

# 競合法律規範與重複制裁 ——問題框架\*

鄧 峰\*\*

## 摘 要

中國大陸的經濟改革和市場化的進程之中，民商法扮演著主導性的作用，因此形成了一些獨特的規範以解決責任競合的問題。法典化的過程中，受制於法律移植的路徑、方法和層次，一些根本性的、基礎性的規則包括其理論基礎並未得到反思。隨著近年來的強監管、協調或聯合執法，當公法的執行背景開始發生變化的時候，會出現由於規範競合而可能存在的重複或者過度懲罰問題。本文試圖對這些問題進行一個框架性的梳理，並揭示了現有法律中的規範混亂、理論空白，也表明了改革路徑對立法、司法和法學理論的新挑戰。

---

\* 本文為祝賀蘇永欽教授古稀壽辰而作。我在攻讀碩士和博士研究生階段就受益於蘇永欽教授的各類著作。在北大期間，蘇教授多次參與了我所主持的青年教師工作坊，與各位同仁共同受教良多，數次訪臺期間也均有拜會蘇教授。蘇教授也受邀訪問北大參與了我所組織的「財產的公共性與治理」論壇。承蒙不棄，我也參與了蘇教授在浙江大學組織的《跨法域教義學》的課程與談討論。在許多關鍵法律問題的認識上，包括本文所涉及的一些命題，以及物權法定和登記制度、反壟斷實施能力、民事裁判中的困惑等，我都得到了蘇教授的啟發與指教。蘇教授是中文法律界少見的能夠站在國際視野，尤其是超越兩大法系的隔閡而進行相應的法律研究的學者，學識深邃，溫潤敦厚，所提出的民事與憲法的關係，也是當下兩岸法律界迫在眉睫而又極其薄弱的環節，這一問題的提出表現了蘇教授的遠見卓識。本文是在這一道路上的一個初步探討，僅以此文為蘇教授70壽辰賀。

本文的問題，受益於與蘇永欽教授在浙江大學組織的《跨法域教義學》的課程討論，同時，本文也提交了北京大學青年教師工作坊作為論文討論，對各位先進、同仁的批評指正特此致謝。北京大學法學院碩士研究生李舒豪提供了文字校正，以及補充了本文的註釋，謹此致謝。

\*\* 北京大學法學院教授，中國人民大學法學博士。

關鍵詞：規範競合、責任競合、重複懲罰、過度懲罰  
更多相關文獻，請上月旦知識庫<http://lawdata.com.tw/tw/>。

#### 4 法學的理想 (第三卷) : 跨域教義

當阿里巴巴遭到反壟斷法上的處罰之後，比起反壟斷調查更早出現的就「二選一」出現的「京東訴阿里」民事訴訟案件還尚未結束，並且拼多多、唯品會也加入了原告的陣營，後者作為民事執法程序，將如何處理在反壟斷處罰中已經就反壟斷法上的損害作出法律責任判斷並已經提供了法律救濟的事實呢？是各行各法，還是針對原告的具體損害已經包含在了反壟斷法執法所實現的法益之中？<sup>1</sup>回答這一問題並非易事。各行各法，顯然是構成了重複或者重疊處罰，也和反壟斷法的目標是維護市場競爭而非個別競爭者的利益衝突的。但是，民事賠償似乎又常常被認為是「優先」的。對同一行為的重疊的法律責任甚至「過度懲罰」的問題從未如此嚴峻。

並非個案，在當下，聯合執法行為已經成為一種越來越強的中國大陸的法律特色，諸如七部委聯合進駐滴滴公司對其是否存在違法違規行為進行調查，是這種持續已久的執法實踐的一種近期出現的政策式加強。<sup>2</sup>與之同時，在一些已有的制度之中，也存在「刑民交叉」、「民行交叉」的問題，甚至法律規範；進而，由於法典化的不足，也出現了諸如不同的法律子部門之間的銜接問題，比如合同法與公司法等，一些司法解釋甚至民法典也規定了相應的規則。在出現針對同一行為的法律規範競合時，相應的問題涉及到執法權的管轄分配、實體裁量的規則，以及相應的法律責任疊加的問題。

這些問題會引發針對同一違法行為的不同法律規範適用。然而，法律規範的適用，必然存在著從規範性文件、法律制度乃至於法律部門，甚至法典的選擇問題，這涉及到法律部門的劃分問題。同樣，不同的法律規範，除了判斷標準的不同之外，也會存在著法律責任的不同，因此會出現同一行為的執法成本的不同，以及法律責任疊加問題。<sup>3</sup>隨著中國大陸的

---

<sup>1</sup> 參見國家市場監督管理總局國市監處〔2021〕28號行政處罰決定書、（2019）最高民轄終130號裁定書。

<sup>2</sup> 參見國家網信辦官方網站：「國家互聯網信息辦公室等七部門進駐滴滴出行科技有限公司開展網絡安全審查」，網址[http://www.cac.gov.cn/2021-07/16/c\\_1628023601191804.htm](http://www.cac.gov.cn/2021-07/16/c_1628023601191804.htm)，最後訪問時間：2021年8月30日。

<sup>3</sup> 基於規制權力的重疊而產生的效率損失，較早的分析，參見James M. Buchanan and Yong J. Yoon, "Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons", *Journal of Law and Economics*, Vol. 43, 2000, pp. 1-13.

