

河南财经政法大学学报

本期责任编辑:何学斌

英文编辑:王国锋

双月刊 2023 年第 5 期(总第 199 期)

目 录

法治中国

商标异议制度改革研究

- 以《商标法修订草案(征求意见稿)》为视角 王莲峰 胡丹阳(1)
共同富裕视阈下新业态劳动者权益的法治保障 吴振宇(14)

民生法学

垄断协议二分法的制度改进

- 以轴辐协议的性质判定为视角 汪晓贺(22)
非货币慈善捐赠所得税扣除的制度困境与完善 陈 鹏(34)

部门法学

- “提供资金帐户型”洗钱罪的规范解读与司法适用 陈家林 吴 珂(45)
论数据集合的反不正当竞争法保护 张素伦(57)
论行业技术标准对空白罪状的补充 冷必元(68)
过度扩张与理性限缩:非法集资犯罪共犯处罚范围之认定 曾 腾(80)
网络空间审慎义务履行问题研究 刘 聪(92)
《民法典》监护人责任的性质再论与规范统合 张靖晗(105)

司法制度研究

- 全过程人民民主视域下人民陪审员参与死刑案件审理研究 刘用军(116)
论规范竞合下先诉抗辩权适用之冲突与选择 杨 帆 吕士哲(126)
拒不执行判决、裁定罪的追诉困境及其破解 杨慧妍(135)

法治文化

- 宋代法官审理田宅争讼的理念和方法 王忠灿(147)
法学理论研究如何回应法治实践
——从波斯纳对法学与司法“各行其是”的分析谈起 李建军(157)

JOURNAL OF HENAN UNIVERSITY OF ECONOMICS AND LAW

Bimonthly

No. 5,2023

Total No. 199 September 5,2023

Main Contents

Research on the Reform of Trademark Objection System
——From the Perspective of Revised Trademark Law (Exposure Draft)
..... Wang Lianfeng Hu Danyang(1)

The Legal Protection of the Rights and Interests of Workers in New Business Forms from
the Prspective of Common Prosperity Wu Zhenyu(14)

Institutional Improvement of the Dichotomy of Monopoly Agreements
——From the Perspective of the Nature of Hub and Spoke Agreements Wang Xiaohe(22)

The Institutional Dilemma and Improvement of Income Tax Deduction for Non-monetary
Charitable Donation Chen Peng(34)

The Normative Interpretation and Judicial Application of Money Laundering Crime
of “Providing Fund Account Type” Chen Jialin Wu Ke(45)

On Protection of Datasets by the Anti-Unfair Competition Law Zhang Sulun(57)

On the Supplement of Industry Technical Standards to the Blank Facts about a Crime
..... Leng Biyuan(68)

Excessive Expansion and Rational Restriction;Determination of the Scope of Accomplice
for Illegal Fundraising Crimes Zeng Teng(80)

Study on the Implementation of Due Diligence in Cyberspace Liu Cong(92)

Integration of the Rules and Re-exploration of the Nature of Guardian’s Responsibility
in Civil Code Zhang Jinghan(105)

Study on People’s Jurors’ Participation in the Trial of Death Penalty Cases from the
Perspective of the Whole Process of People’s Democracy Liu Yongjun(116)

On the Conflict and Choice of the Application of Beneficium Ordinis in the Case
of Norm Contestation Yang Fan Lyu Shizhe(126)

The Prosecution Dilemma of the Crime of Refusing to Execute Judgments and Rulings
and its Crack Yang Huiyan(135)

The Idea and Method of the Judge Judging Real Estate Disputes in Song Dynasty
..... Wang Zhongcan(147)

How Legal Theoretical Research Responds to the Practice of the Rule of Law
——Starting with Posner’s Analysis of Law and Judiciary’s “Divergent Paths” Li Jianjun(157)

商标异议制度改革研究

——以《商标法修订草案(征求意见稿)》为视角

王莲峰¹ 胡丹阳²

(1.2. 华东政法大学 知识产权学院,上海 200042)

摘要:商标异议制度作为我国商标法历次修改的重点,其实体规范与程序机制应当如何构建,向来众说纷纭。2023年1月13日,国家知识产权局发布的《商标法修订草案(征求意见稿)》对异议制度的修改,虽然符合流程简化、效率优先的修法趋势,但依然存在恶意异议、程序冗长、司法审查程序当事人并非真正有争议的对抗双方、循环诉讼等问题。在明确权利救济功能是商标异议制度的唯一功能后,建议在实体规范方面将异议主体限定为在先权利人和利害关系人,将异议理由限定为不予注册的相对理由;在程序设置方面从异议前置转向异议后置,将我国商标异议程序改革为“行政一审与民事诉讼模式”,使异议制度与无效制度各司其职。

关键词:商标异议制度;制度功能;程序正义;异议后置;《商标法修订草案(征求意见稿)》

中图分类号:D923.43 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0001-13

一、引言

法一般被分为实体法与程序法,实体法规定“应当如此”的法律关系,旨在实现实体正义;程序法则以手段性规范促进实体法的实现,旨在实现程序正义^[1]。实体法与程序法的分化是现代法律独特的演化成就^[2],民法与民事诉讼法、刑法与刑事诉讼法的分立即为著例。但是,由于现代商标法起源于注册制度的建立,而注册制度决定了商标法的基本面貌^[3],因而商标法充斥着大量程序机制,使得处于同一历史时期的商标法,反而表现出实体与程序交织的“原始”景象。

就此而论,商标异议制度是商标法上实体规范与程序机制相互交织的典型代表,也是改革开放以来商标法修改的“常客”。除1993年《中华人民共和国商标法》(以下简称《商标法》)未改动异议制度以外,其余商标法修改均涉及异议制度,或限制异议主体、增补异议理由,或明确决定期限、调整程序架构。2023年1月13日,国家知识产权局发布《中华人民共和国商标法修订草案(征求意见稿)》(以下简称《征求意见稿》),依然涉及商标异议制度修改,不禁让人生疑:商标异议制度改革何去何从?笔者将从商标异议制度的实体规范与程序安排入手,首先梳理我国商标异议制度的历史发展与修法趋势,其次分析《征求意见稿》中异议制度尚存问题及其成因,最后得出我国商标法上异议制度的改革方向。

* 收稿日期:2023-03-23

基金项目:本文是2020年国家社科基金重点项目“商标注册审查制度改革研究”(项目编号:20AFX019)的阶段性成果。

作者简介:王莲峰,女,华东政法大学知识产权学院教授、博士生导师,法学博士,研究方向为知识产权法;胡丹阳,男,华东政法大学知识产权学院博士研究生,研究方向为知识产权法。

二、我国商标异议制度的变迁及发展趋势

法律诞生于历史,任何法律规则、法律理论,都在历史长河中不断被创立、否定、修正、重塑,所以,对法律问题的分析必定涉及历史向度的追问,以期体察法律制度的发展趋势、指明有利于本国法律的改革方向^[4]。通过分析我国商标法四次修改形成的三种历史时期的异议制度,探究我国商标异议制度的发展趋势,可为我国商标法的第五次修改指明方向。

(一)1982 年和 1993 年《商标法》:异议前置下的行政二审终局模式

1982 年颁布的《商标法》,废除了全面注册制,改采以自愿注册制为原则,以强制注册为例外的注册取得制度^①。根据该法,对初步审定公告的商标,自公告之日起三个月内,任何人均可以向商标局提出异议^②。商标局对异议作出裁定,当事人不服的,可以向商标评审委员会提出复审,由其作出终局裁定^③。无异议或者经裁定异议不能成立的,商标核准注册。对于已经核准注册的商标,任何人可以自核准注册之日起一年内,向商标评审委员会申请裁定,商标评审委员会将作出终局裁定^④。同时,该法第二十八条规定了商标异议与商标争议的“一事不再理制度”,即“对核准注册前已经提出异议并经裁定的商标,不得再以相同的事实和理由申请裁定”。因而有学者认为此时的商标法在商标获得注册前后各设置了一次异议程序,这是事实上的“异议双置”制度^[5]。虽然这种观点可能受到 1950 年《商标注册暂行条例》规定注册前后皆可提出异议的影响,从“一事不再理制度”的制度设置来看,“异议双置”的说法也是有一定道理的。但考虑到后来《商标法》中将商标争议修改为商标无效,本文对于 1982 年商标法还是归纳为“异议前置”。

1993 年 2 月我国对《商标法》进行了第一次修订,对异议程序未作修改,而在不予注册的理由方面增加了注册商标违反法定情形,或者以欺骗手段或其他不正当手段取得注册应予撤销的规定,并区分绝对理由与“有争议的”情形^⑤。不过,由于 1982 年《商标法》和 1993 年《商标法》中异议条款并未明确异议理由、异议申请受理制度,使商标异议制度在实践中沦为异议收文制度,而异议审查制度于法无据、名不副实^[6](见图 1)。

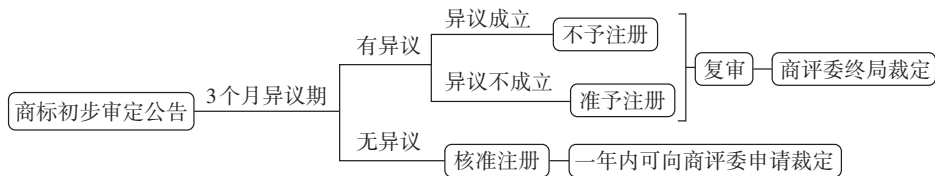


图 1 1982 年《商标法》与 1993 年《商标法》异议流程图

(二)2001 年《商标法》:异议前置下行政二审与司法二审终局模式

受我国加入世界贸易组织的大环境影响,我国《商标法》面临与国际条约接轨的义务^⑥。为此,我国对《商标法》进行了第二次修改。

首先,2001 年《商标法》第二十一条和第二十二条取消商标评审委员会的决定/裁定的终局效力,规定当事人不服商标评审委员会的决定/裁定,可以向人民法院起诉。因此,原商标评审委员会作出的复审裁决不再是终局裁决,当事人对其不服的,可以继续诉讼至人民法院^⑦。商标授权确权诉讼适用行

① 参见 1982 年《商标法》第四条、第五条。
② 参见 1982 年《商标法》第十九条。
③ 参见 1982 年《商标法》第二十二条。
④ 参见 1982 年《商标法》第二十七条、第二十八条。
⑤ 参见 1993 年《商标法》第二十七条。
⑥ TRIPS 第 62 条要求,缔约国应当设置司法或准司法程序对知识产权取得或维持程序中的行政裁决进行审查。
⑦ 参见 2001 年《商标法》第三十三条。

政诉讼法,性质为行政诉讼^①,诉讼当事人为不服复审裁决的一方和原商标评审委员会。人民法院应当通知复审程序的另一方作为第三人参加诉讼^②。由此,我国异议程序演变为异议前置下行政二审与司法二审终局模式。

其次,2001年《商标法》第四十一条对“注册不当的商标争议及其裁定”条款进行了修改。其中,第一款规定因商标不当注册而撤销的情况,在1993年修正的《商标法》的基础上,增加缺乏显著性的商标在注册后也可以撤销的规定。第二款增加了利害关系人对注册商标核准之日起五年内向商标评审委员会提请撤销的规定,利害关系人包括驰名商标的所有人、商标注册的被代理人或代表人、在先权利人等。第三款延长了可请求撤销争议商标的时间期限,由之前的一年延至五年。有学者认为《商标法》第二次修改取消了异议后置程序,保留了注册之前的异议程序,从而实现了我国商标注册异议程序从“双置”到“前置”的转变^[7]。但也有学者认为第四十一条第三款就是异议程序,仅将时间延长至五年,本质不变^[8]。

另外,2001年《商标法》还对商标不予注册的绝对理由和相对理由进行了完善。在绝对理由方面,扩大了商标的构成要素,规定商标可以使用字母、数字、三维标志和颜色组合等^③;区分禁用条款和禁注条款,将1993年《商标法》中第八条第(五)项和第(六)项规定的商标显著性内容独立出来,新增“缺乏显著性特征”的兜底条款,作为显著性禁注条款,并规定经过使用取得显著性的,可以作为商标注册^④。1993年《商标法》第八条其余部分作为因违反社会公共利益而不予注册的禁用条款^⑤。在相对理由方面,2001年《商标法》规定“禁止使用复制、摹仿或翻译他人的驰名商标”^⑥,代理活动中的商标异议^⑦,地理标志禁用条款^⑧,以及不得损害他人在先权利、不得抢先注册他人有一定影响的商标^⑨等。

2001年《商标法》司法审查制度的确立,虽然有效制约了行政权力的滥用,表面上符合TRIPS第62条第5款的规定,但由于异议程序的前置程序没有简化,直接增加了司法程序,导致商标注册程序过于烦琐冗长^⑩。并且,由于《中华人民共和国商标法实施条例》(以下简称《商标法实施条例》)第二十二条^⑪对异议程序的细化,异议制度的可操作性大大加强,实践中商标异议数量激增,而又未限定商标异议主体和异议理由,任何人可以任何理由向商标局提出异议。异议程序逐渐沦为恶意异议人阻碍竞争对手顺利取得商标权的“敲竹杠”的工具^[9]。因而,2001年《商标法》异议制度实际上违背了TRIPS第62条第2款“取得或维持知识产权……应符合合理的程序和手续”的规定(见图2)。

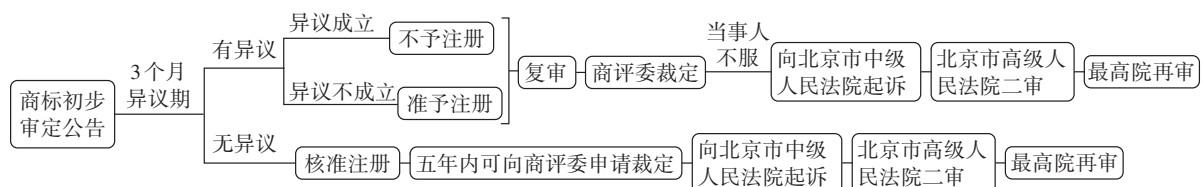


图2 2001年《商标法》异议流程图

① 《最高人民法院关于专利法、商标法修改后专利、商标相关案件分工问题的批复》明确指出,按照行政诉讼法有关规定,当事人不服专利复审委员会和商标评审委员会的复审决定或裁定的诉讼案件由北京市高、中级人民法院管辖。

② 参见2001年《商标法》第三十三条。

③ 参见2001年《商标法》第八条。

④ 参见2001年《商标法》第十一条。

⑤ 参见2001年《商标法》第十条。

⑥ 参见2001年《商标法》第十三条。

⑦ 参见2001年《商标法》第十五条。

⑧ 参见2001年《商标法》第十六条。

⑨ 参见2001年《商标法》第三十一条。

⑩ 例如,“鸭王”商标确权案从2001年1月申请商标至2010年12月北京市高级人民法院作出再审判决,经历多道行政和司法程序。先后经历了驳回、驳回复审、异议、异议复审四个行政程序,法院一审、二审两个司法程序,以及法院再审司法程序。

⑪ 2002年《商标法实施条例》第二十二条对商标异议程序进行了细化:规定了异议申请制度,明确商标异议书中应当有明确的请求和事实依据,要求附送相关证据材料,并规定了当事人补充证据材料的程序和时限等。参见2002年《商标法实施条例》第二十二条。

(三)2013年和2019年《商标法》:区分异议主体和理由、分置复审程序、限制审查审理期限

针对2001年《商标法》带来的商标注册程序烦琐、授权确权程序冗长、恶意异议滋生的问题^[10],该法通过仅两年后,国家工商行政管理总局于2003年底正式启动《商标法》修订工作,并确立了“缩短审查周期,完善确权程序,加大保护力度,提供更好服务”的修订目标^①。不同于以往两次修法为外压型被动立法^②,《商标法》第三次修改是立足于国内现实需求的自觉型主动立法,实现了从被动移植到主动安排的转变^[11]。2013年8月20日,第十二届全国人大常委会第四次会议通过了《商标法》第三次修改的决定。

2013年《商标法》大幅度修改异议制度。在程序方面,明确规定审查时限^③,并在保持异议前置的基础上,对异议复审程序进行分置:异议成立,商标局作出不予注册的决定,申请人可以在15日内向商标评审委员会申请不予注册的复审,商标评审委员会维持不予注册的,申请人可以在30日内向法院起诉,异议人应当作为第三人参加诉讼^④。商标评审委员会作出准予注册决定的,被异议人不能对此直接提起行政诉讼。并且,由于2013年《商标法》删除了2001年《商标法》第四十二条“一事不再理制度”^⑤,规定异议人不服的可以相同事实和理由向原商标评审委员会申请商标无效宣告^⑥。异议不成立的,商标局作出准予注册的决定,取消之前的复审程序和诉讼程序。异议人不服的,可以向商标评审委员会请求宣告商标无效^⑦。商标局认为异议成立的,依然进入复审程序及诉讼程序。此处修改大大缩短了异议不成立时商标核准注册的时间,有利于提高商标注册的效率。

在实体方面,2013年《商标法》对提出异议的主体和理由进行了限制,规定任何人可以商标不予注册的绝对理由提出异议,在先权利人和利害关系人可以不予注册的相对理由提出异议^⑧。绝对理由主要指商标合法性条款、商标显著性条款、商标非功能性条款^⑨;相对理由主要指驰名商标条款、特定关系人抢注条款、误导公众的地理标志条款、在先商标权条款、在先申请条款、在先其他权利条款等^⑩。另外,相较于2001年《商标法》,2013年《商标法》不仅在异议条款中明确了可以提起异议的法律依据,在立法技术上有所提升,而且在“代理活动中的商标异议”条款中增加了合同、业务往来关系或者其他关系的人的抢注^⑪,完善了不予注册的相对理由。

相较于2001年《商标法》,2013年《商标法》区分异议主体和理由、分置复审程序、限制审查审理期限等规定,在一定程度上遏制了恶意异议的情况发生。但自1982年《商标法》制定以来就存在的恶意注册与商标囤积问题,始终没有解决。为此,2019年《商标法》进行第四次修改。对于异议程序的修改体现在:将“不以使用为目的恶意注册商标”及“商标代理机构恶意注册”作为提起异议的绝对理由^⑫,为异议程序更好地发挥打击恶意注册的作用提供了新的法律依据。但是,2019年《商标法》对异议程序未作其他调整,异议程序大体上仍延续了旧法规定(见图3)。

① 参见国家工商行政管理总局《关于提请审议〈商标法(修订送审稿)〉的请示》(2009年11月18日)附件2《关于〈商标法(修订送审稿)〉的说明》。

② 《商标法》1993年第一次修法是为了与《保护工业产权巴黎公约》和《商标国际注册马德里协定》衔接;第二次修法是为了与《TRIPS协定》衔接。

③ 参见2013年《商标法》第三十五条。

④ 参见2013年《商标法》第三十五条第三款。

⑤ 2001年《商标法》第四十二条规定:“对核准注册前已经提出异议并经裁定的商标,不得再以相同的事实和理由申请裁定。”2002年《商标法实施条例》第三十五条中规定:“商标评审委员会对商标评审申请已经作出裁定或者决定的,任何人不得以相同的事实和理由再次提出评审申请。”

⑥ 2014年《商标法实施条例》第六十二条中规定:“商标评审委员会对商标评审申请已经作出裁定或者决定的,任何人不得以相同的事实和理由再次提出评审申请。但是,经不予注册复审程序予以核准注册后向商标评审委员会提起宣告注册商标无效的除外。”

⑦ 参见2013年《商标法》第三十五条第二款。

⑧ 参见2013年《商标法》第三十五条第一款。

⑨ 参见2013年《商标法》第十条、第十一条、第十二条。

⑩ 参见2013年《商标法》第十三条第二款、第三款,第十五条,第十六条第一款,第三十条,第三十一条,第三十二条。

⑪ 参见2013年《商标法》第十五条第二款。

⑫ 参见2019年《商标法》第三十三条。

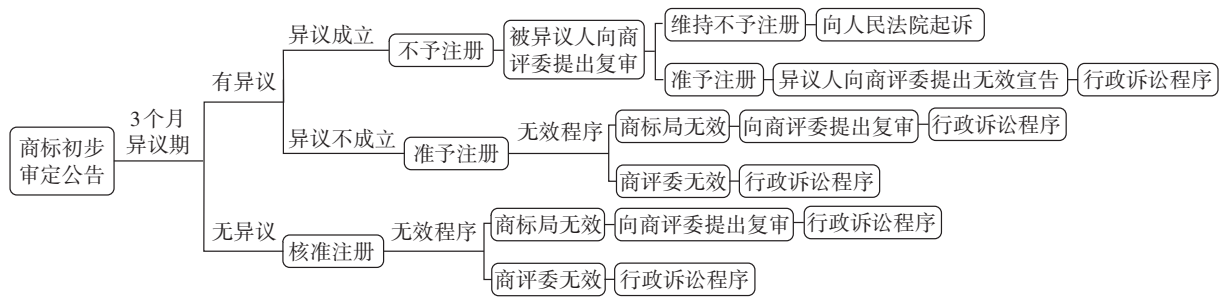


图3 2013年《商标法》和2019年《商标法》规定的异议程序

（四）我国商标异议制度修法趋势

梳理历年《商标法》，可以发现商标异议制度在实体规范与程序设置两方面存在各自修法趋势，二者相互交织，构成各个阶段我国商标异议制度的全貌。就实体规范而言，异议主体的规定历经“任何人→区分任何人与在先权利人、利害关系人”的分化过程；异议理由历经“未规定→区分绝对理由与相对理由→绝对理由与相对理由不断丰富”的发展进程。这种修改趋势体现出我国《商标法》旨在提高商标异议制度可操作性、防止恶意异议情况发生的立法精神。在程序设置上，一方面，2001年《商标法》引入司法审查制度，客观上提高了我国商标注册审查程序的公平性，规范了我国商标注册审查流程；另一方面，2013年《商标法》分置复审程序、限制审查审理期限的规定，简化了商标异议流程，体现出提高效率的修法取向。

另外，从政策文件来看，《国家知识产权局2022年工作要点》要求“建设一流专利商标审查机构，全面打赢审查提质增效攻坚战”，《商标局2022年工作要点》也明确表示需要“扎实推进审查审理提质增效”。这表明《征求意见稿》应进一步完善异议制度的实体规范，同时在确保程序正义的前提下尽可能提高效率，以实现“提质”“增效”的政策要求。

三、《征求意见稿》中异议制度的相关规定与存在问题

《征求意见稿》对异议制度的修改既涉及实体规范，也关乎程序机制，虽大体符合流程简化、效率优先的修法趋势，进一步完善了不予注册绝对理由与相对理由的具体规定，但对于旧法遗留问题尚未完全解决，甚至又产生了新问题。

（一）《征求意见稿》：压缩异议期限、取消不予注册复审

从程序规定来看，一方面《征求意见稿》第三十六条将异议期限从三个月修改为二个月^①；另一方面，《征求意见稿》第三十九条第二款取消了不予注册的复审程序，国务院知识产权行政部门认为异议成立的，作出不予注册的决定，被异议人不服的，可以自收到通知之日起三十日内向人民法院起诉。人民法院应当通知对方当事人作为第三人参加诉讼。

就实体规定而言，《征求意见稿》沿袭了2013年和2019年《商标法》区分异议主体和理由的模式。在具体的不予注册绝对理由和相对理由的设置上，2019年《商标法》无效程序中的绝对理由相较于异议程序中的绝对理由，多了“以欺骗手段或者其他不正当手段取得注册”^②的规定。《征求意见稿》则统一了异议程序与无效程序中绝对理由和相对理由的设置。就绝对理由而言，《征求意见稿》对禁用标志条款^③、显著特征条款^④、代理机构申请商标限制条款^⑤作出修改，并新增禁止重复注册条款^⑥、商标恶意

① 参见《征求意见稿》第三十六条。
② 参见2019年《商标法》第四十四条。
③ 参见《征求意见稿》第十五条。
④ 参见《征求意见稿》第十六条。
⑤ 参见《征求意见稿》第二十六条。
⑥ 参见《征求意见稿》第二十一条。

注册申请条款^①;就相对理由而言,《征求意见稿》对驰名商标保护条款^②、保护在先权利条款^③、注册在先条款^④、申请在先条款^⑤作出修改(见图4)。

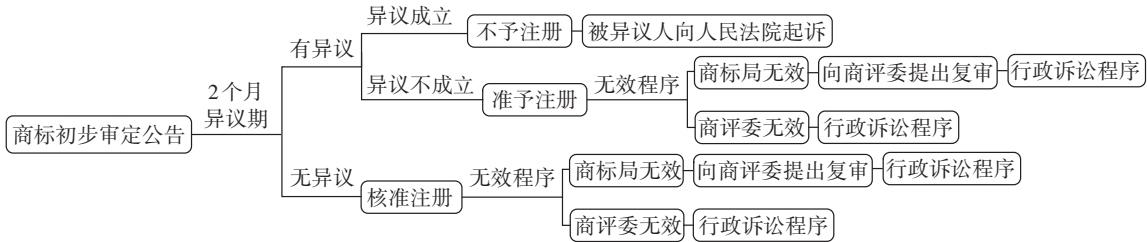


图4 《征求意见稿》规定的异议流程图

(二)《征求意见稿》中异议制度存在的问题

结合商标异议制度历次修改变迁及该制度的现实运行状况,笔者以为《征求意见稿》中商标异议制度尚存以下缺陷。

第一,异议主体和理由的规定使恶意异议的空间依然存在。恶意异议是指自然人、法人或者其他组织滥用商标异议程序,通过提出商标异议而阻止竞争对手申请注册的商标核准注册^[12]。其危害在于,令涉案商标状态悬而未决、商标申请人进退维谷,使商标异议制度异化为不正当竞争的工具。《征求意见稿》承继2013年《商标法》区分异议主体和理由的模式,在先权利人和利害关系人可以相对理由提出异议,任何人可以绝对理由提出异议。这种保留不予注册绝对理由的制度安排使恶意异议阻碍竞争的可能性依然存在,恶意异议人虽然与商标申请人没有利害关系,但可以不予注册的绝对理由为依据,交纳少量的异议费用,置初步审定公告的商标于被异议的境地,损害商标申请人的利益。

第二,异议程序依然繁杂冗长,缺乏效率。首先,《征求意见稿》对异议流程简化力度依然不足,依然存在“审级设置过多”的缺陷。《征求意见稿》进一步简化异议程序,异议成立商标局作出不予注册的决定后,取消不予注册的复审,后续承接行政诉讼程序,对同一事由进行五次审理。当异议不成立,后接无效宣告程序,对同一事由进行六次审理。在异议成立不予注册后,申请人虽然可通过行政诉讼进行救济,但处于市场中的私主体,是否使用涉案商标、是否等待行政诉讼的最终结果,都是需要考量的问题。其次,本次修法压缩权利救济的期限,将异议期限从三个月缩短至两个月,对于商标注册审查“提质增效”实属“隔靴搔痒”,未提升异议程序的效率,反而压缩了权利人、利害关系人的“睡眠利益”,阻碍了公平的实现。最后,本次修法规定相同的异议理由与无效理由,从实体层面考察两种制度均在审理相同事由,降低了在先权利人、利害关系人通过异议程序救济权利的效率。

第三,司法审查程序当事人并非真正有争议的对抗双方。由于提起异议需要缴纳异议费用,与涉案商标无利害关系的社会公众没有动力提起异议,除恶意异议人外,只有在先权利人或利害关系人出于维护自身权益的需要才有动力启动异议程序。因而异议案件中,无论以绝对理由还是相对理由,总是与商标注册申请人有利害关系或竞争关系的主体向商标局提出异议。从程序上看,在商标异议阶段,是其他人对涉案商标的可注册性提出异议,商标局扮演一个居中裁判的角色,对抗双方为申请人和被申请人,本质上更接近平等主体之间的民事争议。一旦进入行政诉讼,商标局的角色就发生了从裁判者到被告的戏剧性的转变,而商标局与当事人之间并没有真正的利害冲突。至于异议阶段的获胜方,虽然《征求意见稿》第三十九条规定“人民法院应当通知对方当事人作为第三人参加诉讼”,但《中华人民共和国行政诉讼法》和《征求意见稿》没有规定第三人参加诉讼的义务。实践中,第三人或者不参加诉讼,或者即便参加,也不积极参与诉讼活动,而是乐于藏身于商标评审委员会之后,坐看“鹬蚌相争”。

① 参见《征求意见稿》第二十二条第(一)(二)项。
② 参见《征求意见稿》第十八条。
③ 参见《征求意见稿》第二十三条。
④ 参见《征求意见稿》第二十四条。
⑤ 参见《征求意见稿》第二十五条。

第四,行政判决类型有限,引发循环诉讼。我国行政诉讼的一审程序设置了维持、撤销或部分撤销、履行以及在“行政处罚显失公正”的情形下变更判决等判决形式,均以行政机关的具体行政行为为中心进行审查,忽略了当事人的诉讼请求^[13]。法院认定国务院知识产权行政部门的行政行为不合法时,只能撤销或部分撤销被诉行政行为,并责令其重新作出行政行为。商标确权案件中,真正存在争议的是具有平等关系的私主体,当国务院知识产权行政部门根据法院判决重新作出决定,另一方也很可能并不满意,从而再次起诉,再次进入行政诉讼,导致“终审不终”,引发“循环诉讼”^[14]。此种状况不仅虚耗司法资源,而且严重损害了司法公信力,也不利于保护当事人的权益^[15]。

四、《征求意见稿》中异议制度问题成因分析

异议制度事关注册商标的顺利授权与利害关系人的权利救济,在采注册取得制的商标法中地位尤其重要。但从1982年《商标法》发展至近期的《征求意见稿》,异议制度本身存在的问题依然突出。究其原因,在于实体上对异议制度功能定位错误,程序上未能实现程序正义。

(一)对异议制度功能认识错误

一般认为,异议制度的功能有三。一是自我监督功能,将异议制度视为行政机关内部纠错的程序,实现商标主管机关对商标实质审查的内部监督^[16]。二是社会监督功能,期望通过社会公众对商标注册审查结果的民主监督,实现商标注册审查的实质公平。三是权利救济功能,通过异议制度使在先权利人与利害关系人的权益免于初步审定公告的商标侵害。但是,这种多功能主义的异议制度价值观,实际造成了异议制度设计的“毫无原则性”。实际上,异议制度只有权利救济这一种功能。

1. 自我监督功能不符合异议制度的逻辑。根据历年《商标法》的相关规定,异议程序的启动以行政相对人的申请为前提,商标主管机关不能主动启动异议程序。因此,自我监督功能在我国《商标法》语境下并不存在。这一点类似于行政复议。我国行政法学界曾经对行政复议的功能存在争议,即行政复议究竟发挥自我层级监督还是权利救济功能抑或二者兼而有之^[17]。目前理论界通说认为,行政复议的核心功能在于通过行政纠纷的化解为当事人提供权利救济,监督与纠错功能只是制度运行的“副产品”^[18]。以自我监督功能调整行政复议制度实乃舍本逐末,因为行政系统的上下级关系决定了自我监督功能本身就存在,要行政相对人启动行政复议程序,应当以保护私人权益免受权力压制为目的进行制度设计,只不过行政相对人在权利得到救济的同时,必然促进了监督功能的发挥^[19]。商标异议制度也是如此。该制度的设计初衷就是让行政机关以外的市场主体提出异议,将可能侵犯自身权益的商标通过异议程序不予注册,防患于未然,而与行政机关的自我监督并无多少关系。即使认为行政机关通过异议程序确实发挥了自我监督的效果,自我监督也不能作为独立的功能,只能附属于权利救济功能而存在。

2. 社会监督功能只是公平理念的虚构。商标注册申请经商标局形式审查与实质审查,符合商标法相关规定的,向社会公众公开,此所谓初步审定公告^[20]。似乎社会监督功能是初步审定公告后设置异议程序的题中应有之义,这也是我国《商标法》规定任何人可以不予注册绝对理由提起异议的原因。但是,商标异议事务的专业性与异议人承担异议费用的高成本,决定了社会公众少有关注商标初步审定公告进而提出异议,异议人一般是在先权利人、利害关系人和恶意异议人^[21]。故商标权“关乎”社会公众的利益,似乎并不代表社会公众“关心”商标注册审查。

从商标法与民法之间的比较来看,民法也通过考量国家意志的贯彻与平衡,规定损害社会公共利益的无效法律行为^[22]。这些法律行为的无效事由类似于商标法上不予注册的绝对理由。例如《民法典》第一百五十三条规定,违反法律、行政法规的强制性规定或公序良俗的法律行为无效。但是并非任何人都可以法律行为的无效事由为依据,向人民法院请求宣告某一法律行为无效。因为《中华人民共和国民事诉讼法》第一百一十九条规定,与本案有直接利害关系的公民、法人和其他组织才可以作为原告向人民法院起诉。事实上,与民事纠纷无关的主体也没有动力向法院起诉,即使

法院判决某一法律行为无效,其也不能从中获取任何利益。而由于商标的基本特点在于其无形性,行为人通过异议制度以不予注册绝对理由阻碍他人正常获得商标注册,总是能够为自己“争取”一定竞争优势的。因此,商标异议制度改革,应当放弃社会监督功能这种追求实质公平的幻想,进一步限制商标异议制度中主体与理由的相关规定。

3. 权利救济功能是异议制度的唯一功能。商标局不能自行启动异议程序,因而异议制度无所谓自我监督功能,而社会监督功能的愿景与实践相矛盾,且承认社会监督功能将面临异议制度被异化的风险。因此,虽然异议制度在事实上的确可能发挥一定程度的监督功能,但商标异议制度立法应当以权利救济功能为唯一指引。《商标法实施条例》第二十七条规定,“商标局应当将商标异议材料副本及时送交被异议人,限其自收到商标异议材料副本之日起30日内答辩”。该规定使商标局带有“居中裁判”的色彩,异议人和被异议人扮演着民事诉讼中相互对抗的当事人,异议制度的确发挥权利救济的功能。

(二)对异议程序设置有违正义

根据罗尔斯对程序正义的分类,法律程序并非纯粹的程序正义,亦非完善的程序正义,而只能作为不完善的程序正义^①。那么,即便法律程序设计得如何精巧,终究会存在疏漏。但是人类对程序正义的追寻自古有之,发展到现在,已经形成了较为固定的法律程序应当遵循的原则。结合《征求意见稿》存在的异议程序依然繁杂冗长、对抗双方错误、行政判决种类有限导致循环诉讼等问题,笔者认为,相关规定违反了程序参与原则、程序对等原则、程序及时原则与程序终结原则。

1. 司法审查的行政诉讼属性违背程序参与原则。程序参与原则是程序正义理论的基础,保证各方当事人参与法律程序是实现程序正义的前提。“与程序的结果有利害关系或者可能因该结果而蒙受不利影响的人,都有权参加该程序并得到提出有利于自己的主张和证据以及反驳对方提出之主张和证据的机会”^[23]。并且,当事人仅仅参加了程序还不够,他们必须有充分陈述本方理由的机会^[24],也就是“实质性参与”^[25]。但是,“实质性参与”并不要求各方当事人必须实际参与,只要给予了当事人参与的机会就视为符合程序参与原则的要求,因而缺席判决同样具有正当性。程序参与原则的价值,一方面在于如果各方都能提出证据、证明主张、陈述理由,裁判者认定的事实就更接近真相,法律也可得到更正确的适用^[26];另一方面,尽管一方总会对结果不满意,但只要各方实质性地参与到程序中来,他们就更能接受并遵守该程序导致的结果^[27]。

就此而论,虽然在异议阶段,商标局作为居中裁判的机构,保证了各方当事人充分参与程序,但一旦进入不予注册或无效程序后的司法审查程序,当事人就变成商标局与对异议或无效结果不服的人,而对于异议阶段的另一方当事人,历年《商标法》与近期《征求意见稿》均剥夺其实质性参与程序的权利,虽然此种“剥夺”披上了保证公正的司法审查的外衣,且此种“剥夺”甚至是被剥夺者乐于接受的。于是,实践中商标局在行政诉讼中仅仅将审查阶段的证据提交给法院,第三人并无参与诉讼的动力,导致法院的事实认定和法律适用难以准确。而未参与程序的当事人如果对最终结果不满意,由于其未实质性参与到程序中来,他们对于裁判的结果并不易于接受,可能引发新一轮的权利救济程序。

2. 取消不予注册复审违背程序对等原则。程序对等原则要求各方当事人在参与法律程序与影响程序结果方面,应当享有平等的机会、便利与手段^[28]。值得注意的是,程序对等原则要求“实质上的对等”,各方当事人仅仅拥有形式上的平等参与权显然是不够的,更应当拥有实质上的平等参与权。在因为经济、地位上的差异导致双方当事人无法“势均力敌”时,出于“平等武装(Equality of Arms)”的理念与“天平倒向弱者”的需要,法律程序还应当确保双方获得平等的对抗能力,从而实现“实质上的对等”。为此,能力强的一方应承担特殊的义务,能力弱的一方享有必要的特权,法律程序才能大体保证双方在对等的平台上进行对抗^[29]。

^① 罗尔斯将程序正义划分为三种:纯粹的程序正义是指结果正当不存在任何标准,而是存在一种正确的或公平的程序,这种程序若被人们恰当遵守,其结果就是正确的或公平的;完善的程序正义是指结果正当存在一个明确的标准,并且同时存在实现结果正当的程序;不完善的程序正义是指虽然结果正当存在一个明确的标准,但并不存在一个程序能够完全达到这个标准。参见约翰·罗尔斯《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第84-87页。

不过,“实质上的平等”所反映出的“抑强护弱”的程序正义理念,一般是以举证责任分配来实现的。而《征求意见稿》取消不予注册复审从而表现出“实质上的平等”的追求显然超出了“举证责任分配”这一范围。2019年《商标法》中,异议成立不予注册的,须经不予注册的复审,再进入诉讼程序;异议不成立准予注册的,异议人须先提出无效宣告,再进入诉讼程序。因此,无论异议是否成立,总体来看,都是行政二审与司法二审的模式。然而,《征求意见稿》取消了不予注册的复审,使得在异议成立时,直接进入诉讼程序,是行政一审与司法二审模式;而异议不成立,依然是行政二审与司法二审模式。易言之,《征求意见稿》对程序的修改,造成了异议人与被异议人审级利益的差别,从而违反了程序对等原则。

3. 异议程序违背程序及时原则。程序及时原则要求法律程序的进行处于“过速与过缓之间的中间状态”^[30]。过速的程序使参与者难以充分参与其中,裁判者也难以对事实问题和法律问题进行从容不迫的分析;过缓的程序则会延长案件的结案周期,推迟程序结果的产生,使当事人之间的纠纷不能定分止争,其利益和命运无休止地悬而未决,导致“迟来的正义为非正义”的情况发生。

《征求意见稿》对异议程序的规定,则既存在“过速”的缺陷,也具有“过缓”的不足。一方面,《征求意见稿》将异议期限从三个月压缩为两个月,使在先权利人或者利害关系人难以及时提出异议,对于外国公司而言,要求其两个月内发现初步审定公告的商标侵犯其在先权益并提起异议,实在强人所难。另一方面,《征求意见稿》虽然取消了异议成立后的不予注册的复审程序,但并未简化异议不成立时的流程,“异议—无效—诉讼”的模式依然烦琐,耗时较长,当事人为解决纠纷付出的成本往往甚巨。

4. 异议程序违背程序终结原则。程序终结原则要求法律程序应当最终产生一项不可更改的裁判结果。该原则是程序及时原则的必然要求。裁判的结果倘若不能产生终局效力,程序及时原则也失去了意义。表面上看,程序终结原则是对绝对公平的否定:法律程序一旦产生最终裁判结果便不能争议,即使产生不公正的情况也不能对其重启审查^[31]。尽管如此,程序终结原则仍然是一项必须遵守的原则,其价值在于避免法律程序的随意启动,防止已经稳定的法律状态突然崩塌,造成当事人业已形成的稳定生活的破坏^[32]。《征求意见稿》依然存在“终审不终”的循环诉讼问题,显然违背程序终结原则。而且,在商标的价值取决于消费者认知的情况下,循环诉讼既打断了商标所有人安稳的生产经营状态,也割裂了消费者已形成的稳定的商标认知。在程序终结原则得不到落实的情况下,《征求意见稿》对异议期限的压缩、对不予注册复审的取消等追求程序及时性的修改,都失去了实际意义。

五、我国商标异议制度改革建议

以权利救济为异议制度的价值导向,以程序正义为异议程序的设置标准,我国商标异议制度的改革可分为实体规定的改革与程序设置的改革。就前者而言,应进一步限制异议主体与异议理由。就后者而言,应变革为异议后置承接民事诉讼模式,并以不予注册理由的分类区别异议制度与无效制度。

(一) 实体规范改革:异议主体、理由的进一步限制

目前商标法虽然将异议事由区别为不予注册的绝对理由和相对理由,规定在先权利人或利害关系人可以基于相对理由提出异议,而任何人可以基于绝对理由提出异议。但此种区分依然没有避免市场竞争者利用异议制度,阻碍其他经营者正常的生产经营。考量异议制度的权利救济功能,建议进一步限制异议主体和异议理由,仅规定在先权利人或利害关系人可以基于相对理由提出异议。

从域外立法观察,德国、法国、欧盟均明确限定异议人的主体资格和提出商标异议的理由。德国《商标与其他标志保护法》第42条规定,在先商标或商业标志所有人、在先受保护之原始标志或地理说明标志等权利人,自公布商标注册之日起3个月内,可以相对理由对注册商标提出异议。《法国知识产权法典》第L712-4条规定,在注册申请公告2个月内,注册商标专用权人、申请在先商标所有人或享有优先权日的商标所有人或在先驰名商标所有人,可以相对理由为依据向国家工业产权局对注册商标申

请提出异议。《欧盟商标条例》第46条规定,在欧盟商标申请公告后的3个月内,以下主体基于本条例第8条规定的商标不予注册的相对理由可以向欧盟知识产权局异议处对欧盟商标注册申请提出异议。在先商标(包括声誉商标)权利人或其被许可人,被代表人或代理人抢注的商标所有人、在商业活动中使用的不仅具有区域性意义的未注册商标以及其他在先标志的权利人、法律授权的原产地名称以及地理标志在先权利人。德国、法国、欧盟在不予注册的绝对理由与相对理由的区分上存在差异,原因在于绝对理由和相对理由的划分本身就不存在绝对的标准,保护公共利益的绝对理由与保护私人利益的相对理由之间并非泾渭分明,一种利益究竟属于何种属性,需要具体情况具体分析^[33]。因之,不同国家基于不同国情与文化,设置不同的绝对理由与相对理由。

事实上,不予注册的绝对理由事关国家对一商标标志本身的评价,发挥着法律的教育与指引功能,既与历年《商标法》所强调的“加强商标管理”的理念相符合,也是“审其名实,慎其所谓”的“正名”思想的体现。对于绝对理由的审查,某些标志是否具有不良影响、是否具有功能性等问题,商标局这类行政机关更有决定权。允许“任何人”可基于商标局所擅长的“绝对理由”提出异议,不仅是对商标局审查决定的消极评价,也会模糊异议制度的价值功能^[34]。

(二)程序机制改革:异议后置承接民事诉讼模式

1. 异议后置。《征求意见稿》在保持异议前置的模式下,规定行政机关对异议审查的期限,压缩在先权利人、利害关系人提出异议的期限,虽表面符合“推进审查审理提质增效”^①的政策要求,实际上却给行政机关增加了更多的审查工作量,也不利于在先权利人、利害关系人通过异议制度救济自身权益。在采取异议前置的模式下,不仅绝大部分不会被异议的商标申请被迫等待2或3个月的异议期限,而且异议制度本身会被恶意异议人不当利用,成为不正当竞争的制度工具。因此,应放弃异议制度社会监督与内部监督功能的幻想,承认权利救济是异议制度的唯一功能,将商标异议从前置转为后置,即异议程序置于商标注册完毕之后。异议后置的实质,就是优先授予申请人注册商标专用权,首先假定其合法性,并让申请人开始使用,发挥商标的效能,将并不能确定是否发生而且事实证明发生机率又极低的侵权纠纷暂时搁置,而不是打入冷宫^[35]。

商标异议前置到异议后置的转变,也是域外立法的改革趋势。例如,德国《商标与其他标志保护法》自1995年起采取商标异议后置模式,在申请人获得商标注册之后,在先权利人才可以相对事由提起商标异议。日本1996年修订《商标法》也将异议前置修改为异议后置,修法理由在于以下两点。一是实务中异议成立案件较少。“在当时的审查实践中发现,特许厅审定的商标仅有不到1%是通过异议程序而被拒绝注册的,因此,在异议前置制度下,近99%的特许厅审定商标要多等待2个月才能获准注册。”^[36]所以为缩短商标异议裁定的时间,日本将异议前置修改为异议后置。二是商业产品生命周期日渐缩短,商业主体对取得商标权时效的重视程度提高,但当时日本商标审查时间却相较其他国家更长,种种背景因素下,立法选择改采异议后置。

异议前置与异议后置的区别在于,前者通过异议程序预防错误授权的发生,旨在提前“防错”;后者则在于通过异议程序对错误授权进行纠正,旨在事后“纠错”^[37]。前者注重对公平的追求,后者则将效率作为首要价值。德国和日本对商标异议程序的改革说明,商标法作为市场中的法,商标注册审查程序相较于公平价值,首先要实现效率价值。罔顾效率而盲目追求公平,效率未能实现,公平亦不可得。

应当承认,商标异议后置也有其固有缺陷,那就是使注册商标的稳定性下降,而且使在先权利人和利害关系人失去了在商标注册前的救济的机会。但是,《征求意见稿》已经大大强化了使用在商标注册^②与商标权维持^③中的地位。这就表明,虽然我国采取商标注册制,但仅仅注册不能维持商标的稳定,只有注册并使用才能获得稳定的商标权。因此,即便是再事无巨细的审查也不能保证商标注册后的使用情况,也不能保证商标的稳定,所谓商标的稳定性只是一种虚构。

① 参见《商标局2022年工作要点》,网址为“<http://www.zhsb.com.cn/shangbiao/1019.html>”,最后访问时间为2022年4月6日。

② 参见《征求意见稿》第二十三条。

③ 参见《征求意见稿》第四十九条、第六十一条。

2. 行政一审与民事诉讼模式。《征求意见稿》取消了异议成立后不予注册的复审程序,但保留了异议不成立后的无效程序,前者属于行政一审,后者本质上是行政二审,此种程序设置有违程序对等原则。并且,《征求意见稿》还保留了司法审查程序,造成本不存在争议的商标局与当事人在行政诉讼中成为争议双方,而变相剥夺了真正有争议的双方对簿公堂的机会,有违程序参与原则。在我国行政诉讼一审判决形式有限的情况下,此种程序设置还可能引发终审不终、循环诉讼,有违程序及时原则与程序终结原则。

从域外立法来看,一些国家采取行政一审与民事诉讼模式,即当事人对异议结果不服的,直接以对方当事人为被告向法院提起诉讼。例如,《美国兰哈姆法》规定,当事人不服异议决定的,既可以提起民事诉讼,也可以向联邦巡回法院上诉^①。法国《知识产权法典》规定,工业产权局作出商标注册或不予注册的决定后,异议人或被异议人可以在一个月内向法院提起诉讼进行救济。诉讼当事人是异议人和被异议人,工业产权局不是诉讼当事方^②。德国《商标与其他标志保护法》也规定,对于商标处和商标局作出的决定不服的,可以自决定送达后一个月内向联邦专利法院提起抗告^③。在抗告中,诉讼双方是异议人和被异议人,德国专利与商标局局长在特定情况下可以作为第三人参与诉讼^④。

笔者建议借鉴域外立法经验,将我国商标异议程序改革为“行政一审+民事诉讼模式”,对异议案件由国家知识产权行政部门实行行政一审终审,当事人对异议结果不服的,可以对方为被告向法院起诉。此种模式为双方当事人提供相同的程序参与机会、对等的审级利益,也可以使双方争议在民事诉讼阶段定分止争,根本上解决双方之间的冲突,符合程序参与原则、程序对等原则、程序及时与终结原则。

3. 各司其职的异议制度与无效制度。就异议制度与无效制度的区分,《征求意见稿》采取异议前置与无效后置的设计。在我国将异议前置转向异议后置,并且进一步限制异议主体与异议理由之后,异议程序与无效程序在不予注册相对理由部分就发生了功能重合。《征求意见稿》统一异议理由与无效理由的修法,似乎也在表明,异议与无效本质是一回事,二者之间的界限除了程序启动有先后之别,再无其他区别。但是,即便我国采取商标异议后置,也不应将异议与无效整合为一种制度。

一般认为,国家活动分为三类:立法、司法和行政。此三种国家活动依国家目的的实现方式不同而相互区别^[38]。立法活动创制法律,司法活动实现争议中的法律,行政活动实现公共利益。行政法得以存在的基础,在于“国家的自我约束”,以立法制约行政,从而实现“依法行政”^[39]。因之,行政法是权力来源与限制的立法化,行政诉讼则属争议裁判与救济的司法化,行政法与行政诉讼共同保护国民免受国家权力的侵害。从不予注册绝对理由与相对理由的定位来看,绝对理由事关公序良俗、表达自由,其目的在于实现公共利益,因而属于行政的范畴,受到行政法与行政诉讼的约束。而相对理由事关私主体之间的争议,其目的在于实现“争议中的法律”,本质上属于司法的范畴,当事人的权益受到民事诉讼的保障。因此,不予注册的绝对理由与相对理由具有不同性质,应当分属不同领域。在现行规定下,无效宣告事由也分为绝对理由和相对理由,在异议制度限定在相对事由的情况下,可以考虑将无效宣告制度限定在绝对事由,从而以绝对理由与相对理由性质不同为依据,更好地界分异议制度与无效制度。

此外,既然不予注册的相对理由属于司法范畴,是否可以将该部分交由民事诉讼解决,而取消异议制度呢?笔者以为,应当保留异议制度。原因在于,异议制度可以为当事人提供一种成本较低的救济方式,从而与民事诉讼的救济方式相区分。《德国商标与其他标志保护法》就是采取了此种制度安排。

① 参见《美国兰哈姆法》第1分章第21条。

② 参见《法国知识产权法典(法规部分)》第R411-23条第1款。

③ 参见《德国商标和其他标志保护法》第66条。

④ 《德国商标和其他标志保护法》第68条规定:(1)德国专利与商标局的局长可以在为维护公共利益且认为合适时,在抗告程序中向联邦专利法院发出书面表示,在审理日参与并作详细阐述,德国专利与商标局局长之书面表示应当由联邦专利法院通知参与人;(2)联邦专利法院可以在因具有原则意义的法律问题且认为合适时,请求德国专利与商标局局长参与抗告程序,随着加入表示之到达,德国专利与商标局局长获得参与人地位。

六、结语

制度的建立旨在系统性地促进效率,但任何制度都是需要付出代价的,此所谓“制度成本”。1982年《商标法》规定的注册取得制度,配合改革开放与市场经济的发展,使商标这种作为符号的无形财产“飞入寻常百姓家”。但随之而来的,便是恶意抢注、商标囤积问题的产生。2001年为顺利入世,我国对《商标法》进行第二次修改,引入商标授权确权司法审查制度,虽表面符合TRIPS协定,但造成了我国商标授权确权程序繁杂冗长的问题。于是,立法者所期盼的能够发挥“社会监督”“自我监督”“权利救济”功能、提升注册商标稳定性与注册公告权威性的商标异议制度,成为市场主体恶意异议的“敲竹杠”工具。目前,我国正处于《商标法》第五次修改之际,应当坚持权利救济功能是异议制度的唯一功能,进一步限定异议主体和理由,并在此种异议制度实体观的基础上,考量程序参与原则、程序对等原则、程序及时原则与程序终结原则,构建符合程序正义的异议制度,具体包括:从异议前置转向异议后置,将我国商标异议程序改革为“行政一审与民事诉讼模式”,使无效制度限定为不予注册的绝对理由,从而界分异议制度与无效制度。

参考文献:

- [1][23][25]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,1996:6,12,14.
- [2]陆宇峰.论现代社会中实体法与程序法分离[J].云南大学学报(法学版),2011(1):102-106.
- [3]张玉敏.商标注册与确权程序改革研究:追求效率与公平的统一[M].北京:知识产权出版社,2016:57-58.
- [4]胡玉鸿.论法学研究中的历史分析方法[J].甘肃社会科学,2023(1):112-113.
- [5][7]周俊强.商标异议程序立法研究:兼论我国商标异议程序的改革[J].知识产权,2010(3):68.
- [6]汪泽.简论异议程序的完善[J].工商行政管理,1999(Z1):58-60.
- [8]李雷,梁平.论我国商标授权确权程序的优化[J].知识产权,2017(7):74-81.
- [9]郭琚.我国商标异议程序完善研究[D].北京:中央财经大学,2021.
- [10]周华柏.关于《中华人民共和国商标法修正案(草案)》的说明[C]//全国人大常委会办公厅研究室.全国人民代表大会年鉴:2013年卷.北京:中国民主法制出版社,2014:358.
- [11]吴汉东.利弊之间:知识产权制度的政策科学分析[J].法学研究,2006(5):6.
- [12]金多才.试论我国商标异议制度的完善[J].中州学刊,2007(2):94.
- [13]徐晓建.我国商标确权行政程序与司法程序之重构[J].中华商标,2005(10):19-24.
- [14]何渊,凌宗亮.商标确权行政纠纷实质性解决的裁判路径[J].知识产权法研究,2014(01):65-75.
- [15]张玲玲.专利商标确权司法程序中司法变更权的确立[J].人民司法(应用),2016(28):91.
- [16]杜颖,郭琚.《商标法》修改的焦点问题:商标异议程序重构[J].中国专利与商标,2019(3):44.
- [17]游伟.行政复议的行政性研究[J].行政法论丛,2017(2):85.
- [18]杨海坤,章志远.中国行政法基本理论问题研究[M].北京:北京大学出版社,2004:503-505.
- [19]刘莘.行政复议的定位之争[J].法学论坛,2011(9):14.
- [20]王莲峰.商标法学:第4版[M].北京:北京大学出版社,2023:93.
- [21]刘蕴,王华.私权语境下的商标异议制度反思[J].北京邮电大学学报(社会科学版),2015(4):37.
- [22]黄忠.无效法律行为制度研究[D].重庆:西南政法大学,2009.
- [24]彼得·斯坦,约翰·香德.西方社会的法律价值[M].王献平,译.北京:中国法制出版社,2004:112.
- [26]Robert S. Summers. Evaluating and Improving Legal Process: A Plea for “Process Values”[J]. Cornell Law Review, 1974(1):25-26.

- [27][30] Michael Bayles. Principles for Legal Procedure[J]. Law and Philosophy, 1986, 5(1): 33-57.
- [28][29][31][32] 陈瑞华. 程序正义理论: 第2版[M]. 北京: 商务印书馆, 2022: 192, 192-193, 144, 196.
- [33] 王景斌. 论公共利益之界定: 一个公法学基石性范畴的法理学分析[J]. 法制与社会发展, 2005(1): 131.
- [34] 王莲峰, 包雪颖. 欧盟和德国商标确权程序比较及对我国的借鉴[J]. 电子知识产权, 2021(6): 66.
- [35] 李思佳. 中国商标审查程序存在的问题及对策[J]. 河北学刊, 2012(4): 163.
- [36] 文学. 论我国商标法相对理由审查制度的改革问题[C]//中国社会科学院知识产权中心和中国知识产权培训中心. 专利法、商标法修改专题研究. 北京: 知识产权出版社, 2009: 198-199.
- [37] 张立新, 王莲峰. 制度变迁视域下的商标异议程序及改革方向[J]. 河南财经政法大学学报, 2021(5): 61.
- [38] 奥托·迈耶. 德国行政法[M]. 刘飞, 译. 北京: 商务印书馆, 2013: 4.
- [39] 拉德布鲁赫. 法学导论[M]. 米健, 译. 北京: 商务印书馆, 2013: 185.

编校: 李富民

Research on the Reform of Trademark Objection System

——From the Perspective of Revised Trademark Law (Exposure Draft)

Wang Lianfeng¹ Hu Danyang²

(1. 2. Intellectual Property School, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042)

Abstract: The trademark objection system as the focus of the previous revisions of China's trademark law, there have always been different opinions on how to construct its substantive norms and procedural mechanism. Although the amendment of the objection system in the revised draft of Trademark Law (Exposure Draft) issued by the state intellectual property office on January 13, 2023 is in line with the law revision trend of process simplification and efficiency priority, there are still some problems, such as malicious objection, lengthy procedure, the parties in the judicial review procedure which are not really controversial opposing parties, and circular lawsuit. After clarifying that the right relief function is the only function of trademark opposition system, it is suggested that, in term of substantive rules, the objection subject should be limited to the prior right holder and interested party and the reason of objection should be limited to the relative reason of not registration; In term of procedure setting, the pre-registration objection is shift to post-registration objection, the trademark objection procedure is transformed to the pattern that the administrative reconsideration as first instance and final instance plus civil litigation, and trademark objection system and trademark invalidation system are separated.

Key Words: trademark objection system; system function; procedural justice; post-registration objection; Revised Draft of Trademark Law (Exposure Draft)

共同富裕视阈下新业态劳动者权益的法治保障

吴振宇

(浙江药科职业大学 药商学院,浙江 宁波 315500)

摘要:平台新型用工形态具有雇佣灵活化、用工外部化、组织碎片化、工时随意性等特点,具备自雇劳动特征,难以纳入我国现行劳动法规范体系调整。统筹处理好促进新业态发展和劳动者权益维护,对平台经济新型用工进行法律调整与制度供给,消除新业态劳动者权益保障制度障碍,是实现共同富裕的必然要求。应在法规范层面突破扩大劳动法适用范围的传统观点,将平台新型用工关系纳入民事雇佣关系,确立平台工作者“自雇者”法律地位;在保障制度层面,基于私法社会化原则建立替代性非传统工会组织矫正“算法”不平等,并以“多雇主平台工作者社会保险账户”为基础发展平台企业新型社会保险责任。在保证新业态经济得以延续自雇劳动前提下,换取平台承认和保护自雇劳动者权益,防止扩大劳动者身份的滥用对新业态活力的冲击,减少因新型用工性质而生的法律纠纷,平衡平台与从业者之间利益,实现共同富裕。

关键词:共同富裕;平台新型用工形态;新业态劳动者;雇佣关系;权益保障

中图分类号:D922.5 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0014-08

一、平台新型用工形态:劳动者保护、灵活就业与共享经济企业利益的平衡

党的十九届五中全会将“全体人民共同富裕取得更为明显的实质性进展”确立为2035年基本实现社会主义现代化的远景目标,这是社会主义的本质特征和要求。习近平总书记指出:“坚持以人民为中心的发展思想,在高质量发展中促进共同富裕,正确处理效率和公平的关系,构建初次分配、再分配、三次分配协调配套的基础性制度安排,加大税收、社保、转移支付等调节力度并提高精准性,扩大中等收入群体比重,增加低收入群体收入,合理调节高收入,取缔非法收入,形成中间大、两头小的橄榄型分配结构,促进社会公平正义,促进人的全面发展,使全体人民朝着共同富裕目标扎实迈进。”^[1]统筹处理好促进新业态发展和从业人员权益维护的关系,深化新就业形态劳动者权益保障是共同富裕示范区建设的一项创新性、突破性、制度性探索。

随着网络化、数字化、信息化技术被广泛应用以及其与传统行业深度结合,以平台经济为代表的新经济形态异军突起,成为新的就业增长点,对于保障民生和促进社会经济发展发挥了重要作用。但以平台工作者为代表的新业态劳动者长期处于劳动权益保障尤其是职业安全保障的“洼地”。平台企业试图利用立法的漏洞和模糊性,通过以算法为“隐形发动机”的核心控制,不断去劳动关系化,以免除平台应承担的法律责任。“2020年度中国社会法十大影响力事例”中,“外卖骑手,困在系统里”^[2]引起算法时代劳动者权益保护热议。2021年7月7日,中华人民共和国国务院常务会议为新就业形态劳动者

* 收稿日期:2023-04-17

基金项目:本文是2022年浙江省软科学研究项目“共同富裕目标下新业态劳动者社会保险全覆盖实现机制研究”(项目编号:2022C35029)的阶段性成果。

作者简介:吴振宇,男,浙江药科职业大学药商学院副教授,法学博士,研究方向为行政法、政府管制、社会保障法。

权益保障“定调”以来,以人社部等八部门制定的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》(人社部发〔2021〕56号,以下简称56号文)为代表的顶层设计也引发对新业态从业人员权益保护的普遍关注。党的二十大报告更是提出了“加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障”^①这一新时代的民生考题。

数字经济下的平台用工形态日益呈现出复杂化、多元化的特征,根据平台提供的业务和事实的管理程度,大体可分为“信息服务模式”“平台自营或外包模式”和“新型共享模式”^[3]。56号文将平台与新业态劳动者的法律关系分为“个人依托平台自主开展活动”“符合确立劳动关系情形”与“不完全符合确立劳动关系情形”三类,从规范层面认可了学理分类,并在该分类基础上探索以不同法律关系确定劳动权益保障责任。“信息服务模式”下的劳务提供更多体现了居间合同性质,归属于《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)合同编的调整,“平台自营或外包模式”则对应平台用工与传统用工模式对比中相一致部分,即标准劳动关系和劳务派遣关系,可以从现行劳动法中找到法律适用的依据。从劳动权益保障的角度来看,“信息服务模式”和“平台自营或外包模式”与传统民法或劳动法的保障并无区别,实务中争议较小,无须专门讨论。而“新型共享模式”则是平台用工创新部分的体现,即通常所称的“众包”模式,该模式是当下平台经济最具典型意义的用工模式。56号文虽然规定“新型共享模式”下“应当指导企业与劳动者订立书面协议,合理确定企业与劳动者的权利义务”,但对于如何定性该种法律关系以及怎样细化确定平台与平台用工的权利义务则语焉不详,“新型共享模式”中平台与平台工作者的关系仍难以被认定,留给理论和实务较大的探索空间。“新型共享模式”在实践发展中逐渐占据绝对多数,集中体现了平台和新业态劳动者的新需求,本文将其称之为平台新型用工形态。平台新型用工形态下劳动权法治化保障不是一个独立问题,需要置身于新时代我国劳动关系重大转型与我国劳动法治治理现代化这一宏大棋局中来全面审视,根本上是数字时代国家治理现代化与治理效能新提升的重要组成和重大考验。无论是传统劳动法抑或是传统民法的调整模式,在面对此类“不完全符合确立劳动关系的情形”时均表现出诸多的不兼容和不适应性。制度改革应以问题为导向,结合《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)及《民法典》留下的制度空间与新业态经济发展的实际需求,避免制度变革带来过高成本与风险,其关键在于在劳动者保护、灵活就业以及共享经济企业利益之间寻找平衡,最大限度避免“数字鸿沟”并释放数字红利蕴含的积极治理效能,进一步推动新业态经济模式发展。

二、平台新型用工关系民法调整的契合性及其适用

数字经济背景下平台新型用工形态的兴起和发展是一个全球性现象,平台新型用工形态以其特有的经济模式、雇佣形态,不断冲击着传统用工形态、传统劳动法律法规以及劳动关系理论,平台与平台工作者之间是否存在传统意义上的劳动关系以及平台工作者的法律地位已成为学界关注的热点问题,也是各国立法与公共政策亟须解决的难题。为了适应平台经济新型用工形态,各国均致力于研究劳动力市场规范与弹性化的互动关系,以迎接新经济形态对劳动法带来的挑战。各国学者对平台新型用工形态应当得到一定法律保护已基本达成共识,对于其应当得到何种模式或何种程度的法律保护仍存在很大分歧,对平台新型用工关系进行超于民法或劳动法保护的努力尚未成功。

(一)扩大劳动法适用范围说及其缺陷

扩大劳动法适用范围说发源于美国尤其是加利福尼亚州的实践。美国加利福尼亚州立法机关通过的关于劳动关系认定的 California Assembly Bill No. 5(以下简称 AB-5 法案)将 2018 年加州最高法院

① 党的二十大报告明确要求:“完善促进创业带动就业的保障制度,支持和规范发展新就业形态。健全劳动法律法规,完善劳动关系协商协调机制,完善劳动者权益保障制度,加强灵活就业和新就业形态劳动者权益保障。”参见习近平《高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗——在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告》,网址为“<http://www.news.cn/politics/leaders/2022-10/25/c-1129079429.htm>”,最后访问时间为 2023 年 4 月 15 日。

在 *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles* 案中认定劳动关系的“ABC 检验标准”^①在制定法中予以确认。AB-5 法案的实施使得在加州从业的平台工作者更容易被认定为劳动法意义上的劳动者。然而 Uber Technologies, Inc., Lyft, Inc., Doordash, Inc. 等平台经济企业普遍反对这一立法,认为这将提高经营成本,同时还会受到来自风险资本投资者等方面的压力。更值得关注的是,并非所有的平台工作者都愿意将自己认定为“劳动者”身份,例如加州自由撰稿人和自由摄影师群体认为,根据 AB-5 法案,他们很有可能被认定为期刊、报社或网站的具有劳动法意义的劳动者,这将限制他们灵活就业,同时还会导致他们收入下滑^[4]。美国劳工部和劳动关系委员会于 2019 年先后颁布的《意见书》(opinion letter)、《建议备忘录》(Advice Memorandum on Uber Technologies)两个法律文件,并未支持加州 AB-5 法案的“ABC 检验标准”,均认为“网约工”一般不属于劳动法意义上的劳动者,需要在劳动法之外发展“网约工”保障体系。

我国学界对平台经济新型用工关系的研究亦主要置于劳动法框架下,围绕平台工作者的身份认定以及与之相关的平台新型用工形态法律关系的属性展开,主流观点认为应扩大劳动法的适用范围,给予平台工作者部分劳动权保护,并提出扩大劳动法适用范围的多种方法和路径。一些学者认为应当采用倾斜保护方案,为双方设定一个新型劳动关系,将新业态工作者纳入劳动法调整范围之中^[5];也有学者采用弱化人格从属性、强化经济从属性的方法,使得以平台工作为主要收入来源的劳务提供者均能获得劳动法上的保障^[6];另一些学者则认为应当采用更为中性的保护方案,应当对新业态工作者进行具体分析,分别确定是否适用现行劳动法^[7]。

扩大劳动法适用范围说虽有一定的理论自洽性,然而该保护路径与我国现行劳动法规规范体系的适用并不兼容。其一,从历史角度看,我国的劳动法一直是二元化的,即劳动者要么是劳动者(雇员),要么不是劳动者(自雇者),二者以是否存在“从属性”为判断标准^②。与德国的“类似劳动者”^③、意大利的“准下属劳动者”^④等相比,我国立法机构从未设置过一个介于雇员和自雇者之间的劳动者分类。在司法判例中,由于劳动法是一种社会立法,法官在具体案件中可以无视缔约方的意愿和合同的形式,延伸劳动法的适用范围。但是,按传统从属性标准来判断,很多平台工作者职业其实更接近于自雇劳动,若将其纳入劳动法直接调整,会导致劳动关系泛化的不利后果。平台企业也会因为要承受劳动法意义上“用人单位”的法定义务而放弃这一新的商业模式。其二,尽管扩大劳动法的适用范围有许多方法值得探索,但是这些方法不足以解释平台用工关系的劳动关系、劳务关系、承揽关系、合作关系等多重法律关系重合的本质特征。其三,平台用工形态复杂多元,且一直处于快速迭代发展之中,从直雇的劳动关系,到创新的众包模式,再到地区性外包形成的新的雇佣关系,平台经济新就业形态没有形成一个固定不变的用工关系,而是在发展中不断蜕变、迭代、进化。整个社会的用工关系也从一种相对静态、固化的形态,转向动态、变化的形态^[8]。而相对静态和固化的劳动法体系难以回应多元化且复杂多变的平台经济新就业形态。

故扩大劳动法适用范围的保护模式并非良策,过分强调平台新型用工关系的劳动关系属性易导致

① 根据 AB-5 法案,进行雇佣关系和独立承包关系判断时,一般要推定通过劳动或服务换取报酬的人(工作者)为劳动者而不是独立承包人,除非服务接受者能同时证明:(A)工作者在完成工作时不受服务接受者的控制和指挥;(B)工作者完成的工作不属于服务接受者的主要业务范围;(C)工作者在为服务接受者完成工作时,该工作与工作者通常所从事的独立设置的行业、职业或商业具有相同性质。

② 在我国劳动关系的判断标准中,“从属性”这一判断依据是核心标准,分别包括人格从属性、组织从属性和经济从属性,三者的认定标准规定于原劳动部颁发的《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12号)第一条:“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立:(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。在从属性认定上,人格从属性占主导,经济从属性与组织从属性居于辅助地位。在传统标准劳动关系中劳动者对用人单位的人身依附性较强,而在平台新型用工关系中平台企业之间有一定的经济从属性而人格从属性较弱或无人格从属性的平台工作者,在从属性判断标准下很难被界定为劳动法意义上的劳动者。”

③ 依据德国《团体协议法》第12a条第1款第1项的表述,类似劳动者是指具有经济上的依附性,相比较于劳动者也需要社会保护的人。劳动法的部分规则也应对其适用,例如《联邦休假法》《公平对待法》《家庭劳动法》的部分条款对其适用;有关诉讼可以走劳动法院的法律途径。

④ 意大利在19世纪70年代增加了“准下属劳动”的概念,完成了从两分结构向三分结构的过渡。意大利新的劳动关系属性被纳入劳动法的调整中,但采用了不完全等同于劳动关系的规定来保护具有非标准劳动关系的劳动者。

劳动关系的泛化,有碍新平台用工多样性发展,也不利于平衡平台新型用工关系双方利益。56号文提出“不完全符合确立劳动关系情形”并将其与“确立劳动关系情形”并列,说明国家意图在劳动法之外发展不依赖于劳动关系的新型用工关系调整法律框架。该法律框架如何具体构建,我国民法学者的专门研究较少,王天玉教授提出“劳动三分法”,基于“民法做加法”的立法进路,通过劳动基准、集体协商、职业伤害保障等配套制度实现底线保障,提出了民法的解题思路^[9]。在《民法典》实施背景下,具体选择何种民事关系作为平台新型用工关系的基础关系,又基于何种法律关系实现劳动权益保护“加法”的制度建构,更需要我们进一步研究。我们认为,将平台新型用工关系整体纳入民法的调整框架,应当通过引入雇佣合同规则的方式界定平台企业的雇主责任,原则上排除劳动关系的适用。同时,从民法社会化的视角,赋予平台企业一定的社会责任,构建适合平台工作者职业特点的平台工作者团结权制度,以适应平台工作的特殊性,重构平台工作者与平台企业之间的利益平衡。

(二)民法雇佣合同规则在平台新型用工关系中的适用

欧洲国家对平台用工的研究争辩主要聚焦于应采用何种方法确保平台工作者得到一定程度的社会保护。但在对平台工作者建立特殊保护之前,首先要确定传统产业劳动者与平台劳动者的本质区别。一些劳动法学者建议对“从属性”概念进行重新解读,以便将具有雇主权利的平台纳入雇主概念之中^[10];一些民法学者则提出扩大民法适用范围,将平台工作者与平台的关系纳入雇佣合同规范(例如《意大利皮耶蒙特大区立法提案》第2章)。

劳动关系的基本形态来自民法上的雇佣契约^[11]。私法自治是民法的核心要义,具体到平台用工领域,就表现为合同自由原则的确立与贯彻,当事人在法律允许的范围内,就缔约与否、与谁缔约、缔约何种约等事项,享有选择和决定的自由。与以往劳动力市场调整时期的非正规就业不同,依托平台经济产生的新型劳动者的收入有明显提升,大部分从业者,尤其是青年人自愿选择这种就业方式,并且对自己的薪酬满意度也较高,因此很难说平台就业质量不如依托用人单位的传统就业。因此,在对待平台新型用工形态的法律调整模式选择上,应排除不断扩大劳动法适用范围的主流观点,将视角回归民事雇佣关系的范畴,以避免劳动关系泛化而带来的法律适用的混淆,破坏新经济的发展从而影响共同富裕的实现。契合平台经济发展需求,雇佣关系作为传统的私法关系,非但没有被时代所淘汰,反而迸发出新的活力,为平台用工者的权益保护提供了法律适用的可能性。民法中的雇佣关系理论和规则不但可以为像平台新型用工这类无法被劳动法调整范围所吸收的用工关系提供法律规范,并且能够帮助贯通劳动关系与民法规则间的关联,使其有适用民法调整的可能。在劳动者身份认定方面,2016年8月8日法国出台的《埃尔霍姆里法案》(El Khomri Act)将平台工作者放在了与自雇者同等的地位,并首次明确了其享有与雇员类似的集体权利。但因我国《民法典》没有将雇佣合同纳入19类典型合同的范畴,司法实践中常常将平台新型用工合同不恰当地归入委托合同或者承揽合同,使得平台工作者作为受雇者的权利得不到有效保障,也使得平台因此逃避了作为雇主的法定义务。因此,应当通过引入雇佣合同规则的方式,继续发展平台服务合同的核心要求,用以界定平台企业的雇主责任。考虑到平台经济的异质性,这种更为宽泛的方法应比单一定义中界定新工作形式更为合适。

(三)从民法社会化原则出发,发展平台企业一定的“用人者”的替代责任

单一民法雇佣合同规则的调整仍不足以保护平台工作者的基本劳动权益,在将平台新型用工关系整体认定为民事雇佣关系纳入民法调整时,应当基于共同富裕的精准分配要求和私法社会化的原则发展平台企业作为用人者的替代责任,对平台工作者承担特定的社会安全保障义务。对平台工作者进行保护的核心问题是,采用各种手段(包括契约、法律及技术手段)保证平台工作者的劳动报酬等权益能够得到有效保障^[12]。法国《埃尔霍姆里法案》在社会保障方面,即以平台企业的社会责任而非雇主的法定责任为基础,颠覆了以往由商业保险理赔平台工作者工伤事故和职业疾病的观念^[13]。

我国《民法典》侵权责任编第一千一百九十一条、第一千一百九十二条规定了用人单位、劳务派遣单位和接受派遣的用工单位以及个人劳务关系中接受劳务一方的替代责任。从文义解释来看,平台企业与《民法典》第一千一百九十一条中的用人单位或劳务派遣单位之间仍然存在平台服务合同与劳动合同或劳务派遣合同不相符合的特征。但近年来,在外卖骑手、网约车司机等平台工作者的道路交通事故等侵权之诉中,法院致力于超越书面合同中的措辞,充分考虑合同当事人真正的预期,重新解释

《民法典》侵权责任编规定的用人者(包括单位和个人)的替代责任的适用,从司法实践中反映了契约义务的社会现实性。从某种意义上讲,劳动法从民法中分离出来的重要原因,就基于民法理念不能恰当地解决劳动者在职业过程中形成的职业风险。因此,只要用工方以营利为目的,有偿使用劳动力从事市场生产经营活动,劳动者在劳动过程中的职业风险就应当由生产经营活动的受益人承担。

三、作为民法调整补强的平台工作者团结权及其保障

平台新型用工形态以其灵活化、多样化的特点见长,所以我们的立法也应当去适应其特点,在制度上给予回应。我们应该适当降低法律规范的刚性,特别是针对不同类别的平台工作者给予不同的保护。将平台新型用工整体纳入民事雇佣关系的调整,同时符合创设平台工作者特点的集体协商制度,将分散的平台工作者团结起来,保障其集体劳动权益的实现。

(一)平台工作者团结权法律保护的宪法基础

平台新型用工关系的法律调整模式不仅关系到平台工作者的劳动权益保护问题,更涉及平台经济这一新商业模式的利益分配问题。从大多数平台服务合同的内容来看,平台工作者没有定价权和决定劳动条件的权利,平台方设定的管理规则中也存在严重的不平等或者一定的经济依赖关系,以至于重建权利平衡的有效办法只能是平台工作者联合起来就劳动条件等展开谈判。

具有主体资格的劳动者是宪法、就业促进法保护的“劳动者”,其法律意义在于劳动者的就业权、职业安全权、休息权、健康权等劳动权是宪法赋予公民的基本人权,保护公民的劳动权不受侵犯,是政府的主要职责,也是一项国家责任。平台工作者具备宪法意义上劳动者的主体资格,平台工作者的劳动权理应受到宪法和就业促进法的保护。国际劳工组织公约对劳动者结社权、集体协商权等集体权利的保护并不以劳动者与雇主之间存在劳动关系为判断标准。《结社自由和保护组织权利公约》第2条“不加区分”地规定了所有劳动者都享有结社自由权。

(二)平台工作者集体协商制度的构建

依私法自治原则,平台新型用工合同的主要内容诸如工资、工时、休息、休假等劳动条件,均应依当事人协商一致而形成。然而,由于平台新型用工的特殊性,在平台服务关系中双方当事人的权利、地位并不对等,作为平台工作者一方无法对抗平台一方的优越地位,逐条磋商合同内容达成具有等价关系的合意事实上并不多见。因此,在平台新型用工合同的法律调整的思考上,不但应强调当事人之间合意的“主观平等性”,更应重视合同内容“客观上的妥当性”。在平台新型用工合同中用工平台雇主根据自己的优势地位尽可能地单方确定用工合同(服务合同、合作合同、劳务合同等)的内容。而通过集体协商,由力量大致平等的当事人协商谈判形成的规则,不仅是个别平台用工合同的补充,还对平台用工合同内容客观妥当性的维护发挥重要作用,以此协调平台新型用工中双方当事人之间的利益平衡,以维护平台工作者的基本劳动权益。

在我国现行劳动法规范体系下,“身份”和“契约”成了平台工作者获得最低工作条件和职业风险等基本劳动权益保障的制度障碍。然而,无论产业结构如何调整、工作形态如何变化,劳动者期望联合力量改善工作条件、提高谈判能力的天然诉求并不会消除。集体协商在平台工作者集体劳动权保障中具有多重的功能。首先,它具有保护劳动者的功能。通过集体讨价还价均衡单个劳动者在缔结劳动协议时结构性的力量,从而使得平等谈判工资条件和劳动条件获得实现的可能。其次,集体协商制度还对依附性劳动生活领域具有秩序功能。通过集体协商签订的团体协议所创设的条款是劳动生活事实上的实质性框架,发挥着使劳动用工关系典型化的功能。再次,其还具有维系和发展和谐劳资关系的和平功能。集体协商的目标不仅在于缔结有关工作条件和工作待遇的集体协议,还要为劳资双方提供一种利益交换的日常性沟通交流平台,并使劳资冲突的缓和得以制度化。其不仅能够有效缓解劳资矛盾,还有利于经济发展和社会稳定。

(三)构建平台工作者联合会,实现从业者权益集体诉求

工会是集体协商中劳动者团体一方的利益代表,也是启动集体协商的谈判、推动劳资双方集体劳

动关系发展的重要因素。要提升集体协商在平台新型用工关系中的地位,最关键的措施是完善工会制度,赋予平台工作者一定的团结权。创新工会制度,以适应新业态劳动者基本劳动权益保障的需要,是我国工会制度改革发展中的一项时代使命。从劳动和社会保障法的社会法属性出发,工会行动应突破传统劳动法的边界,以行业性或地区性工会为依托,将平台工作者组织起来就其最低劳动条件的保障、劳动报酬及社会保险等问题展开平等对话和集体协商,以确保平台经济中各方势力保持平衡。

我国现行工会法对劳动者集体协商权和结社权等集体权利的保护主要以传统劳动关系的成立为前提,在面对新经济背景下的平台新业态劳动者集体权利的保护时不能有效运转。应当探索新形式的工会组织,将平台经济新业态劳动者组织起来,代表他们的集体劳动权利,以再次将平台工作者和平台企业置于一个更为平等的地位。2018年1月4日,我国第一个全国网约送餐员地区工会——上海市普陀区网约送餐行业工会联合会上海成立,开始了有益的探索。平台工作者联合会不再以建立传统工会为目标,放弃了传统劳动法基于劳动者身份赋予的权利,转而获得代表范围上的灵活性,更多地关注平台工作者工作条件的直接改善、工作收入的直接提高、扩大社保的覆盖以及其他的经济诉求。这在很大程度上满足了平台经济新业态劳动者当下的团结诉求,是传统工会的有效补充和替代,更适应平台经济的经济环境和工作形态。

四、建立替代性社会保障模式,增强从业者社会保障

(一)确立平台工作者的“自雇者”法律地位

平台新就业形态呈现出雇佣灵活化、用工外部化、组织形式碎片化、零工经济的随意性等诸多新特点,很大程度上具有自雇劳动特征。虽然《中华人民共和国就业促进法》提出“自主创业和自谋职业”“自雇就业”,将自雇作为促进就业的一项政策措施,《中华人民共和国社会保险法》(以下简称《社会保险法》)中也规定了灵活就业人员参加社会保险的办法,然而仍未明确自雇劳动者(灵活就业人员)的法律地位,导致了这部分新型劳动者部分集体劳动权利和社会保障权缺失^①。应当明确将平台新型工作者认定为“自雇者”,作为建立替代性社会保障模式的基础。自雇劳动关系中因雇主与雇员身份的重合导致其与传统劳动关系不兼容,自雇行为也与纯粹的企业经营行为不同,自雇者劳动主要解决自身或家庭生存问题,并非纯粹以营利为目的,故需要特别保护。在法律上赋予自雇劳动者相对独立的地位,也是许多发达国家的通行做法。例如,美国从税收角度来界定,任何人如果正在运行一个独资公司,无论其作为合伙人,还是作为有限责任公司的一员,都可视为自我雇佣,除了缴纳个人所得税,这些人还必须以 Self Employment Contributions Act(《自我雇佣供款法》)规定的形式缴纳社会保险税和医疗保险税^[14]。

(二)社会保险与劳动关系“解绑”适用,赋予平台企业一定的社会保险义务

社会保障是反贫困的重要制度安排,是更好地实现共同富裕的基础。在推进共同富裕的进程中,更加公平、更可持续、更有效率的、更适应经济社会发展的社会保障体系,承担着更加重要的职责。我国《社会保险法》规定的城镇职工社会保险与劳动关系“捆绑”,排除了对平台工作者等新业态劳动者的适用。在现行法规范下,虽然平台工作者可以以灵活就业人员的身份参保,但我国《社会保险法》仅规定了灵活就业人员可以参加基本养老保险和基本医疗保险,没有失业保险、工伤保险等劳动者的职业保险项目设置。随着平台新型用工形态的普及,这部分平台工作者的社会保险权益缺少的弊端不断暴露,养老保险均由从业者个人缴费,多按最低额缴费,缴费意愿不强,保障不足。用工过程中的意外事故更暴露了平台工作者工伤保险权益缺失的问题,需要建立适应平台经济模式的新型社会保险制度。平台商业模式的基础是将劳动风险外包,这会引发他们是否可以自由从事商业活动的疑问。平

^① 由于未能明确平台新就业形态下平台工作者的法律地位,我国人社部2023年2月发布的《新就业形态劳动者劳动合同和书面协议订立指引(试行)》对“平台企业与不完全符合确立劳动关系情形的新就业形态劳动者”订立书面协议时只规范了“报酬、服务时间与休息、职业保障”,其保护范围远小于订立劳动合同的“工作时间和休息休假、劳动报酬、社会保险、劳动保护”。在示范书面协议中也仅约定“甲方支持并愿意协助乙方作为灵活就业人员参加企业职工基本养老保险、职工基本医疗保险或按规定参加城乡居民基本养老保险、城乡居民基本医疗保险”,仍未能赋予平台企业明确的社会保险责任。

台经济创造的巨大财富,是平台经济中劳务提供者和劳务接受者共同创造的,理应不能由作为“媒介”的平台企业垄断和独享。从社会法理念出发,平台工作者的社会保障权的实现并不以劳动关系的存在为基础,因此,在社会保障方面,可以借鉴前文提及的法国《埃尔霍姆法案》的做法,以平台的社会责任而非雇主的法定责任为基础,改良当下由商业保险理赔平台工作者工伤事故和职业疾病的观点和做法,赋予平台企业一定的社会保险义务。

(三)构建弹性化的平台工作者社会保险方案

由于平台劳动具有任务化、流动性、不确定性的特点,平台工作者可以在多个互联网平台上提供服务,同一从业者同时为多个互联网平台提供劳务服务导致社会保险责任的分配又是一个新的难题,需要辅之以更为宽泛、更具弹性化的制度设计,以兼顾网络平台与平台工作者之间的利益平衡。

根据我国基本国情和立法现状,在现行社会保险法框架下,可以在以用人单位为主的城镇职工社会保险与以个人为主的城镇居民险之间,建立一个针对自雇就业者的险种,既包括基本养老、医疗等人身需求,也涵盖工伤、失业等职业需求,以解决当前因劳动法与社会保险法捆绑适用而导致的新型就业形态从业者社会保险权缺失的法律困境。在具体的方案设计中必须基于共享经济新业态劳动灵活性的特点,使得社会保障也相应具有灵活性,可以借鉴美国智库提出的“多平台用工的社会保险方案”和“可移动的个人社会保险账户”方案,以适用平台新型用工形态的特点,并兼顾平台与平台工作者之间的利益平衡。该方案的核心观点是,当一个人同时为多个平台工作时,平台除了支付报酬,还必须向个人保障账户注资(根据工人工作的小时数按比例分配),个人保障账户的资金将用于支付社保等费用^[15]。平台应当分配必要的财务资源,为每个从业者的社会保险预留资金,根据该从业者为雇主(平台)工作的小时数,或根据工作所支付的工人工资总额的百分比按比例分配^[16]。新业态经济对从业者的数字管理,使得该方案在技术上容易实现。同时,由于平台新业态劳动者工作的流动性强,从推进平台经济就业发展的角度来看,有必要提高社会保险账户的统筹层次,在更大的统筹区域内实现制度运行的统一和基金的统筹安排使用,取消现行人员流动后社会保险转移的户籍、工龄确认、审批许可等条件限制,以较好地解决个人社保账户转移接续困难,同时也有利于消除平台新业态劳动者跨地区流动的障碍。

五、结语

经济数字化转型带来了许多严峻的社会问题,导致了就业形态的改变。在某种程度上,劳动法的应对显得捉襟见肘。对于新业态劳动者权益的法律保护,并不是简单地将新业态劳动者定位为劳动法上的“劳动者”的问题,而是需要超越全日制劳动者—自由职业者的两分法,其关键是要在劳动者保护、灵活就业以及共享经济企业利益之间寻找一个平衡。新业态经济(以及他们的客户)需要所有时间都时刻准备的劳动力,平台企业的大部分利润来自灵活的、按需提供劳动的劳动力。同时,新业态劳动者需要可移动的社会保险,有保障的基本收入、带薪假期、社会保险和退休计划。新业态经济主体和政府应该为可移动的社会保险项目提供资金支持,使按需提供劳动的工作更加稳定,并提高生产力和经济增长,破解就业不足和社会不稳定的困局。确立平台工作者的“自雇者”法律地位,同时保障综合性的普遍社会保险,使更多人可以自由选择不再从事朝九晚五的工作,也更有利于共同富裕目标的实现。

参考文献:

- [1] 习近平. 扎实推动共同富裕[J]. 求是, 2021(20): 1-4.
- [2] 卢越. 鼓励员工奋斗,但必须坚守劳动法规[N]. 工人日报, 2021-01-14(06).
- [3] 刘燕斌. 中国劳动保障发展报告[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2017: 296-300.
- [4] Alexia Fernández Campbell. Freelance Journalists are Mad about a new California Law. Here's What's Missing from the Debate [EB/OL]. [2023-05-02]. <https://www.vox.com/identities/2019/10/21/20924781/freelance-journalists-writers-ab-5-california>.
- [5] 唐镛, 李彦君, 徐景昀. 共享经济企业用工管理与《劳动合同法》制度创新[J]. 中国劳动, 2016(7): 50-51.

