

东南法学

SOUTHEAST LAW REVIEW

■ 2017年辑 秋季卷 总第12辑

■ 东南大学法学院

■ 刘艳红 主编

SOUTHEAST

LAW

REVIEW



东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS

东南法学

(2017 年辑秋季卷·总第 12 辑)

东南大学法学院

刘艳红 主编

东南大学出版社
南京

图书在版编目(CIP)数据

东南法学. 2017 年辑 秋季卷. 总第 12 辑/ 刘艳红主编. —南京: 东南大学出版社, 2017. 12

ISBN 978 - 7 - 5641 - 7584 - 9

I. ①东… II. ①刘… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 324158 号

东南法学(2017 年辑秋季卷·总第 12 辑)

出版发行 东南大学出版社

地 址 南京市四牌楼 2 号 邮编:210096

出 版 人 江建中

网 址 <http://www.seupress.com>

经 销 全国各地新华书店

印 刷 虎彩印艺股份有限公司

开 本 787 mm×1092 mm 1/16

印 张 13.75

字 数 334 千字

版 次 2017 年 12 月第 1 版

印 次 2017 年 12 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5641 - 7584 - 9

定 价 42.00 元

本社图书若有印装质量问题,请直接与营销部联系。电话(传真):025-83791830。

《东南法学》编委会

学 术 顾 问 (以姓氏笔画为序)

王利明 李步云 张文显 应松年
陈兴良 韩大元

编委会主任 周佑勇

主 编 刘艳红

副 主 编 汪进元(常务) 熊樟林

编 委 龚向和 孟鸿志 肖 冰 孟 红
周少华 张洪涛 胡朝阳 施建辉
欧阳本祺

编 辑 熊樟林 单平基 陈道英 冯煜清
梁云宝 杨志琼 叶 泉 徐珉川

CONTENTS 目 录

S 东南法学 OUTHEAST LAW REVIEW

本刊特稿

世界的东亚及其中的中国和日本(西原春夫著 储陈城译
刘明全校) 1

1997 年刑法 20 年简要回顾(储槐植) 7

名家讲坛

《民法总则》法律技术与价值判断分析

——根据王轶教授讲座录音整理(王 轶) 10

《民法总则》代理制度的新发展

——根据朱庆育教授讲座录音整理(朱庆育) 27

军事法专论

《军事立法工作条例》颁发实施的若干思考

(张建田 李鹏慧) 38

《军事立法工作条例》对军事立法工作的完善(闵光玉) 48

论军事规范性文件(朱道坤) 55

理论前沿

- 检视与应对:刑事错案追责失范现象解构(徐久生 林 强) 63
- 刑事裁判申诉复查程序运行情况评估报告
——以 C 市人民检察院某分院为样本(高一飞 赵治慧) 74
- 美国政府信息公开豁免中的行政特权及其启示(孔繁华) 93
- 英国脱欧对全球化的挑战及对亚洲的启示:一个中国视角
(王书成) 108
- 共享经济、城市治理与法治(张学博) 122

青年法苑

- 职务犯罪预防立法之问题与应对策略(李 川 刘双阳) 131
- 中国语境下宪法权利与法律权利关系解析(陈明辉) 140
- 腐败犯罪出罪的刑事政策思考(夏 伟) 156
- 帮工侵权责任规则的反思和完善(丰海东 孙晓辉) 168

域外法制

- 德国中央登记册与教育登记册法
(简称联邦中央登记册法,又称犯罪记录法)(周子实译) 178
- 尼泊尔禁毒法 1976 年 9 月 22 日(尼泊尔维克拉姆历 2033
年 6 月 10 日)颁布(张冬妮译) 204

世界的东亚及其中的中国和日本

西原春夫 著 储陈城 译 刘明全 校

摘要 伴随着经济的高速发展、技术的快速变革,西方近代所确立的资本主义生存方式正在受到冲击。全球化已经成为人类社会发展的不可逆转的趋势,在西方近代所确立的区域一体化逐渐出现动摇的现时代,东亚地区应担当历史的使命,寻求有效应对全球化的对策。在东亚能够现实地发挥功能的国际法秩序的基础上,中国和日本宜通力合作,缔造和平、繁荣的东亚区域一体化组织。这无疑会为保障东亚的和平与健康发展作出贡献。