立法不斷增加，現有的法律理論之於這類系統性問題，或存在著「視野盲點」，或形成了制約或阻礙。

試圖在一個短文中提出解決問題的系統性方案有力所不能及之處，但本文試圖歸納提出這一問題的框架，並就現有理論的缺失提出方向性或者框架性的強調。

## 壹、問題的提出和現有規則的檢討

當出現了違法行為的時候，存在著法律規範和法律責任的競合問題，這是「諸法一體」之後的部門分化的必然結果，比如傳統上的侵權和犯罪的劃分問題；<sup>4</sup>也會存在著同一法律對不同法律目標（懲罰或者賠償）的切割和協調處理問題，比如刑事附帶民事賠償問題；還會存在著由當事人選擇法律規範適用或者法律責任追究問題，比如刑事自訴案件和侵權損害賠償之間的選擇。這其中儘管存在著諸多的爭議，並且許多倫理問題尚未得到解決，但大致上，一些根本性的憲政制度限制了這些問題的嚴重性，主要包括：第一，公權力的執法權力分配和行使範圍以憲法為邊界；第二，存在著明確的相對方權利的邊界作為約束條件；第三，存在著執法上的分權並且相互制約，從而導致任何一個執法部門的權力行使不超過前兩個邊界，並在法律規範的明確約束之下；第四，存在著法院，無論是明確的還是默認的，一種針對過度懲罰的衡平式救濟，透過各種原則對責任人的總體責任進行衡量；第五，存在著法定的最高責任限制或者責任終結制度，比如破產，或者以刑事處罰作為根本性解決方案。

上述的法律原則更多是一種法律制度的基礎設計，並且更多屬於憲法層面的制度安排和相應的更高層面的「法治」原則。雖然其中有一些原則在不同的立法例之中，側重不同，但總體上形成了對法律責任的上限，以及不同法律部門的重疊執行的限制。

相應的，具體到不同的法律部門之中，本身也存在著一些法律原則，從而限制了過度懲罰或者執行的情形，比如刑法中刑罰法定原則和罪行相適應原則，或者說「矯正正義」；民法中的賠償原則，具體為「受害人損

---

<sup>4</sup> See Franklin E. Zimring, “The Multiple Middleground Between Civil and Criminal Law”, *Yale Law Journal*, Vol. 101, 1992, pp. 1901-1908.

## 6 法學的理想 (第三卷) : 跨域教義

失」標準或者合同中特定的「可預見損失」邊界，或者說「校正正義」；以及行政法中的「一事不再罰」原則，或者說「比例原則」。

甚至，在中國大陸的現行法中還有一些特殊的規範，似乎是用於上述問題，或者至少是相關的法律規則，比如《公司法》中的第214條，「公司違反本法規定，應當承擔民事賠償責任和繳納罰款、罰金的，其財產不足以支付時，先承擔民事賠償責任」；目前最重要的是《民法典》第187條，「民事主體因同一行為應當承擔民事責任、行政責任和刑事責任的，承擔行政責任或者刑事責任不影響承擔民事責任；民事主體的財產不足以支付的，優先用於承擔民事責任」。這一類條款被稱之為「責任聚合」條款，<sup>5</sup>儘管在不同的版本之中隨著立法時間的不同，有所損益，但本質上都是強調了「民事責任優先」的原則。這可以在《刑法》第36條之中得到驗證，「承擔民事賠償責任的犯罪分子，同時被判處罰金，其財產不足以全部支付的，或者被判處沒收財產的，應當先承擔對被害人的民事賠償責任」。其他的諸如《證券法》第232條、《食品安全法》第147條、《合夥企業法》第106條、《產品質量法》第64條、《證券投資基金法》第151條、《個人獨資企業法》第43條，和原來的《侵權責任法》第4條等，大部分都是與《公司法》的規定類似的。這些條文幾乎從來未被使用過，偶爾有個別的情形下會得到法院的引用，也並不屬於爭議的焦點或者用來作為裁量的依據，更多是引用來作為對當事人減免責任的反駁。<sup>6</sup>

民法學者會主張「責任聚合」與「責任競合」有所區別，「兩者的共同之處在於均符合同一事實引起數個法律責任的特徵，區別在於責任聚合所包括的數個責任之間並無衝突，而責任衝突則是責任競合的最基本特徵」。<sup>7</sup>這顯然是一種基於部門法內的受限視野，從這些規範的本意而言，僅僅是強調了如果出現了同一違法行為的法律責任分離和民事責任優先。但是這些規範，實際上更多是對法律部門不同法律責任的分割，是基於法律規範、文件、制度甚至部門的劃分，而非相反，因此實際上存在著一個默認的前提，即法律部門、制度、文件的分工、劃分是清晰的，同時

<sup>5</sup> 參見王利明：《論責任競合》，載《判解研究》2003年第2輯，第9頁。

<sup>6</sup> 例如僅有的案例，(2021)黑01民終3260號民事判決書。

<sup>7</sup> 參見王利明主編：《中華人民共和國民法總則詳解》，下冊，中國法制出版社2017年版，第871頁。

每一個部門、制度、規範的實施是存在著各自的明確限制和制約的；對中國大陸現行的，基於法律文件的執行而進行的職權劃分，上述規範的得以實施的前提也是執法權並不存在著衝突、重疊或者複合。同時，如果出現了「民事主體的財產不足以支付的，優先用於承擔民事責任」的必然情形，似乎應當是出現在破產階段，目前僅僅有深圳嘗試推進個人破產制度，而在企業破產的情形下，民事責任得到明確之後，體現為「債務」，按照破產法的邏輯必然後於稅收，上述規範的出現顯然無法對應現實的執法邏輯，並無實質性的意義。

「責任聚合」規範，「民事主體因同一行為應當承擔民事責任、行政責任和刑事責任的」，缺乏實際適用的局面，在於其片面的強調了民事責任或者財產責任的優先順序，但忽略了適用的前提或者場景。首先，不同的法律責任係根據不同的法律文件、管轄權、實施機關來作出判斷的，而這必然存在著法定性。如果同時出現了可能的民事責任、行政責任和刑事責任的承擔，「先刑後民」，甚至「先行後民」的執法程序和責任追究上必然優先於民事，存在著大量的程序規則嘗試去解決這種問題；<sup>8</sup>更不用說，存在著從證券民事賠償就開始「名正言順」實質上一直隱性存在的「處罰前置」，即民事裁判機關將經濟規制機關的判斷作為民事法律賠償的判斷標準。<sup>9</sup>近年來加劇的監管、反貪掃黑等活動下，「以刑代民」的現象增加，從最高人民法院需要明確「刑民交叉」的相應規則，也有學者試圖在原有框架下進一步規範化刑事與民事的關係問題。<sup>10</sup>但這些顯然架

