

为了引领研究生领略法学风景，
北京大学法学院特邀部分专业资深教授，
开讲“法学前沿课”

北大“法学阶梯” 高阶讲座系列

2018

~
2019

法学院凯原楼



朱苏力 教授
面对问题的
制度回应



李鸣 教授
国际法
方法论



陈瑞华 教授
从经验到理论的
法学研究方法



张骥 教授
论法治的
“魂”与“形”



陈兴良 教授
罪刑法定：
价值内容与司法适用



葛云松 教授
简单案件与疑难案件：
法学方法的探讨



梁根林 教授
罪刑法定、阶层体系
与个案正义



吴志攀 教授
中国金融法治40年
的本土经验



刘燕 教授
大资管回归本源
的法律视角



汪劲 教授
生态损害的概念：
由来、演变与形成



沈岷 教授
行政法学体系转型
的基本问题



贺卫方 教授
唐宋变革与中国传统法制
——内藤湖南的启示



张平 教授
《知识产权法哲学》
导读

2018 新学年伊始，北京大学法学院在教学方面突破创新，打造“法学阶梯”系列讲座活动，旨在促进教学资源 and 教学内容多元化、层次化发展，搭建学生与老师之间的对话桥梁。其中，“法学阶梯高阶讲座”系列活动，系从北京大学法学院博士生《法学前沿》课程全面升级而来。通过举办开放性讲座，邀请法学院部分专业的资深教授结合学术前沿问题向同学们讲授法学研究的基本方法，旨在帮助博士新生提升学术研究能力，为四年的学习和研究夯实基础。作为一个创新型的开放性课堂，《法学前沿》面向各大高校硕博研究生和全社会开放，受到了的广泛关注，吸引了许多其他科研院校的学生、老师以及法律从业人员前来旁听。

目 录

朱苏力：面对问题的制度回应.....	4
陈瑞华：从经验到理论的法学研究方法.....	6
陈兴良：罪刑法定：价值内容于司法适用	14
梁根林：罪刑法定、阶层体系于个案正义	24
刘燕：大资管回归本源的法律视角.....	33
沈岍：行政法学体系转型的基本问题	43
李鸣：国际法方法论	56
张骥：论法治的“魂”与“形”——兼谈法治与德治的区别与关联	65
葛云松：简单案件与疑难案件：法学方法的探讨	73
吴志攀：中国银行法发展四十年的本土经验.....	80
汪劲：生态损害的概念：由来、演变与形成.....	105
贺卫方：唐宋变革与中国传统法制——内藤湖南的启示.....	111
张平：《知识产权法哲学》导读——制度正当性与合理性探讨	119

为了帮助学生领略法学风景，
北京大学法学院特邀部分专业资深教授，
开讲“法学前沿课”

北大“法学阶梯”
高阶讲座系列之一——

面对问题的 制度回应

9/17

18:40-21:30

法学院凯原楼

B 1 0 3

朱苏力

北京大学博雅讲席教授，
北京大学法学院天元讲席教授，
教育部长江学者。
独立发表论文200余篇，
出版个人独著、文集和译著20余种。
研究方向为：中国法律、
西方法律史、法社会学、
美国法律制度、法哲学、
法律经济学分析、
比较法、比较法律文化。

2018年9月17日，北大“法学阶梯”高阶讲座系列的第一讲，在北京大学法学院凯原楼B103报告厅举行。本场讲座的主讲人是朱苏力教授，主题为“面对问题的制度回应”。朱苏力教授是北京大学博雅讲席教授，法学院天元讲席教授，教育部长江学者。独立发表论文200余篇，出版个人独著、文集和译著20余种。其研究方向包括：中国法律、西方法律史、法社会学、美国法律制度、法哲学、法律经济学分析、比较法、比较法律文化。本场讲座由车浩教授主持，来自校内外的近两百名观众参加了讲座。

朱苏力教授首先解读了讲座主题，即“研究什么问题”“怎样面对问题”和“为什么是制度回应”。他指出，法学研究的问题既包括在书本上可以找到答案的question，又包括problems。后者是指具有智识挑战、甚至无法回答、但又必须应对的问题，它的研究价值更大，应当成为博士论文的研究对象。所谓“面对问题”，是指不要过早对于问题本身做出评价，而是理解问题的发生，辨别问题的真假。真问题对社会产生实际影响，它既不存在于文本世界或观念世界，也不是过分个人化、高度偶然性的，更不是由定义所造成的悖论。真问题需要通过制度、而不仅是法律加以回应，因为，法律虽然是解决纠纷的机制，但远非唯一的机制。在司法之外，立法乃至非正式制度同样具有预防和解决纠纷的功能。

此后，朱苏力教授结合三个研究题目，示范如何面对问题、如何用制度回应问题。他提出，中国统一国家的形成与地理特征息息相关。黄河泛滥成灾与北方游牧民族入侵，带来了治河与御敌的需求，而这些需求只能通过建立统一国家来满足。相比之下，地中海和印度缺乏类似的地理特征和现实需求，因此难以统一。朱苏力教授还以梁信与中央芭蕾舞团围绕芭蕾舞剧《红色娘子军》的著作权纠纷为例，指出著作法上的“作者”概念是根据社会需要设计出来的一种制度。这一制度通过资本的力量整合细碎产权，促进各方合作，减少交易费用。朱苏力教授还讨论了刑法上的疑罪从无原则。他认为，这一原则对法治有促进作用，但也存在值得反思的问题。

在讲座的最后，朱苏力教授表达了对在座学子的期待，希望大家始终怀抱赤子之心，保持对问题的敏感，多思考、多读书。讲座在热烈的掌声中圆满结束。

为了引领研究生领略法学风景，
北京大学法学院特邀部分专业资深教授，
开讲“法学前沿课”

北大“法学阶梯”
高阶讲座系列之二

从经验到理论的 法学研究方法

10/8

15:10-18:00

法学院凯原楼

学术报告厅

陈瑞华

北京大学法学院教授，博士生导师，
第四届“全国十大杰出青年法学家”，
教育部长江学者。主要研究刑事诉讼法、
证据法、司法制度和程序法理论，
发表学术论文百余篇，出版学术著作十余部。
倡导“以世界的眼光研究中国问题”，
主张在法学研究中引入社会科学方法，
强调从经验事实中
提炼出原创性的法律理论。

2018年10月8日下午3点10分，北大“法学阶梯”高阶系列讲座第二场在北京大学法学院凯原楼B103教室正式开始。本次讲座的主讲人是北京大学法学院教授陈瑞华老师，北京大学法学院院长助理刘哲玮副教授担任主持人。

陈瑞华老师是北京大学法学院教授，博士生导师，第四届“全国十大杰出青年法学家”，教育部长江学者。主要研究刑事诉讼法、证据法、司法制度和程序法理论，发表学术论文百余篇，出版学术著作十余部。倡导“以世界的眼光研究中国问题”，主张在法学研究中引入社会科学方法，强调从经验事实中提炼出原创性的法律理论。

本场讲座的主题为“从经验到理论的法学研究方法”，讲座内容主要是法学研究中应当遵循的基本研究步骤以及日常思辨过程中的一般逻辑路径。刘哲玮副教授在简要介绍陈瑞华教授的学术背景后，宣布讲座正式开始。

陈瑞华教授首先向刘哲玮老师表示感谢，并指出本系列讲座将博士新生作为主要对话对象，让老师们能够更好地通过这个课程平台与学生们对话，并将自己的研究经验介绍给他们。

而比较自己教授的其他专业课程，陈瑞华教授认为，对于研究者而言，针对方法论开设的课程价值，远远高于针对刑诉具体问题开设的课程价值，向新生们介绍法学研究方法具有十分重要的意义。

第一部分：研究方法的反思

陈瑞华教授在此首先谈及十几年前拜读林毅夫教授《论经济学方法》一书的感受，并由此引出他对法学研究方法长期关注的经验以及对当前法学方法研究成果的阅读体会。

陈瑞华教授在研读诸多书籍后发现，法学方法研究的代表成果——拉伦茨著《法学方法论》和杨仁寿著《法学方法论》中介绍的法学方法论实际上仅仅指法理学中的方法论（也可以说是法理学中的法学解释方法论），而对于没有一定法理学基础的人而言，想要将其中的研究方法直接运用于法学研究当中是很难的。

对于在座的、假定未来“以学术为业”的博士生们而言，尽管这两本书在法理学中占有非常重要的地位，但其指导作用十分有限。而针对“以学术为业”的博士生们进行培养，就必须有一个研究方法作为培养基础。

当然，方法常具有个性化、多元化特点，但尽管如此，仍有一些最低限度的方法是应当被普遍遵循的，这些方法可以用一些格言的形式呈现，它们大多是老一辈

学者们浓缩、总结出来的，应当深入到做学问人的骨髓之中。

先归纳、后演绎

“先归纳、后演绎”是由北京大学著名语言学家王力教授总结出来的。我们在法学研究的过程中常常采用“演绎为先”的方法，而沿着这种方法必然走向两条“邪路”：

一是“以西方为思、以中国为案”。中国大量的文章都是采用这种演绎推理的研究路径，但这种文章是上不了一流杂志的。

二是依赖于固有的抽象理论。尽管有些哲学家如此研究，但那是因为是在哲学的世界中存在“唯理论”，它允许不考虑事实经验、仅仅从理论到理论的研究。但法学领域却不一样，一旦这样做，研究者就会受困于演绎推理中固有概念及原则的限制，难有创新。

真正的创新是挑战一般的规律（理论），不去挑战的话，就只能把一般的理论当作前提来运用。而“先归纳”的研究方法是从经验（现象）出发，跟现有的理论对话，寻找创新性的观点，这才是博士研究生的使命。

大胆假设、小心求证

胡适先生的著名格言“大胆假设、小心求证”映射出一个非常朴素的论文写作观点，即学术在提出理论的时候要有点想象力。

世界上有两种人非常可怕，一种是翱翔在天空，落不到地面上的人。今天有一些研究法理学的人就是这样，没有将任何部门法作为研究依据。另一种是趴在地上起不来，一直爬着前行的人。比如一些学生一直围绕制度进行研究，脑子被制度绑架，无法脱离制度进入理论的世界，将社会科学最基本的常识——理论的创新——遗忘。

博士生们应当选择翱翔在空中还是趴在地上呢？

两者都不行，研究者应当追求的是：翱翔在空中并能够落在一块自留地上，在此经营自己的土地，同时对天空充满想象，必要时飞上去。很多重大的理论创造就是想象的结果，当然它也离不开作者的博览群书。

以刑事诉讼法学为例，号称贝卡利亚教授以来最伟大的刑事法学家帕克教授，他提出了正当程序和控制犯罪双重模式理论，他的学术建树就来源于他大胆的假设——在美国 20 世纪 60 年代转型期的社会思潮里敏锐地发现了两种相互冲突的价值观并将其概念化。此外，帕克教授在提出概念后还进行了小心地求证，他结合

概念的内涵、外延以及在美国刑事诉讼各个阶段中的表现，通过细致入微的操作来对它进行论证。

大胆假设要求从经验事实跳到理论，研究者要有想象力；小心求证则要求在理论提出之后，研究者能够进行论证，让理论客观化、一般化。

小处入手、大处着眼

这句格言主要是关于选题的方法。

当然，在日常写作过程中，论文选题要小，但是如果太小的话，就容易忽略大处着眼的必要性，有时还会导致文章技术性过强。

比如，围绕“法院安检门”进行选题，这个切入点很小，如果能够从控辩双方平等地位的保障角度出发进行写作，不失为一个较好的视角，但是如果将安检门的细枝末节问题作为主要研究对象就是从小处着眼，走错了方向，也错失了与理论对话的机会。

再比如，在诉讼法研究过程中，“期间、送达”是相对较小的问题，它与诉讼权利的保障、诉讼行为的效力息息相关，如果仅仅从小处着眼，关注于“期间、送达”的性质、功能、比较研究等方面，文章很难出彩，但有博士生从诉讼行为理论的角度就“期间、送达”问题进行系统分析，就形成了一篇很好的博士论文。

从经验事实中无法直接推导出理论

从事实中提炼不出理论，即使研究一亿个案例也难以得出理论。因此，如果想从经验事实中得出理论就必须实现“惊心动魄的跳跃”。现代成语词典中的成语大多是从生活故事中总结出来的，但时至今日它们的内涵都已经在故事原意基础上得到延伸。

做研究也是如此，研究者要练就的基本能力就是抽象能力和概括能力，要学会从纷繁复杂的经验事实里抽象出理论命题。

如果反其道而行之，比如将无罪推定原则写成一个 20 万字的小说，这只适合应用于对形象思辨能力要求较高的文学或艺术领域，并不适合法学研究。

第二部分：从经验到理论的研究方法

在介绍完对研究方法的思考成果后，陈瑞华教授提出“方法应当有根据”的观点，

并据此展开讲解具有共通性的、最低限度的研究方法：从经验到理论的研究方法。

什么叫“从经验到理论的研究方法”？

爱因斯坦晚年曾借休谟“任何从经验里得到的知识都是片面的”的观点作文反对罗素的“经验论”，而罗素也指出爱因斯坦基于“唯理论”提出的“相对论”仅依靠想象发展，在未来科学进步过程中也面临着被推翻的风险，而“唯有从经验中上升出的理论才经得起检验”。

从经验到理论的研究方法即遵循后一观点。

从经验到理论的法学研究方法主要适用于中国这样的法学新生国家的治学环境。

我国的法学研究始于 20 世纪 70 年代末，截至目前，也仅发展了四十余年，而其中多以学习西方、引进西方理论作为研究的出发点，本国自创的理论结晶少之又少，研究过程中对于中国现有变化视而不见的现象也屡见不鲜。

事实上，发生在我们身边的经验事实都是极好的研究切入点。当然，仅仅强调经验研究是不行的，还应当有好的研究方法傍身，否则论文写作就如同调研报告，虽然后者也极具重要性，但并不满足法学研究的需求。

就从经验到理论的研究方法而言，其研究对象是经验，研究产品是理论，它要求研究者必须从中国当前的立法、司法和法律实践的各种经验中发现问题、提出理论。

从经验到理论的研究方法包括四方面要素：经验、问题、理论、论证。

从经验到理论的研究方法四要素

（一）经验

作为一名法学博士研究生，要树立一种“自己能够利用经验产生理论”的基本信念，如果没有这样的信念，就很容易被两大法系的现有理论牵着鼻子走，最终只能成为固有理论的介绍者、移植者。当然，西方理论值得研究与学习，但它们并不是学术研究的一切前提，中国问题应当成为研究的重心。

怎样才能从经验入手产生理论，让研究成果具有理论上的生命力呢？这要求研究者将研究对象确定为已经发生过的经验事实，而不能在抽象的观点中打转。

一切已经发生过的、可以收集到证据加以验证的事实都叫经验。研究者应当将本国经验作为研究的主要对象，其中最常见的内容包括法律条文、案例、裁判文书、

重大的法律事件、重大的改革、重大的争论（包括改革争论、学术争论等）等。

（二）问题

任何科学研究的逻辑起点都是“问题”，坦率地讲，没有“问题”就没有研究。而“问题”一词具有不同涵义。研究中“问题”居于不同的层次，这是学术成果被划分三六九等的一个关键因素。

研究者可以从 Questions、Problems、Issues 三个层面对“问题”进行思考。

Questions 是“问题”的第一个层面，它是指研究者对研究对象产生的困惑和疑问，简称疑问。任何一个关注中国法律实践的人都可以提出困惑和疑问，它藏身于我们法律生活的周边，作为研究者的一种困扰而长期存在。

Questions 具有两方面特点：

其一，它是我们发现真正理论问题的开始。就好比进行一个程序，它是程序的第一步，是至关重要的一步。寓言故事《皇帝的新衣》中小男孩儿的出现之所以可贵，就在于他能够指出大家司空见惯的问题，而指出司空见惯的问题往往能够为研究打下基础。作为法学研究者的博士生们，要对中国的法制问题永远保持好奇心。

其二，疑问只代表表象。打个比方，医生发现病人的病症即发现“Questions”，头痛、高烧、湿疹等病症仅存于表面，医生并不敢仅仅基于这些症状就匆忙诊断治疗。从事法学研究也一样，不能仅仅根据法律现象进行研究，在阅读的基础上把思考的过程用书面语言表达出来的研究与理论世界相隔甚远。

综上，Questions 是问题的最浅形式。

Problems 是“问题”的第二个层面。它指向制度的缺陷、不足。这个层面的“问题”从法律的表象渗入至制度层面和实践层面，如果不经过一定程度的挖掘是难以找到它的。

“Problems”包括两方面的特点：

其一，它进入到制度的层面，指出了制度的不足，具有一定的价值判断基础。目前中国 90% 以上的论文都能进行到这一步，但其中的缺陷在于方法论上的大同小异，个性化研究难以形成。

其二，如果过度关注此层面的“问题”，研究很容易走向实用主义道路。就好比对策法学，尽管它十分重要，但它不是真正的理论，难以进入到理论的世界与理论对话。对策法学的病根就在于仅仅着眼于“Problems”。

Issues 是“问题”的第三个层面。它是指透过前两个层面的“问题”，发现制约制度实践的理论线索。它指向研究者对一个现象提出的理论上的困惑和疑问。

“Issues”包括三点特征：

其一，该层面“问题”的提出以与理论进行对话为前提，没有这个对话过程就不能发现此类“问题”。

其二，针对此类“问题”的研究需要把制度问题、实践问题转化为理论问题，用理论的语言表达困惑。研究需要从制度的世界进入到理论的世界。

其三，此类“问题”应当是尚未解决的理论问题或者是与自己观点相左的理论问题，对于那些已经解决了的、并且赞同现有观点的理论问题是无需进行重复研究的。

当然，在此提醒在座博士生们，研究者永远不要以为自己在做盘古开天地的事情，要学会在前人的肩膀上推进理论发展。

在了解不同层面的“问题”内涵后，博士生们应当按照“问题”的层次划分进行日常分析练习，长此以往，才能够逐渐理解学术的层次性。

（三）理论

社会科学的理论有一个通用的概念，即理论是指对一个理论问题用抽象的语言进行概括、提炼所形成的命题。理论本身比较简单，比如罗纳德·科斯教授的科斯定理、秦晖先生的黄宗羲定律、朱苏力教授的海瑞定理等。

当然，定律、定理、规律、效应等理论的总结都是十分难得的，理论的提出往往是偶然的，但同时它也必然建立在长期的积累之上。

理论上的命题和判断大体上可以划分为三大类：

一是解释性理论。它主要研究“是什么”“为什么”“怎么样”的相关命题，利用理论描述现象、解释现象，做出理论上的总结。

二是规范性理论，它在法学学科中的表现往往具有一定的独特性，能够以其为依据判断一个制度、实践发展走向如何。无罪推定原则、罪刑法定原则、公平等价有偿原则、成比例原则、法律保留原则等都属于规范性理论。

三是预测性理论，它是指根据大量的经验事实提出理论、解释当下并预测未来，此类理论具有长久的预测效力。

一个好的理论应当同时具有解释、规范和预测的效力，要经得起检验。

（四）论证

论证的功能在于使得从经验事实中提炼出的理论能够走向一般化、普遍化。经验通往理论的道路上存在一个重大风险：稍有不慎则会偏离主干道，走向狭隘的经验论。论证可以帮助在从经验上升为理论的过程中摆脱经验论的干扰。

论证是论文的主要部分，它分为一般论证和反向论证两个层面。

一般论证常从两个角度出发：一是该理论是否具备理论上的正当性，这就要求研究者要从理论上就自己提出的命题的正当性进行严谨地推演；二是该理论是否能在实践中取得良好效果，那些具有颠覆性的理论观点在这一点上要特别注意，在对这些理论进行论证时，既要用更为广阔的社会科学理论进行验证，也要确保存在确实的、详尽的证据用以证明实践效果的良好——实践是检验真理的重要标准。

在提出一个观点后，研究者一定要考虑反对观点包括哪些并证伪。

这个论证反对观点不成立的过程就是反向论证。在反向论证过程中需要证明两种反对观点的不成立，一是已经出现的反对观点的不成立，二是潜在的反对观点的不成立。

第三部分：总结

陈瑞华教授表示，世界上没有放之四海皆成立的理论，因此在理论提出的同时应当对其适用的边界和范围进行限定，否则按照该理论盲目进行实践可能导致负面结果发生。

此处的边界、范围也可以用“前置性条件”或“约束条件”指代。

同时，未来我国部门法研究应当博采众长，形成开放的研究环境，而研究者个人也应当保持思想上的包容、宽容与开放，还要保持思维活跃，具有一定的想象力。

陈瑞华教授强调，尽管关于“从经验到理论的法学研究方法”讲座的内容听起来像在介绍社科法学的研究方法，但研究者在思想上应当保持一种开放性。

社科法学的研究方法是从外部视角观察法律的方法，它对于研究法律的生存状态十分重要，而规范法学对于法律规范的结构和内在逻辑方面的研究做出了巨大的贡献，它提供了法学研究的两个最好产品——优秀的法学教科书和成熟的法典。

社科法学和规范法学实际上是不冲突的。就法学研究整体而言，它们是相互补充的。只是法律的生命在于实施而不在于颁布，研究法律的实施情况则需要运用社科法学的研究方法，法律条文和法律的实践情况都应当成为研究者研究的对象。

陈瑞华教授最后提出，博士研究生应当具备在法律条文和法律现象背后找到 Questions、Problems、Issues 的能力，能够发现理论的命题，为法学研究贡献力量。

讲座最后，陈瑞华教授在提问环节与学生们积极互动，对同学们提出的问题作出详尽的回答。整个讲座持续了三个多小时。互动环节后，刘哲玮老师再次向陈瑞华教授表示感谢，宣布讲座正式结束。

为了引领研究生领略法学风景，
北京大学法学院特邀部分专业资深教授，
开讲“法学前沿课”

北大“法学阶梯”
高阶讲座系列之三

罪刑法定： 价值内容 与司法适用

10/15

15:10-18:00

法学院凯原楼

B 1 0 3

陈兴良

北京大学法学院教授，博士生导师，
第二届“全国十大杰出中青年法学家”，
教育部文科首批长江学者特聘教授。
曾获教育部高校青年教师奖、
国家级教学成果二等奖、
北京市教育教学成果一等奖，
被评为北京市优秀教师，
主持的课程被评为国家精品课程。
主要研究方向为刑法哲学、
刑法教义学、判例刑法学。

2018年10月15日下午3点10分，北大“法学阶梯”高阶系列讲座第三场在北京大学法学院凯原楼B103教室正式开始。本次讲座的主讲人是北京大学法学院教授陈兴良老师，北京大学法学院助理教授阎天老师担任主持人。

陈兴良老师是北京大学法学院教授，博士生导师，第二届“全国十大杰出中青年法学家”，教育部文科首批长江学者特聘教授。曾获教育部高校青年教师奖、北京市教育教学成果一等奖等奖项，被评为北京市优秀教师，主持的课程被评为国家精品课程。主要研究方向为刑法哲学、刑法教义学、判例刑法学，发表学术论文数百篇，出版专著、论文集等学术著作百余部。

本场讲座的主题为“罪刑法定：价值内容与司法适用”，讲座内容主要是刑法的基本原则：罪刑法定原则的基本内容及其在司法实践中的具体应用。阎天老师在简要介绍陈兴良教授的研究成果和学术贡献后，宣布讲座正式开始。

陈兴良教授首先向阎天老师表示感谢，并指出本系列讲座的主要对话对象是所有专业的博士生，考虑到刑法领域的具体问题的专业技术性过强，因此本次讲座的主题选择了刑法学领域中最为基础、同时也最为根本的问题：罪刑法定主义。

总述罪刑法定主义的法治意义

罪刑法定主义不仅是刑法的基本原则，更是现代法治刑法的内在生命。在法治社会的建设过程中，我们需要探讨三个层面的问题：理念、规则和方法。

这三个层面存在由高到低的位阶关系，位于最高层次的是法治理念，对于指导我们的法制建设具有重要的意义；位于第二层次的是规则，法律本身是一种规则，法治是规范之治；位于第三个层次的是方法，即法律的适用方法，包括思维方法与技术方法。

罪刑法定原则与这三个层面都有着直接联系。

首先，罪刑法定原则表现为刑法的基本理念。

其次，罪刑法定是一种规则，是刑法的帝王条款，所有的刑法规则都受到罪刑法定的制约。

最后，罪刑法定还一种方法，刑法独特的思维方法从根本上是由罪刑法定原则塑造的。

正因为罪刑法定具有理念、规则与方法三个层面上的意义，准确把握罪刑法定原则，就能为理解、掌握刑法相关理论提供基本的指导思想。罪刑法定原则是观察

刑法的窗口。

第一部分：罪刑法定的价值内容

罪刑法定，又称为罪刑法定原则或罪刑法定主义，其基本含义可以用一句法律格言表达：“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。”从各国刑法典的表述来看，尽管文字表达上存在略微差别，但基本内容都基本为这一法律格言所涵盖。

这一原则强调在法律没有明文规定的情况下不能定罪、不能处罚。从这个意义上来看，罪刑法定原则对于司法权、立法权具有限制机能。罪刑法定原则是现代法治社会刑法的内在精神，对于刑法的适用具有重要指导作用。

罪刑法定原则的价值内容可以从以下方面进行解读：

罪刑法定的文本解读

我国刑法第3条规定了罪刑法定原则：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”

这一规定可以分为前后两段，我国学者将前段称为“积极的罪刑法定”，将后段称为“消极的罪刑法定”。后段的表述即所谓“消极的罪刑法定”与世界各国立法中“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”的基本内涵是一致的。

我国学者认为，积极的罪刑法定原则是从扩张刑罚权的方面，积极地运用刑罚惩罚犯罪。依这一理解，只要刑法规定为犯罪的，就应当定罪处刑，即所谓“有罪必罚”；与之对应，消极的罪刑法定即“无罪不罚”。消极的罪刑法定是符合罪刑法定原则的一般含义的，值得商榷的是所谓的“积极的罪刑法定”是否为罪刑法定的应有之义。

罪刑法定的创始人费尔巴哈在“人是具有趋利避害本能的理性动物”的基本假定下提出了“心理强制说”：国家通过立法给出犯罪与刑罚的“价目表”，对公民施加法律威慑，建立起犯罪与刑罚之间的必然性的确信。在费尔巴哈的时代，“有罪必罚”是刑法威慑力的来源。

但在之后的发展中，罪刑法定的限制机能得到强调，人权保障成为罪刑法定原则的价值取向，在此前提下，以“有罪必罚”的积极的罪刑法定原则就不再是罪刑法定原则的应有之义。

另外，根据立法机关对刑法第三条的解释，该条前半段应当理解为“只有法律

明文规定为犯罪行为的，才能依法定罪处刑”。这一含义与后半段相比，是完全相同的，都是为了限制国家的刑罚权。

因此，罪刑法定的应有含义是，对某一行为进行入罪，必须要有法律的明文规定；但并不是只要法律有规定，就必须定罪处刑，即“入罪以法，出罪以理”。在司法实践中，可以根据法理情理甚至是刑事政策来出罪。

在此基础上，要准确理解罪刑法定原则，还需要准确把握“法无明文规定不为罪”中的“法”、“明文规定”、“罪”等概念。

罪刑法定中的“法”，包括刑法典、单行刑法与附属刑法。刑法典可以分为总则和分则，需要明确罪刑法定中的“法”是指整部刑法，还是仅包括分则的内容。应当认为，这里的“法”仅包括刑法分则的内容，亦即对具体犯罪的构成要件的规定。犯罪的构成要件在阶层式的教义学理论体系中位于第一阶层，是犯罪成立的第一道关卡，是对罪刑法定原则的制度保障。

行为只有符合法律规定的构成要件才能构成犯罪，法律“明文规定”，在适用中体现为各个犯罪的具体构成要件。但是，行为符合构成要件该当性，并不一定成立犯罪，还须经过违法性和责任两个阶层的考察，具备法定或是非法定的违法、责任阻却事由的行为不成立犯罪。

法定的违法性阻却事由与责任阻却事由，作为出罪事由规定于刑法总则中，因而，符合刑法总则这些明文规定的行为，不仅不定罪处罚，反而被排除到处罚范围之外。

所以，总则的规定不是罪刑法定原则中据以定罪处罚的“明文规定”，罪刑法定中的“法”及“明文规定”只包括刑法分则的规定，罪刑法定的“罪”是指分则规定的具体犯罪构成要件。能否对行为进行定罪，取决于刑法分则的具体规定，这是罪刑法定限制功能的体现。

罪刑法定的价值内容

仅从文本角度来理解罪刑法定是远远不够的，理论的价值内涵隐藏于立法文本背后，而罪刑法定原则最重要的价值内容就是形式理性。形式理性亦即形式合理性，与之相对的是实质合理性。

马克思·韦伯对形式合理性与实质合理性作出区分，认为形式合理性是手段的合理性，而实质合理性是目的的合理性，形式合理性与实质合理性之间处于一种无法消解的紧张对立关系中。

在法学领域，同样存在形式合理性与实质合理性的对立。

在法理学领域中，“恶法”即不合理的法律是不是法律，也即通常意义上的“法”与“理”的矛盾，就是形式合理性与实质合理性的矛盾。“法有限而情无穷”，立法能力的有限性与社会现实的无穷性的矛盾、立法的稳定性与社会生活的变动性的矛盾导致了法学领域关于形式合理性与实质合理性的两难选择。

尽管可以通过日益成熟的立法技术不断修改刑法，但刑法总是滞后于犯罪现象的发展，刑法规定的犯罪只是社会生活中应受刑事处罚的一部分，这导致了形式合理性与实质合理性的矛盾。

面对这种矛盾，我国古代选择采取“比附援引”的类推方式以追求实质合理性，舍弃形式合理性。例如《唐律》规定“其应出罪者则举重以明轻，其应入罪者则举轻以明重。”对于法无明文规定的行为，比照与其最为类似规定进行适用，通过比较两者罪刑轻重以决定是否进行处罚，这在很大程度上扩张了犯罪的外延，是不利于国民的。

在现代法治国家，在民法或其他部门法中，类推还被认为是正当的法律使用制度。在民法这一解决平等主体之间纠纷的法律部门，在法无明文规定的情况下，法官可以根据诚实信用原则，运用类推适用的方法对法律纠纷进行解决。

与民法不同，刑法处理的是国家刑罚权与公民人权保护之间的关系，限制国家刑罚权是刑法的根本要义，因而在刑法领域，罪刑法定原则禁止类推，其倡导的是形式合理性：只有法律规定为犯罪行为的，才能定罪处刑；法律没有规定为犯罪行为的，无论该行为具有多么严重的社会危害性，都不能定罪处刑。

为获得形式合理性，在某些情况下，不得不以丧失实质合理性为必要的代价。

因而，刑法因罪刑法定原则倡导的形式理性而具有封闭性，刑法的限制机能通过罪刑法定对形式合理性的坚守得到体现。罪刑法定是法治刑法与专制刑法的根本区别，罪刑法定原则的确立使得现代法治刑法具备了契约性，获得了宪政基础，不再是国家单方面镇压犯罪的工具，而成为公民用法律维护自己的权利和自由的法律武器。可以说，形式理性是刑事法治的逻辑基础。

从古代以降，我国的法律制度始终具有追求实质合理性的巨大冲动却没有形式合理性的思维习惯，更没有罪刑法定主义的基本价值。直到1997年刑法修订才正式在刑法中确立了罪刑法定原则，这是我国法治实践中里程碑式的进步。

第二部分：罪刑法定的司法适用

仅仅在立法中确立罪刑法定原则并不意味着其价值内容的最终实现，对于罪刑法定倡导的形式合理性的实现，司法实践中的适用是更为关键的。要在司法实践中贯彻罪刑法定原则，避免其沦为空泛的标语或口号，前提是司法理念的转变。

我国传统的刑事司法理念是建立在社会危害性观念之上的，这一理念将犯罪的本质特征理解为社会危害性。社会危害性概念本身具有超规范性，社会危害性主导下的刑事司法理念，天然地具有实质理性的性质，对刑事法治起着反作用。

我国刑法引入罪刑法定主义以后，罪刑法定主义倡导的形式理性与社会危害性理论具有的实质理性之间，在观念上发生了巨大碰撞。建设法治社会，应当从罪刑法定主义出发，对社会危害性理论进行反思性清理，才能贯彻罪刑法定形式理性的要求。

罪刑法定、刑法解释与刑法教义学

在罪刑法定的视域下，认定犯罪的核心在于法律是否有明文规定，如何理解法律的规定成为司法活动与刑法理论的核心问题。对法律规定的理解必然涉及对刑法的解释，对刑法的解释则需要运用教义学的解释方法。

