



## F 前沿话题

□ 王洋

2025年12月22日,《中华人民共和国银行业监督管理法(修订草案)》(以下简称银行业监督管理法修订草案)提请十四届全国人大常委会第十九次会议审议。这部法律的修订,体现了银行业金融机构风险处置在“机构监管、行为监管、功能监管、穿透式监管、持续监管”理念下的若干革新,尤其体现了功能主义监管路径以及“穿透式监管”方法。

## 功能主义监管理念下的法律适用范围扩张

金融稳定法(草案二次审议稿)第四条规定:“维护金融稳定,应当坚持预防为主,加强金融风险源头管控,依法将金融活动全部纳入监督管理。”2017年,全国金融工作会议指出,“所有金融业务都要纳入监管”,2023年,中央金融工作会议将这一表述改为“依法将所有金融活动全部纳入监管”,在金融法中体现为全范围的金融监管。

目前,金融混业经营的大趋势不可逆转,金融监管部门除了传统的机构监管理念外,更为注重功能监管理念。罗伯特·默顿提出的“功能监管”理念,主要着眼于对具备相同功能的不同金融机构的相关业务和活动,实行统一或相对统一监管标准。在这一理念影响下,银行业监管要面对层出不穷的金融机构、金融产品,其必然不能只针对传统的“商业银行、农村信用合作社等吸收公众存款的金融机构以及政策性银行”等核心规制的银行业机构,也不可能只针对“金融资产管理公司、信托公司、企业集团财务公司、金融租赁公司”等业已被规制的机构,需要将实质上具有银行功能或与银行业风险紧密相关的机构纳入其中。

其中,金融控股公司作为银行机构的实际控制人,又分跨多个行业,往往是金融风险跨行业传递的源头;理财公司作为“大资管”体系的重要组成部分,存在较大的“影子银行”风险,又与银行传统信贷业务存在较为紧密的联系;汽车金融公司和消费金融公司均从事信贷业务,其资金来源基本来自银行,但核心业务又同为信贷,需要统一监管防止套利;货币经纪公司虽然没有相关信贷功能,但专门为金融机构之间的金融市场交易提供经纪服务,则其可能滥用相应的信息优势,扭曲市场价格发现机制,导致风险向银行等金融机构传递。

事实上,此前银行业监督管理机构已经将上述金融机构纳入监管,从行业准入到行为规制均进行有效控制,但其位阶较低,且与银行业监督管理法的适用关系并不明确。

银行业监督管理法修订草案将以上五种机构及“经国务院银行业监督管理机构批准设立的其他金融机构”统一纳入银行业监管的体系中,统一“适用本法对银行业金融机构监督管理的规定”,既体现“依法将金融活动全部纳入监督管理”背景下防范和化解金融风险的理念,也通过功能监管统一金融监管规则,避免监管空白下的套利问题。

值得注意的是,2022年银行业监督管理法(修订草案征求意见稿)中的银行业基础设施相关条款在本次修订中被删除。这是因为《金融基础设施监督管理办法》将相关监管权力交给了中国人民银行及中国证券监督管理委员会,相信在制定金融法过程中,相关监管机构在“机构监管、行为监管、功能监管、穿透式监管”的理念指导下,将进一步明确监管范围和监管职责。

**功能主义视角下的“穿透式监管”方法运用**

银行业监督管理法修订草案除了要列举哪些机构应当被纳入监管,更应关注银行业金融机构的股东、实际控制人及其他关联方的问题。在此基础上,“穿透式监管”是确保“功能监管”能够真正落地的核心操作手段。例如,银行业监督管理法修订草案第二十一条将主要股东、实际控制人纳入监管范围,对其资金来源、财务状况、资本补充能力、股权结构和诚信状况等进行审查,并要求前款所提到的主要股东的控股股东、实际控制人也需要符合相应要求;第二十七条对于银行业金融机构股权代持进行了禁止;尤其是第二十八条要求银行业金融机构的主要股东应当按照规定向银行业金融机构“逐层说明其股权结构直至实际控制人,以及与其他股东的关系,及时、准确、完整报告自身及其控股股东、实际控制人、关联方等可能影响股东资质条件或者导致所持银行业金融机构股权结构发生变化的有关情况”。