---

<sup>8</sup> 「先刑後民」及「先行後民」的通行說法，主要的依據是《最高人民法院關於在審理經濟糾紛案件中涉及經濟犯罪嫌疑若干問題的規定》、《最高人民法院、最高人民檢察院、公安部關於辦理非法集資刑事案件適用法律若干問題的意見》。

<sup>9</sup> 所謂「處罰前置」的原則，最早在最高人民法院分別於2002年1月15日、2003年1月9日前後頒布的《最高人民法院關於受理證券市場因虛假陳述引發的民事侵權糾紛案件有關問題的通知》、《最高人民法院關於審理證券市場因虛假陳述引發的民事賠償案件的若干規定》中得以確立。2020年7月30日，最高人民法院發布了《關於證券糾紛代表人訴訟若干問題的規定》，其第5條第3項對「處罰前置」原則有所放鬆；但證監會隨後公布的《關於做好投資者保護機構參加證券糾紛特別代表人訴訟相關工作的通知》第4條實際上又重新收緊了該原則。

<sup>10</sup> 最高人民法院的相關規則，同前註7。相關學者的研究，如陳興良教授進一步將刑民交叉的案件分為實質的民事法律行為、實質的刑事犯罪行為、刑事犯罪關係和民事法律關係交叉三類，並強調民法與刑法在法律思維方式上的差異，參見陳興良：《刑



## 8 法學的理想 (第三卷) : 跨域教義

空了「責任聚合」規範的立法目的。其次，這種責任聚合忽略了作出裁判的順序，甚至可以說，由於前一個執法程序的限制，幾乎沒有可能出現所謂的「民事責任、行政責任和刑事責任」同時並存的局面。如果法律責任的判斷作出程序有先有後，那麼在時間順序上，甚至邏輯順序上，都會在不出現破產的情形下，導致上述規範的目的「落空」。

上述規範的出現，也並非是「無的放矢」的，但的確是「緣木求魚」的。<sup>11</sup>首先，上述規範是對「市場經濟」的基礎是「民商法」的宣示型規範，中國大陸的經濟改革在既有的公法框架下展開的，因此私法的優先性是在既有改革戰略下形成的。同時，法律文件之中出現大量的宣示性規範也是中國大陸立法的一大特點，因此，這一責任規範事實上形成了這樣一種政治性表態；其次，就監管部門的縱向限制和管理而言，在政府一個人的關係上，監管權力不斷的受到了事實上的約束，但是這種公法和私法之間的緊張關係並未得到根本性的改變，因此，在私法之中加入這樣的規範也是一種法治化的局部努力；第三，該規範的作出背景實際上是用於解決「以刑帶民」的過度執法現象。在最為緊張的刑民關係之中，真正對上述規範起到了作用的是對公權力系統的改變，較早的如1989年的《公安部關於公安機關不得非法越權干預經濟糾紛案件處理的通知》，1995年的《公安部關於嚴禁越權干預經濟糾紛的通知》等；第四，透過政府訊息公開、「收支兩條線」等改革，形成了一定程度的訊息公開及公眾輿論、普法、以程序限制權力等制度，促使公法部門在執法中將權力實施的來源、程序以及後果納入考量因素；在罰沒收入上採用了「收支兩條線」之後，大部分的解決了「自收自支」的財政政策所造成的公權力機關過度積極執法罰

---

民交叉案件的刑法適用》，《法律科學（西北政法大學學報）》2019年第2期，第161-169頁；張衛平教授、紀格非教授則對「先刑後民」的原則提出質疑，認為應當限縮這一原則的適用，參見張衛平：《民刑交叉訴訟關係處理的規則與法理》，《法學研究》2018年第3期，第102-117頁，以及參見紀格非：《論刑民交叉案件的審理順序》，《法學家》2018年第6期，第147-160頁。

<sup>11</sup> 可能與「民事責任優先」的規範相似的，實際上能夠得到體現的，一個是不斷得到強化的「強制性效力性法律規範」，是以行政責任與民事責任進行區分作為前提的；另外一個是強制車險中的「先行賠付」制度，無論發生了車禍的行政責任如何判斷，應當先行向受害人進行賠付。後者可能和「民事責任優先」更靠近一些，但這些概念和制度相互之間的關係也是比較多元和複雜的，限於本文的主題和篇幅，不再展開討論。

沒收入的經濟激勵。可以說，沒有得到具體案例支持的「民事責任優先」規範，其表面上的「效果」並非來自於規範自身的實施。

儘管不能說，「民事責任優先」規範是用於解決不同部門法律規範並行而產生的過度懲罰或者多重處罰的，甚至還是相反的；但這個規範的確是目前可以找到的、用於處理多元法律規範並行的規則。

當《民法典》更進一步的明確「承擔行政責任或者刑事責任不影響承擔民事責任」的時候，法律教義學已經泛濫，這背後凸顯了法律部門的劃分理論，即「法益」理論。這種理論認為不同的法律部門，係針對不同的法律中所需要保護的「法益」，儘管以「利益」為名，但顯然不同的法律部門是不同的，這些利益並不能合併計算，或者可以對不同法律文件下的利益進行權衡（trade-off）。因此，民事責任可以不斷的加重到存在「懲罰性賠償」，而不需要考慮懲罰性賠償實際上的判斷標準是阻遏（deterrence），與刑法的一般預防，以及行政法中的公共利益存在著相當的重疊。

## 貳、多重法律責任的實踐挑戰

近年來的變化和發展，分別來自於制度層面（公權力運行）和社會實踐層面，導致了多元法律責任重疊的情形，產生了本文所質疑的「過度執法」或者「過度懲罰」問題，當然這是從定性的層面而言，而非從定量上進行分析的。

首先，同一行為引發不同訴權而產生的不同法律關係。在私法或者準私法之中，出現了法律文件上的規範重疊，而隨著訴權的擴張和法院受案範圍的不斷擴張，也包括中國大陸公司治理的實踐特點，造成了同一行為按照不同的法律文件，在不同的法律關係（法益的具體化）下，同時產生了法律責任。比較典型的是，公司法上的派生訴訟（代表訴訟）對控股股東兼任公司高管展開的時候，或者股東間協議與公司章程重疊而涉及到了公司治理事項的時候，其他股東既可以根據公司法上的派生訴訟要求歸入權，也可以根據股東間協議主張違約賠償責任。這是同一事實上的侵權主體和同一行為，但被侵權方提出主張的身分不同、依據不同。在這兩種情形下，加害人基於同一行為事實上遭受到了重複制裁（不利的民事責任後

