



法 论

西南政法大学研究生学报

李 燕 主 编

Law Review Vol.28 (1)
Journal of Postgraduates of
Southwest University of Political Science and Law
Chongqing, China

地方政府融资平台风险困境与制度突破

近代土地交易习惯探微——以东蒙公氏地契为例

破产法债权人委员会制度研究

快递运输合同中的保价条款研究

基层法院处理事实疑罪的实体模式与程序机制

杜 坤

公 杰

张长健

郭青青

王 彪



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



法 论

西南政法大学研究生学报

李
燕
主
编

Law Review Vol.28 (1)

Journal of Postgraduates of

Southwest University of Political Science and Law

Chongqing, China



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门

Access To Law

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

法论. 第28卷. 第1辑 / 李燕主编. —北京: 法律出版社, 2015. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6779 - 7

I. ①法… II. ①李… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53



数据核字(2014)第197874号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 妮

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/财税出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/7.5 字数/208 千

版本/2015 年 1 月第 1 版

印次/2015 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 6779 - 7

定价: 25.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

学术顾问:(以姓氏笔画为序)

付子堂	田平安	卢代富	龙宗智
孙长永	刘俊	李开国	汪太贤
张玉敏	张国林	李昌麒	李树
杨树明	肖唐鏖	岳彩申	赵万一
种明钊	赵学清	唐青阳	徐静村
常怡	曹大友	梅传强	

主 编:李 燕

副 主 编:倪朱亮 艾 茜

编 委 会:(以姓氏笔画为序)

朱林方	刘乃梁	马 密	张永强
张 盖	胡 倩	赵 丽	蒋子翘

刊名题字:徐静村



在路上

法瞰天下,论道西南。

法学是知识之学、智慧之学、精神之学,仰之弥高,钻之弥坚,瞻之在前,忽焉在后。法学理论博大精深,法律实践错综复杂,研习法律,需要有“衣带渐宽终不悔,为伊消得人憔悴”之精神。法学不仅蕴含知识、智慧、精神,在经世致用方面更发挥着独特的作用,尤其在全面深化改革,推进国家治理体系与治理能力现代化的今天,更需法治“指点江山,激扬文字”。

研究生,当反复钻研、究其根底、生长学问。处于时代变革之中,作为法科研习人员,吾辈更应秉承此念,有所担当。毋意、毋必、毋固、毋我。面对时代变革和法治梦的召唤,虽无举法之力临门一脚的宏愿和能力,但亦应敏而好学、锤炼自身,寓学于思,寓思于文,寓文于传;既需抽象思辨以分析静态之法理,又要深入实践以把握动态之法律。

西南政法大学素有论辩的传统,论辩文化是西政文化和精神的重要组成部分,但“论”不仅限于论辩,更有论理、论断、论述、论说、论析、论坛;“论”不仅有语音撞击的悦耳,更有文字跳动的悦目。西南政法大学研究生学报《法论》创刊至今二十九载,如切如磋,如琢如磨,伴随着经典的辉映,理论与实务齐飞,争鸣共探索一色。本刊旨在为法学爱好者提供抒发和交锋的平台,较之大观点大学问大师云集的成熟期刊,本刊仍处于黄口之年,面对法学的浩瀚星空,吾等皆沧海一粟,我们无力奢谈什么是我们的贡献,但合抱之木,生于毫末;九层之台,起于垒土;千里之行,始于足下。我们希望以此刊为法学领域内勇于探索的爱好者提供一处加油站

或栖息地,为您学术研究的启航略尽绵力。

《法论》倡导观点争鸣,故不拘一格,不问学历出生,只以学术为准,诚邀天下道同者与谋共进。法制在通往法治的路上,本刊在走向成熟的路上,我们在不断成长的路上,我们,都在路上。

目 录

【理论探索】

- 刑法存活于文化中..... 江耀炜 3
- 德国形式法治国理论研究..... 张 涛 15
- 地方政府融资平台风险困境与制度突破..... 杜 坤 31
- 近代土地交易习惯探微
——以东蒙公氏地契为例..... 公 杰 57
- 笔迹特征鉴定价值的分析及运用..... 刘妍君 78

【争鸣】

- 《商君书·垦令》与秦简比勘研究 曹 勤 秦 涛 89
- 为“主观超过要素”辩护 高 媛 101

【部门法制度探索】

- 论专利侵权救济中的永久禁令
——以默克交易 v. 易趣案为视角 唐 伟 121

破产法债权人委员会制度研究	张长健	133
夫妻共同债务诉讼中的推定规则与证明责任		
——以《婚姻法司法解释(二)》第24条为中心	陈 辉	150
论行政证据在刑事诉讼中的运用		
——基于《刑事诉讼法》第52条第2款的探讨	孙天宇	162
【实务观察】		
快递运输合同中的保价条款研究	郭青青	179
专利信托的迷障与重构	杨 淦	195
基层法院处理事实疑罪的实体模式与程序机制	王 彪	208
《法论(西南政法大学研究生学报)》征稿启事		231