关键词 资本主义 全球化 区域一体化 东亚地区

一、大变动期之到来

虽然不知道在中国将会变得怎样,但是,在日本,几年前,先在经济学家之间,后到一般社会学家当中已经开始讨论“资本主义”是否终结。

这一探讨的契机乃是经济学家水野和夫所出版的《资本主义的终结及历史的危机》(2014年集英社)一书。资本主义的本质是:投入资本,产生利润(即剩余价值),以此达成资本增值的目的。但是,第一,最近日本,当然也是世界范围内,利率降低且已经接近零,也就无法产生利润。第二,虽然为了产生利润需要有投资目标,然而由于经济发展波及世界,投资目标逐渐减少乃至消失。这样一来,可以说资本主义不能维持了。

那种现象确实正出现在日本。银行普通存款的利息在1991年的时候还是1.83%,也就是说存入100万日元会有18300日元的利息,而到了2016年利息已经降至0.0056%,100万日元的存款只能得到56日元的利息。虽然储户也感到困惑,但银行也不得不改变其创立之初的业务内容。

在20世纪50年代,投资目标在日本国内尚且存在,而随着80年代经济高度增长的终结,在国内就再也难觅踪迹,于是投资的目标投向了周边发展中国家。最近,由于这些国家也完成了经济发展,渐渐地不再是优质的投资地点,所以不得不向其他地方寻找更好的投资目标。

作者简介:西原春夫,日本早稻田大学名誉教授、原校长,东南大学客座教授。

译者简介:储陈城,安徽大学法学院副教授;刘明全,东南大学法学院副教授。

说到资本主义,数百年间从欧洲扩张到整个世界,成为经济增长的根基。如果真的要迎来它的终结,显然并不是一件值得庆幸的事情。因为要发现取而代之的新型经济模式并不容易。

如果有人认为,因为中国是社会主义国家所以不必为此担忧,那就错了。20世纪70年代末期,邓小平领导的社会主义中国发生了翻天覆地的变革。我现在还记得邓小平那句名言,“不管白猫黑猫,捉到老鼠的就是好猫”。基于这个思想,中国实施改革开放政策,转眼间就变成了富裕的国家。这种方式本来只是资本主义国家的产物。因为资本主义允许作为根基的有限责任公司和股票投资市场等制度。典型资本主义国家出现的“投资目标减少”这种现象,不是在中国也有所显现吗?

最近,在日本引起人们极大关心的问题是,AI(人工智能)一旦发达,就不再需要哪种职业。这通常是附随在机器人技术发达这一问题中予以讨论的。截至目前,工厂生产中的大量环节已经被机器人所取代。因为机器人操作在比人力更精确的情况下,能够生产出大量的产品。单纯劳动领域中的这一现象,伴随人工智能发达的同时,不得不说也进入了精神劳动领域。

根据某研究人员的估算,人工智能技术发达会使得目前49%的职业存在被AI替代的可能。如果极端地来说,人工智能技术实现全面发达的十年后,一半劳动者将要失业。人类即便不工作也没事,这乍一看好像是一件很理想的事情,但是问题是,养活如此之多的不工作人口的经济体制,能否仅凭人工智能确立?如果不能的话,后果就不堪设想。中国也不例外。

反过来想的话,引领人类历史长达数百年的近代西方的支柱乃是资本主义和民主主义。虽然其产生了诸多弊端是事实,但是另一方面,它也使得人类的物质获得丰盈,从而得以更加幸福,这也是不可否定的事实。正因为如此,资本主义和民主主义作为有力的指导理念,给人类历史带来了很大影响。

那样考虑的话,资本主义或将终结,那就意味着西方近代整体已经开始动摇了。我自己现在还处在不能断言资本主义终结的状态。我觉得,通过人工智能或机器人等的开发,资本主义反而可能得以恢复,并改变形式而存续。

但是很明显,已经迎来了人工智能不再是人类单纯的工具、而是代替人类来运转经济机构的时代,所以那种经济政治机构已不靠以人类才智和理性为中心的“西方近代思想”来支撑,难道不是吗?

