排 <sup>[20]</sup> 同 , 杀 予救助 , 323c 见 救罪。 向 杀 议 帮助, 323c 杀 助, 。 , 杀 杀 刻意 , 323c 意 “ 幸 故”, , 杀 予救助 , <sup>[21]</sup> 迄今 确 , 同 杀 , 20 <sup>[22]</sup> 80 愈 向 , 杀 , 同 罪。 譬 , 早 20 <sup>[22]</sup> 80 末 , 刑 , 杀 杀 , 维蒂希 <sup>[22]</sup> 同 , 慕 黑 确 , 杀 排 <sup>[23]</sup> 2010 , 慕 黑 确 <sup>[24]</sup> 2013 , 夫 , 维蒂希 患 , <sup>[25]</sup>

#### 4. 过失的场合

议 , 杀 , 20 <sup>[26]</sup> 70 , 既 故意 唆、帮助 杀 , 故意 杀 罪。<sup>[26]</sup> 同 : 故意 杀 , 杀 罪, <sup>[27]</sup> 鲜 异议。 杀 死亡 刑 意 , 同 , 杀 死亡 责 , 故 死亡 <sup>[28]</sup>

#### (二) 有组织的自杀帮助及其立法对策

杀 杀 , 刑 、 同 余 , 边 始 帮助 杀 宗 团 (死亡介助 团), 组织 杀 唆、帮 助 杀常 , 议 始 唆、帮助 杀 刑 ,

[18] Vgl. BGHSt 32, 367 (373 ff.). , 迈 患 次向 医 维蒂希 杀 意 。 , 维蒂希医 患 杀 陷 昏迷 , 救助。 刑 维蒂希医 尊 患 陷 , 刑 责 。

[19] Vgl. Herzberg, Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, ZStW 91 (1979), S. 565 ff.

[20] Vgl. Otto, Grundkurs Strafrecht – Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., 2005, § 6 Rn. 53.

[21] Vgl. Schneider, in: Münchener Kommentar, StGB, Band 4, 2. Aufl., 2012, Vor § § 211 ff. Rn. 81 ff.

[22] Vgl. BGH NJW 1988, 1532.

[23] Vgl. OLG München NJW 1987, 2940 (2943).

[24] Vgl. StA München NSTZ 2011, 345 (346).

[25] Vgl. LG Deggendorf RDG 2014, 237 (238).

[26] Vgl. BGHSt 24, 342 (343 f.).

[27] Vgl. BGH NJW 2009, 2611.

[28] Vgl. nurBloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 147.

并最 导致了第 217 条业务性 进自 罪的 定。

### 1. 死亡介助社团

以帮助他人自 为宗 的死亡介助 发源于瑞士,其中最为著 的是 EXIT 与 DIGNITAS 两个 社团。然瑞士 法第 115 条将出于自利 的 、帮助他人自 规定为犯罪,然而,在瑞士司法实 务中,绝大部分 进他人自 的行为 都被认为 自利 的,从而使得该条规定 没有现实 义。<sup>[29]</sup> 这种司法现状也使得( 营利性的)死亡介助团体在瑞士的发展没有遭 实质性的 碍。这 些团体最初在瑞士开展业务,吸 许多外国 民慕 前 ,以在 业人士的帮助下实现放 生的愿 ,从而导致了“死亡之旅”(Sterbetourismus)社会现 的出现。年来,其开始将自 的业务 展到其他一些 国家。如,DIGNITAS 就于 2005 年在 国汉诺 市 置了分支机构。在这些社 团的 下, 国也开始形成 的 。2010 年初, 国死亡介助 会(Sterbehilfe Deutschland e. V.)成立,开始以前 瑞士社团为榜样,在 国境 提供帮助自 服务。

国死亡介助 会 程指出, 会致力于 保自 者直至生 最 时刻 能实现其自主决定权, 全力推动在 国和瑞士建 广泛和 质的舒缓医疗 施。此外, 程 将 会定位为 营利性 , 会工作人 不得 取任 报酬或奖金。 会实施会 制,所有成年的 国或瑞士 民,以及在 国 或瑞士拥有 所的外国 民可 成为 会会 。为 保 会正 营,会 需缴 定金额的 会 。一 会 年缴 50 元,正式会 年缴 200 元,身会 一 性缴 2000 元,特 身会 则需一 性缴自 7000 元。 会只 三种会 提供帮助自 的服务。正式会 在入会 三年之 方可 帮助自 服务,身会 只需等 一年,而特 身会 帮 有 权,须等 。 实存在经济 难的会 ,可以 会 。 会的宣 材料指出,自 帮助绝不因金钱而受挫。 为

批 申请, 再 , 静待 。待 帮  
, 再 , ,  
帮 。 帮  
详 讲 ( 败) , 亲 陪伴 ,  
亲 详 医 。  
陪伴 , 双 。  
帮 医 , , 医

[30]  
2014 12 31 , 1067 , 162 帮  
。2014 , 44 , 平均 龄 69 岁,  
61% [31]

## 2. 立法动议

迄 DIGNITAS ,  
却 帮 感 。 , 近  
帮 。2006 , DIGNITAS 汉 威  
, 尔、蒂宾 森 邦州  
。 虽 罚 , 却 ( 帮  
)  
捷 , 草 ,  
, 免 负 心 ,  
。 , 追  
。 , 217 “ 罪”  
。 :“  
, 罚 。”[32] , 帮  
犯 , ( 罚 ) 罚 。  
小心翼翼