因此，罪刑法定主义与刑法解释、刑法教义学的发展具有天然的关联性，正是在罪刑法定的理论基础上，刑法教义学获得了生长的基础。个别的法律规定并不能满足分析案件的实际要求，需要通过法律解释为司法活动提供理论上的适用规则，刑法教义学正是通过对法律条文的分析解读，提炼出这种理论上的适用规则（“教义”），并将其运用到司法实践对法律条文的具体适用之中。

例如刑法第196条第1款规定“冒用他人信用卡的”，构成信用卡诈骗罪；同时该条第3款规定，“盗窃信用卡并使用的”，以盗窃罪论处。“盗窃信用卡并使用”，实际上也是“冒用他人信用卡”的行为，按照196条第一款的规定应成立信用卡诈骗罪，但196条第三款却将其按照盗窃罪定罪处罚。

对这一立法规定进行刑法教义学的理论分析，可以得出如下解释结论：盗窃信用卡并使用，分为信用卡的“取得行为”与“使用行为”，立法者规定将此种取得与使用行为复合而成的行为，按照取得行为的性质定罪处罚。因此，抢劫信用卡并使用、诈骗信用卡并使用、捡拾信用卡并使用等行为都应该依照取得信用卡的行为的性质定罪处罚。

通过比较，可以发现这一解释符合以往的司法经验，与立法、司法的基本精神和认识相契合，因而可以对实践中的法官产生拘束力，这种拘束力来源于法律规范

的效力，是罪刑法定的形式理性所赋予的。

因此，刑法教义学以刑法规范作为逻辑推演的起点，对刑法所作的解释是站在司法者立场上进行的，对刑法教义学而言，法律不是指责的对象，不能对法律进行批判或对抗，而是通过合理的解释，弥补法律规范中存在的不足，指导法律规范的正确适用。

然而，在刑法教义学中，法律的解释者并不是法律的奴仆，其基本立场可以通过其对法律的解释得以彰显。例如有学者基于对日本刑法中相关条文的认识，认为上述信用卡诈骗罪中盗窃信用卡并使用以盗窃罪论处的规定，仅是刑法的特别规定，不具有普遍的解释力和适用力，对于抢劫信用卡等情形不具有解释力，其他取得信用卡并使用的行为仍应认定为信用卡诈骗罪。不同的解释结论，反映了解释者自身立场的差异。

既然刑法教义学以罪刑法定的形式理性为基础，就必须警惕过于追求实质理性而突破罪刑法定形式理性边界的倾向。

以解释方法为例，刑法中的扩大解释与缩小解释都是在法律条文可能的文义范围内的解释，而目的性限缩与目的性扩张则突破了文义可能的范围。目的性限缩将刑法语义限制得小于法律条文可能的文义范围，例如根据立法目的，将骗取税款解释为虚开增值税发票罪的主观要件，在条文文义范围内进一步限制了犯罪成立的范围，而没有扩大法律规定的处罚范围，因而目的性限缩是为罪刑法定主义所允许的。

但是，目的性扩张则扩大了法律规定的处罚范围，例如将抢劫罪的加重情节中冒充军警抢劫的“冒充”解释为“假冒”和“充当”，从而将真正的军警实施抢劫行为的纳入加重处罚的范围，扩大了立法文本的语义边界，是对罪刑法定主义倡导的形式理性的违反，这是在司法实践中适用法律、贯彻罪刑法定原则的过程中应当警惕和避免的。

从上述例证和分析中，我们可以看出，罪刑法定对刑法解释和刑法教义学具有限制和指导机能，一方面，通过刑法教义学的刑法解释方法，罪刑法定原则的基本价值得以在司法实践中适用，另一方面，正确贯彻罪刑法定的价值内容，能够指导司法实践正确解释、适用法律。

罪刑法定与司法实践中的“找法”

罪刑法定原则决定了认定犯罪的根据是法律的明文规定，因而，寻找正确的法律规定，是正确认定犯罪的前提。法律规定可以分为显性规定和隐性规定，显性规

定是通过法律文本的字面表达就能较为容易地通过案件事实寻找到的，隐性规定则不能从字面上清晰地看出其与案件事实的关系，其关联性包含于法律文本背后的逻辑之中。

例如，某中国公民从香港乘坐飞机回到境内，随身携带了十公斤黄金而未缴纳关税。我国刑法分则第3章第2节是关于走私罪的规定，走私罪根据对象不同分为若干罪名，对于携带黄金入境不缴纳关税的行为，须从这些罪名中寻找相关规定进行认定。

刑法第151条第2款是走私贵重金属罪的规定，首先需要判断行为是否符合该款走私贵重金属罪之构成要件。根据该款规定，走私贵重金属是指走私国家禁止出口的黄金、白银等贵重金属的行为，因此只有走私贵重金属出境的行为才能构成本罪，走私黄金入境的行为不能构成本罪。

但是在这种情况下，并不能认为对于走私黄金入境的行为属于法无明文规定而不构成犯罪的行为，因为尽管法律没有显性规定，还需要判断法律是否对此行为有隐性规定。

刑法第153条是关于走私普通货物、物品罪的规定，根据该条规定，该罪的行为是“走私本法第一百五十一条、第一百五十二条、第三百四十七条规定以外的货物、物品的”行为。对此有观点认为，本条中的“规定以外”是指这三个条文没有明文规定的物品，而黄金已经被第151条第二款规定，因而不属于“普通货物、物品”。

这一观点是不正确的，对于153条的“规定以外”，应理解为“规定为犯罪以外”。走私黄金出口已经被151条第二款规定，因而被排除在本条处罚范围之外，但走私黄金进口的行为并未被151条第二款规定为犯罪，因而可以被包含在第153条走私普通货物、物品罪的处罚范围内。

从法律的内在逻辑来看，第151条、152条、347条中走私的物品，都是国家禁止进出境的物品，或称违禁品，这些规定体现的是国家海关对进出境物品的管制，而第153条中规定的物品是允许进出境的物品，处罚的是携带这些物品出入境而偷逃关税的行为。

因此刑法规定第153条走私普通货物、物品罪以偷逃关税的数额大小作为定罪量刑的根据，而第151条、第152条、第347条的犯罪则以走私违禁品的数量作为定罪量刑的根据。

在一般情况下，走私的物品或是违禁品，或是允许进出境的物品，对这些条文的选择适用不存在疑难，但走私对象是黄金时则存在疑问，因为黄金例外地是禁止

出境、允许入境的物品，在走私黄金出境时，破坏海关管理秩序，符合走私贵重金属罪的规定；在走私黄金入境时，属于偷逃关税的行为，符合走私普通货物、物品罪的规定。因而本案中行为人携带黄金入境未缴纳关税的行为成立刑法第 153 条规定的走私普通货物、物品罪。

根据对上述案例的分析，可以发现刑事司法活动中“找法”的过程较为复杂，要求司法人员对法律文本的含义、不同条款之间的逻辑关系以及背后的立法背景和立法本意有正确的理解，才能找到正确的法律规定，准确认定犯罪。

罪刑法定与“法律漏洞”的处理

在民法领域中，存在如何处理法律漏洞的理论问题，那么，在刑法领域中，尤其是在罪刑法定的前提下，应如何看待“法律漏洞”？应当认为，在罪刑法定的前提下，刑法学科对于“法律漏洞”的认识与民法领域中的认识完全不同，甚至可以说，在罪刑法定原则下没有法律漏洞。

当然，法律漏洞问题存在多种划分方法，可以分为法内漏洞与法外漏洞，在这一区分下，可以说，在罪刑法定的原则下没有法外漏洞，因为法律没有规定的行为被明确为不是犯罪，当然地不存在漏洞，因此在刑法中不存在所谓“补充法律漏洞”的问题。

当然，刑法中某些法律规定可能存在表述上的不完满或是瑕疵，这些问题可以通过法律解释的方法来解决。英国著名法官丹宁勋爵曾对法律解释有过一段生动的表述：

“法官可以解释法律，在法律规定得不好的情况下，法官可以把法律解释得好，但这种解释是有限度的，就像一块织物，如果这块织物上有一些皱痕，可以通过解释的方法把皱痕熨平，但不能改变这块织物的质地。”

在罪刑法定的原则下，法律解释弥补法律的瑕疵，是有限度的，不能超出法律的基本范围，尤其是不能将法律没有规定的情形理解为法律漏洞。

通过三个案例对此进行说明：

案例一：法国刑法将越狱罪的行为规定为“攀墙、掘洞、蒙混”三种，但在司法实践中发生了特殊的案件，劫狱人员驾驶直升机到监狱上空，放下吊篮将犯人运走，在法院审理此案时律师以该行为不属于法律规定的越狱行为的范围，属于法律没有明文规定的情形，不能认定为犯罪为由，提出无罪辩护，法官据此作出了无罪判决。

案例二：英国法律规定，禁止有关人员在皇家机场跑到附近扰乱飞行秩序，否则构成犯罪。但实践中发生了一起案件，行为人进入机场跑道看到飞机降落，想观察飞机降落而站在跑道中不动，干扰了飞行。律师同样以被告人并非在“跑道附近”干扰飞行秩序，而是站在跑道中，因而不属于法律规定的行为，不能认定为犯罪为由提出无罪辩护，法官也作出了无罪判决。

案例三：这是现实中发生的一起案件。行为人经过预谋，在内地设厂生产所谓高性能导线，实际为白银含量 73% 的白银导线，以高性能导线的名义出口到香港，在香港设立工厂将导线中的白银回炉重锻后卖给银行。

根据海关管理规定，对白银含量 80% 以下的导线，允许出口并可以获得出口退税，因此，行为人通过名义上出口导线的行为骗取出口退税。因在进出口中存在很多这样的做法，海关工作人员对其出口导线的真实用途知情，认定其符合海关出口规定而准予出口。检察机关指控该行为成立骗取出口退税罪。

应当认为，对这种“钻法律空子”的行为不能理解为违反法律的行为，将海关法认定为合法的行为认定为犯罪是违背形式合理性的。

结合上述案例，行为是否被法律规定为犯罪，要严格依照法律规定判断，立法规定不严密而被行为人“钻空子”的风险应由立法者承担，而不能将不利后果转嫁给被告人。

在实践中，对于新型的犯罪行为，能否作为犯罪处理，关键在于该行为能否解释到现有的法律规定之中，如果不能，这种新型的犯罪形态就是法律无法涵盖的新生事物，在立法没有对其进行明确规定之前，尽管这种行为具有较大的社会危害性，也不能按照犯罪来处理。这是根据罪刑法定原则得出的必然结论。

讲座最后，陈兴良教授在提问环节与学生们积极互动，对同学们提出的问题作出详尽的回答。整个讲座持续了三个小时。互动环节后，阎天老师再次向陈兴良教授表示感谢，宣布讲座正式结束。

为了引领研究生领略法学风景，
北京大学法学院特邀部分专业资深教授，
开讲“法学前沿课”

北大“法学阶梯”
高阶讲座系列之四

罪刑法定、 阶层体系与 个案正义

10/22

15:10-18:00

法学院凯原楼

B 1 0 3

梁根林

北京大学法学院教授，博士生导师，
入选教育部“新世纪人才支持计划”。
主要研究刑事法与刑事政策，
有专著多部，发表论文数十篇。
连续多次当选北大法学院十佳教师，
被授予“北京市优秀教师”荣誉称号，
获评国家教学成果二等奖、
北京市高等教育教学成果一等奖
等教学奖项。

2018年10月22日下午3点10分，北京大学“法学阶梯”高阶系列讲座第四场在北京大学法学院凯原楼B103会议室正式举办。本次讲座的主讲人为北京大学法学院教授梁根林老师，北京大学法学院教授车浩老师担任主持人。

梁根林老师现为北京大学法学院教授、博士生导师，入选教育部“新世纪人才支持计划”。主要研究刑法学与刑事政策，有多部专著，发表论文数十篇。连续多次当选北大法学院十佳教师，被授予“北京市优秀教师”荣誉称号，获评国家教学成果二等奖、北京市高等教育教学成果一等奖等教学奖项。

车浩教授简要介绍梁根林教授的研究成果和学术贡献后，宣布“罪刑法定、刑法体系与个案正义”讲座正式开始。

梁根林教授首先对车浩教授的介绍表示感谢，并开宗明义地指如何打通罪刑法定、阶层体系与个案正义这三个关键词的关系是本次讲座的主要任务。围绕着这三个关键词，梁根林教授着重展开了以下四个方面的探讨。

问题的背景法治中国建设与个案正义困境

梁老师首先指出了讲座主题涉及的两个背景：

一方面，2014年中共中央十八届四中全会审议通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》（以下简称：四中全会决定），作为中国共产党历史上第一个关于法治建设的政治性文件，构建了我国法治国家建设的战略蓝图。

《决定》要求“坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体化建设，实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，促进国家治理体系和治理能力现代化”；

在立法层面，《决定》强调“完善以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系，加强宪法实施”“法律是治国之重器，良法是善治之前提”；

在司法层面，《决定》强调“保证公正司法，提高司法公信力”“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。

梁根林教授认为，《决定》对法治中国建设的规划与部署，是中国共产党作为执政党对中国人民做出的庄严承诺，值得高度肯定，必须坚决加以贯彻。

另一方面，在我国法治建设不断推进的同时，我国刑事司法逐渐陷入个案正义困境之中。

其原因主要在于近年来我国陆续发生了一些引起国人广泛关注的“奇葩”司法

个案，例如代购案（“陆勇代购案”）、气枪案（“刘大蔚购玩具枪案”“赵春华摆射击摊案”）、两只鹦鹉案（“王鹏售鹦鹉案”）、三株兰草案（“秦运换采兰草案”）等。

这些司法奇案引发了社会公众的高度关注和舆论的热烈讨论，恰恰是这些甚至微不足道的个案关系到现代法治的基本原则如何坚持，关系到是否能够让人民群众在个案中感受到公平和正义。

上述司法奇案只是个案正义困境中的一小部分，但是社会公众高度关注案件当事人的命运与个案裁判结论的公正。互联网时代，自媒体的兴起使得司法奇案的负面效应瞬间扩散、无限放大，加剧了刑事司法个案正义困境的负面冲击性。

因此，我国当下全面推进依法治国的伟大实践与不断放大的刑事司法个案正义困境形成了一对悖论。如何走出这一悖论，在个案中实现正义，就成为中国法律人必须直面的重大挑战。

个案正义困境与罪刑法定面临的挑战

提出问题之后，梁根林教授首先分析了中国刑事司法个案正义困境的根源。在他看来，困境的根源在于作为刑法根本原则的罪刑法定原则面临着多重重大挑战。

具体来说，我国罪刑法定原则面临着以下四个方面的挑战：

第一个挑战是我国《刑法》第3条的罪刑法定原则和四中全会的政治决策存在明显的差距。四中全会决定规划建设的中国法治包含三重要求，即规则之治、良法之治、良法善治，是抽象法治和具体法治的有机统一。

而《刑法》第3条所规定的罪刑法定原则，其文字表述仅停留在规则之治层面，只是强调对司法裁量权的严格限制，限制司法者在法内出罪，是1997年刑法修改当时的旧“十六字法制方针”即“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的具体体现。

但是，四中全会决定提出了新“十六字方针”，即“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”，《刑法》第3条的规定和四中全会决定的要求显然存在重大差距。

第二个挑战是我国《刑法》第3条规定的罪刑法定原则严重滞后于世界范围内罪刑法定原则的发展。梁根林教授认为，罪刑法定原则产生百余年来，发生了多个维度的重大变化，例如由绝对的罪刑法定向相对的罪刑法定转变、由注重形式合法

性的罪刑法定向实质合理性的罪刑法定转变、由限制司法权的罪刑法定向限制立法权的罪刑法定转变等。

但是，我国《刑法》第3条的规定受制于1997年修法时的认识与局限，既没有彰显出对于立法权和立法者的限制，也没有体现出实现个案正义和具体法治的要求。

第三个挑战是罪刑法定原则受到犯罪论体系转型的强烈冲击。我国《刑法》第3条与立法当时甚至是直到现在都具有通说地位的四要件犯罪构成理论一脉相承。众所周知，四要件犯罪构成理论强调，行为符合犯罪构成不仅是犯罪的必要条件，而且是充要条件。《刑法》第3条的表述无论是在价值上还是在逻辑上都是与四要件高度契合的。

但是，近20年来阶层犯罪论体系逐渐占据刑法理论的舞台，成为强势的话语系统，其基本逻辑在于行为符合构成要件并不当然有罪，尚需在此基础上结合个案情况具体判断行为是否确实具有法益侵害、行为人是否必需予以责难谴责，从而最终决定是否对被告人定罪。阶层犯罪论体系的逻辑性与《刑法》第3条的文字表述至少在文义上显然存在着高度的紧张关系。

第四个挑战是司法能动主义、司法教条主义盛行于司法实践，严重冲击罪刑法定原则。

一方面，在司法能动主义的驱动下，个别司法者任意搁置、随意适用刑法规范，恣意突破刑法文字的最大文义射程适用刑法。罪刑法定原则实际异化成了“法无明文规定也为罪”。这些个案裁判是否具有法律依据、是否违背了罪刑法定原则、司法是否过于能动化，均值得高度关注。

另一方面，在司法教条主义的主导下，一些司法者形式主义、教条主义与机械主义地理解与适用法律，将适用法律处理个案的过程简单化，罔顾个案裁判具体结论的妥当性。

特别是近年还出现了作为司法教条主义新变种的司法技术主义，期待大数据、智慧司法与人工智能能够代替人工，只要输入相关事实、数据、信息与法条，不具体考虑案件特殊情况，就得出所谓客观、公正的裁判结论。

梁根林教授认为，罪刑法定原则在当代中国面临的四大挑战在根本上决定了我国刑事司法个案正义困境的形成。

重申罪刑法定——刑罚权的行使必须满足形式合法性要求

面对罪刑法定原则的底线被突破、司法裁量权不时被滥用等现实，梁根林教授认为，要重新强调罪刑法定原则作为规则之治对刑法教义、刑事司法的根本规制，国家刑罚权的行使必须满足规则之治层面的、最低限度的形式合法性的要求。

鉴于我国的法治实践和具体问题，应当从以下几个层面入手重申罪刑法定：

1. 严守罪刑法定作为规则之治的基本要求，对法律明文规定为犯罪、具有实质可罚性的行为，必须按照我国刑法的规定定罪处罚。其重点在于正确认识刑法分则规定的构成要件的机能。法益论和规范论都对构成要件的机能做出了目的理性的解读。

因此，一方面，必须坚持以行为是否该当构成要件为标准判断行为是否可能构成犯罪。另一方面，符合构成要件的行为一般说来就是有罪的行为，除非存在阻却违法事由与阻却责任事由，否则，就必须依法定罪量刑。相对于构成要件对行为不法有责的推定，违法阻却事由和责任阻却事由总是构成例外。

2. 要正确认识和对待刑法与第一次法的关系，正确处理刑民交叉、行刑竞合的问题。法秩序统一原理决定了刑法上构成犯罪的行为必然同时也是严重的民事侵权行为、民事违约行为，表现为法定犯的刑事违法行为必然是严重的行政违法行为。

但在司法实践中，行政机关出于种种考虑，对其查处的许多已经涉嫌构成犯罪的生产、销售伪劣食品、药品、危害税收征管、破坏环境案件，不依法移送司法机关追究刑事责任，致使刑法规定出现大量的僵尸条款。要重申罪刑法定，就必须真正激活这些刑法条文，对确实已经构成犯罪的严重行政违法行为依法追究刑事责任，避免“以罚代刑”。

3. 正确解释与适用刑法，禁止突破刑法条文的最大文义射程范围解释与适用刑法。无论是规范性的司法解释还是法官个人对法律适用的解释，不能越位、只能在位，不能过分、只能充分。司法实践中，司法解释、法律适用解释往往突破最大射程范围，根据需要任意进行解释。

例如，2013年《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》把网络空间定位为“公共场所”，把在网络空间造谣传谣的行为解释为“在公共场所起哄闹事”，如果“造成公共秩序严重混乱”的，就构成寻衅滋事罪。

这一司法解释出台后招致广泛的批评，后来通过《刑法修正案（九）》增设编造和传播虚假信息罪将此类行为正式犯罪化。这似乎已经成为我国一个非常有特色的犯罪化路径。但是这种做法实际上是假借司法解释进行司法造法，违背了罪刑法定原则的基本要求。

4. 坚守构成要件作为刑事处罚的基准，审慎对待和处理各类刑罚扩张事由。例

如犯罪或者犯罪参与体系，我国在传统和实际上采取了单一制犯罪参与体系的立场，教唆犯、帮助犯不是刑罚扩张事由，由此导致所谓教唆他人教唆杀人、帮助他人帮助杀人的均认为具有可罚性。

近年来逐渐兴起的区分制犯罪参与体系则基于限制正犯的立场，将共犯特别是帮助犯界定为刑罚扩张事由，比较而言可能更有利于限制刑罚处罚范围。

梁根林教授认同我国学界同行提出的新主张，即区分定罪量刑的二元制犯罪参与体系。如果这一判断得以确立，也面临共犯与正犯区分标准等问题，这些都是我们在建立中国特色的犯罪参与体系进程中需要进一步研究的问题。

5. 正确认识诉讼经济主义、司法能动主义和司法便宜主义，认真对待简易程序、刑事速裁程序、认罪认罚从宽处罚等改革对罪刑法定可能形成的冲击。虽然不反对这些改革，但是，梁根林教授的担心在于，司法机关是否真的能够按照有关法律、决定与意见的要求审慎地适用简易程序、速裁程序与认罪认罚从宽处罚？

在程序正义的保障机制与理念还没有落实到位的当下司法环境下，主要出于诉讼效率、尽快结案考量推动的这些改革措施，是否存在破坏案件实体处理结果的公正、冲击罪刑法定原则的危险。

重述罪刑法定——刑罚权的行使必须满足良法善治、具体法治与个案正义的要求

在重申罪刑法定原则、确保国家刑罚权的行使满足规则之治层面的形式合法性的基础上，梁根林教授进一步提出应当重述第3条所规定的罪刑法定原则。

重申罪刑法定和重述罪刑法定是一个二律背反的命题，重申罪刑法定是前提、基础，重述罪刑法定是关键。

对于我国《刑法》第3条对罪刑法定原则的独具中国特色的文字表述，学界已多有争议。

梁根林教授认为，《刑法》第3条是一个全称判断，即“（只要）法律明文规定为犯罪行为的，（就）依照法律定罪处刑；（只要）法律没有明文规定为犯罪行为的，（就）不得定罪处刑”。梁根林教授在解释其理由时认为，对刑法第3条前半段的“犯罪行为”的理解，一定要回归立法者的“观念形象”中，犯罪一定是真正的犯罪行为，对第3条前半段需要定罪处刑的“犯罪行为”必须运用阶层犯罪论体系进行实质判断。

如此实质判断后的刑法第3条前半段已经蕴含了限制刑罚处罚范围的限制机能

的要求，与罪刑法定原则的传统旨趣一脉相承。

在这一解释结论中，第3条前后两个部分均采用“只要……就……”的句式，如此解释与重述后的《刑法》第3条的规定既体现了罪刑法定原则的限制机能，亦符合刑法教义学的逻辑，顺应罪刑法定的世界发展趋势，体现四中全会决定的精神，有助于推动司法实践追求个案正义。

梁根林教授进一步认为，重述罪刑法定，当然地提出了刑事司法逻辑转换的要求，也就是要改变形式主义、教条主义与机械主义的思维定势，突破习以为常的四要件犯罪构成理论的羁绊，在阶层体系逻辑与刑法规范目的的指引下，结合个案具体事实与行为人的特殊情况，严格遵守实定刑法的罪刑规范裁判个案，从而真正突破刑事司法个案正义困境。

刑事司法逻辑转换的关键在于处理好以下几对范畴的关系：

1. 形式与实质的关系。近几十年来，在形式主义的司法逻辑主导下，我国司法实践在解释与适用刑法条文处理个案时，往往拘泥于对刑法条文字面文义的理解，忽视立法目的与保护法益对刑法条文的真正文义的探寻，对个案的处理往往只是满足于案件裁判结果形式上于法有据，具有形式合法性。这是近年来不断出现背离个案正义、具体法治的“奇葩”司法个案在认识论上的根本原因。

2. 法秩序的统一性和刑法违法性判断的相对性。梁根林教授指出，处理民刑交叉与行刑竞合案件，必须坚持法秩序统一性原理。这并非意味着，民法、行政法上违法的行为，刑法上就当然应当认定为犯罪。司法奇案的发生有很大一部分可以归咎于这一混同。在气枪案中，《枪支管理法》对于枪支的严格界定是出于治安管理、犯罪控制的功利需要，刑法具有不同的规范目的，或可对枪支进行必要的限缩解释。

3. 不法与责任的区分。梁根林教授认为，不法与责任二元区分的最大好处就是在合法与非法、无罪与有罪之间设立了缓冲区，有些犯罪虽然不法但是可能无罪，这就避免了四要件理论非此即彼的简单思维。运用这一思维，可以缓解司法裁判面临的许多矛盾。

在赵春华案中，即便认可公安的枪支认定标准，因而肯定其行为该当非法持有枪支罪的构成要件，行为构成不法，也完全可以以其行为时确实由于不可归咎于其本人的原因而没有认识到行为的违法性为由，阻却其责任，并宣告其无罪。这样既有利于枪支的管控与治安的维护，也维护了底层群众的尊严。

4. 类型与例外的关系。梁根林教授认为，刑法分则规定了构成要件，作为法律条文具有普适性，作为不法行为定型，具有类型性。类型思维因而成为刑法学的基本思维。但是，以追求个案正义为最高宗旨的司法则不能不考虑例外情形，不能不

注意特例对法条的可适用性的制约。

其实类型本身就包含例外，表达类型的概念就已经影射了例外的存在。阶层犯罪论体系相对于四要件犯罪构成理论的最大优点，就在于对例外的充分关注与尊重。摒弃类型绝对化思维，正视个案处理中的特例及其制约性，是刑事司法必须加以确立的另一基本逻辑。

5. 国法与天理、人情的关系。梁根林教授认为，不仅中国传统的法文化尊重天理、人情，西方法文化同样重视天理、人情，刑法教义学同样重视天理、人情。清末沈家本强调司法裁判要“裁之以义而推之以仁”；古希腊神话中的安提戈涅呼喊“法律之内应有天理人情在”。

在刑法教义学发达的德国，刑法教义学把天理、人情等刑法教义外的东西内化纳入刑法体系内，在责任论范畴内不断发展出诸如期待可能性、违法性认识可能性等新的责任要素。英美刑事司法强调不能背离公众的正义直觉。

总之，梁根林教授认为，要真正实现个案正义，就必须重述罪刑法定，根据阶层体系思维，转换刑事司法的逻辑。

提问与回应

讲座最后，梁根林教授在提问环节与同学积极互动，既解答了同学们的问题，又对于自己的立场就具体问题方面进行了展开：

第一位同学问道，气枪案中，梁老师所提到行为人不知道使用该气枪违法，主观上也没有恶意，因此不应以犯罪论处，这样一种不知者无罪的思路是否可以推广？

梁老师回答道，近来学界关于气枪案有很多讨论，其实类似气枪案可以从不同阶层予以出罪。在构成要件方面，可以考虑枪支管理法上的枪支是否当然就是刑法意义上的枪支，作为涉枪类犯罪对象的枪支认定标准是否可以不同于公安治安取缔中的枪支认定标准。退一步讲，即便刑法上认可并接纳公安的枪支鉴定标准，承认非法持有枪支的行为具有违法性，是否还可以考虑是否存在诸如存在禁止错误等阻却责任的事由从而最终决定是否构成犯罪。这一思路对于法定犯的认定具有一般的借鉴意义。

第二位同学问道，作为一名基层公安，不法与责任的二元区分是否会影响实务上的工作效率？

梁老师回答道，不法与责任的二元区分正是引入责任主义，从而使刑法具有一般预防的功能，现代刑法的文明来源于承认行为人具有主体性，具有法律上的规范

可交谈性，不能纯粹基于一般预防特别是一般威慑的考虑，不考虑行为人是否存在责任，就给行为人定罪量刑。

第三位同学问道，犯罪论体系的各种理论纷繁复杂，实务部门又如何对这一复杂的理论成果加以运用？

梁老师回答道，目前而言，实务机关只要大体上有一个不法和责任区分的意识即可，因为这一区分对于解决疑难案件有巨大的解释力，其中各类要素的认定对于说服当事人具有非常重大的意义，当然我们不是说主观的构成要件要素和责任中的主观要素的区分是无意义的。

第四位同学问道，梁老师在《中国法学》的文章中将形式解释和实质解释分别对应到了主观解释和客观解释，如何论证这一问题？

梁老师回答道，自己在文章中并没有形成直接对应关系，而是一种大体上的对应，这也引起了学界同仁的关注，自己将在后续的研究中进一步澄清这一问题。

第五位同学问道，如何找到民刑交叉、行刑竞合中的刑法适用标准？

梁老师回答道，这是一个学界关注、实务关注的共同问题，无法一言以蔽之。这首先是一个刑事政策的问题。一般地说，如果国泰民安，统治者自然希望少用刑法；国家混乱，统治者就会尽可能前置刑法。

其次，这里面也涉及犯罪分类的问题，我国现行刑法总体上是一个以自然犯为基础形成的重刑刑法结构，没有建立起适应法定犯时代与法定犯属性的犯罪分类体系和评价体系。

最后，面对刑法扩张特别是法定犯、行政犯的不断增长，需要解决如何构建一个具有充分解释力的刑法理论体系的问题。刑事政策、犯罪分类与评价体系、刑法理论体系的完善，都是适当地界定民刑交叉、行刑竞合案件的刑法适用标准的前提。

第六位同学问道，简易程序、速裁程序等也体现了程序正义价值中的一部分，为什么会怀疑这种程序正义的制度？

梁老师回答道，自己担心的是司法机关会不会为了效率而牺牲程序正义与实体正义，不严格地按照法律、人大决定以及“两高”意见设定的前提、条件和标准来操作。

梁老师忧虑认罪认罚从宽改革会不会异化为在司法机关没有掌握确实充分、排除合理怀疑的证据证明犯罪嫌疑人、被告人有罪的情况下，犯罪嫌疑人基于风险权衡与利弊比较而在没有犯罪的情况下违心地承认自己犯罪。因此，相关的司法改革必须设立相应的充分而有效的保障机制，以确保实现程序正义与实体正义。

三个小时的精彩讲座之后，车浩老师再次向梁根林教授表示感谢，宣布讲座正式结束。

为了引领研究生领略法学风景，北京大学法学院特邀部分专业资深教授，开讲“法学前沿课”

北大“法学阶梯”
高阶讲座系列之五

大资管 回归本源的法律视角

10/29
18:40-21:30
法学院凯原楼
B 103

刘燕

北京大学法学院教授，博士生导师，兼任北京大学公司财务与法律研究中心主任，入选教育部“新世纪人才支持计划”。中国财富五十人论坛学术成员，中国基金业协会法制工作委员会成员。研究领域包括：法律与会计交叉研究、金融法、公司财务、税法。出版专著多部，发表论文数十篇。

主办：北京大学法学院

冷门设计工作室

2018年10月29日晚上6点40分，北大“法学阶梯”高阶系列讲座第五场在北京大学法学院凯原楼B103教室正式开始。本次讲座的主讲人是北京大学法学院教授刘燕老师，北京大学法学院副教授刘哲玮老师担任主持人。

刘燕老师是北京大学法学院教授，博士生导师，北京大学法学院公司财务与法律研究中心主任，入选教育部“新世纪人才支持计划”，中国财富五十人论坛学术成员，中国基金业协会法制工作委员会成员。研究领域包括：法律与会计交叉研究、金融法、公司财务、税法，出版专著多部，发表论文数十篇。

本场讲座的主题为“大资管回归本源的法律视角”，讲座内容主要是大资管的分析进路与框架、资产管理的层次与产品结构、资产管理的组织方式以及资产管理的概念边界。刘哲玮老师在简要介绍刘燕教授的教学特色、研究成果和学术贡献后，宣布讲座正式开始。

刘燕教授首先向刘哲玮老师表示感谢，并指出本系列讲座的主要对话对象是所有专业的博士生，考虑到大资管领域的技术细节问题可能会给初学者带来较大困惑，因此本次讲座的重心在于作为法律人，应当如何处理商业活动、特别是复杂商事交易中的纠纷，以及处理商业纠纷时的基本思路与方法是什么。

对标题的解释

（一）何谓“大资管回归本源”

不论是称为“大资管回归本源”，还是“影子银行”与“金融乱象”的整顿，实质上均为以资管业务为支点的金融混业监管的重构。传统的分业监管已不能适应银行业、保险业与证券业通过资产管理进行混业经营的现实，因此监管应当要进行调整。

（二）何谓“法律视角”