果)。產生這種法律責任重疊的原因，包括中國大陸公司治理被股東過度控制和派生訴訟的訴權劃分問題，也有不同法院分別根據不同的依據進行獨立裁量而各自判斷缺乏協調的結果。比如受到損失的小股東既可以按照派生訴訟追究作為控制股東兼任高管人員的公司法上的誠信義務（fiduciary duty），也可以按照增資或者股權受讓中的合同中的陳述與保證條款追究控股股東的賠償責任；同樣，控制轉讓（完全股權轉讓）之後，新進入的控股股東可以按照大宗股權轉讓合同（包含公司控制）來追究違約要求解除合同，也可以按照公司法上的派生訴訟對之前的管理人員進行追責。對這一類的糾紛，同在大多屬於民事訴訟救濟的領域，而實際上針對不同的法律關係，會因為諸如管轄權、審理範圍、所謂的「請求權」救濟劃分，而出現同一行為的不同司法裁判。在後處理的司法救濟是否需要考慮「同一行為不受兩次處罰」，或者不同的受損者是否在「法益」上有重疊，或者加害人是否存在著責任限制？在法典化的過程中，這一問題並未解決。由於中國大陸的民法典更多是合併同類項的法律合併工作，立法者在缺乏更高原則和理論支持下，並未能解決法典化過程中應當著力解決的問題，反而是繼續沿用了不同法律關係不同處理的原則。而與此同時，民事訴訟領域對於諸如訴權、主張、事由等用來切割不同的法律關係的關鍵概念，缺乏深入的法理探討，對於有效判決之間的衝突，利益平衡而內在需要的衡平更無從研究，更多的是基於現有法律規則的解釋方法去完善技術性細節，也是一個重要的原因。

其次，同一行為引發民事責任和行政責任的重疊。當屬於不同的法律領域甚至法律部門的時候，出現了經濟法或行政法上的監管處罰和相應的民事侵權的法律責任重疊，最早出現的是證券法上的行政處罰和侵權法（證券侵權）上的民事賠償責任的重疊，證券損害賠償訴訟需要以行政處罰作為「前置程序」。<sup>12</sup>這兩年，隨著資產管理、委託理財、投資基金等領域加強了監管執法，遭受處罰的「泛金融」、「大金融」等領域的公司，在民事合同上也會面臨合同責任常常以經濟監管處罰作為前提，但並

---

<sup>12</sup> 相關討論，參見彭冰：《建立補償投資者的證券行政責任機制——針對內幕交易和操縱市場行為》，《中外法學》2004年第5期，第574-576頁；同時參見彭冰：《中國版證券集體訴訟的發動》，北京大學金融法研究中心工作論文，網址<https://mp.weixin.qq.com/s/4vI6FMefOecKE4CJevPZMw>，最後訪問時間：2021年8月30日。



不考慮是否重複或者過度懲罰的情形。在這類民事訴訟之中，就是在行政處罰之後再次對同一違法行為，但是針對不同的「法益」，採用民事賠償的方式，對同一行為進行了第二次法律上的制裁。類似的還有當公司遭受證券處罰、反壟斷法處罰等之後，股東針對公司管理者的管理過失，基於合規義務（*duty of compliance*）、誠信義務（*fiduciary duty*）而再次提出派生訴訟。在這類重疊的法律責任之中，由於中國大陸存在著各行各業的情形，公司甚至會在經濟監管的處罰程序之中就以後續存在的民事賠償為由要求減輕處罰力度，甚至會出現經濟監管處罰有時候會在表述上故意採用模糊方式的情形。與之類似的情形也包括本文伊始提出的基於反壟斷法已經執法的處罰，和民事賠償責任之間的重疊。

當然，這兩個情形在順序上是顛倒的，證券、金融類的法律責任和處罰通常以行政處罰／制裁作為民事裁判的前提，其中行政處罰或者制裁的形式是多元的，可能是警告等方式，同時，民事裁判之中因為其判斷的專業性，依賴於有權機關的裁量、解釋或者判斷，「過度懲罰」的特徵並不明顯。而在「二選一」案件中，由於反壟斷法上的制裁和處罰的特點，實際上其目標包括市場競爭狀態的秩序恢復，並且已經實施了罰金處罰，那麼在民事訴訟之中的具體當事人，是否其受損利益包含在對市場競爭秩序的恢復之中？對違法者而言，是否構成了同一行為的雙重制裁？這反映出現行法律體系運作中的一個理論缺失和制度裂縫。在這個問題上，儘管經濟法應當有所回應而尚未看到相應的研究，行政法僅僅強調了一事不再罰的原則，但這同樣應當屬於民法典的法典化過程中應當考慮的問題，只是被忽略或者漠視了。

再次，同一行為引發了經濟法上的雙重責任，涉及到經濟法上今日重燃關注的「規制或者反壟斷」（*regulation or antitrust*）問題。<sup>13</sup>這既包括反壟斷法內的責任重疊，也包括反壟斷法與經濟規制之間的重疊。基於反壟斷法的處罰，包括兩種不同的類型，一種是行政性違反程序的，比如經營者集中依法應當申報而未申報；一種是對壟斷行為的制裁，從罰款、行

---

<sup>13</sup> 「*regulation or antitrust*」原則的相關討論，See Boliek, Babette. “FCC Regulation versus Antitrust: How Net Neutrality is Defining the Boundaries.” *Boston College Law Review*, Vol. 52, 2011, p. 1627-1686.

