

新闻出版广电总局首批认定学术期刊
RCCSE中国高职高专成高院校学报类核心期刊
全国首届《CAJ-CD》执行优秀期刊
中国学术期刊综合评价数据库来源期刊
中国核心期刊(遴选)数据库收录期刊
中国期刊全文数据库收录期刊

ISSN 1674-828X
CN12-1416/D

天津法学

TIJANJINGFAXUE

- 李炳通

习近平法治思想融入高等教育的实现路径研究
- 魏健馨等

爱国统一战线功能的宪法学探析
- 高章水等

召集瑕疵语境下公司决议效力的类型化区分
- 戴建军等

刍议帮助信息网络犯罪活动罪的法律性质
- 孙世超等

数据权属的认定及体系构建



2022. 12

第三十八卷

二〇二二年

第四期

总第一五二期

天津法学

Tianjin Legal Science

(季刊)

编委会主任: 张亮 陈忠杰

编委会副主任: 杨明光 于浩明

编委会委员: (按姓氏笔画为序)

马立民 王吉林 古津贤 史学瀛 付士成
吕凯 刘士心 刘晓梅 刘晓纯 刘海滨
齐恩平 孙佑海 孙学亮 杨惠 杨文革
肖强 吴春雷 宋华琳 陈灿平 郝磊
侯欣一 俞风雷 薛智胜 魏健馨

主 编: 杨明光

副 主 编: 张博华 朱冬玲

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

2022年第4期 / 第38卷 / 总第152期

2022 年第 4 期 总第 152 期	天 津 法 学 Tianjin Legal Science	No.4 General No.152
天津法学 Tianjin Legal Science (季 刊)		2022 12 第 38 卷 / 第 4 期 (总第 152 期) 2022 年 12 月 15 日出版

·现行宪法公布施行 40 周年纪念征文·

爱国统一战线功能的宪法学探析	魏健馨 田圣文(5)
----------------------	--------------

·立法建议·

小额诉讼程序适用条件的重构:由双要件到单要件	廖文雄(14)
------------------------------	-----------

·法治理论与实践·

习近平法治思想融入高等教育的实现路径研究	
——以部分高校实践为例	李炳通(26)
检视与提升:多元化纠纷解决机制群众满意度问题探究	
——以 4P-4C 视角为切入点	王 莉 高庆艳(35)

期刊基本参数:CN12-1416/D*2010*q*A4*112*zh*P*¥10.00*1000*10*2022-12

司法大数据背景下认罪认罚速裁案件质量检视与完善

——基于对 D 市 2222 份裁判文书的实证考察 连 洋 张宏宇(45)

·法学研究·

刍议帮助信息网络犯罪活动罪的法律性质 戴建军 李星亿(56)

召集瑕疵语境下公司决议效力的类型化区分

——兼评“刘某与江某、佛山某商贸有限公司决议纠纷案” 高章水 刘 晨(66)

公司减资未通知债权人时的股东责任认定 李珈娴(79)

·学术热点·

数据权属的认定及体系构建 孙世超 赵 伟(92)

刑民交叉案件中同一性标准的认定 王超凡(103)

主管单位：中共天津市委政法委员会	地 址：天津市西青区精武镇陈台子路 88 号
天津公安警官职业学院	邮政编码：300382
主办单位：天津市法学会	电 话：(022) 58786530
出版单位：《天津法学》编辑部	传 真：(022) 58786530
主 编：杨明光	电子信箱：tianjinfx@126.com
副 主 编：张博华 朱冬玲	发行范围：国内外公开发行
编辑部主任：张 颖	邮发代号：6-285
国际标准刊号：1674-828X	印刷单位：廊坊市煜盈印务有限公司
国内统一刊号：CN12-1416/D	电 话：(0316) 2583668
出版日期：2022 年 12 月 15 日	定 价：10 元

Tianjin Legal Science

NO.4 Vol.38 (General Serial No. 152) 2022
Date of Publication:Dec.15th,2022

Analysis on the Function of the Patriotic United Front from a Constitutional Perspective	
.....	WEI Jian-xin, TIAN Sheng-wen
Reconstruction of the Conditions of Application of Small Claims Procedure: from Double	
Elements to Single Elements	LIAO Wen-xiong
Research on the Realization Path of Xi Jinping Thought on the Rule of Law into Higher Education	
.....	LI Bing-tong
Inspection and Promotion: the Study on the Issue of Mass Satisfaction of Diversified	
Dispute Resolution Mechanism	WANG Li, GAO Qing-yan
Quality Inspection and Improvement of Cases of Confession and Punishment under the	
Background of Judicial Big Data	LIAN Yang, ZHANG Hong-yu
On the Legal Nature of the Crime of Helping Information Network Crime	DAI Jian-jun, LI Xing-yi
Typological Discrimination of the Effectiveness of Corporate Resolutions in the Context of	
Convening Defects: Liu v. Jiang & Foshan Trading Co., Ltd.	GAO Zhang-shui, LIU Chen
Determination of Shareholders' Liability when a Company Reduces its Capital without	
Notifying Creditors	LI Jia-xian
Identification of Data Ownership and its System Construction	SUN Shi-chao, ZHAO Wei
The Standard of Identity in Cases with Criminal Civil Overlap	WANG Chao-fan

英文校译:赵淑君

·现行宪法公布施行40周年纪念征文·

爱国统一战线功能的宪法学探析

魏健馨,田圣文

(天津大学法学院,天津 300072)

摘要:爱国统一战线为国家统一、社会进步奠定了坚实的群众基础,发挥着独特作用。随着国际形势的复杂化以及大国关系的紧张化,爱国统一战线在新的时代背景下有必要通过功能重塑挖掘其当代价值。在不同历史时期,爱国统一战线兼具时代功能并发挥着“团结一切可以团结的力量”这一核心功能,本质上属于特定的社会共识。宪法序言第十自然段的规定代表了人民意志对爱国统一战线的认可,具有宪法上的正当性。促进达成国家认同是发挥爱国统一战线功能的具体路径之一,也是爱国统一战线的运行机制所在。国家认同包括国内和国际两个面向,爱国统一战线的功能重塑需要国内与国际的双重推动,具体体现在增进宪法认同、完善制度建设、协同海内外力量三个方面。

关键词:爱国统一战线;社会共识;国家认同

中图分类号:D92

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2022)04-0005-09

在我国宪法文本中,宪法序言第十自然段的规定赋予了巩固和发展爱国统一战线的宪法正当性,奠定了爱国统一战线的宪法基础。爱国统一战线发源于统一战线思想,并在20世纪20年代初引入中国^①。中国共产党将其与我国具体实际相结合,并在之后的各历史时期建立了不同的统一战线,最终发展为爱国统一战线,由现行宪法予以确认。统一战线在革命、建设和改革过程中始终发挥着不可替代的功能。我国历部宪法均对统一战线作出了规定,统一战线的演进与宪法的发展紧密相连。时值现行宪法公布施行40周年,社会环境和国际局势的复杂化对爱国统一战线的功能实现提出了新的要求。从宪法学角度探析爱国统一战线的时代功能,完善其作用机制和实现路径以助力国家发展和中国式现代化建设,

无疑具有重要的现实意义和理论价值。

一、爱国统一战线的核心功能——团结一切可以团结的力量

考察爱国统一战线可以发现,其核心功能始终都是围绕着如何获得最广泛的社会基础展开的。透视宪法文本可以清晰地看到爱国统一战线社会基础的演进轨迹。

(一)统一战线的宪法规范变迁

《共同纲领》作为中华人民共和国建立初期的“临时宪法”确认了统一战线制度,为爱国统一战线的发展奠定了制度基础。从《共同纲领》到1982年宪法,我国历部宪法均对统一战线做出了规定,具体宪法规范变迁如下表所示:

* 2020年度国家社会科学基金一般项目“国家认同文化建构的法律机制研究”的阶段性成果,项目编号:20BFX028,2021年度天津市研究生科研创新项目“天津市制造业转型的法治保障研究”的阶段性研究成果,项目编号:2021YJSB86。

作者简介:魏健馨,女,天津大学法学院教授,博士生导师,主要从事宪法学、基本法和人权法学研究;

田圣文,男,天津大学法学院博士研究生,主要从事宪法学研究。

表 1:宪法规范的变迁

	规定位置	规定内容	统一战线名称	统一战线范围
共同纲领	序言、第 13 条	构成、主要组织形式	人民民主统一战线	工人阶级、农民阶级、小资产阶级、民族资产阶级、其他爱国民主分子
1954 年宪法	序言	构成	人民民主统一战线	各民主阶级、各民主党派、各人民团体
1975 年宪法	序言	构成	革命统一战线	工人阶级领导的以工农联盟为基础的各族人民的大团结
1978 年宪法	序言	构成	革命统一战线	广大知识分子和其他劳动群众、爱国民主党派、爱国人士、台湾同胞、港澳同胞和国外侨胞
			国际统一战线	全世界无产阶级、被压迫人民和被压迫民族、社会主义国家、第三世界国家、一切受到社会帝国主义和帝国主义超级大国侵略、颠覆、干涉、控制、欺负的国家
1982 年宪法	序言	构成、主要组织形式	爱国统一战线	全体社会主义劳动者、拥护社会主义的爱国者、拥护祖国统一的爱国者 2004 年修改为:全体社会主义劳动者、社会主义事业的建设者、拥护社会主义的爱国者、拥护祖国统一的爱国者 2018 年修改为:全体社会主义劳动者、社会主义事业的建设者、拥护社会主义的爱国者、拥护祖国统一和致力于中华民族伟大复兴的爱国者

从上表可以看出,统一战线在历次宪法规范变迁中涵盖的群众基础在不断扩大,随着联合阶层的变化,统一战线所团结的对象范围更加广泛。1954 年宪法规定的统一战线范围比共同纲领的规定更宽泛,通过“阶级、党派、人民团体”的表述形式将共同纲领中的统一战线范围包含在内。1975 年宪法在表述上融入民族概念。1978 年宪法则规定了两条统一战线,不仅在范围上进行了细化,而且扩展至国际社会。1982 年宪法颁布后,在历次修改过程中不断扩大和细化统一战线的范围,其颁布之初,爱国统一战线的构成包括全体社会主义劳动者、拥护社会主义的爱国者和拥护祖国统一的爱国者。2004 年宪法修改后增加社会主义事业的建设者,2018 年宪法修正案则将“拥护祖国统一的爱国者”更改为“拥护祖国统一和致力于中华民族伟大复兴

的爱国者”,增加了新的爱国者成分。以上变化过程表明统一战线所团结的力量在不断扩大,力求通过宪法的形式将有可能团结在一起的力量紧密结合起来,统一战线具有的团结功能在不断增强,为革命、建设和改革事业奠定了坚实的群众基础。

(二) 爱国统一战线的核心功能定位

爱国统一战线在不同阶段都获得了显著的实践经验和成果。新民主主义革命时期先后形成四次统一战线^②,实现了国家解放与民族独立。社会主义革命、建设和改革阶段,统一战线不仅发挥着维稳促统的重要功能,并进一步发展为爱国统一战线^③,使之更具广泛性和可塑性。从统一战线到爱国统一战线的实践过程充分表明,爱国统一战线为国家统一、社会进步奠定了坚实的群众基础,发挥着独特作用。除宪法外,《中国共产党统一战线

工作条例》也强调要充分认识新时代统一战线工作的重要性。在实践中,爱国统一战线“已然嵌入到政党建设、国家建设、现代社会建设的历程之中”^[1],发挥着政治整合功能^[2]、社会共识功能等。在新时代背景下,爱国统一战线肩负着实现两个一百年奋斗目标和中华民族伟大复兴的重要功能。

新的国际格局和国内形势下,爱国统一战线面临新的挑战。一方面是“大国间关系更趋错综复杂,不稳定性 and 可塑性均有所上升”^[3],国家间的博弈愈发激烈,深刻影响到国家利益和国家目标的实现。另一方面,国内的主要矛盾是人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾^[4],以及着力解决发展不平衡、不协调、不可持续等问题^[5]。爱国统一战线需要面对新的情势变迁,在总结经验的前提下,针对时代背景,通过功能重塑充分挖掘爱国统一战线的当代价值,成为促进国家和社会发展的积极力量。

爱国统一战线在具体功能的塑造上要求与国家治理相契合,从而为实现国家治理体系和治理能力现代化奠定坚实的政治基础^[6],这是爱国统一战线在当前时期需要具备的时代功能。基于统一战线的共时性特征^[7],不同历史时期对统一战线时代功能的需求有所不同,但是统一战线作为成功的历史经验,在时代功能转换的背后蕴含着不变的核心功能,从而确保统一战线在从“革命”发展为“爱国”的过程中持续发挥作用^[8]。刘少奇在第四次全国统一战线工作会议上曾指出,“我们需要团结一切可能团结的人,需要统一战线”^[9]。这表明,尽管统一战线在历史交汇时期面临着时代功能的转变,但是在核心功能的需求上却

具有相通性,也就是“团结一切可能团结的人”,这一表述对于认识统一战线的核心功能有所启示。从1954年宪法开始,历部宪法均在序言部分对统一战线做出了规定,同时在功能性表述中较多使用了“团结”一词,例如1954年宪法^[4]和1975年宪法^[5]。1982年宪法则表述得更为明确:“社会主义的建设事业必须依靠工人、农民和知识分子,团结一切可以团结的力量。”这既是宪法基于历史地位给予统一战线的肯定,同时也明确了宪法对统一战线寄予的期望以及需要发挥的功能。由此可以看出,爱国统一战线的核心功能在于“团结一切可以团结的力量”。

在不同历史时期的发展中,爱国统一战线的这一核心功能均有所体现。新民主主义革命时期,统一战线的团结对象在范围上逐步扩大,从最初的国共联合到中国共产党领导工人阶级、农民阶级、城市小资产阶级和民族资产阶级等进行革命斗争并取得革命胜利,中国共产党基本团结了除国民党代表的资产阶级之外的各社会阶层,形成了广泛的统一战线。新中国成立后,基于国家建设需要,统一战线范围进一步扩大,将知识分子、专业技术人才、各社会团体等团结起来,致力于新中国初期的国家建设。爱国统一战线确立后,强调两个“爱国者”成分,注重海外统一战线工作和侨务工作,以爱国和民族复兴作为最大公约数从而进一步扩大了团结对象的范围,聚合起国内外一切可以团结的力量。

习近平总书记在论及新形势下的统一战线工作时曾指出,如果能将民主党派、无党派、民族、宗教、新的社会阶层、港澳台海外等

各方面的统一战线成员团结起来,就能为实现两个一百年奋斗目标和民族伟大复兴增添强大力量^[10]。在明确爱国统一战线的核心功能——团结一切可以团结的力量后,应深入挖掘其背后的运行机制,紧紧围绕这一核心功能开展统一战线工作,结合新形势、新要求重塑爱国统一战线的时代功能。

二、爱国统一战线的运行机制——促进达成国家认同

从本质上来看,爱国统一战线是“在一定的政治领导下,不同的社会力量因追求一定的共同利益而联结起来的社会共同体”^[11]。爱国统一战线作为一种社会共同体,其构成基础和前提在于形成一定的社会共识,通过社会共识的达成促进公民的国家认同,从而发挥核心功能。

(一)爱国统一战线属于特定的社会共识

爱国统一战线的团结功能在社会层面上体现为社会团结,也就是多元社会力量凝聚为一体的状态,通过团结不同的阶层、群体或利益相关者从而形成广泛的群众基础。社会团结的产生基于社会层面的普遍共识,也即是通过对于某一事项的共同认识形成具有相同目的指向的决断。虽然社会共识属于人的主观意识范畴,但是却受到外界环境的影响或干预,根据干预方式和干预程度的不同,社会共识通常分为两种类型,即民间社会共识和官方社会共识^[12]。前者更具有自发性特征,发生范围更广泛;后者需要有效的干预和引领,与意识形态息息相关。据此分类,爱国统一战线所需要达成的社会共识属于官方社会共识

的一种,在爱国统一战线的认识过程中尤其需要注意以下几点:

首先,爱国统一战线所要达成的社会共识应建立在人民民主的政治基础之上,所秉持的价值理念应始终以人民为中心。在民主政治层面,“社会主义协商民主是中国社会主义民主政治的特有形式和独特优势”^[13],民主协商是形成社会共识的有效路径之一,通过协商过程可以实现共同利益的整合、消解个体利益的冲突,进而达成社会力量的政治整合^[14]。其次,在国家治理视阈下,社会共识的形成过程需要强有力的组织保障并进行适当干预,避免政治、经济、文化等领域形成危害国家安全或损害国家利益的不当共识。爱国统一战线以“爱国”作为基础共识,在“爱国”的定义以及践行方式上需要保持统一,应始终坚持党的领导以保障其正确的发展方向。最后,社会共识的产生具有地域性,是一定地域范围内的个体进行社会认同产生的结果。不同地域的社会成员所处的社会环境通常具有独特性,这一独特性的产生源自边界的确定。社会共识的达成需要在相对确定的边界划分下形成,这种边界不仅包括地理边界,还包括社会群体、历史文化、意识形态、国家民族等。爱国统一战线作为社会共识的一种,需经由特定的社会认同过程才能具备广泛的社会心理基础,发挥出实际效用。

(二)爱国统一战线重在促进达成国家认同

国家认同是国家凝聚力和吸引力的直观体现,也是国家存续的必要条件。国家认同具体指“自然人个体知晓他(或她)归属于特定的主权国家,同时被赋予了公民身份,与该主

权国家之间确立法律关系”^[15],个体的国家认同代表了个体对国家的情感归属、价值确认、制度认可以及忠诚义务^[16]。

从《共同纲领》颁布至今,统一战线在不同历史时期始终存在对国家认同的需求,特定的历史任务不断促进着团结对象达成广泛的国家认同。《共同纲领》第2条和第3条指出国家面临的任务是将解放战争进行到底,解放中国全部领土,完成中国统一。同时继续完成反帝反封建的历史遗留任务,进行土地改革。从新中国成立到1954年宪法颁布之前,统一战线将各阶级团结在一起,以反帝反封建和土地改革作为共识基础。认可这一历史任务的各阶层达成了对新中国的认同,并积极参与到这一历史任务之中。1954年宪法颁布后,在序言第二自然段指出国家当前处于社会主义过渡时期,总任务是完成社会主义改造,这一时期,统一战线的范围有所扩大。社会主义改造需要取代小资产阶级、民族资产阶级等非民主阶级,要求被取缔的阶级进行身份转换从而形成对社会主义国家的认同,共同投身于社会主义建设。之后颁布的1975年宪法和1978年宪法由于历史背景导致主要任务规定较为模糊。1982年宪法颁布后,统一战线转变为爱国统一战线,规定了国家的根本任务是进行社会主义现代化国家建设,该时期的统一战线包括一个“劳动者”和两个“爱国者”。由于国家的根本任务是建设社会主义现代化国家,社会矛盾也已不再是阶级斗争,而且其社会群体的分化,价值观、利益诉求多元化,所以要形成广泛的国家认同便需要将所有致力于社会主义现代化建设的力量包括在内,因此不再以阶级、党派、团

体等作为统一战线的范围表述。2004年宪法修改后,统一战线范围增加“社会主义事业的建设者”,进一步保障了国家现代化建设的群众基础。2018年宪法修改,将“实现中华民族伟大复兴”写入宪法。中华民族伟大复兴这一历史任务必然要求以更广泛的国家认同和民族认同作为基础,因此在爱国统一战线中增加了新的爱国者成分。从以上发展过程可以获知,虽然统一战线在不同时期面临的历史任务处于变化之中,但是对国家认同的要求从未改变。国家认同始终处于不断叠加的状态,通过历史任务的转换不断扩大认同范围和认同深度。

在当前时期,爱国统一战线的功能更加需要通过促进达成国家认同来实现。爱国统一战线中的“爱国”与“国家认同”相互对应(但并不完全等同),尽管爱国统一战线明确了团结对象的范围,但是这一范围是某一类或几类社会群体的代称,在实践层面仍然需要将工作落实到个体。既要牢牢把握住现有的爱国统一战线成员,更要通过促进达成国家认同吸引更多的个体参与到爱国统一战线中来。如果说爱国统一战线具有最广泛的团结对象范围,那么促进达成国家认同就是在为不断壮大爱国统一战线队伍提供共同心理基础和向心力。

爱国统一战线发展至今,功能定位越发清晰,团结对象的范围也最为广泛,并经由宪法予以确认。宪法作为国家根本法,对爱国统一战线的规定代表了国家对统一战线的认可,爱国统一战线具有宪法上的正当性。同时,正如宪法作为根本法具有高度抽象性从而需要通过法律予以具体化一样,爱国统一

战线同样需要与时俱进的有效推进路径。宪法规定了政治协商制度以实现爱国统一战线的具体化,尽管这一制度安排本身不仅蕴含着国家对协商民主的要求而且具有充分的制度可行性,但是对于爱国统一战线而言,政治协商会议明确了爱国统一战线形成后的制度安排,形成之前以及形成过程的建设方面则仍需要有效机制予以实现。这一层面上,通过促进达成国家认同可以有效满足这一需求。

国家认同包括国内认同与国际认同两个方面,相比较而言,国内认同具有更广泛的社会基础,在促进认同的过程中更便于发挥作用。个体基于与生俱来的公民身份在主观认识上对本国具有天然的亲近,至少不存在观念上的壁垒,需要考量的是如何引导个人在发展过程中树立正确的认同观念并强化对国家的认同。国内爱国统一战线的工作重点也需要放在引导成员的认同过程和认同方向上。与之相比,国际层面的认同则面临多重困难,为海外统一战线工作带来了挑战。开展海外统一战线需要以国家的国际认同作为基础,从国家形象、制度优势、历史文化、经贸环境等方面增强国家吸引力,促使海外侨胞、港澳台同胞以及其他海外人士正确认识、接纳中国,从而具备基本的社会共同心理,为发展爱国统一战线奠定基础。

因此,促进达成国家认同是充分发挥爱国统一战线功能的具体路径之一,也是爱国统一战线的运行机制所在。在当前时期,爱国统一战线若要真正发挥实质性作用、助力国家目标和发展,就必须达成更广泛的国家认同。

三、爱国统一战线的功能重塑——国内与国际的双重推动

爱国统一战线在新的历史时期需要持续发挥其核心功能,基于爱国统一战线的运行机制和特点,其功能实现需要借助国家认同。促进达成国家认同意味着在国内和国际社会两个层面推进相关个体、群体、组织等对中国的认同,具体体现在增进宪法认同、完善制度建设、协同海内外力量三个方面。

(一)增进宪法认同,彰显宪法权威

宪法作为国家根本法,规定了国家性质、公民基本权利义务、国家根本制度以及国家机构设置等内容,体现了国家的价值取向和政治追求。在促进达成国家认同的过程中,首先需要对作为国家标志之一的宪法形成认同,认同宪法也即是认同国家的根本规定。

就国内而言,公民的宪法认同具备一定的社会心理基础,全国法制宣传日、国家宪法日的设置提升了公民法治意识。国家对宪法实施的全面推动使得宪法逐渐融入社会生产生活,宪法在个体层面具有了可及性和参与性,尤其是诉讼过程中对宪法的援引体现出公民对宪法的信任与认同。与此同时,为进一步推动国内达成更深层次的国家认同,宪法认同需要开展更广泛的宪法实践。既要在立法、司法、行政领域的全过程体现宪法规定、原则和精神,又要在社会层面推动宪法教育,保障宪法的精神和理念普遍及于个体、组织、机关等主体的发展之中,通过宪法教育促进社会共识的形成,增进国内宪法认同。

在国际上,我国注重保障和发展人权,2004年宪法修改,将“国家尊重和保障人权”载入宪法,补足了宪法人权条款,以宪法的形式确认了人权的重要性。作为社会主义国家,我国一直强调走中国特色社会主义道路,这在宪法的形式上也有所体现。我国宪法序言的规定有别于他国宪法,宪法序言采取叙述式立法的形式肯定了中国共产党带领中国人民接续奋斗的历史事实,是人民主权者价值判断的呈现。这一判断包含了“深层次的价值取向和态度取舍”^[17],代表着中国宪法具有与中国特色社会主义道路相呼应的表现形式和规范内容,是我国的宪法特色。在国际认同上,既要加强我国宪法的宣扬,彰显宪法权威,突出我国宪法的优势,更要加强宪法学研究与交流,构建中国的宪法学话语体系,促进国际层面对中国宪法的认同。

(二)完善制度建设,推动价值输出

国家的整体价值取向表现在政治、经济、社会、文化等多个领域,并通过相应的制度设计引导公民行为符合国家的整体价值取向。因此,形成国家的制度优势,才能在国内产生足够的凝聚力,在国际上产生足够的吸引力。在不同领域,制度设计与具体实践相结合,充分体现出中国特色。政治层面,我国实行人民代表大会制度,直接选举与间接选举相结合,充分保障公民的选举权和被选举权。经济领域,大力推动海内外经贸融合,打造共同市场。社会层面,提升社会福利,优化教育资源配置,保障公民获得物质帮助权以及受教育权等权利。文化层面,一方面要在国内营造良好的文化发展氛围,鼓励支持传统文化的挖掘和发扬工作,在教育领域纳入基础

文化教育,充分利用国内的文化资源,打造中国特色的文化产业和文化事业;另一方面,文化输出是提升国家影响力的重要途径,进一步传播中国文化,增进国际社会对中国的文化认同。

总之,国家制度并非是抽象的,而是具体的,与全体社会成员的日常生活密切相关。各项制度规则在不同领域发挥各自的作用,并产生协同效应,整体上充分展现国家的制度优势。国际社会也可以从国家的优良制度设计中清晰地感知到国家的发展成果和发展潜力,从而在心理上对国家形象产生新的认识。当一国的制度优势与价值输出在程度和广度上得到充分表达,便可有效推动国际层面的国家认同。

(三)协同海内外力量,推进国家统一进程

《中国共产党统一战线工作条例》增设“海外统一战线工作和侨务工作”一章,为海外爱国统一战线工作提供了指引。爱国统一战线包括海内外两个范围,两者在功能上发挥协同作用,通过国内外两个爱国者同盟的协力,为中国与世界架构起稳定有效的沟通平台。爱国统一战线所具有的最广泛的团结对象范围也使得统一战线工作布局从中国视角转换为世界视角。

1.爱国统一战线在国内需要继续发挥整合功能。爱国统一战线的整合功能可以增益国家治理现代化,主要体现在两个方面——政治整合与社会整合。政治整合主要以政治协商和多党合作的形式展开,是对各种政治资源的整合,通过在各阶层、各党派、各团体的不同政治主张中求同存异,肯定和推进共识的同时消解不同群体之间的政治张力,寻

求政治认同,从而将外部矛盾整合到内部解决,最大限度地保证政治资源和政治力量用于解决社会主要矛盾^[18]。社会整合则主要是利益的整合,用于应对经济社会结构复杂化背景下社会利益分化导致的“社会异质性的增强以及社会不平等程度的扩大”^[19]。爱国统一战线以统合人心与力量作为切入点,在共同目标的指引下注重关照各方利益,并非遏制而是引导利益多元化,从而为国家治理现代化提供稳定的社会环境。

2.人类命运共同体的提出意味着中国已经走在了与世界各国寻求共同利益、共同目标这一最大公约数的道路上。爱国统一战线的整合功能产生溢出效应,开始在国际范围内促成政治力量与社会利益的整合,该过程的实现需要依托爱国者成分中的海外侨胞协同国内力量共同发力。海外爱国统一战线应该辅助中国在国际交往中凝聚更为稳固的同盟力量,以便在国家主权问题上占据优势地位。

在新的历史形势下,爱国统一战线确需通过功能重塑以满足当前的国家发展需求。在爱国统一战线的功能塑造过程中,如果将视野仅仅停留在政治联合层面是不够的,应通过促进达成国家认同充分发挥爱国统一战线在国家治理中的功能,进一步扩展爱国统一战线的作用方式。尽管爱国统一战线的功能塑造与时代要求相呼应,在不同历史时期体现出的功能定位有所不同,但是从宪法序言的规定来看,爱国统一战线将始终是实现国家目标的道路和方法。宪法序言第八至十二自然段明确了国家未尽之目标任务以及达成路径。其中,第十自然段有关爱国统一战线

的规定并没有采取目标设定的表述方式,而是采取描述爱国统一战线成分构成与主要组织形式的表述方式,充分表明了爱国统一战线在宪法上的定位。在深层意涵上,第八、第九自然段揭示了当前国内外以及中华民族内部之间存在的差异性,通过第十自然段爱国统一战线的“爱国”属性寻求对差异性的化解,从而确保本国人民的同质性以及政治统一体的稳固。

注 释:

- ① 统一战线思想最初由陈独秀在1922年发表的《共产党在目前劳动运动中应取的态度》一文中提出:“结成一个联合战线,才免得互相冲突。”中央统战部研究室.统一战线100个由来[M].北京:华文出版社,2010.3.
- ② 新民主主义革命时期先后形成的四次统一战线分别是国民革命统一战线、工农民主统一战线、抗日民族统一战线以及人民民主统一战线。
- ③ 1982年宪法在序言中明确了爱国统一战线的构成,涵盖各种政治力量、人民团体、海外人士等。
- ④ 1954年宪法在序言部分规定:“今后在动员和团结全国人民完成国家过渡时期总任务和反对内外敌人的斗争中,我国的人民民主统一战线将继续发挥它的作用。”
- ⑤ 1975年宪法在序言部分规定:“我们要巩固工人阶级领导的以工农联盟为基础的各族人民的大团结,发展革命统一战线。”

参考文献:

- [1] 肖存良.中国共产党统一战线百年发展历程:地位与作用[J].统一战线学研究,2021,(02):1-10.
- [2] 徐理响.合作型政治:统一战线与政治整合的中国逻辑[J].统一战线学研究,2020,(04):7-14.

- [3] 谢伏瞻. 中国社会科学院国际形势报告(2022) [M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2022.3.
- [4] 习近平. 决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利[N]. 人民日报, 2017-10-28(001).
- [5] 黄群慧. 中国式现代化道路新在哪里[N]. 人民日报, 2022-10-10(017).
- [6] 郭路. 统战理论与实践的发展路径和趋势探寻——建党 100 周年统一战线发展历程[J]. 广东省社会主义学院学报, 2021, (04): 36.
- [7] [14] 孙冲亚, 何祥林. 国家治理现代化场域中的统一战线: 功能、挑战及其进路[J]. 理论月刊, 2021, (07): 51-58.
- [8] 路珏. 政党—国家—民族: 中国共产党统一战线的主题演进与逻辑启示[J]. 统一战线学研究, 2021, (04): 45.
- [9] 《刘少奇选集(下卷)》[M]. 北京: 人民出版社, 1985.118.
- [10] 习近平. 习近平谈治国理政(第二卷)[M]. 北京: 外文出版社, 2017.304.
- [11] 任世红. 统一战线在国家治理现代化中的价值功能[J]. 中央社会主义学院学报, 2020, (04): 71.
- [12] 江畅, 李历. 社会共识及其与社会认同的关系[J]. 中南民族大学学报(人文社会科学版), 2020, (05): 98.
- [13] 习近平. 习近平谈治国理政(第二卷)[M]. 北京: 外文出版社, 2017.291.
- [15] 魏健馨. 国家认同: 缘起、特殊性及其制度优势[J]. 海峡法学, 2022, (02): 3.
- [16] 张丽琴. 公民意识的国家认同功能及其实现[J]. 云南社会主义学院学报, 2015, (02): 128.
- [17] 刘松山. 人权入宪的背景、方案与文本解读[J]. 华东政法大学学报, 2014, (05): 58-64.
- [18] 魏范青, 丁三青. 民主政治发展视阈下新时代统一战线功能析论[J]. 上海市社会主义学院学报, 2021, (01): 61.
- [19] 徐振华. 新时代统一战线服务国家治理现代化的多重挑战与功能重塑[J]. 领导科学, 2020, (18): 62.

Analysis on the Function of the Patriotic United Front from a Constitutional Perspective

WEI Jian-xin, TIAN Sheng-wen

(School of Law, Tianjin University, Tianjin 300072, China)

Abstract: The patriotic united front has laid a solid mass foundation for national unification and social progress, playing a unique role. As the international situation becomes more complicated and the relations between major powers become more tense, it is necessary for the patriotic united front to explore its contemporary value through functional reshaping in the new era. In different historical periods, the patriotic united front has served the function of the times and played the core function of “uniting all the forces that can be united”, which is essentially a specific social consensus. The provisions of the tenth paragraph of the preamble of the Constitution represent the recognition of the patriotic united front by the people’s will, which has constitutional legitimacy. Promoting the achievement of national identity is one of the specific paths to play the role of the patriotic united front, and is also the operating mechanism of the patriotic united front. National identity includes both domestic and international aspects. The reconstruction of the function of the patriotic united front requires both domestic and international promotion, which is specifically reflected in three aspects: enhancing constitutional recognition, improving institutional construction, and coordinating forces at home and abroad.

Key words: Patriotic united front; Social consensus; National identity

小额诉讼程序适用条件的重构:由双要件到单要件

廖文雄

(中国政法大学 民商经济法学院, 北京 100088)

摘要:自2012年确立小额诉讼程序以来,我国对于小额诉讼程序适用条件的规定是一以贯之的,须同时满足案情要件和数额要件方可适用。在深化民事诉讼程序繁简分流改革的背景下,《民事诉讼法》第四轮修订对小额诉讼做了较大调整,但仍保留了双要件之规定。双要件的规定具有其现实基础,但实际效果并不理想,且阻碍了小额诉讼的进一步发展。基于此,须对小额诉讼程序适用条件进行重构,由双要件转为单要件,去除案情要件之限制,仅以数额要件为唯一适用标准。去除案情要件之限制并非意味着小额诉讼可以适用于疑难案件,可通过适用案件类型的排除规定、程序转化机制、救济制度发挥案情要件限制小额诉讼适用范围之功效,确保小额诉讼程序适用得妥当。

关键词:繁简分流;小额诉讼程序;案情要件;数额要件

中图分类号:D915.2

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2022)04-0014-12

2021年10月19日第十三届全国人大常委会第三十一次会议对《中华人民共和国民事诉讼法(修正草案)》进行了审议,10月23日将其公布并公开征求意见,12月24日颁发了新的《民事诉讼法》(以下简称为《民诉法》),次年1月1日起开始正式实施。紧接着,2022年3月22日最高人民法院审判委员会第1866次会议对《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》(以下简称为《民诉法解释》)也进行了修改。本次修法效率之高、速度之快较为罕见。深化民事诉讼程序繁简分流改革,扩大小额诉讼适用范围是本次《民诉法》及其司法解释修改的重点之一。一方面,本次修法与我国当下司法实践情况息息相关,继立案登记制改革和员额制改革后,我国法院系统面临着尖锐的人案冲突问题^①,以及司法效率困

境^②。“深化诉讼制度改革,推进案件繁简分流、轻重分离、快慢分道”^③是解决这些问题的唯一出路。另一方面,本次修法时间也正处于法院系统开展民事诉讼程序繁简分流改革试点工作结束之际,故修法内容也着重在于繁简分流^④。

《民诉法》及其司法解释对小额诉讼的适用条件做了系统性调整,由之前的“积极要件+案例类型正面列举+案件类型反向排除”变更到了“积极要件+案件类型反向排除”,删除了小额诉讼程序适用案件类型的有关规定^⑤。此外,还对小额诉讼积极要件也作出了变动,如提升了小额诉讼标的额的上限。本文仅对狭义的小额诉讼适用条件做探讨,即小额诉讼的积极要件^⑥。关于小额诉讼适用条件的规定体现在《民诉法》第165条。根据其规定可知,我国对小额诉讼适用

* 2020年度国家社会科学基金重点项目“以人民为中心的民事司法程序前沿问题研究”的阶段性成果,项目编号:20AZD118。

作者简介:廖文雄,男,中国政法大学民商经济法学院2021级民事诉讼法学专业硕士研究生,主要从事民事诉讼法学研究。

条件采双要件:其一,须是“事实清楚、权利义务关系明确、争议不大”的简单民事案件;其二,案件标的额须在特定区间之内。前者可称为案情要件,后者可称为数额要件。本次修订对数额要件进行了较大的调整,标的额上限由之前的各省、自治区、直辖市上年度就业人员年平均工资 30%上调至 50%;此外,新增小额诉讼意定适用规定,标的额大于年平均工资 50%但小于 2 倍的案件,当事人可以合意选择适用小额诉讼程序。立法者以期通过适用条件的调整,激活在司法实践中处于“休眠”状态的小额诉讼,利用小额诉讼在效率上的优势,解决当下司法实践中所存在问题。但本次修订却未对小额诉讼案情要件作出任何调整,案情要件的存在以及其自身的抽象性势必会影响小额诉讼适用范围的进一步扩大,进而产生致使本次修法目的落空的风险。在致力于解决当前司法困境的背景下,有必要对小额案件的适用条件进行反思与重构,去除案情要件之限制,由双要件变为单要件,即仅以标的额为适用条件。

一、双要件之现实原因

我国对于小额诉讼适用条件的规定是一以贯之的,自 2012 年《民事诉讼法》确立小额诉讼制度以来,历经 2017 年和 2021 年两次修订,均未对小额诉讼程序适用条件进行根本上的变化,仅在 2021 年修订中,提高了小额案件标的额的上限。我国对小额案件做双要件之要求,主要有以下三个原因:

(一)基于实体正义之考量

小额诉讼是修正传统民事诉讼成本高、

耗时长等弊端的产物,以效率为首要价值选择,其所追求的理想是不需法律技巧的简易和效率^[4]。小额诉讼通过程序之简化,来换取案件之快速裁判、纠纷之迅速解决,以期缓解当下的司法资源紧缺的困境。但程序的过度简化,蕴含着致使实体上非正义的风险。“审判结果是否正确并不以某种外在的客观的标准来加以衡量,而充实和重视程序本身以保证结果能够得到接受则是其共同的精神实质”^[5]。程序正义是实体正义的前提,实体正义的实现依赖于充分的程序保障。当程序简化时,程序正义则有消损之风险,进而危及实体正义之实现。小额诉讼的形式化是我国学者所普遍关注与担忧的,法官的独任审理、举证期限的缩短、法庭调查与辩论的简化,客观上必然会导致法官审判判断能力的下降,误判、错判的几率上升。此外,由于小额诉讼强制适用、一审终审的特点,使当事人在因错误裁判侵犯权益的情况下救济较为困难,故立法者对于小额诉讼的适用须采谨慎态度,对小额诉讼程序的适用做双要件之限制,对其适用范围严格限制,只允许“事实清楚、权利义务关系明确、争议不大”的小额案件进入小额诉讼程序,使得程序简化的同时所审理的案件复杂程度也在下降,以此抵消程序简化所带来的不利后果。换言之,小额诉讼的程序特点决定了其所适用案件范围,须是案情简单、标的额较小的民事案件,确保裁判结果的实体正义。

(二)限于现实司法条件之窘境

一方面,随着立案登记制改革与员额制改革的深入,人案矛盾问题愈发尖锐。根据 2021 年《最高人民法院工作报告》显示,全

国法官人均办案 238 件^④。基层法院处于法院受案系统的第一线,所办理案件的数量占全国法院系统办理案件数量总和的 90% 以上^⑤。基层法官每年所办理的案件数量远在平均水平之上,其办案压力可见一斑。法官时间精力的有限性与案件数量的无限性存在天然的矛盾与冲突,案件数量的增多使得法官在每个案件上所分配的时间和精力极其有限,加之小额诉讼独任审理、极短审限、极简程序的特点,法官只适合审理案情较为简单的民事案件。若无案情要件之限制,则会使相当一部分标的额虽小但案情相对复杂、疑难的案件流入小额诉讼程序,使法官难以应对,从而使得审判效果无法得到保障。另一方面,对小额案件案情要件的限制也是对我国基层法官职业素养的妥协。2021 年《最高人民法院工作报告》中指出:“有的案件审判质量效率不高、效果不佳,基层司法能力仍需加快提升”^⑥。可见,我国基层法官队伍的整体职业素养仍有待提高。小额案件的强制适用、一审终审的特点势必对独任审理该案的基层法官的业务能力提出更高层次的要求。若法官因自身职业素养的问题,从而错误认定案件事实或错误适用法律条文,致使案件误判、错判,则不利于当事人实体权利的保护,损害司法的权威性,同时造成当事人对小额诉讼程序的不信任,影响小额诉讼程序的司法实践效果,对民事诉讼程序繁简分流改革产生消极影响。因此,案情要件的设置,有助于使小额诉讼程序中所审理的案件难易程度与法官的职业素养相匹配,有助于法官正确裁判。

(三)迫于立法技术之限制

“宜粗不宜细”一直是我国立法所贯彻的

原则,于 1978 年被首次提出^⑦。该原则的提出有其特定的时代背景,改革开放以来立法需求大增,但与之相应的立法人才、立法经验却相对紧缺,只好制定较为粗疏的法律应对现实问题,以期后期完善^⑧。“宜粗不宜细”有其积极意义:其一,法律具有滞后性,及时但粗略的法总比没有相关的法要好,法律规则能够对经济社会产生的问题及时回应,小额诉讼的相关规定就是对司法实践中多发的小额案件予以回应,由于大量的小额案件挤占了有限的司法资源,于是 2012《民事诉讼法》第 162 条确立了小额案件的适用条件,但由于对小额诉讼的认识较为浅显以及谨慎的态度,在规定数额要件之外,还直接借用了简易程序之案情要件,后被历次《民事诉讼法》修订所保留下来。其二,立法者受限于个体的认知水平,无法在立法时将所有的现实情况预设于法条之中,只能通过相对模糊、相对宽泛的法条来对实际生活中可能发生的纠纷予以规制。显然,在小额诉讼程序确立之初,立法者也无法预见所有情形,故只能设定较为模糊、抽象的案情要件对小额案件予以概括性的规定,以期在司法实践中法官能根据案情要件自由裁量小额诉讼程序的适用。

二、从双要件到单要件之必要性考查

(一)繁简分流改革之要求

繁简分流改革始于 2019 年中共中央办公厅印发的《关于政法领域全面深化改革的实施意见》,其中指出要“推进民事诉讼制度改革”。次年,最高院印发《民事诉讼程序繁简分流改革试点方案》和《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》,正式启动试点工作。

繁简分流改革的目的在于回应诉讼爆炸现实背景下司法资源与司法需求的急剧冲突问题,以确保普通程序的正当性获得现实可能性^[9]。小额诉讼作为繁简分流改革的重要一环,被立法者寄予厚望,但在司法实践中的适用率却较低。以北京各法院为例,年平均适用率只有 12.5%^[10],远低于立法者所预期的 30%左右^[11]。本次《民诉法》修订对小额诉讼程序的调整思路是提高小额案件标的额的上限,拓宽入口,以期扩大小额诉讼程序的适用比例,解决人案矛盾、司法资源紧缺等问题。但《民诉法》仍保留了小额诉讼双要件的规定,未对案情要件做任何调整,而案情要件的存在势必会对小额诉讼程序的适用率有消极影响。一方面,案情要件的规定过于原则化、抽象化,虽然《民诉法解释》第 256 条对案情要件进行了细化,解释了何为事实清楚、权利义务关系明确、争议不大,但操作性仍较低,法官享有较大的自由裁量权,易导致小额诉讼适用标准不统一,使符合要件的小额案件未流入小额诉讼程序、不符合要件的案件却流入小额诉讼程序^⑦。况且,以原则化、抽象化的规则作为限制条件,难免使限制泛化,进而影响小额诉讼的适用率。另一方面,案情要件为规避小额诉讼程序的适用提供了路径,法官为避免一审终审所带来的不利益,可对满足数额要件的案件通过法律解释排除在案情要件范围之外,以此规避小额诉讼程序的适用,导致了小额诉讼适用率的偏低^[12]。此外,案情要件还存在其它消极作用。其一,案情要件与司法认识规律不相符。法官只有对案件进行审理后,才会形成对案件全面且客观的看法,此时方可确定该案是否属于“事实清楚、权利义务关系明确、争议不