金融业务变动频繁、大量利益博弈交织于其中，使得法律在该领域发挥的定纷止争功能出现了较为被动的局面，法律人在该领域的话语权相对较弱。尽管如此，法律的视角仍然在金融领域中发挥着重要作用：

1. 法律人逻辑性强且善于化繁为简，在大资管回归本源这场巨大的制度变革中，法律人可以充分发挥透过现象看本质的优势，将大资管的诸多争议转变为共识。

2. 金融监管的变革最后会以强制性法律规范修改的形式进行确认，因此法律人

必须要在原有法律规则的基础上进行相应研究，无法置身事外。

3. 大资管业务均建立在合同法、信托法等民商事法律的基础之上，法律人需要与业界就大资管业务的民商事法律基础问题进行有效的沟通。

（三）何谓“回归本源”

业界原来对大资管的标签是金融乱象、中国式影子银行，因此大资管应当回归于真正的资管，但何谓“真正的资管”仍众说纷纭。目前存在以下几种观点：

1. 《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（以下简称“资管新规”）规定了诸多强制性规则，推动资管行业转型。但业界批评称资管新规的定位有误，其本质是影子银行乱象的治理规则，而非新型资管业务的新规则。

2. 回归“大信托”。然而，大信托作为舶来品，在我国存在法律属性不明的问题，“信托”一词与“受人之托、代人理财”一样，已在信托法律关系、义务、特定信托产品以及信托公司这四个层次上被使用，因此大资管回归“大信托”指向不明。

3. 回归基金法。基金是资管业的起点与核心，回归基金法是国际层面的监管共识。然而，我国的基金法只规范证券投资基金，其主管机关为证监会。如果在目前的立法框架下回归基金法，会导致银行理财等基金法规范范围之外的资管产品不能被监管纳入其中，亦无法优化证监会与其他资管产品主管机关之间的监管协调关系。

第一部分：分析进路与框架

金融交易法律问题的分析框架，可以概括为市场操作、民商法基础、监管法的“三位一体”：

1. 市场操作，需要关注金融交易的交易结构、流程与机理。

2. 民商法基础。所有复杂的金融交易本质上是跨期权利义务的履行，其主要涉及合同法、信托法、担保法与破产法。

3. 监管法。在民商事法律不能有效解决金融交易的前提下，监管才会介入，介入的情形主要包括：

（1）金融交易中双方当事人地位不平等，金融消费者或投资者受信息不对称损害，在此情况下监管的作用是保护处于弱势地位投资者。

（2）金融交易中双方当事人地位平等、该交易对双方均有益但会损害社会公共利益，例如刚性兑付，在此情况下监管的作用是防范系统性风险以及维护行业公

平竞争。

与此类似的分析框架可见于哥伦比亚大学法学院KatharinaPistor教授提出“金融的法律理论”（LegalTheoryofFinance）。2008年金融危机后，Pistor教授组织了全球多个地区的金融法学者，探讨法律角度的研究对金融危机治理可以做出哪些贡献。LTF分析框架也是把交易、民商法、监管规则熔冶一炉，其不同于经济学界提出的“法与金融”理论。除了市场操作、民商法基础以及监管法三个要素外，还需要从交易层面往上出发，从交易层面看民商法，然后从民商法看监管框架。

第二部分：何谓资管——资产管理的三个层次

多部委联合发布的资管新规对“大资管”做出了明确定义：指银行、信托、证券、基金、期货、保险等金融机构接受投资者委托，对其财产进行投资和管理的金融服务，即“受人之托、代人理财”。该定义可以分为三个层次：1. 微观：产品及其组织结构，例如证券投资基金的法律关系。2. 中观：交易组织方式，即如何构建金融服务提供商之间的关系。3. 宏观：行业，需要界定大资管与资产证券化业务、养老基金等业务的区别。具体而言：

（一）微观层面：产品及其组织结构

“受人之托、代人理财”的具体形态为：管理人接受投资者的委托，运用存款、信托计划、基金份额等形式存在的投资者资金进行对外投资，投资者可以获得管理人投资获得的收益。这种形态表现出了以下技术特征：

1. 在管理人方面，“管理人”包含了进行决策的管理人、保管财产的托管人以及投资顾问等。每个服务商在资管业务中扮演的角色难以一概而定，这时需要抽丝剥茧地对每一单交易进行分析。

2. 在投资者方面，存在着集合投资背景下收益分配的优先序位问题，

3. 在投资者与金融产品服务商之间的关系方面，存在着签订合同的过程是“销售”还是“接受委托”的问题。

4. 在投资资产方面，传统上的投资资产为证券，因此资管也称为证券投资基金，但目前在法律上无法将符合“受人之托、代理理财”特征、由PE或VC投资的初创企业股权纳入其中。

资管产品层面技术特征的丰富性可以券商系资管计划为例来看。我国最早的资

管形态为券商接受他人委托，将资金投资于股票市场。2003年证监会对该业务开始进行监管，将资管计划分为定向资管计划和集合资管计划、专项资管计划，后来又从集合资管计划中派生出结构化集合资管计划，后者最典型的例子是宝能收购万科事件。其中，只有证券投资基金这类集合资管最符合传统资管业务的特征。在定向资管中，委托人只有一个，极可能导致“代人理财”演化为按照委托人命令行事的“指令理财”。在国外，定向资管的委托人一般为退休基金、养老基金、社保基金等；在我国，定向资管在2012-2016年间成为了银行规避贷款监管规则限制的通道，为一些通过合法渠道无法获得银行贷款的主体提供资金。彼时运用定向资本的方式有三种：

1. 银行委外业务，即银行委托外部管理人进行投资。

2. 事务管理，银行自己决定投资标的，但银行将一些事务性管理工作委托给其他主体，如银行为了降低其债券投资行为给市场带来的冲击程度，会委托不同证券公司进行询价，类似于债券分仓处理。

3. 规避监管的通道业务。由于银行客户缺乏贷款额度或存在资金使用范围的限制，银行会委托券商进行，而券商又委托信托公司放贷，由此便形成“嵌套”这一大资管中的乱象。

（二）中观：交易组织方式

资管产品的组织架构，包括公司模式、合伙模式（包括普通合伙与有限合伙）、信托模式、契约模式。相关国际公约中也提及，服务商种类多、架构复杂是集合资管计划最大的特点，法律上无法对资管的组织结构采用统一化的标准，只需保证从投资者处汇集的财产区别于其他原属于管理人的财产，以保证投资者对其财产的受益权得以实现。从20世纪30年代美国大萧条至今，资管结构不宜过分复杂的共识已经逐渐形成。

（三）宏观：行业

当大资管作为一个行业时，需要厘清其与整个金融市场的关系。金融市场与结构直接相关的功能可分为两大部分：1. 提供融资并完成资金输送的市场，包括以资本市场为代表的直接融资市场和以银行为代表的间接融资市场；2. 风险管理的市场，包括保险业务和期货衍生品业务。大资管打通了这两个市场中分业经营的隔阂，其为银行、证券、保险、期货、信托公司均可面向投资者或其他终端资金拥有者提供

的投资管理服务。

需要注意的是，大资管排除了资产证券化业务，因为资产证券化是从融资端启动的业务，且资产证券化具有较强的期限性，服务对象既包括投资者又包括融资者，权利义务上与资管有别。在国外，资产证券化业务与衍生品融合形成了“合成CDO”，其亦从融资端启动，由发行人委托金融机构创设相应金融产品向投资者发行以募集资金。

在我国，大资管主要服务于银行，是“银行的影子”，银行发行理财产品、吸收存款人的资金后，以委托人的身份，通过信托公司、证券公司或保险公司的资管计划将资金投向于原本不符合银行放贷条件的借款人。在国外，影子银行主要体现于证券市场，投资者购买资管产品后，受托人将资金投向各种资产证券化产品，例如车贷房贷的资产证券化和合成CDO。

第三部分：资产管理三层次的法律视角

前面已经提到，“大资管”分为产品及其组织结构、交易组织方式与行业三个层面。以下从法律视角分析大资管的三个层次：

（一）产品及其组织结构的法律分析

目前已有大量文献对产品结构层面的法律定性进行了讨论，并取得了较多共识。需要注意的是，争论资管计划是“信托”还是“委托”已无太大意义。在投资者与受托人内部关系方面，合同法中的委托与财产法中的信托效力基本相同，因为不论是在信托关系还是在委托关系中，投资者均要承担风险；在受托人与第三方债权人的外部关系方面，特别是在受托人破产清算情况下，信托说对于保护投资者的利益比较有利，因为委托关系中的财产虽然属于投资者，但实际被受托人控制；而信托关系中的财产虽然属于受托人，但同时独立于受托人的其他财产。不过，我国现有的监管规则，除银行理财外，通过“第三方托管”的方式消除了委托关系和信托关系中受托财产所有权的差异，即要求券商系、保险系的资管计划中强制实施第三方托管，这使得受托财产具有了“准财产独立性”。

（二）交易组织方式的法律分析

交易组织层面和行业层面的研究目前不多，取得的共识也比较少，但这两个层面才是大资管回归的核心内容。在交易组织层面，需要注意的是，目前的许多资管

组织方式存在名不副实现象，因此不能根据某个资管机构的名称来对其进行定性。

1. 英国的资管组织方式

英国是最早开展资产管理业务的国家之一，19世纪60年代的“海外政府投资信托”被视为现代资产管理的起点。目前英国有三类资管组织形态，分别投资信托（公司型封闭基金）、单位投资信托以及开放式可变资本公司。首先，在早期及很长一段时期内，英国的信托实际上是公司型信托。1720年南海泡沫事件推动了《泡沫法案》的出台，该法案禁止设立未经国会和王室授权的发行可转让股票的公司，这导致通过信托方式开展公司业务的情况大量出现，因此当时的信托主要是模仿合股公司形态运作。专注于证券投资的信托则可称为“投资信托”。1862年英国整合修订了1844年以来的公司法案，要求20人以上的自由结社群体必须注册公司，因此符合该条件的投资信托也必须转为公司，这意味着股份可以自由转让但不能赎回，即要遵循“资本维持原则”。在此情况下，便形成了早期的封闭式基金。一开始是公司董事会作为受托人管理受托财产，到1873年出现了公司委托第三投资顾问进行管理的形式。其次，1931年后英国出现的“单位投资信托”才是真正的信托组织，管理人向公众募集资金后把资金交给托管人（也称为受托人）设立信托，管理人实行固定的证券投资组合策略，买入证券后也交给受托人，证券投资组合下的收益则派发给受益人。此外，受益人有赎回的权利，可以把单位投资信托份额卖回给管理人，这就形成了开放式投资基金。再次，为了顺应公司型开放式基金的发展趋势，1997年英国通过公司法的修订创设了一种无须遵守资本维持原则的公司组织形态，专门适用于投资基金行业，其特征包括（1）股东可自由赎回股本；（2）公司可以从股本中支付股利；（3）赎回基金份额必须严格按照净资产值进行，以保护公司债权人的权利。

2. 美国的资管组织形式

美国的资产管理业务源于19世纪末20世纪初基金业的兴起，组织形式包括投资信托和公司；其中，投资信托包括英国式的单位投资信托和麻省商业信托，后者实质上是公司的变形，其最大的特点是信托份额可以自由转让。在1940年美国通过《投资公司法》时，国会的法案报告中总结了四种形态：（1）管理型投资公司，管理人向公众发行基金凭证，在募集资金后与投资顾问签订合同委托其进行投资管理；（2）单位投资信托，该形式下没有管理人，由投资者作为信托资产的份额持有人，组成信托资产的投资组合不变；（3）定期支付计划；（4）面值证书公司，后两类主要与销售基金时的分期支付安排方式相关。根据美国《投资公司法》的规定，在民商法层面，可采取公司法人、合伙、协会、信托等任一形式；但在监管法层面，

必须要设立董事会或受托人委员会，其中必须要设立独立董事，以及给予股东、信托受益人和基金持有人比一般公司中更多的投票权利。这种民商法与监管法上的差别对待，被美国的学者称为“公司变异体”（corporate anomaly）。

3. 从机构投资者到资管行业

交易组织方式与基金规模的配合，产生了一类资本市场的特殊主体——机构投资者，它逐渐引起监管层的重视。20世纪60年代以来，机构投资者开始兴起，在基金业中出现了“双重代理层”现象，这使得基金业的治理成为法律必须要关注的问题。

（1）1971年经合组织（OECD）将证券集合投资机构称为机构投资者，并提出了治理结构的一般原则性要求。

（2）欧盟于1985年发布了关于可转让证券的集合投资事业监管指令，作为对OECD所关注问题的回应。

（3）20世纪90年代，国际证监会组织（IOSCO）取代了OECD承担的制定证券市场国际监管标准的责任，并提出“集合投资计划”的概念，并将监管关切的范围置于投资于可转让证券的CIS，不涉及投资于不动产、抵押贷款的集合投资计划或风险投资基金等。

（4）1998年美国长期资本管理公司的倒闭以及2008年金融危机让监管者意识到，此前对高风险投资者自我管理能力的低估，造成了高杠杆的普遍存在以及由此导致的系统风险的增加。国际金融监管层就加强私募基金的监管达成共识，即将私募基金纳入资产管理的范畴，并形成“宏观审慎监管”的全新监管理念。美国2010年出台多德弗兰克法案将对冲基金、PE纳入《投资公司法》下的注册范围，VC虽豁免于注册，但也需要向SEC报告。在欧盟，有关投资基金的指令将资管业务分为两类，第一类是投资于公募的集合投资计划（CIS）；第二类是另类投资基金，包括房地产、私募、PE以及VC。

（5）2009年金融稳定委员会（FSB）成立，它在2017年出台了两份关于资管与影子银行的报告，亦将私募基金纳入其中。由此可以看出，资产管理的概念并不是由具体业务形态决定的，而是根据监管的需要决定的。

（三）资管行业的法律边界

在明确资产管理的概念后，需要解决选择什么法律框架来处理资产管理行业，并与其它类似行业或产品分开的问题。这里既有商业逻辑，也有利益博弈与政治平衡。以美国为例，美国的相关法律建立在投资基金法及其分支法律规则的基础之上，

在半个多世纪中不断勾画边界。这里重点谈两个边界：

1. 基金与资产证券化。前面已经提到，基金是从资金端即投资者启动的业务，而资产证券化是从融资端启动的业务。由于在资产证券化中的SPV结构为信托，必然会出现资产证券化是否适用于投资基金法的争议，如适用该法，则必须设立董事会，并给予投资者投票权，监管成本会随之增加。但资产证券化本身是降低融资成本的工具，只有投资顾问、没有管理人。此外，资产证券化中投资者的收益凭证类似于有评级的债券，SPV的基础资产不会因为赚取更多收益而发生变化；而在投资基金中，为了获得更好的收益，管理人会在投资者申购基金份额后，让基金投资的资产频繁发生变动。美国于1992年出台监管规则，确认了资产证券化不构成投资基金，不适用投资基金法。

2. 基金与信托。由于小额信托的管理成本较高，域外首先从银行信托业务中发展出了共同信托基金，集合众多小额受托资金对外投资，区别于每个信托分别管理的传统信托模式。我国银保监会于2007年出台的《信托公司集合资金信托计划管理办法》，也突破了传统信托对信托财产进行分别管理的规则。商业实践与法律规则的发展分别证明了集合信托的合理性与合法性，因此一些学者坚持的“基金回归大信托”、“消除资金池就需要依靠信托法的分别管理”的观点并不可取。此外，银行从事共同基金业务也引发了法律适用对象的争议。在美国，法律上将证券投资基金与银行从事的共同基金进行了区分，后者仍然接受美联储与货币监理署（OCC）的监管，主要是基于：（1）美国实行分业监管体制，在分业监管格局下必然会带来部门利益冲突的问题；（2）相较于银行的共同基金业务，起源于投资信托的证券投资基金投机性更强。目前，美国的银行共同基金业务分为两块，一块是传统的业务，受美联储与OCC监管；另一块是允许公开宣传的证券投资基金业务，受证监会（SEC）监管。

第四部分：资产管理的法律框架

在前述观点的基础上，可以系统性地思考整个资产管理的法律框架。总体而言，法律的安排是多层次的，在某个层次、某个环节谈回归“大信托”还是“大基金”均是片面的。大资管回归本源而非回归“大信托”并非完全“反信托”，而是“大信托”过于简单化，其无法涵盖资产管理下任何一个层次的特征，在每一个层次下不但有信托的影子，还有其他法律关系、组织形态以及行业活动的影子。

资产管理的法律框架可总结为“三横三纵”模式（图示略），具体如下：

为了引领研究生领略法学风景，
北京大学法学院特邀部分专业资深教授，
开讲“法学前沿课”

北大“法学阶梯”
高阶讲座系列之六

行政法学 体系转型的 基本问题

11 / 5

15:10-18:00

法学院凯原楼

B 1 0 3

沈岷

北京大学法学院教授，博士生导师，
兼任北京大学法学院
人权与人道法研究中心主任、
中国行为法学会软法研究会会长等职，
入选教育部新世纪人才，
荣获第七届全国十大杰出青年法学家提名奖。
研究领域包括行政法、宪法、
软法、国家赔偿、风险治理、
食品安全和人权等，
有专著十余部，论文数十篇。

主办：北京大学法学院

冷门设计工作室

（一）民商法

民商法中的信托法与公司法、合同法等法律同样重要。民商法基础一方面影响当事人的权利义务，一方面影响包括管理人在内的整个组织架构的运转。

（二）监管法

监管法与“三纵”交叉，其包含三个环节：

1. 针对整个资产管理或基金组织运作的监管规则，包括各国的投资基金法、投资公司法或信托业法，这些法律属于监管层面的行业法或产品法。
2. 证券监管，其主要针对基金募集投资者资金的行为。
3. 宏观投资政策监管，防止大型机构投资者将巨额资金投向实业后对实业造成冲击。为了减少机构投资者对实业的冲击，通常会对银行和保险公司这些大型“资金池”施加“前端”与“后端”的双重限制，即对投资额占投资者总资产比例、投资额占目标公司总股份的比例进行限制。

（三）系统性风险的考量

系统性风险监管的观念脱胎于 2008 年全球金融危机。我国目前全面禁止刚性兑付是系统性风险理念的践行。

小结

在金融法领域，“从概念出发”是困扰金融法问题研究的主要原因。金融法不是由教义学统治的世界，相较于金融行业的迅速发展，法律的发展具有滞后性，加上我国金融法律制度多半是舶来品，导致了无法从法律的概念出发推导出相应的结论。“大资管回归本源”并不是简单地对概念进行厘清，目前主要的问题是缺乏系统性的法律建构：在分业监管的情况下建立大资管的统一监管标准，很有可能造成类似于美国州际公司法的朝底竞争。作为法律人，应当运用自己独特的思维方式与强大的逻辑分析能力，去辨识法律与经济活动的互动中存在的、从交易到民商法再到监管法的层次感，为监管者提供比处于利益漩涡之中的业界更清晰的分析思路。

刘燕教授主讲完毕后，刘哲玮老师再次向刘燕教授表示感谢，并宣布讲座正式结束。

11月5日下午，北京大学“法学阶梯”高阶讲座第六场在凯原楼举行。北京大学法学院教授、博士生导师沈岷担任主讲人，题目是《行政法学体系转型的基本问题》。活动由北京大学法学院助理教授彭箴主持。

沈岷现为北京大学法学院教授、博士生导师，北京大学宪法与行政法研究中心研究员、北京大学法学院人权与人道法研究中心主任。目前担任中国行为法学会软法研究分会会长、中国行政法学会政府规制专业委员会执行会长。主要研究领域：行政法、宪法、软法、国家赔偿、风险治理、食品安全。已出版多部专著，发表论文百余篇。

沈岷教授指出，行政法学体系能否转型以及如何转型，在学界存在着争议和讨论。这次报告主要分享近年来对于行政法学基本问题的思考，包括当前行政法学的任务、行政法本体论的思考、“新行政法”的公共行政变迁背景、传统行政法特点和“新行政法”进路、作为理想类型的监控者和管理者及其统合等问题。

第一部分：引子：当前行政法学的任务

沈岷教授认为，讨论行政法学体系转型问题，应当首先明确行政法学的任务。在我国，行政法学当前面临三大任务：

1. 更加成熟的体系化，即如何全面实现行政法学概念、原理、教义等的逻辑关联性、融贯性、统一性和整体性。同民法和刑法相比，我国的行政法并没有实现法典化。这使得基本的概念和理论存在两个来源：一是借鉴域外的制度和学理，一是发展本土的制度和判例。这些概念、原理和教义，既有移植的因素，又有培育的因素，导致二者之间经常形成冲突，甚至出现一些行政法教科书难以自圆其说、相互矛盾的内容。

2. 接地气的本土化，即如何在既有规则、制度、判例等经验基础上形成自己的体系。中国行政法学从改革开放后开始复兴，在很大程度上受到域外制度和学说的影响。经过三四十年的发展，有越来越多的学者避免将目光局限在域外，而是考虑在既已形成的规则、制度和案例基础上建立中国行政法自己的体系。否则，针对特定制度，究竟将哪一种域外理论适用于中国，会是争论不休的问题。但这种路径选择绝非闭门造车，而是在借鉴域外经验的同时，更加强调构建自己独立的体系。

3. 超越传统法学局限，即如何突破以法官适法为导向的行政法学传统体系格局，回应行政法学促进行政目标、任务高效实现的需求。传统行政法与民法、刑法的一

个共性，在于三者都以法官适法作为方法论的导向。在行政法领域，这种导向至今仍然占据主导和支配地位。不过，三个法律部门在此问题上同样存在差异——民法和刑法的运用主要在法院，而行政法规除运用于司法外，有相当一部分由行政官员先予适用。那么，行政法学是否应当回应行政官员在承担行政任务时对于行政法规则的运用？如果完全无视行政所面临的问题，仅仅以法官思维构造体系，是否合适？这是本次报告主要关注的问题。

第二部分：轻触行政法学本体论思考

沈岷教授表示，他提及行政法学的本体论，并非是一种行政法哲学的思考，仅仅是由于其与行政法学体系的转型问题密切相关。对“行政法是什么？”以及“行政法的目的是什么？”这类问题的回答，就是行政法学本体论的思考。如果认为行政法只是行政许可法、行政处罚法、行政诉讼法和国家赔偿法等法规规范的集合，是远远不够的，也是不准确的。随后，他结合唐福珍事件，以及其亲自参与的《城市房屋拆迁管理条例》审查工作和《国有土地上房屋征收与补偿条例》制定工作进行了说明。

唐福珍事件发生后，北大法学院沈岷教授、姜明安教授、王锡锌教授、陈端洪教授和钱明星教授联名向全国人大常委会提出审查《城市房屋拆迁管理条例》（以下简称《条例》）的建议。我国宪法第10条规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”但《条例》的规定显然与宪法相悖。首先，依据宪法和法律，补偿是征收合法有效的构成要件，应当在房屋拆迁之前完成。《条例》将本应在征收阶段完成的补偿问题拖延至拆迁阶段解决。其次，依据宪法和法律，征收补偿主体应该是国家，征收补偿法律关系应当是行政法律关系。《条例》却将补偿主体定位为拆迁人，将拆迁补偿关系界定为民事法律关系，致使被拆迁人普遍承担不利后果。再次，依据宪法和法律，对单位和个人房屋进行拆迁，必须先依法对房屋进行征收。《条例》却授权房屋拆迁管理部门在没有依法征收的前提下给予拆迁人拆迁许可。最后，如果房屋拆迁不区分公共利益和非公共利益，那么由拆迁引发的纠纷，在经过行政裁决后，结果基本倾向于拆迁人。

有鉴于此，原国务院法制办着手起草《国有土地上房屋征收与补偿条例》，代替《城市房屋拆迁管理条例》。在制定过程中，一个优先考虑解决的问题是，如何解释《宪法》第10条规定的“公共利益”？作为一个不确定法律概念，对公共利

益的判断，究竟交给政府和法院裁断，抑或是在行政立法中尝试列举？沈岿教授表示，立法者最终采取了列举的方法，避免行政在决策上缺乏必要指引。

《国有土地上房屋征收与补偿条例》第8条第5项将“由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要”认定为公共利益。此前，第一次征求意见稿的表述是“危旧房改造”。与危房亟待改造相比，旧房几乎与公共利益无涉，不具有征收和拆迁的合法性。但考虑到政府推动旧城区改造的经常性和普遍性，遂设立第9条，也就是对于保障性安居工程建设、旧城区改建，应当纳入市、县级国民经济和社会发展规划。由于市、县一级国民经济和社会发展规划需地方人大批准，从而限制地方政府在公益征收问题上的判断和裁量。与之相关的另一个问题是，第一次征求意见稿曾规定，因危旧房改造需要征收房屋的，90%以上被征收人同意改建的，方可进行。而后由于不具有普遍适用性而未予采纳。取而代之的是目前的第11条第2款：“因旧城区改建需要征收房屋，多数被征收人认为征收补偿方案不符合本条例规定的，市、县级人民政府应当组织由被征收人和公众代表参加的听证会，并根据听证会情况修改方案。”

沈岿教授从上述事例中引申出两个问题。其一，在提出违宪违法审查建议的时候，我们着重于做什么工作？是一种怎样的思维进路？其二，在起草新条例的时候，我们着重于做什么工作？与上述思维进路是否相同？简单来说，第一种思维进路类似于病理分析，是对行政规则的合法/违法判断，而第二种思维进路类似于工程建构，不仅要避免合法性质疑，而且更要考虑政府需要及其面临的问题。基于此，对“行政法是什么？”以及“行政法的目的是什么？”的回答，可能需要重新考量。

第三部分：“新行政法”的公共行政变迁背景

十多年来，不同学者在“新行政法”符号下做了很多研究。那么，“新行政法”的兴起的原因是什么？又有怎样的背景？沈岿教授坦言，“新行政法”的产生，与公共行政的变迁具有紧密关联。公共行政纷繁复杂，从经验上难以描述，不过仍然可以把握其具有的特点。

（一）行政任务的多元性

秩序行政、调控行政、福利行政、服务行政、规制行政、给付行政、环境行政、风险行政等概念，都是对当代行政任务不同层面的勾勒和类型化。这些任务有着不

同的目标指向，比如秩序行政涉及安全，调控行政和规制行政涉及经济繁荣，福利行政和给付行政涉及最低的生活保障；这些任务又有着不同的系统性特点，比如风险行政所处的不确定性系统；这些任务更有着多元目标之间的紧张关系，比如自由与安全、财产保护与社会福利、经济发展与环境的代际公平。

（二）行政活动和手段的多样性

传统行政体现为一种“命令—控制型行政”（command-control），运用命令、处罚、许可、强制、收费和检查等活动和手段，实现行政任务。但仅靠“命令—控制型行政”无法实现全部行政任务。随着行政任务的多元性，行政活动和手段也呈现多样性，如签订合同、提供指导、建议和劝告、实施激励措施、发布信息、诫勉劝谈等。这种多样化的、刚柔相济的行政活动和手段具有三个特征：一是减少了强制性和单方性；二是将行政相对一方视为积极的合作者而不是消极的接受者；三是以目标实现为指向而不拘泥于行政形式。

（三）行政边界的位移性和相对性

政府在承担行政任务时，需要一并考量财政预算和机构编制。行政任务数量和种类的增多，意味着国家为实现人民福祉而履行的保障义务增多，政府显然无法以一己之力完成。那么，行政的正当边界在哪里？具体来说，是不是所有涉及人民福祉目标的事业都需要政府去承担？如果必须由政府承担，是否可以考虑公私合作？这时的行政边界在哪里？由公法还是私法调整？沈岿教授认为，这些问题都可归结为公共行政边界的位移性和相对性。

（四）行政环境的全球化和网络化

全球化是资本主义和工业化在20世纪的进一步发展，使得商品货物、资本、人员、知识、影象、交往、犯罪、污染物、毒品、时尚以及信仰等跨越民族国家疆界而流动，是真实世界在空间、制度和文化的拓展。具体到行政法领域，美国食品药品监督管理局（FDA）于2008年在中国设立了三个海外办事处，负责对中国出口到美国的食物进行监管，同时帮助中国政府提升食品安全监管的能力。可见，解决这类问题愈加需要国家、国际组织甚至跨国公司之间的合作。特别是国际组织和跨国公司具有的公共管理和公共服务性质，使行政法提出了透明性和应责性的要求。由此催生的“全球行政法”愈加受到关注，也成为行政法不可回避的挑战。

此外，电脑技术、互联网技术、卫星技术等发展起来的网络化，催生了独立于现实、又与现实有着密切联系的虚拟世界。网络上的经济交易（如电子商务、互联网金融）、社会活动（如网络会议、网络社区、网络课堂、网络交友）、休闲娱乐（如网络游戏）等，不但可以跨越国家疆界，还可以跨越真实与虚拟。这些给政府规制和社会公共性规制都带来很大问题。比如电子商务第三方交易平台，本身就承担了很多原来不是民事主体应该承担的任务。公共行政的变迁在行政法上的投射，给行政法带来了巨大挑战，从而产生了“新行政法”的研究。

第四部分：传统行政法特点和“新行政法”进路

（一）传统行政法的特点

沈岷教授指出，“新旧”行政法的比较必须建立在对传统行政法特点的认知基础上。在我国传统上，一般行政法的主干由行政法基本原则、行政组织法、行政行为法、行政监督与救济法构成。其中，行政法基本原则以法治国家、依法行政为核心展开，先有合法性原则、合理性原则，而后渐有法律保留原则、法律优先原则、比例原则、信赖保护原则、正当程序原则等。这些原则或是移植继受域外、为规范我国行政而来，或是基于本土制定法的提炼。行政组织法以“行政主体”概念为核心，以在林林总总的行政组织形式之中定位责任主体为旨向，对行政组织进行“行政机关”、“被授权组织”、“受委托组织”的类型划分。行政行为法为总结抽象共性，对行政行为进行类型化处理，并分别结合各类行为于法律效果上的特性，形成可普遍适用的原理和规范要求，从而解决行政诉讼中法院审查的相关问题。除实体法外，行政行为法也有程序法规范，故行政程序法也在逻辑上归入一般的行政行为法，并与各类行政行为相勾连，正当程序也越来越被运用到法院的裁判中。行政监督和救济法是关于对公共行政实施监督并对其合法或不法侵害的正当权益予以救济的法规范之集合。在传统上，其与行政行为法并列为一般行政法的两大核心。那么，在传统行政法的背后，是一双什么样的眼睛？带着怎样的关切？他回答，这是一双监控者的眼睛，带着监控行政权的关切。

（二）“新行政法”的兴起

1. 总论维度还是分论维度

沈岷教授表示，关于“新行政法”的探讨，终极目标是在“一般行政法”或“行

政法总论”层面上进行的。在学理传统上，通常将行政法分为“一般行政法”（或“行政法总论”）和“部门行政法”（或“特别行政法”、“行政法分论”）。前者指向跨越公共行政部门或领域的、对公共行政有共性要求的一般法规范之集合，后者则指向与特定具体的公共行政部门或领域相关的、对该部门或领域之行政既有共性要求又提出特殊要求的法规范之集合。部门行政法往往更新甚快，尤其是在特定公共行政部门或领域面临重大转型时。设若“新行政法”概念旨在讨论各个部门行政法层面上的变化，显然将飘忽不定而难收学术范畴之应有价值。

然而，这绝不意味着，“新行政法”的探索远离部门行政法。一般行政法与部门行政法有着天然联系，具有共性的一般行政法规范之要求，脱胎于对部门法规范的观察、提炼和超越。我国20世纪90年代初曾经出版“中国部门行政法系列”教材，大致有《民政行政法》、《土地行政法》、《工商行政法》、《审计行政法》、《环境行政法》、《海关行政法》、《公安行政法》、《交通行政法》等。这些教材的编写，其体例结构在相当程度上都受到主导的行政法而部门行政法的新近发展，已经突破了传统框架的发展，特别是可能动摇一般行政法的规范构成、基本原理、适用范围、体系以及方法论，这也往往是“新行政法”研究的出发点、切入点。换言之，“新行政法”始于部门行政法，聚焦一般行政法。更何况，在相对意义上，“宏观”的一般行政法与“微观”的部门行政法（如公安、工商、金融、食品、药品等众多领域）之间，存在一种“中观”的跨部门行政法。其可能尚未达到一般行政法的抽象和普遍程度，但也并非仅限于某个行政部门或领域，如社会行政法、风险行政法、全球行政法等。“中观”的跨部门行政法往往对具有一定共性的公共行政予以关注，发现和研究较大范围内普遍存在的法规范需求，从而更有可能对一般行政法产生反省、检验和促进之效。