12 法學的理想（第三卷）：跨域教義

為禁止到拆分公司。儘管都在同一個反壟斷法之中，但實際上前者屬於規制（行為標準），後者才屬於標準意義上的反壟斷法（效果或者後果標準），在一般情形下，程序義務在前，實體處罰在後，中間通常會存在著時間間隔，並不會存在著競合。但是如果顛倒過來，去追溯處罰之前的義務違反，就會出現責任競合的情形。反壟斷法和經濟規制之間也會存在著責任競合問題，這在兩種情況下會出現。在今天的規制之國（regulatory state）之中，幾乎沒有市場不受到事前的行政規制、經濟規制，因此，當在該市場之中出現了壟斷行為的時候，反壟斷審查進行相應的經濟分析，必然會透過對市場競爭和價格的分析而涉及到相應的准入、監管政策的考察，可以說，反壟斷的法律責任判斷會考慮到規制政策的影響和當事人的合規情形。但是，一旦這兩者的順序顛倒，即反壟斷處罰在前，經濟規制的監管責任在後，則會產生很複雜的情形：一、這可能表明反壟斷的處罰是不夠的（這當然又和現有的法律責任相關的規範不符），要麼僅僅是對過去的違法行為的處罰，要麼僅僅是市場性的違法行為進行了相應的處罰，而需要在這之後追加或者面向未來的合規審查，或者追加面向社會性甚至國家安全性質的處罰；二、如果反壟斷法的處罰並不符合上述的兩種情形，則可能會導致雙重處罰，比如反壟斷法採用了恢復市場競爭狀態的處罰，那麼就等於對過去的和未來的（至少是一段時間之內的）市場秩序進行了裁量。

聯合執法行為，以及市場監督管理總局內的協調執法行為，也會產生另外一種經濟法上的責任競合，但未必構成雙重或者多重處罰，而可能是選擇性處罰問題。通常而言，一個行為可能會違反不止一個法律制度，但畢竟重疊的管轄權是立法者應當避免的——當然會不可避免的出現失誤。有許多立法規則在沒有非常清晰的理論研究支持下就以「頭疼醫頭，腳疼醫腳」（ad hoc）的方式公布了，而形成了針對同一行為的多個法律文件（相應對應不同的執法部門）的表述，比如電子商務法、消費者權益保護法、反不正當競爭法以及反壟斷法中的一些規範。<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> 例如，針對「二選一」的行為，同時有《電子商務法》第35條、《反壟斷法》第17條、《反不正當競爭法》第2條、《消費者權益保護法》第9條等多種法律條文表述對其進行調整。

在這個問題上，實際的制度運作中，部門管轄權的統一，比法律條文中的表述在中國大陸之中實際上更加重要。比如價格法、反不正當競爭法和反壟斷法之間存在著重疊規範，甚至在部門分割的情況下會出現難以協調的情況，但是由於反壟斷法執法機構的統一，由反壟斷局去負責協調另外兩個法的執法部門，其模糊、重疊的地方已經透過後法優於前法的方式得到解決。但是，隨著近年來的聯合執法行為的普遍，以及出現了類似市場監督管理總局的權限分配情形——一個部門執行幾個相互關聯的法，這兩種情形下，執法過程中針對同一個行為，或者會出現不同部門依據不同的法律文件，或者因為一個行為的重疊模糊規範，或者因為一個行為的不同角度界定，從而導致多個法律文件下的規範適用，而產生過度懲罰，而行政法之中的「一事不再理」對這類的聯合執法行為並無約束力。上述聯合執法也會體現在一個完整的執法部門，擁有多個法律的執法權，而對同一個行為可能會採用多個法律視角的方式來選擇性執法，但選擇性執法和法律責任的重疊有時候僅僅取決於法律規範的表述或者界定方式上。

最後，是原本固有的刑民交叉，已經有所討論或者關注，但中國大陸的刑事政策「世輕世重」<sup>15</sup>，制度實踐並不穩定。不過，如前所述，在數年之前（大致可以2016年為界）的前兩個十年之間，對警察介入經濟糾紛的控權是比較有力的，同時，對於刑事責任較為嚴重的案件，那麼會以刑事案件優先於民事案件，刑事附帶民事訴訟就會替代民事訴訟。在通常情形下，刑事附帶民事訴訟是賠償不足的，或者會因為無法清償債務而導致類似破產清算的情形，故而重複或過度懲罰的情形並不突出。但近年來隨著經濟糾紛案件的擴展，民事訴訟常常會發生在前，而被告則常常使用刑事舉報的方式阻遏民事程序的進行，「刑民交叉」就成了一個焦點性的話題。這種情況下，常常表現為民事訴訟在先，而刑事程序啟動在後，但刑民分離也成為一個重要的解決衝突的方式，進而體現在以「九民紀要」（2019年12月23日《全國法院民商事審判工作會議紀要》）中。在這種情況下，「九民紀要」採用「不同事實」作為區分標準，更符合理論標準，但其中所列舉的兩種類型，「行為人以法人、非法人組織或者他人名義訂立合同的行為涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判認定其構成犯罪，合同相對人請

---

<sup>15</sup> 《尚書·呂刑》。

14 法學的理想（第三卷）：跨域教義

求該法人、非法人組織或者他人承擔民事責任的；法人或者非法人組織的法定代表人、負責人或者其他工作人員的職務行為涉嫌刑事犯罪或者刑事裁判認定其構成犯罪，受害人請求該法人或者非法人組織承擔民事責任的」，則實際上屬於訴權或者法律關係不同的情形。這種情況下也會出現裁判在後的法律責任判斷，是否需要考慮之前責任人已經法定裁判作出的處罰作為抵扣的情況。

近年來發生的情況，強監管（包括穿透式監管）、<sup>16</sup>聯合執法等，將原本趨向於合理化的刑民交叉制度的發展趨勢有所逆轉，並且對民事責任優先，民事責任和行政責任分離的框架性原則形成了挑戰。

