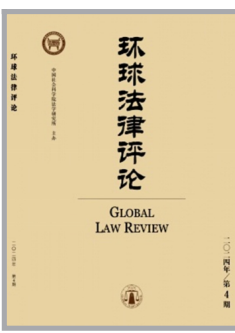




观点新解

欧阳本祺谈集体法益还原说的基本立场——是集体法益能够且应当还原为个人法益



东南大学法学院欧阳本祺在《环球法律评论》2024年第4期上发表题为《论集体法益向个人法益的比例还原》的文章中指出：

随着社会风险的增加和国家治理的转型，我国刑事立法近年来呈现预防性犯罪化的趋势，增设了大量保护集体法益的法定犯。面对这种单向度的犯罪化立法，我国学界呈现积极刑法观、消极刑法观和折中刑法观的对立，三者的对立主要聚焦于法定犯。三种刑法观都认识到犯罪化立法中集体法益大量涌现的事实，只不过分别采取了不同的立场。消极刑法观虽然肯定自然犯中的个人法益，但倾向于否定法定犯中的集体法益，主张法定犯的本质在于规范违反而不是法益侵害。积极刑法观倾向于赞同集体法益与个人法益独立并行的二元论。折中刑法观则困惑于集体法益与个人法益之间纠缠不清的关系。因此，如何认识集体法益与个人法益的关系成为不同法益观的分水岭。

集体法益独立说提出了法益限缩与构成要件限缩两类措施，但都难以取得限缩刑法处罚范围的效果。因此，需要从集体法益独立说转向集体法益还原说。集体法益还原说的基本立场是集体法益能够且应当还原为个人法益，但是不同学者对于具体的还原路径论述各异，因此需要对集体法益还原说进行外部辨正与内部辨正。外部辨正旨在澄清集体法益还原说与独立说之间的关系，内部辨正旨在澄清集体法益还原说内部不同路径之间的关系。外部辨正是前提，内部辨正是重点。

集体法益的还原不是分解还原，能够分解还原为个人法益的不是真正的集体法益；集体法益的还原不是利益还原，法益是利益的最大公约数；集体法益的还原不是条件还原，条件具有纵向的无限溯及性和横向的无限延展性。集体法益还原的本质应当是价值还原，即把集体法益还原为个人法益的普遍保护手段。集体法益与个人法益之间“手段—目的”关系决定了刑法对集体法益的保护应该受到比例原则的限制。比例原则的限制包括目的正当性审查和手段正当性审查两个方面。就目的正当性审查而言，第一，如果某项集体法益不是保护个人法益的普遍手段，而是保护特定利益的特殊手段，那么对其保护不具有目的正当性。第二，个人法益的集合体不是真正的集体法益，用累积犯来保护个人法益的集合体不具有目的正当性。就手段正当性审查而言，第一，如果保护某项集体法益不仅不会促进个人法益，反而会损害个人法益，那么保护该集体法益就不符合比例原则（冲突的集体法益不受刑法保护）。第二，如果刑法已经对个人法益提供了全面保护，那么再保护相关的集体法益就不符合比例原则（溢出的集体法益不受刑法保护）。第三，如果时代的变迁使集体法益与个人法益之间“手段—目的”关系不复存在，那么保护该集体法益就不符合比例原则（过时的集体法益不受刑法保护）。

胡加祥谈涉外法治人才——具有法治天下的家国情怀



上海交通大学凯原法学院胡加祥在《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2024年第5期上发表题为《涉外法治人才的分类与培养模式探讨》的文章中指出：

涉外法治人才是对所有从事含有涉外因素的法律工作者的统称。从工作性质讲，涉外法治人才分为“涉外法律人才”和“国际法治人才”两类。他们因工作侧重点不同，职业素养和外语能力要求也不一样。

涉外法律人才与国内其他类型的法律人才没有本质区别，都是适用中国法律解决具体问题，只不过涉外法律人才因其工作的涉外特点，还要了解相关国家的法律和掌握这个国家的语言，其执业领域以含有涉外因素的民商法、行政法或争端解决为主。国际法治人才主要指我国涉外部门代表国家利益处理国与国关系的政府官员和在国际组织任职的中国籍国际公务员，也被称为“国际法律人才”。他们主要以国际公法作为执业领域，除了熟悉相关国际条约，还必须精通国际通用的工作语言。涉外法律人才用他们的法律专业知识化解各类涉外纠纷，推动我国的经济建设和对外开放；国际法治人才在处理好国与国关系的同时，还要履行维护世界和平、促进全人类共同繁荣的使命。涉外法律人才和国际法治人才虽然都是从事与法律相关的工作，具备扎实的法律功底，具有法治天下的家国情怀，但是，他们所援引的法律、使用的语言有很大区别，甚至所代表的利益和对法治建设的影响也有较大差别。