罚。”：“  
， 罚。”<sup>[35]</sup> 2006 年， 杀帮  
死亡 凶， 罚 下， “ ” 杀  
。 217 ( 犯罪) 。 ，  
职 杀帮， ， 职 死亡 凶  
“死 牌”， 。 ， “ ” ，未  
罚 。 ，虽 2008 降低 杀帮  
， 未 邦 审 。  
2010 莱茵兰 - 耳 州 ， 217 “宣扬 杀帮罪”。  
， 憎 、 告 赞帮 杀  
杀 、 徒 ， 徒 罚 宣扬  
杀， 徒 罚。<sup>[36]</sup> 罚 下， 未  
罚 ，亦未 。  
2011 年， 邦 217 “职 杀罪”。 控  
败， 归 2006 ， 杀帮 罚。 ，  
217 1 :“蓄 职 、 绍 杀 ， 徒  
罚 。” 2 :“ 职 ， 亲  
犯， 罚。”<sup>[37]</sup> 虽 2006 ， 未 2008  
2010 罚 ， 甚 2 罚 ， 未  
邦 。 ， 杀帮 职  
， 阻 死亡 凶 。 杀帮  
， 背 驰。 杀帮  
级 未 ， 努 ， 杀  
帮 ， 。 2015 ， 邦 版  
。 帮 杀 罚  
罚 ，<sup>[38]</sup>甚 217 唆、帮 杀。<sup>[39]</sup> ，  
2015 7 1 1 邦 凝聚  
， 。 217 “ 杀罪”。<sup>[40]</sup>



具备进他杀的。 ， 条 2 定了 的刑 由。对于 条 定,详  
解 下。

### (一)客观构成要

#### 1. 自杀的定义

217 条只将进他杀的行为 定为犯罪, 杀行为本 不 。这 是在 国刑  
法条文中 现“ 杀” , 是 国学界与 法

害 杀。同 害 同 引爆炸药炸死 害 ， 害  
事 扑 后 驾驶 卡车 撞死 案 ， 杀。<sup>[50]</sup>  
德 例 杀 义， 害 “ 杀死 ” 肯  
杀， 乐死 杀 区 概念。 虽 观  
同， 规 ， 乐死意味 终结 害 命，故 杀 差  
。 ， 217 乐死 案 ： 规 限  
杀， 217 始 乐死无 。

## 2. 促

217 罪名虽 述 “ ” 杀， 概括 确。  
观 杀 目 ， 罪  
何 杀 “ ”， 限 向 、创设 介绍 杀 。  
述 ， 亦 “ ” 概念。 材 2 . 5 . 0 0 ) . 8

见。 了 217 ,现行德国 法 在 206 用了“业 ”一词。 ,行为  
为业 地提 邮 电信 企业的 职员而 知的 邮 电信秘 的事实非法  
告知 的, 侵犯邮 、电信秘 罪。显而 见,即 在 ,“业 ”也 不  
意义的 行 , 确 行 行为毋宁 意义。 ,德国 法判例 法  
一概念 注甚 。 是根 《邮 法》 4 《电信法》 3 的 , 法  
206 意义 的“业 ”提 邮 电信 解为 续 地 事邮 寄送 向 提 电信  
,不 是否 利目的。<sup>[53]</sup>

自杀者

反意见无道理。第217条规定，自杀者不构成自杀罪。从刑法义理上看，该规定存在诸多缺陷，刑事性促自杀罪评析。

### (一) 宪法方面

从宪法角度看，第217条规定属于自杀者不当干涉，忽视自杀者自主欧洲人判悖。

#### 1. 自杀者的基本权利

德国《基本法》第1条第1款第1句规定，人性尊严不可侵犯；第2条第2款第1句规定，每个人享生命身体完整。德国司法判例者曾指出，人虽享生命，却享处分自身生命。因此，既生命内容侵犯，国家有义务禁止

者自主属责内容。<sup>[69]</sup>此,德司判例多患者自主判断疗合否性标。此,损患者身完整性手等疗,即便身符合规范,获患者诺合。当患者拒绝接受疗,擅自之救,即便拒绝疗会导致患者死亡,同样如此。德联最指出:“拒绝接受可挽救命之疗患者,必须《》第2第2款第1句赋予身完整。”<sup>[70]</sup>此允许何人所谓理性标擅自患者断。<sup>[71]</sup>被彻消安乐死合。出患者自主,人员患者意疗措施致使患者自死亡,。<sup>[72]</sup>此可见,“消自杀”,即拒绝接受救命,自杀者合。次,既消自杀属合,那么同样公自主,特别理终结自身命自杀排除障范围之外。<sup>[73]</sup>事上,德宪20余前始探讨自杀者,当前宪绝多数见肯公享自主自身命自。自何障范围上,目前还歧。论者,自杀命所障内容,<sup>[74]</sup>论者自杀般人格<sup>[75]</sup>者人性严<sup>[76]</sup>障范畴,多数见则自杀般自。<sup>[77]</sup>论采何径,自杀两:消,样,自杀功,导致家自杀者命自主,禁止自主自杀;同,自杀使自杀者求人供自杀议助,便使自己自主意愿结束命。特别当自杀者身残疾等缺陷无独自完自杀,者当希望特式(例如服特无痛苦)死亡,自杀意。意自杀者可强求人自己自杀供协助,因被求可自身(例如良知自、般自等)拒绝求,倘若人愿意向自杀者供议助,则家同样禁止自杀促。否则,家干协助者自,会使自杀者无命自主意愿,干自杀者。<sup>[78]</sup>德宪肯自杀人判所印证。判,人步确起自杀者享自主命之自原则。人2002判“普雷蒂(Pretty)”案,截瘫、日无多公普雷蒂避病痛磨,希望丈夫助施自杀。刑助自杀规,普雷蒂遂息察机事后究丈夫刑事责,遭拒绝。后,起人。该案判,人,《人公》第2(命)第3(禁止

[69] Vgl. BVerfGE 52, 130 (171).