2. 新行政法示例：风险行政法

对此，沈岷教授以风险行政法为例进行了说明。他表示，风险行政法，首先面对的问题是风险。人类目前面临的风险，一方面是技术层面的，如转基因食品、伪劣药品、电子辐射、网络病毒等；另一方面是制度层面的，如环境灾害、经济金融危机、恐怖袭击等。不同学科对于风险的理解不同。从统计学角度，风险是某个事件造成破坏或伤害的可能性或概率；从人类学、文化学角度，风险则是一个群体对危害可能性的认知。其中，对于公众的风险认知，存在一些规律性的判断。首先是可得性启发（availability heuristic）。在一般人看来，熟悉的危险较之不熟悉的危险，显眼的危险较之不显眼的危险，最近发生的事件较之以往发生的事件，都会被认为

更易发生。其次是直觉毒理学(intuitivetoxicology)。例如人们常常认为:接触致癌物就可能患癌症;使动物致癌的化学物质也会使人致癌;天然化学物质通常没有人造化学物质危害大;认为村庄使用的杀虫剂是导致婴儿畸形的原因;使用处方药总是安全的。再次是羊群效应,即信息缺乏时,最先发出的信息可以激起“信息连锁流”。最后是概率忽略,对危险的反应建立在后果的恶劣程度和形象程度之上,而不是基于对后果发生概率的估计。上述原因显示出,扭转公众对风险的固有认知十分困难。同时,它们直接关系到风险行政法的体系建构。风险规制理论普遍认为,风险评估、风险管理和风险交流构成了风险分析的主要内容。其中风险评估和风险交流是风险管理的前提和基础,否则风险决策本身的科学性和民主性便存在质疑。而如果不了解前述原因,就难以形成或理解风险行政的基本框架。

(三)“新行政法”的进路

那么,公共行政的剧烈变动,对一般行政法究竟形成怎样的影响或挑战呢?沈岿教授认为,综观既有的研究,学者的观点各异,但大体上可分为两种进路。他将分别贴上标签为“内生增长论”和“结构转换论”。前者虽然认为一般行政法正在面临巨大挑战,需要进行较大程度的改变,但新行政法基本可以在传统框架和结构内寻求增长和变革;后者则强调传统行政法结构已很难适应新公共行政以及相应法规范的需求和变化,新行政法的适应能力和前景寄托于实现结构层面上的转换。他同时强调,进路对应的是观点而非学者,因为在同一个学者身上,针对不同议题,可能同时混杂着两种进路。

随后,他结合传统行政法的基本框架,展开新行政法两种进路的范例观点。针对行政法基本原则,“内生增长论”基本没有脱离传统上对“作为结果的行政行为”与既定规范的一致性进行评价的法治主义。而“结构转换论”在传统合法性之外,提出“最佳性”视角,引进行政效能原则,认为行政活动应当遵循成本—效益分析,行政组织、手段和程序应当与行政目的和任务相匹配,行政行为应当具有可接受性等。针对行政组织法,“内生增长论”认为,公共行政有社会组织和私人的参与,带来的是行政权行使主体的变化。行政组织法的任务就是改变对政府的聚焦和集中,确定哪些组织应该担纲行政法上的权力、职责和责任。“结构转化论”认为行政组织法的使命不再是框定作为行政法主体、承担行政法责任的组织及其类型,而是把所有完成行政任务的组织都纳入其关注的视野,无论任务的具体展开主要是适用私法规范还是行政法规范。针对行政行为法,“内生增长论”承认行政目标、任务多

元化以及随之而来的行政活动、手段多样化,只是更多地将新的行政活动、手段纳入传统的行政行为法体系之中,在描述这些新的行政活动、手段的特性与作用同时,概括其服务、指导、合作性质,从而区别于以往行政行为法对管理、强制的强调。“结构转化论”认为传统行为形式理论对行政实体政策面向关注不足,主张引进规制工具及其选择理论,关心规制政策目标实现的效用和过程。针对行政监督和救济法,在多数新行政法论者的著述中,对于行政监督和救济法基本未予关注。即便是认为其需要回应公共行政变迁的,也似乎未在结构性转变意义上予以阐述,因而可以归入“内生增长论”当中。

那么,在新行政法的两个进路背后,特别是“结构转换论”的背后,是一双什么样的眼睛?带着怎样的关切?沈岿教授指出,相较于传统行政法,这是一双管理者的眼睛,持续关切着公共行政所面向的问题。

第五部分:作为理想类型的监控者和管理者

沈岿教授表示,监控者和管理者都是作为理想类型讨论的。理想类型是一种分析结构,按照马克思·韦伯的观点,也就是“通过单方面地突出一个或更多的观点,通过综合许多弥漫的、无联系的,或多或少存在、偶尔又不存在的具体的个别的现象而成的,这些现象根据那些被单方面地强调的观点而被整理成一个统一的分析结构中。”他从八个方面对比分析了监控者和管理者的差异。

(一)学术背景

监控者的学术背景,一是20世纪80年代中后期,法学界急于走出前苏联“国家法”阴影。二是《行政诉讼法》的制定。《行政诉讼法》作为一部对行政进行司法审查的法,其在本土的生成以及对行政法学改造的影响,无疑加强了行政法总论体系框架和内容背后的“监控者”角色。另外,无论是清末民初的行政法学体系还是上世纪80年代复兴的行政法学体系,都深受大陆法系行政法学体系的影响。德国行政法先驱奥托·迈耶克服极权国家或警察国家的弊端,将“依法律行政”注入行政法,强调行政的合法性、可控性以及司法对行政合法性的控制和检验;其选定行政行为作为基础概念,关注行政行为的形式化及其可预测性与可计算性,仍旧是希望藉由法的形式理性限制国家权力,建立法治国家。以行政行为为核心的“行政方式法释义学”,使行政法最终发展为“行为方式—权利救济”的固定模式。

管理者的学术背景是基于对行政法学方法论的反思。如日本学者铃木义男分析,奥托·迈耶以后的行政法学有所谓“规范法学的行政法学”和“综合的行政法学”两条途径。德国学者沃尔夫、巴霍夫和施托贝尔认为只有应用行政学的方法和知识才能为行政法的问题提供面向未来的解决办法。阿斯曼认为行政法学方法论必须同时兼具“适用(法令)导向的解释”及“制定法令导向的决定”之学术。日本学者大桥洋一指出传统行政法学过于关注行政的病理,而遗漏了合目的性、简易性、经济性、节约性、适时性、迅速性、无形式性、对环境变化的适应性等视角。

(二) 行政法目的

监控者的目的是在于驯化、监视和控制行政权,保护个人在宪法上的基本权利。管理者的行政目的在于高效实现行政目标和任务。但后者并不必定导致高度保障行政权支配地位的意涵,在民主一法治国家原则下的行政目标和任务的实现,并非必须依靠行政集权和高权,但必定意味着行政法学应当面向公共行政所面临的现实任务和问题。

(三) 规范体系

监控者是以代议机关的立法为行政权的行使设定驯化规矩,行政权由此纳入到“合法/违法”的二元符码约束体系之下。这为法院司法审查提供了判断体系。管理者提出在代议立法往往不能通过明确无疑的指令让行政执行的情况下,“合法/违法”二元符码体系捉襟见肘,行政法基本原则必须有合目的性原则、行政效能原则以及行政开放、包容和参与原则。例如,对于北京市网约车监管规范的一些具体条文,很难说是绝对的合法或者违法,却可以引入合目的性考虑,实现网约车与传统出租车行业之间的利益平衡。

(四) 主要关切

监控者主要关切的是尽可能用中立公正的监督机制,尤其是司法审查,来保证代议机关的立法得到行政组织的遵守,确认合法,纠正违法。管理者则考虑有助于行政任务实现的组织架构、活动方式和过程,以使公共行政具备充分的应责性和正当性,而不是过分依赖注重病理分析、在事后纠纷解决中矫正行政、追究行政法律责任的司法审查。

(五) 公法和私法

监控者在公法和私法二元划分上是十分清楚的,其认为行政组织与私人类似的活动,已受私法约束,而行政所具有强制公权力性质的活动,才属于公法范畴的行政法规训的范围。而管理者主张,行政目标和任务的高效实现,并不依赖于公法、私法二元论,私法规范和类似私人的活动方式以及公私合作的方式同样具有助益,因此,公共行政必须充分且灵活运用公法和私法规范以及二者的结合。

(六) 视角和视野

监控者是从法院审查判断行政合法/违法的角度,进行行政组织、行政行为类型化以及从各种规范和制度中提炼有助于司法审查的概念、原理。管理者认为,主要是有利于行政目标和任务实现的组织和行为形式,只要是对此起阻碍作用的组织和行为问题,都应该在视野范围之内。

(七) 责任体系

监控者把行政致害的救济责任纳入到“合法/违法”二元符码体系当中,对应产生“补偿/赔偿”的法责任体系。管理者的责任体系,沈岍教授主张考虑政治责任,使政府能够高效应责。

(八) 法学方法

监控者将行政法学作为一门独立法律学科的使命,使其从民法学中汲取营养,并与行政法驯化行政权的监控目的相结合,形成了注重形式逻辑和理性、强调整体法和体系化、侧重法律论证和逻辑涵摄的法解释学/法教义学的方法。管理者利用法政策学的方法,为其提供立法的、制度设计思维模式,以及问题确认、议程设定、政策形成、政策合法化、政策执行和政策评估等的过程模型。同时,需要吸收法学以外其他大量相关学科的知识。

第六部分：两个角色可否统合？如何统合？

沈岍教授认为,最艰难的统合问题,落在行政法总论的体系化方面。行政法总论自始的使命,就是在林林总总的行政法现象之上实现抽象化和教义化。单就抽象化、教义化任务本身及其所要实现的法体系、法秩序稳定和持续而言,其必然需要

剥离纷繁复杂的目标、任务和政策，完成概念、原则和教义的高度形式化以及由此所具有的广泛适用性。否则，始终考虑因部门或领域而异且变动不居的特定目标、任务和政策，必然会使总论的体系化成为不可能完成的任务。他认为，从行政法始终是规制行政权、行政活动的法规范体系这一点出发，行政法总论的基本导向仍然是“监控者”，只不过，未来体系转型的目标是一个经过改造的、拓宽视野的、充分考虑行政目标和任务实现的监控者角色，而不只是适法的传统监控者类型。具体而言，目前的设想包括：

第一，管理者视野下的公共行政及其发展。行政法的规范对象是公共行政，故公共行政是什么、经历过怎样的发展、不同历史阶段的特点、现在所处的状态等等，都应该有所介绍。

第二，多样化的行政法学问题和研究方法。行政法总论教材，应该罗列、梳理并类型化行政法学研究的问题和研究方法，指出各类问题、方法的特点。尤其需要介绍更多与监控者角色匹配的法解释学、法教义学方法及其适用价值和局限，以及更多与管理者角色匹配的法政策学、社科学方法及其适用价值和局限。

第三，关怀行政目标、任务高效实现的行政法基本原则。自 20 世纪 90 年代以来基本成熟、逐渐发展的原则体系，如合法性原则、合理性原则、法律保留原则、法律优先原则、比例原则、信赖保护原则、行政公正原则、行政公开原则等，主要都是监控者角色所需要的“合法性”判断准则。指导管理者的“精简原则、效率原则、行政负责原则、行政效能原则”等，在 20 世纪 80 年代有学者提出，但很快就不再作为普遍公认的行政法原则。然而，未来的行政法基本原则体系，是可以考虑监控者和管理者的统合的。以行政效能原则为例，如果一个行政行为不合法，但尚不具备严重性（如不符合期限或者送达规定），这种情况下法官也在适用行政效能原则予以支持。如果行政法学不考虑行政效能的运用，不考虑行政效能的内涵，不仅无法解释法官的适用，而且也无法评价法官的适用。

第四，担负行政任务的组织形态及其类型、保障行政高效的组织机制及公共治理体系。行政组织法未来的发展或可增加考虑任何担负行政任务的组织形态，如公私合作、私人行政、区域合作、部门协作等，从管理者角度对其进行类型化，阐明不同类型组织形态的价值、常见领域以及基本的法律规制（如公私法混合规制）。

第五，有效实现行政目标和任务的行政活动及其过程。经验世界中，行政机关和其他公共行政组织赖以实现行政目标和任务的活动，内容、形式和法律性质繁复各异。各种各样的规制工具与传统行政行为之类型和形式之间是一种什么样的关

系？是否必要和可以创造一个具有统领性的概念，将其尽数收入，并进行有意义的类型划分，再针对不同类型相应发展不同的教义？这个问题不仅关乎到体系化所必需的逻辑完整性和自治性，也关乎到是否可以超越传统监控者视野下的行政行为概念、原理和教义体系。

第六，促进行政应责、胜任的政治责任。一个完整的行政责任体系，应该是将法律责任与政治责任统合起来的，这样才能发挥各自的用处，使公共行政既能回应负责又能有效胜任。

沈岿教授以一种想象比拟的手法说到，奥托·迈耶正在透过历史的重重帐幔观察和凝视着公共行政的点滴变化和我们的行政法。当代行政法学者究竟援用他缔造的既有框架体系，还是像他百多年前那样打造一个新的体系，是行政法学体系转型所面对的基本问题。

最后，他对在场听众提出的引入管理者视野会否导致行政法迷失自我、网络平台监管究竟如何定位、适用私法还是行政法、网络平台适用类似于行政法的一般原则（沈岿教授提议开发探索“法的一般原则”概念，以超越部门法藩篱）会否限制私人意思自治空间、行政法与经济法如何划分等问题进行了解答。历时三个小时的专题讲座圆满结束。

为了引领研究生领略法学风景，
北京大学法学院特邀部分专业资深教授，
开讲“法学前沿课”

国际法 方法 国际法 方法论

北大“法学阶梯”
高阶讲座系列之七

11/12

15:10-18:00

法学院凯原楼

B 1 0 3

李鸣

北京大学法学院教授，博士生导师，
兼任中国国际法学会副会长、
北京大学国际法研究所所长等职。
主要研究国际法，特别是国际法的理论
及和平解决国际争端的方法，
开设《国际公法》
《国际司法判例》等课程。

2018年11月12日下午3点10分，北大“法学阶梯”高阶系列讲座第七场在北京大学法学院凯原楼B103教室正式开始。本次讲座的主讲人是北京大学法学院教授李鸣老师，北京大学法学院副教授陈一峰老师担任主持人。李鸣老师是北京大学法学院教授、博士生导师，兼任中国国际法学会副会长、北京大学国际法研究所所长等职。主要研究国际法，特别是国际法的理论及和平解决国际争端的方法，开设《国际公法》、《国际司法判例》等课程。在陈一峰老师的简短开场白之后，讲座正式开始。

导论

李鸣老师指出，在现实中，国家缔结条约、派遣使节、参与国际组织，以及联合国通过决议、国际仲裁机构等事实，都是客观社会现象的反映，都属于国际法范畴。所以国际法首先是客观存在的社会现象。但国际法作为知识是主观的，是人们对国际法现象的理解、解释。国际法方法讲的是人们如何理解、解释国际法的问题，其中应包括立场。不同的人由于价值观不同、利益偏好不同，对国际法的理解、解释也不同。认识国际法要遵循一定的方法。方法包括视角、立场、基本观点、分析路径、话语五个要素：

一是视角，即从什么角度来看待国际法。第三世界看待国际法与西方世界看待国际法的角度不同；中国人眼中的和平共处五项原则肯定与美国人不同，因为中国人理解这些原则会基于历史记忆，主权意味着中国人民站起来，意味着独立、领土完整及尊严。

二是立场，即人们的利益、价值偏好，立场会左右对法律的认识。批判法学认为人们预设的立场决定法律是什么。美国总统特朗普选择强调行政权的人做最高法院法官，主要是出于对此人的立场考虑。

三是基本观点，即由于视角、立场不同，对国际法的总体认识会不同。实在国际法学认为国际法是对国家有法律约束力的原则、规则总体，政策定向法学认为国际法是权威与权力结合的决策过程，批判法学则认为国际法是政治。

四是分析路径（lines）。例如，实在国际法学采用归纳法（从个别到一般）来证明法律原则、规则的存在，即在归纳总结国家实践基础上提出法律原则；而自然国际法学则用演绎法（从一般到个别）来证明法律原则，来自理性的概念、原则可演绎出具体原则、规则。

五是话语。不同国际法学派使用的话语不同。实在国际法学使用主要来自于国内法的“法言法语”，像权利、义务、责任等；政策定向学派用的是另外一套话语，包括过程（process）、权力（power）、权威（authority）等；批判国际法学派的话语包括直觉、现实主义、理想主义、乌托邦等。

正是由于方法不同，才会对国际法有不同的认识。方法决定一切。

实在国际法学

我们从国际法的起源说起。说到国际法的前生，不得不提到被誉为“国际法之父”的格老秀斯，以及他之前的西班牙学者苏亚雷斯和后来的英国学者边沁。

苏亚雷斯认为，国家之间的共同利益使其需要交往合作，由此产生了国家之间交往合作的规则。它不同于教会法、自然法，而是来自于国家间交往的习惯。苏亚雷斯观点非常先进，也非常接近我们现在对国际法的认识。

格老秀斯对国际法也作出了很大贡献。当时有万民法（拉丁文：jus gentium）的概念，它是处理罗马帝国居民与外邦人之间关系的法律，属民法范畴。格老秀斯改变万民法的词义，用其指代调整新兴的主权和半主权实体间关系的法律，他把一个私法概念变为公法概念。万民法对应的英文是 Law of Nations，中文翻译则是万国公法。不仅如此，格老秀斯还系统梳理、阐述了这种法律的内容，包括海洋自由、派遣使节、条约法、中立等。但是，最新的研究对格老秀斯有负面评价。有学者认为，格老秀斯作为荷兰东印度公司的法律顾问，提出公海自由是为了打破西班牙对海洋的垄断，开拓海外殖民地市场。据此批评格老秀斯是殖民主义者，认为其“国际法之父”头衔是荷兰和美国人为塑造的。

从国际法方法论来看，格老秀斯是折衷派，即同时用万民法、自然法两种方法来说明国际法，并且自然法优于万民法，构成万民法的基础。格老秀斯的这一传统在欧洲传承了约 200 年。当时在欧洲大学里的国际法教席叫做“自然法与万民法”（拉丁文：jus naturae et gentium）教席，隶属哲学系。

到了 19 世纪下半叶，实在法完全取代了自然法成为国际法的独尊。这是因为实在国际法强调经验，它是从外交实践总结、归纳出法律规则，被认为是事实的或经验的，符合当时对科学的认识；而自然法由于来自于人的理性，被认为是不可知、不可证明的，被打进道德的冷宫。国际法被认为是像物理学一样可以教授的科学，从此进入法学院并成为法学的一门课程，培养熟知国际法规则的国际法律工作者

（international lawyer），成为法律职业教育的一部分。

奥本海于 1905 到 1906 年出版《奥本海国际法》第一版时，正值实在国际法学的天下。19 世纪末，韦斯特雷克（Westlake）教授曾做过一个关于国际法的调查，绝大多数被调查的大学国际法教授都认为国际法来自于条约和习惯。

这证明了实在国际法的胜利。常设国际法院 1926 年“荷花号”案的判决书说，国际法是主权国家的意志，它通过条约和习惯来体现，其目的是为了国际社会共同利益。这是实在国际法成为国际法主流的经典证明。

在历史上，还有一位对国际法作出重要贡献的人物是边沁。边沁的贡献主要在两方面：一是起名，他用国际法（International Law）取代万国公法（Law of Nations）指代国家间法律；二是提倡国际法编（codification）。编纂是一个国际法实践的概念，而非单纯的学术概念，它是对以前习惯的编纂，是将已经存在的习惯通过成文的形式表现出来。根据《联合国宪章》成立的国际法委员会（International Law Commission），专门负责编纂和发展国际法。

不同于早先的私人编纂，联合国时代的编纂工具是条约。条约本身是有约束力的，所以用条约编纂习惯，意味着编纂性条约的规定既是条约规则，同时也可能是习惯国际法规则。1980 年国际法院在“德黑兰”案中，判定伊朗不仅违反 1961 年《维也纳外交关系公约》的有关规定，也同时违反久已存在的相应的习惯国际法。这个判决说明了条约和习惯之间的内在联系。

在实在国际法学上，条约和习惯是国际法的两个渊源，两者密切联系但又彼此独立，分别发生效力，即便两者在内容上是同一的。国际法院 1986 年“尼加拉瓜”案说明了这两个渊源之间的相互独立。而国际法院 1969 年的“北海大陆架”案，则说明了条约和习惯的密切联系。由于条约可以包含习惯，通过条约可以证明习惯的存在，并且可以借条约来要求非当事国遵守同为习惯规则的条约规则。

在“北海大陆架”案中，诉讼一方丹麦、荷兰是 1958 年《大陆架公约》缔约国，诉讼另一方德国不是。丹麦、荷兰主张《大陆架公约》的等距离规则同时也是习惯国际法，认为德国应遵守，但德国认为此规则不是习惯国际法。国际法院判决认为，此规则不是习惯国际法，大陆架划界应采用公平原则。这些都说明，编纂是一个国际法实践的概念或问题。

所谓的国际法原本是没有的，它是格老秀斯等人建构的概念。虽然国际法作为社会现象是客观的，但国际法是什么乃人造的。国际法是欧洲文化的一部分，体现了欧洲中心主义，它随着殖民扩张而传到了世界各地，包括中国。

总结一下传统的实在国际法学的主要观点：国际法是国家意志体现，来自于国家同意；条约是明示的同意，习惯是默示的同意；国家是国际法主体，而个人是国际法客体等。

简单的评价：将个人视为国际法客体是有问题的，如果个人仅是客体，则难以合理解释二战后的战犯审判及其战争责任，也无法合理解释国际人权法上的个人权利。实在国际法学的研究范围有限，主要是研究法律原则、规则的语言学含义，原则、规则之间的逻辑关系，原则、规则的适用范围，并从中得出国家行为是合法还是非法的结论等。

自然国际法学

自然国际法是自然法向国际法的延伸。大多数自然法学者都认为，自然法来自于人类的理性。自然国际法学家费德罗斯认为，自然法是造物主赐予的公平、正义的理念，是与生俱来的。但霍布斯讲的自然法是自然状态下的丛林法则，不一样。美国总统特朗普常常攻击世界贸易秩序不公平，其实就是用公平这一自然法理念来对抗多边主义的世贸秩序。

自然法与实在法的重要区别在于，自然法不是人定的，而是从理性中发现的。国际人道法规定不得对平民目标进行攻击，这应该是来自于人类的理性或良知、人性善。自然法的固有弱点在于过于抽象、不具体，公平、正义、平等的具体含义均需具体分析。所以自然法需要人定法、意志法去补充，这才有了人定法。

有学说认为，人定法或实在法不得违反自然法，否则无效。纳粹德国制定了很多迫害犹太人的法律，这提出恶法是不是法的问题。法律不是正义，但是法律要向正义的方向发展，这正是自然法的伟大意义。费德罗斯认为，实在国际法应向自然法靠拢，自然法为实在国际法的发展指明了方向。国际人权法的发展是自然国际法复兴的重要表现。

1945年以前，人权是国内法问题，后来通过《联合国宪章》《世界人权宣言》进入到国际法领域。国际人权法有所谓三代人权之说：第一代人权讲的是对政府的限制，或公民权利和政治权利，表现为1966年《公民权利和政治权利国际公约》；第二代人权讲的是政府必须做什么，例如为每个人提供受教育、就业的机会，表现为1966年《经济、社会及文化权利国际公约》；第三代人权讲的是团体权利，包括发展权、和平权、生存权、环境权等。

第一代人权的理论基础被认为是自然法上的天赋人权说。国际人权法的发展使得国际法不再单纯以国家定向，尊重和保护个人的权利也成为国际法的目的之一。自然法留给国际法的遗产主要是国家基本权利和义务的概念。所谓的基本权利和义务是指国家固有的或与生俱来的权利和义务。最典型的国家基本权利就是自卫权，它被《联合国宪章》第51条明文规定为“固有的”权利。国家基本权利还包括独立权、平等权等。国家基本权利和义务的概念体现了自然法对国际法的影响。

政策定向法学采用决策者视角来观察和解释国际法。而实在国际法学的视角是法官、律师的视角。这是两者重要的不同。著名英籍华裔国际法学家郑斌曾提出三个层次的国际法说：

第一层次是自我解释的国际法，即国家不仅是国际法的制定者、消费者，还是国际法的解释者，并且在大多数情况下，国际法都是由国家自我解释的。正因为如此，国际法常常出现“公说公有理、婆说婆有理”的情况。

第二层次是仲裁的国际法，即由仲裁机构来决定具体情况下什么是国际法。但国家间争端提交仲裁的很少。所谓“南海仲裁”案是非常例外的情况。中国认为案件的裁决是“一张废纸”，这不无道理，因为国际法本来就缺乏强制力，它靠国家的自愿遵守，仲裁解决争端也是自愿的。早先的仲裁条约都规定，涉及国家荣誉、重大利益的事项不可仲裁。

第三层次是司法的国际法，即国际司法机构解释国际法。但是，能提交国际司法机构的案件非常少。大国很少到国际法院打官司，用国际司法解决争端更受中小国家拥护。在起草常设国际法院管辖权规定时，中小国家要求赋予该法院强制管辖权，但大国不同意，妥协的结果即“任意强制管辖”。

国际法院处理的案件多数涉及中小国家两方，大国为一方的很少。“尼加拉瓜”案是个例外，美国成了被告。美国因此案撤消了接受国际法院强制管辖权的声明，并对法院的判决不予理睬。可见，现实中的国际法多不是法官视角和法官认为的法律，而是各国政府或其决策者的视角，它是各国政府如何看待和自我解释的法律。

从决策者视角出发，政策定向法学要寻找真实的法，“国际法不是书本上的（lawinbook），而是实践中的（lawinaction）”。它对实在国际法学有几点反思：第一，规则不是自动生效的，而是人操作的；第二，真实的法律要具有最低限度的有效性，缺乏力量的法律是虚构的法律；第三，情况在不断变化，规则的含义也变化，法律并非静态，而是动态的过程；第四，规则的含义常常是含糊不清的；第五，规则常常是相对的，例如主权与人权、贸易与知识产权、不使用武力与自卫等。你提

出一个规则，我就可以提出另一个规则或你的规则的例外予以对抗。由此，法律存在不确定性，不能抽象地谈法律，而要具体情况具体分析，需找具体情况下的法律。政策定向法学因而自称为语境法学（contextlaw）。

1999年北约轰炸当时的南联盟，俄罗斯、中国等国认为北约违反使用武力的原则，因为合法的武力使用需经安理会授权；但北约国家认为南联盟发生了大规模种族清洗行为，严重违反国际法，北约使用武力是为了正义。在这种情况下，要和平还是要正义？

《美国国际法杂志》专门举行科索沃战争国际法研讨会，邀请顶级国际法专家参加。有的认为北约行为违法但正当，有的认为北约行为违法但符合道德，有的认为合法，还有的认为非法，众说纷纭，莫衷一是。可见，一遇到具体问题，法律是什么就会出现分歧。

科索沃问题至今面临困局。北约轰炸后成立的“科索沃共和国”得到世界上约百个国家承认，而另外近百个国家不予承认。国际法院在“科索沃咨询案”中也没有提出实质性意见，因为科索沃问题涉及如何看待尊重领土完整与民族自决、尊重人权的的关系，非常敏感，背后是不同的利益和价值观。不少国家的立场是不承认科索沃的独立，因为非法的行为不能产生合法的结果，武力制造的政权应不予承认。什么是法律必须具体情况具体分析，其结果与利益、价值偏好紧密相关，有什么样的立场就有什么样的法律。

政策定向法学认为，国际法是一个完整的动态过程（process），包括法律制定、援引、解释、适用、评价等。法律过程要以政策为定向，并以政策之上的人类尊严为终极目标，所有的环节都要围绕政策及其终极目标进行。这是一种目的法学。由于法律规则是相对的，所以法律是一个选择的过程。在“尼加拉瓜”案中，美国自称行使自卫权，理由是尼加拉瓜对邻国有不法行为，但法院认为在未受到武力攻击时无权自卫。可见，到底是行使自卫权还是违反不使用武力原则，实际上是需要作出选择的。

法律过程包含两个要素，一个是权威（authority），另一个是权力（power），二者缺一不可。离开前者是强权（nakedpower），而缺少权力是虚构的法律。认识法律两要素还是有用的。例如，国际法应该如何为我国的“一带一路”倡议服务？过去，中国是被动的拿来主义，被动接受国际法。在加入WTO的谈判中我们接受了70多项特殊承诺。但“一带一路”倡议是作为世界第二大经济体的中国走出去的倡议，我们必须主动提出自己的国际关系准则，或对现有规则提出自己的看法，或进行改造。实力赋予你话语权。

我一直强调，中国应该和沿线国家制定双边条约，来保护中国国民及其财产。我们不干涉别国内政，也不使用武力，但如果外国政府更迭后翻脸，唯有法律规则和条约义务才能对对方加以约束。如果对方违反条约，条约义务就是交涉甚至制裁的合法理由。西方列强就是用“船坚炮利”加不平等条约打开旧中国大门的。美国也一直偏好用双边条约并凭借背后的实力从事国际贸易。有效的国际法的确需要权力的支撑。

简言之，政策定向法学眼中的国际法，可谓基于权威和权力的政策选择过程，人类尊严是其终极目的。政策定向法学是美国现实主义法学在国际法上的反映，其终极目的带有自然法色彩，它是自然法学和现实主义法学的结合。

中国政府提出的人类命运共同体理念，以持久和平、普遍安全、共同繁荣、开放包容、美丽清洁为价值目标，其终极目标是人类幸福。这个理念可以和政策定向法学的人类尊严目标进行比较。如果用人类命运共同体理念创新中国国际法理论，一定是一种目的法学。界定价值目标，探讨运用什么原则及如何运用原则实现价值目标，是我们建构理论的必由之路。

批判国际法学

批判国际法学的代表人物马蒂·科斯肯涅米（MarttiKoskenniemi）这样描述西方的殖民扩张史：西方殖民者先是遭到当地国家的抵抗，当地国抵抗不了“船坚炮利”就谈判、妥协，然后开始模仿，接着派人到西方学习，最后就同化。这其实也是国际法的传播史，说明了国际法欧洲中心的本质和观察国际法的视角的重要性。

批判国际法学是冷眼看世界，像鲁迅一样，是弱者看待国际法的视角。从弱者视角出发，国际法的目的是解决人类苦难，包括消除贫困、消除酷刑、消除人压迫人现象。女性法学、反种族主义法学、第三世界国际法学，都可谓其分支。

批判国际法学旨在对现行国际法的本质反思、揭露、曝光。批判国际法学认为，国际法就是政治，是大国运用权力推行政策的工具（国际法也是小国批判大国的武器），是欧洲中心主义的体现。在它看来，政治左右着国际法的。政治不仅贯穿于国际法的制定过程，也贯穿于国际法的解释和适用过程，在后一过程中，斗争仍在继续，国际法在具体情况下是什么充满了博弈。

因此，讲国际法不仅要看到国家的交往和合作，更要看到它们之间的冲突和斗争。国际法是追求国家自身利益和价值的工具，是捍卫自身价值和利益的工具。国际法是为政治辩护的法律话语，是以法律形式表现的政治。

批判法学与政策定向法学相比，相同之处在于都认为法律与政治密不可分，法律规则存在不确定性，法律是一个选择过程。但批判法学是解构的理论，而政策定向法学是建构的理论。批判法学从语言学上合理解释了法律规则或话语的不确定性。话语都是成双成对的，例如好与坏、善与恶、和平与战争。这些成对的话语之间是对立统一的关系，好和坏、善和恶都是相对立的，但它们又相互依存，没有好就没有坏，离开了善就谈不上恶。语言学上的这个原理同样适用于法律的话语，你说主权我就说人权，你说不使用武力我就说自卫，等等。

总之，我总是能够找到和你对立的法律话语，所以法律是不确定的，法律是话语选择的过程，是政治的法律辩护。如何选择辩护的话语呢？在批判法学看来，如何选择话语是由预设的立场所决定的，立场已经事先决定了如何选择话语，法律乃解释者的自画像。这些都是批判法学的高明之处。欧洲目前的国际法研究又开始重视国际法的历史，即所谓的历史转向（turn to history），包括重新评价国际法的历史人物和事件，当然也包括国际法在历史发展进程中的作用。

结论

第一，国际法方法是多元的，不存在唯一或绝对“真理”。实在国际法学只是观察、理解和解释国际法现象的一种而不是唯一的方法，更不是唯一正确的方法，关于国际法是什么，不存在绝对的“真理”。

第二，多元的方法有助于更加全面和深入理解和解释国际法现象。

第三，国际法研究范围很广，绝不限于所谓的法律（legal）问题。我们为什么不能研究国际法的本质、目的呢？国际法的昨天、今天和明天也都应该是国际法研究的对象。国际法是语言学、心理学、社会学的结合，国际法研究应超越学科限制，国际法跨学科研究应予鼓励，这种研究是国际法研究的应有之义。

