

天津法学

Tianjin Legal Science

(季刊)

编委会主任：张亮 陈忠杰

编委会副主任：杨明光 于浩明

编委会委员：（按姓氏笔画为序）

马立民 王吉林 古津贤 史学瀛 付士成

吕凯 刘士心 刘晓梅 刘晓纯 刘海滨

齐恩平 孙佑海 孙学亮 杨惠 杨文革

肖强 吴春雷 宋华琳 陈灿平 郝磊

侯欣一 俞风雷 薛智胜 魏健馨

主 编：杨明光

副 主 编：张博华 朱冬玲

编辑部主任：张颖

主管单位：中共天津市委政法委员会

主办单位：天津公安警官职业学院
天津市法学会

2023年第1期 / 第39卷 / 总第153期

天津法学

Tianjin Legal Science

(季刊)

2023

3

第 39 卷 / 第 1 期 (总第 153 期)

2023 年 3 月 15 日出版

· 法律史学 ·

中国现代法律程序观念的缘起

——基于“中国近现代思想史专业数据库（1830-1930）”的考证……………涂明君 贾锡萍（5）

· 学术热点 ·

数据迁移的反垄断法规制探析……………孙浩（13）

刑民交叉视野下合同诈骗罪裁判路径探究

——以 179 份无罪判决为样本……………陈思思 侯文静（23）

欧盟涉外人工智能侵权冲突规范的新发展……………刘阳（33）

· 法学研究 ·

我国促进型立法的文本考察与完善路径……………张志远 史凤林（45）

税收法定原则下的行政立法：容许性、类型与范围 徐楠芝 (54)

视频侦查行为的证据法域考察 胡 进 (61)

互联网涉毒犯罪防范对策探究 宗丽媛 (68)

袭警罪中“暴力”的法教义学解构 戈启坤 (75)

中国环境风险监管制度的架构新探 张 丹 (83)

· 法治理论与实践 ·

信用惩戒中行政权的边界

——基于 636 份裁判文书的实证分析 陈劲竹 (92)

再论虚假仲裁案外人的权利保护：实证检视、立法比较与路径优化 ... 颜 韵 (102)

主管单位：中共天津市委政法委员会

地 址：天津市西青区精武镇陈台子路 88 号

主办单位：天津公安警官职业学院

邮政编码：300382

天津市法学会

电 话：(022) 58786530

出版单位：《天津法学》编辑部

传 真：(022) 58786530

主 编：杨明光

电子信箱：tianjinfx@126.com

副 主 编：张博华 朱冬玲

发行范围：国内外公开发行

编辑部主任：张 颖

邮发代号：6-285

国际标准刊号：1674-828X

印刷单位：天津市好彩数码印刷有限公司

国内统一刊号：CN12-1416/D

电 话：(022) 86280321

出版日期：2023 年 3 月 15 日

定 价：10 元

Tianjin Legal Science

NO.1 Vol.39 (General Serial No.153) 2023

Date of Publication: Mar.15th, 2023

The Origin of the Concept of Modern Legal Procedure in China

——Textual Research Based on the "Professional Database of Chinese Modern Ideological History (1830-1930)"

..... Tu Ming-jun Jia Xi-ping

The Analysis on Anti-monopoly Law Regulation of Data Migration Sun Hao

Research on the Judgment Path of Contract Fraud Crime from the Perspective of Cross

between Crime and Civil Affairs——Based on 179 Acquittals as Samples

..... Chen Si-si, Hou Wen-jing

Research on EU Conflict Rule of International Artificial Intelligence Infringement

..... Liu Yang

The Textual Examination and Improvement Path of Chinese Promotional Legislation

..... Zhang Zhi-yuan, Shi Feng-lin

Administrative Legislation under the Law-based Taxation: Admissibility,

Type and Scope Xu Nan-zhi

Investigation on the Evidence Jurisdiction of Video Investigation Hu Jin

Research on the Countermeasures of Internet Drug-related Crimes Zong Li-yuan

The Legal Doctrinal Deconstruction of "Violence" in the Crime of Assaulting Police

..... Ge Qi-kun

A New Approach to the Framework of Environmental Risk Regulation

System in China Zhang Dan

Research on the Boundaries of Administrative Power in Credit Discipline

—— An Empirical Analysis Based on 636 Judicial Documents Chen Jing-zhu

Re-Discussing the False Arbitration Outsiders Rights Protection Mechanism:

Empirical Examination, Legislative Comparison and System Perfection Yan Yun

英文校译：李梦凡

中国现代法律程序观念的缘起

——基于“中国近现代思想史专业数据库（1830-1930）”的考证

涂明君，贾锡萍

（中共天津市委党校 党的学说与党的建设教研部 300191）

摘要：程序是现代社会重要的法律概念。古汉语中有体现权力的礼法“程式”，没有现代意义上保障权利的法律或治理“程序”。1910年前后，汪荣宝等在主修《民事诉讼律草案》过程中创生“程序”一词，1911年初经沈家本等呈奏清廷，《政治官报》《东方杂志》等随之出现“程序法”，程序一词公开面世，保障司法进程不被干涉和两造平等权利的中国现代程序观念由此发端，但仅限于纸面而非实践。法律程序和一般性程叙在共生共用约一年后，在法律程序观尚未充实其权利和公正内涵，尚未被真正和广泛接受的情形下，1912年吴稚晖主编《读音统一会进行程序》并由各省官报公示，将程序概念泛化为过程、路线、计划、纲领、步骤，实践上识字层面散播了程序观念，同时也弱化了程序的理论正当性基础，这不利于法律程序理念的纯化发展。

关键词：程序；汪荣宝；梁启超；程叙；《民事诉讼律草案》

中图分类号：K251

文献标识码：A

文章编号：1674-828X(2023)01-0005-08

程序是现代法律^[1]和国家治理^[2]的重要范畴。古汉语中有“程式”一词，没有现代意义上的“程序”^①。1910年前后清末立宪运动中汪荣宝等修律团队创生“程序”，保障司法进程不被干涉和两造平等权利的中国现代程序观念由此发端。这不仅是中国法律史，也是政治制度史、社会治理史和思想观念史的一个基础性事件。本文利用“中国近现代思想史专业数据库（1830-1930）”（以下简称“思想史数据库”），探究论证中国现代程序、尤其是法律程序观念的缘起。

一、1909-1910年汪荣宝主修《民事诉讼律草案》孕育“程序”

关于预备立宪，如果从整个国家治理现代化的角度来看，显然存在很多问题：范围极其有限，所投入的物力和人力远远不足、不彻底等等；但如果仅从个人或小团体来看，那么参与预备立宪的知识人所取得的成就还是有其可称道之处，他们为法治

现代化、制度现代化、治理机制和观念现代化作出了一些思想性贡献，做了一点文字准备工作。汪荣宝就是其中的一个杰出代表。

汪荣宝曾经在1903年留日期间和叶澜合作编写《新尔雅》，最早解释了现代政法“手续”的意涵和用法，“手续者，经历一定方法之谓，如立法必先发案、次议决、次公布是”^[3]，促进了现代手续观在中国的形成本来——中国古代其实连手续这个词也没有。但手续这一术语过分依赖于国家权力的强制权威性，且其正当性不完全等同于道德，以梁启超为代表的知识分子和汪荣宝自己并不乐意接受：“手续为日本名词，颇难得相当之译语，故袭用之”^②。翻阅《汪荣宝日记》的过程中，我们会觉得身兼法律馆、资政院、法制院数职的汪荣宝^③与远在日本的梁启超隐隐约约存在着一种未曾谋面的互动。

比如，梁启超在《官制与官规》中认为筹备案中的官制应关注法规，汪荣宝于农历五月二十八日“与柳溪（李家驹）谈外间对于《行政纲目》之批

基金项目：国家社科基金后期资助项目“国家治理体系和治理能力现代化视域下的程序观念百年演变及其当代价值”（18FSH004）。

作者简介：涂明君，男，中共天津市委党校教授，辽宁工业大学研究生导师，研究系统治理、现代中国学。

贾锡萍，女，中共天津市委党校党的学说与党的建设教研部主任，教授，研究党政管理。

评，并论官制官规问题”^[4]，看来对梁的“外间”批评不无首肯。另，梁启超质疑资政院章程中用“法典”一词有将新旧法律分开之嫌，“有意将旧章之法律改为法典”^[5]，汪荣宝则称“法典与法律不可如此强行分别，《院章》‘法典’二字即是法律之意”^[6]，并特意解释之所以用法典一词是“对命令而言之，非对单行法而言之也”^[7]，间接但是极其明确地驳回了梁的质疑。而对于梁启超所不满意的将“手續”译为“手续”，汪荣宝在修改《民诉律草案》的一开始就有相关类似想法：“以《民诉律》内所用术语多承袭东人名词，思酌量改易，……反复斟酌，卒不能一一得确译之字，始叹制作之难^[8]。”由此看来，汪荣宝与梁启超真是“英雄所见略同”。

体制外的梁启超不满手续之译时可以暂时放下，体制内的汪荣宝则恪尽职守继续深究。据多方考证可以确认，《民诉律草案》原稿为法律馆所聘日本专家松冈义正用日文所拟。汪荣宝1909年农历三月初八到1910年底花了大量时间修正日方专家起草的初稿，除了第120-200条在第二阶段交由修订法律馆第二科的同仁修正外，其它阶段、其他部分均由汪荣宝修改修正。可大致认为：松冈义正与汪荣宝在沈家本的领导下拟定《大清民事诉讼律草案》。1909年农历三月二十三日，汪荣宝“与许叔伊（许同莘）商榷共任修正《新刑律案》文句”^[9]，五月二十二日“到修订法律馆，与冈田博士商榷法律（《诉讼律》）名词，酌定数十语^[10]。”而且还“属博士列表，用誊写板刷印，分饷同馆诸人^[11]。”汪和冈田议定的这张表，第一次确定了中国现代诉讼法（包括民事诉讼法和刑事诉讼法）名词。在随后反复修正定稿的《大清民事诉讼律草案》和《大清刑事诉讼律草案》中，“程序”一词不仅大量出现，而且出现的位置也很重要醒目。尤其是《大清民事诉讼律草案》，其目录即以表明诉讼法主要体现为对程序的规定。特摘录如下：

第三编 通常诉讼程序（自一百六十八条至六百七十七条）

（第一章）……

第五节 诉讼程序之停止

第三章 初级审判厅之诉讼程序

第四章 上诉程序

第一节 控告程序

第二节 上告程序

第三节 抗告程序

第五章 再审程序

第一节 控告程序

第四编 特别诉讼程序（自六百十八条至八百）

第一章 督促程序

第四章 公示催告程序

（第五章）

第一节 禁治产宣告程序

第二节 准治产宣告程序

第三节 婚姻事件程序

第四节 亲子关系事件程序

由上已可看出，《民诉律草案》共四编，其中两编之标题，即一级目录有一半标题都有“程序”；800条法条，程序性条款为673条。“沈家本等”在“跪奏”给皇帝和摄政王的奏折及附件中写道^①：“所有名词，半多创制，改易再三，始克告竣。椎轮之作，固不敢遽信为完善，而比掣损益，亦不敢不力求精详。谨逐条加具按语，诠释详明，免滋疑误。”^[12]这些苦心创制的名词中，程序无疑是最重要的创造，奏折的主要内容，就是对“通常程叙”和“特别程叙”作说明解释：“惟法庭责无旁贷，案牍绝少牵连，庶两造有平等之观，而局外免波及之虑。至诉讼费用必有所归，或预为征收，或事后交纳，亦关系当事人之权利义务者也……诉讼既与程序迭进，以主义言之，则有司法审理、书状审理、直接审理、间接审理诸名目；以阶级言之，则有第一审、上诉审、再审之区别……此关于通常程叙之宜规定者三也”^[13]，两造平等，这是形成诉讼反馈循环的前提条件，这份奏折用程序保障司法过程公正和两造的平等权利，是现代程序观、现代法治观、现代治理观。

《刑事诉讼律草案》与《民事诉讼律草案》大致同时编制，汪荣宝参与不多但依然与董康同为负责人。该草案更多采用“诉讼程式”“告劾程式”之类的表述，但第五编的标题还是用到了程序：“特别诉讼程序”，包括“大理院特别权限之诉讼程序”“感化教育及监禁处分程序”等。显然，刑诉草案中出现的“程式”，体现了公法式观在当

时有相当影响；而其中出现的“程序”，或受汪荣宝影响。换言之，现代程序孕育于传统程式之中。

与西方有千余年的法律理性传统和数百年自然法权利、科学精神孕育的现代程序相比，中国现代程序观念如果从1902年梁启超《新民说》和1903年汪荣宝《新尔雅》对“手续”的解释算起的话，其胚胎发育期只有不到十年时间，而真正的结胎成形，只有1907到1910年的短短四年时间。它在孕育期间所处的政治环境，是慢吞吞的预备立宪；它所汲取的文化营养，是来自日本有限的君主立宪民权观。由以上可以大致得出这样一个印象：这个已经结胎的程序观念总体而言具有现代性，但其文化要素中包含了不少传统程式的基因片段，且孕育时间偏短，孕育期即营养不良。但无论如何，法律程序概念已经在诉讼法的准备过程中孕育成形，即将面世。

二、1911年“程序”作为纯粹法律术语公开面世

程序的公开面世是辛亥年春节之后：二月十七日（公历1911年3月17日），《政治官报》在《宫门抄》上发布了一则极其简短的通报：“二月十六日……法部奏筹画各级审判厅提前办法并本年实行事宜事单一件奉”^[14]。皇上的批复很简单：“旨该衙门知道”^[15]。事实上，法部十六日上的奏折并非只有一份，而是数折。文海出版社后来出版《政治官报》的目录上写作《法部奏遵旨筹画各级审判厅提前办法等折》^[16]。这些奏折并非仅仅规划了宣统三年的事宜事单，而对宣统四年的筹划也进行了简单汇报。在宣统四年的清单中，出现了“拟订非讼事件程序法”。这份奏折迅即被当时极有影响的媒体《东方杂志》转载^[17]。虽然只是拟订数年后制定而非当年制定，更非颁行；只是纸面上的文字而非法律实践；只是非讼事件程序法而不是更显要的其他法律，更不是宪法，很不起眼，但这是“近现代思想史数据库”中最早出现的“程序”一词，或可象征程序观念之正式公开问世。

上面这份奏折清单提供的信息极其有限，但结合其他资料，可以确认该处“程序”改自“手续”，“程序法”改自“手续法”，“非讼事件程

序法”改自“非讼事件手续法”。证据如下：1910年10月27日，邮传部主事陈宗蕃上书朝廷，对一些法律的拟订提出了反对意见：“……登记法、非讼事件手续法之类，更无论矣”^[18]，即认为非讼事件手续法之类的法律不是那么切近，还远未到需要制定的时间。

“手续法”的用法，最早见之于梁启超1906年所译《论法律之性质》。1907年张之洞直接批判过沈家本和伍廷芳拟订的“手续法”草案。礼理之争是清末修律过程中一个较为重要的大事件，可以想象，清末的思想精英、政治精英在争论中对“诉讼法”“手续法”的说法必然较为熟悉，至少并不陌生。而在1911年之后，“手续法”的用法依然持续了数年。如杜亚泉等人1913年《“十年以来”中国政治通览》中仍有“则因向来于实体法、手续法无区别之故”^[19]，1914年汪叔贤《论平政院》中“民刑事诉讼法之手续法”“行政诉讼法（手续法）”等4处。^[20]1914年以后再无“手续法”一说。

为什么1911年会出现程序法对手续法的不完全取代？理由前文已经涉及：梁启超和汪荣宝为代表的知识分子对手续缺乏理论和道德性论证不满。为什么选择了程序而不是其他词汇？虽然从《汪荣宝日记》等资料中没有找到直接的证据，但相关研究可以确认存在“程式-手续-程序”这一演变过程。可以推定，汪荣宝等修律精英对于手续与程式、法程的内在渊源，应该有着相当丰富和深刻的体会，他在思考以何词取代手续一词时关注到程式、法程和章程之程并不突兀。换言之，程序的观念不仅来自于手续，也来自于程式。

那为什么不直接回到“程式”而要以“序”取代“式”呢？目前尚无直接材料回答这一问题，作为后来人只能推测汪荣宝等人对程式这个承载了太多旧传统的术语不无顾虑，在他们心目中，新的应然机制应该建构一种保障新民权利的新秩序。那为什么选中的是“序”或“叙”而不是其他的汉字呢？这是因为：①在古汉语中，序和叙虽然略有差异，序侧重于次序状态，叙侧重于描述，但很多时候是通用的。②“秩叙”与“次叙”首见于《周礼》，秩叙有现代汉语程序的意味，秩就是农事次序，叙就是对这种次序的规定性描述，秩叙有对次

序性行为予以规范的含义，但因为郑玄将之解释为禄禀才对后人影响更大，所以秩叙的程序意味沉潜于历史深处默默无闻。^③唐代之后较常出现“秩序”一词，也是禄俸才学排列等级的意思，但排序的范围从社会扩大到了自然，如“五岳”之类的“秩序”。^④及至近代，秩序的主要含义是“因每个局部都被合理排序而使得整体有序”，合理排序和整体有序的正当性是相互补强的。而这种正当的合理排序，就很接近于正当的程序，如梁启超1907年“政闻社所执之方法，常以秩序的行动，为正当之要求”^[21]；还有刘式训与外务部的往来电文及函件中“保守秩序及和平”中的秩序，也有正当排序使整体有序的意味。^⑤传统秩序观侧重于上对下的命令式权力管控，现代程序则强调遵守公理公法之序达成秩序，注重新民权利的平等自主。^⑥秩序虽然隐含程序意，但其用法相当泛化，并不仅仅只具有程序意，它的主要含义还是自然的、社会的有序状态。可见，汪荣宝等选择“序”但不直接套用已经泛化和固化的“秩序”是很有道理的。

综上，在考量以何种术语替代“手续”的过程中，知识精英们扬弃了传统的程式、法程、章程和次序（次叙）、秩叙、秩序两组观念群，最终选择以法律程序（叙）建立共同秩序。抛开细节不论，我们至少可以下这样一个断语：程序是中国在孕育现代法律的过程中作为现代法律的一个不可或缺的重要概念而与现代法律同步孕育的，与传统程式有着本质的区别，程序以人民拥有现代权利为基础，是为了保护人民的平等权利而孕育并降生的。

三、宽泛程叙与纯粹法律程序的短时期混用

虽然上文所引《民事诉讼律草案》中代替“手续”的词汇是“程序”，但与古人在大多数场合不大区分“序”与“叙”，“次序”与“次叙”，“秩序”与“秩叙”等情况相类似，“程序”是与“程叙”如孪生兄弟一般在1910年前后共同孕育，并在1911年春节前后正式问世的。如果把两者比喻为同一颗种子发出的两只嫩芽，那么它们在萌生之初是不分彼此的。在后来的成长过程中，“程序”越长越壮，覆盖面越来越广，而一开始用

法更广、长得更“粗壮”些的“程叙”，反被最初比较纯粹的“程序”所吸纳。

查“近现代思想史数据库”并翻阅《汪荣宝日记》和其他文献可知，在两者一开始的孕育过程中，程叙被提及的频率比程序还要多一些（参见下图）。

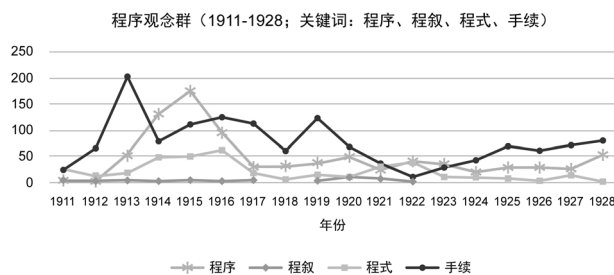


图 程序观念群(1911-1928)^⑤

汪荣宝日记没有出现“程序”一词，但出现过“程叙”，如1910年农历十一月二十三日（12月24日）记载：“询昨日枢议之结果，知《内阁官制草案》已阅毕交还，令详议施行之程叙”^[22]，这里的程叙，并不是“程序法”这样纯粹的法律术语，而指的是制度实施之前规划的步骤，虽非严格的法条，但也具有相当的规范性、指导性，甚至指令性。在程序正式面世后至辛亥革命爆发前的大半年时间里，汪荣宝在日记中依然用的是“程叙”而非“程序”，如“（数人）会议纂拟程叙及派员办理庶务”^[23]，指的是对宪法编制流程作出的较正式规划，并非严格的法律程序。此时与汪荣宝交往最密切的是兼任协同纂拟宪法大臣的李家驹，他们两人没有也不可能预测到十月份的武昌起义，而是根据清廷安排游山访寺，一同探讨、琢磨宪法草案，按部就班地“闭门立宪”^⑥。在此期间，李家驹《奏考察日本财政编译成书折》中用到了“程叙”：“征收之程叙既烦”^⑦，与1900年以后经常出现的“手续之烦”的表述很接近，说明这里的程叙同程序一样来自手续。可见，与古汉语中次序和次叙等类似，程序的用法更为严格和规范，程叙则相对宽泛一些，可松可紧，伸缩性比程序大。

而在前文介绍过的1910年农历十二月二十七日（1911年1月27日）向清廷进呈的《大清民事诉讼律草案》奏折中，程序与程叙是混用的。在奏折所附、汪荣宝主持修拟的《草案》正文中正式写为“程序”的地方，沈家本和俞廉三在奏折正文中^⑧

引用时有的依然是“程序”，不变；有的被改称为“程叙”。如“诉讼既与程序迭进，以主义言之，则有司法审理、书状审理、直接审理、间接审理诸名目；以阶级言之，则有第一审、上诉审、再审之区别。……此关于通常程叙之宜规定者三也”^[24]，前面的“程序”是司法程序，后面的“程叙”是将汪荣宝《草案》中的“通常程序”改为“通常程叙”；再如“凡此之属，皆必设特别办法乃能推行，尽利此关于特别程叙之宜规定者四也”^[25]，这是将汪荣宝的“特别程序”改为“特别程叙”。这说明，在公历1911年年初的时候，作为民诉律起草者的汪荣宝等少数人虽然在程序和程叙的用法上略有区别：严格的法律条文用程序；一般的指导性规划用程叙。但总体而言，当时中国顶级法律精英群体对程序与程叙似乎并无严格区分，其他知识精英和民众则大多还没有意识到已经出现了“程序”“程叙”这一组新名词。即或有少量精英人士发现了这一组新词，恐怕也很少揣摩其微妙差别。1912年民国肇建之初，章士钊《论国体与政体之别》^[26]和甘永龙《论德国自俾士麦后失败种种》^[27]以社会进化论为预设理论基础，认为人类的政治状况是阶序进化的，并将程叙用作政治生活中预先制定的计划、基本步骤，即路线、纲领，比程序要宽泛一些。这也是随后程序吸纳程叙后语义泛化的一个原因。

四、初生程序（叙）在程式和手续的夹缝中生存

1912年4月，成立不久的中华民国司法部呈准援用清末汪荣宝、董康等草拟的《民事诉讼律草案》和《刑事诉讼律草案》，并修订为《民刑事诉律草案管辖各节》^[28]，5月分别刊发京外司法衙门遵照^[29]，民诉律草案中的“程序”终于得见天日，从预备立宪的清廷宫内走向了法律实务人士，开始从文字走向实践，局部影响现实社会。这不仅使得“程序”使用量超过“程叙”，也推动了法律程序观念在中国的第一次有一定规模的普及。

然而，需要指出的是，法律程序观念的普及并不是一帆风顺的，它不仅要和传统的程式观念竞争，还要和有一定现代性，但更注重国家权力的手

续竞争。在程序诞生后的头两年，程序（叙）对手续的替代率很低，人们在更多情境下还是惯用手续。如汪荣宝本人在1912年初记述南北对峙过程中，“北方军队主战，内阁方以选举手续及会议地点问题与民军代表相持”^[30]。

检索《近现代思想史数据库》数据发现，1912年，程序（叙）的使用量加起来仅8处，而程式有12次，手续则多达64次。其中程式大多为《东方杂志》《中国大事记》所刊登的政府公告程式。如1月19日南京临时政府法制院拟定，呈请大总统令内务部颁行的《临时政府公文程式》等^①。由此亦可发现，民国初期，程式与程序是有所混同并混用的。1912年时，程序初生，媒体上公开的使用量尚落后于程式。

1912年的64次手续多为政治理论或时政议论性文章，作者较为集中，多为梁启超、杜亚泉（时任《东方杂志》主编，笔名高劳、伧父等）、戴季陶（笔名天仇）等社会精英、舆论骄子。梁启超曾极力主张君主立宪，但在辛亥革命后接受共和之现实，并于1912年底作《宪法之三大精神》（又名《宪法问题叙》），系统阐述国权与民权、立法权与行政权、中央权与地方权三大关系，批驳开始露头的“共和政体不适用于中国”说。该文不仅普及现代民主共和国的基本政治原则，而且具有现实操作性，在讨论立法权与行政权如何调和时3处用到“手续”，1处用到“程式”。其“手续”处，是关于国会如何通过不同的手续（与现代宪法政治程序同义）问责内阁：“行此方法（信任投票、弹劾），有繁难简易之别：其以通常之法定人数及票决手续行之者，其简易者也；其别规定人数与手续者，其繁难者也”。程式处则是探讨立法权决定的法律与行政权拥有的命令之间关系：“故定两者之界限及其适用之程式，此制宪者所极宜留意也”^[31]。这里的手续和程式，是基于新民权利和权力制衡思想的程序性规定，具有现代性。

杜亚泉所用手续，大多为代表国家权力的必要步骤，如《临时政府借债汇记》中“英法两国外交官，又以京张铁路抵押问题，欲图抗议。二十五日四国公使晋謁袁总统，送交抗议书，声请答覆。并以变更借款手续，嗣后各国对于中国投资事宜，由

各驻使代向中国政府交涉为要求”^[32]。由上可见，当时在政法领域还是更常用“手续”，处于婴幼儿期的“程序”和“程叙”还很弱小，对“手续”的取代只是部分、不完全的。程序（叙）的社会基础相当薄弱，初生的程序在程式和手续的夹缝中生存。

五、1912年《读音统一会进行程序》与“程序”泛化并压倒“程叙”

1912年的“程序”虽然主要是法律术语的用法，如“刑律既已颁行，施程序不可无适当之规定”^[33]，但由于受“程叙”用法影响，也有了泛化为计划步骤的迹象，如“凡事有一定之程序，立言必权衡其先后”^[34]。甚至无政府主义者吴稚晖，也拟了一份重要的“程序”，极大地促进了“程序”一词在实践中的推广使用，当然，也带来了不小的副作用。

1912年12月，中华民国教育部筹备召开“读音统一会”，80名会员由部聘或省行政长官选派，或“精熟音韵之学”，或“平素研究小学”，或“熟知南北重要方言”，或“通晓外国文字”^[35]，均为当时有影响的语言文字专家。1913年2月开会时，语言学大家章太炎、劳乃宣虽未亲身与会，但对会议有影响；程序的早期使用者汪荣宝、杜亚泉参加了会议并与王照等人激烈争论；朱希祖（章太炎弟子）、鲁迅（周豫才）等与会。读音统一会成立筹备处，聘吴敬恒为主任，起草《读音统一会会议进行程序》。

该《程序》开篇即阐明宗旨缘由：“惟语言音韵之事，头绪纷错，苟进行之次第稍有颠倒，或订立之名称稍有含混，即可歧行误解，变异简为丛脞。故首以进行程序公布于开会之先，庶该会之范围可易于了解矣^[36]。”读音统一会虽非教育部常设机构，但所承担的任务却关乎整个国家文化教育之根本的语言文字，所以这份《程序》是十分重要的政府公文。它虽非严格的法律条文、政府法令，对不按《程序》行事的委员也没有任何惩戒措施，但对于会议的进行无疑有很强的规范性、指导性。正式开会时王照等就与吴浙人士争吵不断，但会议却也得以坚持进行，这不能不说是《进行程序》发挥

了导引和规范作用，使存在分歧的各派能够在正当程序下反馈互动，最终达成协议。虽然南北各派对最终结果都不满意，但却不得不承认其正当性，这也或多或少地表达了程序正当的思想，体现出语言学精英对程序保障互动沟通之正当有效价值的认同。

全国顶级的语言文字专家按照《程序》讨论决定几千年来作为中华文明载体的每个汉字的读音，他们关于程序的理解和使用，无疑会起到极其重要的示范和推广的作用。不惟如此，该《程序》还被各省政府正式印发，如山东省以公报形式印发^[37]；江苏省甚至以法令形式印发：“本省法令：民政：江苏省训令第四百六十四号（中华民国二年二月四日）：令六十县知事、省立、私立代用师范学校：教育部咨送读音统一会进行程序请分发各县”^[38]。不难想象，如此大范围地印发《读音统一会进行程序》，势必使“程序”在与“程叙”混用约一年后迅速甩开后者^⑩；原本用“程叙”或许显得更为妥当的地方，也不那么严格地被泛化的“程序”所取代了。在法律程序观念尚未生根，未被真正和广泛深入了解、认同的情况下，程序在诞生不久就被迅速泛化，迅速泛化的程序使得程序概念迅速推广，这未必有利于程序观念的健康发展。查《中国近现代思想史数据库》^[39]，1913年，程式使用量维持在10多次，程序使用量则迅速增长到近70次。当然，比起手续的200多次，侧重权利表达的程序依然不及表达国家权力的手续。中国现代程序的发展前途，注定不会平坦。

余语

1910年到1913年初，作为法律概念的程序实实在在地与作为规划方案、路线纲领的程叙携手诞生了，并且迅速泛化为政法程序、行事程序，容纳程叙外延。概念的泛化和语言磨损，概念间的分化和融合，本是何一种自然语言都会遭遇的普遍现象，长于联想和类比，对概念缺乏严格界定的中国更是如此。现代法律程序观念在清末民初之诞生，固然是浩浩荡荡的现代性潮流席卷世界之必然，是顺之求昌的中国探索现代化道路之必然，是现代法

律程序的种子与中国传统程式及次序观念相结合之必然，但它本质上毕竟还是存在“寤生”与“早产”两个主要问题，易发生语意泛化和漂变。

所谓寤生是相对原初性现代程序而言的，后者是先有个人权利观念，再有让渡权利的契约观，然后有宪法，基于宪法认同的民族认同、现代民族国家观，最后才有现代社会国际和国内两个层面基于自主权利的法治程序、治理程序；中国程序观念的孕育诞生是倒过来的，先是传统程式被国际法程序（在一开始的时候被称为公法程式）替代，接着才有建立现代民族国家的需要，对民族共识和宪法法律的需要，最后才是新民权利，这有点类似于婴儿出生的时候不是头、而是足先出来，是谓寤生。所谓早产是亚洲第一个民主共和国的中华民国在治国理论上准备不充分，无论是现代民族国家意识、宪法精神、民族认同还是自主权利及其让渡，都相当薄弱，程序在母胎孕育过程中存在营养不足、发育不良问题，如果说1911年以程序法面目问世时还只是一种“拟订”，只是一种计划和准备，那么1912年以诉讼程序和会议进行程序迅速用世，显然并非瓜熟蒂落之自然过程，而是情势逼迫使然的早产^[40]。

法律程序这个寤生的早产儿，出生之后不是培元生根，不是在内涵上充实其现代权利与公正价值，而是迅速在外延上膨胀，泛化为一般性的应然过程。理论和立论基础不牢，现代文化之土壤贫瘠，欠缺民众支持，语意泛化，程序观念发展前景堪忧。随后发生的历史也的确如此：虽然政法程序因吸纳程叙的社会进化论蕴含而增强了理论正当性，从而在1913-1916年间形成了一个现代程序建设的小高潮，并一度在年使用量上超过手续，即“程序压倒手续”，但它毕竟先天不足、后天欠补。1919年前后形成的科学一元论程序观在革命和建设时期均不及手续观之社会影响，在这样一个较长的时期里是“手续压倒程序”的，直到改革开放之后程序观才复苏并再度压倒手续，并一直“领跑”至今。1913年之后程序观的发展演变跌宕起伏、复杂丰富，另文详述。

注释：

①以“程序”对一些较全面的数据库，如《国学宝典》《国学述》《国学大师》《中国基本古籍库》

《古籍网》《四库全书》等进行全文检索，会出现数十条“程序”，其中《中国基本古籍库》中甚至出现215处，但大多为1911年以后文献。在此之前的数十条“程序”，或为“*程，序*”，或系误录（如《国学宝典数据库》中《遵生八笺》中“欲变三代之程序”，系将“程式”误录为“程序”），或系人名，如唐朝有诗人程序，北宋有官员《右承议郎》程序（《建炎以来繫年要录 卷一百》中“右承议郎程序杖脊刺配新州牢城”），清朝有画家程序伯。

②另在同年发表的《资政院章程质疑》中，梁启超重复了这一解释：“手续者，日本名词也。依次第进行之意。不得善译，故制之”。见《梁启超全集·第四册》[M].北京出版社,1999。

③毫无疑问，以上三机构是体制内预备立宪活动的主体，汪荣宝所任数职并不显赫，但新政条文（包括法律条文）十之八九均出自其手。比如，法律条文十之八九由他和董康共同负责完成最终的定稿。由此可见，汪荣宝虽然地位不及沈家本，但活动范围融贯三院，在整个预备立宪过程中，其所发挥的实质性作用应该不逊于沈家本等“一线大臣”。

④关于《民诉律草案》的这份奏折是一个分析。按照预备立宪《筹备事宜》的规定，修律是其主要工作。据《汪荣宝日记》和其他资料记载，当年修律的主要工作包括《民诉律草案》和《刑诉律草案》，但不是重点。重点是《刑律草案》，年底的汇报工作，以《新刑律》会奏总则、单奏分则同时呈递。这项工作主要由董康具体负责，汪荣宝在定稿前多次审阅修订。（见《汪荣宝日记》[M].中华书局,2013.）奏折署名为“沈家本等”而不仅仅是沈家本，比较客观。

⑤根据刘青峰主编“中国近现代思想史专业数据库”数据统计。

⑥民国初年，刘成禺曾借于式枚之名作《浣溪沙》曰：“包揽杀人洪述祖，闭门立宪李家驹”。

⑦李家驹1911年兼任协同纂拟宪法大臣、资政院总裁等职。见《清宣统朝外交史料》卷十八[M].外交史料编纂处,1935。

⑧如前文所述，奏折固然为沈、俞二人所呈，但其起草者或为汪荣宝、汪有龄、章宗元（章宗祥兄长，研习美国政治法律，1917年至1920年曾任唐山工业专门学校（即唐山交通大学，今西南交通大学）校长，有意思的是刘式训1920年6月至1921年7月亦曾接任该校校长）、董康、董祥周、朱师海等人。董康与汪荣宝一样都是重要的定稿人，但他后来的公开文献中没有用过“程序”而用过“手续”，如1914年发表在《庸言》第二卷第一二号合刊的《匡救司法刍议》中：“藉口调查，手续稽缓”。

⑨《临时政府公程式》，载于《东方杂志》第八卷第十号之《中国大事记》。

⑩事实上,《读音统一会进行程序》的影响不止民国初年。1917年,《新青年》第三卷第三号又刊登该《程序》;1918年,钱玄同在《论注音字母》(《新青年》第4卷第1期,第3期)中也数次提及该《程序》。《读音统一会进行程序》的社会历史影响,由此可见一斑。

参考文献:

- [1]季卫东.法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考[J].中国社会科学,1993.(1):83-103.
- [2][40]涂明君.通往善治之路:互补系统论视角下国家治理现代化求索[M].北京:社会科学文献出版社,2017.1-53.90-107.
- [3]汪荣宝.新尔雅[M].文海出版社有限公司,1977.22.
- [4][6][7][8][9][10][11][22][23][30]汪荣宝.汪荣宝日记[M].北京:中华书局,2013.
- [5]梁启超.梁启超全集.第四册:1873-1929[M].北京:北京出版社,1999.2280.
- [12]李贵连.沈家本年谱长编[M].山东:山东人民出版社,2010.295.
- [13][24][25]沈家本.大清民事诉讼律草案,4卷[M].1910.1-3.
- [14][15][16]奏设政治官报(42)[M].文海出版社,1965.276.
- [17]本杂志社编.东方杂志.第8卷1-4期[M].北京:商务印书馆,1911.3.
- [18]故宫博物院明清档案部.清末筹备立宪档案史料下册[M].北京:中华书局,1979.
- [19][34]本杂志社编.东方杂志.第9卷5-8期[M].北京:商务印书馆,1913.
- [20]汪淑贤.论平政院[J].庸言,1914.(04).
- [21]上海广学会.大同报[N].上海:上海广学会,1904.14.
- [26]章士钊.论国体与政体之别.民立报[J].东方杂志第八卷第十一号之内外时报(1912年5月1日).1-3.
- [27][33]本杂志社编.东方杂志.第9卷1-4期[M].北京:商务印书馆,1912.44-47.
- [28]谢振民,张知本.中华民国立法史[M].北京:中国政法大学出版社,2000.1013-1015.
- [29]刘一皋.中华民国史.第二册.志一[M].四川:四川出版集团,2006.294.
- [31]梁启超.梁启超全集.第五册:1873-1929[M].北京:北京出版社,1999.2560-2566.
- [32]本杂志社编.东方杂志.第8卷第11期[M].北京:东方杂志社,1912.567.
- [35][36]吴稚晖.读音统一会进行程序[J].教育杂志.第四卷第十一号,1912(11).63-64.
- [37]民国时期语言政策研究文献汇编[M].北京:中国社会科学出版社,2017.01.
- [38]应德闳.江苏省公报[M].1913.3.
- [39]刘青峰.中国近现代思想史专业数据库(1830-1930)[DB].香港中文大学,2001.

The Origin of the Concept of Modern Legal Procedure in China ——Textual Research Based on the "Professional Database of Chinese Modern Ideological History (1830-1930)"

Tu Mingjun Jia Xiping

*(Research Department of Party Theory and Party Construction, Tianjin Municipal Party School of the
Communist Party of China, Tianjin 300191, China)*

Abstract: Procedure is an important concept of modern political law. In ancient Chinese, there are "procedures" of etiquette and law that embody power, and there is no "procedures" of law or governance that guarantee rights in the modern sense. Around 1910, Wang Rongbao and others created the word "procedure" in the process of revising the Draft Civil Procedure Law. At the beginning of 1911, Shen Jiaben and others presented it to the Qing court, and the "procedural law" appeared in the Political Official Journal, Oriental Magazine and other newspapers. The word "procedure" came into the public, and the Chinese modern procedural concept of ensuring that the judicial process is not interfered with and that the two parties have equal rights began, but only limited to paper rather than practice. After about a year of symbiosis and sharing of legal procedures and general procedures, in the case that the concept of legal procedures has not yet enriched its rights and justice connotation, and has not been truly and widely accepted, Wu Zhihui edited the "Unified Conference of Pronunciation" in 1912 and published it in provincial official newspapers, which generalized the concept of procedures into processes, routes, plans, programs, and steps, and disseminated the concept of procedures among the literate class in practice. At the same time, it also weakens the theoretical legitimacy of the procedure and is not conducive to the purification and development of the concept of legal procedure.

key words: Wang Rongbao; Liang Qichao; Draft Civil Procedure Law

· 学术热点 ·

数据迁移的反垄断法规制探析

孙 浩

(天津市滨海新区人民法院 天津 300454)

摘要: 规范数据迁移, 因对破解数据垄断难题具有启发价值备受反垄断法领域关注。实践中存在互联网企业间基于合作自发实施的合作性数据迁移和彼此激烈竞争引发的条件性数据迁移。具体来看, 合作性迁移发生在企业直接实施垄断行为之前或之后, 不具可规制性; 而条件性迁移有与拒绝交易、差别待遇极为相似的行为要件, 可能直接导致竞争担忧的发生, 反垄断法应考虑介入。在探讨规制路径时, 为条件性迁移行为定性面临相关市场难界定和数据适用必需设施理论存疑的挑战。对此, 参考数字经济特点, 为实现有效规制, 应考虑以用户注意力划分相关市场; 同时, 大数据反映的用户黏性为数据适用必需设施理论提供了证成依据, 在规制条件性迁移的语境中, 应考虑将数据认定为必需设施。

关键词: 数据迁移; 条件性迁移; 反垄断; 滥用市场支配地位

中图分类号: D922.17

文献标识码: A

文章编号: 1674-828X(2023)01-0013-10

引言

数据迁移, 又叫数据携带或数据移植。2016年, 欧盟颁布的《一般数据保护条例》首次确立了数据可携带权——数据主体(用户)有权在同意其个人数据为一个或多个目的而处理的基础上, 要求数据提供者以自动化方式, 以结构化、普遍使用的、机器可读的数据形式提供其个人数据, 并有权不受控制地将该数据转移给其他数据控制者。2018年, 美国颁布的《加利福尼亚消费者隐私法(CCPA)》也有类似条款。尽管如此, 因数据权属和分类等问题尚未解决, 这一权利的实际履行和救济保护的难度远远超出法律条款本身。有学者认为, 这项权利的设立并不总能促使数据从大企业流向中小企业, 反而导致中小企业数据进一步被大企业吸收集集中^①, 出现马太效应。此外还会因权利的平等适用造成中小企业的合规压力, 阻碍中小企业的发展。

上述问题可以通过反垄断法避免。反垄断法

最重要的任务是维护公平竞争, 规制排除、限制竞争的垄断状态、垄断行为^①, 正好弥补了设立权利带来的不同能力市场主体要承担同等义务的缺陷。从数据迁移可能涉及的垄断协议行为和滥用市场支配地位行为来分析, 我国现行反垄断法规定了前者的中小企业豁免情形, 后者规制的前提是经营者需要具备市场支配地位。如此, 受到规制的行为主体范围将会大大限缩, 中小企业可以划出承担合规义务之列。这正是运用反垄断法介入探索规范数据迁移行为的独特价值。

2019年, Facebook在Cambridge Analytica事件后颁布了一份关于用户隐私保护和数据迁移白皮书(以下无特别说明简称Facebook白皮书)^②, 将用户基于自身意愿启动的数据迁移行为, 根据迁移企业间关系紧密程度不同, 分为开放性传输、条件性传输和合作性传输。结合实践可知, 互联网头部企业如果依据合作、控股等关系向新兴企业实施合作性数据迁移, 接收方就能迅速获取海量数据资源, 帮助节省机器学习时间, 深入分析用户偏

作者简介: 孙浩, 女, 天津市滨海新区人民法院五级法官助理, 法律硕士(非法学), 毕业于中国人民大学, 在校期间研究方向为法律与科技。

好，以精准的个性化服务争夺市场份额^[2]；还可借此强强联合，强化市场地位，实现算法共谋，限制竞争。另外，平台等在面临启动用户请求、合规要求时，为了维护市场优势地位，阻碍潜在市场竞争者进入和发展，可能通过限制迁移条件来实现目的。这类行为可定义为条件性迁移。由此推知，合作性迁移行为可能帮助企业达成垄断协议，也可能间接阻碍市场进入和行业创新，或为企业滥用市场支配地位提供便利。条件性迁移则可能涉及互联网平台滥用市场支配地位行为。

总之，企业间的数据迁移是否触发反垄断法规制？反垄断法能否直接对此类排除限制竞争行为有效规制？当前相关的立法、执法如何完善？皆是讨论数据迁移行为规制时需要深入考虑的问题。

一、数据迁移行为类型与反垄断法规制必要性

（一）合作性数据迁移行为的界定

合作性数据迁移行为是由两方以上联合实施，基于行为主体（数据迁出方和迁入方）间的股权等关联关系，为满足其中一方或多方的数据内容或规模需求，数据提供方需求方提供相应数据的行为。

基于迁移双方的利益关联，合作性迁移主体往往有两种情况：1.两个分属不同服务领域的优势经营者；2.一个数据高度集中的优势企业和一个提供创新性、服务和技术弥补短板的小型企业或平台。这类迁移行为较少考虑用户需求，更多出于企业自身发展需要。因为提供方和需求方的密切关系，迁移限制较少，迁移行为具有持续性，能够在一定时期内自发连续发生，此外，被迁移方通常能保留迁移数据。

平台或企业之间实施合作性数据迁移行为的常见形式，一种是企业平台主体之间相互传输数据。另一种是数据提供方开放数据访问权限。当一方授权另一方使用用户账号信息时，该用户账号内涵盖的部分直接信息，例如位置定位等会随之显示，而该用户的好友关系等社交信息也可能通过好友用户的注册使用被新的数据控制者获

知。

（二）条件性数据迁移行为的界定

条件性迁移往往出现在一个高数据集中优势的互联网巨头企业和服务或数据需求近似的新兴互联网企业之间。由于迁移方和被迁移方存在竞争，条件性迁移往往只是被动的一次性行为，所迁移的数据内容极有可能受被迁移方技术或合同条款限制，此外被迁移方能否保留数据须由用户服务协议约定或法律规定决定^③。

条件性迁移行为的基本表现形式是：数据提供方预先设定迁移条件，用户等数据需求者向该提供者发出请求，提供者审核数据接收方的接收资质和风险后，将可迁移数据有限传输给接收方。这一过程中，数据控制者会以技术不兼容等理由，有意增大迁移障碍，导致无法迁移、数据失真、完整度受损等不良后果。

（三）反垄断法规制数据迁移行为的必要性分析

1.合作性数据迁移行为规制非必要性分析

迁移的数据应用途径之一是优化企业的运营服务水平^[3]。以淘宝与微博间的合作为例，淘宝获取了用户的微博浏览记录之后，利用算法对用户浏览内容进行深入分析研判，挖掘用户的潜在商品偏好。用户放大观看某些图片人物，或是在一个商品相关话题上停留时间较长等浏览习惯和记录，会被淘宝敏感捕捉后，转化为该用户淘宝上的个性化推荐内容。

这种迁移方式，一方面有助于提高用户体验，是促进积极竞争的体现；另一方面则会引起用户隐私保护的担忧^[4]。有观点认为，隐私保护是企业非价格竞争机制的重要维度^④，而反垄断执法部门承认非价格竞争。也有观点认为，反垄断法无法将隐私问题量化评价，会降低执法确定性，而且其他部门法可以解决隐私问题^⑤。

尽管如此，合作性数据迁移通常只构成反竞争行为的目的或准备要素，反垄断法无法单独对其规制。具体来看，合作性迁移行为更多发生在企业并购行为之后，是企业并购利好的具体体现。并购本身已经纳入经营者集中申报机制的考量范畴，合作性迁移行为无单列讨论之必要。合

作性迁移的直接影响是帮助企业或平台扩大数据规模，增强数据控制能力、用户黏性，最终帮助企业获得并巩固市场支配地位。之后，企业才有可能真正实施排挤竞争者等滥用市场支配地位行为^[5]。因此，预备行为属性决定了其不能直接独立构成滥用市场支配行为。另外，数据还没有明确交易价值，而围绕数据展开的跨界竞争，目前还没有相关市场划定方法，因此，合作性迁移行为不具备构成垄断行为的基础条件，即缺乏垄断协议。

2. 条件性数据迁移行为规制必要性分析

由于条件性迁移行为包含一系列迁移限制条件，数据接收方可能因此遭遇无法获得数据、所获数据完整性价值性受损或者竞争考量下的不公平待遇等。平台等数据集中优势企业可能以防止用户数据泄露，保护企业关键数据为载体的知识产权等正当理由作为掩护，以加码限制条件排斥竞争对手，导致排除、限制竞争的不利后果^[6]。

(1) 人为制造数据稀缺性。在数字经济起步阶段，数据的易获得性和非排他性十分突出，边际收益增长空间非常可观。以平台为代表的互联网市场经营者利用海量用户数据开发服务，决定用户黏性的偏好习惯被慢慢塑造成形。随着数据逐渐成为一种重要的虚拟资源和生产要素，市场先行者们获得的边际效益逐渐下降，而数据维护成本随着用户维权意识、合规需求的增强不断上升^⑦。此时，市场进入者正处于数据需求旺盛的边际效应递增的成长阶段。因此，数据规模的增长对成熟的市场优势地位经营者和市场进入者或中小微企业的收益差异极大，而数据的可获得性因锁定效应而大大削弱。

因此，拥有巨大数据集中优势的平台企业，因可能会制定不正当限制迁移条件，提高迁移成本^⑧，人为制造出数据稀缺性。在欧盟委员会调查微软收购领英案中^⑨，执法机构领英掌握的数据可能引发竞争担忧，从原料封锁（input foreclosure）视角作了专门评估。反映了数据集中优势经营者可能利用条件性迁移，滥用数据集中优势，损害积极竞争。

(2) 提高了行业进入门槛。现存头部优势经

营者对于潜在竞争者保持高度防御姿态，以限制或禁止通过自有平台访问其他平台或应用的数据来阻碍用户转换服务提供商，以严苛的数据迁移条件来阻碍潜在市场进入者的成长，限制未来竞争强度。这无疑具有强烈的反竞争特征。

(3) 阻碍创新。数据共享通过优化创新建立了市场地位之后，被迁移方可以基于自身的市场优势地位对所迁移数据内容、数据形式、附加条件等提出不合理要求，例如强行统一数据迁移形式，阻碍接收方后续分析处理，为小型竞争者的技术研发设置藩篱。同时，借助合作性迁移行为，数据的流动方向和范围因合作关系的固定而相对固化，若迁移双方分属于不同领域优势经营者，那么数据规模衍生的强用户黏性会使其产生并加深创新惰性，怠于完善服务，将注意力更多倾注在排挤潜在竞争对手上。

用户数据大量集中储存在数据集中优势巨大的超级平台等市场主导者手中，因此用户在更换或体验新服务，从当前储存者手中直接将数据迁移到新服务供应商处就成为最便利的方法^[8]。若数据提供方不合理设限妨害迁移，用户的服务选择自由受到限制，新平台的优化会因此受阻，甚至丢失发展机会。如此，一方面会催生市场现有优势主导者的创新惰性，将资源和技术重点转向防御、排挤竞争者^[9]。另一方面，市场进入者或者潜力经营者无法打破优势经营者的数据集中优势，无法削弱用户转换成本，阻碍企业谋求创新发展。

(4) 损害服务质量^[11]。虽然条件性迁移会加剧用户体验糟糕，但难以改变服务商的锁定效应^[12]。互联网企业围绕数据的争夺、“围猎”愈加激烈，随之呈现出数据“割据”的状态。通过数据迁移，巨头与合作企业的关系加深，巩固了大企业势力和小企业立场，固化了数据流动范围，束缚了产品服务开发空间，最终以各个互联网巨头企业为中心形成市场“割据”局面^[13]。这会导致行业竞争降级为单纯用户规模的争夺。

因此，通过数据迁移壁垒力阻用户流出，表面上是企业稳定市场地位的防御应对举措，实际上是变相“绑架”用户，让其成为企业发展速度

和质量的被动承受者^[14]。数据割据现象越深，用户的被动客体化越明^⑨。现实中某些头部平台急于改进功能缺陷，显是平台基于用户规模的优越感，轻视消费者服务体验的表现。

二、反垄断法规制条件性数据迁移行为分析框架

（一）纳入反垄断法规制的条件性数据迁移行为具体表现

在条件性数据迁移中，设置的条件内容和严苛程度差异最终决定迁移能否实际完成，迁移的数据完整度如何，而具体限制可以体现在用户服务协议、企业间合同条款等法律关系方面，以及数据形式、数据库类型、迁移环境兼容程度、数据复制链路等技术层面^{⑩[15]}。根据条件对数据迁移行为限制强度不同可以分为拒绝提供数据和差别条件迁移数据。

1. 拒绝提供数据

完全拒绝提供，是指企业一律不开放第三方访问和迁移权限。这种条件设置目的就在于最大程度禁绝非平台自身意愿的数据迁移行为。例如微博服务使用协议规定了未经微博书面同意，用户不能自行或授权、协助第三方非法抓取微博内数据^⑪。这极大地降低了满足用户数据迁移需求的可能性，也大大限制了非合作第三方数据获取能力。

与之相比程度较轻、迁移持续时间较长的，就是附条件的拒绝提供。附条件拒绝提供是指当数据迁入方达到一定条件后，迁出方就拒绝继续履行迁移义务。该行为所附条件往往折射出企业的扩张意愿和排斥竞争的倾向。其背后的动机是数据的收集、储存、分析、使用对于下游面向消费者的终端产品服务提供具有无限潜力，数据控制者看中了下游产品开发的潜力和机遇，但是自身不愿承受试错带来的沉没成本，因此通过提供数据给该领域的经营者，将其作为自己扩张领域的试金石^⑫。

2. 差别条件迁移数据

当一个数据集中优势巨大的企业向长期实施

合作性迁移的接收方和依据协议或法律配合条件性迁移的接收方分别传输数据时，若两个接收方的特定业务范围处于同一相关市场，该平台会因有无合作、有无竞争等因素区别设限，形成迁移难度和数据获取完整度价值性的梯度区分，导致不同接收经营者的数据竞争机会不平等。2022年6月生效的欧盟《数据治理法案》（DGA）第三章明确规定，数据共享服务商在提供数据共享服务时，应在程序、价格等服务条件上保证公平，保证数据传输透明和无歧视^⑬。从中可以看出，不合理的差异迁移条件是不被倡导的。

（二）反垄断法规制拒绝提供数据的分析框架

拒绝提供数据的行为，其本质是阻碍数据互操作性^⑭，该行为可能构成滥用市场支配地位行为中的拒绝交易^[16]。

附条件拒绝提供可能出现：1. 具有市场支配地位的平台处理数据迁移请求时，在数据内容、数据形式、传输技术等方面设置障碍，增大接收方的数据获取阻力，使迁移难以完成。2. 数据控制优势经营者最初向外有偿提供数据，意在探索潜在数据领域，在接收数据的市场经营者飞速成长后，前者切断数据“供给”，以便于自己开辟发展领域，排挤竞争对手^[17]。由此可见，附条件拒绝提供是数据迁出方，以中断交易、拒绝开展新交易的方式阻碍数据迁移，已经符合《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（以下简称《指南》）第14条第五类拒绝交易行为表现：“控制平台经济领域必需设施的经营者拒绝与交易相对人以合理条件进行交易的形式要件。”

不过，条件性数据迁移行为是否属于交易行为有待商榷。这个问题承接于数据获取的非排他性和低成本^[18]。有交易就有价格。提供迁移和接收迁移究竟有偿无偿尚未定论^[19]。若为有偿，须先认定数据权属和定价机制，若为无偿，那将面临非价格竞争的规制挑战，要破解这一难题，首先需要论证数据的跨界跨企业转移能否视作一种变通形式下的交易，然后尝试将其放在滥用市场支配地位中的交易语境下^[20]。

（三）反垄断法规制差别条件迁移数据的分析框架

差别条件迁移涉嫌构成滥用市场支配地位中的差别待遇。当同一个平台向数据安全保障、技术支持等方面具备同等数据传输接收条件的经营者实行数据迁移时，如果对合作伙伴实施合作性迁移，对既有或潜在竞争者、合作方的既存或潜在经营者实行限制更严格的条件性数据迁移，就能够服务于排挤竞争对手的目的，甚至能逼迫竞争对手成为盟友，削弱市场竞争形成垄断状态^[21]。这十分契合差别待遇行为的竞争损害特征。《指南》第17条规定，“无正当理由对交易条件相同的交易相对人实施差别待遇……（二）实施差别性标准、规则、算法。”在这个行为认定条件中，迁移条件可以解释为标准、规则、算法。然而该类行为表现同样面临相关市场、数据交易的挑战。

三、反垄断法规制条件性数据迁移行为的挑战

（一）相关市场难界定

首先，传统意义上界定相关市场的前提是存在商品或服务的交易基础，所使用的需求替代、供给替代、假定垄断者测试（SSNIP）等方法均需要存在交易和价格。而数据往往不直接交易，仅是建立算法的素材和资源。且数据并未标价流通，也就无法反映价值价格规律^[22]。其次，数据在长期积累中，提高了客户的转换成本，增强了用户黏性，这导致了实质性排除、限制竞争。再次，平台服务呈现出极强的双边或多边市场的特点^[23]，若不同服务类型的平台间实施数据迁移，可能产生运维成本、平台竞争力变化等多项联动效应，竞争影响更加复杂多元^⑤。还有，数据市场的商品界限模糊，人为划分逻辑主观性过大，只要能找到数据间的共通点和特殊性，分类标准就可以无限延展。这对定价弹性强、空间大、交易尚不成熟的数据相关市场划分产生了操作上的困难^{⑥[24]}。另外，现在互联网巨头的跨领域竞争态势使单一商品或特定地域无法反映竞争全貌^[25]。以上都对传统的界定方法提出挑战。