大”的情况。立案时即对该案案情进行判断,难度较大,法官难以作出准确客观的判断。其二,案情要件使法官的办案压力不降反增。减轻法官负荷是繁简分流改革所追求的目标之一,通过程序分流,使简单案件通过极简的程序快速解决,避免法官被冗长繁琐的程序所拖累。但案情要件的前置使法官在案件受理之时即负审查判断之义务,变相增加了法官的工作量。

若删去案情要件之规定,仅保留数额要件为小额诉讼唯一适用条件,则上述问题迎刃而解。数额要件的标准清晰准确,剪操作性强,立案时只需通过审查当事人所递交的诉状标的额即可判断是否适用小额诉讼程序,避免错误分流、规避适用,也可节省法官之工作精力。因而,对小额诉讼之适用条件予以重构,变双要件为单要件,是民事诉讼程序繁简分流改革之内在要求。

(二) 小额案件特点之要求

小额诉讼程序是审理小额案件时所适用的程序,故小额诉讼程序的设计和构建应当以小额案件的特点与性质为中心。自我国《民诉法》规定小额诉讼程序起,其适用条件之规定就与小额案件的特点相悖,阻碍了小额诉讼的发展。依文义解释观之,小额案件即标的额较小的案件,事实清楚、法律关系明确、讼争性不强并非小额案件的特征,但《民诉法》却对审理小额案件的小额诉讼程序规定了案情要件和数额要件。双要件的规定根源于立法者对小额案件特点的理解偏差,其认为小额案件是指事实清楚、讼争性不强且标的额不大的简单民事案件,故案情要件是不可或缺的^[13]。显然,这忽略了小额案件的本质特征——标的额较小。立法者很有可能犯了一

个逻辑上的错误,虽然小额案件在司法实践中显现出案情简单、法律关系明确的特点,但这并非代表小额案件都应具有该特征,也可能存在案情复杂、法律关系不明确的标的额较小的案件,标的额大小并不与案情难易成正比关系。故依小额案件之性质特点看,对小额诉讼程序做案情要件的限制是不合理的,因为案情要件并非小额案件的必要特征。此外,立法者混淆了适用条件与适用范围。立法者认为小额诉讼适用于简单民事案件,笔者表示赞同^[14]。适用范围与适用条件并非完全相等的两件事,小额诉讼适用于简单民事案件不意味着需要在小额诉讼程序入口做案情要件之限制,可以通过案件类型的反向排除、程序转化规定对小额诉讼适用范围做出规定。

除此之外,双要件的规定还造成了法律条文内部的不协调。2015年《民诉法解释》对小额诉讼之相关规定予以细化,其中第274条首次对小额诉讼程序可适用的案件类型做了规定,正面列举了可适用小额诉讼程序的8类合同纠纷,并且规定了兜底条款。立法者将该8类案件予以列举,是认为符合小额案件的特点,期望该类型案件更多地通过小额诉讼程序处理。但对第274条仔细研究后,不难发现,其中第4项、第5项、第8项所规定的供水、电、气合同纠纷、银行卡合同纠纷、物业服务合同纠纷,在绝大多数情况下,案情都相对疑难、法律关系较为复杂、当事人之间的争议也比较大。以物业服务合同纠纷为例,业主与物业公司通常会就物业所提供的服务是否合乎约定各执一词,而该争议点通常会涉及安保、绿化、房屋维护等相关问题^[15]。从该8类案件类型看,

似乎无法得出事实清楚、诉争性不强共同特征的结论,但《民诉法》又对小额诉讼做案情要件的要求,以此造成了小额诉讼法律条文的冲突。综上所述,小额诉讼之适用条件应采单要件说,即仅以标的额为要件,删去案情要件之相关规定,以便更符合小额案件之特点,使法条条文之间更为协调。

(三) 小额诉讼意定适用之要求

《民诉法》增加了合意适用小额诉讼程序之规定,我国小额诉讼适用变成了双轨制,即法定适用与意定适用并行。根据《民诉法》第165条第2款之规定,当事人意定适用小额诉讼要件有三:一是满足案情要件;二是满足数额要件;三是当事人须达成合意。在双要件的前提下,意定适用会产生如下疑问:第一,在意定适用的情形下,当事人能否不受案情要件之限制?即当事人能否就不符合案情要件之要求的小额案件约定适用小额诉讼程序。就普通民事主体而言,达成适用小额诉讼程序之合意旨在追求效率、快速解决纠纷、实现权利,至于案情复杂与否并不会在当事人考量因素之内。此外,当事人受限于其法律知识,客观上也无法判断是否符合案情要件。第二,法院是否应在当事人已就程序选择达成合意的情况下审查该案是否符合案情要件的要求。从当事人主义出发,法院应尊重当事人合意所达成的诉讼契约。但根据现有规定来看,案情要件是意定适用的法定要件之一,即法官必须对此进行审查。经审查,若案件不符合案件要件,则该案不得适用小额诉讼程序审理,不论当事人是否达成合意。显然,这是对当事人处分权的限制。立法者在将小额诉讼程序意定适用规则写入《民诉法》之际,即承认了对当事人处分权的尊重,那么删

除案情要件之限制也是意定适用的应有之义。此外,小额诉讼意定适用案情要件的存在导致了法律体系上的不协调。立法者将小额诉讼程序编入简易程序一章,体现了将小额诉讼程序视为简易程序特殊规定的立法指向。《民事诉讼法》第160条第2款规定,当事人可以突破简易程序案情要件之限制约定其他案件适用简易程序进行审理。既然简易程序的意定适合可以突破案情要件为何小额诉讼不可。

(四) 小额诉讼程序独立性之要求

自2012年《民事诉讼法》确立小额诉讼程序以来,实务界和理论界均认为小额诉讼程序是简易程序的重要补充,并非平行并列关系^[16]。本次《民事诉讼法》的修订仍将有关小额诉讼程序的有关规定置于简易程序章节之下。此外,《民事诉讼法解释》第281条还着重强调了小额案件在规则空白时适用简易程序之相关规定,以此凸显小额诉讼程序与简易程序的相互关系。现阶段对小额诉讼程序与简易程序关系的认识,势必会导致小额诉讼程序独立性的缺失,由此也会引发一系列问题。第一,小额诉讼程序与简易程序的混同,易使法官产生小额诉讼程序是简易程序的组成部分的错觉,在程序选择上,即使符合小额诉讼程序,法官也有可能直接采用简易程序进行审理,挤占小额诉讼的适用空间^[17]。第二,不利于构建多元化的程序体系,简易程序与普通程序并列的二元立法模式已无法满足繁简分流之需求,须构建“小额诉讼程序—简易程序—普通程序”并列的民事一审诉讼程序,以期纠纷快速解决、司法资源优化配置^[18]。第三,小额诉讼程序独立性的缺失也影响到其程序

本身,在小额诉讼程序被认为是简易程序的下位概念的前提下,继承简易程序之案情要件也是应有之义。以同心圆窥当下简易程序与小额诉讼程序适用范围的关系,外圆即大圆视之为简易程序,其适用条件为“事实清楚、权利义务关系明确、争议不大”,内圆即小圆视之为小额诉讼程序,其适用条件应当在满足大圆条件的前提下,再满足其自身的条件——“标的额较小”。鉴于以上问题,须将小额诉讼与简易程序区分开来,而不单单只视为简易程序的再简化,肯定小额诉讼程序的独立性。

实现小额诉讼程序独立性的第一步应从小额诉讼的适用条件入手,在程序的入口进行区别。小额诉讼应当仅以数额要件为唯一适用条件,去除案情要件之限制。案情要件并非小额诉讼程序所固有的,其源于立法者错误理解简易程序与小额诉讼的关系。简易程序做“事实清楚、权利义务关系明确、争议不大”之要件要求,旨在明确简单民事案件与普通民事案件的区别,若去掉该要件,则简单民事案件与普通民事案件之界限何在?若无法甄别简单民事案件与普通民事案件,则简易程序存在之价值和意义何在?但观之小额诉讼,“事实清楚、权利义务关系明确、争议不大”并非小额诉讼之充分必要条件,若去掉该要件,仍可以诉讼标的额为标准对小额案件进行识别。鉴于此,去掉案情要件之限制,确立以标的额为唯一适用条件,是区别小额诉讼程序与简易程序,肯定小额诉讼程序独立性所必然要采取的措施之一。

(五) 案情要件实际效果并不理想

笔者以“北大法宝”为检索数据库,以

“小额诉讼”为标题关键词,以“转为普通程序”为全文的检索关键词,以“裁定书”为文书类型,检索得到 289 份裁定书^⑧。通过对这些裁定书进行分析可知,由“小额诉讼转普通程序”的事由有三类:第一类是案情复杂,共计 239 件,占比约为 83%;第二类是被告下落不明,共计 2 件,占比约为 1%;第三类是不宜适用小额诉讼,共计 48 件,占比约为 16%^⑨。所涉及案件类型主要是物业服务合同纠纷、服务合同纠纷、信用卡纠纷等。此外,在所检索得到的裁定书中,法院依职权转化程序的占比高达 100%。虽然因文书公开不全面、不及时或其他原因,所统计分析的样本数据可能较为片面,但上述数据仍可反映出小额诉讼在司法实践中的一些问题。从转换事由占比来看,不难发现,因案情复杂而退出小额诉讼转为普通程序审理的案件占绝对多数,可见案情要件并未发挥应有之限制效果,使相当一部分不符合小额诉讼之要求的案件流入程序。从转化案件类型来看,被转化程序的案件主要是物业服务合同纠纷,而物业服务合同纠纷正是 2015 年《民事诉讼法解释》第 274 条所明确规定的可适用于小额诉讼的案件类型之一,存在立法与司法之间的矛盾冲突。从转换主体来看,法官是主要推动小额诉讼程序转化的主体,虽根据现有规定,当事人也可通过异议启动程序转化机制,但在司法实践中鲜有当事人申请程序转化。

案情要件在司法实践中所发挥的作用并不理想,无法有效限制案情复杂的民事案件进入小额诉讼程序。值得注意的是,案情要件还有可能使部分符合要求的案情未进入小额诉讼程序,该部分的案件数量以

及占比是无法通过对裁定书的实证研究得出。案情要件的存在除实际作用较低外,还导致立法与司法的冲突,故应去除案情要件之规定。

三、双要件到单要件之可行性分析

前文已对小额诉讼程序去除案情要件的必要性进行论述,但须明确的是,本文并非主张小额诉讼程序可以适用于案情疑难、法律关系复杂、诉争性强的小额案件。小额诉讼受限于其特殊性,其注定无法适用于疑难复杂案件。若疑难复杂案件依小额诉讼程序进行审理,则难免致使当事人之程序利益、实体权益受损,又因一审终审之特点,进而导致权利救济也颇为困难。双要件到单要件的可行性论证其重点在于,在入口去除案情要件之限制后,小额诉讼程序还能否准确适用于案情简单的小额民事案件呢?笔者所主张的由双要件到单要件,是指在小额诉讼程序入口去除案情要件之限制,转而将案情要件隐性化,使其作用于案件类型的排除规定和程序异议、转化规定。前者通过对不适用小额诉讼案件类型的列举,使部分案情复杂不宜由小额诉讼审理的案件得以剔除;后者则是通过小额诉讼程序的进行,识别出不符合案情要件的案件,继而通过小额诉讼程序与普通民事程序之转化衔接机制,将该部分案件转由普通民事程序审理,继而以更完备之程序审理更疑难之案件。除此之外,小额诉讼的救济制度也可起兜底之作用,若复杂疑难的个案未经案件类型排除规定和程序转化规定予以排除,则当事人也可通过救济制度予以救济。

(一)诉前:小额诉讼适用案件类型的排除规定

从小额诉讼适用条件体系来看,新《民诉法》构建了“积极要件+案件类型反向排除”的适用条件体系,删除了小额诉讼适用案件类型之规定,同时也对不适用的案件类型作出了调整。新《民诉法》第166条详细列举了6类不适用于小额诉讼程序的案件^⑩。该条规定源于2015年《民诉法解释》第275条,较之后者第166条有了较大的变化:第一,提升了小额诉讼案件类型“负面清单”法律规定的效力等级,由之前的司法解释上升到了法律层面,体现了立法者对“负面清单”的重视,此外也便于更好地发挥指导司法实践的作用。第二,完善了“负面清单”的具体内容,案例类型由以往的5类增加到6类,可概括为“两增一减”:增加了“一方当事人下落不明的案件”“当事人提出反诉的案件”等情形,删去了原第275条第3项“知识产权纠纷”。第三,修改了兜底条款的具体表述,由原有的“其他不宜适用一审终审的纠纷”,改为“其他不宜适用小额诉讼的程序审理的案件”,显然变化后的表述更为精准,一审终审虽是小额诉讼的特点,但一审终审的范围相较于小额诉讼更大。

《民诉法》对小额诉讼适用条件体系的调整的积极作用主要体现在两方面。一方面,极大地拓宽了小额诉讼的适用范围,“积极要件+案件类型反向排除”的适用条件模式,意味着凡是“负面清单”上所列案件皆不宜适用小额诉讼,凡是“负面清单”未列举之案件类型在符合积极要件的前提下均可适用小额诉讼程序;另一方面,有利于精准识别不宜由小额诉讼程序审理的案件,通过“两增一

减”以及兜底条款的完善,能够在小额诉讼程序的入口预筛选出案情复杂、讼争性强的案件,以确保小额诉讼程序妥当地被适用于其本应适用的案件。通过上述分析,不难发现,“负面清单”的存在除了拓宽小额诉讼适用范围之功效外,尤其还具有案件筛选之功能,其实质上发挥了案情要件之作用,且比案情要件的可操作性更强。换言之,若删除案情要件之限制,则“负面清单”的存在也可阻却大部分实质上不满足“案情要件”的案件进入小额诉讼程序。

通过对第166条的梳理,不难发现,其法条内容蕴含了立法者意在弱化案情要件对小额诉讼适用之限制的意图。首先,第166条删去了原有知识产权类案件的规定,意味着知产类案件只要合乎条件仍可适用小额诉讼,但知产类案件原先被纳入“负面清单”时是认为该类案件情况一般较为复杂、争议较大^[9]。其次,所增加的“一方当事人下落不明的案件”“当事人提出反诉的案件”并非因案情要件不能适用,更多的在于案件性质不宜适用小额诉讼进行审理,人身关系类案件、涉外案件亦是。再次,财产确认类案件不适用小额诉讼程序之主要原因在于该类案件通常标的额大或需要进行价值评估,而非因为案情复杂。最后,对于需要评估、鉴定或者对诉前评估、鉴定结果有异议的案件则是因为评估、鉴定所耗时间较长,且有再次评估、鉴定之可能,与小额诉讼的极短审限不相适配,故也不宜小额诉讼。故去除案情要件的限制在某种程度上符合本次修法的立法导向。

(二)诉中:小额诉讼的退出机制

根据《民诉法》第169条之规定,在小额

诉讼程序进行中,法官可依职权或依当事人申请将程序转为简易程序或普通程序继续审理。该条属《民诉法》新增之条文,实质上确立了小额诉讼程序转化机制,亦可称之为小额诉讼程序退出机制。小额诉讼程序转化机制与“案情要件”所作用的功效是一致的,即限制小额诉讼的适用范围,但两者也存在较大的区别:一方面,二者所作用的时间点不一样,前者作用于诉讼中,后者作用于诉讼前;另一方面,程序转化机制的作用范围大于“案情要件”,前者不仅具“案情要件”之功能,将复杂、疑难、诉争性强的案件退出小额诉讼程序,还包括诸如当事人增加、变更诉讼请求等情形导致案件退出小额诉讼程序。因本文所探讨的是小额诉讼的案情要件,故下文也仅限于因“案情要件”不满足而导致的小额诉讼程序转化情形。

根据《民诉法》第169条可知,小额诉讼程序转化机制的启动主体由法官和当事人组成。对于法官而言,一方面,随着审理的推进,作为案件的审判者和诉讼的指挥者的法官势必对案件的案情与性质有更深层次的理解,对该案是否应继续适用小额诉讼程序进行审理会形成自己主观的判断。另一方面,若在小额诉讼程序中遇上疑难、复杂案件,则依极短审限、极简程序、独任审理的特点,法官难免束手无策,此时,不及时转换程序则有误判、错判的风险,则对法官也有不利的影响,故在客观上也会促使法官积极主动地去转换程序,退出小额诉讼程序的审理^⑩。笔者所统计分析的289份程序转化裁定书均由法官依职权作出。对当事人而言,则在小额诉讼程序进行中享有异议权,认为案件性质不宜由小额诉讼程序审理时,即可向法官提出

异议,申请转换程序。法谚云:“当事人是自己利益的最佳判断者”,当小额诉讼的程序无法匹配案件的难易程度,则当事人以维护自身权益的目的出发,自然会提出异议,以期更为完备周全的程序进行审理。故程序转换机制之存在,纵使去除“案情要件”之限制,也不会对小额诉讼程序之“适用范围”有任何影响,更不会导致立法者所担心的实体上的不正义。

诚然,若以小额诉讼程序转化机制代替“案情要件”发挥限制小额诉讼程序“适用范围”之作用,则程序转换后的衔接问题值得深思。程序的转化会有导致程序反复的风险,造成诉讼程序的拖拉,司法资源的不必要浪费。应当明确的是,将小额诉讼程序转为简易程序或普通程序的,不是案件的重新开始审理,只是案件审理的继续^⑪。有学者主张,双方当事人已在小额诉讼程序中签字确认的事项,比如争点和证据,则在之后的程序中不得重新进行^⑫。此外,经过双方当事人举证、质证确认的事实,可以不再进行,但如果当事人确有新证据足以推翻之前确认的事实,法院应当再次组织进行质证。

(三) 诉后:小额诉讼的救济制度

对于救济途径在我国小额诉讼立法起草过程中多有讨论,学者们提出了自己的看法与建议,最后决定采用再审程序的救济方式。根据《民诉法解释》第424条的规定,对于小额诉讼的再审方式有二,一是以符合《民诉法》第207条所规定的再审情形为由申请再审,二是以不应按小额诉讼案件审理为由申请再审。前者所作出的再审裁判不得上诉,后者所作出的再审裁判可上诉。删除案情要件之后,变相限缩了救济途径二的适用范围,即

当事人仅能以不满足数额要件或属于负面清单为由提起上诉,这并非意味着当事人就法院因适用小额诉讼程序审理疑难案件导致的错误裁判不能申请再审,当事人完全可以通过救济途径一进行救济,即通过 13 种再审的法定事由,如证据问题、法律适用问题、程序问题等申请再审,对自己的权益进行救济。法官因适用小额诉讼程序审理疑难案件而作出侵害当事人权益的裁判,则证明裁判存在错误,而裁判上的错误莫不根源于事实认定的错误与法律适用的错误。此时,当事人可选择 13 种法定再审事由之一或之二申请再审,维护权益。诚然,小额诉讼败诉方存在救济不足问题,已有学者主张对此进行改革,如设置有限的小额诉讼二审程序^[22]、建立“当事人异议+原审法院重审”的救济方案^[23]。随着小额诉讼适用率的再一步提高,救济不足的问题也会进一步暴露,可预见的是在未来立法者会修改完善小额诉讼的救济制度。

虽去除案情要件对适用小额诉讼的限制,但仍可通过诉前、诉中、诉后三道“大闸”确保小额诉讼仅适用于简单的民事案件。其中,诉前与诉中的“大闸”是最为关键的,也是成本最低的,第三道大闸则是起兜底性的确保作用。此外,小额诉讼程序为《民诉法》规定已有 10 年之久,若以改革试点为起点,则存在时间更为久远,早已在实践中积累了大量的司法经验。故从制度上、实践经验上来看,由双要件转为单要件是极具可行性的,并不会就此影响到小额诉讼的适用范围。

四、结 语

在当前强调优化配置司法资源和有效提

升司法效能的背景下,进一步扩大小额诉讼的适用范围是不二选择。《民诉法》第四轮修订对小额诉讼标的额的提高、适用案件类型的修改调整,也意在扩大小额诉讼的适用范围,有效发挥小额诉讼程序便捷、高效、一次性终局解纷的制度优势。案情要件的模糊抽象的特点会给司法实践带来诸多问题,同时也不符合繁简分流改革、小额案件特点、小额诉讼程序意定适用、小额诉讼程序独立性之要求。我国的小额诉讼程序适用条件应当去除案情要件之规定,变双要件为单要件,仅以数额为程序适用标准。值得明确的是,在适用条件中去除案情要件与在小额诉讼中去除案件要件是两个不同的问题,小额诉讼受制于其程序特点,其只适合用于处理简单的民事案件。去除案情要件之后,仍还有“负面清单”、程序机制、救济制度实质上发挥限制小额诉讼适用范围之作用。

注 释:

- ① 周强:《最高人民法院关于民事诉讼程序繁简分流改革试点情况的中期报告》,载中国人大网 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202102/7232c144bd824d3d8348e4558ccee02.shtml>,2022 年 5 月 3 日访问。该报告指出,人民法院受理案件数量处于高位运行状态,2020 年全国法院受理案件超过 3000 万件,其中民事案件占比达 55%,法官年人均办案数量达到 225 件,部分法院审判工作压力大,一些法院存在案件积压、审理周期长、人员紧缺等问题。
- ② 旧小额案件适用条件之相关规定见于 2017 年《民诉法》第 162 条(积极条件),2020 年《民诉法司法解释》第 274 条(案件类型正面列举)、第 275 条(案件类型反面排除)。新小额案件适用条件之相关规定见于新《民诉法》第 165 条、166 条,新《民诉法司

法解释》删除了原第 274、275 条之规定。

③ 小额诉讼的适用条件有广义和狭义之分,广义的适用条件包括积极条件和消极条件,狭义的适用条件仅指积极条件。若无特别说明,本文所称的小额诉讼适用条件是指狭义上的适用条件,即积极要件。

④ 周强:《最高人民法院工作报告》中国人大网 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202203/e540c852c6424f14a1ab724b08057160.shtml>,2022 年 5 月 3 日访问。

⑤ 周强:《最高人民法院工作报告》中国人大网 <http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202203/e540c852c6424f14a1ab724b08057160.shtml>,2022 年 5 月 3 日访问。

⑥ 欧盟官网:<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32007R0861>,2022 年 5 月 3 日访问。

⑦ 《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》第 256 条:“民事诉讼法第一百六十条规定的简单民事案件中的事实清楚,是指当事人对争议的事实陈述基本一致,并能提供相应的证据,无须人民法院调查收集证据即可查明事实;权利义务关系明确是指能明确区分谁是责任的承担者,谁是权利的享有者;争议不大是指当事人对案件的是非、责任承担以及诉讼标的的争执无原则分歧。”

⑧ 笔者尝试检索得出某一年份小额诉讼案件的程序转化率,但因文书公开不全面或其他原因,无法检索出某一具体年份的小额诉讼案件程序转化数量,故未限定具体年份。根据现有小额诉讼程序转化规定,小额诉讼可能转为简易程序也有可能转为普通程序,但本文主要讨论“案情要件”,若小额诉讼不符合案情要件,则也不可能转为简易程序,故仅对“北大法宝”数据库已入库的可供检索的“小额诉讼转普通诉讼”裁定书进行分析。检索日期为 2022 年 5 月 3 日。

⑨ 第三类案件法院仅在裁定书中指出“本案中审理过程中发现案件不适宜用小额诉讼程序,现裁定转为普通程序”,并未具体写明为何不宜适用小额诉讼程序之具体事由,如(2017)皖 0223 民初 5112-1 号、(2017)皖 0223 民初 5106-1 号等。

⑩ 《中华人民共和国民事诉讼法》第 166 条:“人民法院审理下列民事案件,不适用小额诉讼的程序:(一)人身关系、财产确权案件;(二)涉外案件;(三)需要评估、鉴定或者对诉前评估、鉴定结果有异议的案件;(四)一方当事人下落不明的案件;(五)当事人提出反诉的案件;(六)其他不宜适用小额诉讼程序审理的案件。”

⑪ 最高人民法院《人民法院第五个五年改革纲要(2019—2023)》第 24 条:完善对信访申诉、长期未结、二审改判、发回重审、指令再审、抗诉再审案件的审判监督机制。根据我国最高人民法院的改革纲要要求,最高人民法院又具体地制定了法院审判管理指标体系实施办法。从最高人民法院到基层人民法院建立了一整套按照企业管理模式为样本的内部管理指标体系。在这套指标管理体系中,调解率撤诉率、信访率、结案率群众满意率、再审改判率、执行到位率等都是对法院以及法官的评价因子。

参考文献:

- [1] 徐艳红.全国政协委员汤维建:对民事诉讼法修法的六条建议[N].人民政协报,2021-11-23(012).
- [2] 习近平.促进社会公平正义保障人民安居乐业[N].人民日报,2021-11-23(01).
- [3] 张卫平.审判资源程序配置的综合判断——以民事诉讼程序为中心的分析[J].清华法学,2022,(01):195-208.
- [4] 范愉.小额诉讼程序研究[J].中国社会科学,2001,(03):143.
- [5] (日)谷口安平.程序的正义与诉讼[M].王亚新,刘荣军译.北京:中国政法大学出版社,1996.6.
- [6] 傅郁林.繁简分流与程序保障[J].法学研究,2003,(01):50-63.
- [7] 乔艺.“宜粗不宜细”立法的历史实践与法理反思[J].东南大学学报(哲学社会科学版),2019,(S1):83-87.
- [8] 邓小平.邓小平文选第 2 卷[M].北京:人民出版社,1983.147.
- [9] 傅郁林.繁简分流与程序保障[J].法学研究,2003(01):50-63.

- [10] 陆俊芳,牛佳雯,熊要先.我国小额诉讼制度运行的困境与出路——以北京市基层法院的审判实践为蓝本[J].法律适用,2016,(03):115-120.
- [11] 谢勇.最高人民法院审判委员会专职委员杜万华2012年在宁夏调研时强调要认真做好小额诉讼实施准备工作[N].人民法院报,2012-10-9(01).
- [12] 任重.中国式民事程序简化:逻辑与省思[J].法治研究,2022,(03):111-125.
- [13] 张卫平.新民事诉讼法条文精释[M].北京:人民法院出版社,2012.318.
- [14] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著.中华人民共和国民事诉讼法解释与适用[M].北京:人民法院出版社,2012.296.
- [15] 肖建国,刘东.小额诉讼适用案件类型的思考[J].法律适用,2015,(05):21-25.
- [16] 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著.中华人民共和国民事诉讼法解释与适用[M].北京:人民法院出版社,2012.267.
- [17] 石春雷.小额诉讼程序的分流困境及其破解[J].北方法学,2021,(06):19-31.
- [18] 王韶华,李军波.繁简分流改革背景下的民事诉讼程序设置研究[J].中国应用法学,2021,(04):158-174.
- [19] 杜万华主编.最高人民法院民事诉讼法司法解释适用解答[M].北京:人民法院出版社,2015.304.
- [20] 杜万华主编.最高人民法院民事诉讼法司法解释适用解答[M].北京:人民法院出版社,2015.313.
- [21] 纪格非.民事程序类型化的基础与逻辑[J].社会科学辑刊,2022,(03):79-89+209.
- [22] 陈娟.小额诉讼程序制度反思与完善[J].人民论坛,2016,(02):133-135.
- [23] 李浩.小额诉讼程序救济方式的反思与重构[J].法学,2021,(12):135-148.

Reconstruction of the Conditions of Application of Small Claims Procedure: from Double Elements to Single Elements

LIAO Wen-xiong

(Civil, Commercial and Economic Law School, China University of Political
Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: Since the establishment of the small claims procedure in 2012, China's provisions on the applicable conditions of the small claims procedure have been consistent, which can be applied only when the case elements and the amount elements are met at the same time. In the context of deepening the reform of the separation of complex and simple civil procedures, the fourth round of revision of the Civil Procedure Law has made major adjustments to small claims, but still retains the provisions of the dual elements. The stipulation of dual elements has its realistic basis, but the actual effect is not ideal, and it hinders the further development of small claims. Based on this, it is necessary to reconstruct the conditions of application of small claims procedures, from dual elements to single elements, to remove the limitation of case elements, and only take the amount element as the only applicable standard. The removal of the limitation of the elements of the case does not mean that small claims can be applied to difficult cases. The effectiveness of the elements of the case in limiting the scope of application of small claims can be played by applying the exclusion provisions of the case type, the procedural transformation mechanism, and the relief system to ensure the proper application of the small claims procedure.

Key words: Diversion of complex and simple; Small claims procedure; Elements of case; Elements of amount

习近平法治思想融入高等教育的实现路径研究

——以部分高校实践为例

李炳通

(南开大学 法学院, 天津 300350)

摘 要:习近平法治思想是推进新时代法治教育发展的基本遵循,关系到法治人才培养,也关系到推进全民守法工作。以如何将习近平法治思想扎实有效地融入高等教育为基本指向,从体系化的视角出发,提出切实发挥法治教育引导作用,要在课程思政体系构建、校园立体浸润、师资队伍打造等方面建立路径系统,同向发力,多层贯通,协同共进。文章梳理、分析了部分高校在习近平法治思想融入教育中的做法,为解决路径执行中的重点、难点、关键点提供了参考。

关键词:习近平法治思想;高等教育;路径

中图分类号:D920.4

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2022)04-0026-09

2020年11月,中央全面依法治国工作会议首次提出并确立习近平法治思想为全面依法治国的指导思想。习近平法治思想为全面依法治国工作明确了11个坚持的要求,总体上看,既包括强调法治队伍的建设,也包含公民守法的要求。

“法律要发挥作用,需要全社会信仰法律”^[1]。国家的未来、社会的期望在青年,“青年从现在起就应该形成良好的思想政治素质、道德素质、法治素质”^[2]。立德树人是教育的根本任务,抓好教育尤其是高等教育,持续有效做好习近平法治思想的研究、阐释和传播,对持续有力推进全面依法治国具有长远意义。习近平在中国政法大学考察时强调,要“坚持以马克思主义法学思想和中国特色社会主义理论为指导,立德树人,德法

兼修,培养大批高素质法治人才”^[3],为将习近平法治思想融入高校教育指明了根本方向。本文从习近平法治思想关于强化法治人才培养、推进全民守法等方面要求以及习近平关于教育的系列论述入手,挖掘课程、师资、学术研究、校园体系、实践资源等育人条件,结合部分高校的有益做法,深入探讨把习近平法治思想深度融入高等教育的有效路径。

一、牢牢把握课程渠道引领,打造一流 培育阵地

高校有着多元汇聚的育人资源、渠道和平台,归根结底,课程是核心,把课程抓好是提升育人质量的关键所在。将习近平法治思

* 第二届学习贯彻习近平总书记视察南开大学重要讲话精神研究课题“高尔森的‘公能’教育实践研究”的阶段性成果,项目编号:ZSJSC-NK2-305。

作者简介:李炳通,男,南开大学法学院助理研究员,主要从事法学教育研究。

想切实融入高校教育,需深入推动课程建设,综合发挥思政课的作用、《习近平法治思想概论》课的功效、法学专业课的功能、交叉课程的延伸特色和教材体系的力量支撑。

(一)以思政课程为总领,把习近平法治思想讲“准”

教育部《关于推进习近平法治思想纳入高校法治理论教学体系的通知》明确要求各高校要“做到全覆盖学习”,这里的“全覆盖学习”,从学习的主体范围上讲,自然包括高校各层次各类别学生^[4]。从这个意义上讲,高校思政课在宣传、阐释习近平法治思想方面比其他课程影响面更广,所塑造的群体更大,意义十分重大。

各门思政课可深度结合自身的特点,对习近平法治思想有所侧重地进行学理阐释和传播。思想道德与法治课程是直接面向所有大学生普及法律知识、弘扬社会主义法治的有力途径。马克思主义基本原理课程可从马克思主义最根本的世界观和方法论、实践与认知的关系、坚持人民主体地位等角度结合法学讲解。中国近代史纲要课程可从近代中国的国家现代化与法治现代化这一脉络讲清全面依法治国的历史意义。毛泽东思想和中国特色社会主义理论体系概论课程可侧重讲解推进全面建设社会主义现代化国家、全面深化改革、全面依法治国、全面从严治党等方面的法治联动。形势与政策课程可侧重突出在国内外发展大势下,如何全面运用习近平法治思想理解中国法治实践的新发展和回应法治实践的新要求。

为提升思政课讲授习近平法治思想的

精准性,部分高校将法学教师引入到全校思政课师资体系。中山大学公共课程“习近平新时代中国特色社会主义思想概论”吸纳法学专业师资主讲“习近平法治思想专题”。武汉大学构建“三位一体”模式,以公共思政必修课、公共思政选修课及专业必修课全方位打造习近平法治思想课程体系^[5]。

(二)以概论课程为龙头,把习近平法治思想讲“实”

习近平法治思想的传播、研究、宣传要在思政课建设上做足文章、下足功夫,更要在专业课的课程思政建设上精细打磨,让思政课与专业课同时发力,同向发力。《习近平法治思想概论》课程是法学专业中最具备思政元素的课程,带有课程思政的天然特色,把这门课开好应牢牢把握“实”这个动作要领。

为深入推进习近平法治思想进教材、进课堂、进头脑,切实融入高校教育,教育部专门修订发布《法学类专业教学质量国家标准(2021版)》,将《习近平法治思想概论》课程设置为法学类专业的一门核心必修课,成为统领法学课程体系的“第一课”。对如何把这门课讲好,张文显提出,要带着信仰讲、带着感情讲、带着真知讲,以讲实为基本要领^[6]。从课程性质及内容上看,这是一门与刑法、民法等同样的法学专业课,要把《习近平法治思想概论》课程讲实,还是应更多地引入法学特有的教学方法,以国情阐义,做案例说理,用辩论明是非,从而实现高质量、高水平的教学效果。

如何开好课程,把这门课程讲“实”,部分高校在课程具体实施上持续创新探索。有

的高校,如西北政法大学集中法学理论的师资开设课程,突出强调理论性;有的高校,如北京大学、武汉大学、南开大学等将优势师资与课程紧密贴合组织团队,突出特色性。北京大学以包括专题讲座、文献阅读等方式推进教学,专门设置学生反馈板块和平台,将授课的“播放器”转换为研讨的“对讲机”,师生共同研读、切磋交流。南开大学面向研究生开设习近平法治思想与法治中国建设课程,武汉大学面向全校学生开设公共选修课,打造习近平法治思想课程体系^[7]。

(三)以专业提升为根基,把习近平法治思想讲“深”

习近平法治思想教育是贯穿法学教育的一条金线。“概论”与其他课程类似“总论”与“分论”的关系,它们既是互为一体的,又各有分工^[8]。

法学各门课程相互配合、通力合作方能把习近平法治思想讲“深”。解决“有的法学教育重专业轻思想政治素质”的问题和不足,要分类推动习近平法治思想融入专业课程工作,以点带面,形成有特色的习近平法治思想课程思政群。着重抓好法学本科主干课程、研究生必修课程的主动融入工作,深入挖掘思政元素。在教学中要结合中国特色社会主义理论讲,注入中国法治实践讲,融合中国传统法律文化讲,既要讲清知识的是非因果,又要讲清原理的来龙去脉。

为将习近平法治思想讲“深”,部分高校在授课手段、资源运用等方面进行了有益创新。西南政法大学以跨课堂、跨课程方式循序渐进实现《习近平法治思想概论》课程与

其他法学专业课程的“多点互动”。中山大学将“法学思政讲堂”作为常规课堂,邀请法学院教师结合法学前沿问题宣讲习近平法治思想,打造法治前沿与思政引领交汇高地^[9]。

(四)以课程交叉为网络,把习近平法治思想讲“全”

“社会亟需的新兴学科开设不足,法学学科同其他学科交叉融合还不够,知识容量需要扩充”^[10]。伴随着科学进步发展,经济社会各领域在日益细化的同时,彼此间的融会贯通也愈发紧密。学科的交叉是高等教育新的增长点,法学是一门具备很强实践性、应用性的学科,法学与社会发展趋势和需求贴合得最为紧密。法学教育的发展要适应复合性法律需求,紧盯时代热点,发挥交叉合作的集结优势。同时,法学也是一门支撑性的学科,各个学科都有法的因素。习近平法治思想是前瞻引领的指导思想,对交叉培养以及对各学科中法的内容的系统化和理论升华都具有突出意义。

习近平法治思想融入交叉学科,要以课程培养为平台,以科学研究为抓手,注重把课堂与研究结合起来。在党内法规、人工智能法学、数据法学等方向,加强与多学科的前瞻融合,发挥习近平法治思想的指引作用。结合本科生的大类招生培养模式,紧紧抓住服务国家和地区发展热点,构建法学+等多类型复合培养体系。对研究生的培养,鼓励以研究跨学科问题为导向,打通课程选修,建立创新开放的交叉培养体系。

为突出讲全学全,以习近平法治思想为引领,清华大学依托卓越法治人才班、计算

法学人才班和法学国际人才班为国家培养面向全面依法治国、科技创新发展、涉外法治争端等三个方面培养创新型法治人才^[11]。南开大学在经管法、信息安全等复合培育模式中探索法学+经济、法学+人工智能交叉互联。吉林大学注重将法学与科学技术、数字经济、云计算等有机结合,让教学研究充分反映时代,展望未来^[12]。

(五)以教材建设为抓手,把习近平法治思想讲“正”

党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央高度重视教材建设,将教材工作作为“国家事权”加以统筹规划,强调“要加快构建中国特色哲学社会科学学科体系和教材体系”^[13],作为社会科学领域理论渗透性强、实践性突出的一门学科,法学的教材在这方面尤为突出重要,高校担负着“尽快把我国法学学科体系和教材体系建立起来”^[14]的重要任务。

教材建设关系着立德树人的根本。高校应始终把坚持正确方向作为教材工作的首要原则,做到“凡编必审”“凡选必审”“管建结合”。要深入学习贯彻习近平法治思想,以教材建设为抓手,以打造精品为引领,探索交叉创新,建立起组织保障、激励引导、资源支撑机制。教材建设应以强化学生思想政治素质锻造,打牢学生法学知识功底为目标,逐步构建科学合理、系统完善、追求卓越的教材体系。

教材建设要坚持守正创新,充分激发活力、促生动力。中国政法大学梳理我国行政法学研究和实践的前沿问题,把行政法治最新

的理论与实践成果诸如服务型政府、创新型政府、诚信型政府等,有机融入专业教材^[15]。南开大学法学院在职称评定、绩效考核等方面建立系统联动网络,激发教师教材编写动能,支持教师以习近平法治思想为引领,录制慕课,编写教案、课件、案例库、试题库等新业态教材资源,推动自编教材建设,丰富教学素材。

二、紧紧抓住校园立体浸润,涵养多维培育气象

坚持依法治国和以德治国相结合是中国特色社会主义法治道路的一个鲜明特点,法治和德治两手抓、两手都要硬。“不仅要提高学生的法学知识水平,而且要培养学生的思想道德素养”^[16]。

要把思想政治工作贯穿于教育教学全过程,“实现全程育人、全方位育人,努力开创我国高等教育事业发展新局面”^[17]。信息输入的多元性是高等教育的突出特点之一,学术指引、文化生活、校园管理等对学生的塑造产生至关重要的影响,是育人的重要渠道。习近平法治思想融入高等教育,要在做实各类课程导领的同时,注重立体校园育人功能的协同发挥,深化拓展教学场域,将教育覆盖到课上课下、网上网下、校内校外,实现育人的无处不在。

(一)挖掘学术特色,做内容加法

“高校是贯彻社会主义法治理论的重要阵地,也是推进法治理论创新的重要力量”^[18]习近平法治思想在高校生根结果离不开高质量的科学研究,习近平法治思想的研

究阐释离不开守正创新。

建立科教协同育人机制,在培养师生至诚报国的理想追求、敢为人先的科学精神、开拓创新的进取意识和严谨求实的科研作风中学习、阐释习近平法治思想。法学专家学者围绕习近平法治思想的政治定位、内涵特征、研究路径等开展了一系列深刻探讨,还有部分教师以习近平法治思想为指引,融入专业特色领域,面向国家战略需求,面向地区经济社会发展开展研究,均取得了丰硕的成果。一方面学生参与研究过程,受教育、长才干,融习近平法治思想于无形;另一方面,高水平成果彰显研究者所在高校的研究特色,进一步扩大习近平法治思想的传播影响力。

学术引领是高校的自发功能,如果路径采取得当、方式结合得当,在学习阐释习近平法治思想工作中就可以取得事半功倍的效果。中国人民大学习近平法治思想研究中心邀请相关领域的资深学者组成学术委员会,全面、系统、深入开展习近平法治思想研究。华东政法大学在学校的《法学》等期刊开设了习近平法治思想专栏,组织刊发相关学术研究成果,学术气氛浓厚^①。南开大学引导师生将贯彻习近平法治思想与加快地区法治先行区建设结合起来,强化实践回应能力。学术研究活动不仅是习近平法治思想融入教育的重要路径,也是一项重要的成效检验标准。

(二) 强化实践锤炼,做力量加法

实践性是习近平法治思想的显著特点之一。习近平法治思想特别强调实践教学在法学教育中的重要性,习近平在中国政法大学考察时指出,“法学学科是实践性很强的

学科,法学教育要处理好知识教学和实践教学的关系”^[19]。

要鼓励学生实践,创造机会为学生提供各种实践可能。助力师生走出校园,深入观察、全情投身法治实践,加深国情认知,强化对习近平法治思想的理解精度。推进与实务部门协同培养,将学生送到实务部门实习锻造,强化对习近平法治思想的理解准度。邀请实务部门专家到学校做报告、指导论文、指导调研,将亲身参与法治中国建设实践的思考、领悟传授给在校学生,实现将全面依法治国的实践经验及时转化为教学资源,强化对习近平法治思想的理解深度。注重国外法治资源统筹,输送、选派优秀学生到国外法治机构、部门实习锻炼,以点带面,打造涉外法治人才培养平台,强化对习近平法治思想的理解广度。

实践是学习习近平法治思想的关键环节,核心是关心国情、关注世情、关切国家战略需求。中国人民大学开展“法治家乡行”活动,持续组织学生深入家乡观察、研究法治中国建设实践,形成详实立体的系列实践报告^[20]。北京大学推动涉外法治人才培养,引导学生开阔国际视野,提升应对涉外法律事务的能力。中国政法大学把公益教育、法律职业伦理教育深度融入到法治人才培养,实现法学知识教育与实践教育的融汇统一^[21]。南开大学开展教师与学生共同参与的“同学同研同讲同行”活动,见证并参与到中国司法实践中去,实现以行促学的目标。

(三) 丰富法治感知,做形式加法

校园文化浸润是高校传播习近平法治

思想不可或缺的重要途径。首先,网络新媒体发展势头给传统信息传播渠道带来新的挑战,传播习近平法治思想要牢牢围绕法治特点,突出专业性和新颖性。其次,要牢牢把握法治与德治相结合,通过文化浸润,不仅要“提高学生的法学知识水平,而且要培养学生的思想道德修养”^[22]。再次,紧紧抓住青年大学生的关注和聚焦,要在主题深刻性、环节流畅性、学生参与性上下功夫,增强趣味性,强化角色代入感。要开拓视野,勇于创新,通过线上线下,在校园内外开展各类主旨鲜明、内容丰富、形式新颖的校园文化活动,构建高校法治文化浸润的新生态。