[6]田思路. 工业4.0时代的从属劳动论[J]. 法学评论,2019(1):76-85.

[7]丁晓东. 平台革命、零工经济与劳动法的新思维[J]. 环球法律评论,2018(4):87-98.

[8]邓婕. 灵活就业:数字经济浪潮下的人与社会[M]. 北京:中国工人出版社,2020:3.

[9]王天玉. 平台用工的“劳动三分法”治理模式[J]. 中国法学,2023(2):266-284.

[10]Antonio Loffredo, Marco Tufo. Digital Work in the Transport Sector: In Search of the Employer[J]. Work Organisation, Labour & Globalisation, 2018(Winter):23-37.

[11]黄越钦. 劳动法新论[M]. 北京:中国政法大学出版社,2003:86.

[12]Meredith R. Miller. Getting Paid in the Naked Economy[J]. Hofstra Labor & Employment Law Journal, 2015(1):278-299.

[13]伊莎贝尔·道格林, 克里斯多夫·道格里斯, 菲利普·波谢. 平台经济与劳动立法国际趋势[M]. 涂伟, 译. 北京:中国工人出版社,2020:69.

[14]Reuel Johnmark Dakung, John C. Munene, Waswa Balunywa et al. Self-Employability Initiative: Developing a Practical Model of Disabled Students' Self-employment Careers [J]. Africa Journal of Management, 2017(3):280-309.

[15][16]Steven Hill. New Economy, New Social Contract: A Plan for a Safety Net in a Multiemployer World [EB/OL]. [2023-05-01]. <https://www.newamerica.org/economic-growth/policy-papers/new-economy-new-social-contract>.

编校:郭 奕

The Legal Protection of the Rights and Interests of Workers in New Business Forms from the Prsperspective of Common Prosperity

Wu Zhenyu

(Pharmaceutical Business School,Zhejiang Pharmaceutical University,Ningbo,Zhejiang 315500)

Abstract: The new employment form of platform economy has the characteristics of flexible employment, external employment, fragmented organization, and random working hours. It has the characteristics of self-employed labor and is difficult to be included in the current labor law system. To comprehensively promote the development of new business forms and the protection of workers' rights and interests, make legal adjustment and institutional supply for new employment in the platform economy, and eliminate the institutional obstacles to the protection of workers' rights and interests in new business forms are the inevitable requirements for achieving common prosperity. We should break through the traditional view of expanding the scope of application of the labor law at the level of legal norms, incorporate the new employment relationship of the platform into the civil employment relationship, and establish the legal status of "self-employed" of platform workers; at the level of security system, based on the principle of socialization of private law, establish alternative non-traditional trade union organizations to correct the inequality of "algorithm", and develop the new social insurance liability of platform enterprises based on the "social insurance account of multi-employer platform workers". Thus, on the premise of ensuring the continuation of self-employed labor in the new business economy, the platform will recognize and protect the rights and interests of self-employed workers, prevent the impact of the abuse of expanded worker identity on the vitality of the new business, reduce legal disputes arising from the nature of new employment, balance the interests of the platform and employees, and achieve common prosperity.

Key Words: common prosperity; new employment form of platform; new type workers; employment relationship; rights and interests protection

垄断协议二分法的制度改进

——以轴辐协议的性质判定为视角

汪晓贺

(河南财经政法大学 民商经济法学院,河南 郑州 450046)

摘要:垄断协议二分法是一种优势与劣势同样突出的分类方法,其优势在于划分标准明确且易于遵循,能够有效提升司法效率。其弊端主要表现在二分式的“硬性”边界“软化”、逻辑出发点不准确以及过分强调形式三方面。对于拥有跨界性质的轴辐协议来说,简单、直接、程式化的二分法在垄断协议性质划分时会使其面临类型化认定与违法性认定的双重困境。破解这一难题的关键在于对垄断协议的性质划分方法、划分标准以及划分所反映的实质性内容形成明确认识,既要明确轴辐协议竞争效果标准的定性目标与坚持实质正义的定性标准,还要拓展垄断协议行为类型定性方法,进而自然推导出第三类垄断协议的定性结论。由此,可逐步将垄断协议的分类方式由二分法过渡到“三分法+兜底条款”,以完善垄断协议制度体系并解决轴辐协议的定性问题。

关键词:垄断协议二分法;轴辐协议;第三类垄断协议;实质正义

中图分类号:D922.29 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0022-12

尽管垄断行为类型化是反垄断理论史上最为重要的成果之一,但任何类型化都不是绝对的,因此“跨界行为”总是难以避免^[1]。垄断协议二分法这种类型化分类方式也是如此,其“非黑即白”的分类方法忽视了纵横两类协议之间的“灰色地带”,使得具有“跨界”特性与纵横复合特性的轴辐协议游离于垄断协议类型化制度之外。2022年8月1日《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)的修改中增设了第十九条“经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助”的规定。该规定被很多学者理解为《反垄断法》中增设了关于轴辐协议的规定,并将其命名为“组织帮助型垄断协议”。但是,《反垄断法》第十九条更多的是功能性规定,虽在一定程度上解决了未参与垄断协议但推动垄断协议的组织帮助者无法规制的困境,但“组织”与“实质性帮助”的用语旨在描述行为而非类型划分,因而并没有根本性改变横向垄断协议与纵向垄断协议的二分式分类,所以《反垄断法》第十九条应理解为“组织帮助行为条款”而非“组织帮助型垄断协议”。并且,轴心经营者作为轴辐结构的中心与支点,对轴辐结构的展开与支撑至关重要,这种重要性不仅体现了其信息交换功能与组织监督身份,还体现在其是垄断协议的实质性参与者。而组织帮助行为条款仅要求经营者在协议外围为达成垄断协议提供帮助,并不需加入垄断协议。也就是说,轴辐协议是一种纵横交错的复合型协议,具有整体性。而组织帮助行为则是对协议本身的协助,其本身不能被纳入协议的范畴,是一个“协议+组织帮助行为”。总的来说,

* 收稿日期:2022-11-01

基金项目:本文是2023年河南省社科联年度调研课题“人工智能发展中的算法共谋风险防控研究”(项目编号:SKL-2023-359)的阶段性成果。

作者简介:汪晓贺,男,河南财经政法大学民商经济法学院讲师,法学博士,研究方向为经济法学。

尽管组织帮助行为条款对克服传统垄断协议二分法困境具有一定积极意义,但对于垄断协议的类型化研究以及界定轴辐协议性质而言,作用仍然非常有限。因此,我国当下轴辐协议制度困境的首要问题仍是定性问题。

一、垄断协议二分法的实践困境与理论缺陷

二分法是概念划分最为简洁的方法,指的是将一个母项划分为两个子项,一个子项具有某种鲜明的种属特性,另一个子项具有其他种属性,产生“非 A 即 B”的两个结果^①。其优势在于划分标准明确且易于遵循,划分结果满足子项清晰、尽可能穷尽母项等原则,在最大程度提升分类效率的同时还保证了相当程度的准确性。其劣势则主要表现在三方面:其一,虽子项无交集,但因子项并未穷尽母项,因此会存在“非 A 非 B”的子项存在;其二,划分标准明确但不统一,存在“既 A 且 B”的子项存在;其三,法律运用中解释文本基础不牢,造成解释过程和解释方法易变,进而影响结论准确性与权威性^[2]。

(一) 垄断协议二分法的实践困境

垄断协议二分法成型于 20 世纪 60 年代的美国,其最大优势在于规则简单而清晰,不但能更加深刻地揭示两种类型垄断协议的特征,还能极大地节约司法资源并提升司法效率,因此在英、美等国家较为普遍^[3]。我国也是实行垄断协议二分法的国家,依据《反垄断法》第十七条与第十八条,垄断协议被分为横向垄断协议与纵向垄断协议两个类型^②。然而,采用非黑即白的分类方式不仅不符合基本哲学逻辑^[4],无法穷尽涵盖垄断协议的丰富内涵,更无法应对快速发展与变化的市场环境,在执法实践中面对具有纵横复合特性的轴辐协议时显得束手无策。以市场力量高度集中且垄断行为频发的原料药市场为例,截至 2021 年 11 月,我国执法机关共查处了 11 起案件,其中共有 6 件涉及“独家包销”模式(见表 1)。这 6 起案件中,尽管当事人所处上下游位置不同,但都是“独家包销”模式下的垄断“同案”,而执法机关却将其认定成多种不同的垄断行为,且都存在垄断协议参与者逃脱了惩罚的情况。这种“同案不同判”且违法者逃脱惩罚的处理结果,不禁使人对执法机关的执法标准产生疑问。

表 1 原料药“独家包销”案件汇总^[5]

序号	处罚时间	原料药类别	当事人上下游位置	垄断行为判定
1	2011 年 11 月	复方利血平	下游销售商	执法机关未披露具体违法类型
2	2016 年 12 月	苯酚	上游生产商	滥用市场支配地位(拒绝交易)
3	2017 年 1 月	水杨酸甲酯	下游销售商	滥用市场支配地位(搭售、附加不合理交易条件)
4	2017 年 7 月	异烟肼	上游生产商	滥用市场支配地位(垄断性高价、拒绝交易)
5	2019 年 2 月	苯巴比妥	上游生产商	拒绝交易(中止调查)
6	2020 年 4 月	葡萄糖酸钙	下游销售商	滥用市场支配地位(垄断性高价、附加不合理条件)

2011 年国家发改委查处的“复方利血平案”中,两家销售商分别独家代理两家国内厂商生产的复方利血平原料药的国内销售,并通过交叉持股建立紧密联系,成为一致行动人。两家销售商分别通过与原料药生产商订立协议的方式,禁止生产商与第三方交易,由此造成复方利血平原料药价格大涨。

① 法律概念的划分一般包含母项、子项与依据三个要素。其中,母项指总的属概念,子项指从母项中分离出来的种概念,依据指分离或划分子项的标准。

② 垄断协议二分法的合理性主要源于两种垄断协议在损害竞争效果方面存在的性质差异:横向限制违法性明显、纵向协议限制竞争效果不确定。一方面,横向限制往往会直接消除竞争者之间的竞争,对市场公平竞争秩序破坏性较强,违法性较为突出且缺乏正当性;另一方面,纵向垄断协议的竞争限制效果却因案情不同而差异性较大。基于提高司法效率的考量,对横向垄断协议一般适用当然违法原则,从而对危害性来说并不明显的纵向协议,司法机关对其一般从审慎角度出发通过合理原则实行个案具体分析。

此后,执法机关根据调查认定销售商实施了滥用行为,并对销售商进行了处罚。2016年重庆市工商行政管理局查处的“苯酚案”中^①,案情与“复方利血平案”类似,但本案中生产商不仅提高了总代理的售价、分取下游销售商利润,还对下游经销商的销售情况进行纵向监督。因此,执法机关认定该案为生产商利用市场支配地位拒绝交易,应对其进行惩罚。分别从两案的结果来看,执法机关的论证与结论似乎没有问题,但将两案的处理结果对比可以发现,两案在行为人角色、案情、竞争损害结果方面均高度一致,但前案只惩处了销售商,后案只惩处了生产商。从具体案情出发或许可以辩称两个被处罚主体分别是各自案件中的主导者,但这只能说明被处罚主体的当罚性,而不能解释为何前案生产商与后案销售商可以逃脱处罚。2017年1月的“水杨酸甲酯案”^②似乎能为解答上述疑惑提供思路,该案总体与“复方利血平案”类似。但与之不同的是,该案中的上游生产商并不是垄断行为的“同谋者”,而是被销售商“裹挟”参与垄断行为,主观上没有故意,因此也就未被惩处。通过对比执法机关的处罚态度,可以料想其处罚思路应是:对于独家包销协议中占据主导地位的一方予以惩处,对于次要地位或受被动“卷入”的经营者不进行处罚。但这又产生了新的疑问:协议中处于次要地位也是协议的参与者并对竞争损害结果发挥了作用,同样可能因垄断协议获利,对其免于处罚的合理性何在?

上述案件的处理结果所反映出的深层次问题是:将垄断协议区分为横向与纵向的二分法,正面临着严峻的实践挑战。一方面,垄断协议二分法框架下,不同经济层级经营者达成的具有横向限制效果的垄断协议无法进行种类划定。因此,即便存在书面垄断协议并确实按照垄断协议共同实施了排除限制竞争行为,执法机关也无法准确识别其所属的垄断协议类型,而不得不“退而求其次”^③,将其认定为滥用市场支配地位。实际上,这种处理既耗费精力又不准确。说其耗费精力是因为判定滥用市场支配地位须先确认案涉经营者是否具有市场支配地位,而认定垄断协议则无须相关分析;说其不准确是因为参与协议并配合实施垄断行为的所有经营者都是造成竞争损害的元凶,理应受到惩处,但依照滥用市场支配地位进行处罚,则不具有市场支配地位的经营者根本不会受到处罚;另一方面,即便按照垄断协议进行处罚,二分法的存在也会使得与主导合谋者不同经济层级的经营者逃脱处罚。也就是说,即便执法机关想依照垄断协议制度对所有参与者进行处罚,垄断协议二分法也不允许这种结果的出现。即便不考虑纵向限制的种类要求,要想实现对上下游三个经营者都惩处的目的,最佳做法要么是认定三者之间构成了一个横向限制和一个纵向限制,要么是认定三者之间构成了两个纵向限制。但这两种方式均对其中一个主体的一次行为进行了两次认定与两次惩罚,显然并非良策。尽管理论上可以将不同层级的经营者作为组织帮助者进行处理,但此类案件中,不同层级的经营者不仅参与了谋划,还参与了实施,因此将其评价为参与者而不是组织帮助者显然更为妥当。可见,既非典型横向协议又非典型纵向协议的原料药“独家包销”协议,无论依照《反垄断法》第十七条、第十八条抑或第十九条均无法正确处理。可以说,垄断协议二分法在此类案件中彻底失灵。

(二) 垄断协议二分法的理论缺陷

垄断协议二分法的直接目的是提高司法效率^[6],使得类型化指向更加明确。但面对纷繁的实践状况与复杂的垄断协议,简单、直接、程式化的二分法在适用时至少会面临以下三重理论缺陷。

其一,垄断协议二分法所设置的“硬性”边界面临“软化”。垄断协议二分法人为地创造了垄断协议内部的“硬性”边界,但这个边界却导致普通法上的本身违法与合理原则之间存在相当大的“灰色地带”^[7]。“灰色地带”的范围与当时社会的认知水平和社会风潮呈正相关,其直接表现就是法律实践的相对化运动中卡特尔合理分析与缩短性合理原则两种竞争分析方法的出现,前者表现在美国的

① 参见渝工商经处字〔2015〕15号行政处罚决定书。

② 参见鄂工商处字〔2017〕201号行政处罚决定书。

③ 我国《反垄断法》引入共同滥用市场支配地位规制主要是借鉴欧盟经验。按照欧盟法的法律规制设置,共同滥用市场支配地位主要针对的是寡头市场上的共同限制竞争行为,这类行为需要满足两个条件:其一,具有共同行为特征;其二,缺乏充分证据证明存在垄断协议或协同行为。也就是说,共同滥用市场支配地位是一种补充性制度,只在依照垄断协议与协同行为无法有效规制的情况下才进行适用。

Broadcast Music 案^[8]、NCAA 案^①中,后者则体现在美国的 Indiana Dentist 案^②中。实际上,不仅合理原则会因为理论发展及社会进步产生波动,就连本身违法原则也不是一成不变的。与之相反,从本质上来说,本身违法是一种经验性规则,其划定的边界来源于大量经验的总结,因而其本身亦是一种“基于积累的观察”,其适用也受到了不断的检验、证伪和修正^[9]。因此,合理原则解释范围的拓宽及本身违法的缩减正是反垄断理论不断发展与推进的过程,并且这个过程还将不间断地持续下去。所以,既然本身违法与合理原则之间的边界是“软性”的,那么以此为核心构建的垄断协议二分法的硬性边界亦会是“软性”的。可以说,垄断协议二分法试图设置一条“硬性”边界,意图实现对垄断协议种类的明确划分,但其设置的“硬性”边界从本质上来说却是“软性”的,这也注定了这个“硬性”边界不会成功。

其二,垄断协议二分法的逻辑落脚点不准确。垄断协议二分法的逻辑落脚点在于横向限制危害性强,应直接适用本身违法原则;纵向限制危害性较弱,应适用合理原则。但问题是,并非所有横向限制的危害性都比纵向限制强,也并非所有纵向限制的危害性都比横向限制弱,两者之间的危害性更多的是从“总体性”与“相对性”角度而言的。如今,垄断协议二分法将形式上的区分与效果上的差异完全对立,自然得出了“横向协议是坏的,纵向协议是好的”这一不严谨的结论,这实为一种形式主义垄断协议观^[10]。并且,垄断协议的纵向与横向区分的目的在于高效、直观地提炼出垄断协议的“标签”,而不是对排除限制竞争效果的评价。因此,正确的逻辑应是通过竞争效果的“结论”得到纵向或横向垄断协议“标签”,而不是通过“标签”推导出竞争效果这一“结论”。也正因此,以形式化的方式将垄断协议简单区分为横向垄断协议与纵向垄断协议,并为横向协议背书为“坏的”、为纵向协议背书为“好的”,充其量是一种天真的想法,这种僵化的违法确认原则应逐渐淡化^[11]。

其三,过度关注形式问题,忽略实质问题。横向与纵向的区分归根到底是一种协议外观形式的判断,过度关注形式问题实为本末倒置。正如前文所述,竞争效果是评价协议是否违法的最终“结论”。也就是说,垄断协议违法性判定的基本依据应是该协议是否排除限制竞争。然而,垄断协议二分法却成为适用本身违法和合理原则的根本依据,由此导致举证责任和司法机关规制态度上的较大差别,进而深刻影响了案件的处理结果。因此,实践中司法机关与当事人往往都将协议的横向与纵向区分作为重点与焦点,对协议所带来的排除限制竞争效果反而没那么关注,这实为舍本逐末。

二、轴辐协议性质判定困境

二分法这种绝对简单的程式化分类方法虽然一定程度上能提升效率,但却极易陷入错误“目的论”解释的误区,进而背离反垄断法的促进市场竞争的立法目标,走向极端的形式主义。按照芝加哥学派的经济理论,上游经营者主导形成的纵向协议一般都是分销系统的组成部分,这些上下游之间所构成的简单分销关系具有互补性,因此它们之间的合作对竞争基本没有危害。不过,轴辐协议所形成的纵向限制效果远远高于传统分销协议,而且不同经济层级经营者之间的经济关系的紧密程度及一体化程度远比芝加哥学派料想的更加复杂。正因如此,单纯以传统二分法理论对轴辐协议进行种类划分不仅无法正确理解轴辐协议的行为模式及竞争效果,还会在性质判定方面遇到困境。

(一) 类型化认定困境:垄断行为类型不足

尽管垄断协议类型化对于细化垄断协议种类及促进反垄断执法具有重要意义,但因为“跨界行为”的不可避免,垄断协议类型化不断面临着理论挑战。对此,一个看似有效的解决方法是将此类“跨界行为”全部单独区分出来并诉诸合理原则进行个案分析。不过,耗费精力进行个案分析,固然在一定程度上能减少误判,但同时会带来执法成本上升、权力寻租以及法律规制稳定性下降等问题。因此,依靠能够实现最优区分的竞争规则,并据此构建出既能营造良好竞争秩序,又能实现秩序自由主义要求的类

① See NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U. S. 85 (1984).

② See FTC v. Indiana Federation of Dentists, 476 U. S. 447 (1986).

型化规制,就成了当下的最佳选择^[12]。如此一来,减少错误决定成本所带来的边际收益与差异化规制的边际成本就能实现均衡,竞争分析规则也能实现最优区分^[13]。此外,最优竞争规则还能在稳定法律预期、减少执法不确定性与权力寻租的同时保证判定的准确性,进而成为一国经济法治的重要经济政策。鉴于此,相较于针对“跨界行为”普遍适用合理原则,探寻更加精准的竞争分析规则显然更具可行性。

回归至轴辐协议的认定,既然横向行为与纵向行为类型化区分的目的之一在于解决现有反垄断制度中几种类型化区分无法适用同一种分析方法的难题,那么,可以推断出轴辐协议的主观概念与客观存在之间并不存在稳固的关系,此时其概念的类型化将难以被普适性社会常识完全概括。对此,有两个解决方式。其一,对存在类型化规定垄断行为的子类型进行细化规定,例如将横向行为中的联合抵制依照抵制对象不同、非竞争者参与程度等因素再细化为四类^①;其二,将跨界行为与突破类型化行为予以单列。但对于轴辐协议而言,第一种方式基本不具备可行性,主要理由有三:其一,进一步归纳子类型更多的是基于经验与制度特性,并未显示出通用性与逻辑性;其二,轴辐协议概念及分类目前还未受到普遍认可,没有稳定的既定制度框架,也没有被划分类型的实践经验,突然归纳其子类型恐难以服众;其三,划分子类型并没有突破新型垄断协议二分法的分析框架,二分法的制度缺陷仍会给轴辐协议带来性质界定困境。因此,应当采取第二种方法,即在横向垄断协议与纵向垄断协议以外增设第三种行为类型,以实现横向与纵向复合行为的有效规制。

(二)违法性认定困难:行为目的及行为动机难以解释

1. 行为目的:不同性质协议具有差异性。二分法体系下,横向协议与纵向协议在目的方面虽有差异,但都具有明显的规律性。横向协议行为人通常具有相同的目的,纵向协议行为人的目的则不尽相同,而轴辐协议却兼具二者的特征。横向垄断协议是一种合作策略性组织架构,它将本应相互排斥、敌对的竞争者联合起来,其主要目的在于垄断市场并获取高额利润。从理论上来说,是否能够获得寡头利润的关键在于参加协议的每个成员是否相信协议同盟有能力保证其他成员不背叛,因为内部成员越是能够达成信任并保证不通过降低价格来挖取对方客户,索取高于竞争性价格的成功性就越高^[14]。因此,横向垄断协议的每个成员都有着共同的目的,这个目的是维系垄断组织的根本保障。与之相对,纵向垄断协议的行为人之间往往不具有共同目的,这主要是因为纵向协议的行为人为不同经济层级的经营者,他们之间不存在竞争关系,之所以共同行动往往是基于自身的考虑^②。至于轴辐协议,其行为目的则兼具纵向与横向的特性,其最终目的与横向协议相同,都是获取垄断性利润,其上下游经营者的直接目的却又可能是不同的。例如,“苹果电子书案”中,图书出版商与苹果公司形成合谋的最终目的都是获得超额利润,但苹果公司的直接目的是获得电子书市场份额,图书出版商的直接目的则是获得电子书定价权。这两者之间直接目的不同,关注的重点与行动理念亦有差异,但相同的最终目的却促使二者之间抛弃差异并形成合谋^③。

2. 行为动机:共同利益既一致又分化。垄断协议二分法只区分横向与纵向的做法虽然提高了标准化程度与执法便利性,但难免将上下游复杂的利益关系进行了过于简单的理解。实际上,作为独立经营个体的上下游经营者,基于排除、限制竞争的共同动机成为“合作伙伴”^[15],此时其追求的利益既存在一致性又存在分化可能性,这种特性在轴辐协议中尤为明显。其中,共同利益的一致性主要体现为可能存在第三方监督或激励条件两种情况。首先,横向合谋本身具有较强的不稳定性,因为其成员具

① 联合抵制的子类型具体为:竞争者联手抵制竞争者或联手抵制非竞争者、竞争者与非竞争者联手抵制竞争者或联手抵制非竞争者。

② 例如,维持转售价格中的生产商一般是为了更好地进行市场销售、维持品牌形象、增强产品竞争力以及防止销售商搭便车,而销售商则是为了购买物美价廉的产品以获取更丰厚的利润。

③ See U. S. v. Apple Inc., 791 F.3d 290 (2015).

有违背协议的内在激励,即牺牲其他成员的利益为代价谋求高于预期的短期利润^①,因此横向合谋往往需要第三方充当监督者。实践中,常常通过共同成立第三方公司实现监督,但更为常见的方式是共同委托不同经济层级第三方经营者作为协议的执行者与监督者,此时与横向限制不同经济层级的经营者就成了整体策略的监督者与执行者。其次,轴心推动协议的主要原因可能是存在相对应的激励条件或是轴心所促进的产业链纵向合谋有利于消费者。无论具体原因如何,轴心与轮辐端经营者的协调与配合显示出上下游经营者存在一致行动的共同利益。而共同利益的分化可能性主要体现在轴辐协议中的合作有可能仅仅是相互利用,并没有因合作形成稳固同盟。“苹果电子书案”中,苹果公司的主要目的是进入电子书市场并占据一定市场份额,出版商的主要目的是迫使亚马逊公司屈服并获得电子书的定价权。但从结果来看,出版商显然被苹果公司“算计”了,因为苹果所提出的“代理模式+MFN 条款+最高价计划”既使得自身打开了电子书市场,又通过合谋获取了数百万美元的利润;与之相对的出版商虽然最终迫使亚马逊公司屈服,但其自身也蒙受了百万美元级的损失。即便本案中苹果公司与出版商的直接目的都得以实现,体现出上下游经营者的一致性与各取所需,但问题在于“代销模式”下出版商的边际利润比“寄售模式”更低。也就是说,苹果公司利用了出版商对亚马逊公司的迫切对抗心理,达成了对自身并没有显著益处的合谋协议^②。

三、轴辐协议的定性体系

垄断协议二分法体系下,轴辐协议的复合结构给原有垄断协议违法性判断及事实认定标准都带来严峻的挑战,再加之二分法本身的内在缺陷,使得轴辐协议的基本性质判定陷入了困境。解决这一问题的关键在于对垄断协议的性质划分方法、划分标准以及划分所反映的实质性内容形成明确认识。因此,轴辐协议的性质判断不应再拘泥于二分法“非横即纵”的形式规则,在违法性判定方面应回归垄断协议违法性判定的实质,在竞争分析时应依据实践情况拓展行为类型,在厘定类型化标准时应注重实质正义的实现。基于以上分析,再结合前文对于轴辐协议的特性研究,自然可以推导出轴辐协议的定性结论。

(一) 定性目标:竞争效果标准的实质回归

依据垄断协议二分法,横向与纵向的划分可以进一步推导出本身违法与合理原则两种分析模式,其中本身违法原则不要求证明竞争损害,合理原则需在个案中进行证明。由此,两种垄断协议形式形成了分析模式的实质性不同:对于横向协议的认定一旦形成就会明确“本身违法原则”分析模式之使用,并且会形成“协议必然产生排除、限制竞争效果”的认识;对纵向协议则会具体分析其在个案中的竞争效果差异,即“综合考量市场情况、市场变化、影响后果,然后再据此判断是否违法”。然而,针对具有复合结构的轴辐协议,实践中的定性标准与分析模式却在左右摇摆,主导垄断产生的核心经营者往往会逃脱惩处^③,造成这种困境的根本原因在于“坏的横向协议”与“好的纵向协议”这种程式化认识束缚了垄断协议判断标准的灵活性与准确性。破解这一困境的关键就在于,对轴辐协议违法性的评估不应再依据“横向”或“纵向”的形式性规则,而是需要回归违法性判断的实质性标准——协议本身的竞争效果。

垄断协议的竞争效果目前并没有十分严格的判断标准,总体上可区分为促进竞争效果与反竞争效果两种,对效果评估的要素可以归纳为效率与消费者福利两种。从促进竞争的角度来看,轴辐协议使得经营者之间的关系更加紧密,能够提高内部效率并防止搭便车现象,使得经营者能够投入更多的精

^① 例如,若存在一个横向合谋,其中一个成员违反协议以略低于共同约定价格的优惠价格面向市场,此时只要其他成员继续维持协议价格,他将获得一个非常有弹性的需求曲线。这意味着略微降价带来了显著的销量提升,此时将能获取到远大于垄断协议配额产量的利润。

^② See U. S. v. Apple Inc., 791 F.3d 290 (2015).

^③ 例如,2016年的“苯酚案”就只处罚了生产商,而没有处罚对合谋起到关键作用的销售商,参见渝工商经处字[2015]15号行政处罚决定书。

力与资金到技术升级与管理升级中去,进而节约技术成本与交易成本。并且,在提升效率的前提下,经营者的联合也会一定程度上消除“双重边际化”给消费者福利带来的消极影响。但与此同时,轴辐协议的反竞争效果也是十分明显的,不仅会造成社会成本的经济性损失,还会损害市场竞争机制、消费者福利并抑制创新。因此,在竞争效果评估中不应主观性地只评估反竞争效果或促进竞争效果,而应将二者进行综合评估,判断出哪种效果占据主导地位,并在此基础上判定其违法性的强弱。此外,在进行判定时要注意内部判定与外部判定结合:内部判定即通常意义上的积极效果与消极效果的比较;外部判定则是要综合判断竞争利益与非竞争利益之间的得失,例如对外贸易、产业政策、公共健康、自然环境。当然,外部判定时会掺杂竞争之外的利益证成竞争损害,这对竞争效果判定本身是一种动摇,因此要对外部判定中的被告施以较高的证明标准和证明义务,要求其必须承担证明限制竞争行为具有积极性与正当性的义务。与之相反,内部判定是对同一维度竞争效果的评估,因此无需对被告施加过重的证明责任,证明反竞争效果占据主导的责任应由原告承担^①。

从发达国家的反垄断执法经验来看,横向协议与纵向协议区分的逻辑基础——本身违法原则与合理原则之间的界限正在不断淡化,并正在由形式化二分法逐渐转向竞争效果这一实质性标准。不仅如此,在法院证明责任分配平衡机制的参与下,适用合理原则还是本身违法原则对违法性判定的实际影响并没有当初料想的那么大。因为在违法性十分明显的情况下,即便是适用合理原则,被告也要为自身行为的合理性进行主动举证。也就是说,轴心经营者无论所处位置是上游还是下游,只要其对横向合谋的形成与维持起到了组织、帮助作用,其适用原则虽名义上是合理原则,但实质上仅仅是被赋予了效率抗辩的权利。这就是说,轴心经营者如果想要免除处罚,就必须主动、积极地证明其行为不具有违法性,这与传统合理原则条件下往往由原告进行举证的规则已具有根本性的区别。

(二) 定性方法:拓展垄断协议行为类型

行为类型化对于细化垄断行为、丰富反垄断理论及提高反垄断执法效率具有积极意义,但类型化不是绝对的,尤其是面对轴辐协议这种兼具纵横特征的垄断协议,对其行为进行归类往往是困难的。由此,便产生了一个疑问,即:是否有必要将轴辐协议拓展为新的垄断协议类型?通过对垄断进行协议类型化研究可以发现,拓展垄断协议新类型对于突破垄断协议二分法局限具有积极作用。不过,拓展垄断协议类型改变的不仅仅是垄断协议分类层面的问题,还关系着垄断协议的基本框架,甚至关系着整个反垄断体系的导向。因此,应将“拓展垄断协议新类型是否具有必要性”这一问题定位至整个反垄断法框架之下进行讨论。

结合现有对轴辐协议性质的讨论,多数观点建议通过法律技术将轴辐协议纳入现行垄断协议体系之中进行规制,因为没有充分理由显示有必要动用立法或司法解释资源对轴辐协议进行单独规制^[16],而且即便不将轴辐协议拓展为新的垄断协议类型,只要能充分认识轴辐协议的复合结构并实现违法主体的应罚尽罚,那么依照价格卡特尔或联合抵制规则进行处理,从反垄断法实施的角度来看并没有什么不妥^[17]。不过,虽然法律类型化设置需要结合法律资源状况,但在立法资源与释法资源不相对紧缺的情况下,新设轴辐协议为独立类型必然是更优选择。一方面,新设独立类型可以全方位地对轴辐协议形成有效规制,不仅可以在法律文本层面明确其基本含义及构成要件,提升其法律地位,减少其适用争议与不确定性,更能完善垄断协议规制体系,实现制度发展与制度创新,提供了一个新的法律工具,并使得反垄断法应对纵横复合结构型垄断协议时更加从容。事实上,若法律文本没有进行明确限定,单靠非文本的竞争政策与竞争理论是不足以有效控制轴辐合谋的。因为,只要轴辐协议的新类型未得到确认,那么同时惩处上下游的经营者联合体将是十分困难的。尤其是在垄断协议二分法的框架下,

^① 这种内外结合的多元化判定思路在法律实践中也有所体现,例如《南非竞争法》第5条规定:“(1)若纵向经营者之间的协议实质性损害或削减市场竞争,此协议应被禁止。但是,如果经营者能够证明其技术效益、效率提高等积极效果能超过协议本身的消极效果的,可以免除处罚。”第10条第(3)款规定“下列情形下,竞争委员会可对本条(2)项规定豁免:……(i)有利于进出口;(ii)能提升企业(尤其是小企业和劣势企业)竞争力;(iii)改善产业效能下降;(iv)经贸易部长指定,且经该产业负责部长同意。”由此可见,《南非竞争法》第5条、第10条分别涉及内部判定与外部判定,其中第5条是竞争维度主导性效果评估,抽象要求促进效果超过限制效果;第10条则是将竞争价值置于更广泛的监管议程中进行讨论,要求行为具有实现正当目的“充分合理性”,其主要判断工具是比例原则。

纵向协议与横向协议之间存在“硬性”边界,使得跨界行为既无法实现有效规制,又无法正确归纳行为类型。另一方面,构建轴辐协议类型化种类并将此跨界行为单列,也可以更好地贯彻整体性的社会福利。反垄断法是规制市场行为的托底条款,其逻辑分析基本落脚点是社会整体福利,而非具体行为的规范性。追求社会整体福利的特性要求执法机关要全方位地衡量案涉行为的排除限制竞争效果与促进竞争效果。但是这种分析方法由于需要借助广泛的市场数据与深度的挖掘,再加之具体行为跨界所带来的不确定性,往往需要过高的执法成本。而拓展行为类型则可以将抽象原理转化为可执行的垄断行为,将跨界行为尽可能地实现准确归类,从而实现具体分析方法的整体一致,最终有益于提升效率并有益于社会整体福利。

在明晰拓展垄断协议必要性的基础上,还需对如何拓展以及拓展需注意的事项做进一步分析。综合来看,首要应将增添轴辐协议作为第三类垄断协议,但要注意理论导入的必要性,同时还需要考虑导入的实践可行性,尤其需要注意以下三点。其一,要明确划定轴辐协议、横向垄断协议与纵向垄断协议的范畴。轴辐协议作为纵横复合的混合型垄断协议,必然与已有的两种协议存在交叉与重叠。但其双层双向^①的纵横复合结构却不能单独被横向协议或纵向协议所囊括,因此其本质上属于游离于二者之外的第三类垄断协议。若具有横向限制效果的同时没有凸显轴心的“交易连接点”的特性,也就说明不同经济层级经营者并没有发挥作用,此时依照横向限制规制即可。同理,若仅有上下游经营者之间的纵向合谋而没有横向合谋,此时依照纵向限制进行规制。其二,厘清轴辐协议与行业协会垄断协议之间的关系。轴辐协议的轴心经营者作为整个交易的“连接点”,不仅监督整个协议的履行,还是协议成立的“组织者”与“帮助者”。而行业协会组织实施的垄断协议中,行业协会所起到的作用与轴心经营者十分类似。但从主体身份来看,轴辐协议的轴心一般限定在“经营者”的范畴,因此行业协会所主导的垄断协议一般被认为不属于轴辐协议^②。但是,随着计算机及互联网技术的发展,不仅出现了行业协会充当轴心的典型性案例^③,还出现了算法充当轴心的情况。因此,轴心并不应局限于“经营者”的范畴,而应拓展其内涵。进而,行业协会若存在组织本行业经营者达成垄断协议的情况,并且该行为复合轴辐协议的综合要求,此时应秉承“实质高于形式”^[18]的原则将其认定为轴辐协议。其三,导入轴辐协议规制时,还需注意与共同滥用市场支配地位的协调。共同滥用市场支配地位一般针对寡头市场上的共同行为,这类行为具有共同排除限制竞争的效果,但又缺乏充分的证据证明存在协议或协同行为。也就是说,在无法证明存在垄断协议的情况下,若经营者能构成共同市场支配地位,则可以依照共同滥用市场支配地位进行规制。但需要明确的是,即便是创设共同滥用市场支配地位制度的欧盟,在反垄断实践中也鲜有以此为由单独进行规制的案例^④。实际上,轴辐协议与共同滥用市场支配地位并不是相互替代关系,而更像是一种相互补充关系:前者不要求经营者具有支配地位,只要求上下游经营者通过垄断协议共同排除限制竞争;后者不要求排除经营者之间的实际或潜在竞争,而只强调寡头成员行为的一致性^[19]。

(三)定性标准:坚守实质正义

轴辐协议定性过程中最应关注其实质性维度,也就是轴辐结构所表现出来的本质特征,这意味着

① “双层”是指不仅轮辐端具有竞争关系的多个经营者之间达成了合谋,不具有竞争关系的不同层级经营者也以轴心的身份组织、帮助了垄断协议的成立;“双向”是指纵向直接意思联络与横向间接意思联络。

② 例如,我国反垄断法刚刚设立之时,因为行业协会存在排除限制竞争的实际情况,就将行业协会也列为垄断协议的适用对象。但随着反垄断理论及立法的发展,反垄断规制的对象日渐确定为经营者,而行业协会则因被判定不属于市场主体而不受反垄断法规制。

③ 2012 年的湖南“娄底案”中,娄底市保险行业协会就实际领导了新车保险中心,并负责组织、监督协议的履行,承担了信息交换中心的作用,并成了实质意义上的“轴心经营者”。

④ 欧盟的执法实践中,多会将共同滥用市场支配地位与垄断协议搭配使用。例如,Flat Glass 案中,欧盟委员会认为玻璃板的多个生产商不仅构成了共同市场支配地位,还通过协议形式分割市场与固定价格,违反了第 101 条的垄断协议规定与第 102 条的共同滥用市场支配地位规定。但欧盟法院审理后认为,共同滥用市场支配地位不仅需要证明共同限制行为,还需要证明共同行为人具有经济或结构上的实质关联,因此推翻了玻璃板生产商违反第 102 条的指控。

轴辐协议最根本的证成应着眼于追寻实质正义^①。一方面,实质正义作为经济法所一贯坚持的核心理念,从整体上贯彻与促进着市场经济法律的公平正义观^[20]。法的根本目的在于实现正义,经济法当然也不例外。经济法所追求的实质正义在于实现社会范围内的实质性、社会性的正义与公平,是一种追求绝大多数社会成员福祉的正义观,强调针对不同情况和不同的对象予以不同的法律调整。当然,为了达成经济法所追求的实质正义目标,有时需要通过不同等形式实现实质性平等结果,例如通过调节收入分配妥善处理个人、阶层、地区发展不平衡与不协调问题^[21]。不过,经济法的实质正义所强调的社会本位、统筹协调、平衡利益、共同发展等基本概念并非与形式正义针锋相对。与之相反,实质正义是对形式正义的扬弃,其反而包含了对形式正义的要求,即:理应奠基于形式、完成扬弃,以获其质料^[22]。易言之,立足于经济法实质正义所主张的社会本位,轴辐协议应追求多数人实质性公平与正义之实现,关注轴辐协议影响整个市场及社会的方式。另一方面,实质正义所追求的公平竞争精神亦会反映到追求社会效益上,这是现代经济法的主旨与核心。作为社会经济生活的调节器,经济法直接追求社会效益,具体表现为对整个经济系统资源配置的绩效之提高及其对总体社会福利的增进。一般而言,效益是成本—收益的反映,但经济法层面的社会效益却不仅仅要求经济成果最大化,更是要求宏观经济、长远利益、社会福利、人的自由与价值等诸多实质正义因素的优化与发展。换言之,评估轴辐协议的效益时,不仅要着眼于其经济性,还要着眼于其社会性,不能仅强调局部的经济性利益,更要实现全局的经济效益与社会效益。

社会效益不仅是实质正义的映射,更与实质正义之间存在着相互对立与相互转化的关系,二者共同构筑了经济法的价值系统,因此从根本上说二者是相辅相成与相得益彰的。社会效益对社会整体福利的增进形成追求实质正义基础,没有正义的效益是不能持续存在的;而实质正义所创造的机会均等的实质性保障又为社会效益提供着激励与动力,没有效益的实质正义对于社会而言意义有限。因此,在对轴辐协议进行竞争分析时,不仅要关注在议行为的法律特征以及行为结构,还需着眼于其最终效果与价值追求,以实质正义这一经济法的源头与终点来评价行为的法律特性。

四、定性结论:第三类垄断协议

(一)轴辐协议作为独立规范之理由

类型化的分析方法及实质竞争效果判断标准都表明,轴辐协议已经满足由经验上升至规范类型的条件及要求。轴辐协议作为一种多发性垄断行为,在判例法和学术研究中已经被深度研究,但轴辐协议能否与横向协议与纵向协议并列成为一种新的规范类型,目前还存在争议。解决这一争议的关键就在于掌握正确的分析方法及判断标准。依照类型化分析理论,垄断协议的规制目的及其背后蕴含的法律思想是适用类型化分析的决定性因素。在轴辐协议层面,其规范目的应是预防和禁止利用协议方式损害竞争,其背后的法律思想应是上下游经营者或同级经营者之间形成协议会直接损害市场竞争。当然,此时的核心问题依然是轴辐协议是否可以完全纳入这一既定的考察框架之内。如果不能纳入,在此基础上应进一步考察轴辐协议是否具备规范意义上的分类排他性。若既不能纳入已有考察框架,又具备了分类排他性,则可以得出考察对象具备经验意义与实质意义上独立性的结论。从这两个角度来看,轴辐协议所存在的中心—边缘结构与间接信息交流机制并不能被已有二分法类型化分析所囊括,“交易连接点”“间接轮缘合谋”等核心概念也从未在已有考察框架内出现,因此可以说轴辐协议并未与横向协议与纵向协议完全规范竞合;轴辐协议结构下的市场信息、动能传递方向与横向协议、纵向协议都不相同,这表明了其作用机制所反映的逻辑内核具有独特性。总的来说,轴辐协议具有外在形式与核心内核的双重独特性,作为一种独立的规范类型已具备充分的理论基础。

法律规范的制定过程就是描述实践中反复出现的行为类型并借助抽象法律概念构建制定法律结

^① 与实质正义相对应的概念还有形式正义。形式正义立足于法律的普遍性联系,强调同等的人应受到同等待遇。例如,民法所追求的就是形式正义,是一种基于私法的校正正义。

构之外形^[23]。也就是说,实现规范与事实之间对接的方式是对已出现的事实进行抽象化,并将其与规范进行类比分析,最终在此基础上适用演绎进而获得答案^[24]。剖析轴辐协议的信息交易流机制与复合型结构,其排除、限制竞争的外在结构形式和内在意义内涵均与已有垄断协议类型不同。同时,由于已有垄断协议二分法的分析框架的结构性缺陷无法克服,注定无法通过已有规范解决“轴心经营者”规制难题。由此可见,轴辐协议的经营事实与分析模式和已有两类垄断协议的规范都无法完全匹配,并且垄断协议二分法的结构性缺陷和面临轴辐协议所展现出的认定困境,都表明其在分类上不具有完备性。因此,轴辐协议具有充足的理由成为新的独立规范类型。

(二) 第三类垄断协议本质:横向限制与纵向限制结合

对轴辐协议的本质进行分析,一是为了明确其影响市场竞争的具体方式,二是为了明确其在法律体系中的位置与类型化的形式特征。通常来说,复合行为的多个行为之间能够明确区分出主要行为与次要行为,主要行为会被认为是结果,次要行为会被认为是工具。基于此,有学者提出对轴辐协议的本质认识即界定其中横向限制与纵向限制是工具属性还是结果属性。从结论来看,纵向关系是整体行为所运用的工具,横向关系是利用工具后所引发的结果,即横向关系属主要,纵向关系属次要。这类观点具有一定道理,因为从外观来看,纵向协议确实直接替代了部分或整体的横向直接意思联络,纵向协议对横向限制后果的出现确实提供了工具性帮助。同理,从结果上看,轴辐协议也会造成不同经营者之间在价格与数量方面的不竞争^[25],这也更类似于横向限制。不过,轴辐协议的双层双向的结构使得轴心经营者与轮辐端经营者组成了实质性的命运共同体,横向协议与纵向协议同样都是其重要构成部分,从结构与作用角度来说起着必不可少的作用,并没有所谓主要行为与次要行为。实际上,轴心经营者作为纵向关系中的一环,其亦是横向合谋成立的基础与重要一环,因此在轴辐协议中实际并不存在多个协议,而只存在一个兼具横向特性与纵向特性的复合型协议,更不能说因为纵向关系对横向合谋起到一定作用就将纵向关系认定为横向关系的一部分。退一步讲,即便将轴辐协议中的横向关系与纵向关系人为地进行割裂,单独纵向关系所体现的也不仅仅是工具特性,其本身亦有可能产生纵向限制之效果。同理,排除限制竞争效果虽然主要体现为对不同品牌经营者的横向限制,但是这一效果既会出现在轴心经营者层级,又会出现于轮辐端经营者层级,且多发于轴心经营者层级。若说轴心经营者这一单独个体形成合谋未免不合逻辑,若说轴心经营者与上下游经营者共同形成横向合谋,则又不符合二分法对于横向协议之界定。更何况,轴辐协议既有可能产生横向限制,又有可能产生纵向限制,将纵向限制归纳为横向协议未免太过牵强。因此,无论从影响竞争的具体方式还是从其结构特征着手,都无法推导出轴辐协议的横向本质。相反,对横向本质的否定使我们更加深刻地认识到轴辐协议的纵横交织特性,这点不仅体现在结构上,还体现在竞争效果与运行、维持原理上,因此理所当然应将轴辐协议认定为是独立于横向协议与纵向协议之外的第三类垄断协议。

需要额外强调的是,竞争效果亦是轴辐协议定性的重要依据。尽管存在观点认为“决定法律教义学下的垄断协议性质的是基于二分法所形成的经验推定,而不是协议本身的反竞争效果”,但这一观点是将形式要求凌驾于实质要求之上,实乃本末倒置的极端错误。实际上,轴辐协议的定性应实质性回归竞争效果标准,这才是垄断协议制度设立的逻辑起点。总而言之,轴辐协议是第三类垄断协议的定性结论,既在揭示纵横复合结构基础上提升了实质维度的认识,又彻底解决了垄断协议二分法所面临的规制困境,既属合理,亦属可行。

(三) 垄断协议类型化制度之完善

尽管将轴辐协议定性为“第三类垄断协议”可以较为彻底地解决轴辐协议层面的二分法困境与性质争议,但就垄断协议制度整体而言,增加轴辐协议为第三类垄断协议也只是解决了二分法交叉领域的特殊问题,但这三类协议却依然无法彻底涵盖垄断协议概念。并且,随着社会经济关系的日益复杂,互联网科技形式与算法技术发展也在改变着传统交易方式及信息交换方式,垄断协议的概念内涵在不停地充实与发展,垄断协议的分类边界也在不停摇摆与被突破。因此,无论是二分法还是三分法甚至四分法,只要硬性区分形式化边界并据此确立法律分析原则的僵化做法不改变,无论额外划分出多少个新类型,所取得的效果仍是暂时与有限的。因此,为垄断协议增添新的行为类型,虽然在现阶段具有

进步意义,但实际上无法适应社会实践的快速变化,并且很快就会暴露出新问题。鉴于此,可以借鉴四分法的分类形式,但要针对分类具体内容进行改造,即在划定垄断协议概念时将其划分为横向垄断协议、纵向垄断协议、轴辐协议等三个具体垄断协议类型,制定垄断协议规制框架时再增加一个解释垄断协议概念的兜底性条款。如此一来,既可以解决目前轴辐协议给垄断协议分类带来的现实困境,又可以实现垄断协议分类的准确性与发展性。

实际上,解释协议概念兜底性分类的设置不仅仅是为了协议分类的准确性,更重要的目的是为了解决垄断协议概念贯穿性问题。通常而言,对于技术性较强或容易产生分歧的制度,法律规制时会在“总论”中单列概念解释条款,实现名词内涵在整部法律中的统一。然而,针对垄断协议这种不同子概念具有较大差别的概念而言,进行统一解释所能带来内涵贯通性与制度整体稳定性的意义显然更加重要,因为如果不注重这类概念的贯通性,很容易使法律概念前后不统一。因为,如果没有解释性条款,“前有”概念是否具有贯穿性容易引发实践争议。鉴于此,增加解释概念的兜底性分类不仅增加了垄断协议制度本身的确定性与灵活性,还能避免前后概念的内涵冲突。

参考文献:

- [1] 侯利阳. 垄断行为类型化中的跨界行为:以联合抵制为视角[J]. 中外法学,2016(4):1040.
- [2] 刘继峰. 再论垄断协议的概念问题[J]. 法学家,2020(6):151-152.
- [3] 兰磊. 转售价格维持违法推定之批判[J]. 清华法学,2016(2):98.
- [4] 张晨颖. 垄断协议二分法检讨与禁止规则再造:从轴辐协议谈起[J]. 法商研究,2018(2):104.
- [5] 时建中,童肖安图. 原料药“独家经销”模式的垄断责任主体认定[J]. 海南大学学报(人文社会科学版),2021(2):74.
- [6] Lemley Mark A., Leslie, Christopher R. Categorical Analysis in Antitrust Jurisprudence[J]. Iowa Law Review,2008(4):1207.
- [7] 基斯·N. 希尔顿. 反垄断法:经济学原理和普通法演进[M]. 赵玲,译. 北京:北京大学出版社,2009:84.
- [8] 刘继峰. 竞争法学[M]. 北京:北京大学出版社,2016:97.
- [9] 赫伯特·霍温坎普. 联邦反托拉斯政策:竞争法律及其实践[M]. 许光耀,江山,王晨,译. 北京:法律出版社,2009:278.
- [10] 兰磊. 论横向垄断协议与纵向垄断协议的区分:评上海日进电气诉松下电器等垄断纠纷案[J]. 上海交通大学学报,2018(2):72.
- [11] Barak, Orbach. The Durability of Formalism in Antitrust[J]. Iowa Law Review,2015(5):2213.
- [12] 何梦笔. 秩序自由主义[M]. 董靖,陈凌,冯兴元,等译. 北京:中国社会科学出版社,2002:5.
- [13] Kerber, Wolfgang, Christiansen et al. Competition Policy with Optimally Differentiated Rules instead of “Per Se Rules vs. Rule of Reason”[J]. Journal of Competition Law and Economics,2006(2):222-227.
- [14] 余东华. 反垄断经济学[M]. 北京:经济科学出版社,2017:248-249.
- [15] Gian Luca Zampa, Paolo Buccirossi. Hub and Spoke Practices: Law and Economics of the New Antitrust Frontier[J]. Competition Law International,2013(1):94.
- [16] 江山. 论轴辐协议的反垄断规制[J]. 社会科学研究,2021(4):45.
- [17] 王先林. 论我国垄断协议规制制度的实施与完善:以《反垄断法》修订为视角[J]. 安徽大学学报,2020(1):110.
- [18] 盛杰民,焦海涛. 论中国反垄断法对行业协会的规制[J]. 重庆大学学报,2008(4):96.
- [19] Lennart Ritter, W. David Braum. European Competition Law: A Practitioner's Guide[M]. The Hague: The Hague Kluwer Law International,2004:412-413.
- [20] 李曙光. 经济法学[M]. 北京:中国政法大学出版社,2013:36.
- [21] 王玉辉,程宝山. 经济法学[M]. 郑州:郑州大学出版社,2019:33.

- [22] 史际春, 邓峰. 经济法总论[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 139.
- [23] 亚图·考夫曼. 类推与“事物本质”: 兼论类型理论[M]. 吴从周, 译. 台北: 台湾学林文化事业公司, 1999: 03.
- [24] 王晓. 法律类型理论和类推方式研究: 以考夫曼类型理论为起点的认识论探究[J]. 浙江学刊, 2009(5): 154.
- [25] 刘继峰. “中心辐射型”卡特尔认定中的问题[J]. 价格理论与实践, 2016(6): 35.

编校: 郭 奕

Institutional Improvement of the Dichotomy of Monopoly Agreements

——From the Perspective of the Nature of Hub and Spoke Agreements

Wang Xiaohu

(School of Civil Commercial and Economic Law, Henan University of Economics and Law, Zhengzhou, Henan 450046)

Abstract: Monopoly agreement dichotomy is a classification method with the equally prominent advantages and disadvantages. Its advantages are that the classification standard is clear and easy to follow, which can effectively improve judicial efficiency; its disadvantages are mainly manifested in three aspects: the dichotomy “rigid” boundary “softening”, inaccurate logical starting point and over-emphasis on form. For the hub and spoke agreement with cross-border nature, the simple, direct and stylized dichotomy will make it face the dual dilemma of type identification and illegality confirmation when dividing the nature of monopoly agreements. The key to solving this problem lies in forming a clear understanding of the nature division method, division standards, and substantive content reflected in the division of monopoly agreements. It is necessary to clarify the qualitative objectives of the competition effectiveness standard of the hub and spoke agreement and adhere to the qualitative standards of substantive justice, as well as expand the qualitative methods of the behavior types of monopoly agreements, and naturally derive the qualitative conclusions of the third type of monopoly agreements. Thus, the classification method of monopoly agreement can be gradually changed from dichotomy to “trichotomy+Miscellaneous Provisions”, so as to improve the system of monopoly agreement and solve the qualitative problem of hub and spoke agreement.

Key Words: monopoly agreement dichotomy; hub and spoke agreement; third type of monopoly agreement; substantive justice

非货币慈善捐赠所得税扣除的制度困境与完善

陈 鹏

(西南财经大学 法学院,四川 成都 611130)

摘 要:我国非货币财产慈善捐赠的路径不畅,其税制根源是缺少一套系统规定非货币财产估值和证明的规则。实现税收公平与税收效率平衡的非货币财产估值和证明规则能有效吸引社会财富流向慈善事业,实现慈善资源配置效率的最大化,而税收法定原则能系统重塑非货币财产慈善捐赠所得税扣除制度。应分别以公允市价和原值作为非货币贬值财产与非货币普通财产的慈善捐赠额,对于长期资本收益财产应综合考虑受赠慈善组织类型、非货币财产性质和慈善事业的重要程度等因素来决定是否将长期资本收益计入慈善捐赠额。取消企业非货币财产慈善捐赠的税会差异,强调税收效率在应急慈善捐赠中的地位以激励捐赠。根据非货币财产慈善捐赠额的高中低等级,来优化证明规则。

关键词:共同富裕;非货币财产;慈善捐赠;估值和证明;所得税扣除

中图分类号:D922.22 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0034-11

一、问题的提出

共同富裕是经济发展的内在要求与稳定社会的基石。但现阶段财富的迅速集中和贫富差距的不断扩大不利于作为社会主义本质要求的共同富裕和中国式现代化的实现。鉴于此,《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》与《中华人民共和国慈善法(修订草案)》(以下简称《草案》)均提出,发挥慈善事业的第三次分配作用,改变财富和收入分配格局,推动慈善事业对社会财富在时间上、空间内和阶层间的公平分配。由于慈善捐赠是没有获得商品和服务对价的单向支付^[1],弥补了政府提供公共服务的财力不足,因此在所得税法上给予捐赠者税收减免待遇是发展慈善事业的重要物质激励。而税收减免离不开对慈善财产的估值和证明规则。

在以货币交易为基础的社会,对于货币的慈善捐赠无须进行价值认定,因为货币金额就等于慈善捐赠额。但如果捐赠的是非货币财产就需要对其估值(valuation)和证明(substantiation)。我国以非货币财产捐赠设立基金会早已存在,如2005年牛根生捐赠其持有的全部蒙牛股权创立“老牛基金会”,2009年曹德旺、陈发树相继捐赠大额股权分别设立“何仁慈善基金会”“新华都慈善基金会”。但我国非货币财产慈善捐赠却一直不彰,表面上看是捐赠人没有获得合理的税收优待,但内因却在于现行货币税制不能直接兼容非货币财产的捐赠。此制度的缺漏,造成慈善事业税收优惠制度难以鼓励更多高收入人群和企业通过捐赠非货币财产回报社会。对此,2022年12月27日,何毅亭在十三届全国人大常委会第三十八次会议作《草案》说明时强调,“慈善捐赠规模偏低,与我国社会财富的积累程度不匹配”是慈善领域出现的新情况新问题。而为激励慈善捐赠,《草案》明确国家建立健全慈善事业的税收优惠制度。但就非货币财产慈善捐赠而言,我国税收优惠制度的规定仍较为原则,相关理论对慈善捐

* 收稿日期:2023-04-10

作者简介:陈鹏,男,西南财经大学法学院讲师,法学博士,研究方向为财税法、经济法总论。

赠非货币财产的估值和证明规则也缺乏系统性论证,因此有必要在此方面进行补足。

二、我国非货币财产慈善捐赠所得税扣除制度的困境及反思

现代市场经济下,非货币财产是个人和企业财富的重要组成部分,特别对高收入群体和企业而言,其财富更多是由非货币资产构成,如有价证券、知识产权、实物资产、不动产等。但由于目前缺乏专门的估值和证明规则,导致非货币财产的慈善捐赠额难以准确计量^[2],非货币财产捐赠扣除及高收入群体和企业回报社会的道路并不畅通。梳理和归纳我国有关非货币慈善捐赠估值和证明规范,发现存在如下问题。

第一,涉及非货币财产慈善捐赠的估值和证明的规则都是由效力层次较低的部门规范性文件^①规定,高位阶的《中华人民共和国个人所得税法》(以下简称《个人所得税法》)和《中华人民共和国企业所得税法》(以下简称《企业所得税法》)及其实施条例并未对之予以规定,这容易与税收法定原则发生冲突。

第二,非货币财产慈善捐赠的估值规则由单一的公允价值标准转向公允价值和原值或历史成本的多元标准,但却与所得税法的课税逻辑不一致。160号通知第九条“以非货币财产的公允价值计算捐赠额”,是最早关于确认非货币财产慈善捐赠额的规定。次年,124号通知第八条做了与160号通知第九条相同的规定。但这两个通知分别被27号公告、20号公告明文废止。27号公告和20号公告的第十三条都规定“除另有规定外”,“非货币资产捐赠,以公允价值确认捐赠额”。而该除外规定指的是45号通知和99号公告关于计算非货币财产慈善捐赠额的内容。45号通知第二条规定企业以股权慈善捐赠,以股权的历史成本确定捐赠额;99号公告第二条规定个人捐赠股权、房产的,以持有股权、房产的财产原值确定捐赠额。前述非货币财产估值规则的变化,与我国所得税立法特别是《个人所得税法》的课税逻辑不协调。我国《个人所得税法》对不同性质的所得课税遵循的原理是,劳动所得课税重于经营所得,经营所得课税又重于投资所得与资本所得,目的是吸引投资、发展经济。为提高非货币慈善资源的配置效率,非货币慈善捐赠额估值规则应与该原理一致。而160号通知、124号通知、45号通知和99号公告都没有细化不同性质的非货币慈善财产来适用不同的估值规则。此外,企业和个人捐赠房产与慈善事业的估值规则也不统一。分析45号通知和99号通知的第二条、27号公告和20号公告的第十三条发现,企业捐赠房产是以公允价值确定慈善捐赠额,而个人却是以原值确定慈善捐赠额。同是房产,企业和个人慈善捐赠的税收待遇也不一样,若没有对二者进行区别对待的正当理由,房产捐赠估值规则的不一致可能存在对企业和个人的激励失衡,也有通过转换房产所有权人来避税的风险。

第三,没有根据慈善组织本身的性质、公益事业的重要程度、非货币财产的使用功能是否与受赠组织的免税目的相关等因素来制定不同的估值规则,也没有对一些特殊类型的资产,如折旧的经营性资产的捐赠额认定做出特别的说明。《慈善法》第三条将慈善活动分为六大类,每类还可以再细化。要发挥非货币慈善财产的应有效能,应将非货币慈善财产的性质和功能与受赠慈善组织所具体从事的慈善事业相匹配,做到供需平衡,才能发挥非货币慈善资源配置效率的最大化。

第四,企业慈善捐赠的税会规则不一致。由于企业慈善捐赠与其日常经营活动无关,会计账务处理会将其计入营业外的支出^[3],即不作为销售处理。而企业所得税处理则要复杂得多。除财政部、国家税务总局另有规定外,企业捐赠非货币财产于慈善事业,在计算企业所得税时依照视同销售货物来

① 涉及估值和证明规则的规范性文件有6个:《财政部、国家税务总局、民政部关于公益性捐赠税前扣除有关问题的通知》(财税[2008]160号),以下简称160号通知;《财政部、国家税务总局关于通过公益性群众团体的公益性捐赠税前扣除有关问题的通知》(财税[2009]124号),以下简称124号通知;《财政部、国家税务总局关于公益股权捐赠企业所得税政策问题的通知》(财税[2016]45号),以下简称45号通知;《财政部、税务总局关于公益慈善事业捐赠个人所得税政策的公告》(财政部、税务总局公告2019年第99号),以下简称99号公告;《财政部、税务总局、民政部关于公益性捐赠税前扣除有关事项的公告》(财政部、税务总局、民政部公告2020年第27号),以下简称27号公告;《财政部、税务总局关于通过公益性群众团体的公益性捐赠税前扣除有关事项的公告》(财政部、税务总局公告2021年第20号),以下简称20号公告。

处理^①。企业的慈善捐赠支出,在年度利润总额12%以内的部分,在计算应税所得时准许扣除^②。我国《企业所得税法》对视同销售的规定不同于会计准则,这对于保障企业所得税收入确有必要。但税会的巨大差异带来了税法遵从度的问题,如对捐赠的非货币财产,企业如何估值并在税前扣除的问题上存在很大争议。

除了货币财产捐赠的估值规则存在问题外,捐赠人在申请慈善捐赠额所得税税前扣除时的证明规则也存在缺漏。7号通知^③第一条规定,依法在民政部门登记,并从事慈善事业的社会团体、基金会和民办非企业单位,可以到同级财政部门申领公益事业捐赠票据。这为捐赠人从受赠组织处获得所得税税前扣除的捐赠票据提供了明确的依据。

然而,160号通知第八条、124号通知第七条、45号通知第二条、99号公告第十一条、27号公告第十一条、20号公告第十二条都规定捐赠人申请非货币慈善捐赠额所得税税前扣除主要依据的是受赠组织开具并盖章的捐赠票据或《非税收入一般缴款书》收据联。27号公告和20号公告的第十三条均规定,受赠组织开具捐赠票据的前提是捐赠人提供非货币财产公允价值的证明,99号公告第十条要求捐赠人在纳税时,申报扣除捐赠金额需要出示股票、房产的原值证明。虽然这对于合理确定非货币财产慈善捐赠额有所助益,但它们都没有依据非货币慈善财产性质的不同、捐赠额的大小等级和受赠慈善组织的类型差异等因素来设计不同证明规范,这不仅不利于相关规定的落实,而且可能会引发慈善捐赠证明规则的滥用。

概而言之,我国没有对非货币财产慈善捐赠所得税扣除估值和证明的专门规范,现有机制存在激励不足、缺乏系统性的税收优惠支持和难以有效监管非货币财产捐赠的问题。

从税制角度而言,我国所得税法对慈善捐赠的非货币财产进行税前扣除时,存在估值和证明问题的制度成因是其与现行货币税制不能直接兼容。货币是唯一可捉摸的价值形式^[4],货币税将千差万别的征税对象变成了由货币衡量的只在量上有差别的计税依据^[5]。而税法上纳税义务的量化是很关键的问题,只有以货币的形式对纳税义务量化,才能接入货币税体系,降低交易成本,提高税收的征管效率^[6]。由于非货币财产捐赠在所得税税前扣除是减少纳税人的纳税义务,基于计税依据的要求,需要以货币为计量单位,对其进行量化处理,使其可从纳税人以货币计量的税基中扣除,而量化的实现既需要对非货币财产进行估值,也需要证明非货币财产的价值额真实。

本质上,现行非货币财产慈善捐赠所得税税前扣除估值和证明问题的根源是没有处理好税收公平和税收效率的矛盾。货币是一种法定的符号,当非货币财产的价值用货币进行衡量时,就存在财产的名义价格和实际价值相偏离的可能。若名义价格与实际价值偏离均衡水平,就有可能降低捐赠效率,慈善资源配置效率也不高,不利于税收公平的实现。而估值和证明规则的设计则关涉到激励捐赠的实现和税收公平价值的彰显与平衡。

三、美国非货币财产慈善捐赠所得税扣除的规则及其启示

美国通过在其所得税法中建立体系健全的非货币慈善财产的价值确定规则^[7],实现了对捐赠人激励与约束的双向调整。概而言之,美国非货币财产慈善捐赠需要评估捐赠财产的价值,并在申报所得税时,提供相应的材料证明慈善捐赠数额的真实,才能获得税前扣除。借鉴美国相关制度及实践经验,对于完善我国非货币慈善财产捐赠的扣除制度具有重要意义。

(一) 非货币财产慈善捐赠的估值规则及其启示

根据美国财政部国税局的公司税收542公告^[8](以下简称542公告)第十二部分规定,个人和公司非货币慈善捐赠的估值规则基本一致,即除公司申请非货币财产慈善捐赠所得税扣除时,扣除限额不

① 参见《企业所得税法实施条例》(2019年修订)第二十五条。

② 参见《企业所得税法》(2018年修正)第九条。

③ 参见《财政部、民政部关于进一步明确公益性社会组织申领公益事业捐赠票据有关问题的通知》(财综[2016]7号)。

得超过纳税年度公司应纳税所得额的 10%外,其他估值规则是基本相同的。

美国以捐赠时非货币财产的公平市价是否高于成本价格为标准,将非货币财产分为价值贬值财产和价值增值财产。而以捐赠人持有非货币财产的目的或者动机是投资、个人使用还是经营为圭臬,又将非货币财产分为资本资产和经营财产^[9]。换言之,价值贬值财产或价值增值财产既可能是资本资产也可能是经营资产,而财产是否增值以捐赠时的公平市价来判定。将增值的经营财产称为普通收入财产(ordinary income property);将连续持有或所有时间超过 1 年的增值资本财产称为长期资本收益财产(capital gain property),这与我国以持续持有或所有时间是否超过 1 年作为界分长期投资和短期投资的做法是一致的^①。

美国通常以非货币财产的公平市价作为确认其价值额的起点^②。美国财政部国税局的慈善捐赠 526 公告^[10](以下简称 526 公告)第七部分规定,公平市场价格低于基数价格的价值贬值财产的捐赠额就是公平市价。捐赠人不能向国税局申请在捐赠财产基数价格之上确定捐赠额,目的在于防杜虚报捐赠额骗取税收减免的情形发生,从而维护受赠机构和国家的利益^[11]。而价值增值财产的捐赠,公平市场价值一般高于财产的基数价格。捐赠的价值增值财产不同于价值贬值财产,其需要以公平市场价值为起点,区分非货币财产是普通收入财产还是长期资本收益财产,从而来确定慈善捐赠额的大小。

1. 普通收入财产以成本价作为慈善捐赠额。根据《美国国内税收法典》(Internal Revenue Code,以下简称 IRC)规定,向慈善组织捐赠普通收入财产,需要从该财产的公平市价中减去该财产的增值额^③,如捐赠者必须以成本为基数对被归类为存货的物品进行估价^④。此外,普通收入财产还包括增值的短期资本收益资产(short-term capital assets),如持有时间低于 1 年的增值股票、债券等,尽管这类财产的增值是资本利得,但美国将此资本利得并入普通收入中课征所得税而不是资本利得税^[12]。

2. 长期资本收益财产通常以公平市价作为慈善捐赠额。长期资本收益财产的捐赠额通常是出售这些财产的公平市价。但存在一些其他情形,捐赠人必须从公平市场价值中减去捐赠财产的增值额^⑤,即将公平市场价值降到捐赠财产的成本价、原值或者调整后的基数价格。例外情形包括以下几方面。(1)捐赠给非经营性的私人基金会(private nonoperating foundations)的长期资本收益财产(合格增值股票除外,其以公平市价作为捐赠额)是按照捐赠财产的成本价、原值或调整后的基数价格来计算捐赠额^⑥。但向符合 50%限额的基金会(如免税慈善信托)捐赠不受此限制,即以公平市价作为捐赠额^⑦。(2)向 50%限额慈善组织做出长期资本收益财产捐赠,捐赠人可以选择在纳税年度调整后总收入的 50%作为捐赠额的扣除限额,也可以选择调整后总收入的 30%作为捐赠额的扣除限额。如果捐赠人选择了 50%的扣除限额,那么长期资本收益财产的捐赠额需要减去长期资本收益,以该财产的成本价格作为捐赠额。反之,若捐赠人选择了调整后总收入的 30%作为捐赠当年的扣除限额,捐赠额是长期资本收益财产的公平市价。(3)526 公告第七部分规定,向慈善组织捐赠知识产权的,捐赠额是除去增值额后的该财产原值、成本价或调整后的基数价格。(4)受赠组织(包括公共慈善机构和私人基金会)对捐赠的动产^⑧的使用必须与其免税目的或者慈善功能有关^⑨。如果对捐赠财产的使用与慈善目的不相关,捐赠者必须从资产的公平市场价值中减去全部增值额。

3. 经营中的折旧长期资本收益财产慈善捐赠额的确定。根据 526 公告第七部分规定,长期资本收益财产包括在经营中使用超过 1 年的折旧财产,需要将其视为既有普通收入成分又有长期资本收益成

① 参见《民间非营利组织会计制度》第十九条和第二十六条。

② See Treasury Regulation § 1.170A-1(c)(1).

③ See IRC § 170(e)(1)(A).

④ See Treasury Regulation § 1.170A-4A(c)(2).

⑤ See IRC § 170(e)(1)(B)(ii).

⑥ See IRC § 170(e)(5).

⑦ See IRC § 170(e)(1)(B)(ii).

⑧ 这是指个人的长期有形动产,即其持有时间超过 12 个月的财产。有形动产是除去土地和建筑物以外的所有实物财产。

⑨ See IRC § 170(e)(1)(B)(i)(I).

分的财产。简言之,在长期资本收益财产中可能存在普通收入^①。根据经营中的折旧长期资本收益资产捐赠时的公平市价是否高于捐赠人的成本价格以及是否为不动产,会有不同的捐赠额确定规则。若经营中的长期资本收益资产折旧后的公平市价高于捐赠人的购买价格,作为普通收入处理的金额是该财产购买价格和其折旧后价值之间的差额^②。这些财产的捐赠额等于财产的公平市价减去普通收入额。若作为经营中的长期资本收益资产的不动产公平市价低于捐赠人的购买价格,则作为普通收入处理的金额为加速折旧的总额超过采取直线折旧法计算的折旧总额的部分^③。该条主要适用于公司采取加速折旧方法对其房产进行折旧的情况。上述两种确认经营中的长期资本收益财产的捐赠额的方法,目的是防止捐赠人从同一财产的同一价值中两次获得税收补贴^[13]。

资本利得财产和普通收入财产在进行慈善捐赠时采取不同估值规则的重要原因是资本利得有很多不同于经营所得的征税规定。除考虑非货币财产性质,还将受赠慈善组织类型、扣除限额选择等因素纳入一体分析,来确定慈善捐赠扣除限额。这提升了非货币慈善财产的配置效率和税收公平的实现,推动了美国慈善事业的蓬勃发展,对于我国非货币财产估值规则的优化具有重要参考意义。

(二) 非货币财产慈善捐赠额的证明规则及其启示

估值规则的主要功能在于根据非货币财产的不同类型来认定慈善捐赠额。而捐赠者要从其总所得中扣除慈善捐赠额,还需要提交材料加以证明。为防杜虚假捐赠或虚报捐赠财产价值来获得更大的所得税税前扣除数额,只有依法得到证明的慈善捐赠额,个人和企业才能获得所得税税前扣除^④。

1. 个人非货币财产慈善捐赠的证明规则。526 公告第十部分规定,美国申请所得税前扣除的非货币财产慈善捐赠额的大小,决定着证明材料的多寡,共分为四个等级:少于 250 美元,250 到 500 美元之间,500 以上到 5000 美元,超过 5000 美元。对于超过 500 美元的非货币财产慈善捐赠额,在捐赠所在纳税年度没有扣完的,结转扣除时证明规则与捐赠年度是一样的。具体证明规则包括:(1)捐赠者需要收到受赠者作为收据(receipt)的信函或者其他书面通信,才能申请对价值低于 250 美元的非货币财产慈善捐赠额的扣除,若无法获取的,则需要提供要求更严格的可靠书面记录;(2)申请价值为 250 美元以上但未超过 500 美元的非货币财产慈善捐赠额所得税税前扣除,捐赠者必须从合格受赠组织那里获得有效的同期书面确认书(contemporaneous written acknowledgment)^⑤;(3)捐赠者申请超过 500 美元但未超过 5000 美元的非货币财产慈善捐赠额的扣除,必须持有同期书面确认书和填报 8283 表格(关于详细统计非货币慈善捐赠财产信息的纳税申报文件)^[14],以便正确认定及扣除捐赠人的非货币财产的慈善捐赠额;(4)捐赠人申请超过 5000 美元的非货币财产慈善捐赠额所得税税前扣除,必须要有同期书面确认书和从有资质的评估师处获得捐赠财产的合格书面评估书(qualified appraisal),并填写 8283 表格。若捐赠的是合格的交通运输工具、特定存货、公开交易的证券或者特定知识产权,获得了受赠组织的同期书面确认书的,则无须进行合格性评估,因为它们的公平市价易于确定。

2. 公司非货币财产慈善捐赠的证明规则。根据 526 公告第十部分和 542 公告第十二部分规定,美国对于非货币财产慈善捐赠额,公司可申请所得税税前扣除。需要的证明材料分为两类。一类是封闭公司或私人服务公司,申请超过 500 美元非货币财产慈善捐赠额扣除的,就必须填写 8283 表格。另一类是除封闭公司或私人服务公司外的其他公司,申请 500 美元以上的非货币财产捐赠额扣除的,须在纳税申报表上附上一份说明非货币财产价值额和计算其公平市价所使用方法的明细表,并保存下列记录:取得捐赠财产的方式与大致日期,在捐赠前 12 个月内持有捐赠财产的成本。此类公司申请非货币财产捐赠额扣除超过 5000 美元的,才需要填写 8283 表格并将其附在公司的纳税申报表上。申请超过

① See IRC § 1231.

② See IRC § 1245.

③ See IRC § 1250.

④ See IRC § 170(a)(1).

⑤ 同期书面确认书的构成要件:1. 书面作出;2. 对捐赠财产的描述,受赠组织是否向捐赠人提供了商品或服务,对所提供商品或服务价值的描述和估价;3. 在纳税年度申报纳税截止日期之前拿到书面确认书,若捐赠书没有显示捐赠日期,还需要受赠者提供的能够证明捐赠日期的收据。

5000 美元的非货币财产慈善捐赠额扣除时,公司还必须提交非货币财产的合格评估书。但公开交易的证券、存货的捐赠,则无须提供评估书。评估书应当和公司的其他记录一起保存并在申请超过 500 000 美元的非货币财产捐赠额扣除(艺术品捐赠额超过 20 000 美元就要提交评估书)时,附在公司的纳税申报表之上。

申请所得税税前扣除的非货币财产慈善捐赠额的大小以及获得公平市价可能性高低,决定着申报材料类型和多寡。一般而言,金额越小和获得公平市价的可靠性越大,需要的材料越少,对材料内容的要求也越低,反之亦然,以实现税收效率与税收公平价值的平衡。这表明了对慈善捐赠额确认及扣除的慎重,对于完善我国非货币财产慈善捐赠的证明体系大有裨益。

四、我国非货币财产慈善捐赠所得税扣除制度的完善

系统完善非货币财产慈善捐赠的所得税扣除制度是优化第三次分配法律体系的重要内容。慈善捐赠扣除满足了纳税人将资金用于特定目的的愿望,获得了个人利益,对此费用在所得税税前扣除似乎是不公平的^[15],然而,为促使非货币财产慈善捐赠所得税扣除的规模化和制度化,税法调整的惯常思路是诱导性规范的安排与适用。税收减免是政府以税收利益的让与为诱因来改变纳税人的行为选择,而合理限度内的税收优惠可以在不同主体之间均衡分配税收负担。非货币财产估值和证明规则的不同会对第三次分配产生直接影响,而能够引导更加公平与效率分配的规则则会得到政府和分配受益者的更多青睐^[16]。

(一)非货币财产慈善捐赠所得税扣除制度应实现价值平衡

税收公平和税收效率是既相适应又相矛盾的价值^[17]。一方面,以税收效率为指引激励捐赠人捐赠非货币财产于慈善领域,才能增加慈善财产的总量,才有可能实现共同富裕等更高层次的公平。同时,通过设计多元的估值和证明标准,引导更多的非货币慈善财产流向不同的慈善领域,也提高了慈善资源的配置效率。另一方面,如果把税收效率绝对化,不考虑税收公平,就可能引发非货币慈善捐赠估值和证明的滥用,造成国家税源的非正常损失,甚至从根本上损害税收效率的实现。估值和证明制度的设计必须平衡捐赠人、纳税人与公共消费者的利益。此外,慈善事业属于社会事业领域,社会领域的适用规则是互惠,这不同于经济领域适用的等价交换规则^[18],这是社会原则对税收效率原则的适当限制,以更好地实现税收公平。在完善非货币慈善财产估值和证明制度时,税收公平和税收效率价值之间的逻辑思路应是尽量扩大二者之间的适应性,缩小它们之间的矛盾。对非货币慈善财产进行多元估值和证明,能够将慈善资源渗透到社会的各个角落,让更多的人从中受益,推动税收公平目标的实现。具体而言,通过所得税法实现非货币财产慈善捐赠的预期目标,引导和控制慈善捐赠行为,必须有一套能够保障越来越复杂的慈善捐赠所需要的法律制度。该制度有效与否的关键在于两点:一是正向激励,即通过科学和有效的所得税减免来引导个人和企业积极进行非货币财产慈善捐赠,提高资源的慈善效用;二是逆向约束,通过公平的非货币慈善财产估值和证明规则设计,来防止这些规则被滥用。总之,非货币财产慈善捐赠所得税扣除制度应实现税收公平与税收效率的平衡,对其中任一价值的过度强调,都难以吸引更多的慈善资源流向慈善事业,以促进共同富裕。

(二)非货币财产慈善捐赠所得税扣除制度应遵循税收法定原则

由于涉及财富的分配,对非货币慈善财产的估值和证明必须要有法律依据。对估值和证明进行有效约束的法律结构存在,才能持续吸引非货币财产汇聚并渗透到受赠慈善组织和受助者。我国《慈善法》第八十条规定了慈善捐赠人享受税收优惠的权利。为落实该规则,《个人所得税法》和《企业所得税法》相继修改,明确了捐赠人的慈善捐赠额可在所得税税前扣除的比例。而是否应当将非货币财产捐赠的估值和证明规则写入两部所得税法之中,需要结合《中华人民共和国立法法》(以下简称《立法法》)来确定。依据我国《立法法》第八条和第九条之规定,“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度”的事项,只能以法律规定,当这些事项尚未制定法律的,全国人大及其常委会可授权国务院制定行政法规。慈善捐赠额在所得税税前扣除涉及所得税基本制度的事项,已规定在两部所得

税法之中,因此,该事项没有授权立法的空间。

慈善捐赠所得税扣除是关于“该不该扣的问题”,应当由法律来规定。而非货币财产慈善捐赠估值和证明是“怎么扣、如何扣的问题”,是具体的操作规则。尽管不同的估值和证明规则会影响捐赠人的权利和义务,但只要其影响尚未达到减损捐赠人基本权利或增加其基本义务的程度,就不宜把非货币财产捐赠的估值和证明规则规定在两部所得税法之中。依据《中华人民共和国公益事业捐赠法》第二十四条和第二十五条规定,行政法规也是个人或企业享受所得税优惠的法定依据。因此,应在《个人所得税法》《企业所得税法》实施条例中对该制度予以规定。主要内容应包括:第一,非货币财产慈善捐赠额应当依法估值和证明才能获得所得税税前扣除;第二,慈善捐赠额的确定应以非货币财产类型和受赠组织性质及其免税目的为基准;第三,应划分非货币财产价值额分为小、中、大三个等级并设计与之匹配的证明规则,对于价值较大的非货币财产捐赠额应引入第三方机构进行评估,但通过市场能够获得公平价格的除外。部门规章和部门规范性文件在细化法律、行政法规关于非货币财产慈善捐赠的估值和证明规则时,既不能违背上位法的具体规定,也不能与其立法精神相悖。

(三) 非货币财产慈善捐赠所得税扣除规则的优化

通过前述分析,不难发现立法者对非货币财产慈善捐赠的财产类型、受赠对象、估值证明规则等施加限制的缘由。一方面,通过估值和证明制度的设计使得非货币财产慈善捐赠助力于慈善目的的实现,防止逃避税的发生;另一方面,慈善捐赠作为税收优惠,会减少政府的财政收入。因此,通过合理优化估值和证明规则,将诱导性税法规范减让的税收利益控制在合理限度内,供给公共服务的财政资金才不会因税收收入的减少而受损。

1. 根据慈善捐赠的非货币财产性质来确定捐赠数额。要吸引不同的非货币财产到慈善事业并使得绝大多数应受助者和慈善组织获得其需要的非货币慈善财产,需要在税收公平的基础上制定出不同的非货币财产估值规则。所得税法税收优惠措施的实行和其他课税要素的调整会影响非货币财产流向的领域、部门和地区以及吸引捐赠的非货币财产水平和规模^[19],因此,在确定非货币财产的慈善捐赠额时,应以税收公平为前提,根据不同财产类型适用不同的计算规则,以激励更多、更优的非货币财产配置于慈善事业。

以价格形式传递信息是市场的功能之一。市场价格是公允价值的最好反映,因为公开市场上的价格通常易于得到,也是可接受和公允的^[20],如果某些用来慈善捐赠的非货币财产因缺乏活跃的交易市场,没有市场价格,那么在自愿平等的基础上进行交换时,双方达成的交换金额,亦可被称为公允价值。美国大量的金融资产捐赠者为获得更大的税前扣除,往往主张以公允价值作为计量非货币财产的慈善捐赠额。原值、历史成本和公允价值、市场价格标准之间的区别在于是否将非货币财产的增值额纳入捐赠额中。通常,以市场价格确定增值财产的捐赠额,会比以原值确定捐赠额对捐赠人更有利;以原值确定价值贬值财产的捐赠额,捐赠人能获得更大的税前扣除。美国和我国关于非货币财产慈善捐赠额的认定都是以非货币财产的公平市场价值为上限,根据财产性质等因素来决定是否减除增值额。价值贬值的非货币财产因为不存在增值额,以捐赠时的公平市价来计算慈善捐赠额,这和前文提及的27号公告、20号公告等文件的要求相一致。

而对于价值增值的财产是否将其增值额算入慈善捐赠额中,可在比对美国的做法后确定。IRC区分长期资本利得和普通所得,并适用不同的税率。个人的长期资本收益的税率通常为0%、15%、20%,特殊情形税率为28%^[21];而对劳动所得,美国个人所得税法适用五级超额累进税率,分别为15%、28%、31%、36%、39.6%^①。我国虽然没有资本利得税,但对于个人财产转让所得统一征收20%的所得税,对劳动所得的最高累进税率为45%。美国公司所得税法将公司的长期资本利得纳入普通所得适用21%的比例税率^②,我国则是统一适用25%的企业所得税率。

美国和我国所得税法,特别是个人所得税法,都秉承了对劳动所得课重税、资本利得课轻税的逻

① See IRC § 1.

② See IRC § 11.

