



前沿聚焦

□ 彭鋒 (北京大学法学院研究员、博士生导师)

根据《中华人民共和国社会信用体系建设法(向社会公开征求意见稿)》第八条,信用监管是指“依法负有监管职责的部门依据监管对象信用记录、信用评价等科学合理判断监管对象信用状况,并据此实施的分级分类监管”。从监管主体来看,其兼具政府监管、自我监管和社会监管三重面向;从监管技术来看,其覆盖事前、事中、事后多种手段;从监管理念来看,其融合自我规制、合作规制、风险规制、回应性规制、精明规制等诸多现代监管理念;从监管目标来看,其被用于落实国家立法和社会道德。可见,信用监管是个框架性概念,构成一场全方位、深层次的“治理革命”。其背后的底层逻辑为何?

既往研究中一种颇具影响力的阐释是“法治分权”“德治集中”和“规制强化”,分别指向“自治补贴法治”(撬动声誉机制补充集中干预)、“法治补贴自治”(引入公权力支撑道德规范)以及“法治自我补贴”(设定联合奖惩落实现有规则)。可总结为“法治逻辑”。相较于锁定“信用”的某种本质化含义并以此臧否实践的惯常做法,“法治逻辑”更为灵活、写实,但还未触及社会信用体系和信用监管真正的底层逻辑,因其无法解释为何这场治理革命以“信用”为名。

社会信用体系和信用监管采“信用”之名,并不只是形式上贴个多义词标签去盛衰归拢本来松散的措施,而是实质上遵循了市场信用制度的底层逻辑,即“征信—授信—守信”的动态循环。“市场信用”是指建立在授信方对受信方信任基础上的,不用立即付款就可获取资金、物资、服务的能力,市场信用制度就是通过征信(授信方采集、分析潜在受信方的信息以评价其履约后履约可能性),授信(授信方依据信用评价,确定授信额度和条件,作出授信决策)和守信(授信方跟踪受信方履约情况,采取措施保障应收账款安全,如逾期提醒、信用展期、降低或暂停授信额度、公告催收、起诉追讨等)三个环节来合理增长市场信用。同理,



法律文化

□ 王钢

现代哲学早已摆脱了朴素的本体论认知,主张任何知识都不具有天然的正当性,而是只有在特定的话语体系中才能证明自身。与此相应,学术研究的根本目的也早已不是探索客观上存在的唯一正解,而是应当致力于探索各种理论上的可能性,在论者的相互论战中实现不同观点的彼此扬弃,从而发现可以被当作共识确定下来的“真理”。因此,学术研究不仅需要学术意见,更需要学术“异见”。不同思想的激烈碰撞才是推动学术发展的源头活水,若学界长期固守成见,陷于“万马齐喑可哀”的窘境。正因如此,清华大学法学院教授张明楷也曾力倡,刑法学的研究尤其是年轻刑法学者的研究,应当从弱势理论着手。“倘若所有刑法学者都维护刑法学的强势理论,只能导致刑法学停滞不前甚至倒退。”

在处理刑法理论中的主观和客观问题时,当然也同样如此。众所周知,我国传统刑法理论和司法实务具有较为浓厚的主观主义色彩。然而,自20世纪90年代以来,随着我国刑法学的知识转型,以德、日刑法理论为根基的客观主义思潮强势崛起,迅速在刑法学术界占据了主流地位。一时间,强弱易形,主观主义几近“声名狼藉”,在绝大多数学术文献中都难有一席之地。在学术论战中,指责对方观点源于主观主义立场,似乎已经成为常见的论据,被指责的一方也经常难以不逃地自我辩护,极力与主观主义“划清界限”。日渐久之,主观主义刑法理论几乎消隐于学术讨论的视野之中。

苏州大学王健法学院副教授王俊所著《不法主观化的刑法教义学展开》一书显然构成了这种发展趋势的例外,不失为对我国刑法理论客观主义潮流的一次挑战。该书以相对紧凑的篇幅,对我国刑事不法的主观化和客观化之争进行了详细的回顾和梳理,对客观不法论的诸多问题进行了深刻的剖析和反思,旗帜鲜明地支持主观不法论的立场。全书由导论、结语和八个主要章节构成,以主观不法论为基础,详细讨论了犯罪论体系、主观要件的关系、违法性认识的定位、过失犯的主观要件、目的犯的实施化、未遂犯的处罚根据、不能犯的判断标准、共犯本质的立场选择等犯罪论领域的关键问题,尝试建构起一个体系性的、以主观不