[70] BGHSt 32, 367 (378).

[71] Vgl. BGHSt 11, 111 (113 f.).

[72] Vgl. BGHSt 40, 257 (260).

[73] Vgl. Lang, in: Beck'scher Online – Kommentar, GG, 27. Edition, Stand: 1.3.2015, Art. 2 Rn. 58.

[74] Vgl. Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 26. Aufl., 2010, Rn. 419.

[75] Vgl. Möller, Selbstmordverhinderung im freiheitlichen Staat, KritV 2005, S. 233 f.

[76] Vgl. Herdegen, in: Maunz/Dürig Kommentar, GG, 75. Lieferung, 2015, Art. 1 Abs. 1 Rn. 89.

[77] Vgl. Epping, Grundrechte, 5. Aufl., 2012, Rn. 106.

[78] Vgl. Lindner, Verfassungswidrigkeit des – kategorischen – Verbots ärztlicher Suizidassistentz, NJW 2013, S. 136 f.

酷刑 待 ) 申 死 , , 却 8 肯  
 。《欧洲 》 8 1 , 私  
 尊 。欧洲 , 弃  
 尊 , 请 杀 助。 ,欧洲 ,“ ”英 帮  
 助 杀 刑 涉 杀 。<sup>[79]</sup> 虽 刑 英  
 弹 , , 《欧洲 》 8 1  
 蕴含 弃 旨, 却 欧洲 。 2011 “哈斯  
 (Haas)诉瑞 ” ,欧洲 肯 。 甚 , 杀  
 死亡 “ 虚 ”。<sup>[80]</sup> 2012  
 “ 赫(Koch)诉 ” , 赫 妻子瘫痪 床, 杀, 请 邦药 医  
 器材 (BfArM)批 死剂 戊巴 钠。 申请 , 隆  
 诉讼,败诉 诉 斯 级 邦 诉 , 均 裁  
 。欧洲 , 邦 侵犯 《欧洲  
 》 8 1 尊 私 。<sup>[81]</sup> 2013 “ 罗斯(Gross)诉瑞 ” ,  
 欧洲 又 尊 杀 。 ,瑞 罗斯  
 医 助,希望 戊巴 钠 , 痛苦 杀。 , 瑞  
 尚 杀 杀药剂, 医 罗斯 请 。欧洲  
 ,虽 罗斯 未患 著 心 疾病, 弃 。瑞  
 杀药剂 陷 医 心 责 敢 杀 痛楚 死 药  
 , 杀 死亡 , 尊 私 侵犯。<sup>[82]</sup>  
 ,欧洲 弃 视 《欧洲 》 8  
 尊 私 固 。 秩 义 。 20 80 ,  
 邦 , 《 》 《欧洲 》  
 ,<sup>[83]</sup> 欧洲 视 。<sup>[84]</sup> 既  
 ,肯 弃 《 》 , 。  
 , 刑 217 杀罪 杀 , 侵犯 杀

2. 对基本权的限制

, 杀 , 杀 ,  
 刑 杀 。换 , 虽 肯 217  
 涉 杀 , , 杀  
 涉 , 杀 侵犯。众 ,  
 , 低

措 ， 后 ， 措 公



材，明，性自杀比自杀帮助程  
。瑞死亡介助社团机，难自杀帮助会  
患者自主。论，自杀者可自者退出社团，社团章程助自杀  
施程详，规，供自杀帮助之，社团必须反复自杀者自  
主死亡。死亡介助社团余，表明偏  
章程规当扰自杀者志自。便单纯，死亡介助社团完  
必诱使出志。因社团性，劝诱施自杀  
会额外，反会造医师自杀所剂等反，2会  
8则社团可帮助自杀，4可会会，上。  
，性自杀自杀者志27网r，  
难安乐死D，理式。比“有2杀死自7”8自杀5.言，安乐死D)75D88)D

单 自杀帮 身 可罚, 当 人 心 反复 施 , 便  
上 施 自杀 , 当 性 自杀罪? 便如 理 所言, 第217  
犯 , 难 理 , 人单纯 心 足 自杀帮  
, 造 。 难免 “ 想 ”之虞。<sup>[93]</sup> 此外,司 难  
明 人 “ 性” ( 出 复 施 ) 人自杀 。单纯  
言, 人愿 人 供自杀帮 ,原则上 表明 自杀 赞 态 ,  
因 难 除 再 人 施自杀 可 性。若 此 人 性  
自杀,恐怕 导致 自杀帮 当 果。 免 论, 断  
人主 上 复 施自杀帮 。 , 因 可 表 人  
心 , 者 完 未 说明。

,第217 特别强 人 主 。 求 人 性 复 施  
自杀帮 , 求 人必须 人自杀 。 理 , 者之  
所 该 如此之多 主 超 , 合 断 疗 间接 消极安乐 除  
罪 之外。因 合 ,医 人 出 患者 施 <sup>[94]</sup> ,  
主 可罚性 式 难言 当。如前所 , 人 主  
属合 自杀帮 转 , 如此, 者此 “ ” 难逃 矢之嫌。因  
司 ,安乐 义上 属 自杀, 此 , 断 疗 间接 消极  
安乐 原 可 合第217 , 须再 主 自杀 。  
者 主 小心翼翼,反 人怀疑 理 义 ,  
明白此 义所 。

