



观点新解

柳建龙谈基本权利放弃——具有双重属性兼具规范性和事实性



中国社会科学院大学法学院柳建龙在《法学家》2023年第6期上发表题为《论基本权利放弃》的文章中指出：

基本权利放弃，指基本权利主体以个人相对于国家的地位，表示在特定情形下和一定时间内“不行使”其因享有基本权利而来的某种权能或者“同意”国家干预其基本权利。在概念及释义形式上，放弃系指旨在消灭一项权利的意思表示，故可以将基本权利放弃界定为，基本权利主体消灭（主观）基本权利的意思表示；在实质层面，所放弃的系相对于国家的基本权利地位，故它仍是自由基本权利行使的一种方式。为准确把握和理解概念，有必要将其同单纯的不行使基本权利、消极行使和特定情形下的基本权利行使区别开来。

从既有学说看，在基本权利保护范围、基本权利干预、基本权利干预阻却违宪事由构成的自由权三阶层审查框架下，基本权利放弃可能产生不同法律效果，可将之归纳为如下三种学说：基本权利保护范围排除说、基本权利干预构成要件排除说以及基本权利干预的阻却违宪事由说。基本权利放弃具有双重属性，兼具规范性和事实性，在各阶层均具有法律意义。在抽象层面，它可以作为保护范围的排除事由或者法律保留原则和法律优先原则的排除因素；在具体层面，它可以作为介入要素而否定干预的构成要件该当性或者权利保护必要性，也可以作为法益衡量要素。不过，随着基本权利解释学的变迁，基本权利侵害解决方案的重心日益后移，在三阶层审查框架中，它越来越多被视为排除法律优先性或者法益衡量的要素，主要作用于阻却违宪事由阶层，与之相应，其在保护范围和干预阶层的意义降低。

此外，鉴于基本权利放弃的超法规性质，为了更好地保障公民基本权利，防止公权力机关恣意利用它干预基本权利，也发展出了基本权利放弃的构成要件和边界的释义学理论。它要求，作为自由权行使的一种方式，应满足基本权利须可以放弃、基本权利放弃主体具有相应认知能力、须有放弃基本权利的意思表示等要件，方能产生法律效力。且需要对基本权利放弃加以限制，不得违反宪法和法律明文规定、不得违反客观价值秩序、不得损害人性尊严、不得损害基本权利本质内容、不得损害第三人基本权利。不过，这些限制本身在一定程度上也可能导致限缩个人自治空间的风险。为此，就基本权利是否可以放弃以及放弃的适当性而言，比较妥当的做法，仍应逐案予以权衡。

董泽瑞谈清偿型以物抵债协议的理论基础——应为变更契约下的代物清偿



中国政法大学民商经济法学院董泽瑞在《上海政法学院学报(法治论丛)》2023年第6期上发表题为《以物抵债协议的类型化建构》的文章中指出：

从字面意思上理解，以物抵债是用协议约定的不同于原给付的标的抵偿债务。进一步讲，以物抵债是一种法律行为，该法律行为会引发清偿债务的法律效果，以物抵债协议实质体现了双方的合意，是一种契约。在民商事活动中以物抵债协议不仅涉及代替清偿，也可能涉及对债务履行的担保。虽然以物抵债协议属于无名合同，但是其实质内容与相关民法学理相似，因此，研究以物抵债协议首先需要探究以物抵债协议与相关学理之间的联系，从解释论的角度对民法框架下的学理予以深入分析，探究以物抵债协议的性质。

在法律规范层面和司法实践层面，以物抵债协议面临分类错误、新旧给付关系难以确定等问题。对此，应保持功能主义、明确以物抵债协议的真实性质，并从协议签订日期与债务履行期的关系、新给付履行期与原给付履行期的关系以及当事人目的等多重维度完成以物抵债协议的类型化建构。

传统上以物抵债协议的功能为替代清偿，以物抵债协议的根本目的是清偿债务，新给付是清偿债务的手段，新给付代替原给付应当是以物抵债制度的天然特征，债权人和债务人的行为是否构成以物抵债，均要用此标准衡量。但是，在当前的交易市场，代物清偿的机能已经发生变迁，已经从事后清偿转变为担保，应被看作物上担保的一种。清偿型以物抵债协议的理论基础应为变更契约下的代物清偿，这不仅契合以物抵债协议清偿债务的目的，还有助于通过法律解释厘清以物抵债协议生效后产生的新旧给付关系问题。通过对清偿型以物抵债协议法律构造的论述可知，原给付和新给付共同保障基础债权的实现，且债务人应先履行新给付，同时需给债权人配置瑕疵担保责任请求权、原给付请求权和损害赔偿请求权等救济手段，协议下并不存在强制清算义务。担保型以物抵债协议与民法典第三百八十八条相契合，但应采取穿透式司法审判思维探究该类协议的真实担保意思，避免隐藏的意思表示，以区分不同情形选择适用民法典及司法解释中所确定的有关担保物权的规则。