涉外法律人才培养通过调整现有课程体系，在国内基本上就可以实现；国际法治人才培养则需要利用国内、国外两种资源，在国内学好专业知识后，到国外接受语言强化训练和专业提升，了解国际组织的需求，以便为进入国际舞台创造更加有利的条件。此外，国际法治人才在专业培养方面还需要开设一些国际政治、国际关系等拓展性课程。

强化涉外法治人才培养，是进一步推进我国涉外法治研究固根本、稳预期、利长远的基础性工作。

(赵珊珊 整理)



中华法系和现代法律文化的时代差异及类型差异

法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院教授)

学术界公认，文化差异主要有两种：时代差异和类型差异。鸦片战争之后，人们较多地将中西法律文化差异定位为时代差异。这在当时救亡图存的情况下有其合理的一面。而在中国渐渐走向世界舞台中心的今天，人们自然更加关注的是中西法律文化的类型差异。我们既要看到中华法系与现代法律文化的时代差异的一面，也要看到在现代法律文化中独具的类型差异的一面。前者体现了学术的继承性，后者体现了学术的创新性。

中华法系与现代法律文化的时代差异性，近代以来的有识之士作了许多论述，我们不能不予以注意，忽略学术研究的继承性。在比较中华法系与现代法律文化方面，严复、陈独秀、李大钊和鲁迅四人的研究成果尤其值得我们回味。

严复在《论世变之亟》中提出中华传统法律文化与西方现代法律文化有两个重大不同，一是前者“好古而忽今”，后者“力今以胜古”；“尝谓中西事理，其最不同而断乎不可合者，莫大于中之人好古而忽今，西之人力今以胜古。”二是前者重视“三纲五常”的等级身份，后者重视自由平等：“夫自由一言，真中国历史古圣贤之所深

畏，而从未尝立以为教者也……自由既异，于是群异丛然以生。粗举一二言之：则如中国最重三纲，而西人首明平等；中国亲亲，而西人尚贤；中国以孝治天下，而西人以公治天下；中国尊主，而西人隆民；中国贵一道而同风，而西人喜党居而州处；中国多忌讳，而西人众讥议。其于财用也，中国重节流，而西人重开源；中国追淳朴，而西人求欢虞。其接物也，中国美谦屈，而西人务发舒；中国尚节文，而西人乐简易。其于为学也，中国夸多识，而西人尊新知。其于祸灾也，中国委天数，而西人恃人力。”或许我们可以挑出某位古人的一两句话来反驳严复的这些比较、结论，但不可否认严复的研究一直得到学界主流的认同。

陈独秀在《东西民族根本思想之差异》中指出，中华传统法律文化崇尚纲常名教，与现代重视保障人权相异：“西洋民族以个人为本位，东洋民族以家族为本位……举一切伦理、道德、政治、法律、社会之所向往，国家之所祈求，拥护个人之自由权利与幸福而已。思想言论之自由，谋个性之发展也。法律之前，个人平等也。个人之自由权利，裁诸宪章，固法不得而剥夺之，所谓人权是也。”

李大钊在《东西文明根本之异点》中指出，中国古代因为自给自足的自然经济居于主导地位，所以倾向保守，与近代商品经济带来的倾向向外拓展有所不同：“东西文明有根本不同之点，即东

洋文明主静，西洋文明主动是也……一为自然的，一为人为的；一为安息的，一为战争的；一为消极的，一为积极的；一为依赖的，一为独立的；一为苟安的，一为突进的；一为因袭的，一为创造的；一为保守的，一为进步的；一为直觉的，一为理智的；一为空想的，一为体验的；一为艺术的，一为科学的；一为精神的，一为物质的；一为灵的，一为肉的；一为向天的，一为立地的；一为自然支配人间的，一为人征服自然的。”李大钊认为，东方文明有长处有短处：“平情论之，东西文明，互有长短，不宜妄为轩轾于其间。就东洋文明而论，其所短约有数端：(一)厌世的人生观，不适于宇宙进化之理法；(二)情性太重；(三)不尊重个性之权威与势力；(四)阶级的精神，视个人仅为一般大单位中不完全之部分，部分之生存价值全为整体所吞没；(五)对于妇人之轻侮；(六)同情心之缺乏；(七)神权之偏重；(八)专制主义之盛行。”