最 ,第217 , 可罚性 前 <sup>[95]</sup> 者 材  
再强 , 罪 ( 供、 绍自杀机会) 严格 , ,  
所 “严格理 ”, 味 当 该 适 供、 绍“ ”自杀机  
会 合 。 反,第217 自杀者 机会 手 施 自杀 前 。  
甚 唆 帮 人 性 人自杀 ,原则上 会因 第217 义 犯 受  
罚。 使 可罚性被极 扩 自杀 施之前。 , , 人 自  
杀者 供 自杀 自杀者 手 施自杀 之间往往 间 空间间 ,  
人 自杀者 绍 自杀机会 合,自 如此。 弃 疑属 人 最  
,自杀者 便 接受 人 供 绍 自杀 (譬如 人 取 致 药物), 完  
可 最 弃自杀 。 此可 ,单纯 供、 绍自杀机会 侵犯自杀者自主  
性极低, 自杀 唆 帮 难 可言。因此, 便2 . 6 5 2

务实行<sup>1</sup>的杀亲或其他与杀具有密切关系的行<sup>1</sup>，不构成本罪的共犯而处罚。然而，这一本应体现立法关怀<sup>1</sup>的规定却同隐藏着教义学的缺陷。依立法<sup>1</sup>由，<sup>1</sup>与杀存在密切关系的行<sup>1</sup>已经承<sup>1</sup>着亲友的巨大精神<sup>1</sup>楚，并肯定其行<sup>1</sup>不具有<sup>1</sup>罚，那么就不应仅仅否定这些关系密切<sup>1</sup>作<sup>1</sup>，217条的狭义共犯的<sup>1</sup>罚，而应率直肯定其不能作<sup>1</sup>217条<sup>1</sup>意义的正犯<sup>1</sup>到处罚。<sup>1</sup>相仅仅加功于他（正犯）的杀<sup>1</sup>促进行<sup>1</sup>从而只是促成了杀死亡的场<sup>1</sup>而，杀的关系密切<sup>1</sup>亲<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>提、创设或介绍杀<sup>1</sup>时，其全能承<sup>1</sup>着更大的心<sup>1</sup>压力和更高度的精神<sup>1</sup>苦。或立法<sup>1</sup>，杀的关系密切<sup>1</sup>一般不“业务”即意图重<sup>1</sup>实<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>促进行<sup>1</sup>，而没有要着眼于其心<sup>1</sup>素否定其作<sup>1</sup>正犯的<sup>1</sup>罚。但是这种认识显然不符<sup>1</sup>事实。例<sup>1</sup>，行<sup>1</sup>的均瘫痪在床并且均请<sup>1</sup>行<sup>1</sup>其提<sup>1</sup>杀的毒药，时行<sup>1</sup>于先帮助<sup>1</sup>亲、后再帮助<sup>1</sup>亲的意思向其<sup>1</sup>亲提<sup>1</sup>毒剂，就已经符<sup>1</sup>了217条<sup>1</sup>的构成要件。是立法<sup>1</sup>却并未<sup>1</sup>定<sup>1</sup>时应<sup>1</sup>免<sup>1</sup>行<sup>1</sup>的刑事责任。

### （三）刑事政策方面

217条在刑事政策<sup>1</sup>也以令<sup>1</sup>意。德国立法<sup>1</sup>企图通过禁止业务<sup>1</sup>促进<sup>1</sup>杀行<sup>1</sup>遏制杀<sup>1</sup>、防止<sup>1</sup>杀常<sup>1</sup>化、阻止“杀文化”的<sup>1</sup>成，从而实现<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>防、维持国民对生命的尊重<sup>1</sup>效应。然而，实际<sup>1</sup>，<sup>1</sup>的设置不仅欠缺<sup>1</sup>要<sup>1</sup>，也无法<sup>1</sup>成立法<sup>1</sup>的意图。