(赵珊珊 整理)

探寻具有中国特色的互联网金融刑民共治方案

评《互联网金融行为的“罪与非罪”》

法律文化

李晓明

互联网时代的到来改变了人们的生活方式，与此同时，网络犯罪的大量涌现使得传统刑法理论在应对严重社会危害行为时受到了严峻的挑战。这在金融领域表现尤甚，互联网金融作为传统金融的有益补充，探寻具有中国特色的互联网金融治理方案，对于坚持走中国特色金融发展之路、推进金融高质量发展、建设现代化金融强国具有重要意义。对此，《互联网金融行为的“罪与非罪”——刑民交叉视野下的问题研究》一书给出了答案。

该书由南京审计大学法学院副教授徐彰所著，作为作者“刑民交叉”研究系列的第二部专著，秉持延续的研究方法与研究视角，呈现出了鲜明的个人特色。该书在互联网金融犯罪领域的独到见解，不仅对于实践中化解互联网金融刑事风险有指导意义，而且对于认识和理解金融刑法的法益具有较高的学术价值。作者基于经济刑法领域的专业知识背景与刑民交叉领域的扎实理论功底，深入分析了我国互联网金融治理现状与问题，取道实质刑法解释，形成了具有中国特色并且符合罪刑法法定要求的互联网金融行为“罪与非罪”的界分标准。

该书认为，随着互联网时代的到来而新兴的

互联网金融是传统金融的重要补充，对其发展过程中存在的部分违法犯罪行为应当辩证地加以看待，采用一刀切的方式并不合适，尤其在面对民法色彩较浓的经济行为时，刑法更应当谦虚谨慎。树立重民轻刑的思想，通过刑民交叉的路径强化行政责任和民事责任在处理互联网金融纠纷中的地位，限缩刑事打击圈，或许能够成为促进互联网金融良性规范发展的可行之策。

交织的一对矛盾

该书开门见山地指出，互联网金融在一度受到政策鼓励的同时，由于自身天然的非法集资属性受到严厉的刑事打击，这一有趣又无奈的现象折射出了交织于互联网金融快速发展需求与刑法滞后规制间的复杂矛盾。现有治理模式下，金融创新与非法集资就像一枚硬币的两面，任何互联网金融在形式上都可以全部入罪，入罪边界的模糊致使实质监管难以维继，为财产犯罪与经济犯罪提供了可乘之机。类推适用行政监管方式导致互联网金融体量小数量大的创新优势无从发挥，无异于“自废武功”，运动式的治理模式需要以突破罪刑法法定原则为代价，又难免“饮鸩止渴”，法律是平衡的技艺，如何权衡两者的关系成为互联网金融治理难以回避的问题。

针对这一矛盾，该书的批判性与反思性令人印象深刻。一方面，从结果倒推过程，发展互联网金融抑或限制互联网金融这个问题似乎已经出现既定的答案，如果传统治理模式可以及

时修正或许能够导向不同的结局，该书的出现可能是有些晚了；另一方面，该书的出现可能并不算晚，互联网金融一定不是传统金融的最后一次创新，金融行业的发展与风险规制间的矛盾必将长期存在，该书立足于反思解决这一矛盾，其借鉴意义与学术价值也将长期存在，其所提出的方案与设想有利于避免传统金融的又一次创新重蹈覆辙。

新颖的一条路径

该书对于互联网金融行为“罪与非罪”边界模糊，实践中大幅入罪的根本原因见解独到，其认为我国长期存在的重刑轻民思想，使刑法在治理互联网金融过程中超过了前置的金融法规，从最后一道防火墙跃升到最前线，对行业发展产生了不利影响。据此，该书提出，传统重刑轻民的理念应随着民法典时代到来而适时转向，最大程度地容忍金融领域的不规范行为，降低刑事否定性评价出现的频率，在守住不发生系统性金融风险这一底线的前提下，为金融创新发展保留最大空间。

该书所坚持的刑民交叉的研究方法，便是将这种理念落到实处的切实路径。民法在刑法构成要件要素解释中的重要地位已得公认，其在出罪阶段同样可以提供丰富的正当化依据，该书将目光往返流于刑法内外，在坚持实质刑法解释论的根本前提下，尝试以民法上的概念、基础法律关系、免责事由等作为刑法上犯罪的构成要件要