# 信用监管是什么、怎么办?



“政治信用”是指公权力机关无须立即兑现承诺就可获取公众承认与服从的能力,它也存在一个合理限度,并非越高越好,否则会使对公权力机关监督约束不足致其“恃宠而骄”。社会信用体系中的政务诚信和司法公信板块也遵循诚信(推动政务和司法公开,让公众了解和评价公权力机关的可信程度)、授信(公众对公权力机关提升信任)和守信(公布并问责政务和司法失信行为和人员)的逻辑,从而合理提升政治信用。信用监管涉及社会信用体系的另外两大支柱——市场诚信和社会诚信,核心在于“监管信用”,可界定为建立在监管者(授信方)对被监管者(受信方)信任基础上的,被监管者无须立即执行监管要求就可获取监管者认可的能力。其底层逻辑在于监管者先给被监管者“授信”,采取合作性的监管措施,同时开展“征信”,了解和评价被监管者,如果发生背信风险或行为,则采取“守信”,如此避免在普遍不授信和普遍授信来回摇摆,跳出“一抓就死,一放就乱”的困局。

在“信用逻辑”的视角下,可以更加准确、透彻地理解和评价信用监管的合法性和有效性。尽管传统监管同样涉及对被监管者信息的采集、评价和反馈,但信用监管带来了新特点。相较于程式化程度较高的传统监管,例如行政许可、处罚、强制,信用监管具有“采集的弥散性”,即采集法定要件相关信息外,还广泛收集以往被视为非法律事实

的信息,典型如相对人以往行为的记录;“评价的集成性”,即从传统监管的“一事一议”转变为“多事一议”,典型如对信用记录佳者给予适用容缺受理、告知承诺制;“反馈的裁量性”,即哪怕对相对人实施了符合法定要件的行为,也不必然导致法定反馈,典型如行政和解。针对程式化程度较低的传统监管缺乏规范化信息采集、评价及反馈机制之弊病,信用监管新设规范化机制。例如,将以往的“随意检查”迭代为“随机检查”以及更晚近的“分层随机检查”,这是信用监管不可忽视的合法性红利。但与此同时,信用监管也带来合法性挑战,不过并非以往研究所批评的违反平等原则,比例原则或构成行人归责。首先,平等原则不要求所有被监管者获得相同待遇,不问被监管者的差别而一视同仁恰恰不平等。信用监管区别对待不同被监管者,不应笼而统之地视为不平等。其次,增强监管力度并不必然违反比例原则,此类批评假设当前的监管已不合比例,但这不一定符合事实,很可能只是反映了论者的“现状偏见”。最后,信用监管并不构成行人归责,尽管其的确从“一事一议”转向“多事一议”,但并不由此变成行人归责,因为违法记录仍然是行为的记录,只不过是集成性记录;虽然给有特定违法记录的人贴上“失信人”标签看似在评价“人”,但本质上还是在评价“事”,正如给有一次违法行为的人贴上“违法者”标签一



