

天津法学

Tianjin Legal Science

(季 刊)

编委会顾问: 散襄军

编委会主任: 祖文光 张 健

编委会副主任: 杨明光 于浩明

编委会委员: (以姓氏笔画为序)

马立民 王吉林 付士成 古津贤 左海聪

刘士心 刘晓梅 齐恩平 孙佑海 孙学亮

吴春雷 肖 强 陈灿平 杨 惠 侯欣一

郝 磊 梁津明 薛智胜

主 编: 杨明光

副 主 编: 杜爱农

编辑部主任: 张 颖

主管单位: 中共天津市委政法委员会

主办单位: 天津公安警官职业学院
天津市法学会

2019年第2期 / 第35卷 / 总第138期

天津法学

Tianjin Legal Science
(季 刊)

2019
2

第35卷/第2期(总第138期)
2019年6月15日出版

·专 栏·

关于“人工智能发展与法治保障”的天津共识 (5)

·法律实施论坛·

代持股权作为执行标的时隐名股东的异议权研究 刘俊海(7)

公司法实施中的双重代表诉讼制度确立与构建 樊纪伟(15)

·学术热点·

人工智能刑事责任的主体问题探析 刘晓梅 刘雪枫(22)

中美贸易战中中方反制行为的合法性分析 杨雨馨(28)

·法学研究·

“枫桥经验”的法治实践与基层矛盾化解机制 王者洁 刘心蕊(35)

《涉外民事关系法律适用法》第4条司法实践评析 张寒雪 秦瑞亭(41)

体育赛事的可版权性及版权保护逻辑 刘一泽(48)

对房屋承租人权益的强制执行探析 吕雅妮(53)

·国际法研究·

从波兰气候大会看国际气候变化法新成果 史学瀛 宋亚容(61)

·立法建议·

美国辩诉交易中反悔后的救济问题研究及制度启示

- 基于对 2018 年刑事诉讼法再修改的分析 张宏宇 谢 祺(67)
- 高校法律援助机构的运行与发展模式 刘亦峰 严若冰(73)
- 行政行为合法性审查存在的问题及其完善路径 陈 鹏(80)
- 正当防卫制度的适用现状与制度完善 孙凤荣(87)

·法律史学·

青铜古物与西周刑罚

- 从西周金文看西周的刑种及其演变 陈 统 吴海航(92)

·司法理论与实践·

检察机关适用认罪认罚从宽制度的经验与困惑

- 天津市静海区人民检察院课题组(101)

·案例辑要·

外国公司在我国提起行政诉讼时应承担的对起诉条件的举证责任

- 对加拿大某公司起诉某区市场监管局要求撤销股权质押登记案的评析
- 范 懿(107)

主管单位: 中共天津市委政法委员会

主办单位: 天津公安警官职业学院

天 津 市 法 学 会

出版单位: 《天津法学》编辑部

主 编: 杨明光

副 主 编: 杜爱农

编辑部主任: 张 颖

国际标准刊号: 1674-828X

国内统一刊号: CN12-1416/D

出版日期: 2019 年 6 月 15 日

地 址: 天津市西青区精武镇陈台子路 88 号

邮政编码: 300382

电 话: (022) 58786530

传 真: (022) 58786530

电子信箱: tianjinfx@126.com

发行范围: 国内外公开发行

邮发代号: 6-285

印刷单位: 天津市汇丰彩色印刷有限公司

电 话: (022) 27300405

定 价: 10 元

Tianjin Legal Science

NO.2 Vol.35 (General Serial No. 138) 2019

Date of Publication: Jun.15th,2019

Study on the Right of Objection to the Judicial Enforcement of the Shares Owned by Anonymous Shareholders	LIU Jun-hai
Establishment and Construction of Dual Representative Litigation System in the Implementation of Company Law	FAN Ji-wei
On the Subject of Criminal Responsibility of Artificial Intelligence	LIU Xiao-mei ,LIU Xue-feng
Legitimacy of China's Countermeasures in the Sino-US Trade War	YANG Yu-xin
The Legal Practice of "Fengqiao Experience" and the Mechanism of Resolving the Contradictions at the Grass-roots Level	WANG Zhe-jie ,LIU Xin-rui
Judicial Practice Comment on Article IV of Law Concerning the Application of Laws on Foreign-related Civil Relations	ZHANG Han-xue , QIN Rui-ting
Copyright Property and Copyright Protection Logic of Sports Events	LIU Yi-ze
Analysis on the Enforcement of House Lessee's Rights	LV Ya-ni
New Outcome of the International Climate Change Law based on Analysis of Poland Climate Conference	SHI Xue-ying , SONG Ya-rong
Research on the Relief of Regret in American Plea Bargaining and Institutional Enlightenment	ZHANG Hong-yu , XIE Qi
Research on the Operation and Development Mode of University Legal Aid Organizations	LIU Yi-feng , YAN Ruo-bing
Existing Problems in the Legitimacy Review of Administrative Acts and the Ways to Improve them	CHEN Peng
The Application and Improvement of the Justifiable Defense System	SUN Feng-rong
Bronze Antiquities and the Penalty in the Western Zhou Dynasty	CHEN Tong ,WU Hai-hang
Experience and Perplexity of Applying Lenient System of Confession and Punishment in Procuratorial Organs	Research Group of Tianjin People's Procuratorate of Jinghai District
The Burden of Proof of the Conditions of Prosecution that Foreign Companies should Bear when Instituting Administrative Litigation in China	FAN Yi

关于“人工智能发展与法治保障”的天津共识

2019年5月16日,第三届世界智能大会在天津开幕。习近平主席致信祝贺大会开幕。习近平主席的贺信,为我们推动人工智能同经济社会发展深度融合指明了方向。智能大会专门设立了“人工智能发展与法治保障”高峰论坛。来自国际、国内的人工智能与法学领域的权威专家、学者齐聚津门,共襄盛会。与会专家学者从人工智能立法、执法、司法和伦理政策层面,围绕应对人工智能发展应用过程中出现的新情况、新问题和进一步完善保障人工智能发展法律体系建设进行了深入研讨,达成共识如下:

共识一:在深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想和全面依法治国背景下,法治对人工智能发展的保障作用日益凸显。在当代,人工智能的大发展是不可抗拒的大趋势。我们必须抓住人工智能发展的重大战略机遇,构筑我国人工智能发展的先发优势,全力促进我国经济社会高质量发展,加快建设创新型国家和世界科技强国。技术是基础,人才是关键,企业是主体,安全是前提,创新是核心驱动,法治则是根本保障。惟有将人工智能发展纳入法治轨道,才能从根本上实现其发展的安全性、可靠性与可控性。

共识二:强化人工智能法治保障,必须

要建立健全以人工智能法治理论为基础,涵盖立法、执法、司法、守法等关键领域的人工智能法治体系。尤其要善于总结发现人工智能领域法理与一般性法学理论之间的共性规律,析取提炼其个性特征,科学界定相应的权利、义务、责任等基本范畴,为人工智能法治体系的健全和发展构筑坚实的法理支撑。

共识三:人工智能法律规范体系建设应与人工智能发展齐头并进。要在认真总结、及时确认人工智能发展经验成果的基础上,优先在金融、交通、医疗、城市建设等重点领域形成一批行业性指导规范,依照法定程序逐步上升为地方性法规或规章,最终形成一套富有前瞻性、体现强制力、又有可操作性的刚性立法体系,保障人工智能发展有章可循、有法可依。

共识四:加快制定符合人工智能发展实际、贴合行业规律、契合执法需求的行政执法规范,从制度层面划定执法部门的职权范围、权利清单、程序步骤等,不断增强行政执法的规范性、公信力。推进人工智能技术与行政执法的深度融合,加速执法决策的智能化、执法手段的精细化、执法过程的透明化,进一步缩短执法周期、优化执法质效、降低执法成本,全方位提升人民群众对行政执法

工作的满意度。

共识五：积极回应人工智能发展的司法需求，充分发挥司法的权利救济、定分止争等价值功能，妥善化解人工智能发展中的矛盾纠纷，为人工智能发展营造公开、公平、公正的司法环境。应当找准人工智能发展与法院审判和检察工作的切入点、结合点、着力点，加快“数据法院检察院”、“智慧法院检察院”建设步伐，增进人工智能技术在司法领域的深度融合，加快推进司法体系和司法能力的现代化。

共识六：加快制定国家层面的《人工智能伦理纲要》。设置人工智能的伦理规范、道德准则，在制度层面为人工智能发展划定边界、标出底线、明确禁区，尤其要强化人类对于人工智能的主导权、决策权，并将其作为人工智能发展的道德基石。建议设置人工智能伦理委员会，对从业人员的社会责任、职业规范进行监督指导，维护社会公序良俗，构建健康有序的人机关系。

共识七：运用法治思维，制定人工智能的行业准入安全标准，严格推行技术、产品认证制度。惟有符合标准、通过检测的技术和产品才能投放市场、进入流通。加大对网络、数据、算法、代码等重点领域的综合管控力度，升级人工智能设计、应用、流通、推广等关键环节的风险抵御能力。对来自国（境）内外、人机两端的潜在风险应当预设应急方案，搭建起各行业、多部门间的联动机制，确保在法治的原则下，对潜在风险想得到、防得了、控得住。

共识八：倡导对高等院校、职业院校的学科专业设置作前瞻性规划，增设人工智能及交叉学科教育门类，减少人工智能将冲击或可能替代的相关专业类型。以数字化教育提升人工智能专业毕业生的培养规模和培养质量，为人工智能发展储备生力军。高度重视人工智能与法学教育的深度交叉融合，大力培育具备法学素养并熟悉人工智能技术原理的复合型人才。

共识九：面向全球选拔人工智能、法学及相关领域的权威专家、优秀学者以及资深从业者，组建人工智能产业发展专家委员会。倡导制定“人工智能重大决策专家咨询论证实施办法”，建议将提交咨询委员会论证、听取咨询委员会的意见，上升为人工智能重大决策之前的前置程序，提升决策的科学性和执行的有效性。

共识十：应当关注和加强人工智能领域的国际合作。进一步强化人工智能发展的法治保障，推动人工智能的健康有序发展，是世界各国面临的共同课题。建议加快发展相关国际法规范，推进人工智能领域的国际合作，为维护世界和平与安全，构建人类命运共同体服务，更好地发挥法治的保障作用。

本次论坛凝聚了各方智慧，达成了天津共识，这是人工智能领域深化国际合作的一个重要成果。下一步，我们将以更加包容的胸怀和更加开放的姿态，在人工智能领域凝结提炼更多可复制、可借鉴、可推广的经验，为推动构建人类命运共同体，做出新的更大的贡献！

代持股权作为执行标的时隐名股东的异议权研究

刘俊海

(中国人民大学 法学院, 北京 100872)

摘要:现行执行异议之诉制度无法解决执行程序中名义股东与隐名股东及其债权人相互之间的权利冲突。建议法院对代持股权采取“别内外,论阴阳,分善恶,讲先后,重担保,防双悬,辨民商”的裁判与执行理念。在正确区分股权代持内外法律关系的基础上,基于外观主义原则,名义股东的债权人有权申请执行名义股东名下的所有股权,即使隐名股东提出异议,甚至出具股权代持协议或生效的确认股权代持法律关系的裁判文书,也不应获得支持。但外观主义原则也有例外规则。《公司法》中的“第三人”与《民法总则》中的“善意相对人”均包括申请执行人,而限于交易关系中的合同当事人。

关键词:股权代持;隐名股东;名义股东;强制执行;债权人;善意第三人

中图分类号:D912.287

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0007-08

在现实生活中,财产代持尤其是股权代持现象普遍存在。股权代持就是指隐名股东与名义股东相互分离的法律现象与法律关系。名义股东虽然记载于股东名册甚至被登记与公司登记机关,但不真正履行投资义务,亦不享受股东权利。隐名股东实际上履行投资义务并享受股东权利,但并未在公司登记机关登记为公司股东,致使公司的外部人和社会公众(包括债权人、交易伙伴)无法或很难获知名义股东背后的隐名股东,以及名义股东与隐名股东间的股权代持关系。因此,当名义股东的债权人手持胜诉的裁判文书请求法院强制执行名义股东名下的股权时,作为案外人的隐名股东能否行使异议权、对抗名义股东的债权人,就成为一个既具有现实意义、也有学术价值的研究课题。

一、从一则案例看聚讼纷纭的司法态度

在最高人民法院咨询笔者的典型案例中,甲公司与乙公司存在借款合同纠纷。某中院于2013年5月判决被告乙公司于本判决生效之日起10日内偿还原告甲公司本金及利息4000余万元。在判决生效后,乙公司没有主动履行义务,甲公司申

请法院强制执行。执行法院对被执行人乙公司持有的银行股权启动了司法拍卖程序。在拍卖过程中,案外人丙公司就上述执行标的提出案外人异议,请求法院确认丙公司为该股权的实际权利人,停止对乙公司所持有的银行股权的强制执行,执行法院审查后裁定驳回了丙公司的案外人异议。

丙公司不服,向执行法院提起案外人异议之诉。经查,2010年6月,丙公司与乙公司签订《委托投资入股代理协议》,约定丙公司委托乙公司作为丙公司对银行的出资入股代理人,委托期限三年。2010年11月,丙公司的关联公司丁公司向乙公司账户汇款9360万元。2013年6月,丙公司与乙公司又签订了《委托投资入股代理协议之补充协议》,约定由乙公司继续代持对该银行的股份。乙公司承诺委托期间如发生代持资产被司法机关或其他有权机构采取查封、扣押等强制措施的,乙公司应积极配合丙公司向法院或其他有权机构提出解除查封、扣押等强制措施的申请或申诉。如不能解除,乙公司应另行向法院提供其他财产以确保解除代持资产的强制措施,否则,给丙公司造成损失的,丙公司有权向乙公司追偿。

2014年9月,丁公司出具《代付款情况说明》,载明丁公司向乙公司所汇9360万元款项系代丙

公司与乙公司签署的《委托投资入股代理协议》支付的。

关于执行法院对于被执行人代持的股权（名义股权）能否强制执行的问题，主要存在三种不同意见：

（一）第一种意见认为执行法院可以强制执行乙公司持有的银行股权

理由如下：从法律依据看，《最高人民法院关于适用〈公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称“《公司法解释（三）》”）第24条肯定了股权代持协议的法律效力，但并未认可隐名股东即实际出资人的股东地位。另根据《公司法》第33条第3款，公司有义务将股东姓名或名称及出资额向公司登记机关登记，登记事项发生变更的，应变更登记，未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。依法登记的股东对外具有公示效力。隐名股东在公司对外关系中不具有股东的法律地位，不能以其与名义股东间之约定为由对抗外部债权人对名义股东的正当权利。当名义股东由于未清偿债务而成为被执行人时，债权人有权依据工商登记记载的股权归属申请法院强制执行该股权。关于执行法院对名义股东持有的股权能否强制执行，还要看股权的实际投资人是否通过司法程序、仲裁程序或一定范围的公示程序取得了股东地位，成为股权的真正权利人。如果隐名股东和名义股东之间已经通过司法程序、仲裁程序或者公示程序对隐名股东的股权和股东地位进行了确认，那么隐名股东就不仅是实际投资人，也是股权的实际权利人，享有所投资公司的股东资格。非经股权确认的法律程序，实际出资人并不能当然取得登记在他人名下股权以及股东资格，被执行人与案外人之间的股权代持协议不能对抗执行法院的执行行为和第三人通过执行程序以拍卖股权的方式实现对被执行人债权的清偿。

（二）第二种意见认为执行法院应该停止执行乙公司持有的银行股权

理由如下：工商登记作为一种权利外观，仅有权推定效力，并不一定与实际权利相符。本案工商登记所表征的权利与实际权利不符，乙公司仅系名义股东，投资取得股份的实际权利应归丙公司所有。根据外观主义法理，在外观权利与实际权利不一致的情形下，倘若善意第三人基于对权利

外观的合理信赖而与名义股东实施民事法律行为，则该民事法律行为效力受法律优先保护。根据《公司法解释（三）》第25条，名义股东处分登记于其名下股权的，实际出资人以其对股权享有实际权利为由请求认定处分股权行为无效的，要参照《物权法》第106条规定的善意取得规则处理。根据上述司法解释的规定及外观主义法理，当隐名股东的权利与因信赖权利外观而和名义股东实施民事法律行为的善意第三人权利发生冲突时，为维护交易安全，善意第三人的权利优先于隐名股东受到保护。而本案中甲公司申请执行的是其与乙公司因借款关系而形成的债权，甲公司并没有与名义股东乙公司就登记在乙公司名下的股权从事民事法律行为。从外观主义法理来看，甲公司不是基于信赖权利外观而需要保护的民事法律行为之善意第三人，本案也没有需要维护的交易安全，甲公司的债权请求不能受到优先于隐名股东丙公司的保护。其次，即使甲公司的借款债权不能因执行登记在乙公司名下的股权而实现，其根本原因系被执行人责任财产不足造成，如果甲公司有损失，该损失也与丙公司和乙公司之间的委托持股没有因果关系。因此，应停止对登记在乙公司名下的股份及未分配红利的执行。

（三）第三种意见认为应根据案件实际情况决定能否执行

理由如下：实践中，股权代持协议存在多种情形，能否执行应综合全案具体证据与因素而定。一方面，执行债权人能否成为受到登记公示公信原则保护的第三人在理论与实践中存在争议，因此一概否定隐名股东排除执行的权利难以成立。另一方面，如果一概承认隐名股东排除执行的权利，则会让股权代持协议成为实践中规避执行、逃避义务的工具，导致被执行人无论是股权的实际投资人，还是名义持有人时，都无法执行的局面。如果被执行人是实际投资人，则通过提出案外人异议之诉的方式排除执行；如果被执行人是登记的权利人，根据“只能查封登记在被执行人名下财产”的规则，也能轻易逃避掉执行。这将严重损害执行债权人的合法权益，因此，对于此类情形，应当区分具体情形予以判断，除非隐名股东具有相当理由，否则不能轻易承认其排除执行的权利。但如何判断“理由正当”，该观点

未能作出进一步说明。

上述方案见仁见智,各有利弊。两利相衡取其大,两弊相权取其轻。为从根本上排除法院近年来执行工作中屡屡遇到的此类法理障碍,提升法院执行工作的有效性、稳定性与可预期性,维护交易安全,倒逼隐名股东在选择名义股东时更加谨慎,既不能坚持绝对的名义标准,也不能坚持绝对的内部权利标准,更不能无原则、无底线、无标准地抹稀泥。因此,笔者主张中庸之道,原则上坚持外观主义和名义标准,例外情况下尊重隐名股东的合法权益。但就此案而言,申请执行人有权请求法院执行乙公司持有的银行股权。

鉴于民事诉讼和执行程序中代持股权的情况复杂,为明确执行程序中对被执行人代持股权强制执行的原则和标准,统一裁判尺度,最高人民法院执行局曾于2016年3月29日就执行异议之诉的某典型案例征求笔者意见。2018年11月19日,笔者在参加最高人民法院第一巡回法庭与商法学研究会举办的“执行异议之诉中权利类型和保护规则”研讨会时,再次就股权代持及其他财产权利代持中的执行问题发表了看法。

二、现行执行异议之诉制度无法解决执行程序中名义股东与隐名股东及其债权人相互之间的权利冲突

为保护案外人的合法财产免遭强制执行,《民事诉讼法》第227条允许案外人对执行标的提出书面异议,并要求法院自收到书面异议之日起15日内审查,理由成立的,裁定中止对该标的的执行;理由不成立的,裁定驳回。但该条提及的“案外人”一词是否包括代持财产的名义权利人(包括隐名股东),语焉不详。

《民事诉讼法司法解释》第15节细化了执行异议之诉制度。案外人、当事人若对执行异议裁定不服,可自裁定送达之日起15日内向法院提起执行异议之诉。第311条要求案外人就其对执行标的享有足以排除强制执行的民事权益承担举证证明责任。因此,倘若案外人能承担此举证责任,法院就应判决不得执行该执行标的。针对案外人提起的执行异议之诉,第312条要求法院在审理后按下列情形分别处理:(1)案外人就执行标的享有

足以排除强制执行的民事权益的,判决不得执行该执行标的;(2)案外人就执行标的不享有足以排除强制执行的民事权益的,判决驳回诉讼请求。案外人同时提出确认其权利的诉讼请求的,法院可在判决中一并作出裁判。针对申请执行人提起的执行异议之诉,第313条要求法院在审理后按下列情形分别处理:(1)案外人就执行标的不享有足以排除强制执行的民事权益的,判决准许执行该执行标的;(2)案外人就执行标的享有足以排除强制执行的民事权益的,判决驳回诉讼请求。

但《民事诉讼法司法解释》第15节仍未明确界定“足以排除强制执行的民事权益”究竟是否包括代持财产;倘若包括代持财产,法院是否应尊重与保护代持财产的权利外观及其公示公信效力?换言之,倘若善意申请执行人并不知道被执行人名下的财产为代持财产,但案外人能够举证证明自己就是隐名股东,案外人的执行异议应否获得法院支持?

司空见惯的股权代持现象不仅给实体法提出了挑战,而且给程序法包括强制执行法提出了难题。一些法院在无辜的名义股东的执行人与无辜的隐名股东的冲突面前不知所措,各地做法亦杂乱无章。除了股权代持,在其他财产权利代持以及借名买房、购车、购船、开发房地产等情况下,案涉执行标的也会同时存在名义股东、实际权利人及其一系列相关利益第三人的权利义务界定与保护问题。例如,在借名买房、股份代持等情况下,案涉执行标的的同时存在名义股东与实际权利人。名义股东的金钱债权人申请执行该标的的,实际权利人会提出异议;实际权利人的金钱债权人申请执行该标的的,名义股东会提出异议。处理该类问题的思路是应当根据实际出资情况,还是根据权利外观,确认当事人的权利是否足以排除执行?

在股权代持的情况下,倘若名义股东为被执行人,若法院执行该股权,则会损害隐名股东的利益;若法院不执行该财产,则会助长失信者通过竞相签订股权代持协议的方式逃避债务。即便在股权代持协议真实合法有效的情况下,隐名股东也会有债权人。倘若隐名股东的债权人申请执行该代持财产,还有可能引起名义股东的反抗。因此,以代持财产为执行标的的情形不仅会引发名义股

东的债权人与隐名股东之间的冲突、隐名股东的债权人与名义股东之间的冲突,以及隐名股东的债权人与名义股东的债权人之间的冲突,还会引发实体法与执行法的冲突、民法规范与商法规范之间的冲突。

三、执行代持股权时应当坚持的七大理念

笔者主张,法院对于代持股权采取“别内外,论阴阳,分善恶,讲先后,重担保,防双悬,辨民商”的裁判与执行理念。

“别内外”强调严格区分隐名股东与名义股东之间的内部法律关系,以及名义股东与其债权人之间的外部法律关系。桥归桥,路归路。外观主义原则及其派生出来的名义标准应当作为处理外部法律关系的基本准则。

“论阴阳”强调区分代持股权是否办理了登记手续、获得了公示公信效力。阳光是最好的防腐剂。可预期是交易安全的基本保障,是营商环境的本质要求。在登记机构办理登记的股权信息具有保护善意第三人合理信赖的功能,也具有对抗非善意第三人的功能。

“分善恶”强调申请执行人对被执行人代持股权的主观心态是恶意明知、重大过失,轻微过失,还是善意无过失,也强调隐名股东对自己的财产转至他人名下是否知情、是否同意、是否存在过失。坏人不能获得好处。老实人不应吃亏。

“讲先后”强调在名义股东与隐名股东皆有善意的债权人作为申请执行人的情况下,应根据债权生效时间的先后顺序保护权利在先的申请执行人。

“重担保”强调已经就代持股权设定担保的债权人可以优先受偿。物权优于债权为基本法理。

“防双悬”强调避免出现名义股东以自己身后有隐名股东为由对抗自己的债权人,而隐名股东以自己不是权利人为由对抗自己的债权人,结果导致名义股东的债权人和隐名股东的债权人双双被悬空的尴尬状态。

“辨民商”强调在代持财产执行问题上应严格区分民事关系与商事关系。法律是有温度的。基于以人为本的法律理念,有必要坚持民商事关系的二元论,正确区分民商事财产。民事财产(如住宅

房产)往往涉及自然人生存权等人权问题,而商事财产(以股权和证券化资产为代表)往往涉及商人(商法人与商自然人)的商事权利问题。倘若代持财产(如唯一的居住用房,不包括投资投机性住宅)为涉及公民生存、正常生活与学习所必需的生活资料,私人产权的保护就涉及民生和人权问题。因此,当此类民事股权代持人对外负债时,其债权人(申请执行人)不能执行代持财产。在这种情形下,应当强调对具有人权属性的私人产权的优先保护,而非交易安全的保护。交易安全也很受尊重与保护,只不过要礼让人权而已。当然,股权代持的法律关系一定要真实合法,以预防民事股权代持优先规则之滥用。在商事股权代持的情形下,应更多向债权人与交易安全倾斜。

绝对的名义标准较为僵硬。如果缺乏必要的、仅适用于极端例外情形的灵活性,就容易脱离社会现实与公序良俗。而绝对的内部权利事实标准对名义股东的债权人也不公平。笔者认为,作为中庸之道,以代持财产为执行标的物的,以外观主义或名义标准为原则,以代持财产免于被名义股东的债权人申请强制执行为例外。

四、隐名股东礼让名义股东的善意债权人应成为基本原则

在正确区分股权代持内外法律关系的基础上,基于外观主义原则,凡是被执行人名下的各类财产(如物权与股权),均可成为被强制执行的财产,以充分保护债权人合法权益,破解执行难的困局。名义股东的金钱债权人有权申请执行名义股东名下的所有股权,即使隐名股东提出异议,甚至出具股权代持协议或生效的确认股权代持法律关系的裁判文书,也不应获得支持。理由如下:

(一)坚持外观主义和名义标准有助于维护交易安全

股权代持关系可从内外角度观察。就对内关系而言,股权代持关系对名义股东与隐名股东原则上具有法律拘束力,除非此种股权代持关系依据《合同法》或《信托法》被确认为无效(如违反强制性法律规范中的效力性规范)。但就对外关系而言,股权代持关系并不能当然、自动地对抗第三人(包括名义股东的债权人)。将股权代持的内部法

律事实凌驾于债权人的善意信赖之上,不利于维护交易安全、促进商事流转。在常态情况下,理性的债权人往往基于对交易伙伴名下资产信用的尽职调查与审慎评估而做出交易决策。倘若债权人知道交易伙伴名下的股权为代持财产、而非自有或固有的财产,极有可能退避三舍。在名义股东作为被执行人与其债权人缔约时,隐名股东纵容名义股东对外释放虚假繁荣的资产信用信号;嗣后在名义股东的债权人申请执行该财产时,隐名股东又从阴影中跳出来提出执行异议,无异于诱人上房抽梯。在笔者国当前诚信状况堪忧、诚信体系尚不健全的情况下,尤有必要强化外观主义原则。法院也有义务向隐名股东进行《公司法》和《民事诉讼法》的普法教育。

(二)“桥归桥,路归路”

坚持外观主义与名义标准并不意味着当然否认股权代持协议的效力,仅仅意味着股权代持协议的效力不足以对抗外部法律关系中的善意第三人。因此,即使代持股权被法院强制执行,忍痛割爱、痛失股权的隐名股东仍可依其与名义股东之间的股权代持协议以及信托、委托或者代理制度的基本原则,请求名义股东赔偿隐名股东由于顾全大局、委曲求全而遭受的财产损失。实际上,代持股权双方当事人往往对此作明确约定。这种司法政策不仅重视对具有隐忍美德的隐名股东的充分及时足额赔偿,也有助于倒逼隐名股东在选择名义股东时慎思明辨,睁大眼睛,做好尽职调查,选准代持主体,并在股权代持协议中明确约定潜在执行法律风险的控制与分担。即使名义股东缺乏对隐名股东的偿付能力,隐名股东也不应把名义股东偿付不能的风险转移给无辜局外第三人(名义股东的债权人)。

(三)“甘蔗没有两头甜”

隐名股东选择股权代持虽然有助于满足低奢内的利益诉求,但存在着名义股东监守自盗、假戏真做的道德风险,还存在着名义股东的债权人申请强制执行代持股权的法律风险。有些隐名股东选择股权代持是为了规避法律规则(如股东资格的法定门槛),但未虑及前述法律风险,实属不慧。因此,股东彻底摆脱自有股权等财产被申请强制执行风险的根本办法是远离股权代持,作为名实相符的显名股东。合理隐忍

部分隐私信息与商业秘密公之于众,有时就是化繁为简的大智慧。

(四)执行程序中的申请执行人虽然有别于交易关系中的善意取得人,但也应享受执行礼遇

鉴于被执行人名下的所有财产均是对其外部债权人承担债务的一般责任财产与总体(一般)担保手段,不能刻舟求剑地用善意取得标准套用到执行程序中的申请执行人身上,不能苛求被执行人的债权人与被执行人就其代持股权签署买卖合同或者担保合同。一定要严格区别无权处分财产范畴中的善意取得问题与隐名财产的强制执行问题。混淆两者的区别无异于偷换概念,甚至搅混水、捣糨糊,最后导致问题讨论无果而终,继续导致思想混乱几年甚至几十年。

(五)隐名股东礼让名义股东的债权人有助于提高市场诚信度,有效遏制防止恶意的执行异议之诉

否则将助长与鼓励失信被执行人你追笔者赶地谎称自己名下的财产均系代持财产,进而逃避债务,悬空生效裁判文书,蚕食诚信体系。在现实生活中,许多虚假诉讼案件旨在对抗外地法院强制执行,本质上是人为设局、虚构诉讼。被执行人一般邀请关系密切者扮演“隐名财产权利人”,作为原告向法院起诉被执行人。原告预缴的案件受理费有时竟由被告代缴。在庭审调查与法庭辩论过程中,双方当事人相敬如宾、和颜悦色、心领神会地表演“双簧”的吊诡现象屡见不鲜。法院对此不可不察。

无论是股权代持,还是其他财产权利代持(包括借名买房、借其他房地产开发公司的名义开发房地产或从事其他商事活动、借名购买车辆、船舶),均应体现名义标准,遵循外观主义原则。财产权利代持人或名义出借方的债权人有权请求法院执行出借方名下的财产或者财产权利。出借名义的一方当事人在其债权人获得清偿后,隐名股东有权基于其与名义股东之间的基础法律关系向名义股东行使追偿权。因此,坚持外观主义并非不保护真实的权利状态。

建议最高法院尽快出台相关司法解释(下策为个案批复),并公布若干指导案例,旗帜鲜明地采取隐名股东礼让名义股东之善意债权人的司法态度。这有利于堵塞虚假诉讼漏洞,维护交易安

全,倒逼当事人诚信向善,强化诚信体系,提升裁判文书公信力,增强法院执行力,基本解决由股权代持引发的执行难问题。

五、外观主义原则(名义标准)的例外规则

有原则,必有例外。绝对、僵硬、极端的名义标准并不符合外观主义原则。既然是例外,就应越少越好、越透明越好、越具有可预期性与确定性越好。倘若例外规则过分膨胀,最终会蚕食、悬空一般原则。例外规则的正当性应可归咎于申请执行人(债权人)的过错(包括恶意或者过失),但此种过错的举证责任在于作为异议人的隐名股东。自称为“隐名股东”的案外人仅提供其与被执行人之间的股权代持协议是不够的,因为被执行人很容易就可以找亲朋好友与自己炮制一份“代持协议”。自称为“隐名股东”的案外人仅提供确认股权代持协议有效的判决书也是不够的,一则存在“拉手仲裁”、“拉手诉讼”的道德风险;二则法院或仲裁机构确认股权代持协议有效的案件本身往往会印证虚假诉讼的事实。因此,除了股权代持协议,案外人必须举证证明自己的权利来源:原始取得或继受取得。

名义股东的债权人明知名义股东与隐名股东之间的股权代持关系时,不适用外观主义原则。在此种情形下,存在债权人的主观恶意。外观主义原则着眼于保护第三人对权利外观的善意信赖,但第三人是否存在对权利外观的善意信赖的事实可允许隐名股东举反证予以推翻。因此,外观主义原则既保护第三人对外观权利事实的善意信赖,也允许隐名股东举证证明第三人并非善意。

名义股东的债权人主观上虽无恶意、但应知而未知名义股东与隐名股东之间的股权代持关系时,也不适用外观主义原则。在此种情形下,存在债权人的主观过失。在民商法上,重大过失与恶意对民事法律行为效力以及民事责任后果的影响并无实质区别。问题在于,除了“重大过失”以外,债权人的一般过失与轻微过失是否足以导致其丧失申请法院强制执行债务人代持财产的权利。从保护隐名股东产权的角度看,应采肯定解释。

隐名股东的金钱债权人若有证据证明股权代持事实,就有权申请执行该标的,名义股东提出的执行异议不应获得支持。倘若名义股东的债权人与隐名股东的债权人(申请执行人)均为善意,应根据债权生效的先后顺序保护权利在先的申请执行人。倘若债权生效时间相同,则应按其各自债权在债权总额中的比例分享对代持财产的执行利益。名义股东与实际权利人都可能有自己的债权人(申请执行人),不能眉毛胡子一把抓,以免捉襟见肘,顾此失彼。

基于“辨民商”的理念及以人为本的思想,对涉及公民生存、正常生活与学习所必需的代持财产,隐名股东(包括权利共有人)有权提出执行异议,法院应予支持。

其他确有正当性的法定例外事由。例如,2016年2月22日最高法院公布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》第6条着眼于对买卖契约效力的尊重,对“善意相对人”的外延作了限缩解释:“转让人转移船舶、航空器和机动车等所有权,受让人已经支付对价并取得占有,虽未经登记,但转让人的债权人主张其为物权法第24条所称的善意第三人的,不予支持,法律另有规定的除外”。此处的债权人显然包括申请执行的债权人在内。

最有争议的是,部分显名的股东(目标公司和其他股东均认可其为公司股东,但将该股权在公司登记机关被登记于他人名下)的股权可否对抗名义股东的执行申请?此类股东还有可能在目标公司实际行使过股东权利。对此聚讼纷纭。就目标公司和其他股东而言,该股东为显名股东;就外部第三人而言,该股东为隐名股东。有人认为,部分隐名的股权也属于例外情形;但也有人持反对观点。

笔者认为,这的确涉及到侧重保护交易安全,还是优先保护产权的价值判断问题。从保护交易安全角度看,当然应体现外观主义原则;从产权神圣的角度看,应当允许部分隐名股东(部分显名、部分隐名)对抗名义股东的债权人。笔者倾向于第一选项。即使选择第二选项,也应完善制度设计,并且要辅之以防弊措施(包括惩治恶意诉讼与出具伪证的行为)。

六、《公司法》中的“第三人”与《民法总则》中的“善意相对人”包括申请执行人

《公司法》中的“第三人”与《民法总则》中的“善意相对人”并不限于交易关系中的合同当事人。《公司法》第32条第3款规定:“公司应当将股东的姓名或者名称向公司登记机关登记;登记事项发生变更的,应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人”。从主观心理状态看,此处的“第三人”宜作狭义解释,仅指不知情、且没有义务知情的善意第三人,而不包括非善意第三人。从法律角色看,此处的“第三人”既包括交易关系中的善意第三人,也包括执行程序中的善意第三人。

2007年出台的《物权法》在提及物权登记信息的公示公信效力时开始使用“善意第三人”的概念。例如,该法第24条、第129条、第158条、第188条与第189条均规定:“未经登记,不得对抗善意第三人”。

2017年出台的《民法总则》抛弃了“善意第三人”的概念,改采“善意相对人”的提法。例如,《民法总则》第61条规定:“法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制,不得对抗善意相对人”;第65条规定:“法人的实际情况与登记的事项不一致的,不得对抗善意相对人”;第170条规定:“法人或者非法人组织对执行其工作任务的人员职权范围的限制,不得对抗善意相对人”。此处的“相对人”系指信赖法人登记事项的所有特定和不特定的相对人。

从《公司法》中的“第三人”,到《物权法》中的“善意第三人”,再到《民法总则》中的“善意相对人”,并非立法者的无心而为。这意味着,未来的《民法典》有可能在物权法领域统一使用“善意相对人”的概念代替“善意第三人”。文字本是符号,并非内容自身。但文字应具有精准性,并应服务于法律制度的稳定性与可预期性。文字变动不能为新而新,为变而变。

有人认为,《民法总则》对善意第三人采取了狭义的态度,即严格限定为与权利人有交易关系的人。此种观点值得商榷。因为,这种观点实际上抛弃了对“善意相对人”的文义解释方法,采取了限缩解释方法。而运用限缩解释的前提是文义解

释不足以提供符合核心价值观的正确解释结论,且不悖于制度设计目的。

笔者认为,“善意第三人”与“善意相对人”实为同义语,既包括交易法上的相对人(与权利人发生交易关系的相对人),也包括执行法上的相对人(在执行程序中申请执行权利人名下财产的相对人)。

首先,这种解释符合文义解释的方法论,也符合逻辑解释的方法论。假定立法者预设的保护对象为交易法上的相对人,既然交易过程中的相对人有机会对名义股东的信用状况及其名下的财产的债务偿付能力开展合理的尽职调查尚有资格信赖晓喻天下的外观权利状态,那么没有机会开展尽职调查的债权人在强制执行阶段更应有权信赖已登记的产权归属。这种解释方法为举轻明重。因此,即使立法者将“善意相对人”界定为“交易关系中的善意相对人”,也应对“善意相对人”作扩张解释,以提高执行措施的有效性、维护交易安全。

其次,这种解释有助于落实权利登记制度的初心。权利登记制度的使命在于提高权利的透明度与可预期性,维护交易安全,夯实外观主义原则及名义标准,避免内部法律关系中的隐名股东突然现身提出异议,破坏外部第三人或相对人的合理预期。为实现交易快捷与产权明晰的无缝对接,权利登记制度鼓励权利人光明正大地办理权利登记手续,成为名实相符的权利人,以免自己的产权在交易活动或强制执行程序中遭受不测,沦为牺牲品。

其三,这种解释方法有助于扩大公众的知情权,促进权利登记制度更好地服务于市场协同共治体系。为了提高权利登记制度的公示公信效力,立法者希望权利登记信息的查阅者越多越好。因此,《公司法》第6条第3款就明确规定:“公众可以向公司登记机关申请查询公司登记事项,公司登记机关应当提供查询服务”。特定的交易伙伴与缔约当事人固然属于登记制度的受益人,不特定的交易伙伴、潜在的交易伙伴以及参与协同共治的普通公民也是登记制度的受益人。因为,登记信息的公开公示公信有助于为社会监督提供过硬证据。实际上,“朝阳大妈”、“朝阳群众(如实名举报范冰冰逃税案件的崔永元)”已经成为协同共治体系中的标配社会监督机制。

其四,这种解释方法遵循了特别法优于一般法的法律适用原则。有法官以新法优于旧法的理由否定《公司法》有关登记信息对抗善意第三人的规定,值得商榷。殊不知,《公司法》与《民法总则》不仅是旧法与新法的关系,而且是特别法与一般法的关系。虽然《民法总则》出台在后,但由于公司法是对《民法总则》中法人亚范畴“营利法人”的特别规定,因此《公司法》应优先适用。在执行标的指向代持股权时,信赖股权登记信息的执行程序中的第三人(申请执行人)应受到尊重与保护。

笔者民事诉讼法及其司法解释确立的执行异议之诉制度尚无法彻底解决执行程序中名义股东、隐名股东及其各自债权人相互之间的多角权利冲突。为维护交易安全,建议法院在正确区分股权代持内外法律关系的基础上,基于外观主义原则,允许名义股东的债权人申请执行名义股东代持的股权。但前提条件是名义股东的债权人必须是善意的,对股权代持关系的事实既不知情,也没有义务知情。没有无原则的例外,也没有无例外的

原则。为尊重与保护隐名股东的私人财产,保护隐名股东的债权人的合法利益,彰显以人为本的法律理念,必须在外观主义原则之外承认有限的例外规则。无论隐名股东的债权人,还是名义股东的债权人,都不限于交易关系中的合同当事人,都包括执行程序中的申请执行人。

参考文献:

- [1] 刘俊海.现代公司法[M].北京:法律出版社,2015.
- [2] 刘俊海.新公司法的制度创新:立法争点与解释难点[M].北京:法律出版社,2006.
- [3] 刘俊海.股份有限公司股东权的保护[M].北京:法律出版社,2004.
- [4] 欧盟公司法指令全译[M].刘俊海译.北京:法律出版社,2000.
- [5] (美)莱纳·克拉克曼.(英)保罗·戴维斯等.公司法剖析:比较与功能的视角[M].刘俊海,徐海燕等译.北京:北京大学出版社,2007.
- [6] R. H. Coase, The Firm, the Market and the Law, The University of Chicago Press, 1988.

Study on the Right of Objection to the Judicial Enforcement of the Shares Owned by Anonymous Shareholders

LIU Jun-hai

(School of Law, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: The current system of judicial enforcement objection cannot resolve the conflict of rights between nominal and anonymous shareholders and their creditors in the execution process. It is recommended that the court should distinguish between internal and external, between registered and unregistered, between good and evil, between early and late, pay attention to the guaranteed rights, prevent double moral hazards, identify civil or commerce circumstance. Considering the different legal relationships between the internal and the external, based on the principle of externalism creditors of nominal shareholders have the right to apply for the implementation of all shares under the name of nominal shareholders, even if the anonymous shareholder raises an objection based on his beneficiary ownership agreement or effective court rulings confirming the beneficiary ownership of the shares. But there are exceptions to the principles of the externalism. The “third party” in the Company Law and the “bona-fide counter-party” in the General Principles of Civil Law include the applicant for the enforcement of court rulings, not limited to the contracting parties in the transaction relationship.

Key words: agreements on beneficiary ownership of shares; anonymous shareholders; nominal shareholders; judicial enforcement; creditors; bona-fide third parties

(责任编辑:张 颖)

公司法实施中的双重代表诉讼制度确立与构建

樊纪伟

(天津财经大学 法学院, 天津 300222)

摘 要:我国现行公司法构建在传统公司法理论的基础之上,在公司集团化发展、母子公司架构普及的背景下,无法为母公司股东利益保护提供有效的制度供给。面对母子公司化运营的常态现状,有效的双重代表诉讼机制能为母子公司各方权益平衡提供制度供给,也能够强化母子公司结构下的公司治理结构。为充分发挥双重代表诉讼功能,可从以下方面构建我国双重代表诉讼规则:能够提起双重代表诉讼的原告应为全资母公司的股东;我国的双重代表诉讼应与现有股东代表诉讼制度的现行规则保持协调;能够提起双重代表诉讼的原告股东以竭尽内部救济和外部救济为诉权行使前提。

关键词:双重代表诉讼;股东代表诉讼;母公司;子公司

中图分类号:D913.99

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0015-07

最高人民法院于2016年4月发布的《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(征求意见稿)(以下简称《公司法司法解释四意见稿》)第31条曾对《公司法》第151条的股东代表诉讼制度条文进行了扩张解释。根据第31条规定,公司法第151条第1款、第2款所称的“董事、高级管理人员”、“监事会”、“监事”包括全资子公司的董事、高级管理人员、监事会、监事。通过这一扩张解释的,我国司法裁判机关可以受理双重代表诉讼,即针对侵害子公司利益的该子公司董事、高级管理人员、监事等^①,母公司的股东可以代替母公司和子公司提起诉讼。但是,最高人民法院在2017年8月28日公布了《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》,其中曾在《公司法司法解释四意见稿》引入的双重代表诉讼制度被删除了。尽管正式公布法令删除草案中条款的情况并不少见,但上述司法解释草案条文的删除带来一个问题:即我国真的不需要双重代表诉讼制度吗?

双重代表诉讼制度最早可追溯至英美的判例法。英美法系国家的双重代表诉讼被解释为“在一家公司的权利受到侵犯而该公司和作为其股东的另一家公司均无意行使诉讼权利的情况下,由该另一家公司的股东就该侵犯公司权利的行为提起的诉讼”^②。双重代表诉讼兴起的原因在于其能够有效

克服股东代表诉讼在适用于母子公司治理结构时的无助难题,从而有效保护母子公司模式下的母公司股东利益^③。通过强化对母子公司运营模式的规范,以有效保护母子公司及其股东利益,已成为现代公司法制的最新趋势。1993年出台的我国现行公司法是在构建在单层公司形态的理论基础之上,对母子公司架构的规范还缺乏关注。我国是否需要设立双重代表诉讼制度,以规制母子公司关系、强化母公司股东保护?双重代表诉讼能够在规范母子公司运营中发挥何种功能?在我国现行公司法中,有无相应制度能够替代双重代表诉讼制度的功能与作用?如果没有其他制度能够代替双重代表诉讼,在引入双重代表诉讼制度时,我国应如何具体设计双重代表诉讼制度中的原告资格与前置程序?这些问题都是公司集团化发展现实中必须面临和解决的问题。

一、我国引入双重代表诉讼之必要

发源于美国判例法的双重代表诉讼制度在完善母子公司治理结构、救济母子公司利益、威慑子公司董事规范管理等方面发挥着一定的作用。域外相关司法实践及立法经验表明,双重代表诉讼是母子公司结构下保护母公司及其股东合法权益的有效制度。在面临母子公司结构常态化的现状时,我国

公司法在子公司遭受其董事等侵害而母公司未追究其责任时就束手无策。双重代表诉讼的引入则能为母公司的股东提供有效权利救济渠道。

(一) 双重代表诉讼制度的功能

双重代表诉讼是通过诉讼方式对子公司所受损害给予救济,从而有效构建起对子公司和母公司利益保护的防火墙。当现代经济社会公司运营日益集团化、母子公司化时,集团公司中某一公司利益的得失不仅仅关系到该公司股东利益,也会波及到公司集团中持有该公司股权的控股公司的股东利益。在母子公司结构中,子公司是具有独立法人人格的主体,一旦子公司董事侵害了子公司利益,而子公司又拒绝或者怠于追究其民事赔偿责任的,如果不能允许持有母公司股份的股东针对该子公司董事等侵害公司利益行为提起双重代表诉讼,则母公司的出资权益必然会因子公司利益损失而遭到损害,而持有母公司股份的股东也将因母公司权益损害而遭受间接损失。也正基于完善母子公司架构下公司治理结构和考虑从子公司董事等滥用权力中保护母公司及母公司中小股东利益的需要,最高人民法院的《公司法司法解释四意见稿》才附条件地希望承认双重代表诉讼的合法性。

正是由于双重代表诉讼制度能够通过诉讼方式发挥对子公司董事等的威慑作用,从而有效抑制该董事等对子公司不当内部控制的行为。承认双重代表诉讼的美国及日本,对于子公司所受到的来自该子公司董事等不当行为侵害,都可以由持有母公司股份的股东提起双重代表诉讼,实现对该子公司董事等对子公司民事赔偿责任的追究,从而确保对子公司与母公司权益的救济。对于利用母子公司架构来侵害子公司利益的内部控制人来说,无形中产生一种威慑力,以确保在母子公司架构下公司的内部控制人能够勤勉谨慎地履行职责。

(二) 域外双重代表诉讼制度的发展

最早确立双重代表诉讼的美国通过判例承认、发展了双重代表诉讼制度。在 1879 年的“Ryan v. Leavenworth”案中,堪萨斯州最高法院的法官认为,在母公司与子公司均由被告所控制,导致客观不能对被告提起诉讼的,持有母公司股份的股东——原告就有权提起双重代表诉讼^③。美国法院在早期的双重代表诉讼案件中解释双重代表诉讼制度的合理性和正当性时主要利用了公司人格否认理论。而在 1917 年 Holmes v. Camp 案之后,美国法院开始从多种理论视角来解释双重代表诉讼的正当性,同时

也完善了双重代表诉讼的起诉要件和程序要件。对于双重代表诉讼的理论根据,美国法院发展出如下理论解释:一是刺破法人面纱理论;二是代理人理论;三是受托人理论;四是共通控制理论;五是母公司股东最终受害理论;六是特定履行理论^④。双重代表诉讼得到美国诸多州法院的承认,更为直接的原因正是基于母子公司架构下保护母公司股东权利的客观需要^⑤。

以成文法的形式最早确立双重代表诉讼的国家——日本,在 2014 年 6 月修改《公司法》时正式引入了双重代表诉讼制度。日本一些学者认为,由于母、子公司间与生俱来的特殊联系,一旦母公司不积极适用股东代表诉讼来追究该子公司董事等的责任,就需要允许持有母公司股份的股东利用双重代表诉讼制度去追究该董事对子公司应承担的民事责任^⑥;且双重代表诉讼制度亦可以起到健全、完善母子公司治理机制的作用^⑦。可见,日本引入双重代表诉讼的目的乃是基于保护母公司利益,最终实现保护持有母公司股份的股东的权益。

日本《公司法》第 847 条规定,子公司的董事、高管等怠于履行职责,对子公司造成损害,持有母公司股份的股东可请求该子公司对该董事、高管等提起诉讼,如子公司在自请求之日起 60 日内未提起追责之诉,则母公司的股东有权为了子公司利益而直接针对该董事、高管等提起追究损害赔偿责任的诉讼^⑧。但是,如果存在下述两种情况,该母公司的股东不能提起双重代表诉讼:第一、起诉股东具有为自己或他人谋取不当利益或者持有侵害子公司或母公司的不当目的;第二、子公司董事等实施的行为并没有对母公司的利益造成实际损害^⑨。日本《公司法》对能够提起双重代表诉讼的股东要求了固定的持股期间和一定的持股比例。固定的持股期间为 6 个月,即“最终全资母公司”的股东需要在起诉前 6 个月连续持有公司股票;一定的持股比例为 1%,即持有“最终全资母公司”1%以上表决权的股东才拥有提起双重代表诉讼的原告资格^⑩。按照日本《公司法》规定,下列两类公司为“最终全资母公司”,一是直接持有子公司全部股份的全资母公司;二是由全资子公司持有孙公司全部股份而间接全部持有孙公司股份的母公司^⑪。

(三) 现行公司法缺乏对母子公司模式的规范

我国现行《公司法》第 151 条规定的股东代表诉讼,并不能为母公司的股东提供合法监督子公司董事等的有效途径。一方面母子公司化的公司形态已

经发展成为我国经济生活中的普遍现象,另一方面,现行法律制度对集团公司进行规范的制度供给还存在严重不足,特别是作为私人执行的双重代表诉讼制度并没有得到承认。这就为现实中控制股东利用母子公司结构损害子公司权益提供了机会和可能。

在母子公司模式的规范上,我国现行公司法缺少具备双重代表诉讼制度同样功能的相关制度。现行公司法赋予股东多样的权利,如提案权、质询权、表决权、查阅权等,同时,股东可以通过股东代表诉讼提起权发挥其监督权利。此外,能发挥股东对公司经营行为监督的另一种有效方式,是通过在股东大会上就选举或更换董事行使表决权来实现的。而母子公司架构下,母公司对其子公司虽可享有上述表决权权利,但对于持有该母公司股份的股东而言,却不能够在子公司的股东大会上行使表决权,无法直接更换子公司的董事,亦无法行使对子公司账簿的查阅权。而且,母公司的股东也无法利用股东代表诉讼提起权对侵害子公司利益的主体施加监督。总之,在现行公司法框架下,母公司的股东无法有效监督子公司的董事等。

另一方面,在我国现实经济生活中,公司的内部控制人凭借母子公司架构安排阻却股东代表诉讼适用的情况并不少见,例如,2008年上海市第二中级人民法院审理的一起涉及双重代表诉讼的公司纠纷案件^⑨。在这起案件中,原告汪文宏和第一被告吴金辉系设立在香港的媚若诗公司的股东,各持有公司50%的股份。媚若诗公司在上海设立了独资的蔻薇尔公司(本案第三人),被告吴金辉担任蔻薇尔公司董事长。原告汪文宏认为,2007年4月被告吴金辉在未取得媚若诗公司、蔻薇尔公司及原告同意的情形下,擅自将蔻薇尔公司名下的3633平方米厂房,以353万元的极其低廉的价格出卖给嘉慈公司(本案第二被告),且该款使用情况不明。原告汪文宏于同12月向媚若诗公司发函,要求蔻薇尔公司起诉吴金辉。在未得到媚若诗公司回应后,原告汪文宏于2008年1月又向蔻薇尔公司发函,要求蔻薇尔公司起诉吴金辉,亦未获得答复。原告因此提起诉讼,要求被告吴金辉向第三人蔻薇尔公司赔偿150万元,被告嘉慈公司承担连带责任。这是一件典型的双重代表诉讼性质的公司纠纷案件。上海市第二中级人民法院在审理后以原告不具有提起股东代表诉讼的主体资格、无权行使股东代表诉讼提起权为由,驳回了原告的起诉。

可见,由于我国现行公司法建立在传统单层公司理论基础之上,司法裁判机关无法解决在母子公司架构下母公司股东对侵害子公司利益的该子公司董事等提起损害赔偿诉讼的问题。这就使持有母公司股份的股东不得不面临利益遭受间接侵害的风险。基于判例发展出来的双重代表诉讼制度能够为母子公司架构下的母公司股东利益保护提供制度供给,避免上述风险的发生。因此,在母子公司经营模式普及化的当代,双重代表诉讼是调整母子公司架构下各方利益的有效制度工具,也成为有效规范母子公司运营、完善母子公司治理机制的现实需要。

二、我国双重代表诉讼的母子公司范围

受传统公司法理论影响的我国亟需构建适应公司集团化发展的相关规范,以克服单层公司制度下对母公司的股东权利给予保护的制度供给真空。双重代表诉讼制度恰是应对公司集团化发展背景下母子公司治理结构松弛、母公司特别是其股东利益保护不利的有效机制之一。从有效发挥双重代表诉讼制度保护功能和防御滥诉的视角出发,我们应对适用双重代表诉讼的母子公司范围给予必要规范与限定。

母子公司的架构是基于公司之间的控股关系而在具有独立法人资格的两个或两个以上的公司之间所形成的联合与控制的公司结构^⑩。按照学理的解释,“母公司又称控制公司,对其投资的公司具有控制力的公司”^⑪。控制公司、母公司并非我国《公司法》上的法律概念,我国《公司法》中的相关用语为“控制股东”。根据该法第216条第2项规定,控制股东为“其出资额占有限责任公司资本总额50%以上或者其持有的股份有限公司股本总额50%以上的股东;出资额或者持有股份的比例虽然不足50%,但以其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。”按照该条款规定,母公司可以解释为具有控制股东地位的公司,而被控制公司——母公司所控制的公司,即为子公司。

承认双重代表诉讼制度是不是意味着任何具有控制股东地位的母公司都能够适用该制度呢?在承认双重代表诉讼的域外国家中,对于适用双重代表诉讼的母子公司架构的要求并不一致。在最早确立双重代表诉讼制度的美国,法院往往并不要求母公司必须是持有子公司全部股份的全资母公司,通

常只需要原告股东所在的母公司持有子公司半数以上股份即可^⑩。而日本《公司法》第 847 条之 3 则明确规定要求能够提起双重代表诉讼的原告为最终全资母公司的股东,这里的最终全资子公司包括:直接持有子公司全部股份的母公司;由全资子公司持有孙公司全部股份而间接全部持有孙公司股份的母公司^⑪。

《公司法司法解释四意见稿》曾将适用双重代表诉讼的母公司限定为全资子公司。笔者赞同这一适用范围的规范,其理由如下:一是对持有母公司全部股份的股东缺乏利益救济途径,当全资子公司利益被该子公司董事等侵害时,子公司及母公司均不追究其责任之诉时,如果不承认双重代表诉讼,子公司所遭受的利益损失将会造成母公司的股东的投资权益的间接损失;二是规范全资母子公司的治理结构、预防全资子公司内部控制的需要,在全资母子公司架构下,母公司作为子公司的唯一股东,缺少其他股东的监督制约,更容易引发母公司随意支配子公司的内部控制问题,将监督子公司董事等的权利适度赋予给母公司的中小股东,有利于督促母子公司构建健全、合规的母子公司治理结构。

有学者指出应当将适用双重代表诉讼的母公司限定为“对子公司形成充分控股”的母公司。^⑫这意味着在非全资母公司情形下,如母公司持有子公司 60% 的股权,也允许适用双重代表诉讼。笔者反对将适用双重代表诉讼的母公司范围进行扩大。其原因在于:一是在非全资子公司中,除了控股的母公司外,还存在有其他股东,这些其他股东的存在能够起到对子公司监督的作用,能够通过股东代表诉讼提起权对子公司董事等形成一定威慑,防范其侵害子公司利益,而在全资母子公司架构下,不存在能够监督母公司规范行使股东权的第三人;二是如果出现非全资子公司董事等侵害子公司利益的情形,该子公司的其他股东完全能够依据股东代表诉讼制度寻求救济,避开现行法律中规定的救济路径新设双重代表诉讼制度既与立法原则不符,也将徒增公司的代理成本。

在将适用双重代表诉讼的母公司限定为全资子公司时,应当合理地确定全资母公司的内涵和外延。鉴于双重代表诉讼制度能够有效规范母子公司治理结构,并为母公司及其股东利益保护提供畅通救济渠道,同时考虑到集团公司普及现状,对全资母公司的外延应做进一步扩张性解释,即全资母公司应包括两种类型:一是直接持有子公司全部股份

的直接型全资子公司;其次是通过本公司持有和全资控股公司间接持有方式而持有某公司全部股份的间接型全资子公司。

三、提起双重代表诉讼的原告资格

双重代表诉讼中的原告资格问题既关系到受保护对象范围的宽窄,也会影响到子公司开展交易活动的活力。立法如果对双重代表诉讼的原告资格条件规定的过严,就可能阻碍母公司的股东提起双重代表诉讼的积极性,进而影响确立该制度的目的与功能;如果对双重代表诉讼的原告资格规制过宽,又可能导致现实中对子公司董事等提起的双重代表诉讼过于泛滥,进而影响子公司的正常经营及子公司董事开展风险经营的动力。充分发挥双重代表诉讼制度的作用与防止其被滥用的平衡点就在于适度、合理规范能够提起双重代表诉讼的原告外延。

笔者认为,由于双重代表诉讼在制度功能及价值目的上与股东代表诉讼制度存在区别,能够提起双重代表诉讼的原告的外延应当按照其自身特征和实践需要加以确定,不宜完全沿用股东代表诉讼制度的相关规则。另一方面,从双重股东代表诉讼与股东代表诉讼之间的内在联系看,之所以需要母公司的股东针对侵害子公司利益的董事等提起双重代表诉讼,正是基于其无法利用股东代表诉讼保障母公司及自身利益,故双重代表诉讼中原告外延的界定亦无法割裂开与现行股东代表诉讼相关规则的联系。考虑到双重代表诉讼与股东代表诉讼均为派生性质的诉讼,且均是由股东这一民事主体提出,故对能够提起双重代表诉讼的股东资格的规定,可参照股东代表诉讼原告资格制度,从持股比例和持股时间两个方面作出规范。