以学生关切的热门法治问题、重大法治事件等为切入点,开展全校范围的辩论赛、研讨会、情境展示等形式多样的校园法治活动,把学生的认识和思考调动起来,挖掘学生潜力,充分激发学生学习法律,探讨法治的活力和动能。注重与普法、宪法、民法典等宣传工作相结合。同时要特别注重发挥教师引导作用,强化目标导向,通过开展活动强化学生的国情认知,彰显以人民为中心的法律演进过程,反映法治中国建设成就,深化对习近平法治思想的领会和理解。

文化浸润形式多种多样,关键是把握青年学生的聚焦点、热议点、兴奋点。华东政法大学依托“国家宪法日”等重要时间节点,举办“韬奋”作文大赛,创作话剧《雷经天》等,着力打造以“法”为特色的校园文化^②。南开大学开展《人民的名义》续集——“高育良受贿、滥用职权案”模拟法庭表演,寓思想性、知识性、实践性、趣味性于一体,思政效果和

传播效果俱佳^③。

(四)突出治理融入,做体验加法

习近平法治思想是高校依法治校工作的根本遵循,高校法治治理水平的好坏关系着学生对法治的第一感知和评价。高校治理要切实发挥好习近平法治思想的引领作用,让学生在依法治校氛围体验中感受习近平法治思想的力量。

一是全面构建教职员工法治教育体系。在各类干部培训以及新入职教师培训中加入习近平法治思想的内容,深化教职员工的法治素质培养,努力使尊法学法守法用法成为高校教育者和管理者的共同价值追求和自觉行为贯彻。二是深化落实师生参与高校治理制度。把重大事项意见征询和反馈做实,畅通师生表达的渠道,形成制度制定者与适用者之间的良性互动。三是加强师生申诉机制建设,把法治作为化解校内矛盾纠纷的基本路径,维护权利、反映诉求,逐步形成自觉守法、遇事找法、解决问题靠法的法治思维和行为习惯。在师生中逐步树立“是合理合法的诉求,通过法律程序就能得到合理合法的结果”^[23]的信念。

完善的校园法治治理制度、机制、队伍建设为学校有序健康发展创造必要条件,是最富体验感的法治教育形式。华东政法大学制定印发《依法治校实施意见》,把依法治校融入、贯穿于学校工作全过程和各方面,成立由法学相关领域专家组成的依法治校委员会,督促推进学校依法治校各项工作。聘请1个常年法律顾问团队和15个法律咨询团队组成法律顾问团,构建“一专多特”的法

律顾问制度^④。

三、持续推动教育队伍建设,强化育人主体锻造

建设一支德业兼修的教师队伍是高校做好宣传、阐释、传播习近平法治思想的重中之重。2022年4月25日,习近平总书记在中国人民大学考察时强调,“好的学校特色各不相同,但有一个共同特点,都有一支优秀教师队伍”^[24]。党的十八大以来,习近平总书记对教师队伍建设提出了一系列嘱托和期望,高校着力引导教师牢固树立心有大我、至诚报国的爱国情怀,争做新时代“四有好老师”。高等教育只有建设这样的法学教师队伍,才能打造一批德法兼修的高素质法治人才队伍,才能塑造一批知法懂法守法的高素质公民。

(一)做中国传统法律文化的传承者,扎好“根”

我国古代法制蕴藏着丰富的法律智慧和资源。“只有传承中华优秀传统文化,同时借鉴国外法治有益成果,才能为全面建设社会主义现代化国家、实现中华民族伟大复兴夯实法治基础”^[25]。

法学教师应从中国古代法制传统和成败得失中汲取营养,注重挖掘和传承中华法律文化精华,如“民惟邦本、政得其民、礼法合治、德主刑辅,为政之要莫先于得人”^[26]等等,都给予我们很多启示。中华法系的一个重要特征就是礼法合治,教育中应突出德与法的融合,将“依法治国”与“以德治国”贯通起来。

树立法治传统自信,要注重从传统资源中挖掘。南开大学大力支持挖掘传承中华传统法律文化,相关教师主编《中国法制史丛刊》(420册)、《福建洋坑许氏文书》,从中不仅可以了解传统中国的制度文明,还可以窥见古人的法律观念、法律意识、法律智慧、法律心理和道德观念等^⑤。

(二)做中国特色社会主义理论的信仰者,铸好“魂”

法学教师信什么、研究什么、教什么直接关系到法治培养能否行进在正确的轨道上。“我们要建设的中国特色社会主义法治体系,必须是扎根中国文化、立足中国国情、解决中国问题的法治体系,不能被西方错误思潮所误导”^[27]。作为法学教育者、研究者、法治参与者要有充分的底气和自信。

要在为谁教、教什么、教给谁、怎样教的问题上始终坚持正确方向。“对世界上的优秀法治文明成果,要积极吸收借鉴,也要加以甄别,有选择地吸收和转化,不能囫囵吞枣,照搬照抄”^[28]。把落实习近平法治思想进教师头脑作为首要工作,把理论学习与师德师风建设结合起来。通过强化思想引领机制,做实考核评价机制,细化监督奖惩机制,牢牢守住底线。

确保铸魂定力,要坚持育人先育师。中国人民大学坚持习近平法治思想系统化常态化学习,建立“一核多维,纵横网格”工作机制,把党支部建设成思政教育的战斗堡垒,开展法学家讲党课等活动^[29]。南开大学把教师培训与师德传承赓续结合起来,搭建荣休教师与青年教师交流平台,弘扬南开优良传统和

高尔森先生等法学前辈的懿德高风,引导教师们以“四有”好老师的标准要求自己^[30]。

(三)做习近平法治思想的践行者,走好“路”

法学教师在做好理论研究和教学的同时,要“深入了解法律实际工作,促进理论和实践相结合,多用正能量鼓舞激励学生”^[31]。要打破高校和社会之间的体制壁垒,形成双向互动机制,引导高校教师到法律实践部门或基层参与实践锻炼,同时将实际工作部门的优质实践资源引进高校,发挥协作育人作用。

持续鼓励、支持教师开展国情调研项目和参与实务部门研究项目或挂职工作,引导教师在中国大地上开展法治研究,推动一大批青年教师在实践中进一步认识国情,加深法治认知,确定研究志向,产出接地气的高水平成果,并将所思所得融入课堂教学。不断引入高水平实践资源,切实发挥实践导师作用,参与学生论文写作、评阅、答辩等环节。坚持邀请实务部门高水平专家为学生开设课程或参与部分课程讲授,让学生在带有鲜明实践烙印的知识传授中,强化对习近平法治思想的深入理解。

实践资源引入的核心是建立合作共赢的长效工作机制,构建总体稳定结构,设计品牌、网罗资源。浙江大学开展“法治未来·领航计划”,以内修信仰情怀和外修法治本领为目标,邀请法律实务界资深专家,引领浙大法科学子成长,努力培养德才兼备的高素质法治人才^⑥。北京大学法学院组织“我在祖国基层”人才沙龙,邀请优秀校友分享法学求学、择业历程和实践经验,引导学生将

自己的理想同祖国发展联系起来,推动更多优秀毕业生到基层建功立业^⑦。

四、结 语

将习近平法治思想融入高校人才培养、科学研究、社会服务的各环节,培养尊法守法的新时代大学生,培育德法兼修、明法笃行的法治人才,将是高校今后持续重点工作。习近平法治思想在高校的研究、阐释、传播,切忌生搬硬套,应该牢牢紧扣法治中国建设的伟大成就和推进方向,丰富内涵和形式,突出将以“理”服人和以“情”动人相结合,增强生动性和震撼力。以习近平法治思想为引领,在课程打造、校园浸润、师资锻造等方面同时发力,多层贯通,协同共进,形成合力,推动新时代高校法学教育工作实现新的突破发展。

注 释:

①②④ 华东政法大学扎实推进依法治校工作,教育部简报[2021]第61期。

③ 推进廉洁教育 学生模拟法庭上演《人民的名义》续集, <http://news.nankai.edu.cn/ywsd/system/2017/07/12/000338401.shtml>,访问时间:2022-09-03。

⑤ 《中外文明交叉科学中心文献丛刊》第一部分出版, <http://news.nankai.edu.cn/ywsd/system/2022/09/30/030052995.shtml>,访问时间:2022-09-03。

⑥ 浙江大学光华法学院“法治未来·领航计划”启动仪式圆满举行, <http://fxcxw.mzyfz.com/dyna/contentM.php?id=23957>,访问时间:2022-09-04。

⑦ 北京大学“我在祖国基层”报告会暨法学院人才沙龙选调生专场举行, <https://news.pku.edu.cn/xwzh/>

995ddc76fb4d47d789a4d090cc0a1c55.htm,访问时间:2022-09-04.

参考文献:

- [1] [2] [10] [13] [14] [18] [22] [23] 习近平.论坚持全面依法治国[M].北京:中央文献出版社,2020.50.180.175.175.176.175.179.24.
- [3] [16] [19] [28] [31] 习近平在中国政法大学考察[N].人民日报,2017-05-04(01).
- [4] 王健.习近平法治思想研究路径初探[J].思想理论教育导刊,2021,(8):13.
- [5] [7] [9] [12] [15] 庄德通,李卓谦.完善法治理论教学体系 构建法治人才培养新格局 [N]. 民主与法制时报,2022-8-18(01).
- [6] [8] 张文显.如何讲好《习近平法治思想概论》[J].中国大学教学,2021,(9):4.10.
- [11] [20] 王轶,申卫星,龙卫球,李寿平,黄锡生.“新时代复合型法治人才的培养”大家谈[J].西北工业大学学报(社会科学版),2022,(02):108.
- [17] 习近平.把思想政治工作贯穿教育教学全过程[N].人民日报,2016-12-09(01).
- [21] 法学教指委秘书处.“培养德法兼修高素质法治人才研讨会”纪要[J].法学教育研究,2017,(03):17.
- [24] 习近平在中国人民大学考察[N].人民日报,2022-04-26(01).
- [25] 习近平.坚定不移走中国特色社会主义法治道路为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障[J].求是,2021,(5):09.
- [26] 习近平.牢记历史经验历史教训历史警示 为国家治理能力和现代化提供有益借鉴[N].人民日报,2014-10-14(01).
- [27] 习近平.坚持走中国特色社会主义法治道路更好推进中国特色社会主义法治体系建设[J].求是,2022,(4):06.
- [29] 中国人民大学法学院,立德树人,以习近平法治思想培根铸魂[J].民主与法制周刊,2022(16):46.
- [30] 李炳通.怀念南开法学标志性人物高尔森:他以法学研究服务于改革开放[N].天津日报 2022-08-23(09).

Research on the Realization Path of Xi Jinping Thought on the Rule of Law into Higher Education

——Take the Practice of some Universities as an Example

LI Bing-tong

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

Abstract: Xi Jinping Thought on the Rule of Law is the basic principle to promote the development of rule of law education in the new era, which is related to the training of rule of law talents and the promotion of the law abiding work of the whole people. By taking how to effectively integrate Xi Jinping Thought on the Rule of Law into higher education as the basic direction, and from the perspective of systematization, the author proposes to effectively play the leading role of rule of law education, to establish a path system in the construction of the curriculum ideological and political system, three-dimensional campus infiltration, and the building of the teaching staff, so as to work together in the same direction, at multiple levels, and in coordination. The author combs and analyzes the practice of some colleges and universities in integrating Xi Jinping Thought on the Rule of Law into education, providing a reference for grasping the key points, difficulties and key points in the implementation of the path.

Key words: Xi Jinping Thought on the Rule of Law; Higher education; Path

检视与提升:多元化纠纷解决机制 群众满意度问题探究

——以 4P^①-4C^②视角为切入点

王 莉,高庆艳

(天津市津南区人民法院,天津 300350)

摘 要:通过发放114份调查问卷,提取多元化纠纷解决机制运行过程中存在的问题,将“4P-4C”营销理论引入评价当前多元化纠纷解决机制群众满意度建设体系中,从中查找当前多元化纠纷解决机制中存在的问题。通过“4P-4C”理论,系统解决了当前多元化纠纷解决机制中存在的突出问题。依托“2P3C”组合,构建从产品即多元化纠纷化解机制本身,渠道即多元化纠纷解决机制的宣传工作,成本即多元化纠纷解决机制诉讼成本认定,便利即多元化纠纷解决机制的一站式解纷模式,沟通即强化调解员素养等方面构建多元化纠纷解决机制“2P3C”模式,提升公众认同度的现实路径,以期促进多元化纠纷解决机制在实践中焕发更好的生命力,切实满足人民群众日益增长的司法需求。

关键词:人民群众满意度;多元化纠纷;解决机制

中图分类号:D916.2

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2022)04-0035-10

习近平总书记在党的二十大报告中指出,要增进民生福祉,提高人民生活品质^③。优质高效化解群众矛盾纠纷是当前工作的重中之重。进入新时代,多元解纷机制有着重大时代价值和历史意义,其形成、落实以及深化改革经历了较长时间。当前,全国各地都在如火如荼地进行多元化纠纷解决机制的改革,通过优化诉讼服务,提升群众满意度,从而为广大群众提供多样化的可选择解纷机制。诚然,新的制度在运行过程中必然会经历“发现问题—找到原因—优化举措”的阶段,多元化纠纷解决机制中也同样存在此问题。从群众角度出发,深刻挖掘当下群众对多元解纷机制的意见建议,依托“4P-4C”营销理论,认真查找问题,提出切实可行的优

化措施,以期提升多元解纷服务能力,解决实践过程中存在的诸多问题,更好地实现其制度的价值所在。

一、现状检视:多元化纠纷解决机制群众满意度现状分析

推进多元化纠纷解决机制,是人民法院守初心担使命、践行司法为民宗旨、满足人民群众司法需求的必然要求。实践操作过程中,多元化纠纷解决机制群众满意度还存在一些问题,亟需司法服务不断转变予以解决。

(一)理想状态下多元化纠纷解决机制满意度的深厚历史基础

多元化纠纷解决机制即一个社会中各种

作者简介:王 莉,女,天津市津南区人民法院审判委员会专职委员,主要从事民商法学研究;

高庆艳,女,天津市津南区人民法院审判管理办公室(研究室)法官助理,主要从事民商法学研究。

纠纷解决模式共同存在、相互协调所构成的解纷系统^[1]。其具有一定的历史延续性。早在西周时期的铜器铭文中就对矛盾纠纷的化解方法“调处”有所规定,并且在此范围的案件较广,诸如户婚、田土、钱债、斗殴等民事纠纷或轻微的刑事纠纷都在此列之中。在西周的官制之中也设有“司万民之难而和谐之”的专门负责调解事务的调人之职务。春秋时期,孔子憧憬建立一个“必也,使无诉乎”的理想社会,力主调诉息讼。价值与目的、方式等层面深刻地统一,是多元的纠纷解决方式在古代社会能够发挥较强作用的原因^[2]。20 世纪 60 年代提出的“枫桥经验”作为化解社会矛盾的维稳器^[3],以发动和依靠群众为着力点,

坚持矛盾不上交,就地化解矛盾纠纷,即“社会司法”^[4],其为多元化纠纷解决机制的演变奠定了良好的基础。自 2005 年开始,人民法院将多元化纠纷解决机制纳入重点工作之中,确保形成公正、高效、便捷、成本低廉的矛盾化解模式,为人民群众多元化的司法服务提供有力保障。

(二)现实状态下多元解纷机制满意度的实证调查

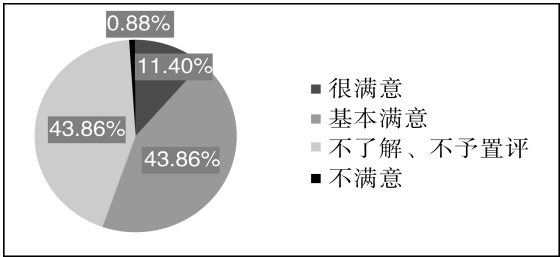
随着经济社会的发展,各种社会矛盾层出不穷,呈现新特征^[5]。为更好地查找实践中多元化纠纷解决机制中存在的问题,调研小组以调查问卷的形式,根据当前地区多元化纠纷解决机制运行状态,提出了 20 道调研问

表一:多元化纠纷解决机制历史沿革

时间	文件	主要内容
2005 年 10 月	《人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008)》	促进建立健全多元化的纠纷解决机制
2009 年 3 月	《人民法院第三个五年改革纲要(2009-2013)》	建立健全多元纠纷解决机制。按照“党委领导、政府支持、多方参与、司法推动”的多元纠纷解决机制的要求,配合有关部门大力发展替代性纠纷解决机制,扩大调解主体范围,完善调解机制,为人民群众提供更多可供选择的纠纷解决方式。
2015 年 2 月	《人民法院第四个五年改革纲要(2014-2018)》	“健全多元化纠纷解决机制。继续推进调解、仲裁、行政裁决、行政复议等纠纷解决机制与诉讼的有机衔接、相互协调,引导当事人选择适当的纠纷解决方式。
2015 年 12 月	《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》	明确纠纷解决类型包括:人民调解、行政调解、司法调解、行业调解、商业调解、仲裁、行政复议与行政裁决、协商、中立评估、第三方调处等多元化的纠纷解决类型。
2016 年 6 月	《关于人民法院进一步深化多元纠纷解决机制改革的意见》	第一次提出加强“一站式”纠纷解决平台建设。
2019 年 2 月	《人民法院第五个五年改革纲要(2019-2023)》	“深化多元化纠纷解决机制改革。创新发展新时代“枫桥经验”,完善“诉源治理”机制,坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面,推动从源头上减少诉讼增量。
2019 年 8 月	《关于建设一站式多元解纷一站式诉讼服务中心的意见》	明确了基本健全一站式多元解纷机制的时间期限,将人民法院一站式多元解纷机制建设推向了新的发展时期。

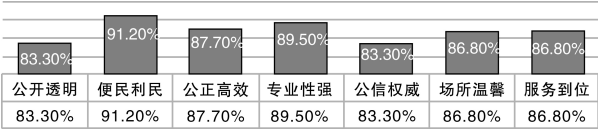
题,其中包括了解方式、受理条件、便民利民、公正高效等问题。该调查问卷面对前来法院化解矛盾纠纷的当事人以及相关律师进行问卷调研,共发放 114 份问卷,收回 114 份问卷,得到有效问卷 114 件,有效率 100%。通过对调查问卷进行数据分析,发现当前群众对多元化纠纷解决机制的“体验”不甚理想,主要表现在以下几个方面:

1.综合满意指数:介于“基本满意”和“不了解”之间。对于多元化纠纷解决机制总体评价不高。针对本区域内的多元化纠纷解决机制总体服务很满意的共有 13 人,占比 11.4%,很不满意的有 1 人,占比 0.88%,基本满意和不了解、不予置评的各有 50 人,各占比 43.86%。为比较不同类别特征群众的满意度指数,比照李克特量表,采用不同满意度赋值的方法计算综合满意度指数,计算公式如下:综合满意指数=(“满意”人数*100+“基本满意”人数*80+“不了解”人数*60+“不满意”人数*40)/调查总人数。根据上述综合满意指数公式计算出的多元化纠纷解决模式满意度指数为 73.16 分,该满意度指数介于基本满意和不了解之间,从中可以发现当地人民群众对多元化纠纷解决机制的满意度仍然有很高的提升空间。



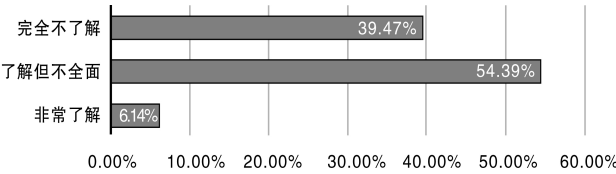
图一：多元化纠纷解决机制满意度调查情况图

2.具体指标满意程度排序为:“便民利民”最高,“公开透明”和“公信权威”最低。对于此次问卷调查中的 7 项指标占比情况进行了排序,排在前两位的是便民利民(91.20%)、专业性强(89.50%),排在后两位的是公信权威(83.30%)、公开透明(83.30%)。这说明大多数群众对于人民法院近年来的改革情况具有一定的认同度,多元解纷机制中“便民利民”做得较好,但其在公信权威、公开透明等“外在型”指标不高,多元解纷机制在满足人民群众日益增长的司法需求方面做得还不够,群众在多元解纷机制中的获得感有所缺失。



图二：各项指标满意程度情况图

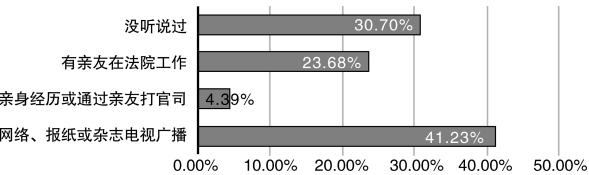
3.公众了解多元化纠纷解决机制的途径狭隘认同度较低。多元化纠纷解决机制认同度不高。通过调查问卷反映出大多数人对多元化纠纷解决机制的构成了解一些但并不全面,占比 54.39%,一部分人对多元化纠纷解决机制完全不了解,占比 39.47%,仅有 7 人对多元化纠纷解决机制非常了解,占比 6.14%。



图三：多元化纠纷解决机制认同度情况图

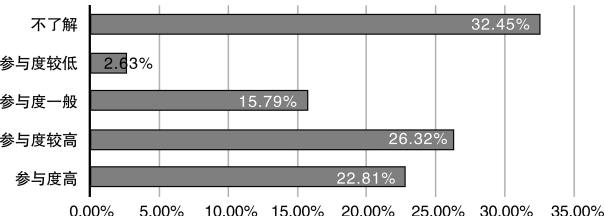
4.多元化纠纷解决机制知晓率低。大多数群众通过网络、报纸、杂志、电视广播等途径

了解多元化纠纷解决机制,占比为 41.23%,其次是有亲友在人民法院工作,进而知道多元化纠纷解决机制,此类情况占比为 23.68%,仅有占比 4.39%的人民群众是通过亲身经历或通过亲友打官司才知晓的,占比 30.7%的人民群众根本没有听说过多元化纠纷解决机制。



图四：多元化纠纷解决机制了解途径情况图

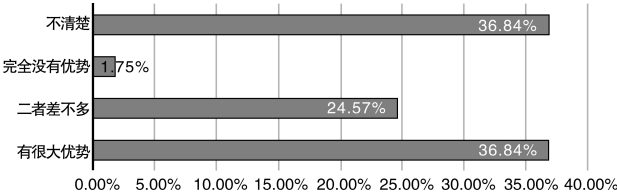
5.多元化纠纷解决机制群众参与度不高。占比 22.81%的群众认为该机制参与度很高,占比 26.32%的群众认为其参与度较高,占比 15.79%的群众认为其参与度一般,占比 2.63%的群众认为该机制参与度较低,占比 32.45%的群众对该机制不了解因而不发表意见。这说明群众对当前多元化纠纷解决机制的参与度并不高。对于参与加入解纷组织,提供调解服务积极性不高。



图五：多元化纠纷解决机制群众参与度情况图

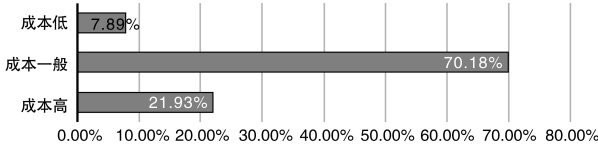
6.非诉讼纠纷解决方式的优势还不明显。遇到矛盾纠纷时,大多数群众仍然将法院诉讼作为首选方式,少数群体采取非诉讼纠纷解决方式化解矛盾纠纷。在非诉讼纠纷解决

方式相较于诉讼方式而言,占比 36.84%的群众认为非诉讼纠纷解决方式具有很大优势,占比 24.57%的群众认为二者差不多,占比 1.75%的群众认为非诉讼纠纷解决方式没有什么优势,占比 36.84%的群众对此不清楚。



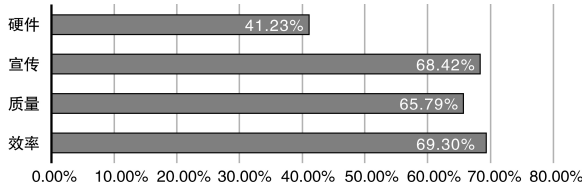
图六：非诉讼纠纷解决方式与诉讼方式比较情况图

7.多元化带来成本效益还需加强。占比 21.93%的群众认为多元解纷花费成本较高,占比 70.18%的群众认为多元解纷花费成本一般,占比 7.89%的群众认为多元解纷花费成本较低。



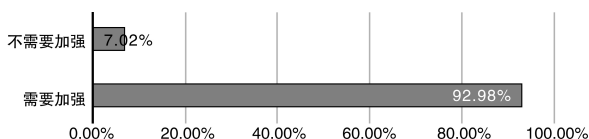
图七：多元化纠纷解决模式成本付出情况图

8.在选择非诉讼方式解决纠纷时考虑的因素往往较多。其中,权威、快速、专业、便宜各占比例为 74.56%、65.79%、83.33%、43.86%。多元解纷需要加强的地方较多,主要包括效率、质效、宣传、硬件设施,其占比分别为:69.3%、65.79%、68.42%、41.23%,其他占 8.77%。



图八：多元化纠纷解决机制中需要强化情况图

9.多元解纷工作中的沟通能力仍需加强。92.98%群众认为多元解纷工作沟通能力需要加强,7.02%的群众认为多元解纷沟通能力不需要加强。



图九：多元化纠纷解决机制中沟通能力情况图

二、价值扫描：从“4P-4C”的角度分析多元化纠纷解决机制存在的问题

司法满意度的提升是一项长期的法治思想与司法技能的积淀,并非一蹴而就^[6]。将多元化纠纷解决机制融入市场营销管理理论之中,从“4P-4C”的角度进行分析,将市场营销中“客户满意”与多元化纠纷解决机制的“司法满意”相结合,将市场营销中关注“客户体验”与多元化纠纷解决机制中关注当事人“司法体验”之间相契合,切实找准多元化纠纷解决机制中存在的问题。

(一)多元化纠纷解决机制在“4P”角度下考察存在的问题

1. 产品(即多元化纠纷解决机制本身)存在一定问题

(1)诉讼万能的思想在一定程度上制约了多元化纠纷解决机制的发展。当前,广大群众利用司法手段化解矛盾纠纷成为常态,在一定程度上湮没了“无讼”“厌讼”等思想,加之社会上流传的一切矛盾纠纷都能通过诉讼解决观念成为很多群众的惯性思维,对话协商意识不足,使得他们对各项诉讼之外的多元化纠纷解决模式产生了抵触心理,

由于认同度降低,多元化纠纷解决模式不被大众所选择。

(2)多元化纠纷解决机制本身存在问题。一是多元化纠纷解决机制的规范基础不够权威立体。当前,我国对于多元化纠纷解决机制立法不完善,无专门立法,多数都是政策性、指导性、倡导性意见,位阶不高,强制性不足,导致群众对多元化解纷机制的公正性、合法性、权威性存疑。与此同时,现有规范性文件中,对多元化纠纷解决机制从顶层设计的体系上,构建还不完善,缺乏相关的配套跟踪落实督促机制,加之法规的滞后性,使得这些规范在实践中贯彻落实不到位,从而影响了人民群众对多元化纠纷解决机制的认同感。二是多元化纠纷解决机制的制度设计不够完善,早期介入调解存在困难。社会价值需求逐渐呈现多元化,但承载多元机制需求的社会权益关系缺乏足够的稳定性,产生了大量的纠纷^[7]。因此纠纷涉及的方面也具有多样性,如土地流转、拆迁征地等纠纷,发生此种纠纷后,人民法院在处理此类问题时,往往很难早期介入,并且在实际处理过程中对诉讼模式具有较大的依赖性,其大大限制了诉调对接的方式,使得多元纠纷机制步履维艰。多元化纠纷解决模式发展尚未成熟,而诉讼方式已经较为成熟,因此,多元化纠纷解决模式与诉讼模式相比不占优势。

2. 渠道(即多元化纠纷解决机制宣传)存在一定问题

从调研结果来看,大多数群众知道多元化纠纷化解机制是通过网络、报纸和电视广播等新旧媒介传播手段,但是还存在一大部分群众并没有听说过该机制的问题。

人民法院自身对多元化纠纷解决机制的宣传力度不够大,导致该机制在适用过程中存在渠道堵塞的问题。人民法院在化解案件过程中,应当委派专业人士指导当事人加入到该项机制之中,但是调研结果显示,大部分来人民法院参加过诉讼的当事人,对多元化纠纷解决机制并不了解,不清楚该机制的存在。

(二) 多元化纠纷解决机制在“4C”角度下考察存在的问题

1.成本上不占优势。诉讼成本即主体在实施诉讼行为的过程中所消耗的人力、物力、财力的总和^⑧。从多元化纠纷解决机制成本上考虑,当事人交纳诉讼费金额并不高,与选择多元化纠纷解决模式付出的成本差别不大,因此,多元化纠纷解决机制并不是当事人首选的方式。根据调研,一些群众在一开始选择适用多元解纷机制化解矛盾纠纷,但是由于各种原因并没有成功,最后还要再去人民法院进行诉讼,这对当事人而言,不仅是成本方式上不占优势,还耗费大量的时间、精力,甚至还会影响工作,降低效率,相比较之下成本消耗较大。

2.多元化纠纷解决模式的便利性程度还不够。多元化纠纷解决机制未形成一体化在线化解平台。其与其他行业组织等相关平台还不能实现数据对接、信息共享。主要体现在:在案件分流上,缺乏基于整体大数据对矛盾纠纷的自动分析和识别,而是靠人工进行筛选,使得当事人在知道自己可以利用多元解纷模式化解矛盾纠纷时,往往需要多次对接。在送达方式上,还存在采取直接送达、邮寄送达等效率较低的方式,或者当事人亲自

来取,给当事人带来了极大的不便。在调解方式上,尚未建立一体化、智能化的信息平台,法官、调解组织、当事人三方往往还是以电话方式交流,当事人缺乏一定的亲历性,导致多元解纷体验大打折扣。

3.沟通上存在一定障碍。主要原因在于多元化纠纷解决机制需要大量高素质专业人才支撑,从而搭建起多元解纷与当事人之间的桥梁作用。这些人才往往既需要掌握专业的法律知识基础以及心理学和社会学等其他学科知识的内容,同时还应当具备扎实的谈判技能、沟通技巧并且要熟悉当地的社会风俗习惯才能从容应对不同当事人所提出的不同问题。然而当前形势下寻找这样的人才存在一定阻力,人民法院本身缺乏一定的吸引力,加之对于调解员的职业化培训机制不健全,现有的调解员很难接受专业系统的职业培训和再教育,使得人才缺失,导致多元解纷在沟通能力上与当事人存在隔阂。

三、路径选择:提升多元化纠纷解决机制群众满意度的模式构建

通过 114 份问卷,基于“4P-4C”营销理论,发现当前多元化纠纷解决机制中存在的主要问题,针对该问题,通过构建 2P3C 模式不断完善,从而提升群众对多元化纠纷解决机制的认同度与满意度,促进多元化纠纷解决机制更好地发挥其制度价值。

(一) 完善多元化纠纷解决机制,通过法律产品提升当事人认同度

1.基层化解—完善诉源治理。完善诉源治理,从一定程度上而言就是要将“枫桥经

验”与当前时代特点相结合,做好源头预防和矛盾化解工作。其符合中国传统法律文化以和为贵的思想^[9]。一是要充分发挥党组织的领导作用,推动基层党组织建设与基层治理有机结合,把党组织的服务管理触角延伸至“末梢”。二是打造全要素网格,综合治安、公安等各类专项网格高度融合,做到资源向网格集中、重心向网格下沉,将矛盾纠纷有效解决在有序的网格化解之中。三是强化法院多元化纠纷解决模式,加大培训力度,强化大数据的评估、预测和预警作用,推动纠纷源头化解。

2.分层递进—非诉与诉讼模式有机结合。应当建立递进式的矛盾纠纷分层过滤体系,将非诉方式摆在首位,充分发挥其优势,为多元化纠纷解决机制打下良好基础。一是建立调解前置机制。把调解放在非诉讼解纷方式的最前沿,有效发挥各类调解组织的作用,真正形成多元解纷理念。二是人民法院建立有序的案件过滤机制。坚持“科学分案”,保证“高效调案”,实现“快速裁案”,保障“精细审案”,在有序做好案件分流工作的同时,将诉讼与非诉讼阶段进行无缝衔接,加强繁简分流,简案快审。

3.衔接配套——促进诉调对接实质化。一是做好调解员和调解组织各项名册,及时做好调解工作的指导,有效提升纠纷处理的效率和效果。二是支持仲裁机构、人民调解委员会、商事和行业调解组织的创新发展。三是积极开展诉前委派调解和诉讼委托调解,切实推动诉讼服务中心功能向复合解纷模式转变。四是打造调裁一体化团队,强化诉调统筹衔接,将诉前引导、诉前评估、诉前调

解有序连接,促进诉调对接实质化。

(二)拓展宣传渠道,通过打通渠道增加当事人的参与感

1.学用结合,提高宣传的针对性。人民法院内部要利用一定时间积极学习多元化纠纷解决机制的法律知识,组织召开专题培训,每年对多元化纠纷的审理态势进行分析,促进提升法治治理水平,定期通过举办专题讲座、进行相关资讯等活动,强化宣传意识。

2.进出结合,增强宣传的灵活性。定期举办开放日活动,开展模拟纠纷化解等系列纠纷活动,邀请相关人员走进人民法院加深对多元解纷模式的认同感。每年利用国家宪法日、全国法制宣传日增强多元解纷普法宣传,组织法官走出法院、上街宣传,发放宣传手册,取得良好的宣传效果。

3.新旧结合,打造多元化宣传模式。充分发挥新媒体在多元解纷机制的宣传作用,通过“两微一端”主动向社会发布利用多元纠纷模式化解矛盾纠纷的工作动态、典型案例、重要信息等,制作矛盾纠纷多元化解纠纷动漫、拍摄宣传片等,通过微信、微博推送进一步扩大影响力,积极传播多元纠纷正能量。

4.内外结合,提高宣传专业化。对内加强宣传队伍建设,特别注重加强对诉讼服务中心导诉员、特邀调解员的教育,积极开展专题培训,力求将多元化纠纷的宣传渗透在诉前引导、委托调解的过程中。对外,加强与上级相关部门的联动配合,及时报送多元纠纷工作信息,提升整体宣传水平。

(三)降低诉讼成本,提升当事人多元解纷的司法体验

1.强化智慧法院建设,让数据多跑路。降

低当事人诉讼成本,是大幅度提升多元纠纷满意度的重要途径。人工智能时代,维持秩序与变革、守护与创新、价值与事实之间的动态平衡是重要问题^[10]。加强智慧法院建设,让当事人通过智慧模式多元化解矛盾纠纷是必然要义。加大力气完善涵盖诉前解纷、司法公开、在线化解等内容的司法信息化系统,增强在线多元解纷的科技含量,同时,善于运用微信视频等科技手段,打破地域限制,实现数字化、移动化多元解纷模式,最大限度地节约司法资源,减轻当事人的诉讼成本。

2.强化巡回调解,让法官多跑腿。借鉴巡回审判的工作经验,强化巡回调解工作机制,更加主动地深入那些交通不便、路途遥远的边远地区,将调解做到当事人家门口,田间地头、企业车间、厂矿工地等,及时解决矛盾纠纷。从过去案件“派出去、转回来”的方式创新为“派出去、跟过去”,通过到调解现场办理案件,强化与区司法局的联动,实现诉讼与非诉讼解纷方式无缝对接,打造“纠纷在哪庭审就在哪”的工作模式,切实减少当事人“诉累”,把诉讼服务送到当事人家门口。矛盾发生后,法官将案件在立案前委派给属地人民调解委员会进行先行调解,接到委派函后,人民调解委员会的调解员会及时与法官、当事人进行沟通 and 前期对接。为实现当事人解决矛盾纠纷“只跑一次”,法官将法庭“搬”到调解现场,对调解不成的纠纷就地开庭,采用巡回审理方式与人民调解组织联动调处矛盾。对调解成功的案件,法官当场审查协议,判定合法有效后出具司法文书;对于未调解成功的案件,法官立即开庭进行审理。

(四)强化司法便利,提升当事人多元解纷的好评度

1.建立一站式解纷模式。推行线上分流模式,抽取适合多元解纷的相关案由系统自动推送。推送至多元纠纷平台后,开展调解工作,通过法官与调解员相互配合的诉前调解模式,对法律专业性强、法律适用难度较大的案件,由承办法官指导,法官助理和调解员共同调解,对于案件难度小的案件,采取由调解员自行调解,法官助理辅助的模式。成立专门调解工作室,培养金牌调解员,实现多方联动参与调解。打造特色调解工作方式。积极拓展视频远程调解模式,实现申请调解、调查核实、多方协商、签订协议一站式线上调解服务,大力加强在线调解平台建设。大力推进诉调对接新机制。推进“调裁一体”纠纷化解机制,将符合条件的案件先行调解,调解成功的予以司法确认,调解未果直接转立案,由原诉调团队直接审理,实现诉调无缝衔接。

2.实行一键式送达模式。建立集中送达统一平台,通过采取审判辅助事务外包有效减轻法官负担,实现一键式送达模式。送达以电话送达+电子送达模式替代传统送达方式。通过当事人在系统中预留的电话号码、微信、邮箱等联系方式,快速向当事人送达多元解纷相关材料,减少当事人诉累。

3.积极实践在线庭审化解模式。通过在线调解系统,送达“在线化解矛盾告知书”“送达地址、送达方式、在线调解确认书”等材料,核实当事人身份,确定在线调解账号,将在线调解链接发送至当事人,开始在线调解程序。相关材料通过软件平台及时反馈当事人,真正实现了化解矛盾足不出户,一次都不

用跑的“指尖模式”。

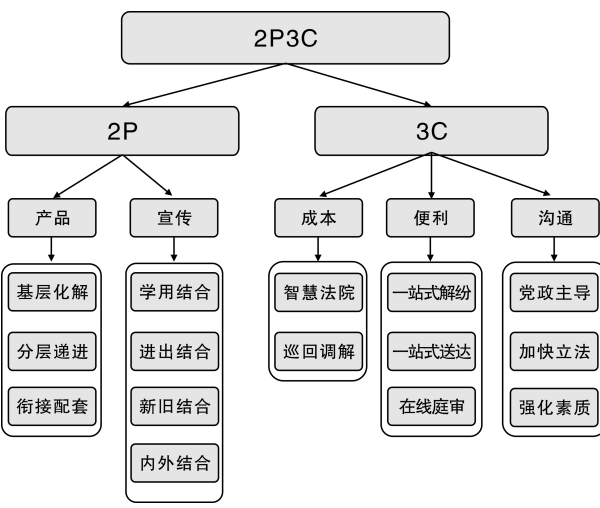
(五)强化良性沟通,提升当事人多元解纷的满足感

1.党政主导,在功能地位上强化沟通机制。多元解纷机制建设中,应当突出党政主导的特点,这样能够最大限度统筹调动地方调解资源,强化与各部门之间的沟通,使其各司其职形成合力。建议各地方党委在原有的大调解机制建设成果基础上,优化当地矛盾纠纷多元排查调处机制,由法院、检察院、公安局、司法局、信访局等相关部门相互配合,多数群众原有的“遇纠纷找法院—拒绝调解—进入诉讼程序”的解纷模式转变为“遇到纠纷找多元化解中心—进行解纷咨询—递交解纷申请—接受分流—在指导接受相关解纷主体提供最经济适宜的解纷服务”的现代化多元解纷模式。

2.加快立法,在规范权威层面推进良性沟通。结合“十四五”规划的相关要求,借鉴相关地区立法经验,结合当地实际,出台关于完善多元化纠纷解决机制的相关文件,推动多元化纠纷解决机制建设的各项机制及配套措施制度化、规范化、长效化,并不断总结新时代下的经验做法及遇到的新情况、新问题,通过报告等形式向上级人民法院反映,通过司法建议等形式向相关部门提议,切实推进多元解纷大格局的建立,以完善法律法规增强多元解纷机制的规范性和权威性,通过法律的稳定性与可预期性,强化与当事人之间的沟通。

3.强化素质,深入开展调解员提升工程。调解员作为解纷主体中的绝对主力队员,是多元解纷机制与当事人之间沟通的桥梁,发

挥着关键作用。毋庸置疑,高效沟通技巧是每一位调解员的必备技能和必修课程。加强各类调解组织调解员的培训,特别是强化对调解员沟通能力的培训,推动形成调解员行业协会,试行调解员考试上岗制度,针对调解的不同领域,需要通过取得相应的资格考试,择优挑选进入调解队伍,开展调解工作,更好地与当事人沟通,更好地化解矛盾纠纷。



图十:构建多元化纠纷解机制营销模式“2P3C”模式

以群众在多元化纠纷解决机制中的满意度为切入点,深入挖掘问题,以构建多元化纠纷解决机制“2P3C”营销模式为依托,多措并举提升多元化纠纷解决机制的公众满意度,使广大群众真正认可多元化纠纷解决机制中的多元解纷理念和多元解纷方式,自觉选择适宜的解纷模式化解矛盾纠纷,真正实现多元化纠纷解决机制的应有价值,以更好的举措来回应群众多元化的司法需求。

注 释:

① “4P”由美国营销学学者杰罗姆·麦卡锡教授在 20 世纪 60 年代提出,是指“产品、价格、渠道、促销”4

大营销组合策略。

②“4C”营销理论,是由美国营销专家劳特朋教授在1990年提出,与传统营销的4P相对应。它以消费者需求为导向,重新设定了市场营销组合的四个基本要素:即“消费者、成本、便利和沟通”。它强调企业首先应该把追求顾客满意放在第一位,其次是努力降低顾客的购买成本,然后要充分注意到顾客购买过程中的便利性,而不是从企业的角度来决定销售渠道策略,最后还应以消费者为中心实施有效的营销沟通。

③ 新华网:http://www.news.cn/politics/cpc20/2022-10/16/c_1129066868.htm,2022年11月19日访问。

参考文献:

- [1] 范愉.当代世界多元化纠纷解决机制的发展与启示[J].中国应用法学,2017,(3):48.
[2] 邹亚莎.传统无讼理念与当代多元化纠纷解决机制

的完善[J].法学杂志,2016,(10):77.

- [3] 卢芳霞.从“社会管理”走向“社会治理”——浙江“枫桥经验”十年回顾与展望[J].中共浙江省委党校学报,2015,(6):64.
[4] 崔永东.社会司法.理念阐释与制度进路[J].政治与法律,2015,(12):59.
[5] 周望.社会治理创新的地方经验研究[M].北京:中国法制出版社,2014.17.
[6] 吴英姿.论司法认同:危机与重建[J].中国法学,2016,(6):187.
[7] 龙飞.论国家治理视角下我国多元化纠纷解决机制建设[J].法律适用,2015,(7):2-3.
[8] 王福华.论民事司法成本的分担[J].中国社会科学,2016,(2):93.
[9] 胡仕浩.多元化纠纷解决机制的“中国方案”[J].中国应用法律,2017,(3):37-47.
[10] 郑戈.人工智能与法律的未来[J].探索与争鸣,2017,(10):78.