第四，可以采用形式主义、现实主义、理想主义“三结合”的方法，来观察和理解所谓的国际法。国际法是一种法律话语的形式，法律的概念、原则、规则、程序都是形式，我们要很好掌握这种形式及其“语法”，善用这些概念、原则、规则和程序进行合理有效地辩护。

但我们又不能忘记国际法和政治的关系。政治作为权力追求利益和价值的活动，深刻影响国际法的过程。这一点不能忘。但国际法应该有自己的理想，理想主义应是国际法的前进动力。国际法应不断接近正义，追求人类共同的利益和价值。关键是结合的“度”在哪里？理想是什么？这恐怕是因人而异具体情况具体分析的问题。

为了引领研究生领略法学风景，
北京大学法学院特邀部分专业资深教授，
开讲“法学前沿课”



北大“法学阶梯”
高阶讲座系列之八

论法治的 “魂”与“形”

——兼谈法治与德治的区别与关联

11/19

15:10-18:00

法学院凯原楼

B 1 0 3

张骐

北京大学法学院教授，博士生导师。
主要研究法理学、比较法学、
法哲学基本问题、法律推理，
特别关注司法先例与指导性案例制度、
公民社会与法治、产品责任法，
开设《比较法研究》
《中国司法制度》等课程，
出版专著多部，发表论文数十篇。

主办：北京大学法学院

冷门设计工作室
设计·品牌·视觉传达

2018年11月19日下午3点10分，北大“法学阶梯”高阶讲座系列第八场在北京大学法学院凯原楼B103教室正式开始。本次讲座的主讲人是北京大学法学院教授张骥老师，北京大学法学院李红海教授担任主持人。

张骥老师是北京大学法学院教授，博士生导师。先后在哈佛大学、耶鲁大学、海德堡大学等多所大学担任访问学者，主要研究法理学、比较法学、法哲学基本问题、法律推理，以及公民社会与法治等问题，近十几年来集中关注司法先例与案例指导制度。

本场讲座的主题为“论法治的‘魂’与‘形’——兼谈法治与德治的区别与关联”。李红海教授在简要介绍张骥教授的学术背景，并指出法治作为一个基本问题的重要性后，宣布讲座正式开始。

张骥教授以如下几个问题开场：

法治是否等于规则之治？等于严格的依法办事？

如果法治不止于规则之治，而是良法之治，那么什么是“良法”？

法治是否只在意内容或实质，而不在意形式？

本场讲座采用的方法是综合性的，既有哲学分析，也有对西方法治历史及我国改革开放所走的道路的总结提炼，并且通过学术争鸣进行有针对性的阐述。

第一部分：从价值理性看法治——法治的“魂”

（一）为什么是价值理性？

价值理性法治观旨在运用价值真理的方法，发现法治的独特价值、法治的存在目的或者说存在使命，即法治作为构成性价值、固有价值、目的的善的涵义。这是法治的“魂”的第一层意思。

张骥教授反对把法治仅仅作为规范性治理或者社会控制策略等工具理性的法治观。与之相对，张骥教授强调价值理性法治观。之所以强调价值理性，是因为法治是一种生活事实，一种制度事实。对人们根据一定理想建立起来的制度事实，事实判断方法和规范判断方法都不是理想的思想方法。因为它们没有为人的创造性提供可能。价值理性和价值真理才是有关“生活事实”的妥当的判断方法。工具理性的法治观将法治作为工具，既然是工具，就是可以被取代的、次要的，此种“法治”就是不自恰的，因而是假的法治。

而价值理性的法治观承认法治的固有的、构成性的价值，承认法治的普遍涵义

和独特性，这是法治的“魂”的第一层意思。

（二）从价值理性看法治的内涵

从价值理性看法治的内涵，它包括以下四个方面的内容。这是法治的“魂”的第二层意思。

1. 法治以法律规则之治为载体

2. 法治以宪法和法律至上为基本原则

法治虽然是一种规则之治，但法治不等于规则之治。宪法和法律至上原则是法治的构成性价值。我们可以把对某一社会事实或制度事实具有构成性规则意义的价值称为构成性价值。构成性价值决定了制度事实存在的可能性。宪法与法律至上原则对于法治就具有构成性价值，没有它就不能成为法治。

宪法和法律至上的构成性价值还可以通过诠释学理论得到补强性证明。诠释学理论强调服从游戏规则，而不是以任性的方式对待游戏。

3. 法治的存在形式是得到严格实施的法律规范、程序与制度

法治的存在形式，就是得到严格实施的法律规范、程序与制度。这里面最重要的制度，是司法机关独立行使职权，对违反宪法和法律的行为做出裁断。

4. 法治的实质是众人之治、是公共政治的规范化

法治是把众人的意志、利益与智慧上升为法律规范，以众人形成的制度力量、保证法律规范众人的行为。可以说，法治是公共政治的规范化。

法治与公共政治之间存在的必然联系。黑格尔其《法哲学原理》中指出了法治与公共政治的必然关联以及发生这种关联的基础，即个人自尊感、个人人格的形成，而这发生在出现产业等级、形成现代社会的过程中。法治在中国成为一个社会性要求，也始于中国在结束“文化大革命”、解放思想、开始改革开放、进行全面社会主义现代化建设的时候；人们开始对主体意识、个人人格有了自觉，正是在这个时候，“走向法治”成为一个社会性的要求。

法治与公共政治的关联，体现在现代政治制度上，就是法治与民主互为条件。社会主义民主也是一种公共政治，这是中国走向法治的一个社会基础，在当代中国，法治就是民主之治。文革十年动乱之后，中国共产党十一届三中全会提出要发扬社会主义民主，强调要实行社会主义法治，是这二者之间内在联系的一个体现。

（三）当代中国法治权威的精神基础是什么？

1. 法治为什么需要精神基础？

如果要使宪法和法律具有高于人的权力的权威，以对抗掌权者的任性，那么这种法律必须具有神圣性，只有具有神圣性的法治，才能高于人的权力或权威。法治这种高于人的权力或权威的神圣性从何而来？张骥教授认为，这种神圣性的形成可能需要多种因素，但是必须具备一定的精神基础。

张骥教授指出：马克斯·韦伯对秩序正当性基础的分析，对我们认识法治的精神基础具有启发性。韦伯指出，人们可以通过“自然法”看到价值理性式正当性的原则的力量。西塞罗关于自然法的雄辩论与韦伯的观点互相映衬：“如果仅通过人民的命令、君王的敕令和法官的裁判就可以设定公正的话，那么，为了使抢劫、通奸或伪造遗嘱成为正确的和正义的行为，所需要的可能仅仅是大众投票而已”。价值正当性，在西方常常体现为自然法，具有高于人的决定的权威，不管这种人的决定是由个人作出的还是众人作出的。

超验的基督教支持自然法，并帮助人们摆脱对卡里斯马权威的迷信，奠定了西方法治的精神基础。由于人们相信自然法具有普遍性——适用于不同种类的人与行为，因此实在法的制定和适用应当符合自然法，而符合自然法的实在法就具有权威性。在西欧，基督教发挥了两个方面的作用：即法律的普遍性基础和法律的神圣性来源。由于法律体现了上帝的意志，所以法律具有神圣性，人们才能够接受法律的统治、法律的至上地位；法律因此成为在政权和教权之上并且限制、规范政权和教权的普遍规则。所以，基督教是西欧法治的精神基础。

中国古代虽有法律但无法治，法律自身并没有神圣性。在当时，具有神圣性和权威性的规范是“礼”。由于中国古代并没有我们现在所说的理性价值观的法治，所以我们不可能讨论古代法治的精神基础。对于中国法治精神基础的讨论，只能立足于当代。

2. 中国法治的精神基础

在当代中国，法治要具有足以对抗人的权威的神圣性，就要有其精神基础，这种精神基础是全社会的“共尊共信之点”。

第一个方面，当代中国法治的精神基础既非宗教，也非传统道德。

首先，当代中国法治的精神基础不是宗教。

其一，中国并不存在全社会性的、主导多数社会成员精神生活的宗教。

其二，虽然中国古代曾经有过超验性的精神信仰，但是，这种精神信仰早在远古就已经被统治者“接管了”。超验的力量被人化，失去了超验的意义。

其次，当代中国法治的精神基础不是传统道德，是指不能想当然地把传统道德直接拿来作为法治的道德基础、甚至尊奉儒学为“国学”。因为：

其一，传统道德已经被统治者的、人治的意识形态所支配。现在的儒学是经过西汉初年“儒学的法家化”之后的儒学。

其二，传统道德建立在农业社会、自然经济基础之上，有大量与现代法治相抵触的道德意识，例如“厌讼”、迷信“明君”与“清官”而无视制度建设。

所以，我们需要为法治建立“一个非思想、非道德的制度与社会的基础。”

第二个方面，对于价值理性法治观来说，这种非思想、非道德的基础就是价值基础、就是“道”。

余英时先生指出：“每一文明在轴心突破以后，它的超越世界便成为精神价值的终极源头。就中国的独特情况而言，这一超越世界非它，即所谓‘道’是也。”“道是中国轴心突破后的超越精神领域”，“是价值的源头”。道与天，道与心相互关联，但不同于政治意识形态。

第三个方面，当代中国法治的价值基础虽然是精神的，但又与日常行动有关。

余英时先生指出：“我们如果用‘道’来代表理想的超越世界，把人伦日用来代表现实的人间世界，那么‘道’即在‘人伦日用’之中，人伦日用也不能须臾离开‘道’的。”我们可以说，道与活生生的、有血有肉的人民的生活与活动息息相关。这些基本价值既是法治所需要体现的核心价值，也是法治的基本价值支撑；它既是法治的目的，也是法治的规范性来源，良法之根本。

所以，捍卫公民的自由，保护共和国全体公民的人权和尊严，就是捍卫法治的价值基础。公民自由的实现既是法治得“道”的基础和题中应有之义，也是实现价值理性法治、赋予法治的神圣性的精神基础。这是法治的“魂”的第三层意思。

所以，所谓良法，从根本上来讲，就是合乎法治的价值基础的法。

第二部分：认真对待法治的形式性——法治的实现条件

（一）作为构成性价值的法治的形式性

法治的形式性，即法治的“形”，概指上述价值理性法治的涵义的前三项内容，即以规则为载体、以宪法和法律至上为基本原则、得到严格实施的法律规范、程序与制度。

首先，法治的形式性是指法治的存在形式。

这里所说的形式性是在黑格尔辩证法意义上的形式性，是使内容得以存在的形式性。黑格尔说：“正因为形式就象本质自己那样对本质是非常本质的东西，所以不应该把本质只理解和表述为本质…，而同样应该把本质理解和表述为形式，具有着展开了形式的全部丰富内容。”

其次，法律的形式性在法律的发展中发挥着不可或缺的重要作用。

构成法律形式的法律规范、法律概念、法律程序以及不断发展的法律（法学）理论，为各种法律主体通过法律安排他们的日常生活与经济活动，提供可能、保障安全、增加便利，并常常使得人们的法律实践犹如一种技术操作；同时，这种形式性不断推动法律制度向更加理性化的方向发展。

再次，法治的形式性以法律的形式为前提。法律的形式以及与形式密切相关、并作为形式的一部分的程序，是使法律获得正当性和权威性的重要条件。如果过分重视法治的内容、实质，忽视法治的形式性，不仅不能把法治落到实处，而且可能会由于将道德、政治硬挤入法治，使得法治无法运行。

最后，对于法治来说，一定的法律形式性或法律形式主义还是束缚权力的制度笼子，是法治发挥作用的先决条件。希特勒的纳粹党为了攫取不受限制的政治权力，就从破坏法律的形式性开始。

（二）法治形式性的历史基础

对法律形式的重视，作为一个普遍的社会现象，与人格意识的形成有着直接的关系。

法治的形式性不是孤立的、偶然的，法治形式性的出现、形成，具有历史必然性并与其他观念的历史进程同步，这包括独立人格的形成以及对人格尊严的理解。伴随着改革开放，政治决策向集体领导转变，公民权利意识的觉醒，对人格尊严的自觉正在成为一个普遍的社会发展过程。

（三）法治形式性的实现条件

法治的形式性如何从历史必然性变为现实性？需要一定的条件。

其一，具有独立人格的公民对法治形式性的集体需要，坚信它的现实性并努力实践。具有形式性的法作为一种制度事实，是由人建立起来的。按照美国哲学家塞尔的观点，形成制度事实的逻辑基础是人们持续承认这种制度性结构并且与他们中的多数人合作。

其二，人们有意识地进行法治形式性的制度建构。

其三，社会的不断健康发展。只有在公民对法治的普遍需求有了广泛的社会基础之后，法治的形式性才会逐渐成为现实。

第三部分：法治与德治的不同与关联

（一）法治与德治的不同

1. 规范对象不同。法治规范人们行为的尺度是法律，而判断人们行为是合法还是违法的根据是人们的行为，而不是人们的内心。法律不能对人们的内心作出规定。

2. 形成方式、内容不同。法治之法是由国家的立法机关经过民主协商、妥协和严格的法律程序制定出来的，其规定的内容涉及国家的根本制度和国家机构的组成以及公民的权利与义务。而德治显然并无这样的程序与内容。

3. 表现形式、实施方法、作用机制。法治之法由不同效力等级的法律渊源组成，形成严格的法律制度，有明确的实施程序和机关；法治讲究形式性，要求严格依法办事，坚持宪法和法律至上，如果违反法律或违反宪法，需要承担相应的法律责任。德治依靠良知、自觉与公共舆论，具有弥散性和不确定性。

4. 在国家治理体系中的作用、地位。正是由于上述三个方面的特点，法治成为中国实现现代化的过程中“党领导人民治理国家的基本方略”。邓小平同志把法治作为解决特权问题、官僚主义等问题的重要措施。

法治和德治相比所具有的区别并不完全等同于法律与道德相比所具有的区别。我们需要继承传统，但是需要对传统儒家的德治思想进行反思，防止在法治性质与法治实现道路方面的工具理性、迷信人治及泛道德主义倾向。

（二）德治与法治的关联

首先，法官的道德素养、全民的道德水准对于法治建设的发展具有重要的影响。

其次，法律、法治促进道德的最合适方式不是直接根据道德观念裁判案件，而是把道德要求转化为法律规定，法官按照法律的规定和法治的精神裁判案件。

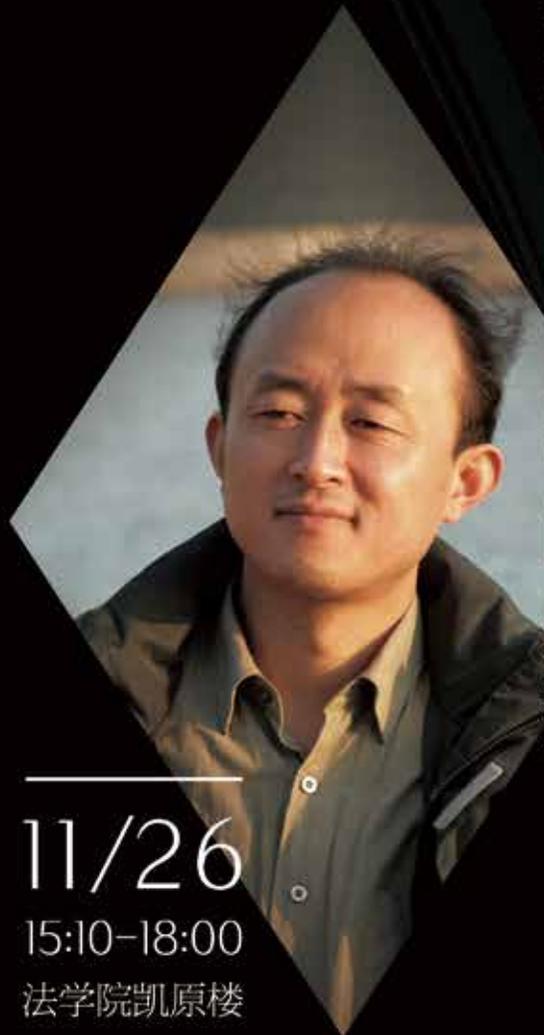
再次，法治的健康发展是道德发挥作用、提升社会道德水准的重要保障。

总之，法治的“魂”在于，通过价值理性、价值真理的视角发现作为一种固有价值、构成性价值的法治涵义；赋予这种法治以神圣性的是作为“道”的价值基础，它体现为法治捍卫公民的自由，保护共和国全体公民的人权和尊严。法治的“形”

是指法治的形式性，法治的“形”使法治具有生命。法治的“魂”与法治的“形”二者之间有密切的关系，法治的“魂”赋予法治以“形”。

张骐教授讲完后，李红海教授进行了提纲挈领的点评。在提问环节，张骐教授与学生们积极互动，对同学们的问题作出详尽的回答。整个讲座持续了三个多小时。互动环节后，李红海教授再次向张骐教授表示感谢，宣布此次讲座正式结束。

为了引领研究生领略法学风景，
北京大学法学院特邀部分专业资深教授，
开讲“法学前沿课”



北大“法学阶梯”
高阶讲座系列之九

简单案件与 疑难案件： 法学方法的探讨

11/26

15:10-18:00

法学院凯原楼

B 1 0 3

葛云松

北京大学法学院教授，博士生导师，
主要研究民法总则、物权法、债权法、
票据法、非营利组织法，
出版专著多部，发表论文数十篇。
从2007年开始改革
本科民法基础课的教学方法，
2012年开设“民法案例研习”课程，
是迄今为止国内最有影响同类课程之一。
获评北京大学首届教学卓越奖。

主办：北京大学法学院

冷门设计工作室

11月26日下午，北京大学“法学阶梯”高阶讲座第九场在凯原楼举行。北京大学法学院教授、博士生导师葛云松担任主讲人，题目是《简单案件与疑难案件——法学方法的探讨》。活动由北京大学法学院博士后余佳楠主持。

葛云松现为北京大学法学院教授，博士生导师，主要研究领域为民法总则、物权法、债权法、票据法、非营利组织法。

葛老师的讲座主要分成六个部分展开，第一部分通过案例引入讲座主题，并对“疑难案件”进行了初步界定；第二部分讨论了司法裁判的性质，并指出其与案例疑难的关联；第三部分详细分析了法源的种类，尤其是判例和学说的法源地位；第四部分讨论了判例、学说与法律解释和补充方法之间的关系；第五部分界定了疑难案件的两种类型，分析了处理方式；第六部分探讨了疑难案件的解决与法学方法论之间的关联。

第一部分：“疑难案件”的界定

开宗明义，葛老师指出自己想要讨论的问题是：法官在试图获取可适用于个案的法律规范时，在何种情形下存在困难，以及，法官应当如何解决这一困难。有关疑难案件，还需要作出三方面的限缩：1. 实践中法官感到困难的多数是事实认定问题，但是这不属于讨论范围。2. 现实中客观存在着大量与审理案件有关的周边制度因素、社会因素、个人因素，比如案件审批、考评机制、领导干预、个人价值偏好等等；它们会影响法官的判断，但是也不属于讨论范围。3. 这里讨论的是“客观”意义上的疑难案件，而不考虑实际审理案件的特定法官的主观认知，因为，特定的法官可能因为个人的原因（例如法律知识不足），而“庸人自扰”地将一个简单案件当作疑难案件，或者将一个真正的疑难案件，当作简单案件而草率处理。

第二部分：司法裁判的性质

葛老师指出，疑难案件的存在，是因为司法裁判的固有性质。

司法机关的宪法地位以及法治原则要求，法院必须适用法律来裁判案件，也就是，法院必须受到“法律”的拘束。因此，法官必须检索到所有具有拘束力的法律资料（“法源性资料”），并在此基础上和限度内，确定法律规范的内容。当然，在此限度内，法官的找法工作具有相当大的能动性，但是，也仍然不是不受拘束的

工作。在不同国家，法源性资料的形式、内容有很大不同。因此，不同国家的法院，如果分别审理一个事实完全相同的案件，法源性资料所能够提供的答案常常并不相同，相应地，在这些法源性资料的拘束之下，法院可能具有能动性的空间也不一样。所以，法官在运用自己的能动性之前，应当首先在本国的法源规范之下，找到全部的法源性资料。

这种既受拘束、又具有能动性的司法性质，导致法院经常面临法律疑难。

第三部分：法源的种类

在中国的语境之下，法律渊源首先是制定法。这大体上指的是有立法权的机构制定的一般性规范性文件，还包括司法解释。在民法领域，除了制定法，习惯法也是法律渊源。制定法和习惯法，对于司法具有拘束力，法院应当适用，属于正式的法律渊源。此外，团体的自治法（章程等）、合同，在理论上也可以被认为具有民法法源的性质。国际条约、依照冲突法规则而应适用的外国法，也属于法源。葛老师着重讨论了判例、学说的法源地位问题。

正式的法律渊源尽管构成了对法官的拘束，但是这绝不意味着它的内容如此清晰、以至于法院只能在个案中得出唯一的裁判结果：制定法需要解释，习惯法存在与否以及内容如何常存在争议而需要确定，制定法的漏洞需要补充，有时甚至还存在着制定法外的法律续造的必要。这些，都是法官需要通过自己的努力而完成的工作。可是，法官并非“一个人在战斗”。学者以及其他法官，可能已经就同一问题进行过讨论，甚至是大量的讨论，形成了相当丰富的文献。那么，法官是否可以因为信赖了学说、判例中已经形成的某些观点，就将其作为自己的裁判依据，而不再独立地讨论其理由？如果答案是“可以”的话，还需要进一步讨论的是：法官是否在某种程度上“应当”将学说、判例中的某些观点充作自己的裁判依据，如同它们本身就是法律、而法官应当受其拘束？

美国学者弗里德里克·肖尔（Frederick Schauer）在其近著《像法律人那样思考》中提出：法官在裁判中应当遵循权威（authority，与“法源”同义），即使法官认为权威（制定法、先例）的内容是不合理的。也就是，法官之所以遵循权威，不是因为它的内容合理、可以使他获得最佳的个案裁判结果，而是因为它们的地位。但是，具有强制性拘束力的权威（他称之为 mandatory authority，“强制性权威”），其拘束力并不完全相同。英国、美国的法院针对本法院先例的态度是：这些先例具

有拘束力，但是，法院可以在认为先例极其错误（extremely wrong）或者明显错误（manifestly wrong）的情形下，通过特别论证（special justification）来推翻先例、确立一个新的法律见解。

在大陆法系，判例、学说的司法功能不仅在于其说服力。在德国，如果就特定的法律问题存在着通说，法院通常会援引通说的结论，并且无须独立阐述理由。如果法院的法律见解不同，也可以不遵循通说，但是必须承担充分的论证义务。理论研究中，学者普遍认可司法实践中的做法，但是对于是否因此而将通说称为“法源”，则有不同观点。葛老师认为，德国法院在常规情形下遵循通说，主要是基于其地位，而非内容的合理性。遵循通说与遵循制定法，实质上并无不同，只不过拘束力较弱。具体来说，其拘束强度，类似于英美法院对待本院先例的态度（但是稍弱，因为不遵循通说无须达到法院认为其“极其错误”或者“明显错误”的程度）。

肖尔说，我们可以不把法源的“拘束力”理解为没有任何的选择、逃避的余地，而是也包括这种情形：法官有义务遵循，但是该义务并非绝对的义务。葛老师赞成这一观点，并且进一步指出，当法官不认可通说的观点，支持某个少数意见或者自己提出新的法律见解时，法官可以否弃通说，这时他需要在裁判中介绍通说的观点，然后进行实质性的法律解释与补充工作，并得出不同的结论以反驳通说。这种实质性的论证义务同时说明了通说的拘束力及其非绝对性。判例和学说的这种弱法源地位因此不会扼杀司法的活力，甚至还会促使法院更加努力更有动力去论证新的法律见解。

之所以认为判例和学说中的主流观点（即通说）具有非正式的法源地位，葛老师认为主要有三方面的原因：一是判例和学说内容丰富、观点成熟，法官信赖并援用它们是“站在巨人的肩上”作出判决；二是判例和学说得到了广泛的信赖，对它们的持续援用能够体现法律的安定性和确定性；三是判例和学说的援用能够减轻法官的工作负担，因为这时法官可以不需要说明理由就直接援引相关观点。

第四部分：判例、学说与法律解释和补充方法的关系

葛老师认为，在内容上，判例和学说的范围非常广泛，包括：1. 有关制定法的解释的判例和学说；2. 有关习惯法是否存在及其内容的判例和学说；3. 在制定法存在漏洞时，学说和判例对此发表的意见；以及 4. 如何在制定法外进行法律续造的学说和判例。

不妨这样表述法官的法律解释与补充工作和通说的关系：在检索了可能适用的制定法条文之后，法官本应自己依职权确定法律规范（即法律解释与补充、确认习惯法等），但通说在不同层次上“替代”了那些原本应当由法官自己独立完成的工作。具体来说，针对一个法律条文，原本应当由法官自己完成的法条解释工作，被相关的通说所替代；原本应当由法官自己确定的习惯法存否及其内容为何的工作，被相关的通说替代；原本应当由法官自己完成的法律漏洞补充的工作，被相关的通说替代。判例、学说（通说）作为法源，发挥了它们对于法官的“解放”或者“减负”作用：它们可以大大减轻法官的工作量，省去了法官自己进行实质性论证的义务。

第五部分：疑难案件的类型

葛老师认为，疑难案件可以分为两个类型：

第一，法源性资料提供的法律规范不清晰。有时，法律规范的某个构成要件指向的是某个基于社会经验而获得的判断，例如，《物权法》第 87 条规定：“不动产权利人对相邻权利人因通行等必须利用其土地的，应当提供必要的便利。”该条中的“必须”“必要”，依赖于某种社会经验上的判断。有时，法律规范的构成要件指向的是某种判断标准，而该标准有待进一步具体化。例如，有的法条使用了“诚实信用”“公序良俗”“过失”“合理”等不确定概念，或者属于概括条款，其具体标准有待填补。对于这两类法律规范，在相当多的情形下，判例、学说提供的类型化、具体化的判断标准，仍然不足以达到个案所需要的具体程度；甚至，并不罕见的是，判例、学说未曾涉及待处理之个案的案型。此时，法官面临找法的困境。

对于占据制定法绝大多数篇幅的普通法条（不属于概括条款、不确定概念），法律的解释固然可能原本存在疑义（有多种解释方案），但是，如果存在通说，并且其内容足够清晰（适用于个案可以得出明确结论），那就可以说：法源性资料已经提供了清晰的法律规范。如果判例、学说之间并无明显的多数派、少数派之分，甚至完全缺乏相应的判例、学说（即，法官是本国法律界第一次考虑这一问题的人），那么可以认为这一法律问题处于法律状况不清晰的状态。此类案件中，法官不得不通过实质性的法律解释来解决这一问题。而这类案件即属于疑难案件。

总结来说，对于裁判某案件所需要回答的法律问题，如果法源性文献无法提供一个唯一的解答（暂不论其实质合理性），即可认为构成疑难案件。此时，一个“懒惰”——他们尽可能地试图逃避实质性法律解释工作——但称职的法官，无法只进

行客观的法源性资料检索工作，就简单地完成找法任务并作出裁判。

第二，法源资料提供的法律规范与法官的实质判断不一致。即便法源性资料已经提供了清晰的规范（通常可以导致唯一的裁判结果），法官仍可以进行实质性的考量：法源性资料提供的规范（包括通说）是否合理，据此得出的裁判结果是否妥当。在此，法官可以通过独立地运用法律解释与补充方法，甚至是基于个人的正义观，审查法源性资料提供的法律规范的合理性、裁判结果的妥当性。这尤其体现在法官对于通说的弃用之上：当法官经过反复思考后，认为有充分理由不采纳通说时，其可以采纳或者提出一种通说之外的法律见解，并在裁判文书中进行充分论证。

葛老师总结认为，疑难案件是法官需要自主地、实质性地运用法律解释与补充的方法，以确定法律规范内容的案件。是否存在法律疑难，法源性资料（包括判例、学说）的检索是必须的步骤，但是，法源性资料的检索也不具有终局的决定性。因为，即使所获取的的法律规范是清晰的，它仍然可能因为与法官的实质判断不同而成为疑难案件。

第六部分：疑难解决与法学方法

葛老师指出，疑难案件是法官需要独立进行实质性法律论证的案件。换一个角度说，就是需要实质性运用法学方法的案件。法学方法实际上是法教义学方法，它是一种主要以探求特定法秩序之下法律规范的内容为任务的学问，其主要工作目标是提供可供法官裁判具体案件时运用的关于法律规范内容的见解。学者通过学术研究而向法官提供裁判建议，法官作出判决而为在后的法官确定有参考价值的先例，这都是在探求法律规范内容，因此可以说，法教义学的主要体现形式就是判例和学说。

法教义学的首要使命是解决法律疑难：如果某些疑难问题经过学术界、司法界的探讨后已经形成共识，或者产生了通说，那么这个疑难问题已经获得了权威性的解答。此后一个新的个案如果再涉及此类问题，法官已经可以直接适用通说见解而无须实质性论证，那么原则上它就不再属于疑难案件。当然，前面也已经提到，如果法官认为通说与其实质性判断冲突，则可以将其视为疑难案件，充分论证某种其他观点。

可见，法教义学的发展，主要就是借助解决法律上的疑难、使过去的疑难案件不断地变成简单案件。当然，这种解决不是一劳永逸的：学说、判例会变化；通说

的观点可能被放弃、某种其他观点变成新的通说；社会情境可能出现新的变化、从而产生新的法律疑难。

当代的法教义学，早已经脱离了“概念法学”思想的统治，更不是美国语境下的“法律形式主义”或者“法条主义”，它在坚持体系化思考方式的同时，又保持着体系的开放，因此可以应对新的社会生活事实所提出的新问题，可以吸纳伦理与法律思想的变迁对法律规范内容产生的影响；它的方法也具有适应性，尤其在目的论解释上，有着巨大的能动空间。甚至，法教义学的方法本身也可以不断地再向前发展。所以，脱离了法教义学来探讨现行法，就如同脱离了物理学方法来谈物理学一样，在语义上就是自相矛盾的。

讲座的最后，葛老师总结道：简单案件，是对于裁判案件所需之法律规范及其意义，法源性资料能够提供清晰答案的案件。疑难案件，则是法官在充分检索了法源性资料后，仍然不能获得清晰的法律规范，因而还需要进行实质性的法律解释与补充的案件。或者说，疑难案件是法官需要独立运用法学方法来获取法律问题之答案的案件。法源的范围，除了制定法、习惯法，还应当包括判例、学说中的通说，因此，法官应当检索包括通说在内的各种法源性资料，并受其拘束。法官“找法”的资料检索范围扩大了，但是，其实质性法律论证的义务则减轻了。

2018年12月3日下午3点10分，北大“法学阶梯”高阶讲座系列第十场在北京大学法学院凯原楼B103教室正式开始。本次讲座的主讲人是北京大学法学院教授吴志攀老师，北京大学法学院彭冰教授担任主持人。

前言

今年是我国经济改革开放40周年，各行各业都在总结40年来的经验。对于我国银行业与银行法领域来说，回顾过去40年来所走过的道路，也有许多经验值得总结，特别是外国银行没有，只有我国银行有的成功做法，更值得总结。我将这种经验称为“本土经验”。我总结了五条，全都是些看上去天经地义的事情，也是我们感觉很平常的做法，但其实蕴含着中国式的道理。为什么这样说呢？先简要回顾一下历史。

（一）简要回顾

1978年我考入北京大学法律系读本科，当时还没有“金融法”和“银行法”这些专业课，但是，并不意味着中国的银行就没有法制。

中国人民银行1948年就成立了，储蓄是人民银行的一项主要业务。早在上世纪50年代初，我国就提出储蓄的四项原则：“存款自愿、取款自由、存款有息、为储户保密”。这四项原则中的三项，即存款自愿、取款自由、为储户保密，是各国银行的通例。只有“存款有息”是我国独有并且延续至今的一项重要储蓄原则。

阅读中国人民银行成立和发行人民币的史料，有两个史料是必须要看的。一是1948年12月1日的《华北人民政府关于成立中国人民银行发行统一货币的命令》，宣布中国人民银行和人民币的诞生。

1948年12月1日，华北人民政府主席董必武签署的《华北人民政府布告》（金字第四号）宣布“为适应国民经济建设之需要，特商得山东省政府、陕甘宁、晋绥政府同意，统一华北、华东、西北三区货币，决定：