(一) 母公司股东持有母公司股份的比例限制

从确立股东代表诉讼的域外经验看,对于能提起股东代表诉讼的股东是否需要持有公司一定比例股份的要求并不相同。如美国、日本和新加坡等国家对于能够提起股东代表诉讼的原告股东最低持股比例并没有强制性规定,而韩国、我国台湾地区等则要求必须持有公司一定比例的股份才有资格提起股东代表诉讼。我国《公司法》第 151 条对能够提起股东代表诉讼的股东资格区分有限责任公司与股份有限公司分别采取了不同持股比例规则,即对提起股东代表诉讼的有限责任公司股东不要求其持有公司一定比例的股权;而对提起股东代表诉

讼的股份有限公司股东则要求必须持有(包括合计持有)公司1%以上股份。对股份有限公司股东设定这一最低持股比例的起诉资格的主要目的是为了预防防止股东滥用股东代表诉讼,侵害公司正常经营活动^[9]。而事实上,这种最低持股比例的起诉限制不仅无法有效阻止毫无根据的股东代表诉讼,反而会阻碍少数股东利用股东代表诉讼维护公司及自身利益的能动性^[10]。因此,笔者曾建议,不宜对股东代表诉讼中起诉原告的持股比例设定限制^[11]。

双重代表诉讼是否仍需要对提起诉讼的原告持有母公司股份比例进行限制呢?笔者认为,既然1%的最低持股比例无法有效发挥预防滥诉的作用,且不利于公司及其股东利益的保护,应当允许母公司所有股东均有提起双重代表诉讼的资格。考虑到我国《公司法》已强制能够提起股东代表诉讼的股份有限责任公司股东须持股1%以上,在这一持股比例要求未被修改的情况下,双重代表诉讼对原告股东持股比例的规范仍应与现行法保持一致。鉴于我国现行《公司法》区分公司不同组织形式对原告股东最低持股比例进行了区别规定,我国公司法在设计提起双重代表诉讼的母公司股东持股比例时,宜与现行股东代表诉讼制度保持一致,即区分母公司的不同组织形式对提起双重代表诉讼的原告持股最低限额进行规定。具体而言,在100%持股的母子公司(包括间接100%持股)关系架构中,母公司为有限责任公司时,对有资格提起双重代表诉讼的母公司的股东的最低比例亦不加限制;当母公司为股份有限公司时,可要求能够提起双重代表诉讼的母公司的股东须持有母公司1%以上的股份。

(二)母公司的持股期限

我国现行《公司法》对提起股东代表诉讼的原告持股连续180天的规定旨在确保原告为投资股东,而非假借诉讼敲诈被告的投机股东。180天的连续持股期限一方面表明股东与公司之间具有紧密的联系,另一方面也体现出两者间的紧密利益关联。

在双重代表诉讼下,提起诉讼的原告作为母公司的股东,与母公司的紧密利益关联要显著强于其与子公司的利益关联。为了防止股东滥用诉权,同时确保母公司与其股东间的密切利益关联,在设置持股期限条件时,宜须要求全资母公司的股东提起双重代表诉讼时应连续180日持有母公司股份。这里还存在两种例外的情形,一种情形是母公司成立不足180日的,此种情形下可要求母公司股东从母公司成立时起其连续持有母公司股份;第二种情形

是因公司并购重组使某公司成为另一公司的全资子公司,基于股份交换,该某公司的股东甲就成为另一公司股东,当股东甲针对该某公司的董事等欲提起双重代表诉讼时,则在计算股东甲持有母公司股份的期间时应当将其持有该某公司股份的期间计算在内。

四、双重代表诉讼提起的前置程序要件

正如股东代表诉讼中前置程序是基于督促真正权利主体积极作为一样,双重代表诉讼制度同样面临督促权利主体的问题。这种权利督促可以通过竭尽公司内部救济和外部救济的途径来实现。同时,我国的双重股东代表诉讼制度有必要构建特殊情况下救济程序的排除适用规则以及无法提起双重代表诉讼的例外规则。

(一)内部与外部救济程序的安排

我国现行股东代表诉讼制度要求,股东在起诉前须用尽公司内部救济,即股东提起股东代表诉讼前要先向公司提出请求,请求公司追究董事等的责任。只有在公司拒不起诉或怠于起诉的情况下,股东方能够行使股东代表诉讼提起权,以自己的名义提起诉讼。立法之所以设置“竭尽公司内部救济规则”,原因就在于:真正受到损害的权利主体是公司,应由公司去追究实施不当行为的董事等的民事责任,让股东向公司提出请求就是让真正权利主体——公司自主判断起诉是否最符合公司利益、是否要提起诉讼^[12],以避免股东个体对公司行为的过多干预^[13]。

而双重代表诉讼制度下,母公司的股东不是权利的直接受害人,真正遭受损害的受害人是子公司。如果子公司怠于或拒绝起诉自己的董事等,且母公司怠于或拒绝对子公司董事等提起股东代表诉讼,其结果会使得母公司的股东遭受间接的投资权益损失。考虑到子公司才是权益遭受损失的直接受害人,故母公司的股东在以自己名义对子公司的董事等提起双重代表诉讼之前,仍应竭尽公司内部救济,即应向子公司提出追究子公司董事等责任的请求,用尽子公司内部救济渠道。

母公司的股东提起双重代表诉讼之前,是否还必须向母公司提出请求,请求其通过股东代表诉讼去追究子公司董事等责任呢?对此,域外承认双重代表诉讼制度的国家做法并不一致。例如,美国法院的判决多要求母公司股东要向子公司和母公司

均提出请求^①；而日本《公司法》并没有强制要求母公司的股东在提起双重代表诉讼前向母公司提出起诉请求。事实上，当子公司利益遭受损害时，子公司是作为具有独立法人资格的能够行使诉权的民事主体，只有在其不行使权利或者拒绝行使权利的前提下，母公司作为子公司股东才可以依据公司法规定行使派生诉讼提起权；双重代表诉讼被适用的前提不仅仅存在子公司拒绝或怠于起诉的事实，而且也存在母公司拒绝或怠于提起股东代表诉讼的事实。

因此，笔者认为，母公司的股东能够以自己的名义提起双重代表诉讼的前提条件是子公司拒绝或怠于通过诉讼维护自己权利，且母公司亦明示或以其行动明确表示不提起股东代表诉讼。这就表明，母公司的股东在行使双重代表诉讼提起权时，须穷尽子公司内部救济的同时，还要竭尽子公司外部救济——请求母公司提起股东代表诉讼。

（二）特殊情况下救济程序的阻却

域外很多国家例外允许股东不经“竭尽公司内部救济”程序而直接提起股东代表诉讼，例外的情形主要为情况紧急、履行“竭尽公司内部救济”程序后将导致子公司利益遭受无可挽回的损失。我国《公司法》第151条第2款同样规定了不经前置程序直接提起股东代表诉讼的情形，即情况紧急、不即刻起诉将带给公司难以弥补的利益损害时，股东有权直接向人民法院提起股东代表诉讼。

在双重代表诉讼制度下，为了避免子公司利益遭受无可挽回的损失，立法亦应当允许在特殊情况下排除对前置程序的遵守。在具体设计双重代表诉讼制度时，我们可以规定：在情况紧急、不即刻提起双重代表诉讼将给子公司带来无法弥补的利益损失的条件下，母公司的股东为了母子公司利益可以以自己的名义径行提起双重代表诉讼。

（三）无法提起双重代表诉讼的例外规则

股东代表诉讼目的是直接救济利益遭受损害的公司。原告股东并不能从诉讼中直接获得利益，尽管在胜诉后原告股东能够从公司损失的弥补中以股权利益得到间接补偿，但股东代表诉讼的最终目的是维护公司和全体股东的利益，股东提起派生诉讼是行使共益权的表现^[14]。提起双重代表诉讼的母公司的股东虽然是基于自己利益的考虑，但胜诉的结果并不能使自己获得直接利益，而是使子公司所受损失得以弥补。对于母公司股东的双重代表诉讼提起权而言，其同样属于共益权的范畴。为追求个人不当目的、损害母子公司利益的原告股东显然

不符合双重代表诉讼共益权性质的要求。因此，考虑到此种共益权特性以及防止双重代表诉讼滥用的需要，有必要把谋求股东个人不当利益、损害母子公司利益的滥诉行为和恶意诉讼从双重股东代表诉讼适用范围内予以排除。

五、结论：构建有效的双重代表诉讼制度

近年来，我国公司经营活动中的母子公司化程度日益提高。适应传统单层公司模式而建立的我国现行公司法已经无法对母子公司组织形态提供有效的规范，给司法实践带来了诸多问题。为解决母子公司架构下母公司股东权益的保护和规范母子公司关系，我国迫切需要引入双重代表诉讼制度。

在具体设计双重代表诉讼制度时，我们即要充分发挥双重代表诉讼的制度功能，也要防止该制度被不当滥用。而双重代表诉讼制度原告资格条件的宽严以及前置秩序的繁简，事关双重代表诉讼制度的威慑和救济功能能否有效发挥，也关系到不当双重代表诉讼能否避免。为此，对双重代表诉讼的原告资格以及前置程序给予相应规范是引入双重代表诉讼时应对滥诉的有效防范对策。

在设计双重代表诉讼的原告资格规则时，我们应当将能够提起双重代表诉讼的适格原告应限定于全资母公司（包括直接的和间接的全资母公司）的股东。双重代表诉讼原告股东的持股比例和持股期限可以根据我国现行股东代表诉讼制度中原告股东持股比例和持股期限的相关规则作出同样的制度安排。

此外，双重代表诉讼制度应当构建起有效的前置程序，以防止双重代表诉讼被滥用、避免母公司的股东对子公司经营活动过多干预。具体而言，应当要求母公司的股东在提起双重代表诉讼前，穷尽子公司内、外部救济，向子公司及母公司均提出追责请求。

注 释：

- ① 在公司运营管理中，可能对公司利益造成损害的有公司董事、高级管理人员或者监事。本文为表述方便，除有特别说明之外，统一使用“董事等”指代“董事、高级管理人员及监事”。
- ② 王森，许明月.美国特拉华州二重代表诉讼的实践及其对我国的启示[J].法学评论，2014，（1）：116.
- ③ Ryan v. Leavenworth, Atchison & Northwestern Railroad Co., 21 Kan. 365, 1879 WL 731 (1879).

- ④ Brown v. Tenney, 155. App. 3d605, 606-607(1st dist. 1987).
- ⑤ 日本《公司法》第 847 条之 3 第 1 款、第 4 款。
- ⑥ 日本《公司法》第 847 条之 3 第 1 款。
- ⑦ 日本《公司法》第 847 条之 3 第 1 款。
- ⑧ 日本《公司法》第 847 条之 3 第 2 款。
- ⑨ 上海市第二中级人民法院(2008)沪二中民五(商)初字第 21 号民事判决书。
- ⑩ Carlin v. Brownfield, 1985 Ohio App. LEXIS 8141, (Ohio Ct. App. 1985)案中,母公司拥有子公司股份的 98%;Craftsman Finance & Mortgage Co., Inc., v. Brown, 64 F. Supp. 168, 176(S. D. N. Y. 1945)案中,母公司拥有子公司股份的 50%。
- ⑪ 纽约州中间上诉法院在 1917 年的 Holmes v. Camp 案、美国第二巡回区联邦上诉法院在 1944 年 Goldstein v. Groesbeck 案中均认为,向母公司以及子公司提出的起诉请求均遭到拒绝的情况下,母公司的股东才能提起双重代表诉讼。

参考文献:

- [1] 王森,许明月.美国特拉华州二重代表诉讼的实践及其对我国的启示[J].法学评论,2014,(1):116.
- [2] 樊纪伟.我国双重代表诉讼制度架构研究[J].华东政法大学学报,2016,(4):114.
- [3] (日)根本伸一「「双重代表诉讼」の特殊性与普遍性」法律論業 85 卷 1 号(2012.)273.
- [4] (日)山田泰弘「結合企業と代表訴訟(2·完)」高崎経済大学論集 45 卷 3 号(2002.)78-79.、加藤貴仁「会社法制見直しの検討(2)企業グループのコーポレート・ガバナンスにおける双重代表訴訟の意義(下)」商事法務 1927 号(2011.)37.
- [5] 沈乐平.母子公司法律问题研究[M].北京:经济科学出版社,2007.16.
- [6] 刘俊海.现代公司法(上册)[M].北京:法律出版社,2015.39.
- [7] 樊纪伟.日本双重代表诉讼制度及其启示[J].法学杂志,2016,(7):129.
- [8] 沈贵明.二重派生诉讼适格原告要件的构建[J].法制与社会发展,2015,(2):107.
- [9] 李小宁.公司法视角下的股东代表诉讼——对英国、美国、德国和中国的比较研究[M].北京:法律出版社,2009.280.
- [10] (美)罗伯特.C.克拉克.公司法则[M],胡平,林长远等译.北京:工商出版社,1999.539.
- [11] 樊纪伟.日本股东代表诉讼制度的变革及其发展动向[J].载梁慧星主编.民商法论丛(第 54 卷).北京:法律出版社,2013.648.
- [12] 施天涛.公司法论(第 3 版)[M].北京:法律出版社,2015.460.
- [13] 蒋大兴.公司法的观念与解释 III:裁判逻辑 & 规则再造[M].北京:法律出版社,2009.6.
- [14] 刘俊海.股份有限公司股东权的保护(修订版)[M].北京:法律出版社,2004.315.

Establishment and Construction of Dual Representative Litigation System in the Implementation of Company Law

FAN Ji-wei

(Law School, Tianjin University of Finance and Economics, Tianjin 300222, China)

Abstract: The current company law of our country is based on the traditional company law theory. Under the background of the development of the company collectivization, the current company law cannot provide an institutional supply for the protection of the interests of the shareholders of parent company. In the face of popularization of parent-subsidiary companies, the system double derivative suit can provide protection for the balance of the interests of parent-subsidiary companies, and can strengthen the corporate governance structure of the parent-subsidiary structure. In order to give full play to the function of double representative litigation, we can construct our double representative litigation rules from the following aspects: first, the plaintiff who can initiate double representative litigation should be the shareholder of the wholly-owned parent company; Secondly, China's dual representative litigation should be coordinated with the existing rules of shareholder representative litigation system; Thirdly, the plaintiff shareholders who can initiate double-representation litigation should take exhausting internal and external remedies as the premise of exercising their litigation rights.

Key words: dual representative litigation; shareholder representative litigation; parent company; subsidiary company

(责任编辑:张颖)

人工智能刑事责任的主体问题探析

刘晓梅, 刘雪枫

(天津工业大学 法学院, 天津 300387)

摘 要:近年来,人工智能发展方兴未艾,其所涉及的法律风险问题也开始显现。霍金曾指出,人工智能的迅猛发展,其可能产生自我意识和自主判断,最终超越人类的人工智能有可能奴役人类甚至导致人类死亡。在比较分析强人工智能刑事责任主体“肯定说”和“否定说”的基础上,对人工智能发展所带来社会风险有可能拓宽责任主体范围,增加处罚危险犯等问题进行前瞻性反思。当前,人类尚处于弱人工智能时代,应当强调刑法的谦抑性,在变革与秩序、创新与守护之间把握动态平衡;同时积极响应我国人工智能发展规划的要求,促进有关人工智能发展的法律法规建设,以期能够进一步有效完善刑事防控系统。

关键词:人工智能;刑事责任主体;刑事风险;犯罪

中图分类号:D914.1

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0022-06

随着科技的不断发展,近年来“人工智能”呈爆发式增长。2017年年初,《新一代人工智能发展规划》正式颁布,当中明确指出,2020-2030年“人工智能发展战略目标三步走”^[1]。2018年10月,国家政治局再次召开集体学习,学习的主题是人工智能的发展现状与发展前景,中共中央总书记,国家主席习近平在学习中提到,必须把人工智能的发展放在国家战略层面,把握主动^[2]。2018年11月20日下午,以“人工智能快速发展下的先进制造研发基地建设和世界智能大会”为主题的理论创新论坛在天津市社科联举行,该论坛围绕人工智能发展中的理论焦点、实践难点、发展重点展开交流,并承诺将以此次论坛为开端,依托社科界和智库广泛专家资源优势,凝聚管产学研业界众力,为天津人工智能产业发展服务,助力天津先进制造研发基地高水平建设,助推世界智能大会提升人文品质,为“五个现代化天津”建设贡献力量。

当前在人工智能发展中,其所涉及的法律风险问题也开始显现。霍金认为,人工智能的迅猛发展,其可能产生自我意识和自主判断,最终超越人类的人工智能有可能奴役人类甚至导致人类死

亡^[3]。2015年7月德国大众汽车制造厂机器人在被安装和调制过程中将工人重重压向金属板,最终导致这名工人因伤重不治身亡;2016年11月我国深圳高交会上参展的机器人“小胖”在移动时将展台玻璃碰倒,划伤了观众;2018年3月美国亚利桑那州一辆Uber自动驾驶汽车以64公里的时速撞向一名横穿马路的女性,造成该女性不治身亡,这是全球首起自动驾驶汽车撞死人类的事故……这一系列的机器人致人伤害或死亡的事件,其刑事责任认定问题引起理论界和实务界广泛关注。2017年,《关于机器人民事法律规则的决议》在欧洲各国的议会上以高票数通过,决议中明确指出,自主机器人一旦引发事故,必须承担起相应的责任,但前提是要认可机器人作为“电子人”的法律地位。只有这样,一旦发生由机器人引发的事故或造成的损害时,才能根据机器人的行为能力以及电子人格进行责任判定^[4]。国务院发布的《新一代人工智能发展规划》中提到,人工智能的发展不能放任自由,必须正确引导,机器人虽然与正常人不同,但同样具备独立的人格,应当拥有一定的权利,同时需要履行相应的义务。为此,我国部分学

收稿日期:2019-03-23

作者简介:刘晓梅,女,天津工业大学法学院教授,主要从事法律社会学和刑事法学研究;

刘雪枫,女,天津工业大学法学院2018级法律硕士研究生,主要从事刑事法学研究。

者提出,从法律上认可人工智能系统作为一个“电子人”的地位,是大力发展人工智能的必然要求^[9]。学界对人工智能的界定,简单来说,就是通过先进的科学技术,赋予机器人灵活的大脑,使其能够按照指令完成任务。但是,一直以来,我国学者对人工智能的类型划分存在不同观点:有学者提出“两分法”,指出人工智能应当按照强弱进行划分^[6];有学者提出“三分法”,即将人工智能划分为三个等级,即超人工智能,强人工智能和弱人工智能。弱人工智能只能从事某方面的技术或操作^[7],比如战胜了世界围棋冠军的阿尔法狗;强人工智能在各个领域都拥有与人类同等的智慧,具有独立解决问题的能力;超人工智能是在所有领域都超越人类大脑的超人工智能体;还有学者提出“再生智能”这一概念,将是否具有“再生智能”作为区分强弱人工智能的标准。弱人工智能依赖于机器研发者事先预设的程序,不具备自我学习和创造的能力,不具备再生智能;强人工智能是指具备自我学习和创造功能,不仅仅依据研发者事先预设的程序和机理,自我能够创设新智能的智能产品^[8]。笔者赞同“二分法”,仿照自然人所具有的的辨认能力和控制能力来进行强弱人工智能分类。

一、弱人工智能非刑事责任主体

弱人工智能只是在设计和编制的程序范围内进行活动,其实现的只是设计者或使用者预先设定好的程序算法,因其不具有辨认能力和控制能力,只能将其视为智能工具,其不具有刑事责任主体资格,无法独立承担刑事责任。

以“自动驾驶机动车”为例,按照目前通用的自动驾驶机动车的技术标准,自动驾驶机动车的分级为L1-5级,但即便是最高级的完全自动驾驶机动车,也无法成为独立的刑事责任主体,因为其完全自动驾驶的所有指令都是由人类开发者根据提前设计好的程序算法发出的,其只需要借助车身上装载好的激光测距仪、雷达、传感器等根据实际情况来履程序指令就可达到完全自动驾驶。2016年5月7日,一辆2015年版Model S拓速乐牌轿车与一辆拖挂车辆在美国佛罗里达州一段高速公路上相撞,导致驾驶员死亡。根据2013年美国国家公路交通安全管理局发布的机动车自动化

标准,该事故汽车属于L2级自动驾驶汽车(部分自动驾驶机动车)。按照L2级自动驾驶机动车划分的依据,该车的辅助驾驶系统还不能识别所有的道路交通危险,不能代替驾驶员直接驾驶,因而在使用辅助驾驶功能时,操控者依然为驾驶员,其仍需维持高度警惕性,尽管其本人不直接操控车辆,车辆却始终处于其监管下的,主要责任仍归属于该车辆的驾驶员^[9]。据相关调查,该车不存在设计缺陷和制造缺陷,所以该事故责任不能归责于机动车本身,也不能归责于研发者、生产者,只能由该机动车驾驶员对安全行驶负全部责任。

目前人类尚处于弱人工智能时代,人工智能产品作为“智能工具”所造成的刑事责任问题主要有以下几种情况:其一,行为人(研发者/使用者)故意利用弱人工智能产品实施犯罪的情形。研发者在弱人工智能产品出厂前就已经在其系统中植入了类似于犯罪计划的程序,且使用者并不知情,也从未想过利用该智能产品实施犯罪,那么只要弱人工智能产品实施了该程序所预设的犯罪行为,所有的刑事责任都应当由研发者承担。另一种情况,研发者和使用者共谋利用弱人工智能产品实施犯罪行为,此时可参考共同犯罪,由研发者和使用者共同承担刑事责任。还有一种情况,研发者在弱人工智能产品出厂前尽到了合理的注意义务,且其无法预见出厂后该智能产品会造成危害结果,该人工智能产品实施危害行为是使用者故意为之,所有的刑事责任应当由使用者来承担。其二,行为人过失致使弱人工智能产品犯罪的情形。这里的“过失”指的是弱人工智能产品的研发者或使用者违反了预见义务。在使用或研发弱人工智能产品时,人工智能技术可以避免危害结果发生的情况下,研发者及使用者仍需肩负相应的责任及义务,最终未预见或已经预见却轻信能够避免而导致危害结果的发生,表明一般过失犯罪成立,研发者或使用者应承担刑事责任^[10]。其三,在研发或使用弱人工智能产品时,人工智能技术无法避免危害结果的发生。在该情形下,智能机器人的研发者或使用者已经尽到了合理的注意义务却仍未能避免危害结果的发生,所造成的危害结果不能由二者承担。有学者提出,此种情形可以参照民法中的“严格责任”,人工智能产品的研发者或使用者成立监督过失犯罪。笔者认为,不能参照民法

中的“严格责任”认定研发者或使用者成立监督过失犯罪。一是因为刑法不同于民法,民法中的“严格责任”也称为无过错责任,而刑法则遵循罪、责、刑相适应原则,无过错也即既无故意也无过失,强加其二者无过错的刑事责任是不合理的;二是将所有责任都归于研发者和使用者,无疑会阻碍“人工智能产业”的发展,使得研发者因忌惮法律风险而无法致力于创新,使用者因畏惧承担法律责任而不敢购买使用人工智能产品,导致人工智能产业丧失发展活力。

在弱人工智能时代,无论行为人是故意利用人工智能实施犯罪行为,还是由于过失而致使人工智能实施犯罪行为,都仅是把人工智能产品视作“智能工具”。为加强刑事风险防控,刘宪权教授提出,未来我国刑法的改造可从下述几方面入手:第一,从源头防控风险:增设滥用人工智能罪;第二,确立严格责任:增设人工智能事故罪^[11];第三,适时考虑赋予强人工智能机器人刑事责任主体的地位^[12]。而马荣春教授认为,人工智能在实质上不具有受刑能力,在人工智能造成损害的场合根本不存在刑事意义上针对其本身的“处罚空隙”问题^[13]。目前 AI 应用领域中,最为成熟的当属无人驾驶技术与智能医疗技术,两者对人们的生活及安全有极大影响,故应受到高度关注,在上述 AI 应用领域,驾驶与手术的过程作为行为主体的“人”已被虚化,并无实质的参与行为。“人”退居二线,如果基于“无行为则无犯罪”原则,使刑事责任主体无从可寻。查证 AI 的主观罪过也是技术上的伪命题。所有的人在智能驾驶时代都成为潜在被害人,传统的行为主体消失,将刑事归责完全转嫁到智能技术或智能汽车提供商显失公平。笔者认为,应当坚持“技术中立”,为防控刑法风险,应当推行强制保险制度来平衡用户和生产商双方的利害关系,加强被害人的救助补偿制度^[14]。

二、强人工智能刑事主体肯定说

随着尖端科技日新月异的发展,未来的机器人在很大几率上会在无人介入的情境下做出系统算法中本无设定的行为。此时人工智能产品所做出的种种“行为”,有些并非是设计及制作过程设定的,而是具体操作时发生的变动,这些变动都是

难以预估的,且是结合当下的实际需求重新设定而做出的。所谓的强人工智能,实际上就是能够决策及实施的行为不属于设计及编程范畴的人工智能。当强人工智能产品开始不受人类监管时,其在运转过程中可能会造成的对社会对个人的法益上的侵害结果,最终承担责任的对象应是谁,在刑法中并未明晰,在此情况下,就必须专门颁布“机器人刑法”。为了防止未来 AI 对人类法益实际产生侵害,国内外很多学者提出“人工智能独立承担刑事责任”的观点(下称“独立责任承担说”)。“独立责任承担说”的核心依据是 AI 符合施加刑事责任的内部要素,即独立的“控制能力与可培养的辨认能力”。“独立责任承担说”为 AI 设定了有针对性的刑罚措施。这包括对 AI 惩处罚金刑;对 AI 施以自由刑;对 AI 施加死刑,包括对躯体的永久销毁和对 AI 的数据予以删除^[15]。具体而言,“独立责任承担说”主要观点如下:

(一)强人工智能符合刑法所规定的犯罪主体的条件

根据我国《刑法》的规定,只要实施了能够对社会产生危害的行为且具备刑事责任能力,即自我控制和辨认能力就能够成为抽象的犯罪主体,至于“应受刑罚处罚承担责任”则是来源于罪刑法定原则,是立法者在肯定了强人工智能产品具备刑事责任能力并能够实施具有社会危害性的行为之后在立法上的选择与回应,所以是否能够实施危害社会的行为且具备刑事责任能力才是决定人工智能产品能否成为犯罪主体的本质要件^[16]。毋庸置疑,超出设计和编制程序的强人工智能能够自主决策,且能够基于自主意志实施具有社会危害性的行为,满足成为犯罪主体的两个条件,应当成为受刑法规制的犯罪主体。

(二)强人工智能的行为是刑法意义上的“行为”

站在历史的长河中,循着“行为理论”与时俱进的发展历程来看,当中较为典型且有代表性的包含目的行为、社会行为、因果行为、自然行为等理论,这些理论是基于人的基础上,以人的行为作为基础而构建^[17],伟大的哲学家,思想家马克思曾说:“法律的对象并不是人,而是人的行为。”由此可见,法律是建立在人的行为基础上的,而“行为”又应如何定性?“行为”是否必须是“人”的行为?然而,对于人的行为的讨论,是否同样适用于人工智能系统呢?

虽然人工智能系统与正常人有所不同,但事实上,尽管人工智能系统不属于生命体,但它的其余要素与“行为理论”完全吻合^[18]。因此,赋予强人工智能机器人刑事主体资格是具有现实可能性的。

(三)承认强人工智能刑事主体能力,具有一定的社会治理意义

法律是案件判决的直接依据,对违法犯罪行为进行惩罚,本质上是为了预防犯罪,这种预防又可分为特殊预防与一般预防。一般认为,特殊预防的目的在于通过刑罚限制、剥夺犯罪主体的再犯能力,实现威慑与再社会化功能;而一般预防则是通过对犯罪人适用刑罚向一般社会主体宣告,犯罪就必须受罚,向一般社会主体施压及震慑,从根源上杜绝犯罪行为的产生。强人工智能产品,虽然不具有人类的生物体征和肉体上的痛感,但其拥有自我控制与辨认能力,如若对其进行剥夺自由、毁损等处罚,其也会感到痛苦、自责与愤懑,并且人工智能的核心数据库都是同步即时更新的,其他的人工智能犯罪人受到处罚,强人工智能产品也会受到威慑与教育,从而整体在人工智能产品中减少再犯率与犯罪率,以实现刑罚预防的功能与目的^[19]。

三、强人工智能刑事主体否定说

“否定说”认为,强人工智能所具备的自我学习能力是人类所赋予的,不应将其神圣化。是人类用他们已知的技术将一些材料组合起来再辅以核心算法创造了目前我们称之为“人工智能”的东西,人工智能创造之初,就是为了便捷人类的生活,其地位在创造之初就已经被设定,如若赋予其类人的法律地位,无疑是否定了人类最初的构想,也不利于人类的可持续发展。人工智能的思维程序是机械式不带有情感的,虽然其具备辨认和控制能力,能够自主根据不同情况实施行为,但其仍旧无法感知、理解自身行为的意义,其执行任务的基点仍是冷冰冰的代码,无法像人类一样基于某种特殊的情感而做出某种行为。如小米系统中的“小爱同学”、苹果系统的 Siri 等等,对于阅读的内容具体为什么意思,这些人工智能并不了解,因各智能程序间存在的差异性使其无法学习、交流,且各程序的本体及知识表现形式也具有较大差异^[20]。“否定说”指出,人工智能独立承担刑事责任不具

有理论自洽性,强人工智能不能成为刑事责任主体,其主要理由如下:

(一)法律主体不应被过度抽象,强人工智能与自然人存在本质区别

有观点指出,虽然具备独立的自我辨认和控制能力是成为犯罪主体的前提,但是将人工智能过度的向自然人的抽象概念靠拢并赋予其主体资格无疑是荒谬的。自然人是具有社会属性的,鉴于人的多面相性,强人工智能和自然人有本质差别。假如人仅被都当成抽象化、理性化的法律主体,那其将不会存在其它的面相。人与人工智能系统不同,人是一个实实在在的实体,具有思考能力,行为能力,需要与他人进行接触^[21]。因此,机器人再怎么“高智商”,它也不能成为“人”,“人”身上的种种独特的属性,是一个机器无论如何也无法具备的。“肯定说”坚持强人工智能产品的犯罪主体地位是站在一个非常抽象的法律角度来考虑的,忽略了作为法律主体的自然人的其他面相。

(二)强人工智能不具备可追究刑事责任的主体意志自由

黑格尔认为:犯罪本身就是一种经过理性思考才作出的行为,一旦人产生了犯罪行为,就必须接受法律的惩罚,在他看来,犯罪是犯罪人自由意志的体现^[22]。若要寻找正当的刑罚根据,那必须由犯罪人的自由意志入手,实际上就是,犯罪人是通过犯罪来体现自由意志,那么自由意志不存在的情况下犯罪自然也不会形成,所以与刑法间也无实质性的联系^[23]。现代刑法确立主客观相统一的犯罪构成理论。犯罪行为是否成立,不仅需要考量犯罪行为对他人或社会所造成的损害,而且还要考虑犯罪人的作案动机和心理状态。

1.强人工智能运行机理与人的意志自由进行形式匹配过于机械,与自然人的独立意志不具有对等性

就算是强人工智能,也只是在人为的干预下按照指令执行操作,即便人工智能技术继续发展,甚至能够脱离人类的控制,自主做出某种行为,但其仍然无法明白自身行为的意义,即便是做出了伤害性的行为,也可能谈不上任何作案动机,因此,人工智能系统本身就没有法律意义上的意志自由,与自然人的独立意志不具有对等性。自由意志是寻找正当的判处刑罚的根据,其若不存在的,

那么根据自然也无从找起,强人工智能不具备独立意志,自然也就不具有被刑法规制的意义,不能成为名副其实的刑事责任主体。

2.强人工智能不具有理解并遵从法规范的能力,强人工智能行为属性判断无客观标准

刑事责任若要成立,作为行为主体需要满足以下两个条件:(1)对于法律规范,要有能够认识、理解的可能与能力;(2)要能够基于对法律规范的理解,具备在不同具体情境下抵制诱惑,即不做违法犯罪行为的意志力的可能性。但是,人工智能产品是在人类的努力下经过研发而诞生,对法律条例并不了解,甚至完全没有遵守法律条例的行为能力。换言之,即便人工智能系统违反了法律条例,作出了损害性行为,其本身也可能完全不自知,目前为止,人工算法并没有能力完全干预人工智能系统的行为,欠缺刑法所要求的对法规范遵从的意志自由。而且强人工智能也可能会出错,一旦算法错误,就会做出损害他人或社会的行为,那么从法律的层面来讲,这是纯属的机器意外事故,还是人工智能系统经过自主思考而作出的行为呢?人工智能系统是否应当承担相应的责任呢^[24]?

(三)根据现有的刑罚体系对强人工智能判处刑罚无意义

若承认强人工智能的犯罪主体地位,就必须对其判处刑罚。我国刑法主要有五种主刑和四种附加刑,按照刑法轻重可分为管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑;罚金、剥夺政治权利、没收财产和驱逐出境^[25]。由于人工智能并不是正常的行为人,不会产生与人体同等的感觉和道德上的负罪感,对其判处现有体制下的刑罚没有人类所能理解的实际意义。对此有学者指出,可以通过对刑罚体系的重构来实现对强人工智能的刑事处罚,实施特殊的刑法惩治手段,如删除数据、修改程序、永久销毁等^[26]。有观点认为上述看法不具有合理性,此类特殊的惩治手段无法实现刑罚的机能,强人工智能是冷冰冰的材料加以核心算法程序堆砌而成的产物,无血无肉,没有自然人与生俱来的伦理上和道德上的制约与情感,其也无法从其他机器人受到的惩罚中吸取经验教训进而实现一般预防的功能。另外,如若承认强人工智能为犯罪主体,对其特殊规制,其无法与自然人一律平等地适用刑法,依法定罪量刑和行刑,势必违反刑法面前人人平等原则,挑战刑法基本原

则,引发法律体系的动荡。

四、结 语

尽管目前人类的技术还只是停留在弱人工智能阶段,但是当代科技迅猛发展的速度足以让人类相信在不远的将来,强人工智能不再是一个概念中的抽象物,而是真真切切会存在的具象物,所以对于人工智能产品目前以及未来可能会出现的一系列问题,还是应当考虑在先,思索在先。现当代人类社会所出现的弱人工智能产品是不具备刑事主体资格的,其在“使用”中所带来的致人伤亡等严重法律后果,建议通过完善人工智能应用被害人救助补偿制度加以解决。

随着科技发展日新月异,当强人工智能产品实施了严重危害社会,侵害他人法益的行为时,刑法又该如何应对?德国学者针对此问题有诸多不同看法,观点大致分为两派。一派的代表为希尔根多夫教授,其认为应当修改及完善当前已有的刑法概念,开辟适用于机器人的刑法。另一派的代表为贝克与约尔登两位教授,其认为刑法不可能适用于机器人,将此可能性直接抹杀,认为刑法是围绕着人的,并尝试解释及修正现有刑法理论予以应对^[27]。本文在比较分析强人工智能主体“肯定说”和“否定说”的基础上,对人工智能发展所带来社会风险有可能拓宽责任主体范围,增加处罚危险犯等问题进行前瞻性反思。

当前,人类尚处于弱人工智能时代,应当强调刑法的谦抑性,在变革与秩序、创新与守护之间把握动态平衡。同时积极响应我国人工智能发展规划的要求,促进有关人工智能发展的法律法规建设,以期能够进一步有效完善刑事防控系统。

参考文献:

- [1] [7]房绍坤,林广会.人工智能民事主体适格性之辨思[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2018,(5): 64.65.
- [2] 推动我国新一代人工智能健康发展[J].科技传播, 2018,(21):3.
- [3] 霍金.AI是进步但极可能是人类文明最后的进步,载 http://news.ifeng.com/a/20171123/53514564_0.shtml, 2018-11-24.

- [4] 皮勇.人工智能刑事法治的基本问题[J].比较法研究,2018,(5):150.
- [5] 袁曾.人工智能有限法律人格审视[J].东方法学,2017,(5):50-57.
- [6] 刘宪权.人工智能时代的“内忧”“外患”与刑事责任[J].东方法学,2018,(1):134.
- [8] 王冠.强弱人工智能产品刑事责任认定规则[A].刘宪权.人工智能:刑法的时代挑战[C].上海:上海人民出版社,2018.157.
- [9] 杨立新.用现行民法规则解决人工智能法律调整问题的尝试[J].中州学刊,2018,(7):48.
- [10] 刘宪权.人工智能时代刑事责任与刑罚体系的重构[J].政治与法律,2018,(3):92-93.
- [11] 刘宪权,房慧颖.涉人工智能犯罪的前瞻性刑法思考[J].安徽大学学报(哲学社会科学版),2019,(1):108-117.
- [12] 刘宪权.人工智能时代的刑事风险与刑法应对[J].法商研究,2018,(1):5.
- [13] 马荣春.人工智能的犯罪主体化问题[D].2018年互联网法律大会·人工智能与法学论坛论文集,2018-11-24.
- [14] 孙道萃.人工智能对传统刑法的挑战[N].检察日报,2017-10-22(03).
- [15] 储陈诚.人工智能可否成为刑事责任主体[N].检察日报,2018-04-19.
- [16] [19] 刘宪权.人工智能时代机器人行为道德伦理与刑法规制[J].比较法研究,2018,(4):48.51.
- [17] (德)恩施特·贝林.构成要件理论[M].王安异译.北京:中国人民公安大学出版社,2006.65.
- [18] 刘宪权,胡荷佳.论人工智能时代智能机器人的刑事责任能力[J].法学,2018,(1):46-47.
- [20] (英)玛格丽特·博登.人工智能的本质与未来[M].孙诗惠译.北京:中国人民大学出版社,2017.23.
- [21] 王勇.人工智能时代的法律主体理论构造——以智能机器人为切入点[J].理论导刊,2018,(2):68.
- [22] (德)梅尔.德国观念论与惩罚的概念[M].邱帅萍译.北京:知识产权出版社,2015.183.
- [23] 邱兴隆.报应刑的价值悖论——以社会秩序、正义与个人自由为视角[J].政法论坛,2001,(2):27.
- [24] 时方.人工智能刑事主体地位之否定[J].法律科学(西北政法大学学报),2018,(6):71.
- [25] 吴波,俞小海.人工智能时代刑事责任认定思路的挑战与更新[J].上海政法学院学报(法治论丛),2018,(5):98.
- [26] 刘宪权,朱彦.人工智能时代对传统刑法理论的挑战[J].上海政法学院学报,2018,(2):51.
- [27] 储陈城.人工智能时代刑法归责的走向——以过失的归责间隙为中心的讨论[J].东方法学,2018,(3):28.

On the Subject of Criminal Responsibility of Artificial Intelligence

LIU Xiao-mei, LIU Xue-feng

(Law School, Tianjin Polytechnic University, Tianjin 300387, China)

Abstract: In recent years, the development of artificial intelligence has been in the ascendant, and the legal risk issues involved have begun to emerge. Hawking once pointed out that the rapid development of artificial intelligence may produce self-awareness and self-determination. Ultimately, artificial intelligence beyond human beings may enslave humans and even cause human death. On the basis of comparative analysis of affirmative theory and negative theory of criminal liability subject of strong artificial intelligence, the authors make a prospective reflection on the social risks brought by the development of artificial intelligence, which may widen the scope of liability subject and increase the punishment of dangerous offenders. At present, human beings are still in the era of weak artificial intelligence. We should emphasize the modesty of criminal law, grasp the dynamic balance between change and order, innovation and guardianship. At the same time, it actively responds to the requirements of the development plan of artificial intelligence in China and promotes the construction of laws and regulations concerning the development of artificial intelligence in order to further improve the criminal prevention and control system effectively.

Key words: artificial intelligence; criminal liability subject; criminal risk; crime

(责任编辑:张颖)

中美贸易战中中方反制行为的合法性分析

杨雨馨

(南开大学 法学院, 天津 300350)

摘 要:美国公然违反WTO规则单方面对中国产品征收巨额关税,其前所未有的规模与严重的损害后果使得中国有权根据《关税与贸易总协定》(GATT)中国家安全例外的规定在适当限度内采取贸易反制措施,以此应对美国引发的国际关系中的紧急情况。即使中国无法成功援引安全例外条款,在继续适用WTO规则引起制度失灵的情况下,退而求其次诉诸于一般国际法规则也具有合理之处。通过论证安全例外条款在中美贸易战中的适用,分析中国依据WTO协议本身所能获得的救济途径,并在此基础上分析WTO法与国际法的关系,寻找一般国际法规则作为论证中美贸易战中中方贸易反制行为合法性的依据。

关键词:贸易反制;国家安全例外;制度失灵;一般国际法规则

中图分类号:D996

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0028-07

从2018年3月开始,中美两国之间可谓是贸易纠纷几经波折、政府交涉进退退。面对美国单边施加的2500亿美元巨额关税,中国的贸易反制措施从2018年对美国价值同等金额商品加征同等税率,发展到2019年按各自进口对方国家产品的比例同等力度提高关税以示反击。然而一些质疑中国反制行为缺乏法律基础的声音此起彼伏。2018年4月5日,加拿大《环球邮报》发表了一篇题为“WTO rules are the first casualty in the China-US shoving match”的文章评论中美贸易战。该文的作者David Parkinson没有批评美国挑起贸易争端,而是指责中国采取捍卫自身权益的方式完全绕过WTO争端解决机制,忽视WTO作为全球贸易体制中的关键支柱作用^[1]。无独有偶,美国贸易代表Robert Lighthizer于7月10日发布了一份关于根据美国《1974年贸易法》第301条采取行动的声明,声称中国的反制措施没有任何国际法依据或正当理由^[2]。

这样的质疑并非没有道理,《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU)第23条“加强多边体制”要求成员国不得单方面认定某项措施是否违反规则 and 擅自采取反措施,而应将贸易纠纷诉诸WTO争端解决机构。因此在这样的国际背景下,本文从WTO规则的例外情况入手,分析中国应当如何适用

GATT第21条国家安全例外条款进行抗辩。如果中国能够成功援引国家安全例外条款自然是在现行WTO多边贸易框架内获得救济的最佳选择,中国采取反措施可以不受DSU第23条以及关税减让、最惠国待遇等义务的限制。但是即使不能,2006年国际法委员会在关于国家责任的讨论中提出制度失灵的观点也极其具有启发意义。当中美贸易战的规模和后果已经使传统的WTO救济手段失效,或者说在WTO法律框架下中国可以获得的救济与中国在此过程中遭受的损失严重不成比例的情况下,一般国际法规则可以替代特别法更好地解决国际争端。因此,本文又进一步论证了《维也纳条约法公约》以及《国家对国际不法行为的责任条款草案》在这种情况下适用。

一、国家安全例外条款的适用

援引GATT第21条进行抗辩必然会涉及两个方面的问题,一方面是中方承担的举证责任,或者更形象地称之为说服责任;另一方面是专家组的审查标准,也即争端解决机构对于成员国法律或措施的尊重程度。无论哪一层面的问题,其考量的起点都是基于国家安全例外条款的历史发展与

司法实践。

(一) 历史发展

在起草《国际贸易组织宪章》的初期,国家安全例外条款在日内瓦草案中,其位置从只适用于第5章的第37条移至适用于整个宪章的第94条,目的在于明确成员国可以自由决定该条款的适用^[3]。筹备委员会日内瓦会议的系列讨论中明确指出有关重要安全利益的例外规定实际上是一个允许成员国基于国家主权对安全利益的保护与避免成员国出于商业目的以国家安全为借口采取措施之间的平衡问题^[4]。在1949年第3届会议讨论捷克斯洛伐克的控诉时,委员会特别指出,一方面,每个国家都必然在涉及其本国安全的问题上作最后的裁决,另一方面,每一缔约方应谨慎行事,不采取可能破坏关贸总协定的任何步骤。在1982年理事会讨论欧洲经济共同体(EEC)及其成员国、加拿大和澳大利亚因非经济原因对来自阿根廷的进口施行的贸易限制时,欧共体以及加拿大代表认为这种根据固有主权采取的行动属于政治问题,关贸总协定没有权利也没有义务进行审查,因此援引例外条款的一方无需进行通知、提供理由以及得到批准。而阿根廷的观点与此相反,其认为为了证明自己贸易限制措施的正当性,援引方必须采取合理步骤提供理由。最终,缔约方全体于1982年11月29日第38届会议通过的部长宣言第7(iii)段中规定,“各缔约方各自并且共同承担避免由于非经济因素采取与总协定不一致的贸易限制措施”^[5]。其中“各缔约方共同”可以理解为缔约方全体,也就是承认了国家安全例外是可以被裁决的。然而随后关贸总协定时期发生的两个相关的案件“尼加拉瓜诉美国贸易制裁案”和“前南斯拉夫诉欧共体经济制裁案”均因为种种原因,争端解决机构对于国家安全例外条款的解释与适用没有取得实质性的进展^[6]。进入WTO时代以后,中国原材料案中专家组在解释GATT第11条第2款a项的时候,将其与第21条进行对比,否定了将第11条“对于产品重要性的判断应根据有关的特定国家”的表述理解为成员国可以自行决定某一产品对其是否至关重要。专家组给出的理由是,如果第11条同第21条一样赋予了成员国一定的裁量权,那么其起草方式也应该同后者类似^[7]。从这样的表述可以看出专家组间接肯定了成员国对于国家安全例外享有的部分自决权。

(二) 司法实践

从WTO司法实践来看,争端方的举证责任通

常与DSU第11条规定的专家组客观评估的事项范围相对应,需要援引国家安全例外进行抗辩的一方从案件事实、法律解释以及法律的适用性三个角度证明其采取措施的出发点在于维护国家安全,以便说服专家组对该条款的适用。

1. 事实层面

首先,在事实层面上,中美贸易战的巨大规模涉及2500亿美元,远远超过以往贸易战的规模,即使短时期内美国征税对中国经济的影响程度或多或少取决于关税对出口商品的传导率以及价格需求弹性等因素的影响^[8],但是如若诉诸WTO传统救济渠道(从磋商、专家组程序、上诉机构程序到执行程序)必将在很长一段时间内(从实践来看起码两年以上)自己承担巨额损失,即使能够胜诉,由于WTO提供的前瞻性的救济措施也无法弥补中国在此过程中遭受的损失。

2. 法律解释

其次,对于条约的解释通常是以约文的字面意思为起点探寻缔约方缔约时的意思表示,而约文通常被认为是缔约方真实意思的体现。据此对GATT第21条b款的解释重点从三个关键词入手,即“it considers”、“necessary”、“essential”。虽然参考国际法院之前的判例^[9],从法律表述来看,“it considers”与单独“consider”之间的区别在于前者倾向于主观判断,后者倾向于客观事实,但是本文认为二者之间如此小的区别却导致完全不同的法律解释可能是当时起草者难以预料的情况。从目的解释的角度考虑,条约的模糊本来就是当时的缔约方为了尽快达成协议以便降低关税壁垒实现贸易自由化而故意留下的,不过从该项条款自美国提出开始一直延续至今从未修改的历史事实可以推测,正常的贸易事项必然要让位于重大国家安全事项应该是各缔约方都普遍认同的问题。在DS152^[10]案件中,专家组报告裁定,WTO成员总体上有权自行判断其“基本国家安全利益”以及相关措施是否是保护该利益“所必须的”^[11],这种自由裁量权的必要之处本文认为体现于以下两点:其一,唯有国家自身对于关乎其重大安全利益的事项最为熟悉,最容易提供合理可靠的证据与结合自身特别情况的专业分析;其二,虽然GATT第21条a款与b款是并列关系,但是也并不排除在援引后者的同时也会涉及前者中规定的披露与国家安全有关的信息。既然前款不要求当事国披露与国家安全有关的信息,那么裁决者在无法获知全部信息的情况下,有可能会难以做出公正的裁判。因

此,从专家组的审查标准来讲,专家组对于缔约国提供的借以论证其国家安全利益存在以及受到威胁或损害的证据、论证应当给予某种程度的尊重。但是,国家安全例外条款从诞生时起,其适用又必须受到“善意履行条约义务”这项国际法基本原则的限制,从文本解释优先的角度出发,“necessary”、“essential”是两个必须要满足的条件。随着时代的发展,对于何为一国“essential”(基本的、必需的)的安全利益已经开始比传统的国家安全涵盖了更多的内容,不仅中国提出的总体国家安全观中包含经济安全^④,美国也以国家经济安全为由向其他国家采取“232 措施”征收钢铁和铝税^⑤,由此可见,中国采取反制措施所保护的经济安全被纳入国家基本安全的概率很高。WTO 争端解决机构对于“necessary”(必要的)的解释也从泰国香烟案、中国出版物案、韩国牛肉案、巴西翻新轮胎案等诸多案例中不断成熟,可以总结为三个方面:其一,涉案措施是否能够实现保护国家基本安全利益的目的以及实现程度;其二,是否存在对他国影响更小的替代措施;其三,涉案措施实施的目的与其产生的结果之间是否成比例^⑩。在中美贸易战中,中国选择对美国加征关税的措施采取同等力度的反击,用尽量对他国造成影响最小的等手段尽力弥补美国造成的经济损失以保护自己经济安全的行为起码可以初步证明符合必要性的条件。

3. 法律适用

最后,在 GATT 第 21 条 b 款的适用性上,中美贸易战很明显不属于该款项下(i)和(ii)两种情形,中国必然会主张美国加征巨额关税对于中国造成的损害程度足以构成(iii)中规定的由美国引起的其他国际关系中的危急情况,但是由于该条款产生于二战后,从“other emergency in international relations”与“in time of war”之间由“or”连接构成的并列关系来看,该条款在起草时更多是为了避免类似于战争造成的危机情况而言适用,因此很难从其谈判史中找到适用于当下情形的依据。除此之外,GATT 时期对该条款适用的接受度也不容乐观,瑞典政府曾在 1975 年 11 月以国内生产减少造成的对于国家安全政策中经济防御这一重要组成部分造成了严重威胁为由,对特定鞋产品采取全球进口配额措施,虽然其自身认为符合第 21 条精神的要求,但是却遭到很多他国代表怀疑其正当性,最终在 1977 年 7 月 1 日停止实施该措施^⑪。在 DS512 案件中,专家组对于其他国际关系中紧张情况的解释也只是遵从于

历史解释,认为该种情形应当与前两款中体现出的国防、军事相关利益等同,国家间的政治、经济差异不应当考虑在内^⑫。这样的解释先例对于中国在中美贸易战中援引国家安全例外十分不利,不过笔者认为专家组这样的裁决很有可能只是为了较为方便地解决俄罗斯语乌克兰之间的问题,毕竟专家组特意强调其要在 2014 年 2 月乌克兰政府发生变化后乌克兰与俄罗斯之间关系严重恶化的背景之下分析当前案件,考虑到了俄罗斯对克里米爾吞并造成的后果,但是却未能考虑到其在该案中做出的解释对后案产生的影响,尤其是对中美经贸摩擦而言。此可见很,难参考之前的司法实践,GATT 第 21 条 b 款究竟会在此次中美之间的贸易争端中如何适用,很大程度上取决于专家组对于将发展解释适用于当前争端的态度。

4. 小结

总体来说,美国依据其国内法试图在世界贸易组织争端解决机制之外解决贸易争端,其做法不仅对中国商品造成极其严重的影响,也是一种公然无视 WTO 多边精神与基本原则的行为,严重损害了多边贸易体系。因此,如果能够成功援引国家安全例外条款进行抗辩,那么中国对于美国也就没有必要履行最惠国待遇和关税减让的义务,同时采取适当反措施也具有合法依据。如果不能成功援引,中国还可以退而求其次,诉诸于一般国际法规则。

二、WTO 制度失灵与一般国际法的适用

世界贸易组织的成员国想要在一般国际法规则之中寻求自身行为的正当性依据时,就不得不面临这样一个问题:WTO 法律体系与一般国际法究竟是什么关系。

(一) 自足的制度与一般法

虽然对于 WTO 法律体系是否是一个自给自足的制度依旧存在争论,但是主流观点多是根据国际法院在 1980 年德黑兰外交和领事人员案中的解释,以及参考国际法委员会在国家责任草案起草过程中的进一步阐述总结出的标准,主张既然 WTO 法律体系对于成员国的贸易争端具有强制管辖权、具有独立的争端解决机构与适用法、拥有自己的执行体系以及最为重要的反对成员国采取单边措施解决争端的特点,那么 WTO 法律体系应当被认为属于一个自给自足的制度,从而在很大程度上排除成员国获得一般法的救济^⑬。但不容忽视的是,上诉机

构早在美国汽油案中就认为,对于WTO规则的
解释不能脱离国际公法,并且认定《维也纳条约
法公约》就属于“国际公法的习惯解释规则”的组
成部分,从此使得该公约成为WTO最为常用的
解释规则^[14]。

在国际贸易领域,WTO协定相比于一般国际法
规范而言属于该领域的特别法。“特别法优先于
一般法”原则作为解决法律冲突的一项基本规则同样
适用于国际法领域,其背后的法理在于特别法中的
制度规范更加清晰和具体,从而更加准确有效地使
受其调整的问题得到有效公正的解决。特别领域的
多边条约同样具有这样的优点,并且这样的优点也
是其成员国愿意让渡部分权利受其调整的原因之
一,同时这也意味着特别法可以用来适用、澄清、更
新或修改,以及搁置一般法的适用。但是,特别法不
会完全压制相关一般法的适用,因为一般法通常会
为特别法的解释和适用指示方向。参考国际法委员
会的研究,一般国际法规则对于WTO法律体系这
种特别制度可以起到“填补特别制度的空白”和“在
特别制度失灵时替代使用”两种作用^[15]。尽管有学者
认为,WTO解决争端所依据的涵盖协定中并没有关于
缔约方“重大违约”的规定,因此,此时适用一般
国际法规则可以起到填补空白的作用。但实际上,
本文更认同从DSU第23条的法律表述来看,WTO
争端解决机制并没有区分一般违约和重大违约全
部要求缔约国通过多边机制解决争端,故不能称之
为制度空白^[16]。当一个制度所提供的所有救济方法
完全无法实现其建立目的的时候,或者说制度内的
争端解决机制运作已经无法有效规制违反制度的
行为时,可以推定制度失灵情况的出现。此时,一般
法可以代替特别法更好的解决争端^[17]。

(二)制度失灵的界定

如何界定制度失灵,本文认为,可以运用国际
法中作为基本原则存在的比例原则进行考量。通常
来讲,一个运行有效的制度中规定的惩罚措施与违
反制度的成员所承担的责任成比例,或者说,一个
运行有效的制度中提供的救济措施也可以向受其
他成员违约影响的成员提供成比例的救济。但是在
中美贸易战的情况下,中国很有可能面临的就首次
WTO争端解决机制制度失灵的情况,诉诸一般
国际法规则可能才能为中国提供符合比例原则的
救济^[18]。

1. 承受损害规模巨大

首先,在对一个国家小规模或者偶尔违反世贸

组织规则的情况下,诉诸WTO争端解决程序不会
造成太大问题,因为受害国可以承受诉讼期间遭受
的损失。然而,面对美国公然违反世贸组织规则征
收前所未有的巨额单边关税(涉及2500亿美元),中
国无法承担按照正常程序完成WTO争端解决程序
的费用。除此之外,由于WTO争端解决机制面向未
来的救济特点,WTO提供救济的目的是为了恢复双
方权利和义务的平衡,其对于在争端解决程序进行
过程中成员国所遭受的损失不会提供任何补救办
法。因此,中国不能对美国采取的单方面措施无动
于衷,一味等待起码需要耗时两年多的裁决结果。

2. 等待授权耗时过长

再者,由于DSU第23条也对成员国采取反制
措施的限制,中国要想对美国采取合法的反制措
施,必须事先获得WTO争端解决机构的授权才能
进行报复。然而从美国单方面对中国商品征收关税
开始,到中美之间经历磋商(60天)、专家组审理(6
个月)、上诉机构审理(90天)、被诉方合理期限的
确定程序(从实践来看多为专家组或上诉机构报告通
过后的90天内由DSU第21.3条规定仲裁员确定,
确定的合理期限通常不会超过15个月)、遵守复审
程序(90天),再到补偿谈判难以达成的情况下,很
有可能还要经历报复异议程序,也就是说中国起码
需要几年的时间才能获得这种授权。如前所述,中
国不能等待这么长时间而无所作为。

3. 难以获得义务豁免

此外,中国也很难通过世贸组织部长会议获
得对美国相关义务的豁免。根据《关于建立世界贸
易组织的马拉喀什协定》第9条,在特殊情况下,
中国需要先向货物贸易理事会请求豁免,该过程
不超过90天,然后由理事会向两年一次的部长会
议提交报告,届时才能由缔约方全体决定是否对
中国进行豁免,而这种豁免决定应则需要四分之
三的成员同意。从这样一系列的程序规定可以看
出不仅中国获得这种豁免所需要的时间长,获得
豁免的可能性也很低。

4. 小结

通过上述的分析可以看出,WTO提供的几种争
端解决途径均难以为中国提供有效的救济。在这种
情况下,WTO的制度失灵使得中国不得不诉诸于一
般国际法规则。从有效解释原则和相互协调原则的
角度出发,一国加入一个特别协议,并不意味着其
放弃了诉诸于一般法律规则救济的权利^[19],而是
希望通过更加精确的约定使得其加入后能够得到

相比加入一般国际法规则更加稳定可靠的承诺^[20]。因此,当特别协议无法保护成员国的利益时,与之相关的一般法律规范应当一并生效,成员国同时履行各协议项下的义务,这样才能使得对于不法行为的规制与不法行为造成的损害本身符合比例原则的要求。

三、重大违约与国家责任

《维也纳条约法公约》(简称《公约》)第 60 条“条约因违约而终止或停止施行”的规定和《国家责任条款草案》(简称《草案》)第 22 条“对一国际不法行为采取的反措施”都可以作为中国对美征税的一般国际法依据。本文对于援引二者的区别分析如下。

(一)前提条件不同

对于公约而言,违约方必须构成重大违约,即在废弃条约而此种废弃不为条约所允许或者违反条约规定而此项规定为达成条约目的或宗旨所必需这两种情况下,受其违约特别影响的成员国才可以援引违约为理由暂停施行条约义务;而草案并不区分被违背的国际义务的特性,一国的每一不法行为均会引起其国家责任。在中美贸易战中,美国只针对中国的商品征收巨额关税,公然且严重违背了 GATT 第 1 条要求缔约国非歧视性地给予其他成员国最惠国待遇和第 2 条通过“关税减让”打破成员国之间贸易壁垒的规定,而这两项规定可以说是 GATT 规则的核心条款。美国违背关税减让承诺加征巨额关税的行为使中得国遭受巨大的经济损失,其程度不是简单“违约”二字即可一笔带过,而是严重阻碍多边贸易体制下消除贸易壁垒、促进贸易自由化等目的与宗旨的实现^[21],足以构成“重大违约”,无论是公约还是草案均满足在中美贸易战中的适用条件。