Inspection and Promotion: the Study on the Issue of Mass Satisfaction of Diversified Dispute Resolution Mechanism

——By Taking the Perspective of 4P-4C as the Entry Point

WANG Li, GAO Qing-yan

(Trial Management Office, Jinnan District People's Court of Tianjin, Tianjin, 300350, China)

Abstract: 114 questionnaires are distributed to extract the problems existing in the operation of the diversified dispute resolution mechanism. The “4P-4C” marketing theory is introduced into the evaluation of the current diversified dispute resolution mechanism mass satisfaction construction system, and the problems existing in the current diversified dispute resolution mechanism are found. The prominent problems in the current diversified dispute resolution mechanism have been systematically solved based on the “4P-4C” theory. In line with the combination of “2P3C”, a “2P3C” model of diversified dispute resolution mechanism is constructed from the aspects of product, that is, the diversified dispute resolution mechanism itself; channels, that is, the publicity work of the diversified dispute resolution mechanism; cost, that is, the diversified dispute resolution mechanism litigation cost recognition; convenience, that is, the one-stop dispute resolution mode of diversified dispute resolution mechanism; communication, that is, the strength of the quality of mediators. In this way, the realistic path of public recognition can be enhanced, so the better vitality of the diversified dispute resolution mechanism in practice can be promoted and the growing judicial needs of the people can be effectively satisfied.

Key words: Mass satisfaction; Diversified disputes; Dispute resolution capacity; Establishment of mechanism

司法大数据背景下认罪认罚速裁案件 质量检视与完善

——基于对D市2222份裁判文书的实证考察

连 洋¹,张宏宇²

(1.北京市昌平区人民法院 审管办(研究室),北京 102200; 2.北京市第一中级人民法院 破产法庭,北京 100049)

摘 要:作为案件繁简分流的重要举措,认罪认罚速裁程序通过缩短审限、简化庭审、采用格式化判决等方式提升了诉讼效率、减轻了当事人讼累。已有研究重视对速裁案件效率的探索,本文重点研究提升速裁案件质量。依托大数据资源,通过审判内、外两个维度的数据指标统计,分析当前速裁案件的质量现状,探寻影响其质量的动因,主要有价值冲突、庭审核实困难、保障机制欠缺等。建议在理论层面重新理顺速裁案件中认罪认罚制度与以审判为中心的诉讼改革关系,进一步丰富庭审实质化内涵;实践层面,应构建速裁案件程序清单制度,根据诉讼阶段细化目标清单内容,确保案件“步步有证明、制作有责任、事后可查验”。努力提升速裁案件质量,实现公正基础上的效率目标。

关键词:司法大数据;认罪认罚从宽;速裁案件质量

中图分类号:D916.2

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2022)04-0045-11

2014年全国人大授权北京等18个城市进行刑事速裁程序试点,2016年扩大适用案件范围,速裁程序纳入认罪认罚从宽程序继续试点,2018年,速裁程序正式写入刑事诉讼法之中。速裁程序在司法实践中已实施7年有余,据最高人民法院统计,试点期间适用认罪认罚从宽制度审结的案件18万余件,其中通过速裁程序处理的高达68.5%^[1]。办案周期短、简化式庭审、当庭裁决、格式文书无疑成为了速裁案件提升效率的优势,非对抗式诉讼模式初步建立,案件繁简分流的目标初步实现。然以效率为特色的速裁案件的质量问题却一直是不少法官内心的纠结点:认罪认罚速裁案件质量应该如何保证?效率提升

的同时公正该如何保障?

基于此,本文以2222件认罪认罚速裁案件为分析样本,通过大数据检索案件审判内、外各项指标,双向检视速裁案件质量现状,分析问题并探索影响案件质量隐忧背后的动因,寻求解决路径,以期提升速裁案件的质量提供帮助。

一、司法大数据下速裁案件质量现状与问题

笔者在2021年6月1日,通过D市(直辖市)智慧法院云平台检索选取了自2021年1月1日—5月31日期间,D市危险驾

作者简介:连 洋,男,北京市昌平区人民法院审管办(研究室)法官助理,主要从事监察法和刑事诉讼法学研究;
张宏宇,男,北京市第一中级人民法院破产法庭法官助理,主要从事破产法和刑事诉讼法学研究。

驶罪、盗窃罪、贩卖毒品罪、寻衅滋事罪、故意伤害罪、妨害公务罪等六大类涉及运用速裁程序较多的案件中检索到 2222 件一审审结案件作为研究样本(D 市 2021 年 1—5 月一审速裁程序审结案件总数 2455 件,其中危险驾驶 1563 件,盗窃 388 件,贩卖毒品 21 件,故意伤害 110 件,寻衅滋事 29 件,妨害公务 111 件,共计 2222 件,统计范围占速裁案件比重为 90.5%,详见图 1),分别从审判外指标(以被告人、公诉机关服判息诉为考核视角)和审判内指标(以法院内部案件评查质量为考核视角)两个维度对速裁案件质量进行分析。

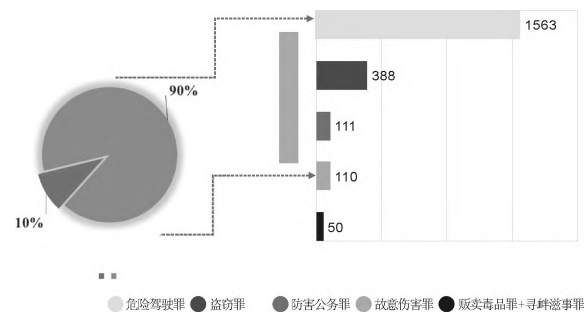


图 1:D 市认罪认罚速裁案件主要类型

（一）速裁案件审判外的质量现状

从审判外的指标评判认罪认罚速裁案件的质量,评判的主体主要为被告人一方和公诉机关一方,故统计的指标主要从影响被告人和公诉机关评判的指标入手。

表 1:认罪认罚速裁案件中辩护意见被采纳情况
(统计不含无辩护意见案件,“不明”指裁判文书中未列明是否采纳辩护意见)

是否采纳 \ 罪名	盗窃罪	危险驾驶罪	贩卖毒品罪	寻衅滋事罪	故意伤害罪	妨害公务罪	小结	比例
是	204	351	21	2	19	18	615	66.5%
否(包含部分未采纳)	97	105	0	3	6	4	215	23.2%
不明	37	46	0	1	6	4	94	10.1%
辩护意见采纳率	60.3%	69.9%	100%	33.3%	61.2%	69.2%		

表 2:认罪认罚速裁案件上诉情况

案件数 \ 罪名	盗窃罪	危险驾驶罪	贩卖毒品罪	寻衅滋事罪	故意伤害罪	妨害公务罪	小结
一审案件数量	388	1653	21	29	110	111	2222
二审上诉数量	25	18	2	2	4	3	54
上诉率	6.4%	1.1%	9.5%	6.8%	3.6%	2.7%	2.4%

- 1.被告人视角:辩护意见采纳率低
问题:速裁案件辩护意见采纳率不高;上诉率整体不高,但个别类型案件超过 5%,尤其是毒品犯罪上诉率高达 9.5%。
- 2.公诉机关视角:仍存在抗诉情况
问题:具结书采纳率高,但仍有一定数量

- 的具结书没有被采纳;虽然速裁案件抗诉率低,但仍有一定数量的案件被提起抗诉。
- （二）速裁案件审判中的质量现状
本部分主要从法院系统衡量案件质量的指标入手分析速裁案件的质量。
问题:仍存在被告人签署具结书后又反

表 3:认罪认罚速裁案件具结书采纳情况

罪名 案件数	盗窃罪	危险驾驶罪	贩卖毒品罪	寻衅滋事罪	故意伤害罪	妨害公务罪	小结
采纳	370	1563	20	26	95	95	2169
采纳率	95.4%	100%	95%	89.6%	86.4%	85.5%	97.6%
未采纳	18	0	1	3	15	16	53
未采纳率	4.6%	0	5%	10.3%	13.6%	14.5%	2.4%

表 4:认罪认罚速裁案件抗诉情况

罪名 案件数	盗窃罪	危险驾驶罪	贩卖毒品罪	寻衅滋事罪	故意伤害罪	妨害公务罪	小结
一审案件数量	388	1563	21	29	110	111	2222
二审抗诉数量	3	5	0	0	1	1	10
抗诉率	0.77%	0.3%	0	0	0.9%	0.9%	0.45%

表 5:认罪认罚速裁案件被告人上诉情况

罪名 是否上诉	盗窃罪	危险驾驶罪	贩卖毒品罪	寻衅滋事罪	故意伤害罪	妨害公务罪	小结	比例
是	25	18	2	2	4	3	54	2.5%
否	363	1545	19	27	106	108	2168	97.5%
不明	0	0	0	0	0	0	0	0

表 6:认罪认罚速裁案件被告上诉的原因

罪名 具体原因	盗窃罪	危险驾驶罪	贩卖毒品罪	寻衅滋事罪	故意伤害罪	妨害公务罪	小结	比例
量刑过重	16	16	2	1	1	3	39	72.2%
未采纳量刑建议	4	0	0	0	1	0	5	9.2%
存在误判	2	0	0	0	0	0	2	3.7%
存在自首、立功情节	3	1	0	0	1	0	5	9.25%
事实不清	0	1	0	1	1	0	3	5.5%

表 7:认罪认罚速裁案件上诉与抗诉对比简况

罪名 案件数	盗窃罪	危险驾驶罪	贩卖毒品罪	寻衅滋事罪	故意伤害罪	妨害公务罪
一审案件数量	388	1563	21	29	110	111
二审上诉数量	25	18	2	2	4	3
上诉率	6.4%	1.1%	9.5%	6.8%	3.6%	2.7%
二审抗诉数量	3	5	0	0	1	1
抗诉率	0.77%	0.3%	0	0	0.9%	0.9%

悔情况。上诉原因种类较多,量刑过重是主要原因,但也不乏未采纳量刑建议、事实不清、存在自首立功等情节的理由。整体

上诉率不高但个别类型犯罪上诉率不低,抗诉率虽不高但原因多为由于上诉而产生的抗诉。

表 8:认罪认罚速裁案件二审裁判情况

罪名 二审判决	盗窃罪	危险驾驶罪	贩卖毒品罪	寻衅滋事罪	故意伤害罪	妨害公务罪	小结	比例
维持原判	16	8	2	1	3	2	32	52.4%
改判	2	0	0	0	1	0	3	4.9%
撤回上诉	7	12	0	1	0	1	21	34.4%
撤回抗诉	0	3	0	0	1	1	5	8.1%

问题:上诉和抗诉同时存在且撤诉率高。二审驳回起诉维持原判和准予撤诉率占比较高。

从审判外视角看,认罪认罚速裁案件辩护率低(辩护率仅有 41.6%),且辩护意见采纳率不高(采纳率仅有 66.5%),个别类型案件上诉率较高,且上诉原因种类较多。从审判内视角看,针对上诉提起抗诉占比较高,且同时撤回率较高。

二、影响认罪认罚速裁案件质量的成因

(一)以审判为中心改革视野下认罪认罚速裁案件理论层面存有认识差异

1.诉讼理念有差异:对认罪认罚从宽制度与以审判为中心改革之关系认知有不同

自速裁程序试点到认罪认罚从宽推行,认罪认罚从宽制度同以审判为中心改革关系的讨论一直持续,二者关系的认知差异直接影响着法官对速裁案件质量的把控。理论界对二者关系主要有三类观点:

一是配套保障说。该观点认为认罪认罚

从宽制度是推进以审判为中心制度改革的配套保障学说,通过认罪认罚从宽实施繁简分流,将认罪的非对抗案件通过便捷程序分流出去,节约司法资源以精雕细琢重大疑难复杂及不认罪的案件,在此类案件中实现以审判为中心的价值,如有学者认为认罪认罚从宽制度是“繁者更繁”的“以审判为中心”制度推行过程中,配套性地辅“简者更简”的制度^[2]。也有学者认为认罪认罚从宽制度是“以审判为中心”制度改革的补充措施,通过繁简分流促进刑事证据裁判以及庭审实质化^[3]。

二是种属包含说。该观点认为认罪认罚从宽制度是包含在以审判为中心的改革之中的。对于适用认罪认罚从宽的适用简化程序处理,但对于不认罪的则适用普通程序审理。认为二者是基于被告人享有公正审判权形成的种属关系,“以审判为中心”诉讼制度可以看作逻辑学上的“属”概念,包含了认罪认罚从宽制度这个“种”概念。被告人若拒绝适用认罪认罚从宽制度,则对其采用适用范围更广的“以审判为中心”制度,展开实质化

庭审^[4]。

三是抑制冲突说。该观点认为检察机关主导下的认罪认罚从宽程序对“以审判为中心”的制度设计及其贯彻实施有一定程度的抑制,相当一部分认罪认罚案件的办理,检察官发挥了主导甚至决定性作用,审判程序呈现出一定的形式化倾向,审判功能受到一定程度影响,审判在刑事诉讼中的决定性地位受到挑战^[5]。

三种观点都体现了认罪认罚从宽制度同以审判为中心关系在理论层面存在认识差异。

2.价值认识有不同:对认罪认罚速裁案件核心价值认识有差异

自速裁案件试点到认罪认罚从宽制度全面实施,都着眼于追求案件的效率。效率是重要导向,致力于通过审前,尤其是审查起诉阶段的疏解达到提升诉讼效率、减轻审判负担的目的。但对认罪认罚案件的质量探讨确实存在不同意见。如有学者认为认罪认罚从宽制度下的速裁程序相比于其他程序,其最鲜明的特点既然是“速”,那么其就应以效率为首要价值^[6]。有学者认为认罪认罚从宽的案件,不能因为程序从简而降低证明标准,其依据主要在于公正,公正才是刑事诉讼的首要价值追求,效率应当服从公正程序,故应坚持公正基础上的效率^[7]。

以审判为中心的改革来源于实体公正和程序公正的双重价值追求。从实体公正角度看,唯有依赖合法获取的证据,经过法庭直接言词的审理,控辩双方在法庭上进行充分的质证辩论才可最大限度地查明事实真相,获

取案件的实体公正。从程序公正角度看,无罪推定要求除非经过法定程序,否则任何人都应被推定为无罪,这个法定程序即是公正的审判程序,即要认定一个人构成犯罪必须经过依法设立、独立行使审判权的法庭经过公正、公开程序审理才可确定^①。它是程序公正的内在要求。从理论上讲,无论是适用速裁程序、抑或是适用简易程序或普通程序案件,其只是审判程序不同,对实体和程序公正的双重价值追求并无不同。然速裁程序的设置无论是庭审程序的简化、还是案件审限的减少,抑或是辩护空间的限缩等都存在不同程度上对案件质量产生着影响。

(二)认罪认罚速裁案件实践层面仍有影响案件质量的问题待解决

1.庭审程序有欠缺:核实事实、证据的方法有不足

以审判为中心要求法庭审理阶段要以庭审实质化为目标,庭前应为庭审而准备和服务,应致力于实现事实查明、举证质证、裁判结果都形成于法庭的诉讼格局。而认罪认罚从宽制度下,尤其是速裁程序中,庭审主要围绕的是认罪的自愿性、具结书的真实性和合法性,而对案件的事实查明、证据的查验核实等审查存在不足,且实践中有的速裁案件并未能将自愿性、真实性和合法性进行充分检验。

速裁案件中,虽有庭审活动,但庭审重点已非之前的庭审实质化要求。单从庭审实质化角度看,认罪认罚案件的庭审已显现出一定的弱实质化倾向。具体而言,一是审理对象上,认罪认罚案件审理对象已不再主要是案

件事实、证据核验、刑罚裁量,而变成了被告人认罪自愿、具结书真实合法,虽然这些对象判断无法通过直接言词、举证质证、法庭辩论等方式实现,审理对象的变化使得认罪认罚同庭审实质化要求存有差距。二是审理内容上,现有的审理内容如认罪的自愿性核实,具结书的真实合法性核实,基于相关配套机制的不足,如包括但不限于律师帮助权的缺位、证据先悉权的缺陷等,庭审也易出现难以充分核实的情形,有学者将认罪认罚的庭审称之为“确认式”庭审^[8]。

2.核实方法有不足:判断自愿、真实、合法的手段有欠缺

认罪自愿性、具结书真实性、合法性核实机制仍有待完善。《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)规定,认罪认罚案件中法庭审理的范围为认罪的自愿性、具结书的真实性、合法性。认罪自愿性要求被告人在对指控的犯罪事实、罪名、法律适用等明知、理性、自由选择的前提下作出的认罪选择。而具结书的真实性则需要控辩双方在平等协商的基础上签署,它以被告人自愿认罪为前提,以控辩双方平等协商为基础。再有,具结书的合法性判断须以被告人自愿认罪、具结书真实签署为前提。但就现行法律规范而言,相关的庭审核实机制仍有待完善。法官庭审中只是采取口头询问被告人并对认罪自愿性简单核实,通过认罪具结书中值班律师的签名,辅之以庭审中对被告人的口头询问来核实具结书签署的真实性,通过庭前阅卷、庭审讯问被告人来审核具结书的合法性。对被告人自愿、明知、理

性欠缺有力的判断方法和辨识方法。

3.实践操作待明确:速裁案件中审判中心和检察主导如何协调有待进一步明确

速裁案件中并存的审判中心和检察主导两种理念,由此影响着公诉机关和审判机关的权力行使。公诉机关秉持认罪认罚案件的认罪具结书应当采纳的理念,一旦法院改判即可提起抗诉;审判机关坚守以审判为中心的理念,一旦量刑建议不当即可依法改判。由此易使速裁案件中容易诱发量刑建议不当即改判、诉判不一即抗诉的诉讼倾向,如是,一方面增加了当事人的讼累,另一方面也造成了司法资源的消耗,此外,还增加着同案不同判的风险,进而对案件质量产生影响。

(三)认罪认罚速裁案件质量保障机制仍有不足

1.权利保障有不足:值班律师帮助有缺位

对事实、证据、法律的知悉是被告人判断是否自愿认罪的基础,但无法阅卷、大多缺乏法律知识的被告人想要对案件作出独立判断不易,故律师的帮助显得尤为重要,虽然法律对值班律师的职责定位不同于辩护人,类似于证人的定位、加之值班律师帮助的被告人数量多、酬劳相对低、不用出庭等原因使得其既无动力,也无时间去阅卷,值班律师帮助缺位是影响速裁案件质量的重要因素。

2.被告人上诉有顾虑:针对上诉的抗诉占比较大

通过分析认罪认罚从宽速裁中的抗诉案件,发现针对被告人上诉的抗诉案件占比较大(75%)。然抗诉制度本质是一种纠错而非保障具结书的稳定功能。速裁案件中认罪具

结书的确定性还是应该通过一审法院的支持、上诉后二审法院的维持达成,而非通过抗诉抑制上诉的代价达成^[9]。

三、核心关系理顺下构建速裁案件程序清单制度

(一)理论关系厘清:重新理顺认罪认罚从宽制度与以审判为中心的关系

1.明确一个种属前提:认罪认罚包含于以审判为中心

认罪认罚从宽制度包含于以审判为中心的诉讼制度之中,认罪认罚从宽制度改革必须遵守并不得违背以审判为中心改革这一基本前提。公正与效率都是司法活动的重要价值,以审判为中心侧重于保障公正价值,而认罪认罚从宽侧重于提升效率价值。然刑事司法中,公正为核心和首要价值,公正是司法之基本,失去公正的司法裁断即使效率再高,终会因公正的丧失而不断地纠错,但纠错的过程则是不断消耗诉讼资源的过程。公正与效率发生冲突,效率应服从于公正,认罪认罚从宽制度追求的应该是公正基础上的效率,是确保案件质量基础上的“速”,而案件的质量则需通过以审判为中心改革的系列措施予以保障。

2.丰富两个层面内涵:纵向确定两个关键、横向丰富一个内涵

(1)纵向应明确两个关键:公正为首,量刑权专属

首先,公正是首要价值。尤其是认罪认罚从宽制度改革中的效率价值必须以案件公正

为基础和前提,追求公正基础上的效率目标,确保案件质量为各诉讼主体首要价值追求。

其次,定罪量刑的裁判权是审判机关的专属职权。以审判为中心改革要求裁判权是审判机关的专属职权,致力于实现事实认定、证据判断、裁判结论均形成于法庭的诉讼目标。而认罪认罚从宽改革中则需要理顺检察机关的认罪协商主导地位和审判机关定罪量刑的专属地位。检察机关主导的认罪协商和审判机关裁判权并不冲突,检察机关将认罪认罚案件在庭前认罪协商好是为了更好地发挥审判中心的作用,在认罪认罚从宽制度中法院仍然享有刑事案件的裁判权,审判还是中心^[10];对庭审流程的简化不代表诉讼重心前移,也不意味着审判只是走过场^[11]。在认罪认罚从宽制度中,审判机关认为对检察机关提供的认罪具结书内容有不恰当的,有法定建议调整和最终改判的权力,《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第201条第2款规定,法院经审理认为量刑建议明显不当,建议公诉机关调整而公诉机关未调整量刑建议的,法院应当依法做出判决。该条款赋予了审判机关在认罪认罚从宽中有最终审判权。从宽制度虽致力于实现公诉权由专享向协商式转变,但其并不影响法院居于终局裁判的地位,是公诉权的减让而非审判权的前移,法院仍是独立公正裁判的主体^[12]。

(2)横向丰富庭审实质化内涵:明确认罪认罚从宽案件中庭审实质化要求

庭审实质化的内容除了旨在推动庭审中案件事实查明的诸如证人鉴定人出庭作证、

有效质证、增强辩护等保障措施要求外,还应增加速裁程序案件为代表的认罪认罚从宽制度中庭审实质化内容。因为认罪认罚从宽制度中的庭审对象虽发生了变化,但并不影响庭审实质化,这是庭审实质化在不同程序中的分层次要求^[13]。

庭审实质化改革中不认罪尤其是在疑难复杂案件中为庭审实质化现有的典型样态,而认罪认罚案件中,可根据适用程序不同制作不同程序审理案件的庭审实质要求,如速裁程序案件中法庭要对被告人认罪认罚的自愿性、真实性和案件事实的可靠性进行实质性审查,庭审实质化的要求和改进措施也应围绕如何促进法庭对事实、证据的可靠性判断、对认罪自愿性、具结书真实和合法性的实质审查展开。

(二) 实践程序重塑:构建认罪认罚速裁案件程序清单制度

认罪认罚从宽制度应以公正基础上效率为价值取向,案件的办理既要促进效率也要守住公正的底线。司法实践中如何使认罪认罚从宽,尤其是速裁案件守住公正的底线,防止被告方因信息不对称、诉讼威胁等因素产生冤错案件的风险,有必要在现有的制度安排下做技术改良。相比于复杂的制度设计,制作操作留痕的程序清单更可取。

速裁案件程序清单制度的设计思路为根据诉讼阶段细化目标清单内容,在侦查、审查起诉和审判阶段,对应的主导程序机关是程序清单的制作、保存主体,清单因诉讼的推进在不同程序阶段流转。各诉讼主体通过完成清单内容,实现各自的诉讼目标进而推动案

件有序衔接与流转,以达到通过程序清单实现对速裁案件的全流程把控。此外,明晰有据的清单制作,亦可实现各诉讼主体对案件的相互监督从而细化追责,同时通过程序清单有序衔接和流转亦可使各诉讼主体提升案件效率。程序清单模式可分为侦查、审查起诉、审判三个阶段,涉及侦查人员、审查起诉人员、律师、被追诉人、审判人员五个诉讼主体,根据各自分工和诉讼阶段制作不同的证据清单^[14]。

1. 侦查阶段:构建以事实查明、证据获取、保障权利为重点的侦查程序清单

该阶段程序清单的制作主体主要为侦查人员和提供法律帮助的值班律师。侦查人员在侦查阶段负责查明案件事实、搜集与案件有关的各类证据材料,值班律师介入主要任务是提供法律问题帮助,因此这一阶段的证据清单应当包括:(详见表 11)

2. 审查起诉阶段:构建以检察监督、认罪协商、权利保障为重点的审查起诉程序清单

该阶段制作主体为检察机关,由于其职责既包含指控犯罪的职责,也包含其法律监督和制约侦查权的作用。此外,对于认罪案件还需要检察机关核实认罪认罚意愿的真实性,以及与被追诉人进行正式的认罪协商等。具体清单内容如下:(详见表 12)

3. 审判阶段:构建以审判核查、自愿性核实为主的审判程序清单

速裁案件事实的查明、证据的核实主要在庭前的阅卷审查,庭审中无法形成有效对抗,仅核实被告人的认罪自愿性。阅卷审查的材料是公诉方提供,法官对于案件的掌握和

对抗意见的听取都不足。故希望通过制作程序清单让法官根据清单掌握案件发展过程，同时也可透过控辩双向清单弥补法官接触信息的单向性,帮助法官查明事实、检验证据。另外，程序清单还可以帮助查找错误原因,找出过错主体,为依过错进行细化追责打下基础。(详见表 13)

清单的制作只是手段，制作的过程无需重新打造，只需对当前各诉讼阶段制作的证据材料进行分类整理汇总、规范制作,有序移

表 11:侦查阶段程序清单内容

侦查阶段			
	清单名称	包含内容	列举
1	定罪证据清单	证实犯罪事实的言词证据和实物证据	
2	量刑证据清单	各类法定和酌定量刑情节相关的证据材料	被追诉人的身份、自首立功情况、是否赔偿谅解情况等
		增加认罪认罚从宽方面的量刑证据	在侦查阶段被追诉人的认罪主要体现为如在起诉意见书中可详细记录被追诉人在侦查期间的表现
3	程序合法证据清单	证实侦查活动合法的“过程证据”清单	如强制措施手续、提押情况登记、出入体检情况记录、传唤或提讯时间记录、讯问录音录像等
		证实侦查阶段诉讼权利保障清单	如权利告知书
4	概括的值班律师帮助清单	值班律师和嫌疑人的会谈答疑记录,值班律师与侦查机关的交涉记录	申请人更强制措施、申诉控告、转达被追诉人诉求等提供独立性帮助意见

表 12:审查起诉阶段程序清单内容

审查起诉阶段			
	清单名称	包含内容	列举
1	检察监督清单	检察机关在检验核实公安机关移送的定罪、量刑证据清单、程序合法清单的基础上制作检查监督清单,清单内容为对侦查机关移送清单的核实情况和核查意见	
2	提讯、证据开示、认罪协商清单	检察院根据证据开示情况,汇总被追诉人的和值班律师的意见,制作证据开示、认罪协商清单。	
3	程序合法证据清单	过程证据清单	如提讯时间记录、换押手续、强制措施适用
		权利保障清单	如权利告知清单以及对侦查阶段被追诉人申诉控告、变更强制措施答复的书面材料清单等。权利告知:知情权、获得律师帮助权、不被强迫自证其罪、程序选择权、反悔及撤回认罪权,救济权等
4	值班律师帮助清单	检验侦查阶段律师帮助并提出法律帮助推进建设	
		帮助被追诉人进行认罪协商情况	
		提出对被告人有利的建议	

表 13: 审判阶段程序清单内容

审判阶段			
	清单名称	包含内容	列举
1	审判建议清单	非必要清单	
2	认罪自愿性、具结书的合法性等核实记录清单	检察院根据证据开示情况,汇总被追诉人的和值班律师的意见,制作证据开示、认罪协商清单	
3	审判阶段程序清单	审判阶段诉讼过程性证据清单	强制措施适用、开庭和宣判公告信息等
		权利保障清单	权利义务告知书、委托辩护权等
4	值班律师帮助清单	对被告人提供法律帮助核实认罪协商自愿性合法性	对被告人提供法律帮助核实认罪协商自愿性合法性
		向法庭提出对被告人有利的建议	有利证据搜集、强制措施变更申请以及申诉控告提出等
		提出审判阶段的辩护(帮助)意见	

送即可。诉讼各方分别依各自职责制作对应清单能够有效明晰目标,分清责任,强化制约、理清案件办理思路,进而帮助提升案件的程序化、规范化和现代化。

另外,一些辅助性事项亦是需要配套保障的,如法律帮助卷宗衔接制度,速裁案件中被告人权利保障仰赖于值班律师的有效帮助,而律师帮助则书面体现于值班律师帮助的卷宗之中。保障卷宗有序转移和前后衔接既是增强各诉讼阶段律师递进式帮助的重要支撑,也是有效检验律师帮助质量的重要举措。又如证据开示制度,公诉机关唯有通过证据开示被告人才能在知悉指控证据的前提下更为主动地签署认罪具结书,也会更不易因指控信息的缺失产生反悔上诉的想法。

实体从宽、程序从简的认罪认罚速裁程序在提升诉讼效率、减轻当事人讼累方面作

用明显。但是,效率不能以牺牲公正为代价,速裁案件还是应当在坚持公正的基础上提升效率,捋顺速裁案件中认罪认罚从宽与审判为中心之关系,构建有效保障速裁案件质量的程序清单制度。唯有理论达成共识,程序有序运转才能真正保障认罪认罚速裁案件公正、效率的目标实现。

注 释:

① 《公民权利与政治权利公约》第 14 条第 1 款:在判定对任何人提出的任何刑事指控或确定他在一件诉讼中的权利和义务时,人人有资格由一个依法设立的合格的、独立的和无偏私的法庭进行公正和公开的审讯。

参考文献:

[1] 最高人民法院刑一庭课题组.刑事诉讼中认罪认罚

- 从宽制度的适用[J].人民司法(应用),2018,(34):7.
- [2] 熊秋红.比较法视野下的认罪认罚从宽制度——兼论刑事诉讼“第四范式”[J].比较法研究,2019,(5):88.
- [3] 卞建林,谢澍.“以审判为中心”与刑事程序法治现代化[J].法治现代化研究,2017,(1):119.
- [4] 顾永忠.一场未完成的讨论:关于“以审判为中心”的几个问题[J].法治研究,2020,(1):116.
- [5] 龙宗智.认罪认罚案件如何实现“以审判为中心”[J].中国应用法学,2022(4):13-14.
- [6] 汪建成.以效率为价值导向的刑事速裁程序论纲[J].政法论坛,2016,(1):120.
- [7] 陈光中,唐彬彬.深化司法改革与刑事诉讼法修改的若干重点问题探讨[J].比较法研究,2016,(6):26.
- [8] 李奋飞.论“确认式庭审”——以认罪认罚从宽制度的入法为契机[J].国家检察官学院学报,2020,(3):40.
- [9] 连洋,马明亮,王佳.认罪认罚从宽案件中抗诉的冲突与规制——以全国104件认罪认罚抗诉案件为分析对象[J].法律适用,2020,(14):96.
- [10] 胡云腾.正确把握认罪认罚从宽 保证严格公正高效司法[N].人民法院报,2019-10-24(005).
- [11] 陈卫东,胡晴晴.刑事速裁程序改革中的三重关系[J].法学论坛,2016,(10):27.
- [12] 胡云腾.去分歧凝共识确保认罪认罚从宽制度贯彻落实[N].法制日报,2020-04-14.
- [13] 朱孝清.认罪认罚从宽制度中的几个理论问题[J].法学杂志,2017,(9):19-20.
- [14] 连洋,曲子函.认罪认罚从宽制度下速裁案件程序清单构建[J].北外法学,2022,(1):100.

Quality Inspection and Improvement of Cases of Confession and Punishment under the Background of Judicial Big Data

——Based on an Empirical Study of 2222 Judicial Documents in D City

LIAN Yang¹, ZHANG Hong-yu²

(1. Changping District People's Court of Beijing, Beijing 102200, China;

(2. First Intermediate People's Court of Beijing, Beijing 100049, China)

Abstract: As an important measure to separate the complicated cases from the simple ones, the quick decision procedure of confession and punishment has improved the efficiency of litigation and alleviated the litigants' litigation burden by shortening the trial time, simplifying the court trial and adopting the format judgment. The existing research has attached importance to the exploration of the efficiency of prompt adjudication cases, and the authors focus on improving the quality of prompt adjudication cases. Relying on big data resources, the authors analyze the current quality status of quick judgment cases through the statistics of data indicators in both internal and external dimensions of the trial, and explore the reasons that affect their quality, mainly including value conflicts, difficulties in court verification, and lack of security mechanisms. It is suggested to straighten out the relationship between the system of confession of guilt and punishment and the trial centered litigation reform in the theoretical level, so as to further enrich the substantive connotation of the trial. At the practical level, we should build a list system of procedures for quick judgment cases, refine the content of the target list according to the litigation stage, and ensure that the cases are “proven step by step, responsible for production, and verifiable afterwards”. We should make efforts to improve the quality of quick judgment cases and achieve the goal of efficiency on the basis of fairness.

Key words: Juicial big data; Pleading guilty and be punishing leniently; Quality of quick judgment cases

刍议帮助信息网络犯罪活动罪的法律性质

戴建军, 李星亿

(江苏省宿迁市中级人民法院 刑一庭, 江苏 223899)

摘 要:关于帮助信息网络犯罪活动罪法律性质的讨论,学界的观点集中于帮助行为的正犯化、帮助行为的量刑规则以及独立构罪,各有论道,各有争议,似乎无法确定更优路径。梳理现有观点,发现在共犯框架下讨论帮助信息网络犯罪活动罪会出现共犯罪量上升、罪刑下降的逻辑矛盾,难以辨别该罪与共犯的关系属于想象竞合还是法条竞合,突破共犯理论以及与正义理念相悖等问题。尝试从立法的倾向、适用的独立性、中立行为规制的避免以及体系顺畅等方面倡导应当将帮助信息网络犯罪活动罪的法律性质解释为独立构罪。

关键词:帮助信息网络活动罪;法律性质;独立;正犯化

中图分类号:D912.8

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2022)04-0056-10

帮助信息网络犯罪活动罪(以下简称帮信罪)缘起于《中华人民共和国刑法修正案(九)》(以下简称《刑九》)。在此之前,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)针对帮助信息网络犯罪活动的行为,大多以诈骗罪、开设赌场罪等基础犯罪的共犯进行规制,但囿于基础犯罪侦破难度大,导致司法实践对帮信行为的规制存在困难,直至帮信罪进入刑法范畴后,这个问题才在一定程度上得以解决。但随着帮信罪成为发案数量第三的犯罪^①,法律适用的棘手问题相继出现:行为人的支付结算数额是否能够以流水作为依据;帮信犯罪与共同犯罪之间是竞合还是独立构罪,适用了帮信罪之后是否还能适用共同犯罪;帮信罪的成立是否需要确立上游犯罪成立等。可见,亟需对于帮信罪的法律性质进行审慎认定。

一、现有观点纷争

目前,就帮信罪法定性的争议,主要有以下观点:量刑规则说、帮助行为的正犯化说、从犯主犯化说、不作为犯罪说、积量构罪说、非共犯的独立化等。虽然部分学说之间有细微差别,总体而言可以归纳为两类:一类是在共同犯罪框架下进行的讨论,一类是在共同犯罪框架外进行的讨论。

(一)在共同犯罪框架内讨论的展开

1. 量刑规则说

帮助行为的量刑规则,是指帮助犯没有被提升为正犯,依然是帮助犯,只是因为分则条文对其规定了独立的法定刑,而不再适用刑法总则关于帮助犯(从犯)的处罚规定的情形^[1]。不同于帮助犯正犯化的规定,量刑规则依旧从属于正犯行为。将帮信罪认定为量刑归责的

作者简介:戴建军,男,江苏省宿迁市中级人民法院刑一庭(少年案件审判庭)庭长,四级高级法官,主要从事刑法学研究;
李星亿,男,江苏省宿迁市中级人民法院刑一庭四级法官助理,主要从事刑法学研究。

观点采用排除的逻辑论证程式,将帮助行为正犯化和独立构罪一一排除,再以一些论据支撑量刑规则的观点。但论据的不充分以及前提设定的不统一性,招致了很多不同意见。反对派认为,立法既然设定了帮信罪,就应当承认其独立的罪名与刑罚。无需单独造设帮助行为的量刑规则,其与帮助行为正犯化的区别不大^[2]。量刑规则的观点无法解释情节严重的限定性规定^[3]。量刑规则的认定会使共同犯罪理论虚置^[4],也无法解决普遍存在的“一帮多”的入罪依据问题等等^[5]。

2. 正犯化说

帮助行为正犯化也称“拟制行为犯”^[6]“帮助行为在立法上的构成要件化”^[7],该观点认为,具体行为的可归责性在于其侵犯了刑法所保护的法益,共犯的该当性来源于其对正犯行为以及犯罪结果的促进。因共犯的不法层面相对薄弱以及责任性较低,依据罪责刑相适应原则,狭义共犯的处罚相对较轻。帮助行为正犯化是将帮助行为脱离共同犯罪理论,视为“正犯”,通过刑法分则中罪状表述对其进行评价和制裁^[8]。依照共同犯罪的理论,帮助他人进行信息网络犯罪的,构成基础犯罪的共同犯罪,以基础罪名进行规制。反对派则认为,若将帮信罪的设定解释为帮助行为的正犯化,那么为何设置有期徒刑三年以下的刑罚幅度?帮信行为人构成基础犯罪时,按共犯理论应从轻、减轻处罚,但并不意味着帮信行为只能在有期徒刑三年以下进行量刑,如此解释是否存在放纵犯罪的嫌疑?另外,帮信行为人适用帮信罪与基础犯罪共犯时,其罪数竞合是法条竞合还是想象竞合?以及按照该种解释路径在实践中是否会形成帮信罪优先适用于共同犯罪的适用的状况^[9]?

3. 从犯主犯化说

帮助行为的从犯主犯化是指,帮助犯的帮助行为因其在共同犯罪中的作用的上升而应受到更为严重的否定性评价,因此从共同犯罪的“从犯”上升为共同犯罪的“主犯”^[10]。该观点实质上是基于“单一正犯制”的立场,是由帮助行为正犯化,演变而来的观点,与帮助行为正犯化区别不大。

(二) 在共同犯罪框架外讨论的展开

帮助行为的独立构罪的法律效果类似于帮助行为的正犯化,但又在法律性质上存在根本不同,帮助行为的独立构罪意味着帮助行为彻底脱离共犯框架,与基础犯罪毫无关系,不再以帮助犯这一“二级责任”性质评价帮信罪,成为一个独立的罪名。

1. 积量构罪说

积量构罪的观点与“情节严重”的设定一脉相承,其认为帮助他人实施信息网络犯罪决定了行为的危害单量,次数则是积数,两者需综合评价是否能够认定为“情节严重”^[11]。积量构罪观点认为,帮信罪虽对帮助行为进行评价,但是帮助行为不等于帮助犯,也并不等于需要在共同犯罪框架下进行评论帮信行为。若将帮信行为置于共同犯罪框架下进行评论,无法适用于被帮助的正犯逃至境外的情况,也必然会使总则关于共犯的规定虚置。反对派认为,该种观点与帮信罪的设立基础存在冲突,帮信罪的成立并不需要次数等罪量的积累。比如,甲提供给乙一张银行卡,乙使用该银行卡进行支付结算,其中钱款系某个被害人的数百万元,甚至更多,在该种情况下并无积量构罪适用的空间。

2. 犯罪促进罪说

犯罪促进罪说提出,为了更好地区分共犯意义上的帮助和非共犯意义上的帮助,以解决无法以传统共同犯罪解释的帮助行为^[12]。细化

论述“漠不关心”的分离射线型与“心照不宣”的链条型的帮助行为,对于积量构罪观点作了很好的补充。该种观点认为帮信行为所指向的行为是犯罪行为,只是由于帮信行为人与被帮助行为人之间没有意思联络,无法构成共同犯罪,所以将该种行为定性为帮信行为。帮信行为所指向的行为是被推定的犯罪行为,其一般仅需具有刑事不法的程度即可,存有不被刑法评价的可能,因此,将帮信行为限定为帮助犯罪行为存有不妥,而将帮信罪解释为单独构罪即可。帮信罪有独立的构罪要件,无需添加限制某些外部条件,否则有画蛇添足之疑。

综上所述,学界关于帮信罪法律性质的讨论观点各异,且各有论道。相较之下,倾向于将帮信罪做独立解释,但不宜添加积量构罪或者犯罪促进这样的外部限制,否则可能限制帮信罪的适用。除此之外,囿于上述两种独立构罪观点对于将帮信罪解释为独立构罪的理论未能对在共犯框架下的观点作出深度回应,以至于司法实践中分歧不断,下文将尝试加强独立构罪理由的论证以及对于在共犯框架下讨论帮信罪进行反驳。

二、对在共同犯罪框架下讨论帮信罪的回应

在梳理相关帮助类罪名以及帮信罪的适用问题后,发现在共同犯罪框架下讨论帮信罪,不可避免地会出现一些无法解决的问题。

(一)逻辑矛盾:罪量上升,罪刑下降

罪量,是指刑法分则个罪罪状中明确规定的,表明行为的危害程度的实施要素^[3],其常以“但书”“情节严重”“数额较大”进行表述。罪刑,是在确认罪量的基础上,对行为科处的

罪名与刑罚。帮助行为正犯化的设定原因是行为人的帮助行为已无限接近于正犯行为,以共同犯罪约束已无法妥善达到规制与预防的目的,因此通过立法将其调升为正犯,提高其法定刑或者限制减轻、从轻情节的适用,以期刑法上的安定性。这背后的底层逻辑为:帮助行为的罪量上升,依罪责刑相适应原则,亦应适当提升其法定刑。

在主张帮信罪系帮助行为正犯化的理论中,各学者常以资助危害国家安全犯罪活动罪,资助恐怖活动罪,为境外窃取、刺探、买卖、非法提供国家秘密、情报罪等罪名进行举例论证。但这些被公认为帮助行为正犯化的罪名,在立法上无一例外地遵循了“罪量上升、罪刑上升”的逻辑。

以资助危害国家安全犯罪活动罪为例,其规定了资助实施《刑法》第102条至105条犯罪的,刑罚为有期徒刑五年以下,情节严重的刑罚为五年以上有期徒刑。《刑法》第103条至105条则规定对积极参加的人员处以有期徒刑三年以上十年以下刑罚,对其他参加的,判处有期徒刑三年以下刑罚。《刑法》第102条因其危害性大,没有参照性,此处不再赘述。《刑法》第102条至105条的,情节一般的从犯,其刑罚为有期徒刑三年以下,并需从轻、减轻处罚,相较于有期徒刑五年以下的刑罚,其法定刑更轻。当依照刑罚的法定最低刑及法定最高刑,可直接得出刑罚轻重时,便可无争议地得出两罪孰轻孰重的结论,概言之,资助帮助国家安全犯罪活动罪的帮助行为正犯化的法定刑高于基础犯罪中的帮助行为的法定刑,是符合“罪量上升、罪刑上升”的逻辑的。

再如,引诱、容留、介绍卖淫行为的独立构罪也遵循了“罪量上升,罪刑上升”的基本逻

辑。卖淫行为的法律性质本属于违法行为,其无论是违法次数还是违法所得的叠加,均不会产生刑法规制后果。但立法将具有帮助性质的引诱、容留、介绍等行为纳入到刑法规制范畴,已默认其社会危害性增大,并已超过被帮助行为,需要对相关行为处以更为严厉的刑罚,以达到惩罚与预防的目的。

有观点认为帮助行为正犯化的设定并不都基于“罪量上升,罪刑上升”的逻辑,也可能是罪量不够而设定一较低的法定刑,并以协助组织卖淫罪为例^②。但立法将协助组织卖淫罪独立出来,并不意味着承认了帮助行为的罪量较低不可再适用较重的刑罚,而是恰恰为了从严打击该类犯罪。其一,协助组织卖淫最早设定于《关于严禁卖淫嫖娼的决定》,后在《刑法修正案(八)》中将其入罪,均是源于协助组织卖淫的行为在组织卖淫活动中的常态化、严重化^[14],将其独立入罪表明协助组织卖淫的行为需要更高的重视。其二,协助组织卖淫罪的行为并不都是组织卖淫罪中的从犯行为。在组织卖淫罪中,起主要作用的是主犯,起次要作用的是从犯,从犯因其犯罪行为也是组织行为,即对卖淫行为直接进行策划、管理、指派,其当然应当以组织卖淫罪论处。若不是对卖淫活动直接进行安排、调度,而是在外围协助组织实施其他行为,不构成组织卖淫罪,仅能以协助组织卖淫罪进行规制^[15]。概言之,协助组织卖淫罪中的行为并不能完全涵摄组织卖淫罪中的从犯行为,仅指所涉部分不足以认定为“次要作用”的从犯,以避免“减轻处罚、免除处罚”的适用而将其单独设定法定刑,避免重罪轻判。其三,即使纯粹从法定刑配置进行比较,根据《刑法》第 27 条的规定,借鉴适用“量刑标尺”^[16]或者“刑罚综合指数理论”^[17]先行将具体罪名个案适用,并

不必然得出组织卖淫罪中的从犯法定刑高于协助组织卖淫罪的法定刑^[18]。其四,基于刑法的安定性与足够的适用空间,对可能被忽略或减轻、免除处罚的协助组织行为进行明确规定或是提高法定刑规定而将协助组织卖淫行为独立出来的解释空间更大。因此,以协助组织卖淫罪的设定论证帮助行为的正犯化可能是“罪量下降,罪刑下降”的逻辑并不能成立。

如前所述,帮信罪的法定刑为有期徒刑三年以下,相较于诈骗罪、开设赌场罪、非法经营罪、洗钱罪等基础犯罪的共犯刑罚区间均明显较低。从刑罚设定的逻辑层面看,将帮信罪认定为帮助行为的正犯化表明帮助行为的罪量上升,但却设定一个相对较轻的法定刑存在矛盾。因此,从该角度考量,帮信罪不宜在共同犯罪框架下进行讨论。

(二)适用矛盾:竞合理论适用空间逼仄

关于帮信罪与基础犯罪共犯的关系,学界主要集中于帮信罪与基础犯罪的罪数关系的讨论^[19],而忽略了罪数竞合理论是否会与《刑法》第 287 条之二第三款的规定存在矛盾,竞合空间是否仍然存在。现以案例为引,进行体系性探讨。

案例 1: 甲明知乙从事信息网络犯罪,但并不知道其具体行为。在乙的请求下,甲提供了银行卡、U 盾、电话卡等几百套支付工具,乙利用甲提供的支付结算工具进行诈骗。后甲案发,以帮信罪被定罪量刑。一个月后,乙被捉拿归案被以相关诈骗罪定罪量刑,那么甲是否仍需处理?

