

观点新解

徐晓明谈强制注销制度运行机理——
可从三个方面的机制层面进行考察把握



扬州大学法学院徐晓明在《行政法学研究》2023年第4期上发表题为《市场主体强制注销制度的内在取向及其法治建构》的文章中指出：

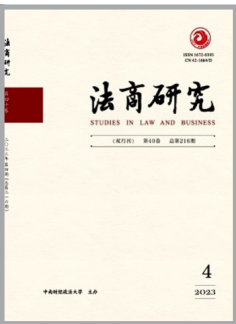
何谓市场主体强制注销制度，目前并没有统一的定义。强制注销在我国现有相关市场监管制度规范中往往被表述为依职权注销、依职权注销等，目前一般被认为是在特定条件下，在市场主体未主动组织清算、申请注销的情况下，市场监管机关依职权注销市场主体，强制终止市场主体资格的行为。

市场主体申请注销制度运行不畅引发的市场退出障碍需协同构建强制注销制度来加以系统性克服。在制度运行机理层面，分析当下强制注销制度在制度设定与操作层面的实践，可从三个方面的机制层面进行考察把握。首先，强制注销制度是行政主导下的市场主体资格终止状态确认机制。强制注销制度的运用，是市场监管机关依职权对业已存在的市场主体“名存实亡”状态进行确认并向社会公示，以彰显市场主体登记公信力的具体行政行为。其次，强制注销制度是市场规制信息均衡基础上的市场交易安全保障机制。强制注销制度的运行，最终产生的是强制终止市场主体资格的法律后果，具有牵一发而动全身的基础性市场规制功能，其在发挥市场规制信息均衡功能的同时，也发挥着市场交易安全保障功能。最后，强制注销制度是“以死促生”功能导向下的市场资源释放整合机制。强制注销制度具有的市场资源释放整合功能的发挥，能够在一定程度上有利于防范市场资源配置扭曲、提升市场资源利用效率。

在制度运行风险层面，作为一种行政主导下的市场主体强制退出市场机制，强制注销制度的有效运行需要多元制度要素的有效支撑。强制注销制度运行规制须防范化解适用范围界定失范引发的行政不当干预市场风险、因清算程序后置引发的清算程序虚置风险以及未经清算强制终止市场主体资格引发的市场规制脱逸风险。

在制度运行关系层面，强制注销制度的构建是一项系统工程，防范化解制度运行中的风险需要秉承内外兼修的规制理念，除了需要从强制注销制度本身的特质出发针对性地完善强制注销核心本体制度外，还需要从系统性、整体性和协同性角度出发，完善强制注销制度整体性架构，其中，特别需要在完善相关配套机制的基础上，衔接处理好强制注销与依申请注销以及歇业制度之间的关系。

曾威谈金融消费者保护制度的设计——
应建立操作性更强的认知偏差预防机制



杭州师范大学沈钧儒法学院曾威在《法商研究》2023年第4期上发表题为《网络金融消费者认知偏差的法律应对》的文章中指出：

金融消费者权益保护是防范和化解金融风险的重要内容，对提升金融消费者信心、维护金融安全与稳定、促进社会公平正义和社会和谐具有积极意义。当下，网络金融的普及极大提升了金融产品和服务的可获得性与便利性，造就了规模空前的金融消费者群体。然而，网络金融的科技性、虚拟性、复杂性也给金融消费者权益保护带来了一系列新挑战。

网络金融的兴起改变了原有的金融产品和服务消费环境，使得消费者更容易产生认知偏差；此外，网络金融消费的方便与快捷还会刺激消费者认知偏差的进一步放大，导致其作出非理性决策。在逐利性驱使下，网络金融机构对消费者认知偏差的利用会在无形之中损害消费者的利益。然而，现有金融信息披露、金融营销宣传监管、金融消费者教育等制度却无法对这一问题进行有效应对。为解决这一问题，应从扭转消费者认知偏差角度进行制度设计，以帮助金融消费者对网络金融产品和服务的基本性质进行高效识别。

