



## 民本思想:中华优秀传统法律文化核心价值

### 法律文化

□ 何勤华 顾非易

中国古代人文主义观念深刻影响政治、法律等领域,中华传统法律文化受农耕经济与家国一体宗法制度影响,形成“明刑弼教”“敬天保民”等民本法律思想。隋唐时期,以儒家“礼法结合”为主导,融合多学派的法律体系居世界领先。张晋藩先生指出,民本思想是中华优秀传统法律文化的核心内容,《尚书》“惟邦本,本固邦宁”为其精髓,汉之文景、唐之贞观等治世均体现统治者重民心、利民生的追求。民本思想在中华法系中的落实,主要体现在五个方面:

#### 德主刑辅,明刑弼教

周初统治者提出“明德慎罚”“敬天保民”,周公吸取殷商重刑亡国教训,主张以德教化民众,重视民生,此思想历代传承,影响封建法制原则与规范。

其一,西周实行三省、三赦制度。“三省”针对“不识”(对犯罪认识不全)、“过失”(危害结果意外)、“遗忘”(非故意)犯罪予以宽宥;“三赦”针对“幼弱”(未满八岁)、“老旅”(八十岁以上)、“蠢愚”(智力不全)犯罪予以赦免,理由是这类群体无暴逆之心,赦免无大碍,且适用于老幼盗罪。此制度含人本教化之意,为后世承袭,如汉诏书中多见“三赦”。

其二,西周推行“三刺”司法制度。司刺掌此制度辅助司寇审案,先讯群臣,再讯群吏,最后讯万民,唯有万民皆以为当杀才行刑。民意在审判中权重超群臣群吏,凸显对民意的重视与用刑的慎重,防止司法妄断以保公平。

#### 援法断罪,重惜命

援法断罪是封建法制脱离神权法的进步,源于重民思想,经法家论证形成体系,要求“使民知法”以护民权益,立公弃私。秦后立法者持续探索,《唐律疏议》明确规定“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文,违者笞三十”,标志罪刑法定确立,既树法律权威,又防司法擅断,体现重惜民命的精神。

在民本思想指导下,刑罚与审判制度多有改革。刑罚上,汉初总结秦亡教训,提出“约法省刑”“惟刑之恤”;公元前167年,汉文帝废肉刑,开启奴隶制肉刑向封建五刑过渡,581年,隋文帝颁《开皇律》,正式确立笞、杖、徒、流、死五刑。隋文帝改革有轻改重情况,但整体顺应潮流,为五刑奠基,北魏废死刑连坐、唐太宗修改“兄弟连坐俱死”也属民本思想的体现。

审判复查制度亦重惜民命:一是死刑复奏,汉萌芽,北魏收归中央核准,隋定“三复奏”,唐太宗时规定地方“三复奏”与京师“五复奏”,《唐律》规定“不得复奏而决者,流二千里”“限未满而行刑者,徒一年”;二是录囚制度,汉始,唐制定“五日一虑”“每岁一巡”制度,宋关注久系未决案,明发展“朝审”“热审”等,清形成九卿会审与秋审,抑制冤狱积压;三是乞鞫申诉,秦

始,汉规定徒二年以上者及家属三月内可上诉,至唐代,徒刑以上审判后必须当场宣告罪名,违者处刑,清设州县、府、道、司、院审级,越诉者笞;四是登闻鼓直诉,唐分置肺石与登闻鼓,武则天令御史受状,《唐律》为防诉讼不实规定“不实杖八十”,补越级起诉漏洞;五是翻异别勘,五代始,宋完善,初行三推制,南宋孝宗改为五推制,规范推勘官设置与流程,防错判枉断。

#### 矜恤老幼,宽容残疾

对老幼废疾等群体的矜恤,是民本思想精髓与中华优秀传统法律文化要义。

刑罚方面,《周礼》有“三赦”,《礼记》载“悼(七岁以下)与耄(八十岁以上)虽有罪,不加刑”;秦以身高定刑事责任,幼弱减罚;汉惠帝诏“民年七十以上,若不满十岁,有罪当刑者,皆完之”,光武帝令“男子八十以上,十岁以下,及妇女从坐者,自非不道,诏所名捕,皆不得系”;《唐律》细化“诸年七十以上,十五岁以下及废疾,犯流罪以下,收赎”“八十以上,十岁以下及笃疾,犯反、逆、杀人应死者,上请;盗及伤人者,亦收赎”“九十以上,七岁以下,虽有死罪,不加刑”,且不许拷讯,只能“据众证定罪”,明清承唐略改。

