



清华大学法学院教授张明楷：
修改犯罪附随后果推进轻罪立法



区分重罪与轻罪，不仅有利于节省刑法条文的表述，而且有利于实现刑法的明确性，贯彻罪刑法定原则。对轻罪适用治安管理处罚法，不利于实现程序正义和保障人权；对轻罪规定较轻的法定刑，符合法治原则与比例原则。其他法律、法规对犯罪规定的终身性附随后果，既与刑事法律的相关规定不协调，也不符合宪法规定，缺乏合理性；不应以附随后果的严厉性为根据否认轻罪立法，而应修改有关附随后果的规定，继续推进和完善轻罪立法；与其在保留现行有关犯罪附随后果规定的前提下建立前科消灭制度，不如删除其他法律、法规有关犯罪附随后果的规定，同时完善刑法中的附加刑（资格刑），将禁止在一定期限内从事特定职务或者职业规定为既可附加适用也可独立适用、既可择一适用也可合并适用的资格刑，该资格刑的适用以必要性及关联性为前提。

华东政法大学经济法学院教授曾大鹏：
重构票据无权代理与越权代理规制模式



对票据无权代理与越权代理的规制，域外法主要存在二元模式和统一模式，而我国票据法第5条第2款采取新二元模式。但此三种规制模式均有一定的缺陷，相关学说调整亦有内在的逻辑障碍。在民法典视域下，票据无权代理不应有狭义无权代理和越权代理之区分，宜将两者一体构造为票据表见代理，从新二元模式转型为新统一模式，由本人而非代理人承担票据责任。票据表见代理的解释论仍须根植于票据行为的要式性、文义性、独立性和无因性等基本原理，故而票据表见代理所保护的第三人仅限于直接相对人，票据表见代理可类推适用于组织的票据无权代理、票据无权代表，但不得适用于或类推适用于票据伪造。

山东大学法学院教授张平华：
惩罚性赔偿应考虑不同责任的协同



惩罚性赔偿的适用范围、成立要件和赔偿范围均须由法律明确规定，此即惩罚性赔偿的法定主义。民法典建立了惩罚性赔偿法定主义的规范基础，形成了“总分结合”的结构，但总则对分则的实质统摄并不明显。惩罚性赔偿既在一定程度上依附于补偿性赔偿，又有独立性。法定主义对惩罚性赔偿的构成要件、法律效果提出了规范要求。不同的惩罚性赔偿之构成要件既可以在规范上区分又相互融通，不存在建立在严重损害、违反法律规定、故意等抽象要件基础上的一般条款。惩罚性赔偿的倍数及其效力也应坚持法定主义，但是这种法定并不严格，允许通过当事人的有效约定或法院的调整予以变通。惩罚性赔偿应考虑不同责任的协同，具体协同方案应该由法律明确规定。

浙江大学光华法学院副教授牟绿叶：
依据追诉利益构建自诉转公诉标准



在自诉程序中，检察机关认为案件情势符合一定标准的，可以接管自诉、转为公诉程序。我国应在刑事追诉阶段确立国家追诉利益的标准，彰显其限制国家追诉、保障基本权利的价值取向，并为自诉转公诉、不起诉等制度提供融贯性、体系性的规范依据。国家追诉利益的考量因素包括内部因素和外部因素，前者侧重关注罪责和犯罪预防的必要性，后者将刑事法嵌入广阔的社会治理中，适度追求国家主权、公共秩序、国家形象等其他公共目标。国家追诉利益标准的运用是一个“不对称状态下的再权衡”过程，检察机关应当围绕考量因素和个案情形，综合评估并充分论证自诉转公诉的必要性。

(以上依据《比较法研究》《法学》《法学杂志》《环球法律评论》，陈章选辑)

作为旧学体系养成的官僚精英，樊山对“情理法”的理解是深邃的——

樊山有关“情理法”的三个重要命题

□“情理中又有情理” □“情、理与法三者皆讲不去” □“情理外无法律”