辑。该逻辑在美国非货币财产捐赠方面的映射就是资本利得的税收优惠程度高于劳动所得,甚至捐赠方对捐赠资产价值的增值不缴纳资本利得税^[22]。然而,我国以公平市价确定几乎所有非货币财产捐赠额的做法,并没有贯彻该逻辑,实质上是变相地对资本收益财产课重税。为保持所得税法立法理念内部的统一性,同时考虑慈善捐赠的“自愿”属性,我国非货币财产估值和证明规则应聚焦于吸引更多的慈善捐赠,特别是富裕群体的资本收益财产捐赠。具体而言,将增值的非货币财产划分为经营收益财产和长期资本收益资产,并规定以原值或者成本价作为增值经营收益财产的慈善捐赠额,以公平市价作为长期资本收益资产的捐赠额。该规则不仅能解决经营中折旧的长期资本收益财产捐赠额的确定问题,即只将长期资本收益算到捐赠额之中,将非长期资本收益从公平市价中扣除,还有如下优点。

第一,通常情形下,受赠的慈善组织、慈善信托,从事经营活动受到税法限制^[23],接受非货币财产捐赠后,财产用于经营活动的少,受赠组织更多是持有这些非货币财产获取孳息或将其依法转让来获取资本利得。因此,不用受赠者劳动投入或经营就能增值的资本收益财产往往更受受赠组织的青睐。第二,考虑资本收益财产贬值的风险,短期资本收益财产贬值风险大,而经过市场检验,连续1年以上持有或所有的资本资产,更能彰显资本的投资性、抑制资本的投机性^[24],不仅贬值风险较低,而且其价值的确定更为科学,经济利益也更为稳定。

因此,应坚持共性和差异并存原则,加强非货币财产价值认定的类型优化,即应将公平市价作为长期资本收益资产的捐赠额,鼓励捐赠人慈善捐赠,避免对捐赠人产生抑制作用,实现捐赠、受赠双方的共赢。对于需要劳动投入才能增值的经营性财产和贬值风险高的短期资本收益财产,应以原值作为捐赠额^[25],以实现非货币财产捐赠中税收公平和税收效率的平衡。

2. 增值额的扣减应根据受赠组织类型与捐赠财产使用是否符合慈善目的来决定。我国所得税法应适当借鉴美国的一些做法,即考虑受赠组织的类型及其所在的慈善领域,来决定是否将长期资本收益财产的增值额计入慈善捐赠额中。由于不同的慈善组织受到的监管程度存在差异,以及慈善组织从事的公益事业的领域、重要程度等不同,对于一些受到严格监管和从事重要慈善事业的慈善组织,不妨以公平市场价值作为长期资本收益财产的捐赠额,而对于监管宽松和从事非重点慈善事业的慈善组织可以考虑以财产原值作为长期资本收益财产的捐赠额。这样既能与慈善组织受到的监管程度相匹配,又能通过税收杠杆引导更多的财产流向重点、急需的慈善领域,从而提高慈善资源的配置效率。

依据美国所得税法的规定,长期资本收益财产本身的性质及使用是否与受赠组织的免税目的相关,也决定着增值额是否被计入捐赠额中。为避免慈善组织收到一些与自己慈善目的无关的非货币财产,以及防止慈善财产的使用与慈善目的无关的情形发生,我国所得税法应适当参考美国做法,将与受赠组织慈善目的无关的长期资本利得财产的增值额从公平市价中减去,同时规定,受赠组织对慈善财产的使用与慈善目的无关的,也要将长期资本收益财产的增值额从捐赠额中扣除,以期通过税收利益诱导机制吸引更多的长期资本收益财产配置于相关的慈善领域。

3. 应急慈善捐赠的估值和证明规则设计应偏重税收效率原则。为了在短时间内通过慈善捐赠筹集更多的应急物资,此时估值和证明规则的制定应偏重税收效率原则。应急慈善捐赠所得税扣除,与通常的非货币慈善捐赠无本质上的差异。政府仍是出于激励与宣示慈善捐赠的考量。不同的是,应急慈善捐赠对非货币财产的需求更为强烈和急切。因此,可加大对非货币财产慈善捐赠的激励与宣示的力度。这也为慈善捐赠的非货币财产适用不同的估值和证明规则奠定了基础。虽然9号公告提高了应急慈善捐赠的扣除限额和扩大了应急慈善捐赠的受赠对象,即企业和个人向公益性社会组织、县级以上人民政府及其部门等国家机关或者承担疫情防治任务的医院捐赠用于应对新型冠状病毒感染的肺炎疫情的物品的,允许在计算应纳税所得额时全额扣除。捐赠人凭承担疫情防治任务的医院开具的捐赠接收函办理税前扣除事宜^①。但是,在所得税法规范中并没有对应急捐赠的非货币财产的估值规

① 参见《财政部、税务总局关于支持新型冠状病毒感染的肺炎疫情防控有关捐赠税收政策的公告》(财政部、税务总局公告2020年第9号)。

则予以明确,为了突出应急慈善捐赠的效率价值,应当以公允价值作为非货币慈善财产的捐赠额来进行所得税扣除。

4. 应取消企业非货币财产慈善捐赠估值规则的税会差异。确定企业非货币财产慈善捐赠所得税税前扣除限额时,可通过调整税会规则之间的差异来实现激励非货币慈善财产捐赠与国家税收收入之间的平衡。现行企业所得税法不仅没有根据公益事业、慈善财产、受赠组织类型来适用不同的税前扣除规则,而且还存在较大的税会差异。企业非货币财产慈善捐赠的税会差异主要有二:第一,会计上将非货币财产慈善捐赠计入“营业外支出”,但在确定企业应税所得时却将其作为视同销售处理;第二,会计上对非货币财产慈善捐赠计入“营业外支出”不存在扣除限额问题,但在确定企业应税所得时,规定了捐赠支出的扣除限额。由于第一个差异,经过相应的纳税调整后,“营业外支出”的账面价值与计税基础随之也存在差异,从而存在企业所得税的税前扣除是以计税依据还是账面价值为基础的问题。应取消企业非货币财产慈善捐赠所得税视同销售的规定,申言之,企业非货币财产慈善捐赠所得税上不视同销售,作为营业外支出的慈善捐赠财产的账面价值和计税基础不存在差异^[26]。这不仅不会使非货币财产慈善捐赠引起的企业所得税减少,而且可以对非货币财产慈善捐赠的税会差异进行极大的限缩,提高了纳税遵从度,并吸引更多企业向慈善事业捐赠非货币财产。

5. 根据非货币财产价值来制定宽严有差的证明规则。目前捐赠人申请非货币财产捐赠额所得税税前扣除,无论数额多少,证明材料主要是受赠慈善组织开具并盖章的捐赠票据或《非税收入一般缴款书》收据联,并没有考虑非货币财产的价值大小以及是否有可比市场价格等因素来分类、分级细化证明规则,这难以优化慈善资源配置与实现税收公平。为填补及完善我国非货币财产慈善捐赠额税前扣除证明规则的缺漏,应结合我国税制实践中已有的做法,在税收公平和税收效率引领下,参考美国非货币财产慈善捐赠所进行证明的一般原理,即慈善捐赠额与证明规则相匹配,非货币财产的价值越高,提交的证明材料就越多,证明规则就愈加严格。根据税收法定原则要求,我国财政部和国家税务总局可联合制定规章来规定三种等级的慈善捐赠额的证明规则。第一,小额捐赠。对于价值不超过500美元非货币财产,美国财政部国税局要求捐赠者提供受赠者提供的同期书面确认书或者捐赠票据才能获得所得税税前扣除。由于我国是纯粹的捐赠,捐赠者不能从受赠者处获得任何直接的对价利益,同期书面确认书的内容若是能够从捐赠票据上体现出来的,则可以直接用捐赠票据来代替。因此,对于小额捐赠,我国可直接要求捐赠者提供捐赠票据即可。第二,中额捐赠。对于价值在500美元到5000美元非货币财产,美国财政部国税局要求捐赠者提供主要说明捐赠的非货币财产公平市价及其计算方法的8283表格,我国现有公告中要求捐赠者提供的财产原值或公平市价的证明文件可承担此功能,因此不用另行规定新的证明规则。第三,大额捐赠。对于价值超过5000美元非货币财产,特别是一些不经常交易、没有可比市场的非货币财产,难以通过同类或相似资产的市场价值确定捐赠财产的公允价值时,如孤本的名人字画、珍本的艺术品、不在公开市场流通的有限公司股票,美国要求捐赠者提供第三方评估机构出具合格书面评估书;我国实践中虽然也有以此种做法来确定非货币财产慈善捐赠的公正、客观的价值^[27],但还需要进一步健全现实中并不发达的第三方评估体系。同时,对于能够通过市场获得公平市价的大额非货币财产慈善捐赠可以不用第三方机构提供的合格书面评估书,以保证在估值正确、公平的前提下,提高申报效率,减轻纳税人的负担,以激励捐赠人慈善捐赠。对于评估成本的负担问题,目前我国一些地方性法规的做法是,根据捐赠人的意愿可在工作成本中列支、在其所捐赠的财产中冲减或由其另行支付^①。

税务机关在审查捐赠人对非货币财产的估值是否正确时,应根据财产本身的性质采取不同的评估方法以获得其真实价值。一些难以通过市场获得公平市价的大额非货币财产,我国税务机关可以参考美国国税局借助专家小组(expert panels)和承包给第三方的方法^[28],以获得公允价值。此外,为保证所得税税前扣除的慈善捐赠额的真实性,税务机关在审查时若发现捐赠人对非货币财产虚假估值的^[29],应加大惩戒力度^[30]。此时,可参照526公告第七部分规定,处以捐赠人因虚假估值而少缴纳所得税的

① 参见《上海市募捐条例》第二十一条、《广州市募捐条例》第十七条。

一定比例罚款。

五、结论

党的二十大报告强调,共同富裕是社会主义的本质要求和中国式现代化的重要特征。慈善捐赠是以捐赠人自愿为基础,对社会财富进行第三次分配。为吸引更多的社会财富流向慈善领域,惠及民众,需要税收公平与税收效率相适应的非货币财产慈善捐赠额的所得税税前扣除的估值和证明制度,但目前我国的非货币财产的评估和证明制度存在缺失。为弥补和完善我国非货币财产慈善捐赠所得税税前扣除估值和证明制度的不足,发挥其应有的促进非货币财产慈善事业发展的功能,我们应对国内现有规定进行梳理、检视及总结,发现制度成因在于现有的货币税体系不能直接兼容非货币财产的税前扣除,主要矛盾是税收公平和税收效率价值的冲突。同时,分析和借鉴美国的税制实践,在平衡税收公平与税收效率价值的基础上,制定并完善适合我国本土税制实践的慈善捐赠财产所得税扣除的评估体系和证明制度。

参考文献:

- [1] 大卫·N.海曼.财政学:理论在政策中的当代应用:第8版[M].张进昌,译.北京:北京大学出版社,2006:449.
- [2] 李贞,莫松奇,郭钰璵.我国慈善捐赠税收政策体系的完善研究[J].税务研究,2021(2):130.
- [3] [26] 董根泰,谷金熠.非货币性资产公益性捐赠税会差异探讨:兼论企业所得税视同销售规定的完善[J].税务研究,2017(10):50-51,51-53.
- [4] 葛家澍,杜兴强.财务会计概念框架与会计准则问题研究[M].北京:商务印书馆,2022:259.
- [5] 张晓晶.符号经济与实体经济:金融全球化时代的经济分析[M].北京:商务印书馆,2022:14.
- [6] 张守文.收益的可税性[J].法学评论,2001(6):21.
- [7] 刘磊,张永强.中美慈善捐赠抵免个人所得税制度研究[J].国际税收,2017(12):67-68.
- [8] Internal Revenue Service. Corporations[EB/OL]. [2022-01-30]. <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p542.pdf>.
- [9] 欧文·费雪.资本和收入的性质[M].谷宏伟,卢欣,译.北京:商务印书馆,2017:56-57.
- [10] Internal Revenue Service. Charitable Contributions[EB/OL]. [2021-10-12]. <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p526.pdf>.
- [11] 黄凤羽,刘维彬.个人非货币性资产捐赠的税收政策:美国借鉴与中国实践[J].税务研究,2017(10):42.
- [12] Internal Revenue Service. Topic No. 409 Capital Gains and Losses[EB/OL]. [2021-10-15]. <https://www.irs.gov/taxtopics/tc409>.
- [13] 葛伟军.公司捐赠的慈善抵扣:美国法的架构及对我国的启示[J].中外法学,2014(5):1338.
- [14] Internal Revenue Service. Noncash Charitable Contributions[EB/OL]. [2021-10-18]. <https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f8283.pdf>.
- [15] Victor Thuronyi. The Concept of Income[J], Tax Law Review, 1991(1):57.
- [16] 叶姗.社会财富第三次分配的法律促进:基于公益性捐赠税前扣除限额的分析[J].当代法学,2012(6):118.
- [17] 张文显.法理学:第5版[M].北京:高等教育出版社,2018:333.
- [18] 吕冰洋.央地关系:寓活力于秩序[M].北京:商务印书馆,2022:38.
- [19] 张守文.税法原理:第9版[M].北京:北京大学出版社,2019:12-14.
- [20] 盖地,孙雪娇.税务会计计量属性及其与财务会计计量属性的比较[J].会计研究,2009(4):13.
- [21] Internal Revenue Service. Topic No. 409 Capital Gains and Losses[EB/OL]. [2021-10-15]. <https://www.irs.gov/taxtopics/tc409>.

www.irs.gov/taxtopics/tc409.

- [22] 迈伦·S.斯科尔斯,马克·A.沃尔夫森,默尔·埃里克森等.税收筹划与企业经营:第5版[M].张云华,缪慧星,译.北京:中国人民大学出版社,2020:519.
- [23] 陈鹏.慈善信托所得税制的法律建构[J].税务与经济,2021(5):22.
- [24] 施正文.“应税所得”的法律建构与所得税法现代化[J].中国法学,2021(6):174.
- [25] 杨利华.美国慈善捐赠税收扣除制度的考察与思考[J].北方法学,2016(3):73.
- [27] 朱大旗.完善股权与不动产公益性捐赠税收优惠制度[J].中国民政,2016(4):34.
- [28] Roger Coliaux. Charitable Contributions of Property: A Broken System Reimagined[J]. Harvard Journal on Legislation, 2013(2): 284-285.
- [29] Harvey P. Dale, Roger Coliaux. The Charitable Contributions Deduction: Federal Tax Rules[J]. Tax Lawyer, 2015(2): 356-357.
- [30] Ellen P. Aprill, Reforming the Charitable Contribution Substantiation Rules[J]. Florida Tax Review, 2013(7): 284.

编校:郭 奕

The Institutional Dilemma and Improvement of Income Tax Deduction for Non-monetary Charitable Donation

Chen Peng

(Law School, Southwestern University of Finance and Economics, Chengdu, Sichuan 611130)

Abstract: The path of charitable donations of non-monetary property in China is not smooth, and the root cause of its tax system is the lack of a set of systematic rules for the valuation and substantiation of non-monetary property. Non-monetary property valuation and substantiation rules that balance tax fairness and tax efficiency can effectively attract social wealth to flow to charity and maximize the efficiency of charitable resource allocation, while the principle of statutory taxation can systematically reshape the income tax deduction system for non-monetary charitable property. The fair market value and the original value should be used as the charitable donations amount of non-monetary depreciation property and non-monetary ordinary property respectively. For long-term capital gain assets, factors such as the type of charitable organization donated, the nature of non-monetary property and the importance of charitable undertakings should be comprehensively considered to decide whether to include long-term capital gains in the amount of charitable donations. In order to motivate donation, the government should eliminate the difference of tax laws and accounting rules on charitable donations of corporate non-monetary property should be eliminated and the status of tax efficiency in emergency charitable donations should be emphasized. According to the high, medium and low amounts of charitable donations of non-monetary assets, the substantiation rules are optimized.

Key Words: common prosperity; non-monetary property; charitable donation; valuation and substantiation; income tax deduction

“提供资金帐户型”洗钱罪的规范解读与司法适用

陈家林¹ 吴珂²

(1.2. 武汉大学 法学院,湖北 武汉 430072)

摘要:《刑法修正案(十一)》对洗钱罪的部分构成要件进行了“松绑”,扩大了洗钱罪的适用范围。其中,“提供资金帐户”是洗钱罪的主要行为方式之一。司法实践中对提供资金帐户行为的性质与司法适用边界的认识不尽合理,究其原因在于对法益内涵、构成要件事实的理解存在模糊之处。有鉴于此,应明确国家司法权能属于洗钱罪法益保护的核心内容;厘清“提供”与“资金帐户”的规范内涵,肯定“为自己提供资金帐户”的情形具有实质处罚的必要性;以充足的掩饰、隐瞒效果为基准框定提供资金帐户行为司法适用的扩张力。在司法适用上,明确提供资金帐户的时间节点不必在前置犯罪完成之后;用明知推定的方法和差异化的明知认定标准解决行为人主观认定的难题;应依据前置犯罪的完成情况,将其分为事前、事中与事后阶段,并根据提供资金帐户行为介入的不同阶段分别讨论其与前置犯罪的共犯与罪数关系。

关键词:洗钱罪;提供资金帐户;国家司法权能;共同犯罪

中图分类号:D924.33 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0045-12

为了打击日益猖獗的洗钱犯罪活动,发挥刑法在防范和化解重大金融风险、维护国家金融安全的保护职能,《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》)对洗钱罪作出了重大的修改,删除了“明知”的要件,扩容了行为方式,取消了罚金刑的限额要求等。这些修改扩大了洗钱罪的司法适用范围,降低了司法适用的难度,有利于提高洗钱罪的司法适用效率。事实上,近年来我国洗钱犯罪案件的数量已经出现较为明显的增长趋势。相关数据显示,仅2018—2022年,检察机关就起诉了洗钱犯罪4713人,是前五年的32.3倍^[1]。其中,“提供资金帐户”属于洗钱罪中适用率较高的一种行为类型,各地、各级司法机关对其的理解与把握存在诸多不一致之处,需要认真梳理分析并提炼出合理的适用规则。

一、“提供资金帐户型”洗钱罪司法适用及其相关聚讼

(一)“提供资金帐户型”洗钱罪司法适用的实证考察

为全面考察提供资金帐户型洗钱罪的司法适用情况,有必要对相关裁判文书进行统计分析。本文以“北大法宝”为数据库,以“洗钱罪”为案由,以“刑事案件”为案件类型,以“2017—2022年”为裁判时

* 收稿日期:2023-03-14

基金项目:本文是2020年教育部人文社会科学研究规划基金项目“行为人刑法理论在定罪中的再生与限制研究”(项目编号:20YJA820002)的阶段性成果。

作者简介:陈家林,男,武汉大学法学院教授、博士生导师,研究方向为中国刑法学、比较刑法学;吴珂,男,武汉大学法学院博士研究生,研究方向为中国刑法学。

间,以“2023年2月1日”为检索日期,得到命中样本数量分别为:2017年67份,2018年83份,2019年126份,2020年206份,2021年169份,2022年51份。经过全文阅读,剔除无效文书、重复文书后得出有效文书^①。在有效文书中进一步筛选提供资金帐户型洗钱罪判决书并进行逐年分析,得出近六年来洗钱罪司法整体适用态势与提供资金帐户型洗钱罪的占比情况,如图1所示。

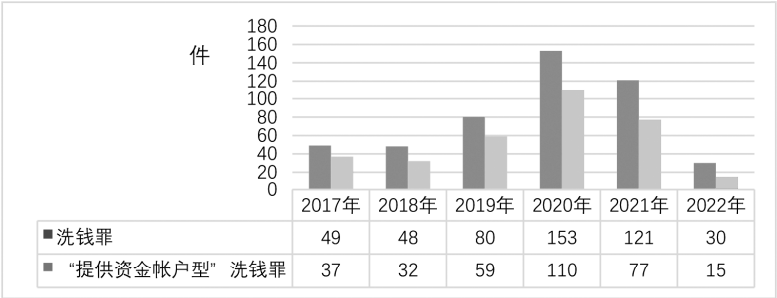


图1 2017—2022年洗钱罪与“提供资金帐户型”洗钱罪案件数量

《刑法修正案(十一)》实施后,洗钱罪有效判决文书141份。对提供资金帐户型文书与其他行为类型文书进行梳理,得到各类型案件的占比情况,如图2所示。

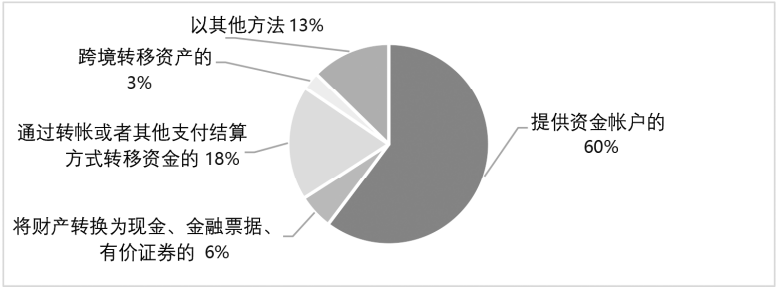


图2 《刑法修正案(十一)》后洗钱罪各行为类型案件数量占比

如图所示,近六年来洗钱罪司法适用有较为明显的增长态势,提供资金帐户型洗钱与洗钱罪整体司法适用态势保持一致。尤其在《刑法修正案(十一)》之后,提供资金帐户型洗钱罪司法判决数量达到所有洗钱判决数量的60%。对提供资金帐户型洗钱罪判决进行梳理后发现以下特征。

其一,从前置犯罪来看,前置犯罪多集中于毒品犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪和黑社会性质组织犯罪。这与我国当下“重刑治毒”“高压反腐”和“扫黑除恶”的刑事政策呈现正相关。其二,从主体间关系来看,行为人与前置犯罪本犯之间常为夫妻、父子、兄弟等较为密切的关系,少部分行为人与前置犯罪本犯之间仅为资金帐户提供者与中介的关系。其三,从提供帐户的缘由来看,在行为人与前置犯罪本犯具有亲缘关系的案件中,行为人大多辩解其是应家人、朋友请求而借用资金帐户。此外,还有部分行为人是出于贩售的目的主动提供资金帐户。其四,从抗辩理由来看,行为人多从主观不明知入手,辩称其不知道帐户的用途,只是出于帮忙的缘故;银行卡等帐户被盗、遗失;应单位或者领导要求等而提供资金帐户。其五,提供资金帐户行为常与前置犯罪发生纠缠。提供资金帐户行为实质上是一种“帮助行为”,与上游犯罪帮助犯在故意、不法事实方面难免存在交叉、重叠。如在吴樱芝洗钱罪一案中,法院将本属上游贩卖毒品罪共犯的吴樱芝认定为洗钱罪,没有准确把握上游犯罪共犯成立范围^②。

可见,提供资金帐户型洗钱罪属于洗钱罪中一种常见的犯罪类型。但是,提供资金帐户的行为也可能成立前置犯罪的共同犯罪,未必一定构成洗钱罪。这就需要对提供资金帐户行为作更具体的

① 命中文书是指在数据库输入检索条件后,所产生的单个存在的项,由数据库事前编辑完成;无效文书是指虽符合检索条件,但经阅读后,实际与研究项目不符的文书;重复文书是指与收集的有效文书相同的文书。参见陈家林、汪雪城《正当防卫司法认定偏差研究》,中国人民公安大学出版社2021年版,第35页。

② 参见江西省黎川县人民法院(2021)赣1022刑初96号刑事判决书。

考察。

(二)“提供资金帐户型”洗钱行为司法定性的聚讼

在司法实践中,为犯罪提供资金帐户的行为是否构罪与构成何罪,在理论上还存在一定的争议,主要存在以下三种主张。

第一,不构成洗钱罪。其主要依据在于以下几点。一是,提供资金帐户行为没有侵害洗钱罪的保护法益,即提供资金帐户行为没有侵犯金融管理秩序。资金帐户在金融系统中透明可查,资金去向一目了然,并未制造资金流的断点,在形式上无法合法化,不能实现掩饰、隐瞒犯罪所得的来源与性质的功能^[2]。二是,从现实的金融管理秩序来看,提供资金帐户行为往往是一种“社会相当行为”。以银行卡为代表的资金帐户在夫妻等亲属关系中通常表现出“互相提供”甚至“共用”的状况,夫妻之间互相知晓对方银行卡帐号乃至密码是正常的。金融管理实践不要求实际取款人和帐户名义人同一,普遍的做法是个人使用帐户及相应的密码就能从金融机构取出资金^①。金融机构或者秩序规范为便利金融活动而舍弃了部分监管要求,但是这部分监管要求却被刑事法规范拾取,成为刑事责任的一部分。然而,刑法没有必要去处罚金融秩序默许的“合理金融风险”。行政监管实质刑法化将导致社会治理“过度刑法化”,这实际上是行政不作为和监管措施的弱化^[3]。三是,洗钱是连累犯的情形。连累犯是在本犯既遂以后的犯罪,在形成时间上晚于本犯^[4]。故而,在前置犯罪本犯尚未收到钱款之前提供帐户的,是前置犯罪的帮助行为,不单独构成洗钱罪。现实中,有法院基于“集资诈骗犯罪活动还未既遂,被告人在共同犯罪中为同案犯提供事中的帮助”而否认检察机关指控的洗钱犯罪^②。

第二,成立洗钱罪正犯。主要理由在于以下几点。一是,从罪刑法定原则看,洗钱罪已明文规定“提供资金帐户”是各行为方式之首。既然立法已经规定了该行为样态及其可罚性,司法就不能再作目的性限缩解释。二是,从法益保护的视角看,提供资金帐户行为能够实现掩饰、隐瞒的效果。提供资金帐户行为透过犯罪发展的因果流程,切断了犯罪者与不法所得之间的关联性,业已阻碍了透明的资金往来,破坏了金融秩序。这种观点重视“掩饰、隐瞒”的文字本义,更在法益的保护范围之内。三是,从比较法的视角看,德国刑法理论也有类似的意见,认为单纯提供资金帐户供他人接收犯罪所得,可构成掩饰犯罪所得来源的行为^[5]。在德意志银行洗钱案中,银行员工在发现其客户在避税天堂建立离岸公司时,不仅未履行反洗钱义务,还为其提供德国银行帐户协助资金转移。对此,德国法兰克福检察官办公室声明两名员工涉嫌洗钱犯罪^[6]。

第三,构成前置犯罪的共同正犯或者帮助犯。此种情形则取决于提供资金帐户者与前置犯罪人之间的联络强度如何,考察其间的犯意联络及行为分担。如提供者与前置非法集资犯罪团伙联系紧密,行为人明知其提供的资金帐户被前置犯罪人用以收取犯罪所得及其收益,则不仅主观上有帮助之故意,客观上也有帮助之行为,可以构成前置犯罪的帮助犯^[7],典型的案件如李显朗洗钱案^③。

可见,实践与理论对于提供资金帐户行为的定性存有分歧。在立法上明确处罚提供资金帐户的行为时,司法上有无对洗钱罪规范作“目的限缩解释”的空间,即是否承认既有洗钱规范存在漏洞。既有定性的分歧实际表明洗钱罪规范存在解释的空间,而解决的办法是回归对洗钱罪法益、构成要件的解读。

二、“提供资金帐户”的教义学分析

提供资金帐户型洗钱罪的司法适用离不开对犯罪构成的理解。洗钱罪的法益内容在理论上存在

① 《银行卡业务管理办法》第五十九条规定:“持卡人出租或转借其信用卡及其账户的,发卡银行应当责令其改正,并对其处以1000元人民币以内的罚款。”但是,实践中对此规定的执行并不严格,相关处罚报道较为少见。

② 参见上海市浦东新区人民法院(2020)沪0115刑初3245号刑事判决书。

③ 参见广东省佛山市南海区人民法院(2021)粤0605刑初3291号刑事判决书。

争鸣,有必要予以明确;同时,提供资金帐户行为不法构成要件事实也存在进一步的规范阐明空间。

(一)保护法益:以国家司法权能为核心的复合法益之确证

法益具有作为犯罪构成要件解释目标的机能,构成要件的解释结论必须与刑法规定罪名的保护法益相契合^[8]。只有明确认识洗钱罪的保护法益,才能使洗钱罪的构成要件具体化。故而,应当对洗钱罪的法益内涵作出规范识别。

理论上关于洗钱罪的保护法益存在不同的认识。通说观点认为洗钱罪侵犯的是复杂客体,包括国家金融管理秩序和国家正常的司法活动^[9]。有观点认为洗钱罪的保护法益首先是金融管理秩序,其次是上游犯罪的保护法益^[10];还有观点认为洗钱罪的保护法益就是金融管理秩序,同时认为法益是否受到侵害应当从资金是否脱离金融监管的角度进行判断^[11];另有观点认为洗钱罪的保护法益是对国家司法权的妨害,洗钱对国家司法活动的侵害具有现实与直观性^[12]。可见,关于洗钱罪的保护法益并没有达成完全一致的意见,主要争议在于洗钱罪保护的究竟是单一法益还是复合法益,以及若是复合法益其具体内容是什么?

对此,本文认为洗钱罪的保护法益是以金融管理秩序为表层法益,但实质保护的法益是国家司法权能,同时也是对前置犯罪保护法益的确保。

首先,金融管理秩序是表层法益,这是由洗钱罪的立法目的和罪名体系地位决定的。从立法缘由来看,《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)专门设置洗钱罪的立法目的在于“为了遏制洗钱行为,防止罪犯逃避法律制裁,维护金融管理秩序”^[13],清楚地表明维护金融秩序是洗钱罪的法益。《刑法》在“破坏金融管理秩序罪”一节中对洗钱罪作出规定,旨在表明洗钱是危害金融健康秩序的行为。从提供资金帐户的行为来看,资金帐户本身是一种金融工具,提供资金帐户进行洗钱往往要经由金融机制才能完成,使得黑钱透过金融系统进行流转、处分,该行为已然侵犯了金融管理秩序。但是,如果仅认为洗钱罪的保护法益就是金融秩序的话,则提供资金帐户进行洗钱的行为根本没有实质侵犯这种法益,也即金融管理秩序不足以单独证立洗钱罪的法益保护内容。从洗钱的流程来看,要经过处置、分层化与整合的步骤,以达到漂洗黑钱的目的。提供资金帐户行为处于处置阶段,即改变财产的形态,这是最初的掩饰、隐匿行为,帐户内资金的交易记录透明、可查,资金流向也一目了然。此时,很难说提供资金帐户行为对金融管理秩序造成了多么实质性的侵害。若连这种行为都要处罚的话,则日常生活中就可能动辄得咎。况且,用“帐户+密码”方式存取资金而不要求实际取款人和帐户名义人的同一,是必要、容许的金融风险,刑法没必要处罚一个“被容许的风险”。“刑法不理琐碎”,如果动用刑法去处罚一种“被容许的风险”行为,有损刑法的谦抑性,突破比例原则的约束。从可罚的违法性的角度来看,行为除了在形式上符合构成要件之外,还需要在量上达到一定程度,在质上值得科处刑罚才是刑法上的违法^[14]。金融管理秩序实质保护的是“透明的现金流”,而透明的现金流要求任何通过金融机制进行的财产与资金交易都必须来源合法,有清晰可考的交易记录,进而有效辨识犯罪所得,阻止犯罪所得进入金融体系^[15]。然而,在现有的金融机制下,帐户间的资金交易几乎都要借助金融系统才能运转,犯罪所得在金融机制内难以遁形,其对金融管理秩序保护的透明现金流的侵害微乎其微,提供资金帐户行为对该法益的侵犯程度还达不到可罚性“量”上的程度要求。故而,在立法上明确处罚这种行为的前提下,仅以金融管理秩序法益还不能为处罚该行为提供法益上的违法性补足。利用金融机制进行洗钱是洗钱罪常见的行为方式。但是,还存在大量非通过金融机制洗钱的行为方式,如《最高人民法院关于审理洗钱等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第二条规定了洗钱的“其他方法”包括买卖彩票、赌博、携带、运输等,不过上述行为方式并不会妨碍金融管理秩序。因此,金融管理秩序尚不足以充实洗钱罪保护法益的全部内容,必须为处罚提供资金帐户洗钱行为寻求更为深层的法益内涵。

其次,洗钱罪实质保护的法益是国家司法权能。第一,对金融管理秩序作实质化理解,可以推导出国家司法权能法益。金融管理秩序旨在保护“透明的现金流”,而这要求金融系统审查、监管金融

交易,履行反洗钱义务,防止黑钱漂白,阻遏前置犯罪所得混入合法的金融流通环节。金融机制是现代金融生活不可缺少的工具、系统,具有快速转移、保值增值、安全稳定等特点。当犯罪所得无法透过正当金融机制流通时,会促进犯罪分子选择更高暴露风险、查缉风险的方式保存、转移犯罪所得,如地下钱庄、影子银行。当犯罪所得具有更高查获风险时,其实质上增强了国家对于犯罪的司法权能,有利于实现国家对于前置犯罪的刑事定罪与处罚。这个过程体现出“后续犯罪的规范效果(Anschlussdelikte)”,即后续犯罪的成立以前置犯罪的存在为必要,而后续犯罪不是为了禁止后续犯罪活动本身,而是为了保护前置犯罪的各项司法权能、效能,避免前置犯罪损害的扩大^[16]。第二,对实定法益的理解离不开具体的构成要件。从《刑法》第一百九十一条规定的洗钱对象来看,行为人所掩饰、隐瞒的乃上游犯罪之所得及其产生的收益。根据《刑法》第六十四条关于犯罪所得之物、所用之物的处理规定“犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔”,犯罪所得及其产生的收益在所有权上归属于国家。洗钱行为直接侵害了国家对于不法所得的所有权,国家通过刑事司法程序,运用司法权能保护其所有权。第三,将国家司法权能作为洗钱罪的保护法益不会导致法益概念的稀薄化。国家司法权能是一种集体法益,而集体法益只有为了个人的人格发展且攸关个人法益的保护时,才能作为超个人的法益受到刑法的保护^[17]。国家司法权能有具体的物质内涵,即妨碍国家司法权能可以表现为在案件侦查阶段对于犯罪线索的干扰,在起诉和审理阶段对案件的拖延、造成额外精力和时间的耗费等。国家司法权能与个人基本权利具有关联性,犯罪行为基本上是对个人生命、财产等基本权利之侵害,国家司法权能之设立目的在于对侵害个人权利的行为进行处罚,其是保障宪法规定的人的基本权利不可或缺的,与个人生活紧密联系^[18]。国家司法权能与个人基本权利的保护相勾连,对此种法益的侵害具有现实的物质感知,符合法益概念的价值与事实内涵,可以作为洗钱罪应有之法益内容。

再次,洗钱行为虽然直接破坏了金融管理秩序和国家司法权能,但就间接作用而言,将洗钱行为入罪也是对前置犯罪行为所侵害的法益的确保^[19]。也即通过打击洗钱行为,阻遏前置犯罪所得及其收益通过合法的金融机制流转、处分,使犯罪人收益甚微甚至无利可图,减少其犯罪的利得诱因,减轻其犯罪的主观决意。

总之,洗钱罪法益有三层内涵,即金融管理秩序、国家司法权能与前置犯罪法益的确保。金融管理秩序是立法者的宣示,无法承担叙述洗钱罪法益核心内涵的作用,即使洗钱行为侵犯了金融管理秩序,也不一定构成犯罪;前置犯罪法益的确保是国家司法权能行使过程带来的附带性效果,洗钱罪是为了预防前置犯罪的发生,其功能在于补足或者强化前置犯罪构成要件的预防作用^[20],无法独立承担洗钱罪保护法益核心内涵的作用;国家司法权能一方面是从金融管理秩序法益推导出的实质内涵,另一方面又衍生出对前置犯罪法益的确保。三者一道作为洗钱罪保护法益的完整表述,其中尤以国家司法权能为核心。

(二)规范的要素:“提供”与“资金帐户”的解读

刑法学的本体是解释论,对刑法规范真义的发现离不开对条文的妥当解释。刑法文本表述的是“提供资金帐户”,而如何理解该行为侵犯的法益与行为的违法性,离不开司法者对规范的构成要件要素的识别。洗钱是一种极具专业性与复杂性的犯罪活动,如何理解“提供”与“资金帐户”已然超越一般人生活与认知范围,这需要法官借助价值关系的概念或者评价概念进行规范的认知。

对于“提供”需注意以下几方面。第一,提供的对象问题。“提供资金帐户”的条文表述在《刑法修正案(十一)》前后并未发生变动。在洗钱罪扩容到“自洗钱”的背景下,可否处罚“自己为自己提供资金帐户”的情形存有疑义。有观点认为,“为自己提供”不符合语义学的理解,“提供”一词具有明显的利他属性,如提供资料、提供意见等明显是“为他人”;况且《刑法修正案(十一)》也并未对“提供资金帐户”作出任何修改。故而,该行为的处罚范围仍应限于“他洗钱”^[21]。可是,将“提供”限定于他人将产生明显的问题。首先,从语义学角度看,提供的对象并不应限定于他人,“自己为自

己提供”尚未逸脱词语的含义射程,也不超出普通民众的预测范围^①。其次,从明确性的角度看,如果刑法仅是为处罚向他人提供的,则应表述为“为他人提供资金帐户”,如间谍罪中“为敌人指示轰击目标”、妨害信用卡管理罪中“为他人提供伪造的信用卡”等。在洗钱罪“提供”方向上的留白是为了给自洗钱情形留存解释空间。再次,如果不对为自己提供资金帐户的行为进行规制,将形成处罚上的漏隙。如某官员在受贿8万元现金后,将现金存入其从卡商手中得到的以某流浪汉名义办理的全套银行帐户中。对此,其使用的帐户客观上具有掩饰、隐瞒的功能,主观上能推定该官员的洗钱故意,应当认定为自洗钱。实践中已有判决肯定了此种情形的可罚性^[22]。最后,有观点认为前置犯罪本犯实施此种行为,必然有后续的转帐,提供帐户行为可以用洗钱罪第一款第三项“通过转帐或者其他支付结算方式转移资金的”予以规制^[23]。然而,此种观点忽视了我国金融体系中资金帐户的多样性、复杂性。当行为人使用的是个人储蓄帐户时,如我国居民常用的“活期一本通”,并不能伴生转帐的行为^②。可见,为自己提供资金帐户行为具有独立的、实质的处罚必要性。第二,提供的时间问题。自洗钱入罪后,突破了事后不可罚行为的理论藩篱,行为人不仅可以在前置犯罪完成后予以提供资金帐户,也可以在前置犯罪过程中与前置犯罪行为形成共犯关系并提供资金帐户。第三,提供的来源问题。行为人既可以提供自己的帐户,也可以提供他人的帐户。他人的帐户可以是行为人借用的,也可以是行为人向他人购买的。

对于“资金帐户”需注意以下几方面。第一,关于“资金”的问题。其一,资金的来源、范围是什么?我国加入的《维也纳公约》《巴勒莫公约》与《联合国反腐败公约》中,均将洗钱的“财产”定义为“各种资产,不论是物质的还是非物质的、动产还是不动产、有形的还是无形的,以及证明对这种资产的产权或者权益的法律文件或者文书”。联合国《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》则对“资金”作了更为明确的归纳,包括但不限于银行贷记、旅行支票、银行支票、邮政汇票、股票、证券、债券、汇票和信用证。根据我国刑法,洗钱对象系上游七类犯罪所得及其收益。对于犯罪所得及其收益,《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第十条规定:“通过犯罪直接得到的赃款、赃物,应当认定为刑法第三百一十二条规定的‘犯罪所得’。上游犯罪的行为人对犯罪所得进行处理后得到的孳息、租金等,应当认定为刑法第三百一十二条规定的‘犯罪所得产生的收益’。”但由于《刑法》第三百一十二条与一百九十一条系普通法条与一般法条的关系,对“犯罪所得及其收益”可以作共通的解释^[24]。值得注意的是,对于犯罪所得及其收益的理解必须结合法益的概念,即作为洗钱对象的各种资金、财物等需要有破坏金融市场秩序的可能性或者说可被金融交易的可能性。对于武器装备、核材料等无法透过金融机制进行财产转换,成为合法资金来源的财物所为的各种行为,均不能单独构成洗钱罪。其二,提供已经漂洗成功的资金可否构罪。实际上,再次洗钱的行为会给司法机关增加极高的证明难度,且会导致赃款更加难以追回的困境。只要司法机关能够证明该资金系来自前置犯罪之所得,充足洗钱罪主客观方面要件,提供该资金的行为就可以成罪^[25]。第二,“帐户”的规范意旨。首先,《刑法修正案(十一)》将洗钱罪“账户”修改为“帐户”。两者在现代汉语中涉及金钱方面的使用常习上并无用意上的差异。从文字学的角度考量,“帐”字,本义指床上悬挂起来的帷幄,即床帐。因游牧民族多用帐篷,故又引申出游牧民族计算人户单位、辽代军队编制单位等义^[26]。故而,帐与户为古今同义,更加强调和人的关联,帐户更能体现出提供帐户洗钱犯罪是一种人头性、多众性的“帐户洗钱”,而账户基本就是泛指金钱的记录。其次,“资金帐户”包括银行的储蓄帐户、结算帐户,也包括外汇帐户、证券、期货帐户等;可以是自己的帐户,也可以是他人的名义帐户。需注意,实践中常用的微信钱包帐户、支付宝帐户、云闪付帐户等具有资金支付结算功能的移动支付帐户,由于其

① “为自己提供”的表述在语言习惯中虽不常见,但其实不违反现代汉语的使用规则。以“为自己提供”为语料,在北京大学中国语言学研究中心“CCL语料库”中进行查询,得出500余条“为自己提供”的使用实例。北京大学中国语言学研究中心,网址为“http://ccl.pku.edu.cn:8080/ccl_corpus/”,最后访问时间为2023年5月1日。

② 《人民币银行结算账户管理办法》第四十三条规定:“储蓄账户仅限于办理现金存取业务,不得办理转账结算。”

以个人身份信息进行办理,具有人身专属性,实质上具有金融支付、结算、储蓄、信贷等功能,属于“资金帐户”的范畴。

(三)“提供资金帐户”的规范效力指向

“掩饰、隐瞒”是洗钱罪中最重要的要件,提供资金帐户行为的规范效力指向在于必须达到充足的掩饰、隐瞒前置犯罪所得及其收益的来源与性质的效果。这涉及两个方面的理解,即什么是“掩饰与隐瞒”与“充足的掩饰、隐瞒效果”的判断问题。首先,国际条约和国内法律规范均没有对“掩饰、隐瞒”作出明确的定义。从平义解释的角度出发,掩饰是指制造虚假现象,设法掩盖真实情况,误导他人,意图赋予赃款合法的权利外观;隐瞒是指藏起来,不让他人发觉,通常有位置上的改变。从语义内涵与表意射程来看,其词义共通,互为表里。故而,区分两个词语的意义并不大,司法裁判中也并未就某种洗钱行为属于掩饰还是隐瞒作出具体界分。其次,如何判断“充足的掩饰、隐瞒效果”应当从以下几方面出发。其一,行为是否为法所不允许的掩饰、隐瞒行为?当行为人虽然有提供帐户的行为,但是该行为根本没有制造新的风险,难以说对洗钱罪法益造成损害时,不能认为其构成洗钱罪。如在美国 *McGauley* 案中,行为人犯罪后将犯罪所得从自己的帐户转移到自己与父母的联合帐户中,法院认为其使用的都是自己的帐户,该行为并没有让他人难以发觉、陷入错误认识的风险,因掩饰、隐瞒的效果不充足而不成立洗钱罪^①。其二,行为人的行为是否增加或者减少了被查缉的风险?当提供资金帐户行为不仅没有增加掩饰、隐瞒的效果,反而降低了被司法查缉的风险时,不认为是充足了掩饰、隐瞒的效果。如行为人将自己在外国银行秘密帐户中的犯罪所得转移到我国境内受监管的帐户中,不能认为具有掩饰、隐瞒的效果。

三、“提供资金帐户型”洗钱罪司法适用疑义之澄清

在明晰“提供资金帐户”行为构成要件不法事实后,尚不能完全将该类型犯罪的聚讼定分止争。针对司法适用中展现的刑法问题,再进行理论上的探讨,才能有裨实践。

(一)洗钱罪与前置犯罪的时间关系

洗钱罪是在前置犯罪行为之后,为了让前置犯罪行为不易发现、犯罪人摆脱刑事查缉或者犯罪利得不被剥夺而派生出的新的犯罪行为。从形态上看,其类似于事后帮助犯的情形。但是,当前置犯罪既遂之后不可能成立帮助犯,所以需要增设新的罪名来处罚该种类事后帮助形态的行为,因而洗钱罪被称之为“后续犯罪”^[27]。由此,有观点认为前置犯罪与洗钱罪之间具有明显的时间先后次序关系,只有完成前置犯罪产生犯罪利得之后,洗钱犯罪才有明确的行为客体。如果在提供资金帐户时,前置犯罪还未既遂,也未产生任何犯罪所得及收益,则难以认为提供资金帐户的行为具有充足掩饰、隐瞒的效果,遑论构成洗钱罪。前述浦东法院在审理某集资诈骗案时认为:“王某明知点牛金融进行非法集资活动,仍提供个人银行帐户为其转帐。但洗钱行为实际上是对被骗资金性质和去向的掩饰转移等行为,王某在本案中的行为并非是在集资诈骗犯罪既遂后对赃款的转移行为,对公诉机关指控的洗钱罪不予支持。”^②

然而,上述裁判观点并非无疑义。首先,存在方法论上的错误。之所以认为前置犯罪必须产生犯罪所得及收益,是因为作为后续犯罪的洗钱行为人在实施行为时必须明知该标的的存在。如果在行为时该标的不存在,则行为人无从明知,从而不构成洗钱罪。但是,这种观点忽视了故意概念中“知”的要素。知,即预见,是行为人在行为时心理上浮现的该当不法构成要件的过程。质言之,行为人在行为时所想象的事实发展情况在解释上该当不法构成要件,且不法构成要件事实并无具体确定的实现形态。行为人行行为时想象的事实与客观事实并不吻合时,与行为人行行为时是否具有故意的

^① See *United States v. McGauley* 279 F. 3d 62 (1st Cir, 2002).

^② 参见上海市浦东新区人民法院(2020)沪0115刑初3245号刑事判决书。

认定无涉^[28]。是故,要求洗钱行为人行行为时对犯罪所得及其收益的明知实质上是一种想象的事实,而非行为时确已存在的不法事实。不能用行为人有无该当构成要件的事实推论行为人是否具有故意,不能从想象的事实倒推出洗钱行为人行行为时就已经存在确定的不法事实,也就不能要求前置犯罪已经产生犯罪所得及收益。其次,洗钱行为实际上也可以在前置犯罪完成之前进行。例如洗钱行为人甲知道诈骗犯乙将在5月诈骗被害人丙,丙将在6月将钱款转入甲帐户,甲于是在4月底联系不知情的会计丁,委托丁在该帐户有款项汇入时立即购买某公司的股票。事后,丙在6月果真将钱款转入甲帐户,丁依照甲的指示转换了财产形态。该事例中,甲的洗钱行为实际上在乙的诈骗犯罪之前就已经完成^[29]。再次,是否构成洗钱罪的关键在于洗钱行为本身,落脚点在于判断该洗钱行为是否具有掩饰、隐瞒的规范效力指向。换言之,只要洗钱行为具有充足的掩饰、隐瞒效果,模糊了犯罪所得及收益的来源与性质,就是洗钱行为。犯罪所得只是判断洗钱罪的指征,洗钱行为实质惹起的是掩饰、隐瞒的效果。

(二)主观不法:不知可否抗辩故意?

《刑法修正案(十一)》删除了洗钱罪的“明知”要件。然而,这种修改只是字面形式的调整,没有也不可能对洗钱罪的主观形式作出根本性变动,否则将有悖主客观相统一的原则。一般认为洗钱罪的主观形式是故意,包含间接故意。实践中,关于行为人的主观状态经常是争讼的焦点,主要原因在于被告人通常不知前置犯罪行为的具体过程,至多只是模糊地、隐约地觉得使用帐户者有可能会进行违法活动,而又不明确使用帐户者会进行何种犯行。因此,其常以主观不明知抗辩故意的成立,以期脱罪^[30]。

为解决实务上洗钱罪主观状态的认定问题,在理论上就责任形式形成了两种观点。其一,提升说。该说主张将责任形式确定为直接故意,且具有掩饰、隐瞒前置犯罪所得及其收益的来源与性质的目的^[31]。如果进行目的性限缩解释,在行为人无法完全确定帐户使用者将进行前置犯罪活动时,就要阻却故意的成立。其二,降低说。该说主张将责任形式降低为过失,即重过失,认为仅处罚基于故意的洗钱行为并不能遏制日益严重的洗钱活动,处罚过失洗钱可以更为全面、有效地保护洗钱罪的法益。对于提供资金帐户的行为人而言,只要稍微地尽到注意义务就能避免重大后果的产生,而行为人却没有采取轻度的结果回避措施^[32]。事实上,无论是提升说还是降低说都存在问题。首先,提升说认为行为人需具有掩饰、隐瞒前置犯罪所得及其收益目的的观点是错误的,“掩饰、隐瞒”强调的是洗钱行为客观方面的特征。《刑法修正案(十一)》对洗钱罪主客观要件的删减,旨在刑事诉论证明上为司法机关减负,提高该罪的司法适用率。直接故意是一种证明程度要求很高的责任形式,会给司法机关带来较大的举证压力,反而有可能造就处罚漏洞。其次,采重过失说虽能扩大洗钱罪的适用,但这将导致几乎所有提供资金帐户的行为人在主观上都能充足要件,有将提供资金帐户型洗钱罪加速沦为口袋罪的风险,易造成司法惰性。对于直接故意等证明标准较高的案件,法院在难以查证时动辄以过失论,不区分故意和过失的罪责,实质上违反责任主义原则。由此,在洗钱罪的主观状态上,应该坚守间接故意的底线。

提供资金帐户型洗钱罪行为人的主观认定难题在于“明知”,症结在于明知可能与可能明知的混用。明知可能是指明知道自己行为可能发生危害社会的后果;可能明知是行为人有能力知道或有可能知道会发生危害社会的结果,是对过失心态的描述。当司法人员认定行为人明知自己的行为可能发生危害社会的结果时,行为人很容易辩解自己不明知;而当司法人员认定行为人可能明知时,行为人也会认同自己有可能明知,从而陷入难以辩解的困境^[33]。实际上,明知的难题可由“可反证的刑事推定”的诉讼规则进行化解。刑事推定是一种灵活的证明方法,在证明程度和证明责任的分担上为司法机关提供便宜,成为实践中解决证明难问题的重要理论抓手。为破解实践中洗钱罪主观明知的证明难题,可以从期待可能性的视角将具体状况下不同行为人所具有的认知水平分为平均人标准和行为人标准。行为人标准是以具体情况下行为人自身的能力为标准,适用于对于洗钱风险具有较高程度认识的人员,如金融机构人员、律师、公务员等。这些人员对于可能涉及的洗钱犯罪的刑事风险有较高的认知,要适

当降低明知的认定标准,只要违背相关反洗钱工作的规定等,即可推定其明知;平均人标准适用于没有上述知识背景、工作背景的普通人,如农民、学生等。这些人员对于洗钱犯罪风险的识别能力较弱,需要综合全案证据材料,如其与前置犯罪人之间的关系、所作供述、既往经历等,依据罪刑法定原则严格把握其主观明知的认定^[34]。在认定提供资金帐户行为人的明知时,一方面要结合行为人职业、学历、过往经历等因素判断其对于洗钱风险的认知能力;另一方面要基于事物之间普遍联系的方法论,运用“关系联想法”考察资金帐户被借用的原因、是否知道所接受的财物来自犯罪所得、对被借用者的支配力、进行的金融行为的复杂程度、接受的财物价值、时间节点等因素^[35]。通过差异化的认定标准,加强认定主观明知的科学性。

故意是对基于客观构成要件所联结的事实有认识,并且希望或者放任这种事实发生的心理状态。洗钱行为人不必明确认识到犯罪事实具体属于哪种前置犯罪类型,只要大体认识到属于前置犯罪即可。当行为人完全不了解前置犯罪的事实时,排除故意;将前置犯罪之外的犯罪事实误认为前置犯罪之内时,阻却故意;但是,当行为人在前置犯罪之间产生了犯罪事实的误认时,成立故意。

(三)与前置犯罪共犯关系的厘清

《刑法修正案(十一)》之前,“通谋”是判断提供资金帐户行为人构成前置犯罪共犯还是成立洗钱罪的主要考量因素。提供资金帐户的行为人在事前与前置犯罪的行为人进行通谋并在前置犯罪实行过程中提供帐户的,以前置犯罪共犯论;对于在事前与前置犯罪的行为人没有通谋,在前置犯罪完成之后才提供帐户的,仅构成洗钱罪。可以说,依据通谋的标准进行界分简单易行,同时契合了“主观故意相互交流沟通、客观行为相互支持配合”的共犯认定思路。但是,《刑法修正案(十一)》将自洗钱入罪后,上游犯罪本犯和他洗钱者都可以成为洗钱罪的主体,势必会影响洗钱罪共同犯罪的认定^[36]。提供资金帐户行为不仅可能构成前置犯罪的共犯,还可能成立洗钱罪。依据“通谋”建立起来的洗钱罪与前置犯罪共犯的排他适用关系被打破,“是否具有通谋”被压缩成为是否成立前置犯罪的认定维度。必须寻找更为实质、清晰的标准解决提供资金帐户行为的犯罪评价与罪数问题。

在自洗钱和他洗钱并立、为自己提供和为他人提供并存的立论前提下,提供资金帐户行为有多重存在场景,是洗钱罪中最为复杂的行为方式。常见的情形有:前置犯罪的行为人在完成前置犯罪后,通过自己掌握的帐户进行洗钱的;前置犯罪完成后,行为人提供帐户为前置犯罪人洗钱的;在前置犯罪实行前,行为人之间谋议由部分行为人在犯罪中提供帐户的;前置犯罪实行中,行为人基于共同完成前置犯罪的故意加入到前置犯罪当中,并提供帐户的;等等。从提供资金帐户的时间节点看,在前置犯罪实行前和既遂后提供资金帐户的情形,其共犯关系较为清晰明确、易于认定(下文详述);麻烦在于前置犯罪着手后到既遂前的阶段,提供资金帐户行为易与前置犯罪构成要件产生重合,引起共犯关系的混乱。前置犯罪的完成情况对提供资金帐户者的共犯关系有很大的影响。可以将前置犯罪分为事前阶段,即前置犯罪着手前;事中阶段,即前置犯罪着手后到既遂前;事后阶段,即前置犯罪既遂后。根据提供资金帐户行为介入的不同阶段,其共犯关系和罪数问题需要分别讨论。

事前阶段,如在集资诈骗犯罪实行前,多个行为人就实施集资诈骗犯罪进行细致的谋划、分工,将各自的犯罪意思进行了双向沟通,并商定由部分行为人实施集资诈骗犯罪,由部分行为人提供资金帐户的。在该情形中,主观上,行为人之间已经就完成犯罪进行充足的谋议,具有了共同的意思联络;客观上,提供资金帐户的行为人也按照事前分工分担了行为,虽然其提供资金帐户的行为是实行行为以外的行为,但实际上是对实行行为的扩张。因此,多个行为人成立集资诈骗犯罪的共同正犯。实践中已有判决肯定了前述观点^①。

事中阶段,既包括前置犯罪人在实行犯罪过程中使用资金帐户完成犯罪的情形,也包括在前置犯罪过程中,行为人基于共同完成前置犯罪的意思参与到前置犯罪中继而提供资金帐户的情形。在后者

① 参见广西壮族自治区田东县人民法院(2020)桂1022刑初61号刑事判决书。

中,提供资金帐户的行为人因共同犯罪的违法是连带的,而获得前置犯罪共犯的身份,属于自洗钱。所以,在事中阶段没有必要区分自洗钱与他洗钱。事中阶段的共犯问题在于提供资金帐户行为可能既是前置犯罪的结果行为,又是洗钱罪的实行行为,如在非法集资、金融诈骗等财产犯罪案件中,行为人具有非法占有的目的,获取财物是成立犯罪的要件,其中通过资金帐户获取财物是常见的行为方式,这就与洗钱罪提供资金帐户的行为产生重合。所以,厘清共犯关系的核心在于明确“提供资金帐户行为”究竟属于前置犯罪的自然延伸,还是应当独立评价的洗钱罪。对此,可以从以下角度对提供资金帐户行为作实质化的理解。1. 判断资金帐户是否具有掩饰、隐瞒的客观作用。如果帐户不具有掩饰、隐瞒的能力,如贪官使用自己名下的帐户接受贿款,实际上起不到掩饰、隐瞒的作用,宜认定为前置犯罪的组成部分^[37]。但是,当贪官让行贿者将贿款直接打入其掌握的从“卡商”手中取得的以不知名流浪汉身份办理的帐户时,这种帐户不属于社会相当性评价下和金融秩序容许范围内个人能够轻易取得的帐户,使用该帐户即是为了掩饰、隐瞒犯罪所得的来源,破坏了金融管理秩序,造成司法难以查缉的风险。因而,其中的提供资金帐户行为宜以洗钱罪论。2. 考虑使用帐户与前置犯罪完成的必要性。在金融诈骗、非法集资等犯罪中,行为人一般都具有非法占有的目的,借助资金帐户收取犯罪所得是完成犯罪的必要环节。基于使用帐户与完成犯罪的直接必要性、关联性,提供资金帐户行为应作为前置犯罪的自然延伸。反之,在走私、贪污等犯罪中,前置犯罪所得常是现金等具体物品,在将具体物品变现过程中,提供资金帐户的行为不是完成前置犯罪所必须的,该行为独立构成洗钱罪,对行为人应当数罪并罚^[38]。3. 分析提供资金帐户行为对前置犯罪完成的因果力。正犯行为的可罚性在于直接制造法益侵害的结果,而共犯的可罚性在于通过正犯间接地侵害了法益。正犯行为与结果之间的因果关系易于判断;教唆行为与正犯结果之间具有的因果性亦容易认定;而帮助行为只有从物理或者心理上促进、强化了正犯结果时,才能为帮助犯的处罚提供根据^[39]。所以,在前置犯罪过程中提供资金帐户的行为只有在与前置犯罪结果存在因果性时,才是前置犯罪的共犯。例如在涉税走私犯罪中,走私对象与走私所得是分离的,行为人在走私之后常存在将犯罪对象变现的过程^[40],其中使用资金帐户接收违法所得的行为并不在走私犯罪构成要件的涵摄范围内。此时,提供资金帐户的行为欠缺与前置犯罪结果之间的因果性,应独立评价为洗钱罪,对行为人进行数罪并罚。总之,依据提供资金帐户行为本身具有的事实特征与规范功能,合理界分提供资金帐户行为与前置犯罪的界限,事中阶段的共犯关系问题将随之厘清。

事后阶段,是指在上下游犯罪之间不存在通谋,前置犯罪既遂之后,行为人再使用资金帐户进行洗钱的或者行为人为前置犯罪行为提供资金帐户进行洗钱的情形。对于前者,在自洗钱入罪后,使用帐户洗钱又侵犯了洗钱罪的法益,应当对其数罪并罚。对于后者,由于上下游犯罪人之间不存在通谋,行为事实之间也不存在重合,应当单独认定为洗钱罪。实践中,要准确区分前置犯罪人在犯罪完成后对赃款的使用、处分行为与使用资金帐户进行洗钱的行为。对此,使用资金帐户进行洗钱不仅要考虑资金帐户在完成犯罪中的客观作用,还要求其具备实质的掩饰、隐瞒功能,有将黑钱漂白的“化学反应”,而犯罪完成后行为人日常消费、消耗犯罪所得及其收益的,一般不是洗钱^[41]。

四、结语

当下,资金帐户是个人参与金融活动、进行经济生活最重要的载体。使用资金帐户所引发的犯罪,不单是刑法问题,而是关乎新时代推进金融治理体系建设、有效化解金融风险的议题。刑法是社会治理的最后手段,不当使用资金帐户引发的问题可以通过完善金融制度、规范与加强金融机构自身合规建设进行前端消解。金融机构应加强客户尽职调查,履行客户身份识别义务,健全可疑帐户风险警示制度,完善金融机构反洗钱协作机制,并在金融机构内部营造反洗钱合规文化。同时,适时完善《中华人民共和国证券法》《个人存款账户实名制规定》《支付结算办法》等金融法律法规,在行政调整的范围

内化解不当使用资金帐户引发的风险,实现经济金融的高质量发展。

参考文献:

- [1] 2023 年最高人民检察院工作报告[EB/OL]. [2023-03-08]. https://www.spp.gov.cn/spp/gzbg/2023/03/t20230307_606720.shtml.
- [2] [7] 李光林,陶维俊.提供资金账户式洗钱行为的司法认定[N].检察日报,2021-07-23(003).
- [3] 王强军.行政监管实质刑法化及其限制研究[J].政治与法律,2019(5):43.
- [4] 王子晏.连累犯基本问题探析[J].海南大学学报(人文社会科学版),2011(3):44.
- [5] 恽纯良.论“轻率”或“重大过失”在经济刑法中之运用:以德国刑法典第 261 条第 5 项“轻率洗钱罪”为例[J].兴大法学,2021(29):168.
- [6] 金融学苑.德意志银行洗钱丑闻[EB/OL]. [2023-03-08]. <https://mp.weixin.qq.com/s/m3DYph0gxYuh3SzEKGt4SQ>.
- [8] 张明楷.法益初论:上册[M].北京:商务印书馆,2021:262.
- [9] [31] 高铭暄,马克昌.刑法学:第 10 版[M].北京:北京大学出版社,2021:419,420.
- [10] 张明楷.洗钱罪的保护法益[J].法学,2022(5):79.
- [11] 时方.我国洗钱罪名体系的适用困局与法益认定[J].环球法律评论,2022(2):127.
- [12] 李云飞.洗钱危害的二维性及对客体归类的影响[J].中国刑事法杂志,2013(11):48.
- [13] 许永安.中华人民共和国刑法修正案(十一)解读[M].北京:中国法制出版社,2021:133.
- [14] 陈家林.外国刑法理论的思潮与流变[M].北京:中国人民公安大学出版社,2017:273.
- [15] 许恒达.评新修正洗钱犯罪及实务近期动向[J].台大法学论丛,2019(48):1457.
- [16] 许恒达.评析特殊洗钱罪新立法[C]//台湾地区“法务部”.刑事政策与犯罪研究论文集:2018 年卷.台北:台湾地区“法务部”编印,2018:98.
- [17] 孙国祥.集体法益的刑法保护及其边界[J].法学研究,2018(6):48.
- [18] 王乃彦.洗钱罪的保护法益与体系地位[J].检察新论,2008(3):314.
- [19] 林钰雄.普通洗钱罪之行为类型:评析洗防法第 2 条[J].月旦法学教室,2021(224):39.
- [20] 王皇玉.洗钱罪之研究:从实然面到规范面之检验[J].政大法学评论,2013(132):239.
- [21] [37] 王新.洗钱罪的司法认定难点[J].国家检察官学院学报,2022(6):64,65.
- [22] 陵水法院宣判被告人李某玉受贿、洗钱一案[EB/OL]. [2023-04-08]. <https://mp.weixin.qq.com/s/9wCMva7EMVHdzranRuPs6g>.
- [23] 刘金林.洗钱犯罪法律适用问题研究[J].法律适用,2023(4):148.
- [24] 何萍.自洗钱入罪后的法律适用[J].人民检察,2021(16):16.
- [25] Roberto Durrieu. Rethinking Money Laundering and Financing of Terrorism in International Law[M]. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013:271.
- [26] 李学勤,赵平安.字源[M].天津:天津古籍出版社,2012:690.
- [27] 薛智仁.2019 年刑事法实务回顾:诈欺集团的洗钱罪责[J].台大法学论丛,2020(49):1652.
- [28] 黄荣坚.基础刑法学:第 4 版[M].台北:元照出版公司,2012:419.
- [29] 许恒达.人头帐户提供者的洗钱刑责[J].月旦法学杂志,2021(12):14.
- [30] 陈浩,高光治.多次为毒贩收取支付毒资提供银行卡[N].检察日报,2021-09-02(004).
- [32] 李世阳.玩忽职守型渎职罪中严重不负责任与重大损害后果的因果关系[J].南大法学,2021(6):161.
- [33] 张明楷.犯罪故意中的“明知”[J].上海政法学院学报(法治论丛),2023(1):49.
- [34] 吴波.洗钱罪的司法适用困境及出路[J].法学,2021(10):103.

[35] 陈家林, 吴珂. 洗钱罪“明知”规定的删除及其理解[J]. 澳门法学, 2022(1): 30.

[36] 汪恭政. 自洗钱入罪后洗钱罪共同犯罪的认定: 以犯罪参与体系为切入[J]. 河南财经政法大学学报, 2022(3): 60.

[38] 刘晓光, 金华捷. 洗钱罪的犯罪认定问题研究: 以上游犯罪和洗钱罪构成要件的联系为切入[J]. 青少年犯罪问题, 2022(1): 78.

[39] 张明楷. 共同犯罪的认定方法[J]. 法学研究, 2014(3): 10.

[40] 陈鹿林, 战晓宁. 买卖走私货物过程中的洗钱犯罪问题研究[J]. 中国检察官, 2021(22): 13.

[41] 李先仁. 自洗钱犯罪争议行为分析[J]. 检察风云, 2022(18): 16.

编校: 吕 静

The Normative Interpretation and Judicial Application of Money
Laundering Crime of “Providing Fund Account Type”

Chen Jialin¹ Wu Ke²

(1. 2. School of Law, Wuhan University, Wuhan, Hubei 430072)

Abstract: The Amendment of the Criminal Law (XI) has “relaxed” some of the constituent elements of the money laundering crime, and expanded the scope of application of the money laundering crime. Among them, “providing fund accounts” is one of the main ways of committing money laundering crimes. In judicial practice, the understanding of the nature of providing fund accounts and the boundaries of judicial application is not entirely reasonable, and the reason lies in the vague understanding of the connotation of legal interests and the facts of the constituent elements. In view of this, it should be clarified that the national judicial power belongs to the core content of the legal protection of money laundering crimes; the normative connotations of “providing” and “fund account” should be clarified, and the necessity of substantive punishment for the situation of “providing fund account for oneself” should be confirmed; the expansion of judicial application of providing financial accounts should be restricted by using sufficient concealment and its effect as the benchmark. In terms of judicial application, the time node for the provision of the fund account need not be defined after the completion of the prior crime; the problem of identification of actors’ subjective state should be solved by using the method of knowing presumption and differentiated knowing identification standard; according to the completion status of prior crime, it should be divided into pre-crime, during-crime, and post-crime stages, and the relationship of accomplice and quantity of crime between providing fund account and prior crime should be discussed separately according to the different stages of providing fund account intervention.

Key Words: money laundering crime; provide fund account; state judicial power; joint crime

论数据集合的反不正当竞争法保护

张素伦

(郑州大学 法学院,河南 郑州 450052)

摘要:公开、非独创性数据集合具有显著的商业价值,承载着经营者的竞争性权益。数据集合的法律保护存在权利赋予路径和行为规制路径两种模式,基于数据集合法律保护实践和平衡数据保护与利用的需要,我国目前宜选择行为规制路径,运用《反不正当竞争法》对数据集合进行保护。由于《反不正当竞争法》“互联网条款”的适用出现失灵,“一般条款”的适用具有不确定性,《反不正当竞争法》修订时应增设数据集合保护条款。针对这一专门条款进行设计,一方面要明确数据集合不正当竞争行为的构成要件,另一方面要以“适用除外”的方式划定数据集合法律保护的限度。

关键词:数据集合;反不正当竞争法;竞争性权益;商业道德

中图分类号:D922.29 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0057-11

随着数字经济的快速发展,数据已成为继土地、劳动力、资本、技术后的第五大生产要素。作为“新时代的石油”,数据的商业价值日益显现,围绕数据这一新型生产要素的竞争不断加剧,涉及数据的法律纠纷频繁发生,数据的法律保护问题引发广泛关注。数据集合是由海量数据形成的数据集,由于侵害非公开数据集合的行为受商业秘密法调整,满足独创性要件的数据集合受著作权法保护,理论界和实务界的争论较多集中在对公开、非独创性数据集合的法律保护方面。从立法技术来看,对公开、非独创性数据集合的法律保护,存在权利赋予路径和行为规制路径两种不同模式。权利赋予路径是将数据集合作为权利客体进行保护,如赋予数据集合控制者相应排他权,主要通过知识产权法来保护^[1];行为规制路径着眼于确定行为样态,并通过规制经营者行为来保护竞争性权益,主要通过反不正当竞争法来调整^[2]。尽管权利赋予路径与行为规制路径各有所短,但以反不正当竞争法为主导的行为规制路径已在实践中有效展开。目前我国有关部门已经启动《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》)的第三次修订,其亮点之一便是增设数据保护条款^①。运用《反不正当竞争法》处理数据集合纠纷,既是平衡数据权益保护与数据利用的需要,也是司法实践选择的结果。

一、数据集合反不正当竞争法保护的逻辑前提

(一)数据集合的内涵厘定

数据集合,或称数据流,是指经营者将一定数量的数据条目按照特定目的汇集在一起而形成的数

* 收稿日期:2023-06-05

基金项目:本文是2018年国家社会科学基金一般项目“数据驱动型垄断行为法律规制研究”(项目编号:18BFX189)、2021年河南省高校科技创新团队支持计划项目“数据垄断防控”(项目编号:211RTSTHN012)的阶段性成果。

作者简介:张素伦,男,郑州大学法学院副教授、博士生导师,法学博士,研究方向为经济法基础理论、竞争法。

① 《市场监管总局关于公开征求〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)〉意见的公告》,网址为“https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/art/2023/art_53f286b0f8a64545a52f92db0aeb8162.html”,最后访问时间为2022年12月10日。

据集。数据集合包含原始数据和衍生数据,其因应用场景和数据条目的不同而呈现出多样的表现形式。其一,按照数据集合的应用场景不同,主要的数据集合有:电子商务平台的数据集合,知识分享平台的数据集合,即时通信平台的数据集合,短视频平台的数据集合,用户点评类平台的数据集合,电子地图提供平台的数据集合。其二,按照数据集合中数据条目的不同,主要的数据集合有:涉及用户个人信息的数据集合,如依法收集的注册用户昵称、头像等;非个人信息的数据集合,如用户浏览、搜索、收藏、点赞、转发等痕迹信息及运用算法推测的用户职业、区域、偏好等标签信息;关于商户信息的数据集合,如点评网站上的商户信息、电子商务网上平台内经营者信息等;关于商品和交易信息的数据集合;关于作品的集合,如社交媒体平台收集、整理的文章、短视频等。

作为本文研究对象的数据集合是公开、非独创性数据集合,是不同于公共数据的商业数据集合。数据集合的内涵决定了反不正当竞争法框架下数据集合的外延。第一,数据集合的公开性。非公开性数据集合受商业秘密制度保护,尽管2019年《反不正当竞争法》优化了商业秘密保护条款,但是《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)将商业秘密作为知识产权客体^①,不排除未来对商业秘密保护单独立法的选项^[3]。在刑事立法领域,对非公开数据集合的获取,情节严重时可能构成“非法获取计算机信息系统数据罪”。第二,数据集合的非独创性。以数据集合是否具有独创性为界限,对数据集合的法律保护表现为两种思路:以汇编作品进行保护,法律依据为著作权法;以竞争性权益来保护,法律依据为反不正当竞争法。第三,数据集合的商业性。数据集合可以分为公共数据和商业数据。公共数据,是指公共管理和服务机构在依法履行公共管理职责或提供公共服务过程中收集、产生、处理的数据;商业数据,是指公共管理和服务机构以外的自然人、法人和非法人组织依法收集、加工的数据。反不正当竞争法视域下的数据集合是以企业数据为核心的商业数据。

(二)数据集合保护模式的选择

从保护模式上来看,数据集合的保护存在权利赋予路径和行为规制路径两种选择。前者突出权利赋予,将数据作为财产权的客体进行保护^[4];后者强调行为控制,通过规制特定的行为来保护数据权益。我国关于数据集合的立法保护,仅由《民法典》进行了模糊规定,并未框定保护的具体路径^②。从域外数据集合法律保护的实践和数据产业开放共享的精神来看,运用反不正当竞争法对数据获取行为进行规制是一种较优的方案。

首先,《欧盟数据库指令》运行的反思。在数据集合的保护方面,过去欧盟、美国和世界知识产权组织曾推动数据库保护的专门立法,代表性的成果为1996年颁布的《欧盟数据库指令》。《欧盟数据库指令》是将数据集合作为权利客体进行保护的立法尝试,时至今日,其已经无法游刃有余地应对数据集合法律保护面临的挑战。欧盟委员会2018年发布的《欧盟数据库指令评估报告》认为,《欧盟数据库指令》在刺激欧洲数据库行业投资和为利益相关者创建功能齐全的访问机制方面,并未发挥相应作用^③。尽管欧盟委员会宣称,在某些情况下,其将解决数据的所有权、互操作性等新兴问题,但学术界对数据的扩大保护持反对意见,如德国马普创新与竞争研究所指出,目前没有理由也没有必要为数据创设排他性权利^④。其次,《日本反不正当竞争法》修订的启示。经济学家早已知道对信息赋予财产权是危险的。因为知识产权的保护并不一定能促进科学和实用技术的发展——实际上,有时反而会起到阻碍作用^[5]。鉴于权利赋予路径可能会阻碍他人灵活利用数据,2017年修订的《日本反不正当竞争法》选择了行为规制路径,即将不当获取数据作为一种新型不正当竞争行为加以规制,有效平衡了数据权利人

① 《民法典》第一百二十三条第二款规定:“知识产权是权利人依法就下列客体享有的专有的权利:……(五)商业秘密……(八)法律规定的其他客体。”

② 《民法典》第一百二十七条规定:“法律对数据、网络虚拟财产的保护有规定的,依照其规定。”

③ European Commission, “Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases”, 网址为“https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=51764”,最后访问时间为2023年2月25日。

④ Josef Drexler, Reto M. Hilty, Luc De saunettes, et al., “Data Ownership and Access to Data: Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate”, 网址为“https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/positionspaper-data-eng-2016_08_16-def.pdf”,最后访问时间为2023年4月10日。

与竞争者、公众之间的利益。再次,立法技术上的障碍。权利赋予路径面临立法技术上的难题,如数据类型和范围的确定、保护要件的设计等。而且这种财产权保护模式中的排他权与数据开放、共享的精神相背离,可能引起数据权益保护与数据流动利用的失衡。最后,行为规制路径的构想。在行为规制路径下,既要明确作为保护对象的数据集合的要件,如依法收集、相当数量的数据条目、采取保护措施等,也要设计数据集合不正当竞争行为的例外情形。尽管在财产权保护模式中,“无须特别考虑收集行为合法性、数据时间敏感性和收集者是否采取技术措施等因素”^[6],但是在行为规制路径下,一般以采取保护措施作为认定数据集合不正当竞争行为的基本要件。

二、数据集合不正当竞争行为的法律适用

对处于公开状态的数据集合的法律保护,并不涉及《反不正当竞争法》商业秘密条款的适用问题。在早期的数据集合纠纷中,一审法院曾将“《SIC 实时金融》信息”作为商业秘密进行保护,但二审法院撤销了一审判决,并将“《SIC 实时金融》信息”视为“电子数据库”,适用《反不正当竞争法》第二条之规定进行了法律分析^①。从我国涉及数据集合的不正当竞争案件来看(详见表 1),尽管有的案件适用了《反不正当竞争法》禁止虚假宣传条款、禁止商业诋毁条款及禁止混淆行为条款之规定,也有案件适用了《反不正当竞争法》第十二条“互联网条款”之规定,但对数据集合不正当竞争行为的认定都适用了《反不正当竞争法》第二条“一般条款”^②。据此,数据集合法律保护的主要依据为《反不正当竞争法》第二条和第十二条。由于《反不正当竞争法》第十二条的适用可能陷入法律失灵困境,运用第二条进行的个案保护则会引发裁判尺度不一致的问题,在《反不正当竞争法》修订时增设数据集合保护条款的方案成为应然选择。

表 1 典型数据集合不正当竞争纠纷的法律适用

数据集合纠纷类型	案号	认定依据
《SIC 实时金融》信息	1. 北京市第一中级人民法院(1996)一中知初字第 54 号民事判决书 2. 北京市高级人民法院(1997)高知终字第 66 号民事判决书	一审:1993 年《反不正当竞争法》第十条(禁止侵犯商业秘密) 二审:1993 年《反不正当竞争法》第二条,撤销一审判决
商户简介和用户点评	1. 北京市海淀区人民法院(2010)海民初字第 24463 号民事判决书 2. 北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第 7512 号民事判决书	一审:1993 年《反不正当竞争法》第二条、第九条(禁止虚假宣传) 二审:1993 年《反不正当竞争法》第二条、第九条(禁止虚假宣传)
用户头像信息、职业信息、教育信息、标签信息	1. 北京市海淀区人民法院(2015)海民(知)初字第 12602 号民事判决书 2. 北京知识产权法院(2016)京 73 民终 588 号民事判决书	一审:1993 年《反不正当竞争法》第二条、第十四条(禁止商业诋毁) 二审:1993 年《反不正当竞争法》第二条、第十四条(禁止商业诋毁)
用户点评信息	1. 上海市浦东新区人民法院(2015)浦民三(知)初字第 528 号民事判决书 2. 上海知识产权法院(2016)沪 73 民终 242 号民事判决书	一审:1993 年《反不正当竞争法》第二条、第五条(禁止混淆行为)、第九条(禁止虚假宣传) 二审:1993 年《反不正当竞争法》第二条、第五条(禁止混淆行为)、第九条(禁止虚假宣传)
生意参谋数据	1. 杭州铁路运输法院(2017)浙 8601 民初字第 4034 号民事判决书 2. 浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙 01 民终 7312 号民事判决书	一审:2017 年《反不正当竞争法》第二条 二审:2017 年《反不正当竞争法》第二条

① 参见北京市高级人民法院(1997)高知终字第 66 号民事判决书。
② 与 1993 年《反不正当竞争法》相比,2017 年《反不正当竞争法》在第二条中增加了“遵守法律”“消费者的合法权益”用语,并新设第十二条“互联网条款”;2019 年《反不正当竞争法》沿用了 2017 年《反不正当竞争法》第二条和第十二条的规定。其中,《反不正当竞争法》“一般条款”通常是指《反不正当竞争法》第二条的第一款和第二款。

续表

数据集合纠纷类型	案号	认定依据
用户账号信息、好友关系链信息以及用户操作信息	1. 杭州铁路运输法院(2019)浙 8601 民初 1987 号民事判决书 2. 浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙 01 民终 5889 号民事裁定书	一审:2019 年《反不正当竞争法》第二条、第十二条 二审:上诉人撤诉
微博内容	1. 北京知识产权法院(2017)京 73 民初 2020 号民事判决书 2. 北京市高级人民法院(2021)京民终 281 号民事判决书	一审:1993 年《反不正当竞争法》第二条 二审:2019 年《反不正当竞争法》第二条,撤销一审判决
短视频、用户评论	1. 北京市海淀区人民法院(2019)京 0108 民初 35902 号民事判决书 2. 北京知识产权法院(2021)京 73 民终 1011 号民事判决书	一审:2019 年《反不正当竞争法》第二条 二审:2019 年《反不正当竞争法》第二条

(一)失灵:《反不正当竞争法》第十二条

穷尽具体规则方能适用一般条款是适用一般条款的要求。因此,涉及数据集合的纠纷,首先看能否适用《反不正当竞争法》第十二条“互联网条款”之规定,避免出现具体条款“向一般条款逃逸”的现象。由于《反不正当竞争法》第十二条规定自身存在局限性,其在法律适用过程中会发生作用偏差和不合理现象^[7],呈现法律失灵的窘境。适用《反不正当竞争法》第十二条规定对数据集合进行法律保护,面临“技术手段”“妨碍”“破坏”等限定条件的约束,甚至需要法官对之作扩张解释,法律实施效果不彰。

1.《反不正当竞争法》第十二条分析。《反不正当竞争法》第十二条“互联网条款”是针对网络领域不正当竞争纠纷频繁发生而设置的条款,其规制对象为网络化的传统不正当竞争行为和网络领域特有的、利用技术手段实施的不正当竞争行为。该条规定了两款内容。第一款明确规定了网络领域的不正当竞争行为应当遵守“本法的各项规定”。“本法的各项规定”包括三个方面:《反不正当竞争法》第二章第六条至第十一条关于传统不正当竞争行为规制的规定;第十二条第二款的规定;第二条关于不正当竞争行为定义的规定^[8]。第二款采取“概括规定+列举规定+兜底规定”的体例。先概括规定了网络新型不正当竞争行为,再用示例性规定列举典型不正当竞争行为,如强制目标跳转,用户非自愿修改、关闭、卸载,恶意不兼容,最后用兜底条款规定“其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或服务正常运行的行为”。

2.“技术手段”的限制。对《反不正当竞争法》第十二条的适用,首先用“概括规定+列举规定”进行分析,侵害数据集合控制者竞争性权益的行为显然不符合该法第十二条示例性规定中的三种具体行为。在无法识别不正当竞争行为的情形下,司法机关就需要进一步判断数据获取者的行为是否符合“概括规定+兜底规定”,考察经营者在实施涉案竞争行为时有无使用“技术手段”。在数据市场竞争中,比较常见的“技术手段”为网络爬虫技术,经营者利用网络爬虫或网络机器人抓取其他经营者数据集合中的数据条目,数据集合的控制者也可以在爬虫协议(Robots 协议)中列明准许爬虫机器人访问的名单,即白名单,白名单之外的爬虫机器人则不允许访问。对于数据集合不正当竞争纠纷,如果经营者对数据条目的获取并未使用技术手段,则不宜适用该法第十二条;如果经营者不仅仅使用技术手段,如经营者使用技术手段和人工方式(复制粘贴)获取数据集合中的数据条目^①,这种情况下则需要对使用技术手段的行为和未使用技术手段的行为适用不同法律条款,进行事实认定和行为定性。

3.行为效果的制约。关于网络新型不正当竞争行为,《反不正当竞争法》第十二条使用了“妨碍”“破坏”用词,但对“妨碍”“破坏”的解释存在较多争论,因为对他人产品正常运行造成妨碍或者破坏可能是竞争行为的必然后果,不能当然地将其视为不正当^[9]。我国《反不正当竞争法》和《最高人民法院

① 参见北京知识产权法院(2021)京 73 民终 1011 号民事判决书。

关于适用《中华人民共和国反不正当竞争法》若干问题的解释》(以下简称《反不正当竞争法解释》),都未对“妨碍”“破坏”予以界定。一般而言,“妨碍”是指使其他经营者提供的网络产品或服务不能正常、平稳顺利运行,“破坏”是指使其他经营者提供的网络产品或服务无法运行。在数据集合不正当竞争纠纷中,经营者未付出成本或仅付出较小成本,便获取其他经营者的竞争机会、削弱其竞争优势,但并未“妨碍”或“破坏”其他经营者提供的网络产品或服务的正常运行,“妨碍”或“破坏”效果的缺失亦是数据集合不正当竞争纠纷难以适用《反不正当竞争法》第十二条的关键因素。

(二) 实然:《反不正当竞争法》第二条

1. 相关司法解释明确了法律依据。对于未“妨碍”“破坏”其他网络产品或服务正常运行但侵害了其他经营者竞争性权益的行为,《反不正当竞争法》第十二条的适用面临障碍。这种情形下,要么对“妨碍”“破坏”作扩张解释,将侵害其他经营者数据集合的行为归类于“妨碍”“破坏”,仍然适用《反不正当竞争法》第十二条;要么转而适用《反不正当竞争法》第二条,分析涉及数据集合的竞争行为是否违背公平、诚信原则,是否违反法律和商业道德。为了统一法律适用的依据,《反不正当竞争法解释》规定了《反不正当竞争法》第二条适用的条件^①,并对人民法院如何认定商业道德及经营者是否违反商业道德给出了指引。

2. 违反“一般条款”行为的司法控制模式。不正当竞争法律控制模式是指反不正当竞争法律制度规定的,对不正当竞争行为予以制止或防止的基本途径。我国在控制模式上采取了行政控制与司法控制相结合的模式^[10]。我国《反不正当竞争法》的文本尤其是法律责任条款,对明确列举的七种不正当竞争行为,既规定了行政责任又设定了民事责任,属于行政控制与司法控制相结合的模式(刑事制裁也归于司法控制的范畴)。但对于违反“一般条款”的行为,法律并没有规定行政责任,应属于司法控制模式。因此,关于违反“一般条款”的数据集合不正当竞争行为,同样应实行司法控制模式,主要由受到损害的经营者通过司法救济手段来制止不正当竞争行为。从这个意义上讲,《反不正当竞争法》第二条是“有限的一般条款”,因为行政执法奉行严格的法定原则,行政执法机关只能就法有明文规定的不正当竞争行为予以查处,不能依据该法第二条对法律没有明文规定的不正当竞争行为给予行政处罚^[11]。

(三) 应然:增设数据集合保护条款

为了健全数据市场的反不正当竞争规则,规制获取或使用数据的不正当竞争行为,《中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)》(以下简称《反不正当竞争法征求意见稿》)新增了第十八条“商业数据条款”^②。“商业数据条款”共有三款规定。第一款采取与“互联网条款”相同的立法体例,即“概括规定+示例规定+兜底规定”。该款开明宗义地表明,经营者不得实施不正当获取或者使用其他经营者的商业数据,损害其他经营者和消费者合法权益,扰乱市场公平竞争秩序的行为。并在此基础上,明确列举了三种不正当获取或使用其他经营者商业数据的行为:破坏技术管理措施,不正当获取其他经营者的商业数据;违反约定或者合理、正当的数据抓取协议,获取和使用他人商业数据;披露、转让或者使用以不正当手段获取的其他经营者的商业数据。但是,由于获得或使用商业数据的不正当竞争行为无法穷尽,第一款进而作出了兜底规定。将获取或使用其他经营者商业数据的行为认定为不正当竞争行为时,需要判断对其他经营者和消费者合法权益的影响是否达到“严重损害”程度。第二款是对商业数据的界定,即构成《反不正当竞争法》上的商业数据必须满足三个条件:经营者依法收集的数据;对经营者具有商业价值的数据;经营者对数据采取了相应技术管理措施。第三款规定了不当获取或使用商业数据的例外,即“获取、使用或者披露与公众可以无偿利用的信息相同的数据”不构成第一款中的不当获取或使用。

① 《反不正当竞争法解释》第一条规定:“经营者扰乱市场竞争秩序,损害其他经营者或者消费者合法权益,且属于违反反不正当竞争法第二章及专利法、商标法、著作权法等规定之外情形的,人民法院可以适用反不正当竞争法第二条予以认定。”

② 《市场监管总局关于公开征求〈中华人民共和国反不正当竞争法(修订草案征求意见稿)〉意见的公告》,网址为“https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/art/2023/art_53f286b0f8a64545a52f92db0aeb8162.html”,最后访问时间为2022年12月10日。尽管《反不正当竞争法征求意见稿》第十八条中的“商业数据”与数据集合的内涵和外延具有一致性,但由于数据集合更能突出数据条目的海量性和对数据条目的整体保护,本文倾向使用数据集合一词。

三、数据集合不正当竞争行为的构成要件

除了竞争关系是前提条件外,数据集合不正当竞争行为的认定应遵循以下分析思路:经营者依法收集海量数据条目、形成了数据集合,控制数据集合的经营者对数据集合享有竞争性权益,控制数据集合的经营者采取了保护措施,获取数据的经营者侵害了反不正当竞争法法益,经营者获取数据的行为不具有正当性。

(一)经营者依法收集海量数据条目,形成了数据集合

1. 经营者依法收集数据。“依法”的要求是因为违法行为不产生法益,我国《民法典》将“保护民事主体的合法权益”作为首要立法目的^①,《反不正当竞争法》所保护的权益更多地属于民事利益,其必须是合法权益,违法行为不产生法益,法律不保护不合法的利益^[12]。经营者依法获取数据的形式主要有三个方向。一是从用户处获取数据。这类数据分为非个人信息数据和涉及个人信息的数据。非个人信息数据如电商用户浏览、搜索、收藏、加购、交易等行为痕迹信息,非个人信息数据的收集应当向用户明示告知并取得用户同意。涉及个人信息的数据,是指对个人信息进行匿名化、去标识化处理后的数据。按照《中华人民共和国网络安全法》(以下简称《网络安全法》)和《中华人民共和国个人信息保护法》(以下简称《个人信息保护法》)规定,经营者收集、使用个人信息,应当遵循合法、正当、必要的原则,公开收集、使用规则,明示收集、使用信息的目的、方式和范围并经被收集者同意。在“生意参谋案”中,人民法院认为,原告收集、使用网络用户信息的行为,以及“生意参谋”数据产品公开使用网络用户信息的行为符合法律规定,具有正当性^②。二是从其他平台经营者处获得数据。如果是关于用户信息的数据,经营者除了要取得其他经营者许可外,还要明确告知用户其使用的目的、方式和范围并再次取得用户的同意,在开放应用程序接口(OpenAPI)开发合作模式中,第三方通过 OpenAPI 获取用户信息时应坚持“用户授权”+“平台授权”+“用户授权”的三重授权原则。三是获取、使用处于公有领域的的数据,对于数据持有人或控制人未采取技术管理措施的数据,为了促进数据流通、利用,应允许经营者获取、使用^③。

2. 经营者收集海量数据。数据集合通常“具有实质质量数据条目”,数据条目的海量性是由大数据时代互联网数据搜索的便捷及数据分析与加工的多方面、多层次所导致的,互联网的规模经济更使得此种海量性成为必然^[13]。随着数据量的增加,数据集合的商品色彩更加明显,其商业价值也变得更大。但海量数据条目的量化并非易事,司法实践中对侵犯数据集合的不正当竞争行为进行认定时,往往回避数据集合中数据条目的数量因素,而更多地关注经营者获取、使用的数据条目。如在某一短视频数据集合纠纷中,人民法院强调涉案短视频数量多达 50 392 个,用户信息数量多达 15 924 个^④。而且,在“注意力经济”或“眼球经济”时代,获取、使用的数据条目的多少与行为的不正当性之间并不必然存在正相关关系。在有的数据集合纠纷中,被告曾以仅少量使用原告的信息进行抗辩,但人民法院认为,网络用户通常不会完整查看几百条甚至几千条点评信息后才作出选择,网络用户通过几十条甚至十几条评论就足以作出选择。这同样会导致原告的流量减少^⑤。

(二)控制数据集合的经营者对数据集合享有竞争性权益

经营者依法收集、整理的数据集合不符合独创性条件,但经营者付出一定成本收集、整理的数据集合具有独立商业价值,体现了经营者的竞争性权益。数据集合的竞争性权益可以从以下几点来理解。一是数据集合收集者或控制者付出一定劳动、投入一定成本,承担了相应风险。在用户点评类数据集