鲁迅在《狂人日记》中抨击了纲常名教“吃人”的一面：“我翻开历史一查，这历史没有年代，歪歪斜斜的每页上都写着‘仁义道德’四个字。我横竖睡不着，仔细看了半夜，才从字缝里看出字来，满本都写着两个字是‘吃人’！”

近代的革命志士为了反帝反封建，对中华传统法律文化作了许多批判，那是历史的必然，毛泽东同志在《中国革命和中国共产党》一文中，对他们的论述有所继承，并进一步批判了中国古代政

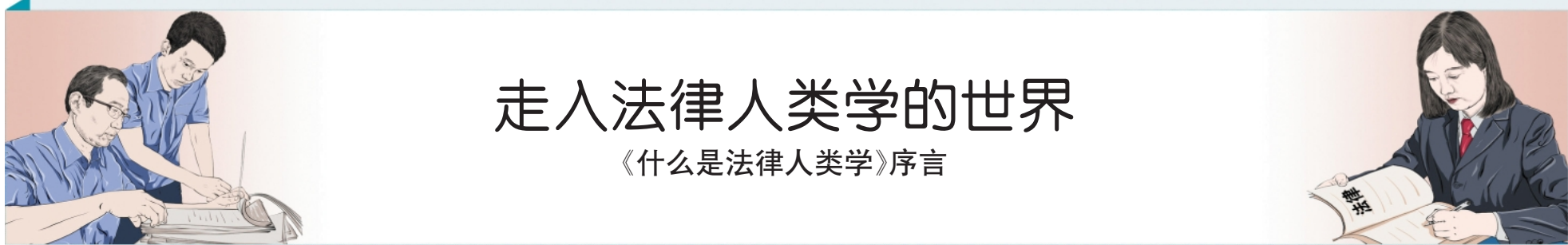
权、族权、神权、夫权四大枷锁对人民的束缚。邓小平同志在《党和国家领导制度的改革》中也提醒我们既要反对全盘西化，也要注意防止封建主义残余影响。

除了上述中华传统法律文化与现代法律文化的时代差异之外，我们今天更要重视对中华传统法律文化的类型差异的研究，也就是说，在当今不同类型的法律文化中，中华传统法律文化的类型非常明显、突出，是我们的文化基因，需要我们下大力气研究。

中华传统法律文化以伦理为本位，而英美法系、大陆法系、印度法系、伊斯兰法系皆以宗教为支撑，这是类型差异之一。

中华传统法律文化崇尚天下和平、大道为公，因此容易构造人类发展共同体，而与西方文化有着明显的不同。这是类型差异之三。

中华传统法律文化与其他类型法律文化的差异还有很多，我们过去的研究是不够的。中国是四大文明古国的唯一硕果仅存者，是世所罕见的历史发展进程中保持过领先地位的国家，我们有义务研究我们的文化类型，发展推进我们的文化类型。



走入法律人类学的世界

《什么是法律人类学》序言

书林臧否

□ 张晓辉

最近几年，在一批中青年学者的推动下，我国法律人类学学科呈现一派欣欣向荣的景象，有更多的学者和学生参与到法律人类学的推广、学习和研究中来，让法律人类学成为社科法学和法律人类学领域的显学之一。

法律人类学是一门很特别的学问：从法学的视角来说，它是运用人类学的理论与方法研究法律现象的学问；从人类学的视角来说，它是把法律作为社会生活的一部分，从社会整体上研究社会的法律事实，从社会的多样性中反思自身社会所存在的法律问题的学问。就我的经验而言，这两种视角都是法律人类学需要的视角，作为有法学背景的人，可以先掌握法律人类学的法学视角，再尝试运用法律人类学的人类学视角。当你能把法律当作社会生活中的社会事实来观察、思考和研究时，就把握了法律人类学的真谛。作为有其他学科背景的人，直