传承 中华优秀传统
法律文化

霍存福



樊山(1846—1931)，名增祥，字嘉父，号云门，别署樊山，晚又号蝶翁，天琴老人，湖北恩施人。光绪三年(1877)进士，光绪十年后出任陕西宜川、咸宁、富平、长安、咸宁、渭南等县知县，光绪二十七年升为陕西按察使、陕西布政使，三十四年任江宁布政使。樊山与他官不同，为令长、为臬藩时，皆“自治文牍”，不假手僚属。故其“情理法”观，是通过批语判词的零星的、连续的方式表达出来的。在清末讨论“情理法”的三大家中，他比任职刑部的薛允升(1820—1901)、沈家本(1840—1913)两位堂官并不逊色，多有“英雄所见略同”意味，甚至在某些方面还有超越。

作为旧学体系养成的官僚精英，樊山对“情理法”的理解是深邃的。樊山云“情理中又有情理”，揭示了“情理”的层叠结构，为沈家本所不及；沈家本关注了法律规范中的“情/法”结构，对“情理”结构未曾留意。樊山言“情、理与法三者皆讲不去”，揭示了“情理法”三者之间的一致性，与薛允升、沈家本“情理法”并提的说法相近。樊山又喊出了“情理外无法律”，堪与沈家本的法律“大要总不外‘情理’二字”“不能舍‘情理’而别为法也”相媲美，都是对“情理”与“法”关系的深刻揭示。

“情理中又有情理”

《樊山政书》卷十三《批华阴县词讼册》云：“天下事专论情理，尽人皆知。至情理中又有情理，则非天资高，才识敏者不知也。”

这是光绪三十一年六月登报的，樊山对华阴县呈上三月份词讼册的批札。这段话的来历是这样的：华阴县编如王王氏领养张士旺为儿，又买陈运权为女，后者娶契妻明“女、媳听便”，王王氏暗许为异日之夫妻。长大后，士旺愚昧而顽固，运权厌恶而鄙视之。陈运权生母陈杨氏指使陈阿儿诱使其妹回家，意图另聘人家，王王氏呈控到县街。崔知县审得前情，以为：陈杨氏不得诱回已卖之女，士旺也不应娶其异姓之妹。断令：士旺娶契，运权由王王氏另寻主家。樊山说，遇到这类案件，处理上是两可的。“王王氏意图省事，义儿义女，顺水推舟，本属乡间常事”。如果“运权心肯”，理由可以是：二人“既不同父，又不同母，婚配何妨”？但运在“运权既不情愿”，则理由又可以是：二人“既为手足，难作夫妻，断离为是”之。所以运权及运权的意愿，樊山说，是因为“婚姻之事，应视本人情愿与否”。而“该令叙述此案，先下‘运权不悦’四字，早为后来另嫁、另娶伏脉。心灵手敏，深知律意。此所谓‘情理’中之‘情理’，非聪明人见不到也。”樊山感叹崔知县是“聪明人”——“天资高”“才识敏”，前者是“心灵”，后者是“手敏”。

按，“义儿义女，顺水推舟，本属乡间常事”，是民情、风俗——常人可以理解之情、理，所谓司空见惯之事。但“义儿义女”之可以结合，是情理；不结合，也是情理。可以结合、不背人情，并不意味着必须结合、必须顺从这一风俗或情理，因为还有一个上位原则在：“惟婚姻之事，应视本人情愿与否”。这个原则也是情理。此处的情理，实际就是一个法律原则——婚姻自主。虽然它距婚姻自由还有很大一段距离，但至少肯定当事人对婚姻有最终的主权。

由此，我们注意到古代社会在婚姻的“父母之命，媒妁之言”的洪流(常态)中，还存在着“婚姻之事，应视本人情愿与否”的暗流(虽非常态但却时

有)。而它的存在，是在大量的婚姻悲剧中得到的经验教训的提升。它似乎不在法律中，但樊山却说崔知县“深知律意”，意思是这个“情理”也在“律”中。因之，“情理”探求的意义，在于它能发现更大的价值，这有些类似普通法法官寻找法律原则。在西方，挖掘法律原则，是法律适用上弥补法律漏缺的一个主要途径。樊山在此，一方面确认在婚姻之中，本人情愿是最大的“情理”，另一方面又承认它是“律意”，肯定了“情理”与“律(法)”的一致性。而实际上，樊山与他的下属崔知县，一同发现了“情理”是作为网络结构而存在的这样一个事实，一种特征，实际上区分了上位情理、下位情理。这一点，无人能及。

