

# 天津法学

Tianjin Legal Science

(季刊)

编委会主任：王红卫 陈忠杰

编委会副主任：杨明光 于浩明

编委会委员：（按姓氏笔画为序）

马立民 王吉林 古津贤 史学瀛 付士成

吕 凯 刘士心 刘晓梅 刘晓纯 刘海滨

齐恩平 孙佑海 孙学亮 杨 惠 杨文革

肖 强 吴春雷 宋华琳 陈灿平 郝 磊

侯欣一 俞风雷 薛智胜 魏健馨

主 编：杨明光

副 主 编：张博华 朱冬玲

编辑部主任：张 颖

主管单位：中共天津市委政法委员会

主办单位：天津公安警官职业学院  
天津市法学会

2023年第2期 / 第39卷 / 总第154期

# 天津法学

Tianjin Legal Science  
(季 刊)

2023

6

第 39 卷 / 第 2 期 (总第 154 期)  
2023 年 6 月 15 日出版

## · 法治理论与实践 ·

基层社会治理法治保障研究 ..... 魏健馨 蒋 露 田圣文 李洪琛 (5)

## · 立法建议 ·

共识、分歧与转向：法治宣传教育地方立法的实践探索与立法完善

——基于 24 个省级法治宣传教育立法文本的考察 ..... 吉亮亮 (16)

## · 法学研究 ·

第三人撤销之诉对一般债权人的司法救济

——152 号指导案例评析 ..... 王 娣 王 蛮 (31)

董事在信息披露中“不保证”的法律问题探析 ..... 薛智胜 潘晋晋 (43)

## 董事义务的代理结构完善研究

——从发挥信义理论的补充作用出发 ..... 孙学亮 成 朋 (57)

公司担保：越权代表路径解释 ..... 李抒波 (69)

论网络国际著作权侵权中被请求保护地法的厘清 ..... 许昕怡 (80)

## · 学术热点 ·

数字时代互联网纠纷管辖制度的现状审视与规则完善 ..... 贾亚强 刘 畅 (93)

对智能手机的电子数据取证的法律规制

——以保护隐私权为切入点 ..... 韩雪梅 (104)

---

---

主管单位：中共天津市委政法委员会

主办单位：天津公安警官职业学院  
天津市法学会

出版单位：《天津法学》编辑部

主 编：杨明光

副 主 编：张博华 朱冬玲

编辑部主任：张 颖

国际标准刊号：1674-828X

国内统一刊号：CN12-1416/D

出版日期：2023年6月15日

地 址：天津市西青区精武镇陈台子路88号

邮政编码：300382

电 话：(022) 58786530

传 真：(022) 58786530

电子信箱：tianjinfx@126.com

发行范围：国内外公开发行

邮发代号：6-285

印刷单位：天津市好彩数码印刷有限公司

电 话：(022) 86280321

定 价：10元

---

---

# Tianjin Legal Science

NO.2 Vol.39 (General Serial No.154) 2023

Date of Publication: Jun.15th, 2023

---

Research on Legal Guarantee of Grassroots Social Governance

..... *WEI Jian-xin, JIANG Lu, TIAN Sheng-wen, LI Hong-chen*

Consensus, Disagreement and Turning: The Practical Exploration and Legislative Improvement of

Local Legislation for the Rule of Law Publicity and Education

——Based on the Investigation of 24 Provincial-level Legislative Texts Involving the Rule of

Law Publicity and Education

..... *JI Liang-liang*

Judicial Relief for the General Creditors from the Suits of Challenging the Judgements by a Third Party

——Comments on the Guiding Case No.152

..... *WANG Di, WANG Man*

Analysis of the Legal Issue of Directors' "Non-guarantee" in Information Disclosure ..... *XUE Zhi-sheng, PAN Jin-jin*

Research on the Improvement of the Agency Structure of Directors' Obligations

——Starting from the Complementary Role of Fiduciary Theory

..... *SUN Xue-liang, CHENG Peng*

Corporate Guarantee: Interpretation of the Ultra Vires Representative Path ..... *LI Shu-bo*

On the Clarification of the Law of the Requested Place of Protection in International Copyright

Infringement on the Internet ..... *XU Xin-yi*

Examination of the Current Status and Improvement of the Jurisdiction System for Internet Disputes

in the Digital Age ..... *JIA Ya-qiang, LIU Chang*

Legal Regulation of Electronic Data Forensics in Smart Phones

——Privacy Protection as an Entry Point

..... *HAN Xue-mei*

# 基层社会治理法治保障研究

魏健馨，蒋露，田圣文，李洪琛

(天津大学法学院，天津 300072)

**摘要：**基层社会是社会的基本构成单位，通常被认为是具有人口、文化、地缘属性的组织形态，与社会成员的生活息息相关。随着从农耕文明向商工文明的转型，基层社会的传统属性已有重大改观。国家和社会的快速发展对基层社会治理提出了新挑战和更高要求。依据治理理论，基层社会治理表现为参与主体的多元性和治理目标的多向度性。在法学视域中，法治保障是基层社会治理和保持社会秩序稳定的基本要求和必要途径。法治保障的回应体现在，国家法与“民间法”并举，强化法治思维，健全配套机制，实行“三治”融合。在提高国家治理能力与国家治理现代化的背景下，对基层社会治理法治保障进行深入研究正当其时。

**关键词：**基层社会；基层社会治理；法治保障

中图分类号：D922.17

文献标识码：A

文章编号：1674-828X(2023)06-0005-11

近年来，国家和社会的快速发展对基层社会治理提出了新挑战。在法学视域中，法治保障是基层社会治理和保持社会秩序的基本要求 and 必由之路。秩序是正向概念，表达有序状态。社会秩序的维护有多种途径，法律的固有属性决定了它在现代社会治理中更具实效。在提高国家治理能力与国家治理现代化的背景下，对基层社会治理法治保障进行深入研究正当其时。

## 一、基层社会治理法治保障的规定性

基层社会治理法治保障的规定性重点在于阐明基层社会问题以及社会和治理之间的

理论联系。基层社会的变迁伴随着社会自主性特征的变化。社会概念的演变与国家和社会二者关系、国家整体文明模式的转型联系密切。

### (一) 社会与基层社会的变迁

古代中国，“社会”一词的内涵界定并不清晰，国家与社会长期处于胶合运行状态。<sup>[1]</sup>二元结构传统表明国家与社会之间的紧密联系，家国一体的认知观念源远流长。传统社会的特点首先体现在家族体系内的父权统治模式，“父”作为家长的权威不容置疑，擅长运用传统礼法处理家族内部纠纷。这种父权统治模式映射到国家政治体制运作中，君王便是最大家长。“政府就完全建立

基金项目：天津市法学会2022年度法学研究重点项目“基层社会治理法治保障研究”（TJ2022003）。

作者简介：魏健馨，女，1964年生，天津人，天津大学法学院教授、博士生导师，主要从事宪法学、基本法和人权法学研究；  
蒋露，女，1995年生，河南商丘人，天津大学法学院博士研究生，主要从事宪法学研究；  
田圣文，男，1994年生，山东潍坊人，天津大学法学院博士研究生，主要从事宪法学研究；  
李洪琛，男，1997年生，山东泰安人，天津大学法学院硕士研究生，主要从事宪法学研究。

在这种伦理关系上，皇帝像父亲一样掌管一切。”<sup>[2]</sup>家国同构体制下，法律与伦理交织，难以孕育涵盖公法与私法的法律结构，社会的自主性被遮蔽在父权统治思维为基础的国家等级制度之下。

社会主义计划经济阶段，公有制基础伴随着行政权为主导地位的体制，在社会层面上呈现的主要特点是社会生活单一，活力不足，社会成员在行政主体的安排下行动。在社会主义市场经济体制下，社会的内涵、运行规律更新显著。与传统社会相比，社会成员参与社会生产与分工的深度和广度极大增强，社会组织在基层社会生活中崭露头角，社会自主性的成长得到极大促进。特别是当下，“数字化”成为新的驱动力量，社会一词融入了前所未有的包容性和开放性，基层社会生活中的流动性、智能化不断破除传统社会的桎梏。由此观之，人们必须正视一个基本事实，以国家和社会纵向发展轨迹为背景，解读社会内涵应秉持动态发展的立场。

对“基层社会”内涵的界定是开展基层社会治理法治保障研究的基础性工作，也是使主题论证能够在客观现实范围内展开的重要前提。通常认为，基层社会是具有人口、文化、地缘属性的组织形态，是社会的基本构成单位。在中国，随着农耕文明向商工文明的转型，<sup>[3]</sup>基层社会的传统属性呈现出重大改观，主要体现在人口日益集中、流动性加强、个体之间的社会联系减少、文化认同迥异、地缘属性大大降低等若干方面。

## （二）治理理论与基层社会治理

治理理论是基层社会治理的理论基础。

在法学、社会学、政治学视域中，学者们对治理的认知、观点各有研究偏好和立场。在拉丁文和古希腊语中治理是控制操纵之意，长期以来西方政治学说史多是交替使用治理与统治，二者的区分并不明显。社会学视域中的治理泛指与各类公共性事务相关的管理活动。<sup>[4]</sup>现代社会治理理论不断发展，早已打破治理主体一元化权威的传统，重点强调多元主体参与公共事务，注重社会引导和疏解。

全面审视基层社会治理后发现，治理主体更迭与治理模式转化是问题的焦点。

第一，治理主体的更迭。在表象上，归因于新社会群体的出现；在深层上，则是经济结构的变化所致。具体在基层社会治理场域中，则表现为旧治理主体的更新换代，新治理主体的加入，治理主体的多元化。

社会福利资源与公共物品的配置，已由传统“单位”承担模式切换为现代“街居”承担模式。当下基层社会治理呈现出一些新的特点，在居委会发挥法定自治组织功能的基础上，业主委员会、居民兴趣小组以及社区志愿者团队等自治主体也在积极参与社区公共事务。虽然“街居”模式中新参与主体的治理实效还有待于进一步观察，但是社区新生自治组织与居民之间的紧密互动关系不可忽视。同时，人们不能忽视互联网给社会带来的“碎片化”影响，传统上带有地域身份和层级的基层社会结构正面临去中心化、

去地域化、去等级化的巨大解组。<sup>[5]</sup>传统社区基于地缘、血缘、亲缘而建立，现代社区缺乏上述建立背景，同时线上线下、虚实交错的双层空间，在一定程度上降低了基层社会民众直接联系交往的机会，人们只是在必要的时候进行沟通。在此背景下，价值认同的分化客观存在，基层社会的共识难以达成，增加了建立统一约束机制的难度。即使尝试建立维护基层社会中不同利益群体及其公共生活的自治规范，如果没有基层民众的积极参与，显然也难以产生积极效果。除此之外，还有大量新型社会组织承担基层社会治理中的一部分公共事务，关键是如何保持长效机制，防止有些社会组织在依市场经济规律行事的同时，不顾及基层社会公共利益，偏离了自治主体参与治理活动的自我管理与公共利益追求的预设目标，这是值得关注的现实问题。

第二，由管理模式转向治理模式。在向治理模式转变的同时，还残留着管理模式的思维痕迹。治理的内在要求以有效性为原则，以实现效果为目标。目前基层政府普遍使用的网格化治理模式，以实用主义为前提，强调对资源的充分利用。网格化治理机制是为了使公共政策的执行和公共服务的提供拥有更充分的技术资源和条件，包括广泛参与、专业知识、资金等等，使得公共政策和服务更易被受众接受，以增加其可行性。

治理模式强调主体的参与性。治理模式的特质在于多元治理主体的参与，在激发

各类主体活力的同时又能够保持其相对独立性。政府服务转向购买社会服务，其应然状态是政府提供支持，由社会服务主体直接向民众提供具体服务，在政府与社会服务主体之间建构起依附性合作关系。社会实践表明，政府作为购买方通过支付资金给社会服务主体，实现政府职能转移。囿于资金来源于政府，在社会服务主体中盛行政治思维，这种政府的控制倾向都表现得较明显。<sup>[6]</sup>

治理模式的理念进一步超越，参与治理的主体更加多元，它们相互作用形成的协同效应超越了传统管理模式。强调有效参与，治理过程中形成的规则具有更高的共识性，多元主体通过协商对话确立的目标，更加符合经济学原理——即最大多数人的利益最大化。在合目的性前提下，强调以最小负面影响的手段去化解深层次的社会矛盾，从而有利于实现整体社会利益。诚然，在治理模式的理念与社会行动之间的必要联结就是诉诸法治保障。

## 二、基层社会治理依赖于法治保障功能

基层社会治理得益于法治保障。有学者认为，人们忽视法律是因为法律体系是代价昂贵的纠纷解决方式，而人们常有一些更为便捷的实现秩序的手段。<sup>[7]</sup>由此推导出人们的社会交往无需借助于法律的强制性力量就可以形成秩序状态的结论，现实生活中基层社会的自治机制似乎也在印证这类观点。

对此，也有学者予以否定，人类的社会生活“都是由法律直接或间接地塑造的”，法律是“必要的和无所不在的事实”，<sup>[8]</sup>表达出法律不是万能的，但是没有法律却是万万不能的核心思想，基层社会治理同其他领域一样，也是通过法律的社会控制。

基层社会治理的法治保障不仅体现在法律在社会生活中现实存在的表面联系上，还有更深层次的理由，即通往良好治理的路径是由法治保障予以实现的。基层社会治理的场域揭示了良法与善治之间相辅相成的关系，善治就是在基层社会治理过程中实现良法价值的最大化，良法是实现善治的基础，善治的结果依赖于法治的保障功能。

#### （一）保障基层社会治理系统的协调

法治保障在于为自治提供底线性共识，引导其不偏离轨道。社会系统通常由若干子系统构成，各自采用体系内部的经验材料，以维持系统整体的稳定性与协调性。<sup>[9]</sup>法治保障呈现独特运行逻辑，以全体社会成员的价值共识为基础，确立基本原则，在制度框架内运用法律术语来描述具体规则，最终通过法律实施规范社会成员的社会交往行为。对比来看，基层社会的自治规则与国家法的规范体系不尽相同，但是运行逻辑有相通之处。国家法不仅可以作为自治规则的建构基础，提供先进理念与基本原则，还可与自治规则相互弥补，从而保持规则体系的系统化。基层社会治理的法治保障在于将立法者的价值判断与价值衡量渗透到自治规则的字

里行间，实现国家法对非正式规范的最低控制，保持最低约束的统一性以及基层社会治理的连贯性，同时使法治理念内化于基层社会民众的社会行动之中。

法治保障还在于平衡多元主体的不同目标。基层社会治理是多元主体参与的过程，多元主体往往意味着多元价值与不同的利益诉求。在基层社会治理中，政府、经济性市场组织、社会、民众扮演不同的治理角色，都要面对国家政策的调整 and 任务分配，依据各自职权发挥职能作用，最终指向共同目标。法治保障意味着法律创制机关和法律适用机关都应当被法律统治、依法行政、依法指导人们的社会行为。<sup>[10]</sup>但各主体治理行为所遵循的归责原则并不相同，而法律作为专门的规则，其首要特性即普遍性，为各主体提供了标准化指引。<sup>[11]</sup>以普遍适用的原则为指导，使解决基层社会治理的各种方案具有可预见性和确定性。法治保障的实践价值体现为规避了非正式规范与社会现实之间的矛盾，保持基层社会治理整体目标的一致性。借助于法治保障建构的基层社会治理体系，可以通过规范化的方式实现不同主体的价值诉求，发挥兼容、协调作用。

#### （二）增强各类主体行为的可预期性

一是增强民众行为的可预期性。基层社会治理建构的多元主体、多维度、相互交叉的复杂关系，经由“数字社会”引致深层次社会解构，对传统社会秩序造成颠覆，表现为社会成员无法预想其行为后果。民众作



为基层自治组织的成员参与治理，既要预见自身行为后果，也要预见其他成员的行动方案。事实上，治理系统的复杂性为社会成员行为的可预期性带来负担，“数字社会”令人们的社会交往日渐虚实混同，成员间的高频互动变幻莫测，法治恰好可以消解受此影响导致的治理失效。法秩序构筑起社会秩序的支架，支撑着社会成员的秩序感，塑造着社会成员关于信任与稳定预期的认知逻辑。法治本身就蕴含这种内涵，即法律要想指导人类的行为，就必须前瞻性地规定行为方式，<sup>[12]</sup>使社会公众知道法律适用的可能结果也是学界共识。<sup>[13]</sup>在基层社会治理中，强化通过法治保障实现治理效果，有助于不同利益主体求同存异，积极参与治理，实现预期目标。

二是增强政府行为的可预期性。考察公共领域的政府、经济性市场组织、社会、民众之间的良性互动，政府始终是主导性治理主体，提升政府行为的可预期性可以提升结果与目标的契合度。一方面，政府行为具有公共性，法治保障可以弱化其行为的不确定性，增强国家公权力主体的权威。“公共强调的是，主体从自利至他利，能够理解其行为对他人所产生的结果<sup>[14]</sup>。”鉴于政府对公共性事务的决定性功能，容易出现削减民众权利、增加义务的倾向。法治保障要求政府行为必须符合既定规则，利用现行规范约束政府行为，不仅使政府对基层社会治理有章可循，有法可依，有效避免恣意与无序，同时还有利于增强政府行政领域的透明和公

开、程序公正、强化行政主体责任意识，导向公正的最终结果。另一方面，政府行为以常态治理为主。常态治理是长效治理，通过整合治理权力与资源，不间断地弥补治理缺陷，完善治理模式，完成治理绩效。与常态治理相左的是短期治理，追求短期效率而可能出现漠视法律的现象，长此以往会降低治理效能，增加治理成本，或可能导致资源滥用和成本透支，使常规治理的动力不足。<sup>[15]</sup>基层社会治理的法治保障，意在减少政府行为采用短期、非稳定治理方式的频率，尤其不要出现超越法治边界的“溢出效应”。

### （三）防范治理失灵

治理是良好模式，但是也有美中不足之处，对其功能的局限性人们不能视而不见。第一，公共参与的两面性。现代社会强调充分实现社会成员对公共事务的参与，基层社会治理机制正是实现公共参与目标的最优方式。“许多集体行为问题仅仅通过个人行动是无法解决的”。那么，解决途径为何？“社群自我调节”<sup>[16]</sup>最为重要。多元主体参与可能导致治理效率低下。不同的利益诉求难以达成一致，可能会使基层社会治理机制超载，在意见不统一的混乱中无法保证治理目标的实现。尽管治理模式和机制更接近民主，但是也极大可能造成民主的假象。缺少公共参与经验的参与者，给人一种表面上的多元化，实则无法真正接触并参与到公共事务机制中。第二，利益分化分歧严重。治理模式的机制既包括利益互补，也包括利益重

叠。现代社会中日常事务的复杂化背后是利益的多元化。当更多的参与者加入基层社会治理过程并在其中发挥作用后，提出了日益紧迫的问题，即如何化解常常是相互冲突的利益诉求。对此，私人主体可能会为了自身利益而滥用治理公权力，最具典型性的经济型参与主体，作为“理性经济人”，为了自身利益最大化，通过商业贿赂等手段将治理机制引入歧途。第三，权威主体的不让渡。治理的主体多元化意味着政府不是唯一的权力主体，为了防止其他主体的排斥或限制政府参与的态度，政府等权威主体可能会对多元主体的目标与利益诉求采取严格审视的态度，以突出其权威的优越性。

法治保障有助于克服治理失灵。多元化治理不是突发的无序主张，而是有明确目标的理性实践，其目标就是主体利益诉求的方向。<sup>[17]</sup>基层社会治理有效运行并如期实现目标，需要合乎治理原理的方法理论来指导，法治保障即是最优选择，核心是建立真正可以妥当处理利益与权力分配及落实究责的机制。治理失灵在法律上体现为权力主体对于权力的滥用，究其原因包含三个方面，一是权力具有直接处分利益的属性，“是分配正义至关重要的代理人”<sup>[18]</sup>。掌握权力的个体或组织对资源和利益的配置具有实际影响力。权力可以为利益寻租提供便利，是“取得未来某种具体利益的现有手段。”<sup>[19]</sup>二是权力主体拥有强制力，这也是权力越界的根由，“权力是迫使他人按照权力持有者的意志行事的

能力。”<sup>[20]</sup>权力主体做出的决定有时可归因于利益诱惑，由此会对治理环境造成不良影响。三是权力主体对权力运行程序有控制力。实践印证，权力若无正当程序的牵制，最终将导致权力结构的混乱。

法治保障在于确立追责机制，法治保障的功能体现为对权力主体及其行为的苛责性。在基层社会治理中，同样要有对多元治理参与主体的问责机制，法治保障的意义就是完善实体规范与程序规范，促使权力行为与责任相一致。因此，法治保障并非在基层社会治理中完全被自治所替代，而是在更大的程度上充分发挥法治保障的功能，通过规范公权力主体的治理行动，避免各种可能的公权力滥用和不利后果。

### 三、基层社会治理法治保障的推进路径

#### （一）国家法与“民间法”<sup>①</sup>并举

治理与法治的结构耦合与功能依赖要求立法必须予以及时回应。立法作为法治建设的首要环节，是基层社会治理法治化的现实需求。通过健全和完善立法不仅为基层社会治理奠定合法性基础，还为多元共治主体提供了确定性的行为边界与规则。

完善国家法。以《居民委员会组织法》为分析样本，它是基层社会治理的法律依据，但是，对如何自治、主体参与途径、权责、民主监督程序和途径、救济措施等内容，应考虑作更明晰、具体的规定，以便为

多元主体参与、处理公共事务提供指引性更强的法律依据。首先，明确基层社会各治理主体的职权范围，空泛的职权划分容易造成权力越界。整个基层社会治理结构能否有效发挥功能，其关键在于是否为不同治理主体配置了合理的职权。其一，要始终将基层党组织置于治理职权结构的核心位置。这归因于基层党组织能够勘察其他治理主体的参与动机，合理改善其参与途径，最大程度地实现参与效果；其二，村委会和居委会作为基层自治的权力机关，主要是需要接受基层党组织的领导，贯彻落实党的方针政策，组织基层民众进行自治；其三，不同类型的自治精英需要发挥其维护内生秩序、提高民众接受度、引进经济产业等作用。其次，推进在法律中确立民主协商格局。仅明确各主体的职权界限不足以实现基层事务的共同决策，现有的《居民委员会组织法》虽然预先为各治理主体划分了职权，但是国家法不明确基层事务处理应遵循民主协商原则，将难以指导各治理主体在职权明晰的基础上互相配合、互相制约。基层社会治理中的各主体依旧不能主动进行良好交流，进而难以真正实现民事民办、民事民议。

重视“民间法”。伴随着社会变迁，基层社会治理中的部分领域不断催生出“民间法”规则。与国家法相比，“民间法”在法的形式与强制力方面都有不同，但是在实际发挥的作用上与国家法有异曲同工之效，而且在一定程度上还能够弥补国家法的滞后

性不足。如何借助于“民间法”的实施效果，具体思路包括，其一，吸收体现现代社会精神的“民间法”规范。“民间法”本是基层自治组织成员之间的非规范性承诺，有指向法律的可能性，但又非法律规范，只能在互相承诺的自治组织内产生约束力。然而，随着基层实践越来越多以是否维护民众基本权利、是否促进福利提升和民生改善、是否有利于民众间矛盾消解，作为判断基层治理成效的重要标准，立法者也开始意识到国家法和“民间法”间的区别没有预期地如此重要。因为在基层社会治理解决民众实际问题的层面，“民间法”与国家法同样发挥着重要作用，甚至在某些领域，前者较之后者可产生更良好的社会效果。其二，“民间法”的制定环节要充分反映民众真实意愿。通过举办形式多样的“民间法”宣传活动，提高基层社会民众的法律意识，形成社区共同体的价值共识，促进基层社会治理主体之间的高度认同感，激发他们的参与积极性，为“民间法”的有效实施做好铺垫。其三，“民间法”以基层社会公共生活为本。“民间法”无论是以乡规民约的形式，还是以行动指南、行为规范的形式，均要恪守公共生活优先的原则定位。“民间法”致力于解决基层社会公共生活中满足民众现实需要的问题，以维护基层社会公共生活秩序，随着社会变迁“民间法”也要进行及时调整和修改。

实现国家法与“民间法”的有效衔接。

在理论逻辑上国家法与“民间法”的法律关系较为复杂；在宏观上两者是相对独立的法律范畴；从微观上两者呈现出了主从、依存、并列、包容等错综复杂的逻辑关系。<sup>[21]</sup>在两者的有效衔接上，要充分考虑以下几个方面：一是国家法对“民间法”的授权。

“民间法”具有约束力，因此也属于法内范畴，为将“民间法”纳入法治轨道，应利用国家法对“民间法”实施有效控制，以保证低位阶规则与高位阶规则效力一致。二是推动国家法向“民间法”作良性转化。在基层社会治理实务中，国家法或“民间法”都并非民众生活的最终、确定性规范形式，二者的性质定位随着治理环境变化，互相之间存在转化的可能性。三是推动“民间法”“向上”转化。将基层社会治理实践中具有良好执行力和实效的成文“民间法”吸收为国家层面的国家法，例如，将社区共识转化为社区公约。将成熟的“民间法”提交有关部门，转化为“上位民间法”，或者将成熟的“民间法”提交有关部门，经正当法律程序转化为国家法。“民间法”升华为国家法，能够使国家法更契合基层社会的现实状况，有的放矢。

## （二）强化法治思维

促进他治场域中的法治思维。法治思维是指作为客观事实的法治实践，在人们主观世界（人脑）中的投射以及人脑对这种投射的继续加工。<sup>[22]</sup>在他治场域中，法治思维指基层社会治理主体在处理具体事务中运用

法律规范、法律原则、法律精神、法律方法和法律逻辑，进行分析、综合、判断、推理和形成最终决定的主观思想加工过程。申言之，法治思维是将法律之治的各种要求运用于分析问题、作出决定的思维加工方式，属于理性思维，法律规范是其形成的逻辑起点。就基层社会治理的法治思维塑造而言，法治思维体现为权利思维和平等思维。基层社会治理的主要任务是解决基层民众遇到的生活难题，对此，基层社会治理主体应当以民众权利与公共利益为本位，采取法律手段来处理。其中政府作为公权力主体要特别注意防止在自治事务上做“错位”“越权”行为，一方面以法治思维约束自身的日常工作，另一方面在与其他基层治理体产生交互行为时，以其影响力来引导其他治理主体的法治思维，由此可见，政府的法治思维水平在基层社会治理中尤为重要。

促进自治场域中的法治思维。法治覆盖两个层面，一是有形的规范、制度与组织，二是无形的法治思维。个体自治属于低位阶的法治思维生成场域，权威主体他治属于高位阶的法治思维生成场域，两者之间良性互动和影响，共同养成法治思维，有助于实现基层社会治理能力的现代化发展。如果基层民众的治理行为欠缺法治思维，不仅对正常途径的民意表达形成阻碍，也会导致国家——社会关系的割裂。在国家治理体系现代化背景下，自治场域更应强化和体现法治功能，强调法律的权威地位。法治功能的作

用在于为自治主体提供保障，使其习惯性利用法治的方式维护自身物质利益及精神自由。<sup>[23]</sup>利用法治培育自治主体的法治思维，有益于避免国家与社会间的疏离，防范非理性的民意泛化对基层社会秩序的干扰。

### （三）健全配套体系

首先，健全社区心理服务体系。社区心理服务与医疗保健不同，通常是私人购买或由地方社会服务机构进行资助。目前，受私人层面的心理服务发展水平的限制，长期患有心理疾病的居民大都依赖政府层面的心理治疗服务。实践中，有的国家已经将“长期心理护理”“老年心理护理”“残疾服务”等项目纳入医疗保健及社会保障等政府服务体系。<sup>[24]</sup>党的十九届四中、五中、六中全会也都指出社区心理服务是健康中国建设的基础性工作。因此，为基层社区居民，特别是弱势群体，例如社区矫正人员、儿童、老年人和残疾人，提供具有针对性的心理治疗干预，以提高他们的社区适应能力，这是政府作为基层社会治理主体应承担的义务。然而，《精神卫生法》于2018年修订后，虽确立了政府提供基层社会心理服务、村民委员会和居民委员会协助提供心理服务的法定义务。但是，由于相关法律规定过于笼统，法律依据不明确，在一定程度上制约了社区心理服务的发展，无法充分发挥维护基层社会秩序的作用。从现实需要来看，需加快建立基层社区心理服务体制，同时完善社区心理服务的相关制度机制，使社区心理服务工作

规范化。

其次，确定各类社会组织进入基层社会公共服务领域的基准。与纯公共服务产品需要行政主体解决绝大部分供给需求明显不同，在准公共服务范围内，政府等公权力主体并非唯一供给途径，社会力量或企业等主体也可参与<sup>[25]</sup>。意味着政府在向基层社会履行提供基础公共服务义务时，可以采取外包、购买社会服务等多种形式，即“委托——代理”关系。对于社区养老与社区食堂等具有准公共性质服务的项目，市场性主体出于利润和回报率的考虑，对此多持消极态度，基层社会自治性组织通常无力提供，说明政府责无旁贷，应承担起增进社会福祉的义务。近年来，国家在社区卫生、社会救助、志愿服务、劳动就业、文化教育、社区服务设施等方面相继颁布了一系列优惠政策，相应地，基层社会也应及时跟进，弥补目前基层社会公共服务制度的空缺。结合从传统社会向智慧社会转型阶段的特点，通过规范性文件明确基层社会治理主体的权利、义务，为他们提供开展具体行动的依据。

### （四）实行自治、法治、德治“三治”融合

党的十九大报告提出“健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系”。“三治”融合的逻辑前提是在基层社会治理场域中多元主体的共同参与。有学者认为公共参与有益于增强基层民众的参与能力，发挥个体、社会组织或社区影响决策的积极性，提

升解决问题的能力，使基层民众有信心改变自我的生活环境和生存空间。<sup>[26]</sup>

在我国基层社会的治理实践中要坚持以自治为主，确定村（居）委会、村（居）民自治事务的范围，让他们意识到自身的主体地位、发挥的主体作用。同时，在坚持基层群众自治的基础上，将德治和法治融入其中，德治有助于促进主体多元化、法治有助于提升治理效能。可以在基层社会治理中挑选一批品德高尚的精英人群，借助其在基层乡村（社区）的影响力和地位，发挥道德模范作用，引导其他村（居）民树立优良道德观念。另外，自治与德治的治理理念固然具有独特优势，但如若没有法治作根本保障，自治与德治发挥功能的空间无疑会受到巨大限制，自治与德治很可能成为无法实际操作的纯粹理念。法治为自治和德治相应主体赋权、明确其职权范围、约束和规范权力运行过程、落实职责。

#### 四、结语

基层社会治理模式历经变迁，原因在于国家与社会发展及其关系的改变，导致各主体的定位与职能的转换。深入研讨基层社会治理法治化，规范各主体的治理行为是其中的核心问题，对多元主体为何参与、如何参与及其参与的权力边界作出法治化的回应，以提升基层社会治理的实际效果为目标，也是推进国家治理现代化的客观需要。将法治

保障机制引入基层社会治理中，从推进基层政府依法治理、督促社会组织提供优质且丰富的公共服务产品、激发基层社区自治活力和居民积极参与等多方面着手，使基层社会治理成为国家治理体系的有机组成部分，凸显基层社会治理的多元共治制度优势。

#### 注释：

- ①“民间法”是指在日常社会生活中，适用于解决民间矛盾与纠纷的乡规民约、族规家法、传统民俗习惯等非国家法范畴的行为规范。

#### 参考文献：

- [1]许章润.论“家国天下”——对于这一伟大古典汉语修辞义理内涵的文化政治学阐发[J].学术月刊,2015,(10):6.
- [2]夏瑞春.德国思想家论中国,陈爱政等译[M].南京:江苏人民出版社,1989.118.
- [3]张恒山.文明转型与世界法律变革[J].法律科学(西北政法大学学报),2021,(1):3.
- [4]俞可平.治理和善治引论[J].马克思主义与现实,1999,(5):37.
- [5]马长山.智慧社会的基层网格治理法治化[J].清华法学,2019,(3):19.
- [6]郑晓茹.城市社区项目制治理的行动框架、逻辑与范畴研究[J].上海交通大学学报(哲学社会科学版),2018,(5):61.
- [7](美)埃里克森.无需法律的秩序[M].北京:中国政法大学出版社,2016.299.
- [8](德)卢曼.社会的法律[M].北京:人民出版社,1999.15.
- [9](美)帕森斯.社会行动的结构[M].南京:译林出版社,2008.137.

- [10](英)约瑟夫·拉兹.法律的权威[M].北京:法律出版社,2005.212-214.
- [11][12](美)富勒.法律的道德性[M].北京:商务印书馆,2005.51-73.
- [13]夏勇.法治是什么——渊源、规诫与价值[J].中国检察官,2006,(5):57.
- [14](美)乔治·弗雷德里克森.公共行政的精神[M].北京:中国人民大学出版,2003.18.
- [15]魏志荣,李先涛.国家治理现代化进程中运动式治理的困境与转型——基于“拆违”专项行动的分析[J].理论月刊,2019,(9):96-99.
- [16](美)彼得斯.政府未来的治理模式[M].北京:中国人民大学出版社,2001.73.
- [17]彭澎.基层治理法治化的逻辑构成与结构范畴研究[J].政法论丛,2017,(2):70.
- [18](美)迈克尔·沃尔森.正义诸领域:为多元主义与平等一辩[M].南京:译林出版社,2009.102.
- [19](英)霍布斯.利维坦[M].北京:商务印书馆,1985.62.
- [20](美)理查德·拉克曼.国家与权力[M].上海:世纪出版集团,2013.3.
- [21]沈岩.软国家法混合治理的规范化进路[J].法学,2021,(3):71-72.
- [22]谢晖.论法治思维与国家治理[J].东方法学,2021,(2):102.
- [23]张清.从“雷人”抗疫标语探讨民众法治文化和法治思维建设[J].政法论坛,2021,(3):75.
- [24]Lucy. “Distinguishing Social Care Detention.” Deprivation of Liberty in the Shadows of the Institution[J].Bristol University Press,2022(2):31.
- [25]孙涛,刘凤.转型期城市基层治理:机制、逻辑与策略[J].学海,2016,(5):20.
- [26]Zimmerman M A. Taking aim on empowerment research: On the distinction between individual and psychological conceptions[J]. American Journal of Community Psychology,1990(6):95.

## Research on Legal Guarantee of Grassroots Social Governance (Research Report)

WEI Jian-xin,JIANG Lu,TIAN Sheng-wen,LI Hong-chen

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

**Abstract:**Grass-roots society is the basic unit of society,which is usually considered as an organizational form with population,culture and geographical attributes,and is closely related to the lives of social members.With the transformation from farming civilization to commercial and industrial civilization,the traditional attributes of grass-roots society have changed greatly.The rapid development of the country and society poses new challenges and higher requirements for grass-roots social governance.According to the governance theory,grass-roots social governance is characterized by the diversity of participants and the multi-dimensional governance objectives.From the perspective of law,the guarantee of the rule of law is the basic requirement and necessary way for grass-roots social governance and maintaining social order and stability.The response of the guarantee of the rule of law is reflected in the simultaneous development of hard law and soft law,strengthening the thinking of the rule of law,improving the supporting mechanism and implementing the integration of “three governance”.Under the background of improving the ability and modernization of national governance,it is timely to make an in-depth study on the legal guarantee of grass-roots social governance.

