中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

南京大学法律评论

NANJING UNIVERSITY LAW REVIEW

主编 解亘

曾令健 压力型司法的社会治理效应：后街破产纠纷的延伸个案阐释

伊卫风 近代“破家非孝”思潮与传统家庭的“公共角色”

张春海 论高丽对唐财产刑的变异

[日]山本敬三 著 冯洁语 译 日本民法解释方法论的变迁与其特质

[德]汉斯·约瑟夫·威灵 著 倪龙燕 译 间接占有的构成要件、移转与保护

[法]威廉·维克尔 著 刘骏 译 原因的废除及其替代方案

孔洁琼 决议行为法律性质质辨——兼评《民法总则》第134条第2款

敖海静 滥用公司分立制度下法人格否认法理之适用——日本法的理论与实践

[日]林康司 著 金春、林周汪 译 资产证券化与破产

张永健、亨利·E.斯密斯 著 吴林昊 译 大陆法系与普通法系财产的经济分析

王梓 比较法视野下的文书证据真实性认定规则

陈莉 “形合实独”的实践困局与制度转型——以基层法院的民事诉讼程序为对象

李冠煜 刑法方法论视阈中的贪污受贿犯罪死刑裁量基准——以“张中生案”为切入点

郭世杰 立功制度向何处去

刘怡达 “八二宪法”的传续与革新——兼论“七八宪法”对八二修宪的影响

王泽林 “冰上丝绸之路”航行自由法律问题研究

章成 印度洋海区海洋划界争议的法律解决路径探究

南京大学出版社

2019年
春季卷
总第51卷



中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

南京大学法律评论

NANJING UNIVERSITY LAW REVIEW

主编　解亘

2019年
春季卷
总第51卷



南京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

南京大学法律评论. 2019年. 春季卷 / 解亘主编. —南京：南京大学出版社，2019.7

ISBN 978-7-305-22206-1

Ⅰ. ①南… Ⅱ. ①解… Ⅲ. ①法律—文集 Ⅳ. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第098504号

出版发行 南京大学出版社
社　　址 南京市汉口路22号　　邮　编 210093
出 版 人 金鑫荣

书　　名 南京大学法律评论(2019年春季卷)
主　　编 解　亘
责任编辑 潘琳宁　　编辑热线 025-83592401
照　　排 南京紫藤制版印务中心
印　　刷 常州市武进第三印刷有限公司
开　　本 718×1000　1/16　印张25.5　字数477千
版　　次 2019年7月第1版　2019年7月第1次印刷
ISBN 978-7-305-22206-1
定　　价 78.00元

网址：http://www.njupco.com
官方微博：http://weibo.com/njupco
销售咨询热线：025-83594756

* 版权所有，侵权必究
* 凡购买南大版图书，如有印装质量问题，请与所购图书销售部门联系调换

《南京大学法律评论》编辑委员会

名誉主任 苏永钦

主　　任 叶金强

委　　员 （以汉语拼音为序）

李友根　宋　晓　肖泽晟　严仁群

叶金强　张仁善　周安平

《南京大学法律评论》编辑部

主　　编 解　亘

编辑成员 艾佳慧　宋亚辉　吕炳斌　张　华

尚连杰　徐凌波

主　办　南京大学法学院

衷心感谢张金全先生对本刊的友情支持！

总编寄语

《南京大学法律评论·2018年春季卷》终于面世了。从栏目设计上看，与近年的几期《南京大学法律评论》相比，2018年春季卷也许没有明显的差异，但实际上，这一期的编选由改组后全新的编辑部操刀。2017年秋，因《南京大学法律评论》编辑部发生了人事上的变化，由过往的主编全权负责制变换成为由编辑部团队集体负责的新体制。新的编辑团队也许在经验上还有些稚嫩，不过，团队成员在整体上偏年轻，也许更能确保编辑团队的朝气和热情。但愿读者可以透过本期刊载的稿件体察到我们的用心。