在数字金融时代，金融消费者保护制度的设计既要考虑消费者心理与习惯的强大惯性，也要充分考虑金融消费者金融素养提升所耗费的时间。相关制度设计应从消费者心理弱点出发，以实用性为导向，建立操作性更强的认知偏差预防机制。第一，建立网络金融产品标记制度。网络金融产品标记制度旨在要求经营者和销售者对网络金融产品中的重要信息以标签形式予以标明，帮助金融消费者对网络金融产品的基本属性和关键信息进行高效识别。第二，通过明确网络金融机构的消费者教育义务与建立依托消费场景的网络金融消费者教育机制来完善网络金融消费者教育制度。网络金融消费者教育制度的完善，需要以部门规章或监管机关规范性文件形式对网络金融机构的消费者教育义务进行明确与细化，引导、鼓励网络金融机构开展网络金融消费者教育。依托网络金融消费场景开展金融教育的优势在于可以打通场景、用户和服务之间的关系，增强信息服务的针对性和有效性。

未来，消费者保护制度将朝着更为精细化的方向发展，仅提出事前预防机制是远远不够的，还需要从多学科角度研究消费者普遍存在的认知偏差问题，并构建系统化的救济制度体系。

（赵珊珊 整理）

开学典礼致辞



□ 方新军（苏州大学王健法学院院长）

法学本科毕业生的就业率不高是因为法学专业本身的特点导致的，长时间的维度，法学专业的就业率并不低。只要理解了其中的缘由，你们就不会过于担惊受怕。

首先，法学的专业壁垒是一柄双刃剑，一方面它挡住了很多外行，另一方面它也在法学专业内部进行筛选。你们顺利完成学业，拿到本科毕业文凭，这并不足以让你找到一份理想的工作。因为你还要通过“国家统一法律职业资格考试”，这是进入纯正法律职业的门槛。其次，法学专业的学习周期比较长。在苏州这样的城市，硕士毕业几乎是进入法律职业的第二道门槛。由于法学

尽可能给自己留一点野蛮生长的空间

专业学习内容复杂，无论东方还是西方，法学专业学习周期长基本是常态。

在美国，本科没有法学专业，只有在其他专业本科毕业以后才能申请法学院。这种模式隐含的前提是，在学习法律之前需要有扎实的知识储备，否则没有资格学法律。

在德国，很长一段时间法学专业同样没有本科学位，学生经过四年左右的大学学习，通过学校的考试以后，还必须通过“第一次司法考试”才能结业。由于试卷难度非常大，大约有30%的学生因为考试不及格而被淘汰。幸存下来的学生才有资格进入为期两年的“法务见习期”。结束以后参加难度更大的“第二次司法考试”，大约会有15%的学生被淘汰。两次司法考试合格才能最终毕业，从而成为“完全的法律人”。但是要想真正成为法官或者继续攻读博士学位，两次司法考试的成绩要达到良好（大约是前15%）。

在中国，一位学生通过“国家统一法律职业资格考试”，同时取得硕士毕业，形式上就迈入了经济发达地区法律职业的门槛，但是能否“海阔凭鱼跃，天高任鸟飞”还未可知。一旦走上职场，考试成绩、毕业院校都不再重要，真正决定你能否成功的是你是否掌握了法律职业需要的特殊技能。法学教育的核心不是单纯的知识传授，而是技能的培养，这种技能包括智识技能和实务技能。知识的掌握主要靠记忆，我对你们

的记忆力没有丝毫怀疑；技能的养成，尤其是智识技能的养成主要靠理解，以及在理解的基础上对法律的正确适用。对法学基础知识的全面掌握是培育智识技能的前提，但是学习法律并不只是对书本知识和法条的单纯背诵，关键是要掌握法律适用的方法。重要的不是“知道什么”，而是“知道如何”。

并不是只有我认识到中国法学教育存在的问题，很多关心法学教育的有识之士都提出了非常好的建议，但是中国的法学教育有自己的传统和惯性，实质性的改变非一日之功。你们可能会问，既然改革遥遥无期，我们应该怎样学习才能掌握法学的智识技能呢？我的回答是，尽可能给自己留一点野蛮生长的空间。