**Keywords:**Grass-roots society;Grass-roots social governance;Legal protection

· 立法建议 ·

# 共识、分歧与转向：法治宣传教育地方立法的 实践探索与立法完善

——基于24个省级法治宣传教育立法文本的考察

吉亮亮

(中南财经政法大学法学院, 湖北 武汉 430073)

**摘要：**目前我国很多地方进行了法治宣传教育地方立法的实践探索。通过对24个省级法治宣传教育立法文本的考察，可以发现：法治宣传教育地方立法在构建国家与社会多元主体联动的责任体系，坚持全民覆盖与重点突出有机统一，构建体系化的推进制度，注重提供有力保障，彰显地方特色等方面取得了经验共识；在接受法治宣传教育的法律属性、农民在法治宣传教育中的对象定位、法治宣传教育的激励机制等方面存在立法分歧。今后完善法治宣传教育地方立法应充分尊重和保障法治宣传教育中的公众参与权，有序拓展法治宣传教育的领域，着力推进法治宣传教育的方式方法创新。法治宣传教育地方立法属于创制性立法，其为今后国家制定《法治宣传教育法》提供了可资借鉴的宝贵经验。

**关键词：**法治宣传教育；地方立法；公众参与；法治宣传教育法

中图分类号：D913.6

文献标识码：A

文章编号：1674-828X(2023)06-0016-15

坚持全面推进“全民守法”是习近平法治思想的重要内容，法治宣传教育是推进全民守法的重要条件，是全面依法治国的长期性、基础性工程，其对于中国法治建设意义重大<sup>①</sup>。从1986年开始的“一五”普法到如今正在进行的“八五”普法，全国性法治宣传教育已历经三十七年。期间，法治宣传教育取得了显著成绩，法律知识得到广泛普及，公民的法治素养不断提升，全社会学法、知法、守法、用法、护法意识不断加强，我国法治环境整体得到较大改善。然而，法治宣传教育目前也面临着诸多问题和挑战，其中

在国家立法层面主要体现为法治宣传教育一直以来缺乏统一的国家立法保障。着力推进法治宣传教育国家立法是促进法治宣传教育高质量发展的必然要求。为此，2020年，中共中央印发的《法治社会建设实施纲要（2020-2025年）》正式提出了“制定法治宣传教育法”的要求。2021年，中共中央、国务院转发的《中央宣传部、司法部关于开展法治宣传教育的第八个五年规划（2021-2025年）》（以下简称《“八五”国家普法规划》）再次强调“推动制定法治宣传教育法”。总之，制定《法治宣传教育法》已成

2016年度国家社科基金重大专项“十八大以来党中央推进法治社会建设重要战略研究”，项目编号：16ZZD019；2021年度国家社科基金重大项目“我国经济制裁法律体系构建研究”，项目编号：21&ZD202；2021年度湖北省社科基金一般项目（后期资助项目）“论我国法治社会建设中的普法创新”，项目编号：2021098；2022年度湖北省社科基金深度学习——研究阐释二十大精神专项课题“完善自我革命制度规范体系的思考——从建构行政违法监察建议制度的视角”，项目编号：2022052；2020年度中南财经政法大学中央高校基本科研业务费专项资金资助项目，项目编号：202010694。

作者简介：吉亮亮，中南财经政法大学现代行政法研究中心研究人员，中南财经政法大学法学院博士研究生，主要从事行政法学、社会治理法学、地方立法等研究。



为我国现阶段的重要立法任务。

我国很多地方进行了法治宣传教育地方立法的探索实践。通过对法治宣传教育地方立法数据进行检索、统计和分析<sup>①</sup>，可以发现：自1995年河北率先制定《河北省法制宣传教育工作的若干规定》开创我国省级法治宣传教育立法之先河，到目前已有24个省份进行了法治宣传教育立法，形成了24个省级法治宣传教育立法文本<sup>②</sup>。这些立法文本基本以“法治宣传教育条例”或“法制宣传教育条例”命名，其中包括23个省级地方性法规和1个省级地方政府规章<sup>③</sup>。值得注意的是，自2014年党的十八届四中全会提出“深入开展法治宣传教育”的战略部署并将“法制宣传教育”话语升格为“法治宣传教育”<sup>④</sup>之后，法治宣传教育地方立法进入大规模立法完善阶段。随着2015年安徽制定全国首个以“法治宣传教育”命名的立法——《安徽省法治宣传教育条例》，山东、广东、浙江、新疆等10个省份相继通过修法的方式推进了法治宣传教育地方立法。

创制性立法是无明确和直接上位法前提下的一种自主性立法<sup>[2]</sup>。据此，在无国家层面立法前提下的法治宣传教育地方立法毋庸置疑属于创制性立法。这一创制性立法可以为未来制定国家层面的《法治宣传教育法》提供可资借鉴的重要立法经验。基于此，通过对上述24个省级法治宣传教育立法文本进行考察，从立法经验共识、立法主要分歧、立

法不足及其完善等三个维度探讨我国法治宣传教育地方立法，以期为国家制定《法治宣传教育法》提供参考依据和理论支撑。

## 一、共识：法治宣传教育地方立法的基本经验

目前法治宣传教育地方立法中形成了一些经验共识，主要体现在法治宣传教育的主体、法治宣传教育的对象及其内容、推进制度、保障体系和地方立法特色等五个方面。

### （一）构建国家与社会多元主体联动的法治宣传教育责任体系

法治宣传教育是“一项执政党和政府发动实施、多种社会主体共同参与的规模浩大的社会系统工程”<sup>[3]</sup>，建设好这一社会系统工程就需要有效整合各方力量。对此，法治宣传教育地方立法明确了开展法治宣传教育是国家和社会多元主体的共同责任<sup>⑤</sup>。近些年随着中央大力推行国家机关“谁执法谁普法”的普法责任制<sup>⑥</sup>，明确开展法治宣传教育是所有国家机关的共同责任，自此法治宣传教育正逐步实现从以往司法行政部门的“独唱”向所有国家机关的“大合唱”的转型。在落实“谁执法谁普法”的普法责任制中，法治宣传教育地方立法普遍规定了各类国家机关的法治宣传教育责任，这主要包括司法行政机关对法治宣传教育的主管责任（制定和实施法治宣传教育规划计划以及对法治宣传教

育进行统筹、协调、指导、督查考核等责任），其他行政机关在职责范围内对法治宣传教育进行具体化组织实施的责任，立法机关、行政机关在制定地方性法规或地方政府规章中面向公众对立法内容和立法精神进行宣传解读的责任，行政机关、司法机关在行政执法或司法案件审理中“以案释法”的责任。另外，立法将“谁执法谁普法”理念进一步延伸，提出了“谁服务谁普法”“谁主管谁普法”“谁用工谁普法”等普法理念，并且相应规定了企事业单位、学校、公共媒体、基层群众自治组织、社会组织、公共场所管理单位等协助国家机关开展法治宣传教育以及在各自范围内自主开展法治宣传教育的责任。为了有效引导社会力量参与法治宣传教育，立法还规定可以通过政府购买公共法律服务，政府引导社会公益投入等方式开展法治宣传教育，着力构建法治宣传教育的“政社合作”机制。

（二）坚持法治宣传教育的全民覆盖与重点突出的有机统一

法治宣传教育是对公民进行的一种法治现代化洗礼，坚持法治宣传教育的全民覆盖是提升全民法治素养从而推动实现全民守法的必由之路。与此同时，法治宣传教育也要突出重点，注重抓好重点对象的法治宣传教育。习近平总书记指出：“各级领导干部在推进依法治国方面肩负着重要责任，全面依法治国必须抓住领导干部这个‘关键少

数’”<sup>[4]</sup>。因此，首先要抓住领导干部这个“关键少数”，通过“关键少数”的法治宣传教育推动“关键少数”守法从而示范带动全民守法。另外，青少年也是法治宣传教育的重点对象。邓小平同志较早提出了“法制教育要从娃娃开始”<sup>[5]</sup>这一思想。青少年关乎国家法治建设的未来和希望，抓好青少年的法治宣传教育是法治宣传教育的基础。为此，法治宣传教育地方立法在法治宣传教育对象的设定上体现了全民覆盖与重点突出的有机统一。法治宣传教育地方立法普遍将“一切具有接受教育能力的公民”作为法治宣传教育的一般对象，并且将领导干部和青少年明确为法治宣传教育的重点对象。立法还规定了法治宣传教育的内容体系，主要包括以宪法为核心的中国特色社会主义法律体系和党内法规体系<sup>①</sup>以及法治精神、法治理念和法治文化等。

（三）构建体系化的法治宣传教育推进制度

法治宣传教育是国家发起和主导的一项法治系统工程，这一工程涉及规划设计、实施、验收等各个方面，有序推进这一法治系统工程建设就需要构建体系化的制度。为此，法治宣传教育地方立法普遍构建了体系化的法治宣传教育推进制度，其主要包括五个方面：一是法治宣传教育规划计划制度。立法普遍规定了法治宣传教育五年规划制度和年度计划制度，有的立法还规定了“将法治宣

传教育纳入国民经济和社会发展规划”<sup>⑧</sup>。可见，法治宣传教育地方立法构建了涵盖法治宣传教育的综合规划、专项规划和年度计划的法治宣传教育规划计划体系。二是法治宣传教育清单制度。立法创设了法治宣传教育清单制度，对法治宣传教育实行清单化管理<sup>⑨</sup>。“法治宣传教育的清单化对法治宣传教育内部与外部、内容与形式进行进一步的法治明晰化”<sup>[6]</sup>，因此，其对于落实“谁执法谁普法”普法责任制而言意义重大。三是法治宣传教育协调制度。其主要是用于协调不同国家机关开展法治宣传教育工作，主要表现为法治宣传教育部门间联席会议制度。四是法治宣传教育督查考核制度。立法规定由司法行政部门牵头对法治宣传教育工作情况进行督查和考核。五是法治宣传教育责任追究制度。立法规定追究不履行法治宣传教育工作职责的单位和个人的法律责任。

#### （四）注重为法治宣传教育提供有力保障

有力的保障体系是推进法治宣传教育的基础性条件，是实现法治宣传教育目标的重要支撑。法治宣传教育地方立法构建了有力的法治宣传教育保障体系，其核心内容包括三个方面：一是法治宣传教育的体制保障。坚持党的领导是我国法治建设的显著优势和政治保障<sup>[7]</sup>，也是我国法治宣传教育的根本体制保障。地方立法普遍规定法治宣传教育要坚持党的领导。例如，《西藏自治区法治宣传教育条例》（2021年）和《广西壮族自治区

法治宣传教育条例》（2021年）都明确将“坚持党的全面领导”确定为法治宣传教育的首要原则。另外，立法还明确人大通过执法检查、听取和审议专项工作报告、组织人大代表视察、专题调研等形式对法治宣传教育进行监督。在地方立法推动下，法治宣传教育目前普遍形成了“党委领导、政府主导、人大监督、部门负责、社会参与”的领导 and 实施体制。二是法治宣传教育的人员保障。法治宣传教育地方立法规定各个法治宣传教育主体要设置法治宣传教育专门工作人员确保法治宣传教育正常开展，立法还规定组建法治宣传教育讲师团和志愿者队伍为法治宣传教育提供人才支撑。三是法治宣传教育的经费保障。法治宣传教育地方立法规定将法治宣传工作经费列入本级政府财政预算，实行专款专用并动态调整<sup>⑩</sup>。立法还规定通过社会性投入、公益赞助等其他形式供给法治宣传教育经费。

#### （五）彰显法治宣传教育的特色

地方特色是地方立法的核心和灵魂，是地方立法存在的价值所在<sup>[8]</sup>。保持地方立法的特色性是法治宣传教育地方立法的内在要求。对此，很多法治宣传教育地方立法在考量本地区实际情况下设置了具有浓郁地方特色的立法条款，彰显了法治宣传教育的特色。例如，近些年广东的外来务工人员数量十分庞大，为了加强社会治理和保障外来务工人员的合法权益，《广东省法治宣传教

育条例》（2021年）第4条明确将外来务工人员确定为法治宣传教育的重点对象。基于将地方文化融入法治宣传教育的需要，《广西壮族自治区法治宣传教育条例》（2021年）第33条规定：“塑造具有地方特色的法治文化品牌”，这为促进以“法治三月三”<sup>⑩</sup>为代表的广西法治宣传教育品牌进一步发展提供了法治保障。为了推进法治宣传教育深入基层，《中央宣传部、司法部关于在公民中开展法制宣传教育的第五个五年规划》中提出了“法律六进”（即法律进机关、进乡村、进社区、进学校、进企业、进单位），有的地方根据本地区实际对“法律六进”进行了发展。例如，《青海省法制宣传教育条例》（2012年）第10条规定了“法律七进”（在“法律六进”基础上增加了法律进宗教活动场所）；《西藏自治区法治宣传教育条例》（2021年）第16条规定了“法律十进”（在“法律七进”基础上增加了法律进网络、进家庭、进军营）。以上这些法治宣传教育地方特色条款让法治宣传教育地方立法焕发浓郁的生机和活力。

## 二、分歧：法治宣传教育地方立法的主要争论

法治宣传教育地方立法也产生了一些立法分歧，主要体现在接受法治宣传教育的法律属性，农民在法治宣传教育中的对象定位，法治宣传教育的激励机制等三个方面。

（一）接受法治宣传教育是公民的权利抑或公民的义务

国家层面目前并未对“接受法治宣传教育究竟是公民的权利还是公民的义务”这一问题作出明确界定，在迄今为止的八个国家法治宣传教育五年规划中也未涉及此方面的内容。地方对此作出了立法探索，形成了不同的立法主张。安徽、江西、河北、云南等4个省份都明确地认为，法治宣传教育既是公民的权利又是公民的义务。例如，《安徽省法治宣传教育条例》（2015年）第2条规定：

“接受法治宣传教育是公民依法享有的权利和应尽的义务。”广东、广西、贵州、新疆等7个省份虽未明确接受法治宣传教育的法律属性，但这些省份在立法中通过设置“公民应当接受法治宣传教育”等具有义务属性的条款“暗示”着“接受法治宣传教育系公民的义务”。例如，《贵州省法治宣传教育条例》（2020年）第4条规定：“一切有接受教育能力的公民，都应当接受法治宣传教育，增强法治观念……”。浙江、福建、辽宁、海南等13个省份则未对接受法治宣传教育的法律属性作出任何规定，保持了“立法沉默”。另外，值得注意的是，宁夏在《宁夏回族自治区法制宣传教育条例》（1996年）第3条明确接受法治宣传教育既是公民的权利又是公民的义务，然而在2005年修法时删除了这一规定，体现了“立法徘徊变化”。

地方立法关于“接受法治宣传教育究竟

是公民的权利还是公民的义务”的争论涉及立法权的纵向配置，受教育权这一公民的基本权利和义务具体化等宪法性内容，因此，需要从合宪性视角对此问题进行分析。目前学界对地方立法中有关“接受法治宣传教育为公民的权利和义务”的规定提出了质疑，认为此举违宪。例如，有学者认为，基于地方立法无设定权利和义务的立法权限考量，地方立法规定接受法治宣传教育为公民的权利和义务构成违宪，而且认为接受法治宣传教育不能直接定为公民的义务<sup>[9]</sup>。然而该学者这一观点亦值得质疑。我国《宪法》第100条规定了在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，省级人大可以制定地方性法规。在无国家法律对接受法治宣传教育的法律属性作出规定的前提下，省级地方进行的探索性立法属于一种具有宪法授权的地方性立法即前文所指的创制性立法，这种立法彰显了地方立法的特色属性，不能将其认定为违宪。相反，这种立法实质体现了立法权在省级层面的纵向配置，其理应是合宪的。另外，我国《宪法》第46条明确受教育是公民的基本权利和义务，接受法治宣传教育可视为公民受教育在法治领域的体现，公民接受法治宣传教育的权利和义务便是公民受教育的基本权利和义务的进一步具体化。因此，接受法治宣传教育是且应是公民的权利和义务。此外，从功能主义视角对此进行分析，将接受法治宣传教育规定为公民的权利和义

务是十分必要的，这是因为如此规定有助于深入实施法治宣传教育从而推动实现全民守法。具体言之，一方面若将接受法治宣传教育规定为公民的权利，公民就能基于此权利享受更好的法治宣传教育服务，参与、监督法治宣传教育的实施，推动法治宣传教育不断发展。另一方面，若将接受法治宣传教育为公民的义务，公民就能据此履行好相关义务，更好地支持、配合法治宣传教育的实施，推动实现全民守法。

## （二）农民是否是法治宣传教育的重点对象

在确定法治宣传教育的重点对象方面，大部分省份采取“固定列举式”的确定模式，即明确列举法治宣传教育的重点对象。以天津、西藏为代表的少数省份则采取“动态调整式”的确定模式，即不明确列举法治宣传教育的重点对象，而是根据依法治理的现实需要进行动态确定。例如，《天津市法制宣传教育条例》（2008年）第4条规定：“应当根据不同时期经济社会的发展情况，确定法制宣传教育的重点对象。”领导干部和青少年为法治宣传教育的重点对象已经成为普遍共识，然而在“农民是否是法治宣传教育的重点对象”这一问题上则产生了分歧。国家层面在这一问题上呈现出政策态度的明显变化。《“五五”国家普法规划》首次规定农民为法治宣传教育的重点对象，《“六五”国家普法规划》仍然如此规定，

而《“七五”国家普法规划》和目前正在实施的《“八五”国家普法规划》则取消了这一规定。地方层面则对这一问题出现立法分歧。以海南为代表的少数省份认为，农民是法治宣传教育的重点对象。例如，《海南省法制宣传教育条例》（2013年）第3条将农民明确规定为法治宣传教育的重点对象之一。大部分省份则并未对此作出规定，保持了“立法沉默”。

回答“农民是否是法治宣传教育的重点对象”这一问题前有必要先厘清法治宣传教育的重点对象的属性定位和价值功能。法治宣传教育的对象是法治宣传教育体系的核心要素，毕竟一切法治宣传教育都是围绕法治宣传教育的对象展开的，法治宣传教育的重点对象则是对象要素的核心。从法治宣传教育的一般对象即具有接受教育能力的所有公民中遴选一部分人员设定为法治宣传教育的重点对象，一方面有利于明确法治宣传教育的“主要目标对象”和开展法治宣传教育的“主攻方向”，另一方面也有利于发挥法治宣传教育的重点对象对一般对象的引领带动作用。领导干部和青少年是法治宣传教育的重点对象现已成为普遍共识<sup>⑨</sup>。然而，农民不宜作为法治宣传教育的重点对象，这主要是因为：首先，从计量统计学角度看，若将农民与领导干部和青少年一起作为重点对象，则重点对象将占一般对象的大部分比例（这意味着全国绝大部分人口成为法治宣传教育

的重点对象），这就有悖于重点对象的属性定位，毕竟重点对象理应只是一般对象中的一小部分，如此也极易导致法治宣传教育陷入“四面出击”的窘境，也不利于集约利用各种法治资源开展对重点对象的法治宣传教育。其次，如果说农民是重点对象的话，村干部更应是，毕竟村干部是乡村基层权力的重要行使主体。最后，基于法经济学分析，农民也不宜作为重点对象。有学者指出，法治宣传教育需要巨额的成本投入，因此，节约和控制法治宣传教育的成本，着力提高法治宣传教育的效益是法治进程中的重要课题<sup>[10]</sup>。由于农民群体庞大、居住分散，加上乡村传统礼治对现代法治的抵消效应，若以农民为重点对象，法治宣传教育的成本巨大、效益较低。当然需说明的是，农民虽不宜作为法治宣传教育的重点对象，但其当然是法治宣传教育的一般对象。

（三）法治宣传教育的激励机制应依靠正向激励抑或反向激励

激励机制是促进制度发挥效用的重要条件，是引导组织和个人的行为向预设目标前进的动力之源。推进法治宣传教育必须构建科学的法治宣传教育的激励机制。法治宣传教育的激励机制可以分为正向激励和反向激励，前者就是对符合目标的积极行为进行肯定从而发挥正向引导功能，后者就是对违背目标的消极行为进行否定从而发挥负向防御功能。纵观目前法治宣传教育地方立法，法

治宣传教育的正向激励主要有表彰、奖励、记功、授予荣誉称号等，法治宣传教育的反向激励主要有约谈、教育、通报批评、责令限期整改、责令出具保证书、给予政务处分或者其他处分、追究其他法律责任、制发法治宣传教育提示函或者建议书、取消相关评优资格、撤销相关表彰奖励等。各个地方对法治宣传教育的激励种类的规定并未形成立法共识。另外，各省份在法治宣传教育的正向激励和反向激励的具体运用上也产生立法分歧。浙江、广东、福建等省份主张运用反向激励，因此，这些省份立法只规定了反向激励，形成了法治宣传教育的“反向激励单一激励模式”。例如，《浙江省法治宣传教育工作规定》（2021年）第25条针对不履行法治宣传教育工作任务的情形仅规定了制发法治宣传教育改进书，并视改正情况进行通报批评、政务处分等反向激励。山东、广西、黑龙江等省份则主张综合运用正向激励和反向激励，这些省份立法规定了正向激励和反向激励，形成了法治宣传教育的“正向激励+反向激励的混合激励模式”。例如，《黑龙江省法治宣传教育条例》（2018年）第35条规定了对法治宣传教育工作先进集体和个人进行表彰奖励的正向激励，该法第36条则针对不履行法治宣传教育责任的情形规定了责令改正、通报批评、依法处分等反向激励。

我国的法治宣传教育目前面临着实施动

能不足的困境。这首先体现为国家机关对法治宣传教育重视不够、积极性不高。《国务院关于“七五”普法决议贯彻落实情况的报告》就指出：“有的地方和部门对于法治宣传教育重视不够，存在‘说起来重要、干起来次要、忙起来不要’的现象。”<sup>[1]</sup>另外，全社会对法治宣传教育的参与度不够，主动学法、知法、守法、用法、护法的法治氛围还远未形成。在此情境下，就迫切需要充分发挥法治宣传教育的激励机制的功能为法治宣传教育提供充足的动力保障。总体来说，要综合运用法治宣传教育的正向激励和反向激励，发挥正向激励的“柔性导向”功能和反向激励的“刚性惩戒”功能，促进法治宣传教育的动力机制实现“刚柔互济”。当然，针对不同的法治宣传教育的主体，应采取“差别化运用”的策略。例如，为了促进国家机关履行法治宣传教育职责，对国家机关应主要运用反向激励并辅用正向激励。为了激发社会组织和个人参与法治宣传教育，对社会组织和个人应主要运用正向激励，必要时运用反向激励，例如对于严重违法失信的社会组织和个人可以运用“责令接受法治宣传教育”等反向激励<sup>⑧</sup>。

### 三、转向：法治宣传教育地方立法的完善方向

目前，法治宣传教育在“公众参

与”“实施领域”“方式方法”等诸多方面存在不足。因此完善法治宣传教育地方立法重点要从充分尊重和保障法治宣传教育中的公众参与权，有序拓展法治宣传教育的领域，着力推进法治宣传教育的方式方法创新等方面着手。

#### （一）充分尊重和保障法治宣传教育中的公众参与权

我国目前的法治宣传教育是一种传统的法治宣传教育。这集中体现为强调“把法律交给人民”“让人民掌握法律”，并致力于通过党和政府的发动并层层动员的大规模法治宣传教育实践来教化、引导公众，让公众学法、知法、守法、用法、护法，从而为法治建设夯实社会基础。这种法治宣传教育采取党和政府“自上而下”的推动方式，法治宣传教育的对象、内容、方式、要求等皆由党和政府制定的法治宣传教育的五年规划进行规定，这样虽然有助于充分利用现有体制机制优势，提高法治宣传教育的执行力，但是也极易导致忽视公众参与，让公众在法治宣传教育中“失语”。虽然法治宣传教育地方立法强调构建国家与社会多元主体联动的责任体系，但是实践中公众参与法治宣传教育往往是颇为被动的，公众参与的积极性严重不足，参与的广度和深度也十分局限。例如，法治宣传教育往往将公众作为法治宣传教育的客体，忽视了公众在法治宣传教育中的主体性地位；法治宣传教育的需求由法

治宣传教育的主体预先确定，忽视了公众实际的法治需求；法治宣传教育很多时候呈现“我讲你听”的特点，使得法治宣传教育较难吸引公众以及获得公众的认可……在此情境下，法治宣传教育呈现出主客体之间的悖论<sup>[12]</sup>，严重制约了法治宣传教育的功能效用。公民参与是法治宣传教育的生命力，因此，要摒弃传统的法治宣传教育模式，推动法治宣传教育自我革新，实现法治宣传教育从传统模式向公众参与模式的转型<sup>[13]</sup>。

目前大部分法治宣传教育地方立法未对公众参与法治宣传教育作出任何规定，仅有广东、贵州、新疆、西藏等4个省份在地方立法中简要规定了要扩大公众参与的内容<sup>⑩</sup>。为了有效推进公众参与法治宣传教育，要完善法治宣传教育地方立法，构建以尊重和保障法治宣传教育中的公众参与权为核心的规范体系。首先，明确公众参与为法治宣传教育的基本原则，将公众参与纳入法治宣传教育地方立法的总则体系中作为核心法律原则。其次，建立公众参与法治宣传教育的规划制定和实施、法治宣传教育的督查考核、法治宣传教育的评估等法律制度体系，构建包括公众对法治宣传教育的知情权、程序进入权、民主协商权、意见提交及其获得反馈权、监督权、评估权等在内的公众参与权的权能体系。最后，扩宽公众参与法治宣传教育的渠道，积极发展法治宣传教育专业化社会组织，有效整合社会力量，利用社会资源开展



面向公众的法治宣传教育，形成法治宣传教育的社会化实施机制。

## （二）有序拓展法治宣传教育的领域

法治宣传教育是一项针对全体公民的法治系统工程，是全面依法治国总工程的重要子工程。推进全面依法治国客观要求不断拓展法治宣传教育的领域，提高法治宣传教育的覆盖面，形成多维度全领域的法治宣传教育格局。首先，要重点推进网络社会法治宣传教育。《第48次中国互联网络发展状况统计报告》显示：截至2021年6月，我国网民数量已经超过10亿，达到10.11亿，网络普及率达71.6%。随着网络社会的迅速发展，社会互动格局发生巨变，网络社会日益成为社会治理重要的新兴领域，推进网络社会治理成为我国法治建设的重要课题。法治模式是网络社会治理的必由之路<sup>[14]</sup>，推进网络社会治理的核心是推进网络社会治理法治化。在此情境下，推进网络社会法治宣传教育，不断增强网民的法治意识和法治观念进而促进网络社会全民守法是推进网络社会治理法治化的必然选择。其次，要重点推进家庭法治教育。作为国家治理重要单元的家庭是个人教育的第一课堂，是公民素养形成的终身场所。法治宣传教育必须重视家庭这一关键领域，推进家庭法治教育。推进家庭法治教育对于提升公民法治素养意义重大<sup>⑤</sup>。一方面，家庭法治教育主要体现为长辈（通常是父母）通过言传身教的方式对晚辈（通常是

未成年子女）长期性和持续性的法治教育，不断传播法治知识，逐步启蒙和培育晚辈的法治意识和法治精神，这对于提高公民法治素养起着基础性作用。另一方面，随着时代的发展，家庭功能结构逐渐发生变革，晚辈可以通过代际传播的方式对长辈进行“反哺式”法治教育<sup>[15]</sup>，强化或纠正长辈的法治认知，这对于提高公民法治素养亦起着重要作用。随着2021年我国首部有关家庭教育的全国性法律《中华人民共和国家庭教育促进法》正式颁布实施，家庭教育逐步从传统观念的“家事”升级为国家治理中的重要“国事”，因此，将法治融入家庭教育，推进家庭法治教育是法治宣传教育的重要战略方向。

目前大部分法治宣传教育地方立法并未对网络社会法治宣传教育作出规定，仅有贵州、广西和西藏等少数几个省份的立法简要规定了运用网络平台进行法治宣传教育<sup>⑥</sup>。为了推进网络社会法治宣传教育，要完善法治宣传教育地方立法。首先，明确将网络社会确定为法治宣传教育的重点领域，坚持以网络法治思维为引领全面推进网络社会法治宣传教育，逐步实现网络社会法治宣传教育的普及化。其次，推行网络社会“谁执法谁普法”普法责任制，明确国家机关在网络社会法治宣传教育中的引导性责任以及网络平台、网络社会组织、网民等在网络社会法治宣传教育中的参与性责任，构建完善的网络社会法治宣传教育责任体系。大部分法治

宣传教育地方立法未对家庭法治教育作出规定，仅有广东、山东、江西等少部分省份立法规定了构建学校、家庭、社会相结合的青少年法治宣传教育工作机制<sup>⑥</sup>。为了推进家庭法治教育，要完善法治宣传教育地方立法。首先，明确家庭是家庭法治教育的主体，引导家庭进行自主的家庭法治教育。其次，建立国家支持家庭法治教育的制度体系。例如，将家庭法治教育融入政府各项规划，将家庭法治教育指导服务纳入政府购买公共法律服务目录，培养家庭法治教育专业化人才等。最后，建立家庭法治教育的社会协同机制。例如，明确学校、基层群众自治组织、社会组织、公共文化机构、新闻媒体等与家庭合作，通过开展家庭法治教育指导等多种方式协同推动家庭法治教育。

### （三）着力推进法治宣传教育的方式方法创新

进行了长达三十七年的法治宣传教育取得显著成绩，法律知识得到大规模的普及并渗入公众生活的各个方面，法律在公众心中的地位不断提高，法律对社会的影响力日益增强。然而，法治宣传教育的实效仍不尽人意，学界对法治宣传教育的实效提出了诸多的质疑<sup>[16][17]</sup>。法治宣传教育目前面临实效之困境，究其原因，在很大程度上是因为法治宣传教育的方式方法存在诸多问题。有学者指出，法治宣传教育中的形式主义问题较为严重，导致法治宣传教育很难取得好的实

效<sup>[18]</sup>。除此之外，法治宣传教育很多时候并未精准掌握受众的法治需求从而引发法治宣传教育供给和需求之间不平衡，法治宣传教育未与法治建设其他环节紧密协同从而导致法治宣传教育与法治建设之间“两张皮”，法治宣传教育方式方法陈旧单一造成法治宣传教育缺乏吸引力……习近平总书记强调：“普法工作要紧跟时代，在针对性和实效性上下功夫。”<sup>[19]</sup>因此，推进法治宣传教育的方式方法创新从而不断提高法治宣传教育的实效，是法治宣传教育的重要方向。

目前大部分法治宣传教育地方立法并未对法治宣传教育的实效以及法治宣传教育的方式方法作出规定，仅有广东、浙江、广西、新疆等部分省份立法将“注重实效”“创新形式或者方式方法”规定为法治宣传教育的基本原则<sup>⑦</sup>。推进法治宣传教育的方式方法创新，不断提高法治宣传教育的实效，需要进一步完善法治宣传教育地方立法，其重点方向在于：首先，推行精准式法治宣传教育。精准式法治宣传教育旨在为不同的受众提供量体裁衣般的个性化法治宣传教育服务<sup>[20]</sup>，从而实现法治宣传教育需求和供给之间平衡。精准式法治宣传教育主要包括精准识别（精准把握不同受众的法治需求及其个人情况）、精准施策（针对不同受众的不同法治需求进行个性化的法治宣传教育）、精准评估（对法治宣传教育的实效进行科学精准的评价）。其次，推行协同式法

治宣传教育。协同式法治宣传教育主张以协同思维推进法治宣传教育。全面厉行法治是最好的法治宣传教育，因此，协同式法治宣传教育核心体现为法治宣传教育与立法、执法、司法等法治环节协同发展，坚持在推进“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”中协同开展实时的法治宣传教育。法治文化可以通过潜移默化的方式对个人进行法治引导、规训，因此协同式法治宣传教育也体现为坚持法治宣传教育和法治文化协同推进。最后，充分利用以大数据、云计算、人工智能等现代科技开展法治宣传教育，促进法治宣传教育与现代科技深度融合发展，不断提高法治宣传教育的实效性、便捷性。

#### 四、结语

党的二十大报告提出：“深入开展法治宣传教育，增强全民法治观念。”要落实这一战略部署，就必须全面贯彻落实习近平法治思想，坚持以“科学立法”为指引，推进法治宣传教育国家统一立法。

目前全国各省市正在通过新立或者修法的方式持续推进法治宣传教育地方立法，法治宣传教育地方立法实践一直“在路上”。例如，天津已将修订现有的法治宣传教育地方立法纳入该市立法调研计划中<sup>[21]</sup>。法治宣传教育地方立法对于今后国家制定《法治宣

传教育法》发挥着至关重要的“探路”功能。必须认真总结和全面汲取法治宣传教育地方立法的实践经验，同时适度借鉴国外相关立法经验，统筹规划、稳步推进《法治宣传教育法》的制定工作，不断建立和完善中国特色社会主义法治宣传教育法律规范体系，为促进全民守法，实现全面依法治国提供坚实的立法保障。

#### 注释：

①数据来源于北大法宝数据库（网址：<http://www.pkulaw.cn/>）和中国人网国家法律法规数据库（网址：<https://flk.npc.gov.cn/>），在这两大数据库以“法治宣传教育”“法制宣传教育”“普法”为关键词进行检索并对所得数据进行分析。数据筛选条件为：现行有效，数据截止到2021年12月。

②此外，也有少数设区的市和民族自治州制定了法治宣传教育地方立法或者地方规定，例如本溪、洛阳、乌鲁木齐、珠海、海北藏族自治州（青海）、成都、宁波、淮南、抚顺等。甚至个别县级地方也制定了地方规定，例如印江土家族苗族自治县（贵州铜仁市）。采用文本分析的研究方法，将现有的24个省级法治宣传教育立法文本作为分析样本，考察法治宣传教育地方立法的大体情况。

③省级立法文本除浙江的名为“浙江省法治宣传教育工作规定”以及江西的名为“法制宣传教育工作条例”之外，其他省份的均名为“法治宣传教育条例”或“法制宣传教育条例”；除

了浙江的为省级政府规章之外，其他省份均为省级地方性法规。

- ④这一话语升格体现了法治宣传教育从单纯普及法律知识到更加关注培育公民法治意识、法治精神以及发展法治文化，从单维度的静态型法治宣传教育到更加注重与“立法、执法、司法、法律服务”等法治实践的协同配合以及在法治实践中进行多维度动态型法治宣传教育。
- ⑤《山东省法治宣传教育条例》（2017年）第3条规定了开展法治宣传教育是国家机关、人民团体、企业事业单位和其他社会组织等的共同责任。
- ⑥党的十八届四中全会提出实行“谁执法谁普法”普法责任制，之后中央于2017年印发《关于实行国家机关“谁执法谁普法”普法责任制的意见》对“谁执法谁普法”普法责任制作出专门部署。“谁执法谁普法”普法责任制是党的十八大以来党中央推进法治宣传教育的重大战略举措，官方将其评价为法治宣传教育的“重大理念和制度创新”。参见：《司法部部长、全国普法办主任张军就〈关于实行国家机关“谁执法谁普法”普法责任制的意见〉答记者问》，《中国司法》2017年第6期。
- ⑦党的十八届四中全会正式提出“党内法规体系”概念，并将“形成完善的党内法规体系”确定为“中国特色社会主义法治体系”的重要组成部分。2016年发布的《“七五”国家普法规划》将党内法规确定为法治宣传教育的重要内容。之后，有些地方通过修法推进了法治宣传教育立法并将党内法规正式纳入法治宣传教育的内容体系。
- ⑧《广西壮族自治区法治宣传教育条例》（2021年）第11条对此作了规定。
- ⑨广东在创设法治宣传教育责任清单制度方面成绩斐然。《广东省法治宣传教育条例》（2018年）第9条规定建立行政区域性责任清单、国家机关本部门责任清单和专项责任清单等“三张责任清单”制度。
- ⑩《西藏自治区法治宣传教育条例》（2021年）第8条对法治宣传教育经费保障作出了规定。西藏还制定了法治宣传教育经费保障的具体政策，明确按照常住人口保障法治宣传教育经费并实行动态调整，目前人均经费为2元/人/年。参见刘玉璟：《西藏人均普法经费从每年1元提高到2元》，载中国普法网，网址为：[http://www.legalinfo.gov.cn/pub/sfbzhfx/zhfxpfx/pfxpfxj/202103/t20210325\\_347762.html](http://www.legalinfo.gov.cn/pub/sfbzhfx/zhfxpfx/pfxpfxj/202103/t20210325_347762.html)，最后访问时间：2021年12月16日。
- ⑪“法治三月三”是指广西在“三月三”这个壮族传统佳节开展法治宣传教育主题活动，其现已成为独具广西民族特色的法治宣传教育品牌。相关内容可参见龚成、陈安然：《民族普法品牌的创新实践与经验启示——以广西“法治三月三”为例》，《中国司法》2020年第4期。
- ⑫基于“国家—社会”的分析框架，在国家层面，由于依法治国的核心是依法治权，领导干部在国家权力体系中行使着核心权力，因此，领导干部理应为法治宣传教育的重点对象；在社会层面，由于青少年的法治素养对国家未来法治发展影响甚巨，因此，青少年也应是法治宣传教育的重点对象。领导干部这个“关键少

教”和青少年这个“关键群体”最为重要。

⑬《家庭教育促进法》（2021年）第49条规定公检法机关在未成年人有严重不良行为、犯罪行为或者未成年人的父母等实施家庭教育不当侵犯未成年人权益的，可对未成年人的父母等训诫并可责令其接受家庭教育指导。前述“责令接受家庭教育指导”应包括接受家庭法治宣传教育，这体现法治宣传教育负向激励的运用。

⑭目前仅有《广东省法治宣传教育条例》（2018年）第13条、《贵州省法治宣传教育条例》（2020年）第18条、《新疆维吾尔自治区法治宣传教育条例》（2021年）第13条、《西藏自治区法治宣传教育条例》（2021年）第20条对公众参与作出规定。

⑮《“八五”国家普法规划》将“持续提升公民法治素养”作为“八五”普法期间的关键性战略举措。

⑯《西藏自治区法治宣传教育条例》（2021年）作出了更多规定，如前文所述该法规定了“法律十进”，其中包括“进网络”。该法还规定了创新网络普法方式、发挥网络传播优势、提高网民法治素养等内容。

⑰《浙江省法治宣传教育工作规定》（2021年）第13条规定：“完善学校、家庭、社会相结合的法治宣传教育工作机制，支持青少年法治教育实践基地建设”。此外，《西藏自治区法治宣传教育条例》（2021年）规定了“法律进家庭”，《广西壮族自治区法治宣传教育条例》（2021年）规定了“开展面向家庭的法治宣传教育主题实践”“建设模范守法家庭”。

⑱《广东省法治宣传教育条例》（2018年）第3

条将“创新形式”“注重实效”规定为法治宣传教育应坚持的原则。《广西壮族自治区法治宣传教育条例》（2021年）在第4章专章对法治宣传教育的方式方法作出规定。

#### 参考文献：

- [1]卓泽渊.中国“普法”二十年:回顾与前瞻[J].探索,2006,(01):150-152.
- [2]韩旭.立法的创制性:审视中央与地方关系的另一视角——以浙江省为例[J].新视野,2015,(03):54-60.
- [3]张明新.对当代中国普法活动的反思[J].法学,2009,(10):30-36.
- [4]习近平.领导干部要做尊法学法守法用法的模范 带动全党全国共同全面推进依法治国[N].人民日报,2015-02-03(01).
- [5]邓小平文选:第3卷[M].北京:人民出版社,1993.163.
- [6]陈思明.论法治宣传教育清单化[J].学术交流,2016,(02):92-96.
- [7]吉亮亮.毫不动摇坚持和完善党对全面依法治国的领导[J].山西社会主义学院学报,2021,(01):21-25.
- [8]石佑启.论地方特色:地方立法的永恒主题[J].学术研究,2017,(09):45-53+177.
- [9]吕艳利.接受法制宣传教育是否为公民的义务[J].法学,2001,(07):22-23.
- [10]游劝荣.法治成本分析[M].北京:法律出版社,2005.110-114.
- [11]唐一军.国务院关于“七五”普法决议贯彻

- 落实情况的报告——2021年6月7日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议上[J].中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报,2021,(05):1064-1066.
- [12]赵天宝.中国普法三十年(1986-2016)的困顿与超越[J].环球法律评论,2017,(04):60-69.
- [13]林凌.法制宣传教育:从普法模式到公众参与模式[J].编辑学刊,2015,(05):44-48.
- [14]徐汉明,张新平.网络社会治理的法治模式[J].中国社会科学,2018,(02):48-71+205.
- [15]潘晨晨.“反哺式”普法传播研究[J].编辑学刊,2020,(01):47-51.
- [16]许章润.普法运动[M].北京:清华大学出版社,2011.12.
- [17]苏力.道路通向城市——转型中国的法治[M].北京:法律出版社,2004,5.
- [18]付子堂,肖武.普法的逻辑展开——基于30年普法活动的反思与展望[J].社会科学战线,2017,(06):204-214.
- [19]习近平.坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障[J].求是,2021,(05):4-15.
- [20]朱大敏,朱文根,郭肖肖.“精准普法”的理论与实践[J].中国司法,2014,(05):19-21.
- [21]刘基智.关于修订《天津市法制宣传教育条例》的调研报告[J].中国司法,2020,(01):40-44.