① 《民法典》第一条规定:“为了保护民事主体的合法权益,调整民事关系,维护社会和经济秩序,适应中国特色社会主义发展要求,弘扬社会主义核心价值观,根据宪法,制定本法。”

② 参见浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙01民终7312号民事判决书。

③ 参见北京知识产权法院(2016)京73民终588号民事判决书。

④ 参见北京知识产权法院(2021)京73民终1011号民事判决书。

⑤ 参见上海知识产权法院(2016)沪73民终242号民事判决书。

合纠纷中,人民法院指出,用户点评和商户简介是用户点评类平台通过合法途径吸引用户注册、发表或搜集、整理而来,平台为此付出了人力、财力、物力和时间等经营成本^①;在“生意参谋案”中,人民法院认可“生意参谋”数据产品构成经营者的劳动成果^②;在“群控软件案”中,人民法院确认,涉案数据资源系两原告投入了大量人力、物力,经过合法经营而形成的^③。二是数据集合具有独立的商业价值,其商业价值区别于数据集合内部各个独立数据条目产生的价值,经营者对数据集合享有的竞争性权益与数据集合中每一个数据条目上的权益并行不悖。在“生意参谋案”中,“生意参谋”数据产品中的数据内容为经营者带来了可观的商业利益与市场竞争优势^④;在“群控软件案”中,涉案数据资源能够给两原告带来商业利益与竞争优势,两原告对于数据资源享有竞争权益^⑤。三是数据集合作为一个整体得到保护。经营者经过收集、存储、加工、传输所形成的数据集合,作为一个整体具有特定的商业价值。在“群控软件案”中,人民法院认为,原告对平台数据资源整体依法享有竞争性权益,但就平台单一数据而言,两原告仅享有有限使用权^⑥。在涉及短视频数据集合的纠纷中,人民法院指出,涉案短视频整体、用户信息、用户评论的集合,具有数据集合的属性,构成了短视频平台的数据集合,对于平台具有较高的商业价值^⑦。

(三)控制数据集合的经营者采取了保护措施

经营者对数据集合采取保护措施是数据集合应受《反不正当竞争法》保护的必要条件。如《日本反不正当竞争法》中的电磁管理,即属于数据集合控制者限制特定对象以外的人获取数据的技术措施^[14]。对数据集合的保护措施形式多样,实践中,我国对数据集合的保护措施主要表现为四种情形。第一,通过订立协议进行限制。数据集合控制者与数据使用人之间订立协议,约定数据使用人获取数据的权限高低、范围大小、时间长短。数据使用人未获授权或超出授权范围获取数据,都是对数据集合控制者保护措施的破坏。第二,通过技术措施设定限制。如数据集合持有人设置用户身份认证系统和“反爬虫”技术等,数据使用人破解、绕过、规避这些技术措施事实上破坏了数据集合控制人的保护措施。第三,通过 Robots 协议限制数据获取。在数据集合不正当竞争纠纷中,经营者是否遵守 Robots 协议已经成为认定不正当竞争行为的重要标准。但是,这种保护措施应区分搜索引擎场景下 Robots 协议和非搜索引擎场景下的 Robots 协议。在搜索引擎场景下,搜索引擎关涉社会公众利益和互联网互联、互通、共享、开放,设置歧视性 Robots 协议未必具有合理性;在非搜索引擎场景下,Robots 协议是数据集合持有人保护数据权利意思的客观表达,应视为数据集合控制人的保护措施。第四,通过单方宣示实现限制。在涉及微博数据集合的纠纷中,被告在 2016 年设置 robots.txt 文件声明时仅针对原告,这种单方宣示行为只是文字上的记载,没有其他技术上的限制措施。一审法院认定被告行为构成不正当竞争。二审法院基于“非搜索引擎的网络机器人往往不是给被搜网站带来流量,反而可能带走被搜网站的流量”,认定被告设置 robots.txt 文件声明是经营自主权的体现,进而撤销一审判决^⑧。

目前,关于数据集合保护措施的保护程度、强度尚缺乏明确的标准。一般而言,数据集合保护措施的保护强度与其他经营者破坏保护措施的不正当性成正相关关系,即:保护措施的保护强度和有效性越高,破坏保护措施的行为被认定为不正当竞争行为的可能性越大,反之亦然。控制数据集合的经营者采取的保护措施,既表明了经营者主张权利的意思,也是经营者主张权利意思的客观表达,通过一定外观让其他行为人感知经营者内在意思、知悉经营者权利的存在、预设获取数据之经营者的行为边界。如果控制数据集合的经营者对数据集合不采取保护措施而任由其他经营者获取或使用,不宜运用实质性替代标

① 参见北京市第一中级人民法院(2011)一中民终字第 7512 号民事判决书。

② 参见浙江省杭州市中级人民法院(2018)浙 01 民终 7312 号民事判决书。

③ 参见杭州铁路运输法院(2019)浙 8601 民初 1987 号民事判决书。

④ 参见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 参见杭州铁路运输法院(2019)浙 8601 民初 1987 号民事判决书。

⑥ 参见杭州铁路运输法院(2019)浙 8601 民初 1987 号民事判决书。

⑦ 参见北京知识产权法院(2021)京 73 民终 1011 号民事判决书。

⑧ 参见北京市高级人民法院(2021)京民终 281 号民事判决书。

准认定获取数据的经营者构成不正当竞争。但这种保护措施所要实现的保护程度应低于商业秘密中的保密要求,对于保护措施的“保护”要求不宜太高,以达到足以表达权利意思和能够加以识别的程度为已足,不同于商业秘密保护中的保密措施^[15]。

(四) 获取数据的经营者侵害了反不正当竞争法法益

现代反不正当竞争法具有保护经营者利益、消费者利益和公共利益的多元目标。在生产经营活动中,由于经营者享有竞争自由权,对竞争行为的评判并非看经营者主观上是否有过错或恶意,而要分析经营者行为对其他竞争者利益、消费者权益和公共利益的侵害。第一,对其他经营者利益的侵害。反不正当竞争法对经营者利益的保护是直接保护,既包括处理不正当竞争纠纷时保护经营者合法权益,也包括通过维护公平竞争的市场秩序,使经营者在公平竞争的市场环境中取得经营收益。在数据集合不正当竞争纠纷中,对其他经营者利益的损害包括直接后果和间接后果,前者如经营者流量的损失,后者如经营者交易机会的减损,而交易机会的损失才是反不正当竞争法规制的根本原因。经营者在未付出实质性劳动的情况下获得其他经营者的数据资源,虽然未“妨碍”“破坏”其他经营者提供的网络产品或服务的正常运行,但却削弱了其他经营者的竞争优势,减少了其他经营者的竞争机会,甚至致使其其他经营者存在被替代的风险。当然,替代性标准的界限不明也使得该规则的司法适用面临挑战。第二,对消费者合法权益的侵害。反不正当竞争法主要通过规范和调整竞争关系,维护竞争秩序,来实现对消费者权益的保护。对于经营者实施的损害消费者合法权益但不涉及竞争关系、竞争秩序的行为,不属于反不正当竞争法的调整范围^[16]。反不正当竞争法对消费者权益的保护体现在,通过维护公平竞争的市场秩序,降低经营者的生产经营成本和消费者购买商品或接受服务的选择成本。在数据集合不正当竞争纠纷中,如果不对正当竞争行为予以保护,经营者就没有动力加大数据市场的投入,产品或服务的同质化严重,最终会损及消费者合法权益。第三,对公共利益的侵害。我国《反不正当竞争法》并没有明示“公共利益”目标,但有“市场经济健康发展”“市场竞争秩序”“消费者的合法权益”等用语。公共利益这一抽象的概念通常外化于市场竞争秩序和消费者利益之中。对公共利益的保护是通过保护“未受扭曲的竞争”实现的。消费者利益经常是与公共利益交叉和重合的,消费者利益代表或者延伸了公共利益;保护公共利益成为反不正当竞争法的重要目标,也与反不正当竞争法在保护消费者利益上的发展直接相关^[17]。在有的数据集合纠纷中,人民法院也将消费者利益和公共利益放到一起进行分析,并强调“消费者利益与社会公共利益是交叉重合的”^①。

不可否认的是,不同利益的序次、权重及关系衡量无疑会考验争议双方的举证能力和司法机关的裁判水平。在数字市场竞争中,经营者的行为有时“妨碍”或“破坏”其他经营者所提供产品或服务的正常运行,但对消费者有利,在这种法益目标方向相反的情形下,对不正当竞争行为的认定就要进行利益衡量。如果司法裁判缺乏对消费者因素的合理考虑和消费者利益的衡平,这种判决的作出至少是不周详、不全面的^[18]。在数据集合不正当竞争纠纷中,如果获取涉及消费者个人信息的数据条目征得了消费者同意,或者获取非个人信息的数据更有利于消费者,司法裁判时应予以考虑。

(五) 经营者获取数据集合中数据条目的行为不具有正当性

侵害法益通常是认定数据集合不正当竞争行为的必要条件,而非充分条件。尤其是在仅能证明竞争对手利益受损或者因消费者利益、公共利益较为抽象而难以进行利益衡量的情形下,就有必要判断经营者获取数据的行为是否具有正当性。具体可以从以下方面来看:是否违反商业道德、是否违反事先达成的协议、是否采取破坏性技术手段、是否存在成本投入、是否违反法律,有时还要观察经营者获取数据条目的数量、是否反复获取数据条目、是否用于营利性活动等。

其一,是否违反商业道德。为了使商业道德客观化,《反不正当竞争法解释》规定,人民法院认定经营者是否违反商业道德时,可以参考行业主管部门、行业协会或者自律组织制定的从业规范、技术规范、自律公约等。其二,是否违反事先达成的协议。为了利用数据参与市场竞争,经营者可以通过增加成本投入、商业模式创新等方式形成具有合法权益的数据集合,也可以与其他经营者协商并取得许可

① 参见北京知识产权法院(2021)京73民终1011号民事判决书。

而获取数据。经营者违反协议获取其他经营者数据集合中的数据条目,既有经营者自始未获得数据集合控制者授权而获取特定数据,也有授权期满后或超出授权范围而获取数据。其三,是否采取破坏性技术手段。如果获取数据的经营者通过技术手段突破数据集合的保护措施,对数据集合造成破坏性影响,可以认定数据获取行为具有不正当性。例如,非搜索引擎经营者通过爬虫技术抓取微博数据集合中的数据条目、经营者利用外挂技术搭其他经营者既有数据资源的“便车”等。其四,是否存在成本投入。数据获取者未进行成本投入,获取或使用他人投入相应人力、物力成本的数据,攫取本属于其他经营者的商业利益和竞争优势,这种行为具有明显的“搭便车”“不劳而获”的特点,应当被认定为不正当竞争行为。其五,是否违反法律。2017年《反不正当竞争法》修订时,第二条增加了“遵守法律”用语。这是在经营者应当遵循的竞争原则中增加了“守法原则”。守法原则要求经营者遵法、信法、守法,依法从事生产经营活动,依法维护自身的合法权益。在一些典型案例中,人民法院认定数据集合不正当竞争行为时,便考察了被告是否具有违反《网络安全法》《个人信息保护法》等法律的情形。

四、数据集合反不正当竞争法保护的基本限度

网络市场竞争存在“721定律”,即某一行业的第一名往往占有70%的市场份额,第二名通常占有20%的市场份额,其他市场参与者则争夺10%的市场份额。这种赢者通吃的格局使市场新进入者面临较大的进入壁垒。对数据驱动型经营者而言,市场进入不仅仅是能否进入市场,更主要的是进入市场后能否获得足够数据并生存下来,只有经营者的用户数据达到一定临界值,市场进入才能真正实现。在数据要素的竞争中,经营者往往以数据为生存之本和开展业务之基。而数据的公共属性决定了任何经营者都有权获取数据,进而谋取生存和发展空间。数字经济的核心精神在于数据共享,如果数据集合的保护限制了数据的正常、合理流动,显然不利于我国大数据产业的健康发展,也背离了对数据集合进行法律保护的初衷。因此,对数据集合进行法律保护的同时,也要通过例外规定方式设定保护的限度。

(一) 获取、使用、披露与公众可以无偿利用的信息相同的数据

为了平衡数据权利人和数据利用人之间的利益,《日本反不正当竞争法》规定了两种例外行为:获取、使用或者披露与公众可以无偿利用的信息相同的数据;在原权限范围内披露或使用数据。第二种行为也称为善意披露或使用数据,是指通过交易获取限定提供数据的行为人,如果获取时不知道该数据存在不正当获取或者披露的事实,即善意获取数据,即使事后知道该数据存在不当获取或者披露的事实,即善意转变为恶意,依旧可以在变为恶意之前通过交易取得的原权限范围内披露或使用该数据^[19]。由于善意标准带有较强的主观性,善意的举证和认定都面临一定困难,本文主要借鉴《日本反不正当竞争法》第一种例外规定的情形。

在《日本反不正当竞争法》“获取、使用或者披露与公众可以无偿利用的信息相同的数据”的例外规定中,“公众”是相对于“特定对象”而言,是指访问数据的人为不特定的人;“无偿”是指数据获取人无须支付金钱等对价,也不存在购买附加品或其他附加条件。“相同”是指限定提供的数据与公众可以无偿利用的数据完全相同或实质相同。我国《反不正当竞争法》数据集合保护条款的除外规定,可以做如下设计:如果经营者获取、使用、披露的数据是公众可以无偿利用的信息,则获取、使用、披露数据的行为不属于不正当竞争行为。在司法实践中,我国已经进行了一定的探索和尝试。例如,在有的数据集合纠纷中,人民法院指出,数据不正当竞争行为的认定,需要考虑产业发展和互联网环境所具有信息共享、互联互通的特点。与此同时,要兼顾信息获取者、信息使用者和社会公众三方的利益,既要考虑信息获取者的财产投入,还要考虑信息使用者自由竞争的权利,以及公众自由获取信息的利益,在利益平衡的基础上划定行为的边界^①。

^① 参见上海知识产权法院(2016)沪73民终242号民事判决书。

(二) 获取、使用或者披露数据集合控制者拒绝以 FRAND 原则磋商的数据

为了促进数据资源的合理利用,平衡数据权益保护与数据流动,应尽快建立数据交易制度。可供选择的方案有二:一是建立强制缔约制度,主要以强制性规范促使数据集合控制者与数据获取者之间建立公平交易关系;二是构建引导性交易制度,主要以引导性规范实现数据集合控制者与数据获取者之间建立公平交易关系。强制缔约制度仅适用于公共交通、供水、供电、天然气等公共产品的交易,该制度通常会限制契约自由原则,干预经营者的自由经营权,运用这一制度来规范发端于市场的数据资源交易将面临明显不适。引导性交易制度则是在尊重市场规律的基础上,借鉴标准必要专利许可中的“公平、合理、无歧视”(Fair, Reasonable and Non-discriminatory, 以下简称 FRAND) 原则,引导数据集合控制者与数据获取者之间自愿建立公平交易关系。其运行机理为:数据资源获取者向数据集合控制者发出要约邀请或要约后,数据集合控制者拒绝交易,或者拒绝以 FRAND 原则进行磋商的,数据资源获取者可以突破数据集合控制的保护措施获取公开的数据资源^[20],这种获取数据的行为在法律上不具有可责性。

在反不正当竞争法视域下,可以增加一个除外情形:获取、使用或者披露其他经营者拒绝以 FRAND 原则磋商的数据,不属于不正当获取或者使用其他经营者数据。如果控制数据集合的经营者提出过高的收费标准、设置歧视性交易条件等致使交易无法达成,亦是对 FRAND 义务的违反,其他经营者获取、使用或者披露数据的行为不应被视为不正当竞争行为。需要注意的是,经营者获取、使用或者披露数据时不得对数据集合控制者造成显著不成比例的损害,并尊重数据集合控制者获得合理费用的权利,使其收集、编排、加工数据所付出的劳动得以补偿。在“群控软件案”中,人民法院强调,网络资源具有“共享”的特质,网络企业所掌握的数据资源更多地具有开放性与共享性,如果其他经营者“搭便车”式地利用了网络企业所掌握的数据资源开展经营活动,只要不是对他人数据资源破坏性利用或有违反法律规定,且能够给消费者带来全新体验的,一般不应被认定为不正当竞争^①。

五、结语

在以大数据、人工智能、云计算等新兴技术发展与应用为标志的第四次产业革命大背景下,经营者争夺数据资源的竞争日趋激烈,与数据竞争相伴而生的法律纠纷时有发生。对非公开的或具有独创性的数据集合,现有的商业秘密条款和著作权法已经提供了实质保护。对公开、非独创性数据集合的法律保护,存在权利赋予模式和行为规制模式的分野,为了平衡数据集合控制者、数据获取者、社会公众的利益,以规制竞争行为为己任的《反不正当竞争法》是一种可行选择。由于现行《反不正当竞争法》第十二条“互联网条款”的适用出现法律失灵,第二条“一般条款”的适用缺乏清晰的界限,在《反不正当竞争法》修订时增设数据集合保护条款,既是对解决数据集合纠纷之期待的正面回应,也是数据集合法律保护的应然方案。数据集合不正当竞争行为的认定,要考察数据集合的控制者是否对依法收集、具有独立商业利益的数据集合采取保护措施,经营者获取数据的行为是否侵害反不正当竞争法法益,获取数据的行为是否具有正当性。与此同时,出于利益平衡的需要,应设计数据集合保护的例外规定,将获取、使用、披露与公众可以无偿利用的信息相同的数据和获取、使用或者披露其他经营者拒绝以 FRAND 原则磋商的数据,作为数据集合保护的除外情形。

参考文献:

- [1][6] 崔国斌. 公开数据集合法律保护的客体要件[J]. 知识产权, 2022(4): 18, 20.
- [2] 刁芸芸. 涉互联网平台作品数据集合的反不正当竞争法保护[J]. 中国出版, 2021(9): 24.
- [3] 朱宁宁. 制定商业秘密保护法 总结实践经验 加强立法研究[N]. 法制日报, 2021-12-21(08).
- [4] 崔国斌. 大数据有限排他权的基础理论[J]. 法学研究, 2019(5): 21.

① 参见杭州铁路运输法院(2019)浙 8601 民初 1987 号民事判决书。

- [5] 劳伦斯·格莱斯. 代码 2.0: 网络空间中的法律[M]. 黄武双, 李旭, 沈伟伟, 译. 北京: 清华大学出版社, 2009: 201.
- [7] 芮卫东. 法律失灵: 一个客观的法律现象[J]. 华东政法大学学报, 2013(1): 107.
- [8][16] 王瑞贺. 中华人民共和国反不正当竞争法解读[M]. 北京: 中国法制出版社, 2017: 54, 4-5.
- [9] 董晓敏. 《反不正当竞争法》一般条款的适用[M]. 北京: 知识产权出版社, 2019: 45.
- [10] 吕来明, 熊英. 反不正当竞争法比较研究: 以我国《反不正当竞争法》修改为背景[M]. 北京: 知识产权出版社, 2014: 259-260.
- [11] 孔祥俊. 反不正当竞争法的适用与完善[M]. 北京: 法律出版社, 1998: 53-56.
- [12][17] 孔祥俊. 反不正当竞争法的创新性适用[M]. 北京: 中国法制出版社, 2014: 154, 76, 85.
- [13] 刘继峰, 赵军. 互联网新型不正当竞争行为研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2019: 132-133.
- [14] 刘影, 睦纪纲. 日本大数据立法增设“限定提供数据”条款及其对我国的启示[J]. 知识产权, 2019(4): 94.
- [15] 孔祥俊. 论反不正当竞争法“商业数据专条”的建构: 落实中央关于数据产权制度顶层设计的一种方案[J]. 东方法学, 2022(5): 26.
- [18] 谢晓尧. 在经验与制度之间: 不正当竞争司法案例类型化研究[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 27.
- [19] 李扬. 反不正当竞争法基本原理[M]. 北京: 知识产权出版社, 2022: 278-279.
- [20] 武腾. 数据资源的合理利用与财产构造[J]. 清华法学, 2023(1): 168-169.

编校: 郭 奕

On Protection of Datasets by the Anti-Unfair Competition Law

Zhang Sulun

(School of Law, Zhengzhou University, Zhengzhou, Henan 450052)

Abstract: Publicly accessible and unoriginal datasets have significant commercial value and carry the competitive rights and interests of operators. There are two modes of the legal protection of datasets: property right protection path and behavior regulation path. Based on the practice of legal protection of datasets and the need of balancing data protection and utilization, it is appropriate for China to choose behavior regulation path and apply the Anti-unfair Competition Law to protect datasets. Due to the failure of the application of “internet provision” of the Anti-unfair Competition Law and uncertainty of the application of “general provision”, a datasets protection provision should be added when the Anti-unfair Competition Law is amended. In view of devising this special provision, on the one hand, the constituent elements of unfair competition of datasets should be clarified, and on the other hand, the limit of legal protection of datasets should be defined in the way of “exclusions of application”.

Key Words: datasets; Anti-unfair Competition Law; competitive rights and interests; business ethics

论行业技术标准对空白罪状的补充

冷必元

(湖南工业大学 法学院,湖南 株洲 412000)

摘 要:技术标准具有填补空白罪状的作用。刑法适用中援引技术标准作为填补空白罪状的补充规范,已是司法实务的常态。但是,法律保留观念、法律专属主义对技术标准作为空白罪状补充规范的资格提出了质疑。鉴于技术标准制定过程所受行政干扰小于行政法规、行政规章的客观事实,应当认为技术标准作为空白罪状补充规范,不会导致法律专属主义担忧的行政权力肆虐危险。同时,鉴于技术标准是产业运行客观规律的表达,将技术标准作为除“违反国家规定”之外的其他空白罪状的补充规范不会违背立法民主主义要求。用技术标准填补该类空白罪状,为刑法实现对技术微观层面的风险管控提供了可能。

关键词:技术标准;空白罪状;补充规范;法律专属主义

中图分类号:D924.1 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0068-12

对现代技术作业衍生的社会风险,刑事立法以各行各业技术标准的作业要求为基础,设置了涉及作业安全、经济秩序、环境保护等类型的罪名加强管控。对于发生于环境保护、食品药品、化工、知识产权、交通、包装等产业技术领域的犯罪行为,刑事案件办理中形成了根据技术标准研判行为犯罪构成及其社会危害属性的司法习惯。但与立法、司法的热度相比,刑法理论界对于技术标准的刑法适用,却还关注较少。对于技术标准在刑法适用中的规范属性问题,技术标准作为刑法空白罪状补充规范的正当性问题,刑法学理论的研究尚未深入。本文着眼于技术标准对于刑法空白罪状的补充,以期进行抛砖引玉的理论尝试。

一、刑法规范对技术标准的依赖

刑法“立法上仅明定‘罪名’及‘刑罚’,而相关的具体构成要件,则委由其他法律或行政命令补充规定”的罪状,称之为“空白刑罚法规”^[1]。我国刑法理论则一般称为空白罪状^[2]。空白罪状的立法特色在于:刑法法条“只规定某种法益的保护意旨;而就其禁止内容,则由其他法律,乃至行政命令,在不同的场合或时间,独立加以规定”^[3]。刑法援引其他法律或行政命令填充空白罪状,被援引的规范成了刑法空白罪状的“补充规范”^[4]。发生于行政管理领域的犯罪,刑法对行为性质的界定需要引入行政法规或行政规章作为确定行为危害属性的规范依据,被援引的行政法规、行政规章就成了刑法空白罪状的补充规范,对此学界已有颇多研究。而发生于技术产业领域的犯罪,刑法定性中则需要引入该行业技术管理规范、技术管理标准作为确定行为是否具有危害的规范依据,被引入的技术管理规范、技术

* 收稿日期:2023-02-08

基金项目:本文是2020年国家社会科学基金项目“刑法定性与行业技术标准对接研究”(项目编号:20BFX057)的阶段性成果。

作者简介:冷必元,男,湖南工业大学副教授、硕士生导师,法学博士,研究方向为刑法学。

管理标准就成了刑法空白罪状的补充规范。

(一) 空白罪状对技术标准的援引

技术标准包括强制性国家标准、推荐性国家标准、行业标准、地方标准、企业标准等法定形式。对照刑法典的规定可知,刑法空白罪状条文通过多种形式对技术标准进行援引。

一是罪状中直接叙明需要援引的各行各业的技术“标准”。《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)中此类条文有7个,包括第一百三十七条的工程重大安全事故罪,第一百四十三条的生产、销售不符合安全标准的食品罪,第一百四十五条的生产、销售不符合标准的医用器材罪,第一百四十六条的生产、销售不符合安全标准的产品罪,第一百四十八条的生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪,第三百三十条的妨害传染病防治罪,第三百三十四条的非法采集、供应血液、制作、供应血液制品罪。

二是罪状中表述为“违反规定”,但实际应用中所称的“规定”或“规章制度”包括技术标准。此类条文甚多。如《刑法》第一百三十四条重大责任事故罪的“在生产、作业中违反有关安全管理的规定”,这里的“规定”包括技术产业领域的各类安全标准,如化工行业技术标准《厂区动火作业安全规程》(HG 23011—1999)即属此类标准。《刑法》第一百三十二条铁路运营安全事故罪的“铁路职工违反规章制度”,这里的“规章制度”包括各类技术标准,如强制性国家标准《铁路站内道口信号设备技术条件》(GB 10493—2018)、《道路交通标志和标线第6部分:铁路道口》(GB 5768.6—2017)即属此类标准。

三是罪状中表述为“非法”,但实际应用中所称的“法”包括技术标准。《刑法》第一百二十五条非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪和非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪,其中的“非法制造”“非法运输”“非法邮寄”“非法储存”,就包括不依照技术标准制造、运输、邮寄、储存此类物品危害公共安全的情况。运输中违反《铁路运输危险货物包装检验安全规范》(GB 19359—2009)的,可能符合非法运输危险物质罪的行为构成。运输中违反《危险货物运输爆炸品的认可和分项程序及配装要求》(GB 14371—2013)的,可能符合非法运输爆炸物的行为构成。制造、储存中违反《杂项危险物质和物品危险特性检验安全规范》(GB 29919—2013)的,可能符合非法制造、储存危险物质罪的行为构成。

四是罪状表述为“不符合国家规定”,但实际应用中所称的“国家规定”包括了技术标准。《刑法》第一百三十五条的重大劳动安全事故罪的“安全生产设施或者安全生产条件不符合国家规定”,这里的“不符合国家规定”,是指用于劳动的安全设施或安全生产条件不符合国家有关安全标准,比如从事有毒、高空作业,没有按国家安全生产标准配备防毒设备和高空防护用具,没有为从业人员配备符合国家标准或行业标准的劳动防护用品^[5]。“国家规定”包括各类安全生产技术标准,如《化学品生产单位特殊作业安全规范》(GB 30871—2014)、《工作场所职业病危害警示标识》(GB Z158—2003)即属此类技术标准。

环境保护、食品药品、化工、知识产权、交通、包装、毒品等技术产业领域发生的犯罪行为,司法人员援引和灵活运用行业从业技术标准,作为填补刑法空白罪状的依据,以对构成要件行为属性进行符合刑法规定的判断,已是司空见惯的刑事案件办理业务常态。就近年公开的刑事裁判文书进行分析,实务部门常常援引技术标准补充刑法的空白罪状,有的引用了强制性国家标准,有的引用了推荐性国家标准,有的引用了地方标准、行业标准、企业标准。检索无讼案例网涉及技术标准的刑事案例,在“刑事”裁判文书条件下分别输入关键词“国家标准”“行业标准”“地方标准”“企业标准”“推荐性标准”,结果显示:其中15 000多份刑事裁判文书涉及国家标准,2900多份涉及行业标准,400余份涉及地方标准,350多份涉及企业标准,40多份涉及推荐性标准^①。由于较多刑事裁判文书对技术标准的援引,并不直接在裁判文书中写明该标准的属性为“国家标准”“行业标准”“地方标准”“企业标准”或“推荐性标准”,故而实际上涉及各类技术标准的刑事裁判文书应远不止此数。

^① 参见无讼案例网,网址为“<https://www.itslaw.com/bj>”,最后访问时间为2023年1月2日。

(二) 作为裁判、说理依据的技术标准

裁判文书对规范性文件不同形式的引用,可以起到两方面作用:一是引用作为案件裁判依据,二是引用作为案件说理依据^[6]。刑事裁判文书中所引用的技术标准文件,有的起到了作为裁判依据的作用。如邱某洪重大劳动安全事故一审刑事判决书如是表述:“本院认为,被告人邱某洪开设经营的工场安全生产设施不符合国家特种设备安全技术标准、规范的要求,因而发生重大伤亡事故,致一人死亡,被告人邱某洪对该重大事故负有直接责任,其行为已构成重大劳动安全事故罪。”^①此案中,“邱某洪开设经营的工场安全生产设施不符合国家特种设备安全技术标准、规范的要求”,即是邱某洪行为具有刑事违法性的规则依据。根据《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》,刑事裁判文书只能引用“法律、法律解释或者司法解释”作为裁判依据。为使文书表达符合最高人民法院的这一要求,该刑事裁判文书未点名所引用的“国家特种设备安全技术标准、规范”的具体名称和编号。尽管如此,实际行文中还是形成了引用技术标准文件作为裁判依据的刑法适用事实。

为了符合只能引用“法律、法律解释或者司法解释”作为裁判依据的文书制作规则,更多的刑事裁判文书采取“曲线救国”的方式引用技术标准文件,不将技术标准文件作为裁判依据,而是作为说理依据。2016年莫某高、邬某辉污染环境一审刑事判决书,引用了广东省环境保护厅、广东省质量技术监督局发布的地方标准《电镀水污染物排放标准》(DB 44/1597—2015),作为认定莫某高、邬某辉的排放行为属于刑法所禁止的超标排放重金属污染物行为的依据^②。2015年王某生产销售伪劣产品一审刑事判决书,引用了国家质量监督检验检疫总局发布的推荐性标准《硬聚氯乙烯(PVC-U)管材及管件产品质量监督抽查实施规范》(CCGF 3123—2010),作为认定王某存在生产不符合国家标准的不合格产品行为的依据^③。2018年孙某生污染环境罪一审刑事判决书,引用了国家环境保护局、国家技术监督局发布的三个国家强制性标准《土壤环境质量标准》(GB 15618—1995)、《地表水环境质量标准》(GB 3838—2002)、《污水综合排放标准》(GB 8978—1996),作为认定孙某生处置固体废物行为属于刑法所禁止的倾倒含有有毒、有害物质废物行为的依据^④。很多刑事裁决文书对类似技术标准的援引,貌似是引之作为证据论证某一事实,说明某一理由,但实际上的作用在于明确刑法罪状所禁止的某个行为模式。通过技术标准文件的援引,司法适用中填补了生产、销售伪劣产品罪,重大劳动安全事故罪,污染环境罪等罪状表述中所留下的只能由技术标准填补的条文空白。

二、技术标准能否作为补充规范的理论争鸣

刑事司法适用中广泛援引技术标准作为空白罪状的补充规范,但刑法学理上对于技术标准是否有资格成为刑法补充规范,却存有质疑。

(一) 不能作为空白罪状补充规范论

公法领域奉行法律保留原则。法律保留原则要求在国家法秩序的范围内,某些专属立法机关规范的事项,只能由代表人民意志的立法者制定“法律”,而不能任由其他机构主要指行政机构代为出具行政规范性文件予以规定。同时,任何行政处分行为,皆须有法律的授权作为行动的合法性基础^[7]。按法律保留原则,“刑法处罚,关系人民的基本自由权利,是宪法以法律保留原则加以保障的事项;如实质上有限制的必要性,必须以法律的形式为之”^[8]。这就推演出了排除刑法空白罪状援引行政机关规范性文件作为补充规范这一法律专属主义(也称“法律主义”)的观点。

然而,“刑法的形式以法律为限。这个原则假使彻底实行,结果必然使统治权有时无法实行,社会秩序无法维持,或者事不得宜”。刑法为完成国家统治任务,“为使统治权充分发生固有的作用,在技术

① 参见广东省汕头市潮南区人民法院(2018)粤0514刑初303号刑事判决书。

② 参见广东省惠州市惠阳区人民法院(2016)粤1303刑初129号刑事判决书。

③ 参见吉林省松原市宁江区人民法院(2015)宁刑初字第194号刑事判决书。

④ 参见江苏省苏州市姑苏区人民法院(2018)苏0508刑初99号刑事判决书。

上必然要求将刑法的形式之一部分委之于命令”^[9],刑法适用不可避免会引用行政命令作为司法依据。在这一背景下,法律专属主义关于只能由“法律”规定刑法有关内容的要求,就逐渐由绝对走向了缓和。刑法理论上相对缓和的法律专属主义认为,行政机关经立法机关授权制定的具有法律效力的规范,尊重了立法者的立法主体地位,体现了立法机关意志,没有妨害法律专属主义发挥作用,可以成为刑法的渊源^[10]。但纵使是根据相对缓和的法律专属主义的意旨,能成为刑法法源的法律以外的规范,也只限于立法机关授权行政机关制定的规范性文件。因此,体现相对缓和的法律专属主义思想的观点认为,作为刑法空白罪状参照性规范的渊源应仅限于三类:全国人大或其常委会制定的法律、国务院制定的行政法规、国务院各部委及直属机构制定的部门规章。此外,地方性立法,包括地方法规、地方规章、民族区域自治条例、单行条例等概不具有作为刑法参照性规范的资格。至于技术标准,既非法律、行政法规,亦非部委规章,有的还属于非规范性文件^[11],更不具有作为刑法空白罪状补充规范的资格。

(二)能作为空白罪状补充规范论

但也有相反观点,认为技术标准具有作为刑法空白罪状补充规范的地位。赞同的观点分别从两种不同思路出发予以论证:第一种是从技术标准的制定体现了立法主体意志角度论证,暂称之为“技术标准体现立法意志论”;第二种是从技术标准本身具有法规的规范属性角度论证,暂称之为“技术标准具备法规属性论”。

前一种观点,技术标准体现立法意志论认为,企事业单位及其上级主管部门制定的有关安全生产的规章制度,其中包括各类提出了技术产业流程管控要求的技术标准,不具有法律法规属性,但是该类技术标准符合国家保障技术产业作业安全的意旨,能被广大技术产业从业者所理解、认可和接受。技术标准,“可以认为是人民群众为了满足生产作业的需要而自己制定出来保障社会安全和自身自由的规范,这与为了保障自由而由人民的代表机关制定刑法的法律主义一脉相承,并不矛盾”。因此该观点指出,将国家颁布的各种与安全生产、作业有关的法律、法规,企业、事业单位及其上级管理机关制定的反映安全生产规律的技术标准、规章制度、操作习惯与惯例,作为刑法上重大责任事故等犯罪的补充规范是合适的,并不违反罪刑法定原则^[12]。

后一种观点,技术标准具备法规属性论,从三个层面论述技术标准具有行政法规、行政规章或行政规范性文件属性,因而有资格成为刑法空白罪状的补充规范^[13]。

第一个层面,该观点认为国家标准、行业标准性质上一般应归属于行政规章,具有充实刑法分则犯罪构成的作用。《中华人民共和国标准化法》(以下简称《标准化法》)规定,国家标准由国务院标准化行政主管部门制定,行业标准由国务院有关行政主管部门制定,并报国务院标准化行政主管部门备案。国务院标准化行政主管部门即国家标准化管理委员会,属于国家质量监督检验检疫总局下属事业单位,其职能是根据国务院的授权履行行政管理职能,统一管理全国标准化工作。国家标准化管理委员会本身并无立法权,但国务院已授予其制定规章的权力。而且,多数技术标准往往以国家质量监督检验检疫总局和国家标准化管理委员会的名义联合发布。既然技术标准是由作为国务院部门的质量监督检验检疫总局发布,其规范性质就可以认定属于部门规章。实践中,国家标准、行政标准也常以部门规章形式引入空白罪状,对刑法的犯罪构成发生影响。

第二个层面,该观点同时认为国家标准、行业标准规范效力上可能属于行政法规,可以被认定为刑法上的“国家规定”。行政法上存在授权制定规章的规则:行政主体通过被授权立法制定的规章,可以修改行政法规的个别规定,或者对行政法规的有关规定作出补充。此种规章的“个别规定”或“补充规定”具有行政法规的法律效力。考虑到国家标准、行业标准往往由国家质量监督检验检疫总局、国家标准化管理委员会联合发布,而国家质量监督检验检疫总局又属于有权制定部门规章的国务院直属机构,故而可以认为,某些被授权制定的国家标准、行业标准的“个别规定”或“补充规定”,法律效力上可归属为国务院授权制定的行政法规。既然是行政法规,国家标准、行业标准就有可能成为《刑法》第九十六条所指的“国家规定”。

第三个层面,该观点还认为,地方标准的规范性质应确定为行政规范性文件。根据《标准化法》规定,没有国家标准、行业标准,省、自治区、直辖市标准化行政主管部门可以先制定地方标准。作为国家

标准、行业标准替代品的地方标准,虽不具有行政法规、规章的法律效力,但多数情况下应属于行政规范性文件,同样会对刑法的犯罪构成形成不容置疑的影响。对刑法分则条文中所表述的“违反规定”,不应根据《中华人民共和国立法法》狭义解释为违反全国人大及其常委会制定的法律,而可以扩大解释为包括行政规章、地方政府规章和行政规范性文件。违反地方标准造成危害的行为,可以被认定为刑法分则中“违反规定”的行为^[14]。

该种论述国家标准、行业标准、地方标准等技术标准具有行政法规、行政规章或行政规范性文件属性的观点,是从行政立法规则角度进行的推论,具有一定道理。但也有观点指出,技术标准类文件以及企事业单位的规章制度,大多并不具有规范性文件属性,有的虽然属于规范性文件,但其制定主体的法律地位存有疑问,因而不能将之简单认定为行政法规、行政规章或行政规范性文件^[15]。显然,技术标准的规范属性能否被认定为行政法规、行政规章或行政规范性文件,学理上存有较大争议,需要予以厘清。

三、技术标准的规范属性定位

技术标准具备法规属性论,其推论的核心理由在于,技术标准发布主体多为国家质量监督检验检疫总局,而该局属于国务院直属机构。作为直属机构的国家质量监督检验检疫总局具有行政规章、行政规范性文件制定权,同时还可被授权修改或补充行政法规。故此,论者推定技术标准的规范属性应归属为行政法规、行政规章或者行政规范性文件。问题在于,作为国务院直属机构的国家质量监督检验检疫总局,其制定、发布文件的属性是否就一定是行政法规、行政规章或行政规范性文件。除法规、规章外,国务院各下属机构还会发布各种通知、决定或其他规范性文件,国家质量监督检验检疫总局发布的技术标准的属性为什么不是通知、决定或其他规范性文件?

(一)不属于行政规章或行政法规

国家质量监督检验检疫总局发布的各类文件,哪些可以被认定为规章,哪些只是一般规范性文件,存在着法定认定标准。根据国务院2001年发布的《规章制定程序条例》,行政机关规章的制定必须符合法定程序要求。纵使文件制定机关将其作为规章立项,如果不按《规章制定程序条例》的法定程序制定,“违反本条例规定制定的规章无效”,该文件不能认定为规章,而只能认定为一般规范性文件。

比较而言,规章和技术标准的制定,在立项、审查、起草、决定和公布的制定各环节都存在质的区别。

首先,就立项制度比较。《规章制定程序条例》第十条规定,部门规章的立项权归属于国务院各部门,地方规章的立项权归属于省、自治区、直辖市或者设区的市、自治州人民政府。《标准化法》第十条确定由国务院标准化行政主管部门统一负责强制性国家标准的立项、编号和对外通报,而对于推荐性国家标准、行业标准、地方标准、企业标准的立项,则未作出统一制度安排。

其次,就起草制度比较。《规章制度程序条例》第十四条规定,部门规章由国务院部门组织起草,地方政府规章由省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府组织起草。《标准化法》第十条规定,国务院有关行政主管部门负责强制性国家标准的组织起草工作。第十六条规定,推荐性标准由相关方组成的标准化技术委员会承担标准的起草工作,强制性标准也可以委托相关标准化技术委员会承担标准的起草工作。

再次,就审查制度比较。《规章制度程序条例》第十四条规定,规章送审稿由国务院法制机构或地方政府法制机构负责统一审查。《标准化法》第十条规定,国务院有关行政主管部门负责强制性国家标准的审查。第十六条规定,推荐性标准由相关方组成的标准化技术委员会承担标准的审查工作,强制性标准可以委托相关标准化技术委员会承担标准的审查工作。

最后,就决定和发布制度比较。《规章制度程序条例》第二十七条等条文规定,部门规章应当经部务会议或者委员会会议决定,地方政府规章应当经政府常务会议或者全体会议决定,并以制定部门或政府名义公布。《标准化法》第十条规定,强制性国家标准由国务院批准发布或者授权批准发布。第十

一条规定,推荐性国家标准由国务院标准化行政主管部门制定。第十二条规定,行业标准由国务院有关行政主管部门制定,报国务院标准化行政主管部门备案。第十三条规定,地方标准由省、自治区、直辖市人民政府标准化行政主管部门制定;设区的市级人民政府标准化行政主管部门根据本行政区域的特殊需要,经所在地省、自治区、直辖市人民政府标准化行政主管部门批准,可以制定本行政区域的地方标准。地方标准由省、自治区、直辖市人民政府标准化行政主管部门报国务院标准化行政主管部门备案,由国务院标准化行政主管部门通报国务院有关行政主管部门。

从技术标准与行政规章制定程序规则的对比中,可以发现两者在立项、起草、审核、发布等各方面的诸多差异,这种差异决定了行政规章和技术标准属于不同性质的规范性文件,技术标准不适合归属为行政规章^[16]。与行政规章相比,行政法规则具有更严格的立项、起草、审核和发布制度,技术标准文件在规范性质上不属于行政规章,当然就更不可能归属于行政法规。

另外,从规范的形式上分析,也可以得出技术标准文件不属于行政规章、行政法规的结论。行政规章、行政法规是行政机关为了完成行政管理目标制定的行为规范,其调整的对象是行政主体和行政相对人的行为。法律行为规范,可划分为三分结构或二分结构。三分结构认为,完整的法律行为规范比如刑法分则规范由假定条件、行为模式和法律后果构成^[17];二分结构认为,完整的法律行为规范由假定的行为条件和行为结果两部分组成^[18]。对于法律行为规范,可以进行二分结构、三分结构的不同逻辑结构划分,但在不同划分中,法律行为规范对不符合要求的行为需要配置相应“法律后果”则是确定不移的。法律后果,是保障民众遵守法律行为规范的强制措施。一个行为规范,如果只有行为模式要求,而缺乏不遵守行为模式的法律后果,这样的规则不具有强制效力。“在任何阶段的社会,人类法律的最终效率系于它受强制力支持的程度。”^[19]行政规章的行为规范中必然配置相应法律后果,如国家工商总局发布的《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》,规定了对违反者的责令停止违法行为、没收违法所得、罚款等法律后果。而反观技术标准文件,往往只对技术人员的行为模式作出要求,需要按照标准文件进行某种模型化技术操作,至于违反技术标准操作规程的行为将会承担什么样的法律后果,规范上则未予规定。技术标准文件是只规定规范对象行为模式而不规定法律后果的文件,从业人员不按技术标准操作引起社会损害的,还是需要根据法律的规定确定违法状况及其责任。违反技术标准的行为,有的属于违法行为,有的则不属于违法行为。正因为技术标准没有规定法律后果,故此该类文件并没有强制执行力,实际上只是一种技术操作规程。

对于技术标准的规范性质,《标准化法》第二条进行了清晰的法律定位,确定“本法所称标准(含标准样品),是指农业、工业、服务业以及社会事业等领域需要统一的技术要求”。不同于其他国家及某些国际组织将技术标准定位为“技术法规”,我国将技术标准的规范性质定位为“技术要求”。如美国的技术标准,由技术法规标准和普通技术标准组成,卫生、安全、环境保护等领域的强制性技术规范被定位为技术法规,具有法律效力。而且,美国联邦政府和州政府制定的技术法规,会习惯性引用已经制定的普通技术标准,在此过程中很多普通技术标准被赋予了法律强制执行效力。又如欧盟的技术标准,由技术法规标准和非法规性自愿标准组成。对工业安全、环境保护等方面的技术标准要求,称为“新方法指令”,规范性质属于技术法规,在成员国具有强制执行的法律效力。新方法指令外,还存在相对应的自愿而无强制法律效力的“协调标准”^[20]。与此迥异,我国的技术标准不是技术法规,规范性质不应归属为规章,更不可能归属为制定程序更复杂的行政法规。

(二)属于其他规范性文件

行政法领域的“其他规范性文件”,是指各级各类国家行政机关为实施法律、执行政策,在法定权限内制定的除行政法规和规章以外的具有普遍约束力的决定、命令及行政措施等^[21]。有观点认为,某些领域有一些技术性、专业性的国家标准,如1993年建设部和国家技术监督局联合发布的《城市居住区规划设计规范》,规范性质应归属为行政法规、规章之外的其他行政规范性文件^[22]。根据《标准化法》的规定,强制性国家标准、推荐性标准、行业标准、地方标准,都是以各级政府或政府部门的名义制定或发布的。在各类标准中,强制性标准具有强制适用效力。推荐性标准、行业标准、地方标准虽非强制适用,但如不按该类标准作业而导致事故的,裁决者依然会根据从业人员是否遵照标准作业判定其法律

责任。故推荐性标准、行业标准、地方标准,对行业行为同样存在很强的行政约束力。将强制性标准、推荐性标准、行业标准、地方标准均定位为其他行政规范性文件,应当是合适的,笔者赞同这种观点。

存在一定争议的是企业标准。企业标准由企业组织自主制定发布,而非行政机关制定发布,故其规范不具有官方性质,不能归属为其他行政规范性文件。根据《标准化法实施条例》第十七条的规定:“企业生产的产品没有国家标准、行业标准和地方标准的,应当制定相应的企业标准,作为组织生产的依据。企业标准由企业组织制定(农业企业标准制定办法另定),并按省、自治区、直辖市人民政府的规定备案。”企业标准虽非官方制定和发布,但由此行政备案制度,企业标准也具有了一定程度的官方性质。企业应依照在政府备案的企业标准进行生产作业,故此对企业特别是大型企业集团是具有强制约束力的。同时,由于该标准已经官方备案,具有官方属性,对社会也有约束力。如2017年刘某林、邓某川损害商业信誉、商品声誉刑事案件办理中,晋江市市场监督管理局即为喜多多公司出具书面证明,证明喜多多公司依照经地方质监或卫生行政部门备案的企业标准《喜多多糖果粒饮料》(Q/FXDD 0001S—2016)进行生产作业,所生产的“喜多多椰果王果粒饮料”属于符合企业标准的产品。对于该份证明所证事实,法院予以认可^①。考虑到企业标准半官方半私人属性的实际情况,或许不妨认为,企业标准是一种半政府行政性质半私人性质的规范性文件。

比较确定的是,无论企业标准、地方标准、行业标准、推荐性标准,还是强制性标准,都不具有行政法规、行政规章的“法”的属性,而是属于在不同范围适用并呈现出不同约束力的其他规范性文件。技术标准具备法规属性论的观点的确难以成立。从而,所谓在刑法空白罪状对技术标准的援引中,可以将技术标准视同具有行政法规、行政规章的规范属性,与空白罪状中的“国家规定”“违反规定”能够对接起来的看法,是不能成立的。然而,值得思考的关键问题或许在于,技术标准不具有行政法规、行政规章的法律规范性质,不戴上一顶“法律”的帽子,是否就没有成为空白罪状补充规范的资格?

四、技术标准符合相对法律专属主义旨趣

认为技术标准不属于立法机关授权制定的行政法规、行政规章,因而不具备成为刑法空白罪状补充规范的资格,这是法律专属主义思想演绎的结论。

(一)法律专属主义疑问

刑法空白罪状对补充规范的引入形式存在多种表述,有的表述为“违反国家规定”,有的表述为“违反相关规定”,有的表述为“违反某某标准”。在多种引入形式中,刑法只对“违反国家规定”这种形式进行了法定解释。《刑法》第九十六条规定:“本法所称违反国家规定,是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。”根据《标准化法》,“强制性国家标准由国务院批准发布或者授权批准发布”,由国务院发布的强制性国家技术标准,符合《刑法》第九十六条“国家规定”的要求,具有填补“违反国家规定”空白罪状的补充规范资格。争议较大的是国务院授权发布的强制性国家标准,以及其他推荐性标准、行业标准、地方标准或者企业标准,是否具有填补刑法除“违反国家规定”之外的其他空白罪状的资格。比如《刑法》第一百三十四条重大责任事故罪规定的“在生产、作业中违反有关安全管理的规定”,第一百四十三条生产销售不符合安全标准的食品罪规定的“生产销售不符合安全标准的食品”,这里“有关安全管理的规定”“安全标准”是否可以援引推荐性国家标准、行业标准、地方标准、企业标准或团体标准予以填补?

从立法层面看,对国务院授权发布的强制性国家标准,以及其他推荐性标准、行业标准、地方标准或者企业标准,法律上没有禁止将这类规范适用于填补刑法除“违反国家规定”之外的其他空白罪状。司法实践中,“违反国家规定”之外的其他空白罪状类案件的办理,往往会引用国家标准、行业标准、地方标准等类型技术标准以确定行为人的违法状况。应当认为,“违反国家规定”之外的其他类型空白罪

^① 参见福建省晋江市人民法院(2017)闽0582刑初1229号刑事判决书。

状引入技术标准作为补充规范,并不存在规则上和司法习惯上的障碍。目前尚有疑问的是,在刑法学理上尚有部分学者认为,这种引入方法不符合法律专属主义的要求。正如上文所言,法律专属主义忧虑的原因在于:刑法处罚范围的设定,如果不以体现人民意志的立法机关的意志为依据,而是以行政机关的意志为依据,则可能形成凌驾于人民意志之上的罪状和刑罚。“法律专属主义原则主要是为了避免行政机关(通过制定行政法规)擅立刑事规范,保障公民自由免受政府专横的侵犯”,故此反对由体现人民意志的立法机关之外的主体设定刑罚禁止的内容^[23]。根据法律专属主义的思路,必须追问:如果援引技术标准作为补充刑法空白罪状的依据,是否会导致出现行政权力在立法机关的意志之外擅立刑事规范和设定刑法禁止的行为内容,形成对公民自由的威胁?

(二)行政对技术的有限干预

《标准化法》赋予了行政机关对技术标准较大的管理权力。强制性国家标准的立项,由国务院标准化行政主管部门负责;强制性国家标准的项目提出、组织起草、征求意见和技术审查,由国务院有关行政主管部门负责。对于推荐性国家标准、行业标准、地方标准、企业标准的立项、组织起草、征求意见和技术审查,该法虽然没有作出统一制度安排,但第十一条规定推荐性国家标准的制定权归属于国务院标准化行政主管部门,第十二条规定行业标准的制定权归属于国务院有关行政主管部门,第十三条规定地方标准的制定权归属于省、自治区、直辖市人民政府、设区的市级人民政府标准化行政主管部门。掌握了技术标准的制定权,行政部门对技术标准制定的行政干预是客观存在的。但与行政法规、行政规章不同的是,技术标准的制定受专业领域“技术要求”的内在限制,行政权力的外在干预只能在专业内在限制的幅度内发挥作用。

其一,技术标准的制定过程,主要是一个表述产业运行客观规律的过程,行政权力的干涉范围和程度都非常有限。如何包装货物才不致发生运输危险,如何包装才能保证货物的品质,这是一个科学技术问题,而非行政管理能画出圈圈道道解决的问题。技术标准制定的目的在于使产业运行实现简单、互换和高效^[24],技术问题只能还给科学,由专业人士根据科学原理提出具体技术要求。专业技术的封闭性,会使外在干预与技术的内在要求之间不相容,客观技术规律对任何试图进行干预的行政权力都存在着内在的排斥。

其二,行政权力对技术标准的管控是宏观和原则性的,难以触及技术标准在微观层面的运行。行政权力存在渗透性和扩张性,但具体到技术标准的制定,行政权力的干预往往无法深入到技术运行微观环节。行政部门对技术标准制定工作的管理,如中央标准化行政管理部门制定了《标准化工作导则》(GB/T 1),深圳市质量技术监督局制定了《深圳市行政机关制定技术标准文件指导规则》(深质监[2005]143号),这些抽象行政行为都只能对技术标准的制定进行宏观指导。而至于某种机械上螺帽的直径是几厘米,某种货物是应当选择金属桶(罐)、镀锡薄钢板桶(罐)还是塑料桶作为内容器或外包装,技术产业运行的这些微观事项,行政权力缺乏深度干预的必要条件和能力。技术标准往往由各行业专家制定,专家们根据自己的专业知识执笔撰写标准,正式发布的技术标准文本的“前言”部分,会标明“本标准的主要起草人”姓名。名之所在,即责之所在。起草者为了对技术标准的科学性负责,往往会尽力排除非技术干扰对标准文本进行符合科学和技术的表达。

其三,技术标准的制定过程,主要是表达人的内在技术思想的过程,而行政管理调控的是人的外在行为,难以调控技术表述者的思想。技术标准文件既表达了整个社会技术思想的当前发展程度,同时也展示了标准起草者个人的技术思想境界。对技术标准的表达,执笔者如将安全作为技术核心,就会出现偏重安全的技术规范要求;执笔者如秉承效益第一的基本思想,就会出现偏重追求效益的技术规范要求。法律法规的政治正确和所承载的行政管理秩序要求,往往会抹杀执笔者们的专业个性,但是,技术标准的表达却往往会展示执笔者个人的专业水准和专业个性。

相较而言,由技术标准的规律性和专业性所决定,其文本表达所受行政干扰远小于行政法规、行政规章。就所受行政干扰方面而言,如果空白罪状援引行政法规、行政规章都能符合相对法律专属主义的要求,那么技术标准就更能符合相对法律专属主义的旨趣。

五、技术标准与立法民主主义相容

或许重要的问题在于,法律专属主义透视了刑事立法的民主主义思想。“基于国民主权之理念,剥夺国民权利的刑罚必须是基于国民的意志,因而属于国民代表之议会所制定的‘法律’的专权事项。”^[25]但是,技术标准恰恰不是人民普遍民主而是专业知识垄断的产物。刑法援引技术标准填补空白罪状,何种行为属于犯罪行为,何种行为属于非犯罪行为,最终起重要作用的认定依据就变成了技术标准而非法律和刑法。以技术标准作为刑事禁止规范,如何能够实现与刑事立法民主主义思想的契合?

(一)与立法民主主义的一致性

产业技术领域,与经济运行的民主管理要求相比,确保专业技术的科学精准更具有优先地位。如对于航空运输包装的安全技术条件,包装件所需要符合的载荷条件、限动条件等技术性事项,不依赖专家对包装技术标准的精确论证,而是企图通过民意公决的民主方式,显然无法解决。产业运行的技术策略最终应由专业主导,而非民主决策。“民主制度的设计虽然是为了保证各种意见和各种诉求能够得到倾听,而在社会问题复杂化的条件下,让不掌握专业知识的人去主导政策议程,显然是不可能求得科学合理的政策问题建构的。事实上,在各种各样的利益诉求演化成了政治噪声的时候,通过民主的途径是无法确定哪些社会问题应当向政策问题转化的。”^[26]技术标准的科学制定,难以排除对技术专家专业知识的高度依赖,因而会显现某种形式上的精英化和反民主表象,似乎技术政策“一切重要的决策,都由技术专家做出”^[27]。对于这种情况有人忧心忡忡,认为产业技术运行中,“正是这些技术专家控制了整个政策过程,并以对政策过程的控制为根据地而去扼杀民主的追求和排斥参与的呼声”^[28]。

分工日益细致、产业日益技术化的科技经济条件下,民主的运行方式也在发生变化。和一般意义上的全民民主相比,现在科技经济中“整齐划一和普遍地共享的知识仅仅意味着普遍的无知。民主并不否认的是,它是以社会承认不同的专业知识和特殊的个人才能及表现为先决条件的。民主的实现不要求每个人都成为同样的全能专家。它只是假定每一个个体都拥有最低限度的批判能力并掌握必要信息使他们能够合理地确定谁是相关特殊知识性任务的真正专家,并且能够在其整体成果和社会效应的基础上对他们的表现进行评价。科学无疑是向所有人开放的讨论,但是只对‘有条件理解’的每个人开放”^[29]。科技的过程是探索真理的过程,是还原事实真相的过程。正如办理案件,只有了解事实真相的人才有资格出庭作证,不了解真相的人出庭只能作伪证,不能还原事实真相,不能得出真理的结论。技术的目的是探索真理、还原事实真相,技术的问题终究不是民主的问题,不能通过全民投票的方式解决。比如专家制定劳动安全技术标准,其任务是确定现代生产环境下劳动安全的可靠条件,并将这些条件如实予以文字化记述。安全生产设施或者安全生产条件符合国家规定的标准,就意味着符合了该行业安全用工的最低要求;不符合该标准,就意味着产业运行存在发生危险的潜在可能性^①。技术标准作用于解决某一方面专门性问题,制定标准的出发点是为了控制产业风险,而不是为了实现对企业职工人身和意志的管理和控制。技术标准文件的目的是约束人身和意志自由,而是通过探索产业运行规律性,从而延伸人的作用,扩张人与自然打交道的意志自由。技术标准的制定过程是一个追求并反映民众自由的过程,是一个民众主体意识的自我实现过程,是民众追求自我解放的过程。

因而,由专家制定技术标准,使经济的运行符合客观规律要求,是经济沿着正确方向发展的前提条件,同时也是产业实现民主管理的前提条件。只有具有符合技术发展客观规律的技术标准,产业才有机会实现民主管理;没有符合技术发展客观规律的技术标准,产业的民主管理就无从谈起。技术标准和产业民主之间,存在紧张对立关系,但更多的是一致性。产业运行中,技术从业者都希望明晰技术规则,合理分工并划分岗位职责,完善产业链条。由于技术标准反映了产业运行基本规律,代表了人类社会探索自然的民众主体意识的自我实现,技术产业从业者并不拒绝产业技术标准,而更多的是对技术

^① 参见黎宏《第135条[重大劳动安全事故罪]》,高铭喧、马克昌《中国刑法解释(上卷)》,中国社会科学出版社2005年版,第1067页。

标准持肯定和认同态度,愿意按照技术标准照章操作。故此技术标准并不违背民意,它和立法民主主义的要求并非不能相容。刑法对科技产业的刑罚适用中,对于那些不遵循技术标准的从业人员,同行业其他从业者愿意维护行业技术标准的效力并认同国家的刑事惩罚的。

(二)立法对技术标准的准入许可

刑法规范的制定过程,立法者在刑法文本中设置了种种空白罪状。既然在立法时的字斟句酌中谨慎设置了空白罪状,法条中留下了无法自洽的空白部分,立法之时立法者当然也就预估到了空白罪状在技术领域的司法适用必然需要援引产业技术标准进行填充。从对刑法颁行后必然出现的引用技术标准补充空白罪状的预测当中判断,立法者立法之时对空白罪状援引技术标准的前景必然是持许可态度的。为此,立法者在空白罪状中设置了若干形式的能与技术标准连接的“接头”。比如重大责任事故罪中,这种连接的“接头”被表述为“在生产、作业中违反有关安全管理的规定”,这里的“安全管理规定”当然包括各类保障生产作业安全的技术标准;生产、销售不符合安全标准的食品罪中,这种连接的“接头”被表述为“生产、销售不符合食品安全标准的食品”,这里的“食品安全标准”当然指的是技术标准。技术标准并非代表人民意志的立法机关制定,但从立法者在空白罪状中留下的若干可以与技术标准连接的“接头”上看,在立法之初,立法者已经认可了现有的和将会制定的各类技术标准对空白罪状的补充资格。技术标准所要求的某些技术行为模式,立法者同意将之提升为刑法上禁止为之或命令为之的行为模式。或许可以推定,对技术标准进入刑法领域填补法条空白,立法者立法之时即已颁发了准入许可。对刑法立法者而言,现有的产业技术标准已经形成,立法者是基本认可的;而对于将来可能制定的各类行业的技术标准,在刑法制定之初,立法者持有的也是一种完全信任和依赖的态度。立法者代表人民对技术知识的信任和依赖,实际上已经表达了广泛的民意。

当然,从刑法空白罪状的表述来看,立法者对技术知识的信任和依赖,也不是无条件的,而是设定了前提条件。这个前提条件就是立法者已经在刑法条文中划定了刑法禁止行为的大体范围,同时对禁止行为确定了刑事罚则。比如立法者在《刑法》第一百三十四条已经确定,“在生产、作业中违反有关安全管理的规定,因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的”,只有“在生产、作业中违反有关安全管理规定”的行为,才有可能成为符合重大责任事故罪构成要件的行为。这是刑法条文在行为模式上对空白罪状进行的外在轮廓控制,德国刑法学家贝林称之为犯罪的“观念形象”^[30]。技术违法行为刑事不法属性的判断,始终保持在立法者构成要件设定的范围内^[31]。同时立法者确定,对这种行为应当“处三年以下有期徒刑或者拘役;情节特别恶劣的,处三年以上七年以下有期徒刑”,刑事制裁措施不能更改。这是刑法条文在罚则上对空白罪状进行的控制。技术标准的制定者只能在立法者业已划定的构成要件行为模式中,对何谓“安全管理的规定”予以填补。日本判例指出,由于立法机关制定的“法律本身大体上将受处罚行为的轮廓确定下来了”,故此刑法空白罪状对补充规范的引用并不违反宪法所保障的人民立法意志^[32]。只要立法机关始终“控制着罚则的内容”,就不会违反立法民主主义原理^[33]。技术专家只能在立法者业已划定的行为禁止范围内,依照现行法制和产业运行规律,以技术规范的形式填充所在产业领域对作业行为的规范要求。技术专家对空白罪状的填补,始终是在立法者的控制下进行的。立法者已经确定了蓝图,技术专家能够修补的只是蓝图内的某些细枝末节。

六、结语

刑法适用中,刑事裁判文书或者直接引用技术标准填充空白罪状,或者是通过迂回形式,表面上作为裁决理由予以援引,但实际上是用之作为填补空白罪状的裁判依据。而刑法理论研讨中,大多数学者都认可技术标准文件作为某些空白罪状补充规范的资格,只是论述中未展开论证其理由。如重大责任事故罪罪状所表述的“在生产、作业中违反有关安全管理的规定”,刑法学者均认为是指“违反国家发布的各种有关安全生产的法规,以及企业、事业单位及上级管理机关制定的涉及安全生产、科研、设计、

施工中安全操作的客观规律的文件,也包括违反长期为人们所公认的行之有效的正确操作习惯与惯例”^①。这里的“企业、事业单位及上级管理机关制定的涉及安全生产、科研、设计、施工中安全操作的客观规律的文件”,应当“包括工艺技术、生产操作、技术监督、劳动保护、安全管理等方面的规程、规则、章程、条例、办法和制度”^[34],其中当然包括各类技术标准,或者说主要就是指技术标准。规范属性上既非行政法规亦非行政规章的技术标准,为何得以跻身刑法空白罪状补充规范行列,成为刑法对行为定性的辅助依据或直接依据?本文即是对学界尚未深入阐述的问题进行的初步探寻。

社会物质生活载体的不断更迭,社会分工的不断细密,给刑法立法者的规则表达带来了诸多困难。在无法用刑法语言准确表达罪状的技术产业,立法者将罪状表达的部分权力留给了技术行业,由技术行业成长起来的专家自行制定行为规则并进行风险自控。在这一预留立法权的过程中,立法者一方面构架了对技术控制的行为罪状基本轮廓,确定了刑事制裁措施,对技术领域的风险进行了宏观层面的总体管控,这可以看作是立法者对技术领域犯罪风险实行的宏观管理;另一方面,在微观管理层面,立法者一定程度上尊重了技术领域的自治自由,由技术领域专家制定标准并进行行业犯罪风险的自我约束。微观管理权力的让渡,貌似立法者的罪状制定权减弱了,一定程度上收缩了立法者的立法范围,但在这一权力让渡过程中,立法者始终掌握着罪状轮廓和刑罚制裁的立法框架,技术专家只能在立法框架指导下制定技术标准,对刑法予以部分补充^[35]。技术专家的规则制定工作只不过是立法者的宏观立法意志嵌入到了技术行业的微观运行层面。作为填补罪状的技术标准,实际上充当了刑法立法权力加长了的手臂,在刑法立法难以深入干涉的领域,技术标准成为刑法管理模式的切入提供了有效摆渡。用技术标准填补除“违反国家规定”之外的其他空白罪状,就为刑法实现对社会技术行业微观层面的管理提供了可能。

承认技术标准作为空白罪状补充规范的资格,是一种既能够实现刑法风险管控又能够实现技术行业自治的双赢方案。技术行业所需要避免的犯罪风险行为模式,如果不由技术行业自行确定,而是由刑法立法者从外部确定,外部制定的刑法他律规则,难免会出现与技术行业本身发展需要不相容的情况。而且刑法的权威性来自刑法的稳定性,刑法是不能朝令夕改而须存之久远的。但科技产业的发展则重在不断变易的技术改进,技术标准会随着技术的变易而不断更新,步调稳固的有限的刑法难以跟上无限的技术流变的步伐。没有哪个立法者能对符合技术领域风险控制的行为模式做到全知全能,也没有哪部刑法能将技术治理的标准做到万法归宗。刑法立法需要有惰性,需要避免刑网蛛密而过度干涉技术的微观运行,需要避免技术产业的自然完整为立法理性所肢解。刑法立法的惰性,刑法在社会技术变易中保持一定程度的无为,一方面解脱了本来有限的刑法,另一方面也解放和成就了技术。

参考文献:

- [1][3][8] 苏俊雄. 刑法总论 I[M]. 台北:大地印刷厂股份有限公司,1998:188,188,186.
- [2] 高铭暄,马克昌. 刑法学:第8版[M]. 北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2019:317.
- [4] 张婷婷. 方法论视角下环境刑法空白条款适用研究[J]. 广东石油化工学院学报,2020(2):11.
- [5] 陈国庆. 中华人民共和国刑法最新释义[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,2016:143.
- [6] 于洋. 论社会主义核心价值观的司法适用[J]. 法学,2019(5):72.
- [7] 牧宇. 法律保留原则下地方行政处罚的界限设定[J]. 地方立法研究,2020(4):72.
- [9] 蔡枢衡. 刑法学[M]. 北京:中国民主法制出版社,2011:125.
- [10] 苏永生. 反恐刑法立法:挑战与回应[J]. 河北科技大学学报(社会科学版),2018(1):47.
- [11][15] 王瑞君. 刑事违法性判断前提条件:空白罪状的现状与反思[J]. 政法论丛,2006(4):49,49.
- [12] 汪红飞. 论空白刑法中补充规范的范围:以重大责任事故罪为视角[J]. 太原师范学院学报(社会科学版),2020(4):72.

^① 类似表述可参见各类刑法论著。如周光权《刑法各论(第三版)》,中国人民大学出版社2008年版,第195页;高铭暄、马克昌《刑法学(第八版)》,北京大学出版社、高等教育出版社2019年版,第362页;陈兴良《刑法各论精释(下)》,人民法院出版社2015年版,第703-704页,等等。

- 学版),2006(6):51.
- [13][14]李楠.行政与刑事法律关联问题研究[D].长春:吉林大学法学院,2017:60,44.
- [16]柳经纬,陈君.技术法规概念之考察与重塑[J].东南学术,2023(1):197.
- [17]柳经纬.论标准对法律的支撑作用[J].厦门大学学报(哲学社会科学版),2020(6):154.
- [18]吕世伦,公丕祥.现代理论法学原理[M].哈尔滨:黑龙江美术出版社,2018:266.
- [19]丹尼斯·罗伊德.法律的理念[M].张茂柏,译.北京:新星出版社,2005:26.
- [20]国家知识产权局条法司.《专利法》及《专利法实施细则》第三次修改专题研究报告:中[M].北京:知识产权出版社,2006:1115.
- [21]杨思留.宪法学与行政法学[M].北京:中国矿业大学出版社,2017:152.
- [22]杨兆艳.食品标准与法规[M].北京:中国医药科技出版社,2019:2-5.
- [23]杜里奥·帕多瓦尼.意大利刑法学原理[M].陈忠林,译.北京:法律出版社,1998:14.
- [24]罗蓉蓉.技术标准垄断行为的法律规制研究[M].北京:知识产权出版社,2019:28.
- [25]松原芳博.刑法总论重要问题[M].王昭武,译.北京:中国政法大学出版社,2014:21.
- [26][28]张康之,向玉琼.政策问题建构权的历史演进[M].上海:上海人民出版社,2016:118,123.
- [27]米歇尔·克罗齐耶.法令不能改变社会[M].张月,译.上海:格致出版社,2007:152.
- [29]乔治·马尔库什.文化、科学、社会:文化现代性的构成[M].孙建茵,马建青,译.哈尔滨:黑龙江大学出版社,2015:334.
- [30]冷必元.阶层不法评价向整体不法评价之发展[J].湖南工业大学学报(社会科学版),2023(3):71.
- [31]冷必元.刑事不法与社会危害性的整体评价理论[M].北京:中国民主法制出版社,2023:25.
- [32]前田雅英.刑法总论讲义:第6版[M].曾文科,译.北京:北京大学出版社,2017:44.
- [33]山口厚.刑法总论:第2版[M].付立庆,译.北京:中国人民大学出版社,2011:11.
- [34]陈兴良.刑法各论精释:下[M].北京:人民法院出版社,2015:704.
- [35]林山田.刑法通论:上册[M].增订10版.北京:北京大学出版社,2012:39.

编校:吕 静

On the Supplement of Industry Technical Standards to the Blank Facts about a Crime

Leng Biyuan

(School of Law, Hunan University of Technology, Zhuzhou, Hunan 412000)

Abstract: Technical standards have the function of filling in the blank facts about a crime. It has been a common judicial practice to invoke technical standards in the application of criminal law as supplementary norms to fill the blank facts. However, the concept of legal reservation and legal exclusivism have questioned the eligibility of technical standards as supplementary norms for blank facts. In view of the objective fact that the administrative interference in the formulation process of technical standards is less than administrative regulations and administrative rules, it should be considered that technical standards as supplementary norms for blank facts will not lead to the danger of unbridled administrative power worried by legal exclusivism. At the same time, in view of the fact that technical standards are the expression of the objective laws of industrial operation, the technical standards as a supplement to blank facts other than “violation of state regulations” will not violate the requirements of legislative democracy. The use of technical standards to fill such blank facts provides a possibility for the criminal law to realize the risk control on the micro level of technology.

Key Words: technical standards; blank facts; complementary norms; legal exclusivism

过度扩张与理性限缩： 非法集资犯罪共犯处罚范围之认定

曾 腾

(华东政法大学 刑事法学院,上海 200050;辽宁省大连市人民检察院,辽宁 大连 116001)

摘 要:司法实践中,非法集资犯罪的共犯处罚范围呈现过度扩张趋势。究其原因在于传统刑法理论对共犯成立标准的深刻影响,司法解释性质文件中关于限缩共犯处罚范围的规定失灵,对非法集资犯罪从严从重打击的立法导向与司法惯性。鉴于对非法集资犯罪的治理不应过度依赖刑事手段、过度扩张共犯处罚范围有违刑罚预防目的以及宽严相济刑事政策和优化配置司法资源的要求,应当理性限缩非法集资犯罪的共犯处罚范围。在具体路径上,将欠缺共同犯罪故意、欠缺严重法益侵害性的行为,从实体法出罪;将具有退赃退赔等减轻或者免除处罚情节的人员,从程序法出罪,能够有效限缩非法集资犯罪的共犯处罚范围。

关键词:非法集资犯罪;共犯处罚范围;实体出罪;程序出罪

中图分类号:D924.33 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0080-12

近年,非法集资犯罪^①在全国各地集中涌现,给社会稳定和经济发展带来极大危害。党的十九大和二十大报告均提出要加强金融活动的监管、防范化解重大风险,而打击非法集资犯罪即属于重要任务之一。《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》)提升了非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪的法定刑,必然导致司法机关加大对非法集资犯罪的严惩力度。应当看到,非法集资犯罪普遍采用公司化、网络化实施方式,参与实施犯罪的人员众多、层级复杂,从严从重处罚的高压态势已经造成并且势必加剧共犯^②处罚范围的过度扩张。当前,司法实践面临着如何保持刑事制裁理性、合理限缩此类犯罪共犯处罚范围的现实困扰。有鉴于此,笔者将从实体法与程序法两个维度,构建理性限缩非法集资犯罪共犯处罚范围的具体路径。

一、非法集资犯罪共犯处罚范围之过度扩张

(一)非法集资犯罪共犯处罚范围过度扩张之表现

为了便于向社会公开宣传、取得不特定公众信任,非法集资人^③普遍以“理财服务公司”“投资咨询

* 收稿日期:2022-03-03

作者简介:曾腾,男,华东政法大学刑事法学院博士研究生,辽宁省大连市人民检察院检察官,研究方向为刑法学。

① 非法集资犯罪在我国刑法中不是一个独立的罪名,通常是对该类型行为的统称。本文所称非法集资犯罪主要指非法吸收公众存款罪和集资诈骗罪。

② 如无特别说明,本文所称“共犯”皆是指按照《刑法》总则第二十五条构成共同犯罪的人。

③ 国务院制定的《防范和处置非法集资条例》第三条规定:“本条例所称非法集资人,是指发起、主导或者组织实施非法集资的单位和个人;所称非法集资协助人,是指明知是非法集资而为其提供帮助并获取经济利益的单位和个人。”

公司”等单位的名义^①,借助互联网技术和网络借贷平台,有组织地实施非法集资活动。非法集资犯罪的公司化、网络化、集团化运作模式,使得司法实践过度扩张该类犯罪的共犯处罚范围。

第一,只要参与非法集资犯罪活动、实施帮助行为,并且达到立案追诉标准,就可能被作为共犯追究刑事责任。实施非法集资活动的公司内部,一般设有负责向集资参与人宣传介绍投资内容并与其签订合同的业务部门,负责收取集资款、支付本息以及资金转账、管理的财务部门,负责向社会公开宣传以及对网站、自媒体等管理维护的宣传技术部门,还有负责日常运营、行政管理、人事安排等事务的综合后勤部门。上述人员虽然都实施了协助非法集资活动的具体行为,但是所处岗位的不同决定了行为性质存在差异,如业务部门的人员实施的是非法集资的直接帮助行为,综合后勤部门实施的是具有边缘性、中立性或者劳务性的间接帮助行为。但是,公安机关、司法机关在追究刑事责任时并不考虑岗位和职责的差异。例如,在李某明等人非法吸收公众存款案中,李某明等5人在专门从事非法集资犯罪的公司担任市场部业务员,刘某在该公司担任人事专员,均参与公司吸收资金活动并谋利,最终以非法吸收公众存款罪被判处有期徒刑一年,缓刑一年至有期徒刑一年八个月,并处罚金不等的刑罚^②。

第二,所处层级较低、发挥作用较小或者犯罪数额不大的普通业务人员、工作人员,也被作为共犯给予刑事处罚。在内部人员的组织架构上,从高到低一般由实际控制人或主要负责人、部门负责人或团队经理、普通工作人员或业务人员三个层级组成。不同层级人员的数量不同,公司结构呈“金字塔”形状,不过,不同层级人员在犯罪中的地位作用、获取违法所得的数额,却与其所处层级呈现出反向关系,即在犯罪中作用较小或者获利较少的人员数量反而更多。最高人民法院、最高人民检察院、公安部(以下简称“两高一部”)在2019年1月30日召开的新闻发布会上明确指出,对于参与非法集资的普通业务人员,一般不作为直接责任人员追究刑事责任^③。但是,该指导意见在司法实践中并未得到有效贯彻执行。例如,在太原市某食品工业有限公司、马某等非法吸收公众存款案中,除公司和分公司负责人、部门负责人外,6名财务人员和42名业务员均被追究刑事责任,其中业务员被判处有期徒刑一年,缓刑一年,并处罚金二万元至有期徒刑三年十个月,并处罚金六万元不等的刑罚^④。

第三,在作为共犯给予刑事处罚的人员数量上,体现出从几人到数十人不等的明显差异,具有较强的随意性和不确定性。非法集资人在某一地市成立公司后,一般会在该地市的不同县区乃至跨省、市设立分公司。总公司与分公司在资金、财务上关系紧密,但是在人员、日常管理上关系松散。由于总公司与分公司辐射不同的行政区域,因此在案发后公安机关通常按照犯罪地分别立案,非法集资人与非法集资协助人接受不同司法机关处理。这就导致在确定刑事打击的层级、人员时,不同案件、不同地区没有统一标准,在划定追究刑事责任的人员范围时具有较大随意性和随机性。例如,在轩某某非法吸收公众存款案中,轩某某系从事非法集资业务公司的实际控制人,通过总公司和分公司向11000余人非法吸收集资款27亿余元,最终因非法吸收公众存款罪被判处有期徒刑十年,并处罚金^⑤。但是,在该案的刑事判决书中,并未看到对非法集资协助人追究刑事责任的内容,与前述太原市某食品工业有限公司、马某等吸收公众存款案有明显差别。

(二)非法集资犯罪共犯处罚范围过度扩张之成因

通常来说,我国司法实践高度依赖司法解释,司法人员对于司法解释的重视程度甚至已经超过对法律的重视程度^[1]。司法人员常常因司法解释没有对某个具体问题作出规定而感到无所适从,因此一旦有明确规定时必然将其奉为圭臬并严格执行。为了限制非法集资犯罪的刑事处罚范围,“两高一部”分别于2014年、2019年出台《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

① 本文仅在事实层面使用“公司”“单位”等名称。

② 参见北京市第一中级人民法院(2021)京01刑终587号刑事裁定书。

③ 参见《依法惩治非法集资犯罪 维护国家金融管理秩序——最高法刑三庭有关负责人就审理非法集资刑事案件有关问题答记者问》,网址为“<https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-141392.html>”,最后访问时间为2023年1月28日。

④ 参见山西省太原市中级人民法院(2020)晋01刑终621号刑事判决书。

⑤ 参见辽宁省大连市沙河口区人民法院(2020)辽0204刑初276号刑事判决书。

法律若干问题的意见》(以下简称《2014年非法集资意见》)和《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若干问题的意见》(以下简称《2019年非法集资意见》),要求公安机关、司法机关依法合理把握追究刑事责任的范围,做到惩处少数、教育挽救大多数。但是,地方公安机关、司法机关对此却“视而不见”,任意扩大刑事处罚范围。笔者认为,造成共犯处罚范围过度扩张的成因主要在于以下方面。

第一,传统刑法理论对司法实践共犯成立标准的深刻影响。《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)第二十五条第一款规定:“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”据此,传统共犯理论认为,二人以上成立共同犯罪的条件在于:主观上具有共同的犯罪故意,客观上实施了共同的犯罪行为。我国司法实践深受该理论的影响,认为只要各行为人符合上述主、客观条件,即应当依照共同犯罪追究各行为人的刑事责任。例如,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第九条规定,明知他人实施危害药品安全犯罪,而有提供资金、贷款或者生产、经营场所等情形的,以共同犯罪论处。与之相同,只要行为人明知他人实施非法集资犯罪仍参与其中为他人提供帮助的,即与该他人构成共同犯罪。事实上,《2014年非法集资意见》也是秉持该种观点。由此可见,公安机关、司法机关将普通业务员等地位较低、作用较小的非法集资协助人一律作为共犯追究刑事责任,虽然会造成处罚范围过大的问题,但也实属“情有可原”。

第二,司法解释性质文件中关于限缩共犯处罚范围的规定失灵。司法解释的功能在于为司法人员规范适用法律提供指引,因此司法解释的规定应当相对明确,以免产生歧义。同时,司法解释的规定和表述也不能过于绝对,应给司法人员留下一定的自由裁量空间。虽然《2014年非法集资意见》和《2019年非法集资意见》对限制非法集资犯罪的共犯成立范围作出了规定,但是站在司法人员的立场来看,这些规定看似明确具体,实则抽象笼统、模棱两可,未能提供真正有力的规范依据。具体来说,主要表现为以下三点。其一,只是对宽严相济刑事政策、“但书”规定、罪责刑相适应原则的重申,提倡性较强而可操作性较差,对司法人员的实际指导意义不大。其二,“教育挽救大多数”“综合判断刑事追究必要性”等表述,仍然是对刑事政策和刑事基本原理的同义重复,缺乏清晰的判断标准,司法人员在具体案件中难以适用。其三,虽然规定重点惩处组织者、领导者和管理人员,但是“重点惩处”主要人员并不等于“不惩处”非主要人员,对于普通业务人员“一般”不作为直接责任人员追究刑事责任,也暗含了在某些情况下可以追究其刑事责任的意思。正因为如此,在没有明确禁止追究非法集资协助人刑事责任的情况下,虽然不加区分的追究刑事责任可能会扩大刑事处罚范围,但至少不会承担放纵犯罪的司法责任。

第三,对非法集资犯罪从严从重打击的立法导向与司法惯性。不容否认,非法集资活动已经成为影响社会稳定和经济发展的重大风险,必须予以严厉打击。但是,由于金融监管不到位,导致本应在前置行政程序中得到遏制的非法集资活动,最终在“暴雷”后直接进入刑事程序,使刑罚制裁成为治理非法集资的主要手段。在此背景下,立法机关与司法机关均担负起惩治非法集资犯罪的重要职责,且对非法集资犯罪的惩处呈现出从严从重的政策导向。

在立法层面,《刑法修正案(十一)》将非法吸收公众存款罪的最高法定刑由有期徒刑十年提高至十五年,将集资诈骗罪的基本刑由五年以下有期徒刑或者拘役提高至三年以上七以下有期徒刑,无疑彰显出立法者严厉打击非法集资犯罪的决心和姿态。

在司法层面,注重刑事打击历来是我国的传统,对犯罪分子积极追诉是刑事司法的惯性。公安机关、司法机关均把严厉惩治与打击犯罪作为重要职能之一,而查办案件的数量、金额、人数被视为衡量履职效果最有说服力的标尺^①。当严惩非法集资犯罪的政策导向与立法意图,传导至司法实务部门时,

^① 例如,河南省公安厅在宣传全省公安机关2021年打击经济犯罪的工作成绩时,即着重提出“共立经济犯罪案件7306起、破案4638起、打击处理犯罪嫌疑人19122名”,“新立非法集资案件148起,移送起诉146起,办结率98.7%;办理积案85起,移送起诉83起,办结率97.7%,打击绩效全国第二”。参见《河南去年破获经济犯罪案件4638起 打击非法集资犯罪成绩全国第二》,网址为“<https://news.dahe.cn/2022/05-15/1022515.html>”,最后访问时间为2023年2月1日。

自然与其积极追诉犯罪的惯性不谋而合。体现打击金融犯罪工作成效的举措之一,就是尽可能扩大追究刑事责任的人员范围。值得一提的是,集资参与人通过上访等方式,向公安机关、司法机关施加压力也是导致处罚范围扩大的原因之一。例如,与集资参与人直接接触的普通业务员,虽然地位作用较低,但是为了安抚集资参与人,公安机关也会将其列入刑事处罚范围。

二、非法集资犯罪共犯处罚范围之限缩必要

减少接受刑事处罚人员的数量,只是限缩非法集资犯罪共犯处罚范围的结果,本身并不能证明其正当性。对于参与非法集资犯罪并且实施帮助的人员,如果构成共同犯罪,为何可以不予追究刑事责任?限缩共犯处罚范围的理由和根据又是什么?笔者认为,理性限缩非法集资犯罪共犯处罚范围的必要性可以从以下方面展开分析。

(一)对非法集资的治理不应过度依赖刑事手段

源于刑法谦抑性原则的谦抑理念,是必须坚守的刑法理念之一。过去,刑法谦抑性原则的作用主要体现在立法层面,“立法者应当力求以最小的支出——少用甚至不用刑罚(而用其他刑罚替代措施),获取最大的社会效益——有效地预防和控制犯罪”^[2]。因为刑罚作为最严厉的法律制裁手段,对其适用“超过限度,乃为滥权,非为正义”^[3]。但是,司法机关是法律的实施机关,决定着对个体是否适用刑罚以及适用刑罚的具体内容。立法者对刑罚规定的克制,并不等于司法者对刑罚适用的克制。因此,“应将谦抑性原则的着眼点从主要钳制立法转向制约司法活动,即在实务上运用行政、民事方法足以抗制违法行为的,就不需要动用刑法”^[4],“刑事立法虽规,但在只有实际动用刑罚权方能实现法益之刑法保护任务时,刑事司法方治”^[5]。

刑法谦抑性主要体现为刑法的补充性、不完全性和宽容性^[6]。其中,刑法的宽容性是指即使是现实生活中已经发生的犯罪,如果缺乏处罚必要性,也不得进行刑罚处罚^[7]。坚守谦抑理念,不仅要求非必要情况下不采用刑事手段惩处非法集资活动,而且要求在具体犯罪案件中,不能过于依赖刑事处罚而盲目扩大追究刑事责任的人员范围。在非法集资活动中,涉案人员参与犯罪的原因、具体实施的行为、主观恶性程度、违法获利数额、造成的危害结果不尽相同,在是否追究刑事责任上应当区别对待。当行为人是否构成犯罪界限不清时,或者情节显著轻微、危害不大的,应当秉持谦抑理念不予追究刑事责任。同时需要考量行为危害和主观恶性,属于情节轻微不需要判处刑罚的,或者通过批评教育、行政处罚等手段足以达到惩罚目的的,应当尽可能地作出相对不起诉处理或者免于刑事处罚。

(二)过度扩张共犯处罚范围有违刑罚预防目的

划定刑事处罚范围,需要以刑罚正当化根据作为支撑。关于刑罚的正当化根据,主要存在报应刑论与目的刑论两种不同立场。报应刑论认为刑罚的正当性在于报应的正义性,目的刑论认为刑罚的正当性在于目的正当性。在我国刑法理论中,目的刑论占据主导地位,同时强调刑罚的特殊预防目的与一般预防目的^[8]。如果对行为人施加刑罚无益于刑罚预防目的的实现或者收效甚微,甚至负面效果大于正面效果,只能说明刑罚适用不具有正当性。

非法集资之所以在我国屡禁不止,除受非法经济利益的驱使外,还与我国的金融管理体制、融资渠道不畅、民间资本活跃、参与人投机心理等多种因素密切相关。防范非法集资必须运用多种手段进行综合治理,刑事处罚只是“兜底性”的制裁手段。将适用刑罚的对象集中于组织者、领导者及积极参加者等在犯罪中地位较高、作用较大的犯罪分子,才能真正有助于遏制具有相同犯罪动机的人组织、实施非法集资犯罪,实现刑罚的一般预防目的。

对非法集资犯罪的少数重点人员判处自由刑和财产刑,能够剥夺其再犯罪的能力,实现刑罚的特殊预防目的。不加区分地对非法集资协助人判处刑罚,有违刑罚的特殊预防目的。其一,将形式上符合共犯成立条件的非法集资协助人,一律纳入追究刑事责任的范围,无法解决集资参与人的经济赔偿