所谓野蛮生长，并不是“走自己的路，让别人无路可走”，而是要有不走寻常路的自觉和勇气。一旦开始大学的学习，你们马上面临一个推免和考研的选择，我希望推免的结果是在你们努力学习的过程中自然获得的，如果整个大学的学习只是围绕考试成绩转，你的收获可能是有限的。我尤其不希望看到有学生法律漏洞填补的理论没有学好，但是钻研起学校推免政策的漏洞却是无师自通。

未能获得推免资格并不是世界末日，因为一扇门合上，另一扇门就打开了，这扇门就是你可能获得了更多的野蛮生长空间。一旦发现自己达不到推免的标准，或者从一开始就不以推免为目

标，你的学习反而更自由，因为你无须为每一门课的绩点感到焦虑。生活需要“断舍离”，学习也一样，你们要果断放弃“眉毛胡子一把抓”的学习风格，对于最基础的课程，或者最感兴趣的课程，你应该投入更多的时间将它们学深学透。同时你们也不要指望只是通过课堂学习就能够把一门课程真正学好，关键是要有带着问题自主学习的能力，这种能力的养成会让你受益终身。

劝诫你们尽可能野蛮生长，我还有一个顾虑。如果全国排名靠前的法学院主要通过推免的方式录取研究生，一方面会导致身份固化的态势，另一方面也会导致你们不能，也不敢野蛮生长。因此，我呼吁全国著名的法学院要在最大程度上放弃过度规训的欲望，给学生留下野蛮生长的空间。同时我们也可以考虑改变规训手段，我们也在积极呼吁学校授权法学院将推免绩点的计算限缩在法学专业课程上，或者限缩在法学专业必修课上，同时加上若干门绩点最高的法学专业选修课。这样可以激励学生将法学专业核心课程学深学透，让学生带着问题自主拓展自己的知识面。

希望你们通过野蛮的学习，一方面能够提升自己读书的品位，另一方面能够掌握法律职业需要的特殊技能，从而能够应对变幻莫测的世界。

（文章为作者在苏州大学王健法学院2023级新生开学典礼上的致辞节选）

中华法制文明的起源及主要特征

《中华法制文明史（古代卷 修订版）》绪论节选

书林臧否

□ 张晋藩

早在文献中的黄帝时期，中华法制文明的曙光便已投射在中国的土壤上。史载黄帝战败三苗之后灭其族而用其刑，传承了三苗的领袖蚩尤创制的“五虐之刑”，揭开了中国法制文明史的序幕。至公元前21世纪左右的夏朝，已经形成比较稳定的统一国家，并在“五虐之刑”的基础上发展出具有三千条之多的“夏刑”。自夏以后经历了四千多年的发展，中华法制文明的历史代代相传，革故鼎新，从未中断，其连续性、系统性、完整性是世界上其他文明古国所不具备的。汉唐宋明各以其先进的法制文明影响着相邻的国家千余年之久，使中华法系傲然自立于世界法系之林。

中国古代农本主义的经济形态，专制主义的政治制度、宗法家庭本位的社会结构，稳定的血缘地缘关系，统一多民族的国家构成，儒家思想为主导的意识形态等构成了中国特有的国情，进而又决定了中华法制文明的主要特征。

（一）引礼入法，礼法结合。礼作为一种社会现象，不仅起源早，还贯穿于整个古代社会，影响着社会生活的各个领域，调整着人与人、人与社会、人与国家的行为关系。特别是礼与法的相互渗透与结合，构成了中华法制文明最主要的

特征。

由于礼的主要功能在于“别贵贱，序尊卑”，确定“尊尊、亲亲、长长、男女有别”的宗法等级秩序，因而得到国家的认可和保证，并在儒家思想指导下进行礼法结合的系统工程。礼的等差性与法的特性是一致的，二者互补，这是国家长治久安所要求的。正因如此，礼主刑辅，综合为治，成为历代封建王朝一项既定的政策；它所体现的道德与法律的结合，亲情义务与法律义务的统一，产生了深远与广泛的影响。

（二）德法互补，共同治国。德法互补、互相促进、共同治国，是中国古代治国理政的成功经验，也是中华文化的精髓。古人把德的价值与国家施政联系起来，宣扬德教和德化的重要性。郑玄曰：“德谓善教。”《左传·襄公七年》曰：“恤民以德。”经过漫长的生生不息的演进过程，德治深深扎根在中华民族的文化土壤之中，为德法互补互用、共同治国奠定了重要基础。