这已经在支柱之一的民主主义中表现出来。目前日本所采用的议会制民主主义,虽然原本是以不选举就无法体察民意为前提的制度,但是,伴随互联网发达,其根基正在崩溃,而且最近已经暴露在民粹主义风暴之中。当然,这一问题实际上并不仅仅限于西方资本主义民主国家,在近代西方制度文化的夹缝中成长出来的社会主义的中国,不是也正在受到冲击吗?我深深意识到,近代西方所产生的科学技术正在威胁到西方社会制度,这就是现状。

我一直强调这一点,是因为我有下面的想法:如果西方社会制度动摇并迎来转折期的话,作为西欧以外文化圈的东亚,是否会被赋予某种历史的使命呢?这是一个宏大的命题。

二、如何思考全球化

然而,为了理解人类历史的大趋势,一起来思考作为 21 世纪世界性特征的全球化现象。这个用语具有很多个意思。一般是指,市场经济扩大到世界规模,所有经济活动超越国境广泛开展。

但是,如果说经济活动为何会那样,那是因为所有活动都能够轻易地大规模地超越国境广泛开展。最初是人的跨境,然后是物、资本、技术、信息直至现在的国际性犯罪。即便人不活动,也可能会犯罪。经济正是其中的一环。

为什么变成那样呢?其理由很简单。科学技术发达的结果是,发明出了大规模的使得所有事物都能轻易地超越国境的“道具”——轮船、电话、机动车、飞机以及电脑。这样看来,只要科学技术发展不停止,全球化现象可以说是不可避免。即便不喜欢,也不会停止。

然而,最近,出现了抵制全球化现象的动向。第一个是英国脱离欧盟的事实。第二个是在一直自诩为世界警察的美国,倡导一切以国家利益为中心——即美国优先政策的特朗普当选总统。不得不说它们都是同注重国际关系的全球化唱反调,将舵转向了国家主义的方向。

看到这个动向,可能有人 would 认为历史主流从全球化转向了国家主义。但是,我认为那是目光短浅。为什么这么说呢?请返回看一下之前说明的全球化的根基,因为这是历史的必然现象。全球化正是历史的无法改变的主流。因此,最近欧美的一些动向,不得不说是逆历史潮流而动。

那么,如果有人问到为什么欧美是在历史的逆流,我认为其原因也是很清楚的。他们弄错了应对全球化的策略。

欧洲为了应对全球化,通过以组建欧盟这种形式推进区域一体化。我认为这是顺应潮流的正确态度。然而,或许由于他们对区域一体化操之过急,出现了一些失败。例如其中之一就是,布鲁塞尔行政机关变得过于强势而没能确立民主主义,没能吸纳自傲的英国人。原因并不在全球化自身当中,而是在对待全球化的应对策略上出现了错误。

美国的话,金融资本主义太强大的结果就是,为了推进全球化,采取了全方位强调规制要缓和的所谓“新自由主义”作为基本理论。另外宽松的国境规制使得移民难民增长,这些移民、难民抢占了美国人的就业机会导致其国民的强烈不满,可以说,这就成为特朗普现象。这不也是全球化应对的失误吗?

问题是,我们东亚人能够从中学到什么呢?如前所述,全球化不可避免,这也适用于亚洲。因此,东亚基本上也必须推进全球化的进程,因为这是无法抗拒的。那么在这一背景下,最重要的是欧美等发达国家所留给我们的积极和消极两个方面的经验和教训。从中可以看到我们应当采取的态度。

三、东亚而非全亚洲的框架

问题是,为了应对全球化,我们如何考虑区域一体化活动的框架,在什么样的场合去谋求一体化。最近中国打出了一带一路、亚洲基础设施投资银行等宏大的构想,向西方描绘出

从中亚出发、跨越阿拉伯各国、直至欧洲的巨大版图。

但是,毫无疑问的是,由于其中包含着发展阶段、价值观念存在巨大差异的国家,很多政治上尚未安定的国家也在其中。即便中国也不把它看成地域统合机构,而是为了加深经济相互关系的框架。

问题是,是不是需要一个更高密度的区域一体化组织与之并存呢?全球化越深入,则超越国家的种种共通的问题就会产生。为了应对这些可能发生的问题,已经无法通过国对国的方式进行解决,必须要通过一定区域的一体化组织来进行应对。这种情况下,迫切需要的是一种超国家的政治组织。