赎刑为刑罚替代方式,非独立刑种。早在《虞书》《吕刑》已出现有关记载:秦扩大适用,种类有赎耐、赎死等,方式分为金、赀、役赎;唐规范适用情形,主要有议请赎者、过失杀伤、符合条件老幼病残、罪疑者,排除情形有五流、十恶等;宋创折杖法;明以“纳赎者例图”详列了赎刑

的具体情况;清光绪废赎刑。赎刑制度虽有维护统治阶级、导致不公的局限,但体现恢复性司法与恤刑精神。

生活与役税上,春秋战国存“保息六政”“九惠之教”;唐设悲田养病坊,免费供老幼废疾医疗、衣食,《唐令拾遗》记载不能自存者由近亲或里乡收养;宋设安济坊、居养院等。役税减免始于夏商,八十免一子役,九十免全家,废疾同;同时小司徒、乡师等官吏辨老幼废疾以定施舍;唐免老幼废疾役税与役徒;明清重救助,减免金额减少。

#### 存留养亲,免死承祀

存留养亲制于北魏孝文帝时确立,《北魏律》规定:“诸犯死,若祖父母,父母七十以上,无成人子孙,旁无期亲者,具状上请;流者鞭笞,留养其亲,终则从流。”此制体现宗法伦理与民本思想,为后世承袭,《唐律》进一步完善。

明朝“治乱世用重典”,严格限制该制度,仅“非常赦所不原”之罪,且亲老无成丁者才奏闻上裁,徒流者杖百赎余罪,适用极少。

清承明制又加条例,放宽条件:除谋反、谋逆、谋叛外,其余死罪可适用;存留理由增“孀妇独子”“存留承祀”,为该制度运行最有效率的朝代。《大清律例》定其为秋审免死条件,规定犯死罪者亲老者(七十岁以上)疾,家无成丁(十六岁以上)奏闻,徒流者杖百赎余罪,还补充兄弟俱拟正法者留一人养亲,旌旗同民人留养等。审核极严,皇帝掌批准权,需地方官具“亲老名单”,伪造者重罚,故清代获准案例稀少。存留养亲制传统家国社会中保障了劳动力,体现了民本思想。

### 轻徭薄赋,与民休息

“轻徭薄赋”多在农民战争后施行,统治者以“与民休息”发展经济、巩固政权,汉、唐、明、清鼎盛期均如此。赋税关乎国计民生,“推恩”于民,保障恒产、薄敛、不违农时是得民心的根本。

汉初天下既定,民贫,统治者约法省禁,除法定徭役外,极少额外征收,司马迁称“百姓无内外之徭,得息肩于田亩,天下殷富”。其他朝代政策各有特色,北魏太和九年行均田制,隋颁均田法限地主兼并;唐放宽土地买卖,保障贵族利益也使百姓获授田;唐行租庸调制,每丁年纳租粟二石、调绢绵二丈、役二十旬,轻负助小农经济恢复;唐德宗建中元年行两税法,以户税、地税为主,量出制入,按现居与贫富征税,分夏秋货币缴,扩纳税面,均负担,为赋税重大变革;明万历九年行一条鞭法,归并赋役为货币税,结束实物税,废人头徭役,改对人税为对物税;清行地丁合一,康熙五十一年“盛世滋生人丁,永不加赋”,雍正时并丁银入田赋,废两千多人头税,促人口增长与土地开垦;《唐律》设“占田过限”罪,汉徒豪强、唐禁官吏侵夺私田,清禁官吏在任所置田宅,抑制兼并,提高普通农民生产积极性。

中华法系的民本思想贯穿德刑关系、司法审判、老幼废疾等群体保护、家庭伦理与经济政策,是中华优秀传统法律文化的核心价值,既维护了封建统治的稳定,也为后世法治建设提供了历史借鉴。  
(作者单位:华东政法大学)

## 为公平竞争立新规 《反不正当竞争法释论与适用》导读

### 书林臧否

□ 孔祥俊(上海交通大学讲席教授)