案例 2: 甲明知乙从事信息网络犯罪,但并不知道其具体行为。在乙的请求下,甲提供了 1 套支付工具,且并未获利,结算金额也并未超过 20 万元,后乙案发,那么甲如何处理?

在讨论案例 1 中的甲是否需要继续处理之前,需要回答在该种情况中是否仍存在共犯归责空间的前置性问题,即是否有空间适用竞合理论。学界关于想象竞合与法条竞合的区分有多种学说:有的观点认为,以法益侵害事实的个数进行区分^[20];也有观点认为,可以刑法条文是否能够作出完整评价进行区分^[21];还有观点认为,可以一个犯罪行为同时触犯的数个法条之间是否存在竞合或交叉关系进行区分^[22];另有学者提倡大竞合理论,认为没有必要再进行区分想象竞合与法条竞合^[23],因该理论本身存在较大争议^[24],故不以该观点进行讨论本部分内容。

无论基于前述哪种观点,竞合理论设定是为了解决数罪适用问题,而竞合的适用讨论需以构成数罪为讨论前提。在案例 1 中,甲的行为符合帮信罪的刑法评价,也符合诈骗罪帮助犯的犯罪构成,符合竞合理论适用的前提,但在评价甲的行为构成帮信罪后,是否还存在诈骗罪的帮助犯的适用空间?若基于共同犯罪进行讨论帮信罪后,再行适用“真正”的共同犯罪存在适用上的矛盾。一是罪数无法确定。同一行为同时构成帮信罪与基础犯罪的共同犯罪是完全可能的,但因帮信罪的客观表述与基础犯罪的共同犯罪完全一致,从意思说、行为说、构成要件基准说来看,其均只成立一罪,因此,竞合理论适用前提基础并不稳固。二是涉嫌重复评价。帮信罪的设立虽是在无法查清上游犯罪基础上的妥协,但其仍然具有独立法格。基于同样的事实,甲提供结算工具的行为已经被评价为帮信罪且基于共同犯罪理论框架,再行适用诈骗罪有共同犯罪重复评价的嫌疑。三是竞合理论的适用矛盾。以共同犯罪框架评价帮信罪即默认帮信罪与基础犯罪的关系属于同种数罪,其适

用竞合路径应为法条竞合,如同协助组织卖淫罪与组织卖淫罪之间的关系,但《刑法》第 287 条之二第三款规定,同时构成其他犯罪的,按照处罚较重的进行处罚,宣告了该种情况下只能适用想象竞合,而非法条竞合。换言之,帮信罪若被评价为帮助犯的正犯化或者量刑规则,即默认了帮信罪与基础犯罪之间系法条竞合关系,若直接适用想象竞合则会出现竞合理论矛盾。四是形式逻辑的悖离。在共同犯罪框架下讨论帮信罪,会出现“举轻以明重”原则适用的形式性例外,如前述案例 2,会形成情节一般的帮助行为仍然属于共同犯罪中的辅助行为,但是并不能构成帮信罪^[25]。即出现构成基础犯罪的帮助犯却无法构成处罚更轻的帮信罪的情形。

如前所述,若将帮信罪法律性质的认定框定在共同犯罪的框架下,会出现适用上的矛盾,导致竞合适用空间狭窄,并衍生出罪责刑不相适应的情况。因此,帮信罪不宜在共同犯罪框架下进行讨论。

(三)共犯理论矛盾:无法查清的上游犯罪

虽然信息网络犯罪淡化了共同故意,也淡化了共同行为^[26],但不论是采取传统方法认定共同犯罪^[27],或是按照“以不法为重心、以正犯为中心、以因果性为核心”的新路径^[28],或是认为正犯的存在是共犯成立的基础^[29],还是认为共犯的处罚根据在于,通过正犯间接引起危害结果的发生^[30]。在共同犯罪框架下讨论帮信罪正犯的不可或缺,是其必须要符合的硬性条件。

当然,依照共犯独立性说的观点,帮助犯等共犯具有独立性,且其独立性并非来自于正犯,而是来自于帮助等行为对于犯罪结果的促进性、帮助等共犯行为与结果之间的恶性因果关系^[31],依照该种理论并不需要正犯实施相关犯罪。但刑法在立法与解释过程中应保持适

度审慎态度^[32],否则可能导致实质上并未帮助的行为受到刑法规制。

其一,囿于信息网络犯罪的多层级复杂性,帮信行为人实施的相关行为,其帮助对象可能是正在实施诈骗等基础犯罪的行为人,也可能是交付给收集支付结算工具的卡商,共犯行为是否存在,帮助行为并非必然促进基础犯罪的实施。其二,由于信息网络犯罪的碎片化,帮信行为人与基础犯罪的行为人之间的联系常常无法形成共犯意义上的意思联络,强行认定存有割裂共犯理论嫌疑。其三,帮信罪在司法实践中的适用情况,大部分是在未查明上游犯罪的基础上进行定罪量刑^③,这表明对帮信进行定罪量刑时,司法机关并未考虑正犯行为。除此之外,帮助行为的正犯化观点意味着帮助犯具有独立性,但是依据我国《刑法》规定,只有教唆犯同时具有从属性与独立性,这样的观点并无法律规范或是法学理论的支撑。因此,从共犯理论适用角度考量,帮信罪的法律性质不宜置于共同犯罪框架下进行讨论。

(四) 正义观矛盾:同罪不同判

罪责刑相适应原则的基本内涵是罪行、刑事责任与刑罚相适应^[33]。但将帮信罪放置于共同犯罪框架下进行讨论可能会发生同罪不同判的现象,与罪责刑相适应原则相违背,与基本的正义观相违背。

案例3:甲明知乙从事信息网络犯罪,但并不知晓其具体行为。在乙的请求下,甲提供了银行卡、U盾、电话卡等几百套支付工具,乙利用甲提供的支付结算工具进行诈骗。后甲乙一同案发,那么甲如何处理?

案例1与案例3的区别仅为案发时间的不一致,案例1中的甲先行于乙案发,案例3中的甲乙同时案发。按照共同犯罪理论,案例

3中的甲应以诈骗罪的共犯定罪量刑,基于网络诈骗中的涉案数额较大,其大概率会被判处有期徒刑三年以上的刑罚。而案例1中的甲因为其先于乙案发,导致其只能适用帮信罪进行规制处罚,后亦无竞合理论适用空间。如此,案例1中的甲与案例3中的甲便基于同样的行为,仅由于案发时间的不同便可能遭遇同案不同判的情形。

从《刑法》第287条之二的规定来看,帮信罪的入罪门槛低,刑罚裁量空间小。在案例1中,行为人违法所得1万与违法所得1亿的量刑区别,提供3张卡与提供3万张卡的量刑跨度仅为有期徒刑3年;而在案例3中的行为人,客观行为的不一致会导致刑罚跨越整个自由刑。这于当事人,或是裁判者,抑或是刑法秩序均是不可接受的。从该角度看,在共同犯罪框架下讨论帮信罪是不妥当的。

三、对帮信行为独立构罪的提倡

基于共同犯罪框架下讨论帮信罪的法律性质会带来的逻辑不畅、竞合与共犯适用障碍以及正义理念矛盾等问题,结合帮信罪适用中面临的一系列问题,将帮信罪法律性质认定为独立构罪,方可较为妥善解决部分行为需要规制却被从轻发落,从而放纵犯罪等问题^[34]。

(一) 立法上的独立性

1. 类似罪名的比较

“依照处罚较重的规定定罪处罚”“本法另有规定的,依照规定”以及“依照数罪并罚的规定处理”分别阐释了“想象竞合”“法条竞合”以及实质数罪(数罪并罚)^[35]。《刑法》中的罪名条款包含“依照处罚较重的规定定罪处罚”共19处,涉及27个罪名^④。这类罪名中,提供虚假证明文件罪与帮信罪在行为性质上颇为相似,其

仅提供帮助的行为均不能够使“主法益”受到侵害,其行为的该当性初始均取决于实行犯是否实施了相关行为。从犯罪实施过程看,提供虚假证明文件一般会连接其他行为,或是违法行为,或是犯罪行为,并基于违法犯罪的隐蔽性,行为人在提供相关虚假证明文件时并不一定知道被提供者所准备实施的相关行为,因此可能不构成共同犯罪,但以提供虚假证明文件罪规制提供虚假证明文件的行为,学界并无太大争议^[36]。从体系视角看,对于帮信罪的理解可以参照该解释。

2. 与共犯适用的衔接

如前述案例2,依据《刑法》第287条之二明确规定,符合“情节严重”的方可构成帮信罪,甲的行为并不构成帮信罪,但在基础犯罪可以查明的情况下,其存在基础犯罪共同犯罪的适用空间,即基础犯罪的“情节显著轻微”与帮信罪“情节严重”之间。如前所述,将帮信罪置于共同犯罪框架下进行理解则会出现将案例2中甲的行为认定为诈骗罪,却不构成帮信罪的“举轻以明重”的形式逻辑矛盾,而承认帮信罪完全独立后,无论甲的行为是否会被免除处罚或者不认定为犯罪,均不存在前提性的适用空间问题。

3. 有权解释的倾向

全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会在解读《刑九》涉帮信罪条款时已经明确表示,帮信罪系为了惩治相关帮助行为专门独立加以规定的犯罪^⑤。或许有反对论者认为“作为犯罪独立加以规定”并不等于独立构罪,也可解释为帮助行为的正犯化。但无论如何解释,都无法回避帮信罪的刑罚较轻的事实,也必须面对在整个案件事实查清后,依据其在共同犯罪中的作用进行定罪量刑的现实,而将帮信罪与相关犯罪的共犯

进行同时规制的路径只可能是想象竞合,并且需要保留竞合适用空间。

(二) 适用上的独立性

刑法分则章节的分布是以罪名所保护的法益为标准进行分类,虽然我国因帮信行为侵犯法益的复杂性将其放置于“妨害社会管理秩序罪”章节中,并未将其放置于侵犯财产或侵犯人身权利章节中^[37],但不宜借此否认我国帮信立法的独立性。当帮信罪被置于“妨害社会管理秩序罪”一章时,便与诈骗罪等基础犯罪的法益出现了不同,当然不以被帮助人是否实施相关犯罪、是否侵害相关法益作为是否入罪的标准。加之,由于信息网络犯罪的多层级复杂性,帮信犯罪行为人所提供支付结算工具的对象并不一定是实施基础犯罪的人,但就此种情形来看,行为人的行为依旧会被认定为帮信罪^⑥,若等到所有事实均查证清楚再对该行为人进行刑法评价,则将在事实上虚置该罪名,一般预防与特殊预防的目的将无法实现。这一观点也得到了最高人民法院与最高人民检察院的肯定^⑦,这表明即使无法查明基础犯罪的性质为何,只要现实查证的相关标准达到一定数额即可以帮信罪对行为人定罪量刑,这再次表明帮信罪本质上属于独立构罪,无需再以基础犯罪的共犯进行定罪量刑。

(三) 体系衔接顺畅

法律性质讨论的目的在于服务于帮信罪的法律适用,法律性质讨论的更高追求是为了能够使得帮信罪适用在体系上不出现矛盾,平息争议。如前所述,在共同犯罪框架下讨论帮信会存在这样那样的问题,但将其以独立构罪的角度定罪量刑,则能捋顺帮信犯罪与其他犯罪在适用上的关系。

由于司法实践中基础犯罪无法查清,有观点认为,对于帮信罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯

罪所得收益罪以及基础犯罪的共犯的区别在于行为人实施行为的多少。若行为人只提供了银行卡等支付结算工具则以帮信定罪量刑；若行为人提供了支付结算工具且帮忙进行转账、提现、刷脸等行为则可以构成掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪；若更深程度地参与基础犯罪相关行为则可以相关基础犯罪的共同犯罪进行定罪量刑^[38]。该观点以客观行为的界限区分帮信罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪以及基础犯罪的共犯，虽然能够在一定程度上解决司法实践中的适用问题，但是存在割裂犯罪的嫌疑。事实上，在将帮信罪作为独立犯罪认定后，其与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪以及基础犯罪的区分就如同与盗窃罪等不相关的犯罪进行认定一致，符合一罪构成即认定一罪，符合数罪构成即认定数罪，再以数罪理论予以处理。将帮信罪作为独立犯罪认定后，还可以解决在共犯框架下默认其属于事中帮助行为的性质，而与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪这一事后帮助罪名在逻辑上的矛盾，毕竟同一行为要么是事中帮助，要么是事后帮助，即使是竞合时基于罪责刑相适应原则也应当以事中帮助进行规制。

在共同犯罪框架下进行讨论帮信罪，二次帮助行为是不宜以犯罪论处的。一方面，“帮助的帮助”基本属于正常生活行为。如案例4：甲欲实施盗窃，乙想制作万能钥匙提供给甲，遂向贩卖机器的丙购买一个机器，后甲利用乙提供的钥匙顺利实施盗窃行为。乙的行为构成盗窃罪的帮助犯毫无疑问，但学界也基本认为丙的行为是不能够认定犯罪。即使能够认定丙售卖制作万能钥匙的机器不符合行政法规的规定，也只能认定其行政违法而不宜将其纳入到刑法规制范畴，最根本的原因

在于罪刑法定原则的内涵之一为法的可预测性。另一方面，“帮助的帮助”已经超过了刑法中的因果关系的范畴。刑法中的因果关系要求可归责的行为与结果要存在物理因果性或者心理因果性^[39]，可归责的行为与结果之间需要有联系，但是这种联系并非无限的，因此学界一般仅将刑法规制进行到“二次责任”，即帮助犯、教唆犯等共犯，而未出现关于“三次责任”的讨论。在司法实践中，常常出现帮信行为人为人提供的支付结算工具并非直接提供至基础犯罪的行为人手，而是在卡商手中，卡商提供部分支付结算工具给基础犯罪人，但尚未用到该行为人为人提供的支付结算工具，后案发，卡商交代所收的支付结算工具有部分是行为人为人提供的，便对行为人为人定罪量刑。若在共同犯罪框架下讨论该种现象，可能会出现行为人被以帮信罪定罪量刑与“帮助的帮助”适用之间的矛盾，但是当认为帮信罪独立构罪时，“帮助的帮助”就演变成成为单一层级的帮助，也便不再存在该种适用矛盾。

四、结 语

基于帮信罪法律性质的现有学说，结合帮信罪的法律适用存在的一些问题，体系性地论证了帮信罪以共同犯罪框架认定存在的逻辑矛盾、竞合适用空间狭窄、共犯适用矛盾以及同罪不同判矛盾，并且阐述了将帮信罪认定为独立构罪的意义。将帮信罪认定为独立构罪，解决了犯罪数额如何认定、与共同犯罪的关系以及竞合理论与共犯理论的适用，但尚未能立即解决一个亟需解决的实务问题——涉案财产的处理。将帮信罪解释为独立犯罪后，依然未能解决涉案财产的处理问题，仍需进行进一步深入研究。

注 释:

- ① 中华人民共和国最高人民检察院网:“https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbt/202203/t20220308_547904.shtml#1”,2022年4月4日访问。
- ② 华律网:<https://news.66law.cn/a/20180511/81130.html>,2022年4月12日访问。
- ③ 中华人民共和国最高人民法院网:<https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-193721.html>,2022年4月13日访问。
- ④ 准备实施恐怖活动罪;危险驾驶罪;妨害药品管理罪;对生产、销售伪劣商品行为的法条适用;提供虚假证明文件罪;负有照护职责人员性侵罪;虐待被监护、看护人罪;使用虚假身份证件、盗用身份证件罪;拒不履行信息网络安全管理义务罪;非法利用信息网络罪;帮助信息网络犯罪活动罪;高空抛物罪;虚假诉讼罪;抢夺、盗窃国有档案罪,擅自出卖、转让国有档案罪;污染环境罪;破坏自然保护地罪;执行判决、裁定失职罪,执行判决、裁定滥用职权罪。
- ⑤ 中华人民共和国全国人民代表大会网:<http://www.npc.gov.cn/npc/c5855/201511/4bff21813161450e88b6acba39937736.shtml>,2022年4月6日访问。
- ⑥ 江苏省泗洪县人民法院(2021)苏1324刑初539号判决书。
- ⑦ 中华人民共和国最高人民检察院网:https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/201910/t20191025_436138.shtml,2022年4月6日访问。

参考文献:

- [1] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2021.575.
- [2] 王华伟.网络语境中帮助行为正犯化的批判解读[J].法学评论,2019,(4):130.
- [3] 皮勇.论新型网络犯罪立法及其适用[J].中国社会科学,2018,(10):130.
- [4] 刘艳红.网络犯罪帮助行为正犯化之批判[J].法商研究,2016,(3):20.
- [5] 上海市第一中级人民法院课题组.网络支付结算型帮助行为的刑法规制——兼论帮助信息网络犯罪活动罪的理解与适用[J].中国应用法学,2022,(1):98.

- [6] 周光权.转型时期刑法立法的思路与方法[J].中国社会科学,2016,(3):124.
- [7] 蔡桂生.论帮助犯的要件及其归属[J].北大法律评论,2015,(2):22.
- [8] 刘宪权,房慧颖.帮助信息网络犯罪活动罪的认定疑难[J].人民检察,2017,(19):10.
- [9] 欧阳本祺,刘梦.帮助信息网络犯罪活动罪的适用方法:从本罪优先到共犯优先[J].中国应用法学,2022,(1):111.
- [10] 张勇,王杰.帮助信息网络犯罪活动罪的“从犯主犯化”及共犯责任[J].上海政法学院学报(法治论丛),2017,(1):15.
- [11] 皮勇.论新型网络犯罪立法及其适用[J].中国社会科学,2018,(10):138.
- [12] 江溯.帮助信息网络犯罪活动罪的解释方向[J].中国刑事法杂志,2020,(5):84.
- [13] 王强.罪量因素:构成要素抑或处罚条件[J].法学家,2012,(5):14.
- [14] 茹士春.论帮助行为单独定罪——以协助组织卖淫罪与组织卖淫罪的切分为例[J].中国刑事法杂志,2011,(1):27.
- [15] 何帆.刑法注释书[M].北京:中国民主法治出版社.2019.899.
- [16] 曲新久.论从旧兼从轻原则[J].人民检察,2012,(1):10.
- [17] 白建军.刑罚轻重的量化分析[J].中国社会科学,2001,(6):124.
- [18] 郑伟.就这样动摇了共同犯罪的根基——论组织卖淫罪与协助组织卖淫罪的怪异切分[J].法学家,2009,(12):89.
- [19] 张铁军.帮助信息网络犯罪活动罪的若干司法适用难题疏解[J].中国刑事法杂志,2017,(6):45-46.黎宏.电信诈骗中的若干难点问题解析[J].法学,2017,(5):180.
- [20] 张明楷.嫖宿幼女罪与奸淫幼女型强奸罪的关系[J].人民检察,2009,(17):11.
- [21] 刘明祥.嫖宿幼女行为适用法条新论[J].法学,2012,(12):136.
- [22] 黎宏.刑法学[M].北京:法律出版社,2012.314.
- [23] 陈洪兵.《刑法修正案(九)》中“同时构成其他犯罪

- 相关条款的理解适用”——“大竞合论”立场再提倡[J].政治与法律,2016,(2):18.
- [24] 王强.法条竞合特别关系及其处理[J].法学研究,2012,(1):145.冉巨火.论法条竞合与想象竞合的区分及其适用原则——兼论军职罪中封闭的特权条款[J].法学杂志,2016,(4):84.王彦强.《刑法修正案(十一)》中竞合条款的理解与适用[J].政治与法律,2021,(4):96.
- [25] 王爱鲜.帮助行为正犯化视野下的帮助信息网络犯罪活动罪研究[J].河南大学学报(社会科学版),2017,(2):45.
- [26] 刘宪权.网络黑产业链犯罪中帮助行为的刑法评价[J].法学,2022,(1):70.
- [27] 谢望原.共同犯罪成立范围与共犯转化犯之共犯认定[J].国家检察官学院学报,2010,(4):80-85.
- [28] 张明楷.共同犯罪的认定方法[J].法学研究,2014,(3):8-17.
- [29] (德)约翰内斯·韦赛尔,李昌科.德国刑法总论[M].北京:法律出版社,2008.282.
- [30] (日)大谷实,黎宏.刑法讲义总论[M].北京:中国人民大学法学出版社,2008.364.
- [31] 钱叶六.共犯与正反关系论[J].中外法学,2013,(4):768.
- [32] 孙国祥.新时代刑法发展的基本立场[J].法学家,2019,(6):9.
- [33] 张峰铭.论认罪认罚从宽的报应刑根据——化解从宽与罪责刑相适应原则的张力[J].法制与社会发展,2011,(1):194.
- [34] 周光权.网络服务商的刑事责任犯罪[J].中国法律评论,2015,(2):177.
- [35] 王彦强.“从一重处断”竞合条款的理解与适用——兼谈我国竞合(罪数)体系的构建[J].比较法研究,2017,(6):100.
- [36] 张天虹.论提供虚假证明文件罪[J].山西大学学报(哲学社会科学版),2003,(3):124.
- [37] 于冲.网络犯罪罪名体系的立法完善与发展思路——从97年刑法到《刑法修正案(九)草案》[J].中国政法大学学报,2015,(4):50.
- [38] 陈攀.帮助信息网络犯罪活动罪相关适用问题[J].人民司法,2021,(35):43.
- [39] 张明楷.刑法学[M].北京:法律出版社,2021.234.

On the Legal Nature of the Crime of Helping Information Network Crime

DAI Jian-jun, LI Xing-yi

(Suqian Intermediate People's Court of Jiangsu Province, Jiangsu 223899, China)

Abstract: With regard to the discussion on the legal nature of the crime of helping information network criminal activities, the views of the academic community focus on the criminalization of the help behavior, the sentencing rules of the help behavior, and the independent constitution of the crime. Each has its own set of arguments and controversies, and it appears impossible to determine a better route. After sorting out the existing views, the authors found that under the framework of accomplice discussing the crime of helping information network criminal activities will lead to the logical contradiction that the amount of accomplice will increase and the punishment will decrease. It is difficult to distinguish whether the relationship between the crime and accomplice belongs to the concurrence of imagination or the concurrence of laws. After breaking through the problems such as the theory of accomplice and the contradiction with the concept of justice, we try to advocate that the legal nature of the crime of helping information network criminal activities should be interpreted as an independent crime from the aspects of the legislative tendency, the independence of application, the avoidance of neutral behavior regulation and the smooth system.

Key words: The crime of helping information network criminal activities; Legal nature; Independent; Criminalization

召集瑕疵语境下公司决议效力的类型化区分

——兼评“刘某与江某、佛山某商贸有限公司决议纠纷案”

高章水¹, 刘 晨²

(1.上海大学法学院,上海 200444; 2.中国商飞上海飞机制造有限公司 法律部,上海 201324)

摘 要:“刘某与江某、佛山某商贸有限公司决议纠纷案”揭示出股东(大)会召集瑕疵语境下不同决议效力类型之间边界模糊,难以界分之困境。召集瑕疵对公司决议效力影响主要有“不成立”“可撤销”“有效”三种类型。会议召集制度蕴含了正义、自治、效率、规范等基本价值,在召集瑕疵语境下这些价值可能会发生冲突,此时不同的价值选择应是动态性的、适应性的。运用利益衡量方法可知,不同召集瑕疵样态下的利益配置亦应有所不同。通过“三层次判断法”的引入与适用,能够更好地纾解实践中的界分困境,调和正义、自治、效率、规范等价值之间的内在冲突,实现股东、董事会、公司等主体之间的利益平衡,并实现公司治理的规范化。

关键词:召集瑕疵;决议;“三层次判断法”;公司治理

中图分类号:D923.99

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2022)04-0066-13

在公司治理的法律框架中,股东(大)会以及董事会等各类会议制度扮演着重要的角色。会议决议是到会者针对召集人提出的议案,依循既定议事规则及多数决规则,通过投票形成或决定的公司意思^[1]。一方面,通过会议产生的决议实为一种团体意思之表达,法人作为独立的市场主体,其作出的意思表示理应受法律保障;另一方面,现代公司理论愈来愈强调公司自治,公司自治的重要途径便是经由会议产生决议,公司治理合规化的重要面向便是公司决议合规化。公司决议的作出需经过特定的程序,召集程序即为关键一环。在实践中,若股东(大)会召集程序存在瑕疵,公司决议的效力判断往往容易陷入难以界分之困境。有鉴于此,应当重视召集制度的基本理念,找寻决议效力类型化区分的具体标准。

一、问题的引出:“刘某案”的疑问

2017年最高人民法院出台的《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(以下简称《解释(四)》)增设了公司决议“不成立”这一新的效力类型,极大地丰富了公司决议之效力体系。但与此同时,在公司决议效力从“二分法”向“三分法”的发展裂变过程中,不同的效力类型间的界限日趋模糊,效力判断成为一大难题。“刘某与江某、佛山某商贸有限公司决议纠纷案”(以下简称“刘某案”)便是一个鲜明的例证。

针对“刘某案”,法院查明的案件事实是^①:佛山某商贸有限公司的法定代表人及执行董事为吴某,股东为江某(占股20%)、刘某(占股80%),监事为股东刘某。吴某与江某是夫妻关系。关于股东会会议的召集,该公司规定

作者简介:高章水,男,福建南平人,上海大学法学院财富管理法治研究中心副主任,法律硕士,主要从事商法、刑法学研究;

刘 晨,男,江西吉安人,中国商飞上海飞机制造有限公司法律部合规管理员,法学硕士,主要从事民商法学研究。

的召集权主体依次为“执行董事—监事—代表十分之一以上表决权的股东”^②；另外，该公司规定公司解散的决议须经代表 2/3 以上表决权的股东通过。2017 年 5 月 4 日，刘某向江某邮寄了《召开临时股东会通知》及附件（解散清算议案），并明确会议召集人及主持人均均为刘某。江某于次日签收上述邮件。2017 年 5 月 23 日上午，江某、刘某出席该公司的临时股东会，并由刘某（以监事的身份）主持会议。当日形成《股东会决议》，内容为：1. 公司因章程规定的其他解散事由出现，股东会同意公司解散，决定解散公司，停止公司经营活动，进行清算；2. 江某当场不同意解散公司，不同意成立清算组，如本决议之日起 15 日内公司仍未成立清算组，大股东刘某将依法向法院申请公司清算，由法院指定清算组依法清算……刘某在该股东会决议上签名。江某向一审法院起诉请求确认该股东会议决议无效。一审法院认为：“股东会会议未先经过执行董事王某召集、主持，而直接由刘某（该公司的监事及股东）自行召集并主持，违反了公司法及该公司章程中关于股东会会议的召集程序”^③。因此一审法院支持了江某之诉请，判决撤销该次股东会形成的《股东会决议》。刘某不服一审判决，向法院提起上诉。二审法院经审理后认为，该次会议虽直接由刘某自行召集并主持，但全体股东均已参会，股东江某的表决权已得到充分保障，且即便重新召开会议，刘某仍然能够以章程规定的代表 2/3 以上表决权的股东意见通过该决议（因刘某占 80% 的持股比例）^④。因此，二审法院认为该召集瑕疵显属轻微，对决议未产生实质影响，并据此撤销一审判决，驳回江某之诉讼请求。

针对同一案件事实，两审法院的裁判结果大相径庭。两审法院的主要分歧在于：刘某违

反章程自行召集股东会之行为是否构成《解释（四）》第 4 条^⑤所规定的“轻微瑕疵且对决议未产生实质影响”。针对这一分歧，我们有必要做进一步追问，召集瑕疵语境下股东会决议效力的判断标准为何？在公司决议效力的类型体系中，如何厘清不同效力类型之间的界限？能否寻求一种科学化、合理化的类型区分标准？

二、召集瑕疵影响公司决议效力的三种类型

根据《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）第 22 条^⑥以及《解释（四）》第 5 条^⑦之规定，公司决议之效力主要有不成立、无效、可撤销、有效这四种样态。在公司决议效力类型上，2021 年《中华人民共和国公司法（修订草案）》（以下简称《公司法（修订草案）》）基本沿袭了以往的规定。但值得注意的是，《公司法（修订草案）》第 74 条未吸收《解释（四）》第 5 条第 5 项“导致决议不成立的其他情形”这一兜底性条款。

从现行《公司法》来看，决议无效主要针对的是决议内容瑕疵，与程序性事项无关。因此，在现行法框架下，召集瑕疵对公司决议效力之影响主要有以下三种类型：

（一）决议不成立

决议不成立是为“严重召集瑕疵”所设定的法律后果，《解释（四）》第 5 条虽未明文列举召集瑕疵可导致决议不成立之情形，但这并不意味着召集瑕疵不能产生决议不成立之法律后果。一方面，召集程序中的确可能存在严重瑕疵之情形。例如有学者认为，董事长之外的其他人召集、主持股东大会，这系由绝对无召集权人召集股东大会，故而根本不存在股东会议，决议根本不成立^⑧。另一方面，《解释（四）》

第5条第5项系兜底性条款,“导致决议不成立的其他情形”能涵摄“严重召集瑕疵”之情形。

但如前所述,《公司法(修订草案)》第74条未吸纳该兜底性条款,而转采完全列举式的规定。在理论上,有学者认为,由于该兜底性条款的包容力太强,在该条的影响下,未来关于公司决议的成立要件更难以达成共识^[3]。笔者认为,宜保留该兜底性规定。理由在于:其一,采完全列举式易模糊不同效力类型的适用边界。若采完全列举式,决议不成立仅限于法定的四种情形,这会过于限缩其适用空间,甚至可能导致实践中很多应认定为“不成立”的决议向“可撤销”决议或其他效力类型逃逸,进而愈加模糊不同效力类型的适用边界。其二,保留兜底性规定有利于增强《公司法》的适用性。决议是否成立更多关乎的是事实判断,保留兜底性条款能够更加灵活地应对《公司法》实践发展的需求,囊括“严重召集瑕疵”等典型类型,进而能增强《公司法》的适用性,并实现不同效力类型的梯度划分。其三,司法实践对兜底性规定亦有现实需求。在司法实践中,已经存在法院援引《解释(四)》第5条第5项这一兜底性条款判定决议不成立的纠纷案例,保留该兜底性条款有利于进一步对决议不成立进行类型化。譬如,在“上海某装卸有限公司诉上海某建筑材料有限公司公司决议效力确认纠纷案”中,法院认为,股东会召集时未能通知全体股东(未通知该公司小股东),召集程序违反公司章程规定,剥夺了小股东行使正当发表自己意见及表决权的基本权利,未听取小股东对决议意见的情况下形成决议不一定能代表公司的真实意思表示,基于股东会的意志缺失,根据《解释(四)》第5条第5项,法院认定股东会会议并未实际召开,并支持了股东会决议不成立的诉请^⑧。

(二)决议可撤销

决议可撤销是为“重大召集瑕疵”所设定的法律后果。根据《公司法》第22条第2款规定,召集程序违法或违反章程,可导致决议可撤销之法律后果。

从实然层面来看,我国《公司法》第22条其实未对召集瑕疵的严重程度作区分,表面上看,召集程序瑕疵均构成决议可撤销之事由,故而一些本应纳入“严重召集瑕疵”的不成立事由却被囊括为可撤销事由,并不妥当^[4]。从应然层面来看,我国既然改采“三分法”,则应具体细化区分召集瑕疵的严重程度,针对召集程序的严重瑕疵,应当给予其决议“不成立”的效力评价,从而进一步激活“不成立”的适用空间,优化决议效力评价的适用位阶体系。在召集瑕疵语境下,如前所述,“严重召集瑕疵”的不成立事由包括无召集程序、由绝对无召集权人召集等情形;而“重大召集瑕疵”的可撤销事由包括会议召集通知遗漏个别成员、召集通知方式或召集通知期间不合要求等情形^[5]。

(三)决议有效

决议有效是为“轻微召集瑕疵”所设定的法律后果。根据《解释(四)》第4条之规定,会议召集程序仅有轻微瑕疵,且对决议未产生实质影响的,股东请求撤销股东(大)会决议的,人民法院不予支持。换言之,倘若召集瑕疵轻微,且对决议未产生实质影响,此种情形下决议仍属有效。

会议的召开往往要消耗一定的时间成本、经济成本等,若仅因决议的“轻微召集瑕疵”而令决议效力变动不居或径直否定其效力,则不利于商事主体开展经营活动和商事交易,《解释(四)》第4条的但书规定实则考虑到了这些现实因素,该但书规定同时亦被《公司法(修订草案)》第73条第1款^⑨所吸纳。

综合而言,召集瑕疵存在严重瑕疵、重大瑕疵、轻微瑕疵三种样态,与此相对应,召集瑕疵所产生的法律后果亦可分为不成立、可撤销、有效三种类型。在具体的界分上,严重瑕疵、重大瑕疵、轻微瑕疵三种样态如何界分成为问题的关键,这将直接决定决议的法律后果。

三、类型区分之基础:召集制度的基本理念及利益衡量

如前所述,瑕疵程度之不同将直接决定决议的效力,因此类型区分成为关键。若要清晰地界分前述三种类型,应首先反思召集制度的基本理念,并通过利益衡量的手段具体明晰不同情境下应然的利益配置。

(一)召集制度的基本理念

我国《公司法》第40条^⑩和第101条^⑪规定了股东(大)会的召集,召集主体的顺位资格大致依循“董事会(执行董事)—监事会(监事)—满足特定条件的股东”的判断模式。当然,基于公司自治之法理,在符合法律规定的前提下公司章程可以对股东(大)会的召集主体作一定的细化。《公司法》上的召集制度主要反映以下四大基本理念:

1.自治价值

召集程序所蕴含的自治价值主要体现在两个方面:其一,全体股东的自治价值。公司章程凝固了股东的共同意志,绝大多数的公司章程中都会对股东(大)会会议召集程序进行规定,有些可能还会对《公司法》中的召集程序进行一定的细化,这是股东自治的体现,反映了自治价值。其二,董事会的自治价值。现代化公司治理机制更加强调董事会在公司治理中的重要作用,公司主要由董事会负责运营。具体到召集程序中,法律亦是赋予了董

事会第一顺位的股东(大)会会议召集资格,这体现的是对公司经营阶层的重视,彰显了董事会的自治价值以及公司的自治价值。

2.正义价值

有学者主张在公司法中引进公司正义原则,公司正义既包括实体正义,又包括程序正义^⑫。股东(大)会召集程序之制度设计所凝固的重要价值即正义价值,它亦涉及实体和程序两个方面的内容。首先,在实体正义方面,法律对召集主体、召集通知时间、召集方式等进行规定,其主要目的在于保障股东的知情权、参与权与表达权,进而能够更好地保障股东实体权益的实现。其次,在程序正义方面,召集程序本身作为一种程序设计,有其存在的独立价值。若无正当的会议召集程序,则公司会议必将难以召开,更遑论及时地将股东意志反映至公司决议并进而转化为公司的实际行动。有学者认为,应将法律行为的规范结构重置为“意思表示+程式”,“程式”在团体法上体现为程序^⑬。这一观点为当下法律行为概念的理解提供了新的视角,且有利于培育民商事主体的“程式”意识,进一步夯实程序正义理念。需要注意的是,程序正义并非诉讼法上特有的内容,在公司法领域,程序正义的价值亦愈来愈凸显。诚如李建伟教授所言:“一个程序上不合法的决议,不管其实体上如何合法也是缺乏公平、正义的”^⑭。

3.效率价值

召集程序反映了效率价值。一方面,召集程序之事先设定有利于节省会议召集之成本,节约会议召集之资源,提高会议召开之效率,使得股东(大)会之召开具有可预期性和高效性。法律或章程对召集程序进行一定的制度安排,究其根本,实则亦是为了促进公司治理的稳定性和效率性,它能够一定程度上预防或

避免因公司决议程式引发的诉讼或治理危机。另一方面,召集程序之设定有利于及时地将股东的意志通过公司决议上升到公司的意志,并进而转化为公司的实际行动。在瞬息万变的市场经济场域下,高效的会议召集制度显得尤为重要。有学者提出,共同决议机制的内部高效决策和监督制衡功能在事实上均难以实现^[9]。不可否认,在独特文化语境和社会关系作用下,决议似乎呈现出低效化、形式化的样态,但从公司治理的宏观架构和长远眼光来看,决议机制及其程序设定中所蕴含的效率价值其实并未真正走向衰微。

4.规范价值

召集制度的规范价值主要体现在:其一,章程自治的规范性。公司章程虽然凝固了股东的自治价值,但章程自治需满足规范性要求,即章程对召集程序之规定不得违反法律的基本要求。其二,章程可依法细化召集程序。在合规的前提下,公司可结合自身情况,在章程中具体细化会议召集程序,进而能够更大程度地促进公司会议有序进行,有章可循。正是在规范意义上,“股东大会”才能成其为“股东大会”,而非“股东聚会”。

总体而言,召集程序中体现了正义、自治、效率、规范等价值理念,但这些不同的价值理念之间可能会发生冲突,尤其在召集程序存在瑕疵的语境下,不同的价值冲突体现得最为明显。此时,不同的价值选择会直接影响决议的效力判断。相较于行为法,组织法看待公司决议的视角是具体的、动态的、系统的^[10]。我们应始终坚持用动态的眼光去看待公司决议,不同的价值选择亦是动态性的、适应性的,不能一成不变地一味地进行保护。针对不同情形,不同价值的保护力度可能会有所强化或者弱化,从而才能更好地促进整体价值

的协调和平衡,促进社会主义市场经济秩序的维护。诚如梁上上先生所言:“公司法的生命在于运动”^[11]。不同的公司决议效力类型之设定本质上是根植于立法者对不同瑕疵情形的价值选择。

(二)不同召集瑕疵样态下的利益衡量

利益衡量作为一种思维工具或者方法论,能够为不同瑕疵样态下的利益保护提供重要理据支撑。利益衡量理论有其深厚的历史渊源和漫长的发展脉络,经由我国学者梁上上先生对利益衡量理论的修正后,该理论的运用更加具象化、可视化、科学化。梁上上先生将利益划分为四个层次:当事人的具体利益,群体利益,制度利益和社会公共利益^[12]。

具体到召集瑕疵对公司决议效力之影响这一问题上,主要涉及股东、召集者、公司等相关方的利益。接下来,笔者结合利益衡量理论就前述三种瑕疵类型进行分析。

首先,针对“严重召集瑕疵”情形的利益衡量,这里主要讨论“绝对无召集权者”擅自召集“股东(大)会”这一具体情形的利益衡量(详见表1)。

从表1可发现,在该情形下,若选择保护股东利益,否定绝对无召集权者的利益,则有利于保障公司的经营判断权以及公司自治利益,有利于防止无权利者擅自干预公司之正常运营。此外,选择保护股东利益亦有利于维护和促进召集制度的制度利益,召集制度的制度利益在于通过固定化的程序保障股东的实体性权益以及保障公司的规范化治理,设立股东大会召集制度有利于股东行使自己的权利和维护公司利益^[13]。从公司自治、正义、规范等社会公共利益来看,只有选择保护股东利益才能够彰显社会之共善价值。这种情形下立法赋予此种股东(大)会决议“不成立”之法律后果,

表 1:“严重召集瑕疵”情形的利益衡量

选择 保护 对象	结果							
	当事人利益			群体利益			制度利益	社会公共利益
	股东	绝对无召集权者	公司	股东群体	绝对无召集权者群体	公司群体	召集制度的制度利益	公司正义、自治、效率、规范等
保护股东	√	×	√	√	×	√	√	√
不保护股东	×	√	×	×	√	×	×	×

(说明:表格中的“√”表示得到保护,“×”表示没有得到保护或不能得到保护。)

无疑彰显了对股东及公司之利益保护。既然召集者根本无召集权限,股东(大)会决议固然缺乏其存在之土壤,自属“不成立”。但若选择不保护股东利益而保护“绝对无召集权者”的利益,进而肯定股东(大)会决议之效力,则会产生与前述截然相反的效果,违背了召集制度的制度利益以及社会公共利益,实不足取。

其次,针对“重大召集瑕疵”情形的利益衡量(详见表 2)。如前所述,“重大召集瑕疵”是指召集程序违反法律或者章程,它可有多种表现样态。例如,召集通知之内容、方式、时间等违反了法律或章程且对决议产生实质影响等。再如,股东(大)会由“相对无召集权者”^⑩召集且对决议产生实质影响。从表 2 可以看出,在“相对无召集权者”召集且对决议产生实质影响的情形下,只有选择保护股东利益^⑪,否定“相对无召集权者”的利益,允许股东撤销该项

决议才能够更好地保障公司的自治利益以及规范化治理之利益,才能够更好地迎合召集制度的制度利益及社会公共利益。因为在该情形下,股东的知情权、表决权等无法得到有效保障,进而可能会影响股东参与公司经营决策的判断,甚至会诱发公司作出错误决策,从而影响决议的最终形成,损害公司自治、正义、规范等价值。需注意的是,于此情形下,若启动决议撤销程序,表面上看似增加了时间成本和金钱成本,有损公司治理效率。但如前所述,不同的价值选择应是动态性的、适应性的,在该情形下效率价值应有所弱化,而自治、正义、规范等价值应有所强化,方能实现正义、自治、效率、规范等价值之间的整体协调和平衡。若选择保护“相对无召集权者”的利益,则会产生截然相反的效果。