需求,也与防止非法集资协助人再犯罪无关。其二,非法集资协助人最终被判处的刑罚大多是三年以下有期徒刑或者按照实际羁押期限判处有期徒刑,而且适用缓刑的比例较高^①。判处刑罚的形式意义大于实际意义,司法机关难逃为了惩罚而惩罚甚至是“消化处理”案件的嫌疑。其三,大部分非法集资协助人经过公安机关、司法机关的批评教育或者受到行政处罚后,能认识到自己行为的违法性并且予以悔改,足以达到预防再犯的目的。

(三) 宽严相济刑事政策要求限缩共犯处罚范围

刑事政策“是国家和地方公共团体通过预防犯罪,维持社会秩序的稳定、安宁所采取的一切措施”^[9],“给予我们评价现行法律的标准,它向我们阐明应当适用的法律”^[10]。为了消解刑法条文稳定性与社会生活多变性之间的紧张关系,司法机关在适用刑法规定时,应当自觉以刑事政策为指针,使司法活动符合立法精神,满足国家惩治犯罪的需要。宽严相济刑事政策包括“宽”与“严”两个方面,强调宽严有别、宽严相济^②。对于非法集资犯罪的组织者、领导者等重点人员,必须依法从严打击;对于地位较低、作用较小,或者具有从轻、减轻处罚情节的非法集资协助人,则应当依法从宽。毫无疑问,从宽中的“能争取的尽量争取、能挽救的尽量挽救”与“教育、感化和挽救大多数”,必然包含了不追究刑事责任和不予刑事处罚的内容。

值得一提的是,最高人民检察院也指出,对共同犯罪案件应当根据犯罪事实、性质、情节,区分情形、区别对待、分层处理,做到宽严相济^[11]。区别对待、分层处理的要求,是刑事司法对新时代以人民为中心的人权保障理念的坚持,有利于实现惩罚犯罪与保障人权的平衡统一。随着新时代社会主要矛盾的变化,刑事政策作为助推国家治理体系现代化的重要内容,也应当从单纯强调打击犯罪向注重保障人权转化。大部分非法集资协助人参与非法集资活动,只是将其作为一份普通工作,主观恶性和行为危害性与积极实施犯罪的人员截然不同。对作用较小的非法集资协助人判处刑罚,不仅毫无必要,而且会使其因前科记录难以正常回归社会,甚至刑罚的负面效果将及于父母子女的求学、就业等活动。此时,刑事司法反而成为增加对抗、制造矛盾的推手,是对公民基本权利的侵害。综上,限缩非法集资犯罪共犯处罚范围,契合宽严相济刑事政策的基本要求。

(四) 限缩共犯处罚范围有利于优化配置司法资源

过度扩张非法集资犯罪的共犯处罚范围,给公安机关、司法机关造成了诸多实际困难。只要非法集资协助人被纳入刑事追责范围,就必须针对每一名犯罪嫌疑人、被告人逐一取证,需要付出大量的司法资源。组织、领导或者积极参加非法集资犯罪的人员,实施犯罪的时间长、程度深、范围广,在犯罪过程中留下的证据较多,证明其构成犯罪的难度也相对较低。而非法集资协助人恰恰相反,在证明其主观明知集资活动的非法性、在共同犯罪中的层级作用、具体吸收存款的人员数量和金额等方面,需要收集全部证据并排除可能存在的矛盾后,才能准确定罪量刑,这无疑增加了司法机关的证明难度。

面对同一案件中犯罪嫌疑人、被告人数量过多带来的难题,司法机关往往采取分案处理的解决方式。但是,分案处理并不能从根本上缓解司法资源紧张的现状,因为分案处理只是将原先在一个案件中支出的人力、物力、财力分散到了不同案件中,甚至可能会因为重复办理而增加消耗。同时,分案处理也必然衍生出分案的随意性、司法标准不统一等一系列问题,使司法机关陷入新的困境。

当前,公安机关、司法机关普遍面临着案多人少、负重运转的实际困境。过度扩大非法集资犯罪的共犯处罚范围,不仅使本就捉襟见肘的司法资源雪上加霜,而且会挤占惩罚、打击严重犯罪的司法资源。刑事诉讼需要考虑司法资源的合理配置^[12],将非法集资犯罪共犯处罚范围依法有据地限定在合理范围内,不仅不会导致非法集资犯罪泛滥多发,而且有利于减轻司法机关的证明负担,减少司法资源

① 例如,前述太原市某食品工业有限公司、马某等非法吸收公众存款案,在被追究刑事责任的非法集资协助人中,37人被判处有期徒刑并适用缓刑,8人被判处三年以下有期徒刑,9人被判处三年二个月至三年九个月有期徒刑。

② 关于宽严相济刑事政策的具体内容和基本要求,参见《最高人民法院关于在检察工作中贯彻宽严相济刑事司法政策的若干意见》和《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》。

的不必要浪费。司法机关可以集中力量打击严重危害国家、公共和个人利益的犯罪,最大限度地发挥刑事司法在秩序维护和法益保护方面的职能。

三、非法集资犯罪共犯处罚范围之限缩路径

为了限制非法集资犯罪的处罚范围,有学者提出下层人员与上层人员之间存在信息割裂的现象,可以以此来控制主观故意的成立,进而实现限缩处罚对象的效果^[13]。也有学者将“前台、人事行政人员、培训人员、客服人员以及技术人员”等概括为非核心人员,并基于中立帮助犯的定位实现处罚范围的限制^[14]。还有学者指出从事事务性或劳务性工作且涉案不深,仅仅获取劳务报酬,与犯罪不存在直接关联的情节轻微的行为人,可以不予刑事处罚^[15]。这些研究为本文提供了有益参照,但是在指导司法实践上仍显不足。一方面,上述研究多是基于某一具体案件而展开,未能抽象概括出一般标准,有一定的“就事论事”成分,无法在不同案件中得到普遍适用。另一方面,以工作性质或业务类型作为认定刑事处罚范围的标准过于绝对,无法成为令司法人员信服并接受的判断标准,反而容易产生放纵犯罪的负面效果。因此,笔者将以弥补既有研究不足为目标,试图提炼出一种非单纯基于工作性质(主体身份)、相对客观的限缩处罚范围的标准,以指引司法实践合理认定非法集资犯罪的共犯处罚范围。

(一)因欠缺共同犯罪故意而否认共犯关系成立

我国刑法理论认为,共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。共同故意是刑法规范意义上的共犯结构的核心要素^[16],是成立共同犯罪在主观方面的要求。对于参与非法集资活动并且客观上实施帮助行为的人员,只有与非法集资犯罪的组织者、领导者等具有共同犯罪故意时,才能与之构成共同犯罪。否则,即使客观上为非法集资提供了帮助,但因欠缺共同故意,也难以作为共犯被追究刑事责任。共同的犯罪故意,即指各共同犯罪人对于他们的共同犯罪行为和行为会发生的危害结果具有同一认识,并希望或放任这种结果的发生^[17]。据此,构成非法集资犯罪的共犯,需要行为人认识到共同实施的行为具有非法性,并且会发生严重扰乱国家金融管理秩序、侵犯人民群众合法权益的危害结果,但是仍然希望或者放任这种结果的发生。

首先,行为人是否认识到共同实施的是吸收公众存款的集资行为且具有非法性。犯罪故意由认识因素和意志因素两方面构成,认识因素是意志因素的基础。根据认识对象的不同,认识因素中的“认识”又分为对刑法分则罪名具体构成要件事实的认识和对刑法总则危害结果、行为性质以及行为意义的认识,前者是后者的前提。如果行为人对具体构成要件事实缺乏认知,就不可能对行为性质和危害结果存在认知,犯罪故意也就无从谈起。因此,司法机关在认定行为人是否构成非法集资犯罪的共犯时,必须证明行为人认识到其参与实施的是违反国家金融管理法律规定,未经有关部门依法许可或者借用合法经营的形式吸收资金的活动。事实上,许多犯罪嫌疑人、被告人向司法机关提出公司有经营执照、不清楚公司行为违法、不具有犯罪故意的辩解,但是大都不被采纳^①。对此做法,笔者认为并不妥当。一方面,当前犯罪分子大多利用互联网技术,假借金融创新之名,行非法集资犯罪之实。例如,早先最具代表性的P2P网络借贷,近来以元宇宙、NFT、虚拟货币、私募基金等新概念实施的非法集资犯罪等^[18]。犯罪分子在实施非法集资活动时,均是公然进行的。根据我国普通社会大众的认知能力和知识背景,不能排除行为人受媒体宣传的影响,轻信犯罪分子的伪装而误认为系合法经营,进而参与其中的可能。另一方面,要求行为人在入职前后对公司经营范围和是否取得有关部门许可进行实质核查,已经超出了普通公民的一般注意义务和实际能力。即使行为人向公司有关人员询问了解,得到的一般也是具有合法资质的肯定回答。在此意义上,如果行为人对于公司实施非法集资犯罪的具体内容及其非法性没有认识,那么其与非法集资犯罪的组织者、领导者等不具有共同故意,自然也就不能被当

① 参见上海市闵行区人民法院(2021)沪0112刑初1359号刑事判决书,北京市第三中级人民法院(2021)京03刑终780号刑事裁定书,辽宁省锦州市古塔区人民法院(2021)辽0702刑初122号刑事判决书。

作共犯论处。

其次,行为人是否认识到共同实施的行为会发生严重扰乱国家金融管理秩序、侵犯人民群众合法权益的危害结果。共同犯罪人应当认识到自己的行为以及共同犯罪行为必然会或可能会造成相应的危害后果。就非法集资犯罪而言,其危害后果不仅体现在使集资参与人的财产处于风险之中,甚至遭受严重财产损失,而且体现在对国家金融管理秩序和市场经济秩序的破坏上。但是,将集资款用于生产经营、正常投资或者承诺的盈利项目等,并不会造成前述严重危害结果,因此不需要动用刑法予以规制。真正造成集资参与人财产损失、严重破坏国家金融秩序而需要予以刑事处罚的,是使用欺骗方法集资后,将款项用于高风险活动或者肆意挥霍、非法占有的行为。由此可知,只有控制、支配、使用集资款的人员或者知晓集资款用途的人员,才有能力对共同实施的集资活动必然会发生或可能会发生的危害结果有所预见。换言之,除非法集资犯罪的组织者、领导者等实际控制人外,即使是积极参加者等骨干人员或者财务人员,也可能仅仅对可能发生的危害结果有些许认识,更低层级的人员可能根本没有认识。为了使非法集资活动得以继续,主要犯罪分子不仅不会将真实情况告知公司工作人员,反而会在公司内部开展“洗脑式”培训,使工作人员对于公司经营合法性和资金安全性深信不疑。因此,在传统共同犯罪主观责任的规范框架下,为非法集资犯罪提供帮助的行为人,极有可能因对共同行为可能造成的危害结果欠缺认识而无法成立共犯。

再次,行为人对于共同行为会发生的危害结果,是否持希望或者放任态度。共同故意的意志因素,要求共同犯罪人希望或者放任共同犯罪行为所引起的危害结果发生。需要特别指出的是,不能将对行为的故意等同于对结果的故意,判断行为人的主观心态是故意还是过失,要以其对危害后果的态度为标准。具有完全刑事责任能力的行为人,都是在自己意识、意志支配之下“故意”实施某个行为,并不存在“过失”实施的行为。因此,即使行为人故意实施某个危害行为,但如果对危害结果的发生持否定态度,则不能认定其具有犯罪故意。在非法集资犯罪中,即使行为人意识到自己参与实施的是非法集资活动,也不能据此认为行为人对危害结果具有希望或者放任发生的故意心态。实践中,不能排除行为人对自己参与的非法集资活动,不会引发破坏金融秩序或者造成财产损失的严重后果抱有“侥幸”心理的可能,即其对危害结果持“轻信能够避免”的否定态度。否则就无法解释为何会出现非法集资协助人同时也是集资参与人,以及在案发后到公安机关报案的情况。因此,不能根据行为人对整体集资活动非法性的明知,直接认定其与非法集资犯罪的组织者、领导者具有希望或者放任危害结果发生的共同故意,因为此时双方的意志因素可能是相反的。

最后,行为人之间对于共同实施非法集资犯罪行为是否存在意思联络。成立共同犯罪,共同犯罪人之间必须存在意思联络^[19]。传统刑法理论认为,意思联络是共同犯罪人在犯罪意思上互相沟通。共犯之间通过犯意联络,能够认识到共同犯罪行为的性质和结果,以及自己的行为在共同犯罪中的作用和意义。因此,意思联络强调实施犯罪的双向意思联络。也有观点认为,即使不具备意思联络,帮助者在主观上至少应当具有通过本人的帮助行为促进实行者实施犯罪的意思。如果双向的意思联络或者单向促进犯罪的意思都不具备,则无法成立共犯,甚至片面共犯也较难成立。在实行层级制管理的非法集资活动中,较低层级的人员通常只对自己实施的行为和结果有所了解,并向较高级别的人员汇报,但是较高级别的人员并不需要对此予以回应,或者将其掌握的关于犯罪的整体内容向较低层级的人员作出说明。在非法集资犯罪中,分属不同层级或者部门的行为人之间通常不存在明确的、双向的意思联络,单向促进犯罪的意思也较为模糊和不确定。如果承认意思联络是共同故意成立的必要条件之一,那么与非法集资犯罪的组织者、领导者等没有双向意思联络的行为人就无法成立共犯。

根据以上分析,非法集资犯罪的共犯应当与犯罪的组织者、领导者具有共同故意。为此,司法机关应当从以下方面予以审查。一是根据行为人的专业背景、从业经历是否与金融活动相关,入职前后是否对公司资质进行过询问、了解以及公司对员工的培训介绍,审查行为人有无可能认识到公司经营活

者处罚,开展业务时是否存在虚假、夸大宣传或者规避监管检查的情形,审查行为人对公司业务和自己行为的非法性是否具有认识。三是根据所在层级、职务职责、与组织者或者领导者的关系,与集资参与人的关系以及返利比例和数额,自己是否投资及所获提成比例和数额,审查行为人是否明知集资款的去向和真实用途、公司是否存在正常的经营项目。司法机关在审查认定事实时,应当适用严格的证明标准,慎重使用推定的证明方法。当行为人提出无罪辩解并且无法排除合理怀疑时,应当作出有利于被告人的认定。除非有确实、充分的证据证明行为人明知系非法集资犯罪仍然参与并且对造成集资参与人财产损失的结果具有故意,否则一般不宜作为共犯处理。

(二)因欠缺严重法益侵害性而不值得刑罚处罚

也许有观点认为,以欠缺共同犯罪故意作为限缩非法集资犯罪共犯处罚范围的路径之一,不仅对于共犯成立条件的理解过于严苛,而且在司法实践中也不易把握,甚至有放纵犯罪的嫌疑。为此,笔者将进一步从犯罪的本质是对法益的严重侵害的角度,对非法集资犯罪的共犯处罚范围予以限缩。

犯罪的本质是法益侵害^[20],犯罪行为即对法益造成严重侵害或者危险的行为。就个人犯罪而言,行为人独自实施某一具体犯罪构成要件的行为,必然应当对其造成的法益侵害结果承担刑事责任。但是,在共同犯罪特别是复杂共同犯罪中,各共同犯罪人之间存在一定的分工,法益侵害结果由实施犯罪构成客观要件的行为即实行行为直接造成,实施非犯罪构成客观要件行为的帮助行为或者教唆行为并未对法益造成直接侵害。为了解决二人以上行为人的归责问题,特别是帮助犯、教唆犯是否承担,如何承担刑事责任的问题,我国传统刑法理论将共犯处罚原则确立为“部分行为整体责任”,即各共同犯罪人对共同实行的犯罪行为整体负责,而不只是对自己实行的犯罪行为负责^[21]。申言之,只要认定各行为人之间构成共同犯罪,每个共同犯罪人就应当对犯罪结果承担整体责任。即使部分共同犯罪人未实施实行行为,也需要对法益侵害结果负责,原因在于帮助行为或者教唆行为的法益侵害性和刑事可罚性来源于实行行为。

按照传统共犯归责原则,如果行为人明知公司以非法集资为主要业务而参与其中,客观上也实施了非法吸收公众存款的帮助行为,必然得出应当作为共犯处理的结论。例如,有观点提出,将直接参与非法吸收资金业务的一线业务人员以非法吸收公众存款罪处罚一般不存在争议^[22];也有观点提出,公司的财务人员因为主观恶性大于一般的业务人员,一般应以主犯予以惩治^[23]。言下之意,即使行为人实施的是招聘员工、技术维护等辅助性工作,也构成非法集资犯罪的共犯。例如,在王某非法吸收公众存款案中,法院经审理查明,王某从事产品部门与技术部门的衔接沟通工作,为某公司及平台的软件技术开发、维护等工作提供支持,帮助某公司长期开展非法募集资金活动,构成非法吸收公众存款罪。同时,判决认定王某在任职期间并不面向集资参与人直接开展非法吸收公众资金业务,客观上仅为某公司网络平台的软件开发、技术维护工作等提供帮助,未从事直接决定理财产品设计、参与理财产品销售等核心工作,因而属于从犯。最终,在认定王某参与非法吸收公众存款共100余亿元的前提下,对其从轻处罚,判处有期徒刑四年,并处罚金人民币8万元^①。

对于上述观点和判决,笔者认为值得商榷。已经有学者提出,根据因果共犯论,帮助犯的处罚根据在于通过介入正犯的行为间接地侵害或威胁法益,故没有侵害法益危险的行为不能作为帮助犯处罚。即便属于具有法益侵害危险性的参与行为,如果危险还未达到一定程度,效果上不能被评价为危险增加时,也不能将法益侵害结果归属于参与人。正如实行行为性在于必须存在侵害法益的具体的、紧迫的危险一样,帮助行为的危险性也必须达到值得评价为刑法中的帮助犯的危险程度^[24]。因而,在当前司法实践中,不加区别地将实施帮助行为或者起辅助作用的行为人与实行犯一概以共同犯罪论处,是对传统共犯处罚原则和成立条件的机械贯彻,将导致共犯处罚范围的不当扩大。基于此,笔者认为,对于因招聘、雇佣而参与非法集资犯罪,仅接受指派、命令从事与岗位职责相关的具体工作,领取相对固

① 参见上海市浦东新区人民法院(2020)沪0115刑初4265号刑事判决书。

定报酬或者合理比例提成的普通业务人员、工作人员,即使在主观上明确知道或者可能知道、应当知道参与的是非法集资犯罪,由于行为本身没有对法益造成实质侵害或者法益侵害没有达到值得刑罚处罚的严重程度,不应作为非法集资犯罪的共犯予以惩罚。

集资诈骗罪的主要保护法益为被害人的财产权利并无争议,非法吸收公众存款罪的保护法益也逐渐由单纯的金融管理秩序向维护公众资金安全转变^[25]。如前所述,不具有非法占有目的和未用于高风险投资等用途的单纯吸收资金的行为,不需要刑法规制。不当使用、支配或者非法占有集资款项的行为,才可能对金融管理秩序和集资参与人的财产权利造成严重法益侵害。因此,有学者提出,直接面向投资者的普通职员只是帮助完成前期的吸收资金行为,并没有参与后期的存款配置,所以这些普通职员至多只构成非法吸收公众存款罪的帮助犯,而那些主导吸收资金并配置存款的组织者或领导者才是非法吸收公众存款罪的正犯^[26]。换言之,在非法集资犯罪中,真正具有严重法益侵害性而值得刑罚处罚的,是决定集资款项用途的组织者、领导者实施的行为。普通工作人员、业务人员按照岗位职责和上级领导的指示从事劳务活动,实施的是具有可替代性的日常职业行为,对严重侵害法益的犯罪行为不具有支配性,因而不具有严重法益侵害性。此时,只处罚作为危险源的非法集资犯罪的组织者、领导者,就足以达到保护法益的目的,普通职员实施的行为不具有刑事可罚性。

退一步讲,即使普通工作人员、业务人员主观上明知集资活动的非法性,进而认定其从事的日常业务活动也具有违法性,但无论普通职员实施了何种帮助行为,也都只是危险源之外的边缘性、辅助性行为,与受到严重侵害的法益距离较远,实际所起作用不大,没有对刑法规范保护的法益造成具体紧迫的危险。任何犯罪的违法性总量或者法益侵害量都是一定的,不可能将与犯罪结果之间存在因果关系的行为全部纳入刑法规制的范畴。多人共犯一罪,虽然预防犯罪的必要性大于单独犯罪,但在违法性总量上并不存在差别,因而对于违法性的刑罚评价不能过度^[27]。在多人对共同犯罪的违法性总量进行分担时,必然按照行为对法益侵害结果的作用大小与贡献程度合理界分。在层级式的非法集资共同犯罪中,一方面,普通工作人员、业务人员所应承担的违法性数量最低,根据禁止超过必要限度原则,并不值得动用刑罚处罚,给予行政处罚足以与其主观恶性和客观危害相适应,也符合我国“刑罚+行政处罚”的双层次制裁体系;另一方面,如果对参与实施非法集资犯罪活动的人员全部予以刑事打击,将会超过违法性总量而造成过度处罚的结果。

笔者的上述观点,亦与部分学者不谋而合。例如,周光权教授指出,实务上需要反思在某些集团犯罪,如非法集资的犯罪组织中对共犯定罪范围是否过大的问题。有的参与者的行为看似具有一定危险性,参与行为与法益侵害结果之间也存在一定的促进关系,但是从规范的角度看,很难认定该参与行为强化、促进了正犯去制造法所反对的危险。有些被告人从事的是“底层业务”,其实际工作确实是中性或边缘性的,既不能认为这些“帮助”行为扩大了正犯的具体结果或促使危害结果的发生时点提前,也不能认为这些“帮助”行为提升了结果发生的盖然性,使得正犯以此为前提引起了结果的发生^[28]。参与实施非法集资犯罪活动中的普通工作人员、业务人员即符合上述情形,不应当以共犯论处。

需要对司法实践中可能产生的认识偏差作出特别说明。司法人员可能认为:其一,业务员与集资参与人直接联系、宣传介绍,负责具体吸收资金,因危害较大应追究刑事责任;其二,财务人员对公司性质心知肚明,对平台所吸收资金进行管理和周转,应以主犯予以惩治;其三,只要具有收取代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用的情节,就应当追究刑事责任,即使退回也只能从轻处罚;其四,如果业务员、培训讲师或者技术人员所应负责的犯罪数额特别巨大,则应当纳入刑事处罚范围。笔者认为,产生上述认识偏差的原因在于,没有将犯罪的本质是对法益的严重侵害,彻底贯彻到非法集资犯罪的共犯认定之中。是否对法益造成严重侵害而需要刑罚处罚,取决于所实施行为的性质、对犯罪结果的原因力和在犯罪活动中的地位作用,而获得合理比例的提成和吸收资金的数额等情节,不是判断有无严重法益侵害性的决定因素。即使犯罪数额达到了司法解释规定的立案追诉标准,一旦认定行为人的行为不具有严重的法益侵害性,则可以直接否认共犯关系的成立。

(三) 因具有减轻或者免除处罚情节而程序出罪

司法实践中较为棘手的是,如何处理在“金字塔”体系中处于中间层级的部门负责人或者团队负责人。上述人员一方面与上层实际控制人联系密切,参与犯罪的程度较深,对集资活动的具体内容较为了解;另一方面,对下层工作人员和集资活动承担管理职能,领导工作人员或者业务人员实施具体的非法集资行为。该部分人员不仅应当对其直接非法吸收的资金数额负责,而且应当对其组织、指挥的工作人员集资数额负责,财务、技术等部门的负责人员还可能对全案犯罪数额负责。因此,中层管理人员构成非法吸收公众存款罪且应当被纳入刑法评价的范围并不存在疑问^①。中层管理人员的数量虽然少于普通工作人员,但是包括总公司部门负责人、分公司或者分店负责人以及团队经理在内,也占有较大比例。是否有必要将其一概提起公诉并判处刑罚,在现有理论和规范框架内有无合理的处理方式,值得研究。

笔者认为,给予刑法评价并不代表必然被提起公诉并判处刑罚。刑事一体化的理论范式,能够进一步为限缩非法集资犯罪共犯处罚范围提供破解之道。“司法机关在出罪上具有一定的自由裁量权,是罪刑法定原则的基本要求,这对任何犯罪都不存在例外。”^[29]在实体法出罪路径外,探求程序出罪的进路,能够解决实务部门面临的中层管理人员刑事责任追究难题。例如,刘宪权教授曾以恶意透支型信用卡诈骗等规定为例,将刑事立法、司法解释对于经济犯罪中某些已经既遂的犯罪行为,辅之以法定的条件、经过行为人事后补救能够完全恢复被侵害的社会关系并弥补被侵犯的法益的情形,附条件地作出轻罪化、有罪无刑化甚至出罪化规定,概括为“条件性出罪机制”^[30]。“条件性出罪机制”的理念在非法集资犯罪中完全具有适用空间,与相对不起诉制度相结合,即可以解决中层管理人员的刑法评价问题。

首先,中层管理人员可以被认定为从犯而从轻、减轻或者免除处罚。我国刑法以犯罪分子在共同犯罪中所起的作用为标准,将共同犯罪人分为主犯与从犯。从犯包括两种情况:一是在共同犯罪中起次要作用的从犯,即次要的实行犯;二是在共同犯罪中起辅助作用的从犯,即不直接实施实行行为,只是提供一定帮助行为的帮助犯。在非法集资共同犯罪中,对于没有参与犯罪的谋划决策,按照组织者、领导者的授意、指挥实施犯罪,并未起到组织、策划作用的中层管理人员,其管理下层工作人员的行为,实际上在整体犯罪中起次要作用或者辅助作用,如果没有造成集资参与人死亡等特殊从重处罚情节,依法可以认定为从犯,并对其从轻、减轻或者免除处罚。

其次,中层管理人员可以因退赃退赔而从轻或者减轻处罚。《刑法修正案(十一)》在非法吸收公众存款罪中增加第三款“有前两款行为,在提起公诉前积极退赃退赔,减少损害结果发生的,可以从轻或者减轻处罚”的规定,经过修正的《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第六条第一款也有“在提起公诉前积极退赃退赔,减少损害结果发生的,可以从轻或者减轻处罚;在提起公诉后退赃退赔的,可以作为量刑情节酌情考虑”的规定。因此,中层管理人员在案发后,如果能够积极退缴全部违法所得,尽力弥补本人造成的财产损失,提供线索协助司法机关追赃挽损,同时能够按照违法所得的一定倍数赔偿损失并获得谅解的,可以依法从轻或者减轻处罚。

再次,中层管理人员可以因具有前述减轻或者免除处罚情节而受到相对不起诉处理。公安机关在立案后,虽然会将中层管理人员作为犯罪嫌疑人而对其展开侦查,在侦查终结后也会将其移送检察机关审查起诉,但依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十七条第二款“对于犯罪情节轻微,依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的,人民检察院可以作出相对不起诉决定”的规定,如果中层管理人员根据其行为手段、危害结果、地位作用、主观恶性被认定为从犯,同时具有退赃退赔、认罪认罚、自首立功等可以免除处罚的情节,检察机关可以对其依法作出相对不起诉决定,从而实现程序出罪的良好效果。

^① 对于构成集资诈骗共同犯罪的中层管理人员,应当被提起公诉并判处相应刑罚,因此不在下文讨论的对象之内。

四、结语

现实情况表明,在未来一段时期内,非法集资犯罪仍然是国家采用刑事手段重点打击的金融犯罪活动之一。对于非法集资犯罪共犯处罚范围过度扩张的问题,不能视而不见。在严惩非法集资犯罪的组织者、领导者及积极参加者的同时,应当从实体法和程序法两个维度,理性限缩非法集资犯罪的共犯处罚范围。

参考文献:

- [1] 刘宪权. 新型支付方式下网络侵财犯罪性质认定的新思路[J]. 法学评论, 2020(5): 53.
- [2] 陈兴良. 刑法的价值构造[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2017: 292.
- [3] 切萨雷·贝卡里亚. 论犯罪与刑罚[M]. 钟书峰, 译. 北京: 法律出版社, 2021: 6.
- [4] 周光权. 积极刑法立法观在中国的确立[J]. 法学研究, 2016(4): 33.
- [5] 田宏杰. 立法扩张与司法限缩: 刑法谦抑性的展开[J]. 中国法学, 2020(1): 175.
- [6] 平野龙一. 刑法的基础[M]. 黎宏, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2016: 90-91.
- [7] 陈家林. 外国刑法基础理论与研究动向[M]. 武汉: 华中科技大学出版社, 2013: 11.
- [8] 张明楷. 刑法的基本立场[M]. 北京: 商务印书馆, 2019: 62-67.
- [9] 大谷实. 刑事政策学[M]. 黎宏, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2009: 3.
- [10] 李斯特. 德国刑法教科书: 修订译本[M]. 徐久生, 译. 北京: 法律出版社, 2006: 4.
- [11] 苗生明, 纪丙学. 贯彻宽严相济 依法充分准确适用少捕慎诉慎押刑事司法政策: “检察机关首批贯彻少捕慎诉慎押刑事司法政策典型案例”解读[J]. 中国检察官, 2022(2): 3-7.
- [12] 陈卫东, 王政君. 刑事诉讼中的司法资源配置[J]. 中国法学, 2000(2): 135.
- [13] 彭新林. 非法集资犯罪司法疑难问题探讨[J]. 东南大学学报(哲学社会科学版), 2020(1): 82-83.
- [14][22] 王冠. 厘清网络借贷非法集资平台“非核心人员”入罪标准[J]. 人民检察, 2020(22): 62, 64.
- [15][23] 石巍. 非法吸收公众存款案件司法实践问题之反思: 以北京市 2013~2019 年审结的 813 件一审案件为样本[J]. 人民司法, 2020(16): 9-10, 10.
- [16] 刘宪权. 论信息技术滥用行为的刑事责任: 《刑法修正案(九)》相关条款的理解与适用[J]. 政法论坛, 2015(6): 101.
- [17] 刘宪权. 刑法学: 第 5 版[M]. 上海: 上海人民出版社, 2020: 219.
- [18] 王俊. 打着元宇宙等新概念的非法集资开始冒头[N]. 21 世纪经济报道, 2022-03-08(003).
- [19][21] 高铭暄, 马克昌. 刑法学: 第 10 版[M]. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2022: 164, 168.
- [20] 张明楷. 刑法学: 第 6 版[M]. 北京: 法律出版社, 2021: 118.
- [24][27] 陈洪兵. 环境犯罪主体处罚范围的厘定: 以中立帮助行为理论为视角[J]. 湖南大学学报(社会科学版), 2017(6): 148-149, 153.
- [25] 崔志伟. “但书”出罪的学理争议、实证分析与教义学解构[J]. 中国刑事法杂志, 2018(2): 19.
- [26] 蓝学友. 论集资诈骗罪与非法吸收公众存款罪的体系性区分: 基于金融系统的两种信任类型[J]. 西南政法大学学报, 2021(5): 124.
- [28] 周光权. 中性业务活动与帮助犯的限定: 以林小青被控诈骗、敲诈勒索案为切入点[J]. 比较法研究, 2019(5): 48.
- [29] 高铭暄, 李彦峰. 《刑法修正案(九)》立法理念探寻与评析[J]. 法治研究, 2016(2): 43.
- [30] 刘宪权. “恶意透支”型信用卡诈骗罪若干问题研究: 兼评“两高”《关于办理妨害信用卡管理刑事

案件问题的解释》之有关内容[J]. 当代法学,2011(1):70-71.

编校:吕 静

Excessive Expansion and Rational Restriction: Determination of the Scope of Accomplice for Illegal Fundraising Crimes

Zeng Teng

(*School of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200050;*
Dalian People's Procuratorate, Dalian, Liaoning 116001)

Abstract: In judicial practice, the scope of accomplice punishment for illegal fundraising crimes shows an excessive expansion trend. The reason lies in the profound influence of traditional criminal law theory on the establishment standards of accomplices, the failure of the provisions on limiting the scope of punishment for accomplices in judicial interpretation documents, and the legislative orientation and judicial inertia of cracking down on illegal fundraising crimes with severity. Given that the governance of illegal fundraising should not overly rely on criminal means, the excessive expansion of the scope of accomplice punishment goes against the purpose of punishment prevention, and the requirements of the criminal policy of combining leniency with severity and optimizing the allocation of judicial resources, the scope of accomplice punishment for illegal fundraising crimes should be rationally limited. As for the specific path, the behavior of lacking joint criminal intent and serious infringement of legal interests should be decriminalized in substantive law; those with circumstances of reducing or exempting punishment, such as refund of stolen goods and compensation etc., should be decriminalized in the criminal procedure.

Key Words: illegal fundraising crimes; scope of accomplice punishment; decriminalization in substantive law; decriminalization in the criminal procedure

网络空间审慎义务履行问题研究

刘 聪

(武汉大学 法学院,湖北 武汉 430000)

摘 要:越来越多的国家认为审慎义务可以适用于网络空间,但对于如何履行网络空间审慎义务存在争议。审慎义务的性质取决于其所依附的主要国际法规则,而在当前网络领域,网络空间审慎义务依附于主权原则。根据“科孚海峡案”确立的审慎规则,在履行网络空间审慎义务之前,须满足以下四个方面的前置要求:知情、在一国领土内、侵犯他国权利和重大损害。在确立存在审慎义务的前提下,各国应在明确网络空间审慎义务所依附的主要规则的基础上,参考如下六个因素来履行审慎义务:合理、良好政府、对领土和非国家行为体的控制、风险程度、知道活动或潜在的风险和恶意或未采取措施。

关键词:网络空间;审慎义务;知情;重大损害;《塔林手册 2.0》

中图分类号:D990 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0092-13

一、问题的提出

网络攻击是当前国际社会面临的重要的网络安全威胁之一。然而,由于网络本身具有匿名性、去中心化等特征,加之现有的网络归因技术的落后,遭受网络攻击的国家往往无法识别攻击的来源,这导致《国家对国际不法行为的责任条款草案》(以下简称《国家责任条款草案》)在网络空间无法有效适用。因此,为应对网络攻击带来的破坏性后果,有学者提出要在网络领域适用审慎义务,强调国家对其领土内或通过其领土发起的不法网络活动需采取审慎的态度^[1],这一点也得到国际社会的一定认同。

网络空间审慎义务最早出现在 2013 年联合国信息安全政府专家组(UNGGE)的报告中,该报告强调:“各国应设法确保其领土不被非国家行为体用于非法使用信息通信技术。”^[2]随后,2015 年 UNGGE 报告再次指出,“各国不应蓄意允许他人利用其领土使用信息通信技术实施国际不法行为”“各国应采取合理步骤,确保供应链的完整性,使终端用户可以对信息通信技术产品的安全性有信心”“各国应设法防止恶意通信技术工具和技术的扩散以及使用有害的隐蔽功能”^[3]。因为参与 UNGGE 报告的国家数量有限,网络空间审慎义务得到的国际认可度并不高。然而,自联合国大会于 2020 年 12 月 31 日设立 2021—2025 年信息和通信技术安全和使用问题不限成员名额工作组(OEWG)以来,越来越多的国家参与 OEWG 举办的实质性会议,并对审慎义务能否以及如何适用于网络空间发表意见。据有关学者统计,截至 2021 年 3 月,除阿根廷、以色列、英国与新西兰明确表示反对外,越来越多的国家和国际组织认为审慎义务可以适用于网络空间,如法国、荷兰、爱沙尼亚、芬兰、丹麦、冰岛、瑞典、挪威、智利、厄

* 收稿日期:2023-02-11

基金项目:本文是 2020 年国家社科基金重大项目“网络空间国际规则博弈的中国主张与话语权研究”(项目编号:20&ZD204)、2021 年国家社科基金青年项目“智能化武装行动国际规则的中国主张研究”(项目编号:21CGJ006)的阶段性成果。

作者简介:刘聪,男,武汉大学法学院博士研究生,研究方向为网络空间国际法。

瓜多尔、危地马拉、圭亚那、秘鲁、日本、韩国和欧盟等^[4]。我国在最新提交给 OEWG 的立场文件中也明确表示审慎义务可以适用于网络空间。然而,各国对于审慎义务如何适用于网络空间仍存在分歧。

对于审慎义务如何适用于网络空间,有学者从审慎义务的性质出发,指出各国应当采取一切可以采用的措施来阻止网络攻击^[5];也有学者抛开审慎义务的性质不谈,从预防义务^[6]和保护义务^[7]出发提出如何履行审慎义务,然而上述研究存在错误认定审慎义务性质和履行办法过于单一的问题。为此,本文将结合已有的有关审慎义务的国际立法和司法实践,在考察审慎义务的概念和性质的基础上,分析如何在网络空间履行审慎义务。

二、网络空间审慎义务的概念及其可适用性

在分析如何在网络空间履行审慎义务之前,有必要就网络空间审慎义务的概念和可适用性做出解释,这对我们厘清审慎义务的性质和展开进一步的分析具有重要意义。

(一) 网络空间审慎义务的概念

审慎义务最早出现在 19 世纪^[8],此时对审慎义务的讨论大多停留在国内判决中。如 1872 年“阿拉巴马号”仲裁案指出:中立国家应当以与交战团体可能遭受的风险相当的程度来履行审慎义务,以免违反中立义务^[9]。此外,1887 年美国联邦最高法院在一起“在美国境内伪造外国货币”案件中也指出:“国际法要求每一个国家的政府审慎地预防在其领土内发生的、会对他国(两国处于和平状态)及他国的人民造成不良影响的事情。”^[10]

1927 年,审慎义务首次出现在国际判决中。同年常设国际法院的法官摩尔(Moore)在“荷花号案”的反对意见中再次确认了美国 1887 年判决中的观点:“很显然,各国负有义务审慎地预防在其领土内对他国及他国国民实施的犯罪行为。”^[11]1928 年,“帕尔马斯岛案”更是明确地指出审慎义务源自主权原则,有关内容如下:“领土主权赋予一国在实施活动时享有排他性的权利,但该权利导致一国需承担一项义务,即一国负有义务在其领土内保护其他国家的权利,特别是无论在平时时期还是在战争时期,他国均享有的领土完整和不受侵犯的权利,以及各国可能为其在外国领土的本国国民主张的权利。”^[12]随后,1941 年的“冶炼厂案”和 1949 年的“科孚海峡案”在“帕尔马斯岛案”确立的内容基础上增加了审慎义务的客观要求和主观要求。前者指出:“根据国际法原则和美国法,没有国家有权使用或允许使用其领土,并以烟雾的形式致使他国的领土、财产或国民遭受损害,当上述事件存在重大后果,且有明确和令人信服的证据证明损害。”^[13]这确立了审慎义务的“重大损害”标准。后者指出:“每一国家都有义务,不得在知情的情况下,允许其领土被用于实施侵犯他国权利的行为。”^[14]这确立了审慎义务的“知情”标准。

为此,审慎义务的核心内容得以确立:一国不得在知情的情况下,允许其领土被用于实施侵害他国及他国国民及其财产,并造成重大损害的不法活动。据此,《可适用于网络行动的国际法:塔林手册 2.0》(以下简称《塔林手册 2.0》)的国际专家组将“网络空间审慎义务”的概念界定为:“一国必须审慎地行动,不得允许其领土或处于其政府控制下的领土或网络基础设施被用于实施影响他国权利,并对他国产生严重不利后果的网络行动。”^[15]此定义将上述案例以及网络的特征融合在一起,比较全面地总结了网络空间审慎义务的内涵,但也存在忽视知情和扩大损害后果的问题。具体分析详见本文第三部分。

随着国际法纵向领域的扩展,审慎义务的内容逐渐扩充到国际法各个分支当中^[16]。如在国际投资法领域,审慎义务在保护外国投资者方面发挥重要作用,尤其是在“充分保护与安全”“国际最低标准”和“公平公正待遇”方面^[17]。在国际人道法领域,《日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第一议定书)第 91 条体现了审慎义务:“违反各公约或本议定书规定的冲突一方,按情况所需,应负补偿的责任。该方应对组成其武装部队的人员所从事的一切行为负责。”在国际人权领域,《经济、社会及文化权利国际公约》第 2.1 条体现了审慎义务:“本盟约缔约国承允尽其资源能力所及,各自并藉国际协助与合作,特别在经济与技术方面之协助与合作,采取种种步骤,务期以所有适当

方法,尤其包括通过立法措施,逐渐使本盟约所确认之各种权利完全实现。”在国际环境法领域,2001年《预防危险活动跨境损害条款草案》(以下简称《预防草案》)(Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities)规则3体现了审慎义务:“来源国应当采取所有适当的措施来预防重大的跨境损害,或无论如何也要将有关的风险降至最低。”^[18]其他国际法领域类似的审慎义务条款或者相关判决数不胜数,在此不再一一列举。

根据上述条约和有关审慎义务的国际司法实践,牛津大学耶稣学院的塔里塔·戴阿斯(Talita Dias)博士和埃塞克斯大学的安东尼·可可(Antonio Coco)博士共同撰写,并于2021年3月公布的《国际法中的网络审慎》报告^①(以下简称《网络审慎报告》)表示,网络空间审慎义务包含以下四个相互独立的义务:(1)科孚海峡原则,即预防侵害他国权利的网络行动的义务;(2)预防和处理重大网络跨境损害的义务;(3)保护线上人权的义务;(4)人道法中的网络审慎义务:确保在网络空间尊重国际人道法的一般义务和采取保护性的预防措施来应对网络战影响的义务^[19]。

《网络审慎报告》是根据上述义务的一般性进而推导上述义务可以适用于网络空间,但是上述内容存在以下两个问题。其一,人为地割裂了“科孚海峡案”和“冶炼厂案”之间的联系。因为如果单独适用科孚海峡原则,意味着只要存在侵害他国权利的行为,无论他国是否遭受损失,领土国均需承担责任,这不仅不切实际,而且也与现有的国际法实践相违背。其二,将审慎义务与其所依附的主要规则混为一谈。保护人权义务和尊重国际人道法的义务是主要的国际法规则,而审慎义务是判断上述义务是否履行的行为标准。这里实际上涉及审慎义务的性质问题,具体详见下文关于网络空间审慎义务的可适用性问题的分析。综上所述,网络空间审慎义务是指一国不得在知情的情况下,允许其领土被用于实施侵害他国权利并造成重大损害的不法网络活动。

(二) 审慎义务在网络空间的可适用性问题

关于审慎义务能否适用于网络空间的问题,国际社会存在“肯定说”与“否定说”两大类。其中“肯定说”认为审慎义务可以适用于网络空间,其可进一步分为“一般原则说”和“技术中立说”。“否定说”强调审慎义务不能适用于网络空间,其可进一步划分为“习惯说”和“不利后果说”。

1. 肯定说:审慎义务可以适用于网络空间。(1)“一般原则说”:解释过于简单。“一般原则说”指有学者认为审慎义务是国际法的一般原则,因而可以适用于网络空间,《塔林手册2.0》在这方面有比较充分的分析。就审慎义务在网络领域的可适用性问题而言,《塔林手册2.0》的国际专家组认为:一方面,尽管2013年UNGGE报告指明国家应该(should),而非必须(must)履行审慎义务,但是UNGGE报告并没有否认审慎原则的存在,更是承认源自主权的审慎义务可适用于网络领域^[20];另一方面,诸多国际判例承认并详细阐述了审慎原则,因而审慎原则可被视为国际法中的一般原则,在没有法律明确排除该原则适用的情况下,该原则适用于网络领域^[21]。从上述分析可以看出,《塔林手册2.0》是从一般法律原则的普遍适用性及法无禁止即自由入手,来证明审慎义务在网络领域的可适用性。这一论证至少存在如下两个方面的问题。

其一,《塔林手册2.0》的国际专家组对审慎义务属于一般法律原则的认定过于简单。从常设国际法院规约起草委员会的准备资料来看,“‘文明各国所承认的一般法律原则’是指已在各国国内法院中所接受,并且是它们国内法的组成部分的那些一般原则,换言之,指已构成各国现行法一部分的那些一般原则”^[22]。尽管有学者认为一般法律原则还可来自条约或习惯明示或者默示的承认^[23],但是从现有的国际法实践来看,各国国内法所共同承认的一般原则是国际法中一般法律原则的主要来源。因此,要证明一项法律规则属于一般法律原则,除非条约或习惯做出明示或者默示的规定,否则只能诉诸于各国的国内法。因而,《塔林手册2.0》的国际专家组仅借助当前国际判决承认并适用审慎义务的实践不足以证明审慎义务是一般法律原则。

^① 该报告是牛津网络空间国际法保护进程(The Oxford Process on International Law Protections in Cyberspace,“牛津进程”)的重要成果。该进程是布拉瓦尼克政府学院牛津道德、法律和武装冲突研究所(The Oxford Institute for Ethics, Law and Armed Conflict, ELAC)的一项倡议,于2020年5月与微软合作启动。

从国内法上看,审慎义务(国内法中使用的是“注意义务”)不仅存在民法和刑法上的区分,即使在民法学科内,审慎义务在大陆法系与英美法系中的含义也不尽相同。民法上的审慎义务指“行为人在特定情形下所必须遵循的行为准则以及依该准则而采取的合理防范措施”^[24]。而刑法中的审慎义务是能力维持规范,不是行为规范,即强调“应当谨慎地确保自己拥有正确认知法益侵害危险的能力”^[25]。此外,无论是英美法系还是大陆法系,均采纳了审慎义务^[26],大陆法系强调审慎义务的一般性,英美法系强调审慎义务的相对性^[27]。前者指“每个人对不特定的他人都有不被自己有风险之行为伤害的义务”,后者指“行为人只对争议案件中的特定原告负有不造成伤害的义务”^[28]。我国的侵权法采纳的是一般性的审慎义务。因此,很难推导出审慎义务在各国国内法是一般原则,更不用说将其上升到国际法层面的一般原则。

其二,“法无禁止即自由”不适合在网络领域适用。“法无禁止即自由”与“法不授权皆禁止”是一组相对的命题,前者适用于私法领域,旨在最低限度地减少对私人行为的干预,后者适用于公法领域,旨在避免公权力的滥用^[29]。由于当前的网络空间国际法更多地涉及非商业行为,即管理性行为,这属于公法领域,因此可适用于网络领域的规则应当是“法不授权皆禁止”,而非“法无禁止即自由”。纵观网络空间国际规则的立法实践,除《网络犯罪公约》外,当前网络领域并不存在专门规定网络的、具有法律拘束力的国际条约或习惯国际法,因此“法不授权皆禁止”不可能推导出审慎义务在网络领域的可适用性。

(2)“技术中立说”:混淆概念、现象和本质。“技术中立说”源自《网络审慎报告》。该报告认为:一方面,网络空间不同于传统的陆地、海洋、空气空间和外层空间,它不是国际法通常意义上新的“领域”或“空间”,更不是一个虚拟空间,而是一套多维度的数字技术或者信息通信技术^[30];另一方面,国际法是“技术中立”的,即“国际规则和原则适用于所有技术,无论新旧,至少在默认情况下是这样”^[31]。因此作为一般国际法的审慎义务可以适用于网络空间。“技术中立说”存在以下三个方面的问题。

首先,对审慎义务的定性存在问题,即审慎义务不是一般国际法。这一点将在本部分第三节中加以阐述,这里暂不赘述。

其次,错误地将网络空间与信息通信技术混为一谈。不可否认,网络空间的构建离不开信息通信技术。二进制代码构成网络空间通行的语言,半导体芯片等硬件设备为在网络空间高效处理和存储数据提供了物质基础,操作系统和应用软件等程序为在网络空间沟通软件与硬件、生成用户所需的数据提供了技术支撑,网络设备为用户在网络空间传递信息提供了沟通渠道。如此,在代码、硬件、软件和网络设备有机结合的基础上,网络空间成为一个依赖信息通信技术而构建的、与物理世界平行的虚拟空间。此外,随着中本聪(Satoshi Nakamoto)在2009年1月首次启动比特币和区块链,以太坊创始人维塔利克·布特林(Vitalik Buterin)在2013年发布《以太坊白皮书》,以“元宇宙”为代表的虚拟世界正在积极地构建当中,Web3.0时代正式到来。因此,《网络审慎报告》将网络空间与通信技术相等同不符合实际。

再次,国际法“技术中立说”存在忽略理论与现实以及现象与本质的差异的问题。所谓忽略理论与现实问题是指,即使理论上来说人类不断开发新技术的事实不足以将新技术排除在现有规则和原则的适用之外,特别是那些普遍适用的^[32],但是,国际法是国家间协调意志的产物,在缺乏国际司法机构强制管辖的情况下,各国可以以符合自身利益诉求的方式来解释有关的一般国际法。如有关国家认为新的技术代表新的领域的诞生,现有的国际法规则在新的领域能否适用有待进一步考察,这其中自然也包含审慎义务在网络空间是否适用的问题。因此,即使理论上可行,如果各国在实践中加以否认,或者不予理睬,审慎义务在网络空间的可适用性依然存在问题。所谓忽略现象与本质的问题是指,国际法真正处理的不是技术本身,而是国家依靠有关技术实施的国家行为,技术只是载体,行为才是规制对象。因此,即使强调国际法“技术中立说”,对于规范有关国家实施技术的行为也意义不大。

2. 否定说:审慎义务不适用于网络空间。“习惯说”指从习惯国际法的形成来看,网络空间尚未形成与审慎义务有关的习惯规则,因此审慎义务不适用于网络空间。具体表现在以下几个方面:首先,网络空间是一个新的领域,因而需要新的规则,特别是有关审慎的规则;其次,现存国际法只有在足够的

具体领域的国家实践与法律确信支撑时,才能适用于网络空间,而目前国际社会上尚未有足够多的国家对审慎义务能否适用于网络空间的表态;最后,特定的行为规范(2015年UNGGE报告)被认定为网络空间自愿的、无法律拘束力的负责任国家行为规范,这意味着有关行为并不受国际法规制^[33]。尽管从网络空间审慎义务的国家实践与法律确信来看,上述论证有一定的可取性,但是其忽视了审慎义务兼具一般性与特殊性的特点,具体内容详见本部分第三节。

“不利后果说”指从承认审慎义务适用于网络空间可能带来的不利后果来看,审慎义务不宜适用于网络空间。有关不利后果表现如下:一方面,担心施加的相关义务,特别是当有些国家的基础设施极易被操纵实施破坏行为时,会导致有关国家承担过重的审慎义务负担^[34];另一方面,审慎义务可能导致错误的责任分配,如果使用不当,不仅会导致各国频繁的诉诸自助,进而造成各国不愿通过多边和集体的方法来处理争端,还可能破坏国际法律制度和维护国际和平与安全的目标实现^[35]。不可否认,上述担忧都有可取之处,但这些不利后果更多是有关国家和学者过分夸大网络空间审慎义务在国际社会的适用情形的结果。审慎义务是行为标准,不具有独立性,其内容往往取决于具体的规则。因此,即使出现了附有审慎义务要求的网络空间国际规则,需要重点关注的还是该具体的网络空间国际规则。加之,国家拥有是否同意某一网络条约或习惯具有法律拘束力的决定权,有关规则的不利影响完全处于一国可控的范围内。

3. 审慎义务的性质取决于其所依附的主要国际法规则。国际法协会第二份关于审慎义务的报告指出:“科孚海峡案”提出的审慎原则已经发展成为习惯国际法的一部分,具有更加宽泛的意义。此外,上述原则不仅与其他国际法具体领域的审慎义务相兼容,而且在没有更加具体的审慎标准或者更加严格的标准的情况下,默认适用该原则^[36]。该报告对审慎义务做出的一般性与特殊性的区分是可取的,但审慎义务不是习惯国际法,不构成一般法律原则。因为“上述判例法表明,国际法院并未将审慎视为国际法上的独立概念。相反,只有当一国负有的审慎行动义务是现有的主要规则、权利或原则的必然结果时,或者法院以其他方式寻求确定条约或习惯法规则的内容时,法院才会处理国家的审慎问题”^[37]。因此,“不存在普遍的审慎原则或规则,必须从主要规则开始,然后考虑在给定的案件中,根据该规则需要做什么才能满足其中包含的任何审慎要求”^[38]。

根据上述分析,本文将审慎义务的性质归纳为“附属说”,即审慎义务的性质取决于审慎义务所依附的主要国际法规则。如果有关的主要规则具有普遍适用性,则附属在该规则基础上的审慎义务具有普遍适用性;如有关规则适用于特定的领域,则有关的审慎义务也仅适用于特定领域。值得一提的是,作为主要规则一部分的审慎义务,是检验有关规则是否得到履行的行为标准,该标准不同于有关规则在主观意图方面的表现,即它既不是故意,也不是过失。此外,审慎义务的内容随着有关主要规则的细化亦存在变化,如审慎义务曾是保护外国人的重要内容之一,但随着国际人权法和国际投资法的出现,审慎义务的内容出现了变化。

就审慎义务能否适用于网络空间而言,从审慎义务与主权的关系来看,附属于主权的有关审慎义务可以适用于网络空间。如前所述,1928年的“帕尔马斯岛案”指出,主权一方面导致各国享有排他性的权利,另一方面又负有不损害他国权利的义务,审慎义务源自后一项义务。从权利的性质看,各国享有排他性的权利是普遍性的权利,并不局限于特定的国家。根据权利与义务的相对性,不损害他国权利的义务同样是一项普遍性的义务。而源自该义务的审慎义务自然也是一项普遍性的义务,因而可适用于网络空间。此外,鉴于当前各国以明示或者默示的方式认可网络主权原则,根据上述推理过程,网络主权原则可以推导出一般性的网络空间审慎义务,进而可以推定“科孚海峡案”中规定的审慎义务内容可以适用于网络空间。

值得一提的是,《网络审慎报告》中还提出两个与网络空间审慎义务相关的具有普遍适用的规则:保护人权义务和尊重国际人道的义务。就保护人权义务而言,尽管联合国的九个核心人权公约均涉及保护义务,但该义务并不具有普遍拘束力,其拘束范围仅限于条约的签署国,将其扩展适用于网络领域不符合条约“特殊性”的要求。除非有新的条约或者权威解释明确规定保护网上人权,否则附属于该条约的审慎义务不适用于网络领域。就国际人道法而言,《日内瓦四公约》共同第一条规定:“各国在任何

情况下均要尊重或确保尊重日内瓦公约。”虽然《日内瓦四公约》是国际条约,各国是否遵守有待各国自行决定,但是共同第一条在实践中已具备习惯国际法的地位,因此其具有普遍适用性。然而,尊重义务属于国家的消极义务,强调国家必须避免违反国际人道法,其本质上属于严格的行为义务,这类义务一般不受制于审慎义务。因此,该规则不适宜讨论审慎义务能否适用于网络领域。

三、履行网络空间审慎义务的前置条件

因为实践中确立一国负有履行网络空间审慎义务是事后推导出来的,所以各国在履行审慎义务前均有必要考察其是否负有审慎义务。而判断标准源自网络空间审慎义务的定义,即一国不得在知情的情况下,允许其领土被用于实施侵害他国权利并造成重大损害的不法网络活动。根据该定义,有关标准可以划分为以下四个部分:知情、在一国领土内、侵犯他国权利和重大损害。

(一) 知情

1949年的“科孚海峡案”指出:“每一国家都有义务不得在知情的情况下允许其领土被用于实施侵犯他国权利的行为。”^[39]这是关于知情的内容。此外,阿尔瓦雷斯法官在该案的单独意见中表示:“每一个国家都被认为……有义务应当知悉……在其设有地方当局的部分领土上存在的损害行为……”^[40]这涉及推定知情的内容。

《塔林手册 2.0》的国际专家组据此将网络空间审慎义务中的知情划分为两大类,分别是实际知悉和推定知情。前者指领土国实际知悉其领土正在被用于针对他国的敌对网络行动,如已侦测到或接收到可靠情报;后者指根据如下假设来推定一国知情的状态,即一国在事情正常发展过程中应当知悉其领土被使用^[41]。此外,《塔林手册 2.0》的国际专家组还认为,推定知情的标准本身并未要求采取任何预防措施,即不要求采取监控或其他措施来提醒当局在其领土上存在滥用网络基础设施的行为,而只需像一个理性的国家在相同或相似情况下那样行事即可^[42]。关于预防措施的讨论详见本文第四部分的内容,在此部分则不再赘述。网络的匿名性、去中心化等特征导致领土国和目标国在认定知情方面存在技术上的障碍。对此,《塔林手册 2.0》国际专家组承认,让目标国证明如下情形极其困难,即领土国知道其领土被用于不法网络行动,并忽视该知情,但这不会使法律义务毫无意义^[43]。而且,由于很难发现一国政府的网络基础设施被恶意使用,因此主张推定知情可能是不合理的^[44]。

这里实际上涉及知情的证据问题,《塔林手册 2.0》的国际专家组并没有讨论有关问题。1949年的“科孚海峡案”指出:“一国在其境内享有排他性控制权的事实,会影响获得该国存在知情的证据的方法。由于这一排他性控制权,受害国经常无法提供直接的事实证据,以迫使有关国家承担责任。(因此)受害国应当被允许以一种更加自由的方式来推断事实和间接证据,这一间接证据必须得到所有法律体系的承认,且被国际裁决认可。当该证据是基于一系列有关联的事实,并且是通过逻辑推演而出的唯一的结论时,它必然被给予特殊考虑。”^[45]为此,该案中的法官根据阿尔巴尼亚在1946年10月22日事件前后态度的变化,以及阿尔巴尼亚沿岸观察布雷的可行性,来考察阿尔巴尼亚是否知情^[46]。通过上述案件可以看出,目标国可以通过客观事实和间接证据来证明领土国知情或推定领土国知情,这一点同样适用于网络领域。至于具体的证据形式与内容,有待根据网络安全事件的个案来决定。由于存在网络技术障碍,在彻底解决这一问题之前,只能借助于各国间的合作或者司法协助协定,或者公私合作等方式来缓解有关的危机。此外,不得任意地推定领土国知情,因为这可能会增加国家间的网络安全风险,加剧网络军备竞赛,更不符合《联合国宪章》维护国际和平与安全的要求。

此外,提到知情,有必要提及通知的时间问题。1949年“科孚海峡案”指出:“阿尔巴尼亚通知船只其领海存在地雷的义务的根据是其在10月22日之前有足够的时间知道地雷这件事,阿尔巴尼亚沿岸当局警告英国船只的义务,取决于首次通报英国船只的时间和地雷第一次爆炸时间的时间差。”^[47]因为部分网络攻击的瞬时性,通知要求的履行是否必要是一个比较有争议的问题,但在时间比较充裕且有足够的证据证明存在网络攻击时,这一通知要求是一国履行网络空间审慎义务的重要表现。

值得一提的是,《塔林手册 2.0》的国际专家组还专门讨论了过境国是否需要承担审慎义务的问

题。其认为,当过境国知悉(实际知情和推定知情)达到损害门槛要求的违法行动,且能够采取切实可行的措施来终止该行动时,领土国需承担审慎义务。此外,这是一个知情的问题,而不是审慎原则的可适用问题^[48]。《塔林手册 2.0》的国际专家组的这一观点显然站不住脚。因为强调过境国承担审慎义务,无形中扩大了审慎义务适用的主体范围,不但增加了他国的负担,而且极易被他国滥用。因此,从国际和平与安全的角度来看,不宜过分地突出过境国的审慎义务,以免其沦为大国干涉他国内政的工具。

(二)在一国领土内

就网络空间审慎义务的适用范围而言,《塔林手册 2.0》的国际专家组认为,审慎原则适用于以下范围:一国享有主权的全部领土;一国主权领土之外吞并或军事占领的领土;一国在国外的、受其控制的政府网络基础设施^[49]。在一个以上的国家共同控制网络基础设施的情况下,两国都承担审慎义务^[50]。

根据国家主权原则,一国主权适用于其全部领土,依附于主权之上的网络空间审慎义务同样适用于一国的全部领土。对于吞并或军事占领的外国领土,在占领期间,出于人道方面的考虑,实施必要的审慎已得到国际司法实践的认可,这一点也可类推适用于网络领域。至于受国家控制的国外的政府网络基础设施,这是《塔林手册 2.0》的国际专家组自创的内容,明显超过了传统的对于领土的理解范围,其存在两个问题。第一,“控制”的含义并不明确。尽管《塔林手册 2.0》的国际专家组在评论中提到,“政府控制指政府而不是私人实体控制着基础设施”^[51],但是这并没有解决政府控制的核心内涵,只是一种循环论证。在国际法实践中,控制包括两种,分别是“有效控制”和“全面控制”,因此这里的控制应当指上述两种情形,但具体适用哪个标准以及如何适用的问题还有待进一步的探讨。本文更倾向于“有效控制”。因为一方面,根据国际司法实践,2007年“预防和惩治灭绝种族罪的适用案件”最终认可了“有效控制标准”,否定了“全面控制标准”,这无形中对控制的标准给予了官方的认证;另一方面,“全面控制标准”容易扩大审慎义务的适用范围,容易被他国滥用,不利于国际社会的和平与稳定。第二,适用的范围还应当包括国外的受政府指挥、指示或控制的私人拥有的网络基础设施。《国家责任条款草案》第8条规定:“如果一个人或一群人的行为实际上是在该国的指示下或在该国的指挥或控制下进行的,则该个人或一群人的行为应被认为是国际法规定的国家行为。”因此,通过受政府指示、指挥或控制的私人网络基础设施实施的行为,也应当归属于国家行为,因此上述基础设施亦应当纳入网络空间审慎义务的适用范围。

(三)侵犯他国权利

《塔林手册 2.0》的国际专家组认为“与权利相悖”涉及“一国违反对目标国所承担的国际法义务的那些网络行动”^[52]。对此,国际专家组讨论了两个特别的情形。其一,当网络行动是在或通过领土国领土发起时,如果该行为违反了行为国对目标国的义务,而不是领土国对目标国的义务,此时领土国无须承担审慎义务;其二,当非国家行为体从事的网络行动影响到目标国的权利时,如果该行为由领土国来实施,则会违反其对目标国的义务,此时领土国负有审慎义务^[53]。

就第一种情形而言,存在一个法律上的灰色地带。第一种情形强调,只有当不法网络行为涉及领土国违反对目标国的国际义务时,领土国才承担审慎义务。而当领土国实施了不法网络行动,却没有违反对目标国的国际义务时,领土国无须承担审慎义务。然而,后一种情形在实践中很难出现。因为即使领土国与目标国之间不存在任何特别的协定,领土国对目标国的不法网络行动仍可视作对目标国主权的侵犯,进而导致领土国承担审慎义务。这里实际上涉及主权的范围问题。对于这一问题,目前国际法学说和国际法实践均未做出明确的解释和说明,仍有待进一步的研究。因此,如何准确地界定网络主权的边界,对于确定网络空间审慎义务的适用范围具有非常重要的意义。

就第二种情形而言,将非国家行为体的行为不当地延伸到国家行为,一方面不符合《国家责任条款草案》关于国家指示、指挥或控制私人的有关规定,另一方面容易造成国际规则的滥用,引发国家间的不当指控,进而引起国际社会的动荡。与此相对地,可在国际社会倡导非国家行为体承担网络空间审慎义务,特别是要求大型的互联网企业承担相应的网络空间审慎义务。原因有二:其一,国际社会存在

让非国家行为体承担审慎义务的倾向,如经济合作与发展组织 2011 年的跨国公司指南(OECD Guidelines for Multinational Enterprises)规定“跨国公司应当承担审慎义务,如将审慎义务纳入企业风险管理系统,查明、防范和减轻因自身活动和业务关系而导致的实际和潜在的不利影响,并说明如何消除这些影响”^[54];其二,网络领域的客观现实也需要非国家行为体的积极作为,且非国家行为体在实际中也确实可以发挥此种作用。网络攻击部分起源于对网络漏洞的开发和利用,虽然网络漏洞是现有网络技术中不可避免的问题,但是鉴于部分网络漏洞来自互联网企业自身开发的系统,让其承担相应的审慎义务亦在情理之中。此外,开发网络系统的互联网企业大多是互联网领域的巨头,其也有足够的技术能力和资金支持。

(四)重大损害

关于重大损害的讨论最早可以追溯到 1941 年“冶炼厂案”。该案指出:“根据国际法原则和美国法,没有国家有权使用或允许使用其领土,并以烟雾的形式导致或引起他国的领土、财产或国民遭受损害,当上述事件存在重大后果,且有明确和令人信服的证据证明损害。”^[55]“冶炼厂案”仅简单提及“重大损害”,缺乏重大损害的明确标准。此后,有关审慎义务的国际司法实践亦未能发展出一套关于“重大损害”的法律标准。因此,如何认定不法网络行动造成的损害后果属于“重大损害”,将是之后网络空间审慎义务需要重点研究的内容。对此,《塔林手册 2.0》的国际专家组表示,“严重不利损害”包括干扰关键基础设施的运行、对经济产生重大影响等,但具体标准目前尚无定论,不过它不要求对物体或人身造成有形损害或损伤^[56]。本文认为“严重不利损害”超出了“重大损害”的范围,该解释不宜适用于网络领域。

重大损害的认定关键在于如何界定“重大”一词,特别是在网络领域。2001 年《预防草案》第 2 条的评论指出:“‘重大’一词并非没有歧义,必须在每个具体情况下做出决定。它涉及的事实考虑多于法律决定。需要理解的是,‘重大(significant)’要超过‘可检测到的’程度,但不必达到‘严重(serious)’或‘实质性(substantial)’的水平。这种损害必须对其他国家的人的健康、工业、财产、环境或农业等事项造成真正的有害影响。这种有害影响必须能够以事实和客观的标准加以衡量。”^[57]对此,可从以下几个方面考察网络领域的“重大损害”:首先,“重大损害”的对象包括网络基础设施遭受的损害程度、受害国遭受的经济损失和受害国国内民众受影响的程度;其次,“重大损害”包括可以检测到的损害,且必须有明确的证据证明存在上述损害;再次,当损害达到严重或者实质性的程度时,可以直接认定存在重大损害。

四、履行网络空间审慎义务的具体要求

在一国确立其负有网络空间审慎义务之后,应当根据其审慎义务所依附的主要国际法规则来履行相关的审慎义务。对此,《塔林手册 2.0》规则 7 规定:“审慎原则要求一国采取在相关情形下能够终止影响他国权利和对他国产生严重不利后果的网络行动的所有可行措施。”^[58]“所有可行措施”的具体内容取决于网络空间审慎义务所依附的主要国际法规则,其内容会因为主要规则的变化而不同。然而,在本文的第二部分提到,除了主权原则外,网络空间审慎义务暂无可以依附的网络空间国际规则。由于网络主权的概念和范围等议题还有待进一步研究,本部分并不介绍履行网络空间审慎义务的具体内容,而是指明在履行网络空间审慎义务时可以参考哪些标准,以便以后更好地指导各国制定和履行相关的国际法义务。

(一)总体要求

1980 年“美国诉伊朗德黑兰外交人质案”指出:“1979 年 11 月 4 日,伊朗政府未能采取所有‘适当的措施’来保护美国使团的馆舍、成员和档案免受激进分子的攻击,也没有采取任何措施来预防上述攻击,或在上述攻击完成前加以制止。且在 1979 年 11 月 5 日,伊朗政府同样地未能采取适当的措施来保护美国在 Tabriz 和 Shiraz 两地的领事馆。此外,法庭认为伊朗未能采取任何措施不仅仅是疏忽或缺乏适当的手段。”^[59]上述内容突出了履行审慎义务的一个重要内容,即采取“所有适当的措施”。

对于“所有适当的措施”的具体内容,《塔林手册 2.0》的国际专家组认为:“领土国必须采用一个理性的国家在相同或相似情况下将会采取的,且在其主权力范围内的所有可行的措施(也被称为‘尽最大努力’)。”^[60]因为审慎原则是一项行为而非结果的义务,它不要求领土国总能成功地终止在其领土上实施的有害网络行动,除非该国未能穷尽合理可行的措施来终止有害网络行动^[61]。此外,当一国采取措施排除源于其领土的网络行动会给他国造成不合理的损害时,需参考合理性标准,如评估对两国造成的(潜在)损害的性质、规模和范围^[62]。

《塔林手册 2.0》的国际专家组将“所有适当的措施”类推到网络领域是比较妥当的,其所提及的理性国家标准是履行网络空间审慎义务的重要参考因素之一,但该标准不足以彻底解决“所有适当的措施”的问题,还有必要参考其他因素。对此,国际法协会关于国际法中的审慎义务的第二次报告指出,影响审慎义务履行的要素可以参考以下内容:合理、良好的政府、国际最低标准和国民待遇、对领土和非国家行为体的控制、风险程度、知道活动或潜在的风险和恶意或未采取措施^[63]。上述内容是该报告对审慎义务在国际法各个领域适用情况的一个总结。具体到网络领域,网络空间审慎义务的履行应当重点关注合理、良好政府、对领土和非国家行为体的控制、风险程度、知道活动或潜在的风险和恶意或未采取措施。将国际最低标准和国民待遇排除在参考范围之外,主要是因为有关内容主要适用于国际投资法领域,除非条约另有规定,否则不宜适用于网络领域。此外,国际最低标准具有鲜明的西方国家色彩,存在内容难以精确和难以获得发展中国家认可的问题。由于对领土和非国家行为体的控制、知道活动或潜在的风险和未采取措施在上文已经提及,这里主要分析合理、良好政府和风险程度。

就合理而言,它是履行网络空间审慎义务的核心参考要素。2010年“纸浆厂案”指出:“保护水生环境,特别是采用适当的规则和措施来预防污染的义务,是一项义务,要求在一国管辖和控制范围内发生的所有活动均须符合审慎义务。它不仅要求采用适当的规则和措施,还要求执行行政管制的公共和私人机构保持一定程度的警惕,如监督上述机构的活动、保护其他当事国的权利。”^[64]此外,联合国关于企业和人权的指导原则(UN Guiding Principles on Business and Human Rights)指出:“国家必须保护在其境内或在第三国的管辖范围内的人权不被侵犯,这就要求通过有效的政策、立法、规定和判决,来采取适当的措施去预防、调查、惩罚和处理这一侵权行为。”^[65]因此,从国家的层面来看,合理性可能要求一国采取适当的措施来约束其国内执法机关的网络行动,避免侵犯他国网络主权;从企业和私人的层面来看,合理性可能要求一国采取适当的措施保护外国人和企业在其境内的人权等合法权利,在必要时可通过国内法惩处相关的不法网络行动者。然而,无论是从国家层面来看,还是从企业和私人层面来看,合理都象征着对一个网络国家在某种情形下应该会如此作为或不作为的某种期待,具体内容与下文的良好政府有一定的关联性。

就良好政府而言,它是履行网络空间审慎义务的重要指标。是否需要以及如何界定良好政府,目前有关的讨论存在主观标准和客观标准之争。客观标准强调存在一个良好的政府的标准,所有国家均适用同样的标准;主观标准则认为很难准确界定一个良好政府的标准,应该根据具体情况考虑国家的状况以及特定的情形等^[66]。前者的代表人物是美国学者阿尔文·V. 弗里曼(Alwyn V. Freeman)教授,其认为审慎标准要求采取一个良好的政府在类似的情形下可能会实施的合理的预防措施^[67]。后者如1992年里约环境与发展宣言(Rio Declaration on Environment and Development)规则7指出:“考虑到各国对全球环境退化的不同贡献,各国承担共同但有区别的责任。基于他们的社会在历史上给全球环境带来的压力,以及他们所掌握的技术和财政资源,发达国家承认他们在全球追求可持续发展中需承担更多的责任。”^[68]值得一提的是,共同但有区别的责任标准并非绝对的,其适用亦存在例外情况。这主要是因为发展中国家与发达国家是否承担共同但有区别的审慎义务,取决于该审慎义务所依附的主要国际法规则。例如2012年的“海底采矿咨询意见”指出,《海洋法》要求各国必须审慎行动,以确保在“海底区域内”从事海底采矿活动的承包商遵守其保护海洋环境的义务。就承包商履行海洋保护义务而言,该案的法庭认为发达国家和发展中国家应适用同样的标准,承担相同程度的审慎义务^[69]。

在网络领域,应该同时兼顾主观标准和客观标准。具体而言,对于网络领域非技术性的问题,如对于网络基础设施本身的保护问题等,可适用客观标准;对于涉及比较复杂的网络技术问题,如对网络漏

洞的开发和保护等,可适用主观标准。这主要是因为从各国掌握的网络技术能力而言,全球可分为网络技术强国、网络技术大国和网络技术欠发达国家。因此,对于涉及复杂网络攻击技术问题的网络攻击,对上述三类国家施加同样的网络空间审慎义务,不仅违反正义的理念,还极易导致网络技术欠发达国家过度地承担国际责任,进而不利于有关网络空间国际规则的达成和国际社会的稳定。而对于非技术性的问题,各国不存在能力上的区别,因而采取客观标准。这一方面能实现各国间形式上的平等,另一方面也能在一定程度上缓解技术发达国家因承担过多技术方面的审慎义务而积累的不满情绪。

就风险程度而言,它是履行网络空间审慎义务的动态标准。2012年“海底采矿咨询意见”指出:“……审慎义务……可能随着所涉活动的风险而改变内容。如在海底区域,一般来说,保护活动比勘探活动的风险低,勘探活动比开发活动的风险低,这是合乎情理的。此外,在不同种类矿物的区域从事的活动可能会要求不同的审慎标准,如多金属结核、多金属硫化物或钴富铁锰结壳。”^[70]就网络领域而言,有关的网络风险也不是一成不变的,它既可能是国家层面的,也可能是区域层面的,更可能是全球层面的,不同层面的网络风险自然亦须根据实际的情形调整有关网络空间审慎义务的内容。此外,随着网络技术的进步,各国面临的网络风险会存在变化,网络空间审慎义务的内容亦随之发生变化。

(二)网络空间审慎义务与预防义务

“预防义务通常被解释成最大努力原则(best efforts obligations),要求各国采取所有合理或者必要的措施来预防一个特定事件的发生,但并不要求该事件将来不会发生”^[71]。关于在网络领域,审慎义务是否要求采取预防措施的问题,《塔林手册2.0》的国际专家组给出了否定的答案。第一,“种族灭绝案”中指出“一国预防和采取相应行动的义务始于该国得知……存在种族灭绝行为将会实施的风险”,这意味着预防种族灭绝的义务是一个具体的义务,而不是一般的义务;第二,由于很难对网络威胁采取全面有效的预防措施,所以在网络领域主张预防义务不合理;第三,对未来的网络行动采取预防措施既不切合实际,也忽视了知情的重要性^[72]。因此,《塔林手册2.0》的国际专家组认为“自然也就不存在要求一国监控在其领土上的网络行动的义务”^[73]。《塔林手册2.0》的国际专家组的这一观点显然有不合理之处,审慎义务应当包含预防义务,在必要时,还须采取监督措施。

首先,《塔林手册2.0》的国际专家组错误地解读了2007年“预防和惩治灭绝种族罪的适用案件”的内容。“一国预防和采取相应行动的义务始于该国得知……存在种族灭绝行为将会实施的风险”,也就是说,一国在得知其境内将会出现种族灭绝行为时,即在知情的情况下,该国应当立即采取预防措施。这是用一个具体的内容来表达一般的内容,《塔林手册2.0》中的说词显然是不合理的。该案的判决中也有其他类似的表述:“当一国显然未能采取所有的措施来预防种族灭绝的发生,而该预防是在其权限范围内,且本可能实现时,该国需承担责任。”^[74]

其次,《塔林手册2.0》的国际专家组对预防义务的理解存在偏差,国际社会需要且能够采取适当的预防措施。预防义务并不要求领土国对其境内所有的网络活动均采取预防措施,更不要求其对未来可能发生的网络实践承担任何责任,它仅仅是要求各国对其自行开展的网络活动采取一个审慎的态度,以免本国领土被他国利用。如美国应对2017年5月在国际社会盛行的“永恒之蓝”(Wanny Cry)病毒所涉及的网络漏洞承担审慎义务,因为有关漏洞来自美国的国家安全局。为此,美国应当为避免该漏洞为他国所利用而采取必要的预防措施,必要时应当对其境内的网络活动采取必要的监控活动,以最大限度地避免该漏洞被他国利用进而发生网络攻击事件。

再次,现有的国际法实践支持网络空间审慎义务包括预防义务。2010年“纸浆厂案”指出:“法庭认为预防原则作为一个习惯规则,源自一国在其领土内需承担的审慎。各国义务不得在知情的情况下允许其领土被用于实施侵害他国权利的行为。因此,一国有义务在其可支配的范围内使用所有的手段,以避免在其领土内或其管辖的任何区域内的活动对他国的环境造成重大损害。本院已将该义务确立为与环境有关的国际法的一部分。”^[75]2012年“海底采矿咨询意见”也指出:“预防要求是赞助国审慎义务的重要组成部分。”^[76]因此,预防义务是履行审慎义务的重要内容之一,因而在网络领域,承担预防义务应是承担网络空间审慎义务的题中应有之义。

五、余论

随着网络技术的发展,越来越多的国家关注审慎义务如何适用于网络空间的问题。通过考察审慎义务的历史,发现审慎义务不具有独立性,其内容依赖其所附属的主要国际法规则。因为审慎义务依附于主权原则,考虑到主权原则的普遍适用性,审慎义务可以适用于网络空间。就履行网络空间审慎义务而言,其包括两个方面的内容。其一,一国应当从以下四个方面来确认本国在网络空间负有审慎义务,即知情、在一国领土内、侵犯他国权利和重大损害。具体而言,当一国知道或应当知道,在其领土内、在占领地或有效控制的国外基础设施上存在侵犯他国权利的不法网络行动,且该活动给他国的经济、网络基础设施或其国民造成重大损害,则该国负有网络空间审慎义务。其二,一国在知道其负有网络空间审慎义务的情况下,应根据该义务所附属的主要国际规则,从以下六个方面来采取所有适当的措施:合理、良好政府、对领土和非国家行为体的控制、风险程度、知道活动或潜在的风险和恶意或未采取措施。上述内容的确立不仅填补了当前关于如何适用网络空间审慎义务的空白,还有助于在实践中推广适用负责任国家行为规范中的审慎条款。然而,以上内容仅涉及网络审慎义务宏观层面的内容,还有很多细节的内容有待进一步的研究,如《塔林手册 2.0》中提及的如下问题:领土国基于分享情报等敏感问题是否要遵守审慎义务;领土国是否负有请求他国提供协助的义务;私人实体采取补救性网络行动,一国是否必须为遵守审慎义务而制定法定条件,或至少消除有关的法律障碍;等等。

参考文献:

- [1] Michael N. Schmitt. In Defense of Due Diligence in Cyberspace [J]. Yale Law Journal Forum, 2015(125):68.
- [2] United Nations General Assembly. Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security [EB/OL]. [2023-02-05]. http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/98.
- [3] United Nations General Assembly. Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security [EB/OL]. [2023-02-05]. http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/70/174.
- [4][7][19][30][31][32][33] Talita Dias, Antonio Coco. Cyber Due Diligence in International Law [EB/OL]. [2023-02-05]. <https://www.elac.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2022/03/finalreport-bsg-elac-cyberduediligenceininternationalallawpdf.pdf>.
- [5][15][20][21][34][41][42][43][44][48][49][50][51][52][53][56][58][60][61][62][72][73] Michael N. Schmitt (ed.). Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations [M]. New York: Cambridge University Press, 2017: 43, 30, 31, 32, 68, 40-41, 41-42, 40, 41, 33-34, 32-33, 33, 33, 34, 35-36, 36-38, 43, 47, 49, 49-50, 44-45, 45.
- [6] Russell J. Buchan. Cyberspace, Non-State Actors and the Obligation to Prevent Transboundary Harm [J]. Journal of Conflict & Security Law, 2016(21): 429-453.
- [8][17] Duncan French, Tim Stephens. International Law Association Study Group on Due Diligence in International Law [EB/OL]. [2023-02-05]. https://olympereseauinternational.files.wordpress.com/2015/07/due_diligence_-_first_report_2014.pdf.
- [9] United Nations. Alabama Claims Arbitration (United States/Great Britain) [EB/OL]. [2023-02-05]. https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/125-134.pdf.
- [10] U. S. Report. United States v Arjona [EB/OL]. [2023-02-05]. <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep120/usrep120479/usrep120479.pdf>.
- [11] United Nations. The Case of The S. S. 'Lotus' [EB/OL]. [2023-02-05]. <http://www.worldcourts.>

- com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm.
- [12] United Nations. The Island of Palmas Case Arbitration [EB/OL]. [2023-02-05]. https://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf.
- [13] [55] United Nations. Trail Smelter Arbitration (U. S. v. Canada) [EB/OL]. [2023-02-05]. https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf.
- [14] [39] [40] [45] [46] [47] International Court of Justice. Corfu Channel Case [EB/OL]. [2023-02-05]. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>.
- [16] Timo Koivurova, Kritika Singh. Due Diligence [EB/OL]. [2023-02-05]. <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1034?rskey=G9zKY1&result=1&prd=EPIL>.
- [18] International Law Commission. Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities [EB/OL]. [2023-02-05]. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf.
- [22] 李浩培. 国际法的概念和渊源 [M]. 贵阳: 贵州人民出版社, 1994: 104-105.
- [23] 王铁崖. 国际法引论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1998: 99.
- [24] 廖焕国. 注意义务与大陆法系侵权法的嬗变: 以注意义务的功能为视点 [J]. 法学, 2006(6): 28.
- [25] 陈璇. 注意义务的规范本质与判断标准 [J]. 法学研究, 2019(1): 138.
- [26] 廖焕国. 侵权法上注意义务比较研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2008: 12.
- [27] 高建学. 过失侵权的注意义务研究 [D]. 北京: 对外经贸大学, 2006.
- [28] 董春华. 论侵权法中注意义务的“一般性” [J]. 中国政法大学学报, 2020(2): 130.
- [29] 易军. “法不禁止皆自由”的私法精义 [J]. 中国社会科学, 2014(4): 121.
- [35] Eric Talbot Jensen, Sean Watts. A Cyber Duty of Due Diligence: Gentle Civilizer or Crude Destabilizer? [J]. Texas Law Review, 2017(95): 1555.
- [36] [63] Tim Stephens, Duncan French. ILA Study Group on Due Diligence in International Law [EB/OL]. [2023-02-05]. <https://docplayer.net/34722822-Ila-study-group-on-due-diligence-in-international-law-second-report-july-tim-stephens-rapporteur-and-duncan-french-chair.html>.
- [37] [38] Neil McDonald. The Role of Due Diligence in International Law [J]. International and Comparative Law Quarterly, 2019(68): 1044, 1048.
- [54] OECD. OECD Guidelines for Multinational Enterprises (OECD Guidelines) [EB/OL]. [2023-02-05]. <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf>.
- [57] International Law Commission. Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries [EB/OL]. [2023-02-05]. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf.
- [59] International Court of Justice. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran [EB/OL]. [2023-02-05]. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>.
- [64] [75] International Court of Justice. Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay) [EB/OL]. [2023-02-05]. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/135/135-20100420-JUD-01-00-EN.pdf>.
- [65] UN Human Rights Council. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework [EB/OL]. [2023-02-05]. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Guiding Principles Business HR_EN.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Guiding%20Principles%20Business%20HR_EN.pdf).
- [66] Eric de Brabandere. “Host States” Due Diligence Obligations in International Investment Law [J]. Syracuse Journal of International Law and Commerce, 2015(42): 319.
- [67] Alwyn V. Freeman, Responsibility of States for Unlawful Acts of Their Armed Forces [J]. Recueil de

- Cours de l'Académie de Droit international de La Haye, 1955(2): 277-278.
- [68] United Nations. Rio Declaration on Environment and Development[EB/OL]. [2023-02-05]. <https://cil.nus.edu.sg/wp-content/uploads/2019/02/1992-Rio-Declaration-on-Environment-and-Development.pdf>.
- [69][70][76] International Tribunal for the Law of the Sea. Seabed Mining Advisory Opinion[EB/OL]. [2023-02-05]. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/17_adv_op_010211_en.pdf.
- [71] International Law Commission. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries[EB/OL]. [2023-02-05]. https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.
- [74] International Court of Justice. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)[EB/OL]. [2023-02-05]. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-19960711-JUD-01-00-EN.pdf>.

编校: 闻 刚

Study on the Implementation of Due Diligence in Cyberspace

Liu Cong

(School of Law, Wuhan University, Wuhan, Hubei 430000)

Abstract: More and more countries believe that the duty of due diligence can be applied to cyberspace, but there are disputes over how to implement the due diligence obligation in cyberspace. Because the nature of the duty of due diligence depends on the main rules of international law to which it adheres, in the current cyber field, the duty of due diligence in cyberspace is dependent on the principle of sovereignty. Therefore, according to the due diligence obligation established in the Corfu channel case, before the duty of due diligence in cyberspace can be performed, the following four pre-requirements must be met: knowledge, within one country's territory, infringement of the rights of another country, and material injury. On the premise of establishing the existence of the duty of due diligence, states should, on the basis of clarifying the main rules to which the duty of due diligence adheres in cyberspace, perform the duty of due diligence by referring to the following six factors: reasonableness, good government, control over territory and non-state actors, degree of risk, knowledge of activities or potential risks, and bad faith or failure to take measures.