CONTENTS

[Theoretical Research]

Life of Criminal Law lies in the Culture	JIANG Yao-wei	3
Theoretical Research on the Rule of Law Country in the German Modus	ZHANG Tao	15
Dilemma of Invest-Finance Podium Risks in Local Governments and Regime Breakthrough	DU Kun	31
A Probe into Modern Land Transaction Customs; A Example of Dong Meng The Gongs' Title Deed	GONG Jie	57
Analysis and Application of Identification Value of Handwriting Features	LIU Yan-jun	78

[Debate]

Comparative Research on Shang Jun Shu Ken Ling and Qin Bamboo Slips	CAO Qin, QIN Tao	89
An Argument for Over Subjective Factor	GAO Yuan	101

[Research on Department Law Regime]

On Permanent Injunction in Patent Infringement Remedies; From the Perspective of MercExchange v. eBay	TANG Wei	121
Research on Creditors Committee in Bankruptcy Law	ZHANG Chang-jian	133
On Presumption Rules and Burden of Proof in Common Debts of Spouse Litigation; Focus on the Article 24 of Judicial Interpretation II of Marriage Law of P. R. China	CHEN Hui	150

Application of Administrative Evidence in the Criminal Procedure

—On the View of Related Regulations on the 8th Bill of

Amendment of Criminal Law SUN Tian-yu 162

[Field Observation]

Research on Valuation Clauses in the Express Delivery Transportation

Contract GUO Qing-qing 179

Confusion and Re-Constitution of Patent Trust YANG Gan 195

Substantive Modus and Procedure Mechanism of Doubtful Crime

on Facts Dealt by Courts at Grass-roots Level WANG Biao 208

[Contributors] 231

【理论探索】

刑法存活于文化中	江耀炜
德国形式法治国理论研究	张 涛
地方政府融资平台风险困境与制度突破	杜 坤
近代土地交易习惯探微	
——以东蒙公氏地契为例	公 杰
笔迹特征鉴定价值的分析及运用	刘妍君

刑法存活于文化中

江耀炜*

一、问题的提出

当代英国文化人类学家泰勒对文化下的定义是“所谓文化或者文明乃是包括知识、信仰、艺术、道德、法律、习惯以及其他人类作为社会成员而获得的种种能力、习性在内的一种复合整体”。^①从这个定义中,我们能够清晰地看到法与文化的关系,法律是文化的组成部分,梁治平先生说:“文化是整体,法是部分,法是文化命题中的应有之义,法与文化不可分割,西方的法制是被作为西方文化的一部分来看待的,法不过是一种特殊的文化现象。”^②不经意间,法与文化的关系似乎成了不言自明的问题。就笔者所收集到的资料来看,论述“法与文化的关系”的著作甚少,就连学术文章也不多见,哪怕是法理学教科书中对于此问题也是几笔带过,没有详加论述,多是围绕“法文化”进行论述,自觉地将法作为文化的组成部分进行研究,而无须对“法与文化的关系”本身进行“多余”的解释。那么,“法与文化的关系”本身真的就没有再研究的价值了吗?法仅仅只是文化的组成部分吗?笔者深不以为然。