原本银行业监管的一个难点在于,如何规制银行业金融机构相关股东、实际控制人的相关风险。碍于这些主体并非银行业监督管理法所规制的主体,既往的监管措施顶多能对以上主体进行软约束。而“穿透式监管”方法的运用体现了“实质大于形式”的要求,“向上穿透”到主要股东和实际控制人,并在第二十九条规定了针对股东、实际控制人的禁止性行为,对其进行早期纠正硬约束。如果“功能监管”解决的是管哪些金融机构及业务的问题,那么“穿透式监管”解决的就是如何从复杂股权结构及资金链条出发,全面识别风险。

总之,银行业监督管理法修订草案体现了从“机构监管”理念到“功能监管”“穿透式监管”理念的深刻转变,无论是适用范围的扩大,还是“穿透式监管”方法的进一步延伸,均体现了现代金融监管体系的革新以及制定金融法背景下防范和化解金融风险的理念。

(作者单位:中国海洋大学法学院)



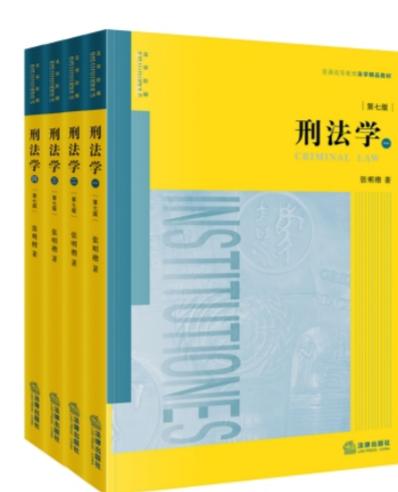
## F 书林臧否

□ 张明楷 (清华大学法学院教授)

东海扬尘、沧海桑田。我们正身处百年未有之大变局的历史漩涡之中,源远流长、博大精深的法学正遭遇史无前例的巨大挑战。

科学技术日新月异,人们的生活更多地依赖技术手段。没有“使用说明”的技术手段,既能被用于积德行善,也可被用于伤天害理。正因如此,个体行为具有的潜在危险增大,犯罪人能掌握原本只有国家才拥有的摧毁力。社会如同巨大的“黑匣子”,人们不知何时会受到何种攻击、瞬间会发生何种灾难,内心充满惊恐总的趋势和形形色色的不安。人类的价值观原本多元且不可通约,身处风险社会的国民对美好生活的向往呈现多维度特征,既有构筑安全社会、和谐社会的期盼,也有形成正当社会、正义社会的期望,还有营建体面社会、尊严社会的期待。

刑事立法应变随机,使刑法敏锐反映社会变化,迅速适应社会发展,是具有民主正当性的立法者的事务。国家对国民的刑法保护,是一项公共服务内容。立法工作将深刻的思想和信念定实为文本,使时代的生活与观念融合为文化,坦然直面国民的审视。由不会说的文字固定下来的刑法,需要解释使之适应瞬息万变的社会生活事实。“解释者对法律的理解可能比立法者更为出色,法律可能比它的制定者更为聪明——甚至可以说,它必须比它的制定者更为聪明”(拉德布鲁赫语)。刑法学要想在日新月异的技术变革中保持其解释力与生命力,就应当揭示其在当下时代的真实含义,但反对



者却抨击客观解释论是“法解释的瞒天过海之策”。其实,主观解释论只不过将中意的想法视为立法原意的展现、立法本意的彰显,不仅是“法解释的漫天昧地之策”,而且是对法治的威胁。

媒体传播异常发达,司法者根本不可能防止“声音泄露”与“声音隔阂”,司法的公开化乃至透明化,使其过程与结论概莫能外地接受国民的审视。望文生义、断章取义地适用刑法条文作出的裁判,必然败给国民基于正义的直觉与朴素的法感形成的结论。国民对司法的影响力远远超出了刑法学对司法的影响力,这是不争的事实。如何实现刑法理论与司法实践的理性认同、良性互动,值得深思熟虑,需要砥砺前行。