二者的着力点和价值取向都不同。但是德、法二者均为治国所不可或缺，所以它们被古人称作治国之两柄。只凭德还不足以禁人为非、惩治犯罪，不能有效地驱动国家机器的运转，实现国家对内对外职能，而必须与具有国家强制力的法相结合。正因如此，德法互补，共同为治才成为古代政治家、思想家的治国方略，形成了数千年特有的治国理政传统。

（三）以人为本，本固邦宁。人本主义是中国

古代法制文明的哲学基础。早在西周初期统治者便从商亡的教训中发现了民心、民情对于国家统治的重要性，提出了“人无于水监，当于民监”的千古不朽的命题，并将敬天与保民联系在一起。先秦儒家发展了人本主义的理论，孔子“仁者，爱人”的学说，肯定了人的地位、价值与尊严，强调以“仁”作为调整人际关系的基本准则。孟子发展了孔子的仁学，提出“重民”的仁政思想，宣扬“民为贵，社稷次之，君为轻”。

（四）奉行天理，执法原情。汉儒董仲舒从天人感应出发，主张“王道之三纲，可求于天”，从而将天也纲常伦理化了。宋儒进一步将“三纲”推崇为“天理”。天理体现为国法，从而赋予国法以不可抗拒的权威性，执法以顺民情，使法情妥协，又使国法增添了伦理色彩，使国法在政权的保证推行之外还获得社会舆论的支撑，因而更能发挥其作用；这正是天理、国法、人情三者统一的出发点和归宿。天理、国法、人情三者的协调一致，互补互用，构成了中国古代法制文明的基本内涵。

天理、国法、人情三者的和谐一致以及它所体现的天理人情的交融、道德与法律的结合，亲情义务与法律义务的统一，等等，不仅对中国古代法律的发展产生了深远的影响，也对同在儒家文化圈内的东方各国有着十分深广的影响。

（五）家族本位，伦理法制。中国古代法律维护家庭本位的社会结构，确认家长制度；这不仅

是国家稳定的基础，也是封建自然经济存在与发展的要求。同时还将父权引入行政与法律领域，鼓吹皇帝上为天子之，下为黎庶父母，是全国父权的化身。地方州县官也被称为“父母官”，借以强化皇权和行政权。

在伦理立法中最核心的内容是亲情义务法律化与尊卑同罪异罚。至于调整家族关系的家法规，在封建法律体系中虽居于从属地位，却是国法的重要补充。凡属违反国法的行为必定为家法所严禁，而抗拒家法的族属成员也必定为国法所不容；这种以国法为后盾，具有广泛调整功能的家法家的存在，是中国古代所独有的。

（六）无论讼求，调处息争。从孔夫子起便以“必也使无讼乎”作为施政目标。“无讼”不仅是官僚们的价值取向，在群众中也具有广泛的影响，这也是中华传统文化深厚的积淀所致。聚族而居的血缘关系、世代为邻的地缘关系，追求和谐的民族心态，特别是农业社会的经济结构，使社会成员之间枝蔓相连，以和睦无争为准则，如发生争执则寄希望于族长老幼的调解。中国古代的民事调解制度达到了相当完备的程度，是世界所仅有的。由于调解所依据的不仅是法，也有礼和习俗，因此调解制度的盛行，也发展了礼法结合的法文化，减少了民间的讼累，有助于形成良好的社会风气。但是，推行堂上与堂下互相配合的调解制度，也带来了民众缺乏诉讼权利观念的消极后果。

一田两主

史海钩沉

□ 张守东

与国法承认习俗形成对照的是，一田两主的民间习惯始终未得到国法认可。一田两主就是“把同一块地分为上下两层，土地(称田皮、田面等)与底地(称为田根、田骨等)分属不同人所有，这种习惯上的权利关系就是“一田两主”。田面权(土地上的权利)与田底权(底地上的权利)并列，也是一个永久性的独立物权”。就其形成过程而言，田面权的三个来源反映了田面与田底以抽象概念的方式分离，在物理意义上其是无法剥离的实物土地的动态过程：(1)农民地地主把荒地开垦成熟地，在该地亩上花有大量工本，从而转化为田面权；(2)农民在出卖土地时，只卖田底，保留田面，虽然成为田底业主的佃户，但自身仍是田面业主；(3)农民花高价向地主买得田面，而田面价往往等于或高于田底价。其中，由典卖田地演变而成的永佃制，也是“一田两主”名词的来源。