查民国《华阴县续志》：“崔肇琳，广西桂林人，三十一年任。续修文庙，立碑纪事。碑在庙棂星门阶上。”据后来陕西巡抚恩寿奏折，崔肇琳实为光绪三十年十月到任华阴知县，至三十四年离任，调富平县知县。其事迹，三十一年，重修文庙等；三十二年，改云台书院设高等小学堂，改义学为县立师范传习所。按，崔肇琳(1877—1929)，字湘琪，号天畴，广西桂林城厢人。十六岁考取秀才，光绪二十三年中举。翌年赴京应会试，中进士，授翰林院庶吉士，旋任陕西省华阴县知县。民国时任广西梧州府知事，广西财政厅兼烟酒印花税局局长。著有《扶荔轩诗存》《扶荔词》等集。

《樊山政书》数次提到崔肇琳。卷十《批华阴县举人李兆鹏等禀词》称，新选崔令，“精明干练，望而知为能吏”。卷十三《批华阴县词讼册》称，词讼月报，华阴县最勤，“每交下月，必报上月之案”，且“核其判断，无不公平”。看来，在崔肇琳身上，公平与懂法、知情理有内在的联系。

但欣赏归欣赏，樊山对下属的短处甚至作弊行为，也绝不客气。光绪三十一年五月，因华阴县监狱脱逃一名抢劫囚犯郭兔娃，崔肇琳因“疏脱匪犯”，被樊山初笞。《樊山政书》卷十四《批华阴县详》：“该令初涉仕途，貌似精明，本司以运到期之。每见华阴公牍，无不从优覆答。没承想竟然如此‘松懈疲顽’，遂对其‘记三大过’。《批华阴县禀》崔肇琳“听信丁幕”，上报文书“两次倒填月日，近于胥吏舞文”，又“加记三大过”。《批华阴县崔令禀》指责崔肇琳“一详一票皆途中才于一月之久”，“初入仕途不向好处学，专学打诨语”，“大失本司期望之心”。

“情、理与法三者皆讲不去”

《樊山政书》卷十七《批罪犯习艺所龙令云藻禀》云：“查外县皆令监犯习艺，从无在司库请款者。彼咸、长两县之罪犯，何独如是之值钱耶？国计有常，库储不易，情、理与法三者皆讲不去。何敢出此无名之费，罪诸有罪之人？仰自与两县筹商，本司不管。”

这是光绪三十二年三月登报的批札。樊山对西安罪犯习艺所委员龙云藻请求陕西藩司拨款支持的呈文，给予否定。其中所言“情、理与法三者皆讲不去”，多被人引作“情理法”用例的重要材料。按，龙云藻，字麓生，湖南长沙县人，监生。光绪三十二年时任罪犯习艺所委员，宣统二年任栒邑知县，次年因世局改革去。宣统三年任陕西提法使司下的行政科科补用知县。樊山对

他似乎不熟悉，也不欣赏。

当时，西安所属咸阳、长安两县囚犯皆关押于该习艺所，且其开办，也与樊山首倡有关。樊山说：去年设立罪犯习艺所，是因咸、长两县留养局给藩司的报销册，浮冒过多。遂令两县该局核实贫民数额，使用每年千金经费而节省出者，将两县禁押锁系诸犯收所习艺。故樊山说“兹事发端于藩署，罪犯仅止于咸、长，经费取资于留养局，而地方假借于五岳庙”。因而该所的建立、运作，“与通省之习艺所，渺不相干”，是个特例，这当是“情”之一。因为，咸、长两县习艺所所收者为“两县寻常罪犯及游手好闲、无所执业之人”，而其他各属之罪犯习艺所“专收徒流以下人犯”，其“名目虽同，宗旨各异”。但是后来，其归属与宗旨，都发生了变化，“既而归之于臬司，又属之于巡警局，而所中办法，全与本司始意不符”，这是“情”之二。罪犯习艺所龙云藻请求给予1800两经费，除留养局节省的金全外，藩司须要补贴800两。

