

筑牢国家治理现代化的法治基石

坚持党的领导制度、人大制度、统一战线制度、宪法宣誓制度，以及完善国家主席任期制度、国务院管理制度、地方立法制度、监察制度……十三届全国人大一次会议通过的《中华人民共和国宪法修正案》作出的一系列重大制度安排，既是我国13亿多人民意志的体现，也为新时代全面推进国家治理体系和治理能力现代化提供了依据和保障，为实现中华民族伟大复兴中国梦夯实了制度基础。

完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化，是党的十八届三中全会制定的全面深化改革总目标。今天，全面深化改革的进程还在继续，以宪法的完善推进改革的全面深化，深刻展现了法治逻辑与改革逻辑的高度统一。习近平总书记强调：“新时代中国特色社会主义是我们党领导人民进行伟大社会革命的成果，也是我们党领导人民进行伟大社会革命的继续，必须一以贯之进行下去。”宪法全面规定了国家经济、政治、文化、社会、生态等领域的基本制度，这些制度构成国家治理体系中最重要、最核心的制度形式和制度载体。更为重要的是，通过修改宪法，把“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”写入宪法总纲，党的全面领导将更有效地落实到国家治理的各个领域和各个层面，成为全面深化改革和推进中国特色社会主义建设事业更加坚强有力的支撑。

当前，我们要把实施宪法摆在新时代治国理政的突出位置，采取一系列有力措施加强宪法实施和监督工作，加快形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系，充分发挥宪法在推进国家治理现代化中的重大作用。要落实宪法精神，处理好改革、发展和稳定的关系，充分激发市场活力，实现人的全面发展，为国家治理现代化提供方向指引；要培养宪法思维，增强履行宪法使命的自觉性和坚定性，自觉运用法治思维和法治方式干事创业，有效提升国家治理能力。

在通往伟大目标的征途上，推进国家治理体系和治理能力现代化是必由之路。其中最根本、最核心的是要维护宪法权威、保障宪法实施。只有切实尊重和有效实施宪法，把宪法确定的制度优势转化为治理国家的强大效能，才能推动伟大事业走向新的辉煌。

（摘自《经济日报》）

甘肃法学

GAN SU LEGAL SCIENCE

主 管 中共甘肃省委政法委员会

主 办 甘肃省法学会

刊名题字 陈冀平

编委会主任 金祥明

编委会副主任 薛 峰

编委会委员 卢晓川 王兴荣

责任编辑 姜 聪 汪 新

邮 编 730030

编辑部电话 (0931)8410695 8418579

传 真 (0931)8411122

电子信箱 gsfxbjb@126.com

编辑部地址 甘肃省兰州市城关区广场南路 13 号统办 3 号楼 1 楼

准印证号 (甘)LK000117

印 刷 甘肃省委办公厅印刷厂

法律顾问 甘肃锐城律师事务所

出版日期 2018 年 4 月 10 日

目 录

CONTENTS

2018 年第 2 期 总第 186 期

卷首语

筑牢国家治理现代化的法治基石

专题报道

坚决拥护深入学习宣传贯彻宪法修正案

——法学法律界学习宣传贯彻宪法座谈会发言摘要 (1)

甘肃省法学会 2018 年工作要点 (10)

理论与实践

中国企业对哈萨克斯坦农业投资法律风险识别

..... 王 兰 杨向荣(12)

司改视域下司法解释的完善 詹王镇 吴善善(19)

互联网环境下检务公开相关问题研究

——以天水市检察机关为实证研究 张 喜 郭洁璐(27)

在司法改革背景下构建法官和律师良性关系 朱 鹏(36)

我国律师费承担方式是否要向国际潮流看齐

——对民事诉讼中律师费承担模式改革的理性思考

..... 熊理思(42)

关于“治本安全观”视野下重新犯罪率问题的思考 吴进忠(50)

法学钩沉

不问苍生问鬼神 西汉“新垣平案”钩沉 陈灵海(55)

法学人物

中国宪法学的奠基人:钱端升 李 博(57)

观点辑览

观点辑览 (60)

坚决拥护深入学习宣传贯彻宪法修正案

——法学法律界学习宣传贯彻宪法座谈会发言摘要

编者按：3月11日，十三届全国人大一次会议表决通过了《中华人民共和国宪法修正案》。3月13日下午，中共中央政治局委员、中央政法委书记郭声琨主持召开法学法律界学习宣传贯彻宪法座谈会。中国法学会和相关法学研究会，北京大学、清华大学、中国人民大学、中国政法大学及全国律协等单位的11位专家学者参加座谈。大家一致表示，完全赞同、坚决拥护宪法修正案，要带头学习好宣传好宪法，有力维护宪法权威，积极推动宪法实施。以下为与会专家学者发言摘要。

增强宪法自信 自觉尊崇宪法

中国法学会党组书记、常务副会长 陈冀平



此次宪法修改，坚持党的领导，严格依照法定程序，充分发扬民主、广泛凝聚共识，是我们党领导立法、保证执法、带头守法的生动实践。其中对党的领导、人大制度、宪法宣誓制度、国家主席任期制度、

地方立法制度、监察制度等作出的一系列重大制度安排，都是保证党和国家兴旺发达、长治久安的顶层设计和制度完善，是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求。中国法学会将立足自身职责和优势，加强宪法学习、研究和宣传阐释等，以实际行动学习宣传贯彻实施好宪法，做宪法信仰的崇尚者、宪法精神的弘扬者、宪法权威的捍卫者、宪法实施的推动者。一是采取切实有效的传达学习、政治引领措施，使广大法学法律工作者坚定宪法自信、增强宪法自觉，自觉维护宪法尊严和

权威。二是立足中国国情、加强宪法研究，提高宪法理论的研究深度和现实回应力，有力推动宪法实施，为推进依宪治国、依法治国提供有力的理论支撑。三是加强宣传教育、倡导宪法思维，推动各级领导干部特别是中高级领导干部恪守宪法原则、增强宪法意识、弘扬宪法精神，严格依照

宪法法律履行职责，推动在全社会树立宪法意识、法治意识。四是开展国际交流、促进对话合作，大力宣传我国宪法制度、宪法实践对世界政治文明的重大贡献，提升中国宪法学界的国际影响力和话语权，切实提升我国宪法学界的国际影响力。

以宪法和党章的有机衔接推进国家治理现代化

中国法学会副会长、学术委员会主任 张文显

改革开放以来，我们党从中国国情出发，不断探索党和国家领导体制改革，推进领导体制科学化、民主化、法治化。其中，党中央总书记、国家主席、军委主席三位一体，就是对党和国家领导体制的成功探索和经验总结。党的十四大之后，1993年第八届全国人大一次会议以来，我们党和国家一直实行三位一体的领导体制。25年来，我国经济繁荣、政治稳定、社会进步、国泰民安，中国特色社会主义各项事业阔步前进，特别是党的十八大以来推进“五位一体”总体布局和“四个全面”战略布局的伟大实践，充分展示出三位一体体制的科学性、成熟性、有效性。但是，无论是在党章还是在宪法上，三位一体的体制都还没有完善的制度表达和一致性规定。现行宪法规定了中央军事委员会实行主



席负责制，但是党章却没有相应规定，十九大通过的党章修正案首次规定中央军事委员会实行主席负责制，实现了与宪法的对接。再如，党章没有规定党中央总书记、中央军事委员会主席任期，但宪法规定了国家主席的任期。这次修宪删去国家主席“连续任职不得超过两届”的具体规定，从制度上完善了三位一体领导体制，有利于维护党中央权威和集中统一领导，

有利于加强和完善国家领导体制,有利于在法治的轨道上推进国家治理体系和治

理体制现代化。

宪法修改是为国家民族前途命运所作的重大制度安排

中国法学会法理学研究会会长 徐显明



指导思想是国家的灵魂、民族的灵魂,是管长远的,需要通过立法的方式,沉淀为国家的基本制度,最好的沉淀方式就是沉淀到宪法当中。将习近平新时代中国特色社会主义思想载入宪法,使党的指导思想转化为国家意志和国家指导思想,这是在为我们立国魂、立民魂、立族魂、立军魂,必将成为全民共同的思想基础,化为国家和民族进步的巨大思想动力。把“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”写入宪法《总纲》第一条,充实坚持和加强党的全面领导的内容,把党的

领导由序言变正文,由非显性变显性,由确认变规范,由原则变制度,由柔性变刚性,使我国国体的表述更加科学、更加全面,为实现党对一切工作的领导提供了宪法依据。修改国家主席任职方面的有关规定,是符合我国国情、保证党和国家长治久安的制度设计,有利于坚持和加强党的全面领导,使中国共产党的核心、中华人民共和国的元首、中国人民解放军的统帅三位一体领导体制在宪法上得以贯彻和体现,更符合全党、全民、全军的共同意志和共同要求。设立监察委员会,明确监察委员会的性质、地位、名称、人员组成、任期任届、领导体制、工作机制等内容,解决监督分散的问题,必将为加强党对反腐败工作统一领导,建立集中统一、权威高效的国家监察体系,实现对所有行使公权力公职人员监察全覆盖,进一步提高我党自我监督、自我净化、自我革新能力,提供坚实的宪法依据。

切实维护宪法权威

中国政法大学校长 黄进



与时俱进是宪法必备的品格。我国现行宪法是一部好宪法，同时也要随着时代和形势的发展不断完善。党的十八大以来，党和国家事业取得历史性成就、发生历史性变革，中国特色社会主义进入新时代。新时代对坚持和发展中国特色社会主义作出重大战略部署，提出一系列重大政治论断，确立了习近平新时代中国特色社会主义思想在全党的指导地位和奋斗目标。

标。在新形势下，对我国现行宪法作出适当修改，体现党和国家事业发展的新成就新经验新要求，十分及时必要，保证了宪法的进步性、长期性和稳定性，保持了宪法持久的生命力。可以说，这次宪法修改在历次修改完善的基础上又一次与时俱进、完善发展，有力维护和提升了宪法权威。宪法的权威在于宪法的本质，其本质是党的主张、人民意愿和国家意志的统一。党的十九大报告明确提出，“加强宪法实施和监督，推进合宪性审查工作，维护宪法权威”。宪法的切实实施意味着一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触；一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律；一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究，任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。

宪法修改体现了新时代新发展

北京大学法学院院长 张守文

世易时移，变法宜矣。宪法必须体现时代精神，反映现实需求，否则就难以作

为治国的总章程、为各类法律提供“母法”，就不能在法律体系中发挥引领作用。



我国政治、经济、社会、文化等领域的发展，迫切要求全面深化改革，并将改革成果制度化、法律化，同时还应将重大思想、理念和制度变革入宪。1982年宪法之所以是一部好宪法，是因为它能够及时融入改革开放成果，并通过多次修改不断完善，从而成为与时俱进的开放体系。此次修宪

体现了新时代的新发展，体现了党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统一，是党领导人民推进法治的重大举措，为全面依宪治国提供了重要基础。此次修宪是基于实践经验、结合国情对宪法作出的重要完善，包括加强党的领导、监察委设置等等，都非常具有中国特色，对于促进国家的政治建设、法治建设以及经济、社会、文化等建设都将发挥重要作用，尤其有助于提升宪法权威性和可实施性。我们下一步将结合本校实际，组织师生进一步全面学习、深入领会修宪的精神和内容，对宪法修正案进行专题研究，举办广大师生“学宪法、讲宪法”活动，切实推进宪法宣传贯彻，全面促进宪法实施。

修宪体现了推进 全面依法治国的决心

清华大学法学院院长 申卫星



此次修宪将科学发展观与习近平新

时代中国特色社会主义思想写入宪法，体现了我们党坚持解放思想、实事求是、与时俱进的作风，同时紧密结合新时代社会发展的要求，符合社会主义建设规律和人类社会发展规律。此次修宪是对党的十八届四中全会与十九大精神的贯彻落实，体现了国家对宪法为核中国特法律体系的重视与全面依法治国、厉行法治的决心。此次在宪法中规定国家监察委员会，将国家监察体制改革宪法化、法治化，体

现了党和国家对于宪法的重视与全面落实依法治国方略的决心。设立国家监察委员会，一方面是党和国家对于腐败零容忍、“将权力关进笼子”的重大举措，另一方面也是中国传统法律文化成果与现代法治精神的结合与发展，是落实中国特色社会主义法治的重要探索。此次修宪将法

治、依法治国、依宪治国提到了一个新的高度，必将迎来法治学习的热潮。我们要抓住历史机遇，在学习宣传贯彻好宪法精神的同时，进一步深化法学教育改革，为我们大国崛起和法治建设培养高素质法学人才。

宪法修正案凝聚了新时代新共识

中国人民大学法学院院长 王 轶

宪法修正案包含着我们中国人进入21世纪以来，为实现中华民族伟大复兴中国梦，在解决新问题、适应新变化过程中凝聚的新共识。对于进入新时代的中华民族，如何回答人类所面对一系列基本问题，宪法修正案给出了明确的回答。在如何看待人、看待家、看待社会、看待国家、看待自然的问题上，宪法修正案专门强调“推动物质文明、政治文明、精神文明、社会文明、生态文明协调发展，把我国建设成为富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国，实现中华民族伟大复兴”。在如何看待超国家形式的问题上，宪法修正案明确提出了“坚持和平发展道路，坚持互利共赢开放战略”“推动构建人类命运共同体”的伟大设想。这些回答，总结过去、立足现在、面向未来，集中展示了民族



智慧和境界，充分体现了国家胸怀和眼光。作为民法专业学者，根据党的十八届四中全会决定，目前头等大事是编纂民法典。我们一定要根据宪法，贯彻宪法原则和精神，努力编纂一部既树立自信、凝聚认同又与时俱进、推陈出新，既具有中国特色又引领21世纪人类发展进步潮流的民法典。

积极推动宪法监督实施

中国法学会宪法学研究会会长 韩大元

作为法学研究工作者,我们要认真学习,全面、准确地领会修宪基本精神,用学术原理与话语宣传、研究宪法修正案的基本内容。在宪法监督与实施方面,本次修宪体现了新进展、提出了新举措。一是丰富了宪法指导思想,增加了“科学发展观”与“习近平新时代中国特色社会主义思想”,以根本法形式将十九大报告中形成的党的主张上升为国家意志,为宪法实施提供了新的思想基础。二是宪法宣誓制度入宪,将宣誓者为人民服务公仆意识和承诺公开化,使公职人员树立使命感和责任感,体现一切权力属于人民的宪法原则,有助于树立宪法法律至上观念。三是成立宪法和法律委员会,开展合宪性审查工作,对建立立法与宪法监督职能综合协

调、整体推进机制将产生积极影响。四是监察委员会入宪,反映了党的十八大以来深化国家监察体制改革成果,贯彻了党的十九大关于健全党和国家监督体系的部署,为监察法的制定提供了宪法依据和保障。

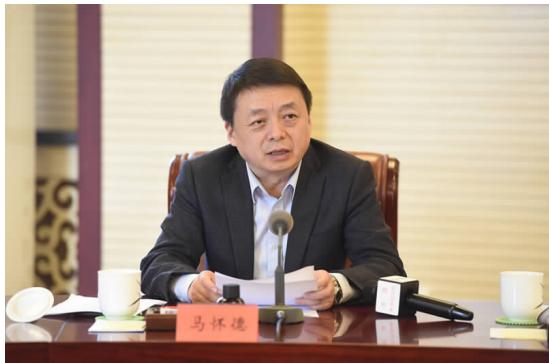


彰显宪法权威的顶层设计

中国法学会行政法学研究会会长 马怀德

修改宪法,是协调推进四个全面战略布局的重大举措,是推进国家治理体系和

治理能力现代化的最新成果,体现了党的领导、人民当家作主和依法治国的有机统



一,符合法治发展规律,为国家长治久安,人民幸福安康,实现中华民族伟大复兴的中国梦奠定了坚实的制度基础,是一次彰显宪法权威的顶层设计。宪法修正案把党的十九大确定的重大理论观点和方针政策,特别是将“习近平新时代中国特色社

会主义思想”作为我们国家长期坚持的指导思想写入宪法,提出第二个一百年奋斗目标,即“把我国建设成为富强民主文明和谐美丽的社会主义现代化强国,实现中华民族伟大复兴”,为国家发展明确了方向,反映了全国各族人民的心声,体现了党和人民的共同意志,是党的领导、人民当家作主与依法治国有机统一的生动实践。宪法修正案在国家机构一章中增写监察委员会一节,既表明了我们党坚持依法治国首先要依宪治国、依法执政首先要依宪执政的鲜明立场,也为深化国家监察体制改革,推进全面从严治党、全面依法治国,推动反腐败斗争向纵深发展提供了权威的宪法依据。

新时代全面推进国家治理 现代化的宪法保障

中国刑事诉讼法学研究会会长 卞建林



作为法学工作者,应当提高政治站

位,充分认识宪法修改的重大意义,坚决拥护中央的修宪决定,坚决落实中央的修宪精神。要加强对宪法修改重要性必要性的认识。现行宪法总体而言是符合国情、符合实际的一部好宪法,也要适应新形势、吸纳新经验、确认新成果,把党和人民在实践中坚持和发展中国特色社会主义取得的重大理论创新、实践创新、制度创新成果上升为宪法规定,为新时代全面推

进国家治理体系和治理能力现代化提供宪法依据和宪法保障。作为法学工作者，要带头尊崇宪法、学习宪法、遵守宪法、维护宪法、运用宪法。在自己学懂弄通的基础上，认真宣传好这次修改宪法的重点内

容和主要考虑，讲清楚宪法修改对党和国家事业发展的重大意义。要支持国家监察体制改革，认真研究国家监察制度与刑事诉讼程序衔接，保证监察法有效实施。

用宪法精神引领新时代发展

中华全国律师协会会长 王俊峰

此次修宪，是我国法治建设新的里程碑，将全面推进依法治国提升到了一个新的高度。将习近平新时代中国特色社会主义思想载入宪法，是本次宪法修改最重要的成果。通过修改宪法，以国家根本法的形式将党的指导思想转化为国家指导思想，对于实现党的主张和人民意志高度统一、团结激励全党全国各族人民为实现中华民族伟大复兴中国梦而奋斗，具有重大而深远意义。明确“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”，进一步突出了党的领导重要性、根本性、全面性和时代性。增写监察委员会一节，确立了这一新国家机构的宪法地位及其权力正当性，是对国家监督制度的重大顶层设计。监察委员会作为党统一领导下行使国家监察职能的专责机关，势必为夺取反腐败斗争压倒性胜利提供最强有力组织保障。修改国家主席任职方面有关规定，着眼于健全完善党、国家和军队三位一体领导体制，在宪法上作出制度安排，是符合

我国国情、保证党和国家长治久安的制度设计，是中国特色社会主义政治优势和制度优势的重要体现。当前要积极全面推动宪法实施，努力将书面上的宪法规范转化为现实的宪法秩序。作为行业组织，全国律师协会有责任带头学习宪法、宣传宪法、遵守宪法，有责任带领全国36万律师更加自觉地维护宪法权威，更加坚定地推进宪法实施，做宪法忠实的崇尚者、拥护者、捍卫者和践行者。



(摘自中国法学会官网)

甘肃省法学会2018年工作要点

2018年是全面贯彻党的十九大精神的开局之年，是改革开放40周年，是决胜全面建成小康社会、实施“十三五”规划承上启下的关键一年。

全省法学会工作的总体要求是：以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，始终坚持党对法治工作的领导，全面深入贯彻党的十九大、十九届二中、三中全会和“两会”精神，贯彻中央、省委政法工作会议精神和中国法学会各项工作部署，按照“高举旗帜、找准位置、搭建平台、创出新路、打造品牌、抓好保障”的工作思路，以“常规工作抓提升、特色工作抓亮点、重点工作抓品牌”为总要求，以法学会改革和换届为契机，进一步强化思想政治引领、推进法学研究，参与社会治理、拓展对外交流、培养法治人才，团结带领全省广大法学法律工作者积极投身新时代全面依法治国实践，为加快法治甘肃建设、建设幸福美好新甘肃提供有力的法学理论支撑和法律服务保障。

一、认真贯彻落实党的十九大精神，切实抓好对法学法律工作者的政治引领

1、深入学习宣传贯彻党的十九大和中央经济工作会议、中央政法工作会议、全国“两会”、省委政法工作等会议精神，切实把广大法学法律工作者的思想和行动统一到中央和省委决策部署

上来。

2、联合有关部门共同开展宪法宣传教育，通过“百名法学家百场报告会”法治宣讲和宪法知识竞赛等活动，宣传好宪法修改的重点内容、对党和国家事业发展的重大意义，团结引领全省法学法律界带头尊崇宪法、学习宪法、遵守宪法、维护宪法。

3、通过举办形势政策报告会、研讨会等方式，进一步加强对习近平新时代中国特色社会主义法治思想的研究、宣传和贯彻，确保广大法学法律工作者在思想上政治上行动上同以习近平同志为核心的党中央保持高度一致，矢志不渝跟党走中国特色社会主义法治道路。

4、积极推动全省各级法学会设立党组，为法学会创新发展和发挥政治引领作用提供更加有力的组织保障。

二、全力推进法学会改革，确保各项改革措施落地见效

5、制定实施《甘肃省法学会改革方案》，研究制定改革任务推进落实计划，明确具体责任部门、人员和完成时限，抓住改革的关键领域、关键环节、关键节点，分清主次、排出顺序、明确步骤，扎实推动各项改革任务推进落实。

6、加强对市州法学会改革工作的指导，帮助

推动市州法学会依据《甘肃省法学会改革方案》，结合各自工作实际，研究制定具体的实施方案，加强组织领导，明确目标任务和推进落实措施，确保改革工作取得预期成效。

三、组织推动开展法学研究，为全省经济社会发展提供法学理论支持

7、建立符合省情的法学法律人才智库，组织法学法律专家，紧紧围绕司法责任制综合配套改革、维护社会和谐稳定等法治甘肃、平安甘肃建设中的热点、难点问题深入调研论证、建言献策。

8、建立全省优秀法学法律人才和优秀法学研究成果评选机制。加强与有关单位沟通协调，开展“甘肃省优秀中青年法学家和优秀成果奖”的评选表彰活动。

9、加强对年度重点课题的指导和管理，把好选题关，促进课题管理规范化、制度化，提高课题研究成果的质量，并及时将优秀法学研究成果报送相关领导和部门，应用于法治实践。

10、结合我省法治建设实际，对已有的研究会进行规范，并有计划、有重点、有步骤地组建新的研究会，推动研究会工作与实务部门深度融合，解决好理论研究与法治实践脱节的问题，更好地服务法治建设。

11、结合纪念“枫桥经验”55周年，举办马锡五审判方式理论研讨交流座谈会。

四、进一步拓展法学会工作职能，主动提供法律服务、参与法治宣传和社会治理

12、不断扩大法律咨询服务工作覆盖面，借鉴外省市经验，加强“法律诊所”、“法律服务中心”、“法律服务所”等法律咨询服务机构建设，组织广大法学法律工作者无偿为群众提供更多精准化、便捷化、多层次、多领域的法律服务，积极参与化解社会矛盾，全力维护社会大局稳定。

13、深入开展“百名法学家百场报告会”法治宣讲活动。针对不同层次、不同听课对象的特点，不断改进宣讲方式方法，进一步扩大受众面。进

一步增加报告会进入各级党委理论学习中心组的场次，扩大活动影响力。

14、充分利用法学会“第三方”优势，组织有关方面开展司法体制改革第三方评估等工作。

15、加强普法志愿者队伍建设，动员全省法学院(系)师生和法律实务部门人员，积极开展乡村法治扶贫行动，力争成为青年普法志愿者法治文化基层行活动的亮点和品牌。

16、加大同港、澳、台法学交流的力度，组织全省法学会领导干部开展交流工作。

五、抓好法学会自身建设，全面提升履职能

力和水平

17、适时召开省法学会第七届理事会第三次理事会议，筹备召开甘肃省法学会第八次会员代表大会。指导督促市州法学会完成换届工作。

18、适时召开“全省法学专家学者座谈会暨工作交流推进会”，以此推动全省法学会工作进一步提升层次、整体推进、扩大影响。

19、分批组织市县法学会负责同志赴外地参

观考察，学习借鉴地方法学会开展基层法律服

务、参与社会治理经验。

20、贯彻落实全面从严治党新部署新要求，

推进“两学一做”学习教育常态化制度化，认真组

织开展“不忘初心、牢记使命”主题教育，持续改

进工作作风，扎实履职尽责，促进法学会工

作不断取得新发展、新成效。



中国企业对哈萨克斯坦农业投资 法律风险识别

■ 王 兰 杨向荣

摘要:随着我国粮食进口数量的不断增长和“走出去”、“一带一路”战略的深入推进,中国企业对外农业投资的必要性日益凸显。哈萨克斯坦发展农业具有得天独厚的优势,中国企业对哈萨克斯坦农业投资具有较大的可行性。识别中国企业对哈萨克斯坦农业投资的法律风险对于风险的防范具有重要的理论、实践和现实意义。中国企业对哈萨克斯坦农业投资的法律风险可分为一般风险和特殊风险,一般风险主要有投资范围、企业设立、反垄断审查、法律变动、执法不规范、司法不公风险等;特殊风险则包括土地购买与租赁、劳动力准入、农产品期货交易制度不健全、农业保险制度不完善以及环境保护风险等。