首先，目<sup>1</sup>并无任何事实依据证<sup>1</sup>，死亡介助<sup>1</sup>团的存在以及由其实<sup>1</sup>的杀<sup>1</sup>促进行<sup>1</sup>成<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>的增长，企图通过<sup>1</sup>217条实现<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>防，无异于<sup>1</sup>木<sup>1</sup>鱼。统<sup>1</sup>据显示，20世纪80年<sup>1</sup>初，德国每年<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>均在18000左<sup>1</sup>，后<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>整体呈现下降趋势。2000年至2014年<sup>1</sup>，德国每年的<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>大体<sup>1</sup>都在10000左<sup>1</sup>。其中，2000年<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>，<sup>1</sup>11065<sup>1</sup>，2007年<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>，<sup>1</sup>9402<sup>1</sup>。2005年DIGNITAS在德国设置分支<sup>1</sup>构，但德国<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>在2006年和2007年<sup>1</sup>却持续走低，从2010年德国死亡介助协<sup>1</sup>成立至2014年<sup>1</sup>，德国<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>也并无<sup>1</sup>显波动。2012年<sup>1</sup>的<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>（9890<sup>1</sup>）相<sup>1</sup>2011年（10144<sup>1</sup>）甚至还<sup>1</sup>现了回落。<sup>[97]</sup>由<sup>1</sup>见，并无确凿的统<sup>1</sup>据<sup>1</sup>，死亡介助<sup>1</sup>团的存在<sup>1</sup>提升<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>。对于<sup>1</sup>杀方<sup>1</sup>的考<sup>1</sup>也印证了这一结<sup>1</sup>。2010年至2011年，德国<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>虽然从10021<sup>1</sup>升至10144<sup>1</sup>，但是，其中通过<sup>1</sup>缢方<sup>1</sup>实<sup>1</sup>的杀<sup>1</sup>增长了115例，通过<sup>1</sup>用药<sup>1</sup>实<sup>1</sup>杀的<sup>1</sup>而有<sup>1</sup>下降。鉴于提<sup>1</sup>药<sup>1</sup>帮助他<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>恰好是死亡介助<sup>1</sup>团经常用的方<sup>1</sup>，这就<sup>1</sup>，即在<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>增长的年<sup>1</sup>，也以<sup>1</sup>认定是死亡介助<sup>1</sup>团促<sup>1</sup>了<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>的增加。<sup>[98]</sup>瑞士的<sup>1</sup>也大同小异。根据瑞士联邦统<sup>1</sup>公布的<sup>1</sup>据，尽管死亡介助<sup>1</sup>团在瑞士<sup>1</sup>现活跃，而且<sup>1</sup>20世纪90年<sup>1</sup>末期以来，在他<sup>1</sup>帮助下实<sup>1</sup>的杀<sup>1</sup>整体<sup>1</sup>呈现增长趋势，但是，瑞士全国每年的<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>却在2003年至2013年<sup>1</sup>定保持在1100左<sup>1</sup>。这一<sup>1</sup>相<sup>1</sup>于20世纪90年<sup>1</sup>中期（每年约1400<sup>1</sup>）甚至还有显著的下降。<sup>[99]</sup>，即是德国立法<sup>1</sup>己也不得不承认，“职业<sup>1</sup>的杀<sup>1</sup>促进行<sup>1</sup>究竟能在何种<sup>1</sup>度<sup>1</sup>影响<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>率，并无确凿的科学证<sup>1</sup>”，“迄今<sup>1</sup>止无法<sup>1</sup>确证实商业<sup>1</sup>地提<sup>1</sup>的杀<sup>1</sup>帮助与<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>的增长<sup>1</sup>存在<sup>1</sup>关联”。<sup>[100]</sup>

其次，正<sup>1</sup>立法<sup>1</sup>由中提到的，国<sup>1</sup>加<sup>1</sup>对<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>的关怀，案中<sup>1</sup>确定<sup>1</sup>杀<sup>1</sup>是<sup>1</sup>于

[97] Vgl. Statista, Anzahl der Sterbefälle durch vorsätzliche Selbstbeschädigung (Suizide) in Deutschland in den Jahren von 1980 bis 2014.

[98] Vgl. Rosenau/Sorge, Gewerbsmäßige Suizidförderung als strafwürdiges Unrecht? NK 2013, S. 114.

[99] Vgl. Bundesamt für Statistik, Sterbehilfe (assistierter Suizid) und Suizid in der Schweiz, 2012, S. 2; Bundesamt für Statistik, Sterbefälle wichtiger Todesursachen, Männer, Seit 1970; Bundesamt für Statistik, Sterbefälle wichtiger Todesursachen, Frauen, Seit 1970.

[100] Vgl. BT-Drucks. 17/11126, S. 7.

真实意志放弃生命。这是保护生命权的要求。这并不意味着应动用刑法  
来惩罚他的行为。预防是系统工程,其核心在于关注动机的成因,了解  
可能地满足需求。相反,刑罚是预防的有效措施。早在启蒙运动时期,欧洲的思  
们就已经认识到,刑法不能制止犯罪。今天,中国的实践经验也证实了这一点。譬  
本刑法中规定了与犯罪,是根据本部门的计划,本国的在1889至2009年间  
体上仍呈现出持续增长的趋势。

反社会自杀者 的境地。 一 上,第217 的刑 立法 严 的自 矛盾。

## 、 的 示

综上所述,2015 底 刑法 的业 性 进自杀 是争 极 的 , 法、刑 法 刑 等 的疑问。可 预 , 该 论 战。第217 是最 刑法 , 者被 邦 法法 违 , 待观察。 虽 当前 进 人自杀 旨的死亡介助社团, 亦未 的自杀 助 , 是, 刑法第217 的立法 者们的 批 的借鉴 义。 前的评析 可 出, 业 性 进自杀 的法律评价总是 可 免地 自杀 自杀 的 性 , 上,第217 的立法理 的 论 毫 外地 问题 。 自杀 的违法性 自杀 的可罚性,恰 是 刑法 近 的 题。 如, 自杀 的性质, 经形 合法 说<sup>[108]</sup> 违法 说<sup>[109]</sup> (法外空间) 说<sup>[110]</sup>之间的争论; 自杀 的可罚性, 当前 肯 说<sup>[111]</sup> 说<sup>[112]</sup>两 阵 营。 鉴 前 的 理论争 , 第217 的刑 立法进 的 析

当尊<sup>[116]</sup>此,少患者摆脱、足摧毁人格尊严严病痛选择结束命,当肯可自死。宪上价值判断可门规印证。众多律规均规,医人员施手等特殊治疗,必须先征患者同意。<sup>[117]</sup>诸多者此专断性医疗违肯消极安乐死(尊严死)合。<sup>[118]</sup>

尊患者自主当值赞许,当被贯彻自杀合。如前所述,安乐死案,患者亲自导致死亡情势,患者命危险性远自杀。既可患者自主肯消极安乐死合性,自当肯危险性较低自杀亦属合。否则,允许患者拒绝者断治疗弃命,另却又严格禁止自身选择死亡,未免自矛盾。例如,病患者甲输养设维命,若向医表示自己愿继续接受治疗,医闭输养设导致甲死亡属合消极安乐死;若自己手闭输养设,却会自杀违。两比较,显失均衡。