《指南》对平台经济领域的相关商品市场界

定给出了多边市场等需求替代要素和技术壁垒、锁定效应等供给替代要素。但这些参考要素在实际应用时存在一定难度：第一，适用范围相对有限。在条件性迁移语境下，平台有时只是其背后巨头的板块之一，当所有业务集中，才打造起互联网头部企业强大的数据集中规模和数据控制能力^[26]。因而条件性迁移还可以通过平台联通的其他低关联度的业务完成。第二，参考因素难以量化。《指南》中的参考要素已经最大程度贴合了平台运行的规律和特点，但锁定效应等要素尚无明确量化指标来体现，这对执法判断提出了极高的要求。

因此，在分析相关市场界定这一挑战时，首先需要考量的是针对数据迁移行为，界定相关市场还有无必要？若有必要，如何变通突破？

（二）数据适用必需设施理论存争议

数据已经成为新企业进入市场的关键壁垒^[27]，数据垄断者会设置技术、市场和法律障碍限制新企业获取数据，进而排除市场竞争，尤其是在以数据为驱动的互联网行业，都出现了高度集中的现象，并呈现不断加强的趋势^{⑦[28]}。在网络效应、平台交叉补贴现象越来越普遍的环境中，跨界竞争特征愈发显著^[29]。平台凭借网络效应，能够将市场竞争优势传递到新领域新行业新市场类型中^[30]。互联网头部企业在不同细分市场上交错角力和扩张，使数字经济竞争态势异常复杂。合作性数据迁移行为使得互联网头部平台企业能够以自身为中心，迅速进军其他以大数据、算法为基础或重要工具的行业领域^[31]，甚至使参与迁移方也能够迅速响应跨行业跨领域扩张的战略需求，以数据集中为跳板，跳出传统的以商品类别、产业链为基础的垄断格局，形成跨行业垄断模式^[32]。例如阿里开发运营的购物平台淘宝和移动支付工具支付宝，两者目前均为各自相关市场（电商平台市场和互联网金融工具市场）的市场领导者，其中2022年度淘宝APP月平均活跃度为75%，仅次于微信居第二位^⑧。尽管两者功能相关，数据可共用，但无法从商品服务类别的角度认定其具有相关性，而两者分别面临各自的数据迁移需求主体时，既可以实现跨平台跨业务市场类别的传输，

又可以实现跨界封锁，而数据迁入方无法直接对标平台背后的互联网头部企业其他业务去认定竞争关系^[33]。假如其他新兴电商平台请求支付宝协助迁移用户数据，支付宝就可能基于淘宝的削弱竞争需要予以拒绝，但支付宝与该电商平台并不属于同一业务类型，不存在清晰的竞争关系。《指南》第11条规定了其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度和其他经营者进入相关市场的难易程度。围绕条件性迁移，其他经营者数据获取难度与数据规模巨大、控制能力极强的平台等互联网头部企业有无提供数据的必要义务之间的关系需要必需设施理论加以判断权衡。这把衡量的标尺，就是数据适用必需设施的合理性和可能性^[34]。

认定必需设施有竞争者标准、消费者偏好标准等^⑨，无论哪种标准，必需设施的不可复制性都被涵盖。数字经济萌芽时，数据的多栖性和非排他性使其缺乏必需设施不可替代投入品的性质^{⑩[35]}。理论上，其他企业貌似可以效仿行业先行者或现有市场领导者的成长期，通过提供差异化服务产品大量收集用户数据。然而，头部企业所拥有的海量数据不再只是单纯的技术创新升级的必备资源，在用户黏性等“软实力”较量中逐渐显现出强势支撑^[36]。虽然数据增长对技术优化的边际效益递减，但庞大的用户规模中囊括了庞大的数据规模，庞大的数据积累帮助增强了用户黏性，而庞大的用户和数据规模又可以在潜在用户选择服务时为优势平台欢迎度背书。在这种强者愈强的循环中，互联网巨头的市场地位不断巩固强化，而实力较弱的竞争者或进入者却无法依靠理论上的数据非排他性获取足够的去升级技术和服务，企业获取数据资源的机会平等已经失衡。由此看来，讨论数据应否构成必需设施，不应当机械延续非排他性特征，还应当权衡数据带来的用户黏性“副产品”。

四、反垄断法规制条件性数据迁移行为对策建议

（一）以用户注意力界定相关市场

学界围绕数字经济提出的新的相关市场界定方法有以下几种：

1. 弱化界定相关市场在反垄断法执法认定时的作用。然而界定相关市场并非只为了衡量竞争主体的市场力量，更是为了勾勒市场轮廓，以便将企业自主竞争行为与外部环境影响区分开来^⑪。就条件性数据迁移来看，表面上，其跨界跨领域特点淡化了商品界限，然而，市场支配地位及是否滥用的判断仍离不开界定相关市场。因为这关系到该主体造成的竞争损害究竟影响哪些领域。

2. 根据跨领域竞争的特点，具体划分多个相关市场。平台多边联动效应不断增强，跨企业跨领域的数据流动对参与迁移的市场主体和市场环境的影响很难从单一商品或地域市场的维度评价^[37]。一种情况是类似淘宝与新浪之间的长期数据迁移合作可能同时间接影响双方各自在电商市场和社交市场的多边服务质量和竞争状况，另一种情况是能够认定身处同一相关市场的企业，因为与具有超强数据集中优势的平台关系有亲疏之别，当其中一方是合作企业时，淘宝会分别实施合作性迁移和条件性迁移，而平台与两家企业不处于同一相关商品市场，那么即便按照具体情况具体划定的思路，也很难将平台和接收方置于细化的同一相关市场之下。

3. 根据商业模式划分相关市场^⑫。考虑到互联网企业的经营领域多样性和扩张性，相比起供需端的替代效应，分析企业的营利模式更具有可操作性和适应性。头部企业往往借助商业模式或同化或排挤竞争对手。同时，企业的管理本身反映了企业的经营理念甚至核心竞争力，例如对数据的采集和应用反映其盈利来源和发展侧重^[38]。当其迁移数据时，必然会考虑商业模式运作的适配度和实际需要。尤其在合作性迁移中，商业模式决定了平台等巨头对其合作对象的战略定位，或是扩大联盟，或是取长补短。总之，在数据迁移行为反垄断分析中，商业模式应当作为划分相关市场的考虑要素。

4. 根据注意力争夺划分相关市场^⑬。当前开发的众多应用和平台服务，其本质都在于争夺消费者的时间和注意力^[39]，如果消费者的注意力能够

对某些服务产生路径依赖和黏性，那么该款线上产品的活跃度、流量就得到了较稳定的保障。以此为标准，则无论所提供具体类型为何，最终都要站在争夺消费者注意力的同一赛道上。这样的划分在非交易型平台上能得到更好适用。聚焦迁移行为本身，企业主导或参与数据传输，最终都是为了实现自身利益最大化，从线上服务角度出发，消费者注意力和使用偏好习惯的获取和稳固是其营利的根本来源。在《指南》中，平台的活跃度、锁定效应（不仅应包含用户对特定线上服务的使用情况，还应综合参考该服务运营者所处的竞争联盟中其他经营者的相关数据）等被列入了衡量平台是否具备市场支配地位的因素，而这些指标正好可以反映消费者的注意力和使用习惯的偏好。

5.单独界定一个假定的数据市场。暂时的数据相关市场与争夺用户注意力的目的息息相关，且数据交换、共享或封锁阶段在捕获巩固用户注意力之前，因此注意力的划分方法可以涵盖数据相关市场的划分用途且内容更加丰富。此外，数据市场的类型区分难以形成统一标准，数据的交易价值还未成熟定型^[40]，因此数据相关市场的划分可操作性不强。

如何认定市场支配地位承接于相关市场的界定。《指南》第11条在认定市场支配地位时，根据平台经济领域特征列举了包含传统的市场份额之外的交易量、交易关系、点击量、用户习惯等新指标。从目前互联网企业的跨界竞争态势看，单个平台类型的市场份额不足以说明企业间的角力格局，企业的总体市值参考价值更大。尽管名列前茅的互联网企业单独市值远达不到市场支配地位，但各个巨头控股、合作企业众多，涉及经营领域交叉重叠率极高，而且互联网巨头的优势市场领域虽相互交错但总体处于激烈的用户存量维持和吸收的竞争中。因此，可以综合考虑互联网企业的竞争态势，穿透平台梳理背后的企业势力集团，站在互联网头部企业视角上，分析商业模式和用户注意力所具体反映的市场用户群体、多边市场、技术壁垒、网络效应等因素，而不是局限于个体体现出的特定商品服务类型用户注意

力。

综上所述，在分析条件性数据迁移行为的反垄断规制时，可以考虑采用以消费者注意力和使用习惯为主，辅以商业模式的融合方法划定相关市场。在具体适用时，不应将视角限缩在特定平台中，而是顺应平台企业跨领域综合发展和竞争的趋势，越过平台看到背后企业利益关联，在掌握企业合作关联基础上再聚焦特定的条件性迁移行为。

（二）在条件性迁移行为中探索必需设施原则的适用

促进数据流通和交易是数据基础制度的核心^[41]。在条件性迁移场景中，应当重新审视数据的非排他性、可获得性等特征。数据本身获取渠道丰富，但有些强势的数据控制者会加大数据获取难度，架高数据的价值。此外，应当考虑到数据的质量对互联网服务能力的影响，换言之，数据质量的差异性会削弱数据的多样性价值，高质量数据在优化企业服务、提高营利能力方面显然比低质量数据更有效率更有价值。因此，对数据的实际价值不应同等看待。

在用户已经习惯了关联数据被时时采集利用且被有限数量的企业长期积累控制的背景下，用户很难产生互联网巨头初创时期详细热情提供个人数据的好奇心和积极性，更容易产生路径依赖。在已经部分成形的竞争环境中，新兴互联网服务企业如果想最大化吸引用户注意，需要不断探索蓝海领域，开发具有创新性实用性娱乐性的产品，这一成长过程离不开由海量数据支撑起来的机器学习和算法优化。换句话说，数字经济发展到当下这一阶段，广大消费者的偏好和习惯已经经历了较长时期的培养塑造，而这一塑造过程更多通过互联网服务先行者在企业发展中主导。新兴竞争者与市场领导者无法在同一起点上赛跑竞争，这就需要在数据类资源供应条件上作出相应调整。在数据迁移中衡量迁出方设定条件是否合理的问题中，将数据视为必需设施是有价值的。

从数据资源在企业竞争所发挥的作用，和用户资源的巩固扩张需求来看，条件性数据迁移

行为一定程度上动摇了数据的非排他性和可获得性——企业意识到数据的价值，才会在迁移中秉持谨慎或消极态度，设置困难条件。而且目前互联网行业巨头，数据拥有规模在其实现市场优势地位乃至市场支配地位的过程中发挥了重要作用，转化为较强用户黏性和高转换成本，甚至可将数据变现后转化为资本集中型进入壁垒，结合数据的时效性将潜在市场进入者和小型竞争者的竞争威胁大大削弱，防御在可控范围内。因此尽管《指南》中没有明确肯定数据存在必需设施认定合理性和可行性，但仍然在具体垄断行为构成中，以流量、用户黏性等不同考量指标形式指向了背后的载体——数据。因此，在分析条件性迁移行为时，应当参考数据控制之下凸显的价值性和稀缺性，深入分析论证数据大量积累与用户黏性、用户偏好和用户转换成本之间的密切关系。在规制条件性数据迁移行为中，应适应必需设施理论将数据认定为必需设施。

结论

综上，为规范条件性数据迁移行为，有效制约合理合规迁移数据的不合理设障行为，需要以用户注意力为标准，妥善划分相关市场，并在该特定场景中数据适用必需设施理论。此外，也不应忽视互联网巨头的数据外迁担忧——平台等企业不愿意轻易配合数据外迁，不乏对于数据传输中泄露风险和责任承担的顾虑。这一担忧有其道理。因此在规制头部企业不合理设障的同时，需要制定配套的数据安全保障规定，明确责任的主体和内容，例如数据迁出方有依法审核接收方资质的义务、接收方有预防泄露入侵及合法使用的义务等。以此夯实数据迁移全程分段追责体系，安全顺畅实现数据迁移，有效防控、有力惩戒泄露、破坏数据等行为。

长远来看，条件性数据迁移行为本身涉及部门法种类较多，各个法律部门之间的规制存在交叉，这既为此类行为的规范，用户和其他数据主体权益的确立和保护提供了周延的多角度权衡，也可能导致不同研究领域的目标和处理无法协调

统一。总之，反垄断法只能从保护竞争的角度去分析其正当性和合理的纠偏思路，对于迁移数据的范围种类、企业数据共享义务来源等问题，还需要个人数据权益与企业数据权益边界的界定，有待知识产权保护等其他专门领域共同研究探讨。待到统筹全局，深入实践，最终确定一个相对平衡且系统化的数据权属保护范畴和认定标准之时，数据迁移将得到更全面的规范和更高质量的发展。并将反作用于数字经济背景下的反垄断法，推动反垄断立法和执法的深化优化。

注释：

- ① See Urs Gasser, John Palfrey: Breaking Dawn Digital Barriers: When and How ICT Interoperability Drives Innovation, <http://Cyber.law.harvard.edu/interop/pdfs/inter-op-breaking-barriers.pdf>. 2018.10.10.
- ② 参见《Facebook隐私保护白皮书（中文版）》，载凤凰网，https://ishare.ifeng.com/c/s/v0028BYDnfhb8AvZgxRS5EhSlh--K3sbIBbtNs3MarT1FpI4__，2020年11月20日访问。
- ③ 参见《欧洲理事会第108+号公约——个人数据跨境转移示范合同条款》第10条，载微信公众号“数字经济与社会”2023年1月13日发布。
- ④ 参见韩伟：《数据驱动型并购的反垄断审查——以欧盟微软收购领英案为例》，载《竞争法律与政策评论》2017年第1期（第3卷），第143-170页。
- ⑤ See D. Daniel Sokol & Roisin Comerford, Does Antitrust Have A Role to Play in Regulating Big Data? Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech, Cambridge University Press, Jan, 2016.
- ⑥ 参见牛喜堃：《数据垄断的反垄断法规制研究》，载《经济论丛》2018年第2期，第370-394页。
- ⑦ 参见殷继国：《大数据经营者滥用市场支配地位的法律规制》，载《法商研究》2020年第4期，第81页。
- ⑧ 参见韩伟：《数据驱动型并购的反垄断审查——以欧盟微软并购领英案为例》，载《竞争法律与政策评论》2017年第1期，第146页。
- ⑨ 参见崔俊杰：《数据可携：让流动的数据成为企业竞争的鲑鱼》，载微信公众号“反垄断实务评论”，2020年6月8日。
- ⑩ 参见刘思源：《分布式数据库迁移方法研究》，载《信息技术与政策》2020年第11期，第91-96页。
- ⑪ 参见《微博服务使用协议》，<https://www.weibo.com/signup/v5/protocol>，2021年3月7日访问。

- ⑫参见牛喜堃：《数据垄断的反垄断法规制研究》，载《经济法论丛》2018第2期，第392页。
- ⑬参见《欧盟批准通过〈数据治理法案〉》，https://www.samr.gov.cn/wljys/ptjjyj/202208/t20220829_349594.html，2023年1月14日访问。
- ⑭参见詹馥静：《数字市场中的单方排他性和剥削性行为》，载《竞争政策研究》2019年第5期，第70页。数据互操作性，是指不同数据控制者之间利用通用的数据结构形式和兼容的传输技术标准，实现数据迁移和传输。
- ⑮See Paolo Siciliani, Emanuele Giovannetti, Platform competition and incumbency advantage under heterogeneous switching cost—exploring the impact of data portability, Staff Working Paper No.839 of Bank of England.2019.12.20.
- ⑯参见詹馥静：《大数据领域滥用市场支配地位的反垄断规制——基于路径检视的逻辑展开》，载《上海财经大学学报》2020年第4期，第144页。
- ⑰仲春、王政宇著：《竞争法视野下的数据携带权及践行构思》，载《电子知识产权》2021年第5期，第10页。
- ⑱数据来源“移动观察台”，<http://mi.talkingdata.com/app-rank.html>，2023年1月14日访问。
- ⑲参见李剑：《反垄断法核心设施理论研究》，上海交通大学出版社2015年版，第81-99页。
- ⑳参见曾雄：《数据垄断相关问题的反垄断法分析思路》，载《竞争政策研究》2017年第6期，第47页。
- ㉑See Werden, Gerode: Why (Ever) Define Markets? An Answer to Professor Kaplow. *Antitrust Law Journal*, 2012, 78(3), p.729-746.
- ㉒参见陈永伟：《平台条件下的相关市场界定——若干关键问题和一个统一分析流程》，载《竞争政策研究》2020年第3期，第5-17页。
- ㉓See Evans, D., Attention Rivalry Among Online Platforms, *Journal of Competition Law & Economics*, 2013, 9(2), p.313-357.
- ㉔支振锋：《激活数据潜能建设数字中国》，载《光明日报》2023年1月4日，第2版。
- 清华大学出版社,2018.135.
- [5]曾彩霞,朱雪忠.《欧盟数据可携权在规制数据垄断中的作用、局限及其启示》[J].《德国研究》,2020(1):134.
- [6]曾雄.《数据垄断相关问题的反垄断法分析思路》[J].《竞争政策研究》,2017(6):40.
- [7]牛喜堃.《数据垄断的反垄断法规制研究》[J].《经济法论丛》,2018(2):376.
- [8]谢琳,曾俊森.《数据可携权之审视》[J].《电子知识产权》,2019(1):31.
- [9]付新华.《数据可携的双重路径探析——以个人数据保护法与竞争法为核心》[J].《河南大学学报》,2019.9(5):67.
- [10]尚海涛.《论我国数据可携权的和缓化路径》[J].《科技与法律》,2020(1):89.
- [11]周斯佳.《个人数据权与个人信息权关系的厘清》[J].《华东政法大学学报》,2020(2):90.
- [12]丁晓东.《论企业数据权益的法律保护——基于数据法律性质的分析》[J].《法律科技》,2020(2):93.
- [13]丁晓东.《什么是数据权利——从欧洲〈一般数据保护条例〉看数据隐私的保护》[J].《华东政法大学学报》,2018(4):40.
- [14]王晓晔.《论电商平台“二选一”行为的法律规制》[J].《现代法学》,2020(3):152.
- [15]程啸.《区块链技术视野下的数据权属问题》[J].《现代法学》,2020(2):122.
- [16]孙晋,赵泽宇.《互联网平台经营者市场支配地位界的系统性重构》[J].《科技与法律》,2019(5):77.
- [17]翟巍.《欧盟谷歌反垄断案》[J].《网络法律评论》,2015(1):282.
- [18]熊文聪.《电商平台“二选一”的法律问题辨析——以反垄断法为视角》[J].《中国应用法学》,2020(2):135.
- [19]韩伟.《数据驱动型并购的反垄断审查——以欧盟微软收购领英案为例》[J].《竞争法律与政策评论》,2017(1):146.
- [20]殷继国.《大数据市场反垄断规制的理论逻辑与基本路径》[J].《政治与法律》,2019(10):156.
- [21]D. Daniel Sokol & Roisin Comerford,管泽亚(译),臧俊恒(校):《反垄断与规制大数据》[J].《经济法论丛》,2019(2):3.
- [22]曾彩霞,朱雪忠.《必需设施原则在大数据垄断规制中的适用》[J].《中国软科学》,2019(11):56.
- [23]殷继国.《大数据经营者滥用市场支配地位的法律规制》[J].《法商研究》,2020(4):74.
- [24]詹馥静.《大数据领域滥用市场支配地位的反垄断规制——基于路径检视的逻辑展开》[J].《上海财经大学学报》,2020.08(4):141.

参考文献:

- [1]孟雁北.《反垄断法(第二版)》[M].北京大学出版社,2017.154-155.
- [2]维克托·迈克-舍恩伯格,肯尼斯·库克耶.《大数据时代》[M].浙江人民出版社.2013.29.
- [3]杰奥夫雷G.帕克,马歇尔W.范·埃尔斯泰恩,桑基特·保罗·耶达利.《平台革命:改变世界的商业模式》[M].机械工业出版社,2017.30.
- [4]劳伦斯·莱斯格.《代码2.0:网络空间中的法律》[M].

- [25]龙卫球.《再论企业数据保护的财产化路径》[J].《东方法学》,2018(3):51.
- [26]姚佳.《企业数据的利用规则》[J].《清华法学》,2019(3):115.
- [27]崔俊杰.《数据可携:让流动的数据成为企业竞争的鲑鱼》,微信公众号“反垄断实务评论”,2020.6.8.
- [28]Paolo Siciliani,Emanuele Giovannetti:"Platform competition and incumbency advantage under heterogeneous switching cost—exploring the impact of data portability"[J].Staff Working Paper No.839 of Bank of England,2019.12.20.
- [29]Lina M.Khan:"Amazon's antitrust paradox"[J].The Yale Law Journal,2017,Vol.126,No.710.
- [30]Inge Graef, Martin Husovec, Nadezhda Purtova:"Data Portability and Data Control:Lessons for an Emerging Concept in EU Law"[J].German Law Journal,2018,Vol.19,No.06.
- [31]Peter Swire、 Yianni Logas:"Why The Right To Data Portability Likely Reduce Consumer Welfare:Antitrust And Privacy Critique"[J].Maryland Law Journal,2013, Vol.72,No.2.
- [32]Ruth Janal:"Data Portability—A Tale of Two Concepts" [J].Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law, Vol. 8, Issue 1 (April 2017).
- [33]Alfonso Lamadrid & Sam Villiers, "Big Data,Privacy And Competition Law:Do Competition Authorities Know How To Do It?"[J].CPI Antitrust Chronicle, January 2017.
- [34]D.Daniel Sokol & Roisin Comerford,"Does Antitrust Have A Role to Play in Regulating Big Data?"[J].Cambridge Handbook of Antitrust,Intellectual Property and High Tech,Roger D.Blair & D.Daniel Sokol editors,Cambridge University Press,Jan,2016.
- [35]Zachary Abrahamson,"Essential Data"[J].The Yale Law Journal,2014,Vol.124.
- [36]Marina Lao,"Networks,Access,and'Essential Facilities': From Terminal Railroad To Microsoft"[J].Social Science Electronic Publishing,2009.06.29.
- [37]仲春,王政玉.《竞争法视野下的数据携带权及践行构思》[J].《电子知识产权》,2021(5):10.
- [38]王月.《数字经济背景下数据携带权的法律构造及本土化路径构建——基于数据竞争视角》[J].《西部金融》,2021(12):23.
- [39]张浩然.《用户数据权益保障的制度路径》[J].《知识产权》,2022(7):49.
- [40]周灵,林旻.《比较视野下的数据权属立法研究》[J].《宁波大学学报(人文科学版)》,2022(5):109.
- [41]支振锋.《激活数据潜能建设数字中国》[N].《光明日报》,2023-01-04(2).

The Analysis on Anti-monopoly Law Regulation of Data Migration

Sun Hao

(The People's Court of Tianjin Binhai New Area, Tianjin 300454, China)

Abstract:Standardizing data migration has attracted much attention in the field of Anti-monopoly Law because of its enlightening value in solving the problem of data monopoly. In practice, the cooperative data migration between Internet enterprises based on cooperation and spontaneous implementation, and the conditional data migration caused by fierce competition. Specifically, cooperative migration occurs before or after the enterprises directly implement monopoly behavior, which is not regulated; However, conditional migration has very similar behavioral elements to refusal of transaction and differential treatment, which may directly lead to competition concerns. Anti-monopoly Law should consider intervention. When discussing the regulatory path, the qualitative analysis of conditional migration behavior is challenged by the difficulty in defining the relevant market and the doubts about the theory of necessary facilities for data application. In this regard, referring to the characteristics of the digital economy, in order to achieve effective regulation, we should consider the division of relevant markets based on user attention; At the same time, the user stickiness reflected by big data provides the evidence for the theory of necessary facilities for data application. In the context of regulating conditional migration, data should be considered as necessary facilities.

Keywords:data migration; conditional migration; anti-monopoly; abuse of market ascendancy

刑民交叉视野下合同诈骗罪裁判路径探究

——以179份无罪判决为样本

陈思思, 侯文静

(福建省光泽县人民法院, 福建, 354100; 上海市第一中级人民法院, 上海, 200336)

摘要:通过对179份合同诈骗罪无罪判决书的合同类型、合同事由、签订合同主观动机、判决认定为无罪的理由以及无罪事由中无法推定非法占有目的的具体原因等特征进行实证研究,总结出刑民交叉案件裁判过程中存在的疑难问题。从实体上提炼出区分民事欺诈与刑事诈骗的关键要素,从行为人实际履行合同的能力、履行合同的行为、获得财物后处置方式、合同不能履行后行为人的态度四个方面剖析非法占有目的的判断维度,再从犯罪金额的认定方面进行阐述,提出公共秩序下刑民交叉合同诈骗罪案件的司法认定路径。

关键词:刑民交叉;民事欺诈;非法占有目的;合同诈骗罪

中图分类号: D913.6

文献标识码: A

文章编号: 1674-828X(2023)01-0023-10

刑民交叉案件的法律适用问题长期困扰司法实务与法学理论界,实践中不乏将民事案件错误认定为刑事犯罪,或将刑事犯罪错误认定为民事行为的现象,这会对司法公信力造成不良影响。民法与刑法的价值功能不同,当二者交叉时并不是二者功能的叠加,反而容易导致民事、刑事两种法律责任难以区分,罪与非罪界限模糊,使得两种法律都未能发挥出应有的社会效果。

涉合同类案件是刑民交叉案件中所占比较大的类型,学界对于刑民交叉视野下涉合同类案件的区分裁判也具有不同观点。为探求实践中刑民交叉视野下合同类案件的司法裁判现状及问题,特以合同诈骗罪为研究对象,选取179份以涉嫌合同诈骗罪提起公诉但最终判决宣告无罪的案件为样本,通过实证分析方法全面揭示合同领域刑民交叉的司法现状。以期为涉刑民交叉问题的合同类案件提供合法规范的处理路径,达到“以刑促民”或“以民济刑”的综合审判效果,树立整体协调裁判的司法理念。

一、理论界定:刑民交叉的核心概念

对于刑民交叉的概念,理论界尚未形成统一认识,学者们对此概念也观点不一。“临界点说”认为,被广泛使用的“民刑交叉”大致所针对的似乎是案件处于刑事和民事的临界点上,构成犯罪还是民事侵权、违约难以被决断的情形^[1]。“重合说”认为刑民交叉是犯罪构成事实与民事法律事实相对照后,犯罪事实与民事法律事实是同一事实或不同事实,只是因犯罪构成要素与民事法律事实或者民事法律事实中部分要素发生重合或者全部重合,而使刑民两种法律事实形成牵连或者竞合两种关系^[2]。“双重评价说”认为刑民交叉就是指“同一事实同时符合刑事法律和民事法律的规定,且刑民规范在法律效果上相异所引起的双重评价”^[3]。

“临界点说”主张刑民交叉案件需要区分为属于民事侵权抑或是刑事违法,二者是非此即彼的关系。然而,实践中有部分行为是同时存在民事违法和刑事犯罪的,此观点不能概括刑民交

最高人民法院2020-2021年度司法改革专项调研课题《法律适用分歧解决机制下中级法院职能定位研究》(SPCJR2020002)阶段性成果之一。

作者简介:陈思思,女,1991年生,福建南平人,工作单位光泽县人民法院工业园区人民法庭。

侯文静,女,1991年生,山东淄博人,工作单位上海市第一中级人民法院刑事审判庭。

义的全部内涵，有一定的局限性。“重合说”从刑民交叉案件的范围出发进行定义，将民事法律关系、刑事法律关系拆分为构成要素，当两种法律关系的构成要素发生重合就认为是刑民交叉的情况。然而，定义应该简明扼要地阐述含义，仅从案件范围的角度下定义，显得较为片面。相比之下，“双重评价说”则更加符合定义的要求，简洁明了又能够阐述刑民交叉的本质所在。

实际上，刑民交叉并不是一个专业的法律概念，它是直接来源于司法实践的一种案件类型。

“刑民交叉”是指同样的事实在刑法规范和民法规范上所产生的、双重法律效果的情形。相似的案情，因地域差异、司法惯例、个人理解等不同因素影响，可能按照刑事案件进行追责，也可能以民事案件裁决，最终结果会出现“同案不同判”的情况。因此，规范刑民交叉案件的程序和实体处理就显得尤为重要。由于我国目前刑民交叉案件体量较大，类型复杂，对刑民交叉类案件无法定的处理程序和规范的审判指引，实践中关于程序是否影响案件处理结果难以量化实证，故本研究仅聚焦涉合同类刑民交叉案件的实体裁判逻辑。

二、实证展开：合同诈骗罪无罪样本司法样态

（一）样本来源

研究样本的裁判文书主要来源于“聚法案例数据库”^①中在全国范围内自2000年至2020年间以合同诈骗罪提起公诉，最终判决无罪的刑事案件判决书，共计207份。经过进一步梳理，得到符合样本要求的判决书179份。

（二）实证分析

1. 合同类型分布

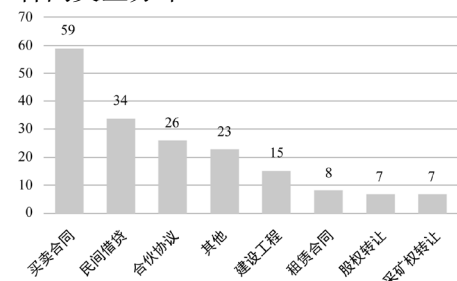


图1 合同类型分布图

如图1所示，样本中合同诈骗罪涉及的合同类型多样，其中买卖合同为59件，民间借贷34件，合伙协议26件。由此可知，在买卖合同、民间借贷、合伙协议三类合同领域刑民交叉案件常发。造成此种现象的原因主要有：一是此三类合同形成要件单一。合同形式简单，双方达成合意即可，缔约门槛和违约成本低，产生纠纷的概率高。二是提起民事诉讼与报警相比门槛较高。发现合同相对方违约时，提起民事诉讼需要自行准备诉状、收集证据等，而报警只需要口头陈述，故往往成为被害人的第一选择。三是相对复杂的合同类型签订门槛较高。此类型的合同往往具有一定的专业性，或者需要具备一定的资质，且签约时往往有专业人士把关，合规度高，在合同诈骗中所占比例与前几类相比相对较低。

2. 合同事由分类

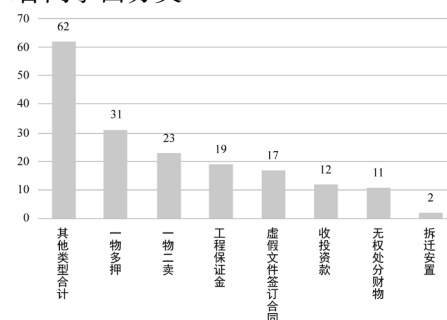


图2 合同事由分类案件数

如图所示，根据统计情况，将签订合同的事由分为一物二卖型、一物多押型、收取工程保证金型、通过虚假文件促成合同签订型、收取投资款型、无权处分财物型、拆迁安置型等7种，其中最多的是一物多押型，共31件；其次是一物二卖型，共23件，此处的一物二卖涉及的财物多是大宗财物，如房产、邮轮等。综合来看，以上情况有一个共同点，即被害人均难以核实标的物的真实状况，且需要先履行付款义务。比如，在抵押领域，往往只是在借条、借款合同中简单约定，而没有办理正规的抵押登记手续，出借人（银行等金融机构除外）无法核实抵押物的抵押情况，只能依据借款人的陈述辨别真伪，因此容易出现一物多押的情况。

3. 签订合同主观动机分类

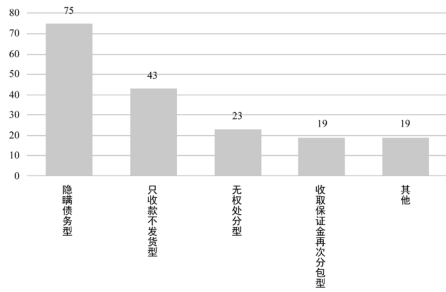


图3 签订合同主观动机分类案件数

如图3所示，行为人在签订合同时，对履行合同的能力存在不同程度的瑕疵，但行为人对瑕疵进行隐瞒，从而达到签订合同获取价款的目的。其中有四种情况较为常见，依次为隐瞒债务型、无权处分型、收取货款不发货型、收取保证金再次分包型。经过对样本判决的梳理，这几种情形最终宣判无罪的原因主要有：第一，关于隐瞒债务。虽然行为人隐瞒了自身债务情况，将所得款项未用于约定的事项，但双方仍然签订了合法有效的合同。行为人主观上只是暂时占用，但没有非法占有的目的。同时，客观方面的资产、负债情况是动态变化的，证明行为人无履行合同能力的取证较为困难。第二，关于无权处分。此种情形中，行为人暂未取得所有权而进行售卖，标的物抵押后仍进行售卖，或被查封后仍租赁、售卖的情况较多，虽然标的物权属上存在一定的瑕疵，至案发时合同不能履行，但不能直接推定出合同自此不能履行的结果。客观方面导致合同不能履行的权属瑕疵通过补正后仍然能够继续履行，主观方面行为人将所得价款用于促进合同继续履行的事项，难以认定非法占有目的。第三，关于收取货款不发货。卖方未在约定的时间内发货的原因有很多，比如经营不善、供不应求等，此处分析合同不能履行的原因与推定非法占有目的的息息相关。样本判决中在案证据难以证明行为人具有非法占有目的，最终宣告无罪。第四，关于收取保证金再次分包。此类型与一物二卖型类似，可通过民事途径进行救济。除非有足够证据证明行为人系恶意多次分包，收取保证金后逃匿才可认定为合同诈骗。从样本情况来看，此种情形的取证工作难度大，难以形成效力足够的证据链。

4. 认定无罪的判决理由分类

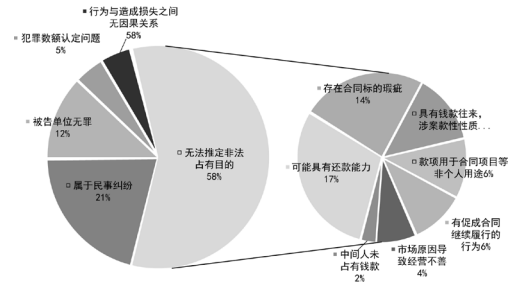


图4 无罪事由分类

如图4所示，样本案例中超过一半的无罪判决将出罪理由明确表述为无法推定非法占有目的，另有近四分之一案例的出罪理由属于民事纠纷，此外还有被告单位无罪、犯罪数额未达定罪标准、无因果关系等原因。由此可见，是否具有非法占有目的是合同诈骗罪中的主要争议焦点。

在104份以无法推定非法占有目的为无罪理由的刑事判决书中，无法认定非法占有目的的主要表现形式有：17%的案件因为在案证据无法证明被告人丧失履行合同的能力；14%因合同标的物瑕疵，包括合同标的物为被查封的财物、行为人不具有完全所有权的标的物两种情况；有8%因双方长期存在款项往来，导致犯罪数额无足够的证据认定，涉案款项所属性质不明；此外，还有因案涉款项用于合同项目并非用于挥霍等个人用途，行为人有表现出继续履约的行为，行为人给被害人造成的损失并不是因为其具有非法占有的目的，而是因为市场或其他原因经营不善导致等共7类。由此可知，司法实践中对合同诈骗罪行为人非法占有目的的判断依据主要从行为人实际履行合同能力、资金用途、行为人还款能力及态度等方面评判。

三、疑难聚焦：刑民交叉视野下合同诈骗罪的认定难点

前文的实证研究也表明，以合同诈骗罪提起公诉，最终被判无罪的案例涉及合同类型多样，主观动机难以把握，出罪理由复杂。理论界对二者的界分也是众说纷纭。

“严格构成说”认为并不需要对刑事犯罪与民事违法进行区分，民法上的民事欺诈概念并没

有将刑法的诈骗排除在外，而是包括了刑事上的合同诈骗行为，换言之，民事欺诈与合同诈骗并不是交叉关系，而是包容关系，合同诈骗只是民事欺诈中的特殊情形。因此，区分二者的关键并不在于二者之间的界限，而是应当判断该行为是否完全符合合同诈骗罪的犯罪构成要件。如果符合合同诈骗的构成要件，则该行为属于合同诈骗行为；反之则属于民事欺诈行为^[4]。该观点下又存在对构成合同诈骗罪的要件要素理解的差异。

“无差别说”认为合同民事欺诈行为与合同诈骗行为在故意内容和行为方式方面并没有实质的差异，两种行为的主要区别在于民事行为能力 and 刑事责任能力构成上的不同，以及所受经济损失是否达到刑法规定的标准^[5]。“综合分析说”则主张综合评判欺诈的行为模式、欺诈的内容、履行合同的能力、担保或履约态度、标的物的处分、主观目的等多个方面，最终得出某行为属于合同诈骗还是民事欺诈的结论^[6]。

通过对前述样本案例的分析，实践中大多采用“综合分析说”，在综合评判多种因素后得出结论。综合评判过程中，非法占有目的的认定又是重中之重。通过对前述具体判决的分析总结，认定合同诈骗罪一般需要从以下几点进行区分。

（一）欺诈行为的刑民混同

刑事法律关系与民事法律关系的区分和界定至今依然是困扰理论和实务界的难题，民事违法行为与刑事犯罪行为在现代社会表现出更多的交融和多样性。从图3的分类中可以看出，隐瞒债务情况进行借贷、买卖，明知对财物无权处分而进行售卖或者租赁，这些行为都存在一定程度的隐瞒或欺骗情况，但是否能够就此认定为诈骗仍存较大争议。例如行为人为借新还旧，采取虚假陈述的方法，借钱后并未用于借款时承诺的用途，而是用以偿还旧债，这其中的欺诈手段，能否成为认定为合同诈骗罪的理由在实践中观点不一。

民事欺诈也称民事诈欺，指的是故意将不真实的情况当作真实情况加以表示，使相对人产生错误的理解，基于错误的理解而做出非真实的意思表示。民事欺诈类型分为两种，一是民事违约的欺诈，二是民事侵权的欺诈^[7]。刑法中诈骗的

概念是从民事欺诈发展演变而来的，因此，要理解刑法中的诈骗罪，需要以民法中的欺诈作为大背景来考察。由此逻辑，刑事欺诈也应该分为两种来理解。第一种刑事欺诈对应于民事违约的欺诈，是指刑法中以虚假陈述构成的欺诈犯罪；第二种刑事欺诈对应于民事侵权的欺诈，是指刑法中以欺骗行为构成的诈骗犯罪^[8]。可见，这两个概念很容易混淆，区分起来有一定的难度。更有学者指出：“一般地，欺诈及强迫发生民刑两法上的效果”^[9]。从样本数据分析结果也可看出，准确区分民事欺诈与刑事犯罪并非易事。行为人都实施了欺诈行为，导致合同另一方陷入错误的认识，可能给对方造成财产损失。因此，要准确的将二者区分开不能孤立地看，还要结合主观方面的因素进行综合研判。

（二）非法占有目的推定困境

前述实证研究表明，是否具有非法占有目的是实践当中合同诈骗罪能否定罪的主要争议焦点。刑法中的非法占有目的指的是行为人具有的非法控制、掌握他人财产权利并造成他人财产损失的目的。而行为人以怎样的主观意图或者意志推动自己的行为，是一种主观的判断。非法占有目的存在于行为人的内心，需要根据供述或者客观事实的反映进行推定。2000年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会会议纪要》（以下简称《会议纪要》）在金融诈骗罪“非法占有目的”的司法认定上肯定了刑事推定的运用。《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第224条也明确规定了推定非法占有目的的特定情形。只要被告人做出了上述法律所规定的特定情形，且没有有效抗辩证据的情形下，可以推定非法占有为目的。“推定”本身是一种司法经验的总结分析，在一定规则下可以与具体案情相结合得出结论。然而，列举式的条款不能涵盖所有情形，也无法对将来新发生的情形作出预判，同时，不同地区、不同层级的法院对合同诈骗罪中非法占有目的的推定标准和依据的不同，也会导致适用法律不统一。

具体而言，实践中具体要如何运用推定尚无固定标准，同一事实往往导致两种完全不同的

倾向。一种受无罪推定理念的影响而对刑事推定的适用失之过严，另一种则过分追求有罪判决而随意使用。现有的推定方法，往往考虑的因素比较单一，没有考虑到“履约能力”“后续履约行为”等多种因素组合出现的情况，难以应对司法实践中出现的复杂疑难案件。而非法占有目的是取得性财产犯罪主观要素中必不可少的构成要件，如果缺少对非法占有目的的判断，刑法将难以对行为进行准确的认定，就无法区分罪与非罪和此罪与彼罪。

1.占有与占用的界限不清

我国刑法在合同诈骗犯罪的条文中，明确规定了“非法占有目的”是合同诈骗犯罪必备的构成要件^[10]。如何准确区分“占有”和“占用”是区分非法占有目的的关键。“占有”通俗地说就是占为己有，对动产或不动产拥有所有权。“占用”是指占为己用，是对动产或不动产拥有使用权。例如民间借贷案件中，债务人向债权人出具了借条，债权人每次催收债务人都承认借款的事实，只是表示自己暂时没有能力归还，一般可以认定这就是占用而不是占有。债务人隐瞒自身负债情况仍然进行大额借贷能否推定为具有非法占有目的则需要更为深入的讨论。例如行为人隐瞒其资不抵债的事实向他人进行大额借款，虽然具有出具借条、归还部分借款、认可借款事实、保持联络并积极商议还款方式等系列行为，但在自己房产解押后并未积极办理银行贷款以偿还借贷，最终未能偿还借款，是否可以推定其主观上具有非法占有的目的，进而认定构成合同诈骗罪，还有待进一步探索。

2.认定行为人丧失履行能力没有统一标准

对行为人履行合同能力的判断是视个案情况综合考量做出的判断，无法制定一个统一标准，用完全客观的条条框框标准进行对号入座。对被告人或被告单位履行能力的判断要结合行业特点，市场环境，行为人在合同签订时以及合同履行过程中被告人或被告单位的经营状况，经营资质，资产情况等因素综合判断。如山西某公司、古某合同诈骗案^②，古某系山西某分公司的负责人，因经营不善导致公司拖欠外债1000万元

以上，仅有部分存量煤，且其中大部分被法院查封。在此情况下，山西某分公司与天津某公司签订煤炭买卖合同取得购煤款1000万余元，获得款项后古某未将该款项用于履行合同，而是继续投入公司经营。此后因山西某公司未按合同约定履行，天津某公司将山西某公司诉至法院，双方达成调解协议后山西某公司仍未履行协议，天津某公司遂报案将古某抓获。法院经审理认为，该案不能仅以签订合同时是否资不抵债来判断其履行能力。从资产状况来看，山西某公司有一定的货物储量，有运输计划和煤炭铁路运输资质；从经营资质来看，山西某公司仍具有煤炭发运资质，在合同签订的时候尚不能证明山西某公司及古某在合同签订时没有履行能力。综合其他因素，此案宣告山西某公司及古某无罪。本案中若单纯以行为人的资产负债情况来考量，则容易得出行为人没有履行能力的结论，在此基础上容易进入进行客观归罪和事后倾向性的评价误区，则会得出有罪的结论。但刑事定罪不能单凭事后产生的后果，去倒推行为发生时的主观意图，这样容易造成主观上先断定行为具有主观故意，再通过后期行为进行强行解释为具有非法目的。而要结合行为人在合同签订时是否具有非法占有目的，在合同签订时是否有伪造手段等予以确定，这也是定罪的关键所在。

3.行为人获得财物后表现的认定规则缺失

关于行为人获得财物后表现认定难点主要表现在：证据的收集、固定难度较大，且刑事案件证据证明力度要求达到案件事实清楚，证据确实充分，反之则可适用疑点利益归于被告原则。行为人获得财物后表现影响定案性质的主要有：是否存在肆意挥霍行为，是否存在将资金用于从事违法犯罪活动，是否将财物用于高风险的投资，是否有逃匿行为等。对以上四种行为的判定是基于在案证据作出的定性推定，适用时要注意不能出现二次推定以及以结果为导向的倒置推定。样本中所有的合同诈骗罪标的物均表现为货币，而货币是种类物，无法绝对区分犯罪所得款项的具体去向，只能根据在案证据，结合行为人所有的资金流水来推定行为人是否有将犯罪所得用于上

述四种行为。相反，也可以通过证明行为人将钱款用于为促使合同继续履行的行为作为出罪的理由。如曹某、江西某公司合同诈骗案^③，曹某因资金周转困难，在店铺被法院查封的情况下将店铺出售取得房款400万余元，该款被曹某用于偿还公司借款以及公司其他费用的开支。被害人得知店铺被查封后，要求曹某返还支付的房款，曹某也向被害人出具了书面退款承诺书。本案中曹某对款项的处置不符合合同诈骗罪的表现形式，曹某将所得款项用于公司开支也是希望公司能够正常运营，争取能够正常履行与被害人之间的合同，可定性为将所得款项用于继续履行合同所用，基于同样的事实，该案一审被判决有罪，二审认定曹某及江西某公司无罪。

另外，关于行为人是否具有逃匿行为，要对行为人的外出行行为进行定性，而不是只看行为人是否离开当前所在地，同样需要综合其他因素全盘评判。

（三）犯罪数额认定困难

研究样本中，有5%的案件判决无罪是因犯罪数额认定问题造成。一种情况是犯罪金额未达到起刑点或定罪标准，另一种情况是双方钱款往来次数多、时间长，证据收集难度大，具体犯罪数额无法认定。

虽然合同诈骗罪是否存在未遂形态在学界仍然存在争议，但从样本判决书中表述可知，司法实践中，大部分判决书中并未对合同诈骗罪的犯罪形态进行表述，而是认为只要造成的损失没有达到刑法规定的起刑标准，则不认定为犯罪。也就是说犯罪数额达到一定标准是认定合同诈骗罪的必要条件。例如张某合同诈骗案^④，被告人张某在收购农产品过程中，先完成一次交易取得农户信任，第二次以赊账方式向农户收购农产品并销售获利，后将农户拉黑拒不支付收购费。公诉机关认为张某以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，收受对方当事人给付的货物后逃匿，其行为属于合同诈骗罪。法院最终判决张某骗取对方当事人财物数额未达到立案标准，宣告张某无罪。

由于合同诈骗罪中往往民事交易行为与合同

诈骗行为交织混合，被害人财产损失数额计算也会比较复杂。对于犯罪数额的认定，司法实践中也具有不同观点。例如：当行为人支付过一定对价物，但与合同所约定的物品存在一定区别时，是否将该对价物按照市场价计算后从犯罪数额中扣除。如果按照民事诉讼，一般情况下行为人对于该部分对价物的抗辩可以从返还数额中扣除，而刑事案件中则不必然。又如：合同相对人由于合同诈骗行为所付出的保管费、中介费等，是否可以计入诈骗数额。民事诉讼中一般可以就该部分费用主张权利，而刑事案件中则很难计入诈骗数额。由此，不同的诉讼程序会导致损失数额或犯罪数额的认定差异。故在合同诈骗罪中需要综合考虑合同标的、受害人的直接损失、间接损失等内容，审慎进行判定。在共同犯罪中诈骗数额的认定也是审判实践中的难点，如范某、徐某甲、徐某乙、贾某合同诈骗案^⑤，某医院的实际负责人范某，授意医生贾某、徐某乙制作虚假病历及厨房、采购入库单等虚假材料，骗取医保基金1000万余元。该案一审认定贾某在共同犯罪中起到了提供便利或帮助作用构成合同诈骗罪，但未对诈骗金额认定明确。该案二审后，以在案证据中仅有一份金额为300元的虚假病历具有贾某签字为由，判决贾某不构成合同诈骗罪。

四、裁判逻辑：刑民交叉视野下合同诈骗罪认定的路径选择

司法实践中合同诈骗行为的犯罪认定难点，系由刑民交叉的复杂性所致，最终也需要在刑民交叉的视野下探索可行路径。为此，需要本着实质重于形式的原则对民事欺诈与刑事诈骗的关键要素进行审查，还要从法秩序相统一的目标出发，完善“非法占有目的”的认定依据。更要坚持刑民效力分立的法律精神，确立财产数额保护的统一标准。

（一）区分民事欺诈与刑事诈骗的关键要素

1. 二者获利方式不同

关于民事欺诈的获利方式，笔者将其称之为“合同履行说”。行为人为了达到与对方签订合

同的目的而采取欺诈、诱使的手段，双方仍然存在民事利益，行为人采取欺诈、诱使的手段是为了取得签订合同的资质，从而通过履行合同来获取利益。

刑事诈骗的获利方式可以分为“合同签订说”“履行程度说”两种。“合同签订说”即行为人虽然有引起对方作出一定的签订合同的意思表示，但是根本没有履行合同的诚意，只是想通过虚构事实、隐瞒真相等手段签订合同，进而直接非法占有对方财物，取得对方财物的所有权，双方之间不存在民事上的利益。“履行程度说”即行为人本无履行合同的意愿，但通过先履行小额合同或者部分履行合同的方法，骗取对方当事人继续签订和履行合同，从而非法占有大额的合同价款。在涉及探矿权的案件中，通过隐瞒自己未获得探矿权的事实，仍将探矿权转包给他人收取转让款的应认定为诈骗罪，此时行为人的获利方式符合合同签订说要件。但如果只是夸大了采矿的范围或者存储量、矿石含量等一般认定为民事欺诈。在研究样本中，有7件系符合此种情形的案件，此时行为人获利方式符合合同履行说，虽然夸大了矿石含量，但目的是签订合同，通过履行合同来获取利益。还有一种相对比较特殊的案件类型，即购买某种特殊商品需要具有一定的资质，行为人采取欺骗的手段取得了购买资格（如购买经济适用房的资格）是否构成合同诈骗罪。一般情况下，此类骗取资格的情况并不能构成诈骗罪。行为人获得房产是支付了对价的，履行了房屋买卖合同的义务，对合同相对方没有造成财产损失。行为人骗取的是购买资格，此处购买资格不是诈骗罪保护的财产性法益，获利方式符合民事欺诈中的“合同履行说”，因此该行为构成民事欺诈。当然，此处为了骗取购买的资格有可能会构成伪造证件罪、印章罪，行为人同样要为自己的违法行为付出相应的代价。

2.二者所承担的合同权利义务不同

民事法律用以调整平等民事主体之间的关系，双方遵循公序良俗及法律法规，本着公平公正、诚实信用原则进行交易，双方的权利义务是对等的。民事欺诈中，虽然一方当事人采取了夸

张、或者隐瞒事实的手段，但还是具有履行民事约定的行为，双方仍然具有法律上平等的权利义务关系。但是，在刑事诈骗中，行为人不负任何义务，或者通过履行一小部分义务的方式骗取对方履行全部的义务，因为行为人的目的就是直接非法占有对方财物，所以双方的权利义务是不对等的。

（二）非法占有目的判断维度

“是否具有非法占有目的说”是目前理论界的主流观点，而对于非法占有目的的认定标准则又是另一争议焦点。在样本案例分析中，司法机关在认定行为人是否具有非法占有目的时并非只是单纯的依据《刑法》第224条中的某一种情形，而是要厘清案件事实，综合地进行评价。虽然《刑法》中规定了五种，《会议纪要》中规定了七种可以推定为非法占有目的的情形。但是，实际操作中非法占有目的的事实认定依旧运行艰难，需要司法人员通过运用自己的生活经验来判定某种行为是否属于以上十二种情况中的某种或几种。通过对样本的研究，在制定专项司法解释及细化诉讼法认定规则时可以考虑以下要素：

1.对行为人实际履行合同能力的判定

对于“实际履行能力”如何理解，在司法实践和理论界都有一定的争论，在民事领域与刑事领域对此概念的理解也不完全相同。在日常生活中能力更多的是指“能胜任某项任务的主观条件”，行为人不具有履行合同的想时，当然也就不具备履行合同的客观条件，因而也应当认为不具有履行合同的能力^[1]。此问题法律上并没有给出明确的标准，与其说这是一种法律上的判断，不如说是一种事实上的判断，对这一因素的判断并不需要用到法律知识，更多的是考验判断者的生活常识和认知能力。对行为人履行能力的判断可以从两方面着手。一是有证据证明行为人具有履行合同的能力；二是有证据证明行为人已经丧失了履行合同能力的可能性。根据《中华人民共和国民法典》第527条规定，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方具有经营状况严重恶化；转移财产、抽逃资金，以逃避债务；丧失商业信誉；有丧失或者可能丧失履行债务能

力等其他情形时，可以中止履行。此处虽是对先履行义务人可以中止履行合同的规定，但仍然可以此作为借鉴。结合样本判决书中对行为人履行能力定性时考虑到的因素，完善用来作为判断行为人是否具有履行合同能力的标准，即判断行为人的资产、负债状况；经营情况；是否丧失商业信誉、重大涉诉情况；所处行业特性；经营资质。同时需要结合行业特点等实际情况进行审慎判断。例如：高负债运行是房地产行业的特点，此时就不能仅根据行为人负债过多来判定不具有继续履行合同的能力，而应该综合该项目是否真实、正常运营等因素来考虑行为人的履行能力。对行为人履行能力的判断除了对应上述五种情形外，还应是一个动态的判定过程，应当根据合同签订阶段、履行阶段行为人是否具有履约能力。但应该排除两种原因，一是因不可抗力或者意外导致合同难以继续履行；二是不能因为行为人存在较多涉诉情况或者债务就一刀切地认定为无履约能力。因为资产与债务情况是随时变化的动态过程，多和少也难以准确界定，尤其是当行为主体尚在正常经营的情况下更加难以证明。退一步说即便是存在债务较多，也不能必然得出不具有履约能力的结论。

2.对行为人履行合同行为的判定

行为人有无实际履行合同的行为是考察非法占有目的的核心因素。合同签订后行为人积极地履行合同，才可以排除非法占有目的。因为人的行动是通过思想来指挥的，积极地履约行为所反映的是积极地履约意图，自然没有合同诈骗的故意。此处要注意识别的是行为人没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同，使当事人陷入行为人具有履约能力、履约意图或者与其合作可以为自己带来利益的错误认识，从而诱骗对方当事人继续签订合同，最终非法占有财产的情况。此处履行的部分合同只是行为人抛出的诱饵，目的是非法占有对方更多的财物，具有明显的非法占有意图，这种情况不能认定为具有履行合同的行为。履行能力与履行合同的行为不同，在合同诈骗案件中，有时即使行为人有具

有履行合同的能力，依旧被认定为具有“非法占有目的”，就是因为没有实际履行合同的行为。例如董某、冯某合同诈骗案^⑥。董某为向周某借款提供了四位真实存在的自然人作为担保人，另有作为连带保证人的麦田公司当时也正常生产经营，在借款期限内借款人、担保人均具有履行合同的能力，借款到账后董某个人并未实际占有、挥霍，而是将绝大部分用于购地等与项目相关事宜。但为了达到借款目的董某向周某提供了虚假的联营协议和可行性研究报告。对于此行为法院根据借款人、担保人是真实的、行为人有为促成合同而做出努力、将所得款项用于履行合同等方面综合认定董某不具有非法占有目的。因为董某提供虚假材料目的不是占有借款，而是希望用所得借款买地谋利，董某确实有履行合同的行为。

3.对行为人获得财物后处置方式的判定

《会议纪要》等法律规定及相关文件对具有非法占有目的的行为人获得财物后的处置方式进行了分类。

一是肆意挥霍型。行为人骗取财物后，为了逃避返还财产，将他人的财物当成自己的随意处置，肆意挥霍，用于购买奢侈品及各种高消费等。用于归还个人债务，购买房车等物品，带有排他性地支配所得财物的行为，可以认定为肆意挥霍型。但如果行为人实施了挥霍财产的行为，但其目的并不是为了逃避返还财物，仍然具备一定的履约能力，没有将他人财产排除占有的目的，则不能推定出行为人具有非法占有目的，不能简单地进行客观归罪。

二是违法犯罪型。行为人骗取资金后未将财产用于合同约定的内容，而是隐瞒真实用途，将财产用于违法犯罪活动。但不能机械地认定行为人只要实施了违法行为就是具有非法占有目的，如赌博等。若行为人在赌博的同时也在履行合同，且有离开住所地的行为，只不过离开是迫于高利贷追债的恐吓或其他符合常理的原因不得已而为之，并不是为了逃避履行合同的责任，此时不能认定行为人构成合同诈骗罪。

三是高风险投资型。行为人将财物用于高风险型的投资项目，比如投资股票、期货、高回报

风险基金、虚拟货币等。对于此类行为是否可以
直接推定为非法占有目的有两种不同的看法：第
一种认为投资高风险项目的行为是将受害人的财
物随意处置、放任盈亏的表现，主观上可以直接
推定为非法占有目的；第二种认为将骗取的资金
用于高风险投资客观上无法归还，但是如果没有
其他证据证明行为人具有非法占有目的，不应该
推定为非法占有。对此，既不能单纯地从事后合
同履约不能的结果进行简单认定，也不能仅因为
投资人存在追求获利的想法而直接予以否认，而
是应当以其行为时的全部客观事实为基础，坚持
主客观相一致的原则予以综合判断。在客观上，
需要判断是否具有合法实现获利的现实基础；在
主观上，需要判断行为人对资金的使用是否有必
要的审慎态度。

4. 合同不能履行后，行为人态度的判定

当合同不能履行后，行为人的处置态度也是
反映出其是否具有非法占有目的的一个重要考察
因素。若行为人在违约后表示愿意承担合同的
责任，并且采取了必要的措施尽量减少对方当事
人的损失时，不宜推定为具有非法占有目的，尤
其是当违约的一方提出了替代性的方案，在守约
方不接受的时候，更要慎下判断。查明合同不能
履行的原因，不要轻易将不能履行合同归咎于违
约方。

（三）完善犯罪数额认定方法

1. 厘清财产损害范围

当行为人骗取他人财物，但支付一定对价或
对价物时，一种观点认为，合同诈骗罪的财产损
失采用整体损失标准，因行为人支付对价，被害
人的整体损失未达数额较大时，则不构成合同诈
骗罪。另一种观点认为，应以个别财产损失进行
认定，受骗人虽然得到一定对价物，但合同目的
未实现，故仍应构成合同诈骗罪。第三种观点则
是以整体损失为主，个别损失为辅的认定思路。

合同系合同诈骗罪的手段，如果合同目的基
本实现，则应以整体损失计算，扣除行为人支付
的对价或对价物的折价；如果合同目的根本没有
实现，则不应从损失数额中扣除。当受害人存在
间接损失，例如必要开支及孳息的损失时，由于

该类间接损失较难准确认定，不能将其作为定罪
数额，但可在量刑时酌情予以考虑。

2. 确立犯罪数额统一标准

对于诈骗金额的认定可以从以下几方面进
行考察：一是准确把握行为人产生非法占有意图
的时间点，不能简单以合同的标的数额来认定。
尤其是双方长期存在资金往来的情况下，应以行
为人采取欺诈手段，且具有非法占有目的意图实
际骗取的财物数额来认定。若为共同犯罪，则应
该以行为人参与共同诈骗的数额来认定。例如，
诈骗团伙首要分子的诈骗数额就应当以整个团伙
的诈骗总数额来认定，若属于共同诈骗中的从
犯，则要按照其参与诈骗部分的数额决定。二是
应当扣除案发前退还的金额及被害人能够得到财
产性利益的成本。根据《最高人民法院关于印发
〈全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要〉
的通知》，在具体认定金融诈骗犯罪的数额时，
应当以行为人实际骗取的金额计算……但应当将
案发前已归还的数额扣除。此处，应注意把握公
安机关立案的时间点，应扣除的金额是案发前归
还的，而不是案发后。案发后归还的属于退赔行
为，不能作为认定诈骗数额的依据。在合同诈骗
类案件中还有一种特殊情形，被害人因行为人的
诈骗行为在一定数额内得到救济的部分应该予以
扣除。例如，王某用价值200万元的跑车做抵押，
向李某借款500万元，此后王某被认定构成合同诈
骗罪。此处对犯罪数额的认定就应该扣除200万，
受害人可以通过变现来弥补受到的损失，诈骗金
额应认定为300万元。

五、结语

刑民交叉案件，跨越刑事与民事两大基本法
领域，又涉及惩治犯罪，保护国家社会公共利益
与尊重意思自治，维护个体财产权益的平衡。刑
民交叉视野下合同诈骗案件的审判不仅需要遵循
以事实为依据，以法律为准绳的原则，也需要适
用刑法的二次性评价原则，在刑民交叉的模糊区
域，注重刑法的谦抑性。

注释:

- ①该数据库是聚法科技(长春)有限公司基于法律大数据、人工智能的解决方案,依托吉林大学司法数据应用研究中心,形成产学研一体化的数据平台。
- ②天津市滨海新区人民法院(2013)滨刑初字第104号刑事判决书<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=65c23b4f927e40b180b0a8cd00f5a5c7>。
- ③江西省上饶市中级人民法院(2016)赣11刑终211号刑事判决书<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=4cf69dcb77ea4444b9e5a71b00dbd01a>。
- ④湖北省监利县人民法院(2017)鄂1023刑初259号刑事判决书<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=26e278f745b7401cac25a82a01308430>。
- ⑤河北省高级人民法院(2015)冀刑二终字第101号刑事判决书<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=06e64d4d1b0645f097d1617a6c8daf64>。
- ⑥江西省宜春市中级人民法院(2016)赣09刑初20号刑事判决书<https://wenshu.court.gov.cn/>

website/wenshu/181107ANFZ0BXSK4/index.html?docId=ba4a3dc8765a4fd9bd87a8630032ab27。

参考文献:

- [1]周光权.“刑民交叉”案件的判断逻辑[J].中国刑事法杂志,2020,(3):3.
- [2]杜万华.最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用[M].北京:人民法院出版社,2015.123.
- [3]杜邈.刑民交叉型诈骗犯罪的司法认定[J].中国刑事法杂志,2020,(3):37.
- [4]张明楷.刑法学中的概念使用与创制[J].法商研究,2021,(1):18.
- [5][6]艾菲娇.合同诈骗罪司法认定问题研究[D].兰州:兰州大学,2019.21.
- [7]陈兴良.民事欺诈和刑事欺诈的界分[J].法治现代化研究,2019,(5):1.
- [8]陈兴良.民事欺诈和刑事欺诈的界分[J].法治现代化研究,2019,(5):2.
- [9](日)我妻荣.新订民法总则[M].北京:中国法制出版社,2008.288.
- [10]陈俊飞.诈骗类犯罪中非法占有目的问题的认定[J].江西警察学院学报,2017,(5):25.
- [11]张明楷.合同诈骗行为类型的边缘问题[J].东方法学,2020,(1):41-42.