关键词:哈萨克斯坦农业投资法律风险;识别

农业是国民经济的基础,为其他行业的发展提供了最基本的物质要素。对于中国来说,“人多地少”是众所周知的事实,巨大的人口数量每年需要消耗巨量的粮食。2016年,我国粮食总产量为61624万吨,比上年减少520万吨,减产0.8%。谷物和谷物粉进口量为2199万吨;大豆进口量为8391万吨,比上年增长2.7%。^①由此可见,尽管我国粮食产量不断增长,但是粮食进口增长速率高于粮食产量增长速率。因此,开展对外

农业投资,拓展粮食来源渠道,有利于保障我国的粮食安全。

哈萨克斯坦是中亚地区面积最大的内陆国家,也是中亚地区经济最发达的国家。在世界银行2017年7月发布的世界各国2016年国内生产总值排名(GDP Ranking)中,哈萨克斯坦位于第55名,在中亚国家中排名第一^②。哈萨克斯坦全国地势从西北向东南隆起,绝大多数国土面积是平原和低地,除少部分地区降水偏少之外,其

作者简介:王 兰,西北师范大学法学院副教授,法学博士。

杨向荣,西北师范大学法学院2015级法律硕士研究生。

*本文系2016年西北师范大学中亚研究院重大招标项目“中国企业对中亚国家投资贸易面临的法律风险及其应对研究”(16ZD00105)的阶段性成果。

余地区雨量丰沛。2016年全国农作物播种总面积为2160万公顷。哈萨克斯坦粮食主产区在北部的科斯塔奈州、北哈萨克斯坦州和阿克莫拉州,主要农作物有玉米、小麦、大麦、燕麦、黑麦等;南部地区可种植水稻、棉花、烟草、葡萄和其他水果等。2016年全国农作物产量达2200万吨。^③

哈萨克斯坦作为中国的近邻,是古丝绸之路沿线的重要国家,也是“一带一路”西出国门的第一站。欧亚大陆桥横贯哈萨克斯坦全境,交通区位优势明显。近年来,哈萨克斯坦政府在农业方面加大投资扶持力度,出台各项利好措施,如下发低价柴油、建立农业投资基金、实施农机农资补贴等。^④而我国相关企业又具有资金优势和农业生产等方面的技术优势。此外,两国政府也表达了在农业等领域深化合作的愿望。^⑤

可见,对于我国企业来说,投资哈萨克斯坦农业,具有必要性和可行性。然而,中国企业投资哈萨克斯坦农业会面临各种各样的风险,其中法律风险占有相当大的比重。识别中国企业对哈萨克斯坦农业投资面临的法律风险,对于这类风险的防范具有重要的理论、实践和现实意义。

一、农业投资法律风险概述

奈特(Night)在《风险、不确定性和利润》一书中指出,“风险”是指可度量的不确定性。^⑥根据《美国传统词典》的解释,风险是指遭受损害或损失(harm or loss)的可能性。

对于什么是法律风险,迄今尚没有形成统一的认识。有人认为,法律风险是行为人违反法律规定产生的法律后果与行为人的预期不一致的可能性。国际律师协会(IBA)对法律风险的定义是,企业因生产经营活动不符合法律规定或者外部法律事件导致损失产生的可能性。^⑦本文拟从最广义的角度理解法律风险,即凡是与法律相关的或者可通过法律方法预防的风险均为法律风险。该风险既包括守法环节存在的风险,即投资者、利害关系人或者非利害关系人违反东道国的

相关法律产生的风险,也包括东道国立法、行政执法和司法行为产生的法律风险。

相较于其他风险,本文所称的法律风险具有以下特征:

第一,法律风险是与法律相关的一类风险,涵盖立法、守法、行政执法和司法等各个环节。立法缺失、不完善、冲突,行为人、利害关系人和非利害关系人的违法行为,行政执法不规范,司法不公,凡此种种都有可能导致损害或损失的发生。此外,可通过法律方法预防的风险也属于法律风险,如可通过农业、农产品保险预防的风险。

第二,法律风险既可以源于人的行为,也可以源于事件。其中,人的行为包括但不限于违法行为,如东道国的立法、行政执法和司法行为也可导致投资者的损害或损失。此外,人的行为既包括投资者本身的行为,也包括利害关系人和非利害关系人的行为。

第三,法律风险强调的是行为人不期望产生的、不利的法律后果,并且这种后果具有不确定性。行为人故意实施违法行为给自身带来的损害或损失具有确定性,严格意义上讲不属于法律风险。

本文所称的投资仅指对外直接投资,即与企业的经营管理权和控制权相关的投资,投资者在东道国能够直接经营企业并对其经营管理有比较大的控制权。^⑧本文所称的农业为大农业,包括农、林、牧、渔业。由此,农业投资法律风险是指,投资者在农、林、牧、渔业对外直接投资中产生的与法律相关的或者可通过法律方法预防的风险。

与其他法律风险相比,我们认为,农业投资法律风险具有以下两个特点:

第一,农业投资法律风险发生在对外直接投资过程中。贸易、投资和金融是国际经济交往的三种形式、三个阶段和三个层次,^⑨三者互相关联,密不可分。识别农业投资法律风险意在将投资与贸易、金融适度分离,把法律风险的研究限制在投资环节,即只研究与企业境外生产经营直

接相关的法律风险,从而使研究更具针对性和可操作性。

第二,农业投资法律风险发生在农、林、牧、渔业对外投资中。农业投资涉及土壤、气候、地形、水等特有要素。农业生产经营会面临许多自然风险,比如水灾、旱灾、病虫害等。一般来说,农业生产经营者规模小,组织化程度低,且相对分散。此外,与其他商品相比,农产品具有储存时间短,易腐烂、变质,市场风险大等特点。由此,农业对外投资既会面临其他行业对外投资所面临的一般法律风险,也会面临其自身特点所决定的特殊法律风险。

综上,本文将中国企业对哈萨克斯坦农业投资的法律风险分为一般风险和特殊风险两大类。

二、中国企业对哈萨克斯坦农业投资的一般法律风险

中国企业对哈萨克斯坦农业投资的一般法律风险包括征收与国有化,间接征收,政局不稳,政权更迭,政府违约,宗教、民族、种族冲突,恐怖活动,战争和内乱,人员安全,市场准入,环境保护,劳工保护,知识产权保护,^⑩立法空白、不完善、冲突和变动,执法不规范,司法不公,等等。本文着重从投资范围、外资企业设立及反垄断审查、法律变动、执法不规范及司法不公等风险入手分析中国企业对哈萨克斯坦农业投资的一般法律风险。

(一) 投资范围

投资范围指东道国法律允许外国投资者投资的领域。外国企业总是希望投资于一些利润大、风险小的项目,而东道国吸引外国投资是为了改善本国的经济状况,提高人民的生活水平。因此,东道国希望外商尽可能投资于那些能够提高经济水平、改善民生等投入大、回报周期长且不影响国家安全的项目。充分了解东道国许可的投资范围,可降低企业海外投资的市场准入风险。

2003年1月8日颁布的《哈萨克斯坦共和

国投资法》第3条第1款规定:“除哈萨克斯坦共和国法律另有规定外,投资商有权从事任何项目和商业活动。”^⑪根据该规定,我国企业可以对哈萨克斯坦包括农业在内的任何领域进行投资。不过,该法第3条第2款同时又规定:“基于保障国家安全的需要,哈萨克斯坦共和国法律可以确定限制或禁止进行投资的活动种类和(或)地区。”^⑫也就是说,如果外国投资涉及国家安全,有可能被哈萨克斯坦法律禁止或限制。那么,农业投资是否涉及哈萨克斯坦国家安全?该国现有法律对此并未予以明确规定。

“国家安全”本身是一个抽象的概念,即使一些国家规定了国家安全审查的标准或者考虑因素,这些标准或因素也大都是描述性的表述,定义并不清晰。^⑬此外,国家安全审查机制通常具有不透明程度高、缺乏可预测性等特点。^⑭美国在“9·11”后确定的12个重点保护的属于“重要基础设施”范畴的经济部门即包括农业、食品和水。^⑮因此,不能排除这种可能性——我国企业对哈萨克斯坦农业投资因涉及国家安全而被该国否定或中止。

需要注意的是,哈萨克斯坦1997年颁布的《国家鼓励直接投资法》中将“农业、加工业、基础设施等项目”列为优先投资领域,虽然该法已被2003年新法废止,但据哈投资促进中心总裁巴塔洛夫透露,原鼓励投资法中的优先投资领域基本维持不变。^⑯

(二) 外资企业设立与反垄断审查

对外直接投资的方式主要有绿地投资、合资企业和兼并收购三种。结合农业投资的特点,我国企业投资哈萨克斯坦农业可以绿地投资和合资企业为主,以兼并收购为辅。具体来说,可采取有限责任公司、补充责任公司、农业合伙公司、合资企业、股份公司等组织形式。当然,哈萨克斯坦法律关于公司的含义、设立条件、公司责任、股东责任等的规定和我国的相关规定有很大差异。了解这些差异是防范外资企业设立风险的前提。

哈萨克斯坦有关外资企业设立的法律主要

有 2003 年 5 月修改的《股份公司法》、2000 年 12 月颁布的《农业合伙公司及其协会(联合会)法》和 1998 年 4 月颁布的《有限责任公司和补充责任公司法》等。哈《股份公司法》规定,股份公司最低注册资本为 5 万个核算单位(一个核算单位为 872 坚戈),约合人民币 88 万元;如公司的资产大于 100 万个核算单位,股东人数超过 500 人,则定义为人民股份公司。农业合伙公司的特点是建立在会员制基础上,每个成员有一票表决权,即表决权的行使独立于成员所缴纳的股份费。^⑯ 所谓补充责任公司,根据《有限责任公司和补充责任公司法》第 3 条的规定,是指参股人以其缴纳的注册资本对公司债务承担责任,不足部分,按其所属份额的倍数以其个人财产对公司债务承担责任;参股人的最大责任限额在章程中规定;如果组建文件中没有规定其他程序的话,一个参股人破产时,其责任将按投资份额的比例分配给剩余各方。

比较上述规定,我们认为,有限责任公司这种组织形式可能更适宜于中国企业在哈农业投资。对于有限责任公司的注册,哈萨克斯坦法律规定,注册机构为司法部及其下属地区机构;实行法定资本认缴制,首次认缴的金额不少于注册资本的 25%,并不得低于最低法定资本金(100 个核算单位,约合人民币 1760 元);须有公司章程和创建协议,公司章程须使用俄语和哈萨克语;外国法人有限责任公司还应补充经认证的外国法人创建文件副本、经认证的可以证明创办者外国法人合法身份的工商登记册或其他文件、哈税务机关出具的法人已纳、未纳税费或其他应纳费用情况的证明等。^⑰

一般来说,进行对外投资的企业往往具有资金、技术等方面的优势,其无论采取哪一种直接投资方式都有可能违反东道国的竞争政策。为防止由于经营者联合行为导致的自然垄断,2008 年 8 月修改的《哈萨克斯坦共和国反垄断法》规定,反垄断机构(哈萨克斯坦共和国竞争保护署

即反垄断署)对市场份额超过 35% 的市场实体的设立、具有支配(垄断)地位的市场实体的重组、具有支配(垄断)地位的市场实体的清算,进行必要的国家监督。此外,如果收购对象是具有支配(垄断)地位的市场实体 20% 以上有表决权的股份,或者其他市场实体账面价值 10% 以上固定资产或无形资产的所有权或使用权,或者是决定市场实体从事生产经营活动、行使市场实体管理机构职能的权利,须经反垄断机构的批准。^⑲

(三)法律变动、执法不规范及司法不公

发展中国家通常不具备发达国家那样完备的法律体系,其法律经常处于频繁的立、改、废状态,以此来应对不断出现的新情况和新问题。对于哈萨克斯坦来说,这个问题也同样存在。该国经常以总统令、政府令等方式来解决具体问题,频繁的法律变动,难免会损害外国投资者的权益。以农产品出口为例,根据中国驻哈大使馆经商参赞处网站提供的信息,该国动辄禁止植物油、油类作物种子、荞麦、面粉或者粮食出口,这大大增加了对哈农业投资的经营风险。

由于缺乏有效的监督机制,哈萨克斯坦腐败问题比较严重。“2016 年国际清廉指数排名”中,哈萨克斯坦在全球 176 个国家和地区中排名第 131 位。^⑳ 反映在执法上,哈政府机关执法不规范的问题比较普遍,法律上的投资优惠政策往往在实践中得不到落实。在司法上,2004 年 12 月,新修改的《哈萨克斯坦共和国国际商事仲裁法》和《哈萨克斯坦共和国仲裁庭法》赋予仲裁裁决的强制执行效力。此前,哈仲裁庭作出的裁决得不到法院执行,仲裁庭几乎处于瘫痪状态。^㉑ 另一方面,哈萨克斯坦法院也没有给投资者提供可信赖的争端解决机制。曼哈顿一家公司的分析员 Scott Horton 指出,“哈萨克斯坦的法官擅长法律分析、熟悉法律知识,他们对于事实的控制给人留下了深刻的印象。不幸的是,他们的裁决往往跟事实和法律都没有关系”。^㉒ 以 ICSID 涉哈萨克斯坦投资仲裁案件为例,中心现已审结的涉哈案

件共有 8 起，中心官网上有资料的案件共有 3 起，其中之一即涉及法院司法腐败和不当影响 (corruption and undue influence)。^②

三、中国企业对哈萨克斯坦农业投资的特殊法律风险

中国企业对哈萨克斯坦农业投资的特殊法律风险是对海外投资法律风险在国别研究基础上的行业研究。具体的风险主要有土地购买与租赁、外国劳动力准入、农产品期货交易制度不健全、农业保险制度不完善以及环境保护风险等。

(一) 土地购买与租赁

土地是农业生产最基本的生产要素。根据哈萨克斯坦现行《土地法》的规定，哈企业和个人可以租赁农业用地，但不能买卖农业用地；外国人则无权购买任何土地，但可以租赁土地，租期最长 10 年。

投资大、周期长、回报慢是农业投资的三大特点。现行 10 年的土地租赁期限显然无法满足农业投资的要求。为了吸引外资发展农业，在借鉴其他国家经验的基础上，哈萨克斯坦 2015 年 11 月通过了《土地法修正案》。该修正案规定，本国公民和企业可以购买农业用地；与哈萨克斯坦公民共同开办的合资公司也可以购买哈萨克斯坦的农业用地，外国人可以租赁土地，租期最长 25 年。然而，此项改革因部分民众的强烈抗议而被哈总统一再冻结，到 2021 年年底之前都不会实施。^③抗议者担心此项改革可能导致外国人控制大量土地资源，少数抗议者甚至将矛头对准中国，担心中国在经济领域对当地“更严重的扩张行动”。

哈萨克斯坦土地立法变动频繁。1995 年，哈土地法允许外国人租赁土地长达 99 年，2001 年改成 49 年，2003 年则缩短至现在的 10 年。^④

(二) 外国劳动力准入

劳动力是农业生产必不可少的另一个生产要素。哈萨克斯坦地广人稀，劳动力相对不足；另外，哈萨克斯坦农业机械化水平和经营管理水平

都比较低，因此，雇用外国劳动力从事生产经营和管理对于中国企业在哈农业投资十分必要。但是，哈萨克斯坦对于外国劳动力的准入有着非常严格的条件。

“哈萨克斯坦含量”指在执行合同过程中采购哈萨克斯坦产品、服务以及雇用哈萨克斯坦人员的比例，^⑤属于典型的当地成分要求。规范哈萨克斯坦含量的法律主要是 1996 年 1 月颁布的《地下资源和资源利用法》、2007 年 6 月颁布的《政府采购法》、2009 年 1 月颁布的《关于企业和国家机关采购商品、实施工程(服务)过程中“哈萨克斯坦含量”的若干问题的规定》以及 2012 年 12 月修改的《国家福利基金法》。为提高哈萨克斯坦含量的监管和执行力度，哈政府 2009 年 3 月制定了关于哈萨克斯坦含量的统一计算办法。^⑥

为保护本国劳务市场不受外籍劳务输入的冲击，按照 2001 年 1 月颁布的《居民就业法》，哈萨克斯坦政府每年定期调整外国劳务输入和本国劳务输出政策。哈政府 2010 年 6 月规定，在哈境内的合资企业的哈方高级管理人员不得少于 70%；其中，中层管理人员、工程技术人员和专业人员不少于 90%。^⑦近年来，哈萨克斯坦对于外国劳动力进入本国工作的签证政策不断收紧。上述种种严格的外国劳动力准入条件极大地增加了在哈农业投资的生产经营和管理成本。

(三) 农产品期货交易制度不健全

大多数农产品的储存时间比较短，如果同一种农产品集中上市，要么出现一部分农产品腐烂变质而无法出售，要么因为供大于求而低价出售。因此，具有套期保值、稳定市场功能的农产品期货交易制度对于农业投资者来说具有非常重要的意义。

哈萨克斯坦农产品期货交易制度起步晚，制度也不健全。该国尚没有专门的农产品期货交易所，现有十二家期货交易机构的农产品期货交易品种也比较少。^⑧哈萨克斯坦的农产品期货交易一般通过国外的期货交易所进行，例如中国郑州

商品交易所。因此,在哈萨克斯坦农产品市场不太容易通过期货交易实现套期保值。当发生囤货现象时,可能出现操纵农产品价格的情况,导致市场交易秩序混乱,农业投资者遭受价格损失的风险将会大大提高。

(四)农业保险制度不完善

“靠天吃饭”是以往人们对传统农业的显著印象。今天,随着科学技术水平的不断提高,人们防灾减灾意识的不断增强,这种情况已大为改观。但是,气象、气候条件对农业生产经营的影响依然比较大。许多来自大自然的风险,例如旱灾、水灾、冰雹、蝗灾等等,“似乎”防不胜防。因此,农业和农产品保险对于提高农业投资者的防灾减灾能力具有十分重要的价值。

为了降低农业企业和农户的损失、保障农业生产,哈萨克斯坦2004年3月颁布了《强制性农业保险法》,使该国成为世界上少有的几个实施强制性农业保险的国家,^⑩但该法仍然存在许多不足:

首先,哈萨克斯坦农业强制保险建立在公私合营的基础上:国家财政出资建立了农业保险保障基金,私人部分资金则由商业保险公司、农业保险互助合作协会和地方政府出资。虽然国家对商业保险公司返还一半的赔偿额,但保险公司对于推行农业强制险的积极性并不高。其次,《强制性农业保险法》规定了不同州的各农产品的保险费率区间,保险人只能按照法律规定的费率区间执行,可调整的空间有限;此外,由于费率调整滞后,引发投保人的道德风险和逆选择情况严重。再次,根据《强制性农业保险法》的规定,当农业生产遭受意外损害时,哈萨克斯坦农业生产者只能获得种植成本补偿,无法就利润损失进行索赔。又次,即使生产者能够提供充分证明,索赔成功也耗时耗力。^⑪最后,该法没有对巨灾规定相应的保险保障,如再保险或政府担保的巨灾风险分散手段。

目前,哈萨克斯坦农业和农产品保险尚未形

成一个险种齐全、强制保险和商业保险功能互补、竞争有序的保险体系。

(五)环境保护

随着全球环保意识的增强和一些国家去全球化思潮、贸易保护主义以及民众排外情绪的蔓延,环保和公共卫生安全日益成为一种新的投资壁垒和风险。由于东道国政府的环境评估标准与容忍度会随着国内局势的变化而适度调整,环保风险往往只是政治、经济和文化等国家风险的最终表现形式。^⑫2010年以来,中国企业在蒙古、缅甸、柬埔寨、印尼、墨西哥、秘鲁、纳米比亚、加蓬、赞比亚等国的投资遭到了当地民众和环保组织的抵制、政府的环境处罚等不同形式的环保风险。^⑬

2007年1月,哈萨克斯坦施行了新的《环境保护法》。该法要求,凡在哈萨克斯坦境内投资的企业必须缴纳环境税;如果对环境或者居民的身体健康造成影响,企业必须予以赔偿。同时,国际上对于投资所产生的环境问题有ISO14000系列标准,该标准包括了环境管理体系、环境审核、环境标志、生命周期评估等国际环境管理领域内的许多焦点问题,旨在引导各类组织采取正确的环境行为。^⑭因此,我国企业在哈萨克斯坦农业投资过程中,不仅要遵守该国的环保规定,还可参照国际标准。(本文荣获第十二届“西部法治论坛”一等奖)

注释:

①《中华人民共和国2016年国民经济和社会发展统计公报》,载于中华人民共和国国家统计局网站:http://www.stats.gov.cn/tjsj/zxfb/201702/t20170228_1467424.html

②乌兹别克斯坦位于第71名,在中亚国家中排名第二。GDP ranking,载于世界银行网站:<http://data.worldbank.org/data-catalog/GDP-ranking-table>

③《2016年哈萨克斯坦将收获超过2200万吨农作物》,载于中国粮油信息网:<http://www.chinagrain.cn/liangyou/2016/9/13/201691311125850958.shtml>