Key Words: cyberspace; due diligence obligation; knowledge; material injury; Tallin Manual 2.0

《民法典》监护人责任的性质再论与规范统合

张靖晗

(中南财经政法大学 法学院,湖北 武汉 430073)

摘 要:明确监护人责任的性质是解决监护人制度现存问题的前提,基于法定监护义务之违反,监护人责任的性质应为特殊的自己责任而非替代责任,此特殊性在责任构成和承担上皆有体现。监护人责任是只有减责没有免责的特殊过错推定责任,其构成要件需满足“客观侵权+未尽监护职责”,其中对监护人是否尽到监护职责要结合“实际监护与否+客观标准”来综合判断。从规则分析,《民法典》第一千一百八十八条第一款是监护人承担侵权责任的完整规范,而监护人尽到监护职责也需承担部分责任的正当性来源于监护义务外延的广泛性;第二款是在监护人减轻责任的前提下基于公平责任的补充赔偿规则,且第二款的赔偿规则不应影响监护人侵权责任的性质,也并非意味监护人承担的是补充责任,只是为实现监护人、被监护人一方与被侵权人一方之间的利益平衡而作出的特殊规定。

关键词:监护人责任;监护职责;自己责任;公平责任;规则统合

中图分类号:D923.7 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0105-11

一、问题的提出

监护人责任制度经历了从《中华人民共和国民法通则》(以下简称《民法通则》)到《中华人民共和国侵权责任法》(以下简称《侵权责任法》)再到《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的变化,但除了《侵权责任法》删除了《民法通则》中单位监护除外规定这一实质性变化,其他变化主要集中在减责或承担补偿责任的程度以及语句和标点上,并未对监护人责任的规定作出较大实质变更,《民法通则》及《侵权责任法》时代存在的问题依然未获解决。

第一,对监护人责任性质的几种解释无法一以贯之。若按照替代责任、严格责任的内涵,责任主体是基于特殊的控制关系而承担责任,不会受到自身主客观因素的影响,也即不允许通过证明自己已经尽到了合理注意义务而免责^[1]。但《民法典》第一千一百八十八条第一款将监护人尽到监护职责作为减轻责任的事由,显然不在替代责任、严格责任的含义射程中。此外由于减责条款的规定,监护人责任的归责原则也存在很大模糊性。

第二,监护人责任的具体规则与侵权法的理论和实践难以适配。以财产为标准的规则既有违责任构成理论,又难以在实践中得到查明落实,同时还会在不同被监护人之间造成不公平的结果^[2]。未明确被监护人是否为责任主体与规定被监护人以财产赔偿之间也存在矛盾。例如从2023年3月最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国民法典〉侵权责任编的解释(一)》(征求意见稿)(以下简称《侵权编解释征求意见稿》)来看,只能以一方面否认无民事行为能力人、限制行为能力人的赔偿责任,

* 收稿日期:2023-04-11

作者简介:张靖晗,女,中南财经政法大学法学院博士研究生,研究方向为民法学。

一方面又支持先从被监护人财产中支付赔偿费用来平衡上述矛盾。但不以责任为前提的赔偿会导致一个问题,即赔偿的限度为何,难道以被监护人排除正常生活和接受教育开支后的所有财产赔偿吗?这样反而有违监护人责任制度保护被监护人之本意。

第三,监护人责任与被监护人责任之间的关系模糊不清。在被监护人侵权案件中,是否存在监护人责任与被监护人责任以及同时存在时责任之间的关系为何都是悬而未决的,这给受害人主张权利造成了阻碍^[3]。在我国,以被监护人是未成年人为例,监护人通常是被监护人的父母或其他近亲属,这种人身关系会使得责任主体之间的关系也变得不清晰。虽然我国尚未承认被监护人的责任能力,但这并不意味着在客观上明确主体之间可能的责任划分没有意义,特别在处于风险社会且监护人发展多元化的今天,确定各主体之间的客观责任划分在保护教育被监护人、督促监护人以及救济受害人方面都有积极意义。

第四,实践中监护人减责的理由不唯一且法院对“尽到监护职责”判断的自由裁量权过大。监护人减责在实践中主要还是基于受害人过错、第三人过错这些一般的减责规定,而较少适用监护人尽到监护职责这一理由^[4]。对“尽到监护职责”的标准未能予以细化,以至于法官在实践中很难作出统一判断,使得该条款沦为具文。

上述问题以及《民法典》第一千一百八十八条两款关系的厘清应以探究监护人承担责任的基础以及责任性质为前提。虽然监护人责任中的被监护人包括所有的无民事行为能力人、限制民事行为能力人,但由于实践中未成年人与监护人之间的人身关系更为特殊和复杂,为方便讨论,本文的研究重点限于未成年人作为被监护人这一类型。

二、监护人责任的责任基础

对于监护人责任,学界讨论的责任基础主要有“对被监护人的危险控制、受害人救济”^[5]以及“监护职责”^[6]。其中“危险控制”对应侵权法归责事由中的“危险、控制力”,“监护职责”对应“过错”,以下将重点对这几类责任来源进行分析。

(一)以受害人救济为基础的片面性

将受害人救济作为监护人责任的正当性基础不具有特定性且效用有限。其一,监护人责任规定在《民法典》侵权责任编“责任主体的特殊规定”一章,无论从其体系定位还是具体规则上分析,其都有不同于一般侵权责任之处。而对受害人的补偿或救济,尽可能使受害人恢复到损害未发生时的应有状态是侵权法的首要功能^[7]。一般性的功能概念不适宜在特殊规则存在争议时作为首要的正当性基础,充其量只能成为监护人责任正当性来源的一个因素。其二,即使在被监护人侵权中,对受害人的救济也有很多手段和平衡因素。在侵权法体系外,有社会保险、私人保险以及市场调节等分散受害人损失的手段^[8];在侵权法体系内,也不乏公平分担损失等制度作为平衡。其三,一般情形下对受害人的救济也未必要达到完满状态,例如存在损益相抵、过失相抵等情形。那么在行为主体与责任主体分离的监护人责任中,受害人救济的例外因素更要充分考量,以受害人得到救济作为首要责任基础不免过于苛责监护人。其四,受害人救济在涉及复杂关系时影响力有限。在仅涉及侵权人与受害人的关系时,双方主体之间的对抗尚需要考虑行为人自由与受害人救济的平衡,而在监护人责任这种多方主体下,以受害人救济为基础往往不能有效达到利益平衡之目的。

(二)以危险控制为基础的价值不符性

以对被监护人的危险控制作为监护人责任的正当性基础不符合价值目标。监护人责任制度的首要目的不是为了惩戒被监护人,否则直接规定被监护人自己承担责任或使其与监护人承担连带责任效果更佳。监护人责任制度主要是通过给监护人施加法定义务以达到督促监护人保护和教育被监护人的目的,预防侵权的发生也是这一目的的附带效果。以危险控制为基础展现出的价值不符具体体现为

以下四点。其一,法律对非因主观不能控制自己行为的人态度较宽容。例如《民法典》第一千一百九十条规定的完全民事行为能力人暂时没有意识或失去控制的情形,若没有过错的依然只适用补偿的规定,而非“赔偿”^①。若对自己非因过错而失控造成损害之情形尚能留有余地,在监护人责任下责任主体与真正实施行为之人相分离,更不宜加以苛责,以求监护人能时时对被监护人进行有效危险控制。其二,行为人对自己行为的危险控制尚不能仅以客观结果评价控制的有效性,还需考虑主观因素,那么行为人之外的监护人所采取危险控制手段的有效性更难以从客观上利用法律手段加以评判。其三,对物控制尚有可能,对人的危险控制难有万全之策。在精神教导不能完全保证实现对人控制的基础下,若直接采取行为或精神控制,则必定与行为自由或未成年人自由发展理念相悖。以危险控制为基础确定的监护人责任规则也极有可能导致过度的精神和行为控制,不符合保护被监护人、为被监护人利益之目的。其四,社会的发展现状导致了监护障碍的出现,这是整个社会需要共同面对的问题,此种矛盾不能也不应封闭于特定关系群体内部解决,一味在客观上加重监护人的责任,只会削弱监护人主观上履行义务的积极性。此外,为解决监护障碍,会有越来越多的监护辅助机构或个人,对被监护人的控制力也会越来越分散,即使存在“控制权”,实际控制人也难以判断,以危险控制为基础存在实施上的困境。

(三)以违反法定义务为基础的自治性

监护人责任最为核心的正当性基础应为法定监护义务的违反。首先,这是由监护人责任的目的所决定的。监护人制度的目的不仅是代理被监护人从事民事活动,还要求监护人尽到保护、照顾被监护人,对被监护人进行管理和教育的义务^[9]。同时由于监护人与被监护人之间密切的联系,监护人最有可能通过监督教育和管理来预防损害发生^[10]。其次,监护义务作为一项法定义务,其虽然外延广泛,但核心内容仍能确定,是否履行了核心的法定义务亦存在客观评价的可能性,将其作为正当性基础明确且特定。再次,监护人以可识别的法定义务为限,不得有正当理由超越范围约束被监护人,被监护人的行为自由得以保证。最后,监护人责任虽有其特殊性,但其依然只是在违反法定义务框架下承担侵权责任的一个类型,与安全保障义务等类似,不适宜因特殊关系的存在就过分苛责监护人,监护人与被侵权人之间的利益衡量依然值得考量。

从我国现有规则出发,以法定监护义务为基础能够解决《民法典》第一千一百八十八条第一款的解释难题^②。强调由监护人承担以法定监护义务违反为核心的过错责任,不仅能与《民法典》其他部分有关监护人责任的规定保持体系上的一致,还能顺利解释为何依据《民法典》第一千一百八十八条,监护人尽到监护职责也只能减轻侵权责任而非不承担责任。从体系一致上分析,无论从《民法典》第一千一百六十九条第二款的规定,还是从2023年3月《侵权编解释征求意见稿》第十条第一款的规定来看,监护人责任都应解释为以监护义务违反为基础的过错责任^③。但由此会产生疑问,即尽到监护职责、看似无过错的监护人为何最终还需承担一部分监护责任?实际上这和监护义务本身外延之广泛性相关。监护义务与其他法定义务相比较为特殊和复杂,其全方位覆盖被监护人生活的方方面面,而被监护人作为主体具有部分独立思想这一特性也需考虑在内,因此监护人通过举证来证明自己完全尽到监护职责的情形是很难出现的。即使理想情况下监护人履行了法律现阶段规定的核心监护义务,也很难真正

① 《民法典》第一千一百九十条第一款:“完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错的,应当承担侵权责任;没有过错的,根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。”

② 《民法典》第一千一百八十八条第一款:“无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担侵权责任。监护人尽到监护职责的,可以减轻其侵权责任。”

③ 《民法典》第一千一百六十九条第二款:“教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的,应当承担侵权责任;该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护职责的,应当承担相应的责任。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉侵权责任编的解释(一)》(征求意见稿)第十条第一款:“教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为,被侵权人可以请求教唆人、帮助人承担侵权人的全部侵权责任,也可以请求未尽到管理、教育等监护职责的监护人在其能够防止或者制止损害的范围内承担与其过错相应的责任。”

在客观上穷尽其义务外延并保证履行效果。以监护义务中的教育义务为例,《中华人民共和国未成年人保护法》(以下简称《未成年人保护法》)第五条中教育义务的外延非常广泛且很难证明^①,即使监护人可以证明其实施了教育行为,教育的真正效果以及程度是否足以避免侵权行为的发生也很难证实。故以监护义务违反为基础确定监护人责任时,即使尽到监护责任也保留部分承担责任的空间是合理的,但由于这部分责任并非因违反核心法定义务而产生,因此应严格限制其范围。以违反法定义务为主要基础来反思和确定监护人责任的性质,能够最直接有效地督促监护人积极履行监护义务,预防损害的发生。

三、监护人责任的性质再论

(一) 严格替代责任的反思

替代责任来源于手工业社会时期的英美法,但随着进入工业风险社会,即使是在典型替代责任的雇主责任领域,也开始反思替代责任的效果,由此英美法和德国法分别发展出“企业责任理论”和“组织过错理论”^[11]。更何况监护人责任是否是替代责任一开始就存在很大争论,如今更值得进一步反思。

在替代责任的争论中可以总结一些共识之处。内涵方面,替代责任主要是侵权人与责任人分离的一种责任形式,根据具体责任的不同,其可以涵盖不同的归责原则。内容方面,经过发展替代责任已经不包括由物件引起的侵权责任,也不应包括公平责任^[12]。替代责任有如下几点特征:替代责任人与侵权人之间有特定关系;替代责任人处在支配性的地位;侵权人处在与替代责任人有关的特定状态;法律后果是侵权人与责任人脱离^[13]。其中特定关系包括特定人身、因果和利益关系;支配性的地位可以体现在很多方面,如选任、指示、监督、管理等;特定状态最典型的例子就是用人单位责任判定中的“因执行工作任务”^[14]。以上特征都应具有客观上的可判断性,例如“因执行工作任务”就存在比较稳定、客观的判断标准,否则基于无法确定的特殊状态让责任人承担替代责任难免过重。

而监护人责任不满足替代责任中的支配地位与特定状态等特征。由于被监护人是无民事行为能力人和限制民事行为能力人,基于对特殊群体的特殊保护,即使监护人有监护权也会受到限制,例如《民法典》第三十五条总结了监护人履行监护职责的三点要求,即最有利于被监护人的原则、尊重被监护人真实意愿、不干涉被监护人有独立能力处理的事务。可见监护人与被监护人之间不应是支配与被支配、控制与被控制的关系,反而监护人需站在被监护人的立场为被监护人利益履行监护职责。同时,严格的替代责任下,责任人仅需就特定情况下行为人实施的侵权行为承担替代责任,并非在任何情况下都要就行为人的侵权行为承担替代责任^[15]。这使得替代责任的承担是有客观限度和范围的,除了主体之间特殊关系外,还需具备客观上的连接点,这一点是平衡替代责任本身严格性的重要砝码。但就监护人责任的实际情况来看,监护人与被监护人的关系较复杂且存续时间久,监护人需要长期不间断地履行监护义务,不存在稳定、客观且唯一的“特定状态”来判断产生替代责任的客观范围。另外,以满足特定状态的用人单位责任为例,会发现此种真正意义上严格的替代责任并不要求用人单位存在过错或义务的违反,即使是最轻微程度的主客观要素也未作要求^[16]。而反观监护人责任中以尽到监护职责为由的减责条款,与该要求格格不入。

当被监护人实施的侵权行为与监护人的特定行为存在因果关系时,依替代责任无法作出妥当解释。例如被监护人受监护人的命令或指示为一定侵权行为,或在依照监护人命令或指示为一定行为的过程中侵权。前一种情形可以适用《民法典》第一千一百六十九条第二款关于教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人的规定,此时教唆人也是监护人,无疑由监护人基于自己责任承担全部的侵

① 《未成年人保护法》第五条:“国家、社会、学校和家庭应当对未成年人进行理想教育、道德教育、科学教育、文化教育、法治教育、国家安全教育、健康教育、劳动教育,加强爱国主义、集体主义和中国特色社会主义的教育,培养爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德,抵制资本主义、封建主义和其他腐朽思想的侵蚀,引导未成年人树立和践行社会主义核心价值观。”

权责任。值得注意的是第二种情形,即对于被监护人的侵权行为,监护人主观虽非故意,但存在一个命令或指示行为,此时监护人承担的显然也不应是替代责任,而是应结合命令指示的妥当性来判断监护人是否违反监护义务,即回归到自己责任、过错责任上来判断。过错责任原则的兴起使得替代责任的范围极大限缩,因为普遍相信“命令实施不法行为的人本身就是侵权人”^[17]。以上情形中尽管行为人是被监护人,但由于监护人与被监护人的特殊关系,监护人可能实施对被监护人有控制力的命令指示行为,或者该命令指示行为已严重超出被监护人可独立实施行为的范围。此时被监护人行为本身的可归责性受到质疑,监护人承担责任可能完全归因于自己的命令与指示行为。故将监护人责任认定为替代责任可能无法解决实践中的问题。

替代责任理论否定了被监护人以后承担责任的可能,对监护人不公。暂不论无民事行为能力人的自主意识,限制民事行为能力人一定会存在不同程度的自主意识与活动能力,相应的监护人进行监护、管控的难度会增大,以替代责任为基础让监护人独自承担侵权后果对监护人不公平^[18]。此外,在2023年3月最高人民法院发布的《侵权编解释征求意见稿》中,第四条已经规定了限制民事行为能力人的非财产责任,可见将非完全民事行为能力人一概排除在责任承担主体范围之外不符合我国司法实践的趋向^①。同时若将监护人责任认定为替代责任,却又不加入追偿规定,会使得监护人无法向行为后又取得或恢复完全民事行为能力的人追偿。但若将监护人责任认定为自己责任,在非属监护人责任的部分,虽然监护人也履行了赔偿义务,但为以后监护人就该部分的追偿提供了可能性。

(二)特殊自己责任的证成

自己责任是指行为人只对自己行为引发的后果承担责任,即行为主体和责任主体一致^[19]。对监护人责任基础的理解直接决定了监护人责任的性质是自己责任还是替代责任。如果以危险控制为基础,则监护人责任应是替代责任;如果以监护义务违反为基础,则监护人责任是自己责任^[20]。基于前文分析,监护人责任的主要基础应理解为法定监护义务之违反,因而监护人责任的理论根基应当重回自己责任。

从其他国家或地区有关监护人责任的规定来看,也体现出自己责任的本质。私法自治即“自己的生活关系可以由自己的自由意思支配”这一民法基本原则在德国、日本法上都有体现,其决定了对不是出于自己意思活动的情况不负责任^[21]。《德国民法典》第832条规定了针对未成年的监督义务人责任,“实施监督的人,有义务赔偿需监督者所不法加给第三人的损害”,但同时规定了“监督义务人已满足监督义务的要求,或即使在适当实施监督的情形下也会发生损害的,不发生赔偿义务”^[22]。《日本民法典》第714条也将监护人“未怠于履行其义务,或者即使怠于履行其义务损害仍会发生”的情形排除在外,可见日本法上的监护人责任也是基于监护人未履行自身义务的责任^[23]。此外,我国台湾地区“民法”第一百八十七条第二款也规定了“法定代理人如其监督并未松懈,或纵加以相当之监督,仍不免发生损害者,不负赔偿责任”^[24]。以上规定均表明了监护人尽到监护职责即可不承担侵权责任这一自己责任、过错责任的内涵。虽然实践中对监督职责的减责证明很难得到认可,但这并不是否定自己责任、过错责任的理由。一些国家或地区实践中也存在很多监护人履行义务后主张免责而难以受认可的情况,但亦未改变监护人责任是自己责任的性质,只是理解为此种法定义务情形下“自己”或“自己行为”的扩大^[25]。

监护人责任的根本属性应为自己责任。从逻辑上的先后判断,监护义务是先于监护人责任而存在的监护人的固有法定义务,监护人责任是违反该义务而需承担的法律后果^[26]。从规范目的分析,监护人承担责任是基于与被监护人的特殊关系,其最有可能通过日常教育管理避免被监护人侵权,从这一角度,让监护人承担以法定义务违反为基础的自己责任对其更有激励效果^[27]。从体系一致上考虑,

① 《侵权编解释征求意见稿》第四条:“被侵权人请求实施侵权行为的限制民事行为能力人在与其年龄、智力、精神健康状况相适应的范围内,与监护人共同承担停止侵害、排除妨碍、消除危险、消除影响、赔礼道歉等非财产责任的,人民法院可予支持。”

《民法典》第一千一百六十九条第二款规定了教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人的责任,根据该款规定,只有监护人未尽到监护职责时才承担相应的责任。“相应的责任”是监护人自己责任的一种形态,意味着监护人有多少过错就在过错范围内承担多大责任^[28]。言外之意,监护人尽到监护职责时原则上无须再承担责任,即监护人在此处承担的是与过错相适应的自己责任。如果将第一千一百八十八条的监护人责任理解为替代责任、无过错责任,可以发现教唆、帮助人的出现甚至改变了监护人承担责任的类型及归责原则,这样显然不合理,且容易在责任主体多元时造成适用上的混乱。最后,从我国现有规则分析,只有承认监护人的自己责任这一性质,才能妥当理解《民法典》第一千一百八十八条的规则,并在未承认被监护人责任能力的前提下,合理解释有财产的被监护人也有履行赔偿义务、支付赔偿费用的可能性。此部分将在后文详述。

监护人责任不能等同于传统意义上的自己责任,属于特殊的自己责任。其特殊性体现在如下两个方面。第一,监护人责任需以被监护人客观具有可归责性为前提。如依传统的自己责任,监护人责任应有一套自己的归责系统,即需考虑监护人的过错、侵权行为、损害结果以及行为与损害结果之间的因果关系,但监护人责任中,侵权行为、结果以及因果关系是在被监护人项下考虑的。监护人方面,只需要在损害事实发生时直接考察监护人是否尽到监督管理义务即可^[29]。如果没有尽到监督管理义务,则推定监护人具有过错且其违反义务之行为与损害结果之间具有因果关系。第二,自己责任是民法私人自治原则的当然要义,即行为人仅对自己行为的过错负责^[30]。但根据我国《民法典》规定,监护人尽到监护职责即无过错时,只得减轻侵权责任而并非不承担侵权责任,此部分责任的承担如仅依传统的自己责任无法得到解释。但正如上文所述,监护义务本身具有外延之广泛性,相当于扩大了监护人自己责任之外延。监护人的自己责任可分两部分理解:一部分是违反核心法定义务所产生的责任,例如违反法定的教育、保护、监督义务,对于这部分可确定的自己责任,监护人可以通过证明自己尽到监护职责而完全免责;另一部分是非核心的监护义务,对于这部分自己责任,默认监护人无法通过合理证明达到免责的标准。至于非核心监护义务的内容,无须也不可能进行准确界定,仅需运用立法技术保留与此部分义务相对应的监护人责任份额即可,最终体现为即使监护人证明自己尽到了法定核心的监护义务,也不能完全免除责任,而只能减轻责任。

四、监护人责任的规范展开与统合

(一) 监护职责判断要素的展开

有观点认为,应按照“善良家父”标准,要求监护人像谨慎合理的第三人一样,积极履行监护义务,尽可能防止损害发生^[31]。但由于未能提供具体标准或待考虑因素,实践中存在裁量权过大的问题。实际上,可采取“实际监护与否+客观标准”综合判断的方式确定监护人是否尽到监护职责。首先,根据实际监护与否可分为两大类。第一,在未实际监护的情况下,被监护人已经脱离监护人管控范围,此时被监护人侵权,应认为监护人未尽监护职责。需注意脱离管控范围应结合时间和空间的跨度,在保障被监护人自由的基础上进行判断,主要存在委托监护和脱管状态两种。监护人无论是以法定还是非法定方式分担监护职责,都应推定监护人未尽监护职责。监护人以法定方式分担监护职责,在此期间被监护人客观上已经脱离了监护人的管控范围,风险是监护人应当预见的。且基于法律规定,受托人或学校等机构或个人也要承担责任,最终能起到责任分担的效果,因此将此种情形推定为监护人未尽职责不算严苛。如果监护人以非法定方式分担监护职责,由于脱离制约,监护人更应对自己选择的风险负责,该不利后果由监护人自行承担也属公平合理。在未成年人处于脱管状态时,也应直接认定监护人未尽监护职责。例如,未成年子女处于经常逃学、连续外出的脱管状态,即可认定父母未尽到教育的

监护责任^①。但也存在例外情形,需要进一步结合未实际监护的原因来判断,如存在《侵权编解释征求意见稿》第一条中第三人非法使被监护人脱离监护的情形。虽然由于监护义务外延的广泛性,即使例外情形下也不能完全免除监护人的责任,但由于此情况下监护人非因自身主观过错,而是客观上不存在履行部分监护义务的可能性,因此在认定监护人责任时需要结合客观判断。结合《民法典》第一千一百六十九条的立法目的,此时第三人应作为责任的主要承担者,监护人仅在其未尽到管理、教育等监护职责的过错范围内承担相应的责任。第二,在实际监护的情况下,应由监护人承担其尽到监护职责的举证责任。法院可以从多方面判断。例如,是否存在不作为的消极行为、是否达到了理性人的谨慎注意义务、被监护人的识别能力是否不同、介入因素是否足以阻断监护职责的判断等。不作为的消极行为是指存在一个先过失,则监护人应采取积极行动避免该过失带来的损害,对此类应尽到高度注意的事项却未能及时采取行动即可认定为不作为的消极行为。例如,未成年子女以父母身份证开户银行卡进而实施侵权行为,父母对自己银行账户中款项的异常变动未能发觉^②。监护人未能保管好自己的身份证,使得被监护人以身份证开户已经构成先过失,后续监护人又对自己账户的异常变动情况未能谨慎注意,即可认定为未尽监护职责。

理性人的谨慎注意义务是一个客观标准,需要监护人来举证,再由法官结合具体情形加以判断。例如监护人虽辩称已经尽到监护责任,但未提供任何证据证实其已谨慎、合理地注意到了未成年人的情感动向及困扰,并积极履行监护职责以尽可能防止损害发生,因此人民法院不支持其要求减轻侵权责任的主张^③。监护人明确或可推知的指示和同意也是判断其是否尽到监护职责的重要因素。需结合一般理解上该年龄段或同等认知能力的人是否能独立完成该事项来判断。如果侵权行为发生在监护人指示或同意被监护人为特定行为的过程中,且该特定行为是一般理解上被监护人不能独立完成的,则可直接认为监护人未尽监护职责,监护人应对损害结果承担侵权责任。但如果该特定行为是一般理解上被监护人可以独立完成的,则还需要结合被监护人行为本身以及被侵权人的主观状态来判断监护人是否已经尽到监护职责。如果不论对损害发生的原因力大小或过失之轻重,就径行判断各主体之间的责任关系,并不合理^[32]。

被监护人的识别能力和介入因素也会影响对监护职责的判断。就我国法现在的规定而言,无民事行为能力人和限制民事行为能力人对是非、善恶的辨别能力应存在差异,辨别能力越强,监护人所负的监护职责就越轻^[33]。虽然随着被监护人识别能力的增强,监护人责任减轻的可能性加大,但由于被监护人自主能力越强,也越接近可以承担责任的条件,因此在损害填补功能上也不失平衡。对被监护人识别能力的判断应尽量客观化,同年龄段普通未成年人的识别能力应视为一致。将识别能力作为是否尽到监护职责的考量要素,也更有利于被监护人的教育管理和自由发展。介入因素方面,监护人尽到监护职责不可能理解为杜绝所有第三方的介入因素,例如教唆、帮助行为,这样对监护人过于苛刻。且对无民事行为能力人和限制民事行为能力人来说,即使受到相关教育,也不能期待其可以完全抵御有心人的教唆。如果被监护人本身就在进行侵权行为,此时教唆、帮助者的加入并不影响监护人承担未尽职责的监护责任,两者共同构成最终侵权结果的原因力。但如果被监护人本身没有侵权行为而教唆、帮助者加入,且教唆、帮助行为对同阶段未成年人来说都具有足够的引导性或控制力,可能就无须再考虑监护人是否尽到相关教育的监护职责。

(二) 监护人责任规则的统合

1. 责任构成:客观侵权+未尽监护职责。虽如上文所述,监护人责任并非狭义的替代责任,但二者有一共通之处,即监护人责任以被监护人的行为须符合产生此等责任的法律要件为基础^[34]。即需要

① 参见广东省珠海市中级人民法院(2016)粤04民终1729号民事判决书。

② 参见广东省珠海市中级人民法院(2016)粤04民终1729号民事判决书。

③ 参见山东省济南市中级人民法院(2014)济民五终字第469号民事判决书,最高人民法院发布98例未成年人审判工作典型案例之八十八:王传伟、王志红诉王斌、夏荣叶监护人责任纠纷案。

判断被监护人的行为是否满足责任构成要件,若将主体替换为任何一个完全民事行为能力人尚不能满足责任构成要件,则责任自始不能成立,自然不存在监护人承担责任的情况。例如,两个未成年人在玩耍过程中不慎跌倒,导致了其中一人的意外伤害事故,此时行为人和受害人的这种玩耍行为不应认定为侵权行为,对此司法实践是按照公平责任判决双方分担损失^①。将行为人实施的行为必须满足侵权责任的构成要件作为监护人责任的前提几乎已无争议^[35]。但该结论因我国未承认被监护人责任能力这一概念而成了不能实现的前提,考虑到被侵权人受到的损失不会因侵权主体的特殊而有变化,因此在对责任构成进行判断时可抛开被监护人的侵权责任能力,只通过客观层面评价的方式满足这一前提。监护人责任的主观要件只需考虑监护人是否尽到监护职责,虽然被监护人的行为与损害直接相关,但由于主观上对被监护人无法评价,依据监护关系的存在转而评价监护人的过错。即主观上只评价监护人是否“尽到监护职责”之要求,不因被监护人的主观而受影响,这再次体现了监护人责任的独立性,而非被监护人责任的附属或替代^[36]。

2. 对监护人减责条款的理解。监护人未尽到监护职责是对法定义务之违反,而义务违反之过错反映在归责原则上应是过错责任^[37]。结合对《民法典》第一千一百八十八条第一款的文义理解,采过错推定更为合理。按照过错推定责任,监护人尽到监护职责应不再承担责任才合理,但《民法典》的规定却只是“可以减轻其侵权责任”之结果,可见即使减轻后其依然需承担部分侵权责任。对这部分责任多数观点认为是公平责任的结果^[38]。公平责任并非是由侵权行为引起的,因此在公平责任项下,任何一方主体承担的都并非侵权责任,只是一种分担损失的结果。根据《民法典》第一千一百八十八条的文义,监护人减轻责任后承担的依然是“侵权责任”,因此不能以公平责任来解释。考虑到监护人与被监护人之间通常存在血缘或身份等方面的特殊关系,为保护被侵权人,不能随意免除监护人责任^[39]。这部分侵权责任承担的正当性应来源于监护义务外延之广泛性,即除去法定的核心监护义务,还存在处于外延较为广泛的监护义务,对这部分义务履行的真正效果以及履行程度是否足以避免侵权行为的发生很难进行证实。而推定这部分义务无法证实的风险显然不应由被侵权人承担,而应由侵权方承担,故而最终的结果是,即使监护人尽到了核心监护职责,也应保留其承担部分责任的空间。但即便如此,相对于无过错责任,这种特殊的过错推定对监护人尽职尽责地履行监护职责来说也是一种激励,是考虑到监护关系社会价值的结果。

3. 第一款与第二款的适用关系。对《民法典》第一千一百八十八条第一款和第二款的适用关系,学界有平行并列、原则例外、内外主从以及一般补充四种关系的争论^[40]。平行并列关系说认为第一款与第二款分别适用被监护人无财产与有财产两种情形,两者互不影响^[41]。原则例外关系说认为第二款并不具有一般性的意义,是处理特殊情况下监护人与被监护人之间的利益平衡问题,因此“不足部分,由监护人赔偿”只是对监护人作为基本责任承担者身份的确认,并非确定了监护人的补充责任^[42]。内外主从关系说认为第一款与第二款之间的关系应定性为主从关系,第一款规定的是外部关系即监护人与被侵权人之间的关系,第二款规定的是内部关系即监护人与被监护人之间的关系^[43];第二款无论是实体还是程序上都是被监护人与监护人之间的关系,为监护人与被监护人内部的责任分担条款^[44]。一般补充关系说认为第二款是第一款的逻辑延伸,是第一款的补充,须按照“监护人减轻责任—被监护人财产赔偿—监护人公平责任”的逻辑解释^[45]。

《民法典》第一千一百八十八条第一款和第二款的适用关系应以补充关系为主,但并非确定侵权责任层面上监护人的补充责任,且这种补充关系有特定适用前提。监护人的侵权责任与被监护人的赔偿义务应区别开,对外客观侵权已经评价在监护人责任中,不能重复评价。因此第一款的监护人责任应理解为对外唯一需承担的侵权责任,具有优先顺位,而第二款应脱离监护人责任的承担问题单独处理,才可避免众多争议。应认为第二款只是在被侵权人的损失按照第一款的规定不能得到填平之时,确定

① 参见湖南省湘西土家族苗族自治州中级人民法院(2017)湘31民终682号民事判决书。

的监护人与被监护人的特殊赔偿规则,并不影响监护人责任的性质与判断。《民法典》第一千一百八十八条第二款没有提到“侵权责任”,只用了“支付赔偿费用”“由监护人赔偿”的表述,可见文义上立法者并未将该款规则归属为侵权责任,其与第一款自然也并非侵权责任确定与承担方面的关系。同时第二款也并非确定了监护人的补充责任,如果将第二款中的后半句理解为侵权责任意义上的补充责任,则表述应与第一千一百九十八条第二款“承担相应的补充责任”保持一致。立法者并未如此规定,可见第一千一百八十八条第二款是在确定了监护人责任后,又考虑到填平被侵权人损害之目的而作出的特殊规定,并非是要设定监护人或被监护人的侵权责任承担规则。

关于《民法典》第一千一百八十八条第二款的适用,有观点认为是在监护人不承担责任或无充分偿付能力时,由被监护人承担的公平责任^[46]。但根据《民法典》第一千一百八十八条第一款规定,不存在监护人不承担责任的情形,只存在监护人因减轻责任而不能完全填平损失的情形。同时不应将监护人是否有偿付能力作为有财产的被监护人赔偿的前提。即使是监护人进行的一般侵权,若其缺乏偿付能力,被侵权人也会面临同样困境,同样的侵权结果如果仅因行为主体的不同而适用不同的赔偿规则显然不够合理。监护人未尽监护职责时,监护人本就应承担全部的侵权责任,即使因监护人偿付能力不足或其他客观原因使得被侵权人不能得到清偿,也不宜直接适用第二款的规定。故第二款中被监护人的赔偿义务应只限于“监护人尽到监护职责”而得以减轻侵权责任的情形下适用。

综上,第一款就是完整的监护人责任规则,第二款只是出于对被侵权人利益平衡之考虑,在特定情形下额外为监护人和被监护人增加的特殊赔偿义务,可将第二款理解为是第一款监护人减轻责任后的补充。即便这样,这种赔偿义务的正当性依然有探讨的空间,将其正当基础理解为公平责任较为合适。这种规定在比较法上也有迹可循,例如德国民法典第 829 条就规定了由于公平原因的赔偿义务^[47],即不能从负有监督义务人处获得赔偿的,为实现公平之需要,应根据当事人的状况迫使无过错的侵权人赔偿同样无辜的被侵权人的损失^[48]。另外我国台湾地区“民法”第一百八十七条第三款也用衡平责任就被侵权人不能获赔的相似情形给出了回应,即斟酌行为人及其法定代理人与被害人经济状况,令行为人或其法定代理人为全部或一部之损害赔偿^[49]。

根据填平规则,侵权法中的损害填补主要是依据受害人的损失来确定而非依据侵权人主观意图的可非难程度^[50]。因此,应在尽可能填补被侵权人损害的前提下进行利益平衡。又由于公平责任是为了补充责任能力和过错责任制度的不足,具有补充性、辅助性的特点^[51],因此只有在行为人的责任能力和过错制度都无法解决问题时,才考虑用公平责任填平损失,这也符合上文中对第一款和第二款关系的论述。从有财产的被监护人角度,这种建立在财产基础上的制度构造只有“公平责任”可以作为正当性的论证手段,因为公平责任是不幸损害的合理分担,各主体的财产状况确实会对分担结果产生影响^[52]。从监护人的角度,由于其已经承担了与其过错匹配的侵权责任,故其承担公平责任的顺位应在被监护人之后,体现为公平责任的补充责任^[53]。即便是这样,不论监护人尽到监护职责与否、过错程度与否,为保护被侵权人而让尽到监护职责的监护人承担公平责任下的兜底赔偿义务,过于严苛。为解决此问题,可以保留监护人追偿的可能性。即将“不足部分,由监护人赔偿”理解为以公平责任中确定的责任为限,在此部分仅依被监护人的财产不足以清偿的,才由监护人代为清偿。由于监护人此部分的赔偿与第一款中其因自身过错而承担的侵权责任性质不同,存在日后向被监护人追偿之可能,在《民法典》第二十七条继续延续大监护体例且法定监护义务未作特别区分的前提下,应摆脱监护人财产与被监护人财产一体化的观念,将监护人财产与被监护人财产分离看待。若未来部分承认被监护人的责任能力,或者被监护人取得了完全民事行为能力,也可进一步探讨监护人向被监护人的追偿规则。

五、结语

在危险、控制力以及过错的立场选择中,监护人需承担责任的主要基础应在于过错,也即法定监督

管理义务的违反。基于这一前提,监护人责任的性质并非严格意义上的替代责任,且替代责任的内涵无法涵盖《民法典》第一千一百八十八条第一款监护人责任的基本规则,其完全否定被监护人承担责任的可能性也有不妥。监护人责任的理论基础应重回自己责任,无论从我国现有规则、规范目的上分析,抑或从体系的一致上考虑,监护人责任应被承认为一种特殊的自己责任。在具体的规范分析方面,监护人责任的构成应为“客观侵权+未尽监护职责”,且需结合实践不断将《民法典》第一千一百八十八条中的“尽到监护职责”客观化,避免过大的自由裁量权。《民法典》第一千一百八十八条两款之间的关系应理解为以补充关系为主,但第二款并非是对监护人侵权责任性质的改变,也非确定为监护人的补充责任,而是在监护人减轻责任时的一种公平分担损失规则。最后,我国虽然在具体规则上未承认被监护人的责任能力,但完全可以将《民法典》第一千一百八十八条第二款作为突破口,在肯定被监护人偿债能力的基础上,进一步探讨监护人向被监护人追偿的可能性。

参考文献:

- [1][15]张民安.侵权法上的替代责任[M].北京:北京大学出版社,2010:11,22.
- [2][4][18][40]朱福勇,李春波.被监护人侵权责任的学理分析与适用[J].西南政法大学学报,2021(4):35-36,39,43,39-40.
- [3]于飞.《民法典》背景下监护人责任的解释论[J].财经法学,2021(2):21.
- [5][16]李永军.论监护人对被监护人侵权行为的“替代责任”[J].当代法学,2013(3):64,60.
- [6]王胜明.中华人民共和国侵权责任法释义[M].北京:法律出版社,2013:178.
- [7][8][50]程啸.侵权行为法总论[M].北京:中国人民大学出版社,2008:86,87,86.
- [9]程啸.侵权责任法[M].北京:法律出版社,2021:428.
- [10][13][14][27]张新宝.侵权责任法原理[M].北京:中国人民大学出版社,2005:309,294-295,294-295,309.
- [11]郑晓剑.揭开雇主“替代责任”的面纱:兼论《侵权责任法》第34条之解释论基础[J].比较法研究,2014(2):146.
- [12]张民安.替代责任的比较研究[J].甘肃政法学院学报,2009(5):52.
- [17]毛瑞兆.论雇主的替代责任[J].政法论坛,2004(3):130.
- [19][31][39][51]王利明.侵权责任法研究:下[M].北京:中国人民大学出版社,2011:23,53,53,56.
- [20][29]贾小龙,王祎敏.特殊侵权责任研究[M].北京:中央编译出版社,2018:8-9,8.
- [21][25]于敏.日本侵权行为法[M].北京:法律出版社,2015:131,131.
- [22][47]德国民法典[M].陈卫佐,译.北京:法律出版社,2015:319,318.
- [23]日本民法典[M].刘士国,牟宪魁,杨瑞贺,译.北京:中国法制出版社,2018:174-175.
- [24][49]王泽鉴.侵权行为[M].北京:北京大学出版社,2016:455-456,476.
- [26][36]金可可,胡坚明.不完全行为能力人侵权责任构成之检讨[J].法学研究,2012(5):113,117-118.
- [28]最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组.中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2020:64-65.
- [30][45][48]朱广新.被监护人致人损害的侵权责任配置:《侵权责任法》第32条的体系解释[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2011(6):14,19,13.
- [32]王泽鉴.民法学说与判例研究:第一册[M].北京:北京大学出版社,2009:53.
- [33]郑晓剑.侵权责任能力与监护人责任规则之适用[J].法学,2015(6):15.
- [34]克雷斯蒂安·冯·巴尔.欧洲比较侵权行为法:上卷[M].张新宝,译.北京:法律出版社,2001:199.

- [35] 王轶. 论侵权责任法中的损失分配制度[J]. 社会科学战线, 2010(9):157.
- [37] 程啸. 侵权责任法教程[M]. 北京:中国人民大学出版社, 2017:82.
- [38] 杨立新. 教唆人、帮助人责任与监护人责任[J]. 法学论坛, 2012(3):55.
- [41] 江平, 费安玲, 王利明, 等. 中国侵权责任法教程[M]. 北京:人民法院出版社, 2010:466.
- [42][52] 薛军. 走出监护人“补充责任”的误区:论《侵权责任法》第32条第2款的理解与适用[J]. 华东政法大学学报, 2010(3):122, 116.
- [43] 陈帮锋. 论监护人责任:《侵权责任法》第32条的破解[J]. 中外法学, 2011(1):108.
- [44] 曹险峰, 徐恋. 监护人责任的解释论与立法论反思[J]. 烟台大学学报(哲学社会科学版), 2019(3):38.
- [46] 张雪娥. 未成年人侵权责任的归责逻辑:兼评《侵权责任法》第三十二条[J]. 甘肃社会科学, 2016(1):146.
- [53] 冯德淦. 被监护人致人损害侵权解释论研究[J]. 华侨大学学报(哲学社会科学版), 2019(1):109.

编校:李富民

Integration of the Rules and Re-exploration of the Nature of Guardian's Responsibility in Civil Code

Zhang Jinghan

(School of law, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan, Hubei 430073)

Abstract: Clarifying the nature of guardian's responsibility is a prerequisite for solving existing problems of the guardianship system. Based on the violation of statutory guardianship obligations, the nature of guardian's responsibility should be defined as the special own responsibility instead of vicarious responsibility. This kind of nature is reflected in the the composition and assumption of responsibilities. Guardian's responsibility is a special fault presumption liability, which can be reduced but cannot be exempted, and its constituent elements must meet the requirements of "objective infringement+failure to perform duty of guardian". The judgment of whether a guardian has perform their duties of guardian should be based on "actual guardianship behavior+objective standards". From the analysis of rules, Civil Code, paragraph 1, Article 1188 of the Civil Code sets out the complete rules for guardians to bear the responsibility for infringement. The justification that guardians also need to partially assume the responsible for infringement when they completely fulfill their guardianship duties stems from the broadness of the extension of the guardianship obligation. The paragraph 2 is a supplementary compensation rule based on fair responsibility in the context of the guardian's reduced responsibility, and the compensation rule in the paragraph 2 should not affect the nature of the guardian's infringement responsibility, nor does it mean that the guardian bears supplementary responsibility, but only a special provision to reflect the balance of interests between the guardian, the ward's party and the infringed party.

Key Words: guardian's responsibility; duty of guardianship; own responsibility; fair responsibility; rules integration

全过程人民民主视域下人民陪审员 参与死刑案件审理研究

刘用军

(河南财经政法大学 刑事司法学院,河南 郑州 450046)

摘 要:全过程人民民主对司法领域人民民主也提出了深刻要求,其中重要方面就是认真贯彻人民陪审员制度。根据《人民陪审员法》规定,具有重大社会影响的死刑一审案件实行由4陪3审组成的7人制合议庭审理,但实际上,据调研,《人民陪审员法》生效前后的死刑案件中均有半数没有实行人民陪审员,特别是在《人民陪审员法》实施4年来,没有一例死刑案件按照法律规定进行了7人制合议庭审理。可见,死刑案件的人民陪审是不合乎要求的。未来应当进一步修改立法,取消死刑案件人民陪审的社会影响重大限制性条件,实行死刑案件一律陪审。同时,要在死刑案件7人制合议庭审理中构建人民陪审员就事实和法律问题的同等表决权,确保全过程人民民主在死刑这一具有典型意义的案件中得到完整贯彻。

关键词:全过程人民民主;死刑案件;人民陪审员;7人制合议庭

中图分类号:D925.2 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0116-10

全过程人民民主最常见的理解是立法领域的民主、行政管理领域的民主、监督权力部门的民主,简称立法民主、管理民主(包括协商、决策)、监督民主,但其实全过程人民民主是一个宽泛的概念,不限于这个范围。在向全国人大常委会第三十一次会议的法律草案说明中,最高人民法院原院长周强指出,制定一部专门的《中华人民共和国人民陪审员法》(以下简称《人民陪审员法》),有利于扩大司法领域的人民民主,切实保障人民群众的知情权、参与权、监督权,实现司法专业化判断与群众对公正认知的有机统一,让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义^[1]。周强的讲话进一步昭示了全过程人民民主必然覆盖司法领域,但这种人民民主主要强调的是审判组织民主,即人民陪审员参与案件的审理。根据《人民陪审员法》的规定,人民陪审员按照7人制合议庭形式参与死刑案件审理就是全过程人民民主的重要体现,但实践中,不仅7人制没有做到,就是死刑案件实行人民陪审也存在认识分歧。引起社会广泛关注的劳荣枝案件审理中的程序问题,包括一审法庭是否适用人民陪审问题,在庭审中,引起控辩双方的激烈争论。劳荣枝被一审法院南昌中级人民法院以故意杀人罪、抢劫罪、绑架罪三罪并罚判处死刑,剥夺政治权利终身。显然,劳荣枝案件是一个可能判处死刑的案件,那么在程序上是否适用人民陪审员陪审呢?从控辩双方的观点来看,司法共同体对《人民陪审员法》有关规定的理解并不一致。

* 收稿日期:2023-03-16

基金项目:本文是2021年河南省哲学社会科学规划年度项目“习近平法治思想的人民性研究”(项目编号:2021BFX009)、2022年河南省高等学校哲学社会科学研究重大项目“新中国70年人民法治思想演变历程与成就研究”(项目编号:2022-JCZD-32)的阶段性成果。

作者简介:刘用军,男,河南财经政法大学刑事司法学院教授,法学博士,研究方向为刑事诉讼法学、司法制度。

这个问题虽然是由个案引出,但实际上却是我国当前人民陪审员制如何贯彻全过程人民民主的一个重要问题,这对于实现程序公正和实体公正而言都必须解决,值得讨论。

一、人民陪审员参与死刑案件审理的功能与法理

人民陪审员参与死刑案件审理就是控制死刑、防范死刑适用错误的一种手段。人民陪审员参与死刑案件审理在实践中可以产生重要作用,人民陪审员的价值观和情感更接近社会普通人的判断,因而更符合社会正义,可以有效避免职业化思维带来的理性误区,向人民传达正确的正义感、是非感。总之,人民陪审员参与死刑案件审理的功能是不可替代的,其法律依据是充足的。

(一) 对职业法官官僚化的纠正

职业法官垄断司法活动隐含着两种社会理性:一是法律的规则理性,二是法官的实践理性。然而社会理性、技术理性、科技理性在实质上是同源的,即科学技术能为征服自然提供方法和手段,社会理性则为治理社会提供类似科技手段一样的准确药方。理性的统治覆盖一切。在这种意识形态的主导下,“理性的工具主义视界”很可能会营构一个“合理的极权主义社会”^[2]。

由此我们知道,任何技术官僚对社会或某个行业的绝对统治都是不可行的。一旦整个社会领域全盘官僚化,就如同韦伯所言的整个社会被组织成了一个大工厂,一个没有缝隙的机械铁笼,必然导致法官垄断性的法律活动中“为规则而规则的心理(work to rule)”^[3],也就背离了规则为人服务的目的。因为“富有学识和经验的法官总是希望可通过日常的裁判工作修复社会的所有创伤,但法官又往往未能倾听社会的价值诉求……职业惯性思维容易使法官偏离了社会的主流价值轴心。司法裁判这一所谓的精英事业极易变成个人独裁的遮羞布”^[4]。人民陪审员参与死刑案件审理则是有效化解法官职业化偏见的利器。

(二) 实现司法对社会的回应

德国当代学者托依布纳以卢曼的法社会系统理论和诺内特、塞尔兹尼克的回应型法理论为背景和依托,并综合了哈贝马斯的社会变迁理论,提出了富有特色的基于自创生系统的反思性法理论。自创生系统有一个非常辩证的观点,即共同进化与自创生闭合的、内在化的进化具有一种相辅相成的关系。法律进化不是社会冲突的法律化或社会利益的法律版,构成法律系统环境的其他社会子系统也是自创生的进化,在社会这个共同进化系统中,他们以一种非常间接的方式对法律改变的选择产生影响。这是一种共同进化的过程^[5]。

显然,自创生系统是把法律系统看作一个自组织系统。若设这种推论成立,那么进一步扩展理解,将司法系统作为自组织也是成立的。事实上,著名法理学者公丕祥教授就曾先见性地指出:“司法系统是自组织系统中的自创生系统。”^[6]毫无疑问,现代社会的民主政治必须建立在与社会互动的前提下,才能获得长久的存在。司法权在政治层面上也必须回应社会,司法权的运行不能是单向度的压制,也不能靠只停留在形式规则层面的逻辑自洽,而必须是与当事人、社会有互动关系的回应型司法。

民众陪审员参与审判既是司法自组织系统保持开放性从而汲取外界信息、回应社会关切的方式,也是司法系统获取社会信任的渠道,更是实现个案中具体正义的路径。就此而言,法治愈深入,规则愈发达,陪审制愈具有不可替代性。

(三) 实现风险转移与化解

中华人民共和国成立以来,我国死刑案件的最终决定权总体是上移的。1954年9月21日通过的《中华人民共和国人民法院组织法》(以下简称《人民法院组织法》)明确规定:“判处死刑立即执行的案件统一由最高人民法院复核和核准,判处死刑缓期两年执行的案件由高级人民法院复核和核准。”至此,最高人民法院负责死刑立即执行的复核,各高级人民法院负责死缓的复核之两分格局初步形成。虽然1983年修改了《人民法院组织法》,规定最高人民法院可以授权高级人民法院行使死刑立即执行

案件的审核权,最高人民法院先后通过八次授权,将部分案件的死刑立即执行复核权授予各高级人民法院,但后来一系列刑事冤假错案的发生,特别是余祥林冤案的出现,促进了最高人民法院收回死刑立即执行复核权的决心。于是,在2006年通过修改《人民法院组织法》的形式,将死刑立即执行案件复核权收回最高人民法院。

死刑立即执行案件的复核权和死缓案件的复核权分别归属最高人民法院和各省高级人民法院,在权力配置上都具有很强的集中性。这样集中的权力设置利弊共生,好处在于统一标准,严格把关,避免错案;坏处在于一旦发生错误,将极大冲击上级司法部门特别是最高司法部门的权威。因为,不管是哪一级法院最终决定,都是职业法官在发挥作用,而高级法官也是难以避免犯错误的,这是普天之下的真理。如果人民陪审员参与,虽然在理论上也难以绝对克服错误的发生,但却可以降低对最终决定部门权威的冲击,人民陪审员参与审理不仅有可能增加一道减少错误的墙,也可以在一旦发现错误后有效抵挡对最高司法部门的质疑。正如有学者指出,人民陪审员参与死刑案件审理有助于进一步增强死刑的正当性,并分化死刑案件存在错误可能面临的风险与压力^[7]。可见,人民陪审员参与死刑案件审理,已经为我国集中式死刑审核带来了特定的风险化解和错误抵挡功能。

二、人民陪审员参与死刑案件审理的现状、问题及原因

(一)《人民陪审员法》颁布之前人民陪审员与死刑案件审理

中华人民共和国成立后,革命根据地时期建立的人民陪审员制度再次得到确认和延续,1951年颁布的《中华人民共和国人民法院暂行组织条例》和1954年颁布的《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)明确规定了人民法院审理案件实行人民陪审员制。根据20世纪50年代后期最高人民法院马锡五副院长的讲话,具有如下一些人民参与死刑案件审理的方式:就地审判、巡回审判、公审制、人民陪审。根据他的讲话,除死刑案件适用人民陪审外,公审制是另一种主要形式,并且对于研究人民陪审员参与死刑案件审理这一特殊的民意吸纳机制而言,公审制是一个绕不开的重要话题。在中华人民共和国成立初期,凡是在土地改革、镇压反革命等运动中和富有教育意义的重大案件中,都广泛采用公审方式。公审主要包括群众公审会、宣判大会和代表公审会。公审中人民参与的基本程序是:调查收集证据,召开群众代表的小型座谈会,进一步对证事实,并提出科刑意见,再交群众讨论,最后由审委会确定处刑,召开群众公审大会判决^[8]。

与公审匹配的另一种审判形式就是讨论公判案例,这也是公审制的延伸,这一形式在“文革”之后仍然存在。例如1977年9月17日,上海市高级人民法院发布了《关于发动群众讨论一批公判案例的通知》,这是一份内部通知,要求内部宣读、讨论用,对外不张贴。通知言明:“根据广大群众的要求,经过市委、市革命委员会的批准,决定最近大张旗鼓地公判一批现行反革命罪犯和刑事罪犯。现将吴德元等三十五个案例五十二名罪犯的材料印发给你们,请广泛发动和组织群众认真讨论,对所列罪犯提出处刑意见。在讨论中要联系阶级斗争,揭批‘四人帮’反革命修正主义路线的极右实质,检举揭发反坏分子的破坏活动,宣传党的‘坦白从宽,抗拒从严’政策,宣传社会主义法制,向一小撮阶级敌人开展猛烈进攻。请各区、县、局将讨论情况和对罪犯的处刑意见汇总后,于九月二十三日告诉我们。”^①可见,在这种公判案件的内部讨论中,人民群众也是有处刑发言权的,仍然属于公审的范畴。总体而言,公审制在特定历史时期是发挥了作用的,但失去司法机构,而由革命委员会判处刑罚是完全错误的,其做出的死刑判决也是经不住法律检验的。

改革开放司法制度得以重建后,人民陪审员制度也得以恢复,其中1978年《宪法》还再次规定了实行群众代表的陪审制度。虽然1982年《宪法》未再规定陪审制度,但《人民法院组织法》《刑事诉讼法》

^① 参见1977年9月17日上海高级人民法院发布的《关于发动群众讨论一批公判案例的通知》。

《民事诉讼法》《行政诉讼法》却陆续规定了人民陪审员制度。但自改革开放到2004年全国人大常委会颁布《关于完善人民陪审员制度的决定》之前,人民陪审员制度根本没有实施,人民陪审员制度已经名存实亡^[9]。在全国人大立法决定实施后,人民陪审员制度又逐渐得以恢复,人民陪审员参与死刑案件审理也得到部分实现。从笔者调研的数据来看,这一时期有接近一半死刑案件审理中有人民陪审员。

笔者以2005年5月全国人大常委会立法决定生效之时为时间起点,截止到2018年4月《人民陪审员法》出台,以“死刑”“一审”“中级法院”“判决书”为关键词在中国裁判文书网上进行搜索,共搜索到191份刑事判决书,剔除其中重合的14份,有效判决书数量为177份。经过详细查阅,筛选出有人民陪审员参加的判决书共79份。其中组成了1陪2审合议庭的案件有75个,适用率约为42.37%,组成2陪1审合议庭的案件有4个,适用率为2.26%。可见,在这一时期适用人民陪审员的比例还是比较高的,但适用2陪1审合议庭组成的案件非常少。另外,在上述抽样中还可以发现,适用陪审的案件属于走私、运输、贩卖毒品类犯罪的占比高达27.68%,适用故意杀人、故意伤害类犯罪的案件占比15.25%,而未见贪污、受贿类犯罪案件适用人民陪审员的情况。这其中的原因可能在于毒品类犯罪认定上较为依靠技术,不太复杂;而杀人、故意伤害类案件的事实认定主要是靠职业法官完成的,如果只是在量刑上发表意见,人民陪审员是可以胜任的;而贪污、受贿犯罪因为涉及社会影响、政治影响问题,需要上级统筹把关,因而没有让人民陪审员介入。在抽样中还发现,177份判决书中,判决死缓的有170份,占比96.05%,而判决死刑的只有7份,占比3.96%。死刑立即执行案件适用陪审率极低,原因可能在于审前法官既有预判,因而选择性的排除了人民陪审员参与。

总而言之,在2005年以来的死刑案件审理中,人民法院还是基本贯彻了刑事诉讼法关于人民陪审员的精神的。

(二)《人民陪审员法》颁布之后人民陪审员参与死刑案件审理

如上所述,2005年全国人大常委会关于人民陪审员制度的立法决定实施后,人民陪审员制度迎来了新的发展契机,这一发展进程在前十年是缓慢的,“陪而不审”现象广泛存在,严重制约了人民陪审员制度的初心。为解决这一问题,2015年最高人民法院、司法部联合颁发了《人民陪审员制度改革试点方案》,开始将人民陪审员限定在只参与案件的事实审理,而不参加法律审理的范围,意图突破长期被诟病的“陪而不审”问题。

《人民陪审员法》第十六条规定:“人民法院审判下列第一审案件,由人民陪审员和法官组成七人合议庭进行:可能判处十年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑,社会影响重大的刑事案件;根据民事诉讼法、行政诉讼法提起的公益诉讼案件;涉及征地拆迁、生态环境保护、食品药品安全、社会影响重大的案件;其他社会影响重大的案件。”人民陪审员参与死刑案件审理,在这一规定中凸显了两个重点:一是组成7人制合议庭,4名陪审员参加合议庭;二是社会影响重大。也就是说死刑案件的审理只要有人民陪审员,就应当组成7人制合议庭,但何谓社会影响重大,法律未表述。社会影响重大是一个很难界定的概念,在没有相关的司法解释之前,在理解上容易存在歧义。

尽管法律规定存在模糊,但是否得到了执行,这是应该认真对待的。笔者通过中国裁判文书网进行检索,结果反映了人民陪审员参与死刑案件并未严格按照立法进行。

笔者以2018年4月《人民陪审员法》生效实施为起点,截至2023年2月,以“死刑”“一审”“中级法院”“判决书”为关键词在中国裁判文书网上进行搜索,共搜索到37份刑事判决书,经认定有效判决书数量为37份。经过详细审阅,共检索到21份判决书中有人民陪审员参加,人民陪审员适用率为56.76%,同样以走私、运输毒品、贩卖毒品罪居多,在适用陪审的判决中,均为1陪2审的3人合议庭,其中判处死缓的案件有36个,仅有1个判决是死刑立即执行的。这一情况和2018年《人民陪审员法》实施之前极为相似。

(三)人民陪审员参与死刑案件审理存在的问题及原因

基于上述数据分析可知,对法律规定的7人制合议庭(包含4名人民陪审员)审理死刑案件的要

求,实践中并没有做到,而是延续了之前的3人制合议庭(包含1名陪审员或2名陪审员),即在审理死刑案件时,4陪3审的7人制合议庭事实上被搁置了。《人民陪审员法》实施已经5年之久,不得不说,死刑案件审理中的人民陪审员在依法适用上,是有问题的。造成这一局面,主要有以下四种因素。

第一,关于何种死刑案件适用人民陪审员存在认识分歧。根据《人民陪审员法》的规定,只有社会影响重大的死刑案件才适用人民陪审员,但何谓社会影响重大,如何界定?由于立法未明确,实践中法院把握不一,各自理解,因而导致一些该适用的没有适用。这也会带来法院认为需要适用就适用,法院基于种种因素不愿适用就不适用的现象。

第二,关于死刑案件社会影响重大的应否一律适用陪审存在认识误区。即使具有社会影响重大的因素,对于死刑案件是否一律适用人民陪审员,在实践中仍然存在分歧。在社会影响重大的劳荣枝案件中,如果按照社会影响,应当适用人民陪审员,但南昌中院并未采取人民陪审员,而是实行职业法官组成的3人制合议庭审理。在该案二审中,辩护人提出一审不适用人民陪审员程序违法,但多数媒体和检察机关均认为,是否适用人民陪审员并不能完全依据《人民陪审员法》,还应当依据《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)。《刑事诉讼法》第一百八十三条规定:“基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件,应当由审判员三人或者由审判员和人民陪审员共三人或者七人组成合议庭进行。”故死刑案件的合议庭并非一定有人民陪审员参加。尽管控辩双方就此存在争论,但根据最高人民法院《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》)第二百一十三条的规定:“基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院审判下列第一审刑事案件,由审判员和人民陪审员组成七人合议庭进行:(一)可能判处十年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑,且社会影响重大的。”如果说前述争议不能确定《人民陪审员法》属于特别法,但《刑诉法解释》与《人民陪审员法》相衔接的规定是明确的,即死刑案件且影响重大的,不再是或然性的人民陪审员,而是必须实行人民陪审员。尽管如此,该案二审仍然没有采纳辩护人的意见,而是认为一审合议庭组成合法。该案所引发的的问题并没有消失,这有可能成为今后其他死刑案件不适用人民陪审员而程序正当的理由。

第三,事实和法律的区分难度较大,目前的司法程序和司法能力还达不到。2015年以来的人民陪审员制试点及《人民陪审员法》,其中一个重点就是实行事实审理和法律审理的区分,在3人制合议庭中继续坚持同职同权,但在7人制合议庭中则实行“分职分权”,人民陪审员仅享有事实问题的审理权,对于法律问题可以发表意见,但不能参加表决。这样的改革吸收了英美法系陪审团审判的优势,同时,又避免长期以来的陪审虚化而走向陪审实质化,使人民陪审员可以发挥他们的长处,避免不懂法而被法官意见牵制。这样的改革设计在理论上是好的,可以一箭双雕,但改革后的运行并非那么理想,事实问题和法律问题的区分成了难题。虽然最高人民法院的司法解释要求法官制定问题清单,对于事实和法律问题存在争议,归属不清的,一律按照事实问题对待,但现实中,准确区分是十分困难的。首先事实问题和法律问题本身就难以彻底分开。因为所谓事实问题,就是“依实体法、辩护及控诉所形成的所有争议事实的可能性及真实性问题,以及所有被承认的、可证明案件争议事实能否成立的证据证明力问题”^[10]。可见,判断事实问题离不开庞杂的程序规则指引,这些恰恰又是法律问题,也就是说,在案件中的事实和自然意义上的事实是不同的,不能想当然地认为分开了事实和法律,就不接受法律的指引,刑事案件事实的复杂不在于自然事实,恰在于程序规则特别是证据规则指引下的事实,如果搞清楚了这些事实,也就搞清楚了程序规则和证据规则,剩下的法律适用即量刑反而极其简单。因为“对事实问题进行裁决也建立在这样的假设之上,即他们理解了认定指控被告人所犯之罪需要的法律概念”^[11]。

第四,人民法院适用人民陪审员审理死刑案件仅仅满足于有该项制度和解决人手不足。实际上,人民法院对于实行人民陪审员制在2005年以来的实际目的比较功利,就是解决人手不足问题。这导致一些人民陪审员长期办案,年度办案上百起,几乎成为职业法官,而一些陪审员则几乎从未参与过案件审理。因为有的陪审员比较配合,有的则难以协调,法院于是选择性地使用陪审员,导致某些陪审员成为“陪审专业户”。2015年区分人民陪审员职权试点改革后,逐渐规范了人民陪审员的使用,从陪审员

选任到案件使用都更加科学合理,这是一个好的现象。但是对于人民陪审员的适用,人民法院总体上还是本着有这项制度,做到了合乎规范即可,还能够一定程度上弥补办案力量的不足,并没有从立法精神和具体要求上对照严格执行。因而实践中,在《人民陪审员法》实施后,还是沿用传统做法,采用3人制合议庭,法院的真实想法就是基本满足这工作要求。

第五,7人制合议庭耗费资源大,且不快捷。采用7人制合议庭,人民陪审员需要4个,这本身就耗费较大的资源,而且,人民陪审员在人数上占优势,一旦在事实问题上进行表决,法官不占优势,这就给法官认定事实带来了困扰。他们之间可能存在认识上的不一致,但法官认为人民陪审员的认识存在错误情形,一旦付诸表决,就将使法官处于被动地位。但在3人制合议庭中情况就大为不同,法院一般采用的是1陪2审,这样的表决法官占优势,也很容易对力量单薄的陪审员施加影响,这样处理起来就比较快捷,可以避免7人制的诸多麻烦。法官也难以避免功利主义,在既能满足适用陪审制的考核要求,又能不给自己工作带来影响的同时,他们当然会选择最“合适”的陪审形式。

三、人民陪审员参与死刑案件审理的观念调整与制度完善

人民陪审员参与死刑案件审理是人民陪审制的重要组成。就现实来看,人民陪审员参与死刑案件审理,参与度不足,且不符合《人民陪审员法》的要求,存在进一步严格落实《人民陪审员法》确立的合议庭组成形式问题,这是人民陪审走向高质量的重要步骤,也是贯彻全过程人民民主的深刻体现。同时,为充分体现死刑案件中的民意介入,让越来越少的死刑判决和民意相符,有必要进一步修订《人民陪审员法》在死刑案件上规定的不同权制度,恢复同权表决。毕竟,当前社会支持死刑的呼声还比较强烈,并且和司法部门的克制形成反差,让人民陪审员深度参与全部审理和表决,有利于积极引导民意,促进民意和司法认识的“大和解”。

(一)人民陪审员参与死刑案件审理的观念调整

1. 重视人民陪审员制度。随着人类社会分工的日益细化,人才的专业化趋势日益明显。同样,司法活动也越来越依赖高度专业化的人才,职业人才培养和使用是现代法治的基本要求。但是司法活动也是社会活动,是在社会中的,离不开群众的参与。在注重民主的今天,司法的民主性问题也备受重视。于是法律职业化和司法民主化这两驾“马车”在驶向不同方向过程中也发生了交融,就是现代法治社会既要司法职业化,也离不开司法民主化,而人民陪审就是这两者交融的产物。正因为司法民主的存在,才使得现代司法更加文明,使得司法正义更有保障。由此可见,司法的专业化不能排斥司法的民主化,过分强调司法的专业化,会将司法带入神秘化,走向司法目标的反面,不符合现代文明社会的发展需要。对于现代司法活动需要重视陪审从而促进司法更加公正的观念,内尔·威德玛先生在《世界陪审制度》一书中评价得非常准确。他说:“……陪审团把社区人民的价值观念注入到正式的司法程序之中,他们可以用公正和公平等一般理念来对抗冷冰冰的、机械的法律规则的适用。在国家法院的审判和地方普通法院的刑事民事审判中,陪审团都是唯一可以用来对抗国家权力以及那些任命的法官或腐败的官员的社会阶级偏见或其他偏见的力量。尽管在数百年的时期内,陪审员都曾经是由社区中的富人阶层或特权阶层的男士来担任的,但是他们来自案件发生的社区,因此可以把他们对当地事物的了解和价值观念带到审判之中,而这往往是那些巡回审判的法官所缺乏的。正因为这些原因,陪审团可以使公平和公正人性化,而陪审团也就被发现为‘英国人的权利’。诚然,陪审团不是也不可能成为一种完美的制度,但是它被视为比其他可替代制度都更好的制度……现代学者和法律职业人员仍然把陪审制度视为一种把民主价值观念注入司法程序的载体,一种凝聚民众智慧的胶囊,一种制约司法权力的卫士,一种向民众进行法律教育的机构,一种提高法律权威的制度。”^[12]

尽管2005年以来,人民陪审制度的地位逐渐提升,法院也更加重视这项制度,但由于长期以来形成的人民陪审就是陪衬的观念,人民陪审制度在实践中并没有获得它应有的法律地位,法院对待人民

陪审也基本上采用拿来主义和功利主义,人手不够时用一用,满足考评时用一用,而不是把人民陪审员当成一种必需的现代审判形式。用一句话概括,就是在观念上不够重视,用了也可能是敷衍。包括死刑案件审理在内的所有审判活动,都应该给予人民陪审员法定的地位。可以说,人民陪审员在立法上是与职业化审判完全平等的,绝不是职业化审判的配角。

首先,人民陪审员观念的调整不应从法官适用法律开始,而应从高校法学专业人才培养教育开始。目前的法学教育中,人民陪审员并不受重视,仅仅是附带介绍一下,因而在这样的专业人才培养中,已经形成了陪审制可有可无的观念,这些人员进入司法系统,也必然难以改变既有认识,对适用人民陪审员制带来巨大的观念障碍。因此,要延伸观念链,从法学教育、教材入手,这是一种根本上的认识调整。

其次,改变对陪审制轻视的观念,把积极适用人民陪审员放到人民法院的一项政治任务地位上来。人民陪审员之所以在审判活动中存在,本身就是一种政治民主的反映,是全过程人民民主的要求,是人民司法的必然含义。故在政治高度强化法院对人民陪审员的认知并不为过,反而是恰当的、及时的。

再次,人民法院的考核指标中,应当增加对人民陪审员适用率的考核,特别是规范适用率的考核。所谓规范适用率,譬如,死刑案件的审理应是4陪3审,应当严格按照法律规定去考核,而不能对1陪2审或者2陪1审的审判形式容忍过关。只有在内部考核上下功夫,才能确保法院不正确适用人民陪审员的现象失去内部动力。

最后,要接受人民群众和律师等监督。就是否正确适用人民陪审员问题向社会公布,人民陪审员作为法院贯彻全过程人民民主的体现,应当接受舆论监督。法院应主动定期向社会公布人民陪审员适用率,这是一种外在压力机制,法院不能把适用人民陪审员仅仅看作自己的事情,它某种意义上是全社会的事情,法院必须有这样的胸怀。

2. 重视人民陪审员参与死刑审理制度。人民陪审员参与死刑审理具有重大意义,这一重大意义可以从三个方面得到体现:政治上的重大性、心理上的认同性和裁判上的社会性。

在政治层面上,必须认识到死刑案件是一个社会的重大事件,尽管不能说它具有普通意义上的政治价值,但必须从政治高度认识它的影响力。而且未来社会死刑限缩是大势所趋,死刑案件将越来越难判,执行死刑也会越来越少,这就进一步强化了死刑案件人民陪审员审理的必要性。只有陪审员参与到死刑案件审理中,才能体现国家专业司法力量对案件的重视,更重要的是,凸显了全社会对死刑案件的重视,因为陪审员代表的是社会价值观。陪审员的参与把死刑案件的审理演变为社会关注的重要事件,这就是我们所说的死刑案件陪审员参与审理的政治性价值所在。上升到政治高度,也就是把是否坚持在死刑案件中适用法律规定的人民陪审员作为法院是否政治正确的判断标准之一,让法院上下树立起这一观念,从而带动其他案件的陪审适用率,充分凸显全过程人民民主视野下的司法民主。

在心理认同上,我们必须坚持死刑案件的审理需要获得广泛的社会认同的理念,而陪审员的参加就充分体现了对审理结果的社会认同。如前所述,死刑是社会的重大政治事件,我们需要从这个高度去认识,那么死刑案件的正义性就需要在政治高度去获得社会理解与尊重,而缺失人民陪审员的死刑审理很难获得社会的认同,因为两者之间缺少了认同的桥梁。也就是说死刑案件的人民陪审首先实现了陪审员的个体认同,并借助这种个体认同进而获取广泛的社会认同。陪审员的认同是一种角色认同,是微观意义上的认同,而社会认同是一种职业认同,认同司法职业理性,是宏观意义上对司法行业的认同。通过死刑案件的陪审参与不仅实现了个体认同向社会认同的转化,且使社会认同转化为一种制度认同和文化认同,从而达到对司法权威的认同。可见,司法认同是在司法与公民为代表的社会互动中产生的,在一个秩序良好的社会中,司法部门应得到公民的信任与支持^[13]。

在社会裁判者概念上,司法不可能像其他科技类职业一样具有高度的排斥性和行业准入性,司法活动还必须接受社会大众的参与,在这个意义上,司法实质上是社会的司法,而不是职业化机构或官僚的司法。按照西方陪审团制度,法庭审理分为事实和法律两个范畴,关于是否判处有罪,是交由代表社会的民众陪审员来决定的,这在某种意义上是遵从了社会才是真正的裁判者的理念。我们的死刑案件

今后将越来越少,也越来越应当符合民意,也就是更多地让人民来决定极少数案件是否适用死刑,而确保所有死刑案件审理都有人民陪审员参与就具有这个重要价值。在当前的制度设计中,陪审员决定事实问题,可以极大程度上影响罪名的成立,从而为法院量刑奠定基础,这也是一种规范化的民意吸纳机制,背后代表着社会是真正的裁判者,也凸显了全过程人民民主对司法的要求。

(二)人民陪审员参与死刑案件审理的制度完善

1. 将死刑案件的人民陪审员陪审上升为一项宪法权利,确保死刑案件均由人民陪审员参与审理。在1954年和1978年《宪法》中,均规定了人民陪审员制度,人民陪审员得以体现为一项宪法权利。但1982年《宪法》未再规定陪审制度,故在理想意义上,我们国家也应当重新将人民陪审员陪审上升为宪法权利,特别是对死刑案件的陪审应首先得到宪法保障。确立一种宪法权利,不仅具有宣示效果,更能实质上改变部门法的理解与执行。在我国存在法律中的条款得不到“激活”的实例,譬如,刑法中的正当防卫权利直到近年才有所“激活”,正当防卫的认定才逐渐增加,而在此前,这一权利基本上就是一种“样子”。死刑案件中的陪审也是如此。尽管《人民陪审员法》对于死刑案件的审理没有明确使用“应当”一词,而是用了“下列案件,由”的表述,但结合《刑事诉讼法》相关立法在前,《人民陪审员法》立法在后,以及处于《人民陪审员法》之后的《刑诉法解释》之规定,应当理解为这里的“由”就是应当,是必须执行的。但由于这不属于宪法权利,不是基本人权,法院在执行中就完全可以敷衍,而当事人和社会及法学研究者却没有很好的办法去指正和监督,相反,一旦上升到了宪法权利层面,正如人权保障入宪一样,各部门法领域的执行力度就必然大了起来。

此外,即使目前尚缺乏宪法依据来执行这项制度,但根据立法背景,也应当不折不扣地坚持死刑案件的陪审制,将“由”理解为“应当”。之所以要将这里的“由”理解为“应当”,也是有相关立法背景的。根据《人民陪审员法》草案提交十二届全国人大常委会第三十一次会议的说明,时任最高人民法院院长周强对于死刑案件是否适用人民陪审曾有专门说明,而且在他的解释中,在草案中明确死刑案件不适用人民陪审,但经过人大常委会审议,最后做了修改。按照之前的方案,死刑案件不实行陪审,一律交由审委会决定。周强在说明中指出:“考虑到死刑案件大多重大敏感,事实认定和法律适用要求严格,且为了统一把握死刑政策,均须经审判委员会讨论决定,故未将死刑案件列入。”^[14]但审议中,常委会成员提出了不同意见,遂形成了目前立法中的折中方案,不写“应当”而写“由”,但从媒体报道的审议过程中的不同意见来看,是要求人民陪审覆盖死刑案件的。因此,无论措辞是否是“应当”,这个“由”都应该理解为“应当”,这就是今天我们对立法的完整理解。

目前,我们虽然规定了一个附加条件“社会影响重大”,但死刑案件本身没有不影响重大的,如果任由各地法院自行斟酌是否影响重大,势必导致选择性陪审的局面,从而可能使真正社会影响重大的案件得不到人民陪审。如同劳荣枝案件一样,明显具有全社会的广泛影响,而二审法院却认为一审不实行陪审属于程序合法。因此,我们在制度执行上必须确保死刑案件均由人民陪审。

2. 取消社会影响重大的条件,建立凡死刑案件均实行人民陪审机制。《人民陪审员法》规定死刑案件实行陪审的一个限制性条件是社会影响重大,这一规定本身是在限制死刑案件的陪审,把死刑案件的陪审限制在特定范围内,这样的立法并不符合陪审制度所反映的人民民主精神。按照全过程人民民主的要求,我国在有社会影响的案件中实行了人民陪审,但从充分体现人民民主出发,死刑本身就属于重大案件,本身就具有重大社会影响,鉴于死刑将日渐减少,对每一起死刑案件都应当视为有重大社会影响,因此,应当修改《人民陪审员法》的规定,取消关于只有社会影响重大才属于人民陪审范围的限制。实行这一限制的目的在于让那些不具有重大社会影响的死刑案件由职业法官裁判,但何谓社会影响重大,并不好判定,且仍然是由职业法官决定的,这就为死刑案件人民陪审的随意化创造了机会,最终可能产生具有重大社会影响的案件没有实行人民陪审的情况。既然重大社会影响的死刑案件可以陪审,为何普通的死刑案件不能陪审?而且,随意决定陪审或不陪审的制度还可能为干预死刑审判带来潜在风险。

在西方陪审制中,并没有这种限制,使用陪审团是人民的一项神圣权利。我们虽然不实行西方政治,没有权力分立政体,但作为法治的一种理念,应该具有共通性,可以为我国借鉴。也就是把适用人民陪视为我国公民的一项政治权利和司法权利,作为一种宪法性权利,不可用部门法加以剥夺。

3. 确保死刑案件审理组成4陪3审7人制合议庭。人民陪审员参与死刑案件审理的目的在于增强民意代表性,从而有效吸纳民意进入司法,为司法理性注入社会理性内涵,增强司法结果的社会接受性和司法权威性,这是一种借助司法认同实现社会认同的良好道路。显然为实现这一点,民意吸纳越多越好,也就是参加的陪审员越多越好。从这个角度看,英美的大小陪审团制度具有一定的借鉴意义,因此,我国发展出了陪审制的道路。在当前死刑案件的陪审制中,我国《人民陪审员法》规定了4陪3审7人制合议庭,相较于法国的9陪3审12人制合议庭,我国可谓是在英美陪审团和大陆法系参审制之间进行了折中,选取了符合中国国情的合议庭规模,这无疑是正确的。同时,从实质参与角度出发,死刑案件的重大性,传统的3人制合议庭中陪审员人数过少,也徒具形式,而4名陪审员则大大强化了参与的实质性,因此,7人制合议庭具有中肯性。尽管如此,我国的7人制合议庭也没有得到实际执行,其形式象征价值大于实际功能。

从前述笔者根据中国裁判文书网上的调研来看,人民陪审员在死刑案件中的适用,没有一起是符合《人民陪审员法》要求的,也就是说尚没有一个适用4陪3审7人制合议庭审理的,这严重背离了《人民陪审员法》的要求。为此,全国人大常委会应当进行一次执法大检查,了解实践中的情况,督促司法机关进行整改,确保4陪3审合议庭能够在死刑案件中发挥作用。在全国人大常委会执法检查之前,最高人民法院应当就死刑案件审理的陪审问题出台司法解释,进一步明确中级法院的适用法律职责,确保死刑案件能够适用法定的陪审形式。

4. 修改立法,实行死刑案件人民陪审员同权表决机制。《人民陪审员法》规定,在3人制合议庭中实行同权表决,但7人制合议庭中人民陪审员只有事实问题的表决权和法律问题的发表意见权,而死刑案件实行7人制合议庭审理,故死刑案件中人民陪审员和职业法官不享有同等权利。

当前,人民陪审员的素质在不断提高,学历、文化水平都足以胜任对法律问题的理解,从人民陪审员反映的情况来看,并不存在人民陪审员不能够胜任法律审理的问题^[16]。而且实践中,真正难以认定的恰恰不是法律问题而是事实问题,能够胜任复杂的死刑案件事实的审理,却不能够胜任相对简单的死刑案件的法律审理,显然说不过去。死刑案件实行4陪3审的7人制合议庭,意在充分吸纳民意,体现司法民主性,但这显然是不够的。因为目前的制度设计中,死刑的最终确定者是职业法官,那么,死刑的正确与错误风险都是由权力集中的职业法官和司法机构来承担的,这显然不能将死刑可能面临的错误向社会转化和分解,因而就为社会对司法机构裁判的死刑产生质疑带来了机会。事实上,同权表决是两大法系的趋势,美国的很多州陪审团的量刑建议也具有约束力^[17]。虽然目前司法实践中普遍存在的3人制合议庭审理中也有陪审员参加,但它对民意的表现不够充分,不能很好地凸显社会对死刑案件的关注,从而在实现全过程人民民主方面有缺失。因此,未来应当进一步修改《人民陪审员法》,实行4名人民陪审员和职业法官在事实和法律问题上都同权表决,以真正贯彻人民陪审员所肩负的司法民主精神。

参考文献:

- [1][14] 张维炜. 人民陪审员法草案首次提交审议: 扩大司法领域人民民主[J]. 中国人大, 2018(1): 10, 42.
- [2] 赫伯特·马尔库塞. 单向度的人[M]. 刘继, 译. 上海: 上海译文出版社, 1989: 142.
- [3] 戴维·毕瑟姆. 官僚制[M]. 韩志明, 张毅, 译. 长春: 吉林人民出版社, 2005: 12.
- [4][10] 施鹏鹏. 陪审制度研究[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008: 94, 133.
- [5] 贡塔·托依布纳. 法律: 一个自创生系统[M]. 张骐, 译. 北京: 北京大学出版社, 2004: 26-27.

[6]王申.法官的实践理性论[M].北京:中国政法大学出版社,2013:3.

[7]魏晓娜.人民陪审员制度改革研究[M].北京:中国政法大学出版社,2022:140.

[8]马锡五副院长在全国公安、检察、司法先进工作者大会上的书面讲话[J].人民司法,1959(10):37-38.

[9]李昌林.民众参与刑事审判研究[M].北京:人民出版社,2007:39.

[11]肖恩·多兰.陪审团审判[M]//麦高伟,杰弗里·威尔逊.英国刑事司法程序.姚永吉,译.何家弘,审校.北京:法律出版社,2003:357.

[12]何家弘.中国的陪审制度向何处去[M].北京:中国政法大学出版社,2006:326.

[13]陈建军.比价法视野下的公民参与审判类型化研究[M].北京:法律出版社,2022:182-183.

[15]李美蓉.英国刑事陪审团制度研究[M].北京:知识产权出版社,2022:7.

[16]刘用军.人民陪审员制改革:取消法律审理权抑或进一步完善:以解决“陪而不审”为视角[J].山东科技大学学报(社会科学版),2017(1):46-48.

[17]李立丰.民意与司法:多元维度下的美国死刑及其适用程序[M].北京:中国政法大学出版社,2013:78.

编校:何学斌

Study on People’s Jurors’ Participation in the Trial of Death Penalty Cases
from the Perspective of the Whole Process of People’s Democracy

Liu Yongjun

(College of Criminal Justice, Henan University of Economics and Law, Zhengzhou, Henan 450046)

Abstract: The whole process of people’s democracy also put forward profound requirements for the people’s democracy in judicial field, among which the important aspect is to earnestly implement the people’s jury system. According to the provisions of the People’s Jurors Law, death penalty cases of first instance with significant social impact are tried by a seven-member collegiate panel consisting of four jurors and three judges. In fact, according to the research, half of the death penalty cases before and after the People’s Jurors Law took effect have not been tried by people’s jury. Especially in the four years since the People’s Jurors Law came into effect, no death penalty case has been tried by a seven-member collegiate panel as required by law. It can be seen that the people’s jury in death penalty cases does not meet the requirements. In the future, the law should be further amended, the restriction conditions of people’s jury trial in death penalty cases with significant social impact should be abolished, and all death penalty cases should be tried by jury. At the same time, it is necessary to construct equal voting rights of people’s jurors on facts and legal issues in the trial of death penalty cases with seven-member collegiate panel, so as to ensure that the whole process of people’s democracy is fully implemented in the case of death penalty with typical significance.