公众参与简易便捷,人文社会科学领域的专业结

论,无一例外会面临国民的审视。真正的法律人,应当创造出“一种与一般的外行人并且事实上与许多法律人的看法相遥远的关于法律的基本看法”(波斯纳语),做到这一点需要智慧与胆识。刑法学需要尊重国民的真实意愿、表达国民的正义诉求、符合国民的规范意识。就此而言,刑法学是“践行民主”的,但刑法学中一般化的最优解决方案,不是取决于赞成票的多少,而是有赖于说服力的强弱。罪刑法定、责任主义,大体上是“脱离民主”的。在法治与民主的紧张关系中,如何不让棘手案件制造恶法,不让疑难案件破坏法治,值得潜精研思,需要守正不阿。

互联网络遍及全球,犯罪的行为地、中间地、结果地的界限已不再历历可辨,泾渭分明。任一偏隅的犯罪所造成的结果,都可能延展于世界的每个角落,人类命运共同体需要共同面对现在与未来的全球安全。法治是人类文明的重要成果,法治的精髓和要旨对于各国国家治理和社会治理具有普遍意义,他山之石,可以攻玉。兼容并蓄、海纳百川的中华民族,在漫长历史进程中,不断学习他人的文明成就,不断弘扬自己的优秀传统,从而形成鲜明的民族特色。构建中国自主的刑法学知识体系,并非固化刑法理论的现状或创造国人能懂的词汇,而是需要以国际视野包容人类命运共同体的价值追求;具有原创性的概念、范畴、原理必然也是普遍性的概念、范畴、原理。风月本闲,不必自冗;天地本宽,何必自隘!对国外刑法学说不必深恶痛绝,对借鉴国外学说的正常研究不应滥用“崇洋媚外”“挟洋自重”的帽子;对热血满腔、激情四溢的青年学子,应当提供宽松的学术环境、适宜的学术氛围,让他们各抒己见、畅所欲言。

每个人都有对自己难以摆脱的以自己的方式对世界的理解。哈特的学术对话者曾言:“没法让我

的智慧同哈特教授的智慧汇聚……这是因为,我不认为他的智慧真是智慧,我也断定对他我持相同看法。如若把我们两人关在一个房间,经由我们共同思考的完整过程,直到我最终同意哈特教授的目的论才放了我们,这对我们两人都将是未经正当法律程序的终身监禁。”在存在尖锐对立的刑法学领域,一个人的坚定笃信,会把他视为无稽之谈。不得不承认的是,法律思维的特点又是寻求单一决策,从而实现法的安定性与公平性。如若套用“真理”概念,那么,真理是通过多数意见之间的自由辩论和平等竞争而获得,而非由权力所赋予。“迫使他人接受‘真理’,比错误本身更危险”(约翰·密尔语)。刑法学者需要豁达大度,包容互不相容的学术观点,在有规则的学术自由市场内匠心经营、悉心探究,让人们在比较和鉴别中认识真理。

弗洛伊德说:“知识分子总认为理性是心灵的主宰,却不知道它不过是个骑在情绪巨象背上的脆弱骑士。”刑法学研究需要理性,但情感、情怀、情绪乃至情商都会影响对刑法问题的判断。《刑法学》一书的不少观点或许并非理性表述,只是情绪流露。此外,思虑不周、揣摩不透的想法也写进本书,对不少迟徊不定、踌躇未决的问题罗列出多个方案。心中永远充满疑问,目光不断地往返于肯定与否定之间,成为一种学术常态。

虽然依然有“豆瓣肉”,但未曾想过“几时归去,作个闲人。对一张琴,一壶酒,一溪云”,有人认为工作比娱乐更有趣;于我而言,不停地修改本书比娱乐更有趣。学术写作不是职业生涯的筹码,而是学术观点的交流。学术生活是持续不断的自我确信、自我否认与自我超越的过程,达到确信终点的瞬间便为新一轮怀疑的开始。其间无花无酒,但兴味盎然;昨日邻家乞新火,晚窗分与读书灯!