(二)后果不同

重大违约的后果对于受违约行为特别影响的某一成员国而言只能是暂停履行条约义务,即在中美贸易战的情况下,中国不必对美国给予最惠国待遇、进行减让以及不必受制于 DSU 第 23 条的限制,但是对于中国采取反措施的合法性无法依据公约直接获得,只能证明其不违反 WTO 规则。而草案中第 25 条“危机情况”的规定,解除了一国不履行对另一国责任的不法性。并且中国可以通过证明采取的措施符合草案第 2 章关于反措施的规定目的、程度、条件等要求,将草案作为采取反措施的合法性

依据。据此可以看出,草案实际上可以起到对公约的补充作用。《国家责任条款》的官方评述为“危机情况”的适用明确了两项限制条件,即必须是以“唯一手段”保护“基本利益”^[22]。首先,对于“唯一手段”而言,尽管中国政府已经通过要求磋商和启动争端解决程序与美国进行反复交涉,直到 2018 年 10 月 3 日,美国才接受了中国的磋商请求,不过正如本文之前的分析,如果要走完漫长的 WTO 争端解决程序,一味等待遥远的公平判决对中国来说将是一个巨大的损失。因此,中国对美国同等价值的商品征收相同税率以及依照各自进口对方国家产品的比例等同力度提高关税可以说是在尽量不损害第三国利益的情况下精准采取与损害程度相当的反措施,应当被视为唯一有效的解决方案。其次,中国采取贸易反制措施不仅保护了本国的基本经济安全,也对美国造成的整个 WTO 多边贸易体制不利影响起到一种抑制作用。毕竟世界各国的经济发展实际上是一个整体,中国在其中又起着举足轻重的重要作用,中国及众多出口商们所遭受的巨大损失也难免不会波及到其他国家,因此中国在合理限度内采取相应的贸易反制手段也同时维护国际社会的整体利益。

(三)小结

从法律适用的角度来看,美国对中国 2500 亿美元产品加征 25%关税的行为,悍然违反了 WTO 规则,属于“重大违约”,中国有权暂停履行其承担的部分 WTO 义务。同时美国措施对中国造成严重迫切的危险,中国针对同等金额的美国产品加征同等税率的关税可以说是维护“基本利益”的“唯一办法”,中国措施并不违法。因此,中国可以选择援引公约或者草案作为论证中美贸易战中贸易反制行为合法性的依据。

中美贸易战可以说是目前为止对 WTO 法律制度最大的挑战,其中也涉及“国际法碎片化”现象无法避免的问题:由于国际法的不成体系,一项措施不符合一套规则却可能符合另一套规则。本文旨在国际法框架下中论证中国反制行为的合法性,基于“特别法优先”的法理,首先分析 WTO 法律体系作为国际贸易领域特别制度中的例外规定,借鉴参考从 GATT 第 21 条起草时期到现在 WTO 时代 DS512 案件中专家组报告中的观点,对“国家安全例外”条款在中美贸易战中的适用进行分析。原则上国家应当对涉及自身安全事项拥有一定的自由裁量权,但这种裁量权也并非没有限制,为了保证对条约的善意

履行,其也应承担相应举证责任,接受专家组的客观审查。其次,本文也通过梳理一般法与特别法的关系,在肯定WTO制度作为自足的制度有其积极意义同时,也深刻意识到随着时代的发展一个永远滴水不漏的制度是不可能存在的,当制度失灵的情况发生时,一般法通常能代替特别法更好解决争端。再次,国家间的多边贸易体制从GATT时代以权利为导向逐步发展到WTO时代以规则为导向,但是WTO规则的模糊性也意味着除了依靠争端解决机构在适用法律过程中对法律解释作出发展,WTO规则的适用也越来越受被各国普遍接受体现于各大法系中的一般法律原则指引^[23]。因此本文通过比例原则论证自己的观点,一方面面对极端严重危害制度本身的不法行为时,即使是原本自足制度中的规则也会面临因为其对受害国提供的救济或者对违约国施加的惩治不成比例而无法有效规制不法行为的问题,此时诉诸一般国际法规则才能有利于维持制度的存在。另一方面,比例原则也是一个国家采取反措施的重要限制因素,要求反措施必须与所受损害相当,以此在防止滥用权利方面发挥着不可或缺的作用,其在《国家责任条款草案》第51条中也有所体现。最后,本文简要分析《维也纳条约法公约》和《国家责任条款草案》在此次纠纷中作为一般国际法规则的适用以及二者的区别,虽然前者是条约领域的特别法,但是后者似乎能更加全面地为中美贸易战中中国反制行为提供合法性依据。

不可否认,每一个制度、每一条规则都在实践的应用中不断接受考验,也在此过程中不断的发展与完善,只不过由于国际社会并没有凌驾于所有国家的立法以及司法机构,解决国际法中规则与制度中的问题显得更加困难,但是规则与制度的合理性来自于各成员国在长期实践中对它的适用、检验进而接受。换言之,其生命的延续,取决于其合理性是否能够经历长期实践的砥砺。通常那些经受住时间考验的规则都是在各个案例中不断被发展,顾及诸多因素,汇集数人智慧,变得愈发合理,权威与效力也随之升高。从积极的角度考虑,中美贸易战对于WTO制度甚至是国际法的发展与推动实属难得的机会。

注 释:

- ① 该条款的原文为“nothing in this Agreement shall be construed to prevent any contracting party from taking

any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests”。

- ② 该观点来自于国际法院1984年对尼加拉瓜指控美国针对其作出军事和准军事活动做出的判决。
- ③ 该案是乌克兰诉俄罗斯运输限制措施违反了GATT规定以及其作出的承诺,俄罗斯援引GATT第21条b款(iii)作为抗辩,声称该措施是为应对2014年发生的国际关系紧急情况以此来保护其认为必要的基本安全利益。
- ④ 习近平总书记2014年4月15日在中央国家安全委员会第一次会议上的讲话,“坚持总体国家安全观走中国特色国家安全道路”,载《人民日报》2014年4月16日:“必须坚持总体国家安全观,以人民安全为宗旨,以政治安全为根本,以经济安全为基础,以军事、文化、社会安全为保障,以促进国际安全为依托,走出一条中国特色国家安全道路”。
- ⑤ 美国商务部发布的“The Effect of Imports of Steel on the National Security, An Investigation Conducted under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as Amended”和“The Effect of Imports of Aluminum on the National Security, An Investigation Conducted under Section 232 of the Trade Expansion Act of 1962, as Amended”中认为“当前钢铁和铝的进口数量正在削弱美国国内经济,并威胁到232条款中规定的国家安全”。

参考文献:

- [1] David Parkinson. U.S. and China's trade shoving match undermines WTO law [N]. from The Globe and Mail, <https://www.theglobeandmail.com/business/commentary/article-us-and-chinas-trade-shoving-match-undermines-wto-law/>, 2018-10-03.
- [2] Robert Lighthizer. Statement By U.S. Trade Representative Robert Lighthizer on Section 301 Action [EB/OL]. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2018/july/statement-us-trade-representative>, 2018-10-03.
- [3] Preliminary summary of Geneva draft of ITO Charter——Changes from New York Draft[EB/OL]. <https://worldtradelaw.typepad.com/files/wilcox-xxi.pdf>, 2018-10-03.
- [4] See Analytical Index OF The GATT. Article XXI Security Exceptions[EB/OL]. https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art21_gatt47.pdf, pp. 600, 2018-10-03.
- [5] See Analytical Index OF The GATT. Article XXI Security Exceptions[EB/OL]. <https://www.wto.org/>

- english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art21_gatt47.pdf, pp. 600-601, 2018-10-03.
- [6] 胡加祥. 国际贸易争端的解决与国家安全利益的保护[J]. 上海交通大学学报(哲学社会科学版), 2008, (4).
- [7] See WTO Analytical Index. GATT 1994—Article XXI (Jurisprudence) [EB/OL]. https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art21_jur.pdf. pp. 1. 2018-10-03.
- [8] 平安证券所宏观固收组. 陈骁, 魏伟, 杨璇. 详解美国 2500 亿加征关税清单[EB/OL]. https://www.sohu.com/a/240790696_313170, 2019-01-28.
- [9] Panel Report of the Russia—Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, para. 7.131.
- [10] 彭德雷, 周国欢, 杨国华. 国际贸易中的“国家安全”审视——基于美国‘232 调查’的考察[J]. 国际经贸探索, 2018, (05).
- [11] See Analytical Index OF The GATT. Article XXI Security Exceptions[EB/OL]. https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/gatt1994_art21_gatt47.pdf, pp. 603, 2018-10-03.
- [12] Panel Report of the Russia—Measures Concerning Traffic in Transit, WT/DS512/R, para. 7.74-7.75.
- [13] 王传丽. WTO: 一个自给自足的法律体系——兼论一国四地经贸关系新发展[J]. 国际经济法学刊, 2004, (11).
- [14] See the Panel Report on United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, pp.15-16.
- [15] Yearbook of the International Law Commission, 2006, vol. II, Part Two, 178, para. 7-9, 15-16.
- [16] 廖诗评. 黎明前的黑暗? ——评杨国华教授《中国贸易反制的国际法依据》[EB/OL]. <http://wemedia.ifeng.com/67504482/wemedia.shtml>, 2018-10-08.
- [17] Martti Koskenniemi. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising From The Diversification And Expansion of International Law [R]. Report of the Study Group of the International Law Commission, A/CN.4/L.682, 97 pp.187-188.
- [18] G. Arangio-Ruiz. Fourth Report on State Responsibility[R]. in ILC Yearbook(1992). Vol. II Part One, 42, para. 125.
- [19] G. Arangio-Ruiz, Summary Records of the Meetings of the Forty-fourth Session[R]. ILC Yearbook Vol. I (1992) 77.
- [20] G. Arangio-Ruiz, Fourth Report on State Responsibility [R]. in ILC Yearbook (1992), Vol. II Part One, 42, para. 124.
- [21] 杨国华. 中美贸易战中的国际法[J]. 武大国际法评论, 2018, (03).
- [22] Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries. pp.80-84. [EB/OL]. http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf, 2018-12-14.
- [23] 迈因哈德·希尔夫, 乔子欣译. 权力、规则和原则——谁主导 WTO/GATT 法[J]. 中德法学论坛, 2002, (10).

Legitimacy of China's Countermeasures in the Sino-US Trade War

YANG Yu-xin

(School of Law, Nankai University of China, Tianjin 300350, China)

Abstract: The United States flagrantly violates WTO rules and imposes huge tariffs on Chinese products unilaterally. Its unprecedented scale and serious damages have made China entitled to take trade countermeasures within appropriate limits in accordance with the provisions of the National Security Exceptions in the General Agreement on Tariffs and Trade so as to deal with an emergency in international relations caused by the USA. Even if China's countermeasure cannot be justified under Article XXI of GATT 1994, in the case of regime failure arising from application WTO rules, a fallback resort to general international law is feasible. The author analyzes the application of the national security exception in the Sino-US trade war and the remedies that China can obtain according to the WTO agreement itself. On this basis, the author analyzes the relationship between WTO law and international law so as to justify China's countermeasures under general international rules.

Key words: countermeasures; national security exception; regime failure; general international rules

(责任编辑:张颖)

“枫桥经验”的法治实践与基层矛盾化解机制

王者洁¹, 刘心蕊²

(1.天津工业大学 法学院, 天津 300387; 2.郑州大学 公共管理学院, 河南 450001)

摘 要:“枫桥经验”作为我国基层治理的典范,其蕴含的人本主义矛盾化解观念和法治化的矛盾化解工作形式对于推进基层社会治理矛盾化解机制现代化具有普适意义。在社会治理新常态与新形势下,矛盾化解机制存在领导力量薄弱、法治保障不完善、组织体系不健全、工作方式滞后、群众意识不足等情况。因此,在矛盾化解机制现代化实现路径方面,结合我国新时代发展的特征、挑战和趋势,通过对“枫桥经验”进行实证分析和经验总结,提出在矛盾化解中应坚持党委领导下的多元主体联动;政法结合的法治保障机制;网格化组织管理体系;“互联网+”的运用以及人民群众的主体地位,从而积极健全矛盾化解机制,明显提升基层治理能力。

关键词:基层治理法治化;枫桥经验;矛盾化解机制;互联网+

中图分类号:D903

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0035-06

目前,我国正处于社会变革加剧、利益关系协调、社会结构调整的转型时期,由此而导致的基层矛盾纠纷频发,社会矛盾从纠纷起因到矛盾类型都呈现出多元化的形态。近年来,因劳资关系、土地权属、家庭婚姻、城市建设、环境绿化、村级村务等问题诱发的基层矛盾纠纷,呈现出繁杂深入、形式多样的趋向,与此同时,矛盾化解机制也突显出法治化、多元化特征。推进矛盾化解机制现代化、建立适应新时代的矛盾化解机制已成为我国政府基层治理的一项重要任务和重点课题。在新时代社会矛盾的大背景下,必然要求提升国家治理能力现代化,矛盾化解机制现代化。重新发掘多元主体参与调解矛盾纠纷的作用,提升基层社会矛盾化解有效性,完善基层社会治理体系,实现社会的可持续协调发展。

各地各部门根据上级指导开展了系统性的矛盾化解探索实践,进行了原则与框架的宏观设计,根据各地方经验总结成果我国主要有以下几种机制:浙江的“枫桥经验”^①、四川的“北川模式”、贵州的“钟山模式”以及法院主导

模式等^②。各地通过实践摸索,进一步整合各方力量,健全信息沟通网络,落实化解责任,在全国范围内开展矛盾排查工作。其中,“枫桥经验”在预防化解矛盾纠纷工作有着比较好的传统,提出了“矛盾不上交,就地解决。实现捕人少,治安好。”的工作原则理念。“枫桥经验”在近40年的实践中日益进步,实现了从地方经验到全国学习推广的发展,进一步形成了“党政动手,各负其责,依靠群众,化解矛盾,维护稳定,促进发展。”的具有时代特色的新内涵^③。突出矛盾化解的中心即为人民调解,由人民群众担任调解的主体和支柱,力图抓“早”抓“小”,实现矛盾分级调处。“枫桥经验”中关于矛盾化解机制内容的学习正逐渐成为现代化纠纷化解的重要内容。

一、基层治理法治化中矛盾化解机制面临的困境

21世纪以来我国城乡基层建设的不断完善与治理能力不断提升,在很大程度上促进了我国基层社会建设,有力保障了新时代我国基层

收稿日期:2019-03-13

作者简介:王者洁,女,天津工业大学法学院教授,主要从事民法学研究;

刘心蕊,女,郑州大学公共管理学院学生,主要从事公共事业管理学研究。

治理创新的顺利推进。但是,整体来看,现阶段我国基层矛盾化解与治理中还存在诸多不足与问题,需引起重视。

(一)领导主体困境

与国家治理的要求相比较,基层治理矛盾化解机制的主体现代化建设还有较大距离。现代治理强调政府与第三方社会组织的互动,萨拉蒙指出第三方治理的根源在于政府与非政府部门之间大量的资源与责任共享。但目前我国社会矛盾化解机制的组成主体还是党政机关及政府相关机构,社会组织、社团、民众等调解主体的作用发挥不足。政府是公共问题治理的主导力量,其目的是维护公共权益。但是在化解矛盾纠纷的实践中,政府往往会出现依靠“强权”推动,或者依靠妥协解决的现象,在部分工作中专业性薄弱,错误认识矛盾纠纷的根源、性质及处理方式,非但不能妥善化解矛盾,满足人民群众需求,还会进一步导致矛盾恶化。

(二)法治保障困境

基层矛盾化解机制的法治化困境主要集中在主体困局、客体困局、制度困局三大方面。

1.主体困局

司法的公信力较低,在矛盾化解过程中体现出的低效率性、高成本性及不公性都不利于树立司法的权威地位。部分基层执法人员的法治观念匮乏与执法能力较弱,一些基层干部不作为、乱作为以及部分社会组织功能发挥不足的现象导致矛盾化解工作效用低下^[9]。如7.31天津强拆事件,正是有关部门不顾法律制度、国家政策与公民利益的强拆举动,损害了人民群众的合法权益。

2.客体困局

基层群众的法治意识和法律习惯淡漠,不利于法治化的矛盾化解机制顺利实施。部分矛盾当事人由于缺乏法律基本常识,在遇到损害个人利益的事件时,不懂得利用法律武器、正当程序维护自己的合法权益,一味地认为只有通过“上访”等单一手段才能迫使政府满足其要求,采取一系列非理性手段,影响社会正常秩序。

3.制度困局

现有矛盾化解机制法律法规依据不足,尚

未形成系统化的法律制度体系。从立法技术方面来说,法律法规在部分概念与问题的界定中存在含混不清与冲突交叉。对造成社会矛盾冲突的“公共利益”究竟包含哪些内容存在争议。现行法律法规缺乏对负责基层社会矛盾处理的基层组织的明确规定。在我国基层,存在以党委、政府为主导的,司法、检察、公安、信访等多种机构,各类机构均在纠纷解决中起到一定的化解作用。

(三)制度体系困境

公民基于利益分配不平衡所引发的矛盾必然要求相关部门在正当的渠道中予以解决。制度规范公正的矛盾化解过程有利于在全社会树立约束力与公信力。现在的社会矛盾化解工作更多谋求实现短期内的切身利益,忽略长远的公共利益。矛盾化解工作体系中存在信息不对称,对工作环节、程序、手段缺乏明确说明等问题,有待继续贯彻落实信息化的预测预防机制、常态化工作机制、灵敏的监督反馈制度,及时反馈处理矛盾纠纷的苗头,避免事件升级和事态扩大。因此,需要进一步完善现代化的覆盖全面、运作顺畅、反应快捷的预防化解矛盾纠纷工作格局。

(四)调解方式困境

我国国家治理现代化的三个维度相应地也影响到社会矛盾化解的工作方式与模式。矛盾治理应坚持依据现实情况实事求是地分析问题,根据多种治理模式对不同的社会矛盾纠纷应用不同的化解方式。我国现在多数治理主体仍具有固化的传统治理思维,以政治化手段采取权威式、管理式方法对待矛盾问题,而非以服务性角色为矛盾双方提供更加切实可行的化解渠道^[9]。在具体矛盾化解实践中应该注重法律手段与政策调节结合;增强干部政治思想培训,形成“服务人民大众”的宗旨意识,立足于人民群众的实际需求。

(五)群众意识困境

我国处于法治建设的初期,社会主义现代化建设的发展阶段,群众的法律观念和公民素养处于较低层次,全社会的共同法治意识没有真正形成。同时,政策信息不对等、利益表达渠

道堵塞、公民参与感不高等问题导致群众无法切实参与到矛盾调解中,谋求自身的合法利益。公民社会理论将公民视为社会的核心要素、构建基础与发展灵魂。公民自治意识的觉醒是国家治理现代化必不可少的要素。基层矛盾化解应当为公民提供自我调解与自我管理的环境,这就说明基层社会治理的矛盾化解工作,不能仅仅停留在化解社会矛盾本身,还要积极拓展矛盾化解的客体领域,不断提升矛盾化解各方当事人的法治观念和其他公民意识⁹。

二、“枫桥经验”的法治实践与矛盾化解机制的现代化探索

“枫桥经验”是我国基层治理的模范典型,是基层工作者凝聚智慧的创举。近年来,天津市各区、各部门在市委的领导下,把贯彻落实习近平总书记对天津工作的重要要求与继承发展新时代“枫桥经验”结合起来,推进基层社会治理体制机制,矛盾化解工作机制革新。因而,研究其成功案例对于创新基层社会治理中的矛盾化解机制具有借鉴意义。

(一)党委领导下的多元主体联动

首先,党建引领是新时代“枫桥经验”的核心力量,反映了其本质特征。加强和创新社会治理的根本在于加强党的领导,发挥基层党组织、党员的引领带头作用。通过社会舆论的导向作用,推进我国公民树立和谐化解矛盾的共识,实现中国特色社会主义理论与社会现实情况的有机结合。因此,矛盾化解工作需要发挥党领导区域治理的政治优势,集中力量攻坚克难,坚持“战区制、主官上”。其次,在公共治理视角下健全矛盾化解机制应该改变单一矛盾化解主体的现状,形成高效联动的治理体系,通过不同调解主体间的协调配合,共同推进矛盾纠纷化解工作的完成。通过对“枫桥经验”的继承发扬,天津市发挥信访专业部门、群众自治调解和司法机关创造性,建立“访调对接”工作联席会议制度,实施多方协商,有力推进案结事了。

(二)政法结合的法治保障

矛盾化解工作要重视运用法律的手段处理

各类社会矛盾,调节各种利益关系。对进入司法程序的矛盾纠纷,需要在依法行政的基础上努力实现政治效应、社会效应与法律效应的统一。破解司法资源不足难题,积极将法律资源引入矛盾化解工作中,为矛盾当事人提供相应的法律救济与法律援助¹⁰。法律资源进入基层可以为矛盾当事人指明化解方向,改变一遇到矛盾就找政府解决的误区,利用法律力量分担政府的矛盾治理负担;对没有明确法律政策规定,涉及范围较广的矛盾纠纷,充分运用政策调节预防化解矛盾。应拓展矛盾解决渠道,例如在互联网经济发展的现状下,对于因电子商务产生纠纷的商家与消费者,可提供更加灵活、低成本但兼具权威性的矛盾线上解决平台。

(三)网格化组织管理体系

网格化管理体系是基层社会治理的改进与革新。网格化管理体系将管理区域按照一定比例原则划分为各个网格,在网格内配备相应的组织管理人员,以网格为单位进行“微治理”。它在治理网格的区域范围内,通过城市网格化管理信息平台,运用大数据的手段,实现各部门联动、协同工作。网格化管理体系可以改变过去被动、传统、分散地应对矛盾问题的局面,主动、精细化、定性地发现解决问题。其利用的数字化手段与科学化机制,具有一整套完整规范的立案派遣机制,能够保证化解矛盾的敏捷和高效。天津市和平区广泛开展“智慧平安社区”建设,重新划分464个社区网格、792名社区网格员,充分发挥矛盾调解组织和人员的作用,推进网格事件封闭管理。在矛盾化解机制中建立调处程序与监督机制互相分离的网格化组织管理体系,可以第一时间发现处置问题隐患,实现无缝对接。

(四)“互联网+”的运用

为了化解社会矛盾提供现代化政策、信息、理论依据,提高化解能力和效率,需要搭建恰当的信息平台,构建横向信息沟通渠道和纵向信息表达渠道。随着互联网新业态触及基层治理的领域不断拓展,有效运用网络信息平台化解社会矛盾将成为主流,智慧城市的治理理念已经在全国各地实践运行。在矛盾化解方

面,“互联网+调解”平台可以将法院立案系统与调处平台相对接,矛盾当事人可以根据调解员指导,将矛盾在网络上解决,提高群众办事的便利程度,做到足不出户解决大小矛盾。例如,天津市北辰区开发“北辰综治APP”,利用大数据网络进行实时数据监管,时刻关注矛盾动态。运用网络平台可以更好地完善矛盾预警机制,健全利益表达机制,使解决矛盾纠纷立足于便民利民。

(五)人民群众的主体地位

人民调解在基层矛盾纠纷化解中的具有基础性作用,应该做到矛盾化解目标为了群众,矛盾化解方式动员群众,矛盾化解过程依靠群众。让群众直接参与矛盾化解过程,注重在矛盾纠纷前期排查阶段集合群众力量、中期调处阶段凝聚群众智慧、后期反馈阶段听取群众意见。国家需要制定相关政策丰富基层民主的表达方式,使得公民意见和需求可以正确完整地反馈到政府机关中。降低弱势群体维权时所产生的费用,以实现和维护基层群众的利益。同时,有关部门要积极适应新时代要求,把握工作重心,实现服务型政府转型,切实接受人民群众监督。在社会上广泛宣传法律、政策知识,推动群众成为矛盾化解工作的可靠力量。

三、基层治理法治化中矛盾化解机制的现代化路径

矛盾纠纷问题的化解并不是一个封闭孤立的系统,而是一个动态发展过程。矛盾通过不断地化解、转化、结合转变为和谐状态。矛盾化解需要在已化解矛盾的基础上,针对新产生的实际矛盾再采取相应手段。当前中国基层社会矛盾应该全力提升社会矛盾化解各子系统的现代化建设,积极构建国家协同治理的新道路^[7]。因此,结合“枫桥经验”矛盾化解工作及实际经验,提出以下矛盾化解机制现代化实现路径:

(一)加强对预防化解矛盾纠纷工作的领导

新时代多元化、复杂化的人民内部矛盾和社会矛盾大量涌现,涉及经济社会生活的各个

方面和上层建筑的各个领域。为形成矛盾化解的统一局面,各级党政机关应该以落实责任制为龙头,加强对预防化解矛盾纠纷的领导工作。在思想引领方面,各级党委、政府要树立科学发展观念,统筹安排地区经济社会发展的力度与人民群众的承受程度,消除因社会发展转变所带来的矛盾源头。在工作机制方面,对于即将出台的,涉及到人民利益的政策和改革措施要广泛听取意见,进行反复调研论证。对相关政策加强宣传工作,获得群众的理解和支持。

各级党政领导应实行责任包干制,对分管区域、行业的化解矛盾纠纷工作实行“一把手工程”,完善领导约访制度、接待群众来访等工作机制。各部门应实行责任承包制,对本部门系统的预防化解矛盾纠纷工作落实工作责任,避免责任推诿现象。充分发挥各职能部门预防化解矛盾纠纷的能动性,不断增强工作合力,提升现代化治理效能。

(二)完善预防化解矛盾的法治化工作机制

在推进国家治理体系和治理能力现代化进程中,坚持依法治国反映国家治理任务,体现国家治理能力。在党的十八届四中全会中提出了“基层治理法治化”的要求,其关键在于增强基层干部法治意识,加强基层机构法治建设,激发基层治理活力。基层矛盾化解机制法治化提升的关键不仅在于法律依据的健全,还在于机制的健全。法治化矛盾化解机制的完善,需在总体上对于化解体系进行顶层制度、原则设计,明确细化各行政、司法机关工作职责,凸显司法救济在各个环节作用,形成闭环型工作格局。^[8]在行政和执法的源头上减少矛盾纠纷,防止因工作作风、处理不公问题以及执法不严、司法不公等引发矛盾纠纷。

(三)健全预防化解矛盾纠纷的组织制度体系

“枫桥经验”提出“四前”工作机制,强调在矛盾化解工作中应遵循组织建设、预测工作、预防工作、调解工作的逻辑顺序,将组织制度建设摆在首位。相关组织制度体系与社会矛盾化解机制的质量具有重要关系,一套完备的制度是使得系统得以良性运转的生产力,建设配

套的制度体系是保障社会矛盾有效化解的重要条件。因此,需要建立健全包括预警、排查、报送、包案、督办、处置等六项制度在内的制度体系,促进预防化解矛盾机制的常态化、规范化、制度化:

1.预防预警制度

在各基层单位普遍建立的治安信息员队伍的基础上,拓宽信息传递渠道,使大量的矛盾纠纷苗头得到了及时的反馈传递。并对社情民意进行综合分析和科学预测,及时制定应对措施^[9]。

2.排查调处制度

坚持条块结合、全方位的大联动排查,及时对带有倾向性的问题进行重点调处。同时,适时组织开展集中排查调处,整合矛盾问题。

3.案件报送制度

对排查调处情况,按月度、季度进行上报,针对群体性纠纷等重大问题以及跨地区、跨部门重大矛盾纠纷及时上报,使有关负责部门得以在第一时间详细掌握矛盾纠纷情况,做出化解矛盾工作安排。

4.负责包案制度

对本地区、本部门、本系统范围内影响较大、可能引发群体性上访、闹事事件的重大矛盾纠纷,采取定责任领导、定责任单位、定时间、包调处的“三定一包”办法进行调处。

5.检查督办制度

各级党委、政府应该定期对各部门、各单位的矛盾纠纷排查调处情况开展督促检查,将重大矛盾化解工作责任落实到具体负责人。为应对可能影响社会稳定的重大案件,应及时予以督办。根据各地社会矛盾化解工作落实情况,应给予相应奖惩措施,对不认真履行职责的相关领导及其工作人员进行相应问责。

6.应急处理制度

应该完善处置群体性突发事件预案。一旦发生突发性紧急事件,应在领导指挥的基础上,协调各相关部门,集中优化调用人力、物力、财力资源,避免矛盾事态扩大升级。

推动预防化解矛盾纠纷工作全范围覆盖,形成全方位、立体化工作网络以及纵横交叉的

工作格局。团结基层力量,延展调解网络,普遍建立由党政机关领导,依托司法机关,有关职能部门参加的矛盾纠纷调解中心。

(四)创新预防化解矛盾纠纷的方式方法

化解矛盾在具体方法上要求灵活运用政治、经济、法律、社会、文化、教育等多种手段,主要有以下几个方面:一是依靠法律手段进行调节。通过结合法律手段和政策措施来调节各种利益关系,处理各类社会矛盾。二是加强思想政治工作运用。根据群众的实际困难,重视做好群众的教育工作。三是改进干部作风。在调解矛盾纠纷的同时,干部工作作风不扎实、对群众疾苦不闻不问、思想政治工作薄弱等问题容易引发的各类党群、干群关系紧张的突出矛盾纠纷,应当高度重视,及时分析原因,督促整改。四是推进属地管理。对发生在各市、县(市、区)范围内的矛盾纠纷,由当地党组织及政府机关负责解决;对发生在机关系统范围内的,由主管部门负责解决;对跨地区、部门及系统的矛盾纠纷,由上一级负责机关协调解决。

(五)强化预防化解矛盾纠纷的群众基础

预防化解矛盾纠纷,基础在群众。群众不仅仅是矛盾纠纷的当事人,也可以成为调解工作的主要力量。注重发挥群众的主体作用,强调“人民调解”的重要作用。强化群众基础需要立足于依靠和群众,让群众直接参与矛盾问题化解。据此,党政机关可以开展安全文明创建活动,宣传、动员、组织群众自我教育、自我管理、自我调解,扎实推进基层预防化解矛盾纠纷工作,努力在全社会形成“社会纠纷自我疏导,人民矛盾自我调解”的浓厚氛围^[10]。在整个安全文明创建活动中,学习推广“枫桥经验”的基本精神,以人民群众为治理基础,发挥群众基础的优势,采取综合性建设措施,加强治安防范,预防化解矛盾纠纷。天津市现已成立“河西大街”、“北辰百姓”等志愿者品牌,调动群众共同参与社区治理,利用志愿者力量发现、化解百姓身边矛盾问题。打造覆盖区、乡镇、街道的治安防治网,形成邻里互相关心的综治新格局。

总之,作为一项长期性系统性工作的基层

社会矛盾化解,需要从多领域、多视角、多方面综合展开。学习借鉴“枫桥经验”关于基层矛盾治理的实践经验,成为了构建社会主义和谐社会的重大举措。新时代建立健全现代化矛盾化解机制,应当根据国家治理现代化的理论定位、实现路径、价值取向等层面的要求,推行全面深化改革。在保障社会主体地位,发掘矛盾化解的多元主体潜能的基础上,推动社会矛盾化解工作依据制度化、常态化、法治化、现代化轨道运行。积极采取协同治理,多管齐下的方式,维护我国社会基层的和谐稳定,有序发展。

注 释:

①“枫桥经验”:浙江省诸暨市枫桥镇干部群众创造的群众工作经验,1963年经毛泽东批示之后,“枫桥经验”成为全国政法战线一个脍炙人口的典型。之后得到不断发展,形成了具有鲜明时代特色的“党政动手,依靠群众,预防纠纷,化解矛盾,维护稳定,促进发展”的枫桥新经验,是新时期专门工作与群众路线相结合的典范。

参考文献:

- [1] 李晓鹏.基层矛盾纠纷多元化解机制研究——以河南舞钢为视角[D].河南:郑州大学,2017.
- [2] 杨燮蛟.转型期社会矛盾纠纷多元化解机制研究——以浙江“枫桥经验”为视点[J].西南农业大学学报(社会科学版),2010,(5).
- [3] 司雪侠.依法治国视角下基层社会矛盾化解法治化机制的完善[J].理论探讨,2016,(4).
- [4] 罗依平,凌常月.公共治理视角下的社会矛盾化解机制研究[J].理论探讨,2015,(1):106.
- [5] 张振波.论协同治理的生成逻辑与建构路径[J].中国行政管理,2015,(1).
- [6] 唐明.政府治理视域下的社会矛盾化解机制研究[J].桂海论丛,2017,(4):106.
- [7] 刘建明.国家治理视域下社会矛盾的多元化解路径研究[J].探索,2015,(6):175.
- [8] 颜九红.基层社会矛盾化解法治化提升途径初探[J].北京政法职业学院学报,2016,(4):109.
- [9] 刘中起,张广利.新形势下多元化解社会矛盾的新型机制研究[J].学术探索,2009,(4).
- [10] 原珂,李少抒.城市社区冲突:治理问题与策略探究[J].学习论坛,2018,(7):69-70.

The Legal Practice of “Fengqiao Experience” and the Mechanism of Resolving the Contradictions at the Grass-roots Level

WANG Zhe-jie¹, LIU Xin-rui²

(1.Tianjin Polytechnic University, Tianjin 300387,China; 2. Zhengzhou University, Henan 450001,China)

Abstract: As a model of grass-roots governance in our country, “Fengqiao Experience” contains humanistic contradiction resolution concept and legalized contradiction resolution work form, which has universal significance for promoting the modernization of contradiction resolution mechanism of grass-roots social governance. Under the new normal and new situation of social governance, the mechanism of resolving contradictions is weak in leadership, imperfect in guaranteeing the rule of law, imperfect in organizational system, backward in working methods and insufficient in mass consciousness. Therefore, in the aspect of realizing the modernization of contradiction resolution mechanism, combining with the characteristics, challenges and trends of the development of the new era in China, through empirical analysis and experience summary of Fengqiao Experience, it is proposed that contradictions should be resolved in the multi-subject linkage under the leadership of the Party Committee, the rule of law guarantee mechanism of the combination of politics and law, grid organization management system, the application of “Internet +” and the main position of the masses. Therefore, we can actively improve the mechanism of resolving contradictions and obviously enhance the ability of grassroots governance.

Key words: grassroots governance by law; “fengqiao experience”; conflict resolution mechanism; “internet +”

(责任编辑:张 颖)

《涉外民事关系法律适用法》第4条司法实践评析

张寒雪, 秦瑞亭

(南开大学 法学院, 天津 300350)

摘 要:《涉外民事关系法律适用法》第4条的规定使“干涉性法规”在我国立法中崭露头角,但由于该条规定过于笼统模糊,“干涉性法规”在学术研究层面尚存若干争议,在条文认定方面始终难有统一标准,亦导致实践中法官对该制度的理解莫衷一是。通过案例评析解读单边冲突规范与干涉性法规的差异之处,为劳动者权益保护法规与《证券法》规范的定性提供依据,并对《海商法》第四章是否属于“干涉性法规”深入分析,为该制度与法律规避、公共秩序保留适用混淆现状提供解决途径,能够在一定程度上克服司法实践中对“干涉性法规”制度适用不当之种种状况,为解决当前该制度存在的桎梏提供出路。

关键词:干涉性法规;单边冲突规范;公共秩序保留;法律规避

中图分类号:D997.3

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0041-07

进入21世纪,伴随世界各国在国际民商事领域日益频繁的合作,当事人意思自治原则在选择确定涉外民商事关系的准据法时愈发重要。允许当事人合意选法虽然能够满足其合理期待、促进民商事交往,但在某些领域极易对国家公共利益造成侵蚀。在这一背景下,“干涉性法规”制度应运而生。该制度由德国法中“Eingriffsnormen”一词翻译而来,是指涉及一国重大政策、不特定多数人之利益以及本国法律根基的、能够优先于包括当事人意思自治在内的国内冲突规则援引的准据法适用的国内外涉外民商事效力性/管制型规范。在国外文献中存在“强制性规则”、“直接适用的法”、“空间受调节的规范”、“自我限定规则”、“警察法”等多种名称^①。

《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称“《法律适用法》”)第4条^②明确采用“强制性规定”的表述,从其直接优先适用性可推知此处的“强制性规定”与本文所述“干涉性法规”系属同一制度。尽管第4条为“干涉性法规”在我国的适用提供了法律依据,但由于其规定过于简略,且《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(以下简称“《司法解释(一)》”)第10条^③又仅为某一领域规范的适用提供参考,对于具体法条性质的识别仍然难以摆脱困境,也因此导致实务中“干涉性法规”的适用面临种

种窒碍。举例说明:在香港忠联集团有限公司与达波尔物业投资管理集团有限公司股权转让纠纷案^④、上海伽姆普实业有限公司与MSA公司承揽合同纠纷案^⑤、瑞丽万达矿业有限责任公司与张必行提供劳务者受害责任纠纷案^⑥以及张关福与张利群提供劳务者受害责任纠纷案^⑦等许多案例中,法官虽然援引《法律适用法》第4条作为判案依据,但有意或无意省略对适用该条之理由的详细论证,并且将其与《中华人民共和国民事诉讼法通则》(以下简称“《民法通则》”)第142条第2款或者《法律适用法》第41条、第44条等规定共同罗列,使当事人对判决实际依据的法条极其困惑;还有些法官为了扩大法院地法适用范围或者由于认识误区对原本不具有强制适用效力的法条冠以“干涉性法规”之名;也有些案件的裁判文书混淆干涉性法规、法律规避以及公共秩序保留三者的界限,进而压缩了“干涉性法规”的适用空间;等等。类似现象层出不穷。笔者将对实践中最具争议的五类案件进行评析,并进一步指出裁判误区,以期为实现公正合理判决提供理论支持和现实路径。

一、单边冲突规范与“干涉性法规”的适用混淆

单边冲突规范是指直接规定适用某国法律(一般是法院地法)的规范^⑧,其与“干涉性法规”大相径

收稿日期:2018-05-05

基金项目:中国法学会2017年度部级法学研究课题“法律选择协议研究”的阶段性成果,项目编号:CLS(2017)D177。

作者简介:张寒雪,女,南开大学法学院2017级国际法专业硕士研究生,主要从事国际私法学研究;

秦瑞亭,男,南开大学法学院副教授,硕士生导师,法学博士,主要从事国际私法学研究。

庭,这一点在学术领域几乎没有任何分歧。谢石松教授认为,单边冲突规范以及由其指引的直接规范均不属于强制性规则^[3];林燕萍教授认为,“干涉性法规”是“次单边冲突规范”,是介于冲突规范与实体规范之间的“边缘规范”^[4];李凤琴教授认为,“干涉性法规”能够直接确定当事人权利义务,而单边冲突规范需通过设立连结点的方式指引其他实体法律的适用才能确定,二者存在很大不同^[5];学者卜璐亦主张干涉性法规调整范围要比单边冲突规范狭窄很多,二者无法等值^[6]。

然而就是这样一个在理论界几乎零争议的问题,在实践中却仍出现不少误判。其中最典型的即香港球皇有限公司与上海银涛高尔夫有限公司公司决议效力确认纠纷案^⑦。

香港球皇公司(以下简称“球皇公司”)系上海银涛高尔夫有限公司(以下简称“银涛公司”)原股东之一。2010年8月10日,球皇公司将其名下合法持有的95%的银涛公司的股份转让给全信公司,双方及另一股东温榆河公司均在转让协议上签字盖章。同日银涛公司作出决议:同意股权转让,公司变更后的股权比例为全信公司占注册资本的95%,温榆河公司占注册资本的5%。公司章程以及工商登记也相应变更了合资双方。2015年,球皇公司向上海市青浦区人民法院提起诉讼,主张包括刘长生在内的诸位董事签名均系伪造,公司决议违反了章程第22条之规定(董事会会议应由三分之二以上董事出席方能举行,不足三分之二则通过的决议无效),请求确认2010年8月10日的《上海银涛高尔夫有限公司董事会决议》无效。

一审、二审法院均认为,本案系涉港商事案件,银涛公司系中外合资企业,根据《中华人民共和国中外合资经营企业法》(以下简称“《中外合资经营企业法》”)第2条第2款,合营企业的一切活动应遵守中华人民共和国法律。故本案应根据《法律适用法》第4条规定,适用中华人民共和国内地法律。

由此可见,两个法院均主张第2条第2款的规定属于“干涉性法规”,具有优先并直接适用的效力。无独有偶,上海鼎庞贸易有限公司与有限会社小林商会、上海运标运输有限公司股权转让纠纷案^⑧中,两审法院亦主张我国对涉及中外合资经营企业的纠纷应当适用法院地法中的强制性规定。

关于中外合资经营企业的股权转让,通过法条规定可推知该条文为典型的单边冲突规范,该条单边冲突规范究竟能否等同于干涉性法规?该冲突规范指引的具体实体法律是否属于干涉性法规?

笔者对以上两问题均持否定态度。

其一,单边冲突规范与干涉性法规不能等同。首

先,二者的形式要件不同。单边冲突规范不具备对其他冲突规范的优先适用性,而干涉性法规成立要件之一即能够优先于冲突规范指引的准据法适用;其次,二者的适用路径不同。单边冲突规范是通过设定连结点的方式指引法院地实体法的适用,而干涉性法规属于直接优先适用的法,无需通过指引其他规定发挥效力;再次,二者调整范围不同。单边冲突规范指引的准据法能够调整某一类涉外民事关系,而干涉性法规调整的内容是具体、单一的;最后,二者调整方式不同。冲突规范间接调整涉外民事关系,即只为具体民事关系指引准据法,而干涉性法规是以直接调整的方式解决当事人之间的实体权利义务问题。并且,单边冲突规范自19世纪80年代即产生,而干涉性法规产生于二战时期,所谓后者包含前者或者二者等同的论断明显不合常理。因此,干涉性法规只包括实体法规范,而排除冲突规范的内容。

其二,诸如《中外合资经营企业法》第2条第2款之类的冲突规范指引的实体法也不属于“干涉性法规”。主要原因在于这两条规范目的皆在于保护和平衡商事主体之间的私人利益,而构成干涉性法规的必备要素即涉及社会公共利益,因此二者不能混同。

综上所述,笔者认为本案法官的判决依据是不恰当的,无论是单边冲突规范还是其指向的具体实体法律均不满足“干涉性法规”的认定标准,法官误将一般的冲突规范视为干涉性法规,扩大了法院地法的适用范围,应当加以纠正。

二、“劳动者权益保护规定均构成干涉性法规”的实践误区

《司法解释(一)》第10条第1项规定,“涉及劳动者权益保护的法规”构成本条所述“强制性规定”。正是由于此种表述的笼统简略,致使实践中法官在审案时将涉及“劳动者权益保护”的规范不加区分的一概视为“干涉性法规”,如此认定过于片面且极易出现裁判不公的结果。我们可以通过祝年宽与东莞美源钢结构工程有限公司劳动合同纠纷案^⑨分析是否每一保护劳动者权益的规范均属于能够优先适用的“干涉性法规”。

祝年宽与东莞美源钢结构工程有限公司(以下简称“美源公司”)于2012年8月20日订立为期12个月的《外派劳务合作合同》,约定祝年宽赴安哥拉从事安装工作,若雇佣期未届满提出辞职,机票费用自理。后祝年宽于2013年6月25日离职,双方就劳动关系是否成立以及机票费用等问题产生争议。因劳动仲裁未能解决纠纷,祝年宽诉至法院,请求判令美

源公司支付其来回机票费用 8800 余元。

本案中一审法院未述明理由即直接适用《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称“《劳动合同法》”)第 17 条规定,认定《外派劳务合作合同》条款符合该条对合同必备要件的要求,二者之间劳动合同成立,且对机票费用主张不予支持。二审法院援引《法律适用法》第 4 条之规定以及《〈法律适用法〉司法解释(一)》第 10 条第 1 项之规定,主张涉案法律关系属于强制性规定范畴,应适用中国法律处理,继而得出与一审判决相同的结果。

笔者认为,对于保护劳动者权益的规定不区分是否涉及“社会公共利益”而直接作为“干涉性法规”适用的做法明显欠妥。

首先,劳动者权益保护规定并不当然涉及社会公共利益。例如关乎劳动报酬的规定即更加倾向于保护当事人私人利益。因此法官在适用某一劳动领域法规时不能一概而论;其次,此类规定涉外性较弱。《劳动合同法》本身即旨在调整国内劳动关系,维护劳动者合法权益,构建国内和谐稳定的劳动市场,对于该类规定在涉外案件中的适用应当审慎;再次,对于劳动报酬等规定多以当事人意思自治为主,倘若只要涉及劳动者权益保护即排除双方合意亦有违背合同首要原则之嫌;最后,在我国与某外国均对劳动者某项权利提供保护但保护重点不同的情况下,要求用人单位同时遵守两国法律无疑会导致对劳动者的过度保护,对用人单位显失公平;如果只要求遵守我国法律,又违背了不同国家法律平等的原则。例如,我国要求用人单位为劳动者缴纳五险一金,而该外国没有此项要求,但要求为劳动者提供免费医疗服务,并且工资水平极高。此时若将国内五险一金的规定视为干涉性法规而要求强行适用,明显极不合理。对此,笔者认为学者秦瑞亭《中国国际私法实证研究》一书中所列北京人孝某与德国某公司劳动合同纠纷案即为最佳论证⁷。

综上所述,本案法官的判决结果不合理,理由不充分。两院法官在援引《法律适用法》第 4 条以及《司法解释(一)》第 10 条时,均未分析本案合同关系是否“涉及公共利益”以及为何能够优先于冲突规范指引的准据法适用等要件。试想如果本案中未将《劳动合同法》之规定视为干涉性法规,根据《法律适用法》第 43 条的规定,本案应适用荷兰工作地即安哥拉法律解决纠纷,那么对于劳动合同是否成立的问题极有可能是另一种结果。因此,法院在认定劳动者权益保护领域的干涉性法规时,应当严格根据其认定标准区分不同规定,不能等量齐观,如此才能避免盲目适用此类规定导致的非正义结果,使国际私法正义的目标得以实现。

三、《证券法》中干涉性法规的识别谬误

《中华人民共和国证券法》(以下简称“《证券法》”)是规范国内证券发行和交易行为的法规,因多涉及当事人双方私人利益纠纷而非社会公共利益,一般不具有直接优先适用的效力,但实践中法院仍会出于种种原因将其中个别规定视为“干涉性法规”,以扩大法院地法的适用范围。邱玉琴与巨田证券有限责任公司深圳人民南路证券营业部等侵权纠纷案⁸即为以上实践误区的典型例证。

邱玉琴于 2000 年 8 月用其深圳的身份证在巨田证券有限责任公司深圳人民南路证券营业部(以下简称“营业部”)开立了股票账户,通过该账户进行股票交易。2000 年 11 月,邱玉琴委托孙雅兰在其出国时对股票进行照看和操作。2001 年 5 月,孙雅兰为了股票操作方便,利用邱玉琴交给她的长沙身份证、股东卡以及委托书将该部分股票办理了转托管,全部转到大鹏证券有限责任公司深圳红岭中路证券营业部(以下简称“大鹏证券”),同时更改了交易密码,但并未从中支取现金。2001 年 9 月,邱玉琴回国后从孙雅兰处得知此事及新的交易密码并取出原账户剩余资金,但并未表示取消对孙雅兰的委托。之后邱玉琴与大鹏证券签订《委托代理新股按值配售协议》,并更改交易密码,终止孙雅兰对其股票的操作。2003 年 4 月,邱玉琴起诉巨田证券有限责任公司、营业部以及孙雅兰,要求三者赔偿因未经本人同意用其废弃的老证件转出全部股票而造成的损失,并赔偿自 2001 年 5 月孙雅兰更改其交易密码起至其将交易密码改回为止的股票市值减少的损失。

一审法院认为,由于邱玉琴具有荷兰国籍,本案为涉外民事纠纷。因双方当事人未约定适用法律,本案应适用侵权行为地法即中华人民共和国法律规定。一方面孙雅兰为邱玉琴转出股票资金的行为已征得其同意,并且未因此获取不正当利益,也并未对邱玉琴造成损失;另一方面,股票市值减损系出于市场的供求关系变动,与三被告的行为无关,因此判令驳回邱玉琴的诉讼请求。

二审法院也认为本案应适用侵权行为地法即中国法律予以审理。但邱玉琴在加入荷兰国籍后已自动丧失中国公民身份,根据《证券法》第 138 条第 2 款⁹之规定,只有具有中国公民身份或法人身份的客户才能开立从事股票买卖的证券账户和资金账户。因此其本身不具备在我国从事股票交易的行为能力。也因此邱玉琴与营业部之间、与孙雅兰之间的委托代理合同均无效。而邱玉琴没有证据证明三被上诉人导致其遭受损失,因此判令驳回上诉,维持原判。

在本案中,两法院虽并未明确表明适用《法律适

用法》第4条之“强制性规定”,但二审法院在认定当事人邱玉琴的民事行为能力时,直接适用了《证券法》第138条第2款的规定,而没有根据冲突规范援引,即根据《法律适用法》第12条之规定,适用邱玉琴经常居住地即荷兰法律。因此可以推断,法院已将《证券法》第138条第2款的规定视为“干涉性法规”。然而在笔者看来,这种认定并不合理。

首先,第138条第2款的规定并不涉及社会公共利益。该规范明显更加关注保护私人交易权益,或者维护市场稳定性,不能将任何一旦被违反即可能对市场造成一定程度侵害的规范均视为妨害本国公共利益的干涉性法规;其次,这条规定不具有涉外性。《证券法》显然不是调整涉外民商事关系的法律,其调整范围仅限于国内证券市场;最后,以该条文之规定排除依冲突规范援引的准据法适用也不合理。在笔者看来,本条文与结婚年龄等规定当事人行为能力的条文并无区别,此类规定应首先适用《法律适用法》第12条规定,即只有在准据法是我国法律时才具备适用空间。

综上所述,本案二审法院适用法律并不合理。对于《证券法》中究竟哪些法律属于“干涉性法规”应当仔细辨识。笔者认为2012年上海市第一中级人民法院审理的朱某某与A公司服务合同纠纷案^⑩值得参考。

四、不同法院对《海商法》第四章规定认定性质之比较

《中华人民共和国海商法》(以下简称“《海商法》”)第四章是关于海上货物运输合同的规定。在实践中,有的法官认定本章的规定属于“干涉性法规”,而有的法官则不以为然。本文将对两个案件适用该规定的判决依据进行比较,进而结合干涉性法规的内涵,分析第四章的性质应如何认定更为合理。

(一)江苏省纺织品进出口集团股份有限公司与华夏货运有限公司无单放货纠纷案^⑪

华夏货运有限公司(以下简称“华夏货运”)与江苏省纺织品进出口集团股份有限公司(以下简称“江苏纺织”)约定,2002年10月由华夏货运承运江苏纺织的货物从上海出发运至美国拉雷多港,华夏货运签发的提单抬头为华夏货运,托运人为江苏纺织,收货人为rafael morales。由于买方一直没有付款买单,江苏纺织仍持有上述正本提单,但货物已在目的港被提取,因此江苏纺织诉请被告赔偿其货物损失及利息。

一审法院认为,本案系海上货物运输合同无单放货纠纷。在法律适用问题上,尽管提单背面条款记

载“运输始发地或目的地为美国则承运人责任依美国《1936年海上货物运输法》”确定,但本案中华夏货运难以证明提单中法律选择条款为江苏纺织自愿选择之真实意思表示,因此不予支持。根据最密切联系原则,本案应适用中华人民共和国的法律。

二审法院认为,根据《海商法》第269条规定,当事人有权选择本合同适用法律。本案中虽说提单背面条款系承运人事先单方拟定,但实为应托运人要求签发,应认定双方达成合意无误,因此对于其中的选法条款应予尊重。但是根据《海商法》第44条规定,海上货物运输合同、作为合同凭证的提单以及其他运输单证中的条款违反本法第四章规定的无效。而本案中由于美国法律对承运人无单放货责任的规定较之《海商法》第四章的规定有所减弱,属于违反强制性规定的情形,故法院对其效力不予确认,仍应适用中国法律。

由此可见,本案中二审法院将《海商法》第四章的规定识别为“干涉性法规”。

(二)美国总统轮船公司与菲达电器厂无单放货纠纷案^⑫

1993年7月,万宝集团广州菲达电器厂(以下简称“菲达厂”)与新加坡艺明灯饰公司(以下简称“艺明公司”)签订买卖合同,菲达厂作为卖方承担货物运输,因此与美国总统轮船公司(以下简称“美轮公司”)签订货物运输合同,美轮公司签发一式三份记名提单,均载明承运人为美轮公司、收货人为艺明公司。

货物运抵新加坡后,艺明公司未取得正本提单即要求美轮公司将两票货物交由其指定陆路运输,并保证担负由此导致的任何不利后果。美轮公司分别于1993年9月16日、17日交付放行。之后持有两票货物全套正本提单的菲达厂以美轮公司无单放货为由提起诉讼,要求判令美轮公司赔偿其货物损失。

一审法院在法律适用问题上并未考虑提单背面首要条款中对美国法律或新加坡法律的选择,直接依据《海商法》第71条以及《民法通则》相关规定、国际惯例进行判决,并且未阐明如此适用的理由。

二审法院将本案识别为侵权纠纷,认为双方当事人的权利义务关系不受原有运输合同的约束,提单背面的首要条款亦不予考虑。

最高人民法院认为,本案系国际海上货物运输合同无单放货纠纷。根据《海商法》第269条规定适用当事人意思自治原则。提单首要条款中明确约定适用美国1936年《海上货物运输法》或《海牙规则》,该合意之达成于我国社会公共利益无碍,应认定为合法有效并予以尊重。但因海牙规则对不可转让的记名提单并无规定,本案中不予适用。而美国1936年《海上货物运输法》在确认涉及提单的法律关系时,

只有与《联邦提单法》结合适用才能准确判定当事人在提单证明的海上货物运输合同中的权利义务。因此,本案应当适用美国 1936 年《海上货物运输法》和美国《联邦提单法》。

由以上说理可知,本案中最高人民法院并未将《海商法》第四章的规定识别为“干涉性法规”。

两个案件判决结果的不一致出于对《海商法》第四章规定的性质认定不同,那么该规定究竟是否属于《法律适用法》第 4 条的“干涉性法规”?笔者认为答案应该是否定的。

首先,《海商法》第四章规定的首要目的并非维护我国社会公共利益,而主要在于平衡海上货物运输合同当事人之间的私人利益,因此其既非效力性强制性规定,亦非管制型规范;其次,以本章规定排除当事人意思自治极不合理。本章是专门规定海上货物运输合同的条款,合同的首要原则即为意思自治原则,将第四章视为“干涉性法规”适用会导致本法第 269 条规定的意思自治与最密切联系原则名存实亡;最后,将本章规定强制性适用意味着只要涉及海上货物运输合同的规定,便一律排除依冲突规范指引的准据法适用,从而严重挤占外国法适用的空间,违背了内外国法律平等适用的原则,也使得判决结果得到承认与执行的难度增加。

综上所述,笔者认为在美国总统轮船公司与菲达电器厂无单放货纠纷案中最高人民法院适用的法律依据是正确的。对于《海商法》第四章而言,只有在准据法是我国法律时才能够得以适用。

五、实务中对干涉性法规与法律规避制度、公共秩序保留制度的混淆

由于《法律适用法》出台较晚,在此之前在准据法非中国法的情况下,国内法中的干涉性法规一般只有借助法律规避与公共秩序保留两项制度才能得以适用。这导致《法律适用法》第 4 条横空出世后,仍有很多法院以上述两项制度代替“干涉性法规”适用。如不及时克服此种情形,明确三者适用顺位,极易导致“干涉性法规”在实务中名存实亡。

(一)北京京皇国际大厦有限公司与中国人寿保险股份有限公司香港分公司借款合同纠纷案^⑤

1994 年 12 月 6 日,北京京皇国际大厦有限公司(以下简称“京皇公司”)作为借方与贷方中国人寿保险(海外)股份有限公司香港分公司(以下简称“寿保香港分公司”)订立《贷款协议》,约定寿保香港分公司向京皇公司提供港币 6000 万贷款,还款期限至 1996 年 12 月 28 日止,且协议适用香港法律。1994 年 12 月 15 日双方签订《抵押协议》,约定京皇公司以其

拥有的 24650 平方米土地使用权及该地块附属物和开发的建筑物以及土地开发所获得的所有收益作为清偿上述贷款协议债务的担保。因京皇公司未如期还款,双方于 1998 年 11 月 24 日订立《还款协议》,但在该协议到期后还款义务仍未得到履行。之后寿保香港分公司诉至法院,请求判令京皇公司履行还款付息义务。

经过一审法院判决、原审法院再审之后,京皇公司不服判决,提起上诉。

二审法院认为,双方当事人并未就本案所涉贷款向外汇管理机构办理登记,违反了《外债统计监测暂行规定》第 5 条^⑥这一强制性规定。尽管双方当事人协议适用香港法律解决贷款问题,但这属于规避我国外汇管理机关对外债进行登记管理的规定,此规避行为不发生法律效力,本案应适用大陆法律,因此该《贷款协议》无效。

由此可见,在本案中二审法院认为违反强制性规定的行为即属于法律规避行为。当然,本案发生时《法律适用法》尚未颁行,如此判决也属有理有据。

(二)中国银行(香港)有限公司与中国长城工业总公司担保合同纠纷案^⑦

1991 年 9 月 17 日,中国长城工业总公司(以下简称“长城公司”)为华长电子有限公司(以下简称“借方”)向中国银行(香港)有限公司(以下简称“中银香港公司”)的借贷提供担保,并约定本担保书由香港法律调整。同年 9 月 19 日,长城公司在就该担保书向外汇管理局申请备案时未获批准。之后借方华长电子有限公司破产。2000 年 2 月 24 日,中银香港公司向北京高院提起诉讼,请求判令长城公司对借方的债务承担连带清偿责任。

一审法院认为,因涉案担保书未按规定办理外汇担保许可登记手续而系属无效,担保书中法律选择条款亦属无效,本案应适用内地法律。据此,长城公司应就其担保范围内借方的债务承担还款责任。

二审法院认为,我国实行外汇管制制度,规定境内组织对外提供担保时必须经过审批登记程序。根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 194 条的规定,规避国内法上强制性或禁止性法律规范的行为不发生效力。本案中当事人未就涉案担保书向外汇管理局进行审批登记的行为即属于上述条款中的规避行为,因此法律选择无效,本案适用内地相关法律规定进行审理。继而判令驳回上诉,维持原判。

在本案中不难看出,法院认为国家关于外汇管制的规定属于不能规避的强制性规定。然而需要明确的是,自 2013 年《司法解释(一)》出台之后,关于外汇管制等金融安全的规定已被视为“干涉性法规”

予以适用。

1.“干涉性法规”与法律规避制度的区别

由以上两个案例显见,实务中对于“干涉性法规”与法律规避制度的适用区别不甚明晰,如果不对这种现象加以规制,势必导致《法律适用法》第4条的规定形同虚设,因为在一项只有一知半解的新制度与驾轻就熟的旧制度之间,如若二者的适用结果一般无二,相信法院会如何选择是很明显的。

(1)干涉性法规必须是涉外的强制性规定,而法律规避制度中当事人规避的是国内法上的强制性规定^①,例如有关法定婚龄的规定、涉及劳动者权益保护的诸多规定以及前文所述《证券法》中具有强制适用效力的规定均不具有涉外性;

(2)干涉性法规较当事人规避的强制性规定而言应反映更加广泛的公共利益;

(3)干涉性法规是由其本身性质决定,如果不加以适用会给国家重大政策、社会公共利益等造成损害,而法律规避是当事人主动选择连结点以利用冲突规范使于己有利的准据法得以适用的结果,这是一种主动与被动的差别;

(4)当事人的规避意图在实践中一般难以查明,此时干涉性法规制度的适用能够简化司法任务。

因此,可以说二者之间是相互适配的关系,而非相互涵盖、彼此冲突。

2.“干涉性法规”与公共秩序保留制度的差异

在实务中,“干涉性法规”与公共秩序保留制度也极易混淆,而二者同样存在很大差别。

(1)《法律适用法》第4条是对干涉性法规的规定,第5条是对公共秩序保留的规定,因此二者明显不能等同,至于至今学界仍存在的“干涉性法规属于间接的公共秩序保留”这一观点也显然已被反驳,否则第4条的规定有多余之嫌;

(2)干涉性法规是积极适用的,只要某一涉外民事关系属于其调整范围即直接优先于冲突规范适用,而公共秩序保留则消极适用,只有当外国法律的适用损害我国公共利益时才能援引第5条规定;

(3)干涉性法规具有直接适用性,而公共秩序保留制度必须经过冲突规范指引准据法,继而基于该法违背法院地的公共利益才能予以排除^②;

(4)干涉性法规的形式为具体的法律或行政法规的规定,而公共秩序保留则更多的表现为国家政策、公共利益等抽象性的概念^③。

(5)公共秩序保留制度赋予了法官更大的自由裁量权。

综上所述,干涉性法规、法律规避以及公共秩序保留三者不能等同,法官在判案时应当仔细审查案件中法律关系应适用哪一规定。笔者认为,干涉性法

规范围较为具体且在《法律适用法》中规定在公共秩序保留制度之前,应当首先适用;对于依第4条解决不了的问题,审查当事人是否具有规避法律的目的;以上二者均不能满足时才能适用最为抽象的公共秩序保留制度。因此笔者将三种制度适用顺位排列为:干涉性法规优先,法律规避次之,公共秩序保留兜底,可供法院审判参考。

在意思自治原则适用领域逐渐扩张的国际环境下,“干涉性法规”的适用能够在一定程度上避免因盲目允许当事人合意选法造成的对国家公共利益的侵蚀。但由于《法律适用法》第4条等规定的笼统模糊,司法实践中法官在适用“干涉性法规”时易出现大量理解误区。笔者认为,单边冲突规范及其指引的具体实体法律均不属于“干涉性法规”的范畴;涉及劳动者权益保护的规范能否直接优先适用必须以关涉社会公共利益为前提;《证券法》中大量规定不具备强制性适用的基础,法官在裁量时应结合“干涉性法规”的内涵识别具体条文;《海商法》第四章的规定并非“干涉性法规”,只有在准据法为我国法律时才能得以适用;“干涉性法规优先,法律规避次之,公共秩序保留兜底”的适用顺位必须明确,以免造成实践中三者的混淆,挤压“干涉性法规”的适用空间。笔者期待通过本文的探讨能够在一定程度上为法官适用该制度提供参考,为解决当前存在的桎梏提供出路,发挥“干涉性法规”制度实现公正裁判、维护社会公共利益之目标。

注 释:

①《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第4条规定,中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定。

②《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第10条规定,有下列情形之一的,涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定,人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第4条规定的强制性规定:

(一)涉及劳动者权益保护的;

(二)涉及食品或公共卫生安全的;

(三)涉及环境安全的;

(四)涉及外汇管制等金融安全的;

(五)涉及反垄断、反倾销的;

(六)应当认定为强制性规定的其他情形。

③(2015)辽民三终字第00343号。

④(2012)沪高民二(商)终字第4号。

⑤(2015)德民一终字第53号。

⑥(2015)曲中民终字第352号。

- ⑦ (2016)沪02民终7043号。
- ⑧ (2013)沪高民二(商)终字第28号。
- ⑨ (2014)东中法民五终字第1342号。
- ⑩ (2004)粤高法民四终字第2号。
- ⑪ 因案件审理于2004年,修改后的《证券法》尚未生效,此处第138条第2款之规定实为现行《证券法》第166条第2款之规定。
- ⑫ 朱某某与A公司(香港法人)签订两份协议,约定由A公司向朱某某提供全面的网上交易服务,由朱某某支付服务费、市场和结算费以及每月利润分配(该利润额由A公司扣除)。后因A公司未按约定扣除利润,朱某某将A公司及其法定代表人黄某某(法国籍)诉至法院,请求确认双方服务合同无效。一审法院认为,《证券法》第122条规定(未经国务院证券监督管理机构批准,任何单位和个人不得经营证券业务)系效力性禁止性规定,违反该条规定将导致合同无效。而香港A公司擅自在内地经营业务的行为违反以上规定,因此两个合同均应认定无效。二审法院亦主张该规定系《法律适用法》第4条所述“强制性规定”,具有优先适用性,合同无效。笔者认为,本案中两院法官认定第122条属于“干涉性法规”具有合理之处。一方面,违反该规定对社会公共利益造成的侵害明显;另一方面,一旦允许合意选择外国法律调整双方合同关系,既易导致当事人规避内国法律,也易造成该条规定形同虚设的状况。因此法院认定妥当。具体请参见(2012)沪一中民四(商)终字第S1217号。
- ⑬ (2003)沪海法商初字第299号、(2004)沪高民四(海)终字第87号。
- ⑭ (1998)交提字第3号。
- ⑮ (2005)民四终字第7号。
- ⑯ 《外债统计监测暂行规定》第5条规定,中外合资经

营企业、中外合作经营企业和外资企业的对外借款,借款单位应当在正式签订借款合同后15天内,持借款合同副本向所在地外汇管理局办理登记手续并领取逐笔登记的《外债登记证》。

- ⑰ (2001)民四终字第16号。

参考文献:

- [1] 秦瑞亭.国际私法[M].天津:南开大学出版社,2014.151-158.
- [2] 韩德培.国际私法[M].北京:高等教育出版社,2014.92.
- [3] 郭玉军,车英.研讨涉外民事关系法律适用法推进国际私法理论与实践——2010年中国国际私法学会年会综述[J].武汉大学学报(哲学社会科学版),2011,(1):124-128.
- [4] 林燕萍.《涉外民事关系法律适用法》第4条及其司法解释之规范目的[J].法学,2013,(11):66-73.
- [5] 李凤琴.涉外民事关系法律适用中的强制规则的识别[J].法治研究,2014,(6):48-55.
- [6] 卜璐.国际私法中强制性规范的界定——兼评《关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第10条[J].现代法学,2013,(3):149-158.
- [7] 秦瑞亭.中国国际私法实证研究[M].天津:南开大学出版社,2016.145-170.
- [8] 徐崇利.法律规避制度可否缺位于中国冲突法——从与强制性规则适用制度之关系的角度分析[J].清华法学,2011,(6):122-131.
- [9] 刘仁山.“直接适用的法”在我国的适用——兼评《〈涉外民事关系法律适用法〉解释(一)》第10条[J].法商研究,2013,(3):74-83.
- [10] 张文晋.国际私法中“直接适用的法”探析[J].大连海事大学学报(社会科学版),2013,(2):49-52.