- ④《哈萨克斯坦大力发展农业再出台多样化优惠政策》，载于博尔塔拉蒙古自治州商务局网站：<http://swj.xjboz.gov.cn/info/1337/9204.htm>
- ⑤中国社会科学院世界经济与政治研究所主编：《中国对外直接投资与国家风险报告（2017）》，社会科学文献出版社2017年版，第100页。
- ⑥富兰克·H·奈特著：《风险、不确定性和利润》，王宇、王玉文译，中国人民大学出版社2005年版，第1页。
- ⑦陈丽洁：《企业法律风险管理的创新与实践》，法律出版社2009年版，第34页。
- ⑧余劲松、吴志攀主编：《国际经济法》，北京大学出版社、高等教育出版社2014年版，第229页。
- ⑨黄金老：《金融全球化与中国的战略对策》，《国际金融研究》2000年第7期。
- ⑩王兰、王若晨：《中国企业对外直接投资风险及其防范》，载于《国际法评论（第七卷）》，清华大学出版社2016年版，第163—167页。
- ⑪《哈萨克斯坦共和国投资法》，中华人民共和国驻哈萨克斯坦共和国大使馆经济商务参赞处（以下简称“中国驻哈大使馆经商参赞处”）网站：<http://kz.mofcom.gov.cn/article/ddfg/tzzhch/200305/20030500091637.shtml>
- ⑫同上。
- ⑬邵沙平、王小承：《美国外资并购国家安全审查制度探析——兼论中国外资并购国家安全审查制度的构建》，《法学家》2008年第3期。
- ⑭中国社会科学院世界经济与政治研究所主编：《中国对外直接投资与国家风险报告（2017）》，社会科学文献出版社2017年版，第8页。
- ⑮贺丹：《企业海外并购的国家安全审查风险及其法律对策》，《法学论坛》2012年第2期。
- ⑯《哈萨克斯坦颁布新投资法》，载于中国驻哈大使馆经商参赞处网站：<http://kz.mofcom.gov.cn/article/ddfg/tzzhch/200305/20030500091637.shtml>
- ⑰《哈萨克斯坦现行的公司法规》，载于中国驻哈大使馆经商参赞处网站：<http://kz.mofcom.gov.cn/article/ztdy/200307/20030700111177.shtml>
- ⑱《哈萨克斯坦外资企业注册须知》，载于中国驻哈大使馆经商参赞处网站：<http://kz.mofcom.gov.cn/aarticle/ddfg/tzzhch/200306/20030600098621.html>
- ⑲刘国胜：《哈萨克斯坦共和国〈反垄断法〉述评》，《俄罗斯中亚东欧市场》2010年第10期。
- ⑳《2016年国际清廉指数排名》，载于全球经济数据网站：<http://www.qqjjsj.com/yjbg/154506.html>
- ㉑宋锡祥：《“一带一路”与哈萨克斯坦投资仲裁保障机制研究》，载于《新常态与大战略——上海市社会科学界第十三届学术年会文集（2015年度）》，上海人民出版社2015年版，第313页。
- ㉒《为了吸引投资，哈萨克斯坦不予重视脆弱的社会体制》，载于博客网：<http://luopeng.bokee.com/1269908.html>
- ㉓What weight (if any) is to be given to Claimants' (disputed) evidence that Respondent's courts have a problem with corruption and undue influence? See Liman Caspian Oil BV and NCL Dutch Investment BV v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB /07/14, Excerpts of Award, June 22, 2010, p. 89.
- ㉔刘姬：《哈萨克斯坦农业发展与土地改革》，《世界农业》2017年第6期。
- ㉕何梦山：《哈萨克斯坦民众抗议担心中国“租地扩张”》，《环球时报》2016年5月11日。
- ㉖王林彬、王晓峰：《哈萨克斯坦投资法律制度研究》，兰州大学出版社2012年版，第94页。
- ㉗柳文秀：《“哈萨克斯坦含量”解析及对策研究》，《内蒙古石油化工》2010年第1期。
- ㉘《哈萨克斯坦招聘外国员工程序新编》，中国驻哈大使馆经商参赞处网站：<http://kz.mofcom.gov.cn/aarticle/zxhz/zxhm/201103/20110307471110.html>
- ㉙孙钰：《哈萨克斯坦的期货市场》，载于新疆财经大学中亚经贸研究院官方微博：<http://blog.163.com/sunyu4607@126/blog/static/7580761820142241013786/>
- ㉚除哈萨克斯坦外，还有塞浦路斯对谷物、日本对稻米和小麦、荷兰和瑞士对牲畜的传染病实施强制农业保险。
- ㉛张小东：《哈萨克斯坦农业保险研究》，《世界农业》2015年第12期。
- ㉜中国社会科学院世界经济与政治研究所主编：《中国对外直接投资与国家风险报告（2017）》，社会科学文献出版社2017年版，第10页。
- ㉝同上，第279页。
- ㉞富若松：《ISO14000系列环境管理国际标准概述》，《化工环保》2006年第2期。

司改视域下司法解释的完善

■ 詹王镇 吴善善

摘要:司法解释是指依法有权作出具有普遍司法效力的解释。它是由最高司法机关对相关法律法规做出解释说明,其主要目的在于弥补法律条文由于自身的缺陷带来的不足,对法律在司法实践中的应用具有重大的指导意义。随着社会经济的发展,司法解释很难满足司法实践中适用法律的要求,而且问题重重。为了解决这些问题,我们需要从加强立法建设,取消联合解释,限缩最高检司法解释权限,建立“两高”司法解释会商制度和司法解释的案例指导制度,规范相关程序及形式,在最高院、最高检中设立专门的司法解释机构并授权省级司法机关在所辖区域内进行司法解释的权利等几个方面对司法解释加以完善。

关键词:司法解释;特征分析;功能;问题;完善建议

司法解释有广义和狭义之分,广义上的司法解释是指法官审理案件时对具体案件中的具体法律条文做出的理解。狭义上的司法解释,则是最高人民法院(以下简称最高法)和最高人民检察院(以下简称最高检)在忠实于立法本意的前提下,就各级司法机关在法律实践中碰到的具体问题进行的解释,弥补法律条文自身的缺陷与不足,实现立法意图的作用,它是我国法律解释的组成部分,对各级司法机关具有普遍司法效力、强制力,在整个法律解释体系中占有十分重要的地位。我们所谓的司法解释通常特指狭义的司法

解释,在司法实践中得到了广泛的应用,但同时也存在解释主体泛化、效力越位、时间滞后、程序不规范等问题。在司法改革如火如荼推进的当下,完善与重塑司法解释体制作为司法改革的一项重要内容,它的地位和作用尤其不容忽视。本文拟通过对当下中国司法解释的现状及问题进行梳理,以期建立完善适合中国国情的司法解释制度。

一、司法解释在司法审判中的法律位阶

(一)司法解释的法律位阶和种类。法律位阶是指每一部规范性法律文本在法律文本中的纵

作者简介:詹王镇,甘肃省高级人民法院研究室副主任,高级法官、副教授、博士后,硕士研究生导师。

吴善善,甘肃省定西市中级人民法院研究室。

*基金项目:最高人民法院司法研究重大课题《司法解释和案例指导理论与实务问题研究》(课题编号 2G-FYKT20102)阶段性成果。

向等级,据此司法解释的法律位阶则应该特指司法解释在司法解释体系中的纵向的等级关系。2007年3月23日,最高法发布了《关于司法解释工作的规定》,同时废止了1997年7年1日施行的《关于司法解释工作的若干规定》,该《规定》第六条:“司法解释的形式分为‘解释’、‘规定’、‘批复’和‘决定’四种”。其中,“解释”是对存在概括性强的某一法律或者某一条法律条文,或者是司法实践中遇到的某一类案件、某一类问题如何具体应用法律作出的说明。主要表现为针对立法机关制定法律规范内容进行具体全面的解释,或者针对司法实践中的普遍性问题、特定类型的案件进行解释并形成解决此类问题、处理此类案件的审判规范。此类解释一般属于对现行法律规范的法律细则化的范畴,与法律规范不存在本质上差异,具有填补法律空白、为立法机关积累素材的作用。“规定”根据立法精神,结合审判实际,就法院系统内部的业务、事务以及程序性、技术性问题需要制定的规范、意见等作出的解释,一般是针对法院系统活动指定的规章制度。当然,在实践中也有一些是最高法就立法空白直接发布的成文性法律文件,如《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》。“批复”是对高级人民法院就审判工作中具体应用法律问题的请示制定的司法解释。“决定”是修改或废止司法解释采用的形式。依照《关于司法解释工作的规定》第五条的规定,此四种司法解释“具有法律效力”,可以作为裁判的根据而被引用于司法文书之中,虽然在表现形式上同样具有抽象化,但在实践中却承担了弥补法律漏洞、填补法律空白和适用法律的原则性规定具体化的任务。

(二)司法解释的特征分析。司法解释是一种特殊的法律现象。它的特殊性主要体现在以下四个方面:

1、有效性。从本质上来讲,司法解释是一种特殊形式的司法活动^①,具有国家强制力。法律解释一般分为有权解释(有效解释)与无权解释两类,司法解释属于前者。权力决定效力。司法解释

是最高法、最高检依据法律授权作出的具有普遍约束力的解释,适用于各级司法机关的司法过程。加之,司法解释的单方决定性保证了其有效性的实施。在具体案件中,我们只能适应并接受,而没有拒绝的权利,即便是法律给我们提供了救济途径,但也只是一种事后救济,是对错案的一种补救措施。因此,司法解释是一种对案件、当事人、司法人员具有普遍拘束力的规范,同样对案外当事人及其社会行为、事件具有引领、规范的作用。

2、专有性。司法解释是一个特定主体负责实施的。司法解释属于“授权性”解释,它是全国人民代表大会及其常委会通过宪法和法律授予司法机关解释权形成的,其只能在忠于立法本意前提下对授权领域如何具体适用法律作出解释。这就使司法解释有了专有性或排他性的特点,毫无疑问,法官是司法解释的特定主体,而职业主体的专有性就成了司法解释专有性的主要表现形式。此外,解释对象、解释方法的独特性亦应该属于司法解释专有性的范畴,比如,与审判权相比,审判权是以各种矛盾和纠纷的法律关系作为处理对象,但司法解释主要是通过分析认识法律或者事实,保证法律的正确实施。

3、有限性。司法解释的有限性在有效性问题的探讨中已有涉及,比如,在司法解释的主体上,我们知道只有最高法、最高检才有权进行司法解释,其司法解释才能产生普遍的约束力。此外,特定的事实或法律基础是司法解释运作的前提与基础,超出特定的事实或者法律基础司法解释就失去了运作的空间;司法解释不可能解决所有的法律问题,有些问题除了要交给立法解决外,有些问题还需要交给发展的社会实践去探索解决,因为人们对司法解释的方法也是在实践中逐步形成,并受人的阅历,知识结构,社会环境的影响等。司法解释的有限性特征决定了司法解释必须接受实践的检验而逐步完善。

4、创造性。任何一部法律都不可能完美无缺,相反它有着许多自身难以克服的缺陷,这就

给司法解释提供了存在和发展的理由、契机。虽然,司法解释是在法律规定的范围内弥补法律缺陷,但绝不是纯粹的、简单的完善法律的工具,而是一种具有创造性的法律行为。现代解释学认为,任何的解释都不是一种机械的复制,都是一个具有理解、解释和适用的过程。司法解释亦然,虽然法律对司法解释作了种种限制,但司法解释的过程仍然是法官理解法律、解释法律和创造解决法律问题的过程。如果司法解释的创造性消失,司法解释也就失去了创造性解决法律问题的必要。因此,创造性是司法解释的本质属性。当然,我们也要警惕将这种创造性任意蔓延扩张的做法,要给予司法解释规则和限定,使它屈从于法律的尊严和价值,使其在人类理性的控制中,服务法律、服务社会。

此外,法律制定后,司法机关能够将司法实践中遇到法律问题进行及时的总结并根据发展的社会实践及时作出司法解释,更接近于司法实践需要。在这个意义上讲,司法解释又同时具备及时性和适用性特征。

(三)司法解释的功能。司法解释作为法治建设的重要内容,有其独特的功能。这个功能与一个国家或地区的政治、法律、司法习惯等方面有密切关联。司法解释功能主要体现为如下几点:

1、阐明法律条文含义。法律制定具有具体、明确、可操作性,但社会是不断变化着的,这种明确、具体、可操作性法律不能满足社会对法制的需求。法国著名比较法学家达·勒内所指出的,对于成文法国家来说,“法律非经解释不能适用,法律的适用以解释过程为前提”。^②

为定纷止争,确保没有明确的法律规范可依案件得到妥善公正公平的解决,司法解释通过法律条文中的立法者原意来使得法律条文更具体、更规范、具有可操作性。可见,司法解释的天然功能就是阐明法律条文的含义。

2、完善现行法律。马克思说:“社会不是以法律为基本的,那是法学家的幻想。相反,法律应以社会为基础。法律应该是社会共同的,由一定的

物质生产方式所产生的利益需要的表现,而不是单个人的恣意横行。”^③由于法律是经济社会发展的产物,必然受经济社会发展条件的制约,立法者只能在现有的条件下进行立法活动,因而凝结立法意图的法律并不完全与发展着的社会关系相吻合。即使法律在一定程度上与现实社会关系相吻合,但随着时间的发展法律都难免呈现立法缺陷。此外,法律是统治阶级意志的体现,但这个统治阶级的意志既包括多数人的意见,也包括符合社会发展规律和人民群众根本利益的极少数人,尤其是领袖人物的意见,使得立法意图不能被完全或者被所有人理解。滞后或盲目超前、法制不谐调、法律有缺陷与盲点等不可避免。通过职业法律工作者通过司法解释将法律实践活动遇到的问题规范化、明确化,既能够保证立法意图的实现,又能揭示立法意图,弥补法律缺陷和空白,推动现行法律完善和进步。

3、通过法律适用辅助法律实现。法律实施的直接目的是通过法律适用将法律规定变为社会现实、社会行为。这一目的实现的典型形式是通过国家司法机关具体应用法律审理案件的活动。法律是静态的,社会现实则是丰富多彩的。加之,由于司法者法律素质高低不同,在法律的理解、选择和适用方面必然存在差异,司法实践中同类或同一案件适用的法律规范不同,同案不同判的问题以及同一规范不能有效规范同类行为等问题应然而生。最高司法机关只有以司法解释为手段,将各级司法机关在审判实践中遇到的法律问题进行规范化解释,才能有效解决法律适用中法官无所适从的案件,进而保证法律的正确实施。因此,司法解释作为法律适用的一个环节,具有辅助法律实现的功能。

4、为法律的废、改、立积累素材。经济基础决定上层建筑,作为上层建筑重要组成部分的法律随着社会关系的发展变化而变化,法律的废、改、立则需要根据经济社会发展做出决定。在法制建设过程中,只有对社会关系发展变化感受最真实、最及时的人,才能将对社会关系发展变化的

感受和法律调整、保护、制裁等功能准确地联系起来。司法解释恰是将社会现实、司法主体和法律联系起来的纽带,最能够体现出社会发展变化的趋势,在这个意义上讲,它能够为法律的废除、修改、立法等提供最直接、最生动、最真实的素材。

二、建立和完善司法解释制度的现实意义

1、法律适用的复杂性决定了司法解释存在的必要性。“法律漏洞”是一种客观现象,再完善的法律也不能避免。法律在被创制为法典后的运动形式主要应是司法解释。它象坐标系中的点点轨迹,勾画了法律在微观领域中的运动曲线。”^④这是由法律所调整的社会关系的复杂性决定的。其一,社会关系是发展变化的,在相对稳定的法律面对千变万化的社会政治生活、经济生活时,尤其是当下中国正处于快速变动之中,新情况、新问题层出不穷,法律不可能解决立法时不能预见的问题。其二,立法数量急剧增加、立法内容趋于错综复杂,如何应用法律也给法官带来挑战。其三,司法解释具有合理限制法官的自由裁量权,保障公平裁判的作用。在此情况下,通过司法解释填补漏洞,适应变化发展着的社会关系,解释错综复杂的法律关系,限制、指导法官依法办案,从而达到保障公正裁判、实现法的安全价值之目的。

2、保证了法律统一正确适用。美国法学家E·博登海默指出:“正义的一个基本原则要求,法律应当以相同的方法处理基本相似的情形”^⑤。由于立法的概括性和抽象性,给法官预留了很大的自由裁量空间,而自由裁量权的行使又没有具体明确的标准,这就容易导致不同法官对同一案件的审理得出不同的裁判结果。“同案不同判”的现象严重威胁着司法的公正性、权威性,不利于社会的稳定。以人民法院四五改革纲要为背景,准确适用司法解释则可以在很大程度上弥补自由裁量权的不足,优化自由裁量权发挥最大效用,统一正确衡量标准、适用法律,真正保证“同案同判”。在我国,最高法的“司法解释权”,来源于

法律的授权,“其实是以法律解释之名制定一般规范性文件的权力,对于弥补立法的不足,保障法律的统一解释和适用”^⑥意义重大。

3、缓解成文法一般性与特殊性之间的矛盾。

法律是对社会抽象、原则和概括的规定,难免与社会生活中具体的案件之间存在距离,因此难以发挥应有的作用。国家只能提供框架性的法律制度,规范性和灵活性统一的任务留给司法解释来解决。^⑦据此,最高人民法院发布指导性案例结合司法解释运用到司法实践中,有助于细化和具体化与之相对应的法律条文。下级法院和法官通过对指导性案例和司法解释的研究和学习,可以明确法律条文如何应用以及出现法律漏洞时的解决方法。

4、弥补司法不足。法律是调整社会关系的行为规范,具有普遍性、稳定性和明确性的特点,这些特性有利于给人们的行为提供预测的作用。但是作为行为规范的法律也同时具有不周延性、模糊性和滞后性的弊端。司法解释就很好的有助于解决上述问题,有助于相关条文的细化和具体化,从而有利于法官把握法律规范的立法目的和立法精神,从指导性的案例中得到启发,能够准确的利用抽象的法律原则解决具体的案件,从而弥补法律的漏洞,使法律不断适应社会的变化发展,同时也有利于扩充法律适用空间,维护了法律的稳定性。

三、司法解释的适用情况及其存在的问题

随着法制建设进程的加快,我国的司法解释具有数量庞大、范围广泛的特点,几乎所有基本法律都有其相对应的司法解释。在形式上不仅包括对相关法律法规的系统解释,而且包括贯彻执行相关法律法规的意见、对特定事项的批复、答复甚至会议、座谈纪要等。在层次上,则表现为层次多,从高到低,最高法是法定的司法解释主体,行使最主要的司法解释权,而地方高级法院、中级法院在司法实践中也行使着部分司法解释权。据统计,司法解释已经被裁判文书大量援引,民事、刑事、行政、执行案件中,无论是程序方面,还

是实体方面,裁判、执行文书引用司法解释达到了67%以上。案例援引达到了案件总数的0.4%。然而,当前司法解释在具体适用中存在亟待解决的问题:

1、司法解释形式、内容、程序不规范。

(1)司法解释形式不规范。在我国,司法解释的形式主要有意见、解答、规定、解释、规则、批复、会议纪要、通知、复函等。随着司法解释数量的增加,解释的形式也趋于多元化,除了批复、规定和解释,还有“意见”、“答复”等多种形式。因其种类较多,形式较为混乱,在一定程度上也影响了司法解释的权威性、正规性和严肃性。在审判实务中难以辨别出其是否为司法解释,特别是当这些解释中含有非法定的解释主体时,更加容易混淆。形式复杂多样容易造成其内容与抽象的法律并不相符甚至违背法律制定的初衷。特别是以《会议纪要》的形式代行司法解释的做法明显不妥,如高法的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要(2003年11月13日)》等等,各级法院将会议纪要内容作为司法解释在审判工作中广泛适用。严格说来,司法解释必须经最高审判委员会、最高检检察委员会讨论通过后以公告的形式对外发布。但很多批复、解答、通知、意见、纪要等并未通过审判委员会或检察委员会讨论通过,应不具有司法解释的效力。

(2)司法解释的内容不规范。这种不规范表现在以下几个方面:一是司法解释的内容超越了现有法律的规定(即扩张解释),以司法解释代行了立法解释。如最高人民检察院1996年1月23日在《关于对单位盗窃行为如何处理问题的批复》中有关“应对其直接责任的主管人员和其他直接责任人员按盗窃罪依法批捕、起诉”的内容,显然属于是对1979年中华人民共和国刑法有关犯罪主体的扩大解释,因为在1979年刑法规定的犯罪主体中并无单位一说;二是用抽象的方式解释抽象的法律,导致具体适用的困难,出现了对司法解释的再解释、补充解释等;三是司法解释逻辑不严谨产生歧义。如最高人民法院

《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(2011年1月4日施行)中,其第一条对于非法吸收公众存款罪的必要要件做了规定,第二项表述为:通过媒体、推介会、传单、手机短信等途径向社会公开宣传。在实践操作中,关于此条的规定就产生了歧义,到底这种公开宣传方式是仅指这四种方式还是只要是向社会公开宣传,就不仅限于这四种方式。这就造成了下级法院因司法解释的抽象性、概括性理解困难的问题,下级法院向上级法院据此进行“请示”问题屡见不鲜。除此以外,其内容的不规范性具体还表现在以下三个方面:一是就同一类法律问题,最高法的司法解释之间相互抵触,解释内容的合理性与合法性值得商榷。二是就同一法律问题,司法解释与相应的法律相抵触,实际上由司法解释的规定取代基本法的规定。三是同一司法实务问题,两院的有关司法解释还存在内容重复或者相抵触的情况,以致在司法实践中地方各级司法机关在某一具体问题发生分歧时总拿着各自的“尚方宝剑”固执己见,互不相让,各行其是。

(3)制定和发布的主体、程序不规范。其一,司法解释主体多元化与混乱化。全国人大常委会颁发的《关于加强司法解释工作的决议》规定司法解释权专属于最高法和最高检,只有在“两高”的司法解释出现根本性分歧的状况下,才将报请全国人大常委会,由全国人大常委会针对具体问题加以解释和做出决定。其他任何行政机关、社会团体和个人都无权参与或干预司法解释。然而在司法实践中又不是完全如此。在实际中我国司法解释的主体呈多元化的趋势。除两高外,公安部、司法部、国家安全部、全国人大法工委等部门也参与司法解释或行使司法解释权,尤其是行政机关经常参与甚至干预司法解释工作,而且近来呈现出多元化、复杂化的态势。如最高法和中国人民银行于2000年联合发布的《关于依法规范人民法院执行和金融机构协助执行的通知》,该通知具体内容是与各级人民法院执行有关的司法解释,但发布主体除了最高人民法院外还包括

作为国家行政机关的中国人民银行。据统计,1980~1990年期间,最高人民法院共制发刑事司法解释152个,其中有62个是与非司法机关联合制定的,占40%^⑧。解释主体混合,违反司法解释权的专属性。“两高”的法律政策研究部门也在一定程度上行使司法解释权,包括省级法院、检察院的法律政策研究部门对一些适用法律请示的批复、答复、意见等也具有司法解释的效力。另外,最高检行使司法解释有所不当。“两高”同时行使司法解释权会导致政出多门。其一,不利于法制的统一。由于“两高”的职能定位不同,利益出发点各异,容易造成相同情况下对统一法律解释的冲突。其二,检察权介入审判权的问题。在刑事审判中,人民检察院事实上扮演的是控方即“原告”的角色。正是基于这一特定的“角色”,人们完全有理由认为,如果允许人民检察院行使司法解释权,无异于让“运动员”制定竞赛规则甚至充当“裁判”的角色,控辩双方的“法律地位”呈现明显的不“对等”。对此,有的学者主张检察院解释权限应被限定在刑事司法解释或部分刑事程序法解释权,即对现行法定权限内容加以限制,以顺乎检察权自身职能的内在要求。^⑨

第三,检察机关的司法解释没有普遍的司法效力。最高法和最高检尤其是在检察解释与审判解释对有关具体应用法律、法令问题的解释出现不相一致的情况下,人民法院对两个“有权解释”如何适用必然出现“二难”选择的困境。如果审判机关承认检察机关的司法解释,无异于要求审判机关以侦查和公诉机关指定的法律去处理案件,易造成法律应用上的无序状态。在实践中出现审判解释和检察解释相矛盾的问题。在遇到“两高”司法解释不一致时,法官往往优先适用最高法的相关规定,这就造成了最高法的司法解释效力“大于”高检司法解释效力的现象。近年来全国人大常委会也加强了法律解释工作,这就经常出现司法解释与立法解释相矛盾的问题,客观上不利于法律实施,也为审判实务增加了法律适用障碍。

其二,发布程序混乱。最高法发布了《关于司法解释工作的规定》第六条:“司法解释的形式分为‘解释’、‘规定’、‘批复’和‘决定’四种”。但实际上,由于主体混乱导致一些没有司法解释权的行政机关和下级司法机关包括两高内设部门如研究室或者具体业务庭室也参与司法解释,且很多批复、解答、通知、意见、纪要等并未经过法定程序进行制定和发布,随意性比较大,严格来说,其并不属于司法解释。但实践中,法官将这类“准司法解释”直接当作司法解释加以运用,这在一定程度上影响了司法解释的质量和效率。

2、司法解释“立法化”存在越位。我国司法解释中存在大量的、直接针对某一部法律做出的全面系统的解释,且存在创制规则的现象,具有概括性、抽象性特点,立法色彩浓厚,这与基本法律和立法解释很难区分开来,有司法解释“立法化”的趋势,侵犯了全国人大及其常委会的立法权,与《立法法》的相关规定相悖。一般情况下,司法解释主体为了提高办案效率,其在进行解释工作时难免会追求效率,尽快决断,而不会深入探讨立法原意等问题,有时甚至会违背立法原意进行解释。^⑩造成这种问题的根源在于立法本身存在问题,即立法规定的粗疏。粗疏的法律造成了法律适用的困难,这就为司法解释的产生提供了契机,甚至于大行其道,造成的结果就是立法权的收缩和司法解释权的扩张,尤其是超出立法本意的司法解释的出现,严重侵害了法律的权威性、稳定性。

