目　录

■专家论坛

法定犯的刑事违法性判断　/王志祥　李明君　1

■专栏：企业合规问题研究

涉案企业合规改革视域下企业合规师研究　/赵　恒　22

刑事合规视域下企业出罪化的实践考察及规范进路

——以“法益可恢复性”为视角　/刘静静　40

■民事司法

民法典视域下建设工程合同十大问题研究　/王永起　61

生态环境司法中的法律责任设置　/宋保振　郑曙光　90

扼杀式并购的法律规制

——以风险预防为视角　/袁瑞璟　104

■司法综合

完善执行审查类案件监督程序的几点思考　/冯　波　121

国家建构视角下中国法院的功能

——兼评《当代中国法院的功能研究：理论与实践》　/曹永海　陈希国　135

审级职能定位改革视野下不当诉讼行为的审视与规制　/孙振庆　司涛涛　146

目　录

■刑事司法

刑事诉讼阶段性出罪的实践与制度展开　/ 拜荣静　郭未盈　160

“幽灵抗辩”司法应对路径探析

——以 172 个无罪辩护案件为研究对象　/ 陈春英　赵文娟　172

行贿罪类型化的建构与实践应用

——以行贿行为的主动性为变量　/ 贠彦强　187

法定犯的刑事违法性判断

王志祥　李明君*

内容摘要：法定犯具有双重违法性，其在违反前置法规定的同时又违反《刑法》的规定。法定犯的刑事违法性具有从属性。前置法作为法定犯违反的前置性法律法规，对法定犯刑事违法性的判断具有重要意义。不违反前置法规定的行为，不可能违反《刑法》的规定，因此也就不可能具备刑事违法性，但不能由此得出违反前置法规定的行为一定具有刑事违法性的结论。就法定犯的刑事违法性而言，应立足于其保护的法益进行独立判断。《刑法》的目的是保护法益。违反前置法的规定是法定犯成立的前提；只有违反前置法规定的行为侵犯了《刑法》所保护的法益，才可能成立法定犯。

关键词：法定犯；刑事违法性；前置法；法秩序统一性

以是否违反伦理道德为标准，在刑法理论上将犯罪区分为自然犯与法定犯。自然犯是在侵害或者威胁法益的同时明显违反伦理道德的传统型犯罪，如强奸罪、盗窃罪、故意杀人罪、放火罪等；法定犯则是在侵害或者威胁法益的同时没有明显违反伦理道德的现代型犯罪。法定犯具有双重违法性，其在违反前置法规定的同时又违反《刑法》的规定。判断法定犯的成立，涉及前置法违法性判断与刑事违法性判断的关系问题。

一、法定犯刑事违法性判断的从属性：法秩序同一性原理

德国学者罗克辛曾经指出："当在任何一个法律领域中得到许可的一种举止行为，仍然要受到刑事惩罚时，那将会是一种令人难以忍受的价值矛盾，并且也将违背刑法作为社会政策的最后手段的这种辅助性。"[①]这是罗克辛教授对法秩序统一性原理的

* 王志祥，北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师；李明君，北京师范大学刑事法律科学研究院硕士研究生。

基金项目：本文系国家社会科学基金项目"形式理性与实质理性的关系在刑法学中的展开研究"(21BFX009)的阶段性成果。

① ［德］克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第397页。

揭示。依据该原理，前置法上合法的行为不可能具备刑事违法性，前置法上违法的行为可能具备刑事违法性，前置法上没有处罚必要性的行为不应当具有刑事违法性。该原理的核心内涵是：在由宪法、刑法、行政法、民法等多个法领域构成的整体法秩序中不存在矛盾，法领域之间也不应作出相互矛盾、冲突的解释。[①] 也就是说，“法秩序统一性原理的核心在于行为规范的统一性，即法规范之间不能发出相互矛盾的行为指引，这是由法作为行为规范的本质、法的安定性、平等原则与法的阶层构造所决定的”[②]。

法定犯的成立需要借助前置法进行形式判断，只有违背前置法规定的行为才可能进入刑事违法性判断的视野。依据法秩序同一性原理，法定犯的刑事违法性判断就具有对前置法违法性判断的从属性。由此，法定犯的刑事违法性判断就应当以前置法的违法性判断为前提；在行为不具有前置法违法性的情况下，法定犯的成立就可以被否定。这具体表现在以下三个方面：

（一）前置法制约《刑法》的保护范围

刑法是前置法的后盾法。就前置法所保护的社会关系而言，在运用其制裁手段不足以进行充分有效保护的情况下，《刑法》就有可能将其纳入保护的范围。《刑法》不可能脱离前置法所保护的社会关系的范围另行确定其对社会关系的保护范围，而是应当以后者为基础。在确定某种社会关系应否纳入《刑法》的保护范围时，前置法对于社会关系保护范围的规定就不容忽视。

以侵犯著作权罪为例，2020 年 12 月 26 日全国人大常委会通过的《刑法修正案（十一）》对 1997 年系统修订的《刑法》第 217 条中关于侵犯著作权罪的规定进行了修改，但修改后的《刑法》第 217 条第 5 项仍然保留了“制作、出售假冒他人署名的美术作品的”这一规定。侵犯著作权罪的法益显然是国家对著作权、与著作权有关的权益的管理秩序和著作权、与著作权有关的权益。《刑法》将“制作、出售假冒他人署名的美术作品的”这一行为纳入侵犯著作权罪的处罚范围，意味着其保护的法益包括他人对美术作品的著作权。而由 2020 年 11 月 11 日通过并发布的《关于修改〈中华人民共和国著作权法〉的决定》修正后的《著作权法》第 11 条规定：“著作权属于作者，本法另有规定的除外。”“创作作品的自然人是作者。”“由法人或者非法人组织主持，代表法人或者非法人组织意志创作，并由法人或者非法人组织承担责任的作品，法人或者非法人组织视为作者。”依据《著作权法》的上述规定，只有亲自创作作品的主体才享有著作权；未创作作品的主体，不享有应受保护的著作权。《刑法》第 217 条所提及的“假冒他人署名的美术作品”，既然不涉及“他人”创作的问题，就当然不会涉及“他人”对假冒其署名的美术作品享有

① 参见［日］松宫孝明：《刑法总论讲义》（第 4 版补正版），钱叶六译，中国人民大学出版社 2013 年版，第 81 页。
② 马春晓：《法秩序统一性原理与行政犯的不法判断》，载《华东政法大学学报》2022 年第 2 期。

著作权的问题。也就是说，根据《著作权法》的规定，被假冒署名美术作品的著作权不应由被假冒署名的“他人”享有，但《刑法》却默认被署名者享有被署其名的美术作品的著作权。这样，就出现了在《著作权法》上不存在保护可能的美术作品被纳入《刑法》保护范围的现象。之所以造成这种矛盾现象，是由于立法机关在设定《刑法》著作权的保护范围时没有顾及作为前置法的《著作权法》的规定造成的。著作权是侵犯著作权罪保护法益的组成部分。侵犯著作权行为的缺失会导致侵犯著作权罪构成要件的崩塌。所以，“制作、出售假冒他人署名的美术作品”的行为被规定为犯罪，并不妥当。有学者指出，如果发现刑法分则规定了不以保护法益为目的的犯罪，立法机关应尽快修改刑法，删除这类条文。[①] 据此，“制作、出售假冒他人署名的美术作品的”这一规定应予以废除。

再如《著作权法》规定的合理使用制度，2020 年 11 月 11 日修订后的《著作权法》第 24 条增加了第 13 项“法律、行政法规规定的其他情形”作为兜底条款；对原第 9 项关于“免费表演”的规定新增了“不以营利为目的”的限制；对所有合理使用的情形增加了“不得影响该作品的正常使用”的限制。由此，修订后的《著作权法》规定的合理使用范围的情形可谓既有扩充，也有限缩。合理使用制度的上述变动必然对侵犯著作权罪的处罚范围产生一定的影响。不违反作为前置法的《著作权法》的行为必然不违背《刑法》，只有违反作为前置法的《著作权法》的行为才有可能进入侵犯著作权罪的处罚范围。《著作权法》中关于合理使用范围的规定相当于侵犯著作权罪出罪事由的规定。这样，符合《著作权法》中关于合理使用范围规定的情形就不涉及构成侵犯著作权罪的问题。对此，有学者指出：“违法性判断在不同法领域可能有些差异，但是法秩序统一性原理应当坚持。对侵犯知识产权犯罪的认定有一个前提，即知识产权法认定为违法行为的才有可能构成犯罪。通俗地说，一个权利人如果在民事上打不赢官司的话，就不可以认定对方构成侵犯知识产权犯罪。法秩序统一性原理要求每个刑事司法者对侵犯知识产权犯罪的处理要坚持谦抑性，只有知识产权法认定为侵权，且达到相对比较严重的程度，才有可能认定为犯罪。”[②]

在此，尤其应当注意的是《著作权法》第 24 条增加的第 13 项“法律、行政法规规定的其他情形”这一兜底条款对侵犯著作权罪处罚范围的影响。由于该兜底条款实际上对合理使用的情形进行了扩张，所以，在《著作权法》增加该规定之前的一些构成侵犯著作权罪的情形，如果其符合该规定，在《著作权法》增加该规定之后，就不涉及构成侵犯著作权罪的问题。

对此，还可以假冒专利罪为例进一步说明。依据《刑法》第 216 条的规定，假冒专利罪，

① 参见张明楷：《刑法学》（上）（第六版），法律出版社 2021 年版，第 84 页。
② 贾阳：《侵犯知识产权犯罪认定仍有难点》，载《法治日报》2014 年 12 月 19 日，第 3 版。

是指违反国家专利法规，假冒他人专利，情节严重的行为。假冒专利罪的法益显然是国家对专利权的管理秩序和专利权。自 2004 年 12 月 22 日起施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》) 第 10 条对《刑法》第 216 条规定的“假冒他人专利”的行为进行了界定，该条第 4 项将“伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或专利申请文件的”纳入“假冒他人专利”行为的范围。但是，依据 2020 年 10 月 17 日通过的《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》第 4 次修正后的《专利法》第 26 条、第 28 条、第 39 条、第 40 条的规定，专利文件、专利申请文件与专利证书并不是同一种文件。[①] 专利文件和专利申请文件是行为人为取得专利权而向国务院专利行政部门提出的文件，专利证书是国务院专利行政部门授予行为人专利权的文件。也就是说，专利文件与专利申请文件并不代表行为人享有专利权，而专利证书是行为人享有专利权的证明。这样，依据假冒专利罪的前置法 ——《专利法》的上述规定，就《解释》第 10 条第 4 项规定的“伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或专利申请文件的”而言，唯有伪造或变造他人专利证书的情形是假冒他人专利的行为，而伪造或变造他人专利文件、专利申请文件的行为则并不是假冒他人专利的行为。《解释》将“伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或专利申请文件”都视为假冒他人专利的行为，显然是因为在解释《刑法》第 217 条规定的“假冒他人专利”时没有顾及《专利法》的规定，导致在《专利法》上不存在保护可能的专利文件、专利申请文件被纳入《刑法》的保护范围。

总之，根据法秩序统一性原理，法定犯的设定应关注前置法的保护需求；对于前置法中没有保护必要性的情形，在《刑法》中当然也不具备处罚的必要性。虽然刑法与民法、行政法等前置法分属于不同的法域，但是刑法应维持与其他法域整体法秩序所追求的统一目的，[②] 否则，《刑法》就会陷入被孤立的僵局，无法与其他法之间实现有效衔接。《刑法》的保障法地位意味着只有在前置法穷尽其处罚措施的情况下才能动用刑罚。既然对前置法保护范围之外的情形并不具有动用前置法进行处罚的必要性，穷尽前置法的处罚自然就无从谈起，那么，《刑法》的介入自然也就失去了必要性。

（二）前置法制约刑法的解释

体系解释是刑法解释的重要方法。“一般来说，体系解释，是指根据刑法条文在

①《专利法》第 26 条规定，申请发明或者实用新型专利的，应当提交请求书、说明书及其摘要和权利要求书等文件。第 28 条规定，国务院专利行政部门收到专利申请文件之日为申请日。第 39 条规定，发明专利申请经实质审查没有发现驳回理由的，由国务院专利行政部门作出授予发明专利权的决定，发给发明专利证书，同时予以登记和公告。发明专利权自公告之日起生效。第 40 条规定，实用新型和外观设计专利申请经初步审查没有发现驳回理由的，由国务院专利行政部门作出授予实用新型专利权或者外观设计专利权的决定，发给相应的专利证书，同时予以登记和公告。实用新型专利权和外观设计专利权自公告之日起生效。

② 参见王昭武：《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》，载《中外法学》2015 年第 1 期。

整个刑法中的地位，联系相关法条的含义，阐明其规范意旨的解释方法。”[①] 对《刑法》中法定犯规定的解释，实际上不可能脱离前置法的规定。法定犯具有“二次违法性”，其在违反前置法相关规定的同时也违反《刑法》的相关规定。基于此，在我国《刑法》关于法定犯的规定中，大量使用了“违反前置法规定”这一类空白罪状的表述。[②] 所以，司法人员需要借助体系解释的方法，援引前置法的具体规定对法定犯作出正确解释。[③] 如依据《刑法修正案（十一）》修正后的《刑法》第330条的规定，构成妨害传染病防治罪，以行为“违反传染病防治法”的规定为前提，且“甲类传染病的范围，依照《中华人民共和国传染病防治法》和国务院有关规定确定”。再如，2009年2月28日全国人大常委会通过的《刑法修正案（七）》修订后的《刑法》第253条之一所规定的“侵犯公民个人信息罪”以“违反国家有关规定”为前提。从时间上说，这里的“国家有关规定”似乎只能是《刑法》第253条之一修订之前通过的“国家有关规定”。而从体系解释的角度看，当然不能将2021年8月20日全国人大常委会通过的《个人信息保护法》中的相关规定排除在“国家有关规定”的范围之外，尽管该法中的相关规定颁行于《刑法》第253条之一修订之后。对此，有学者指出，我国关于公民个人信息的法律体系遵循了一条“刑先民后”的保护路径，而随着《个人信息保护法》的生效实施，关于公民个人信息保护的基础性法律体系已完整建立起来。在此背景下，应当遵循法秩序统一原理，对侵犯公民个人信息罪进行规制调适，恢复民法、行政法、刑法的应然规范位置。《个人信息保护法》是主干法律，构建了个人信息保护的基本法秩序，《刑法》应当努力趋近《个人信息保护法》。[④]

在此，还可以《刑法修正案（十一）》中关于生产、销售、提供假药罪和生产、销售、提供劣药罪中“假药”“劣药”范围规定的变动进行说明。《刑法修正案（十一）》第5条、第6条分别删除了《刑法》原第141条第2款、第142条第2款关于假药、劣药范围的规定。[⑤] 由此，可能有人认为，在《刑法修正案（十一）》颁行之后，对于生产、销售、提供假药罪和生产、销售、提供劣药罪中“假药”“劣药”范围的判定，可以脱离《药品管理法》中关于假药、劣药范围的规定而另起

① 张明楷：《刑法学》（上）（第六版），法律出版社2021年版，第43页。

② 我国学者指出，《刑法》条文未规定的“违反国家规定”，是行政犯的不成文的构成要件要素。参见刘艳红、周佑勇：《行政刑法的一般理论》（第二版），北京大学出版社2020年版，第162–184页。

③ 我国学者在论述行政犯的成立是否需要援引前置的行政法规范问题时指出，刑法条文未规定的“违反国家规定”这一行政犯的不成文的构成要件要素具有重要的指引功能，即指引司法者在认定行政犯时要援引对应的行政法规范，只有违反前置的行政法规范的行为才可能被作为犯罪处理。参见刘艳红、周佑勇：《行政刑法的一般理论》（第二版），北京大学出版社2020年版，第162–184页。

④ 参见李怀胜：《侵犯公民个人信息罪的刑法调适思路——以〈公民个人信息保护法〉为背景》，载《中国政法大学学报》2022年第1期。

⑤《刑法》原第141条第2款规定：“本条所称假药，是指按照《中华人民共和国药品管理法》的规定属于假药和按假药处理的药品、非药品。”原第142条第2款规定：“本条所称劣药，是指按照《中华人民共和国药品管理法》的规定属于劣药的药品。”

炉灶。实际上，在《刑法修正案（十一）》颁行之前，确有意见提出，删除假药、劣药依照《药品管理法》认定的规定，会产生假药认定有行政处罚、刑事处罚两种不同认定标准的认识误解，故建议保留原第 2 款规定。但也有意见认为，《刑法》中关于认定依据指引到具体法律的规定不多，限于《刑法》第 186 条违法发放贷款罪关系人的范围、《刑法》第 219 条侵犯商业秘密罪中商业秘密的认定、《刑法》第 330 条甲类传染病的范围等。考虑到《刑法修正案（十一）》删去了《刑法》第 219 条第 3 款依照《反不正当竞争法》确定商业秘密定义的具体指引性规定，且行政法律、法规根据实践需要对有关规定修改完善较为频繁，其中有的法律法规对具体问题定性作出实质的修改。基于技术上的考虑和需与有关法律做好衔接，可以不在《刑法》中规定依照相关法律确定具体问题。关于假药、劣药的范围，实践中可以继续依照《药品管理法》的具体规定加以确定。[①] 由此看来，《刑法修正案（十一）》将《刑法》原第 141 条第 2 款关于“假药”范围的规定、原第 142 条第 2 款关于“劣药”范围的规定予以废除，并不意味着《刑法修正案（十一）》颁行后对“假药”“劣药”范围的解释就可以切断与前置法《药品管理法》中关于“假药”“劣药”规定的联系。

综上所述，对于法定犯构成要件要素的解释，基于对其“二次违法性”的考虑，不可能脱离前置法的相关规定。这也是体系解释的要求。

（三）前置法制约刑法的保护方式

《刑法》对其他法律有保障性；其他法律调整的社会关系，最终都可能依赖于《刑法》的保护。例如，如果《刑法》没有规定虚开增值税专用发票罪，税法就难以得到彻底实施。再如，如果《刑法》没有规定重婚罪，《婚姻法》的实施就没有彻底保障。而且，前置法具体内容的修正较为灵活，前置法所保护的社会关系随前置法具体内容的变动而频繁调整。该调整使新的值得动用前置法保护的社会关系有存在的可能。新增的被前置法保护的社会关系，根据《刑法》的保障性，《刑法》也应将其纳入保护的范围。这样，从《刑法》与前置法紧密衔接的角度来看，前置法对社会关系的保护方式就一定程度上影响着《刑法》对社会关系的保护方式。

在此，可以《刑法修正案（十一）》新增的妨害药品管理罪进行说明。《刑法修正案（十一）》颁布后，妨害药品管理罪被规定在《刑法》第 142 条之一 [②] 中。妨害

① 参见王爱立主编：《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2021 年版，第 476、480 页。

②《刑法》第 142 条之一规定：“违反药品管理法规，有下列情形之一，足以严重危害人体健康的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；对人体健康造成严重危害或者有其他严重情节的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：（一）生产、销售国务院药品监督管理部门禁止使用的药品的；（二）未取得药品相关批准证明文件生产、进口药品或者明知是上述药品而销售的；（三）药品申请注册中提供虚假的证明、数据、资料、样品或者采取其他欺骗手段的；（四）编造生产、检验记录的。”

药品管理罪的法益是药品管理秩序。《刑法》之所以设立专门条款凸显对药品管理秩序的保护，是因为2019年8月26日修订的《药品管理法》在第124条规定了七种应受处罚的破坏药品管理秩序的行为[①]。修订后的《药品管理法》将应受行政处罚的行为涉及的药品划分成两类：一类是与人的生命、健康安全相关联的药品即假药、劣药，一类是破坏药品管理秩序的药品。为与《药品管理法》对药品管理秩序的保护相衔接，确保《药品管理法》的充分实施，立法者在生产、销售、提供假药罪和生产、销售、提供劣药罪之外增设了妨害药品管理罪。前者中的药品对应于修订后的《药品管理法》所规定的与人的生命、健康安全相关联的药品即假药、劣药，[②]后者中的药品对应于修订后的《药品管理法》所规定的破坏药品管理秩序的药品。这样，《刑法》对药品犯罪的规制方式就与修订后的《药品管理法》对药品的规制方式保持了呼应关系。

从立法完善的角度看，妨害药品管理罪中的“足以严重危害人体健康的”这一罪状描述应修改为“情节严重的”。“严重危害人体健康”的罪状描述容易引起妨害药品管理罪保护的法益是人的生命、健康安全的误解。实际上，修订后的《药品管理法》将应受行政处罚的行为所涉及的药品划分成与人的生命、健康安全相关联的药品即假药、劣药和破坏药品管理秩序的药品两大类。在《刑法》中，对于前者，应由生产、销售、提供假药罪和生产、销售、提供劣药罪的规定加以规制；对于后者，则应由妨害药品管理罪的规定加以规制。“足以严重危害人体健康”的属于假药、劣药的范畴，应当属于生产、销售、提供假药罪或生产、销售、提供劣药罪规定的规制范围，不再属于妨害药品管理罪规定的规制范围。当然，笔者注意到，《刑法修正案（十一）》新增的《刑法》第142条之一第2款规定：“有前款行为，同时又构成本法第一百四十一条、第一百四十二条规定之罪或者其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”这意味着，在妨害药品管理的行为既符合《刑法》第142条之一关于妨害药品管理罪的规定，也符合《刑法》第141条、第142条关于生产、销售、提供假药罪、生产、销售、提供劣药罪规定的情况下，应当择一重罪处断。由于妨害药品管理罪的法定刑轻于相应情

①《药品管理法》第124条规定的七种应受处罚的破坏药品管理秩序的行为包括：未取得药品批准证明文件生产、进口药品的；使用采取欺骗手段取得的药品批准证明文件生产、进口药品的；使用未经审评审批的原料药生产药品的；应当检验而未经检验即销售药品的；生产、销售国务院药品监督管理部门禁止使用的药品的；编造生产、检验记录的；未经批准在药品生产过程中进行重大变更的。

② 2022年3月3日公布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第18条第1款规定：“根据民间传统配方私自加工药品或者销售上述药品，数量不大，且未造成他人伤害后果或者延误诊治的，或者不以营利为目的实施带有自救、互助性质的生产、进口、销售药品的行为，不应当认定为犯罪。”这里的“犯罪”，包括生产、销售、提供假药罪和生产、销售、提供劣药罪。这彰显出对人体健康具有正向价值的药品不属于生产、销售、提供假药罪和生产、销售、提供劣药罪中的药品的精神。

形的生产、销售、提供假药罪、生产、销售、提供劣药罪的法定刑[①]，这里的“择一重罪处断”，实际上就是依据生产、销售、提供假药罪、生产、销售、提供劣药罪的规定定罪处罚。《刑法修正案（十一）》中之所以出现上述关于竞合犯的处罚规定，是由于立法者在设定妨害药品管理罪中药品的范围时，在“破坏药品管理秩序”的限定之外，通过“足以严重危害人体健康的”这一罪状描述，附加了“与人的生命、健康安全相关联”这一限制。这样，就使得妨害药品管理罪中药品的范围仅限于破坏药品管理秩序且与人的生命、健康安全相关联的假药、劣药。由此，就不合理地限缩了妨害药品管理罪的处罚范围，且使得《刑法》对药品犯罪的规制方式没有与修订后的《药品管理法》对药品的规制方式保持恰当的呼应关系。这也会造成对实践中大量类似于电影《我不是药神》所反映的情形的案件在《刑法修正案（十一）》中难以以妨害药品管理罪或生产、销售、提供假药罪、生产、销售、提供劣药罪的规定予以定罪处罚。在电影《我不是药神》所反映的情形中，涉案药品属于未取得药品批准文件进口的药品，理应是破坏药品管理秩序的行为涉及的药品，因而理当属于妨害药品管理罪的规制范畴。但这些药品往往质量合格且有治疗效果，由此并不涉及妨害药品管理罪的成立所必须具备的“足以严重危害人体健康”的问题，因此，对电影《我不是药神》所反映的情形，在《刑法修正案（十一）》颁行后，就既无法以妨害药品管理罪的规定进行评价，也无法以生产、销售、提供假药罪、生产、销售、提供劣药罪的规定予以评价。而一旦将妨害药品管理罪中的“足以严重危害人体健康的”这一罪状描述修改为“情节严重的”，就会使得妨害药品管理罪中的药品被合理地限定为“破坏药品管理秩序”的药品。这不仅可以合理扩张妨害药品管理罪的处罚范围，而且使得《刑法》对药品犯罪的规制方式与修订后的《药品管理法》对药品的规制方式建立起恰当的呼应关系。此外，对类似于电影《我不是药神》所反映的仅仅破坏药品管理秩序的情形也能够以妨害药品管理罪的规定进行妥善处理。这样，《刑法》中关于妨害药品管理罪和生产、销售、提供假药罪、生产、销售、提供劣药罪的规定就可以恰当地各司其职，即前者承担对涉及破坏药品管理秩序药品行为的规制机能，后者承担对涉及假药、劣药行为的规制机能。

综上所述，基于《刑法》与前置法紧密衔接的考虑，对于法定犯保护社会关系的方式，不可能脱离前置法对社会关系的保护方式独立地加以确定。这可谓是刑法保障性的要求。

---

①《刑法》第 142 条之一所规定的妨害药品管理罪基本犯的法定刑幅度为“三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金”，加重犯的法定刑幅度为“三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金”；第 141 条所规定的生产、销售、提供假药罪的基本犯的法定刑幅度为“三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”，加重犯的法定刑幅度为“三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”以及“十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产”；第 142 条所规定的生产、销售、提供劣药罪基本犯的法定刑幅度为“三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”，加重犯的法定刑幅度为“十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产”。

二、法定犯刑事违法性判断的相对独立性：立法目的的非同一性原理

德国法学家鲁道夫·冯·耶林曾指出，目的是全部法律的创造者。每条法律规则的产生都源于一种目的，即一种实际的动机。[①] 这是耶林对立法目的非同一性原理的揭示。我国《刑法》的立法目的是保护法益。以民法、行政法为代表的前置法的立法目的分别是保护平等主体之间的人身关系、财产关系与维护国家行政管理秩序。《刑法》与前置法的立法目的并不完全相同。虽然法秩序统一性原理表明前置法对《刑法》具有制约作用，但该种制约不能使法定犯的成立唯前置法马首是瞻，否则就是变相地将《刑法》的立法目的等同于前置法的立法目的。实际上，就法定犯的成立而言，在违反前置法的前提下，应以是否侵犯法益为标准进行独立判断。违反前置法是法定犯成立的前提，但唯有违反前置法的行为侵犯了《刑法》所保护的法益，才可能成立法定犯。对此，有学者指出："即便前置法规范与刑法规范存在完全相同的表述，也不意味着所有符合罪状描述的行为类型均具有实质的法益侵害性以及应受刑罚处罚性，此时便有必要基于刑法规范目的的独立性判断将未妨碍此目的实现的行为类型排除在犯罪之外。"[②]"刑法违法性判断的结论可能和前置法相同，但这不是由前置法对刑法的决定性所导致的，而是因为前置法的规定和刑法试图保护的法益或者规范目的碰巧一致。即便在这样的场合，决定违法性的也不是前置法，而是前置法背后试图维护的法秩序。"[③] 以下结合具体犯罪的处罚范围的限缩问题对此展开讨论。

（一）虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪处罚范围的限缩

刑法解释应以贯彻立法目的为根本任务。当出现不同的解释论时，最终起决定性作用的是（没有超过法条文字可能具有的含义的）目的论解释。[④] 因此，就法定犯的成立而言，应当根据《刑法》的立法目的进行独立判断。

2013 年 12 月 28 日全国人大常委会通过的《关于修改〈中华人民共和国海洋环境保护法〉等七部法律的决定》对根据 2004 年 8 月 28 日第十届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议《关于修改〈中华人民共和国公司法〉的决定》第二次修正后的《公司法》再次进行了修正。此次《公司法》修正的目的是鼓励创业、激发经济活力，倒逼政府改革行政管理方式。在公司法资本制度全球化改革的背景下，资本确定、资本公示等有限责任公司制度的基础性理念不仅不保护债权人利益且管制色彩薄弱。虽然

① 参见［美］E. 博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 1999 年版，第 109 页。
② 王思维：《论刑法的体系解释》，华东政法大学 2021 年博士学位论文。
③ 周光权：《质疑"前置法定性刑事法定量"的观点》，载《法治日报》2021 年 4 月 14 日，第 9 版。
④ 参见张明楷：《刑法学》（上）（第六版），法律出版社 2021 年版，第 26 页。

在域外资本确定、资本公示等并不是传统法定资本制中的诟病对象，但结合我国计划经济的历史背景，传统经济体制给它们打上浓厚的管制烙印，直接影响公司设立的效率，故成为我国资本制度改革的切入点。[①]2013 年 12 月 28 日修订后的《公司法》第 26 条、第 80 条[②]将公司区分为实行注册资本认缴制的公司与实行注册资本实缴制的公司。而在《公司法》修订前，我国公司均是实行注册资本实缴制的公司。

我国《公司法》内容的上述变动是否会对 1997 年《刑法》第 158 条规定的虚报注册资本罪和第 159 条规定的虚假出资、抽逃出资罪的处罚范围产生重要影响？在《公司法》修订之前，根据体系解释的解释方法，虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪的主体是根据《公司法》成立的公司，即实行注册资本实缴制的公司。而《公司法》修改之后，根据体系解释方法，虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪的主体理应仍是依据《公司法》成立的公司，即注册资本实缴制的公司和注册资本认缴制的公司。但 2014 年 4 月 24 日全国人大常委会颁布的立法解释规定：《刑法》第 158 条、第 159 条的规定只适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司。

立法解释之所以如此规定，是因为《刑法》关于虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪的规定都是为了维护我国公司资本管理制度，这不同于《公司法》修订中所追求的转变政府行政管理方式的立法目的。侵犯我国公司资本管理制度的主体往往被限定为实行注册资本实缴制的公司。因此，立法解释排除了对注册资本认缴制的公司适用《刑法》第 158 条、第 159 条规定的可能。

《刑法》第 158 条规定的虚报注册资本罪的法益是公司实缴资本管理秩序。实行注册资本认缴制的公司一般是以营利、商业经营活动为目的，依据《公司法》成立的公司。由于《公司法》规定该类公司按认缴的资本额缴足资金即可，不必经行政机关核实实缴资本。所以，行政机关不再有核实此类公司实缴资本的义务，实缴资本的行政管理秩序这一法益由此就不复存在。这样，实行注册资本认缴制的公司就不能成为虚报注册资本罪的主体。实行注册资本实缴制的公司一般是由政府全额出资，依据国家专门法律法规成立的公司，如银行业金融机构、证券公司、保险公司等。实缴资本是此类公司资本实力与责任能力的体现。所以，《公司法》保留了该类公司资本由行政机关予以登记的规定，行政机关仍然有核实此类公司实缴资本的义务，实缴资本的

① 参见刘燕：《公司法资本制度改革的逻辑与路径——基于商业实践视角的观察》，载《法学研究》2014 年第 5 期。

② 2013 年 12 月 28 日修订的《公司法》第 26 条规定：“有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。”“法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。”第 80 条规定：“股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。”“股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。”“法律、行政法规以及国务院决定对股份有限公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。”

行政管理秩序这一法益仍然存在。这样，注册资本实缴制的公司就属于虚报注册资本罪的主体。同理，《刑法》第159条规定的虚假出资、抽逃出资罪的法益是公司出资管理秩序。就实行注册资本认缴制的公司而言，此类公司凭认缴的出资额缴足资金即可。对债权人来说，股东承担出资法律责任的前提是“认缴出资”而非“实缴出资”。因此，只要股东认缴了出资，何时缴纳是无关紧要的，只要公司能够清偿债务即可。若因股东未缴纳出资或未足额缴纳出资导致公司出资不能，债权人或清算管理人可以进而主张相关股东按其认缴承诺补足缺口，无论其出资期限是否届期。[①] 也就是说，实行注册资本认缴制的公司虚假出资、抽逃出资的，除应当按照公司章程规定向公司足额缴纳出资外，还应当依法承担相应的违约责任等，对此可由其他股东依法主张权利，可以不再依照虚假出资、抽逃出资罪的规定追究刑事责任。[②] 就实行注册资本实缴制的公司而言，基于这些公司本身就具备特殊性，一旦发生虚假出资、抽逃出资的情形，就会引起投资相对人的信任危机，甚至影响整体市场安全的运作机制。这具有严重的社会危害性，有必要通过刑罚手段对此类公司实施的虚假出资、抽逃出资行为进行惩治。这样，便只有实行注册资本实缴制的公司能够成为虚假出资、抽逃出资罪的主体。

《公司法》的修订引起虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪的处罚范围的限缩，这是目的解释的应有之义，充分体现了法定犯刑事违法性判断的独立性。

（二）醉驾型危险驾驶罪处罚范围的限缩

储槐植教授指出，刑法已经步入了法定犯时代。[③] 在犯罪圈扩张的背景下，以法益为标准合理限制入罪的范围，有助于维护我国法律体系对危害行为采取的二元制制裁模式。

在二元制制裁模式下，某一危害行为依据其危害程度的不同而分别被纳入《刑法》和行政法的制裁范围。具体而言，危害程度较大、达到刑事可罚程度的危害行为由《刑法》予以规制，危害程度较小、未达到刑事可罚程度的危害行为由行政法加以规制。为实现这种目标，我国《刑法》对犯罪的成立采取了“立法定性 + 立法定量”的模式。这样，符合“立法定性 + 立法定量”要求的危害行为就属于犯罪行为，不符合立法定量要求而仅符合立法定性的行为就属于行政违法行为。而醉驾型危险驾驶罪的设立则突破了我国法律体系对危害行为采取的二元制制裁模式。

2011年2月25日全国人大常委会通过的《刑法修正案（八）》将“醉酒驾驶机动车”

① 参见刘燕：《公司法资本制度改革的逻辑与路径——基于商业实践视角的观察》，载《法学研究》2014年第5期。

② 参见王爱立主编：《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社2021年版，第536页。

③ 参见储槐植：《正视法定犯时代的到来》，载《检察日报》2007年6月1日，第3版。

（以下称醉驾）的行为纳入《刑法》的处罚范围。2011 年 4 月 22 日经第十一届全国人大常委会第二十次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国道路交通安全法〉的决定》第二次修正的《道路交通安全法》第 91 条则并未为醉驾行为保留拘留、罚款的行政处罚规定，而是规定要“依法追究刑事责任”。这样，从醉驾型危险驾驶罪的前置法——《道路交通安全法》第 91 条规定的角度来看，《刑法修正案（八）》施行后，对于醉驾行为，就应当一律追究刑事责任，而并不存在适用拘留、罚款等行政处罚的余地。但是，从法定犯刑事违法性独立判断的角度不能接受这样的观点。

《道路交通安全法》的立法目的是维护高效的公共交通秩序，而危险驾驶罪的立法目的则是维护公共道路交通领域内的公共安全。从司法实践的情况来看，醉驾行为均属于破坏交通秩序的行为，但就其是否属于危害公共道路交通领域内的公共安全的行为而言，则需要结合具体情况进行具体判断。这样，具有行政违法性的醉驾行为就不一定具有刑事违法性。比如，在醉酒状态下驾驶机动车以 65km/h 在限速 60km/h 的空无一人的荒郊野岭行驶的，因其违反《道路交通安全法》的规定而应被认定为是行政违法行为，但因不可能侵犯公共道路交通领域内的公共安全而不应认定为属于具备刑事违法性的醉驾行为，不构成危险驾驶罪。

我国《刑法》对犯罪的成立采取的是“立法定性 + 立法定量”模式。《刑法》总则第 13 条的但书规定（但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪）是《刑法》总则中“立法定量”的依据，其对《刑法》分则发挥着指导作用。以罪状描述为标准，分则中的具体犯罪可以分成两类：一类是基本犯的罪状明确规定了情节、数额、危害结果等定量因素的具体犯罪，另一类是基本犯的罪状未明确规定定量因素的具体犯罪。前者在罪状描述中直观反映了“立法定量”的要求。只要行为符合情节、数额、危害结果等定量因素的要求，那么，就不属于“情节显著轻微，危害不大”的情形。后者虽然在罪状描述中未直观反映“立法定量”的要求，但并不意味犯罪的成立不受《刑法》第 13 条但书规定的约束。在此，《刑法》第 13 条但书规定直接发挥了“立法定量”的功能，罪状仅具有“立法定性”的形式判断功能。醉驾型危险驾驶罪属于罪状未明确规定定量因素的犯罪。因此，对于醉驾行为，应通过结合《刑法》第 13 条但书规定，实质地判断其社会危害性。但在处理醉驾案件的司法实践中，仅考虑醉驾犯罪罪状要求的机械司法现象却大量存在，如醉酒后在停车场内短距离挪车、开车出车库寻找代驾等行为在很多地方基层法院均被判处刑罚，这不符合《刑法》第 13 条但书规定的精神。

实际上，不具备刑事违法性的醉驾行为不代表其脱离了法律整体评价范畴。依照当然解释规则，血液酒精含量达到 80mg/100ml 以上的醉驾行为当然属于血液酒精含量达到 20mg /100ml 以上的酒驾行为。因此，从行政处罚与刑罚处罚相衔接的角度看，对于因情节显著轻微危害不大不作为犯罪处理因而不能给予刑罚处罚的醉驾案件，当

然可以适用《道路交通安全法》第91条中关于酒驾案件行政处罚的规定给予处理。[①]

（三）非法持有枪支罪处罚范围的限缩

《刑法》第128条规定的非法持有枪支罪，是指违反枪支管理规定，非法持有枪支的行为。这里的“枪支管理规定”，当然包括全国人大常委会颁布的《枪支管理法》的相关规定。但《枪支管理法》第46条[②]未对枪支规定详细的认定标准，特别是其中的“足以致人伤亡或丧失知觉”的描述缺乏实质参考价值。公安部2010年发布的《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》将枪支认定标准确定为“发射弹丸的枪口比动能大于、等于1.8焦耳/平方厘米”，[③]与2007年我国之前采取“射击干燥松木板法”而适用的枪口比动能16焦耳/平方厘米的标准相比，新的枪支认定标准大幅度降低。这样一来，无论是玩具枪支还是非玩具枪支，但凡枪口比动能大于、等于1.8焦耳/平方厘米的，均属于违反“枪支管理规定”的枪支。问题在于，枪口比动能大于、等于1.8焦耳/平方厘米的枪支认定标准过低。国外枪迷通过做实验发现，射击者站在被试者几米开外，用装有普通的玩具子弹、枪口比动能为1.8焦耳/平方厘米的枪支击打被试者的肚皮。在子弹击中肚皮时，在周围产生了一种类似水波纹的状态，随后子弹便被肚皮弹开。过了一小段时间后，肚皮开始留下了两个小红点，摸着还有点微微的刺痛感。[④]这样低危险性的枪支显然不具备危害公共安全的可能性，因而不能成为非法持有枪支罪中的枪支。

法律概念在法秩序中经常不具有绝对固定、一成不变的含义，而总是要根据具体法律规定的目的、意义和体系地位对之进行解释。[⑤]因此，在不损害法律安定性和明确性的前提下，《刑法》可以基于法益保护目的独立地对“枪支”进行解释。考虑到枪支案件情况复杂，在追究行为人的刑事责任时，司法机关应当采取慎重态度，避免案件的处理违背社会公众认知。一方面，非法持有枪支罪是危害公共安全的犯罪，对“公共”应理解为不特定或者多数人。也就是说，刑法意义上的枪支应当具有危及不特定或者多数人生命、健康安全的可能性。就枪支杀伤力而言，并非所有发射弹丸的枪口比动能大于、等于1.8焦耳/平方厘米的枪支都具有危及不特定或者多数人生命、健康安全的危险。对于发射弹丸的枪口比动能大于、等于1.8焦耳/平方厘米的枪支，

① 参见王志祥：《醉驾犯罪司法争议问题新论——浙江最新醉驾司法文件六大变化述评》，载《河北法学》2020年第3期。

② 《枪支管理法》第46条规定：“本法所称枪支，是指以火药或者压缩气体等为动力，利用管状器具发射金属弹丸或者其他物质，足以致人伤亡或者丧失知觉的各种枪支。”

③ 依据《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》的规定，“对不能发射制式弹药的非制式枪支，按照《枪支致伤力的法庭科学鉴定判据》（GA/T718–2007）的规定，当所发射弹丸的枪口比动能大于等于1.8焦耳/平方厘米时，一律认定为枪支”。

④ 参见《你们经常调侃的1.8焦耳，看看就知道威力有多大！》，载搜狐网2019年5月17日，https://www.sohu.com/a/314632055_120099907。

⑤ 参见王钢：《非法持有枪支罪的司法认定》，载《中国法学》2017年第4期。

应交由司法机关委托专门鉴定机构进行杀伤力鉴定，以确定是否具备实质上的危害公共安全的可能。另一方面，非法持有枪支罪是故意犯罪，在司法认定时应当综合考察行为人对持有枪支的主观恶性。换句话说，不能根据行为人持有枪支的事实倒推行为人具备对枪支危险性的主观认知。实际上，公安部对《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》未做广泛宣传。对于大多数普通公民而言，1.8 焦耳 / 平方厘米的认定标准仍然属于抽象概念。天津赵春华非法持有枪支一案便是如此。赵春华基于生计摆摊打气球。根据反证，这些枪支有时连气球都打不破。赵春华每月需向市场管理人员缴纳 400 元管理费。从普通公众视角来看，在政府监督之下的摆打气球地摊很难有刑事违法性，赵春华对摆摊枪支不具有危险性认知和致人伤亡的主观恶性。

2018 年 8 月 17 日最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅球刑事案件定罪量刑问题的批复》（以下称《批复》）[①] 对涉以压缩气体为动力的枪支的司法认定作出了回应。据此，“刑事司法对于枪支的界定，从最开始完全与行政管理标准一致，逐步转变为要综合考虑各种情节乃至社会生活事实、社会的一般观念、人民的生活需求等对枪支的致伤力作实质判断”[②]。《批复》的规定体现了对涉以压缩气体为动力的枪支的法定犯案件的刑事违法性依据法益进行相对独立判断的理念。

（四）高空抛物罪处罚范围的限缩

2020 年 5 月 28 日第十三届全国人民代表大会第三次会议通过的《民法典》第 1254 条将“从建筑物中抛掷物品”的行为规定为侵权行为。[③] 而 2020 年 12 月 26 日全国人大常委会通过的《刑法修正案（十一）》则将高空抛物罪所涉及的“从建筑物或者其他高空抛掷物品，情节严重的”情形规定在《刑法》分则第六章“妨害社会管理秩序罪”之下的“扰乱公共秩序罪”一节的第 191 条之二。在此，涉及《刑法》所规定的高空抛物罪中的物品与《民法典》所规定的高空抛物这一侵权行为中的物品的范围的界定问题，这对高空抛物罪处罚范围的限缩有重大影响。

《民法典》对高空抛物行为加以规制，系立足于维护公民的人身、财产安全的立场。因此，在界定《民法典》所规定的高空抛物这一侵权行为所涉及物品的范围时，就不能脱离物品与公民的人身、财产安全相关联的属性。我国刑法学者在界定《刑法》规

①《批复》规定：“对于非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、持有、私藏、走私以压缩气体为动力且枪口比动能较低的枪支的行为，在决定是否追究刑事责任以及如何裁量刑罚时，不仅应当考虑涉案枪支的数量，而且应当充分考虑涉案枪支的外观、材质、发射物、购买场所和渠道、价格、用途、致伤力大小、是否易于通过改制提升致伤力，以及行为人的主观认知、动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节，综合评估社会危害性，坚持主客观相统一，确保罪责刑相适应。”

② 王勇：《法秩序统一视野下行政法对刑法适用的制约》，载《中国刑事法杂志》2022 年第 1 期。

③《民法典》第 1254 条第 1 款规定，禁止从建筑物中抛掷物品。从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的，由侵权人依法承担侵权责任。

定的高空抛物罪所涉及物品的范围时，普遍地将其与人身法益或财产法益相关联，这反映出其受到了《民法典》规制高空抛物行为系立足于保护公民的人身、财产法益的立场的影响。如有学者认为,对于《刑法》中的“具有致险危险的高空抛物危害行为”，应当限定为“高层结构中公众出入的时段与区域”“利用高差抛掷致险器物”“禁止实施抛掷物品致使人身、财产遭受损害危险行为规范的违反”三个方面。据此，如果抛掷被当然排除在致险器物之外的诸如毛巾、衣服、纸张等器物，或者粪便、厨余垃圾等弃物，虽然会受到道德谴责，也可能承担相应的民事责任，但并不符合“禁止实施抛掷物品致使人身、财产遭受损害危险行为”的规范范围。[①] 有学者主张，行为人所抛掷之物对他人人身、财产安全具有伤亡、毁坏的抽象危险，造成公众产生不安全感或者畏惧感，即应认定成立高空抛物罪。[②] 有学者指出:“如果说高空抛物罪是情节犯，那么人身法益或财产法益等才是高空抛物罪最终值得保护的法益，尽管高空抛物行为对人身法益或财产法益的损害还只是一种具体的、现实的危险。”[③] 但是，这几种观点并没有顾及《刑法》中的高空抛物罪的保护法益并非公民的人身权、财产权等人身、财产法益，而是公共秩序这一集体法益的事实。实际上,《刑法修正案（十一）》之所以最终将高空抛物罪规定在《刑法》分则第六章“妨害社会管理秩序罪”之下的“扰乱公共秩序罪”一节，其中的理由之一就是“设立高空抛物罪，目的是让人们意识到单纯的高空抛物行为，就是扰乱社会生活秩序的行为，不得实施，如果危及人身、财产安全，则构成人身、财产类犯罪”[④]。据此，在界定《刑法》规定的高空抛物罪所涉及物品的范围时，就不能脱离物品与公共秩序相关联的属性。这样，在抛掷被当然排除在致险器物之外的诸如毛巾、衣服、纸张等器物，或者粪便、厨余垃圾等弃物的场合，即使其不会造成对他人人身、财产的损害，但构成了对处在高处的人不得抛掷物品这一公共秩序规则的破坏。在达到情节严重程度的情况下，不能排除其具有刑事可罚性，应当以高空抛物罪论处。因此，就在高空抛掷不具有致使人身、财产遭受损害危险但能够扰乱公共秩序的物品的行为而言，其恰当的出罪路径并不在于认定所抛掷的物品不属于高空抛物罪的成立所要求具备的物品，而在于认定其行为并未达到“情节严重”的程度。由此，高空抛物罪的处罚范围也能够得以有效限缩。

立足公共秩序法益而不是人身、财产法益对高空抛物罪中的“物品”的范围进行解释，并不会造成有的学者所说的“危害轻的行为被认定为犯罪，重的行为则可能只需承担民事侵权责任”的悖论。该学者指出，从《民法典》第 1254 条第 1 款的规定

① 参见王飞跃 :《论抽象危险犯个罪裁判规范的续造》，载《中国法学》2022 年第 2 期。
② 参见林维 :《高空抛物罪的立法反思与教义适用》，载《法学》2021 年第 3 期。
③ 姜涛 :《高空抛物罪的刑法教义学分析》，载《江苏社会科学》2021 年第 5 期。
④ 王爱立主编 :《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2021 年版，第 1144 页。

可以看出，如果从高空抛物，造成他人损害的，需要承担侵权责任。而《刑法》规定的高空抛物罪的成立则不必然要求事实上造成他人损害，也就是说，只要实施了高空抛物行为就有可能被认定为构成犯罪。[①] 问题是，在高空抛物行为造成他人人身或财产损害的情况下，并非仅涉及民事责任的承担问题，而是既会涉及以高空抛物罪的规定追究刑事责任的问题，也会涉及以高空抛物罪以外的其他犯罪的规定追究刑事责任的问题。一方面，在高空抛物行为造成他人人身或财产损害的场合，如果该行为并未构成高空抛物罪以外的其他犯罪，就可以把行为造成他人人身或财产损害视为高空抛物行为达到“情节严重”程度的具体表现，进而认定其构成高空抛物罪。另一方面，由《刑法修正案（九）》增设的《刑法》第 191 条之二在第 1 款对高空抛物罪作出规定之后，在第 2 款规定：“有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”这就意味着，在高空抛物行为造成他人人身或财产损害的场合，行为在构成高空抛物罪时会同时构成其他犯罪。由于高空抛物罪的法定刑配置仅仅为“一年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金”，而“其他犯罪”的法定刑配置均比高空抛物罪重，因此，“依照处罚较重的规定定罪处罚”意味着依照法定刑配置较重的高空抛物罪以外的其他犯罪的规定定罪处罚。这样，在高空抛物行为造成他人人身或财产损害的情况下，不以高空抛物罪论处，也并不意味着不能以其他更重的犯罪论处，由此就不会造成“重的行为则可能只需承担民事侵权责任”的困境。

三、一元违法论之否定

法定犯刑事违法性判断的前置法从属性与相对独立性都是法定犯的重要属性，这两个属性分别对应着法秩序同一性原理与立法目的非同一性原理。学界就这二者之间的关系提出了一元违法论、违法相对论、违法多元论的见解。主张一元违法论的学者认为法定犯空白罪状指引的前置法的内容对法定犯的成立具有定性作用，法定犯的刑事违法性判断绝对地依附于前置法的违法性判断。如有学者提出了“前置法定性与刑事法定量的统一”的观点，即认为犯罪的危害本质和违法实质取决于前置法的规定，而犯罪量的具备亦即性质相同的违法行为与犯罪行为的区别界限则在于刑法的选择与规定。“犯罪必须违法，而违法未必犯罪，两者的区别主要在于违法程度即量的不同，而非违法实质即侵害法益上的差异。”[②] 有学者认为，行政不法与刑事不法行为法益侵害的同质性是行政犯从属性的基础。无论是行政法还是刑法，各自在不同的领域、使

① 参见贾长森：《高空抛物行为的法律责任分析——以民行刑衔接为视角》，载《中国行政管理》2022 年第 6 期。
② 田宏杰：《行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》，载《法学家》2013 年第 3 期。

用不同的方法服务于共同的对象，即特定秩序的维护。[①] 据此，法定犯刑事违法性的具备与否，是由是否违反前置法的规定加以决定的。

但是，为贯彻《刑法》的独立性，合理限制《刑法》的处罚范围，对一元违法论应予以否定评价。不能认为法定犯的刑事违法性绝对地依附于前置法违法性，而应当持刑事违法性在“质”和“量”上都相对独立于前置法违法性的立场，从而避免行政违法行为、民事违法行为不当地被当作刑事违法行为处理。

（一）一元违法论模糊了行政违法性与刑事违法性之间的界限

一元违法论视行政法为刑事违法性判断的依据，刑事违法性仅在社会危害的“量”上与行政违法性存在差异。这不仅不当扩大了行政权的范围，导致越权的行政行为无效，还会使司法权空间受到不合理的压缩。而实际上，行刑关系并不是零和关系，二者之间更非一条简单的分界线。尽管存在着出乎于行（行政不法）而入于刑（刑法不法）的基本观念，但是，如此简单地将行刑关系理解为一“线”之隔，则大为错误。[②]

行政法规范是国家行政权力的载体，刑法规范是国家刑事司法权力的载体。越权无效与罪刑法定分别是行政法与刑法的基本原则。我国法律都是为了维护人民的利益而制定的，因此各法律规范的最终目的一致，但它们为实现最终目的所采取的方式则不尽相同。方式体现在法规范内容之中。行政法通过法律法规积极地告诉人们应当做什么，以确保社会秩序高效运行，从而达到最终目的；刑法则通过刑法规范消极地告诉人们不应当做什么（不作为属于例外情形），以禁止恶的方式达到最终目的。从某种意义上说，行政法是从正面明确实现最终目的的方式，刑法则是从反面禁止有碍最终目的实现的方式。实践中存在着未按行政法正面要求的行为等同于刑法反面禁止的行为的误解。实际上，未按照行政法正面要求的行为不一定等同于刑法反面禁止的行为。

内蒙古王力军非法收购玉米案中，王力军在不具备粮食收购许可证情况下大量收购农户玉米贩卖给粮库，其行为被地方法院认定为扰乱市场管理秩序，被判构成非法经营罪。后来经再审，王力军被改判无罪。有罪判决的问题之处在于：未按照行政审批要求的收购行为被认为是《刑法》禁止的损害市场流通安全的行为。但是，内蒙古地广人稀，农户分散。如果没有中间商统一收购后贩卖，很容易造成农户贩粮困难和粮库粮食匮乏。虽然王力军的行为是无证收购玉米，但其实际上有助于当地玉米粮食的流通，不应当被《刑法》所禁止。从“质”的角度来看，在内蒙古王力军案件中，行政不法与刑事不法就有所不同。由此可以看出，一元违法论视行刑仅在社会危害性

① 孙国祥：《行政犯违法性判断的从属性和独立性研究》，载《法学家》2017年第1期。
② 参见魏昌东：《行刑鸿沟：实然、根据与坚守——兼及我国行政犯理论争议问题及其解决路径》，载《中国刑事法杂志》2018年第5期。

的“量”上有差异，有失偏颇。

再如李荣庆、李瑞生运输保护动物案，李荣庆、李瑞生二人因不具有运输国家保护动物许可证，从河北省运输国家一级、二级保护动物至辽宁省进行马戏表演，其行为被认定为破坏珍贵、濒危野生动物资源，构成非法运输珍贵、濒危野生动物罪（现该罪名已修改为危害珍贵、濒危野生动物罪）。此案经再审后改判无罪。本案的定罪思路可概括为：违反运输规定—破坏珍贵、濒危野生动物管理秩序—进行营利性活动—损害动物资源。以这种直接套用“行政违法行为即刑事违法行为”的思路，就很容易认定李荣庆、李瑞生运输保护动物的行为具有刑法上的违法性。但是，非法运输珍贵、濒危野生动物犯罪的规定规制的行为是珍贵、濒危野生动物的猎捕和非法交易，其目的是保护珍贵、濒危野生动物，使它们能更好地生存及繁殖。[①] 而运输犯罪的情形一般是指对非法猎捕、杀害、购买的野生动物进行运输，或者以非法出售为目的的运输等。[②] 这类非法运输行为要求直接破坏珍贵、濒危野生动物资源，且社会危害性严重。但李荣庆、李瑞生二人仅仅是运输保护动物进行马戏表演，而并非进行非法猎捕、非法交易，马戏表演不属于《刑法》禁止的损害动物资源的行为。由此可见，在行刑交叉案件中，一元违法论不能妥当地将刑事不法从行政法与《刑法》犬牙交错、重叠竞合的“交织地带”剥离，会造成行政不法行为不当地被当作刑事不法行为进行处理的结果。

（二）一元违法论模糊了民事不法与刑事犯罪之间的界限

受法定犯刑事违法性判断的前置法从属性的限制，一元违法论忽略了一些犯罪的犯罪构成要件要素涉及的是前置法上的合法行为。例如，行为人使用与他人注册商标一致的商标是假冒注册商标罪的构成要件要素，这种注册商标显然要符合《商标法》的要求；当事人利用合同骗取财物是合同诈骗罪的构成要件要素，合同是否有效则在所不问；被出售的发票是真实的发票是非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪的构成要件要素，出售虚假的发票显然不能成立本罪。按照一元违法论的观点，这些在前置法上被定性为合法的行为自然被排除了具有刑事违法性的可能，这会使得应受刑罚处罚的行为得不到应有的法律评价。事实上，一个案件事实，总是具有多重属性，常常牵涉多项法律，因此，以不同的法律规范为指导归纳、评价案件事实，就会得出不同的结论。[③]

在帅英骗保案中，投保人帅英于 1998 年和 2000 年为其母向中国人寿投保康宁终身寿险。关于康宁险的合同约定：“凡 70 周岁以下，身体健康者均可作为被保险人。”

---

① 参见赖早兴、董丽君：《行政法与刑法的界限：从模糊到清晰》，载《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2018 年第 5 期。

② 参见王爱立主编：《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》，北京大学出版社 2021 年版，第 1348 页。

③ 参见张明楷主编：《刑法学》（下）（第六版），法律出版社 2021 年版，第 1087 页。

而1998年帅英之母实际上已有77岁，其母在乡政府的集体户口由于其他私人原因在投保前被改小了23岁。帅英在第一次投保时曾经问过保险业务员，业务员说按户口所载年龄填写即可。第二次投保时，业务员则让她照第一份保单的内容填写。就这样，已经远远超过承保年龄的帅英之母按照改小的年龄顺利地成为被保险人。2003年帅英母亲身故，中国人寿分公司进行理赔调查。帅英再次修改母亲入党申请书上的年龄，从而顺利地领到保险公司给付的死亡保险金27万元。2003年7月，中国人寿接到举报后报警。[①] 本案是典型的民刑交叉案件，其中所涉及的帅英的行为是否构成保险诈骗罪问题引起了广泛争议。由于依据的法律规范有差异，对本案呈现出不同的法律评价。根据2002年10月28日第九届全国人大常委会第三十次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国保险法〉的决定》修正后的《保险法》第54条[②]规定的除斥期条款注重保护投保人的利益，防止保险人基于绝对优势地位做出损害投保人利益的行为。根据上述规定，只要经过2年除斥期，保险合同就被《保险法》推定为有效，帅英是否有欺诈的恶意则在所不问。《刑法》第198条规定了保险诈骗罪。[③] 帅英基于非法占有保险公司的财物为目的，采取虚构年龄的方法，骗取保险公司保险金，其行为符合保险诈骗罪的构成要件。持一元违法论的学者认为，在帅英可以依据《保险法》的规定获得保险金的情形下，其篡改年龄投保并取得保险金的行为并不为《保险法》所禁止，当然不具有刑事违法性，不应认定其构成保险诈骗罪。[④] 笔者则认为，从法定犯刑事违法性从属性的角度看，该观点在一定程度上是合理的。但是，这显然会导致涉嫌犯罪的行为人得不到应有的刑事处罚。在此，应当结合犯罪构成要件，以法益是否受到侵犯为标准独立地判断刑事违法性。

从保险诈骗罪的具体规定来看，《保险法》与保险诈骗罪的评价对象不同。《保险法》将超过2年除斥期的合同一律推定为有效，是为了督促当事人及时行使权利，以维护稳定的经济社会秩序。《保险法》的评价对象是保险合同。而保险诈骗罪的评价对象是诈骗行为。到保险公司索赔或者提出支付保险金请求的，才能视作保险诈骗罪的着手。[⑤] 保险诈骗罪的构成要件是使用各种欺骗方法骗取数额较大保险金。而帅英虚构虚报年龄的保险合同符合“虚构保险标的”这一犯罪构成要件。从某种意义上说，虚构《保险法》拟制的有效合同，系在为帅英的诈骗行为创造前提条件。如果行为人并未依据保险合同

① 参见何海宁：《“骗保”疑案难倒法官》，载《政府法制》2005年第14期。

② 2002年10月28日修正的《保险法》第54条（现第16条）规定：“投保人申报的被保险人年龄不真实，并且其真实年龄不符合合同约定的年龄限制的，保险人可以解除合同，并在扣除手续费后，向投保人退还保险费，但是自合同成立之日起逾二年的除外。”

③ 依据《刑法》第198条的规定，以非法占有为目的，采取虚构保险标的的方法，骗取数额较大保险金的，构成保险诈骗罪。

④ 参见高铭暄、曹波：《保险刑法规范解释立场新探——基于缓和违法一元论的展开》，载《中国应用法学》2019年第3期。

⑤ 参见张明楷：《刑法学》（下）（第六版），法律出版社2021年版，第1051页。

提出索赔请求，对保险管理秩序和保险公司财产所有权产生的危险性较小，不应当认为构成犯罪。但只要行为人依据保险合同提出索赔请求，就能够认为法益面临侵害的危险。这样一来，保险合同的有效性就不能成为刑事违法性的否定依据。

实际上，如果一个符合犯罪构成要件的行为之所以在民法、行政法上不承担法律后果只是由于没有责任或者基于其他政策考量，而不是因为该行为本身具有正当性，那么，这个行为在《刑法》上就仍然可能具有违法性。[①] 这里存在的疑问是，认定帅英的行为构成保险诈骗罪，意味着其取得保险金的行为在《刑法》上得到了否定性评价，而该行为又符合前置法——《保险法》的规定，这是否违背法秩序统一性原理？笔者认为，《保险法》将超过 2 年除斥期的合同一律推定为有效，并不意味着虚构保险标的的行为在《保险法》上就是合法的。依据 2002 年 10 月 28 日修正后的《保险法》第 138 条的规定，投保人故意虚构保险标的，骗取保险金，进行保险欺诈活动，情节轻微，尚不构成犯罪的，依照国家有关规定给予行政处罚。帅英篡改年龄投保并取得保险金的行为属于《刑法》和《保险法》上均有规定的“故意虚构保险标的，骗取保险金”的行为。因此，认定帅英的行为构成保险诈骗罪，并不违背法秩序统一原理。

对此，还可以联系《民法典》关于受胁迫的民事法律行为的规定进一步说明。《民法典》第 150 条规定：“一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”第 152 条规定，当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起 1 年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。据此，如果受胁迫的人在 1 年内没有行使撤销权的，民事法律行为是有效的。《刑法》第 126 条规定了强迫交易罪，其中包括以威胁手段实施民事法律行为的情形。那么，就涉及该情形的强迫交易案件而言，能否因为被害人（受胁迫的人）在胁迫行为终止之日起 1 年内没有行使撤销权而认定胁迫行为不构成强迫交易罪？对此，笔者认为，即使因被害人（受胁迫的人）在胁迫行为终止之日起 1 年内没有行使撤销权而使得民事法律行为归于有效，也不能否定胁迫行为在民法上属于违法行为的事实。因被害人（受胁迫的人）没有行使撤销权而使得民事法律行为有效，并不能使得胁迫行为归于合法。由此可见，如果受胁迫的人在 1 年内没有行使撤销权，在其行为符合强迫交易罪规定的情况下，同样能够以强迫交易罪的规定追究其刑事责任，且其胁迫行为在《民法典》上属于违法行为，这是符合法秩序统一原理的。

如果认为受胁迫的民事法律行为有效会使得威胁型强迫交易案件得以出罪，就意味着强迫交易罪的成立与否取决于被害人（受胁迫的人）在胁迫行为终止之日起 1 年内是否行使撤销权。由此，即使在威胁型强迫交易案件的立案之后，侦查程序是否得

① 参见张明楷：《刑法学》（上）（第六版），法律出版社 2021 年版，第 149 页。

以启动，也要视被害人（受胁迫的人）在胁迫行为终止之日起1年内是否行使撤销权的情况而定。这显然是不可接受的。强迫交易案属于公诉案件，而在公诉案件中并不存在自诉案件中那样程序启动、推进与否受被害人意志左右的问题。

结　语

在刑法理论中，以是否违反伦理道德为标准，犯罪被分为自然犯与法定犯。法定犯的成立与前置法的违法性密切相关。所以，一元违法论认为，法定犯的刑事违法性要依附于前置法的违法性才能够得以判断。一元违法论维护法秩序统一性的追求固然值得赞许，但是，对法定犯的刑事违法性要依据《刑法》立法目的进行独立判断才更为妥当。就法定犯的成立而言，法秩序统一原理要求前置法对《刑法》的保护范围、解释、保护方式发挥一定的制约作用。但这是在《刑法》立法目的独立性的框架下进行的；依据立法目的的非同一性原理，法益对是否成立犯罪发挥实质决定作用。例如，虚报注册资本罪和虚假出资、抽逃出资罪的主体之所以被限定为实行注册资本实缴制的公司，就是因为通过《刑法》目的过滤了不可能侵犯法益的主体，即实行注册资本认缴制的公司；对《刑法》立法目的的考量有助于醉驾型危险驾驶罪的处罚范围与我国危害行为的二元制制裁模式相呼应；对非法持有枪支罪中的枪支概念应当进行是否危害公共安全的实质解释，刑法意义上的枪支应当是具有显著杀伤力和高度危险性的枪支；对高空抛物罪的处罚范围，与其通过将高空抛物罪中的物品与人身、财产安全等法益相关联的方式加以限缩，不如通过判断在高空抛掷与公共秩序有关联的物品的行为是否达到“情节严重”的刑事可罚的程度予以限缩。

本文否定了一元违法论所主张的“前置法定性，刑事法定量”的观点。一方面，通过行刑交叉案件，揭示了一元违法论没有处理好行政违法性与刑事违法性之间的界限；另一方面，通过民刑交叉案件，揭示了一元违法论没有处理好民事不法与刑事犯罪之间的界限。司法机关在处理法定犯案件时，不能盲从前置性法律法规，机械地适用前置性法律规定，而应当立足于法益保护的立场，对法定犯的刑事违法性进行相对独立的判断。

（责任编校：杨　军）

涉案企业合规改革视域下企业合规师研究

赵 恒*

内容摘要：检察机关主导推进的涉案企业合规改革以涉案企业和有关人员认罪认罚为前提。随着涉案企业合规改革深入推进，一个新兴职业——企业合规师出现并获得国家认可。既有研究成果忽视了对企业合规师这一特定主体的法律地位及其权能的辨析。企业合规计划愈加呈现刑事化趋向，企业合规师在涉案企业刑事诉讼领域发挥重要作用。企业合规师可以接受委托或雇佣，协助企业开展事前、事中和事后合规；亦可以被选任成为合规第三方组织组成人员，针对企业认罪认罚、合规承诺与合规计划履行调查、评估、监督和考察等职责。目前，企业合规师职业资格及准入制度仍显匮乏，难以适应涉案企业合规改革的现实需要，对此，应当确立国家层面的企业合规师职业资格标准与评价规范体系。

关键词：涉案企业合规改革；认罪认罚；企业合规师；合规计划；合规第三方组织

一、问题的引出

近年来，由最高人民检察院启动并主导推进的涉案企业合规改革工作进入全面推开阶段。2023 年 1 月，中央政法工作会议提出，未来重点要抓好的工作之一即“探索建立中国特色现代企业合规司法制度”。随后，全国检察长会议确定一项重要检察工作即“推动涉案企业合规立法”。概言之，涉案企业合规改革以涉案企业、个人认罪认罚并自愿开展合规整改活动为前提，该项改革不仅丰富了我国刑事法律规范及诉讼体系的内涵，而且推动了单位犯罪治理模式的转型，尤其为我国设立专门的单位犯罪案件诉讼程序创造了规则与实践空间。相较于其他刑事司法改革，涉案企业合规改革

* 赵恒，山东大学法学院副教授、博士生导师。

基金项目：本文系司法部 2019 年度国家法治与法学理论研究项目“企业犯罪案件认罪认罚从宽制度研究”的阶段性成果。

举措的影响已远远超出传统的刑事司法领域。这种影响的典型表现是，受益于国家大力推行的企业合规管理政策及指引，以及正在开展的涉案企业合规改革工作，一种新的社会职业由此产生，即企业合规师。2021 年 4 月，人社部、市场监督总局、国家统计局三部门联合启动修订工作，由人社部于 2022 年 7 月向社会公示的《职业分类大典（2022 年版）》，将包括企业合规师在内的 18 个职业纳入其中。可见，企业合规师被认定为一种新兴职业，折射出社会发展的新需求，而企业合规管理要对法律、财务、审计、进出口、劳动环境、社会责任等多方面进行合规管控，具有较强综合性、独立性和技术性，为此，企业合规师在规范企业投资经营行为、注重环境保护、履行社会责任、提高企业竞争软实力等方面发挥积极作用。①

遗憾的是，尽管我国法学界尤其是刑事法学界围绕企业犯罪案件认罪认罚从宽制度、合规计划及其刑事化等主题对涉案企业合规改革展开热烈讨论，相关论述主要涉及刑事合规计划的正当基础、法治价值、合规计划有效性评价、合规不起诉制度等方面，但未能关照企业合规师这一新职业在企业合规领域的作用，更没有充分探讨企业合规师在涉案企业认罪认罚并自愿开展合规整改方面的法律地位及其权能内涵。当然，有部分研究成果则侧重从律师业务角度探讨律师参与企业合规计划的相关内容。② 总体上，现实层面的涉案企业合规改革研究侧重探讨制度设计和程序运行方面，偏偏忽视了刑事司法领域企业合规案件诉讼体系中的一种特定类型的“人”（企业合规师），这亦可被视作我国刑事诉讼研究较缺乏对主体性研究之状况的一个缩影。③ 这显然是值得反思的。

探讨刑事司法领域以认罪认罚为前提的涉案企业合规改革，却不涉及企业合规师，就如同探讨刑事辩护制度却不涉及律师、探讨刑事公诉制度或者审判程序却不涉及检察官和法官，存在天然的研究缺憾。企业合规师在企业合规计划及其合规管理体系建设中的作用不言而喻。鉴于此，立足涉案企业合规改革深化适用背景，笔者结合近年来受委托提供合规服务的实务经验，以及被选任成为合规第三方机制专业人员后参与检察机关办理涉案合规整改案件的经历，首先探讨何谓企业合规师及其产生概况，随后比较企业合规师与相近概念（律师、法律顾问等）之间的异同关系，进而重点论述企业合规师参与企业合规计划建设以及企业合规师作为第三方组织组成人员参与合规整改案件的主要内容，最后讨论企业合规师的职业资格状况及其应对思路，由此初步描绘企业合规师在企业合规计划运行领域尤其是企业涉嫌刑事犯罪案件诉讼领域的权能地位，以期有益于充分发挥企业合规师在涉案企业合规改革以及企业犯罪案件诉讼体系中的职责作用，推

① 参见《三部门发布 18 个新职业信息——新职业发布折射社会新需求》，载国务院网站，http：//www.gov.cn/xinwen/2021-03/23/content_5595032.htm。
② 参见陈瑞华：《律师如何开展合规业务（一）——合规计划的打造》，载《中国律师》2020 年第 8 期；董坤：《刑事辩护中的合规非诉业务——从企业合规第三方机制指导意见切入谈起》，载《中国律师》2021 年第 7 期。
③ 参见左卫民：《刑事诉讼中的“人”：一种主体性研究》，载《中国法学》2021 年第 5 期。

动我国单位犯罪案件刑事诉讼专门程序趋于成型。

二、作为一种职业的企业合规师及其产生

（一）企业合规师的基本含义

根据我国人力资源社会保障部办公厅等部门发布的文件，企业合规师是指从事企业合规建设、管理和监督工作，使企业及企业内部成员行为符合法律法规、监管要求、行业规定和道德规范的人员。企业合规师的主要工作任务包括以下七个方面：制定企业合规管理战略规划和管理计划；识别、评估合规风险与管理企业的合规义务；制定并实施企业内部合规管理制度和流程；开展企业合规咨询、合规调查，处理合规举报；监控企业合规管理体系运行有效性，开展评价、审计、优化等工作；处理与外部监管方、合作方相关的合规事务，向服务对象提供相关政策解读服务；开展企业合规培训、合规考核、合规宣传及合规文化建设。[①] 总体上，企业合规师的履职前提是企业具有推行合规管理体系的意愿，其服务于企业经营发展的现实需要，帮助企业依法合规经营，切实防范和应对各种合规风险。此处所指合规风险不同于传统的法律风险，主要是指企业及其员工因不合规行为，引发法律责任、受到相关处罚、造成经济或声誉损失以及其他负面影响的可能性及其后果。这种合规风险所对应的企业经营管理活动是合规管理，目前，合规管理与业务管理、财务管理被视为当代公司治理的三大组成部分。[②] 从这一角度看，企业合规师的“主战场”是合规管理工作，而该工作的核心目标在于消解企业可能面临的合规风险。