Judicial Practice Comment on Article IV of Law Concerning the Application of Laws on Foreign-related Civil Relations

ZHANG Han-xue, QIN Rui-ting

(Law School, Nankai University, Tianjin 300350, China)

Abstract: The Article IV of Law of the Application of Law for Foreign-related Civil Relations makes the “Eingriffsnormen” to prominence in our country’s legislation. However, because the provisions of this article are too general and vague, there are still some disputes on the academic research level about the “Eingriffsnormen”. It is always difficult to have a unified standard in terms of provisions identification, which also leads to different understanding of the system by judges in practice. Through case analysis, the authors interpret the differences between unilateral conflict norms and interfering laws and regulations, provide a basis for the qualitative analysis of labor rights protection regulations and Securities Law norms, and deeply analyze whether Chapter IV of the Maritime Code belongs to “Eingriffsnormen”, which provides a solution to the confusion between the system and the circumvention of laws and the preservation of public order, and can overcome the confusion of the improper applications of the “Eingriffsnormen” system in judicial practice to a certain extent, which can provide a way out to solve the shackles of the current system.

Key words: eingriffsnormen; the article iv of law of the application of law for foreign-related civil relations; unilateral conflict norms; chapter iv of the maritime law

(责任编辑:杜爱农)

体育赛事的可版权性及版权保护逻辑

刘一泽

(山东大学 法学院, 山东 266237)

摘要:当前在体育赛事商业运营实践中存在的转让赛事现场直播、转播权限的现象,并没有明确的法律上的权利来源依据。著作权法中并没有将体育赛事列举为可由版权保护的“作品”的范畴,将其解释为“表演”也不符合法律文义解释的语义学规则要求,将其纳入版权保护的范围内是存在疑问的。但是,体育赛事在某种程度上具备独创性与智力成果的属性,并确实给其受众带来精神享受,它是可以具备实质意义上的可版权性的。进而我们可以从“活法”的视角出发,认可商业实践中的做法认可其属于“作品”,认定其权利属性为“版权”。而由于文义解释的语义学规则本身就要求概念解释要符合日常的一般认知,以“活法”的视角看待法律概念也是不违背文义解释规范的。

关键词:体育赛事;版权;语义学;文义解释

中图分类号:D903

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0048-05

随着体育赛事热度的不断增加,体育行业的市场化、商业化程度的加深与商业运营模式的逐渐成熟,大型体育赛事的影响力与利润都大幅度提升。而与此同时,与体育赛事相关的财产权益保护问题大量出现。近年来,对于体育赛事节目的版权保护讨论很多,然而对于体育赛事节目的拍摄、录制对象,即体育赛事的现场情况的法律性质则很少有探讨。而结合目前大型体育赛事的商业运营模式,体育赛事的法律属性问题是与体育赛事节目的法律属性存在关联性的。目前对体育赛事节目的保护方式存在几种不同的观点,包括将其作为作品保护、将其作为附属作品保护以及邻接权保护等方式。而无论持哪种观点,体育赛事节目的设置对象,也即体育赛事的法律属性都是一个无法绕开的问题。若通过邻接权保护体育赛事节目,则意味着作为体育赛事节目录制对象的体育赛事具有表演权的属性,而这本身亦是有讨论空间的。而将体育赛事节目当作独立的作品保护,体育赛事商业运作中的一些传统做法则需要理由进行解释,因为这意味着体育赛事是作为一项普通事实存在的,就如纪录片的拍摄对象或一项新闻报道,那么在大型赛事中常见的,赛事主办方就直播权、转播权进行收费就缺乏法律依据。对体育赛事节目的版权保护是无法彻底绕开体育赛事的法律属性而独立进行论证的。

一般而言,大型体育联盟举办的相关赛事,运动员与俱乐部签署的合同中都包含有对运动员“著作权”、“版权”权属的规定。运动联盟在进行商业运营过程中,同样大量使用“版权”概念销售其相关财产性权益。这一在体育赛事商业运营中大量出现的“版权”概念的外延并不清晰,厘清体育赛事商业运营中大量出现的这一模糊概念,界定体育赛事的法律属性,是有必要的。

一、一般“事实”还是“表演”作品:一个语义学分析

要了解体育赛事的法律性质,首先需要对法律文本进行分析。如果认为可以对体育赛事进行版权保护,那么体育赛事就必须具有“作品”或“表演”的属性,然而事实上,从语义学的角度分析,体育赛事并不能被这两个概念所涵盖。

(一)体育赛事的法律属性

1. 体育赛事是否属于作品

我国著作权法与著作权法实施条例对著作权保护的“作品”范围进行了列举规定,其中并不包括“体育比赛”这一内容。但是著作权法实施条例中规定了作品的可以包括“通过形体动作和通过技巧表现的作品”,进而一种观点认为体育赛事的法律性质可以包含在这一条文之下,属于这一类表演作品,进

而受到版权保护。然而,若从文义解释的角度出发,这一解释则是比较牵强的。“以日常语言为载体的现代法律,往往存在因法律语词的歧义、模糊、评价性、翻译问题以及意义变迁等因素导致法律意义的不确定。文义解释恰恰因为具有释明法律意义、澄清和弥补法律语义缺陷的细分功能而被视为现代法治国家的法官进行法律解释的优位性解释方法”^[4]。在进行法律解释时应首先关注法律文本具体的含义。体育赛事的确包含大量形体动作与身体技巧,但是这些动作与技巧并非为了去实现表现与表达的目的,其身体动作与技巧的目的在于获胜,取得比赛的胜利,表现技巧只是体育赛事中的一部分内容,而非体育赛事的本质内容。与杂技、马戏、魔术艺术作品不同,动作与技巧不是体育赛事的“目的”而是实现体育赛事“目的”的方法。杂技、魔术等艺术作品,其本质即是通过动作与技巧取悦观众,其动作与技巧即是这些作品的全部内容与核心内容,受众所欣赏的部分即是表演者的身体动作与技巧表现,身体动作与技巧表现本身即是这些作品的“目的”,其本质上是一种展示动作与技巧的“表演”。体育运动赛事与此则完全不同,体育赛事的根本“目的”在于比赛的胜利,以比赛的形式分出运动员水平的高低。而观众在其中获得的体验也与“获胜”这一赛事“目的”直接相关,观众在观看一项体育赛事时,运动员身体动作与技术表现的确可以给观众带来刺激与享受,然而观众所真正关注的内容仍然是体育赛事的对抗性、激烈性以及比赛胜负结果的高度不确定性,观众在赛事中体验到的紧张感与体育赛事“目的”,即分出胜负是紧密关联的。在观众的体验方面,体育赛事与法律条文中列举出的“通过形体动作和通过技巧表现的作品”是具有很大区别的。

2. 体育赛事是否是一种表演

那么,体育赛事是否可以类比为一种“表演”呢?当我们分析一个概念时,语言文字是常常具有“开放性”的,“它并不禁止用语扩张到只具有部分在正常的事例中会一起出现的性质的事物”^[5]。这样一来,在做文义解释时我们就离不开语义学规则的帮助。“按照日常语言哲学的理解,一个语词的核心涵义也就是它在日常语言中最常用的意义,那么,根据日常语言习惯来确立的语词的最常用意义,就是一个语词核心意义”^[6]。在对法律文本中某一概念做文义解释时,理解一个词语的日常用法是十分关键的。而语义学的角度上看,体育赛事也是难以被

理解为“表演”的。一般而言,“表演”需要有一特定指向的对象,即“表演”什么。在日常谈及某一项“表演”时,我们都会反应到这是一项提前预设好了的,按照一定模式、顺序进行的活动,“表演”是具有预设性的,即便是一场即兴的表演,也是再说表演的方式是即兴的,表演是未经过彩排或预演的,但其表演内容仍然是预设好的。因为不会存在没有对象的表演,表演对象的选择,本身也可以看作是一种预设。除此之外,“表演”的内容往往不具有真实性,在一些情况下我们会有如此的表述,“不要担心,这只是在表演,不是真的。”而我们日常生活中所理解的表演的这些特点与体育比赛中出现的情况大不相同,我们很难指出其表演的对象。当两只足球队进行足球比赛时,我们不会将其表述为“两队在表演足球赛”或是“两队在表演足球表演”。而相比于“表演”活动的预设性,体育比赛所拥有的是即时性,没有人可以精准预测出体育比赛的结果,体育比赛也不存在一个剧本或是导演提前规划好比赛的走向。在比赛中发生什么意外的情况也是无法知晓的,而这也正是体育比赛吸引人之处。此外,体育比赛的过程与结果无疑都是真实的,当你输掉比赛时,你就会真的被淘汰,而当你获胜你则会晋级下一轮或者获得冠军的称号,这些都是真实发生的。我们不会接受以下这样的说法,“不要担心,场上那些比赛都是假的,不会有任何后果。”这种说法无疑不符合生活的常识。而从一个日常中非常常见的表述里我们也能看出,体育比赛与“表演”完全是两种不同的东西:当我们观看足球比赛时,如果有一名球员在场上假摔,他往往会受到这样的批评,“这名球员太恶劣了,他竟然靠演戏来骗取点球,他简直是一个演员。”从这一批评中我们便可以看出体育比赛与表演是完全不同的,甚至是对立不相容的。因此,将体育赛事类比为“表演”作品是不符合对法律进行文义解释所应遵循的语义学规则的。体育赛事并非是一种“表演”行为,而是一种单纯的事实。

(二) 体育赛事的独创性

体育赛事无法与艺术“表演”等艺术作品相类比,这意味着体育赛事不属于现行法律所规定的“作品”的范畴。但体育赛事现场却在某些方面与表演等艺术作品具有类似性,事实上,在体育赛事中却常常可以表现出相当高的独创性和创造性。在体育赛事中,运动员与教练员均不是单纯做简单的重复性工作而是具备创造性的。尽管体育运动具有其基本的动作要领与规范,但这并不是否定运动员创造性

的理由。运动的基本要领与规范是与写作规范、文字规范、句法规范或基本乐理这些相类似的,而这些固定的规则并不能排除作品的创造性。在体育赛事中,运动员并非单纯为了实现锻炼身体促进健康的目的,而是要取得赛事的胜利,而在很多大型赛事中,获胜需要依靠运动员在某一时刻上的灵光一现,而不再是依靠单纯的体力或力量的比拼。同时,不同水平、不同层次的运动员参与的赛事,其水平与可观赏性也大有不同。在这一点上,体育赛事与艺术表演十分相似,一项表演作品,同一个剧本有不同水平的演员进行表演,其演出水平也大有不同;不同的演员完全可能就同一个剧本表现出不同的思想内容,表演活动的“智力成果”属性即在于此。而体育赛事而言也是如此,具备可观赏性的高水平体育赛事绝不单纯只是体力的对抗,运动员的动作往往是具备创造性的,而这些创造性的部分是可以被欣赏的,从这一角度上看,体育赛事也可以具备智力成果的一些属性。而版权保护的基本理念是“仅仅保护作品的表达形式,而不保护作品所体现的思想”^[4]。体育赛事是具有创造性的表现形式的,而从这一角度上看,其具备可版权性进而实现版权保护是存在可能性的。然而,法律条文并未将其明文规定为作品,在这种情况下是否可以基于其具备智力成果属性及创造性而将其视为其他作品而进行版权保护则是需要进一步讨论的问题。

二、“活法”视野下的体育赛事可版权性

尽管我们无法从语义学的角度将体育赛事解释为作品或表演,但体育赛事却具有实质意义上的保护价值,而借助社会学的解释方法或许可以为其提供保护的可能。

(一)欠缺法律依据的版权概念

尽管缺乏体育赛事可作为版权保护作品的直接法律依据,但在大型体育赛事的一般运作中,著作权、“版权”的概念确实被大量使用。以世界主流的足球联赛为例,运动员与俱乐部的合同中基本均会涵盖运动员相关著作权转让的条款,而该运动员的著作权所涵盖的范围却同样并不明确。事实上,在体育赛事的商业化运营过程中,大量存在着将赛事现场等并未被法律明确规定为版权的内容进行“版权化”的状况。大型体育赛事在其商业运营中大量运用版权概念,一系列与赛事本身相关的权益均以版权转让的形式达成。这其中的一些权益以版权

形式转让是可以理解的,而另外一些则不容易被理解为版权。以中超足球联赛为例,在其商业运营中各个球队的会徽、球队服装、俱乐部场馆名称等项的使用权转让被理解为版权是容易理解的,而诸如赛季注册球员名单等事项当作财产性权益进行转让,且被归纳为版权则是在现行法律文本规定下难以被理解的。这其中,与体育赛事相关的赛场独家直播、转播权益的转让同样是缺乏明确的法律支持的,对于体育赛事情况进行直播需要得到许可并支付费用,其理由何在呢?一般而言,为对某一现场进行的拍摄与直播设置许可或收费,往往需要有版权上的支持,例如某一现场表演或某一电影的播出与放映。然而,在前文我们已经看到,体育赛事在语义学意义上很难被看作是一项“表演”,进而也难以成为著作权法中规定的作品的范畴而受到版权保护。那么,对体育赛事的直播转播行为进行限制,将直播与转播权益进行转让的行为是欠缺法律依据的。

(二)“活法”视角下的可版权性

然而,大型体育赛事是具备极高的商业价值的,在当代诸如奥运会、世界杯等大型赛事,以及欧洲各国的足球联赛,NBA等商业体育联盟旗下的体育赛事,其直播权、转播权收益是巨大的。而从利益平衡的观点出发,体育赛事的相关财产利益是值得保护的。在当下体育赛事运作的市场化、商业化程度极高,从市场经济的角度看,高水平的体育赛事始终具有相当高的稀缺性,而人们有普遍具有在体育赛事中获得精神享受的需要,高水平的体育赛事是处在一种供不应求的卖方市场状态下的。若认可体育赛事是缺乏法律上的保护理由而不受保护的,那么运动员与赛事组织者、主办方、赛事商业联盟的收入都将大幅下降,这对于高水平体育赛事的经营无疑是一种打击,也难以刺激有着充分市场需求的体育赛事行业的发展。在法律文本的规定中,并没有将体育赛事纳入进版权保护的“作品”范畴内,然而在体育赛事的市场运作中大量使用,并受到交易双方认可的“版权”概念是否可以成为以“版权”来保护体育赛事的依据呢?在商事领域中,法律是否可以提供一种概念之外的便利,根据市场中已有的做法,从社会实践中赋予体育赛事以可版权性,是需要进一步探讨的问题。

而针对这一问题,埃利希为我们提供了一个“活法”的观念,埃利希认为,“法律发展的重心既不在于立法,也不在于法律科学和司法判决,而在于社会本身”^[5]。真正支配着社会生活的法律是存在于社会实

践之中的,而非是国家制定出的法律文本。“与日常生活社会生活中所完成的无数契约和交易相比,法院的审判就只是一种例外的情况了”^[6]。而“‘活法’是‘联合体的内在秩序’,即与由国家实施的法律相对的由社会进行实践的法律。”“离开‘活法’的社会规范,就无法理解实在法”^[7]。埃利希发现,我们每天都会与各种人发生各种不同的法律关系,并产生法律上的权利与义务,而人们去履行这样的义务并非是出于法律上的强制,感受到受到法律制裁之威胁,而是单纯的认可权利义务的存在而自愿的履行,或是由于受到一种心理上强制而履行。因为如果有人选择拒绝履行这些义务,“他就可能会与亲属发生争吵、失去顾客、被解雇,或者得到不诚实或者不负责任的臭名誉”^[8]。相比于诉诸司法或由国家强制执行法律,人们对与自然存在与社会之中的那些规范的自然遵守才是主流。人们在履行法律义务,不过是“无意识地使自己习惯于周围人的情感和思想的问题……习惯在法律生活中具有非常重要的分量”^[9]。同时,哈特也认为,对法律“效力”的判断是存在于法律的“内部陈述”中的,人们是自愿的将自身置于法律体系之中,人们遵守一项规则是自然而然地在事实上接受、认可了一项规则的存在将其直接运用于个案之中,而不是在任何情况下都去清楚说明一项规则“是否已经被满足”^[10]。从这一角度上看,即使国家所制定出的法律从根本上也是源于社会中存在的“活法”之中的,真正为法律提供灵感与活力的是社会生活的实践活动本身,而非是存在于纸面上的概念和文本。在对法律文本中所规定的概念进行阐释与适用时,社会生活应当是解释素材的来源,法律应当主动去适应社会中的实践,而非让社会中产生的实践去适应法律的概念和文本。“每一次制定出来的规则,从本质上说都是不完整的,而且,他被制定出来时,实际上就变成旧的东西了……负责适用法律的人,既然具有本时代的精神,就不会根据‘立法者的意图’、用以往的精神来适用法律”^[11]。而为法律概念与文本提供本时代精神的,即是自然而然存在于社会生活之中的“活法”。

从这一角度上看,法律可以在其固有概念之外,将未被其规定在“作品”的范畴之内的体育赛事纳入到版权保护之中。在体育赛事的商业运营中,对“版权”概念的使用事实上已经超出了法律所规定的严格的范围界限,而这种对“版权”概念的突破在体育赛事的商业化运用中又基本得到了多方交易参与者的认可,成为了一种习惯。在这一问题上,

社会实践已经突破了旧有的法律文本对“作品”、“版权”这些概念的认识与理解而产生出来新的形式,那么在司法实践对于这些概念的理解也应随社会实践的变更而随之发生转变。而事实上,这也是符合法律文义解释的语义学规则的要求的,因为对于语言的日常理解,也是源于社会的实践活动中的。在体育赛事的可版权性问题上,无论体育赛事能否属于法律上所列举出的“作品”的范围内,实践中都已经将其当作“作品”来对待,给与了其类似“版权”的保护方式。因此,法律也应当适用社会实践的这种变化,从而认可体育赛事的可版权性,以及体育赛事作为一种“作品”的新形式的合法性。

三、语义分析的社会性

以埃利希“活法”的理论来阐释法律或许会引发这样的疑问:以社会学视角和社会学方法阐释法律问题、解释法律概念是否违反了法律解释的基本要求?这样解释法律是否已经远超出了法律文本的意思范围,成为了一种法律续造?事实上,从本质上看,强调法律的“活法”精神与尊重法律文本与文义解释优先并不冲突。法律的文义解释需要遵循语义学规则,而语义学规则本身即要求在解释概念时要遵循其在日常生活中的一般含义,依据日常生活中的一般理解来确定概念的核心含义。而语言本身就是对社会生活中各种存在的现象的反映,语言在一定程度上就反映着社会中实践活动的发展与演变。福柯在其《词与物》一书中分析了现代社会中的概念,他指出,在17世纪以前,人类的认识世界、定义事物的体系是一个三元体系,即通过在“能指”、“所指”与“关联”(或称“相似性”)之间建立起紧密的、必然性的联系来认知并表达事物”^[12]。而在17世纪以后,概念与事物的本质属性之间则不必再具有本质性的关联,而只需要建构起任意性的联系便可以实现概念与语言的表达功能。“任何词语都可以指称任何事物,某一词语之所以能够确定地指称某一事物,不过是人类社会在长期的社会化生活中达成的共识性承诺而已”^[13]。前现代社会的名称往往在事物、事物的符号和名称之间建立实质性的联系,事物的名称可以反映事物的本质,体现名称背后事物的概念。而现代社会的命名则不追求名称与事物本质与概念间的必然联系,事物名称与其所指概念之间获得了广泛的承认,名称与概念之间即具备了同一性^[14]。因此,现代社会中的概念运用是从形而上转向了形

而下的,概念、语词本身不一定要与某一事物的本质与根本属性相符合,而只是在反映存在于社会实践中的具体现象。而这就给了既存的法律文本与埃利希所言的存在于社会生活与时代精神中的“活法”以结合的可能。概念不再必然性地与事物的本质相结合,就意味着概念是开放的与可变的,概念的内涵与外延完全可能随着社会生活的发展与变化而变化,随着社会生活的变动一个概念随时可能将其旧有的部分外延抛弃,而将一些新的事物涵盖其中。如“妻子”一词,过去这一词语的概念是指男性的配偶和子女;而现在我们使用这一词时往往仅指男性的配偶。部分词语在较短时间内也会发生变化,但这种小幅度的变化往往是不易被发现的。如财产的外延在逐步扩展到虚拟领域,网络财产逐渐被纳入“财产”这一概念的外延内。概念的开放性与可变性就意味着重视“活法”是有必要的,既然法律文本与概念本身都是随着社会生活的发展变化而不断变动的,法律自然也应当关注到社会生活的变化情况,而不应当拘泥于旧有的文本原意。所谓关注“活法”即是在关注法律文本中各种概念其内涵与外延发生的变化,寻找到属于这一时代的概念含义。对于体育赛事法律性质的认识即是如此,尽管它不属于法律文本中归纳出的“作品”的范畴,或许也真的不满足“作品”这一概念的基本要求,但是社会实践中却确实存在着将与其相关的权益当作作品进而采用“版权”概念进行交易的现实。因此,

法律也不应固守其本来的文本含义,而应当顺应社会交易实践中出现的新情况而给以其新的解释。从这一角度上看,在法律实践中认可体育赛事的可版权性,并给以其版权保护是具备合理性的。

参考文献:

- [1] 魏治勋.论文义解释方法的细分释法功能[J].法学杂志,2014,(8).
- [2] [10] (英)哈特.法律的概念[M].许家馨,李冠宜译.北京:法律出版社,2006.15-16.97.
- [3] 魏治勋.文义解释的司法操作技术规则[J].政法论丛,2014,(4).
- [4] 吕炳斌.实用艺术作品可版权性的理论逻辑[J].比较法研究,2014,(3).
- [5] Fundamental Principles of the Sociology of Law, Foreword.转引自(美)博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来译.北京:中国政法大学出版社,2017.155.
- [6] [7] [8] [9] (美)博登海默.法理学:法律哲学与法律方法[M].邓正来译.北京:中国政法大学出版社,2017.155.155.156.156.
- [11] 徐爱国.法学的圣殿—西方法律思想与法学流派[M].北京:中国法制出版社,2016.360.
- [12] [13] 魏治勋.法律解释的原理与方法体系[M].北京大学出版社,2017.28.
- [14] (法)米歇尔·福柯.词与物[M].莫伟民译.上海:上海三联书店,2001.79-82.

Copyright Property and Copyright Protection Logic of Sports Events

LIU Yi-ze

(Law School, Shandong University, Shandong 266237, China)

Abstract: At present, the phenomenon of transferring the rights of live broadcast and broadcasting of sports events exists in the practice of commercial operation of sports events, and there is no clear legal basis for the source of rights. In the Copyright Law, sports events are not listed as “works” which can be protected by copyright. It is doubtful to interpret them as “performances” which does not meet the requirements of the semantics rules of legal interpretation. However, to a certain extent, sports events possess the attributes of originality and intellectual achievements, and indeed bring spiritual enjoyment to their audience. It can be copyrighted in a substantive sense. From the perspective of “living law”, we can recognize the practices in commercial practice as “works” and identify its right attribute as “copyright”. Since the semantics rules of literal interpretation itself require that the interpretation of concepts conform to the general cognition of everyday life, it is not against the norms of literal interpretation to view legal concepts from the perspective of “living law”.

Key words: sport events; copyright; semantics; the literal explanation

(责任编辑:杜爱农)

对房屋承租人权益的强制执行探析

吕雅妮

(西南政法大学 法学院, 重庆 401120)

摘 要:公产房承租人权益作为强制执行标的的司法案例的出现,意味着新执行标的类型的到来。包括公产房屋租赁权在内的一般性房屋租赁权能否作为金钱债权执行标的的问题,势必引发理论界和实务界新一轮的争议,与此同时,执行法条文在这方面的未涉足导致了执行人员在采取强制措施时的无所适从。但将房屋租赁权纳入执行标的范围的做法,无疑又为我国目前执行难和执行不能的境况提供了新的解决思路。要想获得房屋租赁权作为新的执行财产在立法上的承认和构筑,除了须对其可执行性进行实质判断外,还须结合关于如何在执行程序中对其采取强制措施的立法建议。

关键词:房屋租赁权;执行标的;流转可能性;财产价值性;强制管理

中图分类号:D915.2

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0053-08

我国在可作为民事执行标的的财产性权益的类型规定方面,除了常见的债权、知识产权、股权等,鲜有立法及实务上的进一步的突破。近些年来,在执行工作实践中,以土地用益物权为执行标的的司法案例层出不穷,实务工作者提出了大量将其纳入执行标的的范畴的立法建议。以土地用益物权进行类比,司法界始出现了对被执行人的房屋租赁权强制执行以清偿金钱债权的执行案例。就民事执行而言,财产性权益的扩张在对执行难和执行不能问题的解决中起到了举足轻重的作用。但是,我们一方面需要对执行标的的范围扩张的正当性作出法律考量,也就是说,倘若要将房屋租赁权纳入执行标的,就必然要对其可执行性进行深入的讨论。从另一方面而言,我国当前的执行法立法体例表现在执行标的的方面的问题是,无法对新的执行标的保持一个包容的态度,这会造成执行人员对房屋租赁权是否可以执行以及如何执行的争议,从而降低执行效率和执行质量。因此,理论界应当在对房屋租赁权的流转可能性、财产价值性等可用于强制执行的权利性质判断的基础上,作出如何对房屋租赁权采取强制执行措施的诉讼立法建议。

一、将房屋租赁权纳入诉讼标的的范畴思路的引出

在此,笔者以黑龙江省佳木斯市迎春林区基层法院对公产房承租人权益强制执行的案件以及最高法对公产房使用权是否允许评估拍卖((2013)执他字第23号)的回复为例,引出将公产房承租人权益纳入诉讼标的的范围的立法建议,进而引发对一般房屋租赁权能否作为诉讼执行标的的讨论^①。

(一)案情简介

该案伊始,某投资咨询公司作为某药材公司的债权人申请对其强制执行,药材公司与公用房产管理处签订有公用房产租赁协议,其享有对两处公产房的使用权,且除该财产性权益之外,无其他财产可供执行。执行法院在征得房产管理处意见后对两处公产房使用权进行了查封拍卖。在执行结案后,公用房产管理处以不定期租赁合同为由起诉药材公司要求解除合同,拍得人林某以第三人身份参加了诉讼,该案经一审二审后以房产管理处胜诉而告终。此后,刘某向执行法院要求退还拍卖款并赔偿损失,高院执行局经审查认为,基

层法院执行并无不当,并就公产房使用权是否允许评估拍卖向最高法请示,最高法于2013年作出答复^①。

(二)案情分析及问题引出

现笔者结合最高法的回复对案情分析如下:

首先,在执行依据方面,最高法认为尽管我国尚未有关于公产房可被强制执行的法律条文,但该省关于允许公产房使用权流转的地方性法规,可作为执行公有房屋使用权的法律依据。笔者查阅了《黑龙江省城镇公有房屋管理条例》的相关规定后,发现该条文包含了双重含义,即公产房使用权的转让和公产房的转租,在此意义上代表着,公用房产的承租人权益可被强制执行还债。纵使其实质意义在于对公产房使用权的强制执行,但笔者希望从问题的原始形态、或者说是从权利的客观外貌(亦即药材公司作为公有房屋的承租人,对房屋享有承租权这一客观地位)出发来讨论,以探究强制执行的标的是否可以推而广之及于一般的房屋租赁权^②。其次,如果说排除在上述形成诉讼中租赁合同双方当事人恶意串通的情况,那么依照实体法解除合同的法院判决并无不当,但是又确实存在着对拍卖过程中买受人林某的权利侵害,笔者暂且将该种损害界定为一种期待利益的损失或者说时效利益的损失。并且,其后的形成诉讼也着实起到了回避执行法院执行的消极效果,这难免有些于理不合。基于此,笔者认为,应当将根源性问题定位于可被强制执行的公有房屋租赁权的客观范围的讨论,并应当限制此类以不定期租赁合同为依据的承租权进入强制执行。更进一步地,笔者将对一般的房屋租赁权进行划分以界定可作为金钱债权强制执行标的的权利类型。最后,由于我国尚未有对房屋租赁权益的强制执行的规定或类似规定,上述执行案件中的执行措施的采用也是比照对一般财产权的执行而定的,是一种执行实践的做法。笔者认为,一旦认可了对某些类型的房屋租赁权的强制执行,就应当对其进行立法归入,为此,笔者将提出关于执行房屋租赁权的立法建议。

(三)问题引出的现实性和必要性

在房改的20年来,由于“只售不租”政策的推行,导致一度忽视了租赁市场的发展与监管。日前,相关部门及部分地方政府出台了一系列措施以推进租赁市场的发展^③。尤其是近期住建部提出的《住房租赁和销售管理条例(征求意见稿)》,更

加强了承租人的权益保护,同时鼓励市场化交易和对长期性租赁关系建立的提倡。由此可观我国对租赁市场的发展推动力度之大,因此我们不难预测,在不久的将来,房屋租赁权即将成为私有财产权益的重要组成部分,且伴随着政策对租赁权流转限制的逐步放宽,租赁权的转让和转租行为实现相对自由的市场流转已经有日可期。所以,笔者开始思考,当租赁权切实地作为一项财产性权益为多数人所认可时,那么是否意味着,其可以进入执行程序并作为一项执行标的来偿还申请执行人的金钱债权?当租赁权的财产价值越来越多地引起债权人的重视时,在执行程序中关于租赁权能否用于执行的讨论势必会引起更大的争议,如果立法不对此进行明确是否会导致执行迟缓甚至阻碍执行?与此同时,在我国执行难的背景下,在债务人确无其他财产可供执行却拥有租赁权的情况下,可否对其强制执行以打破执行不能的僵局?

除此以外,在上述案例中,最高法的回复将执行的法律依据定位于地方性法规(《黑龙江省城镇公有房产管理条例》),无独有偶,近期昆明市政府出台的《昆明市居住房屋租赁管理办法》也有类似的规定,即允许经出租人书面同意的转租^④。但是,这类政策性规定指向的是民法领域,其可以作为民事诉讼执行的参照依据,却始终未有直接的诉讼规定可供援引,简而言之,在诉讼法中没有关于这类房屋租赁权益可被强制执行的影子,更没有如何对之采取执行措施的后续规定。因此,笔者认为未来的立法修改中应当对此考虑一二。

二、对房屋租赁权能否作为金钱债权执行标的的讨论

在本部分,笔者将首先结合可作为民事执行标的的财产性权益的特点来检验房屋租赁权是否适合作为执行标的;其次,笔者将对房屋租赁权进行类型划分,并逐一讨论每个项下的权益是否适宜用来强制执行还债;最后,笔者认为能够作为民事强制执行标的的房屋租赁权必须是经过一些必要限制条件筛选过的,所以在下文中,笔者将对这些限制性的前提条件进行讨论。

(一)房屋租赁权能否作为执行标的的判断标准^[2]

1.可流转性

在现行法律制度下,只要房屋承租权可以依

法进行流转,那么就可以成为执行的客体,进入执行程序的视野。上文所述,我国各地地方性法规陆续将“允许租赁房屋经出租人同意后的转让、转租”列入其中。从我国最开始的完全限制转租到现在满足一定条件下的允许转租的政策性转变,可以看出,承租权在我国租赁市场上始具有了流转性。但是,这一要求“出租人同意”的要件发生在民事主体平等交易之间,其境况不同于强制执行程序中的房屋转租的行为,对于后者而言,具有国家强制的性质,因此笔者认为,此处无须取得出租人的同意。这里,可以参照台湾强制执行法的规定,征询债权人或债务人的意见作为执行法院的参考^⑤。

上述论述并不意味着因为执行程序具有强制性,便可以对一般民商事活动中无法流通、流转之物或权益进行强制执行。简单来说,可用于执行的标的必然是现实中允许让与之物或权利,只不过其让与的某一要件因为执行措施的强制性而自动补足罢了。

在关于房屋租赁权让与的问题上,实体法理论上对不动产租赁权定性问题的探讨。为数不少的学者认为应当将不动产租赁权界定为用益物权,他们认为承认承租权入租赁权转让和转租的自由就等于承认了不动产租赁权作为物权所具有的可处分性。他们想证明不动产租赁权在不断物权化并将作为物权成为民事执行标的的一部分。我国的财产法是参照大陆法系国家物权与债权的二分构造所制定的,在这一背景下,笔者更倾向于隋彭生教授提出的对他人之物利用的“二元体系”(即用益物权和对物用益债权)^⑥。以此观点为前提,房屋租赁权是作为有财产性价值的其他权利而成为执行标的的,其作为债权的本质并不会影响权利的独立性和让与的自由性,因为可让与的要件,是通过房屋租赁登记备案制度、买卖不破租赁原则以及允许房屋租赁权转让、转租等规定来保障的。所以,总的来说,在对房屋租赁权可作为执行标的的流通性问题的论述上,没有必要对其是物权还是债权的问题作以回答。

2. 财产价值性

财产价值性是所有其他权利可作为执行标的的最为重要的性质。杨与龄先生认为,执行其他财产性权益的实质,在于将处分所得之价金用于清偿金钱债权,因此该权利须具有金钱价值,才得成为金钱债权的执行标的。

(1) 房屋租赁权作为一种广义上的财产权,应

当是没有争议的。德国民法典将租赁分为了使用租赁与用益租赁,后者较前者多出了收益这一目的,也就是说,对于用益租赁,承租人可以取得天然及法定孳息^⑦。我国合同法第225条规定,“在租赁期间因占有、使用租赁物获得的收益,归承租人所有,但当事人另有约定的除外”,因此在我国,当事人在租赁合同中没有约定排除的,承租人当然享有收益权,这是租赁权财产价值性的基础。

(2) 对于房屋租赁权而言,其用益价值的体现,主要来源于法定孳息。正如隋彭生教授所述,法定孳息产生于用益法律关系,是用益的对价,并且,法定孳息在物质表现形式上为货币,这成为了其可以作为执行标的被执行以偿还金钱债权的直接依据^⑧。一般来说,承租人利用租赁物收取法定孳息的用益物权,是通过转租来实现用益价值的。另外,承租人在经同意的情况下,还可将租赁物作为用益出资的财产,以换取分红、股息等。同理,在执行房屋租赁权时,通过强制转租收取租金的方式可以达到清偿金钱债权的目的。但是,若房屋出租人与执行债务人订立的租赁合同是分期或连续支付租金的,则转租获取的租金在支付原租金的基础上有剩余的,才得用于清偿债务。倘若被执行人无力支付接下来的租金,而对转租收益的评估也不见得会高于原出租费用,此时的租赁权是不具备财产价值的,不得用来强制执行。

(3) 通过财产价值性的检验标准可以明确以什么样的方式对房屋租赁权强制执行可以产生价值。在对房屋租赁权处置的方式上,有学者主张“三分法”,即租赁权转让、转租和租赁合同的转让;有学者主张“二分法”,认为租赁权的转让即为租赁合同的概括转让。笔者支持后者观点,若将承租人的权利和义务进行剥离,则会导致出租人、承租人以及受让人三者法律地位的进退维谷^⑨。那么,在二分法的前提下,以哪种方式处分的执行可以产生金钱价值性?笔者的答案是,在房屋租赁权上承载了某种营业价值、某种公共资源补偿价值或某种社会资源稀缺价值时,以租赁权转让方式的强制执行才可能有财产价值的剩余来补缺金钱债权。因为租赁权的转让与转租相较而言,缺少了作为法定孳息的租金的收益,如果某一房屋上未承载特殊价值,租赁合同的概括转让是无法产生额外的金钱收益的。

(二) 可作为执行标的的房屋租赁权的类型

在此,笔者将依据对房屋租赁权的类型划分

来分析哪些房屋租赁权可以作为执行标的,尤其侧重于论述不同房屋租赁权在假定作为执行标的时是否具有财产价值性:

根据房屋来源的不同,可以分为公房租赁权和私房租赁权。通常,公房租赁多用于居住性租赁,私房则既可以为商业用房租赁也可以用于居住用房租赁^[7]。房屋使用目的的不同,决定了法律在租赁、房屋回收权等方面的管制的不同。对于居住用目的的房屋租赁,为了保障承租人的生存权益,政策的导向性在于严格控制住房租金的提升,尽管不少地区因为承租人加价进行的二次转租导致地区的房屋租金呈畸形偏高,但是最终会为持续加强的租赁市场的监管和规制所平复,并且,我国《商品房屋租赁管理办法》第9条第2款也有对租赁水平严格限制的规定^⑥。因此,出于两种原因,此类居住目的租赁的房屋不适合作为强制执行的标的:一方面,出于保障债权人基本住房保障的目的;另一方面,对居住性住房进行二次租赁,未有或鲜有剩余收益(指二次租赁与原始租赁之间的租金收益差额)用以清偿金钱债务。但是,同时满足以下条件的居住用房租赁权可作为强制执行的标的:第一,该租赁的房屋并非是承租人的唯一住房;第二,该房屋由于其地理位置的优越性而具有了稀缺性,第三人愿意以高于原始租金的价格来购买承租人对房屋的使用收益权。举例来说,我国部分地区推行的“就近免试入学”的政策,导致了中国特色的“学区房”现象,如今我国开始尝试推行“租售同权”的政策,这意味着租房者和住房者拥有同样就近入学的权利,这将直接导致学区房的稀缺和租金的暴涨。因此,这类房屋具有强制执行的金钱价值。这一要件的具备与否,需要执行机构的因地制宜:在决定执行前,结合租赁房屋所处的地理位置以及本地区的政策性文件等多种因素进行判断,再决定是否要将该租赁权纳入执行标的的范围。

不过,以上问题对于公房租赁权的转让或转租来说是不存在的。因为公产房的原始租赁更适合说是一种资格租赁,其租金因具有某种补偿价值而远远低于市场租金,所以公产房转租的收益(即市场租金与公房租金间的差额)是十分可观的,其具有客观存在的金钱价值可供执行。即使该公产房是作为被执行人的唯一住房,也可以用于强制执行,执行机关应当从执行的剩余收益中拨出相当于市场最低房屋租金标准的价值让被执

行人用于解决住房问题。

另外,对于商业用房租赁而言,由于其目的在于生产、经营,国家管制的立场应当不同于住房租赁的严格管制,而应当表现出较强的私人自治性。其一,商业租赁关系呈现出较住房租赁更强的稳定性和延续性,权利的稳定是其能够作为民事执行标的的重要支柱;其二,出于保护承租人目的的强制性的租金干预应当只限于住房租赁,基于商业租赁市场的供需变化和租赁形式,应当允许当事人自行调整租金^[8]。因此,承租人在转租时是可以根据情况进行加价的,那么其转租收益用于必要支出后便可存在剩余价值以偿还债务。其三,商业用房的租赁从狭义上来讲,即为商铺租赁,承租人对商铺进行转租时,其转租收益通常不止于房屋本身使用价值的对价(即依照市场标准确定的租金),还可以包含转租人单方提出的商铺转让费,即次承租人对转租人的商铺商誉提升(如固定客户群体的存在)的补偿、对预期经营利益(有形资产和无形资产的投入)放弃的补偿和对商事营业场所租赁权让渡的补偿^[9]。

综上所述,居住用房性质的租赁权通常来说不适宜作为强制执行的标的,但其中并不包含公产房租赁权和类似于兼具教育目的的学区房租赁权等,在此,笔者不排除可能承载有其他特殊价值性的住房租赁权的存在。仅就狭义上的一般性用房的意义而言,如果该租赁的房屋非为被执行人的唯一住房,原则上其租赁权可以用于强制执行,但需要经评估的转租的收益能够明显大于原始租金的价格方可,这要求执行机构在具体执行时再做进一步的判断。但无论如何,根据上文所述,此类租赁权不可能通过转让的方式进行执行。相对而言,商业用房租赁权通常具有财产价值可供强制执行,并可以选择以租赁权转让或转租的方式进行。

(三)对进入执行的房屋租赁权的限制要件

1.禁止让与的权利不得执行

执行机关决定对被执行人的房屋租赁权进行强制执行,其实质在于执行机关命令被执行人让与所属的房屋承租权或执行机关强制转租,那么其强制执行的命令应当是建立在该房屋租赁权是准许转让的前提之上的。在判断房屋租赁权在什么情况下不允许转让时,笔者准用了债权让与的规则,即在房屋出租人与承租人在租赁合同中明确约定排除租赁权的让与或转租行为的,又或者

说,租赁双方当事人订立合同时明确表示该租赁法律关系只能发生在特定当事人之间,不变更合同内容不得转让合同权利时,该房屋承租权不得用于强制执行^[10]。

2.不定期租赁权不得执行

房屋租赁合同分为定期租赁合同和不定期租赁合同,对房屋租赁权的执行应当受租赁权期限的约束,即因转租房屋订立的合同其期限应当小于或等于原租赁合同的期限。而对于不定期租赁合同而言,没有固定的合同期限可供执行遵循,并且,另一方面,不定期租赁合同的双方享有随时解除合同的权利,使得该租赁权处于一种不稳定的状态,相应地,执行受让人取得的权益就处于不确定的状态,由此决定了这类租赁权不得用于强制执行。本文开篇的公产房使用权强制执行案中的房屋租赁合同即为不定期租赁合同,执行机关对其进行了强制执行,出租方依据法定解除权解除了与承租人的租赁合同,由于房屋承租权的灭失导致了拍卖受让取得的房屋使用权也相应消灭,这一串的连锁反应其最终受害者是案外受让人,但是其损失似乎不得归咎于依照地方性法规执行房屋使用权的执行机关,也不得归咎于判定解除原租赁合同的法官,更无法归咎于无过错的被执行人,那么问题到底出在了哪?笔者认为,这一问题的关键在于,建立在不定期租赁合同之上的房屋租赁权从一开始就不得进入到强制执行程序中,如果不对这一要件进行明确,就会放任越来越多类似的案件发生,那么强制执行的意義也就荡然无存了。

3.其他限制要件

关于对被执行人生存权益的保障,前文已经有所提及。生存权益的保障对执行的限制表现在我国法律中为“被执行人及其所扶养家属生活所必需的居住房屋,法院可以查封,但不得拍卖或者抵债”^⑧。该法律规则同样适用于对房屋租赁权强制执行的限制。这里需要明确的是,“必需”并非“唯一”,而是将不得执行的标准限定在保障被执行人及其所扶养家属最低生活标准的范围内。另外,有学者以房屋租赁的登记备案是租赁合同产生对抗力的依据为由主张可用于执行的房屋租赁权应当是经过登记备案的权利,也有学者认为执行时登记备案的文件是确定权属的依据,因此经过登记备案的房屋租赁权才能进入执行程序。尽管我国城市房屋租赁管理办法和各地方的房屋租

赁管理方面的法律法规,都规定了城市房屋租赁的登记备案制度,但是笔者并不认为登记备案是房屋租赁权被执行的必需要件,或者说前提要件。因为就权属的认定来说,参照《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第2条可知,依据其他证据或文件可以证明房屋租赁权属于被执行人的,便可以采取执行措施,并且,房屋租赁的登记备案并非证明租赁权独立可以转让的依据,合同法本就确立了租赁权的对抗原则,所以是否登记备案不影响房屋租赁权的可处分性和可执行性。

三、对房屋租赁权强制执行的诉讼立法建议

我国将强制执行法的内容并入了民事诉讼法中,但一方面未明确强制执行的客体,仅能从执行措施一编中窥见几分蛛丝马迹;另一方面,从我国执行措施的体例构造来看,我国并没有采取类似于德日立法模式的、依执行财产的类型不同做分别规定的立法技术。类似我国简单罗列执行措施的立法弊端在于,我国执行机关在针对同一执行标的进行执行时无法有统一的、系统的、详细的措施可供遵循,只有大体框架的指向无法规范执行人员的行为,这会导致执行措施在具体实施时的随意性;其次,这样的立法体制无法对未来可能出现的新的执行标的保持一个开放的态度,执行程序中若出现新型执行标的,无法套用现有的适用于其他执行标的的执行措施,例如对于房屋租赁权的执行,究竟采取扣留、提存,还是查封、拍卖,抑或是其他执行措施,未有定论。立法条文上的缺漏会造成法律对新执行标的的执行措施规定的空白地段和执行员在执行过程中的无所适从,同时也会成为导致执行难的一个关键诱因。

但是,基于文章篇幅的限制,笔者并不是要在此对我国的强制执行法部分进行重新的谋篇布局,而是试图抛开执行法体制问题,不去对房屋租赁权进行执行财产类型的归入,不追求同一性质执行标的项下执行措施的体系化构建,而是仅就房屋租赁权作为执行标的时如何执行的问题作以探讨,并针对房屋租赁权的执行提出自己的立法及实务建议,同时,希望藉此为以后可能出现的新的财产权益的执行提供借鉴思路。

(一)执行方式的限制

对于执行中的转租而言,除了需要参考执行

当事人的意见之外,还应当考虑原租赁合同期限的长短、租金的多少。就债务人与第三人之间的转租合同来说,首先不应当订立不定期合同,因为这一合同类型对于第三人来说具有极大的权益不确定性,随时面临着债务清偿完毕被解除合同的风险,这种风险也会直接阻碍第三人竞拍的积极性;其次,通过综合原租赁合同的期限、租金、市场价格基准以及需要借执行租赁权清偿的金钱债权的数量等因素,执行机关应当对房屋的转租期限进行一个大致的推定,如果通过短期转租就能够实现债务清偿的目的,就不能达成期限过长的转租合同,从而避免对债务人权益的重大影响。

另外,上文提及,对房屋租赁权的执行方式有两种,即对房屋租赁权的转让和转租,前者是对房屋租赁合同的概括转让,后者是将承租人对房屋的使用、收益权转让以获取对价。以租赁权转让方式进行的执行本就具有适用的范围限制,而在其本能适用的房屋租赁权的范围内,笔者同样主张限制其使用。诚然,租赁权利义务的概括转让能最大可能让执行机关一次性获得足够的出让对价以偿还申请执行人的金钱债务,但是这也是对被执行人权益损害最大的一种方式,债务人本可以期待在还清债务时恢复房屋租赁权,却可能因为租赁合同的概括转让而无法享有未来可期待的利益。因此,应当限制以租赁权转让的方式执行房屋租赁权,尤其是对公产房租赁权的强制执行,因为这还牵涉到房改收益、拆迁补偿和安置收益等财产的所有权属,正如本文开篇案例中,根据公产房管理处起诉承租人要求解除合同时,受让人以第三人的身份参与诉讼,可知执行机关未采取转让公产房租赁权的方式,承租人并未退出合同法律关系。

(二) 执行措施的选择

如果将房屋租赁权定位于民事执行制度中,那么其应当归属于“其他财产权”这一执行标的目录中。在德国民事强制执行立法体系中,将“对其他财产权的强制执行”归入到对动产的强制执行中,并规定“除以不动产为强制执行标的,对其他财产权的强制执行,准用对债权执行的规定”。但是,对于房屋租赁权而言,在执行机关对其进行强制控制这一阶段中,其执行措施的采用却不应当等同于对金钱债权的扣押和禁止支付、禁止处分这样的命令,而更适合参照“关于土地的规定权利的强制执行”,即准用不动产的强制执行,对

租赁房屋进行查封登记以剥夺租赁权人的占有使用收益权能^⑨。而就房屋租赁权执行的实质来讲,其换价的根本在于将租赁权转让的一次性对价或房屋出租的一次性或持续性收益用以清偿执行债权,也就相当于对承租人之于出租人的房屋用益债权或承租人之于执行受让人的租金债权进行强制执行,执行机关从而可以强制要求被执行人让与用益债权或租金债权,同时可以强制被执行人的债务人进行转付。就这一视角的解读来说,对房屋租赁权的执行可以基本等同于对金钱债权的强制执行。因此,在强制执行立法体制中,我赞同王娣教授提出的对我国强制执行法的建议稿的框架,即将“对其他财产权的强制执行”独立成章,而不是将其归入债权、动产抑或不动产的强制执行部分^[4]。

综上所述,笔者认为,如房屋租赁权此类新执行标的的种类的权利本质各具特点,不能进行简单的执行措施的类型化归入,应当因地制宜,灵活采取执行措施。所以,为了立法体制的简洁明了、同时出于尽量减少新的执行标的出现时的体系变动的目的考虑,应当将其他财产权独立成章。在我国目前的执行立法体制下,将房屋租赁权纳入执行标的的范围内、在执行措施部分进行罗列,同时对其特有的执行措施或执行方式予以说明即可。

(三) 变价措施的竞合

通过强制执行房屋租赁权来清偿金钱债权的目的是以获得一次性转让租赁权的对价或转租的租金或其他收益的方法来实现的。对于前者而言,通常是通过评估拍卖的方式进行换价;对于后者来说,情况相对复杂一些,笔者大致将其分为两种类型:其一,可以一次性取得对价的。这种主要针对出租的房屋上承载有其他价值可以通过对价换取的或者长期租赁一次性支付租金的情形。其二,不能一次性取得对价的。此类主要针对转租受让人需要分期支付租金的、或者债权标的额较小不适合长期转租或一次性转让租赁权的、或将房屋使用权作为出资财产经一段时间后才可取得收益的情况。第一种类型同样可以以拍卖的方式进行换价,但是,对于第二种类型,根据交易习惯转租人需要分期收取房屋租金从而不适宜强制拍卖的、或者出于保全被执行人执行终结后剩余利益的目的、又或者依据公平、合理、经济的目的不能拍卖换价的,此时该如何选择变价的措施?尽管此时仍可以以作价抵偿的方式清偿债务,但若申

请执行人或被执行人一方不同意时又当如何处理?笔者认为,应当借鉴国外执行立法中的强制管理制度对我国的强制管理措施予以完善。

在此谈到“完善”一词,是因为笔者认为我国已经有与强制管理相关的规定,其依据见于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称“解释”)第492条。但该条仅提及到强制管理方式中的一种,即直管(以申请执行人为管理人),且缺乏强制管理应有的制度设计。另外,根据“解释”第491和492条的规定可知,我国立法将强制管理视为辅助性变价措施,这不同于作价抵偿措施的并行性,而仅在无法拍卖时才可以适用。针对我国相关规定,笔者将对强制管理提出以下立法建议和意见:首先,应当扩大强制管理的方式。根据管理主体的不同有三种方式,即自管(被执行为管理人)、直管(申请执行人为管理人)以及托管(第三人为管理人)。其次,笔者认为应当将强制管理作为与拍卖并行的变价方式。因为强制管理固然包含了不可或不宜拍卖的情形,但同时也应当包含相较于拍卖来说更适合更经济的情况,所以其完全可以独立存在,而不必作为辅助性的变价措施存在。最后,由于笔者此部分写作的目的在于,论述在对房屋租赁权这类新型诉讼标的进行强制执行时完善强制管理立法的必要性并对强制管理适用的情形做出判断,所以笔者在此并不对我国强制管理制度的具体构建加以详细描绘,仅针对房屋租赁权的强制管理措施的实施条件提出以下建议^[12]:

1. 因房屋租赁权转让或长期转租的价值远高于执行标的额,采取拍卖一次性获得对价的方式显失公平的,可以采取强制管理措施变价;

2. 在短期租赁、需要通过受让人持续的租金给付来偿还债务或该房屋租赁权的价值较低等情形下,如果采取强制管理的执行费用支出明显小于进行拍卖时的支出,那么就应当采取强制管理方式进行变价。此时,自管和直管相较于拍卖而言,均更具执行经济性。另外,在自管时,法院应当指定一名监管人员以监督债务人的管理行为并定期向法院报告^⑦;

3. 在可以采取拍卖措施换价的情况下,若经拍卖未能成交,执行债权人不愿承受再一次的拍卖费用,提出以其他方式换价的,若此时房屋使用权估价除去必要费用开支后仍有剩余价值的,可以采取强制管理措施;

4. 在强制管理没有必要或不能继续进行的情况下,法院应当立即决定终结强制管理。

总的来说,在对房屋租赁权进行变价的过程中,是采用强制拍卖、强制管理抑或是作价抵偿,这取决于实务中个案的真实情况,应当结合具体案件中被执行人与申请执行人的意思表示、房屋租赁权和执行标的额价值的大小、市场因素、交易习惯、变价措施采取的难度大小和费用支出多少等多种因素的共同作用结果,来决定当下应当或者说更适宜采取的措施类型。

考虑到执行立法尚未对一般性的房屋租赁权的可执行性予以明确,实务中也未查到有代表性的案例出现,同时考虑到我国未有依照执行财产构建的执行措施的体系,对房屋租赁权此类新诉讼标的的强制执行更添了几分不确定性。本文的写作目的就在于解决实践中或者未来可能出现的对房屋租赁权可否用于执行的争论,在论述一般房屋租赁权的可执行性的同时一并提出如何对其采取执行措施的立法建议。但是,要想实现构建一个完整的关于执行房屋租赁权此类新型诉讼标的的立法体系的目标,必然是一个漫长的修法的过程,这可能需要基于执行立法体制的重新谋篇布局,而立法技术的革新本身就是一项艰巨且久远的任务。所以在那之前,笔者建议仅将房屋租赁权作为一种补充性的执行标的,在债务人确无其他法有明文规定的财产可供执行时,再考虑将房屋租赁权纳入强制执行的范畴,使得此类财产性权益可以成为解锁执行难和执行不能问题的一则新的密钥。

注 释:

① 最高人民法院于2013年12月17日答复如下:在建设部《城市公有房屋管理规定》于2001年被废止,且目前涉及公有房产使用权转让的问题没有全国性规定的情况下,执行法院在征得佳木斯市公用房产管理处同意后,参照本省地方法规(《黑龙江省城镇公有房产管理条例》)的相关规定执行该案所涉公有房产使用权,并无不当。

② 《黑龙江省城镇公有房屋管理条例》第14条:公有房产使用权经产权单位同意可以转让、转租。转让、转租前应当按房产主管部门的有关规定办理手续。擅自转让、转租的,产权单位有权收回房屋。原租赁关系自动终止。已经转让、转租的,应按前款规定办理。第15条:公有房产使用权转让、转租人应当向产权单位交纳一定数额的转让、转租收益,具体办

法由各市人民政府制定。

- ③ 国土资源部、住房城乡建设部联合制定的《利用集体建设用地建设租赁住房试点方案》、国务院办公厅发布的《关于加快培育和发展住房租赁市场的若干意见》以及住房城乡建设部提出的《住房租赁和销售管理条例(征求意见稿)》。
- ④ 《昆明市住房租赁管理办法》第 15 条,来源:昆明日报/2018 年/4 月 30 日/第 002 版。
- ⑤ 《台湾强制执行法》第 107 条第 3 项,“执行法院为前项许可时,应征询债权人及债务人之意见。但无法通知或届期不在场者,不在此限”。
- ⑥ “国家统计局发布的数据显示,2011 年至 2015 年住房租金类居民消费价格指数呈持续上升态势,年均涨幅达 3.6%,高于同期 CPI 年均增幅 2.8%”,数据来源:中国商报/2017 年/3 月 22 日/第 P04 版。另参见“二次租赁推动我市房屋节节攀升”,兰州日报/2014 年/11 月 20 日/第 007 版。
- ⑦ 《德国强制拍卖与强制管理法》第 150c-150e 条。
- ⑧ 最高院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第 6 条。
- ⑨ 《德国民事诉讼法》第 8 编部分的第 829、857、870 条。

参考文献:

- [1] 谷峻杰.公有房屋使用权可被强制执行还债[J].人民

司法(案例),2014,(4).