## **Consensus, Disagreement and Turning: The Practical Exploration and Legislative Improvement of Local Legislation for Publicity and Education in the Rule of Law** ——Based on the Investigation of 24 Provincial-level Legislative Texts involving Publicity and Education in the Rule of Law

Ji Liang-liang

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

**Abstract:** At present, many places in our country have carried out the practice exploration of local legislation for publicity and education in the rule of law. Through the inspection of 24 provincial-level texts involving local legislation for publicity and education in the rule of law, it can be found that the local legislation for publicity and education in the rule of law have achieved consensus on building a responsibility system for the linkage between the state and multiple social subjects, adhering to the organic unity of universal coverage and emphasis, building a systematic promotion system, focusing on providing strong guarantees, and highlighting local characteristics. Legislative disagreements arise in the aspects of the legal nature of accepting publicity and education in the rule of law, the object orientation of farmers in publicity and education in the rule of law, and the incentive mechanism of publicity and education in the rule of law. In the future, to improve publicity and education in the rule of law, local legislation should fully respect and protect the right of public participation in publicity and education in the rule of law, orderly expand the fields of publicity and education in the rule of law, and strive to promote the innovation of ways and methods of publicity and education in the rule of law. Local legislation for publicity and education in the rule of law belongs to the creative legislation, and it provides valuable experience for promoting the future national legislation, namely the enactment of Law on Publicity and Education in the Rule of Law.

**Key Words:** Publicity and education in the rule of Law; Local legislation; Public participation; Law on Publicity and Education in the Rule of Law

## 第三人撤销之诉对一般债权人的司法救济

——152号指导案例评析

王 娣，王 蛮

(中国政法大学民商经济法学院，北京100088；北京德恒律师事务所，北京100033)

**摘 要：**不同于传统观点，152号指导案例的裁判要点指出，一般债权人在特定情形下可以符合第三人撤销之诉的主体要件。一般债权人基于查封就查封标的享有的具体受偿权益和保存权益可以支撑其成为既有诉讼之无独立请求权第三人，在其权益受到既有诉讼之生效法律文书发生的既判力或权利证书效力影响时其可以提起第三人撤销之诉。第三人撤销之诉适用于生效法律文书，债权人撤销权适用于民事法律行为，二者适用的撤销客体不同。生效法律文书效力的制度化是第三人撤销之诉等案外人救济制度完善的首要步骤，我国应当尽快实现生效法律文书效力的制度化。

**关键词：**第三人撤销之诉；无独立请求权第三人；既判力；权利证书效力；债权人撤销权

中图分类号：D915.2

文献标识码：A

文章编号：1674-828X(2023)06-0031-12

我国的第三人撤销之诉制度自确立至今已有十年之久，但围绕这一制度展开的讨论却从未停止。近年来，随着学界的探讨逐步从立法论层面移转至解释论层面<sup>①</sup>，正确适用第三人撤销之诉已成为学界现阶段追求的目标。在第三人撤销之诉的具体适用中，享有不具备优先性之金钱债权的债权人（以下简称“一般债权人”）能否成为第三人撤销之诉的适格原告，一直是引起学界广泛探讨的热点问题。按照传统通说观点，一般债权人不属于《民事诉讼法》第59条文义范围内的无独立请求权第三人，故也不存在一般债权人适用第三人撤销之诉制度的可能<sup>[1]</sup>。但在2021年3月发

布的152号指导案例“鞍山市中小企业信用担保中心（以下简称“担保中心”）诉汪某、鲁某某第三人撤销之诉案”中，最高人民法院（以下简称“最高院”）认为作为一般债权人的担保中心在特定情形下可以成为第三人撤销之诉的适格原告。鉴此，笔者就152号指导案例展开评析，揭示该案裁判要点背后的理论逻辑，并阐述该案对我国第三人撤销之诉制度完善之启示意义。

虽然最高院未于裁判要点中明示，但是最高院在终审判决中明确指出，担保中心具备其债务人汪某诉次债务人鲁某某之诉（以下简称“前诉”）无独立请求权

作者简介：王娣，女，中国政法大学民商经济法学院教授，法学博士，主要从事民事诉讼法学研究。

王蛮，男，北京德恒律师事务所律师，法律硕士，主要从事民事诉讼法学研究。

第三人的地位，故符合提起第三人撤销之诉的主体要件。从《民事诉讼法》第59条第2款关于无独立请求权第三人概念的规定来看，无独立请求权第三人的核心要件是“案件处理结果同他有法律上的利害关系”。在该要件中，案件处理结果指向的是作为民事诉讼程序终结之成果的生效法律文书，而利害关系则指的是生效法律文书可能对案外人权益发生的影响。第三人撤销之诉的结果要件“损害其民事权益”指的便是生效法律文书对案外人权益可能发生的这种影响的实际实现<sup>[2]</sup>。由此可见，解读152号指导案例必须先立足于揭示担保中心享有之权益的具体内容，再探讨前诉生效法律文书对该权益可能产生的影响。

### 一、担保中心享有之权益

一般债权人享有金钱债权，故对债务人的全部财产享有抽象意义上的概括性受偿权益，但通说认为仅此一点并不足以构成无独立请求权第三人要件中“有法律上利害关系”意义上的权益。如何理解“法律上的利害关系”是既有研究的重点。传统观点认为这种利害关系限于义务性关系，即第三人负有的实体法上的义务与既有案件争议的实体法律关系存在牵连。随着第三人撤销之诉入法及其在司法实践中的运行和发展，法律上的利害关系的范畴

亦有所发展。从近年的解释论研究成果来看，有学者将法律上的利害关系分为权利性关系、义务性关系、权利义务性关系和诉讼担当引发的关系并展开类型化探讨<sup>[3]</sup>，还有学者采用其他的类型化方式，如分为直接担责型、另诉追偿型、先决型、既判力拘束型<sup>[4]</sup>。这些研究成果通过对司法实践中的典型案例予以归纳，描绘了法律上的利害关系在司法实践中的发展轨迹。然而，“有法律上利害关系”这一立法表述的概括性决定了该要件的内涵具备很大的弹性，难以统一把握<sup>[5]</sup>。学界在探讨法律上的利害关系时也常常将“事实上的利害关系”作为与之相对的概念，并将那些没有被纳入或者认为不应被纳入法律上的利害关系之范畴的情形统统归入事实上的利害关系。而法律与事实本身也是一对难以从本体论或者说认识论的角度来观察和掌握的概念<sup>[6]</sup>。因此，现行立法的概括性决定了很难彻底地得出将基于某一种权益而享有的地位认定为法律上的利害关系是否突破了现行法的结论，何种权益能够构成“有法律上利害关系”意义上的权益主要是由司法审判中的价值考量决定的<sup>[7]</sup>。但探讨这种认定背后的逻辑仍有必要，因为这直接涉及对第三人的司法救济限度和路径，甚至关涉我国民事诉讼制度的平稳运行。

裁判要点指出，担保中心作为一般债权人，其特殊之处在于“申请强制执行



后”，即在前诉系属时，担保中心已经取得了记载其一般债权的执行依据，并且已经申请了强制执行。但实际上，从该案事实来看，担保中心的特殊之处并不仅限于此。前诉系属的时间是2013年11月，而担保中心早在2012年便已经申请保全并由法院实际查封了汪某对鲁某某的金钱债权。亦即前诉系属时，担保中心不仅是申请了强制执行，而且已经由法院实际查封了汪某对鲁某某的债权。但从裁判要点的表述来看，最高院并未进一步强调担保中心的特殊之处，似乎担保中心只要申请强制执行便足矣。

然而从担保中心享有益益具体内容角度来看，这种认识的合理性似乎存在疑问。不论担保中心是否申请强制执行，其享有的权益仍然仅限于基于一般债权就债务人全体财产所具备的概括性受偿权益。担保中心取得执行依据，仅使其基于该执行依据的执行力获得了申请强制执行的资格，并且基于该执行依据可能具备的既判力等效力从而在一定程度上体现了其一般债权的确定性，但这些都未改变其权益的具体内容。担保中心申请强制执行，也只能体现其希望实现权利的主观意愿或者其权利距离实际实现的程度更近了一些，但仍然难以据此认为担保中心的权益发生了某种质变从而应当赋予担保中心额外的救济手段。

但如果能从该案事实中关注到担保中心更多的特殊性，则存在解读出担保中心享有的进一步权益的可能性。受法律保护的民事权益种类颇多，难以穷尽列举，但在第三人权益救济的语境下被认可的典型权益种类可以包括：所有权等物权、占有、债权、依法保全的标的物等<sup>[8]</sup>。在一般债权人通过执行程序查封特定执行标的之情形下，基于查封的效力，一般债权人便可就该执行标的取得相应的保存权益<sup>[9]</sup>。具体而言，查封作为控制性执行措施，使得查封债权人经由法院实际取得了对执行标的的间接控制。并且，查封还能使得执行标的成为一般债权人实现债权的特定物担保，即使得查封债权人能够取得包括变价权和优先受偿权在内的、类似于担保物权的权益<sup>②</sup>。同时，与不存在查封情形下的一般债权人不同的是，查封也能改变一般债权人基于其一般债权享有的受偿权益的内容。查封使得一般债权的受偿权益不再仅限于对债务人全部财产的抽象权益，而是具体化为合理期待以某特定查封标的获得现实清偿的具体受偿权益<sup>[10]</sup>。这种受偿权益与特定物债权人享有的受偿权益有一定的相似性，而区别则主要在于二者受偿的具体方式有所不同，即是变价后受偿抑或是直接受偿。

实际上，该案终审判决已经关注到了查封对于担保中心权益具体内容的意义。

终审判决载明，“法院对汪某因养殖场转让形成的到期债权在诉讼和执行程序中采取的保全和执行措施使得汪某与鲁某某买卖合同纠纷案件处理结果对担保中心利益的影响。”然而遗憾的是，裁判要点却并未充分关注到查封于该案的意义，从而使得该裁判要点在表达担保中心这类一般债权人究竟具备何种特殊的、值得进一步保护的权益这一问题时显得单薄。指导案例的生成过程实际上是对原有案件进行再创作的过程<sup>[11]</sup>。“裁判要点”大致相当于法条，是最高院希望表达的规范性内容的外在表现<sup>[12]</sup>。而最高院在归纳裁判要点时却忽视了该案终审判决中已经包含的重要内容，这势必会影响该案对司法实践的指导价值，此实为遗憾之处。归根结底，这一问题还要归结到我国当前对于查封效力的具体内容不够重视这一点上。不论是现行立法还是既有权威著作，在表达查封效力的问题时，均将焦点集中于查封效力的主客观范围，而对于查封效力的具体内容均着墨不多<sup>[13]</sup>。

## 二、前诉调解书对担保中心权益的影响

生效法律文书是民事程序制度运行的结果<sup>[14]</sup>。民事程序由当事人参与和形成，因此在理想状态下作为制度运行结果的生效法律文书也应当仅影响当事人的权益。然

而，真实社会生活的复杂性难以实现程序法的美好理想。或是基于资源的稀缺性<sup>③</sup>，或是基于社会生活关系的牵连性，或是基于其他的现实因素，仅在当事人之间展开的民事程序不可避免地会影响第三人的权益。同时，基于提高纠纷解决的效益、维护实体法秩序等价值考量，程序法也需要开辟若干例外使得民事程序的结果能够影响第三人的权益。

民事程序的作用和价值由作为其结果的生效法律文书之效力体现，民事程序影响第三人权益经由生效法律文书之效力实现<sup>[9]</sup>。因此，就152号指导案例而言，接下来要探讨的问题便是担保中心享有的权益如何可能受到前诉生效法律文书效力的影响。

裁判要点指出，担保中心的权益受到侵害是因为汪某在前诉中可能会实施“大量减少债权”的行为，而这种行为会“严重影响债权人债权实现”。仅从文义来看，比较直接的解释是，汪某可能在前诉中就其债权进行实体法上的处分，而这种处分会影响担保中心的权益。而且，汪某可能进行的这种处分是在前诉语境下的处分，即并非通过寻常的民事法律行为进行的处分，而是通过诉讼行为进行的处分并最终由前诉生效法律文书所固定。否则，即使这种处分会影响担保中心的权益，也不是来自前诉生效法律文书效力的影响，而是另一民事法律行为的影响。从判决效

力的角度来看，这种解读是认为前诉生效法律文书的形成力可能会变动汪某债权的实体状态<sup>[15]</sup>，从而影响担保中心的权益。但是，汪某的债权一直处于被查封的状态。依照《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第24条第1款，“被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为，不得对抗申请执行人”的有关查封相对效之规定，汪某对于其已经被查封的债权所做出的会贬损财产价值的处分行为相对于受保护的查封债权人担保中心无效<sup>[16]</sup>。因此，不论是通过诉讼行为抑或是通过民事法律行为，汪某对于其债权实施的实体法意义上的处分都不会影响担保中心的权益，故应排除上述解释方案。

可见，对于裁判要点的上述内容只能另寻其他解释。既然前诉生效法律文书的效力无法在实体层面影响担保中心的权益，那么接下来笔者将视角移转至程序层面。强制执行中责任财产的权属判断应当遵循形式化原则，即对责任财产的权属状态仅采取外观调查。具体到债务人的责任财产为债权的情形，则债务人债权的存否及其状态，因缺乏公示方法，只能以债权人的陈述为准。但是，在有公文书可以证明债权状态的情形下，则可以公文书的记载为准<sup>[17]</sup>。因此，前诉生效法律文书作为公

文书，在一定程度上可以证明汪某债权的状态。前诉生效法律文书所具备的这种证明效力，并非《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第10条“下列事实，当事人无须举证证明：（六）已为人民法院发生法律效力裁判所确认的基本事实”中所涉及的以事实为客体的证明效力<sup>[18]</sup>，而是以权利为客体的证明效力，可称之为“权利证书的效力”<sup>[19]</sup>。由此，前诉生效法律文书具备的对于汪某债权的权利证书效力使得其可以作为担保中心对汪某债权执行过程中认定汪某债权状态的证据。而若这一证据显示的汪某债权数额较低，则会“影响债权人债权实现”，即影响了担保中心的权益。站在事后的角度审视和评价案件中汪某与鲁某某的行为，可以认为二人的行为是通过在形式上减少汪某债权的方式，阻碍了担保中心债权的实现，这样的解释亦在裁判要点文义的范畴之内。

但是，如果就裁判要点做上述解释，则可能要面临担保中心采取第三人撤销之诉之救济路径是否妥当的质疑。第三人撤销之诉本身属于特殊救济方法，其性质为诉讼法上的形成之诉，具备与再审之诉相类似的变更生效法律文书效力的特殊法律效果<sup>[20]</sup>。从适度救济、维护既有生效法律文书效力稳定性的理念出发，相较于另行提起普通诉讼之一般救济程序，学界普遍认为第三人撤销之诉作为特殊救济程序应

当劣后适用<sup>[21]</sup>。现行法设置多个特殊起诉条件以限制第三人撤销之诉的适用也足以体现这一点。就该案而言，担保中心似乎也存在另行提起普通诉讼寻求救济的可能性。一方面，在前诉调解书已然确定的情况下，除非认为前诉调解书具备既判力且其主观范围可以及于担保中心，否则没有任何理由限制担保中心另行起诉。另一方面，担保中心另行起诉，如另行提起债权人代位权之诉，则可以将鲁某某纳入该另诉中并赋予其相应的程序保障，从而使得鲁某某亦受到该另诉生效法律文书之既判力拘束。既判力作为一种程序法上的效力，对其主观范围内当事人发生拘束的场域并不仅限于审判程序，而是也包括强制执行程序<sup>[22]</sup>，故鲁某某此时也无法再在强制执行程序中就汪某债权之数额提出其他主张。既判力属于刚性效力，非经特殊程序不可被推翻，这与前述强制执行形式化原则语境下的权利证书效力所具备的柔性特征截然不同。因此，担保中心另行提起代位权之诉似乎也可以获得圆满的救济效果。

然而，最高院在该案中还是为担保中心开辟了第三人撤销之诉的救济路径。一种可能的原因是，最高院并不否认担保中心可以通过另诉寻求救济，但认为第三人撤销之诉相较于另诉而言并非必然要劣后适用；另一种可能的原因是，最高院认为担保中心无法通过另诉的方式寻求救

济。就第一种可能性而言，学界普遍认为的另行起诉相较于第三人撤销之诉应当优先适用的观点固然有其合理性，但打击虚假诉讼、维护司法秩序毕竟也是人们对第三人撤销之诉的当然期许。在该案中，最高院虽然没有直接认定汪某与鲁某某二人构成虚假诉讼或者恶意诉讼，但也在终审判决中多次指出“鲁某某对汪某为规避执行以明显不合理低价达成调解协议以及因此会给担保中心造成损害应属于明知”，并提及了“2012年民事诉讼法修订时为加强对因虚假诉讼或借诉讼转移财产、逃避债务等行为损害案外第三人合法权益进行救济而设立第三人撤销之诉制度的现实需要。”笔者认为，最高院应当是认为二人主观上的恶意程度虽然不能认定达到了恶意串通般“意思主义的恶意”的程度，但至少可以认定二人具备“观念主义的恶意”，即具备其行为可能侵害担保中心权益的认识<sup>[23]</sup>，而这种观念主义的恶意也具备在法律上作出否定性评价的必要性<sup>[24]</sup>。因此，最高院才在担保中心能够另行起诉的情况下，也允许担保中心采取第三人撤销之诉的方式寻求救济。就第二种可能性而言，则是最高院认为前诉调解书具备既判力且其主观范围及于担保中心。在这种情况下，担保中心的权益实际上也就受到了前诉调解书之既判力的侵害，因为既判力在强制执行程序中的拘束效果使得担保中

心主张汪某债权的数额受到限制。当然，究竟是权利证书效力还是既判力侵害了担保中心的权益，抑或是二者兼而有之，则取决于我国究竟在何种意义上承认调解书的效力。

就担保中心另行起诉的问题，最高院也有其他相关表述。最高院在终审判决中指出，“担保中心主张受损害的民事权益因183号民事调解书而存在根据《合同法》第74条提起撤销权诉讼障碍。”由此可见，最高院认为担保中心另行起诉是存在障碍的，只不过最高院认为担保中心原本应当另行提起的那个诉讼是债权人撤销权之诉而非笔者前文提及的代位权之诉。同时，最高院在裁判要点中亦指出，“符合《合同法》第74条规定的债权人行使撤销权条件”是担保中心能够具备前诉无独立请求权第三人之地位进而提起第三人撤销权之诉的要件之一。

### 三、担保中心提起债权人撤销权之诉的障碍

理论上认为，债权人撤销权这一发挥保全债权之功能的权利本身也可以成为第三人撤销之诉语境下第三人受侵害的权益。《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）第120条第1款第2项就此规定，“因债务人与他人的

权利义务被生效裁判文书确定，导致债权人本来可以对《合同法》第74条和《企业破产法》第31条规定的债务人的行为享有撤销权而不能行使”可以使债权人取得提起第三人撤销之诉的主体资格。在这种情形下，债权人基于其享有的债权人撤销权具备原既有诉讼之有独立请求权第三人的地位，可以提起第三人撤销之诉<sup>[25]</sup>。生效法律文书所具备的阻碍债权人撤销权行使的法律效果，应当理解为来源于生效法律文书既判力所生之以形成权为客体的遮断效<sup>[26]</sup>。然而，依照既判力主观范围的基本规则，既判力原则上具备相对性，只能及于当事人。那么，债务人与次债务人之间的诉讼形成的生效法律文书为何能够遮断债权人享有的债权人撤销权<sup>[27]</sup>？由此只能认为，《九民纪要》的上述规定体现了既判力绝对性的内容。加之《九民纪要》来源于法官的多数共识，其具备类似于法学通说的地位<sup>[28]</sup>，故其上述规定也在相当程度上印证了我国司法实践中存在既判力绝对化之倾向的说法<sup>[29]</sup>。基于以上原因，一般债权人在其债权人撤销权被生效法律文书所遮断的情况下可以通过提起第三人撤销之诉寻求救济。

然而，152号指导案例的情形与上述情形虽然同属一般债权人提起第三人撤销之诉，又同涉债权人撤销权，但其原理却有所不同。从最高院在终审判决中的表述

来看，最高院是认为在担保中心的权益已然受损的情况下，担保中心无法提起债权人撤销权之诉寻求救济。亦即，最高院还是将债权人撤销权理解为担保中心权益受损后可以考虑的一种救济手段，而并非担保中心受到影响的权益本身。同时，该案中担保中心并未提出关于债权人撤销权的相关诉讼请求，最高院在终审判决中也没有作出相应的判项。更为关键的是，基于《民法典》第541条的规定，债权人撤销权受到为期一年的、不可变的除斥期间的规制。而担保中心提起的第三人撤销之诉本身便历时数年，担保中心的债权人撤销权即使存在，在第三人撤销之诉系属中也已归于消灭，故担保中心甚至有可能面临是否具备“诉之利益”的质疑<sup>[30]</sup>。因此，最高院指出担保中心无法行使债权人撤销权，并非认为担保中心享有的债权人撤销权这一权益受到了影响，而只能作其他解释。但是，既然债权人撤销权并非担保中心受影响的权益，那么终审判决与裁判要点将担保中心无法行使债权人撤销权与第三人撤销之诉的主体要件，或者说担保中心在前诉中所具备的无独立请求权第三人地位联系起来，其正当性便值得怀疑。

152号指导案例中担保中心提起第三人撤销之诉与寻常一般债权人提起债权人撤销权之诉的差异，主要集中于两点，即撤销客体的不同与所救济权益内容的不同。

撤销客体，即撤销的对象，于该案第三人撤销之诉而言是前诉调解书这一生效法律文书，而于债权人撤销权之诉而言则是民事法律行为。所救济权益的内容，于该案而言是程序法层面的权益，而于债权人撤销权之诉而言则是实体法层面的权益。毋庸讳言，这两种情形还是具备较为明显的差异，因此最高院将这两种情形联系起来似乎令人费解。就此笔者推断，最高院可能是并未意识到查封限制了汪某对其债权为实体处分的法律效果，即没有意识到这种处分在实体层面并不会影响担保中心的权益。最高院在终审判决中称，“汪某与鲁某某因养殖场资产转让合同权利义务的变化与上述对汪某财产的执行存在直接牵连关系，并可能影响担保中心的利益。”仔细审视最高院的表述不难发现，其认为是“合同权利义务的变化”会影响担保中心的权益，这种表述指向的显然更像是实体层面的变化而并非单纯程序层面的变化。加之如前所述，在最高院裁判要点中，亦未体现查封于该案的特殊意义。因此笔者认为，最高院可能是认为汪某与鲁某某实施的行为对担保中心的权益同时造成了程序层面和实体层面的影响，故基于该案情形与寻常的债权人提起债权人撤销权之诉的情形都涉及对债权人实体层面权益的救济，该案情形与寻常债权人撤销权之诉的情形较为相似。如此推断下来，最

高院所称的担保中心提起债权人撤销权之诉存在客观障碍应当是从第三人撤销之诉之客体要件的角度表达了担保中心提起第三人撤销之诉的正当性<sup>④</sup>，而非从主体要件的角度。

如果笔者的上述推断成立，则还能进一步推导出最高人民法院关于调解书效力和调解性质的倾向性意见。就调解书的效力问题，尽管我国已经较为普遍地接受了调解书与判决书具备同等效力的观点<sup>[31]</sup>，但囿于立法的缺位，这种所谓的“等效”究竟是何内涵仍不无疑问<sup>[32]</sup>。而由上文分析可知，如果最高法院认为调解书可以给担保中心造成实体层面的权益影响，那么就说明调解书可以发生实体层面的法律效果，即调解书具备可以变动实体权利义务内容的形成力。赋予调解书以形成力的立场，也体现了我国对多元化纠纷解决机制的强调和重视<sup>[33]</sup>。同时，就调解的性质，可援用比较法上与我国调解制度最相类似的大陆法系国家民事诉讼法制度中的诉讼和解制度来进行分析<sup>[34]</sup>。诉讼和解制度的性质存在四种学说，即公法说、私法说、两性说、并存说（含作为其修正学说的新合并说）<sup>[35]</sup>。如果调解书具备形成力，则说明调解并非纯粹的公法行为，而是也具备私法行为的性质和内容，故可以排除公法说和并存说。另外，因调解显然具备诉讼终结的法律效果，故私法说亦不足为取。由此，大致可以得出

我国的调解的性质应当按照两性说，即调解本身是一个行为，但这一行为兼具公法行为和私法行为的性质来理解。至于调解书能够发生的公法效力究竟为何，如是否包括既判力，则并非152号指导案例能够解决的问题。

#### 四、结语

第三人撤销之诉等案外人救济制度构建的基本逻辑是：案外人享有权益——生效法律文书的效力侵害案外人权益——案外人通过救济制度排除生效法律文书效力的侵害。显而易见，生效法律文书的效力在这一基本逻辑中居于中枢地位。生效法律文书的效力既是侵害案外人权益的主体，又是案外人救济制度指向的客体。因此，唯有先行构建完善的生效法律文书效力制度，才可能使得第三人撤销之诉等案外人救济制度在制度构建上能够有的放矢<sup>⑤</sup>，从而充分维护案外人的权益。

在152号指导案例中，囿于现行法对生效法律文书的效力问题无所作为，解释论作业也遇到了很多额外的困难。首先，就究竟是何种生效法律文书的效力可能如何影响担保中心的权益，最高法院虽竭尽所能地论述，但也只能得出一个是某种具备程序层面法律效果的效力这一抽象的结论。同时，在前诉调解书作出后，由于不清楚

究竟是既判力还是权利证书效力实际侵害了担保中心的权益，也进一步影响了对担保中心救济路径的判断和选择。如果担保中心并未被前诉调解书的既判力所及，则担保中心不仅多出了选择另行起诉这一常规救济路径，甚至还可能通过直接在强制执行程序中提交其他相关证据的方式来寻求更直接的救济，这显然比历时数年进行第三人撤销之诉要便宜得多。另外，在形成力的问题上，现有制度缺乏形成力的概念而且对调解书是否具备形成力没有定论，导致最高院在认识第三人撤销之诉与债权人撤销权之诉的撤销客体差异这一问题上遇到困难，并最终使得最高院错误地认为所谓“提起债权人撤销权之诉的障碍”与担保中心符合第三人撤销之诉主体要件存在关联。如果现有制度能就形成力的基本内容有直接体现，最高院便能较为轻松地判断出该案中担保中心能否提起债权人撤销权之诉仅仅是撤销客体方面的问题，而与担保中心的主体资格无关。

尽管在现有制度层面，既判力等生效法律文书效力时至今日仍不见踪影，但近年来我国已通过适当的制度构建为生效法律文书效力的制度化打下些许基础。例如就既判力而言，《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247条在一定程度上体现了既判力的内容；就形成力而言，《民法典》第565条第

2款划定了行使单纯形成权之确认之诉与行使形成诉权之形成之诉间的界限，从而初步反映了确认判决与形成判决之间效力的差异。然而，隐晦间接的含蓄表达相较于明确直接的立法规定在对司法实践的指导效果上自然要大打折扣。我国应当尽快迈出生效法律文书效力制度化的关键一步。随着我国法治建设的不断推进，即使是对于实务界而言，既判力等概念也早已不再陌生。生效法律文书效力的制度化亦早已不是不顾我国国情的盲目之举，而是已经成为了现阶段进一步推进我国民事诉讼法治发展的重要抓手。

**注释：**

- ①较早从规范分析视角对第三人撤销之诉展开解释论作业的代表性研究成果，张卫平.中国第三人撤销之诉的制度构成与适用[J].中外法学，2013,(1):170-184.从实证分析视角展开解释论作业的代表性研究成果，见刘君博.第三人撤销之诉原告适格问题研究：现行规范真的无法适用吗？[J].中外法学，2014,(1):259-279.
- ②在德国，查封可以使查封债权人取得质权。奥拉夫·穆托斯特.德国强制执行法（第二版）[M].马强伟译.北京：中国法制出版社，2019.130.我国《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定》第55条第1款等有类似规定。
- ③有学者主张，资源的稀缺是人类生活的基本前提。李琦.法的确定性及其相对性——从人类生



活的基本事实触发[J].法学研究,2002,(5):28.对于围绕着社会资源展开的正当竞争,法律不应限制或禁止,更要加以鼓励。程啸.侵权法的希尔伯特问题[J].中外法学,2022,(6):1426.

④从撤销客体的角度来看,理论上亦存在由债权人撤销权撤销调解书的可能。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合同编理解与适用(一)[M].北京:人民法院出版社,2021.526.但最高院在152号指导案例中似乎更倾向于应由第三人撤销之诉撤销调解书。

⑤有学者主张案外人在对救济制度的适用有疑问时,可以选择性合并的方式向法院同时提起多种诉讼。廖浩.第三人撤销诉讼实益研究——以判决效力主观范围为视角[J].华东政法大学学报,2017,(1):148.但笔者认为这种做法不应当是制度运行的常态。

#### 参考文献:

- [1]吴泽勇.第三人撤销之诉的原告适格[J].法学研究,2014,(3):164.
- [2]郑金玉.我国第三人撤销之诉的实践运行研究[J].中国法学,2015,(6):280.
- [3]刘君博.第三人撤销之诉原告适格问题研究:现行规范真的无法适用吗?[J].中外法学,2014,(1):272-276.
- [4]刘东.回归法律文本:第三人撤销之诉原告适格再解释[J].中外法学,2017,(5):1301.
- [5]刘东.论无独立请求权第三人的识别与确定——以“有法律上的利害关系”的类型化分析为中心[J].当代法学,2016,(2):135.
- [6]卡尔·拉伦茨.法学方法论(全本·第六版)[M].黄家镇译.北京:商务印书馆,2020.388-389.
- [7]江必新.司法审判中的价值考量[J].法律适用,2020,(19):45.
- [8]肖建国.论案外人申请再审的制度价值与程序设计[J].法学杂志,2009,(9):66.
- [9]黄忠顺.确定判决对案外第三人权益的损害及其救济原理[J].比较法研究,2021,(4):100.102.
- [10]王毓莹.“借名买房”案外人执行异议之诉裁判规则再审视[J].国家检察官学院学报,2022,(5):171.
- [11]鲁小江,周哲斯.商事指导案例“裁判理由”的规范化[J].中国应用法学,2017,(4):75.
- [12]朱芒.论指导性案例的内容构成[J].中国社会科学,2017,(4):113.
- [13]肖建国.民事执行法[M].北京:中国人民大学出版社,2014.231.
- [14]汤维建.当事人适格的现代化转型[J].法治现代化研究,2022,(3):19.
- [15]张卫平.民事诉讼:关键词展开[M].北京:中国人民大学出版社,2005.333.
- [16]毋爱斌.民事执行查封相对效的体系展开[J].法律科学(西北政法大学学报),2022,(6):111.
- [17]肖建国.强制执行形式化原则的制度效应[J].华东政法大学学报,2021,(2):20.
- [18]纪格非.“争点”法律效力的西方样本与中国路径[J].中国法学,2013,(3):119.
- [19]严仁群.不受判决拘束者之事后救济[J].法学家,2015,(1):132.
- [20]任重.回归法的立场:第三人撤销之诉的体系思

- 考[J].中外法学,2016,(1):159.
- [21]杨秀清.虚假仲裁与案外人权益保护——实体法与程序法之理论阐释[J].政法论丛,2021,(2):86.
- [22]罗森贝克,施瓦布,戈特瓦尔德.德国民事诉讼法:上册[M].李大雪译.北京:中国法制出版社,2007.1155.
- [23]申卫星.论债权人撤销权的构成——兼评我国《合同法》第74条[J].法制与社会发展,2000,(2):44.
- [24]吴英姿.我国第三人撤销之诉的“神”与“形”——第148-153号指导性案例研究[J].政法论坛,2021,(6):63.
- [25]金印.诉讼与执行对债权人撤销权的影响[J].法学,2020,(11):38.
- [26]高桥宏志.民事诉讼法:制度与理论的深层分析[M].林剑锋译.北京:法律出版社,2003.494.
- [27]王洪亮.《民法典》第538条(撤销债务人无偿行为)评注.南京大学学报:哲学·人文科学·社会科学[J].2021,(6):151.
- [28]侯猛.纪要如何影响审判——以人民法院纪要的性质为切入点[J].吉林大学社会科学学报,2020,(6):58.
- [29]林剑锋.既判力相对性原则在我国制度化的现状与障碍[J].现代法学,2016,(1):131.
- [30]张卫平.诉的利益:内涵、功用与制度设计[J].法学评论,2017,(4):2.
- [31]张卫平.既判力相对性原则:根据、例外与制度化[J].法学研究,2015,(1):71.
- [32]黄忠顺.调解的共通性效力[J].国家检察官学院学报,2014,(3):137.
- [33]曹建军.民事判决形成力的本质与范围[J].国家检察官学院学报,2016,(4):50.
- [34]熊跃敏.诉讼上和解的比较研究[J].比较法研究,2003,(2):85.
- [35]伊藤真.民事诉讼法(第四版补订版)[M].曹云吉译.北京:北京大学出版社,2019.324.

## Judicial Relief for the General Creditors from the Suits of Challenging the Judgements by a Third Party ——Comments on the Guiding Case No.152

WANG Di, WANG Man

*(Civil, Commercial and Economic Law School, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China, DeHeng Law Offices, Beijing 100033, China)*

**Abstract:** Different from the traditional views, the key points of the judgment in Guiding Case No.152 point out that general creditors are able to meet the subject requirements of a third-party revocation action in specific circumstances. The specific legal interests to be liquidated and to be preserved enjoyed by the general creditors based on judicial sequestration on the subject matter of judicial sequestration can support them to become the third party without independent claim in the pending proceeding. When their legal interests are affected by the res judicata or the effect of certificate of rights of the effective legal documents, they can file the suits of challenging the judgements by a third party. The institutionalization of the effectiveness of effective legal documents is the first step in improving the relief system for outsiders such as the suits of challenging the judgements by a third party and our country should achieve the institutionalization of the effectiveness of effective legal documents as soon as possible.