不过，从现有研究来看，学界对企业合规师的认识存在差异。目前，学界主要从工作职能和工作领域等角度认识企业合规师，有学者认为，企业合规师是企业内部负责规范企业投资经营行为的工作人员。[③] 换言之，企业合规师应被视为领导合规专员、负责企业特定领域合规部门建设的特定岗位。[④] 也有学者认为，企业合规师不仅能够参与企业的内部合规工作，还可以在企业合规不起诉中作为第三方监管人对涉案企业进行外部监督和考察，此时的企业合规师是涉案企业合规第三方监督评估机制管理委员会（以下简称第三方机制管委会）选任组成的第三方监督评估组织（以下简称合规第三方组织）的组成人员。对于第三方组织的相关职能，2021 年最高人民检察院等机关单位印发的《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》（以

① 参见《人力资源社会保障部办公厅、市场监管总局办公厅、统计局办公室印发〈关于发布集成电路工程技术人员等职业信息的通知〉》，载人力资源社会保障部网站 2021 年 3 月 9 日，http：//www.mohrss.gov.cn/xxgk2020/fdzdgknr/qt/gztz/202103/t20210318_411360.html。
② 参见陈瑞华：《企业合规制度的三个维度——比较法视野下的分析》，载《比较法研究》2019 年第 3 期。
③ 参见杨宇冠：《企业合规案件撤回起诉和监管问题研究》，载《甘肃社会科学》2021 年第 5 期。
④ 参见王晓英：《完善有效的刑事合规体系为企业的长治久安赋能》，载《上海企业》2021 年第 8 期。

下简称《指导意见》）初作规定，随后，《〈关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）〉实施细则》（以下简称《实施细则》）、《涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员选任管理办法（试行）》（以下简称《管理办法》）进一步明确了第三方组织的产生方式、权责义务和履职措施等。目前，各地发布的《关于公开选任涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员的公告》（以下简称《公开选任合规第三方公告》）通常将企业合规师纳入选任范围，即选任企业合规师进入涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员名录库（以下简称合规第三方名录库）。

（二）企业合规师的产生概览

近年来，中央高度重视企业合规管理体系建设，国企尤其是央企是较早系统探索建立健全合规管理体系改革工作的企业类型。2016 年以来，国务院国资委大力推进合规管理体系建设。2016 年初，国务院国资委印发《关于全面推进法治央企建设的意见》,明确提出增强我国企业依法合规管理能力并推动合规管理体系建设的要求。随后，国务院国资委于 2016 年选择中石油、中国移动、招商局、东方电气、中国铁工五家央企作为试点单位，正式启动合规管理试点工作，同时，一些央企也同步启动探索。2018 年 11 月,国务院国资委印发《中央企业合规管理指引（试行）》,在确立全面覆盖、强化责任、协同联动、客观独立原则的基础上，为央企开展合规管理体系建设及其相关工作提供了相对明确的指导。2022 年国务院国资委公布《中央企业合规管理办法》,旨在进一步推动中央企业切实加强合规管理，着力打造法治央企，不断提升依法合规经营管理水平。

在这一时期，最高人民检察院于 2020 年 3 月启动涉案企业合规改革工作，在刑事诉讼领域探索企业合规计划适用规则空间。自 2020 年 3 月至今，涉案企业合规改革试点历经第一期、第二期探索，于 2022 年 4 月进入全面推开阶段。[①] 这一改革更好推动涉嫌犯罪的企业依法守规经营，成为检察机关服务经济社会高质量发展的一项重要制度创新，并不断释放司法红利。正是由于我国在刑事司法领域确立企业合规计划的刑事法评价方案，社会层面探索企业合规计划及其管理体系的动力愈加强烈。加之我国部分行政执法领域亦出现合规从宽处罚的因素（例如 2017 年中国证监会发布的《证券公司和证券投资基金管理公司合规管理方法》），企业合规中国化的动力机制逐渐呈现,即国外的严格监管,国内的立法、严厉行政执法,以及西方先进理念的引入和接受。[②] 随着涉案企业通过合规整改获得从宽处罚的案件数量增多，涉案企业合规改革工作备受关注和认可。特别是，结合一些地方检察机关制定的试点方案，企业合规计划可以

① 参见徐日丹：《涉案企业合规改革试点全面推开！这次部署会释放哪些重要信号？》，载最高人民检察院网站，https：//www.spp.gov.cn/zdgz/202204/t20220402_553256.shtml。

② 参见陈瑞华：《论企业合规的中国化问题》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020 年第 3 期。

分为事前合规、事中合规和事后合规等子类型，无论哪一种子类型都可能会产生刑事责任从宽处罚评价效果，尤其可能获得检察机关作出不起诉决定的结果。[①] 这显然会为涉案企业提供十分宝贵的“二次机会”，因此，企业在建立健全合规计划方面具有更充足的意愿和动力。如此一来，由专门一类人员从事合规管理工作的现实需求不断凸显，在此背景下，企业合规师这一新兴职业应运而生。

三、企业合规师与律师、法律顾问等相近主体的比较

为了进一步了解企业合规师参与企业合规管理以及涉案企业合规改革工作的内涵，有必要比较企业合规师与律师、法律顾问、合规官、第三方监督评估组织组成人员等相近主体之间的异同关系。总体而言，尽管企业合规师与前述几类主体之间有关联，但作为列入《职业分类大典（2022 年版）》的新职业，企业合规师有其独立存在的必要性。

（一）企业合规师与律师

根据《律师法》的规定，律师是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。近些年来，在企业合规体系建设领域，相当数量的律所及其律师参与其中并发挥主要作用。主流观点认为律师可以协助企业开展合规体系建设和完善工作。根据律所的执业经验，律所的合规业务通常包含以下三个内容：一是合规调查，即对企业的合规风险进行的专项调查业务；二是政府监管和刑事调查的应对，即在政府监管部门启动调查程序或者检察机关启动刑事追诉程序之后，律所协助企业进行准备、协商、交涉等活动；三是有效合规计划的完善，即帮助企业量身打造专门的合规计划。[②] 可见，企业合规师与律师在执业与业务等方面存在诸多联系。正因如此，一些律所提出将合规业务作为自身主打品牌进行宣传，一些律师将“合规律师”作为自身执业的新“标签”。2021 年 12 月，司法部办公厅印发了《司法部办公厅关于加强公司律师参与企业合规管理工作的通知》，对加强公司律师参与企业合规管理工作作出部署。实践中，同企业合规师一样，律师也可入选合规第三方名录库，在个案中成为第三方组织组成人员。不过，二者亦有明显差别，集中体现为以下三个方面：

1. 职业资格和执业机构不同。一方面，申请律师职业的人员需要先获得国家统一法律职业资格证书。可见，律师具有严格的职业资格限制。但是，就现有改革文件和相关政策而言，法律法规或专门文件尚未明确规定担任企业合规师、从事企业合规业务需要具备的职业资格。当下的企业合规师培训与考证规则并不相同，缺少国家层面的统一规

① 参见陈瑞华：《论企业合规在行政监管机制中的地位》，载《上海政法学院学报》2021 年第 6 期。
② 参见陈瑞华：《企业合规制度的三个维度——比较法视野下的分析》，载《比较法研究》2019 年第 3 期。

范。另一方面,《律师法》要求律师应当且只能在一个律所执业，意味着律师均有对应的律所作为执业机构，不存在律所之外执业的律师。然而，是否同样在企业合规师职业领域推行专门执业机构从属执业的制度思路，目前现有规范文件没有明确规定。不过，结合当前企业合规师培训的情况来看，各个专业、各种岗位的人员在满足相关条件的前提下都可以申请参加培训并获得有关执业资格证。很显然，在现阶段，企业合规师并无专一的执业机构限制，这一职业体现为兼职性特征。另外，实务中一些律所的律师已经通过参加培训的方式获得了企业合规师职业资格。

2. 具体业务范围不同。根据《律师法》的规定，以及结合中华全国律师协会颁布的一系列业务操作指引，律师从事的业务范围较广——律师不仅可以接受当事人委托或法律援助机构的指派参与诉讼，也可以提供法律咨询、代写文书、参与调解、担任法律顾问等非诉讼法律服务。与之不同的是，企业合规师的业务范围相对狭窄——企业合规师主要负责企业合规管理体系的建设及监督运行，不得以企业合规师身份担任诉讼代理人或辩护人，亦不能从事非诉讼服务。换言之，企业合规师的业务内容具有鲜明的专业性特征，即以专门履职事项为导向，且通常集中在企业经营管理领域。

3. 在刑事诉讼阶段的参与时间节点和工作事项不同。企业推行合规体系建设，通常具有明确的目的性，会根据需要在事前、事中、事后建立健全合规管理体系，并将其作为从宽处罚的事由，尽可能维护企业利益并保证可持续发展。在刑事诉讼领域，律师既可以受委托或者指派担任辩护人，也可以担任值班律师，还可以担任诉讼代理人。其中，以担任辩护人为例,《刑事诉讼法》允许被追诉人在侦查阶段委托辩护律师，而且辩护律师可以行使有关辩护权利，这意味着律师可以在刑事诉讼的侦查、审查起诉、审判阶段参与并提供辩护法律服务，在此过程中，辩护律师享有法定的辩护权利。此外，担任值班律师的律师亦可参与前述三个诉讼阶段，而担任诉讼代理人的律师则只能参与后两个诉讼阶段。与之不同的是，考虑到涉案企业刑事诉讼的一般特点以及涉案企业合规改革的相关方案，一方面，企业合规师可以受企业委托，帮助企业撰写合规计划书、确定合规整改举措并提交相关申请，同时协助企业完成各项合规承诺；另一方面，企业合规师可以被选任为第三方组织的组成人员，履行审查、监督、评估和考察等职责。可见，企业合规师通常在审查起诉阶段参与并发挥作用，要么为企业获得不起诉决定提供智力支持，要么为检察机关依职权作出决定提供重要参考。当然，值得注意的是，随着涉案企业合规改革工作深化，检察机关探索通过提前介入制度等方式，引导公安机关在侦查阶段评估企业进行合规整改的可能性，或者从检察机关发布的典型案例来看，检察机关将案件提起公诉后，法院经审查后认可合规整改效果，并在适用认罪认罚从宽制度的基础上作出从宽处罚判决，如此一来，企业合规师参与刑事诉讼时间节点亦会变化。

（二）企业合规师与法律顾问

法律顾问亦是一种职业，根据我国《职业分类大典》的规定，法律顾问是指在企事业单位、社会组织内部，从事经营决策、合同、规章及规范性文件法律审核，合规管理、宣传教育和咨询服务的专业人员。法律顾问又被称作法务、法顾或者法务专员。根据聘请主体不同，法律顾问可以分为企业法律顾问、政府法律顾问、私人法律顾问等等。限于本文讨论的主题，此处所述“法律顾问”仅指受企业聘请、为企业提供相应法律服务的企业法律顾问。结合前文提及企业合规师的 7 项主要工作任务可以发现，企业合规师与法律顾问的工作事项存在部分重叠的情况。一方面，法律顾问可以负责处理企业合规管理事务，另一方面，企业内部也常有首席法律顾问（法务总监）兼任首席合规官的情况。[①] 据笔者参与涉案企业合规改革实务了解的情况，一些中小规模的涉案企业提交的《企业合规计划》中，通常会提出将法务部门与合规官办公室合二为一，由法务兼任合规官。这种简式合规计划方案得到了检察机关的认可。[②] 此外，我国目前未对法律顾问设置专门的执业资格要求，即使是未取得国家统一法律职业资格证书的人员也可以担任法律顾问。在这一方面，法律顾问与企业合规师具有相似性。

不过，仔细辨析可知，企业合规师与法律顾问的工作任务虽有重叠但也有明确的差异性，这种差异性集中表现为工作重心的不同。传统的法律顾问工作主要负责通过法律审核、拟定合同、提供咨询等方式达到化解企业法律风险的目的，而企业合规师工作则聚焦防范和应对企业合规风险。概言之，法律风险与合规风险相互联系却绝不等同。通常来说，法律风险指企业因为存在违法违规问题而面临着可能遭受处罚、陷入诉讼、合法权益受到侵害等方面的损失。[③] 由此定义可以看出，法律风险不仅来自于企业的违法违规行为，还有可能来自法律变化、合作方侵权等。比较可知，合规风险则主要包括企业及其员工因不合规行为，引发法律责任、受到相关处罚、造成经济或声誉损失以及其他负面影响的可能性及其后果。可见，一些合规风险很难被归入法律风险范畴。对此，有观点明确指出，企业合规的本质在于“全面风控”，而不只是法律风控，它包括治理结构、内控机制、责任价值三个维度，在此基础上，更高水平的合规还在于推动企业内在自动化守规。[④] 由此可知，企业合规师与法律顾问的工作重心有所区分。

（三）企业合规师与合规官

合规官既是一个具有域外舶来性质的称谓，又是一个正在中国化的表述。巴塞尔银行监管委员会于 2005 年发布的《合规与银行内部合规部门》将合规官（或者合规

① 例如，2022 年 4 月 1 日国务院国资委发布的《〈中央企业合规管理办法〉公开征求意见稿》第 11 条规定：“中央企业设立首席合规官，由总法律顾问担任并对主要负责人负责，履行以下合规管理职责……”

② 参见卢志坚等：《涉案企业合规整改不是“走过场”》，载《检察日报》2022 年 1 月 3 日，第 1 版。

③ 参见陈瑞华：《论企业合规的基本价值》，载《法学论坛》2021 年第 6 期。

④ 参见杨力：《中国企业合规的风险点、变化曲线与挑战应对》，载《政法论丛》2017 年第 2 期。

负责人）定义为“全面负责协调合规风险的识别和管理以及监督其他合规部门职员的工作的人员”。从域外实践来看，以美国为例，涉案公司为了与美国司法部达成暂缓起诉协议，除了缴纳高额罚款以外，还需要聘请专门的合规官进行合规体系建设。[①] 随着企业合规理念愈加受到国内关注和认可，越来越多的企业倾向于设置合规官这种岗位。目前，关于如何认识合规官，学界和实务界的立场存在某些差别。例如，有观点指出，根据国际惯例，合规官通常具有公司高级管理人员的身份，目前我国存在副总裁兼任、公司法务总监兼任、董事会秘书兼任等多种合规官职务设置模式。[②] 又如，有观点认为，合规官应当接受董事会委任、对董事长负责，[③] 或者由董事直接担任合规官。[④] 另外，还有学者提出，应当区分首席合规官与合规官——首席合规官统筹合规建设、领导合规部门，而合规官则负责具体落实合规工作。[⑤] 概览之，无论采取何种设置方法，合规官均属于企业内设职务或者岗位，是受企业雇佣并且在企业内部从事合规管理的专门人员。与之比较可知，企业合规师的工作重心同样是在企业合规管理领域，在此方面，企业合规师与合规官具有相似之处，尤其是二者的工作均以企业施行有效合规管理体系为目标。不过，需要注意的是，企业合规师是一种职业，而合规官仅能被视为一种企业内部岗位，因此，企业合规师可以担任合规官，但担任合规官的人员不一定是企业合规师。在某些企业，即使没有设置合规官岗位，仍可以委托或者雇佣企业合规师协助进行企业合规计划建设。而且，合规官通常限于在企业经营管理方面发挥作用，这意味着在涉案企业合规案件中，企业合规师可以作为第三方组织组成人员，对涉案企业合规整改情况进行评估考察，而设置合规官岗位的企业则可以在合规官的协助下配合第三方组织的监督考评工作。

（四）企业合规师与合规第三方组织组成人员

《指导意见》首次明确，检察机关经审查认为涉企业犯罪案件符合合规第三方机制适用条件的，可以商请本地区合规第三方机制管委会启动合规第三方机制，由合规第三方机制选任出具有相对独立地位的合规第三方组织。《实施细则》则明确该组织的性质，即合规第三方组织是试点地方第三方机制管委会选任组成的负责对涉案企业的合规承诺及其完成情况进行调查、评估、监督和考察的临时性组织，其运行应当遵循依法依规、公正、专业高效的原则。同时，根据《管理办法》的规定，合规第三方组织组成人员是涉案企业合规第三方监督评估工作的相关领域专业人员，主要包括律师、注册会计师、税务师（注

① 参见李玉华：《有效刑事合规的基本标准》，载《中国刑事法杂志》2021年第1期。
② 参见陈瑞华：《企业合规的基本问题》，载《中国法律评论》2020年第1期。
③ 参见王东光：《组织法视角下的公司合规：理论基础与制度阐释——德国法上的考察及对我国的启示》，载《法治研究》2021年第6期。
④ 参见喻玲：《从威慑到合规指引——反垄断法实施的新趋势》，载《中外法学》2013年第6期。
⑤ 参见李本灿：《企业视角下的合规计划建构方法》，载《法学杂志》2020年第7期。

册税务师）、企业合规师、相关领域专家学者、有关组织的专业人员、政府工作部门及其所属企事业单位中具有专业知识的人员，以及有关单位中具有专门知识的退休人员。在各级合规第三方机制管委会组建本级合规第三方名录库中，企业合规师可以作为专业人员入库。据此可知，尽管第三方组织服务于检察机关办理涉企犯罪案件的实际需要，但是第三方组织并非仅由企业合规师组成。换言之，合规第三方组织组成人员的来源具有多样性特征，不应将企业合规师与合规第三方组织组成人员混同对待。

四、企业合规师接受委托或雇佣协助企业开展合规计划

对于推行旨在防范合规风险的合规管理体系的企业而言，有效的合规计划体现在事前、事中和事后三个方面，而且企业合规计划呈现愈加明显的刑事化趋向。“依据企业在犯罪行为实施前，还是实施后构建、实施的合规计划，分别形成了事前或事后构建、实施合规计划减轻刑罚的情形。”[①] 着眼于企业合规计划刑事法评价的从宽处罚规则，企业合规师可以通过接受委托或者接受雇佣等方式，协助企业开展合规计划。是故，讨论企业合规师在合规管理体系建设和发展领域的参与方式及其作用，可以从企业合规计划的事前建立、事中运行和事后完善等角度展开。

（一）企业合规师参与企业事前合规

事前合规强调企业应当以预防合规风险为目的建立并持续推行有效的合规计划。因此，在事前合规阶段，企业面临的首要任务是形成并推行合规计划方案，保证合规计划持续且有效运行。企业合规师的主要作用体现在以下五个方面：

1. 紧密结合公司经营管理状况，协助企业梳理并识别合规风险，制定专项合规管理指引及有关清单，进一步开展合规风险区分以及其他隐患的排查工作。这是为企业量身打造合规计划的基础性工作。特别是，针对合规风险的成因、范围、可能的危害后果等进行及时评估，形成初步的应对方案。在梳理和识别阶段，企业合规师可以参照律师尽职调查工作，完成专项合规调查事务。

2. 以专项合规计划为主体，协助企业分门别类地围绕特定合规风险开展合规计划的设计与实施工作。这是事前合规的关键步骤。为此，应当明确合规计划的主要框架及具体内容。结合我国当前涉案企业合规改革实务状况，实践中，日常性合规管理体系的治理结构通常包括四要素，即作为企业宪章的“合规章程”、作为实体规范的合规政策和员工手册、作为企业组织规范的合规组织体系和作为企业管理程序规范的合规流程。[②] 其中，需要根据企业实际情况，明确合规部门工作人员的专职与否，考虑是

① 万方：《合规计划作为预防性法律规则的规制逻辑与实践进路》，载《政法论坛》2021 年第 6 期。
② 参见陈瑞华：《有效合规管理的两种模式》，载《法制与社会发展》2022 年第 1 期。

否设置专门的合规部门，或聘请企业合规师（律师）担任合规专员，抑或将合规部门与法律顾问部门合二为一，便于明确承担推行合规计划职责的直接责任人（部门）。

3. 在梳理企业架构和管理状况的基础上，协助企业判断是否建立合规举报制度。在合规计划领域，合规举报制度又被称作“吹哨人制度”，此类制度在域外备受认可，即企业建立健全针对举报企业违规违法行为的当事人的保密制度和奖励措施，这是企业合规计划在举报方面的合作表现形式，直接关乎企业合规计划有效性评价结果。[①] 然而，在我国企业经营管理场域推行这种以违规举报为特点的制度方案，很可能会面临多方面的阻碍。而且，合规举报制度不仅要求公布接受举报信息的媒介方式，而且要求对举报人的身份和举报事项严格保密。这种制度设计思路是否会影响企业内部稳定性，也是值得慎重考虑的。

4. 将合规文化建设作为重点事项，协助企业传播合规理念、营造合规氛围，以提升企业领导人员和全体员工的合规意识为目标。合规文化建设思路包括专题学习、宣传教育（制定合规手册、签订合规承诺、开展合规宣誓等方式）、合规培训等内容。

5. 在企业内部担任合规官的企业合规师在建立健全合规管理体系方面承担其他职能，主要包括参与企业重大经营决策并提出合规性评判意见、向企业主要负责人汇报合规管理事项、直接负责并指导相关部门开展合规管理工作以及其他合规管理职责。其中，担任首席合规官的企业合规师发挥合规管理体系中“关键中枢”作用，全面负责协调企业的合规风险管理：既要对企业合规计划进行统筹推进，又要发挥信息汇集、筛选和上报至企业最高决策层的功能。由此，保证合规风险防范、预警、识别、处置工作的科学性、准确性和效率性。

（二）企业合规师参与企业事中合规

事中合规突出对企业经营管理过程进行适时监控的重要性，只有通过监控和审查经营管理环节尤其是合规风险可能发生领域，及时筛选、识别、报告和反馈已发生的违规事项，才能为企业完成事后合规弥补与修复工作提供前置性信息。企业合规师的主要作用体现在以下两个方面：

1. 协助企业持续推行合规风险预警、判断与识别机制。在建立合规管理体系后，企业通常需要继续投入人财物资源才能维持合规计划运行。在此前提下，合规计划的基本功用表现为实时监控并识别合规风险及其具体环节。首先，企业合规师帮助企业建立并推行合规风险预警机制，全面梳理与该企业经营管理活动紧密联系的合规风险类型及其具体表现，建立一个或者多个专项合规风险库，对于具有典型性、普遍性和可能产生较严重后果的合规风险进行专门标记，确立相应的识别标准，如若出现可疑

① 参见李奋飞：《论企业合规考察的适用条件》，载《法学论坛》2021 年第 6 期。

风险，则保证能够及时发布预警。其次，引导企业正确认识内部举报机制的功能并重视该机制的应有价值，既可以鼓励全体员工对企业内部合规风险进行举报，也可以在各个部门设置专门人员担任举报人职务，同时，对提供真实合规风险线索的举报人，应当给予必要的奖励并保护其个人信息。在此基础上，企业合规师需要妥当处理通过可靠渠道获取的举报信息，对具有现实可能性的合规风险加以重点监控，确保第一时间对违法违规事件作出反应。最后，为了保证企业合规师识别合规风险的准确性、及时性，企业应当授予企业合规师相关职权，特别是针对可能发生违法违规行为的事项，企业合规师有权进行必要的调查，对此，无论是企业主要负责人还是其他相关负责人均应当予以保障。①

2. 协助企业相关管理人员及时报告已发生的违规事项。既然企业合规师的专业性体现在合规风险的判断和识别方面，那么，企业合规师通常不应获得直接予以处罚的权力，否则存在“既当裁判员又当运动员”之虞。通常而言，作为企业合规师领导人员的合规官仅能在知晓违法违规事件后向企业管理层进行报告。② 随后，由企业管理层对如何进行处置作出决定。对于企业合规师的上报机制，应当注意三个方面：第一，关于上报的渠道，需避免冗杂繁琐，保证上报信息可直达企业核心决策层，否则会发生合规风险被不当掩盖的风险。第二，关于上报的时间，不宜严格限制为定期汇报，而应当允许企业合规师发现合规风险后及时汇报，而不得无故拖延，以防违规行为酿成严重危害后果。第三，关于企业合规师与首席合规官或者合规官的职责划分，根据企业合规师的业务分工，明确信息汇总方式，通常由负责具体事务的企业合规师将相关信息汇报至合规官处，由合规官进行把关、审查、整合后，向企业高级管理层进行报告。

（三）企业合规师参与企业事后合规

对于已具化为现实危害的合规风险及违规违法事项，企业合规计划应当发挥纠错与补救的功能，企业合规师需要协助企业完成违规违法事项调查、对违规人员进行追责与惩罚、进一步修缮合规计划及其相关制度方案、向行政执法机关或者其他单位报告、提出合规计划方案并落实合规承诺以及配合合规评估考察等等。

1. 协助企业完成违规违法事项调查，并对违规人员进行追责与惩罚。合规风险发生后，当务之急是确定合规风险的发生原因、损害状况及责任人员。为此，企业合规师根据企业的要求开展调查与核实工作，其对象涉及企业内部经营管理活动、企业外部商业合作交易活动以及有关人员等等。在调查过程中，企业合规师注重收集、固定证据材料。经过专业调查和判断后，企业合规师需要撰写合规事故调查报告，为企业

① 参见李本灿：《企业视角下的合规计划建构方法》，载《法学杂志》2020 年第 7 期。
② 参见王东光：《组织法视角下的公司合规：理论基础与制度阐释——德国法上的考察及对我国的启示》，载《法治研究》2021 年第 6 期。

决策者提供充足的参考。在此方面，需要注意，参与内部调查的企业合规师可以分为两类：一类是接受企业委托，以相对独立的身份进行调查并出具调查报告；另一类是原本就受企业雇佣，作为企业员工开展调查工作。另外，调查报告应当着重说明诱发合规风险的现实原因，以及实施违规违法行为的主要负责人和直接责任人，并确定相应的责任后果，进而落实追责与惩戒工作。

2. 协助企业进一步修缮合规计划及相关制度方案。建立合规计划并不意味着不会发生合规风险以及违规违法事项。如若企业在发生合规风险之前未建立有效的合规计划，那么，有必要慎重考虑聘请企业合规师和律师等专业人员开展合规管理体系建设和运行工作。如若企业已推行合规计划，那么，经过应对合规风险并总结合规体系问题之后，企业需要在企业合规师的帮助下进行专门问题整改工作，相关工作包括健全制度机制、优化业务流程、增加多种培训等方面。

3. 协助企业向行政执法机关或者其他单位报告。企业合规计划的有效性评价内容不仅包括企业内部合规风险的识别与应对，而且要求企业及时将特定的已发生的合规风险及其具体违规违法事项报告至行政执法机关或者其他单位。换言之，在认为存在违法行为或者事实之际，企业设立或者外聘的合规部门或者专员应及时向最高决策层报告，并提出向执法或者司法机关披露的建议。[①] 这是企业合规计划内在的报告要求，旨在提高行政执法机关对企业进行执法与监督的质效。在此前提下，企业合规师应该准确判断合规风险和违规违法事项的具体情况，向企业提供是否报告以及报告内容的建议，为企业决策者履行报告义务提供参考。

4. 协助企业作出合规承诺并提出合规计划方案，同时配合检察机关、合规第三方组织的评估考察。对于涉嫌刑事犯罪且处于刑事诉讼过程中的企业而言，作出合规承诺并进行合规整改，是争取从宽处罚乃至不起诉决定结果的重要方式。结合近年来涉案企业合规改革工作实务状况，实践中，涉案企业申请或者同意适用企业合规试点方案的，相当于作出合规承诺，需要向合规第三方组织、检察机关提交专项或者多项合规计划。随后，合规第三方组织、检察机关对合规计划进行审查。如若被允许开展合规整改工作，涉案企业应当在合规考察期限内完成合规承诺和合规计划。依照有关改革文件的规定，合规第三方组织、检察机关在合规考察期内有权对企业合规计划履行情况进行检查和评估，在合规考察期届满后需要对合规计划建立和运行情况进行考核。有关评估报告和考核报告直接影响涉案企业的从宽处罚结果。在上述一系列工作过程中，企业合规师都可以发挥重要的咨询和帮助作用，为企业维护自身合法权益提供充足的支持。另外，企业合规师在为涉案企业提供专业服务的同时，还需要与提供合规

① 参见周振杰：《合规计划有效性评估的制度构成》，载《环球法律评论》2022 年第 1 期。

业务的律师以及担任辩护人的律师进行充分配合与合作，才能有利于实现企业合规管理体系运行的最优效果。

五、企业合规师作为合规第三方组织组成人员参与考察

在检察机关主导推进的涉案企业合规改革工作进程中，最高人民检察院一直强调借助“外脑”力量对涉案企业合规承诺、整改进行客观、公正、有效的监督评估的重要性，“只有实现第三方监督评估的实质化专业化，企业合规改革才能真正取得成功”。[①] 最高人民检察院发布的数据表明，截至 2022 年 3 月底，经过两期改革试点，10 个试点省份检察机关共办理涉企业合规案件 766 件，其中适用合规第三方监督评估机制案件 503 件，占全部涉企合规案件的近七成。[②] 结合前文所述可知，作为合规第三方组织组成人员的企业合规师可以在涉案企业合规改革领域获得较大的参与空间。根据国家层面的《指导意见》《实施细则》《管理办法》以及试点地方制定的相关改革文件，可以从以下三个方面理解企业合规师在合规第三方机制及第三方组织中的地位与作用。

1. 企业合规师被选任进入合规名录库的情况。从目前多地发布的《公开选任合规第三方公告》和《关于涉案企业合规第三方监督评估机制专业人员名录库成员名单的公示》（以下简称《合规第三方公示》）等文件来看，虽然企业合规师属于选任范围的专业人员，但由于当下缺少对企业合规师职业资格的统一规范，据网上公开发布的相关入选公示信息，已完成公开选任工作的多个试点单位并没有专门公示哪些名录库成员属于企业合规师。结合笔者在担任多地合规名录库专业人员过程中了解的情况来看，第三方机制管委会和检察机关均对企业合规师的资格与遴选给予足够的重视，其中，部分受访检察官提出希望国家层面尽早确定企业合规师职业资格与执业条件的办法，以解决当前合规名录库中缺少企业合规师的紧迫难题。

2. 企业合规师在合规第三方组织中的职能与义务。一方面，入选合规名录库的企业合规师有资格被分类随机抽取组成合规第三方组织。一般而言，合规第三方组织的职能涉及调查、评估、监督和考察，包括但不限于审查合规计划、对合规计划履行情况进行检查和评估、考察并制作合规考察书面报告、参与听证会等等。另一方面，企业合规师也需承担相关义务，包括但不限于客观中立、保守秘密、避免利益冲突、报告等方面。其中，考虑到企业合规师具有应被视为中介组织人员的职业特点，而合规第三方组织是涉案企业和检察机关之外的具有相对独立地位的组织，从当前试点改革

① 参见《抓实第三方监督评估，杜绝“纸面合规”》，载《检察日报》2021 年 12 月 20 日，第 1 版。
② 参见徐日丹：《涉案企业合规改革试点全面推开！这次部署会释放哪些重要信号？》，载最高人民检察院网站，https：//www.spp.gov.cn/zdgz/202204/t20220402_553256.shtml。

思路来看，关于合规第三方组织组成人员履职所需费用的保障机制，试点地方形成了多种模式，而由涉案企业承担全部或者大部分费用，被认为是主要解决方案。[①] 如此一来，尽管企业合规师接受涉案企业的经费支持，但企业合规师不向企业负责。换言之，企业合规师应当审慎地履行客观中立义务以及注意避免因担任合规第三方组织组成人员而发生利益冲突的情形。另外，还需审慎讨论的是，在现有改革框架内，第三方组织及其组成人员的法律地位不明，不具有独立承担法律责任的能力。[②] 这也会影响企业合规师履职行为的法律效力及其责任分配和承担问题。

3. 企业合规师在合规第三方组织中的特定地位。作为第三方机制管委会选任组成的临时性组织，合规第三方组织对涉案企业合规计划完成情况进行相对独立的评估与考察。对此，相关改革文件为了保障合规第三方组织有效履行职责，要求在该组织中确定牵头负责人，牵头负责人的产生方式有两种，一种是合规第三方机制管委会指定，另一种是各组成人员民主推举并报管委会审定。从既有规定来看，改革文件采取了将企业合规师与律师、注册会计师、税务师（注册税务师）等专业人员等同对待的思路。对此，笔者认为值得商榷。究其缘由，合规第三方机制的适用目的是对涉案企业认罪认罚后履行合规承诺、落实合规计划情况进行专门评估和考察等工作，为检察机关作出有关决定提供重要参考。此类评估和考察工作具有鲜明的特点，即围绕企业合规计划的制定、实施与成效展开，因此这些工作的专业性较强，而企业合规师的工作任务与上述工作有高度的契合性。是故，笔者主张，如若企业合规师成为合规第三方组织的组成人员，那么，除非个案存在特定情形或者其他原因，企业合规师原则上应当优先成为牵头负责人，既可以充分发挥企业合规师的专业优势，适当引导其他组成人员熟悉涉案企业评估考察工作，又可以保障科学应对评估考察难题，确定有针对性的监督、评估方法，提升各项评估材料尤其是合规考察书面报告的专业质量。

六、企业合规师职业资格获取的现状与展望

结合域外，作为预防、发现和制止企业内部违法犯罪行为的内控机制的企业合规计划逐渐呈现出“刑事化”的发展趋势，而这种以刑事激励为显著特征的企业犯罪治理新方案愈加获得认可。[③] 由此可见，应当高度重视企业合规师的职业资格并严格规范企业合规师的执业行为。当下，已有不少研究成果提出，选任企业合规师担任合规名录库专业人员时，有必要实行“企业合规师从业资格制度”，以确保企业合规师具

① 参见山东省人民检察院课题组:《涉案企业合规第三方机制的实践思考》,载《中国检察官》2022 年第 1 期。
② 参见周振杰 :《合规计划有效性评估的制度构成》, 载《环球法律评论》2022 年第 1 期。
③ 参见万方 :《企业合规刑事化的发展及启示》, 载《中国刑事法杂志》2019 年第 2 期。

备足够的合规知识和实践能力。[①] 不过，有别于律师以获得法律职业资格为前提的申请执业条件，目前，企业合规师的职业资格获取与申请执业等制度仍处于发展的初级阶段。为了呈现企业合规师职业资格与执业现状，笔者通过文献梳理、个别访谈、实地考察等方法，了解企业合规师的培训、考试等状况，在总结既有问题的基础上，尝试提出企业合规师职业资格及其执业要求的初步方案。

（一）企业合规师职业资格现状概览

企业合规师正在成为一种备受关注认可的职业，这种新兴职业的社会需求量较大，与之形成鲜明对比的是，企业合规师的职业资格与执业方式暂时缺乏相应的规范标准和评价体系。实践中，相当数量的培训机构以“培养企业合规管理人才”为口号进行招生工作并开展培训和考试。在此，仅介绍六家机构的企业合规师资格培训与考试概况（见表 1）。[②]

1. 招生报考方面。对于招生方式，六家机构通过多种渠道扩大宣传，尤其会强调资格证书颁发单位的权威性，另外还会承诺其他帮助或者指导，例如，获得企业合规师证书后，将被纳入企业合规人才库，或者推荐报名学员参加学术研讨等等。然而，根据有关文件，国家并未明文规定资格证书颁发单位。对于报考条件，各机构对报考条件要求不统一。A 对企业合规师报考限制最严格，对学历、专业、职业、职位、有关证书及年限等作出具体规定。B 主要以学历、相关职业经验及职业资格证书的取得为报考条件。C 与 E 均具有专业或职业要求，C 还允许一定职位的担任者报考。D 不区分企业合规师级别，要求较为宽松。F 从学历、相关工作经验、专业技术人员职称等方面提出报考要求。总体来看，虽然各个机构的报考条件有别，但通常都会结合企业合规工作的现实需要，部分条件还会根据企业合规师资格等级（初级、中级、高级）进行区分。

2. 培训考试方面。六家机构均提供培训服务，以线上直播或录制课程培训为主，所培训内容差异较大，依托的培训网站各不相同。其中，B 将线上学习成绩纳入企业合规师考核测评，D 和 F 则要求学习一定课时方可参加企业合规师考试。其余三家机构没有对线上学习提出硬性要求。可见，无论是培训过程还是资格考试标准统一性不足、缺乏严格规范程序，且存在较大的不当变通空间。

3. 颁发证书方面。六家机构提供的证书名称及颁发单位明显不同。其中，E 的证书较特殊，即颁发岗位能力培训证书和新职业技能项目证书等两类证书。另外，在证书查询方面，各机构提供的资格证书可在颁发单位官网或颁发单位相关平台进行查询。

---

① 参见李勇：《涉罪企业合规有效性标准研究——以 A 公司串通投标案为例》，载《政法论坛》2022 年第 1 期。

② 考虑到论述的规范性，笔者将六家机构分别标注为 A、B、C、D、E、F。另外，笔者还以“准备考试的学员”身份与几家培训机构的招生老师进行交流，进一步了解机构培训情况。

表 1　各机构颁发的企业合规师证书表

机构名称	证书名称	证书颁发单位	证书查询网站
A	技能等级证书	中国企业评价协会	企业合规师考试网
B	企业合规师专业技能等级培训证书	中国商业会计学会	中国商业会计学会官网
C	专业人才技能证书	中国管理科学学会培训中心	中国管理科学学会培训中心网
D	专业技术人员培训证书	人力资源和社会保障部中国继续工程教育协会	国家继续教育公共服务平台证书查询网
E	1. 岗位能力培训证书 2. 新职业技能项目证书	1. 中国集团公司促进会职业技能教育培训工作委员会 2. 国家职业资格培训鉴定实验基地	国家职业资格培训鉴定实验基地网
F	企业合规师证	中国轻工企业投资发展协会	中国轻工业人才交流中心

然而，各机构颁发的企业合规师证书效力如何？需要注意的是，国务院人力资源社会保障部于 2017 年颁布的《关于公布国家职业资格目录的通知》提出，国家将按照规定的条件和程序将职业资格纳入国家职业资格目录，实行清单式管理，目录之外一律不得许可和认定职业资格。在此前提下，2021 年 11 月 23 日，人力资源社会保障部公布最新版的《国家职业资格目录（2021 年版）》。[①] 仔细分析可知，无论是准入类资格还是水平评价类资格的职业资格中均没有涉及企业合规师职业资格。尤其是，根据国务院提出的“目录之外一律不得许可和认定职业资格，目录之内除准入类职业资格外一律不得与就业创业挂钩”这一要求，人力资源社会保障部对职业资格实行清单式管理，严格控制新设职业资格，进一步规范职业资格考试认定工作。[②] 这表明既然企业合规师是在《国家职业资格目录（2021 年版）》之外的职业，那么，我国没有对企业合规师设置资格限制条件，而企业合规师的从业、执业也不必须以具备相应的资格证书为前提。既然如此，尽管有关培训机构宣传其资格证书颁发单位的权威性，但实际上此类证书均不具有许可和认证效力。易言之，即使某人通过报名方式获得企业合规师证书，也不意味着他 / 她获得了企业合规师职业资格。而此类证书通常仅能发挥证明某人具有培训经历的作用。

更进一步的是，结合各地发布的《公开选任合规第三方公告》，“选任范围”中待选任的合规第三方机制专业人员类型包括律师、注册会计师、税务师（注册税务师）、审计师等中介组织人员，这些人员均应当在获得专业技术人员职业资格后方可执业，且这些职业资格均被列入国家职业资格目录。其中，律师的职业资格名称是法律职业

① 参见《人力资源社会保障部关于公布〈国家职业资格目录（2021 年版）〉的公告》，载人力资源社会保障部网站，http：//www.mohrss.gov.cn/xxgk2020/fdzdgknr/zcfg/gfxwj/rcrs/202112/t20211202_ 429301.html。

② 参见《人力资源社会保障部有关司局负责同志就公布〈国家职业资格目录（2021 年版）〉答记者问》，载人力资源社会保障部网站，http：//www.mohrss.gov.cn/xxgk2020/fdzdgknr/zcfg/gfxwj/rcrs/202112/t20211202_429301.html。

资格（准入类），注册会计师的职业资格名称是注册会计师（准入类），税务师（注册税务师）的职业资格名称是税务师（水平评价类），审计师的职业资格名称是审计专业技术资格（水平评价类）。与之不同的是，唯独企业合规师不属于获得国家职业资格的人员类型。这显然没有将企业合规师与律师、注册会计师、税务师（注册税务师）、审计师等专业人员等同对待，恐怕难以保证企业合规师具备符合合规管理实务需要尤其是刑事诉讼办案需要的专业素养与工作技能。

（二）企业合规师职业资格制度展望

目前，关于企业合规师职业资格的培训行业存在较多问题，根本原因在于缺乏国家层面的企业合规师职业资格标准体系与评价规范。一方面，企业合规师职业资格的缺失导致职业资格获取方式及条件的差异与冲突，另一方面，企业合规师评价规范的空白导致评估机构不明、评价标准混乱，由此产生企业合规师职业资格难以满足实务需要与改革需求的现实矛盾。对此，笔者认为，在深化职业资格领域“放管服”改革背景下，应当充分认识到，企业合规师属于水平评价类技能人员职业资格范畴内的职业，由此，在肯定由社会培训评价组织完成职业技能等级认定评价方案的基础上，有必要科学评价将企业合规师纳入国家职业资格目录的必要性。

首先，既要尊重目前阶段水平评价类技能人员职业资格退出国家职业资格目录、实行职业技能等级认定的改革趋势，又要高度强调企业合规师的职业重要性，为将来在《国家职业资格目录》中新增设“企业合规师”一类职业类型积累基础。进而，考虑建立国家层面的企业合规师职业资格准入制度，设置全国统一的职业资格考试，通过考试即获取企业合规师职业资格，另外，可以考虑在职业资格考试外增添实习等其他执业条件，对企业合规师申请执业提出更高要求。

其次，根据 2021 年中国企业评价协会发布的《企业合规师职业技能评价标准》，企业合规师需要具备法学、管理学、经济学等多学科背景，为此，可以适当放宽企业合规师职业技能等级或者职业资格考试条件。考试范围应当涵盖法学、会计、金融、税务等多个领域的基础内容。另外，可以考虑根据专业背景和业务领域的不同，确定特定行业或者特定方向的企业合规师类型，或者适当区分企业合规师的等级，由此可以为涉案企业合规改革领域合规第三方专业人员名录库的选任工作提供必要的划分标准。

再次，确定组织实施评定（考试）和证书发放主体。相较于法律职业资格证由司法部颁发的做法，企业合规师是跨学科、跨领域的职业资格，为此，可以考虑多部门联合组织考核并发放证书的方案。目前，根据现有国家政策，权宜之计是确定具有权威性和专业性的社会培训评价组织具体实施并颁发职业技能等级证书，该证书与职业资格证书具有同等效力。另外，关于发放企业合规师职业技能等级证书，因为企业合

规师申请执业同样需要具备丰富的实务经验，除了考察理论知识，可以参考律师申请执业的条件，要求企业合规师先实习后申请执业。对此，应当结合企业合规师职业发展规律设置专门的实习要求与考核主体，而不应完全照搬律师法及其部门规章的相关规定。

最后，还需考虑企业合规师职业技能等级证书或者职业资格证书灵活性，尤其是为了保证不具备申请企业合规师职业资格一般条件的特定领域专家可以根据社会需要进入企业合规师队伍，可以参考《律师法》的规定，设置企业合规师特许执业制度。特许执业制度是对基本准入制度的补充，目的是解决特殊领域人才稀缺问题，因此应当对其适用加以严格限制，即从学历、职称、知识水平、从业时间等方面确定企业合规师特许执业适用条件，并且根据企业合规师职业群体现状、特殊领域专业人才需求紧迫程度等因素进行动态调整。

结　语

随着我国对企业合规管理体系接纳程度日渐增强，尤其是刑事司法领域涉案企业合规改革对企业合规师的参与提出愈加迫切的现实需求，作为一种新兴职业的企业合规师将会在更广范围内履行职责并发挥作用。本文对企业合规师的讨论，尚属于相对有限的分析，至少可以为学界更全面地审视认罪认罚从宽制度影响企业犯罪治理模式，以及为涉案企业合规改革健全配套方案提供新视角和新思路，即不宜仅从制度设计层面关注涉案企业合规改革的若干举措，还需要从各类参与主体即“人”的角度加以分析。其中，应重视企业合规师这一类主体的重要性。考虑到以企业合规师为代表的合规专业人员组成第三方组织，对涉案企业合规计划完成情况进行考察评估，直接影响检察机关的诉讼活动和办案结果，更需要科学辨析企业合规师的职业内涵及职责范畴，在此前提下，有关研究应当充分顺应企业合规计划刑事化趋向。展望涉案企业合规改革工作的未来，尤其是将相关改革经验上升为刑事诉讼法律的发展路径，有必要进一步从企业合规师作为第三方组织组成人员的法律地位与责任、企业合规师职业伦理等层面展开更丰富的研讨。唯有如此，才能真正为认罪认罚从宽制度与企业合规计划刑事化的中国探索进程，以及刑事司法领域涉案企业合规改革与刑事诉讼法修改发展提供“人”的支持。

（责任编校：郑佳豪）

刑事合规视域下企业出罪化的实践考察及规范进路

——以“法益可恢复性”为视角

刘静静 *

内容摘要：刑事合规视域下，合规不等于合法，合规也不必然出罪，单纯依据“合规则合法”实际上进行了“超越法律的法的续造”。当下，对涉嫌犯罪的企业定罪量刑面临困境，从直接原因看，合规仅是定罪量刑的考量因素，合规审查流于形式，而实质根源则是未能发掘提炼刑事合规制度的真正核心价值——法益恢复与预防合规。鉴于此，可以“法益可恢复性”“合规整改有效性”为基准，从前提条件、适用法益范围、罪行轻重、实质条件、时间条件、综合考量其他因素六个维度构建可出罪化的犯罪类型，并引入企业刑事合规出罪化一次性用尽原则，采用“两性六层过滤法”限缩企业出罪化的适用范围，再将涉及单位犯罪的 160 个罪名按法益进行分类扩展适用。

关键词：企业出罪；法益可恢复性；合规预防

当前，优化营商环境、保障企业和企业家的权利问题得到社会各界持续关注，迎来企业“非罪化”治理的契机。在归纳《刑法》、司法解释具体规定及司法实践的基础上，总结出法益可恢复性与企业刑事合规出罪化治理高度契合，符合社会对于企业“非罪化”治理的客观诉求，也符合轻罪高发时代预防、治理企业犯罪、服务经济大局的需要。本文通过对企业入罪到出罪的案例分析，认为在企业刑事合规出罪化认定方面，法益可恢复理论、企业合规整改有效性提供了有效的思维工具，应作为司法裁判考量

* 刘静静，山东省德州市陵城区人民法院法官助理。

的重要因素。宜针对法益恢复行为、合规整改行为的特性，对企业犯罪定罪量刑及出罪事由进行归纳、总结，建立严格并有效的出罪渠道，发挥刑事合规制度超越刑罚制裁与治理犯罪的效果，以实现刑法保护法益目的与优化营商环境、保障企业权益之间的平衡。

一、何谓企业出罪化：由入罪到出罪的价值转向

刑事合规视域下，企业出罪化指企业涉嫌犯罪后，在主动认罪认罚采取缴纳罚款、补缴税款、退赃退赔、赔偿被害方损失、恢复原状等措施积极修复受损法益的前提下，[①] 以刑事法律为标准来识别、评估、预防和控制企业内部的刑事法律风险，制定并实施遵守刑事法律的计划和措施，[②] 进行合规体系整改，国家通过刑事政策上的正向激励与责任归咎，免除企业的刑事责任。企业刑事合规暗含了惩罚性修复、预防性合规的司法理念，优化了企业犯罪的法律控制模式，鼓励企业及时消除对法益的侵害或威胁，恢复被侵犯法益至初始状态，建立并实施有效的合规计划从而预防再犯，即可将企业的外部责任由刑事责任转变为其他性质的法律责任，进行刑事方面的出罪化处理。[③] 实现社会公共利益这一价值追求，强化了企业非罪化治理的功能。企业刑事合规已成为确定刑事责任的重要根据，也可以作为是否提起公诉、定罪与量刑的重要根据。[④]

（一）企业入罪现状

我国是以《刑法》为主导治理社会管理秩序、市场经济秩序的模式。仅以《刑法》明文规定“单位犯前款罪”计，涉及单位犯罪主体的罪名就高达160个、涉法条114个，刑事法律风险已成为企业发展过程中面临的最大风险。与此同时，企业刑事合规制度尚未实现从审查起诉阶段到审判阶段的纵深推进，由于合规审查流于形式、实务认定存在偏差等，有名无实的企业合规与企业犯罪日益增长的现实，迫切需要加快建立健全刑事合规制度。

1. 企业入罪之法条审视

在立法层面，企业面临的刑事法律风险主要集中在社会主义市场经济秩序类、社会管理秩序类犯罪（见图1）。

---

① 参见陈瑞华：《企业合规不起诉改革的八大争议问题》，载《中国法律评论》2021年第4期。
② 参见孙国祥：《刑事合规的理念、机能和中国的构建》，载《中国刑事法杂志》2019年第2期。
③ 本文所指的企业出罪化，既包括前行为已经构成犯罪，但情节显著轻微，危害不大，不作为犯罪处理的情形；也包括前行为已构成犯罪，但从司法程序上被认定为无罪，即不追究刑事责任的情形。
④ 参见陈瑞华：《论企业合规的性质》，载《浙江工商大学学报》2021年第1期。

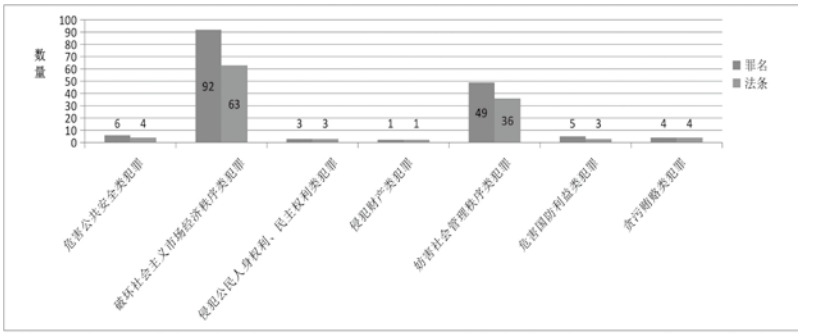


图 1 《刑法》中涉及单位犯罪的罪名及法条统计

2. 企业入罪之司法实践检视（见表 1）

表 1 企业犯罪行为入罪分析

案例	行为	处罚结果
天长市颜开防护用品有限公司、滁州市康济医疗器械有限公司等假冒注册商标罪案	康济公司生产并销售假冒的一次性医用口罩，总额为 64.2225 万元。颜开公司 2020 年 11 月至 2021 年 3 月销售假冒的口罩，总额为 83.26638 万元	颜开公司、康济公司分别判处罚金 45 万元、35 万元；韩某、张某判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金 5 万元
陕西宜和建设工程有限公司、陈某等串通投标罪案	两次投标项目中，联系、租借其他有资质的公司陪标、统一制作标书使公司中标，串通投标报价	公司判处罚金 10 万元；段某、杨某某、陈某某分别判处罚金 1.5 万元、1 万元、8 千元；追缴全部违法所得
福建京福国际贸易有限公司等走私普通货物、物品罪案	向海关低报价格申报进口啤酒，制作虚假报关材料、改低成交价格并交货，公司虚假申报进口啤酒合计 107 票，偷逃应缴税款合计 52.717782 万元	京福公司、莱金公司分别判处罚金 22.64 万元、30.08 万元；林某判处有期徒刑十个月，缓刑一年
北京中天瑞达科技发展有限公司等虚开增值税专用发票罪案	2014 —2016 年虚开增值税专用发票 169 张，税款合计 976 万余元；2016 年 5 月虚开增值税专用发票 2 张，税款合计 17.5928 万元	中天瑞达公司判处罚金 20 万元；郑某某判处有期徒刑二年十一个月；王某判处有期徒刑九年
济南市鲁明济北油气开发有限公司、王某某污染环境罪案	明知他人无危险废物经营许可证，仍委托其处置涉案危险废物，先后六次运输清理悬浮污泥罐产生的危险废液 80.3 吨，严重污染环境	鲁明济北油气开发公司判处罚金 50 万元；王某某犯污染环境罪，判处有期徒刑一年二个月并处罚金 5 万元

企业入罪不仅造成有形资产的现实损失，也导致企业商誉等无形资产的损失。比如，企业犯罪会导致暂停投标资格、被列入银行贷款黑名单、损害企业名誉、降低企业自身价值，不利于企业的发展。企业被定罪使企业自身遭受重创，也会产生一系列的连锁反应，连累企业股东、员工、投资人、客户、商业合作伙伴等，对相关领域也会造成较大影响。

（二）刑事合规视域下企业出罪化的实践考察

从刑法领域来看，一是《刑法》、司法解释及其他刑事规范性文件中已经出现了一些“法益恢复现象”出罪化的规定；二是司法实践已经通过刑事和解制度、认罪认罚从宽制度、企业刑事合规不起诉制度认可法益恢复行为，为传统法益保护提供了一

条可逆性路径，“法益恢复现象”可以作为从轻、减轻甚至免除刑事处罚、不追究刑事责任的事实依据。

1.“法益恢复现象”出罪化、轻刑化之法条审视（见表2）

表2 我国刑法规范性文件中关于“法益恢复现象”出罪化的创新性规定

考量因素 / 法律依据	犯罪行为	法益恢复行为	其他考量因素	轻刑化、出罪化认定路径
《刑法》第201条	逃税	补缴应纳税款，缴纳滞纳金，接受行政处罚	—	不予追究刑事责任
《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条	利用医保骗保购买药品	—	骗取医保基金的数额、手段，认罪悔罪态度等	不予追究刑事责任
《刑法》第276条之一	拒不支付劳动报酬；限度：尚未造成严重后果	时间+行为：提起公诉前，支付劳动者劳动报酬并承担相应赔偿责任	—	减轻或者免除处罚
《刑法》第164条	对非国家工作人员行贿	时间+行为：被追诉前，主动交代行贿行为	—	减轻或者免除处罚
《关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第2条	掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益	认罪、悔罪并退赃、退赔	犯罪目的：为近亲属掩饰、隐瞒犯罪所得及廷产生的收益；身份：初犯、偶犯的	可以认定为犯罪情节轻微，免予刑事处罚
《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》第6条	非法集资	积极配合调查、真诚认罪悔罪、主动退赃退赔	—	从轻处罚；情节轻微可免除处罚；情节显著轻微、危害不大，不作为犯罪处理
《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条	非法集资	时间+行为：提起公诉前，清退吸收的资金	目的动机：用于正常的生产经营活动	免予刑事处罚；情节显著轻微,危害不大，不作为犯罪处理
《关于办理破坏野生动物资源刑事案件适用法律若干问题的解释》第3条	破坏野生动物资源	积极修复生态环境，自愿接受行政处罚	综合考虑：猎获物的数量、价值和狩猎方法、工具等；猎捕的动机、目的等情节	可认定为犯罪情节轻微，不起诉或者免予刑事处罚；情节显著轻微危害不大的，不作为犯罪处理
《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见(二)》第16条	电信网络诈骗	认罪悔罪表现	身份作用：从犯、初犯、偶犯、未成年人、在校学生，参与时间较短、数额相对较低或从事辅助工作并领取少量报酬；综合考量：共同犯罪中地位作用、社会危害程度、主观恶性、人身危险性等	可以从轻、减轻处罚；犯罪情节轻微的，可以不起诉或者免于刑事处罚；情节显著轻微危害不大的，不作为犯罪处理

续表

考量因素 / 法律依据	犯罪行为	法益恢复行为	其他考量因素	轻刑化、出罪化认定路径
《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 10 条	妨害信用卡管理	时间 + 行为：提起公诉前全部返还，一审判决前全部归还	其他情节轻微情形	可以不起诉或者免予刑事处罚
《关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》第 9 条	虚假诉讼；限度：未达到情节严重	具结悔过，接受法院处理	身份：初犯	可以认定为犯罪情节轻微，不起诉或者免予刑事处罚
《关于办理操纵证券、期货市场刑事案件适用法律若干问题的解释》第 7 条	操纵证券、期货市场	坦白，认罪悔罪，并积极配合调查、退缴违法所得	—	可从轻处罚；犯罪情节轻微的，可依法不起诉或免予刑事处罚
《关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条	诈骗公私财物；限度：数额较大（三千元至一万元以上，三万元以下）	时间 + 行为：认罪悔罪，一审宣判前全部退赃退赔的	具有法定从宽处罚情节；没有参与分赃或获赃较少且不是主犯的；被害人谅解；其他情节轻微、危害不大	不起诉或者免予刑事处罚
《关于办理利用信用卡诈骗犯罪案件具体适用法律若干问题的解释》第 3 条	恶意透支信用卡构成犯罪	时间 + 行为：案发后至检察院公诉前归还全部透支款息	—	可以从轻、减轻处罚或者免予追究刑事责任

依照传统刑法理论，犯罪成立且既遂后，则停止对该犯罪行为进行刑法上的评价，但上述《刑法》法条、司法解释在构成要件的文字表述之外附加其他相关要素，综合前后行为进行实质解释，将满足一定条件的犯罪行为予以出罪化，比如逃税罪中“补缴税款、缴纳滞纳金、接受行政处罚的，不追究刑事责任”；非法集资类犯罪中“配合调查、认罪悔罪、退赃退赔，情节显著轻微、危害不大的，不作为犯罪处理”；破坏野生动物资源犯罪中“积极修复生态环境、接受行政处罚，可认定为犯罪情节轻微，不起诉或者免予刑事处罚”等。或者将满足一定条件的犯罪行为予以轻刑化，如对非国家工作人员行贿犯罪中“被追诉前，主动交代行贿行为，可减轻或者免除处罚”，操纵证券、期货市场类犯罪中“坦白、认罪悔罪并积极配合调查、退缴违法所得的，可从轻处罚”。此外，有些条款还结合《刑法》“但书”的立法精神，将满足一定条件的犯罪既遂行为予以“出罪化”。总结上述条款中附加的其他相关要素、满足一定条件予以“出罪化、轻刑化”的情形主要包含主动交代犯罪事实、配合调查、认罪悔罪、补缴税款、缴纳滞纳金、承担相应赔偿责任、退赃退赔、积极修复生态环境、恢复原状等，上述通过自主有效的行为减轻、消除对受损法益的侵害或威胁，积极修复受损法益，可归纳为一种类型化的法益恢复行为。

2. 企业出罪化之实践考察

从最高人民检察院开启企业合规改革试点，到发布改革试点工作方案，扩大改革试点范围，再到联合发布第三方监督评估机制指导意见，[①] 公布一系列企业合规的指导案例（见表3）。在涉罪企业刑事案件中，司法机关督促涉案企业合规承诺、积极整改，在恢复受损法益至原本如初的前提下，建立并运行刑事风险防控机制，从而给予合规企业在定罪量刑方面正向的刑事激励。

表3 企业刑事合规典型案例出罪化、轻刑化分析

典型案例	犯罪行为	刑事合规		其他考量因素	出罪化、轻刑化认定路径
		法益恢复行为（出罪核心）	合规体系建设（合规整改）		
张家港市L公司、张某甲等人污染环境罪案	持续时间：2019年2月—2020年8月；犯罪原因：违法性认识不足，未取得环境评价；犯罪行为：排放含重金属酸洗废水镍、铬浓度超过《污水综合排放标准》29.4、19.5倍；社会危险性：虽涉嫌严重环境污染但污水量排放小，未造成实质性危害后果	主观：认罪认罚； 客观：配合调查，修复生态环境	提交合规承诺，制定合规计划，相关部门对其实施情况进行检查、评估、考察，召开听证会，督促涉案企业实质化合规整改	从宽情节：自首； 其他因素：行业地位：省级高科技民营企业；科研力量：专利20余件，产品突破行业垄断；纳税贡献：年均纳税400余万元；承担社会责任：容纳员工90余名	审查起诉阶段合规，对企业和个人不起诉，生态环境局给予行政处罚
上海A、B公司、关某虚开增值税专用发票罪案	持续时间：2016—2018年；犯罪行为：两家公司虚开增值税专用发票共219份，价税合计2887余万元，其中税款419余万元已中申报抵扣；社会危险性：法益恢复难度不大	主观：认罪认罚； 客观：补缴涉案税款	建立合规审计、内部调查、合规举报等合规制度，请专家税收筹划，严格业务监督流程，节约生产经营成本	从宽情节：立功、坦白； 其他因素：行业地位：我国某技术领域领军企业、上海市高新技术企业； 合规可行性强：员工学历高，对合规管理接受度高、执行力强	审查起诉阶段合规，A、B公司分别处罚金15万元、6万元；关某判三缓三
上海J公司、朱某某假冒注册商标罪案	持续时间：2018年12月—2019年11月；犯罪行为：生产、销售假冒注册商标的商品，涉案金额达560余万元	主观：认罪认罚； 客观：赔偿权利人700万元、取得谅解	提升合规意识、完善组织结构，设合规专岗，开展专项检查、专项培训，跨区域合规考察，第三方监督评估	从宽情节：自首； 其他因素：行业地位：国家高新技术、省科技型企业；科研力量：专利数百件；纳税贡献：年纳税1亿余元；承担社会责任：容纳员工两千余人	审查起诉阶段合规，对涉案企业和涉案个人不起诉

① 2021年6月，最高人民检察院、司法部、财政部、生态环境部、国务院国有资产监督管理委员会、国家税务总局、国家市场监督管理总局、全国工商联、中国国际贸易促进委员会研究制定了《关于建立涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见（试行）》。

续表

典型案例	犯罪行为	刑事合规		其他考量因素	出罪化、轻刑化认定路径
		法益恢复行为（出罪核心）	合规体系建设（合规整改）		
山东沂南县 Y 公司、姚某明等人串通投标罪案	行为：3 次串通投标，均中标，中标金额共计 1134 余万元；社会危险性：主观恶性较小，串通投标次数较少、社会危害性较小	主观：认罪认罚； 客观：建立机制弥补管理漏洞，创造利税	制定覆盖生产经营全过程、管理层级的合规计划，关联企业共同整改，第三方监督评估，巡回检查小组监管	从宽情节：自首； 其他因素：行业地位；快速发展阶段、占据销售市场较大份额；承担社会责任：疫情期间捐款捐物，持续提供就业岗位	审查起诉阶段合规，对企业和个人不起诉
深圳 X 公司走私普通货物罪案	持续时间：2018 年 3 月—2019 年 4 月；犯罪行为：低报价格进口榴莲 415 柜，偷逃税款合计 397 万余元；社会危险性：无新的社会危险性	客观：主动交代犯罪事实、补缴税款，规范报关行为	建立合规管理委员会，实施合规风险识别、培训、举报调查、绩效考核等防控报告体系机制，建设合规文化	其他因素：行业地位：大型民营企业，国内水果行业的龙头企业；纳税贡献；积极纳税	审查起诉阶段合规，对公司及涉案人员作出相对不起诉处理

企业刑事合规包括有效性修复和有效性合规体系建设两方面。有效性修复指企业犯罪后，为恢复受损法益而采取的一系列补救措施，通过主观上认罪悔罪，客观行为上主动交代犯罪事实、补缴税款、承担相应赔偿责任、退赃退赔、修复生态环境等主客观相一致的形式表现出来。合规体系建设表现在提交合规承诺、制定合规计划，建立合规制度、合规组织机构，建设合规文化，开展合规培训、合规审计、合规调查、合规举报，进行合规风险识别、评估、处置，并以绩效考核等形式进行问责与惩戒。

上述刑事合规典型案例反映出，部分企业犯罪后因及时修复受损法益、建设合规体系，处罚结果以不追究刑事责任为主，但同时可以采取行政处罚或民事赔偿，从而减少企业因承担刑事责任而造成的损失。对涉罪企业予以出罪化、轻刑化处理是基于实现了惩罚性修复、预防性合规的刑事目的，同时考虑到涉罪企业业务价值、科研力量、行业地位、企业规模、经营状况、发展前景、纳税贡献、容纳就业等方面，考量追究企业刑事责任后可能引发的负面社会效果及可能带来的社会成本，基于宽严相济的刑事政策，最终予以出罪化、轻刑化处理。其中法益恢复行为是企业出罪的前提，其逻辑进路为：企业涉罪后 + 法益恢复（核心价值）+ 合规整改预防再犯 + 综合考量其他因素≈企业轻刑化、出罪化处理。

（三）企业入罪化到出罪化转变：性质相同、后果不同的行为在《刑法》定性及定量角度上应有所区别

从企业犯罪入罪化到企业涉罪后及时消除对法益的侵害或威胁，恢复被侵犯法益至原本状态、积极合规整改预防再犯，从而给予出罪化、轻刑化处理，暗含了这样一种理念：性质相同、后果不同的行为在《刑法》定性及定量角度上应有所区别。[①] 企业实施了刑法所禁止的行为后，又实施了惩罚性修复、预防性合规的行为，虽前犯罪行为性质大致相同，但由于法益恢复行为以及合规整改行为的介入导致后果不同时，应当综合考量前后两行为适当予以出罪化、轻刑化处理。

1. 理论溯源。其一，如果犯罪的既遂状态是抽象危险犯而非具体危险犯，只要企业及时将抽象危险行为产生的抽象法益侵害危险消除，就存在出罪化的空间。如生产、销售、提供假药罪是抽象危险犯，按《刑法》规定，生产、销售、提供假药行为一旦发生，就已危害公共安全，从而构成犯罪既遂。但这种对法益的侵害，并不是对社会不特定多数人身体健康法益的实际或现实侵害，而是抽象的法益侵害危险，仍存在主动消除危险后法益恢复的可能。比如，企业非法生产假药后，担心被刑事处罚，将生产的上述假药销毁的，此时被前生产行为侵害的法益危险性尚未转化为现实性，后销毁行为应当视为法益恢复行为。其二，如果犯罪的既遂状态是结果犯，只要未造成严重后果，或在造成严重后果之前，企业实施了实质的损害修复行为，将受损的法益恢复至原本状态。与此同时，企业进行刑事合规体系建设，以有效预防再犯为根本标准，进行有效的除罪化改造。在法规范意义上，《刑法》对上述涉嫌犯罪的行为给予否定性评价的惩罚冲动与意志就失去了发生学意义上的根据。[②]

2. 价值衡量。从企业入罪案例到出罪案例，可以发现涉案企业经济犯罪成因复杂，背后涉及很多社会系统性、深层次矛盾问题，单靠刑事制裁“孤军奋战”很难取得很好的社会治理效果。而企业法益恢复行为以及时修复受损法益、弥补受害方损失、及时修复社会关系为着力点，刑事合规体系建设以推动源头治理为落脚点，预防企业再犯，促进涉案企业转型发展，增强其抵御和防控刑事风险的能力，提高了企业社会责任感，促进经济增长。如在上海J公司、朱某某假冒注册商标案罪中，朱某某主动投案，J公司认罪认罚、积极赔偿受害方损失，取得受害方的谅解，既保护了被害方的合法权益，又保护了企业合法权益。[③] 通过开展有效的合规整改，解决司法机关办案过程中发现的企业经营管理中的突出问题，对于促进企业依法合规经营发展、完善制度机制、形成治理合力具有积极意义。对于符合条件的涉罪企业予以出罪化处理，标本兼治，

① 参见庄绪龙：《归纳与探索：“法益可恢复性犯罪”的刑法评价思考》，载《法律适用》2014年第1期。
② 参见庄绪龙：《归纳与探索：“法益可恢复性犯罪”的刑法评价思考》，载《法律适用》2014年第1期。
③ 参见上海J公司、朱某某假冒注册商标罪案，最高人民检察院发布的第二批企业合规典型案例。

既能修复受损的法益、有效预防和减少企业违法犯罪，又能降低办案对企业正常生产经营的影响，有助于实现社会公共利益这一价值追求，实现办案的政治效果、法律效果、社会效果的有机统一。

二、企业为何出罪化：“法益可恢复性犯罪”的刑法评价

停止于犯罪既遂形态的行为，虽无回溯中止的可能，但尚存经由法益恢复得以轻刑化或出罪化评价的机会，[①] 为传统法益保护提供了一条可逆性路径。

（一）企业出罪化与“法益可恢复性犯罪”的内在逻辑

《刑法》作为一种对具有严重危害社会性的失范行为予以否定性评价的法律规范，其目的是惩罚犯罪、保护人民。在最高人民检察院发布的企业合规典型案例中，对涉罪企业作出不起诉决定是基于企业既修复了受损的法益，又建立了合规体系，实现了惩罚性修复，预防性合规的刑法目的，同时实现了三个效果的统一。通过归纳可以发现，对于符合条件的涉罪企业予以出罪化处理是一种类型化的法律现象，即涉罪企业在犯罪行为完成以后，通过采取积极有效的补救措施，及时消除对法益的侵害或威胁，将被侵犯的法益恢复至原本状态，同时制定并实施刑事合规计划预防再犯的一种犯罪类型。将这种辅之以具体“完全修复条件”并成为刑事法律规制、处罚例外的犯罪行为，通过归纳概括其犯罪类型共性和规律，理论界将其称之为“法益可恢复性犯罪”。

法益可恢复性与企业刑事合规“非罪化”治理高度契合，站在结果无价值的角度，违法性的实质就是引起法益侵害及其危险，而法益可恢复性犯罪并未造成实质的、最终的法益损害及其危险，即法益恢复行为消除了前行为带来的实质违法性，加之有效的合规整改预防再次犯罪，从而导致报应刑和预防刑的缺失、可罚性依据的缺失。鉴于我国《刑法》缺失明确的企业犯罪“免责条款”，检察院对涉罪的企业刑事合规不起诉看似突破了刑法理论和刑事法律，实则是对于一些“法益可恢复性犯罪”予以出罪化、轻刑化处理。

（二）企业“法益可恢复性犯罪”出罪化的正当性

由于对涉罪企业予以出罪化、轻刑化处理，涉及剥夺或限制重大权益的定罪量刑裁量，任何涉及重大权益的定罪量刑规则都必须具有正当性基础，并经得起法理的检验。

1. 法理依据：报应刑和预防刑的缺失导致可罚性依据缺失。刑罚的正当化根据一方面是为了实现恶报、善报的报应刑，另一方面是为了实现有效防止犯罪的一般预防与特殊预防，即所谓的“因为有犯罪并为了没有犯罪而科处刑罚”[②]。如果缺乏刑罚适用的正

① 参见庄绪龙：《“法益可恢复性犯罪”概念之提倡》，载《中外法学》2017 年第 4 期。
② 张明楷：《刑法学》（上）（第六版），法律出版社 2021 年版，第 668 页。

当性根据，尽管行为形式上构成犯罪，也不应追究刑事责任或应免予刑事处罚，即违法必究与有罪不罚并存，犯罪的成立范围与处罚范围分离。法益恢复行为是一种对受损法益采取的更快速、更现实、更直接的法益保护方式，对于个案的被害方而言最有价值，因而适用报应刑的必要性随被害方报应情感降低而降低乃至丧失。同时涉罪企业主动实施法益恢复行为，建设刑事合规体系防范刑事法律风险，进行合规整改预防再犯，表明涉罪企业已认罪悔罪，其社会危害性、再犯可能性都较低，实现了特殊预防目的。此外，出罪化处理方式恩威并施，对于其他企业也起到了警示教育目的。如此，既惩罚了犯罪行为，保护了相关法益，又实现了刑法的一般预防与特殊预防，彰显了惩罚性修复、预防性合规的司法理念，也体现了协商性司法、多元模式治理犯罪的理念。

2. 刑法的谦抑性原则：刑罚手段的终极性、必要性，在没有其他非刑罚方法可以替代刑罚的情况下，才能适用刑罚。刑罚犹如双刃之剑，用之不当则国家和个人两受其害，适用刑罚必须高度克制，努力防止滥用刑罚。刑法的谦抑性要求国家应以比例原则为核心，通过最小的刑罚支出来获取最大的社会效益，构建理性的罪刑模式。若现行《刑法》过于严苛，就要考虑通过重塑归责理论及调整刑事范围给社会减压，引入更多“出罪”因素。若严苛适用《刑法》不符合社会公共利益标准和刑事政策，就要慎用刑法上的手段；若严苛适用刑罚不利于实现预防，就应考虑诉诸非刑罚措施。[①] 采取其他救济行为、预防措施、处罚手段可能比单纯的刑罚惩治更为有效，如通过修复相关受损法益以及时救济被害人的权益、实质化合规整改预防再犯、追究惩罚性的民事责任和行政责任等。