3、司法解释“滞后性”存在缺位。任何一部法律法规的制定、修改及废止都要经过严格的法定程序,历经的时间比较长久,然而社会发展永不止步,社会关系纷繁复杂,随着新问题、新案件的出现,法律适用上存在分歧和争议日趋增多,现行司法解释很难及时的给予解决问题的方案,其滞后性也由此体现得更为明显。尤其是随着经济社会的发展变化和新的法律法规、立法解释的颁布和出台,新法具体适用的司法解释迟迟难以出台,特别是一些与量刑密切相关的数额标准、情

节、后果等方面的司法解释没有出台,导致法律适用的困难。

4、司法解释不够具体明确、操作性不强。再完备的法律也存在“法律漏洞”。比如,有些司法解释也存在不够具体明确、操作性不强,给司法实践造成了困难。最高人民法院法[2013]229号《最高人民法院关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》规定:根据《刑法》第64条和《最高人民法院关于适用<中华人民共和国刑事诉讼法>的解释》第138条、第139条之规定,被告人非法占有、处置被害人财产的,应当依法予以追缴或者责令退赔。尽管法律规定了依法予以追缴或者责令退赔,然而,由司法机关哪个部门追缴,向何人追缴,怎么追缴,都没有具体规定。还有被告人将所得财物挥霍殆尽,怎么责令其退赔被害人损失,退赔也只能是一句空话。被害人将希望寄托于法院,刑事判决书主文也写明对违法所得继续进行追缴,但判决因无人追缴而成为一张空头支票。如果被害人得知法院文书是空头支票时,对法律的权威产生怀疑,对司法机关也不再信任。提起附带民事诉讼也没有法律依据。《刑诉法司法解释》第139条规定:被告人非法占有、处置被害人财产的,应当依法予以追缴或者责令退赔。被害人提起附带民事诉讼的,人民法院不予受理。追缴、退赔的情况,可以作为量刑情节考虑。

5、司法解释的“清理”工作不到位。目前,由于司法解释的制定数量、有效运行数量、废止数量不清等问题的存在,司法实践中同一法律问题由于引用的司法解释不同而导致裁判结果前后不一的现象时有发生。再者,旧法的司法解释不废又立有新法等问题,严重影响着法律的严肃性和公正性。

6、备案审查制度不完善。长期以来,“两高”制定的司法解释是否符合法律精神、立法意图,是否具有“违法”或“违宪”现象?是否具有变相立法,或者具有原则性冲突等问题,有待进行深入的调查研究。

四、对完善司法解释、提高司法解释效力及

适用的建议

1、完善立法及立法解释制度,回归到正常轨道。加强立法建设,提高立法质量,完善现有法律。司法解释数量的增多,究其原因是立法的不完善,在创制法律时遗留太多问题,最终靠司法解释来补充使得司法解释权力过大,也会降低法律权威性。

2、司法解释主体一元化,杜绝联合解释。司法机关与行政机关联合发布司法解释,既有行政干预司法之嫌,又对其合法性构成了威胁。不同国家机关基于自身的立场和职责,对相同法律适用问题会产生不同的理解,易造成法律在实践中的适用混乱。通过司法解释的一元化实施,在杜绝行政权干预司法权,保证司法机关依法独立行使司法权方面意义重大。

3.在“两高”设立专门的司法解释机构并授权省级司法机关在所辖区域内进行司法解释的权力。我国并未授予法官和检察官解释法律的权力,当在司法活动中遇到问题时等待司法机关的解释就成了破解难题的不二渠道。因此,“两高”每年不得不进行大量的司法解释,这就造成法律适用滞后的问题。如果在“两高”内部设立专门的司法解释机构,既能够在一定程度上保障高效地进行司法解释,又能有效限制司法解释的主体范围,还能够保障司法解释的统一性问题。同时,授予省级司法机关(省高级法院、省检察院)的解释主体地位,可避免解释霸权带来的司法解释与法律适用的脱节,亦有益于下级司法机关实际行使解释权的合法化。顾及法律解释的统一性与协调性要求,将有权解释主体限于省级司法机关(如省高级人民法院)较为恰当,即省级司法机关可制作在其行政区域内具有普遍适用效力的司法解释文件,并规定省级司法机关所作司法解释应报最高司法机关备案;如最高司法机关认为解释不当,可进行撤销并作新的解释。这一建构有利于促进司法解释的灵活性和地方司法机关的能动性的统一。

4、限缩最高检司法解释的权限,建立健全

“两高”司法解释会商制度。

其一,要避免检察权干预审判权,将“检察工作中的具体应用法律问题”严格限制为刑事程序中与审判无关之内容;其二,健全“两高”司法解释会商制度,在出台司法解释前尽量做好会商工作,达成一致意见,共同出台相关解释,避免各自为政的问题。对于“两高”不能达成一致意见的,有全国人大常委会作出决定。

5、规范和统一司法解释的内容、形式,完善相关程序。在文字内容方面,增强司法解释说理性文字表述,由内在的文字表述体现解释的外观特点。就其制定主体、权限、规则、程序、修改以及形式等方面,使得司法解释在法律框架内作出,更是有法律保障其合法性、公平性,让司法解释的权利在法律的规制中行使,保障司法权威。统一司法解释的形式、格式和名称。针对司法解释的名称及形式的多样性导致其名称缺乏统一性及规范性的问题,可以统一规定为“解释”、“规定”、“批复”,加强对司法解释的管理工作。同时,要规范司法解释的发布。“两高”制定的司法解释,经审判委员会或检察委员会讨论通过后,一律以公告的形式对外发布。公告可在两高的工作公报、权威法学期刊、报纸、电视或电台上对外发布。最后明确司法解释生效、溯及力、失效的效力问题。同时,要建立司法解释的审查备案制度,加强立法机关监督职能。立法机关应该就报送全国人大常委会备案的司法解释进行违宪、违法性审查,通过撤销、责令其修改、重新解释等形式,保障法律的正确适用。

6、实现司法解释的判例化。判例在英美法系国家中是主要的法律渊源之一,其在司法实践中极其重视判例的运用。中华人民共和国成立后,司法机关在审判实践中也一直在执行法律和政策的同时,适当援引判例,以保证判决的连续性^⑩。判例制度的引入具有两个功能:其一,有效解决地方性法院主体正当性问题;其二,强化司法解释的司法裁判背景。因此,可以建立具有中国特色的判例指导制度,广泛汇集司法智慧,促进

法治的统一与进步。

参考文献:

- [1]袁琼.论我国司法解释体制未来的走向[J].法制博览.2013(04)。
- [2]王冲.论我国司法解释的不足与完善[J].辽宁行政学院学报.2012(04)。
- [3]张振华.司法解释的规范与完善[J].海南师范大学学报(社会科学版).2014(5)
- [4]刘风景.权力本位:司法解释权运行状况之分析[J].中国青年政治学院学报.2005(1)。
- [5]胡伟新 吴光侠 冯文生 袁春湘.中国司法解释制度的发展与完善[J].法律适用.2014(12)。
- [6]马旭东.法制统一性视角下的司法解释探析[J].青海师范大学学报.2010(2)。
- [7]朱景文.法理学[M].中国人民大学出版社,2008 版,第 451 页。

注释:

- ①孙华璞.关于完善我国司法解释问题的思考[J].中国应用法学.2017(3)。
- ②[法]勒内·达维:《当代世界主要法律体系》,漆竹生译,法律出版社,1984 版,第 109 页。
- ③《马克思恩格斯全集》第六卷,人民出版社,1961 年版,第 291—292 页。
- ④陈金钊.法制的意义[M],西北大学出版社,1994 年,第 224 页。
- ⑤博登海默.《法理学法律哲学与法律方法》[M], 第 515 页。
- ⑥金振豹.论最高人民法院的抽象司法解释权[J].比较法研究.2010(2)。
- ⑦冯文生.“裁判方法论:迷思与超越”[J]《法律适用》2012(6)。
- ⑧罗书平.中国司法解释的现状与法律思考[J].中国律师.2000(7),第 23—25 页。
- ⑨ 卢勤忠. 关于我国检察机关的司法解释权的探讨[J]. 法学家.1998(4)。
- ⑩种珊珊. 司法改革之我国司法解释制度的重塑与完善 [J].法制与经济.2015(1)。
- ⑪陈春龙.中国司法解释的地位与功能[J].中国法学 2003(1)。

互联网环境下检务公开相关问题研究

——以天水市检察机关为实证研究

■ 张 喜 郭洁璐

摘要：随着时代的发展，互联网环境下的检务公开工作成为新形势下完善检察工作机制、深化司法改革的必然趋势，也是保障司法公正、提高检察人员综合素质、保障人民群众知情权和监督权的重要途径。本文从互联网环境下检务公开的基本内涵出发，探索了检务公开的法理基础，分析了互联网环境下检务公开的新特点，并结合甘肃省天水市检察机关互联网平台下检务公开的实践，指出当前互联网环境中检务公开实践中存在的问题及原因，并对如何深化互联网平台中的检务公开工作提出意见建议。

关键词：互联网；检务；公开

党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》中明确要求推进审判公开、检务公开。可见，检务公开已成为深化改革的重要内容。事实上，早在1998年最高人民检察院便制定了《关于在全国检察机关实行检务公开的决定》(下文简称《决定》)，并提出：“实行‘检务公开’，增大检察工作透明度，是检察机关接受群众监督，依靠广大人民群众做好检察工

作，正确履行法律监督职能，依法办事、公正司法、文明办案的重要保障，是促进检察干警增强政治素质和业务素质，提高执法水平，开创检察工作新局面的有力措施。”作为检察机关实现外部监督的重要方式之一，检务公开能有力地保障诉讼当事人的权利，也是防止司法腐败、促进司法公正的有效途径；还可以增强群众对检察机关的理解，有利于化解矛盾，促进社会和谐发展，并

作者简介：张 喜，甘肃省人民检察院副厅级检察员。

郭洁璐，甘肃省甘谷县人民检察院助理检察员。

提高检察机关的公信力。同时,随着时代的发展,当互联网成为人们的主流生活方式时,其对检务公开也提出了新要求。因此在全面深化改革的大潮流下,充分利用互联网深化检务公开成为当前检察工作中的新命题。

一、互联网环境下检务公开的内涵、法理基础

(一)互联网环境下检务公开的内涵

1.定义。根据最高人民检察院2006年印发的《关于进一步深化人民检察院“检务公开”的意见》(下文简称《意见》),检务公开是指检察机关依法向社会和诉讼参与人公开与检察职权相关的不涉及国家秘密和个人隐私等有关活动和事项。从这一定义中可以看出,检务公开的主体是检察机关,公开的对象是社会和诉讼参与人,内容除国家秘密和个人隐私以外的与检察职权相关的事项和活动。

而互联网环境下的检务公开是指在信息公开网站、门户网站及微信公众号、官方微博、新闻客户端等新媒体平台上公开的与检察职权相关的不涉及国家秘密和个人隐私等的活动和事项。可以说,通过互联网进行检务公开,是新时代下检务公开的主要方式之一。

2.范围和原则。从相关规定来看,早在1998年高检院下发《决定》和1999年《最高人民检察院关于检务公开的具体实施办法》中,就有了“检务十公开”的规定,而2006年印发的《意见》对十项内容进行了补充,迄今为止共二十余条内容,简称“检务公开二十条”,概括起来主要包括以下几个方面:(1)关于人民检察院的基本情况,包括其性质、任务、职权、机构设置及职能等等;(2)关于检察院司法活动的依据和规范,包括立案范围、立案标准及其他执法规范、工作规程、办案规则等;(3)与司法活动的当事人、律师等相关的规定,如诉讼参与人的权利义务、适用简易程序审理公诉案件的程序、国家刑事赔偿的规定等;(4)检察官管理方面的内容,如检察官的任职资格和管理,以及检察人员的办案纪律规范、职业道德

规范、以及对检察人员违法违纪的举报、控告途径和方法等。《意见》还要求检务公开应遵循下列几个原则,即严格依法原则、真实充分原则、及时便民原则和开拓创新原则。

从以上内容可以看出,“检务公开二十条”主要涉及法律法规、执法规范、工作规程、办案纪律等“规范性”内容,因此,这些范围和原则在互联网平台同样适用,但从检务公开本身的定义来看,以上公开内容较为保守,范围较为狭窄,并不完全符合检务公开的定义。同时,高检院于2014年10月印发的《人民检察院案件信息网上公开工作操作规范(试行)》中,规定了对重要案件的程序性信息及一般案件的起诉书、不起诉决定书等法律文书进行公开,并规定了例外情况。这一规定比起“检务公开二十条”来说,是一大进步,但同时,也仅走到公开案件程序性信息的程度,对案件事实、证据等方面公开没有作进一步尝试。

(二)宪法和法理基础

检务公开的基本目的是加强对检察机关执法活动的制约,并保障人民群众的知情权。以此可以看出检务公开的宪法和法理基础。

1.权力制约理论和“一切权力属于人民”的宪法基础。孟德斯鸠在《论法的精神》中提到:“从事物的性质来说,要防止滥用权力,就必须以权力约束权力。”^①基于此,孟德斯鸠在英国学者洛克权力分立的基础上,发展并构建了“三权分立”学说,成为近现代资本主义社会权力运行模式的基础理论。虽然三权分立学说并不适合我国国情,但权力需要制衡却成为当下国际社会公认的真理。检察机关的法律监督权力是防止其他机关执法权力滥用的重要手段,但检察权本身的行使也需要制约。我国宪法第二条规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。”检察权是人民赋予的,由人民监督检察权的行使是无可非议的。当然,人民代表大会是监督和制约检察权最重要的方式,但不可否认,人民群众亦有权通过其他方式对检察权进行监督,而检务公开便成为实现这

一监督最好的方式。检务公开意味着使检察权在阳光下运行,让更多的群众充分行使监督权力,从而真正体现“一切权力属于人民”。

2. 知情权理论和公民间言论自由的宪法基础。根据《现代管理词典》,知情权(the right to know),又称知悉权,了解权,是公民享有最大限度地知悉、获取各种信息的自由权利。知情权是在上世纪40年代起由新闻界推动的信息公开立法运动中,由美国记者肯特·库柏于1945年首次提出的,^②并逐渐为国际社会所采用。联邦德国、瑞典等国在其宪法或宪法性文件中都规定了公民的知情权。广义上的知情权可分为私法领域中平等主体之间的知情权和公法领域中不平等主体之间的知情权,而狭义上的知情权仅指公法领域中的知情权。^③基于这一区分,知情权有“二权说”、“三权说”、甚至“五权说”,但无论几权,知政权都是知情权必要的内容,而对检务信息的知情权可以说是知政权的内容之一。我国宪法虽未直接规定公民的知情权,但却规定公民有言论自由,而联合国《世界人权宣言》第19条指出,“人人有权享有主张和发表意见的自由;此种权利包括持有主张而不受干涉的自由,和通过任何媒介和不论国界寻求、接受消息和思想的自由。”也就是说,言论自由权利是包括知情权在内的,且我国是联合国成员,也应当认可《世界人权宣言》的规定。因此,我国公民有充分的权力知悉检察相关信息。

二、互联网环境下检务公开的特点及价值取舍

(一) 我国检务公开的一般特点

虽然我国颁布了《政府信息公开条例》,但因我国检察机关是司法机关,因此并不适用这一条例,其公开的内容也与检察机关关系不大,而检察机关的特殊性也决定了我国检务公开有着与政务公开不同的特殊性。

1. 公开内容的层次性。检务公开的内容根据对象的不同体现出层次性。一些检务信息的内容是应该绝对公开的,如高检院于1998年下发

的《决定》和2006年下发的《意见》中所规定的内 容;一些内容是限制公开的,如案件中当事人的隐私等;一些内容是绝对禁止公开的,如检委会讨论的内部情况等。^④

2. 公开对象的相对性。公开对象的相对性与公开内容的层次性是紧密相联的。检务信息不是全面向社会公开,而是将相对的内容向相对的对象公开。如对于检察机关的任务、职能、执法规范、一些重大影响案件、危害民生民利案件的结果等应当对社会公众公开,但对于具体案件中的一些具体情况如证人的信息等只能对辩护律师和法院公开。

3. 公开时间的阶段性。检察机关承担着侦查职务犯罪、批捕、起诉和法律监督等方面的职能。一些检察信息要根据案件进展情况在不同的时间公开,如在侦查阶段,除立案、移送起诉等程序性过程可以公开外,其他案件具体情况不宜过多公开,但在法院判决后可以公开等。对不同的信息在不同的时间段公开,这是由检察机关的职能所决定的。

(二) 互联网环境下检务公开的新特点

在当前时代背景下,检务公开与互联网的结合使其产生了区别于传统检务公开的新特点。可以说,正是互联网的特点造就了检务公开在互联网环境下运行的新特点。

1. 受众人群的广泛性。除了部分检务信息通过报纸等媒体进行公开外,传统的检务公开往往受限于检察机关内部,如检察院通过公示栏、检察公开日等方式进行,因此,一般情况下只有到检察院的人才能了解到检察相关信息。而互联网时代的检务公开则突破这一制约因素,在受众人群上实现了质的飞跃。据统计,截至2015年年底,中国网民规模达到6.88亿,互联网普及率为50.3%。^⑤在互联网开展检务公开,其受众人群甚至要远远高于报纸等传统媒体。同时,受众人群广也是一面双刃剑,一方面,能更加促进检察工作在阳光下运行,不断强化外部监督,另一方面,也因其打破了地域的限制,其检务信息可被

全国网民、甚至全球网民知悉,这就对保密工作提出了巨大的考验。一旦检务公开不当,相关信息便有可能被境外反华势力等所利用,对我国的国家安全造成影响。

2. 信息传播及反馈的迅速性。互联网对信息的反应速度可以说是任何一个时代都无法比拟的。从实际操作来看,在互联网上对一个检察信息的发布仅需要半秒钟的时间,而这一信息可能在几秒钟就被其他网站、BBS 等抓走,一些热门信息可能在一天甚至半天内就可能被全国网民知悉。如在 2016 年 2 月 15 日中午,兰州某律师在其微博上发表了关于甘谷县看守所在押人员马某某死亡一事,2 月 16 日上午 9 时许,关于本事件的详细报道包括检察机关的立案信息便出现在上游新闻,接着,在不到 1 小时的时间里,该报道被凤凰网等各大网络媒体转载,甚至被推送于当日腾讯新闻头条,网民当天评论仅腾讯网就将近 1 万条。可见网络时代的信息传播速度及反馈速度之快。

3. 舆情危机的易爆发性。我国当前正处于改革和转型的关键时期,虽然经济社会在不断发展,人民生活水平在不断提升,但不可否认,人民内部矛盾仍然较为突出,特别是在网络上,媒体经常报道一些负面新闻,导致一些网民幸福感不断降低,对国家、社会常常有不满的情绪,而这一情绪往往会被一些潜伏在网民中的敌对势力所利用、煽动,从而形成舆情危机甚至群体性事件。甚至有时,网民自身也会出于自身利益评论、转发一些报道,从而形成舆情危机。如在今年 3 月 18 日,某媒体报道:《数亿元疫苗未冷藏流入 18 省份:或影响人命,山东广发协查函》。紧接着,各微信朋友圈被这一报道及相关内容刷屏,一些明星大 V 也在转发《疫苗之殇》之类的文章。全国网民相关监管部门进行不断的谴责,并要求查明毒疫苗的去向,甚至许多疫苗接种部门受到公众的质疑,形成巨大的舆情危机。为此,国务院组成专案组深入山东调查,及时通报该案进展情况,并在该舆情爆发后短短一月内就通过了新修订

的《疫苗流通和预防接种管理条例》。据相关报道称,直至本年 7 月,仍有部分医疗制药行业业绩因山东疫苗案受到冲击。

4. 运营成本的低廉性。这一点是与报纸、电视媒体相比较而言的。同样是受众较广的媒体,报纸、电视类媒体对于检务信息的公开是需要不少费用的,如报纸类都是以字数计钱的。且受到报纸版面、电视排期等方面的影响,不可能每天都在相关媒体上刊登检务信息,其信息的长短也受到影响。但在互联网平台上,可以随时发布检务信息,除了人员和设备花销外,几乎不需要额外的费用。发布人员可由检察干警担任,至于设备,一台电脑、甚至一部手机便可以完成信息的发布。其运营成本可谓是远远低于报纸、电视等媒体,成为当前检务公开的主要形式。

(三) 互联网环境下检务公开与保密的价值平衡

检务公开的目的是寻求阳光下的公平正义,但公开不慎容易被别有用心的人利用。当前,我国敌对势力通过各种手段对我国进行信息监控和情报搜集,企图危害我国主权和发展。检察机关所承担的工作关系到人民群众的切身利益和人权保障,在互联网环境下,检务公开不慎更容易被敌对势力所利用。2013 年,检察机关立案查处涉嫌故意、过失泄露国家秘密犯罪的有 113 人。^⑥为加强保密工作,2014 年 3 月,《中华人民共和国保守国家秘密法实施条例》正式颁布实施。高检院在不断深化检务公开的同时,也进一步强化保密,曹建明检察长甚至专门就此作了批示。如何在做好保密工作的基础上深化检务公开,尤其是深化互联网平台中的检务公开,也是当前检察机关面临的难题。

强化检务公开可以强化外部监督,促进司法公正,保障当事人的权利和公民的知情权,做好保密工作则可以保护国家秘密,保障国家安全和发展。从这个角度来看,保密的价值大于公开的价值,任何权利的保障都是以国家的稳定和发展为前提的。但并不能就以此否认公开的价值,停

滞检务公开的步伐。相反的,过度的保密则意味着退步,在国际社会“以公开为原则,以保密为例外”的趋势下,检察机关要进一步丰富检务公开的内容,理顺检察工作中公开与保密的关系,寻求二者之间科学的界定,在保障国家安全稳定的前提下,不断拓宽检务公开的范围,在公开与保密间获得价值平衡。

三、互联网环境下的检务公开现状分析—— 以甘肃省天水市为例

随着时代的发展,虽然传统的检务公开方式并未完全被摒弃,但互联网平台已经一跃成为检务公开最主要的方式之一。尤其是近两年来,高检院大力强化全国检察机关新媒体建设及案件信息公开网站的建设,在检务公开方面取得了实质性的飞跃。在此,笔者以甘肃省天水市为例对互联网环境下的检务公开工作进行分析。

(一)天水市互联网平台检务公开的现状

1. 网站检务公开情况。因天水市检察机关中,只有天水市检察院有门户网站,在这一网站中,关于检察工作的公开,除了检察工作动态外,就是如“举报须知”等一类的规定,公开内容较少。但这一情况在2015年因高检院开发的“人民检察院案件信息公开网”的出现而逐渐改变。2014年,最高人民检察院建成了该案件公开网站,并于2014年10月出台了《人民检察院案件信息网上公开工作操作规范(试行)》、《重要案件信息发布工作规则(试行)》等一系列规范性文件。2015年,天水市开始对相关工作的探索,并于2015年实现对重要案件信息的公开和法律文书的公开。该网站运行以来,天水市检察机关共公布案件信息96件,仅2016年公布起诉书、不起诉决定书等法律文书427份。其中部分职务犯罪案件信息被当地微信服务公众平台等关注并转发。

2.“两微一端”检务公开情况。天水市检察机关响应高检院和省院的号召,于2015年底至2016年初陆续实现“两微一端”新媒体在全市检察机关的全覆盖。据清博指数显示,全市检察机

关官方微信的等价活跃粉丝累计达6088人,仅2016年4月至6月,全市检察机关共在微信发布各类信息730条,其中发布本院检察动态119条,发布普法类信息173条,发布本院案件信息3件,其他院案件信息8件,发布其他检察相关信息127条,发布其他信息300条,三个月累计阅读量达44584人次,今日头条客户端发布信息基本与微信同步;全市各检察院在新浪、腾讯等平台开通官方微博以来,发布信息2000余条,累计粉丝达2300余人。