## 宽严相济的传统思维及其当代转化

## F 法律文化

□ 何勤华 张顺

从《尚书·吕刑》“轻重殊罚有刑,刑罚世轻世重”的早期表述,到《唐律疏议》“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”的制度凝练,再到明清时期“宽以待民,猛以治官”的实践调适,宽严相济思维历经先秦诸子争鸣的理论奠基,汉唐儒法合流的体系成型,后世王朝的实践深化,贯穿我国法律发展的全过程,成为历代治理社会、维系秩序的重要指导原则和传统法律文化的核心精神之一,形成了“德主刑辅、宽严适度、因时制宜”的核心内涵。

## 宽严相济传统思维的历史演进与核心内涵

宽严相济传统法律思维的历史演进大致可分为三个阶段:第一,先秦时期的理论奠基,诸子百家围绕“治国之道”的激烈争论为后世宽严相济思想的融合奠定了基础;儒家主张“仁政”,强调“宽”的价值。孔子提出“道之以德,齐之以礼,有耻且格”,反对严刑峻法;法家则强调“法治”,商鞅提出“重刑轻罪”,认为只有重罚才能实现社会秩序稳定;韩非子则主张“法、术、势”相结合,强化君主的刑治权威。

第二,汉唐时期的体系成型,汉初统治者吸取秦“专任刑罚”的教训,推行黄老思想,实行“轻徭薄赋、约法省刑”,汉武帝“罢黜百家,独尊儒术”后,董仲舒提出“德主刑辅”,主张以道德教化为主,刑罚惩罚为辅,初步形成了宽严相济的思想框架。

《唐律疏议》颁布以后,以“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”为核心立法指导思想,标志着宽严相济的体系化成熟。

第三,宋明清时期的实践深化,宋明理学的兴起强化了“德主刑辅”的思想基础,统治者在法律实践中更加注重宽严的辩证运用。例如,宋代推行“折

杖法”体现了“宽”的精神,同时又对“盗贼”等犯罪予以重罚;明初,朱元璋推行“重典治吏”,体现了“严”的导向,但中后期逐渐施行“宽严适中”的治理策略;清代则通过推行秋审制度等措施,推崇慎刑精神。

作为中华法系治国理政的重要智慧结晶,宽严相济刑事政策历经千年演变,从古老思想发展为当前的基本刑事政策。这一政策既汲取了中华传统法律文化的精华,又融合了马克思主义法治理论与当代中国法治实践,成为具有中国特色的刑事政策体系。整体上看,宽严相济传统法律思维的核心内涵主要体现在三个方面:一是“德主刑辅”的价值导向,也是核心原则,即强调道德教化的主导作用,刑罚仅作为辅助手段;二是“宽严适度”的适用原则,“宽”主要体现为轻刑慎罚、明德慎罚,如对老幼废疾者减免刑罚,对轻微犯罪从宽处罚,实行缓刑制度等。“严”主要体现为对严重危害社会秩序的犯罪予以严厉打击,如对“十恶”重罪、贪官污吏、盗贼等犯罪的严惩,强调“宽不纵恶,严不伤民”,反对宽严失度;三是“因时制宜”的动态调适,即强调根据社会形势变化灵活调整宽严的侧重,以适应社会治理的需要。2025年,中央政法工作会议进一步强调,要全面准确贯彻宽严相济刑事政策,在司法工作中充分考虑犯罪行为的社会危害性,注重人民群众的实际感受,做到该宽则宽、当严则严,彰显了这一政策的时代内涵与实践价值。

## 宽严相济传统思维的现代性转型

宽严相济传统思维在当代的创造性转化,首先体现在与法治原则的深度融合上。“宽不是法外开恩,严不是法外加重。宽严相济的首要前提是严格依法”,这一论断明确了宽严相济刑事政策的基本边界,正当程序原则是保障当代宽严相济刑事政策合法性与公信力的关键支撑。无论从宽还是从严,均须严格遵循法律规定要求,充分保障当事人的知情权、辩护权等基本诉讼权利,确保司法裁量过程