在张家港市 L 公司、张某甲等污染环境罪案中，L 公司虽涉嫌严重环境污染犯罪，但未造成实质性危害后果，污水量排放小。涉案企业系省级高科技民营企业，综合考量该企业行业地位、专利数量、产品突破行业垄断、年均纳税、容纳员工等情况，及事后投案自首、认罪认罚、积极修复生态环境、实质化合规整改预防再犯等情节，对涉罪企业和个人不起诉，由生态环境局给予行政处罚。[②] 相较于严苛适用《刑法》以污染环境罪定罪量刑惩治涉案企业，上述处理方式更加符合社会公共利益标准及少补慎押慎诉、宽严相济的刑事政策，体现了刑法的谦抑性原则。如此既能及时弥补被害方的损失、对涉罪的企业予以惩戒，又能使涉案企业走向自发赎罪、合规运营的新生，实现刑法惩罚犯罪、预防犯罪的目的，在保护刑法法益的同时促进社会经济的发展，实现公共利益最大化。

3. 刑事政策考量：我国宽严相济刑事政策的内在诉求。宽严相济的刑事政策要求将

① 参见陈卫东：《从实体到程序：刑事合规与企业“非罪化”治理》，载《中国刑事法杂志》2021 年第 2 期。
② 参见张家港市 L 公司、张某甲等污染环境罪案，最高人民检察院发布的第一批企业合规改革试点典型案例。

有限的司法资源集中在惩治具有严重社会危害性、严重危害法益的犯罪上，依法合理把握追究刑事责任、予以刑罚处罚的范围，综合运用刑事手段、行政手段及民事手段处置和化解社会矛盾和风险。“法益可恢复性犯罪”是行为人完成犯罪行为后，自主采取补救措施，将被前行为侵害的法益在法院最终定罪量刑之前恢复至原本状态。刑事合规视域下的“法益可恢复性犯罪”在性质上较为平和，事后企业主观上表现出的积极配合调查、认罪悔罪态度，客观上采取的法益恢复行为、合规整改行为表明其主观恶性不深、再犯可能性及社会危害性不大，被害人的报应情感降低乃至丧失；同时法益恢复行为具有很强的恢复性司法色彩，更能修复受损的法益，平复社会矛盾，使得《刑法》对涉案企业作出否定性评价的盖然性极大降低。结合宽严相济的刑事政策，企业“法益可恢复性犯罪”应该纳入轻刑化、出罪化范畴统摄之内，因而具有实践可行性。①

4. 从法教义学解释上考量：立足结果无价值论，以形式解释为基础，实质解释进行修正与补充。《刑法》的目的是保护法益，《刑法》分则将值得科处刑罚的法益侵害行为定义为犯罪行为，当《刑法》的文字表述包含了不值得科处刑罚的行为时，应通过对构成要件的实质解释，将最终不具有社会危害性的法益可恢复性犯罪出罪化处理，考虑处罚的合理性与必要性。在企业刑事合规出罪化的刑法评价体系中，从文义解释及形式解释上，涉案企业先实施了《刑法》所禁止的行为，侵犯了《刑法》所保护的法益，符合犯罪的构成要件。后实施了法益恢复行为与合规行为，从实质解释上，法益恢复行为将引起法益侵害及其危险的实质违法性消除，将受损法益恢复如初；合规行为结合犯罪构成要件进行实质化整改，从而预防再犯，实现了《刑法》保护法益、惩罚犯罪、预防犯罪的目的，可罚性依据丧失，基于法益衡量原则，在一部分轻微犯罪中可以成为出罪的理由，作为刑事法律规制、处罚的例外。

概言之，入罪关注前行为，侧重于形式解释，出罪考量前后两行为进行综合评价，在具体案件的司法认定中进行利益衡量，提倡法益的合目的性，适用“但书”的立法精神进行实质解释，因情节显著轻微危害不大，不作为犯罪处理；或以不具备需罚性不追究刑事责任，用犯罪不可逆转的停止作为最终定罪量刑评价的事实依据，综合后行为（即法益恢复与合规行为）进行实质解释的修正与补充，应认定企业涉嫌轻微犯罪，满足一定条件就存在出罪化的空间，以此在教义学的框架内实现每一起案件的正义。由形式入罪到实质出罪，有助于实现社会公共利益这一价值追求。②

（三）法益恢复与合规整改行为的刑法体系地位

企业涉嫌犯罪时，基于社会公共利益和刑事政策的考量，需对企业的法益恢复行为、合规整改行为进行价值衡量与综合判断，建立多层次的犯罪认定体系，一是以犯罪构成

① 参见庄绪龙：《归纳与探索：“法益可恢复性犯罪”的刑法评价思考》，载《法律适用》2014 年第 1 期。
② 参见刘艳红：《形式入罪实质出罪：无罪判决样本的刑事出罪机制研究》，载《政治与法律》2020 年第 8 期。

为标准的是否成立犯罪（应罚性）；二是以值得刑事处罚为标准的是否追究犯罪（需罚性）。[①] 首先，因企业自主实施法益恢复行为，将受损法益恢复如初，取得被害方谅解，更能恢复受损法益、修复社会关系、平复社会矛盾，同时进行合规整改有效预防再犯，助力企业走向自发赎罪、合规运营的新生。法益恢复如初、合规整改有效预防再犯表明了其社会危害性及再犯可能性较低，应认定企业犯罪情节轻微，基于宽严相济刑事政策的考量，不作为犯罪处理。其次，报应刑和预防刑的缺失导致可罚性依据的缺失，以值得刑事处罚为标准来看是否追究犯罪，因缺乏需罚性，故不予追究刑事责任。

三、企业如何出罪化：困境检视及规范进路

当下企业刑事合规出罪化面临两个实践困境，一是企业刑事合规处于试点改革初期，涉案企业合规整改有效性审查标准不明确；二是企业刑事合规出罪化处理的条件限定不明晰。为了让企业刑事合规制度长久运行，在司法实践没有刑法规范及司法解释的明确规定下，需立足于“法益恢复”“合规预防”的核心价值，构建有效的合规要素式审查标准，同时以法益可恢复性、刑事合规整改有效性为标准，探索企业出罪化处理的适用条件。此外，通过类型化构建引导涉罪企业刑事案件扩展适用，指引司法实践。

（一）涉案企业合规整改有效性审查标准的构建及运用

构建有效的合规要素式审查标准，以审查企业除罪化改造的有效性。以有效预防再犯为根本标准，依据犯罪构成要件，针对涉案企业犯罪类型、犯罪主体、犯罪行为、犯罪对象、危害结果、罪行轻重、主观罪过等特征具体剖析，诊断犯罪成因，识别企业内部经营管理漏洞、治理结构问题等，查明涉案企业深层次的制度缺陷，从而构建有效的合规要素式审查标准，督促涉案企业围绕涉罪领域进行针对性、彻底性的专项合规。

其一，依据主观罪过要件回溯企业违法性认识，反映出涉罪企业对于商业经营模式的违法性认知不足，应重点审查改造后商业模式的合法性及实际运营效果。如企业涉嫌非法经营罪、擅自设立金融机构罪、擅自发行股票、公司、企业债券罪的，应当对商业模式中需取得经营许可、或需经国家有关主管部门批准的经营行为及扰乱市场秩序的情节具有充分的认知。针对完成除罪化改造的商业模式，重点审查该商业模式的合法性、可行性，[②] 提高全体员工的违法性认知，确保合规风险在可控的范围之内，要求新的商业模式已落地执行、平稳运营。

其二，依据犯罪行为要件回溯企业业务流程，反映出涉案企业经营管理漏洞，应

① 参见姜涛：《刑法中的犯罪合作模式及其适用范围》，载《政治与法律》2018 年第 2 期。
② 参见刘艳红：《涉案企业合规建设的有效性标准研究——以刑事涉案企业合规的犯罪预防为视角》，载《东方法学》2022 年第 4 期。

重点审查涉案企业经营管理制度的针对性与完备性，以及对于经营管理风险识别、评估、处置的能力。例如，在上海 A 公司、B 公司、关某虚开增值税专用发票罪案中，[①] 根据公司实际控制人关某虚开增值税专用发票的犯罪行为，回溯业务流程，应当锁定财务审计、生产管理存在问题。涉案企业应当对财务审计、税收筹划、控制生产经营成本等经营管理制度缺陷加强合规。企业应当建立完备的生产、销售、推广、合同、商业合作伙伴、财务等相关的管理事项，规范业务流程。

其三，依据犯罪主体回溯企业权力结构，反映出涉案企业组织体系、权力运行机制等深层次弊病，重点审查涉案企业组织机构的完备性、治理制度的有效性，公司权力运行的规范性和透明性，及对违规责任人处理的严厉性。比如，在上海 J 公司、朱某某假冒注册商标罪案中，[②] 该公司股东及实际控制人朱某某组织公司员工生产假冒注册商标的产品。根据朱某某、J 公司等涉罪的主体回溯企业权力结构，反映出涉案企业权力结构的独裁性，组织结构、治理制度存在弊端。企业合规后，首先应重点审查股权结构的合理性，如对公司大股东股权的稀释，股权应分散给不同的多元化主体；其次审查资本结构的合理性，是否优化融资渠道，增加员工持股比例、引入战略投资者等；再次审查是否对涉案违法责任人员给予严厉的惩戒、重建的治理制度是否有效，如公司实际控制人在管理层中退出，剥夺违法责任人再次利用职权违法犯罪的能力，建立有效的监督与激励制度，明确董事会、监事会、高管的权利义务与职责，明确股权激励办法，实现公司所有人及其他利益相关者之间有效的协调、制约、监督、激励等；最后审查公司业务调整、人事调动、战略发展、财务审计等事项决策的透明性、公开性、及时性。[③]

（二）企业刑事合规出罪化处理的适用条件

以法益可恢复性、合规整改有效性为基准，构建刑事合规出罪化处理的适用范围与条件。经由法益恢复、合规整改继而限缩企业入罪、适当出罪的路径方面，应合理诠释前提条件、适用法益范围、罪行轻重、实质条件、时间条件设定，综合考量其他因素，且上述出罪化的立场，应以一次性用尽原则作为限制条件。

1. 前提条件。涉罪企业存在前后两个行为，前行为是《刑法》所禁止的行为，符合犯罪构成要件，侵犯了《刑法》所保护的利益；后行为即法益恢复行为与合规整改行为，法益恢复行为能够将被前行为侵害的法益恢复至完好如初的状态，合规整改行为能够有效预防再犯。即基于刑事合规的可期待性和附随社会成本考量，严苛适用刑

① 参见上海 A 公司、B 公司、关某虚开增值税专用发票罪案，最高人民检察院发布的第一批企业合规改革试点典型案例。
② 参见上海 J 公司、朱某某假冒注册商标罪案，最高人民检察院发布的第二批企业合规典型案例。
③ 参见刘艳红：《涉案企业合规建设的有效性标准研究——以刑事涉案企业合规的犯罪预防为视角》，载《东方法学》2022 年第 4 期。

罚可能带来过高的社会成本，法益恢复、合规整改更能实现社会公共利益这一价值追求，是启动刑事合规并最后获得相应的出罪化激励的前提条件。[①]

2. 适用法益范围。关于前行为侵犯的法益性质是否局限于特定法益，有观点指出，具备“法益可恢复性”的法益至少应满足三个条件：非国家权力性的法益属性、非人格性的法益范畴、非暴力性的法益侵害方式。[②]

本文认为，应以法益可恢复性为根据，在法益上进行分类（见图2）：（1）对于侵害非国家权力性质的法益、非人格性质的法益以及以非暴力性方式侵害的法益，均存在法益恢复及出罪化空间。（2）以暴力性方式侵害的法益不存在出罪化空间。（3）对于侵害国家权力性质的法益、人格性质的法益要区分处于危险犯形态的法益和实害犯形态的法益。一方面，对于处于实害犯形态的法益，尚未造成实害后果的，仍存在法益恢复及出罪化空间；已造成实害后果的，不存在法益恢复及出罪化空间。另一方面，对于处在危险形态的法益，又分为具体危险犯与抽象危险犯，具体危险犯指依据行为发生时的具体情况，行为对象处于现实、客观、紧迫的实际危险中，结果没有发生仅是一种偶然，如在破坏交通工具罪中，犯罪行为使交通工具的运行处于客观现实的危险之中。由于具体危险犯犯罪行为一旦实施，被侵害的法益难以得到恢复，因此不存在法益恢复及出罪空间；抽象危险犯，即行为被认定为通常具有发生侵害结果的危险性，但不是对法益的实际或现实侵害危险，[③] 仍存在主动消除危险后法益恢复的可能。比如生产、销售有毒、有害食品罪，在未造成实害后果前，仍存在法益恢复及出罪化的空间。

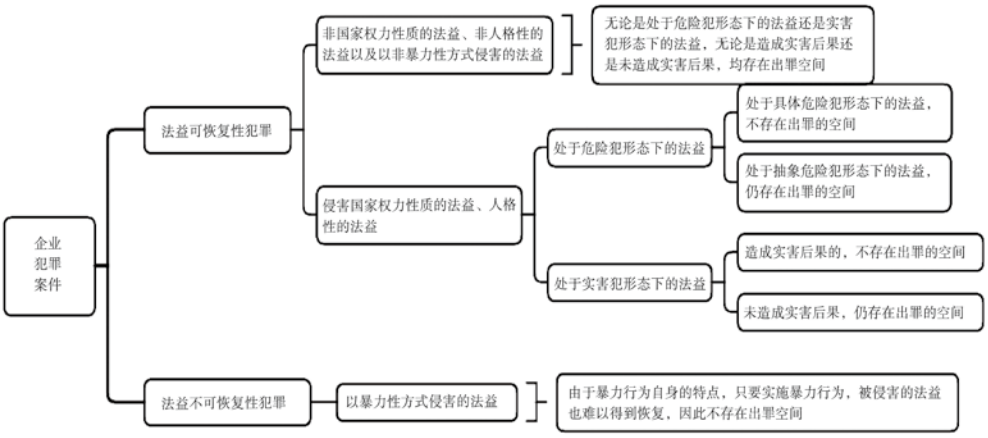


图2　企业犯罪案件的“法益可恢复性”类型化构建

① 参见孙国祥：《刑事合规激励对象的理论反思》，载《政法论坛》2022年第40卷第5期。
② 参见庄绪龙：《“法益可恢复性犯罪”概念之提倡》，载《中外法学》2017年第4期。
③ 参见刘科：《“法益恢复现象”：适用范围、法理依据与体系地位辨析》，载《法学家》2021年第4期。

3. 罪行轻重。对于侵犯的法益轻重，“个人刑罚解除事由说”认为前行为需限制为较轻罪行；[①]“条件性出罪机制”认为前行为需限制为情节较轻微、社会危害性较小、主观恶性较低、法益恢复难度不大的轻微罪行。[②] 有观点认为，出罪的企业应限定为涉罪单位成员 3 年以下有期徒刑的犯罪。[③] 从上文总结的我国《刑法》规范性文件中关于“法益恢复现象”出罪化的创新性规定来看，我国《刑法》规定的拒不支付劳动报酬罪、逃税罪、对非国家工作人员行贿罪，司法解释规定的诈骗罪、利用信用卡诈骗罪、非法集资罪等犯罪，存在出罪化空间的犯罪需限制为轻微罪行，即侵犯法益程度不重、性质轻微，如破坏性较小、数额较小、主观恶性较小、法益恢复难度不大等。

4. 时间条件。受侵害的法益必须在规定时间内得到修复，合规整改预防再犯必须在规定的时间内完成。公安机关立案前、公安机关侦查阶段、检察机关审查起诉阶段，但最迟在法院一审宣判前将受侵害的法益予以完全恢复，完成合规整改预防再犯，这是时效性的必然要求，也是可予以出罪化处理的时限要求。法益恢复、合规整改时间越早，出罪化概率越大，从宽量刑幅度越大。

5. 实质性条件。企业刑事合规能否予以出罪，要以法益恢复程度、是否取得被害方谅解、合规整改有效性为尺度对涉罪企业的行为作出不同的评价。实质性修复被侵害的法益程度，即企业主动认罪悔罪，自主采取有效措施将被其前行为侵害的法益进行完全的补救、修复。如对非国家工作人员行贿罪中主动交代行贿行为；生产、销售伪劣产品罪中将违规生产的伪劣产品及时上交并销毁，接受行政处罚；非法集资类犯罪、诈骗类犯罪中，真诚认罪悔罪并全部退赃、退赔；破坏环境资源保护类犯罪中积极修复生态环境，接受行政处罚等。合规整改有效性指依据上文合规整改有效性审查标准，进行了合规整改有效预防再犯。法益已完全恢复，取得被害方谅解，同时有效合规整改预防再犯的，可以考虑予以出罪，法益恢复一部分或未通过有效合规整改审查的，可以考虑轻刑化。

6. 综合考量其他因素。一方面，根据企业及责任人员的主观恶性、犯罪目的、客观行为、犯罪地位、作用、犯罪手段、犯罪次数、犯罪持续时间等情况，以及对涉罪企业、责任人的改造难度、自首、坦白、立功等情节综合评价涉案企业、责任人的社会危害性、再犯可能性，综合判断涉案企业及责任人员责任大小、罪行轻重，严格区分企业刑事责任和个人刑事责任，对于两者区别出罪化、轻刑化，做到罚当其罪、罪责刑相适应。另一方面，适当考虑企业的违法犯罪既往历史、业务价值、科研力量、行业地位、企业规模、经营状况、发展前景、纳税贡献、容纳就业、社会综合评价、繁荣地方经济、城乡建设

① 参见魏汉涛：《“个人解除刑罚事由”制度探究》，载《法商研究》2014 年第 4 期。
② 参见乔青、张绍谦：《条件性出罪机制及其运用——兼论恶意透支型信用卡诈骗罪非犯罪化处理路径》，载《求索》2016 年第 10 期。
③ 参见李勇：《企业附条件不起诉的立法建议》，载《中国刑事法杂志》2021 年第 2 期。

等方面，考量追究企业刑事责任后可能引发的负面社会效果及可能带来的社会成本。最终基于社会公共利益和宽严相济的刑事政策考量，以实质化解纠纷与矛盾为目的，通过价值冲突、利益衡量找到适度出罪化、轻刑化的出路，做到既惩罚相关犯罪行为，保护刑法法益，又促进经济发展，有效预防再犯，维护社会繁荣稳定，实现公共利益最大化。

反向规制。企业出罪化的禁止性规定，引入企业刑事合规出罪化“一次性用尽”原则，即企业因法益完全恢复、通过合规整改审查出罪后，涉案企业再次构成故意犯罪的不得再出罪化处理，要依法从严追究涉案企业刑事责任，加大惩处力度，发挥司法案例的指引功能，形成威慑和警示（见图3）。

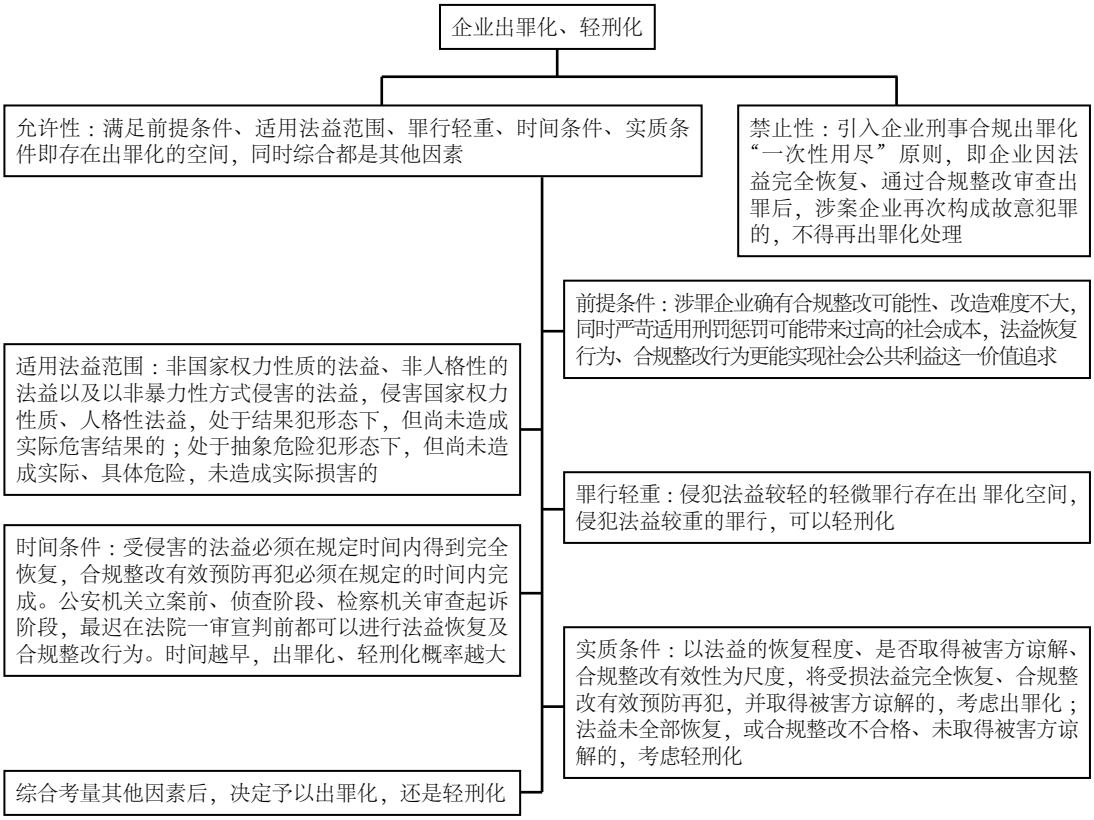


图3　企业刑事合规出罪化“两性六层过滤法”流程构建

（三）企业刑事合规出罪类型化构建的扩展适用

以侵犯的法益是否具备可逆性，判断某类犯罪所侵犯的法益是否存在完全恢复的可能性，以合规整改是否能有效预防再犯，判断涉罪企业是否存在合规整改可能性，是对涉罪企业予以出罪化的基准。以《刑法》明文规定“单位犯前款罪的”、罪名主体为统计标准，共统计出涉及单位犯罪的160个罪名（见表4），本文尝试通过将这

160 个罪名按法益进行分类，以“法益可恢复性”为基准建构起一个初步的裁量体系，从而对企业刑事合规案件中可出罪化的犯罪类型展开梳理。

表 4　涉及单位犯罪的 160 个罪名在刑法章节的分布

公法益（超个人法益）	国家法益	第七章　危害国防利益罪 5 个罪名	
		第八章　贪污贿赂罪 4 个罪名	
		第二章　危害公共安全罪 6 个罪名	
	社会法益	第三章　破坏社会主义市场经济秩序罪 92 个罪名	第一节　生产、销售伪劣商品罪 10 个罪名 第二节　走私罪 10 个罪名 第三节　妨害对公司、企业的管理秩序罪 8 个罪名 第四节　破坏金融管理秩序罪 22 个罪名 第五节　金融诈骗罪 5 个罪名 第六节　危害税收征管罪 16 个罪名 第七节　侵犯知识产权罪 8 个罪名 第八节　扰乱市场秩序罪 13 个罪名
		第六章　妨害社会管理秩序罪 49 个罪名	第一节　扰乱公共秩序罪 10 个罪名 第二节　妨害司法罪 7 个罪名 第三节　妨害国（边）境管理罪 1 个罪名 第四节　妨害文物管理罪 3 个罪名 第五节　危害公共卫生罪 4 个罪名 第六节　破坏环境资源保护罪 16 个罪名 第七节　走私、贩卖、运输、制造毒品罪 3 个罪名 第九节　制作、贩卖、传播淫秽物品罪 5 个罪名
私法益（个人法益）	个人法益	第四章　侵犯公民人身权利、民主权利罪 3 个罪名	
		第五章　侵犯财产罪 1 个罪名	

1. 侵犯国家法益的犯罪。国家法益可分为国家职能、国家生存、国家财产法益等。侵犯国家法益并涉及单位犯罪的罪名包括以下 9 个罪名：

（1）危害国防利益类犯罪的 5 个罪名，分别为故意提供不合格武器装备、军事设施罪、过失提供不合格武器装备、军事设施罪、非法生产、买卖武装部队制式服装罪、伪造、盗窃、买卖、非法提供、非法使用武装部队专用标志罪、战时拒绝、故意延误军事订货罪。因国防是保障国家主权、领土完整与安全的必要防务，[①] 是国家生存与发展重要保障，国防利益具有特殊重要性，无法通过企业认罪悔罪赎罪予以恢复，因此在刑事合规初始阶段，应从严把握，不应认定存在出罪化的空间。

（2）贿赂类犯罪的 4 个罪名，分别为单位受贿罪、对有影响力的人行贿罪、对单位行贿罪、单位行贿罪，上述犯罪侵犯了职务行为的不可收买性、公正性。根据《刑法》

① 参见张明楷：《刑法学》（下）（第六版），法律出版社 2021 年版，第 1545 页。

规定，单位受贿行为情节严重的才构成犯罪；对有影响力的人行贿情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，才构成犯罪；对单位行贿数额达到一定标准才予以立案，由此可见上述犯罪需具备一定的犯罪情节，才予以定罪处罚。上述犯罪具备一定犯罪情节，但在未造成严重的实害后果之前，积极退赃退赔，同时有效合规整改预防再犯的，应认定存在出罪化空间。由于国家权力运作秩序不容破坏，职务行为也不容收买，否则会威胁社会不特定多数人的权益，影响国家权威，所以对于企业贿赂型犯罪予以出罪化时，应从严把控。

2. 侵犯社会法益的犯罪。社会法益为社会不特定多数人共有的公共法益，可分为公共安全法益、市场经济秩序法益、社会管理秩序法益等，侵犯社会法益并涉及单位犯罪的罪名包括以下147个罪名（见表5、表6、表7）。

表5 《刑法》第二章危害公共安全类犯罪的6个罪名

第二章危害公共安全类犯罪的6个罪名	帮助恐怖活动罪；非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪；非法制造、买卖、运输、储存危险物质罪；违规制造、销售枪支罪；非法出租、出借枪支罪；非法出租、出借枪支罪

表6 《刑法》第三章破坏社会主义市场经济秩序类犯罪的92个罪名

第三章破坏社会主义市场经济秩序罪92个罪名	第一节生产、销售伪劣商品罪10个罪名	生产、销售伪劣产品罪；生产、销售、提供假药罪；生产、销售、提供劣药罪；妨害药品管理罪；生产、销售不符合安全标准的食品罪；生产、销售有毒、有害食品罪；生产、销售不符合标准的医用器材罪；生产、销售不符合安全标准的产品罪；生产、销售伪劣农药、兽药、化肥、种子罪；生产、销售不符合卫生标准的化妆品罪
	第二节走私罪10个罪名	走私武器、弹药罪；走私核材料罪；走私假币罪；走私文物罪；走私贵重金属罪；走私珍贵动物、珍贵动物制品罪；走私国家禁止进出口的货物、物品罪；走私淫秽物品罪；走私废物罪；走私普通货物、物品罪
	第三节妨害对公司、企业的管理秩序罪8个罪名	虚报注册资本罪；虚假出资、抽逃出资罪；欺诈发行证券罪；违规披露、不披露重要信息罪；隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、财务会计报告罪；对非国家工作人员行贿罪；对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪；背信损害上市公司利益罪
	第四节破坏金融管理秩序罪22个罪名	擅自设立金融机构罪；伪造、变造、转让金融机构经营许可证、批准文件罪；高利转贷罪；骗取贷款、票据承兑、金融票证罪；非法吸收公众存款罪；伪造、变造金融票证罪；伪造、变造国家有价证券罪；伪造、变造股票、公司、企业债券罪；擅自发行股票、公司、企业债券罪；内幕交易、泄露内幕信息罪；利用未公开信息交易罪；编造并传播证券、期货交易虚假信息罪；诱骗投资者买卖证券、期货合约罪；操纵证券、期货市场罪；背信运用受托财产罪；违法运用资金罪；违法发放贷款罪；吸收客户资金不入账罪；违规出具金融票证罪；对违法票据承兑、付款、保证罪；逃汇罪；洗钱罪
	第五节金融诈骗罪5个罪名	集资诈骗罪；票据诈骗罪；金融凭证诈骗罪；信用证诈骗罪；保险诈骗罪

续表

	第六节危害税收征管罪 16 个罪名	逃税罪；逃避追缴欠税罪；骗取出口退税罪；虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪；虚开发票罪；伪造、出售伪造的增值税专用发票罪；非法出售增值税专用发票罪；非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪；虚开增值税专用发票罪；出售伪造的增值税专用发票罪；非法出售增值税专用发票罪；非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪；非法制造、出售非法制造的发票罪；非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪；非法出售发票罪；持有伪造的发票罪
	第七节侵犯知识产权罪 8 个罪名	假冒注册商标罪；销售假冒注册商标的商品罪；非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪；假冒专利罪；侵犯著作权罪；销售侵权复制品罪；侵犯商业秘密罪；为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪
	第八节扰乱市场秩序罪 13 个罪名	损害商业信誉、商品声誉罪；虚假广告罪；串通投标罪；合同诈骗罪；组织、领导传销活动罪；非法经营罪；强迫交易罪；伪造、倒卖伪造的有价票证罪；倒卖车票、船票罪；非法转让、倒卖土地使用权罪；提供虚假证明文件罪；出具证明文件重大失实罪；逃避商检罪

表 7 《刑法》第六章妨害社会管理秩序类犯罪的 49 个罪名

第六章妨害社会管理秩序类犯罪的 49 个罪名	第一节扰乱公共秩序罪 10 个罪名	为非法生产、买卖警用装备罪；非法生产、销售专用间谍器材、窃听、窃照专用器材罪；非法侵入计算机信息系统罪；非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪；提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪；破坏计算机信息系统罪；拒不履行信息网络安全管理义务罪；非法利用信息网络罪；帮助信息网络犯罪活动罪；扰乱无线电通讯管理秩序罪
	第二节妨害司法罪 7 个罪名	虚假诉讼罪；泄露不应公开的案件信息罪；故意泄露国家秘密罪；过失泄露国家秘密罪；披露，报道不应公开的案件信息罪；掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪；拒不执行判决、裁定罪
	第三节妨害国（边）境管理罪 1 个罪名	骗取出境证件罪
	第四节妨害文物管理罪 3 个罪名	非法向外国人出售、赠送珍贵文物罪；倒卖文物罪；非法出售、私赠文物藏品罪
	第五节危害公共卫生罪 4 个罪名	妨害传染病防治罪；妨害国境卫生检疫罪；采集、供应血液、制作、供应血液制品事故罪；妨害动植物防疫、检疫罪
	第六节破坏环境资源保护罪 16 个罪名	污染环境罪；非法处置进口的固体废物罪；擅自进口固体废物罪；非法捕捞水产品罪；危害珍贵、濒危野生动物罪；非法狩猎罪；非法猎捕、收购、运输、出售陆生野生动物罪；非法占用农用地罪；破坏自然保护地罪；非法采矿罪；破坏性采矿罪；危害国家重点保护植物罪；非法引进、释放、丢弃外来入侵物种罪；盗伐林木罪；滥伐林木罪；非法收购、运输盗伐、滥伐的林木罪
	第七节走私、贩卖、运输、制造毒品罪 3 个罪名	走私、贩卖、运输、制造毒品罪；非法生产、买卖、运输制毒物品、走私制毒物品罪；非法提供麻醉药品、精神药品罪

续表

	第九节制作、贩卖、传播淫秽物品罪5个罪名	制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪；为他人提供书号出版淫秽书刊罪；传播淫秽物品罪；组织播放淫秽音像制品罪；组织淫秽表演罪

对于上述147个罪名是否存在出罪化空间的判断，一是坚持结果导向，社会法益系个人法益的集合，将受侵害的社会法益分解成具体的个人法益，可根据企业违法行为对具体个体造成的法益侵害结果、个人法益能否恢复，判断受侵害的社会法益能否恢复。[①] 二是考虑到上述犯罪大多为秩序类犯罪，其实质是因企业的违法犯罪行为给社会经济秩序、社会管理秩序以及公共安全带来不同程度的危害，侵犯的是更为抽象的集体法益，上述犯罪侵犯的法益能否恢复，可以从犯罪企业本身的再犯可能性角度考虑。三是认可上述侵犯社会法益的犯罪存在出罪化空间，也是基于现实的考量，在积极预防性刑法观指引下，刑事立法通过不断新增新罪实现刑法犯罪圈扩张，包括民事、行政违法行为犯罪化的公共秩序犯罪。[②] 企业在涉嫌上述罪名后，积极修复受损法益，将受损法益恢复至原本状态，促成社会关系恢复，又积极进行合规整改有效预防再犯的，应当承认其具有法益恢复的价值，适当予以出罪化处理。

3. 侵犯个人法益的犯罪。个人法益可分为生命、身体健康法益、名誉法益、财产法益、自由法益等。侵犯个人法益并涉及单位犯罪的罪名包括以下两个方面：

（1）侵犯公民人身权利、民主权利类犯罪的3个罪名。一是强迫劳动罪，因其暴力、威胁或者限制人身自由等手段的特殊性，犯罪行为实施完毕后，不存在出罪化空间。二是侵犯公民个人信息罪，由于个人信息的隐私性质，向他人出售或者提供公民个人信息，根据情节的不同，对于已造成实害后果，如严重影响公民生活、工作和学习的，造成特定公民名誉受损、严重精神损害或重大经济损失的；或虽未造成实害后果，但出售或提供公民个人信息的行为，使特定公民的人身权利、财产权利已面临极大风险的，应认定为情节严重，不存在出罪化空间；对于尚未造成实害后果的，也未使特定公民的人身权利、财产权利面临极大风险的犯罪行为，仍在存在出罪化的空间。三是虐待被监护、看护人罪，负有监护、看护职责的人对未成年人、老年人、患病的人、残疾人等实施虐待，对于已经造成被监护、看护人肉体上和精神上损害后果的，不存在出罪空间；对于尚未造成实害后果的，仍存在出罪空间。综上，人格法益虽附加了特定的人格属性，但犯罪情节轻微，企业及时修复受损的法益，并积极合规整改的，仍存在出罪化的空间。

① 参见钱蕙、刘仁文：《认罪认罚从宽制度的“法益可恢复性”类型化构建》，载《时代法学》2021年第6期。
② 参见刘艳红：《积极预防性刑法观的中国实践发展——以〈刑法修正案（十一）〉为视角的分析》，载《比较法研究》2021年第1期。

（2）侵犯财产类犯罪的 1 个罪名，为拒不支付劳动报酬罪。本罪在提起公诉前，支付劳动报酬并承担赔偿责任，未造成严重后果的，可减轻或者免除处罚。从现行《刑法》规定来看，本罪存在出罪空间。

结　语

合规不等于合法，合规也并不必然意味着出罪，企业刑事合规案件应从审查起诉阶段向审判阶段纵深推进，统一裁判规则与尺度。对于涉案企业予以出罪化处理是基于实现了惩罚性修复、预防性合规的刑事目的，其中法益完全恢复是企业出罪的前提，也是关键所在，凸显了企业刑事合规出罪化机制中“法益恢复”的核心价值。企业刑事合规出罪化适用于企业的某些轻微犯罪，对于前行为性质相同，但由于介入法益恢复行为、合规整改行为，导致后果不同的案件作出更为科学、细致、准确的认定，在更直接快速有力保护被害方权益的同时，加强对企业的司法保护，使企业走向合规运营的道路。站在价值分析的立场，这种“和而不同”的刑法评价契合民众对于公正法秩序的情感期待，有利于实现司法的实质正义价值以及“犯罪虽已完成但最终无害”的社会价值，也有助于改善《刑法》保护法益的功能性疲软现状，完善“刑法出罪”功能。

（责任编校：杨　军）

民法典视域下建设工程合同十大问题研究

王永起 *

内容摘要：建设工程合同是《民法典》、原《合同法》规定的有名合同。《民法典》关于建设工程合同的规定较之原《合同法》增加了两个条文，这是《民法典》在编纂过程中吸纳了最高人民法院司法解释以及总结司法审判经验的结果。在审理建设工程合同纠纷案件的司法实践中，仍存在不少难点问题有待找到精准的规范依据和裁判依据。比如，建设工程的范围确定、建筑市场准入资格对合同效力的影响、合同约定的价款低于工程成本问题、必须招标的建设工程项目范围以及建设工程合同与招投标文件的关系等等，只能根据《民法典》的立法旨意，结合建设工程领域的特别法，对《民法典》施行中的建设工程合同纠纷案件的难点问题作出认定和处理。

关键词：民法典；建设工程合同；立法旨意；裁判依据

《民法典》第三编第十八章关于建设工程合同的规定，共计21条，较之原《合同法》第十六章关于建设工程合同的规定，增加了两个条文，即第793条关于建设工程施工合同无效的处理和第806条关于建设工程合同的解除。从性质和内容可以看出，增加的两个条文在规范性质上应属于裁判规范，是《民法典》在编纂过程中参考吸纳了《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《解释》）的规定，同时注重了对司法审判实践的总结，使得《民法典》的规定更贴近实际。尽管如此，司法实践中的很多难点问题仍难以找到精准的规范依据和裁判依据。本文根据《民法典》的立法旨意，结合建设工程领域的特别法，如《建筑法》《招标投标法》《国务院建设工程质量管理条例》等法律法规的相关规定和行业惯例，对10个争议较大的难点问题提出解决方案并对部分疑难案件提出处理意见。

* 王永起，山东省高级人民法院审判监督三庭二级高级法官。

一、民法典视域下建设工程的范围问题

在我国,工程的范围非常广泛,但哪些工程属于《民法典》规定的建设工程,《民法典》并未明示，而处理建设工程价款结算争议，首要的问题就是要明确建设工程的范围，进而确定所适用的法律。

何谓建设工程,《民法典》未作明确规定,《建筑法》第 2 条在其调整对象中，将建筑活动规定为“各类房屋建筑及其附属设施的建造和与其配套的线路、管道、设备的安装活动”。依据该规定,建筑活动的范围主要为房屋建筑及其配套设施的建筑工程。同时,《建筑法》第 62 条规定：“建筑工程的保修范围应当包括地基基础工程、主体结构工程、屋面防水工程和其他土建工程，以及电气管线、上下水管线的安装工程、供热、供冷系统工程等项目。”国务院《建设工程质量管理条例》《建设工程安全生产管理条例》第 2 条均规定，建设工程一般是指土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装及装修工程。简言之，建设工程一般包括土木建筑工程、设备安装工程和装修工程。住建部 2014 年 11 月 6 日发布的《建筑业企业资质标准》中所称的建设工程是指各类结构形式的民用建筑工程、工业建筑工程、构筑物工程以及相配套的道路、通信、管网管线等设施工程。工程内容包括地基与基础、主体结构、建筑屋面、装饰装修、建筑幕墙、附建人防工程及给水排水及供暖、通风与空调、电气、消防、防雷等配套工程。由此可见，我国现行法律法规规章对建设工程的范围界定，总体看是不一致的，但不论如何规定，不同结构形式的建设工程的共同点就是工程施工完成后，均构成不动产物，包括完全不动产物和类不动产物，前者是指在物理上固定在土地上的、不能随便移动的建筑物、构筑物，诸如房屋、公路、桥梁、铁路，而类不动产物是指附属在建筑物、构筑物上，对建筑物、构筑物作用的发挥起到辅助功能的不可拆分的附属设施，诸如管道设施、供暖设施、电梯设备，因这类设施的安装事关整个建筑物的整体效能，具有明显的整体性和不可拆分性。

由上述建筑法和国务院行政法规及部门规章的规定可以看出，国务院行政法规中规定的建设工程的范围与建筑法规定的建筑工程相比要宽泛。由于《民法典》对建设工程的范围没有明确界定，其调整的建设工程的范围是与建筑法的规定相一致，还是与国务院行政法规的规定相一致，一直存在着模糊认识。目前，在我国法学界仍有很多学者将原《合同法》规定的建设工程定义为基本建设工程。有观点认为，建设工程合同的标的仅限于基本建设工程,为完成不构成基本建设工程的一般工程的建设项目而订立的合同,不属于《民法典》规定的建设工程合同。[①] 尽管学界对建设工程范围的见解不一，但司

① 参见郭明瑞、王轶 :《合同法新论・分则》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 238 页。

法实务中，对建设工程的界定并不非常严格，只要与工程建设有关的项目发生争议均在诉讼中纳入建设工程合同纠纷的范畴，包括房屋建筑、港口、水库、涵洞、铁路、机场、水利及道路工程等。学界之所以对建设工程的范围产生分歧，笔者认为，主要是由于我国的立法体制和建设工程管理体制造成的。建筑法作为具有行政管理性质的法律，其内容主要侧重于房屋建筑工程的安全、质量管理和控制，一般是由主管房屋建筑工程的职能部门起草并提交立法机关通过的，自然建筑法调整的范围仅限于相关职能部门主管的房屋建筑工程，而港口、水库、涵洞、铁路、机场、水利及道路工程等专业建设工程，一般分属于不同的行政主管部门管理，由这些职能部门根据授权分别制定相应的立法加以规制。民法典是民事基本法，其规定的建设工程合同所调整的建设工程不仅包括建筑法调整的建筑工程，也应包括港口、水库、涵洞、铁路、机场、水利及道路工程等专业建设工程。

司法实践中涉及建设工程的范围比较宽泛，但由于工程建设生产环节多、范围广，既有土建、装饰装修、管线铺设等保证建筑物正常使用的基础工程和主体结构工程，也有满足业主特殊使用建筑物的生产设备、智能化系统等安装改造工程，因此建设工程的范围在实践中仍是一个难以界定的问题。由于建设工程的范围涉及纠纷的法律适用，实践中仍存在较大的争议，各地法院的认识和做法不完全相同。如昆明市中级人民法院审理的昆明仟村佳宇物业管理有限公司与李存、农国富建设工程施工合同纠纷案中，法院认定承包人承揽的仟村佳宇住宅小区智能化及可视对讲系统工程施工不属于建设工程，不适用《建筑法》的调整范围。[①] 目前，司法实践中对建设工程的范围争议比较大的问题有两个：

其一，建设工程设备供应商与建设单位或者施工单位订立的供货施工合同是否属于建设工程合同，即设备供应商不仅给建设工程提供采购的设备，而且还负责对设备进行安装和调试。有观点认为，设备安装合同应当属于建设工程施工合同的范畴。[②] 也有法院判决认为，设备安装合同的标的并非施工材料本身，而是按照一定的施工工序安装完毕的工作成果，内容上系建筑物主体工程的相关配套设施工程，故应认定双方建立的是建设工程施工合同关系。[③] 笔者认为，设备安装合同是否属于建设工程施工合同的范畴，应主要考察这些设备安装是否属于建设工程的组成部分，与工程建设是否具有相对独立性。《民法典》《建筑法》以及国务院《建设工程质量管理条例》规定的建设工程所需的建筑材料、建筑构配件和设备主要是指与建设工程本身密切相关或者工程建设不可或缺的设备，如空调设备、电梯设备等。对这些设备的安装工程本身是工程建设的组成部分，

① 参见《中国建设工程法律评论》（第二辑），法律出版社 2011 年版，第 142 页。
② 参见朱树英：《工程合同实务问答》（第二版），法律出版社 2011 年版，第 116 页。
③ 参见《中国建设工程法律评论》（第二辑），法律出版社 2011 年版，第 142–143 页。

不论是施工单位负责安装施工，还是供应商负责安装施工，都属于建设工程施工的范畴，合同的标的物指向的是施工人完成的工作成果，而非采购的设备本身。但建设工程施工中或者竣工后，建设单位订购的与工程建设具有相对独立性的一些设备，如工业生产设备等，与工程建设本身没有直接联系，也不属于建设工程的组成部分。供应商安装这些设备履行的是供货施工合同约定的义务，而非建设工程施工合同约定的义务，因此，工业生产设备供货施工合同不属于建设工程施工合同，除非合同有明确的约定。将独立的工业生产设备供货施工合同定性为建设工程施工合同存在一定的法律障碍，首先，工业生产设备的供应商是否要具备相应的设备安装施工资质，目前没有明确的法律依据；其次，工业生产设备的安装施工工程应属于专业工程的范畴，不论建设单位指定分包，还是施工单位分包，都要求分包单位具有相应的资质条件，否则专业工程分包合同都是无效的，这显然不符合建筑行业的现实情况。

其二，装饰装修工程是否属于建设工程。装饰装修工程是否属于建设工程历来是实践中颇有争议的问题，主要原因在于我国现行建设工程法律、行政法规对装饰装修工程的内涵和外延缺乏明确的界定。首先，从法律规定上看，《建筑法》第 2 条规定的建筑工程的范围未明确包括装饰装修工程，《民法典》对装饰装修工程是否属于建设工程亦未明确规定，国务院《建设工程质量管理条例》第 2 条和《建设工程安全生产管理条例》第 2 条均将装饰装修工程纳入建设工程的范围，但对装饰装修工程的概念和范围亦未明确界定。2018 年住建部发布的《建筑装饰装修工程质量验收标准》（GB50210—2018）将装饰装修工程定义为保护建筑物的主体结构、完善建筑物的使用功能和美华建筑物，采用装饰装修材料或者饰物，对建筑物的内外表面及空间进行的各种处理过程。国家技术监督局发布的《国民经济行业分类与代码》将建筑业划分为土木工程建筑业、线路管道和设备安装业、装饰装修业三大类。由上述法律规定可见，法律法规规章中规定的装饰装修工程属于建设工程的范围。其次，从立法机关的解释来看，全国人大常委会法制工作委员会编写的《建筑法释义》对《建筑法》第 2 条的解释是，建筑装饰活动，因其不涉及建筑物的安全和基本使用功能，完全可以因使用者的爱好和审美情趣的不同而各有不同，不需要以法律强制规范，因此，本法的调整范围不包括建筑装饰活动。全国人大常委会法制工作委员会编写的《合同法释义》对《合同法》第 269 条的解释是，建设工程是指土木建筑工程和建筑业范围内的线路、管道、设备安装工程的新建、扩建、改建及大型的建筑装修装饰活动。该解释明确将大型建筑装修装饰活动纳入建设工程的范围，但何谓大型的建筑装饰装修活动未明确界定。国务院法制办公室编写的《建设工程质量管理条例释义》对《建设工程质量管理条例》第 2 条的解释是，建设工程是指土木工程、建筑工程、线路管道、设备安装工程及装修工程。装修工程包括对建筑物内、外进行以美化、舒适化、增加使用功能为目的的工程建设活动。据此解释建筑装饰装修工

程属于建设工程的范围。有观点认为，装修合同属于建设工程，但不属于施工合同的范围，是独立于施工合同之外的独立合同。因独立的装修工程订立的合同纠纷案件原则上不适用《解释》的规定，而应当参照建设部有关装饰装潢的规范性文件处理。①

司法实务中一般认为，我国建设行政主管部门发布的《建筑装饰工程施工及验收规范》（JGJ73—91）和《建筑工程质量检验评定标准》（GBJ301—88）、《建筑装饰装修工程质量验收标准》（GB50210—2018）等建筑行业规范，均沿用了建筑装饰装修的概念和术语。建筑装饰装修工程是为了增加和完善建筑物的使用功能而实施的工程建筑活动，其与建筑物的地基基础工程和主体结构工程不可分离，都是建设工程施工的重要组成部分，因此，建筑装饰装修工程应当属于建设工程的范围。此外，原建设部发布的《建筑工程施工发包与承包计价管理办法》和《建筑工程安全防护、文明施工措施费用及使用管理规定》均将建筑装饰工程款纳入建设工程价款的范围；《最高人民法院关于装修装饰工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复》明确将装修装饰工程款纳入建设工程价款优先受偿权的行使范围。可见建设部规章和最高人民法院批复都将装饰装修工程纳入建设工程的范畴。但建设工程竣工并交付使用后，使用者根据自己的爱好和审美情趣对建筑物进行美化、舒适化装饰装修而实施的建设活动，因不涉及建筑物的使用功能，则不应属于建设工程的范围，当事人之间所订立的装饰装修合同应认定为承揽合同。

二、建筑市场准入资格对合同效力的影响问题

建设工程施工合同效力的评价，涉及对建设工程法律法规属性的认识问题。建筑法等建设工程法律法规是公法还是私法的问题，学界对此存在不同认识。建设工程法律法规就其本质属性而言，不单纯属于民法等私法的范畴，民法强调民事主体个人本位、平等保护、意思自治、尊重私权等理念和内容，而建设工程法律法规除具有上述民法属性的内容外，还包括国家对建筑市场的规制和监管、反对不正当竞争、营造公平竞争环境等体现国家公权力对建设市场的适度干预和维护社会公共秩序的内容，这些内容更多涉及行政管理关系，因此，建设工程法律法规既包括民商法的内容，也包括了行政法的内容，也就是说既有私法属性的内容，也有公法属性的内容，因而总体上来讲，建筑法属于经济法体系中的经济监管法律制度的组成部分。② 对建设工程施工合同效力的认定，法律

① 参见冯小光：《回顾与展望——写在〈最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释〉颁布实施三周年之际》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》（总第33辑），法律出版社2008年版，第86页。

② 参见冯小光：《试论施工合同法律效力的判断原则》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》（总第76辑），人民法院出版社2019年版，第105页。

适用上要兼顾合同法和建筑法、招标投标法、规划法、消防法等民法体系和经济法体系的法律规定，在裁判思路和理念上首先要注重维护建筑市场秩序，维护建筑产品安全涉及的公共安全和公共利益，其次尊重当事人之间的意思自治。

市场准入制度是指国家或者政府准许自然人、法人进入市场从事经营活动的法定条件和程序规则的总称。[①] 对一般市场主体而言，只要按照国家法律规定的设立登记制度依法设立，即可以从事市场经营活动，而对一些市场主体，除要求按照法律规定依法办理设立登记外，法律还规定了一些特殊的市场准入要求，这是国家为维护社会公共利益的需要而对市场主体的准入条件作出的必要干预，符合经济运行规律，不符合这些特殊要求的主体不允许进入市场。

依据《建筑法》、国务院《建设工程质量管理条例》等法律、行政法规的规定，我国建筑市场的主体准入资格主要体现在建筑业企业的资质类别和等级上。我国对进入建筑业的市场主体实行严格的资质管理，如果建筑业企业未取得建筑施工资质，就意味着其不具有建筑业最基本的市场准入条件，而建筑业企业取得施工资质的前提取决于其拥有的技术、资金、管理、融资等要素，建筑业企业无资质或者资质等级与承揽的建设工程不符，表明其不具有建筑业的从业资格，不符合建筑市场的准入条件。对于我国《建筑法》等法律规定的涉及建筑市场准入的资质管理规定的性质，即该规定是效力性强制性规定，还是管理性强制性规定，现行建设工程法律法规并未置明文规定。《民法典》建设工程合同一章中，也未明确涉及建筑业企业的资质问题，仅在第 791 条第 3 款规定禁止承包人将工程分包给不具有相应资质条件的单位，从中可以窥见建筑业企业的资质条件对建设工程合同具有强制性刚性约束。从《解释》的规定来看，建筑业企业无资质或者资质等级与承揽的建设工程不符，所订立的施工合同违反了建筑法、招标投标法等法律的强制性规定，应依法认定无效，应当理解为建筑业企业的资质管理规定属于效力性强制性规定，因为，总体上来说，有关建筑市场准入的资质管理规定是支持建筑法律体系的基础，违反建筑市场资质管理规定的，应认定施工合同无效。[②]

根据国家建设行政主管部门制定的建筑业企业资质管理规定，建筑施工资质分为施工总承包资质、专业承包资质和劳务分包资质三个序列。施工总承包资质序列设有 12 个类别 4 个等级，包括公路、铁路、电力、石化、通信等；专业承包资质设有 36 个类别 3 个等级，包括地基基础、起重设备安装、预拌混凝土等；劳务分包资质序列不分类别和等级，分为木工、砌筑、抹灰、油漆、钢筋、混凝土、脚手架、模板、焊接、水电暖等 13 个作业工种。每个建筑业企业承揽的建设工程须与其取得资质等级相契合，否

① 参见李昌麟主编：《经济法学》，法律出版社 2013 年版，第 189 页。
② 参见 冯小光：《试论施工合同法律效力的判断原则》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》（总第 76 辑），人民法院出版社 2019 年版，第 111 页。

则视为违法从事建设工程施工。我国虽然对进入建筑市场的建筑业企业实行严格的资质管理，但建筑业中非法转包、违法分包和出借资质等行业通病屡禁不止，大量不具有建筑施工资质的自然人、企业法人和社会组织充斥建筑市场，使得建筑业企业资质管理制度未达到制度设计的初衷，反而与制度初衷渐行渐远，反映到司法实践中就是建设工程承包人或者施工人因没有建筑施工资质或者资质等级与其承揽的建设工程不符，造成大量的建设工程施工合同被认定无效，严重影响了建筑市场交易安全和秩序的稳定。

近年来，受国际建筑业放宽市场准入条件的影响，在我国，改革建筑市场主体准入制度，简化建筑业企业资质类别和等级设置，优化资质管理的呼声也越来越高，2017年国务院办公厅发布的《关于促进建筑业持续健康发展的意见》明确指出，要有序发展个人执业事务所，强化个人执业资格管理，推动个人执业保险制度，优化资质管理，进一步简化工程建设企业资质类别和等级设置，减少不必要的资质认定。该意见明确了建筑业资质管理改革的发展方向，标志着国家对工程资质管理正在进行改革，特别加大了施工劳务企业资质改革力度。住建部2014年11月6日发布的《建筑业企业资质标准》要求对施工总承包建筑业企业和专业承包建筑业企业实行严格的资质管理，而对施工劳务资质则明确规定不分类别和等级，并将脚手架架设作业和模板作业纳入专业承包范围。2020年11月30日住建部印发了《建设工程企业资质管理制度改革方案》，将施工劳务企业资质改为专业资质，由审批制改为备案制。2021年6月29日住建部办公厅发布了《关于做好建筑业“证照分离”改革衔接有关工作的通知》规定，自2021年7月1日起，建筑业企业施工劳务资质由审批制改为备案制。由我国上述建筑企业资质管理改革的相关政策来看，总体趋势是逐步放宽对施工劳务资质的强制性约束。山东省住建厅发布的《山东省建筑业劳务用工制度改革试行方案》明确规定，自2021年1月1日起取消劳务企业资质。国家对施工劳务企业资质管理进行改革及部分省市取消劳务企业资质，意味着施工劳务企业进入建筑市场承包建设工程不再受市场准入资格的限制，司法实践中，不再适用《建筑法》《民法典》第791条及《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》〔以下简称《解释（一）》〕第5条的规定，以劳务企业没有资质为由认定其签订的建设工程合同无效。

三、建设工程合同约定的价款低于工程成本的问题

对于建设工程合同约定的价款低于工程成本的问题，《民法典》没有涉及。《招标投标法》第33条规定：“投标人不得以低于成本的报价竞标。”国务院《建设工程质量管理条例》第10条规定：“建设工程发包单位不得迫使承包方以低于成本的价格竞标，不得任意压缩合理工期。”

最高人民法院发布的 2011 年《全国民事审判工作会议纪要》规定了建设工程施工合同约定的价款低于建设工程成本的，违反了《招标投标法》第 33 条和国务院《建设工程质量管理条例》第 10 条的强制性规定，合同条款无效。对于该规定司法实务中争议不大，但对该规定的适用难度比较大，焦点问题是如何确定建设工程的成本，建设工程报价与那种成本相比较，即是说，建设工程成本如何确定，会议纪要并未明示。建设工程实务中，工程成本大致可分为定额理论成本、企业预算成本和行业平均成本。定额理论成本一般是行业主管部门根据一个时期当地建筑行业建筑业企业的平均生产水平为据编制的，没有考虑每个建筑施工企业的个体差异，两者相比是不科学的。每个建筑企业的经营管理成本是不同的，显然也不能适用行业平均成本。我们理解法律规定的低于成本应是指投标人完成投标建设工程项目所支出的企业个别成本，而不能理解为低于建筑行业的社会平均成本，如果投标人或者施工人以合同定价低于建筑行业社会平均成本为由主张合同无效，不应予以支持。因为每个建筑施工企业或者投标人的管理水平、技术能力与施工条件各有差异，即使完成同样的招标工程项目，其个别成本也不可能完全相同，造成个别成本与行业平均成本存在差异，这是市场经济竞争环境下的正常现象，因此只要投标人的报价不低于自身的个别成本，即使低于行业平均成本，也是完全可能的，故投标人不能以报价低于行业平均成本为由主张合同无效。最高人民法院民一庭的意见亦认为，《招标投标法》第 33 条所称的低于成本，是指低于投标人为完成投标项目所需支出的个别成本。投标人以中标合同约定价格低于社会平均成本为由，主张符合《招标投标法》第 33 条规定的情形，合同约定的价格条款无效的，不予支持。[①]

建筑施工企业的报价或者与发包人订立合同约定的价款是否低于个别成本，应当由建筑企业、投标人或者承包人承担举证证明责任，如果不能举证证明个别成本低于合同约定的价款，其主张合同无效的，不应予以支持。司法实务中有些建筑企业为了举证证明报价低于个别成本，往往通过司法鉴定的方式确定个别成本，但如果该司法鉴定意见是依据建筑行业行政主管部门颁布的工程定额标准和建筑市场价格信息为据编制的，反映的仍是当地建筑市场的社会平均成本，承包人或者投标人不能据此以合同价款低于个别成本为由主张合同无效。[②]

关于通过招投标签订的建设工程施工合同中，中标价低于成本价的如何处理，也是实务中存有争议的问题。建设工程实务中，有些建筑企业主张其投标时所投的是“亏损标”，中标合同订立或者履行后，中标人往往主张中标价低于成本应认定无效，或者要求发包人据实结算。建筑企业在投标时为了取得竞争优势，往往以企业成本为基准将投

① 参见最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》（总第 60 辑），人民法院出版社 2015 年版，第 157 页。

② 参见南通市通州百盛市政工程有限公司与苏州市吴江东太湖综合开发有限公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2015）民申字第 884 号民事裁定书。

标分为盈利标、保本标和亏损标，亏损标也是投标报价的一种，但亏损标是否低于企业成本，仅是投标人单方做出的测算，其承建的建设工程成本如何核算，目前没有科学的办法，因此，很难以亏损标低于企业个别成本认定价格条款无效。但实务中通过司法鉴定的方式能够对中标价是否低于成本作出评估和测算。如中标合同履行后，当事人申请分别按照中标合同价格和据实结算对工程造价进行评估，若按两个标准评估的工程价款差距比较大，一般可以认为施工合同中价格低于成本，但鉴于此种情形下合同多数已履行完毕，不宜认定合同无效，可以结合两种评估结果的平均值确认工程价款数额，防止发包人和承包人的权利义务出现严重失衡。如最高人民法院再审的郑豫置业和管城公司建设工程施工合同纠纷案中，一审法院分别以中标确定的合同定价和据实结算方式进行了工程造价鉴定，结果两种标准确定的工程造价数额相差 1000 多万元，法院最终按照两种鉴定意见的平均值确定了争议的工程价款数额，相对比较公平和合理。

此外，值得注意的是，不能用招标人在招标时的标底作为认定投标价低于成本的标准，标底和成本不是一个概念，标底是招标人根据招标项目的具体情况自行编制或者委托中介机构编制的完成招标项目的预期价格，本身由成本、利润和税金组成，低于标底并不意味着低于成本，很多招标人招标时不设定标底，即采用无标底招标，此外，不同的建筑企业施工相同的工程所支出的成本不同，企业的管理、技术水平比较高，即使投标价格比较低，也可能获得相应利润，反之亦然。

四、必须招标的建设工程项目范围问题

《民法典》第 790 条规定：“建设工程的招标投标活动，应当依照有关法律的规定公开、公平、公正进行。”该规定属于引致性规定，即建设工程实行招标发包的应适用招标投标法的规定。

司法实践中，适用招标投标法规制建设工程招标投标活动，遇到的首要问题就是哪些建设工程需要进行强制性招标发包。《招标投标法》第 3 条虽然明确规定了必须或者必须招标的建设工程项目的范围，但因该规定过于原则，2000 年 4 月原国家发展计划委员会发布的《工程建设项目招标范围和规模标准规定》（国家发展计划委第 3 号令，业界通常称为 3 号令），在招标投标法规定的框架内进一步明确了强制性招标建设工程项目的范围，但因该规定属于部门规章，法律效力层次比较低，又难以作为认定必须招标建设工程项目的依据，导致司法实务中对哪些建设工程项目属于必须招标的范围在理解与认识上存有分歧，特别是商品房建设工程项目，国家计委的上述规定将商品房工程项目界定为社会公共利益的范围，必须进行招标发包，很多承包人在工程施工完毕后，往往主张施工合同违反了招投标法的强制性规定，订立的施工合同无效，主张据实结算，

以此获得高于约定价款的工程造价。对此不少法官认为，商品房建设工程项目仅涉及特定当事人之间的利益，将此界定为社会公共利益的范围没有法律依据，也就不应将此列为必须招标的范围，但司法实务中不少法官还是倾向将商品房建设工程项目列为必须招标或者强制招标的工程项目范围。

随着国务院“放管服”和建筑业改革的深化，适度放宽必须招标的建设工程项目范围的呼声比较高。2018 年 3 月国家发改委会同国务院有关部门对 3 号令进行了修订，报请国务院批准发布了《必须招标的工程项目规定》（发改委 16 号令），于 2018 年 6 月 1 日施行。该规章与 3 号令相比，主要有三个方面的变化：一是缩小了必须招标项目的范围，项目范围与 3 号令相比大幅缩减，如将《招标投标法》第 3 条规定的“全部或者部分使用国有资金或者国家融资的项目”，明确为使用预算资金 200 万元人民币以上，并且该资金占投资额 10% 以上的项目，以及使用国有企事业单位资金，并且该资金占控股或者主导地位的项目。二是提高了必须招标项目的规模标准，将施工的招标限额提高到 400 万元人民币以上，将重要设备、材料等货物采购的招标限额提高到 200 万元人民币以上，与原 3 号令相比翻了一番。三是明确全国执行统一的规模标准，各地不得另行调整。由此来看，国家对必须招标的建设工程项目有缩减的趋势，主要限于政府采购的工程项目或者以财政资金投资的建设工程项目。2018 年 6 月 6 日经国务院批准，国家发改委发布了《必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定》，对基础设施和公用事业工程项目的必须招标范围作了进一步明确。为正确实施上述两个规范性文件，国家发改委出台了《国家发展改革委办公厅关于进一步做好〈必须招标的工程项目规定〉和〈必须招标的基础设施和公用事业项目范围规定〉实施工作的通知》。这是目前最新的规范必须招标建设工程项目范围的规范性文件，可以作为司法实务中认定必须招标建设工程项目范围的参照依据，但司法实务中判断涉案工程项目是否属于必须招标的工程项目，法条依据仍是《招标投标法》第 3 条的规定，是否完全符合国家发改委行政规章的规定，由法院根据讼争建设工程的投资规模、资金来源、工程用途等因素予以确定。对于不属于《招标投标法》第 3 条规定的必须招标的工程项目，当事人在招标投标前签署的建设工程施工合同一般应认定有效。①

对于商品住宅工程项目是否属于必须招投标的范围，传统司法实践中争议较大。对于使用财政资金或者国有资产投资的商品住宅项目，属于《招标投标法》第 3 条规定的必须招标的建设工程项目范围毋庸置疑。但是，对于以非国有资金投资的商品住宅项目，是否属于必须招标的范围则认知不同。国务院《关于促进建筑业持续健康发展的意见》（国发〔2017〕第 19 号）指出，改革招标投标监管方式，调整非国有资金投资项目发包

① 参见海天建设集团有限公司、云南金丰谷置业有限公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2018）最高法民终 475 号民事判决书。

方式，试行非国有资金投资项目建设单位自主决定是否进行招标发包。根据该意见，在民间资金投资的建设工程项目中，业主或者建设单位有权自主决定发包方式，因此，对民间投资的建设工程项目，不宜严格按照国家发改委的行政规章的规定，认定建设工程合同违反了招标投标法的规定而无效。①

司法实务中值得关注的是，不属于必须招标的建设工程采用招投标方式确定发包的，是否适用招投标法的规定。招投标作为建设工程合同的竞争性缔约方式，我国招标投标法并未规定必须招标的建设工程项目发包才适用该法的规定，不属于必须招标范围的建设工程项目，发包人与承包人自愿采用招投标方式订立建设工程施工合同的，也要遵循该法的规定，这是毋庸置疑的。《解释（一）》第23条规定："发包人将依法不属于必须招标的建设工程进行招标后，与承包人另行订立的建设工程施工合同背离中标合同的实质性内容的，当事人请求以中标合同作为结算建设工程价款依据的，人民法院应予支持。"前述规定只是明确了若当事人对不属于必须招标的建设工程项目，自愿选择按照招标投标法规定的招投标方式发包建设工程的，也应依照中标合同的约定结算工程价款。但是，此种情形下，对于违反招标投标法强制性规定订立的建设工程合同的效力如何认定，司法解释未明示。最高人民法院（2020）最高法民终534号民事判决书认为，非必须招标的建设工程，发包人、承包人双方在招标前签订的合同有效。依据招标投标法的规定，先定后招是虚假招标，属于中标无效的情形，标前签订的施工合同应依法认定无效，但对于非必须招标的工程项目而言，最高人民法院的裁判观点显然与招标投标法的规定不一致，由此可见，对于非必须招标的工程项目，当事人自愿选择采用招标发包方式，但工程招投标违反招标投标法强制性规定的，并不宜认定合同无效。

目前司法实务中争议较大的问题主要有：一是建设单位或者发包人采用招投标方式确定中标人后，反悔不与中标人订立建设工程施工合同，此时招标人应当承担何种责任，一种意见认为是违约责任，另一种意见认为是缔约过失责任。比较主流的意见认为发包人应当依法承担违约责任，这是因为建设工程项目履行招投标程序，发包人发出中标通知书后，依照《招标投标法》第46条的规定，该中标通知书对招标人和中标人均具有法律约束力，且中标通知书本身即是中标合同，并依法有效成立，此种情形下不论招标人还是中标人反悔均应承担违约责任。实务中操作难度较大的问题是因双方并未依据中标通知书的约定订立建设工程施工合同，而中标通知书往往对违约责任条款约定不明，请求违约方承担违约责任存在着合同依据不足的问题。二是是否存在黑白合同，实务中也有不同意见，但主流意见认为，只要当事人双方自愿选择采用招投标方式订立建设工

① 参见北海恒立房地产开发有限公司、广西建工集团第一建筑工程有限责任公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2020）最高法民申2821号民事裁定书、成都成飞建设有限公司、都江堰市大发实业有限责任公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2019）最高法民申6227号民事裁定书。

程合同，就应受法律的约束，双方自然不能再订立与中标合同实质性内容相背离的合同，即此种情形仍存在黑白合同的问题。《解释（一）》第 23 条的规定确认了对非必须招标的建设工程项目采取招投标方式发包的，仍应按中标合同作为结算依据，亦由此明确了此种情形“黑白合同”的处理原则。

五、建设工程合同与招投标文件的关系问题

通过招投标方式发包的建设工程项目，双方依据中标文件签订建设工程合同后，如果合同的主要条款出现欠缺或者约定不明，如何填补合同漏洞，是司法实践中经常遇到的问题。采用招投标方式签订建设工程施工合同，实质是一种竞争性缔约方式，特别是采用公开招标的更是如此。按照民法学界通说，招标属于邀约邀请，招标人提出具体的招标要求，邀请多个投标人对其发出要约；投标属于要约，是投标人接受招标人的招标条件希望与之签订合同的意思表示，是响应招标文件实质性内容作出的应答，其内容是对招标文件的映射，而中标属于承诺，是对选定的中标人的确定。投标人一旦经过竞价中标即完成了建设工程合同的缔约过程。这种缔约方式就决定了当事人之间签订的建设工程合同内容须与招标文件、投标文件、中标文件相一致。对此《招标投标法》第 46 条规定，招标人和中标人应当按照招标文件和投标文件订立书面合同。国务院《招标投标法实施条例》第 75 条亦作了类似规定。按照上述规定，招投标文件共同确定了建设工程合同的内容，招标人与中标人订立的建设工程合同只是对招投标文件的确认和固定，招标人与中标人不按照招标文件和投标文件订立合同，或者建设工程合同的标的、价款、质量、履行期限等主要条款与招投标文件的内容不一致，以及另行订立背离合同实质性内容的其他协议的，均违反了招标投标法等法律法规的强制性规定，应认定合同无效。根据建设行政主管部门、国家工商行政主管部门联合发布的建设工程合同示范文本，以及国家发改委等九部委联合发布的《标准施工招标文件》第四章规定的合同条款及格式，招投标文件都是建设工程合同文件的组成部分，而且在合同文件的优先顺序上，招投标文件仅次于建设工程合同中的协议书和中标通知书。根据建设工程合同与招投标文件之间的关系，在建设工程合同出现约定不明或者漏项，以及对合同内容出现理解不一致时，应参照招投标文件填补漏洞，或者对合同内容作出解释。

《解释（一）》第 22 条规定：“当事人签订的建设工程施工合同与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程范围、建设工期、工程质量、工程价款不一致，一方当事人请求将招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据的，人民法院应予支持。”按照招投标程序订立的建设工程施工合同，其实质性内容应当与招标文件、投标文件和中标通知书是一致的，这是招标投标法的必然要求，也是体现当事人之间真

实意思表示的应有之义。依据国家有关部门发布的《建设工程施工合同示范文本》的规定，招投标文件、中标通知书本身也是建设工程施工合同的组成部分，且合同的初始文件，也是最能够反映招标人、投标人最初真实意思表示的合同文件，因而当事人此后签订的建设工程施工合同的实质性内容与招投标文件、中标通知书不一致时，以最初形成的合同文件作为结算工程价款的依据，最能体现当事人之间的意思自治，因此，《解释（一）》第22条的规定符合招标投标法的规定。适用该规定需要注意的是：一是建设工程的招投标活动须符合招标投标法的规定，即招投标活动合法有效，若招投标活动本身无效，则不能适用该规定；二是当事人签订的建设工程施工合同与招投标文件、中标通知书不一致，主要是指合同实质性内容不一致，即《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》〔以下简称《解释（二）》〕第1条规定的工程范围、建设工期、工程价款和工程质量不一致，而非指合同的全部内容不一致，特别是施工合同约定的价款与招标文件、投标文件、中标通知书载明的工程价款不一致的，应以招标文件、投标文件、中标通知书作为结算工程价款的依据。[①] 三是对于建设工程施工合同中约定的实质性内容之外的其他权利义务不一致时，如违约条款、损害赔偿条款等，是否可以参照招投标文件、中标通知书的约定处理，司法解释未明示，这不能一概而论，需要结合当事人的约定以及合同文件的解释顺序确定当事人的权利义务关系。