接以法律人类学的人类学视角进入可能会更容易一些。

如何把法学和人类学勾连起来，是法学家和人类学家关心的问题，也是法律人类学如何在法学和人类学领域立足的问题。把法学与人类学勾连起来的研究主题，在19世纪下半叶是古代法的历史遗存；在20世纪20年代是初民社会的法律；在20世纪40年代是初民社会的法庭和司法裁判；在20世纪60年代是法律的过程和大规模社会的法律问题；在20世纪80年代，是法律多元、法律(社会)事实和争议；进入21世纪，是权力和人权、法律全球化和在地性，跨国的法律和实践。正是有了这样一些具有勾连性的研究主题，才使法律人类学不断地打破法学和人类学两个学科的藩篱，对法学和人类学的学术发展作出了贡献。

法律人类学之所以能够成为一门独立的学科，关键之一是它使用了人类学的研究方法。人类学研究方法的核心是田野工作法，即通过参与观察和深度访谈获取实证材料，再用浅描或深描的民族志作品将社会生活中的法律文化以及作者反思自省的法律问题展现给读者。在现代社

会，这种田野工作法虽然实施起来有很多困难，诸如如何接近或走进研究对象、如何从小地方走向大规模社会、如何获取研究材料、如何书写民族志等，但法律人类学在克服这些困难的过程中，创新性地改进了田野工作法，使田野工作法仍然是这门学科的研究利器 and 标志。

法律人类学的写作方式与法学的写作方式有很大的差别，法学的写作方式以论证为主，以法律文本为教义；而法律人类学的写作方式则以叙事为主，以社会的日常生活为教义。所以，法律人类学的民族志需要的是作者讲故事的本领，以生动且有诗性(文学性)的文字，比较和展现法律在社会治理中的运行过程，继而以论证的写作方式反思解决法律问题的方法和途径。所以，法律人类学的研究要求研究者要讲事实、讲真话、讲实用，只有这样才能实现法律人类学的学术抱负。

法律人类学的学术抱负不局限于对小地方或大规模社会法律事实的描述，而是要通过对社会法律事实的研究，理解单个社会内部的法律关系和不同社会之间的法律关系以及法律与其他社会领域的关系，进而理解人类社会法律文化的

多样性，揭示和解释人类社会生存和发展中面对的重大法律问题。具有如此宏大抱负的法律人类学的根基不是宏大的叙事，也不是文本中的法律，而是一个个微观的社会场域，比如一个社区、一个地域、一个法庭、一个案件、一个家庭以及法庭外的走廊、工厂的车间、农村的地头和城市的街头巷尾，甚至一个法官、检察官、警察、律师、当事人的人生经历。这些都可能成为法律人类学的研究对象，成为法律人类学问题研究中的个案来源。正是在这些社会场域里，法律在生成，在运行，在博弈、在变异、在建构秩序，而法律人类学要研究的法律事实和法律问题也恰恰就发生在这些场域里。

为了帮助入门者从对日常生活及身边的人和事的观察和访谈中走入法律人类学世界，用法律人类学的田野工作法理解和解释人们既熟悉又陌生的法律世界，《什么是法律人类学》的作者从方法论、法律民族志、田野调查、扩展个案和日常个案等层面，深入浅出地回答了“什么是法律人类学”的问题，给出了从事法律人类学研究的路径和理论路径。我相信，这样一个开卷有益的法律人类学读本，一定会受到读者的喜爱。



疑狱诏

史海钩沉

□ 郝铁川

高皇帝七年，制诏御史：狱之疑者，吏或不取，有罪者久而不决，无罪者久系不决。自今以来，县道官狱疑者，各献所属二千石官，二千石官以其罪名当报之。所不能决者，皆移廷尉，廷尉亦当报之。廷尉所不能决，谨具以奏，傅所当比律令以闻。

——《汉书·刑法志》

解析：疑难案件层报审理制度

秦自商鞅变法以来，为加强集权统治，制定了名目繁多的法令，然而在实践过程中却未能适时修订，致其“法治”趋于僵化；在奉行法本主义同时，更将重刑推到极致，强调以刑去刑，轻罪重罚，并辅以酷刑，如仅死刑便有戮刑、磔刑、弃市、枭首、族刑等。最终，秦朝的灭亡也从陈胜吴广大雨无法如期至目的地，据秦律“失期，法皆斩”拉开序幕。