**Key words:** The suits of challenging the judgements by a third party; Third party without independent claim; Res judicata; Validity of certificate of rights; Creditor's revoking right

# 董事在信息披露中“不保证”的法律问题探析

薛智胜，潘晋晋

(天津工业大学法学院，天津 300387)

**摘要：**2019年修订的《证券法》第一次在法律层面确认了董监高“不保证”制度。随着上市公司独立董事对定期报告出具“不保证”声明的情形不断出现，引发了理论界与实务界的关注和质疑。关于董事在信息披露中不保证，理论上存在性质不明确，与信息披露的法定要求相背离，其与虚假陈述界限不明等；实践中存在适用范围不明确，对公司企业信息披露质量的影响如何，董事主动申请披露“不保证”的操作流程不明确等问题。所以，需要明确其法律性质，强化董事勤勉尽责义务，提供具体的操作指引，明确内外董事的区分责任，实现不保证制度与保证制度的良性互动，促进董事履行其应尽法律义务，提高上市公司信息披露的质量。

**关键词：**不保证；信息披露；保证责任；勤勉尽责；虚假陈述

**中图分类号：**D922.287

**文献标识码：**A

**文章编号：**1674-828X(2023)06-0043-14

2019年修订的《中华人民共和国证券法》（以下简称《证券法》）在第82条第4款中增设了董监高对信息披露的异议制度（不保证制度），使得董监高不保证制度继2007年在部门规章中出现后第一次在法律层面得到确认。2021年修订的《上市公司信息披露管理办法》对该制度进行了细化处理。董监高不保证制度即董监高在无法保证定期报告和证券发行文件真实、准确和完整的情况下应作出不保证声明。从字面意义上看，这似乎与前款对董监高保证责任的规定相矛盾，不利于投资者知情权的保护。在实践中不断出现的董监

高不保证事件引发了学界和实务界的关注和热烈讨论。本文结合相关事件，以董事为例，分析董事信息披露中“不保证”制度实施面临的理论问题与实践困境，比较分析学界对不保证制度法律性质的相关观点，提出了解决实施不保证制度所面临问题的路径和建议。

## 一、董事信息披露中“不保证”的理论与实践困境

### （一）理论困境

#### 1. “不保证”与信息披露的法定要求相

2017年度国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观与我国商事立法完善”的阶段性成果，项目编号：17VHJ001。

作者简介：薛智胜，男，天津工业大学法学院教授，主要从事商法和金融法学研究；

潘晋晋，女，天津工业大学法学院2021级法律硕士（法学），主要从事民商法学研究。

背离

《证券法》第82条前三款明确规定了董事对于发行人所披露信息负有保证其真实、准确、完整的法定义务。对于公司内部治理体系而言，《证券法》中董事的保证义务与《公司法》中董事的法定职责相吻合，是董事履行勤勉尽责义务的具体表现形式之一。董事对公司及股东负有信义义务，在履职中应将公司与股东利益作为核心考量因素。对于发行人披露信息，法律施加给董事以保证责任并设置配套的行政处罚与民事责任赔偿制度，以此来敦促董事对信息披露决议进行认真细致的实质性审查。对于公司外部投资者而言，发行人所披露文件的质量直接影响了投资者的投资决策。在强专业性与大风险性并存的证券交易市场，投资者相较于董事处于专业与信息的双重弱势地位<sup>[1]</sup>。为了弥补这种劣势，立法上作出了诸多向投资者倾斜的规定，在信息披露领域即表现为董事的保证义务。因此，只有真实、准确、完整的信息才能为投资者提供有价值的参考，尽量降低投资者预期与真实情况之间的误差。

《证券法》第82条第4款规定了董事信息披露异议制度。根据《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》（以下简称《虚假陈述若干规定》）第15条的规定，董事的不保

证可作为认定其主观上没有过错的依据。

分析上述规定，董事在承担保证责任的同时又享有了不保证的权利，无论从字面含义或是制度内容来看，这两项制度仿佛呈南辕北辙之势。一方面，董事需要保证信息披露的真实准确完整，否则可能承担不利的法律后果；另一方面，董事得以通过不保证来进行抗辩。此时董事倾向于选择不保证来逃避信息披露的法律责任，保证责任在实质上被架空，只剩一纸空文。因此，不保证制度似乎与信息披露的法定要求相背离。

## 2. 董事“不保证”与虚假陈述界限不明

《证券法》规定了信息披露义务人在虚假陈述情况下应当承担较为严厉的法律义务。《虚假陈述若干规定》中对此也作出了详细具体的规定。虚假陈述的三种表现形式分别为虚假记载、误导性陈述和重大遗漏。从一定意义上说，不保证可能与虚假陈述存在重合之处。

（1）“不保证”本身可能构成误导性陈述。这主要针对董事恶意提出异议而实际上所披露内容合法合规的情形，投资者面对董事的不保证声明可能会秉持保守态度而改变投资意向或决策，毕竟在投资者的眼中董事是可以合理信赖的对象，而这很可能会降低投资者对公司的信任。此时该董监高的异议行为有可能构成误导性陈

述，虽然法律目前对此没有明确的规定，但是至少其符合虚假陈述的法理基础。

(2) “不保证”本身也可能构成重大遗漏。不保证只是声明对所披露内容不保证真实、准确和完整，并未另行披露出任何与公司经营状况、财务状况等事项有关的实质性内容。因此，也符合《虚假陈述若干规定》对“重大遗漏”<sup>①</sup>的定义。

(3) 如果“不保证”的对象构成虚假陈述，那么该“不保证”行为是否可以完全脱离虚假陈述而免责还有进一步讨论空间。

## (二) 实践困境

### 1. 董事“不保证”的适用范围有待进一步明确

根据《证券法》之规定，董事保证责任的适用对象为“所披露的信息”；董事不保证的适用范围为“证券发行文件和定期报告”。显而易见，证券发行人公开披露的所有信息都落入了董事保证责任的适用范围，即法律对于强制性披露信息及自愿性披露信息、定期报告及临时报告都施以不偏不倚、一视同仁的态度，董事都应当保证其真实、准确和完整。而对于不保证之适用范围，相比前者明显限缩。

如果将不保证视为一项董事得以免责的抗辩权，那对于异议董事而言，同一主体身上存在的相对应的权利与义务出现了不对等的情形，即对于同一事项，他需要

承担极为严格的法律责任，但他可以寻求庇护的权利范围却小之又小，这对于董事而言是极不公平的。其次，证券法总是倾斜于投资者权益，这是由于投资者相较于企业而言是弱者，但是从董事的角度而言，其相较于企业而言也是弱者，与投资者相比，其可能只是在信息与专业能力方面略胜一筹，因此在重点保护投资者这个弱势群体的间隙，也应当适当考虑董事的合理诉求。根据《公司法(修订草案二审稿)》新增内容第192条，立法对于董事的严格责任也有适度减缓之势<sup>②</sup>。

如果将不保证视为一项法定义务，那么其适用范围应与保真的适用范围保持一致。董事应当保证披露信息真实、准确和完整，在无法保证的情况下应当作出声明，作为消极履行保证义务的方式，因此适用的对象应当适配。同时，法律设立董事保证义务的目的在于保证投资者作出投资决策所依据的信息都是真实、准确和完整的，凡是可能影响投资者决策的信息都应当纳入董事保证范围，包括公司自愿披露的信息也应在其范围之内。

### 2. 董事“不保证”对信息披露质量的影响有限，但溢出效应较大

2020年兆新事件之后，全体董事不保证的情形没有再上演，但是个别董事不保证的情况时有发生，如2022年8月26日\*ST

奇信公司发布公告，该公司独立董事赵某某无法保证公司2022半年度报告内容的真实、准确、完整<sup>[2]</sup>。《公司法》规定了董事会决议通过的规则——经半数以上董事同意。据此，信息披露决议应当经半数以上董事同意才可。基于此，只要对披露本身或披露内容存在异议的董事的数量不能达到半数以上，就不会影响此次披露的生效。因此，董事的个体异议相较于董事会的整体决议而言效果极为有限。根据董事同质化的假定，除独立董事外的个别董事极少会对董事会决议提出反对意见<sup>[3]</sup>。实践中在董事会不重视独立董事反对意见、不主动回复独立董事合理怀疑的情况下，个别异议董事为履行勤勉尽责义务采取的尽职调查措施所能获得的收益是有限的，但其产生的社会影响是强烈的。以2022年3月30日深圳莱宝高科技股份有限公司（以下简称“莱宝公司”）所公布的2021年年报为例，独立董事蒋某某出具了不保证“公司年报中的营业收入、应收账款、存货盘点、利润等等财务数据”真实性、准确性、完整性的声明，并且陈述了具体的理由<sup>[4]</sup>。早期的审计机构对于他的关注函仅给予程序性回复，聘请会计师事务所审阅年报的提议也未获通过，个人聘请注册会计师审阅年报的提议也被拒绝。暂且不论该董事异议的事项是否真的存在问题，但是

无论是其所提出的异议本身，还是后续所采取的调查措施都没有得到莱宝公司的重视与相应的答复，因此对于年报的内容与披露也并未产生任何实际性的影响，但其产生的外溢效应是巨大的，有助于投资者关注该公司相关情况，体现了独立董事的监督作用。

3.董事主动申请披露“不保证”的操作流程不明

《证券法》第82条第4款规定发行人对于董事的不保证意见应当作出披露，在发行人不予披露的情况下异议董事可以直接申请披露。不可否认的是，该项规定增加了异议董事发表不同意见的渠道<sup>[5]</sup>，在发行人不予披露这般进退两难的语境下为董事提供了候补的选择，有利于信息披露异议制度的实际落实。但是，由于表述过于抽象、具体的操作流程欠缺，因此在实践中可操作性不强。应当向谁申请披露；应当以何种方式申请披露；主动申请披露的时间是否有限制；发行人不予披露是否作为董事主动申请披露的前置程序；主动申请披露的事项与格式是否有特定要求。这些问题都需要在实践中明确。

## 二、董事“不保证”的法律性质剖析

厘清董监高“不保证”行为的法律性

质，是研究“不保证”的行为方式及法律后果的逻辑起点。

（一）“不保证”作为董事抗辩因发行人违规披露而减轻或免除其法律责任的法定权利

学术界有部分学者将“不保证”制度表述为董监高的“信息披露异议权”<sup>[6]</sup>。其背后的法理就是将《证券法》第82条第4款视为前几款规定之例外，将其视为一项单独的法定抗辩权。其效力就是针对发行人的违规信息披露，只要董事出具“不保证”声明，就当然地免除其责任。

从表面上看，将“不保证”视为董事的一项抗辩权利，可以在一定程度上减轻善意董事的法律责任，增强对董事合法权益的保护。但是，由于不受限制，董事可在任何情况下借“不保证”作为自己逃避法律责任的借口。此时，董事会制订、审议定期报告等就无需保证真实准确完整，只需要保证及时披露即可，这显然与董事勤勉尽责的法定义务背道而驰。此外，《公司法（修订草案一审稿）》第62条规定，董事会的职权范围由现行《公司法》的列举式改为概括式——股东会职权之外的职权，董事会的职权得以扩充，在权力范围扩大的同时又授予其不保证的抗辩权，显然使董事会（董事）成为内部实际掌权者而外部实质不担责的主体。虽然

《公司法》二审稿删除了该条款，恢复了现行公司法关于董事会职权的列举规定，但是表明了公司治理的董事会中心主义。

（二）“不保证”作为董事勤勉义务的具体内容之一

如果将《证券法》第82条第4款与前几款规定视为并列关系，则可将其视为一项法定义务。一般来说，法定义务总是与法律责任相匹配，因此每一项法定义务总能在法律中找到配套的法律责任条款，由于在立法中无法找到违反“不保证”所应承担法律责任的规定，因此“不保证”无法作为一项单独的法定义务，此时其法律责任处于悬空状态。此时将不保证视为勤勉义务的具体内容之一符合法理。

在董事无法保证的情况下，法律强制对其施加一项不保证的义务，董事在无法保证定期报告等的真实、准确和完整时应当作出不保证声明，否则应当承担违反勤勉义务的法律责任。反之，已履行或适当履行不保证义务即产生减轻或免除虚假陈述法律责任的效果，这与《证券法》第85条和《虚假陈述若干规定》第15条对于董事在发行人虚假陈述致投资者损失时免责事由的规定相吻合，因此将不保证视为勤勉义务的具体内容之一符合立法逻辑。

如前所述，董事的不保证作为勤勉义务的具体表现形式之一，董事在提出不

保证声明时首先应证明其符合勤勉义务的判定标准才可达到免责效果。此时既可以倒逼董事日常勤勉履职、审慎实质核查董事会决议，增加发现违规披露事项的可能性，以此来提高上市公司所披露信息的质量；又可达到遏制不保证制度滥用之目的；又兼以保护善意董事权益。同时，由于对董事的勤勉义务更多地包含实质审查，应考虑上市公司董事分为独立董事与非独立董事，二者应当承担共同而有区别的法律责任，该项要求在2023年国务院办公厅印发的《关于上市公司独立董事制度改革的意见》第七项改革<sup>⑥</sup>中也得到回应，因此将不保证视为勤勉义务的具体内容之一，符合相关规定。虽然现行立法对于勤勉尽责没有设置判定标准，但是《公司法（修订草案二审稿）》第180条第2款明确规定董监高履行勤勉义务，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的注意义务，这是董事勤勉义务的目标追求<sup>[7]</sup>。从其立法意旨看，对董监高的注意义务采用了客观标准，但既然称之为管理者，则相较于普通人应当尽到与之职务、专业水平相当的、更高的注意义务。具体表现在不保证制度中，对于提出不保证声明的董事，要综合考虑其提出不保证的依据——决策信息、理性程度、职务、专业水平以及所采取的调查措施等来判定其是否出于考虑公

司最大利益履行了应尽的注意义务，如果答案是肯定的，则可以作为免责事由；反之，则要承担“违规不保证”责任。

### 三、董事在信息披露中“不保证”的法律责任检视

（一）董事违规不保证承担的法律责任

义务主体不履行或不适当履行义务应当承担不利的法律后果，即违反义务所要承担的法律责任。如前所述，不保证作为董事的一项法定义务，不履行或者不适当履行时，要承担相应的法律责任。信息披露中董事“不保证”如若不能构成免责事由时（以下简称为“违规不保证”<sup>⑧</sup>），其可能涉及到民事责任、行政责任和刑事责任，但其主要责任无疑是民事责任。民事责任类型分为违约责任和侵权责任，现行立法没有对董事违规不保证的民事责任类型予以明确，厘清董事违规不保证的法律责任的性质，是后续追究违规不保证董事民事责任的逻辑起点，因此准确界定该法律责任的性质至关重要。笔者认为，违规不保证的董事应当对公司和投资者承担侵权责任，理由如下：

1.就公司而言，董事对公司及股东负有忠实、勤勉义务。忠实义务与勤勉义务皆属于《公司法》规定的董监高的法定义



务，在违反法定义务且造成他人损失将会导致侵权损害赔偿责任的产生。投资者基于对董事的合理信赖以及对该公司治理结构的了解，可能会更加谨慎考虑对该公司的投资决策，从而影响上市公司的股价，即董事违规不保证导致了公司利益的损失，因此违规不保证的董事应当对公司承担侵权责任。

2.就投资者而言，董事违规不保证应当承担侵权责任。在公司“违规披露”<sup>⑤</sup>的情形下，违规不保证董事与公司基于共同侵权理论对受损的投资者承担连带赔偿责任；在公司信息披露合法合规的情形下，该董事因其违规不保证行为造成了投资者投资权益的损失，应当对投资者承担一般侵权责任。

3.就立法规定而言，据《公司法（修订草案二审稿）》第190条的规定，在公司信息披露合法合规，董事故意或重大过失提出不保证声明致投资者受损时，投资者可以请求公司或董事承担赔偿责任，因董事与投资者之间并不存在直接的合同关系，不可能存在董事违反合同义务侵害投资者问题，因此这里的赔偿责任不能视为违约责任，而只能视为广义上的非共同侵权责任<sup>[8]</sup>。此外，最高法于2022年出台的《虚假陈述若干规定》，也明确该民事责任为侵权责任。

## （二）信息披露中董事不保证责任的构成要件

董事“违规不保证”责任是侵权责任，立法未对其作出例外规定，因此在构成要件上应当具备一般侵权民事责任的构成要件，包括侵害行为、损害事实、因果关系和主观过错四个方面<sup>[9]</sup>。由于在公司信息披露合法合规，董事恶意不保证情形下侵权责任的构成要件显而易见，因此该部分只针对公司虚假陈述情形下董事的违规不保证侵权责任进行分析。结合董事违规不保证行为在实践中的特殊性，以下主要对因果关系和主观过错两个要件进行剖析：

因果关系认定：违规不保证董事承担侵权责任的前提是投资者的损失与董事的违规不保证行为之间存在直接的因果关系。实践中违规不保证的董事认为其不保证行为足以阻断发行人虚假陈述行为与损害事实之间的因果关系，部分恶意董事滥用不保证也是为了借此达到逃避责任的目的，因此认为其无需对虚假陈述承担法律责任。所以认定因果关系存在必须证明董事的不保证行为不具有独立性，没有脱离发行人的违规披露，即董事的不保证未达到相应的勤勉义务标准。例如前述独立董事蒋某某穷尽合理调查措施后出具无法保真声明，即尽到相应的勤勉义务，因此其不保证行为可阻断与公司相应披露事项之

间的关联，可作为认定不存在因果关系的依据。

董事主观过错的认定规则：《证券法》第85条明确规定董事虚假陈述民事责任的过错标准为过错推定原则。此处的过错分为直接故意或间接故意披露虚假信息、违反注意义务过失披露虚假信息，这样的表述既包含了形式性要求，更是包含了实质性要求。在不保证情形下，表现为董事应当提供证据证明自己的不保证行为不存在故意或过失的失职。具体表现为《虚假陈述若干规定》第15条的规定：符合法定要求的不保证行为可以作为认定董事没有过错的依据，此处的法定要求为“审议披露文件时未投赞成票+以书面方式发表附具体理由的意见”，这是对于董事证明自己没有过错的形式性要求，而实质性要求则需结合勤勉义务作进一步判断<sup>[10]</sup>。因此，董事要想只凭借非赞成票+书面异议证明自己没有过错，是远远不够的，需要结合事件整体性质进行综合分析判断。即考虑该董事的职位、与虚假陈述事项的关联度、提出不保证声明的依据、所采取的调查措施等来判断其不保证是否具有正当理由。例如实践中有些董事以“未出席董事会会议”为由出具不保证声明，该行为即没有合理依据，因为出席会议并非了解决议的唯一方式，未采取事后调查措施即

出具不保证声明至少存在过失，无法作为认定其无过错的依据。

（三）信息披露中董事不保证责任的免责事由

《证券法》关于董事不保证免责事由的规定只有董事能证明自己没有过错这一种。董事要想证明自己无过错，需要证明自己已履行勤勉尽责义务。首先，从形式上而言，董事对于存疑的有关信息披露的决议只能投反对票。虽然立法中只规定了赞成票不能免责，没有将弃权票纳入其中，但是从勤勉尽责的角度分析，投弃权票的股东至少是处于一种摇摆不定的状态，即他并没有充足的证据证明披露信息可能存在违规情况，那他此时提出的不保证声明则就没有合理的依据与理由。其次，在不保证声明中不仅需要明确地提出不保证的意见，还需要陈述具体的理由。

《证券法》第82条第4款明确规定了不保证的形式为书面发表意见并陈述理由，既然使用了“并”的字眼，则说明两个条件不能混淆且必须同时具备。发表意见为“不保证定期报告等的真实准确和完整”，那么“陈述理由”就应当具体说明不保证的依据，以及自己所采取的调查措施，这也符合《上市公司信息披露管理办法》中对于“需有充分证据证明勤勉尽责”的要求。例如“安徽皖通科技股份有限公司关

于部分董事、监事、高级管理人员无法保证2020年年度报告和2021年第一季度报告真实、准确、完整的说明公告”中董事周某某的声明，明确说明了其无法保证的原因，因此可以对投资者起到风险提示作用。最后，就实质性要求而言，董事的理由应当是合理正当的、调查措施应当是必要的，这就需要结合董事的具体职务、专业水平等来具体判定其不保证是否履行了勤勉尽责的义务。例如负责财务相关业务、具备财务专业知识的董事，声明不保证财务会计信息的真实、准确和完整，则无法免责。

此外，《民法典》关于免责事由的规定同样可以适用，例如不可抗力、受害人故意等。

#### （四）董事不保证民事责任的举证责任分配

根据《民事诉讼法》《虚假陈述若干规定》，董事不保证制度中当事人的举证责任分配如下：

首先，侵权行为的举证责任在于原告（主要指投资者）。原告需要举证证明董事的不保证行为构成违规披露。其次，损害后果的举证责任在于原告。原告需要举证证明自己遭受了财产损失，并且能够提出相对确定的损失额。再次，因果关系的举证责任在于原告。原告需要举证证明其

利益损失或投资决定与董事违规不保证的信息之间存在因果关系，投资者只需证明其在违规披露实施日之后、揭露日或更正日之前依据发行人的虚假陈述实施了相应的交易行为。最后，无过错的举证责任在于被告（董事）。根据归错推定原则，董事需要证明自己不存在过错。

通过上述对董事在信息披露中“不保证”的法律责任进行了梳理，主要存在三个问题：

侵权行为的举证责任分配问题：在公司违规披露、董事违规不保证情形下，不应由投资者承担侵权行为的证明责任。原因在于被告披露之信息——定期报告等一般都具有极强的专业性与隐蔽性，作为原告的投资者取证以及证明被告披露之信息构成虚假陈述难度大且操作不易。

缺乏对独立董事不保证责任的单独认定机制：现行《公司法》及《证券法》没有对独立董事的不保证责任进行区别化的认定，独立董事的不保证责任只能适用内部董事的统一规定。由于独立董事履职相较于内部董事而言具有其特殊性，独立董事一般未在公司内部任职，不参与公司的具体经营活动，因此在勤勉义务的认定及不保证责任的认定方面应当区别于内部董事。现实中出现的董事不保证事件，提出不保证的行为主体大多为上市公司的独立

董事，例如前述“莱宝公司案”以及近期\*ST奇信公司案。因此，有必要对独立董事不保证责任进行单独认定。

董事违规不保证的后续责任划分问题：在董事和公司构成共同侵权的情形下，根据《证券法》第85条规定，董事在虚假陈述致损时应当与发行人承担连带赔偿责任，但对于董事不保证不能免责的后续责任划分并未作出安排。如不保证不免责情形下可否向发行人或者其他责任人员追偿，在连带责任人内部具体份额如何划分等问题。

#### 四、董事信息披露中“不保证”制度的完善路径

（一）解释论上应将“不保证”视为勤勉义务的具体表现形式之一

“不保证”作为勤勉义务的具体内容之一，在形式符合法律规定和实质符合勤勉尽责判定标准的条件下，认定为董事履行了不保证的法定义务，可以作为免责事由。这样的解释路径解决了董事在信息披露中“不保证”的理论困境。

1.不保证作为勤勉义务的具体内容之一，要求董事有明确依据证明其履行了勤勉尽责义务，除了有利于保护善意董事的权益外，也使得董事所提出的不保证具有

较高的真实性与价值性，这与信息披露中保证责任的要求是一致的，可以作为保证责任的补充，有利于向市场提供多方面具有警示性的真实、准确、完整的信息，保障了证券市场的高效运行，解决了“不保证”与信息披露法定要求相背离的理论难题。

2.将勤勉尽责义务作为判定不保证责任的标准，使不保证相较虚假陈述而言具备一套独立的判定标准，即只有在进行实质判断之后，才考虑是否落入虚假陈述的范围，避免了董事不保证与虚假陈述界限不明的问题。

#### （二）完善董事不保证制度

在解释论上将董事信息披露中的不保证视为勤勉义务的具体表现形式之一，能够解决理论上的争议，但是在司法实践中出现的争议仍需完善法律规定本身。

1.为不保证与保证责任划定相同的适用范围

建议将《证券法》第82条第一款、第二款与第四款中的“证券发行文件与定期报告”修改为“所披露信息”，从而与《证券法》第78条、第82条第三款之规定保持一致。如此一来，董事不保证的适用范围得以涵盖各类披露信息。一则实现了董事信息披露中权利与义务的对等性，解决了目前董事法律责任趋重，抗辩权利受限的不平衡局面；二则有利于督促董事日

常履职中勤勉尽责；三则为投资者了解公司多方面经营状况提供了渠道与保障。

## 2. 董事会内部应当建立专门的应对董事不保证的反馈机制

建议《公司法》增加董事会对于异议董事的义务规定：董事会应当对异议董事的异议予以重视；应当及时有效地提出相应反馈意见；公司应当对董事的尽职调查措施予以配合。在《公司法（修订草案）》中，一大亮点就是董事会职权范围的变化和审计委员会制度的建立，说明我国公司治理体系向董事会中心主义深化的立法倾向，董事承担的使命和责任更加重大。表现在不保证制度上，则为董事会在作出信息披露决议的过程中应当充分重视不保证董事的异议权，并且负有对董事不保证事项的说明义务，以及对董事相关调查措施的配合义务，并依法向社会披露。

## 3. 明确董事主动申请披露不保证的操作流程

《证券法》第82条已经明确了董事不保证制度以及董事主动申请披露不保证的选择权。为在实践中落实董事不保证制度，必须对董事主动申请披露不保证的操作流程予以细化处理：

（1）区分不同情形设定不同的程序条件。公司拒绝披露后，董事主动申请披露为原则，公司予以披露后，董事主动申请

披露为例外。例外情况指公司虽然在披露文件中披露了董事不保证的情况，但是未依法依规予以释明，此时异议董事仍可主动申请披露不保证。这不仅对投资者进行了充分阐释与提醒，而且还可以作为认定董事无过错的依据。

（2）提出不保证的董事在发行人不予披露的情况下，可以向证券交易所或证券监督管理机构主动申请披露。一方面，证券交易所和证券监督管理机构是上市公司信息披露的监管机构，因此不保证的董事向二者主动申请披露具有制度上的衔接性以及实务中的高效性，有利于对公司的违规信息披露开展后续工作；另一方面，之所以没有将主动申请披露的机构予以唯一化，是为了通过扩展董事主动申请披露不保证的渠道来达到保护异议董事权益和发挥董事不保证制度最大效能的目的。

（3）主动申请披露不保证的董事应当以书面、公开形式申请披露。采用书面形式不仅具备正式性，也便宜留存，使投资者及时准确了解到董事不保证的事项与情况。

（4）对于主动申请披露的时间，异议董事应当在公司作出信息披露之后、揭露日或更正日之前申请披露不保证。在董事会决议做出之后到公司作出信息披露之前，董事不得向相关部门主动申请披露不保证，因为此时只是信息披露决策在公司

内部相对确定的阶段，公司仍可能考虑异议董事的意见对决策予以调整或修改，此时董事贸然提出不保证很可能向消费者提供具有误导性的信息，影响投资者决策。

（5）关于主动申请披露的事项与格式：董事主动申请披露不保证信息，相关材料应当包括但不限于其在信息披露决议中发表的反对意见，在披露文件中发表的不保证声明与理由，公司拒绝或未按要求披露其不保证的事实，其所采取的相应的调查与应对措施等。

#### 4.完善董事在信息披露中“不保证”的法律责任规定

（1）建议构建举证责任的类型化分配机制。在董事违规不保证致公司损失与公司信息披露合法合规，董事恶意不保证致投资者损失的情形下，由原告承担证明董事侵权行为的举证责任。在公司虚假陈述，董事违规不保证致投资者损害的情况下，实行举证责任倒置，由被告承担证明披露信息不具有“重大性”——能够直接或很大程度上间接影响投资者投资决策的信息或不构成虚假陈述的举证责任。若其举证不能，则由公司与董事承担不利的法律后果。

（2）建议构建独立董事不保证责任的区别化认定机制。由于独立董事的独立性、外部性特征，因此在董事违规不保证

情形下，应当允许独立董事在尽到与其职务、专业水平相当的勤勉义务时合理合法免责，这与《虚假陈述若干规定》第16条之精神相契合。首先，此处的违规不保证情形应当包括形式上违规不保证，即如果独立董事在审议、审核相关文件时投了赞成票，但是在公司披露文件时作出了符合勤勉义务要求的不保证声明，也可以作为其免责的依据，当然前提为该独立董事已然履行了勤勉义务。这主要是考虑到独立董事对公司事务的了解可能依靠于对公司董事会的合理信赖，同样也存在信息偏在、实际信息无法实时掌握的情况，因此在审议、审核相关文件时无法及时知晓披露文件存在违规，就可能对披露文件的决议投赞成票，因此不能一味地将独立董事的反对票认定为免责的排除情形，可以对独立董事行使不保证的形式、期限予以适当的放宽。其次，对于独立董事免责条件——勤勉义务的认定也应当较于内部董事予以放宽。如前所述对于董事勤勉义务的认定应当结合其职务、专业水平来判断，那么结合独立董事履职的特殊性，独立董事勤勉义务的标准应当低于内部董事，例如对于已经由专业中介服务机构审计和评估的事项，独立董事只要有证据证明其对于该专业意见的信赖不存在重大过失即可，而内部董事却无法因为仅提出信

赖专业意见作为免责事由。

(3) 构建以过错为衡量标准的后续责任分配机制。可以参照适用《民法典》第178条第2款的规定，提出不保证声明的董事，根据其过错程度，即结合董事的勤勉程度以及公司对董事异议的知晓程度等判定其是否可以在承担责任后向公司或其他责任人员追偿。如果内部董事明确向董事会等表达了异议，且陈述了合理理由，但是出于各种原因在审议披露信息时投了赞成票+不保证声明，此时在公司外部因不符合免责的要求，因此需要和发行人承担共同侵权责任，但在公司内部由于该董事已勤勉尽责，因此有权向公司和其他连带责任人追偿；连带责任人内部具体份额的划定则依据各自责任大小来确定。如果董事并未采取任何措施以佐证自己对于披露信息的异议，只是懈怠、不作为地想要逃避法律责任，此时无论是在公司内部还是外部都无法免责。

综上，将不保证视为勤勉义务的具体表现形式之一，以勤勉义务的履行作为判定包括独立董事在内的董事不保证可否免责的依据，明确其适用范围，规范不保证披露的流程，完善董事会内部反馈治理，构建独立董事不保证责任的差异化责任认定机制，从而促进董事不保证制度发挥其应有的功能。

注释：

- ① “重大遗漏”：信息披露义务人违反关于信息披露的规定，对重大事件或者重要事项等应当披露的信息未予披露。
- ② 《公司法(修订草案二审稿)》第192条：公司可以在董事任职期间为董事因执行公司职务承担的赔偿责任投保责任保险。公司为董事投保责任保险或续保后，董事会应当向股东会报告责任保险的投保金额、承保范围及保险费率等内容。
- ③ 2023年4月14日，国务院办公厅印发的《关于上市公司独立董事制度改革的意见》第七项改革明确指出：按照责权利匹配的原则，兼顾独立董事的董事地位和外部身份特点，明确独立董事与非独立董事承担共同而有区别的法律責任。
- ④ “违规不保证”仅指实质上违反勤勉尽责义务而无法免责的情形，不包含形式上违反法律规定而无法免责的情形。
- ⑤ “违规披露”仅包括构成虚假陈述的违规披露，不包括一般违规披露。一般违规披露指信息披露义务人未按照规定的期限、方式等要求及时、公平披露信息。在公司一般违规披露的情形下，不存在董事不保证的情况。

参考文献：

- [1] 梁晨颖.《证券法》第82条第4款董监高“拒绝保证声明”的法律效力——动态解释论的视角[J].投资者,2021,(01):96-108.

- [2]江西奇信集团股份有限公司.2022年半年度报告[EB/OL].<http://www.szse.cn/disclosure/listed/bulletinDetail/index.html?d538aca2-3685-4748-9fd3-610cc81e398a.pdf>,2022-08-26.
- [3]林少伟.董事横向义务之可能与构造[J].现代法学,2021,(03):139-154.
- [4]深圳莱宝高科技股份有限公司.2021年年度报告[EB/OL].<http://www.szse.cn/disclosure/listed/bulletinDetail/index.html?417afba0-e266-4516-b533-eedd2a340cc1.pdf>,2022-03-31.
- [5]张梁.上市公司董监高信息披露异议制度何去何从——以新《证券法》第82条第四款为视角[J].法学评论,2022,(03):86-98.
- [6]陈剑,蒋迅锋,吕哲.上市公司董监高行使异议权的现状与监管实践[J].多层次资本市场研究,2021,(01):95-100.
- [7]傅穹.公司利益范式下的董事义务改革[J].中国法学,2022,(06):197-218.
- [8]叶林,叶冬影.公司董事连带/赔偿责任的学理考察——评述《公司法修订草案》第190条[J].法律适用,2022,(05):13-23.
- [9]民法专题讲座[M].北京:人民日报出版社,2020.594-596.
- [10]曹兴全,洪喜琪.证券虚假陈述中监事民事责任研究——兼论《证券法》第85条的适用[J].北方法学,2021,(05):38-50.

## Analysis of the Legal Issue of Directors' "Non-guarantee" in Information Disclosure

Xue Zhi-sheng, Pan Jin-jin

(School of Law, Tiangong University, Tianjin 300387, China)

**Abstract:** The newly revised Securities Law in 2019 confirmed the "Non-guarantee" system at the legal level for the first time. With the continuous emergence of "Non-guarantee" statements by independent directors of listed companies on periodic reports, it has aroused the attention and doubts of theoretical and practical circles. Regarding the directors' lack of guarantee in information disclosure, there is confusion about the unclear nature of the theory, deviation from the statutory requirements of information disclosure, and unclear connotation and the boundary between the extension of the misrepresentation. In practice, there are problems such as unclear scope of application, the impact on the quality of corporate information disclosure, and unclear operational procedures for directors to actively apply for disclosure of "Non-guarantee", so it is necessary to clarify its legal nature, strengthen directors' due diligence obligations, provide specific operational guidelines, clarify the differentiated responsibilities of internal and external directors, realize the benign interaction between the non-guarantee system and the guarantee system, promote directors to fulfill their due legal obligations, and improve the quality of information disclosure of listed companies.