如果僅僅是停留在數年前的實踐狀態之中，那麼重複甚至過度懲罰的情況大部分可以在最後的法律責任追究程序，即刑事責任的判斷之中，作為減輕處罰的情節納入司法考量。這是因為刑事法庭實際上作為最終的裁判者其權限是統一的。事實上，這一類問題過往都是存在的。比如，行政法、經濟法中的諸多法律規範，都會有「責任轉致」條款，類似於《反壟斷法》第52條的規定：「對反壟斷執法機構依法實施的審查和調查，拒絕提供有關材料、信息，或者提供虛假材料、信息，或者隱匿、銷毀、轉移證據，或者有其他拒絕、阻礙調查行為的，由反壟斷執法機構責令改正，對個人可以處二萬元以下的罰款，對單位可以處二十萬元以下的罰款；情節嚴重的，對個人處二萬元以上十萬元以下的罰款，對單位處二十萬元以上一百萬元以下的罰款；構成犯罪的，依法追究刑事責任。」這種行政法、經濟法中的大量規範，有些會陸續納入刑法典的規範，但也有很多作為孤立規範而單獨存在，並且缺乏實施，銜接機制也不夠清晰明確，已經成為經濟法中受到關注的問題。但是這種「責任轉致」或者說「責任升級」，在刑事責任追究的過程之中，可以透過對包括已經透過其他法律責任實現的對社會危害性的恢復程度在內的考量而納入法律責任的判斷。例如，在貪污犯罪中，積極退贓，以及在個人犯罪的情形下，以金錢賠償的方式取得受害人或者受害人家屬的諒解，都已經成為一個重要的情節。<sup>17</sup>

<sup>16</sup> 參見鄧峰：《審慎對待「穿透式」監管》，《財經·戰略與預測2018年》，第64-67頁。

<sup>17</sup> 定量分析，參見See Benjamin L. Liebman, “Leniency in Chinese Criminal Law: Everyday Justice in Henan”, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 33, 2015, pp. 153-227. 定性

但是當法律關係開始複合化，立法快速擴展，法典化的內在水平不足的情況下，民事責任優先、民事責任和行政責任分離這樣的既往實踐原則就開始經受相應的挑戰。這些挑戰的根源在於四個層面：首先，這些重複或者過度懲罰的問題大都集中於企業作為主體之上，這和企業、公司乃至於平臺（platform）的商業行為、實踐是緊密相關的，大多集中於公司、證券、金融等強監管的領域之中；其次，法律規範、文件、制度乃至於法律部門的切割設定了規範的不同目標乃至於「法益」，但是這些「法益」對受害人而言，可能是不同的，是理論上似乎可以「加總」的，但對加害人而言，則常常會構成同一行為的重複甚至過度制裁。其重複或過度，主要體現在公共利益和個體利益之間的關係如何理解這一問題之上；再次，強監管、聯合執法、協調執法等模式中，內在的執法部門在分割的法律規則下的不同分工和加強懲罰造成了這種局面的出現；最後，中國大陸四十年來的民事責任優先、民事責任和行政責任分離的規範，更多是基於社會主義市場經濟優先發展民商法的這一改革方式之下，不斷的透過私的規範對私人領域的確認以便推動公共部門的治理變化的路徑之上的，但是顯然這種策略在公共權力的行使模式變化的情況下，顯示出明顯的一廂情願的色彩。

## 參、檢討與反思

對於本文所提出的法律規範的重疊，而產生的重複或者過度懲罰的問題，在實證上得到系統性的驗證並不容易。但本文開篇所提出的例子即比較明顯；在一些裁判過程之中，一個行為不受兩次處罰的抗辯理由也經常被提出，繼而基於法律關係的不同甚至法益的不同而被駁回。就本文的分析而言，即便是作為一個思想實驗或者邏輯上的推理問題，也值得就這一問題暴露的規則、制度乃至於學理問題進行反思。本文嘗試提出一個不完整問題清單，儘管未必能覆蓋全部的問題，這類問題在一定程度上也並非中國大陸所獨有，也並不能提出一個系統性的改進方案，但對一些具有

---

觀點，參見孫超然：《論貪污罪、受賄罪中的「情節」——以高官貪腐案中裁判考量因素的實證分析為切入點》，《政治與法律》2015年第10期，第50頁；同時參見張明楷：《論影響責任刑的情節》，《清華法學》2015年第2期，第23頁。



16 法學的理想（第三卷）：跨域教義

針對性的局部反思或者批評則是必須的。

首先，這些重疊法律規範及其執行，顯然是突破傳統法律的框架下而產生的，其社會實踐的來源，來自於公司在中國大陸的公法監管框架下的市場中行為模式，除了「二選一」的案例之外，比如「九民紀要」所提出的，「近年來，在民間借貸、P2P等融資活動中，與涉嫌詐騙、合同詐騙、票據詐騙、集資詐騙、非法吸收公眾存款等犯罪有關的民商事案件的數量有所增加」，也是一個明顯的產生背景的官方表述。快速擴張的民事救濟機制和不斷強化的監管政策及其執行之中，是孱弱實體化的公司治理。過度股東控制的公司權力會就同一行為造成的股東和管理者的身分不同，而導致行為者被列為不同的主體。甚至可以說，針對控股股東兼任公司高管，直接以股東間協議替代公司章程等，<sup>18</sup>在司法裁判之中存在著「精神分裂症」。<sup>19</sup>當賠償責任不足的情況下，裁判規則乃至裁判書中會直接否認公司實體性甚至忽略公司獨立人格的審查，而當被告提出責任過度的抗辯理由的時候，裁判書會直接以主體不同乃至於法律關係的不同而對公司實體性予以形式上的尊重。這一問題上在經濟規制乃至於行政法之中，採用直接責任人的表述，對執法機關的約束更加不足。在立法之中，各種學說和主張也是如此，一方面不斷遷就公司實體性不足的現實而不願意採用更為嚴格的公司治理，但是追責或者實現民事責任賠償上則不斷擴張。這些顯然是公司治理的「應然」和「實然」之上模糊不清造成的，也是民事責任優先和民事行政責任分離的視角下，實際上僅僅將民事責任等同於事後的損害賠償功能，而忽略了其事前的激勵功能造成的。

公司的本質理論顯然影響著這一問題。在實體論的公司下，公司的憲法權利是得到明確的，儘管憲法上的權利究竟是什麼是存在理論爭議的。<sup>20</sup>這也和雙重危險（double jeopardy）原則是否可以適用於公司相

---

<sup>18</sup> 參見陳群峰：《認真對待公司法：基於股東間協議的司法實踐考察》，《中外法學》2013年第4期，第831-846頁。

<sup>19</sup> 此處借用了Allen法官的著名形容，當然所指並不相同，但在理論上的根源是一致的。See William T. Allen, "Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation", *Cardozo Law Review*, Vol. 14, 1992, pp. 261-280.