最后,针对“轻微召集瑕疵”情形的利益

表 2:“重大召集瑕疵”情形的利益衡量

选择 保护 对象	结果							
	当事人利益			群体利益			制度利益	社会公共利益
	股东	相对无召集权者	公司	股东群体	相对无召集权者群体	公司群体	召集制度的制度利益	公司正义、自治、效率、规范等
保护股东	√	×	√	√	×	√	√	√
不保护股东	×	√	×	×	√	×	×	×

(说明:表格中的“√”表示得到保护,“×”表示没有得到保护或不能得到保护。)

表 3:“轻微召集瑕疵”情形的利益衡量

选择 保护 对象	结果							
	当事人利益			群体利益			制度利益	社会公共利益
	股东	相对无 召集权者	公司	股东群体	相对无召集权者 群体	公司 群体	召集制度的制度 利益	公司正义、自治、 效率、规范等
保护 股东	√	×	×	√	×	×	×	×
不保护 股东	×	√	√	×	√	√	√	√

(说明:表格中的“√”表示得到保护,“×”表示没有得到保护或不能得到保护。)

衡量(详见表 3)。轻微瑕疵之表现样态亦多种多样。譬如,召集通知之内容、方式、时间等违反了法律或章程之规定且未对公司决议产生实质影响等。再如,股东(大)会由“相对无召集权者”召集且对决议未产生实质影响。在这种情形下,倘若仍然坚持选择保护股东利益^④,则公司的整体利益无法得到保障。具体而言,虽然选择保护股东利益能够最大限度地保障公司的自治利益和规范利益,但是它是以牺牲公司效率、公司秩序、公司决议的稳定性为代价的。更为甚者,由于此种情形下召集程序仅存在轻微瑕疵且未对公司决议产生实质影响,股东表决权亦未受实质性损害,若选择保护股东利益并任由股东撤销该项决议,则可能引发股东滥用诉权之现象,干扰公司的正常运营,违背公司正义。有学者认为,公司决议是一种议事方式、解决问题的手段或方法,是一种找寻或识别大多数人意见的机制^[14]。在“轻微召集瑕疵”情形下,公司主体(股东或董事)其实已经实现了交流沟通与意见表达,若仅因召集程序的轻微瑕疵而否定决议的有效性,则极易造成公司治理障碍。因此,在该情形下,效率价值的保护应有所强化,而自治、规范等价值保护应有所弱化,方能实现不同价值之间的整体协调和平衡。是故,在“轻微召集瑕疵”情形下,宜选择保护

“相对无召集权者”和公司的利益,认可公司决议的效力。

四、类型区分之标准:“三层次判断法”的引入与适用

在反思召集制度的基本理念及明晰不同情境下利益之应然配置的基础上,三种类型之界分标准实已初见端倪。在前述三种类型之界分中,尤为重要是“重大召集瑕疵”与“轻微召集瑕疵”之界分,“刘某案”之问题焦点正在于刘某违反章程自行召集股东会之行为是属于“重大瑕疵”抑或是“轻微瑕疵”?对此,有学者主张参考《日本商法典》第 251 条和《韩国商法》第 379 条之“裁量驳回制度”,赋予法官在此种场域下的自由裁量权,并依托假设交易模型理论辅助法官合理行使其自由裁量权^[15]。还有学者认为,我国可以通过司法解释的途径来弥补公司立法上的不足,法官在行使裁量权时应当考虑瑕疵的性质及程度,将股东大会程序的正当性要求与公司法律关系的稳定性要求作一利益平衡,决定是否裁量驳回^[16]。目前,我国《解释(四)》第 4 条已经建立起了“裁量驳回制度”,法官可以在个案中行使一定自由裁量权,进而更好地在程序正当、决议稳定、公司效率等之间作出合

理平衡。《公司法(修订草案)》第73条亦是吸纳了《解释(四)》“裁量驳回制度”的相关规定。虽然“裁量驳回制度”能够更好地调整个案的利益配置,但“轻微瑕疵”的认定尺度往往难以把握。有学者指出,“裁量驳回制度”的缺陷在于将判断瑕疵是否重大、是否影响法律关系的权力交给了法官,从团体法视角来看,程序之于结果的影响重大,非法官所能直观判断^[17]。有鉴于此,应当为法官设定一定的程序范式或具体标准,使法官自由裁量权之行使更加规范化、正当化、合理化。对此,结合召集制度所蕴藏之基本理念以及利益衡量理论,笔者建议引入“三层次判断法”作为类型区分之具体标准。以召集主体瑕疵为例,“三层次判断法”主要分为三个步骤:第一,判断召集主体有无召集权限;第二,判断股东表决权是否受到保障;第三,判断召集瑕疵是否对决议产生实质影响。

(一)“三层次判断法”的体系结构

1.基本前提:召集主体权限有无之判断

在判定召集瑕疵对公司决议效力之影响时,应首先对召集主体召集资格之有无进行判断。若召集主体属于“绝对无召集权者”,则股东(大)会之决议应属“不成立”。“绝对无召集权者”擅自召集股东(大)会,已然违反法律及章程之规定,显属扰乱公司正常的会议秩序和经营秩序,它本质上是低效的、非正义的。首先,从召集制度的价值来看,只有从根本上否定该种情形下的决议效力才能最大程度地彰显公司正义、自治、效率、规范等基本价值。其次,从利益衡量来看,“绝对无召集权者”的利益此时不应当受到法律的保护。最后,从域外经验来看,很多国家亦秉承这一态度立场。譬如,根据《韩国商法典》第380条规定^⑤,股东大会的召集程序或者决议方式上存

在不能辨认股东大会决议存在的重大瑕疵时,可提起决议不存在的确认之诉。在韩国的司法实践中,没有权限的人召集的股东大会的决议往往被认定为决议不存在^[18]。再如,日本也有判例认为,在设置董事会的公司中,若代表董事以外的董事发出股东大会召集通知,该股东大会决议因召集手续的明显瑕疵进而被认定为“不存在”^[19]。综上所述,“绝对无召集权者”之召集行为是最为严重的召集瑕疵,公司决议在此种场域下应属“不成立”。但若召集主体属于“相对无召集权者”或者“完全有召集权者”,则在召集权限上,召集主体享有一定的召集权,此时召集瑕疵对公司决议效力之影响的判断则可进入第二个层次中继续考量。

需注意的是,根据法律及章程之规定,召集权限本应归属于董事会,但实际却由董事长召集(未经董事会有效决议),这种情形是否仍然属于“严重瑕疵”并导致决议“不成立”之法律后果?对此,学界存在三种不同观点。其一,“可撤销说”。因在该等情形下第三人难以知悉召集瑕疵之存在,基于外观主义及保护善意第三人理念,宜将其认定为“决议撤销”的事由^[20]。其二,“不成立说”。该说认为,虽然董事长具备权利外观,但由于公司决议属公司内部事项,且董事长不具备召集权限,因此决议宜认定为“不成立”^[21]。其三,“折衷说”。有观点认为,董事长与一般的绝对无召集权人在对第三人权利外观上存在区别,因此要区分对待,该决议的效力应当视决议有无违反法律、行政法规或者公司章程的情况以及决议是否已执行而判定^[22]。笔者赞同“不成立说”。因为董事会不能与董事长直接等同,如前所述,该种情形下的股东(大)会系由“绝对无召集权者”召集,存在“严重召集瑕疵”,应将

决议效力归为“不成立”。此外,应注意的,根据《解释(四)》第6条规定,股东会或者股东大会、董事会决议被人民法院判决确认无效或者撤销的,公司依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。因此,在善意第三人保护方面,即便认定该种情形下的股东(大)会决议不成立,亦能够对善意第三人之利益予以保护。

2.核心标准:股东表决权是否受保障

若召集主体享有一定的召集权限,则可进入第二个层级进行判断,亦即股东(大)会是否实际保障股东表决权之行使。若股东表决权未受保障,则可认定为“重大召集瑕疵”,公司决议之可责程度较高,该种情形下决议的法律后果应为“可撤销”;若股东表决权已受保障,则公司决议之可责程度会较低,则可进入下一层次继续进行判断并最终确定其效力状况。从召集制度的价值来看,股东表决权是否实际受保障关乎公司正义价值,若会议未实际保障股东之参与权、表决权,则正义价值会受到根本性的贬损。从利益衡量的角度来看,在会议未实际保障股东之参与权、表决权情形下,只有赋予股东撤销权方能达到各方利益之平衡。

司法实践的观点亦能支持这一立场。在“刘某案”中,江某已出席该公司的临时股东会,且对股东会所讨论之事项已经发表了自己的看法,即江某不同意解散公司,不同意成立清算组。虽然江某对公司议决事项持反对意见,但其参与权、表决权已得到实际保障。因此,在这种场域下公司决议的可责程度更低,法院最终判决不予撤销决议亦体现了这一方面的考量。而在“卞某、戎某、俞某与江苏某投资股份公司公司决议撤销纠纷案”中,原告戎某、俞某、卞某因认为此次临时股东大会

召集程序存在严重瑕疵,提出异议,并中途退出了临时股东大会,未参与所有议程的表决^⑩。在该案中,股东的表决权未得到实际保障,这成为法院最终撤销股东大会决议的重要考量因素。

3.最终依归:对决议实质影响之辨明

若股东表决权已受保障,则可进入最终层次之判断,即该召集瑕疵是否会对决议产生实质影响。倘若召集瑕疵对决议产生实质影响,则该瑕疵属于“重大瑕疵”,决议效力应为“可撤销”。倘若召集瑕疵对决议不产生实质影响,则该瑕疵属于“轻微瑕疵”,决议效力应为“有效”。从召集制度的效率价值来看,在股东表决权已受保障的前提下,这种未对决议产生实质影响的瑕疵实则可以忽略不计。一方面,这有利于维护公司决议之稳定;另一方面,这有利于提升公司治理之效率。此外,承认此种决议之效力不会过分害及公司正义,因为股东表决权已经得到充分保障。从利益衡量来看,若召集瑕疵未对决议产生实质影响,赋予决议有效这一法律后果能使公司、全体股东的利益最大化,节约公司的治理成本,提高公司治理效率。更为重要的是,这有利于防止部分股东滥用诉权动辄启动决议撤销之诉,影响公司正常运营。

但何谓“未对决议产生实质影响”?可以从以下几个方面进行考量:其一,排除提起决议撤销之诉的股东之表决权,通过该项决议所需的股东持股比例仍能达到法律或章程之要求。例如,在“漆某与宜昌某科技发展有限公司、陈某、张某、石某公司决议纠纷案”中,法院认为:“作出决议的到会股东合计持股过半,未到场股东的表决不影响决议结果,故瑕疵对决议无实质影响”。^⑪其二,基于股东行为的未来预测。例如,在“徐某与常州某进出口有限公司

公司决议纠纷案”中,法院认为:“在一审、二审期间,该公司除徐某以外的18名股东均出具情况说明,再次说明股东会决议是其真实意思表示,即使再次召开股东会,仍将会作出同样的意思表示。因此,股东会召集程序的瑕疵并不具有影响决议结果的可能性,对决议未产生实质影响”^⑧。从该案可以看出,基于股东出具的情况说明书能够较好地辅助法院判断该召集瑕疵是否会对决议产生实质影响。其三,公司后期的行为对前期的决议进行实质替代或实质肯定。例如,在“徐某与南通某渔业有限公司决议撤销纠纷案”中,法院认为:“2016年12月26日的股东会决议内容已被2017年7月30日的股东会决议内容取代,徐某以范某召集会议不合法为由未予参加,表明其怠于行使股东权利。综合考量案涉当事人之间的关系以及两份股东会决议的形成过程,2016年12月26日的股东会决议虽然因存在程序瑕疵符合撤销的条件,但该程序瑕疵对徐某行使其股东权利并未造成重大影响,其内容已被2017年7月30日的股东会决议内容所取代,已无撤销之必要”^⑨。再如,在“林某与深圳市某实业有限公司公司决议撤销纠纷案”中,法院认为:“该公司已经通过后续股东会决议补正了前次股东会决议中的程序瑕疵,再行撤销前次股东会决议即无必要;即使撤销前次股东会决议,公司依据后续股东会决议对公司人事、章程作相同变更符合法律规定,所谓撤销并无实益”^⑩。

需注意的是,第三层次的判断是以第一、二层次的判断为前提的,亦即,它是在召集主体存在一定召集权限且股东表决权受到保障的前提下进行讨论的,“未对决议产生实质影响”不能作为认定决议效力的独立标准。否则,但凡“未对决议产生实质影响”的公司决

议均为有效,这会从实质上剥夺股东的程序权利,有损公司程序正义之价值。

(二)“三层次判断法”的具体适用:以“刘某案”为例

针对“刘某案”,“三层次判断法”有助于辅助我们更好地判断召集瑕疵对公司决议效力影响。首先,从第一个层次来看,结合佛山某商贸有限公司章程规定,刘某属于“相对无召集权人”,因为章程虽赋予其一定的召集权限,但其非属第一顺位。虽然刘某不享有第一顺位的召集权限,但是她亦非“绝对无召集权人”,因此该召集瑕疵不会直接导致决议“不成立”之法律后果。其次,从第二个层次来看,如前所述,江某已出席该公司的临时股东会,且对股东会所讨论之事项已经发表了自己的看法,他的参与权、表决权已经得到了实际保障。最后,从第三个层次来看,刘某占公司80%的股份,即便排除江某之表决权,通过该项决议所需的股东持股比例亦能达到公司章程之要求。因此,该项召集瑕疵宜认定为“轻微瑕疵”,依据股东会所作出的决议应当认定为有效,不宜被撤销。

一审法院以召集瑕疵为由直接撤销股东会决议的做法实不足取,一审法院的做法未考量召集制度背后所蕴藏的更深层次的价值理念,实则机械适用《公司法》第22条。二审法院认定该项召集瑕疵为轻微瑕疵且未对决议产生实质影响,并对一审判决进行纠正,这无疑是正确的。从表面上来看,这似乎损害了程序正义之价值,但细思之,该案的程序瑕疵微乎其微,甚至可以忽略不计,因为股东的表决权已经得到保障且该召集瑕疵对决议不产生实质影响。总体而言,二审的做法更为灵活地调和了不同的利益关系,动态地进行了价值选择和价值考量,从而保障了不同利益、价值的整

体协调,维护了公司治理的稳定性。

五、结 语

通过股东(大)会并形成决议是股东参与公司治理的重要方式,立法和章程多把股东(大)会的召集资格优先赋予董事会。一方面,董事会在公司治理的作用愈来愈加凸显,立法和章程的这种选择实则迎合了现代公司治理发展之趋势。但另一方面,这也使实践中类似于“刘某案”之处理陷入困境,如何区分不同的召集瑕疵对股东(大)会决议效力之影响成为一大难题。通过引入“三层次判断法”,能够更好地纾解实践中的困境,调和正义、自治、效率、规范等价值之间的内在冲突,从而实现股东、董事会、公司等多方主体之间的利益平衡,实现公司治理的规范化。

面向未来,企业间的竞争越来越多地超越国境,若要提高企业的国际竞争力,离不开公司治理为企业“性能”的赋能^[23]。在中国《公司法》修订背景下,如何提升中国公司法制度的国际竞争力,如何在借鉴国外公司法实践经验的基础上进行本土化制度改良,如何传承并超越传统公司法制度……这些都成为当下公司法改革所要面临的重要课题。决议机制作为公司治理中的重要制度,同时也是中国公司法改革中的重要方面。决议制度是将多数人的意思吸收为单一的团体意志的制度,因此其内容和程序应合法、公正,若决议程序或内容上存在瑕疵,就不能称其为正当的团体意思^[24]。正是在这个意义上,未来公司法改革应更加关注决议制度的妥善设计。一方面,宜借助《公司法》修订的契机,充分吸收公司法解释的优秀成果;另一方面,要关注《公司法》的现实应用,从公司法实践中汲取养分,

以期寻求决议效力类型化区分的本土方案。

注 释:

- ① 广东省佛山市中级人民法院(2017)粤06民终第9840号民事判决书。
- ② 佛山某商贸有限公司章程规定:“股东会会议由执行董事召集并主持,执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的,由监事召集并主持,监事不召集的,代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集并主持。”见广东省佛山市中级人民法院(2017)粤06民终第9840号民事判决书。
- ③ 广东省佛山市南海区人民法院(2017)粤0605民初第8427号民事判决书。
- ④ 广东省佛山市中级人民法院(2017)粤06民终第9840号民事判决书。
- ⑤ 《解释(四)》第4条规定:“股东请求撤销股东会或者股东大会、董事会决议,符合公司法第22条第2款规定的,人民法院应当予以支持,但会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵,且对决议未产生实质影响的,人民法院不予支持。”
- ⑥ 《公司法》第22条规定:“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议作出之日起六十日内,请求人民法院撤销。股东依照前款规定提起诉讼的,人民法院可以应公司的请求,要求股东提供相应担保。公司根据股东会或者股东大会、董事会决议已办理变更登记的,人民法院宣告该决议无效或者撤销该决议后,公司应当向公司登记机关申请撤销变更登记。”
- ⑦ 《解释(四)》第5条规定:“股东会或者股东大会、董事会决议存在下列情形之一,当事人主张决议不成立的,人民法院应当予以支持:(一)公司未召开会议,但依据公司法第37条第2款或者公司章程规定可以不召开股东会或者股东大会而直接作出决定,并由全体股东在决定文件上签名、盖章的除外;(二)会议未对决议事项进行表决的;(三)出席会议的人数或者股东所持表决权不符合公司法或

者公司章程规定的;(四)会议的表决结果未达到公司法或者公司章程规定的通过比例的;(五)导致决议不成立的其他情形。”

⑧ 上海市第一中级人民法院 (2019) 沪 01 民终第 10925 号民事判决书。

⑨ 《公司法(修订草案)》第 73 条第 1 款规定:“股东会、董事会会议的召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东、董事、监事自决议作出之日起六十日内,未被通知参加股东会、董事会会议的股东、董事自知道或者应当知道股东会、董事会决议作出之日起六十日内,可以请求人民法院撤销;但是,股东会、董事会会议的召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵,对决议未产生实质影响的除外。”

⑩ 《公司法》第 40 条规定:“有限责任公司设立董事会的,股东会会议由董事会召集,董事长主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上董事共同推举一名董事主持。有限责任公司不设董事会的,股东会会议由执行董事召集和主持。董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的,由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持;监事会或者监事不召集和主持的,代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持。”

⑪ 《公司法》第 101 条规定:“股东大会会议由董事会召集,董事长主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由半数以上董事共同推举一名董事主持。董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的,监事会应当及时召集和主持;监事会不召集和主持的,连续九十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东可以自行召集和主持。”

⑫ 需注意的是,这里的“相对无召集权者”不同于前述“绝对无召集权者”。“绝对无召集权者”是指立法或章程完全未赋予其召集权。“相对无召集权者”是指立法或章程虽赋予了其召集权限,但这一召集权限非属第一位阶或优先位阶,而是属于次级位阶,实践中若次级位阶的召集权者径直召集则可称其为

“相对无召集权者”。例如:《公司法》第 40 条规定的监事会(或监事)以及代表十分之一以上表决权的股东在实践中可能成为“相对无召集权者”。

⑬ 这里的股东利益主要系指请求撤销该项决议之股东的股东利益。

⑭ 这里的股东利益主要系指请求撤销该项决议之股东的股东利益。

⑮ 《韩国商法典》第 380 条规定:“以股东大会决议的内容违反法令为理由请求决议无效的确认之诉和在股东大会的召集程序或者决议方式上以不能辨认股东大会决议存在的重大瑕疵为理由请求决议不存在的确认之诉中,准用于第 186 条至 188 条,第 190 条正文,第 191 条,第 377 条和第 378 条的规定。”王延川、刘卫锋编译:《最新韩国公司法及施行令》,法律出版社 2014 年版,第 75 页。

⑯ 江苏省高邮市人民法院 (2018) 苏 1084 民初第 6113 号民事判决书。

⑰ 湖北省宜昌市中级人民法院 (2019) 鄂 05 民终第 794 号民事判决书。

⑱ 江苏省常州市中级人民法院 (2018) 苏 04 民终第 1906 号民事判决书。

⑲ 江苏省南通市中级人民法院 (2017) 苏 06 民终第 3928 号民事判决书。

⑳ 广东省深圳市中级人民法院 (2017) 粤 03 民终第 7276 号民事判决书。

参考文献:

- [1] 叶林.股东会会议决议形成制度[J].法学杂志,2011,(10):30.
- [2] 李建伟.公司决议效力瑕疵类型及其救济体系再构建——以股东大会决议可撤销为中心[A].王保树.商事法论集(第 15 卷)[C].北京:法律出版社,2009.68.
- [3] 柯勇敏.公司决议不成立的质疑与二分法的回归[J].法律科学,2020,(5):175.
- [4] 李建伟.论公司决议可撤销的适用事由——基于司法适用立场的立法解释[J].浙江社会科学,2009,(8):45.
- [5] 徐银波.决议行为效力规则之构造[J].法学研究,2015,(4):175.
- [6] 梁上上.论公司正义[J].现代法学,2017,(1):60.

- [7] 吴飞飞.论决议对法律行为理论的冲击及法律行为理论的回应[J].当代法学,2021,(4):38.
- [8] 李建伟.公司决议效力瑕疵类型及其救济体系再构建—以股东大会决议可撤销为中心[A].王保树.商事法论集(第15卷)[C].北京:法律出版社,2009.64.
- [9] 蒋大兴.重思公司共同决议行为之功能[J].清华法学,2019,(6):142.
- [10] 周淳.组织法视阈中的公司决议及其法律适用[J].中国法学,2019,(6):140.
- [11] 梁上上.自行召集的股东会议所作出的决议是否有效[J].法学,2003,(1):110.
- [12] 梁上上.利益的层次结构与利益衡量的展开—兼评加藤一郎的利益衡量论[J].法学研究,2002,(1):56.
- [13] 梁上上.自行召集的股东会议所作出的决议是否有效[J].法学,2003,(1):106.
- [14] 葛伟军.英国公司法改革及其对我国的启示[J].财经法学,2022,(2):40.
- [15] 丁绍宽.股东会瑕疵决议的效力研究[J].法学,2009,(6):141-142.
- [16] 钱玉林.论可撤销的股东大会决议[J].法学,2006,(11):42.
- [17] 李志刚.公司股东大会决议问题研究:团体法的视角[M].北京:中国法制出版社,2012.235.
- [18] (韩)郑燦亨.韩国公司法[M].崔文玉译.上海:上海大学出版社,2011.284.
- [19] (日)山本为三郎.日本公司法精解[M].朱大明、陈宇、王伟杰译.北京:法律出版社,2015.148.
- [20] 李建伟.公司决议效力瑕疵类型及其救济体系再构建—以股东大会决议可撤销为中心[A].王保树.商事法论集(第15卷)[C].北京:法律出版社,2009.67.
- [21] 蒋晓涵.股东大会决议不成立制度研究[D].西南政法大学硕士学位论文,2019.31.
- [22] 钱玉林.股东大会决议瑕疵研究[M].北京:法律出版社,2005.143.
- [23] (日)神田秀树.公司法的理念[M].朱大明译.北京:法律出版社,2013.204.
- [24] (韩)李哲松.韩国公司法[M].吴日煥译.北京:中国政法大学出版社,2000.412.

Typological Discrimination of the Effectiveness of Corporate Resolutions in the Context of Convening Defects: Liu v. Jiang & Foshan Trading Co., Ltd.

GAO Zhang-shui¹, LIU Chen²

(1.School of Law, Shanghai University, Shanghai 200444, China;

2.Law Department, Shanghai Aircraft Manufacturing Co.,Ltd., Shanghai 201324, China)

Abstract: The case of Liu v. Jiang & Foshan Trading Co., Ltd. reveals the dilemma that the boundary between different types of resolutions is blurred and difficult to distinguish in the context of the defective convening of the shareholders' meeting. There are three types of influence on the effectiveness of the company's resolution caused by the defect of convening, including "nonestablishment", "being revocable" and "being effective". The conference convening system contains the basic values of justice, autonomy, efficiency and norms. In the context of convening flaws, these values may conflict, and different value choices should be dynamic and adaptive. Using the interest measurement method, we can see that the interest allocation under different convening defects should be different. Through the introduction and application of the "Three-level Judgment Method", we can better ease the dilemma of division in practice, and reconcile the internal conflicts between the values of justice autonomy efficiency and norms, and achieve the balance of interests among shareholders, the board of directors, the company and other subjects, and realize the standardization of corporate governance.

Key words: Convening Defects; Resolution; "Three-level Judgment Method"; Corporate Governance

公司减资未通知债权人时的股东责任认定

李珈娴

(中南财经政法大学 法学院, 武汉 430000)

摘 要:《公司法(修订草案)》第220条规定了公司减资时的通知义务,但是未规定公司违反通知义务时股东的赔偿责任。通过对司法案例的分析及学术观点的梳理,归纳出股东责任认定的三个步骤,即判断是否违反通知义务,认定减资行为的效力及股东内部责任分配,以期对司法实务提供有益指导。明确何为违反通知义务需要厘清通知对象以及通知方式两个基本要素,减资行为效力的认定直接影响债权人是否可以要求股东承担赔偿责任,而股东内部责任分配的确定则取决于请求权基础与赔偿范围。

关键词:公司减资;通知义务;股东;赔偿责任

中图分类号:D923.991

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2022)04-0079-13

减资是公司资本运营的重要环节,严重影响公司的偿债能力和资信水平,不能完全交由公司自治。《中华人民共和国公司法(修订草案)》(以下简称《公司法(修订草案)》)第220条^①对减资程序作出了严格的限制:第一,股东会作出减资决议并修改公司章程;第二,编制资产负债表及财产清单;第三,通知、公告债权人;第四,按照债权人的要求清偿债务或者提供担保^②。因此,公司违反减资程序是指:(1)在减资决议形成之后,未编制资产负债表及财产清单;(2)未通知、公告债权人;(3)未按照债权人的要求清偿债务或者提供担保。按照已有研究,第二种情形为我国最常见的减资纠纷^③。故瑕疵减资主要指公司减资时未对债权人履行适当的通知义务。瑕疵减资使公司的清偿能力降低,此情形下股东是否要对债权人承担责任在《公司法(修订草案)》中语焉不详,实践中因违反减资程序

而引发的案件数量日益增长^④,为了积极回应时代的要求,有必要厘清公司瑕疵减资下的股东责任认定。

首先,我国《公司法(修订草案)》以及最高人民法院司法解释都未明确何为适当的通知义务。依《公司法(修订草案)》第220条的文义解释分析,适当的通知义务包括两层含义:第一,公司应当通知债权人,但存在争议的债权以及公司作出减资决议后变更登记前形成的债权是否属于通知的范围则有待商榷;第二,公司通知债权人的方式要“适当”,公告和直接通知作为两种不同的通知方式应如何选择?减资包括实质减资和形式减资,两者是否要采取不同的通知方式?只有释明上述疑问,才能明确何为适当的通知义务,厘清何种情况下可以启动股东的责任追究机制。

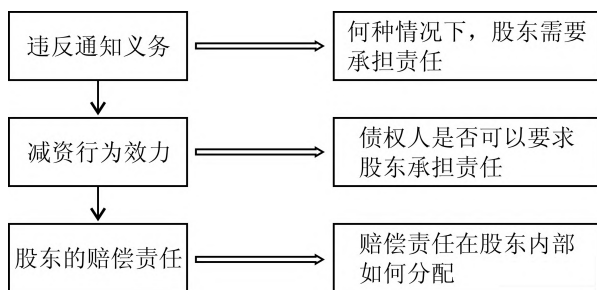
其次,《公司法(修订草案)》第220条是

作者简介:李珈娴,女,中南财经政法大学法学院2021级经济法学专业硕士研究生,主要从事公司法学研究。

否属于强制性法律规范? 违反了该条款中的通知义务, 减资行为是否归于无效? 学界和司法实践中皆存在一定的争议, 减资行为是否有效直接影响债权人能否请求股东承担赔偿责任。因此, 在股东赔偿责任具体认定之前, 需要明晰减资行为的效力。

最后, 债权人对公司资本有较强的信赖利益, 公司在未通知债权人的情形下减少注册资本, 自然应当承担责任。由于公司的责任财产减少, 债权人为寻求权利救济便会诉请股东承担赔偿责任, 此类诉讼请求也得到了法院的普遍支持。司法实践中对股东承担赔偿责任的请求权基础诉争不一, 需要进一步释明, 以便界定责任主体范围。

违反法定的通知义务是启动股东责任追究机制的前提, 减资行为效力的探讨是对启动主体的确定, 请求权基础的确定是明确股东内部责任分配的先决条件。故股东的责任认定应当采取“三步走”的方法: 第一, 判断公司是否违反了通知义务; 第二, 明确减资行为的效力; 第三, 判断是否具备请求权基础进而明晰责任在股东之间的分配。如下图:



一、适当的通知义务

(一) 债权人识别

以债权形成的时间为标准, 可分为减资

决议作出前的债权、减资决议作出后变更登记前的债权以及变更登记后形成的债权。当公司减资时, 减资决议作出前的债权可能会面临无法实现的风险, 此类债权人无疑属于通知的对象。公司变更登记后的注册资本已经减少, 此时债权人的信赖利益为减少后的资本。因此, 公司注册资本变更登记后产生的债权人不在通知的范围内。在减资决议形成后变更登记前的时间段中, 信赖利益的保障处于真空状态, 故有必要讨论公司是否要对该阶段产生的债权人履行通知义务。司法实务中更倾向认为, 减资决议通过后变更登记前形成的债权人对于原先登记的资本仍具有信赖利益, 为契合《公司法(修订草案)》第220条保障债权人信赖利益的立法目的, 公司减资时的通知义务应当覆盖至该类债权人^③。至于债权是否届至清偿期, 并不影响债权人身份的识别。换句话说, 在公司作出减资决议后, 不论债权是否到期, 公司均要通知决议通过前以及决议通过后变更登记前的债权人。第一, 从《公司法(修订草案)》第220条的规范目的出发, 该条文限制公司履行通知义务的期限为10日, 旨在督促公司尽快通知债权人, 而非将公司减资决议作出后变更登记前产生的债权人排除在通知范围之外; 第二, 从信赖利益和商事外观的角度思考, 公司是否作出减资决议是公司内部事宜, 债权人无从知晓, 在公司变更登记前, 债权人的信赖“外观”均为减资前的资本, 故就信赖利益而言, 决议通过后变更登记前的债权人与决议通过前形成的债权人并无二致, 都应纳入通知的范围内。

此外, 以减资决议作出时债权是否存在

争议为分类标准,还可分为确定的债权人和存疑的债权人。前者无疑是通知的对象;存疑的债权人是否需要通知则有待商榷。常有公司辩称存疑的债权人未经司法确认,不属于通知的范围。大多数法院并未采纳公司的意见,认为在公司减资时,关于该债权的争议已经存在,无论该部分债权最终是否能得到司法确认,公司总能预见到该债权可能存在,故应当履行通知义务^④。但实务中也不乏有法院支持了公司的说法,如,河北省保定市中级人民法院在审理“冯某某、田某某公司减资纠纷案”中认为:公司减资时债权并未确定,不属于通知的范围。^⑤笔者认为,公司减资时应当视情况决定是否对存疑的债权人履行通知义务。一方面,如果公司不需要对争议债权履行通知义务,就可能会出现公司恶意逃债但又无须承担任何责任的情况,造成权益的失衡;另一方面,不可否认,存在争议的债权有可能无法得到司法确认,而履行通知义务在一定程度上意味着公司对该债权的承认,如果盲目要求公司对此类债权人履行通知义务,会无形中增加公司运营的风险。因此,公司可以建立债权的审查机制,聘请专业人员评估争议债权的风险,再决定是否向争议债权人履行通知义务。

(二)通知方式

现行《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》)第177条规定了直接通知和公告两种通知方式,但并未明确两者是同时适用还是选择适用。笔者以“减资”“未通知债权人”为全文关键词,以二审程序与再审程序为限,检索了北大法宝案例库、中国裁判文书网自2013年至2021年的相关案例,研究区间

为9年,剔除无关案例,共选取117个公司减资未通知债权人的案例。根据对117件案例的统计,实践中有不少公司为简化减资流程,采取的通知方式往往为登报或在网站上公告,并非直接通知债权人^⑥。而公告方式存在显著的局限性,无法将减资的信息精准地传达给债权人,债权人收到通知具有或然性。没有看到公告的债权人便丧失了权利救济的“良机”,其往往向人民法院提起诉讼,以期债权利益得到保障。司法实务中,对于此类案件,裁判意见较为统一,普遍认为法律规定两种方式旨在同时适用,而不是选择适用。首先,两者的针对对象不同。公司采取公告的方式发布减资信息,告知效果并不明显,是穷尽所有手段无法联系债权人的替代方式,主要对象为未知的债权人。而面对已知的债权人,公司任意减资会严重破坏其信赖利益,并将其债权置于无法实现的境地,应采取告知效果更好的直接通知方式。其次,公告和直接通知作为两种辐射范围不同的通知方式为债权人加了双层保险,保证债权人可以及时向公司主张救济。故公司不可用公告替代直接通知,如果公司执意只通过公告的方式告知债权人,应视为瑕疵减资。

但是如果每个公司在减资时都要采取公告和通知两种方式通知债权人,无疑会增加公司减资成本,使公司不敢轻易启动减资程序。现行《公司法》规定如此严格的通知方式,是否有必要,值得商榷。在法定资本制下,减资主要包括两种情形:第一种为形式减资,公司处于亏损状态时,实际资产小于注册资本,此时减资是为了与实际资产保持一致,只是改变了账面上的数字,资产实际

并未流向股东;第二种为实质减资,公司运营正常,但基于多种因素的考虑,股东会作出减资决议,返还股东缴付的出资(股本)或者免除股东在减资范围内的出资义务,强调账面上的数字和实际资产的共同减少。显然,形式减资与实质减资下,债权人利益受到的损害程度不同,前者远远小于后者。故从理论上讲,实质减资对于债权人的保护力度应远远大于前者。但是现行《公司法》第177条却采取了“一刀切”的做法,不区分形式减资与实质减资,一律采取对债权人利益保护力度最严格的规制措施,即要求公司同时采取公告和直接通知的方式。一对一通知所有的债权人无疑会增加公司减资的时间成本,使减资手续更加繁琐。对于那些严重亏损的企业,其意图通过减资获得一丝存续的生机,当面临减资成本过高的压力时,公司可能会放弃减资或者冒着违规的风险瑕疵减资。立法者也注意到了这个问题,2021年12月24日公布的《公司法(修订草案)》对减资程序进行细化,形式减资可以适用简易的减资程序,即公司可以仅采取公告的方式通知债权人,实质减资则需要公司同时采取两种通知方式^⑦。

二、减资行为效力的认定

我国《公司法(修订草案)》第220条规定了公司减资程序,但并未指明这些程序是否为减资行为的生效要件,即未履行通知义务,减资行为是否有效。笔者结合现有学说对该问题进行探讨,藉此理清股东责任追究机制的脉络。

(一)减资行为效力认定的基础——区分减资行为与减资决议

减资决议无效不仅会导致决议对债权人不具备法律效力,还会使减资决议在公司内部失效;而减资行为无效强调董事会实施的决议执行行为无效,减资决议在公司内部仍具备法律约束力,两者的法律后果有本质不同。故在判断减资是否违反强制性规范之前,应当明晰减资行为与减资决议两者的区别。

因为组织体之“拟制”特性,组织体的意思形成机关与其意思表示机关往往存在一定程度的分离^⑧。就公司减资而言,股东会通过减资决议,公司减资的“意思”即形成,该“意思”还需通过公司董事对外“表示”,即履行对债权人的通知义务并进行变更登记。决议的形成不同于自然人的意思形成,自然人的意思形成较隐蔽、多变,不属于法律调整的法律行为;公司的决议则不然,其形成过程公开,本身具备法律行为属性,是一种“内部法律行为”。而减资行为是公司内部“意思”向外部的延伸,属于“外部法律行为”。减资行为、减资决议作为两个层次的法律行为,既有区别又有联系:区别是指公司决议有效,而减资行为由于违反法律、公共利益存在效力瑕疵;联系是指减资决议是减资行为的基础,减资决议无效,减资行为也随之无效^⑨。本文所讨论的减资未通知债权人,便是第一种情形。

(二)绝对无效说及其不足

支持绝对无效说的学者们认为如果公司未履行对债权人的通知义务,减资行为应归于无效。

1.减资行为违反强制性规范应归于无效

有学者认为,存在“应当”“不得”“必须”字眼的规则皆属于强制性规范^[5]。按照此分类,公司减资规则为强制性规范,公司未通知债权人即减资的行为违反了强制性规范应归于无效^[6]。部分学者对此持反对意见,认为管理性强制性规范和效力性强制性规范共同组成了强制性规范,只有违反效力性强制性规范的行为才归于无效。而公司减资规则为管理性强制性规范,故公司瑕疵减资并不当然无效^[7]。那么《公司法(修订草案)》第220条的性质究竟应如何认定呢。

为实现规范人们行为的目的,法律规则通常会使用“必须”“应当”“不得”等字眼吸引人们的注意^[8]。因此,首先应当采取形式标准来认定某一规范是否为强制性规范,即是否存在“必须”“应当”“不得”等字眼。《公司法(修订草案)》第220条规定公司的通知义务时,使用了“应当”的字眼,故该条款具备强制性规范的形式要件。其次,从实质上来看,《公司法(修订草案)》中的强制性规范强调国家对公司的干预与规制,加重对公司经营自由及其他相关主体的限制;而任意性规范则突出公司自治,保护公司的经营自由。显然,《公司法(修订草案)》第220条侧重对公司减资的限制,而非鼓励公司自治。从这个角度出发,《公司法(修订草案)》第220条也具备强制性规范的实质要件。故《公司法(修订草案)》第220条由于同时具备了形式要件和实质要件,属于强制性规范。

《公司法(修订草案)》第220条应解读为效力性强制性规范抑或是管理性强制性规范呢,答案为后者。效力性强制性规范通过否定行为的法律后果实现防止行为人损害

国家利益、社会公共利益的目标。而《公司法(修订草案)》第220条是考虑到公司减资可能会使公司责任财产减少,影响债权人权益的实现,故赋予债权人法定救济权,即要求公司提前清偿或提供担保的权利。从《公司法(修订草案)》第220条的制度设计来看,其只涉及债权人的利益,与国家利益、社会公共利益并无关联,关键在于如何通过制度设计保障债权人的债权,故不应认定为效力性强制性规范,完全否定减资行为的法律效力。

综上,笔者认为《公司法(修订草案)》第220条应当认定为管理性强制规范,将其归纳为效力性强制规范于法于理无据。

2.绝对无效说不易引发道德风险

另有一部分学者认为如果不完全否认减资行为的效力,只是认定其相对无效,此时公司无需承担额外的责任,易引发道德风险^[9]。对此,笔者认为减资行为效力与道德风险之间并无必然联系。从公司的内部组织结构的角度思考,股东会 是减资决议的作出机关,负责减资决议执行的机构为董事会。如果将公司减资行为认定为当然无效虽然会产生高额的制度成本,但是不会给董事增加额外的负担,并未对董事通知债权人起到激励作用。因此,与其选择成本高于收益的减资无效制度,不妨加重董事责任,通过对董事责任的追究,激励董事积极执行减资决议,即通知并公告债权人。况且,公司减资不仅包括实质减资还包括形式减资,形式减资并没有损害债权人的利益,如果执意认定减资行为无效,将会赋予债权人过度干涉公司自治的权利。

3.相对无效说不利于公平清偿

还有学者从相对无效说出发,认为其并

不利于债权的公平清偿,进而反向论证绝对无效说的正当性。该观点认为,按照相对无效说,当公司减资未通知债权人时,减资行为对债权人无效,其中一部分债权人由于诉讼可优先获得公司的清偿,对其他未提起诉讼的债权人不公平^[10]。此观点实则陷入了公平清偿的误区,实则混淆了集体清偿与个别清偿。处于破产程序中的公司往往资不抵债,其制度设计强调所有债权人获得公平清偿。与破产程序中的集体清偿不同,个别清偿的制度设计在于鼓励债权人积极行权,民法中诉讼时效制度便是个别清偿的典型体现。当公司瑕疵减资时,用心维护自己权利,积极主张减资行为无效的债权人理应获得报酬,即债权得到清偿。如果按照绝对无效说,主张债权人公平清偿,将会造成债权人浪费了时间和金钱成本赢得的诉讼成果,与诸多消极行权的债权人共享,此为实质不公平。因此,未被通知的债权人主张的减资无效之诉应适用个别清偿制度,即减资行为不可对抗提起诉讼的债权人,对未提起诉讼的债权人仍有效。但是,有一个例外情形是公司减资时并不具备“减资能力”,其减资目的就是逃避债务,在此情形下公司已资不抵债,应适用破产程序中的集体清偿制度,即不论债权人是否提起诉讼,减资行为当然无效。

(三)相对无效说及其正当性

相对无效说认为,未通知债权人的减资行为仍有效,只是无法对抗债权人^[11]。笔者认同此观点,相对无效说的价值在于保护特定债权人利益,本身具有强大的解释力,可为实践中一些难题的解决提供思路:

1.相对无效说有利于提高公司经营效率

商事主体的成立以及营业均是为了营利,故商事制度强调效率,保证公司的营利性。认缴资本制、简化公司登记等制度均是《公司法(修订草案)》重视效率的体现。在此背景下,如果公司减资过度强调对债权人的保护,忽略效率在公司制度中的价值,显然违背公司法改革的初衷。首先,从公司成本的角度出发,如果将公司减资行为认定为无效,不仅使公司在减资过程中付出的时间成本和精力成本付诸东流,而且公司在减资后作出的一系列商事交易也会由于减资行为的无效而停滞不前。其次,从诉讼成本的角度思考,法院支持了债权人提出的减资行为无效之诉后,股东应当将减资财产返还给公司。但是使公司资产恢复原状并不是债权人的终极目标,债权人的真正诉求在于实现债权,其还需再次起诉,向公司主张债权请求权。在商事纠纷日益激增的背景下,双重诉讼显然造成了诉累^[12]。最后,债权人的核心需求为债权利益不受到损害,但是股东作为理性的“经济人”,其核心需求在于提高回报率,股东往往会利用多种手段使公司资本减少,减资便是其中一种手段^[13]。可见,股东的逐利行为与债权人的利益需求天然相悖,如果赋予债权人否定减资行为的效力,债权人将会更加积极地行使诉权,容易造成滥诉的风险。长此以往,公司的减资行为可能随时随地归于无效,公司营业的稳定与效率受到了严重的威胁。因此,绝对无效说存在一定程度的局限,既然否认公司减资行为的效力旨在保障债权人的利益,为何不通过一些低成本的制度设计实现对债权人的保护,而要选择成本更高昂的减

资无效制度呢。当公司减资未通知债权人时,直接赋予债权人损失请求权更有利于保护其利益,既无需减资恢复原状,也维持了公司经营稳定性,以较小的成本获得了较高的收益,何乐而不为呢。