樊山说，西安之外的其他各县监犯习艺，从不在藩司库藏中请款，是惯例，可以理解为是法度。“国计有常”，即国库支出须有国家核准的开销项目，是“有名之费”；而不得出“无名之费”，这是规矩，也即法度。就是说，为咸阳、长安监犯习艺请款，首先在“法”这里，就“讲不去”。樊山质问，破例为咸阳、长安两县监犯习艺请款，岂非说他们这些囚犯比其他各县的值钱？这在“理”上“讲不去”。本来，“出此无名之费”就没道理，再“罪诸有罪之人”，就更没道理，更“讲不去”。在樊山意识中，“罪犯习艺，当罚做苦工”，古人城旦舂、西人罚做苦工，都是此意。“无名之费”资助“有罪之人”的强烈反差，是道理上最“讲不去”之处。

“情、理与法”并提的这一例，与今人所习惯的“情理法”三者并提，以及“情”居先、“理、法”居后的顺序，很可能樊山的此处讲法，是源头之一。

“情理外无法律”

《樊山政书》卷十九《批韩城县词讼册》云：“判断各案，实获我心。情理外无法律，抱旧本者不知，讲西例者亦未合也。安得皆如韩城令乎？掷笔三叹。敬。”

这是光绪三十二年十月登报的，樊山对韩城县张瑞玘县呈上的八月份词讼册的批札。“情理外无法律”，意为：法律的内容是情理，法律的基础是情理。类似的说法，也出现在同时代的沈家本口中。宣统三年(1911)五月，沈家本在《法学名著序》中说：“无论旧学、新学”，“大要总不外‘情理’二字”，“不能舍‘情理’而别为法也”。这是深谙中国法律、后又读西方法律的沈家本，在比较了中西法律、又读了西方法律的通达看法，樊山先后出任知县、按察使、布政使，身在陕西、江苏等地方职务，沈家本长期任职刑部司官，虽曾外任知府、道台、按察使，不久回京任御侍，尤其其刑部、法部侍郎及修订法律大臣，高居部堂；前者讲“情理外无法律”，后者云“不能舍‘情理’而别为法也”，二人相隔四五年，樊先、沈后，相继宏观地谈论了“情理”与法的关系；其间，道理、结论甚至句式都相差不远，确是学术史上的一大奇事。樊山在陕西、江宁臬藩二司期间，在批复府州县文禀、判决百姓讼案的过程中，通过批语判词表露其“情理法”观念，出自司法层面者多；沈家本撰《大清律例》所叙妇女离异律例，重点分析其中“情/法”之间的相互关系；后来，在主持修订法律过程中，他要比较、定夺最后的文本，大抵出自立法层面者多。这表明：樊、沈二人是依于立法、司法实践，根据各自的体味，提出自己的“情理法”感悟的结果，却是惊人的一致。

“行贿受贿并重处罚”法治逻辑与协调适用

视角

何萍 刘继珺



2023年7月26日，刑法修正案(十二)(草案)(下称“草案”)向社会公布，征求意见。在草案中，对行贿罪作出较大幅度修改，具体包括以下内容：第一，调整行贿罪法定刑，与受贿罪法定刑相匹配，实现“行贿受贿并重处罚”。草案将现行刑法有关行贿罪的前两档法定刑量刑幅度予以调整，即将前两档法定刑的界分标准从“五年有期徒刑”调整为“三年有期徒刑”。此处需要强调的是，“五年”到“三年”的法定刑调整，并不意味着降低了受贿罪的处罚标准。此处是为了与刑法条文有关受贿罪的处罚规定相衔接。刑法修正案(九)变更了受贿罪的法定刑，但并没有同步变更行贿罪的法定刑，导致行贿罪的前两档法定刑高于受贿罪。所以，草案对行贿罪的法定刑进行调整，将前两档法定刑的界分标准从“五年有期徒刑”调整为“三年有期徒刑”，并非认为要轻缓化处理行贿的犯罪行为，而是为了使得对受贿行为的惩治与对行贿行为的惩治进行有效衔接。第二，增设从重处罚条款，有效打击行贿行为。草案在刑法第390条增设第2款，将“多次行贿、向多人行贿，国家工作人员行贿，在国家重要工作、重点工程、重大项目中行贿，在组织人事、执纪执法司法、生态环保、财政金融、安全生产、食品药品、帮扶救灾、养老社保、教育医疗等领域行贿，为实施违法犯罪活动而行贿，将违法所得