新修订的反不正当竞争法较为系统全面,尤其突出了问题意识,高度关注平台治理、数据保护、大型企业滥用优势地位等问题,所修订内容多呈现出要言不烦、直击要害、画龙点睛,充分展现了立法智慧,其重要性不言而喻。

#### 进一步凸显维护公平竞争的制度定位

新修订的反不正当竞争法充实了总则规定,进一步明确其法律定位,通过强化总则规定而实现纲举目张的制度效应。反不正当竞争法第二条第1款规定:“经营者在生产经营活动中,应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则,遵守法律和商业道德,公平参与市场竞争。”市场竞争的原则同时又是判断竞争行为正当性的价值标准。此次修订增加了“公平参与市场竞争”,进一步彰显其维护公平竞争的法律定位。与反垄断法维护竞争自由的定位不同,反不正当竞争法旨在维护市场竞争的公平,即通过制止以违反商业道德等方式实施的竞争行为,维护健康公平的竞争秩序,保障经营者和消费者的合法权益。

反不正当竞争法第二条第2款将不正当竞争行为界定为“经营者在生产经营活动中,违反本法规定,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为”,其中“扰乱市场竞争秩序”成为其优先级的要素,是否扰乱市场竞争秩序,则是依据第二条第1款规定的竞争原则和价值标准进行判断。“损人利己”的竞争性损害通常是市场竞争的常态,因正当的市场竞争而给其他经营者或者消费者造成损害,通常并非不正当。只有违背竞争原则的市场竞争,才会被认定为不正当竞争。在市场经济条件下,竞争自由是原则,不正当竞争是例外,不正当竞争需要根据市场竞争原则进行特别的判断和认定。依据第二条认定法律未列举的不正当竞争行为,需要准确把握公平竞争的价值标准,既不能因为顾忌所谓的“向一般条款逃逸”而束手束脚,又要保持必要的谦抑和对市场竞争复杂性的敬畏,防止过度干扰市场竞争。

#### 在继往开来的基础上完善类型化行为的列举性规定

反不正当竞争法的修订不是空穴来风,是基于已有的实践积累,或者直面现有法律争议的解决。修订的内容往往是已有实践经验的升华,或者是对于此前争议问题的一锤定音,都不是凭空创设规则和内容,大多数内容已经过实践的检验。因此,新修订内容往往对于既往的司法执法实践具有延续性,对其解读可以结合已有的实践和认识。当然,法律修订又将问题的解决推向新阶段,因而需要以新修订内容为新起点,去解决新问题和迎接新挑战。



一、反不正当竞争法第二章列举性规定的板块式调整

列举性规定分别调整各个独立的不正当竞争行为类型和法律领域,规定各类行为的适用条件,并对其实行穷尽式的涵盖,属于该领域的调整事项而又不构成相应行为的,即属于竞争自由的范畴,不宜再适用第二条进行扩展的叠加保护。例如,凡是涉及使用他人商业标识或者模仿他人商业模式(如时装款式的设计模仿)的行为,均应纳入第七条规定调整,并以市场混淆为构成要件;不足以产生市场混淆的,不宜再以“搭便车”等为由纳入第二条进行叠加式的调整。

#### 二、准确把握混淆行为的新规定

一是将擅自使用他人注册商标、未注册的驰名商标作为企业名称中的字号,使人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的情形,纳入混淆行为。至少在字面含义上,此类情形不再依据是否突出使用企业名称字号而区分商标侵权和不正当竞争,而一概纳入不正当竞争范畴,但显然又以商标在先为适用条件。企业名称字号在先注册使用但有意突出使用,与他人注册商标冲突的,不属于上述情形,但仍可以纳入商标侵权进行判定。二是将他人商品名称、企业名称(包括简称、字号等)、注册商标、未注册的驰名商标等设置为搜索关键词的行为一概纳入不正当竞争范畴,不再区分商标侵权与不正当竞争,并以市场混淆为构成要件。依照“明示其一即排斥其他”的解释规则,以及旨在“规范对搜索关键词的使用的”立法目的,显然将不构成市场混淆的使用行为排除于不正当竞争之外。三是第七条第1款第(四)项兜底规定除涵盖前三项不能包括的商业标识(如地理标志)外,还包括其他市场竞争活动或者市场成果模仿的混淆行为。