世界上最具备区域一体化条件的欧洲,形成了欧盟这样的超国家的政治组织。虽然其中包含着很多问题,但是基本上可以说是顺应历史发展趋势,并引领时代的产物。

对此,亚洲并不具备欧洲那样的一体化条件。但是,如刚刚所言,亚洲也同样必须有一些超国家的政治组织。我同样认为,必须要成立与欧盟在形式上不同的政治组织。

那么,能够在何种地方寻求那种框架呢?如前所述,“一带一路”这样的框架并不适合。因此,如果再稍微缩小这个框架的话,“亚洲”这个概念就浮现出来。

但是,请大家试着想一下亚洲奥林匹克运动会的组成国家,让世界陷入混乱和不安的各种激进派正在活动的国家,不也是并行存在吗?因此,这并不是一个能够以伙伴的身份来友好地讨论问题解决方案的区域。

那么,如果把那种框架再进一步缩小的话,就会浮现出“东亚”这样的范围。其包括了东北亚和东南亚。对于我们来说,“东北亚”各国确实是距离最近的“邻国”,但是无论是在过去,还是在战后70年的今天,都还没有出现区域一体化的迹象。

跟它相比,东南亚勉强还是形成了东南亚联盟这样的集合体。并且,正是由于有这样的集合体,2003年之后,产生了东盟10+3的构想,各自分散的中日韩三国被纳入东亚的框架组织之内。不仅如此,这个框架内的各个国家也在经济上有着紧密的关系,作为“近邻”的组织,可以说最具有现实性。

当然,“东亚”并不只限于这些国家。其中也有被国际社会所隔离的特殊国家。但是,除了少数例外,如果东盟10+3体系中的13个国家能够展示出独自的一体化组织的话,就可以说作为东亚这个整体,跨越国境处置共同面对的问题成为可能。这个一体化一定要努力缔造成功。

四、东亚应成为不战/和平之地域

1945年,包括中日战争在内的第二次世界大战以日本战败而告终,那时,我还是一个17岁的青少年。对于在战争之时,一直受日本的偏激思想的影响,被作为爱国少年、军国少年培养的我来说,战争结束是一个重大的冲击。尤其是战后,了解到在战争期间,日本军队对于周边各国实施的暴行,这种冲击达到了顶点。从那以后我得出了两个结论。第一,这种仇恨会波及三代人。日本人必须通过三代人的努力来持续补偿那些受到伤害的国家。第二,绝对不能再有战争。这也决定了我一生的行动方向。

2014年6月,一个非常偶然的机会,我受到邀请,在北京的清华大学主办的“第三届世界和平论坛”的分会场——“东北亚的安全保障的对策”中作一个报告。这也是时至今日,我

所作努力的出发点。

我在报告中指出：“为了确保东亚的安全，只能确立非通过武力，而基于国际法的对话来解决纠纷的意识。”其前提是，“必须确立在东亚能够现实地发挥功能的国际法秩序”。为此，我主张“有必要创设一个东北亚国际法学者的研究协议组织”。

回国之后，碰巧我在早稻田大学法学部的学生在日本外交部担任要职，因此和他谈到创设这样的组织的想法，也获得了他的支持和肯定的回复。

我于2015年首先在国内召集了权威的国际法学者和包括中国研究者在内的区域研究人员、国际政治的研究者在内的20人，成立了“东亚国际法秩序研究协议会”。

此后，我在和各位委员先生协商的基础上，一边观察政治局势，一边对中国的国际法学者做工作。2016年8月，由上海社会科学院担任秘书处，成立了由全中国具有代表性的10名国际法学者构成的组织，并且在2017年6月10日于上海成功召开了第一届中日国际法学者的论坛——“首届东亚国际法论坛”。论坛同时还决定在2017年11月于东京举行第二次会议。

另外，我也开始努力创设一个中国之外的由东亚主要国家国际法学者组成的协作组织。现在确定了包括韩国、新加坡、泰国、菲律宾在内的，应该成为关键性人物的权威的国际法学者。对于其他国家，将视资金情况计划进一步扩大。关于这一组织的名称，决定采用中国学者的建议，起名“东亚国际法论坛”。