2. 相对无效说有利于实现实质公平

首先,绝对无效说强调减资行为自始无效,对减资前的债权人和减资后的债权人均无效力,减资前的债权人有权主张减资行为无效自不待言,但是减资后的债权人与公司发生债权债务关系前后,公司的责任财产并无变化,其信赖基础为减少后的资本,信赖利益并没有受到损害。故减资后的债权人自然无法享有《公司法(修订草案)》第220条规定的法定救济权。因此,绝对无效说虽然实现了形式公平,但在债权人内部造成了实质上的不平等。如果为了保障减资前债权人的利益,执意赋予减资后债权人主张减资无效的权利,不仅会造成债权人之间的分配不公,而且增加了减资后的债权人恶意提起诉讼的可能性,易引发道德风险。其次,上文已论述“绝对无效说”强调债权人的公平清偿,实则是混淆了破产程序中的集体清偿与执行程序中的个别清偿。如果采取“绝对无效说”,一部分债权人积极提起减资无效之诉,所取得的胜利成果却要 and 所有债权人共享,消极行权的债权人没有耗费一丝一毫便可共享胜利果实,此乃实质不平等。故虽然“绝对无效说”主张公平清偿,实际上是以形式公平取代实质公平。

3. 相对无效说体现了公司法的理念设计,即债权人的权益优先于股东的权益

此时比较的基础并非各项权利本身是否

有效,而是不同性质请求权所代表的法益位阶^[14]。在法益位阶次序方面,我国选择了股东对公司财产享有的分配请求权劣后于债权人对公司财产享有的请求权,限制减资程序,赋予债权人法定救济权,都重在确保债权人利益优先于股东利益。减资相对无效使公司的减资行为对未通知的债权人无效,正好可以恢复债权人优先股东的法益保护次序,实现公司法上确认的法益秩序。

综上所述,当公司减资未通知债权人时,减资行为并不当然无效,只对未通知的债权人无效。但公司减资时已资不抵债,存在恶意逃债情形的,减资行为应归于当然无效。

(四) 减资行为相对无效的法律后果

减资行为使公司资产流向减资股东,此时减资股东对公司财产的分配优于债权人,要使债权人利益不受到减资行为的影响,需恢复债权人优先股东的法益保护次序。为达到减资行为对未通知债权人不生效的法律后果,公司及股东应当对未通知债权人负有恢复原状的义务,即股东要向公司返还减资所得,进而公司以原有资产对债权人履行债务^[15]。基于安全与效率的考量,债权人可直接请求股东承担责任。

三、股东承担赔偿责任的请求权基础

前文所述,在北大法宝信息网和中国裁判文书网上选取了117个案例,案例判决结果普遍地判令股东承担赔偿责任,但是对股东为何承担赔偿责任,存在较大分歧。笔者拟对其进行归纳,分析司法实务中存在的争议,并论证何种观点更具备合理性^[16]。

(一) 股东承担责任的学理基础

根据对 117 个案例的统计,法官判令股东承担赔偿责任无外乎资本维持原则、股东负有注意义务两个原因。在实践中有不少法官同时用资本维持原则、股东对减资行为负有注意义务两个理由论证股东应当承担赔偿责任^⑧。

1. 资本维持

资本维持原则重点在于禁止资金由公司向股东流动,而非禁止商业风险导致的资产亏损^[17]。此原则旨在保障债权人的信赖利益,我国《公司法(修订草案)》以资本维持原则为基础,为防范风险建立了一系列保障债权人利益的规则,如公司人格否认、抽逃出资、股权回购等限制性规定。公司减资规则也不例外,应当遵循资本维持原则,严格保障债权人利益。因此,公司减资时,为保证公司偿债能力前后维持在同一水平,应当要求股东在减资范围内对公司债务承担补充赔偿责任。

值得注意的是,资本维持原则强调股东应当承担赔偿责任。但究竟是减资股东承担责任还是所有股东承担责任,裁判文书中并未表明。根据资本维持原则的核心要义判断,该原则强调公司注册资本对债权人的担保作用,公司的注册资本是全部股东的出资(股本),即全部股东以自己的出资对债权人提供担保,类似于民法中的按份共同抵押。各个股东约定了自己所“担保的债权数额”,即出资份额(股本),债权人只能就各个股东约定“担保”的金额分别受偿,各个股东也应当承担各自对应的责任。在公司减资未履行通知义务时,公司的责任财产最终流向全部减资

股东,其他股东仍以原本出资(股本)为债权人提供“担保”,故对减资股东责任的追究不应牵连至其他股东。

2. 股东负有注意义务

实务中,有法院认为虽然通知债权人的义务主体为公司,但是公司是否履行通知义务完全取决于股东的意志,股东对公司的法定程序及后果亦属明知。因此,股东对通知义务的履行应当尽到合理注意义务。如“杨某、李某等不当得利纠纷案”中,裁判文书指出杨某、李某作为公司股东在明知存在债权的情况下仍然通过股东会决议同意减资,并未尽到合理的注意义务,减少了公司的责任财产。虽然,杨某、李某二人在公司减资后已将股权转让给他人,但其也应当对公司的债务承担法律责任^⑨。任何人都不能从自己的恶意行为中获利为股东负有注意义务的理论基础。主张股东负有注意义务的学者认为股东在明知存在债权人的情形下同意公司的减资决议,并未履行适当的通知义务,为恶意行为。可见,此观点以股东是否同意减资决议为标准,同意减资的股东主观上明知存在债权,仍支持公司恶意减资,不通知债权人,应对瑕疵减资承担责任,对减资决议持反对意见的股东则不需要对瑕疵减资承担责任。换言之,不论同意减资决议的股东是否为减资股东,都要对自己的恶意行为负责,对债权人承担赔偿责任。

但是该观点不无疑问:(1)股东会作为减资决议的作出机关,董事负责执行该决议,双方各司其职,通知并公告债权人为董事的义务,股东为何要对该事项承担合理注意义务呢;(2)公司中的部分股东可能并不具备履行注

义务的能力,如投机股东,其并不了解公司的经营管理,更何况是公司债权人的相关信息;(3)即使有能力履行注意义务的股东,也未必都兼任董事。通知行为看似简单,实则需要掌握大量公司的经营信息。对于不负责公司经营管理的股东来说,要对通知行为负有注意义务,不能在任一环节出现纰漏的要求太过严苛。故不应当对股东要求过高,股东对通知债权人不负有注意义务。

3. 责任股东的范围界定

不同的理论基础会引向不同的责任追究路径,即对责任主体的范围界定不同。据上文分析,如果认为股东应当承担赔偿责任的原因是违反了资本维持原则,责任主体就只有减资股东,其他股东不应承担赔偿责任。而股东注意义务则将责任主体的范围限定为同意减资的股东。股东是否同意减资决议与股东是否减资存在显著不同,前者是主观方面,表现为股东是否对公司减资的决议投了赞同票;后者是客观方面,表现为股东是否收到了公司返还的出资(股本)或被免除了出资义务,两者不应相提并论。资本维持较股东负有注意义务更符合公司的内部逻辑,其以股东是否减资为标准,将责任主体的范围限定为减资股东,其他股东不应承担赔偿责任。

(二) 股东承担责任的法律依据

司法裁判对于股东承担责任的法律依据争诉不一,或适用《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》(以下简称《公司法解释(三)》)第13条追究股东的赔偿责任^⑩,或以《公司法解释(三)》的第14条,即“瑕疵出资”规则类比股

东的赔偿责任^⑪,抑或是基于民法中的侵权理论认定股东应当承担责任^⑫。以上裁判文书援引法律依据时均使用了“类推适用”的字眼,类推适用的正当性来源于构成要件的相似性,相似程度越高证明越适合作为减资股东承担赔偿责任的法律依据。

1. 瑕疵减资与抽逃出资

(1)就责任主体而言,《公司法解释(三)》第13条规定抽逃出资的责任主体为股东与协助董事。而在公司瑕疵减资中,减资行为本质为公司行为,未通知债权人的直接责任主体是公司。股东、董事减少了公司的责任财产,违反了资本维持原则,是瑕疵减资的第二责任人。因此,瑕疵减资与抽逃出资在责任主体上存在区别。

(2)主观故意不同,上文已论述基于资本维持原则,减资股东应当承担赔偿责任,减资股东与主观恶意之间并无必然联系,减资股东不一定同意公司的减资决议,其他股东也不一定否认公司的减资决议。而抽逃出资要求股东必须具备恶意。

(3)无论是抽逃出资抑或是瑕疵减资,皆使公司的责任财产减少,构成对资本维持原则的威胁。但是有一点被忽略,抽逃出资时,受损害的对象不只有债权人,还有公司。抽逃出资必然会造成公司权益受到侵害的法律后果。而瑕疵减资则不一定,公司可能出于避免资本过剩、调整营业结构的考虑减资,此时公司权益并不一定受到侵害。

因此,严格来说,瑕疵减资和抽逃出资的法律构成要件并不相似,《公司法解释(三)》第14条并不适合类推适用为瑕疵减资的法律依据。

2.瑕疵减资与瑕疵出资

即使《公司法解释(三)》第13条规定的瑕疵出资违反了资本维持原则,与瑕疵减资制度在法律后果上也存在相似性。但两者在底层逻辑方面存在较大差异,不具备类推适用的前提。

全体发起人约定将各自财产的一部分汇集到一起形成公司的基础财产,如果发起人存在瑕疵出资行为,公司的基础财产便得不到保障,必然是违背全体发起人意志的。而瑕疵减资行为是公司作出的,体现了公司的整体意志。因此,两者有本质上的区别,不可类推适用。

3.瑕疵减资与第三人侵权

从侵权责任的角度出发,公司减资未通知债权人,导致债权人丧失主张救济权的机会,股东应当承担侵权责任。该观点的理论前提是认可合法债权受到了股东的侵害,即“第三人侵害债权”。第三人侵害债权理论萌芽之初受到我国学界的不断质疑,当时学者大多认为债权具有相对性,不可扩张至第三人。第三人无需对债负有任何义务,便无侵害债权之可能。如果承认第三人侵害债权理论,将会动摇我国的物债二分体系^[18]。随着债权人保护意识的觉醒,学界对第三人侵害理论的态度从否定逐渐转向了肯定。有学者认为,毫无疑问,债权具备相对性,但是其效力可以扩张至满足特定条件的外部第三人^[19]。《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)第1165条更为此观点提供了法律依据,该条款将侵权责任编的保护范围概括为“民事权益”,债权当然归于该范畴内^[20]。第三人侵害债权需要具备侵权的构成要件:存在合

法债权、主观故意、实施侵权行为、债权人利益受到损失。就主观方面,第三人侵害债权要求第三人必须是故意实施侵权行为,而减资股东并不必然具备逃避债务的故意。此外,域外法大多对其第三人侵害债权的适用做出了严格的限制,要求侵权行为必须违反公序良俗才可将债权作为侵权的对象。而在瑕疵减资中,减资股东的行为是否违反公序良俗则不确定。

4.股东承担责任的应然性分析

无论是从资本维持原则出发还是从减资行为的效力分析,股东皆应当承担赔偿责任。但是《公司法(修订草案)》第220条并没有为债权人提供请求权的法律依据,大部分法官在无法律明确规定又必须作出裁判的情形下,选择在现行法律体系中寻求股东应当承担责任的请求权基础。但据上文论述,无论是《公司法解释(三)》第14条、《公司法解释(三)》第13条抑或是《民法典》第1165条均存在法律局限。因此,立法应直接明确规定减资股东对债权人承担责任,为法官裁判此类案件提供法律依据。

四、股东承担赔偿责任的具体认定

(一)责任性质

1.法定性

债权人是与公司交易形成的债权债务关系,并未与股东有直接的联系。因此就赔偿责任而言,股东无法与债权人达成协议,形成约定责任。该责任是公司法平衡公司自治与债权人利益的产物,原则上公司可基于市场的判断以及自身的经营现状拥有决定是否减资

的自由,而减资会影响债权的实现,瑕疵减资更是让债权人错失实现债权的良机。因此,为了保证债权的实现,公司瑕疵减资时股东应当负有赔偿的法定责任。

2. 补充性

减资股东承担的是补充赔偿责任,其区别于连带责任、按份责任独立存在^[21]。补充赔偿责任重点强调“补充”,是一种顺序责任。公司减资未通知债权人时,公司为第一责任主体,股东作为第二责任主体仅在公司财产不足以清偿时才承担补充赔偿责任,即在对公司财产执行之前,如果债权人要求股东承担责任,股东可基于其责任的顺序性拒绝。

(二) 责任范围

1. 赔偿基准:减资数额

司法实务中,以减资的数额为基准确定股东的责任为主流观点。《公司法(修订草案)》第220条规定减资程序的目的在于尽可能最小化公司减资对债权人的影响。因此,如何对债权人利益的保护恢复原状是公司法探讨的问题,即将公司偿债能力恢复到原有的水平,不受减少资本的影响。当公司瑕疵减资影响债权实现时,债权人可要求公司清偿债务或提供担保,这是第一重保障;股东应当在减资范围内保证债权的实现,这是第二重保障。将赔偿限制设置为减资数额为债权人上了“双重保险”。免除股东出资义务的减资,股东是否要承担补充赔偿责任,答案是肯定的。首先,自2013年底公布的《公司法》将我国的资本制度由“实缴制”改为“认缴制”以来,我国的资本制度一直为完全认缴制,在认缴制下,赋予股东期限利益并不意味着免除了股东的出资义务,股东仍旧未缴纳的出资

对公司负债^[22]。其次,减资程序注重债权人的信赖利益,债权人的信赖对象为注册资本,注册资本则包括实缴和认缴资本。因此,股东在减资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任具有合理性和正当性。

2. 赔偿限制:本息相加

利率、期限是计算利息的重要因素,一般利率以中国人民银行同期同类贷款的基准利率为准;而期限则由利息的起算至终点,已知的债权人可以采取直接的通知方式,期限为10日,一旦形成减资决议后10日内未通知债权人,利息即起算;而对于未知的债权人,公司采取公告的方式,利息的起算点为公告期限结束时,即股东作出减资决议后30日,至于利息计算的终点,可以类推适用买卖合同的规定,将终点设置在债权完全得到清偿之后。如果债权人由于某些原因在起诉时放弃了利息,主动缩小了赔偿范围,后续债权人诉请法院裁判股东在利息范围内承担责任,是否构成重复起诉呢?对此司法实践认为如果债权人未在一审程序中追究股东对减资利息的责任,上诉后仍可提出,法律规范并不禁止当事人在不同的时间段主张自己的权利^⑩。

减资作为公司法的重要制度之一,在提高经营效率、优化资本结构的同时,严重威胁了债权人的利益。故《公司法(修订草案)》第220条规定了公司的通知义务,但并未明确违反该通知义务的法律后果。司法实践中,债权人为寻求法律救济,往往主张股东承担赔偿责任,大多数法院也支持了债权人的诉求。但是由于法律没有明确的规定,股东是否承担责任以及责任范围均存在不确定性。因此,

我国需要在立法层面明确违反通知义务的法律后果,为股东赔偿责任的具体认定提供指引。

注 释:

- ①《公司法(修订草案)》规定,公司减少注册资本,必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自股东会作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人,并于三十日内在报纸上或者统一的企业信息公示系统公告。债权人自接到通知之日起三十日内,未接到通知的自公告之日起四十五日内,有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。
- ②笔者以“减资”“未通知债权人”为关键词,在北大法宝信息网上搜索到444个相关案例,按审结年份排序:2015年审结6个案例、2017年案例数量上升至10、2017年审结案例数量再次增长至38、2018年审结案例为75例、2019年则审结86例、2020年和2021年的案例数量分别为129、134。可见,减资纠纷的数量在日益增长。
- ③上海市高级人民法院(2020)沪民再28号民事判决书;湖北省武汉市中级人民法院(2018)鄂01民终134号民事判决书;广东省广州市中级人民法院(2021)粤01民终11806号民事判决书。
- ④深圳市中级人民法院(2019)粤03民终18260号民事判决书;上海市高级人民法院(2020)沪民再28号民事判决书;北京市顺义区人民法院(2019)京0113民初5893号民事判决书。
- ⑤河北省保定市中级人民法院(2019)冀06民终3598号民事判决书。
- ⑥最高人民法院(2015)苏商再提字第00102号民事判决书;上海市高级人民法院(2019)沪民申1611号民事判决书;浙江省高级人民法院(2021)浙民终1757号民事判决书。
- ⑦《公司法(修订草案)》第221条规定,公司依照本法第210条第2款的规定弥补亏损后,仍有亏损的,可以进行简易减资,但不得向股东进行分配,也不

得免除股东缴纳股款的义务。简易减资不适用前条第2款的规定,但应当在报纸上或者统一的企业信息公示系统公告。

- ⑧湖北省武汉市中级人民法院(2018)鄂01民终134号民事判决书;北京市第一中级人民法院(2021)京01民终9929号民事判决书;(2021)苏12民终2962号民事判决书。
- ⑨广东省广州市中级人民法院(2021)粤01民终11806号民事判决书。
- ⑩湖北省武汉市中级人民法院(2018)鄂01民终134号民事判决书;安徽省黄山市中级人民法院(2021)皖10民终1100号民事判决书;江苏省泰州市中级人民法院(2021)苏12民终2962号民事判决书。
- ⑪陕西省西安市中级人民法院(2020)陕01民终10082号民事判决书。
- ⑫湖南省长沙市中级人民法院(2021)湘01民终6632号民事判决书;广东省佛山市中级人民法院(2020)粤06民终12091号民事判决书;湖南省衡阳市中级人民法院(2020)湘04民终1929号民事判决书。
- ⑬上海市第一中级人民法院(2014)沪一中民四(商)终字第1340号民事判决书。

参考文献:

- [1] 曹文兵,朱程斌.《公司法》第177条减资规定的完善和适用研究[J].法律适用,2019,(14):97-98.
- [2] 余斌.公司未通知债权人减资效力研究——基于50个案例的实证分析[J].政治与法律,2018,(3):142.
- [3] 蒋大兴.公司组织意思表示之特殊构造——不完全代表/代理与公司内部决议之外部效力[J].比较法研究,2020,(3):15.
- [4] 刘春梅,吴兆祥等.《公司法》第177条之理解与适用:决议减资与债权人保护[J].人民司法,2017,(16):107.
- [5] 贺少锋.公司法强制性规范研究[M].福建:厦门大学出版社,2010.74.
- [6] 罗培新.公司法强制性与任意性边界之厘定:一个

- 法理分析框架[J].中国法学,2007,(4):79-80.
- [7] 姜正前.法经济学视角下违反强制性规定的合同效力[J].学海,2015,(3):205.
- [8] 贺少锋.公司法强制性规范研究[M].福建:厦门大学出版社,2010.184.
- [9] 曹文兵,朱程斌.《公司法》第177条减资规定的完善和适用研究[J].法律适用,2019,(14):104.
- [10] 曹文兵,朱程斌.《公司法》第177条减资规定的完善和适用研究[J].法律适用,2019,(14):105.
- [11] 刘玉妹.认缴资本制视野下公司减资制度的构建[J].法律适用,2016,(7):97.
- [12] 曹文兵,朱程斌.《公司法》第177条减资规定的完善和适用研究[J].法律适用,2019,(14):104.
- [13] (美)莱纳·克拉克曼,(美)亨利·汉斯曼等.公司法剖析:比较与功能的视角(第2版)[M].罗培新译.北京:法律出版社,2018.122.
- [14] 顾全.民事法律行为效力评价维度——兼论及限制性规范体系的理解适用[J].东方法学,2021,(1):152.
- [15] 周林彬,余斌.我国“减法”改革中公司减资制度的完善[J].中山大学学报(社会科学版),2015,(5):146-147.
- [16] 曹文兵,朱程斌.《公司法》第177条减资规定的完善和适用研究[J].法律适用,2019,(14):106.
- [17] 王文宇.公司法论[M].北京:中国政法大学出版社,2004.208.
- [18] 徐红新,张爱丽.第三人侵害债权理论之检讨[J].河北法学,2002,(11):48-49.
- [19] 吴珍珍,李少伟.第三人侵害债权之理论及类型——兼论我国的立法选择[J].哈尔滨师范大学社会科学学报,2020,(1):71.
- [20] 杨立新.侵权责任法回归债法的可能及路径——对民法典侵权责任编草案二审稿修改要点的理论分析[J].比较法研究,2019,(2):21-22.
- [21] 张新宝.我国侵权责任法中的补充责任[J].法学杂志,2010,(6):1.
- [22] 赵旭东.资本制度变革下的资本法律责任——公司法修改的理性解读[J].法学研究,2014,(5):21.

Determination of Shareholders' Liability when a Company Reduces its Capital without Notifying Creditors

LI Jia-xian

(School of Law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan, 430000, China)

Abstract: Article 220 of the Company Law (Revised Draft) stipulates the obligation of notification when the company reduces its capital, but it does not stipulate the liability of shareholders for compensation when the company violates the obligation of notification. Through the analysis of judicial cases and sorting out of academic views, three steps of identifying shareholders' liability are summarized, that is, to determine whether the notification obligation is violated, to identify the effectiveness of capital reduction and the distribution of shareholders' internal responsibility, so as to provide useful guidance for judicial practice. It is necessary to clarify two basic elements, namely, the notification object and the notification method, to clarify what the violation of the notification obligation is. The recognition of the effectiveness of capital reduction directly affects whether creditors can ask shareholders to bear the compensation liability, while the determination of the distribution of shareholders' internal responsibility depends on the basis of the right of claim and the scope of compensation.

Key words: The company's capital reduction; Obligation of notification; Shareholders; Liability for damage

数据权属的认定及体系构建

孙世超,赵伟

(北京师范大学法学院,北京 100875;天津市高级人民法院,天津 300100)

摘要:明晰数据权属是规范数据法律制度的起点,也是构建数据安全保护体系的重要前提。通过梳理我国数据权属认定问题的理论观点,结合典型案例剖析立法情况与司法现状,认为我国数据权属认定具有多样性、复杂性等特点。为进一步厘清数据的法律属性,破解数据权属认定的实践难题,亟需在数据流转、交易、共享过程中,确定数据要素的属性,明确数据权属的内容,厘清数据权益归属及相关数据保护路径。实践中,应当充分认识到数据要素的多元属性,构建以“权利主体”“流转阶段”“应用场景”为核心的分类分域确权体系,以期实现数据流转高效畅通,数据安全得到有效保障。

关键词:数据权属;数据要素;数据保护;数据治理

中图分类号:D912.8

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2022)04-0092-11

一、问题的提出:数据权属的意义与必要性

数据并非新生词汇。在历史长河中,人类进行大范围、大规模的生产、交换、流通等活动均需要以数据为基础。例如货币的使用,通讯的发展。这些数据的记录和应用对人类文明进步做出重大贡献^[1]。数据权属之争也因数据流转纠纷迭出,数据自身价值不断升级。如今,在万物互联的新时代,数据拥抱网络空间呈现出爆发式发展,其所承载的经济价值和社会价值也日益凸显,与数据紧密相连的各类产业应运而生,如大数据平台产业和人工智能的广泛应用等。这些新兴数据产业的发展更需要健全的法律制度对数据权属予以规范。

数据权属的研究目的是讨论数据作为一种权利,其权利主体是什么,应该赋予何种权能,以及权利产生的利益归属问题如何解决。

国内外学者对数据权属问题展开了讨论。我国有学者对数据权属的体系与分类以及数据的财产权属进行研究,对数据安全保护进行构建。虽然,这些问题都值得深入地分析和研究,但我们首先要从本质上明确数据的基本权属。

明确数据权属是规范与完善数据收集、使用、流转、交易等法律制度的起点,是形成数据相关法律关系的基础,是构建数据安全保护体系的重要前提,对确定数据在法律中的精准定位有着重要意义,也为司法实践中相关数据案件的审理提供理论支撑。

二、理论探究:我国数据权属的内涵及其类型化归纳

目前,学界对数据权属的内涵与体系进行了大量研究和讨论,产生多种学说。其中,大

作者简介:孙世超,女,北京师范大学法学院法学博士研究生,主要研究方向:国家安全法治,网络法、数据法治理。

赵伟,男,中南财经政法大学法学硕士,天津市高级人民法院民四庭,一级法官,主要研究方向民商法、国际经济法。

多数观点持数据权利肯定说,但并未对数据权利的内涵、主客体、内容、分类等相关问题得出统一结论。数据权利究竟属于物权、知识产权、还是新型权利,其所保护的法益到底是人格权还是财产权,或是两者兼顾,在这些问题上都存在不同观点。基于此,本文对数据权属内涵理论研究进行梳理,并从“数据权利主体”“数据要素权益”“数据流转权益”三个方面对数据权属进行类型化归纳。

(一)关于数据权属内涵的讨论

关于是否应当对数据进行赋权,学界有不同观点。一些学者认为不应当将数据赋予权利进行保护,因为其本身并不具有客体性质,不属于民法上所称之“物”。他们主张数据具有较强的流通性,很难为民法主体直接控制,若赋予数据权利,则不利于数据的高效流转,抑或形成数据垄断等新态势;同时,数据于载体有极强的依附性,这也使其缺失了民事客体具有独立性的特点,数据本身没有任何意义,法律所应规制的核心内容在于人们赋予其承载的内容,但这并不是民法对实体权利含义的诠释。因此,这部分学者主张采用相关法律模式进行数据保护,例如竞争法、知识产权法、侵权责任法、刑法等保护模式^[2]。另一部分学者则认为,数据应属于民事权利上的客体,理应进行赋权保护。数据是对事实的记录,虽然需要依靠一定的载体或媒介呈现所表达内容,但从某种意义上讲,这些数据的内容和形式也是独立存在的,是可以具体化和量化的,因此数据具有一定的客体属性,是应当赋权保护的^[3]。

虽然,大部分学者认为应当给予数据权利保护,但对于如何赋权,赋予何种权利等问题仍存在分歧。有学者认为数据是实际存在的,

不是无形物,也不具有独立性,因此不能归入民事权利范畴;而数据所承载的内容具有价值属性,其本身不存在经济价值,因此亦不能够归为财产^[4]。也有学者从分析数据属性角度出发,认为其具有财产属性、人格性和新型财产性三大类^[5]。甚至有学者提出可以不给数据权利下任何定义,直接进行数据权益分配^[6]。还有部分观点提出数据权属主要是解决数据权利属性、数据权利主体和数据权利内容这三个问题^[7]。

(二)“数据权利主体”下的数据权属归类

根据数据主体不同,可以将数据权属分为个人数据权、企业数据权和政府数据权。个人数据是指可以识别特定人的数据^[8]。将数据权归属于个人数据权,一般是对民法上的人格权保护进行新兴演变,把数据的提供与个人信息保护衔接。不过,此处的人格权有两类不同解释,其中一类为一般人格权,例如数据隐私权、数据自由权等权益;而另一类则属于新型人格权,例如数据被遗忘权、数据更正权、数据决定权等^[9]。除此之外,学界还有一种观点认为,个人数据既有人格要素又兼顾财产要素,是人格权和财产权的综合体。当数据主体维护相应的人格权益时,应赋予数据人格权保护,当数据主体维护财产权益时,应赋予相应的数据财产权保护,两者统一归属于个人数据之中。也就是说,个人数据权包含数据人格权和数据财产权^[10]。

将数据权归属于企业数据权,主要是由于企业多为数据的持有方。企业数据权大致产生于两种渠道,一是企业在生产、经营过程中自身创设、生成的数据,另一种是企业通过第三方平台或企业的数据持有者、数据生产者、数据加工者等处获取的数据。多数

情况下,企业数据权更趋同于知识产权,有一定的智力凝聚和经济价值,并积极参与竞争。一些学者认为,企业数据权所要表现的是一种复杂的新型数据财产权,能够达到协调多方面利益的更高要求^[11]。

不同于企业数据权,政府数据权所涉范围更广、类型更多,数据公开、数据保护问题更加突出,数据价值也更有深度。政府数据权最突出的特点就是具有公共属性,不具备排他性和竞争性^[12],展现出真实性和权威性,主要为公共事业提供数据支持,例如交通数据、气象数据、地质数据等。因此,也有学者提出将政府数据权划归为国家所有权,由国家进行公共数据管理^[13]。

(三)“数据要素权益”下的数据权属归类

根据数据要素权益的内容,可以将数据权属分为财产权、知识产权与反不正当竞争权、新型权益。数据财产权是对数据赋予财产权属性。立法实践中,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)将数据和网络虚拟财产共同列举,即是对数据财产属性的肯定^①。在司法实践中,法院在审理涉数据权属类案件时也肯定了数据要素的财产性权益。例如,淘宝诉美景公司案,法院认定涉案数据产品“生意参谋”为竞争性财产权益^[14]。知识产权说更多是围绕企业数据展开的。一般来说,企业数据中主要以数据库和数据集为呈现形式,在处理过程中对数据进行选择和编排,类似于著作权中的保护模式,因此我国早期学者认为数据权属可划分至知识产权范畴^[15]。

但有学者认为,数据库的独创性受限,与著作权的规制范围渐行渐远,逐渐被商业秘密保护所取代^[16],向反不正当竞争权倾斜。不

过,虽然《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)中的一般条款对数据竞争行为的违法性进行了认定,但这种单一条款并不具有系统性的理论支撑。另外,商业秘密也属于广义的知识产权范畴。因此,笔者将知识产权说和反不正当竞争说合并论述。数据是集人身、财产和社会关系于一体的外向表达,赋予了其所承载的法益是一种新时代的权利内涵^[17]。

在此基础上,学界提出了新型权益说。有的学者认为新型数据权包括个人数据权和数据财产权^[18]。有的学者认为新型数据权利是一种具有财产权属性、人格权属性和国家主权属性的新型民事权利^[19]。还有学者认为应当构建数据权谱体系,将数据权属分为数据主权和数据权利两大部分^[20]。

(四)“数据流转权益”下的数据权属归类

数据只有在公平、有序的流动中才能生机勃勃,产生社会财富与价值。因此,数据权属问题的确定保障数据在收集、传输、存储、处理、应用、销毁等动态环节中呈现出最大化价值。在此过程中,学界根据数据流转的主体和数据流转过程中数据归属类型进行分类。

首先,根据流转主体进行分类,可以将数据权利主体分为数据来源主体、数据收集主体和数据继受主体^[21]。数据来源主体所享有的权利具体可以表现为数据人格权,如数据被遗忘权。数据收集主体所享有的权益可以表现为数据财产权,如数据使用权、数据收益权、数据用益权。数据继受主体所享有的权益可以表现为数据转让权,数据二次转让权。

数据在流转过程中,还可以按照数据归属类型进行数据权属确定。大致分为两类:“原始数据和衍生数据”“一般数据与敏感数据”。

原始数据和衍生数据是根据数据的来源状况划分的,原始数据是数据主体最初始的来源数据,具有高度准确性和固定性,独立且排他。数据实际控制者想获取这类数据的所有权,必须要经过原始数据主体同意。衍生数据是在原始数据的基础上加工而来的,通过合并、拆分、转换等方式赋予数据一种全新的意义。法院在审理“淘宝诉美景公司案”即采取的此种分类方式^②。一般数据与敏感数据是根据数据的敏感程度划分而来,但此种分类并没有十分明显的边界。《信息安全技术个人信息安全规范》中对敏感数据进行了定义,并具体列举11种类型的信息数据^③,这些数据能够识别特定人群。而除敏感数据以外的信息即为一般数据。

三、实践检视:我国数据权属问题的立法现状及司法认定

数据作为大数据时代的石油,具有重要价值。本文将从我国立法情况、司法典型案例入手,剖析我国数据权属问题的实践现状。

(一)数据权属规范仍需进一步细化

在大数据时代,我国数据产业日益蓬勃,发展势头持续走高,数据需求也日渐强烈,相关问题迭出。例如数据共享不够,数据产权不清,数据安全存在漏洞,个人数据隐私泄露严重等。若想解决这些问题,根源和起点都是明晰数据权属问题。易言之,数据权属内容和体系的明确,能够划定数据收集、传输、存储、处理、应用、销毁等环节的行为界限,有效实现数据交易公平,保障数据安全。

我国在立法方面对数据权属问题予以高度重视。2016年12月,《“十三五”国家信息

化规划》中明确要求加快推动数据权属、数据管理方面的立法。2020年3月,国务院出台《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》,首次将数据确定为生产要素之一,鼓励数据产业流动,振兴国家数字经济。2020年7月,最高人民法院和国家发改委联合出台的《关于为新时代加快完善社会主义市场经济体制提供司法服务和保障意见》提到要加强对数据权益的保护,完善数据保护法律制度,为审理有关数据权益保护案件提供了指导方向。2021年1月《民法典》施行,其中第127条对数据、网络虚拟财产的保护做出规定^[22],为开展数据权属问题研究奠定基础;同时,也预示着我国在立法层面上承认了数据的财产属性。2021年6月通过的《中华人民共和国数据安全法》(以下简称《数据安全法》)对数据安全保护的相关内容做出了规定。

由此可见,我国立法在数据流动、数据交易、数据安全等方面实现了顶层设计,但仍未对数据权属问题做出明确诠释,例如数据是否需要赋权,数据权利究竟归属于谁,数据权利的具体内容等。当然,数据权属问题涉及多个领域,不同种类和属性的数据通过不同的法律规制视角也会呈现出多种认定方向和确权问题,这确实很有难度,也颇为复杂。但若真正理顺数据处理、数据交易及数据安全保护等相关问题,数据确权则是必经环节。

(二)跨境数据权属规制呈现立法空白

“跨境数据”最早是由经合组织在《隐私保护与个人数据跨境流动指南》中提出的,指数据从一个国家、地区或国际组织传输到另一个国家、地区或国际组织^[23]。随着数字经济的迅

猛发展,跨境数据已经成为国际经贸中的重要组成部分,也成为威胁国家数据主权安全的重要因素之一。目前,各国对于跨境数据的规制均处于初步探索阶段。我国在立法方面也对跨境数据相关问题进行了规制,其中《中华人民共和国网络安全法》《数据安全法》《数据出境安全评估办法》《个人信息和重要数据出境安全评估办法(征求意见稿)》《信息安全技术数据出境安全评估指南(征求意见稿)》等法律法规及规范性文件对跨境数据的评估、流转、监管等方面做出了规定,《中华人民共和国反恐怖主义法》《中华人民共和国刑法》以及最高人民法院、最高人民检察院《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》等也对跨境数据流动产生的法律问题做出部分规定。但目前我国还未建立跨境数据方面的专门立法,且已有立法过于原则化,并没有完全解决跨境流动存在的管辖权、域外效力等实际问题,也未明确跨境数据权属的相关要求。

跨境数据确权是一个较为复杂的话题。数据的流转是无国界的,但数据所承载的权利属性却存在国别限制。跨境数据权属应归属于哪个国家,由哪个国家进行确权,其权利属性应归类为何种权利,按照哪些法律进行规制等,均需要有立法的明确规定。这不仅有利于实现跨境数据的正常流转,维护国际经贸稳定发展,也有利于保障我国的数据主权安全。

目前,学界对跨境数据领域的研究主要集中在跨境数据的治理,跨境数据流动的限制、监管等方面,对跨境数据权属问题的研究还不够深入。我国《数据安全法》第2条明确规定了跨境数据的保护原则,意味着目前我国

对境内境外双向区域的流动数据安全问题给予高度重视。保障跨境网络安全、数据安全已经成为巩固国家安全的一道屏障。规制跨境数据流动治理迫在眉睫,而确立跨境流动数据权属规范是重要前提。

(三)数据权属司法认定类型复杂

在互联网3.0时代,万物互联已成为主流趋势,数据无疑是其中最关键的生产要素^[24]。实务界也不乏对数据权益的关注,数据权属的认定及保护也成为司法实践中的焦点。通过检索中国裁判文书网,对淘宝诉美景公司案^④,微博诉脉脉案^⑤,大众点评诉百度案^⑥,谷米科技公司诉武汉元光科技、邵凌霜某某等案^⑦,阿里巴巴诉码注公司案^⑧,韩华公司诉五八公司案^⑨,微梦诉蚁坊案^⑩等有关数据权的典型案例进行分析和梳理。(详见表1)

上述案例的裁判文书中并未对数据权属进行具体的认定,而是通过竞争性财产权益、不正当竞争要件、侵犯商业秘密要件、合法权益等表述对数据权属进行定义。分析表1的典型案例,其中有三个案件的数据权属存在两个或两个以上构成要件。也就是说在确定数据权属的认定方式上,有可能存在“数据多权”的情况。因此,实践中对数据权属的认定不能局限于单方主体或类型。以“微博诉脉脉案”为例,如果将数据权属认定为竞争性财产权属并归企业所有,则无法平衡对用户的数据保护,但竞争性财产权具有排他性,若对数据认定为两种权属,也就丧失了竞争性财产权的唯一属性,如果将数据权属归于用户,否认企业对数据的权利,那么企业所付出的人力、物力、财力等成本均付之东流,这大大削弱了企业的积极性;同时,将数据权利归属于个人,也会在实际运用中出现

表 1 数据权属认定典型案例分析

案号	案件名称	数据权属
【2018】浙 01 民终 7312 号	安徽美景信息科技有限公司、淘宝(中国)软件有限公司商业贿赂不正当竞争纠纷案(淘宝诉美景公司案)	竞争性财产权益
【2016】京 73 民终 588 号	北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷案(微博诉脉脉案)	不正当竞争 用户数据保护
【2016】沪 73 民终 242 号	北京百度网讯科技有限公司与上海汉涛信息咨询有限公司其他不正当竞争纠纷案(大众点评诉百度案)	不正当竞争
【2017】粤 03 民初 822 号	深圳市谷米科技有限公司与武汉元光科技有限公司、邵某某等不正当竞争纠纷案(谷米科技公司武汉元光科技、邵某某等案)	构成不正当竞争 商业秘密
【2019】浙 0108 民初 5049 号	杭州阿里巴巴广告有限公司、阿里巴巴(中国)网络技术有限公司等与南京码注网络科技有限公司等不正当竞争纠纷案(阿里巴巴起诉码注公司案)	商业利益 社会利益
【2018】京民申 2624 号	北京五八信息技术有限公司与青岛韩华快讯网络传媒有限公司不正当竞争纠纷案(韩华公司诉五八公司案)	竞争信息 商业信息 用户自主选择权
【2021】京民申 5573 号	湖南蚁坊软件股份有限公司与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷案(微梦诉蚁坊案)	合法权益

很多问题,例如个人对数据权利的行使较为困难,对数据的掌控能力有限,数据在个人运作下发挥的价值极度限缩,影响数据发挥最大价值,数据安全也受到影响。因此,对同案中存在多种数据权属的认定,不能简单进行单一认定处理。

不同的数据主体在不同场域下所主张的权利不同,同一数据在不同场景下甚至同一数据在不同数据流转阶段都可能表现出数据权属的差别性能。对数据权益的归属认定不能单纯“一刀切”,其关键在于如何平衡数据持有者、数据使用者及数据控制者之间权益,以及如何实现数据所赋多种权益之间的平衡,以实现利益之间的最优配置和数据价值最大化。例如当公共数据与企业数据产生摩擦或冲突时,理应先行考虑公共数据的确

权、流转和保护。因为在平衡公共利益与企业利益时,只有给予公共利益最优配置,实现公共利益最大化后,才能有效保障企业利益的实现。

同样,不同数据主体对不同场域下的数据权益保护也有不同需求。首先,在对具有国家安全及公共利益属性的数据权益中,要在注重保障国家秘密、商业秘密和个人隐私不受侵犯的前提下,鼓励开放与共享公共数据,增强公共数据的有效流转,促进社会有序发展。其次,对具有财产权益属性的数据来说,应当加强相关数据权益的保护力度。平衡企业、非政府组织及部分社会团体在收集、分析、开发、运用、整合数据的过程中,投入相应人工、财物与时间成本而获得的数据价值,以更好地保障数据的财产权益。

四、体系构建：我国数据权属的要素认定与分级分域确权

明晰数据权属,建立科学、有序的数据要素市场规则是构建我国数据治理体系中最根本、最重要的内容之一。如何确定数据要素的属性,明确数据权益的内容,厘清数据权益归属是问题的关键。

(一)数据要素具有多元属性

数据的应用已经渗透到人类生活的方方面面,从个人领域到公共政策,都置身于数据的景域之中。在多元因素的背景下,数据要素的属性出现多元化交叉,私权属性和公权属性相互交织,盘根错节。因此,我们既不能简单地将数据划归于某个或某类领域之下,也不能刻板地给数据下定义,更不能将其固定地划分为某一个或某一类法律属性,数据的属性应当是多元的、动态的。

数据的财产属性相较其他属性广义的概念,主要包括交易性财产属性、知识产权属性、竞争性财产属性、物权属性等。交易性财产属性通常指具有经济利益的财产权利。“数据”作为商品进行交易,体现其交换价值;利用“数据”开发产品,发展平台经济等,体现其使用价值。目前,《民法典》第127条也肯定了数据的交易性财产属性。知识产权属性一般侧重于企业数据,实践中主要表现为企业通过对数据的加工、整合生成数据集或数据库。在进行商业竞争时,数据集或数据库能够带来巨大经济利益,企业会基于对核心数据的保护而采取保密措施,将其编入商业秘密保护范畴,属于广义的知识产权属性。竞争性财产属性主要体现在反不正当竞争案件中,企

业在行业竞争中实施了违反诚实信用原则和公平竞争原则的数据行为,产生数据确权问题引发争议,具有争议的数据要素应当具备竞争性财产属性。物权属性主要表现为数据的所有权,实践中会结合不同“数据主体”对数据所有权进行归类,如政府数据所有权,企业数据所有权,个人数据所有权等。

数据要素的人格属性更多指向个人数据,即能够识别特定自然人的数据。数据要素的人格属性与自然人的权益息息相关,主要包括自然人的人格权和财产权。个人数据中的人格权属性与自然人的人格形成、规范和发展密切关联,例如通讯数据、隐私数据、生物数据等,实践中重点是在数据人格权中的隐私权领域有突出保护。此外,个人数据中的财产权属性不同于上述数据要素的财产属性,其人格属性中的人格要素与财产要素更不应割裂看待。在经济活动中,通过对数据人格权中的某些权能进行转让或授权使用,而产生的个人信息财产价值,具备人格权商业化的特点,可以通过人格权商品化理论来解决个人信息财产权益保护的问题^[25]。因此,数据要素的人格属性是由个人数据人格权与财产权共同形成的。

数据是对人格、财产、社会关系的具体表达。随着大数据的迅猛发展,数据所承载的经济价值与社会利益也在发生转变。数据要素属性不再仅停留于单一的财产属性和人格属性,开始向新型权益倾斜。数据要素的新型权益是指通过数据最初持有者、管理者、开发者和经营者对数据进行收集、整理、分析、加工、运用而形成具有持有、管理、处分、收益的综合性权益。无论从主体层面,还是客体层面都不

同于传统的单一模式,而是“多种主体和多个客体”并存的新型多元结构模型。在数据要素的权益属性方面,也不再片面适用公法或私法的属性特征,逐渐涵盖经济价值、公共利益、国家安全等方面。目前,实践中关于数据要素的新型权益主要体现在数据人权属性和数据主权属性。

(二)基于权利主体与流转阶段的分类确权

不同主体使用的数据与不同流转阶段下产生的数据所承载的权益各不相同。尤其是在司法实践中,对于涉及多种数据权属的案件更要进行分类确权。本文主要从“权利主体不同”“流转阶段不同”两方面对数据权属进行分类认定。

第一,根据数据权利主体的不同进行数据确权。数据权利主体分为个人、企业和政府三大类,数据即可分为个人数据权,企业数据权和政府数据权。个人数据权应按照广义的人格权进行划分,除传统人格权外还应当包含新型人格权。我们可以参考欧盟的立法规范^①,对个人数据权属做出具体规定^[26],其中数据修正权、被遗忘权、拒绝权等均可视为新型人格权的内容。企业数据权也叫做去个人化数据权^[27],企业无论是以自身独创方式还是经第三方流转、加工方式,通过数据开发、整理、流转赋予数据一定的经济价值,其相关权益应完全归属企业。政府数据权最大特征即为其数据的公共属性,政府在履行公共职能、提供公共服务时,对数据进行收集、处理、应用,其中的数据权益理应归属于政府,以期实现公共利益、社会利益最大化,确保公共数据价值能够最大程度实现,切实保障国家数据安全。