(二)互联网环境下检务公开存在的主要问题

在取得喜人成绩的同时,也应当注意到,当前天水市检察机关在互联网平台下的检务公开工作仍存在诸多问题。

1. 案件信息公开网公开不规范、利用率不高。在人民检察院案件信息公开网运行后,高检院要求对重要案件信息予以及时公开。但从实际情况来看,一方面,重要案件信息公开的内容并不规范,对于何种案件是否应当公开均由公开人员进行把握,许多院对一些普通的非重要案件信息予以公开,但一些在当地有重要影响的职务犯罪案件即予以忽略。如天水市某基层检察院2015年至2016年7月共公开案件信息12件,但这其中判三年以下的小额盗窃案、故意伤害案、非法持有毒品案等共10件,其中判三年以上七年以下贩卖毒品案2件,而对于一些有影响的职务犯罪案件完全没有公开。另一方面,案件信息公开平台在设计上可以由当事人等进行信息程序性查询、由辩护人等进行预约等功能,但在实际操作中,当事人等对案件信息公开网知道的较少,检察机关也很少向当事人或辩护人告知这方面的途径,甚至有辩护人预约时,有些检察人员不懂如何操作,使得案件信息公开网站的重要查询功能利用率极低。

2. 新媒体平台偏离检务公开方向。虽然大部分检察院在开通“两微一端”新媒体平台时,将检务公开作为其基本定位,但在运行的过程中逐渐

偏离了这一定位方向。这主要表现为三个方面。一是案件公开少。案件公开是检务公开的重要内容。比起案件信息公开网,当地群众一般对当地检察机关的微信公众号、官方微博或今日头条客户端更为关注。因此在“两微一端”平台公布案件信息十分必要,尤其是对于职务犯罪案件信息的公开,可以极大地提高检察机关的影响力和公信力。但在实践中,对相关案件信息的公开较少。从天水市的情况来看,2016年4月至6月,全市检察机关发布本单位办理的案件信息仅3件,且对具体内容捂盖掩藏,或仅公布程序性内容。二是检察工作内容不全面。从天水市检察机关“两微一端”的运行情况来看,对于本院检察工作的内容大多集中在开了什么会、开展了什么活动等方式,而对于本院检察工作的实质性内容如办理案件的数量、质量、方式,检察经费的开支等仍然较少,后者甚至为空白。三是检务公开内容占比较小。全市微信公众号在2016年4月至6月共发布信息730条,但案件信息、检察动态、普法内容及其他检察信息加一起才占总发布数的59%,而其他关于养生、生活常识、心灵鸡汤等内容占41%。后者固然能够提高公众号的阅读量,但过多的其他类信息则会造成新媒体的平台方向的偏离,长期以往,检察机关的公众号给群众的印象是“生活号”,而非政务微信平台。

3.门户网站公开内容陈旧且单一。除北京、上海等个别较为发达地区的基层院均有门户网站外,检察机关的门户网站大部分以省市级检察院为主。一些省份尤其是西部省份不注重门户网站的检务公开建设,关于这方面的内容较少且陈旧。如在甘肃省院“检察新视野”门户网站中,虽然设有检务公开栏,但主要为法律法规内的公开,即使有人大工作报告、案件信息等公开,却最迟更新于2014年7月左右,而“案件信息查询”、“律师会见预约”等功能也无法使用。天水市检察院门户网站中的检务公开栏,其内容仍局限于“举报须知”、“申诉须知”、“办案法规”、“办案纪律”等规定,且内容均更新于2007年,没有更新

的内容,更没有案件公开信息。而天水市五县两区的基层院均没有门户网站。

4.保密审查流于形式。高检院的《意见》指出:“在检察工作中,有关涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私、未成年人案件、检察委员会讨论的内部情况等,不得对外公开”,同时高检院2005年通过的《检察工作中国家秘密范围的规定》中对检察工作中绝密级、机密级和秘密级的内容进行了简要的规定。但这些规定内容都较为原则,对保密审查人员本身素质要求高,且规定实施至今已将近十年,已不能适应当前新形势对公开和保密的新要求。2016年4月,高检院办公厅下发了《检察工作国家秘密事项定密指导意见(试行)》,其中对哪些内容分为哪些秘级进行了详细的规定,且具有一定的可操作性,但即使如此,由于公开人员和保密人员往往非同一人,因此该规定在公开实践中往往被忽略,负责检务公开的人员更缺少保密审查技能,这就造成了实践中对检务公开的内容不能进行有效的审查,甚至不予审查,使得公开内容的审查流于形式,从而加大泄密的危险性。

(二)造成以上问题的原因分析

1.立法依据不足。除了刑诉法规定了律师阅卷权、嫌疑人权利义务告知等内容外,当前并没有直接规定检务公开的法律法规,而《政府信息公开条例》也不适用于检察机关,检务公开只能依据高检院的《意见》和《决定》等文件,这使得检务公开具有一定的随意性,尤其是对当事申请公开的内容,由于没有法律依据,即使检察机关不予公开,当事人也无处救济。同时,也没有关于检务保密方面的立法,使公开与保密界限难以掌握,给检务公开带来一定难度。

2.思想认识不到位。马克思主义哲学指出,内因是事物变化发展的内在根据和决定性因素,检务公开工作之所以存在诸多问题,归根结底是内因问题,是思想上的问题。从高层来看,高检院对检务公开虽然大力提倡,但仍然较为谨慎,如在《重要案件信息发布工作规则(试行)》中要求:

“人民检察院正在办理的案件，不得向社会发布具体事项和证据认定的信息。”同时，越往下级走，对检务公开的认识越片面，对检务公开的重视度越低。有的干警认为，检察机关的基本任务是业务工作，检务公开不过是锦上添花，没有必要；有的认为检务公开是检察机关的权利，而不是义务，不一定要履行；有的认为检务公开会对案件办理带来阻碍，不宜公开；有的干警认为，在互联网上公开检务信息，容易引发舆情风险，不应公开；有的干警将检务宣传与检务公开相等同，以为发几篇单位动态就是检务公开了；更有干警认为，检务公开会浪费人力物力，不利于其他检察工作的发展等等。这些片面的认识说到底都源于干警人权保障理念不强，对公民的知情权没有深刻的认识，执法水平低下，不敢被监督等，对检务信息能不公开就不公开，公开对象能缩小的决不延伸，公开手段能用旧方式的，决不用新手段，从而使公开流于形式，大大制约了检务公开的发展。

3. 对互联网平台下的检务公开缺乏的管理机制。从全国各地的检务情况来看，检务公开有各自为政、各自探索之势，即使在一个省内、甚至一个市内，公开的内容也各不相同。网络平台上的检务公开工作缺乏长效性、常规性的工作和管理机制，也没有对公开的监督和救济手段，使得全国的检务公开工作未能形成一盘棋，甚至部分地区网络平台公开不规范，为检察工作造成了不利影响。

4. 运营人员素质欠缺。检务公开在互联网上的运作需要运营人员具备计算机知识及保密审查能力。但在当前实践中，互联网上的检务公开运作一般都由检察机关政工科或办公室的人员完成，这些人员往往未经过专业的培训，只是在开始运作后才慢慢学习，对于网络的运用、原创文章的排版、一些创新形式如 H5 的制作等常常出现困难，对案件是否为重要案件、是否能公开、公开哪些内容等方面也把握不准，从一定程度上制约了互联网平台下检务公开的运作。

四、互联网环境下对深化检务公开的思考

(一) 互联网时代对检务公开工作的新要求

在对如何深化互联网环境下的检务公开工作进行思考前，应当先明确互联网时代对检务公开提出了哪些新要求。

1. 检务公开的范围需要进一步扩大。经济基础决定上层建筑，经济社会的发展必然会导致公民的法律意识的提升。人民群众权利意识逐渐抬头和对政治活动参与的热情日益高涨，必然导致了人民群众对知情权越来越多的需求。这一方面表现在对检察机关执法、办公等行为的监督需要，另一方面表现在对具有重大社会影响案件或关系到群众切身利益案件的办理情况知情的需要和具体案件中当事人及其近亲属对证据事实情况全面了解的需要。同时，人民群众对司法腐败的深恶痛绝，决定了对检察人员违法违纪情况也有知情的需要。因此，以法律法规、执法规范为主要内容的“检务公开二十条”及仅仅程序性的公开已远远不能满足当前人民群众对检务公开内容的需求。对检务公开的范围进一步扩大，尤其是对互联网平台下检务公开范围的进一步扩大成为当前人民群众对检务公开的新要求。

2. 互联网中的公开方式需进一步深化。信息化的发展给我们带来许多便利，也为检务公开带来许多契机。传统的公开栏等公开渠道在空间上、时间上都有很大的限制性，而互联网、手机等信息化渠道则大大克服了这一局限性。尤其随着移动信息的发展，手机网民日渐增多，网民通过手机网络获取信息的频率、时长较电脑网络大大提升。据统计，2015 年中国境内活跃的手机网民数量达 7.8 亿，占全国人口数量的 56.9%。^⑦这一形势决定，传统的公开渠道已远远不能满足人民群众的需求，而信息化、尤其是移动信息化的渠道则是检务公开最好的选择。同时，提高行政、司法效率的国际形势也从一定程度上要求检察机关要以更新的手段、更快的速度和更有效的途径进行检务公开。

3. 检务公开的救济方式需要更加明确。“检

务公开二十条”基本都是法律法规及执法规范，即使检察机关不公开，群众也可以通过上网或咨询律师等其他渠道查询，但随着人民群众对检察检务公开内容进一步扩展的需求，对具体案件情况办理情况或证据情况也有知情需求，这时，群众有权利查询案件信息。但“没有救济就没有权利”，对于人民群众申请查询的检务内容，如果检察机关决定不公开或没有回应，就需要有一定救济方式，从而有效保障公民的知情权，同时，对于检察机关因公开不当给当事人造成损失的，当事人同样也需要一定的救济方式来维护自身的合法权益。

4. 对检务公开的审查需要更加严格。当前国内外形势复杂，敌对势力窃取情报信息，这使国家对保密工作的要求更为严格，各级检察院的保密工作也在不断加强。尤其是互联网时代和大数据信息时代，敌对势力对信息的窃取较以往更加容易。这就要求我们在加强网络安全保护的基础上，检务人员要认真把握公开与保密的界限，在最大限度扩大检务公开范围的基础上，对公开的内容要进行严格审查、准确把关，确保公开内容符合保密规定，防止泄密危险。

(二)深化互联网平台中检务公开的途径

要深化互联网环境下的检务公开工作，建议如以下几方面入手。

1. 不断加强培训教育，提升思想认识和相关技能。一要进一步提升人权保障意识和执法水平。当前检察机关应当加强对检察人员人权意识的培养，加强对人权理论的学习，切实让检察人员充分认识到人权的重要性，真正理解宪法第三十三条所规定的“尊重和保障人权”的含义，从而在检察公开中充分保障公民的知情权利。二要不断加强对检察人员业务知识和办案能力的培训，使办理的每一起案件都经得起群众的检验，使检察人员不怕公开，不怕监督，为检务公开的发展清除阻力。三要不断提升检察人员的公开观念，让检察干警充分认识到检务公开的重要性、迫切性，消除错误、片面的观念，从而不断提高检察人

员公开检务信息的积极性。四要强化计算机运用能力和保密审查能力，尤其是加强对保密审查人员相关知识和审查技能的培训，使相关人员正确把握公开与保密的界限，从而保证在充分公开的基础上确保信息安全。

2. 进一步扩大检务公开的范围。建议在高检院相关规定的基础上，进一步扩展检务公开的范围：在案件信息查询上，对于查询案件信息的当事人，不仅要全面公开案件办理的程序性信息，如职务犯罪案件的立案时间、立案案由、办案期限、办案部门、强制措施、移送审查起诉时间等，还要在适当的阶段公开案件事实、证据情况，如职务犯罪案件在移送审查起诉后，应当公布案件事实，在案件提起公诉后，还应当向公众公布证据情况。在案件信息的主动公布上，除了公布重要案件的程序性信息外，还要在不影响检察工作的前提下，公布相关案件情况、甚至证据情况。对于法律文书，不仅应当公开起诉书、抗诉书、刑事申诉复查决定等高检院在《规范(试行)》中明确规定了的法律文书外，还应当进一步尝试公开逮捕决定书、不捕决定书、不捕理由说明书等其他法律文书。当然，涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私、未成年人案件及公开后会严重影响国家社会稳定及案件办理的除外。在其他方面，建议公开日常工作情况、检察人员违法违纪情况、“三公”经费支出情况等，以便增强社会对检察机关办公行为的监督。同时，建议在进行检务公开立法的同时，推进检务保密工作的立法，细化保密范围，进一步明确公开与保密的界限。

3. 规定检务公开的救济途径。根据当前中国国情，对检察机关决定不予公开或对当事人申请查询却不回应的，当事人可以该院控告申诉部门进行复议。控申部门结合实际让顾客，应当在有限时间内答复当事人，当事人认为答复不合理的，可以向上一级人民检察院申诉。上一级人民检察院应当在有限时间内对当事人进行答复，对应当公开或查询的内容，责成下级检察院向当事人公开。同时，对于检察机关公开不当侵害当事

人或相关单位权利的,被侵害人可以向公开信息的检察机关提出异议,要求停止公开,对于公开造成损失的,当事人有权要求获得国家赔偿。若公开不当信息的检察机关不同意停止公开行为或不同意赔偿,受侵害的当事人或相关单位根据上一程序向上级人民检察院反映情况,由上级人民检察院在限定时间内答复并处理。另外,也可以在时机成熟时,引入美国的司法审查制度,即对检察机关不予公开或公开不当的,当事人可以向同级人民法院提出司法审查,由同级人民法院作出裁定,因被审查的内容可能涉密,因此建议以秘密方式进行司法审查。两种方式可以由当事人任选其一,或穷尽一种方式后再选另一种,但不得同时进行。

4. 建立互联网检务公开运作机制。一是强化部门配合联络机制,对于部门办理的重要案件信息等及时告知互联网检务公开工作人员,从而确保公开信息的全面性、及时性。二是建立申请查询告知程序。即对于案件当事人、法定代理人、近亲属、代理人等,应当在受案后3日内,告知其有申请查询案件信息的权利,并告知其如何在“人民检察院案件信息公开网”申请操作。三是建立舆论引导机制,密切关注网络舆论消息,做好舆情监测和舆论公关,并进一步完善评论员制度,将过激言论和不正确的观点及时向正确的方向引导。最后,要完善组织管理机制,自上而下明确检务公开的负责人、操作人以及保密审查人,明确各方责任,从而保证检务公开的有序推进。

5. 完善互联网检务公开的保障体制。一是要建立考评评议机制。一方面,由上级院对下级院互联网的公开情况进行定期考评和通报,从而加强上级院对下级院检务公开工作的监督,提高检察人员对检务公开的积极性。另一方面,由社会对互联网平台的检务公开工作进行评议,积极邀请人大代表、政协代表、人民监督员、普通群众、案件当事人及时关注“两微一端”、门户网站及案件信息公开网等平台,等对检务公开情况进行定期综合评议,对当事人申请公开的,在公开

后由当事人填写公开评议表,并由检务公开的操作人员进行定期汇总。二是建立奖惩机制,根据上级院通报和社会评议的相关内容,上级院对于检务公开取得较好影响的,适当予以奖励,对于公开不规范的行为及时予以通报批评,对于未履行公开职责或未正确公开造成泄密后果的,严肃追究责任。三是加强检务公开人、财保障,对互联网平台上的检务公开工作派专人负责,留出公开专项经费,并配备电脑、手机、Ipad、相机等先进设备,从而保障互联网平台检务公开工作的顺利运行。

(本文荣获第十一届中国法学青年论坛三等奖)

注 释:

- ①[法]孟德斯鸿:《论法的精神》上册,张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。
- ②高一飞:《检务公开的比较研究》,载《中共中央党校学报》2010年4月第14卷第2期,第85页。
- ③曾翀:《论阳光检务的法理基础与价值功能》,载《河北法学》2012年1月第30卷第1期,第185页。
- ④刘昂,杨征军:《检务公开的层次性简论》,载《人民检察》2013年第17期,第18页。
- ⑤新华社《〈国家人权行动计划(2012—2015年)〉实施评估报告》,http://news.xinhuanet.com/2016-06/14/c_1119038762_3.htm。
- ⑥见《胡泽君副检察长在高检院保密委员会会议上的讲话》,2014年2月25日。
- ⑦中国互联网协会:《〈中国移动互联网发展状况及其安全报告(2016)〉在京发布》,http://www.isc.org.cn/zxzx/ywsd/listinfo-33676.html。



在司法改革背景下构建法官和律师良性关系

■ 朱 鹏

摘要:全面推进依法治国,建设一支德才兼备的高素质法治队伍至关重要。法官和律师作为法律职业共同体,具有共同的价值取向和价值追求。我们要正视二者之间的职业差异,准确判断体制机制方面存在的问题,积极顺应形势,深化司法改革,通过推行司法责任制、落实司法公开等法院改革举措,建立律师调解、公职律师等各项制度,营造积极、健康、阳光、开放的法治环境,规范和引导法官和律师构建起彼此尊重、平等相待,相互支持、相互监督,正当交往、良性互动的法律关系和工作关系。

关键词:司法改革 ;法官 ;律师 ;关系

党的十八大以来,以习近平同志为核心的党中央对全面推进依法治国高度重视。党的十八届四中全会在党的历史上第一次研究部署了依法治国重大问题,作出了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,提出了建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家的全面推进依法治国总目标。习近平总书记在十九大报告中也将“坚持全面以法治国”作为新时代坚持和发展中国特色社会主义的基本方略之一,强调要“深化依法治国实践”,坚持厉行法治,推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,促进国家治理体系和治理能力现代化。全面推进依法治国,建设一支德才兼备的高素质法治队伍至关重要,而法官和律师就是这个队伍的重要组成部分:他们是司法公平正义的实践者,是

法治中国征程顺利推进的护航者,是中华民族伟大复兴这一中国梦的中坚力量,是法治社会不可或缺的两大力量。

法官和律师作为法律职业共同体,同受法律教育,同操法律语言,同循法律思维,同在法庭活动,虽然身份不同,职责不同,但具有共同的价值取向和价值追求。如何在新形势下构建两者之间良性健康的法律关系和工作关系,是当前司法体制改革,提升司法公信力,建设法治国家的迫切需要。

一、正确评价和认识法官和律师关系的现状

首先要正视职业差异。法官是依法行使国家审判权的审判人员,律师是接受委托和指定,为当事人提供法律服务的执业人员,在诉讼过程中行使不同的法律职能,职责定位的不同决定了法

作者简介:朱 鹏,甘肃省兰州铁路运输中级人民法院党组成员、副院长,三级高级法官。

官的思维是多角度的，律师的视角是单向的；法官注重价值判断，而律师注重利益判断。这种职业定位的差异，决定了律师不时徘徊于法律公正性和个人功利性之间。同时诉讼活动中的对抗性也自然会使双方当事人的代理律师产生对抗心理和怀疑习惯。这些与法官的居中公断，强调权利平衡有明显差异。换句话说，查明事实，正确裁判，实现公平正义，只能要求法官严格执法，明察秋毫，而不能奢望律师“规规矩矩出牌”，不狡辩、不避善。司法权是判断权和裁量权，更进一步说司法权是国家判断权。司法权的行使者法官的职业特点表现为中立性、独立性、被动性、终局性、权威性；律师的职业特点则表现为偏袒性、权衡性、服务性、主动性。法官和律师虽同为法律实践者，同以法律为语言，以法庭为舞台，但其服务对象、价值追求、诉讼目标等是明显不同的。如果忽视这种差异性，只是笼统地强调法官和律师职业共同体属性，就无法采取有针对性的措施，促进法官与律师之间形成良性的职业关系。

其次要客观评价现实。英国著名思想家培根说过：“法官和律师的关系不可太密，否则就难免有不公正的嫌疑”。司法实践中导致法官和律师存在非正常关系的原因从主观方面分析主要有：

主观方面表现为：

1.部分法官的职业道德缺失、沦丧。将人民赋予的审判权、执行权变成为自己谋取私利的工具，最典型的就是最高人民法院原副院长奚晓明，作为在最高法院工作33年的老法官，为相关单位和个人在案件处理、公司上市等事情上提供帮助，认可放任其亲属同个别违法律师、司法掮客、不法商人相互勾结，收受巨额贿赂价值达1.14亿，被天津一中院于2017年2月16日以受贿罪判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，没收个人全部财产。

2.部分律师职业道德差，业务能力低。部分律师不是把时间和精力放在研究案情，运用法律上，而是潜心于拉关系、走门路，对当事人的不合

法要求、利益也无原则加以承诺。为了打赢官司想法设法采取各种手段腐蚀、拉拢法官，如曾经发生的湖北省荆门市10名律师向5名法官行贿40余万元；武汉中院13名法官因涉嫌受贿，有20多家律师事务所的44名律师涉案。法官和律师非正常的亲密关系，极易导致司法掮客现象。一来，律师通过熟悉的法官了解未决案件情况，并通过打招呼说情来左右裁判结果。二来，法官利用审理案件之便给律师介绍案源并从中获利，法官和律师间建立起了隐秘的利益链，严重损害了司法公正和司法权威，损害了法官和律师的形象，降低了司法的公信力，造成了极为恶劣的社会影响。

3.个别律师违反律师执业规范泄露当事人隐私，披露不公开审理案件信息，甚至知法犯法，帮助、唆使当事人造假证、做伪证；还有个别律师公然藐视法庭，不遵守法庭纪律、妨害诉讼程序，咆哮哄闹法庭和法院，走上了违法犯罪的道路。如北京市律协对李某某等人强奸案相关辩护及代理律师涉嫌泄露当事人隐私等违规行为的查处，对7名相关律师作出处理决定，其中6名律师被分别给予训诫、通报批评、公开谴责的行业纪律处分。北京锋锐律师事务所主任律师周世锋以律所为平台，编造谎言，聚集滋事，污蔑国家机关及其工作人员，抹黑司法制度，冲击法庭，扰乱司法。本应是带头遵守法律，尽职尽责维护法律公平正义的律师，却站到了法律和人民的对立面，以犯颠覆国家政权罪，判处有期徒刑7年，剥夺政治权利5年，受到法律的严惩。

导致法官与律师关系不正常的客观因素主要有以下三个方面：

1.体制方面的原因。主要是法院的行政化管理，造成法官个人发展空间有限，职级待遇差，职业风险高，不能充分调动法官的工作激情和培养法官职业的尊荣感。

2.机制方面的原因。法院的队伍管理、审判管理从管理方法、管理措施、管理内容上相对滞后，存在管理制度执行不力，落实不到位，管理制

度未能充分发挥作用，法官与律师权钱交易，律师闹庭“死磕”法官有了可趁之机，另一方面，法官与律师之间未能建立规范、顺畅的沟通机制。

3.社会风气方面的原因。受社会大环境的影响和国人“人情世故”文化的耳濡目染，遇事找关系、托人请的社会陋习，在法官和律师身上相影相随。一度时期诚信缺失，“潜规则”盛行，办关系案、人情案、甚至是金钱案时有发生，社会上一度也喊出“司法腐败是最大的腐败”的呼声。司法作为社会公平的最后一道防线，防止司法腐败，律师是一支不可或缺的力量。

二、积极顺应形势，深化司法改革，为构建新型法官和律师关系打好基础

首先从法院层面看。公正、法治是社会主义核心价值观的重要内容，让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义是司法公正的价值追求。十八大以来，围绕建设公正高效权威的中国特色社会主义司法制度，人民法院从优化司法职权配置，规范司法行为，扩大司法公开，确保依法独立公正行使审判权等几方面进行体制机制创新和司法改革工作，已初见成效。

1.推行司法责任制改革。实行法官员额制。按照不超过政法编制39%的标准选任员额法官，优化司法审判资源，并逐步建立法官遴选，退出机制，严把入口，敞开出口，吸收法律工作人员包括优秀律师为法官遴选委员会成员。建立主审法官、合议庭办案责任制，让审理者裁判，由裁判者负责，制定法院干警权力清单，责任清单，做到有权必有责，用权受监督，失职要问责，违法要追究，健全审判追究制度，组建法官惩戒委员会，落实谁办案谁负责。推进法院人员分类管理。按照中央批准的改革方案，对入额法官按一定比例配备法官助理、书记员，加快司法辅助人员队伍建设，对法官、司法辅助人员、司法行政人员实行分类管理。

