



观点新解

夏伟谈外圍犯罪治理模式—— 应从渐进性治理转向穿透性治理



中国政法大学刑事司法学院夏伟在《中国刑事法杂志》2023年第5期上发表题为《论外圍犯罪的穿透性治理》的文章中指出：

传统社会向现代社会的转型变迁,不仅促进了刑法结构的调整更新,也带来了更深层次的犯罪治理模式变革。除了自然犯与法定犯、轻罪与重罪的犯罪分类,核心犯罪与外圍犯罪是我国当下对犯罪治理具有重要意义但尚未深入研究的一种犯罪分层。从刑事立法和刑事司法两个维度综合分析,核心犯罪可以界定为在刑法规范中长期稳定存在,在刑事司法中独立成罪的犯罪类型,其侵害行为直接指向法益本身,与之相对,外圍犯罪的刑事立法则具有易变性,其在刑事司法中也依附于核心犯罪,要么由核心犯罪所派生,要么作为核心犯罪的兜底而存在,其法益侵害性相对较弱。

刑法设立外圍犯罪的主要规范目的并非惩治外圍犯罪本身,而是为了有效预防和治理核心犯罪。刑法重点打击外圍犯罪遵循的是先治标后治本的传统治理思路,即先将外圍犯罪清理干净,再将司法力量集中到核心犯罪的治理,渐进推动标本兼治。这种治理思路对大多数犯罪的治理而言是奏效的。然而,其在面对存量多、增量大的“群体基数”广泛的外圍犯罪治理时却陷入前所未有的困局。产生这种困局的根源在于,外圍犯罪不是孤立的存在,而是犯罪整体的有机组成部分,将惩治重点放在外圍犯罪的治理思路与真实需求存在明显错位,犯罪治理的投入与收益严重不成比例。

犯罪有机体论表明,当前外圍犯罪的治理策略已经陷入困局,在外圍犯罪上投入过多的治理成本,不仅消耗了原本十分有限的司法资源,而且对“脆弱群体”形成无差别打击,容易引发新的社会治理问题。传统渐进性治理模式侧重大打击外圍犯罪本身,系基于局部主义思维,无法突破海量外圍犯罪形成的“屏障”,因而实际治理效果不佳。穿透性治理模式基于有机体论的整体主义思维,直接穿透“屏障”针对核心犯罪,核心犯罪被清除后整个有机体如同“心脏死亡”,外圍犯罪随之快速“消亡”。因此,突破外圍犯罪治理困局的关键在于,从渐进性治理模式转向穿透性治理模式。

犯罪结构变化要求刑法进行更加精确的分层治理,对轻重不同的犯罪采取差异化的治理策略,考虑对其中较轻的行为作出非罪化处理。因此,在基于穿透性治理模式锁定核心犯罪之后,还要对外圍犯罪中不同参与行为进行分类,并建立与之相配套的出罪机制。程序出罪的合理运用,既能防止刑事处罚范围的过大,也能够有效避免刑事程序过度推进对司法资源的占用,有效确保法律效果和社会效果的有机统一。

郭创拓谈科研信用规制法治化—— 应以最优化科研责任承担为旨趣



华南理工大学法学院郭创拓在《现代法学》2023年第5期上发表题为《论科研信用规制的法治化路径》的文章中指出：

科研信用规制是以科研治理各主体尤其是科研人员在科研活动中遵守正式承诺、履行约定义务、遵守科技界公认为行为准则等信用记录为基础,对个人声望和声誉等无形资产进行“信用画像”,由此实现对科研活动精准化治理的重要制度。其是一种由行政权力向专业权力、由权力管理向责任管理转变的制度创新。

科研信用规制的有效运转以法治化的规范与保障、制度化的信用评估及信用奖惩等为依据,我国现行科研信用规制过于侧重规制目的和社会效果的实现等有效性问题,未能对信用主体的权利予以有效保障。科研信用规制的制度建构以科研信任为基础,而我国科研治理体现出对科研人员某种程度的不信任,信用规制的主体定位及其权责配置在某些方面出现错位,由此导致科研信用规制的理想与现实之间出现偏差。欲破解科研信用规制的现实困境,应以最有利于科研责任承担为目标,优化信用规制制度建构中德性信任与制度信任、行政权力与专业权力的作用场域与配置等,实现工具理性与价值理性的有机统一。