一、华北银行、北海银行、西北农民银行合并为中国人民银行，以原华北银行为总行。所有三行发行之货币，及其对外之一切债权债务，均由中国人民银行负责承受。

二、于本年12月1日起，发行中国人民银行钞票（下称新币），定为华北、华东、西北三区的本位币，统一流通。”并规定从今以后所用公私款项收付及一切交

为了引领研究生领略法学风景，
北京大学法学院特邀部分专业资深教授，
开讲「法学前沿课」。

吴志攀

北京大学法学院教授

中国人民银行条法司

《银行法》起草小组顾问

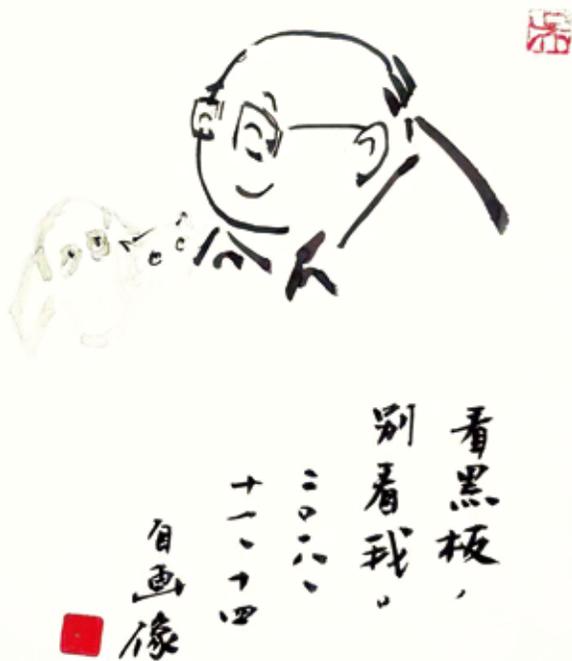
北大「法学阶梯」高阶讲座系列之十

中国银行法发展四十年的

本土经验

12月3日15:10-18:00

法学院凯原楼B103



易，均以人民币结算。人民币发行之后，各解放区的钱币将逐渐收回，在未收回之前，将与人民币固定比价，照旧流通，不得拒用。

另一个资料是，1948年12月1日，华北人民政府发布《华北人民政府训令》（财制字第18号），规定“为发展贸易，繁荣市场，沟通我区与友邻区物资交流起见，经与陕甘宁、山东、晋绥民主政府协商，同意以中国人民银行钞票（以下简称人民票）为华北、西北、华东三区本位货币，并于本年12月1日发行。”中国人民银行在石家庄市中华北大街11号挂牌开业，第一任行长是南汉宸。

还有两个相关史料，也非常有意思，一个是：1948年第一版人民币最初设计的钞版上有毛主席头像，报给中央审查批准。但中央回复说不同意。毛主席还特别在电文中说：“票子是政府发行的，不是党发行的，我现在是党的主席，不是政府主席，怎么能把我的像印上呢？”于是修改了设计，将票面设计成为解放区工农生产建设的图案“灌田”和“矿山”。

我国的人民币还有一个在各国货币中独特之处，这就是货币票面上的“中国人民银行”字样不是印刷体，而是书法写成的，而其他国家货币上的字体都是印刷体。这段历史在许多地方都可以查到：1948年底的人民币票面上“中国人民银行”字体，是当时华北人民政府主席董必武亲自书写的。

1953年人民币改版时，这六个字是人民银行的工作人员马文蔚书写。马文蔚是人民银行的职工，写得一手好毛笔字，特别善于写隶书和魏碑。时任行长南汉宸知道马文蔚书法写得好，亲自请他来写的。从这一点也可以看出当时的风气之好。董必武是华北政府主席，马文蔚是人民银行普通员工。当时的董老和南行长都认为马文蔚的书体更适合，在改版时就改请马文蔚来写了。

中国1956年开始实行简体字改革方案，至1980年代，中国人民银行总行决定将人民币上的“中国人民银行”这6个字中的“银”和“国”字从繁体改为简体时，马文蔚已经80多岁，手已经抖了，写不好，所以改由印刷厂设计人员根据马文蔚字体风格修改而成简化字。一度社会上流传这六个字是别人写的，当时在世的马文蔚写信给人民银行总行，要求出具证明，以正视听。1984年中国人民银行总行给马文蔚发出证明，并奖励马老2000元人民币。

从上述引用的史料可以看出，即便在战争时期，我们在银行金融方面的行为都是要依据政府布告和行政命令来执行的。千万别小看这些政府行政命令和布告，它们也是政府规范性文件，而且在相当长的时期内都是有效的，这就是法制。

我国1986年才颁布实行《银行管理暂行条例》，在此之前的38年时间里，

中国人民银行和人民币的合法地位一直都是由这两个政府行政命令和布告规定的。新中国建立以后，我国实行计划经济，因此经济政策和经济计划规范国民经济运行，除农村集市贸易外，在城里没有市场意义的交易行为和商业合同、也没有规范市场交易的法律。直到1986年我国才有第一部关于银行管理的行政法规。

中国人民银行成立、发行人民币和办理人民币储蓄业务不久，政府就制定了“存款有息”的储蓄工作原则。在1984年中国工商银行设立之前，城里一直由人民银行储蓄所办理储蓄存款业务。储蓄所通常只是临街的一间小房间，房间一分为二，中间用木栅栏隔开，里面坐着两位银行工作人员办理存款和取款，储户在栅栏外排队等候。储蓄所的墙壁上就贴着纸，上面写着“存款有息”的储蓄原则。

那时个人储户到银行办理储蓄业务时，人民银行发给储户一个纸制的存折，老百姓叫“折子”。存折上面，银行工作人员用手工记录储户每次存款、或取款金额及账户余额和年月日。

存折上的字体非常小，要求用钢笔和墨水填写，银行工作人员填写之后，还要加盖一个很小的长方形行员名章。那时行员名章是黄铜制的，仿宋体字，非常精致。那时银行办理储蓄的行员都能写一手好看的小字。此外，她们还拥有熟练的手点钞技术。现在都使用点钞机和电脑操作以及磁卡化了。

这里我要插一段我亲身遇到过的往事。1995年，在《中国人民银行法》和《商业银行法》颁布以前，有一位来访的香港律师拿出一张人民币问我：“怎样证明人民币是法偿货币”？因为在英美普通法国家和地区，货币票面上都要印有“法偿货币”的承诺。例如：港币票面上印有“凭票即付”的中文和英文字样（promised to pay the bearer on demand at its office here）。此外，英镑和美元票面上也都印有“法偿货币”内容的英文。

这位香港律师看到大陆的人民币票面上没有这样的字样，当时还没有颁布上述法律，所以他有这样的疑问是可以理解的。我当时跟他解释说，人民币是根据1948年12月1日的政府行政命令发行的，在那个命令里有法偿货币的内容，即“今以后所用公私款项收付及一切交易，均以人民币结算。”

那时我刚好在北大法学院讲授《金融法》课程，并曾于1993年在北京大学出版社出版过《金融法概论》教材，在那本书里面，引用过这个历史资料。这位香港律师听了我的解释便明白了，人民币的法偿性没有印刷在票面上，而是规定在行政命令中的。

1995年《中国人民银行法》颁布时，第三章是专门规定人民币的章节，例如，

“第十六条 中华人民共和国的法定货币是人民币。以人民币支付中华人民共和国境内的一切公共的和私人的债务，任何单位和个人不得拒收。”这条规定与1948年政府行政命令是一脉相承的。

我们由于长期处于计划经济模式，计划经济主要用政府行政政策来规范，所以我们那时不习惯用法律思维和法律方法来解释银行金融方面的问题。并且，我们在内地的大多数人从来也不会询问人民币的法偿性问题。那时香港地区已经有百年历史的市场经济地区，香港律师来到内地，经常会问我们这个法律规定吗？那个是法律规定吗？我们现在遇到问题，也是这样从法律的角度来提问了。

（二）“存款有息”

在建国初期，国家经济建设需要资金，政府提倡“勤俭节约”，鼓励人民把节约下来的人民币存到银行，支援国家经济建设。为了鼓励居民储蓄，我国长期以来不但实行“存款有息”原则，而且利率水平在国际上都是比较高的。这些做法是对存款人的鼓励。

此外，存款有息原则的意义还在于抵御通胀。在解放前的国民党政府时期，曾经发生过严重的通胀。自1935年以后国民党政府的货币政策转为多发货币，到1947年前后，国内纸币通胀到了没有商店愿意接受的地步。许多商店为防止通胀，不愿意接受当时的纸币，即金元券。

例如，在当时的上海市面已经开始流通美元，北京（当时叫北平）流通银元（墨西哥鹰首图案的银元，也叫“鹰洋”）和金条，广州市面流通港币和英镑。我举两个大家都熟悉的例子。

一是，1946年前后，北京张伯驹先生购买隋代展子虔的《游春图》时，用的就是20根金条（折130两黄金）和一个四合院。由此可见当时私人之间重大交易使用的已是黄金，而不是纸币了。另一个例子是在1948年的电影《乌鸦与麻雀》中，上海市民拥挤到银行用纸币金圆券“轧金子”（兑换黄金）的混乱场面。

在解放以后，中国人民银行长期实施存款有息原则，储蓄利息不仅是对储户存款的鼓励，调节储蓄利率还是国家调节市场物价的金融政策工具。

例如，1988年夏季，国内一度货币通胀率非常高，城镇居民开始从银行取出存款，到市场上抢购商品。当时许多商店的货架都空空如也。中国人民银行及时颁布“储蓄保值补贴利率”，根据物价指数的波动浮动调整储蓄存款利率。当时的三年定期存款利率曾经超过20%，等到通胀下降以后，存款利率又恢复到原来水平，

大约在7%左右。

1984年中国人民银行办理的居民储蓄等业务划拨给专门成立的中国工商银行来办理。同时中国建设银行（原来是专门从事中长期基本建设贷款的专业银行）、中国农业银行（原来是在农村专门从事大型农业水利和农田基本设施建设贷款的专业银行）、中国银行（原来是专门从事外贸进出口业务贷款的银行）放开原有的业务限制，均可以从事城镇居民储蓄存款等业务了。

1986年1月7日国务院颁布《银行管理暂行条例》，其中第四十七条重申了储蓄原则：“国家保护个人储蓄存款，实行存款自愿、取款自由、存款有息、为储户保密的原则”。1995年我国《商业银行法》颁布实施，该法第二十九条再次重申储蓄工作的原则：“商业银行办理个人储蓄存款业务，应当遵循存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密的原则。”

回顾1995年以前，在《中国人民银行法》和《商业银行法》起草讨论阶段，曾有人建议不写“存款有息”条款，因为参考国际惯例，许多国家的商业银行法都没有这一条。但也有人坚持“存款有息”必须写，因为这是我国银行的传统，又符合我国民间有偿借贷的习惯。用经济学理论来解释利息，就是金钱的时间费用。

上世纪80年代以后，日本的商业银行给存款人的利息逐年减少，后来到“零”利率。香港的商业银行对“睡眠”储户收取一定比例的服务费，我印象中甚至高达20%以上。后来我国信用卡的睡眠账户也要收手续费等。

为什么外国银行后来将存款利率降低到可以忽略不计的程度呢？有几种解释：

一是，外国银行办理个人存款业务的成本比较高，甚至是亏损的。

二是，银行的资金来源已经不再主要依靠个人存款，而是大户存款和发行债券募集。

三是，经济程度较高，个人和企业从银行贷款的需求已经开始下降，所以银行不再依靠存贷差获得收益。

四是，信用卡普及之后，信用经济的消费观也影响了个人存款的愿望。

五是，股市和债市以及基金市场的投资收益高于银行存款，所以个人如果有余款会优先选择投资市场。

相比之下，我国还处于发展中国家，还有许多公共基本建设需要资金，我国消费物价也需要金融政策和财政政策调控。而且，我国还不是“信用卡消费”为主的市场模式，而是“储值卡消费”为主的市场模式。前者消费者用的是银行贷款的钱，后者消费者用的是自己存在银行里的钱，所以个人储蓄存款仍然是非常重要的。那

时有一个幽默的说法，“中国的银行客户去世时，银行欠客户的钱；美国的银行客户去世时，客户欠银行的钱。”因为中国客户在银行有存款没有花完，而美国银行客户的最后一笔信用卡消费账单还没还钱呢。

《商业银行法》草案讨论的结果，还是继续坚持“存款有息”的原则。2003年修订《中国人民银行法》和《商业银行法》时，对该条款也有所讨论，又有人提出应该取消“存款有息”的硬性规定，因为西方、日本、我国香港和台湾地区的商业银行几乎都不支付利息了，或存款利息已经到了可以忽略不计的时期了。

也有人提出，是否支付存款利息，应该放权给各个商业银行自己来决定，如果银行盈利可以支付利息，不盈利的也可以不支付利息，让利息回归市场。

正因为我国长期坚持存款有息原则，所以在过去40年来我国居民个人储蓄一直处于较高的水平。1978年我国居民储蓄总额210亿人民币，到了2018年8月末我国全国本外币存款余额180.47万亿人民币。其中，人民币存款余额为175.24万亿元，居民个人存款余额为68.74万亿人民币。按照13.9亿人口来计算的话，人均存款约为5万元人民币。过去40年我国居民个人储蓄从210亿上升到约69万亿，增长了3000多倍。

1978年我国银行总资产约6万亿人民币，到了2017年我国商业银行总资产252万亿人民币。40年间增长了42倍。比较美国的银行资产总值，2017年美国银行总资产17.41万亿美元，相当于120万亿人民币。我国银行的资产总值是美国的2.1倍。

再看一下我国的股市：1990年在上海成立证券交易所，1991年7月15日起开始实时发布上证指数，基日定为1990年12月19日，基日指数定为100点。2018年11月23日我国沪市收盘2645.43点，总市值约为50万亿人民币。比较我国的经济数据，股市不应该是这么低的指数。1978年我国GDP是3678.70亿元人民币，2017年GDP是82万亿。2018年GDP将达到88万亿人民币。

上述银行数据与股市数据比较来看，可以说，我国银行业发展与我国的经济发展是匹配的，而股市的发展与我国经济发展是不太匹配的。同样在我国国内发展，同样都有政府监管，同样属于金融领域，为什么银行业发展得比较符合人民的期待，而股市却不符合社会的期待呢？这是什么原因呢？

从我国本土银行业和证券业市场化角度来观察，应该说我国股市的市场化程度比我国银行业市场化要高。因为股价是市场决定的，银行利率不是由市场决定的，

基本上还是中国人民银行决定的。但是我国银行业的发展阶段与政府调控方法是相匹配的，即银行业的市场化程度不是那么高，政府调控的方法也不是那么市场化。

例如，我国依然采用政府法定的方式，规定银行利率，规定“存款有息”方针等。这样就鼓励了广大储户的存款积极性，也稳定了银行业市场。因为“存款有息”，就会鼓励储蓄存款，因此我国相应发展出普及度非常高的储值卡业务。在我国储值卡是银行业务，非银行金融机构不能发行储值卡，只能发行预付商业卡，如许多超市发行的购物卡，许多咖啡店发行的咖啡卡，许多健身中心发行的健身卡等。

在外国储值卡不是银行业务，而是超市商品。在美国超市货架上就出售空白储值卡。消费者购买储值卡的目的并非自己消费——自己消费都用信用卡，因为要保持信用记录，用储值卡消费则没有信用记录。

储值卡在美国的主要用途不是购买人自己消费，而是用于好友结婚送礼物。美国人的习惯是将需要的礼物列一个清单，发给亲朋好友，以免礼物重样或不需。亲朋好友根据结婚礼物清单，选择一件礼物，如烤面包机，然后到网上查寻烤面包机的价格，再到超市买一张空白储值卡，充上相当于烤面包机价格的钱数，邮寄给好友。好友收到储值卡后，自己到超市或上网选择具体牌子和型号的烤面包机。

在我国储值卡是银行的主要业务之一，这项业务不但给银行带来操作的便利，也给广大消费者带来支付便利，更加促进了消费市场的繁荣。

因此，从“存款有息”这一原则基点出发，银行近70年如一日持续不断，适应了我国老百姓日常习惯。这就应了老子那句话，“道法自然”。老百姓的日常习惯就是自然，就像老百姓过年全家团圆吃年夜饭一样成为一种自然。

由于这个原则符合中国老百姓的习惯，即使世界其他国家都市场化了，都选择不这样做了，我国依然坚持这样做，还写入法律，保障执行。正因为如此，我国银行业的这一做法顺应人心，符合国情，与我国发展中国家的社会主义初级阶段相适应，实际效果就是好的。

反观我国股市。我国股市的市场化程度比银行业要高，但是政府监管股市的理念和方法还不能完全适应股市高度市场化的要求，两者不适应，也不匹配，就好比“车”与“辙”时常不吻合。例如，我国监管机构时而会借鉴外国的做法，如“熔断机制”；时而又采用非常行政化的手段，如发表《人民日报》社论。结果我国股市发展了27年，从1991年的100点基点开始，曾经达到过2008年的6000点，后来10年徘徊起伏，直到目前的2000多点。

但是我们都知，中国证监会的工作人员是所有监管机构最累的，他们工作是

最繁忙的，他们加班也是最多的，因此我们不能说证监会工作不努力，只能说事倍功半，所以遭到广大股民的抱怨也最多。

因此我认为，“存款有息”就是我国银行业的本土经验，也是《银行法》的本土经验。这条经验表明，我国的法律在适合我国储户心理预期时，就有利于保持储蓄存款市场的稳定，有利于我国经济的发展，也有利于社会的安定。

我国存款有息的做法，可能“不符合”所谓的“国际惯例”，因为外国银行法没有类似的规定，外国银行业公会也没有这样的规定。但如果我们就跟着所谓的“国际惯例”走了，后果就不会是今天这样银行业的发展情况。老百姓话说的，人家外国人不过春节，人家过圣诞节也不吃饺子，过正月十五也不吃元宵，八月十五不吃月饼，人家外国人吃饭不用筷子，用的是刀叉。

只有我们中国人吃这么多东西，而且吃了几千年来都不变，这就是我们本土的生活习惯，也是我们本土的生活经验。我们做得对，就要有信心，就必须继续做下去，不管人家外国人怎么评论我们。

我们大家都知道，美国金融领域也有本土经验，美国债券就是一个典型例子。尽管美国银行存款不给利息，或利息低到可以忽略不计的程度。但是美国债券一定是要给利息的，而且利率还不低。今年12月1日美国10年期债券的利息是2.99%。相比之下，我国银行5年期存款利息是2.74%——由此可见我国银行的存款利率有多高了。

美国10年期债券为什么要支付相对比较高的利息呢？这就是美国的本地经验。从上世纪70年代后期以来，美联储换谁当主席，美国白宫换谁来当总统，这个经验做法都不会改变。全世界的人都知道美国政府的高赤字预算，美国政府到去年累计债务高达22万亿美元，高出美国去年一年的总产值（19万亿美元）。这就是好比美国人工作一年，不吃不喝，全部都用来还债，也不够还。

因此美国必须支付相对较高一点的利息，把债券卖到外国去，把外国的美元吸引回来。这样美国可以既大量印刷美元，又不会让美国国内市场发生通胀，在保持市场上充足流动性的同时，还保持美国政府正常运转。

美国政府的这种做法，非常不符合我们东方人的生活习惯。我国老百姓过日子，不愿意长期借债为生的。即便银行贷款买房子，也都希望早一点还清，减轻心理压力。但美国政府不这样想。从上世纪70年代到现在，美国政府借债度日，依然是世界第一经济科技军事大国。

有一点我们必须注意到，这就是美国国债必须给利息。美联储每年要多次开会，

多数时间都是在讨论加息，否则外国政府就不买美国国债了。如果没有从外国回流到美国的美元，美国政府就会难以运转。这就是美国政府金融政策成功的本土经验，其他任何国家也学不了，不是什么“国际惯例”，但可以说既是美国的，也是世界的，因为包括我国政府在内的世界美元储备大国都要买美债。

第二条本土经验：国有商业银行与其他商业银行并举

2017年底，我国国有商业银行在银行业占比37%左右，非国有商业银行及其他金融机构占比63%。这是我国银行业的一大特色，因为在外国没有“国有商业银行”这个概念。

（一）简述国有商业银行发展史

1948年成立的中国人民银行，既是发行人民币和执行货币政策的中央银行，又办理储蓄、结算和贷款等业务。1984年成立中国工商银行时，才将原来由人民银行办理的储蓄、结算和贷款划转到中国工商银行。

那时中国工商银行办理城镇居民和企事业单位的存款、结算和贷款业务，中国农业银行主要办理农村农田水利工程贷款业务，中国建设银行主要办理中长期基本建设项目贷款业务，中国银行主要办理进出口贸易贷款和信用证业务。工、农、中、建四大国有银行当时叫“专业银行”，还不叫商业银行。

我第一次在国内听到“商业银行”这个称谓还是在上世纪1988年前后，中国人民银行条法司在广东省白藤湖召开的《银行法》（草案）讨论会上。来自各方面的代表讨论《中国人民银行法》和《银行法》草案。在讨论到《银行法》的名称时，有人建议应该叫《专业银行法》，因为当时专业银行是银行业的主体，股份制银行刚刚出现。在会上有一位70多岁的老行尊雷平一先生在发言时建议，将《银行法》干脆直接叫《商业银行法》。

那时与会代表虽然心里感觉雷老说得是对的，但是否能在法律名称上直接这么叫呢？大家对此还是有些疑惑。因为当时占银行业90%以上比重的四大国有专业银行还不叫商业银行。除专业银行外，还有几家股份制银行和外资银行，但在银行业比重都占得很小。此外还有5000多家城市信用合作社和数万家农村信用合作社。如果那时就叫《商业银行法》的话，从理论上说，四大专业银行就不在法律调整的范围之内了。

直到上世纪 90 年代初，专业银行放开原来的专业限制，四大银行可以相互竞争，后来国务院在一些省会城市开展成立地方商业银行前期调研时，我们对“商业银行法”的概念才逐渐从理论上接受。1995 年 6 月《中国人民银行法》和《商业银行法》通过，同年 10 月国务院下发通知在全国 30 个城市首批成立城市商业银行，然后第二批在 65 个城市成立商业银行，接着第三批在 50 多个地级市成立商业银行。

现在全国有 167 个城市成立了商业银行，在全国银行业占比 13% 左右。此外，股份制银行占比 18% 左右，农村金融机构占比 13% 左右，其他金融机构（包括外资银行、合资银行、金融信托公司等）占比 19% 左右。这就是我们目前银行业各类银行的市场格局，而且是在世界非常独特的银行格局。

（二）国有商业银行的信誉与作用

国有商业银行因为有政府信用作为基础，所以在国人心中信誉很高。例如，上世纪 80 年代海南发展银行倒闭时，央行就是委托中国工商银行去接盘的。再如，在银行同业市场上，中国工商银行贷款窗口对市场上发挥了稳定器的作用。此外，城市居民大多数储户都会在国有商业银行开一个存款账户，并且国有企事业单位财务部门也会在一家国有商业银行开户，并办理员工发工资的储值卡。

上述几个例子所看到的国有商业银行的情况，并不都是因为国有商业银行处于垄断地位，还有其他许多因素。例如，我国过去长期实行计划经济形成的一些习惯，政府在经济改革开放中的超前引领作用和服务市场的政策需求，以及以“让群众满意”和“提高人民福祉”为所有我国政府相关工作的出发点和评价标准。

国有商业银行一方面从事普通商业银行的经营工作，另一方面还承担着经济改革发展的支持和保障的业务，如 2018 年 11 月中央民营企业座谈会之后，国有商业银行就加大了对民营企业贷款支持力度的金融服务。

（三）国有商业银行网点多的便利

由于我国国有商业银行成立的时间相对较长，所以营业网点比较多，比较方便客户办理各种业务，减少路途和等候的时间。特别是在一些大城市人口老龄化比新兴城市大得多，如北京、上海和广州等人口老龄化比深圳严重得多。2018 年全国 60 岁以上的老龄人口早已超过 2.4 亿，占总人口的 17.3%。

随着时间的推移，医疗健康水平的提高，我国老人延年益寿的条件增加，人口老龄化的比重还会提高。老年人由于视力等自然原因，更愿意选择到家门口的实体

银行门店办理业务，而且他们在银行的储蓄存款额占银行存款总额很高的比重。

当然现在各类银行都开办了线上提供服务的网页。年轻人可以通过手机在移动状态下办理许多银行业务。甚至马云也说过如果银行不改变，他就要改变银行的豪言壮语。

但是银行门店的营业网点终究是为客户服务的落地实体形态，即便是在杭州试点的网络银行，也得有一个实体办公场所，不可能都是虚拟的形态。因为这是《商业银行法》第十二条的规定，设立商业银行的条件中的第（五）项规定：“有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施”。在实际操作中，实体营业所在司法方面来说，也是十分必要的。例如，万一遇到打官司的情况，法院送传票时也需要当事人有实体的地址。

现在已经是一个线上线下融合的时代，没有任何网络平台可以说离开线下合作能发展得更好。淘宝网需要线下快递小哥才能送货到门，网上点餐需要厨房和送外卖，百度的无人驾驶系统需要道路和汽车作为载体，蚂蚁金服也需要信用卡和实体手机绑定，共享单车更需要地面维运队伍，微信所传输的所有信息不过是现实世界的虚拟化折射，转发微信不仅需要电力、还需要人们手指的动力和眼睛的视力（语音操作系统的手机除外）。

银行的存款、转账结算和贷款虽然都可以在网上实现，但依然不可能完全取代实体银行的门店、信用卡和线下人工服务，而是减轻和转化人工服务的负担与方式。就好比随着汽车进入家庭，专业司机越来越少时，我们自己都变成了司机。当无人驾驶成为汽车标配时，我们自己依然坐在车上，变成无人驾驶的指令者。所以确切地说“有人指令、无人驾驶”，只不过是我们要原来交给驾校的学费，改为交给百度了。

在我国银行网点依然是重要的服务窗口，国有商业银行以网点多而成为线下最为便利的连锁门店。马云说要改变银行，当然也包括改变国有商业银行在内。马云的豪气可嘉，在某种程度上也确实促进了银行线上服务的发展。但是我们还应该看到国有商业银行的信用和网点完善的线下服务，在金融服务多元化转型的进程中，将发展出超越人们今天能够想象的未来。

第三条本土经验：网上第三方支付的普及

（一）网上第三方支付在中国的普及

我国是继美国 1998 年开放网上第三方支付之后，较早开放网上第三方支付的国家之一。以支付宝为例，2003 年 5 月，淘宝网公司成立。

2004 年 12 月网上第三方支付工具支付宝上线运营。根据 2017 年的统计，淘宝网有约 5 亿的注册用户数，每天有超过 6000 万的固定访客。支付宝有 8.7 亿用户，2017 年，年累计支付规模 77 万亿，余额宝规模突破 1.43 万亿元人民币。目前支付宝与微信支付占我国移动支付领域占比在 80% 以上。我国移动支付排世界第一，普及率为 47%，其次是挪威 42%，英国 24%，美国 17%。

网上第三方支付虽然不是我国首先发明的，但我国却是普及率最高的。现在我国城镇中收废品的人、菜市场卖菜的人，以及衣食住行等差不多都可以用移动支付。移动支付的普及率在我国最高，而且意义最大。因为在我国居民中的 99.9999% 的人都没有个人支票，却普遍有网上移动支付。（这里要插一句，最近我从网上看到一个信息：我国银行可以给个人开个人支票了，我跑到工商银行一家支行去，跟银行工作人员说，我要开个人支票。人家十分客气地对我说“我们没有接到上级通知，不知道此事。”）

在上世纪 90 年代前，我国居民个人只能用现金支付。那时在银行里，经常可以看到存款人在家人保护之下，存储大捆现金的壮观情景。在商店里，也经常可以看到买大件商品的顾客，用挎包携带大量现金交款的情景。坐长途车回家的旅客，有的将现金缝在衣服里，以确保个人财产安全。有了银行卡之后，这种情况现在很少见了。

我国是从现金一步跨入银行卡时代的，中间没有个人支票的阶段。因此我国个人在银行办理的大多数都是储值卡，少数办理的是信用卡。我国平均每 5 个人拥有 1 张信用卡，而每个人拥有 2 张或更多张储值卡（一张领工资，另一张与手机绑定作移动支付）。

千禧年过后，我国进入网上第三方支付时代，现在是手机移动支付的年代。这种做法同样适合我国本土情况。因为没有个人支票，就没有个人征信记录和个人信用评价。第三方支付绑定的是银行卡，大多数又是储值卡，因此网上第三方支付时，客户刷的是自己储值卡上的钱，所以如同现金一样，不需要银行信用。

网上第三方支付的资金来源大多数不是银行的信用，而是消费者自己的钱，所以也不需要银行担心客户不还钱等事宜。这样一来，我国的银行和商店（包括网上电商）都不担心消费者欠钱的情况，反倒是我国的消费者担心商品质量有问题。我国的这种情况与世界其他国家的情况刚好相反。

关于网上第三方支付问题，我主要感兴趣以下两个问题：一是我国银行主管部门对网络第三方支付的态度为何是开放的？二是为什么网上第三方支付在我国境内市场能如此迅速发展？而在我国的香港和台湾地区，在亚洲的金融强国日本，都没有出现我国内地市场这样火爆的增长情况。我国内地市场为什么适合网购？

转账结算原本是中央银行的一项专属权力，或中央银行给予其他专门金融机构的特别授权。自古以来转账结算都是政府的权力，好像发行货币一样是政府的专权。因为这项权力的经济利益很大，因此应该是公权力，必须由政府来掌握，政府是没有市场经营利益的公共机构。

发行货币可以带来铸币税，这个收益只能给国库，不能给市场盈利机构。转账结算也能带来账面头寸余额，每一时点的头寸汇集起来是巨大的经济利益，所以只能由政府公共机构来掌握，不能交给市场盈利机构控制。因此，转账结算的两种常见工具之一的票据转账结算，在当地央行的票据交换所（后来是票据交换平台）完成。转账工具之二的银行卡，在我国的银联跨行平台完成转账结算。我国所有支付结算都是在中央银行管理与监督之下进行的。

就在我在修改这篇文章的时候，2018 年 12 月 5 日有新闻报道说，“网上第三方支付躺着赚钱的好日子到头了”。原来央行宣布：2019 年 1 月 14 日，网上第三方支付机构的客户保证金必须全部上交人民银行统一开户。

这就是说，从明年开始，网上第三方支付的客户开户头寸不能由网络公司支配了，这个头寸数额非常巨大，大型网络第三方支付公司拥有的这个头寸数额合计超过了 1 万亿元人民币。过去这笔钱是由网上第三方支付公司获得利息的，广大消费者没有利息，相当于无息存款。从明年起这笔巨额存款就由央行掌握。央行是政府机构，没有商业利益，所以交给央行掌握这笔巨款是合理的，符合市场转账结算公平原则。

在国（境）外，票据转账结算也有两个例外，如英国的英格兰银行和香港的汇丰银行分别在英国和香港本地代替政府履行中央银行的发钞和结算功能。

其原因据说有两个：一是，用私人商业银行办理发钞和结算业务，可以节省政府公共开支，节省纳税人的钱。二是，这两家私人商业银行在历史上都曾经在当地政府财政困难的时候，借钱给政府，帮助政府度过难关，政府以授权办理票据结算作为报答。但后面这个说法还有待证实。

既然转账结算权是政府的公权力，我国为何能放开给民间非金融机构经营呢？这个问题从表面上看似乎是这样，实际上还是比较复杂的。

因为网上第三方支付从本质上说，是一个窗口的作用，后台还有绑定的银行卡作为基础。所以网上第三方支付与银行卡有自动转账协议，消费者支付的货款或服务费最终还是从他们的银行卡划款的。所以网上第三方支付还不是完全脱离银行卡而独立运行的工具。

即便如此，支付宝账户上流动着的资金数额巨大，暂时停留在账户上每一秒钟都可以是巨大的收益。余额宝一度可以支付高于银行定期存款利率的收益就是例子。即便是今天，余额宝已经不能支付当年高达 7% 的收益率，但比银行活期存款利率还是要高。

淘宝网出现之后，网上第三方支付的需要随即出现了。但是我国中央银行的票据和银行卡转账结算平台都不能提供这种服务。2003 年 10 月支付宝由淘宝网最初推出，但那时消费者对它还有一个认识过程，消费者在网上购物，仍然采取“货到付款”方式。

2004 年支付宝从淘宝网分拆出来，成为独立的第三方支付机构。2005 年支付宝做出“全额赔付”支付承诺，并提出“你敢用，我敢赔”的保证，受到了广大消费者的青睐。虽然银行卡也可以进行网上支付，但是不能及时全额赔付，需要经过另外的程序，才能向商家讨回已付的货款。

2010 年我国开始建立网上第三方支付许可制度，这时支付宝上线已经超过 6 年，为什么我国金融主管部门在此前都没有发声呢？我认为这是一个非常有意思的问题，因为在我国，金融被认为关系到国计民生的命脉，支付结算又是银行四大业务之一 [1]。而支付宝不是银行，也不是金融机构，却能从事线上商业零售市场的转账结算业务。