Research on the Judgment Path of Contract Fraud Crime from the Perspective of Cross between Crime and Civil Affairs ——Based on 179 acquittals as samples

Chen Sisi, Hou Wenjing

(Guangze County People's Court, Fujian 353000, China;
Shanghai No.1 Intermediate People's Court, Shanghai 200336, China)

Abstract: According empirical study on type of contract, cause of contract, subjective motivation for signing a contract, grounds for acquittal and specific reasons for inextricable purpose of unlawful possession based on a sample of 179 acquittals, we summarize the difficult problems of criminal and civil cross case judgment. And then, we summarize key elements to distinguish civil fraud and criminal fraud. There are four views to analyse inextricable purpose of unlawful possession: the ability of performing a contract, the act of performing a contract, handling way of property, and the attitude after the contract cannot be performed. Finally, we come up with the judgment path of contract fraud crime from the perspective of cross between crime and civil affairs under public order after expounding Amount of crime.

Key Words: cross between crime and civil affairs; civil fraud; purpose of unlawful possession; crime of contract fraud

欧盟涉外人工智能侵权冲突规范的新发展

刘 阳

(浙江理工大学法政学院, 浙江 杭州 310018)

摘要: 2020年《人工智能民事责任条例(草案)》是欧盟人工智能国际私法的最新发展, 尤其第2条对涉外人工智能侵权准据法的确定具有重要意义, 体现了欧盟涉外人工智能侵权冲突法之独立化发展趋势。然而, 与《罗马条例II》相比, 欧盟涉外人工智能侵权冲突规范存在以下三组矛盾: 第一, 条文数量单一性与纠纷类型复杂性的矛盾。涉外人工智能侵权纠纷囊括人工智能侵权主体地位、人工智能财产权侵权、人工智能人格权侵权和人工智能其他侵权之争, 但仅条例第2条可被用于确定涉外人工智能侵权的准据法; 第二, 纠纷性质特殊性与连结点同一性的矛盾。这不仅表现为第2条对涉外人工智能财产权侵权和人工智能人格权侵权冲突规范采取同一制, 而且表现为对部分涉外人工智能侵权冲突规范和《罗马条例II》冲突规范秉持同一制; 第三, 冲突规范统一化之理想与现实的矛盾。条例第2条适用的主体范围、地域范围和事项范围受限, 无法化解所有涉外人工智能侵权准据法的确定难题。涉外人工智能侵权冲突规范宜采取区别制, 人工智能侵权的不同方面分别适用不同的法律选择连结点的。

关键词: 涉外人工智能侵权; 单边冲突规范; 准据法; 意思自治原则; 欧盟国际私法

中图分类号: D997

文献标识码: A

文章编号: 1674-828X(2023)01-0033-12

人工智能对国际私法的影响在于以下两个方面: 第一, 人工智能推动国际私法技术的变革。人工智能可以通过创建模型以便于确定涉外民商事案件的管辖权和准据法, 但不得违反非歧视原则^[1]; 第二, 人工智能推动国际私法内容的变革^[2]。在国际私法中, 人工智能的“涉外性”不仅体现为人工智能引发的风险具有跨国性^[3], 而且包括人工智能应用程序依赖的大规模数据和数据集具有跨国性^[4]。当代国际私法有必要回应涉外人工智能之新挑战和新问题^[5]。

涉外人工智能侵权冲突规范之国内研究成果不多^①。本文结合2020年欧盟《人工智能民事责任条例(草案)》第2条的具体内容, 采取文义解释和比较研究方法, 分别论述涉外人工智能侵权主体地位、涉外人工智能财产权侵权、涉外人工智能人格权侵权以及涉外人工智能其他侵权之冲突规范。

一、欧盟涉外人工智能侵权冲突规范的立法背景

涉外人工智能侵权行为的出现不仅可能危及自然人或法人的财产权, 而且可能侵犯二者的人格权。与此同时, 在人工智能实体法的影响下, 涉外人工智能亦可能招致产品责任侵权、环境侵权、知识产权侵权、劳动侵权和其他侵权。

上述纠纷本质上无法共通适用相同的准据法, 否则将难以实现涉外民事法律选择之个案正义目标。某一实体法作为支配涉外人工智能侵权关系的准据法, 是经特定冲突规范指引的结果。

2020年, 欧盟将涉外人工智能侵权冲突规范从涉外一般侵权冲突规范中剥离出来, 对之进行了重塑, 具体内容规定于《人工智能民事责任条例(草案)》第2条。此条的内容共有三款。概言之, 即欧盟领域内关于人工智能侵权导致的财产

作者简介: 刘阳, 女, 浙江理工大学法政学院讲师, 法学博士, 主要从事国际私法研究。

损害、对自然人的身体性人格权侵权，直接适用本条例的法律规定，或者适用当事人协议选择的法律^[6]。

欧盟涉外人工智能侵权冲突规范的效力优先于2007年欧洲议会和欧盟理事会《关于非合同义务法律适用的第864/2007号（欧共体）条例》（以下简称《罗马条例II》）涉外侵权冲突规范的传统规定^[7]。然而，与《罗马条例II》第一章至第七章相比，欧盟涉外人工智能侵权冲突规范的条文数量具有单一性，与涉外人工智能侵权客体之多样性不对称，无法应对涉外人工智能侵权准据法确定问题的复杂性。

2020年欧盟涉外人工智能侵权冲突规范的立法背景如下：

第一，法律背景。欧盟涉外人工智能侵权冲突规范旨在缓解成员国人工智能侵权法律冲突。涉外人工智能侵权法律冲突明显，需要通过重构相应的冲突规范予以化解。首先，人工智能侵权的责任主体存在法律冲突。不同于传统涉外侵权行为主体，涉外人工智能侵权乃人工智能所为。国内部门法学对人工智能主体地位各执一词^②，无法为人工智能是否成为新型国际私法主体提供参考；其次，人工智能侵权归责原则存在法律冲突。诸如替代责任原则（principle of vicarious liability）和深口袋理论（the deep pocket theory）等^[8]。然而，欧盟成员国普遍暂无人工智能侵权的专门规定，主要回归适用一般侵权规则。例如，立陶宛《民法典》关于民事责任的规定适用于人工智能造成的损害。仅比利时、克罗地亚、德国、希腊、立陶宛、葡萄牙和斯洛文尼亚等部分成员国特别规定无人机侵权责任，瑞典等成员国对自动驾驶车辆导致的侵权责任予以专门规定，但其他成员国认为在人工智能领域变化如此迅速的背景下，颁布人工智能新立法可能会适得其反^[9]。另外，2007年《罗马条例II》涉外侵权冲突规范的传统规定未专门提及涉外人工智能侵权^[10]。人工智能的基本特征是具有数据依赖性^[11]，但2018年欧盟《通用数据保护条例》的法律措施并非专门针对人工智能问题^[12]。鉴于成员国法律对人工智能民

事责任的规定具有碎片化和不确定性，欧盟引入涉外人工智能侵权冲突规范的新规定以便应对人工智能新挑战，实现欧盟成员国人工智能民事责任立法的协调^[13]。

第二，经济背景。欧盟涉外人工智能侵权冲突规范旨在促进欧盟人工智能单一市场的形成和保障人工智能在欧盟的自由流通。欧盟人工智能民事责任规则是欧盟数字单一市场战略的核心部分。成员国人工智能侵权的法律冲突和碎片化规定阻碍欧盟人工智能单一市场的发展，并威胁欧盟的数字主权^[14]。条例的直接适用性将有利于减少法律碎片化和规范分歧，推进合法、安全和值得信赖的人工智能系统单一市场的发展，并促进人工智能在欧盟的自由流通^[15]。

二、涉外人工智能侵权主体地位之冲突规范

涉外人工智能侵权争议的解决以人工智能国际私法主体地位的确认为前提。因此，法院地国确定涉外人工智能侵权的准据法时需首先确定涉外人工智能侵权主体地位这一先决问题的准据法。

（一）人工智能侵权主体地位的法律适用冲突
自主性是人工智能的主要特征，人工智能具有类人品质（human-like qualities），那么人工智能可否被认定为法律上的人^[16]？例如，2021年Stephen Thaler v. Andrew Hirshfeld案^③争议的焦点在于，人工智能机器能否被列为专利发明人？原告认为，对于人工智能产生的发明，应将人工智能机器列为专利发明人，承认人工智能的权益，否则将不利于创新并违反公平原则。被告认为，发明人只能是自然人，人工智能机器没有法律人格，而且人工智能机器无法进行《专利法》要求的发明宣誓与声明。Leonie M. Brinkema法官指出，人工智能机器能否成为发明人，取决于对个人（individual）一词的文义解释。个人通常是指自然人，以区别于公司。公司无法作为发明人，其仅属于受让人，只有自然人才能成为发明人。自然人必然排除人工智能机器，但随着技术的发

展，人工智能可能会达到成熟的程度，从而满足发明人的公认含义。此案表明，虽然目前人工智能在性质上不属于自然人，但不排除随着技术的发展，未来人工智能可能被赋予独立民事主体地位，并成为新型国际私法主体。

在国际私法上，民事主体地位的法律选择主要涉及涉外自然人和涉外法人^④。若对人工智能国际私法主体地位作不同的回答，则将影响涉外人工智能侵权纠纷的解决。涉外人工智能侵权主体地位之法律适用冲突如下：

第一，如果人工智能被视为代理人^[17]或有限目的之受托人（a limited-purpose trustee）^[18]，那么涉外人工智能侵权主体地位将适用涉外代理关系冲突规范。人工智能与自然人的代理关系表现为，人工智能按照为制造者或其他自然人提供利益的方式采取行动^[19]。

第二，如果赋予人工智能以公司人格（corporate personhood）^[20]，那么涉外人工智能侵权主体地位将类推适用涉外法人主体地位冲突规范。

第三，如果人工智能被视为电子人（electronic person）之独立主体^[21]，那么这意味着其将承担民事责任，涉外人工智能侵权主体地位将适用不同于涉外自然人和法人属人法之新型冲突规范。

第四，如果仅部分人工智能（通用人工智能和超级人工智能）被认定为法律上的人^[22]，那么这意味着涉外人工智能侵权主体地位准据法的确定将采取分割制。

在上述四种确定准据法的方案中，前两种同属于回归型模式，即涉外人工智能主体地位问题回归适用现有的国际私法主体地位冲突规范；后两种体现了涉外人工智能侵权冲突法之独立化发展趋向，即涉外人工智能侵权主体地位冲突规范应剥离于涉外自然人或法人民事关系主体地位冲突规范，单独对之进行规定。以上方案各有利弊。回归适用现有的国际私法主体地位冲突规范，虽然立法成本较小，但因涉外自然人或法人民事关系主体地位冲突规范通常以属人法（本国

法、住所地国法或惯常居所地国法）作为系属公式，属人法乃隶属于人的法律，而且人工智能暂未被普遍授予自然人或法人意义上的国籍、住所和惯常居所，故涉外自然人或法人民事关系主体地位冲突规范无法完全照搬至涉外人工智能侵权主体地位确定之诉。单独制定涉外人工智能侵权主体地位冲突规范有利于推动国际私法内容的变革和保障人工智能技术的国际发展，但涉外人工智能冲突法根基薄弱，重构符合人工智能特点的冲突规范难度较大。尤其，若仅部分人工智能享有主体地位，则将进一步加大涉外人工智能侵权主体地位准据法的确定难度，影响涉外人工智能侵权纠纷的解决。

（二）人工智能侵权主体地位定性分歧之消解

欧盟《人工智能民事责任条例（草案）》第2条没有包含涉外人工智能侵权主体地位冲突规范。本条例第3条（a）款从统一实体法的角度对人工智能进行直接界定，以彻底消除成员国对人工智能法律地位的定性分歧。第3条（a）款规定，人工智能系统是指基于软件或嵌入硬件设备，通过收集和处理数据，分析和解释其环境以显示行为模拟智能，并通过采取具有一定自主性的行动来实现特定目标的系统。

条例第2条与第3条（a）款相比，前者属于法律冲突之间接调整方法，后者属于法律冲突之直接调整方法。由于直接调整方法具有自身的局限性，因此即使在已经制定并适用统一实体法规范的涉外民事领域，法律冲突之间接调整方法仍将继续发挥作用^[23]。鉴于此，条例第2条仍需修补涉外人工智能侵权主体地位这一隐藏的先决问题之冲突规范。

涉外人工智能侵权主体地位冲突规范宜将法院地国法作为系属，以区别于涉外自然人和法人民事主体地位冲突规范。理由如下：首先，人工智能主体地位问题涉及法院地国法律的基本原则，而且影响法院地国的伦理和公共秩序，因此认定涉外人工智能的侵权主体地位以依法院地国法为宜；其次，适用法院地国法有利于缓解属人法在涉外人工智能主体地位领域的适用困境，有

利于保障受害人在涉外人工智能侵权之诉中对准据法的可预见性，而且能够使受诉法院免于外国法查明的困扰。

三、涉外人工智能财产权侵权之冲突规范

2020年欧盟《人工智能民事责任条例（草案）》第2条采用单边客观性冲突规范和意思自治原则之主观性冲突规范确定涉外人工智能财产权侵权的准据法。涉外人工智能侵权对自然人财产、法人财产造成的损失，均可援引本条所述冲突规范。然而，第2条不仅缺乏客观性法律选择连结点，而且协议选择准据法的限制条件亦需改进。具体阐述如下：

（一）单边客观性冲突规范：条例第2条第1款

关于涉外人工智能财产权侵权的法律选择，《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第1款规定，欧盟领域内关于人工智能侵权导致的财产损害，直接适用本条例的法律规定。因其在“系属”中直接指出涉外人工智能侵权应适用的法律，未规定具体的法律选择连结点，故第2条第1款属于单边冲突规范或不完全冲突规范^[24]。单边冲突规范与选择性冲突规范相比，由于单边冲突规范对适用的实体法进行了严格框定，在准据法的确定上无法发挥连结点的媒介作用，因此，单边冲突规范下的法律适用结果具有明显的僵硬性和保守性。

与之相反，《罗马条例Ⅱ》第4条将损害结果发生地、损害发生时当事人共同惯常居所地和最密切联系地作为欧盟涉外一般侵权冲突规范的客观性连结点，具有更大的灵活性，更契合国际私法实质正义价值取向。

可见，目前欧盟国际私法仅在形式上实现了对涉外人工智能侵权冲突规范的特别化立法，涉外人工智能财产权侵权冲突规范的客观性连结点并不完备。

《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第1款在立法技术上采用旧式单边冲突规范欠妥，涉外人工智能财产权侵权冲突规范的类型宜由单边

冲突规范修正为选择性冲突规范，并增补相应的法律选择连结点。理由如下：在国际私法发展史上，单边冲突规范主要出现于早期各国国际私法的立法之中。早期各国涉外民商事交往较少，因此主权国家趋向于对国际私法采取保守型立法，通过采用单边冲突规范以防止立法外延的扩大。当代各国国际私法虽零星保留了单边冲突规范，但仅对某些在法律选择问题上需要从严掌握的涉外民事关系，诸如“直接适用的法”情形下的涉外民事纠纷，才规定此类冲突规范。单边冲突规范使用方便，免除了受诉法院对连结点的确定负担，但欧盟涉外人工智能财产权侵权之单边冲突规范对需要适用外国法的场合未作明确规定。单边冲突规范的完备性与普遍适用性不如其他类型冲突规范^[25]。与单边冲突规范的日渐式微相比，选择性冲突规范的数量逐步增多^[26]，以促进各国民商事交往和实现涉外民事法律选择结果的合理性。《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第1款单边冲突规范体现了欧盟对涉外人工智能财产权侵权法律选择的严格干预，但涉外人工智能财产权侵权不属于欧盟国际私法之优先性强制性规范（overriding mandatory provisions）的适用情形，而且单边冲突规范不利于实现法律选择结果的合理性，因此无需对之采用单边冲突规范。涉外人工智能财产权侵权之诉需增补相应的客观性法律选择连结点，以实现向选择性冲突规范的转换。现代涉外侵权冲突法的连结点主要包括侵权行为地、法院地、最密切联系地、共同国籍所在地和共同惯常居所地等。其中，侵权行为地和最密切联系地是当代侵权冲突法的主导型法律选择连结点，涉外侵权冲突法单采法院地这一连结点已颇为罕见^[27]。涉外人工智能侵权背景下之侵权行为地和密切联系地面临重新定义的难题。因人工智能暂未被普遍授予自然人或法人意义上的国籍、住所和惯常居所，故传统自然人或法人语境下之属人法连结点尚不宜被用于确定涉外人工智能财产权侵权的准据法。涉外人工智能财产权侵权冲突规范的连结点宜保留法院地，因为涉外人工智能财产权侵权问题涉及法院地国法律的基本原

则，而且影响法院地国的伦理和公共秩序。法院地国法仅限于兜底适用，以防止滥用法院地国法不当而阻碍人工智能的国际发展和跨国流通。

（二）主观性冲突规范：条例第2条第2款

《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第2款肯定了意思自治原则在涉外人工智能财产权侵权法律选择领域的重要作用，并授予比欧盟涉外一般侵权冲突规范更大的准据法选择自由，而且与第2条第1款之保守型客观冲突规范形成鲜明对比。

第2条第2款规定，人工智能运营商与受害人可以在损害发生前后协议选择准据法，但人工智能侵权法律选择协议不得规避或限制本条例的权利义务。前半句属于对意思自治原则主体条件和时间条件的限定，后半句属于对外国法适用结果的限制。

上述规定与欧盟涉外一般侵权法律选择领域意思自治原则相比，存在以下差异：首先，在适用顺位上，前者将意思自治原则的顺位置于涉外人工智能侵权客观性冲突规范之后，而2005年《罗马条例Ⅱ草案解释报告》曾一度将意思自治原则摆放于涉外一般侵权冲突规范之首^[28]；其次，在时间条件上，前者对当事人事先协议选择涉外人工智能侵权准据法秉持完全肯定的态度，而后者仅容许附条件的事先意思自治。例如，2005年欧洲议会《罗马条例Ⅱ一读草案》第3条第1款规定，在欧盟涉外一般侵权法律选择领域，事先协议选择准据法的前提条件是当事人具有同等议价能力，而且事先存在公平商业关系^[29]；再次，在形式条件上，前者对涉外人工智能侵权法律选择协议的形式未作特别规定，而《罗马条例Ⅱ》第14条第1款规定，欧盟涉外一般侵权法律选择协议应根据案件情况合理明确地表达或证明；最后，在法律选择范围上，前者仅规定只要外国法的适用结果没有规避或限制本条例的权利义务，那么涉外人工智能侵权法律选择协议将有效。后者不仅要求欧盟涉外一般侵权法律选择协议不得减损欧盟法的共同规定，而且不得偏离强制性规则、最密切联系地国法、涉外雇佣合同准

据法，同时不得影响第三方的权利义务^[30]。

在涉外人工智能财产权侵权法律选择领域不宜完全放开适用意思自治原则，尤其协议选择准据法的适用限制需要改进。第一，协议选择法律的主体限制可予修正。正如本文第二章提及的Stephen Thaler v. Andrew Hirshfeld案所述，随着技术的发展，未来人工智能可能被赋予独立民事主体地位。《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第2款将协议选择准据法的主体范围限定于人工智能运营商与受害人之间，忽略了当未来人工智能成为新型国际私法主体时，涉外人工智能财产权侵权准据法的确定亦需考虑人工智能本身的意志因素；第二，协议选择法律的时间限制可予修正。因为人工智能自主运行时潜在受影响的人未知且无法识别^[31]，在实践中当事人根据《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第2款事先协议选择准据法的可能性较小，所以此条款宜采取事后意思自治原则；第三，协议选择法律的范围限制可予修正。当事人协议选择的涉外人工智能财产权侵权准据法除不得规避本条例之强制性规定外，亦不得影响法院地国的伦理和公共秩序，否则法院地国将拒绝适用。

四、涉外人工智能人格权侵权之冲突规范

在国际私法中，涉外人格权侵权的特殊性不言而喻^[32]。涉外人格权侵权冲突规范通常被剥离出涉外一般侵权冲突规范和涉外财产性侵权冲突规范。

然而，欧盟涉外人工智能人格权侵权冲突规范的结构具有以下特征：

第一，在冲突规范的系属上，《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第1款对涉外人工智能财产权侵权和人格权侵权冲突规范采取同一制，即二者均相同适用本文第三章所述单边客观性冲突规范和意思自治原则，这不利于人格权的特别保护。

第二，在冲突规范的范围上，欧盟涉外人工智能人格权侵权冲突规范调整的法律关系存在疏

漏。首先，在人格权主体上，《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第1款仅适用于涉外人工智能侵犯自然人人格权的情形，不包括法人人格权；其次，在人格权内容上，欧盟涉外人工智能人格权侵权冲突规范仅适用于涉外人工智能侵犯生命、健康和身体完整性之身体性人格权的情形，涉外人工智能侵犯精神性人格权、环境人格权^[33]和未来其他新型人格权均无法援引此条。

（一）人工智能身体性人格权侵权准据法的确定

涉外人工智能对自然人造成的身体性人格权侵权纠纷，属于欧盟涉外人工智能侵权冲突规范的范围。鉴于欧盟对涉外人工智能财产权侵权和自然人身体性人格权侵权冲突规范采取同一制，为避免论述上的重复，后者准据法的确定问题此处不再赘述。

不仅自然人拥有身体性人格权，法人亦享有此类人格权^[34]。然而，根据文义解释，关于涉外人工智能人格权侵权法律选择，《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第1款之单边冲突规范仅适用于自然人身体性人格权侵权，不得适用于涉外人工智能对法人造成的身体性人格权侵权。这不仅违反保护人权原则，而且与条例第1条的规定相冲突。此条例第1条规定，自然人和法人均可作为原告对人工智能系统运营商提起民事损害赔偿之诉。如果法人提起涉外人工智能人格权侵权之诉，那么《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第1款单边冲突规范不仅使法官面临无从确定法人人格权侵权准据法的困局，而且无益于保护法人人格权。

基于上述局限，欧盟涉外人工智能身体性人格权侵权冲突规范宜从以下两方面进行完善：首先，在形式上，涉外人工智能身体性人格权侵权冲突规范与涉外人工智能财产权侵权冲突规范需采取区别制，涉外人工智能引发的其他种类人格权侵权与涉外人工智能财产权侵权冲突规范亦需采取区别制；其次，在实质上，涉外人工智能身体性人格权侵权冲突规范的内容需同时涵盖法人和自然人的身体性人格权侵权。

（二）人工智能精神性人格权侵权准据法的确定

涉外精神性人格权侵权是国际人格权侵权法律选择领域的重要纠纷类型^[35]。涉外人工智能同样涉及侵犯个人隐私、信息和数据^[36]，但《人工智能民事责任条例（草案）》第2条并无涉外人工智能精神性人格权侵权冲突规范。

《罗马条例Ⅱ》亦无法为涉外人工智能精神性人格权侵权法律选择提供指引，因为涉外人格权侵权准据法的确定问题是2007年《罗马条例Ⅱ》的历史遗留问题^[37]。《罗马条例Ⅱ》第1条第2款（g）项将隐私、诽谤和人格权侵权排除出条例的适用范围，缺乏涉外精神性人格权侵权冲突规范。直至2012年，欧洲议会《罗马条例Ⅱ修订版草案》第5a条对之进行了补充规定^[38]。

通过考察国际社会现有的涉外精神性人格权侵权法律选择规则，其呈现以下发展趋势：首先，涉外精神性人格权侵权冲突规范需贯彻保护弱者原则。即在满足行为人可预见性的前提下，授予受害人单边选择特定范围准据法的自决权^⑤；其次，涉外精神性人格权侵权冲突规范受人权原则的限制。尤其，外国法的适用结果不得违反法院地国关于言论和信息自由的基本原则。例如，2003年欧洲共同体委员会《罗马条例Ⅱ草案》第6条第1款特别规定，如果适用本条例第3条指定的法律将违反法院地国关于言论和信息自由的基本原则，那么跨国侵犯隐私与人格权纠纷将回归适用法院地国法^[39]。

上述规定主要是非人工智能运行背景下的涉外精神性人格权侵权法律选择规则。关于涉外人工智能精神性人格权侵权冲突规范的重构，不仅应继续贯彻上述价值理念，而且亦需合理平衡和防止受害人单边选择准据法对人工智能市场造成的不利后果。

（三）人工智能其他新型人格权侵权准据法的确定

人格权的种类具有开放性，未来可能出现某些新型人格权^[40]。《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第1款采取穷尽列举的方式，单边冲

突规范针对的人格权类型仅为生命权、健康权和身体完整权。鉴于此，有必要补充涉外人工智能新型人格权侵权冲突规范，并结合新型人格权侵权法律关系的性质确定应适用的准据法。

总之，《人工智能民事责任条例（草案）》第2条偏离传统范式，不仅对涉外人工智能财产权侵权和人格权侵权冲突规范的连结点采取同一制，而且涉外人工智能引发的其他侵权（诸如法人人格权侵权纠纷、精神性人格权侵权纠纷、其他新型人格权侵权纠纷以及第2条第3款之除外事项）仍需回归适用《罗马条例Ⅱ》等传统规定，存在纠纷性质特殊性与连结点同一性的矛盾。

五、涉外人工智能其他侵权之冲突规范

涉外人工智能侵权法律纠纷的类型具有多样化，但欧盟涉外人工智能侵权冲突规范并不成熟，无法涵盖所有侵权样态。涉外人工智能引发的其他侵权之冲突规范亟需补足，以缓解欧盟涉外人工智能侵权冲突规范之条文数量单一性与纠纷类型复杂性的矛盾。

（一）涉外人工智能其他侵权事项的搁置

《人工智能民事责任条例（草案）》第2条并非适用于所有涉外人工智能侵权法律选择，存在诸多未决的争鸣。尤其根据该条例第2条第3款的规定，欧盟涉外人工智能侵权冲突规范搁置的侵权事项如下：

第一，第三国人工智能侵权准据法的确定问题待决。欧盟《人工智能民事责任条例（草案）》第2条仅用于解决欧盟领域内成员国之间人工智能侵权法律冲突，不适用于第三国人工智能侵权，不得将第三国实体法作为涉外人工智能侵权的准据法。相较之下，在欧盟涉外一般侵权法律选择领域，《罗马条例Ⅱ》第3条规定，无论本条例冲突规范指引的准据法是否为成员国法律，均应适用。此做法借鉴了2000年欧盟理事会《关于民商事管辖权及判决承认与执行的第44/2001号（欧共同体）条例》的立场^[41]。另外，2005年《罗马条例Ⅱ草案解释报告》第6条第2a款新增规定，

如果本条例冲突规范指引的第三国法律之适用结果违反基本人权原则，那么将拒绝适用第三国实体法^[42]。为填补涉及第三国之人工智能侵权准据法的空缺，存在以下两种路径：一方面，仿效《罗马条例Ⅱ》第3条的经验，将欧盟涉外人工智能侵权冲突规范适用的地域范围延伸至第三国，以平等保护位于欧盟内外的受害人；另一方面，欧盟成员国可以根据2009年欧洲议会和欧盟理事会《成员国和第三国就涉外合同与非合同义务法律适用进行谈判和达成协议程序的第662/2009号（欧共同体）条例》第1条第2款的规定，与第三国进行谈判，并就此新事项签订新的双边或区域性协议^[43]。

第二，涉外人工智能运行背景下第三人侵权准据法的确定问题待决^[44]。《人工智能民事责任条例（草案）》第2条冲突规范不仅地域适用范围趋紧，而且主体适用范围受限，其仅适用于自然人和法人对被告人工智能系统运营商（operators of AI-systems）提起的涉外人工智能侵权之诉。另外，当存在两个以上的人工智能运营商时，第2条未澄清如何确定涉外人工智能侵权的准据法。前端运营商（frontend operator）是主要决定人工智能系统使用的人，后端运营商（backend operator）实际上可以对操作风险进行更程度的控制。

第三，涉外人工智能产品责任侵权准据法的确定问题待决。《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第3款规定，人工智能运营商和受害人之间产品责任侵权准据法的确定问题不适用本条。那么，涉外人工智能产品责任侵权能否类推适用《罗马条例Ⅱ》第5条所述冲突规范？此问题取决于产品（product）一词的解释。1985年，欧洲共同体理事会《关于缺陷产品责任的第85/374号指令》（以下简称《第85/374号指令》）第2条对产品的语义进行了界定。就本指令而言，产品是指除初级农产品和游戏外的所有动产和电力，即使纳入另一动产或不动产^[45]。例如，在VI v. KRONE-Verlag Gesellschaft mbH & Co KG案^①中，欧洲法院指出，《第85/374号指令》产品一词意

指所有动产和电力，即使与另一动产或不动产合并。《罗马条例Ⅱ》第5条产品的定义沿用《第85/374号指令》第2条的解释标准，但二者的性质不同。《罗马条例Ⅱ》的性质是冲突法，《第85/374号指令》的性质是成员国严格产品责任实体法。由于成员国有权对该指令的内容行使某些选择权，因此没有实现完全的法律协调^[46]。另外，2019年欧洲议会和欧盟理事会《关于产品市场监督和合规性的第2019/1020号（欧盟）条例》第3条没有界定产品的概念^[47]，但此条例项下的产品被认为囊括所有人工智能系统^[48]。

第四，涉外人工智能侵权强制保险准据法的确定问题待决。人工智能侵权强制责任保险是为吸收人工智能侵权带来的风险而专门设定的制度^[49]。《人工智能民事责任条例（草案）》第2条并未规定如何确定涉外人工智能侵权强制责任保险的准据法。

第五，涉外人工智能环境侵权、知识产权侵权、劳动侵权和其他侵权准据法的确定问题待决。关于上述事项，欧盟只能暂时借鉴《罗马条例Ⅱ》第4条至第9条传统冲突规范，以填补法律漏洞和暂且化解《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第3款所述除外事项准据法的确定难题。

综上所述，在冲突规范的“范围”上，欧盟涉外人工智能侵权冲突规范调整的法律关系有限。首先，冲突规范的地域范围有限，不适用于欧盟成员国之外；其次，冲突规范的主体范围有限，不适用于第三人侵权以及对法人的身体性人格权侵权；最后，冲突规范的事项范围有限，不适用于涉外人工智能导致的精神性人格权侵权、产品责任侵权、环境侵权、知识产权侵权、劳动侵权和其他侵权。《人工智能民事责任条例（草案）》第2条无法充分消除涉外人工智能侵权准据法之争，存在冲突规范统一化之理想与现实的矛盾。

（二）涉外人工智能其他侵权冲突规范的补足

关于如何确定涉外人工智能其他侵权事项的准据法，本文认为在法律选择方法上宜秉持区别

制，理由如下：

首先，区别制符合涉外法律选择之合理性与公正性价值取向。由于《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第3款之涉外人工智能其他侵权纠纷在责任构成要件、归责原则和举证责任等方面均存在明显差异，因此涉外人工智能其他侵权事项宜根据侵权行为的性质和种类分别确定准据法，以实现具体个案正义的目标。

其次，区别制符合《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第3款文义解释的要求。该条例第2条第3款的搁置性规定虽然不利于涉外人工智能其他侵权纠纷准据法的确定，但侧面反映出涉外人工智能其他侵权冲突规范不得与本条前两款法律选择规则保持同一性。

最后，涉外人工智能其他侵权冲突规范的连结点采取区别制，符合当代侵权冲突法之细化发展趋势^[50]。

六、结语：欧盟涉外人工智能侵权冲突规范的评析

欧盟涉外人工智能侵权冲突规范的进步意义在于，欧盟引入涉外人工智能侵权冲突规范的新规定不仅有利于缓解成员国涉外人工智能侵权法律冲突，便于法院地国确定涉外人工智能侵权纠纷的准据法，而且丰富了国际私法涉外特殊侵权冲突规范的理论体系。2017年欧盟《关于机器人法规规则建议案》是欧洲议会首次就人工智能和机器人技术立法监管发布的官方文件^[51]。此建议案指出，《罗马条例Ⅱ》关于交通事故的一般国际私法规则无需进行实质性修改，以适应自动驾驶汽车的发展^[52]。然而，由于人工智能侵权不同于传统侵权行为^[53]，因此2020年欧盟《人工智能民事责任条例（草案）》正式将涉外人工智能侵权冲突规范从《罗马条例Ⅱ》中剥离出来，对之予以再造。

欧盟涉外人工智能侵权冲突规范的法律漏洞如下：第一，关于《人工智能民事责任条例（草案）》第2条第1款，其属于单边冲突规范或不完善

全冲突规范，未规定具体的法律选择连结点，灵活性较差，不利于实现国际私法实质正义价值取向。与此同时，此条款对涉外人工智能财产权侵权和人工智能人格权侵权冲突规范采取同一制，不利于人格权的特别保护。除此之外，该条例第2条第1款之单边冲突规范仅适用于自然人身体性人格权侵权，不得运用于涉外人工智能对法人的身体性人格权侵权。不仅如此，此客观性冲突规范仅适用于涉外人工智能侵犯生命、健康和身体完整性之身体性人格权的情形，忽略了涉外人工智能精神性人格权侵权和未来其他新型人格权侵权准据法的确定问题；第二，关于该条例第2条第2款，由于人工智能系统自主运行时潜在受影响的人未知且无法识别，当事人事先协议选择准据法的可能性较小，因此主观性冲突规范的规定存在效果局限。此款忽略了当未来人工智能成为新型国际私法主体时，涉外人工智能侵权准据法的协议选择亦需考虑人工智能本身的意志因素；第三，关于该条例第2条第3款，该款对除外事项的规定使得涉外人工智能第三人侵权准据法、第三国人工智能侵权准据法、涉外人工智能产品责任侵权准据法、涉外人工智能侵权强制保险准据法和涉外人工智能其他侵权准据法仍然未决。

欧盟涉外人工智能侵权冲突规范的完善建议如下：首先，在冲突规范的类型上，将单边冲突规范修正为选择性冲突规范。由于涉外人工智能侵权纠纷不属于欧盟国际私法优先性强制性规范的适用情形，因此《人工智能民事责任条例（草案）》第2条在立法技术上对之采用旧式单边冲突规范欠妥；其次，在冲突规范的“范围”上，在该条例第2条现有调整对象的基础上，增补涉外人工智能对法人的身体性人格权侵权、涉外人工智能精神性人格权侵权以及涉外人工智能其他侵权。条例第2条仅将涉外人工智能财产权侵权、人工智能对自然人的身体性人格权侵权纳入其中，无法涵盖所有侵权样态；最后，在冲突规范的不同方面分别适用不同的法律选择连结点。

总之，在地域上，人工智能国际私法不仅是

欧盟私法的新方向，而且人工智能可能推动国际社会国际私法的变革。在场域上，人工智能除影响涉外侵权冲突法领域外，在未来亦可能出现于其他涉外民事法律选择领域。然而，人工智能冲突法根基薄弱，未来各国重构符合人工智能特点的新型冲突规范将步履艰辛。

注释：

- ①关于涉外人工智能侵权冲突规范之国内研究现状，截至本文撰稿之日，中国知网上仅有以下两篇学术论文：参见杜涛：《国际私法国际前沿年度报告（2019-2020）》，《国际法研究》2021年第4期，第105页；梅傲：《涉外人工智能侵权的司法进路》，《中国高校社会科学》2022年第2期，第135-139页。
- ②根据2020年至2022年中国知网公布的文献资料，第一，对人工智能主体地位持肯定态度的代表性文献如下：吴高臣：《人工智能法律主体资格研究》，《自然辩证法通讯》2020年第6期，第20页；骁克：《论人工智能法律主体的法哲学基础》，《政治与法律》2021年第4期，第109页；张善根：《人工智能从属法律主体论的理论基础与技术甄别》，《求索》2021年第6期，第165页。第二，对人工智能主体地位持否定态度的代表性文献如下：陈和芳：《论人工智能侵权责任主体的识别机制》，《学术交流》2020年第7期，第102页；付其运：《人工智能非主体性前提下侵权责任承担机制研究》，《法学杂志》2021年第4期，第83页；马开轩、刘振轩：《人工智能法律主体地位的法哲学反思》，《学习论坛》2021年第6期，第122页；陆幸福：《人工智能时代的主体性之忧：法理学如何回应》，《比较法研究》2022年第1期，第38页；孙笛：《人工智能体刑事主体资格否定论》，《政法论丛》2022年第3期，第40页。第三，对人工智能主体地位持折中态度的代表性文献如下：袁曾：《基于功能性视角的人工智能法律人格再审视》，《上海大学学报（社会科学版）》2020年第1期，第16页；杨猛宗：《人工智能机器人劳动者主体身份的反思与应然转向》，《政法论丛》2020年第6期，第100页；谭勇、孔明安：《人工智能将会成为一种新主体吗？——齐泽克精神分析视野下的人工智能研究》，《国外理论动态》2021年第4期，第154页；王春梅、冯源：《技术性人格：人工智能主体资格的私法构造》，《华东政法大学学报》2021年第5期，第69页；程承坪：《人工智能：工具或主

体?——兼论人工智能奇点》,《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2021年第6期,第5页。

- ③Stephen Thaler v. Andrew Hirshfeld, 2021 WL 3934803, pp.5-8。
- ④参见2010年我国《涉外民事关系法律适用法》第二章(民事主体)的规定。
- ⑤参见2000年哈萨克斯坦《冲突法与国际民事诉讼法》第1103条、2002年摩尔瓦多《民法典》第1616条、2005年保加利亚《关于国际私法的法典》第108条、2011年立陶宛《民法典》第1.45条、2012年捷克《关于国际私法的法律》第101条、2013年黑山《关于国际私法的法律》第55条以及2022年瑞士《关于国际私法的联邦法(修订版)》第139条的规定。
- ⑥Case C-65/20 VI v. KRONE-Verlag Gesellschaft mbH & Co KG [2021] ECR, para. 26。

参考文献:

- [1]European Parliament. European Parliament Resolution of 20 January 2021 on Artificial Intelligence: Questions of Interpretation and Application of International Law in so far as the EU is Affected in the Areas of Civil and Military Uses and of State Authority Outside the Scope of Criminal Justice (2020/2013 (INI)) [EB/OL]. (2021-01-20) [2022-08-01]. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021IP0009&qid=1650635556990&from=EN>.
- [2][7][24][44]杜涛.国际私法国际前沿年度报告(2019-2020)[J].国际法研究,2021,(4):103.105.
- [3]Catelijne Muller.Opinion of the European Economic and Social Committee on Artificial intelligence-The Consequences of Artificial Intelligence on the (Digital) Single Market,Production,Consumption, Employment and Society (Own-initiative Opinion)[EB/OL].(2017-08-31)[2022-08-01].<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE5369&qid=1650635556990&from=EN>.
- [4]European Commission.Commission Staff Working Document Executive Summary of the Impact Assessment Report Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act)and Amending Certain Union Legislative Acts[EB/OL].(2021-04-21)[2022-08-01].<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/0145f2f7-a373-11eb-9585-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-255768560>.
- [5]梅傲.涉外人工智能侵权的司法进路[J].中国高校社会科学,2022,(2):139.
- [6][31]Axel Voss.Report with Recommendations to the Commission on a Civil Liability Regime for Artificial Intelligence(2020/2014 (INL))[EB/OL].(2020-10-05) [2022-08-01].https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2020-0178_EN.pdf.
- [8]Darshan Bhora,Kuldeep Shraavan.Demystifying the Role of Artificial Intelligence in Legal Practice [J].Nirma University Law Journal,2019,8(2):6.
- [9][51]Tatjana Evas.Civil Liability Regime for Artificial Intelligence:European Added Value Assessment[EB/OL].(2020-12-01)[2022-08-01].<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/3b9ae21b-3b5f-11eb-b27b-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-255777704>.
- [10]European Parliament and the Council of the European Union. Regulation(EC)No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-contractual Obligations(Rome II)[EB/OL].(2007-07-31)[2022-08-01].<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&qid=1659344544311&from=EN>.
- [11]European Commission.Report from the Commission to the European Parliament,the Council and the European Economic and Social Committee Report on the Safety and Liability Implications of Artificial Intelligence,the Internet of Things and Robotics[EB/OL].(2020-02-19)[2022-08-01].<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0064&qid=1650635556990&from=EN>.
- [12]Roxanna Yaghmai.A Critical Examination of How Artificial Intelligence Should Be Regulated in the United Kingdom[J].Bristol Law Review,2021,(1):67.
- [13]European Parliament.European Parliament Resolution of 20 October 2020 with Recommendations to the Commission on a Civil Liability Regime for Artificial Intelligence(2020/2014 (INL))[EB/OL].(2020-10-20) [2022-08-01].https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.pdf.
- [14]European Commission.Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence(Artificial Intelligence Act)and Amending Certain Union Legislative Acts[EB/OL].

- (2021-04-21)[2022-08-01].https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:0694be88-a373-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF.
- [15]European Commission.Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence(Artificial Intelligence Act)and Amending Certain Union Legislative Acts[EB/OL].(2021-04-21)[2022-08-01].https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF.
- [16][19]Rajan Kumar,Divya Arora.Artificial Intelligence: The Beginning of New Era[J].Supremo Amicus,2018,(3):450,454.
- [17]Martin Ebers.Liability for Artificial Intelligence and EU Consumer Law[J].Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law,2021,12(2):213.
- [18]Lawrence B.Solum.Legal Personhood for Artificial Intelligences[J].North Carolina Law Review,1992,70(4): 1254.
- [20]Alicia Lai.Artificial Intelligence,LLC:Corporate Personhood as Tort Reform[J].Michigan State Law Review,2021,(2):600.
- [21]Kateryna Nekt,Vira Tokareva,Volodymyr Zubar. Artificial Intelligence as a Potential Subject of Property and Intellectual Property Relations[J].Ius Humani, Revista de Derecho,2020, 9(1):239.
- [22]Bekir Bera Goksu,Ugur Ozer.Responsibility for Damages Caused by Artificial Intelligence[J].GSI Articletter,2020,(23):69.
- [23][25]李双元,欧福永.国际私法学(第三版)[M].北京: 北京大学出版社,2015.10.101-103.
- [26]刘仁山.国际私法(第六版)[M].北京:中国法制出版社,2019.90.
- [27][50]许凯.侵权冲突法研究[M].北京:法律出版社,2013. 238.331.
- [28][42]Diana Wallis.Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Non-contractual Obligations("Rome II")[EB/OL].(2005-06-27)[2022-08-01].https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2005-0211_EN.pdf.
- [29][30]European Parliament.European Parliament Legislative Resolution on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Non-contractual Obligations("Rome II") (COM(2003)0427-C5-0338/2003-2003/0168(COD)) (Co-decision Procedure:First Reading)[EB/OL].(2005-07-06)[2022-08-01].https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-6-2005-0284_EN.pdf.
- [32]刘仁山.欧盟平衡人格权与言论自由的立法实践——以人格权侵权法律适用规则之立法尝试为视角[J].环球法律评论,2014,(6):185.
- [33]陈红梅.论环境人格权的独立与民法保护[J].南京财经大学学报,2014,(5):75.
- [34]张民安.法人的人格权研究(下)——法人人格权的类型、性质及侵害后果[J].学术论坛,2020,(2):12.
- [35]黄志慧.国际人格权侵权法律适用问题之司法协调:从欧盟到中国[J].政法论坛,2015,(3):104.
- [36]Sunitha Abhay Jain,Simran A.Jain.Artificial Intelligence: A Threat to Privacy[J].Nirma University Law Journal, 2019,(2):35.
- [37]Diana Wallis.Report on the Joint Text Approved by the Conciliation Committee for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Law Applicable to Non-contractual Obligations("Rome II") [EB/OL].(2007-06-28)[2022-08-01].https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-6-2007-0257_EN.pdf.
- [38]Cecilia Wikström.Report with Recommendations to the Commission on the Amendment of Regulation(EC) No 864/2007 on the Law Applicable to Non-contractual Obligations(Rome II)(2009/2170(INI)) [EB/OL].(2012-05-02)[2022-08-01].https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2012-0152_EN.pdf.
- [39][41][46]Commission of the European Communities. Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations ("Rome II") [EB/OL].(2003-07-22)[2022-08-01].<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003PC0427&from=EN>.
- [40]张莉.新型人格权益类型化研究[J].南京师大学报(社会科学版),2022,(1):92.
- [43]European Parliament and the Council of the European Union.Regulation(EC)No 662/2009 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 Establishing a Procedure for the Negotiation and Conclusion of Agreements between Member States and Third Countries on Particular Matters Concerning the

- Law Applicable to Contractual and Non-contractual Obligations[EB/OL].(2009-07-31)[2022-08-01].
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0662&qid=1650687943765&from=EN>.
- [45]Council of the European Communities.Council Directive of 25 July 1985 on the Approximation of the Laws,Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products(85/374/EEC)[EB/OL].(1985-08-07)[2022-08-01].<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0374&from=EN>.
- [47]European Parliament and the Council of the European Union.Regulation(EU)2019/1020 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on Market Surveillance and Compliance of Products and Amending Directive 2004/42/EC and Regulations(EC) No 765/2008 and(EU)No 305/2011(Text with EEA Relevance)[EB/OL].(2019-06-25)[2022-08-01].
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1020&from=EN>.
- [48]Christine Lagarde.Opinion of the European Central Bank of 29 December 2021 on a Proposal for a Regulation Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence(CON/2021/40)[EB/OL].(2022-03-11)[2022-08-01].<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021AB0040&qid=1650635556990&from=EN>.
- [49]夏利民,王庆松.人工智能侵权责任保险制度的构建[J].湖北社会科学,2022,(5):132.
- [52]European Parliament.European Parliament Resolution of 16 February 2017 with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics(2015/2103(INL))[EB/OL].(2017-02-16)[2022-08-01].https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.pdf.
- [53]朱静洁.智能机器人致人损害民事责任的困境及其破解[J].理论月刊,2020,(1):130.

The New Development of EU Conflict Rule of International Artificial Intelligence Infringement

Liu Yang

*(School of Law and Politics, Zhejiang Sci-Tech University,
Hangzhou, Zhejiang 310018, China)*

Abstract: The 2020 Proposal Regulation on Civil Liability of Artificial Intelligence is the latest development of EU private international law on artificial intelligence. In particular, article 2 is of great significance to the determination of applicable law for international artificial intelligence infringement, which reflects the independent development trend of EU conflict of laws on international artificial intelligence infringement. However, compared with the Rome II Regulation, there are following three groups of contradictions in the EU conflict rule of international artificial intelligence infringement. Firstly, there is a contradiction between the singularity of the number of clauses and the complexity of dispute styles. International artificial intelligence infringement disputes include debates on tort subject status of artificial intelligence, artificial intelligence infringement of property right, artificial intelligence infringement of personality right and other infringements of artificial intelligence. However, only article 2 of the regulation can be used to determine the applicable law for international artificial intelligence infringement. Secondly, there is a contradiction between the particularity of the nature of disputes and the identity of connection points. This is not only manifested that unitary system is adopted for international artificial intelligence infringement of property rights and personality rights in article 2, but also shown that part conflict rules of international artificial intelligence infringement and conflict rules in Rome II Regulation adhere to unitary system. Thirdly, there is a contradiction between the ideal and reality of the unification of conflict rules. The subject scope, geographical scope and matter scope applicable to article 2 of the regulation are limited, which cannot solve all the problems of determining the applicable law for international artificial intelligence infringement. Conflict rules of international artificial intelligence infringement should adopt the scission system. Different aspects of international artificial intelligence infringement apply to different connection points of choice of law.

