



看书界

中国涉外法治工作新进展



《中国涉外法治蓝皮书》2022年版是在推进全面依法治国和法治中国建设的背景下，为了全面呈现并总结国家近年来在涉外法治方面的工作，中国政法大学全面依法治国研究院决定编写并出版首部《中国涉外法治蓝皮书》。

本书共分两个部分：第一部分全面展示并概括介绍了近年来的涉外立法状况，涵盖法律、行政法规、部门规章和司法解释，总结了涉外行政执法情况，包括涉外公安行政、涉外市场监管行政、涉外垄断执法、涉外网络执法、涉外贸易投资执法、涉外海关行政等，以及涉外司法情况；第二部分选编了近年来涉外法治研究成果中比较有代表性的报刊论文。

民法典总则编之基本理论



《民法典·总则论》一书详细讲解了民法的基本原理与基础知识，包含民法典的编纂、民法的原则与渊源、民事法律关系、民事主体、民事权利、法律行为与代理、民法上的时间等内容，以民法典及司法解释、相关民事法律法规为基础，梳理民事法律制度和规范体系，是民法典颁布后，反映民法理论和教学研究的又一学术精品。

本书是作者在多年民法教学研究以及参与立法工作经验总结的基础上梳理、撰写而成，解析深入浅出，详细讲解民法的基本理论。本书内容丰富，条理清晰，逻辑严谨：一是将立法与研究结合，凝结了作者参与立法工作心得和数十年民法教学经验；二是理论与实践兼顾，既阐述基础理论，亦结合实例解析，深入浅出；三是双重维度之解读，既纵向梳理演进历程与变迁，亦旁征博引，横向比较，启发读者思考。

技术法治领域前沿问题研究



《牛津法律、规制和技术手册》一书涵盖了法律、规制和技术领域的重要议题：考察了技术规则的核心价值；观察了技术发展对现有法律理论和法律制度所带来的挑战；探讨了技术发展对监管框架所产生的影响；就医学卫生、人口家庭、商业贸易、公共安全、通信文化、环境能源等关键技术、法律、规制三者的演变进行分享阐述。本书对于新技术条件下法律和规制的变化保持着密切且专注的审视、反思和解读，书中既有翔实的应用案例作为支撑，亦有严谨的学理分析作为延展，生动形象地展示了技术法治领域的前沿研究成果。

本书通过对众多前沿科技领域相关治理案例的分析和描述，较为系统地展示了当今科技创新、治理变革、伦理文化及其相互影响的复杂演进关系，展现了由“法律与技术”命题驱动的西方学术体系、学科体系和话语体系的最新发展和未来趋势。

中国人格权法的结构和体系



《中国人格权法研究》(上、下卷)通过人格权立法的中国经验、人格权法总论和具体人格权这三编，全景式地展示了中国人格权法的框架结构、逻辑体系和具体内容，阐释了人格权立法中国经验的创立和发展过程，按照民法典人格权编的体系，说明人格权行使和保护的一般规则，逐项说明作为抽象人格权的一般人格权、公开权、自我决定权、具体人格权中的生命权、人身自由权、姓名权、肖像权、名誉权、隐私权和个人信息权等。

本书作者作为全国人大常委会立法专家委员会立法专家，全程参与了民法典的立法过程，对人格权编立法有重要贡献和深刻体会。全书理论体系完整，内容具体、新颖、翔实，结合实际案例进行说明，对于理论研究、司法实践和法学教学都具有指导意义。

宋朝的“以例断案”

法律文化

殷晴虎

例是宋朝的法律形式之一，主要有两类：一是行政方面的惯例，二是司法方面的断例。北宋时彭汝砺说过：“刑部自祖宗以来，法与例兼行。”例作为一种特定的法律形式，其形成有着复杂的原因。南宋许应龙就认为，例“或出于一时之特恩，或出于一时之权宜，有徇亲故而开是例者，有迫于势要而创是例者”；但更多的情况是一些有争议的案件或者疑难案件经圣旨裁断后，成为判例(断例)，被后来司法裁判所援用。南宋绍兴四年(1134年)判决的檀僧杀盗案，就是一起典型的“以例断案”的案例。