民商事习惯调查显示表明，“一田两主”制下田皮

权和田骨权的内容，即两个权利束中的具体权利各有不同。收益权方面，田皮权人向田骨权人交租，剩余为田皮权人的收益；田骨权人向国家纳粮，剩余为田骨权人的收益。如果说典卖习惯的优点在于出典人与典买人在价格上都有利，即出典时典买人可以通过相对便宜的价格买到土地，而出典人可以在将来赎回时仍以出典时的低价买回。那么，一田两主对双方当事人都有利的地方则在于责任的配置上田皮权人只需交租，无须向政府纳税，田骨权人则无须耕种便可以获取粮食。典卖与一田两主都是通过民间习惯为人们耕种或投资提供合理的利益与责任配置，充分显示了哈耶克所谓自生自长的秩序，即并非由人的预先设计而是由人自发的行动自然形成的秩序魅力。

就典卖与一田两主存在的问题而言，典卖主要是给典买人的产权造成了长期的不确定性，因典卖人找贴而酿成命案的情况也时有发生。比如，乾隆八年(1743年)安徽灵璧李本义将地5亩卖与妹夫殷圣修。当时，李本义之兄及侄在外不知。乾隆二十七年(1762年)，李本义之侄李多贵等“想起这地是祖上遗下来的”，要赎回，殷家不依，凭中退出3分给李家做坟地，立了议约，又给

李多贵等800文“倒根钱”。李多贵后来又想这地是叔父李本义背着父亲卖的，且不止5亩，不甘心。乾隆三十二年(1767年)发生争斗，打死了殷家一人。

一田两主的问题则是政府税收受影响。因政府的田赋出自地租，一田两主、田皮买卖容易形成皮主欠租，从而导致政府税粮无着，故“确保赋役的征收，便成为政府的目标。在这个问题上，政府直接的考虑只停留在如何有利赋役的征收，并没有想到要强化土地所有权的效力、确立所谓的近代所有权等”。然而，政府取消田皮、禁止田皮买卖，否认一田两主的命令，“最终也只是停留在三令五申，一再树碑而已，其实际效力照例是相当微弱的”。

就实际交易情况来看，买卖田底权差不多总是在两个“不在地主”，即本人并未在乡村耕种土地的地主之间进行。田底权的变换仅仅意味着农民要换一个地方去交租，但在更多情况下，甚至连这样的变动都没有。在佃农们看来，田面权才是真正重要的，因为这决定谁耕种哪块地。江苏吴县孙家乡有一周姓农户，在光绪四年(1878年)得到一块七亩五分的荒地，于光绪二十九年(1903年)将田底权卖给了住在镇

上的陆姓地主，之后在1926年、1930年将田底权先后转手影姓地主和王阿泉。田面权却一直保留在周家未动，由周福宝经周金宝传给周桂宝。

“一田两主”制度的形成凸显了“业”作为中国民事习惯与国法中最核心的概念所具有的抽象性质，反映了中国民间习惯中的法概念具有高度概括的先进水平。“土地法秩序中成为交易对象的并不是具有物理性质的土地本身，而是作为经营和收益对象的抽象土地，即‘业’。”由此，“业”与“业主”之间的关系取决于同一块田地不同的收益方法的归属情形：“某一特定土地的收益方法如果正好统一握在同一主体的手里，则呈现出‘一田一主’的状态；但若是同一土地上形成了复数的收益方法，各自以某种相对稳定的形态分别被不同主体交易的话，则构成了在‘一田’上‘复数’‘业主’并存的状态。”复数业主并存于一田，既是生存环境的压力所致，也是致力土地耕种与仅以土地作为投资手段的人们之间为了生活而进行的分工合作，在有限生存空间中实现双赢或多赢的人生智慧。

（文章节选自张守东《传统中国法叙事》，东方出版社出版）