最让我费心思的是，如何创造条件，让因南海问题而受到来自相关国家议论的中国（学者）安心参加。

第一个条件是，因为不是以诸如南海问题这样的事实作为（论坛讨论的）出发点，所以（论坛）是从东亚理想的国际法秩序到底是怎样的这种规范层面进行讨论。

第二个条件是，关于理想的国际法秩序，尽可能地努力扩大能够达成共同认识的范围，对于剩余的无法达成一致见解的部分予以接受。但是关于其理由，将清楚地以学术化的形式记录正反两方观点并予以公开发布。

第三个条件是，关于无法达成一致见解的部分，不试图在现阶段予以解决。但是要以较近的未来，比如3~4年、中长期的未来，比如30年左右，以及较远的未来，比如22世纪的时候能够预想到的状态为前提。关于问题的解决，将集思广益并尽可能地尝试提出方案。如果有可能，将最终的报告书提送给各国政府予以建议。

第四个条件是，如果只是通过大规模会议的形式进行讨论，很难得出解决问题的对策，那么我们将灵活地举办只有少数关键人物参加的会议，进而可以交流出真实的声音。

考虑采用这种特殊方法来应对，或许可以说是我在近30年来推进中日刑事法学交流过程中所得出的经验性成果吧。

五、向往的中国与日本关系

如前面已经谈到的那样，东亚各国作为邻国是具备可以跨越国境解决共同问题的具有地缘性的区域。虽然无法组成如欧盟那样坚固的组织，但是我认为成立一个统一体来起到共同活动组织的作用还是有可能的，并且也是很有必要的。从这一意义出发，我们“东亚国际法论坛”的形成和活动，是不是具有先驱性或者说示范性的意义呢？

我一直向中国的研究者们提到：“东亚各国具有较强的多样性。我们必须要注意到这种多样性。同时也必须要重视一个事实，即中国显然具有大国的属性。但是，在形式上，我们必须平等地对待所有国家。日本虽然是提案的发起国，但是不能作为会长国。然而因为该组织必须要有运营管理，所以日本可以作为秘书处来发挥作用。希望作为大国的中国也能够作为管理者的角色共同活跃在东亚的区域一体化中。”只有这样，东盟各国才能够积极参与其中吧。

创设东亚这样的区域一体化还有其他意义。就像刚才所说的那样，如果说近代西方动摇、人类生存方式本身发生大转变的话，那么和近代西方不同的文化圈就必须要创设出一种新的生存方式。那么东亚是否有这样的能力呢？尚不可知。但是在理论上，东亚具有这一使命是无法否定的。至少我们有必要朝着这个方向去努力。

这样考虑的话，作为核心国家应该付出努力的必须是一个大国，且中国自古以来就能够孕育高度文明。

但是对于中国而言，因为要背负成为下一个时代国际模范的伟大国家的课题，这并不是是一件简单的事情。

另外，尽管只有中国能够担负起这样的重任，但仍然有一些要解决的问题。中国目前还需要继续发展与完善国际社会的各种关系。

考虑这一点的话，在亚洲最先跃进发达国家行列的日本，一直与中国并肩合作，努力参与策划是不是有必要呢？如果能够如此，周边各国参与的积极性也将会大大提高。不仅如此，我想这也会无疑会为保障东亚的和平与发展作出贡献。作为中国的老朋友，我对此确信无疑。

（责任编辑：陈道英）

1997 年刑法 20 年简要回顾

储槐植

一、1997 年刑法的出台背景

1954 年 9 月召开第一届全国人民代表大会第一次会议,通过了新中国第一部宪法。中国法制建设进入了一个新阶段,对刑法典起草工作是很好的推动。刑法典起草工作于 1954 年 10 月启动,到 1957 年 6 月已草拟出第 22 稿,由于 1957 年下半年开始进行“反右派”斗争,之后又有多种政治运动接连不断,刑法典起草工作停了下来。从 1962 年到 1963 年,拟出第 33 稿。其后又开始了为期 10 年的“文化大革命”,直到 1978 年春第五届全国人民代表大会之后,组织修订编写,对第 33 稿进行修改工作。在此过程中,党的十一届三中全会启动改革开放,随即于 1979 年第五届人大二次会议审议,于 7 月 1 日一致通过。至此,中华人民共和国成立 30 年第一次有了刑法典——1979 年刑法典。它成为司法机关办理刑事案件的法律依据。1979 年刑法典从整体来说,对维护社会秩序、惩罚犯罪、保障改革开放起了重要作用。但是,由于历史条件如立法经验的限制,这部刑法典在结构、规范内容和立法技术上都存在一定的缺陷。1981 年以后,全国人大常委会先后通过了 24 部单行刑法(就某一具体事项规定的犯罪与刑罚规范、为惩治贪污贿赂罪补充规定、关于禁毒的决定、关于严禁卖淫嫖娼的决定等等),并在 100 多项非刑事法律中设置附属刑法(例如“专利法”“森林法”“海关法”“铁路法”等法律的“法律责任”中写有“构成犯罪的,依法追究刑事责任”的规定),从而对 1979 年刑法典作了一系列的补充和修改。