案件的经过并不复杂，一个叫叶全三的人偷了檀僧藏在地窖里的钱，被檀僧抓住。按理应当将叶全三送衙门法办，但檀僧却指使家里的帮工阮捷和阮捷将叶全三及其全家五人全部杀死，并抛尸河里。按照《宋刑统》规定：杀死一家非死罪三人的行为属于“十恶”中的“不道”，依法罪无首从，皆斩；妻子流二千里。宣州衙门据此判檀僧等依法当斩；但由于没有找到叶全三等三人的尸体，当然也就无法进行验尸。这样又缺乏了认定檀僧等杀人的主要证据。于是，宣州衙门按程序将此案奏请皇帝裁决。檀僧的哥哥檀是朝廷大臣，宋徽宗时任中书舍人，给事中；南渡后又复任徽猷阁待制，提举西京嵩山崇福宫。宋高宗赵构因此对檀僧等从轻发落，阮捷和阮捷被杖处脊，流放三千里外；檀僧免死杖发配琼州。

然而，中书舍人孙近对这一判决并不认同，他上奏说：檀僧等杀死一家五口，虽然没有检验尸体，但证据确凿，没有疑点之处；现在“贷宥之恩，止及一(檀)僧，而被杀者五人，其何辜焉？”于是，宋高宗只得命大理寺重审此案。而大理寺则举出了孙近一年前在提点浙东刑狱时审理的一个

案件：绍兴百姓俞富在追捕强盗时，连同强盗的妻子也一起杀死了。但孙近认为俞富与强盗并无私仇，其行有情可原，因此曾奏请宋高宗从宽发落，免除了俞富死罪。大理寺根据这一判例，认为免除檀僧死罪是有先例的。

但孙近不同意大理寺的说法，认为俞富是持有县衙颁发的捕盗文书，在追捕过程中，因强盗拒捕，所以才将强盗及其妻女一同杀死；而檀僧是擅自用私刑拘禁，将叶全三等五人殴打折磨致死，犯罪情节是不同的，不能一概而论。

因双方意见不一，案件又交由刑部复审。刑部翻出了同年大理寺右治狱判例的孙近杀死一家七口的案件，当时也没有验尸，但大理寺认为证据确凿，并没有作为疑案上奏皇帝裁决。因此，刑部建议按照这一断例处理。但大理寺却坚持要求维持原判(因为一旦改判，大理寺的相关官员要按照错案追究责任)。于是宋高宗又将此案移送御史台“看详定夺”。侍御史辛炳等认为：“(檀)僧系故杀，众证分明，又已经委官审问，以近降申明条法，不应奏裁。”执政大臣也同意御史台的处理意见。于是檀僧被依法处以死刑，而大理寺负责审理此案的官员则按照《宋刑统·职制律》“诸事应奏而不奏，不应奏而奏者，杖八十”的规定处理，因属于“公罪”，被处赎金(按照《宋刑统》规定，杖八十赎铜八斤)。

此案不同意见的双方都举出了相关的判例作为依据，可见在宋朝的司法实践中，判例的运用是非常普遍的。从运用判例的初衷来看，是通过一些有争议的典型案件的最终处理结果，作为后来类似案件处理的依据，以解决教条、僵化的法律文本与复杂的案情之间的矛盾。如北宋仁宗时的襄州(今湖北襄樊市)知州马寻就办过这样一起案件：一群饥民闯入富豪家抢劫屯粮，被衙门官吏以强盗罪论处，依法都要处以死刑，但马寻认为，饥民抢粮是为了活命，与一般的强盗行为是有区别的，不应判处死刑。结果“奏，得减死论，遂释之”。