次,既自杀身合,唆、帮助自杀等自杀参违。坚犯属性必结论,质上欠缺充理自杀参处刑罚。当处罚自杀参见上侵害者威胁自杀者命、违社会命尊、自杀预防等论。<sup>[119]</sup>前<sup>德</sup>刑第217批判难看出,理。自杀者享自主弃命自,自杀参协助自杀者自身自,可命害。若自杀者命抽象危险者出自杀预防等刑事上考量自杀参视犯罪,妥当。刑抽象危险必须事,者虽可义禁止危险,却无杜撰危险性。<sup>德</sup>、瑞日等践清楚表明,社会自杀总特治环境,特历史,社会自杀趋稳,何证证明唆、帮助自杀会显著升自杀数量。前<sup>德</sup>瑞数表明,即便组织自杀帮助社团介,足自杀<sup>日</sup>明显影响。既如此,难自杀参影响自杀者意志、侵害命危险性。情况同。虽司判例之前唆、帮助自杀处罚非常严格,20世纪80代自杀却处历史最水平;近十余,虽司自杀参处罚所松,自杀却比20世纪80代幅降低。<sup>[120]</sup>此可见,刑自杀预防,自杀者命意味必须处罚自杀参。事上,确自杀杀,那貌似唆帮助“自杀”、则自杀者意瑕疵损害命故意杀人间接犯处罚,可自杀者命障。<sup>德</sup>往150多司践虽未自杀参犯罪予处罚,未<sup>日</sup>处罚漏洞,值借鉴。考虑当前自杀低<sup>德</sup>事,<sup>[121]</sup>必强调自杀参可罚性。最后,虽主张自杀属合,却否自杀预防必性。社会当注自杀者

[116] 参见林梵:《人尊严人格尊严》,载《浙江社会》2008年第3期,第51页。

[117] 例如《医疗机构管理条例》第33条、《执业医师法》第26条、《医疗事故处理条例》第11条、《侵权责任法》第55条。

[118] 参见黎宏:《刑法》,律出版社2012年版,第637页。

[119] 参见王志远:《论犯罪逻辑矛盾》,载《评论》2011年第5期,第51页,第53页。

[120] 自杀变,参见邓希泉:《每25人自杀?错!》,载《青报》2013年9月13日,第2版。

[121] 世卫组织2012年计数,自杀7.8人/10万,远低于韩(28.9人/10万)日(18.5人/10万),低<sup>德</sup>(9.2人/10万),171个家区列第94名。

的，切，是民地。我国香港的，我国杀进入21世著的一在，伴市化的进农村口进入市剧毒农地农村发的吞农的“杀”。<sup>[122]</sup>抑制杀的不是我国经济，鲜活地，经济民地死亡，远刑更。我国的杀世，是，庞大的口，的杀世，杀是我国的一项，，我国的杀略意，是卫保健健康远远落。在投入、，是杀的正。企法“一”，太潦责。刑是为的民权利的，刑法不、实不承杀的。杀意民在意瑕疵的地死亡，民真实意的法秩予尊。刑法一杀行为杀分的，是法行的症患意死亡，忍痛楚。杀，在的刻不的，是刑法冷漠的蛮横。法国孟斯鸠在18世掷地声的诘问犹在耳：“我痛苦、贫屈辱，为我，残忍地剥夺我我的呢？”<sup>[123]</sup>正是为分尊杀的，国刑法217的。我国为戒。

## On the Crime of Repeatedly Intentional Promoting Suicide in Germany

Wang Gang

**Abstract:** The crime of repeatedly intentional promoting suicide has been established as § 217 of German Criminal Law in 2015. This rule considers the act of repeatedly intentional promoting suicide as crime. This legislative work aims at forbidding the activity (activities) of introducing and helping suicide's groups, and keeping the organized activities of helping suicide within limits, but the traditional position which advocates that the action of participating in suicide itself cannot be penalized still remains principally in place. Notwithstanding, this provision has caused a fight among German Criminal scholars. Dissenters point out that this provision is suspected of breaching the constitution, and have defects in dogmatic interpretation of criminal law and is questionable when criminal policy is considered. This legislative work reveals the problems of ignoring the right of citizen autonomy, over-extending penalization's boundary, conjecturing the risk of doer's deed and over-estimating the effectiveness of suicide prevention by utilizing the criminal law, which we should serve as a grave warning.

**Keywords:** suicide; participating in suicide; repeatedly intentional promoting suicide; suicide prevention; autonomy

( : 幸颜静)

[122] 见宣：《色杀的色》，《青》2014 7 23，9。

[123] [法]孟斯鸠：《波斯信札》，国译，译 2000，94。

# 德州扑克 赌 吗？ 个比较 律 公 考察

王 斌\*

**摘 要:**德州扑克 娱乐 、竞 赛 赌博 争议,既 赌博  
, 德州扑克 能占优 运气占优 。 棋  
能 戏 ,德州扑克 会 ,运气 著。  
戏 ,德州扑克 心 金 、 普  
, 容 群众 赌博。西 常 条件 允 私 、社 目 德州扑  
克,禁止 门 “德州扑克俱乐 ”。少数 德州扑克 , 赌 戏 。  
允 带 少 财 输 娱乐 , 缺乏 步 措 ,容 演 群众  
赌博。 德州扑克 赌博 , 共 。  
**关键词:** 博 赌博 优势 位 举 博 博 共