科研信用规制的责任本位价值观是对传统权力本位甚至权利本位价值观的改造与升级。转换制度建构的价值指引,是实现信用规制法治化的前提,只有明晰责任本位的规范构成,才能为信用规制法治化提供可行的指引。结合科研活动的本质属性,我国科研诚信建设的历史沿革与科研导向的目标导向,科研信用规制的责任本位主要体现在科研人员的人性假设、规制行为和承担责任三个维度。科研人员的人性假设是科研信用规制制度建构的基石与逻辑起点。

科研信用规制法治化应以最优化科研责任承担为旨趣,合理界定德性培育与制度理性、行政权力与专业权力的作用场域,并通过重塑科研人员的主体性、厘定科研失信行为界限、优化科研失信责任等规则设计,实现由传统的“物本”性向“人本”性转变,最终迈向更加凸显主体性的公私法融合的科研治理新范式。

(赵珊珊 整理)

《周礼》对古代行政法制的影 响

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

《周礼》并非某朝某代典制的实录,而是旨在为千秋万世创立行政规则。其条理逻辑清晰,结构整齐划一,因而很容易成为各式各样的政治家变法改制的参考样板。本文则从行政法制入手,梳理《周礼》的影响。这里所说的行政法制,实际上是行政组织法,与今天以控制行政权运行为核心的行政法不尽相同。

第一,西汉王莽改制是法制史上的一件大事,《周礼》则是王莽改制的重要参照。一是王莽以“井田”方式实行“王田”(土地王有,不准买卖),防止土地兼并。王莽建国元年,即针对这个问题,颁布了“王田”令:“古者,设庐井八家,一夫一妇百亩,什一而税,则国给民富而颂声作。此唐虞之道,三代所遵行也……今更名天下田曰‘王田’,奴婢曰‘私属’,皆不得买卖。其男口不盈八,而田过一井者,分余田予九族邻里乡党。”王莽在此诏文中,称他要恢复的井田制是古者“唐虞之道,三代所遵行也”,但没有指明所据何经。考《周礼·小司徒》有“九夫为井”之说,《周礼·大司徒》又考虑土地之肥饶,有“不易之地,家百亩;一易之地,家二百亩;再易之地,家三百亩”的规划,《周礼·遂人》又有“辨其野之

土,上地、中地、下地,以颁田里:上地,夫一廛,田百亩,莱百亩,余夫亦如之;中地,夫一廛,田百亩,莱百亩,余夫亦如之;下地,夫一廛,田百亩,莱二百亩,余夫亦如之”的记载,税率又依《周礼·载师》“凡任地,国宅无征,园廛二十而一,近郊十一,远郊二十而三,甸、稍、县、都皆无过十二,唯其漆林之征二十而五”的规划,不难看出王莽所改田制,皆本自《周礼》而已。其“井田”和“王田”,都是仿效西周井田制,将土地收归国有,以有效防止土地兼并,立意尚为良善。但存在两个问题,一是“井田制”以“授田”为主,希望提升生产;“王田”则是以“限田”为主,希望遏止兼并,两者出发点并不相同,相互矛盾、抵消,可知王莽田制改革必败无疑。

二是“五均”“赊贷”“六莞”,就是以政府的力量管制民生六大事情:盐、铁、酒、钱币、名山大泽、五均赊贷。“五均”是平抑物价,《周礼》中的“司市”“贾师”均主张政府应主导市场价格,稳定物价及供需。“赊贷”来自《周礼》“泉府”之职,分“除”“贷”两项,“除”指政府握有滞货,而可先除售于人民,属干信用融通,似无利息给付,但还款仍有一定期限。“贷”指金钱借贷,在贷款之前,政府仍须审查贷款人信用状况,然后才决定是否给予贷款,借款人还需负担一定的利息。《周礼》所规划的市场交易制度十分完善,除了“司市”“贾师”“泉府”之外,尚有“质人”掌契约、“廛人”掌课税,“胥师”“司箴”“司稽”等职掌管市场秩序。然

而王莽的“五均”“赊贷”,重在管制市场秩序,而非开发市场活力,从而带来“奸吏猾民并侵,众庶各不安生”“制度失中,奸轨弄权,官民俱竭”(《汉书·食货志》)。

第二,《周礼》对《唐六典》的影响。在中国官制史上,《周礼》开创了职官编制规划的理念。也就是说,职官不能随意设置,必须按照政府管理职能加以编制。《周礼》以天官、地官、春官、夏官、秋官、冬官六篇为同架。天、地、春、夏、秋、冬即天地四方六合,就是古人所说的宇宙。《周礼》六官即六卿,根据作者的安排,每卿统领六十官职。所以,六卿的职官总数为三百六十。众所周知,三百六十正是周天的度数。《周礼》规划的官制,影响百代。如从隋代开始实行的“三省六部制”,其中的“六部”,就是仿照《周礼》的“六官”设置的。唐代将六部之名定为吏、户、礼、兵、刑、工,作为中央官制的主体,为后世所遵循,一直沿用到清朝灭亡。