从这一案件可以看出，作为断例的案件一般都是有一些有争议的疑难案件。根据宋朝司法程序，重大或疑难案件

经大理寺裁断后，由刑部(或审刑院)复核，如果有争议的，则由御史台或皇帝委派官员复审，或是交由“两制”讨论议定，然后由执政大臣提出处理意见，最终由皇帝定夺。一些具有典型意义的案件一般会成为断例，被以后援用。但这样一来，就产生了一个问题，这就是《宋史·刑法志》中所说的“隐例以坏法”。南宋光宗绍熙二年(1191年)臣僚建言中也说：“法之所无者，则援例以当法；法之所不予者，则执例以破法。生奸起弊，莫此为甚。”但同时又承认：“法有所不及，则例亦有不可得而废者。”解决的办法是“收可行之例归于通行之法”。

其实，为了解决这一问题，在北宋前期就采取了编纂断例以供规范援引的做法。现有记载的最早的断例，是宋仁宗庆历三年(1043年)“诏刑部大理寺以前后所断狱及定夺公事编为例”。而就在檀僧杀盗案判决后不久，宋高宗赵构也启动编修断例的程序，“刊定见行断例”。

但司法实践中，并不是完全按照编纂的断例援引，有时候很久以前的旧例也会被用来作为判决的依据。如宋初开宝五年(972年)发生过一起案件：百姓范义超在后周显德中期(956-958年)杀死同村常古真一家12人，只常古真一人逃脱。常古真长大后，“擒(范)义超诉于官”。但官府认为这是发生在前朝的案件，经过多次大赦，依法应当免于追究，但宋太祖赵匡胤说：“岂有杀一家十二人而可以赦论乎？”下令将范义超处死。时隔二百多年后，南宋宋徽宗在宋宁宗(1195-1224年在位)时判决的一起案件，就援引了这一断例：常德船公程亮杀死巡检宋正国一家12口，过了好几年才被抓获，但由于案件发生在宋宁宗登基发布大赦令之前，当地官吏收受程亮的贿赂，认为应当免除其罪责。但程亮“奏援太祖朝范义超故事，以为杀人于异代，既更开国大需，犹所不敢，况(程)亮乎？”最终将程亮绳之以法。

宋朝“以例断案”也对后世立法与司法产生了重要影响。作为元朝主要法律形式的“断例”就是继承了这一传统。至明清时更是律例并行，体例与内容也更加完善。

“监察与司法的衔接：理论与制度与机制”序言

书林臧否

秦前红

自监察体制改革肇启，学术界持续聚焦该改革领域的理论与实践问题，一系列学术论著相继发表或出版。大批法学研究者围绕改革的宪法设计、监察权的配置、属性及行使、监察对象的范围界定及权利保障、改革对司法体制的影响，以及监察制度的比较与借鉴等议题展开探讨，为系统改革工程的有效推进提供了相对全面的理论证成和知识储备。随着监察权的全面运行以及监察法、政务处分法、监察官法、监察法实施条例等法律、法规的次第施行，监察法学之研究应该致力于提升空间和拓展领域，例如合署办公与党规国法衔接、监察立法的体系化、监察法律与相关法律的衔接，以及国家监察监督在党和国家监督体系中的地位与作用、国家监察体制与国家治理现代化的关系、国家监察与基层自治、学术自由、企业经营自主权的相互关系等。同时，在研究方法上必须进行多元化的探讨，摆脱过于单调的立法建构方法，转向重视监察法律的教义学分析，及以监察案例和事例为素材的社科法学研究，从宏观叙事转向具体而微的精细化研究。董坤研究员的国家社科基金结项成果——《监察与司法的衔接：理论、制度与机制》，正是代表上述研究趋势转变的优秀之作。

监察体制改革的重要目标之一是扩大监察范围，整合监察力量，健全国家监察组织架构，形成高效权威的国家监察体系。随着检察机关职务犯罪侦查权转移到国家监察机关，必然引出监察机关与司法机关如何相互协调配合又相互监督制约的问题。这个问题处理得好坏关乎监察体制改革的成败，更关乎经由监察体制改革所形成的新宪制架构能否彰显中国治理特色和治理优势的问题。故董坤研究员以监察与司法的衔接机制为题展开研究，显示了他敏锐的学术感觉和强烈的中国问题意识。