六、转包、违法分包及出借资质情形下的管理费问题

根据住建部和财政部发布的《建筑安装工程费用项目组成》（建标〔2013〕44号）的规定，建筑安装工程费，按照费用构成要素划分，由人工费、材料费、施工机具使用费、企业管理费、利润、规费和税金组成，其中企业管理费是指建筑施工企业组织施工生产和经营管理所需的费用和支出，包括集体福利费、夏季防暑降温、冬季取暖补贴、上下班交通补贴等各项费用。在建设工程施工合同正常履行的情形下，企业管理费体现了建筑施工企业的管理成本，属于建设工程造价中的间接费用，是工程造价的组成部分，建设单位应当向承包人支付管理费，这是毋庸置疑的。但是，在承包人、专业分包人将工程非法转包或者违法分包给实际施工人，以及建筑施工企业出借资质的情况下，承包人、专业分包人及出借资质的建筑施工企业等是否有权主张合同约定的管理费用，最高人民法院先后出台的两个司法解释，及《民法典》施行后修正的司法解释均未置明文规定，造成司法实践中对于管理费的问题处理存在较大争议。

① 参见赵国强、青海三榆房地产集团有限公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2019）最高法民终80号民事判决书。

（一）管理费是否属于非法所得，应否收缴的问题

承包人、专业分包人将工程非法转包或者违法分包给实际施工人，以及建筑施工企业出借建筑施工资质给他人的行为，本身属于违法行为，具有不法性，应当给予否定性评价，而且不论承包人、专业分包人，出借资质的建筑施工企业，还是接受转包、违法分包的实际施工人，及借用资质的施工人，对该违法行为是明知的，可以说，工程转包、违法分包及借用资质等违法违规行为均是当事人故意所为。在各方当事人存在明显过错的情况下，不论是否支持给付管理费的诉求，均有变相支持违法违规行为之嫌，使得在司法实务中对于管理费的处理处于两难境地。司法实践中,不少法院和法官主张适用《解释》第 4 条的规定处理，即承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建设施工企业的名义与他人签订的建设工程施工合同，不仅应依法认定合同无效，而且法院可以依据原《民法通则》第 134 条的规定收缴当事人已经取得的非法所得。但是，适用该司法解释的规定，须首先明确合同约定的管理费是否属于非法所得。民法上的非法所得，一般是行为人违反法律规定和公序良俗原则而取得的不法利益或者不合法收入，而转包、违法分包及出借资质合同中约定的管理费，一般是各方当事人自愿约定的。尽管转包、违法分包和出借资质等行为违反了《民法典》《建筑法》的强制性规定，但对于管理费的约定是各方当事人真实的意思表示，而且《建筑安装工程费用项目组成》也将管理费纳入工程造价的组成部分，由此可见，在转包、违法分包及出借资质合同中约定管理费本身具有适法性。此外，从合同的实际履行来看，尽管转包、违法分包及出借资质合同的合法性，在法律价值评判上应予以否定，但工程项目建设中的管理成本是客观存在的，也是必然发生的，因此，笔者不赞同将转包、违法分包及借用资质合同无效情形下约定的管理费，认定为非法所得，并适用民事制裁措施予以收缴。笔者从事建设工程合同纠纷司法审判实践的二十余年中，尚未遇到收缴管理费的相关案例,《民法典》施行后，最高人民法院修正的《解释（一）》也删除了该规定，反映了最高人民法院对该问题的基本处理态度。

（二）承包人主张转包和违法分包合同中约定的管理费能否支持的问题

对于承包人、专业分包人请求接受转包或者违法分包的实际施工人给付约定管理费的应否予以支持，司法实践中有两种做法：一是支持承包人、专业分包人的请求，主要理由是承包人、专业分包人虽将工程转包或违法分包给实际施工人，但其实际参与了工程管理，支付了管理成本，实际施工人有义务按约定向承包人、专业分包人支付管理费；二是不支持承包人、专业分包人的请求，主要理由是转包、违法分包是我国《建筑法》等法律法规明令禁止的行为，按照不能让违法者得到不当利益的原则，承包人主张实际施工人给付转包或者违法分包合同约定的管理费的诉求不应获得支持。如 2018 年《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》第 6 条规定：

“出借资质的一方或者转包人要求按照合同约定支付管理费的，根据《建设工程司法解释》第4条的规定，不予支持。”

司法实践中的主流做法是视情形支持承包人、专业分包人的诉求。这是因为，承包人、专业分包人将工程转包或者违法分包给实际施工人，虽是违反《建筑法》等法律法规强制性规定的行为，但实际施工人接受转包或者违法分包，也是违法行为，况且一般情况下承包人、专业分包人为取得合同项下的工程，一般要投入一定的人力、物力，如参加投标、订立合同、参与施工管理、组织工程竣工结算和验收等，最终还要承担工程质量的保证责任等，承包人、专业分包人为此付出一定的管理成本，而且管理费中一般还包含了规费和税金等，因而对于承包人、专业分包人主张实际施工人给付施工合同约定的管理费的诉求一般予以支持。最高人民法院审理的类案裁判意见也认为，尽管转包或者违法分包合同无效，但承包人依照合同约定履行了一定的管理职责，付出了管理成本，可以要求在给付实际施工人的工程款中扣除约定的管理费。[①] 在工程完工、且结算已经完成的情况下，如果实际施工人以涉案合同约定的管理费条款无效为由请求承包人或者转包人返还管理费的，一般不应予以支持。但是，若承包人、专业分包人将建设工程转包或者违法分包给实际施工人后，就涉案建设工程未履行任何经济、技术、管理上的义务和责任，甚至工程验收和结算等都是实际施工人与发包人进行的，承包人据此主张实际施工人给付管理费的，应不予支持。

（三）出借资质或者挂靠情形下施工合同约定的管理费应否支持的问题

对于承包人出借资质给其他建筑施工企业，即承包人与其他建筑施工企业、自然人形成资质经营挂靠关系的，承包人能否主张合同约定的管理费，则与前述情形有所不同。在建设工程挂靠经营关系中，部分资质借用人一般具有相应的建筑施工资质，只是因受到各种因素的限制，才以承包人的名义或者借用承包人的资质证书承揽工程。即使是不具有建筑施工资质的自然人，一般也是以出借资质的建筑业企业的名义与建设单位或者其他主体订立施工合同，并以出借资质的建筑业企业的名义对工程项目进行施工，参与工程竣工验收或工程价款结算等，因此，借用资质的施工人与建设单位或者工程发包人一般形成事实上的建设工程合同关系。修正后的《解释（一）》没有将借用资质的建筑业企业或自然人纳入实际施工人的范围。

对于采用借用资质或者资质挂靠形式订立的建设工程施工合同，依照《解释》第4条的规定，一般应认定无效。当前建设工程实务中，在建设工程资质挂靠经营关系中，建设工程合同虽然是以资质出借企业的名义订立的，而工程项目本身一般是由借用资质的施工人独立完成施工的，出借资质的建筑业企业一般对工程不承担经济、技术、管理

① 参见邹有华、云南云投生态环境科技股份有限公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2019）最高法民申2709号民事裁定书。

上的义务和责任，也就是说，出借资质的建筑业企业没有就建设工程施工合同的履行支出管理成本，因管理费本身是建设工程造价的组成部分，在挂靠出借资质合同无效的情形下，若支持资质出借人有权取得管理费，显然属于允许资质出借人因违法而获利，而且管理费作为资质借用人应得工程价款，是其劳动付出所得，由资质借用人取得更为公平合理，有利于遏制资质出借行为，因而对资质出借人主张管理费的，原则上不予支持。《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的解答》第 6 条明确规定："出借资质的一方或者转包人要求按照合同约定支付管理费的，根据《建设工程司法解释》第 4 条的规定，不予支持。"

但是，若资质出借人持有证据证明其在建筑工程施工中存在着参与施工管理的行为，如代付工人工资、支付建筑材料费用、参与工程结算和竣工验收等，表明其为建设工程施工支出了相应的管理成本，可以参照双方的约定，支持被挂靠人关于管理费的诉讼请求。①

（四）约定的管理费过高能否调减的问题

当事人在合同中约定了管理费，一般应尊重当事人的意思自治，参照合同约定对管理费进行处理。因管理费是建设工程成本的组成部分，性质上不是违约金，故一般不存在调减的问题，但实践中也确实存在当事人在合同中约定的管理费比例过高，有些合同约定的管理费甚至达到工程造价的 18% 至 20%，而承包人等在工程施工中实际履行管理职责较少，实际施工人或资质借用人申请法院调减管理费数额的情形。法院应否支持当事人的主张，依职权调减约定的管理费数额，一般要综合考虑各方当事人之间的利益关系，结合合同约定、实际履行情况、实际施工人获利情况等因素，酌情对合同约定的管理费进行调整，但此种管理费数额的调减，是法院运用司法自由裁量权干预当事人之间意思自治的结果，与违约金的调整具有本质的不同，不能相互混淆。

七、建设工程施工合同无效后的工程价款结算问题

《解释》第 2 条对无效建设工程合同的工程价款结算问题作了明确规定，《民法典》第 793 条借鉴了司法解释的规定，明确了建设工程合同被依法认定无效后，但是建设工程经验收合格的，工程价款结算参照建设工程合同中有关工程价款的约定，采取折价补偿的方式支付给承包人。《民法典》的该规定，在民事基本法层面明确了无效建设工程施工合同情形下工程价款结算的基本原则及工程价款请求权的行使规则。

（一）建设工程施工合同无效后工程价款结算的一般原则

《解释》第 2 条确立了建设工程施工合同无效后工程价款结算的一般原则，即建设

① 参见陕西煜塬建筑工程有限公司、西北建设有限公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2020）最高法民申 2954 号民事裁定书。

工程施工合同被认定无效后，建设工程经竣工验收合格的，可以参照合同约定的工程价款进行结算，司法解释由此确定了建设工程质量与工程价款挂钩的工程价款一般结算原则。《民法典》第793条的规定与前述司法解释的规定虽然表述不同，但处理原则实质是一致的，比较而言，《民法典》第793条的规定包括以下内容：

一是《民法典》的规定更符合无效合同的法律效果。由司法解释规定的“参照合同约定支付工程价款”表述为“参照合同关于工程价款的约定折价补偿”，更符合无效合同的法律效果和处理原则。《民法典》第157条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。”建设工程施工合同具有特殊性，虽然合同被确认无效，对物化到建设工程上的建筑材料、人工和机械等费用是无法原物返还的，只能采取折价补偿的方式予以返还。该处修改不仅进一步明确了无效合同下建设工程价款的法律性质，而有利于消除司法实践中普遍存在的“无效合同有效处理”的错误认识，使无效建设工程施工合同的处理更符合民法基本法理。

二是《民法典》的规定更明晰了参照合同约定的范围。司法解释规定的“参照合同约定支付工程价款”，对参照无效合同的条款范围语焉不详，容易造成司法实务中对该规定的理解比较宽泛，不仅无效合同约定的工程价款条款可以参照，其他合同条款也可以参照。《民法典》对参照无效合同约定条款的范围进行了限缩性规定，明确了只有工程价款的约定条款可以参照，不包括其他无效合同条款。据此规定，参照合同约定的价款结算针对的是工程价款的计价办法、计价标准，而非付款条件、付款方式、付款期限和节点，合同约定的付款条件是否成就均不影响当事人请求按照合同约定结算工程价款。[①] 就是说，参照合同约定结算一般是指工程价款的计价办法、计价标准，而合同约定的付款条件、付款方式、付款时间节点等内容，在建设工程施工合同被认定无效后，不属于参照适用的范围。这是因为合同无效情形下，参照合同约定的条款进行处理，是对《合同法》第58条规定的折价补偿数额确定的一种法律推定，主要针对的是折价补偿的数额，其他无效合同约定的内容不再具有适用效力。[②]

三是《民法典》的规定进一步明确了行使工程价款请求权的主体。由司法解释规定的“承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持”，修改为“可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人”。依据该规定，不仅工程承包人可以请求参照建设工程施工合同约定的工程价款进行结算，工程发包人也可以请求参照施工合同的约定结算工程价款，也就是说，有权参照合同关于工程价款的约定折价补偿给承包人的，既可

① 参见最高人民法院（2013）民一终字第93号民事判决书。
② 参见肖春佑、临泉县人民政府建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2019）最高法民申1218号民事裁定书。

以是工程承包人，也可以是工程发包人。一般认为，建设工程合同无效但建设工程经验收合格的情形下参照合同约定结算工程价款是司法解释和《民法典》确定的工程价款结算的一般原则，而且不论发包人还是承包人均有权请求参照合同约定结算工程款，但该规定并非工程价款结算纠纷的冲突解决规范，不论当事人双方是否主张，是否同意参照合同约定结算，法院都会将此规定作为裁判依据，除非双方另行达成结算协议。但《民法典》确立的无效建设工程施工合同工程价款的处理原则，仅适用于建设工程经验收合格的情形，对于建设工程未经竣工验收合格的，若当事人各方就工程价款结算达不成协议，一般仍需采用委托司法鉴定的方式结算工程价款。

四是《民法典》的规定扩张了参照合同关于工程价款约定结算的范围。由司法解释规定的“建设工程经竣工验收合格”修改为“建设工程经验收合格”，拓展了无效合同情形下工程价款结算的范围。“经竣工验收合格”往往通常理解为承包人施工的全部工程已完工，并业经竣工验收，此时才能参照合同关于工程价款的约定进行折价补偿，但建设工程实务中，有些分部分项工程在建过程中即进行了验收并质量合格，也有些建设工程未完工，承包人即撤场，但各方当事人对已完工的工程进行了验收并质量合格。前述情形下，依照《民法典》第 793 条的规定，也可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人，即是说建设工程未竣工的情况下，部分在建工程经验收合格的，工程价款的结算也适用该规定。同时，依据《民法典》第 799 条的规定，未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。建设工程经验收不合格或修复后经验收不合格的，不存在参照合同关于工程价款的约定折价补偿的问题，只能按照过错赔偿合同无效造成的损失；修复后经验收合格的，依照《民法典》第 793 条第 2 款的规定，由承包人承担修复费用，并可以参照合同关于工程价款的约定行使折价补偿请求权。

《民法典》规定了无效建设工程施工合同下工程价款结算的一般原则，但是，建设工程施工合同被依法认定无效，当事人之间就已完工程的价款结算达成的结算协议，一般属于具有独立性的约定，故即使建设工程施工合同被认定无效，该协议对当事人仍具有约束力。①

建设工程施工合同被认定无效后，施工合同中约定的工程价款结算条款能否有效适用，司法实务中存在不同的理解，有的认为该结算条款属于《合同法》第 98 条规定的清理条款，仍具有适用的效力。但最高人民法院类似案例的裁判意见对此认为，《合同法》第 98 条关于合同中结算和清理条款的规定，并不涵盖合同无效情形，当事人一方关于双方签订的合同虽无效，但其中清理条款有效的主张没有法律依据，双方在合同中关于

① 参见昌宁县珈源电力开发有限公司、保山市辛街建筑工程有限责任公司合同纠纷案，最高人民法院（2020）最高法民申 3395 号民事裁定书。

承担违约责任的约定，也因该合同无效而无约束力。[①] 合同无效不同于合同解除，合同解除的情形下，工程结算条款可以视为《合同法》《民法典》规定的清理条款继续适用，但建设工程施工合同被依法认定无效时，相关的结算条款自然也应认定无效，否则有违无效民事法律行为的基本法理。

（二）多份建设工程施工合同均无效时的工程价款结算问题

实践中基于建设工程施工合同的特点所致，当事人之间存在多份建设工程施工合同的情形非常普遍。《解释》第2条和《民法典》第793条仅是确定了参照合同约定的工程价款条款作为结算工程价款的依据，但同一建设工程项目中如果存在多份建设工程施工合同，而多份合同均被认定无效，此时以哪份合同作为结算依据，在实务中当事人间往往争议很大。《解释（二）》第11条对此作了具体规定，确立了实际履行合同优先和最后签订合同优先的原则。适用该司法解释时需要注意的是：一是多份建设工程施工合同存在于同一建设工程中，也就是说多份合同所指向的是同一建设工程，虽然存在多份合同，但工程的范围、设计、质量等内容没有发生变化或者实质性变化；二是多份建设工程施工合同的主体应当是指同一建设工程的发包人和承包人及相关利害关系人，包括借用资质、转包、违反分包情形下签订的施工合同，若承包人不一致，则不具有适用该规定的空间，如承包人没有履行完施工义务退场后，交由另一建筑施工企业继续施工，发包人与新接受工程的承包人签订的合同，虽然同一建设工程，但不属于司法解释适用的情形；三是建设工程质量经竣工验收合格，这与《解释》第2条规定的精神相一致；四是对于实际履行的合同难以确认的，应当以最后签订的合同作为结算依据。实践中对于哪份合同属于实际履行的合同往往难以确定，这是建设工程实务普遍存在的现象，在此情形下则以最后签订的合同作为结算依据。

（三）建设工程施工合同无效后损失赔偿的认定问题

《解释》第2条和《民法典》第793条仅明确了无效合同的工程价款结算参照合同约定的计价办法、计价标准，而对于无效合同约定的因违约产生损失的计算方法等内容可否作为参照依据，《民法典》和司法解释未置明文规定，司法实务中争议较大，因为违约损失的计算方法一般都是在违约责任条款中加以约定的，这涉及建设工程施工合同被认定无效的情形下，违约责任条款能否参照适用的问题。司法实践中有些高级人民法院发布的指导意见明确可以参照合同约定确定损失的大小。如《广东省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》规定，建设工程施工合同无效，但按照《解释（一）》第2条的规定可参照合同约定计算工程价款的，如承包人存在延期完工或者发包人存在延期支付工程价款的情形，当事人应参照合同约定赔偿对方因此造

① 参见朱华云、长春建工新吉润建设有限公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2020）最高法民申331号民事裁定书。

成的损失。

建设工程施工合同被认定无效后，依据原《合同法》第 58 条的规定，一方给对方造成损失的应当予以赔偿。按照学界通说，建设工程施工合同被认定无效后，受到损失一方请求对方承担的损失赔偿责任系缔约过失责任，损失范围一般限于实际损失以及缔约中产生的各项费用，如承包人主张的实际支出损失、停工窝工损失等；发包人主张的实际支出费用、延误工期的损失、工程质量导致的损失等。对损失的范围应按照“谁主张，谁举证”的原则，由主张损失的一方当事人承担举证责任，然后再按照造成建设工程施工合同无效的过错程度大小以及因果关系等作出认定。实践中有些损失数额可以通过当事人举证加以确定，而有些损失数额则难以通过当事人举证加以确定，而规范的建设工程施工合同一般会对违约损失的计算方法作出约定，如因发包人违约给承包人造成的实际支出损失、停工窝工损失等，因承包人违约给发包人造成的实际支出费用、延误工期损失和工程质量缺陷损失等。《解释（二）》第 3 条规定：“建设工程施工合同无效，一方当事人请求对方赔偿损失的，应当就对方过错、损失大小、过错与损失之间的因果关系承担举证责任。损失大小无法确定，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，人民法院可以结合双方过错程度、过错与损失之间的因果关系等因素作出裁判。”据此规定，在当事人不能通过举证确定损失数额的情形下，一方当事人请求参照合同约定的质量标准、建设工期、工程价款支付时间等内容确定损失大小的，可以以合同约定作为参照适用的依据，但裁判时需要考量双方当事人的过错程度，以及过错与损失大小之间的因果关系等因素，从而与《解释（一）》确立的无效建设工程施工合同的处理原则相对应。

八、建设工程分包合同约定的“背靠背条款”的性质和效力问题

“背靠背条款”，一般是指双方在合同中约定，付款方的付款时间、金额、方式等以第三方给付付款方为条件。“背靠背条款”在各类合同中均可能出现，但建设工程合同中最为典型和突出。建设工程合同中“背靠背条款”是指，在建设工程存在分包的情形下，承包人和分包人通常在分包合同的结算条款中约定业主支付前提条款，即承包人在收到业主（建设单位）的付款后再向分包商支付工程价款，即承包人向分包人或者实际施工人支付工程价款的前提条件是收到发包人支付的工程价款,有人将此形象比喻为“上流有水，下流支付”的条款。实务中分包合同如约定“以建设单位审计结果为准”“按照建设单位付款进度支付工程款”等均属于此类条款。

在分包合同中约定“背靠背”条款的情形下，一旦分包人或者实际施工人因工程结算产生争议，承包人往往以该条款进行抗辩，拒付分包人或者实际施工人工程价款。这

就涉及“背靠背条款”的法律性质、法律效力以及承包人不当阻却条款成就产生的争议如何处理问题。由于现行建设工程法律法规对“背靠背条款”的法律性质和效力未置明文规定，使得上述争议的解决缺乏统一的裁判依据。

（一）“背靠背条款”的法律性质

“背靠背条款”的法律性质，主要有附期限和附条件两种观点。附期限说的主要理由是在工程质量合格的前提下，业主支付工程价款应为确定的事实，仅是付款期限长短的问题。附条件说的观点则认为，“背靠背条款”以获得业主付款作为支付条件，本身包括了承包人无法获得业主付款就无需支付的含义。笔者赞同附条件说，因为建设工程分包合同中约定的典型“背靠背条款”一般包含以下内容：承包人在收到业主支付的工程价款后，扣除相应的管理费后于某日内支付给分包人，业主未付款的，承包人拒绝支付分包人工程价款；或者根据业主付款的进度，承包人按照相同比例向分包人付款，业主未支付的，分包人不得请求支付工程款。从当事人在建设工程分包合同中约定的上述内容看，承包人向分包人支付工程价款的时间依发包人的付款时间而定，若发包人向承包人的付款条件成就，才能促使承包人向分包人的付款条件成就，可见承包人的付款行为并非必然发生的事实，故当事人在合同中约定的“背靠背条款”在法律属性上系其自行约定的条件，而非民法意义上具有确定性的期限，因此，将“背靠背条款”理解为附履行条件的条款，即在业主支付工程款这一条件满足后，承包人才有义务向分包人支付工程款，更符合当事人的真实意思。

（二）“背靠背条款”的法律效力

对“背靠背条款”的法律效力如何认定，司法实务中存在很大争议。一种意见认为，该约定符合民法总则规定的附条件的民事法律行为，不违反法律法规的禁止性规定，应是有效的。如《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件的指导意见》认为，分包合同约定待总包人与发包人进行结算且发包人支付工程款后，总包人再向分包人支付工程款的，该约定有效。因总包人拖延结算或怠于行使其到期债权致使分包人不能及时取得工程款的，应予支持。总包人对于其与发包人之间的结算情况以及分包人支付工程款的事实负有举证责任。另一种意见认为，该条款是承包人滥用其总包地位和权利，强迫分包商订立，违反了合同相对性原则，也不符合公平原则，应认定无效。[①]“背靠背条款”虽然可能是当事人间的真实意思表示，但该条款约定将分包人支付价款为条件本身对分包人而言面临极大风险，明显对分包商是不利的，故有观点认为，“背靠背条款”有悖于公平原则和风险共担原则，应认定无效。[②]

① 参见广州市第二工程有限公司与黄冈中学广州学校建设工程施工合同纠纷案，广东省高级人民法院（2015）粤高法民终字第12号民事判决书。

② 参见金鸿涛与青岛海沃置业有限公司、金德龙建设工程分包合同纠纷案，最高人民法院（2016）最高法民申1123号民事裁定书。

笔者认为，“背靠背条款”所附条件或者期限不应理解为《民法典》规定的附条件或者附期限的民事法律行为，民事法律行为中的附条件或者附期限是合同生效的前提，而“背靠背条款”是当事人自行约定的履行付款义务的前提条件，即履行条件，不应涉及该条款是否生效或者效力问题。在建设工程施工合同和分包合同有效的情形下，“背靠背条款”没有违反《合同法》第 52 条的规定，原则上应认定有效。因为此种合同约定条款无明确的法律法规禁止性规定，只要是当事人之间的真实意思表示，应认定有效。但是在建设工程施工合同以及分包合同无效的情形下，“背靠背条款”原则上也应认定无效。在“背靠背条款”有效的情形下，对于分包人请求承包人支付工程价款的，承包人应当承担更多的举证责任，即承包人负有举证证明分包人未付款的举证责任，这是因为分包人何时付款、付款多少、均来源于分包人与承包人的合同约定，分包商无从知晓，因而承包人应对发包人的付款事实的是否存在负有举证义务。根据附条件民事法律行为的一般原理，若分包人有证据证明承包人恶意阻碍付款条件成就的，则依据《民法典》的相关规定处理，不影响分包人向承包人主张权利。

但具体适用中应对其条件和范围做适当限制，如发包人与承包人尚未进行工程结算，分包人此时主张承包人支付工程款，就违反了该项约定，但如果承包人怠于向发包人主张工程价款债权，导致分包人的工程价款债权受到损害的，则不宜依据该约定处理承包人与分包人之间的工程款结算问题，分包人可以依据《合同法》第 73 条的规定行使代位权。也有的法院案例按照诚实信用原则，认定承包商向分包人付款条件业已成就，判令支付。

九、建设工程合同中的司法鉴定问题

在审理建设工程合同纠纷时会经常遇到建筑行业中的专业性、技术性问题，如建设工程造价或者工程款数额的确认问题、工程质量是否符合国家规定或者合同约定的质量标准问题、承包人拖延的工期是否具有正当事由问题等等，这些问题单纯依靠法官所拥有的知识、经验和能力难以解决，必须借助专业司法鉴定机构作出鉴定意见才能认定争议的案件事实，而因建设工程合同纠纷的司法鉴定往往涉及各方的切身利益，当事人各方会产生激烈争议。

（一）工程造价咨询企业超过资质等级做出的鉴定意见是否可以采信的问题

为了加强工程造价咨询企业的市场准入管理，我国建设行政主管部门 2006 年 3 月发布了《工程造价咨询企业管理办法》，将工程造价咨询企业资质等级划分为甲级和乙级，并明确规定了不同等级造价咨询企业的资质标准和业务范围，即甲级工程造价咨询企业可以从事各类建设项目的工程造价咨询业务，而乙级企业只能从事工程造价 5000 万元

以下的工程造价咨询业务。对工程造价咨询企业超越资质等级许可的范围出具的工程造价鉴定意见是否具有证据证明力，是否应予采信，实务中存有不同的认识，一种意见认为，乙级资质的工程造价咨询企业对大型建设工程项目的鉴定意见不能作为人民法院审理案件的依据。[①] 另一种意见认为，建设部的办法为部门性规范性文件，系管理性规范，对工程造价咨询企业超越该办法规定的范围做出的鉴定意见应当予以采信。最高人民法院审理的江苏南通六建建设集团有限公司与山西嘉和泰开发有限公司建设工程施工合同纠纷案中的裁判意见认为，建设行政主管部门的上述规定属于部颁规章，属于管理性规范，对鉴定机构作出的鉴定意见不受影响，只要鉴定程序合法，即对方没有提供充分证据证明鉴定意见依据不足或者鉴定程序严重违法，且鉴定人员出庭接受了质询，应当加以采信。[②] 实务中一般认为，鉴定意见不同于一般的民事法律行为，不论甲级资质还是乙级资质的工程造价咨询企业，只要进入法院确定的司法鉴定人名册，均具备了进行司法鉴定的基本资质条件，如果当事人在选定或者人民法院指定鉴定机构时未提出异议，视为认可了该鉴定机构的资质条件，在鉴定机构作出鉴定意见后，当事人仅以工程造价咨询企业的资质条件为由否定鉴定意见的证据证明力的，不应予以支持。最高人民法院审理的相关案例的裁判意见认为，当事人不得依据《工程造价咨询企业管理办法》认为鉴定机构超越资质等级承接工程造价咨询业务所出具的工程造价成果文件无效，从而主张鉴定结论无效，理由是《工程造价咨询企业管理办法》属于部门规章，是管理性规范不能作为评判鉴定结论效力的依据。我国现行法律法规未明确工程造价类咨询机构必须进行登记管理，若该鉴定机构属于法院认定并公布的鉴定单位，当事人不得以其未在司法鉴定管理部门登记为由否定其鉴定资格。[③] 关于建设工程造价咨询机构未在行政主管部门登记并办理司法鉴定机构许可证所出具的鉴定意见是否具有证据资格和能力的问题。依据《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》和最高人民法院法办〔2011〕446号、法函〔2006〕68号文件的规定，建设工程造价咨询机构不属于实行司法鉴定登记管理的范围，因而建设工程造价咨询机构是否取得司法鉴定机构许可证不影响其受托进行工程造价鉴定的质证，所作的鉴定意见具有证据资格和能力。[④]

2021年6月3日，国务院发布《关于深化“证照分离”改革进一步激发市场主体发展活力的通知》，明确规定取消建设工程造价咨询资质，故工程造价鉴定不再受工程

① 参见陈旻：《建设工程案件审判实务与案例精析》，中国法制出版社2014年版，第110页。
② 参见江苏南通六建建设集团有限公司与山西嘉和泰开发有限公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2015）民申字第542号民事裁定书。
③ 参见江苏南通六建建设集团有限公司与山西嘉和泰房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2014）民一终字第72号民事判决书；四川恒熙建设有限公司（原成都恒熙建筑工程有限公司）与四川蓉信科贸有限责任公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2014）民申字第192号民事裁定书。
④ 参见最高人民法院（2019）最高法民申1253号民事裁定书。

造价咨询资质的影响。

建设工程司法鉴定意见未经鉴定人员签字能否作为定案依据的问题。依据《全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定》第 10 条,《司法鉴定程序通则》第 37、38 条的规定，司法鉴定实行鉴定人负责制度。鉴定人应当独立进行鉴定，对鉴定意见负责并在鉴定书上签名或者盖章。多人参加的鉴定，对鉴定意见有不同意见的，应当注明。司法鉴定意见书应由司法鉴定人签名，并加盖司法鉴定机构的司法鉴定专用章。依据上述规定，我国司法鉴定实行鉴定人负责制，若鉴定意见中鉴定人没有签字或者盖章，或者鉴定人缺乏资格等，原则上鉴定意见不能作为人民法院认定案件事实的依据。①

（二）固定价合同的工程造价鉴定问题

如果当事人订立的建设工程施工合同约定的工程价格是固定价,依据《解释》的规定，原则上对当事人申请工程造价鉴定的不予支持。因为，在工程招投标中或者双方订立施工合同时，承包人为了获得工程项目的承包权，往往采用低价中标的办法，甚至低于国家规定的工程定额标准进行投标或者作出让利承诺，而工程造价鉴定在当事人未明确约定鉴定依据的情形下，多数以国家定额标准作为依据，这就会出现订立合同时以低价取得工程，而结算时依据定额标准多获利的现象，对发包人而言严重不公，因此，采用固定价的工程价款结算原则上不准许当事人申请工程造价鉴定，但如果固定价之外，出现设计变更或者工程量的增减等情形，可以就设计变更或者工程量增减的部分工程造价通过司法鉴定方式予以核定。

对固定价合同未履行完毕的情形下，工程造价结算是参照合同约定的价款还是通过鉴定予以确定的问题。在当事人约定工程造价采取固定总价的情形下，如果承包人没有实际履行全部合同义务，造成工程未完工或者竣工，工程价款如何结算一直是司法实务中的难题。在工程未完工的情形下，无法依据合同约定进行工程结算，实务中一般是通过工程造价鉴定的方式进行结算,《最高人民法院公报》2015 年第 2 期刊载的指导案例的裁判意见也认为，以固定价定价的施工合同，如双方未依约履行，致使合同解除的，在确定工程价款时，可以通过司法鉴定的方式按照定额标准确定工程造价。通过鉴定进行结算，实践中也有不同做法：一是正向计算，即依据定额标准对实际完工的工程量据实结算，并按照一定比例进行下浮；二是反向计算，即根据定额标准计算未完工工程的价款数额，再用固定总额减去未完工工程的价款数额；三是按比例折算，即由鉴定机构在相应同一取费标准下分别计算出已完工工程部分的价款和整个合同约定工程的总价款，两者对比计算出相应系数，再用合同约定固定价款乘以该系数，确定发包人应付的

① 参见海南第三建设工程有限公司建设工程施工合同纠纷再审案，最高人民法院（2020）最高法民申 1281 号民事裁定书。

工程款。实务中如果施工合同有效，完全脱离合同约定对未完工工程进行结算，不是可行的方案，比较可行的做法是通过鉴定方式计算出已完工工程占合同约定的施工范围的比例，再乘以合同约定的固定总价，计算工程款比较合理。

（三）当事人不服一审裁判和生效裁判采信的鉴定意见申请重新鉴定的问题

根据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》及相关会议精神，对于当事人不服一审裁判采信的建设工程造价鉴定意见提出上诉后申请重新鉴定的，应当慎之又慎，原则上不同意当事人重新鉴定的申请。但是如果当事人有证据证明一审裁判采信的建设工程造价鉴定意见在鉴定人资格、鉴定范围、鉴定程序和鉴定依据等事项上有违法律规定的情形下，二审法院可以依据当事人的申请对建设工程合同的争议事项进行重新鉴定，并须以事实上具备重新鉴定的条件为限。但以下几种情形应予注意：一是一审期间如果当事人未就鉴定机构的鉴定资格或者资质条件提出异议，二审期间，当事人单纯以鉴定机构不具备相应资质条件为由申请重新鉴定的，原则上不予支持。[①] 二是当事人依据司法部发布的《建设工程司法鉴定程序规范》主张原审鉴定程序违法为由申请重新鉴定的，应当注重审查当事人主张的原审鉴定程序违法是否具有充足的理据。因为司法部发布的《建设工程司法鉴定程序规范》规定了司法鉴定机构和司法鉴定人员在进行鉴定活动时应当遵循和采用的一般程序规则，是判断鉴定程序是否合法的主要依据，当事人主张原审鉴定程序违法应当提供充分证据加以证明，如鉴定人未依法回避、鉴定人案情调查方式不符合规范等，若当事人不能提供充分证据证明原审鉴定程序违反司法部的上述规定，对当事人重新鉴定的申请应不予准许。

在当事人不服生效裁判而申请再审的案件中，再审申请人申请再审的主要理由是对原判决采信的建设工程造价鉴定意见持有异议，并在再审申请中申请法院重新鉴定。因《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399条明确规定，申请再审审查期间，申请人申请法院委托鉴定勘验的，人民法院不予支持，因而再审审查中一般不会支持申请人的该项再审申请理由。对此如何处理，最高人民法院审理的类似案件的裁判意见认为，凡欲通过鉴定推翻原判决的，应当通过自行委托的方式进行鉴定后，再由人民法院判断是否符合法定再审事由，而不应由人民法院在再审审查阶段予以委托进行鉴定，对申请人的鉴定申请，应不予准许。[②]

（四）关于当事人自行委托的鉴定结论的效力问题

在诉讼前、诉讼中甚至终审裁判后，当事人就争议事项自行委托鉴定机构出具鉴定意见，并作为诉讼证据提出上诉或者申请再审的比较普遍。依据《民事诉讼法》第79

① 参见四川恒熙建设有限公司（原成都恒熙建筑工程有限公司）与四川蓉信科贸有限责任公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2014）民申字第192号民事裁定书。

② 参见盘锦市房地产开发有限公司与徐尊伟建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2015）民申字第3367号民事裁定书。

条的规定，鉴定意见以人民法院委托鉴定人为基础，即是说《民事诉讼法》规定的作为法定证据的鉴定意见应仅限于人民法院委托鉴定机构作出的，当事人自行委托有关鉴定机构就案件中的专门问题出具的鉴定意见，不属于《民事诉讼法》第 66 条规定的法定证据。

对于当事人自行委托鉴定机构出具的鉴定意见的性质，以及鉴定意见是否具有证据资格和能力，司法实践中存在较大争议。有观点认为，当事人自行委托鉴定所形成的鉴定意见，因其形成过程及鉴定人立场并不具有司法鉴定的公开性质，因此，其证据的形成及效力更符合当事人陈述。也有观点认为，当事人自行委托所形成的鉴定意见，系通过一定的专门方法对大量涉案证据进行分析论证得出的结论，具有准书证的性质，应当允许当事人进行质证，并有条件的予以采信。当事人自行委托所形成的鉴定意见，不具有司法鉴定的性质，理论上属于私鉴定。[①] 司法实务中，对于当事人自行委托所形成的鉴定意见，因缺乏一定的客观性、公开性，很多法官极少采信作为认定案件事实的依据，质言之，此种鉴定意见的证据证明力比较低，法官很难加以采信，但是当事人自行委托所形成的鉴定意见毕竟是当事人提供的就案件专门性问题，由鉴定机构进行分析论证所形成的结论，具有一定的书证性质，具有相应的证据资格和能力，应当允许当事人进行质证。修正后的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 41 条规定对一方当事人自行委托有关部门作出的鉴定结论，另一方当事人有证据足以反驳并申请重新鉴定的，人民法院应予准许。该规定虽未明确当事人自行委托所形成的鉴定意见具有法定证据的性质，但含有当事人提交此种鉴定意见并质证后，如果对方当事人有证据足以反驳，可以申请重新鉴定，肯定了当事人自行委托所形成的鉴定意见具有证据资格和能力，如果对方当事人没有充分证据加以反驳，法院结合其他证据经过认真审核认定，亦可以加以采信作为认定案件事实的依据。最高人民法院审理的相关案件裁判意见亦认为，并非当事人一方委托鉴定机构作出的鉴定意见不能作为定案根据，法院根据案件的具体情况可以作出对其是否采信的决定。[②] 由此可见，当事人单方委托鉴定机构作出的鉴定意见虽不属于法定证据，但仍具有证据资格和能力，人民法院需要综合其他证据对此类证据的证明力作出判断。

十、建设工程中的表见代理的问题

表见代理是在建设工程合同履行或者建设工程实务中遇到的最为普遍性的问题，也

① 参见最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》（总第 67 辑），人民法院出版社 2017 年版，第 113 页。

② 参见李玉金与江苏新兴建设工程有限公司、江苏新兴建设工程有限公司新田二期住宅楼工程项目部等建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2016）最高法民申 612 号民事裁定书。

是建设工程合同纠纷司法审判工作的难点问题。民法学界通说认为，表见代理的构成以无权代理为前提，需要具备三个基本要素：一是具有代理权的外观，即代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的外观表象，从审查案件中遇到的情形包括被代理人曾经以书面、口头或者行为方式直接或者间接向相对人通知无权代理人享有代理权；被代理人授权代理人代理权，但授权范围不明；被代理人允许代理人挂靠本单位经营，以本单位名义从事民事活动；行为人持有被代理人的具有代理权证明意义的印鉴、业务介绍信、合同专用章、盖有印章的空白合同书。在实务中下列情形可以认定具有代理权的外观表象：代理人订立合同以被代理人的名义；行为人的身份职务与被代理人有关联；代理人持有的对外材料上加盖或者企业法人代表签字的与被代理人有关的、可正常对外使用的有效印章；代理人与相对人交往的方式符合被代理人与相对人之间长期形成的惯常做法或者交易习惯；合同订立过程、交易环境和周围情势等是否与被代理人有关；被代理人曾经履行了代理人与相对人达成的合同。二是相对人善意。对此最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第14条作了明确规定。三是被代理人具有可归责性。需要注意表见代理与原《合同法》第50条规定的法人代表的表见代表的区别，表见代表一般是企业法人代表实施的行为，没有充分的理由不能否定其职务行为。

值得关注的是目前学界对表见代理的构成要件存在较大争议，争点主要在于构成表见代理需要一个要件还是两个要件，即“一要件说”和“两要件说”。“一要件说”认为只要代理人的无权代理行为在客观上形成具有代理权的外观表象，即可认定为表见代理，无需判断相对人是否具有过失或者故意等过错，而“两要件说”则认为除代理权的外观表现外，需要相对人举证证明其无过失。从原《合同法》第49条和《民法典》第172条的规定来看，并未明确将相对人的过错作为判定是否构成表见代理的法定要件，但司法实务中，不少法官按照最高人民法院的相关司法解释和司法政策规定秉持两要件说。具体适用中，只要无权代理人在实施代理行为时形成代理权的表象，一般即认定为构成表见代理，而对于相对人的过失问题考察较少，这在建设工程施工合同纠纷案件中体现得尤为突出。

我国现行的建设工程承包一般都实行项目经理负责制，以项目经理为首成立一个项目经理部。工程项目经理部系由建筑施工企业委派的代表承包人履行具体工程项目承包的施工管理人，其地位相当于承包人没有取得企业法人营业执照的具体履行合同的部门。通俗的理解就是项目经理就是承包人委派的具体履行建设工程施工合同的全权代理人。项目经理不属于建筑施工企业的分支机构，亦不具有独立的法人资格，亦无需办理营业执照。在建设工程施工合同履约过程中，项目经理根据施工企业的授权从事工程建设行为，其在授权的范围内与其他民事主体进行市场交易，由此产生的法律后果仍由建筑施

工企业承担。发生争议的,项目经理部不具有独立的诉讼地位。按照国家工商管理总局、住建部发布的 2013 年版《建设工程施工合同（示范文本）》的规定，项目经理应是建筑企业聘用的正式职工。若项目经理不是建筑企业的职工，一般情况下建筑企业与项目经理之间的关系属于挂靠关系。

建设工程施工合同司法实务中经常遇到表见代理的问题，主要有以下两种情形：一是建筑施工企业的项目经理在履行施工合同中对外借款、承租建筑设备等、购买建筑材料设备等产生的债务清偿责任，能否适用表见代理，由建筑施工企业承担；二是实际施工人在建设工程施工中对外借款、租赁建筑设备、购买建筑材料设备等产生的债务清偿责任，能否适用表见代理，由建筑施工企业承担。

对于第一种情形，相对比较容易认定，因为，建筑法明确规定我国建设工程项目实行项目经理负责制，项目经理作为建筑施工企业组建的责任部门或者临时机构，在建设工程施工合同履行中一般是代表建筑企业对外从事某种法律行为和事实行为的，只要项目经理所借款项、租赁设备实际用于建设工程施工，相对人足以相信项目经理在身份、职务特征上具有代理权的表象，认定项目经理的行为构成职务代理或者表见代理。但下列情形值得注意：一是项目经理冒用、盗用建筑企业的名义与材料供应商、设备租赁商等发生的买卖关系、租赁关系，而查明项目经理的上述行为与履行施工合同没有联系，不能认定构成表见代理；二是建筑企业对项目经理的授权范围非常明确具体，如不允许项目经理单独与材料供应商、设备租赁商结算，如果项目经理超越授权范围，则不宜认定构成表见代理；三是如果项目经理对外借款、购买建筑材料和租赁设备等未实际用工工程施工，由此产生的债务也不宜认定表见代理。

对于第二种情形则需要区别对待，因为承包人将工程转包或者违法分包给实际施工人后，实际施工人独立完成工程的施工，它与建筑企业之间没有直接隶属关系，都是独立的合同主体，实际施工人在工程施工中以自己的名义对外借款、租赁建筑设备、购买建筑材料等产生的债务，没有特殊情形，原则上不宜认定构成表见代理，由建筑施工企业承担。但实际施工人以建筑施工企业的名义实施的对外借款、租赁建筑器具、购买建筑材料等行为，如果相对人有理由相信实际施工人具有代理权的表象和外观，一般按照表见代理对待。

其一，对于挂靠建筑施工企业的实际施工人，若以被挂靠方的名义对外实施的借款、租赁建筑器具与第三人订立的合同。挂靠方伪造被挂靠方的公章对外签订的合同，若相对人有理由基于对挂靠关系的信赖相信公章的真实性，挂靠方的行为可因此构成表见代理，其签订的合同对被挂靠方具有约束力。

其二，实际施工人虽然以自己的名义对外签订采购建筑材料、建筑构配件和设备的买卖合同，但相对人有理由相信实际施工人的行为代表施工企业的，可以认定实际施工

人的行为构成表见代理。

其三，实际施工人在购买建筑材料时，出示了由其代表施工单位与建设单位签订的建设工程施工合同或者复印件，其所购材料均为案涉工程施工所用，足以使相对人相信实际施工人系代表施工单位，施工单位应当承担向相对人支付材料款的法律责任。

其四，施工单位与实际施工人之间虽没有书面委托合同，但结合买卖前后之行为，可以认定已经在事实上委托了实际施工人代为采购材料的，施工单位应当承担合同责任。实际施工人与施工单位之间虽有委托合同，但实际施工人超出所持委托书所载明的授权范围对外签订材料买卖合同，加之合同约定的交货地点均为施工工地，相对人在签约时有理由相信实际施工人是代表施工单位的，该施工单位应当承担付款责任。

其五，施工单位明知实际施工人以其名义进行施工，对买卖合同相对人而言，到工商管理部门核实签章的真实性并非签订合同的必要环节，其有理由相信实际施工人具有施工单位的授权，实际施工人以项目部的名义签订合同的行为构成表见代理，由此产生的法律后果由施工单位承担。[①] 实际施工人使用项目部公章，以施工单位项目部名义施工及进行其他民事行为，施工单位作为承包人，没有予以制止。施工单位的默认使实际施工人的行为客观上形成具有代理权的表象，租赁的设备、器材也全部运到项目部承建的工地，用于工地施工，实际施工人构成表见代理。

综上，实际施工人在工程施工中从事借款、购买建筑材料、租赁建筑设备等产生的债务，能否认定构成表见代理由施工企业承担，要符合下列条件：一是施工企业与实际施工人之间属于资质挂靠关系；二是施工企业与实际施工人之间有书面委托合同，但实际施工人超出实际授权的范围从事对外交易的行为；三是施工企业明知实际施工人以自己的名义对外从事交易行为；四是实际施工人所借款项、所购建筑材料以及所租建筑设备用于施工企业承包的工程施工。一般而言，建筑施工企业或者承包人将工程分包或者转包给实际施工人，因实际施工人，特别是作为自然人并无建筑施工资质，承包人应当知晓实际施工人只能以承包人的名义进行施工，包括承租建筑设备、采购建筑材料等。此种情形下，租赁商、材料商有理由相信实际施工人得到承包人授权，并代表承包人从事民事行为，因而应按照表见代理予以对待。

（责任编校：李　宁）

① 参见合肥鑫丰建筑安装工程有限公司、青海华瑞物资有限公司与合肥鑫丰建筑安装工程有限公司、青海华瑞物资有限公司等买卖合同纠纷再审案，最高人民法院（2015）民申字第1620号民事裁定书。

生态环境司法中的法律责任设置

宋保振　郑曙光 *

内容摘要：法律责任关乎法律规范的价值实现，对保障法律主体权益具有举足轻重的地位。在生态环境类司法案件裁判中，传统法律责任设置面临责任落实路径不畅、责任主体配置不当以及司法理念引导存在误区等问题，需要创新性设置生态环境法律责任。生态环境法律责任是对既有法律责任制度的发展，也是中国特色社会主义法治理论创新的重要内容。为保证生态环境法律责任的司法效能，需要切实以绿色发展理念为价值引领，完善配套性制度体系，并合理设置不同主体的法律责任。

关键词：生态文明建设；生态法治；法律责任；环境侵权

习近平总书记在 2018 年全国生态环境保护大会上强调，用最严格制度最严密法治保护生态环境。具体而言，就是通过科学立法、公正司法和严格执法保护生态环境，积极追究违法者的法律责任。与其他领域发展相对成熟的法律责任形态相比，生态环境法律责任 ① 的产生是相当晚近的事情。在生态环境法律和制度发展的早期阶段，该领域的法律责任主要分散在各种具体的法律责任之中，初步形成了适用领域较广、规范较为全面的法律责任类别，这也为生态环境法治的发展奠定了基础。但随着生态文明建设在我国得到大力推进，无论官方还是社会大众都对生态环境法治建设有了更高的价值追求。“生态化”时代热潮要求重新审视我国环境保护类案件的法律责任形态。本文正是围绕该问题，通过与传统法律责任对比，深度剖析生态环境法律责任的制度建构不足；继而结合生态环境保护司法现实，对生态环境法律责任进行创新性设置，

* 宋保振，山东大学法学院副研究员；郑曙光，山东大学法学院博士研究生。

基金项目：本文系山东大学【研·课程思政】建设工程项目和山东大学法学院 2022 年度课程思政项目资助成果。

① 法律责任是我国法学理论研究的重要议题，同时也是各种具体法律责任形态的上位抽象概念，本文主要从生态法治的研究视角来谈及法律责任。目前来看，在我国生态司法适用的场景中，已经出现了环境法律责任，但笔者所研究的生态环境法律责任并不等同于环境法律责任，而是与生态法治建设相适应的一种责任形态，也可以认为是环境法律责任在生态法治进程中的动态演进。

并从指引理念、制度设立及配套机制等方面，建构完善路径。

一、生态环境司法中传统法律责任落实难题

法律责任问题是生态环境法治研究领域中的重要议题。生态环境法律责任发端于我国不断推陈出新的生态司法实践活动，在吸收借鉴有益司法经验的基础上，实现自身发展和创新。受我国生态法治建设水平的限制，当下的生态环境法律责任存在不少问题。对此大致可以归结为以下三个方面：

（一）法律责任落实路径不畅

伴随生态司法实践的不断发展演化，恢复性生态环境法律责任形态在我国应运而生。这一责任形式的产生是人类伦理观念发生积极变化后的结果，值得我们密切关注和深入研究。然而，这种新兴责任形态尚处于萌芽阶段，指导思想和具体制度还都不健全，难以适应司法实践的现实需求。

首先，法律依据不够清晰明确，顶层设计存在较大漏洞。“相对于激荡的、迅速的制度变革，不管具体的改革政策是否实现了法律化，我国的法律体系都会出现暂时性大规模的甚至常态的各种立法冲突、法律矛盾、法律漏洞或法律空白。”[①] 在较长的一段时间里，解决生态环境领域的争端纠纷主要依赖民事法律责任。有学者指出，从研究样本看，在 30 件民事案件中，2014 年以前判决被告承担生态修复法律责任的实体性法律依据为《侵权责任法》第 15 条、第 65 条，2015 年以后在《侵权责任法》第 15 条、第 65 条的基础上增加了《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》（以下简《环境民事公益诉讼解释》）第 21 条至第 24 条。[②] 最高人民法院为克服民事责任救济的弊端，制定了以《环境民事公益诉讼解释》为代表的一系列司法解释，[③] 指引生态司法实践工作的开展。尽管这些司法解释本身凝结了宝贵的司法经验和集体智慧，但也存在套用民事责任、具体方法不明、可操作性不强等问题。如《环境民事公益诉讼解释》第 18 条规定民事责任形态可以拓展应用于社会公共领域，但这些责任形态与《侵权责任法》中规定的具体方法别无二致，没有明显改进；《环境民事公益诉讼解释》第 20 条和《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第 14 条均涉及环境修复理念，对生态环境的客观

① 陈金钊、吕玉赞：《法治改革及其方法论选择》，载《学术交流》2015 年第 9 期。
② 参见康京涛：《生态修复司法适用的实证分析——以 212 份环境裁决文书为中心》，载《法治论坛》2018 年第 3 辑。
③ 这一系列司法解释文件包括《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》等。

认识取得了一定突破，但这种理念也具有很大的局限性。即主要通过将恢复原状做所谓的扩张解释来应用于生态环境领域，明显混淆了民事责任与环境责任之间的关系，有悖于法律的一般原理。“恢复原状只是恢复生态环境的一环，修复生态环境的范围远比恢复原状大得多，但是从深度上讲恢复环境往往没有达到恢复原状的程度。”①

其次，法律责任形态过于抽象，可实施性不强。最高人民法院出台的司法解释确定了生态环境法律责任的两种基本形态即行为责任和经济责任，但是关于这两种责任方式的具体适用规定并不明晰，司法实践中的做法差异很大，均存在一定的适用困境。一方面，行为责任以恢复原有生态功能为主要目标，但这一技术指标是很难量化的。实践中该责任一般被简单理解为数量上的补偿，生态修复也基本等同于数量修复。这种通过数量的补偿确实在实现方式是较为容易的，但是生态修复不能只考虑数量要素，毕竟数量补偿仅仅是生态恢复工作中的部分环节。以“植树造林”判决形式为例，除了要考虑数量的补偿外，新增树木的健康状况、当地的光照条件、树木之间的密度分布状况等因素也要考虑在内。另一方面，较之于行为责任，经济责任是一种更便捷、更具体的操作方式，其核心难题在于如何对受损环境利益进行科学的价值评估。我国当前在环境治理中，普遍采用的方法是虚拟成本治理法。② 不可否认，虚拟成本治理法的确发挥了很大作用，但这一计算方法的科学性和准确性有待加强。由于环境问题的科学技术性和综合复杂性，虚拟成本治理法确定的赔偿额与实际治理费用之间存在较大差距，如何更谨慎地确定赔偿额，实现“保护和改善环境，保障公众健康”的修复目标，需要更加清晰、科学的法律规范。③

（二）法律责任主体配置不当

我国《环境保护法》第 6 条规定：“一切单位和个人都有保护环境的义务。”但是有关生态环境领域的法律责任设置并不适当，过于重视政府责任，轻视其他主体责任是其典型表现，这将会不可避免地对法律实施造成一定消极影响。

首先，企业违法成本普遍过低，加速了环境危害事件的发生。“当下中国处于社会转型和向现代化迈进的重要时期，社会的转型发展与快速变迁既给人们带来了繁荣富足的生活条件，也催促了诸多公共危机的产生。”④ 生态环境危机是我国国家和政府治理所不得不解决的现实难题，环境危机的形成是经济发展的直接负面结果。公司企业等先进组织形式是现代经济发展的重要支柱，同时也加速了环境问题的滋生和蔓延。

① 李挚萍：《生态环境修复责任法律性质辨析》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》2018 年第 2 期。
② 虚拟成本治理法是按照现行技术和水平治理排放到环境中的污染物所需要的支出，适用于环境污染所致生态环境损害无法通过恢复工程完全恢复、恢复成本远远大于其收益或缺乏生态环境损害恢复评价指标的情况。
③ 参见孙洪坤、胡杉杉：《环境公益诉讼中虚拟治理成本法律适用的认定》，载《浙江工业大学学报（社会科学版）》2017 年第 4 期。
④ 杨知文：《风险社会治理中的法治及其制度建设》，载《法学》2021 年第 4 期。

究其原因,与我国对企业法律责任设置不当存在紧密关联。“现今我国环境违法成本低,存在刑事责任很少受到追究,行政责任不足以起到警示效果,民事责任不适宜的情况。致使企业对于国家制定的规范没有充分动机去遵守,而宁愿选择违法排污,存在着反正惩罚力度低,被抓到宁可交罚款也不严格守法的投机心理。这导致了大量环境立法得不到有效实施,从而出现环境立法增长与环境恶化同步进行的怪现象。”[①] 从法律经济学的角度来看,决定一个企业如何决策和发展的关键因素,就是守法成本和违法成本之间的利益考量,当违法成本过低时企业就会铤而走险而罔顾法律的规定。从当下法律实施情况来看,生态环境法律责任的处罚对于小企业来说具有一定的威慑性,但之于大中型企业并不能起到多大作用。

其次,公民环境维权机制不当,增加了生态保护工作的难度。现代社会是以公民为基本单位的有机组织体,公民在社会生活中扮演着重要角色,发挥着不可替代的关键作用。随着社会经济发展水平的不断提高,人们逐渐解决了基本的温饱问题,对高质量的美好生活有了明确的需求。生态环境与人类的生活息息相关,随着公民权利意识的逐渐觉醒,不少民众对自身周围的生态环境问题十分关心,并积极维护自己的环境权益。有学者指出:“我国社会民众的生态法治维权意识普遍呈现‘一高一低’的状态,即浅层次的生态法治意识普遍很高,但深层次的生态法治维权意识相对偏低,属于典型本能式的、自我保护型的维权意识。”[②] 这“一高一低”的不均衡状态,恰恰反映出我国公民的整体环境保护还处于相对较低的水平,生态环境保护热情不能通过法治化路径充分地发挥出来,甚至对生态环境保护工作造成负面影响。如近年来国内频发的PX 事件,尽管这些事件的发生与政府的环境监管不力存在些许联系,但一些民众通过极端的方式来表达自己的不满,不仅造成了政府部门与社会民众之间的紧张对立,也不利于生态环境的科学保护和综合治理。对于这些采取极端手段的民众也应该受到生态环境法律责任的科学规制,然而就当前来看,我国的生态环境法律责任却存在空白,并不能很好地缓解来自民众的压力,也没有达到引导民众依法保护环境的目的。

(三)司法理念引导存在误区

法律责任是与司法实践联系最为紧密的法律机制,生态环境法律责任在积极推进制度建构的同时,也要着重关注生态司法实践的具体实施问题。然而,从当下法律实施的具体情况来看,绿色发展理念并没有得到很好贯彻,不利于生态环境法律责任取得良好的治理成效。

首先,绿色发展理念引导不足,执法主体的积极性不高。“深刻理解绿色发展理

① 宋昶宪:《企业环境守法激励研究》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 21 期。
② 丁国峰:《十八大以来我国生态文明建设法治化的经验、问题与出路》,载《学术界》2020 年第 12 期。

念的科学内涵是正确认识和处理生态文明建设中各种问题的基本前提。”[①] 绿色发展理念是指导我国生态文明建设的基本指导思想，行政机关、司法机关尤其要重视并彻底贯彻绿色发展理念，做生态文明理念的自觉践行者。蔡守秋教授指出：“政府环境责任是生态文明建设的主要内容，健全了政府环境责任制度也就基本健全了政府生态文明建设责任。”[②] 从生态司法实践的具体情况来看，部分执法主体并没有真正理解和领会绿色发展理念的价值内涵，以至于在生态环境法律责任的具体适用过程中产生了问题，影响了生态环境恢复的整体进度。以最高人民检察院发布的第 29 号指导性案例[③] 为例来分析。在该案中，江源区卫生和计划生育局存在两处失职行为：一是未能尽到监管职责，在污染行为发生后没有及时管控风险；二是校验行为不合法，对江源区中医院的环评结果不合理。该案充分暴露出我国一些执法人员环境保护意识不强和执法能力欠缺的突出问题。即便在检察机关提出检察建议后，环境保护机关仍未采取有效举措。直到法院判决生效后，白山市委、市政府直接干预该案，江源区政府才开始重视当地的环境污染治理活动。该案若不是引起了上级机关的重视，恐怕环境问题还不会得到较快的解决。一叶知秋，绿色发展理念在生态治理过程中并没有得到良好的贯彻，一些生态执法人员对生态治理活动缺乏热情。

其次，环境治理思维过于僵化，阻碍了开放主体的参与。威慑式执法是通过执法主体对相对人施加外部压力，使其对已经发生或将要发生的后果产生恐惧进而守法或改正违法行为。[④] 威慑式执法思维是传统集权制社会下的产物，强调政府对社会大多数管理事物采取较为严格的执法手段，以防止危害事件的发生。随着社会不断发展，这种执法理念已逐渐被社会淘汰，开放式的协商民主方式得到了人们的日益青睐。在当下我国的生态执法活动中，也正经历着由威慑式向民主式治理方法的转变，积极吸纳社会大众参与环境治理的做法已经成为共识。其中，公众参与理念就是典型的代表。这一理念在我国得到了一定的推广和应用，并形成了公众参与机制，但还未彻底摆脱传统治理思维的束缚，造成了理想状态与实然状态之间较大的偏差。从理想状态来看，“公众参与生态系统绩效管理有利于实现公众的生态诉求与广泛监督，有利于提升政府生态系统绩效管理的有效性，弥补政府生态系统绩效管理的部门缺陷和不足”[⑤]。从

① 魏胜强：《论绿色发展理念对生态文明建设的价值指引——以公众参与制度为例的剖析》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019 年第 2 期。
② 蔡守秋：《生态文明建设的法律和制度》，中国法制出版社 2017 年版，第 333 页。
③ 案情介绍：吉林省白山市江源区中医院在建设综合楼时未建设污水处理设施，未经环保验收即投入使用并将医疗污水直接排入院内有关地方，污染了周边的生态环境。江源区环保局针对其未执行“三同时”制度的行为予以行政处罚，但未能制止其违法行为，而且在江源区中医院未提交环评合格报告的情况下，有关机关作出了校验结果为合格的评定。江源区人民检察院在提出检察建议效果不佳后，依法提起行政附带环境民事公益诉讼。
④ 参见丁霖：《论生态环境治理体系现代化与环境行政互动式执法》，载《政治与法律》2020 年第 5 期。
⑤ 程进、周冯琦：《基于制度变迁的我国生态系统绩效管理研究》，载《江汉论坛》2018 年第 12 期。

实然状态来看，这一实施机制并没有发挥理想的功效。有学者指出："这种公众参与是被动进行的，即只有在某些特定的情形下，在专项规划编制机关或建设单位的邀请之下，有关单位、专家或者公众才可能按照邀请方预先设计好的论证、听证等程序参与到环境影响评价中。在这一过程中，哪些主体受到邀请，参与中应当做什么和如何做等比较关键的环节，都由专项规划编制机关和建设单位来掌控，因而公众参与不可能独立和深入地开展。"[①] 由此观之，开放民主式的治理思维在生态法治领域的展开还存在不少障碍，既与现代民主精神有所背离，也加剧了生态法治实践的问题。

总之，生态环境法律责任的实施困难制约了生态环境法律责任功能的发挥。特别是当下不少人仍然用过于局限狭隘的眼光来审视我国的生态环境法律责任制度，忽视了生态环境法律责任的救济性与创新性，加剧了生态环境法律责任制度的整体适用难度。为摒弃这种认知偏见，我们必须立足生态文明建设的时代背景，重新审视我国的生态环境法律责任制度，积极进行生态环境法律责任的创新性设置。

二、生态环境法律责任的创新性价值

一般而言，国家管根本、管长远的大事，建设具有全局性、稳定性的社会制度，是执政党治国理政的根本。[②] 不同于具体的法律实施手段和方法，法律制度的变革具有渐进性、缓慢性和累积性特征，这也是法律能保持旺盛生命力的关键。当法律制度与司法实践之间出现巨大张力时，法律制度的变革便势在必行。生态环境法律责任制度源起于生态司法实践的生态建设热潮，迫切需要我国法律制度做出调整，以适应当下社会的剧烈变化。总体来看，生态环境法律责任的创新性主要体现如下：

（一）发展和创新了既有法律制度

自生态环境问题产生以来，我国先后实施了不少法律机制以控制这一问题的滋生和蔓延。作为一种后发性的法律机制，生态环境法律责任克服了旧有机制的弊端和缺陷，并因其丰富的实践性与较强的创新性，在回应社会问题的同时，推进了人们观念和既有法律制度的创新。

首先，生态环境法律责任应运而生，回应了重大社会现实问题。我国于20世纪末期开展了生态文明建设活动，特别是在党的十八大以来生态文明建设取得了质的飞跃，许多新观点、新主张的提出，对生态司法实践活动产生了持久深远的影响，推动着我国的生态环境保护工作迈上新的台阶。在法律制定领域，我国业已颁行了一系列

① 魏胜强：《论绿色发展理念对生态文明建设的价值指引——以公众参与制度为例的剖析》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019年第2期。
② 参见宋才发：《国家治理现代化的法治保障及其路径》，载《东方法学》2020年第5期。

与生态环境保护息息相关的法律文件，生态文明立法的大体脉络初具雏形，只是部分法律文件还需后续的及时清理与修改。环境司法问题开始成为当下不得不认真审视的重大问题，日新月异的司法实践需求对立法质量提出了越来越高的要求，以“恢复原状”为主要表征的法律救济机制愈发僵化，俨然成了纸面上的法律。“社会问题司法化的进程同样也伴随着诸多的质疑，其中最为核心的当属司法权对立法权的僭越问题。”① 众所周知，法官在进行演绎推理时，作为大前提的法律规范的准确运用是至为关键的，这也是法官依法裁判的价值底线。然而，在当下的生态环境立法领域，生态环境法律责任的科学配置还没有彻底实现，不少具有创新性、新颖性的法律实施手段还没有上升到法律的规范层面。即便这种实践操作手段具有一定的可行性，但这种做法也只能起到一时的作用，并不能真正根治法律制度的空缺问题。所以说，生态环境法律责任制度的适时引入，不仅可以丰富完善我国的司法裁量手段，而且还适应了社会发展的真切需求，为司法人员公正裁判提供有益的制度资源。

其次，生态环境法律责任作为一种实践性创新，是法律制度设计的重大突破。与过于重视“惩罚”和“制裁”的一般法律责任不同，生态环境法律责任同时兼顾惩罚和保护功能，分别针对违法行为人和受损的生态环境两类主体，甚至主要是以恢复受损生态环境利益为出发点。现有法律责任对各类违法行为明确规定了法律后果，行为模式、法律后果二要素之间已经形成了紧密的联系，相应地生态环境法律责任应当在法律后果上多加改变，尽可能多地保护和救济生态环境利益。生态环境是一个涉及水、大气、森林、湿地等诸多自然生态资源的整体系统，在坚持恢复原有生态功能的基本立场上，实现手段上要尽可能多地切合实际情况，反对一刀切式的简单做法。目前生态司法实践中的一些创新性做法值得学习和提倡。如在最高人民法院发布的第 132 号指导性案例② 中，在环境污染事件发生后，法院并不是刻意地对行为人课以巨额的经济惩罚，而是接受和采纳违法行为人的积极作为，最大限度地减轻环境污染对生态环境的损害。特别是当违法企业自发地通过改造升级自身生产设备的方式降低了自身的危害性，及时弥补了生态功能的损失后，法院充分认可了违法行为人的积极补救行为，并给予违法主体减轻处罚的从宽量刑。该案的审理取得了良好的社会效果，并因此成为指导我国生态司法实践活动的典型性案例。

① 王文玉：《司法回应社会的理据、风险及其应对——基于热点案件的分析》，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》（第 34 卷），研究出版社 2022 年版，第 231 页。

② 指导性案例第 132 号：中国生物多样性保护与绿色发展基金会诉秦皇岛方圆包装玻璃有限公司大气污染责任民事公益诉讼案。在该案中，被告方圆公司因超标排污秦皇岛市海港区环境保护局多次作出行政处罚，后被中国绿发会提起了环境公益诉讼。在提起本案公益诉讼后，方圆公司加快了环保设施的升级改造，并在环保设施验收合格后，再次投资巨额建造了一套备用排污设备，推动了生态环境功能的恢复。最终，人民法院综合考虑方圆公司在企业生产过程中超标排污行为的违法性、过错程度、治理污染的运行成本以及防污采取的积极措施等因素，对于方圆公司在一审鉴定环境损害时间段之前的超标排污造成的损害予以折抵。

（二）推动法律制度的良好实施

发端于20世纪60年代的生态环境保护热潮对全世界人类的伦理价值观念产生了猛烈冲击和深远影响。我国也不例外，于20世纪晚期就开始了与生态文明建设相关的具体实践活动，并在党的十八大以后逐步演进形成了生态文明建设的系统理论。作为法律实施领域的重要法律机制，生态环境法律责任对于生态文明建设意义重大。

首先，生态环境法律责任在法律实施领域处于基础性地位，发挥着不可替代的作用。任何一种成熟的理论体系外延，都必须有自己的基石研究，这是研究的起点和根本。基石是某一理论立场、观点和方法的集中体现，因而其是区别于其他理论体系的标记。[①] 权利、义务和责任是法律关系中的一组核心概念和重要内容。其中，权利和义务是法律关系的核心范畴，而责任则是权利和义务实现的主要保障。因而，法律责任在法律中的作用也十分突出，权利和义务的实现和保护，端赖于法律责任的具体实施。然而，这一法律实施领域颇为重要的法律责任理论，在学界的关注度并不高，还没有得到较为普遍的重视。就其法律实施成效来看，法律责任的作用显然不容忽视，特别是在生态环境保护领域，环境治理、污染防治等都依赖于法律责任的良好实施。可以说，法律责任的作用是基础性的、不可动摇的，而生态环境法律责任这种具有典型时代特征的责任形态之于生态司法实践来说更为重要。生态环境法律责任不仅在理论上进行了重大创新，而且具有非常丰富的实践价值与现实意义。良性生态法治局面之形成，必须以生态环境法律责任为支撑点。

其次，生态环境法律责任的内在合理性不断增强，具有良好的法律实施效果。“法的接受”是法律的一个重要标准。[②] 从根本上来说，生态环境法律责任具有内在合理性，不论形式还是实质均具有很强的说服力。“生态”一词来源于生态学，与生态环境保护息息相关。从调整论和系统论的视角来看，生态一词表明了人类对生态环境的尊重和爱护，近期兴起的生态整体主义更是强调对生态环境的系统保护和综合治理，将生态环境保护工作提高到了新的高度。“生态环境法律责任”一词预示着这一责任在实现手段、调整对象和适用范围与其他法律责任有着较大差别。环境法律责任是我国现有保护生态环境的主要法律机制，但环境法律责任的整体生态化程度过低，在实施理念和具体操作上没有体现时代价值内涵。而生态环境法律责任则是在其基础上得以发展，并吸纳了不少具有创新性与多元性的实施手段，实现了对环境法律责任的进步。可以说，生态环境法律责任是环境法律责任发展的高级阶段，其在不断借鉴其他法律责任有益成分的同时，也正在衍生出新的法律责任形态，如“环境宣传责任”“环境修复”“生态治理”“环境养护”“技术改造升级”等责任形态。当下环境法律责任问

① 参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年版，第334页。
② 参见［德］伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第151页。

题颇多，不仅法律责任发展不成熟，而且在适用过程中“治标不治本”，尽管对违法行为人处以惩戒和刑罚，但生态环境利益的保护也没有得到明显改观，这就是现实生活中政府部门对环境治理投入巨大，成效甚微的原因。而生态环境法律责任在实施手段多元以外，还具有较宽广的适用范围，大气、能源、森林、湿地、湖泊、河流、动植物等生态资源的保护均在其有效涵盖的范围之内，在不同的生态系统中可以适用不同的实施手段，从而较好地实现了生态环境保护的整体目标。

（三）实现法治理论的重大创新

“理论和实践的辩证关系，决定了我国开展社会主义法治建设必然要求推动社会主义法治理论创新，形成完善的中国特色社会主义法学理论体系。”[①] 只有构建中国特色的法治话语体系，才能为法治这一世界性概念提供中国要素。[②] 生态环境法律责任的产生和发展在回应司法实践需求的同时，也在相当程度上推进了我国社会主义法治理论研究的进步，并逐渐成为当下法治理论研究的焦点。

首先，生态环境法律责任增强了生态法学的知识属性，推动生态法治建设迈上新台阶。与其他学科门类相比，生态法学还是相对较为新鲜的称谓，其本身具有一定的未来向度。尽管我国于 20 世纪末就开始了与生态法学相关的学术研究，也有部分学者谈及了建构生态法学的初步设想，但由于当时生产力发展水平和人们整体认知观的限制，生态法学的研究并没有很好地持续下去，逐渐淡出了人们的视野。但随着生态文明建设在我国的不断加快，与生态法学有关的法律和制度也都在不断健全，特别是类似生态环境法律责任等法律制度的发展和完善，初步奠定了生态法学研究的良好基础。“尤其是在中央提出生态文明建设并强调通过法治推进以后，在我国关于生态法治建设的研究成果越来越多的时候，肯定论和否定论关于生态法、生态法学的称谓能否成立的分歧已经不存在了。把生态法学作为一门分类学科，已经没有异议。”[③] 就目前来看，最常见的称谓还是环境法学或环境资源法学，这一称谓并不能有效涵摄环保法、能源法等其他法律，存在以偏概全之嫌。而且，过分突出环境这一客观对象为保护重心，明显忽视了生态价值目标的实现，不能充分地反映时代特色。伴随着生态环境法律责任的不断演化发展，一些不合理的法律理念也正在得到及时修正，更加贴合生态法治建设的整体要求。如循环经济法中规定的“节能减排”义务，就不能简单地归于民事责任领域，而只能归于生态环境法律责任领域，属于生态法学的学科范畴。因此，生态环境法律责任的提出和建构，有力地助推了生态法学在我国的发展。无论生态环境法律责任制度还是生态法学学科，其本身都聚焦了时代发展亮点，是我国法