**Key words:** Non-guarantee; Information disclosure; Guaranty liability; Diligent and responsible; Misrepresentation



# 董事义务的代理结构完善研究

——从发挥信义理论的补充作用出发

孙学亮，成朋

(天津商业大学法学院，天津 300134)

**摘要：**我国董事义务建立于代理制基础上的民事合同与侵权理论，在体系和内容设计方面上深受德国、日本等国家公司法的影响，但是在商事语境下，并没有体现出商事制度中代理的特殊性应用，从商事角度考察，在突出商事活动特别是公司法范畴下代理的特殊性上还有不足，这一现象也多体现于公司法的修改中，英美法系国家董事义务建立在信义义务的基础，更加着眼于突出董事的个人属性。我国未来的立法可在代理制基础上，内嵌信托理论与信义义务，实现董事义务代理框架下的信义优化。

**关键词：**董事代理；职务代理；信义义务；信托理论

**中图分类号：**D922.291

**文献标识码：**A

**文章编号：**1674-828X(2023)06-0057-12

## 一、引言

近年来，董事义务在公司治理中的作用被愈发重视，2021年公布的《中华人民共和国公司法（修订草案）》（以下简称《草案》）提出“优化公司组织机构设置，强化控股股东和经营管理人员的责任”的强规制理念<sup>[1]</sup>，强调董事对于公司负有忠实义务与勤勉义务，细化了董事具体行为所负义务的种类与适用。从《草案》对《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》）的深度变革可窥公司法之发展趋势。在此大背景下，信义义务因为操作灵活、适用便宜，而颇受学界青睐，甚至有学者建议以此重塑我国董事义务制

度，将商业判断规则、诚信原则等具体规则纳入裁判活动，一些地区法院也在实务中多有借鉴做法。我国当前董事义务以代理结构为框架，辅之民事委托理论，规制模式与英美法系国家的信托在内核上有明显差异，在这种情况下，引入信义义务理论，一方面要确保董事义务制度实施效果，同时又不致叠床架屋。

## 二、董事义务中代理要素的体现与变化

### （一）对董事义务中代理的基础认识

代理是将代理人表达的法律意图或者伴随意思表示的情形所带来的法律后果归属于被代理人的特定行为<sup>[2]</sup>。德国法学界在

作者简介：孙学亮，男，天津商业大学图书馆馆长，教授，从事经济法、民商法研究。

成朋，男，天津商业大学经济法研究生在读，从事经济法研究。

代理的基础上提炼出了董事代理的概念，认为董事代理是代理人以商事组织中的职位为基础反复且持续地实施代理行为的商事代理特例<sup>[3]</sup>。在将其视为特殊法定代理情形之余，还创设了经理权<sup>[4]</sup>，根据意思自治而概括性决定董事代理权的权限范围<sup>[5]</sup>，要求其作为法庭内外的代表履行全面义务<sup>[6]</sup>。这些理论成果被其他大陆法系国家吸收并逐渐完善，日本公司法在德式理论的基础上进一步发展，尤其是突破了董事义务的对象选择，改造了传统理论所认为的董事义务“应当指向公司，董事对外部相对人主要负担担保义务<sup>[7]</sup>”的态度，建立董事对相对人与公司负不同类型责任的并立模式<sup>[8]</sup>。我国《公司法》中的董事义务规定吸收了很多德日公司法理论成果，从组织结构到法律规范都带有强烈的代理属性。

从代理的组织结构出发，董事是公司的代理人，公司作为被代理人，二者在结构上有隶属关系；而从权利结构出发，董事权利来源于代理权，而代理权又来源于公司与公司法的授权，故而代理对于董事义务的确定在法理基础与制度选择中都起着基础作用。《中华人民共和国民法典》（后文简称《民法典》）第170条将职务代理视为意定代理而非法定代理，改变了德日民法中的职务代理的法定属性，将代理来源于委托而非法律强制性规定这一基础观念作为立法基础，并借助意定代理中的

选择性渠道救济相对人权利<sup>[9]</sup>。

（二）董事义务中无因与区分的动态表现

“代理由委托行为与代理行为二者组成”这一基础观点被德国法学家拉邦德借由“代理行为无因性”理论进一步完善，拉邦德认为，代理行为仅需要单方意思表示就可以诞生，无需严格绑定基础关系<sup>[10]</sup>。无因基础上区分董事行为的来源与生效类型具有二元性，比较两种义务性质，委托义务由委托合同规定，反映了公司期望达成的委托意思。董事违反基础关系损害公司利益应当被追责，而董事在代理行为基础上危害公司利益的却不得以违反委托行为为由予以追责，即便委托关系与后续代理行为关系密切，但是在责任的设置与产生方式上二者仍然具有清晰的差异，对于董事从事代理行为导致的损害不应以违反委托的理由加以处罚。

但这一切的前提又似乎只能以民事代理为前提加以讨论。无因理论是建立在民事代理中基础关系静态、代理行为动态的范式下，但在董事代理中，基础关系与代理行为均表现得极为活跃，原本静态的基础关系动态化后与代理行为间的界限变得模糊，微观视野中董事义务内部并不呈线性传递，而呈现叠加状态，并出现委托义务与代理义务在不同的表意范围内分别生效的情形。此时，继续适用委托义务与代理义务的传统区分将

不再贴合商事活动现实。

在治理活动中，董事A在执行业务中违反义务行使了B行为，治理活动中，针对董事A在执行业务时违反义务实施的B行为可以表现为三种情形，情形一是B行为在委托合同中被明令禁止；情形二是B行为符合民事行为规范但超越了代理权限，对于这种情形，司法裁判中认定为无权代理抑或越权代理而进行处理并无定论，学界也存在争议。情形三是B行为部分违反了委托合同，也部分违反法律。

对于情形一，可以基本认定为董事违约。此时无因理论同样尊重委托的基础性地位，强调内部授权中基础关系灭失会导致代理行为灭失的一致性，王利明认为在本人与代理人之间应当尊重当事人意思自治而相对有因<sup>[11]</sup>，梅迪库斯也持有相近观点，认为代理无因的认定需区分内外结构，在内部关系中体现意思自由<sup>[12]</sup>。这些观点在司法实务中体现为对于董事恶意侵吞公司财产、恶意担保或与恶意串通的一般采用违约认定方式加以处理，对于情形三可能产生的违法责任，也是在处理违约责任之后，在合同与章程规定范围之外通过法律的强制性干预及时补充当事人意思的空白，并追究董事的违法责任。可以说，情形一与情形三在底层逻辑上是可以达成共识的。可情形二的认定却难如情形一与情形三般简洁。委托合同的静态建

立于商事习惯、公司治理经验、法律强制性规定等确定要素上，其结果带有可预测性；但是代理行为需要就商业行为本身展开判断，故而在委托行为与代理行为相互交织的情况下，难以单纯凭经验去判断行为性质，应当采用更能反映商事代理特点的责任认定标准。

### （三）董事相对人义务的设立

#### 1.相对人义务设立的合理性

传统代理理论一贯认为只要董事以公司为目标开展行为，法律后果与义务也随之转移。善意相对人基于对董事信任而产生的对公司的外观信赖是商事安全价值的基本体现。基于以上两点，立法仅在极个别场合要求董事需要承担独立义务，例如在《中华人民共和国证券法》（后文简称《证券法》）第44条中规定的董事的短线交易违规责任。

信赖利益本质上是对公司与相对人意思表示层面联络的特殊保护，而否定董事对相对人的实质义务是否是信赖保护的必要举措？董事在经营中对信赖利益有着实际影响与积极作为的可能性，在执行公司普通业务时，董事个人意思发挥的空间较小，其个人行为不会对相对人产生额外影响；但董事所为如是公司重大事项，例如募集新股、公布财务、变更登记等以董事参与决议为基础并签署承诺保证书的，此时，第三人对于董事的信赖不仅指向公司，同时亦指向董事个

人，因而董事需对相对人直接承担义务。如《证券法》中规定的董事因虚假陈述负有对相对人的过错责任。

董事因为经营活动中个人行为作用而承担相对人义务在域外并不少见，日本法学界很早就发现了不能因公司抹除董事行为的个人属性，进而划分了董事利用职务具体侵害相对人的事实性侵权与交易性侵权，前者直接获得董事侵权行为的法律地位；而后者需要通过与董事职务的牵连关系来认定性质<sup>[13]</sup>。日本公司法第429条在此基础上规定了董事对于第三人的损害赔偿，还将一部分特定行为，如虚假财务报表、虚假登记与虚假公告，视为第三人责任的直接来源<sup>[14]</sup>。德国法较日本法更关注代理结果对义务的约束性作用，默认了董事行为的独立追责可能，如在《有限责任公司法》规定“只要损害赔偿是满足公司债权人的债权是必要的，则业务执行人不得因其行为乃执行股东决议而免于责任”<sup>[15]</sup>。另外，其还强调董事与公司意思表示不一致并不影响结果转移，对相对人的保护也倾向于将公司作为优先赔偿主体，董事仅承担连带赔偿责任，其《股份法》第93条强调了董事义务的代理转移属性，规定在其违反注意义务时有义务“连带赔偿”<sup>[16]</sup>。

我国目前对于建立除股东外的董事对相对人承担义务责任的规制路径还处于摸

索阶段，通过解读董事行为中董事个人的作用，未来立法应当对建立董事对于相对人义务的构建采取更加开放的态度，并在此基础上将董事具体行为的个人可归责性纳入立法考量范畴。

## 2. 区分对不同类型相对人所负的义务

公司治理过程中董事需要面对不同的利益主体，此时相对人类型对董事行为的判断起着重要的区分作用。股东、担保债权人、破产债权人因为自身特殊权利对公司治理具有很强的干预能力；普通投资人虽然对董事没有前述主体一般强力干预能力，但是其法律关系性质与前述主体类似，归根到底这两类相对人与董事的关系本质仍属债权范畴，通过债权债务的追索模式予以认定解决。但劳动者群体，普通居民这样的非债相对人，在因公司行为而利益受损时，董事需要承担何种义务？公司作为承担非债相对人义务的第一义务主体无可厚非，但不能否认董事的个人作用，完全否认董事的个人责任设立可能导致缺乏对其行为激励与制约，放纵董事侵权的产生。以股东为代表的债权相对人与以职工为代表的非债相对人应当作为立法最为重视的两类相对人，立法需要对董事决策状态加以积极引导，使其做出充分考虑不同类型相对人的权益冲突状态。日本法上长期有董事相对人责任的“债权责任论”与“侵权责任论”的争议<sup>[17]</sup>。董事对股

东的义务是反思董事相对人义务的钥匙，《公司法》规定了董事对于股东应当及时汇报、接受质询、交易批准等义务，还赋予了股东知情权、任免权、直接诉讼权，《证券法》更是直接规定董事需要对公司与股东负责，将股权保护提升到董事的法定义务层面，其根本原因是股东权益与公司治理的密切联系是《公司法》的法益追求。董事对非债相对人的利益维护也需要在公司治理上予以体现。首先，非债相对人对于公司没有财产权，不受到公司治理状况的影响，故而非债相对人无权干预公司治理现状，董事承担责任需要以完全的公司决策为标准；其次，非债相对人对于董事一般不承担责任，只在董事个人作用足以决定公司治理状况时，才应认定其具备责任承担能力与资格。总结这两条，笔者提出董事对于非债相对人承担责任的阶梯规则：优先判断董事在公司治理可能涉及的非债相对人利益是否纳入决策参考中，视纳入情况判断董事的水平，在没有纳入或者纳入失误的情况下追究相应责任。

#### （四）小结

立足全球市场的商法已经不再仅依赖制成法，合同创设行为与义务的效力被广泛地认识，国家与社会都在鼓励行业自律与公司软法的认识到了商事思维的重要性。王保树教授认为商事思维能体现“商法发展、变化规律的反映”，总结我国商

事思维为“关注商人和商事交易的特殊性；尊重商人的营业自由；要促进交易、方便交易；要注意外观主义的适用，保护善意相对人的利益；要注意企业的促成与企业的维持<sup>[18]</sup>”。以此为背景，可以更好的解释为何我国董事义务设置困难：义务对象在伴随商事活动的发展而呈现多元化的同时，代理理论过于抽象而缺乏灵活与变化的特性。学界对于该困境成因、破解等讨论十分激烈，有人指出董事长、总经理等大权在握，但法律上却没有与其实际地位相对应的法定权利<sup>[19]</sup>；还有学者剖析了董事中心与股东中心治理模式的争议，基于权利义务分离的立场指出股东与董事身份的权利与义务划分不合理加剧了责任问题<sup>[20]</sup>；更有从法人代表制度入手提出我国还残留着公法规则强制干预私法领域的计划主义积弊，在董事责任落实中排斥着公司意思表示<sup>[21]</sup>。客观地说，从代理起源分析，董事、公司、其他利益相关人的基础关系并未发生根本性动摇，代理框架下的代表行为、股权作用与外观信赖等重要方面并未偏离本位，企业家普遍承认“我们不会违法管理公司，除此之外不要法律干扰<sup>[22]</sup>”。考察公司制度的本意与我国公司治理现状，我国现行公司制度中董事的代理框架有其合理性，无需颠覆性修改，而是需要进一步充实董事对相对人的义务或责任范围等基础问题。

### 三、代理框架下董事意思处境

#### （一）董事意思表示的特殊性

即便理论不再强调董事意思与公司意思间的隶属关系，但结果上排除或追认代理人表意行为效力也能表明二者在范围与级别上的关系：被代理人意思表示真实有效是代理的基础，代理人的意思不外乎起到延续或辅助的作用；如果按照范式延伸过程加以理解，被代理人意思形成时间先于代理人，效力级别高于代理人是隐含的规则基础。但董事意思除了扩张与延续，更具有创造与变更作用，在表意基础上超越了民事代理范畴。对比民事代理、商事代理与董事代理中意思表示与后果承担间的联系，民事代理人仅需将被代理人的意思传达到相对人，行为后果也由被代理人承担。商事代理人不仅要负责传达，还要在被代理人的预期内积极促成回应，故而享有更加宽松的创新与勤勉空间。董事代理最为特殊，董事对于公司不单单负有传达与履行义务，还需从无到有地创造代理意思并使之实现，公司的期待利益与实际后果间关联度降低的同时董事（会）意思表示与公司意思在时空范围上接近，其对于法律后果转移的影响逐渐增大。

董事意思对于董事义务的特殊作用建立在董事功能特殊的前提下，意思的特殊

动态要素需要被及时体现在立法上，这都是当前侵权法为基础的过错责任所难实现的，董事意思仅作为“过错”的构成要件参与认定，难以发挥行为指引效力。《公司法》第149条规定了董事需要在“违反法律、行政法规或者公司章程”的情况下承担责任，此时董事意思仅需表示为“不违反”，难以进一步指引董事勤勉创新。除了基本内容上因陋就简，特殊性认识不足也表现为难以区分不同类型义务的特殊要件，如在第152条董事对股东承担责任中董事主观立场的认定上，因为董事损害股东利益只能借助其在公司活动中的管理地位，此时的董事主观上处于可能是恶意或被操纵两种情况，对于被操纵情形，需对操纵人（可能是债权人、也可能是控制股东）援引规制，但是在现行法中，152条仅被适用解决股东与控制股东间的争议，适用情形被缩小了。

#### （二）意思表示受限后的适用缺憾

公司章程和委托合同对于义务的准则作用是董事意思纳入责任认定后的范例，在董事违反了不得损害公司根本权益的委托义务时，对其举证与追责都可以借由董事滥用代理权而将符合“职务违反型代理”的董事行为对接为自我代理、双方代理与恶意串通型代理的规制情形。《公司法》在此实现了目前最为稳定的适用架构，体现于立法完整度与司法接受度上。《公司

法》总则中规定了不经股东会特别程序，自己代理与双方代理结果自始无效<sup>①</sup>；在分则的忠诚义务禁止事项中，也认定行使禁止行为后的结果为无效。这些条款实质上都是对章程与合同预设结果的立法保护，是将当事人间的合意通过法律强制性规定加以维护，节约司法成本。这也同样解释了为何恶意串通型代理虽未纳入立法条文，但通过联合适用21条“禁止关联交易”与149条“董事的损害赔偿责任”规定，也能实现有效适用。2019年最高人民法院发布的“青民终91号公报案例”指出涉案董事长、总经理、仓库主管等董事会成员实行不当关联交易，从控股股东乐都库（中粮集团下辖国有企业）手中购进原粮，因不履行审批和竞价程序，质次价高且不能证明交易价格公平而被青海省高级人民法院认定为滥用代理权，并处以补充责任。法官认为董事责任建立在董事违反了公司章程中规定的重大采购需经董事会会议批准和竞争议价规则规定的滥用代理权行为上，违反了章程要求故而需要承担责任。

章程与合约参与裁判的积极效果佐证了个人意思表示的认定价值，但也更加清楚地揭示了我国立法中因为意思表示规定不足导致的认定困境。透过事前合意来认定董事在变化复杂的治理环境中的行为性质的情形其实并不多见。基础关系与代理行为相互独立，董事所实施的代理行为有

其独自的主客观表现，其产生的责任义务在大部分时候并不能符合提前意定范畴，这在董事无权行为中表现得更为明显。

早期理论没有充分认识到董事普遍具备实施无权行为的资格地位，认为只在董事长滥用公司代表权时才属于表见代理与无权代理<sup>[23]</sup>。代表理论重在探讨代表人与法人间的主体关系，而代理是对包括代表在内的一系列意思分离状态下的行为归纳，将代表行为类推适用代理行为更符合权利义务模式。现今理论已经承认了董事实施无权行为的资格能力，董事长代理中仅因为权限不同而与其他主体在外观信赖、善意水平、承诺效果等权利能力上体现差异。对于《民法典》第164条规定的职务违反型代理，代理人明显恶意时，其结果应当依据无权代理规则适用，有法院在面对瑕疵担保行为的有效性中，分别审查公司决议的适格性与代理人是否有代理权限，并按照实际情况分别认定狭义无权代理与表见代理的裁判方法<sup>[24]</sup>。还有学者建议将意思表示结合效率原则，对于董事涉嫌自我交易的，在《民法典》171条的一揽子解决办法范畴内赋予被代理人事后追认权以确保公司价值冲突判断权与整体范围内的交易秩序安全<sup>[25]</sup>，抑或站在董事意思的行为创造能力上，认可董事行为在符合民事法律行为构成的范围内存在效力溢出情况的单独认定可能，并在此基础上讨论董事承

担独立责任或者连带责任的可能。

《民法典》担忧因“过度强调董事个人意思表示的独立性可能会伤害董事与公司的整体联系，亦会损害被代理人的权利义务的统一性”<sup>[26]</sup>，因此回避了代理人意思的立法设计。实际上代理对象一致原理与承认董事意思并不冲突，前者是对于结果的描述，后者是实现结果必须的方法论，二者理应共存。

#### 四、重构信托理论内嵌代理结构：框架与行为的适度分离

当前《公司法》改革的重点已经不再是助力建成资本市场，而是在于满足本土需要，体现经济体制内法律秩序，并借鉴域外制度实现内部优化。但其改革措施基本上处于民事代理理论的步调上，对于董事意思缺乏足够的重视。这集中表现为两点：第一，代理关系动态性之后，再将代理权作为判断董事行为的基本依据将难以确定董事的行为界限与生效对象，从而造成了董事义务范围不明确；第二，代理结构下的具体行为构建不完善，代理行为缺乏主观意思层面的介入，董事具体义务难认定。信义义务应助力《公司法》解决两大顽疾。

##### （一）其他国家立法结构的经验

我国学界习惯性将信义义务与代理

体系并立比较思辨，郭富青教授称我国当前对于信义义务的移植属于“无根移植模式”<sup>[27]</sup>，指出信托的理念、信托关系与信义义务规则三层要素彼此和谐互动才是优化董事义务的关键。这样做的好处显而易见，但英美法系国家还有独特的法律现象：董事的代理人身份与受托人身份同时存在，并因处于受信人地位额外承担信义义务，英美法系国家在代理结构上仅将代理权理解为“被代理人的同意”<sup>[28]</sup>。申言之，其未在法律构建中使用代理权概念，仅是将其作为判断被代理人态度的一种标准，对于董事实施无权行为的特殊规制方法以维持代理框架为基点，而法律有权扩张公司权力的解释和通过判例规则丰富无权行为内涵再立足于代理结果理论。可以说英美法系国家的代理是程序性的，是框架性的，但是却不参与行为认定，仅维系公司的组织，并致力于去解决因公司所有权与治理权高度分离而频繁转移瑕疵与认定。而对于董事的具体行为，统一的信义标准发挥着实际作用。

传统董事信义义务的对象仅包括公司，但如今股东、债权人也被纳入义务对象范畴。美国学者认为股东（债权人）之所以成为董事信义义务的对象是因为股东（债权人）本身是对于公司有着利润请求权，其权益保护影响公司成立目的，进而影响董事行为，故而美国公司法



中很早就规定了董事需要对股东承担信义义务。英国也于2006年公司法修改中规定董事需要致力于“公司成功”以改变了传统的公司利益至上观念<sup>①</sup>。近年来董事义务向着环境保护、男女平等社会责任领域不断扩展，产生这些扩张结果根本得益于信义义务始终关注董事具体行为并正视公司行为中董事作用的广阔行为视野，在此基础上诞生的信托义务的行为指引功能更为明确，在面对公司治理中出现新状况可以快速自我完善。

代理权的规范能力被英美法系国家所放弃，其选择的信托替代方法是细化董事义务的具体种类，在这个过程中逐渐发展出了忠诚义务、勤勉义务、积极自救义务、破产保全义务等义务种类与标准。看似宽松的董事信义义务实际上更加突出了对董事个人行为的审查作用，这种富有技术价值的立法较代理拟制更契合商事思维。信义义务一贯强调道德支持，无意构建对抗性与命令性的权利义务关系，更不想建立起禁止性行为规范，甚至于在某种时候信义义务表现得不像“义务”，这种灵活的生效行使是为了避免统一的法律规范方式而丧失了适用活性，保证董事行为的多样化体现方式与承担对象。

日本商法虽然在1950年引入了董事的忠诚义务，但是日本高等法院大法庭的宣判中却称“忠实义务是对善管义务（日本

民法典规定的，负有善良管理者的注意义务）的详细说明与进一步明确，善管义务作为其更高层义务”，将整体的义务体系“委托化”，将监事义务、风险管理体制构筑义务、竞业交易、利益相反交易、支付过高报酬交易等行为另做特别规定<sup>[29]</sup>。其在重视信托理论技术优势的同时，通过将“信托”置于“委托”概念下实现了理论上的共识。

（二）试论我国法上代理与行为适度分离的立法思路

### 1.总体思路

英美法系国家与日本法上的研究与立法经验从两个方向论证了董事义务需要结合代理与信托的可能性。对于董事具体行为的认定，我国需要适度地分离代理框架与具体行为，分别发挥代理的组织性作用与信托（委托）介入行为的认定作用。实现这种体系优化的前提是重新认识公司治理中“代理权”的作用。

代理权来源于无因代理的抽象原则，不同的国家都在本国实践中限缩其内涵<sup>[30]</sup>。从代理权的具体应用出发，代理权本身虽然是抽象拟制，但是商事领域中，产生代理权的过程包含了法律、公序良俗、当事人意思等具体意思的参与，尤其是在公司法未来的多元价值的汇聚中，继续保留代理权的概念具有为董事义务立法凝聚共识的作用。故而在《民法典》继续规定代理

权内容的基础上，以《公司法》为基础的  
义务体系应优先考虑以代理权为核心的框  
架，在参与实质审查时保持谦抑，实质审  
查依据委托（信托）行为的具体要件。具  
体来说，就是分别进行董事行为是否具有  
代理权的结构审查与董事具体行为是否符  
合委托（信托）标准的行为审查。公司治  
理中董事有无代理权本身界限含糊，对其  
进行形式审查更为高效，同时发挥代理的  
框架优势，将结果转移与外观信赖的内容  
予以保留。

## 2.代理形式审查：论证董事行为的效力 问题

信义义务体系缺乏有效的遏制措施  
与预见可能，表明了单将信义理论作为董  
事治理根本准则很容易因为缺乏客观标准  
而导致董事过度免责，这是代理框架继续  
保留的现实原因。《民法典》规定职务代  
理均为有权代理与《公司法》上规定的大  
量董事擅自对外担保、关联交易与内部交  
易行为违法难以逻辑统一，司法应该在此  
时起到弥补作用，通过独立的审查机制，  
将公司治理中的职务、授权文书、章程、  
董事会决议等作为审查要件，来具体审查  
董事行为的有效性。在行为审查前就决定  
董事行为的效力，如果审查结果为无权行  
为，就应以表见或者无权代理的规定进一  
步追究董事无权背后的责任承担方式与类  
型，只有在董事本身行为有权行为时，才

判断具体行为中董事所起的作用。

董事无权行为与表见行为在商事活  
动中十分频繁，表现为窃夺公章、伪造签  
名与董事会决议或者干扰股东知情权与参  
与权等一系列行为。出现这些情节时再去  
审查董事行为要件显然舍本逐末，尤其是  
对于平日里并无规范治理的中小公司，动  
辄启动具体审查无疑会增添他们的司法负  
担。通过将董事行为判断为无权行为，以  
违反代理权而判决董事承担责任更加实践  
方便，全面准确地理解和适用《民法典》确  
立的无权代理制度、表见代理制度及代理  
人责任制度，可以有效地保障作为公司代  
理人的董事与公司、公司股东及其他相对  
人之间利益平衡。

## 3.信托实质审查：论证具体行为的损害 因果

早有学者敏锐发现代理理论中对于董  
事与债权人法律关系的断层导致的理论  
空白，立法也很难据此进一步分析董事  
个人主观作用在公司治理中的实际效果。  
构建信托与代理脱钩并分别审查可以程  
序性避免董事个人意思表示的生效空间  
问题。进行实质审查的必然是已经完成  
形式审查的董事有权行为，这时候认定  
其主观上究竟是善意、恶意、抑或过失  
可谓有的放矢，也能够达成较好的规制  
效果。同时，一直有学者提出要建立董  
事免责机制，这一点通过信托实质审查  
可以实现，如果董

事确实认真履行自身职责，造成公司损失实属意外的，应当允许董事提出相应抗辩。这样做的优势还在于移植国外成果时更具有针对性。英美法系国家绝大部分董事义务内容均关注个人行为，以商业判断规则为例，其根本上是保护决策者免于对股东承担责任。但在代理制下，商业判断行为的目标被掩盖了，因为董事行为始终带有公司行为的面纱，将代理与行为脱钩符合董事行为单独规制的客观需求，并为行为规范的引入培育适用空间。

## 五、结论

代理的价值是确保民事活动中，特定物在占有与所有分离的状态下仍然能发挥原有的效果，其一开始便是为了现实生活而对物权的突破性适用，信义义务作为英美法系国家的核心立法精髓，其真正的价值也在于适用灵活，二者真正融入我国立法应当是彼此各自发挥优势，笔者提出的分离路线的目的在于因势利导，建立共建互补的立法模式。

### 注释：

①这两种代理并不绝对无效，《民法典》168条代理追认有效原则，被《修订草案》第183-184条吸纳为交易前置特别程序来解决关联交易与自我交易的效力待定问题。对于基础关系

的违反因为不涉及相对人利益，法律应当赋予双方自由裁量权，故被代理人的知情或者追认的权利应当受到保护。

②参见（2019）青民终91号“青海金三角面粉有限公司与刘某某、白某某等损害公司利益责任纠纷二审民事案”

③一种在21世纪初被提出的“我们只听我们选择的东西与愉悦我们的东西的通讯领域”的信息困境，其重要观点之一便是“生活在茧房中的组织领导人不可能考虑周全，因为先入之见已经根深蒂固”。

④参见Companies Act 2006：171-177.

### 参考文献：

- [1]公司法大修:让市场主体更具活力.网络来源,中国人大网:<http://www.npc.gov.cn/>.
- [2][5][10][12](德)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,2013.669,710,719.
- [3][4](德)C.W.卡纳里斯.德国商法[M].杨继译.北京:法律出版社,2006.366.
- [6](德)托马斯·莱赛尔,吕迪格·法伊尔.德国资合公司法[M].高旭军译.上海:上海人民出版社,2019.191.
- [7]施天涛.商法学[M].北京:法律出版社,2021.93.
- [8](日)上村达男.公司法改革:公开股份有限公司的构想[M].中国证券监督管理委员会组织编译.北京:法律出版社,2015.298-299.
- [9][26]杜万华.民法典实施精要(上)[M].北京:法律出版社,2022.107,110.
- [11]王利明.民法总则研究[M].北京:中国人民大学出版社,2012.651.
- [13](日)山本敬三.民法讲义I[M].谢亘译.北京:北

- 京大学出版社,322-323.
- [14]吴建斌.日本公司法.[M].北京:法律出版社,2017.
- [15][16]《德国商事公司法》[M],胡晓静,杨代雄译.北京:法律出版社,2014.43,107.
- [17]陈景善.论董事对第三人责任的认定与适用中的问题点——以日本法规定为中心[J].比较法研究,2013,(5):93-102.
- [18]王保树.尊重商法的特殊思维[J].扬州大学学报(人文社会科学版),2011,(2):28-30.
- [19]赵旭东.再思公司经理的法律定位与制度设计[J].法律科学(西北政法大学学报),2021,(3):36-47.
- [20]刘俊海.论公司生存权和发展权原则——兼议《公司法》修改[J].清华法学,2022,(2):6-22.
- [21]陈景善.公司法人营利性再考[J].比较法研究,2019,(2):104-115.
- [22]王军.中国公司法[M].北京:高等教育出版社,2020.243.
- [23]张学文.董事越权代表公司法律问题研究[J].中国法学,2000,(3):105-111.
- [24]高圣平.试论公司担保中的无权代理——基于裁判分歧的展开和分析[J].商业经济与管理,2022,(5):57-68.
- [25]朱广新.代理制度中自我交易规则的适用范围[J].法学,2022,(9):122-134.
- [27]郭富青.我国公司法移植信义义务模式反思[J].学术论坛,2021,(5):72-85.
- [28](英)菲利普·H·佩蒂特,佩蒂特衡平法与信托法(上册)[M].石俊志译.北京:法律出版社,2020.47.
- [29](日)神田秀树.公司法的理念[M].朱大明译.北京:法律出版社,2013.74-83.
- [30]尹飞.体系化视角下的意定代理权来源[J].法学研究,2016,(6):49-69.

## Research on the Improvement of the Agency Structure of Directors' Obligations ——Starting from the Complementary Role of Fiduciary Theory

Sun Xue-liang, Cheng Peng

*(Law school, Tianjin University of Commerce, Tianjin 300314, China)*

**Abstract:** The obligations of directors in China are built on the theory of civil contracts and torts based on the agency system, which is deeply influenced by German and Japanese company law in terms of system. But in the commercial context, the special application of agency in the commercial system has not been reflected. However, from the commercial perspective, there are still deficiencies in highlighting the special nature of agency in commercial activities, especially under the scope of the Company Law. This phenomenon is mostly reflected in the revision of the Company Law. The obligations of directors under Anglo-American law are based on fiduciary duties, with a greater emphasis on highlighting the personal attributes of directors. The future legislation of our country can embed trust theory and fiduciary obligations on the basis of agency system, and achieve the optimization of fiduciary obligations under the framework of director obligation agency.

**Key words:** Director's agent; Job agent; Fiduciary obligations; Trust theory

## 公司担保：越权代表路径解释

李抒波

(山西大学 法学院, 山西 030006)

**摘要：**由于《公司法》第16条规范性质认定不明，导致司法裁判出现“同案不同判”的现象。法院在认定公司行为构成越权代表后，将相对人是否尽到审查义务作为判断其善意与否的依据并据此认定担保合同是否对公司发生效力，改变了以往担保合同有效和无效的裁判二分法。在越权代表路径下的责任承担方面，相对人非善意，由相对人和法定代表人各自过错分担责任。对相对人审查义务的逐渐细化有助于扫清司法裁判过程中的路径障碍，从而类型化分析与解决担保合同效力问题，完善公司治理。

**关键词：**公司担保；越权代表；审查义务；公司治理

中图分类号：D922.291

文献标识码：A

文章编号：1674-828X(2023)06-0069-11

公司担保在理论界及实务界一直存在较大分歧，究其根本是以《公司法》第16条性质认定为源起，公司违反第16条担保合同的法律效力如何这一结症上法院形成了三种主要裁判路径：第一种路径认定第16条为效力性强制性规定，违反该条担保合同无效；第二种路径认定第16条属于管理性规定仅对公司内部产生效力不发生外部效力，不得主张违反该条而认定担保合同无效；第三种路径摒弃第16条之定性，以越权代表制度为基点，根据相对人善意与否判断担保合同是否对公司发生效力，这一进路的逻辑起点旨在保护交易中无过错一方的权利，维护交易安全<sup>[1]</sup>。《最高

人民法院关于适用〈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》）出台后第一种及第二种裁判路径逐渐向第三种裁判路径转变，按照《担保制度解释》第7条规定，法定代表人没有履行法定程序，构成越权代表，以相对人是否有证据证明对公司决议进行合理审查作为判断其善意与否的标准。而《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》（以下简称《合同编解释（征求意见稿）》）第22条又进一步对越权代表作了扩张，明确公司担保的立法指向。在《中华人民共和国公司法（修订草案）》（以

2020年度教育部人文社会科学研究规划基金项目“民商合一背景下商事代理制度研究”，项目编号：20YJA820019

作者简介：李抒波，男，山西大学法学院2022级民商法学专业硕士研究生，主要从事民商法学研究。

以下简称《公司法（修订草案）》）审议的背景下，有必要就司法裁判路径予以比较考察，探讨越权代表下合同效力之归属，肯定类推适用无权代理规则实现公司免责的可能性。同时在现行法的构建下，明确相对人的审查对象及标准，应尽到一般人“谨慎”的形式审查义务。随着对越权代表裁判路径认知的不断深化，从而为司法实践提供操作层面的理论支撑，完善公司治理。

### 一、公司担保裁判路径阐述

1993年《公司法》第60条尚未就公司对外担保能力予以完全否定，明确了董事、经理在违规担保中负有的义务及相应的责任，总体而言1993年《公司法》并未给予公司担保的决议空间，即法律目的在于保护中小股东的权利，但问题是就公司治理而言如此严格限制公司担保显然不具有合理性。伴随着公司担保在司法实践中适用率逐年增加，法院在裁判案件上催生出“类案不同判”的现象。最高人民法院在2000年审理的中福实业公司担保案中认定违反《公司法》第60条规定该担保合同无效<sup>①</sup>；而最高人民法院2006年审理的中国进出口银行与光彩投资集团担保案中认定光彩投资集团董事会的决议代表多数股东的意志可以认定担保合同有效<sup>②</sup>。两者裁判

在同时适用1993年《公司法》为法律依据下所作的判决却截然不同，在前述裁判中明确否定了董事会具有担保的权利而后述裁判则予以肯定。显然，两起案件就公司董事会担保权限产生了不同的裁判意旨。

司法实践一直是立法的丰沛土壤<sup>[2]</sup>，随着实践中公司担保案件数量的逐渐增加，2005年《公司法》就公司担保问题予以一定规范，在肯定公司担保权利能力的同时明确议决机关及相应规范。立法态度的改变导致司法裁判对第16条的认定发生了变化，但就第三人是否具有审查义务继而是否会影响担保合同的效力，裁判出现相互矛盾的判决。最高人民法院审理的中国建材集团公司合同纠纷一案，终审法院认定第16条属于内部管理性规范，否定第三人具备审查义务，因此违反第16条不能认定担保合同无效<sup>③</sup>；而最高人民法院在审理大连振邦公司借款合同纠纷中认定违反第16条不必然导致担保合同无效，但相对人进行了合理审查应予保护交易安全及秩序，肯定第三人具备审查义务，从而认定担保合同有效<sup>④</sup>。可见，在上述裁判中法院对第16条的定性发生了转变，从效力性强制性规定转而认定其为管理性规定，但关于相对人审查义务的裁判观点却出现了明显不同的立场，司法裁判相互矛盾。

为解决司法裁判中法律适用分歧而导致“同案不同判”的现象，司法实践催

生出越权代表的裁判路径以解决公司担保问题。在越权代表路径下，法院将《公司法》第16条认定为对公司担保权限的限制，在未经公司合法的议决程序下，裁判需考虑交易相对人主观善恶，从而认定担保合同的效力，即是否对公司发生效力。以重庆市第二中级人民法院（2020）渝民终2162号民事判决书为例，裁判认为法定代表人未经议决程序提供担保，构成越权代表。基于相对人未尽到审查义务，从而认定担保合同对公司不生效。《担保制度解释》出台后，以越权代表为裁判路径的思路愈发强化，在责任承担方面依据《担保制度解释》第17条规定寻求解决途径，把“过错”要件作为公司承担赔偿责任的依据，但“过错”作为法律条文构成要件被抽象化的事实是不能直接作为证明对象的，仅是一种规范性评价<sup>[3]</sup>。而在诉讼程序上出于辩论主义的要求，当事人未提及法律上评价为“过错”的要件事实所对应的具体事实，法院就不能支持其诉讼主张，在诉讼的提起上，应由公司股东提起股东代表诉讼予以救济。

可见，在梳理公司担保裁判路径后，从目前司法裁判进路来看越权代表路径相较于担保合同有效与无效的二分法更具合理性。法院在认定该行为构成越权代表后，以审查相对人是否尽到合理审查义务判断其是否善意，形成不以合同是否有效

作为裁判结论，而以合同效力归属是否对公司生效作为公司担保的裁判规则。

## 二、越权代表路径下合同效力解释论

公司担保的司法裁判导向倒逼立法规则的统一，为确保《公司法》第16条的合理适用，《全国民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）的出台对于缓解裁判矛盾无疑是雪中送炭，通过采纳裁判中越权代表说路径达成共识。该纪要第17条强调法定代表人对外提供担保必须要以合法的议决程序为前提，未经授权构成越权代表，人民法院应当根据原《合同法》第50条规定，以债权人是否善意认定合同效力。《民法典》第504条规定的表见代表在相对人知道或者应当知道的情形下担保合同对公司发生效力，而就该条文的例外情形却未规定。有论者提出只有在法律要件和法律效果构成必要条件和充要条件的假言命题的法条，才能采取否定法律要件进而否定法律效果的解释方式<sup>[4]</sup>，而第504条在相对人恶意下，是否可以作出相反解释值得思考。2021年1月1日《担保制度解释》颁布，在第7条公司对外提供担保问题上重新规定，即相对人非善意，担保合同对公司不发生效力。而这显然是对《九民纪要》担保合同无效立场的改变。《合同编解释（征求意见稿）》第22条再

一次重申了越权代表在相对人非善意的情形下，担保合同对公司不发生效力。可见，公司担保从判断担保合同效力已转变为判断担保合同是否对公司发生效力，从讨论《公司法》第16条的规范性质到对第16条作为代表权的法定限制形成了共识，以相对人善意与否，认定担保合同是否对公司发生效力。

值得注意的是，法定代表人越权担保现象仍是我国公司治理所面临的主要问题，立法在确立越权代表规则的同时，为避免司法裁判对社会生活产生较大的影响，《担保制度解释》第8条基于商事实践中的问题对无须决议的例外情形予以明确并进行了严格限制，第1项规定的以担保为业务的金融机构无须决议就可对外提供担保，此为公司经营业务所需，无需争辩。在实务中司法裁判也认定公司开展保函业务，即便没有决议，也应当认定担保合同有效<sup>⑤</sup>。第2项规定母公司为其子公司提供担保无需决议，司法裁判中就公司为其控制的公司提供担保，即使没有决议，也应当认定担保合同符合公司真实意思表示<sup>⑥</sup>。第3项规定封闭公司股东经过议决程序但为逃避责任而主张没有担保决议，从而不承担担保责任损害债权人利益，法院不予支持。但是关于本项规定，以下两点殊值注意：

1.民法思维在商事外观主义下存在

第3项规定从性质上来看，属于实质认

定即需要持有三分之二以上有表决权的股东签字同意，忽略了商事外观主义。在这个问题上仍存在民法思维阻碍商事行为的情况。立法者的本意是通过该项规定，解决股东不诚信的问题，而这种民法思维下的实质认定，会破坏所形成的商事外观主义的统一认识，从而造成实质主义取代形式主义，与商法所坚持的外观主义相悖。

2.为股东之间规避法律提供了可能

在关联担保的情形下，需明确第3项规定“持有公司三分之二以上有表决权的股东”必须是《公司法》第16条第2款解释中所规定的关联股东以外的其他股东，而关联股东需根据该解释予以回避表决。但问题是通过股东会及董事会所建立起的公司治理规则，若仅以大股东签字即可取代两会制度的决议，会导致商事实践中形成以大股东为中心的两会制度，即以大股东签字同意从而达成公司担保的决议。而这种以某些股东签字同意取代两会决议在公司治理中是不可取的，会导致股东之间恶意串通损害公司利益。例如，公司A股东持股45%、B股东持股40%、C股东持股15%，股东A向他人借款，主张由公司为该笔借款提供担保，在此种关联担保下，根据回避表决的规定需去除A股东所持有不能表决部分45%的股份，而在剩余55%的股份中B股东单独占有40%股份已超过对担保事项有表决权的三分之二。因此，股东A若想实



现公司为其担保，仅需与B股东达成合意，反之，B股东若想公司为其提供担保也仅需A股东同意即可，无须考虑C股东的意见。在司法实践中安徽省宣城市中级人民法院（2021）皖18民终601号民事判决书认为虽然签字股东持有的表决权超过了三分之二，但没有召开股东大会，背离了《公司法》第16条的立法目的。

可见，第3项规定虽正本但未清源，商事实践中的公司治理模式下能在多大程度影响《公司法》长期以来所确定的两会制度，值得商榷。随着以大股东个人为中心取代了两会制度的决议，公司治理模式下也潜藏着股东之间错搭配和规避两会决议的风险，与此同时也必然会损害公司中小股东的利益，最终导致《公司法》所确立的两会制度以约束公司担保的规范被架空以此剥夺其所设定的程序正义，实为不妥。当然，在司法不断探索商事实践治理模式的过程中，相信立法对于《担保制度解释》第8条第3项的例外规定最终会回归《公司法》第16条所确定的规范程序中，从而完善公司治理。