监察与司法的衔接机制问题关涉宪法、组织法、刑法、刑事诉讼法等多个法学学科领域的知识驾驭与把握，必须具备深厚的法学知识功底，同时不拘泥于理论上的空洞说教，而能直面问题展开针对性的研究，在这方面董坤研究员展现了其知识功底和工作经历的优势。他在最高人民检察院工作多年，后又转入中国社会科学院法学研究所从事法学研究工作，较之诸多学者，他更熟谙中国司法体制运行的实际，也更了解实务部门对解决问题的期待，从而使他的研究成果更具有针对性和靶向精准性。

监察与司法体制的衔接是一项庞大复杂的系统工程，举其要者，包括管辖衔接、证据衔接、留置与司法强制措施衔接、检察机关如何提前介入、监察处理从宽从轻与司法认罪认罚的判断标准协调、退回补充调查的程序贯通等诸多问题。对这些问题，董坤研究员一方面努力穷尽规范依据，据以开展体系化的解释；另一方面又厘清真实的问题，抽丝剥茧，层层深入，

不作空泛之论，如此使得其研究能够切中肯綮，体现理论对现实的有力观照。通观全书，有诸多精妙之论。比如，他提出在监察检察互涉案件中以监察管辖为主、分类管辖与主罪管辖为辅的方案；案件在不同级别的办案机关之间移送时，应以监察机关移送同级检察院，由检察院以“体内循环”的方式进行级别管辖的调整，并积极与监察机关沟通、与法院协商，确保级别管辖衔接顺畅。又如，在监察调查与刑事诉讼的程序衔接上，应该发挥立案在程序转换节点、诉讼发动起点的标志性功能，应以司法解释和相关规范性文件确立“形式立案”等等。这些研究成果，既能解决当下监察与司法衔接中的现实困惑，又能收办案指南之功，具有可操作性，填补了规范的空白。

当然，任何有意义的理论研究也仅具有追求真理的过程意义，并不意味着穷尽了真理。董坤研究员的研究仍有很多需要优化的地方。以问题域而论，境外追逃、境外追赃、国际反腐败合作、限制出境、特殊技术侦查等方面的监察司法衔接，应该是本课题下当然的讨论层面，而作者未能论及，或许是一个颇为遗憾的疏漏。检察机关当下致力推进的合规不起诉、合规激励试错，是否形成监察与司法之间新的调适难题，似乎不能忽焉不察。监察司法衔接的背后，其实是国家权力如何优化配置的问题，如何超越部门法的思考而立基于宪制结构进行总体考量，既考虑监察司法机关的办案实操性和便利性，又始终恪守人权保障、法治主义的立场，也许能使研究成果的立意更加高远。

灞桥折柳：汉高祖的“约法三章”

史海钩沉

余定宇

据史载：汉唐时代，灞河两岸，柳荫连绵数十里，每到阳春三月，此地便处处是绿柳如烟、飞絮如雪，在长安城的东郊，形成了一道两千年不变的关中胜景——“灞柳风雪”。不过，我今日在灞桥边上见到的，却只有数株枯黄的老柳树，在寒风中摇曳。

但我此次的灞桥之行，却不是想来寻觅那一片梦中的烟柳，而只是寻觅一个发生在秦汉之际的法律故事。因为，在这个著名的故事里，有一种根深蒂固的法律观念，可以说，一直影响了全体中国人两千多年。

那个故事，名为“约法三章”：公元前206年，在秦末农民战争的烈火怒潮中，刘邦曾率领一支义军攻破关中，杀入蓝田，挺进西安东郊的“霸上”。当时，距秦始皇死去才刚刚不过3年，秦二世又被太監赵高谋杀，而那位继位才仅仅46天的公子婴(秦始皇之孙)，亲率满朝的文武百官，手捧皇帝的符节玉玺，“素车白马，系颈就组”(即把捆绑罪人的绳索套在自己的颈上)，来到了灞桥的附近向刘邦投降。

一向善于收买人心的刘邦，对这班亡国的君臣好言相慰，准备宽大处理。岂料，等那一路杀来，杀红了眼的“西楚霸王”项羽杀到之后，却二话不说，便命令刀斧手把公子婴和数千降臣统统都推出阶前，斩刀切菜般地杀了个干干净净。与此同时，还用一把怒火，将巍峨壮丽的咸阳城烧成了一地的焦土。这些“楚人一炬，可怜焦土”的历史故事，想