Key Words: whole process of people’s democracy; death penalty cases; people’s jury; seven-member collegiate panel

论规范竞合下先诉抗辩权适用之冲突与选择

杨帆¹ 吕士哲²

(1.2. 中南民族大学 法学院,湖北 武汉 430074)

摘要:现行司法解释对一般保证人先诉抗辩权的规定存在部分冲突,导致实践中法院处理相关民事纠纷时因依据的条文不同,存在直接驳回起诉和通知追加为共同被告两种不同的处理方式。究其根本,在于目前司法解释形式规范效力的龃龉,以及理论观点的散化。“起诉说”严格为先诉抗辩权的备位性张目却落入形式的“窠臼”,既不能保证抗辩权的主动性,又无法控制诉讼成本,实现诉讼经济;而“执行说”则将诉讼程式延宕至执行阶段且对执行机关降之以严格的“识别义务”,有违我国“审执分立”之初衷。在此情况下,先诉抗辩权的路径选择可在“诉讼说”基础上辅以法官适度释明,从而在法律适用层面上缓解当前一般保证人先诉抗辩权的规范竞合问题。

关键词:一般保证;规范竞合;先诉抗辩权;释明义务

中图分类号:D925.1 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0126-09

我国有学者将不同法律规范之间就同一事项的规定出现部分重叠、交叉、包容甚至相互冲突的情况称为规范竞合^[1]。国外有学者称之为“法条相会”,即同一案件事实被多数法条所指涉^[2]。亦有学者认为此种现象可称作“法条竞合”^[3]。当前,我国最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第六十六条^①与《关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)第二十六条第一款^②存在文义冲突。前者规定,若债权人单独对一般保证人提起诉讼,法院应当依职权通知被保证人作为共同被告参诉。这使得单独起诉一般保证人在实务中存在继续诉讼的可能性,法院此时只需送达一份追加共同被告通知书即可。后者则规定了债权人在主合同纠纷未经实体处理时仅起诉一般保证人的,法院应当裁定驳回起诉。两条司法解释处于部分重叠、部分冲突的状态。从解释论出发,二者在“单独起诉债务人”和“一并诉”的范围内重合并得以同时适用、并行不悖;但在单独起诉保证人的情形下则存在相互冲突的情况。于此基础上,本文从实体法和程序法的双重维度视阈出发,对先诉抗辩权的规范竞合问题展开理论和实践的探讨,以期

* 收稿日期:2023-04-04

基金项目:本文是2021年中南民族大学中央高校基本科研业务费专项资金项目“新时代志愿服务参与应急管理的实现机制研究”(项目编号:CSQ21012)的阶段性成果。

作者简介:杨帆,男,中南民族大学法学院副教授,法学博士,研究方向为民商法;吕士哲,男,中南民族大学法学院硕士研究生,研究方向为民事诉讼、民商法。

① 《民诉法解释》第六十六条规定,“因保证合同纠纷提起的诉讼,债权人向保证人和被保证人一并主张权利的,人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告。保证合同约定为一般保证,债权人仅起诉保证人的,人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼;债权人仅起诉被保证人的,可以只列被保证人为被告。”

② 《担保制度解释》第二十六条第一款规定:“一般保证中,债权人以债务人为被告提起诉讼的,人民法院应予受理。债权人未就主合同纠纷提起诉讼或者申请仲裁,仅起诉一般保证人的,人民法院应当驳回起诉。”第二款规定:“一般保证中,债权人一并起诉债务人和保证人的,人民法院可以受理,但是在作出判决时,除有民法典第六百八十七条第二款但书规定的情形外,应当在判决书主文中明确,保证人仅对债务人财产依法强制执行后仍不能履行的部分承担保证责任。”第三款规定:“债权人未对债务人的财产申请保全,或者保全的债务人的财产足以清偿债务,债权人申请对一般保证人的财产进行保全的,人民法院不予准许。”

纾解规范竞合所引发的司法实践难题。

一、规范竞合下现有司法案例之检视

案例被认为是司法经验与智慧的知识载体,可以通过相关案例进行司法实践的考察^[4]。自《担保制度解释》于2021年1月1日落地实施后,至今有59份(截至2023年5月10日,下文数据获取同此日期)裁判文书引用该解释第二十六条第一款的规定。共有35份裁判文书援引《民诉法解释》第六十六条^①。梳理现有的司法裁判可以发现,先诉抗辩权所依据的条文不同,处理方式亦有不同之处。

1. 以不符合法律规定为由,法院直接裁定驳回起诉。在“刘波等与肖岩保证合同纠纷”中,胡雄飞、刘波在借条中未承诺担保方式,根据《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)的相关规定应视为一般保证。但根据查明的事实,肖岩未就主合同纠纷提起诉讼或者申请仲裁,仅起诉一般保证人,不符合《担保制度解释》第二十六条第一款的规定,法院裁定驳回肖岩之起诉^②。

2. 经法院释明后,仍拒绝追加债务人为被告,法院裁定驳回起诉。在“吕振英、王林保证合同纠纷”中,债权人既没有对主债务人(被保证人)提起诉讼或者申请仲裁,亦不同意追加债务人为被告。要查明被告是否承担保证责任,就需要进一步查清相关的借款金额、利息约定、借款期限、已还款数额等,而这些基础事实没有主债务人参与诉讼无法查清,因此,在告知原告应当追加诉讼当事人后,原告仍拒绝追加,法院才予以驳回起诉^③。

3. 一审未释明追加债务人,二审裁定撤销原判,发回重审。在“张建清与被上诉人黄青松劳务合同纠纷”中,法院认为黄青松出具的承诺书从内容表述、先后履行顺位情况来看,系一般保证。根据《民诉法解释》第六十六条规定,保证合同约定为一般保证,债权人仅起诉保证人的,人民法院应当通知被保证人作为共同被告参加诉讼。而本案中法院没有履行通知义务导致原判决遗漏当事人,本案应当发回一审法院重审^④。

从上述案件可以看出,法院的裁判结果以厘清保证合同的性质为前提,否则无法“直接驳回起诉”或者“通知追加被告”。在认定为一般保证的前提下,既有法院依据《担保制度解释》第二十六条第一款直接驳回起诉,也有法院会依据《民诉法解释》第六十六条,但并没有依职权追加被告而是进行释明,通知原告可以追加债务人为共同被告,被拒绝后再依据《担保制度解释》裁定驳回起诉,相当于是对两个司法解释的协调。案例三则是在一审中未进行释明而直接判决,导致二审中遗漏当事人,最终撤销原判发回重审。案例一之做法使得诉讼程序终结,案例二和案例三则强调法官的“释明”义务,赋予当事人以“选择权”,使继续诉讼存在可能。不过案例三的做法更近于对未释明导致误判的纠正,是对未释明后果的阐述。

由此可见,实务中的不同裁判规则本质上仍是对于先诉抗辩权司法解释的选择问题。但是上述规则依然不能解决“一般保证人应什么时候提出先诉抗辩权”“法院选择直接驳回起诉或者通知追加债务人是否合理”“释明是否可行以及释明到何种程度”等核心问题,需要对该问题进行深入分析。

二、规范竞合之原因剖析

(一) 最高人民法院司法解释存在“新官不理旧账”的情形

关于担保人参加诉讼的规定始见于我国2015年修正后实施的《民诉法解释》第六十六条,此后

① 笔者在“北大法宝”法律数据库中可以直接找到目标法条的裁判文书引用情况,然后再逐渐缩小目标条款范围,最终得出本次研究所需要的数据。

② 参见北京市第二中级人民法院(2022)京02民终2654号民事裁定书,类似判决结果还可以参见甘肃省金昌市中级人民法院(2022)甘03民终210号民事裁定书、辽宁省鞍山市中级人民法院(2022)辽03民终183号民事裁定书。

③ 参见山东省青岛市中级人民法院(2023)鲁02民终3334号民事裁定书,类似判决结果还可以参见黑龙江省黑河市中级人民法院(2022)黑11民终1364号、1365号民事裁定书、北京市怀柔区(县)人民法院(2022)京0116民初2528号民事裁定书。

④ 参见西藏自治区那曲市中级人民法院(2022)藏06民终154号民事裁定书。

2020年、2022年两次《民诉法解释》修改均未涉及该条款,甚至条文位置也未作变动。可见,最高人民法院审判委员会对于该条款仍然持支持态度。值得注意的是,最高人民法院于2020年12月29日公布了《民诉法解释》。但是,2020年12月25日最高人民法院审判委员会第1824次会议通过,自2021年1月1日起施行的《担保制度解释》以截然不同的表述方式否定了三天之前公布并实施的《民诉法解释》第六十六条的部分内容,且未作任何说明。2022年4月1日,最高人民法院又作出了关于修改《民诉法解释》的决定,自2022年4月10日起施行,该决定将《民诉法解释》作相应修改后重新公布,但依然没有回应上述问题。

在此情形下,最高人民法院在作出对于部分条文的修改并重新公布后,其时间效力是否相当于更新了?重新公布是否代表其应当享有“新法优位”的规则进而否定《担保制度解释》中“直接驳回起诉”的做法呢?有意见认为,此类决定似乎是采取了司法解释效力废止中“模糊废止”的方式^[5]。笔者认为这种观点有待商榷,司法解释模糊废止通常是针对同一法规范体系内部,而非关于某一问题的程序法作了新规定,使得旧的实体法相关规范失效了。《民诉法解释》隶属于程序法领域之法律解释,《担保制度解释》隶属于实体法之法律解释,该问题的复杂性在于具有跨部门法的属性^[6]。有学者在研究惩罚性赔偿时,提出跨法域的竞合问题存在三种解决方式:其一为同时适用,其二为择一适用,其三为互为补充^[7]。但此观点过于笼统,竞合的两条司法解释已经是在“同时适用”才导致实践冲突,那应如何适用具体条文以实现先诉抗辩权呢?此外,德国法学家梅迪库斯认为要想在民法和特别法领域之间划出一条明确的界限是难以实现的^[8]。因此仅凭“模糊废止说”难以给予司法实践以正确引领。而在2022年4月《民诉法解释》重新颁布以后,实践中仍然会有大量的司法判决采取《担保制度解释》“直接驳回起诉”的做法,恰恰证明了“模糊废止”观点的片面性。

(二)先诉抗辩权适用之理论争鸣

我国《民法典》整体上呈现出“硬法软行”的格局^[9]。在法律出台后,往往伴随产生的是一个或者数个法律解释群,以便立法更加适应中国国情^[10]。然而,现代社会法律解释的多元化会导致各部门对法律、法规的解释不一致,从而引起新的法律解释的冲突。立法者在司法解释的制定过程中亦会存在“信息差”,主要体现为立法信息的不对称、不周延^[11]。令人遗憾的是,民法典草案的制定者学历结构大多为民商法博士,而少有诉讼法专家参与^[12]。对于先诉抗辩权适用的理解,实体法学者和诉讼法学者确会存在差异,而前文所述规范竞合问题正体现了诉讼法学者与实体法学者背后学术观点的不同,亦即所谓“信息差”的存在。这种“信息差”在先诉抗辩权适用上引起的争论主要集中在“起诉说”“诉讼说”与“执行说”。

首先,民法典的《担保制度解释》第二十六条第一款所体现的是“起诉说”。该说强调一般保证人的顺位利益,为先诉抗辩权的备位性张目^[13]。“起诉说”认为应当由法官代替一般保证人直接行使先诉抗辩权即单独起诉保证人的情形下“直接驳回起诉”。该说认为一般保证人在起诉阶段处于“绝对不受侵犯”的地位,若单独起诉之,该诉则不具有“诉的利益”的合法性。换言之,其认为先诉抗辩权在起诉阶段便能起到妨诉的作用,其实施方式为法官在起诉阶段代为主张^[14]。但此种观点下先诉抗辩权的适用余地过于狭小,与实践中大量存在审判阶段主张先诉抗辩权的情况不符。

其次,《民诉法解释》第六十六条以及《担保制度解释》第二十六条第二款认可的是“诉讼说”。其比较法适例为法国、德国民法以及我国台湾地区“民法”^①,认为要在诉讼中主张先诉抗辩权,既包括起诉阶段的审查也包括审判阶段的抗辩。该说强调诉的效率、诉讼经济以及实质意义的备位性,从社会及司法实践惯例等现实因素考量,认为一般保证人并非不可诉,但应通知追加被保证人为共同被告。但也有学者指出,《民诉法解释》第六十六条规定的“法院应当通知被保证人作为共同被告”是一种依职权的行为且不需要经过债权人同意,是“父爱主义”在司法中的体现。笔者认为该观点有一定道理,

^① 《德国民法典》第771条规定了“保证人于债权人未对主债务人为强制执行而无效前,得拒绝向债权人为清偿(先诉抗辩)”,赋予保证人以先诉抗辩权,同时于773条单独列出丧失先诉抗辩权的情形。我国台湾地区“民法”第七百四十五条与《德国民法典》亦循此逻辑,认为“保证人于债权人未就主债务人之财产强制执行而无效前,对于债权人得拒绝清偿”。

“诉讼说”模式下应以“释明”代替“依职权追加”,以法官释明来促使当事人诉讼请求的达成。

最后一个聚讼的焦点是“执行说”,其域外适例为瑞士^①。该说认为先诉抗辩权的主张只能发生于执行阶段或者执行完毕之时^[15],强调执行机关未穷尽一切手段执行债务人财产不能之前,不得来滋扰一般保证人。“执行说”将一般保证人排除于诉讼之外直至执行阶段,但一般保证中保证人的先诉抗辩权是实体上的权利,而非抵消债权人的诉讼请求的一项权利,“一并诉”并无不妥。此外,执行机关是否有能力和资源对先诉抗辩权的效力阻却事由进行审查也仍有待考量。

一言以蔽之,先诉抗辩权究竟适用何种学说,学术界仍有争议。若支持《担保制度解释》第二十六条第一款“直接驳回起诉”,则应采纳“起诉说”或者“执行说”;若支持《民诉法解释》第六十六条,则需要在“诉讼说”的基础上以“释明”代替“依职权追加”。

三、先诉抗辩权实现之解释论的选择

如前所述,除司法解释的形式效力问题需要最高法院从根本着手改变外,关于一般保证责任人的先诉抗辩权适用之处理方式,仍然集中于现有理论观点的合理性探讨和选择上,方能在未来统一司法实践的应对方式。

(一)“起诉说”之批判

“起诉说”虽然强调保证人利益保护的优先性,却存在一定缺陷。比如,不能体现抗辩权权利行使的自主性。《担保制度解释》第二十六条第一款拟制了当事人提出先诉抗辩权的前提,从而使得法官得以“直接驳回起诉”。然抗辩权应当在保证人的意思表示下行使,法院直接驳回起诉无异于“越俎代庖”。况且,许多案件不经审判,根本难以判断当事人之间到底是一般保证还是连带责任保证。譬如:(1)当事人认为自己不是保证人,经审理后才能断定其实质上是一般保证^②;(2)当事人认为自己是一般保证人,经审理后才能断定其实质上是连带责任保证人^③;(3)当事人认为自己是连带责任保证人,经审理后才能断定其实质上是一般保证^④;(4)在前三种基础上再加上当事人上诉的情形,换言之,存在可能直到二审才弄清楚是一般保证还是连带保证的情形,譬如,当事人认为自己是连带保证人,经一审审理后认定是一般保证,经过上诉,二审法院认定其实质上是连带责任保证^⑤;(5)直到再审才探究清楚应为一般保证而非连带责任保证^⑥;(6)在执行过程中,当事人提出执行异议裁定时才认定为一般保证^⑦。若拓展之,甚至可以拓展至众多相关且各不相同的案件,案情更加难以判断^⑧。由此观之,现实中案件繁芜复杂,且不说在立案登记至开庭审理前这一阶段难以辨识出保证方式,就算是经过开庭质证也很难判断出是何担保^⑨。

因此,将对保证人的诉讼以不符合法定条件为由排除在起诉阶段是对《担保制度解释》第二十六条第一款的机械适用,既没有遵从债权人的真实意思表示,又不符合我国长久以来的司法实践。

(二)“执行说”之批判

“执行说”的问题在于债务人与保证人可以被一并起诉已经被我国理论界所认可,且符合我国长期以来的司法惯例^⑩。实际上,当事人在庭审中自可通过主张先诉抗辩权来对冲自身财产减损的风险。

① 《瑞士债务法》第 485 条规定,债权人只有在保证契约成立后,因主债务人破产、遗产缓期、债权人必须注意追索并出具损失证书、主债务人将其住所迁移到国外无法在瑞士提起诉讼或因其住所迁至外国致使权利诉讼发生重大困难时,才可以向保证人请求支付。根据这一规定,债权人将受到先诉抗辩权的最大制约,也就是在保证人行使此权利之前,债权人必须预先证明已经尽了向主债务人索债的义务。如果证明已经执行主债务人的财产并不足以弥补债务,那么债权人就可以向保证人请求支付。

② 参见河南省柘城县人民法院(2022)豫 1424 民初 5801 号民事判决书。

③ 参见江西省九江市柴桑区人民法院(2021)赣 0404 民初 1509 号民事判决书。

④ 参见广东省江门市新会区人民法院民事判决书(2021)粤 0705 民初 6869 号。

⑤ 参见山东省威海市中级人民法院(2020)鲁 10 民终 190 号民事裁定书。

⑥ 参见河北省怀来县人民法院(2022)冀 0730 民再 3 号民事判决书。

⑦ 参见中华人民共和国最高人民法院(2021)最高法执监 121 号执行裁定书。

⑧ 此处可以与公司法股权制度相结合,能检索到大量极为复杂的案件,法官断无可能一眼识别出保证的种类。

⑨ 参见中华人民共和国最高人民法院(2018)最高法民终 1189 号民事判决书。

⑩ 《民诉法解释》第六十六条和《担保制度解释》第二十六条第二款都支持诉讼中一并诉保证人和债务人,符合我国长期以来的司法实践惯例,大多数时候债权人为了提升自己实现债权的可能性,也会选择一并起诉债务人与保证人。

同时,根据《担保制度解释》第二十六条第二款规定,法院也会专门对保证人的执行顺位进行注明以保障其履行顺位利益。此外,不可否认的是,当前的执行机关恐怕难以实现执行中对先诉抗辩权进行详细审查的职能。也有学者提出,只对执行书(判决书、仲裁裁决书、调解书)负责的执行机关无法审查当事人是否具有放弃先诉抗辩权的意思表示,若借助其他程序加以判断只会增加程序上叠床架屋的成本,譬如通过“确认之诉前置审查程序”抑或是“执行异议后置审查程序”辅助审查^[16]。

《民法典》第六百八十六条第二款以及第六百八十七条规定,一般保证中先诉抗辩权具有债务人(被保证人)应当先履行债务、承担责任的意思表示^[17]。而保证人的责任承担则具有备位性,即一般保证的保证人得以在主合同纠纷未经审判或仲裁,且就债务人财产经强制执行仍不能履行债务时才由保证人承担保证责任。不难看出,一般保证人实质上承担的是补充责任,而这种补充性^[18]正是通过调整直接责任人和补充责任人的履行顺序来实现的。于是,就有学者指出备位性决定了应将一般保证人排除于诉讼之外,非到执行阶段不得滋扰保证人。此观点看似注重保证人的利益保护,实则是剥夺了保证人参与诉讼的权利,因为备位性不等于不得参诉。履行(执行)顺序不等于参诉顺序,亦即先诉抗辩权并非绝对意义上的“不得诉”。一般保证人不能在起诉阶段完全阻却债权人将其列为共同被告。这与形式上的备位性不同,形式上的备位性要求审判过债务人后才能起诉一般保证人。而实质上的备位性意味着,纵使不进入执行阶段,一般保证人也能成为被告,只是不能成为单独被告。立法保护实质意义的备位性,即保护一般保证人在法院及债权人追索不能之前个人财产不受侵犯的权利,尽管此时保证人在诉中可能处于共同被告的法律地位。

从文义上看,无论是《担保制度解释》第二十六条还是《民诉法解释》第六十六条都认可一并起诉债务人和一般保证人的情形。换言之,无论是“诉讼说”还是“起诉说”均保护保证人参与诉讼的机会。况且,一般保证人还可以自行放弃先诉抗辩权而参与诉讼或者在债权人只起诉债务人的情况下作为“无独三”参诉,那么又怎能将其直接排除于诉讼之外呢?“执行说”的观点显然超出了文义解释的范围,根据文义优先规则应予以排除。

(三)“诉讼说”之倡立

1. “诉讼说”兼顾先诉抗辩权的实体法属性。在单诉一般保证人情形下,“诉讼说”既非起诉阶段的直接驳回起诉,亦非“执行说”那般直接将一般保证人置于诉讼之外,而是将债务人纳入诉讼程序,通过探求实体真相,嗣后决断。这是对先诉抗辩权实体属性的尊重。《民法典》第六百八十七条规定的一般保证及先诉抗辩权,本质上仍属实体法中抗辩权的范畴。而抗辩不等于抗辩权,我国民事法律体系(包括民事实体法和民事诉讼法)中的“抗辩权”和“抗辩”二词,均源自德国民事法中“Einrede”和“Einwendung”的翻译,前者类似实体法意义上的“抗辩权”,后者更近于诉讼法意义上的“抗辩”,前者属于一种民事权利,后者属于一种民事诉讼防御方法^[19]。对“抗辩”和“抗辩权”进行区分的意义在于判定法院是否能够主动援引,诉讼中实体法的抗辩权需要当事人自行主张而法官不可主动援引^[20];而程序上的抗辩包括妨诉抗辩和证据抗辩^[21]。法官则可以主动论及。正因为如此,德国民法学界采用“Einrede”(需要主张的抗辩)和“Einwendung”(无须主张的抗辩)两个术语来概括抗辩权和抗辩^[22]。换言之,程序上的抗辩为不需要当事人主张而法院可主动适用的抗辩,实体法上的抗辩权(譬如诉讼时效抗辩、不安抗辩权等)为需要主张的抗辩^[23]。一般保证人既为先诉抗辩权的主体,必以保证人之提出方能发生对抗效力^[24]。反之,法院不得主动适用诸如《民法典》第一百八十八条、第五百二十五条、第五百二十六条、第五百二十七条规定的主债务人享有的时效抗辩权和同时履行抗辩权及先履行抗辩权不安抗辩权等抗辩权。那么为何唯独可以主动适用先诉抗辩权去“直接驳回起诉”呢?因此,有学者认为《担保制度解释》中“直接驳回起诉”的方式是审判权凌驾于私主体意思表示之上的体现^[25]。还有学者认为,此规定实质上混淆了起诉条件与胜诉条件,不符合司法改革降低起诉门槛的初衷^[26]。该观点有一定道理,法院应当尊重实体法上先诉抗辩权的权利主体意志,不得借诉讼法中的程序(妨诉)抗辩代行使当事人的实体权利。

有学者认为债的担保中,所谓“人的担保”实无人的因素,其实质是以担保人的财产来担保债的履行^[27]。笔者认同此观点,亦如前文所述,先诉抗辩权的实质是保证人财产减损的顺序利益而非参诉的顺位利益(后诉利益)。申言之,即使法院依据《民诉法解释》第六十六条在仅起诉一般保证人的情况下,通知债务人参与诉讼也不会侵犯保证人的先诉抗辩权,保证人依然可以在法庭上放弃或者主张其

先诉抗辩权,且“一并诉”的情况下法院也会依法对履行顺位进行“备注”。法院通知债务人与否与保证人的先诉抗辩权无关,并不会侵犯保证人先诉抗辩权中“自决、自主”这一功能意涵。于此基础上,支持《民诉法解释》第六十六条的“诉讼说”显然更为合理,应当予以优先考虑。

2. “诉讼说”兼顾诉讼经济且符合《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)修改趋势。虽然我国的诉讼法允许必要的“程序倒流”以保障实体正义和诉讼权利,譬如二审中可能撤销原判发回重审、案外人提出执行标的异议、第三人提出撤销之诉等,但是过多且不必要的程序回流势必会加重审判人员的负担,导致我国长久以来“案多人少”问题的恶化^[28]。因此,路径分析应考虑到双方当事人的诉讼成本,切实做到减少诉累。“诉讼说”则符合诉讼经济中错误成本最小化原则。如前所述,在案件未经实体处理之前,保证方式应当存疑,否则会拉高案件错误成本,增加不必要的执行回转。而一并审查情况下,有利于法官探清真相,对保证方式作出正确判断,从而真正减少当事人诉累,减少诉讼错误成本,提高诉讼、执行的效率。

此外,应与我国民事诉讼提高司法效率的立法理念相结合,做到立法适应国情。与西方强调“个体权利”“零和博弈”,甚至有西方学者称“西方原子化个体”不同^[29],我国对于权利的设计与保障应当充分考虑中国长久以来的法律文化和司法实践惯例。尤其是我国《民事诉讼法》近两年的修改主要围绕司法确认程序、小额诉讼程序、简易程序、独任制、在线诉讼等制度进行完善,旨在适应诉讼案件激增的新变化,通过优化审判流程,提高司法效率和司法公正性,保障当事人的权益和诉讼权利^①。由此可见,允许“一并诉”且赋予法官依职权追加义务的“诉讼说”更符合新时代民事诉讼法的立法倾向,有助于促进司法公正和效率的提高。

综上,无论是从法规范本身的“文义射程”出发,还是从立法目的、立法理念抑或是诉讼经济等角度加以考量,“诉讼说”是较为符合当前社会现状与既有的法律框架的一种模式。但是,民事诉讼意在解决私权纠纷,按照处分原则的要求,民事诉讼中由当事人决定诉讼相对人,决定诉讼请求的范围和边界,当事人理应在行使诉讼时不要或者受到最小化的限制。基于此,立足于《民诉法解释》第六十六条的“诉讼说”也存在一定问题,其规定的“应当通知追加债务人”本身也存在一种“法律家长主义”,有违反民事诉讼法处分原则的嫌疑,应当把选择权交还给债权人,法院通过释明告知加以辅助。

四、“诉讼说”下释明义务的讨论

如前所述,“直接驳回起诉”是对《担保制度解释》第二十六条第一款的机械适用,诸学说中应当优先选择立足《民诉法解释》第六十六条的“诉讼说”。但该说之下“依职权追加”是“父爱主义”在司法领域的体现,且有违反民事诉讼法处分原则之嫌,因此应当考虑采取上述部分裁判中出现的法官释明方式,以适度释明代替主动追加。换言之,不应将《民诉法解释》第六十六条狭义地解释为一种“依职权追加”的义务,而应该视为一种释明义务,以此来协调《担保制度解释》和《民诉法解释》的冲突。此处之释明本质上是“法官既要维护先诉抗辩权又要避免依职权,追加债务人导致债权人抵触的权衡之举”^[30]。那么此时必须要考虑的问题有:(1)“诉讼说”下法官的释明是否具有必要性?(2)已有案件中的释明属于哪种类型的释明?(3)法官需要释明到什么程度?达到此种程度是否具有可行性?

(一)将法官释明纳入“诉讼说”的必要性

“诉讼说”模式下是允许法官向两造告知其所缺,还是要遵循“法官嘴里要含一口水”的规则而保持缄默?笔者认为法官在此应有释明义务,理由如下。(1)民事诉讼法上,释明的内容涵盖诉讼请求、事实主张和证据的释明以及法律观点的释明,其中诉讼请求的释明要旨便在于促使当事人补充诉讼请求,譬如,追加、变更当事人或者更新诉讼资料等^[31]。在部分情况下,法院的释明可能会使案件失衡,因而被认为是一种法律技术或者法律知识的“补贴”^[32]。在我国,由于当事人的诉讼能力相对不足,律师代理制度的普及仍有待加强,以及立法并未为当事人的证据收集提供充分的程序保障,因此释明制

① 参见《我国修改民事诉讼法提升司法质量效率》,网址为“<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202112/43a345af9ea34445bfc070b3bdfcd325.shtml>”,最后访问时间:2023年3月10日。

度的重要性更加凸显。但先诉抗辩权作为一种实体法上的抗辩权,现行法律及司法解释却试图将其提至起诉阶段,外化为诉讼法上起妨碍作用的抗辩,本身已是对非法律专业人士的一种不公,因此需要引入“法官释明”对其进行平衡,使之进行真正对等的攻击防御^①。(2)从诉讼经济、司法实践看,倘若不予以说明,债权人在实践中可能面临如下情况:被驳回起诉;被驳回起诉后另行立案起诉;法院在二审中才发现遗漏即没有通知被保证人参加诉讼,后撤销原判、发回重审;等等^②。非必要的程序回流导致诉讼效率降低,不利于诉讼正义的实现。日本学者新堂幸司也认为释明义务的功能意涵,已经由之前单纯对辩论主义下的概念涵摄,转变成了实现实质公正之审理、促使审理节奏效率之加快等新型审判模式^[33]。从现代型民事诉讼的发展趋势来说,逐渐强化现代法院对案件的“控制力”以及法官对诉讼过程的介入和干预,是西方国家民事诉讼体制改革的基本倾向^[34]。

综上,将释明义务纳入“诉讼说”有助于实现案件审理的实质正义,有利于避免因缺乏对事实和法律问题的充分发表意见而导致的突袭性裁判,使程序更加透明完备。此外,释明也有助于当事人根据自己的真实意愿行使处分权,使处分权主义充分化,从而使得案件的裁判结果也更能当事人为当事人所理解和接受。尤其在当前倡导司法为民、发挥司法能动性的司法改革实践中,释明义务与“诉讼说”的结合值得裁判庭给予一定关注。

(二)“诉讼说”解释论下法官释明界限之调适

释明的类型决定了释明的程度,首先需要对先诉抗辩权的释明进行类型归属。从释明义务的范围来观察主要包括四项:诉讼请求的释明、事实主张的释明、证据的释明、法律观点的释明^[35]。显然,“诉讼说”属于诉讼请求的释明。而诉讼请求视角下的释明又可以分为四类,分别为:诉讼请求不明确的释明、诉讼请求不充分的释明、诉讼请求不适当的释明、诉讼请求变更的释明。在此基础上,应当首先明确“诉讼说”所配套的释明义务类型。

关于“诉讼说”所配套的释明义务类型,有意见认为在“诉讼说”下的释明属于诉讼请求不充分的释明,法院释明追加债务人是对诉讼请求不充分的一种纠正^[36]。这种观点值得商榷,主要理由在于诉讼请求不充分,是指基于发生纠纷的法律关系,当事人本可以提出更多的诉讼请求,但由于原告法律知识的欠缺,而非出于当事人的真实意愿,只提出了部分诉讼请求,而遗漏的诉讼请求,可能会因为一事不再理的原则,不能再得到有效的救济。在此种情况下,鉴于纠纷一次性解决的理念,若法院不及时释明,将致使当事人的实体权利不能得到充分、有效的保障。同时,与“诉讼说”相匹配的释明义务亦非诉讼请求不明确的释明或者诉讼请求不适当的释明。综上所述,与“诉讼说”相匹配的释明义务当属诉讼请求变更的释明。诉讼请求变更的释明涉及当事人的处分权,包括诉讼请求的放弃、变更和追加,这恰恰是当事人对实体权利的处分在诉讼中的体现。

“诉讼说”下法官释明应采取释明诉讼请求变更的模式,那么该模式下法院的释明义务须行使到何种程度?对于释明义务界限的划分,若过于宽泛则落入职权主义的“窠臼”;若内容过窄则无法达到平衡两造之间诉讼能力的目的。因此,应当对“诉讼说”下所配套的法官释明义务之边界和范围进行准确界定。对于法官的释明义务,法国《民事诉讼法》第442条、德国《民事诉讼法》第139条第1款、日本《民事诉讼法》第149条以及我国台湾地区“民事诉讼法”第一百九十九条均有相应规定。但具体是什么情况下进行释明以及释明到什么程度皆由法官自我定夺。笔者认为,在认可《民诉法解释》第六十六条基础上的诉讼请求变更释明至少应当做到以下几点。

第一,加强审前准备程序中的释明。首先,立案阶段不宜释明,通常立案机关只需审查起诉的合法性即起诉条件;在立案登记制下,即使遗漏当事人,只要符合立案的形式要件,立案庭依然应予以立案,因此不宜对立案庭赋予识别实体要件之权力。其次,存在庭前准备程序的复杂案件可以进行释明。所谓审前准备程序,主要指法院针对疑难复杂案件依照《民事诉讼法》规定的审理案件前可通过组织证据交换、召集庭前会议等方式进行争点整理。在此过程中当法官发现当事人单诉一般保证人而缺少债务人作为共同被告时,应及时向当事人释明,若在法院释明变更诉讼请求后当事人依然不予更改的话,法院可以直接裁定驳回起诉。对于一些简单的案件,如果不涉及审前准备阶段则不应适用诉讼请求变更

① 目前,我国《民事诉讼法》第六十一条允许基层法律服务工作者、近亲属等非律师人员担任诉讼代理人,甚至一些职业法律人若不专门进行相关研究参与诉讼中也难以区分从“抗辩权”到“抗辩”的不公之处,因而要从制度设计上予以平衡。

② 参见西藏自治区那曲市中级人民法院(2022)藏06民终154号民事裁定书。

之释明,因为如果审前准备程序过于发达,规模甚大,势必喧宾夺主,令庭审走过场^[37]。

第二,在庭审中对诉讼请求变更亦可释明。当前我国仍在推进“以审判为中心”的诉讼制度改革,立案和执行皆服务于审判,审判构成整个诉讼流程的中心和重心^[38]。故而在这种“审判中心主义”下,法官也可以在庭审程序中对当事人不恰当或者不明确的声明进行释明。例如,经过庭审实体处理后,发现保证关系实为一般保证或者从债务加入关系转变为一般保证关系,此时应当及时释明而不宜裁定驳回起诉。再者,审理过程中经法院释明,若债权人坚持向保证人主张权利而不向债务人主张权利,未变更诉讼请求,根据《担保制度解释》应依法驳回其起诉,当事人自可在明确诉讼主体及请求后另行主张权利^①。有观点认为,法官在庭审程序中释明虽具有相对的优势,但是在一定程度上也会拖延诉讼进程^[39]。这种观点仍有待考量,相反,适度释明下的“一并诉”有利于减少当事人诉累,同时亦符合一次性解决纠纷原则,恰是诉讼经济、诉讼效率等理念的体现。

第三,对于释明变更诉讼请求,应当综合考虑当事人的真实意图,并有可能采取推定的标准。特别是在原告因为缺乏法律知识或对案件事实存在误解而错误地选择被告时,应当通过释明变更被告来反映其真实意图^[40]。反之,在有证据证明当事人知晓相应法律及司法解释规定并且有专业律师代理甚至法官前期已经有所释明,却仍然只对一般保证人单独提起诉讼时,法院可以直接裁定驳回起诉^②。

综上,“诉讼说”范式基础上配合法官适时、适度的释明,能够有效规避现行司法解释之间适用层面的竞合难题。法官首先应在疑难案件的审前准备程序进行诉请变更之释明,通知原告追加债务人为共同被告;其次,若案件已进入庭审阶段,法官亦可进行释明,如若此时不进行释明,进入二审可能面临的的就是撤销原判发回重审。

参考文献:

- [1] 毕经纬.《民法典》视域下的规范竞合[J]. 江海学刊,2022(5):176-184.
- [2] 卡尔·拉伦茨.法学方法论[M]. 陈爱娥,译. 北京:商务印书馆,2003:149.
- [3] 梁展欣.论民法规范的竞合[J]. 法律适用,2021(2):106-114.
- [4] 顾培东.效力抑或效用:我国判例运用的功利取向[J]. 法商研究,2022(5):46-59.
- [5] 陈欢欢.论民事诉讼司法解释时间效力的形式规范化[J]. 新疆大学学报(哲学·人文社会科学版),2020(1):39-47.
- [6] 张卫平.民法典的实施与民事诉讼法的协调和对接[J]. 中外法学,2020(4):933-950.
- [7] 杜称华.惩罚性赔偿在法体系上定位问题之探讨[J]. 甘肃政法学院学报,2012(5):128-132.
- [8] [25] 迪特尔·梅迪库斯.德国民法总论[M]. 邵建东,译. 北京:法律出版社,2008:34,82-84.
- [9] 张洪涛.从“以礼入法”看中国古代习惯法的制度命运[J]. 法商研究,2010(6):143-149.
- [10] [12] 张洪涛.法律的嵌入性[M]. 南京:东南大学出版社,2016:129,110.
- [11] 张维迎.信息、信任与法律[M]. 北京:三联书店出版社,2003:178-230.
- [13] [16] 朱禹臣.先诉抗辩权的程序设计:一个跨法域分析视角[J]. 法学家,2022(5):163-176,173.
- [14] 段文波.德日必要共同诉讼“合一确定”概念的嬗变与启示[J]. 现代法学,2016(2):149-165.
- [15] [23] 宋春龙.诉讼法视角下的先诉抗辩权研究:兼评民法典各分编草案中的先诉抗辩权[J]. 政治与法律,2019(3):25,32.
- [17] 宋春龙.内外关系视角下“相应的补充责任”诉讼程序再界定[J]. 华东政法大学学报,2022(3):124-138.
- [18] 张海燕.民事补充责任的程序实现[J]. 中国法学,2020(6):183-204.
- [19] 陈刚.论我国民事诉讼抗辩制度的体系化建设[J]. 中国法学,2014(5):201-218.
- [20] [22] 柳经纬,尹腊梅.民法上的抗辩与抗辩权[J]. 厦门大学学报(哲学社会科学版),2007(2):91,93.

① 参见河南省舞钢市人民法院(2021)豫0481民初337号民事裁定书。

② 参见山东省青岛市中级人民法院(2023)鲁02民终3334号民事裁定书,黑龙江省黑河市中级人民法院(2022)黑11民终1364号、1365号民事裁定书,北京市怀柔区(县)人民法院(2022)京0116民初2528号民事裁定书,河南省舞钢市人民法院(2021)豫0481民初337号民事裁定书。

- [21] 杨立新,刘宗胜.论抗辩与抗辩权[J].河北法学,2004(10):6-12.
- [24] 程啸.保证人先诉抗辩权的疑点分析[J].人民司法,2005(7):77-79.
- [26] 朱禹臣.备位性影响下一般保证的多数当事人诉讼形态:《民诉解释》第六十六条和《担保制度解释》第二十六条的解释论[J].甘肃政法大学学报,2022(1):97-112.
- [27] 高圣平.担保物权司法解释起草中的重大争议问题[J].中国法学,2016(1):228-246.
- [28] 程金华.法院“案多人少”的跨国比较:对美国、日本和中国的实证分析[J].社会科学辑刊,2022(5):72-84.
- [29] 田毅鹏,吕方.社会原子化:理论谱系及其问题表达[J].天津社会科学,2010(5):68-73.
- [30] [36] 蔡虹,王瑞祺.一般保证责任诉讼形态的类型化释评:兼论《民诉法解释》第六十六条及《民法典担保解释》第二十六条[J].中南大学学报(社会科学版),2021(6):74,74.
- [31] 熊跃敏.民事诉讼中法院的释明:法理、规则与判例:以日本民事诉讼为中心的考察[J].比较法研究,2004(6):66-76.
- [32] 张卫平.民事诉讼“释明”概念的展开[J].中外法学,2006(2):129-146.
- [33] 新堂幸司.新民事诉讼法[M].林剑锋,译.北京:法律出版社,2008:314.
- [34] 江伟,刘敏.论民事诉讼的模式转换与法官释明权[M].北京:法律出版社,2001:321.
- [35] 韩红俊.释明义务研究[M].北京:法律出版社,2008:7-9,175.
- [37] 段文波.庭审中心视域下的民事审前准备程序研究[J].中国法学,2017(6):203-220.
- [38] 张建伟.审判中心主义的实质内涵与实现途径[J].中外法学,2015(4):861-878.
- [39] 陈欢欢.部分诉请不属民事诉讼受案范围之裁判程序[J].南大法学,2021(6):38-53.
- [40] 任重.释明变更诉讼请求的标准:兼论“证据规定”第35条第1款的规范目的[J].法学研究,2019(4):136-155.

编校:何学斌

On the Conflict and Choice of the Application of Beneficium Ordinis in the Case of Norm Contestation

Yang Fan¹ Lyu Shizhe²

(1. 2. School of Law, South-Central Minzu University, Wuhan, Hubei 430074)

Abstract: There are some conflicts in the current judicial interpretations regarding the general guarantor's beneficium ordinis. As a result, there are two different methods of handling the same kind of case in practice: directly rejecting the lawsuit or notifying the principal to be added as a co-defendant, since the courts deal with the related civil disputes based on different provisions. The reason lies in the current discord in the effectiveness of judicial interpretations and the fragmentation of theoretical viewpoints. The “suing theory” is strictly a backup for the right of beneficium ordinis, but it falls into the “set pattern” of the form, which can neither guarantee the initiative of the beneficium ordinis, nor control the cost of litigation, so as to realize the litigation economy, while the “execution theory” extends the litigation procedure to the execution stage and imposes strict “identification obligations” on the enforcement agencies, which is contrary to the original intention of “separation of trial and enforcement” in China. In this case, the path choice of beneficium ordinis can be based on the “litigation theory” supplemented by a moderate explanation by the judge, so as to alleviate the problem of the current norm contestation of the general guarantor's beneficium ordinis at the legal application level.

Key Words: general guarantee; norm contestation; beneficium ordinis; obligation of elucidation

拒不执行判决、裁定罪的追诉困境及其破解

杨慧妍

(华东政法大学 刑事法学院,上海 200042)

摘要:拒不执行判决、裁定罪的法定追诉模式共经历了“司法主动型”“职权配合型”和“自诉补充型”三种阶段。实践中,拒执罪的追诉程序启动困难,难以实现其解决“执行难”问题的刑事治理目标,具体表现为“职权配合型”追诉模式因职权异位向“司法主动型”追诉模式逆向发展,“自诉补充型”追诉模式因自诉制度的固有缺陷以及拒执罪的特殊性而无法发挥自诉权的救济作用。破解拒执罪的追诉困境,应当放眼追诉模式之外,从刑事诉权理论维度寻求方案,以“取消自诉,优化职权追诉”为突围路径,摒弃空置的自诉模式,在理顺拒执罪中公检法三机关权力逻辑的基础上,合理分配考核指标,加强调查权与侦查权衔接,激活检察机关的角色。

关键词:拒不执行判决、裁定罪;刑事诉权;追诉;自诉;职权配合

中图分类号:D925.2 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0135-12

拒不执行判决、裁定罪(以下简称“拒执罪”)作为维护司法权威和公民诉讼利益的最后一道防线,可以说是解决“执行难”问题最有力的刑事司法治理手段。纵观拒执罪的发展进程,立法上对于该罪的规定呈现出由弱到强的趋势,这一趋势既凸显了该罪的重要性,也反映出解决执行难问题的紧迫性。1979年《中华人民共和国刑法》(以下简称《刑法》)将拒不执行判决、裁定的行为规定在妨害公务罪中,作为妨害公务罪的客观方面被纳入刑法评价。1997年《刑法》修订后,拒不执行判决、裁定行为被单列为犯罪。2014年党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确提出“切实解决执行难”“依法保障胜诉当事人及时实现权益”的目标,将执行问题的解决上升到了依法治国的高度。随后,2015年《刑法修正案(九)》中便增加了单位为拒执罪的犯罪主体,同时对特别严重的情节提高了量刑档次。从具体罪状上升为单列的罪名,再从单列的罪名发展到犯罪主体和量刑情节的扩张,立法者期望通过拒执罪的适用,对有能力执行而拒不执行生效判决、裁定的不法行为进行刑事治理。然而,经过笔者调研考察,该罪对于拒不执行判决、裁定行为的刑事治理效果并不理想。究其原因,除了实体法层面罪状表述模糊,致使司法实践中入罪判断存在困难之外,程序法层面追诉模式的职权异位与失调也导致了该罪启动程序的失灵。

一、问题的提出

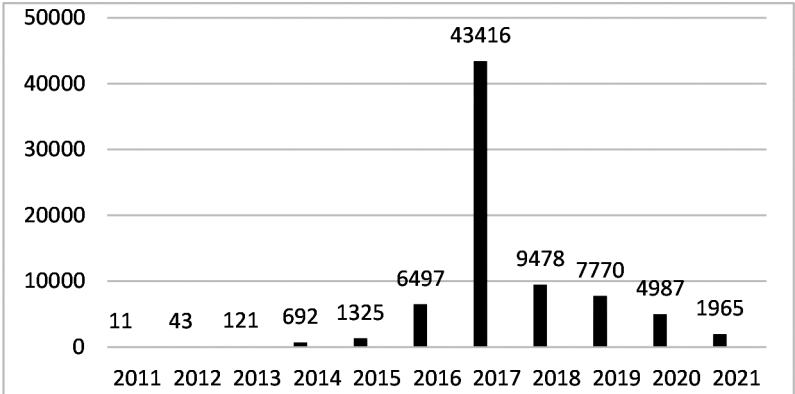
自党的十八届四中全会提出“切实解决执行难”这一命题,时至今日,“执行难”问题依然存在。以笔者调研的全国经济排名前列的江苏省南通市下辖某基层法院执行数据为例,该法院2022年截至11

* 收稿日期:2023-02-23

作者简介:杨慧妍,女,华东政法大学刑事法学院博士研究生,研究方向为刑事诉讼法学。

月份民事案件结案数为4700余件(为方便统计,取整数),执行结案数为900余件,执行结案率约为19%。^①再以中国执行信息公开网的数据进行推算,截至本文统计数据之日,该网站公布的失信被执行人数为7830423人,假设平均到全国3117家基层法院来看,那么每一个基层法院公布的失信被执行人约为2512人^②。前述两组数据虽为笔者的抽样推算,但足以成为体现“执行难”问题的侧影。事实上,“执行难”问题最早可以追溯到20世纪80代中后期^[1]。该问题成因复杂,既与连年增长的案件数量有关,也与执行体系、执行方式等因素密不可分,其中,拒执罪适用率低也是导致“执行难”的一个重要因素。以“执行案件”和“基层法院”为要素在裁判文书网上进行检索,检索到36004976份执行案件的文书^③。而后,以“拒不执行判决、裁定罪”和“基层法院”为要素进行检索,检索到21400份刑事判决书,仅占执行案件文书数量的0.06%^④,占失信被执行人数的0.27%。同样,以笔者调研的江西省某地级市2019年1月至2021年12月相关数据为例,该市两级法院共办理执行案件154412件,拒执罪案件数量为81件,仅约为同期执行案件数量的0.052%。该占比与上文推算出的全国拒执罪案件占比0.06%这一结果相互印证。很显然,目前拒执罪的追诉样态不利于“执行难”问题的解决,并且很可能会使得大量已经构罪的拒执行为成为犯罪黑数^⑤。

除了适用率低,拒执罪还呈现出适用不均衡的问题。以“拒不执行判决、裁定罪”为要素在裁判文书网上进行检索,共检索到76641份文书,经过对数据进行分析,呈现出以下特点。



2011—2021年中国裁判文书网拒不执行判决、裁定罪文书数及其变化趋势(N=76641件)

从历史变化来看(见上图:2011—2021年中国裁判文书网拒不执行判决、裁定罪文书数及其变化趋势),2011—2013年全国拒执罪的文书数量很少,仅两位数;2014—2015年文书数量有所上升,2015年文书数量是2013年文书数量的10倍有余;2016—2017年文书数量大幅上升,2016年文书数量是2015年的近5倍,2017年的文书数量是2015年的近33倍;2018—2021年,文书数量较2017年相比大幅回落,并呈逐年递减趋势。综上可以得知,近十年来拒执罪的追诉热度自2015年后呈现出先骤增后骤减的趋势,而其缘由与相关政策的推进密切相关。2015年,最高人民法院修订了《关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》,并于同年8月召开了全国法院执行工作座谈会,将“切实解决执行难”作为执行的长期任务布置到全国法院,由此,从2015年底开始,新一轮具有全新面貌的执行改革在全国范围内陆续铺开。2016年4月,最高人民法院印发了《关于落实“用两到三年时间基本解决执行难问题”的工作纲要》,进一步表明了解决“执行难”问题的决心。因此,拒执罪在2015年至2017年间文书数量陡增的原因可得而知。

① 虽然以区域数据为例恐有以偏概全之嫌,但经济发达地区实际执行结案率尚且如此,可以窥见其他地区的执行数据未必乐观。

② 虽然这种推演方式所得出的数据并不准确,但足以反应出执行难的问题仍然存在。数据来源于“<http://zxgk.court.gov.cn/>”,最后访问时间为2022年11月18日。

③ 根据《中华人民共和国民事诉讼法》第二百零七条之规定,民事生效判决财产的执行由一审法院、财产所在地、被执行人住所地法院执行,据此可知,民事生效判决的执行管辖一般属于基层法院。

④ 数据来源于中国裁判文书网,网址为“<https://wenshu.court.gov.cn/>”,最后访问日期为2022年10月29日。

⑤ 犯罪黑数,又称犯罪暗数、刑事隐案,是指一些隐案或犯罪已经发生,却因为各种原因未予记载的犯罪数量。

从地域分布来看,以“拒不执行判决、裁定罪”在裁判文书网上进行检索,检索出刑事文书共计 76 641 份,其中文书数量占比最高的省份是河南省,共计 54 613 份文书,占比 71.26%,浙江省、安徽省、河北省次之,而文书占比最低的是西藏自治区,仅 4 份文书。不难看出,拒执罪文书的地域分布不均,这意味着各地对于拒执罪的追诉力度差别较大。然而,如此悬殊的数据差异,除了人口基数、案件数量等浅层次的原因之外,必然存在结构性的深层次的原因。以文书数量占比最高的河南省为例,2016 年河南省高级人民法院联合河南省人民检察院、河南省公安厅印发了《关于办理拒不执行判决、裁定刑事案件若干问题的暂行规定》,该规定对公、检、法三机关在办理拒执罪案件时的分工进行细化,并进一步地明确了拒执罪的立案、侦查、审理程序。值得注意的是,该规定明确法院向公安机关移送拒执罪案件线索的期限为 5 日,公安机关立案和回复法院的期限为 3 日,与其他刑事案件相比有明显的缩短,侧面突出了河南省对拒不执行判决、裁定行为的严厉打击。此外,河南省将拒执罪的追诉纳入了公安机关的绩效考核,很大程度上调动了公安办案人员的积极性。据此,可以大致得出结论,即当前拒执罪的适用率高低与地方司法文件的力度、地方司法职权机关的配合程度以及司法机关内部的绩效考核制度密切相关。

基于上述各项数据的分析,可以归纳如下:第一,“执行难”依然是全国各级法院需要重视的问题,而“执行难”问题成因复杂,拒执罪适用率低是其中一个不可忽视的方面;第二,拒执罪除了适用率低,还存在年份和地域分布不均的问题,不均衡的原因具有复合性,但该罪的追诉政策和相关制度因素是主要原因。那么,是否直接将河南模式在全国范围内铺开适用就能解决拒执罪的追诉困境,提高拒执罪的适用率呢?笔者认为未必。政策推动固然能在一定程度上纾解追诉困境,但毕竟政策具有周期性,政策周期过后原有的追诉难题依然会浮现。因而,本文将立足于拒执罪的法定追诉模式和实践追诉模式,剖析该罪适用率低的深层原因,并从权力和制度优化的角度寻求拒执罪追诉之困的突围路径。同时,需要说明的是,笔者的写作目的并不在于无限扩张拒执罪的适用范围,本文仅针对事实上已经构罪而难以进行追诉的拒执行为,希望疏通拒执罪的追诉渠道,进而对我国的执行难题略有纾解。

二、拒不执行判决、裁定罪的法定追诉模式考察

我国刑事案件的追诉模式为“以公诉为主、自诉为辅”。以公诉为主,即绝大多数刑事案件由国家公诉机关作为适格的起诉主体向法院提起诉讼;以自诉为辅,即对于少量犯罪性质不太严重、情节较为简单、加害人与被害人之间存在特殊关系的轻微刑事案件,由被害人及其法定代理人、近亲属等,以个人名义直接向人民法院提起诉讼^[2]。这种“国家诉权为主,私人诉权为辅”的刑事诉权行使模式,是在借鉴苏联追诉制度的基础之上,结合本土语境,追求国家追诉主义与私人追诉主义的平衡而形成的。国家诉权是刑事诉权启动的主要方式,国家法定追诉机关(即人民检察院)通过行使诉权(即公诉)启动国家司法权,以追究犯罪者刑事责任,维持法律秩序。私人诉权是对国家诉权的补充,与民事诉权本质上无区别,主要通过自诉的方式实现。我国自诉案件的种类规定在《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第二百一十条:“自诉案件包括下列案件:(一)告诉才处理的案件;(二)被害人有证据证明的轻微刑事案件;(三)被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任,而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。”前两类自诉案件由于主体的相对性、法益的特定性以及证据的隐蔽性等因素,自诉模式比公诉模式更有优势;第三类公诉转自诉的案件,是 1996 年《刑事诉讼法》在 1979 年《刑事诉讼法》基础上增加的自诉类型,这类案件本质上是公诉案件,之所以赋予被害人自诉权,是为了遏制司法实践中有案不立、有罪不究的现象,但是学界对于这种自诉模式的存废一直充满争议。

关于拒执罪的追诉模式,我国《刑事诉讼法》并未进行特别规定,但是通过对立法及司法解释的历史考察和梳理,笔者将拒执罪的法定追诉模式发展划分为三个阶段^①。

① 在已有的文献中,关于拒执罪法定追诉模式发展阶段的划分,是以 1996 年《刑事诉讼法》修改为分界线划分为两个阶段:第一个阶段为法院自诉自审模式,第二个阶段为普通公诉模式。参见郭兵《对完善拒不执行判决、裁定罪追诉程序的一点看法》,《人民司法》2011 年第 23 期 80 页。本文划分的依据与已有文献不同,之所以划分为三个阶段,是结合不同阶段的追诉重心、突出自诉模式的考量。

第一阶段,“司法主动型”追诉模式。在1996年《刑事诉讼法》修改之前,拒执罪的法定追诉模式是一种“司法主动型”的追诉模式,在这种追诉模式下,该罪的提起、调查和审判均由法院进行。这种追诉模式的法定依据最早可追溯至1980年,该年在《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于执行刑事诉讼法规定的案件管辖范围的通知》中将拒不执行法院生效判决、裁定行为的管辖权归属于法院。此后,1992年印发的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第一百二十六条中规定:“依照民事诉讼法第一百零二条第一款第(六)项的规定,应当追究有关人员刑事责任的,由人民法院刑事审判庭直接受理并予以判决。”其中,“民事诉讼法第一百零二条第一款第(六)项的规定”就是关于拒执罪罪状的表述。上述司法解释表明,拒执罪最初的法定追诉模式属于法院自诉自查自审的“司法主动型”追诉模式。在司法被动性和审判中立原则被奉为主臬的现代刑事诉讼理论中,这种法院自诉自查自审的追诉模式显然违背了程序正义,几乎与纠问式诉讼模式无异。是故,1996年之后,这种类纠问式的追诉模式于立法中不复存在。但是近年,有观点提出应当比照英美国家藐视法庭罪的追诉模式,在我国增设拒执罪的即审程序,赋予法官直接对行为人施加惩罚的审判权^[3]。这种观点似乎是在复辟“司法主动型”追诉模式,却也有一定的逻辑自洽性。一方面,这种追诉模式是解决拒执罪适用率低、追诉启动困难的有力方案;另一方面,法院内部“审执分离”的改革在一定程度上减弱了这种追诉模式的纠问属性。

第二阶段,“职权配合型”追诉模式。1996年《刑事诉讼法》实施后,拒执罪的法定追诉模式由“司法主动型”转变为“职权配合型”。在这种追诉模式下,拒执罪的侦查、起诉和审判分别归位于公、检、法三机关,追诉程序的推进依赖于法院执行局与公安之间的职权配合。1998年1月19日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大法工委在《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第四条明确:“伪证罪、拒不执行判决裁定罪由公安机关立案侦查。”同年4月,最高人民法院发布了《最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《应用法律解释》),该解释第八条指出:“认为拒不执行判决、裁定人的行为已构成犯罪的,应当将案件依法移送行为发生地的公安机关立案查处。”自此,拒执罪的法定追诉模式由法院自诉自查自审的模式转变为法院与公安之间职权配合的模式。虽然,其本质上与普通刑事案件的追诉模式相同,但吊诡之处在于,拒执罪立案之前有一个必经的案件移送程序,即法院执行局将执行案件的相关材料移送至公安机关,再由公安机关决定是否立案。因之,拒执罪的追诉更依赖于法院与公安的衔接与配合,即便这种职权配合并不是法定的立案前置程序,却在事实上已经成了司法实践中隐形的前置程序,而这也为日后拒执罪的追诉困境埋下了伏笔。

第三阶段,“自诉补充型”追诉模式。上文已经提到,我国在1996年修改《刑事诉讼法》时增加了第三类自诉案件,即“公诉转自诉”案件,由于该类自诉案件无罪名之限制,故而同样适用于拒执罪。笔者之所以在梳理拒执罪法定追诉模式的过程中将“公诉转自诉”单列为第三阶段,是因为这种“自诉补充型”的追诉模式对于拒执罪的追诉有着独特意义。拒执罪中拒绝执行的对象是生效的判决、裁定,而生效的判决、裁定是基于公民民事诉权的行使而形成的关于诉讼请求的司法承认或否定。根据民事诉权理论,诉权具有双重内涵,即程序意义上的诉权和实体意义上的诉权,法院作出判决、裁定意味着程序意义上诉权的实现,而实体意义上的诉权是否实现需要根据实体权利是否实现加以判断^[4]。鉴于拒不执行的生效判决、裁定并未实现权利主体实体上的诉讼请求,可以认为拒执罪中的民事诉权实际上处于未完全实现的状态。以未完全实现的民事诉权作为刑事自诉的权利来源,似乎使得拒执罪中自诉的救济效力更为突出。因此,2015年发布的《最高人民法院关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《适用法律解释》)第三条和第四条,在《刑事诉讼法》关于自诉案件的规定基础上,强调了拒执罪的自诉启动模式。显然,在《适用法律解释》中突出原本就自然适用于拒执罪的自诉路径,是基于执行工作的实践需求,通过强调拒执罪案件公诉与自诉并行的追诉模式,在制度层面进一步保障了申请执行人的刑事诉讼救济路径,有利于当事人矛盾的疏解。

总结上述拒执罪的发展脉络,拒执罪的法定追诉模式在1996年至1998年间发生了转变,由法院自诉自查自审的“司法主动型”追诉模式转变为法院与公安配合的“职权配合型”追诉模式,同时突出强调了“自诉补充型”追诉模式作为当事人的诉讼救济路径。结合特定时期的本土实践,不难看出拒执罪

追诉模式变化背后所蕴含的法治逻辑。其一,我国刑事诉讼立法在职权主义背景下逐渐融入当事人主义的元素,法院作为司法机关在诉讼中的中立角色是现代刑事法治最基本的要求,因此,即便“司法主动型”追诉模式在一段时期内发挥了积极作用,也应当顺应刑事诉讼发展的基本规律进行改变。其二,保障当事人的诉讼权利是我国刑事诉讼发展的基本方向,“公诉转自诉”的权利一方面保证了被害人的程序参与权,另一方面能够对职权追诉模式的不力形成补充和监督,有鉴于拒执罪案件的特殊性,在特定时期强调拒执罪案件被害人的自诉权也是符合解决“执行难”问题的现实需求。

诚然,不可否认的是拒执罪法定追诉模式的发展表面上顺应了法治发展轨道和现实追诉需要,但是,拒执罪的追诉实际上仍然依靠政策的推动,缺少制度内生性的推动力。这意味着拒执罪现行的法定追诉模式本身存在着制度适用的障碍,而这种障碍既可能由追诉模式本身所致,也可能是由其他外部因素的影响所致。

三、拒不执行判决、裁定罪的追诉困境

(一)“职权配合型”追诉模式及其困境

“职权配合型”追诉模式是在原先法院自诉自查自审的“司法主动型”模式的基础之上,按照刑事诉讼基本原则对拒执罪的追诉重新进行职权分配,将拒执罪的立案权明确归属于公安机关,而不再由法院自行立案的模式。同时,根据最高人民法院 1998 年出台的《应用法律解释》第八条之规定,在公安机关立案之前,法院可以决定先行司法拘留,法院认为拒执行为构成拒执罪的,应当将案件移送至公安机关立案查处。可以看到,笔者之所以称之为“职权配合”,是因为与普通刑事案件的立案模式不同,拒执罪立案之前需要法院与公安机关进行对接。然而,正是司法解释中规定的这种立案前的“职权配合”,为“职权配合型”追诉模式的适用埋下了隐忧。

结合 1998 年《应用法律解释》的文本表达对“职权配合型”追诉模式的实践进行考察,可以发现该追诉模式在实践中呈现出指标主导、职权异位、惩戒异化以及标准拔高等问题。

实践中,由于拒执罪的犯罪客观方面发生在执行程序中,执行程序的职权主体是法院执行局,法院执行局在执行过程中或是调查到被执行人虚构、隐匿、转移、毁灭财产等拒执线索,或是遭受到被执行人暴力、威胁等抗拒执行的行为,理论上都较其他职权主体和权利主体更为容易掌握被执行人的构罪证据。因而,不难理解 1998 年《应用法律解释》中规定法院“应当”向公安机关移送案件的考量,法院规定这种移送机制,是为了能够配合公安机关更有力地查处拒执行为。然而,法院这种“善解人意”的配合,却导致了实践中职权异位的结局,具体表现为公安机关以过高的立案标准变相地将侦查职能于无形中转移给法院执行局,而公安机关则通过对立案标准的审查,实际上扮演了检察机关甚至是预审部门的职能。实践中,部分地区的法院执行局为了顺利向公安机关移动拒执罪案件线索,会提前就案情与本院刑事审判庭商议,部分地区的公安机关也会要求执行局取得刑事审判庭的“背书”方能立案,而这种“背书”将会使得拒执罪陷入“未审先判”的泥淖之中,与“司法主动型”追诉模式无异。

立案标准过高不但导致了职能异位,也进一步催生了惩戒措施的功能异化。法院执行局在执行程序中具体享有调查权、保全权、处置权、审查权等执行实施权项下的权力^[5],其中强制力最高的是关涉公民人身自由的司法拘留。民事执行程序中的司法拘留从属性上看是一种兼具处罚性质的执行保障措施,由于程序规制阙如等多种因素,“以拘代执”成了司法实践中的常态,司法拘留之于的执行结果的效力逐渐减弱,因此,实践中更注重将司法拘留强制措施和追究被执行人刑事责任的有效对接。有实务观点认为,在司法拘留不能起到排除妨碍和威慑作用时,应该果断追究被执行人刑事责任^[6]。如此一来,1998 年《应用法律解释》第八条中“法院可以决定先行司法拘留”这一选择性的权力,在“职权配合型”追诉模式中成了司法实践惯用的前置性程序,而本属于惩戒性执行保障措施的司法拘留也被异化成了具有侦查属性的准刑事强制措施。与此同时,由于法院执行局的调查取证的效果与公安机关的侦查结果存在一定差距,但是公安机关却以严格的立案标准要求法院执行局移交拒执罪证据,那么,“以拘代侦”的现象便从刑事拘留蔓延到了拒不执行判决、裁定的司法拘留环节。

上述职能错位、权力异化的现象并不是一蹴而就的,其背后有着根深蒂固的原因。第一,案件指标及考核因素。考核指标作为一种“隐形的程序法”,对诉讼程序具有强大的推动力。比如2015年至2017年间,全国法院开展了打击拒不执行生效判决与裁定行为、规避执行、干预执行、消极执行等专项行动,最高人民法院、最高人民检察院与公安部联合发文,建立联络协作机制,拒执罪案件数量骤增;又如2020年10月国务院推进的“断卡”专项行动,使得帮助信息网络犯罪活动罪在两年间一跃成了全国起诉人数排名前三的罪名。可见,司法机关追诉的积极性很大程度上受到考核指标的影响。公安机关将检察院起诉人数作为办案指标,关于起诉的案件类型,除专项行动外,并无具体的限制。正因如此,一线办案人员更倾向于侦办如盗窃、帮信、轻伤害案件等情节轻微、查证容易的常见案件以完成移送的指标,对于拒执罪这类定性复杂的案件,公安机关主动追诉的意愿并不强。实践中,拒执罪的追诉指标往往是对法院执行局进行设定的,以南通市中级人民法院执行条线为例,中院执行局对基层法院执行局设定每年追诉10件拒执罪案件为考核指标。虽然与基层执行局每年数以千计的执行案件数量相比,追诉10件拒执罪的指标设定并不算高,但是对于人均年办案600—800件的执行法官来说,以公安机关侦查的标准来深挖拒执罪的犯罪线索和证据材料并非易事,而执行法官囿于指标的压力,权力被异化也在所难免。

第二,权力配合与制约因素。《中华人民共和国宪法》(以下简称《宪法》)第一百四十条和《刑事诉讼法》第七条规定了公、检、法三机关办理刑事案件时“分工负责,互相配合,互相制约”的职权原则。在传统“流水线式”的诉讼程序中,公安机关、检察院、法院呈递进式衔接,公安机关在办理刑事案件过程中受到检察院的制约和监督,与法院在程序衔接上并无直接的制约关系,仅在少数情况下存在一定的配合关系,比如法院可以就证据合法性要求侦查人员出庭说明情况。除此之外,刑事诉讼程序中法院与公安机关无明显配合与制约关系。正因如此,在拒执罪的立案环节,“职权配合型”的追诉逻辑本应是由法院配合移送线索,公安进行立案,而现实却转变成由法院调查取证,公安配合立案。又鉴于法院对公安机关无直接制约和监督的权力,公安机关“配合”的积极性明显不足。在普通刑事案件中,根据《刑事诉讼法》第一百一十二条和第一百一十三条的规定,报案、控告、举报人可以对公安机关不予立案的决定申请复议,被害人可以针对不予立案的决定提请检察院进行立案监督。在拒执罪的“职权配合型”追诉模式中,申请立案人的角色不再由私权利主体承担,而是由法院执行局这一具有公权力属性的司法权主体承担。对于公安机关的不立案,法院执行局并不会像私权利主体那样通过程序救济路径对公安机关进行复议和立案监督,这就导致法院执行局在拒执罪的追诉过程中进退维谷。以至于,最高人民法院在2018年5月30日发布的《最高人民法院关于拒不执行判决、裁定罪自诉案件受理工作有关问题的通知》(以下简称《受理工作通知》)第二条中指出:“人民法院向公安机关移送拒不执行判决、裁定罪线索,公安机关决定不予立案或者在接受案件线索后60日内不予书面答复,或者人民检察院决定不起诉的,人民法院可以向申请执行人释明,申请执行人有证据证明负有执行义务的人拒不执行判决、裁定侵犯了其人身、财产权利,应当依法追究刑事责任的,人民法院可以以自诉案件立案审理。”由此可以看出法院在公安机关和申请执行人之间的尴尬处境,甚至自诉这一私人诉权的救济竟然在某种程度上成了一种“对公权力的救济”。

第三,司法观念和认知因素。生效裁判的执行是专属于法院执行局的职能,既如此,拒执罪的犯罪构成要件通常情况下多发生于法院执行阶段,而依据传统观念和认知,法院作为司法机关理应具有高于普通自诉人的司法判断力和证据固定能力。因此,由法院对拒执罪的追诉进行主导在一定程度上是符合实践需要和诉讼规律的,这也是“司法主动型”追诉模式下所形成的长期司法观念,以至于即便是追诉模式转型成“职权配合型”,这种司法观念仍难以消除,拒执罪的追诉模式实际上仍具有浓厚的“司法主动型”特色。上文提到,1998年《应用法律解释》中“应当将案件依法移送公安机关”的规定,是法院为配合公安机关拒执罪立案而突出强调的“善意表达”,但却无形中为法院执行局承揽了本属于公安机关的追诉职能。或许是意识到“善意规定”被曲解后对拒执罪的追诉造成了困境,最高人民法院在2015年《适用法律解释》中删除了1998年《应用法律解释》第八条关于先行司法拘留和案件移送义务的规定。然而,长期的职权异位已经很难纠正,拒执罪追诉困境也已经因此而根深蒂固。即便针对拒不执行判决、裁定行为的打击,无论是全国层面还是地区层面都已经多次展开过部门联合的集中性刑

事治理活动^①,拒执罪立案难的现状也尚未从根本上得到解决。

(二)“自诉补充型”追诉模式及其困境

“自诉补充型”追诉模式是以“公诉转自诉”的自诉路径为基础,对“职权配合型”追诉模式进行的一种补充。之所以称之为补充,是因为“公诉转自诉”与告诉才处理、可自诉可公诉的自诉案件不同,“公诉转自诉”的案件本质上属于公诉案件,之所以将其转化成自诉案件,一方面是为了督促公权积极追诉,另一方面是为了增加公诉案件的救济渠道。从公诉与自诉的关系上看,“公诉转自诉”必须先启动公诉程序,只有公诉不启动的情况下才得以启动自诉。2018年《受理工作通知》第三条明确了拒执罪中公诉与自诉的关系:“公安机关接受申请执行人的控告材料或者人民法院移送的拒不执行判决、裁定罪线索,经过60日之后又决定立案的,对于申请执行人的自诉,人民法院未受理的,裁定不予受理;已经受理的,可以向自诉人释明让其撤回起诉或者裁定终止审理。”据此可以确定,在拒执罪的追诉中,公诉与自诉这两种追诉途径不是并列状态,“职权配合型”追诉模式优先于“自诉补充型”追诉模式。

以“拒不执行判决、裁定罪”为关键词在裁判文书网上进行检索,检索出刑事文书共计76 641份,其中刑事裁定书53 651份,绝大部分是驳回自诉人自诉请求的一审刑事裁定和驳回自诉人针对一审驳回自诉的刑事裁定而提起的上诉的二审刑事裁定。可见,“自诉补充型”追诉模式同样面临着启动难的问题,而“自诉补充型”追诉模式的困境一方面是由“公诉转自诉”这一自诉模式本身的问题导致,另一方面也与拒执罪的特殊性相关。

“公诉转自诉”于1996年作为第三种自诉途径被写入《刑事诉讼法》,然而这一自诉途径在1994年的立法草案中并未规定,是在后续的立法程序中经由人大代表提出后增补进《刑事诉讼法》中的。立法如此规定,是因为“1979年刑事诉讼法偏重于维护国家追诉权,对被害人权利的保护较少,实践中出现了公民权利受到犯罪分子的侵害,有的公安机关或者检察院的办案人员严重不负责任,推诿敷衍,该管的不管,使得被害人告状无门”^[7]。然而,由于入法的仓促,“公诉转自诉”的诉权基础缺少充分的理论证成,因此“公诉转自诉”的实践效果并不尽如人意,理论争议也从未停止。实践中,自诉人承担着证明被告有罪的举证责任,但其取证能力却不足,通常很难达到自诉案件的立案标准,进而有可能陷入与法院的无限拉扯之中,无论对自诉人还是对法院都形成了负担。在这类案件中,由于理论上的冲突和矛盾,国家追诉机关应当如何在这一过程中找到定位和发挥作用更成了制度设计和实际操作中都很难解决的一大问题^[8]。根据相关学者的统计,在我国自诉案件适用率极低,“公诉转自诉”案件几乎没有^[9]。理论上,“公诉转自诉”几乎适用于刑法中所有有具体被害人的罪名,使得自诉圈无限扩张,不符合世界范围内国家追诉主义的趋势,也使得国家追诉机关的诉权处于摇摆不定的状态,非但没有实现对当事人的诉权救济,反而会导致当事人与国家司法机关关系紧张。有鉴于此,不少学者认为应当将“公诉转自诉”乃至整个自诉制度取消^[10]。不过,也有学者认为“公诉转自诉”制度尽管在现实运行中存在不少问题,不宜因此完全否定其存在的必要性,理性的态度应当是通过立法对其进行合理的改造^[11]。

拒执罪的自诉与其他自诉案件相比具有特殊性。拒执罪所依据的生效判决、裁定属于对私法益的司法确认,故而拒不执行判决、裁定的行为最初侵犯的是私法益,当拒执行为达到了一定的严重程度,符合《刑法》第三百一十三条“情节严重”的规定,进而对司法权威与司法公信力造成了损害,则达到了拒执罪的法益侵害程度。基于前述该罪的法益侵害路径,执行案件中的申请执行人理应具有诉权基础作为自诉人提起自诉。正是因为拒执罪所保护的私法益比重较高,相较于其他“公诉转自诉”的案件,拒执罪案件中自诉的补充性理应更强,某种程度上甚至接近于告诉才处理的案件和可自诉可公诉的案件。因此不难理解为何有实务专家提出拒执罪案件的追诉属于公诉与自诉并行的方式^[12]。但事实上,也正是因为拒执罪的特性,使得拒执罪的自诉难以发挥作用。

① 如最高人民法院、最高人民检察院、公安部于2014年11月5日发布《关于开展集中打击拒不执行判决、裁定等犯罪行为专项行动有关工作的通知》;广东省高级人民法院、广东省人民检察院、广东省公安厅于2018年9月11日联合印发《关于办理拒不执行判决、裁定刑事案件的规范指引》的通知;中共苏州市委政法委员会、苏州市中级人民法院、苏州市人民检察院、苏州市公安局、苏州市司法局于2022年3月29日联合发布《关于严厉打击拒不执行判决、裁定等违法犯罪行为的通告》;杭州市中级人民法院、杭州市人民检察院、杭州市公安局于2021年12月4日联合发布《关于严厉打击拒不执行判决、裁定违法犯罪行为的公告》;等等。

一方面,涉及自诉人身份的适格问题。诉权的构成要件有二:一是当事人适格,二是当事人有诉的利益^[13]。具体到拒执罪的自诉模式中,立法关于“公诉转自诉”中适格自诉人的身份表述是“被害人”,申请执行人如果要根据《刑事诉讼法》第二百一十条第三款提起自诉,则需要证明其身份已经由民事诉讼中的权利主体转变为刑事诉讼中的被害人,而身份转变的关键点就在于被执行人的拒绝执行行为,是否已经对申请执行人的人身权利、财产权利造成了超出民事法律调整范畴的侵害后果并且“应当依法追究刑事责任”。换言之,申请执行人需要通过证明其民事权利的受侵害程序已经达到了刑法中个人法益受侵害的程度,进而证明其具有适格的刑事自诉人身份。这种混合着诉的利益证明的主体适格性证明,并没有明确的证明标准,对于申请执行人来说,其难度可想而知。

另一方面,涉及自诉人的证明责任问题。举证难是所有自诉案件的痛点,拒执罪的举证难则尤为突出。抛开职权追诉的消极因素,单从拒执罪自诉的举证责任展开,自诉人需要就两方面的事实进行举证:一是负有执行义务的人达到拒执罪的入罪标准,二是公权追诉已经作出否定性结论。入罪标准方面,拒执罪的入罪标准采用“定性+定量”的罪状表述形式,定性上需要符合“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行”,定量上需要达到“情节严重”。对于自诉人来说,无论是定性标准还是定量标准,证明难度都远远超出普通公民的举证能力范围,更何况,立法和司法解释的表述极具抽象性,即便是司法机关也难以把握。公诉否定结论的举证层面,自诉人需要证明其曾经向国家追诉机关提起过控告而国家追诉机关作出了否定性结论,实践中,部分公安机关或不接受控告材料或接受控告材料后不予书面答复,这就使得自诉人无法提供相应证据。为了解决这一问题,最高人民法院在2018年《受理工作通知》第一条中为自诉人设立了60天的“等候期”：“申请执行人向公安机关控告负有执行义务的人涉嫌拒不执行判决、裁定罪,公安机关不予接受控告材料或者在接受控告材料后60日内不予书面答复,申请执行人有证据证明该拒不执行判决、裁定行为侵犯了其人身、财产权利,应当依法追究刑事责任的,人民法院可以以自诉案件立案审理。”虽然表面上减轻了自诉人的证明难度,但该条表述中“可以以自诉案件立案审理”中所蕴含的立案裁量权,昭示着拒执罪的自诉之门并未彻底向自诉人敞开。

行文至此,结合上述对拒执罪实践中追诉模式的分析,笔者认为可以用“职权配合不配合,自诉补充不补充”来形容拒执罪的追诉困境,显然无论是“职权配合型”追诉模式还是“自诉补充型”追诉模式,都没有发挥出应有的制度功效,以至于出现了复辟“司法主动型”追诉模式的倾向。当然,制度失效的原因是多样的,如果浮于制度的问题表象,在两种追诉模式的框架下寻求突围路径,那么很可能以“问题一对策”的思维得出“扩大自诉人权利、加强职权协作”的解决方案,这种突围路径无异于隔靴搔痒,最终形成“问题一对策一问题”的恶性循环。鉴此,笔者拟放眼追诉模式之外,于刑事诉权的角度进一步探求拒执罪追诉困境的破解之道。

四、拒不执行判决、裁定罪追诉困境的破解路径

刑事诉权,由国家诉权和公民诉权组成。在刑事诉讼中引入诉权理论,对于科学合理地配置诉讼主体在刑事诉讼中的具体诉讼权利(力),完善诉讼机制,开拓刑事诉讼法学的研究视野等都具有重要的意义^[14]。从刑事诉权角度思考拒执罪的追诉程序,可以发现在拒执罪中,无论是国家诉权还是公民诉权都并未发挥诉权应有的程序价值。那么,如何在拒执罪的追诉中激活刑事诉权以及如何分配国家诉权与公民诉权将是突围的关键。上文提到,在公诉与自诉关系的理论研究中,主张取消“公诉转自诉”制度的观点不在少数,一方面是因为该制度理论基础不足,另一方面是因为该制度实践效果不佳,拒执罪的自诉亦如是。既然职权追诉和申请执行人自诉实质上都存在制度失效的问题,而自诉制度本身就已经存在固有缺陷,那么取消拒执罪的自诉,将重心放在职权追诉的制度优化上,从而能够形成突围之路,是下文需要展开论述的。

(一)取消拒执罪的自诉模式

倘若要保留拒执罪的自诉,则必须解决一个问题,即自诉人取证能力不足而难以达到追诉证明标准的问题,否则自诉制度将继续维持在空置的状态。然而,如果通过降低证明标准的方式解决该问题,

那么被追诉人的权利就难以保障。因此,解决该问题的思路应该是在不降低自诉启动的证明标准和自诉证明责任的前提下,减轻自诉人的证明负担。加强职权协助,能够在不改变刑事诉权框架的情况下减轻自诉人的证明负担,是保留自诉模式的不二法门。所谓职权协助,是公安司法机关对自诉人的自诉提供帮助,主要体现在诉讼程序的指引和诉讼证据的收集方面。职权协助的可行性及实效性,是自诉模式保留与否的决定性因素,通过对职权协助效果进行考察,能够得出是否删除拒执罪自诉模式的结论。

自诉案件中,现有法律明确规定的职权协助是法院的职权协助,然其收效甚微。《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》第三百二十五条规定了法院对自诉案件的取证协助,该条指出:“自诉案件当事人因客观原因不能取得的证据,申请人民法院调取的,应当说明理由,并提供相关线索或者材料。人民法院认为有必要的,应当及时调取。对通过信息网络实施的侮辱、诽谤行为,被害人向人民法院告诉,但提供证据确有困难的,人民法院可以要求公安机关提供协助。”根据该条文本表达可知,对于自诉的职权协助,法院出于司法中立性原则的考量,坚持偏消极的态度,在设定“客观原因+应当说明理由+提供相关线索或者材料”这一协助取证门槛的同时,保留了较大的裁量权。与此同时,囿于法院对公安制约性不足而导致的公安配合性不强这一现实因素,法院将要求公安协助的案件范围进行了限定,可以看出,法院对自诉的职权协助在范围上和程度上都是有限的。

具体到法院对拒执罪自诉的职权协助,笔者认为,根据现行制度框架,通过法院获得公安机关的帮助恐困难重重,而依赖于法院的职权协助也不切实际。原因在于,拒执罪自诉启动之前必然经过了执行程序,彼时,法院执行局已经掌握了被执行人的财产线索等证据,一旦达到拒执罪的立案标准,法院执行局会依职权向公安机关移送线索,而不是等待债权人提起自诉后将线索移送至本院立案庭。自诉人向法院申请职权协助后,法院即便将执行程序中获得的线索和证据向自诉人开示,也很难达到刑事自诉的立案标准。而经过执行局调查取证仍证据不足的案件,法院其他部门协助取证也很难在执行局取证的基础上实现突破,并且还会造成司法资源的重复浪费。据此,通过加强法院的职权协助以保留拒执罪的自诉,并不能真正意义上打破自诉模式的困局。

既然法院的职权协助无益于自诉权的保留,那么是否存在其他职权协助路径能够对自诉的保留形成助益?笔者认为,相较于处于中立地位的法院,检察院的职权协助虽然效力上有所增强,但并不足以成为自诉权保留的决定性因素。根据我国检察院的权力属性,其对自诉人(申请执行人)进行职权协助的路径有二:一是通过行使法律监督权对拒执罪进行立案监督,二是通过行使公诉权对拒执罪的自诉进行诉讼担当。

拒执罪立案监督的启动,依赖于当事人的申请。根据现有规定,申请执行人在自诉之前,可以选择向检察院申请立案监督。检察院经过审查后,认为应当立案的,通知公安机关立案,案件继续以公权追诉方式进行;认为不应当立案的,向申请执行人说明理由,此时如申请执行人不服,则可以向法院提起自诉。由此可知,对于公安机关不立案的情形,现有规定中申请立案监督不是必经程序,如果申请执行人不申请立案监督而是直接诉诸法院,那么检察院便无从得知拒执罪案件的存在,亦无法发挥监督职能。实践中,多数申请执行人认为申请立案监督拉长了诉讼周期,倾向于直接诉诸法院,检察院的立案监督在拒执罪的自诉模式中处于无的放矢的状态。

拒执罪的自诉担当,需要在现有刑事诉权理论上进行探索,明确诉讼担当的内涵后再考察其可行性。根据现有的诉权理论,诉讼担当有两种内涵:一种是自诉转为公诉的诉权转化^[15];另一种是基于自诉人在诉讼过程中死亡或者丧失行为能力这一法定事由,而由检察官承继诉讼的一种公权协助^[16]。在我国的刑事诉权语境下,诉讼担当的内涵属于前者,是一种自诉转为公诉的诉权转化,“杭州郎某、何某网络诽谤案”(最高人民检察院第三十四批指导性案例检例第137号)是为例证^[17]。虽然目前诉讼担当逐渐取得了理论界和实务界的认可,但是如果在拒执罪案件中适用诉讼担当,可能会出现制度漏洞,有违制度初衷。“杭州郎某、何某网络诽谤案”之所以能够适用诉讼担当,是因为诽谤案本质上属于“告诉才处理”的自诉案件,对该类案件进行诉讼担当能彰显国家对私人法益的公权保护。而拒执罪案件本质上是公诉案件,拒执罪的自诉属于“公诉转自诉”,如果检察院对拒执罪的自诉进行诉讼担当,那么便会形成“公诉转自诉再转公诉”的循环,此时诉权经过了两次转化,这种诉讼担当是否符合

诉权转化的原理值得思考。笔者认为,根据刑事诉讼基本原理,诉权转化作为程序救济应当兼顾诉讼效率,诉权转化以一次为限,对于拒执罪的自诉,不适宜探索适用诉讼担当制度。

综上所述,无论是法院的职权协助还是检察院的职权协助,都无法从根本上解决拒执罪的自诉困境,如果保留自诉,那么需要对现有的职权协助模式进行制度变革,而变革过程中司法机关所投入的司法资源远超于直接对职权追诉模式进行优化。与其如此,笔者认为取消拒执罪的追诉模式,着力于职权追诉模式的优化,更有利于破解拒执罪的追诉难题。

(二) 优化拒执罪的职权追诉

取消拒执罪的自诉,是以有效的职权追诉模式为前提的,有效的职权追诉是以有效的职权配合与协作为基础的。自1982年《宪法》规定职权配合制约原则至今已有40余年,但在“严格公正司法”的法治化进程中,职权配合制约原则的优化仍是重要的议题。习近平总书记在党的二十大报告中指出:“规范司法权力运行,健全公安机关、检察机关、审判机关、司法行政机关各司其职、相互配合、相互制约的体制机制。”^[18]具体到拒执罪的职权追诉问题上,公安机关职权能动性不足,检察院职权角色阙如,法院职权定位模糊,这使得职权配合制约原则在拒执罪中从功能紊乱走向一纸空文。优化拒执罪的职权追诉,需要明确该罪作为公诉案件的职权主导和职权配合角色,畅通主导机关和配合机关的沟通渠道,同时激发检察机关在拒执罪中的能动性。具体而言有以下几方面。

第一,考核指标的合理分配。之所以会出现职权异位的问题,主要是因为考核指标分配得不合理,使得法院执行局成为了拒执罪职权追诉程序中唯一有动力的职能部门。法院执行局本应承担移送线索的配合职能,却因为执行条线的考核指标设定,实质上对拒执罪的追诉承担了主导责任。基于长期的职权异位和拒执罪本身的特性,如果不进行强调性纠偏,拒执罪恐难以与其他刑事公诉案件一样步入正常的追诉轨道。目前,各规范性文件中只有法院发布的相关司法解释对拒执罪公诉的职权划分作出了明确规定,但对其他职权机关而言制约性不强,且1998年《应用法律解释》的“善意配合”还模糊了职能的归属。除此之外,尽管多地探索公、检、法、司等部门会签文件重点打击拒执行为,甚至有些地区由政法委牵头出台相关文件,但由于考核指标设定在法院执行局,即便多机关协作配合的口号再响亮,最终的压力仍然会反弹至法院执行局。综上,笔者认为,应当自上而下地就拒执罪的立案和侦查职能进行强调性规定,由法院执行局继续承担拒执罪的追诉指标既有悖于诉讼法理,也会加重实践困境,应当取消法院执行局的拒执罪追诉指标,合理地将拒执罪追诉指标分配给公安机关。划定追诉指标时,应当避免“一刀切”的做法,避免以具体立案数、移送审查起诉人数作为指标,这样不但会导致该类案件审前羁押率升高,甚至可能会产生错案的风险。建议采用绩效激励的方式进行正向的考核,以提升公安机关的积极性。据悉,河南省正是采用如此的绩效激励模式,才提高了拒执罪的追诉率。

第二,调查权与侦查权协作。曾有观点认为,解决拒执罪的追诉难题应当考虑赋予法院司法警察侦查权以降低法院的取证难度^[19]。这种观点是基于“司法主动型”追诉模式的影响,在职权异位的框架下提出的,既违背程序的基本法理,也不符合司法实践。笔者认为,职权归位后法院执行局不会再面临此前的举证压力,自然也无须再论司法警察行使侦查权的合法性问题。但是,职权归位并不意味着法院执行局可以完全脱离拒执罪的追诉程序,相反,法院执行局应当积极配合公安机关进行立案。执行程序中,法院执行局通过调查权可以获得被执行人的财产线索、固定被执行人逃避执行的行为作为证据,虽然调查所取得的线索和证据并不及侦查取证那样全面,但是能在很大程度上减轻公安机关的侦查压力,节约司法资源。同时,法院调查取得的证据具有司法的属性,在证据转化程序方面也不必像行政执法证据转化为刑事证据一般复杂。因此,需要构建法院执行局与公安机关的沟通渠道,实现从调查权到侦查权的有效衔接,形成数据共享和信息互通。如此一来,能够在法院执行局与公安机关之间形成一致的认定标准,化解因标准不一致而形成的追诉障碍,长远地看,法院执行局亦可借助公安机关侦查协助突破执行壁垒。

第三,检察机关的角色激活。在之前对拒执罪公权追诉的实践考察中,难觅检察院的身影,由是可知检察机关在拒执罪的追诉程序里的角色缺失,这是由“职权配合型”追诉模式的职能异位所导致的。立案前,法院执行局与公安机关就立案标准的不一致和线索移送的充足与否不断拉扯;不予立案后,法院执行局一般既不会申请复议,也不会向检察院申请立案监督,反而会通过向申请执行人释明的方式

鼓励申请执行人自诉;仅在立案之后,检察院才会依职权进入到拒执罪的追诉程序中。根据《宪法》和《刑事诉讼法》的规定,检察院作为法律监督机关,有权对任何犯罪的立案程序进行监督。优化拒执罪的职权追诉,亟须检察院发挥能动作用,通过法律监督的方式对立案环节进行监督,以协调法院执行局与公安机关之间的不一致。对于应当立案而不立案的,检察院应当以立案监督的方式督促立案;而对于不应当立案而立案的,检察院也应当保障被告人的程序利益,防止拒执罪的国家追诉走向另一个极端,演变成“刑事催收程序”。

此外,需要补充的是,取消申请执行人的自诉权并不意味着其诉讼权利无法实现,自诉实质上是省略了普通刑事案件审前程序的一种诉讼模式,因此,诉讼的启动不必与自诉权捆绑在一起。失去了自诉权的申请执行人,仍然应当保障其作为诉讼参与人加入刑事诉讼的程序参与权。一方面,申请执行人作为拒执案件中的受害人,有权利和义务向侦查和司法机关提供证据,也可以作为被害人向司法机关作出陈述,在符合刑事和解适用条件的情况下,申请执行人有与被告人和解的选择权。另一方面,对于国家追诉终止的案件,应当构建类似于德国强制起诉制度(类似的制度诸如日本的准起诉制度、我国台湾地区的交付审判制度)的公诉监督机制,赋予被害人诉权救济途径。应当注意的是,这种针对诉权的救济应当明确范围,以防止私权过度干涉检察院的起诉裁量权。参考德国的做法,根据《德国刑事诉讼法典》第一百七十二条第二款规定的强制起诉之例外,可以得知强制起诉制度不适用于附条件不起诉、轻微犯罪的不起诉^[20]。回归到我国拒执罪的公诉救济语境,对于拒执罪这种本质上属于公诉范畴的罪名,应当尊重国家追诉的处分权即自由裁量权,因此,强制起诉制度的构建应当将适用范围限定在因证据不足而导致追诉终止的案件,排除对法定终止追诉和相对不起诉案件的适用。

五、结语

从功能主义的视角出发,优化职权追诉无论是从节约司法成本还是提高制度适用率上看,都比保留自诉更具有优势。即便是保留自诉,自诉的实现也依赖于职权的协助。事实上,自诉保留与否,与权利无关,与能力有关。在自诉人能力难以实质提升的情况下,如果职权追诉能在最大程度上发挥作用,当事人尤其是被害人的权利已经通过司法机关的职权追诉得到实现,那么自诉的存在便仅仅只是当事人诉权保护的一种象征。拒执罪中,申请执行人已经通过民事诉讼程序行使了诉权,倘若针对生效判决、裁定还需要当事人继续通过行使诉权进行追诉的话,本质上是对司法权威的一种冲击。如果坚持保留自诉作为申请执行人的权利,不但为职权追诉的懈怠留下了空间,一旦自诉失败,还有可能加剧当事人之间、当事人与司法机关之间的矛盾。

或许,如同“壁虎断尾”的原理一样,一项制度的运行,只有摒弃表面看似必不可少实则负累不堪的部分,才能激活沉睡中的有效部分。

参考文献:

- [1]左卫民.中国“执行难”应对模式的实证研究:基于区域经验的分析[J].中外法学,2022(6):1445.
- [2]熊秋红.论公诉与自诉的关系[J].中国刑事法杂志,2021(1):17.
- [3]孟祥.拒不执行判决、裁定罪实务问题探析[J].中国刑事法杂志,2019(1):82.
- [4]汪建成,祁建建.论诉权理论在刑事诉讼中的导入[J].中国法学,2002(6):122.
- [5]肖建国,黄忠顺.论司法职权配置中的分离与协作原则:以审判权和执行权相分离为中心[J].吉林大学社会科学学报,2015(6):37.
- [6]张静.执行过程中应审慎适用司法拘留措施[N].人民法院报,2014-09-10(08).
- [7]王爱立.中华人民共和国刑事诉讼法释义[M].北京:法律出版社,2018:447.
- [8][10]罗智勇.对我国公诉与自诉关系的理性思考[J].中国刑事法杂志,2006(2):58,60.
- [9]熊秋红.论公诉与自诉的关系[J].中国刑事法杂志,2021(1):17.
- [11]吴小帅,周长军.从实践困境看我国刑事自诉圈的立法重构[J].法学论坛,2015(3):159.

- [12] 刘贵祥,刘慧卓.《关于审理拒不执行判决、裁定刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用[J].人民司法,2015(23)13.
- [13] 江伟,邵明.民事诉权研究[M].北京:法律出版社,2002:116.
- [14] 汪建成,祁建建.论诉权理论在刑事诉讼中的导入[J].中国法学,2002(6):122.
- [15] 李昌珂.德国刑事诉讼法典[M].北京:中国政法大学出版社,1998:138.
- [16] 卞建林.论国家对自诉的规制和干预[J].政法论坛(中国政法大学学报),1993(3):43.
- [17] 最高人民法院.最高人民法院第三十四批指导性案例[EB/OL].[2022-12-12].https://www.spp.gov.cn/spp/xwfbh/wsfbh/202202/t20220221_545102.shtml.
- [18] 习近平.高举中国特色社会主义伟大旗帜 为全面建设社会主义现代化国家而团结奋斗:在中国共产党第二十次全国代表大会上的报告[EB/OL].[2022-12-14].http://www.gov.cn/xinwen/2022-10/25/content_5721685.htm.
- [19] 王思思.拒不执行判决、裁定罪追诉程序的完善研究:以审执分离背景下法院的角色厘定为前提[J].法学杂志,2021(2):119.
- [20] 李昌珂.德国刑事诉讼法典[M].北京:中国政法大学出版社,1998:86.