《南京大学法律评论》是我国最早的法律评论，具有辉煌的历史。我们这个团队之所以愿意接过这副重担，完全是出于对学术的热爱，出于对学术共同体的敬意。在当下的评价体系之中，我们依然坚信，文章的良莠，决不依赖于其载体是否华贵。大浪淘沙，经过时间的洗礼，最终留在学术史的长河中能够长久夺目的学术成果，一定是因为其本身的质地优异。而且，我们更加乐观地相信，广大的学人也秉持着同样的信念。正是基于这样的共识，我们愿意通过《南京大学法律评论》这个载体，继续为学术中坚提供宣传其辉煌思想的阵地，同时我们也会通过这个载体，以热切的目光见证年轻学子的成长。

今后，我们将尝试在栏目上作新的探索。或许会就某一个主题设定专栏，围绕主题组稿，或者围绕一篇核心论文邀请学术批评。此外，我们还设想设置判例评论的栏目，以鼓励这种更接地气的努力。

我们承诺，仅以来稿的质量作为唯一的选稿标准。

请与我们同行，为了法学的进步！

解　亘

2018年5月

《南京大学法律评论》稿约及投稿格式

《南京大学法律评论》系中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊，每年分春、秋两季号，由南京大学出版社出版。

本评论拟登载高质量的法学学术文章。竭诚欢迎中外法律学人踊跃投稿。对所有来稿实行匿名评审制度，如决定刊用来稿，编辑部将在两个月内予以答复。一经刊用，即致稿酬。两个月后未接到用稿通知者，可自行处理稿件，编辑部将不再另行通知，切勿一稿多投。

翻译稿请自行处理好版权转让事宜，投稿时，须附上翻译原件及相关签名同意翻译刊用资料。

投稿格式要求

一、来稿须采用 word 文档格式或者与之兼容的格式。

二、一律使用新式标点符号，除破折号、省略号各占两格外，其他标点均占一格。书刊及论文均用“《 》”号，此点尤请投稿人留意。

三、文章以及标题序号用“一、二”；二级序号用“(一)、(二)……”；三级序号用“1.、2. ……”

四、数字用法

1. 表示公元纪年及公制度量衡值，用阿拉伯数字；纪年书写要完整，如 1980 年，不可写成 80 年；“年代”前须标明世纪，如“20 世纪 90 年代”……

2. 夏历及清代以前纪年一律用中文数字，提及帝王年号，须加公元纪年如“康熙二年(1633 年)……”中华民国纪年用公历阿拉伯数字。

3. 杂志卷、期、号等用阿拉伯数字。

4. 惯用语、缩略语、词组、约数等用中文数字，如“八国联军”“一二·九运动”“五年来”“五六人”。

五、注释体例

1. 一律使用脚注，每一页重新编号。用自动插入的“○”内“1、2……”序号。序号在标点符号之后。

2. 报刊引用，依次标明注号、作者、篇名、报刊名、年代卷次、出版日期，如“金克木：《主题学的应用》，载《读书》1986 年第 3 期”……报纸须注明到第 × 版；不同地点出版的同一报刊，应在报刊前加注出版地如“天津

《大公报》"……

3. 引用书籍首次出现时，依次标明注号、作者、书名、出版单位、出版年、版次、页码。再次出现时可不标明版本。

4. 译著须标明序号、作者国别、作者、书名、译者、出版单位、出版年月、版次、页码等。如"[美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 2007 年版，第 × 页"。

六、投稿须附 300 字左右的中英文摘要、关键词及题目的英文翻译。

七、本刊文章将提供给相关期刊数据网，以便读者检索、引用。投寄本刊作者，视为同意此约定。凡不符合本刊投稿格式要求者，作为无效稿件处理。

八、本刊采用自动投稿模式，请登录 http://njfl.cbpt.cnki.net 投稿。

编辑部地址：南京市汉口路 22 号南京大学法学院，210093；编辑部电话：025 - 83594109。

责任编辑 潘琳宁
责任校对 曹 芳
王 蓓
封面设计 清 早





南京大学出版社官方网站
www.njupco.com
南京大学出版社官方微博
weibo.com/njupco

网络销售合作伙伴
当 当 网 www.dangdang.com
亚 马 逊 www.amazon.cn
京东商城 book.jd.com
博库书城 www.bookuu.com
文 轩 网 www.winxuan.com

目 录

· 法学理论 ·

压力型司法的社会治理效应:后街破产纠纷的延伸个案阐释
…… 曾令健(3)