2.完善审级制度。明确四级法院的职能定位，改变多年来四级法院案件同质化、法官同质化、功能同质化的状况。一审重在解决事实认定

和法律运用，做到明断是非，定纷止争；二审重在解决事实法律争议，实现二审终审，案结事了；再审重在解决依法纠错，维护裁判权威；最高人民法院保证法律统一正确实施。

3.推动建立以审判为中心的诉讼制度改革。充分发挥审判特别是庭审的作用，确保刑事案件处理质量和司法公正，防止冤假错案发生。审判为中心不是法院为中心，要求侦查程序和公诉程序的办案标准都要符合审判程序的法定定案标准。全面贯彻证据裁判规则，排除非法证据，严格依法收集、固定、保存、审查、运用证据，把证据作为认定案件事实和定罪量刑的根据，确保侦查、审查起诉的案件事实证据经得起法律的检验，保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用，真正实现事实证据调查在法庭、定罪量刑辩论在法庭、裁判结果形成在法庭。

4.推进司法公开。各级人民法院积极推进司法公开三大平台建设，即审判流程公开平台，人民法院对案件的立案、庭审、调解、审判等诉讼过程依法向当事人和社会公开；裁判文书公开平台，开通中国裁判文书网，全国法院符合条件的裁判文书全部上网；执行信息公开平台，让公众和当事人及时了解法院为实现当事人的胜诉权益所采取的执行措施。最高法院还推动建立了全国统一的庭审网络直播平台，打造开放、动态、透明、便民的阳光司法机制，实现各类案件全覆盖。正如最高人民法院贺小荣博士所讲，人民法院司法公开的价值和作用正在逐步显现：挤压权力寻租空间；推进法官职业化；拓展司法社会职能；建立法律职业共同体统一的认识体系；统一司法裁判标准；促进法学研究、法学教育；有助于社会成员形成行为预期；有助于抵御外来干预。

5.推动省以下法院人财物统一管理。改革司法管理体制，省以下法院人财物由省一级统一管理，经费由省级财政统筹，中央财政保障部分经费，实行司法行政事务管理权与审判权分离。

6.实施与行政区划适当分离的司法管辖制

度。为防止地方保护主义干扰,同时均衡各地司法资源配置,探索实行与行政区划适当分离的司法管辖制度,通过提级管辖、集中管辖,审理行政案件或者跨地区民商事、环境保护案件。最高人民法院在2015年11月28日和31日,分别在深圳、沈阳正式成立了第一巡回法庭和第二巡回法庭,于2016年12月相继在南京、郑州、重庆、西安设立了第三、第四、第五、第六巡回法庭。根据《最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定》,巡回法庭是最高人民法院派出的常设审判机构,巡回法庭作出的判决、裁定和决定是最高人民法院的判决、裁定和决定。巡回法庭审理或者办理巡回区内应当由最高人民法院受理的全国范围内重大、复杂的第一审行政案件;在全国有重大影响的第一审民商事案件;不服高级人民法院作出的第一审行政或者民商事判决、裁定提起上诉的案件;对高级人民法院作出的已经发生法律效力的行政或者民商事判决、裁定、调解书申请再审的案件;刑事申诉案件等十一种情形的案件和来信来访事项。知识产权、涉外商事、海事海商、死刑复核、国家赔偿、执行案件和最高人民检察院抗诉的案件暂由最高人民法院本部审理或者办理。

7.建立领导干部干预司法活动,插手具体案件处理的记录、通报和责任追究制度。2015年3月中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《领导干部干预司法活动,插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》,中央政法委也印发了《司法机关内部人员过问案件的记录和责任追究规定》。这两个规定配套衔接,分别从内部和外部两个方面,共同构建防止干预司法的制度体系。最高人民法院也于2015年8月相继发布了《人民法院落实<领导干部干预司法活动,插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定>的实施办法》、《人民法院落实<司法机关内部人员过问案件的记录和责任追究规定>的实施办法》,两个《办法》明确要求对过问案件采取“全面记录、专库录入、整体报送、不实问责”,对干预司法机关

办案的,给予党纪政纪处分;造成冤假错案或者其他严重后果的,依法追究刑事责任。

以上制度和改革措施的落实和推进,为打造一支正规化、专业化、职业化的法官队伍提供了制度保障,为法官和律师在建设社会主义法治国家中建立良性健康关系创造了条件。

其次从律师层面看。需要强化素质,顺应形势,抓住机遇,迎头赶上。

1.法院立案登记改革和推进案件繁简分流,为律师参与诉讼案件代理提供了广阔的舞台。为充分保障当事人诉权,切实解决人民群众反映的“立案难”问题,最高人民法院于2015年5月1日起施行《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》,人民法院受理案件由以往的立案审查制改为立案登记制,实现有案必立,有诉必理。当事人有纠纷要到法院起诉,需要律师提供咨询服务、书写诉状、庭前准备、参与诉讼。最高人民法院在2016年9月12日发布的《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》明确规定,要发挥律师在诉讼中的作用。积极支持律师依法执业,保障律师执业权利,重视律师对案件繁简分流和诉讼程序选择的意见,积极推动律师参与调解、代理申诉等工作。为引导当事人诚信理性诉讼,《意见》第22条明确规定:当事人存在滥用诉讼权利,拖延承担诉讼义务等明显不当行为造成诉讼对方或第三人直接损失的,人民法院可以根据具体情况对无过错方依法提出的赔偿合理的律师费用等正当要求予以支持。这些措施有助于推动律师在案件代理中发挥更大的作用。

2.律师在多元纠纷化解机制中可大有作为。中共中央办公厅、国务院办公厅下发《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》后,最高人民法院于2016年6月28日发布了《关于人民法院进一步深化多元纠纷解决机制改革的意见》,明确提出要坚持司法引导、诉调对接、社会协同、形成社会多层次多领域齐抓共管的解纷合力,发挥律师专业化、职业化优势,推动律师调解制度建设,

吸纳律师加入人民法院特邀调解员名册,探索建立律师调解工作室,支持律师加入各类调解组织担任调解员,推动建立律师接受委托代理时告知当事人选择非诉讼方式解决纠纷的机制。律师在诸如交通事故赔偿、医疗纠纷化解中,可通过非诉讼代理的方式,在各专门调解委员会调解纠纷过程中,依法代理当事人参与纠纷化解调解,维护当事人合法权益。

3. 在以审判为中心的诉讼制度改革中大显身手。2016年7月20日,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、安全部、司法部联合印发了《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》,该意见进一步强化了律师在刑事诉讼中的职能作用:强化了律师在侦查阶段的辩护职责,明确了侦查机关对律师意见“应当依法予以核实”。强化了辩护律师在法庭调查中的质证权,促进庭审实质化。特别在非法证据排除和认定方面律师将发挥重要作用。强化辩护律师在庭审中的辩论权。强化辩护律师诉讼权利保障,依法保障辩护人会见、阅卷、收集证据和发问、质证、辩论辩护等权利,完善便利律师参与诉讼的工作机制。⑤在推进以审判为中心的诉讼制度改革中,针对刑事辩护率低,部分犯罪嫌疑人、被告人无法及时获得法律帮助等问题,《意见》提出要建立法律援助值班律师制度,完善法律援助制度。2017年2月17日,最高人民法院又发布了《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》,该《意见》明确要以庭审实质化改革为核心,以强化证人、鉴定人、侦查人员出庭作证和辩护律师为重点,着力推进庭审制度改革。广大律师在刑事辩护工作中将大显身手。

4. 在推行法律顾问制度和公职律师、公司律师制度中大有作为。2016年6月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发了中办发[2016]30号,即《关于推行法律顾问制度和公职律师、公司律师制度的意见》,该《意见》明确要求,2017年底前,中央和国家机关各部委,县级以上地方各级党政机关普遍设立法律顾问、公职律师,乡镇党委和

政府根据需要设立法律顾问、公职律师,国有企业深入推进法律顾问、公司律师制度,事业单位探索建立法律顾问制度,到2020年全面形成与经济社会发展和法律服务需求相适应的中国特色法律顾问、公职律师、公司律师制度体系。三大制度的推行,为广大律师提供了施展才华的舞台。

三、遵守规范、严守法纪,构建良性健康关系

为规范和引导法官和律师的相互关系,1995年制定,2011年修正的《法官法》和1996年通过,2007年修正的《律师法》明确规定了法官和律师之间的禁止性法律关系。最高人民法院也先后出台了一系列规定,如2000年《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》,2001年《法官职业道德基本准则》,2003年《关于严格执行中华人民共和国法官法有关惩戒制度的若干规定》,2004年与司法部联合发布了《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》,2009年最高人民法院提出“五个严禁”,2011年2月10日,最高人民法院又作出了《关于对配偶子女从事律师职业的法院领导干部和审判执行岗位法官实行任职回避的规定(试行)》;2015年10月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、安全部、司法部又联合下发了《关于进一步规范司法人员与当事人、律师、特殊关系人、中介组织接触交往行为的若干规定》等。这些法律法规的出台,给双方的接触交往行为划出了界限,对维护法官和律师的形象具有重要意义。

在遵守规范,严守法纪的基础上,在建设法治国家的今天法官和律师应当建立一种什么样的良性关系呢?

1.彼此尊重,平等相待。良好的司法环境要求法官和律师之间要相互尊重。共同的法律信仰要求二者要强化职业认同,彼此尊重,纠正法官和律师之间互相对立、互相贬损的非理性行为,要认识到法官和律师两个职业有着共荣共损的关系。法官是公平正义的化身,时代“燃灯者”邹碧华法官曾说“法官和律师之间不尊重,会破坏

法治的根基—信任”。如果法官不被信任,必然带来社会对司法,对法律职业的整体不信任,法律人将首当其害。同样,如果法官与律师不是良性互动而是一味“互掐”,势必会影响当事人权益和公平正义的实现,对法治权威和法治形象造成巨大伤害,最终损害的是法官和律师的共同依存的职业根基,这无异于自砸饭碗。法官和律师虽然不是同呼吸,但始终是共命运,是职业共同体更是命运共同体。只有法院地位提高了,司法的权威树立起来了,律师的作用和价值才能得到充分发挥和体现,其地位才能真正得到提高。律师对法官的尊重程度,表明了一个国家法治的发达程度,而法官对律师的尊重程度,则表明这个社会的公正程度。

2.相互支持,相互监督。要引导法官重视和发挥律师在庭审中的积极作用。在庭审环节,要充分尊重律师人格,不得随意打断或制止律师发言;在庭审笔录环节,整理归纳律师意见要完整、准确、客观;在案件合议环节,案件承办人要全面客观地汇报律师意见;在制作法律文书环节,对律师意见要给予客观、全面的归纳、评述。要完善便民措施,为律师执业提供更大便利,从影响律师执业的突出困难入手,切实解决律师最头疼的会见难、阅卷难问题。要建立法官和律师相互监督制约的机制。既要充分尊重律师依法履行参与诉讼的各项权利,又要着力规范法官和律师的业务往来,共同维护司法廉洁和司法公信。一是建立双方相互监督反馈机制。一方面建立律师评价法官机制,让律师从司法廉洁、司法礼仪、工作作风、庭审驾驭、案件审限等方面对法官进行评价。另一方面,进一步完善法官监督评价律师机制,对律师在执业中向法官行贿、违背职业道德、执业纪律、不遵守法庭纪律、不尊重法官等行为,及时向律师协会、司法行政部门通报,并将其纳入律师诚信档案。

互相监督是构建法官和律师良性互动关系的保证。随着法治进程的逐步推进和司法改革的深入,在未来的司法体系中,律师不仅是不可替

代的参与者和游戏规则的议定者,还是司法主体的人才和智慧来源,更是司法公信力的职业监督人。

3.正当交往,良性互动。

法官和律师是维系司法公正和保障当事人合法权利的重要角色;两者的关系不是隔阂、紧张、对抗、防范,而是理解、交涉、包容、交流。法官和律师不是天生的“亲家”,也不是天生的“冤家”,而是同为法律人的“本家”。要积极主动推进法官和律师互动沟通交流的平台,致力于构建公开、透明、畅通的沟通交流平台。法院要推进司法公开尤其是向律师的信息共享,减少彼此之间的隔阂和紧张。一是建立法官和律师定期联席座谈制度,通过召开律师座谈会,认真听取律师对法院工作的意见建议,及时改进法院工作,强化法院网站和官方微博建设,努力把法院网和官方微博建设成回应群众呼声,落实司法公开、展现法院形象、推进公正司法、提升司法公信力的司法公开阵地和律师交流平台。二是搭建学术交流平台。以律师协会、法官协会等组织为依托,通过组织开展与律师间的专题业务交流和培训活动,沟通探讨法律实务问题,对各自实践领域内的新情况、新问题进行探讨,实现资源共享,促进律师和法官队伍知识更新和业务能力提高,并通过互相表达各自理念和对法律的不同理解,及时消除误解,达成共识。三是搭建共同化解矛盾纠纷的平台。充分发挥律师专业优势,积极争取律师支持,相互配合做好诉讼调解,行政调解,执行和解工作,让律师做好无理上诉、申诉、缠诉、闹访当事人的思想工作,形成化解社会矛盾纠纷,维护司法公正公信的合力。

在建设法治国家的伟大实践中,法官、律师是法律秩序的载体和法律价值的卫士,是推动法治社会不断进步的合力。让法官和律师携起手来,改革创新,不辱使命,积极探索,共同营造积极、健康、阳光、开放的执法环境,积极构建新型法官与律师法律职业共同体。

我国律师费承担方式是否要向国际潮流看齐

——对民事诉讼中律师费承担模式改革的理性思考

■ 熊理思

摘要:当今世界,律师费承担模式主要有两种。一种是由败诉方承担胜诉方律师费的“英国规则”,一种是由双方自行承担律师费的“美国规则”。目前,英国规则是国际上的主流规则,我国采用的是小众的美国规则。一段时间以来,不少人都呼吁我国适用符合国际潮流的英国规则。这就需要我们权衡英国规则的利与弊。英国规则并非全是优点,而且它的这些优点在我国并不一定奏效。也许当初选择美国规则只是历史的巧合。我们既然选择了美国规则,而且目前它的运行效果还不错,那我们要做的就是去完善它,而不是以顺应国际潮流为由一味否定它的价值。在完善方面,我们可以做的事情还要很多。

关键词:英国规则;美国规则;败诉转付;律师费承担模式改革

一、问题的提出:律师费由败诉方承担?

【事件一】当事人赢了官司,“赔”了律师费。农民工打赢官司却要支付10万元律师费。经律师代理诉讼,来自内蒙古的尘肺病农民工李卫明于2014年年底获得一次性伤残补助金和停工留薪期工资共计16万元,以及每月3000元的伤残津贴。此前,李卫明与律师口头约定了风险代理收费,比例为所获赔偿总额的30%。按照此类案

件惯例,律师计算李卫明获赔总金额为52万元(10年津贴总和+16万元),律师费为15.6万元。考虑到李卫明经济条件拮据,律师为其减免5.6万元,要求支付10万元即可。然而,这已经“优惠”了的费用仍让李卫明为难。虽然打赢了官司,但李卫明却高兴不起来。“律师要求我支付10万元律师费,但我获得的一次性赔偿总共才16万元,这些还不够还债和看病呢。”^①

作者简介:熊理思,上海市黄浦区人民法院审判员,法学博士。

【现象二】律师被“欠薪”。重庆籍律师周立太，被称为“农民工律师”，在为农民工讨回赔偿金的同时，他却不断遭遇农民工的“失信”之痛——不少农民工打赢官司后，携款消失，不交纳律师费。他说“贫穷不能作为农民工逃避律师费的借口，如果所有的当事人都这样做，那么中国的律师事务所就会倒闭。”^②又如，深圳唯冠在律师的帮助下，与美国苹果公司围绕 iPad 商标权的诉讼最终以和解的方式“获胜”，苹果公司通过向深圳唯冠支付 6000 万美元补偿的方式获得了中国内地的商标权。结案后律师却以拖欠律师费为由起诉了唯冠。据报道，唯冠被追讨的律师费合计 720 万美元。^③

随着人们法制观念的增强和社会分工的日益精细化，面临纠纷时诉诸司法程序、委托律师代理逐渐成为企业及寻常百姓的本能反应。律师参与必然会产生律师费，而且通常情况下是一笔不小的开支。于是也产生了上文中的“赢了官司赔了律师费”、“律师被欠薪”等现象。那么，律师费究竟如何分配呢？律师界普遍支持律师费由败诉方承担。早在十几年前，一些身为律师的人大代表就提出了这一建议。^④2011 年底，在征集民事诉讼法修改意见时，中华全国律师协会亦向全国人大建议在民事诉讼法“诉讼费用”后新增一条“律师费用”，即：“胜诉一方当事人可以请求对方当事人支付律师费等合理费用。当事人部分胜诉、部分败诉的，可以按胜诉比例请求对方当事人支付律师费等合理费用。律师费用过高的，人民法院可以按照当地通常费用标准酌定。”理由之一是“这是国际惯例”，此外律协还认为这“有助于增加违约、违法当事人的诉讼成本，减少恶意诉讼，节约司法成本”。^⑤这条一旦写入民事诉讼法，将对我国现有的律师费承担模式产生根本性改变。然而，我们真的需要这种改变吗，国际惯例真的适合我们吗？

二、我国律师费承担的立法与实践

(一) 原则上自行承担

在我国，包括《民事诉讼法》和《律师法》在

内，立法上没有对律师费的分配问题做出规范。在立法上未确立“律师费转付制度”（即由败诉方承担律师费）的情况下，实践中绝大多数民事案件采用“自行承担”律师费的模式（即由委托方各自支付己方律师费），法院一般也不会像对待诉讼费那样介入双方的律师费分担问题。

(二) 少数案件由败诉方承担

一项法律规则的形成是为了最大程度地归纳与解决现实中的问题。因此，几乎每个法律规则背后，都会有少数例外情形。在我国，自行负担律师费是原则，但也存在以下由败诉方承担律师费的例外。

1. 恶意诉讼、虚假诉讼案件。2016 年 9 月，最高人民法院发布了《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》（法发〔2016〕21 号），其中第 22 条有这样的规定：“当事人存在滥用诉讼权利、拖延承担诉讼义务等明显不当行为，造成诉讼对方或第三人直接损失的，人民法院可以根据具体情况对无过错方依法提出的赔偿合理的律师费用等正当要求予以支持。”于是，“今后律师费将由败诉方承担”的信息就开始在网络流传。其实，这是对规定的过度解读。因为第 22 条还有一段限定案件范围的原文是“引导当事人诚信理性诉讼。加大对虚假诉讼、恶意诉讼等非诚信诉讼行为的打击力度，充分发挥诉讼费用、律师费用调节当事人诉讼行为的杠杆作用，促使当事人选择适当方式解决纠纷。”可见，这里的律师费转付之适用于恶意诉讼、虚假诉讼等非诚信诉讼案件中。

2. 人身侵权类案件。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2003〕20 号）第 17 条第 3 款规定，“受害人死亡的，赔偿义务人除应当根据抢救治疗情况赔偿本条第一款规定的相关费用外，还应当赔偿丧葬费、被扶养人生活费、死亡补偿费以及受害人亲属办理丧葬事宜支出的交通费、住宿费和误工损失等其他合理费用。”这里的“其他合理费用”能否包含律师费暂且不论，条文的适用范围

本身就很狭窄，仅限于发生了死亡结果的案件。实际操作中，一些地方性规定适当放宽了限定条件，例如，上海市高级人民法院《关于审理道路交通事故损害赔偿案件若干问题的解答》规定：“当事人请求赔偿为处理事故产生的费用（如交通费、误工费、取证费、律师费等）的，若该费用已实际发生，且为必须合理，可予支持。”

3. 知识产权类侵权案件。著作权方面，《中华人民共和国著作权法》(2010修正) 第49条规定：“……赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。”《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用若干问题的解释》第26条规定，“……制止侵权行为所支付的合理开支，包括权利人或者委托代理人对侵权行为进行调查、取证的合理费用。人民法院根据当事人的诉讼请求和具体案情，可以将符合国家有关部门规定的律师费用计算在赔偿范围内。”此外，商标、专利、不正当竞争法律或司法解释中也有类似规定。^⑥虽然知识产权和反不正当竞争在法律层面和大多数司法解释层面只是说赔偿数额应当包括“为制止侵权行为所支付的合理开支”，但审判中一般都认为律师费包含在“合理开支”之中，法官会酌情判定败诉方支付胜诉方一定数额的律师费。

4. 其他例外性案件。此外，对于合同纠纷中债权人行使撤销权的案件^⑦、担保类案件^⑧、双方在合同中约定由败诉方承担律师费的案件中，基于司法解释的规定和当事人意思自治原则，法官也会酌情判定败诉方承担一定数额的律师费。

三、国际上律师费承担的两种路径

在律师费承担责任上，大多数发达国家都采用律师费转付制度（Attorney fee shifting / The Loser Pays），由败诉方承担胜诉方的律师费，但美国和日本是例外，它们以自行负担模式(Every Man for Himself)为主导。^⑨

(一) 主流的英国规则：败诉转付模式

英国规则历史悠久，可以追溯到古罗马时代。根据早期罗马法的规定，民事纠纷引起的诉

讼由宗教领袖管辖，后来由罗马政府管辖。由于此时还没有律师，因此也没有律师费转付一说。直到东罗马帝国时期，律师和律师费才开始出现，政府也开始制定越来越详细的律师收费规范。一开始，败诉方赔偿胜诉方诉讼费用的规则仅适用于恶意或轻率诉讼，后来扩大到所有案件，东罗马帝国国王Zenon于公元前486年第一次宣布了这一规则。五十年后，该规则被写入了对欧洲影响深远的查士丁尼法典，继而得到罗马天主教教会法和欧洲各国民法院认可。英国是适用败诉转付规则的典型代表，因此该规则又被称为英国规则。英国规则背后的主要逻辑是：如果最终法院未支持一方立场，那他之前坚持自己的诉讼立场就是一种错误。如果诉讼开销未得到补偿，那么胜诉方就没有完全“胜诉”。它的主要运行机制是：第一，客观上的败诉事实就足以让败诉方承担诉讼费用，无论该案是否存在恶意、过错或轻率。第二，败诉方应赔偿的费用不仅包含法院的诉讼费等相关费用，还包括胜诉方的律师费等其他花费。如果部分胜诉，则按比例分摊这些费用。^⑩在采用英国规则的国家，有时委托代理合同中签订的律师费可能高于法定费率，对于高出的这部分，败诉方不用承担。^⑪该规则目前是国际上律师费承担的主流规则，英国、德国、法国等众多国家都适用这一规则。

英国的败诉转付制度可以追溯到1275年的Gloucester法典。^⑫以前败诉转付程序在结案后自动启动，但1875年的第55号指令将“自动启动”改为“是否启动需经法官自由裁量”，后第64号指令将其变为“半自动”——法官若有正当理由的，可决定不启动这一程序，否则应启动这一程序。^⑬德国民事诉讼法规定，诉讼中适用律师强制代理制度，当事人必须聘请律师。胜诉方当事人在向律师支付酬金后，可以向败诉当事人收回他所支付的全部律师费。为保证律师收费的公平合理，德国对律师费的收取作了严格的规定，律师诉讼业务的收费应当严格按照德国《律师报酬法》的标准执行。除非当事人书面同意，律师才能

收取高于法定标准的酬金。并且律师的收费由法院监督执行。^⑭法国民事诉讼法将律师费用分为律师手续费和律师报酬。律师手续费是诉讼费用的组成部分,但律师报酬不属于诉讼费用,可由当事人和律师自由约定。无论是对律师手续费还是律师报酬,法院均拥有自由裁量权,即使当事人之间订有特别协议,亦不能损及法官的这一权力。此外,法国有专门的诉讼费用评定机构。一方当事人如果对法院让其承担的有关费用的决定不服或对有关费用的数额和开支情况有疑问,可以向法院的书记官申请对该部分费用的数额和开支情况进行核实和确认。有关当事人如果对该评定不服,还可以在一个月内提起上诉。^⑮