我认为金融主管机关不发声是有考虑的：

一是，支付宝不是金融机构，不属于金融主管机关的管理范围。这样说似乎有些消极，但是，实际情况确实如此。

二是《中国人民银行法》和《商业银行法》管辖范围内的转账结算类别中，只有现金、票据和银行卡等，没有网上第三方支付方式，所以也不可能限制。

上述两部法律都是 1995 年颁布的，2003 年修订的，那时还没有支付宝等网上第三方支付工具。

当支付宝上线时，既不属于受到监管的金融机构，业务工具又没有法律限制，所以就做起来了。如果当年中央银行限制了支付宝，就等于限制了网上购物。因为网上购物与网上第三方支付是连在一起的。网上购物不是金融活动，不属于金融监

管机关管辖范围。

2010 年金融主管机关要求网上第三方支付需要办理许可证的时候，支付宝已经做大，达到 3.87 万亿元人民币，接近于银行卡跨行交易额的十分之一。今年我国网上第三方支付总规模将达到 150 万亿左右，其中支付宝约占 48%，微信支付约占 39%，此外还有京东白条，百度钱包等多种支付工具。

这些支付工具已经成为居民日常消费的主要渠道之一。现在越来越多的人出门不带钱包，只带手机。消费者买东西、打车、餐馆吃饭、发红包、打赏，甚至到菜市场买根葱，卖废品等都用手机刷卡。

我国网上第三方支付能有今天的火爆局面，与过去金融主管机关的态度有关。邓小平同志当年在开办经济特区时说，“要允许试，失败了再关”。这就是实事求是的态度，就是勇于面对新事物的态度，也是开放的态度。

归结到一点，就是金融主管机关开放的态度，才使得支付领域取得了让世人瞩目的成功。因此最根本的主观原因还是：我国从银行主管机关到网络第三方支付机构，再到亿万消费者，大家都在改革开放中获得了思想解放，大家放开手脚、敢于改革、勇于创新。

（二）我国消费者为何乐于网购？

第二个我感兴趣的问题是，我国网上购物火爆的客观因素是什么？最简单的原因是网购价格比实体店便宜。便宜方面的理由也很明显，如我国快递人工成本低，免费送货到家。网店更不用租门店，可以节省商业区的高额房租等。

但是除去这些经济因素，还有哪些原因呢？与日本相比，东京虽然也有网上购物，价格比实体店并不便宜多少，所以在日本远不如我国网购这样火爆。经过比较，我发现除去日本人主观上比我们保守外，在客观方面，主要是因为东京线下实体店购物比北京线下的实体店购物更加便利。日本的网购主要适合不愿意出门的宅男宅女们，或没有时间上街购物的工作狂们的需要吧？

日本大东京圈 [2] 的面积和人口与北京差不多，但是东京线下购物比北京便利得多。东京满大街的便利店 [3] 提供了居民生活所需要的几乎一切商品。日本便利店的密度已经达到每个街区步行 3 分钟便有一家便利店的程度。即便在老房子居住区，居民步行 5 分钟也可以走到一家便利店。所以，在日本，当下我国用网络和快递发展起来的许多服务类业务都没有太大的发展空间。

两个原因导致这个结果：一是，日本的人力成本比我国高；二是，便利店的全

覆盖。在日本有媒体文章说，由于便利店太过发达，使得现在的日本单身年轻人不会做饭，也不愿意做饭了。即便是周末他们也不想在家自己做饭吃，照样去便利店吃三餐。

我认识一位在东京学习和工作了8年的校友，她说在这里一个人做饭跟在便利店买着吃的价钱差不多，而且还不如便利店卖的盒饭好吃。便利店如同家庭“公共保姆”一样照顾着单身青年们的日常生活，使得他们不需要家人照顾，也照样可以吃热的，喝凉的，穿暖的，因此他们越来越不想结婚，而想要更多的自由。

各种便利店出售的商品，除日常用品外，还卖书籍、杂志和报纸，也卖烟酒，生鲜肉类和鱼类及各种冷热饮料。

这里还特别提供一日三餐热食盒饭快餐。快餐盒饭在日语中叫“便当”——从这两个汉字中已经可以感觉到它的意思了。在便利店除去购买生活必需品外，还卖各种便当，顾客用店里的微波炉加热后，就可以坐在店里的座椅区吃饭了。特别是每天晚上9点以后，便当五折售卖，有些家庭主妇和学生此时来买，回去放到冰箱里第二天吃。便当如果卖到五折的价格，就比自己买菜做饭在经济上还划算了。

在便利店还可以交各种杂费（如煤气费、水电费、有线电视费等），也有银行的ATM取款机，还卖热门美术博物馆的预约门票，以及预售从住地去成田机场的特快车票。便利店还提供收发传真、复印资料、打印数码照片、代收小型快件、发快递邮件等服务。另外，顾客还可以用便利店的小厕所。通常这类厕所是店员使用的，但开放给心急的顾客。我的一位日本朋友告诉我，他爸爸如果去便利店上了厕所，他就一定会买点东西，如买一瓶矿泉水或一包纸巾等，本来是不需要买的，他是为了感谢便利店提供了方便。

综上所述，如果一个大城市线下购物如此便利，价格便宜[4]，那么消费者就没有上网购物的积极性。例如，在东京从家步行3-5分钟就有一家便利店，在店里可以吃热便当（快餐盒饭）的话，不用在家耐心地等15-30分钟送快餐了。因为在便利店里吃饭随时可以购买其他的食品和饮料，使得这顿饭吃得比叫外卖更加丰富多样。

当人们在线下购物的需求已经可以非常便利地得到满足时，人们也就没有网上第三方支付的热情了。尽管日本也有网上第三方支付系统——在东京可以使用银行卡网上支付、也可以用苹果支付、还可以用paypal支付等；在中国游客经常光顾的银座和新宿药妆店，甚至可以用手机刷微信和支付宝支付。但总体来说，日本与我国相比，那里还是纸币社会，日本人将近50%的零售支付结算依然使用纸币。

我国网上第三方支付发展迅速，在主观方面是金融主管机构的开放，在客观方面是我国一线大都市的实体店不够便利，例如，北京市许多小商品，如衣服扣子、松紧带、拉索、缝衣服的针线等，在实体店很难买到，但在网上都可以买到。从这个小侧面，也可以看到国人乐于上网的原因。

第四条本土经验：对“非法集资”废除死刑，但必须严管

“非法集资”是上世纪90年代开始出现的一个现象，就是许诺以高额回报，向不特定对象吸收公众存款，从事经营活动，造成公众经济财产损失的，就是非法吸收公众存款行为。还有就是以欺诈为目的，许诺以高额回报，向不特定公众吸收资金，但并不从事经营活动而是要跑路的，这情况就是集资诈骗的犯罪行为了。

我国从上世纪90年代以来，“非法吸收公众存款”和“集资诈骗”活动频发。为了打击这种破坏金融秩序的犯罪行为，1995年全国人大常委会通过决定，即《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》，规定了非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪，对于集资诈骗罪，后果十分严重的，可以处以死刑。

在我国刑法和金融法研究领域，这是一个非常重要的课题。现实中，上述非法活动在我国容易得手，而在国（境）外通常不容易成功，所以，这种行为在我国是对公众财产危害极大的犯罪，而在国（境）外并不是像我国刑法规定的这么严重的犯罪。这其中就包含着我国民间金融市场的特点，就值得我们去深入研究。

（一）我国的民间借贷情况

我从网上看到一个2016年的统计资料：

从这个资料中，可以看到我国民间借贷的需求还是相当大的，而且银行信贷还不能满足民间借贷的需求。这可以部分解释为什么民间借贷在我国比国（境）外更活跃。

我在询问国（境）内外课堂听众时发现，国（境）外听众对线上和线下许诺给与高息的各种名目的集资项目，都表示风险太大，不能相信，也不会参与。国（境）内听众的态度比较多元化，有人不相信，也有人认为可以投少量钱试试。

怎样解释国（境）内会有一部分人要试一试呢？

（二）二十三年来“非法集资”和“集资诈骗”的典型案件

从 1993 年的长城机电公司沈泰福案的死刑判决，到 2012 年浙江吴英集资诈骗罪改判死缓，再到 2013 年湖南曾成杰集资诈骗罪死刑，再到 2015 年 8 月 29 日，全国人大常委会表决通过了刑法修正案（九），对我国现行《刑法》作出修改。根据修正案，集资诈骗罪死刑罪名被取消。[2] 在这 23 年间，我国法院对非法集资的认识是不断进行的。从没有罪名到设立罪名，从有死刑到没有死刑，经过了不断的起伏转折，我们对这个问题的认识也在不断加深。

回顾 1993 年，长城机电公司董事长沈泰福以“专利分拆转让合同”方式，以 20% 年息向社会集资 10 亿元，最后无法兑现引发群体事件。当时还没有上述这两项罪名，沈泰福是以贪污罪和行贿罪判处死刑的。1995 年 6 月 30 日第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议才通过《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》，设立了这两项罪名。

1993 年初开始，我国市场经济又活跃起来，一些人以各种名目变相吸收公众存款和非法集资，有的以专利分拆转让合同、有的以“植树造林”、有的以“民间药方”、有的以“高息联营”、有的以“一英寸美国土地产权”、有的以“历史遗留巨额债权”、还有的以房地产项目等进行非法集资。上述这些非法集资的花样都有一个共同的特点，就是许诺给予高息。例如，沈泰福长城机电公司的专利分拆转让合同许诺每年专利收益为本金的 20%，当时银行一年定期存款利率约 7%。

1995 年 6 月 30 日《关于惩治破坏金融秩序罪的决定》颁布并生效后，1995 年 11 月 24 日，江苏省无锡市中级人民法院以受贿罪、贪污罪、投机倒把罪、挪用公款罪、行贿罪等，数罪并罚，判处邓斌死刑，剥夺政治权利终身。邓斌案是新中国成立以来至 1995 年最大的非法集资案，[4] 审判结果却没有以集资诈骗罪判处死刑，直到 1997 年修订《刑法》时，将集资诈骗罪写入《刑法》，以后判处的集资诈骗罪，依照《刑法》第一百九十二条才判处死刑。

（三）第一例“非法集资”罪改判死缓的案件

2009 年 12 月浙江金华市中级人民法院以非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪判处吴英死刑，吴英不服上诉浙江高院，2012 年 1 月浙江高院驳回上诉，维持原判，该死刑案件报到最高院死刑复核。当时社会舆论对民间借贷看法不一，包括一部分知名法学家、经济学家和民营企业家公开发表对吴英案的看法。

例如，2012 年 2 月 6 日，“吴英案法律研讨会”在中国政法大学公共决策研究中心举行，认为吴英的行为属于民间借贷，不应判处死刑。2012 年 2 月在黑龙

江亚布力论坛上，有经济学家发言认为，当年有邓小平保护的年广久，现在没有邓小平保护吴英了。

北京大学教授汤一介、乐黛云夫妇，当时已是耄耋老人，撰文说：“人命关天慎用死刑，吴英案应广泛听取各界意见，认真调查取证，依法公正判定，建议成立各界代表调查团，也许可以有助于吴英案合理合法的解决”。随后召开的全国两会，该案成为民营企业家代表和记者关注的热点话题。2012 年 4 月最高院未核准死刑，发回浙江高院重审，2012 年 5 月浙江高院改判死缓，2014 年 7 月减刑为无期。

在这 23 年间，从第一个非法集资案例的死刑到死刑废除前，非法集资案件一直没有停止过。开始从线下，后来转到线上，数额越来越大，参与的人数越来越多。这说明死刑无法阻止这种犯罪。民俗有言：“杀头生意有人做”。真正降低和预防这种犯罪的方法是普及金融知识和市场知识的教育。例如，在我国金融行业工作的员工，由于他们金融知识和市场经验比较丰富，所以很少参与这种高回报为诱饵的非法集资活动。一些上了年纪的老人，他们接受外界信息不对称，金融知识也不够，反而容易上当受骗。

（四）对“网络集资贷款”（Peer to Peer Lending, P2P）必须严格监管

1. 国（境）内外的看法不同

我国对线下非法集资行为以刑法来论处，国（境）外的“老鼠仓”行为也是刑事犯罪。但是，对于“网络金融”，如“网络集资”等，我们国人与国（境）外人的看法却不同。

在教学过程中，我有一个感觉：国内的研究生、企业管理人员和政府公务员谈到“网络金融”，特别是“网络集资贷款”（P2P）时，与国（境）外的人看法明显不同。国（境）内人认为是新生事物，可以试试，并不太担心风险。但是如果听众是国（境）外人，如港澳台同胞、海外侨胞、日本及欧美人士时，他们都十分怀疑或抱有警惕的表情，纷纷摇头表示不接受。为什么国（境）内外的人，对同样一件事的反应，会如此不同呢？

“网络集资贷款”在国（境）外不应该属于新生事物了，但国（境）外的人由于长期生活在商业化社会，对商业的认知度比较成熟，对市场上出现的各种商业行为警觉度比较高，所以他们对“网络集资贷款”第一个反应是摇头，纷纷表示不接受。所以国（境）外政府监管机构不用担心当地人会上当受骗。

我们内地市场由于经济发展时间还比较短，才 40 年，仅有两代人的经验积累，而国（境）外的市场经济已经发展了上百年，甚至数百年，他们的市场经验已经有几代或十几代人的积累。

商业形式不断更新，变着花样不断轮回，但是事物的本质和规律也会反复出现。例如，国（境）外的人比较相信老字号，相信大公司，不容易相信新牌子和小公司。2008 年美国华尔街金融危机时，发行次级债的都是有名的大公司，例如雷曼兄弟公司就是美国第四大投资银行，也是老字号。

我们内地人既相信老字号和大公司，同时我们也对新字号和小公司同样抱有好奇心。这是我们在主观方面与他们不一样的地方。还有一点就是我们与他们在客观方面也是不同的：国（境）外实体店和服务发展得比我们更早，成熟度高，所以比我们的同行更发达。在这种情况下，网上出现的替代实体店和服务，就可以弥补我国线下实体店和服务的不足。这也是我们比他们更喜欢上网找东西和服务的原因。

还有一点不同，这就是他们是信用社会，信用记录已经发展了一百多年，在市场上有没有信用是第一要务。新生事物通常还没有信用，所以也不容易被接受。我国个人征信体系是最近十几年才逐步建立的，并且还很不完善，我国市场商业信用体系也很不健全。信用还不是我们个人在社会中的第一要务，我们更看重的是政府对其支持的程度。如果有政府背书，我们就非常信任。

2. 网络金融的两个方面

“网络集资贷款”只是网络金融中的一项，早在政府鼓励开展“互联网+”之前，网络金融的各种业务就几乎涵盖了银行业务、个人理财、保险业务、证券业务、私募基金等各个领域。一方面网络金融大有替代传统银行、保险和证券业实体店的趋势，另一方面鱼龙混杂，良莠难分。我们要从两方面来看问题，既要看到网络金融的积极的一面，如降低成本、节省人工、24 小时服务等。另一方面也要看到其给了不法分子可乘之机，网络金融诈骗一度沉渣泛起。我在这里只谈网络贷款这一项。

（3）网络贷款初期难以划出红线

2003 年 5 月以淘宝网为代表的第一批网络购物平台开始营业，小微电商就有短期小额资金周转贷款的需求。最早的“网络集资贷款”业务为满足小电商的需求应运而生。2007 年网络集资贷款逐渐扩大到 P2P 贷款业务。随着拍拍贷（2007 年）和人人贷（2010 年）等一批 P2P 网络集资贷款公司出现，发展到 2012 年至 2015 年全国网络集资贷款公司的数量快速增长。

原因有以下几点：一是，P2P 贷款在一定程度上弥补了实体经济为小微企业和

个人提供贷款的短板，例如，我国商业银行尚未办理个人小额无抵押短期贷款。二是，弥补了民间小额借款信息不对称的缺失。三是，采用计算机辅助人工处理，工作效率高，节约人工成本，运营费用低。

但是由于我国个人信用体系发展较晚，目前还处于不完善阶段，如何在现阶段解决一方面有人资金闲置，另一方面小微电商或个人急需资金周转的矛盾？同时，如何解决小微企业和个人信用缺失，与他们又需要无抵押小额贷款之间的矛盾？采用 P2P 网络集资贷款可以是一种选择方案。因为它利用计算机网络技术，降低了借贷双方的信息搜集成本，使线下民间借贷的“熟人借贷”模式转变为线上的“陌生人借贷”。在传统实体金融机构不能完全满足个人无抵押短期小额借贷的时候，P2P 贷款可以部分满足个人和小微企业资金周转的需求，同时还能为大众提供一种小额理财方式。

网上有资料显示，2018 年 6 月底，P2P 网络集资贷款余额已接近 1.32 万亿元的规模，资金借出人已经超过 5000 万人次，贷款人超过 2500 万人次。贷款累计金额达到 7.2 万亿。在我们看到 P2P 贷款迅速发展的同时，一些不法分子也开始利用 P2P 形式进行集资诈骗活动。2017 年 9 月 12 日，北京市第一中级人民法院依法公开宣判被告单位安徽钰诚控股集团、钰诚国际控股集团有限公司以及被告人丁宁、丁甸、张敏等 26 人集资诈骗、非法吸收公众存款案。丁宁被判无期，没收个人财产并处罚金 1 亿。e 租宝案就是以融资租赁合同为诱饵的一个网上集资诈骗的典型，涉及非法集资 700 亿，80 多万人上当受骗。

（五）网络集资贷款的监管红线 [7]

有关监管机关已经颁布了 13 条禁止 P2P 网络集资贷款经营者触碰的监管红线，否则以违法处理，并追究当事人的法律责任。金融监管部门还要求，P2P 要将客户的资金实行第三方（银行）存管，同时，还规定对客户资金和网络集资贷款机构自身资金实行分账管理。目前，个人在单个网络集资贷款平台和所有网络集资贷款平台的借款金额不得超过 20 万和 100 万，企业不得超过 100 万和 500 万元。

对于上述严格的 P2P 贷款额度的限制，也有一些从事网络集资贷款的机构负责人表示，这虽然可以满足个人电商和小微企业的一些需求，但对于那些做大中型批发生意的个人和企业的较大数额需求，就难以满足了。可见我们目前所划的监管红线，还是较为“一刀切”的办法。为了满足网上集资贷款的不同需求，我们的监管还需要不但完善和细化。

我国本土经验的小结

我国在过去 40 年金融法领域的本土经验还可以总结一些，但是，篇幅的原因我仅总结上面这四项。从这四项经验来看，因为是本土的，所以难以同国际比较，在其他国家和地区几乎不存在，或并不被认为是多么重要的事情。我国是一个大国，我国的国内市场足够大，本土经验如果是我国的，那也就是世界的。

我国经济学界过去经常以是否“市场化”来衡量国内的某种做法或政府的某项经济政策。我国加入 WTO 后，也期待别人承认我国是市场经济国家。这些都是不自信的表现。我们衡量的标准只有一个，就是政府所做的一切都要有利于我国人民的福祉和人民群众的根本利益。

我国的经济发展阶段与其他国家不同，政府出台的政策和立法机关制定的法律必须与我国经济社会发展阶段相适合，如果适合那就会促进经济和社会的发展，反之亦然。

上述四项本土经验，我认为都是适合我国经济和社会发展阶段的，所以在过去的实践中已经看到成效。我国过去 40 年在经济和金融领域，也有过许多教训，部分是因为政府出台的政策和立法机关制定的法律在不同程度上与经济发展不匹配造成的。

我们今后只有坚持实事求是的方针，立足于中国本土，深入中国基层的实际生活，从老百姓长期生活形成的常理中，提炼我们的政策和法律，这才符合“百姓日用即道”。我们还要从中国社会情理来分析问题和解释经济政策和法律，即“情理切害者，盖欲原其本情，广思慎罚故也。” [8]

[1]《西南财大对 4 万户家庭进行金融调查：负债率只有美国的 42.7%》，载于搜狐网：http://www.sohu.com/a/120584035_116237

[2] 修改后的刑法第一百七十六条 非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。

第一百九十二条以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资，数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有

其他严重情节的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。

[3]《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》七、非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

以非法占有为目的，使用诈骗方法非法集资的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处二万元以上二十万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

[4] 1994 年邓斌案发时非法集资 32.15 亿元人民币。邓斌的新兴公司签订集资协议的一级集资者就有 7 个省市的 368 个单位和 31 名个人(包括债权债务关系)。至于二级、三级集资者更是数不胜数，一场浩浩荡荡的集资风暴席卷全国。(参见：百度快照，<http://www.cbrc.gov.cn/chinese/home/docView/44494DFB9C544D1A9D1A0094E455C92D.html>)

[5] 安徽“傻子瓜子”创始人，曾将以投机倒把罪被刑，引发媒体和公众关注，邓小平在一次会议上讲话，支持民营经济，举了傻子瓜子的例子。

[6] “2012 年 3 月 14 日，温家宝总理两会结束后接受记者采访时谈”吴英案“的有三点表态。“我注意到，一段时间以来社会十分关注吴英案。我想这件事情给我们的启示是：第一，对于民间借贷的法律关系和处置原则应该做深入的研究，使民间借贷有明确的法律保障。第二，对于案件的处理，一定要坚持实事求是。我注意到，最高人民法院下发了关于慎重处理民间借贷纠纷案件的通知，并且对吴英案采

取了十分审慎的态度。第三，这件事情反映了民间金融的发展与我们经济社会发展的需要还不适应。现在的问题是，一方面企业，特别是小型微型企业需要大量资金，而银行又不能满足，民间又存有不错的资金。”（参见中国网，http://www.china.com.cn/news/2012lianghui/2012-03/14/content_24893606.htm）

[7] 监管红线

2016年8月24日，银监会、工信部、公安部等四部委联合发布《网络借贷信息中介机构业务活动管理暂行办法》禁止以P2P方式从事下列行为：

1. 为自身或变相为自身融资；
2. 直接或间接接受、归集出借人的资金；
3. 向出借人提供担保或者承诺保本保息；
4. 自行或委托、授权第三方在互联网、固定电话、移动电话等电子渠道以外的物理场所进行宣传或推介融资项目；
5. 发放贷款，但法律法规另有规定的除外；
6. 将融资项目的期限进行拆分；
7. 发售银行理财、券商资管、基金、保险或信托产品等金融产品；
8. 开展资产证券化业务或实现以打包资产、证券化资产、信托资产、基金份额等形式的债权转让行为；
9. 除法律法规和网络借贷有关监管规定允许外，与其他机构投资、代理销售、经纪等业务进行任何形式的混合、捆绑、代理；
10. 故意虚构、夸大融资项目的真实性、收益前景，隐瞒融资项目的瑕疵及风险，以歧义性语言或其他欺骗性手段进行虚假片面宣传或促销等，捏造、散布虚假信息或不完整信息损害他人商业信誉，误导出借人或借款人；
11. 向借款用途为股票投资、场外配资、期货合约、结构化产品及其他衍生品等高风险的融资提供信息中介服务；
12. 从事股权众筹、实物众筹等业务；
13. 法律法规、网络借贷有关监管规定禁止的其他活动。

[8]《唐律疏议》唐高宗永徽二年（公元651年）。

为了引领研究生领略法学风景，
北京大学法学院特邀部分专业资深教授，
开讲“法学前沿课”

北大“法学阶梯”
高阶讲座系列之十一

生态损害的概念： 由来、 演变与形成

12/10
15:10-18:00
法学院凯原楼
模拟法庭

汪劲

北京大学法学院教授，博士生导师，
兼任北京大学资源能源与环境法
研究中心主任、核政策与法律研究中心主任、
中国环境资源法学研究会副会长。
研究环境法、自然资源法、
核法与能源政策，
有专著多部，
发表论文数十篇。

主办：北京大学法学院

冷门设计工作室
LDM DESIGN

2018年12月10日下午3点10分，北京大学“法学阶梯”高阶讲座系列第十一场在法学院凯原楼模拟法庭举行。本次讲座的主讲人是北京大学法学院汪劲教授，北京大学法学院助理教授阎天老师担任主持人。

我国民法典编纂工作正在进行，在民法典侵权责任法编草案第七章中，首次出现“生态环境损害”的表述，而2008年颁布的《侵权责任法》用的是“环境污染损害”的概念。

除此之外，民法典侵权责任法编草案第1004条规定“损害生态环境的，侵权人应当承担侵权责任”；第1011条则规定了赔偿损失的范围，包括生态环境修复期间服务功能的损失，生态环境功能永久性损害造成的损失，生态环境损害赔偿调查、鉴定评估费用，为清除污染、修复生态环境或者防止损害的发生和扩大所支出的合理费用。

汪劲教授指出，上述关于生态环境损害的概念和规定在以前立法中都没有出现过，他将从四个方面进行介绍。这也是其最近十年关于生态环境损害研究成果和心得的分享。

第一部分：何谓生态环境损害

迄今为止，生态环境损害在我国法律中并没有明确的定义。关于生态环境损害位阶较高、时间较早的专门性政策文件是2015年12月中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》。

之后，2016年4月，经国务院同意，原环保部印发了《关于在部分省份开展生态环境损害赔偿制度改革试点的通知》，确定吉林、江苏、山东、湖南、重庆、贵州、云南等7个省（市）为生态环境损害赔偿制度改革试点省份。2017年8月，中央深改组发布《生态环境损害赔偿制度改革方案》，要求从2018年1月1日起在全国试行生态环境损害赔偿制度。

《生态环境损害赔偿制度改革方案》对生态环境损害下了定义：

生态环境损害是指因污染环境、破坏生态造成大气、地表水、地下水、土壤等环境要素和植物、动物、微生物等生物要素的不利改变，及上述要素构成的生态系统功能的退化。

该方案对生态环境损害的范围也进行了限定，主要包括三种情形，这三种情形从主观的角度看一般都存在着过错。同时，方案还规定了不适用的领域，包括人身

伤害、个人和集体财产损失以及海洋损害环境赔偿。

为使得抽象的定义更为直观，汪劲教授展示了生态环境损害概念的图解，同时结合民法典侵权行为法编草案第1011条，介绍了“生态服务水平”、“生态服务底线”、“服务的期间损失”、“恢复行动成本”、“自然恢复途径”、“初步或补充性修复措施的恢复途径”等术语。

本次讲座主要讲述的是对无主自然资源的损害，也有的称之为纯生态损害、环境损害或者自然资源损害。

第二部分：国际条约与欧美国家生态损害赔偿实践

传统法领域无论大陆法系还是英美法系，生态破坏损失总体上均不在赔偿范围之列，直到20世纪初纯经济损失和非自然资源使用价值的损失开始受到关注。

（一）国际油污损害条约的发展

从司法实践来看，生态损害最开始实践于海洋石油泄露与赔偿领域。上世纪50年代以后，伴随着全球贸易的不断发展、交通运输技术的提高和战争的平息，海洋石油运输日益频繁。

1967年Torrey Canyon号油轮油污事故催生了船舶油污损害赔偿国际公约体系；

1971年，基金公约将污染损害纳入可索赔的范围；

1978年，Amoco Cadiz号油轮油污事故促使美国制订1990年《石油污染法》；

1994年，《国际海事委员会油污损害指南》制定，对于纯经济损失的赔偿给予一定的条件限制。

（二）美国建立的自然资源损害评估制度

国内法方面，最先建立生态损害赔偿制度的是美国，即自然资源损害赔偿制度。美国的自然资源的损害赔偿是基于普通法的侵权理论建立的，即公共信托理论。

美国从上世纪60年代后期开始制定了一系列的法律，确立了一系列新的侵权法律制度，例如1970年代制定的《清洁空气法》，1972年制定的《国家海洋禁猎法》，1973年制定的《跨阿拉斯加输油管道授权法》，1974年制定的《深水港法》以及1978年制定的《外大陆架修正法案》等。美国现行的关于自然资源损害赔偿

的立法主要是《清洁水法》、《综合环境反应、补偿与责任法》和《石油污染法》。

上述立法对自然资源/生态损害的范围与认定方法、自然资源损失范围的确定规则、损害的量化以及评估费用等进行了规定，并取得了良好的成效。

（三）欧盟：《环境责任指令》

2000年2月9日，欧洲委员会提出了《环境民事责任白皮书》。

2004年3月10日，欧盟《预防和补救环境损害的环境责任指令》在布鲁塞尔通过。欧盟的环境指令提出了环境损害的概念，即对受保护物种和自然栖息地的损害，此种损害对受保护栖息地或者物种的顺利保育状况的延续或者保持产生了重大不利影响。

欧盟《预防和补救环境损害的环境责任指令》还对评估环境损害的标准、承担环境责任的主体和行为、预防或补救措施的目标、清理污染场所的标准、环境损害的范围与评估类别进行了规定。

第三部分：生态环境损害赔偿制度在中国的发展

（一）中国民事法律对环境/生态损害的基本立场

我国民事立法基本不认可生态环境损害，这和我国法学研究相对落后有关。作为《联合国海洋法公约》最早缔约国之一，我国于1983年按照公约的要求制定了《海洋环境保护法》，提出海洋环境污染损害的概念。

改革开放以后，我国海上船舶碰撞事件不断增加，为顺应海洋立法保护国家近海海岸的要求，我国于1999年对《海洋环境保护法》进行了修订。

1989年《环境保护法》规定了造成环境污染危害的无过错责任，2014年《环境保护法》则把污染环境和破坏生态造成损害的责任指引到了《侵权责任法》。我国《侵权责任法》第八章规定了环境污染责任，因污染环境造成环境损害的，污染者应当承担侵权责任。

汪劲教授指出，我国法律关于生态环境损害的到达点目前就在这里，所以才有民法典侵权责任法编草案专章规定生态环境损害赔偿的现象。

（二）环境/生态损害是否可以索赔

关于生态环境损害是否可以索赔，“塔斯曼海”号溢油生态破坏索赔诉讼案、

2005年北大六师生诉中石油松花江特大污染损害案、中华环保联合会诉无锡市蠡湖惠山景区管委会擅自改变林地用途异地补植案等典型案例对该问题进行了有益探索。

我国司法、行政实践亦有相关的应对与发展，包括：

1991年最高人民法院《关于国内船舶发生海损事故造成的营运损失应列入海损赔偿范围的复函》

1994年原农业部《水域污染事故渔业资源损失计算方法》（1996年修改）

1995年最高人民法院《关于审理船舶碰撞和触碰案件财产损害赔偿的规定》

2007年原国家海洋局《海洋溢油生态损害评估技术导则》

2011年最高人民法院《关于审理船舶油污损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》

2011年原环境保护部《关于开展环境污染损害鉴定评估工作的若干意见》

2014年原环境保护部《环境损害鉴定评估推荐方法（第II版）》等。

第四部分：生态环境损害赔偿司法实践的现时到达点及其存在的法律课题

目前，我国生态环境损害赔偿的法律基础只有《民法总则》《物权法》《侵权责任法》《环境保护法》和《民事诉讼法》中的相关内容，最大的问题是没有明确的法律依据。

《民法典侵权责任法编》和《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》制定发布后，问题会得到较为妥当的解决。

在重点介绍德司达公司案之后，汪劲教授归纳了生态环境损害赔偿司法实践中存在的法律课题。

实体问题方面：

首先，关于非纯粹私法关系，侵权责任法能否规定，或者是否应当特别立法？

其次，在环境污染致健康和财产权益侵害的保护尚不充分的背景下，过于强调生态环境损害，是否有悖于法的基本理念？

再者，以恢复原状为中心的生态损害赔偿制度，当不存在恢复可能的场合时，是否依然需要赔偿？

程序问题方面：

首先，应探索生态环境损害赔偿中政府、执法与司法机关间的联动和信息共享

机制；

其次，应明确生态环境损害赔偿诉讼与刑事诉讼的管辖规则与顺位规则；
再次，应确立生态环境损害赔偿磋商诉讼与行政处罚、刑事诉讼的证据规则；
另外，应厘清生态环境损害赔偿数额和行政处罚、刑事罚金数额的关系；
最后，应研究关于生态环境损害赔偿诉讼与环境民事公益诉讼的顺位关系。

结论

第一，生态环境损害实践是从海洋石油污染致纯经济损失的国际法实践中逐渐发展起来的；

第二，美国先于其他国家建立自然资源损害赔偿制度，以替代方法恢复 / 赔偿生态系统中可量化的非经济价值；

第三，欧盟在美国的基础上发展成为环境损害赔偿，以替代方法恢复 / 赔偿水体、土壤和生态系统 / 生物多样性中可量化的非经济价值；

第四，中国法律实践中的生态环境损害，是指因污染环境、破坏生态造成大气、地表水、地下水、土壤等环境要素和植物、动物、微生物等生物要素的不利改变，及上述要素构成的生态系统功能的退化；