<sup>20</sup> See Larry E. Ribstein, "The Constitutional Conception of the Corporation", *Supreme Court Economic Review*, Vol. 4, 1995, pp. 95-140. See also Gregory A. Mark, "The Personification of the Business Corporation in American Law", *University of Chicago Law*

關，儘管這一原則在英美法的理論之中更多和刑事責任聯繫在一起。<sup>21</sup>但是其原理是一樣的，公司是否可以因為其行為不受重複責任追究或者過度懲罰，是一個可以探索並且進而引申到所有主體的責任上限的命題。美國法上，公司的憲法權利從19世紀首先聚焦於作為股東財產的第14修正案的保護，在20世紀以來，不斷擴展了其權利範圍。但是，中國大陸法上僅僅是透過民法典明確了法人的「名稱權、名譽權和榮譽權」（《民法典》第111條），以及平等保護的權利。名譽權和榮譽權甚至可以說是比較特別的一種模式，但是對其他的權利，則付諸闕如。

其次，民事責任的實現應當體現了補償原則，只有在故意甚至惡意的情況下，才能夠超出一方當事人的損失，從受害人標準轉為加害人標準。顯然，對這種責任限制規則的缺乏，也不能明確民法的填補損失的標準。雖然作為舶來品的比較法借鑑的過程之中，在侵權、合同等具體的賠償標準上有了規定，但是這些僅僅是針對一個具體法律關係的，對不同法律關係加總的時候如何處理，並沒有總體的規則，甚至在民事賠償的不同法律關係下，是否有所限制也並無定論。換言之，即便在民法典的法典化過程中，也沒有對合同、侵權、準合同的責任競合如何處理進行明確，更不用說，一旦同一行為的法律競合超出了民法的領域之外了。

這種問題的出現，首先是僅僅考慮了受害人標準，而未能考慮加害人標準以及預防事故等事前目標的激勵是相關的，這甚至表現在民事訴訟制度之中並無集團訴訟，而只有「同類訴訟的合併審理」；其次，這和法律部門、法律文件劃分中的教條主義的「法益」理論是相關的，即只要受損方得到了賠償，加害方所承擔的各種不利後果的法律制裁之間並不能加總計算，甚至是不相通的。因此行政處分和民事賠償是不同性質的制裁手段，因此並不能將不利的行政法上的後果和民事後果加總計算。這在有時候可能是成立的，但是顯然和市場經濟下的成本負擔是可以替換或者權衡的不相符合，甚至在都出現罰金的時候就更不能自圓其說。更為神奇的是，一些學說會將成本加總的說法歸入法律經濟學，雙向激勵的確是法律

---

*Review*, Vol. 54, 1987, pp. 1441-1483.

<sup>21</sup> See Amar, Akhil Reed. "Double Jeopardy Law Made Simple." *Yale Law Journal*, Vol. 106, 1997, pp. 1807-1848; and see Kirchheimer, Otto. "The Act, the Offense and Double Jeopardy." *Yale Law Journal*, Vol. 58, 1949, pp. 513-544.

18 法學的理想（第三卷）：跨域教義

經濟學的主張，<sup>22</sup>但成本負擔的可替換性或者可權衡性並不必然是與法律經濟學相聯繫的。這種基於「法益」的說法認為，不同的懲罰是為了不同的目標而無須甚至不應當考慮加總，將其與教義法相結合，顯然並不能解釋刑法的教義學中的情節減輕考量因素和民事責任各法各論的教義學為什麼會不同。而且更加令人難以理解的是，實體法的民法採用了教義學的一些原則，堅持法益說，似乎還可以理解，但是民事訴訟法作為權利、利益的衡量判斷機制，也被教條主義式的法益說主導，而這實際上在法律部門分工上又包括了具體實現勝訴利益的執行法，不出現自相矛盾的情況才是不正常的。

再次，行政法和經濟法中的監管權力配置加劇了責任競合，本來運行良好的行政或者經濟規制是建立在明確的權限劃分，或者不同管轄機關和相應的管轄權前提基礎之上的，因此，當一個部門一個法一個管轄權的原則得到明確的前提下，按照「一事不再罰」的原則即可以實現約束。但是，隨著社會實踐的迅速演化，一方面，立法規則過於迅速，都是以單行文件進行立法，其中的社會焦點問題，比如平臺責任，在不同的法律文件均予以了相應的立法。在缺乏上層原則制約的前提下，非常容易出現競合、重疊甚至重複的法律規範。另外一個方面，聯合執法以及獨立執法權限被更上級部門的強而有力的協調、指揮之後，就會喪失專業分工而產生的責任分割，形成了對同一違法行為就不同的文件目標而實施多重處罰。這顯然是對憲政下的執法分權提出了新的要求。比較典型的例子是，《非銀行支付機構條例（徵求意見稿）》中所提出的由中國人民銀行作為監管部門的，並無上位法依據且容易形成管轄權衝突的「反壟斷預警機制」。<sup>23</sup>

<sup>22</sup> See A. Mitchell Polinsky & Yeon-Koo Che, “Decoupling Liability: Optimal Incentives for Care and Litigation”, *RAND Journal of Economics*, Vol. 22, pp. 562-570.