## 、引言

2015 (江苏)德州扑克 赛因 某名人 参 引起社会强烈 注, 该比赛旋即被 京警  
涉赌 取消, 此引起德州扑克 育比赛还 赌 又 次争议。<sup>[1]</sup> 早 2012 ,公安  
则 复 ,德州扑克俱乐 德州扑克游戏,如果 抽头渔 , 当 赌  
。<sup>[2]</sup> 公安、检察机 此查处 少德州扑克涉赌案 ,例如北京 朝阳区人 检察 2013  
2014 间 办理 “德州扑克俱乐 ”名义涉嫌赌 案 4 11 人。<sup>[3]</sup> ,德州扑克比赛  
曾 省



扑克项目 批复 ,规范、 省扑克运 ,促 扑克运 、序 ”。〔5〕 , 间  
德州扑克 模糊 清,官 态 亦 此冲突。

德州扑克比赛 底 赌 ? 当如何 ? 公 , 德州扑克比赛  
当采取怎样 态 措施? 德州扑克 似 ,还 牌活 比赛,例如“炸 ”、“斗  
主”,还 传之久远、号称“粹” 麻 。 活 比赛,究竟 娱乐、育,还 赌 ? 当  
如何 理? 旨 清德州扑克 性质,讨论针 此 运 律 公 。 讨论,  
德州扑克 身 意义, 德州扑克 同 似 竞 性赛事, 般性 意义。

## 、赌 : 个 义 概念

考察德州扑克 否 赌 ,首先 确 赌 概念

赛可 [9] , 可 奖 , 参 赌 活 。 主 因 , 知 , 赌

机 戏 情况: 纯 机 戏, 机 戏。 纯 机 戏比 容 , 戏 结 贯 参 戏 , 可 确 纯 机 戏,可 赌 。 赌 里 老虎机, 玩 , 何 可 | , 否 运气。 , 机 戏 容 。 上, 几 何 戏 、 机 ,完 纯 戏 。 , 棋 纯 戏, 使 棋, 猜先 先 、 后 , 运气 。 因 , 微运气 戏 当 “幸运 戏”(games of chance) 赌 , 完 必 ,因 戏 否 , 满足赌 赌 奖 ,



### 三、德州扑 是否为幸运游戏:对 标准的探索

美国是德州扑 的源地,也是 游戏在全 范围内 盛行的地 。近 20 , 网络的  
及 电视对德州扑 比赛的 ,德州扑 在美国更是获 了 未 的发展。<sup>[11]</sup> 相 地,关 德  
州扑 是否是

上 游戏 会含 机会 ,所 可 轻易 自 愿 个游戏属 幸 游戏。  
“赌 性 ” 指, 察 个游戏 机会 , 该游戏 性质 人  
们 “赌 性”。可 , 上 当主观 模 , 最 果 程 上  
取 主审 宗 、 背景 赌 态 。 言, 州扑克 涉  
钱 游戏, 们 可 主, 州扑克属 赌 , 寻找理 观 。<sup>[14]</sup>  
近 , 少美 律师 人 数 检 州扑克 幸 游戏, 呼吁美  
数 析 式, 强适 观性。<sup>[15]</sup>  
人 式 数

。[19] ,身 健康价值。 究 , 常 象棋、玩纸牌 人较少 老 痴呆症。[20] ,娱  
乐价值。 人 ,即使扑克 赌 ,

,一局棋 开始 结束 经 相当 的时间,进程较为缓慢;高 尔夫球 保龄球必须 特 的场  
地训练,比赛也需要特 的场地,所需要的时间同样比较 ;而德 扑克参 人数较多,不需要特 的  
场地。

桥牌 德 扑克同为 性机会 不完全信息的纸牌 戏, 者仍 要的不同,主要表  
现在:第一,桥牌更强调计 ,而德 扑克更强调 理 抗,因而更符合赌徒 理;第 ,桥牌规则复  
,难 难精,不易普及,而德 扑克简单易 ,容易普及,如果发展 赌 , 社会的 影响更 ;  
第三,桥牌需要团队作战,如果牌手之间配合不默契,容易 冲突,当 及 额 钱的时候,更容  
易 摩擦,而德 扑克单兵作战,输赢 是自己扛,比桥牌更适合

## (二)在酒馆等社交场所的社交性扑克

允许酒馆(pubs or bars)等社交性州扑克,此酒馆必须获特别许可,遵守法律。

香港规,纸牌等彩游戏如果私人所社交所,则该所必须律领取酒牌合《会社(安)》规所,须遵守:(1)该所缴;(2)彩游戏掌、理涉该所该会址人受该所该会址人;(3)彩游戏,涉个多彩者庄庄家赌。<sup>[27]</sup>第个者缴,防所缴变赌。第个者身游戏,防变庄家,使该所上赌所。第个庄家游戏,防人借此达赌。把彩游戏完娱乐社交,防所门赌所。

美爱荷华州允许获执酒馆扑克等社交性彩,彩间,店主取服等额外,者龄低21岁,24小输钱超50美元。<sup>[28]</sup>美罗拉多州严格,虽允许扑克等社交性彩,允许彩者外人接间接。<sup>[29]</sup>严格律规上除所供社交性彩服可性。如,如果酒馆取额外,因供社交性彩所吸多人,酒馆,罗拉多州律,算间接,酒馆供彩服所违。

英,彩执酒馆州扑克,遵守赌,牌手局扑克最赌5英镑,酒馆总赌超100英镑,局扑克最励超100英镑,励括钱、物品、优惠价东。另外,酒馆取,如求人付饭,使人自愿付可。<sup>[30]</sup>