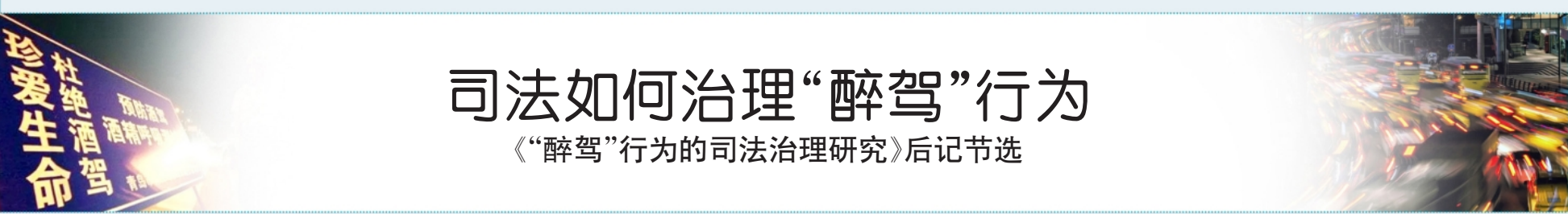
素、法益侵害性和出罪事由的依据，对于应对互联网金融这一相对较新的领域提供了更加新颖的视角，使得整体研究更为周延，有助于突破既有的研究瓶颈，透出前瞻性与独创性。

完整的一套方案

该书通过构建刑法内部互联网金融行为“罪与非罪”的判定标准，修正法律体系中互联网金融的治理模式，形成了一套具有中国特色的治理方案。该书认为在刑事司法层面，首先，应严格限缩犯罪圈，对互联网金融的“非法性”进行“未经批准”与“违反国家规定”的双重检验，将金融管理秩序法益解构为金融安全与金融消费者的资金安全，以此排除不满足形式构成要件或者虽然满足形式构成要件但不具有法益侵害性的行为，并通过民法免责事由为出罪提供理论支持。其次，该书在主张限缩犯罪圈的同时，提倡其他部门法的积极作用，以避免刑法单打独斗。通过协调行政监管和刑事制裁的衔接机制，尤其是注重金融监管部门作用的发挥，力争在最大程度维护金融管理秩序的前提下给予互联网金融空间。

“国家治理现代化呼唤以人民为中心的民刑共治新模式。”在这样的背景下，该书不仅是互联网金融犯罪治理可行方案，更是因应“民刑共治”理念的有益探索，不仅是当下现实困境的收之桑榆，更是对未来安全风险的未雨绸缪，其学术价值与应用价值或将随着时代的演进而长存弥新。

(作者单位：苏州大学王健法学院)



司法如何治理“醉驾”行为

《“醉驾”行为的司法治理研究》后记节选

书林臧否

王敏远

在主持完成“醉驾”行为的司法对策研究”课题后，我认为该课题的研究需要进一步拓展和深入，使课题结项报告中的未尽之意得到更加充分展现，并因此可以吸收相关的新信息、新研究，以推进该项研究更加深入、系统、完整。我将这个想法与陶加培博士商量之后，得到了积极响应，《“醉驾”行为的司法治理研究》一书的撰写由此开启。在确定了整体架构和各章节的主要内容之后，由陶加培执笔撰写，撰写期间，我们曾多次讨论，不断对书中的内容进行补充、修改和调整。本书在坚持了课题结项报告的基本观点的同时，也吸收了结项报告中的部分内容。

本书与结项报告比较，基本观点虽然并无根本的变化，但在诸多方面作了进一步拓展和深化，主要集中在以下几个方面。

第一，虽然对以往“醉驾”治理模式所取得

的成效予以肯定，尤其是其促进了在全社会范围内形成“喝酒不开车，开车不喝酒”的理念，并且对于抑制和打击严重的“醉驾”行为确有成效，然而，以往的“醉驾”治理模式并不能适配当下中国社会轻罪治理之需求。因此，一方面，我们的研究并非站在以往“醉驾”治理的对立面，而是为了在以往“醉驾”治理之基础上，更好地实现有效治理“醉驾”的目标。另一方面，应当认识到以往的“醉驾”行为治理所产生的问题，且这样的问题正趋于严重，亟待寻求“醉驾”行为治理的新方法、新途径，探索新时代背景下“醉驾”行为治理的现代化转型，促使对“醉驾”行为的治理，能够达到现代法治理想的效果。