#### 三、对商业贿赂、虚假宣传、不当有奖销售和商业诋毁等不正当竞争行为直击要害的规定

一是增加有关单位和个人不得收受受贿赂的规定

定,实现行贿受贿的全覆盖。二是将虚假宣传行为误导的对象由消费者扩展为“消费者和其他经营者”,并加强对刷单炒信行为的规制,明确不得通过“虚假评价”方式帮助他人实施虚假宣传。三是规定有奖销售活动开始后,经营者不得随意变更更有奖销售信息。四是规定经营者不得“指使他人”进行商业诋毁,并将商业诋毁的对象由“竞争对手”明确规定为“其他经营者”,避免对竞争对手的狭义理解。

#### 四、网络不正当竞争的新规范

一是将网络不正当竞争的手段限定由“利用技术手段”扩展为“利用数据和算法、技术、平台规则等”手段,实现了“互联网专条”对网络不正当竞争的全面而穷尽式的调整,通常无需再依据第二条扩展认定此类行为。二是增加侵害数据权益的规定,以制止不正当数据获取使用行为的方式进行数据数据权益保护,且首次在法律层面落实民法典数据保护的宣示性规定。当然,对于受保护数据的适格条件和不构成不正当侵害的情形除外,均未作规定,需要进一步探索。三是平台经营者处置平台内经营者不正当竞争行为的义务及必要的处置措施,仍需要细化落实。

#### 五、关于解决拖欠中小企业账款问题的规定

大型企业等经营者不得滥用自身优势地位,要求中小企业接受明显不合理的付款期限、方式、条件和违约责任等交易条件,拖欠中小企业的货物、工程、服务等账款。该规定除针对性解决当前“拖欠”等特殊问题外,能否有限度地演化出滥用相对优势地位行为,仍值得关注。

#### 基于效果原则的域外管辖条款

反不正当竞争法第四十条规定:“在中华人民共和国境内实施本法规定的不正当竞争行为,扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者的合法权益的,依照本法以及有关法律的规定处理。”本条规定的域外适用确定了实体法的域外适用,而相应的域外管辖顺理成章。第四十条采纳了域外适用的“效果”原则。在当前国际市场竞争加剧的背景下,我国国内企业的市场竞争延伸至国外市场(如电子商务中的境外恶意投诉行为)以及在国内外实施的其他扰乱市场竞争秩序的行为(如在国外实施窃取国内的商业秘密),均可以依据“效果”原则进行管辖和适用我国法律。

总之,修订后的反不正当竞争法进入一个承前启后的新阶段。对于众说不一或者晦暗不明的法律规定,立法者作出的明确规定,是最具权威的法律答案。司法者和执法人员应当忠实地运用法律,对于清晰的法律规定要抑制轻率的创新冲动,不能动辄以明晰规则或者创造新规则进行标榜。即便法律规则有模糊之处,也应当秉持恰当的解释方法加以解决。因此,面对纷繁复杂的法律适用问题,司法者和执法人员需要保持清醒的鉴别力和定力,积极探求立法的真义,时刻以立法主旨为依托,“不畏浮云遮望眼”,将法律落到实处。



### 史海钩沉

□ 杨贝(对外经济贸易大学法学院教授)

先秦时期,在法家崛起以前,墨家是唯一能和儒家分庭抗礼的学派,墨学与儒学并列而“显学”,天下学问“非儒即墨”。墨家的无讼方案看起来别具一格,但他们对理想社会的构想其实和儒家如出一辙。《墨子》这本书里多次提到对理想社会的憧憬,最核心的一句话就是“刑政治、万民和,国家富,财充足,百姓皆得暖衣饱食,便宁无忧”(《墨子·天志中》)。这是一个纲领性的概括,他在其他文章里还提到一些细节,比如,“是以老而无妻子者,有所待奉以终其寿;幼弱孤童之无父母者,有所故依以长其身”(《墨子·兼爱下》),这就是大同世界里的“幼有所长,矜、寡、孤、独、废疾者,皆有所养”(《礼记·礼运》)。

墨子认为社会治理的基本原则就是顺从天意。“观其刑政,顺天之意,谓之善刑政;反之,谓之不善刑政”(《墨子·天志中》)。社会治理的好坏就是看其是否顺从天意。那么天意是什么呢?天意就是爱人,爱天下苍生。