- [2] 杨与龄.强制执行法论(最新修正)[M].北京:中国政法大学出版社,2002.493-495.
- [3] 隋彭生.用益债权原论[M].北京:中国政法大学出版社,2015.6-9.
- [4] (德)梅迪库斯.德国债法分论[M].杜景林,卢湛译.北京:法律出版社,2007.164-212.
- [5] 隋彭生.法定孳息的本质——用益的对价[J].社会科学论坛,2008,(6下):53-58.
- [6] 陈本寒、谢靖华.房屋租赁权让与问题之探讨[J].政治与法律,2013,(3):92-97.
- [7] 戚兆岳.不动产租赁法律制度研究[M].北京:法律出版社,2009.40.
- [8] 曾大鹏.商铺租赁的权利与义务配置[J].法学,2016,(3):106-116.
- [9] 周维德.商法视野中商铺转让费问题探讨[J].法学论坛,2016,(1):102-109.
- [10] 德国民法典(第 3 版)[M].陈卫佐译.北京:法律出版社,2010.德国民事诉讼法[M].丁启明译.厦门大学出版社,2016.
- [11] 王娣.我国强制执行立法体例与结构研究[J].法学评论(双月刊),2014,(6):161-168.
- [12] 江必新,刘贵祥.执行工作指导(总第 60 辑)[M].北京:国家行政学院出版社,2017.124-198.

Analysis on the Enforcement of House Lessee's Rights

LV Ya-ni

(Law School of Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: The emergence of the rights and interests of the tenants of public maternity housing as an enforceable subject means that the arrival of new types of execution targets. Whether the general housing lease rights including property rental rights, can be used as the executable object of money claims, is bound to cause a new round of disputes between the theoretical and practical circles. At the same time, the lack of the provisions of the Enforcement Act in this area has confused the executives when taking enforcement measures. However, the practice of incorporating house lease rights into the scope of the subject matter of implementation undoubtedly provides new solutions to China's current situation of difficult implementation and impossible implementation. In order to achieve the objective of legal recognition of house lease rights, we must not only make substantive judgments on the enforceability of housing lease rights, but also propose legislative proposals on how to implement enforcement measures.

Key words: housing lease rights; object of execution; flow possibility; property value; mandatory management

(责任编辑:杜爱农)

从波兰气候大会看国际气候变化法新成果

史学瀛, 宋亚容

(南开大学 法学院, 天津 300350)

摘 要:波兰气候大会完成了制定《巴黎协定》“实施细则”的核心任务,为下一步共同应对全球气候变化提供了有效的制度支撑,极大推动了国际气候法律机制的完善。文章基于对国际气候治理的新形势以及《巴黎协定》后续谈判任务的分析,具体总结了波兰气候大会下国际气候变化法所取得的积极成果。总体而言,各方就《巴黎协定》中涉及的气候融资、透明度问题、国家自主贡献以及资金和技术转让等问题达成基本共识,明确了国家自主贡献模式的关键性内容,在现有的透明度框架下对具体规则进行了细化,发展中国家在资金和技术援助方面也有较大收获。进一步展望国际气候变化法面临的挑战及其未来走向,并以此为基础分析中国下一步的应对气候变化行动。

关键词:波兰气候大会;巴黎协定;实施细则;国际气候变化法

中图分类号:D996.9

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0061-06

自2015年12月《巴黎协定》通过后,如何落实《巴黎协定》成为国际气候谈判的主要任务。2018年12月15日,波兰气候大会,即第24届联合国气候变化大会(COP24)在波兰的卡托维兹召开。大会包括联合国气候变化框架公约(UNFCCC)、《京都议定书》缔约方会议(CMP)和《巴黎协定》缔约方会议(CMA)三个理事机构,以及《巴黎协定》特设工作组(APA)、附属履行机构(SBI)和附属科学技术咨询机构(SBSTA)三个附属机构。本次大会通过了“卡托维兹一揽子计划”,为《巴黎协定》制定了详细的“实施细则”,夯实了目前的国际气候治理框架机制,为接下来应对全球气候变化奠定了基础。

在本次大会上,《巴黎协定》的“一揽子实施细则”获所有缔约方的通过,这是《巴黎协定》成功签署三年之后才达到的成果,在“逆全球化”浪潮和国际气候分裂的格局下,近200个国家就如此详细的“实施细则”达成一致,已实属不易。虽在盘点、市场机制等个别问题上未有进展,但将于联合国2019年气候峰会、联合国气候变化的大会第25次会议上再次讨论。

一、国际气候治理面临的新形势

波兰气候大会面临严峻的国际气候治理新形势:从外部形势看,当前全球气候进一步恶化,亟待加强国际气候合作,然而“逆全球化”风潮迭起,国际气候合作呈现分裂局面;从内部形势看,国际气候变化法律体系下的《巴黎协定》后续谈判任务亟待完成,此次气候大会肩负着制定《巴黎协定》“实施细则”的历史使命,若未能达成一致意见,势必会削弱各国执行《巴黎协定》的决心,并损害《联合国气候变化框架公约》进程的可信度。

(一)国际气候合作形势严峻

一方面,二氧化碳浓度逐年上升,全球变暖趋势不改,世界各地气象灾害频发。2018年10月8日,政府间气候变化专门委员会(IPCC)发布《全球升温1.5℃特别报告》表明,与2℃的气温升幅相比,必须到本世纪末达到控制升温1.5℃的目标,才可避免气候变化造成的严重影响。这要求我们立即采取行动,提高适应气候变化不利影响的能力,促进温室气体低排放发展,使资金流动符合气候适应型和温室气体低排放发展路径,力求到

收稿日期:2019-02-16

作者简介:史学瀛,男,南开大学法学院副院长,教授,博士,主要从事国际环境法学研究;

宋亚容,女,南开大学法学院2018级环境与资源保护法学专业硕士研究生,主要从事国际环境法学研究。

2050 年左右达到零排放^[1],报告从科学的角度揭示了当前全球气候所面临的严峻形势,亟待加强国际合作,以进一步完善国际气候治理法律机制。

另一方面,国际气候合作面临多重挑战,“逆全球化”风潮迭起,国际气候治理呈现新格局。美国宣布退出《巴黎协定》,气候政策发生颠覆性变化^[2];英国脱欧令欧盟自身面临许多棘手问题,气候变化在其各项议程中的重要性有所下降;以巴西为代表的发展中国家也出现了一定程度的退缩^[3]……这些都为国际气候治理增加了不确定性^[4]。但也显现出一些积极力量,比如法国在全球低碳领导力方面表现出了前所未有的强烈政治意愿,中国也积极贡献中国方案,推动各项成果的落实。总体而言,国际气候合作呈现分裂局面,这也是波兰气候大会在第一周内进度缓慢,并且在第二周内陷入严重混乱状态,险些成为另一场哥本哈根灾难的重要原因。

(二)《巴黎协定》后续谈判任务亟待完成

2015 年 12 月《联合国气候变化框架公约》近 200 个缔约方一致通过了《巴黎协定》,是国际气候治理的里程碑和新起点^[5]。《巴黎协定》共 29 条,包括目标、减缓、适应、资金、技术、能力建设、透明度、全球盘点等关键内容,并明确 2020 年后,国家将以自主贡献模式(NDCs)应对气候变化行动,是国际气候治理机制的框架基础。为进一步完善国际气候治理机制,推动《巴黎协定》的真正落实,2016 年马拉喀什气候大会上明确提出了缔约方应在两年内完成《巴黎协定》“实施细则”的谈判目标^[6];2017 年波恩气候变化大会进一步就《巴黎协定》实施涉及的各方面问题形成了谈判案文,是一次承前启后的过渡性会议,为波兰气候大会完成“实施细则”的谈判奠定了坚实基础。以此观之,波兰气候大会被称为巴黎气候大会之后最重要的国际气候会议不无原因,其肩负着制定《巴黎协定》“实施细则”的历史使命。正如第 24 届联合国气候变化大会主席米恰·库尔蒂所言:“没有卡托维兹的成功,巴黎会议就难言成功。”

但此次波兰气候大会涉及此前气候谈判遗留的许多问题,众多议题和文件亟待讨论。各缔约方在谈判时遇到了根本性的分歧,而这些分歧来源已久。发展中国家长期以来一直认为应该赋予它

们减缓努力的灵活性,而发达国家则寻求共同的规则,使所有缔约方,特别是新兴经济体负有同样的责任。分歧导致谈判各方间信任不足,尤其是对发展中国家财政支持之充分性及可预测性的不信任。归根结底,只有通过制定切实的行动方案,采取透明的措施,才能够建立信任,大幅提升国际气候治理的行动力。

若此次谈判未能达成一致意见,势必会削弱各国执行《巴黎协定》的决心,并损害《联合国气候变化框架公约》进程的可信度。但波兰气候大会最终成功完成其历史使命,通过了《巴黎协定》“实施细则”,坚定了各国进一步落实《巴黎协定》的决心。继 2015 年《巴黎协定》通过后,国际气候治理又迈向了一个重要的里程碑。

二、国际气候变化法最新成果分析

通过此次气候大会,国际气候变化法达成了崭新的成果,为接下来共同应对全球气候变化提供了有效的制度支撑,也使《巴黎协定》的进一步落实成为可能。下文总结了国际气候变化法所达成的崭新成果,并进一步从气候融资、国家自主贡献、透明度问题以及金和技术转让四个方面进行具体分析。

(一)大会决议及成果总结

波兰气候大会就“实施细则一揽子计划”达成了一致意见,这也是此次气候大会的核心成果。下表 1 梳理了“实施细则一揽子计划”中涵盖的主要决议。

纵观整个“实施细则”,各缔约方就《巴黎协定》中涉及的自主贡献、透明度、气候融资、资金支持、技术支持、能力建设等问题达成基本共识,极大完善了国际气候变化法,为接下来共同应对全球气候变化提供了有效的制度支撑。

“实施细则”明确了国家自主贡献模式的性质、范围、信息要求、核算等关键性内容,在现有的透明度框架下对具体规则进行了细化,有利于提升各国行动互信。虽然发达国家与发展中国家两大阵营之间的区别继续弱化,但发展中国家仍享有一定程度的灵活性,传统的“区别责任”逐步被“灵活性”所替代。而且,发展中国家在资金和技术

援助方面也有较大收获,设立了 2025 年之后的资金目标进程、评估技术及转让进程,通过了发展中国家气候行动方面的资金援助细则。

总体而言,通过本次波兰气候谈判,国际气候变化法达成了崭新的成果,使《巴黎协定》的真正落实成为可能。通过对“实施细则一揽子计划”的分析归纳,本次谈判的具体成果突出表现在气候融资、国家自主贡献、透明度问题以及资金和技术转让四个方面,下文将进一步作具体分析。

表 1 波兰气候大会通过的主要决议

主要方面	相关文件	机构
缓解	《关于缓解的进一步指导》	CMA
透明度	《透明度框架的方式、程序、准则》	CMA
气候融资	《长期气候融资》	COP
	《绿色气候基金提交的报告及对绿色气候基金的指导》	COP
适应	《国家适应计划》	COP
	《适应委员会的报告》	COP
	《与适应基金有关的事项》	CMP
	《适应基金董事会的报告》	CMP
资金	《财务常务委员会的报告》	COP
	《为财务设定新的集体量化目标》	CMA
	《行政、财务和体制事项》	COP CMP
技术	《通过技术机制加强气候技术的开发和转让》	COP
	《技术机制与财务机制间的联系》	COP
	《年度技术进展报告》	COP
	《技术框架》	CMA
合作执行	《合作方式 合作机制规则、形式和步骤》	CMA
全球盘点	《全球盘点细则》	CMA

数据来源：根据 UNFCCC 官网发布的波兰卡托维兹会议决定⁷⁰ (UNFCCC. Decisions adopted at the climate change conference in Katowice, Poland, 2–14 December 2018[R/OL])整理而得。

(二) 具体成果分析

1. 气候融资

根据《气候变化框架公约》的规定,气候融资包括所有支持减缓和适应行动的跨地区 and 国家的应对气候变化资金流⁷¹。本次谈判突出了将气候融资需求转化为行动以及发展中国家获得气候融资方面存在的障碍,一方面强调加大力度动员,通过

多方参与增加适应资金,使资金流动与“巴黎协定”和联合国可持续发展目标的目标保持一致⁷²;另一方面还专门强调了最近启动的绿色气候基金(GCF)补充进程,本次大会期间多国政府承诺提供气候资金,如德国承诺提供给 GCF 的资金加倍,另外世界银行也承诺其提供的资金将于 2021 年后提升至 2000 亿美元。本次大会共获得气候适应基金 1.29 亿美元,这是增强气候融资透明度和可预测性的重要一步。

以此观之,本次谈判一方面竭力推动气候融资主体和渠道向多元化发展,私营部门资金占比将逐渐扩大。另一方面,力图完善公约下的资金机制,为发展中国家应对气候变化提供更多支持。为帮助发展中国家实施气候行动,仅在能源这一领域,所需投资就已达到 1.6 万亿—3.8 万亿美元,而现有的气候融资数量与规模不足以支撑全球向绿色低碳发展模式转型⁷³,与《巴黎协定》的气候融资目标仍存一定差距。确保资金流向低温室气体排放和气候韧性发展领域是实现国际气候治理目标的关键性手段,气候资金支持亦同 1.5℃ 全球温升控制目标以及对适应领域支持目标一道成为未来全球气候盘点的重要内容⁷⁴。

2. 透明度问题

透明度框架与全球目标一起被认为是《巴黎协定》“雄心机制”的核心组成部分。本次谈判重申巴黎协定透明度框架将取代坎昆协议确定的衡量、报告和核查制度。大会通过的“关于各国报告和审查义务的细则”明确了各缔约方应每 2 年提交一次透明度报告,第一份双年度透明度报告和国家清单报告最迟将于 2024 年提交。报告需涵盖关于温室气体清除量的国家清单报告、对能力建设支持的相关信息等关键性内容。工业化国家应公开透明开展气候变化应对行动,但就发展中国家而言,允许其在报告的范围、频率和详细程度方面存有一定的灵活性。但若利用这种灵活性,发展中国家需解释原因,并提供确定的时间框架来改进其透明度报告。

由上观之,本次谈判在现有的透明度框架下对具体规则进行了细化,尤其是明确缔约方所应提供的信息,具体包括国家气候详细信息、减缓和适应措施的相关信息,以及为支持发展中国家开

展气候行动而进行的财政援助之细节等。它意味着未来各缔约方将遵守同一原则测量、报告和核查各自的气候行动,这将在很大程度上提升各方的行动互信。

3. 国家自主贡献

《巴黎协定》建立了“承诺+评审”的国家自主贡献(NDC)合作模式,即各国自主制定贡献的目标、方案等,再依据全球盘点结果自愿考虑是否提高贡献力度^[12]。本次谈判关于NDC具体内容产生了较大分歧,但经多方努力最终仍通过了多数具体性条款,规定了NDC模式的性质、范围、信息要求、核算等内容。具体而言,缔约方需提交NDC的信息和核算规则,但可以选择与自身相适应的信息上报;而对于发展中国家关注的NDC范围问题,细则申明以减缓为中心的规则不排斥在NDC中纳入其他内容;但关于NDC性质的问题没有形成统一观点,有待进一步讨论^[13]。

此次谈判关于NDC的有关规则符合《巴黎协定》下“国家自主决定”的制度安排,NDC具体规则的细化有利于各缔约方,尤其是工业化国家,自主落实在《巴黎协定》中作出的承诺,推动自主贡献模式之进展。由此看出,发达国家与发展中国家两大阵营之间的区别继续弱化,但发展中国家仍享有一定程度的灵活性,传统的“区别责任”逐步被“灵活性”所替代。

4. 资金和技术转让

资金和技术转让问题是国际气候治理机制中最困难的问题之一,发达国家与发展中国家存在明显分歧^[14]。在资金援助方面,本次会议通过了发展中国家气候行动方面的资金援助细则,提供了将于2025年后实施的全新的、更具雄心的方法。目前的承诺是:发达国家到2020年每年提供1000亿美元气候资金^[15]。在技术转让方面,细则明确了对技术转让机制进行定期评估的范围、方式以及技术转让框架行动的模式、程序。

总体而言,本次谈判明确各缔约方有不同的起点和能力,强调资金和技术转让对发展中国家缔约方筹备和交流其国家自主贡献的重要性。这也是执行《巴黎协定》第4条,增强发展中国家缔约方的筹备能力的必然要求。谈判设立了2025年后的资金目标、评估与转让进程,有助于解决一直

以来很棘手的发达国家向发展中国家提供气候资金的问题。从技术层面上来说,目前确实存在许多减缓气候变化的技术方案,尤其是近年来可再生能源技术,尤其是新能源汽车、太阳能技术等的高速发展,确实为应对气候变化带来了希望。更好地利用技术手段,减缓碳排放趋势,需要各国共同努力,尤其需要对技术落后的发展中国家提供支持。

三、国际气候变化法发展方向展望

波兰气候大会虽然制定了《巴黎协定》“实施细则”,但仍有三个关键性问题未达成共识。下文进一步展望国际气候变化法所面临的挑战及未来走向,并以此为基础分析中国下一步的应对气候变化行动,以在国际气候法律规则的制定中拥有更多话语权,推动国际气候法律机制走向更为公平合理之境。

(一) 国际气候变化法未来走向

此次大会成果体现了《巴黎协定》中的公平原则、各自能力原则等国际气候治理核心原则,同时符合“国家自主决定”的国际气候变化法律制度框架安排,为《巴黎协定》的落实提供了保障。但由于主要缔约方谈判集团的分化重组、利益集团的博弈等原因,并未就以下几个关键性问题达成共识。在2019年举行的气候谈判中,将就相关问题继续进行磋商。

1. 波兰气候大会并未就《巴黎协定》第6条“保留市场机制,允许缔约方之间自愿进行减排交易”中市场机制的具体内容达成共识。主要原因是缔约方之一的巴西担忧新的市场机制会使其积累的大量碳汇作废,因而不同意大会所确定的市场机制细则,最终只能就市场机制问题搁置争议,留待下一次气候谈判。

2. 对于IPCC《全球升温1.5℃特别报告》的认可方面,各缔约方间也存在分歧。分歧焦点主要在于对该份报告应表示“欢迎”还是仅表示“注意”。二者看似仅存在语言表述差别,但却从根本上体现着“国际气候法律政策应在多大程度上以科学为基础”这一重要问题。最终,以美国为首的四个国家否决了对报告表示“欢迎”的动议,使得这一科学报告的作用发挥受限。

3.在雄心与力度提升方面也未有实质进展,未来需要各国进一步提升减排雄心,并推动减排目标的落实。目前国际气候治理的突出问题是落实长期目标所需的“雄心”不足。正如联合国秘书长安东尼奥·古特雷斯在波兰气候大会即将结束时的演讲中所指明的,“现在的优先事项是关于减缓、适应、金融、技术合作、能力建设和创新方面的雄心”。其连用五个“雄心”以期表明:是时候将国际气候谈判推向一个新的时代,以实现更大的抱负。

《巴黎协定》“实施细则”成功达成,国际气候变化法未来预计可以通过至少四种方式继续实现更大的抱负。首先,通过解决从巴黎气候大会以来所挥之不去的气候政治难题;第二,通过兼具约束力和灵活性的规则,最大限度地提高所有国家的参与度和执行力;第三,通过强有力的集体和个别审查机制实现动态审议,完善并细化相关规则;第四,致力于在当下解决问题,而不是将其留待今后的谈判^[6]。

值得期待的是,以上所有未决问题将推迟到2019年的下一届CMA会议;IPCC第六次评估报告也将于2019年内发布;为了在卡托维兹成果的基础上再接再厉,加强最高级别的气候行动,今年9月将于纽约举行“国际气候变化峰会”,以促进国际气候治理力度的进一步提升。

(二)中国国际气候领导力的提升

作为重要缔约方的中国对于此次波兰气候大会的态度十分积极,中国政府派出了由有关部门及专家90余人组成的代表团参加本次大会,介绍中国在节能减排、绿色发展方面的实践经验,推动各国就《巴黎协定》“实施细则”达成共识。中国还在“实施细则”谈判的困难阶段,接受调解的重任,促使本次谈判最终打破僵局,推动了谈判最终成果的形成,达成了一系列积极成果。既维护了发展中国家的权益,又展现了负责任大国的形象,中国在国际气候治理上的贡献也得到了国际社会的高度肯定。

鉴于此,中国下一步应承担适当的国际气候治理领导责任^[7],为完善国际气候法律机制贡献积极力量。面对国际气候治理新形势,作为世界第二大经济体,同时也是世界碳排放第一大国(总排放

量占全球25%以上)的中国,承受着来自国际社会的巨大外部压力。“中国2030年目标”中一个极为重要的方面就是我国承诺在2030年左右使碳排放达到峰值,这就需要我国最晚于2030年,使碳排放呈现下降趋势。应确保碳排放达峰承诺的实现,以此维护负责任大国形象。同时,为最不发达国家或小岛屿国家等急需气候援助的国家提供资金与技术支持,加强“基础四国”机制建设,深化与欧盟的气候合作,坚决推动落实《巴黎协定》,提升中国的国际气候领导力。

我国也遭受着环境退化、资源不足的内部压力,亟待经济发展方式的转变。积极进行经济优化调整,坚持走绿色低碳发展道路,在国内广泛开展低碳行动计划。过去粗放的发展模式已难以为继,未来需进一步提升经济增长的质量。抢占未来低碳经济的高地,推进绿色低碳可持续发展。这不仅是中国的大国责任,也是中华民族实现可持续发展的内在要求。

中国现已走入了国际气候治理舞台的中心地带,应积极发挥自身的气候领导力,促进国际变化法的公平正义与效率提升,只有建立在公平的基础上,同时又充分考虑效率的国际气候法律机制才能得到世界范围内的广泛认可。《巴黎协定》“实施细则”在未来的具体实施中势必会遇到新的挑战,我国应进一步提升气候领导力,以在国际气候法律规则的制定中拥有更多话语权,推动国际气候法律机制走向更为公平合理之境。

波兰气候大会达成了制定《巴黎协定》“实施细则”的核心任务,为下一步共同应对全球气候变化提供了有效的制度支撑。文章主要从气候融资、透明度问题、国家自主贡献以及资金和技术转让四个方面,分析了本次谈判的积极成果。总体而言,各方就《巴黎协定》中涉及的自主贡献、透明度、资金支持、技术支持等问题达成基本共识,在现有框架下对具体规则进行了细化,有利于提升各国行动互信。基于上文对“实施细则”的分析不难看出,发达国家与发展中国家两大阵营之间的区别继续弱化,但发展中国家仍享有一定程度的灵活性,传统的“区别责任”逐步被“灵活性”所替代。

接下来,在2019年举行的气候谈判中,将就市场机制、力度提升等未决问题继续进行磋商。

如联合国秘书长安东尼奥·古特雷斯所言,未来各国需进一步提升国际气候治理的“雄心”,在本次成果的基础上再接再厉,推进国际气候治理迈入新时代。

参考文献:

- [1] IPCC. Special Report. 2018 [2019-01-31]. <https://www.ipcc.ch/sr15/>.
- [2] 朱松丽. 高世宪, 崔成. 美国气候变化政策演变及原因和影响分析[J]. 中国能源, 2017, (10): 19-24. 31.
- [3] Tollefson J. Brazil's lawmakers push to weaken environmental rules [J]. Nature, 2018, 557: 17.
- [4] 陈迎. 从波恩会议看国际气候治理的新形势及中国应对[J]. 环境保护, 2018, (1): 8.
- [5] 杜祥琬. 应对气候变化进入历史性新阶段[J]. 气候变化研究进展, 2016, (02): 80.
- [6] UNFCCC. 1/CMA.1: matters relating to the implementation of the Paris Agreement[R/OL]. 2016. <https://unfccc.int/resource/docs/2016/cma1/eng/03a01.pdf>.
- [7] UNFCCC. Decisions adopted at the climate change conference in Katowice, Poland, 2-14 December 2018[R/OL]. <https://unfccc.int/katowice>.
- [8] Introduction to climate finance [EB/OL]. United Nations Framework Convention on Climate Change, 2019-1-16. <https://unfccc.int/topics/climatefinance/the-big-picture/introduction-to-climate-finance>.
- [9] The Katowice Texts Proposal by the President. https://unfccc.int/sites/default/files/resource/Katowice%20text%2C%2014%20Dec2018_1015AM.pdf.
- [10] The Intergovernmental Panel on Climate Change. Global warming of 1.5°C[R]. 2018.
- [11] 陈兰, 张黛玮, 朱留财. 全球气候融资形势及展望[J]. 环境保护, 2019, (01): 38.
- [12] 高翔. 《巴黎协定》与国际减缓气候变化合作模式的变迁[J]. 气候变化研究进展, 2016, (02): 87.
- [13] 朱松丽. 从巴黎到卡托维兹: 全球气候治理中的统一和分裂[J/OL]. 气候变化研究进展, 2019, (01): 3.
- [14] 吕学都. 联合国气候变化大会进展及展望[J]. 世界环境, 2009, (01): 22.
- [15] 陈向国. 卡托维兹气候大会: 中国努力推动完成更为艰巨的任务[J]. 节能与环保, 2019, (01): 12.
- [16] IISD. Summary of the Katowice Climate Change Conference. <http://enb.iisd.org/vol12/enb12747e.html>.
- [17] 李慧明. 全球气候治理制度碎片化时代的国际领导及中国的战略选择[J]. 当代亚太, 2015, (04): 156.

New Outcome of the International Climate Change Law based on Analysis of Poland Climate Conference

SHI Xue-ying, SONG Ya-rong

(School of Law, Nankai University, Tianjin 300350, China)

Abstract: The Poland Climate Conference completed the critical task of formulating the “Implementation Rules” of the Paris Agreement, which provided effective institutional support for addressing global climate problems and greatly promoted the improvement of the international climate change law. Based on the analysis of the new situation of international climate negotiations, the authors summarize the positive results of the Poland Climate Conference. In a conclusion, the parties reached a basic consensus on climate finance, transparency, national autonomous contribution and transfer of funds and technology in the Paris Agreement, clarified the key content of the national autonomous contribution model, refined the specific rules under the existing transparency framework, and the developing countries also gained a lot in financial and technical assistance. Finally, the authors look forward to the challenges faced by the international climate change law and its future trend, and on this basis, they analyze China's next action to deal with climate change.

Key words: katowice climate conference in poland; paris agreement; implementation rules; international climate change law

(责任编辑:张颖)

美国辩诉交易中反悔后的救济问题研究及制度启示

——基于对2018年刑事诉讼法再修改的分析

张宏宇¹, 谢 祺²

(1.北京市第一中级人民法院 民一庭, 北京 100040; 2.福建省泉州市公安局 经侦支队, 福建 362000)

摘要:美国辩诉交易制度中存在控辩双方就罪名量刑等达成一致后又反悔导致协议破裂的情况。被追诉人的反悔有两种,一是认罪后反悔并撤回认罪答辩,二是放弃上诉权后又反悔。控诉方的反悔有一种,即检察官反悔违约导致协议破裂。三种反悔行为都会对被追诉人的合法权益造成侵害。对此,辩诉交易制度明确了较为完善成熟的救济方式,同时对协议破裂后的追诉不违反禁止双重危险原则进行了明确。这对加强我国认罪认罚后又反悔的被追诉人的权利救济提供了启示。2018年刑事诉讼法虽经过再修改,但是对被告人的反悔权保障依然不够,下一步可探索速裁案件中的被告人可自愿放弃上诉权,当公诉方发生违约时进行程序性制裁。

关键词:辩诉交易;认罪认罚从宽制度;被告人;反悔;权利救济

中图分类号:D915.3

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0067-06

2016年11月,“两院三部”联合印发《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的办法》(简称《办法》),成为认罪认罚从宽制度试点工作的主要依据。随着试点工作的不断深入,2017年12月,周强院长指出,建立被告人反悔程序回转机制,判决前否认犯罪的及时转为普通程序^[1]。进一步肯定了被追诉人认罪后享有的反悔权。2018年10月26日,全国人大通过了修改《刑事诉讼法》(以下简称《新刑事诉讼法》)的决定,认罪认罚从宽制度被正式载入。

从当前试点情况看,随着认罪认罚案件量的增加,控辩双方在具结书签署后反悔并撕毁协议的情况在不断增多,需要及时做好应对。由于被追诉人反悔会带来双向风险与负担^①,实践中司法机关不愿让被追诉人反悔。从公诉机关角度看,单方面撕毁具结书会将被告人瞬间置于极端危险的境地,司法公信力也遭到损害。当前立法只是赋予了被追诉人反悔权,但是“无救济无权利”,如果不能明确反悔后的救济渠道,反悔权将沦为没有任何保障的“空头支票”。从全球视野来看,美国辩诉交易制度在反悔后诉讼权利保障等方面的内容比较完善,有必要进行比较学习,以

期对完善我国相应制度提供启发。

一、被追诉人撤回认罪答辩后的救济

作为控辩协议中的先行违约方,为防止被告人在作出认罪答辩后随意反悔,对其反悔行为进行了一定限制。如被追诉人想要撤回认罪答辩,需要有正当理由并向法官提出申请,但是法官对准予撤回的申请把握比较宽松,被告人的举证标准也比较低。

(一)允许撤回认罪的理由

在下述六种情况下,法院应允许撤销认罪,代之以无罪抗辩^②。第一,认罪是由于疏忽和无知而作出的,并且没有经过适当的考虑;第二,认罪似乎是由于对事实或法律的误解;第三,律师、国家律师或其他权威人士存在错误陈述;第四,如果法院对其有罪有怀疑;第五,被告人的任何辩护有值得陪审团考虑之处;第六,如果将案件提交陪审团最有利于实现司法目的。

(二)撤回认罪后果:法律地位回归无罪,证据被排除

如果撤回认罪答辩得到许可,那么被告人在法律

收稿日期:2019-02-28

基金项目:国家社会科学基金项目“认罪认罚从宽制度中的协议破裂与程序反转研究”的阶段性成果,项目编号:18BFX074。

作者简介:张宏宇,男,北京市第一中级人民法院民一庭法官助理,主要从事诉讼法学和证据法学研究;

谢 祺,女,福建省泉州市公安局经侦支队民警,主要从事侦查学和公安思政学研究。

地位上回归无罪,将面临重新的审判,此前收集的证据也被排除。排除有三个特点:一是,排除范围只是限于答辩讨论和相关陈述这类言词证据。换言之,被迫诉人事后撤回或者没有达成协议的,在辩诉协商过程中,被告人要求作有罪答辩的要约、有罪答辩协议以及有关的陈述都是不被接受的^[2]。二是,排除的范围也包括此后可能会进行的民事诉讼,类似于我国刑事附带民事诉讼和犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序。

(三)撤回的审核法官和证明标准

为了能对被告人所提出的反悔撤回认罪理由进行不夹杂主观色彩的审核,撤回申请不需要由此前审理被告人认罪案件时的法官进行审核^③。

关于证明标准,各地法院的标准不尽相同。但有一点是肯定的,即证明撤回理由的正当性标准无需达到排除合理怀疑。具体证明标准类似于申请排除非法证据。有的法院要求被告提供“清晰而有说服力的证据”,有的法院则要求提供“优势证据”^④。

二、被追诉人放弃上诉权后的救济

当前认罪认罚案件,被告人对一审判决不服,可向上级法院提起上诉。在《新刑诉法》的框架之下,尚未有一审终审的制度安排,也不允许被告人自愿放弃上诉权。但在美国,为了提高诉讼效率,越来越多的经辩诉交易处理的案件要求被告明确放弃上诉权^[3]。上诉权也成为了控辩双方谈判的一种筹码,通常而言,如果被告明确放弃上诉权,可获得国家在追诉上的一些让步。上诉权是联邦宪法赋予的一项重要权利,放弃虽可取得一些量刑优惠,但是也失去了上诉纠正错误的机会。为了平衡这种关系,放弃上诉权的行为并非全部有效。正如第八巡回法院明确的,放弃上诉权是被告与控诉方所达成的合同协议,不应当轻易被撤销;但如果需要撤销是可被允许的,只是这种撤销的例外情形是狭隘的,不是作为一般规则的^⑤。

(一)放弃上诉权属于无效

经概括,判断放弃上诉权行为是否有效有三种情况。第一,上诉权是否属于被告人明确放弃的范围;第二,放弃是否知情和自愿的;第三,执行放弃权是否会导致司法不公。如果存在上诉权不属于放弃范围,非知情和自愿,有可能会导致司法不公的任何一种情况,放弃上诉行为会被宣布无效,法院会撤销载有放弃上诉权认罪协议的判决。

关于知情和自愿性认定,法院认为,如果审判法官发现抗辩不符合知情和自愿的检验标准,则允许他们不履行抗辩或撤销已经作出的抗辩^[4]。在确定放弃

是否知情和自愿方面有两个重要因素:第一,协议的措辞是否表明放弃是知情和自愿作出的;第二,是否有经过《联邦刑事诉讼规则》第11条充分的调查。律师可考虑建议被告以谈判带有胁迫性或压迫性为由提出申请,以证明认罪和放弃不是自愿提出的^⑥。

关于审判不公的认定,法院认为,如果放弃上诉权导致司法不公,则放弃不可执行。此时仅存在三种情况:第一,判刑法院依赖诸如种族等不允许的因素作出判决;第二,律师在放弃上诉权的谈判中的协助无效;第三,放弃在其他方面是不合法的^⑦。证明标准的规定也比较偏向于保护被追诉人。法院会对控辩协议中的任何含糊之处都直接解释为对公诉方不利。

(二)仍可提起上诉的情况:司法管辖缺陷和量刑错误

除司法管辖缺陷外,对认罪的定罪通常不能通过上诉程序进行复审,但一些司法管辖区赋予了被告人在一定条件下进行上诉复审的权利。明尼苏达州在Ballweber v. State案中认为,如果协商达成放弃上诉权,那么所有判决中的错误都不会予以追究。这个观点在所有的州中最为激进。但是,明尼苏达州上诉法院也同样认为,对所有量刑错误提出上诉的法定权利再加上《明尼苏达州量刑指南》^⑧的规定,要求确定放弃理论不应适用于量刑错误。包括纽约、加利福尼亚州和联邦法院在内的一些司法管辖区也认为,尽管放弃了上诉权,仍可提出非法判刑的主张。比如在美国诉布朗案中认为,当判决中存在量刑错误,判决超过协议的最高限度时,可继续提出上诉^⑨。

三、控诉方违约导致谈判协议破裂之后的救济

控辩双方达成一致协议后,控诉方亦存在反悔导致协议破裂的风险。针对检察官的违约行为,法院认为应进行适当的补救。如桑托贝洛诉纽约案中明确的:根据被告的具体情况重新提出或是撤回抗辩,并且审判法院应当重视被告的选择^⑩。此前,有通过上诉或请求错误判决的方式对判决提出挑战的,比如申请人身保护令状或对通过冤假错案申诉补救^[5]。但是这并不常见。

传统上,法院会采用两种补救办法:一是允许在判决之前或之后提出撤回认罪的动议。二是指示具体履行控辩协议的命令;虽然过去多数人赞成撤回认罪作为适当的补救办法,但现在越来越多的法院正在准予具体履行协议,而且这两种补救在同一司法管辖区内均能适用^⑪,具体办法由审判法院斟酌决定。

(一)撤回有罪答辩

允许被告撤回认罪的目的是使双方恢复签署认

罪协议之前的状况。因此,在允许被告撤回认罪的情况下,也允许检方恢复所有原先的指控,包括根据控辩协议被驳回的指控^⑫。但是,此时被告人可能被判处更多的罪名及更长的刑期,被告人一般不倾向于选择此种救济方式。

(二)具体履行控辩协议

1.具体履行的实施

近年,美国法院在制定救济办法时更多考虑被告人所期望获得的利益。由此,如果检察官违反了控辩协议,刑事被告人将有权请求具体履行其认罪协议。原因是,被告有权享受公平达成的交易的利益,满足被告合理的期望是正当的。具体履行是在订立辩诉交易时为满足当事人最初期望而设计的最佳补救办法,由于具体履行将违约造成的损失归咎于违约方,因此法院通常都直接下令具体履行^⑬。如在 *Commonwealth v. Alvarado* 案中,检察官承诺按照协议不寻求被告死刑。但在被告被判定犯有一级谋杀罪之后,检察却反悔并寻求判处死刑。法院发现,违反控辩协议的行为是在一级谋杀被裁定后发生的,由此指出,如果检察官遵守控辩协议,被告本来可以得到的最大好处是无期徒刑,在这种情况下,适当的补救办法是将死刑改为无期,而不是撤回认罪^⑭。

2.具体履行的保障性措施

在具体履行的过程中,会由另外的检察官进行控诉,并由另外的法官进行聆讯^⑮。防止此前已接触案件的人员对案件造成负面影响。这有点类似于撤回认罪后的审理需更换为其他法官。

(三)协议破裂后的追诉不违反禁止双重危险原则

美国联邦宪法增修第5条规定:“就同一犯罪不得置任何人生命或身体受双重危险”^⑯。辩诉交易中控辩协议破裂后,被告人回归无罪的法律地位,再次对被告人进行追诉和审判,是否违反禁止双重危险原则?

这对反悔后追诉程序的正当性提出了挑战。为回应此问题,《美国法典》第五修正案明确:当被告撤回其对较轻指控的认罪时,即使认罪是在陪审团审判后之后作出的,双重危险原则并不妨碍对原起诉书进行重审。如在 *Clark v. Blackburn* 案中,被告曾承认指控,但后来由于律师没有通知他“他将被指控为多重罪犯”而撤回认罪并撤销了判决。在此情况下,法院对他进行重新审判并解释:由于对被告的定罪不是由于证据不足,而是由于其他原因而被推翻,因此双重危险条款并不禁止对同一指控进行重审。在 *State v. Gibson* (1975) 案中,律师可能希望告知正在考虑上诉的被告,国家可以撤销其部分协议,并认为在这种情况下恢复被驳回的指控或重新审判不构成双重危险。不仅如此,当被告成功地对较轻指控的抗辩提出异议时,也不禁止再次起

诉,如果在抗辩中未能处理对被告的所有未决指控,则随后对其余指控的起诉不构成双重危险。

四、加强认罪认罚制度中反悔后的权利救济

加强认罪认罚制度中反悔后的权利救济非常重要,学界对此问题也多有关注。有学者提出,赋予被告人反悔权的同时,还应当规定不得因为被告人推翻之前的认罪认罚协议而对其产生不利后果;此外,更要解决好被告人反悔后获得公正审判权^⑰。有学者认为,可以考虑赋予被告人以撤回权,明确其有权针对法院判决所认可的量刑建议提起上诉,二审法院可以不开庭审理,解决量刑异议问题^⑱。还有学者认为,在认罪认罚案件判决后,犯罪嫌疑人认为他受到了错误的引导,或基于错误认识认罪认罚的,也可以提出上诉^⑲。研究多是从原则、方向性的角度进行着手,均有可借鉴之处,但是对具体问题的研究却不够清晰、深入。对此,不妨从辩诉交易中借鉴有益经验。

(一)加强被告人反悔并撤回认罪时的权利救济

1.撤回认罪后应被视为无罪并回转为普通程序

相比较于辩诉交易中的被告人在撤回认罪时需要具备一定的事实和理由,目前我国认罪认罚制度中的被告人撤回认罪无需具备任何条件和理由,相对来讲反悔的成本和代价更低。

但是,对于反悔和撤回认罪后程序如何回转,制度中却未予以明确。《办法》第19条只是规定了应当转为普通程序审理的几种情况,未对被告人反悔并撤回后的法律地位予以明确。《新刑事诉讼法》新增加的201条规定,虽然对于认罪认罚的案件,人民法院依法作出判决时,一般应当采纳人民检察院指控的罪名和量刑建议,但有被告人不构成犯罪或者不应当追究其刑事责任等五种情况的除外;人民法院经审理认为量刑建议明显不当,或者被告人、辩护人对量刑建议提出异议的,人民检察院可以调整量刑建议。人民检察院不调整量刑建议或者调整量刑建议后仍然明显不当的,人民法院应当依法作出判决。但是,未明确规定当被告人否认犯罪事实时,应当被视为无罪,同时回转为普通程序进行审理。立法的缺失导致法官面对撤回认罪后的审判、证据使用、证明标准、量刑情节等问题时发生法律适用的混乱。这也导致认罪认罚与普通程序的界限不够明晰,认罪认罚制度丧失实践意义。

笔者建议,下一步应当通过司法解释的方式,对该条进行进一步补充和明确。当被告人认罪认罚后否认指控犯罪事实并要求撤回认罪的,检察院、法院应当同意并回转为普通程序并重新进行审理。

2.排除认罪相关供述

辩诉交易对反悔后证据使用的问题规定非常明确具体,但认罪认罚制度中对这方面的规定则几乎是空白。《办法》只是在第4条概括规定,坚持证据裁判,依照法律规定收集、固定、审查和认定证据。规定的是认罪认罚案件中证据使用的一般原则,而对反悔后证据应当如何使用则未明确。《新刑诉法》中未提及认罪认罚案件的相关程序回转问题,自然也就默认了公诉机关可以无限制地使用被告人撤回认罪前所收集的证据。

证据无任何排除、继续使用会带来两个问题:第一,为检察官开展报复性指控开了绿灯。在撤回前,检察官已根据被告人的口供掌握了足够的证据;在撤回后,虽可回转为普通程序,但所有证据得到了保留,继续进行控诉实则与认罪程序没有区别,且检察官还不必受到具结书的约束。检察官容易因被告人反悔撤回增加自身工作量而产生不满,进而发起报复性指控,加重控诉。第二,认罪后又撤回并不能避免此前已接触证据的法官产生有罪预断甚至丧失中立立场,影响公正审判。

对此,建议应明确认罪认罚案件中被告人反悔撤回认罪的,在撤回认罪之前所搜集的犯罪嫌疑人、被告人的认罪供述和辩解,不得再继续用作对其不利的指控;相反,如果对其有利,则可以继续使用。其次,在被告人撤回认罪后,检察院应当更换检察官提起公诉;并且,除非出现新的事实和理由能证明确实存在可以加重指控的情节,否则检察院不得加重对被告人的指控。法院也应当更换法官依法审理,此前审理案件的法官不得再作为承办人或合议庭成员。最后,法院也应当履行好发现真实的义务,保障好被告人认罪认罚的自愿性、真实性及其他合法权益。

3.保障获得律师帮助权

《办法》第5条的规定,被追诉人自愿认罪认罚,没有辩护人的,公检法机关应当通知值班律师为其提供法律帮助;第10条规定,犯罪嫌疑人自愿认罪,同意量刑建议和程序适用的,应当在辩护人或者值班律师在场的情况下签署具结书。《新刑诉法》新增加的第36条规定,法院、检察院、看守所应当告知被追诉人有权约见值班律师,并为犯罪嫌疑人、被告人约见值班律师提供便利。这保障了被追诉人在认罪签署具结书之前和之时获得律师帮助的权利。但是对于撤回认罪后,被告人是否有权获得值班律师的帮助则没有明确说明。根据《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》第2条规定,其他适用普通程序审理的一审案件、二审案件、按照审判监督程序审理的案件,被告人没有委托辩护人的,法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护^[12]。审判阶段辩护全覆盖的

范围是所有进入到审判阶段案件中的被告人,潜在的也应当包括在审判阶段反悔的被告人。但此条并未明示,而且只是局限于在审判阶段的被告人。

对此,应当明示,犯罪嫌疑人、被告人不论在侦查、起诉还是审判阶段反悔并撤回认罪,都有继续获得律师帮助的权利,都可以向值班律师寻求法律帮助。

(二)探索速裁程序中的被告人可自愿放弃上诉权

当前经速裁程序处理的案件,都以被追诉人自愿认罪认罚为前提,上诉率本应保持在极低的状态。为快速处理速裁案件,减少司法资源浪费,《办法》第23条规定,第二审法院对被告人不服适用速裁程序作出的第一审判决提起上诉的案件,可以不开庭审理。但是,经实践考察,发现反悔上诉行为依然较多,以B市B1区为例,自2017年1月推行认罪认罚从宽制度改革至2017年8月,该院审结案件的上诉率维持在8%以上,部分时间段高达10%左右,甚至明显高于非认罪认罚案件的上诉率^[13]。服判息诉的效果并不明显,而且上诉本应是被告人救济其权利的途径,在认罪认罚制度中却成为了拖延诉讼的手段,上诉行为发生了异化^[14]。由此,不少学者提出对速裁程序案件进行一审终审的观点^⑨。但是现阶段速裁案件二审改判发回率仍在20%左右,所以现阶段仍有保留二审终审的必要性。基于此,为在提高司法效率的同时最大程度保护被告人权利,笔者建议,可以在保留二审上诉的情况下由被告人自愿选择是否放弃上诉权。参照美国辩诉交易的经验,将是否保留上诉权作为控辩双方的协商筹码,被告人如自愿放弃上诉权可获得更多的量刑优惠。

1.将是否放弃上诉权作为量刑筹码

被追诉人与检察机关在谈判协商与签署具结书之前,可将是否放弃上诉权纳入协商范围。如果被追诉人自愿放弃上诉权,双方达成一致,可在量刑上获得5%-10%左右的优惠幅度。上述内容都应当呈现在具结书中。相反,如果被追诉人不愿放弃上诉权,则不能获得对应的量刑优惠,但可在一审判决后正常提起上诉,进入二审程序。

2.完善被追诉人放弃上诉权后的权利救济

被告人放弃上诉权后会失去最后一道维权防线,因此必须做好权利救济。建议:第一,被告人应当在值班律师或辩护人在场的情况下选择是否放弃上诉权。第二,对于放弃上诉权的速裁案件应当以一审终审为原则,但是为了最大程度保护被告人,仍明确二审的例外情形,对于放弃上诉权的被告人,如果存在下述情形并向法院提供相应的证据,仍可提起上诉。包括,其一,被告人提出其并未明示放弃上诉权;其二,被告人认为放弃上诉权并非知情且自愿;其三,被告人认为罪名及法律认定存在错误;其四,量刑存在错误;其

五,递交新证据的;其六,其他可能会影响公正审判的情形,如律师不够尽责,在程序、实体上的出现明显瑕疵或错误等。

被追诉人提出上诉申请的同时应当提供相关线索或者材料予以初步证明。由于被告人在取证意识、取证能力、法律素养、技术手段上均处于弱势,证明标准可参照《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》^[4]中所提出的关于排除非法证据申请的证明方式,即提供相应的线索和材料。就上述情形发生的时间、地点、方式等内容进行线索梳理,由二审法院进行审查。如法官认为被告人所述事实基本确实、充分,确有可能存所述的情况,则可认为已达到了启动二审程序的标准,正常进行二审。

(三)对公诉方违约行为进行程序性制裁

具结书是控辩双方协商的结果,对双方都产生约束力。但是,如果公诉方未能按照具结书所约定的罪名及刑期提起公诉,且无法作出合理解释或说明,则可认定公诉方存在先行违约行为。公诉方违约导致被告人无法按照具结书原约定的内容被定罪量刑,预期受到破坏。因此,应对检察院发起程序性制裁,并启动救济程序。建议可从以下三方面展开,由被告人自行选择。

1.被追诉人要求撤回认罪和具结书,回归普通程序进行审判。此时被告人在法律地位上归于无罪。但这可能会导致被告人在接下来的审判中无法获得量刑优惠。

2.可以要求公诉方信守承诺,继续履行具结书中曾约定的内容。为了防止原起诉检察官发起报复性指控,继续履行协议亦需要在更换检察官后才能进行。此种方式保证了被告人初次签署的具结书的权威性,使被告人无需担心公诉方会出现毁约行为。

3.被告人继续选择认罪,与公诉方重新协商后签署新的具结书。按照此种方式处理案件也需更换检察官和法官。此种方式将第一和第二种救济方式的优点予以结合,缺点是可能会造成程序过于繁琐,消耗更多司法资源。

反悔后再进行救济并非保障被追诉人权利的首选方式,从案件源头减少反悔行为发生的原动力才是治本之策。这需要继续加强认罪自愿性保障、完善值班律师制度和申诉机制、明确量刑标准和规范、践行司法诚信等,以此构建全面的被追诉人权利保障体系,不断完善和发展认罪认罚从宽制度。

注 释:

① 双向风险与负担是指:第一,反悔对被追诉人本人不

利。被追诉人反悔后随即错失了从宽处罚的制度性保障,并可能因此“惹怒”司法机关进而遭到报复性指控与审判。第二,反悔对司法机关不利。比如在审判阶段,被告人反悔后转为普通程序处理,直接推翻了办案机关此前的一系列工作,相关证据可能会被排除,这会导致办案机关“重复工作”,增加司法成本。(参见:马明亮,张宏宇.认罪认罚从宽制度中被追诉人反悔问题研究[J].中国人民公安大学学报(社会科学版),2018,(04):93-101.)

② 参见判例:Mahoney v. State (1925) 197 Ind. 335, 149 N.E. 444; People v. Kleist (1924) 311 Ill. 179, 142 N.E. 486; People v. Bonheim (1923) 307 Ill. 316, 138 N.E. 626; People v. Ensor (1925) 319 Ill. 255, 149 N.E. 737; East v. State (1929) — Ind. App. —, 168 N.E. 28.

③ 参见判例:United States v. Panebianco (1953, CA2 NY) 208 F2d 238.

④ 参见判例:State v. McColl, 2011 S.D.90,807N.W.2d813 (2011); Tyler v State, 476 S.W.2d 611(Mo.1972).

⑤ 参见:Andis, 333 F.3d at 891.

⑥ 根据《联邦刑事诉讼规则》第11条:控辩协定具有相互约束力,被告能够准确评估她在签署认罪协议时放弃的权利的性质,并要求双方明确承诺限制上诉权。同时,该条保留了被告在判决中发生违法行为时进行附带攻击的权利。(参见:David E. Carney. WAIVER OF THE RIGHT TO APPEAL SENTENCING IN PLEA AGREEMENTS WITH THE FEDERAL GOVERNMENT. 40 Wm. & Mary L. Rev. 1019);判例:State v. Gibson (1975) 68 NJ 499, 348 A2d 769, 89 ALR3d 840;另见 251 . Ed 1025 的注释“Validity of guilty pleas—Supreme Court cases”.

⑦ 参见:359 F.3d 1327 (10th Cir. 2004).

⑧ 值得注意的是,《明尼苏达州量刑指南》和《联邦量刑指南》的内容和目标高度相似。(参见:United States Commission, Federal Sentencing Guidelines Manual (1992).

⑨ 参见判例:United States v. Brown, 232 F.3d 399, 403 (4th Cir. 2000)

⑩ 参见判例:Santobello v. New York, 404 U.S. 257, 92 S.Ct. 495, 30 L. Ed. 2d 427 (1971)

⑪ 参见:Fischer, 2 USFV L Rev 121, 122, 129 - 130; Note, 13 Wake Forest L Rev 842, 847; Note, 11 Am Crim L Rev 771, 785, 792 - 793.

⑫ 参见:Jimmie E. Tinsley. Government's Breach of Plea Bargain American Jurisprudence Proof of Facts 2d | April 2017 Update.

⑬ 参见判例:Commonwealth v. Alvarado, 442 Pa 516, 276 A2d 526.

⑭ 相关研究参见:方俊民.从宽从简:刑事速裁程序实行一审终审制可行性分析——以认罪认罚从宽制度的二维属性为视角[A].最高人民法院.深化司法改革与行政审判实践研究(上)——全国法院第28届学术讨论会获奖论文集[C].2017.11;洪浩,寿媛君.我国刑事速裁程

序迈向理性的崭新课题[J].法学论坛,2017,(02):96-103;
韩平静.认罪认罚从宽制度下被告人上诉权探究——
以151份二审裁判文书为样本[J].中国检察官,2017,
(22):19-22.

参考文献:

- [1] 最高人民法院、最高人民检察院关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作情况的中期报告——2017年12月23日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议上[EB/OL].中国人大网.
http://www.npc.gov.cn/npc/xinwen/2017-12/23/content_2034499.htm,2018-04-24.
- [2] 伟恩·R·拉费弗等著,卞建林等译.刑事诉讼法[M].北京:中国政法大学出版社,2003.1094.
- [3] Robert K. Calhoun, Waiver of the Right to Appeal, 23 Hastings Const. L.Q. 127, 129 (1995) (“Appeal waivers are far from ‘uncommon’ today.”).
- [4] Derek Teeter, Comment, A Contracts Analysis of Waivers of the Right to Appeal in Criminal Plea Bargains, 53 U. KAN. L. REV. 727, 741 (2005).
- [5] Withdrawal of plea of guilty or nolo contendere, after sentence, under Rule 32 (d) of Federal Rules of Criminal Procedure, 9 A.L.R. Fed. 309.665.
- [6] George L. Blum. Choice of Remedies Where State Prosecutor Has Breached Plea Bargain. A.L.R.6th 541.
- [7] Fischer, 2 USFV L Rev 121, 134; Note, 11 Am Crim L

- Rev 771, 794; Westen & Westin, 66 Calif L Rev 471, 513-514, 518-519.
- [8] 王兆鹏.美国刑事诉讼法(第二版)[M].北京:北京大学出版社,2014.322.
- [9] 顾永忠,肖沛权.“完善认罪认罚从宽制度”的亲历观察与思考、建议——基于福清市等地刑事速裁程序中认罪认罚从宽制度的调研[J].法治研究,2017,(01).
- [10] 陈卫东.认罪认罚从宽制度试点中的几个问题[J].国家检察官学院学报,2017,(01).
- [11] 认罪认罚可“反悔”被判后可上诉[EB/OL].网易财经.
<http://money.163.com/16/0904/05/C03KKIOD002580S6.html>,2018-03-14.
- [12] 《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》出台 [EB/OL]. 中华人民共和国中央人民政府. http://www.gov.cn/xinwen/2017-10/12/content_5231274.htm#2,2018-08-18.
- [13] 周新.认罪认罚从宽制度立法化的重点问题研究[J].中国法学,2018,(06):172-193.
- [14] 解帅,张小旭.刑事案件速裁程序审级制度建构——以“上诉利益”为理论基点[A]. 最高人民法院.深化司法改革与行政审判实践研究(上)——全国法院第28届学术讨论会获奖论文集[C].最高人民法院,2017.10.
- [15] 五部门关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定[EB/OL].中华人民共和国最高人民检察院.
http://www.spp.gov.cn/zdgz/201706/t20170627_194051.shtml,2018-07-20.