样。唯有当评价对象不再是人的行为,而是人的非行为特征,如自然人的性别、阶层或非自然人的所有制性质、规模等,才构成行人归责。信用监管并未走到这一步。

当然,这绝非全盘否定运用这些法治原则评价信用监管,而是试图以更加精细的方式来适用。一旦合法性评价进入更深层次,就不可避免地会与有效性分析交织在一起。如下问题有待扎实的经验研究来回答。“征信”环节,信用监管采集、评价被监管者信息是为了给其“画像”,画像是否有效?目前通行的监管征信方式是按照违规记录给予评价,记录越差,评级越低,但违规历史是否代表违规风险增大,属于待证事实,需控制其他变量后,观察违规历史和嗣后违规两者之间是否有统计上显著的相关关系。不区分地用违规记录来监管画像,极可能引入无关信息,构成不合理的行为归责标准。“授信”环节,监管者对其信任的被监管者授予监管信用,降低准入门槛或放松监管强度,是否有效?如今流行的监管授信实践是各领域获得较高信用评级的被监管者均能获得这些优惠待遇,但这混淆了被监管者的违规风险和被监管者违规的风险,被监管者违反某一领域法规的风险,不等于其违法行为给社会带来的风险。信用评级相同的体育公司和医疗机构违规造成的社会风险不同,给予同等授信既不利于风险管控,亦不符合平等原则。“守信”环节,监管者对失信被监管者采取反制措施,当下普遍的监管守信实践是随信用评级由高到低,即失信程度由低到高,对被监管者采取越发严厉的措施。这种累进式的激励安排是否有效?尽管其看似符合回应性规制理念下的“执法金字塔”,但实际上依旧回应性不足,因其缺乏对被监管者更细致的刻画,未考虑违法失信的成因,例如,两个违规记录相同因此获得同等信用评级度的被监管者,合规能力和态度可能完全不同,采取相同的守信手段抹杀了真正值得关注的差异。针对违规行为“以牙还牙”地累进反制,无助于最大程度实现监管目标,也有违比例原则。

总之,要准确认识并充分应对信用监管这场治理革命的合法性挑战,实现其合法性红利,不应停留于表浅地批评其不合法,而须对其有效性展开细致、深入的实证分析。

## 法界动态

### “外语+法律”复合型人才培养高端论坛举行



本报讯 记者黄洁 日前,中国政法大学外国语学院建院三十五周年庆祝大会暨“外语+法律”复合型人才培养高端论坛举行。

中国政法大学党委书记胡明表示,外国语学院自1994年成立以来,紧密围绕国家战略需求、社会行业需求以及学校发展需求,在学科建设、人才培养、师资队伍、科学研究、国际交流合作、社会服务等方面取得了令人瞩目的成绩,成为全国法律外语教学研究和人才培养的重要阵地。他强调,学院始终服务学校发展大局,精研“创新+融合”的人才培养模式,不断优化师生双向互济的新教育格局,培养了一大批兼具国际视野和跨文化交流能力的高素质人才,为学校国际化进程和涉外法治人才培养作出了重要贡献。他希望,学院继续遵循“中外并蓄、德业兼修”的院训,引领学生闻道乐群、笃志励学,培养更多具有坚定理想信念、强烈家国情怀、高尚道德情操、扎实理论功底和卓越实践能力的高素质人才,为加快推进学校“双一流”建设和助力中国式现代化作出新的更大贡献。

中国政法大学外国语学院党委书记李国强表示,三十年风雨兼程,外国语学院秉持“中外并蓄、德业兼修”的院训,继往开来、砥砺前行,在人才培养、专业和学科建设中坚持走“外语+法律”融合发展的道路,不断谱写外国语学院发展新篇章,得到了学界和业界的高度认可,外国语学院的蓬勃发展的离不开学校党委行政的正确领导和兄弟院校专家学者长期以来的大力支持。

### 数字时代的法治变革学术论坛举行



本报讯 记者丁国锋 近日,由南京大学法学院主办的数字时代的法治变革学术论坛在南京大学举行。本次论坛聚焦“数字时代的法治变革”主题,就“数字时代的法学新范型与新理论”“数字时代的法学教育与法学理论研究”“数字技术应用与公法治理”以及“数字技术应用与私法治理”等议题,进行了全方位深层次的探讨。

南京大学法学院院长彭岳表示,数字技术的发展和正在迅速影响法学范式与法治模式,带来了一系列挑战,法学工作者使命在肩,责无旁贷。他希望,与会专家学者通过本次论坛畅所欲言,在交流中迸发法学创新的火花。

### 区块链的技术、监管与法学视野研讨会举行



本报讯 记者黄洁 日前,由中央财经大学法学院区块链法研究中心承办的区块链的技术、监管与法学视野研讨会在中央财经大学举行。

中央财经大学副校长栗峥表示,本次研讨会推动理论与实务的充分互动,搭建了一条有关区块链研究的学术链,希望与会专家学者将区块链实务中的问题与命题转化为区块链法治的基础理论,深入探索法治和区块链的双向互动,不断推动区块链法治的学术创新。法学院要紧跟新兴技术领域和前沿经济领域的发展步伐,充分发挥学科特色和优势,着力提升中财法学的学术影响力。