① 魏胜强：《为生态法学正名——兼论社会主义法治理论创新》，载《学术交流》2015 年第 9 期。
② 参见孙光宁、吕玉赞：《法治话语体系构建中的法律方法研究——2018 年中国法律方法论研究报告》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 2 期。
③ 魏胜强：《为生态法学正名——兼论社会主义法治理论创新》，载《学术交流》2015 年第 9 期。

治理论研究的前沿阵地，因而可以说，生态环境法律责任自身推动了我国法治理论研究不断向前迈进，具有很强的时代性。

其次，生态环境法律责任及时吸纳了大量技术性规范，优化了法的内在组成结构。法律技术规范亦称“技术法律规范”，是人们在认识、改造自然的过程中所形成的具有法律属性的某种行为准则。诚如有学者所说：“环境法律规范的构成中，除了传统的法律规范外，标准技术和技术导则等技术性规范也是环境法律规范不可或缺的重要组成部分。”[①] 由此可见，生态环境保护领域既需要社会规范，也需要技术规范，而技术规范在法律实施环节的重要性更是不容小觑。然而，通过审视我国法律内在结构，不难发现社会规范过多，技术规范过少的问题在生态法律领域的表现尤为突出。“法律规范大量存在的是调整人与人的社会规范，调整人与自然关系的技术规范所占比重偏少，导致社会规范始终是法学研究中主要的研究对象和构建目标，对技术规范的研究没有受到重视。”[②] 事实证明，技术性规范的具体应用，可以实现对专业问题的系统研究和科学处理，在生态环境保护领域的实践成效尤为显著。而生态环境法律责任即是以恢复生态功能、保护生态利益为主要价值指向的，其本身就蕴含着非常丰富的技术规范与操作手段。比如，在生态环境事件发生后，违法行为人、环境保护机关等主体应当采取更为灵活多元的手段来保护生态环境，最大程度恢复生态环境功能；在生态保护和日常预防工作中，要采取科学的手段，做好事前的文献调研和论证活动，采取适应当地客观规律的手段和途径；在渔业保护方面，在禁渔期间，应当遵循渔业保护的一般要求，如关于鱼虾等水产品的行为要符合国家规定的技术要求等等。因此，我们可以通过生态环境法律责任这一法律机制的实施来改变当下技术性规范过于欠缺的不利局面，及时调整和完善我国生态法律体系的整体结构，提升生态环境治理的科学性和技术性。简而言之，要根据我国各地的实际情况，在生态环境法律责任的适用过程中采取科学可行的手段来制定最佳的生态修复方案，实现生态环境治理质的突破。

总之，生态环境法律责任在我国具有坚实的理论基础。人与自然和谐共生现代化建设中的生态责任，既符合马克思主义生态理论的根本立场，契合人类文明进步的内在逻辑，又与我国传统文化中生态责任的认同机理吻合。[③] 为应对生态环境法律责任当下存在的现实问题，还需要进一步完善这一法律责任机制，来推进法律机制的合理配置。

① 徐以祥：《我国环境法律规范的类型化分析》，载《吉林大学社会科学学报》2020年第2期。
② 魏胜强：《为生态法学正名——兼论社会主义法治理论创新》，载《学术交流》2015年第9期。
③ 参见张苏强：《人与自然和谐共生现代化建设的生态责任论析》，载《浙江工商大学学报》2019年第6期。

三、生态环境法律责任的完善进路

生态环境法律责任很好地弥合了在环境保护类案件裁判中，法学理论与司法实践之间的紧张关系，为我国生态法治建设奠定了坚实的制度基础。然而，这一法律责任机制在制度、理念和方法等方面均有待完善。为破解当下生态环境法律保护中的问题，亟待从多方面完善我国的生态环境法律责任。

（一）积极进行法律价值引领

首先，贯彻绿色发展理念，引领生态法治建设。“司法活动在个案裁判中运用法律的原则或一般条款形成具体的裁判规则，也需要考量法律与价值、道德、文化等社会因素之间的关系，在法律与其他社会规范的互动中确定法律的实际含义。”[①] 理念是制度的先导，生态环境法律责任的司法适用离不开先进理念的引导。绿色发展理念与创新发展、协调发展、开放发展和共享发展一道，是党的十八届五中全会提出的并用以指导我国发展和改革的重要指导思想，尤其是对于指引生态法治建设来说意义重大。绿色发展理念的提出，充分反映我们党和人民对于经济发展模式的深刻思考和深度创造。实践证明，绿色发展理念很好地适应了生态文明建设的时代需要，有效地缓解了人与环境之间紧张的矛盾和冲突。绿色发展理念的核心是最大限度地保护我们赖以生存的自然环境，促进人与自然和谐共生。有学者指出：“唯有积极推进绿色文明发展，才能更加有利于绿色发展在全国范围的强力有序推进，为促进绿色发展与建成美丽中国提供坚强的制度保障。”[②] 在较长的一段时间内，我国的生态法治建设并没有很好地兼顾和处理发展和保护的关系，尽管官方出台了一系列法律，但法律的实施成效并不好，没有有效地遏制住环境恶化和生态退化的紧张发展态势。其中很重要的原因就是没有坚持绿色发展的引领，法律过于重视经济惩罚忽视生态恢复，为生态环境法律责任的整体价值实现增添了不少难度。另外，在生态环境功能恢复的过程中，过于重视机关救济，排斥了社会大众力量的参与，使得生态环境保护出现救济不力的被动局面，明显偏离了绿色发展理念的要求。

其次，及时更新法律价值观念，适应时代发展需求。一方面，坚持“保护优先、预防为主”的原则，有效管控生态环境问题的发生。“保护优先、预防为主”是我国《环境保护法》第 5 条规定的法律原则，对于指导我国生态法治实践具有纲举目张的关键作用。随着生态立法的不断出台和完善，我国的生态环境保护局面发生了很大变化，

① 杨知文：《把社会主义核心价值观融入指导性案例的理据与方法》，载《中共中央党校（国家行政学院）学报》2021 年第 6 期。
② 蒋笃君：《绿色发展理念下美丽中国建设的思考》，载《河南社会科学》2016 年第 6 期。

但环境问题还是层出不穷，影响了生态法治的效果。生态环境问题的发生并不是一蹴而就的，其具有累积性、持续性的突出特征。因此，在应对生态问题时，不能过于依赖后续的生态补救工作，而应当防患于未然，在生态危机尚未发生时就予以有效解决。从长远利益来看，生态预防工作的开展可以实现“最低成本、最佳效益”的目标，及时有效防止各种潜在生态危机的发生。另一方面，坚持生态保护和生态建设并举的理念，加强生态环境整体保护力度。有学者指出：“‘保护’和‘建设’是两个截然不同的概念，分别代表了消极与积极、保守与进取的姿态。在生态文明建设中，固然需要大量的生态保护工作，但建设是必不可少的举措。没有积极主动的生态文明建设活动，便无从实现人与自然的协调发展和共同进步。”[①] 长期以来，我国过于重视被动的生态保护，这种过于消极的立场始终不能有效地保护整体环境利益，造成了生态环境保护局部缺失。积极主动式的生态建设，则可以有效地弥补我国生态环境保护的突出短板，通过对受损环境功能的快速弥补，达成优化生态环境的整体目标。

（二）完善法律规范体系

尽管我国的法律文件中出现了与生态环境法律责任相关的零星法律字眼，但这些法律责任的总体分量还不够重，还不足以引起人民大众发自内心的尊重和认可。故而应当在有关法律文件中明确规定生态环境法律责任，充实与生态环境法律责任相关的内容，完善相关的配套制度建设，加快生态环境领域立法，完善生态法律体系。

有学者指出：“环境修复通常在政府主导下进行，近十几年来随着环境公益诉讼案件的增多，环境修复这一法律救济形式才进入法院司法裁判的范畴。”[②] 我国关于生态恢复或环境修复的法律规定还很不成熟。为改观我国当下过于被动和滞后的立法局面，应当在生态基本法和生态法律体系中规定生态环境法律责任，构建起系统的生态环境法律责任制度体系。一方面，加快制定生态基本法。对此，学界有不同的声音。有学者主张制定一部专门的生态基本法，来指引生态文明建设；也有学者主张尊重现状，修改《环境保护法》，以适应社会的需要。不论另立新法还是修改旧法，都表明我国当下相关立法存在问题，难以适应社会发展的需要。《环境保护法》尽管具有一定的统领作用，但很多法律条文的规定已显得滞后，因此制定一部统一完善的生态基本法是十分必要的。此外，还有学者指出：“提高生态文明建设相关法律的地位，处理好不同单行法之间的关系，实现不同法律之间的有机衔接，最重要的措施就是制定一部基本法形式的《生态法》。通过制定生态基本法，确立生态文明建设的总体思想、基本原则、主要内容、关涉领域和主要措施。”[③] 在生态基本法中，规定生态环境法律

① 魏胜强：《我国生态文明建设立法问题研究》，载《扬州大学学报（人文社会科学版）》2016年第6期。
② 李挚萍：《环境修复的司法裁量》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》2014年第4期。
③ 魏胜强：《我国生态文明建设立法问题研究》，载《扬州大学学报（人文社会科学版）》2016年第6期。

责任制度，详细规定具体的适用条件与除外情形，构建科学合理的生态环境法律责任体系，为司法适用打开崭新的局面。

另一方面，加快完善非基本法。有学者指出：“宪法权利是母权利，法律权利是子权利。”[①] 作为宪法领域下层的法律，尤其要加强对生态环境法律责任制度的规范。《环境保护法》第 32 条规定，国家加强对大气、水、土壤等的保护，建立和完善相应的调查、监测、评估和修复制度。在该法律条款中，国家明确提出要建立和完善环境修复制度。环境修复作为生态环境法律责任的重要实施方式之一，在《水污染防治法》和《土壤污染防治法》中均有初步的规定，但是在大气污染防治领域尚未明确规定环境修复制度，需要进一步加强和完善。尽管最高人民法院的司法解释特别是《环境民事公益诉讼解释》中规定了环境责任的实施方式、生态环境鉴定制度以及生态环境修复费用等内容，但是这些责任形式并没有独立的责任制度支撑，而被视为民事责任“恢复原状”“赔偿损失”责任的一种补充。因此要强化生态环境法律责任的理论研究，在相关基本法和具体法律中，详细规定其基本概念、具体方式、实施条件、费用计算等内容，为司法实践提供较为明确的法律指引。

（三）合理配置多主体责任形态

长期以来，生态环境的监管主体一直是我国的生态环境保护部门，环境保护不力、预防不及时等问题的产生也大多被认为是政府责任失职的表现。实际上，生态环境法律责任的实现并不能仅关注政府法律责任，而忽视了其他主体的法律责任。为改观这种不合理现象，有必要完善对企业和民众的法律责任配置，以适应生态文明建设的现实要求。

首先，提高企业环境违法成本，构建科学的法律责任机制。企业违法成本过低是导致生态环境问题层出不穷的重要诱因。只有建构起科学合理的法律责任制度，才能在法律实施环节最大限度地减少企业对环境的危害。尽管我国的相关法律也规定了针对违法企业的法律责任条款，但这些法律责任惩罚的力度明显不足，并没有很好地跟上社会发展步伐，一定程度上滞后于社会发展客观现实。为更好地解决法律责任对企业违法行为干预不力问题，必须提升法律责任的惩戒力度。众所周知，随着社会的发展，有关经济惩罚的幅度也应该做出适当调整，在考虑立法原意和社会物价基础上进行改动和上浮，以保持法律的威慑力，凸显法律的权威性。我国的一些法律就很好地遵循了社会发展的客观规律，增大了生态环境法律责任的整体惩罚力度，有效地控制了生态环境事件的危险程度。《环境保护法》第 59 条规定了针对违法排污的按日计罚制度，并明确规定了依照有关法律法规，按照防治污染设施的运行成本、违法行为造成的直

① 马岭：《宪法权利与法律权利：区别何在？》，载《环球法律评论》2008 年第 1 期。

接损失或者违法所得等因素来确定罚款数额。另外，在提高生态环境法律责任具体法定数额的同时，也要采取一定的法律激励机制来鼓励企业。不可否认，“惩戒论”“强制论”等法律责任形态具有一定的优越性，但也不能过于依赖，否则容易走向极端。相反，我们可以采取一些灵活的法律激励机制，如鼓励企业进行科技创新并给予一定优惠；允许企业用技术进步来替代承担经济赔偿等等。这些灵活多变的法律激励机制在现代社会的重要性不断凸显，在很大程度上会促进生态环境的保护。

其次，加强民众普法宣传教育，畅通民众法治化参与途径。民众作为社会各项社会活动的积极参与者，理应关注生态环境问题。在生态利益救济中，一些不合理的参与手段限制了民众参与环境保护的广度和深度。为消除民众对政府环境保护事业的误解以及调动民众广泛的参与热情，可以从以下两方面入手：一方面，加强民众环境普法宣传教育,引导民众树立科学正确的环保观。生态环境保护工作“牵一发而动全身”，需要各部门之间密切配合。民众也不例外，也可以成为环境保护的重要力量。但不少民众不理性的维权机制，给环境保护工作增添了不少压力。因此，有必要加强普法宣传工作，向社会大众传达正确的环境保护知识，消除民众对环境保护工作的误解，增强政府部门和社会大众之间的对话和交流。另外，对于某些打着环境保护旗号危害社会正常秩序的主体，要依法予以惩罚，适度扩张生态环境法律责任的实施对象。另一方面，完善我国的公民参与机制，发挥民众的监督保障作用。民众监督是外部监督的有效途径，对于生态环境的整体向好发展有着积极意义。“公众在生态治理中的积极行动，成为今天绿色发展的一支不可或缺的力量，这支力量的作用越来越凸显。绿色理念正通过公众中流行的自媒体网络等新渠道得以贯彻。一些影响生态或产生环境污染的企业、事件，正被公众全方位地关注与监督。”[①] 其中，公民参与机制就是民众参与环境保护的法律机制，民众通过参加论证会、听证会以及申请政府信息公开等手段来发挥自身的监督作用，依法履行自己的义务。

（责任编校：张　雪）

① 柯伟、毕家豪：《绿色发展理念的生态内涵与实践路径》，载《行政论坛》2017年第3期。

扼杀式并购的法律规制

——以风险预防为视角

袁瑞璟 *

内容摘要：扼杀式并购作为信息现代化进程中大型数字平台扼制创新的新型垄断方式，存在市场效率和市场创新方面对竞争损害的不确定性、规制可行性难以论证、规制负外部性所致损害的不确定性，这种不确定性决定了其具有风险的属性。传统反垄断法理论和经营者集中制度的事后监管模式在风险规制中存在显著的应对不能，将风险预防原则适用于扼杀式并购的规制存在必要性和可行性。具言之，构建以风险主动告知义务为核心的规范体系；以交易差额阈值作为申报标准，增强风险审查触发机制的程序和技术理性；聚焦竞争损害评估的创新向度；正向激励平台进行风险合规管理，以实现风险预防原则对扼杀式并购的制度化适用，防范对潜在竞争的损害。

关键词：扼杀式并购；风险预防；法律规制；平台经济；市场创新

一、问题的提出

近年来，互联网平台垄断问题愈演愈烈，以抢占创新赛道、构建创新“生态圈”为目标，平台针对初创企业进行了大量的合并收购活动。2006—2021 年，谷歌收购了 YouTube 等 200 多家公司，微软收购了 Nuance 等 100 多家公司，苹果收购了 Dark Sky 等 90 多家公司，Facebook 收购了 Instagram 和 Whatsapp 等 80 多家公司，亚马逊收购了 Whole 等 70 多家公司，所有收购均促成这些巨头指数级的扩张。[①] 中国的大型互联

* 袁瑞璟，西南政法大学经济法学硕士研究生。

基金项目：本文系 2020 年度科技部国家重点研发计划项目“多元矛盾纠纷调解关键技术及应用示范研究”（2020YFC0833404）的阶段性成果。

① See Pauline Affeldt and Reinhold Kesler, Big Tech Acquisitions–Towards Empirical Evidence, Journal of European Competition Law & Practice, Vol.12, 2021.

网平台也同样动作频繁，2020年至2021年，阿里巴巴的投资并购达43起，总金额超过800亿元人民币；百度59起，总金额超过370亿元人民币；腾讯更是高达293起。[①]如此巨大的交易体量明显超出追求协同效应的正常并购目的，难以排除扼杀式并购的行为动机。

扼杀式并购（Killer Acquisitions）是对一类特殊并购行为的总称，一般指市场中占据优势地位的企业为了消除潜在的竞争而实施的终止初创企业的创新项目，或将初创企业的创新项目纳入自身经营范围的行为。[②]其构成要件有三：一是在主体上，通常是占主导地位的互联网平台发起，以初创企业为目标对象。这些企业的通常特征是，由于初创尚未取得较大市场份额，但由于前瞻性的创新能力而形成潜在竞争。二是在手段上，通常采取威胁、高溢价收购等单个或组合方式。如2012年Instagram收购案中，Facebook以开发相似竞品Facebook Camera相威胁，同时开出10亿美元的高溢价劝诱，强使Instagram接受收购。[③]三是在结果上，包括消除和并入两类。前者是指直接对初创企业进行关停或封存；后者则是平台方根据自身经营需求，将被收购方产品并入己方产品，不再进行独立开发。在本质上，扼杀式并购是一种限制竞争的行为，平台为获取持续的垄断利益，通过并购消除有发展前景、但可能构成竞争威胁的创新。

扼杀式并购的泛在性已为实证研究所证实：Gautier和Lamesch选取175起GAFAM实施的并购作为样本案例，运用Probit回归曲线进行分析，得出超过60%的收购中，目标产品已经停产且与企业存续年限负相关，即越年轻的公司越面临着此种威胁。[④]基于对亚马逊、谷歌和Facebook在2008—2018年并购的统计，Argetesi等人得出了同样的结论；他们还发现，这一现象多发生在相似产品之间。尽管如此，多数扼杀式并购并未受到反垄断审查，且在Apple/Shazam（2018）、微软/Linkedln（2016）、Facebook/Whatsapp（2014）等典型执法案例中，相关并购即使被竞争主管机构发现，最终也均获得集中批准，而没有附加任何补救措施或承诺。[⑤]

根据我国《反垄断法》的规定，经营者集中未达到国务院规定的申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构可以要求经营者申报。经营者未依照前两款规定进行申报的，国务院反垄断执法机构应当依法进行调查。将未达到申报标准的经营者集中纳入规制范畴，显现我国对

① 参见《互联网企业投资并购情况（上）BAT篇》，载腾讯网，https://new.qq.com/rain/a/20210621A02VUQ00。

② 参见秦勇、宋丽玉：《平台经济领域扼杀式并购的反垄断规制》，载《南方金融》2022年第4期。

③ 参见《Instagram走红之路：被脸书10亿收购，受10亿粉丝追捧》，载搜狐网2021年2月19日，https://business.sohu.com/a/451468224_120610587。

④ See Axel Gautier and Joe Lamesch, Mergers in the Digital Economy, Information Economics and Policy, Vol.54, 2020.

⑤ See Argentesi E. et al., Merger policy in digital markets: an ex-post assessment, Working paper DIW Berlin, 2019b.

扼杀式并购的高度关切。然而，“排除、限制竞争效果”应当如何证明？“可以要求”是否意味着执法机构可以未经自行申报径行启动调查？如何在传统的消极处罚之外，激励经营者积极作为？诸多问题尚有待探讨，风险预防原则或可为法律的解释适用和细化完善提供全新思路。

二、扼杀式并购的风险属性

德国社会学家乌尔里希·贝克在《风险社会：新的现代性之路》一书中认为，工业社会在为人类造了巨大富的同时，也为人类来了巨大的风险，人类已经进入一个以风险为本质特征的风险社会，我们无时不处于“文明的火山上”。随着信息化技术的发展，数据成为国家运行和发展的基础设施，互联网平台因其第三方媒介的属性而享有社会公权力，数字经济下的新型风险社会轮廓初现。

乌尔里希·贝克将“风险”定义为以系统方式应对由现代化自身引发的危险和不安。[①] 产生自科技发展和制度变革本身的负外部性，是现代化“自反”的结果。通常法律意义上的“危害”是指已经确定能够发生的损害，即现实而具体的危险，若不加以阻止和排除，将转化为实际损害。与之不同，风险的本质属性即不确定性——未来损害发生与否尚不能确定，当前仅表现为一种抽象危险，但若不介入干预则可能产生系统性、全局性的损害。二者的核心区别是损害的证明标准不同：危险是指依照经验法则判断，损害发生具有高度盖然性；而风险损害的发生则处于不确定状态，从科学上既无法判定，也无法排除。[②]

一般违法的经营者集中具有“危害”属性，仅在竞争损害确定或可被证实的情况下，才应由反垄断法介入规制。扼杀式并购中，初创企业的创新潜能和未来发展难以预估，尚不能证明会否产生确定的竞争损害；但由于行为直接抑制了市场创新，若不予规制则可能对竞争造成系统性和根本性的破坏。这种“不确定性”使其具备了风险的属性，具体表现为竞争损害的不确定性和规制损害的不确定性。

（一）竞争损害的不确定性

反垄断法的价值谱系既包括传统的市场效率，也包括随数字经济而日益凸显的市场创新，可以这两个维度为衡量指标，探讨扼杀式并购竞争损害的不确定性。

1. 市场效率：难以度量且暂未显化

社会总福利标准和消费者福利标准为市场效率提供了经济学分析工具。社会总福

① 参见［德］乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代性之路》，张文杰、何博闻译，译林出版社 2018 年版，第 7 页。
② 参见张宝：《从危害防止到风险预防：环境治理的风险转身与制度调适》，载《法学论坛》2020 年第 1 期。

利标准侧重生产者剩余，认为只要增加的生产者剩余大于或等于消费者剩余的减少，即不认定行为违法。可竞争市场理论认为，自由进入使得竞争能够快速迭代，有垄断之嫌的兼并行为也可产生高效率的结果。[①] 互联网领域的竞争水平极高，大型平台的市场控制力往往源自某一创新的领先程度，其优势地位易被取代而具有脆弱性。并购不必然导致垄断，尤其是以发展前景不明的初创企业为对象，更加不必然增强收购方的竞争优势，即便平台因此而现实地增强了控制力，也会由于突出的可竞争性而为市场机制所自动修正。相反，笼统禁止该类并购还有可能损害创新的规模效益、破坏市场自由退出机制，导致市场效率下降。由此可见，难以判断否定行为的生产者剩余增量是否大于肯定行为的增量，甚至其会否必然带来生产者剩余的增加都尚且存疑，行为对市场效率的影响难以度量，从而竞争损害不能确定。

消费者福利标准则聚焦消费者剩余，行为导致消费者剩余减少，即为违法行为而应受规制。传统的“价格中心论”仅关注价格对消费者福利的影响，认为垄断行为会使得市场供给减少，消费者被迫支付高于竞争水平的价格。扼杀式并购则主要涉及非经济的利益减损，初创企业的创新活动被迫中止，影响创新产品的可得性，损害消费者在未来市场上的多样化选择权。这种对消费民主的潜在损害所带来消费者剩余的变动，不仅不能在短期显化，且无客观表现加以度量，竞争损害仍不确定。

2. 市场创新：扩大化的“熊彼特—阿罗”争论

对创新和竞争之间的关系，一直存在着“熊彼特—阿罗”争论。熊彼特认为，较高的市场集中度和较大的企业规模会对创新产生积极影响，垄断者具有创新的动机与能力；而阿罗则持相反观点，认为只有竞争压力才能使企业产生创新激励，垄断者具有创新惰性。[②] 扼杀式并购直接指向市场创新，更加扩大了这种矛盾。集中度较高还是较低的市场环境更易于创新发生？依托大型企业技术和资源优势的改进式创新与完全自主的原生式创新之间，何种能产生更大的创新绩效？这些问题在理论上仍未有定论，从而扼杀式并购会否抑制市场创新，损害竞争不能确定。

（二）规制损害的不确定性

根据科斯的主张，问题往往具有交互性质，禁止行为和放任行为均具有社会成本。因此，对扼杀式并购的规制同样会对市场产生损害，并因规制的可行性存疑、规制存在负外部性而具有损害的不确定性。

1. 规制的可行性存疑

相关市场界定是认定市场支配地位的关键，为反垄断法的介入提供了法理基础。[③]

① 参见苏治、荆文君、孙宝文：《分层式垄断竞争：互联网行业市场结构特征研究——基于互联网平台类企业的分析》，载《管理世界》2018 年第 4 期。
② 参见方翔：《论数字经济时代反垄断法的创新价值目标》，载《法学》2021 年第 12 期。
③ 参见王帅：《作为必需设施的超级平台及其反垄断准入治理》，载《北方法学》2021 年第 5 期。

相关市场的市场份额、集中度、进入难易程度等，均是经营者集中审查的重要因素。但扼杀式并购通常发生在跨界市场，平台出于打造“生态圈”的目的实施跨类别进入；[①]且初创企业尚未形成经营定式，目标消费市场往往不明，导致难以准确界定相关市场。有学者主张互联网领域应当弱化乃至不界定相关市场。[②] 国家市场监督管理总局于2020年11月10日发布的《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》明确规定“在特定个案中，如果直接事实证据充足……可以不界定相关市场”。也有学者反对该观点，认为界定相关市场是滥用行为认定中必不可少的前提条件，[③] 且现行法尚不足以支持通过直接证据认定支配地位。[④] 尽管正式稿最终删除了不界定相关市场的表述，但相关市场的存废之争在理论界方兴未艾。

即便搁置争议，允许以直接事实证据认定垄断行为，在扼杀式并购中也突出地存在证明困难。市场结构分析法的失灵，意味着需要回归更为普适和直接的方式，通过主观恶意和客观行为判定违法性。有学者认为应采取以垄断意图为核心的并购动机调查，[⑤] 但意图证据的收集和证明均存在相当的困难。如 Instagram 收购案中，Facebook 辩称：其在并购后并未对 Instagram 实施封禁，因此属于善意并购。但以并购后行为认定并购时是否存在恶意，合理性和解释力显著不足。相关市场的界定困难和主观意图的认定困难，使得扼杀式并购的规制可行性存疑，在未明确现实的操作路径之前，盲目介入规制将导致治理资源的不合理耗费。

2. 规制存在负外部性

规制存在超出行为本身的负外部性，可能产生社会层面的熵增。其一，可能损害法律的确定性预期。确定性和可预期性是法律的重要属性，理性人会做出使自己期望值最大化的行为决策。[⑥] 法律作为行为的规范指引，通过立法提供确定的规则，经由司法适用并作出终局性质的裁判，构建人们对法律可预期性的信念。扼杀式并购是超出监管阈值的行为，审查决定由行政裁量作出，这种确定规则之外的干预难免正当性不足，容易破坏市场对申报标准的预期，减损法律的权威性。其二，过度规制可能产生高昂成本。由于难以区分善意收购和以排除潜在竞争为目的的恶意收购，扼杀式并购的反垄断规制往往更容易发生“假阳性错误”而非“假阴性错误”，即过度干预的发生概率超过消极不为的干预。[⑦]美国联邦最高法院迄今最权威的反向和解判决“FTC v.

① 参见张宝建、薄香芳等：《数字平台生态系统价值生成逻辑》，载《科技进步与对策》2022 年第 11 期。
② 参见曾田：《网络内容平台竞争与反垄断问题研究》，载《知识产权》2019 年第 10 期。
③ 参见王晓晔：《论相关市场界定在滥用行为案件中的地位和作用》，载《现代法学》2018 年第 3 期。
④ 参见金善明：《中国平台经济反垄断监管的挑战及其应对》，载《国际经济评论》2022 年第 3 期。
⑤ 参见王伟：《平台扼杀式并购的反垄断法规制》，载《中外法学》2022 年第 1 期。
⑥ 参见李安：《司法决策可预见性的认知之维》，载《浙江社会科学》2022 年第 6 期。
⑦ 参见王先林、方翔：《平台经济领域反垄断的趋势、挑战与应对》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2021 年第 2 期。

Actavis，570 U.S.136（2013）”中也阐明了这一点，认为 FTC 对并购行为本身违法的指控是过度的，即使是扼杀式并购也有可能产生社会福利收益，反垄断执法机构应当进行理性分析，审慎衡量行为的竞争促进和反竞争影响。虚假否定的社会成本甚至高于放任的成本，[①] 因为“消极失误”的负面影响可通过市场竞争机制部分抵消，而“积极失误”却通常不能由市场自愈。规制限度的最优解是“假阳性错误”和“假阴性错误”社会成本之和的最小化，[②] 由此自然而然的结论是，应当尽可能减少介入干预，避免“假阳性错误”，这种“错放优于错罚”的理念在根本上动摇了扼杀式并购的规制必要性。

三、风险预防原则的规制适用性

损害的双重不确定性揭示了扼杀式并购的风险属性，在洞悉“规制对象是什么”的同时回答了“为什么规制”的问题。在明确规制之紧迫性的基础上，需要解决“如何规制”的问题。当前我国《反垄断法》的事后监管模式在面对扼杀式并购时存在规制不能的困境，为适用范式的转型提供了必要性。风险预防原则的事前预防效果与扼杀式并购的规制需求相适应，内含四项构成要素而具有清晰的适用逻辑，为原则应用与规制实践指明了可行路径。

（一）适用必要性：事后监管之规制不能

我国现行反垄断法总体上仍然呈现事后监管的特点，其末端控制的规制逻辑难以适用于不确定的扼杀式并购风险。在规则建构上，反垄断法主要通过经验性的建模描述和确认危害，[③] 首先借助市场份额、可替代性等经济学分析确证危害的现实存在，再回溯对应行为作出“反竞争”定性，最终抽象出行为模型。扼杀式并购的风险属性决定了其竞争损害难以被量化或描述为确定的法律范式，“从危害到行为”的经验主义建构存在显著的适用不能，需要运用反事实分析预先评估尚未发生的损害。[④] 在垄断认定上，一方面，平台经济的全新特征对传统的反垄断分析工具发出挑战，如需求替代性分析主要关注商品和服务的价格、质量、用途，而互联网领域的竞争价值则主要体现在数据和技术上。[⑤] 假定垄断者测试（SSNIP）是对单边市场进入可能性的检验，而平台市场则具有双边或多边的特性。另一方面，事后的违法性认定具有显著的时滞性，需经“界定相关市场—认定优势地位—证明竞争损害”多步论证才得以介入干预，

① See Pauline Affeldt and Reinhold Kesler, Big Tech Acquisitions–Towards Empirical Evidence, Journal of European Competition Law & Practice, Vol.12, 2021.
② 参见方燕：《数字时代反垄断执法的目标、范式和困境解析》，载《产业经济评论》2021 年第 3 期。
③ 参见许获迪：《平台势力的生成、异化与事前事后二元融合治理》，载《改革》2022 年第 3 期。
④ 参见唐要家、林梓鹏：《数字平台并购控制的“结构推定”研究》，载《财经论丛》2022 年第 6 期。
⑤ 参见朱战威：《数据可垄断性：命题证成、实践困境与规制创新》，载《江苏社会科学》2022 年第 3 期。

不足以应对数字环境中动态和多样化的市场失灵，使得从发现到处罚间的漫长期间内处于监管真空。在救济方式上，仍然存在对惩罚性措施的路径依赖。反垄断法的责任形态主要包括巨额罚款、刑事责任等消极惩戒，以及拆分、出售、禁止令、业务剥离等结构性手段，通过施加重罚对潜在违法者形成威慑。然而，扼杀式并购中，罚金救济面临着创新损害不易估计的难题，补偿性的损害赔偿又不足以抵消易于隐蔽的违法获利。创新损害往往具有外溢性和不可逆性，事后问责仅能填补已发生的损害，而在违法预防上效果有限，可能由于救济乏力而导致社会整体的系统性风险。

具体到制度层面，这种事后监管模式的弊端则更为凸显。经营者集中制度由“启动→审查→决定”三个程序要素构成，启动方式包括一般申报、主动调查、自主申报三类，审查和决定均依赖竞争损害评估作出。扼杀式并购规制中上述制度环节却均存在适用的困难，具体表现为四个方面：

1. 监管阈值适用不能。目前多数国家将营业额阈值作为经营者集中的申报门槛，我国亦采取该种规制方式，认为市场地位可以通过较大的营业额体现，合并将使得双方取得市场份额的相加之和，从而需要反垄断执法机构的事前控制。单一的定量标准既能满足传统市场结构逻辑下的控制需要，也能契合集中审查模式的行政效率要求。但扼杀式并购的对象是初创企业，体量较小，且通常采取零利润的运营策略，以免费供给甚至倒贴成本先行抢占用户流量，再通过增值服务和外围产品获取后期利润。其在被收购时尚未产生较大的营业额，且在形式上不能导致当前市场结构的显著变化，因不能达到监管阈值而被排除在经营者集中审查之外。

2. 主动调查证明困难。《反垄断法》第 26 条第 2、3 款对未达申报标准的经营者集中作出了规定，若该集中被证明具有或可能具有排除、限制竞争效果，则反垄断执法机构享有调查权。经过“要求经营者申报”的前置程序（给予经营者一次补正合规的机会），即可启动审查。将扼杀式并购归入集中调查的范畴，在性质上属于申报程序的例外规定。但是，完全依赖逐案的行政调查，不能与海量的规制需求相适应，且导致治理资源配置效率低下。而将“排除、限制竞争效果”作为适用条件，存在着一定的制度错位——正常的经营者集中遵循“达到申报标准→申报→排除或限制竞争→禁止”的流程，而在“未达标准的经营者集中”中，则变为“排除或限制竞争→要求申报”。在责任主体上，将本来倒置给经营者的证明责任又归于监管者；在证明标准上，实质是把竞争损害视作“危害”，要求损害的存在具有高度盖然性，而扼杀式并购仅是一种“风险”，其竞争损害尚处于潜在状态，通常难以达到与危害相当的证明标准；在程序阶段上，本应作为审查事项的“排除、限制竞争”成了启动条件，过于前置的规定在初始阶段即对执法机关施加了过大的取证压力，且若竞争损害在启动调查时业已证明，则后续实质审查内容为何又存疑，导致最终决定缺乏正当性基础。三重证明

困难可能造成主动调查无法启动的僵局，从而使执法机构陷于被动。

3. 自主申报激励不足。《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19条第2款规定："经营者可以就未达到申报标准的经营者集中主动向国务院反垄断执法机构申报。"对于经营者自主申报，仅通过"可以"而非"应当"提出要求，并未与经营者集中的一般规定保持统一，将申报作为一项强制性义务。这种开放式的行为准则高度依赖经营者自觉，但这种自觉需要两个先定条件：一是经营者意识到并购存在竞争损害风险而需要申报；二是经营者愿意主动申报。前者需要企业内部建立完善的风险控制机制，而平台作为以营利为目的的市场主体，并非专业的治理机构，存在先天的规范能力不足；且由于风险治理具有公共物品的性质，有限理性的经济人往往在成本投入上意愿不强。后者则意味着要使经营者能够通过主动申报获利，但未见相关利益分配制度为合规行为的作出提供激励，难免导致规定流于文本形式，缺乏制度实效。

4. 竞争损害难以评估。竞争损害评估习惯以价格效应为主线（primary line），认为垄断者通过阻碍市场进入、占据较高市场份额取得市场控制力，得以人为制造产品稀缺性，并在产品不具有需求弹性的区间内不断提高价格，直至边际收入等于边际成本的利润最大点。垄断者以较低的产出、较高的垄断定价攫取利润，造成生产效率低下、市场活力丧失的损害。由此，竞争损害分析即是判断价格是否会被非竞争地提高，以及这种可能性达到了何种程度。[①] 然而，（直接和间接的）网络效应、多边市场、获取服务的免费性等特征，决定了数字市场的竞争往往是非价格模式。创新、数据、隐私等新变量的合并所带来的反竞争效果，往往不能由传统的价格指标准确地测度和评价，使对扼杀式并购的审查面临竞争损害难以评估的技术困境。

综上，现行法律均不能对扼杀式并购进行有效规制，导致制度无法作用于实践而基本处于"休眠"状态，国内至今未有针对扼杀式并购的行政处罚案例。[②] 因此，面对扼杀式并购风险的挑战，反垄断法的规制范式亟待由事后监管向事前预防转型，风险预防原则的适用具有必要性。

（二）适用可行性：事前预防之适用可能

风险预防原则是指"授权监管者在存在科学不确定的情况下（甚至在监管者完全了解风险的性质或者程度之前），主动采取措施应对风险"[③]。其以风险为直接的规制对象，并能够产生事前预防的效果，能够契合扼杀式并购的规制需求。该原则内含四项构成要素，能够阐明其运用的基本逻辑：（1）存在不确定的风险。因科学证据尚不充分，

① 参见焦海涛：《反垄断法上的竞争损害与消费者利益标准》，载《南大法学》2022年第2期。
② 参见秦勇、宋丽玉：《平台经济领域扼杀式并购的反垄断规制》，载《南方金融》2022年第4期。
③ 苏宇：《风险预防原则的结构化阐释》，载《法学研究》2021年第1期。

损害不能被证实确定发生。（2）存在发生损害的预期。风险需达到特定的临界值而具备一定的紧迫性和现实性。（3）积极地介入干预。赋予监管者主动干预的权力，既可以主动为正向行为激励，也可主动为反向行为规制。相较于传统行政权以事后问责为主的谦抑属性，要求政府由消极管制向积极服务的现代化职能转型。（4）符合成本收益比。[①] 违法与执法均会产生社会成本，这就要求以治理绩效的帕累托最优（即边际成本 = 边际收益）确定规制限度——一方面为有限介入，在损害无法由市场竞争机制自我消解时才进行规制；另一方面为有限实施，预防措施应当与风险程度相适应，为较小风险花费高额成本是得不偿失的。

将四要素向扼杀式并购涵摄，即可得出风险预防原则的适用路径。前置性的条件是存在潜在的竞争损害。这意味着该原则在适用场域上需要从通常情形中割离，预防型规制应当遵循补充性的定位，仅作用于一般手段所不能的特殊场合。对于一般的经营者集中以及可被证实的恶意并购，仍然适用现行法规定的营业额申报标准以及未主动申报时直接调查的规定，从而保证反垄断法的体系性和融贯性，也可使事前、事后规制互为补充、协同调和。进而可以根据积极干预和有限干预的原则设计总体规制策略：

1. 在实体上。一方面，以统一、明确的行为准则为经营者施加准自动义务，包括主动告知义务、主动申报义务以及证明义务，并配以相应的法律责任，形成强制性为表征、主动性为内核的事前约束。另一方面，以规范、指引性的制度模版对经营者提出自我管理要求，通过财税支持、惩罚优待等制度奖励，正向激励平台自觉履行义务。行为激励制度与约束制度相结合，形成完整的事前规则体系，直接改造经营者行为的动机和方式，从源头降低风险的生成率。

2. 在程序上。风险预防的突出矛盾即在于，风险尚不能确定地实在化为具体的损害，但又由于损害无法补救而产生了切实的规制需求。实体规范仅作用于当前某一时点，而程序规范在时间结构上是链条式的，以陆续发生的法律事实为下一环节的启动条件；同时通过期限制度、中止与终止制度创造伸缩自如的弹性区间。风险预防原则并不要求即刻论定法律后果，而是提供了行为的持续追踪，其时间优势所表现出的动态和灵活很好地契合了风险的特性，且能够以确定的程序消解规制的不确定，因此在扼杀式并购的规制中尤为重要。具体而言，监管主体与受体两端均需要建立完善的风险监测、预警、处置机制，串联起风险发生的事前、事中、事后全过程，并通过信息交流和分享构建合作系统——该系统应当由共同的风险控制目标、多方管理者参与、类似“流水线”的应对程式构成，从而达到层层消解风险、最大化避免竞争损害的效果。规制限度则体现在风险的分类分级处置。需要在科学评估潜在竞争损害的基础上，经过必要性和合理性的审

① 参见王洪昌：《风险预防原则的法律适用分析》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2021 年第 2 期。

慎论证，针对不同的风险特征划分类型和级别，仅在风险达到相当的量级时才介入规制。规制手段的选择也应当将风险类型作为比例原则的解释标准，谨慎使用结构性的禁止或拆分，既要避免竞争的结构性风险，也要避免结构性缺乏竞争的风险。

四、扼杀式并购风险的预防性规制

经过必要性和可行性论证，风险预防原则与扼杀式并购规制得以内在嵌合，其后则需要将其运用于具体制度，完成理论向规制实践的转化——通过主动告知义务的前置消解风险证明上的不确定性、明确并购审查触发机制使“风险”的自身存在得以表达、通过竞争损害评估的创新向度使风险损害具体可感、通过对合规管理的正向激励体现公正与效率并重的风险治理价值。

（一）风险主动告知义务的前置

风险预防往往经由风险源的主动告知而启动，这一方面是规制效率的要求。由于引致风险的因果关系尚无法从科学上完全确定，监管者存在更大的信息逆差，而面临发现和证明的困难。因此应当回到风险源头，通过对制造者施以主动告知义务，促使信息优势方主动披露信息、矫正监管双方的信息偏在，同时令其增强事前证据意识、善尽所能证明行为的合理性。另一方面，由于风险后果具有系统性，将蔓延至社会层面，损害社会公共利益。行为人既是社会不安定因素的来源，又身为社会成员而同样可能遭受波及，理应负有主动使社会公众知悉风险的义务，这更多是一种道德伦理要求。

目前扼杀式并购主要依赖执法机关的事后调查，这种被动式的违法发现颠倒了经营者集中的基本规制逻辑。应当将告知义务作为核心规范，以经营者主动告知为机制运行常态。在义务的适用要件上，有两类可资借鉴的规定方式：

1. 身份要件。2022 年 7 月欧盟颁布的《数字市场法案》（Digital Markets Act，以下简称 DMA）采取了“守门人推定 + 无条件告知义务”的模式。首先定义守门人的概念，认为核心平台服务提供者是“企业与公民之间的数字守门人”，类似基础设施的地位将使得双边市场均产生极大依赖，变相赋予其控制、影响竞争的支配力和强制力。[①] 进而在第 3 条以定性和定量相结合的方式，[②] 规定了守门人的推定条件。定性标准包括：具有对内部市场产生重大影响的规模；运营的核心服务是企业用户接触终端用户的重要通道；享有（或短期可预见享有）稳固且持久的地位。关注商业体量的规

① 参见林秀芹：《论数字经济反垄断的范式转变——以欧盟〈数字市场法〉为镜鉴》，载《知识产权》2022 年第 7 期。

② 参见李世刚、包丁裕睿：《大型数字平台规制的新方向：特别化、前置化、动态化——欧盟〈数字市场法（草案）〉解析》，载《法学杂志》2021 年第 9 期。

模性和持久性，以及业务领域的双边性和门户性。定量标准以营业额和市场价值量度市场份额、以双端用户数量体现“通道”流量、以所持续财务年度衡量市场地位的稳定性，从而将抽象属性转化为具体的实施规则。最后，DMA 第 12 条设置了无条件的通知义务，只要守门人实施以“数字领域的服务提供者”为对象的集中，则无论是否达到申报标准，均应在事前告知欧委会。总体呈现以主体为中心的规制逻辑——法律在主体资格上设置假定条件，将经“认证”的主体作为调整对象，规定特别的行为准则和法律后果。英国竞争与市场管理局（CMA）所采用的“战略市场地位”（Strategic Market Status，以下简称 SMS）也体现了这一思路，具有 SMS 的平台应当遵守包括强制性通知在内的特定合并规则（不同于当前合并告知的自愿性质）。

2. 行为要件。美国以行为为中心，采用“行为违法推定”的方式。《平台竞争和机会法案》中规定，平台运营者“直接或间接取得其他经营者全部或部分股权或资产”即为违法。越过法律论证过程，直接作出否定性评价。其核心效力在于举证责任倒置，平台需要证明“行为非属扼杀式并购”，可以主张两种抗辩：一是不具有竞争关系，被并购方与平台不构成任何直接、新兴的或潜在的竞争；二是不具有互补关系，并购不会提高或增进平台的市场地位或保持市场地位的能力。前述身份要件同样属于“可能被反驳的推定”，平台提供确凿的反证，经欧委会考量达到证明标准的，可以推翻“守门人”的认定。一般的倒置多见于行为核准阶段，此处进一步前置，行为人在程序启动阶段即负有举证责任，是风险预防原则事前性的集中体现。

“行为违法推定”存在较大的错误干预隐患，相较而言，身份要件是更优的制度选择。2021 年市场监管总局附条件批准腾讯收购中国音乐集团案中，腾讯承诺了高于一般经营者集中申报义务的要求，未来交易即使未达到申报标准，只要“可能产生排除、限制竞争效果”，即需要事先申报。虽然尚未达到“无条件通知义务”的强度，但可见我国反垄断实践已经初步显露出该种倾向。此外需要注意，身份认定应当是严谨的制度推理过程，不能根据固有的观念和“常识”作经验性的论断。事实上，随着我国互联网经济的发展深化，大型互联网平台已经成为一个广延的概念，并不局限于 BAT 等熟知的少数“头部平台”。

（二）风险审查触发机制的理性化

风险预防原则虽然要求政府积极作为，但这种“积极”仅具有相对意义，公权的行使仍然具有谦抑的底色，只有在“风险”确实存在的前提下，审查才具备启动的合理性。风险的不确定性也表现在其自身，由于特性模糊而存在个体表达的困难，因此，某一行为需经审慎论证，才可被定义为“风险”。若完全交由监管者自行裁量，则难以避免主观判断和任意解释导致的过度干预。立法应当设置明确的审查门槛，促使风险审查触发机制走向理性化。

“排除、限制竞争”属于风险实现后的损害，不应当作为启动预防的依据。需要以风险“存在”的证明，作为扼杀式并购的申报条件。此时则产生制度定位的问题：申报条件和前述告知义务有何区别？就主体而言，“告知义务”归于平台，而“要求申报”指令的发出者则是监管机构，是主动调查权的衍生。就程序而言，“告知义务”依身份或行为而定，呈积极义务群形态，对各类垄断均设置相应行为准则；而“要求申报”专属经营者集中，具有必然启动审查的效力。由于告知只基于一种初步推定，如果仅由告知即可启动审查，将导致治理资源的耗散、产生过度捕获的II型错误，且完全依赖经营者自主也会使执法重回被动。因此，申报条件应当作为告知与审查间的制度缓冲区，存在两种具体适用情境：若经营者主动告知，则无需另行申报，以申报条件为决定是否进入审查程序的依据；若未有告知，则监管机构有权对达到申报条件的集中要求申报，仍未申报的即直接进入审查程序。

进而，申报标准的确定至关重要。如前所述，一般的营业额阈值显然不能适用，结合扼杀式并购的基本特征和各国的规范方法，有如下几种模式可供选择：（1）规定行为要件或判定要素。这是一种完全依赖定性分析的认定方式，但书面语言须经解释才能适用，文本的模糊性将增加判断的主观因素，在本就不确定的风险之上叠加二重的不确定性。即便仅考虑可行性，无论监管者还是有意守法的并购方，均不能根据规定的判断要素，在事前准确地评估目标的市场价值。因此，有必要采用量化的阈值，通过客观数值为法律提供充分的确定性和可预见性。（2）交易价格阈值。该种方式为理论界的主流观点，也被广泛应用于各国实践。如德国规定“交易价值门槛（transaction value-based threshold）”，对支付超过4亿欧元对价的交易实施强制通知；奥地利采取相同方式，但门槛略低。[①] 营业额局限于当前市场结构，而初创企业的市场影响力发生在远期而非现期。期望价值理论认为，个体的行为选择是由其对目标事物未来价值的预先期望和信念决定的。个体认为达成预期的可能性越大，行为动机就越强烈，对目标事物的预期价值评价就越高。扼杀式并购中平台往往倾向于以较高溢价完成收购，其实反映出对初创企业发展前景的预期，变相完成了初创企业未来价值的市场化定价。交易价格能够体现评价对象的竞争价值，是一种较为适当的阈值选择。但仍然存在一定弊端——其仅是单一数值，完全由双方内部磋商而定，由合同外观单向度地反映标的价值。缺乏相对客观的指标来验证目标企业的真实价值是否与形式相符，难免失之周延。（3）交易差额阈值。该法是交易价格的改良，首先通过年净销售额、总资产价值等财务指标，得出初创企业的市场价格，再与交易价格相比较，计算二者之间的差额。这种方式的优势在于引入现期市场价格，为交易价格提供了参照系，能够有效摒除双

① 参见龙睿、曾雄、高雅洁等：《德奥〈强制性事前并购申报交易额门槛指南〉》，载《经济法论丛》2019年第1期。

方磋商中的主观因素，产生相对科学且普适的指标。当交易价格与市场价格存在明显悬殊，即差额达到相当的程度时，足以触发特定阈值，需要经由申报进入经营者集中审查程序。在计算数值时，可以运用交易规模测试等技术手段，包括资产测试（assets test）、收益测试（revenue test）、盈利测试（profit test）、代价测试（consideration test）和股本测试（share test）等。

（三）风险竞争损害评估的“创新”向度

证明风险本身的实际存在，只是完成了第一步的论证义务。风险的损害同样具有发生的不确定性，需要在确定“有无”的基础上，进一步论证风险的“大小”。预防需要达到风险的临界点，仅在风险损害的发生达到相当的可能性时，才真正具备规制的正当性。因此风险的评估至关重要，而采取何种评估标准，则是最终锚点。

《反垄断法》第 1 条增加“鼓励创新”为立法目的，置于“保护市场公平竞争”之后。创新是竞争的重要向度。经营者通过创新优化产品性能，吸引客户和消费者的购买力，从而形成竞争优势，并带来市场生产效率的帕累托改进。竞争为创新活动提供了根本动力，创新则内化为市场竞争机制的运行机理。在扼杀式并购中，二者联系更为密切。被并购方作为初创企业，少有其他方面市场力量的原始积累，其核心的竞争资本即是创新。因此在竞争损害评估中，创新比价格因素更值得关注。对创新的损害将阻碍市场技术进步，使生产率停滞不前，社会效益的预期增量流失。由于创新存在转化周期，在当下时空或许暂时不能显化为有形资本，因而创新竞争损害是潜在的，系对远期消费者福利的动态考量。

确定将创新作为基本要素后，则进入竞争损害评估的操作层面。首要前提仍然是确定相关市场。即便在互联网领域，相关市场界定仍然具有相当的必要性，因为市场支配地位切实地以特定场域为载体，不可能存在某一企业在全部市场均可为支配。[①] 扼杀式并购的规制既旨在保护特定产品或业务的创新，又保护整体的市场创新环境。这种对象的二重性体现了法益关照的周全，但也应当受到相关市场的限制，避免过度扩张以至实质失去规制边界。平台业务具有生态属性，往往涉及多个领域而边界模糊，因此具体界定时，可以被收购方创新发生和发展的领域为根据。除了传统的相关商品市场，用户注意力市场也是重要的竞争维度。[②] 互联网企业往往通过产品和服务吸引流量，再将用户注意力出售给广告商实现营利。平台倾向于为独家吸引用户注意力支付更多费用，分散来源将导致低效复制和注意力的浪费，在一个渠道集中投放广告将产生更大的收益。因此，初创企业的附属用户流量也是平台并购时的重要考量，如 Whatsapp 虽然采取“无广告”策略，也并不博取用户数据，但它的确吸引了潜在消费

① 参见王先林、曹汇：《平台经济领域反垄断的三个关键问题》，载《探索与争鸣》2021 年第 9 期。
② 参见黄浩：《产业融合视角下数字经济监管的理念与措施》，载《改革》2022 年第 9 期。

者的大量关注，因而获得 Facebook 较高的收购估值。

在此基础上，需要将“创新”竞争损害的抽象概念具体化。可以适用《指南》第 20 条第 1 款第 5 项规定的“创新能力和动力”指标，但应当在主体上进一步解释为被并购方的创新能力、并购方的创新动力。前者测度创新能否由市场进入者自主生发，后者则考察创新是否由于并购行为而中断，事前、事后任一阶段创新受阻，则均可评价为扼杀式并购而应予禁止。具言之，若目标公司有能力在未并购的情况下继续开展创新，则并购为反竞争；目标公司无创新能力，但并购后平台亦没有继续先前创新动力的，仍属于反竞争。仅被收购方无创新能力，且并购方有创新动力时，才可以作出不予禁止的决定。

判断被并购方创新能力时，需要扬弃传统的回归分析法，在“并购未发生”的假定下展开反事实推理，考察被并购方两方面的状况：（1）是否已经（或相当的可能）进入有竞争性的相关市场。要求以交易前的创新竞争为基本面，分析初创企业对当前市场的进入程度。（2）是否可能发展为有效的竞争力量。主要考量初创企业的技术能力和经济能力。前者指创新能够形成有利于发展的独特竞争优势，一方面要求独特性，新产品的创新附加值足够大，且不具有供给替代性；另一方面要求现实性，技术创新需能现实地传导至消费者终端，且在一定时限内——互联网领域的创新迭代极为频繁，过长时间才能转化的技术不具备期限价值。后者则指创新与利润具有关联性，可进行创新投入产出比的量化分析，计算时应当把握创新型企业的运营特点，研发投入在一定程度上可以视作固定成本，同时关注知识产权许可使用费等无形资产收益。判断并购方创新动力时，平台应当证明行为具有促进创新的作用，而非由执法机关论证反竞争效果。可以从正反两方面举证：正向即并购能够使创新获得更优的资源，且该种渐进式创新在时效或结果上优于颠覆式创新；反向即并购有利于失败初创者的及时退出，从而成为市场创新竞争的自净机制。证明应当达到“促进”而非“不影响”的高度，通过加重证明责任，弥补“潜在”风险判断的不确定性，避免“假阳性错误”。

与保护法益的二元性相对应，着眼经营者的微观指标之外，也需要对宏观层面的市场效果作整体把控，考察合并后在创新方面是否仍然存在竞争约束。[①] 可以借助创新效应的两个经典理论：一是替代效应（replacement effect）。合并后是否剩下足够多的竞争对手提供竞争压力，从而不至于减少现有企业引入替代性新产品进行技术迭代的动机。二是效率效应（efficiency effect）。合并对市场力量的整合是否有可能给予在位者持续争夺创新产权，挤占未来市场进入的动力。

① 参见韩伟：《经营者集中对创新影响的反垄断审查》，载《清华法学》2022 年第 4 期。

（四）风险合规管理的正向激励

风险发生的人为性和风险后果的系统性决定了风险预防绝非单向的政府责任，而应当由平台和政府共同分担。风险共担原则所指“责任”并非一般意义上的惩罚性法律后果，而是带有公共管理性质的“治理”责任，也可称作职权、职责。有平等、参与、协商、共享四重意涵：“平等”事关基础性的法律地位，要求将平台视为合作者，而非被管制者。“参与”要求平台以内部控制的形式参与到风险管理中，这既是治理赋权——作为自组织体的平台在虚拟空间中享有准公共权力，能够通过自我约束塑造权威，通过自律规则对双边用户形成柔性约束，这种自我管理能力应得到法律的确认；也是治理赋责——平台作为直接的风险源，理应负有善尽所能控制并消除风险的义务。“协商”指治理方式，政府应当尊重平台的行为和决策自由，加强风险信息沟通，共商治理策略，促进共同目标导向的合作。“共享”强调过程上的治理资源共享和结果上的治理利益共享。风险共担原则下，政府由监管者变为合作者，角色的转换相应要求政府治理转向二重积极性：在积极进行预防性干预的基础上，积极提供正向激励、促进平台合规管理，既回应治理权责合理配置的效率诉求，又回应治理收益共同分享的公平诉求。

首先，通过合规范式降低自我管理成本。有限理性的平台往往存在治理能力缺陷，需要监管者借助合规要求，提供内部治理的制度范式，引导平台通过寻求合规，构建规范的风险管理机制。具体而言，应当在前述身份认定的基础上，为具有类似“守门人”地位的大型平台设置合规义务群。一方面，平台应当制定并购合规计划或合规手册，就并购的决策机制、强制合规咨询与决策合规支持、竞争损害的识别与评估、财务人事等配套制度作出全面安排。作为统筹性的整体规范，其应当具有两大特征：一是专门性。系针对并购反垄断合规事项的专门安排，而不是概括全部合规风险的“一揽子计划”。[①] 同时注重“因地制宜”，需要在系统梳理监管法规的基础上，结合自身资源禀赋进行迁移和重述。二是常态化。系内化于企业运营的日常性管理规约，而不是为应对某一次并购审查的临时性合规文件。另一方面，平台内部应当设立并购合规监督官，由平台自行聘任并经市场监管总局评估确定，作为独立的合规管理部门对平台负有监管职责，从而降低反垄断的合规风险，确保并购依法依规进行。其权利范围应当及于风险控制全过程，包括并购前的合规自查和并购中、后的持续监督。相关并购决议需先经合规监督官审查，并享有绝对否决权；若认为合规，则出具创新竞争损害评估意见，一并报送监管部门。在取得合并许可后，负责监督并购方案的执行，并定期向监管部门提交报告。此外，合规监督官依法享有调查权，发现涉嫌违规的并购时，

① 参见陈瑞华：《有效合规管理的两种模式》，载《法制与社会发展》2022 年第 1 期。

有权展开核查并及时上报，在必要时进行风险应急处置，由其提供的初步事实和证据应当具有高于一般举报人的违法证明力。2022年修改的《经营者集中审查暂行规定》（以下简称《规定》）第36条确定了监督受托人制度，仅适用于附条件批准的经营者集中的特定场景。可以考虑将该角色并入合规监督官制度，在沿袭现行权责规定的基础上，适当扩张适用范围，使合规管理深度内嵌于公司治理结构，广泛覆盖至经营者集中全域，建立规范的风险内控体系。

其次，通过制度优惠增加治理收益分配。除接收和审查报告外，监管部门还应当以定期考核的方式对并购合规情况展开行政指导，对通过监管验收的企业，通过制度优惠分配治理收益，形成激励持续合规的奖励机制。制度优惠包括内外部两方面：（1）外部的财税金融支持。注重两个策略转变：一是变直接补贴、前补贴等传统补助方式为考核补偿、中补贴、后补贴等新型财政补助；二是变降低税率、减征免征等事后的直接税收优惠为事前调整税基的间接税收优惠，包括研发费用加计扣除、创新支出税前扣除等。尤其对于合规评价良好的平台（如经常从事以提供创新资源、扶持初创企业为目的收购等），应当建立“政府+银行+保险”的全方位信贷风险补偿机制，同时允许其从应纳税额中提取特定的风险准备金，鼓励其并购的持续创新。（2）内部的审查程序便利。《规定》第17条确定的简易案件制度，为程序优惠提供了良好的窗口。但该条规定的市场份额、境外经营（包括合营企业在境外经营、收购境外经营企业）、合并控制三类条件，将程序的适用限缩在过狭的范围，实质只是营业额标准的“查漏补缺”，不能充分体现简易程序独立的效率价值。依据第18条第6项兜底条款，“市场监管总局认为可能对市场竞争产生不利影响”则“不视为简易案件”。可以进行反向解释，只要“对市场竞争不会产生不利影响”，即存在简易程序的适用空间。企业“合规”是经过正规审查作出的制度性认证，能够成为“善意推定”依据，享有申报、审查的便利，从而节约合规和审查的双向成本。

最后，通过惩罚优待减免社会成本负担。规划合理的责任体系不止在于补偿损害，更需要着眼于将违法几率降至合理的水平。传统的“惩罚—威慑”在扼杀式并购规制中效益不佳，需要探寻合规整改和惩罚优待相结合的激励性新路。合规整改是一种“危机应对式的合规管理模式”[①]，当企业涉嫌扼杀式并购而受到反垄断调查，允许其请求监管减免，自行修正合规漏洞，整改成果经验收合格后，可以取得从轻处理、违法豁免等惩罚优待。具体可以适用现行法中的审查中止和限期补正、附条件允许集中制度。在根本的法律关系上，属于平台和监管部门之间的行政和解协议，是双方通过民主协商达成的、以合规管理为目的的合作契约。平台可以发出要约，内容为补正合规的方案，

① 陈瑞华：《企业合规基本理论》（第二版），法律出版社2021年版，第10页。

包括防火墙条款（如业务剥离）、不滥用市场力量的承诺（如承诺与其他竞争者分享被并购方的部分数据、在一定时期内不将数据用于定向广告）等。需要赋予监管者作出承诺的能力，即减免的审批权，标准为是否对法定目标产生最小的负面影响，方案应当保障一定程度且可量化的创新，从而维持足够的用户选择水平。协议一经订立，监管部门即负有持续监督的责任，并根据平台的履约状况决定协议的最终效力（生效、无效、可撤销）。这种模式能够正向激励违法者积极补正合规，在根源上消除违法动机，减轻事后惩罚的社会成本负担。

结　语

数字经济在为现代社会带来技术理性的同时，也由于其不确定性而带来了突出的风险。扼杀式并购作为一种由互联网平台实施的新型垄断行为，是这种“现代化自反”的典型表现。现有研究多偏重于具体的规制策略，并未穿透法律现象，在理论层面难以洞悉根本的规制需求并进行有针对的制度回应，从而在结论的解释力和适用性上有所不足。不同于一般的经营者集中行为，扼杀式并购的本质是一种风险，其竞争损害和规制损害的双重不确定性使得反垄断法很容易陷入干预不足或干预过度的两个极端，这是法律规制的难点。本文立足于风险预防的视角，在阐明扼杀式并购之风险属性的基础上，深入剖析了传统危害应对进路对扼杀式并购风险的适用不能，并进一步明确了风险预防原则制度化适用的正确方向。期望通过“事前预防型”的法治构设，推动形成“政府积极介入 + 平台合规管理”的风险治理合力，力求达到效率最大化的风险治理均衡，从而维护有利于创新的良性竞争环境和竞争秩序，激发市场的生机与活力。

（责任编校：王文斌）

完善执行审查类案件监督程序的几点思考

冯 波*

内容摘要：《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第71条是执行监督的法律依据，执行监督制度在我国诉讼领域确立以来，对于保障权利和制约公权力发挥了积极作用。随着执行实务中执行监督制度的广泛应用，引发了更多对完善执行监督程序、避免执行监督程序空转的思考和争鸣。就执行审查类案件的监督而言，其内部体系可以划分为因当事人、利害关系人申诉而当然引发的执行监督和法院依职权进行的执行监督，对于前者可以参照民事申请再审程序予以规范。

关键词：执行监督；执行救济；审查程序

执行规范化不仅包括执行实施行为的规范化，还包括执行审查程序的规范化，而执行审查程序规范运转是发挥其监督执行实施行为功能的必要条件。当前，通过申诉信访形式申请上级法院进行执行监督的案件逐年增多，但是这些监督需求与法律规范的供给明显不相适应。执行监督可以解决哪些问题、哪些申请不符合监督案件受理条件、监督程序如何进行、监督结果如何体现等问题仍存在较大争议，各地对当事人、利害关系人通过监督程序进行救济的尺度不一，迫切需要进一步厘清执行监督的内涵外延，分析不同类型监督下执行监督权的权力属性，规范设置不同监督程序，在切实解决执行难的大框架下有效回应各方面的执行监督需求。

一、执行监督的规范梳理

执行监督制度在我国诉讼领域的确立和发展大致经历了三个阶段。第一阶段：执行监督制度初步形成（1998—2007年）。执行程序是民事诉讼程序的重要组成部分，但无论是1991年《民事诉讼法》，还是次年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和

* 冯波，山东省高级人民法院执行二庭副庭长，三级高级法官。

国民事诉讼法〉若干问题的意见》，均未将执行监督作为执行程序立法规范的重点。直至 1998 年 7 月 8 日起施行的《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（以下简称《执行规定》）在第 15 部分专章规定了“执行监督”，该部分共涉及 8 个条文，规定了上级法院和最高人民法院享有执行监督权，内容涵盖对执行裁定、通知、决定和执行行为的监督，对消极执行行为的监督，对非诉讼生效法律文书执行的监督，执行监督与审判监督的衔接，暂缓执行的相关规定，对拒绝接受监督的追责，其中 7 个条文的主语是上级法院，体现了强烈的职权主义色彩。2000 年《最高人民法院关于高级人民法院统一管理执行工作若干问题的规定》，在第 1、5、8、9、13 条中进一步明确高级法院行使执行监督权的方式；2006 年《最高人民法院关于执行案件督办工作的规定（试行）》将“督办”作为上级法院行使执行监督权的主要方式。

第二阶段：执行监督方式拓展阶段（2007—2016 年）。伴随着 2007 年《民事诉讼法》修订，最高人民法院在 2008 年先后出台两个重要司法文件均涉及执行监督，一是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》（以下简称《执行程序解释》），针对消极执行问题，通过督促执行、提级执行、指令执行方式进行治理；二是《关于执行工作中正确适用修改后民事诉讼法第 202 条、第 204 条规定的通知》，明确规定对于 2008 年 4 月 1 日前发生的执行行为，当事人、利害关系人可以依法提起申诉，按监督案件处理。在新旧法衔接的特殊阶段，通过执行监督程序行使异议审查职能，补足旧法执行救济的短板。

第三阶段：逐步赋予当事人、利害关系人启动执行监督程序的权利（2016 年至今）。2016 年《最高人民法院关于人民法院办理执行信访案件若干问题的意见》（以下简称《执行信访意见》）第 15、16 条规定，当事人、利害关系人不服执行复议裁定或执行监督裁定，向上一级法院申诉信访，上一级法院应当作为执行监督案件立案审查，以裁定方式作出结论。一方面，明确规定对不服执行复议裁定或执行监督裁定向上一级法院申诉信访的，上一级法院应当对执行监督案件进行审查，在字面含义上上一级法院并无自主决定是否监督立案的选项；另一方面，上一级法院应当作出裁定，改变了以往以通知书方式作出审查结论的做法。在全国政法队伍教育整顿期间，针对执行领域的顽瘴痼疾，最高人民法院出台《关于进一步完善执行权制约机制加强执行监督的意见》（以下简称《加强执行监督意见》），在第 29 条中提出改革执行监督案件审查程序，在条文表述上采用“认为有错误的”的措辞，替代了《执行信访意见》中“向上一级法院申诉信访”的措辞，提出的改革方向是参照《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》第 11–15 条，而该 5 条内容主要涉及民事、行政诉讼申请再审方面的规定。由上可知，当事人、利害关系人对执行复议裁定的申诉权正在发生从宪法性权利向申请执行监督的诉讼权利转化。

二、执行监督程序中存在的问题

执行监督案件主要有六种类型：第一，人民法院自收到申请执行书之日起超过六个月未执行，申请执行人向上一级法院申请执行，上一级法院决定督促执行的；第二，执行案件的当事人、利害关系人、案外人向上级法院申诉，上级法院认为确有必要并决定执行监督的；第三，上级法院发现下级法院执行行为不当或有错误，决定进行执行监督的；第四，检察机关提出民事执行监督检察建议的；第五，执行法院发现本院执行行为确有错误需要纠正，决定进行执行监督的；第六，人民法院认为应当执行监督的其他情形。这种明确列举加兜底规定的方式，造成的外在印象是，执行程序中的任何行为，只要法律、司法解释没有明确排除的，都可以纳入执行监督范围，既可以对执行实施行为进行监督，也能对执行审查行为进行监督，还能对部分与强制执行有关的关联行为进行监督，比如《最高人民法院关于人民法院确定财产处置参考价若干问题的规定》第25条规定："当事人、利害关系人有证据证明具有下列情形之一，且在发布一拍拍卖公告或者直接进入变卖程序之前提出异议的，人民法院应当按照执行监督程序进行审查处理：（一）议价中存在欺诈、胁迫情形；（二）恶意串通损害第三人利益；（三）有关机构出具虚假定向询价结果；（四）依照本规定第二十二条、第二十三条作出的处理结果确有错误。"然而，执行程序有其解决问题的边界，执行权的有限性决定了执行监督的有限性，执行监督的范围应当有所限定，在范围限定后，其内部构造也需理顺，监督对象不同，适用的程序应有所差别。本文将主要围绕完善执行审查行为的监督程序展开，此类案件的监督存在两个主要问题。

一是执行监督的程序阙如。执行监督规范的原则性对执行监督权的具体展开带来了一些操作性困难，减损了当事人、利害关系人对公平正义的"感受"。比如，在执行复议裁定作出若干年后，当事人或者利害关系人申请对复议裁定进行监督。这涉及执行监督程序的启动条件问题，无期限限制的监督会对既有法律秩序造成冲击和破坏；又比如，启动执行监督程序前是否设定审查程序的问题，当申诉人申请监督的对象不属于执行监督范围时，是否向申诉人出具法律文书及出具何种法律文书也存在较大争议；再比如，案涉争议问题在中级法院作出复议裁定后，当事人、利害关系人首先的救济路径是向检察机关申请检察建议，还是可以直接向高级法院申请执行监督，如果允许其直接向高级法院申请执行监督，就存在由省检察院针对高级法院执行监督裁定提出检察建议的可能，即高级法院可能对同一案件进行二次监督，另外高级法院作出执行监督裁定后，当事人、利害关系人是否有权向最高法院申请监督也是需要明确的问题，这涉及监督层级和无限监督的问题。

二是执行监督的程序空转。执行监督有内部监督和外部监督之分，《执行规定》第 72 条载明“上级法院发现下级法院在执行中作出的裁定、决定、通知或具体执行行为不当或有错误的，应当及时指令下级法院纠正，并可以通知有关法院暂缓执行。下级法院收到上级法院的指令后必须立即纠正。如果认为上级法院的指令有错误，可以在收到该指令后五日内请求上级法院复议。上级法院认为请求复议的理由不成立，而下级法院仍不纠正的，上级法院可直接作出裁定或决定予以纠正，送达有关法院及当事人，并可直接向有关单位发出协助执行通知书。”根据该条，对于上级法院的指令，享有复议权的是下级法院，与当事人、利害关系人无涉，但可能实质影响当事人权利。只有相关的指令行为转化为执行行为对外发生法律效力时，当事人、利害关系人才能提出执行异议，而这种异议、复议、监督审查因上级法院已有相关指令，可能徒具形式。下级法院依据上级法院执行协调决定作出执行行为后，产生的异议、复议、监督，与前述情况类似，在执行协调和上级法院的纠错行为均定位内部行为，当事人、利害关系人无权申请监督的情况下，对内部行为外化后进行的审查行为很难具有实质意义。

三、执行监督与执行救济

长期以来，监督和救济在学理上泾渭分明，《强制执行法（草案）》也将执行救济和执行监督作为并列的内容规定，救济无法囊括监督，只有公权力对公权力的制约才被称之为监督，监督不是当事人或利害关系人的权利，甚至与当事人或利害关系人无关，而是专属于有关公权力机关的权力。正如有观点认为，执行监督是人民法院内部的一种监督、指导和纠错制度，其实施主体是不同层级的人民法院，具体程序在法院内部运行，当事人、利害关系人可以参与，但在程序提起的过程中参与范围有限，对于程序的进行也无主导权。上级法院以监督程序审查处理之后，除作出裁定或决定以外，还可以视情况向有关法院下发内部函文，对下进行指导。当事人、利害关系人虽有权向上级法院反映情况，请求上级法院行使执行监督权，以保护其合法权益，但这种权利一般解释为宪法赋予公民的申诉权，而非执行救济权。因此种申诉行为并不必然产生相应的程序法上的效果，向上级法院反映情况后，是否会得到处理，以及在多大程度上得到处理，均由人民法院审查确定，申诉人自身无法决定。但是，这种理解与实践存在较大差距，一方面，符合《执行信访意见》第 15、16 条的申诉，当然发生执行监督立案的法律效果；另一方面，民事、行政申请再审改革的经验已经提示，审判监督程序可以容纳当事人申请再审的权利，监督在不同的历史阶段可以有不同内涵，应当承认救济是监督的重要目的和功能，肯认当事人、利害关系人在启动执行监督程序中的程序性权利，笔者主张可以将执行监督程序进行体系化构造，区分为因当