Research on the Relief of Regret in American Plea Bargaining and Institutional Enlightenment

——Based on the Analysis of the Revision of the 2018 Criminal Procedure Law

ZHANG Hong-yu¹, XIE Qi²

(1.Beijing First Intermediate People's Court, Beijing 100040, China;

2.Economic Investigation Detachment of Quanzhou Public Security Bureau,Fujian 362000, China)

Abstract: In the plea bargaining system of the United States, there are cases in which the agreement breaks down after the two sides reach an agreement on the charges and sentencing, and then repent. There are two kinds of repentance of the accused: one is repentance after confession and withdrawal of plea of guilt, the other is repentance after abandoning the right of appeal. There is one kind of the prosecution's estoppel, that is, the prosecutor's estoppel and breach of contract lead to the breakdown of the agreement. In this regard, the plea bargaining system has clearly defined a more perfect and mature way of relief, at the same time, it has made it clear that the prosecution after the breakdown of the agreement does not violate the principle of prohibiting double danger. This provides enlightenment for strengthening the rights relief of the accused who confess guilt and repent of punishment in our country. Although the Criminal Procedure Law in 2018 has been revised again, the protection of the defendant's right of reversal is still insufficient. The next step is to explore the possibility of the defendant voluntarily giving up the right of appeal in expedited cases and imposing procedural sanctions when the prosecution breaches the contract.

Key words: plea bargaining; the lenient system of pleading guilty and confessing punishment system; defendant; reversal; right relief

(责任编辑:杜爱农)

高校法律援助机构的运行与发展模式

刘亦峰, 严若冰

(四川大学 法学院, 四川 610000)

摘 要:高校法律援助机构作为促进我国法律援助事业发展的重要力量,一方面可以为社会弱势群体提供免费的专业法律服务,另一方面也是高校学生进行法学实践的“第二课堂”。近年来,各个高校不断探索其法律援助机构的创新与发展,但仍存在有机构定位不明、案源短缺、资金匮乏等不得忽视的问题。以S高校法律援助中心和F学生公益法律服务组织的现有发展模式为参考,探索可供高校法律援助机构参考的发展路径,通过加强人才培养、拓展案源、有效控制成本等方面解决高校法学院所面临的难题,保障高效法律援助机构在现行法律框架下快速、稳定发展,切实为社会服务。

关键词:高校法律援助机构;法律服务;法律援助;发展模式

中图分类号:D903

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0073-07

法律援助制度是我国重要的国家司法救助制度,在目前法律资源分布不均衡的状况下,对解决法律服务供需矛盾具有重要意义。2003年以来,我国逐步形成了具有一定规模的社会法律援助体系,高校法学院也在积极探索高校法律公益服务的发展模式。高校法律援助是指,由高校具有法律专业知识的师生,为本校师生和社会弱势群体提供无偿法律服务,一般在综合性高校的法学院和政法专业院校开展,目前主要有法律诊所、法律援助中心和学生公益法律服务组织三种类型。高校法学院和政法专业院校有系统的法律人才队伍,有能力提供法律援助;同时它们具有社会职能,应当为社会提供服务。推动高校法律援助机构的建设,一方面能够促进高校法学院将法学理论与实践教学相结合,提高教学质量,另一方面服务于社会,有助于校地合作共赢^①。

一、高校法律援助机构的发展情况介绍

高校法律援助机构由法律诊所实践教学课程演化而来,以法律专业师生为主体,服务于本校学生和社会弱势群体。根据学生自发性的强弱,高校法律援助机构可以分为两种形式:一是高度依托法律诊所课程开展活动的高校法律援助中心,二是由学生自发组建、形式相对灵活的学生公益法律服务组织。

(一)法律诊所课程的开设

法律诊所源于20世纪60年代的美国,通过指导学生实际参与真实的案件,培养他们的法律职业能力^②。高校学生可以像真正的法律执业者那样,从个案的案件入手,分析并试图解决具体的法律实务问题,从而提高自身的法律实务能力。法律诊所教育模式引入中国后,在我国各大高校也不断探索创新,课堂内,高校法学教师讲授法律实务操作方法与经验,锻炼学生的法律文书撰写能力和出庭应诉能力;课堂外,选课学生在教师的指导下,为本校学生和社会弱势群体提供免费的法律帮助,以加深对法律知识的理解,丰富学生的实务经验^③。目前,国内已有几十所综合性高校的法学院和政法专业院校开设了法律诊所课程,如北京大学,中国人民大学,中国政法大学,浙江大学,西南政法大学和四川大学等。

(二)法律援助中心的建立

高校的法律援助中心和法律诊所课程一样,以法律专业的师生为主体,以本校学生和社会弱势群体为服务对象。高校的法律援助中心一般和法律诊所课程有紧密联系,由于成员多为法律专业师生,没有相关固定人员从事专业工作,同样具有较大的人员流动性^④。但较上述法律诊所课程而言,其因受到团委和院校领导等的管理和监督,内部人员流动频

收稿日期:2019-01-30

作者简介:刘亦峰,男,四川大学法学院2019级诉讼法学专业博士研究生,主要从事刑事诉讼法学和司法原理研究;

严若冰,女,四川大学法学院2018级宪法学与行政法学专业硕士研究生,主要从事行政权力配置法学和行政组织法学研究。

率稍稳定一些。且高校法律援助中心能够利用高校资源优势,有专业的服务人员和专门性办公场所,具有独特的优势。我国高校的学生法律援助中心正在蓬勃发展,多以线上、线下结合的方式进行法律咨询和普法活动,普遍和互联网技术有着深度结合。比如我国东部地区Z大学的青年志愿者协会法律援助中心有专门的微信公众号和微博官方号,其微信公众号的累计阅读量超十万余次。

(三)学生公益法律服务组织的建立

除了高校的法律援助中心,还有一些由学生自发组建的、社团性质的学生公益法律服务组织在各大高校兴起。相较于高校的法律援助中心,这些学生公益法律服务组织的“官方”性质更弱一些,为更多想要服务社会的法学生提供了法律实践的机会。学有余力的同学可以在教师指导下,以更加灵活自由的学生社团形式接触法律实务,实际操作案件,跟踪案件的整个流程,将理论与实践相结合,在收获知识和经验的同时为本校学生和社会弱势群体提供帮助。

基于笔者对S大学法律援助工作数据的统计,从工作事项角度看,法律咨询工作与撰写法律文书的年度工作占总体业务量的72%以上,出庭代理业务占总体工作的20%左右。从案件分类来看,劳动争议案件占总体案件的33%,民间借贷、侵权及婚姻家庭等民事案件占总体案件29%,追索抚养费赡养费案件占总体案件的13%左右,其他不属于法律援助范围的案件^①占总体案件的10%左右。分析上述统计数据可知,高校法律援助机构所接受的主要是一些较为简单的、“权利义务关系较为清晰”的民事、劳动等案件,重大、疑难、复杂案件的案件不多。其中,法律文书代写、法律咨询为主要工作,高校中经过一定训练的高年级同学均可胜任大部分工作,而且相应的法律风险较小,较适合学生公益法律服务组织办理。

二、高校法律援助机构建设的必要性分析

随着公民法律意识的不断加强,民众更愿意通过法律的途径解决纠纷。高校汇集着大量的法律专业人才,且法律实践教学作为培养优秀法科生的重要手段。以“高校作为服务者,社会公民作为受益者”的高校法律援助机构,其设立也有利于促进社会矛盾的顺利解决,更是高校主动承担社会公益服务责任的重要体现。

(一)高校人才优势的发挥

我国高等院校多开设有法学专业,且地域分布较广,能够有效弥补我国法律服务资源分布不均衡的问题。高校系聚集法律专业人才的场所之一,依其科研平台优势拥有较为专业的法学团队,完全有能力承担起法律援助工作。为师者,承担传道、授业、解惑之重任,高校法学院教师多为兼职执业律师和公检法等国家机关的挂职人员,不仅拥有深厚的法学知识,也有较丰富的法律实务经验,但往往囿于自身事务繁忙,难以有足够的时间参与其中。学生初入“法学之门”,对于实务工作热情虽盛,但并无足够的办案经验。故“教师+学生”的组合可扬长避短,教师通过传授实务经验以指导学生,作为工作质量的“把关者”,学生利用较为充足的课余时间参办案件,作为具体工作的“执行者”。因此,从人才资源方面讲,高校具有得天独厚的优势。

(二)社会 and 高校法律援助的需求量大

我国的法律援助主要有两种方式:一为政府法律援助,二为民间法律援助。高校参与法律援助工作系民间法律援助的一部分^②。有调查显示,自2009年至2014年,近5年全国共办理法律援助案件499余万件,受援群众超过558万人,提供法律咨询超过2900万人次,建立法律服务窗口3200余个^③。随着公民权利意识增强,更多的人愿意通过用法律的方式维护自身合法权益,而对于经济困难无法聘请律师者,法律援助便成为其寻求帮助的最优途径。法律援助案件以每年14.3%的数量增长^④,目前政府法律援助服务已经不能满足日益增长的社会需求。因此,高效开展法律援助工作可以有效分担政府法律援助机构的工作压力,同时借助自身特有的人、财、物资源,主动承担社会责任,切实解决目前法律援助资源短缺问题^⑤。

此外,校内学生也有法律服务的需求,尤其是非法学专业的学生。现代大学生正处于融入社会的快速成长时期,他们渴望接触社会,但是心理不够成熟,法律知识掌握不足,易出现法律问题。校内学生的法律服务需求主要集中在两个方面。一是创新创业支持,我国在2014年掀起“大众创业,万众创新”的热潮,大学生创新创业随之如火如荼地开展。大学生创新创业涉及到专利、合同等领域的法律问题,如果能得到高校法律援助机构的有力支持,将在一定程度上促进其创业活动的顺利开展,降低学生创新创业团队的投资成本,减少工作中可能遇到的法律风险。二是违法行为防范,近年在高校频发的校园

贷、电信诈骗和恶性暴力等事件,已经成为了引发关注的社会问题。高校法律援助组织可以通过组织普法活动和专题咨询,引导学生识别和远离“陷阱”,理性解决矛盾纠纷,减少高校中违法行为的滋生空间。

(三)培养法学职业群体的手段

法学是一门经世致用的学问,是以问题为导向、为社会输出制度和技术的“实学”,而非坐而论道之“玄学”。目前,我国法学院更多注重于知识的传授,而忽略学生实践能力的培养。开展“法律诊所课程”,建立“学生法律服务团队”,就是要让学生在有机会接触法律实务工作,提前培养其法律运用能力,为社会输出“理论知识”与“实务能力”兼备的优秀法律人。因此,高校法律援助机构一方面承担者法律公益服务之职责,另一方面,也兼具培养优秀的年轻法律职业者的职能。

三、高校法律援助机构的现存问题

我国高校正在积极承担着社会公益法律服务的工作,努力创新发展本校的法律援助机构运营模式,但高校法律援助机构在实践和发展中出现了一些问题,具体分析如下:

(一)法律定位不明

高校法律援助机构存在着缺乏规范依据,无法注册,诉讼资质不清的问题。第一,根据《中华人民共和国律师法》(以下简称《律师法》)^②和国务院《法律援助条例》^③,可以进行法律援助的主体包括政府、律师和律师事务所,没有包括人民团体。第二,高校法律援助机构无法独立注册,我国的法律法规中没有规定高校法律援助机构的备案管理部门。第三,诉讼资质有争议,以C市实践的情况来看,劳动争议仲裁委在部分情况下认可其代理资质,法院对学生代理法律援助案件并不完全认可。

高校有服务社会的义务,法学专业师生用自己的专业知识为社会提供帮助更应被提倡。目前,高校法律援助多以课程团队和学生社团的形式开展,而高校法律援助机构缺乏相关法律依据,也无法通过登记注册提高管理的稳定性,且难以直接参与诉讼,这对它们的进一步发展产生了严重制约。

(二)法律诊所课程限制

各个高校开办的法律诊所课程,对帮助学生结合法学理论和法律实践具有重要意义,但也存在与生俱来的限制。第一,案源有限,学生们所能接触到的实际案件较少,更多是在模拟实务操作,和法律实

践仍有较大的差距。第二,因为课程容量有限,法律诊所无法让每个有志于未来从事实务工作的学生得到真正的锻炼。第三,选课模式导致学生的流动性较大。法律诊所的选课模式,决定了它以学期为课程单位,以期末为结束,人员流动较大,较低人员稳定性难以适应流程复杂、需要长期跟进的案件。

(三)人员、专业限制

高校法律援助组织的人员构成主要分为指导教师和在校学生,指导教师在时间和精力上较难兼顾法律援助工作,在校学生在专业知识上不一定能胜任相关法律服务。

从指导教师角度来看,第一,高校法学教师承受着科研、教学等多方面的压力。近年来高校法学院引进新教师多采用合同聘用制,新进教师以专职博士后、(副)研究员等身份入职,合同期限为3年左右。新入职的年轻法学教师,需要在约定期限内完成指定的科研任务,有着较大的科研压力。第二,由于本科教学改革等措施,高校教师需要在教学上投入更大精力,难有足够的时间和精力兼顾法律援助工作。第三,高校法学教师参与和指导法律援助的激励机制不够完善,缺乏参加高校法律援助工作的积极性。高校教师开设法律诊所课程,能够计算相应的课时,但是指导以其他方式开展的法律援助工作,却仅为纯义务性的教授,往往缺乏工作动力。

从参与学生的角度来看,学生的法律专业水平不一定能够承担法律援助工作。多数低年级同学由于知识积累、社会阅历等方面的限制,胜任法律援助工作的难度较大。毕业年级学生面临着就业或深造的选择,以及实习的压力,较少选择参与法律援助工作。

(四)案源拓展与渠道开拓

高校法律援助在宣传上面临着一定的障碍,高校法律援助机构的服务对象是本校学生和社会弱势群体,宣传也主要面向此两个群体。从向本校学生宣传的角度看,参与法律援助工作的学生一般是法专业的学生,其社交范围多局限在本学院,甚至本专业,较难通过社交方式迅速扩大影响。因此,向本校学生宣传需要时间和成果的积淀,如社会影响较大的Z大学Z法律援助中心,和同校的Y法律援助中心均成立于1994年,迄今已有20余年的历史。但法律诊所式的法律援助,人员流动性强且周期短,形成积累和传承的难度较大。从向社会弱势群体宣传的角度看,学生囿于学校环境,信息传播渠道不畅通,难以达到较好的宣传效果。

(五)资金来源问题

高校法律援助组织是公益性质,但不免会产生外出交通和相关的日常办公等费用。各大高校对于校外赞助的态度不一,多数高校为维持社团管理秩序对校外赞助持否定态度,或有较为严格的规定。因此,目前高校法律援助组织的资金主要来自社团经费,还有一部分来自科研课题经费,尽管如此,它们也经常面临着无法报销和资金短缺的问题。

四、高校法律援助机构运行的可行性办法

结合上文所述,我国高校法律援助机构的运行存在较多问题,笔者认为:首先应当解决我国高校法律援助机构的法律定位问题,承认机构在法律服务中的合法资质;再通过完善其内部组织架构,提升高校法律援助机构本身的硬实力。

(一)解决法律定位问题

目前,为解决学生出庭代理案件的资质问题,高校法律援助工作的运作方式主要为:

1. 挂靠在政府法律援助中心,作为分支机构进行工作。此为我国高校法律援助中心的惯常做法,这样的操作流程较为简单,仅需要与当地有资质的政府法律援助机构达成协议,成为其分支机构即可。但缺点也较明显,第一,可能不受法院认可,法院会质疑学生诉讼代理人的合法性;第二,缺乏监督,由于高校的服务团队人员为校方自主决定,政府法律援助组织难以有效对学校学生进行监督及管理。由于高校法律援助机构无法独立承担责任,学生行为产生的后果由其挂靠的政府法律援助组织承担。从风险控制角度来讲,政府法律援助中心对学生单独代理案件往往也持反对的态度。

2. 学生成为地区司法局法律援助中心的志愿者,通过培训拿到该地区法律援助机构颁布的有效证件,再进行相应的法律援助工作。如在《湖南省法律援助志愿者管理办法》中:法律援助志愿者是在湖南省法律援助中心确认登记,并在司法行政部门和法律援助机构的管理、指导下,依照本办法开展法律援助志愿服务活动的志愿者。同时,为引导学生参与法律援助志愿服务工作,通过开展培训、定期考核等方式,保障其工作的专业性,并可以受到有效监管。

高校法律援助机构是法学院学生的“第二课堂”,兼顾着教学与公益服务的双重任务,应当受到“双重监督”:在法律援助具体业务上接受司法行政机关指导,在法学教育相关内容上接受教育主管部门

指导。民政部门、司法行政部门和教育主管部门应根据分工配合的原则,保证高校法律援助机构按照章程规定的宗旨和业务范围进行活动^[9]。高校学生通过省法律援助工作部门开展的专业培训,经考核得到工作证后,可以切实的参与法律援助工作,获得法律认可的代理资质,在高校内的法律援助机构进行工作,不失为一种可行之策。

(二)高校法律援助服务组织的具体运行模式探讨

1. 团队人员的选拔标准与培养方式

具备良好法学专业素养,是为社会提供法律公益服务的前提。吸纳更为优秀的法学生,能更好保证高校学生法律援助工作的正常运行。高校法律援助中心应当建立较为系统的人才选拔机制,多方面考察应征学生的综合能力,择优录取,S大学现已具有初步的成果。近年来,S大学法学院本科同学对法律援助工作热情度较高,其中不乏有刚刚入校的低年级同学有志于加入团队。但法律工作终究是将专业知识能力作为基础的,为避免打消同学积极性,针对不同年级的同学可以适用不同的选拔体系,建立高、中、低年级阶梯式成员架构,核心成员不仅为业务骨干,其也肩负着培养新人的任务,使团队不断有新的人才涌入,促进团队的持续稳定发展^[10]。

高年级同学(本科三年级以上)作为团队的中坚力量,主要以其法律专业功底为考察重点,并辅以若干实践综合技能考察。通过专业知识面试、法庭技能考察和综合素质测试^④的“三轮”考验,择优录取综合能力强者进入团队。对于中低年级的同学,主要考察其表达能力,以及责任心等个人品质,辅以较浅显的、与其年级相当的法律专业问题考察,从中选出具有发展潜力的新生代作为重点培养对象,让他们与团队高年级同学合作。这样一方面可以增加人手,减轻团队业务压力,另一方面也可以在经验丰富的“师傅”的带领下,学到更多法律实务经验,在实践中成长。

此外,模拟法庭竞赛作为法律实践性教学的重要方式,使学生通过模拟担任案件控辩双方角色,还原法庭审理程序,是学生法学专业知识与法学技能等综合能力的有力训练方式。S大学F法律公益服务机构重视在模拟法庭比赛中锻炼成员的法学素质,也将候选人在模拟法庭竞赛中的表现作为入选法律援助团队的一大标准。F法律公益服务机构会为低年级和此前未接触过模拟法庭竞赛的同学进行培训,一方面教授其模拟法庭竞赛技巧,另一方面培养学生的法庭举证、法庭辩论等具有实践意义的法律实

务技能。对于那些在模拟法庭竞赛中表现突出的且具有强烈公益服务意愿的学生,F法律公益服务团队会将其纳入重点培养名单,通过一带一教授的方式进行全方位法律实务能力的培养,成为团队的核心骨干力量。

2. 解决案源拓展难题的对策

待选拔优秀学生进入团队后,案源拓展问题便成为机构发展的重中之重。参考目前我国律师行业的状况,案源是青年律师最为头痛的问题。解决案件来源,拓展接案渠道,是执业律师在行业立足的重要依靠。亦然,高校法律援助机构也有同样的问题,空有人员优势但能力无所展现,不仅有违机构设立初衷,也会影响内部人员的工作积极性。案源的拓展,是一个公信力问题,通过得当的宣传,让更多人知晓高校建立了法律援助机构,同时配备了专业的服务人才,能够较好服务于受助人,方可解决机构公信力的问题,案源缺少的难题便能随之解决。笔者选取了高校法律援助机构建设较为成熟的东部Z大学和西部S大学,对其实践进行分析,总结出以下经验:

(1)与互联网技术结合,通过“两微一端”进行宣传。“两微一端”是指微信公众号,微博官方号,和移动客户端。把这些技术和高校法律援助机构的建设和宣传结合起来,其一,能高效、便利地建设机构品牌,沉淀资源积累人脉;其二,便利机构工作,可以通过微博文章、微信推送等形式进行普法宣传,同时提高案件分流、与受援人沟通等其他方面的工作效率。Z大学的Y法律援助中心和Z法律援助中心均建设了微信公众号,受援人可以通过公众号查看普法文章,机构设置,机构曾代理的案例,还可以进行线上法律咨询。Z大学的Q公益法律援助中心,在微博官方号建设上颇具亮点,“粉丝”数量近万,常评论和转发质量较高的法律热点文章。

(2)入驻高校创业孵化中心,为校优秀创业团队提供法律帮助。2015年国务院办公厅发布“关于深化高等学校创新创业教育改革的实施意见”,明确提到:“深化高等学校创新创业教育改革,是国家实施创新驱动发展战略、促进经济提质增效升级的迫切需要”^⑤。各个高校积极响应国家号召,扶持学生进行创新创业活动,开设学生创业孵化园,提供政策支持。公司发展的核心竞争力是创新能力,同时也要注意法律风险防控。2016年,S大学F学生法律服务团队入驻S大学创业孵化园,截至目前已进行过公司法律问题相关专题讲座30余场。通过公益法律服务为高校学生创业创新团队的发展保驾护航,也是高

校法律援助机构的重要目标。

(3)主动为母校服务,为高校的规章制度修订提供法律意见,专业性强的高校法律服务机构甚至可以在专业领域提出专业的立法建议。2017年,S大学F公益法律服务组织承担了本校政策条例的修改工作,得到较好的反馈。目前高校学生手册中的政策性内容多由校法律工作部负责,虽然足够专业,但较难切实了解学生的需求,导致政策难以有效实施。法学生有专业法律素养,同时具备学生主体地位,他们的意见可以较好地用于学生教学管理、学生处分与申诉处理等诸多事项。此外,专业性强的高校法律服务组织,甚至能够推动立法的完善。比如Z大学的环境资源法研究和服务中心,由多所知名院校热心环境保护事业的专家学者、律师和研究生兼职组成,以该校的环境资源法研究所为依托。该中心在帮助污染受害者的同时,还开展环境法律研究,承担了国家和地方的多项研究课题,包括《环境影响评价法》、《清洁生产法》等法律法规和规章的起草工作。

(4)与“优秀学生团体”合作,扩大机构的校内影响。目前,一些高校中影响较大的社会奖学金会将获奖同学组织起来,形成俱乐部、训练营等形式的优秀学生团体。S大学F公益法律服务组织的主要负责人通过加入S大学T优秀学生团体,与其建立和交流和合作,获取了宣传资源。这些团体中的同学,往往在其他同学中有较强的号召力,若高校法律服务机构能够与校内优秀学生团体建立联系,将有助于扩大机构的影响,帮助高校法律援助机构在学生组织中站稳脚跟,增强公信力。

(5)定期开展“法律服务团队进社区”的活动。通过向社区居民开展日常法律知识讲座、“你问我答”以及相关普法法律宣传工作,向社区群众宣讲日常法律知识,并就居民自身面临的法律纠纷问题进行详细解答,将学生法律服务推广到千家万户。

3. 开展诉讼帮扶,指导当事人自行出庭应诉——解决成本与主体资质问题

由于法律援助机构是非营利性组织,目前我国政府法律援助部门的运行多为财政拨款,通过国家给予的资金满足自身的运作需求。而高校法律援助机构为高等院校之下级机构,多以学生社团形式存在,并无太多的运行经费。如F法律公益服务团队为学生组织,并无学校拨款,且无法通过法律服务工作营利,可得的运作的经费仅为校创业孵化园拨付的创业资金。法律服务多为脑力劳动,经济成本较低,但是出庭代理也系法律援助工作的重要组成部分,

此项工作会产生车马费、餐费等必要支出。笔者留意到,高校法律援助机构承办的案件,案情一般并不复杂,其中事实清楚,证据确实充分的案件,胜诉可能性较大。结合我国司法实务现状,民事案件聘请律师的多为重大复杂、标的额较大的案件,对于一般的劳动纠纷、民间借贷以及婚姻家庭案件等,聘请律师作为代理人的比重并不大;一般的刑事案件辩护率较低,大多为对法律并不精通的当事人、被告自行陈述(辩护)。以民事案件为例,聘请律师的目的在于更好的陈述法律意见,将当时人提供的事实与法律适用意见结合,从而提升本方的胜诉可能性。

因此,笔者提议,建立“帮助当事人自行出庭”的法律服务模式,若当事人具有正常的理解能力且案件并不重大复杂,事实较为清楚、法律适用较为简单的,则通过撰写法律意见以及开庭流程讲解的方式帮助其自己进行开庭。具体的准备文件有:(1)开庭程序讲解书:主要介绍庭审的具体程序,告知被援助者在每个阶段该陈述哪方面的事实,以及相关程序性的语言,如举证质证的规范性语言,法庭辩论概括性语言等;(2)起诉书;(3)举证清单及质证意见,具体列名每一份证据需要宣读的部分和相应的举证(质证)意见,用“打草稿”的方式帮助当时事人尽量全面的阐述对其有利的观点;(4)辩护阶段发言纲要:由于审判程序重在法庭调查,对于没有重大争议的案件法庭辩论环节往往较为简略,因此,F法律公益服务团队会提前将准备妥善的辩论阶段发言要点一一向被援助者陈述,让他们清楚该如何发言以及该发言的具体内容。

“帮助当事人自行出庭”模式,一方面可以解决学生法律援助团队的经费短缺问题,减少工作中的差旅费等支出,另一方面由当事人自己出庭应诉,也可以解决上文所提到学生代理资质不明确的问题。但必须注意到的是,这一模式仅适用于案情简单,法律适用清楚的案件,且必须确保当事人有自行开庭陈述观点的能力。对于那些案件争议较大的,当事人没有完全陈述或理解能力的案件,则并不适用这样的模式。

4. 吸纳社会律师、校友力量——以符合代理人、辩护人的法律要求

吸纳律师校友作为合作人员主要是为了解决上文“帮助当事人自行出庭”模式中所无法解决的问题。第一,对于重大疑难复杂的案件,需有专业的律师进行代理,需要求助一定的外界力量。第二,刑事案件的法律援助工作只能由律师承担,在校大学生即

便通过国家统一法律资格考试,也无法快速得到律师证,导致刑事案件法律援助工作难以维系。

如何吸纳社会律师作为合作人,保证合作律师尽职尽责地进行公益法律援助工作,是在此需要探讨的重点问题。笔者建议:第一,优先与原为本机构成员的律师合作(如:在读期间为本组织成员,现已于某律师事务所工作)。优势在于,其对本机构的运作方式较为了解,通过在学期期间的法律援助工作对于公益事业较为热心,更有团队归属感。第二,S大学法学院有着较为雄厚的校友力量,其中不乏有律师事务所主任或高级律师、法律援助部门工作人员等,承担公益法律援助工作是校友回馈母校,优秀人才回馈社会的有效方式。若经过考察,认为其符合团队的发展方式,则可以列为高校法律援助工作的合作伙伴。

(三)我国高校法律援助中心发展走向的思考——从“个体”走向“团体”

大学生群体的一些法律问题具有跨地区的性质,导致高校法律援助中有时会出现需要提供异地服务的情况。如S大学F学生公益组织曾接受到一位外国留学生遭遇经济纠纷的求助,对方住所地为上海市。求助学生希望能够通过诉讼方式解决纠纷,但是F社团难以为其提供异地支持,法律援助因此陷入瓶颈。一方面,高校法律援助社团的成员为学生,且社团没有稳定的资金来源,从安全和经济角度考虑,不能派出成员前往上海提供法律支持。另一方面,上海和S大学所在的C市分处中国东西部,F社团的成员对上海法律服务市场了解非常有限,难以在聘请律师等方面为求助同学提供参考建议。如果能够建成一个覆盖全国各省级行政区的高校公益法律咨询服务系统,与全国各兄弟高校的法律援助组织进行合作,互联互通,在出现需要异地、多地联合的情况时,就能够互相支援,及时提供有效的法律援助服务。此外,我国法学教育资源分布在同一地区也存在明显的校际差异。不同高校间的法学专业教育水平存在差距,一些高等院校甚至没有设置法学专业。在五院四系和其他一些高水平院校中,法律援助组织的发展较其他学校更加成熟。建立不同类型、层次院校间互联的公益法律咨询服务系统,一方面能够拓展高校法律援助组织的案源,另一方面也能给更多需要帮助的大学生提供公益法律服务。这不仅有利于高校法律援助水平的提升,而且有利于加强校际交流,平衡不同地区高校间的法学教育水平,形成多方共赢的格局。

高校法律援助是高校法学师生主动承担社会责任,为社会服务的正义之举,应当得到政策肯定和支持。不可否认的是,高校法律援助机构目前处境尴尬,存在一些短期内难以解决的困境,比如上文提到的法律地位和资金来源。当受援人的利益,因高校法律援助机构错误的法律意见受到损害,由谁承担法律责任,承担什么样的法律责任,都是摆在高校法律援助机构发展道路上直接且难以回避的问题。高校法律援助机构在我国至少有 25 年的发展历史,今后也将继续焕发生机,它的建设任重道远,但值得期待。

注 释:

- ① 对于此种案件,虽无法为当事人进行出庭代理服务,但 S 大学法律援助中心依旧对该案件提供专业的法律意见以及文书代写等诉前法律帮助。
- ② 《中华人民共和国律师法》第 42 条:律师、律师事务所应当按照国家规定履行法律援助义务,为受援人提供符合标准的法律服务,维护受援人的合法权益。
- ③ 《法律援助条例》第 3 条:法律援助是政府的责任,县级以上人民政府应当采取积极措施推动法律援助工作,为法律援助提供财政支持,保障法律援助事业与经济、社会协调发展。
- ④ 综合素质测试主要包括:语言表达能力、写作能力

和商务礼仪方面的测试。

- ⑤ 图解:国务院办公厅关于深化高等学校创新创业教育改革的实施意见,载自中国政府网,2015 年 5 月 13 日发布。

参考文献:

- [1] 谭志福.高校参与法律援助的价值分析[J].政法论坛,2014,(3).
- [2] 罗伯特·柯德林.实案法学教育的道德缺失[M].北京:中国人民大学出版社,2012.13-15.
- [3] 张耕.法律援助制度比较研究[M].北京:法律出版社,2010.20-22.
- [4] [7] 刘世友.高校法律援助工作面临的困境及对策[J].中国律师,2016,(4).
- [5] 樊崇义.中国法律援助制度的构建与展望[J].中国法律评论,2017,(6).
- [6] 刘子阳.近五年全国办理法律援助案件 499 万余件建立便民服务窗口 3200 余个[N].法制日报,2015-09-18.
- [8] 马栩生.当代中国法律援助:制度与理论的深层分析[M].北京:人民出版社,2010.77-81.
- [9] 刘洋.法学院校参与刑事法律援助机制研究[J].中国司法,2018,(8).
- [10] 王健.高级法律职业人才培养之路[M].北京:法律出版社,2015.34-42.

Research on the Operation and Development Mode of University Legal Aid Organizations

LIU Yi-feng, YAN Ruo-bing

(Law School, Sichuan University, Chengdu 610000, China)

Abstract: As an important force to promote the development of legal aid in China, the legal aid institutions of colleges and universities can provide free professional legal services for the socially disadvantaged groups, and they are the “second classrooms” for college students to carry out legal practice. In recent years, various universities have continuously explored the innovation and development of their legal aid institutions, but there are still some problems which should not be ignored, such as the unclear legal status of the institutions, the shortage of cases, and lack of funds. The authors explore the development path that can be referenced by college legal aid institutions by taking the existing development model of S University Legal Aid Center and F Student Public Welfare Legal Service Organization as a reference. These problems can be solved by strengthening personnel training, expanding the source of the case, and effectively controlling costs to ensure the rapid and stable development of efficient legal aid institutions under the current legal framework and to serve the society effectively.

Key words: legal aid institutions of universities; legal services; legal aid; development model

(责任编辑:杜爱农)

行政行为合法性审查存在的问题及其完善路径

陈 鹏

(安徽师范大学 法学院, 安徽 241003)

摘 要:当前,我国行政行为合法性审查存在以内部审查为主、纳入审查的行政行为范围有限、司法审查机制的运行较为被动、行政规范性文件的合法性审查基本处于空白状态、合法性审查对行政行为的纠错效果不明显等问题。对此,一方面需要将行政立法、准行政立法和重大行政决策程序的合法性等明确为行政行为审查的范围;另一方面需要从构建多元审查主体、扩大审查范围、严格审查标准、强化审查结果效力等方面来构建较为完备的行政行为合法性审查机制,以更好地规范行政权运行、推动法治政府建设进程。

关键词:行政行为;合法性审查;路径

中图分类号:D915.4

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0080-07

行政行为是行政权运行的结果,包括抽象行政行为和具体行政行为。伴随世界各国行政权的不断膨胀,行政国家正逐渐兴起,加强对行政行为合法性的审查成为规范行政权运行的必然要求。在我国,与立法权、司法权和监察权相比,行政权对应的机构设置更加庞大、对经济社会管理的触角更深、与人民群众的生活联系也更加密切,行政权运行的状况深刻地影响到国家治理的格局。推动行政权合法运行、构建法治政府是切实维护群众利益、构建良好政治生态的内在要求和根本保障。近几年来,我国的法治政府建设取得了巨大成就,国务院制定和修订了195部行政法规,修改和废止了一大批部门规章^①,许多没有法律依据和法律授权的行政审批项目被取消,有效地回应了社会各界对强化行政权力运行监管的期待。同时,我们也要看到,近年来的规范行政权运行的改革大多属于政府在行政权运行过程中的自我革命,中央政府的改革决心铸就的强大推动力是行政权运行法治化水平得以持续提升的根本原因,而权力机关和司法机关在行政行为合法性审查方面存在的权限不足、范围有限和深度不够等问题并未得到有效改变,行政行为合法性审查机制的构建任重而道远。通过对行政行为进行管理维度和法律视角的分析,明确纳入合法性审查的行政行为类

型,构建较为完备的行政行为合法性审查机制,有利于更好地规范行政权运行,推动法治政府建设的进程。

一、当前我国行政行为合法性审查的现状及其存在的问题

改革开放以来,政府经济和社会管理的职能不断扩大,国务院、国务院部委和拥有立法权的地方政府行政立法数量不断增多,对于行政法规、行政规章的备案审查和行政规范性文件的司法审查机制逐步建立,行政行为的合法性得到了坚实的保障。由于我国行政行为合法性审查工作起步较晚,现有的合法性审查工作在审查主体、审查范围、审查结果效力等方面尚存在一些问题,需要继续改进和完善。

(一)行政行为合法性审查以内部审查为主

在西方国家的法治实践中,孕育出了司法权对立法权合法性和行政权合法性的审查机制,行政行为合法性审查的司法性特征较为明显。例如美国联邦最高法院拥有违宪审查权,可以对美国国会通过的法律、总统发布的行政命令、行政机关颁布的规章条例、各州制定的宪法和法律的合法性进行审查,如发现国会法律、总统发布的行政命

收稿日期:2019-02-06

作者简介:陈 鹏,男,安徽师范大学法学院讲师,华东政法大学政治学与公共管理学院2017级公共管理专业博士研究生,主要从事法治政府研究。

令、行政机关颁布的规章条例、州宪法和法律与联邦宪法相抵触,可宣布其违宪,该法律将部分或者整体失去效力。此外,还有部分国家专门设立了宪法法院来行使违宪审查权。与西方三权分立不同,我国实行的是议行合一体制,国务院的行政权、最高人民法院和最高人民检察院的司法权来自全国人大的赋权,全国人大保留了立法权。由于人大在法理地位上高于同级政府和司法机关,如果由司法机关对全国人大制定的法律进行合宪性审查的话,存在越位和权威性不足的问题,但司法机关对政府行政行为的合法性进行审查是符合法理的。这类审查主要包括三个方面:行政立法合法性审查、准行政立法合法性审查、行政行为程序合法性审查。

行政立法的合法性审查是司法机关对具有立法权的同级行政机关制定的行政法规、行政规章;准行政立法的合法性审查是司法机关对同级行政机关制定的行政规范性文件合法性的审查;行政行为程序合法性审查是司法机关对同级行政机关行政行为程序合法性的审查,比如行政决策程序、行政执法程序等合法性审查。但是在法治实践中,我国行政行为的合法性审查呈现出行政性凸显和司法性不足并存的特征,司法机关对行政行为的合法性审查范围有限,审查效力难以发挥。同时,外部力量对行政规章和行政规范文件的合法性只有审查建议的权利,由于权利并非权力,不具有强制性,是否审查、如何审查、审查结果如何处理还是取决于行政机关自身。例如,在行政立法和准行政立法的合法性审查方面,由国务院法制机构负责对行政规章的合法性进行备案审查,各级政府的法制机构负责审查本级政府及部门制定的行政规范性文件的合法性。在行政行为程序的合法性审查方面,“行政程序的合法性,其意义在于判断某种行政程序是否违背了成文法的明确规定”^[1]。因为我国的行政程序法尚未出台,行政行为要经过哪些程序尚未明显,现有的明确要进行程序合法性审查的行政行为基本以政府机关内部审查为主,司法审查基本处于空白状态。例如我国重大行政决策程序的合法性审查就是行政机关内部审查。总体来说,当前我国的行政行为合法性审查在审查主体上呈现出以内部审查为主、外部审查为辅,合法性审查的行政性凸显和司法性不足并存的特征。

(二) 纳入合法性审查的行政行为范围有限

经过改革开放以来不断的法治政府建设的实践,我国行政行为的司法审查机制虽已初步建立,但审查范围只涉及行政规范性文件,行政法规和行政规章未纳入审查范围。行政法学将行政行为分为抽象行政行为与具体行政行为。抽象行政行为为不针对特定相对人,主要表现为制定行政法规、行政规章和行政规范性文件等。具体行政行为是行政主体依据一定的行政法规、规章或行政规范性文件针对特定行政相对人的权利和义务进行设置的行政行为。对行政行为的合法性审查不仅是司法机关的权力,更是其义务。1990年施行的《中华人民共和国行政诉讼法》将人民法院的司法审查权限定于对具体行政行为的合法性审查。

一般来说,将行政规范性文件的合法性纳入司法审查范围以2014年的新行政诉讼法出台为准。其实,对行政规范性文件的司法审查权早在2000年即已开始^②。2004年5月18日起实施的最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》(法[2004]96号)又明确了这项权力的运行规则。2014年新修订的《中华人民共和国行政诉讼法》第53条和第64条正式确立了人民法院对行政规范性文件合法性的附带审查权,使得公民、法人或社会组织等行政相对人在提起行政诉讼时,可以申请对行政主体做出具体行政行为依据的合法性进行审查。但是,现有审查范围只限于行政规范性文件,行政法规和行政规章不属于行政诉讼司法审查范围。

(三) 司法审查机制的运行较为被动

法院对行政规范性文件合法性审查存在被动性,未经合法性审查就将行政规范性文件在裁判文书中引用的问题较为突出。行政规范性文件的地位比较特殊,在具体行政诉讼案件审理过程中,它既是行政诉讼案件中附带审查的对象,也是行政诉讼审判的依据。由于行政规范性文件不属于正式的法律渊源,未经审查合法性的行政规范性文件原则上是不得作为行政诉讼案件审判依据的。对行政规范性文件合法性的审查可分为依法院职权的主动审查和以行政相对人申请的被动审查两种。在行政诉讼案件审理过程中,如果行政相对人没有提出对行政规范性文件进行合法性审查的诉求,法院应依据职权主动对行政规范性文件的合法性进行审查。现有的行政规范性文件审查

存在审查随意、程序不明、标准不清、处理软弱等问题^[2]。例如,在行政诉讼案件的实际审理过程中,除非行政相对人提出对行政规范性文件合法性进行审查的申请,法院主动进行合法性审查的较少,如果行政法规、行政规章等没有相关规定的,行政规范性文件就会在未经合法性审查的情况下直接作为行政诉讼案件的判决或裁定的依据。

行政规范性文件的范围广、数量多,在地方政府行政行为中扮演着非常重要的角色,绝大部分行政行为都是依据行政规范性文件作出的。但相比于行政法规和行政规章来说,行政规范性文件的规范性水平偏低,违反法律、法规和规章有关规定或自行创设有关规定的情形较为常见,对其合法性和合理性进行审查非常必要。由于行政规范性文件不属于正式法律渊源,国务院制定的《法规规章备案条例》未将其纳入备案审查范围,而拥有行政规范性文件审查权的法院应该起到主动、认真审查的职责。但在行政诉讼实践中,为何具有附带审查权的各级法院对行政规范性文件的审查表现较弱?除了部分层级的法院在审查行政规范性文件合法性的技术方面存在能力不足的问题外,现有法院的科层制组织结构和“政策实施型的司法逻辑”导致的司法权行政化也是主要原因^[3]。

(四)行政规范性文件的合法性审查基本处于空白状态

伴随行政立法权的日益扩张,地方立法权和部门立法权的扩大,一定程度上滋生了部门利益和地方保护主义法律化现象,行政规范性文件在法律法规范外自我赋权问题凸显。从纵向来看,立法权可以分为中央层面的地方权和地方层面的立法权。传统意义上的立法权是由中央层级立法机关行使,地方立法机关和行政机关并无立法权。伴随中央对地方分权步伐的加快,我国拥有立法权的权力机关和行政机关层级逐渐下沉到设区的市即地级市,地方立法主体制定的地方性法规和政府规章数量不断增多。在地方立法权不断扩大的同时,国务院组成部门和直属机构的部门立法权不断增强。地方立法权和部门立法权的扩大,在便于地方事务和部门事务管理的同时,也增加了部门利益和地方保护主义法律化的可能和运行空间。

政府职能的扩大和行政管理事务复杂性程度的提高,需要有立法权的地方政府和国务院有关部门在规章制定上进行密切的协调和配合,避免

出现地方保护主义和部门山头主义。但在具体的行政立法实践中,在部门利益和地方利益的驱动下,国务院有关部门和拥有立法权的地方政府,未经上级政府授权或在中央层面的立法动议未成为现实法律法规的状态下就开始制定行政规章和行政规范性文件的的行为较为突出,使得行政管理方面的“制度建构和立法的部门化和地方化倾向明显增强”^[4],而对行政规范性文件合法性的审查基本处于空白状态。

(五)合法性审查对行政行为的纠错效果不明显

依据现有行政行为合法性审查的相关规定,行政立法中的行政法规由全国人大常委会负责审查、行政规章由国务院法制机构负责审查;重大行政决策程序的合法性由行政机关内部负责审查;作为具体行政行为依据的行政规范性文件的合法性主要由行政机关法制机构负责审查或法院在行政诉讼案件中依职权或依申请进行审查。同时,依据国务院《法规规章备案条例》的相关规定,公民、法人和其他组织有权对行政规章和行政规范性文件的合法性提出书面的审查建议。

但在审查结果的效力上,除了全国人大常委会可以直接撤销与宪法和法律规定不一致的行政法规外,其它审查的结果是否可以作为修改、废除的依据均需要由行政机关予以确认,审查结果存在不确定性。例如,法院在行政诉讼案件审理过程中,经审查发现行政规范性文件合法性存在瑕疵的,可以认定依据该行政规范性文件作出的行政行为无效,但法院不能宣布该行政规范性文件无效,只能向该行政规范性文件的制定机关提出处理建议。此外,公民、法人和社会组织等拥有的对行政规章、行政规范性文件的审查建议权,只是权利而非权力,并不具有强制性,并且是否审查、审查结果的确认和处理等都是由政府法制机构来完成,合法性审查对行政行为的纠错效果不明显。

二、应纳入合法性审查的行政行为类型:管理维度和法学视角的融合

行政行为是行政管理学和行政法学共同的研究对象,但二者的侧重点不一样。行政管理学主要从权力运行流程的角度将行政行为分为行政决策、行政执行和行政监督三类。行政法学主要从行政行为的合法性视角或者是否针对特定行政相对人的视

角分别将行政行为分为合法性行政行为和非法性行政行为、抽象行政行为和具体行政行为。在综合管理维度和法学视角的基础上,可以将行政行为分为行政立法和行政运行两类,行政立法又可以分为完全行政立法和准行政立法,行政运行分为行政决策行为、行政执行行为和行政监督行为。

(一)行政立法行为

行政机关依据法律制定的规范性文件的过程就是行政立法行为。在我国,行政立法行为是指国务院及其有关部门和拥有地方立法权的地方人民政府依据宪法和法律制定行政法规和行政规章的过程。行政立法的类型主要有行政法规、部门规章和地方政府规章三类。目前,行政法规和行政规章已经成为国家行政管理活动的重要依据。

行政立法是现代政府职能扩大和增强法律适用性的必然趋势,加强对行政立法的合法性审查也是推动法治国家、法治政府建设进程的重要举措。目前,我国对行政法规的审查主要由全国人大常委会负责,行政规章的审查权主要由国务院法制机构行使。依据我国宪法对全国人大常委会职权的相关规定,全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。依据国务院颁布的《法规规章备案条例》规定,国务院法制机构负责地方行政法规和行政规章的备案工作,履行备案审查监督职责。

行政立法行为属于行政法学领域中的抽象行政行为,“抽象行政行为与行政诉讼法律适用有着千丝万缕的联系,它就像一个幽灵游荡在行政诉讼法律适用的上空,成为研究行政诉讼法律适用一个必须面对的、无法逃避的问题”^[5]。但在我国现有的行政立法审查机制中,在行政诉讼法律适用方面,法院尚没有权限对行政法规和行政规章的合法性进行审查,只能对行政规范性文件这一准行政立法行为的结果进行合法性审查,抽象行政行为的合法性审查机制存在一定的不完整性。

(二)准行政立法行为

准行政立法行为是指行政机关依据法律、行政法规和行政规章等制定或者在上位法没有具体规定或明确授权的前提下创设行政规范性文件的行为。2004年5月18日最高人民法院发布的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》对行政规范性文件的范围进行了界定。从法理角度看,行政规范性文件虽不属于广义上的法律

范畴,但是其已经成为我国各级行政机关和部门诸多行政行为的依据,具有同行政法规、规章类似的效力,笔者将制定行政规范性文件的行为称为准行政立法行为。目前,有关行政规范性文件的范围和制定主体等问题尚没有统一的规定。在行政规范性文件的范围上,最高人民法院在有关司法解释中对其进行了界定,部分省级政府也在有关规定中界定了行政规范性文件的含义。相对来说,最高人民法院司法解释的规定比部分省级政府规定的标准更高、界定也更加严谨^③。现有针对行政规范性文件合法性的审查主要有政府审查和司法审查两种。政府审查主要是由各级政府内部的法制机构负责审查行政规范性文件的合法性。司法审查是由法院在审理行政诉讼案件过程中依据职权或行政相对人的申请对作为具体行政行为依据的行政规范性文件的合法性进行的审查。

(三)行政决策

行政决策是政府依据法律、法规、行政规章和行政规范性文件等规定的权限,通过一定的程序制定的对社会价值进行权威性分配的结果。行政决策是行政管理活动的起点,是行政执行的前提。行政决策的依据和决策程序的合法性如何,直接关系到行政运行的成效和质量,也深刻影响到政府的公信力。伴随着对行政法规、行政规章、行政规范性文件备案和审查机制的建立和逐步完善,行政决策依据的合法性在很大程度上可以得到保障,违法决策现象已经得到有效遏制。但同时,对于行政决策程序的合法性审查较为滞后。虽然公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定已被确定为行政决策的法定程序,但由于《行政程序法》尚未出台,行政决策程序的合法性审查存在标准缺失的问题,加之由行政机关内部负责审查,使得行政决策程序合法性审查的效力不够,如何强化外部力量对行政决策程序合法性的审查是确保行政决策质量的重要保障。

(四)行政执行

行政执行是行政决策的实施过程。由于行政执行行为非常具体,对每一个行政行为的合法性进行审查不切实际,通过对作为行政执行主要依据的行政决策程序和行政规范性文件的合法性进行审查,可以起到对行政执行行为合法性进行审查的目的,同时辅助以行政诉讼过程中对行政规范性文件的合法性和具体行政行为的合法性的审

查,行政执行的合法性审查基本完备。因此,本文在探讨行政行为合法性审查机制构建时不再对行政执行行为的合法性审查机制进行单列。

(五)行政监督

行政监督是对行政决策和行政执行行为的合法性、合理性进行监控和督察的行政行为。很长时期内,我国行政监督主要包括行政监察和行政审计两大类。在国家监察委员会组建后,行政监察已经从内部监督转变为外部监督,行政审计尚属于行政监督范畴。行政审计是对于行政机关在运行过程中的财务收支及其相关的经济活动的真实性、合法性等进行审查和监督的行为。由于其自身具有对政府行政行为的合法性进行审查的性质,因此,行政监督行为也不属于本文论述的行政行为合法性审查机制讨论的范围。鉴于行政监察权和监察机关的独立,行政审计作为保障政府财政收支行为及其相关经济活动的合法性的重要手段,可以考虑将行政审计也从政府部门内部单列出来,作为监察的重要依据和手段并入国家监察委员会或者隶属于同级人大常委会领导。

行政决策是行政执行的前提,行政执行是行政决策的实施,行政决策的成败和质量高低直接关系到行政执行的成效。在行政决策、行政执行和行政监督三者中,行政决策行为的合法性最为重要,行政决策程序的合法性应成为行政行政监督是对行政决策和行政执行过程的监管和督促,伴随国家监察委员会的成立,行政监督权逐渐从内在自我监督转变为外在主体监督。同时,由于行政执行的合法性和合理性存在的问题,可以在具体行政诉讼案件中通过法院拥有的行政规范性文件的司法审查权得到保障,但法院无权对行政法规和行政规章的合法性进行审查。因此,行政立法、准行政立法和行政决策程序的合法性应该被纳入我国政府行政行为合法性审查的主要内容。

三、构建全面的行政行为合法性审查机制的路径

管理视角下的行政行为追求的是效率和效能,法学视角下的行政行为追求的是行政行为的内容和程序的合法性。面对我国现有行政行为合法性审查在审查主体、审查范围、审查标准、审查程序和审查结果等方面存在的问题和薄弱环节,需要从扩大

审查对象、确定合适审查主体、明确审查范围、严格审查标准、规范审查程序和强化审查结果效力等方面构建全面的行政行为合法行政审查机制。

(一)构建多元审查主体

我国现有的行政行为合法性审查,在审查主体上存在以行政机关内部审查为主的特征,外部审查主体较为缺乏。在构建行政行为合法性全面审查机制过程中,除了要继续保留由行政机关内部的行政规章和行政规范性文件的备案审查机制外,同时也要建立同级人大常委会和法院对本级及其以下层级政府制定的行政法规、行政规章、行政规范性文件以及所作出的重大行政决策程序的合法性审查机制,构建行政机关内部审查和人大、法院等外部审查相结合多元审查主体。此外,针对公民、法人和社会组织在现有行政行为合法性审查机制中的审查意愿和审查能力双重缺失的现状,建议增强公民、法人和社会组织审查建议的效力,有关公民、法人和社会组织在对涉及自身利益的行政行为合法性向人大、政府或法院提出审查申请或审查建议时,有关行政机关有义务在规定时间内给予有关合法性审查结果的答复,提升公民、法人和社会组织提出的行政行为合法性审查建议的效力。

(二)扩大人大常委会和司法机关审查范围

行政行为的合法性程度是决定行政行为绩效的重要因素,扩大行政行为合法性审查范围是对行政权监管的内在要求。从行政权的权力来源和司法权的属性来看,同级人大及其常委会有权对行政立法行为、准行政立法行为、重大行政决策行为的合法性进行审查。司法机关有权在行政诉讼案件审理过程中,对由同级及以下政府制定的作为具体行政行为依据的行政规范性文件的合法性进行审查。鉴于重大行政决策在行政运行程序中的重要性,重大行政决策程序的合法性也应列入行政行为合法性审查范围。因此,在现有行政行为合法性审查范围上,扩大各级人大常委会的审查权,将重大行政决策程序的合法性、行政法规和行政规章等纳入行政诉讼司法审查范围。具体来说,可以将全国人大常委会的审查权扩展到国务院各部门制定的部门规章、行政规范性文件和重大行政决策程序的合法性;赋予省级和有立法权的设区的市人大常委会拥有对同级政府制定的地方政府规章、行政规范性文件和重大行政决策程序

合法性进行审查的权力；赋予法院在行政诉讼案件审理过程中对本级及以下层级政府制定的作为具体行政行为依据的各类型行政规范性文件，例如最高人民法院有权对行政法规、所层级政府制定的行政规章和行政规范性文件的合法性进行审查，省、自治区和直辖市的高级人民法院有权对省级和地级市政府制定的规章、行政规范性文件的合法性进行审查，地级市的中级法院有权对本级政府制定的规章、本级及其以下层级政府制定的行政规范性文件的合法性进行审查。

（三）强化对行政规范性文件的合法性审查

行政行为合法性审查从内容上看包括行政立法合法性审查、准行政立法合法性审查和具体行政行为合法性审查。其中，规范性文件的合法性主要包括权限合法、内容合法和程序合法三个方面^[6]。在我国，行政规范性文件的数量庞大，体系复杂^[7]。针对现有政府行政行为中存在的部门利益和地方保护主义法律化、行政规范性文件制定主体和制定程序较为混乱、下位法突破上位法立法范围等问题，需要从规范行政规范性文件的制定主体、严格限制部门立法权和地方立法权范围等方面来规范行政规范性文件的制定，强化对行政规范性文件的合法性审查。首先，建议国务院出台《行政规范性文件制定和备案审查条例》，统一行政规范性文件的制定主体和制定范围。对于行政规范性文件的制定主体，我国不同的省、市、区政府的规定不尽一致，例如上海市将行政规范性文件制定权赋予了乡镇人民政府和部分层级的政府派出机构。考虑到行政规范性文件在具体行政行为中的重要性，这种规定过于宽松。其次，严格限制部门立法权和地方立法权范围，禁止有关部门和地方政府在上位法规定范围之外进行行政立法。政府职能的扩大和行政管理事务复杂性程度的不断提高，使得部门地方权和地方政府立法权扩大是必然趋势，但要注意严格限制部门地方权和地方政府立法权的范围，明确其必须在法律、行政法规和上级政府规章范围内立法，禁止未经授权在上位法范围外设立行政规定、增加公民、法人和社会组织责任，缩减公民、法人和社会组织的权利等行为。

（四）建立政府和同级人大常委会对重大行政决策程序合法性的双重审查机制

“行政程序是行政权力运行的步骤、顺序、方

式、时限等要素的集合，是一个不含任何价值取向的中性概念，但当其成为立法者需借助法律加以规制的内容，成为行政机关自我约束和规范的要素”时，对行政程序中的部分关键环节进行合法性审查就显得非常重要。行政决策是行政运行过程的起点，是行政执行的前提，决策程序的合法性是关系到决策质量和执行效果的重要一环。按照行政决策重要性程度来看，行政决策可以分为重大行政决策和一般行政决策。由于受到审查机构的人力、财力、时间等方面的限制和考虑到行政行为运行效率的要求，行政决策程序合法性的审查主要针对重大重大行政决策程序。在实践中，国务院《重大行政决策程序暂行条例》虽然已将合法性审查与公众参与、专家论证、风险评估、集体讨论决定等一起列为重大行政决策的程序之一，但负责合法性审查的主体是决策机关的法制机构，仍然属于行政机关的内部审查，难以有效确保重大行政决策程序的合法性。对此，可以构建政府和同级人大常委会对重大行政决策程序合法性的双重审查机制，先由政府法制机构对重大行政决策程序的合法性进行审查并提出初步审查结论，然后交由同级人大常委会进行审查，合法性审查结果以同级人大常委会的结论为准。

（五）强化合法性审查结果的效力

合法性审查的结果如何适用，直接关系到行政行为合法性审查的效能。为了更好地强化合法性审查结果的效力，可赋予审查机关对于经审查认定为不合法的行政行为拥有宣布无效的权力。当前我国的行政行为合法性审查不仅存在审查范围有限的问题，同时外部审查主体对行政行为合法性进行审查时也存在审查结果的效力不足问题。例如，法院在行政诉讼案件审理时，如果认定具体行政行为依据的行政规范性文件的合法性存在瑕疵时，只能认定该规范性文件不能作为具体行政行为的依据，具体行政行为为不具备合法性或者合法性不足。在对该行政规范性文件的处置上，法院可以将具体审查结果报送给该行政规范性文件的制定机关，但不能宣布该行政规范性文件全部或者部分失效，具体处置的权力还保留在行政机关手中。因此，在构建行政行为合法性审查机制时，不仅要扩大外部审查主体和审查范围，还要赋予审查机关于审查不合格的行政行为拥有宣布无效的权力，以达到强化合法性审查效果的目的。

法治政府建设是法治国家建设的重要组成部分,加大对行政行为合法性的审查力度,确保政府依法行政是法治政府建设的关键环节。自依法治国方略提出以来,针对政府行政行为的合法性审查的规定不断完善、审查的力度不断增强,各级政府和部门的依法行政水平不断提高,有力地推动了法治国家建设的进程。但是,我们也要清晰地看到,我国现有的行政行为合法性审查依然存在以政府内部的自我审查为主,外部审查的范围和力度较为有限,审查结果的效力并未得到充分彰显,与现代法治政府建设的目标还有很大的差距。为此,将行政规范性文件作为合法性审查的重点、强化外部审查、拓展审查范围、明确审查结果的利用等是今后很长一段时期内完善我国政府行政行为合法性审查机制的基本方向,以更好地实现法治政府和法治国家建设的目标。

注 释:

- ① 参见 2018 年国务院《政府工作报告》。
- ② 2000 年 3 月 10 日起施行的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 62 条第 2 款规定:“人民法院审理行政案件,可以在裁判文书中引用合法有效的规章及其他规范性

性文件。”

- ③ 依据最高人民法院于 2004 年 5 月 18 日发布的《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》,行政规范性文件的范围包括两大类:一类是国务院部门以及省、市、自治区和较大的市的人民政府或其主管部门对于具体应用法律、法规或规章作出的解释;另一类是县级以上人民政府及其主管部门制定发布的具有普遍约束力的决定、命令或其他规范性文件。

参考文献:

- [1] 江必新.行政程序正当性的司法审查[J].中国社会科学,2012,(07):123-142.
- [2] 黄学贤.行政规范性文件司法审查的规则嬗变及其完善[J].苏州大学学报,2017,(02):73-85.
- [3] 余军,张文.行政规范性文件司法审查权的实效性考察[J].法学研究,2016,(02):42-61.
- [4] 张淑芳.论行政决策合法性审查的制度构建[J].政法论丛,2016,(02):74-81.
- [5] 杨海坤,章志远.行政诉讼专题研究述评[M].北京:中国民主法制出版社,2006.362.
- [6] 王红卫,廖希飞.行政诉讼中规范性文件附带审查制度研究[J].行政法学研究,2015,(06):29-37.
- [7] 杨士林.试论行政诉讼中规范性文件合法性审查的限度[J].法学论坛,2015,(05):42-50.