### 三、越权代表路径下责任承担的解释论

在相对人恶意下，担保合同不生效，关于公司是否承担责任学界存在争议。《担保制度解释》严格依据过错归责，第

7条和第17条明确在担保合同对公司不发生法律效力时，公司仍需要承担赔偿责任。该解释之所以如此规定，原因在于商事实践当中公司作为签约主体应负有一定的注意义务，若未尽到注意义务，使得担保合同无效或不成立，担保人需要承担缔约过失责任<sup>[5]</sup>。该规则的设定有其存在的合理性，但问题在于：相对人恶意也就意味着相对人明知法定代表人越权担保而仍与其订立担保合同，在这种情形下，公司自始没有参与合同订立，却要公司承担赔偿责任似难以形成逻辑自洽的法理推论。正如有学者提出的，以牺牲公司股东利益而要求公司承担赔偿责任，非善意相对人仍可获得公司赔偿，有背《公司法》第16条之初衷<sup>[6]</sup>，在公司不予追认的情形下，应类推适用无权代理规则，由法定代表人和相对人根据其过错分担损失<sup>[7]</sup>。但亦有论者强调代表制度与代理制度是相区别的，在相对人非善意的情况之下，公司对相对人的损失需要承担赔偿责任<sup>[8]</sup>。其背后的法理依据是“法人实在说”，法定代表人的行为在本质上就是公司自身的行为，虽外观上是法定代表人对外签订担保合同，实质上是法人对外签订担保合同，相对人一般认为法定代表人就是代表法人执行行为<sup>[9]</sup>，因此在缔约的过程中法人需要承担缔约过失责任。而在司法裁判中，对于是否可以类推适用无权代理规则也存在分歧。最高人民法院

民终（2017）892号民事判决书的裁判思路是，相对人明知该担保合同非基于公司真实意思表示，构成越权代表类推适用无权代理规则，该担保合同对公司不发生效力。最高人民法院民终（2020）1229号民事判决书则认为，虽法定代表人存在越权代表行为，但就公司管理公章上存在一定过错，公司承担不能清偿债务10%的赔偿责任。虽然以公司存在过错为依据认定承担赔偿责任是以公司对社会的影响力为考量的基点，作为签约主体一方的公司，若不承担任何责任恐难得到社会认可。但从法理上来讲，在相对人非善意的情形下，《民法典》第171条为被代理人提供了救济手段，即对符合自身利益的代理行为予以追认，而《民法典》第504条的表见代表规则略显缺漏，在相对人非善意的情形下，直接依据《担保制度解释》认定担保合同对公司不发生效力，如此严格地否定类推适用无权代理规则在理论和实务层面值得商榷。在理论上，行为人没有代理权、超越代理权或代理权终止后代表公司对外签订担保合同，若交易相对人非善意，则依据《民法典》第171条的规定由双方当事人分担损失。因此，无权代理规则下的公司担保对公司来说优于越权担保，就公司而言，本质都是通过行为人的行为，签订担保合同，从这个意义上来说，法定代表人与代理人是一样的<sup>[10]</sup>。司法实务上，法院就

是否类推适用无权代理规则无不重视，从法院角度出发这一问题的核心在于是否可以形成逻辑自治的裁判思路应用于司法实践解决实际问题<sup>[11]</sup>。在多数公司担保的场合下对公司而言是百害而无一利的，但不乏存在谋取利益的场合，考虑民商事交易中以意思自治为核心原则，为保证私法领域的交易自由，应赋予公司以追认的权利。

因此，在法定代表人越权担保场合下是否可以类推适用无权代理规则，需要首先考虑相对人主观善恶，若相对人主观上是善意的，则直接按照《担保制度解释》第7条第1款的规定，适用《民法典》第61条以及第504条的规定，其担保合同的效力及于公司，不必类推适用《民法典》第171条的无权代理规则；若相对人主观上为恶意，在公司不予追认的情形下需要类推适用无权代理规则，因为此刻“法人实在说”的理论存在逻辑上的缺陷，相对人非善意即表明相对人明知或者应当知道法定代表人代表公司对外担保的行为不是公司的真实意思表示，此刻若还依照“法人实在说”的理论，认为法人行为与公司行为是一致的，相当于纵容恶意相对人。同时当无权代理人超越权限与恶意相对人签订担保合同其在性质上同属一类，因此在相对人非善意，法定代表人越权担保对公司不发生效力的情况下，可以类推适用无权代理规则，公司不承担责任，法定代表

人与相对人基于其各自过错分担责任。可见，在公司担保越权代表路径下的责任承担方面具有类推适用无权代理法律后果的可行性，但需要注意的是，类推适用无权代理规则仅针对的是相对人恶意的情形，因此不应完全按照无权代理规则赋予相对人以撤销权<sup>[12]</sup>。在诉讼上，基于越权代表制度适用的核心是要件事实的证明责任分配，作为“民事诉讼的脊梁”证明责任的分配被凝缩成是否具备实体法的要件事实<sup>[13]</sup>，在以当事人为核心的辩论主义模式下，随着法院将罗森贝克的“规范说”作为证明责任分配的逻辑起点，形成了各方当事人需对有利于自己的法规范要件事实加以证明以期赢得法官心证获得胜诉判决而终结诉讼的裁判逻辑。具体到公司法定代表人越权担保的案件中，司法裁判已形成了第16条是对法定代表人代表权限的限制这一共识，因此应直接推定相对人知晓公司对外担保事项下法定代表人的代表权是受到限制的，所以在诉讼中由相对人就其善意的法规范要件事实负担证明责任，公司则应当对相对人恶意的法规范要件事实负担证明责任<sup>[14]</sup>。

#### 四、相对人审查义务之解释论

“代理权的滥用对第三人而言，必须是显而易见的，第三人根据知悉的一切情

形，只要不是熟视无睹，就不可能不知这种滥用<sup>[15]</sup>。”因此，关于相对人审查标准的认定上不宜过于严苛。《担保制度解释》将判断公司担保合同的效力从《公司法》第16条性质认定思路，转变成判断相对人主观上善意与否，但就相对人主观上善意与否实则是一个抽象的概念，因此判断相对人善意与否，需要根据相对人是否尽到了相应的审查义务。《九民纪要》确定了交易相对人负有形式审查的义务而《担保制度解释》则将相对人的形式审查义务上升到合理审查义务。这里就存在一个疑问，该条规定相对人的合理审查义务是属于形式审查抑或是实质审查呢？在审查标准判断问题上，《九民纪要》规定相对人负有形式审查的义务，但其就是《担保制度解释》所规定的合理审查义务，而之所以《担保制度解释》将其规定为合理审查义务，意在强调判断相对人善意的前提，需相对人就公司担保决议进行“谨慎”的形式审查。《担保制度解释》颁布之后，相关法院适用《担保制度解释》第7条的案例，一则裁判认为公司担保的关键是要确定债权人是否善意，而判断善意的前提是要审查债权人是否对公司的决议进行了必要的审查<sup>①</sup>；另一则裁判主张，若相对人不能证明自己已经对公司决议进行必要的审查，则相对人非善意，该担保合同对公司不发生效力<sup>②</sup>。由此可见，《担保制度解

释》第7条规定合理审查义务，欲强调相对人负有较高的注意义务，需要法官在司法裁判中对此自由裁量。个案中因涉及到的主体及相关方利益不同，所以需要法官依据案情具体地判断相对人的审查义务，以罗森贝克的“规范说”作为诉讼中证明责任分配的一般规则，双方当事人就有利于各自的法规范要件事实承担证明责任<sup>[16]</sup>。实体审判下的辩论主义在当事人攻击防御的过程中使得法官作出裁判的心证<sup>[17]</sup>，随着立法的导向及司法裁判中相对人是否善意逐渐成为公司担保的争点，因此在认定相对人是否善意应在民事诉讼模式下确立客观的审查对象及标准，防止法官职权主义逆流的风险<sup>[18]</sup>。

审查公司决议是判断相对人主观善恶的第一步。就公司担保法律规定公司章程可以自由约定由董事会抑或是股东（大）会决定，因此，相对人在审查公司决策机构所作的决议，首先应当审查该公司章程是否对公司担保的事项作出规定。一般而言有以下三种情况：第一，公司章程没有规定公司对外担保时的决策机构，那么此时相对人的审查义务较为简单，无论是董事会抑或是股东（大）会其中之一做出了对外担保的决议，都具有法律效力，公司在此之后不得主张其中之一的决策机构所作的决策对相对人不发生效力，也不得主张相对人恶意；第二，公司章程规定公司

对外担保需要由董事会或股东（大）会决定，若为董事会决策时相对人需要审查是否有董事长的签字以及审查签名董事是否与公司章程记载一致，若为股东（大）会决策时相对人需要审查签名股东的真实性以及签名股东和公司章程记载的股东是否一致；第三，公司章程规定非关联担保的议决机构是股东（大）会，最终决策的机构是董事会抑或相反，在这种情况下学界存在争议，以“股东会中心主义”为代表的学者主张，股东（大）会在我国的公司治理模式下处于最高的地位<sup>[19]</sup>，虽章程规定董事会为公司担保事项的决定机关，但究其本质仍属股东（大）会对董事会特别授权，所以即使章程规定股东（大）会只有议决的权利没有作出最后决策的权利，相对人基于股东（大）会的议决结果进行审查，也可以判断相对人是善意的。反对者提出相对人在接受公司担保之时应将公司章程纳入合理审查范围<sup>[20]</sup>。换言之，公司在其章程里设置规范并依照该规范进行治理公司应属于相对人应当知晓的内容，若此时秉持“股东会中心主义”进行阐述是对《公司法》第16条立法初衷的误读。在肯定后者观点的基础上主张需按照章程规定决策机构的意思判断相对人是否进行了审查，从而明确相对人是否善意。同时在判断相对人善意的标准上不可过于严苛，应以社会一般人的视角为裁判标准，过于

严苛抑或者按照专业人士的标准判断则会赋予相对人较重的审查义务，不利于市场交易秩序的维护。

值得注意的是，超过公司章程所规定的担保金额，公司是否可以主张相对人非善意？《九民纪要》第18条第2款规定，超过限额部分的，不得对抗善意相对人。司法实践中，公司以担保金额超过限额为由抗辩债权人非善意的，法院不予支持。赞同学者提出的，公司章程属于相对人在审查公司担保决议时必须审查的公司内部文件，其中关于限制担保金额的规定，自然对相对人发生效力。<sup>[21]</sup>对此处限制担保金额的规定应理解为章程对单项担保数额的限制，而非对担保数额超过总担保数额的限制。这一观点也在《公司法（修订草案二次审议稿）》第11条中得到认可。由于公司章程所规定的限制担保金额属于公司内部文件，不具有对外效力，因此依据未经核对章程关于担保限额的限制即认定相对人非善意，不仅徒增相对人的审查义务，也不符合商事实践的基本要求。

在司法实践中，也有因对公章没有尽到合理的审查义务而认定相对人非善意。最高人民法院民申（2021）2519号民事判决书认为，公司对外公章使用不规范，法定代表人在公章的管理上存在过错，而相对人对于公章的审查没有尽到审查义务，则认定公司和相对人各自承担部分责任。

因此，在赋予相对人合理审查义务的同时需以“谨慎”的形式审查为止。值得一提的是，相对人的审查义务可否降低？司法裁判中又存在不小的争议。有裁判认为：

“法律一经公布即推定知晓”相对人主张不知《公司法》第16条的规定，没有审查公司决议而主张其为善意，法院不予支持<sup>⑤</sup>；但有裁判却指出：法定代表人以其身份和公章的效力足以使第三人信服，推定第三人为善意，因而担保合同也是有效的<sup>⑥</sup>。从法的本质而言，法是调整人行为的社会规范，通过建立一种行为模型对人的行为进行调控。因此，相对人不得以“无知者无罪”的思想主张免责<sup>[22]</sup>。

## 五、结语

公司担保作为市场经济下常见的交易手段，我国出台一系列政策优化营商环境为公司担保的安全性保驾护航。学界以及实务界从“苦《公司法》第16条久已”到达成共识认定第16条系对代表人代表权的法定限制，肯定了越权代表路径的裁判思路，确定相对人是否善意是解决公司担保的重要路径后，应进一步细化其合理审查义务，防止公司责任承担的扩大化，必将是《公司法（修订草案）》所要关注的问题。期待未来的立法规范及司法实践放宽公司责任承担空间，在公司缺乏意思表示

下应实现公司免责的法律效果，从而保护中小股东的利益，完善公司治理路径。

#### 注释：

- ①最高人民法院（2000）经终186号民事判决书。
- ②最高人民法院（2006）民二终49号民事判决书。
- ③《最高人民法院公报》2011年第2期。
- ④《最高人民法院公报》2015年第2期。
- ⑤最高人民法院民申（2020）6051号民事判决书。
- ⑥最高人民法院民申（2021）1903号民事判决书。
- ⑦江苏省江阴市中级人民法院（2020）苏民初8727号民事判决书。
- ⑧江苏省淮安市清江浦区人民法院（2020）苏民初8241号民事判决书。
- ⑨安徽省池州市中级人民法院（2020）皖17民终6号民事判决书。
- ⑩山西省临汾市中级人民法院（2019）晋10民终2934号民事判决书。

#### 参考文献：

- [1]黄薇.中华人民共和国民法典总则编解读[M].北京:中国法制出版社,2020.182.
- [2]李抒波.购买价金担保权制度的理解与适

- 用——以《民法典》第416条展开[J].西安石油大学学报(社会科学版),2023,(1):97.
- [3](日)高桥宏志.民事诉讼法:制度与理论的深层分析[M].林剑锋译.北京:法律出版社,2003.342.
- [4]杨艳霞、胡晓红.“反对解释”有效性的逻辑考察[J].甘肃政法大学学报,2006,(2):100.
- [5]甘培忠,马丽艳.公司对外担保制度的规范逻辑解析——从《公司法》第16条属性认识展开[J].法律适用,2021,(3):59.
- [6]王建文.《民法典》框架下公司代表越权担保裁判规则的释论[J].法学论坛,2022,(5):31.
- [7]高圣平.试论公司担保中的无权代理——基于裁判分歧的展开和分析[J].商业经济与管理,2022,(5):64-65.
- [8]最高人民法院民事审判第二庭.最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2021.139.
- [9]黄薇.中华人民共和国民法典合同编解读(上册)[M].北京:中国法制出版社,2020.148-149.
- [10]杨代雄.越权代表中的法人责任[J].比较法研究,2020,(4):43-44.
- [11]王毓莹.公司担保规则的演进与发展[J].法律适用,2021,(3):48.
- [12]马更新.公司担保中决议形成程序与合同效力认定间牵连关系探析[J].法学杂志,2020,(6):35.
- [13](日)高桥宏志.重点讲义民事诉讼法[M].张卫平,许可译.北京:法律出版社,2007.29.
- [14]王刚、要亚玲.证明责任视角下越权代表的规范适用问题研究——以《民法典》第504条为中

- 心展开[J].河北法学,2022,(12):199.
- [15] (德)梅迪库斯,德国民法总论(第二版)[M].邵建东译.北京:法律出版社,2000.729.
- [16] (德)莱奥·罗森贝格.证明责任论(第五版)[M].庄敬华译.北京:中国法制出版社,2018.76.
- [17] 苏志强.虚假诉讼程序性规制定位重塑与规则再造——以《民事诉讼法》第115条为中心[J].清华法学,2022,(6):181.
- [18] (日)新堂幸司.新民事诉讼法[M].林剑锋译.北京:法律出版社,2008.305.
- [19] 梁上上.公司权力的归属[J].政法论坛,2021,(5):68.
- [20] 高圣平.论相对人审查义务视角下的公司担保决议——基于《民法典》实施之后的裁判分歧的展开和分析[J].法制与社会发展,2022,(6):64-65.
- [21] 高圣平.再论公司法定代表人越权担保的法律效力[J].现代法学,2021,(6):27.
- [22] 贺小荣.最高人民法院民事审判第二庭法官会议纪要——追寻裁判背后的法理[M].北京:人民法院出版社,2018.192.

## Corporate Guarantee: Interpretation of the Ultra Vires Representative Path

Li Shu-bo

*(Law School, Shanxi University, Taiyuan Shanxi 030006, China)*

**Abstract:** Due to the unclear determination of the normative nature of Article 16 of the Company Law, there has been a phenomenon of “different judgments in the same case” in judicial decisions. After determining that the company's act constitutes an ultra vires representative, the court takes whether the counterpart has performed the duty of review as the basis for judging its good faith and accordingly determines whether the guarantee contract is effective for the company, changing the dichotomy between the validity and invalidity of the previous guarantee contract.

In terms of assuming responsibility under the path of ultra vires representation, if the relative party is not in good faith, the relative party and the legal representative will share the responsibility based on their respective faults. While refining the review obligation of the counterpart, we should clear up the path obstacles in the process of judicial adjudication, analyze and solve the effectiveness of guarantee contracts in a typological manner, so as to improve corporate governance.

**Key words:** Corporate guarantee; Ultra vires representative; Review obligation; Corporate governance

# 论网络国际著作权侵权中被请求保护地法的厘清

许昕怡

(中山大学法学院, 广州 510275)

**摘要:** 网络国际著作权侵权领域, 存在着一国实施侵权行为, 多国产生侵权后果, 导致存在多个被请求保护地法可适用的情况。但是我国《法律适用法》第50条对著作权侵权纠纷只有一般性规定, 在司法实践中适用被请求保护地法规则存在说理不明的问题。采用效果主义原则, 将被请求保护地法解释为侵权行为结果发生地法, 更符合学理上的合理性和实践上的可操作性。对由此而产生的多个准据法可适用的情形, 则采用最密切联系方法, 从多个侵权行为结果发生地法中挑选出单一的准据法适用于网络国际著作权侵权案件, 既能提高司法效率、减轻当事人诉讼负担, 又能实现对著作权的全球性救济, 达到著作权地域性原则与国际私法的衔接。

**关键词:** 网络国际著作权侵权; 侵权行为结果发生地法; 效果主义; 最密切联系方法

中图分类号: D997.1

文献标识码: A

文章编号: 1674-828X(2023)06-0080-13

## 一、网络环境下《法律适用法》第50条的适用困境

所谓网络国际著作权侵权, 是指在网络空间发生的跨境著作权侵权行为。由于著作权的非登记性质, 权利人自作品完成后自动取得著作权, 发表后对公众来说很容易获取, 因此侵犯著作权的成本较低。网络侵权天然带有全球性特征, 更易导致国际著作权侵权纠纷的频繁发生。解决这类案件需要《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》(以下简称《法律适用法》)对网络国际著作权侵权行为进行规制<sup>①</sup>, 为法官提供选择法律的冲突规范。

本文关注的是网络国际著作权侵权案件<sup>②</sup>, 此类案件具有著作权的非登记性和

网络的全球性的特点, 导致一个侵权行为在多个不同法域产生侵权结果。在北京爱奇艺科技有限公司与广州市晴光文化传播有限责任公司侵害作品信息网络传播权纠纷中<sup>③</sup>, 被告广州市晴光文化传播有限责任公司经营的境外网站提供原告北京爱奇艺科技有限公司享有著作权的视频在线观看服务, 用户可在澳大利亚、新西兰通过被告的域名访问侵权网站。被告侵犯原告在多国的著作权, 而且在此案中, 出现了侵权行为实施地与侵权行为结果发生地分离的情况。在确定准据法阶段, 原被告合意选择我国法律作为准据法, 通过意思自治原则, 解决了被请求保护地有多个的法律冲突问题。但在实践中, 当事人不一定能够意思自治达成一致选择法院地法为准据

作者简介: 许昕怡, 女, 中山大学法学院2021级国际法专业硕士研究生, 主要从事国际私法和国际贸易法研究。



法，此时法院如何依照《法律适用法》确定准据法成为关注焦点。

我国目前只有《法律适用法》第50条概括性地规定了知识产权侵权的冲突规范，而没有对不同知识产权进行分别规定，也没有对被请求保护地法规则进行解释。事实上，这样概括性的立法致使法官在网络国际著作权侵权的法律适用中虽有能适用的法律，但其适用结果可能会给司法带来过多压力。网络国际著作权侵权案件要求法院分别考虑发生在不同法域内的侵权行为，同时适用著作权人寻求保护的不同法域的法律，为法院查明和适用外国法带来压力。或者出现法院无视有多个准据法可以适用，直接适用法院地法的情形。因此有必要针对此类案件对《法律适用法》第50条的内容进行厘清。

本文将从现行法律关于网络国际著作权侵权的冲突规范出发，结合各学术机构的示范法，进一步精确分析和完善法官审理网络国际著作权侵权案件时，适用第50条冲突规范可供参考的法律适用方法。

## 二、被请求保护地法规则的解释方法——基于效果主义

《法律适用法》第50条规定了国际知识产权侵权的冲突规范。从文义来看，该冲突规范明确了当事人限于法院地法的意思自治，当事人无法达成一致时，适用被请求保护地法。但无论是法条还是司法解释，都没有对法官如何确定被请求保护地法提供参考。在我国的司法实践中，法官

往往倾向于适用法院地法，将“被请求保护地”认定为我国，但却没有对法律选择进行说理<sup>[1]</sup>。“大多数国家都在国际私法中规定国际知识产权侵权适用被请求保护地法”<sup>[2]</sup>，但对于如何界定“被请求保护地法”，绝不能仅仅简单解释为原告在起诉状中请求法院适用的法律，而是要法院通过冲突规范的指引确定的准据法。在网络国际著作权侵权案件中，为减轻司法负担和当事人的举证难度，减少适用的准据法数量，提高法律适用准确率，有必要为法官适用该条冲突规范提供学理上的引导和解释，厘清被请求保护地法的含义。

### （一）被请求保护地不等同于法院地

从网络国际著作权侵权案件的法律适用来看，法院似乎更加倾向适用法院地法来进行判决，但缺乏有力的说理。在世界知识产权组织实证研究工作小组（以下简称“研究工作小组”）的报告中，对各成员国的案例分析也指出：“在几乎所有（95%）的评估案例中，适用法律都是当地法律。值得注意的是，考虑到本研究中评估的跨境在线侵权案件通常涉及当地知识产权，且法院几乎总是发现其对该案件拥有管辖权，适用法律几乎总是当地法律并不特别令人惊讶。鉴于知识产权的地域性质，只有在当地法院适用当地法律时，才能对侵犯当地知识产权的索赔作出裁决”<sup>[3]</sup>。但是，即使被请求保护地是法院地，法官也必须在判决的说理当中分辨被请求保护地和法院地，二者并不能等同。

从《法律适用法》第50条的文本来说，并没有明确指出被请求保护地的具体

含义。关于被请求保护地，可以有两种解释：一是原告请求法院保护其作品被侵权的国家，此时作品被侵权的国家为被请求保护地；二是原告请求法院对其作品提供保护，此时法院地就是被请求保护地。

笔者认为应采第一种解释。如果按照第二种情况，法院将被请求保护地解释为法院地，从而适用法院地法，这种做法是不恰当的。

首先，这会使第2款允许当事人意思自治选择适用法院地法失去了意义。赋予当事人选择适用法院地法的权利是因为法官对本国的法律较为熟悉，当事人意思自治适用法院地法可以节省外国法查明的成本，提高司法效率，但这并不意味着法院能够代替当事人的意思自治径直“选择”适用法院地法。

其次，将被请求保护地解释为法院地会导致法院地法域外适用的不当扩张。在网络国际著作权侵权案件的司法实践中，法院地与被请求保护地发生重叠的情况有很多，但这不是著作权侵权纠纷的所有情况。假设网络国际著作权侵权诉讼是在非侵权行为地的被告住所地提起，知识产权的地域性导致著作权人所主张的侵权行为无法获得被告住所地著作权法的救济。因此将“被请求保护地”理解为侵权行为在某国发生，要求获得该国法律保护的地方就很有必要了<sup>[4]</sup>。知识产权具有地域性，一国的法律为在本国境内被侵权的作品提供救济。在网络国际著作权侵权案件中，侵权行为结果发生的地域可能有多个，对原告来说，在被告住所地起诉意味着被告在

其住所地有财产，能够更加效率地执行判决获得赔偿，以达到原告想要实现的救济结果。然而，原告选择在哪个法院起诉是关于管辖权的内容，其与本文要讨论的法律适用无关，更不能成为法院地法适用的理由。

最后，这会导致原告挑选法院。第二种解释实际上是混同了法律选择与管辖权。原告可以选择在任何有管辖权的法院提起诉讼，可能是在侵权作品被发布到网络的国家，也可能是在侵权作品被下载的国家，这种挑选法院的做法对被告不利。此外，此种解释将管辖权和法律选择混淆，会导致挑选法院的结果，违背了国际私法的基本原则。

因此，在网络国际著作权侵权案件中，被请求保护地有别于法院地，法院不能将被请求保护地与法院地混为一谈，更不能如部分法院提出的“原告于中华人民共和国境内提出涉案知识产权保护请求，故本案适用中华人民共和国法律作为准据法”<sup>④</sup>。

（二）被请求保护地不宜是侵权行为实施地和共同属人地

1.被请求保护地不应被解释为侵权行为实施地

有些国家立法认为被请求保护地就是侵权行为地，如美国、英国和法国<sup>[5]</sup>，这实际上是将著作权侵权案件适用一般侵权规则来解决。但是在国家法律已经对知识产权侵权做出特殊规定的情况下，根据特殊优于一般的法理学规则，应当适用知识产权侵权的冲突规范，而不是一般侵权的冲

突规范。

根据“场所支配行为”这一古老原则的规定，对于知识产权侵权纠纷，应当适用侵权行为地法。对一般侵权的冲突规范的系属——侵权行为地法采用广义理解，既包含侵权行为的实施地法，又包含侵权行为的结果发生地法。我国有学者认为，著作权法依据行为标准实现法律的域外效力，将域外行为和境内行为作为不可分割的整体行为来看待<sup>[6]</sup>。但笔者认为，在网络国际著作权侵权案件中，由于网络的分散性特点，有必要采用分割法，将侵权人的行为拆分成两个阶段。第一个阶段是实施侵权行为，也就是侵权人非法上传或实施其他侵犯他人著作权的行为。第二个阶段是侵权行为产生效果，也就是侵权作品被其他公众接触到，并对当地市场产生影响。在网络领域中，这两个阶段的所在地是可以分离的，著作权人可以依据行为的实施地和结果发生地分别要求提供救济。因此，被请求保护地法可以解释为侵权行为实施地法（侵权作品被上传地）和侵权行为结果发生地法（侵权作品被下载地）。笔者主张，就网络国际著作权侵权纠纷而言，不宜将被请求保护地解释为侵权行为实施地。

（1）由于数字信息网络的技术复杂性，侵权作品上传地也就是侵权行为实施地可能难以确定。

（2）适用侵权行为实施地法容易引发公平问题。侵权者可以选择一个著作权保护相对薄弱的国家，并从该国上传侵权作品<sup>[7]</sup>。由于不同国家对于知识产权的合理

使用规定不同，网络国际著作权侵权案件的被告可以在一个传播行为被认为是合理使用的国家进行上传，该行为在其他对合理使用管理较为严格的国家产生了侵权结果。如果适用侵权行为实施地法确定涉案行为的性质，则该被告的行为属于合理使用，而不是侵权行为，不需要承担侵权责任。这将引发公平问题，给著作权人的权利保护带来极大的困难。虽然当事人有权在一国实施法律所允许的任何行为，但如果这种行为侵犯了著作权人在另一国所依法享有的权利，就应该根据另一国法律承担相应的法律责任。显然，适用侵权行为实施地法无法满足当事人之间公平的要求。

（3）适用侵权行为实施地法会导致侵权行为实施地知识产权法域外适用的不当扩张<sup>[8]</sup>。在网络空间对作品实施侵权，侵权行为实施地与侵权结果发生地往往是分离的，侵权行为的实施不一定在当地发生使用作品的效果<sup>[9]</sup>。侵权行为实施地的公众无法接触到该侵权产品，依据侵权行为实施地法对该行为进行规制，要求侵权人承担侵犯著作权的损害赔偿赔偿责任，显然不合理。例如，甲在丙国使用代理服务器未经乙的同意将乙的作品上传至仅在丁国能够合法访问的网站上，侵权行为实施地是丙国，而侵权行为结果地是丁国。丙国与丁国都是《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》的缔约国，因此乙的作品在丁国自动取得著作权。但事实上甲在网站上上传的作品仅能在丁国访问，对侵权行为实施地不产生侵权的效果，而是在侵权结果地对作品造成了影响。因此，乙的作品在丙国

没有被侵权。如果“适用丙国法律救济乙在丁国的著作权侵权”，这在逻辑上说不通，也无法得到其他国家的承认和执行<sup>⑤</sup>。

在传统的国际侵权法领域，之所以有一些国家规定侵权行为之债适用侵权行为实施地法，或者规定侵权行为地是指侵权行为实施地和损害结果发生地，是因为这些国家规定了某些行为本身的违法性，一旦实施，即构成侵权。在这种情况下，侵权行为地法就应该是侵权行为实施地法。但在网络国际著作权侵权案件中，如果将被请求保护地法解释为侵权行为实施地法，则会导致侵权行为实施地的知识产权法突破了地域性限制，造成了域外适用的不当扩张。在侵权行为实施地和侵权行为结果发生地分离的情况下，假设一：原告在甲国起诉被告侵犯了他在乙国的著作权，侵权行为实施地是甲国，如果将被请求保护地解释为侵权行为实施地，也就是甲国，适用甲国的法律，基于知识产权的地域性，甲国法不能保护乙国的著作权，最终导致原告败诉。假设二：原告在甲国起诉被告侵犯了他在甲国的著作权，侵权行为实施地是乙国，如果将被请求保护地解释为侵权行为实施地，也就是乙国，适用乙国的法律，基于知识产权的地域性，乙国法不能保护甲国的著作权。因此，在国际侵权法领域，一些国家以行为本身的违法性作为判断是否侵权的依据，但是在国际知识产权法领域，由于知识产权具有地域性，“一国动辄扩大本国知识产权法的域外效力，以实现对本国知识产权的国际保护，则容易导致各国恶性竞争。各国

争相抢夺对国际知识产权案件的立法管辖权，这将会在更大范围内加剧各国法律冲突和现实利益的冲突”<sup>[10]</sup>，将被请求保护地法解释为侵权行为实施地法反而不利于对著作权人权利的救济。

## 2. 被请求保护地不应被解释为共同属人地

一般侵权的冲突规范中当事人的共同属人法的适用也得到一些学者<sup>[11]</sup>或司法实践<sup>⑥</sup>的认可，但笔者认为这种法律适用方法并不合理，法院不能因为当事人的共同属人法为同一国法律而适用该国的著作权法。

(1) 《法律适用法》中没有规定国际知识产权侵权纠纷能够适用当事人共同属人法。如果法官适用共同属人法规则，则难免有法官会逾越立法规定有擅自造法之嫌。(2) 在网络国际著作权侵权纠纷中适用共同属人法与其立法原义不符。一般侵权行为的冲突规范允许适用共同属人法的立法原意是为了防止偶然侵权导致外国法的适用，共同属人法的适用能够简化外国法的查明和提高执行效率。但不能因为侵权人和权利人的经常居住地在同一个国家而在网络国际著作权侵权纠纷中适用共同属人法。在此类案件中，侵权人未经著作权人的同意侵犯著作权的行为的主观心理是故意，而不具有一般侵权行为所带有的偶然性质，不具有适用共同属人法的基础。(3) 从知识产权的地域性来说，适用共同属人法忽略了知识产权在特定地域内独立存在，并独立受该地域法律保护的性质。在网络国际著作权侵权案件中，一国知识产权法保护范围的不当扩张会让判决

有失公平公正。最后，从判决的承认与执行来说，在网络国际著作权侵权纠纷中适用共同属人法的判决可能无法得到侵权结果发生地国法院的承认与执行。不能因为双方当事人具有共同属人法而认为该判决不需要域外法院的承认和执行。法院可能发布被告在侵权结果地的禁令，由于知识产权法具有地域性和公共政策性质，当原告请求侵权行为结果发生地法院承认与执行该判决时，侵权行为结果发生地法院可能认为该判决违反了该国的公共秩序而拒绝承认与执行。

当然，不可否认的是，当原告和被告有相同的经常居住地，他们往往会选择在其经常居所地所在国起诉，适用法院地法。但此时他们适用的法院地法，是当事人意思自治的结果，而不是共同属人法。因此，网络国际著作权侵权纠纷中，不能因为当事人双方有共同属人法，法官直接适用共同属人法对著作权进行救济。

也有少部分学者认为网络国际著作权侵权准据法的确定应当遵循最有利于弱者保护原则<sup>[12]</sup>，结合网络空间带来的新的连结点、一般侵权行为冲突规范的连结点和知识产权侵权冲突规范的连结点，综合考虑确定最能提供合理保护的地方法律为准据法加以认定。但笔者认为，如果要求法官根据自由裁量权对各国知识产权法律保护程度进行价值判断的比较，是否会出现因法官的主观色彩和回家倾向（homeward trend）而适用法院地法问题呢？在一个案件中，应该根据何种标准判断原告和被告哪一方为弱者？而且根据我国司法实践，

在缺乏司法解释明确规定或指导性案例参考的情况下，很容易出现同案不同判的情况，损害法律的确定性。因此，适用有利于保护弱势一方的法律作为网络国际著作权侵权案件的准据法的法律选择方法不可取。

因此，无论是将网络国际著作权侵权案件适用一般侵权冲突规范进行处理，还是将被请求保护地法解释为侵权行为实施地法或共同属人法或采用最有利于弱者保护原则，都不可取。

（三）被请求保护地应是侵权行为结果发生地

大多数学者对于被请求保护地法的研究仅停留在区别法院地法、侵权行为地法、来源国法与被请求保护地法<sup>①</sup>，没有真正关注到被请求保护地的内涵——侵权行为结果发生地。阮开欣教授指出，适用被请求保护地法应当遵循“效果主义”，所谓效果主义，是指侵权行为应当受到效果产生地法律的规制。而且并不以侵权效果的实际产生为前提，仅仅要求侵权效果产生的实质可能性<sup>[13]</sup>。知识产权的实现在于使用知识产权并产生效果，而侵犯知识产权则是指知识产权的实现在被请求保护地产生负面的影响。在美国法学会的跨国知识产权案件的指导原则《知识产权：跨国纠纷管辖权、法律选择和判决原则》（Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Intellectual Property in Transnational Disputes，以下简称《美国法学会原则》）的评论中，对被请求保护地的解释适用了市场导向方法

(market-oriented approach) 认为侵犯版权行为的通常连结点是作品权利所有人市场受到影响的国家<sup>⑨</sup>。而在日本法透明度项目组的《知识产权的管辖权、法律选择、外国判决的承认与执行的透明度提议》(the Transparency Proposal on Jurisdiction, Choice of Law, Recognition and Enforcement for Foreign Judgments in Intellectual Property) 中, 直接采用了市场效应规则取代被请求保护地法作为一般侵权规则主要适用的法律选择方法<sup>[14]</sup>。这两个示范法的实质性内容指出应采用是否在侵权行为结果地产生市场效应来确定准据法。也就是说, 当发生网络国际著作权侵权时, 只要侵权行为对某地著作权的完整产生影响, 就认为该地是受侵权行为影响的市场, 也就是被请求保护地之一。事实上, 侵权行为必然在侵权行为结果地市场产生影响, 遵循效果主义和适用市场导向方法这两种观点大同小异, 都要求将网络国际著作权侵权纠纷中的准据法——被请求保护地法解释为侵权行为结果发生地法。

知识产权具有地域性, 侵犯一国知识产权的行为需落入该知识产权的地域效力范围, 从而才能产生该国知识产权法的适用<sup>[15]</sup>。这需要区别一国法院的管辖权和一国法律的管辖权的不同。对于法院的管辖权来说, 是基于民事诉讼法赋予一国法院对某个案件的司法管辖。对于一国法律的立法管辖权 (prescriptive jurisdiction) 来说<sup>⑩</sup>, 法律保护的是法律空间效力范围内的权利不受侵害, 这与地域性要求一致。一国的法律只能保护在其地域范围内的知识产权, 如果

适用甲国的法律保护在乙国被侵犯的知识产权, 则判决的合理性存疑, 并且会被认为是侵犯了乙国的主权而无法达到判决承认与执行的效果。

版权独立保护原则的含义也是如此, 版权独立保护原则要求作品在一国的权利保护独立于其他国家的保护, 尤其是独立于知识产权的来源国<sup>[16]</sup>。因此, 著作权人的权利在一国境内被侵犯, 应当依据该国法律对著作权提供独立于其他国家的保护。如侵权效果仅发生在甲国境内, 而不是作品的来源地国或侵权行为实施地国, 则应当依据甲国法律为在其境内被侵权的著作权提供救济。

综上, 在网络国际著作权侵权中, 对被请求保护地法的确定应采效果主义, 也就是将被请求保护地法解释为侵权行为结果发生地法并加以适用, 这样才能真正实现“被请求保护地法”的立法目的和价值, 依据被请求保护地法对著作权人的作品提供合理的保护。但必须注意的是, 即使是适用著作权侵权结果发生地的法律处理网络国际著作权侵权纠纷, 也会由于网络空间全球性, 侵权结果可能在多国发生, 而导致多法域侵权行为适用准据法问题仍然处于难以确定的状态。例如, 一旦甲将乙的作品非法上传至开放的网络空间, 世界上任何一个国家的国民都有可能接触到该作品, 就有了实际侵权效果的可能, 将导致凡能接触到该网络链接用户所在国法律的潜在适用。因此, 即使已经通过以上的分析排除了侵权行为实施地法、共同属人法和最有利于保护弱者法律的适用,

得出网络国际著作权侵权纠纷适用侵权行为结果发生地法，也不能够减少可适用的准据法的数量或完全确定适用某一单一准据法，仍可能出现多法域法律同时适用于一案的情况，为适应司法实践的需要，对被请求保护地法仍要进一步加以厘清。

### 三、适用被请求保护地法规则的更新：最密切联系方法

在网络空间发生的著作权侵权，权利人著作权被侵权的结果发生在多个国家，著作权的非登记性也为网络侵犯著作权带来更多的被侵权的可能。网络的无国界也为很多看似属于国内的著作权侵权案件带上国际色彩，原告的请求保护主张可能不仅仅限于一国之内，可能在一个法院同时主张保护其在多国被侵权的著作权。国际知识产权侵权的准据法——被请求保护地法，在处理侵权行为结果发生在两个或以上的国家案件时，会出现适用多个准据法的情况。