用于行贿”等六类情形从重处罚。第三，有效衔接监察法，促使犯罪分子主动交代犯罪事实。草案将原刑法“其中……对侦破重大案件起关键作用的……可以减轻或者免除处罚”的规定，修改为“其中……对调查突破重大案件起关键作用的……可以减轻或者免除处罚”。此处的修改，有效衔接监察法中监察机关对职务犯罪行为的调查。与此同时，“侦破”到“调查突破”的修改也扩大了从宽处罚的适用范围，有助于鼓励犯罪分子主动交代犯罪事实，提高案件办理效率。

立足贿赂犯罪行为发生基本逻辑强化刑法规制

《联合国反腐败公约》(下称《公约》)第15条规定，各缔约国均应当采取必要的立法措施和其他措施，将下列故意实施的犯罪行为定为犯罪：直接或间接向公职人员许诺给予、提供或给予或者实际给予该公职人员本人或其他人员或实体不正当好处，以使该公职人员在执行公务时作为或者不作为；公职人员为其本人或者

其他人员或实体直接或间接索取或者收受不正当好处，以作为其在执行公务时作为或者不作为的条件。我国作为《公约》的成员国，在制定反贿赂犯罪规范时，应当考虑《公约》的规定。从《公约》的规定顺序来看，其先规定行贿行为，再规定受贿行为，两行为之间存在着紧密的联系。同时，也有学者指出，“在贿赂犯罪的发生机理中，受贿行为必然以行贿行为的存在为前提，没有行贿就不可能有受贿。从这个意义上讲，行贿行为与受贿行为互为因果。虽然我国刑法并不是对所有的对向犯都规定要同等处罚，甚至在某些场合不同等处罚也有一定道理，但是贿赂犯罪的对象关系要求刑法不但要同时处罚两种行为，还要尽量实现同等规制，这是对法益进行充分保护和预防犯罪进行有效防治的需要。”

修正契合刑法的基本理论

首先，即使刑法分则将行贿罪与受贿罪设置成独立的罪名，不能适用刑法总则中关于共同犯罪的规定，但是仍然具有对向关系。从广义上看，对向犯中的对象关系可以分为双面对向关系与单向对应关系。双面对向关系是一种典型的对向犯，根据刑法分则规定对向双方的参与行为均足以定罪处罚。在单向对向关系中，行贿罪与受贿罪在构成要件上并未表现出完全的对应性，所以，存在着只处罚受贿行为，而不处罚行贿行为的情况。所以“行贿受贿并重处罚”具备对向犯的基本理论。其次，“行贿受贿并重处罚”更加契合“囚徒困境”理论，提高案件的办理效率。“囚徒困境”理论就是将共

同犯罪的数人置于无法互相沟通的情状下，通过调查人员与犯罪人的博弈、共同犯罪人之间的博弈，从而获得事实真相和关键证据。双方突破的案件办理效率自然是大于单方突破的案件办理效率。“行贿受贿并重处罚”是将行贿方与受贿方置于同等地位之上，提高行贿人与受贿人被查处的几率。

应当注意“行贿受贿并重处罚”的协调适用问题

草案对行贿罪有关条文的修改，不仅符合行为逻辑，也具有理论依据。但是，在未来适用过程中，应当注意以下几点：第一，司法机关的思维模式应由“重惩治贿赂、轻惩治行贿”向“行贿受贿并重惩治”转变。“行贿受贿并重处罚”需要从贿赂犯罪体系进行把握，并不意味着行贿人与受贿人应当判处同样的刑罚。正如有学者指出，贿赂对向犯包括双面、单面、多面对向关系的不同犯罪类型，受贿罪与行贿罪两个罪名在构成要件上并不是相同或者相对等的，所以实际处罚上也可能会存在较大区别。第二，注意程序衔接性，强化各部门配合的有效性。监察法、刑事诉讼法对贿赂犯罪案件的程序适用问题都作出了具体的规定，但是在实践中依然应当注意各部门的有效衔接。第三，善于利用“囚徒困境”理论，结合认罪认罚从宽制度，提高案件办理效率。双方突破的“囚徒困境”理论能够在实践中进行适用，得益于认罪认罚从宽制度的推广与适用。认罪认罚从宽制度为从轻量刑提供了制度依据。(作者单位：华东政法大学刑事法学院)