· 法律史学 ·

近代"破家非孝"思潮与传统家庭的"公共角色" …… 伊卫风(25)
论高丽对唐财产刑的变异 …… 张春海(42)

· 民商法学 ·

日本民法解释方法论的变迁与其特质
…… [日] 山本敬三 著 冯洁语 译 叶周侠 校(61)
间接占有的构成要件、移转与保护
…… [德] 汉斯·约瑟夫·威灵 著 倪龙燕 译(88)
原因的废除及其替代方案
…… [法] 威廉·维克尔 著 刘 骏 译 李世刚 校(110)
决议行为法律性质辨
——兼评《民法总则》第134条第2款…… 孔洁琼(134)
滥用公司分立制度下法人格否认法理之适用
——日本法的理论与实践…… 敖海静(155)
资产证券化与破产 …… [日] 林康司 著 金 春、林周汪 译(173)
大陆法系与普通法系财产的经济分析
…… 张永健、亨利·E.斯密斯 著 吴林昊 译(205)

· 诉讼法学 ·

比较法视野下的文书证据真实性认定规则…… 王 梓(253)
"形合实独"的实践困局与制度转型
——以基层法院的民事诉讼程序为对象…… 陈 莉(273)

· 刑事法学 ·

刑法方法论视阈中的贪污受贿犯罪死刑裁量基准
——以“张中生案”为切入点 …… 李冠煜(295)
立功制度向何处去 …… 郭世杰(316)

· 宪法学 ·

“八二宪法”的传续与革新
——兼论“七八宪法”对八二修宪的影响 …… 刘怡达(335)

· 国际法学 ·

“冰上丝绸之路”航行自由法律问题研究 …… 王泽林(359)
印度洋海区海洋划界争议的法律解决路径探究 …… 章　成(381)

法学理论

压力型司法的社会治理效应：后街破产纠纷的延伸个案阐释*

曾令健**

[摘　要] 运用延伸个案方法，本文“深描”一起企业破产纠纷的缘起、发展、解决及其影响，以此探讨压力型司法。从压力型体制脉络出发，“压力型司法”旨在阐述司法活动的发生场域，即以“指标（指令）—考核”为基本手段的权力关系网络，且这种支配关系不仅充斥于整个司法活动，还弥漫至司法人员、司法体制、司法实践与党政力量、社会治理的相互关系之中。除了压力型司法的结构、运行及功能，该场域还涉及这套权力关系网络在社会治理中的投效以及行动者对该种投效的种种反应。本文侧重考察压力型司法体制的溢出效应，即对个案、当事人、社会治理的细微、隐秘影响，以及这些互动对于压力型司法的反作用。压力型司法在社会治理中的投效以及行动者的种种反应表明，应当在客观对待“个案解决”的基础上对“总体性失范”保持警惕。

[关键词] 压力型司法；溢出效应；社会治理；延伸个案

一、问题与方法

毋庸讳言，相当长时期内司法实践时不时曝出案件“久拖不决”、执行“迟迟难成”诸现象，除了所谓的公民法律意识淡薄、司法人员“知法犯法”外（尽管有时的确如此），这些现象背后是否存在结构性支配关系，由是引发民众、法院乃至党政机关的种种反应？本文试以“压力型司法”概念探讨之。

* 国家社科基金西部项目“合作主义视野中城镇基层纠纷解决实证研究”（13XFX015）；西南政法大学资助项目“实体与程序双重视角下股权执行的疑难问题研究”（2018XZZD-06）。初稿曾提交2018“中国语境下的案例研究”学术研讨会，承蒙周安平教授、张骐教授评议，特致谢忱！

** 曾令健，法学博士，西南政法大学最高人民法院应用法学研究基地研究员、西南政法大学人民法庭研究中心研究员。重庆：401120。

该术语受政治学研究成果的启发。有学者在讨论中华人民共和国成立初期至改革以降计划体制的嬗变历程时提出"压力型体制"概念,旨在阐述"中央将财政权和人事权逐级下放给地方,以调动各级地方政府的积极性,同时保留中央给地方规定的各项计划指标,以控制和监督各级地方官员,努力完成这些指标",[①]从而"强调地方政府的运行是对不同来源的发展压力的分解和应对"[②]。有学者主张在压力源、减压机制和压力向度等维度予以深化。[③] 有学者分析立法领域的压力型立法现象,[④]并不同程度地影响了若干司法研究。[⑤] 这些法学成果未再沿袭压力型体制脉络,可以概括为舆论与立法、舆论与司法。