1988 年“全国人大常委会工作要点”将刑法典的修订工作列入立法规划。此后,全国人大常委会法制工作委员会,中央两高和刑法学界做了许多组织工作。1997 年 3 月八届全国人大五次会议经审议通过了修订的《中华人民共和国刑法》,即 1997 年刑法,使刑法典的体系更加完备,内容更加丰富,刑罚制度更加严密,增强了可操作性。1979 年刑法有罪名 130 个,1997 年刑法有罪名 412 个(其后 9 个刑法修正案又增罪名 56 个)。

本刊特稿

7

二、1997 年刑法的几个特点

(一)删除了 1979 年刑法的刑事类推制度,确定了罪刑法定原则、刑法适用人人平等原则、罪责刑相适应原则,彰显刑法的民主性和现代性。

(二)维护经济秩序,规定了诸多单位犯罪。这是适应市场经济发展的需要。

(三)严密刑事法网,用细化罪状、分设罪名的办法删除了三个口袋罪(投机倒把、流氓、玩忽职守)。口袋罪的副作用:为刑事类推推开绿灯,与罪刑法定相抵触。

(四)1997 年刑法出台的社会背景:1981 年中央提出依法从重从快严厉打击严重刑事犯罪的方针,自 1983 年至 2003 年的 20 年间,先后三次由中央统一部署多次在全国范围内开展统一、声势浩大的“严打”斗争和专项治理斗争。

1997 年刑法将 1979 年刑法的 15 个死刑外加诸多单行刑法中诸多死刑照单全收,形成了一个 20 世纪末罕见的死刑众多的刑法典。

1997 年刑法固化量刑结构(思想根源是对罪刑关系的不科学理解):

众多死刑提高了刑罚总量:①经刑法修八修九,现在仍有 46 个死刑罪名,司法死刑判决年代总量并未低于 4 位数;②无期徒刑有 62 个;③全部犯罪均配剥夺自由刑,其中 6 成可以判处 5 年以上有期徒刑,监禁刑执行的年代假释率从未突破个位百分比;④刑法分则虽有众多(将近 400)犯罪的刑罚设置权衡拘役,但在重刑氛围下其适用率显然偏低;⑤附加刑有“没收犯罪分子个人所有财产的一部分或者全部”。

(五)随着 1997 年刑法的出台,固化重刑结构,又呈现出刑法立法一元化模式(单轨体制),即罪刑条款统统规定在刑法中。这在世纪之交,我国尚未形成高水平的法律职业共同体,加之市场经济起步,犯罪多发,形势复杂,为保障统一执法,公正司法,刑法单轨制是较优选择。手有小书(刑法)一本,办案心平不慌!与此相随,更有“刑法优位”观念支持,“其他法律无权设置罪刑条款”。我国刑法分则规定的条文之多、规范叙述之细,可谓全球少见!

在相关社会管理、经济运行的法律中还有附属刑法。认为刑法典之外还有附属刑法是世界通例,我国并不异类。实务界和学术界均坦然自若。君不见,我国的附属刑法跟域外的附属刑法二者有重大区别:域外的附属刑法即行政刑法(行政法中的罪刑条款);我国的附属刑法是附而不属(皮肉分离)的刑法官话——在行政法律的“法律责任”章节中所称“构成犯罪的,依法追究刑事责任”。依什么法?由于 1997 年刑法的分则面广线细,堪当此任。举个例子,我国专利法第七章“专利的保护”,第 58 条“假冒他人专利的,除依法承担民事责任外……构成犯罪的,依法追究刑事责任”。依刑法第 216 条“假冒专利罪”:“假冒他人专利,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。”还有最高法、最高检 2004 年《关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》可参照。又从附属刑法回到了刑法典。反观域外的情况,刑法典里没有设制专利条款,《专利法》有详细规定:三类专利(发明、新型、新式样)、三种罪行和罚则(伪造、仿造、贩卖;陈列、输入),三三得九,至少有九种侵害专利的罪行,司法操作方便精准。这就是“行政刑法”。它更贴近刑法的本真使命:刑法是其他法律的保障法!而我国的附属刑法却是典型的影子刑法!不许存在行政刑法的附属刑法,即一元化单行刑法立法模式的出发点原本是突出刑法优位,结果却是弱化了刑法功效。适得其反!