“法与文化的关系”是一个大的课题,从刑法与文化的关系中或许可见一斑。刑法与文化除了部分与整体关系外,是否还存在其他关系?作

* 西南政法大学刑法硕士研究生。

① [英]泰勒著:《文化之定义》,顾晓鸣译,载庄锡昌编:《多维视野中的文化理论》,浙江人民出版社1987年版,第98页。

② 梁治平著:《法辩:中国法的过去、现在与未来》,贵州人民出版社1992年版,第151页。

为文化组成部分的刑法对文化而言有什么意义?研究刑法与文化的关系有何价值?这是本文试图解决的问题。

二、刑法在文化中的存在与作用

(一) 刑法以语言为载体

不论是在成文法国家还是在不成文法国家,法律都是用语言来表达的,这是不言而喻的事实。美国人类学家 E. 霍贝尔对语言有这样一段经典的论述:“一个探索者在任何领域中的工作总是从创造该领域有用的语言和概念开始的,语言和我们的思想是不可分割地交织在一起,在某种意义上,二者是同一的。”^①不同的语言文化承载着大体相同的法律内容,世界上的国家,不论它们语言文化有怎样的不同,但是有哪个国家没有刑法呢?答案是无,尽管它们在具体的内容或者表达方式上可能有所不同。以最简单的“法”为例,大陆法系国家表示“法”的方式和英语就不一样,英语中“law”与汉语中的“法”非常相近,既可表示规律,也可表示规则,既可以是法学知识体系的总称,也可以是法律规则体系的总和;而在大陆法系国家的语言中,汉语中的“法”有两种表述方式:用拉丁语来讲,有“jus”与“lege”的区别。其中“jus”表示观念性的法、整体的法、价值意义的法,相当于英语里面的“justice”或“right”,即“公正”或“正确”的意思。“Jus”这个概念在德语中是“recht”,在法语中是“droit”,在意大利语中是“diritto”,这些单词本义都是“直”、“平”、“公正”的意思,都是以什么是“对”,什么是“错”为核心内容的。^②

法律是用语言来表述的,对于刑法而言,当然也不例外。所不同的是,刑法是规定犯罪与刑罚的法律,对于作为刑法载体的语言而言,具有更为严谨、更为严肃的要求。在法律系统中,刑法是最具“杀伤力”的法律,它能够对公民财产、自由乃至生命进行限制和剥夺,其语言表述哪怕存在一丝含糊,都可能造成对人权的践踏。罪刑法定是现代刑法的铁则,什么样的行为构成犯罪、什么样的犯罪行为该处以什么样的刑罚,都应当

① [美]E. 霍贝尔著:《原始人的法》,严存生等译,贵州人民出版社1992年版,第17页。

② 陈忠林编:《违法性认识》,北京大学出版社2006年版,第6页。

在事前明确规定,“明确性”则体现在语言的精确、严谨上。

刑法条文是用语言来表述的,刑法条文的实施过程也是用语言来表述的。法国著名哲学家利科曾指出:“诉讼的原始功能是把冲突从暴力的水平转移到语言和话语水平。”^①在刑事案件中,案件事实的认定过程就是语言的运用过程,法官所接触到的事实不可能与客观事实完全一致,已经发生的事实不可能像镜子中的物体一样,可以得到完全的再现。基于法官中立原则的要求,法官不可能是案件事实的亲身经历者或亲眼目睹者,前者属于当事人,而后者属于证人。因此,法官所接触到的事实都是法官所不知道的事实,都是经过侦查人员、当事人、证人所转述过的事实,他们在转述过程中不可避免地嵌入自己的主观因素,而侦查人员在记录案件事实的过程实际上已经对当事人和证人的陈述语言进行了“有效性”筛选。而法官对案件事实的认定,同样是对多姿多彩的事实集合的选择与增删,这是案件审理的结果,也是刑事判决做出的前提依据。因此,陈兴良教授发出“法律就是语言”的呐喊。

(二) 刑法规范的生成以文化规范为基础

刑法规范的创制基础是什么?这是研究刑法规范生成必须要解决的基础问题。为了回答这个问题,我们不妨先看看刑法为什么而存在?显然刑法存在的目的并不仅仅是为了惩罚犯罪,因为“一个国家对付犯罪并不需要刑事法律,没有刑法也并不妨碍国家对犯罪的有效镇压与打击,而且,没有立法的犯罪打击可能是更加及时、有效、灵活与便利的。如果从这个角度讲,刑法本身是多余和伪善的,它除了在宣传与标榜上有美化国家权力的作用外,主要是束缚国家机器面对犯罪的反应速度与灵敏度”。^②此谓“刑不可知,其威不可测”,这样统治者更能够随心所欲地打击犯罪。而德国著名刑法学家、后期古典学派代表 M. E. 迈耶(Max Ernst Mayer)则认为,“法律之准确、清楚规定在现代文明中都是为了服务于裁判;在现实生活中,对刑法形成整体认识和理解是不可能的,也是多余的;

^① 陈兴良:“法律在别处”,载赵秉志编:《刑法评论》(第7卷),法律出版社2005年版,第8页。

^② 李海东著:《刑法原理入门》(犯罪论基础),法律出版社1998年版,第3~4页。

在法律中,并不因不懂得法律而免于刑罚”。^① 如果从裁判规范的角度来理解刑法存在的目的,M. E. 迈耶的论述无疑是精辟的。然而,我们讲“刑法既是裁判规范,又是行为规范”是从刑法的功能或者机能上来说的,从一定意义上解释了刑法规范的存在目的,但是,现代刑法规范创制的更为重要的目的应该是保护法益、保障人权。步入近代以后在民主政治的背景下,罪刑法定原则将其根基深深地盘结于刑法之中,并使其成为统辖刑法思想的一项铁则,刑法才拥有了限制国家刑罚权和保障人权的功能。正如日本学者西原春夫所言,“对司法有关者来说,刑法作为一种制裁的规范是妥当的,这就意味着当一定的条件具备时,才可命令实施刑罚;同时当其条件不具备时,就禁止科刑。虽然刑法是为处罚人而设立的规范,但国家没有刑法而要科以刑罚照样可行。从这一点看,可以说刑法是无用的,是一种为不处罚人而设立的规范。人们之所以把刑法称为犯罪人的大宪章,其原因就在于此”。^②