有必要回归压力型体制脉络,用"压力型司法"阐述司法活动的发生场域,即以"指标(指令)—考核"为基本手段的权力关系网络,且这种支配关系不仅充斥所有的司法活动,还弥漫至司法人员、司法体制、司法实践与党政力量、社会治理之间的相互关系之中。除了压力型司法的结构、过程及功能,该场域还包括该套权力关系网络在社会治理中的投效以及行动者对该种投效的种种反应。前者与政治学中的压力型体制有诸多共通之处,如层级、指标、考核等,故本文侧重考查后者——压力型司法体制的溢出效应,即对个案、当事人、社会治理的细微、隐秘影响,以及这些互动对压力型司法体制的反作用。

本文运用延伸个案方法(Extended Case Method)[⑥],通过个案"叙事"乃至"深描"以展示制度与机制的实践状况,借助叙事性分析揭示事件背后的深层因素及学理意义。延伸个案方法不仅收集和调查个案本身,而且要将个案产生的社会脉络或情景纳入考察范围,焦点在于"争端平息的实际过程",还须注意个案的前历史(Prehistory)以及个案平息的社会后果。[⑦] 个案叙事始于20世纪70年代截至21世纪10年代。除了受制于"看菜吃饭"的实证研究定律,时间差也是必要的。在空间要素、制度结构没有发生实质性转换的情况下,时间差不仅无损

---

① 荣敬本,等:《从压力型体制向民主合作体制的转变:县乡两级政治体制改革》,中央编译出版社1998年版,第27页。

② 杨雪冬:《压力型体制:一个概念的简明史》,载《社会科学》2012年第11期。

③ 薛泉:《压力型体制模式下的社会组织发展——基于温州个案的研究》,载《公共管理学报》2015年第4期。

④ 吴元元:《信息能力与压力型立法》,载《中国社会科学》2010年第1期。

⑤ 如姜涛:《道德话语系统与压力型司法的路径选择》,载《法律科学》2014年第6期;韩宏伟:《公众意愿与压力型司法》,载《理论月刊》2015年第3期。

⑥ Michael Burawoy, *The Extended Case Method: Four Countries, Four Decades, Four Great Transformations, and One Theoretical Tradition*, University of California Press, 2009, pp. 19-72.

⑦ 朱晓阳:《罪过与惩罚:小村故事(1931—1997)》,法律出版社2011年版,第39页。

解释的有效性，还可能使叙事更加充分。

此外，扼要论及“个案不能承受之重”一类常见批判。依该观点之逻辑，任何论断都必须基于对研究对象的全面、“地毯式”考察，如若分析中国村庄，则应将全国所有村庄“捋一遍”，否则均有“不能承受之重”之虞。然而，延伸个案方法所关注的并非个别事实与普适性理论之间的逻辑自洽或者个案的代表性，而是实现从经验分析上升至理论。同时，即便在个案分析与理论的反复关照之下，那些个案说明不了的问题仍然说明不了，至于个案分析能够反映的内容也绝不是最终的论断。人文社会学科乃至自然科学研究势必是阶段性的、非终局性的，有待后续研究进一步验证、修正。在此意义上讲，所谓“惊人一跳”中的方法论困境，不过是人类的认知能力限度与“好大喜功”“全能认知”的“万丈雄心”之间的矛盾。该矛盾既非实践问题，也非方法论问题。[①]

二、田野与背景

个案发生在平沙市长天县。[②] 平沙市位于四川盆地东部，其地理形状呈扇形，分布于川中丘陵与川东平行岭谷两大地形区之间，东西宽约 135 公里，南北长约 94 公里，辖区面积逾 6000 平方公里。2015 年年末，全市户籍总人口近 470 万人。其中，农业人口 370 余万人，非农业人口近 100 万人。平沙市下辖两区一市三县，长天县是辖县之一。长天县地处平沙市东部，毗邻重庆市。大山呈东北至西南走向贯穿全县并绵延数百里。该县辖区面积近 2000 平方公里。2016 年年末，全县户籍人员 100 万余人。