《周礼》开创职官编制的理念与做法,《唐六典》则是中国古代职官编制法的成熟形态。唐朝开元时期曾有过一次大规模的政府机构改革,《唐六典》则是开元中后期各项制度变革的集大成者。它以法典编纂的形式确认、巩固和扩大了机构改革的成果。《唐六典》按照改革后的国家机关体系进行编纂,详尽规定各部门的机构设置,官员编制,职掌权限、各部门之间的关系以及官吏任用等一系列制度,使唐朝的组织架构

一目了然,相当于政府组织法。《唐六典》首次把官员分为文官、武官、内官、外官四大类,这在此前有关唐代官制的记载中是没有的。“凡诸司置直,皆有定制”是《唐六典》的一大特色。“定制”的重要内容就是定岗、定责、定编、定级。编制员额一经确立便具有法律效力,不得任意更改。《唐律·职制律》规定:“诸官有员数,而署置过限,及不应置而置(谓非奏授者),一人杖一百,三人加一等,十人徒二年。”即如果官员超过法定人数,或不按规定的员数而任意增补官员,则主管官要按妄增的人数,负法律责任,其目的在于防止冗官充斥。

第三,《周礼》对后世官员的考核制度产生了较大影响。《周礼·冢宰》中的“宰夫”职责是,年终命令官吏们总结确定一年的会计文书,月终就命令总结确定本旬的会计文书,年终就命令总结确定本旬的会计文书,而用以考核官吏们的政绩,政令不按时施行的,就报告(冢宰)加以责罚。从战国起,我国便有以“上计”来考核官员,即将一年赋税预算收入事先写在木券上,然后刻而为二,一臣下执左券,国君执右券,年终时臣下至国君处报核,以考核的优劣决定官职的陞黜。《周礼》设计的官吏考核制度对后世影响了两千余年。

总之,《周礼》对田制、市场、职官编制等方面的设计规划,对后世产生了较大影响,且与西欧中世纪杂乱无章的政府编制形成了明显的反差。

为共建21世纪海上丝绸之路提供法治保障

《共建21世纪海上丝绸之路国际法治问题研究》前言

书林臧否

□ 张晓君 (西南政法大学国际法学院教授)

2015年3月,由国家发展改革委、商务部与外交部联合发布的《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》,其中对“五通”的内容进行了微调,改为“政策沟通、设施联通、贸易畅通、资金融通、民心相通”,同时对政策沟通进行了进一步阐释,即“加强政府间合作,积极构建多层次政府间宏观政策沟通交流机制,深化利益融合,促进政治互信,达成合作新共识”。沿线各国可以就发展战略和对策充分交流对接,共同制定推进区域合作的规划和措施,协商解决合作中的问题,共同为务实合作及大型项目实施提供政策支持,意味着具有世界影响的共建“一带一路”倡议从顶层设计,宏观规划阶段进入全面推进、操作实施阶段,尤其是旨在为共建“一带一路”沿线国家在基础设施、资源开发、金融合作等领域提供支持的400亿元丝路基金的设立更是将共建“一带一路”倡议的实施推向高潮。

共建“一带一路”倡议是我国根据世界经济

格局变化及自身经济发展步入新常态而提出,其根本旨趣在于以积极的姿态融入全球化进程之中,通过开展以“共商共建共享”为原则的“开放、包容、均衡、普惠”的合作,达到世界经济复苏、发展的目的。21世纪海上丝绸之路,可向东南、向南,到达东南亚、中东、非洲以及南太平洋。“丝绸之路经济带”沿着传统的陆上通道,可以向西南、向达中亚、南亚、欧洲,因此,共建“一带一路”倡议是一个面向全世界的开放式发展框架。共建“一带一路”倡议具有现实性与迫切性。

共建21世纪海上丝绸之路倡议,是中国和平发展战略的现实回应,也强调了我国建设海洋强国的目标,即致力于发展一个和平、良好的周边环境,维护海洋秩序稳定健康发展。共建21世纪海上丝绸之路倡议,核心在于加强沿线国家的海上合作,发展友好的海洋伙伴关系。

目前,世界经济面临较大下行压力。在此背景之下,共建“一带一路”倡议,将给沿线国家和地区提供更多选择,各国将获得新的发展机会和增长动力。事实上,繁荣经济也是共建“一带一路”倡议的出发点。通过共建“一带一路”倡议过程中的贸易、投资等多边合作,加强区域各国之间的接触与联系,在促进中国经济持续发展的同