Key words: international artificial intelligence infringement; unilateral conflict rule; lex causae; the principle of party autonomy; EU private international law

我国促进型立法的文本考察与完善路径

张志远, 史凤林

(山西大学法学院, 太原 030006)

摘要: 改革开放以来, 促进型立法模式与管理型立法模式相对应是我国新型立法模式, 是法律调整体系的重要组成部分。我国促进型立法经过初步探索、持续发展, 逐渐形成中国特色的促进型立法经验, 具体包括以人民为中心的立法理念、针对欠发展公共领域的立法范围、贯彻落实党和国家统筹全社会共同参与促进工作的立法职能。但我国促进型立法也存在发展困境, 主要表现在我国促进型法律原则性规定较多, 可操作性弱; 指导性规定较多, 强制效力弱; 领域内相关机构自主性弱。因此, 我国促进型立法要走向成熟, 就需要进一步具体化与细化原则性规定, 量化法律责任条款规定与强化领域内相关机构自主性法律规定。

关键词: 促进型立法; 立法特色; 立法不足; 立法完善

中图分类号: D920.0

文献标识码: A

文章编号: 1674-828X(2023)01-0045-09

引言

从立法模式自身演进的脉络上看, “促进型立法”作为第三阶段(以“促进推动基础领域发展”为主要特征)出现的立法模式, 与“设范型立法”“管理型立法”一同构成完整的法律调整体系^[1]。有学者认为, 我国关于促进型立法模式的探索肇始于20世纪90年代, 早在1993年颁布的《中华人民共和国农业技术推广法》(以下简称《农业技术推广法》)与《中华人民共和国科学技术进步法》(以下简称《科学技术进步法》), 被认为是《中华人民共和国清洁生产促进法》(以下简称《清洁生产促进法》)的同类立法, 即促进型立法的早期成果^[2]。也有学者指出, 1996年颁布施行的《中华人民共和国促进科技成果转化法》(以下简称《促进科技成果转化法》)被视为我国第一部促进型立法^[3]。这些法律均是我国促进型法律的雏形。促进型立法是伴随市场经济改革形势日益发展需求的必然产物, 立法者通过促进型立法对基础性、薄弱性领域予以法律保障, 从而更好地促进该领域的发展。1993年至

2021年, 我国持续推进了13部促进型立法^①。从数量增长的幅度来看, 略显平缓(见图1)^②。尤其是在2002年出台了3部促进型立法后, 促进型立法数量有所下降, 这意味着对促进型立法的关注度逐渐下降。但是自2018年至今, 促进型立法模式被再次重视, 这在一定程度上反映出学术界与实务界对促进型立法的认知度有所提高。

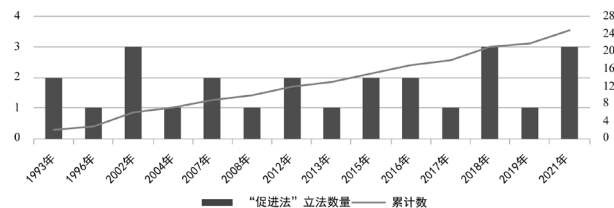


图1 1993—2021年促进型立法数量

自2005年以来, 关于促进型立法模式的研究逐渐兴起, 主要集中阐释促进型立法模式的基本理论。正如学者们积极阐释促进型立法的形成背景^[4]、基本特征^[5]、规范类型^[6]、表现形式^[7]、宪法依据^[8]等, 同时也在一定程度上反思了今后我国促进型立法的实践路径。这都在一定程度上反映出促进型立法作为一种立法模式的“先天优势”及立法实践的

山西省法学会2022年度法学研究重点课题“习近平法治思想的实践运用研究——以山西地方法治实践为指向”的阶段性成果, 项目编号: SXLS(2022)A01; 2021年度山西省研究生教育创新项目“习近平法治思想中立法思想的理论体系与实践路径研究”的阶段性成果, 项目编号: 2021Y053。

作者简介: 张志远, 男, 山西大学法学院2022级法学专业博士研究生, 主要从事法理学与立法学研究;

史凤林, 男, 山西大学法学院教授, 博士生导师, 主要从事法理学与法学教育研究。

可行性。当然，在重构我国促进型立法法理之基^[9]后，以此为理论基石，就应当将研究重心落在促进型立法如何更好地应用于中国法治实践中，以期推动备受瞩目的中国当代正在进行的全面法治建设。由于法律条文可以成为实证分析的对象，因此，以近年来我国出台的促进型法律为分析文本，在总结我国促进型立法特色经验的基础上，聚焦于我国促进型立法的困境，提出我国促进型立法的完善路径。

一、我国促进型立法的特色经验

促进型立法作为我国一项长期性立法工作，经过29年的积极探索与持续创新，取得了重要的立法成果，不断推动促进型法律成为建设中国特色社会主义法治体系的重要组成部分，也逐渐形成了独具我国特色的促进型立法经验。

（一）立法理念：以人民为中心

2020年11月，中央全面依法治国工作会议确定了“习近平法治思想”在全面依法治国中的指导地位。其中，“坚持以人民为中心”不仅是习近平法治思想的核心要义之一，也成为新时期指导我国立法工作的基本立法理念。习近平总书记对此强调，依法治国必须坚持人民主体地位，使法律及其实施充分体现人民意志^[10]。促进型立法作为我国立法工作的基础工程与重要支柱，通过立法引导、促进、鼓励、保障欠发展公共领域保持发展活力并健康发展，从而保证这类公共领域更好地服务于人民群众。我国促进型立法在坚持“以人民为中心”的立法理念的轨道上始终如一，具体可以从立法名称、立法价值与立法目的进行分析。

1.立法名称：与人民生活紧密相连

习近平总书记在党的十九大报告中指出“提高保障和改善民生水平，加强和创新社会治理”，并提出了“优先发展教育事业”“提高就业质量和人民收入水平”“加强社会保障体系建设”^[11]等具体指示，旨在强调今后工作应当重保障和改善民生。促进型法律作为社会主义建设的时代产物，其出发点与落脚点就是促进美好社会建设，从而更好满足人民对美好生活的需要。促进型立法贯彻“以人民为中心”的立法理念体现在立法名称上。从立法名

称来看，目前出台的13部促进型法律与人民生活紧密相连，涉及医疗、教育、就业、环境、乡村等领域。这些领域均是涉及我国民生工程的重点领域。

2.立法价值：为民服务

习近平法治思想中“以人民为中心”的核心要义指引当代中国立法应当体现人民利益、反映人民愿望、维护人民权益、增进人民福祉，即为民立法。为民立法的核心在于为了人民与依靠人民，因此，在立法工作中要落实立法为民的重要价值，就需要贯彻以民为本、立法为民的根本理念，使每一项立法在不违背宪法精神与宪法规定的前提下，充分体现人民群众的意志。促进型立法推动薄弱的公共领域向前发展，以期为人民提供更好的服务，在立法价值上坚持“为民服务”，具体贯彻了“以人民为中心”的立法理念。例如：《中华人民共和国家庭教育促进法》（以下简称《家庭教育促进法》）第3条规定“促进未成年人健康发展”；《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》（以下简称《基本医疗卫生与健康促进法》）第3条规定“为人民健康服务”；《中华人民共和国电影产业促进法》（以下简称《电影产业促进法》）第3条规定“应当坚持为人民服务、为社会主义服务”等。因此，促进型立法的价值在于为民服务。

3.立法目的：充分反映人民意愿

立法目的蕴含着立法者对制定法律的价值追求。在中国立法语境下，立法目的更多表现出“以人民为中心”的价值追求。党的十八大以来，习近平总书记在回顾我国立法时指出我们在立法领域面临的一些突出问题，其中一点就是“有的法律法规全面反映客观规律和人民意愿不够”^[12]。促进型立法作为新时代重要的立法模式，旨在推动人民深切关心、重点需求的公共领域的完善发展，从而满足人民对相关领域发展的期盼。因此，促进型立法长期贯彻“以人民为中心”的立法理念，深刻体现在立法目的上，即充分反映人民意愿。例如：《中华人民共和国乡村振兴促进法》（以下简称《乡村振兴促进法》）第4条规定“坚持农民主体地位，充分尊重农民意愿，保障农民民主权利和其他合法权益，调动农民的积极性、主动性、创造性，维护农民根本利益”；《农业技术推广法》第4条规定“尊重农业生产劳动者和农业生产经营组织的意愿”

等。这些法律条文均在回应人民相关需求的基础上表现出对人民权益的保障，反映了促进型立法是以充分反映人民意愿为立法目的。

（二）立法范围：欠发展公共领域

促进型立法有着特定的立法范围，即欠发展公共领域。原因在于，一方面是该领域无法自行得到充分发展，另一方面是该领域所形成的市场规模并未得到良好发育。正如有学者指出：“促进型立法重在促进基础、薄弱产业、事业和地区的发展”^[13]，也有学者指出：“促进法是国家为促进某项事业发展或某种社会秩序的形成而提供的制度化保障”^[14]。两者均表达了促进型立法的特色立法范围。综合分析13部促进型法律，可以总结出我国促进型立法的特色立法范围是：薄弱性产业、改革中事业与发展中行业。

1. 薄弱性产业

所谓产业是指以生产为内涵的社会组织的集合，具体划分为三类产业：生产自然物质产品的产业、生产社会关系产品的产业与生产人文精神产品的产业^[15]。薄弱性产业则是指发展不充分、市场急需完善的产业。在13部促进型法律中，可以分类出《电影产业促进法》《促进科技成果转化法》《科学技术进步法》《清洁生产促进法》《农业技术推广法》《中华人民共和国农业机械化促进法》（以下简称《农业机械化促进法》）是针对电影、科技、清洁、农业等薄弱性产业进行的促进型立法。正如《电影产业促进法》不仅是我国文化产业领域的第一部法律，也是促进电影产业发展的重要法律。2016年11月7日，在该法的答问记者会上，国家新闻出版广电总局政策法规司负责人谈及该法立法的必要性时，指出其一是“发挥政府的引导、激励作用，加大对电影产业扶持力度”^[16]。也有学者在总结电影产业六大转变的基础上，指出该法“反映了中国电影市场改革化的迫切需要”^[17]。可见《电影产业促进法》致力于促进电影产业市场化、竞争化、产业化，积极推动电影这一薄弱性产业的发展。《清洁生产促进法》于2012年2月第二次修正，修订的主要原因还是在于清洁生产产业效率不高、资源利用率低等环境问题日益严重，是针对环境问题由“被动弥补”向“主动改善”的重要促进型法律。全国人大环境与资源保护委员会主任委员

汪光焘在《关于〈中华人民共和国清洁生产促进法修正案（草案）〉的说明》中指出修正案的指导思想，其中一点就是“增强清洁生产推行规划的效力”^[18]，朱永新委员也表示，推行清洁生产不畅，很大程度上源于部分政府工作不到位^[19]。清洁生产作为薄弱性产业，又与改善环境密切相关，制定或修正促进型法律，可以有效促进资源利用率的提高。

2. 改革中事业

所谓事业是指人们从事的对社会发展有影响的经常活动，也特指文化、教育、卫生等单位。改革中的事业就是指作出局部或根本性调整的人们从事的对社会发展有影响的经常活动。自党的十八届三中全会提出“全面深化改革”以来，我国众多领域进入新的发展阶段，以习近平同志为核心的党中央高度重视“法治领域改革”，习近平总书记指出，要求切实做到“实现立法和改革决策相衔接，做到重大改革于法有据、立法主动适应改革发展需要”^[20]。促进型立法为改革中事业提供法律依据与法律保障，是顺应全面深化改革与全面依法治国战略的重要新型立法模式。出台的13部促进型法律中，《乡村振兴促进法》《家庭教育促进法》《基本医疗卫生与健康促进法》《中华人民共和国就业促进法》（以下简称《就业促进法》）《中华人民共和国循环经济促进法》（以下简称《循环经济促进法》）《中华人民共和国民办教育促进法》是为进一步推动乡村振兴、循环经济、教育、医疗等改革中事业提供法律支撑。例如：《乡村振兴促进法》第4条规定“坚持改革创新，充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用，推进农业供给侧结构性改革和高质量发展，不断解放和发展乡村社会生产力，激发农村发展活力”；《就业促进法》第2条规定“国家把扩大就业放在经济社会发展的突出位置，实施积极的就业政策，坚持劳动者自主择业、市场调节就业、政府促进就业的方针，多渠道扩大就业”等。这些法律条文均在一定程度上表明促进型法律规定的立法范围中一部分是改革中的事业，意在进一步推动并发展处于改革中的事业。

3. 发展中行业

所谓行业是指从事同性质的生产、服务或其他

经济社会的经营单位或者个体的组织结构体系，那么发展中行业是指正在发展过程中的经营单位或者个体的组织结构体系。出台的13部促进型法律中，《中华人民共和国中小企业促进法》（以下简称《中小企业促进法》）的立法对象就是针对发展中的行业，原因在于中小企业作为一种经营单位，也是发展中的行业。同时，《中小企业促进法》又是国家为了促进和扶持中小企业发展而制定的促进型法律，正如《中小企业促进法》第3条规定“国家将促进中小企业发展作为长期发展战略”。

（三）立法职能：贯彻落实党和国家统筹全社会共同参与促进工作

立法职能是立法学的基础概念，是指立法活动对外界的意义和影响，尤其是对人的行为和社会的影响^[21]。而立法职能往往需要通过具体的法律条文得以表现。因此，纵览13部促进型法律，可以发现促进型立法的立法职能是：贯彻落实党和国家统筹全社会共同参与促进工作。而促进型立法职能又可以分为立法指引职能、立法预测职能、立法强制职能。分析发现每一个立法职能中都可以细分出三个主要词语代表对应立法职能的具体体现。对促进型立法职能进行分析，一方面是为了总结我国特色促进型立法职能经验，另一方面是为了完善促进型立法法律体系。

1.立法指引职能：促进、发展、鼓励

立法指引职能是指国家通过立法活动指引法律关系主体的法律行为。促进型法律中多使用“促进”“发展”“鼓励”词语表达促进型立法的指引职能。从立法指引职能来看，赋予国家、各级人民政府及欠发展公共领域组织相关“促进”“发展”“鼓励”职能对于驱动和指引欠发展公共领域生产力的发展具有一定的积极意义。经过统计，13部促进型法律的条文总数共计837条，其中，含“促进”法律条文数131条；含“发展”法律条文数206条；含“鼓励”法律条文数180条。相较而言，含“发展”具体内容的法律条文数量最多。

2.立法预测职能：组织、保障、推进

立法预测职能是指国家通过立法活动使法律关系主体预测法律行为后果。促进型法律中多使用“组织”“保障”“推进”词语表达促进型立法的预测职能。从立法预测职能来看，赋予国家、各级

人民政府及欠发展公共领域组织相关“组织”“保障”“推进”职能对于遵守和实施促进型法律、预测行为效果具有一定的积极意义。经过统计，13部促进型法律中，含“组织”法律条文数180条；含“保障”法律条文数93条；含“推进”法律条文数48条。相较而言，含“组织”具体内容的法律条文数量最多。

3.立法强制职能：管理、责任、处罚

立法强制职能是指国家通过立法活动强制法律关系主体遵守法律行为，否则接受惩罚后果。促进型法律中多使用“管理”“责任”“处罚”词语表达促进型立法的强制职能。从立法强制职能来看，赋予国家、各级人民政府及欠发展公共领域组织相关“管理”“责任”“处罚”职能对于强制推动遵守促进型法律具有一定的积极意义。经过统计，13部促进型法律中，含“管理”法律条文数156条；含“责任”法律条文数76条；含“处罚”法律条文数20条。相较而言，含“管理”具体内容的法律条文数量最多。

二、我国促进型立法的困境检视

近年来我国促进型立法数量逐渐增多，促进型法律基本形成了“‘总则’——‘基本内容’——‘法律责任’（监督检查）——‘附则’”的框架结构。但是通过对促进型法律文本进行检视，可以发现我国促进型立法仍存在一定程度上的困境，主要表现在我国促进型法律原则性规定较多，可操作性弱；指导性规定较多，强制效力弱；领域内相关机构自主性弱。

（一）原则性规定较多，可操作性弱

“法律的生命力在于实施”，促进型法律的制定也是为了今后的实施。而作为我国“通过提倡、引导等方式贯彻国家意志”^[22]的促进型立法模式产生的促进型法律，存在原则性规定较多，可操作性弱的困境。有学者就指出促进型法律的规定呈现出语言开放化的特征^[23]。

宏观而言，上述13部促进型法律均规定了国家和政府促进欠发展公共领域改革发展的相关措施，促进的法律条文也集中于“支持”“保障”“援助”“奖励”等相关规定。例如：《家庭教育促进

法》规定了“国家支持”章节；《乡村振兴促进法》规定了“人才支撑”与“扶持措施”章节；《基本医疗卫生与健康促进法》规定了“药品供应保障”与“资金保障”章节。尽管这些法律章节规定在全文中占据一定比例，也表现了国家和政府全面支持发展相关领域的态度和决心，但是从具体规定的内容来看，这些促进措施的法律规定还是偏向于原则化，可操作性弱。例如：《家庭教育促进法》中“国家支持”章节的第27条规定县级以上地方人民政府“减轻义务教育阶段学生作业负担和校外培训负担”，而问题在于该条规定缺少“减轻负担”的具体措施和具体幅度，否则，面临平时考试与升学考试的压力的孩子及家长与注重成绩合格人数与升学率的校方或培训机构可能会象征性地给学生“减轻一点点负担”，也可能会“丝毫不减轻”学生负担，那么这样的法律规定就会流于形式，失去实际可操作性。又如：2008年颁布的《循环经济促进法》中的第46条规定“国家实行有利于资源节约和合理利用的价格政策”，却未能明确规定具体的价格政策。然而，之前有专家针对《循环经济促进法》草案中此法条提出了规定居民用水电等实行累进加价收费制度的建议，却未被采纳，这是因为根据国家发改委2008年统计，只有近80个城市在部分居民中实行了阶梯水价，对此，全国人大常委会法制工作委员会经济法室主任黄建初指出，还需进一步总结实践经验并加强论证，当时还不适合在法律中规定^[24]。但是，经过10年的发展，2018年修正的《循环经济促进法》第46条规定还是承袭了原来的内容，并没有增设具体制度规定。又如《电影产业促进法》第4条规定：“国家对优秀电影的外语翻译制作予以支持”，那么这种“支持”的力度与方式究竟该如何具体化，法律中均无规定。

（二）指导性规定较多，强制效力弱

促进型立法有着促进和扶持欠发展公共领域的重要职能，是标志政府由管理向服务职能转变的重要立法模式。但是从法律实施效果的角度来看，部分学者还是认为促进型法律的强制力不足、法律责任不具体，“充其量具有倡导和宣传作用”^[25]，“促进型立法中政府责任通常是一种综合责任机制”^[26]，“促进型法律的一个显著特征是较少甚至没有设置法律责任条款”^[27]。具体而言，在13部促

进型法律中，除了《乡村振兴促进法》与《中小企业促进法》，均在目录中设置“法律责任”章节。《乡村振兴促进法》与《中小企业促进法》的立法目录中虽然没有“法律责任”一章，但特设了“监督检查”章节予以替代，规定了国家和上级政府的监督检查、考核评估、处罚追责的责任，实际上也是间接规定了法律责任条款，只是所占比例相对较少，承担法律责任规定的量化尺度也不具体。《乡村振兴促进法》“监督检查”章节共计6条，涉及法律责任条文1条，占比16.7%，条文中“给予处分”“予以处罚”“追究刑事责任”过于抽象，并无具体的惩罚量度；《中小企业促进法》“监督检查”章节共计4条，涉及法律责任条文3条，占比75%，条文中“给予处分”“追究刑事责任”同样过于抽象，无具体处罚尺度。在促进型法律的文本中，无论是设立“法律责任”章节还是设立“监督检查”章节，这些有关法律责任的条款多为指导性规定，内容抽象不具体，导致法律强制效力弱。从法理学角度而言，国家强制性是法律的本质之一，促进型法律的实施、运行及其立法目标、效果的实现仍然需要国家强制力的保障。然而，促进型法律强制效力弱，这就在一定程度上减少了对法律主体的约束力，影响了法律的实施效果。

（三）领域内相关机构自主性弱

促进型法律作为社会主义市场经济体制的重要产物，为欠发展的公共领域提供特殊法律保障。其中，进一步解放和发展生产力，推动公共政策法律化、弥补公共领域供给能力失衡、推进政府“管理”到“服务”职能的转变是促进型立法的重要功能，这就意味着推进促进型法律施行与建设欠发展公共领域不仅需要市场机制的环境选择、国家政府的资金与技术等的促进及扶持，而且需要领域内相关机构共同参与治理。但是，在市场经济体制下，如果国家及政府的推动与扶持的主导能力突出，就会在一定程度上限制领域内相关机构的活力，这一点也与促进型立法鼓励公众和社会实质性参与不相符。例如：《促进科技成果转化法》第4条规定“国家对科技成果转化合理安排财政资金投入，引导社会资金投入，推动科技成果转化资金投入的多元化”，并在立法目录中多使用“扶持措施”“资金保障”“就业援助”“激励措施”“保障措施”等

一系列指导性、保障性措施规定，从而鼓励领域内各类社会机构、相关主体积极参与领域发展，也可以吸引领域外其他主体尝试涉足此领域。这样的法律规定让领域内相关主体一方面享受政府各种优惠政策，另一方面也要接受国家的宏观调控和远景规划，表面来看是依赖于领域内相关主体的“自愿合作”^[28]，实则可能会限制其在市场经济社会中的主体地位及其自主性，而只是成为“政策的打工者”或“法律的简单执行者”。正如有学者从行政法学的角度研究促进型立法，指出“促进法调整的领域是一种国家和社会的公法关系，国家通过对行政权的合法行使和控制来实现政治目的”^[29]。但应当说明的是，我国促进型法律是社会主义市场经济体制下的立法产物，其产生背景是“借助市场经济改善国家权力过度干预导致的国家整体目标与社会生活的脱节问题”^[30]。可以说，我国促进型法律是在社会主义市场经济体制下，为了抑制国家过度干预，更好激发欠发展公共领域朝向市场化、社会化与自主化发展，以期提高生产力的重要立法。例如：《促进科技成果转化法》被视为推进科技与经济结合、改善科技和经济分离^[31]的重要立法举措。据此，若过度强调政府的主导地位而限制领域内机构的自我发展空间，就与促进型立法的目不符。又如：《科学技术进步法》的颁布实施就是为了推动科学技术面向市场，促进科技成果向现实生产力转化，实现经济社会高质量发展。然而在长期的实践过程中，涌现出企业尚未成为技术创新的主体的问题，这就需要进一步强化企业技术创新主体地位^[32]。因此，以上这些促进型法律的立法意图均反映了国家的调控、引导、促进、发展与扶持力度。但是同样应当注意的是，改革开放以来，伴随社会主义市场经济体制改革，许多领域百废待兴，或者需要不断改革改变计划经济体制的不良状态以便更好适应社会主义市场经济体制，对于这样一些欠发展公共领域而言，更需要市场领域内相关机构的自治活力，就是要尊重社会成员自主选择的结果。应当说，在政府主导与市场机构自主二者之间取一个平衡状态，或者说是一个主次之分，尤其是结合促进型立法本身政策法律化属性与促进公共领域发展的立法职能，探究这二者关系对于更好发挥促进型法律效果具有重要意义。

三、我国促进型立法的完善路径

促进型立法不仅作为一项新立法模式，也是法治领域改革的有益实践，由于其面世时间较短，仍需要进一步对其进行充分立法探索。一方面要求相关领域内社会机构、人民等主体积极支持国家和地方层面推动促进型立法，鼓励、促进与扶持欠发展公共领域，但也必须能够接受促进型法律在颁布实施过程中出现的不足之处。另一方面也要求各级立法机关坚持科学立法、民主立法、依法立法的基本立法原则，结合促进型法律的时效性与适时性，在充分评估促进型法律实施一段时间后的法律效果，及时做出法律的修改、解释或废止的决策，以期不断提高促进型立法质量。因此，笔者在对促进型法律文本检视的基础上，提出我国促进型立法仍需要进一步修改完善的建言，包括：具体化与细化原则性规定、量化法律责任条款规定、强化领域内相关机构自主性法律规定。

（一）具体化与细化原则性规定

在促进型法律中，促进型条款是特色与亮点，其中“税收优惠”“政府补贴”“金融政策”“资金投入”等又是促进型条款的主要手段与方式。但是由于促进型法律的原则性规定较多，可操作性弱，就需要更多具体化与细化原则性规定的指引。毕竟只有可操作的法律才能明确法律关系主体的具体权利义务，才能转化为可操作的法律实践。而“对于宣示性内容应区分情况，如果没有实质内容，本身也不包括权力、权利、义务、责任的，应尽量减少规定”^[33]。那么，究竟给予欠发展公共领域主体何种程度上的具体指标体系的优惠幅度和福利政策，才能切实做到促进欠发展公共领域？一种可行的路径是设置类似于如下促进型法律中的条款规定。例如：《家庭教育促进法》第16条规定的6项具体家庭教育内容，第17条规定的9种具体家庭教育方式；《就业促进法》第41条规定的职业中介机构的具体禁止行为；《农业技术推广法》第11条规定的各级国家农业技术推广机构需要履行的具体公益性职责等。这些条款通过具体化法律主体的促进手段与方式，有助于进一步提升促进型法律的可操作性。

（二）量化法律责任条款规定

从法理学上讲，一般认为，“法律责任作为法律运行的保障机制，是法治不可缺少的环节，作为一个重要概念，是法学范畴体系的要素”^[34]。同时，一条法律规则的逻辑结构由三个部分组成，即假定条件、行为模式与法律后果，而不利的法律后果又称为法律责任^[35]。据此，法律责任是法学学理和法条结构的重要组成部分，也是不可或缺的构成要件。尽管在促进型法律中都有“法律责任”章节，但是由于法律责任条款惩罚力度不明确，导致强制效力弱，所以应当进一步量化法律责任条款规定。如何进一步量化法律责任条款，首先应当清晰地认知促进型法律责任条款的特点。

对比促进型法律与管理型法律的法律责任条款，主要有两点区别，这也是促进型法律的法律责任条款的主要特点。1.在促进型立法中，政府成为法律责任承担的主要主体。原因在于取得促进欠发展领域的工作成效很大程度上取决于政府的主导力量，政府是促进型法律实施的核心主体，规定政府的法律责任有利于更好地推动和强制政府积极履行相应促进职能。因此，在许多促进型立法的起草与论证过程中，加强对政府责任的规定常常是争议的焦点。目前的促进型法律中关于政府承担法律责任的条款也突破了对相关公职人员一般化渎职行为（滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊）的处罚情形，得到了进一步细化。例如：《电影产业促进法》第55条规定了给予县级以上人民政府电影主管部门或者其他有关部门的工作人员处分的六种情形。而管理型法律的法律责任条款一般只规定相关政府机构及其工作人员的一般渎职行为的法律处罚。例如：作为经济法领域的代表性管理型法律的《中华人民共和国反垄断法》（以下简称《反垄断法》）第54条规定了反垄断执法机构工作人员的一般化渎职行为的法律责任。2.在促进型立法中，对于领域内相关机构违法的处罚力度较轻，一般以限制或撤销享受的促进性待遇或优惠政策为主。例如：《科学技术进步法》第112条规定科研性质单位违反法律规定承担被“追回财政性资金”“禁止一定期限内承担或者参与财政性资金支持的科学技术活动”等法律责任。关于这些主体承担法律责任的形式大致可以分为三类：由主管机关责令改正、行政处罚与民

事责任赔偿。其中，责令改正是一种广义的负担责任，在促进型法律的条款中出现频次较高，是区别于管理型法律的显著特点。而管理型法律的法律责任条款多以规定违法主体承担较重罚款或相关刑事责任的法律责任为主。例如：《反垄断法》第46条、47条、48条、52条。原因在于，管理型法律规制的法律关系已经得到充足的发展，甚至由于过度发展导致出现市场失灵情形而严重阻碍国民经济的健康发展，国家为了预防和控制损害市场经济的主体行为，要保障市场经济运行的健康发展，就需要通过管理型立法进行干预与制止。因此，有关管理型法律的法律责任的处罚力度就比较严格。相比之下，促进型法律规制的法律关系尚未形成一定的市场规模，相关领域主体仍需要宽裕的发展空间。因此国家在促进型立法中对领域内相关机构的法律责任的处罚力度就要相对轻松，仍以促进和规范发展工作为主要目的。基于上述之促进型法律的法律责任条款的比较分析，促进型立法工作应当进一步加强对政府法律责任条款的严格规定与欠发展领域内相关机构主体的法律责任条款的量化。

在促进型法律中最主要的是政府和领域内相关机构（包括生产机构、经营机构及其他社会主体），由此产生的法律责任也主要分为两类，即行政处罚与刑事处罚，行政处罚涉及6类处罚种类，刑事处罚涉及5类主刑与4类附加刑，而在针对不同主体设定量化法律责任时，可以具体规定处罚种类与处罚数额，也可以限定处罚幅度。例如：可以参照作为社会保障法的《中华人民共和国法律援助法》中“法律责任”章节第65条规定的“没收违法所得”的具体处罚力度与“并处违法所得1倍以上3倍以下罚款”的幅度处以罚金，也可以参照《中华人民共和国刑法》《中华人民共和国行政处罚法》《中华人民共和国治安管理处罚法》的相关条款。如此，不仅提供给行政机关实施行政处罚或司法机关进行法律裁判一个明确的标准，也提供给相关法律主体违法后承担法律责任的心理预期，并以此督促相关法律主体及时履行促进型法律义务并遵守法律规定。因此，量化法律责任条款规定对于提高法律实施效果、统一法律主体承担法律责任具有重要意义。

（三）强化领域内相关机构自主性法律规定

由于促进型法律是特别针对欠发展公共领域改革完善提供的法律保障与法律支持,尤其是通过立法鼓励领域内相关机构主体的积极参与和主动配合,形成国家、政府与社会主体共同发展相关领域的有效协调机制。因此,尽管促进型立法确实需要政府促进、鼓励、支持,但是同样也需要领域内相关机构在内的社会公众的参与。例如:第九届全国人大常委会关于《〈中华人民共和国清洁生产促进法(草案)〉的说明》中指出:“考虑到在社会主义市场经济条件下,应当尊重企业等市场主体的自主性,因此,在立法思路要注重对清洁生产行为的引导、鼓励和支持,而不宜对其生产、服务的过程进行过多的直接行政控制”^[36]。可见,促进型法律已经开始关注领域内相关主体的自主性。又如,在最新出台的一部促进型法律《乡村振兴促进法》实施的座谈会上,栗战书委员长谈到要促进乡村产业发展、培养新型职业农民队伍等六个方面^[37],这就说明党和政府不仅坚持正确的乡村振兴战略方向,也注意发挥乡村人才的治理能力。在具体的法律条文中,促进型法律也逐渐表现出对发挥相关机构自主性的关注。例如:《农业机械化促进法》第4条规定“国家引导、支持农民和农业生产经营组织自主选择先进适用的农业机械”;《清洁生产促进法》第6条第2款规定“国家鼓励社会团体和公众参与清洁生产”;《循环经济促进法》第11条规定“国家鼓励和支持行业协会在循环经济发展中发挥技术指导和服务作用”。因此,当欠发展公共领域发展到一定阶段或一定时期后,促进型立法需要强化领域内相关机构自主性法律规定,以释放它们的活力及创造力。正如有学者主张相关领域营造好格局氛围后,“政府的注意力应该逐渐退出制度本身,不直接参与市场行为”^[38]。这就意味着强化领域内相关机构自主性法律规定将是促进型立法的完善趋势路径。

四、结语

促进型法律面世发展时间较短,促进型立法的相关研究甚少且研究还不够充分。但就目前来看,促进型立法已经初步形成立法模式雏形。同时,“促进型法律”作为“促进型立法”的立法结果,

是中国特色社会主义法律体系的重要组成部分,也是政策法律化的表现形式,更是坚持在法治轨道上推进改革的生动实践,对于完善我国法治建设与法治发展具有重要意义。当然,作为一类极具前瞻性和政策性导向的促进型法律,还存在一些问题需要进一步研究,比如还有哪些欠发展公共领域的改革发展需要促进型立法保障?目前的促进型法律又需要作出哪些修改?如何适当调整促进型法律编撰体例及其具体内容以满足相关领域一个时期发展后的新状态?因此,法学家对促进型法律的下一个阶段的接续研究仍具有一定必要性及可行性。

注释:

- ①在北大法宝以“促进法”(法律名称中尾缀为“促进法”代表促进型法律)为关键词进行检索,同时通过相关文献资料确认理论界认定为促进型法律文本的,截至2022年3月12日,共统计出13部处于“法律”效力位阶的促进型法律文本。具体是:《中华人民共和国家庭教育促进法》(2021年)《中华人民共和国乡村振兴促进法》(2021年)《中华人民共和国基本医疗卫生与健康促进法》(2019年)《中华人民共和国电影产业促进法》(2016年)《中华人民共和国循环经济促进法》(2008年出台,2018年修正)《中华人民共和国就业促进法》(2007年出台,2015年修正)《中华人民共和国农业机械化促进法》(2004年出台,2018年修正)《中华人民共和国民办教育促进法》(2002年出台,2013、2016、2018年修正)《中华人民共和国中小企业促进法》(2002年出台,2017年修正)《中华人民共和国清洁生产促进法》(2002年出台,2012年修正)《中华人民共和国促进科技成果转化法》(1996年出台,2015年修正)《中华人民共和国科学技术进步法》(1993年出台,2007、2021年修正)《中华人民共和国农业技术推广法》(1993年出台,2012年修正)。本文对法律文本的实证分析,如无特殊强调,均以最新修正法案为蓝本。
- ②本图将修正后的法律也视为该年出台的促进型法律进行统计,因为修法在一定程度上也体现了对相关促进型法律重要性的认识与重视程度。

参考文献:

- [1][4]陈昶屹.论“促进型立法”的形成背景[J].北京行政学院学报,2005,(1):65-68.
- [2]李艳芳.“促进型立法”研究[J].法学评论,2005,(3):100-106.
- [3][9]江国华,童丽.反思、拨正与建构:促进型立法之法律阐释[J].华侨大学学报(哲学社会科学版),2021,(5):102-112.
- [5]马瑞麟.促进型立法浅论[J].南方论刊,2007,(6):40-41.
- [6]郭俊.如何做好“促进型立法工作”[J].人大研究,

- 2008,(2):29-32.
- [7]李龙亮.促进型立法若干问题探析[J].社会科学辑刊,2010,(4):110-113.
- [8]陈倩欣.我国促进型立法的宪法分析[J].传播与版权,2019,(6):181-183.
- [10]习近平.习近平谈治国理政(第二卷)[M].北京:外文出版社,2017.115.
- [11]习近平.决胜全面建成小康社会夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告(2017年10月18日)[M].北京:人民出版社,2017.57-60.
- [12][20]习近平.论坚持全面依法治国[M].北京:中央文献出版社,2020.95.37.
- [13]赵丽,吴卫国.关于加强促进型立法工作的思考[J].公民导刊,2010,(9):36-38.
- [14]杨东霞.乡村振兴促进法的法理意义[J].中国农垦,2021,(9):4-7.
- [15]彭福扬,刘红玉.关于产业概念及其分类的思考[J].湖南大学学报(社会科学版),2008,(5):64-67.
- [16]秦泉.《电影产业促进法》正式通过了,但电影从业者真高兴起来了吗?[EB/OL].界面新闻网,https://www.jiemian.com/article/946029.html#:~:text=,2022-03-21.
- [17]武玉辉.《中华人民共和国电影产业促进法》成功之处及时代意义[J].电影艺术,2019,(1):156-160.
- [18]汪光焘.关于《中华人民共和国清洁生产促进法修正案(草案)》的说明——2011年10月24日在第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议上[EB/OL].中国人大网,http://www.npc.gov.cn/zgrdw/huiyi/lfzt/qjscjfxg/2012-05/29/content_1872369.htm,2022-04-01.
- [19]李小健.为环境“减负”——清洁生产促进法修正案(草案)初审[J].中国人大,2011,(24):24-25.
- [21]朱力宇,张曙光.立法学[M].北京:中国人民大学出版社,2009.27.
- [22]江国华,童丽.促进型地方立法实证研究[J].社会科学研究,2021,(3):76-89.
- [23]李洋.促进型法的概念证成[J].西部法学评论,2021,(6):40-53.
- [24]立法规定实行有利于资源节约和合理利用价格政策[EB/OL].搜狐网,https://news.sohu.com/20080829/n259279207.shtml,2022-04-29.
- [25]桑松杨,谷楨.《文明行为促进条例》何以实施——基于法的局限性的思考[J].民间法,2016,(2):312-320.
- [26]李艳芳.论促进型立法[J].经济法学评论,2005,(1):216-233.
- [27][28]刘志强.论促进型法律之法律责任[J].社科纵横,2010,(10):58-60.
- [29][30]刘志强.促进型法律基本理论研究:以法律调整经济发展为视角[M].重庆:重庆大学出版社,2013.135.
- [31]贾天平.《促进科技成果转化法》的立法背景与主要内容[J].科技成果纵横,1996,(5):13-17+43.
- [32]钟振清.《科技进步法》实施效果评估研究[J].决策咨询,2015,(5):79-82.
- [33]李明征.政府立法共同性问题研究[M].北京:中国法制出版社,2018.8.
- [34]张文显.法学基本范畴研究[M].北京:中国政法大学出版社,1993.182.
- [35]赵肖筠,史凤林.法理学[M].北京:法律出版社,2012.41.
- [36]李蒙.关于《中华人民共和国清洁生产促进法(草案)》的说明——2002年4月26日在第九届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议上[J].中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报,2002,(4):295-299.
- [37]栗战书.在乡村振兴促进法实施座谈会上的讲话[J].中国人大,2021,(11):10-13.
- [38]刘志强.促进型法律的功能模式和维度[J].湖南科技学院学报,2010,(11):135-138.

The Textual Examination and Improvement Path of Chinese Promotional Legislation

Zhang Zhiyuan, Shi Fenglin

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

Abstract: Since the reform and opening up, the promotion-oriented legislation model, as a new type of legislative model in China corresponding to the management-oriented legislation model, is an important part of the legal adjustment system. After initial exploration and continuous development, Chinese promotional legislation has gradually developed into a promotional legislation experience with Chinese characteristics, specifically including a people-centred legislative concept, a legislative scope targeting underdeveloped public areas, and a legislative function guiding the Party and the State to co-ordinate the participation of the whole society in promotional work. However, Chinese promotional legislation also has development dilemmas, which are mainly manifested in the fact that Chinese promotional laws have more principle-based provisions and weaker operability; more guiding provisions and weaker compulsory effect; weaker autonomy of relevant institutions in the field. Therefore, in order for Chinese promotional legislation to mature, it is necessary to further specify and refine the principle provisions, quantify the legal responsibility provisions and strengthen the autonomy of the relevant institutions in the field.

Key words: promotional legislation; legislative features; legislative deficiencies; legislative improvements

税收法定原则下的行政立法：容许性、类型与范围

徐楠芝

(西北政法大学 经济法学院 陕西西安 710122)

摘要：税收行政立法的设定不仅推动着实质税收法定原则的落实，而且关乎着纳税人权利保护，法治政府建设的步伐。基于税收法定理论和对现行立法的实践观察，行政立法被税收立法体系所容许。根据权力来源的不同，税收行政立法分为职权立法和授权立法。我国适宜采用宪法性法律+税收基本法+税收实体法+税收程序法的授权立法模式。税收职权立法范围限于授权立法以外的执行性法规。基于发挥行政立法的优势，国务院制定的税收行政法规范围应限于特殊税种新设试点、税收优惠细则、紧急征收关税、税法实施细则。财税部门颁布的规章及规范性文件不得逾越法律法规，不得影响公民权利义务，并需严格控制其发布数量。

关键词：税收法定原则；税收行政立法；横向立法；授权模式

中图分类号：D922.22；D922.1

文献标识码：A

文章编号：1674-828X(2023)01-0054-07

2015年，全国人大修订的《中华人民共和国立法法》（以下简称《立法法》）首次以立法形式确立了税收法定原则。同时，《贯彻落实税收法定原则的实施意见》勾勒出新的税收法治图景，提出到2020年要完成“落实税收法定原则”的改革任务。于是，近年来我国的税收立法进程加速推进，诸如《中华人民共和国环境保护税法》（以下简称《环境税法》）《中华人民共和国烟叶税法》（以下简称《烟叶税法》）等9部单行税种法已由立法机关制定法律。形式税收法定理念的落实提升了税法立法位阶，使得各项税法的制定从“无”到“有”，从“条例”上升为“法律”，并将为我国构建起全新的税收立法框架。然而，“法学最重要的使命在于为新的构成体寻找到合适于制定法框架的形式（模拟法律文件的法学）”^[1]。我国税收立法权的横向配置集中在立法机关和行政机关。在税收法定原则的约束下，作为税收立法配置中重要一环的行政立法该何去何从？换言之，税收行政立法仍有存在的必要吗？税收行政立法有哪些类型？税收授权立法应采取何种模式？哪些税收立法内容可以由行政机关立法？在推动税法法典化和国家迈向税收治理现

代化的今天，税收行政立法的设定不仅直接推动着实质税收法定原则的落实，而且关乎着纳税人权利保护，法治政府建设的步伐。从既有的研究来看，研究较多集中在税收法定原则的学理内涵、实施意义、落实路径等方面，对于税收法定原则实施后行政立法的设定虽有提及，但并未展开详尽论述。本文首先检视税收法定原则下行政立法的容许性，划分税收职权立法和税收授权立法，最终提出我国税收行政立法的范围，助力国家税收立法体系的规范建构。

一、税收法定原则下行政立法的容许性

基于税收法定原则理论和对现行立法的实践观察，行政立法被税收法律体系所容许。一方面，理论上税收法定原则要求与作为宪法性原则的法律保留原则共同起到约束税收行政立法的作用；另一方面，在现行立法实践层面，我国宪法性法律和税收法律规范为税收行政立法留下了空间。

（一）税收法定：限制税收行政立法的理论保障
税收法定主义是税法至为重要的基本原则，也

2022年国家社科基金青年项目“应急行政中行政法律责任的追究与豁免问题研究”的阶段性成果，项目编号：22CFX057；2022年四川省泸州市哲学社会科学重点研究基地——社会治理创新研究中心一般项目“‘放管服’改革背景下告知承诺制的实施困境与法治完善研究”的阶段性成果，项目编号：SHZLYB2208。

作者简介：徐楠芝，女，西北政法大学经济法学院讲师，上海交通大学凯原法学院博士，主要从事税法学研究。

是税收立法的最高法律原则。它是民主原则和法治原则等现代宪法原则在税法上的具体体现，对于保障人权、维护国家利益和社会公益可谓举足轻重^[2]。从税收法定的主体、税收法定的形式、税收法定的范围来看，税收法定原则均构成限制税收行政立法的理论保障。

1.法定主体和形式的约束

其一，法定主体为立法机关。从税收法定的本源探究，1215年英国《自由大宪章》明确规定：“任何赋金之征募，除英国大会议（国会）之外，不得为之”^[3]。“无议会无纳税”要求征税法律的制定主体只能为立法机关。“税收法定原则通过课税要素法定把税收立法权控制在立法机关权限范围内，可以防止授权立法的概括性、随意性，同时防范行政机关主导立法的可能性”^[4]。其二，法定形式为狭义的法律。税收法定原则是伴随着法治国家的演进而发展的，法治国家原则要求国家与公民之间的关系由法律规定，因而公民可以较早预测行政机关的活动^[5]。在现代法治国家，强调税捐法定主义（租税法律主义或税收法律主义），课税要件涉及国民纳税义务之重要事项，应以法律明定之^[6]。这是因为，公民将私人财产让渡于国家形成公共财产，限制和剥夺了公民的财产权。因此，基于限制政府滥用征税权的现实需求，税收法定原则中“法”的内涵仅限于狭义的法律，即最高立法机关通过法定程序制定的法律文件^[7]。

2.法定范围的保留

法律保留原则最早由德国行政法学者奥托·迈耶提出，该原则是有效划分议会立法和行政立法边界，明确议会法律至上，约束行政立法自我膨胀的重要途径。对此，“重要保留说”认为应根据事项的重要程度来决定是否为法律所保留，并强调关涉公民权利、义务的重要性事项只能由法律制定。该观点得到了德国学者和日本多数学者的支持。据此，就法律保留与税收法定之间的关系，大致存在以下几种观点：（1）法律保留原则是税收法定原则的派生原则。例如，有学者认为现代法治的依法行政、法律保留、法律优先等原则均来源于税收法定主义的基本精神^[8]。（2）税收法定原则属于狭义的法律保留原则。例如，有学者认为税收法定原则是国会保留原则在税法领域的具体适用^[9]。（3）法律保留是税收法定原则的重要内容。日本税法学

者金子宏认为税收法律主义的内容包含“课税要件法定主义”（含法律保留与优越原则）“课税要件明确主义”“合法性原则”以及“程序上的保障原则”^[10]。以上三种观点在表述上虽略有差异，但均认为税收法定原则与法律保留原则密切相关。可以说，正是因为有税收法定原则（含法律保留）的限制，行政立法得以在理论上进入税收立法体系。

（二）立法实践：为税收行政立法留下容许空间

从现行立法规范来看，税收行政立法也被国家宪法性法律和税收法律体系所容许。

1.在宪法性法律层面，我国2023年修订的《立法法》第11条规定：“税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度只能制定法律。”可见，我国税收立法实践中采取的也是“重要范围保留”原则。同时，我国2023年修订的《立法法》进一步明确和细化了授权国务院立法的相关规定。《立法法》第12条规定：“尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规。”《立法法》第13条规定：“授权决定应当明确授权的目的、事项、范围、期限以及被授权机关实施授权决定应当遵循的原则等。授权的期间不得超过5年。”根据上述规定，在税收立法领域，应包含以下涵义：其一，税收基本制度中尚未制定法律的，全国人大及其常委会可授权国务院对部分税收事项先制定行政法规；其二，税收立法授权决定应当明确授权的目的、事项、范围、期限等具体授权事项。

2.具体到税收立法领域，《中华人民共和国税收征收管理法》（以下简称《税收征管法》）第3条也规定了同样的内容，即要求法律授权国务院规定的减税，依照国务院制定的行政法规的规定执行。此外，截至2022年底，在由全国人大或全国人大常委会颁布的11部单行税种立法中，也可以找到“由”“根据”“按照”国务院及其财税部门立法的类似规定（见表1）。再有，我国自2018年以来颁布的《中华人民共和国车辆购置税法》《中华人民共和国耕地占用税法》《中华人民共和国资源税法》《中华人民共和国契税法》《中华人民共和国印花税法》（以下均简称单行税法名称）等税种法中均提及授权“国务院”“国务院财政主管部门”“国务院税

务主管部门”实施税收立法的相关条款。这就意味着，现行税法并不要求所有的税收立法都以法律的形式制定，而是以法律明示的授权方式为税收行政

立法留下了空间。

二、税收法定原则下行政立法的类型

表 1：我国税法中提及国务院及其财税部门立法的相关条款

序号	颁布时间	法律名称	国务院及其财税部门立法的相关条款
1	1980年	《个人所得税法》	第4、5、6、10、11、18、21条
2	1992年	《税收征管法》	第3、5、14、15、18、20、21、22、24、35、90、93条
3	2007年	《企业所得税法》	第7、20、35、36、51、52、57、59条
4	2011年	《车船税法》	第2、4、12条
5	2016年	《环境保护税法》	第12、22条
6	2017年	《船舶吨税法》	第9条
7	2018年	《车辆购置税法》	第9条
8	2018年	《耕地占用税法》	第7条
9	2019年	《资源税法》	第6、14条
10	2020年	《契税法》	第6条
11	2020年	《城市维护建设税法》	第2、6条
12	2021年	《印花税法》	第12、14、17条

“20世纪以来，一般性、抽象性的根据和基准以法律来规定，而其具体性、实质性的内容则委任给行政立法，所谓‘框架立法’的现象越来越多”^[11]。然而，强调立法权限由国家立法机关所独享的观点，学界对于行政立法的存在总是充满担忧与批判。这种担忧具之于法律就是对它的权力起点设定种种限制。通常来说，根据权力来源的不同，税收行政立法可以分为税收职权立法和税收授权立法。

（一）税收职权立法

职权立法是指行政机关根据《宪法》和组织法所赋予的行政立法权所进行的立法活动^[12]。根据我国《立法法》第72条的规定，行政法规制定的事项包括国务院根据宪法和法律，制定行政法规，发布行政决定和命令以行使行政管理职权的事项。通说认为，国务院在行使行政管理权限的事项中的行政立法并不需要其他法律的授权，而是基于宪法和组织法所赋予行政机关的固有限权。具体到现行税收立法中，职权立法主要是指国务院为单行税种法和税收征管法的实施而制定的配套执行性立法。例如，2017年国务院颁布的《环境保护税法实施条例》应属于为执行环境保护税法的规定而制定的税收职权立法。未来可能由国务院制定的《烟叶税法》《车辆购置税法》《耕地占用税法》等单行税

法的实施条例也属于职权立法。因为，这些单行税法中并未明确授权国务院制定税法的实施细则。

（二）税收授权立法

授权立法是指行政机关依据法律法规或者立法机关的授权决议进行的立法活动。授权立法又可分为普通授权立法和特别授权立法。普通授权立法是依据《宪法》和组织法以外的单行法律法规的授权，例如前文述及的税法中表述为“由”“根据”国务院立法的条款。事实上，这些条款中也包括授权国务院制定税法执行性条例^①。这就说明，税收执行性立法既可以依职权立法，也可以依授权立法。特别授权立法是指依据国家立法机关的授权决定制定的立法，如依据1984年全国人大常委会授权国务院改革工商税制发布税收条例草案试行的决定以及1985年全国人大授权国务院在经济体制改革和对外开放方面制定暂行规定或条例的决定即为特别授权立法^②。总的来看，我国目前税收行政立法的问题主要集中在授权立法的失序和不规范。为此，有必要从比较法上研究税收授权立法的模式。

1. 比较法视野下的税收授权立法模式

（1）宪法+税收基本法+单行税法

日本1946年颁布的《日本国宪法》第73条之六项规定了内阁制定政令的权限：“为实施本宪法及法律的规定而制定政令，除法律特别授权者外，

不得制定罚则”^[13]。即在宪法上规定了授权内阁制定行政立法的权限。据此，作为税收基本法的日本《国税通则法》在其第11条、第13条、第36条等条文中授权由行政法规规定纳税申报、延期纳税等纳税事项。例如，该法第36条规定了税务署长根据政令规定的纳税告知义务，“纳税告知由税务署长根据行政法规之规定，记载着应缴税额、纳税期限及纳税地点的纳税通知”^[14]。具体到单行税法中，日本颁布的《消费税法》第4条规定对在国内进行的“服务提供”等资产转让行为征收消费税，“服务的提供”为运输、通讯等按照政令规定的其他服务^[15]，在法律层面赋予了内阁制定消费税征管细则的权限。

（2）宪法+税法典+税收程序法

法国1958年颁布的《第五共和宪法》中专门设立第五篇“议会与内阁之间的关系”，用于规定议会立法与内阁立法的权限划分。为了实现所主张的方案，“内阁可提请议会在有限期间内授权，使之采取在法律领域内的法规措施……部长会议可制定法规……”^[16]可见，法国在其宪法中明确了议会授权的范围。另外，授权税收行政立法也体现在法国税法典和税收程序法规中。例如，法国2010年修订的《税收总法典》在“直接税与相关税”中的第2节规定“自然人在法国经营或拥有财产，而没有居住的纳税人以及第4B条第2款中指定的人，应在财政部令下确定的地点纳税”^③。同时，法国颁布的《税收程序法》第3编L247条规定：“对于登记税、土地公开税、印花税……任何政府机关均不得给予全部或者部分减免的优惠。”并在其第4编L256条第4款补充规定：“本条款的具体实施办法由最高行政法院颁布法令制定”^[17]。

2.我国税收授权立法模式的完善

从比较法的角度观察，我国适宜采用宪法性法律+税收基本法+税收实体法+税收程序法的授权立法模式。这是因为，首先，从立法背景来看，我国是大陆法系国家，日本和法国在宪法中明示税收授权立法的模式有一定的参考。其次，在税收基本法的制定上，我国分散的税种法立法模式与日本税收基本法与单行税种法相结合的立法模式相似。最后，我国尚未制定统一的《行政程序法》，税收程序性规则散见在《税收征管法》中。从由国务院立法的条款来看，在《税收征管法》和单行税法中授权行

政机关立法已有实践经验。但是，由于税收基本法的缺失、《立法法》的不足等原因，完善税收授权立法模式仍然需要做到以下几点：

（1）宪法性法律

我国《宪法》第56条规定：“中华人民共和国公民有依照法律纳税的义务。”基于解释论的角度观察，公民有依照法律纳税的法定义务，这在一定程度上为约束行政机关滥用行政立法权限提供了宪法依据。由于大陆法系国家的法治背景，我国可以参考法国的立法经验，在《立法法》中设立“人大与政府关系”专章，进一步在《立法法》中明确立法机关可以授权行政机关立法的范围。惟有如此，才能在上位法层面为授权税收行政立法的范围提供法律依据。

（2）税收基本法

我国目前缺乏统一的税收基本法，税法的实施依赖于单行税法和大量的规章和规范性文件。然而，具体制度的建设过于追求可操作性和生活化，使得缺乏全部覆盖的共同规则，已经是我国当前立法的重病^[18]。鉴于此，为理顺我国的税收立法体系，使之更为系统化、科学化、合理化，我国可参考日本、法国的税收立法经验，由最高立法机关在中央层面制定统一的《税法通则》，规定税法领域的基本制度，并在《税法通则》中明确授权行政机关进行税收立法的范围，详细阐明由行政机关制定的具体纳税事项，并强调授权应依照其目的行使裁量。但是，税法通则并非单行税种法律的统合，而是税法典中的总编部分。

（3）税收实体法

税收实体法在我国主要表现为构成整体税制的重要部分，即单行的税种立法。目前，国务院根据1985年授权制定的暂行条例占据着税种立法的主流。授权本身应在限定范围和期限内，但是1985年的授权既没有明确的授权期限，又没有具体的事项范围，在时机成熟之时可以考虑废止。其实，单行税种的开征和税率的确立直接关涉国民的财产性利益，属于重要的法律保留事项，应当由全国人大及其常委会立法。因此，未来应将现有的《增值税暂行条例》《房产税暂行条例》等6部单行税种暂行条例上升为法律，进一步落实税收法定原则。同时，应在单行税法中明确授权立法的主体和范围，以确保授权的合法性。事实上，2018年修订的《个人所

得税法》已然意识到了这一点，其在第5条第3款中将减税的制定主体从“其他经国务院财政部门批准减税的”改为“国务院可以规定其他减税情形，报全国人民代表大会常务委员会备案。”这不仅提升了税收授权立法主体的层级，而且增加了全国人大常委会的备案审查机制。

（4）税收程序法

目前，我国在税收征管程序方面的法律依据主要是以《税收征管法》为主。在政府主导的税收征管模式下，税收征管的执行性和细节性规则占据主流。因此，《税收征管法》中不仅规定了“税收的开征、停征以及减税……依照法律的规定执行”的税收法定的原则性规定，而且在法律中明示了“法律授权国务院规定的，依照国务院制定的行政法规的规定执行”的授权性规定。但是，需要注意的是，未来随着我国颁布统一的《行政程序法》，应当将其作为税收征管程序性法规的补充性规定，以周延保护税收征管过程中纳税人的程序性权利。

三、税收法定原则下行政立法的范围

“自从罗马帝国坍塌以后，国家的行政最初在法兰西王国发展，仅仅负责征税和军事事务（总督），处理这些行政事务而出现的国法为国家干预法或国家行政法的基础”^[19]。也就是说，税法不同于刑事诉讼法、民事诉讼法，其税收征缴依赖于税务行政机关的执行。纵然目前我国税收领域的行政立法占据主流，但在现阶段，并不适宜将所有的税收法规、规章上升为法律，而应当限制和规范授权行政立法，并且保留合理且必要的税收行政法规。因此，逐步提高立法机关的立法比重，优化税收横向立法体系的秩序结构，需要严格限制税收行政立法的范围。

（一）国务院制定的行政法规

1.特殊类型的新设税种试点

由于我国法律的覆盖面还远远不够，而现实又迫切需要提供可遵循的规范；且由于经验不足，某些领域尚难以较快形成法律^[20]。此时，就需要借助行政机关制定行政法规先行为税收征管提供经验。尽管学界对税种开征前试点的合法性备受质疑，尤其是2011年上海市、重庆市通过制定地方政府规章来针对部分个人住房征收房产税的试点，有学者主

张其缺乏法律依据，违背了税收法定原则的精神。然而，不合理的只是制定主体和规章的层级，不能因此否认税收先行试点为我国税收立法积累了大量经验。例如，在新设税种方面，有环境保护税法、房地产税法、水资源税法等；在税制改革方面，有“营改增”“国税地税合并”“个税递延型养老保险试点”等。可以说，我国税制改革的不断优化正是建立在在行政机关渐进式改革的先行先试基础之上。我国《立法法》第12条规定，税收基本制度规定的事项尚未制定法律的，全国人大及其常委会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规。并且，我国2019年颁布的《资源税法》第14条规定，“国务院根据国民经济和社会发展需要，依照本法原则对取用地表水或者地下水的单位和个人试点征收水资源税。”综上，笔者认为在开征对公民税收负担较重、涉及公共利益较大、立法经验缺乏的新设税种时，应当由全国人大及其常委会授权国务院制定行政法规来规范试点。其优点在于：一是有效减少立法成本。行政立法程序简单，能够加快新设税种立法，减少立法机关制定法律的成本。二是更好地维护纳税人权益。行政机关对于新设税种的先行试点能够有效防止扩围征税给纳税人带来财产性损失。三是积累税收征管实践经验。通过先行试点发现新设税种税收征管中的相关问题，能够为立法机关制定税收法律积累经验。

2.授权范围内的税收优惠措施

由于法律的立法成本较高、修改程序较为复杂，均使得其在税收征管实践中变得困难、滞后。基于行政立法的灵敏性和适应性较强，有利于充分发挥税收优惠的宏观调控作用，满足国家经济发展的即时性和变动性需求。因此，笔者认为，未来应将宏观调控性质较为明显的税收优惠措施由全国人大常委会授权国务院制定统一的行政法规更为合理^[21]。即税收优惠政策的制定权应集中到国务院，包括减征、免征事项的增减，税率的调整等。这样一来，不仅能够有效减少和控制税收优惠政策性文件数量的无序增长，而且还有利于及时回应宏观经济调控政策的变化趋向，满足国民经济和社会发展的需求。事实上，我国现行税法中已有将减免税细则授权国务院立法的实践。如我国2018年颁布的《车辆购置税法》第9条规定，“根据国民经济和社会发展的需

要，国务院可以规定减征或者其他免征车辆购置税的情形。”又如我国2021年颁布的《印花税法》第12条规定，“根据国民经济和社会发展的需要，国务院对居民住房需求保障、企业改制重组、破产、支持小型微型企业发展等情形可以规定减征或者免征印花税。”

3. 配套税法具体实施的行政立法

现代专业性法律的复杂性已经超越了立法的预期和涵摄范围，特别是税收征管中的税收核定、会计处理等，使得现实中的税法建制绝无可能面面俱到^[22]。因此，各国颁布的税法通则通常只强调税收立法的基本思想和原则，较少涉及税法的具体实施性细则，而对于具有技术性和细节性的执行规则往往委任行政机关制定行政法规。也就是说，现代税法的顺利实施，不仅需要制定完备的税收法律，而且需要制定具体的实施细则。这在我国主要表现为各项单行税法、税收征管法的执行性细则。例如，2018年修订的《个人所得税法》第6条规定，“专项附加扣除，包括子女教育等支出，具体范围、标准和实施步骤由国务院确定，并报全国人民代表大会常务委员会备案”，也就是说，在具体的税种立法中，具体范围、标准和实施步骤等具体的细化事项由国务院制定行政法规加以确定。目前我国税种法的配套实施条例由国务院制定的有《企业所得税法》《个人所得税法》《车船税法》《环境保护税法》4部法律的实施条例，这些法规的制定合理且必要，应当予以保留。而针对由财政部和国家税务总局制定的税法实施细则，应加强国务院在制定税收配套实施法规中的主体地位，提高实施细则的立法位阶。

4. 紧急情况下征收关税决定

在紧急状态下，相比于立法机关，行政机关的立法时效性较高、启动程序简单、且专业性更强，能够较快地作出反应以维护国家利益。事实上，我国现行立法中已有紧急状态下国务院制定行政措施^④。在税法领域，经济发展存在可变性与不确定性，也就意味着在某些特殊情况下，税法需要因时而变，以维护国家的经济利益。这一点特别表现在国家关税的征管方面。即使是坚持征税权只能由议会控制的英国，政府为了应付某种紧急情况，特别是关于进口税的征收与税率的随时调整，往往会由议会委托行政机关决定^[23]。因为，如关税征税税

率仅仅依靠稳定性较强的法律，则难以应对国际贸易中的紧迫性与挑战性。在面对国际贸易的关税设定方面，通常迫于国际经济的紧急性和维护国家利益的考量，由行政机关制定关税具体措施更具灵活性和效率性。但是，基于税收法定原则的要求，未来需要将我国现有由国务院制定的《进出口关税条例》上升为立法机关制定的《关税法》，并在其中授权国务院在紧急情况下具有关税税率调整权^⑤。

(二) 财政部、国家税务总局等制定的部门规章及规范性文件

未来，随着税收立法制定主体位阶的提升，部门规章和规范性文件将逐步得以转化和清理。需要指出的是，国务院财税部门等其他部门制定的财税规章及规范性文件应符合以下要求：第一，不得逾越税收法律和行政法规的范围。部门规章和规范性文件的制定范围，应当严格限定在上位法律和行政法规的框架之内。第二，不得创制影响公民权利、义务的内容。行政立法区别规范性文件的一个重要判断标准即为公民权利义务的创设属于立法事项^[24]。因此，财税部门颁布的规章及规范性文件不得影响公民的权利义务。第三，财税部门颁布的规章及规范性文件只能针对税收法律法规进行解释性说明，并需严格控制财税规范性文件的发布数量。

注释：

- ①现行税法中，在法律中明示国务院根据法律制定实施条例的有《个人所得税法》第21条、《企业所得税法》第59条、《车船税法》第12条、《税收征管法》第93条。
- ②1984年全国人大常委会《关于授权国务院改革工商税制发布有关税收条例草案试行的决定》，已被全国人大常委会于2009年6月27日通过的《全国人民代表大会常务委员会关于废止部分法律的决定》废止；1985年全国人大《关于授权国务院在经济体制改革和对外开放方面可以制定暂行规定的决定》仍然有效。
- ③法国2010年修订的《税收总法典》（Code général des impôts, 2010）。
- ④例如，我国《宪法》第89条、《国家安全法》第37条、《突发事件应对法》第69条、《专利法》第49条等法律中均规定了紧急状态下国务院制定行政措施的权限。
- ⑤根据2022年7月国务院办公厅发布的《关于印发

国务院2022年度立法工作计划的通知》(国办发〔2022〕24号),《关税法》草案已列入国务院2022年度立法工作计划,国务院拟提请全国人大常委会审议《关税法》草案。

参考文献:

- [1](奥)欧根·埃利希.法社会学原理[M].舒国滢译.北京:中国大百科全书出版社,2009.472.
- [2]张守文.论税收法定主义[J].法学研究,1996,(6):57.
- [3]张君勱.宪政之道[M].北京:清华大学出版社,2006.383.
- [4]张富强,黄思煦.论我国税法典体系的构建[J].法治论坛,2022,(1):97.
- [5](德)奥托·迈耶.德国行政法[M].刘飞译.北京:商务印书馆,2013.4.
- [6]陈清秀.现代财税法原理[M].厦门:厦门大学出版社,2017.4.
- [7]刘剑文.落实税收法定原则的现实路径[J].政法论坛,2015,(3):16.
- [8]刘剑文,熊伟.税法基础理论[M].北京:北京大学出版社,2004.100.
- [9]黄茂荣.法学方法与现代税法[M].北京:北京大学出版社,2011.334-335.
- [10](日)金子宏.日本税法[M].战宪斌,郑林根等译.北京:法律出版社,2004:59-63.
- [11](日)南博方.行政法[M].杨建顺译.北京:中国人民大学出版社,2009.65.
- [12]叶必丰.行政法与行政诉讼法[M].武汉:武汉大学出版社,2008.86.