后街企业是长天县县政府驻地兴隆镇的一个集体企业。20 世纪 70 年代，在“割资本主义尾巴”的浪潮之下，个人单干搞经济是不被提倡的。兴隆镇二街道为了解决部分生活困难居民的生计问题，便由街道里有一技之长的居民成立互助合作小组，各组三五人不等。1971—1972 年，相继涉及医疗、鞭炮、钟表、修理、理发、烧饼、泡粑、刻章、照相、食店等 13 个行业。1978 年年初，按上级的指示，该企业正式成立，注册名称为“兴隆镇二街道综合组”。1983 年 9 月底，企业固定职工数达 42 人。次年，企业购买了 4 间门面。1990 年，政企分家，该综合组遂与街道居委会分离，并更名为“兴隆镇后街综合经营部”，由兴隆镇管理，属乡镇企业，为集体所有。其间，因国家经济政策变化、后街旧城改造等原因，许多

① 曾令健：《实践主义法学研究范式》，载《浙江大学学报（人文社会科学版）》2018 年第 4 期。

② 地名、人名等皆依惯例予以处理。地区概况源自各政府门户网站与地方志。

互助小组自然解体。1992年,镇政府直接任命企业领导班子成员,杜某为经理,周某为副经理,赵某为会计,王某为出纳。

1995年,企业中的互助小组仅剩5个,工商注册中的管理人员及职工计9人,无法安置的职工只得自谋生计。该年10月,9位在职从业人员商议,选举杜某(企业经理)、周某(企业副经理)、汪某(原企业办主任)、余某(职工代表)组成清算小组,将每间旧门面以3.5万元、新门面5.5万的价格,按工龄长短、贡献大小分别卖给杜某、周某、汪某、余某。11月,杜某等人向镇企业办一位副主任提出口头的企业解体申请,后者口头答复自行解体。杜某等人当日便出具解体协议,并将门面价格各下调5000元。尔后,9名在职人员分割了全部价款。[①] 此后,杜某等人向镇政府递交书面解体协议,但未获书面批准。[②] 杜某等人随后办理了房屋产权过户手续。1999年,该经营部因数年未年检被注销营业执照。[③]

三、压力型司法的审判叙事:讼争、申诉、"踢皮球"与平衡技艺

在职人员出售门面、处分房款、解散经营部之事随即引起强烈反应。依档案所载日期看,商议之事显然走漏了风声。此前,杜某、汪某还曾将企业名下的另外两套住房及一间门面卖与自己。在谋划企业解体之际,企业所在地居委会以杜某、汪某所购房产乃居委会资产为由,诉至长天县法院,称当年旧城改选,后街企业出过资,但所售门面产权仍属居委会。法院判决杜、汪所签房屋买卖协议无效。[④] 该案判决作出之日距企业解体会议尚不足一月,这对企业其他职工产生

① 见《在杜某家召开全体职工会议记录》,1995年11月2日;《关于房屋价格问题的会议记录》,1995年11月2日;《关于房屋处理的问题》,1995年11月2日;《关于房屋处理给谁的问题》,1995年11月2日;《长天县兴隆镇后街综合经营部证明》,1995年11月7日;《后街综合经营部解体职工现金分配表》,1995年11月7日;《解体协议》,1995年11月7日。

② 《关于我经营部解体的报告》,1995年11月2日。从档案中发现,兴隆镇工业办公室曾出具过一份证实材料。其中,不仅提及后街企业曾于1995年10月口头反映又于11月书面报告解体事宜,还涉及该办公室同意企业职工意见,自行解体并处理好善后事宜。兴隆镇工业办公室:《证实材料》,1996年6月21日。虽然有这份事后出具的证明材料,但缺乏当时的书面批准文件,且该9名在职人员是不是企业的全部人员也是后来争议的一个重要内容。

③ 长天县兴隆镇后街企业终止清算领导小组办公室:《兴隆镇原后街企业基本情况》,2004年12月26日,第1—3页;平沙市中级人民法院:《平沙市中级人民法院民事判决书(2003)平法民终字第191号》,2003年11月12日,第2—3页。

④ 长天县人民法院:《长天县人民法院民事判决书(1995)长民初字第101号》,1995年10月12日,第2—4页。