事人、利害关系人申诉而当然引发的执行监督和法院依职权进行的执行监督，前者以执行救济理论为指导，后者以狭义的执行监督理论为指导，二者形成层级递进的体系，并据此完善相关程序，压缩权力寻租空间，让救济通过权利和程序得到落实，实现救济透明、平等保护。

在参照民事审判监督程序改造执行监督程序时面临两大争议：其一，是否会减损执行效率。尽速实现胜诉权益是执行工作的首要价值，但是完备的执行救济体系会拖延执行进程，两者确实存在矛盾。当前执行领域执行难和执行乱问题相互交织，有的地方为了加大执行力度不惜对滥用执行权行为选择性忽视，这种行为如果持续下去会引发更多矛盾，无法不留后患地切实解决执行难。执行监督往往以异议、复议为前置，通过异议、复议程序对执行行为进行审查是人民法院行使裁决权的表现，而裁决的首要价值是公正。另外，与审判监督区分审查程序和审理程序不同，执行监督并不对此进行区分，监督审查期间原则不停止案件执行，被执行人、利害关系人提供充分、有效的担保请求停止相应处分措施的，人民法院可以准许，而申请执行人提供充分、有效的担保请求继续执行的，应当继续执行，因此不会对大多数执行行为造成拖延。而且，如在执行监督程序重塑中对提出监督申请设定期限限制，反而会有助于促进现有执行效率的提升。

其二，有观点认为执行程序中作出的裁定是程序性裁定，而审判中作出的裁判涉及当事人的实体权利，所以不赞同参照审判监督程序改造执行监督程序。首先，执行是实现胜诉权益的最后程序，程序性裁定表象下与当事人、利害关系人的实体权利密切相关。比如，撤销拍卖的裁定，既关系申请执行人债权的实现，也关系被执行人债务的履行,还关系竞买人的权利。还有部分执行裁定涉及对实体权利的裁判，比如，我国当下没有规定债务人异议之诉制度，对于执行依据生效后通过行使抵销权等方式消灭债务的争议一般通过执行裁定方式确认。又比如，我国没有赋予刑事涉财执行案件案外人因对执行标的异议提出执行异议之诉的权利，对该类案件案外人实体权利的认定也是通过执行异议复议裁定的方式确定，故对于执行裁定确有监督的必要和意义。当前,执行监督正面临着民事审判监督程序改革前的监督主体无限、时间无限、次数无限、审级无限等问题，改革执行监督立案审查程序势在必行。

四、执行监督案件范围

完善执行监督程序首先需要解决当事人、利害关系人对哪些案件可以申请监督，而不是将所有执行中的争议、错误均纳入一个执行监督程序中统一解决，否则有限司法资源将难以发挥最优效能。

（一）对复议裁定申请监督范围

《执行信访意见》中首次明确规定执行案件当事人、利害关系人有对复议裁定申请监督的权利，主要有以下几点考虑:“第一，异议复议程序系对执行实施行为的监督，当前执行不规范问题依然突出，理应增加、强化监督；第二，与其规则模糊而导致监督不统一及选择性监督，不如一律予以监督；第三，民事申请再审一律立案审查，执行程序应当予以参照；第四，通知书、内部函等处理方式，或效力欠缺，或有失公开，故对复议裁定的监督也应作出裁定。”① 与民事再审审查相似，不是所有执行复议裁定均可以申请执行监督。首先，非终局性复议裁定不属于可以申请监督的裁定。实践中发回或指令重新审查的复议裁定不对当事人、利害关系人提出的异议请求作出实质性评判，执行异议、复议救济程序尚未终结，相关争议应在重新审查程序中处理。其次，法律赋予了其他救济途径的可不导入执行监督程序。比如，《最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定》第 7 条规定：“债权人对不予受理、驳回执行申请裁定不服的，可以自裁定送达之日起十日内向上一级人民法院申请复议。申请复议期满未申请复议，或者复议申请被驳回的，当事人可以就公证债权文书涉及的民事权利义务争议向人民法院提起诉讼。”据此，不服此类复议裁定的救济渠道是导入诉讼程序而非执行监督程序。再次，复议裁定虽不属于执行监督对象，但作出复议裁定的程序错误，仍可导入执行监督程序救济。比如，复议申请人撤回复议申请，人民法院作出复议裁定予以准许的，对该复议裁定能否申请执行监督需区别对待。《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》（以下简称《执行异议复议规定》）第 15 条规定：“当事人、利害关系人对同一执行行为有多个异议事由，但未在异议审查过程中一并提出，撤回异议或者被裁定驳回异议后，再次就该执行行为提出异议的，人民法院不予受理。”当复议申请人与异议人一致的情况下，撤回复议申请的法律效果与撤回异议的法律效果应保持一致，既不允许异议人以其他理由再次对同一执行行为提出执行异议，也不应变相通过执行监督程序对此进行救济。但是，如果复议申请人可以提交证据证明撤回申请不是其真实意思表示，法院未尽形式审查义务的，可以就此申请执行监督。当复议申请人与异议人不一致时，法院准许复议申请人撤回复议申请，生效的应为异议裁定，符合条件的复议申请人可以对异议裁定申请执行监督。最后，尽管法律司法解释没有规定复议裁定作出后的救济途径，但按照法理和司法政策不宜纳入执行监督范围。比如，《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》赋予案外人对仲裁裁决、仲裁调解书申请不予执行的权利，并可以对法院作出的裁定申请复议，据此已经在省级法院层面对案外人的救济

① 吴少军、刘雅玲、张元:《〈关于人民法院办理执行信访案件若干问题的意见〉的理解与适用》，载《人民司法·应用》，2016 年第 25 期。

申请进行了审查，而仲裁案件当事人因执行仲裁裁决产生的争议，法律和司法解释均没有赋予其复议权，通盘考虑救济权利的平衡行使，笔者认为此类复议裁定不宜导入执行监督程序进行救济。

（二）对复议决定申请监督范围

根据法律规定，执行过程中，当事人可以对民事强制措施提出复议申请，人民法院应依法作出复议决定。民事强制措施，是指人民法院为了保证审判活动正常进行，对有妨害民事诉讼秩序行为的人采取某种强制手段，以排除妨害，维护诉讼秩序。民事强制措施本身不是诉讼程序，而是制止诉讼参与人或者案外人妨害民事诉讼行为的一种强制性的教育、惩罚手段，最典型的是罚款、拘留。这些制裁措施，特别是人身性强制措施给债务人心理和精神上带来了巨大的压力，客观上确实迫使部分债务人自动履行义务。但是，这种心理上的强制功能和客观上的履行结果仅仅是强制性制裁措施适用过程中的附带效应，而非拘留和罚款措施的本质属性。[①] 执行程序中可以适用罚款、拘留的法律依据是《民事诉讼法》第 114 条第 1 款第 6 项、第 248 条，《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 188 条、第 503 条均是对《民事诉讼法》第 114 条第 1 款第 6 项拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定行为的解释。《民事诉讼法》第 114 条第 1 款第 6 项与该条其他 5 项内容具有相当性，应保持救济程序的一致性，在审判程序中不纳入当事人申请再审范围，在执行程序中亦不纳入当事人申请执行监督范围。根据《强制执行法（草案）》的规定，纳入失信被执行人名单系执行制裁措施，虽然与罚款、拘留具有同质性，但是其在执行实践中的适用更为广泛，对被执行人利益影响更为深远，实践中亦存在适用不规范的情形，故有纳入执行监督程序救济的必要。间接执行措施，是执行法院通过对债务人施加人身或财产上的不利益，迫使债务人自动履行执行依据所确定的给付内容，间接促使债务人履行生效裁判确定义务的方法和手段。限制出境、限制消费本质上都属于间接强制措施而不属于惩戒手段，服务于促使被执行人履行生效法律文书确定义务目的，针对该类行为作出的复议决定与针对执行行为异议作出的复议裁定在本质上并无不同，可以允许当事人申请执行监督。

（三）关于对是否允许对异议裁定申请监督的争议

有观点认为执行监督与当事人、利害关系人提起执行异议等执行救济是作为两种不同的纠错机制同时存在，在具体适用时可以并行不悖，因此可能出现执行救济程序与执行监督程序竞合的情况。进而认为对于不当执行行为，当事人对异议裁定不服未提出复议申请的，上级法院应当主动依法监督。笔者以为，如果把执行异议、复议程

① 参见伊舟：《民事间接强制执行的实践困局及破解》，载《政法学刊》2021 年第 1 期。

序比作普通救济程序，执行监督则是普通救济程序的补充，两者是接续的，而不是平行的。在当事人、利害关系人已经申请异议、复议的情况下，通过执行监督同步救济不具有必要性，否则会导致程序混乱。至于在无复议裁定、决定的情况下，法院能否受理执行监督申请，具有较大争议，也应具体情况具体分析。

法律或司法解释已经赋予当事人、利害关系人异议权、复议权，但是权利人未依法行使的，是否赋予申请执行监督的权利，有较大争议。原则上，监督程序具有补充性、特殊性，其不是对普通救济程序的替代，在权利人无正当理由未申请复议的情况下，其申请执行监督，法院无必须立案审查的义务。但是，执行监督又与审判监督不同，民事再审程序启动前有明确的审查程序，对于不符合申请再审条件而申诉的，“确有错误”是启动再审的法定要件。而执行监督的启动并无前置程序的规定，这就形成了有关主体虽无申请执行监督的诉讼权利，但法院可以依职权进行监督，在目前执行监督内部程序不完善的情况下，从外在表象上看往往无法区分当事人、利害关系人申请执行监督和法院依职权监督。如果法院须依职权启动执行监督，应存在监督必要，否则将对既有的正常救济途径产生侵蚀。

法律或司法解释虽没有赋予当事人、利害关系人、案外人对异议裁定的复议权，但规定可以导入异议之诉救济的，不宜通过启动执行监督程序进行救济。比如，案外人依据《民事诉讼法》第 234 条对执行标的提出异议，案外人和申请执行人不服该异议裁定的应通过诉讼方式救济。该类执行和诉讼相衔接的救济方式，具有程序上的不可逆性，如果允许通过行使申请执行监督权利规避不在法定期限内行使诉讼权利的过错，会严重损害其他诉讼参与人的程序权利，也会给外界造成是否在法定期限内行使权利无所谓的印象，有损法律权威，不应获得支持。这也是笔者将当事人、利害关系人作为申请执行监督主体，而未将案外人纳入申请执行监督适格主体的原因。但是，这种情形下，案外人实体权利的救济路径在哪里确实值得研究。

法律或司法解释没有赋予当事人、利害关系人、案外人对异议裁定的复议权，也没有规定可以导入异议之诉救济，能否通过执行监督程序救济争议较大。比如，对不予执行仲裁裁决裁定的监督问题，最高法院先后作出数个批复。《最高人民法院执行工作办公室关于执行监督程序中裁定不予执行仲裁裁决几个问题请示案的复函》（〔2004〕执他字第 13 号）指出：“关于上级法院执行部门是否有权监督下级法院作出的不予执行仲裁裁决裁定，是否适用法复〔1996〕8 号批复的问题。本院《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》（以下简称《执行规定》）第一百三十条第一款规定：‘上级法院发现下级法院在执行中作出的裁定、决定、通知或具体执行行为不当或有错误的，应当及时指令下级法院纠正，并可以通知有关法院暂缓执行。’该条规定赋予了上级法院对下级法院在执行中作出的不当或错误裁定的监督权。上级法院的执行部门

代表人民法院行使职权，有权依据《执行规定》第130条监督纠正下级法院作出的不予执行仲裁裁决的裁定。而最高人民法院法复〔1996〕8号批复是针对当事人申请再审而言的，并不影响上级法院对下级法院执行工作的监督权。”（2018）最高法执他3号答复指出：“你院请示所涉不予执行仲裁裁决审查案件发生在《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》施行前，如院长发现本院作出的不予执行仲裁裁决裁定确有错误，可以参照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百九十八条第一款的规定，提交审判委员会处理。但应从严把握‘确有错误’的认定标准，并严格限制此类情形的适用范围。同时，如当事人已启动新的诉讼或者仲裁程序，在此情况下是否仍有必要纠正原不予执行裁定，也应根据案件具体情况慎重处理。”以上两个批复将执行监督范围扩展至不予执行仲裁裁决裁定，但表述上确实存在不同之处。

笔者认为：第一，（2018）最高法执他3号答复针对的裁定是在《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》实施前作出，而报核规定于2018年1月1日实施后，中级法院作出不予执行仲裁裁决裁定前，须经高级人民法院审核同意，部分案件须最高人民法院核准，如果这部分案件再行导入执行监督程序，程序空转是可以预见的结果，不利于当事人通过另诉等方式及时救济权利。因此，笔者建议可以根据不予执行裁定是否履行报核程序为区分点，已经履行报核程序的，不再导入执行监督程序。第二，仲裁和诉讼都是解决纠纷的重要方式，相关生效法律文书均具有强制执行力，司法对仲裁裁决的审查应严格限定在法定情形内，保持对仲裁的尊重，才能更好发挥仲裁定分止争作用。鉴于民事诉讼法已经通过撤销仲裁裁决诉讼、申请不予执行仲裁裁决制度对债务人提供了双重救济，此时不宜再允许当事人对驳回不予执行申请裁定申请监督。第三，《最高人民法院关于当事人对人民法院撤销仲裁裁决的裁定不服申请再审人民法院是否受理问题的批复》（法释〔1999〕6号）规定：“根据《中华人民共和国仲裁法》第九条规定的精神，当事人对人民法院撤销仲裁裁决的裁定不服申请再审的，人民法院不予受理。”明确对撤销仲裁裁决裁定不能申请再审。《最高人民法院关于下级法院撤销仲裁裁决后又以院长监督程序提起再审应如何处理问题的复函》（〔2003〕民立他字第45号）规定：“黑龙江国祥房地产开发有限公司与黑龙江省九利建筑工程公司欠款纠纷一案，经哈尔滨市中级人民法院裁定撤销仲裁裁决后，当事人可以依据《中华人民共和国仲裁法》第九条的规定重新达成仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院提起诉讼。哈尔滨市中级人民法院不应以院长发现撤销仲裁裁决的裁定确有错误为由提起再审。已经再审的，你院应当通知该院予以纠正。”将撤销仲裁裁决裁定从法院职权监督范围内剔除。执行宜与审判保持必要一致性，支持仲裁在解决当事人争议中发挥更大作用。第四，不予执行仲裁裁决裁定生效后，当事人仍有其他救济途径，可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院

起诉。对于驳回或不予受理不予执行仲裁裁决申请的，参照前述理由亦不应纳入执行监督范围。对于公证债权文书执行程序中作出的异议裁定的救济，多数与仲裁裁决一致（不一致的情况：比如对于驳回不予执行公证债权文书申请裁定不服的，当事人可以申请复议），在此不再赘述。需要注意的是，上述未赋予复议权的情形下，如执行法院通过异议裁定方式赋予当事人复议权，复议法院未作程序上处理而进行实质审查的，应当允许当事人“将错就错”对该复议裁定提出监督申请。

五、申请执行监督的期限

审判和执行是人民法院的两大要务。我国在民事、行政、刑事审判领域均实行二审终审制，并在普通程序的二审终审制外，设计了审判监督程序作为补充救济或特别救济，以最大限度实现公平正义。当前，民事、行政、刑事审判均对申请再审或申诉期限作出明确规定。《民事诉讼法》规定，当事人申请再审应当在判决、裁定发生法律效力后 6 个月内提出。以有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的；审判人员审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为为由申请再审的，自知道或者应当知道上述事由之日起 6 个月内提出。当事人对生效行政裁判申请再审期限与民事一致。关于刑事申诉，《最高人民法院关于规范人民法院再审立案的若干意见（试行）》规定，人民法院对刑事案件的申诉人在刑罚执行完毕后两年内提出的申诉，应当受理；虽然超过两年提出申诉，但是可能对原审被告人宣告无罪的；原审被告人在本条规定的期限内向人民法院提出申诉，人民法院未受理的；属于疑难、复杂、重大案件的，也应当予以受理。但现行法律和司法解释均未规定申请执行监督期限。笔者揣测可能存在以下原因：第一，《执行规定》中首次专章规定执行监督，把监督定位为法院的职权行为，执行监督权具有鲜明行政权色彩，没有赋予当事人或利害关系人通过监督程序进行救济的权利，当事人或利害关系人向法院反映问题仅是法院发现执行错误、启动执行监督程序的线索。第二，《执行信访意见》第 16 条虽规定当事人、利害关系人不服《民事诉讼法》第 225 条（现《民事诉讼法》第 232 条）所规定执行复议裁定，向上一级人民法院申诉信访，上一级人民法院应当作为执行监督案件立案审查。但是这里使用的措辞仍然是“申诉信访”，而信访并无期限规定。第三，现行法律和司法解释中执行监督的对象较为广泛，既包括对消极执行行为的监督，也包括对执行裁决的监督，如对申请监督期限做统一规定有一定难度。笔者认为，针对执行审查行为的监督具有明显的司法权属性，而期限对于司法权有重要意义，可以通过期限的约束避免相关法律关系处于长期不稳定状态。执行程序虽然可以通过纠错、回转

等程序实现理论上的逆行，但往往因时间的经过，原有法律关系不断叠加，通过逆行回溯到错误始点的权利状态十分困难，因此为了确保执行救济效果，也有必要规定申请执行监督期限，建议参照《民事诉讼法》中申请再审期限规定申请执行监督的期限。

六、执行监督案件的管辖法院

（一）以案件特点为划分依据

2007年我国开始民事审判监督程序改革，对申请再审程序进行诉讼化改造，对民事再审审查施行上提一级管辖，以提升纠错效果，经过一段时间的检验，为解决当事人行使申请再审权利成本过高和矛盾上移问题，在2012年修订《民事诉讼法》时规定，当事人一方人数众多、当事人双方为公民的案件，可以向原审法院申请再审。这对申请执行监督也具有重要参考意义，可以参照执行。同时，也不能忽视执行自身的特点。《执行异议复议规定》第2条规定："执行异议符合民事诉讼法第二百二十五条或者第二百二十七条规定条件的，人民法院应当在三日内立案，并在立案后三日内通知异议人和相关当事人。"相关当事人一般按照下列标准认定：一是被执行人提出执行行为异议的，申请执行人、该执行行为涉及的其他被执行人为"相关当事人"；二是申请执行人提出执行行为异议的，该执行行为涉及的被执行人为"相关当事人"；三是利害关系人提出执行行为异议的，申请执行人、该执行行为涉及的被执行人为"相关当事人"。因此，异议复议裁定首部列明的当事人可能不是审判程序中的所有当事人，通常会有所"缺失"，但利害关系人提出异议的情况下又有所"增加"。所以，执行监督审查时判断当事人双方是否为公民的一般以执行裁定首部为形式依据、以执行行为涉及的权利攸关方为实质依据，而非以生效裁判首部为依据。

另外，笔者认为可以突出强调对关于限制出境、限制消费、纳入失信名单等复议决定不服的，可以向上一级法院申请监督。在目前执行难问题尚未得到根本解决的情况下，执行法院和其上一级法院面临较大执行压力和信访压力，利用间接执行措施、执行制裁措施向被执行人施加执行压力的情况较多，有的地区把关不严的问题较为突出，背离了善意文明执行要求。此时，上一级法院具有较为超脱的地位，可以通过对该类行为的监督，把好善意文明执行的尺度。

（二）以申请监督事由为划分依据

在严格执行《加强执行监督意见》第29条前提下，对于中级及基层法院作出的执行裁决，当事人、利害关系人可以参照《民事诉讼法》规定的申请再审事由申请执行监督，因执行监督程序不区分审查审理程序，可以根据申请监督事由合理确定管辖法院。以下情形宜由作出生效执行裁决的法院立案监督：

1. 法院对执行行为应依职权调查而未调查核实的。执行异议复议审查的焦点是人民法院的执行行为，对于执行行为的具体内容是什么，当事人或利害关系人通常仅能依据相关法律文书作出判断，在法律文书记载的行为和其主张的执行行为存在差异时，人民法院应依职权调查核实，而不能简单套用举证证明责任以举证不能为由让当事人、利害关系人承担不利法律后果。比如，执行法院因不同案件，先后查封了被执行人的动产，首查封案件申请执行人提出异议主张另案正在处置的财产是其首查封财产，对此如财产查封清单记录不明，应由执行法院依职权调查核实。该类案件在审查法院未尽核实义务时，宜由作出复议裁定的法院受理监督申请。又比如，《执行异议复议规定》第 14 条规定：“异议人或者复议申请人经合法传唤，无正当理由拒不参加听证，或者未经法庭许可中途退出听证，致使人民法院无法查清相关事实的，由其自行承担不利后果。”该条之所以没有参照审判程序直接规定法院可以裁定按撤回异议申请或复议申请处理，原因在于即便异议人或者复议申请人没有参加听证，不妨碍法院查清事实的，应当对异议请求或复议请求作出处理。比如，法院以被执行人已履行生效法律文书确定义务为由驳回执行申请的，申请执行人提出异议但未参加听证，并不妨碍法院查明事实，如果法院仅以未参加听证为由作出按撤诉处理的裁定，当事人可以法院未履行依职权调查职责申请执行监督。

2. 有新的证据足以推翻原裁定或原裁定认定事实的主要证据是伪造的。《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》明确高级人民法院重在再审依法纠错、统一裁判尺度。对于原审中举证责任分配、证据认定规则适用无不当，但因采信证据发生变化，导致事实认定和法律适用发生变化的，宜由作出复议裁定的法院受理监督申请。

3. 复议程序中审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的，可以由复议法院直接予以纠正。如果当事人、利害关系人在复议程序中主张异议程序中审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的，复议程序未予审查或者查实后未发回异议法院重新审查的，可以向作出复议裁定的上一级法院申请执行监督。

4. 刑事裁判涉财产部分执行中，案外人对执行标的主张足以阻止执行的实体权利，人民法院未依法组织公开听证的。该情形下，法律未赋予案外人提起执行异议之诉的权利，而是通过公开听证方式，强化法庭调查，以保护当事人的实体权利。如复议过程中未进行公开听证，应属重大程序违法。参考民事申请再审中剥夺辩论权的处理方式，该种情况由作出裁定的原审人民法院受理更为妥当。

需要注意的是，对于当事人、利害关系人而言，向作出生效执行裁决的法院申请监督属于赋权性规定，不否定其向上一级法院申请监督的权利，上一级法院可以根据具体案情、工作统筹，依据《最高人民法院关于高级人民法院统一管理执行工作若干问题的规定》第 1 条“高级人民法院在最高人民法院的监督和指导下，对本辖区执行

工作的整体部署、执行案件的监督和协调、执行力量的调度以及执行装备的使用等，实行统一管理”的规定，函告原审法院立案监督。

应由上一级法院（主要是高级法院）立案执行监督进行审查的情形主要有以下五种：第一，原裁定、决定遗漏或者超出异议请求的；第二，原审审判人员在审理该案件时有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的；第三，应当参加异议复议审查，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由未参加的；第四，原裁定、决定适用法律错误的；第五，其他不宜由原审人民法院审查的情形。

需要说明的主要是第三项内容。第三项内容实际是对利害关系人申请执行监督的规定。复议裁定载明的当事人以外的主体，可以称之为利害关系人，以区别于对执行标的主张权利的案外人。通常情况下，利害关系人无权直接对未参与程序的生效执行裁定申请监督，但是如果利害关系人属于应当参与异议复议审查程序，非因自身原因没有参与的情况下，应赋予其申请执行监督的权利。比如，执行程序中法院强制拍卖被执行人名下房产，竞买人通过拍卖竞得该房产。此时，与被执行人签订购房合同的利害关系人对人民法院司法拍卖行为提出异议，法院在审查时未通知竞买人参加异议、复议程序，损害了竞买人的程序性权益，竞买人有权对执行复议裁定向上一级法院申请监督，上一级法院经审查情况属实的可以裁定发回执行法院重新审查，执行法院重新审查时应通知其参加异议审查程序。

七、监督审查中其他需要注意的问题

（一）执行监督审查的审限

法律、司法解释对执行监督案件的审查审限未作明确规定，实践中许多地方是按6个月进行管理，比如《广东省高级人民法院关于办理执行监督案件的指引》第33条规定，执行监督案件应当在立案之日起6个月内办结。这一期限与法定执行期限相同，但相较其他审判类案件的审限仍然过长，与执行效率的价值追求不相符合。根据《执行程序解释》第5条、第8条规定，执行异议和执行复议的审查期限分别是15日和30日，但司法实践普遍反映该审查期限过短，考虑到执行监督承担的纠错功能，结合《民事诉讼法》的相关规定，建议将执行监督的审查期限规定为3个月。有特殊情况需要延长的，应经本院院长批准可以延长，延长期限不超过3个月。对于上一级法院函告原审法院监督的案件，建议规定上一级法院应在立案之日起1个月内发函，如1个月内未发函的，应由上一级法院以裁定方式结案。

（二）执行监督审查的范围

对于当事人、利害关系人申请执行监督的案件，一方面，监督审查范围不应超出

异议请求范围，逾越原异议请求提出的监督请求会损害对方当事人的程序利益，依法应不予审查；另一方面，《执行异议复议规定》第 15 条规定："当事人、利害关系人对同一执行行为有多个异议事由，但未在异议审查过程中一并提出，撤回异议或者被裁定驳回异议后，再次就该执行行为提出异议的，人民法院不予受理。"这是执行程序为考虑效率原则作出的特殊规定，与审判程序存在明显不同。因此，在监督审查中，对于异议人在异议审查期间未提出的事由，亦不纳入审查范围。如果申请监督的当事人、利害关系人反映的其他事由属实，且影响其实体权利的，可以通过依职权监督的方式个案处理。

（三）对于监督裁定的监督

按照《执行信访意见》第 16 条进行的监督系对未受理执行异议的补充救济，自然应当参照适用《执行信访意见》所确立的执行异议三级审查原则，当事人、利害关系人不服上一级法院作出的执行监督裁定，再上一级法院也应当立案监督。[①] 除此之外，对已经作出的监督裁定应否立案监督，应采取审慎态度。首先，对于该类案件，可以先通过执行信访办理系统予以交办，由相关法院通过信访办理程序进行复查，约谈当事人，做好释法释疑工作；其次，原监督法院或是上一级法院复查发现确有错误，一般应由上一级法院进行监督；最后，上一级法院是否立案监督，建议征询该院执行局专业法官会议意见，避免草率立案、程序空转损害执行监督权威。

结　语

对执行审查类案件的监督是执行监督的重要组成部分，也是规范执行监督程序的重要突破口。本文所涉疑难问题有限，比如驳回不予执行劳动人事仲裁裁决申请的裁定能否监督、对变更、撤销执行行为的执行监督裁定能否提出执行异议等一系列问题，有待后续深入讨论。但正因为有了这些问题，有了《民事诉讼法》立法的不断完善、《执行规定》施行近 25 年的丰富实践，执行监督程序的合理、适当、周延、效率才更具可期待性，希冀《强制执行法（草案）》对执行监督章节进一步完善，为细化规范执行监督程序奠定制度基础。

（责任编校：郝晓越）

① 参见吴少军、刘雅玲、张元：《〈关于人民法院办理执行信访案件若干问题的意见〉的理解与适用》，载《人民司法·应用》2016 年第 25 期。

国家建构视角下中国法院的功能

——兼评《当代中国法院的功能研究：理论与实践》

曹永海　陈希国 *

内容摘要：中国司法改革已逐见成效，但随着社会矛盾愈加多元，地方法院的工作压力持续增强。优化司法职权配置一直以来都是司法改革的重要内容,明晰法院功能有助于这一目标的实现。司法裁判是中国法院的基本功能，也是核心功能，从国家建构的视角，还需要拓展中国法院基于司法裁判进行的国家权力下沉、政治话语权进化、国家与社会沟通桥梁之政治功能，维护社会稳定、参与社会治理、执行公共政策之社会功能，以及通过司法裁判所承担的文化标识、文化承继、文化续造之功能。实现法院系列功能是优化司法职权配置的基础，也能明确中国法院在现代民族国家建构进程中的定位，对于司法改革目标的实现以及司法体系的发展完善深具要义。

关键词：司法职权；司法裁判；法院功能；国家建构

引　言

国家建构是指以现代民族国家政权为中心，通过权威渗透等方式，建立并加强一个政府或政权体系的过程。一般意义上的国家建构通常都会同政权体系的建设相联系。然而这种做法会使得研究焦点局限于政治层面，忽略了社会层面。[①] 对于现代民族国家的建构而言，政权体系的建设更加强调合法性与合理性。国家对社会权力的控制于国家建构而言是重中之重。因此强化公民对国家的认同，提高国家能力是国家建构的

* 曹永海，山东大学法学院博士研究生；陈希国，山东省高级人民法院法官助理，山东大学法学院博士研究生。

① 参见陈军亚、王浦劬：《以双重革命构建新型现代国家——基于中国共产党使命的分析》，载《政治学研究》2022 年第 1 期。

重要内容。[①] 法律制度、经济制度、政治制度同现代国家建构有着直接的联系。良好的司法运作更能增强公民的国家认同，联系并稳定国家与公民之间的关系。

司法一直以来都承担着国家建构的重要任务。法院作为司法体系建设的重要部门，于我国国家建构而言不仅需要承担基本的司法裁判功能，同时也需要承担政治、社会和文化方面的功能。随着我国司法体系建设的进一步发展，国家宏观层面对于司法建设也有了更多的期许。十八大以来，以习近平同志为核心的党中央对司法改革给予了高度重视。自 2014 年以来就有近 40 个涉及法院的重要改革方案审议通过，这为进一步推进司法改革，建设和发展我国的司法体系提供了重要的基础。2019 年，最高人民法院发布的《人民法院第五个五年改革纲要（2019—2023）》，进一步强调了人民法院司法体制深化改革的重要性。优化司法职权配置一直以来都是司法改革的重要内容。围绕司法权进行的体制与机制改革，是司法改革的核心内容，优化司法职权配置是司法改革的永恒主题。[②] 在这样的大背景下，郑智航教授的《当代中国法院的功能研究：理论与实践》一书为这一主题的研究提供了更为广阔的视角和研究思路，也向学界展示了丰富的实证文献和深刻的理论体系。这一研究采用了国家建构的宏观背景，不再局限于对法院功能的单一考察，拓宽了对法院功能的研究范围，有助于展现法院和其他国家机关之间的复杂关系，有助于推动司法制度研究方法的更新，有助于为当下司法改革的完善明晰方向。

明晰法院所承担的一系列功能是实现优化司法职权配置的基础。因此，准确定位法院在现代民族国家建构的进程中能够承担的功能，对于司法改革目标的实现，对于我国司法体系的发展完善深具要义。本文借鉴《当代中国法院的功能研究:理论与实践》的理论视角与思维框架，同时以本书所提供的观点为基础进一步思考，试图解释中国法院如何以司法裁判为基础功能而实现其政治、社会和文化功能，意在指出法院所有的功能承担都可以且应当基于司法裁判功能予以实现。法院通过司法裁判功能助力实现国家与社会的良性互动，从而实现其他功能的发挥，这一进路有益于法院职能重心的稳定。

一、国家建构中法院以司法裁判为基本的功能承担

自“推进国家治理体系和治理能力现代化”在十八届三中全会上被提出以来，学者们开始从国家能力的角度研究司法权能和法院职能。然而，这些研究或者忽视了西

① 参见郑智航、曹永海：《国家建构视野下法律制度的法典化》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2022 年第 3 期。

② 参见李爽：《优化司法职权配置的理论解读与制度建构——“第 12 期金杜明德法治沙龙暨优化司法职权配置研讨会”综述》，载《法制与社会发展》2016 年第 2 期。

方国家建构理论的历史背景，或者过于关注司法改革应然如何而缺乏对实际运作的分析，抑或对国家建构与司法之间的内在联系未能深入展开。[①]《当代中国法院的功能研究：理论与实践》一书指出，以国家建构为视角研究中国司法权的具体运作时，可以借助国家与社会的治理性相互依赖框架、国家机构之间协调和沟通框架。[②] 借助国家机构这一框架有益于明晰中国法院在现代国家建构进程中所承担的政治功能，从而深入探讨中国法院如何能够有助于国家权力的内部下沉，中国法院是如何适应政治话语的。毕竟，同其他部门一样，法院亦需要承担国家政权建设的职能，并用司法话语维护政府的合法性。[③] 而借助国家与社会的依赖框架，不仅有益于对法院在社会管理、政策执行两个方面所能够发挥的功能予以考察，同时还便于对国家权力通过司法运作的社会下沉和司法文化的塑造功能进行深入研究。原因在于国家与社会这个二元结构并非是割裂的，二者之间会不断地碰撞交换，控制与反制。[④]

司法作为国家建构过程中调解社会关系、化解利益纠纷的重要方式，能够为现代国家政权提供政治合法性，保障社会稳定有序的运行。中国在法治维度上的现代国家建构，所取得的重大成就，都是以国家体制和国家能力为基础的。[⑤] 为了进一步推动和深化司法改革，2020 年 8 月，最高人民法院印发《关于深化司法责任制综合配套改革的实施意见》，进一步强调了要加强法院政治建设、优化司法资源配置等。因此，对于中国法院在国家建构过程中所承担的一系列功能予以考察，有益于明确中国法院的职能定位，有益于司法改革与司法体系发展的进一步规划。

司法裁判是中国法院的基本功能，学界早已形成共识，即法院不能偏离传统意义上纠纷解决的司法裁判功能。有学者提出，法院虽然有着多元的功能，但司法裁判功能仍是中国法院的基本功能，应防止法院舍本逐末，偏废裁判功能。[⑥] 法院所承担的其他多元功能正是以司法裁判为基础的。司法系统并非完全独立封闭的系统，司法在一定程度上必须要保证同社会、政治和文化的协调统一。从国家建构的理论视角来看，一切制度设计都应当服务于民族国家的统一与合法性构建，司法也不能例外。所以，深入研究法院功能所涉及的政治、社会和文化功能，反而有助于更为深入地对法院的司法裁判功能予以定位。法院的多元功能有赖于司法裁判这一基本功能来实现，但当前域外司法实践无法给我们提供足够体量的经验作为参照，因此，有必要讨论中国法

① 参见郑智航：《国家建构视角下的中国司法——以国家能力为核心》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2018 年第 1 期。
② 参见郑智航：《当代中国法院的功能研究：理论与实践》，北京大学出版社 2020 年版，第 11 页。
③ 参见汪庆华：《中国行政诉讼：多中心主义的司法》，载《中外法学》2007 年第 5 期。
④ 参见陈柏峰：《城镇规划区违建执法困境及其解释——国家能力的视角》，载《法学研究》2015 年第 1 期。
⑤ 参见陈柏峰：《送法下乡与现代国家建构》，载《求索》2022 年第 1 期。
⑥ 参见周苏湘：《法院诉源治理的异化风险与预防——基于功能主义的研究视域》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》2020 年第 1 期。

院是如何发挥能动性，以实现其政治、社会和文化方面功能的。[①] 因此，对于法院司法裁判功能的研究不能仅仅围绕纠纷解决以及相关主题而进行。对法院司法裁判的基本功能的考察，需要放置在国家与社会的治理性相互依赖框架以及国家机构之间协调和沟通的框架之中，进行深入分析。一旦将法院置于这两个框架内进行讨论，就不得不对其所发挥的政治、社会和文化功能予以考察。

二、中国法院在国家建构中的政治功能

司法裁判是中国法院所承担的基本功能。从国家建构的视角来看，法院司法裁判这一基本职能应当有益于国家政治权能对社会的控制。国家建构理论的提出有一个重要的原因，即市民社会对国家能力的侵蚀。[②] 因此，司法制度的设计与运行都需要符合国家建构需求。法院通过司法实践主要承担两项重要的政治功能，即国家权力的下沉与政治话语的进化，其中法院实际上承担了一种桥梁功能。

（一）国家权力下沉的功能

法院需要为国家权力下沉发挥作用，而国家权力下沉的实现需要从两个方面予以推进：一是国家机构内对政策法律的贯彻；二是协调国家与社会的关系。国家能力越强大，其法律和政令越能够在国家科层体系内高效传递。[③] 司法对于国家建构过程中国家能力的提升有着不可替代的作用。在某种意义上，国家权力下沉是新中国国家建构的必要任务，它可以经由司法的运行而实现。[④] 因此，法院必须负担起这一政治功能。《当代中国法院的功能研究：理论与实践》一书，详细考察了国家权力下沉的司法路线，指出法院通过司法活动能够拉近公民与国家之间的距离，从而实现国家权力下沉。

法院的司法活动，需要贯彻法律的统一性，并监督地方政府依法行政，这是国家权力能够实现社会控制的基础，也是国家进行社会控制的合法性依据。倘若一国政府内部的政策和法律本身存在诸多矛盾和冲突，势必影响公民对政府的信任，降低公民对政府、法律的认同感，不利于国家认同的实现。虽然，学者们对于将科层管理的模式应用于法院机构提出过质疑。[⑤] 但科层制在司法组织体系被广泛应用的生命力源自

① 参见上海市第一中级人民法院课题组：《我国法院参与中国法域外适用法律体系建设的路径与机制构建》，载《法律适用》2021 年第 1 期。
② 参见郑智航：《当代中国法院的功能研究：理论与实践》，北京大学出版社 2020 年版，第 5 页。
③ 参见［美］弗朗西斯·福山：《国家构建：21 世纪的国家治理与世界秩序》，黄胜强、许铭原译，中国社会科学出版社 2007 年版，第 20–23 页。
④ 参见郑智航：《当代中国法院的功能研究：理论与实践》，北京大学出版社 2020 年版，第 27 页。
⑤ 参见余韵洁：《司法中立的异化、司法官僚及其克服》，载《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 5 期。

它难以被替代的价值：利于司法政策被高效执行。[①] 因此，面对这种上下级法院间的“条条关系”所导致的司法失真，有必要放在国家机构间沟通框架内予以分析。[②] 首先，由于上级法院对下级法院具有监督权，下级法院为了谋求“生存”空间，规避错案追究，采用能调则调的办案方式。其次，为了避免在疑难案件中承担裁判风险，下级法院往往会选择请示上级法院，从而一定程度上规避风险。最后，为避免与地方政府的矛盾冲突，地方法院可能采取偷梁换柱的方式，表面上执行某一政策，事实上是为了能够不与地方政府发生冲突，同时规避一些科层责任。以上三种情况都会使得司法活动偏离法治的轨道，这种看似和谐的机构间关系实质上是以牺牲法治原则为代价的。从国家建构的角度来看，法院的司法活动要服务于政治权力的统一性，就应当致力于自身以及地方政府对中央的政策法规的贯彻。一方面，人民法院应当担负起监督法治政府建设的基本责任，践行行政诉讼制度；[③] 另一方面，基层法院应当对国家法律政策予以全面贯彻执行。

法院需要通过司法裁判来达致国家与社会的沟通，实现国家权力下沉到基层社会。从国家建构的视角来看，现代民族国家的建构需要基于公民的国家认同、政治认同和法律认同来建立和稳固其合法性。因此这一理论提出的一个重要目的就在于融合国家—社会二元结构，以期实现获得社会支持认可的民族国家建构。因此，法院作为司法领域沟通国家和社会的桥梁，承担着国家权力下沉的重要功能。这一功能的实现在中国呈现出自上而下和自下而上的动态过程。一般来讲，国家权力通过司法运作的方式下沉到基层社会，所呈现的便是一种自上而下的过程。基层法院承担着国家权威向乡村社会渗透、重塑国家权威基础和驯服乡村微观权力形态等政治任务。[④] 但是，单向的权威渗透并不能有效回应地方的治理需求，无法有效加强基层社会对司法公信力的认同感，也就不能提升公民的国家认同感，无法协助中央及时有效地进行法律修订或政策调整。编写报送指导性案例的机制，则为将司法社会运作实际境况向最高人民法院乃至中央进行反映提供了可靠进路。最高人民法院印发的《关于编写报送指导性案例体例的意见》指出：“指导性案例的体例主要包括标题、关键词、裁判要点、相关法条、基本案情 、裁判结果、裁判理由七个部分。”“裁判要点应简要归纳和提炼指导性案例体现的具有指导意义的重要裁判规则、理念或方法。”“裁判理由应当重点围绕案件的主要问题、争议焦点或者分歧意见，充分阐明案例的指导价值。说理应当准确、精当、透彻，与叙述的基本案情前后照应，并紧密结合选定指导性案例的社会背景，

① 参见［美］米尔伊安·R. 达马什卡：《司法和国家权力的多种面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社2004年版，第276页。
② 参见郑智航：《当代中国法院的功能研究：理论与实践》，北京大学出版社2020年版，第20页。
③ 参见章志远：《法治政府建设中的人民法院：问题与再定位》，载《探索与争鸣》2022年第1期。
④ 参见郑智航：《乡村司法与国家治理——以乡村微观权力的整合为线索》，载《法学研究》2016年第1期。

有针对性和说服力，确保法律效果和社会效果的统一、良好。”指导性案例编写报送这一机制的初衷虽然是服务于指导性案例制度，但不可否认的是，它同时也实现了对各地司法实践的向上表达。一方面，既然它需要具有指导意义的重要裁判规则、理念或方法，那就意味着这一裁判规则、理念或方法具有典型性；另一方面，既然说理要结合案例的社会背景，且要确保法律效果和社会效果的统一、良好，那就必须保证此类案件是对某一社会问题或者某一社会现象的反映。这就保证了指导性案例的编写报送能够反映基层社会的司法需求。

（二）政治话语的进化功能

中国法院需要对政治话语予以表达。《当代中国法院的功能研究：理论与实践》选取了 1980—2010 年《最高人民法院工作报告》中的部分内容，采用话语分析的方法发现，“中国司法在具体的运作过程中受到的政治约束愈来愈少，具体的法律话语在中国司法场域中愈来愈得到凸显，但是中国司法仍然深受中国政治制度、政治架构以及政治意识形态的影响，因此可以说中国司法体制已被深深地镶嵌在中国政治体制之中”①。由此，作者分析，中国司法与中国政治制度呈现出一种单向进化的关系，司法改革方案的设计也必须在中国现行的政治架构之内。当然，作者也指出了这种模式的局限在于缺乏司法对政治发展的推动作用，并提出了自己的三点构想：区分某一政治目的是法律的直接目的还是间接目的;避免将司法目的简单视为政治目的的“复写”;以正当法律程序实现或体现政治需求，坚守宪法底线，用宪法引领中国政治制度、政治架构以及政治意识形态的发展。但是以这三点为基础，中国司法对于中国政治体制、政治架构发展的推进作用，亦可以通过指导案例报送机制的发展以及最高人民法院的话语表达来实现中国法院这项重要的政治功能。因为前者能够形成一份反映社会司法需求的重要文献，后者则能够将之向中央进行反馈。在这一进程中，法院能够通过对已有审判材料的筛选、整理、分析，传递，沟通社会与国家，从而起到对中国政治体制、政治架构以及政治意识形态发展与进步的推动作用。

（三）沟通国家与社会的桥梁功能

无论国家权力的下沉功能还是政治话语的进化功能，实质上都是围绕着司法审判这一基本功能实现的功能拓展，其本质上是通过法院司法审判活动沟通国家与社会，协调国家行政机关内部机关间关系。因此，可以认为，法院的司法裁判这一基本功能还能够起到沟通社会和国家的重要作用，表现为沟通国家社会的桥梁功能。一方面，从国家对社会控制的实现来讲，国家首先需要树立其司法的权威性，因此基层法院通过司法活动向基层社会传递中央的政治话语，促进基层社会对中央的政治认同。同时，通过司法裁判活动，法院能够在基层社会树立司法权威，提高公民对法治的信赖度，

① 郑智航：《当代中国法院的功能研究：理论与实践》，北京大学出版社 2020 年版，第 98 页。

从而实现对政权合法性的认同。另一方面，由于社会的多元化发展，中央难以及时有效地获知社会中矛盾的发展和变化，因此，透过基层法院出现的各类代表性案件，中央能够适时地调节相关政策。

三、中国法院在国家建构中的社会功能

以法院的司法裁判这一功能为基础，中国法院在国家建构中所具备的社会功能包括维持社会稳定、参与社会治理以及执行公共政策。

（一）维持社会稳定的功能

法院对社会秩序的稳定主要体现为解决纠纷功能、权力配置功能、维护法律统一功能三个方面。[①] 首先，不同于私力救济，法院通过司法裁判的方式解决社会纠纷，一来是对国家权力的体现；二来是对法律追求的公平与效率的贯彻，以此彰显其合法性与合理性，从而塑造司法权威。其次，法院的司法活动是对宪法尊严的维护，通过对地方政府的监督，实现对地方政府权力滥用的防治，不仅是对公民权利的保障，同时也是对国家权力下沉的保障。最后，法院通过司法裁判确立司法权威，是维护法律统一性的重要方式。

（二）参与社会治理的功能

中国法院除了具备稳定社会秩序的功能外，还有着参与社会治理的重要功能。现代民族国家建构和发展与国家治理能力现代化息息相关，而社会治理则是国家治理的基础。[②] 司法具有明确的政治功能，而法院作为社会管理机构，也具有社会治理方面的功能。[③]

一方面，法院在社会治理方面的功能体现在参与社会管理创新上。在《当代中国法院的功能研究:理论与实践》一书中,作者提出,法院试图通过推进政府职能转变、促进公共政策调整和敦促预防三种方式参与并助推社会管理创新，但这只是满足了党和国家的基本要求，对于社会管理创新的助推作用十分有限。理论上讲，法院可以通过司法裁判形成对社会行为的引导以实现社会管理创新，但实际上，案件一旦牵扯到行政机关就会出现“执行难”的问题。再者，由于基层法院与地方政府机关之间的“块块关系”，法院并不会在实质层面以司法建议的方式敦促政府进行社会管理创新,因为这对于法院自身而言可能会加重工作负担或者带来不必要的风险。再者，

① 参见姚莉：《功能与结构：法院制度比较研究》，载《法商研究》2003年第2期。
② 参见曹阳、黎远松：《国家治理能力现代化视域下的税收法治化建设》，载《中国特色社会主义研究》2021年第2期。
③ 参见江必新：《能动司法：依据、空间和限度——关于能动司法的若干思考和体会》，载《人民司法·应用》2010年第1期。

司法建议纳入绩效考核也会增重法官和法院的工作负担，而实际上司法建议并不能有效推进社会管理的创新。故而作者提出,法院参与社会管理创新应当回到司法逻辑。而以司法判决推动社会管理创新，并不意味着法院如前所述一般通过行政诉讼参与到社会管理创新中去，而是指法院通过具有个案性的裁判活动引导或者推动社会管理创新。

另一方面，法院社会治理方面的功能体现在对社会矛盾的化解上。有学者指出，要紧紧围绕司法办案第一要务，切实发挥法院在加强社会管理、化解社会矛盾等方面的积极作用。[①]2021 年 9 月，最高人民法院印发《关于深化人民法院一站式多元解纷机制建设推动矛盾纠纷源头化解的实施意见》，进一步强调了法院要加大对社会治理的参与，强调法院工作重心前移，强调对纠纷源头的化解。党的十九大报告指出，要“提高社会治理社会化、法治化、智能化、专业化水平”。人民法院是基层社会治理组织体系中的一员，在其中发挥着重要的推动、引领、保障作用，它能够推动党领导下的基层社会治理组织结构的完善。[②] 对于基层社会而言，司法是社会治理有效实现的基本保障，而人民法院作为承担司法裁判职能的专业化机关，更是承担着化解社会矛盾，维护社会正义的首要责任。因此，无论通过诉前调解还是诉讼裁判，司法的第一要义都是公平公正解决社会矛盾，调和利益纠纷，防治违法犯罪，通过高质量的司法活动，积极发挥对基层社会法治建设的作用，积极发挥处理社会纠纷的社会治理功能。

（三）执行公共政策的功能

以司法裁判这一基本功能为基础，法院在社会层面的功能表现还包括对公共政策的执行。卡多佐在对司法和公共政策的研究中提出，法院的职能在于精准确定适宜当前社会、当前时代的政策规则。[③] 学者们对于法院就公共政策如何执行已有诸多成果,《当代中国法院的功能研究：理论与实践》一书中就有着相关的详细论证，作者借用卢曼的系统论，强调社会系统需要对环境保持一定的开放，在“系统—环境”进路中各个子系统间的相互影响是其发展与更新的内在动力。在通过对法院执行公共政策运行的实然状态进行研究之后，作者提出了法院应考察公共政策和宪法之间的关系，通过“高位推动”引起各部门重视的操作路径。但除此以外，法院对公共政策执行功能的践行仍需要考虑合法合理性的问题，当案件中纠纷解决和公共政策出现张力之时，即便公共政策是合法的，法院的裁决也必须要维护裁判的公正，否则即便形成或执行了公共政策仍会造成公众对其合理性质疑。通过司法裁判执行公

① 参见游劝荣、姚莉：《统筹推进疫情防控和经济社会发展的中国司法模式探究》，载《法学评论》2022 年第 5 期。
② 参见高娟:《乡村振兴战略背景下人民法院参与乡村治理的路径完善》,载《河北法学》2022 年第 11 期。
③ 参见［美］本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 1998 年版，第 59 页。

共政策有益于将政策中的价值观向社会传递，为了有效实现这一目标，审判就需要采用实用主义与程序理性的正当结合，即法院的裁判既要考量其社会效果，也需要考虑程序规则的价值。[①] 简言之，法院裁判执行对公共政策的执行有益于对政策导向的社会价值观塑造，维护国家与社会之间的价值统一性，但同时司法裁判仍需要注意司法程序的合理合法，以此才能保障通过司法裁判进行公共政策执行的正当性。不难发现，除探讨法院是否应当执行公共政策以外的研究，学者们对于公共政策进入司法系统实然层面的考察都不能够脱离司法裁判这一基本功能。从司法裁判所能够引起的社会效果而言，法院通过司法裁判执行公共政策是可行的。但是，法院要充分考量公共政策与宪法之间的关系，判断政策的合宪性。[②] 从维护司法权威，保障司法裁判执行公共政策的合法合理性来考虑，法院也应当持一种审慎的态度。

四、中国法院在国家建构中的文化功能

法院在现代民族国家的建构进程中还承担着重要的文化塑造功能。《当代中国法院的功能研究：理论与实践》通过考察法院对司法文化塑造建设实践，意图揭示其中的逻辑和立场，认识到司法文化包括法官文化、诉讼文化、司法环境文化，在具体叙述法院司法文化塑造方式时，归纳了树立榜样、文艺宣传、文化展览、礼仪培训这四种方式。然而，这四种方式并不是法院司法活动的核心。诚然，作者揭示了法院通过以上四种方式进行司法文化塑造活动所暴露的不足，但却未能更进一步说明法院如何才能回归司法裁判本身进行司法文化塑造。

（一）司法裁判的文化标识功能

无论法律文本还是司法裁判，其本身都必须根植于一国的政治与文化。对于现代民族国家建构而言，法律应当是对民族法律文化的镌刻，司法则是对这一文化的诠释。司法裁判的说理都是根植于政治、文化土壤的，也都具备其特有的社会功能。[③] 现代民族国家需要巩固和彰显其政治、文化的边界，然而全球化会推动世界多元文化的交融，一方面有益于促进文化交流发展，但另一方面也会导致对统一固有文化的侵蚀。因此，在法治维度上，立法和司法都需要成为法律文化统一的担纲者。在《当代中国法院的功能研究：理论与实践》一书中，作者所展现的树立榜样和典型、文艺宣传、文化展览、司法礼仪培训，不仅是法院对司法文化的塑造，同时也是对司法文化标识功能的一种表现。此外，法院还能够通过司法裁判来完成对文化的标识

① 参见廖永安、王聪：《法院如何执行公共政策：一种实用主义与程序理性有机结合的裁判进路——以“电梯内劝阻吸烟案”为切入点》，载《政治与法律》2019年第12期。
② 参见郑智航：《当代中国法院的功能研究：理论与实践》，北京大学出版社2020年版，第172页。
③ 参见杨帆：《司法裁判说理援引法律学说的功能主义反思》，载《法制与社会发展》2021年第2期。

和象征。

中国法院的司法活动能够通过具体的裁判形成对中国政治话语的表述以及对本民族法律文化的叙事。一方面，中国法院具有一定的政治功能，它需要承担起政治话语向基层传递的任务，从而协调中央同社会之间的关系，使得国家从上到下都维持和呈现统一性与协调性；另一方面，法院在进行司法裁判时又必须紧扣社会文化，以避免与社会文化的脱离，造成司法判决难以为公众所接受。虽然法院也承担着将社会舆情向中央进行反馈的功能，但法院以司法裁判来宣传和象征司法文化时，必须要在政治话语的基本框架内行进。因此，在个案当中，法院与地方文化之间会呈现出紧张的关系。对此，有学者就司法裁判同公众意见之间的关系做过相关探讨，[①] 也有学者是从法院和社会文化的结构关系进行分析的。前者认为应当加强司法判决的说理，增进程序公正，从而强化司法公信力，以减少法院与社会间在个案中的紧张关系；后者则认为，若要从根本上解决法院与社会文化间的紧张关系就得在二者的互动中形塑一个稳定的结构关系，使得司法活动能够最大程度承载社会文化的价值。[②] 诚然，加强司法公信力似乎能够令司法裁判更具社会信服感，但仅仅是加强说理和增进程序公正，显然不能够充分解决文化领域的冲突。公信亦属于一种文化范畴，司法公信取决于司法裁判与人类精神文化价值的契合性。[③] 倘若裁判本身同当地文化有极大的冲突，显然难以说服公众。

（二）司法裁判的文化承继功能

司法活动对政治、文化的表征，建立在文化承继的基础之上。因此，司法裁判自然会具有对文化的承继功能。从国家建构的角度来看，现代民族国家的建构不可能全然脱离传统民族文化。于个人而言，社会化的过程必然伴随着文化的学习；于社会而言，文化的发展必然要以原有的、现有的文化为基础。对于法律和司法而言亦是如此。法院的司法裁判需要考量历史习俗、文化观念、民情等等。[④] 法院的司法裁判活动为了切合社会的实际情况，就需要符合本国国情、符合当地风土人情、历史习俗。比如说，中国传统文化十分重视乡土文化和家文化。因而当下的司法裁判清晰地表现出人们对传统文化自觉或不自觉地认同、推崇与遵循。[⑤] 再有如我国的司法调解制度便是对中国传统文化的一种传承和体现。对于西方国家，无论走理性主义道路的大陆法系，还是经验主义的英美法系，都是基于其本国的文化传承。我国的调解制度亦是根植于中华传统文化。司法调解体现了我国历史文化中对和谐价值、

① 参见陈林林：《公众意见在裁判结构中的地位》，载《法学研究》2012 年第 1 期。
② 参见高冠宇：《法院如何沟通文化——基于法院与文化的结构关系》，载《河北法学》2014 年第 2 期。
③ 参见江国华：《论中国实践主义司法哲学》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2023 年第 1 期。
④ 参见张文显、李光宇：《司法：法律效果与社会效果的衡平分析》，载《社会科学战线》2011 年第 7 期。
⑤ 参见李平：《〈民法典〉中“家庭”的双重意涵及传统文化的启示》，载《云南社会科学》2022 年第 6 期。

人际关系、社会秩序、纠纷解决的重要倾向。[①]

（三）司法裁判的文化续造功能

法律文本和司法活动可以被看作是对文化的承继和表达，而司法裁判同样能够对文化进行续造。前文已述及，《当代中国法院的功能研究：理论与实践》展现了四种文化塑造的基本方式，但这四种方式更多还是对已有司法文化的展现或象征。一方面，当新的社会矛盾出现在法庭时，法官首先会适用现有的法律和司法解释，试图将之框入原有的文化体系当中，但同时这一司法活动事实上是将一种新的社会纠纷纳入原有文化框架，同样可以看作是一种文化的塑造。另一方面，对于一些重大的社会案件，法院所作出的裁判或裁决是对现有社会文化价值观念的一种肯定，能够向中央传递当前社会所反映的文化价值观念，从而推动立法的修订。例如，印度抗癌药代购案中，陆勇被公诉至法院便引起了极大的争议。次年，法院对检察院针对该案的“撤回起诉”做出了准许裁定，这为2019年《药品管理法》的修订奠定了文化基础。

结语：中国法院司法裁判功能的延伸

本文以《当代中国法院的功能研究：理论与实践》一书关于法院功能的研究为基础，将法院置于“国家—社会”这一主要的运作框架中对法院司法裁判功能在其他领域的功能呈现予以考察。法院作为国家和社会进行互动的重要轴承，通过其基本的司法裁判能够在一定程度上实现政治、社会和文化方面的功能。当下，法院的诉累压力逐年递增，而法院体系考核指标的多元化亦不断增重了法院的工作压力。一来国家希望法院能够承担起一定的政治、社会和文化方面的功能；二来繁重的诉讼压力不仅令法官不断负重，长时的诉讼流程亦会令诉讼当事人产生不必要的负面情绪，不利于司法公信力的维护。事实上，法院基于司法裁判这一基础功能同样可以做到对其他领域的功能延伸，良好的司法裁判能够更为有效地化解利益纠纷从而调解社会关系，为现代国家政权提供政治合法性，保障社会稳定有序地运行。因此，对于当代中国法院而言，从国家建构的视角来看，它应当担负起除司法裁判之外的一系列功能，但同时，这些功能的实现应当以司法裁判活动为中心而展开，应当表现为对司法裁判功能在政治、社会、文化方面的进一步延伸。

（责任编校：王文斌）

① 参见李炳烁：《论司法调解规范化的实践问题与路径选择》，载《法学杂志》2016年第12期。

审级职能定位改革视野下不当诉讼行为的审视与规制

孙振庆　司涛涛 *

内容摘要：审级职能定位改革的目标是实现繁案上行、简案下行、事实审和法律审相对分离。实践中，受实体正义优先司法理念、法官避责行为逻辑和当事人利益最大化的价值追求等多重因素影响，行为人多采取恶意缺席庭审、寻租型上诉、“信访 +”申请再审的不当诉讼行为，增加了法官事实认定难度。不当诉讼行为产生的主要原因是证据失权制度缺位，应以适用相对缓和的“证据失权酌定主义”为突破，具体化、精细化适用条件、规则和流程。以此为基础，辅之以缺席判决制度和上诉（再审）筛查机制，合理适用惩戒措施，形成有效遏制不当诉讼行为的规制体系。

关键词：不当诉讼行为；审级职能定位改革；证据失权；缺席判决制度；上诉筛查机制

“基层法院重在准确查明事实、实质化解纠纷”是完善四级法院审级职能定位改革的重要内容，也是绝大多数案件事实和法律争议在两审之内实质性解决的基础。然而，在民商事审判实践中，被告采取恶意缺席庭审、寻租型上诉、“信访 +”申请再审等不当诉讼行为的机会主义行为[①]屡见不鲜，一定程度上阻碍了案件事实和法律争议的实质性解决。原告的合法权益迟迟得不到维护，稀缺司法资源被存有恶意的被告所挤占。行为人选择利己的诉讼行为无可厚非，但如果行为违反比例原则，[②]消损民事诉

* 孙振庆，山东省济宁市中级人民法院研究室副主任；司涛涛，山东省邹城市人民法院民二庭法官。

① 美国经济学家威廉姆森把人一有机会就会损人而不利己的“本性”称之为机会主义。所谓机会主义行为，一般指当事人在信息不对称的情况下从事的追求利益最大化并且不顾及或者损害他人利益的行为。参见刘强、金陈力：《机会主义行为与知识产权默示许可研究》，载《知识产权》2014 年第 7 期。

② 民事程序应当与民事争议的价值、重要性和复杂性成比例。参见张维迎、艾佳慧：《上诉程序的信息机制——兼论上诉功能的实现》，载《中国法学》2011 年第 3 期。

讼制度功能，则应予以否定性评价。实践中很多法官对此过于宽容，引发负面效应，阻碍改革推进，亟需有效规制。现有研究多倾向于行为人权利保护而非制约，相对集中于完善缺席判决制度、缺席判决上诉审中的诉权保护以及证据失权制度的存废等问题的探讨，缺乏对不当诉讼行为给制度运行和司法环境带来的负面效应及其行为成因方面的深层次思考，也没有相应的系统性规制方面的研究。基于此，在对不当诉讼行为类型化分析的基础上，尝试以适用相对缓和的“证据失权酌定主义”为突破，辅之以其他制度措施，以达到有效遏制不当诉讼行为、准确查明案件事实、实质化解纠纷的目的。

一、不当诉讼行为的实践样态

行为人为了达到拖延诉讼进程、延缓履行判决义务、减轻应负责任等不当目的而恶意采取的诉讼行为，称之为不当诉讼行为。本文探讨的行为主体是基层法院审理的民商事案件中的一审被告、二审上诉人及再审申请人（以下统称行为人）。通过梳理发现，司法实践中常见以下三种不当诉讼行为：

（一）恶意缺席庭审行为

1. 实践表现。行为人恶意缺席庭审的案件数量逐年上升。从S省J市基层法院近五年来（2018—2022年）审结的民商事案件来看，恶意缺席庭审的现象较为普遍，案件数量呈逐年上升趋势，从2018年8930件攀升至2022年22325件，增长了2.5倍。案由主要表现为民间借贷纠纷、金融借款合同纠纷、买卖合同纠纷、机动车交通责任事故纠纷、信用卡纠纷等类型。以基层法院受理的民间借贷纠纷为例，该类案件大多法律关系较为明确，事实简单易查，一般情况下法官以原告提交的借条、转款记录即可认定案件事实。所以，在开庭审理之前，行为人内心往往对最终的裁判结果有一定的预判，在这种情况下会产生“出庭与否对审判结果不会有什么影响”的想法，故而拒不出庭应诉，恶意缺席庭审。

2. 认定路径。首先，受诉法院按程序送达（采取直接送达、电子送达、邮寄送达，公告送达除外）[①] 开庭传票、起诉状副本、应诉通知书及举证通知书。随后，行为人于答辩期内未提交书面答辩状，举证期限内未提交书面证据。最后，行为人未出庭，包含拒收上述文书且未出庭应诉和虽签收但无正当理由拒不出庭应诉两种情形。通过以上三步，可以综合认定为恶意缺席庭审行为。

① 笔者认为，适用公告方式向被告送达开庭传票等程序性法律文书的案件中，因被告下落不明，法官无法直接判断被告是否存在主观故意缺席庭审，此类被告的缺席行为暂不宜认定为“恶意”缺席行为，故而不纳入本文的讨论范围。

（二）寻租型上诉行为

1. 行为特征。寻租型上诉，也称消极的机会性上诉，是指意在拖延诉讼时间和谋取一些不正当的实体或程序利益的上诉，也包括一些上诉的社会成本大于上诉的私人成本的小额案件。[①] 基于本文讨论的范围，寻租型上诉行为的特征为：一是以缺席判决为前提。“一般认为缺席判决制度的立法目的在于，当事人受到合法送达、知晓诉讼存在却仍懈怠于行使自身诉讼权利的案件中确保程序的顺利推进，也就是说典型的缺席判决是发生在一方当事人原本就不打算应诉的情形下的。”[②] 二是以拖延诉讼时间和谋取一些不正当的实体或程序利益为目的，行为人借助诉讼程序功能和制度漏洞，以实现自身利益最大化。

2. 实践表现。近年来，寻租型上诉行为愈发普遍，通过梳理 S 省 J 市基层法院近 5 年来针对恶意缺席行为适用缺席判决制度作出判决的案件发现，行为人在机会主义心理驱使下多会尝试实施寻租型上诉行为，缺席判决上诉数量居高不下且呈逐年上升趋势，由 2018 年的 737 件攀升至 2022 年的 2785 件。以恶意缺席率最高的民间借贷纠纷为例，缺席判决后行为人的上诉数量最多，上诉率最高，体现了不当诉讼行为的连续性和行为人的策略性。

（三）“信访 +”申请再审行为

1. 行为特征。“信访 +”申请再审是指再审申请人通过信访路径以信访的形式提出再审申请，分为一审缺席判决生效后申请再审和二审判决后申请再审两种情形。特征表现为：一是以信访的途径提出再审申请，以此向受诉法院施加压力，从而增加再审立案成功的机会；二是行为具备主观恶性，在不具备法定情形的情况下恶意申请再审，目的是阻碍、拖延执行，延缓履行判决义务；三是行为的连续性，该行为系恶意缺席行为和寻租型上诉行为的进一步延续。

2. 实践表现。2018 年至 2022 年，S 省 J 市基层法院共启动 85 件缺席判决生效后申请再审的案件，启动原因多为送达程序违法、庭审程序违法、违反回避规定以及信访因素等，占比达 54%；因新证据（占比 29%）、适用法律错误（占比 17%）启动再审的占比相对较小。S 省 J 市中院共启动二审生效后行为人申请再审的案件 49 件，启动原因多为新证据、适用法律错误以及信访因素等。

综上，不当诉讼行为之间具有明显的共性和内部关联性。首先，行为均具有明显

① 苏力教授在《关于海瑞定理Ⅰ》一文中，在海瑞“诬诉”一词的基础上提出了“寻租型”诉讼这一概念。基于此，学者艾佳慧提出“寻租型上诉”概念。参见苏力：《关于海瑞定理Ⅰ》，载《法律和社会科学》（第四卷），法律出版社 2009 年版，第 49 页；艾佳慧：《制度环境、诉讼策略与民事上诉率变迁——理论模型与初步检验》，载《法制与社会发展》2017 年第 5 期。

② 占善刚、曹影：《我国民事缺席判决的可接受性之探讨》，载《华北电力大学学报（社会科学版）》2020 年第 2 期。

的主观恶性；其次，行为人恶意缺席行为是其他不当诉讼行为的基础，其他不当诉讼行为是恶意缺席行为的进一步延续；再次，不当诉讼行为之间呈现连贯性，在同一案件中，行为人一般会连续实施两种以上的不当诉讼行为；最后，均以达到增加一审准确认定事实的难度、拖延诉讼、减轻应付责任和延迟履行判决义务为目的，呈现明显的机会主义倾向。

二、不当诉讼行为的负面效应

置身四级法院审级职能定位改革的现实场域进行考量，不当诉讼行为泛滥带来诸多负面效应。从微观层面看，影响个案质效，损害诉讼当事人合法权益；从宏观层面看，给司法环境带来消极影响，减损司法公信力。

（一）微观层面

1. 对一审原告而言，增加了维权的时间成本和金钱成本。案例一：王某伟诉高某某民间借贷纠纷案。一审法院于2021年5月19日立案受理，于2021年5月22日通过电子送达的方式向被告高某送达了开庭传票、应诉通知书、举证通知书、起诉状副本。庭前，被告并未向法院提交书面答辩状及证据。2021年5月29日，庭审时，被告未到庭，一审法院依法缺席审理，原告提交借条、转账记录、微信聊天记录截图等证据。2021年6月3日，一审法院依法缺席判决，支持原告的诉讼请求。判决书送达后，被告不服一审判决于2021年6月16日以邮寄上诉状的方式向二审法院提出上诉。2021年10月8日二审上诉立案，2021年11月6日二审开庭，审理中上诉人（被告）提出现金偿还部分借款，但未提交证据。2021年11月21日，二审判决维持一审判决。

本案案情简单明了，借贷法律关系明确，欠款事实清晰，原告的诉求合法合理，一审判决认定事实准确、适用法律正确，原告的债权本可以在1个月时间内实现，付出的成本也仅为一审案件受理费。但因行为人的无理由上诉（寻租型上诉）行为，拖延了诉讼进程，原告的维权时间成本增加至6个多月；额外付出了资金成本，包含差旅费、律师费等费用。

2. 对行为人而言，放弃了自身诉讼利益，遭受裁判结果上的不利益。行为人缺席庭审，丧失举证、质证、答辩和陈述于己有利的事实的权利，极有可能遭受裁判结果上的不利益。另外，丧失了通过调解减轻债务负担的机会。调解工作贯穿诉讼全流程，一旦达成调解协议必然能够适当减轻行为人的债务负担或者宽限债务履行期限，但行为人缺席庭审自然丧失了机会。

3. 对一审法官而言，增加了准确认定事实的难度。案例二：赵某某诉张某某民

间借贷纠纷案。一审法院通过电子送达的方式向被告高某送达了开庭传票、应诉通知书、举证通知书、起诉状副本。庭前，被告未向提交书面答辩状及证据。庭审时，被告未到庭，法院依法缺席审理，原告提交借条、转账记录等证据，法院依法缺席判决支持原告的诉讼请求。缺席判决书送达后，被告不服一审判决提出上诉。二审审理中上诉人（被告）提交 7 份转账记录，证实已偿还部分借款。查明上述事实后，二审对部分判项予以改判。

面对此类案件，法官容易陷入思维误区，存在“被告缺席”等同于“案情简单”的错误认识。因此，法官会在庭前忽略准备工作，审理中对证据审查和事实认定标准不严，有可能导致判决书中出现事实认定错误的问题。如果行为人在诉讼中不予任何回应，便不能在当事人之间形成有效的争论，法官无法通过庭审中的言辞辩论对双方的争点事实进行认定，进而形成心证，仅能依靠原告提供的信息进行审查判断。行为人的恶意缺席行为给法官准确查明案件事实带来障碍，增加了法官办理错案的风险。

4. 对二审法官而言，陷入司法行为与司法态度相背离的自我矛盾困境。法官的司法态度指导并作用于司法行为，二者应当保持基本一致。但调研发现，[①] 针对寻租型上诉行为，二审法官在具体个案审理中实施的司法行为与调研中表露的司法态度明显相背离，法官的“言行极不一致”（见表 1）。针对如何适用证据失权制度、如何平衡上诉人和被上诉人之间的利益、如何把握程序公正和实体正义等难题，无所适从。长此以往，中级法院有可能被大量不值得投入大量司法资源的寻租型案件所包围，在国家投入的审判资源总量恒定的情况下，上诉制度功能便难以有效发挥作用，社会公众会对法官的职业素养和司法廉洁性产生怀疑。

表 1　二审法官的司法行为与态度之背离表现

主体	调查问卷中流露的司法态度	个案中展现的司法行为
二审法官	态度上十分排斥恶意缺席一审行为、寻租型上诉行为以及二审任意举证行为	案件审理中的行为与调研访谈中表达的态度相左
	应严格适用证据失权制度对待、审核上诉人（一审被告）提交的证据	证据采信过程与普通庭审程序并无差别
	应在庭审中及裁判文书中对行为人恶意缺席一审的行为进行否定性评价	二审庭审过程及裁判文书中并未对恶意缺席者及其行为进行否定性评价
	应落实对行为人逾期举证行为进行训诫、罚款的制裁措施	该院并无实际制裁案例

① 笔者以“对寻租型上诉案件的司法应对”为题进行了问卷调查，受访对象为 S 省 J 中院从事民商事审判的一线员额法官。其中，向中院五个民事审判庭的 38 名员额法官发放了调查问卷。受访法官对调研内容表达了浓厚的兴趣，认为该项调研具备较高的实践价值。因此，填报问卷积极性特别高，能够认真负责、细致客观的填写调查问卷。最终，调查问卷全部有效收回。

（二）宏观层面

1. 与审级职能定位改革精神相悖。根据最高人民法院《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》要求，各级法院要通过健全工作衔接机制、完善内设机构设置、优化审判力量配置，推动审判重心进一步下沉，逐步实现基层人民法院重在准确查明事实、实质化解纠纷，中级人民法院重在二审有效终审、精准定分止争。改革要求基层法院重在准确查明案件事实、实质化解纠纷，但行为人的不当诉讼行为，增加了一审法官准确查明案件事实的难度，致使一些简单案件持续上行，无法有效化解在基层。中级人民法院再行投入宝贵的司法资源，去处理本应化解在基层法院的简单纠纷，略显大材小用，这也是本次改革所要面对和解决的突出问题。