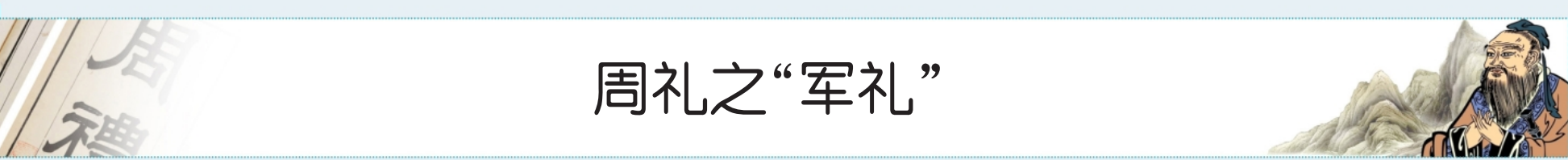
第二，“醉驾”治理现代化转型应当先从更新观念开始，贯彻现代法治的基本理念，包括轻罪治理理念和刑事一体化理念以及“刑行衔接”等理念，尤其应坚持在“醉驾”治理中的刑法谦抑的理念。借助新的理念，从溯源治理的角度，充分调动行政管控在酒后驾驶治理中的作用，在轻微且无危害后果的“醉驾”案件中，贯彻以行政处罚作为刑事处罚前置的治理思维。同时，要以社会现代化治理的需求为目标，从刑事实

体维度和刑事程序维度全面完善“醉驾”治理体系。一方面，应当改变“唯血液中酒精含量”为“醉驾”的标准，充分发挥刑法中的“但书”以及免于刑事处罚等规定在轻罪治理中的作用。另一方面，需要积极发挥刑事诉讼中的起诉便宜的作用，使相对不起诉等制度在“醉驾”这样的轻罪中能够产生有效的作用。此外，还应以刑事一体化为指引，释放宽严相济的刑事政策，认罪认罚从宽制度以及少捕慎诉慎押刑事司法政策的效能，使“醉驾”治理实现高效与高水平的统一。

第三，应将酒后驾驶的治理与“醉驾”犯罪的治理一体化，强调“醉驾”治理中的“刑行衔接”与“刑行衔接”的重要价值。鉴于以往“醉驾”治理模式过于倚重刑事治理的问题，只能在初期取得一定的治理成效，之后就面临边际效应递减的困境，而且越来越多的“醉驾”行为人被贴上犯罪者标签，承受与严重犯罪者相同的犯罪附随后果，不断增加社会治理的副作用。因此，应充分“用好用尽”行政管控手段，让行政处罚成为酒后驾驶与“醉驾”治理的前置方式，将刑事处理作为最后手段。另外，对于已经进入刑

事诉讼程序但因符合法定条件而“脱罪”的“醉驾”行为，应当无缝衔接地对其行政处置，绝不能使其逃过法网。由此可知，通过对“醉驾”治理由刑事的严厉转化为法网的严密，更好地实现对“醉驾”的治理。

当然，虽然这是我们在课题结项之后试图在本书中进一步阐述的三个问题，但可能并未实现这个目标。另外，还有一些对完善“醉驾”具有重要价值的问题，需要进一步论述。例如，一些省、市虽然意识到了以往的“醉驾”治理所存在的问题，试图通过提高血液中的酒精含量作为改变定罪“醉驾”犯罪的根据，其积极意义应予肯定，但这却是“治标不治本”的方法，且存在执法标准不统一等问题。因此，需要更明确论述，对“醉驾”犯罪这种(只是抽象危险犯)轻罪设定具有正当且有效的、统一的定罪标准与量刑标准，刻不容缓。又如，为实现行政管控与刑事手段在“醉驾”中的协调统一，就应充分调动行政执法人员参与“醉驾”治理的积极性，为此，除强化监督以实现统一执法之外，应当重点改革和完善绩效考核机制，使治理酒后驾驶、“醉驾”的违法犯罪行为，真正实现有机统一。



周礼之“军礼”

史海钩沉

周礼

周朝末年，周王室的影响力和地位大打折扣，直辖领地锐减，各诸侯国由于实力大增，开始不听天子号令，甚至公开与天子兵戎相见，发动兼并战争，此时的周天子也逐渐担负不起天下共主的责任了。如果按照西周礼制，应“礼乐征伐自天子出”，然而，到了春秋战国时期，则不断发生“礼乐征伐自诸侯出”的现象。尤其自周幽王烽火戏诸侯及周平王东迁以来，周朝的礼已经管不住各地诸侯了，社会矛盾开始激化，纲纪紊乱，违礼、僭礼之事层出不穷，周礼的权威受到了极大的破坏，西周的宗法制受到极大的冲击，社会秩序混乱不堪。