三、前景预期

党的十八届三中全会决定“全面深化改革的总目标是完善和发展中国特色社会主义制度,推进国家治理体系和治理能力现代化”。刑法现代化是题中应有之义。改革重刑结构、设制行政刑法,是刑法现代化的两项重要任务。宪法和立法法,均无障碍。有待五年之后,

启动刑法大修。

储槐植

2017 年 8 月 24 日(七夕)

漫想随笔,没有注释,不成文章

附几点小插曲,过目即忘:

*1980 年代学界热议“法大还是权大?”争论不休。最终彭真同志(政法界一号人物)说“法比权大”,争论休止。

*“传授犯罪方法罪”由邓小平同志提议设置,起先最高刑为死刑,其后 2011 年刑法修八将最高刑改为无期徒刑。

*刑法第 20 条第三款特殊防卫(无过当防卫)的一种情形“行凶”,由王汉斌同志(全权负责“1997 年刑法”修订工作的全国人大常务副委员长)提出。

*1997 年刑法出台前,关于“惩治违反军职罪条例”是否纳入刑法典,有争议,中央军委副主席都反对,汉斌同志通过“工作”征得军委主席同意,解决了问题。

*1997 年刑法出台的半年之前,1996 年 8 月于空军招待所,法工委召集 6 教授进行了为期五天的闭门会议,主题只有一个:对基本定稿的刑法修正案可否消减死刑问题。甚至认为出台这么多死刑的刑法还不如不要修订。闭门会开完,议题也就烟消云散。顶层意志不可改动!

(责任编辑:梁云宝)

《民法总则》法律技术与价值判断分析

——根据王轶教授讲座录音整理

王 轶

时 间:2017年5月4日

地 点:东南大学九龙湖校区人文讲座报告厅

题 目:《民法总则》法律技术与价值判断分析

讲座人:王 轶 中国人民大学法学院院长、教授

主持人:肖 冰 东南大学法学院教授

肖冰教授:今天是一个比较特别的日子,是“五四”青年节。我看到过这样一句话:“青年不是代表年龄,是代表一种感受;青春也不是表明一种状态,而是表明一种心态。”虽然我不是青年了,但是,我们今天以过节的心态迎来了尊敬的中国人民大学的王轶教授。在东南大学115周年校庆之际,王老师为大家准备了一场以《民法总则》为主题的学术盛宴。大家一定知道,王老师是著名的学者,是“全国十大杰出青年法学家”“长江学者奖励计划”特聘教授,著作等身。近年来,王老师的许多文章都是围绕着民法典以及相关的领域来展开的。而且,王老师自身又并非坐而论道、纸上谈兵,更多的是参与到我国立法的实践中去。对我们民法领域中最重要立法,如《物权法》《合同法》《侵权责任法》,王老师都直接参与了相关的起草。正是因为有这样的学术和实践的完美结合,才有了我们今天这样一个既接地气又上档次的主题——“《民法总则》法律技术与价值判断分析”。今天的讲座一定是非常值得大家期待的饕餮大餐。我们有请王老师。

王轶教授:谢谢大家!感谢肖老师的介绍,真是过奖了!很高兴有机会见到刘艳红院长、在座的各位老师和同学。很高兴有机会和大家一起就“《民法总则》的法律技术和价值判断”相关的问题进行沟通和交流。