- [13]王蔚,潘伟杰.亚洲国家宪政制度比较[M].上海:上海三联书店,2004.73.
- [14]外国税收征管法律译本编写组译.外国税收征管法律译本[M].北京:中国税务出版社,2010.1805.
- [15]李昊然.日本消费税法上关于服务提供的内外判定标准——赛车公司提供海外参赛服务的消费税征收事件[J].日本法研究,2017,(3):130.
- [16]张千帆.西方宪政体系(下册)欧洲宪法[M].北京:中国政法大学出版社,2001.56.
- [17]外国税收征管法律译本编写组译.外国税收征管法律译本[M].北京:中国税务出版社,2010.1786-1788.
- [18]叶必丰.行政组织法功能的行为法机制[J].中国社会科学,2017,(7):128.
- [19](奥)欧根·埃利希.法社会学原理[M].舒国滢译.北京:中国大百科全书出版社,2009.158.
- [20]应松年.从依法行政到建设法治政府——应松年文选[M].北京:中国政法大学出版社,2017.43.
- [21]徐楠芝.我国供给侧结构性改革中减税的发展演进、现实挑战与法律建构[J].兰州财经大学学报,2020,(2):121.
- [22]侯卓,韩龙河.税收法定控权功能的反思及其替代[J].安徽大学学报(哲学社会科学版).2022,(2):63.
- [23]王名扬.英国行政法[M].北京:北京大学出版社,2007.90.
- [24]王留一.论行政立法与行政规范性文件的区分标准[J].政治与法律,2018,(6):116.

Administrative legislation under the Law-based Taxation: Admissibility, Type and Scope

XU Nan-zhi

(School of Economic Law, Northwest University of Political Science and Law, Xi'an 710122, China)

Abstract: The establishment of tax administrative legislation directly promotes the implementation of the principle of substantive tax legality, relates to the protection of taxpayers' rights and the pace of building a government ruled by law. Based on the legal theory of taxation and the practical needs of positive law norms, administrative legislation is allowed by the tax legislation system. According to the different sources of power, tax administrative legislation can be divided into authority legislation and authorization legislation. China is suitable to adopt the authorized legislative mode of constitutional law + basic tax law + substantive tax law + procedural tax law. The scope of power legislation is limited to the executive laws and regulations of the tax law beyond the authorized legislation. In order to give full play to the role and advantages of administrative legislation, the scope of legislation of the State Council should be limited to special tax pilots, tax preference rules, emergency tariff collection, and tax law implementation rules. The rules and normative documents issued by the finance and taxation departments shall not exceed the laws and regulations, shall not affect the rights and obligations of citizens, and shall strictly control the number of them issued.

Key words: principle of law-based taxation; tax administrative legislation; legislative scope; authorization model

视频侦查行为的证据法域考察

胡 进

(天津公安警官职业学院 法学系, 天津 300382)

摘要: 视频侦查是以现代视频技术为手段, 以视频设备为硬件基础, 以收集证据、查明案情为诉讼目的刑事侦查行为。其诉讼法功能主要表现在实现其所收集的视频资料从证据向事实的转换。视频侦查在司法实践中的应用因视频技术的进步而具有明显的优势, 但也应受到法律的规制。从这个角度出发, 作为一种侦查取证行为, 视频侦查不仅要解决“求真”问题, 更要重视“求善”问题, 即要以证据能力和证明力为重要考察要素实现法定功能, 同时要以“同一性”认定为重要指向, 使之更加符合诉讼价值, 从而实现其证据法效能。

关键词: 视频侦查; 同一性; 证据法

中图分类号: D922.14

文献标识码: A

文章编号: 1674-828X(2023)01-0061-07

“视频侦查”这一概念最早是于2007年由浙江省刑侦总队在全国首次提出, 得到了公安部的高度肯定和认可^①。自那时起, 视频监控和视频追踪等技术应用在公安侦查工作中不断发挥着越来越重要的作用。随着我国已基本建成的城区关键点视频监控全覆盖和乡镇关键卡口要道视频监控初步覆盖的视频监控体系^②, 视频侦查在公安刑事办案中所发挥的综合利用案发地点大量监控视频信息资源、精准定位侦查区域、记录作案过程、锁定违法犯罪嫌疑人、提供法定有效证据等^③重要作用在不断凸显。据中国裁判文书网的统计数据, 自2013年至2019年, 在所有刑事一审判决书中, 证据中包含“视频侦查”“视频监控”的案件在持续高速增长, 2020年至2022年出现一定下降趋势, 但总体上仍处于高位水平。而随着视频技术和监控水平的进一步发展, 视频侦查在公安刑事办案实践中的普及应用已是不争的事实。

而在证据规制方面, 我国以非法证据排除规则为基石的证据法体系近年来在不断完善, 尤其是2020年7月修改颁布的《公安机关办理刑事案件程

序规定》正式规定了在侦查活动中视听资料的非法证据排除规则^④。在此背景下, 视频侦查在诉讼层面的证据法相关问题就有必要进行学理和实践上的探讨和考察。

一、“视频侦查”法理界定的证据法域分析

(一)“视频侦查”的诉讼功能定位

从通常应用功能上, 视频侦查的界定可以分为两个层面, 一个是侦查学意义上的界定; 一个是诉讼法意义上的界定。在侦查学意义上, 视频侦查主要承担破获案件的功能。也就是说, 侦查人员可以利用视频侦查获知犯罪嫌疑人视频影像、视频轨迹以及案发前后犯罪嫌疑人特殊行为和活动三个方面的信息, 并以此为要素基础实现独特而高效的破案机理^⑤。如果仅就应用机理来看, 视频侦查行为是一种典型的以发现真相为任务的行为。在这里需要区分两个概念, 即“证据学”和“证据法学”。有知名学者提出, 有关证据问题的研究应当存在两个不同的方向, 即从“如何发现事实真相”

公安部2018年公安理论及软科学基金项目: “公安证据法学视域下的执法规范化考察——依法治国视角下的派出所行为研究”的阶段性成长, 项目编号: 2018LLYJTJSJ051

作者简介: 胡进, 男, 天津公安警官职业学院法学系刑事法学教研室副主任, 讲师。

的角度出发和从“如何限制和规范发现事实真相的活动”的立场出发，立足于这两种不同的方向便促成了“证据学”和“证据法学”的分野^⑤。单从应用机理或者发现真相这一目的来看，视频侦查基本属于典型的证据学范畴。但如果仅从该角度去考察，则容易忽视对视频侦查作为侦查行为本身在诉讼法意义上的考察，或者说忽视了证据法域方面的分析，甚至使得视频侦查的考察方向剑走偏锋。

在“审判中心主义”导向下，侦查机关不仅要关注视频侦查能否以及能在多大程度上发现真相，还应高度关注这一发现真相活动的规范性问题，这样才能真正实现视频侦查的诉讼法目的。在诉讼法意义上，视频侦查并不是一种简单的技术行为，而是承担证据功能的刑事司法行为，其性质是国家刑事司法机关行使公权力的诉讼行为。在这个层面上讲，视频侦查的法理价值必须符合刑事诉讼关于“侦查”的法定职能作用，即应集中在收集证据、查明案情之工作上^⑥。可见，我们在诉讼法意义上可以将“视频侦查”定义如下：以现代视频技术为手段，以视频设备为硬件基础，以收集证据、查明案情为诉讼目的的刑事侦查行为。

在实践调研中，曾经听过一种解读：“收集证据”主要服务于“定案”，而“查明案情”主要定位于“破案”。这种理解是有失偏颇的。“破案”的概念始终只停留在侦查学的理论中^⑦。尽管有的学者曾提出，“破案”概念应从行为、认知、结果意义上理解，即侦查措施的采取、案件事实的认知及案件真相的告白（包括案件主要事实被调查清楚和犯罪嫌疑人被查获）^⑧。而一般意义上所讲的“破案”，都是仅指结果意义上而言，是纯粹认识论导向下的证据学概念。毋庸讳言，单纯的“破案”并不具有实际的法律价值。进一步讲，收集证据和查明案情二者应服务于同一侦查目的，而不能武断地进行割裂。进一步说，收集证据的目的在于查明案情，而查明案情必须在收集证据的基础之上。忽略了收集证据，片面追求查明案情，势必会走向以“破案”为中心的侦查理念，这就不仅忽视了视频侦查的法理界定，也同“审判中心主义”的司法导向背道而驰。换句话说，诉讼意义上的所谓“查明案情”应该同时包括“破案”和“定案”

两方面的任务。关于这一点，公安部在2013年6月下发的《关于进一步加强和改进刑事执法办案工作切实防止发生冤假错案的通知》中也有明确指出：

“尽快实现侦查办案由‘抓人破案’到‘证据定案’的转变。”因此，传统的以抓获犯罪嫌疑人为主要目的的“破案”侦查思路就必然向以考察证据能力和证明力为核心的“定案”^⑨侦查思路转变^⑩。

（二）视频侦查层面的证据与事实之辨

视频侦查为刑事办案工作提供了极大的便利，尤其在所取得证据材料的客观性、直观性、详实性方面，具有其他实物证据所不可比拟的显著优势。在司法实践中，侦查过程中的视频资料往往可起到无可辩驳的质证效果。以某起故意伤害案为例^⑪，在法院据以认定的证据中，言词证据之间出现印证分歧，现场勘验也未发现有价值线索，而视频侦查报告证实了案发过程，作为直接证据起到了关键作用。在大部分案件中，视频侦查所取得的视频资料是作为证明行踪等事实的间接证据使用。出于“眼见为实”的惯性思维，视频资料在人们的直观感受上往往更接近于事实，甚至被等同于事实。正是由于这个特殊性，那么在视频侦查层面就必须理清证据与事实之辨，这是在证据法域对其考察的理论前提。

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第50条规定：“可以用于证明案件事实的材料，都是证据。”任何材料，包括已经成为证据的材料在定案之前都不能直接等同于事实，这是符合辩证唯物主义认识论的。而视频侦查所取得的视频资料，尽管具有鲜明的可视性和客观性，却并不等于一定是事实，否则就失去了查证属实及质证的必要。从理论层面分析，对于侦查机关来说，任何案件本身都是发生于过去时的事件。由于时间的不可逆性，要获知事件的真相（即事实），就要依靠一定的手段去重塑事件。在侦查阶段，所谓“一定的手段”包括两个方面，一是侦查人员的主观能动性，二是收集到的证据材料。而证据材料只是有可能重塑事件过程的“碎片”，需要依靠侦查人员的主观能动性才能重组。从整个诉讼过程来讲，证据经过审判重塑后得到的结论如果能与事件相符合，则为事实。如

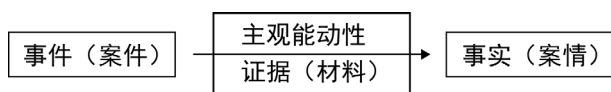


图1事实的认定

由图1可以看出，从事件到事实的认定，必须要经过公安司法人员依据证据（材料）并发挥主观能动性的双重作用才能完成。这里的“事实”应从三个方面去理解：

其一，从终局性的事实认定来讲，这里的“事实”指的是法律事实，即法院在审判程序中按照法定程序认定的案件事实^{⑧109}。而在人民法院作出终极性认定之前，任何相关于定罪量刑的“事实”都处于不确定的状态，最多只能完成控诉意义上的认定。换句话说，法官的眼中只有证据，而事实却要在法官的头脑中形成，即使是视频资料，也需要在审判者头脑中进行重组和重现，以最大可能地接近事实。

其二，法律事实作为带有公安司法人员主观能动认知成分的事实，与客观事实并不完全一致。大部分学者也接受这样一种观点，即“随着人类认识能力的提高，刑事诉讼中裁判者所认定的法律事实与案件的客观事实将无限接近。但受诸多因素的影响，法律事实与客观事实总有一定的差距，法律事实永远不可能与客观事实完全重合”^{⑧101}。对此，有学者采用了“镜中花”的形象比喻^{⑧111}，即无论侦查还是审判，都是一种碎片重组的过程。哪怕是客观性和可视性无比强大的视频资料，也不是百分之百的案件重现，何况更多情况下，视频资料提供的只是一种线索或信息，而远非直接证据。因此，无论作为侦查机关还是审判机关，在认定事实过程中试图百分之百地复原案件真相，既不可能也无必要。

其三，由于公安司法人员认知理性的有限性、事件重塑本身的困难性以及事件重现手段的有限性，使得事实认定存在一定的风险。甚至有学者指出，“事实”作为一种命题具有“可谬性”的特征^{⑧121}。我们从辩证唯物主义认识论和程序正义理论出发，应具备这种理念，即这种“可谬性”是一种客观存在，不能盲目归因于过程或行为的正误，甚至应当说，其与对秩序与正义的价值追求是

同向而为的。所谓“眼见未必为实”，视频资料要承担证明事实的作用，仍需依据诉讼程序去完成自己的使命。正如有学者所指出，就每一个具体个案来说，司法人员对案件事实的认定都不是“绝对真理”，而只能是“相对真理”，于是就表现出了实体公正的局限性^{⑧113}。这种情况则凸显了以证据法为基石的程序公正的价值所在。基于此，视频侦查要实现其法定功能，即实现其所收集的视频资料从证据向事实的转换，就必须从认识论和价值论两个层面进行行为考量，尤其要对其作为一种侦查行为所蕴含的证据法要素进行考察。

二、视频侦查的证据法要素考察

（一）视频侦查的证据能力与证明力考察

作为证据收集的手段，视频侦查不仅要解决“求真”问题，更要重视“求善”问题。换句话说，证据不仅有“真伪”之别，也有“善恶”之分。所谓“真伪”之别，我们可以理解为证明力的存失与大小，所谓“善恶”之分，我们可以理解为证据能力的存失。证明力不仅有存失之分，还有大小之别，再小的证明力也可以发挥证据的证明作用。但证据能力则不同，其没有大小之别，只有存失之辨。缺失了证据能力就丧失了成为证据的资格。从目前公安侦查工作实际来看，视频侦查行为主要产生两类证据材料，一类是视频资料本身，一类是据此形成的相关文字报告。这两类材料都要结合证据能力和证明力这两个基本要素进行考量才能发挥证据的功能。在证据能力方面，要考量视频影像的来源，侦查报告的制作程序等内容，以确认证据的可采性；在证明力方面，则要考量影像资料对事实的还原程度，报告研判分析的逻辑性等内容，以对合理怀疑的排除加以确认。

在司法实践中，由于监控点位、技术水平、联网机制等条件限制，像上述案例中能够提供直接证据的情形在实践中并不多见，视频侦查所获得的视频资料在大部分情况下只是对行踪、环境等提供线索和信息，起到的更多是对言词证据以及某些书证的补强作用。如在某起故意伤害致人死亡案^⑧中，视频侦查只是起到发现犯罪嫌疑人踪迹的作

用，而在整组证据中，其视频资料并未单列为独立证据，而是作为破案报告和到案经过证明的一部分进入庭审。另外，由于受以“破案”为中心的侦查导向影响，侦查人员往往在实践中忽视对其作为独立证据进行证据能力和证明力的考察，尤其容易忽视对证据能力的考察。这样的理念是有失偏颇的。作为证据链条中的一环，通过视频侦查所获得视频资料的证据能力与证明力是不可忽视更不可偏废的。

从证据能力的角度出发，对视频侦查行为本身的合法性进行考察是不可或缺的。公安侦查实践中，视频资料的来源往往包含两种情况，其一是侦查机关采取特定视频技术手段所获得的资料，如依靠“天网”系统、警用无人机设备等所获得的犯罪嫌疑人行踪轨迹；其二是既有监控设备被动记录下的视频信息，如案发现场的人员出入情况等。对于第一种情况，我们应当将其列为技术侦查范畴，因此在案件范围和批准手段上应当严格遵守法定范围和法定程序的约束，否则这种资料应当视为“毒树之果”予以排除；对于第二种情况，一般属于对既成事实的调查工作范畴，甚至在立案前的调查核实阶段也可采取，为保证所获得的信息的合法性，应当履行严格的调查程序以获得被调查对象的配合，尤其在调查核实阶段，更应当对调查手段依法限制，否则容易因涉及侵权而导致丧失证据的可采性。实际案例中也出现过因视频侦查的形式合法性出现瑕疵而使其证据能力受到质疑的情况^⑨。因此，视频侦查证据能力的考察是其满足证据法要求的首要条件。

从证明力的角度出发，其考察内容主要涉及视频资料的数量和质量方面，其对事实的认定也可起到不可忽视的重要作用。在数量的考察上，视频侦查所获得的信息要尽量详实，这里的详实不仅指单个视频资料所蕴含的信息，更包括通过视频资料可能证明的踪迹、路线等有助于证据链碎片重组的逻辑信息。比如在某起故意杀人案^⑩中，无人机航拍所获得的信息很好配合了手机定位技术手段的不足，起到了证明犯罪嫌疑人踪迹的重要作用。而在质量的考察上，则更多地要关注视频对案发事实的还原程度。通过中国裁判文书网的搜索引擎所

得出的数据表明，从2019年到2021年包含视频侦查的已决案件中，因视频不清而产生的异议占到千分之五左右。在视频侦查已被广泛应用的公安执法实践中，该数量足以值得关注。甚至在某危险驾驶案中，法院因视频不清、监控时间不对而对关键证据不予认定，从而否定了公诉人的指控^⑪。这就说明，视频资料有可能会因为信息还原程度不足而导致证明力耗弱，直至丧失。因此，对证明力的考察是视频侦查在证据法域发挥功能的客观基础。

（二）视频资料的同一性考察

视频资料往往被视为刑事案件中的“铁证”，即无可辩驳的证据，实际上却存在着同一性考察的特殊风险。所谓同一性考察，主要指的是证据载体和证据信息的真实性考察。无可否认，任何证据在认定事实的过程中都存在一定的可谬性风险。由此就会产生证据的真实性问题。真实性来源于证据属性的客观性。视频资料的客观性毋庸置疑，其来源于视频载体的客观性和时间的不可逆性。但作为实物证据的一种，视频资料的“真实性”需要从两个方面进行分析，一是视频载体本身的真实性，二是证据载体所承载信息的真实性。因此，在证据审查时有必要对其所承载的信息及载体本身都进行同一性认定，这种同一性的认定应通过鉴真规则来审查实现。从广义上讲，所谓“鉴真”既包括对证据本身的同一性认定，也包括对证据蕴含信息的真实性认定。比如有学者就提出，应将物证、书证的鉴真视为一种“对证据载体真实性的鉴别”，而把视听资料、电子证据的鉴真视为一种“对证据内容真实性的鉴别”^{⑫[14]}。其中对载体真实性的认定属于证据能力的范畴，而对证据内容真实性的认定则属于对证明力认定的范畴。关于视频侦查的同一性问题可以从以下两个方面进行考察：

1. 仅就载体的真实性而言，公安侦查工作中的鉴真活动主要是为了保证提交公诉的证据能够符合庭审质证的同一性要求。换言之，“鉴真”的目的是保证证据作为信息载体从案发到收集到质证的同一性，否则该证据将不具有证据能力。如上述案例中，就存在因监控视频时间不对而被法院否认的情况。我国在立法层面对“鉴真”问题给予了相当的重视，并根据证据种类的不同划分，分别规

定了客观性证据同一性的认定规则。如最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第82条至第84条对物证、书证的鉴真做了相关规定；第97条第（三）项、第98条第（三）项和第（四）项对鉴定意见的鉴真要求做了相关规定；第108条到第111条分别对视听资料、电子数据的鉴真要求做了规定。总结起来，鉴真规则对侦查工作的要求主要体现在四个方面，即来源可靠、程序合法、保管完善、关联全面。这对于保证侦查工作的有效性和侦查任务的最终实现有着重要意义。如在某盗窃案^②中，尽管涉案的监控视频已经拷贝，但由于硬盘感染病毒导致监控视频不可逆性丢失，而原视频已经被覆盖，从而对举证工作造成很大困难。这就说明，视频资料作为一种无形的往往以数据形式存在的证据载体，对其收集、保管的要求就更加严格。

2.从证明力的角度出发，视频资料需要承担能否或者多大程度上体现内容的真实性的任务。一方面，随着科学技术的不断发展，在以往作为“不可谬铁证”的视听资料、电子数据被替换、被伪造的可能性越来越大。比如，目前已经出现的“视频换脸技术”以及引起公众关注的“ZAO”软件等^{③[15]}^[16]。这种技术的出现和应用为视频侦查的同一性认定提供了新的技术课题，尤其是视频编辑技术的高度便捷发展将鉴真程序的重要性列入了证据审查日程。尽管在司法证明实践中还未出现相关案例，但这种发展态势，足以引起关注和重视。另一方面，视频图像本身的鉴真需要更为完善的技术标准。这里的“鉴真”形式上类似于鉴定手段，但二者有着本质区别。鉴定的目的是在既定检材中寻找出与案件相关的信息，而鉴真的目的是做同一性认定。换句话说，视频图像中的人、物、场景与案发地或者相关地中的实际事物是否具有同一性是图像鉴真的主要任务。但不同于指纹、DNA等鉴定技术，图像识别到目前为止还没有普遍适用的技术规范 and 标准。尽管已经有Adaboost学习算法等检测方法存在，但最多是一种公式推理类的试用手段。尤其在视频图像清晰度有限、天网系统覆盖面不足的案情中，缺乏了必要的鉴真结果，往往会使事实认定存在勉强的局面。

三、视频侦查在证据法域下的应用展望

通过以上分析，我们至少可以得出三个结论：首先，视频技术在目前还没有发展到“全知全能”的地步，无论是自身发展还是与其他相关技术的结合方面还有很大的发展空间；其次，单纯的视频技术无法满足侦查办案的全部需求，传统的侦查经验总结与严密的逻辑思维能力仍是完成侦查任务的必备要素；最后，视频侦查必须要以法律规制为前提，决不能允许法外侦查行为的存在，尤其是利用监控手段侵犯个人隐私的行为。因此，视频侦查的应用要依赖于视频技术的进步，同时也要受到法律的限制。在其应用方面，试作如下展望和建议：

（一）避免侦查惰性思维，过于依赖视频监控的直接证据性质，而要充分重视间接证据的价值，加强对同一性的认定考察。

在所有刑事案件中，案发当时被监控设备全程记录的可谓少之又少，这是我们必须承认的现实。因此，视频侦查所获得的资料能够满足直接证据需求的只能占到很少一部分。通过中国裁判文书网随机抽取了100份刑事判决书，其中运用到视频监控的占到72%左右，而监控录像起到直接证据作用的只占3%。鉴于此，我们应当在理念上做两方面的调整，一方面，我们要正确对待视频侦查的运用，尤其当其无法充当获取直接证据的手段时，应当使其和其他证据充分结合，以形成完整的证据链为目的去完成侦查任务。另一方面，尽管视频技术不断发展前进，但我们不应对其形成过分依赖，而抛弃传统的侦查手段和调查方法。片面依靠技术层面的手段只会走向舍本逐末，最终适得其反。如在实际案例中，当视频不清而导致证明力耗弱时，侦查人员采取与身形、步态等勘验手段结合的方式从而达到了事实认定的目的。

（二）扭转破案理念，强化证据意识，尤其重视证据能力意识，规范视频侦查行为的合法性。

为保证视频侦查所获资料具备合格的证据能力和证明力，有两个方面需要注意：一方面，取证手段要合法，严格符合程序规范，行为限制在案件相关范围，所获视频资料必须配有完备的手续证

明；另一方面，要充分重视视频资料的同一性认定问题。长期以来，鉴真工作在一定程度上并没有引起基层公安机关预审法制部门的重视，一般也很少有单独的鉴真工作规范要求，这就容易造成诉讼中因同一性认定失败而导致证据能力不足的情况，最终甚至导致控诉失败、侦查工作归零的后果。在实践中，公安机关在鉴真问题上容易造成的工作失误主要有以下三类：首先，是对关键证据不做同一性认定；其次，是对视频材料来源的保管和认定不重视，甚至对此出具的情况说明之间相互矛盾。最后，是对鉴真的内涵理解不清，尤其容易将同类认定混为同一认定。如视频图像中现实犯罪行为人与犯罪嫌疑人的服装系同一厂家生产的同一型号，但该结论为同类认定，并非同一认定，不具有排他性、唯一性，因此在无其他证据佐证的前提下，就无法对犯罪嫌疑人是否是视频中的犯罪行为人做出认定。为避免以上工作失误的发生，基层公安机关有必要在预审、法制部门的案件审核中单独设立鉴真环节，并以情况说明等笔录类证据的形式附在卷中，一并提交审查起诉，必要的时候相关人员应当在法庭上有针对性地对证据同一性认定进行说明，并接受质询。相关部门则应尽快出台符合公安侦查实践的鉴真规范要求，以加强自身的内部监督。

（三）加强视频监控的排他性或特异性认定，突破技术瓶颈，使得技术与侦查行为充分结合。

如上所述，要使得视频侦查的规范更具科学性和可操作性，不仅需要完善的立法修正，还要在技术层面上明确认定标准，为更为精准的行为规范提供物质基础。尤其在人脸辨认、虹膜识别等技术规范的基础上应增加行为特征识别的标准，从而使得打击犯罪更为准确，保证视频技术与侦查行为在证据法域下充分结合，更好完成取证任务。

注释：

- ①叶方卿，祝群峰，刘旦.新时代视频侦查的探索与实践.中国刑事警察，2018,(3)。
- ②潘庆娜，万顺，聂元麒.视频侦查在多发性侵财案件的应用探析.湖南警察学院学报,2018,(4)。
- ③罗勇.公安基层应用视频侦查技术的现状及展望.湖北警官学院学报，2018,(3)。
- ④《公安机关办理刑事案件程序规定》第71条第2款：

“收集物证、书证、视听资料、电子数据违反法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。”

- ⑤李耿民，王刚.视频侦查破案机理探究.中国刑事警察，2018,(3)。
- ⑥陈瑞华.从“证据学”走向“证据法学”——兼论刑事证据法的体系和功能[J].法商研究，2006,(3)。
- ⑦根据我国刑事诉讼法第108条规定，“侦查”是指公安机关、人民检察院对于刑事案件，依照法律进行的收集证据、查明案情的工作和有关的强制性措施。
- ⑧对于“破案”一词，曾经在1987年和1998年《公安机关办理刑事案件程序规定》中，做为公安机关办理刑事案件的正式程序出现。但是，上述《规定》只是规定了破案的程序性条件和标准，对“破案”的概念却没有明确。
- ⑨韩德明.侦查破案论.铁道警官高等专科学校学报，2005,(4)。
- ⑩依据《公安机关办理刑事案件程序规定》，这里的“定案”特指“认定案件事实”，不同于审判阶段的“定案”。
- ⑪胡进.论“审判中心主义”导向下的法治公安建设——以公安侦查工作的重心调整为视角[J].天津法学,2017,(4):102。
- ⑫湖南省泸溪县人民法院刑事附带民事判决书（2022）湘3122刑初42号，中国裁判文书网。
- ⑬孔祥俊.论法律事实与客观事实[J].政法论坛，2002,(5).需要说明的是，这里的法律事实指的是刑事案件和行政案件中的案件事实，与民法意义上的法律事实，即引起法律关系产生、变更和消灭的事实不在同一意义上。常鹏翱.法律事实的意义辨析[J].法学研究，2013,(5)。
- ⑭陈永生.法律事实与客观事实的契合与背离——对证据制度史另一视觉的解读[J].国家检察官学院学报,2003,(4):71。
- ⑮何家弘，徐月笛.刑事错案中证据短缺现象的实证分析[J].武汉科技大学学报（社会科学版），2017,(2):222。
- ⑯马永平.证据法学的观念启蒙与方法更新——评王敏远《一个谬误、两句废话、三种学说——对案件事实及证据的哲学和历史学分析》[J].研究生法学,2017,(1):145。
- ⑰何家弘主编.证据调查实用教程[M].北京：中国人民大学出版社,2000.11。
- ⑱北京市高级人民法院刑事裁定书（2021）京刑终26

号,中国裁判文书网。

⑲广东省广州市黄埔区人民法院刑事判决书(2021)粤0112刑初425号,中国裁判文书网。

⑳参见山西省运城市中级人民法院刑事裁定书(2020)晋08刑终422号,中国裁判文书网。

㉑湖南省永州市冷水滩区人民法院刑事判决书(2018)湘1103刑初649号,中国裁判文书网。

㉒陈瑞华.实物证据的鉴真问题[J].法学研究,2011,(5):129。

㉓山东省菏泽市牡丹区人民法院刑事判决书(2019)鲁1702刑初471号,中国裁判文书网。

㉔半月谈网:以假乱真:视频“换脸”技术颠覆你的认知,http://www.banyuetan.org/kj/detail/20190125/1000200033136211548403374530367701_1.html;每日经济网:专家:“ZAO”软件对社会有危害,http://cn.dailyeconomic.com/tech/2019/11/09/5146.html?ivk_sa=1023197a。

参考文献:

[1]叶方卿,祝群峰,刘旦.新时代视频侦查的探索与实践[J].中国刑事警察,2018,(3):9。

[2]潘庆娜,万顺,聂元麒.视频侦查在多发性侵财案件的应用探析[J].湖南警察学院学报,2018,(4):91。

[3]罗勇.公安基层应用视频侦查技术的现状及展望[J].湖北警官学院学报,2018年,(3):16。

[4]李耿民,王刚.视频侦查破案机理探究[J].中国刑事警察,2018,(3):72。

[5]韩德明.侦查破案论[J].铁道警官高等专科学校学

报,2005,(4):50。

[6]胡进.论“审判中心主义”导向下的法治公安建设——以公安侦查工作的重心调整为视角[J].天津法学,2017,(4):102。

[7]陈瑞华.从“证据学”走向“证据法学”——兼论刑事证据法的体系和功能[J].法商研究,2006,(3):84。

[8]孔祥俊.论法律事实与客观事实[J].政法论坛,2002,(5):87。

[9]常鹏翱.法律事实的意义辨析[J].法学研究,2013,(5):4。

[10]陈永生.法律事实与客观事实的契合与背离——对证据制度史另一视觉的解读[J].国家检察官学院学报,2003,(4):71。

[11]何家弘,徐月笛.刑事错案中证据短缺现象的实证分析[J].武汉科技大学学报(社会科学版),2017,(2):222。

[12]马永平.证据法学的观念启蒙与方法更新——评王敏远《一个谬误、两句废话、三种学说——对案件事实及证据的哲学和历史学分析》[J].研究生法学,2017,vol,32,(1):145。

[13]何家弘主编.证据调查实用教程[M].北京:中国人民大学出版社,2000:11。

[14]陈瑞华.实物证据的鉴真问题[J].法学研究,2011,(5):129。

[15]半月谈网:以假乱真:视频“换脸”技术颠覆你的认知.http://www.banyuetan.org/kj/detail/20190125/1000200033136211548403374530367701_1.html。

[16]每日经济网:专家:“ZAO”软件对社会有危害.http://cn.dailyeconomic.com/tech/2019/11/09/5146.html?ivk_sa=1023197a。

Investigation on the Evidence Jurisdiction of Video Investigation

Hu Jin

(Law Department, Tianjin Public Security Profession College, Tianjin 300382, China)

Abstract: Video investigation is a criminal investigation act with modern video technology as the means, video equipment as the hardware basis, and the purpose of litigation is to collect evidence and find out the case. The function of its procedural law is mainly to realize the transformation of the video data it collects from evidence to fact. The application of video investigation in judicial practice has obvious advantages due to the progress of video technology, but it should also be regulated by law. From this perspective, as an act of investigation and evidence collection, video investigation should not only solve the problem of "seeking truth", but also pay more attention to the problem of "seeking goodness". That is to say, we should take the ability of evidence and the power of proof as important factors to realize the legal function. At the same time, we should take the identification of "identity" as an important direction to make it more consistent with the value of litigation, so as to achieve its effectiveness of evidence law.

Key words: video investigation; identity; evidence law

互联网涉毒犯罪防范对策探究

宗丽媛

(天津公安警官职业学院 计算机教研部, 天津 300382)

摘要:近年来,互联网涉毒犯罪活动日益增多,成为危害社会治安稳定的重大安全隐患,给我国的禁毒工作带来新的巨大挑战。基于当前互联网涉毒犯罪活动的严峻形势,如何有效整治互联网涉毒犯罪活动成为了当前禁毒工作的重点和难点。公安机关必须要与时俱进,拓展思维,结合最新的禁毒形势,全力应对各种新型毒品犯罪的挑战,将传统的侦查手段与现代化技术结合起来,做好缉毒打击工作,坚决打赢这场新时代禁毒人民战争。

关键词:互联网;毒品;防范

中图分类号: D922.14

文献标识码: A

文章编号: 1674-828X(2023)01-0068-07

“互联网+”时代,随着互联网社交软件、网络终端方式和金融支付平台的迅猛发展,毒品犯罪活动与网络结合愈发紧密,越来越多涉毒人员大量选择通过网络聊天工具,进行联系交易,并使用微信、支付宝和虚拟货币支付毒资。互联网涉毒犯罪活动手段更加多样,行为更加隐蔽,交易更加快速。

当前,毒品犯罪已经从传统的犯罪模式向新型的网络犯罪模式转变,社会危害尤其严重,如何有效地打击互联网涉毒犯罪活动,是当前禁毒工作亟待解决的问题。针对互联网涉毒犯罪研究,有学者从犯罪规制方面进行了相关研究^[1];有学者从侦查打击互联网涉毒犯罪方面进行了相关的研究^{[2][3]};有文章针对涉毒隐语进行了相关的研究^[4];有文章分析了互联网涉毒案件的特点,提出了防范对策^{[5][6]};有观点针对快递涉毒违法犯罪行为进行了相关研究^{[7][8]};有观点针对互联网“吸毒直播间”现象的法律定性问题进行了相关研究^[9]。在严峻、复杂的禁毒形势下,公安机关如何深入分析总结互联网涉毒犯罪活动的新规律、新特点,进一步加大打击力度,遏制互联网

涉毒犯罪的发展,是一个值得深入思考的问题。为此,笔者通过实践调研初步总结了互联网涉毒犯罪防范对策,以期为公安机关打击互联网犯罪提供帮助。

一、互联网涉毒犯罪活动的特点

互联网涉毒犯罪指涉毒人员以互联网为载体,通过网上联络、网上交易、银行转账、快递送达等方式,实施授毒、制毒、贩毒、吸毒、寄毒等违法犯罪活动^{[10][11][12]}。互联网涉毒犯罪的主要形式有:

(一) 利用互联网传播制毒方法

境内外均存在传播制毒方法的违法行为。犯罪嫌疑人通过在网发布信息,介绍从易制毒化学品(麻黄素、1-苯基-2-丙酮等)或药品中制造毒品的方法,销售制毒工具并传授使用。犯罪嫌疑人通过互联网学习制毒技术,查阅毒品制造工艺和方法,利用网络购买制造毒品的原料和工具,生产毒品并实施违法犯罪活动。

(二) 通过互联网贩卖毒品

作者简介:宗丽媛,女,天津公安警官职业学院计算机教研部助教,主要从事网络犯罪研究。

一是犯罪嫌疑人通过网络购物平台或暗网（服务器在国外）从事贩卖毒品、毒品原植物种子或其他制毒原料活动。二是利用即时通讯工具中某些难以被管控的功能组织策划、通信联络和指挥毒品犯罪。犯罪嫌疑人之间联系方式均由手机转换为通过即时通讯工具等APP或者手机通讯与APP混用^{[13][14]}。有的即时通讯工具具有“阅后即焚”（当消息阅读后，已阅消息会自动销毁）功能，被犯罪嫌疑人用于从事违法犯罪活动，以逃避公安机关的打击。根据《2020中国毒情形势报告》显示，2020年破获网络涉毒案件4709起，抓获犯罪嫌疑人8506名，缴获毒品近856.9千克，分别占全国总数的7.4%、9.2%和1.5%^[15]。

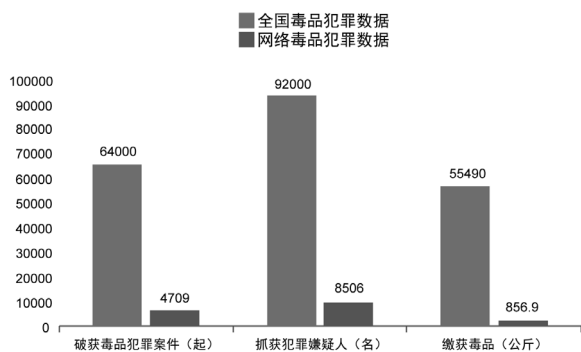


图1 2020年全国网络毒品犯罪数据

（三）借助网络组织聚众吸毒

犯罪嫌疑人利用个别网站管理上的漏洞，借助网络社交工具，开设聊天室，建立吸毒网友群，交流吸毒感受。有组织地召集网友共同吸毒，并教授和引诱他人吸毒，借机贩卖毒品，进行线下毒品或制毒工具的交易。根据《2020中国毒情形势报告》显示，部分吸毒人员通过网络视频聊天聚众吸毒，发现查处难度大。

（四）使用物流寄递行业进行毒品运输

“互联网+”时代，网络支付与快递物流行业紧密结合，物流运输渠道也逐渐被贩毒犯罪分子所利用。在毒品买卖中，通过网络进行毒品交易，利用物流寄递行业进行毒品运输，完成毒品的交易，实现了“人毒分离、毒款分离”。根据《2020中国毒情形势报告》显示，全国共破获物流寄递渠道贩毒案件3011件起，缴获毒品4.3吨，分别上升9.5%和1.1%。其中破获物流货运渠道贩

毒案件414起、缴获毒品2.7吨，邮寄快递渠道贩毒案件2303起、缴获毒品1.6吨，“大宗走物流、小宗走寄递”特点明显^[15]。

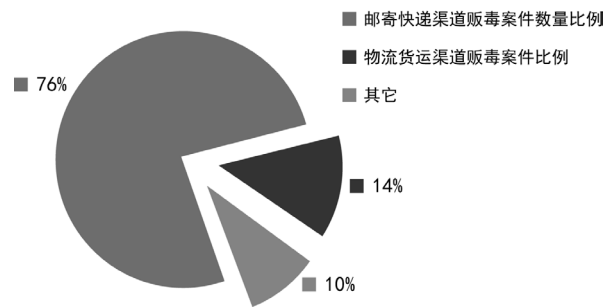


图2 2020年全国破获物流寄递渠道贩毒案件比例

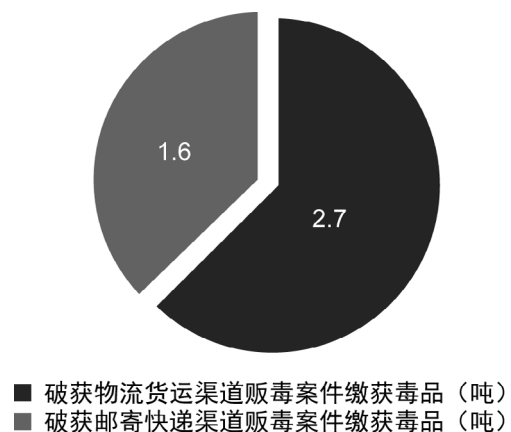


图3 2020年全国破获物流寄递渠道贩毒案件缴获毒品数据

（五）跨地域、跨国界毒品犯罪增多

近年来，我国境内一些人员通过在互联网上发布信息，与境外人员取得联系，利用新精神活性物质的特殊变异性，进行跨国新精神活性物质走私活动。根据《2020中国毒情形势报告》我们还了解到，全国缴获海洛因、冰毒等主要毒品26.3吨，其中来源境外的22.4吨，占全部主要毒品的84.9%^[15]。

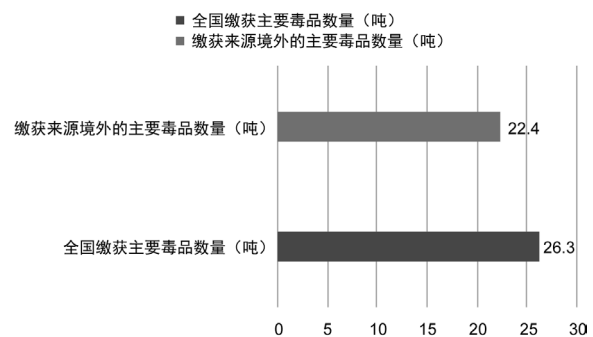


图4 2020年全国缴获海洛因、冰毒、等主要类型毒品来源境外情况数据

二、互联网涉毒犯罪的原因

近年来,公安禁毒部门和网安部门协同发力,打击网络涉毒违法犯罪活动取得了显著成效,网络治安环境得到有效净化,涉毒网站、群组基本被铲除,网络涉毒泛滥蔓延的趋势得到有效遏制。但随着网络技术升级发展,网络涉毒活动呈现出违法犯罪人员反侦查意识逐步加强,犯罪方式日趋隐蔽化等特点,给公安机关发现、打击工作带来了诸多挑战。

(一) 犯罪行为较为隐蔽

1. 犯罪嫌疑人身份具有较强的隐蔽性。涉毒违法犯罪人员通过频繁更换虚拟身份,切断与真实身份之间的联系。

2. 互联网贩毒信息发布及交流通常通过暗语。贩毒人员在网上发布贩毒信息及交流时通常使用相关暗语进行信息传递,如冰毒以“冰水”“大力糖”等代替,海洛因用“缅甸”“白菜”等作为代名词,且为逃避公安部门监管更新速度极快。

3. 互联网交流平台具有较强的秘密性。一些有涉毒行为的网络交流平台有专门的人员负责管理,通常需要熟人介绍,通过身份验证才能进入,形成了相对固定、迅速而隐蔽的供求关系。

部分涉毒人员通过暗网参与互联网涉毒违法犯罪活动中。利用某些国外社交软件在暗网上发布联系毒品交易,通过虚拟币支付毒资,线下通过快递、埋雷等方式完成交易。可以说,暗网毒品犯罪是传统毒品犯罪的异化,这些异化把毒品犯罪主体的匿名性和犯罪行为的隐蔽性发挥到了极致。

(二) 犯罪证据不易获取

犯罪主体的匿名性是指访问暗网的IP地址及用户身份被加密,使得暗网毒品犯罪行为与犯罪地域无法匹配,与犯罪主体无法关联。当前,网络涉毒分子通常利用跨国、跨境网站注册会员,选择使用境外服务器在境内作案的方式来逃避公安机关打击,还有的利用虚拟IP地址,随时更换服务器,加之网络涉毒犯罪往往没有固定物理地域和

特定人群,犯罪分子分散各地,且身份信息不明,仅查证个人信息的工作难度就很大。对于公安部门来讲,传统的通过“资金流”和“信息流”来判断犯罪行为之间的联系和行为的两个抓手都失去效果,无法追踪性和监管困难性成为暗网环境中毒品犯罪的显著特征。目前,在对暗网涉毒犯罪的打击协调配合相对薄弱。再加上专业警力不足,影响案件侦破。

电子证据虽然信息可靠、详细,有利于公安机关对毒品犯罪案件的定罪量刑和经营深挖,但极易销毁,需要及时掌握。当前网络涉毒犯罪线索大部分存在于海量的网络数据之中,需要利用技术手段进行发现、筛选以及研判,而这一过程需要耗费大量的人力、物力,且目前公安机关IT技术力量较为薄弱,难以在有限的时间内完成海量数据的检查分析,案件发现难度较大,以上原因都造成了犯罪证据不易获取的现状。

(三) 犯罪成本低、交易快速

由于网络的普及,贩毒人员一般无须预先周密策划、制定实施计划,只需通过线上联系,即可以随意选取网络交易地点,将毒品数量、价格、交货地点、付款方式约定好之后,一般通过物流进行交易,整个交易过程灵活、快速、诡秘,流动性强。“网上联络、网银转账、物流寄毒”已成为新型毒品交易模式,网络涉毒违法犯罪成本低。网银支付与物流相结合的交易方式,没有时间和空间的限制,为贩毒嫌疑人节省了大量的时间和精力,不需要花钱使用交通工具在各地区流窜贩卖,也不用花大价格去找人运输、走私毒品,只要通过一些伪装就能使用价格相对低廉的正常物流渠道实现毒品的交付,使得交易的成本大大降低。

随着移动支付的普及,涉毒人员只需通过聊天工具或网络游戏进行沟通,就可以完成毒品的交易。毒品贩卖的过程中,吸毒人员通过互联网购物平台,购买毒品,使用微信、支付宝、网银等支付方式便可快速完成毒资的交易。犯罪嫌疑人彼此之间的毒资转移,不需要通过现金交付或者到银行营业厅、ATM机进行转账,不论毒资多

少，都可以通过网上支付。这与传统贩毒形式相比，大大减少了交易中间环节，非常便捷。

（四）物流监管不到位

物流快递量大、面广，监管力度弱，涉毒人员可以使用虚假身份进行发货和收货，随意变换地址和联系方式^[6]，部分快递公司未严格按照要求执行快递行业“三个百分百”制度（即实名收寄100%、收寄验视100%、过机安检100%），为毒品的寄递提供了便利条件。从近年来查处案件来看，全国多地存在通过物流等渠道进行贩毒的问题。甚至有部分寄递点工作人员与犯罪嫌疑人勾联，通过挂靠VIP大客户的方式，帮助其逃避检查，掩饰贩毒的真实目的。

三、互联网涉毒犯罪防范对策

为了打击互联网涉毒犯罪，应注重加强预防，强化对互联网涉毒违法犯罪的打击；配齐配强缉毒队伍，提升取证效率；提升犯罪成本，强化社区管理及重点人群管控；加强协调配合，形成强大的打击涉网贩毒合力。

（一）加强预防，强化对互联网涉毒违法犯罪的打击

1.加强预防，注重宣传。一是全民宣传。要充分利用广播、报刊、电视等各种新闻媒体，让人民群众认识到毒品的危害，从而切实提高全民禁毒意识。通过全方位、多层次的宣教工作，使广大人民群众进一步增强抵御毒品危害的自觉性。二是加强重点场所的宣传。要加大对毒品违法犯罪的防控，全面加强歌舞娱乐场所的日常管理。通过张贴宣传标志、宣传警句、安装点歌电脑禁毒标语软件，以及建立禁毒宣传联络员，开展经营业主和从业人员培训等形式，及时制止和举报毒品违法犯罪行为。

2.在常规的打击方面，强化依法打击的力度。（1）深入追查制毒物品来源。严查制毒物品的确切来源，对于非法将制毒原料销售给制毒人员的药品经营户和经营企业，要依法给予相应的处罚。（2）强化互联网侦控。加大对重点网站

的管控力度，梳理涉毒线索，分析、查找嫌疑对象，收集、固定违法犯罪证据，进而依法打击互联网涉毒违法犯罪活动。（3）注意案件延伸。由于贩毒分子几乎都有极强的反侦查意识，一旦被抓获，一般只交代本次犯罪，其他贩毒犯罪就会矢口否认。在查清本次犯罪事实的基础上，尽最大可能查清在某一段时间里的其他犯罪事实（包括犯罪数量和犯罪性质），使犯罪嫌疑人所造成的社会危害性得到相应的惩罚，使其达到以后不再继续从事毒品犯罪活动之目的。（4）严格执法，依法打击贩毒分子。针对贩毒分子利用互联网改变手法、化整为零、逃避打击的情况，需要各级公安禁毒部门严格执法，对贩卖毒品者无论其贩卖毒品的数量多少都应该依法惩罚，在依法惩罚贩毒分子的同时，依法没收其非法所得，并处以相应的罚金。与此同时要加大查缉力度，强化毒品立体查缉，从各地实际出发，根据吸、贩毒人员行动轨迹、路线，认真研究确定一批重点贩毒通道、毒品集散地和中转站，建立固定与流动相结合的涉毒检查卡点，加强毒品检查站点建设，有针对性地落实堵源截流措施，加大公开查缉力度，增强查缉实效。通过对毒品的公开查缉，积极开展案件的延伸侦查工作，摧毁一批贩运毒品通道、集散地和中转站，有效减少毒品的现实危害。

除此之外要进行强化打击。（1）进一步加大对举报毒品违法犯罪行为奖励的力度和政策落实并注重对举报人的隐私保护。（2）公安部门与工信部门合作，联合加强对具有“阅后即焚”功能的小众即时通讯工具的治理。对常规即时通讯工具严格要求其落实实名制注册。（3）采集涉毒人员的网络虚拟身份，摸排涉网吸毒人员，对采集的互联网虚拟身份期间产生的涉毒信息进行梳理归类，从中排查。加快信息整合，加强与电商网站、移动通信商、物流等部门合作，对网络服务提供商数据、电信运营商数据、物流快递数据以及其他数据资源进行有效的整合^[17]。（4）加强信息的研判和运用。树立信息导侦意识，利用公安机关数据信息系统，通过将涉毒人员信息与数