总的来说,在适用英国规则的国家,败诉转付制度一般都通过立法的形式予以固定,同时在适用规则时法院拥有自由裁量权。这些国家往往对律师收费费率计算有着严格的规定,以便法官在自由裁量时有章可循。如果当事人对此不服,还可通过上诉等手段进行救济。当然,有原则就有例外,各国例外情形归纳下来主要有以下几类^⑯:1、双方无过错案件,例如一般认为在无过错的离婚案件中没有真正意义上的胜诉方与败诉方。2、双方社会经济地位不对等的案件,例如租赁案件。又如,英国对法律援助案件和劳动争议案件不适用败诉转付规则。^⑰3、主权豁免案件。在个人起诉政府的案件中,政府因具有主权豁免特权而不适用败诉转付。4、若在诉讼阶段或诉讼前后一方愿意调解,但另一方不愿意调解的,即使不愿意调解的一方最后胜诉了,也不适用败诉转付。5、一审败诉方上诉后胜诉的,因为要以最后结果为准,所以不用承担一审胜诉方的律师费。6、无理诉讼及不必要的程序。有时法院虽然找不到驳回该案的法律依据,但认为该案是无理和不公正的,法庭为了惩罚原告,会在他胜诉时不支持他的败诉转付请求。如果当事人坚持进行某项不必要和不经济的程序,也会产生同样的后果。7、亲属之间的案件。由于亲属之间存在特别的社会关联与经济关联,因此也不适用败诉转付。8、

小额诉讼案件。对于英国来说,最大的例外就是小额诉讼中双方各自负担律师费。这样规定是为了鼓励大家在小额诉讼中不要请律师。^⑱

(二)小众的美国规则:自行承担模式

自1796年美国最高法院在 *Arcambel v. Wiseman* 案中设立律师费承担的“美国规则”以来,该规则至今已有200多年历史。美国规则特立独行,规定诉讼各方不论判决结果如何都必须承担各自的诉讼费用。目前我国现在适用的也是这一小众规则。其实,最初美国作为英国的殖民地,在律师费承担上也采用英国规则,英国规则甚至被明确规定在殖民时期的美国立法中。当然,当时适用英国规则不是单纯的为了让败诉方弥补胜诉方的诉讼开销,更直接的目的是要限制律师收费。^⑲英国规则在美国法律实践中并未得到很好的遵守,1796年美国最高法院在 *Arcambel v. Wiseman* 案件中确立了新规则,即律师费自行承担规则。法院认为:“不应准许该案1600美金的律师费请求。现有的法律实践中已经不适用败诉转付规则,虽然法律实践在理论上不完全正确,但在立法修改之前,法院有权作出这种决定。”^⑳美国规则在适用的过程中,也陆续发展出以下例外规则:1、合同意思自治规则。这点和我国类似,出发点是尊重合同双方的自由意志。但美国法院并不喜欢这种方式,特别是当该约定是由强势一方拟定的,法院可以以该约定违反公共政策为由拒绝执行。例如,保险合同中若保险公司为被保险人设定败诉转付义务,法院可不支持这一约定。^㉑2、恶意诉讼规则。这点也与我国类似,即如果一方想通过恶意诉讼来阻碍法庭内外的合法行为,那么对方律师费也由该恶意方承担。^㉒3、共同基金规则。如果一个案件中存在没有参加诉讼的潜在受益人,法院会判定原告律师费在共同受益人中分摊,并从法院掌控的该案的共同基金中支付。这一规则被广泛运用于反垄断案件、灾难性侵权案件和集团诉讼案件中。法院认为,既然大家都将在判决中获益,那么就要分摊律师费,如果只让起诉的人承担律师费,而未起

诉的人只需坐享利益,对起诉人来说不公平。^③此外,与之类似的还有实质性收益规则,也是让潜在受益人共同分担律师费,只是在案件适用范围上略有不同。

4、藐视法庭规则。如果一方不配合法庭调查,可能被法院判定为藐视法庭。对故意藐视法庭的一方,法院可要求其支付对方的全部或部分律师费。^④

5、立法性例外。美国在200多个联邦立法和2000多个州立法中规定了败诉转付规则,主要涉及公民权诉讼、消费者保护诉讼、劳动诉讼、环境保护诉讼四大领域。^⑤这些诉讼都具有高度的社会性,原告大多数时候为了推动社会进步而起诉,胜诉的原告不应为推动社会进步而买单,特别是判决结果并未赋予原告经济利益的情况下。^⑥

(三)美国为什么没有继承英国规则?

由此可见,无论是主流的英国规则还是小众的美国规则,在适用过程中都逐渐发展出了许许多多的例外情形。这是因为,没有任何一种规则是放之四海而皆准的,法律规则是人们对实践中解决问题的众多方法的精选与归纳。过去好用的规则,随着时代的发展也许变得不适时宜;在这个法域好用的而规则,也许在其他法域就变得水土不服。有时,选择哪种规则也具有一定的巧合性。例如,虽然美国法律脱胎于英国,一开始美国也适用英国规则,但后来美国人认为“让败诉方承担胜诉方的律师费”旨在惩罚败诉方在曾经的失败诉讼中坚持了自己的“错误立场”,但不通过法院判决谁能知道自己的诉讼立场是否正确呢?美国人认为,这种英国规则与美国“法院向公众开放”的诉讼理念不符,因此不予适用。^⑦

为什么说有时是历史的巧合呢?因为在美的阿拉斯加州,他们的立法仍支持英国规则。而且有学者经过实证分析,发现阿拉斯加适用英国规则的司法效果还不错。那么,为什么阿拉斯加会在美国独树一帜呢?也许正是因为历史的巧合。1867年,俄罗斯把阿拉斯加卖给美国,由于阿拉斯加人烟稀少,直到1884年美国才在那里建司法管辖区。当时阿拉斯加急需立法,向俄勒

冈州求助,恰巧1862年俄勒冈州立法中规定的是英国规则,于是英国规则被写入阿拉斯加立法。几经立法更迭,当美国绝大多数州都采用美国规则后,英国规则却在阿拉斯加立法中被保留了下来。目前,阿拉斯加民事诉讼法中的大多数内容都与联邦规则一致,但律师费承担是个例外。阿拉斯加立法规定,胜诉方可要求败诉方承担律师费,律师费率有固定的表格,据此被告通常只会赔付原告的部分律师费。^⑧

综上,美国适用“自行承担模式”一方面是出于其司法开放、鼓励诉讼的司法理念,一方面也是历史的巧合。不论是适用美国规则的大多数州,还是适用英国规则的欧洲国家与美国阿拉斯加州,他们在历史的某一个瞬间做出了自己的规则选择,后来发现这一选择还不错,就保留了下来。在遇到原有规则无法解决新问题时,它们又不断发展出了规则以外的例外性规则,使原有规则更加完善。我们选择美国规则也许是一种历史的巧合。因为日本有效仿美国法律制度的喜好,而我们又经常效仿邻国日本。是不是基于这种原因,美国规则机缘巧合地来到了中国呢?我们既然选择了美国规则,而且目前的运行效果还不错,那我们是否还要因为它是小众规则就否定它?

四、我国律师费承担模式改革的前景展望

出于种种原因,美国在律师费承担方面没有继承英国规则。在美国国内也有不少呼吁实行英国规则的呼声,但仍不足以动摇“自行承担模式”在美国的根基。对于“自行承担模式”不合时宜的部分,美国只会通过例外性规则去完善。事实上,英国在通过完善例外性规则的方式来完善“英国规则”。当前,我国不少律师主张在律师费承担方面向世界主流标准看齐,要求在立法中确立“英国规则”。那么,我们真的需要在这方面追赶世界潮流吗?我们还是先来分析一下适用英国规则的利弊吧。

(一)对英国规则的利弊辨析

支持英国规则方认为英国规则的主要优势

是：第一，能更全面的补偿胜诉方。法院判决一方胜诉，那么无论他是原告还是被告，都说明胜诉结果是他应有的合法权益，请律师所支付的律师费却减损了他的这种合法权益。从经济利益上说，有减损的胜诉不是完整的胜诉。胜诉方的律师费理应得到败诉方的补偿。第二，能减少轻率和恶意的诉讼。如果让败诉方承担胜诉方的律师费，那么对败诉方来说诉讼成本更高了。公民在起诉前会更加理性地评估自己的胜率，避免不必要的损失。对于恶意诉讼人来说，让其承担胜诉方律师费，更加体现了对其恶意诉讼的惩罚。第三，能促成更高的调解率。一旦败诉要承担对方律师费，而调解只需承担自己的诉讼费，在经济利益的驱动下，更多的当事人在没有十足把握的情况下会选择调解结案。

也有人对英国规则的上述“优势”进行了逐一辩驳：第一，很多时候胜诉与败诉只是法院根据现有证据做出的一种判断。不能以法院判决结果来评判是非曲直，进而说胜诉方就一定对，败诉方就一定错，有时只是胜诉方在证据收集上更具优势。第二，由于增加败诉方诉讼成本，英国规则在阻拦轻率诉讼和恶意诉讼的同时，也阻拦了一部分有价值的诉讼。在英国，有近 85% 的事故受害者因为害怕败诉后承担胜诉方律师费而选择不起诉。有人评论到，除了最穷的人和最富的人，对其他所有人来说“英国规则”都太“贵”了。^⑨因为最穷的人可以享受法律援助且不用承担败诉转付的费用，最富的人则根本不在乎这种开销。只有中产阶级困在其中。如果潜在的诉讼成本大于潜在的诉讼收益，大多数社会中下阶层都不会冒险起诉。^⑩第三，英国规则在实践中并没有带来更高的调解率。对于悲观的人来说，英国规则意味着如果自己输了还得帮对方付律师费；而对于乐观的人来说则意味着如果自己赢了，不仅可以获得法院判决的收益，还有人帮自己付律师费。双方中总有一方胜率更大，因此他们会不愿意调解，而且在律师的宣传下，不少人都认为自己会是那个幸运儿。^⑪

(二)“英国规则”能解决多少问题

曾经有律师向《人民法院报》记者列举了我国应当全面实行败诉方负担胜诉方律师费的六大理由：“其一，有利于使弱者也请得起律师，使当事人不但请得起律师，而且还可能请得起更有知识和经验的律师。而有没有律师代理诉讼，效果是不一样的。其二，有利于促进守信用风气的形成，减少诉讼。它提高了败诉方的诉讼成本，将使败诉方在诉前考虑和权衡得失，从而尽量在诉前履行义务，促进守信用风气的形成。其三，使各类诉讼的当事人权利平等。当前仅有小部分诉讼，如知识产权及一些消费者维权纠纷诉讼中，判决败诉方负担胜诉方的律师费用，而大部分的民商事诉讼都不如此判决，这显得诉讼当事人的权利不平等。其四，使我国的国民待遇与外国对等。当前多数国家规定由败诉方负担胜诉方律师费用，如果我国的公民或公司在外国诉讼中败诉，要负担胜诉方的律师费用，而外国的公司或公民在我国的诉讼中败诉，却不负担胜诉方的律师费用，显然权利不对等。其五，有利于律师业的发展。它会使那些胜诉可能较大的当事人聘用律师代理诉讼，杜绝“黑律师”和非法从事诉讼代理的现象，刺激律师业的发展。其六，当前也具备了实施这一做法的条件。目前有些案件的时间浪费在由于当事人不懂诉讼程序所造成的问题上，法院也在抱怨诉讼案件压力大，而另一方面，每年有一批通过司法考试的人，没能进入律师业，浪费了法律人才资源，全面实行败诉方负担胜诉方的律师费用，将会解决这些问题。”^⑫

但是仔细推敲，这些都只是美好的愿望而已。第一，弱者能否请得起律师与是否适用败诉转付规则没有关系。相反，在适用败诉转付规则的英国还专门指出“法律援助案件可不适用败诉转付”，以杜绝弱者起诉的后顾之忧。在资助弱者诉讼方面，英国规定只要公民的贫困程度达到符合法律援助的条件，政府会通过法律援助基金帮他们支付律师费。如果对方请的是私人律师，对方胜诉后政府和法律援助方不用支付胜诉方律

师费；如果法律援助方胜诉，对方需要支付法律援助的律师费。在英国，有超过四分之一的人身损害赔偿案件的原告获得法律援助，有的受援助的原告会被要求支付部分费用，但大多数原告什么也不用付。^③所以，让弱者请得起律师和政府的法律援助有关，败诉转付并不能解决这一问题。败诉转付只是说胜诉后律师费由他人支付，而不是说最初阶段请律师时不要付律师费。第二，关于减少恶意诉讼的问题，我们在上文中已有论述。它最大的副作用就是同时将有价值的诉讼也阻挡在外。第三，知识产权案件中适用因果规则并未影响案件的整体公平。无论是英国规则还是美国规则都存在大量的例外，我国在知识产权法律法规中规定例外是为了更好地完善现有规则。因为，与其他案件相比，知识产权案件专业性强，调查取证的难度大，所以大多数知识产权案件都需要请律师代理，律师的收费也比较高。加之知识产权案件的侵权方普遍存在过错，而一般案件中（如离婚案件）不一定存在过错，因此规定判断过错方承担对方律师费对他们来说也是一种惩罚。第四，关于“我国的公民或公司在外国诉讼中败诉，要负担胜诉方的律师费用，而外国的公司或公民在我国的诉讼中败诉，却不负担胜诉方的律师费”的问题，我们认为这不存在不公平问题。关于跨国纠纷适用哪国法律，国际法上已有明确规定，对大家来说都是平等的。此外，关于提高诉讼代理率、促进青年律师就业的问题，我们认为也许制定强制性的律师收费标准可以更好的解决这一问题。任何职业都有“二八现象”，律师业的竞争来自律师本身。我们能做的就是规范，打破垄断性的过高收费，同时禁止过低收费带来的恶性竞争。收费规范、透明以后，“黑律师”自然没有市场，人们也会更加放心地请律师，这才是提高诉讼代理率和促进青年律师就业之道。

（三）我国应有的理性选择

既然与我国现行的“自行承担模式”相比，“败诉转付模式”并未呈现出明显优势，况且目前“自行承担模式”在我国运行状况良好，公众都已

习惯与认可它，我们就没有必要对它进行根本性变革。在这方面，我们不用赶时髦，但仍需要在规则完善上下功夫。这方面，我们需要做的事情有很多：第一，发展例外性规则。有规则就有例外，例外是为了更好地解决实际问题。无论是英国规则，还是美国规则，都在通过发展例外性条款不断地完善自我。目前我国已在恶意诉讼、虚假诉讼、人身侵权案件、侵犯知识产权案件、合同纠纷中债权人行使撤销权案件、担保类案件、合同约定类案件中发展出了“自行承担模式”的例外性规则。但这些例外规则大多停留在司法解释和司法实践层面，以后在立法中应有所体现，根据实际情况还可能会发展出更多的例外性规则。第二，完善例外性规则的处置方法。“自行承担模式”比较简单，双方各自承担自己的律师费即可。但在例外规则中如何分配律师费则难得多。例如，一审判决后，败诉方没有上诉，胜诉方以一审判决败诉方承担的律师费过低为由提起上诉，导致二审阶段双方又请律师的，二审如何判决律师费？显然，一审判决后，败诉方无上诉意愿，可是由于胜诉方的上诉，不得不再请律师应诉，这在无形中增加了一审败诉方的经济负担。即使二审没有支持对方的上诉理由，维持了一审判决，那也只是再一次重申了一审中败诉方的败诉事实，此时作为败诉方，是否还要承担对方在二审的律师费？我们认为不用。虽然二审维持了一审判决，但二审未支持胜诉方“增加律师费赔付”的上诉请求，所以从这一点来说，一审的胜诉方才是二审的“败诉方”，双方在二审的律师费均应由一审胜诉方承担。这只是其中的一个例子，实践中需要完善的处置方法还要很多。第三，制定律师费率表。为了避免不必要的纷争，建议我们也仿效德国，对律师费率制定类似法院诉讼费率的表格，这样法院判决败诉方承担胜诉方律师费时也有章可循。第四，允许法官自由裁量。法官对当事人律师费请求应具有自由裁量权，即使胜诉方提供了详细可靠的律师费收据，法院可以不予采纳。对于高于法院判决的那部分律师费，仍由胜诉方自行

承担。这样也可以防止在某些案件中出现律师费虚高的现象,促进律师收费的良性发展。

注 释:

- ①杨召奎:《农民工打赢官司却要支付10万元律师费》,人民网,<http://politics.people.com.cn/n/2015/0326/c70731-26755186.html>,2015年3月26日编辑,2018年3月8日访问。
- ②黄豁:《周立太:帮人“讨薪”,却被“欠薪”》,《新华每日电讯》2007年2月6日第7版。
- ③林曦、张文中:《唯冠赢了官司不给钱?律师追讨4500万元律师费》,搜狐新闻,<http://it.sohu.com/20120724/n348909174.shtml>,2012年7月24日编辑,2018年3月8日访问。
- ④邓新建、章宁旦:《律师费可否由败诉方承担?》,《法制日报》2004年2月16日;杨傲多:《常委会组成人员分组审议律师法修订草案时提出律师费应由败诉方承担》,《法制日报》2007年8月28日第4版。
- ⑤中华全国律师协会:《律师费当由败诉方当事人负担》,《检察日报》2012年7月16日第6版。
- ⑥《中华人民共和国商标法(2013修正)》第63条,《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第17条,《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第65条,《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第22条,《中华人民共和国反不正当竞争法(2017修订)》第17条。
- ⑦《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第26条规定:“债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用,由债务人负担;第三人有过错的,应当适当分担。”
- ⑧《中华人民共和国物权法》第173条规定:“担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的,按照约定。”
- ⑨Thomas D. Rowe, The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview, DUKE L.J. 651 (1982). 日本在很多法律制度上都效仿美国。
- ⑩Werner Pfennigstorf, The European Experience with Attorney Fee Shifting, 47 LAW & CONTEMP. PROBS. 40–46, (1984).

- ⑪JOHN H. MERRYMAN ET AL., THE CIVIL LAW TRADITION: EUROPE, LATIN AMERICA, AND EAST ASIA,1026 (1994).
- ⑫Geoffrey Woodroffe, Loser Pays and Conditional Fees-An English Solution?, 37 WASHBURN L.J. 345 (1998).
- ⑬Arthur L. Goodhart, Costs, 38 YALE L.J.852– 854, 860 (1929).
- ⑭杜景林(译):《德国民法典》,中国政法大学出版社1999年版,第289页。
- ⑮陶髦:《律师制度比较研究》,中国政法大学出版社1995年版,第196页。
- ⑯Werner Pfennigstorf, The European Experience with Attorney Fee Shifting, 47 LAW & CONTEMP. PROBS. 47–54, (1984).
- ⑰在一方接受政府法律援助,另一方自己请律师的情况下,后者即使胜诉也不能从政府法律援助资金中获得律师费补偿。劳资法庭在审理裁员、不公平解雇、同工同酬案件时也不适用败诉转付规则。
- ⑱Geoffrey Woodroffe, Loser Pays and Conditional Fees-An English Solution?, 37 WASHBURN L.J. 346 –347 (1998).
- ⑲John F. Vargo, The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice, 42 AM. U. L. REV. 1571 (1993). ("Almost all colonial legislation regarding attorney's fees reflect an intent to control the amount an attorney could charge the client rather than an intent to shift attorney's fees as costs to be collected by the prevailing litigant.").
- ⑳3 U.S. (3 Dali.) 306 (1796).
- ㉑John F. Vargo, The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice, 42 AM. U. L. REV. 1579 (1993).
- ㉒John Leubsdorf, Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery, 47 LAW & CONTEMP. PROBS. 16(Winter 1984).
- ㉓John F. Vargo, The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice, 42 AM. U. L. REV. 1579–1580 (1993).
- ㉔John F. Vargo, The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person's Access to Justice, 42 AM. U. L. REV. 1583–1584 (1993).

(下转第54页)

关于“治本安全观”视野下 重新犯罪率问题的思考

■ 吴进忠

摘要:“治本安全观”在监狱如何理解,其政治条件、法理依据、现实要求都必须贯彻落实总体国家安全观这一根本前提。将罪犯改造成为守法公民,是监狱人民警察的神圣职责。本文重点就刑释人员重新犯罪率问题,进行问卷调查,提出监狱、罪犯家属、相关人员及社会各界应联手共同防范又犯罪问题,并提出具体的应对措施。

关键词:“治本安全观” 重新犯罪率 防范重新犯罪

司法部提出“治本安全观”,是习近平新时代全面依法治国思想在司法行政工作中的全面实践。是把理念上升为观念,把思想化之为实践,把精神转化为动力的再学习、再动员、再提质的过程。

一、如何理解“治本安全观”

十九大报告指出,坚持依法治国和以德治国相结合,深化司法体制改革,提高全民族法治素养和道德素质,这是“治本安全观”提出的政治背景。其法理依据是《监狱法》第三条,“监狱对罪犯实行惩罚和改造相结合,教育和劳动相结合的原则,将罪犯改造成为守法公民。”现实要求是,目

前监狱工作的质量、水平、标准还不能完全适应和满足十九大报告提出的总体国家安全观的要求,以人民安全为宗旨,以政治安全为根本,统筹外部安全和内部安全、自身安全和共同安全。走出“底线安全观”,提升对“治本安全观”的认识和全面实践,是摆在全体监狱人民警察面前的一项严肃课题。我们必须认识到,“治本安全观”是“总体国家安全观”的组成部分,在监狱是一个具体的落实过程。把罪犯改造成为守法公民,不仅是监狱的重大课题,也是与之相关的地方有关部门和社会各界不应推卸的责任。

二、如何对待“重新犯罪率”

作者简介:吴进忠,甘肃省金昌监狱副监狱长。

(一)关于刑释人员又犯罪的问题。刑满释放人员在社会上又犯罪,一种观点(绝大多数人)认为,是监狱没有从思想上把罪犯彻底改造好所致。其实,刑释人员重新犯罪问题非常复杂。分析又犯罪的原因不外乎:一是个人原因,如人生观、价值观的扭曲;自身文化素质低,谋生技能差;心理不健康;法制观念淡薄等。二是社会原因,如社会变革转型期的负面影响;社会安置帮教工作不力;社会歧视现象的存在;家庭环境的影响;社会不良交往的影响等。国际犯罪学界有个“二八定律”,即80%的犯罪案件,是由20%的有犯罪劣迹的刑满释放人员干的。司法部提出“治本安全观”这一核心,旨在如何改造好这20%的刑满释放人员不再社会上重新犯罪。笔者以2017年底JC监狱在押罪犯“二劳”及以上重新犯罪人员调查得知,二次犯罪的服刑人员占在押罪犯的17.2%,三到四次犯罪的服刑人员占在押罪犯的7.9%,五次及以上犯罪的服刑人员占在押罪犯的1.3%。在重新犯罪的服刑人员中,累犯、惯犯占其总数的65.9%。从比例上看,重新犯罪的服刑人员比例还比较高,这些犯罪分子正是我们监狱改造关注的重点,也是监狱“治本安全观”落实的难点和“堵点”。毫无疑问,监狱要花很大的精力对这部分重点罪犯加强改造。另一种观点认为,安全生产管理中有个“事故频发倾向理论”^[1],即指个别容易发生事故的稳定的个人的内在倾向。借用到犯罪学理论,一些犯罪分子就有较为稳定的内在犯罪倾向。一生多数时间在监狱里度过,有的人一生“劳改”七八次,是典型的“犯罪人生”或“监狱人格”。犯罪心理学家指出,人之所以犯罪,主要是欲望的恶性膨胀造成的。其实,罪犯绝不是一个孤立的犯罪个体,他(她)总是与社会和组成这个社会的细胞——家庭有着千丝万缕,盘根错节的关系。

因此,牵扯到刑释人员又犯罪的改造问题,绝对不是监狱一家能够独立完成的。“治本安全观”其实就是面对全社会喊出的强有力声音!“治

本安全观”的落实就是一个社会系统工程。在落实过程中,监狱担任主要角色;罪犯家属及关联人员担任次要角色;而地方政府和社会各界则充当不可或缺的重要角色。

(二)关于重新犯罪率调查问题。如何及时、全面、真实、可靠的调查出重新犯罪情况?笔者认同包景武同志的观点,应建立一套严密的重新犯罪率检测体系^[2]。罪犯只要投入监狱改造,重新犯罪率在监狱不难调查。但是,由于犯罪原因的多样化、复杂性,以及流动作案等因素影响,社会上重新犯罪问题调查还存在很大难度。其实,重新犯罪率的调查是个系统互用平台建设,调查结论可供公安、司法系统及社会各界参考利用。笔者建议,省内可以采用交叉调查的方法,省外可以建立业务平台,相互利用;与此同时,也可以全方位调动社会资源,在部、局的大力支持下,通过公检法机关的有效配合,得出让人信服的罪犯重新犯罪率调查结论。与此同时,还要界定调查期限、评价标准及重新犯罪率控制指标。罪犯刑满释放后多长时间内的犯罪算重新犯罪,必须有一个明确的时间节点和评价标准。目前,我国各地对于重新犯罪率的认定,提法不尽一致,有的地区重新犯罪率是8%,有的则是5%,有的则更低。用什么样的标准和方法评价监狱工作,在什么样的数字范围内确定罪犯改造质量“好、一般、差”。理论界还没有一个明确的关于监狱罪犯改造成效的重新犯罪率控制指标。