我们都知道,就在今年,2017年3月15日的“两会”期间,第十二届全国人大第五次会议以98.3%的高票表决通过了《中华人民共和国民法总则》。这标志着中华人民共和国历史上第五次制定民法典的努力顺利走完了第一步。记得见到全国人大常委会法制工作委员会民法室的同志的时候,他们兴奋地讲:“你们知道吗?在中华人民共和国的立法史上,《民法总则》的投票表决通过率位居第二。可见,第十二届全国人大第五次会议的人大代表对《民法总则》表达的价值取向、作出的价值判断、采用的法律技术总体上还是比较满意的。”2017年3月17日——《民法总则》审议通过之后的第三天,中国民法学研究会、中国人民大

学民商事法律科学研究中心、中国人民大学法学院和《检察日报》邀请民法典编纂的牵头单位、参与单位和学界的人士共同参与其联合举办的座谈会。在座谈会上,我说:“王利明老师说,‘每个人,特别是每个法律人,尤其是每个民法人的心目中都有一个理想的《民法总则》的版本’,我特别赞同这句话。我的心目中也会有一个理想的《民法总则》的版本,但不是第十二届全国人大第五次会议审议通过的这个版本。我心目中最理想的《民法总则》的版本是2015年6月24日中国法学会民法典编撰项目领导小组正式提交给民法典编纂的牵头单位——全国人大常委会法制工作委员会的那个《中华人民共和国民法典·民法总则》的专家建议稿。我知道,即使对这个专家建议稿其实也是有很多不同的意见,但这是我心目中理想的《民法总则》的版本。”

当然,我也给立法机关的同志讲:“我很清楚,谁都不能任性,每一个法律人都不能把自己的意志强加给我们的立法机关。”第十二届全国人大第五次会议表决通过的《民法总则》是重叠共识的产物。《民法总则》文本中最后的那些法律条文经历了多重的互动、争论、筛选,最后留下来。在这个意义上,我们尊重有权机关所作出的决断。因为,只有对国家有权机关依照法律所认可的表决程序和表决规则作出决断的法律文本保持足够的敬意,才有助于推动法制秩序的形成。但是,这并不代表我们不能对《民法总则》的法律技术或者价值判断提出一些值得我们进一步思考的问题。因为,民法典的编纂工作还没有最终完成,《民法总则》审议通过之后,民法典各分编的编纂工作要全面展开,而且,我们还要力争在2020年的时候最终形成民法典。我们今天对《民法总则》进行反思,是为了让我们最后形成的民法典能够真正成为一部体现大多数中国人共识的一部民法典。

有一件事情给我留下特别深刻的印象。2004年,王利明老师率团到台湾东吴大学法学院参加海峡两岸民法典的研讨会。在海峡两岸享有非常高的学术声誉的我国台湾地区的谢在全教授在研讨会正在进行的过程中说到动情处,他情不自禁地站起来大声说了一句话。对于这句话,直至今天,我都印象深刻。他说:“希望大陆与会的这些人,包括没有来参会的人,能够共同努力,制定出一部让所有中国人都感到骄傲的民法典。”他说此话的时候很动情,的确打动了在场所有与会的人士。所以,我们今天对《民法总则》的法律技术和价值判断进行分析,就是想能够从我们每个人的角度出发推动我国最终能够出台一部让所有中国人都感到骄傲的民法典。

其实,关于共有11章206个条文的《民法总则》,要分析和评价的内容是非常多的。在就有争论的民法学问题发表自己意见的时候,我有一个习惯——进行类型化思考,即把我们所面对的争论问题去作一个类型的区分。根据我们所关注的民法学问题的结论是不是最终落脚在民法规则的规则设计或者民法规则的规则适用上面,民法学问题可以分为:讨论的结论不需要落脚在民法规则的规则设计或者民法规则的规则适用上面的纯粹的民法学问题(以下简称纯粹民法学问题),和讨论的结论需要落脚在民法规则的规则设计或者民法规则的规则适用上面的民法问题(以下简称民法问题)。对纯粹民法学问题和民法问题,我们仍然可以用类型化的思考方法作进一步的类型区分。比如,在纯粹民法学问题的领域中,有纯粹民法学问题的事实判断问题、纯粹民法学问题的价值判断问题、纯粹民法学问题的解释选择问题等。而对于民法问题来讲,如果从编纂民法典的角度去切入进行考量,民法问题可以进一步区分为民法问题的事实判断问题、民法问题的价值判断问题、民法问题的解释选择问题和民法问题的立法技术问题。