据库信息进行核对、掌握涉毒违法犯罪人员活动规律，筛选出重点涉毒人员，特别是从事跨区域贩运毒品犯罪活动嫌疑人。

（二）配齐配强缉毒队伍，提升取证效率

1.要加快基层硬件建设。依照相关法律规定，在符合条件的县级公安机关建立技术侦查机构，根据信息技术的发展状况，配备一定级别的技术侦查设备，并建立完善县区级公安机关毒品案件技术侦查措施的运行制度。要结合数据信息分析研判、网上作战、电子数据证据收集等新变化、新要求，及时研发切合基层缉毒工作实际需要的数据信息综合研判系统、电子数据取证设备等系统设备。

2.要加强专业人才建设并提升综合能力。要顺应社会发展对公安工作的新要求，加强公安人才培养，通过内部岗位调整，将具有一定技术水平的民警调整到禁毒研判和缉毒岗位上，最大限度发挥民警的专业技能，还可通过定向招录专业技术人才等方式充实基层专业技术人才。

3.提高综合能力，提升取证效率。需提升一线民警对证据提取和固定的水平，以适应网络涉毒违法犯罪的高标准证据要求，为有效打击涉毒违法犯罪奠定坚实基础。

（1）将择优选出的民警送到相关院校进行专业技术培训以提升民警的综合能力。特别是要提升网上作战能力，结合涉毒违法犯罪活动发生的变化，及出现的网上贩卖毒品、网上支付毒资、物流运输毒品等新演变，对如何收集分析此类信息，发现违法犯罪线索，如何固定网上证据等，进行有针对性的学习。

（2）要提升民警证据收集能力。电子数据的提取是案件侦破的关键，要加强对互联网的巡查管控，定期定时对互联网络进行浏览，注意发现涉毒线索，对涉毒线索进行甄别、筛选，并建立反追踪机制。还需认真梳理总结互联网毒品违法犯罪的特点，结合涉毒犯罪证据的收集固定工作经验，充分利用视频、电子数据等现代科技，实现对涉毒案件现场检查、痕迹物证等证据的补充强化，以及对电子数据等证据的收集。在涉毒

线索获取之后，对毒源地省份和毒流地省份都要迅速展开查缉工作，到快递公司及时取证，落实贩卖者以及购买者的真实身份，为接下来的案件办理打下良好的基础。

（3）要提升法律运用水平，根据打击互联网涉毒违法犯罪相关法律的变化，及时开展法律知识培训，有序组织禁毒民警参与案件审理旁听，禁毒民警不仅要熟练掌握、运用相关证据收集和固定的要求，还要深入领会掌握《刑事诉讼法》中对瑕疵证据的补正、证据排除、民警出庭作证制度等相关规定，有效把握证据收集的关键，提高证据的采信率。从已抓获的吸毒人员入手，收集其基本情况及每次购买毒品的时间、地点、毒品数量、毒品包装材料、联络方式等。同时建立相应的档案，以备核实、印证和累计该贩毒人员的涉毒情况，为后续依法惩处做好基础工作。

通过提升取证效率，能有效提高禁毒民警信息综合研判能力、网上作战能力，抑制利用互联网贩毒犯罪活动，提升公安机关对网络涉毒案件的打击效能。

（三）提高刑罚，强化社区管理及重点人群管控

1.从提高刑罚配置角度提高网络涉毒案件引发的犯罪预期刑罚成本，使其能够抗衡毒品犯罪收益，从而达到显著的预防犯罪效果。

2.对社区戒毒或戒毒所内的吸毒人员加强教育，尽可能将其上线进行溯源，对其检举行为可以考虑奖励。

3.建立吸毒人员基础台账，有效管控重点人员。要以公安派出所为核心，依靠基层政府机构，建立台账，基本掌握辖区内吸毒人员的情况信息。通过各警种、多渠道，广泛收集涉毒信息，整合数据资源，建立毒情监测，派出所社区民警通过入户走访调查等方式，对辖区吸毒人员进行逐一排查，根据不同的情况真正做到对吸毒人员实施分级分类管理。加大帮教力度，落实好社区戒毒社区康复工作，建立吸毒人员社会监护帮教管理体系，注重做好对吸毒人员的心理疏导和亲情感化等跟踪帮教管理工作，积极研究探索

戒毒的科学方法，采取一切有效措施，制定落实各项责任制，提高戒断巩固率，降低复吸率，注重戒毒实效。

4.强化送戒收治。各地公安机关要严格依照有关法律法规的规定，强化吸毒人员送戒收治，坚决杜绝以罚代戒、随意变更戒毒措施、降格处理等问题发生。

5.要进一步完善动态管控机制，严格解除强制隔离戒毒审批。和派出所衔接，加强对戒断巩固未达规定年限人员的日常管控，尽量减少戒毒康复人员脱管失控。

（四）加强协调配合，形成强大的打击涉网贩毒合力

1.网络涉毒案件的落地侦查地域范围较大，对各地侦查人力、侦查技术要求高，且在案件侦办的过程中管辖问题存在较大争议。故要加强各地区各警种间的联合作战能力，形成统一指挥，面对发生的网络贩毒活动能迅速整合各区域、各警种的资源，进行快速的反应和强有力的打击。

2.发挥禁毒委（办）的职能作用。禁毒委负责牵头揽总，采取专项督查、抽查检查、明察暗访等方式，加强对各级各部门禁毒工作的检查督导。认真研究分析本区域内的毒情形势，制定既符合本地毒情实际，又具有针对性和操作性的禁毒工作实施意见，进一步明确禁毒方向、突出工作重点、提升禁毒工作实效。各禁毒委成员单位要有大局意识，切实履行禁毒工作职责，密切协作，齐抓共管，综合治理，切实把打击、转化、教育三项工作落到实处。

3.加强与通信管理、工商行政管理、安全监管、食品药品监管等部门的沟通，建立健全部门间的联席机制，畅通联络渠道，及时通报情况信息，联合开展执法检查，共同加强对网上涉毒信息的监管。

4.建立健全网安部门与管理对象间的协作配合机制。网安部门与网上平台、上网场所、网络账号接入服务商、信息服务商、网站等部门建立健全部门间的协作配合，建立信息共享机制，落实相关单位、企业内部管理责任，加强企业自

律，主动过滤、屏蔽网上涉毒违法信息，从源头上切断涉毒信息传播的可能。

5.加强物流监管，强化寄递检查。开展物流快递网络化管理，与辖区物流企业建立网络物流账目核查制度，定期开展专项检查，核对其“三个百分百”落实情况，发件收件数目，起到对物流快递业服务加管理的特定作用，及时发现涉毒违法线索并循线追踪查破案件。加强对物流部门的管控，规范收件、验视、送件的流程，落实对包裹内物品的检查，对未落实查验的依照法律法规进行查处。要加强对企业经营者和从业人员的教育培训，提高他们识别毒品、发现毒品的能力，主动向公安机关举报涉毒线索。要探索建立奖励制度，对物流企业和从业人员在查验包裹中，凡发现涉毒违禁品的，或提供相关重要线索的，根据情况予以重奖，增强企业和员工的禁毒热情，堵住毒品运输环节。对于那些寄快递实名制落实不到位的快递点，要做到零容忍，关停快递网点。对于审核人员办事不力、受贿放水人员给予严肃处理。

6.加强国际合作。由于国家间存在着管辖权的冲突，导致在侦办跨国网络涉毒犯罪案件的过程中存在一定的困难，有必要建立国家间的禁毒合作机制和从事网络贩毒违法犯罪活动信息共享平台，做优做大网络涉毒犯罪侦办力度，提高沟通协作效率、共享禁毒成果。

目前，中国互联网涉毒违法犯罪活动越来越突出，呈快速蔓延趋势。防范和打击互联网涉毒违法犯罪活动，最大限度地减少毒品的社会危害，具有十分重要的意义。要清醒地认识到禁毒斗争的严峻形势，进一步提高做好禁毒工作的责任感和历史使命感，采取多种手段有效遏制互联网涉毒违法犯罪蔓延势头，加大对互联网涉毒违法犯罪的打击力度，深入推进禁毒人民战争，全面抵制毒品危害，坚决打赢这场新时代禁毒人民战争。

参考文献：

[1]马雪萌.互联网时代涉毒犯罪新动向及其规制[J].犯罪

- 与改造研究,2022,(03):15-19.
- [2]王爱芝,李晴.大数据时代网络涉毒犯罪的侦查困境及应对策略[J].云南警官学院学报,2022,(01):1-8.
- [3]李杨,武海燕.网络涉毒犯罪侦查取证策略研究[J].武警学院学报,2021,(08):24-29.
- [4]冯晓瑾,张黎.“互联网+”背景下的涉毒隐语发展趋势与识别路径[J].政法学刊,2021,(03):107-118.
- [5]王玮,张晓航.互联网涉毒案件的特点与防范对策[J].黑龙江省政法管理干部学院学报,2021,(03):135-139.
- [6]王玮,方华谋.互联网涉毒犯罪现状及防控对策研究[J].武汉公安干部学院学报,2021,(01):22-27.
- [7]李莉,熊俊.“互联网+”背景下快递涉毒违法犯罪行为数据预警研究——以实名制快递数据为切入点[J].江西警察学院学报,2020,(01):67-71.
- [8]缪金祥.“互联网+”物流寄递涉毒犯罪治理对策[J].江苏警官学院学报,2018,33(05):56-60.
- [9]袁春风,包涵.互联网“吸毒直播间”现象的法律定性与防范对策[J].广西警察学院学报,2019,(04):85-90.
- [10]刘思慧,邓临新.互联网背景下同城跑腿方式贩毒典型案例分析研究[J].云南警官学院学报,2020,(04):45-50.
- [11]赵杨.利用互联网贩卖毒品案件侦查难点及对策[J].法制博览,2016,(13):143-144.
- [12]吕智勇.信息化背景下零星贩毒禁毒问题研究[J].现代交际,2016,(02):22.
- [13]吴加明.网络背景下涉毒违法犯罪的新动向及其危害[N].上海法治报,2012-12-5(B06).
- [14]周志刚,王祎.网络贩毒问题研究[J].湖北警官学院学报,2015,(02):119-121.
- [15]2020年中国毒情形势报告[N].中国禁毒报,2021-07-23(003).
- [16]田晓剑.“瘾君子”缘何“青睐”电商物流?[N].现代物流报,2014-11-25(07).
- [17]吴之辉,丁红军,尚欣.警务大数据的应用与建设[J].天津法学,2017,(01):102-106.

Research on the Countermeasures of Internet Drug-related Crimes

Zong Liyuan

(Computer Department, Tianjin Public Security Profession College, Tianjin 300382, China)

Abstract: In recent years, the drug-related criminal activities on the Internet have increased day by day, forming major security risks endangering social security and stability, which has brought new great challenges to China's drug control work. Based on the current severe situation of drug-related criminal activities on the Internet, how to effectively control drug-related criminal activities on the Internet has become the focus and difficulty of the current drug control work. The public security organs must keep pace with the times, expand their thinking, make every effort to meet the challenges of all kinds of new drugs in combination with the latest drug control situation, combine the traditional investigation means with modern technology, complete the fight against drugs, and resolutely win the people's war against drugs in the new era. The paper introduces the forms and characteristics of Internet drug-related crimes, analyzes the causes of Internet drug-related crimes, points out the difficulties in combating Internet drug-related crimes, and puts forward the prevention countermeasures of Internet drug-related crimes.

Key words: Internet; drugs; prevention

袭警罪中“暴力”的法教义学解构

戈启坤

(天津师范大学法学院, 天津 300382)

摘要: 袭警罪与妨害公务罪法条之间是特别法条和一般法条的关系, 其所保护的法益是人民警察的职务行为不受侵犯。本罪的“暴力”包括对人暴力与对物暴力, 直接暴力与间接暴力。本罪属于具体危险犯, 作用于人身的“暴力”要求阻碍人民警察对职务的执行但不要求造成实际损伤, 作用于职务辅助物的“暴力”适用“感知-妨害”标准, 作用于执法相对物的“暴力”适用“控制-妨害”标准。本罪加重情节中“暴力”的手段应通过同类解释认定且要求严重危及人民警察人身安全, 但不要求造成实害结果。消极抵御的“暴力”、显著轻微的“暴力”和“软暴力”应被本罪所排除。

关键词: 袭警罪; 法益; 暴力限度; 法教义学

中图分类号: D922.14

文献标识码: A

文章编号: 1674-828X(2023)01-0075-08

人民警察是我国维持社会秩序和治安的中坚力量, 承担着维护国家安全、社会秩序, 保护公民人身、财产安全等重要责任, 肩负着维护国家长治久安的使命。2015年以前, 暴力袭警行为受妨害公务罪的基本法条所规制, 只有造成人民警察轻伤及以上的伤亡后果时才构成与故意伤害罪、故意杀人罪的竞合。为加强对人民警察的保护, 2015年我国出台的《中华人民共和国刑法修正案(九)》(以下简称《刑法修正案(九)》)将暴力袭警的行为在第277条妨害公务罪中单列为第5款作为基本罪的加重情节^①, 但仍未使暴力袭警行为独立成罪。公安部统计数据表明暴力袭击造成人民警察伤亡的数字触目惊心, 在此背景下, 2020年12月26日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称《刑法修正案(十一)》)将暴力袭击人民警察的行为独立成罪并单独规定了刑罚, 具体表述为:“暴力袭击正在依法执行职务的人民警察的, 处三年以下有期徒刑、拘役或者管制; 使用枪支、管制刀具, 或者以驾驶机动车撞击等手

段, 严重危及其人身安全的, 处三年以上七年以下有期徒刑。”

《刑法修正案(九)》和《刑法修正案(十一)》的出台有效地发挥了刑罚对社会关系的调整、保护作用和刑罚的一般预防功能。但随着暴力袭警行为独立成罪, 新设袭警罪在规范界定与适用方面也产生了若干亟待解决的问题。刑法教义学与刑事政策之间的关系是一种多维度的外部合作关系^[1], 现实世界的变幻莫测使立法者难以预测罪行所包罗的每一种实施行为, 即使是较为明确的概念, 仍然经常包含一些本身欠缺明确界限的要素^[2]。对这些刑事政策中的不明要素基于法教义学的方法进行分析界定则是准确适用刑罚的重要保障。因此, 本文基于法教义学的研究方法针对相关问题进行探究分析, 力图在司法层面推进对袭警罪这一新增罪名的恰当理解与准确适用。

一、袭警罪的体系地位与立法意旨

(一) 袭警罪的体系地位

作者简介: 戈启坤, 男, 天津师范大学法学院学生, 主要从事刑法学研究。

袭警罪的法律条文被放置于《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第277条的第5款。《刑法》第277条是有关妨害公务罪的规制，隶属于妨害社会管理秩序罪大类之中的扰乱公共秩序罪。第277条第1款规定了妨害公务罪的基本犯罪构成；第2至4款分别是针对全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表、红十字会工作人员及依法执行国家安全工作任务的国家安全机关和公安机关这三类特殊的职务群体进行规制，属于妨害公务罪的其他类型；第5款则是针对袭警罪的相关规定。

值得商榷的是，设置于妨害公务罪第5款袭警罪的条文与妨害公务罪之间是怎样的关系？笔者认为袭警罪与妨害公务罪法条之间是特别法条和一般法条的关系。传统刑法理论认为若A法条的内容得以被B法条所涵盖，则A为B的特别法条，但在认定特别关系时，考量同一事实的不同规范之间是否具有同一性的做法更加严谨科学^[3]，即只有当整体犯罪事实之间具有全部或部分重叠的情形出现时，其才具有规范适用的同一性，法律规范才能形成特别关系。值得注意的是，随着刑法分则中行政刑法规定的大量增加，法条竞合的特别关系也呈现出一些特殊面貌，比如普通法条和特别法条的行为定性不同^[4]，袭警罪与妨害公务罪即属于此种特别关系的特殊面貌。

暴力袭警既属于《刑法》第277条第1款所规制的以暴力方法阻碍国家机关工作人员执行职务行为，又属于第5款所规制的暴力袭击正在依法执行职务的人民警察行为，故二者之间在实行行为和法益侵害层面相重叠；其次，袭警罪与妨害公务罪的行为定性并不相同，对于除人民警察以外的国家机关工作人员行使职务的阻碍行为既可以“暴力”形式亦可以“胁迫”形式，而对于人民警察这一特殊群体执行职务的阻碍行为只能以“暴力袭击”形式发生；最后，虽然上述二罪的行为定性不同，但这种“特殊面貌”并不阻却其二者之间具有的规范适用的同一性，因此应当将袭警罪认定为妨害公务罪的特别规定。

然而，将袭警罪作为妨害公务罪特别规定是否具有合理性？对比可知其构成要件区别主要有二：行为对象和实施手段。妨害公务罪的对象

可以是一切国家机关工作人员，而袭警罪的对象只能是人民警察；妨害公务罪中行为人是暴力或威胁为手段，而在袭警罪中行为人只能是以暴力袭击为手段。部分学者认为，认定特别规定的理由应当是“行为手段只得是暴力袭击”这一限制，即因袭警罪构成要件中作为特别要素的“暴力袭击”对人民警察职务的阻碍更为严重，使得袭警罪的不法程度重于妨害公务罪^[5]。但因本罪中暴力的打击对象仅限于人民警察这一特殊职务群体而将本法条认定为特别法条的观点应当更加合理。

其一，暴力袭警行为一般预防的必要性显著升高。作为“和平年代的最危险职业”，人民警察身肩惩恶扬善使命，其执行抓捕等危险性较高的任务时，犯罪嫌疑人为逃避法律的制裁，铤而走险、暴力袭击人民警察的事件屡屡发生，使得对暴力袭警行为一般预防的必要性显著升高，通过将暴力袭警行为独立成罪，以刑法禁止性规范指引职务相对人的行为，不失为一计良策。

其二，暴力袭警行为的不法性有所增加。人民警察是维护国家安全和社会治安秩序，维护人民合法权益的重要保证。我国人民警察的职责范围广^②，其相当部分的职责是与“坏人”打交道，显然比其他公务人员的基本职责更为紧迫重要^③。因此，对人民警察全方位、全时段的保护将更有利于彰显人民警察的权威、强调其职责的神圣与不可侵犯，从而有利于间接保障其特殊职务的顺利执行。

此外，《刑法修正案（九）》出台后，有学者认为将暴力袭警行为认定为妨害公务罪的从重情节是由于该行为除侵犯了人民警察依法执行职务这一基本法益外，还额外具有侵犯人民警察身体健康法益的危险性^[6]。此问题虽是基于《刑法修正案（九）》所提出，却与前文讨论的“袭警罪作为妨害公务罪特别规定的理由”属同一层面的问题。可否认为侵害身体健康这一额外法益的危险性是其作为特别规定的依据？应当结合袭警罪的立法意旨予以判断。

（二）袭警罪的立法意旨

有关袭警罪的立法意旨，多数学者认为本罪是为保护人民警察的职务执行行为不受侵犯及其

生命健康权不受侵犯而设立的^④，但认为该罪仅保护人民警察的职务执行行为不受侵犯（即其职务行为）^⑤的观点应当更具有合理性。

对罪名立法意旨进行探究离不开对其立法背景的解读。在对《刑法修正案（十一）》征求相关意见的过程中，是否应增设袭警罪这一问题一直被反复探讨。最终考虑到暴力袭击人民警察的行为不仅对人民警察的身心造成伤害，严重影响公安机关依法履行维护人民群众合法权益，保障社会治安稳定的职责，还破坏了社会治安管理秩序，损害国家法律的尊严，应当严惩^[7]，故决定增设袭警罪为单独罪名。对以上表述进行文义解释不难得出立法者的实际考量——暴力袭警行为诚然对人民警察的身心造成了伤害，但这只是传导路径的经过环节之表象，而这一伤害导致的真正后果“严重影响公安机关依法履行维护人民群众合法权益，保障社会治安稳定的职责”才是设立本罪的真正初衷。以“不仅……还……”连接的另一部分则指向了“社会治安管理秩序”与“法律的尊严”，这是影响公安机关履职对整个社会所造成的更深层后果。综上，对人民警察人身权的伤害仅是向根本后果传导的中间环节，本罪设立的实际目的是保障人民警察更好地履行其职责。

人民警察作为国家机关工作人员之所以受此特别法条的保护归根结底是因为其身份职责的特殊性。其人身权利已有故意伤害罪、故意杀人罪等罪名进行全面保护，故与非人民警察身份的自然人并无本质差异，故在此基础上增设袭警罪对其另行保护不但冗杂，而且具有违反法律面前人人平等原则的嫌疑^[8]。而作为国家机关工作人员中的一类，妨害其执行职务的行为虽受妨害公务罪所规制，但实际情况中人民警察的部分职责与其他职业职责相比更具特殊性，因此，一般法条对其进行的保护并不适合，有必要设置特别法条予以特殊规制。同时，侵害身体健康这一额外法益的危险性并不是袭警罪作为妨害公务罪特别规定的依据。

认定了袭警罪保护的法益是人民警察的职务执行行为不受侵犯后，基于立法意旨对其所规制的行为手段及其相关概念进行廓清和厘定则成为

在司法层面准确适用本罪的重中之重。

二、袭警罪中“暴力”的实施范围

有关袭警罪中“暴力”的实施范围，学界大致存在三种观点：有学者认为本罪的“暴力”仅指直接作用于人民警察人身的暴力，即“狭义的暴力”^[9]；大部分学者则认为本罪的“暴力”既包括直接作用于人民警察人身的暴力，又包括间接作用于其人身暴力，即“广义的暴力”^[10]；还有部分学者认为本罪的“暴力”不仅包括直接和间接作用于人民警察人身的暴力，还包括作用于物的暴力，即“最广义的暴力”^[11]。此外现实情况下还存在一种袭击人民警察达到对其压制效果的暴力，即“最狭义的暴力”，但此暴力已鲜少被认定为本罪中“暴力”实施范围的标准。本文主张采用最广义暴力说，认为本罪的“暴力”既包括直接和间接作用于人民警察人身的暴力，也包括作用于职务执行相关物的暴力。采用此种标准实质上是将“对物暴力”全面入罪，其原因如下：

其一，该认定标准符合本罪立法意旨。如前文所述本罪保护人民警察的职务执行行为不受侵犯，而主体所实施暴力的对象不论人对人，其最终都将导致对人民警察执行职务的阻碍，正如打击人民警察使其负伤的行为与砸毁人民警察执行职务所需使用的警车的行为在客观上都导致对其执行职务的阻碍，故全面将“对物暴力”纳入规制范围符合本罪对相应法益应有的保护。

其二，暴力袭警行为主观恶性大，采用此标准符合《关于依法惩治袭警违法犯罪行为的指导意见》（以下简称《意见》）中“袭警从重”的处罚导向。虽然《意见》全文是基于《刑法修正案（九）》而制定，但这并不会给理解立法者对暴力袭警行为的处罚导向造成影响。在全文六条具体规定中，除依法从重情节外还存在着四处“酌情从重处罚”规定，并在文末的总结部分对“酌情从宽”情节规定了部分情况下相应的“从严把握从宽幅度”和“不予从宽”的处理意见。“酌情从重”的处罚结果本质上是由行为本身的性质决定的，相较于其他公职人员而言，暴力袭

击人民警察这一具有武装强制力、肩负惩恶扬善使命的群体显然恶意更大，情节更重，而将“对物暴力”纳入本罪“暴力”标准的认定范围本身即是对职务法益的适度保护，也符合“袭警从重”的处罚导向，更有利于从严从重规制暴力袭警的行为。

其三，该认定标准有利于维护人民警察执法权威，符合罪责刑相适应原则。保护人民警察具体的“执法行为”不受侵犯，也能起到间接保护其抽象的“执法权威”的功用。如果不将“对物暴力”全面入罪进行规制，单独损毁职务相关物的行为则不能构成袭警罪而仅构成妨害公务罪，但此种纯粹对物的暴力客观上无疑既侵犯了人民警察的职务执行行为又有损其执法权威，而袭击人民警察这一特殊公职身份人员的情节相比于在同等情形下袭击其他国家机关工作人员的情节亦要严重，故采用此标准既有利于维护人民警察执法权威亦符合罪责刑相适应原则。

另外，还有观点指出《刑法》277条第5款将袭警罪的构成要件表述为“暴力袭击正在依法执行职务的人民警察”，显然暴力所指向的对象只能是“人民警察”的人身，将单纯的“对物暴力”包括在袭警罪中“暴力”的实施范围以内的做法既不符合文义解释又违反了“罪刑法定”的基本原则^[12]。本文不赞同以上观点，主张对此处的“人民警察”进行实质解释。在某种行为并不处于刑法用语的核心含义之内，但具有处罚的必要性与合理性时，应当在符合罪刑法定原则的前提下，对刑法用语作扩大解释^[13]。在本罪中将“人民警察”解释为“人民警察人身及其职务执行相关物”的做法本质上属于一种不违反罪刑法定原则的扩大解释，实施于职务执行相关物的暴力确有侵犯本罪所保护的法益，且条文在语义上并未指明暴力的对象限于人民警察的“人身”，故此处的扩大解释在本质上仍然是基于罪名所保护的法益而对法条字面含义进行的理解，不仅未突破罪刑法定原则的底线，而且有利于实现处罚的妥当性。

三、袭警罪中“暴力”的作用对象

在对“暴力”的实施范围进行分析后，厘定本罪中“暴力”的具体作用对象的范畴则成为亟待解决的问题。袭警罪中“暴力”的作用对象在法条中被表述为“正在依法执行职务的人民警察”，对其分解即可得到“正在依法执行职务”的定语和“人民警察”这一被修饰的词两组概念。下文将对其分别进行分析，并对“人民警察”的扩大解释部分——“职务执行相关物”进行界定，以使本罪的对象范围更加明晰。

（一）“正在依法执行职务”的界定

“正在依法执行职务”又可被拆解为“正在”“依法”和“执行职务”，此三组概念的范畴在学界饱受争议，准确界定这些概念对依法适用本罪而言至关重要。

1. “正在”的界定

本文认同以“紧密相关说”进行界定，即“正在执行职务”既包含人民警察着手执行其职务的正式阶段，也应当包括正式着手前后的与其职务行为紧密相关的准备阶段和收尾阶段^[14]，不论人民警察执行的是否是正式职务的任务本身，只要其行为与该任务本身紧密相关即可认为其处于“正在执行职务的阶段。”

在司法认定中还应当注意把握“紧密相关”的限度。除了准备、佩戴装备与赶赴案发现场这类明显的紧密相关行为以外，诸如交警执勤的交接班、社区片警在不同巡逻点之间的奔赴等行为，虽然表面上仅是将实际职务的任务本身连接贯通的过程，但该过程行为亦应当被认定为“正在执行职务”。再有对“紧密相关”的判断应着重把握职务职责是否已然被人民警察所承揽，唯有在其已然肩负相应任务的状态下对其进行的暴力袭击的行为才能被认定为涉嫌本罪。

2. “依法”的界定

主流的三要件说观点对“依法”的界定已予以指明：人民警察执行职务应符合其抽象职务范围和具体职务范围并符合法律上的重要条件、方式和程序^[15]。对前两项要件的认定不论是从文义还是论理角度都基本不存在分歧，如“警种、管辖对应无误，具体行为有令所依”等。故不再赘述而仅以一例以蔽之：在搜查属A地管辖范围内的犯罪嫌疑人居所时，派出执行任务的不应是B

地的人民警察，不应是交警（因搜查居所不属于其管辖范围或保障道路交通安全的职务范围），且负责搜查的人民警察必须具有指引其实施相应搜查行为的证明文件（否则该搜查行为则不属于其具体职务范围）。

值得明晰的是，第三项要件的成形已然建立在一次价值判断的基础上，此次判断抉择了人民警察执行职务的“依法”要求“程序依法”而非“实质依法”。申言之，“依法”要求的是行为本身满足法律上的重要条件、方式和程序，而非行为实体对相对人作用的结果满足公平正义，这也决定了对于行为本身合法性的判断应采取“行为时标准说”而非“事后标准说”，即不论人民警察执行职务时所实施行为的目的在事后被裁判为正确与否，只要该行为被实施时是符合法律上的重要条件、方式和程序的，实施该行为的人民警察就应被认定为“依法”执行职务。

关于如何界定第三项要件中“法律上的重要条件、方式和程序”，该问题本质上即为“程序性合法”的判断标准，对此学界提出了“违反任意性、训示性规定说”“执行行为本身有效说”“对相对人权利影响说”等多种认定方法^⑥。但本文认为“不使相对人误解说”最为科学，只要人民警察执行职务的行为未造成职务行为相对人对其身份与职权的误解，即可认为其行为符合法律上的重要条件、方式和程序。此种认定方法既有效规避了强制性规定与任意性规定界限不明的疑难问题，又有力回应了对瑕疵执法行为的有效性认定（即使存在执法瑕疵，只要不造成相对人对人民警察身份与职权的误解即可认定行为有效），是一种简易可行的判断标准。

此外，“依法”决定了人民警察“‘正在’执行职务”不限于其工作时间。根据《中华人民共和国人民警察法》（以下简称《人民警察法》）第19条，人民警察在非工作时间遇有其职责范围内的紧急情况，应当履行职责，故对于在非工作时间内履行相应职责的人民警察所行使的暴力袭警行为亦涉嫌袭警罪。

3. “执行职务”的界定

虽然“执行职务”并不限于人民警察的工作时间，但也不能认为只要是在其工作时间内所做

出的职务行为都能被认定为“执行职务”。《人民警察法》第6条对人民警察的法定职责以列举的方式作了较为明确的规定^⑦，此外不同警种的职责在其相应的其他规范性文件中亦有所补充^⑧，只有人民警察执行规范性文件中所规定的这部分具体职务行为时才能认定为“执行职务”，在工作时间执行的其他抽象职务行为则不能被认定为“执行职务”。例如：人民警察在工作时间进行周例会的行为即不符合此处的“执行职务”。但倘若人民警察开展的是执法行动的战略部署会议，此时该会议行为因构成其具体职务行为的实施环节，故应当被认定为“执行职务”。

（二）“人民警察”的界定

厘定“人民警察”范围的争议主要集中在合同制的辅警是否能作为本罪中暴力袭击的对象，学界对此存在“职务说”^[16]和“身份说”^[17]的分歧，本文认为对“人民警察”的界定应坚持“职务说”，摒弃“身份说”。既然人民警察因其具体职务的特殊性而受袭警罪的特别保护，则界定受本罪保护的范畴就应当着眼于行为主体所履行的有别于一般公职人员的具体职务而非其身份或编制。当然，将辅警界定在“人民警察”范围之内有一定的先决条件，即“依法”执行其职务，此处的“依法”主要包括两个方面：执行职务的方式合法和执行的职务本身合法。根据《关于规范公安机关警务辅助人员管理工作的意见》第4条和第6条，辅警只有在执行非绝密级、非直接参与执法的任务时所执行的职务本身才能被认定为合法，此时辅警才有资格成为袭警罪保护的主体。

（三）职务执行相关物的界定

本文对本罪中“暴力”的实施范围采“最广义说”，所以有必要对这一标准下作为暴力实施对象类型之一的“物”进行界定。此处的“物”可以概括为“职务执行相关物”，易言之，一切与人民警察执行职务相关的物体都可以被认定为本罪中“暴力”的作用对象。具体而言，对物的暴力既可以是作用于警务辅助器械、警用交通工具的暴力，例如：犯罪嫌疑人为阻止人民警察的追赶行为而率先破坏人民警察即将驾驶的警车；也可以是作用于与案件相关的执法相对物的暴力，例如：走私犯罪的犯罪嫌疑人在人民警察已

经控制其走私的执法相对物后对其进行损毁。以上两类暴力均应被纳入本罪的“暴力”范围之内。

但应当明确，对于本罪中“暴力”所作用的不同对象，其既遂标准并不能一概而论，而应当有所区分。唯有准确厘定“暴力”对不同主体间各异的实施限度，才能在具体的司法实践当中对实质性的暴力袭警行为予以公正规制。

四、袭警罪中“暴力”的实施限度

要廓清本罪中“暴力”的实施限度，首先应当明确本罪究竟属于抽象危险犯还是具体危险犯，部分学者认为本罪只要求行为人实施的暴力对妨害人民警察执行其职务造成抽象的危险即可，并不要求客观上对其职务行为造成现实困难或造成人员伤亡的具体结果，故应当属于抽象危险犯^[18]。确定罪名的既遂标准应当从设置原因和打击需要出发，本罪是为打击以暴力手段妨害人民警察这一履行特殊职责的职务人员执行其具体职务而设置的，故只要行为人所实施的“暴力”在客观上会妨害人民警察执行职务，此种“暴力”就已经对其职务行为造成了具体的危险。而现实状况下行为人所实施的暴力对“是否妨害人民警察执行其职务”只会存在“是”与“否”两种结果，即一个行为要么会妨害职务，要么不会妨害职务，在“会”与“不会”之间并不存在“可能会妨害职务”，“可能”只是一种暂时性状态而非一个确定性结果。本罪对“实害结果”不要求只是对“人身伤亡结果”“财产损失结果”的不做要求，而不是也不可能做到对“妨害职务结果”的不要求，因为“妨害”本身既是一种行为也是一种结果，一个“暴力行为”在导致“妨害行为”的发生时就已经造成了一个“妨害结果”。故此时的暴力行为所造成的“危险”并不是抽象的，在“暴力行为”所造成的“妨害行为即妨害结果”中满足“妨害行为”的“暴力行为”一旦发生则必然造成具体的危险。综上，本罪应当属于具体危险犯。

（一）“暴力”作用于人身的限度

作用于人民警察人身的“暴力”限度应以其实质上对人民警察执行其职务是否造成影响作为

唯一界限，这既是由袭警罪的立法意旨决定的，也符合本罪所保护的法益。只有当行为人对人民警察人身所实施的“暴力”行为阻碍其对职务的执行，才能认定为涉嫌袭警罪。

此外，如前文所述，作用于人民警察人身的“暴力”并不要求实际损伤的造成，是否造成人民警察的伤亡并不是构成本罪与否的标准。例如：在人民警察对犯罪嫌疑人进行追捕的过程中，犯罪嫌疑人为摆脱人民警察而向其数次投掷砖块但均被避开，此时犯罪嫌疑人所实施的投掷行为虽并未造成人民警察的人身损伤，但该行为因实际妨害了人民警察对职务的执行故亦成立袭警罪。

（二）“暴力”作用于物的限度

作为本罪中“暴力”作用对象的职务执行相关物，其具体种类虽无法穷尽列举但大致可以分为两类：职务辅助物和执法相对物。作用于此二类物之上的“暴力”的限度相似却又存在一定差别。

职务辅助物是指人民警察在执行职务过程中所使用的警械和警车等以保障职务顺利执行的物品。对作用于职务辅助物的“暴力”以适用“感知-妨害”标准为宜，即凡是作用于人民警察可感知范围内的职务辅助物且对该物所造成的损毁会造成对人民警察执行其职务的妨害的“暴力”都应受本罪所规制。例如：行为人砸毁停泊于正在执行职务的人民警察一旁的警车后，驾驶私家车逃走以摆脱人民警察追捕的行为，因该警车内虽无人民警察控制却处于人民警察的感知范围内且该暴力行为实际上造成了对人民警察执行其职务的妨害，故应当认定构成本罪。但倘若上例中的警车并不能被人民警察所感知（如打砸人民警察不在现场的警车）或行为人所实施的“暴力”对警车的工具功能并未造成实质性的损害故并不影响人民警察凭借其执行职务（如仅是划伤人民警察执行职务所用警车的车漆），则不应当认定为暴力袭警。

执法相对物是指人民警察在进行走私缉查、商品扣押等执法活动中所需控制的物品对象。对作用于执法相对物的“暴力”以适用“控制-妨害”标准为宜，即凡是该执法相对物已处于人民警察的控制范围内且对该物所造成的损毁会造成

对人民警察执行其职务的妨害的“暴力”都应受本罪所规制。与职务辅助物所适用的标准不同，只有当人民警察已取得对执法相对物的实际控制时，行为人对该物的暴力破坏才应当属于暴力袭警。例如：在缉私行动中，人民警察把已被查封的装有走私洋酒的瓶子搬上警车时，行为人却用棍棒将其打碎以阻止职务的顺利执行，此时行为人在人民警察已对走私洋酒取得实际控制后对其进行的暴力破坏行为即属于本罪的“暴力”。但倘若在人民警察尚未到达走私据点对走私洋酒取得实际控制前，行为人收到通风报信后将其破坏以销毁证据的行为则不应认定为暴力袭警。

（三）袭警罪加重情节中“暴力”的实施限度

在《刑法》第277条第5款后半部分中，袭警罪的加重情节被表述为：“使用枪支、管制刀具，或者以驾驶机动车撞击等手段，严重危及人身安全，处三年以上七年以下有期徒刑。”对法条内容进行拆解不难发现对本罪加重情节的认定由三项要件构成。

1. 法条表述了加重情节中“暴力”的手段。

条文先以列举的方式将使用枪支、使用管制刀具、驾驶机动车撞击三种手段予以呈现，可以看出使用此三种手段皆具有严重暴力性且伴随着对人民警察执行职务造成的危险性显著提升。

“等”在此处起兜底作用，本文对其范围的认定赞同“同类解释说”，即只有和“使用枪支、管制刀具，或者以驾驶机动车撞击”的暴力性和危险性相当的手段才能认定为此处的“等手段”^[19]。

2. “严重危及人身安全”限制了在本罪的加重情节中“暴力”只能作用于人民警察人身，

不能以基本情节中的物为对象(只有该暴力作用于人民警察人身时，其职务行为受到侵犯的危险性才会显著升高)，同时应当认为本处的“暴力”包括直接作用于人身和间接作用于人身两种情况。

3. “严重危及人身安全”仅限制本罪加重情节中“暴力”的作用对象，亦不要求实际损害结果的发生。

（四）“暴力”的排除情形

并非所有满足以上条件的“暴力”都应受到本罪规制，在具体现实情况中不可否认对部分特

殊的“暴力”基于特定理由应当予以排除。

1. 消极抵御的“暴力”应予以排除。对于行为人针对人民警察对其施行的强制手段等进行消极抵御的“暴力”不应受本罪所规制，例如：在人民警察对犯罪嫌疑人上手铐时，为挣脱其逮捕而进行挣扎、抽离双手的行为则应认定为消极抵御，不构成本罪。但应当注意区分消极抵御的“暴力”和积极反抗的“暴力”，例如：上例中，倘若犯罪嫌疑人不但进行挣扎从镣铐中抽离双手，而且还用力锤击人民警察的身体，其行为则超出了消极抵御的范畴而属于积极反抗的“暴力”。

2. 显著轻微的“暴力”应予以排除。行为人辱骂民警，或者袭警情节轻微尚不构成犯罪，但构成违反治安管理行为的，应当依法从重给予治安管理处罚^[20]。以“实质犯罪论”角度观之，只有具备处罚必要性和合理根据的行为才能被规定为犯罪，对于不具备当罚性的行为应当排除在刑法圈之外^[21]。显著轻微的“暴力”虽在形式上符合本罪中“暴力”的构成要件，但其实质上并不会造成对本罪所保护法益的侵害，故不具有实质上的可罚性。如果任由所有与人民警察发生撕扯或肢体接触的行为一律入罪，那么袭警罪势必成为新的“口袋罪”^[22]。

3. “软暴力”应予以排除。本文亦赞同学界普遍认可的将“软暴力”排除在本罪的“暴力”范围以外这一认定标准。《意见》中规定：对正在依法执行职务的民警虽未实施暴力袭击，但以实施暴力相威胁，符合《刑法》第277条第1款规定的，以妨害公务罪定罪处罚。

注释：

①学界对于原第5款的性质有“量刑情节说”和“构成要件说”的分歧，采用“量刑（加重）情节说”较佳，因其不论在文义上还是在体系地位和条文内在关系上都更为合理。

②⑦《中华人民共和国人民警察法》第6条，公安机关的人民警察按照职责分工，依法履行下列职责共14项。

③且相较于火警、急救等与“物”对抗的职业而言，与“人”对抗的人民警察需要更紧迫地面对灵活性更强、变数更大也更危险的对手。

- ④其中大部分学者认为本罪仍侧重于保护人民警察的职务执行行为。
- ⑤部分学者将本罪保护的法益表述为“执法权”，但本文赞同公权力具有的实证性、固有性使其不具有可侵犯性，故该表述欠佳。
- ⑥上述三种学说分别为日本学者大塚仁、中国学者黎宏，日本学者大谷实、团藤重光，中国学者杨金彪所支持。
- ⑧例如《中华人民共和国国家安全法》《中华人民共和国监狱法》《人民检察院司法警察条例》等。

参考文献：

- [1]车浩.法教义学与社会学——以刑法学为例的展开[J].中国法律评论,2021(05):118-135.
- [2](德)卡尔·拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥译.北京:商务印书馆,2003.193.
- [3]柯耀程.刑法竞合论[M].北京:中国人民大学出版社,2008.163.
- [4]周光权.法条竞合的特别关系研究——兼与张明楷教授商榷[J].中国法学,2010,(03):164.
- [5]张明楷.袭警罪的基本问题[J].比较法研究,2021,(06):4.
- [6]李永升,安军宇.暴力袭警行为法律性质与内涵的教义解读[J].海南大学学报(人文社会科学版),2019,(01):127-128.
- [7]许永安.中华人民共和国刑法修正案(十一)解读[M].北京:中国法制出版社,2021.279.
- [8](日)山口厚.刑法各论[M].王昭武译.北京:中国人民大学出版社,2011.630.
- [9]张明楷.袭警罪的基本问题[J].比较法研究,2021,(06):9-13.
- [10]蒋熙辉.准确认定袭警罪切实维护民警执法权威[J].人民论坛,2021,(09):86.
- [11]黎宏.刑法学各论(第二版)[M].北京:法律出版社,2016.350.
- [12]钱叶六.袭警罪的立法意旨与教义学分析[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2021,(05):83.
- [13]张明楷.刑法学(上)(第六版)[M].北京:法律出版社,2021.70.
- [14]罗长斌.袭警罪认定中若干问题探讨[J].法制与社会,2021,(24):25-26.
- [15]杨金彪.暴力袭警行为的体系地位、规范含义及司法适用[J].北方法学,2018,(02):95-98.
- [16]石巍.暴力袭警的准确认定[J].人民司法,2020,(11):48.
- [17]张永强.袭警罪的规范演进与理解适用[J].重庆大学学报(社会科学版),2021,(07):6-7.
- [18]钱叶六.袭警罪的立法意旨与教义学分析[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2021,(05):83.
- [19]钱叶六.袭警罪的立法意旨与教义学分析[J].苏州大学学报(哲学社会科学版),2021,(05):86.
- [20]许永安.中华人民共和国刑法修正案(十一)解读[M].北京:中国法制出版社,2021.291.
- [21]刘艳红.实质的犯罪论体系之提倡[J].政法论坛,2010,(04):128.
- [22]刘艳红.袭警罪中“暴力”的法教义学分析[J].法商研究,2022,(01):28.

The Legal Doctrinal Deconstruction of "Violence" in the Crime of Assaulting Police

Ge Qikun

(School of Law, Tianjin Normal University, Tianjin 300382, China)

Abstract: The relationship between the crime of assault on police and the crime of obstruction of public service is the special law and the general law, which protects the legal interests of the people's police is not infringed. The "violence" of this crime includes violence against people and things, direct violence and indirect violence. This crime belongs to the specific dangerous crime. The "violence" acting on the person requires to obstruct the people's police to perform their duties but does not require to cause actual damage; the "violence" acting on the auxiliary objects of duties applies to the "perception - nuisance" standard; the "violence" acting on the opposite objects of law enforcement applies to the "control - nuisance" standard. The means of "violence" in the aggravating circumstances of this crime should be identified by similar interpretation and require that it seriously endangers the personal safety of the person, but does not require that it causes actual harm. "Violence" of passive resistance, "violence" of significant light and "soft violence" should be excluded from this crime.

Key words: crime of assaulting police; legal interest; limits of violence; legal doctrine

中国环境风险监管制度的架构新探

张 丹

(吉林大学 司法文明协同创新中心, 吉林 130012)

摘要: 随着环境风险日益加剧, 风险预防已然成为环境监管的主题。从损害预防到风险预防, 监管源头的改变提升了环境事故防范和化解的效果。与此同时, 环境风险监管依据原则化、监管手段强硬等现象使得风险规制自身合理性存疑, 监管实效面临挑战。如今, 面对“源头治理”的目标要求, 风险规制的理论探讨为环境监管由损害救济向风险预防转型奠定了基础, 而技术层面的风险识别与评估等凸显出公私合作监管的补强作用。随着既有监管模式对市场手段等综合管理方式的关注, 公私融合的协作型环境监管模式应运而生, 结合区域内利益主体对环境要素的高度敏感性, 可以创建区域性环境监管自治组织, 利用反馈回路增强公私主体以及私主体之间的协作配合, 形成行政主导下的综合性环境风险监管架构, 以区域集体利益为抓手, 推进环境公益的维护。

关键词: 环境监管; 风险预防; 环境风险监管; 协作型监管; 综合性架构

中图分类号: D922.68

文献标识码: A

文章编号: 1674-828X(2023)01-0083-09

随着风险预防原则的提出, 风险规制自立法、司法、执法各领域不断渗透, 现代化生态环境监管体系更是提出了环境风险监管与生态修复监管的协调联动。环境法不同于其他部门法, 其具有强烈的公私融合特征, 在风险监管方面尤为突出。一方面, 风险的潜伏性、不安全性需要公权力自公益视角进行广泛监管; 另一方面, 公民出于权利自由、私益保护等需求又对这种监管泛化存有顾虑。鉴于此, 应当对中国环境风险监管现状进行反思, 解析环境风险监管的内在机理, 探讨顺应风险时代的环境监管制度架构。

一、中国环境风险监管的现状反思

党的十八大以来, 我们在生态文明建设领域进行了一系列根本性、长远性工作部署。习近平法治思想在生态环境保护领域的贯彻落实

不断深化。“用最严格的法律制度保护生态环境”“美丽中国”等的提出使得环境法律体系得到重构^[1], 生态文明体制中源头严防、过程严管、损害赔偿、后果严惩等制度框架进一步细化^[2], 2022年3月, 《“十四五”生态保护监管规划》提出“提升生态风险防控与预警能力”^[3], 同年5月, 《全国人大常委会2022年度立法工作计划》提出“推动绿色发展……完善风险防控机制”^[4], 这表明风险规制正逐步纳入环境监管与治理的规范要求, 提升综合治理、系统治理、源头治理能力成为当前环境治理、生态保护的重要任务。

如今, 环境风险监管法律规范覆盖了主要环境介质, 也涉及主要风险源, 其内容包括风险评估制度规定、突发环境事件的风险控制、生态环境风险报告和预警机制、分类监管要求、信息化监管体系以及统一监督管理的构建等。《中华人民共和国环境保护法》第39条和

国家社科基金“把社会主义核心价值观融入法治建设”研究专项重大项目“核心价值观融入法治建设研究: 以公正司法为核心的考察”项目编号: 17VHJ007阶段性成果。

作者简介: 张 丹, 女, 吉林大学司法文明协同创新中心2021级法学理论专业博士研究生, 主要从事环境法学研究。

第47条,《中华人民共和国长江保护法》第9条和第50条,《中华人民共和国大气污染防治法》第78条等都对风险问题进行了规定,《中华人民共和国土壤污染防治法》还就风险管控与修复进行了专章规定。部门规章更是对风险管控的基本原则、工作程序、评估方法以及技术要求等细节进行了规定,这些规定集中于水污染、土壤污染风险,大气污染、化学物质环境健康风险,核电厂配置风险,危险废物环境风险等主要风险源。一系列法律规范的制定与修改使得环境风险逐步处于法律的管制之下,为减缓资源开发和利用活动可能造成的环境负外部性影响起到根本的保障作用。但是,不可否认,法律规范无法包含所有风险的解决方法,面对环境风险的隐蔽性、扩张性、可转化性等特征,其只能通过原则性规定为未来不确定性留下解决空间,这难免使得行政机关拥有了更为广泛的自由裁量空间,利益衡量与价值判断的压力开始由立法阶段向执法阶段转移。实践中,囿于行政裁量范围、裁量限度等标准不够明晰,行政裁决规范性、合理性争议日渐显现。以环境保护行政诉讼为例进行研究,在中国裁判文书网中选定行政案由,案件类型选定行政案件,以“环境保护”作为关键词进行全文检索,结果表明2021年全年各级法院环境保护行政判决文书共有445篇,2020年共3889篇,2019年共4707篇。在近三年的数据中,行政处罚、强制拆除或代履行、申请行政补偿三类案件占比较高。以在2021年占比最高的行政处罚类案件为代表,其争议主要集中于行政处罚对象、行政程序合法性以及自由裁量限度问题。例如:“商丘市众捷汽车销售有限公司诉商丘市生态环境局生态环境行政处罚一案”^①,原告主张被告认定事实不清,未按规范执法,并且未按照当事人权益损害最小的方式进行自由裁量。其中,案件争议解决的关键点在于裁量依据的确定,本案在进行行政处罚时主要参考了原告违法行为的严重性以及国家政策引导。

以此类推,可以看出自由裁量过程中,风险程度、风险责任限度等的认定的确是风险监管中不可避免的问题。如今,在生态优先政策的指引下,绿色发展成为新常态,在环境利益与经济利益的长期博弈中,决策者意识到环境利益是人类全面发展的根源,这为环境利益的侧重提供了依据,也成为影响利益衡量的因素。因此,在风险监管依据原则化的背景下,如何科学研判、统筹兼顾、规范裁决,防止出现顾此失彼、利益失衡等现象成为关键课题。

此外,随着生态环境综合治理力度的加强,环境风险监管方式也成为现实中需要考虑的重要问题。近年来,《关于构建现代环境治理体系的指导意见》《生态文明建设目标评价考核办法》等政策文件的出台推动了生态环境保护党政同责的落实,生态环境部门也用最严格的执法手段保障生态环境质量,增强人民群众生态环境获得感^②。与此同时,在环境监管执法过程中执行手段强硬、利益补偿争议等问题不可忽视。梳理近三年环境保护行政案件可以发现,行政强制和环境保护行政管理两类案由始终占据重要比例。其中,行政强制案由下主要存在行政机关行为违法性确认与行政赔偿争议;环境保护行政管理案由下主要涉及行政机关监管手段强硬,风险沟通不足等造成民众因配合环境保护需要进行停产停业、搬离拆除后遗留的补偿争议问题。以“广元融华建筑材料有限公司诉广元市自然资源局昭化区分局、广元市昭化区元坝镇人民政府地质矿产行政管理(地矿)行政强制及行政赔偿一案”^③为例,本案在判决书最后的法院说理中提到“在国家强力推进生态治理,打赢蓝天保卫战的战略下,被告元坝镇人民政府虽然是为了认真落实党中央国务院重大决策部署,积极推进露天矿山综合整治,造福一方百姓,但其强制拆除原告砖厂的行政行为违法”。由此可见,随着国家环保战略的推进,生态治理呈现高标准、严要求的特征,与此同时也带来了另一方面的隐忧,

即强制性手段的合法性、规范性。同样，在“许某诉被告夹江县自然资源局履行安置补偿职责一案”^③中，为实现环保搬迁和污水处理厂提标改造工程建设，案涉集体土地在尚未被依法批准征收时便已被征用。由于涉案用地涉及重大民生工程，系公共利益需要，不具备恢复原状的可能，该行为对其所涉集体土地相关权利人的合法权益造成了损害。而且，在第一次拆迁中政府并未就污水处理厂建设的风险信息同利益相关人进行交流，而是在损害后果出现后进行二次拆迁。这样既浪费了行政资源又不利于环境风险的规避，同时可能提高拆迁补偿方案引发争议的概率。由此可见，尽管《国务院办公厅关于推行环境污染第三方治理的意见》《生态环境部约谈办法》等政策法规均有关于环境监管协商沟通的规定，但是，实践中协商规制机制的建立仍然任重道远，需要在既有成果基础上，增强监管方式的灵活性、适应性以激发公众在环境保护上的主动性，妥善平衡多元利益诉求。

二、环境风险监管的理论剖析

环境污染、气候变化和生物多样性丧失已经成为全球三大危机，现代化自身引发的威胁与不安迫使我们必须回归根本，从源头进行环境风险的监管、防控，尽可能地阻止环境风险演变成环境问题。卢曼曾在《生态沟通》一书中就人类社会如何应对生态风险问题进行讨论。在他看来，环境风险并非局限于社会系统内部，而是应追溯到系统与环境的区分^[6]。人类社会与自然环境的关系，归根结底是社会系统与环境的区分问题^[7]。结合卢曼的思想，法律系统作为社会系统的子系统，具备固定的二元符号与条件程式，其在运行上的闭合性决定了环境风险这类“外来”信息并不是可以直接纳入法律系统中的，必须经过“选择”“过滤”，达到与法律系统的共振。这使得法律系统在应

对环境风险时不可避免地存在滞后性、局限性。而在某些情况下，政策指导下以结果导向为目的的环境监管诉求不断增加，又可能造成法律系统与生态风险的共振过多^[8]。因此，风险预防问题需要法律系统与社会其他子系统合作应对。如今，环境问题的紧迫性迫使政府以问题解决为导向吸纳各种方法以降低环境风险，由此催生了一系列综合整治措施，其中不乏兼顾损害救济与风险预防的双重措施。这种问题导向型治理模式使得把风险预防纳入环境治理成为必然，相应的行政监管也由被动监控向主动管理演进。然而，预防性监管突破了传统行政法治理念，其理论层面存在争议，技术运行方面也困难重重。

如前所述，中国环境立法正逐步将环境风险规制纳入法律体系中，囿于环境风险的潜伏性、不可预测性等特征，立法机关无法就风险预防进行明确规定，只能在不明确适用条件的情况下授权行政机关采取防范措施。这给予了行政机关风险监管的合法性依据，但同时，这种依据也是范围不明的，相当于赋予了行政监管广泛的权力空间^[9]。从传统行政形式法治理念来看，用制度限制公权力，严格执行立法规定是基本要求。而在当前情况下，环境监管的标准不再是明确的。对此，持规范主义立场的学者主张将风险规制纳入传统行政法治框架之中，建构行政法治；而持功能主义立场的学者则主张从问题出发，探讨通过行政法治来更好规制环境风险的途径^[10]。不论是何种立场都渗透出对构建以风险规制为中心的环境监管新架构的思考。风险预防原则包含危害预期、不确定性、预防措施、证明机制四个内部结构要素^[11]，虽然在具体内容方面存在差异，但是以其回应政府是否可以，以及何时在风险影响尚不明朗的情况下采取预防措施具备当然性。如今，风险规制进入大众视野，以公益为中心的主动管理型监管已成为主流，人们在认识其重要性的同时也对其可能带来的负外部性产生了

清晰的认识。比如莫里斯曾对风险预防规制进行分类并引发学界关于风险预防的深刻思考,形成了“强”“弱”两种版本的认知^[12]。依据强预防原则,只要存在风险便不得采取行动,此时行为无风险的举证责任由被监管人承担,弱预防原则则要求预防有害行为必须具备充分的确定性,否则该预防行为不具备正当性^[13]。就强预防原则而言,虽然行为人对风险行为最为了解,掌握的信息也是最全面,但是风险的隐蔽性决定了无论行为人如何确定行为内容也无法避免某些隐性风险的存在,这必然造成对行为人权利行使的限制,存在牺牲公民私益之嫌。弱预防原则则将风险举证责任归于监管者,要求风险规制必须以科学技术为前提,许多学者针对这种监管是否能够真正实现风险预防存有疑问。中国现阶段环境风险监管的规范依据尚呈现原则化、碎片化特征,风险预防的实证化也处于初级阶段,不论行政机关还是社会公民对于风险预防原则的落实普遍持谨慎态度,此时采用弱风险预防原则争议较小,通过柔性试验积累经验,待环境风险监管体系成型之时再逐步渗透强风险预防原则不失为妥帖之策。申言之,上述关于风险预防原则的讨论都是有意义的,即便该原则本就具备争议,但都无法撼动其自政策引导转向法律约束的趋势。