2. 违反比例原则。比例原则是指“民事程序应当与民事争议的价值、重要性和复杂性成比例”[①]。有限的司法资源根据“比例原则”在案件（当事人）之间进行公平公正合理分配，“法院资源的分配必须与案件的难度、复杂程度、价值和重要性大致相当”[②]。所以说，行为人恶意缺席一审、寻租型上诉、恶意申请再审无疑不当利用了现有民事诉讼制度功能，通过拉长个案司法程序，进而耗费更多的司法资源。行为人所涉案件的难度、复杂程度和价值与其所耗费的司法资源难以相匹配，二者不成比例。在司法资源总量恒定的情况下，由于大量简单、明了案件因被告的不当诉讼行为挤占了有限的司法资源，而真正需要诉讼程序关注的案件反而被排挤出程序。

3. 发挥不良示范作用。行为人因采取不当诉讼行为而获利，由此给社会中具备类似情形的当事人提供了范式。从本文分析的样本数据来看，一审中行为人恶意缺席庭审案件和寻租型上诉案件数量高位运行且呈上升趋势，可以证实这种行为的不良示范作用是较为明显的。另外，现有审判实践对不当诉讼行为及其行为人的宽容态度，进一步激励更多的当事人采取不当诉讼行为追求不当利益。尤其在寻租型上诉案件审理过程中，由于行为人和二审法官之间存在事前信息不对称，双方会进行动态博弈，“如果没有相应的制度安排促进上诉法官始终如一的依法判决以及诱使上诉当事人显示自己的真实信息”[③]，行为人只会基于其自身利益最大化的考虑是否选择上诉，尤其是在法官司法态度和裁判标准不一致的情况下，无疑会进一步激发行为人的机会主义上诉动机。

三、不当诉讼行为的成因

当事人的诉讼偏好具有制度依附性，受法官审判行为、具体诉讼制度环境的影响。

① 张维迎、艾佳慧：《上诉程序的信息机制——兼论上诉功能的实现》，载《中国法学》2011年第3期。
② 张维迎、艾佳慧：《上诉程序的信息机制——兼论上诉功能的实现》，载《中国法学》2011年第3期。
③ 张维迎、艾佳慧：《上诉程序的信息机制——兼论上诉功能的实现》，载《中国法学》2011年第3期。

诉讼过程中，或隐或显的各方主体均呈现程度不同的博弈互动关系。诉讼中，行为人根据他所观察到的其他参与人的实际行动，来建立、修正自己的判断，并根据这种不断变化的判断，选择自己的策略。也就是说，行为人基于其他诉讼当事人、法官和现有司法理念传递出的信号进行综合判断，决定采取何种诉讼行为。

（一）司法理念信号：实体正义优先

“实体公正和程序公正是司法公正的重要组成部分，犹如一币之两面，相互依存、不可偏废。”改革开放以来，我国民事司法理念转变较为明显，由过去重实体轻程序向实体与程序并重转变，程序正义的价值得以凸显。但是，实践并不尽如人意。重实体轻程序的司法理念，仍然不同程度的存在于现行司法制度、司法政策中，仍然深刻影响着法官的司法行为。法官通过案件审理和司法裁判，向潜在的行为人传递出重实体轻程序的理念，自然会增强他们通过实施不当诉讼行为实现其非法目的的信心。

1. 证据失权否定论占据上风。证据失权，是指在民事诉讼中，法院对当事人逾期提交的证据不予质证、直接排除的制度。[①] 证据失权制度自从被 2001 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》确立以来，在我国经历了从被倡导到被批评、被摒弃的历程。[②] 随着《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 102 条规定的出台，将与案件基本事实有关的重要证据不失权的规则一般化，“证据失权否定论”完全占据了上风。2021 年《民事诉讼法》第 68 条和《民诉法解释》（2022 年修正）第 102 条的出台，进一步巩固了证据失权否定论。审判实践中，法官不再考虑适用证据失权制度。[③] 逾期举证不失权，背后隐含的是法官对实体正义的追求。这无疑使逾期举证期限形同虚设，行为人的举证行为将不受举证期限的限制，即使因一审缺席庭审而错过了举证机会，二审也可以继续提交本应一审提交的证据。逾期举证不失权，无疑成为助长不当诉讼行为泛滥的主要原因。

2. 诉讼程序正当取决于实体公正。“因传统使然，普通民众对牺牲实体公正的纯粹程序公正认同度较低，对符合程序公正理念但实体不公之裁判的接受度也较低……故而，符合国情的选择应该是在程序公正与实体公正发生冲突时，优先考量实体公正，

① 参见吴泽勇：《民事诉讼证据失权制度的衰落与重建》，载《中国法学》2020 年第 3 期。

② 2001 年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》所确立的证据失权制度过于严厉，在实践中适用受阻，引发不同意见。2008 年 12 月 11 日，最高人民法院出台《关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证时限规定的通知》，对举证时限制度在实践中的具体适用作了规定，意在改造此前过于绝对化的证据失权制度。而 2008 年 11 月 25 日最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第 10 条第 2 款的规定意味着“证据失权否定论”的登场。

③ 以德国为例，在德国司法实务中，失权制裁适用频率很低，主要原因在于许多适用证据失权的裁判被上级法院改判或发回。“在不断增加的联邦宪法法院和高等法院的约束性判例的压力下，失权越来越应被看作钝刀。”联邦宪法法院甚至多次表示，证据失权是违反宪法的。参见熊洋：《论缺席判决上诉审中的诉权保护》，载《甘肃政法学院学报》2011 年第 2 期。

并对程序公正予以相应的保障”[①]。在绝对的实体公正观盛行的司法环境中，证据失权否定论者对证据失权的正当性提出质疑，认为实体公正难以经由正当程序加以限制，“每一个案件都必须按照实体上真实的版本来处理，这反映了一种建立在个案公正之上的规范性预期结构，诉讼程序的正当性取决于、并且仅仅取决于实体上公正的个案处理结果”[②]。

（二）法官行为信号：行动路径偏好

法官作为审判场域的行动者，一方面，其行动路径偏好会作为一种公共信息和审判信号传递给未知的、潜在的当事人；另一方面，法官同样是在司法制度制约下最大化自身利益的有限理性人，其行动逻辑往往会偏向自利角度。[③] 法官的审判策略和类案的裁判结果，直接影响行为人的诉讼策略。尤其是审级职能定位改革试点后，大量案件下沉基层，案多人少矛盾进一步突出，法官面临较大的办案压力，法官的行动逻辑日趋保守。

1. 法官的避责意识。在日趋细化的绩效考评机制约束下，法官选择性忽略诸多不当诉讼行为，避免因制止不当行为或者惩戒行为人而拖延诉讼程序，进而影响办案效率。在信访压力下，法官注重案件的顺利审结或调解，追求良好的社会效果，避免信访事件的发生。比如，针对恶意缺席行为，一审法官极少使用拘传措施。针对寻租型上诉，二审法官为了顺利准确查明案件事实，对于上诉人提交的证据（不论是否属于新证据）均予以采纳用以佐证案件事实，鲜有选择适用逾期举证失权制度。法官担心“当事人由于逾期证据未被采纳而败诉后，因为无法申请再审，于是四处上访，导致党政、立法机关及社会各界比较强烈的反应”[④]。

2. 法官的认知逻辑。因缺乏客观标准，如何对不当诉讼行为背后行为人的主观恶意进行认定，存在较大难度。一二审法官对行为人不当诉讼行为背后的主观意图和客观目的缺乏深入系统考量，因不当诉讼行为披着合法外衣，具有较强的隐蔽性，识别难度较大。在司法工具理性下，法官倾向于模糊处理难定性行为和案件。在法官行动逻辑和结案目标的双重影响下，法官选择“宽容”行为人的不当诉讼行为，针对这类案件的处理程序与其他普通案件并无二致，变相纵容了行为人实施不当诉讼行为。

（三）当事人行为信号：追求自身利益最大化

在诉讼过程中，诉讼参与人都是理性的经济人，其行为选择倾向于自身利益最大

① 李瑞钦：《价值定位与路径选择：我国举证时限制度适用再反思——兼析新〈民事诉讼法〉第65条》，载《法律适用》2013年第9期。
② 吴泽勇：《民事诉讼证据失权制度的衰落与重建》，载《中国法学》2020年第3期。
③ 参见艾佳慧：《中国法官最大化什么》，载《法律和社会科学》（第三卷），法律出版社2008年版，第46页。
④ 江必新主编：《最高人民法院关于适用民事诉讼法审判监督程序司法解释理解与适用》，人民法院出版社2008年版，第78页。

化。[①] 诉讼成本与逾期诉讼收益间的正负比值直接决定了行为人是否会采取不当诉讼行为。现行民事诉讼制度中，原告承担了大部分的诉讼实施成本，而被告负担的成本相对较轻。过往案件中，行为人通过实施不当诉讼行为，切实获取了可观的收益，该信号逐步传递给现行案件中的当事人，形成一种负面的激励效应。

1. 行为收益大于成本。诉讼程序中，行为人采取不当诉讼行为就是在衡量行为成本与预期收益后的利己选择。现行民事诉讼中，原告承担了大部分的诉讼实施成本，包含诉讼金钱成本（含预交的案件受理费、保全申请费和公告费等，支出的律师费、差旅费等）和诉讼时间成本，而被告仅需承担部分时间成本及败诉后部分承担的诉讼费用。被告上诉的成本仅为预交的上诉费，远小于上诉的预期收益（包含显性收益和无形收益）。

2. 对权利义务对等原则认知不足。权利永远不能超出社会经济结构以及由经济结构制约的社会的文化发展。[②] 鉴于司法资源的有限性，当事人权利的行使是有限度的。出庭应诉、上诉、申请再审均是行为人的法定权利，但行为人却误以为权利的行使是受绝对保护的，所以敢于任性发挥。出庭应诉于行为人而言是权利，法院应充分尊重行为人行使权利的自由，但该权利并非绝对的不受限制的权利。置身诉讼程序中，行为人行使权利不应影响正常司法秩序，更不能影响法官准确查明案件事实。所以，从权利义务对等和诚实信用原则角度看，出庭应诉应为行为人所负的诉讼促进义务，行为人恶意缺席庭审的行为理应受道德和法律的否定性评价。

3. 机会主义心理作祟。机会主义行为本质上是一种为追求自身利益最大化而损害他人利益的“损人利己”行为，主要表现是“搭便车、乘人之危、欺诈、隐瞒、偷懒、偷窃、委托代理中的逆向选择与道德风险等”[③]。及于民事诉讼程序中，也存在机会主义行为。基于原告与被告利益冲突的背景，被告作为人所天然具备的自利性，促使其通过采取缺席庭审、寻租型上诉和借助信访形式申请再审等不当诉讼行为，谋求拖延诉讼、减轻债务负担、延迟履行判决义务的可能性。

四、不当诉讼行为的规制路径

不当诉讼行为的成因是多元的，但根本在于证据失权制度的缺位。因此，置身审级职能定位改革和审判实践，应重新审视证据失权制度的价值，以“证据失权酌定主义”的适用为突破，细化适用条件，完善适用程序。以此为基础，注重规制手段的体系化

① 参见苏力：《关于海瑞定理Ⅰ》，载《法律和社会科学》（第四卷），法律出版社 2009 年版，第 37 页。
② 参见《马克思恩格斯全集》（第 19 卷），人民出版社 1963 年版，第 22 页。
③ 程磊：《民事诉讼中的机会主义行为研究》，北京理工大学 2016 年博士学位论文。

应用，以缺席判决制度和上诉筛查机制为辅助，补充适用合理的惩戒措施。只有上述制度发挥体系化功能，才能激励当事人自诉讼伊始便审慎采取适当的诉讼行为，配合法官进行法庭调查，进而促使基层人民法院准确查明事实，实质化解纠纷。

（一）以“证据失权酌定主义”的突破性适用为基础

证据制度是民事诉讼制度的核心，证据是“诉讼之王”。行为人之所以敢于采取不当诉讼行为，在于举证时限制度弱化，行为人能够随时提交证据，法官一般不会拒绝采用当事人随时提交的证据。“没有严格的举证时限制度，当事人随意提交证据的做法，对程序的安定性和诚信原则的贯彻落实将是很大的损害，也无法确保庭审中心地位的实现。”[①] 所以，规制不当诉讼行为应对症下药，充分利用证据失权制度对其进行有效遏制。

1. 理论依据。证据失权是逾期提交证据行为所带来的直接法律后果。从价值视角看，只有证据失权制度能够兼顾民事诉讼程序的多元价值。从民事诉讼的社会属性来看，诉讼并不完全是当事人的私事，它还牵涉到公共司法资源的消耗和社会公共利益的维护。由此出发，“衍生出民事诉讼中的诚实信用原则、诉讼推进义务、避免诉讼突袭等重要法理，基于这些法理，当事人因主观过错逾期举证，理应遭受道德乃至法律上的否定性评价”[②]。另外，从技术的角度看，证据失权的制度功能不是其他制裁机制可以比拟的，“对于那些因为行为人主观过错、甚至主观恶意导致的逾期举证，除了直接不予采纳，实际上并没有别的途径可以有效治理”[③]。

2. 实践选择。严格的证据失权制度已被实践所否定，但证据失权否定论亦不可取。证据失权制度不应被摒弃，尤其是在以庭审为中心的诉讼制度改革背景下，应对其进行改造应用。以庭审为中心意味着将实现案件的集中审理，不可能对逾期提出的证据继续保持目前的宽容程度。证据失权的制裁条件在以庭审为中心的语境下必将适度放宽，以保障法庭审理活动的集中与不间断。[④] 基于此，相对缓和的证据失权制度，即“证据失权酌定主义”便应运而生。不当诉讼行为产生的根源在于证据失权制度缺位，唯有使其回归并发挥作用，才能有效遏制行为人的机会主义动机。逾期证据在特定条件下失权，使恶意缺席行为、寻租型上诉行为和“信访+”再审行为均丧失了存在的意义，行为目的无从实现。

3. 应用范式。实践中，“需要树立证据失权缓和的整体性思路，对证据事权制度

① 蒋惠岭、杨小利：《重提民事诉讼中的“庭审中心主义”——兼论20年来民事司法改革之轮回与前途》，载《法律适用》2015年第12期。
② 吴泽勇：《民事诉讼证据失权制度的衰落与重建》，载《中国法学》2020年第3期。
③ 张卫平：《民事诉讼中举证延迟的对策分析》，载《法学家》2012年第5期。
④ 参见毛泽金、陈佳文：《模式与进路：论民事证据失权制度》，载《理论界》2019年第7期。

进行系统考察，对一、二审及再审中的证据失权标准进行统一”[①]，以便使其作为对不当诉讼行为的基础性规制手段。构建适用于一审、二审及再审程序中的相对缓和的证据失权制度应从以下三个层面考量（见图 1）。

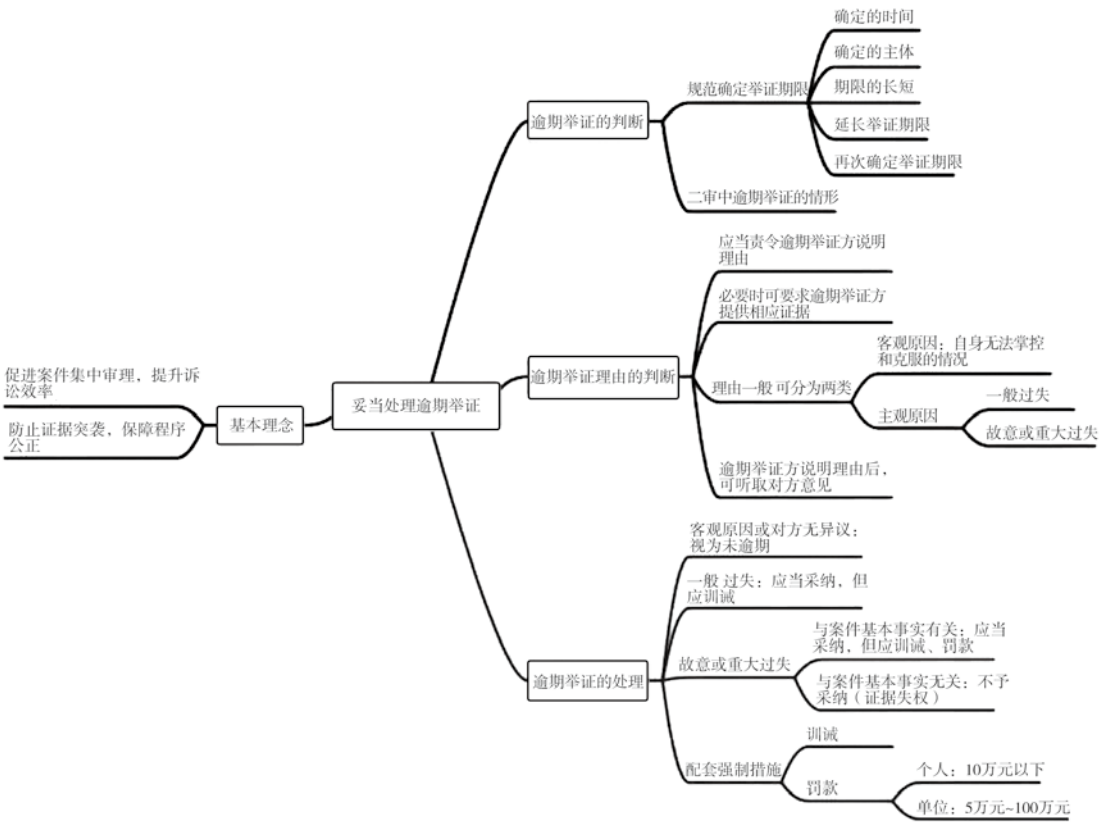


图 1　证据失权的考量过程

一是明确证据失权的界限。失权只是手段而非目的，而失权又会导致与发现案件真实相冲突的后果，所以对失权的运用应限定在必要范围内，要符合谦抑性原则。所以，明确“只有那些因行为人故意或重大过失引起的，而且明显导致诉讼拖延的逾期举证，才应被纳入失权的考虑之列”[②]。从主客观层面对其进行限定性使用，一定程度上能够照顾诉讼当事人的实体正义观，减轻法官适用阻力。

二是以充分的举证权保障为前提。证据失权的正当性在于程序保障基础上的当事人自治。完善审前准备工作，根据程序类型确定恰当的举证期间，以《举证通知书》

① 熊洋：《论缺席判决上诉审中的诉权保护》，载《甘肃政法学院学报》2011 年第 2 期。
② 吴泽勇：《民事诉讼证据失权制度的衰落与重建》，载《中国法学》2020 年第 3 期。

的形式告知当事人，必要时延长举证期限或者再次指定期间、对案件争点和举证方向给予适当释明和引导。逾期举证后，法官还应当给予行为人充分解释的机会，以对逾期举证的主客观原因进行审查，对因逾期举证是否造成诉讼拖延等不法后果作出判断，并在最后的证据失权决定中进行阐释。做好上述工作，法院可以通过“程序的正当化”功能来消解行为人的不满情绪。

三是采用“期间法定、适用裁量”的酌定标准。所谓期间法定，是指证据失权应以存在依法指定的举证期间为前提。所以，在《举证通知书》中依照法律规定明确个案的具体举证期间，并详细说明逾期举证的失权后果。适用裁量是指，证据失权的基本条件即便成就也不立即失权，而是赋予法官根据个案具体情况决定是否适用证据失权的自由裁量权。法官应综合考量行为人的主观过错程度以及举证权程序保障的完备程度、逾期证据提交的时间、逾期证据与案件基本事实的关系等关键性因素，然后就是否失权作出符合个案的妥当性决策。

（二）以缺席判决制度和上诉筛查机制为辅助

在证据失权酌定主义的基础之上，辅之以缺席判决制度可以有效遏制恶意缺席行为，辅之以上诉（再审）筛查机制可以有效阻却寻租型上诉行为和“信访+”申请再审行为的发生。

1. 缺席判决制度之完善。应从广义上理解一审缺席判决制度的完善路径，丰富一审缺席判决的形式。一是提升小额诉讼程序适用率，施行一裁终局，以此增加行为人恶意缺席行为的不利益风险；二是完善缺席判决书的论证说理内容。在“本院认为”中明确阐明恶意缺席行为人遭受的不利益点具体是什么，比如逾期举证失权、丧失抗辩权利、对原告主张事实的默认等，替代现行文书通用的范式“被告经本院传票传唤无正当理由拒不到庭参加诉讼，依法应承担对其不利的法律后果”。在“本院认为”中对行为人的恶意缺席行为，从道德和法律层面进行否定性评价，弥补现行文书的缺漏。三是借鉴“缺席判决主义”。可以探讨针对明确的、性质较为恶劣的恶意缺席行为适用缺席判决主义。应严格适用条件。如若作出缺席判决，需具备三项条件：到席一方当事人提出申请；已给予出席当事人充分的程序保障权；对于案件实体问题的审理已经达到裁判成熟的程度。法官只有在掌握足够的判决成熟所需要的信息，给予缺席的一方当事人充分的提供诉讼资料的机会，并且到场当事人申请时，才可作出缺席判决，否则应延期审理。通过这种方式，反向督促诉讼当事人尤其被告积极履行诉讼促进义务，帮助一审法官准确查明案件事实。

2. 构建上诉（再审）筛查机制。上诉制度的安排必须尽量消减寻租型上诉的发生，事前有效剔除那些不复杂、不重要的案件，以保证给予个案的司法资源与其复杂性和重要程度成比例。所谓上诉筛查机制，即一种分流机制：提高简易小额诉讼程序适用率，

根据地方实际，将绝大多数简单明了的小额案件化解在基层法院，有效减少此类案件上行数量；推广适用上诉前调解机制，参照诉前多元调解机制运行方式，将一批上诉案件化解在二审程序之前。

（三）以合理适用惩戒制度为补充

规制不当诉讼行为，合理的惩戒措施仍不可缺位，可将其作为证据失权制度的补充手段予以合理适用。当行为人因恶意缺席行为逾期举证酌定不失权后，应当施以惩戒。让惩戒制度及时补位，充分发挥制度之间的体系化作用。

1. 注重各项法律规定中惩戒措施的体系化适用。针对各项不当诉讼行为，现有法律规定均有相关的制裁措施规范，需要法官运用体系化思维加以利用。比如，针对恶意缺席行为带来的逾期举证问题，可根据《民事诉讼法》第 68 条第 2 款、第 108 条第 1 款《民诉法解释》第 102 条、第 193 条以及《民事诉讼证据规定》第 59 条的规定，根据法律规定的内在联系协调使用以对逾期举证行为进行有效制裁。

2. 丰富惩戒措施。借助司法公开各项举措，发挥制度所带来的宣传、警示、教育、引导作用，力求多角度多层面对不当诉讼行为进行遏制。一是文书上网。法官应在裁判文书中拿出专门的篇幅对不当诉讼行为进行否定性评价，将社会主义核心价值观融入裁判文书说理，亮明司法态度，按程序将此类文书上网公开。二是纳入指导性案例。基层法院应将关于不当诉讼行为较为成功的、有典型指导意义的案件编写典型案例，逐级上报，纳入省级乃至全国性指导案例。三是纳入个人征信或者企业信用信息系统。基于诚信原则，可以将行为人在实施不当诉讼行为的过程中的不诚信行为纳入个人征信或者企业信用信息系统。

3. 明确处罚标准。训诫应记入庭审笔录，作为法官在裁判文书中对不当诉讼行为进行否定性评价的事实依据。关于罚款，可以借鉴域外经验做法，分为两个层面进行惩戒。一是一般性惩戒。对于情节较为轻微，没有造成严重后果的行为人，可以在其获益范围内进行惩戒。比如，针对不当诉讼行为人的委托代理律师（或法律工作者），可以借鉴《日本民事诉讼法》第 303 条第 1 款的规定进行处罚，任何律师（或法律工作者）“在任何案件中将诉讼程序不合理地复杂化”都必须由其个人承担“超额的成本、开支和不合理发生的律师费”。二是惩罚性惩戒。对于情节严重，造成严重后果的行为人，应对其施以惩罚性惩戒。比如，针对寻租型上诉行为，可以借鉴我国台湾地区“民事诉讼法”2003 年新增第 449 条之一的规定，二审法院驳回上诉时，认为上诉人之上诉明显无理由或系以延迟诉讼为目的，可以处上诉人上诉费二倍或者三倍的罚款。

结 语

“司法的制度架构是针对复杂的、专业的、对抗性强的纠纷而设计的正式的、专业的、规范的程序，其意义不在于它服务多少比例的案件，而是成为整个纠纷解决体系中的标准。”[①] 审级职能定位改革的目的也在于此，力求实现繁案上行、简案下行，事实审和法律审相对分离。不当诉讼行为的泛滥与改革精神相悖，对其予以规制是改革所要面临的现实问题。对不当诉讼行为的规制，理应立足证据失权制度缺位这一现实问题。在重新审视证据失权制度价值的前提下，可以“证据失权酌定主义”的突破性适用为契机，通过具体化、精细化适用条件、规则和流程，遏制当事人的不当诉讼行为，从而为法官准确查明案件事实创造有利条件，使基层人民法院能够准确查明事实、实质化解纠纷，为实现绝大多数案件事实和法律争议在两审之内实质性解决奠定坚实基础。同时，本文构建的全流程规制体系，能够有效遏制诉讼中的不诚信行为，有利于在司法领域弘扬社会主义核心价值观。

（责任编校：崔婷婷）

① 傅郁林：《民事司法制度的功能与结构》，北京大学出版社2006年版，第89页。

刑事诉讼阶段性出罪的实践与制度展开

拜荣静 郭未盈*

内容摘要：出罪制度将情节显著轻微、社会危害性较小、不具有刑罚可罚性的行为不作为犯罪处理，限缩了刑事处罚型犯罪行为的范围。在刑事司法程序中，刑事诉讼阶段性出罪适用于犯罪情节轻微危害不大的刑事案件，使犯罪嫌疑人或被告人通过非刑罚处罚方式承担法律责任，以终结刑事诉讼程序。我国《刑法》第 13 条“但书”的规定为出罪提供了制度依据。刑事诉讼阶段性出罪提出了程序法出罪的依据和原则性要求，体现了程序法独立实现其价值的需要。《刑法》与《刑事诉讼法》规范并保障了刑事诉讼阶段性出罪制度的适用，从而达致法律效果、社会效果与政治效果的统一。

关键词：刑事诉讼；出罪；轻微刑事案件；司法效率

引 言

刑事责任的承担是法律规范对犯罪行为所作的否定性评价，即行为人承担犯罪行为带来的不利后果，而出罪制度是将刑事案件从诉讼程序中尽早解脱出来，以非刑罚方式实现法律责任。《刑法》第 13 条“但书”规定了出罪的法定事由，在司法实践中，由于规定本身语义较为宽泛，实务部门一般对“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”的适用采取谨慎态度。本文所讲的出罪制度是将社会危害性较小、不具有刑罚可罚性及情节显著轻微的行为进行非犯罪化处理的制度，而刑事诉讼阶段性出罪制度则将出罪制度置于程序法背景下研究其在刑事诉讼程序中的适用。

《刑法修正案（八）》《刑法修正案（九）》增加了危险驾驶罪、使用虚假身份证件罪、盗用身份证件罪、代替考试罪等几个法定刑为拘役或管制，并处或单处罚金的罪

* 拜荣静，兰州大学法学院教授、博士生导师；郭未盈，兰州大学法学院硕士研究生。

基金项目：本文系甘肃省哲学社会科学规划办公室项目“甘肃省十四五时期审判体系和审判能力现代化研究”（项目编号：2021YB005）的阶段性成果。

名。鉴于轻罪入刑扩张了《刑法》的调整范围,适用出罪制度,以缓解刑法犯罪圈扩张、犯罪数量增长从而加剧司法实践中案多人少矛盾的窘境，有利于节约司法资源，提高刑事司法效率，还可以通过对轻微刑事案件宽容处理，保障人权，促进社会和谐稳定。

一、刑事出罪的司法实践

（一）刑事诉讼阶段性出罪意蕴的比较研究

大陆法系国家中，“日本的出罪率较低，刑事案件定罪率高，在这种情况下，日本十分注重出罪制度的研究”[①]。日本众多法学研究者运用罪刑法定主义原则研究限制入罪、保障出罪机制，认为罪刑法定原则是刑事出罪基础，并对犯罪中止、犯罪未遂、违法认识可能性及犯罪预备等出罪情形作出论证。违法阻却事由的出罪功能也是日本研究出罪制度的内容，主要讨论正当防卫中假想防卫、偶然防卫及紧急避险的出罪，阐述司法实践中违法阻却事由运用。另有学者从犯罪主观故意或过失判断出罪制度适用界限，对行为人主观层面作出详细分析，解释故意和限定故意、细分过失，阐述出罪制度适用。

德国在刑事诉讼程序中主要通过不起诉制度实现轻微犯罪出罪，其中包含两个部分，一是《德国刑事诉讼法》规定罪责轻微不起诉原则。在轻微刑事案件中行为人的危害行为情节轻微且未牵扯到公共利益问题，经有管辖权的法院允许，检察机关可不进行追诉。如果轻罪未设置最低刑罚，危害行为引起的危害结果轻微，则无需经法院允许。二是履行负担与指令的不起诉原则。经有管辖权的法院和犯罪嫌疑人或被告人同意，检察院可以不向法院提起诉讼，向犯罪嫌疑人或被告人处以负担和指令，这些负担和指令应当有利于消除危害行为对公共利益产生的负面影响，并且应当与危害行为的危害程度相当。德国自 1877 年在《刑事诉讼法》中确立了起诉法定原则以保障公民合法权益，促进刑事司法公正。1924 年德国法学家埃明格尔改革引入了罪责轻微不追诉制度，1974 年《刑事诉讼法》创立了履行负担与指令的不追诉制度，且制度适用可以不经法院同意。德国通过改革改变了危害行为情节轻微的限制，拓宽了制度适用范围。[②]

19 世纪初，美国就有了刑事司法中辩诉交易的实践。辩诉交易中，检察官与被告人对指控的罪名、罪名数量、罪刑轻重以及刑期长短等都可以进行协商，双方在各个方面都可能作出让步。[③] 但是，辩诉交易存在不稳定性和不公正性，案件裁判结果容

① 储陈城：《出罪机制保障论》，法律出版社 2018 年版，第 40–41 页。
② 参见王华伟：《轻微犯分流出罪的比较考察与制度选择》，载《环球法律评论》2019 年第 1 期。
③ 参见杨明：《程序法“出罪”功能研究》，载《中国刑事法杂志》2010 年第 1 期。

易受司法人员影响，甚至严重影响案件公正。[①]19 世纪末，在刑事诉讼程序中出现了双方当事人与司法人员通过明示或默示方式达成协议的案例，且后续使用频率逐渐提高。甚至在 20 世纪上半叶，司法机关同当事人的司法协议得到广泛应用，但其未能在文件或法律规范上明文规定或得到刑事法院认可，即在司法实践中暗中进行。二战后刑事诉讼通过协议交易出罪成为法学者讨论和考察研究的课题，法院逐渐接受了谈判交易出罪。20世纪70年代，“美国联邦最高法院认可谈判交易的有效性和重要性之后，谈判交易出罪取得了合法性的地位”[②]，并将它视为有效且令人向往的出罪方式，甚至将其称为刑事司法重要组成部分。在辩诉交易被美国判例法认可前，许多犯罪行为未得到公正审判。美国将辩诉交易纳入法律，为其在刑事诉讼程序中的适用提供了合法依据。

我国司法实践中罪责轻微不起诉制度得到认可并广泛适用，同时程序法对轻微犯罪已经作出较为全面的规定以配合其适用，但事实上经济社会发展变化对制度适用提出了新挑战，程序法的出罪制度适用仅限于罪刑法定原则适用的补充。

（二）刑法出罪实践——以生产、销售假药罪为例

随着民众对药品保健品需求的增长，假冒伪劣药品销量也随之增长，严重危害民众的生命健康。“实践中鉴于假药鉴定专业性较强的特点，司法机关一般不直接对假药定性，而通常将假药认定的决定权交由药监部门行使。”[③] 药监部门难以承担药品认定全部工作，其可靠性和中立性受到质疑。立法机关为规范药品市场犯罪多次修订法律，以扩充伪劣药品犯罪的处罚范围、种类，加大惩罚力度。

生产、销售假药罪的刑法出罪，主要集中在假药的认定、犯罪情节的认定、被害人承诺三个环节。刑法出罪的假药范围是民间传统配方私自加工药品与国外、境外药品两种，从药品的性质来看，上述药品类型不属于假冒仿制药品或者“存在虚假描述的药品和对药品的名称、成分、功效进行误导或隐瞒性的表达的药品，经刑法认定的假药”[④]。其适用对象是因药品受益的患者，药品未危及用药受益患者的生命健康，具有疗效且危害程度低。以上所述两种假药未对患者生命健康产生严重威胁且具有一定疗效，不属于病情未见好转或延误病情的情况，属于情节显著轻微危害不大或不具有社会危害性，因此不作有罪认定。

电影《我不是药神》中用药受益人即生产、销售假药罪中的被害人需长期用药，因无国家官方渠道药品的购买力，而选择适用境外或民间传统配方私自加工的药品，

① 参见孙远：《论程序规则的出罪功能及其限度——以程序违法的实体减轻效果为中心》，载《政治与法律》2020 年第 2 期。
② 杨明：《程序法“出罪”功能研究》，载《中国刑事法杂志》2010 年第 1 期。
③ 许美：《生产、销售假药罪刑法适用调查分析》，载《人民检察》2013 年第 17 期。
④ 许美：《生产、销售假药罪刑法适用调查分析》，载《人民检察》2013 年第 17 期。

虽没有国家认定药品资格，但具有一定的疗效且对生命健康不产生较大危害。被害人应当具有药品认识和判断能力，在官方渠道的药品价格昂贵，数量有限的情况下，使用非官方渠道获取民间私自加工的药品成为被害人的最佳选择。“药品管理秩序的设立虽然最终保护国民的身体健康与生命安全，只不过这种保护是一种事前的预防性保护，即使药品是真实且有疗效的，并不能排除事前危险性。”[①] 生产、销售假药罪的既遂状态作为抽象危险犯在符合出罪条件下适用出罪制度是必要的，因为抽象危险行为对抽象法益侵害的危险消除后，就有了出罪的空间。

司法实践中，公安机关和检察机关对某些生产、销售假药行为是否构成犯罪持不同意见，在审查起诉阶段多作不起诉处理。法律规定生产、销售假药罪最高刑为死刑，但审判实践中生产、销售假药罪大部分判处一年以下有期徒刑或拘役，并处罚金。出罪机制的适用是对案件的综合判断，而不只取决于药品涉及的金额或者数量。只有当药品对人身法益或药品市场秩序产生侵害，造成危害人体健康的紧迫危险时，才具有刑事处罚的必要，将不涉及刑法意义上法益侵犯的违法行为排除在刑法规制范围之外，体现了刑事司法的公正，达到了社会效果与法律效果的统一。

（三）刑事诉讼阶段性出罪实践——以醉驾型危险驾驶罪为例

司法实践中醉驾型危险驾驶案件频发，但并非所有醉驾都应当进入刑事诉讼程序定罪量刑，情节显著轻微危害不大的可以不予定罪处罚或免除刑事处罚。其中包括饮酒后驾车行驶但情节显著轻微的醉驾行为；醉酒隔夜后驾驶经检测血液酒精浓度仍在法定醉酒范围之内的行为；醉酒后叫代驾驾驶车辆，代驾工作人员走后，醉酒司机挪动车辆位置的行为；在人流量极少的路段低速醉酒驾驶行为；因突发紧急状况不得不醉酒驾驶行为等。

对于情节轻微的醉驾，公安机关可以不予立案而依法对其行政处罚和训诫，也可以立案侦查后以案件情节确属轻微为由不移交检察机关审查起诉或作撤案处理。既然醉驾行为情节轻微，说明未制造紧迫的现实危险。因此，情节轻微的醉驾行为适用刑事诉讼阶段性出罪制度是合理且必要的。

检察机关在审查起诉阶段对情节轻微的行为可作出酌定不起诉决定，诉讼程序就此终止，完成醉驾行为在刑事诉讼程序的出罪。尽早结束刑事诉讼程序能够让国家专门机关将更多精力集中在办理其他案件上，以节约司法资源，提高司法效率。

审判机关在判断危险驾驶中的醉驾行为能否构成危险驾驶罪时，醉驾行为应当满足危险驾驶罪的构成要件，且侵害了社会公共安全，但当情节轻微的醉驾行为没有给公共安全造成较大威胁时，属于情节轻微的危害社会公共安全行为，以此可依法适用

① 王俊：《销售无害违规药品行为的出罪机制重构——以违法性认识为视角的分析》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2021年第4期。

《刑法》第 13 条“但书”完成醉驾行为在刑事诉讼中的出罪。

（四）刑法出罪与刑事诉讼程序出罪的关联性

出罪案件是实体法与程序法结合运行的结果，其中刑事诉讼程序性条件在案件审判中发挥重要作用。在实体方面，“出罪能够使实施危害行为的犯罪嫌疑人或被告人免于犯罪刑事责任的认定及刑罚的适用，让危害行为人免于刑事诉讼程序中被追究刑事责任或不被实际执行刑罚”①。具体来说，出罪制度的适用更改或减轻了犯罪嫌疑人所要承担的义务与责任。在程序方面，在保障犯罪嫌疑人实体性权利的前提下，尽早终结刑事诉讼程序，一定程度上兼顾了司法公正与效率。刑事诉讼出罪是刑法与刑事诉讼法综合运用的结果，刑事诉讼出罪制度的适用和目的受刑事实体法引导，具体程序运行受刑事程序法规制并对刑法出罪制度作相应补充，保障刑法出罪制度有效运行。

二、刑事诉讼阶段性出罪制度建构的必要性及其制度框架

（一）刑事诉讼阶段性出罪制度建构的必要性

我国尚处于社会转型时期，各种社会矛盾不断显现，被害人作为社会弱势群体应当受到社会关注。在涉法上访案件中，被害人因没有得到经济赔偿而上访的案件为数不少，这都是影响社会稳定的因素。缓解轻微案件中当事人的情绪，化解社会纠纷，从而稳定社会秩序是出罪制度的目的之一。司法机关运用非犯罪化处理的方式办理轻微案件，取得了良好的社会效果。但程序法上出罪制度的适用缺乏系统性和科学性，应当建立健全刑事诉讼阶段性出罪制度，使各专门机关高效、有序地处理轻微案件，化解社会矛盾。

侦查机关在处理情节显著轻微危害不大、行为人已受域外刑罚处罚或犯罪行为人死亡的案件时，为维护社会秩序稳定和维系社会关系和谐作出撤销案件的处理，以不追究危害行为人的刑事责任且免受刑罚处罚的方式实现出罪。

检察机关对不起诉案件作出了具体规定：未成年人、老年人犯罪，社会危害性不大，主观恶性小的；因人际关系产生纠纷的轻微案件，犯罪嫌疑人认罪态度良好，主动积极赔偿并与被害人达成和解，社会危害不大的；初犯且主观恶性较小的以及因特殊情况偶然实施情节轻微的行为且危害不大的等等。司法人员发挥主观能动性，行使自由裁量权，实现对这些行为的非犯罪化处理，实现刑事案件法律效果和社会效果的有机统一，不仅体现出刑法的完备性和谦抑性，还体现出刑事诉讼程序的公正性和高效性。司法实践中适用刑事诉讼出罪的事由范围广泛，因此有必要构建刑事诉讼阶段性出罪

① 孙本雄：《入罪与出罪：我国〈刑法〉第 13 条的功能解构》，载《政治与法律》2020 年第 4 期。

制度。

审判阶段对不具备实质违法性或不具有实质可谴责性的案件作无罪判决。其中，不具有实质违法性和实质可罚性是指案件不符合形式上的规范标准，不符合即作出罪处理。比如，形式上符合规范标准，再审查是否具备社会危害性，不具备即出罪；具备社会危害性但不具有实质可罚性，也可作出罪处理。在情节轻微刑事案件中，如果行为造成的危害本身不大，社会危害性较小，但在刑罚处罚犯罪行为和维护社会公共利益之间产生了分歧，为平衡惩罚犯罪与保障人权两者的关系需要刑事司法作出判断，司法机关作无罪判决实现出罪，解决了情节轻微危害不大刑事案件的两难选择，既维护了社会公共利益，又让行为人因实施危害行为承担相应的民事、行政法律责任。

（二）刑事诉讼阶段性出罪制度的基本框架

1. 刑事诉讼阶段性出罪的适用范围

刑事诉讼阶段性出罪适用于情节显著轻微危害不大的案件，不仅让情节轻微的刑事案件免于刑罚处罚，还能修复被侵害的社会秩序，维护和谐稳定的社会关系。“并非所有的刑事案件都可以适用出罪制度，刑事诉讼阶段性出罪制度的适用应当得到限制。”[①] 因轻微刑事案件的社会危害性较小，除以刑罚方式承担刑事责任外，还有其他可以被民众和被害人接受的解决方式，能够更利于犯罪嫌疑人或被告人积极补偿被害人，由于公众对轻微刑事案件容忍程度较高，对社会秩序的危害易被修复。此外，因轻微行为给被害人带来的伤害较小，可以采取多种方式赔偿被害人损失，以提高诉讼效率，节约司法资源。

2. 规范刑事诉讼出罪适用案件类型

若不论社会危害性大小程度，任何一种犯罪行为都可以因犯罪嫌疑人认罪或获得被害人及近亲属的谅解而不受到追诉，给社会带来的危害风险将无法预估。若国家专门机关未通过司法手段追诉犯罪，将犯罪行为的实际危害尽可能消除，《刑法》就不能发挥其应有的作用，从而达到其立法目的，也难以实现维护社会秩序和社会公共利益的目标。为了“避免刑法失去其原本效用，刑事诉讼阶段性出罪制度并不适用于所有刑事案件”[②]，出罪制度的适用仅仅限制在情节显著轻微危害不大的刑事案件范围之内。并不是刑事诉讼阶段性出罪制度的适用改变或颠覆了刑事法律中犯罪规定或刑罚适用，“降低了刑事诉讼程序的地位和运行前景，成为普通犯罪行为应对模式的一种补充机制”[③]。刑事诉讼阶段性出罪制度是刑事诉讼程序中克服刑事实体法滞后性的一种灵活性的结案方式，体现了刑法谦抑主义。《刑法》是犯罪行为认定，经过刑事诉

① 孙本雄：《入罪与出罪：我国〈刑法〉第13条的功能解构》，载《政治与法律》2020年第4期。
② 杨明：《程序法“出罪”功能研究》，载《中国刑事法杂志》2010年第1期。
③ 汪建成、杨微波：《论犯罪问题非犯罪化处理的程序机制》，载《山东警察学院学报》2006年第5期。

讼程序进行定罪量刑作出判决，实施刑罚处罚的依据。法律规范无法在制定过程中考虑到现实中刑事案件的方方面面，难以准确预见司法实践中的具体、特殊及疑难问题，其滞后性难以避免。刑事诉讼程序在具体情况发生时，不仅可以正确地适用法律，保障刑事司法公正，还可以使刑事实体法中的不足之处在诉讼程序中经司法人员行使自由裁量权作出相应判决得以弥补。

在情节显著轻微危害不大的案件中，被告人能够及时补偿、退赃、赔偿或获得被害人谅解，即当行为社会危害性小、社会包容程度较高时可适用刑事诉讼阶段性出罪制度。如果危害行为情节轻微，但是造成的损失难以弥补或者后续还会衍生更大的危害，且无法排除危害的，不能适用刑事诉讼阶段性出罪制度。一般情况下，出罪制度适用于国家司法机关认为犯罪嫌疑人或被告人的危害行为情节轻微危害不大，行为人事后态度良好，积极补偿、退赃等，尽可能弥补了被害人损失，司法机关认为没有必要再对犯罪嫌疑人或被告人实施刑罚处罚措施。一是由于犯罪行为情节轻微所产生的损害已经得以弥补，社会关系得以修复，社会秩序不存在隐患；二是司法机关可以采取除刑罚处罚外其他有效措施使被告人承担相应责任，从而节约司法资源，兼顾司法效率与公正。

3. 明确刑事诉讼出罪适用对象

刑事诉讼法并不完全依附于刑法，其具有相对独立性，程序法与实体法共同作用于刑事诉讼程序的全过程。“为了实现程序正义，刑事诉讼程序中适用出罪制度时独立分析具体犯罪行为适用标准，保证刑事诉讼程序适用具体，标准统一。”[①] 为了使刑事诉讼阶段性出罪在司法实践中有具体、完备的适用条件需明确制度的适用对象。因入罪途径单一且精准，运用罪刑法定原则准确实现犯罪行为的入罪，而出罪途径多元且复杂，出罪的前提是危害行为形式上属于犯罪行为，但不具有实质定罪条件。法律规范未明确规定出罪制度，没有规范化的处理运作程序，换言之，出罪制度没有明确的制度依据和出罪路径，给制度适用带来困难。

刑事诉讼出罪适用的对象是《刑法》第 13 条“但书”规定，即“情节显著轻微危害不大，不认为是犯罪”的刑事案件。其中“不认为是犯罪”并不是情节显著轻微的刑事案件本身不具有违法性，而是危害行为形式上属于《刑法》上的犯罪行为，为了维护社会公共利益和社会秩序，立法机关将情节显著轻微危害不大的危害行为划分在犯罪行为以外，不作为犯罪处理，其本质属于《刑法》所禁止的行为，因尚未达到可罚程度而将其排除在处罚范围之外。刑事案件的处理并不是只有罪与非罪的划分，“但书”规定了犯罪的最低标准，即情节显著轻微的案件可以适用刑事诉讼阶段性出罪，实现危害行为非犯罪化。

① 杨明：《程序法“出罪”功能研究》，载《中国刑事法杂志》2010 年第 1 期。

4. 规定刑事诉讼出罪程序启动主体

司法机关在办理刑事案件的过程中，按照刑事诉讼程序行使权力并保持相对独立性。在刑事诉讼出罪中，公安机关、检察机关和审判机关分别行使侦查权、起诉权和审判权。“公安机关和检察机关行使出罪权在很大程度上节约了司法资源，尽早地解决了刑事纠纷。”[①] 在刑事诉讼程序中，公安机关和检察机关在受理轻微刑事案件后，按照案件性质和情节决定不移送检察院审查起诉或者不向法院起诉，在审判阶段人民法院对“但书”规定的情节显著轻微危害不大的行为认定为无罪，实现出罪。

在侦查阶段、审查起诉阶段、审判阶段适用刑事诉讼阶段性出罪制度需要经过出罪程序启动、审查是否满足出罪制度条件以及决定是否适用刑事诉讼阶段性出罪制度三个阶段。除了公检法三机关，出罪程序也可以由被害人启动。在情节轻微的案件中，被告人因危害行为向被害人主动积极地赔偿或退赃退赔得到被害人的谅解，双方就承担法律责任及经济补偿等达成一致，被害人基于此向国家机关提出行为人不被追究刑事责任，不被判处刑罚处罚的申请。[②] 被害人提出申请后，司法机关就行为人实施的危害行为是否满足出罪制度所要求的情节显著轻微危害不大，评估其社会危害性和再犯可能性，对双方当事人达成一致的和解协议、经济补偿协议、行为人是否真实悔过、自愿与被害人达成一致等进行严格审查，决定行为人实施的行为是否适用出罪制度。经司法机关进行实质性审查，案件双方当事人自愿和解，司法机关批准被害人的申请，作出撤案、不起诉或不适用刑罚处罚的决定以终止刑事诉讼程序，实现出罪。

5. 强化刑事诉讼出罪制度法定方式

《刑事诉讼法》将《刑法》抽象概括性的法律规范具体化，通过诉讼程序展现刑法的法律价值和精神内核。刑事诉讼阶段性出罪是在诉讼程序中对符合犯罪构成要件但情节显著轻微危害不大的行为进行非犯罪化处理。在情节轻微的案件中，打击惩罚犯罪行为不利于实现社会整体利益，应当允许《刑事诉讼法》将实体法规定的犯罪行为作出罪处理。[③] 因此，适用刑事诉讼阶段性出罪时应当有效规范制度的适用，在侦查阶段、审查起诉阶段或审判阶段中，严格认定案件的社会危害性，对满足出罪条件的案件作出罪处理，明确出罪制度的适用条件、范围以及程序，保障刑事诉讼阶段性出罪制度的完备性和规范性。

当情节轻微危害不大的行为符合刑事诉讼阶段性出罪制度的适用对象时，不再需要继续通过刑事诉讼程序追究行为人的刑事责任，“国家专门机关工作人员应当支持刑事案件适用出罪制度并严格审查适用出罪制度的各项条件”[④]，审查后各项条件都符

① 孙本雄：《出罪及其正当性根据研究》，载《法律适用》2019 年第 23 期。
② 参见王敏远：《“司法改革背景下的三机关相互关系问题探讨”》，载《法制与社会发展》2016 年第 2 期。
③ 参见陈兴良：《入罪与出罪：罪刑法定司法化的双重考察》，载《法学》2002 年第 12 期。
④ 杨明：《程序法“出罪”功能研究》，载《中国刑事法杂志》2010 年第 1 期。

合出罪标准并作出适用刑事诉讼阶段性出罪制度决定，终结刑事诉讼程序。在司法实践中违反刑事诉讼阶段性出罪制度，将不具备出罪条件的刑事案件作出罪处理，使犯罪行为不受刑罚处罚，这与刑事诉讼阶段性出罪制度设立的初衷相背，与惩罚犯罪、保障人权、维护司法公正的法治理念相背。

三、刑事诉讼阶段性出罪的教义适用分析

出罪制度根据案件具体情况将情节显著轻微危害不大的犯罪案件运用实体与程序相结合的方式，提前终结刑事诉讼程序，通过非刑罚处罚方式实现刑法所期望的效果。《刑法》和《刑事诉讼法》均为刑事出罪制度提供了充分的理论依据和法律依据。《刑法》第 13 条“但书”是在刑事责任角度探究出罪制度的法律依据，是刑事出罪的制度根据，旨在通过刑事司法以限制刑罚处罚范围，为情节显著轻微危害不大的案件提供出罪基础。《刑事诉讼法》规定了出罪制度的职能依据，各专门机关分别在侦查、审查起诉、审判等刑事诉讼程序中相互配合，促进轻微刑事案件中出罪制度的适用，共同促进刑事司法公正与效率，尽可能修复被破坏的社会关系和社会秩序。

（一）出罪制度的刑法和刑事诉讼法依据

出罪制度是对实施危害行为的行为人应承担刑事责任的否定性评价，在满足一定条件基础上提前终止对刑事案件行为人的追诉。出罪看似未承担实施犯罪行为的刑罚处罚结果，实则通过实体与程序相结合的方式，使犯罪嫌疑人承担了法律责任。在刑事诉讼出罪过程中，司法机关通过对轻微刑事犯罪以撤案、不起诉或刑事和解等多种方式，修复和弥补被损坏的社会关系，表面上看犯罪嫌疑人或被告人未受到刑罚的制裁，实质上仍然体现了行为人为自己行为承担责任的本质。在刑事诉讼程序中，各专门机关按照诉讼程序完成刑事案件的出罪。侦查阶段经侦查活动调取证据，完成案件事实性质、量刑情节等的初步核查，通过初步判断认为其应当通过刑事诉讼程序追究其刑事责任的，移送检察机关审查起诉，检察机关将审查后符合起诉条件的刑事案件向审判机关提起公诉，审判机关作出裁判。

1. 出罪制度的刑法依据

我国《刑法》第 13 条规定的“一切……都是犯罪”，是“立法者旨在通过刑法打击犯罪，追诉犯罪的范围，通过刑事诉讼程序规定具有刑事责任、刑罚处罚性的行为为犯罪”[①]。“但书”是出罪的制度依据，规定了犯罪成立条件中情节显著轻微危害不大的不认为是犯罪，限制了刑罚处罚权的范围。其中“不认为是犯罪”，“实质上属于刑法所禁止

① 孙本雄：《出罪及其正当性根据研究》，载《法律适用》2019 年第 23 期。

的危害行为，只是立法者因其情节显著轻微危害不大不将其作为犯罪处理了，并非其本身不构成犯罪”[①]。情节显著轻微危害不大的刑事案件通过适用非刑罚处罚措施能够达到刑罚处罚所实现的效果便可以提前结束诉讼程序，一则情节轻微的刑事案件其本身侵害的法益不严重，可以通过非刑罚处罚的方式实现责任的承担，达到弥补被害人损失、修复社会关系的目的；二则适用出罪制度提前终结刑事诉讼程序以节约司法资源。

2. 出罪制度的刑事诉讼法依据

刑事诉讼程序中各专门机关在办理刑事案件的过程中，相互配合、明确分工。在出罪制度中，公安机关和检察机关分别进行案件的立案侦查、移送检察院审查起诉和向法院提起公诉等工作，在公安机关办理阶段或者检察机关审查阶段作出不立案或者不起诉决定。“分工负责要求将侦查权、审查起诉权和裁判权予以分开行使，此种分权模式使出罪主体变得广泛。”[②] 若刑事案件可以在立案侦查阶段或者审查起诉阶段实现出罪，一方面能够提高刑事诉讼效率，促进司法公正尽早实现；另一方面可以尽快地保障被害人合法权益的实现。各专门机关相互配合追究犯罪嫌疑人或者被告人的刑事责任并予以出罪，共同推动刑事诉讼活动的进行，实现查明案件事实、正确适用法律、保障人权的诉讼价值。

适用出罪制度的刑事案件应当经专门机关严格审核，以防权力滥用。在根据刑事案件具体情况作出出罪决定后，“被害人或者近亲属就案件出罪决定产生争议的，可以要求作出出罪决定的专门机关说明理由或向下一阶段专门机关提出追诉申请”[③]，要求通过刑事诉讼程序继续追究犯罪嫌疑人或者被告人的刑事责任。同样，犯罪嫌疑人或者被告人及其近亲属认为刑事案件符合出罪条件应当适用出罪制度，可向正在追诉犯罪的司法机关提出异议，司法机关应当受理。

（二）“但书”语境下的刑事诉讼阶段性出罪认识

《刑法》第13条的前半部分“一切……都是犯罪”是入罪的立法性规定，将符合犯罪构成要件，社会危害性大的行为规定为犯罪；后半部分的“但书”与其相反，规定的是出罪，将符合犯罪构成要件却情节显著轻微危害不大的行为不作刑罚处罚，以其他方式让犯罪嫌疑人或被告人为其实施的危害行为承担责任。[④]“但书”的要义包括两个方面：一是将危害行为认定为犯罪行为，再根据出罪条件予以出罪，主要是为了保证认定犯罪行为的标准一致，不因不予刑罚处罚而将危害行为排除在犯罪行为之外；二是司法人员在司法实践中根据具体情况作出罪处理，在侦查阶段撤销案件，检察阶段不提起诉讼，审判阶段对情节显著轻微案件作出无罪判决，以实现法律效果和社会

① 孙本雄：《入罪与出罪：我国〈刑法〉第13条的功能解构》，载《政治与法律》2020年第4期。
② 孙本雄：《出罪及其正当性根据研究》，载《法律适用》2019年第23期。
③ 孙本雄：《出罪及其正当性根据研究》，载《法律适用》2019年第23期。
④ 参见陈伟、钟滔：《刑法“但书”出罪的功能失调及其规范适用》，载《四川师范大学学报》2020年第3期。

效果的统一。“危害行为先入罪后出罪十分必要，这是对违法性统一的要求，如果有不同标准的违法性认识，会造成社会公众违法认识的偏差。”[①] 此外，“但书”为司法人员提供了自由裁量的空间，赋予司法人员出罪的权力，使被害人的合法权利得以保障，犯罪嫌疑人或被告人承担相应责任并终结诉讼程序，提高刑事纠纷解决效率，维护社会秩序并修复社会关系。

四、刑事诉讼阶段性出罪制度运行的综合考量因素

（一）完善刑事诉讼阶段性出罪的配套规定

刑事诉讼阶段性出罪制度适用需对情节显著轻微危害不大的犯罪行为进行全面解读，从犯罪行为性质、范围、情节及社会危害性多方面进行评估，发挥主观能动性，作出符合法理情理的判决。刑事诉讼法律规范应当适应刑事案件的变化，使刑事诉讼程序中案件的处理有法可依。程序是刑事司法的重要组成部分，刑事诉讼保证《刑法》的正确实施，通过诉讼程序使刑法实现惩罚犯罪、保障人权的价值目标。刑事司法过程中可能限制甚至剥夺犯罪嫌疑人或被告人的财产权、人身自由权和生命权，因此，刑事诉讼程序的适用应当谨慎。《刑事诉讼法》需要立法机关以系统思维指导配套法律的制定，使刑事诉讼出罪制度的具体实施与其他诉讼制度相比具有更多的柔性。刑事诉讼阶段性出罪制度的建构能够体现程序的内在价值，将刑法实体正义利用程序转化为程序正当性，使程序合法性在实质上得到理论支撑。

（二）刑事诉讼阶段性出罪制度运行漏洞填补

我国在刑事诉讼阶段性出罪制度的研究尚不完善，依靠《刑事诉讼法》去解决刑事诉讼阶段性出罪制度中的各类程序性问题难以协调各个主体利益之间的关系，难以达到出罪制度设立的初衷。刑事诉讼程序中各主体对出罪制度的理解和适用不尽相同，难以平衡兼顾法律主体利益和司法效率与公正。

实体正义需要依靠诉讼程序体现，没有刑事诉讼程序，刑事司法实体正义将难以发挥其应有的作用。刑事诉讼程序启动刑事案件的侦办，推进诉讼程序的运行，正确认定案件事实，准确适用法律，《刑法》规范才能得到落实，其法律价值才能得到体现。普通民众难以直接接触实体法律规范，看到和感知的是刑事诉讼程序的运行，如对案件事实的认定、法律适用等，一定程度上是通过刑事诉讼程序来判断刑法的实体正义是否得以实现，即刑事诉讼程序不仅代表了诉讼程序推进的合理性以及程序正义的实现，还代表了实体正义的外化。如果在刑事诉讼程序中保障和促进实体性权利得到了令民众满意

① 孙本雄：《入罪与出罪：我国〈刑法〉第 13 条的功能解构》，载《政治与法律》2020 年第 4 期。

的成果，那么充分行使程序性权利后的实体性权利保障就容易实现。

（三）统协实体法和程序法出罪一体化关系

落实刑事诉讼阶段性出罪制度，实现情节显著轻微危害不大的犯罪行为的出罪，离不开刑法和刑事诉讼法规范的保障。“出罪是一系列司法行为过程及结果的总称，其条件依据和效果是实体性的，而操作依据具有明显的程序性。”[①] 刑法和刑事诉讼法相互联系、相互包容，在刑事司法中，《刑法》对犯罪成立标准、构成要件以及适用的刑罚措施作出具体规定，刑事诉讼程序中依据法律规定对犯罪行为作出处理，《刑法》为刑事司法提供了制度依据。《刑事诉讼法》对刑事诉讼程序中的国家专门机关的职责及具体程序进行规范，使得刑法惩罚犯罪以及保障人权法律价值的实现。《刑法》未明确规定出罪制度，除了在《刑法》规范中挖掘出罪制度依据外，刑事诉讼程序也对出罪制度产生了实质性影响。实体法的落实需要匹配相应的程序法，展示实体法精神内核的程序才能更好地为实体法内容服务。为了保持法秩序的统一，《刑事诉讼法》也应当在利益冲突时进行权衡，决定符合《刑法》规定的犯罪构成要件的行为是否应当被追究。若程序法与实体法未达到契合或程序法落后于实体法的发展，则会阻碍实体法的落实。

结　语

刑事诉讼阶段性出罪旨在诉讼程序中不通过定罪方式实现行为人法律责任的承担。我国现行法律规范及出罪实践表明了程序法出罪功能的可行性与必要性，出罪制度的适用具有理论基础和法律依据，司法实践对出罪制度的适用范围、条件、主体及程序等进行了探索。鉴于刑事诉讼阶段性出罪制度的现实意义，应不断扩充完善其理论依据，提供与制度相适应的法律规范，为制度发展提供坚实的基础。

（责任编校：杨　军）

① 孙本雄：《出罪及其正当性根据研究》，载《法律适用》2019年第23期。

“幽灵抗辩”司法应对路径探析

——以 172 个无罪辩护案件为研究对象

陈春英　赵文娟*

内容摘要：刑事司法实践中，由于趋利避害的自然选择和“口供情结”的外力驱使，时有被告人提出一时无法查证或难以查证但又有存在可能性的辩解以否认指控，俗称“幽灵抗辩”。“幽灵抗辩”常见有犯意反驳型、客观否认型和免责事由型等形态。针对“幽灵抗辩”的司法应对，无论是要求公诉机关继续举证、运用逻辑推理或事实推定核实真伪，还是以被告人没有提供证据为由否定其抗辩，抑或由法院依职权调查抗辩事由，都存在种种局限。鉴于此，可运用“识别—论证—判定—验证”四步法，首先识别抗辩本质、锚定争议焦点，对于明显不合理的直接驳回，进而运用间接证据、刑事推定等证明方式构筑事实认定体系，并在适当时候由被告人举证来验证事实认定正确与否，以避免错判风险。

关键词：幽灵抗辩；合理怀疑；刑事推定；疑点形成责任

引　言

2021 年 9 月，劳荣枝案一审宣判，劳荣枝以故意杀人、抢劫、绑架三罪并罚被判死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。本案一审庭审阶段，劳荣枝对故意杀人罪予以否认，辩称自己受法子英胁迫并当庭哭诉“一辈子没杀过一只鸡”。二审时，劳荣枝完全推翻了侦查阶段的供述，辩称自己完全受法子英胁迫。案件相关情况一经发布随即引发全网讨论。笔者关注的则是，她所提到的“受法子英胁迫”这一事实的认定问题。劳荣枝所称被胁迫到底是确有其事还是胡编乱造，由于法子英早已

* 陈春英，江西省永丰县人民法院一级法官；赵文娟，江西省永丰县人民法院法官助理。

被处决，许多细节难以查证，刑事判决所要求的“证据确实、充分”在此情境下应当如何达成？

刑事诉讼中，就公诉机关的有罪指控提出辩解是被告人主动行使辩护权的正常表现，但经常有一些被告人提出的辩解理由像劳荣枝的“受胁迫”一样，一时无法查证或难以查证但又有存在的可能性，让司法人员左右为难甚至束手无策。有学者将这类难以查证但有可能存在的辩解统称为“幽灵抗辩”。“幽灵抗辩”又名“海盗逻辑”，源自我国台湾地区的一起海上香烟走私案，该案中被告人辩称自己是在海上打鱼时遭遇了海盗，海盗将其打的鱼抢走了并将这些香烟丢到了船上，法官认为该辩解存在一定的合理性而且检察官无法举证排除该可能性，于是判决被告人无罪。因为被告人口中的海盗犹如幽灵一般难以查证，所以这一类辩解被称为“幽灵抗辩”。[①] 自此之后，海上走私类案件当事人纷纷效仿，表示自己也是遭遇海盗，其他案件中也有越来越多的被告人选择提出一些难以查证的辩解以脱罪，甚至个别法律工作者还提供专门的“幽灵抗辩”法律服务，将之称为所谓的“辩护技巧”。[②] 面对“幽灵抗辩”，法官始终面临“采信则有可能放纵犯罪”和“不采信则无法排除合理怀疑”的两难困境，如何既保障被告人的诉讼权益又及时查证案件，是亟待关注并解决的难题。

一、现状扫描：“幽灵抗辩”实务样态

为研究“幽灵抗辩”的常见形态、特点及司法应对方式，笔者通过各种方式收集了172个存在“幽灵抗辩”的案件，采用案例分析、统计分析等方法予以实证分析。

（一）“幽灵抗辩”案件基本特征初探

1. 从案由分布看，“幽灵抗辩”在各种类型案件中都有可能出现，但案由相对集中，在172个样本案件中，诈骗、盗窃等侵财型犯罪46起，故意杀人、强奸等侵犯人身权利型犯罪37起，毒品类犯罪53起，交通肇事罪、帮助信息网络犯罪活动罪等其他案由36起（见图1）。

① 参见吴巡龙：《刑事举证责任与幽灵抗辩》，载《月旦法学》2006年第6期。
② 参见《毒辩大讲坛第九十一讲——毒品犯罪辩护中的幽灵抗辩》，载微信公众号“涉毒犯罪辩护联盟”，2017年11月24日。

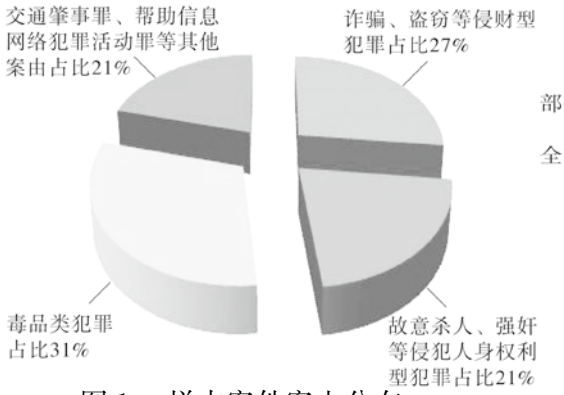
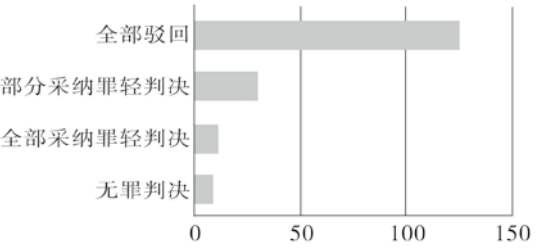


图 1　样本案件案由分布



无罪判决	全部采纳罪轻判决	部分采纳罪轻判决	全部驳回
7	11	29	125

图 2　样本案件处理结果（单位：件）

2. 从处理结果看，172 个案件的被告人均提出了一时难以查证的抗辩事由试图获得无罪或罪轻判决，抗辩事由被采纳并获得无罪、罪轻判决的 47 件，其中全部采纳并无罪判决 7 件、罪轻判决 11 件，部分采纳并罪轻判决 29 件，其余 125 件均被驳回，意见全部采纳率约为 10.47%，部分采纳率约为 16.86%（见图 2 ）。值得注意的是，样本案件中还出现了基本事实和抗辩事项均相似，但处理结果完全相反的情况，可见司法实践中不同法官对证明标准的理解和把握存在一定差异。如在白某盗窃案[①]和李某盗窃案[②]中，在案发现场均提取到了被告人生物物证，报案及现场勘察均及时，被告人均有盗窃前科，被告人均辩称案发时在他处，没有作案时间，但一个被判有罪、一个被判无罪。

3. 从审判程序看，172 起案件，一审均适用普通程序，用时最长 342 天、最短 37 天，平均用时 85 天；二审平均用时 57 天。从审理用时可知，无论是一审法官还是二审法官，均对案件整体事实查明或抗辩事项核实持谨慎态度。172 起案件中有 135 起进入二审程序，其中检察院抗诉 29 起、被告人上诉 101 起、既上诉又抗诉 5 起。在抗辩意见没有被全部采纳的 154 起案件中，虽然上诉率高达 68.18%，但在上诉不加刑的司法规则下，居然有三成多一审时“死不承认”的被告人服判服法，这本身就说明案件真实情况或许并非如其抗辩意见中所提。

（二）“幽灵抗辩”的常见形态

本文依照犯罪构成四要件理论，区分具体的抗辩事由，将“幽灵抗辩”大体分为犯意反驳型、客观否认型和免责事由型三种[③]，在收集的 172 个案件中，提出的抗辩事

① 参见白月超盗窃、非法持有毒品罪案，辽宁省本溪市明山区人民法院（2019）辽 0504 刑初 26 号刑事判决书、本溪市中级人民法院（2019）辽 05 刑终 130 号刑事判决书。

② 参见李某盗窃罪案，广东省广州市黄埔区人民法院（2014）穗黄法刑初字 747 号刑事判决书、广州市中级人民法院（2015）穗中法刑二终字 515 号刑事判决书。

③ 值得注意的是，司法实践中被告人提出抗辩是为免除或减轻罪责，而非进行犯罪构成分析，所以他们所提出的抗辩理由有时也并不单纯针对某一方面，有的甚至主客观一概否认。因实践中被告人的抗辩事由层出不穷、形式多样，故这个分类也不完全客观严谨。

由属于犯意反驳型的78件、占比45%，属于客观否认型的55件、占比32%，属于免责事由型的39件、占比约23%。

1. 犯意反驳型

主客观一致是认定犯罪的基本要求，这类抗辩主要是对犯罪主观构成要件中的犯意要素予以辩驳，在笔者收集的172件案例样本中有78件主要是针对主观犯意进行反驳。主要表现有以下几种：一是毒品类、走私类、电信诈骗关联犯罪、性侵幼女等犯罪案件中否认“明知”、辩解“不知情”，如奸淫幼女型强奸犯罪被告人往往辩称不知道对方的年龄。二是侵财类案件中辩称没有“非法占有目的”，侵财类案件普遍要求行为人以非法占有为目的，如果没有非法占有目的则一般认为不构成犯罪，而主观目的属于当事人内心所思所想，很多被告人即使被追诉仍不愿直接承认自己的真实目的，如在笔者办理的刘某某合同诈骗案中，刘某某即辩称其系合伙投资而非诈骗，所收款项也已用于打点项目。[①]

案例一：谭某帮助信息网络犯罪活动案。2021年1月，谭某在微信群看到有人称提供银行卡每日可获得数百元好处费，谭某遂办理了一张银行卡并将银行卡、个人手机、手机银行密码、身份证交给了对方。经查，该银行卡2021年1月28日、29日进账100余万元，其中56万余元查实系电信诈骗被骗资金。谭某到案后辩称自己是受到他人胁迫才将银行卡等物品交给对方，不知道对方是将银行卡用于电信网络诈骗。[②]

《刑法》规定提供银行卡型帮助信息网络犯罪活动罪必须以行为人明知他人实施电信网络诈骗等信息网络犯罪为前提，但此类案件中许多被告人像谭某一样辩解自己不知情。而知情与否是深藏于行为人内心的事实，如非口述，通过证据一般难以探知。

2. 客观否认型

该类抗辩攻击的是犯罪构成客观要件，即被告人通过辩解自己实施了其他行为以达到否认指控行为的目的，大多出现在控方证据体系较为薄弱的案件中。在收集的172个案例中，有55件抗辩对象主要锁定在客观要件，主要表现为被告人提出其本人独知的事实来使控诉证据链无法形成闭环。如盗窃案中对于从其处查获的被盗财物辩解称是捡的、买的或者别人给的，毒品犯罪案件中被告即使是人赃俱获也往往对事实予以否认，要么称被查获的毒品是他人寄存的，要么称是帮他人送茶叶、不知道怎么就换成了毒品。

案例二：曾某交通肇事案。某日凌晨，某县110指挥中心接群众报警称有一人躺

① 参见刘水生合同诈骗罪案，江西省永丰县人民法院（2019）赣0825刑初17号刑事判决书。
② 参见谭子杰帮助信息网络犯罪活动罪案，广东省深圳市宝安区人民法院（2021）粤0306刑初1546号刑事判决书。

在路边，疑似发生交通事故。民警出警后发现被害人魏某躺在路边，现场还散落有疑似电动车碎片和血迹，当日魏某抢救无效死亡。之后，民警通过对现场血迹进行 DNA 鉴定锁定肇事者曾某。曾某到案后承认自己当天曾骑车经过案发路段，但辩称在案发前十分钟即已通过该路段，人不是其撞的，自己受伤是因为在别处摔了一跤；对于 DNA 鉴定意见，则表示警察确实抽了他的血，但可能搞错了。①