英允许门州扑克俱乐,允许获执会俱乐(members' clubs)俱乐(commercial clubs)州扑克。所会俱乐,指会福俱乐,如人俱乐等;所俱乐,指性质,如斯诺克俱乐等。俱乐州扑克,样赌励。上,人局赌超10英镑,俱乐总赌超250英镑,总赌超1000英镑;励局超250英镑。<sup>[31]</sup>

## (三)慈善或非营利目的的德州扑克

家往往善筹款扑克比赛网。如美麻萨塞州,扑克比赛被彩,允许宗团筹款扑克比赛。合格括:美会特许退伍兵;会宗;会;善;社服俱乐;俱乐。必须合:

在麻萨诸州成立并运作至 年;从活动 在地的 市或镇 得 ( 得 也需要 一定的条件,包括需要 筹资金的用 );金钱奖励不得 过 25 美 (非金钱奖励没有限制),以及一年内组织的 赛不得 过三次。操作扑 赛 守 的 ,包括 赛本 的 和对 赛组织的各项要 。<sup>[32]</sup>

加拿大卑诗省(British Columbia)也 为慈 或非营 目的而组织扑 赛。 省 政部下 的博 政策与执法 专 为举办无限制 德州扑 赛发布了一 标准 ,对举办 类活动作了 细的 定。其 要要有: 一, 在 赛 向博 政策与执法 申请扑 活动执照(The Poker Even Licensee); 二, 赛每 12 内不得 过 52 场,一 场地每周 能举办的 发执照的扑 赛活动不得 过一次; 三, 赛 是小 的:每名参赛 的参赛费 为 100 加 ,每次活动不得 过 100 名参赛 ,每次活动的 奖金 值不得 过 2000 加 ,每名参赛 的奖金 值不得 过 1000 加 , 办 每次活动的毛收入 为 10000 加 ,在 12 的时 内 为 20000 加 , 办 的全部支 (奖金 )不得 过毛收入的 25%; 四, 符 负责任博 的相关 定,例 向参赛 准确告知 赛的风险、 信息,不得 未成年 、醉 的 参加, ; 五, 发执照后才能进行广告宣传,且宣传 符 定; 六, 符 务控制和审 条件。 未 要 ,博 政策与执法 以:暂停或 销扑 活动执照;修改现有条件或附加新的条件;冻结博 账



州扑克，付阙如。“两”《理赌刑法律若干门》(法[2005]3)理赌门的法律，第九虽接州扑克，州扑克赌接的。该规：“营的，进少量财物输赢的娱乐，供棋牌室等娱乐所取所服的经营等，赌论。”安《<“州扑克”游戏赌的请示>的答复》(治[2012]54)接表达州扑克的，虽级别低，反映主机的态，亦视。该答复：：“‘州扑克俱乐’‘州扑克’游戏，缴报者换取筹码比赛的形式，赢取、价券者财物，抽头渔的，当赌。”

“两”的司法安的答复法律门，断州扑克赌供一的。两个受法律所，简单，反可一易的。如：第一，合玩州扑克游戏允许？如个牌友园玩州扑克，人抽头渔，所的赌，“两”的司法，此似赌。庭众之玩真白的游戏，社会的负果易的。第，“少量”财物输赢？

“的”所服？第，“两”的司法安的答复，抽头渔的州扑克游戏当被赌。如一个司州扑克比赛，赛者缴报者换取筹码，赢取、价券财物，该司抽头渔，反，却出钱赞助该比赛，的扩自的。州扑克赛允许，允许宣？第，如果“州扑克俱乐”抽头渔，安的，被赌。味门的“州扑克俱乐”可合法？样的合适？如果允许，又如防此俱乐规“抽头渔”的规？

鉴州扑克娱乐性赌性的双性质，者，州扑克的法律当出适当的、补充完善。

，州扑克一的价，当允许私人所的州扑克游戏，当取施进一程的(regulate),防演变营性的赌。所取的施可包括：游戏的人必须者牌手的亲朋，允许经性地接熟悉的人，防演变赌所；者；；

。、餐馆、火车等允许。牌，者必须州扑克一个封闭的、，未人。间所玩州扑克游戏，人。上施，样当适棋牌室、旅馆等似所。

再，门的“州扑克俱乐”似纸牌俱乐的经营。俱乐的经营性质明的，多数一如果一抽头渔的。所，门的“州扑克俱乐”质上赌，。一的棋牌室可社群众消遣娱乐的所如打彩头的牌、棋等)门的“州扑克俱乐”此。棋牌室“少量财物输赢”的娱乐进，明赌奖的数额，宜模去最，权家彩票理门属慈善的的州扑克比赛，人

合玩州扑克游戏里的合包括园候车室自进入的合如果众的棋室玩州扑克游戏棋牌室经营允许众自进入的间如果旅馆则这产明之外的私人所

德州克赛。德州克“性”，宜允许私人牟。家彩理门垄断，主要原因：第，既德州克性质，则彩票理门非育运门理较适宜；第，确所筹集，像彩票公使样，慈善等当事，量使，落某个组织、某个人。同，当德州克赛细致理规章，德州克赛组织人员，赛事活组织、规则、所等详细规章，证项健康竞性赛事，量减负社会果。海省《克运理办（）》尝，可总结海省基础上予完善。

总起看，去刑事律主，“禁”字当头，多采取突击式清理、打击模式。模式往往青红白、小起打，妨碍众常乐活，另难久果，往往阵风去，切旧。“两”司释允许“目、量财物输赢乐活”，合乎情理变，打魔，因“量财物输赢乐活”明显限，如果控，容易群众性活，易处理社会。当弃简单、粗暴处理式，代之较细律公。

德州克言，当结合乐性性双特，既粗暴禁止，纵容