后西汉初立，百废待兴，百姓亟待休养生息。在统治思想上，汉初统治者深刻认识到秦王朝“以刑罪为巢”，而终有“覆巢破卵之患”的教训，在执法方针上改变了秦代“以法为教”的单纯法家路线，以黄老学派的“无为而治”和“刑

德相济”作为执法的指导思想，实行“约法省刑”的执法方针。在法令制定上，汉虽承秦律，却根据社会及经济发展变化情况，对秦律甄别权衡，有所取舍以求增益。在司法实践中，为尽可能安定民心，汉秉持“恤民”“慎刑”思想断案。但由于汉朝在立法时采用列举式罪状种种复杂因素，汉初疑狱久滞不决，“有罪者久而不决，无罪者久系不决”情况尤为严重。为解决上述问题，高祖七年以诏令形式，将疑狱奏制制度正式固定于汉朝审判制度中。

该制度的主要内容包括三个方面：首先，以判例汇编形式弥补成文法的不足。湖北江陵张家山出土的竹简《秦律》，收录至汉高祖十一年疑狱案例，并经规范整理，是皇帝意志《疑狱诏》法律化的产物，其中旧案被作为判例用以同类比照、判决。其地位不亚于律及令，并在一定程度上促进后续决事比的制度化，适时填补援法断案的空白及不足之处。

其次，确定四级复审制及疑狱范围。《疑狱诏》规定疑狱审定分为四个层级，县道官——二千石官(郡官)——廷尉(中央最高司法长官)——皇帝。对于下级机关上报的疑案，上级机关需“当报之”，即下达明确的判决指示；若依旧无法断案，则需继续上报上层决断。从《秦

律》收集的案例来看，高祖时期奏制的疑狱主要为事实认定困难以及法律适用不明，如“法无正条”或同一情况不同法令均可适用而量刑不同等。然而，该诏虽下，实践中并未获得良好效果，致“上思如此，吏犹不能奉宣”，文帝时期更是形成了“外有轻刑之名，内实杀人”的执法状况。由此，景帝就疑狱问题继续下诏，认为“狱，人之大命，死者不可复生”，奉行不可轻率断狱原则，扩大疑狱范围，即“若虽文致于法而于人心不服者，辄赦之”。据法有罪而人心不服的疑案，也需要奏案上报，实际上是通过该程序对律法的规范性进行重新审核乃至修正。

最后，审慎适用奏制。《疑狱诏》中记载“傅所当比律令以闻”，即奏案时需比附律令用以增强审判员决断依据。汉初时比附需具备以下三个条件：第一，比附针对“法无正条”案件；第二，比附适用的是律令，而非其他文书律籍；第三，比附处理的案件，疑难案件需逐级上报，由上级审查比附律令是否准确、恰当。由此可见，汉初统治者对比附案件仍保持较为审慎态度，然而，至汉后期，比附被滥用，致“所欲治则傅生议，所欲陷则于死比”的恶劣情况，其原因之一或亦为后期的比附未能施行层报，未能实现制度上的规范和程序上的约束。

从《疑狱诏》中我们可感知到，汉初统治者为了适应社会经济变化，从立法思想、法律渊源到断案技术不断更进与完善，体现了初步的德治与法治相结合的思想，而汉代法律制度也为此后中华封建法律制度奠定了基础，对我国现代法律制度的完善亦有所启示。

从汉高祖到汉景帝，疑狱奏制的疑案范围扩大至“虽文致于法而于人心不服者”，借整这一变化，若某法律条文因制定时所依据的客观情况发生重大变化，继续适用将明显有违公平正义，导致案件审判结果无法实现政治效果、社会效果和法律效果的良好统一的，或许可以考虑将此类案件亦纳入“具有法律适用指导意义的案件”范围内，进一步明确法律适用或确立规则。此外，对于一些同时存在“诉讼主客场”问题的案件，下级法院主动上报提级管辖可能积极性不高，上级法院依职权提级管辖的案件发现机制可以进一步完善与细化，或可通过一体化平台或大数据等技术手段，主动筛符合条件的案件；当事人申请提级管辖等方式也可以加以完善，从而进一步加强上下级法院良性互动。

(文章节选自崔亚东主编的《法治文明溯源：中华法系经典案例解析》，商务印书馆出版)