墨家的爱是对所有人的平等的爱。“人无幼长贵贱,皆天之臣也”(《墨子·法仪》)。所有人,不论年老年少,不论身份贵贱,都是上天的子民。“爱人,待周爱人而后为爱人”(《墨子·小取》)。只有普遍地、平等地爱所有人才是真正的爱。墨家主张节用合一、言行合一,“言足以复行者,常之;不足以举行者,勿常。不足以举行而常之,是荡口也”(《墨子·耕柱》)。说了会做的,可以常说;说了却做不到,就不要常说。说了不做还总挂在嘴边,那就是信口胡说。墨家既然主张无私地、平等地爱世人,那他就会实实在在地爱每一个生活的具体的人。

墨子是实用主义者,他衡量好坏的标准就是有没有用,在他眼里,“焉有善而不可用者”(《墨子·兼爱下》)。如果一个东西是好的,它怎么会没有用呢?墨子爱一个人,不会只爱他抽象的灵魂,不会只是爱他所归属的“人”这个概念,而是爱这个具体的生命,不仅要让他活着,还要让他好好地活着,有衣穿、有饭吃,还要有尊严。在墨子的理论体系里,这种爱体现为政治、经济、教育、法律四方面的平等机会。

首先,在政治方面,墨家主张选贤任能,但在选举贤能时,墨家更坚定地坚持平等原则,唯才是举,“以德就列,以官服事,以劳殿赏,量功而分禄。故官无常贵,而民无终贱,能有则举之,无能则贬之”(《墨子·尚贤上》)。人的贵贱不由出身决定,而是根据他的德能和能力确定。

墨子本人是平民出身,很有可能是手工业者出身。在春秋战国时期,手工业者都属于“贱人”,有一次,一位楚国的官员穆賈对墨子说,您的主张好是好呀,只怕楚王会说这是“贱民”的主张,不肯采用。墨子不客气地怼回去,他说一个理论主张,只要有用就行,管它是谁提出来的呢?这就好比一株药草,如果吃了它就能把病治好,天子会因为它只是株草就不吃吗?如果王公大臣用农夫种的粮食来酿酒,祭祀鬼神,难道鬼神会因为是“贱人”种的而不接受吗?

墨子很喜欢举伊尹的例子。伊尹出身奴隶,他的职业是厨师,因为研究古代明君的治理经验而闻名。墨子说,商汤当初要去拜见伊尹,给商汤驾车的人劝他说,伊尹是“贱人”,您要是想见他,让他来就行了,这是对他的赏赐啊!何必亲自去呢?商汤对这个驾车的人说,这就是你无知了,如果有一种药能让我耳聪目明,我一定高兴地吃下去。现在伊尹就是良医良药,你不妨让我去见他,就是不想让我好。最后,商汤赶走了给他驾车的人。墨子认为,“不拘一格降人才”的做法能够激励普通人努力上进,也能够警醒当权之人勤勉尽责。

其次,在经济方面,墨子的平等主要体现在社会资源的利用上。表面看来,墨家主张节用,是为了限制权贵阶层挥霍,避免浪费。细想起来,墨子的用意可能不止于此,他的终极目的还是想把节省出来的资源用在更多的平民身上。为了让更多人享受社会资源,墨子不仅反对奢侈之风,还反对儒家的繁文缛节。

墨子形象地描绘过权贵的奢靡。一顿饭,大国君主用来盛放食物的器皿都有上百种,小国君主也有数十种,在面前摆好了几丈宽,看都看不完,拿也拿不到,尝也尝不完。冬天,还没等到,这些食物就冻成了冰;夏天,还没等到,就变了味。国君这样奢侈无度,王公大臣就会模仿他。在墨子看来,节用有助于社会安定,有助于生产力的提高。墨子形象地描绘过权贵的奢靡。一顿饭,大国君主用来盛放食物的器皿都有上百种,小国君主也有数十种,在面前摆好了几丈宽,看都看不完,拿也拿不到,尝也尝不完。冬天,还没等到,这些食物就冻成了冰;夏天,还没等到,就变了味。国君这样奢侈无度,王公大臣就会模仿他。在墨子看来,节用有助于社会安定,有助于生产力的提高。墨子形象地描绘过权贵的奢靡。一顿饭,大国君主用来盛放食物的器皿都有上百种,小国君主也有数十种,在面前摆好了几丈宽,看都看不完,拿也