Existing Problems in the Legitimacy Review of Administrative Acts and the Ways to Improve them

CHEN Peng

(Law School, Anhui Normal University, Anhui 241003, China)

Abstract: With the gradual rise of the administrative state, strengthening the examination of the legality of administrative acts has become an inevitable requirement for standardizing the operation of the executive power and safeguarding the rights of citizens. At present, there are some problems in the legitimacy review of administrative acts in China, such as internal review, limited scope of administrative acts included in the review, passive operation of judicial review mechanism, blank status of legitimacy review of administrative normative documents, and unclear corrective effect of legitimacy review on administrative acts. On the one hand, it is necessary to define the legitimacy of administrative legislation, quasi-administrative legislation and major administrative decision-making procedures as the scope of administrative action review. On the other hand, we need to build a more complete review mechanism of the legitimacy of administrative acts from the aspects of building a pluralistic review subject, expanding the scope of the review, stringent review criteria, and strengthening the effectiveness of the results of the review, so as to better regulate the operation of administrative power and promote the process of building a government ruled by law.

Key words: administrative act; legitimacy review; path

(责任编辑:杜爱农)

正当防卫制度的适用现状与制度完善

孙凤荣

(南开大学 法学院, 天津 300350)

摘要:正当防卫制度旨在保障公民依法行使防卫权,作为刑事违法阻却事由,理当对人权保障产生重要作用,然而,无论是1979年《刑法》还是1997年《刑法》实施期间,正当防卫制度的适用率一直很低,近些年的表现是,涉及正当防卫的案件,认定并免除刑罚处罚的寥寥无几。刑法条文有关正当防卫制度的认定标准模糊,导致这一制度的适用欠缺确定性和规范性,在司法程序中,认定的现实压力和部分司法传统增加了正当防卫制度的适用难度,正当防卫制度在刑法体系中地位不断下降,经常被讥讽为“僵尸条款”,这违背正当防卫制度的立法初衷。基于此,要从稳定人们的规范性期待和完善司法适用两方面进行全面的反思,实现正当防卫制度对于人权保障的应有之意。

关键词:正当防卫;人权保障;立法规范性;界定标准

中图分类号:D914.1

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0087-05

近几年,正当防卫案件不断进入公众视野,比较典型的案例,如:邓玉娇案、于欢案、昆山夺刀反杀案、赵宇正当防卫案、河北反杀案等。其中,第三起案件由警方认定为正当防卫,不予追究刑事责任。第四、第五起案件是由检察院认定为正当防卫,作出不予起诉决定,不予追究刑事责任。可以看出,正当防卫制度在一定程度上得到发展,公安机关和检察机关在责任担当方面确实有一些进步。但是,不能否认的是,从我国长期的司法实践来看,认定为正当防卫并排除刑罚适用的案件少之又少。

一项好的法律制度,不应仅停留于法律文本之上,更要落实到实际生活之中。正当防卫制度的研究始终是刑法学界和刑事实践部门难以回避的课题。全面落实正当防卫法律制度,需要法律条文精细、严密,然而我国正当防卫制度的法律条文笼统、模糊,导致司法实践中产生诸多不便。法律对公民行为具有引导和规制作用,通过了解法律,公民可以产生对自身行为的合理预期,法律不应该让公民感到困惑,更不能强人所难,当公民合法权益受到侵害时,要让每一个公民都敢说,并且清楚该如何说不,这一难题亟需刑法学界努力解决。精细化的法律是处理案件的基础,精通并熟练运用法律的司法人员才是处理案件的关键。司法人员精通正当防卫法律条款,在司法实践中践行法条精神,在案件处理的时候充分考虑案件的特殊性和社会影响,准确运用正当防卫制度,追求法

律效果和社会效果的统一,保障司法公正,让好人敢做,让坏人罪有应得,是司法人员该有的司法担当。

一、正当防卫制度立法变迁轨迹

我国《刑法》规定,正当防卫是“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害而采取的制止不法侵害的行为”^[1]。正当防卫制度是防卫人在面对紧急不法侵害时,为了保护本人或者他人的合法权益,不得已而实施的防卫行为,是刑法中为数不多的违法性阻却事由之一^[2]。这一制度的存在,是法律进行利益衡量的结果。

正当防卫制度的确立于国家、社会、人民有益。一是可以使公民的合法权益得到有效保护。刑事案件的发生大多很突然,难以预见。当防卫人的人身和财产利益置于公权力所不能及的时间和空间特定情形下,赋予防卫人以私力救济的可能性,使防卫人保护自身合法利益的行为有法可依,赋予防卫行为法律正当性,防卫人就可以免除刑罚处罚,从而有效保护防卫人合法权益。二是对犯罪分子不法行为起到震慑作用。法律具有规制作用,法律本身就具有减少犯罪的功能,正当防卫制度就是赋予防卫人可以对紧急不法侵害进行防卫而免除刑罚处罚的权利,不法侵害人认识到这一点,便知道自己进行不法侵害时处于法律所谴责、所禁止的地位。考虑到自己的人身和财产都可

能成为被打击的对象,甚至可能造成自己丢掉生命的严重后果,就会使不法侵害人内心产生恐惧,打消不法侵害的意图,自觉维护社会秩序和法律的尊严。三是可以伸张社会正义。无论是司法实务部门还是社会公众,都希望拥有安定、公正的社会生活环境,正当防卫是正义与非正义的一场较量,正确适用正当防卫是惩恶扬善的表现,会在司法实践中引导、教育公众自觉遵守法律和社会秩序,使公众对追求公平正义更有信心。

司法实务当中,司法实务部门对于将防卫人行为作无罪处理始终采取谨慎的态度。根据以往典型案例,防卫行为经常被作为防卫过当处理,甚至有人完全否定自卫的性质,将其视为故意犯罪。正当防卫制度在1979年《刑法》中就有规定,但1979年《刑法》对正当防卫的法律规定具有内容笼统,弹性大的特点^[9],既不利于办案人员的主动适用,也不利于鼓励普通公民以正当防卫制度为防卫手段,积极打击违法犯罪行为。在此背景下,社会上出现大量围观违法犯罪行为而无人出手相助的情况。刑法学界意识到这种社会现状产生原因在于刑法文本建构不足,认为通过放宽正当防卫制度的适用条件,增加正当防卫的适用数量的方法,可以改变见人处于危难之中而冷眼相对的社会现状。由此,在1997年刑法中提出的降低正当防卫制度适用标准的意见,受到了刑法学界的一致认可。通过私力救济,平衡法益侵害与法益保护的关系,就是这一立法目的的具体体现。

1997年《刑法》颁布后,人们曾经一度盲目乐观,认为通过修改法律条款,就可以一劳永逸地解决正当防卫制度的适用难题。可是直到今天,正当防卫制度适用问题并没有解决,认定率过低仍然是摆在广大法律工作者面前的难题。近几年社会上出现一系列正当防卫案件,如:昆山夺刀反杀案、于欢案和邓玉娇案。使正当防卫制度再一次成为人们热议的话题。三起案件均实施了防卫行为。从普通民众的视角看,这三个案例中行为人已然具有了正当防卫的实施条件。但是从法院审判角度看,虽然防卫人所面对不法侵害万分紧迫,却依旧要精确衡量防卫行为与侵害行为之间的伤害值大小,要理性判断自己进行防卫时不法侵害是否已经终止。这三起案件最终结果,只有昆山夺刀反杀案符合正当防卫,于欢案和邓玉娇案均认为防卫过当并判处故意伤害罪。如此高的判断标准导致正当防卫认定率只占三分之一。仅通过改变立法解决正当防卫适用难题这条路是行不通的。

二、正当防卫制度适用难的原因分析

我们不禁要问,正当防卫领域为何会表现出此种

司法景象?到底是法律条文本身出了问题,还是司法实务部门在司法实务进行中使正当防卫制度变了味道?笔者建议可以从立法和司法两方面分析正当防卫制度的适用难题^[10]:

(一)立法层面,公民行使和滥用权利的界线模糊

1.正当防卫的成立条件有五个,分别是:有不法侵害存在;行为人需有保护合法利益的目的;不法侵害在进行之中;被打击人应为不法侵害人;打击程度不应该明显超过侵害严重程度。刑法对成立条件仅是抽象化对客观事实的表述对“谁判断”缺少明文规定标准,由此造成从谁的角度进行判断无定论,司法实践中不断有分歧和争议且同一问题结论迥异。学界和司法实务部门难形成统一标准,后果就是理论和理论冲突,司法判决和理论冲突,司法判决和司法判决冲突。

2.我国刑法虽将正当防卫制度保护的利益分成个人利益、公共利益、国家利益,但是并没有详细规定不同利益的保护条件和保护程度,这种粗放式立法与英美国家精细化立法相比,仍有一定差距。以美国正当防卫为例:美国根据不同法律利益的重要性、侵权程度和产生结果,在刑法中设定了有差别的防卫权行使条件和限度,针对人身权的防卫条件比针对财产的防卫条件明显宽松,针对自己的人身权和针对他人的人身权也有差别^[11]。防卫权的分类化立法不仅使法律本身更精细,而且使法律条文更加严谨、合理,而我国的粗放式的整体表述容易增加理解难度,进一步增加法律的不确定性。

(二)司法层面,众多限制导致认定困难

司法实务部门有不敢或不愿认定正当防卫案件的习惯,进一步增加了正当防卫类案件的认定难度。如在成立条件中增设“紧迫性”要件;防卫限度判断中的唯“结果论”;“重定罪,轻量刑”的刑事实务传统及办案人员外在压力等。

1.“紧迫性”成为认定正当防卫案件的增设条件^[12]。刑法理论界对“紧迫性”要件暂未形成统一的判定标准。常见理解有以下几种:一是紧迫性要求防卫人已经履行躲避义务且事发突然。反过来,若行为人对发生的不法侵害能够明确预见或能避而不避,在判例中通常的认定是不法侵害不具有紧迫性。比如:明知是行动缓慢的老年人在实施不法侵害而拿起武器予以回击;以及驾车撞死持刀抢劫的行凶者而不是驾车远离行凶者的情形等。或机械看待双方打斗,只要发生肢体接触,就认定为互殴,排除正当防卫的适用。二是紧迫性要求不法侵害“正在进行”。我国司法实务中存在的问题表现在,经常出现将“正在进行”理解为被害人不法侵害作用于防卫人人身或财产等法益的一瞬间,而不是有停顿的持续的全过程。如果行为人在不法侵

害的间歇期对不法侵害人进行打击,就容易因为认定缺乏“紧迫性”而被认为属于防卫不适时。甚至认为只有侵害发生的瞬间才能进行打击行为,故而排除正当防卫的适用。比如,在于欢故意伤害案中,虽然于欢及其母亲人身仍被讨债者囚禁,但于欢在捅刺被害人当时,恰逢不法侵害人的侵害行为处于间歇期,从而认定于欢打击行为缺乏正当防卫的时间要件。一审认定于欢持刀捅刺讨债者的行为成立故意伤害。三是紧迫性要求没有其他救助的可能性。救助可能性包括请求其他个人救助的可能性,也包括请求公权力机关救助的可能性。关于向个人求助,学者认为:若案发现场有亲友或者第三人在场,他人就有劝阻侵害人侵害行为的可能性,故视防卫行为为非紧迫情形下的必要之举。而请求公权力救助的方式比较多,通过分析判例可知,向公权力求助情形下的紧迫性,是指对于正在实施严重不法侵害,在时间上不允许防卫人求助于调解机构、仲裁机构及向人民法院提起诉讼等公力救济途径。一些司法实务部门认为,一旦防卫人可以通过向主管机关报告、请求仲裁、提起诉讼等方式维护权益,通常否定侵害的紧迫性。

2.近年来在我国盛行结果无价值论,对正当防卫制度维护司法公正产生诸多消极影响。毫无疑问,在刑事司法审判过程中,将案件事实调查清楚,对犯罪嫌疑人指控均有确实、充分的证据予以证明,是保证司法公正的基础。随着结果无价值论在我国司法实践中的影响不断增强,越来越多的司法实务部门采用优越法益理论办案,简单对比法益即可得出结论的做法,看似十分适用于实务部门。实际上,这种方法忽略了对案件事实的还原,也缺少对发生时行为人主观方面的认定,只考虑产生后果这一个方面,容易因为“唯结果论”而办错案、办冤案^[7]。特别是在发生死亡结果的情况下,防卫行为会被认定为超过限度,很难得到法律的保护。此外,在事实认定方面,正当防卫案件大多具有突发性、变化迅速以及隐蔽性的特点。举证难更加剧正当防卫案件认定难度,增加司法实务部门“唯结果”论的数量,造成辩护人提出的正当防卫意见往往不予采纳的后果。

3.重罪轻刑的传统是影响我国刑事审判公正的原因之一。纵观司法实务部门对以往刑事案件的处理结果可以发现,办案人员一直受到“重定罪、轻量刑”思想的影响,正当防卫制度受这种思想的影响尤其明显^[8]。重定罪思想导致办案人员对案件审查过程流于形式,对案件处理采取“和稀泥”的态度。安慰双方家属和回应社会舆论成为司法实务部门的主要目的。结果就是,给行为人定罪,使被害人一方满意;通过防卫过当给行为人从宽处罚,使行为人一方满意;案件协调的

好,社会满意,仅此而已。办案人员“和稀泥”的惯用方式有两种:一是先将正当防卫行为机械性地认定为互殴,以故意伤害等罪名定罪处罚,再以被害人存在过错从宽量刑;第二种是直接将防卫行为认定为故意伤害等罪名,辅助以防卫过当作为从宽量刑情节对行为人从宽处罚。长此以往,让正当防卫变成协调双方利益的手段。

4.办案人员压力大,正当防卫的认定不再是客观公正的法律认定过程。一是办案过程中来自当事人及其家属的压力。侵害人一方主张侵害人虽有罪,但不接受或死或重伤的后果。尤其出现侵害人死亡的情况,“死者为大”等思想迫使办案人员承受种种心理压力,甚至出现法官被威胁,若不按照侵害人一方要求审判,就要杀害法官的家人。而防卫人一方认为在受到非法伤害时奋起反抗理应受到法律保护。司法审判机关如果认定防卫人有罪,难服民意。二是案件审判完成后的信访压力。信访问题始终是我国司法实践中的难题,社会上广泛存在“有人死就得有人负责”的观念,面对被害人一方的重压,司法机关很难做出公正审判,认定防卫人因正当防卫而无罪。三是来自于舆论压力。我国有因果报应观念和传统伦理道德,加之公众参与此类案件热情较高,媒体报导更为舆论推波助澜。社会关注度增加,进一步提高办案难度,办案人员在办案时考量各方意见,很难坚持公正办案,如何做出各方都可接受的审判,成为办案人员的首要考量因素,进而导致了“和稀泥”现象。

三、应对正当防卫制度适用难的具体方法

解决法律难题,要秉持哪里有问题,就从哪里着手解决问题的态度。想真正解决正当防卫制度适用难题,理当从立法和司法两个方面下功夫。

(一)增加正当防卫适用,理当立法先行。

1.立法观念应与公众生存与幸福相适应,转变立法国家主义观。这种观念的转变具有非常重要的价值,它直接影响着正当防卫制度的立法理念和制度定位。具体做法如下:需要了解公众怎么看待正当防卫制度,在纠正正当防卫规范或者进行法律解释时,参考公众对待正当防卫的价值判断,从立法的角度降低在正当防卫刑事司法实践中出现违背民众感情的风险^[9]。

2.在处理法律规定时,有必要建立表述明确的判断标准,以避免司法实务中正当防卫制度的适用差异。对于这一点,可以借鉴美国经验。相对于中国刑法中正当防卫起因条件判断标准的缺失,美国刑法通过“行为人合理确信”或“理性人合理确信”来明确判断

标准,防止分歧的产生^[10]。“行为人合理确信”要求只要防卫人本身相信存在自卫所需的构成要件,就拥有了防卫理由。“理性人合理确信”要求一般理性人处于防卫人的位置时,会理性地考量正当防卫的成立条件,从而确立正当防卫判断标准。在这里,我们暂时不讨论“行为人合理确信”或“理性人合理确信”的判断标准,哪个更合理。至少美国刑法通过这种文字的明确规定,确定了判断标准,避免了一定程度上的分歧和争议,这一点值得我们借鉴和学习。

3.根据被侵害法益类型,设置不同防卫类型。不同法律利益的价值不同,非法侵害的程度也可能存在不同,应区别对待,设立不同的防卫权限。我国刑法分则,按照保护客体不同,分为不同章节,设置不同罪名。虽然正当防卫制度是刑法总则规定,但仍有指导分则的作用,刑法分则体系是细化正当防卫的类型和权限的基础。鉴于此,应根据分则罪名所在章节不同,设定相对应的正当防卫权。

(二)司法实务中准确适用,是实现正当防卫制度保障功能的关键^[11]。

1.在司法实务当中,司法人员应将“紧迫性”排除在正当防卫成立要件之外。紧迫性的认定要注意以下细节:一是在司法实务中,办案人员应了解正当防卫行为是法律确认和鼓励的行为,面对不法侵害,任何人都可以行使防卫权。躲避和忍耐不是一种必须遵守的义务,而是一种选择的自由,防卫人既可以选择公权力救济途径,也可选择私权利救济途径。在认定侵权行为时,办案人员要统筹考虑案件,科学地衡量和比较防卫行为和侵害行为所造成的利益损害,不苛求防卫人承担过多的道德责任。此外,虽然防卫起因与防卫意识存在一定相关性,但两者并不具有必然性,不能认为起因瑕疵一定排除防卫意识的存在。正当防卫的成立不能片面地通过双方之间的“口头争执”和“肢体冲突”来否定。双方发生口角或纠纷,并不排除对一方构成非法侵权的可能性。二是应该指出,由于有第三者在场而拒绝公民行使正当防卫权的做法是武断的。在这种情况下,有必要结合案件的特殊情况和“接管状态”来判断防卫人的行为是否符合正当防卫的构成条件。也就是说,只有当第三方实际控制了非法侵权行为,情况才会被有效接管,在这种情况下,行为人是允许进行正当防卫的。具体来说,应该区分以下三种不同的情形进行理解:首先,不法侵害人在听取他人劝阻,自愿停止侵权行为或者他人对不法侵害人采取完全控制措施,使不法侵害人不能继续危害他人的,从非法侵权行为停止的角度看,事后攻击侵权人不能被视为正当防卫,一般认为是事后防卫。其次,虽然在场的第三方还未完全控制不法侵害人,但

是第三方一定会以更有效的防卫手段来制止不法侵害行为^[12]。再次,如果第三人因为意志或能力原因未能成功地阻止侵害,那么他们的存在就无法保证受害者的法益。在此类情形中,受侵害者当然应该被允许进行自卫来保护自己。三是我们应当注意,正当防卫制度的价值在于打击不法侵害人的损害行为,保护自己或他人的合法利益免受损失。进行正当防卫行为时,应有不法侵害人正在进行不法侵害行为的客观事实^[13]。也就是说,侵权行为是否发生,应当根据行为发生时的客观情况来确定,而不能以感觉自己受到威胁或他人受到侵害为防卫依据。如果不法侵害行为并未着手或者已经停止,防卫人此时进行防卫,是不合时宜的、非法的。具体来说,我们需要考虑防卫行为发生过程中,防卫人的主观认识因素并综合其他客观条件予以判断。明知违法行为并未开始或者已经结束,故意实施伤害他人的行为,以故意犯罪论处;相反,如果防卫人错误地认为正在进行非法侵权行为而实施所谓的“防卫”,则是一种假想的防卫,属于过失犯罪或意外事故。

2.应当放宽正当防卫制度的“限度”要求^[14]。刑法规定正当防卫制度为犯罪阻却事由,是因为防卫行为是一种可能造成严重损害的自救行为。不法侵害人受损害程度通常与不法侵害人所实施的侵害行为危险程度成正比。这就要求办案人员在确定“重大损害”时要认真考虑现场客观环境,以及行为人的紧张程度。在司法审判中,要避免“唯结果”论,不能因为损害结果的发生而否定正当防卫。经司法机关仔细考虑,防卫人在行使防卫权的过程中造成轻伤的结果,一般不应认定为“重大损害”情形。在打击侵害行为的过程中,防卫人行为虽已经超越制止不法侵害人所必须的限度,但实际产生的伤害结果并不严重的,应该以正当防卫论。

3.主动克服压力,司法实务部门主动担负起保护司法公正的职责。司法人员在认定正当防卫时,应当履行各自的职责,相互配合,严把法律关。侦查机关应当从一开始就严格掌握事实和证据,对于造成死亡后果的重大案件,检察机关也可以提前介入,指导侦查,并可以监督司法机关公正审判。必须要杜绝一旦发生重伤死亡后果的防卫案件,为减轻死伤者家人的信访、上访可能性或社会舆论压力,就无视司法程序,直接在本环节不予认定正当防卫,将自身压力传递到诉讼的后续环节,这是司法实务部门应有的司法态度。对正当防卫案件的认定,不能采取“和稀泥”的态度,而是审慎考量正当防卫的诸构成要件进行全面的分析和认定。其次,对于特别重要和复杂的案件,可以指定具有深厚法律知识和丰富经验的司法人员处理,或者由司法实务部门领导集中处理,也可以创新司法公

开方式,将典型案件审判作为公众了解正当防卫制度的“活课堂”,邀请人大代表、政协委员和新闻媒体旁听庭审,让公众接近案件事实,了解案件事实,体会案件当事人所知所感,及时消除社会疑虑。还可以邀请专家学者举行听证会等方式,准确传达人民法院鼓励正当防卫的基本立场,争取社会各界的理解和认同,彰显司法公信力。

立法建设的不足和司法适用的困难,在一定程度上导致了近 20 年来我国正当防卫理论研究发展缓慢、生命力下降的总趋势。无论是研究方法的创新,还是研究内容的突破,都无法与刑法通论的许多其他领域相比。在司法实践中,尽管新刑法颁布,但重结果轻程序的司法习惯并未放松,死者为大、死人就要闹的司法环境并无改进。立法初衷虽好,却无法扭转该制度认定率偏低的发展趋势。法律文本无法应用于司法实践中,不久就会沦为僵尸条款,无法发挥维护社会正义的作用,丧失公信力,就会像危楼一样,随时可能被抛弃^[15]。本文基于司法现实问题所提对策,意在改善正当防卫制度在刑法中的地位不断下降的现状,解放受约束的公民的防卫权。增加正当防卫的适用数量是一个过程,更需要刑法学界的不懈努力。笔者希望通过法律解释可以细化正当防卫条文,司法实务部门可以各司其职,不推诿、扯皮,在多方共同努力之下,正当防卫制度定会进一步发展,为公平正义保驾护航。

参考文献:

[1] 李毅.从案例再议正当防卫制度[D].西南政法大学,

2009.

- [2] 徐璐璐.刑事违法性与防卫行为之违法性判断[J].广西政法管理干部学院学报,2015,(01):91-95.
- [3] 彭卫东.正当防卫论[M].武汉:武汉大学出版社,2001.
- [4] 刘宪权.中国刑法理论前沿问题研究[M].北京:人民出版社,2005.
- [5] 姜敏.正当防卫制度中的“城堡法”:渊源、发展与启示[J].法学评论,2018,(05):47-60.
- [6] 劳东燕.正当防卫的异化与刑法系统的功能[J].法学家,2018,(05):76-92.
- [7] 刘项南.适度扩大正当防卫正当化根据[N].检察日报,2018-02-11(003).
- [8] 史雯.期待可能性在正当防卫中的适用问题——基于昆山砍人案、于欢案等案件的分析与反思[J].三明学院学报,2018,(05):46-51.
- [9] 劳东燕.正当防卫的异化与刑法系统的功能[J].法学家,2018,(05):76-92.
- [10] 邓多文.论刑法的合理性解释[D].西南政法大学,2010.
- [11] 张峰.正当防卫的司法实践判断[J].中国检察官,2018,(01):66-71.
- [12] 崔志鑫.论正当防卫的防卫限度[D].西南政法大学,2008.
- [13] 张明楷.刑法学 2006 年版[M].北京:北京大学出版社,2006.
- [14] 赵秉志,刘志伟.正当防卫理论若干争议问题研究[J].法律科学,2001,(02):66-79.
- [15] 陈兴良.正当防卫如何才能避免沦为僵尸条款——以于欢故意伤害案一审判决为例的刑法教义学分析[J].法学家,2017,(05):89-104.

The Application and Improvement of the Justifiable Defense System

SUN Feng-rong

(Law School, Nankai University, Tianjin 300350, China)

Abstract: Justifiable defense aims to protect citizens from exercising their right to defense. As elimination of crime, it is reasonable to play an important role in the protection of human rights. However, the application rate of justifiable defense has been very low during both the implementation of the Criminal Law of the People's Republic of China in 1979 and in 1997. In recent years, the number of cases involving justifiable defense which are exempted from criminal punishment is rare. The provisions of the criminal law regarding the identification of the legitimate defense are vague, resulting in the lack of certainty and standardization of the application of this system. In the judicial process, the identified realistic pressures and some judicial traditions increase the difficulty of applying justifiable defense. Justifiable defense has been declining in the criminal law system and is often ridiculed as “zombie provisions”, which violates the original intention of the justifiable defense. Based on this, it is necessary to improve normative expectations and judicial application, and only in this way can justifiable defense play its role in safeguarding human rights.

Key words: justifiable defense; human rights protection; normative nature of legislation; defining criteria

(责任编辑:张 颖)

青铜古物与西周刑罚

——从西周金文看西周的刑种及其演变

陈 统, 吴海航

(北京师范大学, 北京 100875)

摘 要:长久以来,古籍文献就是学者研究西周法律制度的重要参考。文献记载固然可以勾画出西周法律制度的大致轮廓,但历史文献不可避免地存在遗失、谬误之处。而青铜铭文中记载的西周法律状况与真实的法律案件,恰能弥补西周刑罚制度研究的缺憾,是对西周法律制度十分可靠的还原和再现。对西周时期涉及到刑种的青铜器的铭文材料做初步的整理与考述,并与相关的文献资料印证结合,可以还原西周时期较为完整的刑种系统及其演变;同时反映出西周刑罚思想实际上经历了“刑新国,用轻典;刑平国,用中典;刑乱国,用重典”三个阶段的变化过程。

关键词:西周时期;青铜铭文;刑种;刑罚思想

中图分类号:D929

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0092-09

西周青铜器铭文所富含的政治法律方面的资料信息赋予了我们认识这一段法制史的信心。但在以往关于青铜器铭文的研究中,铭文所包含的丰富的法律内涵往往被遗忘和忽略,直到1975年陕西省宝鸡市岐山县董家村出土了一件名为“匚朕匚”的青铜器,这种状况才得以改善。“匚朕匚”的铭文记载的是一篇西周时期的法律判词,反应了西周社会业已存在的法律制度以及刑法规定,且与《尚书·吕刑》中的刑法原则有很多重合之处,这引起学者们的极大的兴趣和关注,掀起了一场利用青铜铭文研究西周法制史研究的高潮。一个时期的刑种及其适用在很大程度上反映一个时期的刑罚制度发展状况,出土文献又有其特殊的法律研究价值,因此本文选取西周时期涉及到刑种的青铜器,对其铭文材料做初步的考述,与相关的文献资料相结合,通过梳理还原出西周较完整系统的刑种及演变。以金文为切入点探讨周代金文中的刑罚思想,并将其作为一个专题进行整合,对西周法律制度和思想进行还原和再现。

一、研究现状与问题的缘起

由于西周时期相关古籍记载不多,真伪难易考

证,出土资料又较少,因此相比较于秦汉之后法律制度的研究,西周时期刑罚制度的研究显得相对薄弱,笔者将涉及到西周时期刑罚制度的现有研究状况分为三个部分,现梳理如下:

(一)关于西周时期的刑罚制度与刑罚思想

关于西周的刑罚制度与思想,历来是学者们关注和研究的重点。崔永东结合铭文资料对西周金文所体现的刑法思想进行了分析(2000)。茅彭年总结了先秦时期的刑事司法制度的四个特点(2001)。徐难于分析了西周前期的刑罚观,提出西周“中刑”观的产生、发展和演变特点(2003)。张晋藩梳理了从夏、商、周时期司法制度的沿革和特点,介绍了与刑罚审判制度相关的内容(2004)。沙荣珍认为周初的法律制度倾向于具有威慑和示辱意义的死刑与肉刑,刑罚的主要作用就是威慑民众(2008)。朱晓红认为中国古代法思想在早期国家起源时期主要是通过礼与刑的方式表现出来(2009)。冯红认为西周刑罚有自首从轻、疑罪从赦、宽恤刑罚的明文处罚原则,是西周时法律进步的表现(2009)。余建宏提出西周制刑用刑的最终目的就是“以教祗德”(2010)。张继认为西周法律不是单一的,而是由西周时期的“德”、“礼”,加上普遍适用的刑法组成的(2010)。朱晓红提出西周时期对于违礼而致犯罪行为

收稿日期:2018-08-26

作者简介:陈 统,女,北京师范大学刑事法律科学研究院2017级刑法学专业硕士研究生,主要从事刑事法律研究;

吴海航,男,北京师范大学法学院教授,博士生导师,主要从事法制史和比较法学研究。

为的惩罚方式有战争与刑罚两种(2010)。冷必元提出西周的“慎罚”思想体现了宽严相济的刑事政策(2011)。房丽提出我国系统的刑罚结构从西周时起开始形成(2015)。柴文骏阐述西周了“明德慎罚”的法律思想并还原了西周的相关法律情况(2016)。龙大轩提出夏商周作为“礼刑时代”,这个时期法律框架主要由“礼”与“刑”构建,礼乃行为规范,刑即处罚手段(2016)。

(二)先秦文献中有关西周刑罚的研究成果

不少学者对《尚书》中的法制史料进行挖掘。刘序传详细论证了《尚书》中记载的西周时期的法律思想,尤其是刑法和诉讼法的原则(1982)。薛其晖从分析、考证《尚书·尧典》入手,提出中国刑罚最早形成年代为西周(1984)。张紫葛、高绍先认为《尚书·洪范》包括了完善的刑罚制度(1986)。王定璋对《尚书》内容进行了分析,对其蕴涵的刑罚观提出了自己的看法(1999)。张家国总结了《尚书》包含的刑事法律规范(2000)。易宁从文字学的角度分析了尚书中蕴含的具体刑罚“予则孥戮汝”的意义(2002)。龙安生提出了对《尚书》中关于连坐刑罚的看法(2003)。郭林虎将《尚书》中的刑法思想归纳为明刑弼教、刑律公开、提倡祥刑、以刑去刑等九个方面(2012)。包振宇列举分析了不同学者对西周“祥刑”字义的不同解释(2016)。

《尚书·吕刑》是《尚书》中记载法律最为集中的部分。马小红重点阐述了《吕刑》中的刑罚制度,以及青铜器铭文与法律的关系(1989),同时主张《吕刑》对周初的礼治思想进行了弘扬(1990)。杨喜洲认为《吕刑》中刑罚的具体措施多种多样,核心是“明德于刑”(2000)。王利民对《吕刑》中的用刑之道提出了自己独特的见解(2001)。马士远关注到了《吕刑》中“五罚”体现的德治思想(2008)。江涛关注到了《吕刑》对还原西周刑罚的意义,对赎刑制度加以阐述(2009)。(俄)郭静云对《吕刑》中蕴含的刑罚思想进行了客观评述(2009)。刁玮提出比较完备化系统化的赎刑始见于《尚书·吕刑》中的五罚制度(2013)。

《周礼》中涉及到的西周法律制度也不少,在西周法制研究中日益受到学者的重视。陈连庆主张《周礼》中的刑事法规是奴隶社会的法典(1986)。但彭林认为《周礼》并不是残酷的奴隶制法典,而是一部色彩较温和的儒家化的法典(1990)。朱绍侯通过分析《周礼》中的治安及刑罚制度,表明在先秦时期我们的祖先已创造出了比较完备的治安制度(1994)。魏筌对《周礼》中“以礼防禁”、“以刑纠民”的记载作了分析研究(1998)。李力认为《周礼》中

“九刑”的体例可能是以墨、劓、剕、宫、大辟和流、赎、鞭、扑九种刑罚为其篇目命名的(1999)。张全民以《周礼》为中心,对西周时期的犯罪、刑罚、科刑等内容进行研究(2004)。温慧辉揭示了《周礼·秋官》所反映的司法特点和法律文化(2008)。李军对《周礼》一书中不同的刑罚判书进行了分析(2009)。田振洪结合金文的相关记载推测损害赔偿作为一种刑罚规范,在西周时期已有之(2012)。

《周易》虽是西周时代的卦学书记,但其中不乏关于西周刑罚的记载。从学斌详细分析了《周易》中体现的周代刑罚(1985)。武树臣论述了易经中体现的刑事及司法审判制度等内容(1987)。陈汉生认为《周易》反映了夏商周时期乃至更早期时期的刑事法律思想(1991)。崔永东对《易经》所记载的西周刑名及其反映的刑法思想做了深入细致的研究(2001)。黄震对《周易·讼卦》中的法律文化进行了读解(2002)。谷文双认为《周易》中的“坎”应训为地牢,是商周时期地穴式监狱的反映(2002)。耿志勇指出《周易》中的犯罪学对策论以预防为主、法治与德治并举为原则(2003)。徐艳云(2006)、连劭名(2007)、杨永林(2008)主要从《易经》文本中挖掘殷周时期刑事法律制度的烙印。梅强将《周易》中的刑罚适用原则分为故意与过失原则、轻刑原则、重刑原则等原则(2012)。叶鹏煌认为《周易》体现了明于经训、通晓法律、审慎断案的特点(2013)。王亮从法律思想、刑事法律制度、司法制度等方面解析文本中蕴含的当时的法律规范和制度,探讨了殷周时期的法制发展状况(2014)。杨婕从刑事法律制度、司法制度等多个方面探讨了《周易》中关于法律的内容(2016)。杨永林指出《周易》中强调为了预防犯罪者再次犯罪,要对犯罪者进行刑事处罚的规定(2016)。

(三)西周青铜铭文中所体现的西周刑罚制度

西周时期许多法律规范及法律思想,呈现在西周大量的青铜铭文中,是还原西周社会和法制状态的最一手资料。如胡留元、冯卓慧依据出土文物和古籍记载,考证西周刖刑的适用范围是奴隶或自由民(1984),并根据出土的师旅鼎铭文推定其所记是对西周军队内部违反军令行为的审判状况(1986)。刘海年系统地列举了包含重要法律材料的一些青铜器(1987)。胡留元介绍了金文中的刑罚种类、金文判例和金文契约等问题,正式提出了“金文法”的概念。(1989)。李力根据金文、简帛和盟书等出土资料对相关的法律制度做了大量的研究工作(1997)。杨广伟利用铭文材料对西周的刑事法律规范进行

了分析论证(1990)。李雪山探讨了西周时期的罚金制度(1997)。崔永东利用出土资料研究法制思想并探讨了“明德慎罚”思想的起源问题(1998),其后又对铭文、简牍和帛书中的法律史料所反映的刑法思想进行了研究(1999)。连劭名引证了西周时期铜器铭文中与法律有关的记述,总结出早期中国法律制度“兵刑无别”的特点(2006)。雒有仓利用金文资料研究法律诉讼中的盟誓问题(2007)。戴馥鸿通过大孟鼎研究西周的刑罚和对外战争制度(2007)。冯卓慧从传世的和新出土的陕西金文及先秦文献论述了西周民刑分立的特点(2009)。张秀华通过对西周金文六种礼制的研究,总结了西周时期礼与刑罚的关系(2010)。龚军通过对鸟形盃铭文的考释,进一步探讨了西周时期的“鞭刑”、“流放刑”制度(2014)。黄海通过文字考释,对召鼎铭文中两个案例的案情进行了完整还原(2016)。王沛将中原地区出土的金文资料信息综合梳理,得出西周法律秩序的构建侧重“司法刑罚”的结论(2016)。

上述研究多涉及西周的刑罚思想或者具体刑事案件的分析,而缺少针对西周刑种的研究,尤其是借助青铜铭文还原西周刑种及其规律的文章更是寥寥。而通史性研究时间跨度均较长,且涉及到方方面面的各类法律制度符合法律思想,很难对某一时期的刑罚制度进行深入探讨。因此,有必要在此作进一步的研究。

二、见于文献的西周刑种

西周时期的法律制度,尤其是关于刑种的记载主要散见于《尚书》、《周易》、《周礼》三本古籍中,这些文

献又是研究西周社会生活的重要参考资料,因此笔者集中对这三本文献中涉及到的西周刑种进行了整理。

(一)《尚书·吕刑》中的“五刑”与“五罚”

《吕刑》成书于穆王时期,由于资源的匮乏,氏族之间战事频繁,对待战俘常会施以严酷的刑罚。西周的刑罚制度正是起源于氏族战争,刑罚主要针对外族人,即“德以柔中国,刑以威四夷”^[1]。这表明对本族人以德治为主,对外族人则以刑罚为主,具有相当浓厚的残酷色彩。“两造具备,师听五辞,五辞简孚,正于五刑。五刑不简,正于五罚”^[2]。《吕刑》首先说明“五刑”原始于苗民,继而详细地阐述了西周的“五刑”和“五罚”制度。

《吕刑》对“五刑”做出了统一规定。“墨辟疑赦,其罚百锾,阅实其罪。劓辟疑赦,其罚惟倍,阅实其罪。剕辟疑赦,其罚倍差,阅实其罪。宫辟疑赦,其罚六百,阅实其罪。大辟疑赦,其罚千锾,阅实其罪”^[3]。这实际是对“五刑”的具体解释:墨、劓、剕、宫、大辟,这五种刑罚都是残害人的身体的“肉刑”,是统治阶级残酷镇压被统治阶级的反抗以维护其阶级统治的暴力手段。“五罚”的“罚”是指罚金,“五罚”即以铜赎罪的五个等级,与“五刑”相对应。

(二)《周易》中残酷的等级刑罚制度

《易经》中六十四卦的卜辞中散落记载着西周时期的刑罚制度。相关记载是非常残酷的,大多是剥夺人的生命或割断人的肢体的肉刑。流刑、徒刑、拘役等在《周易》中已有记载,说明至少在西周时这些刑罚已开始使用。而同一类刑罚,在具体施行时又会根据罪犯的身份有所不同,如贵族与其他人有别,从侧面反映了殷周时期的刑罚制度带有明显的奴隶制的等级色彩。

表一:《尚书·吕刑》中的“五刑”与“五罚”

刑罚类型	文献记载	文献出处	刑罚名称	刑罚释义
五刑	“截其鼻,曰劓。”	《尚书·吕刑》	劓刑	割掉鼻子
	“墨,黥也,凿其面以墨涅之” ^[4] 。	《尚书·吕刑》	墨刑(黥刑)	刺面然后注墨
	“刖,断足也” ^[5] 。	《尚书·吕刑》	刖刑(刖刑)	砍犯人左趾或右趾,或左右趾都砍去。
	“宫。淫行也,男子割腐,女子幽闭” ^[6] 。	《尚书·吕刑》	腐刑(宫刑)	割生殖器官
		《尚书·吕刑》	大辟(死刑)	即死刑,执行方式有斩,杀,搏,焚,辜,路,磬七种之多
五罚	“五刑不简,正于五罚。”	《尚书·吕刑》	罚铜分五等:百锾;二百锾;五百锾;六百锾;千锾;此即总称“五罚”	“五罚”的程度较轻,没有伤害身体

表二:《周易》中残酷的等级刑罚制度

刑罚类型	文献记载	文献出处	刑罚名称	刑罚释义
死刑	“王出征,有嘉折首。”	《离·上九》	折首	针对敌俘处以斩首之刑
	“出(突)如 来如,纷(焚)如,死如,弃如。”	《离·九四》	焚刑 流刑	用火烧死罪犯与流放之刑。焚、死、弃者,施于不孝子之刑也。高亨认为“突”的意思即为逐出不孝子 ^[7] 。
	鼎折足,复公,其形渥,凶。”	《鼎·九四》	渥刑	死刑的一种。“渥刑”也是一种死刑,不过是贵族受刑于屋下,以区别于一般的死刑而已。
身体刑	“噬肤灭鼻,无咎。”	《噬嗑·六二》	肉刑 劓刑	也有学者认为“噬肤”可能是带棘的灌木枝条,把人打得血肉模糊的笞刑 ^[8] 。
	“劓刑,困于赤发。”	《困·九五》	劓刑 刖刑	“刖刑”即为割去双脚之刑。李境池注:“刖足曰兀。……兀夫犹兀者,断足之人也” ^[9] 。
	“荷(何)校灭耳,凶。”	《噬嗑·上九》	刖刑	“灭耳”指割耳之刑,即刖刑
	“辰(臀)困于株木。”	《困·初六》	杖刑	“辰困于株木”指对罪犯处以杖刑
自由刑	“人(入)于要(幽)欲(谷)三岁不赎,凶。”	《困·初六》	监禁	幽谷,即圜土,周代的监狱或谓土牢
	“困于石,入于其宫,不见其妻,凶。”	《困·六三》	坐嘉石	被捆绑着坐于石之上

(三)《周礼》中的五大刑罚体系

《周礼》中秋官掌刑,大司寇以三典五刑,刑邦国、纠万民,其中记载的刑罚种类非常多。有学者从法制史的角度,对《周礼》中涉及的西周刑罚及罪行做过较为详尽的研究,将《周礼》中的刑罚分为死刑、肉刑、自由刑、财产刑和名誉刑等五种^[10]。笔者将其归纳如下:

但《周礼》的成书年代晚于西周,其材料表现的不一定是西周时期的真实情况,因此我们不能简单的将

《周礼》记载的法律制度与西周的法律制度划等号。

综上,文献中记载的西周刑种有两个特点:一是比较系统完善,基本后世所有的刑种都已具备,二是在整个西周时期,刑种没有很大的变化,从中很难看出在西周早期至晚期刑罚思想的演变,那么史料记载的这些刑种在西周时期的实际中是否都普遍适用,西周的统治共经历了十二位王,在这期间西周的刑罚思想是否有变化,我们必须要用这一时期的青铜铭文记载进行辅证。

表三:《周礼》中的五大刑罚体系

刑罚类型	文献记载	文献出处	刑罚名称	刑罚释义
死刑	“斩以铁钺,若今要(腰)斩也。”	《周礼·秋官·掌戮》	斩	腰斩
	“杀以刀双,若今弃市也。”	《周礼·秋官·掌戮》	杀	即斫头
	“焚如,死如,弃如。”	《周礼·秋官·掌戮》	焚	以火烧死之刑
	“辜之言枯也,谓磔之。”	《周礼·秋官·掌戮》	辜	即分裂罪犯肢体之刑
	“车裂曰轘。轘散也,肢体分散也。”	《周礼·秋官·条狼氏》	车轘	即车裂之刑
		《周礼·秋官·司恒氏》	屋诛	即在室内行刑
肉刑		《周礼·秋官·掌戮》	墨	刺面然后注墨
		《周礼·秋官·掌戮》	劓	割去鼻子
		《周礼·秋官·掌戮》	宫	割去生殖器官
		《周礼·秋官·掌戮》	刖	砍去犯人的左趾或者右趾,或左右趾都砍去
		《周礼·秋官·条狼氏》	鞭刑和扑辱	鞭指捶以皮鞭,扑辱又名扑罚,即殴打

自由刑	“司圜,掌收教罢民,凡害人者,弗使冠饰而加明刑焉。任之以事,而收教之。”	《周礼·秋官·司圜》	徒刑	即限制犯人的自由
	“以嘉石平罢民。凡万民之有罪过……桎梏而坐诸嘉石,役诸司空。”	《周礼·秋官·大司寇》	劳役刑	针对轻罪,分两个阶段:一是在嘉石上罚坐;二是强制劳动,
财产刑		《周礼·秋官·掌戮》	金罚	即课以罚铜,使犯人交纳一定数量的铜。
		《周礼·秋官·职金》	货罚	货罚,即课以一定的罚款
	“国君过市则刑人赦。夫人过市罚一幕。世子过市罚一帘。命夫过市罚一盖。命妇过市罚一帷。”	《周礼·地官·司市》	市罚	是市场上的一种特殊罚金
名誉刑	“不齿者,不得以年次列于平民。” “反于中国,不齿三年。”	《周礼·秋官·大司寇》	不齿	即剥夺政治权力
	“市刑,小刑宪罚,中刑拘罚。”	《周礼·地官·司市》	拘	即示众,小刑在商肆内部传达,中刑对市场的群众传达,区别在于示众的范围。

三、见于青铜铭文的西周刑种

(一)墨刑

西周青铜铭文中有关墨刑的资料仅一则:

表四:西周铭文关于墨刑的记载

刑罚种类		器名	时期	铭文记载
墨刑	第一等	《匜联匜》	厉王或夷王时期 (西周晚期)	我宜鞭汝千, 黜黜汝,
	第二等	《匜联匜》	厉王或夷王时期 (西周晚期)	今我赦汝…… 宜鞭汝千,黜 黜汝。

西周墨刑,《尚书·吕刑》云“墨辟疑赦”,《周礼·司刑》云“墨罪五百”,《周礼·掌戮》亦云“墨者使守门”。墨刑在西周的奴隶制五刑中是最轻刑。根据史籍记载关于墨刑的刑罚规定,墨刑的刑量没有差别。然而匜联匜的铭文的确为西周墨刑的刑量之加減提供了详细的史料。

匜联匜于1975年出土于陕西岐山县董家村的一个青铜窖藏,造型奇特,虎头羊足,平盖宽流直口,口沿下饰窃曲纹和一道弦纹。其铭文记载了一起牧牛因上告他的上司师匜联(师为官名,匜联为人名)而受到刑罚的经过和结果:匜联和其下属牧牛因争夺五名奴隶的所有权而进行诉讼活动,牧牛被判诬告加违约罪,所处刑罚是:鞭打一千下,处第一等墨刑,但是考虑到牧牛有认罪的情节两次减刑,第一次减刑为:鞭千,处刑第二等墨刑,第二次减刑为:鞭五百,罚铜三鈹^[11]。该铭文表明西周的墨刑实际上已有刑量和等级的划分,起码可以将墨刑分为轻、重两等。

第一等墨刑,唐兰先生释为“黜”,黜,《说文》:“贬下也”,《玉篇》:“退也,贬也”,都可以理解为废除、罢免,即罢免官职。也就是第一次减刑后给牧牛的处罚是处墨刑并免官,不再用黑巾蒙面。可见墨刑中的第一等是针对有一定官职的人。第二等墨刑,唐兰先生释为“幪”^[12]。而幪与幪这两个字在先秦时期是相通的。《方言》:“幪,巾也”。《广韵》:“幪,覆也”,就是头上覆盖黑巾的意思。《尚书·大傅》有“下刑墨幪”,即一种刺面涅墨之后再于面部蒙盖黑巾的刑罚。笔者猜想,此处蒙黑巾当是取“黑”意,以示人身侮辱。

关于西周墨刑,匜联匜弥补了文献中西周墨刑无刑量的缺陷。从这篇铭文看,西周墨刑已有一定的量刑原则,且最少分为两等:较轻的是黜刑和墨刑并罚,适用于有一定官职的奴隶主贵族,而第二等则更为严苛,适用于一切人。

(二)鞭刑

西周青铜铭文中有关鞭刑的可靠资料有四则:

表五:西周铭文关于鞭刑的记载

刑罚种类	器名	时期	铭文记载
鞭刑	《召鼎》	孝王时器	“余无卣(由)具寇,正禾,不出伐余”
	《匜联匜》	厉王或宣王时器	“我宜鞭汝……千宜鞭汝千……今大赦汝,鞭汝五百。”
	《散氏盘》	厉王时器	“实余有散氏心贼,则鞭千罚千。”
	《鸟形盃》	西周中期 ^[13]	“则鞭身。”

鞭刑原本不在五刑之列。《尚书·舜典》：“流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作赎刑。”《国语·鲁语》上说：“薄刑用鞭扑”，所以鞭刑是一种对官员较轻的体罚。《尚书·舜典》：“鞭作官刑。”传云：“以作为治官事之刑。”《左传》有：“鞭徒人费、圉人犖是也。子玉使鞭七人，卫侯鞭师曹三百……治官事之刑者，言若于官事不治则鞭之，盖量状加之，未必有定数也。”由此可知，鞭刑是用以惩罚官吏的刑罚手段，至于鞭打的数目则无定数。鞭打的数量从铭文“则（鞭）身”、“我宜鞭汝千”、“今大赦汝鞭汝五百”中确实得以印证。然而鞭刑的适用对象是否主要用于贵族和官吏，笔者认为此处要存疑，即使认定《匜联匜》中的牧牛是一个小官员^[4]，《鸟形盃》中的乞是霸国的大贵族^[5]，但《召鼎》中的匡季和《散氏盘》中的散氏则当为当时没有官职没有封爵的平民，尤其是匡季作为被告一进入法庭未及审判开始便叩头呼救“我没有盗得多少，长官不要鞭打我”，可以猜想鞭刑在这一时期也用于审问犯人，进行严刑逼供。由此推测，鞭刑在西周的适用可能并非像文献中的记载，而是由官吏贵族推广于平民奴隶，乃至于犯人。

（三）刖刑

青铜铭文中没有关于刖刑的记载，但西周的两件出土青铜器的造型反映了这一刑种。

表六：西周铭文关于刖刑的记载

刑罚种类	器名	时期	铭文记载
刖刑	《刖刑奴隶守门铜方鬲》	（西周早期）	无
	《它字盘》	（西周晚期）	无

刖刑，在先秦时期不同书中有不同记载，《周礼》称“刖”，《吕刑》称“剕”。作为一种极为残忍，程度较严重的刑罚手段，西周刖刑是奴隶主贵族进行阶级镇压工具，但青铜铭文中没有专门提到的记载，在西周青铜器等实物资料中也较为少见。目前只有两件西周的青铜器在外观造型上有所体现。虽然笔者研究的重点是青铜铭文上体现西周刑种，但因为刖刑

的地位比较重要，笔者这里将其作为一个特例也予以研究。

刑奴隶守门铜方鬲：西周早期青铜器，器物分为上下两层组成，上层是器身，下层是炉膛，炉膛正面有可以活动的门，在门的右侧，铸有一个左腿无足的奴隶守门，这个奴隶的状况很惨：外观裸体束发，拱肩曲肘，屈膝跪坐。这件器物形象地呈现出一个受过刖刑，被砍掉左足的奴隶的形象。

它字盘：西周晚期青铜器，这件青铜器圈足下有四个受过刖刑的裸体男子作小足，人作跪式，腿曲臂下，双手扶膝，肩负重盘，右足完好无损，左足被砍，毫无疑问，这也是西周断一足之刖刑的历史见证。

根据这两件青铜器我们大致可以推测，西周的刖刑是刖一足，一般砍去的是左足，而且受刖刑的人还要沦为奴隶且“刖者使守门”，即是说别人作为“刑残之人”，只能与“禽兽为伍”。据笔者推测，更为甚者可能还要像器物中呈现的那样被剥光衣服，也是取人身侮辱之意。

（四）赎刑（罚金刑）

西周青铜铭文中有关赎刑和罚金刑的可靠资料有四则：

赎刑就是用财物、金钱，或者用其他方式抵消刑罚的一种方式。《尚书·吕刑》中有关于赎刑的记载，罚鍰作为赎刑是西周刑罚的一种辅助手段。所谓“金作赎刑”意思是被判了“五刑”的犯罪可以缴纳一定数量的钱来赎罪，以减轻刑罚。如前所述，《吕刑》对“五刑”做出统一规定。也就是说墨、劓、剕、宫、大辟五种刑罚要缴纳的赎金分别为一百鍰、二百鍰、五百鍰、六百鍰和一千鍰^[6]。然而在铭文的记载中牧牛最初被罚墨刑，后来议赦，改判为另一种墨刑，同时没有罚金，后来又“大赦”，免去墨刑，罚金“三百鍰”。《尚书·吕刑》成书于西周早期，匜联匜是西周晚期器物，如果前者记载真实，说明到西周后期罚金的数量增多，与前期相比赎刑制度可能有了新的规定。笔者猜想此时到了西周后期，阶级矛盾日益尖锐，统治者为了维护已经衰败的政治局面，很可能在这一时期放弃了周初“明德慎罚”的思想，刑罚严厉程度普遍加强。

表七：西周铭文关于赎刑的记载

刑罚种类	器名	时期	铭文记载
赎刑（罚金刑）	《匜联匜》	厉王或宣王	“今大赦汝鞭汝五百，罚汝三百鍰。”
	《散氏盘》	厉王时器	“实余有散氏心贼，则鞭千罚千。”
	《师旂鼎》	穆王时器	“白懋父乃罚得亶古三百鍰。”
	《召鼎》	孝王时器	“汝匡罚大。”

(五)放刑与流刑

西周青铜铭文中有关放刑与流刑的可靠资料有三则：

放，即流放刑，就是将有罪者放逐并限制其自由的刑罚，也称流刑^[7]。最早见于《尚书·舜典》：“放于崇山。”李学勤先生认为“第”与“弗”是通假字，根据《诗·载驰》里的记载：“车之蔽曰弗。”“弗传”是一种有遮蔽的传车^[8]。关于“传”的意思，裘锡圭先生将其隶作“并”，读为“屏”古代有屏车，是四面有屏蔽之车，多为妇人所乘。“传”应指四面有屏蔽的传车^[9]。笔者认为此说法可从鸟形盃铭文中提到：“余自無，则（鞭）身，第传出。”“第传出”应该为流放刑。意思就是说“假如我说话不算数，除了接受鞭刑外，还要把我装在有屏蔽的车子里驱逐出境。”此外，铭文中的“出弃”当也为流放刑。散氏盘铭文中记载“传（弃）之”，这种“传弃”的表述如同本铭文中的“出弃”一样，为流放刑罚的另一表达方式而已。

(六)折首(馘刑、戮刑)和撲罚

西周时期的兵和刑是没有完全分离的，如“折首”和“撲罚”都是军事行动，是针对外族的军法处罚，区别在于折首是针对外族一部分人的死刑，而撲罚则是对外族整个部落的征服或消灭。所谓“国之大

事，在祀与戎”，周人把祭祀和征伐当做国家的两件大事，因此这两种刑罚在西周运用较为广泛。反映西周馘刑（戮刑）的金文资料，主要有七件，反映西周撲罚的金文资料，主要有两件：

《小孟鼎》记载的是孟在战役中取得的成果，斩首一百三十七人。

《虢季子白盘》铭文讲的是军事将领虢季子白征伐俨狁于北洛水之东^[20]，斩敌首五百，献于周王请功。

《不期簋》这件器物与《虢季子白盘》所记述的均为征伐俨狁之事，虢季子白令其下属不期对战俨狁军队，大胜，战役结束，周王赏赐了虢季子白，虢季子白又赏赐了不期。

《敌簋》记载了西周的军事将领敌击败南淮夷后，再在成周太庙接受周王赏赐的场面。

《兮甲盘》记载了兮甲从王征伐俨狁，因“折首執讯”有功，得到了赏赐。

《师寰簋》记载师寰征伐淮南夷有功，“折首執讯”，受到了赏赐。

《多友鼎》记载俨狁侵犯周的领地，周公命将领多友及公车率兵抗击，经过四次战役，取得辉煌成绩，受到周王众多赏赐。

上述青铜铭文所反映的死刑，均是针对于外族

表八：西周铭文关于流放刑的记载

刑罚种类	器名	时期	铭文记载
放刑与流刑	《鬲攸從鼎》	厉王时器	“射(谢)分田邑，则放。”
	《散氏盘》	厉王时器	“实余有散氏心贼，则鞭千罚千。传弃之。”
	《鸟形盃》	西周中期	“身第(蔽)传(转)出(黜)。”报厥誓，曰：“余既曰余毋(称)公命，襄(向)余亦改朕辞，出(黜)弃。”

表九：西周铭文关于折首和撲罚的记载

刑罚种类	器名	时期	铭文记载
折首(馘刑、戮刑)	《小孟鼎》	康王时器	“隻馘百卅七馘”
	《虢季子白盘》	宣王时器	“折首五百……子白献馘于王。”
	《不期簋》	宣王时器	“女(汝，指不嬖)多折首執讯”；“女(汝)多禽折首執讯”。
	《敌簋》	宣王时器	“王各(格)于成周大庙。武公入右告禽，馘百，讯“折首執讯”卅。”
	《兮甲盘》	宣王时器	“折首執讯”
	《师寰簋》	宣王或幽王时器	“折首執讯”
	《多友鼎》	厉王或宣王时器	“多友有折首執讯，凡以公车。”
撲罚	《兮甲盘》	宣王时器	“敢不用令(命)，则即井，撲罚。”
	《禹鼎》	厉王时器	扑伐鄂侯驭方，勿遗寿幼。”

进行“折首”处罚的记载,其中“馘”与“馘”两字互相通假而又有别,《字林》:“截耳则作耳旁,馘首则作首旁”。“折首”的行刑程序是:对于拒不投降者,折其首,接着截其耳^①。西周统治者十分重视军功,功之大小以馘首数计,这就是馘刑在西周被重视的社会根源。

《兮甲盘》和《禹鼎》则记载了西周时期“撲罚”这一刑罚的适用。《兮甲盘》是铸造于西周晚期的青铜器,出土于宋代,其铭文中出现的“井”与“撲罚”都是西周法律中常见的刑罚。“井”在西周是一个很常见的法律术语,西周金文和传世文献中常常可以见到“作井(型)、明井”的表述,其含义就是“刑”;“撲罚”的含义即为“处以刑罚”^[2],《广雅·释詁》中:“罚,伐也”,故铭文中的“即井扑罚”意思即为“处以刑罚,加以征伐”。《禹鼎》铭文则记载了周王下令平叛鄂侯谋反,派遣禹出征时强调不管老幼一律杀掉不要有遗漏的事情。从这两件西周晚期的器物可以看出,西周早期“明德慎罚”的思想已经被严酷的刑罚思想所取代。“不听从命令就征伐”,且征伐时“寿幼无遗”,这表明西周末期,周王朝的统治局面已不复稳固,用周初的“礼乐”显然无法维护政治稳定,严酷的刑罚成为这一时期镇压诸侯方国的主要手段。这两种刑罚在西周青铜铭文中的多次出现也说明了对外族的死刑适用在当时具有广泛性,这也是西周时期兵刑合一的例证。

四、西周刑种及施刑思想演变

(一)西周刑罚的演变

西周建立一直到幽王十一年西周灭亡,共经过十二王^[3]。不少学者认为关于“明德慎罚”的刑罚的思想贯穿整个西周时期,施用的刑种也都是比较温和的,相对残酷的刑罚种类在实际中很少施用。而从以上青铜铭文的记载来看,这个结论是无疑是片面的。明德慎罚思想产生于周初,这是毫无疑问的,因为商亡于暴政和残忍的刑罚,周初德主刑辅的刑罚思想,是对滥施酷刑的前代体制的一种反思^[4]。殷商的酷法治国导致民心背离和政权的垮台,周人灭商,必然要总结殷商亡国的教训,于是将“明德慎罚”的主张大肆宣扬并适用于刑事处罚中,这一施刑思想在当时便成为主流的社会与法律思潮。

但到了西周中期以后,青铜铭文反映出刑罚呈现出三点变化:其一,对外征伐战争明显增多。七件反映对外邦俘虏的折首之罪的青铜器中,只有一件是康王时期,其他六件均为中期以后,尤其集中于末

代的宣王和幽王时期;其二,量刑程度明显增大。前期的时候,即使是刑事案件,也多减免为处罚金的结果,比较少动用酷刑,中后期以后则多为用刑处罚,且一件案件中可能涉及多个刑种,多种处罚方式;其三,刑罚思想的转变。前期“明德慎罚”的思想在铭文中体现的比较明显,诸如“怀刑”、“中刑”、防止“纵刑”,都是这一思想的具体体现,也即比较温和的刑罚方式,而到了后期,连坐等残忍的刑罚都在现实中施行,甚至残酷到老幼皆杀。这样的变化与西周王朝从鼎盛到没落的政治统治有关,西周初期,礼乐制度可以起到维护统治的作用,此时“德治”与教化就起主导作用,刑罚相对比较温和,而后期周王朝的统治逐渐没落,“礼崩乐坏”的情况下,各诸侯国不再顺从周天子的命令,对外征伐变多;对内则施以酷刑残酷镇压平民和奴隶。上述青铜铭文对的记载为这些变化提供了直接的证明。

(二)结语

青铜器铭文作为西周时期人们记录大事的载体,是没有篡改的第一手材料,有着文献资料无法比拟的真实性与可靠性。青铜铭文作为还原西周社会状况的宝贵资料,是弥补纠正文献记载的可靠证据,青铜铭文中记载的西周法律状况与真实的法律案件,是对西周法律制度十分可靠的还原和再现。

西周初年,统治者提出了国家的基本刑事政策,以“明德慎罚”思想为中心,并以此来指导法律实践。而纵观整个西周的律发展,统治者是根据国家的具体政治情况、社会环境以及外部安定状况等因素来决定用刑的宽与严、轻与重的。具体来说,西周的刑罚经过了三个时期:初期是“以德配天”、“明德慎罚”的主张占主导,更强调德治与礼治,因为这一时期礼乐制度对西周各阶层尚有较强的约束力;到了西周中期,统治者的法律思想与方针变为“德主刑辅、礼刑并用”的一种观念,刑的地位明显提高,上升到与礼并用的地位;到了西周末期,礼崩乐坏,刑的地位提高超过礼治,强制而残酷的刑罚手段毫无疑问成为这一阶段维护统治的主要手段,“重典治乱世”的思想便成为主流刑罚思想。概括起来,“刑新国,用轻典;刑平国,用中典;刑乱国,用重典。”实际上就是西周由盛到衰的三个阶段的写照。

注 释:

①《礼记·王制》“以讯首告”注:“讯是生者,馘是死而截耳也”。

参考文献:

- [1] 杨伯峻.春秋左传注[M].北京:中华书局,1990.434.
- [2] 李民,王健.尚书译注[M].上海:上海古籍出版社,2004.405.
- [3] 李民,王健.尚书译注[M].上海:上海古籍出版社,2004.406.
- [4] [5] [6] 沈家本.历代刑法考[M].北京:中华书局,1985.211.196.
- [7] 高亨.周易古经今注[M].北京:中华书局,1984.248.
- [8] 张国华.中国法律思想通史[M].山西:山西人民出版社,2001.159.
- [9] 李镜池.周易通义[M].北京:中华书局,1981.40.
- [10] 陈连庆.《周礼》中的刑事法规及其阶级实质[J].古籍整理研究学刊,1986,(03):1.
- [11] 刘海年.(夔) 匜铭文及其所反映的西周刑制[J].法学研究,1984,(01):81.
- [12] 唐兰.陕西省岐山县董家村新出土西周重要铜器铭词的译文和注释[J].文物,1976,(05):59.
- [13] 刘佳佳.翼城大河口西周墓地鸟形盃铭文试释[J].考古与文物,2016,(01):63-68.
- [14] 胡留元,冯卓慧.长安文物与古代法制[M].北京:法律出版社,1989.22.
- [15] 裘锡圭.翼城大河口西周墓地出土鸟形盃铭文解释[J].中国史研究,2012,(03):6.
- [16] 李民,王健.尚书译注[M].上海:上海古籍出版社,2004.406.
- [17] 胡留元,冯卓慧.夏商周法制史[M].北京:商务印书馆,2006.390.
- [18] 龚军.翼城大河口墓地出土鸟形盃铭文与西周法律[J].中国国家博物馆馆刊,2014,(05):71-77.李学勤.试释翼城大河口鸟形盃铭文[J].文博,2011,(04):3-4.
- [19] 裘锡圭.翼城大河口西周墓地出土鸟形盃铭文解释[J].中国史研究,2012,(03):8.
- [20] 郭沫若.两周金文辞大系图录考释[M].上海:上海书店出版社,1999.
- [21] 杨树达.积微居金文说·兮甲盘跋[M].北京:中国科学院出版社,1952.37.
- [22] 朱凤瀚,张荣明.西周诸王年代研究[M].贵州:贵州人民出版社,1998.432.
- [23] 崔永东.出土文献的法学价值[J].政法论坛,2006,(02):119.