既然刑法创制的目的是规范行为、保护法益和保障人权,那么刑法创制的基础是什么呢?也就是说怎样创制的刑法才能实现这三个目的?

刑法的规范行为功能表现在两个方面:一方面刑法规范是判断行为是否构成犯罪的依据;另一方面刑法规范能够评价行为的社会意义。那么刑法为什么能够规范人们的行为呢?宾丁认为,规范是刑法的前提,刑法只是规定了刑罚威慑的规范违反,而规范是一种指令(Befehl),包括禁止和命令,并不依赖于刑罚而存在。“本质上,我们是通过刑法条款的第一部分表明了该指令,并进而发现命令:不得实施该行为。这种法律指令就是所谓的规范。”犯罪之所以受到制裁,是因为罪犯实施了法律中所规定的行为;其制裁的根据,不仅在于他违反了刑法规定,更重要的却是,他本来必须按照刑法规定之第一部分的命令而符合规范地实施行为,但他没有如此,这样才能对其处以刑罚。^③ 而 M. E. 迈耶则认为,法规范只

① [德]M. E. 迈耶:《德国刑法总论》,1923 年版,第 34 ~ 35 页。转引自马克昌编:《近代西方刑法学说史》,中国人民公安大学出版社 2008 年版,第 308 页。

② [日]西原春夫著:《刑法的根基与哲学》,顾肖荣译,法律出版社 2004 年版,第 45 页。

③ 马克昌编:《近代西方刑法学说史》,中国人民公安大学出版社 2008 年版,第 254 ~ 255 页。

是国家机关裁判、执法的依据,而对于一般公民而言则很难了解其内容,很难发挥命令和禁止的功能,相反,支配人们日常生活的是“文化规范”(Kulturnormen),即构成人们行为之命令和禁止的是宗教、道德、风俗、习惯、买卖规则、职业规则等,并非一般的法规范。^①“因为规范是文化的产物,所以构成了规范的综合体,即在某种意义上的规范综合体。宗教规范、道德规范、地区精神、经济和社会意义上的交通规则、农业、军事技术学术文化规范等,当然还有法律规范,都可以为文化规范。”^②

M. E. 迈耶使宾丁的“规范论”进一步向前发展,提出了“文化规范论”,应该说是重要的进步,比较客观地反映了现代刑法与文化的关系,法律规范通过不法效果即法律责任而同文化规范发生联系,法律规范最终回溯于文化规范,法律义务相应地也回溯于文化义务。这样,我们就能够回答为什么刑法规范能够规范人们的行为。普通民众是基本上不可能从整体上认识和理解刑法的,即基本上是不可能先了解法律的具体规定再按法律的规定来规范自己的行为,刑法要实现规范人们行为的目的,而普通民众又不至于轻易犯罪,那唯一的办法就是刑法的创制以普通民众所熟悉的文化规范为基础。我们的法律不是强迫普通民众去了解、理解法律后实施行为,而是只要普通民众依据其生活中耳濡目染的文化规范、依据其所认同的常识、常理、常情所包含的善恶观、价值观去实施行为就不会违反刑法而被认定为犯罪。在任何社会中都存在普通民众在生活中自然而然用于指导自己行为的基本准则,即 M. E. 迈耶所称的文化规范,陈忠林教授把它称之为“常识、常理、常情”,只要我们的刑法以文化规范为创制基础,那么就会得到普通民众在不违背本性的情况下自觉地遵守,刑法也就自然而然地发挥了行为规范功能。

当然,刑法规范不是文化规范本身,否则刑法规范也就失去存在的价值。这就要求立法者从大量纷纭复杂的文化规范中,根据刑法调整的行为的特殊性,把握某个价值,以文化规范为素材,确定刑法规范,通过立法

^① 马克昌编:《近代西方刑法学说史》,中国人民公安大学出版社 2008 年版,第 309 页。

^② [德]M. E. 迈耶著:《德国刑法总论》,1923 年版,第 180 页、第 44 页。转引自马克昌编:《近代西方刑法学说史》,中国人民公安大学出版社 2008 年版,第 310 页。