编校:何学斌

The Prosecution Dilemma of the Crime of Refusing to Execute Judgments and Rulings and its Crack

Yang Huiyan

(School of Criminal Justice, East China University of Political science and Law, Shanghai 200042)

Abstract: The statutory prosecution model for the crime of refusing to execute the judgment or ruling has gone through three stages: “judicial initiative”, “authority cooperation” and “supplementary private prosecution”. In practice, since it is difficult to initiate prosecution procedures for the crime of refusing to execute the judgment or ruling, it is difficult to achieve its criminal governance objective of solving the problem of “difficulty of enforcement”, which is manifested by the fact that the “authority cooperation” mode of prosecution has developed in the opposite direction to the “judicial initiative” mode of prosecution due to the alienation of authority, and the “supplementary private prosecution” prosecution mode cannot play the relief role of the right of private prosecution, because of the inherent defects of the private prosecution system and the special nature of the crime of refusing to execute the judgment or ruling. In order to break the prosecution dilemma of the crime of refusing to execute the judgment or ruling, we should look beyond the mode of prosecution, seek solutions from the criminal prosecution theoretical dimension, take “cancellation of the private prosecution, optimization the authority prosecution” as a breakthrough path, abandon the vacant private prosecution model, reasonably distribute assessment indicators based on straightening the power logic of the three organs of public security, procuratorate and court, strengthen the connection between the investigation of court executive boards and investigation power of public security organs, activate the role of the procuratorial organs.

Key Words: crime of refusing to execute judgments and rulings; power and right of criminal prosecution; public prosecution; private prosecution; authority cooperation

宋代法官审理田宅争讼的理念和方法

王忠灿

(许昌学院 法学院,河南 许昌 461000)

摘要:宋代田宅争讼因关乎当事人重大利益且常涉及道德伦理而成为疑难复杂案件。宋代法官接到田宅争讼后通常不因程序原因而拒绝裁判,而是尽力查明案件事实以决定是否受理。法官查明田宅争讼案件事实的方法是通过比勘状供发现两造争讼的焦点,辨验证据真伪以查明陈情虚实,事实有疑则实地考察验证。法官在查明案件事实的基础上据理辨明是非曲直,依法定分止争。宋代法官处断田宅争讼的核心判断是依法确定田宅归属和田宅交易的效力。因田宅争讼常关乎人情,宋代法官将具体案例中的“人情”分为个体利益、情感关系和亲属关系、群体道德准则和普遍人性。法官在人情衡量时平衡争讼双方的合法利益,对具有伦理关系的当事人争讼作差异化处理,惩戒违反儒家价值观念和善良风俗的行为,尊重理解“人情之常”,对违背人性的恶行适用刑罚,以司法审判来推行教化。宋代法官审理田宅争讼的理念和方法能够对现代民事审判提供借鉴价值。

关键词:宋代;田宅争讼;审判理念;裁判方法

中图分类号:D909.92 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0147-10

田宅争讼案件是宋代法官经常遇到的疑难复杂案件,其疑难主要在于纠纷历时久远、证据真伪难辨、事实难以查明;其复杂主要在于田宅争讼者之间通常存在亲邻乡族关系,当事人的利益争夺和身份伦理关系纠缠在一起。法官若处理不当,极易造成当事人缠讼不休、久讼不决的后果。从《名公书判清明集》所载田宅诉讼案件的判词来看,宋代法官对此类案件的审判形成了相似的理念和成熟的方法,值得我们归纳总结。学界以往对于宋代田宅争讼的研究主要有三种进路:一是用现代民事诉讼的制度框架对宋代田宅诉讼案件进行剪裁,从而绘就宋代田宅诉讼的民事诉讼法学面孔;二是以现代法学方法分析宋代法官的事实认定和法律适用,进而概括宋代法官民事审判的推理方式和法律思维逻辑;三是通过古今比较凸显宋代法官审判田宅诉讼的特色,认为宋代法官在审判民事诉讼中展现出高超的审判技艺,形成了独特的风格和精神^①。第一种研究可以称为“以古附今”,即以宋代田宅诉讼附会现代民事诉讼,但是可能会遮蔽宋代司法中丰富多彩的事实;第二种研究可以称为“以今析古”,用现代法学理论和法学方法论解析宋代法官审判案件的历史经验,其论析虽然精致细密,但更多是属于分析工具的

* 收稿日期:2023-01-20

基金项目:本文是作者主持的2017年国家社科基金一般项目“理学兴起与宋代司法传统的历史转型研究(项目编号:17BFX029)”的持续性研究成果。

作者简介:王忠灿,男,许昌学院法学院副教授,研究方向为中国法律史。

① 第一种进路的代表性研究如张晋藩、郭成伟《中国法制通史》第五卷,法律出版社1999年版,第531-557页。第二种进路的代表性研究有陈景良、王小康《宋代司法中的事实认知与法律推理》,《学术月刊》2020年第2期;陈锐《宋代的法律方法论》,《现代法学》2011年第2期;潘萍《论宋代民事诉讼中的法律适用》,《江苏社会科学》2021年第3期。第三种进路的研究如邓勇《论中国古代法律生活中的“情理场”——从〈名公书判清明集〉出发》,《法制与社会发展》2004年第5期;张本顺《“法意、人情,实为一体”:中国古代“情理法”整体性思维与一体化衡平艺术风格、成因及意义》,《甘肃政法学院学报》2018年第5期;韩慧《宋代审判技术的历史考察与当代审视》,《政法论丛》2018年第4期。

自身特点,很难说是宋代法官真实的裁判方法和推理过程;第三种研究可以称为“美古鉴今”,虽极力赞美宋代法官的专业素养、审判艺术、人文精神和“情理法”融通风格,但未能清晰描述宋代司法的过程和面貌。本文将深入宋代法官的判例判词之中,探析宋代法官的司法理念和裁判方法,从中概括出宋代法官审理田宅诉讼的历史经验,以期对当前的民事审判有所启示。

一、宋代法官审理田宅诉讼的基本理念

田宅是中国传统社会民众最重要的财产,也是孟子“与民制产”主张中最核心的内容。按照孟子的理想,一个家庭需有五亩之宅、百亩之田,若能从事农桑,便可安居乐业^[1]。从儒家社会治理的逻辑来说,田宅是民之本业,是民生教化之本,“夫理道之先在乎行教化,教化之本在乎足衣食”^[2]。宋代士大夫也认为“正经界”是社会治理的起点和根本。如程颢所说:“天生蒸民,立之君使司牧之,必制其恒产,使之厚生,则经界不可不正,井地不可不均,此为治之大本也。”^[3]田地既定,民有居所,人民才能安居乐业。若百姓因为田宅发生诉讼,则关乎民生之根本,法官必须认真对待。

(一) 田宅为立家之本,争讼为败业之源

中国古代的田宅不是属于个人的,而是属于家庭成员共有的家产。田宅是家庭生活的物质条件,也是家庭存续的基本保障。对宋代的普通农业家庭而言,田宅是最重要的产业。置办田宅是立业的标志,典卖田宅则是家业破荡的标志。增广田宅象征家业兴旺,田宅被侵剥则代表着家业衰败。因此田宅交易既要合法,亦当自愿,“大凡人家置买田宅,固要合法,亦要合心。合法则不起争讼,合心则子孙能保”^[4]。

宋代田产“不抑兼并”,田宅可以自由交易。为维护土地私有和规范土地流转,宋代创立了请射、理认、典卖、税契等一系列维护自由地权的制度^[5]。田产交易、流转频繁,田宅争讼多发。一旦发生田宅争讼,当事人提供的证据或历时长久或相互矛盾甚或只有口头陈述没有相关书证,法官若不认真对待,连基本的案件事实都查不清楚。所以法官首先应知有田宅界分必有讼争,听讼必须查明事实原委,其中最重要的便是契券证据。即所谓“君子观天水违行之象,知人情有争讼之道。故凡作事,必谋其始,绝论端于事之始,则讼无由生矣。谋始之义广矣,若慎交结、明契券之类是也”^[6]。

田宅争讼涉及两造重大利益,争财竞产的双方在诉讼中均倾尽全力,但裁判结果是田宅终须归属一方。败诉者往往不服,反复上诉,使得田宅诉讼久讼不决,既影响当事人的生产生活,也会使审判法官面临巨大的压力。但凡田宅诉讼,大都属于疑难复杂案件。对于田宅争夺双方而言,一旦卷入争讼,将会陷入无休止的审讯、查验、对质、上告、惩戒甚至是刑罚处罚,费时费力,荒废本业。胜负既分,当事人结怨,亲邻反目,伦理秩序破坏,风俗日渐颓薄。如胡石壁所说:“词讼之兴,初非美事,荒废本业,破坏家财,胥吏诛求,卒徒斥辱,道涂奔走,犴狱拘囚。与宗族讼,则伤宗族之恩;与乡党讼,则损乡党之谊。幸而获胜,所损已多;不幸而输,虽悔何及。”^[7]

宋代尤其是南宋的法官非常重视田宅争讼,主要是因为田宅争讼通常发生在亲邻、宗族和乡里成员之间,利益争夺和伦理关系纠缠在一起,而基层社会的伦常秩序是南宋理学家法官最重视的社会关系,也是其通过司法实施教化的重要领域。南宋理学家法官审理每一桩田宅争讼案件中必格物穷理,既为争讼双方辨明是非曲直,又让普通民众明白法意和道理。朱熹认为通过探究争讼案件的道理,认真剖断,可以让争讼减少。他认为审案要“研究道理,分别是非曲直,自然讼少,不与分别,愈见事多。”^[8]

(二) 田宅争讼分为“有理之诉”与“不义之争”

在宋代法官看来,田宅诉讼可以分为两类:有理之诉和不义之讼。“讼谓人罪恶,意在害人,诬赖争讼,得已不已者。若事干负累,及为人侵损而诉之者,非。”^[9]诉是因为遭到侵夺、欺凌或残害,被逼无奈,到官府鸣冤。如胡石壁所说:“故必须果抱冤抑,或贫而为富所兼,或弱而为强所害,或愚而为智所

败,横逆之来,逼人已甚,不容不一鸣其不平,如此而后与之为讼,则曲不在我矣。”^[10]讼则是“争”,孔颖达疏在《易经·讼卦》中说:“凡讼者,物有不和,情相乖争而致其讼。”争讼是为私利而不顾公义,故宋代理学家认为“讼”是“犯义之过”^[11]。不义之讼破坏了原来和合的秩序,健讼之徒利用田宅诉讼侵占他人财产,违背公理。对于“诉”,需要“直之”,即查明事实,让被侵害者得到救济和保护,为蒙冤者昭雪。对于田宅争讼则必须要辨明是非曲直,确定田宅归属,还要修复因争讼而被破坏的社会关系。

要区分田宅诉讼是有理之诉还是不义之争,殊非易事。当事人起诉到官府,必自恃有理。如李元弼所说:“小民生长田野,朝夕从事于犁锄,目不识字,安能知法?间有识字者,或误认法意,或道听途说,辄自以为有理。至谋于能讼者,率利其有获,惟恐不争,往往多甘其词以诱之。原彼之意,盖自以为是耳,使自知其无理,何苦于争?”^[12]但凡是兴讼者诉至官府,陈词必理直气壮,将过错、罪恶推诿于对方。宋代法官说:“讼者之词,大率自掩其过,而归咎于人。”^[13]这类陈词被法官称为“偏词”。偏词因明显偏离事实,比较容易分辨。难以区分者是真假混杂、虚实相间的陈词,胡石壁说:“大凡词讼之兴,固不能事事皆实,然必须依并道理略略增加,三分之中,二分真而一分伪,则犹为近人情也。”^[14]如果事实完全虚妄,则可追究兴讼者妄诉、诬告之责。虚实难辨的陈词,在法官看来就属于“不义之争”,必须查明事实原委,明辨是非曲直。

(三)根据争讼事实能否查明决定是否“理讼”

按照宋代司法制度的规定,田宅诉讼在“务限期间”不得受理。《宋刑统》规定:“所有论竞田宅、婚姻、债务之类,取十月一日以后,许官司受理。至正月三十日住接词状。三月三十日以前断遣须毕。”^[15]在正常情况下,宋代法官受理田宅争讼的时间为四个月,从接受词讼到审理完毕最短期限两个月,最长期限六个月,这就是宋代的“务限法”。但是务限法不是绝对的,也有例外情形。南宋隆兴元年(1163年)诏令:“应婚田之讼,有下户为豪强侵夺者,不得以务限为拘。如违,许人户越诉。”^[16]宋代法令规定了案件不得受理的程序性限制条件:老疾及妇女告论词诉不得受理,诉事而自毁伤者不得受理,诉事不干己、证佐不明者不得受理,诉赦前事不得受理,越诉不得受理,当事人诉状不合要求也不能受理^[17]。除此之外,南宋法律还规定了不得受理的实质条件,官员需要对案件进行实质审查才能确定是否受理。

虽然宋代司法制度对受理作出了诸多限制,但是,在司法实践中,宋代法官并不囿于不得受理的限制性规定,而是根据案件的实际情况作出处断。法官在接到词状之后不会以不得受理为由直接拒绝裁判。譬如游成和游洪父争讼案件中,法官明知道“准法,应交易田宅,过三年而论有利债负准折,官司并不得受理”,依然审查了争讼原委,并认定两人的争讼是“彼此违法,以至争互”^[18]。吴恕斋所判“抵当取赎案”,陈嗣佑在绍定二年(1229年)将田地卖给何太应,淳祐二年(1242年)向本县起诉称当时不是卖田而是抵当,要求赎回。按照宋代法律规定超过法定年限请求赎回,不应受理,但是本县知县和吴恕斋先后对本案事实进行审查并作出实质性裁判。知县认为陈、何属抵当关系,吴恕斋则综合各种事实推断不是抵当,维持了买卖田宅契约的效力^[19]。在另一桩互争田产案件中,也存在“诉理田宅而契要不明,过二十年,钱主或者业主死亡”的法定不得受理情形,法官还是决定“根究一二”,将本案所涉及的“盗卖之罪”查明,且对构成犯罪的吴镛、吴桢判处杖刑^[20]。

宋代法官在判断案件是否存在不予受理的实质条件时极为审慎。在收到田宅词讼后,法官首先考虑的是查明案件事实。若事实无法查明,又符合不得受理的法律规定,才作出不予受理的决定。这种不予受理类似于现代民事诉讼法中驳回诉讼请求的判决,是一种实质上的处断。如建阳县曾、范两家争田案,司理参军在查明事实时发现该案所争田宅交易发生在三十年前,签订书契的当事人无一在世。按照法律规定,案件不应当受理,但司理参军仍然尽力查明案件事实,他深入乡里,主持两家“在外和对”。在调查的基础上,参酌建阳乡例,将案件的争议和推理结果报给本州长官。本州长官认定争议事实确实无法查明,才判决曾知府所买范元之坟山已过三十年,“钱、业主俱亡,不在论理之限”^[21]。再比如李细五诉请回赎李二姑卖给黎友宁的田地,理由是这块地紧邻李家祖坟。按照南宋墓田法,墓邻近

亲可以取赎,但是该田地交易已年满五年,依法不应受理。知县在审理本案时,引用了另一条法律规定,“典卖众分田宅私辄费用者,准分法追还,令元典卖人还价,即典卖十年者免追,止偿其价;过十年,典卖人死。或已二十年,各不在论理之限”,将李二姑卖给黎友宁的田地视为“众分田宅”,也就是未经分割的家庭共同财产。按照法律规定众分田宅未经分割被擅自出卖,若时间不满十年应当追还,知县据此判决李细五“限外执赎”。这一判决引发黎友宁的上诉,重审此案的胡石壁认为,争议财产不是“众分田产”,而是李二姑的奁田。李家家产早已经分割完毕,应当适用“典卖田宅满三年,而诉以应问邻而不问者,不得受理”。为保护交易安全,判令黎友宁管业,李细五不准收赎^[22]。这种处断依据的是“不得受理”,但实际上是查明事实后的实质处断。

由此可见,宋代法官认为解决争讼不能局限于法,而应当“惟其理”。只要有争讼发生,法官参酌人情、依据天理尽可能作出合理的判决,以杜绝那些侥幸之徒借机生事,防止无休止的缠讼。所以,即使有“不得受理”的法律规定,法官还是尽力查明案件事实,辨明是非善恶,以解决纠纷、消除争讼。

二、宋代法官对田宅争讼案件的事实查明

在田宅争讼案件中,宋代法官首先面对的是入状者的状纸和具有书面凭证性质的“干照”。初审法官要判断情辞真伪,也就是所诉事实虚实如何,他们最常用的方法是证供情辞相比勘。

(一) 证供比勘

宋代田宅争讼的诉状通常由三部分构成。一是陈述所诉何事。包括起诉人与此事有何利害关系,当事人的身份和告诉原因。二是明确案件性质,即起诉人的田产是被强占、被占还是被盗卖,被告人行为的性质如何。三是提供证据材料,起诉人应当出具干照、批状、砧基簿等书面契约文书作为证据。法官审查情辞真伪即是审查诉状陈词、案件性质和证据材料。首先是审核原告身份,原、被告关系,原告与所诉事实利害关系;其次是判断被告行为是否如原告所诉构成违法犯罪;最后是证据真伪审查和所诉事实的虚实审查。

南宋法官真德秀曾告诫同僚,听讼一定要谨慎,因为诉状所称事实虚实不定,必须小心查明。他说:“听讼不审,讼有实有虚,听之不审,则实者反虚,虚者反实矣,其可苟哉?”^[23]因为争讼者所呈状纸与事实存在很大反差,法官一旦不慎,就会被状词误导、蒙骗。官府接到的状词往往耸人听闻,如胡太初所说,兴讼者常常“妄以重罪诬人,如被殴必曰杀伤,索财必曰劫夺,入其家必诬以作窃”^[24]。《名公书判清明集》中记载了许多这样的案例:孙达善、孙斗南争园地,孙斗南到上级官府状告孙达善与自己妻子王氏奸乱^[25];李景标为争墓田,诉李元亮掘墓之罪^[26];黎润祖、陈氏儿与范雅家只不过因房租纠纷,居然到官府诉范雅小妾劫夺自家财物^[27];洪千二、洪千五告发张光瑞惊死其父洪百四,其实也只是因房屋买卖产生的纠纷^[28]。

状词和事实差距如此之大,想要确定争讼事实究竟如何,法官需要耐心问状、细心察状。首先是据状问供。将具状人引至堂上,问其事实缘由,察看陈词虚假,主要核查双方当事人陈述的事实和诉状是否相符。其次是问供核证,审核证供是否一致。法官须审核两造陈述事实和其出示的证据是否相符,当事人出示的证据能否证明其主张的事实。采取的方法有三:一是干照和陈述之间比对;二是证供比对,即干照和证人证词之间是否相互佐证;三是将两造陈述事实和证据相互比勘。

(二) 干照查验

宋代田产诉讼要求争讼者须持有书面凭据。买卖取得的田产应当有交易契约,继承取得应有分家关书,租佃占有当有证明租佃关系的文书或者向官府投税的凭证。这些证明田宅权属的证明在宋代统称为干照^[29]。宋代法官审查田宅干照的主要目的是辨明其真伪。法官主要通过以下三种方法辨明干照真假。

首先,要看权威印信之有无。最具权威性的是加盖官方印信的干照,这说明田宅变动已经在官府

登记。比如红契是田宅交易中最具有证明力的权属凭据,加盖官府印信的分家关书、支书也具有相同的证明力。当事人举出的缺少官府印信的自立契书、交易白契则不能单独证明产权归属。

其次,是凭借经验和常理识别书证真假。如叶岩峰审查原告吴五三的证据发现其出具的砧基簿只有一页,无头无尾,另有“批约二纸,烟尘熏染,纸色如旧,字迹如新”,认定其证据不可信^[30]。一位司理参军看到江文辉出具的干照为“绍兴二十三年本县印押江浩砧基簿一扇,计纸一十张”,他典给江朝宗的田地第十二张纸内,“纸样印色不同,字迹浓淡各别”,审核认定该砧基簿“乃是添纸填写”,不是真实的干照^[31]。再如翁甫所断黄明之、李日益诉争东山之田案,李日益手上的契约来自吴梦龄,黄明之的上手契约来自吴梦龄的父亲吴友暹,二人书契记载的田地面积存在冲突,不知孰真孰假。翁甫认为:按常理,田地的交易价格应该是卖价高而典价低。李日益所持干照上下手连续,转让过程清晰,田地价格合理。而黄明之所持吴友暹的两契则非常可疑。翁甫据此推断此契书是黄明之“于吴友暹已死之后,博换契书而为之”^[32]。

最后,对于真假难辨的契约文书请专门鉴定机构进行鉴定。对于存在疑点但无法判断真假的书契,宋代法官常委托书铺进行辨验^[33]。比如在杨迪功和黄秀实争讼赎田案中,杨迪功拿出孝宗乾道年间的上手契约,但是“契内无官印,契后合接处有官印”,无法判断此书契上唯一一处官印的真假,于是司理参军“唤上书铺辨验,同称其伪”^[34]。再比如黄榦审理的弟诉兄盗卖田地案中,弟弟陈安节诉哥哥陈安国盗卖本家田业,陈安国拿出契书证实母亲阿江和弟弟陈安节均知情且在契书上签字,争讼发生时阿江已死,陈安节不肯承认契书上是自己的签字。黄榦“唤上书铺辨验,亦皆供契上陈安节三字,皆陈安国写”。黄榦据此确认陈安国“盗卖田产无疑”^[35]。

(三) 实地定验

在书面证据审核、辨验无法查明案件事实时,法官会亲赴争议田宅所在地考察,实地调查取证,查明真相。如黄榦在审理崇真观女道士论掘坟案时,女道士王道存拿出本观文书,“与熊氏十数家争讼地界,以为十数家所居之屋,所葬之墓,皆观中之地”,而被告的十几家人家“亦赍出十数年文书,各有经界打量”,双方证据相当,无法辨明田宅归属。黄榦派“本县何主簿亲至地头看定”^[36]。

《名公书判清明集》中署名莆阳的法官在审判吴春、卓清夫墓田争讼案时,通过书面证据的比勘,发现干照记载两家田地相邻,两家所附山图却都包括同一块田地。法官遂决定“亲行定验,然后照两家干照参决”^[37]。在另一桩缠讼近百年的争田案中,罗主簿为调查闾丘、孙两家的事实,“亲诣地头供责,并参考两家干照公据”^[38],彻底查明双方争田业的纠纷形成过程、当事人的身份关系和案件争议焦点,解决了本案事实认定中最大的疑难问题。

三、宋代法官对田宅争讼案件是非曲直的判断

法官在查明田宅诉讼案件事实之后,接下来当辨明是非曲直。如朱子所说,要分别是非曲直,必须“研究道理”。真德秀认为“理”是辨明是非的标准,“法”是衡量轻重的准绳,法官在查明事实的基础上应当秉公而断。他说:“公事在官,是非有理,轻重有法,不可以己私而拂公理,亦不可翫公法以徇人情。”^[39]如何在审理田宅诉讼中“研究道理”呢?按照陈淳的解释,“故万古通行者,道也;万古不易者,理也”,“只是事物上一个当然之则便是理”^[40]。理是公认的是非标准,是指在具体时空条件下人们应当或者不应当作出某种行为的判断准则。法官审理田宅争讼需“即事察理”,根据案件事实的本身之理来裁断是非曲直。

(一) 据理剖断曲直

如前所述,宋代法官已对两造所述之事作出真假判断,接下来就应当对两造所陈之理作出是非论断。对于原告而言,如其诉不言情是属于妄诉,对于被告而言,如其不如实陈述是为抵赖,若伪造证据对抗原告之诉是昏赖,以他故诉原告是妄讼。如证据确凿、案件事实已经查明,法官则可据理剖断曲

直。在宋代法官看来,法未必尽合于理。法律如果符合“理”自然可以作为评判是非的标准。如法不合于“理”,则需要根据法意、道理来判断是非。

在评价是非曲直之理时,有身份关系的当事人之间的田宅争讼应先论伦理。如钱居茂子婿争山案,判案法官吴恕斋说“今官合先论事理之是非,次考遗嘱之真伪”,他从伦理上分析说:“今(牛)大同为居茂之婿,居茂既以遗嘱与之,而汪氏(居茂妻)、孝忠(居茂子)俱不以为非,孝良其何词乎?”因而断定钱孝良是“惟欲觊觎而攘夺之”,结合其证据“无一而可”,所以本案“是非别白,予夺分明”^[41]。

如果是在没有身份伦理关系的“常人”之间发生田宅争讼,宋代法官则依据事理来剖断是非。如叶岩峰在评判吴五三、陈税院争田案时说,吴五三“白占田亩,但只借势以为援,不知背理而难行。岂有正当之契书,反不若假伪之文约,稍有识者,悉知其非”,“今以吴五三之砧基、批约与陈税院之契书、租札参考其故,真伪易见,曲直显然”。在区分证据真假的基础上,叶岩峰认定吴五三伪造文书意图强夺白占陈税院田产^[42]。伪造文书、强占他人田产不仅违法,而且悖理,自然属于“为非”“理曲”的一方。

(二)依法定分止争

宋代法官在查明事实、辨明是非之后,需要检法拟断。田宅争讼最核心的问题是田宅归属问题,法官必须依法对田宅产权作出明确裁断。范西堂在判决宜黄县张椿和赵永争田案时,查明赵永之父赵宏在宜黄买田,托其弟赵焕掌管,张椿是从赵焕手中租佃耕种,现赵永请求收回田产。范西堂认为所争讼田产应当归属赵永。他在判词中明确指出“逃田之法,自许归业,况非逃亡,岂容没官”。即使按照宋代逃田法,也允许田主归业,何况赵永不是逃亡者,其所持干照足以证明他是田产主人。管业者、租佃者主张将田产没官于法无据,应当给付赵永管业。如此依法处断,才能“施行之当”^[43]。在邓起、江淮英互争田产一案中,法官查明的事实是邓文礼将三块田地出典给江子诚,其中一块由邓文礼的从兄弟邓震甫依据“亲邻回赎法”赎回,江淮英称该地由邓文礼的亲兄弟邓先收赎。邓先、邓震甫均主张依据“吝赎法”赎回邓文礼典给江子诚的田产。宋代“吝赎法”是指当出典人无力赎回或者不愿赎回典出田产时,其亲邻可以代为赎回,赎回田地归代赎人所有的法律制度。本案中邓文礼无力赎回典出田地,其亲兄弟邓先、堂兄弟邓震甫争相请求赎田,邓震甫出钱赎回其中三块,另一块“九姑坛田”由江子诚退回给邓先。邓先和邓震甫就九姑坛田发生争讼,双方均主张自己是田产所有人。法官认为“邻赎之法,先亲后疏,邓先既已供认收赎在先,则邓震甫无缘与之争讼”^[44],依法保护了血缘关系更近的亲属的赎回权。

宋代法律规定典权设立必须经过法定程序,其中一个必经程序是“亲邻批退”。这是指出典人“有服纪亲之有邻至者”依法享有优先承典权。享有优先权的亲邻必须明确表示放弃优先权且在契书上署名,他人才能承典。未经亲邻批退而出典者,典权无效,但是出典满三年的不适用此法。南宋法官胡石壁在审理王子通、王才库争田案时,根据“亲邻之法”判决出典人王子通典田给王才库已在三年之外,不准赎回^[45]。

国家立法目的是禁人为非,所以违法交易的田宅买方不仅不能取得田宅,还有可能被追究违法责任。如翁浩堂所判詹德兴私卖隐寄田产案,法官查明吕千五为避赋役,将自家的田产诡名寄至詹德兴名下,詹德兴将受人隐寄的财产卖给不知情的毛监丞。翁浩堂认为吕千五“诈匿减免等第或科配者,以违制论”,詹德兴“知情受寄,诈匿财产”,双方均属犯罪,詹德兴擅自出卖他人田产,依法准盗论,争议田产“吕、詹两家俱不当有,毛监丞宅承买,本不知情,今既管佃,合从本县给据,与之理正”^[46]。叶岩峰所判谋诈物业一案,陈国瑞先租后典沈宗鲁、沈密的书院房屋一间半,沈密后又将该屋典卖给涂适道,涂适道欲强行占有争议房屋。叶岩峰认为沈密将房屋重复典卖给涂适道属违法交易,“沈密不合故违条法,重并交易,涂适道不合悖慢师道,妄吝屋业”^[47],判决违法交易的知情买主不能取得田产。由此可见,宋代法官是依据法律规定来确定田宅归属问题的。

四、宋代法官判决田宅诉讼案件的人情考量

宋代理学家认为“情者性之动也”,主要表现为“喜、怒、哀、惧、爱、恶、欲”七者^[48]。田宅争讼为两

造之争,也就包含着不同类型的人情。田宅争讼中的人情可能是两造各自利益诉求,也可能是当事人之间身份伦理关系和情感亲疏,还可能是群体的习俗或者普遍的人性。宋代法官在审理田宅争讼过程中,对个案中不同类型的人情进行考量,力求作出符合情理的裁判。人情考量是宋代法官审理田宅诉讼案件中最复杂的方法。

(一)对当事人符合礼法利益诉求的平衡

在宋代田宅诉讼中,最常见的“人情”是双方当事人各自的欲望和利益诉求。法官对于不违背礼法的利益诉求给予最大限度的满足。譬如吴革在审理孤女赎田案时,在判词中充分考虑两造的需求和利益。

但(陈)应龙既欲取赎此田,当念(戴)士壬培壅之功,盖已年深,亦有当参酌人情者。开禧田价,律今倍有所增;开禧会价,较今不无所损。观应龙为人,破落浇浮,亦岂真有钱赎田,必有一等欲炙之徒资给之,所以兴连年之讼。欲监陈应龙当官备十八界官会八十七贯,还戴士壬,却与给还一宗契字照业^[49]。

法官在此案中参酌人情,即是考虑到双方的利益平衡问题。陈应龙和俞百六娘想要赎回父亲典给戴士壬的田产;戴士壬占有该土地三十年,为管理、修缮、改良田土付出了巨大努力,且考虑到三十年间的货币贬值和田价上涨,为赎回田地确定一个公平合理的价格。吴革所说的参酌人情,就是公平对待双方的利益诉求,根据情势变化、双方实际需求和付出成本合理平衡两造的利益。

(二)对两造所争财产的差异化处理

宋代法官认为,在具体生活场景下,人与人之间的关系是影响人们相互之间所负义务的“人情”。按照传统社会的交往习惯,人与人之间形成亲疏厚薄不同的情感关系和身份关系。在田宅争讼案件中,争讼双方“人情”各不相同,法官在判决争讼时必须考虑当事人的“人情厚薄”“亲疏远近”,对不同“人情”的争讼作出差异化处理,作出符合双方的心理需求和情感期待的判决。

比如署名莆阳的法官审理黎润祖、范雅争财案,“黎润祖状谓曾于范雅家处馆三年,人情无如此深熟”。原告黎润祖不仅为被告范雅看守仓库,还长期担任范雅儿子的家庭教师,“黎为馆宾,范为主公,宾主交欢,至于人情深熟”,双方在长期相处中形成了深厚的感情。正是基于这种“人情深熟”的关系,黎润祖向范雅“借贷钱物,开张店肆”,范雅也投资入股,分取利润。后来双方发生矛盾,黎润祖妻子收拾东西想在夜间离开,被范雅家人拦住,黎润祖以财产被劫诉至官府。法官通过二人之间的人情深熟关系推断抢劫事实不存在,并根据双方长期交往合作的“人情”处理双方利益纠葛,判决“黎润祖斟酌少钱,填还范雅,不必拘以元数,亦俗所谓卖人饶买人之意也”^[50]。正是因为双方因相交至厚形成伦理上的义务关系,在人情深熟的关系中利益往往很难明确划分。黎、范二人的经济合作建立在情感关系的基础上,不宜严格依法裁断,所以考量人情,让居于优势地位的范雅作出让步。

吴恕斋审理的叔嫂争业案件则涉及当事人亲情和伦理的“人情”。阿章丧夫后生活陷入窘境,将田地卖给丈夫的从弟徐十二。这桩交易有官府盖有印章的“赤契”为凭,可以确定双方的买卖关系。阿章和徐十二为从嫂叔,买卖契约签订后,阿章并未离业,一直耕作。双方发生争讼后,审理此案的吴恕斋就考虑到亲属之间的危难扶助义务,“徐十二合念其嫂当来不得已而出卖之意,复幸其孙克自植立,可复旧物,以为盖头之地”。参酌人情,法官并没有按照买卖契约要求双方严格按照契约履行义务,而是劝说徐十二:“何忍迫之出外,而使一老二孤无所归乎?”^[51]

南宋法官韩似斋在总结田宅争讼案件的审理经验时提出亲属争业应当保护弱者的裁判原则:“当职于孤幼之词讼,尤不敢苟,务当人情,合法理,绝后患。”^[52]但凡遇到涉及孤寡幼弱的诉讼,法官要考虑亲属间的扶助义务,保障弱者的基本生活,而不是一概依法断决。

(三)对违背人们正常道德观念和善良风俗的行为予以惩戒

在宋代田宅诉讼的审理过程中,法官还需要面对诸多“不近人情”的行为。这些行为违背人们正常的道德观念,争其利而罔顾仁义。对此法官不仅要辨明是非曲直,还要考虑判决的价值引导和社会效果,从而确立儒家核心价值观在社会生活中的引领地位。如吴恕斋所判“阿沈、高五二争租米”案,高五

二之子高六四通过立继继承了其伯父高五一家产的四分之三,留四分之一给高五的女儿高公孙。后高五一之妻阿沈携女改嫁,高五一父子勾结佃户不再支付阿沈母女租米,随后更是公然争夺高公孙的抚养权,高五二父子对阿沈母女步步紧逼,目的是要夺取高五一全部遗产。吴恕斋在查明案件事实后,认为“高五二、高六四实有太不近人情者”,判决保留高公孙的应得财产份额,且命令官府监督执行^[53]。

吴恕斋审理的另外一桩案件则是宗族成员联合赘婿欺凌孤幼,酿成人伦惨剧。刘传卿去世之后,其子季六、女季五也先后去世,刘家只剩下季六之妻阿曹及养子春哥、季五赘婿梁万三。阿曹未改嫁,仍在刘家生活,赘婿梁万三却掌管家业。梁万三“攫取其家财,后盗卖其产业,既占据其茶店,又强取其田租,至于刘季六之丧与其妻(刘季五)之丧,至今暴露而不葬,则悉置之不问”。刘氏宗亲为并吞刘传卿家财,支持梁万三,欺凌阿曹孤儿寡母。吴恕斋认为宗族欺凌孤幼,以强凌弱,以众欺寡,使得风俗大坏。他说:“死者之肉未寒,为兄弟、为女婿、为亲戚者,其于丧葬之事,一不暇问,但知欺凌孤寡,或偷搬其财物,或收藏其契书,或盗卖其田地,或强割其禾稻,或以无分为有分,或以有子为无子,贪图继立,为利忘义,全无人心,此风最为薄恶。”^[54]

这就不仅仅是争利的问题,其行为践踏了伦理道德底线,破坏了善良风俗。这种风气如不扭转,则会使得人们见利忘义,罔顾伦理亲情,所以法官认为这样的“风俗大坏,人情转恶”。法官吴恕斋决定追究为首者梁万三的刑事责任,“送狱研究,照条施行”,且将本案的判决公之于众,警示后来。

(四)对符合普遍人性的行为根据其是否侵犯他人利益分别处理

在宋代法官看来,法律建立在尊重人性的基础上,法意和人情是共通的。所以在司法中,法官就需要理解“人情之常”,对符合普遍人性的行为不加深责,但是对于那些为一己之私而侵犯他人利益或公义的恶行,则必须严惩。如胡石壁所说:“殊不知法意、人情,实同一体,徇人情而违法意,不可也,守法意而拂人情,亦不可也。权衡于二者之间,使上不违于法意,下不拂于人情,则通行而无弊矣。”^[55]

人们感情的基本规律是“亲其所亲”,血缘关系越近,则情感越亲,人们对血缘越近的亲属越加信赖,这是人情之常。如“赵宏植产于宜黄,卜居于安庆,相去隔远,不可照应,托弟掌管,甚合人情”^[56]。基于亲属关系产生的信赖,并将财产托付,符合人性的规律。人们保护自己的财产,遇到侵害予以自卫、反击,也是人情之常。如宋代法官审理厉百一追捉“贼人”案,厉百一在大雨夜起身查看自家水碓,听借宿的客商说有人夜间三次推他家的院门,厉百一即唤起弟弟厉百二一同追赶抓捕推门人。法官认为“厉百一初亦未知其为何人也,逐而捕之,人情之常”^[57]。

如果说保护自己的财产是人们正常的反应,也是符合人性的合法行为,那么超出自我保护范围,意图伤害他人就是“恶”。比如蔡久轩所判争墓木致死案,邻居胡小七命人将与其相邻余家墓山林木砍伐一空,余细三十及其子侄听闻,急往占护坟木,“此亦人情之常”。听说自家坟墓林木被砍伐,赶过来保护,这是人们正常的反应,但是,如果余细十三携带尖刀杖棒,那就是有斗殴甚至伤害的意图了^[58]。其行为触犯刑律,应受到刑罚处罚。如真德秀说:“昨曾约束民间争讼,官司所当明辨是非,如果冒犯刑名,自合依条收坐。”^[59]

田宅交易中,双方都希望获取更多的利益,此乃人情之常。若损人利己,则为强为恶。如“李边想用见钱五十贯、官会六十五贯,赎唐仲照见钱一百二十贯典到之业”,压低价格强买他人价值高的田产,对方自然不允。李边为自己谋利强行交易,是为恶行,当受到刑罚处罚,法官胡石壁对其勘杖一百^[60]。再如吴镒在与兄弟争夺田产时,采取了盗卖的手段,“吴镒初焉附合,志在得田,不思奸计果行,亦不免盗卖之罪。及送狱根勘,供招自明”,法官最终判决吴镒勘杖六十^[61]。

宋代田宅诉讼中的刑律适用情形较少,法官判处的刑罚基本为笞、杖刑,其目的不在于追究刑事责任,而在于小惩大戒。面对复杂的人情,特别是违反人情之常的行为,法官首先想到的是教化而非惩戒。胡太初说:“或有兄弟讼财、亲族互讼者,必曲加讽谕,以启其愧耻之心,以弭其乖争之习,听其和允,勿事穷研,则民俗归厚矣。”^[62]刘克庄在审理干照不明合行拘毁一案时,查明桂氏族入将共有荒山让给贫困的桂节夫,让他安葬其兄。认为桂氏家族的行为属“人情法意之所可行”,符合相互扶助的敦

亲睦族精神,故大加褒奖,着力提倡^[63]。这实际上就是通过司法实施教化,反映出法官在审理亲族互讼案件时,注重褒奖符合儒家价值观念的行为。

五、余论

通过对宋代法官审理田宅争讼经验的考察,我们可以发现宋代法官高度重视田宅诉讼案件,对田宅诉讼通常不会以程序为由而拒绝裁判,接受词讼之后,即以查明案件事实和争讼焦点为目标,遇到确实无法查明事实的案件才会依法不予受理。

宋代法官审理田宅争讼,首先是要审阅状词不轻信其状,比勘状供,通过审讯两造发现讼争的实质。查明田宅争讼案件事实的关键是书面证据,宋代法官通过辨验证据真伪查明案情虚实,辨验证据主要是权威性审查、经验推理、书铺鉴定和现场调查,复杂的争讼可以综合上述手段查明事实。在查明案件事实的基础上需要辨明是非曲直,辨明是非曲直的标准是“理”。辨明是非曲直,审查诉由与证供事实是否相合,合则为直,不直则曲。争讼皆因违反应当之理,每件争讼所涉之理皆不相同,法官在个案中以事察理,据理以断是非曲直。是非曲直辨明,依法定分止争。宋代法官处断田宅诉讼,以法确定田宅归属合田宅交易的效力,违法交易者无效,无效的交易业归原主。宋代法官审理田宅诉讼案件,其中最难者为参酌人情。人情可分为个体之利益、相互之关系、群体之道德风俗和普遍之人性。个体利益之人情,符合礼法者保护;具有身份关系之讼争,平衡双方利益;违反群体道德准则者予以否定,法官裁断时充分考虑价值导向和判决的社会效果;对于普遍的人性,法官裁判时理解和尊重“人情之常”,运用“人情之常”推断事实和争讼缘由,对于违反普遍人性的行为则认定其为奸为恶,使用刑罚予以惩戒。宋代法官以刑罚惩处奸恶来辅助田宅诉讼的判决和执行,同时更注重通过褒奖善行实施教化。

宋代法官审理田宅争讼的理念和方法对今天的民事诉讼颇有借鉴价值。第一,法官对待土地、房屋纠纷的态度。此类案件涉及当事人的重大利益,关乎百姓的基本生活,必须给予充分的重视,应注重纠纷的实体解决而不是程序的过场。第二,对于每一件进入诉讼程序的土地、房屋纠纷,法官应以查明案件事实和争议焦点为主要目标,这是解决纠纷的关键。因为案件证据纷繁多样,纠纷形成原因复杂,法官在审理此类案件中,不能仅仅依靠当事人提供的证据证明事实,应更加积极主动地利用职权查明案件事实,为纠纷解决奠定事实基础。第三,无论古代还是现代,不动产之诉中的书证都是最关键的证据,法官需要审查书证的真实性、权威性和合理性,根据事理和经验推断证据能力及其证明力。判决中要明确产权归属、分清是非曲直,不能持两可之论。在权属既定、是非清楚的基础上可以使用调解或者其他解决纠纷的方法。第四,涉及土地、房屋的诉讼背后往往有当事人长期积累的矛盾纠纷,当事人之间的身份关系、共同生活背景等都是法官需要考虑的因素。法官在审理时需要抽丝剥茧,查明诉讼发生的矛盾根源,在裁判时既应平衡双方合法的利益,也要兼顾当事人的人际关系和生活秩序,不能因判决造成更大的问题和矛盾。第五,法官在审理民事诉讼案件时也应充分考虑裁判的价值导向和社会效果,将社会主义核心价值观融入民事审判,让民法典的精神走进百姓心中也是法官义不容辞的责任。

参考文献:

- [1]金良年. 孟子译注[M]. 上海:上海古籍出版社,2004:16.
- [2]杜佑. 通典[M]. 北京:中华书局,1988:1.
- [3]程颢,程颐. 二程集[M]. 北京:中华书局,2004:453.
- [4][7][10][14][18][19][20][21][22][23][25][26][27][28][30][31][32][34][35][36][37][38][39][41][42][43][44][45][46][47][49][50][51][52][53][54][55][56][57][58][59][60][61][63] 中国社会科学院宋辽金元史研究室,点校. 名公书判清明集[M]. 北京:中华书局,1987:321,123,123,497,105,168-1169,112,163,322-323,2,180,329,340,131,182,320,

306,319,596,584,325,177,6,197-198,182,101-102,119-120,309,137,194,316,341-342,165,233,238-239,236,311,101,487,331,15,312,112,128.

[5]陈秋云.宋代自由地权法制的历史意义与当代启示[J],法商研究,2011(2):154-160.

[6]叶采.近思录集解[M].北京:中华书局,2017:249.

[8]黎靖德.朱子语类[M].北京:中华书局,1986:2734.

[9][11]黄宗羲,全祖望.宋元学案[M].北京:中华书局,1986:1098,1098.

[12][13][24][62]李元弼.闫建飞,点校.宋代官箴书五种[M].北京:中华书局,2019:111,110,173-174,163.

[15]窦仪,苏晓,奚屿,等.宋刑统[M].北京:中华书局,1984:207.

[16]徐松.宋会要辑稿[M].刘琳,刁忠民,舒大刚,等校点.上海:上海古籍出版社,2014:8418.

[17]王云海.宋代司法制度[M].开封:河南大学出版社,1992:162-167.

[29]陈景良.释千照:从唐宋变革视野下的田宅诉讼说起[J],河南财经政法大学学报,2012(6):1-28.

[33]张晋藩,郭成伟.中国法制通史:第五卷[M].北京:法律出版社,1999:154.

[40][48]陈淳.北溪字义[M].北京:中华书局,1983:42,14.

编校:陈鹏飞

The Idea and Method of the Judge Judging Real Estate Disputes in Song Dynasty

Wang Zhongcan

(Law School, Xuchang University, Xuchang, Henan 461000)

Abstract: In Song Dynasty, the real estate disputes always became the complex and difficult cases, because they concerned the material interests of the parties and often involved morality and ethics. When the Judges in the Song Dynasty received the lawsuit of real estate, they usually did not refuse to judge because of the procedural reasons, but tried their best to find out the facts of the case to decide whether to settle the lawsuit. The method for the judge to find out the facts of the lawsuit is to find the focus of the two parties by comparing the pleadings and evidence of both parties, determine whether the evidences were true or fake. If there was doubt about the facts, they would verify the facts in the field investigation. On the basis of ascertaining the facts of the case, the judge distinguished the right and wrong according to the morality and ethics, and judged the dispute according to the law. The core judgment of the judge in the Song Dynasty is to determine the ownership and the transaction of the land and house according to law. Because real estate litigation is often related to human feelings, Judges in the Song Dynasty divided the feelings of people in specific cases into four categories: individual-interest, emotional relationship and kinship relationship, group moral norms and universal human nature. They balanced the legitimate interests of both sides by weighing human feeling, treated the parties with ethical relations differently, punished the behavior that violates Confucian values and good customs, respected and understood the “human nature”, applied punishment to the evil that violates human nature, and carried out the education by judicial trial. The idea and method of the judge judging real estate disputes in Song Dynasty have enlightenment significance to modern civil trial.

Key Words: Song Dynasty; real estate litigation; trial idea; judgment method

法学理论研究如何回应法治实践

——从波斯纳对法学与司法“各行其是”的分析谈起

李建军

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要:法学理论研究如何回应法治实践是我国目前正在着力解决的问题,在波斯纳分析下的美国也面临同样的问题。虽然国内语境下所需要解决的具体问题与之并不相同,但波斯纳所运用的分析视角能让我们从外部结构、内部运行环境以及“人”三个角度更加全面地认识到当下我国法治实践的需求及法学理论研究回应的不足。法学理论研究需要以法治实践为核心,建立立足于实践的法学理论研究方法的同时重视法学教育体系的完善。这既是我国目前法学理论与教育体系改革的方向,也是解决理论与实践之间“各行其是”的“必经之路”。

关键词:法治实践;法学理论研究;各行其是

中图分类号:D920.0 **文献标识码:**A **文章编号:**2095-3275(2023)05-0157-10

一、问题的提出

法学研究与教育是为法治实践服务的,法学基础学科教育的目的也是为法治实践培养人才。但目前已发表的学术文献与已设置的学术课程却并没有全面地正视法治实践的问题。一方面,对法学研究进行实证分析后可以发现目前国内法学研究的对象依然是以“立法”或“释法”为主,面向行政立法部门的研究占了相当一部分比例;而“事实型”的或“程序性”“标准型”的产出较少^[1]。另一方面,国内的学术课程仍以课堂授课式的教义教条为主,法治实践课程并没有占据主要地位^[2]。造成前者的原因是国家行政部门开设的社科基金和法学刊物的学术评价体系;造成后者的原因是综合的,但主要则是由于法学院教员法治运行实务经验缺乏所致。而两者的结合则会造成学术界对法治实践的回应不够充分的后果。这种不充分会对我国法治体系的建设产生不良影响,国家与政府领导人显然发现了这一问题,2023年2月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见》(以下简称两办《意见》)明确提出:“强化全面依法治国实践研究。立足建立健全国家治理急需、满足人民日益增长的美好生活需要必备的法律制度……”^①

法学与司法的“拧巴”是法学与法治实践的固有发展特性所决定的,如何使法学学术界能更好地回应法治实践是任何国家、任何时代都绕不过去的一个问题。美国学者波斯纳在《各行其是:法学与司法》中详细解构了美国司法实践中存在的种种问题,并且探讨了学术界如何在学术文献以及学术课程的设置上进行改变,以期更好地回应这些问题。虽然中国与美国具体的法律制度与法律问题并不相

* 收稿日期:2023-03-31

作者简介:李建军,男,中国人民大学法学院博士研究生,中国人民大学纠纷解决研究中心助理研究员,研究方向为法学理论。

① 具体内容参见《中办国办印发〈关于加强新时代法学教育和法学理论研究的意见〉》,《人民日报》2023年2月27日,第1版;后所有原文引用相同。

同,但国内同样面临着学术界并未完全直面法治实践中现实难题的情景^[3]。面对同样的问题,我们或许可以运用波斯纳的分析视角去分析国内语境下法治实践所产生的具体问题与要求,并为新时代法学理论研究如何能更好地回应法治实践提出一个基于新视角的解释。

二、波斯纳对美国司法与法学“各行其是”的分析视角

对于法学与司法“拧巴”的问题,波斯纳主要从三个角度分析了司法的固有缺陷,并且认为法学研究与教育应当主动进行补救来与司法达到“步调一致”。换言之,在波斯纳的分析中,司法在实践中自生的缺陷与问题是其本身无法解决的。因此,法学研究是有必要的。但是,真正需要去解决的是法学在哪些层面或者对哪些问题的研究是有必要的,这是解决法学与法律实践“各行其是”问题的关键或者核心。在确定了这一问题之后,我们才可以确定法律实践与法学研究和教育各自的边界以及如何使他们“步调一致”,说明为什么需要法学研究作出改变去补救。

波斯纳认为美国的司法问题主要为三种:其一是结构扭曲,我们可以理解为法律制度在整个政治结构中的地位所带来的问题,是司法的外部环境问题;其二是司法的程序缺陷,但波斯纳在书中讲的不是一般意义上的程序,而是影响整个司法决策的内部运行问题;其三是司法的管理缺陷,主要分析的是司法系统由“人”(不是由机器部件)组成这一特性所带来的问题,即司法的“人”的问题。波斯纳对司法实践问题的划分涵盖了整个司法实践问题,对司法实践问题的分析框架而言,具有一定借鉴意义。

(一) 结构视角

就美国司法的结构而言,波斯纳认为由总统全权和参议院确认的法官任命形式是导致联邦法官质量不一和政治化倾向严重的两个结构性缺陷^[4]。法官作出司法决策的司法投票是自由还是保守,一般与任命他的总统是民主党还是共和党有关,并且在稍低程度上与受任人选被确认之际参议院中民主党和共和党成员的比例有关^[5]。美国联邦法官的任命过程变得日益政治化,这也使得联邦最高法院更两极化,院内的温和派越来越少^[6]。虽然近些年美国联邦法院在司法提名的人选上很强调多样性,认为这是加分的,但吊诡的是,这一点的效果降低了真正有意义的多样性。因为政客们赞同的多样性仅涉及种族与性别等因素。波斯纳认为当下联邦最高法院的法官已经不像昔日的法官那样具有更多的文化背景以及来自科学或社会科学的学识与学位,这是因为政客们认为法官助理和律师协会能够保证就任法官不出麻烦,因此,法官都有质量的底限,他们也不愿意去关注法官的上限,故他们就只想任命与自己经验认知相一致的人当大法官和法官^[7]。法院内部意识形态的不统一使得诸多司法决策在法院内部就难以达成一致的意见,这显然是当下美国联邦法院最突出的结构性缺陷。

总的来说,这些结构性所带来的缺陷和问题的原因是司法的政治化和保守化,这两者是司法本身无法解决的内生性问题——司法独立要求不被政治直接干涉,但司法权力及系统的设立却离不开民主政治的运作;法律作为社会整合的工具,时刻面临着新的技术与问题的诘难,但同时为了保障司法裁判的可接受性,又必须从已有的共同经验出发去论证其正当性。

(二) 程序视角

波斯纳所认为的程序缺陷指的是联邦法官在决定案件和在司法意见中正当化决定的欠缺。美国司法的程序缺陷是波斯纳在该书中着重描述的一个章节,他在该章节中列举了多达17种司法内部运行过程中所出现的问题,对这些问题进行梳理后可以发现,波斯纳主要批评的是美国司法内部运行中的形式主义。波斯纳认为目前在司法意见中占支配地位的是法律形式主义,而法律形式主义者一般也都是解释论者。波斯纳所关心的是“制定法或宪法规定的作者,或其他谕令的作者若在,在这些作者未能预见的个案中,会如何适用这些规则,即便此案属于这些规定的语义范围内”^[8]。波斯纳认为对形式主义过度认可会带来许多因过度理想化而产生的问题,如公式化的误解解释和多变量检验标准,忽视道德直觉和其他前见在司法决策中的作用与过度依赖先例等等。基于法律形式主义所产生的种种问题,波斯纳认为需要重视法律现实主义,因为法律现实主义者会把司法决策理解为一种实践活动,而不是理论活动。但现实主义自身也存在问题,因为要精确地定义美国的现实主义是一个不可能的任

务:现实主义者唯一的共性在于反对兰德尔那种无法真正把法官具体工作纳入考量的形式主义模式,他们在其他学术观点上毫无一致之处^[9]。波斯纳并不是第一个对法律现实主义进行描述与赞赏的学者,卡多佐在《司法过程的性质》中也对司法现实主义对司法过程的推动作用进行了描述^[10]。

同之前的学者相比,波斯纳更加注重现实主义对司法过程现有问题的改善作用。他认为,对现实主义的重视不仅能改善形式主义的弊端,也能改善保守主义带来的诸如被动、自满、坚持过时的规则,缺乏正确的司法多样性及没有跟进网络、科技和人文社会学科的进步等问题。

(三)“人”的视角

这里讲的司法的组织管理问题与法官个人的能力素质问题,是法官作为有思想、感情及生活需要的人所带来的问题。如今美国司法系统大量的司法判断工作交给了法官助理来解决,且法官之间难以“协同一致”。对于这一问题产生的原因,波斯纳认为,目前联邦法院的法官普遍缺乏管理技能和紧张且积极的工作心态,前者虽然造成一定影响,但可以通过法官的继续教育来解决;而后者不仅会产生工作伦理、拖延症等诸多问题,还难以(由学术界)找到有效的方案。波斯纳认为当下美国联邦法院中有些联邦法官不是很努力工作,而且原因与年龄或体弱无关。不是他们不投入时间,而是他们往往把这份工作当成公务闲职,回避联邦法官面对的智力挑战。同时,他认为联邦法官“压死人”的工作负担是司法圈和学术圈的当然假定。当然,在写出这一句话之后,他也不知道这定不会被人所认可,他以“这可能是我最大的异端学说”来反讽自己的发现^[11]。诚然,这一叙述也的确不会被美国的司法界与学术界所认可。但波斯纳的这一叙述必然不是只为了感慨当下美国联邦法院似有实无的工作负担,美国当下制度中缺乏法官基于业绩的晋升保障似乎才是他这一部分叙述内容的主题。

三、中国法治实践的要求及回应的不足

前文讲述波斯纳对美国法学与司法实践的分析视角,并不是因为本文认为中国与美国会产生同样的问题,恰恰相反,本文认为中国法学学术和法治实践之间的分离与美国法学和司法实践之间的分离所带来的需要去解决的问题并不相同。但在波斯纳分析框架下,无论是美国的司法实践还是国内的法治实践,他们在运作过程中不可避免地都会出现一些“固有缺陷”,这些“固有缺陷”是法治实践或司法实践的“结构性问题”(外部结构环境、内部运行环境与“人”)。这些“结构性问题”无法通过法治实践的自我运行来解决,他们需要由法学理论研究来解决,而目前国内的法学理论研究对于这些问题的回应是不足的。

(一)法治实践中外部结构的要求及回应的不足

国内的法官与法院在党的领导下并不会陷入法院内部的意识形态之争,与之相反,法院的内部意识形态高度统一。法院是民主政治意志确定后的场所,而非民主政治意志斗争的场所^①。但是,这样一种政治结构会产生另外一种倾向——“法律能动主义”。我国的司法部门与司法行政部门在法律实践的过程中需要去关注一些社会治理的目标,而完成这些目标的过程与学者通过阅读国外文献所形成的他们对于“理想的法治社会”的前见产生了冲突,因而形成了“司法能动”与“司法克制”这一对立的,在中国进行法治建设的过程中需要去不断思考与回应的问题^[12]。其涉及司法的职能,司法机关之间的职责划分等体系性问题,这些问题在历次司法改革中无法一劳永逸地得到解决,其原因在于我们的部分法学研究无法去区分他们对于“理想社会的想象”中哪些是能够基于中国现实社会去改造的“法治理想”,哪些是非基于中国社会的“法治幻象”。法律理论尤其是部门法的研究如果想要去回应法律实践,就必须要去思考如何解释及解决政治结构要求下法律实践产生的固有缺陷,而不是一味对政治结构运作结果进行反思,最典型的例子是在合规不起诉改革问题上。合规不起诉的产生是政治结构运作的结果,它的正当性问题是一个政治社会问题而非法律理论问题^②。诚然,其重塑了部分学者对于“理想法

① 我国的人民法院作为党领导下的国家审判机关,既是政治性很强的业务机关,也是业务性很强的政治机关。参见张新明《在深度学习笃行中“做个有心人”》,《人民法院报》2023年6月15日,第2版。

② 对于合规不起诉问题,少数学者尝试去论证或驳斥其正当性问题,具体内容参见陈瑞华《合规关联性理论——对企业责任人员合规从宽处理的正当性问题》,《法学论坛》2023年第2期;孙国祥《刑事合规激励对象的理论反思》,《政法论坛》2022年第2期等。

治社会”的想象,但相较于用法律理论去论证一个政治结构行为的正当性,运用法律理论去解决其对于法律造成的体系冲击才是法律理论回应这个问题的应有方式。

相比较而言,司法体制综合配套改革为这一回应方式提供了较为良好的例证,学者们能够认识到其既非“司法责任制配套改革”,亦非“四项基础性配套改革”,而是对法治大厦进行的深加工、精装修的“体制性配套改革”^[13]。具而言之,“司法体制是政治体制的重要组成部分”^[14],因此,所有的司法改革的要求如去行政化和去地方化,不仅是司法体制改革的要求,更是政治体制改革的要求。有学者认为,我国司法体制改革中的司法机关应当包括公安机关、检察机关、审判机关、司法行政机关等在内^[15]。这显然会造成巨大的解释漏洞——司法机关的权力一般称为司法权,司法行政机关的权力一般称为司法行政权;法院是司法机关,享有司法权,但不享有司法行政权(律师审核、社会调解等权力);假若认为司法行政机关是司法机关的一种,那司法行政权也是司法权的一种,但显然法院不可能拥有司法行政权。即使另起炉灶——认为法院的权力是审判权,不是司法权,但是法院的其他权力(司法调解等)也不能包含在其中——也难以解决。这些问题难以在司法实践的过程中去解决,更多需要依靠学者如何基于中国实践进行权力分割的建设性解释,而非基于国外理论进行批判。

(二)法治实践中内部运行要求及回应的不足

相较于波斯纳所描述的美国司法运行环境,国内法律运行环境并没有类似的形式主义或保守主义的倾向,但与之相反,我们有一种反向的重视社会影响与技术跟进主义倾向。就前者而言,国内的法律体系在立法之时就有一种实用道德主义倾向^[16],在司法审判中这一倾向更为凸显,尤其在公众关注的案件中,法官基于法律裁判社会效果的考量有时会弱化法律体系解释说理的部分,进而可能影响法院的案例指导体系“一般性”“规范性”的指引。因此,法治实践中需要大量的研究人员从具体的纠纷解决与治理中,“立足中国国情”,为“解决中国问题的法学理论研究”提供一般性、规范性的指引标准^①。

就后者而言,司法信息科技的发展改善了司法透明度、司法管理和办案效率以及司法公正三方面的问题,改善了司法运行的部分固有矛盾^[17]。以至于已经有学者认为:“随着数字时代的到来,原来的物理‘围墙’逐渐被虚拟空间击碎;原来生物形态的身体、行为、言语,原来物理形态的财物、流转及其关系等,逐渐增添了一种‘无形流动’的数字形态。此时,很多旧有的习惯将被颠覆,旧有的制度将面临挑战,司法制度及其运行机制也随之发生深度变革。”^[18]诚然,司法信息化的发展改变了司法的固有空间,但司法物理空间的改变并不必然导致司法社会空间的改变,司法社会空间的构成意味着在行动者之间确立边界,这种司法空间能产生出具有普遍效力的判决的原因在于“将涉及个人利益的不可调和的冲突转化为平等主体之间受规则约束的理性论辩的交流,构成了一个与处于冲突中的社会集团相独立的专业化机构的存在理由。这个机构负责根据已经确立的形式将社会冲突以公开的方式表述出来,并由此来找到被社会认为是公平的解决冲突的办法”^[19]。因此,即使未来有比法官更能干的“法律机器人”出现,我们也要认识到“未来法律机器人比人类更‘能干’是一回事,达不达得到人对法律活动的专业要求和人文价值,则是另一回事”^[20]。我们在正视科技发展给司法实践带来便利的同时,不能去否定司法主体的地位,司法信息化和智能化在国内当下的司法实践中是必要的,但不能只考虑跟进技术的发展,还要考虑技术以外司法现实主义的价值权衡。

(三)法治实践中对组织形式与“人”的要求及回应的不足

就中国当下的科层制改革而言,有学者认为,虽然学者在司法改革中不断强调要改变当下中国法院的科层制,但中国法院系统其实是在改革开放甚至司法体制改革启动之后变得越来越科层化;强行改革科层制只会降低法官的积极性,并且其会在之后以另一种方式回归^[21]。以法官员额制改革为例,各地法院成功筛选入额法官之后,法官员额制似乎并没有就此完成;与之相反,“案多人少”“诉讼效率下降”等一系列问题随之浮出水面,以至于越来越多的地方法院不得不吸纳更多的工作人员^②。虽然产

① 两办《意见》中明确提出了这些要求。

② 有关这一问题的比较分析,可参见陈永生、白冰《法官、检察官员额制改革的限度》,《比较法研究》2016年第2期;陈瑞华《法官员额制改革的理论反思》,《法学家》2018年第3期;等等。

生的具体问题及环境不同,我国似乎呈现出了与波斯纳描述相类似的由助理人员承担起了更多裁判相关事务的倾向。他们背后的原因是相通的——如果要使一台汽车发动机能够长时间高效运转,那么高品质的机油对其来说是必不可少的。机械尚且如此,作为司法机构(程序)发动机的法官亦是如此。对于产生于国内土壤之上的法官来说,他们的“高品质机油”不仅是工资薪金,更重要的是地位和荣誉。司法单位只有给予做更多智力挑战工作的法官更高的地位与荣誉,才会鼓励更多的法官去做更多的具有智力挑战性的工作。

四、法学理论研究需要进行的完善

前文分析了当下的法学理论研究在外部(政治)结构、内部运行以及对于组织与“人”三个视角中需要去回应法治实践的诸多问题,需要法学理论与教育自身作出改变。当然,并非法治实践中的所有问题都需要法学理论研究的内部改变来解决。恰恰相反,法治实践中的大多问题需要在法治实践的过程当中解决,但这些都不是本文所要探讨的内容。本文探讨的重点是法治实践中的行动者所难以解决的“结构性问题”,这些问题需要通过法学理论研究来解决,这些解决方案同时也是解决法学理论与法治实践之间“拧巴”的必经之路;这一点在国内国外都是相通的,在解决问题措施的方向选择方面体现得更为明显。两办《意见》中针对该问题的解决,明确提出了六个方面的要求。

(一)以法治实践为核心

学术研究应当有效指导司法实践,这是本文开头所提及的,但倘若学术无法有效指导司法实践之时该如何处理?波斯纳就该问题给出了答案——那就是学术界需要改变。波斯纳认为美国当下的学术界对法官的行为越来越难以提出有效的意见,其中有两个原因:一是法官并不认为教授们能够完全设身处地地理解他们的工作;二是法律教授也不大有兴趣评说个体法官或者学界评说对司法不起作用(更深层次的原因是精英法律教授对司法实务尤其是审判的疏离)^[22]。对此,他在分析了美国学术研究的现状之后提出了诸多改良意见。因为司法体制的不同,他的大多数建议对国内并无明显的借鉴意义,但他的分析思路能够帮助我们去寻找解决方案。

1. 重视法治实践的结构。无论国内与国外,学者们对司法实践的研究似乎都倾向于关注司法的裁判。不可否认的是,司法裁判作为整个司法层面运作的最终结果,其重要性的确具有第一顺位的研究价值。但波斯纳认为对司法裁判的关注有些过分了,以至于忽视了其他问题。他认为学者关注特定判决,而非最高法院的结构方法、特征和人事或首席大法官对整个联邦司法部门的管理(或缺乏管理)。这些系统性或制度性问题被法学界忽略,但他们是迫切需要改革且最高法院有可能对学术建议作出更多回应的领域……除了忽视司法外部环境问题之外,波斯纳认为美国当下学术界还忽视了法官的具体需求。学术研究如果要影响法官,就要针对法官,也就是了解法官的兴趣、需要和理解力。他认为美国当下的许多学术作品表面上是为法官而写,实际上的受众是其他学者;法官们并不是哲学家,也不会和深奥问题打交道(如某一权利在脱离社会存在后的内在本质是什么)。以上的问题使得波斯纳认为美国的现代法学界日益远离司法部门,而对于解决这些问题的方案,他抱有一个希望,那就是或许法官与法学教授展开合作研究能够有助于产生丰硕的成果。虽然波斯纳主张法官与法学教授的合作发文,但从他之后的表述看,他想表达的应该是法学教授辅助法官发文。因为他认为法官对于两种现实(司法外部环境的现实与法官的现实)的认知是更加准确的,但在寻找事实的现代方法层面存在困难,而这些困难“当然是法学界对司法部门有所帮助的领域”^[23]。

与美国相同的是,近些年国内法学学者们的关注点也逐渐偏向于司法裁判,学者们以各自观点被司法裁判引用为荣,甚至有学者主张司法裁判在引用学者观点时要注明学者的姓名与观点出处^[24]。诚然,学者的观点对司法裁判产生一定影响这一事实的确会极大提高学术界对于司法实践建言献策的热情,但我们要认识到,法官与学者是两工作类型完全不同的群体,一方想要完全改造另一方的理想是难以实现的。法官与学者在很多问题的认知上是不同的,表现在国内的司法实践中便是对于司法机关独立探索的制度,学者呈现出一种学说保守、实务前进的态度,而对于西方司法体制中已经很成熟的

制度则呈现出一种实务保守、学说前进的态度^①。事实上,司法裁判中除了学者的学说之外,还有大量“引经据典”的内容,他们同样发挥了阐明事理、释明法理的作用^[25]。就作用而言,学者的部分学说教义与引经据典的传统儒家文化教义发挥的作用或许是类似的,认为法官引用了学者的观点,就是学者观点改变了司法裁判的这一论断是值得商榷的,或许真的就只是我们一厢情愿的想法。真相或许就如波斯纳潜意识中所认为的那样,学者只能辅助而不能决定法官的裁判。相较于对司法裁判的影响,国内学者对司法外部结构(制度性立法)和法官环境(科层制改革与法官保障)的影响似乎更加显而易见,这也要求学者们在这两个领域的研究应当更加切合此二者的现实环境。

2. 重视法治实践中的“国情”与“文化”。无论对法官施加何种约束都难以改变法官本人的种族、宗教、性别或其他个人特性,而这些特性有时也会影响他的司法决定,这一点不一定是法官不忠诚造成的。这也许只反映了一个事实,即在解决事实问题时,人的背景不同会把不同的先验因素带进来并且会有不同的政策偏好。但波斯纳认为当下美国的法学学者尤其是自由派的法学教授(科尔)一直在淡化司法中的意识形态因素。虽然这些教授刻意去忽视这些前见的确有现实的因素考量,但这种集体的忽视会使得美国学术界更难以针对司法实践提出有效的批评或建议^[26]。

在国内,这些“前见”在两办《意见》中指的是我们的“国情”与“文化”^②。在这一点上,与美国对前见因素的忽视不同,国内学者相当重视司法裁判中的这些因素,认为:“当前现实地制约、影响或促进(国内)司法活动的‘角力’主要是三套话语体系:其一为政治话语系统,即从公共政策出发……其二为法律话语系统……其三为道德话语系统。”^[27]且国内对于政治话语系统和道德话语系统的研究已经颇具成果。如认为司法裁判执行前者主要通过“发布典型案例”和“将公共政策作为裁判说理依据”两种方式^[28];而后者的影响“主要体现在三个方面:首先,司法改革的指导思想、目标和原则以道德话语为修辞;其次,司法改革的推动,道德话语在其中发挥着重要的作用;第三,对法官日常司法活动的行为方式及其选择的要求,也带有强烈的道德意味”^[29]。当然,这并不是完全认可了国内学者对于司法实践的批评与建议。国内的学者虽然没有集体的忽视裁判的非法律因素,但对于这些因素的认知,深入审判实践的法官可能会更为深刻。换言之,法官或许并不需要学者们就这些认知因素的现实产生原因对他们进行指导,法官需要的或许是一种由学者通过不同的研究方法来获得的对不同(法律或非法律)因素进行权衡的方法或技巧。就这一点而言,国内的研究也是需要补足的。并且只有在法学理论研究中对我们的“国情”与“文化”足够重视,才有可能在法治实践的运行过程中对普罗大众形成具有可接受性的一般性的指引。

(二)建立立足于实践的法学理论研究方法

现代计算机科学技术与数据统计的发展为新一轮生产力的改革与发展作出了卓越的贡献,然而法学界似乎并没有充分利用这些现代统计学和计算机科学的经验来研究法院系统,以至于丧失了以大量的可靠数据来置换直觉和偏见的机会。波斯纳认为由现代技术收集的测量数据可以用于对不同上诉法院、地区法院甚至不同法庭法官之间的比较研究;现代可以轻而易举地使用技术上先进的数据收集和分析方法来追踪、分析、解释和评价不同区域文化和不同法官等对法律影响之方差^[30]。或许对于将法与经济学转化为法律的经济分析,习惯于用现有的经济学理论与方法来检验确认和质疑法律世界的波斯纳来说^[31],基于数据之上的研究一般比经验认知更有说服力。但是撇开这一点不谈,波斯纳提出的法学研究方法新方向的相关问题的确值得我们去探究。

法学研究方法一般被认为有三大类:价值判断、规范研究和实证研究^[32]。就目前国内法学研究的发展来看,自1979年起学者们就提出要建立跨学科与量化实证的法学研究方法系统;但运用西方已经成熟的法学逻辑来改造中国的理论始终是国内法学研究发展的另一个轨迹^[33]。这种并行的发展趋势

① 具体论述参见张明楷《死刑问题上学者与法官的距离》,《中外法学》2005年第5期;侯猛《科学》在司法中的运用——基于学者与法官互动的知识社会学考察》,《法学》2022年第9期;王子予《追求共识:比例原则的裁判实践与知识互动》,《法制与社会发展》2022年第3期等。

② 两办《意见》中明确提出:“紧紧围绕新时代全面依法治国实践,切实加强扎根中国文化、立足中国国情、解决中国问题的法学理论研究……”

有其必然性所在,因为在方法论上,逻辑与经验本就是实证主义法学的两个进路。前者运用逻辑和语义的方法对法律规范进行诠释,后者运用经济学等社会科学的方法来研究现实中的法律。两者有着共同的哲学本体论基础,即研究“法学是什么”而非“法学应当是什么”^[34]。也正是由于两者能在同一平台上进行讨论,才会有前些年国内的法教义学与社科法学之争^①。当然,两者引起争议的原因主要是观察视角或研究方法的不同,对此,争议似乎应该画一个句号,因为大部分学者已经认识到“无论是规范法学所研究的制度,还是社科法学所讨论的实践,都只是‘法制’的表现形式,也都仅仅属于法学研究的对象而已”^[35]。且随着社会的意识观念、科学技术等不断发展与更新,法学研究的方法也会随之改变,如计算法学等新的研究方法已经逐渐开始被发掘^[36]。因此,共同去确立一些学术研究准则似乎是一件更为迫切之事。幸运的是,我们还有时间去完成这个工作,虽然当下已经出现了一批高质量的建立在大数据统计基础之上的文章,但放眼整个涉及算法及大数据的研究成果来看,依然是以传统的对算法和数据进行“意义”或“概念”的分析为主,应用算法或大数据进行统计的文章仍是少数,运用现代技术对波斯纳所言的追踪、分析解释和评价不同区域文化和不同法官对法律影响方差进行的研究同样较少。计算法学等新的法学研究方法尚未彻底获得立足点,就此而言,现在可能是学者们完成 1979 年以来的夙愿——共同确立多种跨学科的研究方法系统的共同准则的一个良好时机。“中国自主法学知识体系必须也只能安置在更大的系统框架之内……把法学体系纳入中国特色社会主义法治体系之中,使之找到了安身立命之所、大展身手之地。”^[37]这也是两办《意见》中要“建立中国自主的法学知识体系”之立足点。

(三)完善法学教育体系

波斯纳在对司法问题进行评判之时,集中火力攻击了过分的形式主义。并且,他认为需要为其承担责任的不仅应当有学者们的学术研究,法学院也“必须承担部分对我们过分形式主义的法律文化的批评”^[38]。在对法学课程改革的建议中,波斯纳认为,实务教程教学、教学计划、教员组成以及学生和模拟法庭与法律评论之间的关系都需要进行改革^[39]。他提出的改革建议极为细致与详尽,但可惜的是,美国与中国的法学院并不在同一法律制度框架下,因此他提出的详细的建议并不能直接被用来指导中国的法学院改革。不过,他改革建议的主体思想对国内的法学院课程改革是具有一定借鉴意义的。

1. 完善法学教材体系。法学教材的不同体系影响学生获取知识的方式。波斯纳认为,在美国当下的法学课程体系中,法学教授本可以向学生们解析法官作出判决的过程中所考虑的因素,但他们却没有那么做,他们反而把判决包裹在形式主义的外衣当中——假装判决仅仅是“法律”的适用,不添加任何现实主义的洞察。这样造成的后果是法学院的学生对司法现实的了解越来越少,而当接受教育的学生走向法律工作之时,整个司法系统的形式主义只会愈加蔓延。对此波斯纳认为,首先要改革美国当下的案例教科书^[40],因为案例教科书的目的乃是从数个相关决定中找出基本原则,然后把原则按照一种逻辑标准分门别类,如此法学成了一种可以讲授的科学^[41]。

对教科书的关注也体现在两办《意见》中^②。相较于美国,国内的教学同样采用教科书式的课程,因而使得国内的法学生对司法现实了解较少。就中国当下的法学教材编写而言,已经有学者认识到其存在的问题:如侧重基本原理与基础知识的传授,忽视职业能力的培养;编写动机异化,不符合基本规范;法学教材与学术研究脱节,缺乏沟通与关联;教材语言呆板,较少关注现实与热点;等等^[42]。虽然也有学者认为一部优秀的法学教材只要在原理、规范与学说三方面趋于完善即可^[43],但不能否认的一点是,教材内容与司法实践相脱离,缺乏与司法实践相近的法律方法论的内容以及较少的案例分析是当下国内法学教材的普遍特征^[44]。法学是一门实践的学科,它离不开司法实务,而且组织编写和全面采用国家统一的法律专业核心教材并纳入司法考试必考范围是中国特色法学体系建设的核心内容之

① 具体争议内容参见侯猛《社科法学的传统与挑战》,《法商研究》2014年第5期;陈柏峰《社科法学及其功用》,《法商研究》2014年第5期;张翔《形式法治与法教义学》,《法学研究》2012年第6期;孙海波《论法教义学作为法学的核心——以法教义学与社科法学之争为主线》,《北大法律评论》2016年第1期。

② 两办《意见》中明确规定要“坚持以习近平法治思想为统领,通过抓好核心教材、编好主干教材、开发新形态教材等,构建中国特色法学教材体系”。

—^[45]。就当下的法学教材而言,在与司法实践的结合层面仍需完善。

2. 推动法学教育与法治实务相互融合。“法学是世俗的学问,甚至很多是实践性的、技术性的。”^[46]法学院的学生需要世俗实务的指导,这是毫无疑问的,但是实务指导从何而来?就美国当下法学院的课程结构而言,兼职教学的执业者承担了实务指导的职责,但这些执业者所教授的内容与高学历教员教授的内容如同两个轨道,造成了一种“法学教育双轨制”的后果。对于这种“双轨制”问题的解决之道,波斯纳认为在高学历教员与兼职教员之间的诊所教员,他们注重实践,应当由他们来教程序法或证据法等课程;同时他建议由这些教员(而不是由学生)来主导模拟法庭项目,并努力向学生传达一种对司法行为的现实理解,那么法律教学中的实践与理论的天平就会向实践一方倾斜。司法部门和法律职业界都会因这一倾斜而受益^[47]。

这一点在两办《意见》中也有所体现^①。国内各法学院自2002年起逐渐开设法律诊所课程,以期培养学生的职业技能^[48]。虽然这在一定程度上的确使得学生们更加了解国内的社会现实,但另一方面,也促成了类似于波斯纳所讲的法学教育“双轨制”的结果。这一结果的产生离不开国内目前法学教育的传统思维定势。而要培养新时代的卓越法律人才,就必须克服当下法学教育的传统思维定势^[49],结合理论与实践,将“两轨”并为一轨。只有这样,才能使法学教育本身不再是与法治实践相脱离的过程,进而有效回应法治实践中对组织形式及“人”的需求。

3. 优化法学学科体系。相较于强迫法学院教职人员教授学生对法官的现实理解,如何使学生真正去理解法官现实决策过程这一问题似乎更应当受到重视。对于法学院的学生来说,如心理学、社会学、经济学和组织理论等知识内容有助于他们去刺破司法过程“面纱”、理解法官实际行为。语言与写作的知识、正确的沟通与表达,这些都离不开人文社科领域的积淀。除了人文社科领域的知识以外,技术类的知识领域,如计算机科学、统计、生物、电子监控和专利系统等,都能够帮助他们认识到法官充分理解语境对合理司法决定的重要性。就此,波斯纳认为:“但在所有三个领域——法律、人文学科以及科学(包括社会科学)与技术都取得一定成绩,且学会如何把这些领域的洞见传达给外行人的法学生,将为一个辉煌的司法职业生涯打下基础,如果运气和渴望最终使他或她成为一名法官的话。”^[50]

国内也是如此,法科生的学习并不能仅局限于法律书本,这既是法治实践组织形式与“人”的理解要求,也是法治实践运行的理解要求,因此,两办《意见》中花费大量篇幅对此提出了明确要求^②。目前,我国法学界的知识领域的确越来越呈现出一种专业主义倾向:“对于复杂社会的法律问题,法律专业人士存在过度专业化的倾向,也就是将法律问题从其复杂的社会背景中剥离出来,只懂得在法律自身的角度来讨论法律问题,从而产生的观点有些‘不食人间烟火’。”^[51]当然专业化本身并没有什么问题,只是我们需要认识到在塑造这种专业性的同时不能产生只需要专业性就足以的态度,因为很多时候疑难案件的产生不是法律专业智识不足,而是其他社会科学的智识不足所导致^[52]。就国内法学学科在面对法律实践中遇到的知识漏洞而言,国内也有不少学者尝试给出建议,如有学者认为可以将法学学科分为基础学科和领域学科,基础学科用于法学基本原则与方法的构造,而领域学科则用来接收新兴的法学需要重视的知识,如网络法学等^[53]。虽然就法律实践需要但法学专业缺乏的知识领域设置领域学科能一定程度上填补当下司法实践中法学知识的漏洞,但可以预见的是,随着新一轮社会技术的发展,司法中所需要的非法学知识也会越来越多,以至于有学者根据两办《意见》提出了要在“顺应新一轮科技革命推进法学交叉学科建设”的同时兼顾“基础学科”和“冷门学科”^[54]。这一观点虽然符合国家与学科建设的两重要求,但其实施起来确会产生一个新的问题——随着交叉学科、领域学科越

① 两办《意见》中明确规定要“强化法学实践教学,深化协同育人,推动法学院校与法治工作部门在人才培养方案制定、课程建设、教材建设、学生实习实训等环节深度衔接”。

② 两办《意见》中明确规定要“立足中国实际,推进法理学、法律史等基础学科以及宪法学与行政法学、刑法学、民商法学、诉讼法学、经济法学、环境与资源保护法学、国际法学、军事法学等更新学科内涵,更好融入全面依法治国实践。适应法治建设新要求,加强立法学、文化法学、教育法学、国家安全法学、区际法学等学科建设,加快发展社会治理法学、科技法学、数字法学、气候法学、海洋法学等新兴学科。坚持依法治国和依规治党有机统一,加强纪检监察学、党内法规学学科建设。推进法学和经济学、社会学、政治学、心理学、统计学、管理学、人类学、网络工程以及自然科学等学科交叉融合发展,培养高质量复合型法治人才”。

来越多,他们会不断专业化,并且不断朝着当下基础学科的方向发展,进而导致法学内部的专业壁垒不断增加和细化,在另一种程度上使得法学内部壁垒之间的缝隙(甚至是漏洞)加大。这样不仅增大了学科的学习难度,还使得整个法学学科内部难以交流,更加难以形成一个完整的体系,甚至可能会在法学内部分化成了心理、信息技术、生物技术等诸多学科。

就实施措施而言,让法学生在进行基础法学学习的过程中更好完成其他学科(通识性)的学习,以降低交叉学科、领域学科之间的壁垒,会弥合未来法学内部可能产生的分裂问题。就当下国内的法学课程设置而言,由于国家对政治与文化教育的重视,法学专业的课程设置中加入了大量其他学科的通识课程,且“在通识类课程体系各个院校的学分和学时比例都大概保持在1/3。相较于其他专业而言,这一比例相对稳定,也符合世界高等教育对于通识教育的重视程度,可以较为充分地反映出法学专业人才‘厚基础、宽口径’的培养目标取向”^[55]。当然,现阶段而言,这些通识性课程虽然在一定程度上提高了法学生的基本人文素养,但并没有取得填补法学应对司法中知识漏洞的效果。这是因为相较于通识课程的学习,专业课程更能决定法学生未来法律职业的发展。因此,学生学习通识课程投入的精力一般而言弱于专业课程,就此而言,或许是时候对法学院的通识课程的培养模式进行改革了。

参考文献:

- [1]周翔,刘东亮.法学研究目标受众选择的大数据分析[J].法学研究,2020(1):171-189.
- [2][55]刘坤轮.我国法学类专业本科课程体系改革的现状与未来:以五大政法院校类院校为例[J].中国政法大学学报,2017(4):139-149,160.
- [3][21]苏力.司法改革的知识需求:波斯纳《各行其是》中文版译序[J].法治现代化研究,2017(1):100-105.
- [4][7][8][11][22][23][26][30][38][39][40][47][50]理查德·波斯纳.各行其是:法学与司法[M].苏力,邱遥堃,译.北京:中国政法大学出版社,2017:40,50-51,59-61,191-193,188,200-221,118-202,210,243,243,229-232,257,245-247.
- [5]Lee Epstein, William M. Landes, Richard A. Posner. The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice[M]. Boston: Harvard University Press, 2013:41.
- [6]Adam Liptak. The Polarized Court: The Perception That Politics Has Infected the Process May Damage the Justices' Prestige[N]. New York Times (Sunday Review), 2014-05-10(01).
- [9][41]菲利普·热斯塔茨,克里斯托弗·雅曼.作为一种法律渊源的学说:法国法学的历程[M].朱明哲,译.北京:中国政法大学出版社,2020:272,267.
- [10]卡多佐.司法过程的性质[M].苏力,译.北京:商务印书馆,1997:94.
- [12]安恒捷.“司法克制”的法律方法分析:以美国法判例为线索[J].华东政法大学学报,2021(1):182-192.
- [13]陈卫东.司法体制综合配套改革若干问题研究[J].法学,2020(5):3-17.
- [14]本书编写组.《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》辅导读本[M].北京:人民出版社,2013:79.
- [15]徐汉明.习近平司法改革理论的核心要义及时代价值[J].法商研究,2019(6):3-15.
- [16]黄宗智.国家与社会的二元合一:中国历史回顾与前瞻[M].桂林:广西师范大学出版社,2022:238-267.
- [17][20]孙笑侠.论司法信息化的人文“止境”[J].法学评论,2021(1):22-37,21-37.
- [18]马长山.司法人工智能的重塑效应及其限度[J].法学研究,2020(4):23-40.
- [19]Pierre Bourdieu. The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field[J]. Hastings Law Journal, 1987:814.
- [24]金枫梁.裁判文书援引学说的基本原理与规则建构[J].法学研究,2020(1):190-208.
- [25]谢晶.裁判文书“引经据典”的法理:方式、价值与限度[J].法制与社会发展,2020(6):31-50.
- [27]姜涛.道德话语系统与压力型司法的路径选择[J].法律科学(西北政法大学学报),2014(6):21-31.

- [28] 孟融. 中国法院如何通过司法裁判执行公共政策:以法院贯彻“社会主义核心价值观”的案例为分析对象[J]. 法学评论,2018(3):184-196.
- [29] 方乐. 司法如何面对道德? [J]. 中外法学,2010(2):182-197.
- [31] 圭多·卡拉布雷西. 法和经济学的未来[M]. 郑戈,译. 北京:中国政法大学出版社,2019:20.
- [32] 陈柏峰. 法律实证研究的兴起与分化[J]. 中国法学,2018(3):132-149.
- [33] 熊谋林. 三十年中国法学研究方法回顾:基于中外顶级法学期刊引证文献的统计比较(2001-2011)[J]. 政法论坛,2014(3):12-24.
- [34] 黄辉. 法学实证研究方法及其在中国的运用[J]. 法学研究,2013(6):15-18.
- [35] 陈瑞华. 法学研究方法的若干反思[J]. 中外法学,2015(1):22-28.
- [36] 邓矜婷,张建悦. 计算法学:作为一种新的法学研究方法[J]. 法学,2019(4):104-122.
- [37] 张文显. 论建构中国自主法学知识体系[J]. 法学家,2023(2):1-15.
- [42] 杨军. 论我国法学教材编写存在的问题及解决[J]. 中国大学教学,2014(6):87-90.
- [43] 左海聪. 论优秀法学教材的特质[J]. 中国大学教学,2019(2):88-90.
- [44] 李慧敏,夏阳. 中、美、德三国法学专业教材比较研究[J]. 山西财经大学学报,2012(1):209-211.
- [45] 张文显. 关于构建中国特色法学体系的几个问题[J]. 中国大学教学,2017(5):4-15.
- [46] 苏力. 当代中国法学教育的挑战与机遇[J]. 法学,2006(2):3-21.
- [48] 章武生. 我国法学教学中应增设“模拟法律诊所”课程研究[J]. 法学杂志,2011(6):88-90,114.
- [49] 刘同君. 新时代卓越法治人才培养的三个基本问题[J]. 法学,2019(10):137-148.
- [51] 周少华. 自主性的法学需要保持知识的反思的传统[J]. 法学,2019(4):93-103.
- [52] 侯猛. 司法中的社会科学判断[J]. 中国法学,2015(6):42-59.
- [53] 解志勇. 法学学科结构的重塑研究[J]. 政法论坛,2019(2):13-22.
- [54] 黄文艺. 论构建中国特色、世界一流的法学学科体系[J]. 法学家,2023(2):16-30.

编校:邵东华

How Legal Theoretical Research Responds to the Practice of the Rule of Law

——Starting with Posner's Analysis of Law and Judiciary's "Divergent Paths"

Li Jianjun

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

Abstract: How legal theoretical research to respond to the practice of the rule of law is a problem that China is trying to solve, and the United States under Posner's analysis is also facing the same problem. Although the specific problems that need to be solved in the domestic context are different, the analysis perspective constructed by Posner enables us to more comprehensively understand the needs of the current practice of rule of law and the shortcomings of legal theory research response in China from the perspectives of external (political) structure, internal operating environment, and "lawman". The research of legal theory needs to focus on the practice of rule of law, establish a research method of legal theory based on practice, and attach importance to the improvement of the legal education system. This is not only the direction of the current reform of legal theory and education system in China, but also the necessary path to solve the problem of "Divergent Paths" between theory and practice.

Key Words: rule of law practice the; legal theory research; divergent paths