公开透明、证据采信于法有据,裁判说理充分严谨。通过程序正义的约束,防止宽严相济异化为权力恣意的工具,实现政策目标与法治价值的有机统一。

宽严相济的当代转化还体现在对刑事司法政策向全面治理理念的升华。《中国共产党纪律处分条例》规定,“处理违犯党的党组织和党员,应当实行惩戒与教育相结合,做到宽严相济”。《中国共产党纪律检查机关监督执纪工作规则》强调,“把握政策、宽严相济,对主动投案、主动交代问题的宽大处理,对拒不交代、欺瞒组织的从严处理”,这表明宽严相济已从刑事政策上升为治党治国的重要方略。

在具体制度层面,宽严相济刑事政策通过认罪认罚从宽制度、不起诉制度等一系列制度化安排实现现代转型。认罪认罚从宽制度通过确立控辩协商机制,保障被追诉人认罪认罚的自愿性、真实性和平等性。“严”主要体现为对严重危害社会秩序的犯罪予以严厉打击,如对“十恶”重罪、贪官污吏、盗贼等犯罪的严惩,强调“宽不纵恶,严不伤民”,反对宽严失度;三是“因时制宜”的动态调适,即强调根据社会形势变化灵活调整宽严的侧重,以适应社会治理的需要。2025年,中央政法工作会议进一步强调,要全面准确贯彻宽严相济刑事政策,在司法工作中充分考虑犯罪行为的社会危害性,注重人民群众的实际感受,做到该宽则宽、当严则严,彰显了这一政策的时代内涵与实践价值。

面向国家治理现代化需求,宽严相济刑事政策的贯彻需进一步创新实践机制。在立法层面,应完善刑罚结构,推进刑罚制度改革,为检察机关贯彻宽严相济刑事政策提供更多支撑。在司法层面,

需构建“规范—事实—一般性情景”的反思性平衡机制,这一机制包含四个步骤:一是规范指引,以法律规范为出发点确定待决策件的核心法律问题;二是情景识别,分析案件事实,识别其中蕴含的与“一般性情景”相连接的特征;三是情境中介,将识别出的情景特征与先例中的裁判规则、常识常理的价值取向、政策导向的社会目标进行反复对比权衡;四是规范调适,运用法律解释方法使规范的最终含义能够包容和回应经过权衡的情景要素。通过该机制

可实现法律规范与个案情势的有机结合,增强裁判的合法性和合理性。

近年来,宽严相济刑事政策在适用中呈现明显的阶段性变化,体现了“宽严审时”的动态适应性。一是对未成年人犯罪呈现“宽容不纵容”的态度。随着河北邯郸初中生被害案被最高检核准追诉,对未成年人严重暴力恶性犯罪不纵容的态度进一步强化;二是正当防卫条款的激活。自2018年“昆山反杀案”以来,“两高”通过发布典型案例,旗帜鲜明地亮明了“法不能向不法让步”的法治态度,三是刑法第十三“但书”条款的积极适用。司法机关正积极回应人民群众对“但书”条款的期待,对“情节显著轻微危害不大”的行为依法不认定为犯罪。

在数字时代背景下,宽严相济刑事政策需应对新型犯罪挑战。对于利用网络技术实施的金融诈骗、侵犯公民个人信息、散布虚假信息等新型犯罪,需坚持“该严则严”的立场,依法严厉打击。同时,对于因技术认知局限导致的轻微行政违法,则可探索“该宽则宽”的处置策略,避免抑制技术创新活力。这种区别对待的策略,正是宽严相济刑事政策在现代社会中的创新应用。与此同时,贯彻宽严相济刑事政策还需坚持法理统一原则,这里的“法”是指与宽严相济刑事政策有关的法律法规;“理”包括国家利益、人民利益以及社会常理和人民群众朴素的公平正义观;“情”则是指在依法办案的基础上,充分考虑正常社情民意,道德评价、公序良俗等内容。坚持法理情有机统一,既要准确把握家庭伦常和公众普遍认知,向社会传递正能量,释放司法善意;也要准确把握朴素的法治意识,对“法不能向不法让步”“善行不应受罚”等观念有所呼应,同时还需准确把握比例原则,做到“宽不至于鼓励犯罪,严不至于让人同情”,这一原则是中国传统的朴素正义的价值取向在现代法治中的延续与发展,也是实现公平正义的法治标杆与民心标准。

(作者单位:华东政法大学)