时,推动全球经济的繁荣。与此同时,共建“一带一路”不仅能给沿线各国带来直接经济收益,还将通过经济发展促进各国的社会发展,是带动沿线各国经济社会全面发展的有效途径。经济的增长离不开制度化的保障,共建“一带一路”中的重要一环即经贸法治。

共建“一带一路”倡议中的共建21世纪海上丝绸之路倡议顺应世界多极化、经济全球化、文化多样化、社会信息化的潮流,对加强沿线海上国家的互联互通,加强政治、经济、文化交流,意义重大。在此倡议背景下,必须认识到国际经贸法治对海上丝绸之路建设的重大意义,梳理海上丝绸之路沿线的法律制度现状,剖析各项制度的不足,提出现存制度完善措施和共建21世纪海上丝绸之路之区域海运法治构建,借助区域海运法治推动共建21世纪海上丝绸之路倡议实施。共建21世纪海上丝绸之路倡议的实施需要大量的国际投资,然而,沿线国家大多分布于东南亚、南亚、中亚、西亚、北非、中东欧等地区,大多属于发展中国家。一方面,存在非商业风险较大的情况;另一方面,法治发展水平整体有待进一步提高。这使共建21世纪海上丝绸之路区域外投资面临较突出的非商业性风险问题。共建21世纪海上丝绸之路倡议的实施重点之一为基础

设施的互联互通,而基础设施的建设需要大量资金的投入,亚投行旨在促进亚洲地区基础设施建设,其在服务范围和对象上与共建21世纪海上丝绸之路倡议相一致,为共建21世纪海上丝绸之路倡议的实施提供了金融支持,是完成共建21世纪海上丝绸之路倡议目标的重要手段。在实施共建21世纪海上丝绸之路倡议过程中,无论是双边或多边投资贸易机制,还是不同国家乃至亚洲基础设施投资银行的协调机制,都会面临投资者、项目建设者或者当事方之间或者他们与东道国政府之间发生争议的问题。对投资争端解决而言,能否通过非政治途径便利、高效地解决,直接决定了共建21世纪海上丝绸之路区域发展的持续性和活跃度。因此,设置符合区域特殊性的投资规则与标准,就显得十分必要和有意义。共建21世纪海上丝绸之路之路作为共建“一带一路”倡议的重要组成部分,将以海路为基础,开辟一条充满活力的经济带,实现沿线国家的共同繁荣发展。因此,实现沿线地区经贸法治化,制定兼顾公平效率的经贸法律规则,解决共建21世纪海上丝绸之路中的主要法治阻碍,极为重要。《共建21世纪海上丝绸之路国际法治问题研究》一书从贸易、投资、投资争端解决、金融、海运、互联网与数据等方面进行探讨。

理所当然

史海钩沉

□ 张守东

舅舅与外甥争房产,舅舅有契约在手,却是外甥一家一直在出租经营,法官遇到这样的案件,首先感叹:“舅舅争屋,非义也。”一个“义”字,道出南宋官员对亲戚之间财产纠纷的评价标准。非义、不义,即不宜、不合适、不得体,不应该。显然,在南宋官员叶岩峰看来,无论出于什么理由,舅舅之间争财都不合适,属于不义之举。这不是说南宋官员会用道德标准取代法律。恰恰相反,这一舅舅争财的“民事案件”其实也有充分的法律推理和说理。

叶岩峰的“舅舅争”,即舅舅张诚道诉外甥钟承信案,“钟承信供称,母亲置到杨家巷屋七间两厦(厢房),租赁与外人;张诚道供称,于内买得前二间及一小间,遂致互争为已物”。之后,叶氏提及房产纠纷的解决需要依据契约与管业两方面的法律:“大抵交易当论契书,亦当论管业。”“管业”就是产业的实际经营状况。就此案而言,钟承信一家出租此房即属管业,问题在于,“张诚道不曾管业一日,却有张询正卖契一纸,遂谓有契岂不胜无契。钟承信止有张撰等上手契三纸,更无正典卖契,却管业二十八年,遂谓管业岂可使失业。”“正卖(典)契”是业主获得该项产业的

交易契约,“上手契”可指正契之前历次交易订立的契约。在交易中,某项产业最新的业主可能会获得一份或多份上手契,如果历次交易的契约粘在一起,则是“连契”。土地交易的连契有时候可以证明长达三年内的交易记录。舅舅拥有张询的正卖契,而外甥却有张撰的上手契,这让叶岩峰不得不慨叹“二说相持,莫决是非”。于是,他在判决书里叙述并评论双方的主张:

张诚道(舅)说,“亲祖(即钟承信之母)贫,无以养,权借此屋收赁,以助买油、菜。”叶氏颇不以为然:“此论不通,近世浇薄,兄弟姊妹视如路人,若能损己业,以贖同胞,我未之信也。”法官的意思是,这是一个人情淡漠的时代,他根本不能相信还有人肯为亲姊妹牺牲自己的财产。钟承信说自己之所以没有正契,是因为“母置此屋,恐以孤嫠见欺于人,遂托舅之名以立契,竟执留而不还”。也就是说,母亲怕自己和孩子作为孤儿寡母(购房时钟父显然已去世)置办产业可能被人借故侵吞,所以立契时假借舅舅(作为成年男人)的名义,没想到舅舅拿去正契就不再归还。叶氏对此表示认同:“此恐有之,安固习俗,常假借以置产,凡讼隙间,盖屢见之矣。”凭自己的司法经验,叶氏知道安固这个地方便常有借他人名义立约的情况。

对于双方的主张,法官从人情世故与风俗习惯两方面予以分析,他不相信兄弟会把房子出借给姐姐,姐姐通过出租房子挣钱补贴家用,因为当时是一个“兄弟姊妹视如路人”的社会,出

于人情世故的考虑,叶氏否定兄弟姊妹之间可能会有情同手足的经济援助。虽然连悲观厌世者都未必同意叶氏的判断,但该案及法官的评论可以让我们看到南宋社会小人物的实际生存状态。孤儿寡母在市场交易中置办产业容易受人欺凌,甚至是亲戚的侵害,这是一个暴秦凌弱的社会,而儒家官员的责任正在于依法为弱势群体夺回属于他们的财产,所以法官不能只发人心不古、世风日下的感慨,而要依法构建一条“证据链”,借以匡扶正义,把财产判归它真正的主人。于是,叶氏写道:“何况钟承信之母,管业多载,身故已二年,至今钟氏每日点印赁钱,有簿历(账本)可照。前后赁屋者,如张滋老、徐三等,莫不曰钟氏之屋,有租礼(租约)及供煮(口供)可凭。”

叶氏用账本、租约、证人、口供组成一个证据链,并由此得出结论:“此管业分明,岂不过于有契乎!两词曲直,于此可占矣。”法官认为单凭契约不能判断产业归属,在契约与管业不一致的地方,管业的证据链胜于契约本身。

本案最可能引起争议的地方在于法官基于世态炎凉而对张诚道人品的评价,不过这只是他依据以驳回张某主张的理由,并非作出本案裁决的关键因素,管业的证据链才是。何况,在得出房产应归钟氏的结论后,法官照应在本案判词伊始即已提到的“义”字,认为如果抛开契约、管业不谈,单从张某自称当初借房给姐姐出租赚钱、补贴家用而言,亦可通过把正契还给外甥的方式使

自己好人做到底,因此把房产判归外甥也是法官帮助“全张诚道始终之义”——既然你说自己是好人,那么就把手好人做到底吧。“今不必论契书之有无,亦不必论管业之久远,当照张诚道所供,及其初意可也。姑焉既能举此屋,以奉乃祖,终焉岂不能返此屋,以归乃甥。弓得于楚人,毡还于王氏,理所当然。在渭阳何辞焉。今仰钟承信乃甥仍回管此屋,乃所以全张诚道始终之义,案给契付钟承信,庶得允当。”

为论证其成全张某义举的“理所当然”,叶氏使用了“弓得于楚人,毡还于王氏”的典故,意思是,都是自家人,东西具体到谁手里无所谓,不必计较。“渭阳”是指《诗经·国风·秦风·渭阳》中描述的舅舅情谊。由此可见,法官既依据契约、管业等法定证据及证据链并参照人情世故、风俗习惯来推理,也同时以义、理来说理,借以表明自己的判决既合乎法律又不违背法律赖以获取其意义的义理网络。如果说史代表了法律推理的原则性,那么对人情世故、风俗习惯的斟酌则是法律推理不能忽视的“人情”,即个案背景,也就是像张某、钟某等芸芸众生日常的“生活世界”。正是在此生活世界,法律规范及其依据的义理获得了展示其规范与原则的实际意义的具体场景,因此合当是是非、情之轻重得到充分推裁,法之取舍才能“允当”。

(文章节选自张守东《传统中国法叙事》,东方出版社出版)