被请求保护地规则与知识产权地域性具有紧密的联系。知识产权的地域性原则是为了维护各国在知识产权保护方面的立法主权。但是，随着全球交流和国际贸易流动，知识产权的地域性和被请求保护地规则受到了很大的挑战<sup>[17]</sup>。受影响国家的数量越多，传统冲突法面临的挑战就越大。在知识产权跨国冲突中，具有强烈地域性色彩的被请求保护地规则不再像以前那样能够完美适用于国际知识产权侵权案件，越来越需要更高效精简的法律选择方法。

效率同样是法院在适用法律时要考虑的因素。对法院来说，适用不熟悉的外国法非常困难，尤其是侵权发生在多国，可能要适用好几个国家的法律，加大了法院所面临的外国法查明问题，带来极大的司法压力和资源消耗。《法律适用法》第2条规定的最密切联系原则可以有效解决这一问题，同时各示范法也提出，适用最密切联系地的法律来简化程序达到争议解决的目的，并称其为遍在侵权规则（ubiquitous infringement rule）。区别于传统的知识产权侵权的准据法——被请求保护地法，成为与传统知识产权侵权冲突规范并列的一个条款<sup>⑩</sup>。最密切联系原则能否为我国的司法实践解决网络国际著作权侵权问题提供帮助，需要进一步地分析与考证。

（一）最密切联系方法理论上能适用于网络国际著作权侵权纠纷

我国《法律适用法》规定的最密切联系原则，能够为跨国的侵权案件提供有效选择法律的方案，以避免法院繁重的多个外国法查明的责任。各示范法也有类似的规定，通过遍在侵权规则引入最密切联系方法，该规则的制定由三个条款组成：最密切联系规则、一组有助于确定最密切联系法律的要件、法院适用传统知识产权侵权法律适用方法的例外情况。在德国马克斯普朗克国际私法研究所《知识产权中的冲突法原则》（Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property，以下简称《马普所原则》）中，称其为最紧密联系（closest connection），而在《美国法学会原则》中，法律适用方面的规定具有更强的灵活

性，它只要求适用的法律可以是与侵权有“紧密联系”（close connection）的一个或几个国家的法律。在国际法协会知识产权和国际私法委员会的《知识产权和国际私法指南》（Guidelines on Intellectual Property and Private International Law，以下简称《国际法协会指南》）中则是“特殊的紧密联系”（especially close connection）的国家法律。无论采用何种措辞，都可以将其归为最密切联系原则的体现。

但示范法中将最密切联系规则与被请求保护地法规则并列的做法不妥。在网络国际著作权侵权案件中，最密切联系规则不应是否定被请求保护地法规则的适用，也不是与被请求保护地法规则相平行的法律适用规则。更为合理的适用方法是从多个可适用的被请求保护地法中，通过最密切联系方法找到网络国际著作权侵权纠纷的唯一准据法。这是对被请求保护地法进一步细化的规定，满足了知识产权的地域性和出于简便目的适用单一法律的要求。通过确定与争议最密切相关的国家来获得单一准据法的简化优势，同时尊重知识产权地域性背后的国家主权利益。

对于如何确定最密切联系地，我国有学者认为应参考类案裁判，具体操作在于总结类案裁判规则，引入“适当联系”原则<sup>[18]</sup>。三个示范法则具体指出了确定最密切联系地的主要考虑因素。《马普所原则》<sup>①</sup>《美国法学会原则》<sup>②</sup>《国际法协会指南》<sup>③</sup>都将考虑因素集中在当事人的经常居住地（或主要营业地）和主要侵权行为结果地。

笔者主张，可以依据特征性履行方

法，给法院确定最密切联系地提供一定的参考。例如，双方共同惯常居所地或共同主营业地、侵权行为损害最重地等。双方共同惯常居所地或共同主营业地能够具有确定性，符合当事人的预期，有助于双方进行诉讼准备，减轻法院查明外国法的负担。需要强调的是，笔者同意将双方共同惯常居所地或共同主营业地作为确定最密切联系地的考虑因素，并不是推翻了上文中认为“被请求保护地不宜解释为共同属人地法”的论点。前者是在众多侵权行为结果发生地中寻找双方共同惯常居所地或共同主营业地，是包含关系。后者没有先将被请求保护地定位为侵权行为结果发生地，直接将被请求保护地法解释为共同属人地法，忽略了效果主义。而将侵权行为损害最重地作为最密切联系地，符合效果主义原则，有助于更充分地保护原告的著作权。

之所以要明确这些考虑因素，是为法官提供确定最密切联系地的指引，同时也在一定程度上限制法官的自由裁量权，防止法官为诉讼便利而不加解释地适用法院地法。

（二）最密切联系方法实践中能发挥应有的作用

对网络国际著作权侵权案件适用最密切联系的被请求保护地法规则，从理论上来说是切实可行的，但从研究工作小组收集案例的数据分析表明，可能不需要引入最密切联系方法便能得到单一准据法<sup>[19]</sup>。因为在实践中，原告觉得没有必要提起在其他法域的诉讼请求。“诉讼成本和收益



分析将导致许多小型著作权人仅在一个国家（通常在其住所所在国）提起诉讼，这样他们就可以享受聘任当地律师、熟悉程序规则的诉讼优势，以及可能同情他们的法官和以自己的语言进行的诉讼，也不必担心因为他们是外国版权所有者，外国法院对他们的偏见”<sup>[20]</sup>。在实践中，原告可以在一个特定司法管辖区提起诉讼，并在该司法管辖区获得补救措施的强制执行，通过放弃一部分利益，获得其所需的大部分救济。但这恰恰说明了最密切联系方法存在的必要性，如果原告想要获得更全面的保护，有必要在当地法院提起针对多法域的禁令救济，以实现对其著作权的全球性保护。

法院依据最密切联系的被请求保护地法规则作出的判决，即使上文所概括的原因不能完全覆盖到原告所受的伤害，但根据一国的法律获得的补救措施，将提供可行的尽可能多的救济，除了赔偿，法院会发布禁令，以阻止侵权人在全球范围内的行为，例如，命令从互联网上删除作品。虽然原告无法对在其他国家损害赔偿数额进行举证或者损害赔偿数额难以确定，即便在一国因侵权行为获得赔偿，也不能弥补在其他国家造成的伤害，但只要数额足够高，足以劝阻侵权人采取进一步的类似行为，在一国获得金钱赔偿也具有全球威慑力。

通过最密切联系方法指引所得到的单一被请求保护地法规则，其立法目的是促进全球知识产权侵权判决的执行，并确保可根据单一适用法律对整个国际侵权行为予以救济，在知识产权地域性和域外效力

之间建立起平衡。在网络国际著作权侵权案件中，作品一旦被侵权人非法通过网络进行侵权，则很容易发生全球性质的侵权结果。对于著作权人来说，依据不同法域的法律分别提起诉讼会造成巨大的负担，如果在一国法院根据不同法域的法律提出诉讼请求也会给法院查明外国法带来巨大的困难。因此，适用最密切联系方法，将最密切联系的被请求保护地法适用到整个侵权案件中，更能提高司法效率，及时对原告的著作权提供救济。法院在确定最密切联系地时，可以考虑双方共同惯常居所地或共同主营业地、侵权行为损害最重地等因素。

#### 四、结语

随着网络空间的急速发展，利用网络进行著作权侵权的行为也越来越多。由于网络空间的跨境性，在网络中的一个侵权行为可能在多国产生侵权结果。这为传统的国际知识产权侵权冲突规范带来了新的挑战。传统国际知识产权侵权冲突规范的内容是以被请求保护地法为一般规则，允许当事人在侵权行为发生后意思自治选择法院地法。为此有必要区别法院地法和被请求保护地法，不能将被请求保护地法等同于法院地法而径直适用法院地法。而在网络国际著作权侵权纠纷中，网络空间导致侵权行为实施地和侵权行为结果发生地极有可能位于不同国家，采用效果主义原则，将被请求保护地法解释为侵权行为结果发生地法，以尊重著作权的地域性，避

免没有对当地产生影响的侵权行为实施地法和法院地法的适用。针对网络空间导致的一个侵权行为在多地产生侵权结果，以至于被请求保护地有多个的问题，使用最密切联系方法，考虑双方共同惯常居所地或共同主营业地、侵权行为损害最重地等因素，结合类案裁判，从多个被请求保护地法中选择出单一的与该侵权行为结果发生地有最密切联系的法律，适用于整个纠纷当中，为多法域的侵权行为提供救济，以提高法院的诉讼效率，减轻当事人的诉讼负担，实现判决的全球流动。

#### 注释：

- ①《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第50条：“知识产权的侵权责任，适用被请求保护地法律，当事人也可以在侵权行为发生后协议选择适用法院地法律。”
- ②笔者使用“《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第50条”“网络”“著作权”等关键词在北大法宝网站进行案例检索。截至2022年7月28日，检索结果显示，近三年中相关案例为961件。但大多数并非由于一个侵权行为导致在多法域侵权结果的国际著作权侵权案件，而是由于当事人为境外主体的国际著作权侵权案件。尽管如此，也有前者所属情况的案件，如下文提到的北京爱奇艺科技有限公司、广州市晴光文化传播有限责任公司侵害作品信息网络传播权纠纷。
- ③广州互联网法院(2020)粤0192民初44585-44591号民事判决书。
- ④河南省许昌市中级人民法院(2021)豫10知民

初516号民事判决书。

- ⑤《海牙判决公约》2017年版草案第7条第1款第7项就规定如果知识产权侵权的判决并没有适用其应该受管辖的法律，而是适用了另一个不同的法律，缔约国可拒绝承认与执行。
- ⑥北京市高级人民法院的《关于涉外知识产权民事案件法律适用若干问题的解答》中曾经采取了此种立场，规定双方当事人均为我国自然人、法人，或者在我国均有住所，侵权行为发生在外国的，可以适用我国的著作权法。
- ⑦徐妮娜教授在其《著作权的国际私法问题研究》仅区别了法院地、侵权行为地与被请求保护地。参见徐妮娜著：《著作权的国际私法问题研究》，中国社会科学出版社2015年版，第75-83页。又见阮开欣教授在《知识产权保护的标准法确定——解构被请求保护国原则》中详细区别了被请求保护地法与来源国法的区别。彭思彬则在《涉外知识产权侵权法律适用规范释义与完善》中区别法院地、侵权行为地和被请求保护地。
- ⑧The American Law Institute's (ALI), Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Intellectual Property in Transnational Disputes, 2008, Article 301.
- ⑨笔者认为，“立法管辖权”是指一国制定法律并适用于特定的人、物或行为的权力。参见肖永平.“长臂管辖权”的法理分析与对策研究[J].中国法学,2019(06):39-65.立法管辖权一般与司法管辖权和执法管辖权并列，也有学者称其为“规范管辖权”，参见阮开欣.知识产权保护的标准法确定——解构被请求保护国原则[J].华中科技大学学报(社会科学版),2020,34(06):112-124.此处笔者所指的“法

律的立法管辖权”是指一国法律适用于其调整的特定社会关系的权力。

⑩在多数示范法中，都是这样规定的。Intellectual Property and Private International Law, Kyoto Guidelines, 2020, Article 25,26. And see the American Law Institute’ s, Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Intellectual Property in Transnational Disputes, 2008, Article 321. And see the European Max Planck Group’ s, Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property, 2011, Article 3:603.

⑪CLIP Principles, Art.3:603(2): “(a) the infringer’ s habitual residence; (b) the infringer’ s principal place of business; (c) the place where substantial activities in furtherance of the infringement in its entirety have been carried out; (d) the place where the harm caused by the infringement is substantial in relation to the infringement in its entirety.”

⑫ALI Principles, § 321(1): “(a) where the parties reside; (b) where the parties’ relationship, if any, is centered; (c) the extent of the activities and the investment of the parties; and (d) the principal markets toward which the parties directed their activities.”

⑬Kyoto Guidelines, Art.26(1) “The place where the harm caused by the infringement is substantial in relation to the infringement in its entirety; the parties’ habitual residences or principal places of business; the place where substantial activities in furthering the infringement have been carried out.

#### 参考文献:

[1]彭思彬.涉外知识产权侵权法律适用规范释义与完善[J].武大国际法评论,2020,(04):56.

[2]European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property.Conflict of laws in intellectual property:The CLIP principles and commentary.Oxford:Oxford University Press. 2013,232.

[3]Andrew F.Christie:Private international law principles for ubiquitous intellectual property infringement—A solution in search of a problem? [J].Journal of Private International Law,2017,13, 171.

[4]徐妮娜.著作权的国际私法问题研究[D].武汉大学,2011.104.

[5]阮开欣.论跨境侵犯知识产权的法律适用——以涉外定牌加工问题为出发点[J].上海交通大学学报(哲学社会科学版),2018,(04): 67.

[6]宋晓.重思知识产权的地域性[J].武大国际法评论,2022,(03): 93.

[7]Anita B.Frohlich,Copyright Infringement in the Internet Age—Primetime for Harmonized Conflict-of-Laws Rules?[J],Berkeley Technology Law Journal.2009,24,892.

[8]阮开欣.知识产权保护的准据法确定——解构被请求保护国原则[J].华中科技大学学报(社会科学版),2020,(06):120.

[9]阮开欣.论跨境侵犯知识产权的法律适用——以涉外定牌加工问题为出发点[J].上海交通大学学报(哲学社会科学版),2018,(04):64-65.

[10]宋晓.重思知识产权的地域性[J].武大国际法评论,2022,(03);96.

[11][12]丛立先.论涉外网络版权侵权案件的法律适用[J].东北大学学报(社会科学版),2010,(02):

- 158.
- [13]阮开欣.知识产权保护的准据法确定——解构被请求保护国原则[J].华中科技大学学报(社会科学版),2020,(06):118.
- [14]Paulius Jurčys,Applicable law to intellectual property infringements in Japan:Alternative lex loci protectionis principle[J].International Review of Law,2010,24,200.
- [15]阮开欣.知识产权保护的准据法确定——解构被请求保护国原则[J].华中科技大学学报(社会科学版),2020,(06):122.
- [16]金眉.《伯尔尼公约》述论[J].南京大学学报(哲学·人文·社会科学),1994,(04):157.
- [17]European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property,Conflict of laws in intellectual property:The CLIP principles and commentary.Oxford:Oxford University Press,2013,231
- [18]中国应用法学研究所课题组.涉外知识产权纠纷法律问题研究[J].中国法律评论,2022,(06):185.
- [19]Andrew F.Christie:Private international law principles for ubiquitous intellectual property infringement—A solution in search of a problem?[J],Journal of Private International Law,2017,13,176–177.
- [20]M Trimble,The Multiplicity of Copyright Laws on the Internet[J].Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal,2015,25,401.

## On the Clarification of Lex Protectionis in International Copyright Infringement on the Internet

Xu Xin-yi

*(Law School, Sun Yat-Sen University, Guangzhou 510006, China)*

**Abstract:** In the field of international copyright infringement on the Internet, there is a situation that one infringement act is committed in one country and the consequences of infringement appear in multiple countries, which leads to more than one Lex Protectionis applicable. However, Article 50 of Law on the Application of Law of China only provides general provisions for copyright infringement disputes, and there is a problem of unclear reasoning in the application of the law rules of the requested place of protection in judicial practice. Adopting the principle of effectivism and interpreting the law of the requested place of protection as the law of the place where the result of the tort occurs is more in line with the doctrinal rationality and practical operability. As for the situation where multiple Governing Laws are applicable, it is necessary to further adopt the most significant relationship method to select a single Governing Law from the laws of multiple places where the result of infringement occurs. In order to apply in international copyright infringement cases on the Internet, the most significant relationship method can not only improve judicial efficiency and reduce the litigation burden of the parties, but also realize the global protection of copyright, achieving the convergence of the principle of territoriality of copyright and international private law.

**Key words:** International copyright infringement on the Internet; The law of the place where the infringement occurred; Effectism; The closest contact method

# 数字时代互联网纠纷管辖制度的现状审视与规则完善

贾亚强，刘 畅

(天津市红桥区人民法院，天津 300130)

**摘要：**随着智慧法院建设的不断推进，在线诉讼不再是互联网法院的专利，因“网络特征+传统案由”下管辖权分配的失衡，简易批案过多挤占司法资源，“网上案件网上审”引发了互联网法院案件管辖难题。由于互联网法院仍属基层法院而非专门法院，其仍适用集中管辖而非专门管辖，使得其案件管辖面临规则之困，因此亟须构建突出涉网属性、专业性强、技术性高、契合数字法治逻辑架构的互联网法院管辖体系，并不断完善互联网法院案件专门化管辖体系，充分发挥互联网法院在建立司法运行新模式，实现更高水平数字正义中的突出作用。

**关键词：**互联网法院；涉网纠纷；管辖制度；数字经济；跨区域在线诉讼平台

中图分类号：D916.2

文献标识码：A

文章编号：1674-828X(2023)06-0093-11

杭州、北京、广州互联网法院设立的五年以来，正逐步构建适应数字时代发展的司法治理机制，努力实现从治理理念、诉讼程序、审判模式、裁判规则到制度体系等多维度全方位的法治变革。但需冷静思考的是，随着智慧法院的深度建设，立法与实践表明在线诉讼不再是互联网法院的“专利”，互联网法院开始面临转型升级与功能进化的压力，其管辖范围的合理性遭遇挑战。

## 一、命题提出：“双线诉讼”模式引发的互联网法院管辖之实践困境

互联网法院设立以来，创设了线上纠纷线上审的“双线诉讼”模式，有力地回应了数字经济社会新特点和网络空间治理

的新挑战，为人民法院从“信息化法院”不断迈向“智慧法院”作出卓越贡献。

### (一) 互联网法院案件管辖制度的实践背景与困境

1.时代背景：推动互联网司法规则体系确立。互联网法院成立初期，舆论普遍关注司法效率、便民利民，着力于技术环节的机制探索与平台建设。三家互联网法院从成立之日起至2021年10月31日，共受案35万余件，审结33万余件，在线庭审率93%以上<sup>[1]</sup>，在线诉讼逐步成为常态化实然模式，其与实地庭审相结合形成智能司法模式，颠覆传统审判方式，让“正义提速增效”，显著降低人民群众和企业的解纷成本，极大的迎合了时代挑战，满足了人民群众的司法新需求。五年以来，互联网法院的“双线诉讼”模式为人民法院推导出

作者简介：贾亚强，天津师范大学政治与行政学院博士研究生，天津市红桥区人民法院副院长、三级高级法官；刘 畅，天津市红桥区人民法院审判员，二级法官。

依法治网新规则提供了大量的实践样本，随着最高人民法院“在线诉讼”“在线调解”“在线运行”三大规则的相继发布，互联网司法规则体系已基本建立，互联网法院关于节约成本、减轻诉累、提高效率的重要功能使命也已基本完成。随着在线诉讼在全国普及，普通法院搭载上科技列车实现智慧司法，互联网法院在司法领域“试验田”的地位正在逐渐被消解。

2.现实困境：互联网法院管辖规则亟待转型。笔者对三家互联网法院在中国裁判文书网上公布的文书案由进行梳理，截至2022年6月15日三家互联网法院受案案由分布情况如下（如图1、图2、图3）：

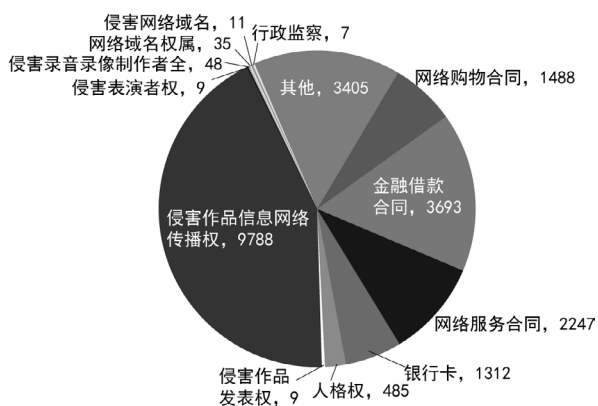


图1 杭州互联网法院受案案由分布图

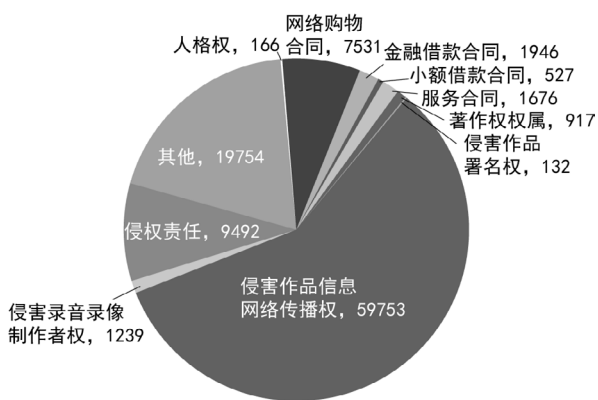


图2 北京互联网法院受案案由分布图

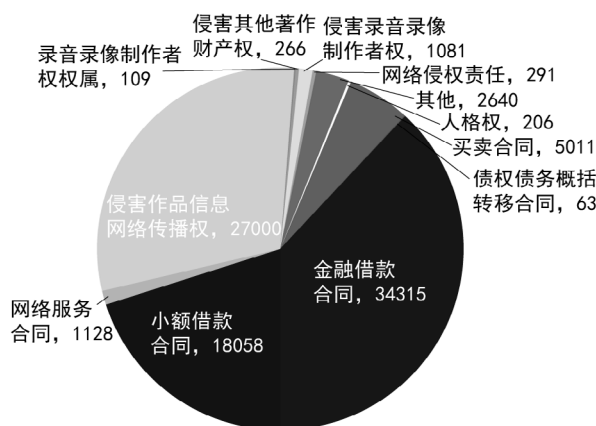


图3 广州互联网法院受案案由分布图

由上图可见，三家互联网法院自设立以来，初期受案数量增长极快，案件类型相对集中于侵害作品信息网络传播权、金融借款合同、小额借款合同、网络服务合同、网络购物合同、侵害录音录像制作者权这六类案由，其他案由则较为分散。之后，案件量增速趋于平稳，案件类型分布逐步分化，并涌现出一批批具有社会影响力的典型涉网纠纷案件。但仔细审视互联网法院五年来的审判实践，发现在做到便民诉讼、规则之治的同时，互联网法院也面临着制约效能提升，专业性和技术性有所欠缺等瓶颈性问题，这些涉网纠纷基于传统的基于物理空间所确定的地域管辖规则极易产生管辖争议，造成互联网纠纷的管辖规则与现有的诉讼制度和规则存在背反。

## （二）互联网法院案件管辖面临的规则之困

互联网法院良好的发展需要明确其管辖范围，通过上文的案由统计分析，可见互联网法院对审判规则的探索受限于其管辖范围，目前的受案范围未能体现其专门性与特殊性，未拥有审判事项的管辖垄断性，具体呈现以下问题：

1.管辖依据的合法性存疑。《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》（以下简称《规定》）第2条对互联网法院的受案范围进行“集中管辖”作出了规定。但《规定》作为司法解释其法律效力层级低于法律，在整体缺乏法律授权的情形下，互联网法院的“集中管辖”陷入尴尬境地。另外，“集中管辖”易与级别管辖冲突，由于欠缺上诉审互联网法院，体制体系不完备，同一案件由互联网法院作为基层法院通过在线诉讼进行一审后，二审上诉至普通中级人民法院仍采用传统线下审理，使得涉网纠纷难以获得程序适用和实体裁判的“一以贯之”。

2.管辖规则疏于抽象。《规定》第2条以“网络特征+传统案由”的方式确立了互联网法院“集中管辖”的特定十一类案由，这样的表述在互联网法院设立初期具有一定合理性，但由于网络空间的虚拟性、信息交互性，随着司法实践的不断检视，传统的针对物理空间的诉讼理论、规则、原则并不能完全适应网络空间的现实需要。由于数据形态与大多数传统权利客体均会交叉，交易、服务、技术模式创新都会围绕数据处理展开，呈现出大量纠纷带有“互联网色彩”的现象，未能体现审判对象及审判技术的专门化，形成了一系列“网络”特性的地域管辖难题。

3.管辖案由设置过窄。伴随着经济社会的数字化、网络化、智能化而形成的新型涉网纠纷案件具有点多、面广、量大、易发等特点，其行为具有“隔空”性，诉讼活动具有“虚拟”性，不同于物理空间

纠纷，故难以被“网络特征+传统案由”的方式完全覆盖，仍有大量涉网因素案件因不在该十一类案由范围内而未纳入互联网法院管辖，易造成案件“无管辖”或法院“争管辖”等问题。

4.管辖连结点过于泛化。互联网法院实行立案、审判等环节全流程在线，但现实中的矛盾纠纷往往涉及多个法律关系并存，法律关系复杂且相互交织，此类案件是否归互联网法院管辖存在审查难题。由于《规定》并不能对案件类型有效区分，无法区分相关案件的具体特征，不利于法院司法统计。且会存在由互联网法院和普通法院交叉受理的情况，易造成类案不同判的负面结果。

综上所述，《规定》第2条设置的互联网法院“集中管辖”范围难以适应数字时代互联网法院的功能定位要求，亟须调整优化互联网法院管辖范围，并探索完善互联网法院案件专门化审判体系之出路。

## 二、原点定位：互联网法院案件管辖规则与功能定位之演变

《规定》第2条确定的互联网法院“集中管辖”的受案范围基本涵盖了民事经济活动中发生较为频繁的涉网纠纷。一方面，这种以人为本、便民诉讼成为互联网法院设立的出发点和落脚点；但另一方面，这种批量速裁的涉网纠纷完全可交由普通基层人民法院管辖审理，互联网法院应当集中精力对新型、疑难案件细致审理，以助推数字经济繁荣，促进网络空间

治理。基于此，有必要去探寻互联网法院管辖范围的演变过程及功能定位。

### （一）互联网法院案件管辖规则之演变

随着司法实践的不断积累，互联网法院的职责使命已从设立之初的“网上案件网上审”逐步过渡到“推进数字治理法治化”。作为创新型法院，互联网法院的功能是动态且多元的，其案件管辖范围需在数字法治规律和需求中动态发展。

1.管辖规则之来源。我国较为系统的互联网司法实践，始于2015年8月上线的“浙江法院电子商务法庭”。2017年5月，杭州铁路法院集中管辖该地5类涉网民事纠纷案件。8月，杭州互联网法院设立并集中管辖该地6类涉网纠纷案件。2018年9月，《规定》出台，第2条正式确立了互联网法院对十一类涉网纠纷案件“集中管辖”。北京互联网法院和广州互联网法院于当月分别设立。2021年4月，成都互联网法庭成立（如表1）。另外，目前全国还有上海长宁、深圳福田、山东高院、四川郫都等部分互联网法庭根据实际需要适度突破了《规定》第2条的“集中管辖”范围，以更好的服务数字经济、创设规则之治。

三家互联网法院的设立，使十一类涉网纠纷从现有的普通基层人民法院的审判体系中剥离。由互联网法院对十一类涉网纠纷“集中管辖”，是国家站在发展战略全局的高度，加强网络空间治理体系和治理能力现代化建设的重要手段，亦使互联网法院成为构建新型在线诉讼规则、制定涉网裁判规则的“试验田”。

由表1可知，互联网法院的案件管辖范

围并非一蹴而就，而是顺应时代大潮之变采用逐步增加案由的方式。对于“集中管辖”范围，中央深改委首先为网上试点法庭、互联网法院划定部分涉网民、行纠纷案由进行管辖，再由最高人民法院根据互联网法院几年来的运行实践逐步发现某种涉网纠纷数量激增且适宜由互联网法院审理，以司法解释的形式通过列举法逐步增类。

2.管辖规则之变革。随着“数字产业化、产业数字化”的发展，互联网司法治理的方向发生了巨大变化，必须从单纯化解涉网纠纷演变为推进全域数字治理。互联网法院的管辖规则也需有效回应经济社会发展所提出的新挑战、新需求，以积极探索符合新阶段功能定位的专门化管辖体系。故，在全国法院已具备在线审理的软、硬件条件的前提下，宜将部分案情简单、法律关系明确的案件仍归于普通基层人民法院审理，而将具有规则示范引领作用的涉网纠纷归于互联网法院审理，以便使互联网法院真正发挥其创造“更高水平数字正义”的作用。

### （二）互联网法院的功能定位

管辖规则所确定的受案范围直接决定互联网法院受案数量与质量<sup>[2]</sup>，若要优化互联网法院的案件管辖范围，需首先厘定互联网法院本身的功能定位。

1.是特别法院而非专门法院。遵循法院设置法定原则，我国专门法院按照“中央批准+立法决定”的模式设立。互联网法院的设立依据是中央深改委审议通过的一系列方案。除此之外，全国人大常委会相关决定及修订后的《人民法院组织法》均



表 1 互联网法院案件管辖范围之发展脉络

时间	文件名	适用法院	管辖范围
2015年8月	无	“浙江法院电子商务网上法庭”	杭州市西湖区人民法院、滨江区人民法院、余杭区人民法院及杭州市中级人民法院为试点法院，管辖杭州地区网络支付纠纷、著作权纠纷、网上交易纠纷及其上诉案件。
2017年5月	浙江省高级人民法院《关于杭州铁路运输法院集中管辖杭州地区部分涉网案件的通知》（浙高法〔2017〕70号）	杭州铁路运输法院	自2017年5月1日起集中管辖杭州地区以下五类涉网一审民事案件：1.网络购物合同纠纷；2.网络购物产品责任纠纷；3.网络服务合同纠纷；4.网络著作权纠纷；5.在互联网上签订、履行的金融借款合同纠纷和小额借款合同纠纷。
2017年6月	中央全面深化改革领导小组第三十六次会议审议通过《关于设立杭州互联网法院的方案》	杭州互联网法院	集中管辖杭州市辖区内基层人民法院有管辖权的6类涉互联网案件，分别是：1.互联网购物、服务、小额金融借款等合同纠纷；2.互联网著作权权属、侵权纠纷；3.利用互联网侵害他人人格权纠纷；4.互联网购物产品责任侵权纠纷；5.互联网域名纠纷；6.因互联网行政管理引发的行政纠纷，以及上级法院可以指定杭州互联网法院管辖其他涉互联网民事、行政案件。
2018年7月	中央全面深化改革委员会第三次会议审议通过《关于增设北京互联网法院、广州互联网法院的方案》	北京互联网法院 广州互联网法院	分别管辖北京市、广州市辖区内应当由基层人民法院审理的下列案件：1.互联网购物、服务合同纠纷；2.互联网金融借款、小额借款合同纠纷；3.互联网著作权权属和侵权纠纷；4.互联网域名纠纷；5.互联网侵权责任纠纷；6.互联网购物产品责任纠纷；7.检察机关提起的涉互联网公益诉讼案件；8.因对互联网进行行政管理引发的行政纠纷；9.上级法院指定管辖的其他涉互联网民事、行政案件。
2018年9月	《最高人民法院关于互联网法院审理案件若干问题的规定》（法释〔2018〕16号）	三家互联网法院	第2条、第3条、第4条
2018年9月	北京市高级人民法院《关于北京互联网法院案件管辖的规定》	北京互联网法院	第1条、第2条
2018年9月	广东省高级人民法院《关于广州互联网法院案件管辖的规定》	广州互联网法院	第1条、第2条
2021年4月	四川省高级人民法院《关于成都市、德阳市、眉山市、资阳市辖区内互联网案件集中管辖的通知》	成都互联网法庭	第1条

未从立法层面明确肯定互联网法院的法定地位，《宪法》及三大诉讼法亦未明确互联网法院的功能定位，且互联网法院的组织人事体制与普通基层法院无异。因此，就目前的情况来看互联网法院仍属普通法院体系而非专门法院。但互联网法院设立的目的是“构建适应互联网时代需求的新型诉讼规则”和“推动网络空间治理法

治化”这两个基点，因此，可认定互联网法院为“集中管辖”特定案由涉网纠纷的“特别法院”。

2.是集中管辖而非专属管辖。管辖规则一方面顺应了互联网法院设立初期的数字社会治理需求并发挥其制度优势，“集中”整合了司法资源以促进审判质效提升、统一裁判尺度，激发互联网法院审理

大批具有规则确立、示范先导意义的涉网纠纷；但另一方面，基于“集中管辖”将涉网纠纷一揽子全部归属互联网法院并将其停留在“基层”的探索导致当事人将以互联网作为连接点的案件全部交由互联网法院管辖，造成互联网法院审判资源挤兑，浪费了原本用来审理网络空间价值引领意义案件的审判人员精力，使原本通过互联网法院审理具有依法治网意义“专而精”的典型案例以彰显其提升网络空间治理能力的规划设计在现实中掣肘，“集中管辖”的独特制度优势未免落于窠臼。

### 三、进路优化：构建契合数字法治逻辑架构的互联网法院管辖体系

在数字经济时代，数据是经济社会发展的重要资源，其表征和践行着财产性利益的内涵<sup>[3]</sup>，数据是涉网纠纷中复合型、多层次的法律关系的基础，亦是区别于传统法律关系最鲜明的特点。对于涉网数据纠纷，亟须建立专门的管辖规则体系去处理，因此，构建契合数字法治逻辑架构的互联网法院管辖体系，需以凸显其有别于普通基层法院的管辖规则为根本宗旨。

#### （一）确定互联网法院案件管辖的基点

构建契合数字经济时代法治逻辑架构的互联网法院案件管辖体系可以依据以下两个思路进行探索，第一步，将涉网特性突出、利于规则确立、专业技术性强的特定类型纠纷和部分二审互联网纠纷案件纳入互联网法院管辖范围，以确保管辖规则演变的阶梯性；第二步，重构适应数字经

济时代需求的互联网管辖制度，并与传统法院的地域管辖规则并行于两个空间<sup>[4]</sup>。

构建契合数字经济时代法治逻辑架构的互联网法院案件管辖体系的前提是明确互联网法院案件管辖的基点。首先，要注重稳定性。对于当前技术环境下互联网所派生的新的连接因素可作为确定互联网法院网络管辖权的考量因素，但经由网址确定的地理位置由于其不具有稳定性尚不宜单独作为新的基点。其次，要遵循“两便原则”。由于在线诉讼可降低地域位置的依赖性，异步审理突破了庭审时间的限制，互联网法院语境下“两便原则”的诠释需被注入新的活力，即降低时空成本因素的影响，转向与纠纷是否有实际联系，是否利于纠纷解决的实质性标准。最后，要平衡法院负担。需结合互联网法院的案件受理数与法官人均结案的承载能力综合考量法院管辖情况，避免法官过重负荷。

#### （二）厘定互联网法院案件管辖范围的标准

《规定》第2条采用“网络特征+传统案由”的方式列举了十一类案由使互联网法院的案件管辖面临着规则之困，因此，亟须剥离互联网的“外衣”，对其管辖范围进行优化调整，重新定位其管辖标准，以符合推动程序与实体双重创新的内涵。

1.核心标准：从实体法层面讲，互联网法院受理的案件需有助于推动构建新型互联网诉讼规则和提速网络空间治理法治化进程。一方面，要管辖实质涉网纠纷案件。对于案件在事实认定或法律适用中存在互联网特性且行为发生在线上的案件应

被纳入涉网纠纷。这主要包括两类：一是互联网技术介入导致传统法律关系、权利义务表现形式发生重大变化的“强互联网关联案件”<sup>[5]</sup>，如网络侵害人格权、个人信息安全保护等纠纷；二是纠纷因互联网的数字化、智能化、网络化而产生，未有传统法律关系能与其形态有效对应的“互联网专属案件”<sup>[6]</sup>，如软件和数据权属、网络安全、算法设置等纠纷，将这类纠纷纳入互联网法院管辖有利于服务我国建设网络强国、数字中国的战略目标。另一方面，要排除非实质涉网纠纷案件。这类案件虽有互联网介入的事实，但仅是传统法律关系在互联网上的一般呈现的“泛互联网案件”，其不影响传统法律关系的厘清与认定，适用的规则也可遵照传统普通法院的管辖规则<sup>[7]</sup>。

2.补充标准：从程序法层面讲，互联网法院审理的案件需适宜在线诉讼，其受理的案件从其法律关系的难易程度、证据存在的形式等因素考量其与在线诉讼审理模式相适配。首先，适宜在线诉讼的纠纷。主要事实和争议焦点在网上形成，法律关系适宜在线诉讼，证据的产生、存储和审查可均在互联网上进行的民商事案件，但应排除家事案件。其次，适宜网络新技术类型化应用的纠纷。互联网法院的发展，离不开算法支持、大数据集成、区块链存证、人工智能辅助等网络新技术的持续数字赋能，对于适宜使用该类网络新技术辅助法官进行要素化、类型化、批量化审理的案件应纳入到互联网法院管辖范围，以利于新一代互联网技术场景在人民法院的

落地生根。最后，适宜探索扩大域外管辖权的纠纷。建议提请全国人大常委会决定授权，对互联网法院进行重大涉外涉网纠纷管辖试点，探索将域名、IP地址、网络服务器等与网络传输有关的连接点作为互联网法院涉外案件管辖连接点以扩大域外管辖权。

（三）审定互联网法院部分受案案由的优化与调整

互联网法院的职责使命从平台建设、机制改革逐步向完善互联网专门化审判体系的方向迈进。基于此，互联网法院的受案案由也应着重突出其“互联网特性”，宜将以下几类管辖案由作为受案的重点并进行优化与调整：