### 山东政法学院召开国际交流合作工作推进会



本报讯 记者姜东良 5月29日,山东政法学院召开国际交流合作工作推进会。山东政法学院院长王效彤出席会议并讲话,会议由党委委员、副院长胡晓清主持。

王效彤表示,国际交流合作既是高校重要职能,也是高校拓展办学空间的重要手段,对于促进学校实现高质量发展意义重大,要高度重视。一是要提高站位,充分认清国际交流合作工作新形势;二是要提振信心,努力开创学校国际交流合作新局面;三是要立足特色,积极打造涉外法治人才培养新高地。

胡晓清就落实会议精神提出要求,要统一思想认识,以“融合 组织 协同 创新”理念为指引,协同推进,狠抓落实,将国际交流合作工作纳入各部门单位计划中,以务实举措推动国际交流合作创新发展,为学校高质量发展作出积极贡献。

# 致力于发展弱势理论的匠心独运之作

《不法主观化的刑法教义学展开》一书简评

法为核心的犯罪论图景。同时,还结合我国司法实践中的热点案件,探讨了主观不法论在司法实务中的系统适用,略去导论和结语,该书各章内容大体概要如下:

第一章分析了犯罪构成体系中主观判断的位阶问题。作者指出,我国学界诸多论者将四要件体系等同于主观判断优先,将三阶层体系等同于客观判断优先,这种认识并不正确。犯罪构成体系并不当然决定主观判断的位阶关系,故应当区分犯罪构成体系中的大位阶和小位阶两个不同层次的问题。所谓大位阶,是指在犯罪评价标准方面,违法性判断应当优先于有责性判断,这是阶层式理论的优势所在。所谓小位阶,是指在评价要素上客观判断是否绝对优先于主观判断。该书认为,对此应当予以否定回答,采用阶层式犯罪构成体系并不排斥主观判断相对于客观判断的优先性。

第二章尝试厘清主观客观构成要件之间的关系。作者对我国学界客观判断优先的主流见解进行了反思,指出这种见解存在不能合理解释未遂犯的成立要件等缺陷,也难以被真正适用于对案件的分析当中。相较之下,主观判断优先的方法论有利于保障对既遂犯和未遂犯判断上的统一,更加具有合理性。

第三章以犯罪故意作为切入,对违法性认识和犯罪故意的关系进行探讨,并据此论证主观不法论,在对故意说、限制故意说与责任说进行深入分析的基础上,作者提出,原则上应当采取故意说的立场,认为违法性认识是犯罪故意的内容。但是,为了弥合违法性认识可能性与犯罪故意之间的差异,应当将违法性认识区分为确定的违法性认识与未定的违法性认识两种类型。

第四章将视角从故意犯转移至过失犯,对过失犯中的主观不法构成要件进行研究。作者指出,过失犯也有主观不法,因为过失行为的主观面不是单纯的“无”,而是行为人作出了对危险认识不清、忘记法益的决定,基于“超越能力即无义务”的原理,应当将个人的预见可能性定位为构成要件要素。与此相应,过失犯的不法架构也应当遵循一阶的过失犯论。

第五章对目的犯中的目的展开研究,特别是探讨了犯罪目的的体系定位问题。作者首先澄清了德国刑法中一级直接故意与犯罪目的的关系,随即指出,断绝的结果犯和短缩的二行为犯只是对目的犯的形式划分,不能揭示目的犯的不法实质。应当引入违法与责任的分析工具,将目的犯实质界分为违法目的犯与责任目的犯。我国刑法分

则中的绝大多数目的犯都属于违法目的犯,从而在目的犯的领域也论证了不法的主观化。

第六章从主观不法论的立场对未遂犯的处罚根据进行检视。作者指出,客观未遂论虽然是我国学界当前的有力说,但始终与司法实务难以相容,故主观未遂论才是必然的趋势。当然,为了在教义学和刑事政策上获得合理的结论,主观未遂论也应当引入客观不法限定未遂犯的成立范围。因此,该书主张以印象说为基础确定未遂犯的处罚根据。基于印象理论,着手的判断应当以行为人的主观认识为准,并从一般人的角度考察,行为人的行为是否违反了社会公众对于法秩序有效性的信赖。