第二,根据数据流转阶段的不同进行数据确权。根据数据不同的流转阶段,分为数据收集阶段,传输阶段,存储、处理阶段,应用阶段,销毁阶段^[28]。数据收集阶段是数据生命周期最重要的环节,数据收集者通过相关技术进行数据收集,付出了相应的时间、技术、金钱成本,因此该阶段的数据权益应归属数据收集者。数据传输阶段的数据权属仍应归属数据收集者,因数据传输过程并未改变任何数据样态,仅担任搬运工的角色,在此过程中,数据传输者应当特别注意风险防范,确保数据传输的安全性。数据存储、处理阶段,其数据权属应当根据相应情态进行认定。在数据存储和处理过程中,随存储方式和大数据分析技术不断变化和发展,数据很难处在静止状态,所处的场域也在不断变换。因此,要分析具体案件,根据不同领域的立法规范以及各行业自律规范进行数据确权。数据应用阶段的数据权属存在争议,有学者认为应当将其归为公共产权^[29]。而数据应用除了公共服务功能,还具有一定的商业属性。如若“一刀切”将该阶段的数据权全部归于社会全体成员,在某种程度上,会降低企业的研发动力。故在数据应用阶段,应将公开数据的权益归属于全体社会成员,涉及国家秘密的数据归于国家,涉及商业秘密、个人隐私等数据仍应归于数据创设者。在数据销毁阶段,实践中更倾向将数据权益归属于个人,也称数据被遗忘权或数据删除权。但在大数据、云时代的环境下,个人数据通常会通过云数据系统或平台,例如百度网盘等方式进行自动存储、复制甚至下载,有时数据所有者也无从知晓。当数据所有者在程序或应用系统中删除数据

时,这些数据可能并未完全销毁,只是消除了表面的数据痕迹。此时这些数据的实际持有者变成了云数据系统或平台,而数据被遗忘权也不再掌握在数据最初持有者手中。因此,数据被遗忘权最核心、最根本的数据权益仍然应归属于最初的数据持有者,而如何提高数据彻底删除技术则是未来个人数据安全领域应着重研究的问题。

(三)基于应用场景的分域确权

不同类型的数据在不同的应用场景中的表现形式和类型不同,其背后主张的权益也不相同,即使是同种数据也有可能会担负不同的权利主张。因此,数据在不同场域运行中,所产生的数据权属不同。

结合司法实践,可以将数据常见的应用场景大致分为四种,分别是个人信息领域、民事领域、竞争法领域与新型领域。根据数据应用场景不同将数据权益分为人格权、财产权、反不正当竞争权、新型权益。当数据主体置于个人信息领域中,可以按照《中华人民共和国个人信息保护法》《民法典》的相关规定将数据权益归为数据人格权。当数据主体置于民事领域中,可以按照《民法典》第127条规定将数据权益归属为财产权益。当数据主体置于竞争法领域中,可以按照《反不正当竞争法》将数据权益归属为反不正当竞争权,目前我国司法实践中多为此类情形(详见表1)。由于,数据是不断流动的,所以其法律属性也是错综复杂的。数据很难固定在某一个场域之中,因此在这些场域中的数据权也不是单一的,极可能同时存在多种数据权益。例如,微博诉脉脉案中,即出现了对用户个人数据权和企业反不正当竞争权两种数据权益,这种

多权益相结合的确权方式也可称为数据的新型权益。

与此同时,随着数据全球化的迅速发展,数据权属所在的领域也不仅仅局限于境内,出境数据确权问题迭出。这类新型数据权已逐渐影响到数据主权和国家安全层面,成为实践中的难点。目前,很多国家都在立法层面对跨境流动进行了规范,例如:德国《联邦数据保护法》,加拿大《个人信息保护法》,法国《数字共和国法案》,欧盟《通用数据保护条例》《澄清境外合法使用数据法》等。虽然目前我国并没有跨境数据的专门立法,但今年9月1日实施的《数据出境安全评估办法》(以下简称《评估办法》)明确了有关数据出境的安全评估方式,可以根据《评估办法》第5条第二项中待评估的出境数据的规模、范围、种类、敏感程度等内容对跨境数据进行大致确权,这也是我国从国内法律体系规范跨境数据问题迈出的重要一步,标志着我国对数据主权与国家安全的高度重视。

不过,跨境数据确权的主要问题在于国际上尚未形成统一的规范体系,各个国家的制度不尽相同,通常是按照国别采取合规措施。因此,建立统一的跨境数据国际治理规则是消除数据市场壁垒的有效方式之一。对我国而言,可以通过尝试与其他国家建立多边合作以启动跨境数据安全保护规制。对于规范跨境数据权属方面,我国可以参考域外经验,搭建我国跨境数据的权属认定机制,将数据分类别、分领域确定权属并进行规制^[30],抑或可以结合欧盟统一的规制模式,参考《通用数据保护条例》创设统一的跨境数据权属规范。

注 释:

- ① 《中华人民共和国民法典》第 127 条规定:“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”
- ② 法院认为,“生意参谋”数据产品中的数据虽然来源于最初用户,但淘宝公司经过深度加工已经不同于原始数据,形成了新的衍生数据,因此法院认定淘宝公司对本身开发的大数据产品享有独立的财产权。
- ③ 参见《信息安全技术个人信息安全规范》3.2 条注 1:敏感数据定义为“一旦遭到泄露或修改,会对标识的个人信息主体造成不良影响的个人信息。各行业个人敏感信息的具体内容根据接受服务的个人信息主体意愿和各自业务特点确定”。列举了身份证号码、个人生物识别信息、银行账号、通信记录和内容、财产信息、征信信息、行踪轨迹、住宿信息、健康生理信息、交易信息、14 周岁以下儿童的个人信息为敏感信息。
- ④ 参见安徽美景信息科技有限公司、淘宝(中国)软件有限公司商业贿赂不正当竞争纠纷二审民事判决书,浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙 01 民终 7312 号民事判决书。
- ⑤ 参见北京淘友天下技术有限公司等与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷二审民事判决书,北京知识产权法院(2016)京 73 民终 588 号民事判决书。
- ⑥ 参见北京百度网讯科技有限公司与上海汉涛信息咨询有限公司其他不正当竞争纠纷二审民事判决书,上海知识产权法院(2016)沪 73 民终 242 号民事判决书。
- ⑦ 参见深圳市谷米科技有限公司与武汉元光科技有限公司、邵某某不正当竞争纠纷民事判决书,广东省深圳市中级人民法院(2017)粤 03 民初 822 号民事判决书。
- ⑧ 参见杭州阿里巴巴广告有限公司、阿里巴巴(中国)网络技术有限公司等与南京码注网络科技有限公司等不正当竞争纠纷一审民事判决书,浙江省杭州市滨江区人民法院(2019)浙 0108 民初 5049 号民事判决书。
- ⑨ 参见北京五八信息技术有限公司与青岛韩华快讯

网络传媒有限公司不正当竞争纠纷再审审查与审判监督民事裁定书,北京市高级人民法院(2018)京民申 2624 号民事裁定书。

- ⑩ 参见湖南蚁坊软件股份有限公司与北京微梦创科网络技术有限公司不正当竞争纠纷再审审查与审判监督民事裁定书,北京市高级人民法院(2021)京民申 5573 号民事裁定书。
- ⑪ 欧盟《一般数据保护条例》中第三章数据主体权利中明确就个人数据做出详细规定,包括信息透明度和信息机制,个人数据信息和获取,修正和删除,拒绝权和自主决定权,限制等。

参考文献:

- [1] 涂子沛.数据之巅:大数据革命,历史、现实与未来[M].北京:中信出版社,2014.255.
- [2] 梅夏英.数据的法律属性及其民法定位[J].中国社会科学,2016,(09):165.
- [3] 李爱君.数据权利属性与法律特征[J].东方法学,2018,(03):64.
- [4] 陈兵.新基建与数据治理法治化[M].北京:人民出版社,2022.19.
- [5] 黄志雄.数据治理的法律逻辑[M].武汉:武汉大学出版社,2021.20.
- [6] 陈兵.新基建与数据治理法治化[M].北京:人民出版社,2022.20.
- [7] 彭云.大数据环境下数据确权问题研究[J].现代电信科技,2016,(05):17-19.
- [8] 叶名怡.论个人信息权的基本范畴[J].清华法学,2018,(05):144.
- [9] 肖冬梅,文禹衡.数据权谱系论纲[J].湘潭大学学报(哲学社会科学版),2015,(06):70.
- [10] 刘德良.个人信息的财产权保护[J].法学研究,2007,(03):84.
- [11] 龙卫球.再论企业数据保护的财产权化路径[J].东方法学,2018,(03):52.
- [12] 魏鲁彬.数据资源的产权分析[D].山东:山东大学,2018:63.

- [13] 张莉主编.数据治理与数据安全[M].北京:人民邮电出版社,2019.221.
- [14] 朱静洁.我国首例大数据产品不正当竞争纠纷案的法律启示[N].人民法院报,2018-9-26,(07).
- [15] 邱均平,陈敬全.网络信息资源法制管理的比较研究——中、美数据库知识产权保护的比较分析[J].知识产权,2001,(05):14.
- [16] 李想.数据库的知识产权保护范式研究[J].政法学刊,2020,(04):54.
- [17] 马长山.智慧社会背景下的“第四代人权”及其保障[J].中国法学,2019,(05):11.
- [18] 齐爱民,盘佳.数据权、数据主权的确立与大数据保护的基本原则[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2015,(01):69.
- [19] 李爱君.数据权利属性与法律特征[J].东方法学,2018年,(03):71.
- [20] 肖冬梅,文禹衡.数据权谱系论纲[J].湘潭大学学报(哲学社会科学版),2015,(06):70.
- [21] 肖建华,柴芳墨.论数据权利与交易规制[J].中国高校社会科学,2019,(01):86.
- [22] 李伟民.“个人信息权”性质之辨与立法模式研究——以互联网新型权利为视角[J].上海师范大学学报(哲学社会科学版),2018,(03):68.
- [23] 何渊.数据法学[M].北京:北京大学出版社,2020.170.
- [24] 闫境华,石先梅:数据生产要素化与数据确权的政治经济学分析[J].内蒙古社会科学,2021,(05):113.
- [25] 叶名怡.论个人信息权的基本范畴[J].清华法学,2018,(5):146.
- [26] 李爱君,苏桂梅主编.国际数据保护规则要览[M].北京:法律出版社,2018.350-358.
- [27] 杨茜.大数据背景下的数据权属问题研究[D].湖北:湖北大学,2021:31.
- [28] 杨蕾,袁晓光.数据安全治理研究[M].北京:知识产权出版社,2020.59-76.
- [29] 杨茜.大数据背景下的数据权属问题研究[D].湖北:湖北大学,2021:32.
- [30] 李滨.跨境数据流动的社会共治:一个新的治理领域[J].国家治理,2020(28):41.

Identification of Data Ownership and its System Construction

SUN Shi-chao¹, ZHAO Wei²

(1.Law School, Beijing Normal University, Beijing 100875, China

2.Tianjin Higher People's Court, Tianjin, 300100, China)

Abstract: Clarifying the ownership of data is the starting point for standardizing the data legal system, and is also an important prerequisite for building a data security protection system. By combing the theoretical views on the identification of data ownership in China and analyzing the legislative and judicial situation with typical cases, it shows that the identification of data ownership in China is characterized by diversity and complexity. In order to further clarify the legal attributes of data and solve the practical problems in the identification of data ownership, it is urgent to determine the attributes of data elements, clarify the content of data ownership, and clarify the ownership of data rights and interests and relevant data protection paths in the process of data transfer, transaction and sharing. In practice, we should fully recognize the multiple attributes of data elements, and build a classification and domain right confirmation system with “right subject”, “circulation stage” and “application scenario” as the core, so as to achieve efficient and smooth data circulation and effectively guarantee data security.

Key words: Data ownership; Data elements; Data protection; Data governance

刑民交叉案件中同一性标准的认定

王超凡

(京衡律师集团上海事务所, 上海 201199)

摘 要:刑民交叉案件中同一性标准主要包括两种观点,一是同一法律事实、同一法律关系标准,二是同一自然事实或行为标准。但两种标准都有不足之处,需要对同一性标准重新进行界定。从文义与逻辑而言,刑民交叉案件中的同一性标准应当是指同一事实,确切的说是指同一自然事实或行为,但考虑到该标准的不足之处,有必要对其进行目的性限缩。考察刑民交叉案件同一性标准的规范目的,其与刑事追缴、退赔制度相衔接,意在以避免刑民重复和冲突的方式合理解决被害人的民事权利救济问题,符合同一自然事实或行为的情形还必须以实现该规范目的为条件。是否符合规范目的需要对民事案件进行实体审理,刑民交叉案件作为特殊类型案件,其程序与实体密不可分。

关键词:同一法律事实;同一法律关系;同一事实;规范目的;实体审理

中图分类号:D915

文献标识码:A

文章编号:1674-828X(2022)04-0103-10

一、问题的提出

刑民交叉案件是近年来学术界和实务界的热点、难点,现行司法解释等文件规定的有关刑民交叉的条文多是关于刑民交叉案件审理顺序的程序性规定。该程序性规定基本确立了“先刑后民”和“刑民并行”的适用条件,到底是“先刑后民”还是“刑民并行”,关键问题在于如何认定刑民案件中的事实是否相同。目前该问题依然存在很大争议,以最高人民法院审理的两个案件为例,这两个案例案情相似(详见表一),都是公司的员工虚构事实以公司的名义对外签订合同,员工的行为涉嫌自然人犯罪,被害人对公司提起民事诉讼,未起诉涉嫌经济犯罪的员工。但最高人民法院对刑民案件的事实是否相同和

刑民案件是否应该分别审理的认定却持截然相反的观点。

现行司法解释等文件就刑民案件事实是否相同规定了两种不同的认定标准:一是同一法律事实、同一法律关系标准;二是同一事实标准。因两种标准都保持了“同一”性,故暂且统称为同一性标准。同一法律事实、同一法律关系标准往往以刑民案件被告是否相同作为判断刑民案件事实是否相同的标准,进而判断刑民案件是否分别审理,案例1采用了该标准。而同一事实标准则判断刑民案件是否属于同一自然事实或自然行为,案例2实质上采用这种标准。但是现有同一性标准的两种主要观点都存在各自的缺陷,因此有学者认为对于刑民交叉案件的审理顺序问题应当摒弃同一性标准^①,基于现行司法解

作者简介:王超凡,男,京衡律师集团上海事务所专职律师,法学硕士。

(表一)

案号	案情简介	裁判主旨
案例 1:(2020)最高法民再 248 号案	沈某某至邹平农商行办理“存款”,邹平农商行行长段某某等人将沈某某的存款转入户名刘某账户,并将假存单、假存款证明从柜台窗口递给沈某某,“存款”实际上用于创能石化公司。存款到期后沈某某提出取款,段某某告知其钱被创能石化公司使用,该公司无力偿还。后沈某某对邹平农商行提起民事诉讼要求该行兑付银行存款本金、支付利息、赔偿损失。邹平农商行则认为段某某等人的行为是其个人的伪造金融票证及非法吸收公众存款的行为,与该行无关,本案与段某某等人伪造金融票证及非法吸收公众存款刑事案件属于同一事实,应驳回沈某某的起诉。	最高人民法院认为,如民事案件与刑事案件系基于“不同的法律事实”“不是同一法律关系”,应当分别审理。本案系沈某某依据邹平农商行出具的储蓄存单提起储蓄存款合同纠纷。虽然生效刑事判决认定段某某等构成伪造金融票证罪和非法吸收公众存款罪被判处有期徒刑。但是,该刑事案件与本案民事案件的当事人不同,法律关系不同,所涉事实虽有关联,但并非属于同一事实。沈某某持存单起诉邹平农商行承担兑付及违约责任,属于民事诉讼法第 119 条规定的民事案件受理范围。至于沈某某的诉请能否得到支持,邹平农商行在办理存款过程中是否有过错、是否应当承担民事责任等问题,属于实体审理范围,人民法院应进行实体审理,依法作出裁判。
案例 2:(2020)最高法民申 2805 号案	青岛科大科技公司的员工苏某,以该公司名义与黑马公司签订供货协议,并收取货物。但青岛科大科技公司并未履行协议约定的付款义务,黑马公司遂以该公司等人为被告提起民事诉讼。在该案一审期间,青岛科大科技公司向青岛公安机关报案,称案涉供货协议、欠款单等系犯罪嫌疑人苏某假冒青岛科大科技公司名义,私刻该公司公章、合同专用章和法定代表人印章与黑马公司所签,其行为已涉嫌刑事犯罪。之后青岛公安机关对苏某个人涉嫌合同诈骗罪立案侦查。在该案二审期间,青岛公安机关询问函复二审法院:“苏某合同诈骗一案,我局于 2018 年 12 月 28 日立案侦查,根据犯罪嫌疑人苏某供述,青岛科大科技公司与黑马公司之间合同一事,属于该案侦查范围”。	最高人民法院认为一审、二审法院认定黑马公司提起的本案之诉与公安机关立案侦查的苏某涉嫌合同诈骗罪系基于同一行为事实,因本案涉嫌刑事犯罪,根据《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第 11 条的规定裁定驳回黑马公司的起诉,并释明黑马公司可待上述刑事案件查明的事实及处理结果,依据该规定第 12 条的规定再行主张自己的权利,该认定并无不当,本院予以维持。

释等文件并未修改同一性标准的规定,且同一性标准也有其存在的合理性,所以有必要对同一性标准重新进行界定,以期合理解决刑民交叉案件的审理顺序问题。

二、对同一性标准主要观点的反思

(一)同一法律事实、同一法律关系标准及其缺陷

1998 年最高人民法院《关于在审理经济

纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》(以下简称《经济纠纷涉及犯罪的规定》)第 1 条和第 10 条的规定并未区分法律事实和法律关系,以刑民案件的法律事实、法律关系是否相同为标准,决定刑民程序是否分别审理。若刑民案件属于同一法律事实、同一法律关系,则民事案件驳回起诉并将该案件移送公安机关或检察机关,即先刑后民;若刑民案件属于不同的法律事实、不同的法律关系,则刑民案件分别审理,即刑民并行。

最高人民法院通过《经济纠纷涉及犯罪的规定》于1998年确立了同一法律事实、同一法律关系标准。但2014年最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《非法集资意见》)第7条,2015年最高人民法院《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《民间借贷司法解释》)第6条以及2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《会议纪要》)第129条都采用了同一事实标准。2020年最高人民法院对《经济纠纷涉及犯罪的规定》进行修正,保留了同一法律事实、同一法律关系标准,而2020年最高人民法院对《民间借贷司法解释》进行了两次修正依然保留了同一事实标准。

同一法律事实、同一法律关系与同一事实是存在本质区别的。从文义上看,法律事实、法律关系均是指法律规范调整下的事实和关系,而同一事实显然并非法律规范调整下的事实。在司法实践中,采用同一法律事实、同一法律关系标准的观点往往以刑民案件的被告^②或者说是法律关系主体是否相同来决定刑民案件的审理顺序。如案例1中,民事案件的被告是邹平农商行,而刑事案件的被告是段某某等人,最高人民法院认为“该刑事案件与本案民事案件的当事人不同,法律关系不同,所涉事实虽有关联,但并非属于同一事实。”而采用同一事实标准的观点,如案例2中最高人民法院没有以刑民案件法律关系主体是否相同作为判断标准,而是采用

同一自然事实或行为的观点。

需要注意的是,司法实践中也存在措辞上混用同一法律事实、同一法律关系与同一事实,但实质上采用的是同一法律事实、同一法律关系的观点,案例1就是如此。

同一法律事实、同一法律关系的观点存在诸多缺陷:

第一,不仅文义上存在逻辑矛盾,亦可能得出自相矛盾的结论。《新民间借贷司法解释理解与适用》进行过详细的法理分析:同一事实的表述作为民刑程序选择判断标准更为科学。因为法律事实、法律关系均是指法律规范调整下的事实和关系,只要法律规范性质不同,法律关系或法律事实就不同。从这一意义上说,由于民事规范和刑事规范性质的不同,民刑交叉情况下不存在同一法律事实或同一法律关系,故以此表述作为判断民刑程序选择标准存在逻辑矛盾^③。另外,当刑事案件的被告同时也是民事案件的被告时,如以集资人向集资参与人借贷为例,一方面依据该观点进行文义解释时,会认为刑事案件审理的是非法集资犯罪刑事法律关系,而民事案件审理的是民间借贷民事法律关系,会得出二者不是同一法律关系的结论;另一方面就结论而言,当刑事案件的被告同时也是民事案件的被告时该观点往往又会认为刑民案件当事人相同,因而二者属于同一法律关系。案例1中最高人民法院就是以当事人是否相同决定法律关系是否相同。可见,该观点会得出自相矛盾的结论。

第二,该观点以刑民法律关系主体是否

相同来决定刑民案件事实是否相同,即简单的形式判断可能会造成刑民案件事实相同与否,取决于原告列谁为民事被告的错误逻辑。民事案件中原告列谁为被告是原告的权利,因我国民事案件的立案审理是形式审查,原告在民事起诉时可以根据自己的意愿选择被告,至于被告是否适格则并非立案审查关注的问题。依据该观点,原本刑民案件事实相同,完全可能因为原告所列民事被告的不同,而使刑民案件属于不同事实。

第三,该观点还可能面临无法判断刑民案件事实是否相同的窘境。若民事案件的被告不仅包括刑事案件的被告,还包括其他主体,依据该观点应如何判断刑民案件的法律关系主体是否相同?该观点难以回答该问题。

第四,该观点以形式审查判断案件属于民事诉讼的受理范围和受诉法院管辖范围过于武断。案例1中最高人民法院认为“沈某某持存单起诉邹平农商行承担兑付及违约责任,属于民事诉讼法第119条规定的民事案件受理范围。”刑民交叉案件本就属于特殊类型案件,形式审查往往不能精准判断案件属性,若经实体审理发现该案沈某某与邹平农商行之间不存在民商事法律关系,该案的本质是刑事案件,则该案并不属于民事案件的受理范围也不属于法院管辖范围,而是公安机关等通过刑事诉讼追缴、退赔程序解决的案件。因而未经实体审理直接断言该案是民事案件过于武断。

(二)同一自然事实或行为标准及其缺陷
《非法集资意见》《民间借贷司法解释》及

《会议纪要》都采用了同一事实标准。“当前正在制定‘民刑交叉’相关司法解释的讨论过程中,同一事实标准亦是主流观点”^[2]。最高人民法院在《新民间借贷司法解释理解与适用》中认为同一事实标准“在表述上直接着眼于‘行为’或‘事实’本身。刑民交叉问题之所以会产生,就是因为同一行为或事实同时符合刑法与民法的某项规定,或者说是刑法与民法均对同一行为或事实进行调整,所以产生了交叉、竞合。可见,这里的同一行为或事实应当为自然意义上的同一行为或事实”^[3]。司法实践中最高人民法院的多个案件也持相同的观点^③。

同一自然事实或行为的观点固然具有逻辑上的合理性,但此观点也不是没有缺陷:

第一,该观点可能导致同一民事案件与多个公安机关立案侦查的刑事案件属于同一事实的情形。对同一自然事实或自然行为,刑法上的定性往往可能存在纷争。例如,国有公司人员张三虚构事实伪造公司印章,与全国各地数十人签订合同,骗取被害人的资金。之后,被害人纷纷提起民事诉讼起诉公司,要求返还保证金等。对于上述张三的行为,A地公安机关以国有公司人员滥用职权罪立案侦查,B地公安机关以集资诈骗罪立案侦查。若采用同一自然事实或行为的观点,则该民事案件与两地公安机关侦查的刑事案件都是同一自然事实或行为,依据司法解释的规定,审理民事案件的法院应驳回上述被害人的起诉将案件移送公安机关。但该结论会产生无法解决的问题。首先,法院应将案件移送A地公安机关还是B地公安机关?其次,若法院

将案件移送 B 地公安机关或许并无问题,但若将案件移送 A 地公安机关,则移送后并不能解决上述被害人在民事案件中主张的民事责任问题。因为国有公司人员滥用职权罪中的犯罪嫌疑人是张三,被害人是张三所属的国有公司,通过刑事诉讼相应的程序和制度只能解决张三国有公司人员滥用职权罪的刑事责任,显然不能解决上述民事案件的原告即被害人向国有公司主张的民事责任。可见上述情形即使刑民案件属于同一自然事实或行为,但也存在一定的不合理性。

第二,该观点可能导致应当承担民事责任的主体因法院驳回民事起诉而暂时逃脱民事责任的承担,剥夺了被害人的合法权利。

综上所述,同一性标准现有的两种主要观点都存在缺陷,并不能完全解决问题。

三、同一性标准的规范目的之探究

同一法律事实、法律关系与同一自然事实或行为的争论基本都是从文义与逻辑的角度展开,如上文所述的两种观点一个是不符合逻辑,另一个是符合逻辑却可能得出不合理的结论。

“解释法律,必先了解法律所欲实现何种目的,以此为出发点,加以解释,使能得其要领”^[4]。因此,探究同一性标准应该思考以下问题:为什么符合同一性标准时要驳回起诉?驳回起诉是否意味着剥夺民事案件原告的民事权利?民事案件原告的民事权利该如何救济?设置同一性标准的规范目的是什么?

《经济纠纷涉及犯罪的规定》第 11 条、《非法集资意见》第 7 条、《民间借贷司法解释》第 5 条都只是规定对于符合同一性标准的,法院应当裁定驳回起诉,将有关材料移送公安机关或检察机关,但并未明示移送之后民事案件原告的民事权利该如何救济。直至 2019 年《会议纪要》第 129 条规定“……人民法院应当裁定不予受理,并将有关材料移送侦查机关、检察机关或者正在审理该刑事案件的人民法院。受害人的民事权利保护应当通过刑事追赃、退赔的方式解决。”这一规定表明刑民交叉案件符合同一性规则时,民事驳回起诉、不予受理与刑事诉讼的追缴、退赔程序相衔接。

最高人民法院《关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》(以下简称《批复》)和最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释(以下简称《刑诉法解释》)第 176 条都规定,被告人非法占有、处置被害人财产的,应当依法予以追缴或者责令退赔。被害人提起附带民事诉讼的,人民法院不予受理。甚至《批复》还规定“另行提起民事诉讼请求返还被非法占有、处置的财产的,人民法院不予受理。”刑事诉讼追缴、退赔程序涉及法律责任的竞合。“法律责任竞合,是指行为人的同一行为符合两个或两个以上不同性质的法律责任的构成要件,依法应当承担多种不同性质的法律责任制度”^[5]。例如,行为人的行为构成盗窃罪时,既要承担刑事责任,又要对被害人承担返还财产的民事责任,多种法律责任并行不悖。《民法典》等实体法律都明

确规定了法律责任竞合的情形。刑事诉讼追缴、退赔程序则是从程序角度设置刑民法律责任竞合时民事责任承担的实现方式。行为人通过刑事诉讼追缴、退赔程序承担民事责任的过程同时也是被害人民事权利救济的过程。《会议纪要》将民事驳回起诉、不予受理与刑事诉讼的追缴、退赔程序相衔接,就意味着,该民事案件的原告主张民事权利本质上是刑事被害人基于刑事案件被告的行为而主张民事权利救济。

既然刑事被害人有权依法通过民事诉讼程序主张民事权利,为什么刑事被害人提起民事诉讼却要被驳回起诉?为什么要通过刑事诉讼追缴、退赔程序解决?《批复》的条文释义解释为“由于已经在刑事判决中判决继续追缴或者责令退赔,任何时候,只要发现被告人有财产,司法机关均可依法追缴或者强制执行。被害人另行提起民事诉讼的,人民法院应当不予受理,否则就会造成刑事判决和民事判决的重复、冲突”^[6]。刑民两种程序都可以对刑事被害人的民事权利进行救济,若两种程序同时进行会造成程序或裁判的重复,浪费司法资源,二者应该选择其一。刑民交叉案件符合同一性标准时,若刑民两个诉讼程序作出的裁判相互矛盾,就会违反法秩序相统一原则,损害司法权威和公信力,刑事被害人也会无所适从,反而不利于被害人的民事权利救济。就刑民交叉案件的同一性规则而言,为避免刑民裁判的重复和矛盾,刑事诉讼追缴、退赔程序吸收民事诉讼程序,驳回被害人的民事起诉,以刑事诉讼追缴、退赔程

序救济被害人的民事权利。

综上,刑民交叉案件符合同一性标准时驳回起诉的规范目的是在避免刑民裁判重复和冲突前提下,来解决刑事被害人的民事权利救济问题,而非剥夺刑事被害人的民事权利。

四、同一性标准的再界定:文义与规范目的的双重限定

(一)文义解释:同一自然事实或行为

文义是一切解释的起点,如上文所述,刑民交叉案件中不可能存在同一法律事实、同一法律关系,因而同一法律事实、同一法律关系概念在文义上就存在逻辑矛盾,故同一性标准只能是同一事实。这里的“事实”是指排除法律规范评价的事实或行为,即自然事实或行为^④。以自然事实或行为作为判断刑民交叉案件中“事实”的依据,符合刑民交叉案件程序规则的本质,即旨在从程序上解决刑民法律责任竞合时民事责任承担的实现方式问题,而法律责任竞合的原因就是同一自然行为同时符合了两个或两个以上不同性质法律责任的构成要件。判断刑民交叉案件是否为同一自然事实或行为,具体而言是将民事案件审理的事实还原为自然事实或行为,比对刑事案件侦查的事实或行为,判断二者是否为实质意义上的同一自然主体实施的同一自然行为。在案例2中,将黑马公司起诉状中主张的事实还原为自然事实或行为:苏某虚构事实假冒青岛科大科技公司名义,私刻该公司公章、合同专用章和法定代表人印章与黑

马公司签订合同,收取货物归个人所有。该自然事实或行为正是苏某涉嫌合同诈骗罪被青岛公安机关正在侦查的自然事实或行为,二者在行为主体和行为方面具有同一性,都是苏某个人实施的同一行为。因而二者属于同一自然事实或行为。

在认定刑民案件行为主体和行为是否具有实质上的同一性时,应当注意:第一,主体是指自然意义上的主体同一,而非法律关系的主体。第二,行为是指刑事案件与民事案件审理事实中主要行为的同一。如案例2中,假如公安机关对苏某以涉嫌伪造公司印章罪立案侦查,刑事案件侦查的行为是苏某伪造公司印章的行为,而民事案件审理的行为除了伪造公司印章之外,还有虚构事实、签订合同、收取货物的行为,这些行为是民事案件的主要行为也是关键行为,显然此时刑民案件的主要行为并非同一,因而伪造公司印章刑事案件与民事案件并非同一自然事实或行为。但公安机关是对苏某以涉嫌合同诈骗罪进行立案侦查,合同诈骗刑事案件侦查的事实可以囊括虚构事实、签订合同、收取货物等主要行为,因而刑民案件的主要行为具有同一性。第三,若刑民案件的被告不完全相同,如案例2中,黑马公司同时还将其认为应当承担连带责任的人或单位列为被告,在认定刑民案件行为主体和行为是否具有同一性时无须考虑基于连带责任因素形成的主体和行为的同一性问题。因为所谓的连带责任依赖于其之前的基础行为,所以只需关注其之前的基础行为的同一性即可。

(二)目的性限缩:符合同一自然事实或行为的情形须符合规范目的

文义虽然是一切解释的起点,但却并非解释的终点。当“规则明确的文义过宽而导致适用范围过大的制定法规则,将被限制在根据法律调整目的或其意义脉络的适用范围内,我们称之为目的论限缩”^[7]。对同一事实的文义解释是同一自然事实或行为,在判断刑民案件属于同一自然事实或行为之后,还需要进一步判断符合同一自然事实或行为的情形是否符合规范目的,刑民交叉案件符合同一性标准时驳回起诉的规范目的是在避免刑民裁判重复和冲突前提下来解决刑事被害人的民事权利救济问题。即需要对符合同一自然事实或行为的情形进行规范目的考察,具体而言是指需要实体审理民事案件被告是否承担民事责任,该民事责任是否可以通过驳回起诉以刑事诉讼追缴、退赔的程序解决,分别审理是否会造成刑民的重复和冲突。换言之,考察实体审理之后的结果,驳回起诉或分别审理是否符合规范目的,将不符合规范目的的情形排除同一事实的范围,使其适用范围限缩。

如在案例2中,虽然刑民案件属于同一自然事实或行为,但该案中却忽略了另外一个问题:若黑马公司属于民法上的善意相对人,有理由相信苏某的行为是青岛科大科技公司的代理行为,即苏某的行为构成表见代理时为什么要驳回黑马公司的民事起诉?若此时驳回黑马公司的民事起诉,则与刑民交叉案件同一性规则的规范目的相悖。其一,当

苏某的行为构成表见代理时,黑马公司的民事起诉已经不是以刑事被害人的身份基于犯罪嫌疑人的行为主张民事权利救济,而是以民事善意相对人的身份向犯罪嫌疑人之外的责任主体即公司主张民事责任。民事案件已经不是解决刑事被害人的民事权利救济问题,刑民案件不会造成裁判的重复;其二,若驳回黑马公司的民事起诉,刑事诉讼追缴和退赔程序并不能解决苏某的行为构成表见代理时青岛科大科技公司的责任承担问题,反而导致青岛科大科技公司暂时逃脱民事责任的承担;其三,表见代理制度与刑事案件单位犯罪制度具有不同的规范目的,认定苏某构成表见代理,青岛科大科技公司需要承担民事责任与刑事案件对苏某个人涉嫌合同诈骗立案而不是对青岛科大科技公司涉嫌单位犯罪立案侦查不存在法秩序的矛盾。表见代理制度中“只要相对人对行为人有代理权形成了合理信赖,即使实际情况相反,也应保护这种信赖利益,在一定程度上牺牲被代理人的利益,而将无权代理的效果归属于被代理人,以维护交易安全”^[8]。刑事犯罪的认定亦有固有的规则和规范目的。苏某虽然是以青岛科大科技公司名义,但却不是为了公司的利益,也没有经过公司的集体决策程序,违法所得亦归其个人所有,故依据最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》第3条的规定,苏某的行为涉嫌自然人犯罪,而非涉嫌单位犯罪。显然依据刑民不同的规范和目的,苏某的行为在符合表见代理的规则时认定青岛科大科技公司承担民事责

任与苏某个人涉嫌自然人犯罪并不冲突。综上所述,在案例2中,虽然遵循文义解释规则,刑民案件属于同一自然事实或行为,但可能会将不符合规范目的的情形纳入其中。另外,当苏某的行为构成表见代理时,若直接驳回黑马公司的起诉,亦可能剥夺黑马公司向其他责任主体主张权利的民事诉权。因而,若苏某的行为构成表见代理,不能认定刑民案件属于同一事实,刑民案件应分别审理。若苏某的行为不构成表见代理而是构成无权代理,则青岛科大科技公司与黑马公司之间不存在法律关系,青岛科大科技公司不承担民事责任。此时,民事案件的本质依然是黑马公司以刑事被害人身份基于苏某涉嫌的犯罪行为而主张民事权利救济,驳回黑马公司的民事起诉并不会造成刑民裁判的重复和冲突,亦可以解决刑事被害人的民事权利救济问题。

同一性规则应当是节约司法资源避免刑民法秩序矛盾并解决民事权利救济的规则,而非剥夺民事权利无视公平正义之理念的恶法条款。可见,对符合同一自然事实或行为的情形是否符合规范目的进行后果考察,根据具体情形决定是否进行目的性限缩,具有合理性,既能实现规范目的,又可以保护民事主体的合法权利。

五、规范目的之考察可能面临的诘难:程序与实体的关系

一般认为,刑民交叉案件是否属于同一事实是个程序问题,当考察是否符合规范目

的时,需要实体审理民事案件被告是否承担民事责任,故程序问题依赖于实体审理的结果,刑民交叉案件的程序与实体密不可分。

首先,刑民交叉案件同一性规则的设置本就属于例外情形,是以程序的外在形式来解决实体问题,那么将程序与实体紧密结合在一起作为一种例外情形也是无可非议。同一性规则的设置看似是个程序问题,实则与一般的程序问题不同,驳回民事起诉通过刑事追缴、退赔程序进行民事权利救济是在解决实体问题,只不过是协调刑民审理顺序方式呈现出来,因而不能以常理度之。

其次,驳回民事起诉与刑事追缴、退赔程序相衔接就意味着判断是否符合同一性标准以实体判断为前提。即使面对刑事被告同时也是民事被告的这类争议不大的案件,也要判断刑事追缴、退赔程序能否解决民事案件被告的责任问题,即需要实体判断民事责任问题。司法实践中,关于刑民交叉案件的审理顺序问题,许多法院已经进行实体审理,只是最终以驳回起诉的方式呈现。

最后,刑民交叉案件将程序与实体紧密结合的观点并非凭空产生而没有任何支撑。如,《会议纪要》第128条第(2)和第(3)项的规定,从文义解释和体系解释来看,规定了职务行为和除职务行为之外的表见代理、表见代表的情形。此时被告应当承担民事责任,因而属于刑民分别审理的情形。这一规定也印证了刑民交叉案件的审理顺序以实体判断为前提的观点^⑤。再如《上海市高级人民法院关于审理民事纠纷案件中涉及刑事犯罪

若干程序问题的处理意见》规定“审理中发现涉嫌犯罪,且不构成民事责任承担的,例如发现案外人涉嫌盗用、私刻单位公章从事诈骗的行为,作为民事被告的单位没有过错,不当承担民事责任的,即合同当事人之间不存在民事法律关系的,法院应全案移送。”即实体审理不承担民事责任的,法院驳回被害人的起诉。

综上所述,刑民交叉案件作为特殊类型案件,应该将程序与实体紧密结合。

六、结 语

刑民交叉案件中同一性标准的两种主要观点争议已久,目前该两种观点依然是司法实践中的主要观点。从文义与逻辑来看,刑民交叉案件中的同一性标准应当是指同一事实,确切的说是指同一自然事实或行为,但该标准亦存在不足,有必要对其进行目的性限缩。考察刑民交叉案件同一性标准的规范目的,将其与刑事追缴、退赔制度相衔接,意在以避免刑民重复和冲突的方式合理解决被害人的民事权利救济问题,符合同一自然事实或行为的情形还必须以实现该规范目的为条件。刑民交叉案件作为特殊类型案件,其程序与实体密不可分,是否符合规范目的需要对民事案件进行实体审理。

注 释:

① 张卫平教授和纪格非教授均认为刑民交叉案件的

审理顺序问题应当摒弃同一性标准。参见张卫平.民刑交叉诉讼关系处理的规则与法理[J].法学研究,2018,(3):112;参见纪格非.论刑民交叉案件的审理顺序[J].法学家,2018,(6):147.

- ② 为了论述方便本文将刑事案件的犯罪嫌疑人和被告人统称为被告。
- ③ 参见(2020)最高法民申1571号民事裁定书、(2017)最高法民申2903号民事裁定书、(2015)民申字第1778号民事裁定书。
- ④ 民法学中,一般认为事件又称自然事实,是指与人的意志无关的,能够引起民事法律后果的客观现象。显然刑民交叉案件中的自然事实并非民法学中的自然事实概念。同一自然事实或行为是与同一法律事实或同一法律关系相对应的观点,故刑民交叉案件中的自然事实应当是指刑民案件中排除法律规范评价的事实。
- ⑤ 《会议纪要》第128条的其他几项规定恐怕不能得出该结论,若《会议纪要》第128条并没有将程序与实体相结合的本意,则《会议纪要》的“立法”措辞不

够严谨,容易引人误解。

参考文献:

- [1] [3] 最高人民法院民事审判第一庭.最高人民法院新民间借贷司法解释理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2021.123-124.
- [2] 贺小荣.最高人民法院第二巡回法庭法官会议纪要[M].北京:人民法院出版社,2019.297.
- [4] 梁慧星.民法解释学[M].北京:法律出版社,2015.229.
- [5] 黄薇.中华人民共和国民法典释义(上)[M].北京:法律出版社,2020.370.
- [6] 人民法院出版社编辑部.解读最高人民法院司法复函(上)[M].北京:人民法院出版社,2019.71.
- [7] (德)卡尔·拉伦茨.法学方法论(全本第六版)[M].黄家镇译.北京:商务印书馆,2020.492.
- [8] 黄薇.中华人民共和国民法典释义(上)[M].北京:法律出版社,2020.340.

The Standard of Identity in Cases with Criminal Civil Overlap

WANG Chao-fan

(Capital Equity Legal Group Shanghai Firm, Shanghai, 201199, China)

Abstract: There are two main views concerning the standard of identity in cases with criminal and civil overlap: the first is the standard of identical legal facts and identical legal relationship; the second is the standard of identical natural facts or behavior. However, both standards are defective, and the standard of identity needs to be redefined. In terms of context and logic, the standard of identity in cases with criminal and civil overlap should refer to identical facts, or precisely the same natural facts or behavior. However, considering the deficiencies of this standard, it is necessary to limit it purposefully. According to the normative purpose of the standard of identity in cases with criminal and civil overlap, it, connecting to criminal recovery and refund system, aims to reasonably resolve the civil rights relief for victims in a way avoiding criminal and civil repetition and conflict. The circumstances consistent with the same natural facts or behavior should also be conditional on realizing the normative purpose. Whether the circumstances agree with the normative purpose requires a substantive hearing of the civil case. As a special type of case, the procedure and entity of cases with criminal and civil overlap are inseparable.

Key words: The identical legal facts; The identical legal relationship; The identical facts; Substantive hearing

整体设计：郭 鹏

本刊声明

为适应我国信息化建设的需要，扩大学术交流渠道，本刊已加入《中国学术期刊（光盘版）》、《中国期刊网》数据库、《万方数据数字化期刊群》、《超星数字期刊》和《北大法宝》数据库。本刊许可上述数据库在各自网站以数字化方式复制、汇编、发行、信息网络传播本刊全文。作者向本刊提交文章发表的行为即视为同意我刊上述声明，如作者不同意将文章编入数据库，请在来稿时声明，本刊将作适当处理。

天 津 法 学

2022年第4期

第38卷第4期（总152期）

2022年12月15日出版

Tianjin Legal Science

Serial No.4 2022

No.4 Vol.38（Total 152）

Date of Publication:Dec.15th,2022

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
地 址：天津市西青区精武镇陈台子路88号
邮政编码：300382
主 编：杨明光
电 话：（022）58786530
发行范围：国内外公开发行
印刷单位：廊坊市煜盈印务有限公司

Supervise：the Politics-Legal Committee of Tianjin Municipal Committee, CPC
Organizer：Tianjin Public Security Profession College
Tianjin Law Society
Editor and Publisher：the Editorial Department of Tianjin Legal Science
Address：No.88,Chentaizi Road, Jingwu Town, Xiqing District, Tianjin, China
Post Code：300382
Editor-in-Chief：Yang Mingguang
Tel：(022) 58786530
Scope of Circulation：Domestic and Overseas
Printer：Langfang Yuying Printing Co.,Ltd.

邮 箱：tianjinfx@126.com

国内总发行：天津市邮政管理局

邮发代号：6-285

国际标准刊号 1674-828X
国内统一刊号 CN12-1416/D
国内定价：10.00元