<sup>23</sup> 不僅僅是與《反壟斷法》重疊，還存在著和《反不正當競爭法》的重疊，比如「第五十四條（公平競爭要求）非銀行支付機構不得開展不正當競爭，妨害市場公平競爭秩序。」「第五十五條（市場支配地位預警措施）非銀行支付機構有下列情形之一的，中國人民銀行可以商國務院反壟斷執法機構對其採取約談等措施進行預警：一個非銀行支付機構在非銀行支付服務市場的市場份額達到三分之一；兩個非銀行支付機構在非銀行支付服務市場的市場份額合計達到二分之一；三個非銀行支付機構在非銀行支付服務市場的市場份額合計達到五分之三。」

這一問題的產生也和幾乎無人反對的反壟斷民事訴訟機制在反壟斷法立法之中的引入是聯繫在一起，彼時將民事訴訟機制作為制約壟斷、揭示壟斷的一種發現機制和補充機制；按照這種私人執行方式展開，實際上法院作出反壟斷的裁判是成本極其昂貴的。但這和當時出現的「民事責任優先」的制度背景是相呼應的。但顯然，隨著強化監管的出現，發現、補充的功能不再突出，而公共執行替代了私人執行的情形得到了加劇，這就表現出了所謂的「民事責任優先」，以及過往不斷努力建立的「行政責任和民事責任分離」的命題，其實是在特定時期的憲政格局下的產物，而一旦憲法上的專業分權和政策實施力度發生變化，這種民事責任的原則就陷入落空。這充分的表明了中國大陸的民法規則依賴於簡單的比較法引入的方法侷限性，忽略了規則所需要的基礎性憲政權利和權力配置的前提。同時，也充分的說明了僅僅依賴於民事規則和民事裁判，去建立受到約束的公權力的努力不過是一種想像而已，也充分的表明諸如「民法是市場經濟的基礎法」的說法僅僅是一個部門法學的扭曲理解而已。

在經濟法內部的分工上，責任競合更是被忽視的命題，甚至「規制還是反壟斷」的二元替換關係也沒有得到明確，僅僅強調了均屬於國家干預而已，均屬於類似行政的縱向法律關係而已。但同一行為究竟應當是歸入獨立規制機關（IRA）還是歸入行政，隨著金融危機的出現，在美國學界出現了「雙峰監管」（twin-peaks regulatory model）的主張，<sup>24</sup>表明經濟法自身內部的憲法分權理論出現了緊張。同樣，在中國大陸，反壟斷法更多默認解釋為「市場經濟的憲章」，在制度上將反行政壟斷（與反不正當競爭之間存在著重疊）包括在內，並在執行機關的設定上與公平競爭審查

---

<sup>24</sup> 雙峰監管的模式最早由Michael Taylor提出，See Michael Taylor, “Twin Peaks: A Regulatory Structure for the New Century”, Center for the Study of Financial Innovation, London, December 1995. 金融危機後，美國財政部、G30集團和英國財政部分別推出了以雙峰監管為典範的金融機構改革方案，See “The Optimal Regulatory Structure”, Blueprint for a Modernized Financial Regulatory Structure, Part IV; and see The Group of Thirty, “The Structure of Financial Supervision Approaches and Challenges in a Global Marketplace”, 2008; and see Great Britain H. M. Treasury, “A New Approach to Financial Regulation: The Blueprint for Reform”. 與獨立規制機關（Independent Regulatory Agencies）的關係，See Lawrence A. Cunningham and David Zaring, “The Three or Four Approaches to Financial Regulation: A Cautionary Analysis Against Exuberance in Crisis Response”, *George Washington Law Review*, Vol. 78, 2009, pp. 39-113.

制度融為一體，理論上形成了對包括對監管的制約在內的超級反壟斷，儘管實際上有心無力；而經濟監管在實際上不斷得到了加強，執法力度隨著政策而發生變化，自身又有強大的行政立法權，更容易出現權力配置上的擴展而容易產生重疊。至於更為特殊的市場監督管理總局，自身一個執法機關同時執行諸多法律文件，儘管其權限劃分也仍然是根據法律文件的不同，但是各個法律執行部門歸屬於一個部級單位協調領導，選擇性適用雖然並不必然導致重複執法，但是在政策變化的時候從重的導向會出現實質上的過度懲罰。

最後，中國大陸獨特的法院體系也導致其對不同機關基於不同部門、文件、規範的重疊執法無力處理，一方面存在著事實上的不同專業法庭的設立和分工，但是並沒有一個憲法法院或者憲法法庭對基於重複、重疊和競合的法律規範進行審查，或者對責任人予以憲法原則或者權利的保護；另外一個方面，也沒有衡平法院對來自於不同裁判機關的法律責任予以衡量、加總、排序或者擱置。現有的法院執行局進行了一定的嘗試，對民事判決的執行設置了異議部門，但並不能進行實體的裁判，而僅僅是對裁判文書的可執行性進行技術性評判，因此對於本文所提出的問題無能為力。

## 肆、結 語

本文所提出的問題更多是一個問題框架，但是當前這種問題的形成，說明了僅靠一個部門的片面突破，是無法有效的建立其公平而富有效率的法律制度的；同時，也說明了僅僅依賴於比較法律規則的引入，而缺乏對理論，相關關聯的制度，尤其是憲法制度甚至法理學的理解，是難以有效的將技術規則發揮得當充分適用的；而一些嘗試性的獨特探索，比如行政責任與民事責任的分離，民事責任優先等，僅僅是特定時期的局部真理而已。

規範競合而引發的重複處罰，甚至過度懲罰問題，從根本上只要存在著法律部門、文件、制度的分工，就不可能完全消滅。但是將公法權力配置和私法規則聯合考察以降低這種問題；將實體問題和程序問題分割，以正確的適用實體規則，並對利益加總進行衡量，則是當下的所謂民法方法論繼續檢討的內容。法律應當是一個將憲法權利和權力配置、制度運行、



法律規範和具體實現的整個法律過程納入考量，類似於North、Williamson以及Tirole所提出的「制度動力學」的整體研究，<sup>25</sup>而非局部的、部門的、教條的。中國大陸法學所面臨的下一步問題，更多應當是憲法的具體化和體系化的過程，而並非簡單在部門割據的情形下的單兵突進。如同卡多佐所言，法律應當是純淨的水流，法律人的作用是撿出阻礙水流的樹枝，使之更為純淨。<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> See Avner Greif, “Historical and Comparative Institutional Analysis”, *American Economic Review*, Vol. 88, 1998, pp. 80-84.

<sup>26</sup> See Benjamin N. Cardozo, A Ministry of Justice, *Harvard Law Review*, Vol. 35, 1921, pp. 113-126, p. 126.