第五，中国正在推行生态环境损害赔偿制度，处于中国法治完善时期，同时与生态环境损害领域中的诸多违法制裁措施存在实体和程序上的关联性，因此生态环境损害赔偿制度的实施背景和法治环境比欧美国家落后且复杂。

为了引领研究生领略法学风景，
北京大学法学院特邀部分专业资深教授，
开讲“法学前沿课”

北大“法学阶梯”
高阶讲座系列之十二

唐宋变革与 中国传统法治 ——内藤湖南的启示

12/17

15:10-18:00

法学院凯原楼
模拟法庭

贺卫方

北京大学法学院教授，博士生导师，
兼任全国外国法制史学会副会长、
中国法学会比较法学研究会副会长。
研究西方法律思想史、
法律理论、比较法、
司法制度、外国法制史，
有专著多部，
发表论文数十篇。

主办：北京大学法学院

冷门设计工作室
设计·品牌·视觉传达

2018年12月17日下午3点10分，北大“法学阶梯”高阶讲座系列第十二场在北京大学法学院凯原楼模拟法庭举行。本次讲座的主讲人是北京大学法学院教授贺卫方老师，北京大学法学院李红海老师担任主持人。

引言：由胡适先生想到内藤湖南

本场讲座的主题为“唐宋变革与中国传统法治——读内藤湖南有感”。

贺教授首先向李红海老师表示感谢，然后谈到胡适先生（讲座当天12月17日是胡适的127周岁生日）。他表示胡适先生作为卓越的知识分子，其精神值得怀念和学习，已故的季羨林先生也有一篇非常感人的文章叫《站在胡适之先生墓前》。

胡适先生初到北京大学时还很年轻，二十七岁就成为北大教授，开创了新的社会风气。特别大的贡献是以近乎一人之力改变了我们的话语风貌、语言体系。我们今天的语言体系就是由于先生当年的努力、奔走，不断发表文章和不断倡导白话文而变得跟一百年前非常不一样。

胡适先生经常喜欢引用的一句话是明朝吕坤的“为人辩冤白谤是第一天理”。有一次在监察院的演讲就以这句话作为主题告诉法律职业者，诸位的使命就是为人辩冤白谤，让社会正义、公正的行为能够得到保障，违法的、滥用权力的、践踏人民自由的行为得到有效的遏制，从法律角度加以惩罚。

在研读胡适有关书目时，贺教授发现，1980年代胡颂平编写的十卷本《胡适之先生年谱长编初稿》，2015年由台湾中央研究院进行补编，补编第409页中有一段文字，称日本汉学研究名家内藤湖南当年受了胡适先生很大的影响。

根据贺老师的阅读，胡适先生不懂日语，也没有在日本长期居住，内藤湖南的著作里也没有显示出受到了胡适先生的影响，反倒是胡适先生可能受到日本东洋学、包括京都学派的影响比较大。

胡适先生1891年出生，内藤湖南先生是1866年出生，比胡适大了整整25岁，内藤湖南是胡适先生的上一代人。内藤湖南下一代的学者例如青木正儿倒是多次跟胡适先生通信。内藤湖南说自己受中国影响很大，更多地是说像顾炎武、章学诚这样的人是他钦佩的学者。

日本保持对中国文化、历史研究的世界级水准，且经常开风气之先。书店里可以看到对中国历史文化各个角度的研究真是缤纷多彩，研究中国问题的著作卷帙浩繁，断代的、专题的都非常丰富。日本对于中国历史的研究经常影响到西方国家，

比如内藤湖南先生的学说现在就唤起了世界范围内的又一次关注。

实际上在20世纪二三十年代的时候，内藤湖南的思想在中国也有相当的影响，譬如陈寅恪先生就很关注内藤先生的研究。

最近这几年，其著作不断被翻译成中文并出版，包括《东洋文化史研究》、《中国史通论》、《中国史学史》等，还有一些研究内藤湖南的著作，例如美国学者傅佛果的《内藤湖南：政治与汉学》、内藤湖南研究会主编的文集《内藤湖南的世界》等等。

内藤假说

(Naito Hypothesis)

内藤湖南1907年成为京都大学的讲师，两年以后成为教授。他的理论有很多，其中“唐宋变革论”是非常重要的学说。（这个假说实际上是有关中国历史分期的独特主张，认为唐代乃是中国中世纪的末尾，而宋朝成为中国近代国家的开端。）

“唐宋变革论”

关于现代化的研究有很多，大多数学者认为，现代化首先发生在西方，比如说英国。但内藤先生说全世界最早进入现代（近代）化的国家是中国，是宋代的中国。

英国著名学者艾伦·麦克法兰曾在清华大学做系列演讲，形成《现代世界的诞生》一书，书里明确指出，过去人们对所谓的近代社会或者现代社会的起点的理解太晚，1066年的英格兰已最早开始现代化。但如果按内藤先生的理论，中国比英国还早了一百年，公元十世纪中期的中国已经率先进入近代社会。

观察湖南的著作，他系统地提出唐宋变革论是经典的文章“概括性的唐宋时代观”（收入《东洋文化史研究》），他总结这段时期的特征概要如下：

1. 贵族政治的终结
2. 皇帝独裁体制的确立
3. 平民阶级地位的上升
4. 官员选任的门户开放政策
5. 货币经济对庄园经济的取代

有趣的是，我们可以从他的概括中理解他对于现代性定义的理解，也想起了梅因爵士在其经典著作中的概括：现代社会最重要的标志便是从身份到契约，贵族制

度的废除和社会身份的流动是从前现代化的身份社会向现代化的契约社会转型的一个突出特征。

不过，“唐宋变革论”在对所谓“中华文明停滞论”提出严厉质疑的同时，也带来了一些困惑。这种困惑是：

这样一种理论是否能够有效地解说中国社会真正走向了现代化？内藤湖南现代化的理论中是否存在着内在矛盾？这种矛盾、冲突是否影响到理论本身的圆洽、逻辑上的贯通？

我们可以通过上面所说的这些方面观察他的其它著作，从历史本身去考察这些转型因素的出现究竟给中国的政治制度和法律制度尤其是宪政体制带来怎样的影响，诸如君主权力的体制性限制、地方权力与中央权力的关系、社会阶级化的走势、科举取士给官僚阶层的思维以及决策方式带来的影响，等等。这些也许都是值得深入研究的。

从封建制到郡县制

其实，内藤先生的重要观点是唐宋变革的完成有着遥远的“种子”。这一变革并不是公元十世纪突然开始的，而是有着遥远的前提性事件——那就是在秦朝郡县制的确立和实施。

在这个方面，郡县制对封建制的取代是中国历史的巨大改变。

明治维新之后的1871年，日本明治政府宣布废藩置县，而中国的“废藩置县”早在公元前221年就发生了。中日之间文明演变的种种差异，很大程度上源自这2092年的历史落差之中。

这样一个庞大的帝国用郡县制进行管理，是不容易的。古人造字特别让人有想象空间。“县”这个字是“首长”的“首”倒过来写。这个汉字实际上代表着悬挂的意思：把人的脑袋砍下来吊起来，就是县。

用这样的词来形容官员被悬在一个地方，而不是扎根在一个地方，这是中国文字所传递的信息。

秦始皇创立了郡县制的模式，废除了封建制。他原本指望江山永固，却实际上成为了最短命的王朝。不过，虽然他的朝廷很快就没了，但他所创造的这一套政治模式从秦朝开始就没有停过。毛泽东的诗里面曾经提到“百代都行秦政治”，的确如此。

内藤湖南第一次到中国大陆是1899年。那年他33岁，是一名非常年轻的记者，报社派他来中国进行考察，坐“仙台号”轮船从日本到中国。他读了太多中国古代的书，在梦里都想着中国的事情。

登陆烟台时，他有诗句：“夜泊烟台无月夜，不忆家乡忆异乡。”

这“异乡”却是孔子的故乡，是诸葛亮的故乡，这是李白的故乡——这篇土地上发生的种种对于他而言真是太熟悉、太亲切了。他在中国写下了游记后来成为一本名著：《燕山楚水》。其中引经据典，抚今思昔，有写景，有交游，有考据，有流淌着情感的文字，感召了许多人对中国历史发生了浓厚的兴趣。

看到胶东半岛“山体裸露，植被荒疏”，一片破败的景色，他写道：“故国荒凉如此，皆二千年郡县制之馀弊也，实令人无限痛惜也。”

为什么是“故国”，读者也没想明白，或许内藤湖南已经把中国当故国了，或者像我们常听到的那句俗语：不把自己当外人了。

观察内藤湖南真正的故国——日本国，它的体制跟中国体制很不一样。日本体制首先是有个非常有意思的横向分权，即天皇和将军之间进行分权。天皇是全国最高元首、也是神道教的大祭司，是一个具有特别大的分量的存在。

理论上讲，天皇可以说是无所不能。但是在过去七八百年的时间里面，日本天皇居然没有多少真正意义上的亲自对政治的操控，这就形成了长期天皇不亲政的历史。真正行使统治权的是将军。将军是真正征服了天下、统一了天下的人，通常被日本天皇授予“征夷大将军”名号，由他来代理天皇行使真正的权力。

为了使权力更具有独立性，德川家康甚至把总指挥部搬到远离京都的江户。1603年的时候，江户还是一个一万人口左右的小镇，但是到了江户幕府末期时，江户已经成为百万人口的大都市——因为那里是政治中心，有将军驻守，将军司令部在那个地方。由将军完整地行使对全国的治理权力，这便形成了“统”和“治”这两者之间的分离。

岩仓具视，后来是主张“废藩置县”非常重要的人物，但在幕末的时候，他却认为封建制优于郡县制。他认为封建制有利于国家凝聚力量，并把中国在鸦片战争的失败归咎于郡县制度。（见《全国合同策》，1865）

最近这些年，无论是中国学界还是日本学界，更多人开始关注地方该如何制约中央权力等问题。显然封建制并不像我们通常想象的那样——比如中国的词汇，封建专制、封建独裁。

实际上封建制很难独裁，也很难专制——郡县制恰恰为独裁和专制提供了良好

的体制。

日本的政治体制尽管存在转型——比如说“废藩置县”——但长久的封建制度留下来的地方权力的稳固和地方自治的传统，至今仍然在影响着日本的政治。而在郡县制下，由于所有的官员都由朝廷任命（内藤湖南说这是“漂泊的行政官”，没有办法形成对地方的强烈责任感），予取予夺都由皇帝决定。

因此中国古代的官员是完全依赖于皇权存在的——根本不存在真正的地方政府，设想以地方自治来约束中央权力就完全不可能。实际上，中国在17世纪以后，比如顾炎武、黄宗羲等人，就已经提出了中国的问题坏就坏在过早地实行了郡县制，尤其像顾炎武提出“寓封建于郡县”的见解，主张回归封建制（可参看杨联陞：“明代地方行政”，载杨氏著《国史探微》）。

官僚与君主

马克斯·韦伯曾指出，“现代化的统治要依赖专业化的官僚群体”。韦伯看到了欧洲的一批从大学毕业的法科学生进入了各个朝廷。他的理论中“对规则的遵守”、“权力的运行是可以预期的”等西方官僚的特质，在古代中国是荡然无存的。

不仅如此，官员的选任制度导致了社会的一种流动。湖南认为，中国的社会是流动的，因为中国的官员选任制度是开放给每一个男人的。大家都可以通过公开的科举制度成为官员。

开放给所有的人的选官制度同时意味着担任官员的人不可能通过继承的方式传递自己的权力，或者爵位、地位。这跟日本社会非常不一样。日本也分为士农工商“四民”，但日本的士农工商是不互相流动的，世代如此。

这个可能也是日本为什么在隋朝、唐朝的时候大规模向中国的学习的时候，有着非常审慎的选择——比如太监制度、科举制度，就坚决不学。甚至有日本学者认为这是日本最光荣和智慧的选择。

与此同时，“四民”处于相对隔绝的状态。当然，在现代人的角度上看社会流动是正常的，阶级固化是最坏的，不过我们要想象的是从前的那种社会——每个阶级都是稳定的、世代传承的，农民永远是农民，因此农民成为一个阶级，这个阶级必须和其他的阶级抗争。工匠世代都是工匠，没有别的选择。在这种状态下，社会阶层变得稳定，多元化的利益构造形成了阶级化的力量，可以成为制约政府的力量。

中国的战国时代，孟子区分了两种公卿：贵戚之卿和异姓之卿。对于前者而言，“君有大过则谏；反复之而不听，则易位。”对于后者而言，任务却没有那么艰巨：“君有过则谏；反复之而不听，则去。”这种贵族阶层可以改易君主的设想是典型的贵族政治时代的构思。

宋代以后，官僚阶层不再从贵族中产生，科举取士使局面完全变化了。君权日益走向绝对化，而臣子的地位却日渐卑微，连宰相这样辅佐君主的重臣也可以肆意罢免。到了明朝，甚至废除了这一官职。中央机关的大臣们沦为秘书式角色，地方官员更可以随意调遣和免职。另外，为了抑制州县官员与任职地方势力的勾结，到了明清时代，官员任期缩短了，成为湖南所谓的“漂泊者”。

这样，官僚阶层既无法通过整合的力量迫使君主自身“官僚化”，也难以通过与地方势力的结合拥有与君主交涉的力量。

内藤湖南揭示了我们社会变化中特别值得关注的问题，比如平民阶层地位的上升。其实当一个国家只剩下一个君主的时候，皇帝的权力就变得无限大，因为中间已经没有中间阶层了，中间阶级荡然无存了，人民高度流动。

流动性带来社会结构上的演变——社会越来越倾向于原子化。

科举取士带来的官僚文人化

接下来要谈科举取士带来的文人化倾向对于官员的思维、知识形态、决策模式所产生的深刻影响。中国这种独特的选官制度，是通过考试的方式来选官。胜出者必须在哲学、历史、修辞以及书法等方面非常优秀。

科举考试使官员形成了一种知识共同体，因为大家读的书是一样的书，对于中国古典的东西都烂熟于心。官员便特别热衷于以一种文人（men of letters）形象来示人，不仅是文人还是诗人。

这种诗人、文人担任官员的事实有着怎样的影响，是值得研究的。

例如对一名司法官员来说，需要有灵活的语言描述事件本身，必须要准确地呈现事实，还要有良好的逻辑才能有良好的司法判断。但诗人是不太讲逻辑的。比如说有一句诗叫“春江水暖鸭先知”，逻辑学家就会问，为什么鹅不先知呢？然后有一句诗是“一轮有月照苏州”，逻辑学家问，那杭州照没照？

关注中国古典时期的司法判决，体现的风格真的是文学性特别好，讲究对仗、用典、音韵、节奏，但就是没有办法真正进行一种事实与法律条文之间的来回游动，

并在这个过程中做到严格的法律推理。

这种“个别主义”无法给案件的处理带来确定性和可预期性。我们一开始从胡适先生说起，胡适先生真的特别了不起，因为他到了北大就发起了白话文运动，提出了“文学改良刍议”，提出不追求用典和不讲对仗，帮助人们从文言文的束缚中解脱出来，让我们今天有可能发展出一种为现代法学奠定基础的语言系统。从这点上我们要感谢胡适先生。

结论：内藤湖南的“不完整近代化”

从宋代开始的中国式的“近世”或近代化，是一种残缺的近代化。

消灭了贵族阶层以及更广泛的阶级社会结构，在增进了平民主义的同时，也使得社会更加原子化。中国的皇帝有太多的权力——世俗权力、宗教权力、道德权力甚至思想权力，这些权力集于一身，让君主变得愈发难以制约。

西方社会对君主权力的限制是通过斗争来实现的，但是日本对天皇权力的限制似乎没有通过斗争来实现。日本的德川幕府时代有 270 个以上的藩国，他们都是处于基本自治的状态。这种地方自治在中国很早就没有了。

两个国家很大的一个区别是日本是一个岛国。岛国这个地理结构，周边受到大海的隔绝，给封建制度的长期延续提供了空间。但中国的北边、西边和南边都是各种异民族环绕，大陆地理结构也决定了封建制度的维持在某种程度上存在着巨大困难。官员的选任带来的流动使稳定的官僚阶级没法形成，文人为官的特质也形成了一种治理国家的独特风格。

回头看内藤湖南的学说，我们可以说中国太早在某些方面进入现代化的事实也阻碍了在其他方面进入现代化。过早的社会流动，过早地消灭身份社会，可能使中国没有办法全面地进入包括君主权力限制和法治方面的现代化。这多少也启示我们，在今天向法治中国努力的道路上可以从什么方面发力。

最后，李红海老师对本场讲座进行了精彩评议，贺卫方教授在提问环节与同学们积极互动，对大家提出的问题作出详尽的回答。整场讲座持续了三个多小时。互动环节后，李红海老师再次向贺老师表示感谢，宣布讲座正式结束。

为了引领研究生领略法学风景，
北京大学法学院特邀部分专业资深教授，
开讲“法学前沿课”

北大“法学阶梯”
高阶讲座系列之十三

《知识产权法哲学》导读 ——制度正当性 与合理性探讨

12/24

15:10-18:00

法学院凯原楼

B 1 0 3

张平

北京大学法学院教授，博士生导师，
兼任中国科技法学会常务副会长兼秘书长，
中国知识产权研究会副会长，
中国知识产权法研究会副会长等。
研究知识产权法、互联网法，
有专著多部，
发表论文数十篇。

主办：北京大学法学院

冷门设计工作室
设计·品牌·视觉·空间

本次课程张平老师围绕《知识财产法哲学》这本著作对知识产权制度正当性与合理性进行解析。

引言：知识产权法哲学研究的必要性

中国法学泰斗沈家本老师曾说过“不明学理，则经验者无以会其通；不习经验，则学理亦无从证其是。”张平老师认为，作为博士研究生，我们不当仅仅了解制度本身或制度规范，应当冷静下来思考规范与制度背后的渊源与法理基础。在知识产权领域内，从哲学的原理探讨知识产权问题尤为重要。

从哲学的原理探讨知识产权的问题，首先应当知道哲学应该回答什么问题？这是一个见仁见智的问题，每一个哲学家都可以给出不同的方法和答案。研究知识产权的哲学，依然逃不开哲学的三个基本问题：你是谁；你从哪里来；你到哪里去。我们应知道知识产权制度是如何诞生的，它为什么在那样一个时代诞生？诞生之后它如何运行以及对社会产生了何种作用？并且应当反思制度应当朝着何方向发展。张老师认为，在今天，无论是中国的知识产权制度还是世界知识产权制度又回到了春秋战国时期，诸子百家群雄会战。这使得反思知识产权的制度基础尤为重要。

一般认为，现代知识产权成文法是从1624年英国《垄断法》开始，而距离成文法之前的国王特权证书已有700多年的历史，然而对于知识产权哲学问题的研究直到近期才开始出现。张老师认为，这是由于知识产权制度是建立在实用主义和经验主义上的，无论是西方发达国家还是中国在建立知识产权制度时，更多的是对制度进行诠释，缺少哲学上的思考。但是随着知识产权制度的发展以及知识产权带来问题的增多，学者们开始关注知识产权制度的深层次问题，研究知识产权制度的哲学基础。

《知识财产法哲学》基本介绍

目前对知识产权哲学进行深入探讨的多为西方发达国家学者，休谟自1988年开始发表相关论文，是较早开始研究知识产权哲学问题的。彼得·德霍斯教授1996年出版了《知识财产法哲学》一书，2011年加州大学伯克利分校的罗伯特·莫杰斯发表了知识产权哲学著作。张老师选择彼得·德霍斯教授《知识财产法哲学》的原因在于，德霍斯教授不是一个强知识产权保护主义者，主张权利限制，其学术观点与张老师相符。这本书最后的结论是，不同于财产论一般观念，知识产权本身

并不是目标，而是为了实现其他更重要目标的一种手段，即应当以工具论的视角去研究知识产权。在结构上，从第一章到第九章，德霍斯教授通过对历史上三位哲学思想家的考察慢慢推出了自己的分析，从论证制度本身的正当性开始给出制度合理性的解释，即这个制度究竟应该如何去构建。

三位思想家对解读知识财产的理论贡献

彼得·德霍斯教授主要引用了洛克、黑格尔与马克思三位思想家的论述，论证知识财产的合理性。

（一）洛克：劳动取得了知识财产？

洛克认为，劳动是获得财产权的正当性来源。德霍斯教授认为，洛克的劳动理论可对有形财产进行解释，但其用在知识财产上就出现了问题。洛克的劳动理论认为上帝将世界赐予人类共有，每个人都拥有对其自己人身的财产，但这带有强烈的宗教色彩，而且对于个人来说，思想也是自己的，所以思想也应是个人财产，但是现在知识产权制度是不保护思想的。除此之外，洛克认为每个人的劳动属于他自己，但是有形物的先占并不适用于抽象物，而且所有的智力成果都是在共有知识基础上完成，如何划分哪部分是你的，哪部分是共有的，结果是知识财产边界不清。另外，洛克认为财产权的条件是一个人将足够多且同样好的东西留给其他人所共有。但是在知识财产领域，有些知识产权并没有替代品，例如标准必要专利，此时给予知识产权就不能给他人留下足够多的资源，按照洛克的财产说就不应给予权利，而且知识产权制度给了自利的知识产权人多占的政策空间。例如现在大部分的防御性专利与垃圾专利。最后德霍斯教授得出的结论是，劳动论不能作为知识财产的主要依据。

张老师指出，虽然劳动论对知识产权制度影响大，但是仍应当带有批判的观点去阅读洛克的劳动论，张老师认为，我们现在的知识产权制度中有劳动论的影子和贡献，这点不能够否认，但是劳动论不能全部撑起我们制度的创设，传统的自然权利被认为没有终止期，但是知识产权从一开始就被看作是随时可以由现行法塑造、限制并最终取消的权利。知识产权制度是社会历史发展的一个中间产物，并不是永久的产物，伴随着商业模式和市场竞争的发展，这个制度可能会消亡。另外，以劳动论为基础考虑知识产权问题时，会将注意力完全放在是否付出了劳动这一问题上，

立法机关必然会不断增设许多新形式的知识财产，这个趋势不符合知识产权制度设立的初衷。最后，我们看到在知识产权制度里有相当一块的制度设计不是保护投入智力活动的人，而是保护投资人，这实际上已经偏离了洛克的财产劳动说。而且，防御性专利和商标权利的取得，特别是专利蟑螂现象更不能用劳动理论赋予其合理性。

（二）黑格尔：国家、市民社会与知识财产

黑格尔认为，财产是个人的体现，有形财产和抽象财产对人格在世界上的生存和发展同等重要。黑格尔以人格权为主，而知识产权更多的是一种财产权，所以黑格尔的人格权理论对于知识产权的贡献不多。德霍斯教授认为，对于知识产权而言，黑格尔更大的贡献在于他对国家、市民社会与知识财产的联系论证。黑格尔指出，如果给知识财产一个法定的权利，可能会有一些危险。一旦市民社会认识到知识财产的经济利益，将迫使国家建立更完备的知识产权制度，这个制度最终将成为一种全球性的制度。黑格尔的预言在今天验证了，今天的知识产权制度已经成为了全球性的制度。黑格尔认为，全球性的制度将危及单个共同体的伦理生活，产生使社会分离的力量。一旦抽象物财产成为全球性制度的组成部分，它在社会内将起不到保证自由的作用，而是限制自由。

张老师指出，在今天我们随处可见知识产权制度带来的分离，因为著作权保护条款，现在歌厅和集体管理机构已经成了对立的“死对头”，知识产权保护会给社会带来好处，但是会使市场上歌厅和集体管理竞争到见血的程度，变成了一种扭曲。最后著作权人与使用者会为了实现利益进行妥协，但是这要经过残酷的竞争之后才能达成。在 Google 被比利时七家报社诉著作权侵权败诉后，Google 声明要彻底删掉这几家出版社的所有信息，在网络信息时代，公众依赖搜索引擎获取信息，Google 的行为意味着这七家报纸在网络时代消失了，由此，在知识产权保护有时候确实会导致社会的某种分离。另外，对于黑格尔认为抽象物财产变成全球性制度将限制自由的观点，张老师以专利为例，在专利灌丛里，专利权层层叠加，使用者并不清楚哪个领域有安全空间，这将使用者的行为自由产生极大限制。

对于利用黑格尔人格权论证知识产权制度的合理性，张老师指出，黑格尔人格权论最多解释了著作权里人身权不可继承不可转让等规定，但人格权理论解释不了知识产权产业化、市场化的现象，也解释不了知识产权转让中对精神权利的处置委托发明与职务发明的问题。

（三）马克思：生产活动中的抽象物

马克思试图理解和解释财产在社会发展中的作用，马克思处于专利回流时代，此时专利制度已经实施了一段时间，但是人们发现这个制度并不那么好，所以有些国家放弃了这个制度。马克思在剖析资本主义的时候也剖析了知识财产与资本的关系。马克思认为，知识财产法是用来组织和维持生产的一整套经济关系，并不是对个人生产的一种激励，而是组织一个阶级对另一个阶级进行生产活动的法律基础。并且，知识财产还具有一种明显的意识形态作用。鼓励和奖赏具有创造力的无产者只不过是意识形态的神话，目的是为了掩盖在资本主义生产方式中对创造性劳动的剥削。德霍斯教授在书中指出，马克思的理论可以对研究复杂现象提供一种方法，尽管他认为马克思的分析对知识财产帮助不大，但他对资本主义商品本质的分析和对个体资本家行为的分析，以及对这种行为如何促进资本主义经济增长的理解是有意义的。

张老师认为，知识产权制度实际上是诞生于资本主义工业化时期，所以对资本主义工业化时期有所了解，才能明白为什么知识财产制度在那样的时间和地点诞生，在中国历史上强大的经济科技发展时期并没有知识产权制度，我们应该更加深入思考知识产权制度诞生的历史背景。另外，张老师对此表示肯定德霍斯教授的观点，认为未来资产阶级可能集中知识的财富会比普通的财富越演越烈。

作者的分析和结论

德霍斯教授从本书的第六章开始结合自己的观点探讨知识财产的合理性和正当性。

（一）财产、机会和自利

首先，德霍斯教授提到了财产、机会与自利。对于有形物而言，财产是正当、合理的，尽管社会个体是趋利的，但是市场会用无形的手实现资源的最优配置，在自利的驱动下，个体会通过市场创造财富，有利于社会。但是在抽象物上设立财产权或叫抽象物特权就未必。因为抽象物特权都给了利益集团或是市场主体，而不是普通的个体，此时市场不再是一个可靠的引导。德霍斯教授认为，在抽象物上设立财产权有两个危险的逻辑，第一，理性自利的商人会利用知识财产权有计划地对付市场，形成知识财产小集团对立法者、司法者进行游说。第二，知识财产权天生的

阻止功能给了市场主体制定策略的机会，其可利用阻止策略阻止竞争者进入市场或挟持要价等，最终将使得知识产权人个体利益与集体利益分道扬镳。

张老师利用苹果与高通最新的纠纷对此进行阐释，一般诉讼是追求公平正义，但是知识产权诉讼的主体不追求这样的结果。知识产权诉讼是市场竞争的手段，目的是为了阻止市场的公平竞争，实现自身利益最大化。所以，在这个情况下，苹果与高通纠纷是利益导向的，他们终将和解。但是利用诉讼进行威慑最后的结果是市场重新洗牌，强者更强，而弱勢的被许可方将在市场上被权利人控制，不能在市场中成长起来，最后就变成了恶性竞争。这是芯片市场上群起反抗高通的原因，因为高通不仅控制着专利，还控制着芯片的供应，此时高通在市场上就有很强影响力。张老师认为，德霍斯教授表述的危险内在逻辑产生的代价还没有被社会完全认识，或者是认识了也没法改正，并且这种代价将会持续增长。因为在市场中抽象物的特权变得越来越复杂，我们说赋予知识财产激励创新，放弃公平，追求效率，但实际上的运行结果往往是低效率的，消耗整个社会的资源，例如专利的快速授权政策等。但这并不是否定知识产权的激励作用，张老师认为，具体的知识产权制度将带来多少激励与成本将需要经济学上量化的实证研究才能得出结论。

（二）抽象物的权力与信息公平

在这种背景下，抽象物财产权成为了一种权力。德霍斯教授认为，财产权本身就是一种权力机制，当个体拥有足够多财产时就拥有足够强的控制能力。知识财产作为抽象物，既是市场中资本的一种形式，也是获得其他资本的一种手段，被其他人所依赖。知识财产机制允许财产所有者拥有并利用这些基于对资本的依赖关系而产生的威慑权力，此时，在抽象物上确立了财产权，社会就面临着某种广泛的威胁权力被集中在少数人手中的威胁。

另外，德霍斯教授还提到了信息公平，虽然他对知识产权设立将产生的代价担忧，但是他依然认可知识产权的正当性，但是他认为应该考虑信息公平。德霍斯教授利用罗尔斯的正义论进行分析。许多人认为财产本身就是正义的，并且在财产的基础上衍生出其他权利的正当性与合理性，但是德霍斯教授最终得出的结论认为，财产不是公平的基础而是公平的工具。知识财产也一样，不是公平的基础，而是公平的工具。

（三）主张工具论，反对独占论

德霍斯教授主张工具论，反对独占论。工具论并不是德霍斯教授发明的，只是他把工具论移植到知识产权哲学上。他认为，财产本身不能作为一个基本价值或权利，它应该服务于某种道德价值，但它并不是道德价值的基础。自然权利观念在知识财产的构建中是有贡献的，但是知识财产法是依赖于自然主义的经验主义，即并不排斥自然权利观念本身，但是知识产权制度的正当性与合理性还需要通过经验主义观察。在知识产权设立上要考虑社会管理成本以及滥用信息的立法机制，基于社会现实进行制度设计。

张老师认为，财产是每个国家根据自身的国情的一种选择，所谓道德价值是一个选择，选择了什么价值观就决定了什么样的制度，并利用知识产权的工具实现目标。知识产权制度在今天确实带来了许多成本，专利审查成本、商标成本、维权成本、司法成本等等，社会管理成本在增加，同时滥用知识产权的趋势也在逐步上升，由此，德霍斯教授 1996 年的预言在今天中国的现实已经完全契合。接下来，张老师对工具论进行了详细解读。

（四）对工具论的解读：产业政策论

张老师对德霍斯教授提出的工具论表示认可，她把知识产权制度定义为产业政策论，她认为，我们应从市场机制来考虑知识产权制度，在市场经济当中，市场竞争主导商品的分配，国家通过制定制度政策，保持市场主体良性的竞争，从而带动整个产业的发展，使社会整体受益。《知识产权法》作为经济发展的工具，体现了最有效的竞争机制，知识产权竞争的作用在于：及时排除落后的企业，淘汰过时的技术和产品，增加企业的无形资产竞争力。所以知识产权制度关注的社会效果是在于激励市场主体在创新领域的良性竞争。

产业政策论是从国家产业的发展，而不是从个人权利的出发解释知识产权，它强调知识产权制度是促进国家技术和经济进步的手段，强调最终的公共目的性。张老师指出，如果要强调这一点，就不可能把创造者个人的利益放在首位，一定是放在次要的位置，而市场主体才应放在首位。这并不是要忽略个人利益，而是强调保护知识产权权利人的利益赋予其独占权的目的在于鼓励优势产业的垄断地位，促进新型产业的发展。在英国专利法设立初衷就可以看见这一点。另外，产业政策论将知识产权的保护视为促进技术和经济进步的制度手段，强调国家经济利益和社会的综合效果。美国就是利用软件专利政策调整美国在软件和互联网领域整个产业的优势地位。

除此之外，利用产业政策论看待知识产权制度也强调利益平衡，平衡产业的利益，企业利益、公众利益、创造者利益。张老师指出，事实上，创造者的利益和个人的利益真的像马克思所说的，就是给无产者一个很好的诱饵，创作者最终得不到真正巨大的利益，真正巨大的利益还是利益集团。所以张老师认为，对于知识产权整体的理解需要对知识产权每一个权利的形态同主体、范围、权利限制、法律责任等综合方面平衡。

之后，张老师还针对现有的知识产权制度问题的哲学探讨做了简要评述，包括知识产权概念之争，知识产权的财产属性之争，知识产权制度的社会功能等等。张老师认为，知识产权与创新、国家经济发展、市场竞争、公共利益之间的关系并不是线性的关系，值得深入讨论，需要有实证研究做支撑。另外，正如黑格尔所言，知识产权在市场竞争环境中，正在以不同的方式撕裂社会，知识产权与竞争的关系值得深入思考。

张老师指出，我们现在确实到了混沌初开、群雄争霸的时代，这是一个最好的时代，但不是一个最坏的时代，是一个变革的时代。在这个时代重读德霍斯教授的《知识产权法哲学》这本书，在哲学意义上反思知识产权制度正当性和合理性，特别有意义。

最后同学们以热烈的掌声感谢张老师的分享！讲座结束，没有提问环节。