Bronze Antiquities and the Penalty in the Western Zhou Dynasty

——The Research on the Types of Penalty and its Evolution in the Western Zhou Dynasty from the

Bronze Inscriptions of the Western Zhou Dynasty

CHEN Tong, WU Hai-hang

(Law School, Beijing Normal University, Beijing 100081, China)

Abstract: For a long time, the ancient literature is an important reference for scholars to study the legal system of the Western Zhou Dynasty. Although the documentary records can draw a general outline of the Western Zhou Dynasty legal system, the historical documents inevitably have lost and fallacies. The Western Zhou legal status and real legal cases recorded in the bronze inscriptions can make up for the deficiency of the Western Zhou Dynasty penal system research, and it is a very reliable restoration and reproduction of the Western Zhou legal system. The preliminary arrangement and examination of the inscription materials of the bronzes involved in the criminal punishment in the Western Zhou Dynasty, combined with the relevant literature and evidence, can restore the more complete system of criminal punishment and its evolution in the Western Zhou Dynasty. At the same time, it reflects the actual punishment of the Western Zhou Dynasty. It has experienced the evolution of the three stages of “criminal new country, use light code; criminal state, use Chinese code; criminal state, use heavy code”.

Key words: western zhou dynasty; bronze inscriptions; type of penalty; thought of penalty

(责任编辑:杜爱农)

检察机关适用认罪认罚从宽制度的经验与困惑

天津市静海区人民检察院课题组

(天津市静海区人民检察院, 天津 301600)

摘 要:认罪认罚从宽制度与速裁程序明确写入刑事诉讼法律中,意味着宽严相济刑事政策的法律化和体系化。近三年认罪认罚从宽制度从试点到全国适用,在实践中形成了普遍认同的一些制度成果,初步实现政治、社会、法律效果的融合发展,有效节约司法资源,降低司法成本,强化司法权威,展现司法柔性关怀。但在制度实施过程中仍有部分细节存在分歧,笔者结合自身基层工作实际情况,从认罪认罚从宽制度与速裁程序衔接、认罪认罚被追诉人权利保障、不同阶段从宽比例区别等方面,总结实施过程中形成的经验,并结合检察机关量刑建议权运用过程中的难点,浅谈该制度在检察环节适用中的一些困惑及解决困惑的看法。

关键词:检察机关;认罪认罚;从宽;量刑建议

中图分类号:D916.3

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0101-06

现行《刑事诉讼法》第15条规定了认罪认罚可以依法从宽处理的原则,这一原则可以普遍适用于各类刑事案件,是对现行《刑法》第67条规定的自首、坦白可以从宽这一刑罚运用原则的深化发展,是强化刑事被追诉人权利保障的体现,符合刑罚轻缓化发展趋势。笔者基于自身工作经验及J院适用认罪认罚从宽制度办理案件的数据,总结制度优势,寻找制度实施过程中争议问题的解决方法,以促进认罪认罚从宽制度的推广。

一、以J区为样本的基层司法机关认罪认罚从宽制度实施现状

分析研判适用认罪认罚从宽制度案件统计数据的特征,对比适用认罪认罚制度前后的数据变化、适用制度部分与整体的关系,是总结认罪认罚从宽制度发展过程中优势与不足的重要方法。通过比较研究发现,认罪认罚从宽制度适用以来,案件快速实现繁简分流,办案团队设置科学合理,办案效率显著提升,速裁程序适用比例上涨,简案中的被告人服判率明显增加,各项数据变化明确论证了制度发展优势。

(一)认罪认罚比例提高,速裁程序适用比例高

2017年1月1日至2018年12月31日,J区检察院对954名犯罪嫌疑人适用认罪认罚从宽制度,占同期检察机关所受理刑事案件犯罪嫌疑人总数的32.55%,其中2018年同期占比56.14%,较2017年认罪认罚适用比例大幅增长。在控辩审多方推动下,自愿认罪认罚的被追诉人人数近两年来呈翻倍趋势递增,在认罪认罚从宽的量刑折扣利益驱使下,被追诉人选择认罪认罚的比例逐渐提升,司法办案阻力有所减小,司法办案环节的资源趋于合理化分配。

两年来J区法院共开庭审判检察机关移送起诉的724件认罪认罚案件,其中14.64%,106件认罪认罚案件适用普通程序,14.92%,108件适用简易程序,70.44%,510件适用速裁程序。适用速裁程序的认罪认罚案件的起诉周期普遍缩短至3至5日,审判周期普遍缩短至7日左右,案件的审结周期大幅缩短,有效缓解了司法机关案多人少的矛盾,符合我国司法实践需要。认罪认罚从宽制度与速裁程序的结合,不仅简化司法程序,提升司法办案效率,更为各方当事人及时、快速获得确定利益,摆脱漫长的诉累提供便利,是司法机关为解决当事人对高效办案

收稿日期:2019-02-22

作者简介:王秀汉,男,天津市静海区人民检察院副检察长,主要从事检察实务研究;

祝魁叔,男,天津市静海区人民检察院检察业务管理部主任,主要从事检察实务研究;

赵生霞,女,天津市静海区人民检察院刑事检察二部员额制检察官,主要从事检察实务研究;

庞悦,女,天津市静海区人民检察院检察业务管理部检察官助理,主要从事检察实务研究。

需要的发展结果。

(二)认罪认罚案件以轻微刑事案件为主,判决上诉率低

954 名犯罪嫌疑人中,J 区检察院对 1 人做出附条件不起诉决定,40 人做出不起诉决定,913 人做出起诉决定,954 名犯罪嫌疑人的涉罪案由分布情况如图 1,综观认罪认罚嫌疑人的涉罪案由,危险驾驶案、交通肇事案合计占比 43.71%,犯罪嫌疑人普遍具有悔罪态度好、社会危险性低、积极争取检察机关的从宽量刑建议的特征,此类犯罪嫌疑人从认罪认罚从宽制度中获得较大权益保障。

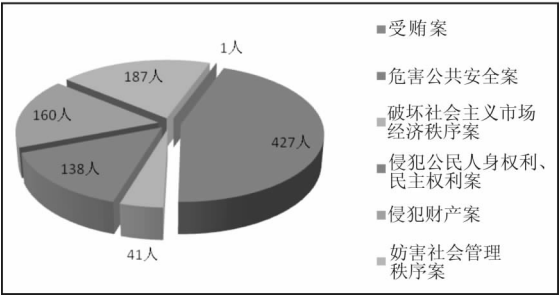


图 1 认罪认罚犯罪嫌疑人涉罪案由分布图

两年来 J 区法院对检察机关提起公诉的 835 名认罪认罚被告人从宽量刑,其中被判处 3 年以下实刑、缓刑、单处罚金、免刑的人数比例为 96.53%,轻微刑案件占绝对比例,量刑情况如下表 1 所示。判决后 19 名认罪认罚嫌疑人提起上诉,上诉率为 2.28%,抗诉率为 0,低上诉率从结果上反映了被追诉人认罪认罚自愿性得到有力保障。相比往年同期,刑事案件上诉率整体下降 1.75%,认罪认罚从宽量刑结果更易被被告接受,促使服刑人员履行义务遵守法律,服判服刑效果改善,司法改革成效逐步显现。

(三)认罪认罚案件量刑建议采纳率较高

J 区检察院两年来提出从宽量刑建议被 J 区法院完全采纳的比例为 87.95%,未完全采纳部分属于幅度型从宽量刑建议。检察机关出于多种因素考虑对认罪认罚嫌疑人提出幅度型从宽量刑建议,如犯

罪嫌疑人同时具备累犯、自首、坦白、不满 18 周岁、年满 75 周岁等两个以上从重或从轻情节,从重、从轻彼此之间互有影响。审查起诉阶段,检察机关为推进认罪认罚从宽制度的适用,综合听取犯罪嫌疑人及其辩护人意见、被害人及其法定代理人意见,为兼顾当事人双方意见而提出幅度型量刑建议。

二、认罪认罚从宽制度适用先期经验总结

设计繁简分流程是满足司法责任制改革下案多人少矛盾的必然选择,认罪认罚从宽制度作为贯彻刑事诉讼活动中的一项重要原则,牵涉侦查、公诉、辩护、审判多方工作内容,多方主体反复协商讨论,为保证制度实施效果不违背设计初衷,在试点过程中丰富、完善制度实施程序,总结形成可复制的经验,为扩大制度应用范围提供便利。

(一)认罪认罚从宽制度与速裁程序的有效结合以庭前量刑协商一致为连接点

认罪认罚从宽制度实施前,被追诉人对可能判处刑罚的预估来自于辩护人的经验判断,庭审过程控辩双方通常不涉及刑罚期限,是否适用缓刑等具体细节的辩论^[1],被告不服刑罚判决的以上诉方式提出反对意见。认罪认罚制度实施后,我国吸取国外庭前解决犯罪事实与量刑分歧的司法经验^[2],控辩双方可以对存在分歧的从宽幅度进行协商,并将量刑建议的协商结果作为被追诉人选择适用庭审程序的依据,使认罪认罚从宽制度与速裁程序的适用通过庭前协商建立了合法合理的连接点。

若认罪认罚被追诉人愿意接受速裁或简易程序,提升司法效率,通常给予 15%以下从宽的量刑折扣^①,若被追诉人选择普通程序,则没有加速程序行为对应的量刑折扣。适用加速程序时,庭审过程重点审查被追诉人认罪认罚的自愿性,审查证据合法性、关联性、真实性,兼顾司法公正与效率,防止被追诉人花钱买刑,替人顶罪,被迫认罪。为保障被追诉人选择普通程序的自由,被追诉人选择适用程序所带来的量刑区别均应在责任刑以内,若从宽幅度大导

表 1 认罪认罚被告被判刑罚情况

刑罚	免于刑事处罚	单处罚金	拘役	有期徒刑			
				不满一年	一年至三年 (含三年)	三年至五年 (含五年)	五年至十年 (含十年)
人数(人)	1	49	397	238	123	21	8
比例(%)	0.11	5.86	47.54	28.5	14.72	2.51	0.96

致选择适用速裁程序可以免除处罚,易造成无罪者为他人顶罪或为快速获取免刑判决而做出有罪认罪认罚供述的乱象,增加被追诉人正当行使权利选择普通程序的负担^[9]。

(二)认罪认罚被追诉人的双重权利保障

认罪认罚被追诉人权利保障是认罪认罚从宽制度演进过程的一大不可绕过的议题,关于认罪认罚被追诉人权利保障的现有研究主要涉及两方面内容,一是检察机关决定认罪认罚是否给予量刑折扣建议的自由裁量权限制;二是被追诉人认罪认罚的自愿性与真实性保障。

1.可以从宽的自由裁量权限制

现行《刑事诉讼法》第15条明确规定了认罪认罚情形可以从宽,对应当从宽与可以从宽的争论予以解答,可以从宽反映了立法者倾向于除特殊情形外,被追诉人犯罪行为触犯重刑之罪,司法机关对认罪认罚被追诉人也应当适用从宽制度减轻预防刑,对于不予以适用从宽制度的特别情形,应当说明理由。被追诉人犯罪后的态度是判断其再犯社会危险性的依据之一,认罪认罚态度原则作为被追诉人悔罪表现,若无其他事后恶劣情节,应被评价为社会危险性降低的表现,与刑事和解、赔礼道歉等均属于减轻预防刑的情节^[10]。

可以从宽赋予案件承办人适用从宽制度的自由裁量权,为有效避免认定自首、坦白情节不予认定,可以适用从宽情节不予从宽的现象发生,笔者认为需要建立不予认定认罪认罚流程监控机制,对于被追诉人申请认罪认罚,检察机关经审查作出认定或不予认定认罪认罚的决定均应有文件留痕,便于监督。在司法实践中,应当区分被追诉人如实供述犯罪事实,对罪名认定有异议,是否认定认罪认罚情节。若罪名认定不同导致犯罪事实对应的量刑基准刑不同的,被追诉人不认罚的,应认定为认罪,适用坦白从宽的量刑情节,并在办案流程中说明不予认定认罪认罚的原因。若罪名不同但犯罪事实对应的量刑基准刑相同的,适用认罪认罚从宽制度后可能提出的量刑建议并无区别,被追诉人同意量刑建议的,应认定为认罪认罚情节。

另外,还需建立不适用认罪认罚从宽制度的公开审查机制,即检察机关、审判机关在办理重大敏感案件,尤其是人民群众强烈要求严惩的案件时,若不同意适用认罪认罚从宽制度,应邀请案件侦查、审查起诉、审判司法机关与辩护律师的参与,向各方说明不同意的原因,听取多方意见后作出不适用认罪认罚从宽制度的决定,强化律师对被追诉人权利保障

的监督。

2.被追诉人认罪认罚自愿性与真实性的保障

实践中各试点地区为确认认罪认罚被追诉人的自愿性实施了值班律师制度,各地值班律师制度开展模式有所区别。以J区所在市为例,值班律师属于认罪认罚形式上的见证人,仅在认罪认罚权利具结书上签字证明被追诉人已阅读认罪认罚权利告知书与具结书内容,确系自愿签署具结书,值班律师并不提供实质法律咨询或辩护服务。北京、广州、杭州、福州等地开展值班律师辩护制度,可能判处3年以上徒刑的认罪认罚被追诉人可获得值班律师出庭辩护^[2]。杭州市部分地区基于充分保障被追诉人权利的考虑,禁止一个值班律师为多个认罪认罚同案犯同时提供法律帮助,部分地区律师因形式见证可能潜藏错案风险,不愿在未会见、未阅卷的情形下签署认罪认罚具结书^[9]。多数认罪认罚被追诉人缺乏法律方面经验,对可能判处的刑罚及适用认罪认罚后可能获得的量刑折扣并没有明确认识,因此,为强化被追诉人认罪认罚自愿性的保障,值班律师从形式见证向实质辩护职责的转变是认罪认罚从宽制度发展的必然趋势。

另外,为保证被追诉人认罪认罚时选择的自由,司法实践中形成了被告人反悔后的程序回转机制。为保障认罪认罚真实性,检察机关办理认罪认罚案件不能过分追求效率、依赖被追诉人供述,仍应坚持公正优先原则,依据证据审查规则,以事实清楚证据充分且能排除合理怀疑为证明标准,全面审查证据真实性、关联性,形成完整的证据链,以防被追诉人反悔认罪认罚后,速裁、简易程序回转为普通程序,因证据瑕疵导致案件需继续补充侦查,延长办案期限,造成程序反复浪费司法资源。

(三)不同阶段、不同情节认罪认罚,从宽幅度不同

惩治犯罪与保障人权双重刑事司法目的是指导刑事制度改进完善的重要核心,保障被追诉人权利的同时要防止从宽幅度过大弱化预防犯罪作用。公正、公平量刑要以刑罚正当性根据为原则,报应刑与预防刑相互制约,实现刑罚均衡化^[6]。若不区分犯罪情节按照同一认罪认罚从宽幅度确定刑罚,易导致社会危险性小的轻微刑事案件从宽幅度小,社会危险性大的重刑案件从宽幅度大,有失公平。另外,认罪认罚阶段不同,悔罪表现,社会危险性,再犯可能性也有所区别,侦查、审查起诉阶段认罪认罚的悔罪表现要好于审查阶段,同时更利于节省司法资源。笔者认为,可将基准刑与认罪认罚阶段作为确定认罪认罚从宽量刑幅度的影响因素^[7],对于同类案件不同

认罪阶段的从宽差别比例,或同一认罪阶段不同犯罪情节的从宽差别比例,应由各地司法机关协商确定各类情形的从宽比例范围,包括区别累犯、前科、首次犯罪不同情形认罪认罚从宽比例上限,侦查、审查起诉、审判阶段不同阶段坦白、刑事和解、赔偿等从宽情节累计上限。

轻微刑事案件和重刑案件采取二维模型确定被追诉人从宽幅度,更符合国民轻罪轻责、重罪重责的正义感期待,但个别重刑案件被追诉人出于历史遗留的特殊理由实施犯罪行为,特殊理由已不会重现,被追诉人不具备再犯危险性和再社会化可能,不具备特殊预防的量刑考量,此时适用认罪认罚从宽制度可以考虑适用死刑缓期执行,减少死刑立即执行这一剥夺生命刑罚的适用。

三、检察机关适用认罪认罚从宽制度的疑惑与思考

伴随认罪认罚从宽制度的广泛适用,检察机关具有自由裁量空间的量刑建议权在司法实务中引起新一轮争议。确定型量刑建议对检察员依据量刑情节确定刑罚提出更高要求,学习借鉴法院提供的裁量标准,并不能完全解决量刑建议权行使过程中的所有问题。区分确定型与幅度型量刑建议权的适用范围,法定从重情节中从重比例与认罪认罚从宽比例叠加确定的方法等一系列关系当事人权益与司法公正的细节问题仍有待深入商榷解决。

(一)量刑建议权规范运用的探讨

目前对检察机关行使量刑建议权正当性的质疑声仍存在,为打破司法界对检察机关量刑建议权缺乏监督易导致权力滥用的质疑,检察机关应规范行使量刑建议权,切实提升量刑建议采纳率,做到同类案件同类量刑建议,主刑、附加刑、刑罚执行方式均应相同。规范运用量刑建议权,首先要明确确定型量刑建议与幅度型量刑建议的关系,理解两类量刑建议权对被追诉人、诉讼效率的影响^[9],适用幅度型量刑建议,被追诉人在庭审过程中仍有辩护从轻、减轻的区间,但过广的量刑幅度使量刑建议流于形式,不能有效促使被追诉人选择速裁、简易程序换取从宽量刑情节;适用确定型量刑建议的被追诉人对刑罚有确定预判,在预判基础上衡量检察机关是否以空洞允诺兑换认罪认罚供述^③,理性选择认罚与否。笔者认为,量刑建议权应以适用确定型量刑建议为主,若遇多个量刑情节复杂的或事实证据复杂的认罪认罚案件,可听取被追诉人及其辩护人意见,坚持

有利于被告人原则,适当采取幅度型量刑建议,幅度型量刑建议的区间范围不可过大,以不超过1年为宜。若以轻重刑为依据划清两类量刑建议权的适用范围^[9],割裂二者之间的联系,则易陷入过分强调量刑建议权形式规范,忽视被追诉人权利保障的困境。

规范量刑建议权,还需检察机关统一量刑情节认定标准,明确主刑、附加刑适用同等从宽幅度与否的情形,同时利用量刑建议大数据对比分析,查找同类案件不同量刑建议的原因,最大程度引导各承办人对同类案件作出的量刑建议均衡化。为强化量刑建议权的监督,可借鉴司法实践中法院实施的量刑简表制度^[10],在具体办案中制作量刑简表,简表中列明案件的法定刑幅度、量刑基准、量刑要素及各要素对刑罚影响的幅度等,使量刑建议提出过程更明确、标准、留痕。为实现同案均衡量刑,有条件地运用智能司法AI软件,借鉴上海市、杭州市检察应用智能辅助办案系统的辅助办案方式,在办案系统中建立案例库,自动调取相似案件,收集对比案件中量刑情节,依托大数据汇总分析功能,智能提出量刑建议,提升量刑建议的精准度和类案量刑的均衡度。

(二)认罪认罚制度与其他酌定从宽量刑情节的关系

厘清认罪认罚从宽制度与其他宽刑政策的关系是认罪认罚从宽制度内涵研究和提出合理量刑建议的前提。认罪认罚从宽制度的提出,使得散见于刑事法律及政策文件中的自首、坦白、缓刑、减刑、假释、不立案、不起诉、附条件不起诉、刑事和解、简易程序、速裁程序等宽缓政策有了统一的制度落脚点,便于系统地研究适用认罪认罚从宽制度与其他适用宽刑情节的关系。司法实践中,案件承办人通常将自首、坦白、退赃退赔等悔罪表现作为判断被追诉人真实认罪认罚的依据,即适用认罪认罚从宽制度的前提,但在确定从宽幅度时,则不考虑认罪认罚情节与自首、坦白、退赃退赔、刑事和解等情节具有交叉重复部分,对多个情节对应的从宽比例直接累加计算,致使从宽比例幅度过大,责任刑与罪刑不相适应,预防刑与责任刑不均衡。笔者认为,自首、坦白、立功等多类酌定从宽情节均是认罪认罚的具体表现,与认罪认罚属于包含、交叉关系,在确定多个情节从宽幅度计算方法时,应借鉴限制从宽原则与吸收原则,科学确定多个情节的从宽幅度,在减少预防刑的同时,确保责任刑与罪刑相适应。

司法实践中将是否获取被害人谅解作为考察被追诉人认罪认罚真实性的指标,若被害人坚决表示不谅解犯罪嫌疑人,不接受其赔偿,并希望从重

处罚,或者被害人要求被追诉人全额赔偿损失才予以谅解,但被追诉人经济能力不足以支付全额赔偿,为兼顾被害人情绪及安定的社会秩序,司法机关通常不对被追诉人适用认罪认罚从宽制度。笔者认为,无论人身损害还是财产损害案件,在听取被害人意见后,要结合被追诉人认罪认罚态度,若其表示将会认真服刑争取减刑早日释放,并积极参与合法劳动以获取报酬尽早付清赔偿金额,案件承办人应向被害人释明被追诉人从宽处罚有利于尽早结束服刑,支付其赔偿金的利处,尽力化解双方矛盾,排解被害人的怨恨情绪。笔者认为,经济能力不应成为认罪认罚从宽制度适用的阻却因素,尤其是过失犯罪案件,如交通肇事、过失致人重伤案件,有认罪认罚承诺是适用认罪认罚从宽制度的唯一“门槛”,赔偿、和解等情节可作为确定从宽幅度的具体依据,以调整因经济条件差异引发的制度选择适用的现象,使认罪认罚制度在被追诉人面前可以平等适用,促使被追诉人早日结束服刑,获取经济收入以赔偿被害人损失。对于被害人提出的高额赔偿金,要结合被害人实际损失、被追诉人赔偿能力以及安抚被害人情绪多方考虑,由承办人在实际损失与超出损失 30% 限度之间的范围自由裁量,如对于经济困难的被追诉人因过失犯罪造成轻微伤结果的情形,赔偿金额以实际损失为限。若共同犯罪中多个被追诉人内部协商按份额赔偿被害人损失的,部分被追诉人不予赔偿或无力赔偿,对已赔偿的被追诉人综合考虑其赔偿数额、刑事责任大小、再犯危险性酌情确定从宽幅度。

(三)认罪认罚被追诉人反悔权的探讨

为保障被追诉人认罪认罚的自愿性及适用普通程序的诉讼权利,实践中司法机关均会同意被追诉人撤回认罪供述,撤销认罪认罚具结书,对适用速裁程序审理的认罪认罚案件转为普通程序审理,这一程序回转导致认罪认罚适用过程中产生的文书失去效力,案件承办人为适用认罪认罚制度作出的工作付之东流。笔者认为,反悔、翻供、上诉是为防止冤假错案赋予被追诉人的权利,若被追诉人为留所以羁押期限抵销服刑期、拖延判决生效时间行使反悔权,滥用权利,浪费司法资源,贬损司法公信力时,私权利应予以限制^[1],但权利的限制尺度要适当兼顾权利自由与节约司法资源的理念。

若被追诉人彻底推翻有罪供述,即作出翻供行为,则沿用司法实践中关于翻供的应对方法,并借鉴宋代慎刑思想下的翻异别勘制度,对反悔有罪供述的次数加以限制。翻供存在于侦查、审查起诉、审判

各个阶段,目前司法实践对翻供并无次数限制,被追诉人翻供后,司法机关审查改变供述部分的真实性,经审查若不属实,则会对其作出认罪态度恶劣的评价,建议审判机关或由审判机关予以从重处罚。基于利己主义,被追诉人为逃避法律制裁而毁灭证据,隐瞒事实,伪造证据等,且未侵害其他法益,属于不可定他罪处罚的事后行为,不具有期待可能性,但实务界普遍认为此类情节属于事后量刑情节,通过从重处罚此类不实翻供情节,限制被追诉人滥用权利,浪费司法资源。基于认罪认罚从宽制度实施的现实目的是为了提供案件繁简分流途径,节约司法资源,提升司法效率,若被追诉人滥用反悔认罪认罚权利,浪费司法资源,会导致认罪认罚制度的实施增加司法程序负担,因此有必要对反悔次数加以限制^[12],并对以逃避法律制裁为目的的反悔有罪供述行为从重处罚。

若被追诉人有反悔认罪的意思表示,根据被追诉人反悔阶段不同,可建议其选择普通程序或转换为普通程序审理来保障被追诉人追求有利诉讼结果的权利,不应将此类反悔行为认定为从重处罚的事后量刑情节。同时,应重视量刑建议的程序成果,对于被告人当庭不接受量刑建议的,审判机关应在量刑建议适当性审查的基础上决定是否建议检察机关调整量刑建议,若调整量刑建议后被告自愿认罪,则继续适用认罪认罚制度和原有审判程序审理判决,若调整量刑建议后被告仍不同意,则在审判机关作出定罪量刑判决时,对检察机关提出的量刑建议合理与否作出说明,体现量刑建议的程序价值和实体价值。

认罪认罚从宽制度作为一项贯穿刑事诉讼法各阶段的刑事原则,公检法在办理刑事案件时均已总结出一套符合实际办案需要的认罪认罚案件办理制度经验,但公检法之间并未互相交流经验,也未有协作提升认罪认罚案件办案效果的意识。审判机关认为检察机关在适用认罪认罚从宽制度办理案件时存在同案不同从宽幅度的现象,检察机关认为公安机关在办理案件时未能有效推动认罪认罚从宽制度,对没有社会危险性的认罪认罚犯罪嫌疑人仍采用羁押措施,增加检察机关开展羁押必要性审查工作的负担。若三方主体能互相交流经验与探讨适用制度的难题,则有利于通过不同视角检视问题,探索解决难题的措施,克服定位狭隘的弊端。如对于不同量刑起点、不同阶段从宽幅度的确定,公检法三方主体若能基于经验互相探讨确定各类常见轻刑犯罪适宜的从宽幅度,则有助于解决从宽幅度不均衡导致的司

法不公现象。笔者在探讨认罪认罚从宽制度适用的经验与困惑时,限于检察机关主体思维,部分看法仍存在不足之处,笔者认为认罪认罚从宽制度的长续发展需要融合检察机关、侦查机关、审判机关、辩护主体在适用该制度时形成的制度实践经验。

注 释:

- ① 天津市高级人民法院、天津市人民检察院、天津市公安局、天津市国家安全局、天津市司法局印发《关于开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的实施细则(试行)》的通知。
- ② 《最高人民法院、最高人民检察院关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作情况的中期报告》,最高人民检察院公报,2018年第2期,第3页。
- ③ 在辩诉交易制度中,空洞允诺常指为获取嫌疑人认罪供述,检察官形式上在定罪量刑上做出较大让步,但内心明知法官不会同意量刑建议。

参考文献:

- [1] 谢登科,周凯东.被告人认罪认罚自愿性及其实现机

制[J].学术交流,2018,(4):95-100.

- [2] 包玲玲.美国量刑辩护对我国量刑改革的启示[J].湖南警察学院学报,2011,(5):48-52.
- [3] 熊秋红.认罪认罚从宽的理论审视与制度完善[J].法学,2016,(10):97-110.
- [4] 张明楷,论犯罪后的态度对量刑的影响[J].中国检察官,2015,(9):79.
- [5] 郭志平,史笑晓.检察环节认罪认罚从宽制度的适用困境及完善路径[J].杭州学刊,2018,(2):136-146.
- [6] 张明楷,责任刑与预防刑[M].北京:北京大学出版社,2015.36-40.
- [7] 郭玉.“从宽”何以适当:认罪认罚从宽的量刑适当性研究[C].2018年全国法院第29届学术讨论会,392-400.
- [8] 冀祥德.设置量刑建议权要体现控辩协商的价值[N].检察日报,2006-03-01(003).
- [9] 朱孝清.论量刑建议[J].中国法学,2010,(3):5.
- [10] 张忠秋.论赋予检察机关量刑建议权的合理性[N].辽宁公安司法管理干部学院学报,2010,(4):108.
- [11] 刘建军.关于被告人翻供问题的探讨[J].山东审判,2003,(2):21-23.
- [12] 李麒,张沙沙.认罪认罚从宽信任机制的构建[J].西部法学评论,2018,(5):91-98.

Experience and Perplexity of Applying Lenient System of Confession and Punishment in Procuratorial Organs

Research Group of Tianjin People's Procuratorate of Jinghai District

(Tianjin People's Procuratorate of Jinghai District, Tianjin 301600, China)

Abstract: The lenient system of pleading guilty and confessing punishment system and the quick judgment procedure are clearly written into the criminal procedure law, which means the legalization and systematization of criminal policy of temper justice with mercy. In the past three years, the lenient system of pleading guilty and confessing punishment has been applied throughout the country from a pilot project. In practice, it has formed some generally recognized system achievements, such as initially realizing the integration and development of political, social and legal effects, effectively saving judicial resources, reducing judicial costs, strengthening judicial authority and showing judicial flexible care. However, there are still some differences in details in the implementation of the system. Based on the authors' actual situation of the grass-roots work, they summarize the experience in the implementation process from the aspects of the connection between leniency system for confession of guilt and expeditious adjudication procedure, the protection of the rights of the accused for confession of guilt and punishment, and the difference of leniency ratio at different stages. Combining with the difficulties in the application of the power of sentencing suggestion of the procuratorial organs, the authors discuss some puzzles and views on solving puzzles in the application of the system in the procuratorial links.

Key words: procuratorial organ; pleading guilty and punishment; lenient; sentencing recommendation

(责任编辑:张颖)

外国公司在我国提起行政诉讼时应承担的 对起诉条件的举证责任

——对加拿大某公司起诉某区市场监管局要求撤销股权质押登记案的评析

范 懿

(天津市河西区人民法院 行政庭, 天津 300204)

摘 要:外国公司作为原告在我国提起行政诉讼时,应当依照我国法律规定对其符合起诉条件承担举证责任。原告的起诉条件之一,即外国公司应当由法定代理人、指定代理人或代表人进行诉讼行为,然而,外国公司法律与我国公司法律在法定代表人制度上存在差异。外国公司普遍没有法定代表人一职,而由公司董事长或指定的董事代表公司进行法律行为。人民法院在审查外国公司行政诉讼起诉条件时,应当在依照我国法律审查外国公司起诉条件时,兼顾外国公司的国籍国法律规定的公司组织结构和公司登记制度,综合审查外国公司的证据材料,确定其所委派的诉讼代表人是否是合法的代理人。

关键词:行政诉讼;举证责任;起诉条件;代表人

中图分类号:D915.4

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2019)02-0107-06

【案例要旨】

行政诉讼中,原告对自己符合法定起诉条件负担举证责任。外国公司在我国进行行政诉讼,同我国公司、组织有同等的诉讼权利和义务。义务之一,即必须由其法定代表人或主要负责人进行诉讼并应承担证明其法定代表人或主要负责人身份的举证责任。若外国公司无法完成举证,则应承担举证不能的法律后果,即不符合行政诉讼起诉条件。人民法院应当裁定驳回其起诉。

【案情简介】

原告 COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC.(中文名:加拿大新地平线有限公司),是注册于加拿大魁北克省的企业,持有第三人天津港物业管理旅游培训有限公司 50%股份。原告自述,其发现本公司持有的该 50%股份被质押给第三人

天津市旅游(控股)集团有限公司,并由被告某区市场监管局办理了股权质押登记。原告认为对于质押事宜其既毫不知情,也没有办理过股权质押登记手续。原告于 2018 年 1 月 31 日,以 COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC. 名称,由刘漫虹作为该公司负责人并加盖公司印章,向法院^①提起行政诉讼。

就原告的主体资格问题,原告认为:其提交了 2018 年 7 月 11 日经中国驻加拿大使馆认证的公证文件,证明 COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC. 是在加拿大魁北克公司注册局注册的公司,原告起诉状中的法定代表人刘漫虹自 2014 年 11 月 3 日起为该公司唯一股东并担任董事长职务。对于该公证文件,虽然原告委托的翻译机构出具的翻译文件有遗漏内容,但是不影响公证文件的效力及其他附件的翻译文件证明效力。关于公司印章的问题,虽然公司英文名称的第三个单词的第二个字母“O”不是很清楚,但是原告没有否认

该印章的效力,该印章就是原告公司的印章。

被告及第三人对原告主体资格提出质疑。被告某区市场监管局主张:原告出具的公证文件时间为2014年11月7日和2014年11月13日,只能证明当时的情况。被告办理股权质押是在2016年4月,当时加拿大新地平线有限公司提交的经过中国驻加拿大使馆认证的材料,出具于2016年4月6日和2016年4月12日,该材料证明加拿大新地平线有限公司的创始人和董事为崔晓京和崔晓松,董事长为CUI。故2016年加拿大新地平线有限公司的主体情况与2014年不符,刘漫虹不能证明其是原告公司的董事长和股东而代表公司,故刘漫虹以原告名义起诉不能证实是原告的真实意思表示,刘漫虹以原告名义的起诉主体不适格。第三人天津市旅游(控股)集团有限公司、第三人天津港旅物业管理旅游培训有限公司共同主张:原告主体不适格,同意被告对原告主体资格的质疑。

【法院判决】

一审法院裁定:驳回原告 COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC. (中文名:加拿大新地平线有限公司)的起诉。案件受理费50元,退还原告 COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC. (中文名:加拿大新地平线有限公司)。一审法院认为,根据《中华人民共和国行政诉讼法》第99条第1款,原告在中华人民共和国进行行政诉讼,同中华人民共和国的公司、组织有同等的诉讼权利和义务。根据《中华人民共和国行政诉讼法》第101条,人民法院审理行政案件,本法没有规定的,适用《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定。《中华人民共和国民事诉讼法》第48条第2款规定:“法人由其法定代表人进行诉讼。其他组织由其主要负责人进行诉讼。”因此,本案原告的起诉,应当由其法定代表人或者主要负责人进行诉讼。一方面,在公司印章问题上,刘漫虹在原告起诉状上加盖的公司印章所载明的公司名称为 COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC. 与原告公司名称 COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC. 不符,无法证明刘漫虹所盖印章能够代表原告公司。另一方面,在公司法定代表人或主要负责人身份问题上,立案时,刘漫虹提交的加拿大公证师袁飞龙于

2014年11月7日出具的《公证师证明书》,载明刘漫虹是原告公司的唯一股东及董事长;第一次开庭前,刘漫虹补充提交的加拿大公证师袁飞龙于2018年6月14日出具的《公证师证明书》,进一步明确刘漫虹在原告公司中从2014年8月13日开始为该公司唯一股东及董事长;在第二次开庭前,刘漫虹又补充提交的加拿大公证人 ERIC J. FOURNIER 于2018年7月11日出具的《真实性证明》,载明刘漫虹自2014年11月3日起为原告公司的唯一股东及董事长。刘漫虹提交的三份证明文件在其任职时间上存在不一致,无法证明其在原告公司中的身份。虽然刘漫虹主张以最后一次提交的《真实性证明》为准,但是该《真实性证明》的英文附件与其翻译件不一致,内容有遗漏,亦无法证明刘漫虹在原告公司中的身份。经过多次举证,刘漫虹在立案时及庭审中,均无法证明其是原告公司的法定代表人或主要负责人。因此,根据现有证据,刘漫虹提起的本案行政诉讼不符合法律规定。

二审法院裁定驳回上诉,维持原裁定。二审法院同样认为,本案的起诉,首先要确定刘漫虹是否能代表公司进行诉讼。上诉人在原审中提交的三份证明文件对刘漫虹的任职时间上存在不一致,且最后一份《真实性证明》的英文附件与其翻译件不一致,因此其提交证据存疑,无法证明刘漫虹在上诉人公司中的身份。另外,上诉人在起诉状上加盖的公司印章所载明的公司名称为 COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC. 与上诉人公司名称 COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC. 不符,也无法证明上诉人所盖印章能够代表上诉人公司。因此,根据现有证据,刘漫虹提起的本案行政诉讼不符合法律规定。

【法律解析】

(一)我国行政诉讼中原告应依法承担举证责任

证明责任分配在法律适用中具有至关重要的作用,故而有“举证责任之所在,败诉之所在”的法谚^①。随着政府职能转变、行政方式变革,行政行为种类日益繁多,各类行政行为均由行政机关举证既不符合行政规律,也不能保障法院公正审理行政案件^②。但在普法宣传中,为体现行政诉讼制度的特殊性,人们习惯于将行政诉讼的举证规则简

称为“被告承担举证责任”,并以此区分民事诉讼中的“谁主张谁举证”的举证规则。由此导致在行政诉讼司法实践中,不少原告及其委托代理人甚至部分律师,误认为行政诉讼中原告无须承担任何举证责任,从而忽视己方的举证责任。然而,《行政诉讼法》及其证据规则——《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》(以下简称《证据规定》)均对原告承担的举证责任有直接规定。总结起来,原告在行政诉讼中的举证责任包括三类:

1.证明其符合起诉条件的举证责任。其法律依据是《证据规定》第4条第1款。行政诉讼的起诉条件,集中规定于《行政诉讼法》第49条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(以下简称《行政诉讼司法解释》)第69条第1款。起诉条件综合而言,除了与民事诉讼相类似的起诉条件,包括有明确的被告、具体的诉讼请求和事实理由、属于受案法院管辖、由法定代理人或指定代理人或代表人为诉讼行为的等常见要件外,还有一些较为特殊的起诉条件,包括原告与行政行为具有利害关系等。本案中,原告作为外国公司,仍应当按照我国行政诉讼法对原告起诉条件的规定,由其代表人进行立案、参加诉讼、委托律师等诉讼行为。

2.证明其曾向被告提出申请的举证责任。其法律依据是《证据规定》第4条第2款。起诉不作为的案件中,除被告机关应当依职权作出的行政行为外,均为依申请而作出行政行为。例如政府信息公开案件中,若起诉被告要求公开的某项信息本身属于被告应当主动公开的信息,那么可以直接提起行政诉讼;若该信息属于被告依据原告的申请才应当公开的信息,那么没有原告的申请就无须启动信息公开程序,原告的申请是被告应履行相应程序的事实前提。因此,在原告起诉被告依申请不作为案件中,原告应当承担证明曾经向被告提出过申请的举证责任。本案中,原告起诉的标的是被告已经作出的登记行为,不属于不作为的标的,因而原告无须证明其曾向被告申请过要求履行职责。

3.证明其主张的损害由被告行政行为造成。其法律依据是《证据规定》第5条。行政赔偿诉讼中,损失的主张与损失的证明之间,存在民事诉讼中“谁主张谁举证”的逻辑关系。本案明显不属于行政赔偿案件,原告亦无须承担此类举证责任。

(二)我国行政诉讼中公司起诉应满足法定起诉条件

综合《行政诉讼法》和《行政诉讼法司法解释》等规定,我国现行行政诉讼制度对原告的起诉条件设定了如下要件,包括:第一,原告属于行政行为的相对人或与行政行为、行政职责有利害关系;第二,有明确的被告;第三,有符合《行政诉讼法司法解释》第68条规定的具体的诉讼请求;第四,属于行政诉讼受案范围和受诉法院管辖范围;第五,符合法定起诉期限;第六,依法由法定代理人、指定代理人、代表人为诉讼行为;第七,未违反行政复议前置程序;第八,未属于重复起诉;第九,撤回起诉后再行起诉有正当理由;第十,行政行为对其合法权益产生实际影响;第十一,诉讼标的尚无生效裁判或调解书羁束;第十二,其他。

对于由公司、其他组织作为原告起诉的案件,原告的起诉行为应当由公司、其他组织的代表人代为诉讼行为。这一起诉条件的法律依据,既来源于《行政诉讼司法解释》第69条第1款第4项的规定,又来源于《民事诉讼法》第48条第2款的规定,即法人由其法定代表人进行诉讼,其他组织由其主要负责人进行诉讼。就本案而言,COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC.(中文名:加拿大新地平线有限公司)在我国进行诉讼,必须要遵守我国的诉讼制度。代为COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC.(中文名:加拿大新地平线有限公司)进行诉讼的主体即诉状中所列的“刘漫虹”,其根据我国法律应当是该公司的法定代表人或主要负责人,其在我国诉讼,应当根据我国法律,承担证明自己具有COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC.(中文名:加拿大新地平线有限公司)授权的或证载的法定代表人、主要负责人身份。

(三)加拿大公司登记制度中的公司代表人与我国法律的差异

1.外国公司董事制度

外国公司在登记制度上,大多没有我国法律中的“法定代表人”这一登记的公司职务。一般情况下,由董事代表公司为法律行为须经公司董事会指定、任命并授予具体权限。董事在《牛津法律词典》被定义为“由公司组织条例任命或根据其他条款任命的一名高级职员”。英国《公司法》将董事明确为任何占据公司董事职位的人,而不管他是

被如何称呼和命名的^[9]。至于董事与公司的关系,不同法系有不同的观点。

(1)委任关系。以日本和我国台湾地区等为代表,主张公司是委托人,董事是受托人,公司财产的管理与经营是委任标的。董事可基于委任关系而取得对公司事务的业务执行和经营决策权。例如:《日本商法典》第254条第3款也规定:“公司与董事的关系,遵照委任的有关规定”^[10]。

(2)代理关系。以德国法为代表,主张公司本身是没有行为能力的拟制主体,只能通过委托授权自然人或公司的内部机构来为一定的行为,从而与其他法律主体建立关系,从而取得权利和承担义务。董事被视为公司的代理人,适用民法中的代理关系,在委托权范围内开展公司业务的管理活动,而行为造成的后果由公司来承担。例如:德国的《股份法》第78条规定:“董事会在诉讼上和诉讼外代表公司。章程也可以规定,董事会的各个成员有权单独或与一名经理人一起代表公司。有共同代表权的董事会成员可以授权其中的各个人实施特定的行为或特定种类的行为”^[11]。

(3)代理及信托关系。以英美法系为代表,主张董事居于代理人和受信托人的双重地位。董事,一方面作为公司的代理人,代表公司所签订的任何合约或进行的任何交易可以运用代理人的一般规则予以规范和约束;另一方面作为公司财产的受信托人,其职责是积极运用公司的财产谋取利润。

2.加拿大公司法中的董事

加拿大作为英联邦成员,其法律制度深受英国的影响。加拿大宪法规定,联邦政府和各省政府同时具有对企业立法的权力。联邦政府所颁布的《加拿大公司法》(CBCA),也是各省政府的参照的主要内容,不同程度地反映在各省所制定的公司法之中。一个公司若根据联邦公司法注册成立就受到联邦公司法调整,反之在各省的公司法之下注册成立亦受省公司法调整。以联邦政府制定的《加拿大公司法》的规定为例,加拿大公司是独立的法人实体,但没有我国公司法中的法定代表人概念。公司的最高决策机构为股东大会。股东大会每年必须召开一次,其职能是选举董事,批准董事和主要管理层的报酬并讨论通过年度财务报告。董事产生之后,对公司运作全面负责。董事局可以设董事长,其权限由公司内部章程决定。作为

公司董事,首先对公司有信托义务,即董事必须忠实地为公司服务,不能侵害公司利益;其次应承担财务风险,包括税务责任、员工工资的赔偿等等。

3.我国法律中的法定代表人制度

在我国法律中,法定代表人是公司行为的实施者,以公司名义从事法律活动。法定代表人制度是整个公司对外行为的基础,也是公司登记中的法定登记内容之一。我国法律对公司法定代表人制度的基础法律渊源是《民法总则》第61条:“依照法律或者法人章程的规定,代表法人从事民事活动的负责人,为法人的法定代表人。法定代表人以法人名义从事的民事活动,其法律后果由法人承受。法人章程或者法人权力机构对法定代表人代表权的限制,不得对抗善意相对人。”此外,《公司法》第13条进一步规定了法定代表人登记制度,即“公司法定代表人依照公司章程的规定,由董事长、执行董事或者经理担任,并依法登记。公司法定代表人变更,应当办理变更登记。”

4.外国公司在我国实施诉讼行为的代表人

鉴于外国公司法律制度对董事的“倚重”与我国公司法律制度对法定代表人的“偏爱”之间存在明显的制度差异,我国《行政诉讼法司法解释》第69条第1款第4项规定原告应当“依法由法定代理人、指定代理人、代表人为诉讼行为”,即设定了较为宽松的诉讼代表人范围,外国公司在我国提起行政诉讼时,应当在其国籍国法律规定的公司结构中,选择符合中国法律规定的、合适的行为代表人代为实施诉讼行为。

(四)外国公司在行政诉讼中代表人身份的确定和起诉条件的审查

在经过上述关于加拿大公司登记制度中的公司代表人与我国法律的差异的讨论后,回到对原告起诉条件的审查上。外国公司在我国提起行政诉讼应当遵守我国法律是基本司法原则。人民法院在审查公司提起行政诉讼的起诉条件时,应当审查公司的起诉行为是否是通过其法定代表人或主要负责人进行的。即使外国公司作为原告提起诉讼,亦不例外,只不过不需要以我国的法定代表人登记制度来作为审查标准,可以以法律规定或章程规定为审查标准。因此,行政诉讼中,人民法院审查外国公司法定代表人身份时,一是要审查代公司为诉讼行为的人员是否是该公司的董事,二是要审查代公司为诉讼行为的人员是否具有公

司的授权或公司章程的授权,三是要审查公司委托的诉讼代理人是经由公司盖章委托还是经由尚未确定身份的法定代表人的委托,就本案而言,主要做如下审查判断:

1.原告证据能否形成证据链

以本案为例,原告 COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC.(中文名:加拿大新地平线有限公司)是在加拿大魁北克省的注册企业,根据加拿大公司法律和原告提交的证据显示,原告应当在公司中设置有董事一职,负责代表公司对外开展活动。其在中国提起行政诉讼,就应当选派其在加拿大登记的董事作为其在我国提起行政诉讼的代表人。原告在本案中对起诉条件的主要举证责任在于,按照我国法律规定的“由代表人为诉讼行为”的要求,证明其所有的诉讼行为,包括立案、委托诉讼代理人、提交证据等行为,均是由符合加拿大公司法律规定的董事代为实施。从原告的起诉材料看,起诉状上写明的法定代表人是“刘漫虹”并盖有公司印章,原告与委托代理律师之间的委托合同也是由“刘漫虹”签订并盖有公司印章。因此,“刘漫虹”的董事身份成为原告的主要举证内容。

原告为证明“刘漫虹”具有符合我国法律规定的代表人身份,提供了下列证据:第一,由原告公司盖章出具的证明“刘漫虹”身份的证明文件;第二,由加拿大公证师袁飞龙在立案前于2014年11月7日出具的《公证师证明书》;第三,由加拿大公证师袁飞龙在第一次开庭前于2018年6月14日出具的《公证师证明书》;第四,加拿大公证人ERIC J. FOURNIER在第二次开庭前于2018年7月11日出具的《真实性证明》。证据二至证据四均有经我国驻加拿大外事机构确认其形式真实性的证明。

经法院审查,原告证据一加盖的公司印章所载明的公司名称为COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC.即第三个英文单词的第二个字母为“Q”,而原告起诉状中的公司名称为COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC.即第三个英文单词的第二个字母为“O”,且我国驻加拿大外事机构出具的确认文件中,涉及原告公司的英文名称均为“COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC.”、被告机关行政登记案卷中的原告公司名称也均是“COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC.”,因

此,原告证据一中的公司印章与原告公司名称明显不符,无法证明刘漫虹的董事身份;而且原告的起诉状上加盖的公司印章亦为“COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC.”,与原告名称亦不符。在当庭询问中,原告代理律师也无法解释上述名称不符的问题。

原告证据二与证据三、证据四之间,在证据内容上相互矛盾。原告证据二载明“刘漫虹”是原告公司的唯一股东及董事长,即原告公司股东从未发生变化;证据三载明“刘漫虹”从2014年8月13日才开始为该公司唯一股东及董事长,与证据二内容不一致;证据四载明“刘漫虹”自2014年11月3日起为原告公司的唯一股东及董事长,又与证据三的任职时间不一致。虽然原告律师在庭审中又主张证据二和证据三的加拿大公证师袁飞龙不细致而应当以证据四为准,但是证据四的英文附件与其翻译件不一致,翻译件内容有遗漏,亦无法证明刘漫虹在原告公司中的身份。原告经过两次开庭和三次补充证据,均无法证明原告的由“刘漫虹”所为的起诉行为系由合法的代理人所为。

鉴于“刘漫虹”尚无法证明其是原告公司的董事身份,法院就不用继续审查确定“刘漫虹”是否具有公司的授权或公司章程的授权,可以径行确定“刘漫虹”代表原告所为的起诉行为不符合我国法律的相关规定。此外,本案中,原告代理律师还提交了由原告公司盖章的授权委托书,但是公司印章上的公司英文名称均为“COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC.”而非“COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC.”,因此,原告律师的委托代理手续和原告起诉状上的公司印章,均存在问题,均无法证明原告的起诉是COMMERCE NOUVEAUX HORIZONS INC.公司的真实意思表示。

2.被告的反驳证据是否成立

对于原告的举证,被告主张,原告出具的公证文件时间为2014年11月7日和2014年11月13日,只能证明当时的情况。被告卷宗中的材料显示,办理股权质押是在2016年4月,且有当时加拿大新地平线有限公司提交的经过中国驻加拿大使馆认证的材料,出具于2016年4月6日和2016年4月12日,该材料证明加拿大新地平线有限公司的创始人和董事为“崔晓京”和“崔晓松”,董事长为“CUI”。故2016年加拿大新地平线有限公司

的主体情况与2014年不符,刘漫虹不能证明其是原告公司的董事长和股东而代表公司。此外,在原告证据四的翻译件所遗漏的英文内容,恰恰有崔晓京的拼音名字及相关信息,但翻译件中不仅没有翻译对应的信息还把“刘漫虹”的第三人称翻译成男性“他”。基于这些翻译错误和大段的省略,翻译件就不能作为证据使用。

综合以上两点判断,我国驻加拿大外事机构仅负责确认出具证明文件的人员是否符合加拿大法律的公证师或公证人员,但不负责证明文件内容是否真实有效。原告诉状中列明的法定代表人“刘漫虹”,虽三次提交经我国驻加拿大外事机构确认的加拿大公证师出具的“刘漫虹”的董事长身份证明文件,但是三份身份证明文件之间,存在内容不一致甚至相互矛盾的情况,故无法形成证据链来证明“刘漫虹”的真实身份。原告不仅在举证的证据之间相互矛盾,无法形成证据链证明其符合我国法律的起诉条件,而且无法解释被告主张的疑问,也无法反驳被告的相关证据,原告应当承担举证不能的法律后果。法院从原告在行政诉讼中应当举证证明自己符合起诉条件的角度,以

“刘漫虹”现有证据无法证明其是原告公司代表人的举证不能为由,确认其所提起的本案行政诉讼不符合法律规定,作出驳回其起诉的行政裁定。

注 释:

- ① 根据《行政诉讼法司法解释》第5条第2项,涉外案件属于中级人民法院管辖范围,由于该案在《行政诉讼法司法解释》出台前立案,故为慎重起见,经报请上级法院批示,本案适用立案时的管辖规定,即基层法院具有对该涉外案件的管辖权。

参考文献:

- [1] 胡东海.“谁主张谁举证”规则的历史变迁与现代运用[J].法学研究,2017,(3):107.
[2] 张步洪.行政诉讼举证规则的体系解释[J].国家检察官学院学报,2015,(4):45.
[3] 张民安.现代英美董事法律地位研究[M].北京:法律出版社,2000.2.
[4] 卞耀武.日本国商法[M].北京:法律出版社,2000.84.
[5] 杜景林.德国股份法[M].北京:中国政法大学出版社,2000.35.

The Burden of Proof of the Conditions of Prosecution that Foreign Companies should Bear when Instituting Administrative Litigation in China

——Comments on a Canadian Company Suing the Regional Market Regulatory Authority for Revoking the Registration of Equity Pledge

FAN Yi

(Administrative Court, Tianjin People's Court of Hexi District, Tianjin 300204, China)

Abstract: Foreign companies, as plaintiffs, should bear the burden of proof when filing administrative lawsuits in China in accordance with the provisions of Chinese law. One of the conditions for the plaintiff's lawsuit is that the foreign company should be represented by a legal agent, an appointed agent or a representative. However, there are differences in legal representative system between foreign company law and Chinese company law. Generally speaking, foreign companies do not have a legal representative position, but the chairman or appointed director of the company acts on behalf of the company. When examining the conditions for prosecution in administrative proceedings of foreign companies, the people's court shall, when examining the conditions for prosecution of foreign companies in accordance with the laws of our country, take into account the organizational structure and registration system of companies prescribed by the law of the country of nationality of foreign companies, comprehensively examine the evidentiary materials of foreign companies, and determine whether the litigant representatives appointed by them are legal representatives.

Key words: administrative litigation; the burden of proof; conditions for prosecution; representative

(责任编辑:张 颖)