不可否认和回避的是,我们已经置身于风险社会之中,固执于行政法治的传统理解无异于故步自封^[14]。目前,已有学者就公私交融秩序下环境法的体系化问题进行了探讨,主张公私主体互动增强且形式多样化的背后是公法与私法在环境领域下交融互通、彼此借力的结果。因此,环境法治建设的重心应当放在具备公私融合属性的新型工具探索上^[15]。总之,风险预防原则植入行政法治已经成为环境治理的新发展,风险监管与恢复性监管相互交融已成为现实需要,环境监管外延的扩大并不意味着控权理念的让步,风险预防也并非对损害赔偿原则的替代,而是一种融入经验理性的补充判

断^[16]。因此,我们应该在现有结构的基础上构建环境风险监管的综合性架构,为环境治理活动提供一种合法合理的评价理解框架。该架构中,以被监管人的行为为中心,将其带来的环境问题以及可能存在的隐忧作为风险规制的基本导向,以行政补偿、监督问责等措施为公民权益提供保障。

三、中国环境风险监管制度的综合性架构设计

环境监管存在“命令-控制”型和激励型两种主流模式,前者特指以“最佳可得技术”^④为基础的规则制定方式,要求企业负担因环境问题带来的负外部性不经济问题;后者则旨在通过各项替代性工具的运用,赋予污染者灵活选择污染排放以及控制治理的手段,激励企业做出环境友好型行为^[17]。在此基础上,进一步扩大关注领域,将环境风险等因素纳入其中,发展出以生态环境整体为中心的合作模式。如今,关注生态系统、社会系统和环境治理机构间联系的“一体化多模式”渐次产生^[18]。具体到风险监管的运行,凯斯·R·孙斯坦提出政府应当通过发挥专家作用,量化问题解决成本以确定处理方式,建立政府规制机构以应对突发、复杂的风险问题^[19]。贝克在风险社会理论中提到生态风险涉及环境伦理、环境正义以及公民的环境权益,强调通过公民参与提升风险监管绩效^[20]。贡塔·托依布纳则提出反身法理论,将研究中心转移至企业、社会组织的内生动力,以消解命令式监管的弊端^[21]。从“命令-控制”型到激励型再到协商型规制^[22],环境监管模式经历了由严格到放松再到“新环境治理”的变迁,利用政府角色的变化推动生态环境监管的发展^[23]。如今,中国的生态环境监管主要分为区域环境监管模式、行业环境监管模式和统一监管模式^[24]。其中,政府居于主导地位,公众以及社会组织起补充作用,自我监管则缺位。

特别面对环境风险监管标准不明晰的问题，国内学界曾展开过深入反思和讨论，部分学者强调以程序控制加强环境风险监管，部分学者从功能主义的视角探索以预防性环境公益诉讼来实现环境风险的规制，部分学者则自综合模式的角度进行了探讨^[25]。法律系统内部自成一体 的运作模式决定了其处理能力是有限的，其认知上的开放性虽然可以使环境风险因素纳入其中，但是无法独立达到环境风险规制的实质性目标。因此，我们需要拓宽视角，考虑到各个功能子系统对环境风险规制的意义。

环境风险监管的最终目的是保障公共利益，从这一目的出发，所有可能规避风险的措施都具有参考价值。以生态要素为中心，根据区域关联性，私主体间的利益紧密相连，相对于行政机关，其更了解地区环境特征、主体行为的风险及后果。因此，我们可以利用私主体的媒介作用推动政府强制力与科学创新的协同配合，消除阻碍，增强公众的认同与支持，使政府强制力、公民道德约束力、科技竞争力等因素综合发力。目前，中国正在进行按流域设置环境监管和行政执法机构的工作，以流域为管理单元，统筹上下游左右岸，实现环境保护统一规划与管理^[26]。以此为基础，顺应环境整体性特征，可以扩充管理单元的选择范围，以流域、草原、森林等环境介质为中心，结合单元内社会综合因素，创设区域性环境监管自治组织，统筹管理区域环境风险，由管理单元内利益关联主体进行统一协商规划，细化合作方式，形成公私融合的协作型监管模式，建设环境风险监管制度的综合性架构。

公私融合的协作模式保留了行政机关的主导地位，强调直接监管与间接监管相结合，在尊重行政指导的基础上，支持多元市场主体发挥能动作用，提升私主体在环境风险监管中的地位，以公私协同促进环境风险监管。相较于“命令-控制”型模式，该模式一方面使行为主体受制于政府的管制，维持规则统一性以及

执行规范性；另一方面尊重私主体内部的可持续规则制定权，保持私主体间的直接沟通与联系。较激励型监管模式，该模式在灵活运用经济工具、市场机制等方式的基础上，通过公主体的间接监管防止企业求助于“最低公分母”合规或通过退出监管更严格的市场来寻求避免过于繁重的合规的手段^[27]。较合作模式，该模式在扩大监管领域的同时纳入更多风险考量因素，注重监管主动性的提升以及风险预防、损害预测等前置性规制措施的扩展。在既有监管经验的基础上，该模式还关注到生态系统和社会系统的相互联系，试图解决单一模式的局限性，注重综合方式的运用。当然，目前中国公民自主监管的条件仍不成熟，公私协作的监管模式可能存在民意代表不充分、标准冲突以及威胁法律权威等隐忧，对此，我们可以利用反馈回路^⑥来应对上述问题。反馈回路作为监管机构和非监管机构之间的社会互动过程，通过监测、沟通、评估、反馈与学习五个步骤，使被监管者更好地意识到活动后果，促进与利益相关者的信息共享，进而影响被监管者行为^[28]。具体到环境风险监管，可以在固定区域内建立监管自治组织，由其主要负责区域内利益关联主体的风险评估、信息披露，以自愿合作为出发点制定区域合作协议，要求参与主体定时披露协议标准执行情况，并在无法满足时解释偏离标准的程度，说明不披露的原因，必要时就风险化解进行进一步协商。此外，面对区域利益主体实力不均存在的隐忧，监管自治组织可以要求实力雄厚的公司在采取可能带来环境风险的行为时证明其决策的合理性，披露可能影响利益相关者的风险以及相应的补救措施，从而承担对利益相关者的责任。

概言之，综合性环境风险监管制度架构是在既有环境监管模式的基础上，结合我国实际情况建立的架构模式。该模式尊重了行政机关的管理权，以行政法治为基本遵循，行政审核、行政监督为外部保障，并且通过区域性环

境监管自治组织实现了多种治理方式的结合。与此同时，反馈回路的设计解决了地区间环境监管失衡问题。整体而言，该模式综合了各功能系统作用，有助于实现环境风险规制实效最大化。

四、中国环境风险监管制度的运行构想

面对环境风险监管这一系统性任务，就其制度运行问题我们可以从适用范围、程序运行以及监督管理三个角度进一步探讨。

（一）环境风险监管制度的适用范围

以生态系统自身净化能力为标准，环境污染会带来两类结果，一类由生态系统自身分解、消除，不会造成社会成本的增加，另一类则无法通过自身消解，产生污染积聚，造成环境影响。显然，彻底消除环境污染行为是不现实的，但是控制污染排放至环境容量范围内却是可行的，由此，环境经济学提出了最优污染水平的概念，指征社会经济效益最大的污染排放水平^[29]。从经济学视角出发，污染排放量的增加意味着污染控制成本的减少，社会负外部性成本随之增加，污染控制成本与社会负外部性成本两者共同构成了社会总成本。结合环境容量来看，随着污染排放量的增加，呈负相关的两者会存在一个交汇点，此时社会总成本最低，恰好体现最佳社会污染水平^[30]。同时，该临界点也是风险预防的边际值，以此为限向后反推可以最大程度量化风险阈值。在传统环境监管中，既定技术规范为违法行为的性质及补救措施等提供了依据，而如今环境监管的对象即风险常常无法通过既定标准予以确定。实践中，风险存在可以证明，但囿于科学技术的有限性以及个人权利自由的保障，无法预知的危险难以纳入监管对象中，显然，对可以预见的风险进行监管才有意义。当然，环境风险监管并不是孤立运行的过程，可以将风险监管与生态修复监管相结合，从生态修复需求倒推常见

的环境污染行为，进而提炼风险类别及等级，通过科学预测、风险沟通等方式完善监管标准的合理化。申言之，政策要求与规范建设为风险规制纳入行政监管提供了前提，而监管效能的真正实现则需要落实至技术层面，即环境风险的识别与评估。结合规范依据和保护对象特征进行分析，我们可以从三个方面对环境风险进行分类：1.按照是否具备科学预测性可以将其分为可预测的风险与不可预测的风险；2.按照带来风险的行为性质可以将其分为原始风险与次生风险；3.按照修复保护对象的难易程度可以将其分为可补救的风险与不可补救的风险。

分类一：根据风险是否具备科学可预见性进行划分。实践中许多行为自开始时其成本与收益、行为后果等就是显而易见的，甚至其关联范围的环境影响也是可以科学计算的，对这类风险需要进行严格管理。但是，确实存在许多行为是否具备风险是存疑的，以生态保护为目标对其进行限制管理或许可以防患于未然，但是不可否认，现代化进程中这种行为并不在少数，如果都以“一刀切”的方式处理未免太过苛刻，不仅会阻碍社会发展进程还可能造成行政资源浪费，令公众产生抵触情绪。因此，在采取预防措施前，即便无法做到整体评估也应当对关键信息进行科学评估，将假定风险排除在监管对象之外。

分类二：以带来风险的行为性质为依据。提到风险大家往往将视线聚焦于风险行为，通过监测行为性质来预测潜在的负面影响，但是在环境损害后果发生后或生态修复时还可能存在着一种基于补救手段产生的次生风险，此时的风险往往与环境其他要素相关联，潜伏性更强也更难以处理。因此，我们需要以长远利益为方向对风险进行充分的认识，尽可能将风险降到最低。

分类三：则是以保护对象为依凭进行分类。自中国将生态保护提到战略高度后，不论是污染防治还是资源保护都取得了突出进展，

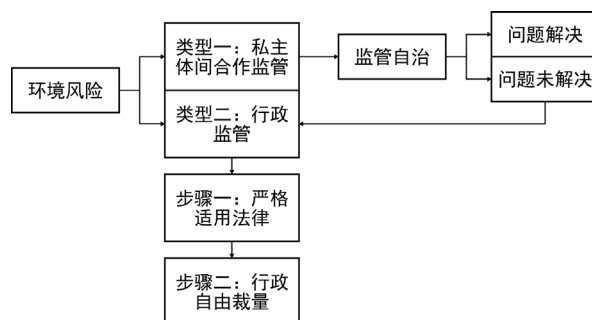
生态修复技术与方法都得到了提升，尤其在部分领域已经积累了丰富经验。哪些环境介质易于修复，哪些行为后果不易弥补，常见的修复措施及类型等都为环境风险的监管提供了参考依据。故而，在进行风险监管时可以自损害修复视角倒推风险等级进而实现靶向监管，以保护对象的修复难度为标准进行等级划分，量化风险阈值，降低风险预防的不确定性。

（二）环境风险监管的程序运行

基于前文案例分析，涉及行政监管的案件类型一种为基于环境整治进行的行政处罚行为，另一种为环境规划产生的区域协调治理。在第一类案件中，行政处罚往往针对违法行为带来的实际损害以及后续环境风险问题，该部分在惩罚力度以及环境修复方式方面特别强调与私主体的交流沟通。在该部分可以引入“观察期”制度，对于部分企业符合政策导向下进行的新业态、新模式管理行为可以给予一定程度的柔性监管，在“观察期”内通过行政提示、行政指导等方式，谨慎使用行政处罚等严厉执法措施^[31]。第二类案件关注于生态环境的维护，聚焦于违法行为之前的国土空间规划等问题，在该类案件中涉及的往往是未曾发生的，存有隐患的风险问题，基于社会公益视角出发常需要公民个人利益的妥协让步，此时行政补偿至关重要。

明确上述问题后，在具体运行程序上我们可以分为两种情况：情况一，环境风险私主体间合作规制，例如，地区间形成环境监管自治组织，通过协议进行风险监管自治。此时，发生存在环境风险的情况可分为两个阶段：阶段一，私主体间根据约定进行风险的消除与弥补；若效果无法实现，则进入阶段二，行政机关的规制。情况二，行政机关的直接监管。该情况存在两个阶段，阶段一即有明确规则依据或由既定规则可以找到依凭的，首先寻找传统规则涵摄范围，也即规范主义为首要原则。阶段二，依据法律原则、立法精神以及政策目

标，自社会效益角度进行行政裁量。



（三）环境风险监管的全过程监督

根据上文监管类型的划分，对于私主体的自治性监管，行政机关当然需要发挥监督作用，而我们关注的重点应当是对行政机关的监督。具体而言，可以自内部和外部两个层面进行监督，内部监督可以包括行政复议、行政监察，而外部监督则可以包括立法机关对行政活动的监督以及司法审查，但是其一般只限于形式合法性的审查^[32]。检察机关发现行政执法人员存在放任违法行为，帮助逃避监管的，可发出督促履行令，依然不履行职责的，可提起行政公益诉讼。由于风险防范活动很难确定实体法上的标准，基于不确定性作出的决定，其造成的后果也很难给予责任追究，所以我们还可以发挥程序监督的作用，加强程序要求，将处罚理由的充分阐释、执法过程的公开、公众参与的落实等作为保障监管行为的落脚点。此外，针对环境风险的管理办法，替代性方案的设计与意见征集也不失为妥善解决风险问题的有力手段。一方面，提升决策柔性程度有助于更好兼顾多方诉求；另一方面，激发公众参与积极性也有利于增强风险监管认同感。

五、结语

在经济发展与生态文明深度融合的时代背景下，基于环境问题的严峻性，环境风险的监控与管理成为环境监管的重要任务。应人民日益增长的美好生活需要，中国环境监管的范围

及强度日渐突出。监管泛化确实有助于环境质量的显著提升,但若不进行细致规划很可能事与愿违。故而,随着理论和实践层面对风险预防原则的深入研究,环境风险监管应当兼收公法与私法之功能价值,把握环境整体性特征,发挥公私主体间合作沟通效用,构建综合性环境风险监管制度架构。该架构综合了既有环境监管模式的优点,保持了行政机关的主导地位,吸纳了市场等多元主体的自我监管作用,创设了区域性环境监管自治组织,形成了公私融合的协作型监管模式。未来,我们应当进一步明确环境风险监管方法,通过对具体运行的探讨保障监管实效性,促进环境法治的完善。

注释:

- ①商丘市众捷汽车销售有限公司诉商丘市生态环境局生态环境行政处罚案,河南省商丘市梁园区人民法院(2021)豫1402行初31号行政判决书。
- ②广元融华建筑材料有限公司诉广元市自然资源局昭化区分局、广元市昭化区元坝镇人民政府地质矿产行政管理行政强制及行政赔偿案,四川省广元市昭化区人民法院(2020)川0811行初11号行政判决书。
- ③许某诉夹江县自然资源局履行安置补偿职责案,四川省乐山市市中区人民法院(2020)川1102行初215号行政判决书。
- ④“‘传统命令控制型规制模式’特指以技术为基础的标准和规则制定方式。技术标准通常对污染源排放的污染物总量或比率进行定量控制,同时还要求企业必须采取特定的技术达到控制污染的目的。这种技术一般被称作最佳可得技术,即只要不会导致企业破产或倒闭,它就必须安装使用了当下最先进、最能有效控制或减少污染的技术的设备。该技术为命令控制型规制模式的核心特征。”马允.美国环境规制中的命令、激励与重构[J].中国行政管理,2017,(04):138。
- ⑤反馈回路是“一个由……有关现象结果的信息组成的循环,这些现象会对循环内的其他现象产生因果影响,并将这些现象永久化为……反馈到自身的循环。”自然科学和社会科学的一系列复杂系统中都存在反馈回路,其中也包括生态环境领域,如今,法律学者已经确定并提议在各个法律领域使用反馈回路。STEPHEN KIM PARK and GERLINDE

BERGER - WALLISER, “A Firm - Driven Approach to Global Governance and Sustainability”, American Business Law Journal, Summer, 2015, Vol. 52, No. 2, pp. 288-289.

参考文献:

- [1][5]王惠诗涵.健全生态环境法治 实现人与自然和谐共生的中国式现代化[EB/OL].<https://www.chinacourt.org/article/detail/2022/11/id/7035097.shtml>, 2022-11-25.
- [2]穆虹.坚持和完善生态文明制度体系[EB/OL].http://www.qstheory.cn/2020-01/06/c_1125426683.htm, 2020-01-06.
- [3]生态环境部.关于印发《“十四五”生态保护监管规划》的通知[EB/OL].https://wzq1.mee.gov.cn/xxgk2018/xxgk/xxgk03/202203/t20220323_972383.html, 2022-03-18.
- [4]全国人民代表大会.全国人大常委会2022年度立法工作计划[EB/OL].<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202205/40310d18f30042d98e004c7a1916c16f.shtml>, 2022-05-06.
- [6]尼克拉斯·卢曼.生态沟通:现代社会能应付生态危害吗?[M].汤志杰,鲁贵显译.台北:桂冠图书股份有限公司,2001.3.
- [7]金自宁.中国环境风险规制的法理与方法——以环评为中心的考察[M].北京:北京大学出版社,2022.203.
- [8]金自宁.中国环境风险规制的法理与方法——以环评为中心的考察[M].北京:北京大学出版社,2022.210.
- [9]金自宁.风险规制与行政法治[J].法制与社会发展,2012,(04):63.
- [10]金自宁.风险行政法研究的前提问题[J].华东政法大学学报,2014,(01):4-12.
- [11]苏宁.风险预防原则的结构化阐释[J].法学研究,2021,(01):39.
- [12]凯斯·R·桑斯坦.恐惧的规则——超越预防原则[M].王爱民译.北京:北京大学出版社,2011.15-17.
- [13]王贵松.风险行政的预防原则[J].比较法研究,2021,(01):49-61.
- [14]金自宁.风险规制与行政法治[J].法制与社会发展,2012,(04):64.
- [15]杜辉.公私交融秩序下环境法的体系化[J].南京工业大学学报(社会科学版),2020,(04):19-29.
- [16]任晒.风险社会视域下环境法制的变数分析与回应[J].鄱阳湖学刊,2021,(06):91-101.
- [17]马允.美国环境规制中的命令、激励与重构[J].中国行政管理,2017,(04):137-143.

- [18]蔡守秋,王萌.论美国第四代环境法中“一体化多模式”的治理方式[J].中国人口·资源与环境,2019,(11):82-89.
- [19]凯斯·R·孙斯坦.风险与理性——安全、法律及环境[M].师帅译,北京:中国政法大学出版社,2005.65-68.
- [20]乌尔里希·贝克.风险社会:新的现代性之路[M].张文杰,何博闻译.南京:译林出版社,2022.54-65.
- [21]贡塔·托依布纳.法律:一个自创生系统[M].张骥译.北京:北京大学出版社:2005.48.
- [22]张锋.协商型环境风险规制机制的建构[J].上海行政学院学报,2020,(06):90-100.
- [23]马原.督政与简政的“平行渐进”:环境监管的中国逻辑[J].中国行政管理,2021,(05):112-121.
- [24]张磊,黄锡生.“两型社会”视阈下我国环境监管能力建设的制约因素及消解思路[J].河北法学,2011,(07):188-193.
- [25]朱志权,邓可祝.环境风险的规制模式——规范主义、功能主义抑或综合模式[J].中国地质大学学报(社会科学版),2021,(06):26-37.
- [26]生态环境部.中央深改组第三十二次会议召开审议通过《按流域设置环境监管和行政执法机构试点方案》强调要实现统一规划、统一标准、统一环评、统一监测、统一执法[EB/OL].https://www.mee.gov.cn/xxgk/hjyw/201702/t20170207_395498.shtml,2017-02-07.
- [27]STEPHEN KIM PARK and GERLINDE BERGER-WALLISER, "A Firm-Driven Approach to Global Governance and Sustainability", *American Business Law Journal*, Summer, 2015, Vol. 52, No. 2, pp. 263.
- [28]STEPHEN KIM PARK and GERLINDE BERGER-WALLISER, "A Firm-Driven Approach to Global Governance and Sustainability", *American Business Law Journal*, Summer, 2015, Vol. 52, No. 2, pp. 289.
- [29]李创.环境保护与节能减排措施研究[M].北京:中国纺织出版社,2018.160-163.
- [30]李永峰,梁乾伟,李传哲.环境经济学[M].北京:机械工业出版社,2016.192-195.
- [31]广东省人民政府.广东省人民政府办公厅关于推进包容审慎监管的指导意见[EB/OL].https://www.gd.gov.cn/xxxts/content/post_3887608.html,2022-03-22.
- [32]金自宁.风险规制与行政法治[J].法制与社会发展,2012,(04):65-66.

A New Approach to the Framework of Environmental Risk Regulation System in China

Zhang Dan

(Collaborative Innovation Center of Judicial Civilization, Jilin University, Jilin 130012, China)

Abstract: With the advent of risk society, risk prevention has become the theme of environmental regulation. From damage prevention to risk prevention, the change of regulatory source improves the effect of environmental accident prevention and resolution. At the same time, environmental risk regulation is based on principles and has strong regulatory measures, which makes the rationality of risk regulation itself doubtful and challenges the regulatory effectiveness. Today, in the face of the target requirements of "source control", the theoretical discussion of risk regulation has laid the foundation for the transformation of environmental regulation from damage relief to risk prevention, while risk identification and assessment at the technical level highlight the strengthening role of public-private cooperation regulation. As the existing regulatory models pay more attention to the comprehensive management methods such as market means, the collaborative environmental regulation model of public-private integration emerges at the historic moment. Combined with the high sensitivity of regional interest subjects to environmental factors, regional autonomous organizations of environmental regulation can be created, and feedback loops can be used to enhance the cooperation between public and private subjects. A comprehensive regulatory framework for environmental risks under the leadership of the administration should be formed to promote the maintenance of environmental public welfare with regional collective interests as the focus.

Key words: environmental regulation; risk prevention; environmental risk regulation; collaborative regulation; comprehensive framework

信用惩戒中行政权的边界

——基于636份裁判文书的实证分析

陈劲竹

(华东政法大学法律学院, 上海 200042)

摘要:通过分析636份裁判文书包含的受惩戒行为和惩戒措施,可以明确行政信用惩戒针对的是违法行为和失信行为,实施的七类惩戒措施包括记录失信行为、列入黑名单、列入经营异常企业名录、扣减信用分、降低信用等级、限制招投标与政府采购资格及其他资格限制。按照“三阶分析框架”确定的标准,行政信用惩戒在合法性层面存在缺乏高位阶法规范依据,程序规范有待细化和行政裁量权法律约束弱的问题;在合理性层面存在违反平等对待原则,比例原则和禁止重复评价原则的问题;在有效性层面存在突破公法与私法界限,未分级管理和单一线性执法的问题。尝试将惩戒措施分为不可诉行为、行政处理、行政处罚三类定性,为行政权介入信用惩戒的实施设定限制。

关键词:信用惩戒;行政权;合法性;合理性;有效性

中图分类号: D912.1

文献标识码: A

文章编号: 1674-828X(2023)01-0092-10

一、问题的提出

以2014年国务院发布的《社会信用体系建设规划纲要(2014-2020年)》(以下简称《信用建设纲要》)为起点,我国拉开了行政信用惩戒的序幕。行政信用惩戒贯穿公共信息归集,到信用修复救济的始终,对社会信用体系的建设起到积极作用,但也导致了行政主体对这种新型规制工具的适用失当。

法学界对行政信用惩戒的批评与质疑主要集中在三个层面:在合法性层面,地方信用惩戒制度多借由“转介条款”链接中央级备忘录来设定权利义务,但如此是否能解决法律、行政法规依据缺位问题^[1];在合理性层面,强调“一处失信,处处受限”,是否违反比例原则、不当联结禁止原则或禁止重复评价原则^{[2][3]};在有效性层面,惩戒对象对自身信用的重视程度不足,如何避免陷入执法收效甚微的困境^{[4][5]}。总的来说,这些问题都可被归结为:实施信用惩戒的过程中,行政权应当遵循怎样的边界,行政法应如何对信用惩戒加以控制,同时令其发挥实效。

上述问题对进一步建设社会信用体系至关重要,但目前尚无全面、可靠的回答。学术界曾对黑名单制度、地方信用立法、失信惩戒备忘录等的构建现状作过专门的实证研究,但有关行政信用惩戒的实证文献至今仍然空白。因此,本文利用中国裁判文书网公开的裁判文书,对受行政信用惩戒的行为与惩戒措施进行实证研究,管窥全国范围行政信用惩戒实施的样貌。

二、研究进路与分析样本

(一)司法裁判数据样本分析

在中国裁判文书网,以案由“行政”,案件类型“行政”为基本条件,运用关键词“信用”“惩戒”“失信”“联合惩戒”“黑名单”分别进行检索,共计得到裁判文书3984份^①。经过对重复文书、裁定书、对象非行政信用惩戒的无关裁判文书的筛选整理,共得到2010-2021年全国涉及行政信用惩戒的行政裁判文书636份。

就分析单位而言,并不止于整体性观察,而是“穿透”判决书,分析其所包含的每一项信

作者简介:陈劲竹,女,华东政法大学法律学院2021级宪法学与行政法学专业硕士研究生,主要从事行政法学研究。

用惩戒。这些判决书中涵盖了行政主体认为需要惩戒的失信行为,可以采取的各类惩戒措施,以及相应的法律依据说明。每一项信用惩戒在经行政机关和司法机关的双重判断之后,基本上可以厘清实务中所认定的行政信用惩戒所应遵守的边界。为了避免现有研究中认为只要一个惩戒措施违法,信用惩戒便在形式合法性上站不住脚,这种为了否定而否定的研究立场^[6],本研究基于对行政判决书中每一项信用惩戒全貌的系统认识,通过细致剖析实施信用惩戒过程中行政权是否存在法治困境,并提出相应解决方案。

进入每一项信用惩戒内部,就涉及分析对象的选择。在讨论规范信用惩戒的实施时,现有理论多聚焦于信用惩戒措施的研究,但实质上行政信用惩戒是由“行为”串联起来的,即行政主体针对失信人的失信行为所采取的具有惩戒性的行政行为。行政信用惩戒包含两大要素:受惩戒行为及惩戒措施。正如“罪刑法定”原则是基于被告的犯罪行为谈刑罚,并且必须有法律依据,那么失信联合惩戒也应当基于失信人的受惩戒行为谈惩戒措施^[7]。只有对行为和措施两大要素联动分析,才能全面客观地判定信用惩戒中行政权的运作边界是否正当。

(二) 行政信用惩戒边界的认定标准

现有研究对行政信用惩戒从合法性、合理性与有效性三个层面进行了批评。行政信用惩戒的边界是指行政机关在进行信用惩戒时,所不能逾越的那条“红线”,即法哲学意义上的“正当性”,这一概念原本就包含“合法性”及“合理性”的双重含义^[8]。另外,社会融入的需求与社会认同的追求构成信用异常状态压力的来源,最终以内在激励的方式促使失信行为自觉回归有序轨道,实现执法成本的降低,信用意识的提升,构建“善治”的社会信用体系^[9]。这是行政信用惩戒制度蕴含的深远社会意义与多重效果,是实施中应当考量的“有效性”^[10]。所以,围绕“合法性”“合理性”“有效性”所构建的“三阶分析框架”将成为认定信用惩戒中行政权边界的标准。

1. 行政信用惩戒的合法性

合法性的考察是绕不开的前提。以限制、剥夺相对人权利为基本内容的信用惩戒理应按照构成性规则^[11]的逻辑来规范实施。虽然信用惩戒作

为行政机关实践推动的产物,多以行政规范性文件为依据,仍应以行政合法性原则为遵循。一方面,应符合法律优先的要求。即行政机关在决定及实施信用惩戒时,应严格依照现行有效的相关法律规定。目前我国尚未制定统一的信用立法,可在相关法律法规中对信用惩戒加以规制。另一方面,应依照授权开展行政信用惩戒。地方政府引入信用手段的需求较为迫切,通过地方实验和制度创新反哺国家信用惩戒体系建设可以降低试错成本,具有无可替代的优势^[12]。同时,也要防止行政主体无节制扩大信用惩戒,不得对失信主体适用取得授权之外的惩戒措施。

法定边界的遵循是实施行政信用惩戒的正当性之基。牢牢把握合法性原则,就是要严格遵守行政领域实施信用惩戒的现行法律法规和法定程序。从形式要件上,明确信用惩戒中行政权的边界。

2. 行政信用惩戒的合理性

合理行政原则涵盖公平、公正之意,包括平等对待原则、比例原则等^[13]。平等对待原则要求实现宪法规定的“法律面前人人平等”的实质保护。我国2004年《全面推进依法行政实施纲要》首次对“合理行政”所做的官方表述中,明确其核心在于比例原则的适用^[14]。而比例原则应当按照三个分支原则的“位阶秩序”进行衡量^[15]。首先,以必要性原则为切入点,确保行政权对于公民少侵害。利用行政权实施信用惩戒必然会给相对人的权利义务造成损害,且司法审判中往往截取必要性原则进行合理性审查^[16],少侵害是影响公众接受度的首要因素。其次,以适当性原则确保行政权目的适当。基于行政信用惩戒在各地区、各领域发展不成熟,行政权自由裁量性较大,各类具体信用惩戒措施的实施应当审查其目的。最后,被称为“狭义比例原则”的均衡性原则要求实现行政信用惩戒调整法律关系的均衡合理,综合考量当事人行为违法程度和行政信用惩戒措施不利后果的严重程度的适配性。

合理性是从实质要件上把握信用惩戒中行政权的边界。要求行政机关实施信用惩戒时注重宏观层面对社会公共利益的把握,微观层面区分具体行政相对人的差异情况。如果因合理性不足导致公众认可度的折损,将阻碍社会信用体系建设和推行。

3. 行政信用惩戒的有效性

行政信用惩戒自诞生之初便肩负着以低行政成本、高信用成本督促相对人出于社会耻感或修复信用的需要及时履行义务、承担责任的义务。若进行信用惩戒后，行政相对人不知情，或不了解相应后果，或不知道如何补救，将无法使行政信用惩戒发挥应有作用，那么惩戒便是低效甚至无效，不仅不能以低成本达到高效益，反而浪费行政资源，使得行政信用惩戒成为专门惩戒高信用意识群体的制度。因此，行政机关应当根据各行业的特性，在高度依赖或参考社会信用评价结果的行业领域更多适用声誉罚类的惩戒措施；而在社会信用评价结果对行业主体开展社会经济活动影响较小的领域，则可倾向适用限制罚类的惩戒措施。

有效性要件属于结果要件，较之前两个要件对行政权的行使要求更高，在判断中难度更大，涉及行政权的运行效率以及惩戒幅度。行政权运行的后果与行政行为的实施是相伴而成的，要求行政权后果具有有效性，这是有为政府必须承担的责任。

综上，本研究以636份行政裁判文书为分析样本，以行政机关的每一项信用惩戒为分析单位，以受惩戒行为及惩戒措施为分析对象，以合法性、合理性与有效性所构建的“三阶分析框架”为分析方法和认定标准，揭示司法实践中行政信用惩戒的认定要件及其病灶所在，梳理具有正当性的受惩戒行为及行政信用惩戒措施，从行政机关与公众，以及司法机关的互动中，明确信用惩戒适用过程中行政权的边界。

三、受惩戒行为的认定现状及边界

行政案件中受惩戒行为的类型（如图1）可大致归为17类，主要包括：1.此类行为涉及最多，是在投标中提供虚假文件资料或隐瞒重要信息、串通投标；2.为无法通过登记的住所或经营场所或信息联系企业；3.为企业经营异常或严重失信、失信人逾期还款；4.涉及企业的失信行为还包括未按规定报送年报，未按规定年检，提供虚假材料进行企业登记、监督检查或缴纳社保；5.工程建设违规、违法占用土地、房屋违建、造成安全事故等与建设生产活动相关的失信行为；6.为回应税法依法纳税的要求，税务机关将欠税、骗税等不诚信纳税行为归为失信行为；7.拖欠农民工工资行为也被列为失信行为，以保障弱势群体合法权益；8.为督促行政相对人及时履行行政处罚，对逾期不履行行政处罚的行为，予以失信评价；9.规范虚假宣传、住房公积金的违规使用及提取、违法转包行为，也以行政信用惩戒予以规制。

欠农民工工资行为也被列为失信行为，以保障弱势群体合法权益；8.为督促行政相对人及时履行行政处罚，对逾期不履行行政处罚的行为，予以失信评价；9.规范虚假宣传、住房公积金的违规使用及提取、违法转包行为，也以行政信用惩戒予以规制。

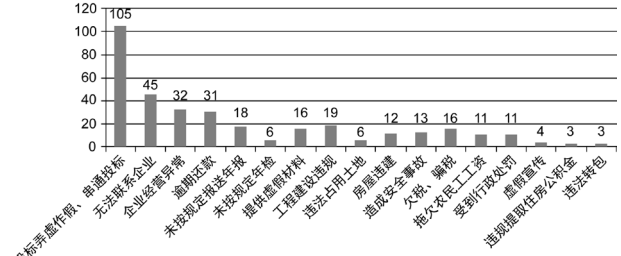


图1 受惩戒行为类型

（一）受惩戒行为的司法认定现状

我国社会信用体系现阶段呈现信用信息采集范围广、适用领域多等特点，直接导致受惩戒行为的扩充性适用。可以发现，行政机关不仅针对违反狭义上“信用”的失信行为，也将违法行为认定为失信行为予以惩戒。如对无法通过登记住所联系到的公司、未按规定报送年表、经营出现异常、未按规定年检这些同“私约”无关行为所进行的行政信用惩戒，亦被法院认为是合法有效的行政行为，判令维持^②。可见，我国信用惩戒的对象与西方“经济信用”的失信不同，属于更广义上的社会“大信用”^{①⑦}。法院和行政机关认为信用惩戒的对象同时包含违反约定的行为以及违反法定义务的行为，这种将“违法”与“失信”联结，甚至等同的做法受到学界质疑^{②①}。

（二）受惩戒行为的正当性边界

1. 合法性要件

明确应受信用惩戒的行为边界，就是要厘清“失信”和“违法”的区别。上述17项受惩戒行为都属于有上位法依据的违法行为，但是却不能直接等同于应受行政信用惩戒的失信行为。前者强调违反国家强制性规定，后者偏向于违反承诺的不诚实行为。当前，行政立法呈现出失信认定的扩大化倾向。在国务院《信用建设纲要》中规定税收违法、违法分包建设工程等行为都应承担失信责任，中央部委签署的联合奖惩合作备忘录还将多个领域的违法行为纳入失信管理^{③①}。另外，在地方层面，江苏省《睢宁县大众信用管理试行办法》规定失信行为包括违反法律和道德的行为，《重庆市用人单位劳动保障违法行为失信

惩戒办法》规定“违反劳动保障法律法规以及规章”进行失信惩戒^[21]。依法行政原则要求行政机关必须有法律、法规、规章依据，才可减损相对人权益。规范性文件中自主创设违法行为与失信行为的联结，实质上是行政裁量权的法律约束不足。结合信用惩戒特性，受惩戒行为应当严格限定于与诚实信用价值有关的行政事项，对行政相对人欺骗、造假、冒领、虚报等行为进行规制^[18]。因此，应当从法律与信用两个维度进行审查，限缩受惩戒行为的范围。在招投标、政府采购等特别法领域有高位阶的法规范依据，且破坏信用秩序的违法行为才可进行信用惩戒。

2. 合理性要件

根据现有司法裁判观点，司法机关与行政机关认为只要相对人的行为包含“违法”或“失信”其中一项要素，便可以在最低限度上被认定为合法的行政信用惩戒对象，由行政机关进行失信惩戒。对逾期还款的“违约”行为和不遵守企业管理规定的“违法”行为都进行行政信用惩戒，还有“无法通过公司的登记住所联系到公司”与“公司的经营出现异常”的违法程度明显不同，对此都进行行政信用惩戒违反了公平原则。因为基于合理的正当理由，不同情形应当差别对待^[19]。

为解决合理性的不足，特别是面对庞杂的信用信息与复杂的行为类型，应当根据失信行为的风险大小与危害程度，分级分类适用惩戒，实现精准有效规制，防范未来风险^[20]。例如，在统计领域已有《企业统计信用管理办法》对企业进行信用异常、一般失信和严重失信三层次区分并进行管理，适用不同的惩戒措施。《河南省社会信用条例》参照国务院发布《关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》（国发〔2016〕33号）创设其他严重失信行为，属于中央控制下地方分级实施信用惩戒的合理试验。

3. 有效性要件

从《信用建设纲要》的目标与内容可以看出，社会信用体系建设以有效实施法律为结果导向，通过信用惩戒，以诚信之名，强化执法之实，“解决以往法律、道德治理效果欠佳的社会问题”^[21]。但是，“道德规则过度法律化”^[22]，法律介入道德伦理^[23]，使得学界对受惩戒行为

“德法混同”的实施效果产生了质疑。究其根本，问题在于这种扩大适用突破了公法与私法的界限^[24]。例如，逾期还款原本只是私法问题。根据《关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》第1条规定，“有履行能力而拒不履行生效法律文书确定义务的”才会受到惩戒，即仅违约不会受到惩戒，只有拒不履行生效法律裁判，涉及违反《中华人民共和国民事诉讼法》第111条，该问题进入公法领域才会导致惩戒。而现在行政信用惩戒直接干预私主体之间的民间借贷关系，反而使得公法、私法不能发挥各自领域内的规制作用。

行政主体应当保持审慎，并减少对单纯违法行为适用信用惩戒的频次。对于民事主体的违约行为，如果当事人之间达成合意不予追究的，行政机关亦应尊重其民事处分权，不应当对此类行为进行信用惩戒。

四、惩戒措施的认定现状及边界

通过对裁判文书整理分析，发现行政机关主要通过七种方式来实施信用惩戒（如图2）：记录失信行为，列入黑名单，列入经营异常企业名录，扣减信用分，降低信用等级，取消或限制失信主体的招投标资格或政府采购资格，其他资格限制。因为各种信用惩戒措施之间具有较大的差别，在分析时不宜将其一概而论，应当区别进行类型化分析。

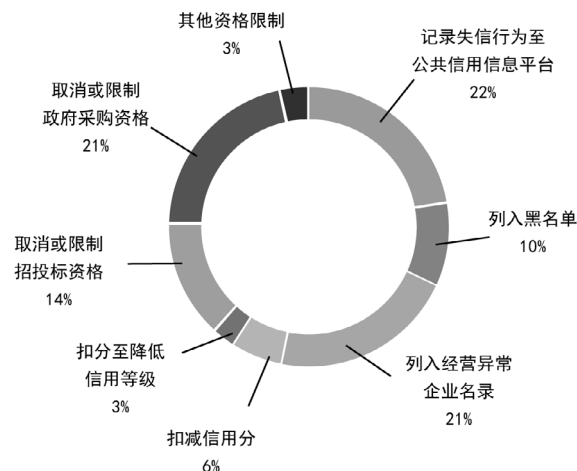


图2 惩戒措施类型

（一）行政信用惩戒措施的司法认定现状

1. 记录失信行为、列入黑名单

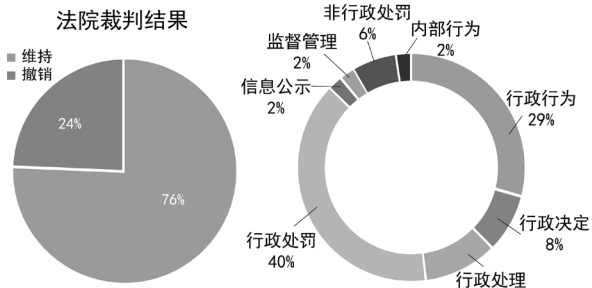


图3 记录失信行为、列入黑名单

记录失信行为、列入黑名单是行政机关使用频次最高的信用惩戒措施。记录失信行为是对实践中多种具有公开性的记录行为的概括，包括记录当事人的不良行为、记入诚信档案、列入联合惩戒措施目录、在“信用中国”网站上记录、共享到本市的公共信用信息平台等。在裁判文书中高达32%的行政机关选择通过该类措施进行信用惩戒。

约40%的案件中，法院将涉及记录失信行为、列入黑名单的行为认定为行政处罚。但是，法院并非仅评价列入行为，而是对罚款、列入行为，并处招投标、政府采购资格限制的综合判断。例如，合肥某公司诉铜陵县财政局案中，行政相对人在招投标中弄虚作假，行政机关将其列入黑名单，并限制2年的招投标资格。根据《中华人民共和国招标投标法》（以下简称《招标投标法》）第54条，《中华人民共和国政府采购法》（以下简称《政府采购法》）第77条，法院认为行政机关还应处罚款，最终认定行政处罚是对同时作出的三个行政行为进行的综合评价^③。

约29%的案件中，法院仅笼统认为记录失信行为、列入黑名单属于行政行为或具体行政行为。其中6%的裁判中，法院直接否认了该措施是行政处罚。尽管该行为具有惩戒性，会对当事人的权利义务产生影响，但不属于现行法律规定的行政处罚。根据法律保留原则，行政黑名单的依据往往是位阶较低的地方性法规或规范性文件，其不能被认定为行政处罚，仅模糊认定该措施属于具体行政行为成为司法实践中的多数。

在约4%的案件中，记录失信行为、列入黑名单的措施被认定属无强制力的信息公示、内部行为，即否认其具有处分性，属不可诉行为。例如，孔某诉广州市番禺区人民政府钟村街道办事处案中，行政机关将原告列入了黑名单，但未对

外公示亦未送达，原告通过其他方式才得知被列入黑名单。最终法院认定此行政行为为仅是内部行政行为^④。可见，实践中认为黑名单需要对外公开，才能成为具有外部效力的具体行政行为。

2. 将失信企业列入经营异常企业名录

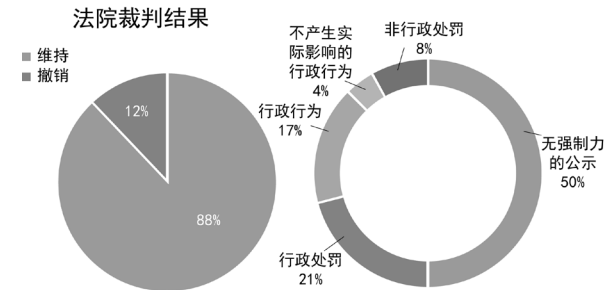


图4 列入经营异常企业名录

该行政信用惩戒措施在50%的案件中被法院认定为无强制力的公示。在约21%的案件中，法院未承认该措施的独立性，将该措施同罚款一并评价，被综合认定为行政处罚。还有17%的案件，法院虽然单独评价了该措施，但仅笼统将其归为行政行为或具体行政行为。另有4%的裁判认为其不产生实际影响，属于不可诉行为。

3. 扣减信用分，降低信用等级

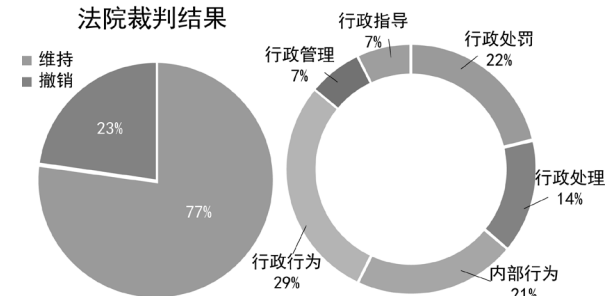


图5 扣减信用分，降低信用等级

扣分、降低信用评级在实践中因扣分造成的后果不同，其性质认定的差异也较大。当仅扣分时，7%的裁判文书中认定该措施为行政指导，还有21%的判决认为是内部行为，属于事实行为或不可诉行为。在这些案件中，扣分幅度较小，并不足以对相对人的权利义务产生实质影响。而当扣减的信用分导致信用等级降低时，相对人的权利义务受到了影响，其中有22%的裁判认定为行政处罚，29%的裁判认定为可诉的具体行政行为。

4. 对失信主体的资格限制

资格限制类惩戒措施包括两类：一是限制招投标资格、政府采购资格。在76%的案件中，法院依据《招标投标法》和《政府采购法》认定这类

资格限制属于行政处罚；二是其他资格限制。包括行政机关撤回曾经向失信主体颁发过的荣誉、奖项，以及在一定期限内不能获得行政机关颁发的荣誉、奖项。其中27%的案件，行政机关依据《国家科学技术奖励条例》第21条，撤回行政荣誉被认定为行政处罚。还有40%的裁判是依据实施细则作出限制行政奖励的资格，由于法律依据位阶较低，被法院认为属一般的具体行政行为。

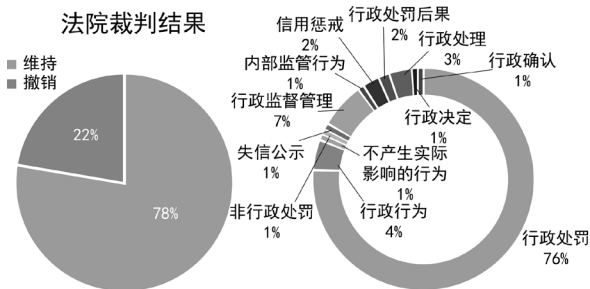


图6 限制招投标，政府采购资格

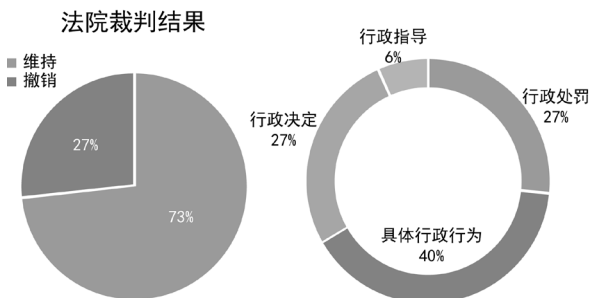


图7 其他资格限制

（二）行政信用惩戒措施的正当性边界

纵观既有裁判文书，可以发现学界倾向于将失信惩戒界定为行政处罚的主张对司法裁判产生了较大影响，但是大部分法院仍将行政信用惩戒措施笼统定义为具体行政行为。为解决行政信用惩戒的合法性审查难题，实现合理行政，提高行政效率，应当在法教义学上对各类信用惩戒措施进行准确定位。

1. 记录失信行为、列入黑名单

（1）合法性要件

法院普遍认为记录失信行为、列入黑名单或诚信档案的措施，虽然对行政相对人的权利义务产生影响，且满足行政处罚的惩戒性特点，但受制于法律规范依据的位阶低下，不应该将其纳入《行政处罚法》的调整范围。仅将该措施定性为“具体行政行为”的实践处理倾向符合合法性要求，似乎能更审慎而适当的规范信用惩戒制度^[25]。

本文认为以“行政处理”界定记录失信行为、列入黑名单这类措施的性质更为妥当。行政处

理是指行政机关单方面处理特定事件的行为^[26]。在行政行为形式论的整体框架下，如此定性可以使行政信用惩戒措施与行政处罚、行政确认等区分开来而获得独立意义。并且，该类措施的实施可以遵循行政处理的一般合法要件所要求的主体资格，不超越行政职权，依据事实清楚，适用法律正确，且应将作出该处理决定的意思表示送达相对人，即从主体、事实、依据和程序四个方面判断^[27]。另外，基于该类措施的“声誉罚”特性，在其实施程序缺乏法律法规等规范性依据时，可参照《行政处罚法》的程序性规定。

当前已有法院认定行政信用惩戒措施为“行政处理”的裁判，例如，在安徽省某公司诉某县应急管理局安全生产行政处罚案中，法院明确指出记录并公布相对人安全生产不良行为记录属于行政处理，而非行政处罚，还对信用惩戒不构成重复处罚的问题进行了实务回应^⑤。因此，把记录失信行为、列入黑名单定性为行政处理，从理论和实践层面都具有可行性。

（2）合理性要件

黑名单和失信记录一经公开，便会给被列入人带来不良影响。在司法裁判确认行政行为违法后，行政机关却往往仅将相对人从黑名单上移出，未对相对人受损的信用予以补偿^⑥。尽管因行政行为的撤销可以主张赔偿，但事实上信用受损程度难以举证，相对人难以获得救济^[28]。列入失信名单又作为最为常见、成本最低的行政信用惩戒手段，更应当遏制其泛滥的倾向，应将审查列入期限长度的均衡性、被限权领域的适当性、黑名单影响程度与预期惩戒目标的一致性^[29]作为适用该措施所遵循的合理性边界。

（3）有效性要件

通过对判决书的分析可知，近三分之一的行政机关选择通过该措施进行信用惩戒，其中还有不少行政机关对失信者单处列入黑名单的措施。但是，同时却呈现出该措施有效性的锐减。例如，不少失信企业被人力资源和社会保障局列入拖欠农民工工资黑名单后，仍拒绝支付报酬，直到最后被法院强制执行^⑦。可见，行政机关单处该惩戒措施规制力弱，企业在仍可正常开展生产经营活动的情况下，缺乏消除失信行为结果的积极性。

要强化该惩戒措施的有效性，应当发挥失信

名单的引导与督促作用。短期内可以改变单一线性执法方式，将其与强制执行手段挂钩。长远来看，要完善失信名单的配套制度，使得失信主体因进入黑名单和信用信息平台而导致的社会评价下降会切实产生不利后果。不仅会在向金融机构融资、贷款时碰壁，在更广泛的领域内也会受到掣肘，契合国家治理现代化背景下多元共治的趋势^[30]。

2. 将失信企业列入经营异常企业名录

(1) 合法性要件

相较于黑名单和失信记录，经营异常名录的否定性更弱，在司法实践中常被认定为无强制力的公示行为，有着很高的维持率。尽管否定意味不如黑名单那么强烈，但仍是行政机关的负面评价，具有惩戒性。由于第三人可以在企查查、天眼查等软件上便捷地查询企业是否被列入经营异常名录，使得该措施具有更高的公开性，甚至有可能给不知情的相对人带来更多不利影响。因为列入经营异常名录的法律依据《企业经营异常名录管理暂行办法》属于不可设定行政处罚的部门规章，故法院多将该类措施认定为具体行政行为。同前述列入黑名单与诚信档案的行为相似，该类信用惩戒措施更准确的定性应当为行政处罚，应遵循行政处罚相应的合法性要件。

在实施程序方面，该类措施惩戒的失信行为危害程度往往更低，相对人通常是非恶意，比如可能仅因更改经营场所忘记变更登记，导致工商管理部门无法联系而被列入名录，对此不宜直接参照《行政处罚法》的程序性规定。应当结合该措施的强公开性特点，在实施过程中更应注重公众参与，通过发挥个人的主体性及时纠错，激发美德的养成^[31]。

(2) 合理性要件

将该措施与督促限期整改制度挂钩是实现合理行政与提高行政效率的必然要求。因为该类措施通常针对的失信主体的主观恶性较弱，应当综合考量失信行为者的主观恶性，以及失信行为的客观违法性和危害性。如果都较轻微，可以参考南京市、山东省的地方信用立法规定，通过警示、约谈其督促限期整改^⑥。如果从源头上能够纠正失信行为，实现政策目标，则不必再开展后续经营异常企业名录的信息归集、评价、运用等活动。

(3) 有效性要件

实践中常会出现行政相对人不知道自己被纳入了经营异常名录的情形，导致该信用惩戒措施在适用中的低效。这是由于行政机关往往未能对其作出的惩戒决定当面送达，就径自选择公告送达。例如，梅州某公司诉梅州市工商行政管理局梅江分局、梅州市工商行政管理局一案，法院认为行政机关采取了公告送达便已经履行了其法定义务，不必通过书面、电话等方式告知^⑦。这种情况导致失信企业对于遭受行政信用惩戒的情况不知情，被列入经营异常名录很久后，该措施才起到惩戒与矫正作用。尽管行政机关通过公告送达就已经在低限度上履行了其义务，但为了信用惩戒行之有效，行政机关应当以书面或电话的方式将作出的决定送达相对人，确保相对人第一时间得知自己受到了惩戒，保障相对人知情权与惩戒的有效性^⑧。

3. 扣减信用分，降低信用等级

(1) 合法性要件

当扣分不导致信用等级的降低时，扣分行为仅属于事实行为，没有直接对失信主体法律上的权利义务产生影响，法院倾向于认定该行政行为不具有处分性、不可诉是合法的^⑨。而当扣分导致信用评级降低时，法院多认为扣减信用分的行为符合具体行政行为的构成要件。在《行政处罚法》修改后，该惩戒措施符合增设的“降低资质等级”要件，可以纳入资格罚的范围规范，属于行政处罚。这种量化管理存在各部门行政裁量权泛化的风险，更应当注重其合法性审查，符合“依据原则”。各领域编制扣分细则至少应有地方性法规的授权依据，防止权利过度下沉与《立法法》第82条的规定相冲突的可能^[32]。

(2) 合理性要件

防止扣分事项产生的不当累加效果，杜绝不合理的扣分项目规则，避免直接将不文明行为等同于失信行为，甚至出现为人设定分值的“文明码”现象，故对于扣分规则的合理性审查是必须的。例如，《重庆市公路施工企业信用评价实施细则》第二项“履约行为”规定对“生活区、办公区设置杂乱，卫生环境差”的情形进行信用扣分，并且以此为依据可扣上限高达10分，多次累计就可能导致企业降级，产生“一年内不允许在重庆市公路市场投标”“限制一定期限进入我市

公路水运建设市场的准入资格”等法律后果。此种不文明行为仅具有轻微社会危害性，但限制正常经营活动资格给行政相对人利益造成的损害可能会比法定罚款的处罚后果更重。因此，行政机关应审慎确定扣分事项，防止造成处罚不当。

（3）有效性要件

扣分、降低信用评级这一措施有效性的展现具有渐进性的特点。在一定分值内未达到降级程度时，该措施不会让失信主体切实感受到惩戒后果，但不能因此减损惩戒的有效性。因此，对处于临近降级区间的失信企业，可以参考辽宁省、厦门市、南京市的信用立法，构建重点关注对象名单制度^④，而对于显著轻微且偶发的失信行为可以建设信用惩戒豁免制度，提高公众的信用获得感并实现信用惩戒的精准化。

4. 对失信主体的资格限制

（1）合法性要件

对失信主体的资格限制要分为两类认定：一方面，限制招投标资格或市场采购资格，撤销行政荣誉虽然不属于《行政处罚法》中规定的处罚，但《招标投标法》《政府采购法》和《国家科学技术奖励条例》可以设定其他种类的行政处罚，且具有惩戒性。因此，司法裁判认定这几项资格限制属于行政处罚的定性恰当。实施该类措施应遵循法定程序，即应当经过不少于两人的调查、审核，由行政机关负责人决定后优先对当事人当面送达，当事人不在场的应在7日内送达行政处罚决定书。其中，限制招投标或市场采购资格还可以依据特别法规定并处罚款，且将失信主体列入黑名单。在罚款数额较大时，应当启动听证程序。另外，对失信主体获得行政荣誉的资格限制则同撤销奖励不同，其依据的部门规章不足以设定其他行政处罚，则只能笼统认定为行政处理，应当遵循前述一般的合法性要件。

（2）合理性要件

招投标、政府采购属于行政合同行为，而在合同缔结过程中，行政机关处于优先要约的地位，有权排除相关领域有过不良行为的申请人。为保证行政合同公共目的的实现，对失信主体处在一定期限内限制招投标、市场采购资格的行政处罚，具有其合理性。行政荣誉是行政主体对自然人或企业整体社会价值和突出贡献的评价，当失信行为已经达到了一定危害社会的程度，相

对人自然不应拥有代表先进典范形象的荣誉。许多荣誉评定甚至是任职资格都将信用情况作为参考依据，信用状况已成为授予荣誉的重要因素。因此，行政机关撤回曾经向失信相对人颁发过的荣誉、奖项，具有合理性。