这是笔者亲历的一起案件。面对指控，曾某试图通过辩解自己不在案发现场来脱罪，而对于自己受伤、DNA 鉴定等客观事实，又提出别处摔跤、鉴定出错等理由。由于缺乏证明交通事故案发经过的直接证据，加之曾某言之凿凿、不像说谎，笔者在办理该案时一度心存疑虑。

3. 免责事由型

该类抗辩一般表现为被告人对公诉机关指控实施的犯罪构成要件的行为不予否认，但提出在指控事实之外还独立存在诸如正当防卫、紧急避险、被害人同意、无刑事责任能力、受他人胁迫等事由并据此要求免责，提出的免责事由又因其他证据瑕疵或缺失而难以查证，从而形成“幽灵抗辩”。如在一些年龄处于临界节点的案件中，被告人往往以出生日期系农历、上户口时虚增了年龄等为由对刑事责任能力提出抗辩；而在一对一类型的案件中，则多提出对方先动手、自己是迫于无奈还击、自己被胁迫等辩解。在 172 个样本案例中，有 39 名被告人作出了此类选择。

案例三：万某故意杀人案。万某与其儿子共同居住，两人在生活中经常产生矛盾，万某对其子一直不满。2018 年 8 月 6 日凌晨，双方因琐事发生争执并发生肢体冲突，万某遂到厨房拿来一把尖刀砍切其子颈部将之杀死。案发后，万某前往某医院意图跳楼自杀，后被抓获。审理过程中，万某辩解儿子向其索要毒资不成从厨房拿菜刀要砍他，他是在和儿子打斗过程中因夺刀而无意伤及儿子，其行为属于正当防卫。②

该案中，案件是否因被害人索要毒资而引发、万某是否因夺刀而误杀对案件定性有重大影响，但本案发生于相对密闭空间和家庭内部成员之间，既无目击证人或视频监控等直接证据，被害人也已死亡，可谓死无对证、难以查证。

二、路径解析：千方百计应对探索和破解乏力的实践现状

如何合法、有效地查明案件事实是刑事诉讼的核心问题。如果无法准确认定事实，将可能产生冤错案件。“幽灵抗辩”之所以成为一种困扰，一个非常重要的原因是这

① 参见曾凡建交通肇事罪案，江西省永丰县人民法院（2022）赣 0825 刑初 93 号刑事附带民事判决书。
② 参见万小春故意杀人罪案，江西省高级人民法院（2019）赣刑终 173 号刑事裁定书。

类抗辩也存在一定的合理性，某种程度上动摇了控方的指控体系，正因如此，检察官、法官才会想方设法去排解。目前我国尚未明文规定辩护事由证明方案，实践中对“幽灵抗辩”的应对亦无统一标准，经对172个案例样本粗略分析，发现主要有以下五种不同的处理模式（见图3），且各自均因存在一定的局限而不具有普适性。

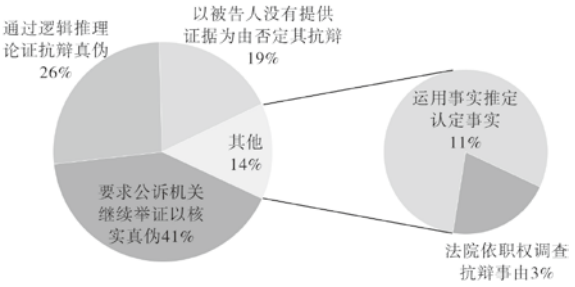


图3 “幽灵抗辩”应对模式

（一）要求公诉机关继续举证以核实真伪

1. 主要做法

在刑事诉讼举证责任承担方面，2018年修订的《刑事诉讼法》继续沿袭此前原则，第51条明确规定“公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担”，而当遭遇“幽灵抗辩”时，多数法官的第一选择都是要求公诉机关继续提供证据以查实抗辩事由的真伪。172个样本案例中，选择此项处理模式的有71件。具体到个案中，法官一般是要求公诉机关就疑点问题继续补充侦查，而后再根据补查情况作出认定。如在刘某等人贩卖毒品案件中，法官就认为公诉机关应当举出相关证据来推翻被告人刘某的无罪辩解以使自己的举证达到排除合理怀疑的证明要求……公诉机关在庭审中明确表示不再调取新的证据，以致被告人刘某辩解之真伪因程序性规则而无法确定，进而对该事实未予认定。[①]

2. 存在弊端：耗时耗力、效果不佳

如果只要被告人提出抗辩就必须一一查证，则意味着控诉方必须通过严密的证据链以证明所有的犯罪构成要件，而辩护方则只需要在证据链条中轻轻拉扯使得部分模糊，控诉方的努力就将前功尽弃并重头再来，这将使案件陷于“提出抗辩—排除可能—提出新的抗辩”的无限往复中，造成司法资源的极大浪费，如在朱某诈骗案中，被告人朱某不断提出辩解，称自己确实是在花钱找人办事，办案机关则逐一核实真伪，直至“提出来的各项辩解事项对于有具体线索的，司法机关已经穷尽调查，相关单位和个人出具了证明材料”，也正因此，该案一审2019年2月27日立案，2020年1月宣判，而二审裁判直至当年12月才作出，无论一审还是二审用时都远超普通案件。[②]

① 参见刘某等贩卖毒品罪案，江苏省南充市顺庆区人民法院（2018）川1302刑初506号刑事判决书。
② 参见朱冉诈骗罪案，江苏省宿迁市中级人民法院（2020）苏13刑终117号刑事判决书、江苏省泗阳县人民法院（2019）苏1323刑初53号刑事判决书。

（二）通过逻辑推理论证抗辩真伪

1. 主要做法

该种处理模式其实是利用现有证据，通过逻辑推理来求证指控事实或抗辩事由真伪与否，是在间接证据与待证结论之间进行逻辑演绎，找出两者的逻辑关系并得出事实结论。在这类处理思路中，裁判文书多表述为“在案证据足以证实……为真（不真实），辩解理由不成立，不予采信”，172 个样本案例中，有 45 件采用了此种模式。比如“保姆纵火案”，面对莫焕晶所提出的“只实施点火行为，没有放火故意；引燃窗帘系意外起火，应定失火罪；放火存在中止行为”的抗辩意见，杭州中院法官采用逻辑推理方式对证据和案件事实之间的关系进行了逐级递进式说理，进而认定以上抗辩事由均不成立。[①] 此案堪称经典。

2. 存在弊端：说理不足、难以服众

该类处理模式普遍存在裁判文书说理不足问题，推论的说服力也随之不足。与“保姆纵火案”裁判文书的范式说理不同，在对“幽灵抗辩”进行证伪时，更多法官只是作出结论但不对结论由来进行说明和论证，如仅表述为“对辩护意见不予采信”，并不展示心证过程，最终导致裁判文书因论证不足、结论生硬而难以服众。如在祝某诈骗案中，面对被告人提出的“没有诈骗意图，确实收了钱但均用于办事”的抗辩，判决书只是简单罗列证据而未进行证据说理，结论也仅表述为“与查明事实不符”而未展示论证过程。[②]

（三）以被告人没有提供证据为由否定其抗辩

1. 主要做法

另外一些法官在遭遇“幽灵抗辩”时选择了根据被告人是否就抗辩事由提供证据来决定对抗辩内容采纳与否，有的案件甚至只是根据现有证据径行判决而对抗辩不加理会、不作回应，当然，不理会的前提必然是无证据证实。172 个样本案例中，有 32 个案件的裁判者如此选择。在以此类模式处理的案件中，裁判文书多数表述为“上述证据足以证明 ×× 事实，被告人辩称 ×× 但无法提供证据证实（无证据支持），不予认定”。如赵某贩卖毒品案中，赵某否认相关微信支付源于毒品交易，对收到的 200 元辩称系用于换现金，转出的 130 元则解释系支付车费，而法官则认为该辩解属于“幽灵抗辩”且无证据支持，现有证据足以认定其行为构成贩卖毒品罪，遂作出有罪判决。[③]

2. 存在弊端：依据不足、不合法理

要求被告人就其“幽灵抗辩”提供证据，本质是要求其承担举证责任，但根据无

① 参见莫焕晶放火罪、盗窃罪案，浙江省杭州市中级人民法院（2017）浙 01 刑初 121 号刑事判决书。
② 参见祝科文诈骗罪案，四川省蓬安县人民法院（2017）川 1323 刑初 112 号刑事判决书。
③ 参见赵善达走私、贩卖、运输、制造毒品罪案，海南省文昌市人民法院（2019）琼 9005 刑初 267 号刑事判决书。

罪推定原则以及我国《刑事诉讼法》的具体规定，应由公诉机关承担证明被告人有罪的举证责任，被告人既不能自证其罪也无需自证无罪，因此要求被告人承担举证责任的正当性存在争议，同时，被告人举证能力微弱、控辩双方地位不对等等现实问题也制约被告人举证的实际效果，甚至影响司法公正。

（四）运用事实推定认定事实

1. 主要做法

理论界基于依据不同将推定区分为法律推定和事实推定，其中法律推定因有法律明文规定一般不存在适用和认定困难，不在本文讨论范围内。事实推定虽然也是推定但因为缺乏直接法律规定作为推定根据，法官只能凭借逻辑经验推导出待证事实并据以作出事实认定。当案件因为种种原因陷入证明不能的困境时，样本中有 19 件案件的法官选择了事实推定，其中最典型的是检例第 65 号案例“王鹏等人利用未公开信息交易案”。该案中，虽然在案证据能够证实存在异常交易行为，但无直接证据证明王鹏等人的主观明知，而包括王鹏在内的三名被告人都拒绝认罪，并拒不供述未公开信息传递过程等事实。最终，办案人员借助推定方法完成了事实认定。值得一提的是，一审宣判后，三名被告人都服从判决、没有上诉。[①]

2. 存在弊端：诱惑十足、效力存疑

事实推定能够在案件事实认定问题陷入“山重水复疑无路”的情况下获得“柳暗花明又一村”的结果，可谓诱惑十足。但由于事实推定的复杂性和理论研究的相对滞后，其在具体的司法适用中存在诸多问题，比如何为经验法则、何为逻辑规则、如何选定推定根据、如何进行逻辑推理、推定结论是否允许反驳、被告人权利如何保障等问题均无明文规定和操作指引，推定规则不明则必然导致推定效力存疑。

（五）法院依职权调查抗辩事由

1. 主要做法

根据《刑事诉讼法》的相关规定，法院在法庭审理过程中，如果对于案件事实或证据存在疑问，既可以主动对存疑证据进行调查核实，也可以依职权调取新的证据。与前述做法不同的是，还有一些法官在遭遇“幽灵抗辩”时并不是消极听审而是主动进行调查取证以核实抗辩事由存在与否。172 个案例样本中，有 5 个案件的法官选择了主动进行调查取证以核实真伪。如在樊某合同诈骗案中，樊某辩解自己实际中标了相关工程项目、具有履行合同的能力和条件，但现有证据无法证实其所称的相关工程项目的真实性，法院遂主动依职权进行了调查核实。[②]

① 参见最高人民检察院第十七批指导性案例（检例第 65 号）。
② 参见樊华合同诈骗罪案，安徽省高级人民法院（2019）皖刑终 219 号刑事判决书。

2. 存在弊端：地位不清、暗藏风险

法院主动进行调查取证的地位不清、程序不明还暗藏司法风险。法院依职权调查取证，一定程度上违背诉审分离的原则，同审判者在诉讼中的职能和中立地位格格不入，与司法被动性原则和现代刑事司法精神相悖。举例来说，如果法院主动调取的是对被告人不利甚至超越公诉方指控范围的证据，且据此对被告人进行了重判，法官则实际扮演了双重角色，将受到“既是裁判者、又是追诉方”的质疑，但是不依证据裁决又存在放纵犯罪的风险，调查取证也失去了意义。

三、困境追问：内因外力的双重推动和证明规则的桎梏限制

（一）产生缘由：趋利避害的自然选择和“口供情结”的外力驱使

首先，实践中，许多被告人提出“幽灵抗辩”并不是为了证明事实而是为了把水搅浑，终极目的则是为了逃避或减轻处罚。很多案件中，被告人之所以提出“幽灵抗辩”，往往是源于趋利避害的本能，出于对罪轻、无罪结果的积极追求，特别是一些被控重罪的被告人，其内心清楚即使认罪认罚也无法获得理想的处理结果，顺势就产生了“拼一把”“鱼死网破”的赌徒心理。在笔者办理的一起被告人不认罪的贩卖毒品案件中，辩护人就表示被告人曾向其坦诚“数量摆在那，认与不认都是 15 年，还不如赌一把”。同时，“幽灵抗辩”还有一个重要特点是同类性、可模仿性，由于“幽灵抗辩”的抗辩效果较好，往往被人模仿甚至有人专门据此“传经授道”。[①] 如在最近发案率最高的两卡类案件中，许多被告人对“出卡”事实不予否认，但都不约而同将“收卡人”指认为路上偶遇的陌生人或者只知外号的网络好友，对于“出卡”理由则称是用于电商刷单或者网贷提额。

其次，长期以来，我国刑事诉讼过程中都更偏爱认罪口供类的直接证据。裁判人员在作出裁决时更倾向于信赖被告人口供之类的直接证据，许多被告人也往往存在只要不是人赃俱获就不能证实犯罪的侥幸心理，甚至存在司法人员认为没有口供不敢判决、被告人认为没有口供无法判决的“口供情结”。而在缺乏直接证据时，“口供情结”惯性思维可能带来的重大利好将促使被告人选择作出“幽灵抗辩”。

（二）困境反思：跳出单一证明规则的桎梏

“幽灵抗辩”是被告人为免除或减轻自己的刑事责任而提出的，行为逻辑是先立后破，通过提出存在其他事实或主张来反证指控事实不存在。但是，如果允许任何人就任何主张提出质疑而无相关限制，那控诉方将陷入无止境的回应困难当中。如前所述，面对“幽灵抗辩”，无论是传统的举证责任分配还是运用推论等证明方式均显得

①《毒辩大讲坛第九十一讲——毒品犯罪辩护中的幽灵抗辩》，载微信公众号“涉毒犯罪辩护联盟”，2017 年 11 月 29 日。

心有余而力不足，此时必须主动跳出单一证明规则形成的桎梏以寻求新的解答。

无罪推定原则是刑事诉讼的基本原则，指的是控方必须承担被告人有罪的证明责任，如果控方无法提供确切证据证明被告人有罪则推定被告人无罪，也即说被告人没有自证无罪的义务。但无罪推定原则是对证明犯罪构成要件进行限制，也就是说控方必须举证被告人的罪与非罪，但对于犯罪构成以外的其他争议，比如程序性事实、有责性事实则不能适用无罪推定原则，即犯罪构成以外的举证责任可以由被告人承担，而且对于被告人独知的事实，由其自己提供证据或线索，显然也更有利于事实查明。“事实上，如果人们让原告承担所有的证明责任，那么从一开始无论哪一个诉讼都会变得毫无希望，所以说将证明责任科学且适当地分配给双方当事人，乃是刑事诉讼证据制度中最为关键或是最为重要之所在。”[①] 需要特别注意的是，被告人承担举证责任具有非常规性和特殊性，属于主观证明责任，即使没有完成，也不会直接对案件结果产生实质性影响，不会因此导致自己被判有罪，即虽然被告人无法证实其所抗辩的“幽灵”真实存在，但其罪与非罪仍应由控方证据决定。

四、破立并举：锚定争点、分步化解的路径探索

“幽灵抗辩”产生的根本原因是缺乏直接证据予以证明，而这也直接导致事实认定困难。由于难以查证，法官往往面临两难选择：如果采纳该抗辩，则可能助长被告人的投机心理，将会有越来越多的人试图通过此种方式来逃避法律追究；如果不采纳该抗辩，又难以通过现行证据规则有效排解，万一辩解为真则将酿成错案。面对层出不穷、似真似幻的“幽灵抗辩”，唯有摒除事实认定过于依赖直接证明的惯性、破除“口供情结”，首先识别抗辩本质、锚定争议焦点，对于明显不合常理的直接驳回，进而运用间接证据、刑事推定等证明方式构筑事实认定体系，并在适当时候由被告人举证来验证事实认定正误与否，进而避免错判风险，通过“识别—论证—判定—验证”四步法改善当前“幽灵抗辩”应对乏力的窘境（见图 5）。

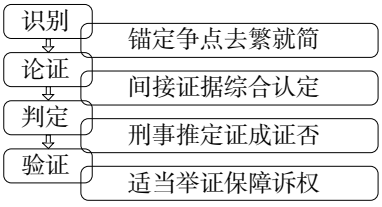


图 5 “幽灵抗辩”应对流程图

（一）识别——锚定争点去繁就简

基于无罪推定原则要求，对于犯罪基本事实和认定有罪的举证责任当然应由公诉机关承担，有利于被告原则也要求在证据不足、案件事实存有疑点的情况下作出有利于被告人的认定。需要首先明确的是，作出有罪判决的前提是排除合理怀疑。

① [德] 莱奥·罗森贝克：《证明责任论》，庄敬华译，中国法制出版社 2001 年版，第 96–97 页。

对于何谓合理怀疑，“它不仅仅是个可能的怀疑，而是指该案的状态，在经过对所有的证据的总的比较和考虑之后，陪审员的心理处于这种状态，他们不能说他们感到对指控罪行的真实性得出永久的裁决已达到内心确信的程度”①。合理怀疑“只能是有理由的怀疑，而不是随便怀疑；因为任何与人为的事务有关并且依赖于人为的证据的东西都容易存在可能的或想象中的怀疑”②。这也就是说，合理怀疑必须具体且有一定事实根据。当法官面对被告人提出的抗辩事由时，既不能偏执于“客观真实”而让司法证明过于机械化、理想化，也不能盲目追求主观心证而使司法证明充满不确定。换言之，被告人提出的抗辩事由必须合乎常理，即必须符合法律规定、科学定论、自然常识、经验规则和逻辑法则，如果明显悖于常理，则必然不足以对控诉证明体系形成抗辩，也就不存在前述“合理怀疑”，此时应当对该抗辩事由直接驳回。故面对“幽灵抗辩”，首先应当是精准识别争点所在，然后锚定争点、仔细辨别到底是无理狡辩还是可能确有其事，如果不合常理则直接驳回，而无需再对该抗辩事由进行“证否”；如果已然引发合理怀疑，则继续锚定争点并到下一步予以解决。

（二）论证——运用间接证据综合认定

如前所述，“幽灵抗辩”之所以成为困扰，很大程度上是由于缺乏直接证据，此时必须依赖间接证据来完成事实认定。间接证据证明主要通过推理实现。所谓推理，指的是从已知事实或判断出发进而推导出未知结论的思维方式。具体到个案中，推理结论是否真实可靠，最重要的影响因素是推理的形式和前提。单个推理得出的结果具有或然性，并不一定符合客观真实，因此应当避免依靠单个间接证据证明案件事实。也就是说，间接证据只有形成了证据锁链，才能证明案件事实，并据之定案，故必须通过多个间接证据进行综合推理来确保结论可靠。

在运用间接证据证明时，首先需要审核的就是证据的真实性，必须确保据以定案的证据是真实可靠的。需要注意的是，在审查确认单个证据真实可靠的基础上，还应当对全案证据综合分析并判断是否存在矛盾，判断标准可简单概括为：自身矛盾的必然有问题，相互矛盾的定有一假，与众证矛盾的多为假证，与事实矛盾的定属假证。经过综合分析判断，如果在案证据已达自身统一、相互统一和全案统一则可以作为定案依据。

证据真实性问题解决后，还要考察证据的证明力。证明力是由证据和案件事实之间存在的联系决定的，而这种联系存在多样性：就联系的性质而言，既有真实联系也有虚假联系，既有必然联系也有偶然联系等；就联系对象而言，既可能联系到作案行为与嫌疑人，也可能联系到作案行为与被害人，或联系上嫌疑人或案发时间地点等。因什么样的联系性质和联系对象直接关系到将产生什么样的证明效果，所以，必须全

①《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，卞建林译，中国政法大学出版社 1996 版，第 129 页。
②［英］J.W. 塞西尔·特纳：《肯尼刑法原理》，王国庆、李启家译，华夏出版社 1989 年版，第 549 页。

面考察、综合评判。相互之间内容独立甚至矛盾的间接证据，因为不存在内在关联也就无法形成证据链条，数量再多也不具有证明力。

间接证据真实性和证明力的问题解决后，再根据证据组合并借助逻辑推理，对案件事实作出综合认定。笔者处理曾某交通肇事案时使用的就是间接证据证明法，通过监控视频、现场勘验笔录、鉴定意见等多组间接证据连接成了一条环环相扣的证据链条，使得基础事实呈现层层递进样态，最终共同指向了待证事实。该案事实认定的推理过程可概括为：

大前提：案发现场的碎片是肇事车辆所留，案发现场除被害人以外的其他血迹是肇事人所留。

小前提：现场碎片经鉴定是曾某所骑电动车的，现场血迹经鉴定与曾某血液 DNA 吻合。

结论：被害人是被曾某骑电动车撞倒的。

论证过程中，曾某对小前提提出了异议，称 DNA 鉴定可能弄错了，该异议如果成立将彻底动摇证明体系。但经审查其他证据发现，现场血迹是案发后第一时间由侦查人员依法提取，曾某的血样则是在数天后提取，即现场血迹提取在前、曾某血样提取在后，且无线索指向存在侦查程序不合法，曾某仅口头表达“可能弄错了”无法动摇现有证明体系，该异议未被采信。

当然，单纯根据以上推理，其实并无法得出唯一性结论，即还存在合理怀疑：曾某恰好骑车经过现场并摔了一跤留下了碎片和血迹。所以，为验证结论真伪，还需要进一步求证。此时，运用的是另一组间接证据——案发现场监控视频。碍于客观条件，监控视频下确实无法准确辨认肇事车辆或肇事人，无法直接证明犯罪事实，但其在证据链中依然不可或缺。具体求证过程如下：

前提：监控视频显示只有肇事人骑着肇事车与被害人发生碰撞，碰撞后肇事车也倒地，数分钟后才离开，至警方到场期间没有其他车辆和人员在现场异常停留过。

结论 1：肇事车辆可能受损、肇事人可能受伤（印证了现场血迹由来，并与曾某受伤就医形成逻辑闭环）。

结论 2：排除曾某在现场摔跤并留痕的可能。

至此，法官已经形成内心确信，该案的事实认定过程宣告完成。此时再回头看曾某的抗辩事由，无论是“事故发生前十分钟就已经通过了事发路段”试图证实其无作案时间，还是“当天早上在其他地方摔跤了”试图对自己受伤情况作出解释，均显然无法动摇前述论证，也就没必要一一证否。

（三）判定——刑事推定证成证否

在运用间接证据证明依然无法得出唯一合理性结论的情况下，刑事推定是法官们

的另外一个选择。被告人所提出的“幽灵抗辩”中的事实往往虚无缥缈、难以查证，刑事推定在应对“幽灵抗辩”时具有天然优势，既可对案件事实进行正向证成以得出唯一性结论，也可对“幽灵”逐一证否，排除其他可能性。

刑事推定，指的是依据法律规定、经验法则、逻辑规则等，通过基础事实来推导出推定事实，它包括基础事实、推定根据与推定事实三个要素，演绎过程可简述为“基础事实证明—经验法则演绎—待证事实证成”。与间接证据证明中以基础事实为一阶证成事实、以待证事实为二阶证成的二阶式证明过程不同，刑事推定还需要以推定根据作为判断枢纽，是一种“证明 + 认定”的递进式证明。“王鹏等人利用未公开信息交易案”就是运用刑事推定进行事实认定的典型，其主要证明过程可简单概括为：

基础事实 1：被告人交易与未公开信息的关联性、趋同度及与其平常交易习惯的差异性。

基础事实 2：双方具备传递信息的动机和条件。

基础事实 3：交易行为不符合其个人能力经验。

推定根据：证券市场的基本规律和一般人的经验常识。

推定事实：被告人构成利用未公开信息交易罪。

当然，待证事实能否证成，受制于基础事实是否真实可靠、推定依据是否合法合理等，具有或然性，不可能 100% 正确。可以说，第二步的间接证据证明能够还原案件的真实面貌，而刑事推定则是得出最大盖然性的推定事实。无论盖然性多高都无法确保万无一失，为了避免刑事诉讼过程中的刑事推定被滥用或被控方当作减轻证明责任的借口，应当对推定采取谨慎态度，只能将其置于补充地位，并通过确立适用规则来避免推定被滥用。

必须限制适用条件。一是应当后置适用。刑事推定具有主观性和或然性，推定事实无法确保完全准确可靠，只能起到辅助、补充作用，因此必须在穷尽其他证明方法的情况之下使用，在有证据证明时不得用推定代替证据证明，也不必然因推定减轻公诉方举证责任。二是基础事实为真。推定就是通过基础事实推导出待证事实，如果作为条件的基础事实不真实，那么结论必然是不可靠的，所以基础事实必须是真实可靠的，如自然规律或定理、众所周知的事实和已被证明的事实等。三是不得二次推定。如前所述，推定事实本身即具有或然性，并不等同于客观事实，在或然性基础上再进行二次推定，其实质是在运用“乘积定律”而不是“加法定律”来认定案件事实，或然性将被放大，这必然导致结论不可靠。

必须明确推定规则。一是明确推定根据。基础事实之所以能够推断出推定事实，是由于基础事实和推定事实间存在内在联系，也就是说只要基础事实存在，推定事实

就也存在或大概率存在。这种内在联系除了由法律作出明文规定外，通常表现为客观的因果逻辑和合理的经验逻辑，也即逻辑规则和经验法则。二是过程应当公开。不公开、不公示则意味着推定过程无从监督，过程的不规范可能导致结果的不正义，所以适用刑事推定不仅要在法庭审理过程中予以释明并引导控辩双方进行辩论，还要在裁判文书中加以论证说理。过程公开不仅关乎被告人能否顺利行使反驳权，亦将促使法官审慎适用推定，进而保障司法公正。三是结论允许反驳。从基础事实推导出推定事实的或然性使得例外情形仍有存在的可能和空间，推定事实并非百分百正确，所以必须允许被告人对待证事实进行反驳，而且反驳不要求确实充分，而是只需要引发合理怀疑即可，也就是说只要反驳具有存在可能或使得推定事实不具有唯一性，则应当停止适用该推定。

（四）验证——适当举证保障诉权

案件办理必须经得起检验。如果通过以上三步，案件事实仍然处于真伪不明状态或者被告人就此提出了新的反驳且具一定合理性，即“幽灵抗辩”动摇了法官的心证，就应当要求控辩双方继续举证。此时，公诉机关应当通过进一步举证来对指控事实进行证成或者对抗辩事由予以证伪，而在公诉机关已经承担了大部分证明责任的大前提下，提出“幽灵抗辩”的被告人也应当承担一定的证明责任，就自己提出的抗辩事由提供一定的证据或材料线索，以避免不利认定。比如前述曾某交通肇事案件中，如果曾某不仅是口头表示“鉴定意见可能有问题”，而且还提供诸如血迹提取、送检程序等不合法的具体线索，法官则必须重新审视全案证明体系。

第一，“幽灵抗辩”被告人承担一定证明责任具有现实必要。首先，适当赋予“幽灵抗辩”被告人一定的证明责任是跳出刑事证明责任分配体系僵化的必经路径。无罪推定原则要求控方承担被告人有罪的证明责任，但是具体到司法实践中，其实有很多证据往往被告人相对容易获取而控方却难以甚至无法取证。此种情况下，如果依然固守控方举证的原则，不仅有碍于诉讼效率，亦与公平正义相违背。其次，赋予“幽灵抗辩”被告人一定的证明责任是提高诉讼效率的现实需求。对于一些使得诉讼进程陷入僵局的“幽灵抗辩”，与其让控诉机关投入大量的人力、物力却难以取得进展，不如由本就掌握优势资源的被告人提供证据予以证明，在公正司法的前提下该种选择将更具司法效率。最后，赋予“幽灵抗辩”被告人适当举证责任也是维护其自身权益的最优选择。“凡有主张责任原则上必有证明责任与之伴随”[①]，证明责任与诉讼主张从来就不是对立关系而应当是紧密相连的，履行证明责任其实是为了印证己方的主张，刑事诉讼亦不例外。被告人积极举证将更有利于事实查明和性质认定，亦能据此更大限

① 毕玉谦，《民事证据原理与实务研究》，人民法院出版社 2003 年版，第 5 页。

度维护其自身利益。换个角度，于被告人而言，此种境遇下与其说是举证的责任，不如说是不举证的危险。

第二，“幽灵抗辩”被告人承担证明责任的方式和标准。关于举证方式，举证时，最直接最有力的方式当然是直接提出证据，但囿于刑事诉讼的特殊性，被告人很少也很难通过提出额外证据的方式来提出辩解理由。基于此，应当对辩方抗辩事项的举证方式和证明标准进行特殊规定，具体可参考非法证据排除启动规则，允许被告人以提供线索或材料的方式履行举证责任。关于证明标准，由于控辩双方地位不平等，被告人举证的证明标准当然也不能等同于控方，否则将会进一步加剧实质上的不平等。所以在这种情况下应当采用优势证据的证明标准即“优势证明”，也就是说只需要被告人提出的抗辩事项和相关线索能够让裁判者相信该辩解存在的可能性大于不存在的可能性即可。如果裁判者认为该抗辩事项成立的可能性更大，证明责任则继续由公诉机关承担，公诉机关应当提供证据予以证否，否则将承担由此产生的不利后果。

结　语

“幽灵抗辩”事由纷繁复杂、真伪难辨，导致司法证明异常艰难，进而产生更多的矛盾点，而矛盾点增多，必然导致评判者迟疑。层出不穷、似真似幻的“幽灵抗辩”单纯以举证责任分配等传统方式无法得到有效化解，因此必须跳出单一证明规则形成的桎梏，对抗辩事由进行抽丝剥茧式的精准识别、理性论证、综合判定，从而使矛盾点被排除或者得到合理解释。期待“识别—论证—判定—验证”四步应对法能够让法官们在遭遇“幽灵抗辩”时有所助益。

（责任编校：刘文文）

行贿罪类型化的建构与实践应用

——以行贿行为的主动性为变量

贠彦强*

内容摘要：如何提高惩治行贿罪的精准性和有效性是当前反腐的实践设问，关注行贿行为的主动性是答案之一。行受贿犯罪是必要的共同犯罪，受贿罪区分了主动索贿和被动受贿，而行贿罪则一律被同质化对待，致使出现对“围猎”现象缺少司法回应、被索贿后行贿缺乏从宽处罚机制、行贿罪出罪条款的适用条件模糊等问题，需要以行贿行为的主动性为变量，将行贿罪类型化为围猎型行贿、普通行贿和被索贿后行贿，继而推动行贿罪量刑阶梯化、不正当利益回收、从业资格限制等反腐措施落地落实。行贿罪类型化过程中，需要加强对审判程序、事实认定、量刑情节认定、裁判结果和裁判规则等方面的过程控制，激发并优化一体推进“三不腐”的司法合力。

关键字：行贿罪；行贿主动性；“围猎”；索贿

一、问题的提出

在刑法理论中，行贿和受贿犯罪侵犯的法益是职务行为的廉洁性或曰不可收买性。由此可知：第一，受贿罪和行贿罪尽管被设定为异罪，但本质上属于行贿者和受贿者共谋破坏公权伦理的共同犯罪。学界也就此基本达成共识，认为二者是必要的共同犯罪——对向犯的典型。[①] 既然是共同犯罪，那么犯罪的造意方、主要作用者，就理应在责任分配中承担较重的责任，被动者则承担相对较轻的罪责。第二，行受贿围绕公权力的使用展开，受贿者作为公权力的掌控方、施力方，决定了最终是否

* 贠彦强，河北省邢台市南和区人民法院三级法官。

① 参见陈洪兵：《共犯论的分则思考——以贪污贿赂罪及渎职罪为例》，载《法学家》2015年第2期；李岚林《必要共犯概念的法教义学解读：语境、冲突与纾解》，载《西南民族大学学报（人文社会科学版）》2021年第10期。

出卖公权力，占据相对优势的地位，而行贿人则一般处于劣势地位。这种优劣势对比使得受贿者一般处于主犯地位，当然，这并不意味着行贿者一定处于从犯（或胁从犯）地位，正是由于其身处劣势，有求于受贿者，才更有可能积极发动钱权交易进行行贿。

对于受贿罪，刑法设定了“索贿”和“为他人谋取利益 + 被动收受贿赂”两个定罪量刑模式：索贿是受贿者利用强势地位主动启动并推动法益侵害，无论是否为他人谋取了利益，均应纳入犯罪范畴并从重处罚；被动收受贿赂则以“为他人谋取利益”为主观限定且不从重处罚。但作为对向犯的行贿罪并未进行分类：“为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物”的行为被统归为行贿罪，行贿是否主动从显性制度角度看并不影响定罪量刑，仅将“因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益”这一特例设为出罪情形。这一同质化的立法方式，一定程度上疏失了上述认识。当前关于行贿罪的研究亦较少关注行贿行为主动性上的差异。

追根溯源、源头治理是解决社会问题的基本路径和一般规律。靶向行受贿犯罪这一特殊交易的发起者、主动方，对其施以精准有效的惩治，继而从根源上治理腐败，沿循这一思路，本文提出将行贿罪类型化的设想。

二、行贿罪类型化的现实动因

（一）重点惩治“围猎”现象需要具体司法制度回应

1. 重点惩治“围猎”因应我国反腐的需要

（1）重点治理“围猎”是党中央作出的重大决策部署。习近平总书记在十九届中央纪委五次全会、十八届六中全会、中央党校第一期县委书记研修班等多个场合指出党员干部要警惕“围猎”。六部委联合印发的《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》（以下简称《意见》）也强调：要“斩断‘围猎’与甘于被‘围猎’利益链、破除权钱交易关系网”。2022 年《最高人民法院工作报告》指出：“积极落实受贿行贿一起查，依法追缴行贿非法获利，斩断‘围猎’腐蚀、权钱交易的利益链条。”

（2）重点惩治“围猎”是我国当前反腐的现实需要。高层密集发声的背后，是“围猎”现象的频现：昆明开尔科技有限公司围猎 105 名公职人员，攫取不当利益；包商银行“围猎”内蒙古银监局系统，涉案财产超 7 亿，局长薛纪宁个人受贿超 4 亿；潍坊王雷黑社会性质组织大肆围猎干部充当“保护伞”，84 名公职人员被处理……从贿赂犯罪的生成机理来看，行贿人不择手段“围猎”党员干部，是当前腐败增量仍有发生的重要原因。“围猎”现象成为当前反腐败工作必须正视的问题。

（3）重点惩治“围猎”是一体推进“三不腐”的应然选择。实践证明，受贿和行

贿一体两面、相伴而生。轻纵围猎者会降低行贿犯罪成本，甚至释放出行贿“非罪”的错误信号，诱使行贿者继续大肆行贿。同时，“围猎”除了引发个案腐败，也容易引发“塌方式腐败”或者“窝案、串案”等，甚至导致个别官员沦为掮客，参与利益集团对其他官员的“围猎”。[①] 因此，一体推进“三不腐”必须双向施力，既要求官员洁身自好，又要重点惩治围猎者，让其不敢、不能、不想去腐蚀干部。

围猎之生存，赖于“潜规则”“熟人社会”“圈子文化”等不良风气。重点治理围猎，对净化政治生态、营商环境和市场规则起到积极作用，为一体推进“三不腐”厚植社会文化根基。

2. 重点惩治“围猎”需要法律作出具体制度安排。作为中央和国家层面倡导的一个政治话语，重点治理“围猎”的正确性不仅有现实和反腐体制两个维度的支撑，更有国家治理的未来期待，但当前司法领域对此尚缺乏具体制度安排：既没有司法文件将“围猎”明确为法律概念，又没有将“围猎”或其主要法律特征纳为行贿罪从重情节。这样带来的后果，一是忽视了“围猎”在贿赂犯罪中的造意和主要推动作用，及因此意味的更大的刑事可罚性。二是削减了法律的特殊预防效果。围猎者先是对官员无孔不入地组织围杀，获得不菲收益，案发后又摇身一变成为证人或检举揭发犯罪的立功者，逃脱法律制裁，极易再犯。这也是学界得出“行贿罪被普遍轻恕”[②] 结论的理据之一。三是削减了法律的一般预防效果。“围猎”的罪行不能被客观准确的评价，弱化了司法案件的教育引导功能。

（二）对“被索贿后行贿”需要适度宽宥方面的司法设计

行贿罪处罚中值得被关注的另一现象是：尽管对被索贿后行贿进行从宽处理具有一定的法理依据和现实意义，但当前尚缺乏相应的司法制度予以明确支持。

1. 对被索贿后行贿适度宽宥的现实原因

（1）实现刑法制度的自洽。尽管被索贿不是法定、酌定从宽事由，对被索贿后行贿可以从宽处罚也缺少现实做法，但仍有大量行贿案件以“被告人被索贿”为辩护意见，以期法官对被告人酌情宽宥。法官在裁判说理时也大多对该辩护意见予以正面回答。[③] 对被索贿后的行贿从宽处罚实具有一定的共识性基础。究其原因，行贿者积极主动地去腐蚀官员和被索贿后被动、不情愿的行贿，在法益侵害性、主观恶性、再犯可能性上截然不同。被索贿后的行贿在贿赂共同犯罪中所起作用相对消极被动。如果是一般的共同犯罪，这一被动作用可以通过罪责较轻的主犯、从犯、胁从犯机制予以

① 如（2020）桂1324刑初7号案件，被告人罗方萌利用职权为樊某得到某小区地块的开发权提供帮助，先后收受樊某贿赂120万元，并帮助樊某向时任县委书记谢某行贿70万元；为蓝某获得旧住宅区综合整治项目提供帮助，先后收受蓝某贿赂80万元，并帮助蓝某向时任县委书记谢某行贿100万元。

② 参见张勇：《“行贿与受贿并重惩治”刑事政策的根据及模式》，载《法学》2017年第12期。

③ 2022年7月1日，笔者通过中国裁判文书网，对2021年至2022年6月30日裁判的行贿罪裁判文书进行统计，共有行贿案件906件。以“被索贿”为辩护理由的案件119件，占比13.13%；对“被索贿”进行论证说理的判决书103件；在量刑中考虑被告人“被索贿”而从宽处罚的案件仅9件。

反馈，但刑法分则将行贿罪与受贿罪设定为独立的两罪，阻断了总则中共犯规则的适用，使得法律机制不能结构性地呈现两罪价值权衡和结果调控的过程。设置适度宽宥制度可以补充这一法律机制的缺失。

（2）有利于贿赂犯罪的案发激励。行受贿犯罪查处比较依赖“囚徒困境”、供述激励等博弈策略，有时会对情节较轻的行贿作“无罪化”处理，[①] 但在当前受贿行贿一起查要求下，经由“无罪化”路径瓦解行受贿双方攻守同盟的空间被大大压缩。索贿是受贿罪的从重处罚情节，基于理性经济人的假设，受贿人会极力否认自己的索贿行为。对被索贿后行贿适度宽宥这一对抗策略的缺失易引发行贿人侥幸心理：承认索贿，受贿者被从重处罚，但是自己并不能减轻刑责；不承认索贿，法院还有可能无法查实犯罪，继而选择不揭发犯罪和配合查处。设置适度宽宥制度可以一定程度地削减这一侥幸心理，提高贿赂犯罪的治理效能。

（3）不予宽宥阻断贿赂犯罪的效果有限。索贿是受贿罪的重要类型。[②] 被索贿后行贿与主动行贿在生成机理上有质的不同：由于行贿人在公权力行使和供需关系中一般处于劣势地位，当行贿者面临索贿时，显然要顾虑索贿的隐蔽性、证据收集的困难性、受贿未遂入罪率不高 [③] 等现实因素，以及拒绝行贿后可能带来的被权力打压、被指责“破坏潜规则”“不懂人情世故”等多重压力，往往难有拒绝和揭发犯罪的勇气。对这一类行贿者苛以严刑，并未锚定贿赂犯罪的正源——索贿者及其背后的权力优势，故阻断继续索贿的效果有限。

2. 正确理解“被索贿后行贿”宽宥制度与“从严惩治腐败”政策的关系。虽然从观感上说，“被索贿后行贿”宽宥制度对被索贿后行贿情形进行了适度从宽，但较之原有的“无罪化”处理倾向，实际上是从严惩处的。加之该制度带来的受贿人不敢不愿索贿、激励贿赂犯罪案发等现实获益，实际上大大提高了“三不腐”的治理效率和治理效果，有利于从严惩治腐败的最终实现。

（三）行贿罪出罪条款需要相应司法解释

除了相对平和的索要，索贿还包括激进的、强迫性较强的“勒索”式索要。由于解释的不足，行贿罪出罪条款在适用上也有一定障碍。

1.“被勒索”的概念不清导致出罪标准模糊。“被勒索”是行贿犯罪出罪的重要要

① 实践普遍认为该策略的典型现象是对数额较小的行贿犯罪作无罪化处理。同上注采样，906 件行贿案件中，犯罪数额 100 万元以上的 335 件，50—100 万元的 197 件，50—10 万元的 269 件。在“零容忍”反腐态势下，10 万元以下的案件为 105 件，仅占比 11.6%，其中涉及其他犯罪的就有 52 件，单因行贿而被公诉、审判的案件仅有 53 件。这在一定程度上印证了实践认识。

② 2022 年 7 月 1 日，笔者通过中国裁判文书网，对 2021 年至 2022 年 6 月 30 日裁判的受贿罪裁判文书作出统计，共有受贿案件 3236 件，其中存在索贿情节案件 371 件，占比 11.46%。

③ 同上注采样，3236 件受贿案件中，受贿未遂共计 76 件，占总案件比 2.35%，其中大多数是部分犯罪的未遂，共 73 件，占总案件比 2.25%；全案未遂的 3 件，占总案件比 0.1%。抛却约定贿赂后尚未行受贿的未遂场景，单因被检举揭发索贿而被处以刑事处罚官员的情况较少。

件，但当前法律规定对于“被勒索”缺乏明确的解读，致使该出罪条款难以被准确涵摄。加之考虑受贿者的权力优势地位所带来的压迫感，何种形式、程度的索贿能够达到“被勒索”的标准更需明晰。

2. 出入罪条件的逻辑之困有待解决。行贿罪入罪以行为人“为谋取不正当利益”为条件，出罪则要求行为人“被勒索”和“未获取不正当利益”。这样一来，一是结合用语相同的敲诈勒索罪中的“勒索”的含义，“勒索”既可以以剥夺正当利益相挟，也可以以剥夺不正当利益相挟。行为人因被勒索给予国家工作人员以财物不等于其不具有“为谋取不正当利益”的主观目的。二是“未获取不正当利益”不等于行为人不能“为了谋取不正当利益”，前者是客观，是实然结果；后者是主观，是动机和目的。行为动机不必然导致结果。行贿罪出入罪因而出现如下逻辑悖论：受贿人因被勒索，为谋取不正当利益给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，既符合入罪条件，又符合出罪条件。

被勒索后行贿的情形由于主观恶性相对较小，以前更倾向于作无罪化处理，但在受贿行贿一起查要求下，可能会大量进入审判程序，因而需要通过解释论手段对相关概念予以厘清。

司法既要根据法律的确定性标准解释法律，又要根据社会变革现实论证法律。[①] 由是观之，我国当前反腐形势、法治建设和社会深刻变革，呼唤司法机关调整行贿罪的治理格局。作为一种“最基本”的刑法方法论，[②] 类型化方法以事物的根本特征为变量，将具有相似变量特征的事物归纳整理为同一类型，使得相对抽象的概念得以具体化；[③] 将具有不同变量特征的事物归纳为不同类型，并结合各类型的自身特征制定相应策略。回应上述现实期待，既需要明确围猎、被索贿后行贿、被勒索等相对模糊的行贿者有关概念，又需要根据行贿行为的不同“定制”出精准有效的治理策略。此时运用类型化方法恰如其分。

三、行贿罪类型化的建构理路

（一）主动性：行贿罪类型化的恰当变量

类型化变量是划分事物不同类型的参考标准。显然，上述现实需求所指向的“围猎”、被索贿、被勒索等行贿情形，存在犯罪行为从主动到被动的内在递进关系。因此，将行贿主动性作为行贿罪的类型化变量，是串联研究三个问题的优先选择。

① 参见李树民：《裁判职责的元点：一元论还是二元论》，载《华东政法大学学报》2019年第4期。
② 参见周光权：《类型化思维，一种基本的刑法方法论》，载《检察日报》2021年9月7日第3版。
③ 参见杨峰：《商法一般条款的类型化适用》，载《中国社会科学》2022年第2期。

类型化变量必须是“事物的根本特征”，具体指：第一，该变量普遍存在于各个类型中，能够成为各类型特征校验的共同依据；第二，该变量属于根本的、关键的考量因素，而非无关紧要的因素，且具有一定的区分度；第三，该变量能够清晰划定某一类型的内涵和外延，不使个案能否归属于该类型呈现模棱两可状态；第四，尽管有学者认为类型化的一大优势在于抽象和归纳的适度，[①] 在于其是在完全抽象的概念和具体的规则或事实之间的桥梁，[②] 但亦有学者提出类型化变量仍应保证各类型之间呈现互斥并周延的状态，[③] 即所有个案均能且只能归属于一种类型。

经验证，行贿主动性亦能够满足上述条件：一是作为犯罪主观要件的一部分能够调整所有行贿犯罪；二是关涉行贿罪的生成机理、社会危害性、再犯可能性、人身危险性，是犯罪的根本性因素；三是合理区分主动性能够明晰各行贿类型的界限；四是主动性的递进和层次关系，使得各类型能够形成互斥和周延。

综上，主动性是行贿罪类型化的恰当变量。本文认为，应按照行贿主动性，由高到低将行贿罪分为围猎型行贿、普通行贿、被索贿后行贿三种类型。

（二）行贿罪的具体分型

1. 围猎型行贿。“围猎”一词的使用在实践中呈现一定的开放性和非规范性，故将其散逸的行为表现收束为法律化或准法律化的行为模型，是塑形“围猎型行贿”的基础性问题。笔者通过对言及“围猎”的典型案例、相关研究成果、新闻报道等语料进行汇总分析，凝练出了围猎型行贿具备的主要法律特征：

其一，作为最主动的行贿，行贿人积极制造犯罪条件，在犯意发起和犯罪实施中起到主要作用：或致力于满足被围猎者的各种兴趣爱好或者不良嗜好，或俘获被围猎者的配偶、子女、秘书等“身边人”，或编织、利用权权交易、权色交易网，实现攀附目的……此为围猎型行贿的实质条件。

其二，犯罪持续时间较长，常披以“情感交流”之外衣，手段多样且常交织于罪与非罪之间。行贿人常以血缘、友缘、乡缘、学缘为名义，通过与被围猎者长期接触逐渐建立信任关系，降低被围猎者的警惕心理、负罪感、羞愧感，诱发被围猎者的腐败动机，搭建长期的利益输送链。

其三，多次犯罪或（和）犯罪数额大。围猎型行贿以钱权交易、利益输送为本质，通过多次行贿、大额行贿将被围猎者“捕获”，使其深陷其中无力摆脱。

因后文建议将围猎型行贿纳为从重情节，故本文采取相对严格的立场来定义围猎

① 参见王利明：《论侵权责任法中一般条款和类型化的关系》，载《法学杂志》2009 年第 3 期。
② 参见张莉：《新型人格权益类型化研究》，载《南京师大学报（社会科学版）》2022 年第 1 期。
③ 参见蒋舸：《〈反不正当竞争法〉网络条款的反思与解释——以类型化原理为中心》，载《中外法学》2019 年第 1 期。

型行贿，即认为行贿行为必须同时具备上述三个法律特征，才能被定性为围猎型行贿。[①]

2. 普通行贿。普通行贿也是主动行贿，其与围猎型行贿的本质区别在于行为人对公权力缺乏长期“占有欲”，往往表现为一次行贿或者为了某次具体请托而行贿。值得重点注意的是：对于不同时具备“围猎型行贿”法律特征的主动行贿，即便行贿时比较积极主动，也应被认定为普通行贿。[②]

3. 被索贿后行贿。该类行贿是主动性较低的行贿，指行贿人被索贿后不情愿地进行行贿。

（1）受贿者要有索要的明确表达。无论明示或者暗示，行贿者应当清楚认识到自己被索贿了，并且索贿内容明确指向了财物或财产性利益，且社会一般人（即平均人格）均会有此认识。[③]

（2）行贿人不具有发起和实施行贿的主动性，主要是碍于情面、慑于公权而不情愿行贿。这是被索贿后行贿与围猎型行贿、普通行贿的根本区别。

行贿是否情愿要以行贿者的客观表现判定，不能简单以其供述表达来判定。行贿者行贿后，或为推脱减轻罪责、或因行贿数额过大觉得“交易不等价”等，常会辩称自己不情愿甚至被迫行贿。此时，应当综合行受贿犯罪的背景、前因后果、场合、时机和方式等来判断行贿人是否情愿。如果受贿者提出贿赂，行贿者欣然同意并积极筹措，[④] 说明行贿人是乐于进行钱权交易的，不能被归类为被索贿后行贿。

（三）行贿罪类型化下“被勒索后行贿”可否单独分型的思考

依演绎推理，还应存在“因被勒索而行贿”这一行贿类型。为实现逻辑闭环，需要合理解释行贿罪的出罪条款，即《刑法》第389条第3款规定：“因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。”

---

① 参见伍华森行贿罪案，湖北省武穴市人民法院（2022）鄂1182刑初110号刑事判决书。被告人伍华森与吴某系校友，2006年10月吴某到某市任市长后，两人在一次校友聚会上认识，后逐渐熟识。伍华森为了在建设工程项目承建、招投标、调整容积率等事项上得到吴某的帮助，维系与吴某的关系，在2006年12月至2015年2月，利用吴某出差、外出学习、看望女儿、女儿留学、安排高中同学吃饭、拜年等机会，先后26次送给吴某人民币4万元、美元5.4万元。该案就属于典型的围猎型行贿。

② 参见朱景祥受贿、行贿罪案，广东省佛山市中级人民法院（2016）粤06刑初139号刑事判决书。2009年被告人朱景祥购得某块土地，并请托副镇长何某帮助其将该地块与九江镇政府已征用的土地置换，后送给何某港币60万元。2010年朱景祥请托何某为其购买另一地块提供帮助，何某遂交代下属对咨询该地块竞拍事宜的人员强调该地块存在诸多问题以排除他人竞争，朱景祥拍得该土地后，为感谢何某贿送港币150万元。该案虽有大额行贿的表征，但不具有积极制造犯罪条件、犯罪持续时间长等要素，属于普通行贿。

③ 参见王志伟行贿罪、受贿罪案，河北省石家庄市中级人民法院（2016）冀0127刑初35号刑事判决书。被告人王志伟原为县委书记，因市委书记王某对其工作表达不满、提拔上不支持，继而行贿230万元。因王某并无索贿的明示，不能认定王志伟为被索贿后行贿。

④ 参见何滔行贿罪、受贿罪案，云南省曲靖市中级人民法院（2018）云03刑初27号刑事判决书。被告人何滔为谋求职务晋升，于2008年至2013年先后6次向领导赵某行贿共10万元；2014年再次请托，后赵某向其索要50万元；2015年又请托，后赵某向其索要140万元。因何滔存在多次行贿、第一次被索要贿赂后仍继续主动请托等情节，可以判断其行贿是情愿的，不能认定为被索贿后行贿。

1. 对“被勒索”的解释及“因被勒索而行贿”分型之不可行

尽管各司法文件未对行贿罪中的“被勒索”作出明确解释，但勒索显然必须依赖其基本手段——以恶害相通告来对被害人实施胁迫。[①] 以此为原点，可对“被勒索”之解释空间分步压缩。

首先，勒索内容应当与职务有关。公职人员以与职务无关的内容相要挟，不符合行贿罪的规范保护目的，不能以行贿罪论罪。通常而言，我国不存在需要通过不正当行使职务行为来保护群众的正当利益或防范群众获得不正当利益的情况。[②] 职务行为的正当行使与人民群众的正当利益应当是价值同源和目标同向的。

其次，正当职务行为因此不应在价值上被定性为“恶害”。例如监察人员以依法查办案件相胁迫，向犯有错误的官员索贿。依法查办案件是职务的正当行使，官员因此遭受的心理或身体强制不是被施加了“恶害”，不能阻却其行贿违法性。官员为了不被查处而给予财物，本质上并非被胁迫，而是在购买职务的不正当行使，应被归入被索贿后行贿或普通行贿之类型。

再次，勒索内容被限定在了职务的不正当行使上。如公安人员以公开嫖娼信息来勒索嫖娼者，此时职务的不正当行使侵害了嫖娼者的隐私权。嫖娼者给予索贿者财物本身是为了保护隐私，不是为了谋取不正当利益，不属于行贿。当然，若勒索内容是职务行为正当行使和不正当行使的混同，因为存在购买职务的不正当行使的因素，依第二步“其次”之要求，也应归入被索贿后行贿或普通行贿之类型。

最后，勒索内容还包括不公平行使可选择的职务行为。典型例证是法律规定对某一违法行为“可以从宽处罚”，索贿者以“不予从宽”要挟行为人提供贿赂。此时“从宽”或“不从宽”均被职权所允许，均是职务的正当行使。行为人如果给予索贿者财物，实际上是对“从宽”和“不从宽”两个策略公平竞争性的破坏，依第二步“其次”之要求，亦应归入被索贿后行贿或普通行贿之类型。

综上，行贿罪出罪条款所指“被勒索”，应解释为受贿人以不正当行使职务行为相要挟并达到强制程度。被索贿者为了让索贿者正当行使职务而给予财物的，不具有谋取不正当利益之目的，不是行贿。被索贿者为了让索贿者不正当行使职务而给予财物，不是“被勒索”，而是属于被索贿后行贿或普通行贿之行贿类型。“因被勒索而行贿”不具备成为行贿罪独立分型的实践空间。

2. 对“被勒索”解释的再校验与逻辑之困的解决

将行贿罪出罪条款的“被勒索”解释为受贿人以不正当行使职务行为相要挟，使得被索贿者“因被勒索而给付国家工作人员以财物”具有了维护自身合法权益之目的

① 参见庄绪龙：《道德权利理论与敲诈勒索罪的教义学限缩》，载《中外法学》2022 年第 2 期。
② 即便有此特例，也可以藉由立法目的性价值及刑法具体制度，将此不正当行使职务行为排除在犯罪之外。

和价值的正当性。这样，被索贿者的给付财物行为在因果关系上不可能导致被索贿者获得不正当利益，这与出罪条款强调“没有获得不正当利益”同契；被索贿者之所以得以出罪，并非在于其社会危害性不足等原因，而是在于其不是为了谋取不正当利益，不具有行贿的基本行为特征，此时出罪条款以“不是行贿”作为结论而非以“不认为是犯罪”等表述为结论也得到了合理解释，出罪条款因之实现了内容上的自洽。在此基础上，上文提到的逻辑之困也迎刃而解：行为人因被勒索而给付国家工作人员财物，不可能具有“为了获取不正当利益”之行贿罪主观要件，以此实现逻辑之困虽在逻辑上可行但在实践中却不可能出现。

四、行贿罪类型化的实践场域

（一）类型化的实践价值

类型化的目的在于破解法律规定过度整齐划一。[①] 通过类型化，可以关注不同行贿行为主动性上的差异，施以更加精准有效的司法手段，发挥治理腐败司法力量的综合效能和叠加效应，协同推进“三不腐”。

1. 通过梯度化量刑，精准实现刑罚功能。受贿与行贿之间对向关系引导司法者相对应地作出宽严轻重的政策选择。刑事审判应以实现罪责刑相适应为价值旨归，并通过宽严相济刑事政策推动“三不腐”的成势见效。类型化将行受贿的主动性纳入裁判视野，并克服为了查处受贿犯罪而对行贿非犯罪化，或者对行贿犯罪量刑过度宽缓的倾向。对于围猎型行贿，特别是存在对多人围猎、编织利益关系网等情况时，应当关注其恶劣的社会危害性和刑法可罚性，从重处罚。对于被索贿后行贿，则要考虑适度的宽宥。

当前行贿罪处罚体系是将向多人行贿等特定情节作为行贿从重情节，降低入罪和法定刑升格门槛，对于其他行贿案件，按照一般标准处理。

行贿罪类型化后，建议以现有处罚体系为基础，由普通行贿来对应一般标准，并成为参考标准，构建“围猎型行贿（与其他从重情节并列）> 普通行贿 > 被索贿后行贿”的梯度式量刑方式。

（1）将围猎型行贿纳为从重情节

其一，关于纳入策略。《意见》将“多次行贿”“巨额行贿”等围猎要素作为查处重点，为从重处罚围猎型行贿提供了一定的政策支撑。但是，如果直接将多次或巨额行贿纳为从重情节，还存在一定的障碍：一是巨额行贿本身等同于犯罪数额大小；多次行贿又通过数额的累计计算与犯罪数额相挂钩。作为构成要件内的定罪量刑情节，评价犯罪数额的过程实际上或已经对巨额、多次行贿进行了评价，再将之归为从重情节显有“重

① 参见施鹏鹏：《认罪认罚从宽的类型化与制度体系的再梳理》，载《比较法研究》2021 年第 5 期。

复评价”之虞。同时，巨额、多次行贿本身并不能等同于积极主动的谋划犯罪，在从重处罚的法理、情理基础上存疑。因此，本文认为宜将围猎型行贿的三个要素作为一个整体进行法律评价，将围猎作为一个整体纳为从重情节。

其二，关于从重的体现。一是参照现有制度，降低围猎型行贿的入罪和法定刑升格门槛；二是在围猎型行贿与普通行贿其他情节相同时，对其从严惩处，如量刑上酌情从重，严格限制适用非监禁刑等。

（2）推动被索贿后行贿的从宽处罚

被索贿后行贿，理论上可以参考共同犯罪罪责较轻的主犯、从犯、胁从犯处罚。因从犯和胁从犯存在减轻、免除处罚的情节需要刑法的明文支持，故为尊重实定法现状，可以利用解释论的方法研判从宽机制：一是提高被索贿后行贿的入罪、法定刑升格门槛。二是在其他情节相同时，对被索贿后行贿酌情从轻处罚，适当轻缓化。三是配合自首、特别自首、立功等法定量刑制度，使被索贿后行贿在量刑上可以获得更大幅度的减让，如自首依法可以从轻或减轻处罚，当行贿人属于被索贿后行贿的，可以选择减轻处罚。

（3）罚金刑的阶梯化

《刑法修正案（九）》为行贿罪设置了罚金和没收财产两种财产型，其中罚金刑制度弹性更大，故着重讨论。

作为附加刑，罚金刑一般要与主刑保持方向一致和程度匹配，即主刑较重时，罚金刑一般相对较重；主刑较轻的，罚金刑一般相对较轻。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》，行贿罪的罚金“应当在十万元以上犯罪数额二倍以下”。类型化之下，可对罚金刑进行梯度式设计：以普通行贿为基准，对于围猎型行贿，进行罚金的从重，表现为适当增加倍罚制的倍数、提高罚金下限等；对于被索贿后行贿，可以适当减少罚金。同时，罚金要和当前的罚没、追缴和责令退赔机制相互配合，对于积极退赃退赔的，可以考虑处以相对较少的罚金。

2. 助益不正当利益之回收，拔除行贿动机。善除害者察其本，善理疾者绝其源。行贿罪以不正当利益为靶向和驱动，宜以不正当利益的回收为司法结论。回收机制除了包括法律现有的对违法所得没收、追缴、责令退赔机制外，还要求对其他不正当利益予以纠正处理。[①]

（1）不正当利益认定中的实践难题

尽管原则上所有不正当利益都应当回收，但回收时难免要回答以下难题：一是有

① 参见《监察法实施条例》第 207 条规定。

的案件不正当利益准确定量困难，虽有不正当利益但确定回收范围困难；[①] 二是有的案件行贿与获得不正当利益之间的因果关系认定困难；[②] 三是有的案件不正当利益回收后会衍生出一系列现实困难。[③] 上述难题的解决虽需要综合施策，但将行贿罪类型化能够对此起到一定的助益作用。

（2）类型化对解决难题的助益作用

一是助益不正当利益的判定。若认定行为人是围猎型行贿，要考虑犯罪过程的长期性以及行贿和不正当利益之间并非一一对应的可能，[④] 对不正当利益进行综合判定。若认定为普通行贿或者被索贿后行贿，行贿和不正当利益之间则常具有对应的关系。

二是缓解不正当利益回收的实践难题。类型化实现了罚金刑的梯度化，特别是提高了围猎型行贿的罚金上限。尽管理论界认为罚金的实质功能是“剥夺”或“替代”，[⑤] 但在当前不正当利益回收难题暂时难以彻底解决的现实条件下，将罚金作为一个补充性的利益调控措施不失为权宜之计，即在不正当利益特别是理应罚没的财产性不正当利益确实存在且难以回收时，可以考虑适当的增加罚金数额，以此纾解不正当利益实然存在、应然回收与回收机制张力不足之间的紧张关系。这样既能促进实质正义的实现，保障反腐的立体治理效果，又能防范盲目回收面临的程序正义、价值正当等问题。

3. 推动行贿人从业资格限制机制完善，强化反腐震慑效果。实务中，为在工程建设、医药卫生、政府采购等行业竞争中取得优势而行贿的现象较为突出，[⑥] 若对上述行业的行贿人恰当进行从业资格限制，既可以从行贿端斩断利益输送链条，实现有效反制、有力震慑；又可以清除害群之马，整肃行业环境。基于此，监察机关着力推行“行

① 参见申立立虚开增值税发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票、行贿案，黑龙江省大庆市中级人民法院（2018）黑06刑初10号刑事判决书。2016年1月，被告人申立立为顺利将其注册的公司注销，向税务局工作人员杨某行贿15万元。项涛行贿罪案，北京市第二中级人民法院（2021）京02刑初101号刑事判决书。2010年至2013年，被告人项涛为在获得茅台酒购买指标事项上谋取不正当利益，向时任职工之家总经理芮某分多次行贿950万元。这些案件虽有不正当利益，但难以确定不正当利益的范围。

② 参见赵某某行贿罪案，黑龙江省拜泉县人民法院（2021）黑0231刑初161号刑事判决书。被告人赵某某投资入股海南省某小区建设项目，为寻找团购单位缓解资金压力，向时任黑龙江省某社主任助理于某请托并诺以“好处费”。在于某帮助下，黑龙江省某社最终团购320套住房。事后赵某某向于某行贿1120万元。该案中，于某在团购过程中起到了牵线搭桥作用，但团购经过了集体研究、实地考察、员工认购等过程，行贿并非团购的决定性因素。

③ 参见林进忠行贿罪案，北京市第三中级人民法院（2021）京03刑初114号刑事判决书；汤艳洁行贿罪串通投标罪案，（2021）苏0205刑初28号刑事判决书等，均是行贿人利用行贿承揽到工程。虽然行贿人获得了不正当利益，但工程施工中会有人工、材料等投入，如何计算行贿人所获不正当利益的范围，如何妥善处理回收时带来的相关民事纠纷等，均存在一定的难题。

④ 参见殷国福行贿罪案，云南省丽江市中级人民法院（2020）云07刑初19号刑事判决书。2004年至2006年，被告人段国福为征用土地及公司改制事宜，多次请托时任发改局长姜某，2010年底向姜某行贿130万元。2009年，姜某介绍段国福入股某磷矿，段国福为感谢姜某及维系二人关系同意由其出钱投资、利润一人一半，2011年将利润500万元送给姜某。2016年、2017年，段国福又请托姜某为其签订销售合同、进入产业园区经营提供帮助。行贿和请托之间并不一一对应。

⑤ 参见陈昊：《替代与剥夺：罚金刑制度理念反思——一个基于数字经济时代的观察》，载《犯罪研究》2021年第4期。

⑥ 906件行贿案件中，为取得经济行业竞争优势而行贿的案件有415件，占比约45.8%。

贿人黑名单”制度，[①] 剑指行贿人从业资格。人民法院应发挥司法裁判的既判力优势，积极策应。

（1）从业资格限制的推行困境

刑事立法对从业资格限制的制度建树主要有禁止令和从业禁止。尽管有学者对运用禁止令、从业禁止打击行贿寄予厚望，[②] 但二者在行贿罪裁判中的应用却寥寥。[③] 究其原因，一是禁止令和从业禁止本身的局限性，禁止令仅限于判决非监禁刑的案件，从业禁止则存在实践操作难、适用条件严格等问题。[④] 二是缺乏相应的制度建设，对何时、何场合适用禁止令、从业禁止缺乏规范支撑。

从业资格限制的另一方式是强化与“行贿人黑名单”制度的对接，或可考虑建设“法院版”的黑名单制度，但难点也在于相关机制的建立健全。

（2）类型化对困境解决的推动作用

其一，提供理据。以从业禁止为例，从业禁止有严格的法定适用条件。当前行贿罪以判断犯罪构成要件为重点，对从业资格禁止条件一般疏于考察。行贿罪类型化要求事实查明的细致化，因而必然要求查明犯罪的前因后果、行贿手段、是否积极追求犯罪等事实，这就便于判断行贿人是否符合从业禁止条件。

其二，增强制度设置和策略选择的科学性。类型化将行贿行为予以细分，从而便于对从业资格限制的具体措施进行分类讨论和系统论证，有利于恰当设定资格限制的适用条件、限制方式、适用期限等，防范资格限制使用过泛或缺位。如对围猎型行贿中造成系列案件或者塌方式腐败的行贿案件，[⑤] 应当积极适用从业资格限制，并规定较长的限制期；对普通行贿、被索贿后行贿，可以综合全案不限制或者规定适度的限制期。

（二）类型化的过程控制

类型化作为至关重要的认知策略，目的在于帮助人更好地决策。[⑥] 类型化实现了处理行贿案件的精细化，但也不免出现以前粗放操作时不存在或者不明显的风险，应当加强过程控制。

---

① “行贿人黑名单制度”在《受贿行贿一起查意见》和十九届中央纪委六次全会 2022 年工作任务部署中均有提及。

② 参见彭新林等：《“刑九”三招围堵行贿人，专家表示“谨慎乐观”》，载网易 2015 年 12 月 26 日，https：//www.163.com/money/article/BBO0JFKQ00253B0H.html。

③ 906 件行贿案件中，发现判处禁止令案件 3 件，未发现判处从业禁止的案件。

④ 参见夏晗、张娇东、陈健：《行贿档案查询制度与行贿罪资格刑的构建》，载《人民司法·应用》2016 年第 28 期。

⑤ 参见陈绕清行贿罪案，广东省中山市中级人民法院（2018）粤 20 刑初 71 号刑事判决书。2007 年上半年，被告人陈绕清在中山市经营“老虎机”、游戏机室、网吧等生意期间，为获得中山市公安局三角分局、坦洲分局、阜沙分局、东升分局、中山市公安局治安管理支队等公安人员的庇护和帮助，分别多次向刘某等 21 名公安人员行贿共计人民币 553.2 万元、港币 31.6 万元。

⑥ 参见蒋舸：《〈反不正当竞争法〉网络条款的反思与解释——以类型化原理为中心》，载《中外法学》2019 年第 1 期。

1. 审判程序的控制。在审理过程中，一要按照各类型的事实要件展开法庭调查，认真甄别行贿类型，组织引导控辩双方就类型化相关问题展开辩论，实现双方有效对抗；二要将类型化成果显化为裁判理由，在裁判说理中明示所属行贿类型及对定罪量刑的影响；三要注重类型化后不正当利益回收、从业资格限制等治理举措的适用，既要注重对相关事实的查实、认定，保证程序正当和依法裁判，又要做好案件移送、执行等后续工作，强化举措的落实。

2. 事实认定的控制。类型化使类型不同的行贿罪面临不同的司法结果，因而，即便行贿和受贿理论上指向相同的客观事实，但在认定法律事实时难免需要“存疑时有利于被告人”原则的出场。如在受贿案中，现有证据对认定受贿人索贿存疑，从而认定受贿人是被动的收受贿赂，但在与之对应的行贿案中，可能现有证据对认定行贿人是否被索贿存疑，从而认定行贿人存在被索贿的情节。这是证据质量和裁判规则的适用问题，不是案件事实认定的错误。这一裁判思路，宜进行制度层面的确认，以打消法官的顾虑。当然，受贿罪和行贿罪毕竟在底层逻辑上指向相同客观事实，审判中要尽最大可能查明真相，不能因此将审判的义务和法官的责任弃置。

3. 量刑情节认定的控制。行受贿犯罪在定罪量刑情节认定上也不必然保证一致性。仍以索贿为例，受贿案中，一般认为只要受贿人提出贿赂就可以被认定为索取，[①] 无论对方是否情愿，但行贿案中，认定属于被索贿后行贿则需要具备行贿人不情愿行贿的要素。即受贿者索要贿赂，在受贿案中可以被认定为索贿，但如果此时行贿者欣然接受、积极满足，甚至受贿者的索要正是其苦心“围猎”的结果，就不能认定行贿者系被索贿后行贿。此时的行贿者因积极参与犯罪，没有被刑法宽宥的法理和情理基础。

4. 裁判结果的控制。行贿罪和受贿罪毕竟是异罪，常被分别起诉，因而要通盘考虑受贿案和行贿案的共通性和关联性，不能只关注孤案。在裁判受贿案过程中，要注重对行贿类型的审查。例如受贿人采取勒索方式索贿，要查清给予财物方是否构成行贿，如果构成行贿，则需要判决罚没；如果不是行贿，则需要判决发还。如果不加甄别一律将财物以非法所得罚没，会侵犯受害人的合法权益。

当前，监察机关正在推动受贿行贿同地管辖，[②] 这是强化裁判整体观的有益方式，审判机关应积极对接。

5. 裁判规则的控制。类型化寻求建立一种防止自由裁量权恣意行使的机制，使案件的裁判结论与类似的案件相比更具平衡性而获得更广泛的社会认同，因此除了要注意对个案的控制，还要加强对行贿罪裁判规则的全局控制。

---

① 参见段剑良：《从两个层次把握索贿的认定》，载《检察日报》2021年9月7日，第7版。

②《监察法实施条例》第224条规定：“对于涉嫌行贿犯罪、介绍贿赂犯罪或者共同职务犯罪等关联案件的涉案人员，移送起诉时一般应当随主案确定管辖……”

司法行为的即时性和“法官不得拒绝裁判”的法理规范，决定了司法活动需要一个可靠的、高效率的裁判规则系统。在行贿罪裁判规则的提炼、形成过程中，要注意区分案件的不同类型，提高规则的适应性和类案检索的匹配度。同时，要根据政治需求、社会环境、经济发展等情势变化，针对不同类型的行贿案件分类施策，及时精准地调控刑事政策，实现宽严相济、公平正义。

结　语

行贿犯罪与受贿犯罪一体两面，相伴而生。运用类型化手段治理行贿罪，能够提高惩治该类犯罪的针对性和精准度，一定程度上纾解当前惩治腐败司法实践中遇到的制度性障碍，作为必要共同犯罪的受贿罪也得到有力遏制和惩治。本文以行贿行为的主动性为变量对行贿罪做出分型，是行贿罪类型化论理的探索性研究。未来有待于通过确定不同的分型边界，选取不同的变量等方式，对行贿罪的类型化治理进行延展研究。行贿罪类型化治理的过程，也是监察机关、审判机关、检察机关优化自身职能，增进协调沟通，实现机制策应和政策融贯的过程，有利于各方进一步凝聚惩治腐败合力，是一体推进“三不腐”的有益尝试。

（责任编校：刘文文）