来已经众所周知。

当刘邦兵不血刃地进入了咸阳城，并将咸阳宫内所有的金银珠宝一一封存起来之后，两袖清风地返回了灞桥。次日，他又在灞桥召集了附近各县的父老和关中豪杰，对他们发表了一通简明扼要的演说。据史载：当日，在灞桥附近那一片青青的柳树林中，刘邦对三秦父老们振臂一呼，道：“父老苦秦苛法久矣……与父老约法三章耳：杀人者死，伤人及盗抵罪。秦苛法三章。”(《史记·高祖本纪》)

那么，刘邦与三秦父老们的“约法三章”，又究竟是些什么内容呢？说起来也很简单，即刘邦当众许诺：将以往那些多如牛毛、暴虐残忍的“秦苛法”全部废除之后，他将只保留三条秦律来治理天下，那就是——“杀人者死，伤人及盗抵罪”。据说当时，在这灞桥的两岸，在昔日那遍地柳林的上空，欢声雷动，“秦人大喜”，人人都争着拥戴刘邦为“关中王”。

这故事的情节十分简单，但它在中国法律史上的影响却十分深远。

从“政治学”的角度而言，这无疑是一枚极为成功的公关表演，它为刘邦树立了一个“公平正义”、宽厚爱民的先锋形象，为日后赢得民心、击败项羽，建立汉朝奠定了一个良好的基础。但从“法律史”的角度来看，那“约法三章”，只不过是“一个彻头彻尾的大谎言”。倘若你真的以为，后来汉代的法律真的只有这么简简单单的三条的话，那么，你就真的是被刘邦蒙在鼓里了。因为，当项羽纵兵在咸阳城内烧杀抢掠时，萧何却受命从咸阳宫的大火中抢出了大量的《秦律》。后来，刘邦登上了汉朝皇帝的宝座之后，便将当年那些“除暴安良”的美丽诺言全部都抛到九霄云外，而萧何在那些《秦律》的基础上，又重新制定了一部新的

法律，叫《九章律》。考察起来，那部汉代的《九章律》，照抄了李悝《法经》的六章内容，再加上三章杂律(秦仿效《秦律》而新定的《汉律》，其体系之庞大、罪名之繁多、刑罚之残忍，比起前朝的秦苛法来说，实在是好不了多少)。

但从“法律思想史”的角度而言，我们从这一纸空文之中，却还是可以看见许多极具中国特色的东西：第一，从刘邦的演说当中，我们可以看出：“约法三章”所涉及的“法”的内容，全部都是追随着李悝《法经》所开创的“法即是刑”的路子走下去，全部都是属于“刑法”范畴的东西。比起周公时代“宗教法”“政府组织法”的创制和周穆王时代“赎刑”制度的建立，比起子产时代“民法”那些可能的萌芽来说，秦汉时期中国法学的发展态势，已无可言喻地，呈现出了一种僵化、迟滞甚至倒退不幸的状态。第二，自秦汉以后的两千多年间，在历代王朝的法典都几乎是一部《刑法典》的情况下，在中国广大司法官员的心目中，对杀人、伤人、盗贼、斗殴等刑事犯罪活动的打击，自然便成为了封建社会里所有司法活动中的重点。而与此同时，“杀人者死”这四个字，从刘邦在灞河边上那一声高呼开始，在中国传统文化里面，亦渐渐地，成为一条世代相沿、千古不易的铁律。

在一片凛冽的寒风之中，我又走回了灞桥的桥头。相传，当长安人送客送到灞桥边时，总喜欢折柳相赠，寓意“挽留”。此时此刻，我心中的愿望是：愿昔日那“灞桥烟柳”的关中美景能长留天地，而我们那些源远流长的法律观念，则能像李白词中的“年年柳色”那样，在中国的土地上——也年年“推陈出新”。

(文章节选自余定宇《寻找法律的印迹(2)：从独角兽到“六法全书”》，北京大学出版社出版)