但是为实现合理行政，需要反思在限制政府采购、招标投标、评先评优等资格的过程中，是否违反禁止重复评价原则。通过分析裁判文书可以发现，现有资格限制的实施有重复评价之嫌。例如：中山市某公司诉珠海市斗门区人力资源和社会保障局、珠海市人民政府案^⑤，根据《广东省工资支付条例》第45条规定，“在资金支持、政府采购、招投标、生产许可、履约担保、资质审核、融资贷款、市场准入、评优评先等方面”，政府部门都应当对相对人予以限制。依法取消“政府采购”资格与取消“评优评先”都属于资格类处罚，且前一惩戒措施明显重于后者。在“一处失信，处处受限”理念的指导下，仍应当遵守“一事不再罚”原则，受惩戒措施属相同种类，原则上不得并处，而应从一重处罚。一个失信行为可能受到数个同类处罚时，行政机关享有裁量权，应根据法益合理判断是否“再罚”，防止造成过重的惩戒后果^[33]。

（3）有效性要件

要求行政机关对相对人处以资格限制的大量诉讼由第三人提起，可以看出公众对此类措施有效性的认可。在具体实施过程中，应依据特别法规定，例如，《招标投标法》的通知送达程序，可以避免惩戒措施实施过程中无程序规定可依据的尴尬，确保失信主体的收悉，推动有效性目标的实现。

招投标与政府采购领域直接涉及市场秩序、社会公众利益的，应当谨慎对待。当限制期限届满后，如有必要还应当持续监督。为进一步加强信用约束的有效性，行政机关可以在该领域设立事后的重点关注名单制度，将限制期间届满后的失信主体列入事后的重点关注名单，在一定时间内重点审查其申报材料，从而促使其对自身受损的信用进行修复，对风险实现全流程规制^[34]。

五、结语

现行行政信用惩戒制度运行过程中在合法

性、合理性与有效性方面暴露出一些问题，特别是一些实践做法经过司法裁判的确认，加剧了我国社会信用体系建设中的法治困境，唯有进行准确判断分析并提出解决方案，才能明确行政权在信用惩戒制度中正当的运行边界。本研究的636份裁判文书所展现的受惩戒行为，体现了“违法”与“失信”的重合；“公约”与“私约”的混用，这说明行政信用惩戒制度针对的是违反实定法规范的违法行为。同时，现有的七类惩戒措施可分为三类定性：列入不公开的黑名单、不至于降低信用等级的扣分属于不可诉行为；记录失信行为、列入黑名单、列入经营异常企业名录、适用法规依据位阶较低的资格限制定性为行政处罚；降低信用等级的扣分、限制招投标资格或市场采购资格认定为行政处罚。其中大部分措施可以在现行法律框架内找到依据，实现了“执法”与“惩戒”效果，所以，我国信用惩戒制度的首要目的在于加强法律实施。这也是法治中国建设背景下，社会信用法治体系建设必然承载的使命，目前中央与地方围绕该目的出台了大量与社会信用相关政策文件，不断强化通过信用惩戒制度实施法律的必要性与可行性。界定信用惩戒中行政权的边界，旨在最大程度上使行政信用惩戒制度能够在其意欲强化的实定法体系内规范运行，以发挥助推国家治理体系与治理能力现代化建设的实效。

注释：

- ①中国裁判文书网，<https://wenshu.court.gov.cn>，2022年12月25日访问。
- ②浙江省杭州市滨江区人民法院（2017）浙0108行初24号行政判决书；广东省梅州市中级人民法院（2018）粤14行终56号行政判决书；北京市第一中级人民法院（2018）京01行终828号行政判决书；甘肃省兰州市中级人民法院（2019）甘01行终152号行政判决书。
- ③江苏省徐州市铜山区人民法院（2015）铜行初字第00004号行政判决书。
- ④广州铁路运输中级法院（2018）粤71行终2538号行政判决书。
- ⑤安徽省六安市中级人民法院（2020）皖15行终84号行政判决书。
- ⑥安徽省宣城市中级人民法院（2019）皖18行终145号行政判决书。
- ⑦河南省洛阳市洛龙区人民法院（2021）豫0311行审37号行政裁定书、四川省巴中市巴州区人民法院（2021）川1902行审12号行政裁定书、江苏省连云港市连云区人民法院（2020）苏0703行审7号行政裁定书。
- ⑧《南京市社会信用条例》第37条，《山东省社会信用条例》第41条。
- ⑨广东省兴宁市人民法院（2018）粤1481行初51号行政判决书。
- ⑩《国务院办公厅关于进一步完善失信约束制度构建诚信建设长效机制的指导意见》（国办发2020页49号）第（八）项，明确作出失信惩戒决定时，行政机关应当遵循告知程序并制作决定文书。
- ⑪四川省南充市高坪区人民法院（2017）川1303行初62号行政判决书。
- ⑫《辽宁省公共信用信息管理条例》第29条，《厦门经济特区社会信用条例》第26条，《南京市社会信用条例》第37条。
- ⑬广东省珠海市中级人民法院（2020）粤04行终77号行政判决书。

参考文献：

- [1]王瑞雪.政府规制中的信用工具研究[J].国法学,2017,(4):167-168.
- [2]沈岩.社会信用体系建设的法治之道[J].中国法学,2019,(5):39-40.28.
- [3]彭铨.失信联合惩戒制度的法治困境及出路——基于对41份中央级失信惩戒备忘录的分析[J].法商研究,2021,(5):58.
- [4]卢护锋.信用惩戒滥用的行政法规划制——基于合法性与有效性耦合的考量[J].北方法学,2021,(1):85.
- [5]陈小君,肖楚钢.失信惩戒法律规则的缺失与完善[J].中南民族大学学报(人文社会科学版),2021,(2):97.
- [6]李烁.论失信联合惩戒的合法性及其补强——以《对失信被执行人实施联合惩戒的合作备忘录》为样本的分析[J].中国法律评论,2021,(1):142.
- [7]张新宝,张馨天.《民法典》背景下的失信被惩戒人人格权的保护[J].法律适用,2020,(21):9.
- [8]郑永流.实践法哲学:从法律1.0走向法律2.0[J].清华法学,2020,(1):190.
- [9]何哲.“善治”的复合维度[J].公共管理与政策评论,2018,(5):43-49.
- [10]刘宇飞.失信惩戒措施的合宪性控制[J].西部法学评论,2022,(2):5-7.
- [11]John Searle.Speech Acts:An Essay in the Philosophy of

- Language[M].London: Cambridge University Press, 1969. 33-36.
- [12]封丽霞.认真对待地方法治——以地方立法在国家法治建设中的功能定位为视角[J].地方立法研究,2016,(1):22-23.
- [13]沈焱.软硬法混合治理的规范化进路[J].法学,2021,(3): 81.
- [14]王静.比例原则在中国行政判决中的适用[J].交大法学,2017,(4):23.
- [15]刘权.目的正当性与比例原则的重构[J].中国法学,2014,(4):134.
- [16]蒋红珍.比例原则位阶秩序的司法适用[J].法学研究, 2020,(4):43.
- [17]顾敏康,白银.“大信用”背景下的信息隐私保护——以信义义务的引入为视角[J].中南大学学报(社会科学版),2022,(1):41.
- [18]沈毅龙.论失信的行政联合惩戒及其法律控制[J].法学家,2019,(4):129.
- [19]姜明安.行政法与行政诉讼法(第7版)[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2019.331-332.
- [20]杨杰.其他严重失信行为之设列[J].甘肃政法大学学报,2022,(1):128.
- [21]翟学伟.中国社会信用:理论、实证与对策研究[M].北京:中国社会科学出版社,2017.301.
- [22]周海源.失信联合惩戒的泛道德化倾向及其矫正——以法教义学为视角的分析[J].行政法学研究,2020,(3):77.
- [23]戴昕.理解社会信用体系建设的整体视角——法治分散、德治集中与规制强化[J].中外法学,2019,(6): 1476.
- [24]王瑞雪.论横跨公私法域的个人信用评价制度[J].暨南学报(哲学社会科学版),2022,(1):69-73.
- [25]张晓莹.行政处罚的理论发展与实践进步——《行政处罚法》修改要点评析[J].经贸法律评论,2021,(3):6.
- [26]闫尔宝.论作为行政诉讼法基础概念的“行政行为”[J].华东政法大学学报,2015,(02):57.
- [27]章剑生.现代行政法总论[M].北京:法律出版社,2014. 283.
- [28]张鲁萍.行政黑名单的法律性质及规制研究[J].河南财经政法大学学报,2020,(2):25.
- [29]王丽娜.行政黑名单移除制度的审视与完善[J].中州学刊,2020,(3):66-67.
- [30]吕同舟.政府职能转变背景下社会组织“黑名单”制度的建构[J].上海师范大学学报(哲学社会科学版),2018,(4):61.
- [31]王锡锌.公众参与和行政过程——一个理念和制度分析的框架[M].北京:中国民主法制出版社,2007.5.
- [32]王锡锌,黄智杰.论失信约束制度的法治约束[J].中国法律评论,2021,(1):105-106.
- [33]谭冰霖.处罚法定视野下失信惩戒的规范进路[J].法学, 2022, (1):45.
- [34]张涛.算法嵌入公共信用评价:内在逻辑、风险检视与规制路径[J].深圳大学学报(人文社会科学版),2022,(3):101.

Research on the Boundaries of Administrative Power in Credit Discipline —— An Empirical Analysis Based on 636 Judicial Documents

Chen Jingzhu

(School of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai 200042, China)

Abstract: By examining the disciplined behaviours and disciplinary measures contained in the 636 administrative judicial documents, it is clear that administrative credit disciplinary measures are targeted at illegal and untrustworthy behaviours. The seven types of disciplinary measures implemented include recording trust-breaking behaviors, blacklisting, listing enterprises with abnormal operation, deduction of credit scores, lowering of credit rating, restricting bidding and government procurement qualifications and other qualification restrictions. According to the standards determined by the "three-stage analysis framework", the administrative credit punishment has some problems in the legality level, such as lack of legal basis of high-level legal standards, pending refinement of procedural norms and weak legal constraints of administrative discretion, and in the rationality level, it violates the principle of equal treatment, the principle of proportionality and the principle of prohibiting repeated evaluation. At the level of effectiveness, there are problems of breaking the boundary between public law and private law, ungraded management and single linear law enforcement. Finally, it tries to classify disciplinary measures into three categories: non-actionable behavior, administrative treatment and administrative punishment, so as to set limits for administrative power to intervene in the implementation of credit punishment.

Key words: credit discipline; administrative power; legality; rationality; effectiveness

再论虚假仲裁案外人的权利保护：实证检视、立法比较与路径优化

颜 韵

(中央财经大学法学院, 北京 100081)

摘要: 当下虚假仲裁已呈高发、蔓延之势, 案外人弱势地位愈加凸显。《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》将虚假仲裁纳入其调整范畴, 但虚假仲裁案外人权利保护仍存不足: 缺乏有效的虚假仲裁风险防范机制; 虚假仲裁的司法审查亟待完善。应建立防范虚假仲裁信息共享平台并总结虚假仲裁可识别性特征, 同时仲裁机构建立虚假仲裁案件审查机制。赋予虚假仲裁案外人申请撤销仲裁裁决的主体资格, 对于案外人申请不予执行仲裁裁决制度, 坚持立案形式审查、合理分配证明责任, 注意撤销程序与不予执行程序衔接。

关键词: 虚假仲裁; 仲裁司法审查; 不予执行仲裁裁决; 撤销仲裁裁决

中图分类号: D925.7

文献标识码: A

文章编号: 1674-828X(2023)01-0102-11

一、问题的提出与研究进路

仲裁制度因保密性、便捷性而深受民商事主体的青睐。然而, 不少诚信缺失的恶意仲裁当事人利用仲裁制度优势, 提起虚假仲裁^①, 虚构纠纷侵害案外人权利, 这对仲裁制度的良性运行提出了新挑战。虚假仲裁侵害案外人物权体现为: 案外人对于仲裁裁决所涉标的主张所有权, 如共同共有中的所有、部分权利人享有的用益物权、债权人享有的担保物权等^[1]。虚假仲裁侵害案外人的债权则体现为虚构优先债权或通过履行仲裁裁决书所确认的债务负担来不当转移财产等。虚假仲裁除侵害案外人实体权利外, 亦可能侵害其程序权利。如仲裁裁决既判力主体范围异化扩张扩至案外人^②, 强迫案外人服从虚假仲裁裁决, 从而剥夺了案外人就相关事项获得司法救济的权利。再如, 免证事实对案外人不利的。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的规范文本“生效裁判

认定事实的免证效力”虽然未明确限定其主体范围, 但实务界仍普遍将这一规则扩大解释, 将免证效力适用于第三人^③。即前案案外人作为后案当事人向前案虚假仲裁当事人提起诉讼, 前案当事人可以援引虚假仲裁裁决主文和事实认定部分来对抗作为前案案外人的后案当事人。若虚假仲裁案外人无法提供充分相反证据反驳前案裁决所确认的事实, 很大可能无法获得有利的判决结果^[2]。

2018年《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》(以下简称《规定》)首次提及虚假仲裁, 并规定虚假仲裁案外人享有申请不予执行仲裁裁决的权利。这在顶层设计层面标志了虚假仲裁侵害案外人权利的问题步入了制度化规制的轨道。2021年《中华人民共和国仲裁法(修订)(征求意见稿)》(以下简称《仲裁法(征求意见稿)》)规定案外人可以对虚假仲裁当事人提起侵权之诉, 还可以在执行程序中就对虚假仲裁的执行标的提出异

作者简介: 颜 韵, 中央财经大学法学院2021级国际法专业硕士研究生, 主要从事仲裁法和国际经济法学研究。

议。基于虚假仲裁的多发性和复杂性，上述做法能否全面保护虚假仲裁案外人的权利？对这一问题的回答，贯穿本文的写作脉络。当下学界不乏从“保护虚假仲裁案外人权利”这一价值目的出发，呼吁在刑法、民事实体法、民事程序法领域赋予案外人相应的救济途径^[3]，但是鲜少从实证的角度归纳当前规制虚假仲裁、保护案外人权利所面临的“短板”。为此，本文将实证为基础提炼现行约束框架存在的问题，并总结出改善建议，以期全面合理地保护虚假仲裁案外人的权利。

二、虚假仲裁案外人权利保护实证检视

（一）事前规制：缺乏有效的虚假仲裁风险防范机制

事前规制强调在虚假仲裁裁决作出前对虚假仲裁行为进行遏制。纵观现有立法和各机构仲裁规则，缺乏事前规制机制来约束虚假仲裁，阻断其侵害案外人权利的可能。尚需明确虚假仲裁的识别标准，完善仲裁程序以形成一套行之有效的风险防范机制。

1. 缺乏识别虚假仲裁的具体标准

对风险的高度敏感是风险防范机制的基本要求。目前，在立法上并没有识别虚假仲裁的统一标准，各地仲裁机构只能依据自身的经验来判定。仅有少部分仲裁机构的仲裁规则涉及虚假仲裁问题，但并没有实质性地规制虚假仲裁，绝大多数仲裁机构的仲裁规则仅提及仲裁诚信原则。此外，不同地区仲裁发展明显不均衡，仲裁机构之间识别虚假仲裁的能力参差不齐。经济发展较为落后地区的仲裁机构，虚假仲裁案件的审理数量较少，经验较缺乏，对虚假仲裁规制工作的研究和发展也就相对缓慢。经济发展较为发达地区的仲裁机构虽在仲裁规则中提及预防规制虚假仲裁，但并未就具体的识别标准、惩戒机制进行规定。这就使得各地在识别虚假仲裁的标准上无法统一。

2. 仲裁程序缺乏应对虚假仲裁的有效措施

仲裁程序的规范运行是风险防范的重要保障。然而，仲裁程序自身存在不足，日渐暴露出其难以应对虚假仲裁的困境^[4]。（1）我国仲裁缺乏早期处置机制，很难在立案环节发现虚假仲裁。早期处置机制存在于国际商事仲裁程序中，其运行机理是：仲裁机构在立案时对当事人材料进行评估，滤除明显缺乏合理性的仲裁案件，以维护仲裁秩序。虚假仲裁具有隐蔽性，在只重点审查仲裁管辖协议的情况下，仲裁机构难以筛除虚假仲裁案件。（2）仲裁庭审质效低下难以查清案件疑点。庭前缺乏对争议焦点的整理，使得争点模糊，仲裁庭审不能围绕争议焦点，且仲裁庭对当事人提供的证据更多的只是进行形式审查，当事人之间仅是“可以”质证，而非必须质证。（3）即便仲裁机构识别出虚假仲裁，其对虚假仲裁当事人的惩处也是无能为力，只能不予立案或驳回申请。而受益于仲裁的跨地域性^[5]，当事人仍可在不予立案或驳回申请后，选择其他的仲裁机构。

（二）事后救济：虚假仲裁的司法审查亟待完善

仲裁裁决既判力相对性原理虽已成为学界共识^④，但由于我国现行法尚未建立系统的既判力制度^⑤，案外人另行起诉受阻，所以当前虚假仲裁案外人事后救济借助于仲裁司法审查是更为现实可行的选择，这包括法院认定虚假仲裁裁决违反社会公共利益条款而进行撤销，以及案外人申请不予执行仲裁裁决制度（见图1）。司法案例是制度运行中解决纠纷的体现，通过对案例所呈现的问题进行探讨可以更好的发现法律制度调整和运行过程中存在的缺陷和不足。本文以搜集的司法案例为讨论的基础，对虚假仲裁案外人事后救济措施进行评判。

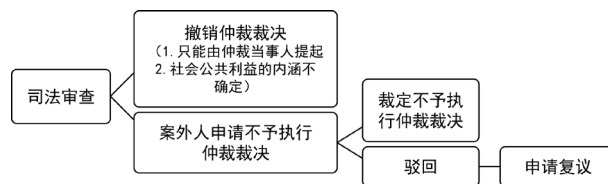


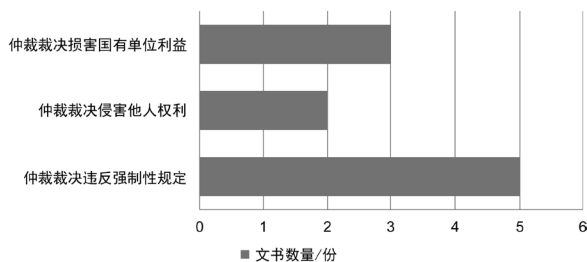
图1：事后救济主要途径——司法审查

1. 社会公共利益条款在撤销仲裁裁决程序

中适用困难

从立法成本效益的角度，社会公共利益条款被一些学者视为破解虚假仲裁案外人救济不足困境的出路。《中华人民共和国仲裁法》（以下简称《仲裁法》）第58条第3款规定，法院有权认定仲裁裁决违反社会公共利益条款而进行撤销（征求意见稿保留了此项规定），此为虚假仲裁案外人提供了救济可能^[6]。由于法律缺乏对社会公共利益范围的具体说明，司法实践中通常需要法院进行个案考量。经案例检索^⑥分析，发现运用社会公共利益条款裁定撤销仲裁裁决的裁判文书有10份，并总结出10份裁判文书适用该条款的理由（如表1）。

表1：社会公共利益条款在撤销仲裁裁决程序中的适用



可见利用社会公共利益条款进行规制仍有值得推敲之处。体现在以下两个方面：（1）程序启动具有被动性，当事人为仲裁裁决审查的启动主体。社会公共利益条款的适用以当事人主动申请司法审查为前提，法院不具备程序启动权。（2）社会公共利益条款的适用范围不确定，司法适用标准难以统一，法院往往只能抱以十分谨慎的态度。此外，能否将案外人权利扩大解释为社会公共利益也要被打问号。虚假仲裁有违仲裁制度诚实守信的价值取向，损害了仲裁的公信力，但社会公共利益的适用范围是严格限制的^[7]。社会公共利益意味着法益具有公益属性而非私益属性，且此种公益属性还必须要根本、基础和最一般的地位。通观各国法律实践，在司法审查中援引社会公共利益的条款都相当慎重和严格，仅当“严重”违反或损害公共利益时才适用该条款^[8]。

2.案外人申请不予执行仲裁裁决制度效果有限

案外人申请不予执行的仲裁裁决制度是最高人民法院以杜绝虚假仲裁为目的作出的创新举措。它与现行《中华人民共和国民事诉讼法》第244条和《中华人民共和国仲裁法》第63条的规定相矛盾，将申请不予执行的主体由被申请人扩大至案外人。尽管此次《仲裁法（征求意见稿）》规定虚假仲裁案外人在执行程序中可以对执行标的提出异议，但该制度在过去的4年间因其所暴露的法律依据缺失而削弱了其价值的正当性，致使在审判实践中各法院的处理态度仍然较为审慎保守，实施效果并不尽如人意。若以“最高人民法院关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定”“虚假仲裁”为关键词进行案例检索^⑦，可筛选出1202份裁判文书，其中法院支持案外人申请的裁判文书46份。本文对4年来裁定不予执行的文书比例进行了整理（见表2）；并列举了案外人申请被驳回的典型案号（见表3）。

表2：2018年3月1日-2022年4月24日案外人申请不予执行仲裁裁

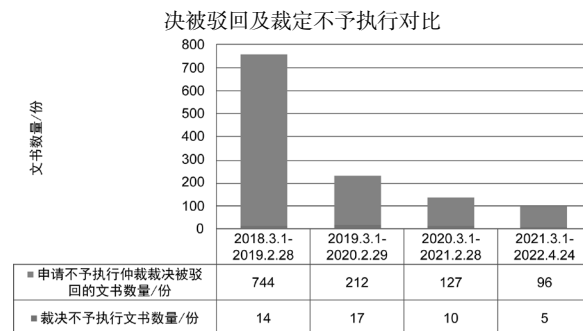


表3：案外人申请被驳回的典型案号

案号	是否驳回申请	法院观点摘要
浙江省高级人民法院执行裁定书(2018)浙执复201号	驳回	就本案现有证据来看，仲裁案件当事人之间并不存在虚假仲裁情形。
湖北省高级人民法院执行裁定书（2019）鄂执复28号	驳回	彭某某未能证明刘金波与生都公司之间有虚假仲裁的情形。
北京市第一中级人民法院执行裁定书（2020）京01执异163号	驳回	不足以证明必然存在虚假仲裁的情形。
上海市第二中级人民法院执行裁定书（2021）沪02执异271号	驳回	申灵公司未提供直接证据对虚假仲裁加以证明。

注：尽管当前申请不予执行仲裁裁决案件以“执异”案号处理，但司法实践中仍存在大量的执复字案件，说明大量案件进入了复议程序，争议较大。

结合表2以及表3的案例情况分析,可知案外人申请不予执行仲裁裁决制度的实施情况难以符合其功能预设。自制度施行的4年来,案外人申请不予执行仲裁裁决的案件数量虽多,但法院总体保持着较为慎重的态度判决申请不予执行仲裁裁决的请求成立,且这种审慎的态度在4年来得以持续强化。

造成这一现象的原因是多方面的,至少包括如下两个原因:(1)证明标准过高。按照最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释(以下简称《民诉法解释》)第109条,对于欺诈、胁迫、恶意串通等事实的证明要求达到“排除合理怀疑”。想在本类案件中符合这一标准的难度之大可从表上窥见一斑:案外人败诉的主要原因是难以证明虚假仲裁的存在。囿于仲裁的私密性,案外人对发生了虚假仲裁可能都不知情,且虚假仲裁当事人往往事先便伪造证据,致使案外人更加处于信息不对称的地位,对虚假仲裁的证明举步维艰。准确把握“排除合理怀疑”这一证明标准对法官的审判能力提出了较高的要求。而实践中有的法官对“排除合理怀疑”证明标准的认定常凭感觉^[9],这也抑制了裁定不予执行的机会。(2)法官态度较为消极。一方面,辩论主义要求法官中立,法官的判断依据受当事人的限制,证据资料只来自当事人。根据《民诉法解释》第96条,法官虽能依职权主动调查虚假诉讼,但对于案外人提出的仲裁当事人恶意串通损害其合法权益的案件事实无法依职权搜集证据。难以平衡辩论主义的民事诉讼模式与最高人民法院所要求的“虚假仲裁和虚假诉讼一样,均应予以遏制和制裁”的司法政策间的紧张关系。另一方面,案多人少也是影响法官司法行为的第一客观因素^[10]。虚假仲裁司法审查案件需要耗费大量时间与精力,面对审限内结案率考核的压力,法官往往疲于对虚假仲裁予以仔细审查并规范地认定“排除合理怀疑”的证明标准,导致案外人申请被驳回。

观察最终裁定不予执行的案件,仲裁双

方当事人在证据方面通常表现出不合常理。例如,在房屋买卖合同纠纷中,裁决书遗漏了案外人对房屋的预告登记^⑥。在民间借贷案件中,案外人提供仲裁当事人的借款合同及借款收据的甲方及乙方处亦均为空白,以证明其虚构借款事实^⑦。但是,上述证据能否达到“排除合理怀疑”的证明标准,在当前裁判文书论证不足背景下,较难探知。

三、虚假仲裁案外人权利保护的比较法考察

对于保护虚假仲裁案外人权利的制度设计,不同国家和地区存在不同的立法例。其中,以法国为代表的大陆法系倾向于仲裁司法审查,英国则通过扩大仲裁庭证据审查权以防范虚假仲裁。

(一) 法国:案外人取消仲裁裁决异议制度

法国现行仲裁立法存在于2011年的《法国民事诉讼法典》中,并设有案外人取消仲裁裁决异议制度^[11]。该制度起源于司法判例,后于2011年修法时确认^⑧。本次修法实际是将《法国民事诉讼法典》第585条第三人异议之诉^⑨的客体要件扩大,将仲裁裁决书列入第585条所规定的“判决”类型中。关于异议之主体资格,任何与仲裁裁决有利益相关的案外人均可作为取消仲裁裁决异议主体且案外人不能以代理人的身份参加过仲裁程序。法律对于案外人提出异议的时间作出了区别规定,如图2所示。关于异议之法律后果,首先,法院受理异议即中止执行;其次,法院若认定案外人异议成立,仅异议涉及之部分被撤销或改判;最后,当事人不服判决可上诉^⑩。其在诉讼时效上作出三种不同的规定,既避免知情的案外人怠于行使权利,又给不知情的案外人预留了充分的时间提出异议,兼顾了高效性和公正性。另一方面,对提出异议的主体范围进行宽泛且有限制的规定,在提高监督效率的同时,也兼顾了保障案外人权利。

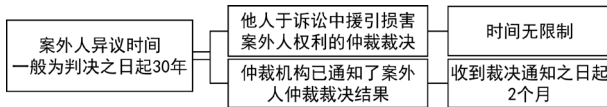


图2: 案外人异议时间示意图

需要指出的是,《法国民事诉讼法典》在设有取消仲裁裁决异议制度的同时,也保留了拒绝执行仲裁裁决的规定,即撤销仲裁裁决与不予执行仲裁裁决并行^⑮。如果上诉法院决定撤销仲裁裁决,那么当事人可以以此作为对抗执行许可的依据,或者终结执行法院的管辖权。法国的制度设计是立法者在当事人权利与案外人权利之间进行利益衡平的探索尝试。双重监督的模式体现出立法者积极维护仲裁裁决的合法性与公正性,并未片面强调仲裁裁决的终局性。

(二) 英国: 仲裁庭证据审查权扩大化

英国现行仲裁成文法为1996年颁布的《英国仲裁法》,相比1979年立法强化了仲裁庭的证据审查权。具体体现在:1.仲裁庭可以决定所有的证据问题,有权决定当事人所提交材料的相关性、可采性和重要性;2.仲裁当事人有强制的证据披露义务,仲裁庭可出于全面审查的需要,要求当事人在任何阶段提交何种规格的证据或材料;3.仲裁庭有权在个案考量之下自由判断证据的证明价值^⑯。可见,虽然虚假仲裁具有隐蔽性,但倘若某一方当事人拒绝提供仲裁庭所要求的证据,则仲裁庭可从该行为中推测出仲裁欺诈行为的存在,这种判断方法起源于英国民事诉讼程序中的“不利推论”,后被广泛运用至英国仲裁程序中^[12]。此外,针对证人证言,随着2021年57AC号实务指引的颁布,双方律师主导并事先准备书面证词的行为将受限制,回归至证人自己主导证言^⑰。相应地,已有仲裁机构采取行动,例如,伦敦海事仲裁员协会在其仲裁规则中采用了57AC号实务指引内容,杜绝律师借证人之口发表代理意见,避免律师引导证人作出虚假证词、掩饰当事人虚假仲裁的行为。

从英国民商事仲裁历史来看,仲裁庭证据审查权有不断扩大的趋势,该权力的大小直

接关系仲裁庭能否作出公正裁决。仲裁庭只有对仲裁证据进行严格审查判断后,才能对案件事实予以确认,从而作出正确的裁决。英国商事仲裁独特的证据审查规定在保障仲裁裁决公正、保持仲裁活力与竞争力方面发挥了重要作用。

(三) 虚假仲裁案外人权利保护的比较法评价

法国对案外人取消仲裁裁决异议的申请主体、诉讼时效、法律后果以及防止案外人滥诉的惩罚性规定较为完善。但最长可长达30年的异议期^⑱极易影响仲裁裁决的稳定性,影响公众对仲裁高效性的判断。英国从仲裁庭自身的证据审查权出发,明确了仲裁庭在仲裁裁决结果作出前应积极行使证据审查权,要求仲裁当事人提交确凿的证据,以避免伪造证据、恶意串通等行为的发生。这些立法经验都具有一定的合理性。

1.对仲裁相对性进行必要的突破

赋予虚假仲裁案外人申请撤销仲裁裁决的权利是具有正当性的^[13]。这并没有冲击仲裁相对性原理,而是对于仲裁相对性进行一定程度上合理必要的正当突破。仲裁相对性理论桎梏的突破在世界各国立法例中并不少见,荷兰、比利时等国更是允许与仲裁裁决有利害关系的第三人突破仲裁协议的限制而加入仲裁^⑲。正如杨仁寿在《法学方法论》中所提,当不同的制度价值发生冲突时,立法者要对制度背后所代表的各种利益进行考量以实现法律所追求的公平正义^[14],体现在规制虚假仲裁领域,便是要平衡正义与当事人意思自治之间的关系。法国选择对仲裁相对性进行一定的突破,代表了立法者维护本国(地区)基本法律原则、基本道德观念的决心,这种价值选择值得借鉴。仲裁制度设计的初衷不仅有保障纠纷解决方式的方便快捷性,还有维护纠纷解决结果的公正性。虚假仲裁当事人为取得仲裁裁决,不惜采取恶意串通、故意伪造或毁灭证据、贿赂仲裁员等手段,损害案外人合法权利。若不能有效规制,将助推社会失信,制动机制失控,裁判

者失明^[15]。因此，对仲裁相对性进行必要的突破，是司法支持仲裁的必然选择。

2. 强化仲裁庭的证据审查权

对于仲裁庭而言，证据是识别虚假仲裁的基础。考察英国对仲裁庭证据审查权的规定可以发现，仲裁追求效率价值而一裁终局，但仲裁程序本身存在的缺陷会导致其在公正价值目标的实现上存在弱点。仲裁庭为明晰案件事实，就要审查核实证据，这样才能进一步判断其证明力的有无及大小。而仲裁庭囿于在证据审查认定方面的消极地位，对案件事实难以把握，使得虚假仲裁无法得到识别和规制^[16]。我国《仲裁法》及相关司法解释缺乏对仲裁庭证据审查权的规定，涉及证据问题包括证人证言问题的内容较少。有学者建议设立相应的证据开示制度，赋予仲裁庭设定一定的程序期限供当事人提交证据的权力^[17]。仲裁机构可在仲裁规则中予以补充并细化，在仲裁实践中进一步探索完善。但无论如何强化仲裁庭的证据审查权，适当的标准始终应是公平公正原则^[18]。

四、虚假仲裁案外人权利保护路径优化

（一）建立有效的虚假仲裁风险防范机制

如果可以在仲裁阶段将虚假仲裁予以遏制，则可以低成本地将不良后果影响控制在最小范围，因此，建立有效的虚假仲裁风险防范机制尤为重要。仲裁机构之间可通过建立防范虚假仲裁信息共享平台来总结虚假仲裁可识别性特征，同时建立虚假仲裁案件审查机制，加强仲裁程序各环节的识别与应对。

1. 总结虚假仲裁可识别性特征

中国仲裁协会已在民政部登记成立，此前仲裁行业一直缺乏全国性统一的自律组织。《仲裁法（征求意见稿）》不仅强调了中国仲裁协会对仲裁从业人员违纪行为的监督职责，还要求其促进业务合作、优化仲裁发展环境，突出行业自律。通过中国仲裁协会的平台进一步阻止仲裁界各类行为失范以提升仲裁公信力

已是大势所趋。为弥补各地仲裁机构规制虚假仲裁水平的差异，应充分发挥信息系统防范虚假仲裁的功能，解决信息孤岛化问题，由中国仲裁协会组织建设仲裁机构防范虚假仲裁信息共享平台。通过平台，各仲裁机构可将实务中识别虚假仲裁的经验进行上传，向平台中其他仲裁机构成员开放，加强机构之间在识别虚假仲裁方面的学习和交流，以应对复杂多变的虚假仲裁行为。同时，可仿照社会征信系统，依托信息共享平台建立“仲裁信用评估体系”，对参与虚假仲裁的当事人和代理人进行信用评级，以便对日后的仲裁活动进行预警。

仲裁机构应在信息共享平台提供的经验信息基础上，对仲裁实务中常见的虚假仲裁表现形式进行整理总结，充分考虑各种可能性，加强针对性防范。尽管仲裁制度有其独特属性，对虚假仲裁的惩处不宜简单套用虚假诉讼，但就虚假仲裁当事人虚构法律关系、捏造案件事实而言，虚假仲裁与虚假诉讼的工具属性相同^[19]，类比虚假诉讼的识别经验，我们仍可以得到有益参考。《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》从主体、诉讼请求、事实理由、证据等方面总结了虚假诉讼的常见特征^⑧。在此笔者结合在一些仲裁机构的调研情况，梳理出当前常见虚假仲裁程序性可识别特征（见表4）。虚假仲裁的可识别性特征还有待各仲裁机构在仲裁实践中共同检验和完善。

表4：常见虚假仲裁程序性可识别特征

主体	当事人之间关系密切，配偶、直系血亲、关联企业之间最为常见。
仲裁请求	被申请人承担标的额与其自身经济状况严重不符
证据	证据往往不完整，通常呈现碎片化、零散化，证据之间缺乏关联性，难以形成完整的事实或证据链条。证据材料的纸张新旧程度、墨色深浅往往高度一致。
程序选择	使用非格式性仲裁条款，多愿和解或调解结案。
审理过程	庭审中对抗性弱，一般不存在实质对抗，当事人配合默契，对于核心要件事实无争议或迅速达成一致。

以上为虚假仲裁在仲裁程序中表现的常见特征，而虚假仲裁常见多发的实体领域为民间借贷、房屋买卖合同纠纷，这与虚假诉讼大体一致^⑨。例如，在“深圳市小牛在线互联网信息咨询有限公司、周某某借款合同纠纷案”^⑩中，仲裁当事人虚构债权债务关系，而《借款合同协议》合同主体“出借人”一栏空白，合同落

款亦无任何单位和个人的签名或盖章。而在“朱某某、胡某某与申请执行人陈某某、被执行人常德中大房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”^②中，双方签订的商品房买卖合同实际为民间借贷的担保，属于虚假的买卖合同关系。这些案件都离不开一个“假”字，借贷合同纠纷当事人可选择的自由度高，而涉及房产等不动产权属纠纷引发的物权变动亦可直接影响案外第三人利益，这些领域与虚假仲裁目的实现的契合度较高^[20]。

2. 建立虚假仲裁案件审查机制

虚假仲裁识别与应对工作贯穿于整个仲裁程序。而仲裁程序过于简单化，对证据大多仅进行形式审查，使得本就事实不明、虚假合意的虚假仲裁行为难以被甄别。有鉴于此，仲裁机构应建立虚假仲裁案件审查机制，加强识别与应对工作。

在案件受理阶段，引入早期处置机制，引导诚信仲裁。仲裁机构在对立案材料进行形式审查时启动早期处置机制，筛除明显不合理的仲裁请求和主张^[21]。若发现案件类别属于虚假仲裁发案率较高的领域，且当事人之间关系异常，初步证据材料零散单薄，应注重与当事人进行交流以对案件情况做进一步了解。

案件受理后至开庭审理前这一阶段，仲裁庭应充分阅卷以全面了解案情。仲裁庭组成后，案件受理工作人员应及时将审查案件材料的结果以及虚假仲裁相关预警信息对接给仲裁庭。仲裁庭阅卷时应进一步审查案件材料，借鉴民事诉讼程序中的庭前争议点整理^[22]，确定关键信息、争议焦点，充分了解案件事实。

在开庭审理阶段，严格规范庭审过程，审慎开展庭审调查。仲裁庭有效把控庭审活动是防范与识别虚假仲裁的基础。仲裁庭应注重案件的争议点，在争议点引领下展开庭审。仲裁员引导当事人围绕争议点举证、质证和辩论，特别注意当事人没有对抗、配合默契的情形，观察当事人是否积极认可于己不利的事实，是否不合理地处分权利。加强对证据的审查，既

要对单个证据进行审查认定，也要综合若干证据进行审查认定，审慎开展庭审调查。

开庭后至结案阶段，秉持经验、理性作出裁决。当仲裁员办案时已发现上述不符合仲裁规律的现象出现，就应该更加谨慎地作出裁决。仲裁员不能为了业务和利润的需要，一味强调仲裁司法自治而放纵虚假仲裁。若在案证据材料存在瑕疵，无法形成完整的证据链，仲裁庭应以证据不足为由驳回当事人的仲裁请求。若当事人达成调解协议，仲裁员仍要坚持事实清楚、是非分明的审查要求，对当事人陈述、主张的事实、提供的证据进行审查，不能仅凭当事人双方的调解意愿，简单出具调解书。

（二）优化虚假仲裁案外人事后救济机制

对虚假仲裁进行司法审查，一些学者持反对意见。其反对理由主要是“仲裁司法审查是国家强制性法律规范对意思自治的限制，若贯彻既判力相对性原则，则相关问题不攻而破”^[23]。然而，过分强调当事人的意思自治权，恐怕尚有值得商榷之处。诉讼与仲裁的关系不是为了监督而监督的逻辑悖论，而是支持、协助和保障。通过规制纠错，弥补仲裁制度局限性，实现仲裁、司法优势互补。另一方面，若全面推行既判力相对性原则恐需大刀阔斧的改革，改革无疑有其正当性与合理性，但对现有问题进行改良，能够在一定程度上缓解我国立法的困境，可能也是目前较为现实的一种方案。我国的仲裁制度起步较晚，直到1995年《仲裁法》施行，才逐步进入正轨。目前尚存在仲裁员素质能力有待提高，程序运作不够规范以及纠纷处理的实体公正有欠缺等问题，不应过早大幅度地压缩对仲裁裁决进行司法审查的空间^[24]。故而，宜赋予虚假仲裁案外人申请撤销仲裁裁决的主体资格，同时完善案外人申请不予执行仲裁裁决制度。

1. 扩大申请撤销仲裁裁决的主体资格

如前文所述，法院主动适用社会公共利益条款被学者们视为突破“无法启动撤销仲裁

裁决程序救济虚假仲裁案外人”困境的重要途径^[25]。但在“社会公共利益”范围未明确的情况下，仅依解释论，将案外人利益解释为公共利益以启动仲裁司法审查，实是难以长久运行的无奈之举^[26]。与其寄望于撤销仲裁裁决事由“社会公共利益”的扩大化解释，不如将视角转向申请撤销的主体上。

未来《仲裁法》的修订应在保留案外人申请撤销仲裁裁决的基础上，对仲裁相对性进行合理必要的突破，将申请撤销的主体资格扩大至虚假仲裁案外人。实践中，地方法院亦进行了相关探索。例如，陕西省高级人民法院曾发布规定，允许仲裁案外人向法院申请撤销仲裁裁决^②。如赋予虚假仲裁案外人申请撤销仲裁裁决的主体资格，首先应于《仲裁法》第58条增设关于案外人主体范围的表述。对此可以参考法国对案外人的主体要求，即与仲裁裁决有利益相关且未曾以代理人的身份参加过仲裁程序。其次，将《仲裁法》第58条第1款第（一）（四）项作为案外人申请撤销仲裁裁决的法定理由，原因是《仲裁法》第58条第1款第（一）（四）项对应《规定》中虚假仲裁的类型化表述“虚构法律关系、捏造案件事实”。规定案外人提出证据证明存在（一）（四）项则可申请撤销仲裁裁决，可有效承接既有的法律规范。最后，为维护仲裁裁决的稳定性，虚假仲裁案外人申请撤销仲裁裁决的判决仅旨在去除原虚假仲裁裁决对案外人不利部分，并非完全否定其效力^[27]。

2. 规范案外人申请不予执行的仲裁裁决制度

《规定》已明确了案外人申请不予执行仲裁裁决的程序要件和实质要件，但在具体操作层面，各地法院在立案审查标准、当事人的举证责任等方面存在较大差异，影响着案外人申请不予执行仲裁裁决制度的运行效果。应在司法操作层面予以规范，予以适当调节矫正，立案时应坚持形式审查，否则会导致虚假仲裁案外人救济门槛变相提高，合理分配证明责任，防止案外人与虚假仲裁当事人之间权利失衡。

只有充分支持下的适度监督，才符合制度的功能预设。

（1）坚持以案外人申请不予执行仲裁裁决的立案审查为形式审查^[28]。《规定》第9条程序要件为：证据证明虚假仲裁、执行未终结以及三十日的期限。这些均属人民法院受理阶段进行审查的内容，不应失之过苛。法院应坚持对程序要件进行形式审查，其中，对于证明虚假仲裁，立案阶段只需“有”证据；对于执行未终结，只要在法院处置执行标的的所需履行的法定手续全部完成前即可。通过形式审查初步过滤掉滥用权利扰乱执行的行为，同时避免将案外人的合理申请挡在门外。

（2）合理分配证明责任。对于虚假仲裁，案外人承担着证明仲裁当事人虚构法律关系损害其合法权益的证明责任，同时需达到排除合理怀疑的证明标准。然而，虚假仲裁当事人往往恶意串通、伪造证据，案外人面临着举证困难和证明标准较高的问题，案外人能够成功证明存在虚假仲裁的概率实在太低。证明困难是证明责任分配所考虑的要素之一^[29]。“受侵害的权利能否及时获得救济，取决于在对抗制的程序保障中，双方当事人举证、质证、辩论等能力旗鼓相当、势均力敌”^[30]。法官可参照最高人民法院办理民间借贷案件、夫妻债务纠纷案件、虚假诉讼案件的相关司法解释进行分析判断。在心证的基础上，对仲裁当事人财产变动情况、证人证言以及仲裁行为与日常经验是否相悖等进行综合考量。可要求仲裁当事人说明相关情况，乃至减轻案外人的举证责任。而对于仲裁当事人恶意的心理，通常只能用间接证据证明，有学者则主张对这些事实应降低证明标准^[31]。

3. 推动上述两种程序有效衔接

宜赋予虚假仲裁案外人申请撤销仲裁裁决的主体资格，如此一来，虚假仲裁案外人申请撤销仲裁裁决与申请不予执行仲裁裁决制度共同形成对虚假仲裁的双重规制，且设置两种程序的协调衔接机制来减少程序并行冗余所造成

的司法资源浪费，避免陷入紊乱失序的窠臼。

在衔接机制的设置上，应平衡好尊重虚假仲裁案外人的诉讼权利与节约司法资源二者的关系。在保障案外人享有救济权利的基础上，避免案外人滥用诉讼权利拖延执行。具体可以借鉴《规定》中对当事人申请撤销与不予执行仲裁裁决相衔接的相关规定。若案外人同时申请撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决，则应以申请撤销仲裁裁决的审查为先，申请不予执行仲裁裁决的审查中止。因为案外人申请不予执行仲裁裁决仅排除虚假仲裁的执行力，并不推翻虚假仲裁裁决的效力，倘若原仲裁裁决不公正，其便缺乏既判力正当化的依据。若案外人申请撤销仲裁裁决被驳回，则恢复对申请不予执行仲裁裁决的审查。若裁定撤销仲裁裁决，则申请不予执行仲裁裁决的审查同时终结。

五、结语

2020年底最高人民法院首次发布《商事仲裁司法审查年度报告》，强调遏制虚假仲裁、提高仲裁公信力。保护虚假仲裁案外人权利承担维护仲裁制度公信力的功能。我国现今正处于优化营商环境的关键时期，不可否认，仲裁是一种重要的民商事争议解决方式，其公信力大小如何，系评估营商环境的诸多指标之一。而当前虚假仲裁案外人权利保护仍存在不足和欠缺之处。通过国际立法和司法经验，结合我国国情，可以得出对仲裁相对性进行必要的突破是保护案外人合法权益所必需。赋予虚假仲裁案外人申请撤销仲裁裁决的主体资格，一方面能够规制纠错，弥补仲裁制度的局限性；另一方面可有效承接既有的法律规范。此外，应注重从前端开始疏通，加强仲裁程序各环节的识别与应对工作。以虚假仲裁案外人权利保护作为提升仲裁公信力的“阿基米德支点”，使多元化纠纷解决机制建设中被寄予厚望的仲裁制度回归初心。

注释：

- ①依据《关于人民法院办理仲裁裁决执行案件若干问题的规定》并总结现有学说，虚假仲裁的构成要件包括以下两点：仲裁当事人之间虚构法律关系、捏造案件事实；仲裁裁决侵害了案外人的合法权利。现有学说参见汪勇钢,陈伟君.在幻象中寻求突破:虚假仲裁现象研究 兼议案外人取消仲裁裁决异议之诉制度的构建[J].法律适用,2012,(01):103-108;王瑞华.仲裁实务中虚假仲裁的识别与应对[J].北京仲裁,2019,(03):27-40。
- ②根据仲裁裁决既判力理论，仲裁裁决既判力不能及于未参加仲裁程序的仲裁协议未签约人。傅攀峰.仲裁裁决既判力问题研究.[M].中国社会科学出版社,2020.126.但现实中存在既判力主体范围异化扩张的问题，法院武断地强调仲裁裁决对后续诉讼具有当然的“一事不再理”效力，使得仲裁协议未签约人也受仲裁裁决既判力的拘束，无法通过诉讼获得与仲裁裁决相悖的结果。
- ③免证效力适用于第三人有违辩论主义和正当程序，但目前实务界（甚至理论界）对此长期选择了失语。傅郁林.改革开放四十年中国民事诉讼法学的发展——从研究对象与研究方法相互塑造的角度观察[J].中外法学,2018,(06):1423-1448。
- ④学界主流观点认为，仲裁裁决与民事判决具有同等效力，民事判决所有效力的认知应被移植到仲裁裁决上。张卫平.仲裁案外人权益的程序保障与救济机制[J].法学评论,2021,(03):34-46。
- ⑤2015年颁布的《民事诉讼法司法解释》第248条被视为我国首次在司法解释中认可既判力相对性原则，但根据《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》一书可见第248条表述模糊，定位不清，既判力制度系统化仍存在障碍，有关此的具体论述，林剑锋.既判力时间范围制度适用的类型化分析[J].国家检察官学院学报,2016,(04):6-15。
- ⑥2022年4月24日登录威科先行法律信息库，以上述检索条件进行检索，直接获取1202份裁判文书。对文书的内容进行筛选，法院支持案外人申请的裁判文书46份。
- ⑦2022年4月23日登录威科先行法律信息库，以“关键词：《中华人民共和国仲裁法》第58条第3款”“（结果中搜索）关键词：仲裁裁决违背社会公共利益”进行检索，直接获取126份裁判文书，其

中裁定撤销仲裁裁决的有10份。

- ⑧彭某某与娄底市中欧房地产开发有限公司商品房销售合同纠纷执行案,湖南省高级人民法院(2018)湘执复150号执行裁定书。
- ⑨林某某、青岛欧亚集团有限公司借款合同纠纷执行案,山东省济南市中级人民法院(2018)鲁01执异112号执行裁定书。
- ⑩D é cret n° 2011 - 48 du 13 janvier 2011。
- ⑪法国第三人异议之诉类似于我国《民事诉讼法》第三人撤销之诉,《法国民事诉讼法》第585条规定,第三人有权为保护本人利益免受特定判决的侵害而提起异议,要求撤销或变更该判决。
- ⑫《法国民事诉讼法》第1501条。
- ⑬《法国民事诉讼法》第1487和第1488条。
- ⑭《英国仲裁法》第34条。
- ⑮虽然《英国仲裁法》第34条规定英国法院的规定并不当然适用于仲裁领域,但英国民事诉讼和仲裁处理证据的做法一贯同步。(英)格罗斯勋爵,王文君.英国的法院和仲裁[J].北京仲裁,2019,(02):133-142。57AC号实务指引是针对英国法院管辖案件证人证言的规定,可以预见,其对英国商事仲裁领域处理证人证言亦会产生一定影响。
- ⑯《法国民事诉讼法》第1501条。
- ⑰《荷兰民事诉讼法典》第1045条和《比利时司法法典》第1696条。
- ⑱《最高人民法院关于防范和制裁虚假诉讼的指导意见》第2条:“实践中,要特别注意以下情形(1)当事人为夫妻、朋友等亲近关系或者关联企业等共同利益关系;(2)原告诉请司法保护的标的额与其自身经济状况严重不符;(3)原告起诉所依据的事实和理由明显不符合常理;(4)当事人双方无实质性民事权益争议;(5)案件证据不足,但双方仍然主动迅速达成调解协议,并请求人民法院出具调解书。”
- ⑲《最高人民法院关于深入开展虚假诉讼整治工作的意见》第4条:“聚焦重点领域,加大整治力度。民间借贷纠纷,执行异议之诉,劳动争议,离婚析产纠纷,诉离婚案件一方当事人的财产纠纷,企业破产纠纷,公司分立(合并)纠纷,涉驰名商标的商标纠纷,涉拆迁的离婚、分家析产、继承、房屋买卖合同纠纷,涉房屋限购和机动车配置指标调控等宏观调控政策的买卖合同、以物抵债纠纷等各类纠

纷,是虚假诉讼易发领域。”

- ⑳湖南省娄底市中级人民法院(2018)湘13执45号执行裁定书。
- ㉑湖南省常德市中级人民法院(2020)湘07执异11号执行裁定书。
- ㉒《陕西省高级人民法院关于审理涉及国内民商事仲裁案件若干问题的规定》(现行有效)第23条:案外人对仲裁裁决书、调解书确定的执行标的物主张权利,可以知道或者应当知道仲裁裁决作出之日起3个月内,向仲裁机构所在地中级人民法院申请撤销。对此问题,最高人民法院《民事强制执行法草案》(2020年9月讨论稿)第44条第1款亦将申请撤销仲裁裁决的主体资格扩大至案外人。

参考文献:

- [1][23]宋连斌,武振国.虚假仲裁中案外人权利保障机制研究(下)[J].商事仲裁与调解,2020,(02):82-91.
- [2]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,(02):77-90;黄忠顺.仲裁实施权配置视阈下的撤回仲裁请求制度研究[J].政治与法律,2022,(01):162-176.
- [3]易晓东.虚假仲裁中的案外第三人权益保护[J].山西师大学报(社会科学版),2018,(01):32-37;武文浩.虚假仲裁中案外第三人权益救济的路径[J].哈尔滨师范大学社会科学学报,2017,(01):50-52;孙春雨.虚假仲裁的规制难点及其刑事应对[J].中国检察官,2021,(19):28-33.
- [4][20]王瑞华.仲裁实务中虚假仲裁的识别与应对[J].北京仲裁,2019,(03):27-40.
- [5]孙春雨.虚假仲裁的规制难点及其刑事应对[J].中国检察官,2021,(19):28-33.
- [6][25]董暖,杨弘磊.虚假仲裁案外人权利的司法救济研究[J].法律适用,2017,(21):68-73.
- [7]宋连斌,武振国.虚假仲裁中案外人权利保障机制研究(上)[J].商事仲裁与调解,2020,(01):103-125.
- [8]张春良,毛杰.论违背“一裁终局”原则的仲裁裁决之撤销[J].西南政法大学学报,2020,(06):60-72.
- [9]李浩.民事证据规定:原理与适用[M].北京:北京大学出版社,2015.349.
- [10]任重.中国式民事程序简化:逻辑与省思[J].法治研究,2022,(03):111-125.
- [11]Thomas E. Carbonneau, The Reform of the French Procedural Law on Arbitration: An Analytical

- Commentary on the Decree of May 14,1980, Hastings International and Comparative Law Review 4, no.2:p. 273-340(Winter 1981).
- [12]Kathrin Betz,Proving Bribery Fraud and Money Laundering in International Arbitration,Cambridge University Press,2017,265-266.
- [13]宋春龙.民事诉讼视角下虚假仲裁的规制——以我国司法实践为切入点[J].北京仲裁,2017,(04):87-104.
- [14]杨仁寿.法学方法论[M].北京:中国政法大学出版社,2013.143.
- [15]马贤兴.虚假诉讼、虚假仲裁防治与实案精解[M].北京:中国检察出版社,2018.166.
- [16]论我国《仲裁法》中仲裁程序的修改——以程序价值论为视角[J].仲裁研究,2006,(02):18-29.
- [17]刘晓红,冯硕.对《仲裁法》修订的“三点”思考——以《仲裁法(修订)(征求意见稿)》为参照[J].上海政法学院学报(法治论丛),2021,(05):54-66.
- [18]Catherine A.Rogers, Jeffrey•C.Jeng,The Ethics of International Arbitrators, in Lawrence W.Newman & Richard D.Hill(eds.),Leading Arbitrators'Guide to International Arbitration,New York JurisNet,2014,p. 175, 204-205.
- [19]胡思博,李英辉.检察机关打击虚假仲裁的现实必要性及程序设计[J].中州学刊,2021,(12):57-61.
- [21]唐塞潇.国际商事仲裁早期处置机制的价值平衡和制度构建[J].武大国际法评论,2019,(02):85-104.
- [22]丁朋超.论提升我国商事仲裁公信力的路径选择——以商事仲裁庭审规则的改良为切入点[J].河南财经政法大学学报,2019,(04):135-145.
- [24]沈四宝.中国仲裁年度报告[M].北京:法律出版社,2019.329.
- [26]李贤森.现行法律框架内对虚假仲裁案外人权益保护的途径探讨[J].北京仲裁,2016,(01):20-39.
- [27]毋爱斌,苟应鹏.案外人撤销仲裁裁决、调解书之诉的立法表达——《民事强制执行法草案(征求意见稿)》第87条检讨[J].中国社会科学院研究生院学报,2020,(05):58-69.
- [28]孙子良,刘翠翠.检视与完善:案外人申请不予执行仲裁裁决制度实施效果评测[J].商事仲裁与调解,2021,(01):148-160.
- [29]米尔建•R.达马斯卡.漂移的证据法[M].李学军,刘晓丹,姚永吉,刘为军译.何家弘校.北京:中国政法大学出版社,2003.113-116.
- [30]唐力.对话与沟通:民事诉讼构造之法理分析[J].法学研究,2005,(01):42-52.
- [31]张霄霄.民事间接证据适用规则研究[J].重庆大学学报(社会科学版),2020,(05):198-206.

Re-Discussing the False Arbitration Outsiders Rights Protection Mechanism: Empirical Examination, Legislative Comparison and System Perfection

YAN Yun

(School of Law,Central University of Finance and Economics,Beijing 100081,China)

Abstract:False arbitration has become a common problem, and the outsiders have been in a weak position nowadays. The Arbitration Law of the People's Republic of China (Draft for Public Comments) includes false arbitration in its scope of adjustment, but the protection of false arbitration outsiders'rights is still inadequate: no effective mechanism to prevent the risk of false arbitration, and judicial review of false arbitration needs to be improved. An information sharing platform should be established to prevent false arbitration and to summarise the identifiable features, while arbitration institutions should establish a mechanism to review false arbitration cases. In addition, the judicial review of false arbitration should be improved by granting the outsider the right to apply for cancellation of arbitration awards, adhering to the formal review and reasonably allocating the burden of proof, paying attention to the interface between cancellation of arbitration awards and non-enforcement of arbitration awards.

Key words:false arbitration; arbitration judicial review; non-enforcement of arbitration awards; cancellation of arbitration awards