周礼之所以会“崩”“坏”，孔子给出了他的答案。他认为周礼仅关注到了“礼”作为道德的外在表现，而忽视了“仁”作为道德的内在根据。如何挽救这个价值失范的时代？孔子开出了药方——克己复礼，天下归仁。至此，继周公之后，孔子在“礼”的观念上的最大突破，就是为礼找到了一个价值依据，这个依据不是鬼神，更不是天命，而是“仁”。在孔子看来，“礼”和“仁”是一个事物相辅相成的两个方面，以仁释礼、用仁充

实礼才是道德生活的内核。正如孔子所说：“人而不仁，如礼何？人而不仁，如乐何？”一个没有仁德的人，还谈什么“礼”和“乐”呢？儒家之礼通过以仁释礼，重新挖掘礼的深层内涵，把强制性的硬性规定提升为生活的自觉理念，将内心的道德和外在的强制力融为一体，从现代视角来看，这不仅仅是一种情感诉求和伦理原则，更是一种精神境界。

事实上，春秋战国时期的礼乐并未彻底崩坏，仍有少数对礼制无比热爱的“铁粉”在大环境中苦苦支撑，甚至在战争中，都有人要严格遵守刻板的“军礼”。所谓的“军礼”指古代战争中的一套礼仪。与现代战争不同，古时候打仗就“约会”差不多，两国军队要约好时间地点，双方必须准时抵达地点，谁都不能迟到或者放人鸽子，否则是要遭受道德谴责的。等两军完全规矩排兵布阵后，开始互通姓名，然后老老实实一对一进行对战，“兵对兵，将对将”，击鼓进军，鸣金收兵。而且打仗的时候，双方要光明正大，不能搞偷袭，不能耍阴谋。具体说来，那时的“军礼”要遵守四条规则。

第一条，要师出有名，即便是一国之君，也不能随心所欲地发动战争。要打仗，就得找个理由。有些国家为了找个打仗的理由，一憋就是好几年，

逮到一个勉强说得过去的出兵理由才发动战争。例如，公元前656年，齐桓公为了压制势力范围不断扩大的楚国，就想率领诸侯联军围攻楚国，但是找个什么理由出兵呢？齐桓公想破了脑袋才终于想到一个牵强的借口：楚国好多年都没向周朝王室进贡苞茅(一种茅草)了，所以齐国要好好教育一下楚国。第二，战场上，不能攻击已经受伤的人。也就是说，对方已经被打得没有还手之力，对你已经构不成威胁了，你就不能把人往死里打。第三，战场上，不能抓头发花白的老年人，要尊老。这条规定也能在我国现行刑法中找到踪影，例如，75岁以上老人犯罪，一般在量刑上会有特别规定。第四，一方军队的阵列没有排好，对方就不能展开进攻，一定要等两方军队完全排好阵列后，才能开战。

正是在“军礼”制度的约束下，中国的军事战争在长达六七百年的漫长时间里，都呈现出“礼义之兵”的优良传统。光明正大、公平决战是其核心精髓，双方比拼的是勇气和实力，任何形式的欺诈骗术、乘人之危等都是“军礼”所不允许的不道德行为。从这一点上说，春秋时期的“泓水之战”可谓遵循“礼义之兵”的典型。

公元前638年，宋襄公企图称霸中原，率领诸侯联军在泓水一带与楚军厮杀决战。当楚军

还在渡河的时候，宋军就已经在泓水北岸提前列好阵势备战。这时候，宋襄公手下将领再三建议：趁楚军还在渡河，队伍松散无序之际实施进攻，打楚军一个措手不及。可宋襄公偏不，打仗怎么能犯规矩呢？对方都没有准备好怎么能开战呢？乘人之危不是违反了“军礼”吗？宋襄公黯然神伤，重伤之下不得不逃走，将中原霸权拱手相让。这场战事直接把宋国打成了一个二流国家。

从现代作战视角来看，宋襄公刻板地遵守战争礼仪的行为真是极度荒唐可笑，但在当时，深受礼文化熏陶的宋襄公可不是这么想的，他认为打仗当然要讲“仁义”、守“军礼”，决不能乘人之危，击人之短。然而，周礼的“铁粉”还是太少，力量也太薄弱，终究抵挡不住“礼崩乐坏”如洪水猛兽般的强大攻势。

(文章节选自官蕊主编的《法治中国的文化根脉》，人民日报出版社出版)