第七章在确定未遂犯处罚根据的基础上进而探讨不能犯的相关问题。作者指出,日本刑法学者往往基于客观不法论否定不能犯的罪责性,而我国的司法实践原则上肯定迷信犯之外的未遂犯和不能犯均具有罪责性,这种立场不同于日本的客观不法论而近似于德国的刑法理论与司法实务。这也确定了,在不能犯是否可罚的问题上,仍然应当采用接近主观不法论的印象说。根据该说的立场,迷信犯不具有可罚性,对于重大无知的不能犯也应当作出无罪处理。唯有如此才能从总体上解释我国的司法实践,并为相关的司法判决提供理论依据。

第八章将关于主观不法的讨论引入共同犯罪领域。作者指出,行为共同说、部分犯罪共同说和完全犯罪共同说集中体现了以结果无价值论为基础的客观不法论,以行为无价值为基础的客观不法论与主观不法论在共犯本质上的对立。虽然在狭义共犯的认定上,强调结果归责的行为共同说具有优势,但是,在共同正犯的认定上必须采纳犯罪共同说。相较于完全犯罪共同说,部分犯罪共同说又存在适用余地较小等缺陷,在解释论上没有存在的空间与意义,故在认定共同正犯时应采用与主观不法论更为亲和的完全犯罪共同说。

总体而言,该书立场鲜明、逻辑自洽,基于主观不法论的基本理念,通过对犯罪论核心问题的独特阐释,建构出了自成体系的刑事不法理论。书中提出的众多见解具有显著的创新性,部分见解虽然承继自传统的主观不法论,但作者也能根据我国司法实务的需要对之进行部分修正。因此,应当认为该书是一部匠心独运、力倡弱势理论的佳作,理应引起我国客观不法论者的重视。当然,在任何时期,倡导弱势理论都绝非易事,尝试在主观方面优先的基调下创新性地进行建构整个刑事不法

论,自然也会招致诸多攻瑕指失。仅凭此点而言,作者撰写该书的勇气就令人钦佩。笔者主张客观不法论,在基本学术立场上与该书的见解多有不同,故此处处指瑕,略陈两点管见:

首先,该书虽然在客观与主观的二元对立图景下展开研究,但对“客观”“主观”之内涵和外延却没有明确予以界定,事实上,所谓“客观”“主观”本就属于多义性的词语,黑格尔就曾明确指出,“客观(性)”一词至少有三种含义:第一,其可以指外在事物,以示有别于单纯主观的、意识中的、臆想的东西;第二,其可以指符合思想的、具有普遍性和必然性的东西,以示有别于属于我们感觉的偶然、片面和主观的东西;第三,其可以指思维的自在体本身,以示有别于那些只是被我们思考、从而与事情本身或自在的事情区分开来的东西。论者在不同意义上理解“客观(性)”以及与之相对的“主观(性)”,自然就会对主观不法与客观不法的内涵和范围进行不同的界定,例如,若在第二种意义上理解客观性,认为客观性是指人们思想中的普遍性和必然性,那么,印象理论和具体危险说就可能因其强调社会公众普遍的危险感而被划归为客观不法论的阵营。

其次,该书对于部分问题的处理可能没有充分考虑规范论的影响。基于规范论的立场,刑事不法的本质在于对旨在保护法益之行为规范的违反,而规范天然具有普遍性,故为了确证这种规范违反,刑法必须先对行为人指定为适格的人格体,检视其是否作为人格体的举止违反了在社会共同体成员中普遍适用的行为准则。若得出肯定结论,则确定行为的不法,再进而在责任阶层检视,个案中具体的行为是否满足了责任要素,是否确实能因此被视为适格的人格体。若仍然能得出肯定结论,则可以确定行为人的罪行体现了规范违反的意义上,应当肯定其构成犯罪,并原则上以刑罚对之加以回应。换言之,在规范论视野下,刑事不法只能表现为人格不法。因此,与该书的见解相反,在客观归责中对于特殊认知的考察,其实只是在确定规范的具体要求,并不意味着应当采用主观不法论的立场。同理,在认定过失犯时,也不应将行为人的个人能力作为不法要素加以考察。

学人之间的见解分歧,实为理论研究之常态。各路见解聚讼纷纭,褒贬不一,自当留待方家。以上浅见当然完全无损于该书的学术价值。相信作者日后也定将继续拔干抽枝,于主观不法论的领域持续深耕,在与客观不法论的论战中不断将自己的理论体系推向完善。