1.增添“网络平台信息网络买卖合同纠纷”。2019年实施的《电子商务法》第9条第2款对电子商务平台经营者的含义作出了规定。根据该条规定，电子商务平台系指如京东、天猫、苏宁易购等电商平台。实践中，部分信息网络买卖合同并非通过专门的电子商务平台签订，而是买卖双方通过微信、微博等社交平台或如小米商城、华为商城等自建网站签订。通过社交平台或自建网站签订的网络买卖合同纠纷不属于互联网法院的管辖范围<sup>[8]</sup>。故建议增添“网络平台信息网络买卖合同纠纷”，系买卖双方通过专门的电子商务平台签订或履行的合同，属于互联网法院的管辖范围。

2.增添“网络居间、服务合同纠纷”。随着数字产业化、产业数字化及新业态的发展，越来越多的服务合同已由线下的签订、履行转移至线上。建议增添“网络居

间、服务合同纠纷”，专门处理消费者与网络平台、服务商之间发生的纠纷。对于“线上线下交叉纠纷”，若双方争议部分是线上服务内容，则应由互联网法院以网络服务合同为案由管辖<sup>[9]</sup>。

3.细化“著作权权属、侵权纠纷”。北京互联网法院的著作权权属、侵权纠纷案件数量持续处于高位，应充分发挥诉源治理作用，加强法院与版权人、管理人、使用人、平台各方共同参与协同治理。因知识产权法院对计算机软件民事案件已形成较为成熟的审理模式，故建议将“著作权权属、侵权纠纷”案由项下的“计算机软件著作权权属纠纷”归由知识产权法院专门管辖。

4.识别“互联网公益诉讼”。根据《规定》第2条第9项内容，检察机关提起的互联网公益诉讼案件，受互联网法院的“集中管辖”。该条未对互联网公益诉讼案件属于民事还是行政案由进行限制。但民事诉讼法的解释第283条第一款明确了民事公益诉讼案件属于中级人民法院的管辖范围，亟须通过法律或司法解释对检察机关提起的互联网民事公益诉讼是否属于互联网法院管辖进一步明确。

5.新增“互联网数据和虚拟财产的合同、权属、侵权纠纷”。互联网法院所管辖的案件具有虚拟性、跨地域性等特点，因此探索由互联网法院管辖专业性强、技术性高的涉网纠纷具有必要性和恰当性。《中华人民共和国民法典》第127条已对虚拟财产、数据的保护进行了赋权，部分没有传统法律关系能与该纠纷形态有效对

应的纠纷，可统一归口为互联网技术催生的数据法律关系纠纷并纳入互联网法院的“集中管辖”<sup>[10]</sup>。

6.扩大可受理的涉网行政案件范围。基于互联网法院对涉网行政纠纷的审判经验不断充实，可将受理的涉网行政纠纷范围扩大，即具有互联网管理职能的行政主体针对互联网事务、互联网行为等作出行政行为，由此产生的行政争议纠纷均可视为互联网行政诉讼案件，如涉互联网行政许可产生的行政纠纷等。另外，可类比民事诉讼的管辖规则，对互联网法院在管辖区域与管辖连接点上作出调整，实现从“地域”到“网域”的突破，当行政相对人为互联网企业时，可以企业所在地的互联网法院起诉；当原告为一般自然人时，可选择在网络平台所在地的互联网法院起诉。

7.探索受理涉网刑事案件。由于目前全国多地看守所和监狱已与各级人民法院建立起远程视频专网，因而管辖网络刑事案件具有良性实践场域，且具有降低押解风险、节约人力物力的优势<sup>[11]</sup>。对于互联网法院管辖刑事案件的探索，目前可采取渐进式路径，即对案情简单、事实清楚、证据确实充分且判处刑罚较轻的简单网络刑事案件，尤其是适用速裁程序、减刑假释的案件作为突破口探索由互联网法院管辖<sup>[12]</sup>。

#### 四、出路探索：完善互联网法院的专门化案件管辖体系

“惟改革者进，惟创新者强，惟改革创新者胜。”互联网法院由于在现行程序

法框架内面临着欠缺设置依据和准确定位等境况从而导致其管辖范围亟需调整等问题。只有对互联网法院的性质定位加以明确，使其跳出“特别法院”的尴尬境地，真正成为具有改革创新探索功能的新型法院，才是解决其“集中管辖”所面临一系列问题的“治本之法”，方能构建出契合数字法治逻辑架构的互联网法院管辖体系。

（一）在宏观上确认互联网法院为与传统法院并行的新型法院地位

与设立初期为当事人提供诉讼便利、在线庭审的“数字法院”不同，互联网法院是与传统法院并列的“实体”法院。尽管近年来有不少学者主张将互联网法院定位为专门法院<sup>[13]</sup>，但事实上互联网法院是与传统法院并行的新型法院，其与专门法院产生的时代背景和基础存在差异。首先，二者面向对象不同，互联网法院面向网络空间领域，而专门法院面向物理空间；其次，二者设立标准不同，互联网法院受理因互联网行为产生的各类民、行纠纷，属于集中管辖，而专门法院以审判专业化为标准，其理念基础、模式、程序与传统法院相同；最后，二者发展前景不同，专门法院难以摆脱地域特点，只在个别地方设置，而互联网法院基于新技术优势，具有跨行政区划和地域的特点，易将区域内甚至全国内案件统一管辖。基于以上原因，不宜将互联网法院再定位为传统法院中的专门法院，而由于互联网法院的设立系经中央深改委（组）审议通过方案、由最高人民法院设立、其设立属于重大改革事项的基层法院，因此，宜将其定位为与传统

法院并行的新型法院。

（二）在中观上依法授权试点赋予互联网法院更大价值的管辖范围

互联网法院涉及到我国司法体制、诉讼制度、审判程序、裁判规则等方面的重大创新，其改革应当于法有据，应以法律或全国人大及其常委会的明确授权为依托。可对互联网法院进行“授权试点”，暂时“调整适用”诉讼法的相关条款，使其在实践中的一系列突破与创新于法有据，并赋予其较之专门法院更大价值的法律地位。

目前，三家互联网法院在层级上仍属于基层人民法院，二审由其所在地中级人民法院管辖，易造成一、二审法官在审判理念、诉讼程序、裁判规则等方面难以统一，因此可考虑将三家互联网法院改造为上诉审法院，在所辖范围内受理特定类型的涉网一、二审纠纷<sup>[14]</sup>，另在普通基层法院中设立若干一审互联网法庭，以保证互联网司法体系的统一。该互联网法庭不受行政区划限制，一审法庭和上诉审法院也无需在地域上对应，具体的案件管辖、案件量、人员设置可由最高人民法院统筹安排，形成科学有序、有效衔接、分层递进的互联网法院审判格局。

另外，可借鉴四级法院审级职能定位的改革试点经验，对涉网纠纷设立多元审级制度，即对于重大疑难复杂、双方争议较大且关键证据未适用区块链存证的案件，实行一、二审和有条件的再审；对于已适用区块链存证且当事人无法推翻的，可仅实行一、二审；对于案情简单、争议

不大、标的较小且已经适用区块链存证的，实行一审终审制。

（三）在微观上构建全域在线诉讼平台以突破传统地域管辖规则

涉网纠纷的特点之一是跨地域性，“线上纠纷线上审”更不能简单地适用传统地域管辖原则。探索设立跨行政区划的人民法院，为互联网法院突破地域管辖，在全国范围内行使管辖权提供政策依据。可通过试点的方式，根据案件类型、案件数和承办法官数，对部分互联网法院管辖案件进行全国或跨区域统一管辖。具体来讲，可通过构建全域在线诉讼平台的方式化解三家互联网法院间以及与其他普通法院互联网法庭间的外部地域限制。当事人可通过登录该全域在线诉讼平台入口进行立案登记，使当事人面对同样的司法技术与程序权利，再通过法院内部依据案件类型、难度对案件进行分流，形成专业化、类型化审判。这样在全域在线诉讼平台内的分案和审判，有利于通过算法和数据库，保证数据共享、信息透明，促进类案同判，总结探索新型审判规律。另外，可将各地普通法院的互联网法庭接入全域在线诉讼平台，使得普通法院更好的利用互联网法院在“科技赋能”下探索出新的审判方式和审理规则，提升互联网审判专业化水平。可见，平台突破时空限制，实现了案件归口管理、统一审理，发挥了实时互联、业务协同、资源共享的优势。目前，浙江法院建设的“全域数字法院”正是全域在线诉讼平台的缩影，平台整合基层法院资源，案件全流程各环节由特定承

办法官负责；集约市域司法资源，实现两级法院司法事务的重新组织与司法资源的统筹调配；重构省域司法机制，使“审判庭”不再是实体化、建制化的审判庭，而是“线上协同作业共同体”<sup>[15]</sup>。

## 五、结语

改革意味着尝试与突破，互联网法院的建立在全面深化改革背景下开辟了司法改革的新领域，经由实践的不断探索和规则的持续优化，互联网法院将逐步走向成熟，其工作重心和特点亦从“在线审理”过渡到致力于重大司法技术创新和互联网领域的规则治理。互联网法院在案件管辖范围上凸显案件的专门性是其长治发展的必由之路。优化互联网法院案件管辖范围，将对充分发挥互联网法院在建立司法运行新模式和服务网络强国战略的作用，促进互联网和经济社会深度融合，实现互联网法院高质量发展，为世界贡献为互联网司法模式的中国智慧、中国力量和中国方案有所裨益。

### 参考文献：

- [1]景汉朝.互联网法院的时代创新与中国贡献[J].中国法学,2022,(4):54.
- [2]刘哲玮,李晓璇.互联网法院管辖规则评述[J].经贸法律评论,2019,(5):130.
- [3]杨惟钦.价值维度中的个人信息权属模式考察——以利益属性分析切入[J].法学评论,2016,(4):71.

- [4][10]洪学军.关于加强数字法治建设的若干思考——以算法、数据、平台治理法治化为视角[J].法律适用,2022,(5):144-147.
- [5][6][7]刘峥.推进互联网司法建设的四个重点[N].学习时报,2021-10-27(2).
- [8][9]杨艳,张培森.关于北京互联网法院案件管辖与立案审查的思考[J].经贸法律评论,2019,(3):124-126.
- [11]张素敏.新时代背景下互联网法院诉讼机制的反思与重构[J].上海法学研究(集刊),2021,(5):252.
- [12]自正法.互联网法院管辖网络刑事案件的可能与限度[J].宁夏社会科学,2020,(3):78.
- [13]肖建国,庄诗岳.论互联网法院涉网案件地域管辖规则的构建[J].法律适用,2018,(3):22.
- [14]何帆.新时代专门人民法院的设立标准和设置模式[J].中国应用法学,2022,(3):62.
- [15]李占国.“全域数字法院”的构建与实现[J].中外法学,2022,(1):10.

## Examination of the Current Status and Improvement of the Jurisdiction System for Internet Disputes in the Digital Age

Jia Ya-qiang,Liu Chang

*(Tianjin People's court of Hongqiao District,Tianjin 300130,China)*

**Abstract:** With the continuous progress of the construction of smart courts,online litigation is no longer the exclusive domain of Internet courts.

Due to the imbalance in the distribution of jurisdiction under the“network characteristics+traditional causes of action”,too many simple cases occupy judicial resources, and the“online trial of online cases”has caused difficulties in the jurisdiction of Internet courts.As Internet courts are still grassroots courts rather than specialized courts,and they apply centralized jurisdiction rather than exclusive jurisdiction,the original plan to showcase their ability to improve cyberspace governance by trying cases with significant implications for governing the internet according to law and being“specialized and proficient” is constrained in reality.Therefore, it is urgent to establish a jurisdiction system for Internet courts that highlights network-related attributes,highly professionalism,high technicality,and conforms to the logical framework of digital governance.At the same time,it is necessary to continuously improve the specialized jurisdiction system for Internet court cases to fully play the prominent role of Internet courts in establishing a new judicial operation model and achieving a higher level of digital justice.

**Key words:** Internet courts;Internet-related disputes;Jurisdiction system;Digital economy;Cross-regional online litigation platform

# 对智能手机的电子数据取证的法律规制

——以保护隐私权为切入点

韩雪梅

(中国人民公安大学 法学院, 北京 100038)

**摘要:** 智能手机在日常生活和打击犯罪中扮演着重要角色, 智能手机的电子数据取证对象具有双重性、取证内容具有无限性、取证过程具有复杂性。我国存在取证过程不完善、取证范围不明确、取证后缺乏救济机制等问题, 这极易侵犯公民隐私权。其他国家对其作了特别规定, 要求遵循令状原则、比例原则, 加强事后救济。基于此, 我国有必要从明确取证范围、遵循比例原则、完善取证程序、加强事后救济等方面加以规制, 以充分保护公民隐私权。

**关键词:** 智能手机; 电子数据; 取证过程; 隐私权保护

中图分类号: D915.3

文献标识码: A

文章编号: 1674-828X(2023)06-0104-09

现今, 已经步入信息时代, 智能手机成为生活的必需品, 它涉及到生活、工作的方方面面, 与衣食住行紧密相连。智能手机在为我们日常生活带来便利的同时, 也滋生出新的犯罪, 犯罪分子不仅利用智能手机进行诸如网络诈骗、网上赌博、网络传销等犯罪活动, 也利用智能手机储存犯罪证据。智能手机里的信息是海量的, 既可以储存录制的视频和音频、拍摄的照片、出行的轨迹, 也会留下通话记录、网页浏览记录、聊天记录、转账记录等大量个人信息, 可以反映出一个人的方方面面, 这些信息即使格式化也可以被还原。智能手机的电子数据是证据宝库, 侦查人员对智能手机的电子数据进行取证是获取情报和关键证据的一个重要手段。但是, 侦查人员在取证时, 既接触与案件相关的信息, 也接触与案件无关的隐私信息,

难以把握犯罪证据的范畴, 如果不对取证过程加以严格限制, 极易侵犯公民的个人隐私, 因此, 对取证过程进行法律规制是不容忽视的司法问题<sup>[1]</sup>。

关于智能手机的电子数据取证的法律规定, 我国与其他国家相比处于滞后状态。1979年及1996年修订的《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)都没有把电子数据列为证据种类, 2012年修订的《刑事诉讼法》首次增加电子数据作为法定证据种类的一种, 但并没有明确电子数据取证程序。2012年最高人民法院颁布的《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》第93条明确了电子数据取证方法包括勘验、检查、搜查, 但是并未对其进行区分, 也未对具体实施程序进行规定。2012年最高人民检察院颁布的《人民检

2019年度国家社会科学基金青年项目“辅助证据的证据规则研究”的阶段性成果, 项目编号: 19CFX044。

作者简介: 韩雪梅, 女, 中国人民公安大学法学院2021级法律(非法学)专业硕士研究生, 主要从事刑事诉讼法学研究。



察院刑事诉讼规则（试行）》规定电子数据为侦查机关提取、查封、扣押的对象。2016年最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》明晰电子数据的概念和种类，全面规定了电子数据的收集与提取、移送与展示、审查与判断的方法和程序。其中第7条要求对电子数据取证应当由2名以上侦查人员进行；第14条规定，电子数据取证时，应当对其进行录像。2019年公安部颁布的《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》第2条要求公安机关在对电子数据取证时应当确保电子数据的真实完整。现有司法文件中，关于相对人合法权益的保障、防止公安机关滥用权利等问题几乎没有进行规定，也没有规定对智能手机的电子数据取证的批准条件和非法取证排除规则。取证过程中存在的问题，以及如何限制侦查权和保护相关当事人的合法权益值得进一步探索。

## 一、智能手机的电子数据取证的特征

智能手机的电子数据取证不同于一般实物证据，其自身有着一系列特征，这些特征使得取证要求更高。如果不掌握这些特征，对智能手机的电子数据取证时就极易损害其真实性，也会侵犯相对人的隐私权。

### （一）取证对象的双重性

传统搜查是指对物理空间进行搜寻，包括人身、物品、住处和其他有关的地方，仅局限于肉眼可见且感官可感知的范围。扣押智能手机是获取智能手机的电子数据的前提，

智能手机是电子数据的载体，手机虽是实物可被直接感知，但所包含的电子数据是无形的，需要采取一定的技术手段才可获悉。因此，其取证过程分为两个部分：一是对原始储存介质即智能手机进行搜查、扣押，这一过程涉及财产权。在实务中，抓捕犯罪嫌疑人后，一般都会先检查其随身携带的手机，并进行扣押；二是对智能手机内难以用感官直接感知的电子数据进行收集和提取，并且为了保证数据的完整性，侦查人员会对智能手机里的全部数据进行镜像备份<sup>[2]</sup>，这一过程涉及隐私权。在实务中这一过程需要将手机带回办案场所，采用专业技术手段获悉与犯罪相关的信息。

### （二）取证内容的无限性

电子数据是在案件发生过程中形成，以数字化形式存储、处理、传输的，能够证明案件事实的数据。智能手机的电子数据所承载的信息量与传统实物证据不同，传统实物证据所承载的信息量是有限的，储存在物理空间内。智能手机的电子数据所承载的信息量是无限的，既包括在断网状态下储存在手机存储设备本体里的数据，譬如储存在相册里的照片、备忘录里的笔记等；也包括联网状态下，可转移和可控制的云数据。譬如智能手机在联网之后，可以搜索到上传到云端的微信聊天记录、储存在网盘里的各种资料、出行软件的购票记录等，其所涉及的内容是无限的<sup>[3]</sup>。英国社会组织“隐私国际”于2018年3月发布报告《数字截停与搜查》，在引言开篇提出了移动电话搜查对警察和公民的重要性——警察搜查完你的人身和全家获得的信息

远远比不上搜查完你的手机获得的信息<sup>[4]</sup>。

### （三）取证过程的复杂性

传统实物证据能够被侦查人员直接感知，在犯罪现场就能分辨出是否与案件有关，从而决定是否对其进行取证，并且取证过程也相对简单。比如对一个钱包的取证，侦查人员对其进行搜查，只需打开便可得知是否有必要对其进行扣押。智能手机的电子数据则不同，一方面，电子数据无法被侦查人员直接感知，仅凭感官无法完全掌握全部有效信息，也无法分辨是否与案件有关，需带回办案场所。另一方面，涉案手机设置密码复杂，既包括锁屏密码、支付密码、文件加密等，涉案人员不配合时，需侦查机关对其进行专业性解锁，耗时耗力。在实务中，一般是先扣押手机，再通过专业技术手段对手机里的电子数据进行取证。

## 二、我国对智能手机的电子数据取证存在的不足

现今，我国信息化程度高度发达，国家公权力与公民个人权利之间的冲突已经从公权力对公民自由、财产权等传统权利的侵犯转向对公民隐私权的侵犯<sup>[5]</sup>。然而，我国相关立法并没有规定如何保障相对人的隐私权，对智能手机的电子数据取证程序没有专门的法律规范，即侦查人员取证时没有特别程序的限制。在司法实务中，对权利的保障、对侦查权的限制都有待进一步完善。

（一）对智能手机的电子数据取证不需要经过特别审批

2019年最高人民检察院颁布的《人民检察院刑事诉讼规则》和2020年公安部颁布的《公安机关办理刑事案件程序规定》规定，搜查必须经过检察长或县级以上公安机关负责人批准，然而，这一规定只针对实物证据以及人身、场所的搜查，不包括对智能手机的电子数据的搜查。这也就意味着，只要侦查人员通过合法手段取得犯罪嫌疑人的智能手机，就可以对智能手机中的电子数据随意搜查。关于智能手机的电子数据搜查的启动条件，目前我国没有作出限制，也就是说我国侦查人员无论面临何种性质的违法犯罪案件，都有权自行决定是否对智能手机的电子数据进行搜查，无需经过任何人或部门同意，也没有检察机关的监督，这对公民隐私权的保障极为不利。实践中拘留、逮捕犯罪嫌疑人时，侦查人员都会扣押其随身携带的手机，并要求其提供手机密码，对手机中的电子数据进行搜索。

（二）对智能手机的电子数据取证范围不明确

根据前文所述，智能手机的电子数据取证内容具有无限性，法律也没有规定对智能手机的电子数据进行搜查需要经过审批，因此智能手机的电子数据的取证范围得不到任何限制。不同于其他电子设备，智能手机的电子数据取证手段相对简单，只需要解锁密码就可以看到手机内的全部数据，将手机内的数据信息进行收集、提取也是不需要专业技术即可完成。《公安机关办理刑事案件电子数据取证规则》第3条只规定了电子数据的取证方式，而具体的取证范围完全由办案人

员自行裁量，笔录文书也并未要求记录具体取证内容。尽管笔录要求记载取证的原由、对象、过程等重要事项，但是在实务中却只对实际已经搜集到的证据进行记录，对取证过程中办案人员所接触和获取的信息一无所知，得不到限制和监督，对取证的范围缺乏一个相应的控制<sup>[6]</sup>。

### （三）对智能手机的电子数据取证程序不完善

我国现行法律规定，搜查必须出示搜查证，执行搜查的公安机关人员不得少于2人，必须有见证人在场监督并且在搜查笔录上签字或者盖章。然而，以上规定的对象是实物证据以及人身、场所，并没有对智能手机的电子数据取证程序进行规定<sup>[7]</sup>。首先，取证主体不明确，对智能手机的电子数据进行取证需技术人员借助一定技术手段，但是在司法实践中，一般都不把扣押的手机送到技术科进行取证，而是由相关办案人员直接翻看<sup>[8]</sup>。其次，法律只规定应由两名以上侦查人员对原始存储介质进行取证，但是对电子数据取证时并没有此要求，这样就无法实现侦查人员之间的监督。智能手机的电子数据内容又具有隐私性、海量性、无限性，极易出现侦查人员获取与案件无关信息的情况。最后，忽略了对智能手机的电子数据取证过程的法律规制，既没有规定取证过程需全程记录，也没有规定要有见证人见证取证过程，这将直接侵犯相对人的隐私。

### （四）对智能手机的电子数据取证后缺乏救济机制

法彦曾说“无救济则无权利”，也就是

说如果某项权利没有有效的救济措施，人们就没有真正享有该项权利。对智能手机的电子数据取证直接涉及隐私权、个人信息权等基本权利，相关的救济机制需要不断完善。然而，目前我国对智能手机的电子数据取证后的救济途径明显不足。首先，我国《刑事诉讼法》第117条规定，当事人和辩护人、诉讼代理人、利害关系人对于司法机关及其工作人员对与案件无关的财物采取查封、扣押、冻结措施的，可以向该机关申诉或者控告。该条只规定了对财物即实物证据查封、扣押、冻结的救济措施，并不包含对智能手机的电子数据的收集与提取。其次，根据《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1条的规定，行政诉讼的受案范围不包括刑事侦查行为。因此，刑事侦查行为侵犯公民权利时，公民无法借助行政诉讼来救济自身权利。另外，2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部等联合颁布的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》明确了非法证据排除规则，2012年《刑事诉讼法》又进一步细化了非法证据排除规则，但是非法证据排除规则并不适用于电子数据。我国对智能手机的电子数据取证后没有完善的救济机制，救济途径几乎为零。

### 三、其他国家对智能手机的电子数据取证的比较考察

对于如何更好地保护隐私权，各国都在积极探索，因为各国历史背景、文化传统及

立法模式存在很大差别，因此呈现出多元化状态。由于对智能手机的电子数据取证可能严重侵犯公民的隐私权，因而各国普遍通过立法和判例对该问题作出特别规定，同时设置严格的适用条件。

（一）其他国家对智能手机的电子数据取证的法律规定

#### 1.美国对智能手机的电子数据取证的规定

美国在对智能手机的电子数据取证方面，在20世纪提出了电子数据取证的“二阶段搜索模式”。由于电子数据信息量大，查阅需要一定的时间，因而在现场只对电子储存介质进行扣押，将其带回办案场所再借助一定的电子设备对储存介质中电子数据进行搜查<sup>[9]</sup>。美国奉行令状原则，有判例要求搜查智能手机的电子数据必须向法官申请搜查令，并说明准备搜查的电子数据具体内容，并且只能搜查与案件有关的信息。如果在搜查过程中发现其他涉嫌新罪的证据，必须申请新的搜查令，否则搜集的证据将被排除<sup>[10]</sup>。

以赖利案为例。赖利涉嫌枪击案，警方在对其进行逮捕时，还扣押了其随身携带的一部智能手机，并获取了手机中的电子数据，从电子数据中发现了赖利有罪且有加重量刑情节。赖利以违反宪法第四修正案为由诉加利福尼亚州政府，初审法院驳回该动议，加利福尼亚州上诉法院支持初审法院，但美国联邦最高法院明确执法人员对犯罪嫌疑人实施逮捕并对智能手机的电子数据进行搜查的前提是获得搜查令<sup>[11]</sup>。如果在合法逮捕犯罪嫌疑人后需要对手机进行无证搜查，必须是在于保护警察的安全和防止犯罪嫌疑

人销毁隐匿有罪证据。在本案中联邦最高法院九位大法官一致认为，仅扣押犯罪嫌疑人的手机就能确保执法人员的安全，也能实现保全证据的目的<sup>[12]</sup>。在本案中，联邦最高法院也确立了例外原则，即在紧急情况下，经合法逮捕可以在没有搜查令的情况下搜查犯罪嫌疑人的手机。

#### 2.德国对智能手机的电子数据取证的规定

德国国会针对执法机关获取电子数据作出新的规定，在查清案件事实确有必要时，侦查人员获得法院批准后可以对电子数据取证。在迟延可能发生危险时，才可以由检察机关批准。在德国，扣押、搜查都属于强制处分，对其规定了法官保留制度，原则上只有在法院命令的情况下才能对智能手机的电子数据进行扣押、搜查，若延迟会有危险时，检察院及其侦查人员才可直接对其进行扣押、搜查，事后犯罪嫌疑人也可申请法院审查。德国对电子数据取证有相对完善的司法救济制度，针对侦查人员的取证行为，相对人可以向法院申请司法审查。《信息与通信服务法》等相关法律赋予当事人就隐私权受损害的问题提起独立诉讼、寻求司法救济的权利。

#### 3.法国对智能手机的电子数据取证的规定

法国将智能手机与电子数据区分，电子数据称为“信息数据”，存储介质称为“实物依托”。法国对智能手机电子数据取证的相关规定主要包括：一是预审法官享有搜查权，且应当事先通知检察官，是否一同搜查由检察官自行决定；二是智能手机的电子数据取证的范围不限于存储介质内固有的数

据，即在断网状态下存储在智能手机内的信息，还可以搜查联网状态下存储在其他信息系统内的电子数据；三是扣押的电子数据存储介质应当由司法部门管理。执法人员应当按照检察官或预审法官的指令，将对相关人员的人身、财产或隐私有危险且已经拷贝的电子数据删除。执法人员若认为有必要需继续扣押电子数据的，应当经检察官或预审法官同意<sup>[13]</sup>；四是《法国刑事诉讼法典》规定了执法人员未经权利人同意泄露电子数据的刑事责任，还规定了有关单位和个人提交电子数据的强制义务以及不履行该义务的刑事责任。

## （二）其他国家对智能手机的电子数据取证的借鉴经验

### 1. 遵循令状原则

令状原则是指侦查机关在实施可能侵犯公民权利的侦查行为之前，必须获得司法机关签发的令状才可进行，并且要严格根据令状的要求实施侦查行为，否则该行为属于非法行为，获取的证据也将被认定为非法证据予以排除。因此，为防止执法机关滥用侦查权，有的国家对智能手机的电子数据搜查需要签发搜查令，经过法官审批，且在搜查令上写明搜查的内容。令状原则在智能手机的电子数据取证方面从以下两个角度发生作用：一是对智能手机的电子数据扣押、搜查应当存在合理依据。譬如《美国联邦宪法修正案》第4条规定：“公民的人身、住宅、文件和财产免受无理搜查和扣押的权利不受侵犯，除非存在合理根据，并以宣誓或代誓宣言作保证，不得签发令状”<sup>[14]</sup>。二是将智能

手机的电子数据的取证对象特定化，避免概括性搜查。这就要求办案人员在获取智能手机时要证明该设备与犯罪事实有关系，手机内可能含有犯罪的相关信息，同时在取证时也要按照令状规定的具体取证范围即与犯罪事实有关的内容。

### 2. 遵循比例原则

比例原则是对国家公权力和公民个人权利的界限进行划分时所要遵循的基本原则。比例原则包括三个子原则：一是适合性原则，即国家机关实施的每一个措施都应有利于法定职能目标的实现；二是必要性原则，如果有两种以上措施可以达到某一目标，则必须采取对公民个人权利影响最小的措施；三是相称性原则，只能采用对公民个人权利损害较小的手段来保护较大的国家利益。因此，有的国家对智能手机的电子数据取证严格遵循比例原则，只适用于较为严重的犯罪，并且只有在传统侦查措施无法查明案件时才能对智能手机的电子数据进行搜查。对智能手机的电子数据取证会侵犯公民隐私权，如果使用该手段侦查轻微犯罪将违反相称性原则，因为会导致对公民权利的损害大于保护的国家利益。如果采用非强制性或者传统侦查手段就可以查清案件真相的话，就不可以采用强制性侦查手段和特殊侦查手段。对智能手机的电子数据扣押、搜查作为一种强制性、特殊性侦查手段，只有在传统侦查手段无法查明案件时才能适用，否则违反必要性原则。

### 3. 相对完善的救济制度

各国都有各种不同的司法救济制度。在

德国，针对侦查人员对智能手机的电子数据取证的行为，当事人可以向法院申请司法审查。个人隐私权受到侵害时，当事人可以向法院提起独立诉讼。大部分国家以非法证据排除作为主要的救济途径，在美国，当事人可以通过向法院或者警察提出取证程序异议，申请排除非法证据。另外，各国还制定了其他救济措施，在英国，民事诉讼的范围包括违法侦查行为，当事人的隐私权遭受侵害时，根据行为的性质和侵害的严重程度可以获得一定的民事赔偿。在法国，侦查人员如果未经权利人同意泄露智能手机的电子数据，将会承担相应的刑事责任。

#### 四、我国对智能手机的电子数据取证的法律规制

正如前文所述，智能手机内包含大量个人隐私信息，对智能手机的电子数据进行取证容易侵犯个人隐私权。因此，我国应该加强对隐私权的保护，对侦查人员随意搜查犯罪嫌疑人手机的做法进行规制，在未来立法时有必要对智能手机内的数据信息建立更加完善的保密机制，完善关于智能手机的电子数据取证的法律机制。

##### （一）明确对智能手机的电子数据取证的范围

为保护公民隐私权，国家在立法上应当限制侦查机关对智能手机的电子数据的取证内容，只对与案件有关的信息进行取证。首先，由于智能手机内既包含与案件有关的信息，也包含与案件无关的个人隐私信息。因

而，对于确有必要搜查智能手机中电子数据的案件，应当优先搜查与通信的具体内容无关的信息，例如，电话号码、拨打电话的起止时间、发送短信的时间和号码、联系人名称等与公民隐私关联程度低的信息。关于微信聊天记录、短信的内容、备忘录的内容等与通信具体内容有关的信息，有初步证据证明与案件有关时才可搜查<sup>[15]</sup>。其次，需要用令状原则来约束取证范围，不能采用地毯式搜查。如有的国家，对智能手机的电子数据取证必须先获得司法机关签发的令状即法官的批准，在令状中明确取证的具体内容。我国也应该建立类似制度，如需对智能手机的电子数据进行搜查，应当先出示初步证据证明所要搜查的电子数据与案件有关，然后向司法机关申请且说明所要搜查的具体内容，经批准后才可进行搜查，取证范围不可以超出审批范围。

##### （二）对智能手机的电子数据取证应遵循比例原则

由于智能手机的电子数据取证对象具有隐私性和海量性，对其取证可能严重损害公民权利，因此，只有在确有必要的前提下才能采用该种手段且需严格遵循比例原则。首先，由于搜查智能手机属于强制性侦查措施，只有在严重刑事案件中才能对智能手机的电子数据进行搜查，在轻微刑事案件或者普通行政违法案件中则不能采用这一手段，否则可能违反相称性原则。轻微刑事案件或行政违法案件的社会危害性比较小，对其进行打击所保护的国家利益不大，而对智能手机的电子数据进行搜查可能会损害公民隐私

权，不符合相称性原则的要求。其次，对刑事案件而言，在初查阶段不能对智能手机的电子数据进行搜查，刑事案件立案以后才能对智能手机的电子数据进行取证。根据我国相关法律规定，刑事案件在立案之前，侦查机关需要进行初查来判断是否符合立案标准。《公安机关办理刑事案件程序规定》强调了在初查阶段只能适用任意性侦查措施，不可适用对公民权利损害较大的强制性侦查手段，搜查智能手机对公民隐私权损害较大，很显然不适宜采用此种手段。

### （三）完善对智能手机的电子数据取证的程序

首先，取证前应当获得司法机关的授权，防止传统内部授权所导致的权力滥用。对智能手机的电子数据取证会侵犯公民的通信自由和通信秘密，因此，应当规定侦查机关在取证之前需获得司法机关签发的令状，由司法机关进行授权，防止取证权力被滥用，从而有效保护公民隐私权。其次，应当细化取证手续的内容，令状的书写要格式规范、内容要详细，写明搜查的原由、具体内容、救济措施等。再次，取证的主体应当为两人以上，确保两人互相监督，保证程序的正当性和合法性，并且取证主体应当经历过专业培训，由具有执法资格的专业技术人员进行取证。最后，应当合理限制取证的时间，明确规定何种情况下才可延长。由于取证过程具有复杂性，可能会耗时过久，一直对公民智能手机进行扣押，会侵犯公民财产权和隐私权。因此，应当规定合理的取证期限，避免出现故意延迟，保证侦查过程的正

当性，只有在具有正当理由的情况下才可延长取证时间。

### （四）建立对智能手机的电子数据取证的救济机制

如前文所述，智能手机的电子数据直接涉及公民的个人隐私，取证权力一旦被滥用，将使公民隐私权遭受重大损害。首先，应当强化取证后的司法审查，防止办案机关滥用权力，对采用非法手段取得的智能手机的电子数据必须予以排除。如《奥地利刑事诉讼法典》第140条第1款规定，搜查、扣押电子通信数据必须符合法定的条件和程序，否则，搜查、扣押所得的证据不得用作认定案件事实的根据<sup>[16]</sup>。其次，为了保障被取证人的权利，并对侦查机关的取证行为进行规范，对智能手机的电子数据取证应当适用非法证据排除规则。但是，适用排除规则不能采用一刀切的做法，对于通过无证搜查且严重侵犯公民个人权利的方式所取得的电子数据，禁止作为定案根据；对于那些通过侵害行为较小的瑕疵行为取得的电子数据，可以允许办案人员补正，能够补正的可以不予排除。最后，要完善《国家赔偿法》，扩大国家赔偿的范围，不仅人身权或财产权受到侵犯时可以获得国家赔偿，公民隐私权受到侵害时也能获得国家赔偿。

### 参考文献：

- [1]陈永生.论电子通讯数据搜查、扣押的制度建构[J].环球法律评论,2019,(01):5.
- [2]谢小剑,朱春吉.论智能手机中电子数据检查的隐私权保护[J].法治论坛,2020,(03):100.

- [3]魏玉婷. 智能手机电子数据搜查的法律规制[D]. 山西大学,2021.
- [4]郭旨龙. 移动设备电子搜查的制度挑战与程序规制——以英美法为比较对象[J]. 法学杂志,2020,(03):102.
- [5]陈永生. 刑事诉讼中搜查手机的法律规制——以美国赖利案为例的研究[J]. 现代法学,2018,(06):148.
- [6]王志刚. 论电子数据提取笔录的属性与适用[J]. 证据科学,2014,(06):668-677.
- [7]孔丽君. 隐私期待理论下手机搜查的比较分析及法律规制[J]. 湖北工程学院学报,2021,(04):115.
- [8]夷冰倩. 智能手机中刑事电子数据搜查规范研究[J]. 公安学刊(浙江警察学院学报),2019,(04):78-79.
- [9]陈永生. 论电子通讯数据搜查、扣押的制度建构[J]. 环球法律评论,2019,(01):6.
- [10][14]陈永生. 电子数据搜查、扣押的法律规制[J]. 现代法学,2014,(05):115.
- [11]陈永生. 刑事诉讼中搜查手机的法律规制——以美国赖利案为例的研究[J]. 现代法学,2018,(06):140.
- [12]董世平. 个人信息保护视角下的电子数据取证[D]. 山东大学,2020.
- [13]朱一博. 电子数据搜查、扣押的法律规制[D]. 西南政法大学,2018.
- [15]陈永生. 计算机网络犯罪对刑事诉讼的挑战与制度应对[J]. 法律科学(西北政法大学学报),2014,(03):151.
- [16]池颖,蒋毅. 奥地利刑事诉讼法典[M]. 北京:检察出版社,2016.31.

## Legal Regulation of Electronic Data Forensics in Smart Phones ——Privacy Protection as an Entry Point

Han Xue-mei

*(Law School, People's Public Security University of China, Beijing 100038, China)*

**Abstract:** Smart phone plays an important role in daily life and combating crime. The electronic data forensics objects of smartphones have dual nature, the content of forensics is infinite, and the forensics process is complex. In China, there are problems such as imperfect evidence collection process, unclear scope of evidence collection, and lack of relief mechanisms after evidence collection, which seriously infringes on citizens' right to privacy. Foreign countries have made special provisions for them, requiring them to follow the principle of writs and proportionality, and to strengthen post-event relief. Based on this, it is necessary for China to regulate from the aspects of clarifying the scope of evidence collection, following the principle of proportionality, improving evidence collection procedures, and strengthening post-event remedies, so as to fully protect citizens' right to privacy.

**Key words:** Smart phone; Electronic data; Evidence collection process; Privacy protection