(三)关于监狱工作质量考评问题。GS省监狱管理局推行的“三化”工作建设(建设标准化、执法规范化、管理精细化)手册,是全面提升监狱执法能力和安全管理水平,衡量和考核监狱工作质量标准的工具书。JC监狱出台的“监狱工作绩效考评办法”,充分发挥了绩效考评的导向、激励和规范作用。如何考评监狱工作的质量?笔者认为,一是看“治本安全观”首位意识是否确立。以人为本,把罪犯改造成守法公民,是衡量监狱工作的首要标准。必须清醒的认识到“治本安全观”

是建立在“底线安全观”基础上的安全观,因此,监狱针对罪犯个体建立完善的教育改造方案,是落实“治本安全观”的根本。二是监狱工作质量标准考核是否达标。“惩罚与改造相结合,以改造人人为宗旨”的监狱工作方针是唯一的质量尊崇指标。监狱是刑罚执行机关,其本质属性就是惩罚犯罪!如果过于仁义教化或选择性执法,要大幅降低重新犯罪只是一厢情愿。因此,对监狱来说,设计一系列考核监管改造工作质量的指标体系尤为重要。笔者建议应从“认罪服法、行为规范、劳动改造”三个质量考核指标导引出“自我约束、自我教育、自我改造”的量化指标体系。即从罪犯入监教育的身份甄别、文化评估、心理测定、适应性教育到认罪悔罪、规范意识、文化教育、技能培训等一系列强化教育,通过“整理、整顿、清扫、清洁、素养、安全”日常养成教育,把罪犯最终锻造成为“合格产品”——自食其力的守法公民。三是在押罪犯中改造研究工作是否跟进。随着我国政治经济领域重大改革的持续推进和社会关系的深刻变革,押犯构成日趋复杂,监狱监管改造工作面临许多新的问题和考验,面对押犯中出现的新情况、新特点,尤其是刑释人员又犯罪问题要加大分析研究的力度,不仅要研究监狱内部管理体制和教育改造的问题,还要多方向、广角度探索研究行刑过程中向前、向外、向后延伸的问题,要紧跟“治本安全观”的落实,推进罪犯教育改造质量全面提升。

(四)制定“一人一策”的教育改造方案。这是“治本安全观”落实的具体路径和基本方略。按人戴帽,重点针对“顽危犯”制定“一人一策”的改造方案,其基本内容应包括:一是一系列台账表册,如罪犯教育改造基本情况分析表中应含罪犯姓名、家中至亲及电话联系方式、家庭收入及经济状况、犯罪事实及成因分析、具体措施及转化教育时限、责任民警具体职责、监区科室负责人姓名等等。二是“一人一策”转化教育的“难点”、“堵点”及攻转策略。通过心理测评、创业培训和就业

推介,使服刑人员心理舒缓,积极改造。如缺文化的要通过“三人互监”一帮一或二帮一在规定的时间内达到脱盲或小学文化程度;缺技术的要通过“师带徒”的办法,农村和城市身份的罪犯,应根据其个人喜好,引导学好实用技术。如在专门的车间学汽车修理、喷漆、电焊、粉刷、烹饪、农艺、养殖等技术。三是“以情感人,以文化人”,组织一系列富有特色的教育实践活动。如远程会见系统运用;特殊接见;“母亲节”母子情特殊会见活动;以服刑人员典型案例为素材,编排表演剧;以观看爱国主义影片谈人生观的转变;以“三字经”、“弟子规”、“二十四孝故事”在监狱反复播讲等等。四是建立顽固犯、危险犯、重要犯个案库。对这些重点犯由分监区责任民警、监区和科室负责人、监狱领导共同组成包夹转化小组、实行退出销号制度,要自上而下签字画押,实行责任追究制度。

三、如何应对重新犯罪问题

如何从“治本安全观”出发,将罪犯彻底改造好,使他(她)永不重新犯罪!监狱、罪犯本人及其家属和社会各界都承担着艰巨的工作任务。

(一)监狱应把主要精力放在罪犯的教育改造上。实事求是地说,监狱真正用在罪犯教育改造上的时间不够。罪犯大量的教育改造时间被劳动改造时间占用了。这确实是西部落后地区监狱的普遍现象,对基层监狱来说,有其难言之隐!分析原因,主要有以下几点:一是财政保障不够。监狱执行省级部门财政预算,预算标准偏低,财政拨款不足。多年来延续上年财政拨款基数,虽说每年在个别项目上都有所增加,但增长幅度很小。依靠财政拨款维持监狱运转,始终捉襟见肘。尤其是罪犯“五费”(伙食费、被服费、杂支费、医疗费、防疫费)供给缺额较大,罪犯教育改造费、罪犯医疗经费多年来都处于低位运行,这给监狱自身建设和管理不言而喻带来很大资金压力。二是监狱企业养活人的压力很大。虽说养活职工是监狱企业的事,但监狱企业为罪犯提供改造岗

位,监狱与监狱企业实际上是一对“孪生子”。况且,监狱里的工人是历史遗留问题,也是监狱“三种”岗位(后勤辅助管理岗位、关键要害岗位、罪犯技术辅导岗位)不可或缺长期存在的事实。一些监狱工人队伍少则一二百,多则三五百,工作岗位无法满足工人上岗,相当一部分工人处于自谋职业的临散状态,且收入普遍较低,工人心理落差和矛盾问题突出。为了养活工人和维护监狱稳定,监狱常常要组织罪犯加班加点劳动以增加收入,致使罪犯有效的教育改造时间被占用。三是监狱缺少较好的生产项目。绝大多数监狱由于人才技术缺乏,没有占有市场份额的生产项目。依靠外来劳务加工,“吃的是过水面”,产出附加值低,和社会企业相比,效益很不理想,监狱企业生存空间狭小,常常处于“找米下锅”的窘境。四是罪犯的劳动报酬很低。张军同志在司法部预防犯罪研究所学习贯彻党的十九大精神报告会上讲,在全国监狱,罪犯的劳动报酬平均 63 块钱。在蒙古,罪犯劳动报酬高达 700 多块钱。蒙古政府认为罪犯的劳动报酬应该略高于社会上的最低收入标准,这是蒙古作为一个发展中国家、一个穷国的思考。^[3]提高罪犯劳动报酬,使其有一定的经济基础作保障,对于挽救罪犯家庭,使其安心改造,减轻社会压力,无疑更具现实意义。但是,如果把罪犯的劳动报酬提高到每月 600 元,则一个人一年就需要 7200 元,也就是说,这 7200 元罪犯个人必须要挣出来,目前监狱很难实现这一宏伟目标。因此,只有实现了财政全额保障,并从根本上解决监狱工人吃饭的问题,监狱教育改造工作质量方可大幅度提升。

(二)监狱应建立罪犯出监预警研判体系。一是对符合减刑条件的一部分服刑人员,要实行预减刑制度,即给一段时间考验期,看是否从思想深处真正认罪悔罪了。二是对符合法律法规政策规定,经过严格程序审批,准许离监探亲和特许离监探亲的罪犯,在特定的环境、特殊的时刻和特别的亲情中,通过设计独特的考察手段,看这

些享受特殊待遇的服刑人员是否认罪悔罪深刻了。三是对极少数刑满释放时确没有改造好的刑释人员要有清晰的研判。即在“一人一策”教育改造方案和刑释人员出监释放表中,要用“红、黄、蓝、绿”四种颜色标明刑释人员进入社会的警示色(如红色标志的犯人有可能是“水火不进”的顽固犯,释放后又犯罪的可能性极大;黄、蓝警示色次之;绿色则是可以放心的刑释人员)。对红色标识的刑释人员,可探讨对其植入芯片的办法进行管理,运用互联网、人工智能、大数据终身跟踪,作为危险人群加强管理。四是监狱对即将刑满释放的人员进行社会适应性介入教育。可通过走出去,请进来的办法,借助现代信息化媒介给罪犯介绍社会发展变化情况,也可邀请司法所、派出所、工商管理、税务、民政等部门给服刑人员讲解演示出狱后必须面对的生活难题进行解疑释惑。出监预警体系能给司法机关,当地政府、社区、村委会以及社会有关部门提供可旨借鉴的安置帮教参考资料。

(三)罪犯家属应接纳服刑人员回家并给予精神层面的最大关爱。一是监狱要与即将刑满释放人员的家属有效对接。罪犯刑释前,心理波动大,思想有压力,可提前通过会见和亲情沟通,让罪犯尽可能放下思想包袱,筹划好出监创业和谋生之路,确保不误入歧途。二是刑释人员的家属要正确对待刑满归来的亲人,既要给予精神层面的最大关爱,物质层面的应有保障,但绝不能“过分优宠,过于补偿”。家属亲人正确的接纳方式,是刑释人员顺利回归不致重新犯罪的关键。三是积极与当地司法部门进行对接,为刑释人员安置帮教打好基础。近年来,通过社会化管理改革持续推进深入,社会各界对刑释人员的安置帮教认识普遍提高,绝大多数老百姓对刑释人员不是抵触而是持包容接纳的态度。监狱就是客观的将刑释人员在监狱改造的真实情况介绍给有关部门和相关人员。四是对具有红色标识的刑释人员,要重点与其家庭、司法所、社区、村委会进行交

接,确保刑释人员出监后,顺利回归社会。

(四)地方政府和社会各界应给予刑满释放人员必要的物质生活保障和情感关怀。刑释人员不致重新犯罪,可能关联因素十分复杂,但不可回避的现实因素是如何保障刑释人员有饭吃,有衣穿。有稳定住处,还应该有医保、有养老金。有人会说,社会上还有很多工人,农民都没有解决医保和养老问题,怎么对刑满释放人员如此关注呢?首先,我们所做的工作就是减少重新犯罪,维护社会绝大多数人的安全,为建设富强、民主、文明、和谐、美丽的社会主义强国而奋斗,这是我们的职责。其次,极少数刑满释放人员,通过当地政府和社会各界、群工团体和爱心人士的共同努力和帮助,使他(她)生存的根本问题得到解决,消除了其又犯罪的客观原因,对社会、对家庭是全天候的和谐,孰轻孰重?不言而喻。

(五)监狱、罪犯家属及社会各界应携手落实“治本安全观”。绝大多数刑释人员是有家有社、有人托管的回归公民。但还有部分刑释人员情况特殊,如无依无靠,没有家庭的;家庭残缺,无人接纳的;多次服刑劳改,亲人失去信心的;身患重病,对生活失去信心的;家有年迈父母,自身患病

且年龄大的。总之,这部分刑释人员,回归社会后,面临沉重的生存压力和难以解脱的精神枷锁。如何引导帮助这部分刑释人员重燃生活信心,是摆在我们面前的共同难题。一是监狱应将刑释人员的劳动报酬一次性打入刑释人员的养老金或托管账户,由专人负责管理,计划开支。二是由监狱、刑释人员家庭、当地政府共同筹措建立其基本养老保险、医疗及大病保险、工伤保险等与当地居民普惠的养老生活基金机制。三方共筹基金如何承担,分割比例如何划分,还需进行一系列课题研究,再不赘述。三是刑释人员回归后,当地政府可参照城市居民享受低保和农村居民兜底脱贫的办法,按低保和最困难人群给予关注,使“治本安全观”全面落实到位。

参考文献

- [1]黄文臻:《我国刑释人员重新犯罪原因之思考》
- [2]包景武:《建立重新犯罪率检测考评体系》
- [3]张军:《在司法部预防犯罪研究所学习贯彻党的十九大精神报告会上的讲话》

(上接第49页)

②Ruth Bader Ginsburg, Access to Justice: The Social Responsibility of Lawyers, 7 WASH. U. J.L. & POL'Y 8 (2001).

③John Leubsdorf, Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery, 47 LAW & CONTEMP. PROBS. 30(Winter 1984).

④Stephan Landsman, The History of Contingency and the Contingency of History, 47 DEPAUL L. REV. 261, 262 (1998).

⑤Susanne Di Pietro & Teresa W. Cams, Alaska's English Rule: Attorney's Fee Shifting in Civil Cases, 13 ALASKA L. REV. 38-41 (1996).

⑥Thomas D. Rowe, Jr., Indemnity or Compensation?

The Contract with America, Loser-Pays Attorney Fee Shifting, and One-Way Alternative, 37 WASHBURN L. J. 330 (1998).

⑦Herbert M. Kritzer, Legal Fees: The English Rule, A. B.A. J., Nov. 1992, at 57.

⑧Edward F. Sherman, From "Loser Pays" to Modified Offer of Judgment Rules: Reconciling Incentives to Settle with Access to Justice, 76 TEx. L. REV. 1869 (1998).

⑨宁杰:《赢了官司谁掏律师费》,《人民法院报》2007年2月16日第5版。

⑩Herbert M. Kritzer, Legal Fees: The English Rule, A. B.A. J., Nov. 1992, at 55-56.

不问苍生问鬼神 西汉“新垣平案”钩沉

■ 陈灵海



▲ “二十四孝图”中的汉文帝“亲尝汤药”

汉文帝刘恒(前 180—前 157 年在位)是“文景之治”的开创者,有期劳役刑改革的主持者,“二十四孝”中亲尝汤药的孝子,可算是历史上最杰出的皇帝。唐太宗李世民(626—649 年在位)也自

称“不逮于汉文帝”,生前多次致祭,死后同谥为“文”,可见其尊崇之至。然而文帝后期的“新垣平案”,却是他执政二十多年的一个缺憾。

赵人新垣平

“新垣平案”的细节,史料已湮没无存。据《汉书·五行志上》载,新垣平是一名“望气”的术士,宣称在渭河北岸建庙,祭祀五帝,就可重现周鼎,以此取得文帝宠信。结果事与愿违,周鼎没有出现,反遇一场重大水

灾。“文帝后三年(前 162)秋,大雨,昼夜不绝三十五日。蓝田山水出,流九百余户。汉水出,坏民室八千余所,杀三百余人。”新垣平自知谎言穿帮,图谋不轨,被捕并夷三族。族刑停罢多年后,在该案中被重新启用。

汉惠帝时,“欲除三族罪、妖言令”,议未决而

崩,至吕后元年,这项改革才落实。汉文帝二年(前178),在周勃、陈平等重臣支持下,推行了尽除收律和相坐法的改革,初步实现了“有罪不收,无罪不相坐”。其后,又以“淳于意案”缇萦上书为契机,推行了有期劳役刑取代肉刑的改革。为什么“新垣平案”严重到如此程度,会令汉文帝重启“夷三族刑”,使此前的改革成果化为乌有呢?

这要从汉代统治者的信仰结构说起。汉高祖二年(前205)东击项羽还,刘邦为自己的未来担忧,问手下谋士:秦时祭祀哪个上帝?谋士答之以白、青、黄、赤四帝。刘邦说,此前听说有“五帝”,现在只有四个,应是“待我而具五也”。于是立黑帝祠,命名为“北畤”。他把自己神化为黑帝,也使五色帝成为汉代国家祭祀的最高神灵。

汉文帝因缘际会才成为皇帝,自然很关心是否得到神灵佑护。新垣平利用文帝的这种心理,谎称“长安东北有神气,成五采,若人冠冕焉”,又在玉杯上刻上“人主延寿”字样,让人献给文帝作为祥瑞。取得文帝信任后,他的胃口越来越大,想捞取更多好处,就演出了建议建五帝庙、祭五帝、等待周鼎浮出的丑剧。不料正逢水灾,水位不仅没降,反而暴涨。非但令文帝颜面尽失,而且触及帝位合法性问题,难怪引起雷霆震怒。

族刑的滥用与批评

新垣平被族诛后,成为政治论议中的坏典型。武帝即位后,外戚窦婴、田蚡俱好儒术,劝武帝设明堂,崇礼制,“隆推儒术,贬道家言”。武帝祖母窦太后很生气,怒骂他们“欲复为新垣平邪!”老太太崇信黄老,政见保守,人生历练却丰富得很,尤其厌恶那些曲学阿世、巧言令色的伪学者。

窦太后死后,武帝大兴儒术,文帝为严惩术士而重启的族刑,也被他用到极致。主父偃被举报收受诸侯之金及卷入齐王自杀案而遭族刑,郭解因任侠被族诛,王温舒、李陵、公孙贺、刘屈釐、李广利、公孙敖、赵破奴等也相继被处族刑。宋人洪迈(1123—1202)批评说:“汉族诛之法,每轻用之”,

主父偃、郭解并不构成死罪,“因议者之言,杀之足矣,何遽至族乎?用刑之滥如此!”

晋代族刑更滥。元康元年(291)贾后陷功臣,派卫瓘仇家荣晦在卫宅门外大呼,“催公出第,按次录瓘家口及其子孙,一时之间,便皆斩斫。”其情景之惨,至今读来令人胆寒。元康九年,阎缵强烈抨击滥用族诛:“自晋兴已来,用法太严,迟速之间,辄加诛斩。一身伏法,犹可强为,今世之诛,动辄灭门。”

苍生与鬼神

最优秀的政治家,到了执政晚期,也难免犯低级错误。清代名臣张廷玉(1672—1755)一生勤勉谨慎,几乎从不犯错,晚年竟糊涂到主动请求配享,把“万言万当不如一默”的座右铭,忘得一干二净。乾隆帝智商之高,令每位臣僚都胆战心惊,同样难逃年老昏愦的自然法则,晚年昏招迭出,却还自称“十全老人”。

汉文帝登基之初,重用年仅21岁的贾谊为博士,一年后便破格提拔为太中大夫。虽然未采纳贾谊“改正朔、易服色、制法度、兴礼乐”的建议,改革嬴秦旧制和“萧规曹随”式的执政风气,却在多项改革中吸收贾谊的精华。鼓励发展农业和加强粮食贮备,依据的是贾谊的《论积贮疏》。废除族诛和相坐之法,依据的也是贾谊的理论。贾谊外放为长沙王傅后,文帝还接受过其善待勋臣的建议。

然而执政的后半程,文帝却对鬼神越来越感兴趣。他召回贾谊,不问治国方略与民间疾苦,谈到三更半夜,只聊鬼神之事,还叹息“吾久不见贾生,自以为过之,今不及也”。唐代诗人李商隐写下“可怜夜半虚前席,不问苍生问鬼神”的著名诗句,除了为贾谊未被重用鸣不平外,也警醒当时的统治者,不要为虚无缥缈之事而迷失方向。

(陈灵海,华东政法大学法律史研究中心教授、法律与历史研究所主任。本文摘自《法制网》)

中国宪法学的奠基人：钱端升

■ 李 博



1924年，在美国哈佛大学毕业前夕

1948年秋，解放战争的态势日渐明朗。出身于清华，又曾执教于北大的钱端升面临人生的重大抉择，那时正在哈佛大学讲学，他谢绝了好友劝其留在美国教书的建议，于1948年11月回到北平，旋被推为北大法学院院长。

钱端升（1900年—1990年），字寿朋，中国现代著名的法学家、政治学家，中国比较宪法的奠基人、现代政治学的开创者之一。作为新中国第一部宪法的主要起草者之一，《中国的政府和政

治》、《比较宪法》的作者，钱端升之名也将镌刻在中国宪法史上。

铁骨铮铮为国发声

钱端升1900年2月25日出生于江苏省松江府（今上海闵行区曹行乡）的钱家塘。他自幼学习于私塾，熟读传统经典，后跟随一位毕业于上海圣约翰的塾师学习数学、英文、史地等新学科，从小就兼备传统文化与新学功底。

钱端升17岁考入清华大学，19岁被选送美国北达科他州立大学，后深造于密歇根大学、哈佛大学，分别获北达科他州立大学文学学士学位，哈佛大学文学硕士学位和哲学博士学位。

1924年回国后，先后任教于清华大学、北京大学、西南联合大学等高校，主讲政治学、比较宪法等课程。钱端升投身于教育事业，将自己所学传于学生。他更关心时事，心系祖国命运，以铮铮铁骨的实际行动成为学生的楷模。

1938年，国民政府筹备组建国民参政会，钱端升被选为第一届国民参政会参政员。此后，连续被选为第二、三、四届参政员。在参政会上，钱端升曾与张奚若、罗隆基、周炳琳一道无数次起立质询蒋介石，成为蒋介石最害怕起立质询的参政员。当时的报纸称，“这四位教授，虽然政治立场不尽相同，但都痛恨腐败、独裁，力争民主，且皆熟悉西方民主程序。纵然蒋介石身居第二次世

界大战中国战区的总司令，依然不得不有所收敛。”

1945年，抗日战争胜利之际，毛泽东和蒋介石在重庆进行谈判。为了反对内战，1945年11月25日，西南联大在图书馆前召开“时事晚会”，近6000名各界人士前来聆听演讲。钱端升以“对目前中国政治的认识”为题发表演讲，在他慷慨激昂高呼“内战必然毁灭中国”“我们需要联合政府”之时，国民党当局出动军队阻拦，并开枪恐吓。

一颗子弹从他头顶飞过，钱端升毫无惧色，继续自己的演讲。事后学生回忆说：“这一幕，理应是联大校史上最令人神往的一夜，它让我懂得了什么是人的尊严，什么是知识分子的尊严。”国民党特务甚至寄给钱端升一颗子弹，以此威胁他，但钱端升从来没有退缩过。

开创中国政治学与比较宪法学之先河

钱端升对于政治学的研究重点在于政制与实际运作，在晚年他评价自己“在政治学的研究中，我以各国政治制度及其运作为我的主要课题。”他的研究则重在比较政府和比较宪法的研究，开启了我国比较政治研究和比较宪法学的先河。这些很大程度上源于他海外留学经历，包括时任哈佛大学的校长洛厄尔、他的导师门罗等人对他的影响。

钱端升开创性地运用“法律形式主义”的研究方法，将政治学研究聚焦于对各国宪法的研究。他的博士论文《议会委员会：比较政府研究》以英美法德4个国家议会中的委员会作为研究对象，由宪法入手，注重政制的实际运作，再通过比较研究，归纳总结出共同的特点和变化趋势。

后来，他又撰写了《德国的政府》和《法国的政治组织》(后修订再版，改名为《法国的政府》)两本书。在这两本书中，钱端升充分运用了比较研究的方法，论述了两国政府的实施情形。陈之迈对于《德国的政府》一书中重视事实研究的思路给予充分的肯定，他认为是“注意实行的经验……实为可足庆幸的佳作。”

1936年至1937年，钱端升在南京中央大学

法学院政治系行政研究所工作。这一时期，钱端升的研究重点开始转向中国现代政府与行政，对实践方面更加重视，最终完成了《民国政制史》一书。

1938年，他与王世杰合著的《比较宪法》一书，比较研究了当时西方国家的宪法状况和宪政理论以及清末以来中国宪法的流变，开创了以个人基本权利为基点的宪法研究路径，在中国宪法学的发展中具有里程碑式的意义。

1947年底，钱端升任哈佛大学客座教授，讲授《中国政府与政治》课程，其英文写就的同名著作至今仍是哈佛政治学必读书目。

钱端升建构了中国现代政治学研究的基本框架，奠定了其科学化、体系化的发展方向。因其在“研究比较政治制度及现代中国政治制度”方面的杰出成就，钱端升于1948年被选为当时的中央研究院第一届院士。

徘徊于“民治”与“独裁”间的政治思想

采用何种政治体制是政治学关注的重要问题，也是宪法的核心问题。在民国这样的社会变革时期，民治还是独裁这一话题被广受关注，引起了激烈的讨论。钱端升作为一个受西方价值观影响非常深的人，在刚回国时支持民治，强调监督与舆论自由的重要性。他对于平民政治的作用抱有非常大的信心，坚决反对独裁。

然而，在几年后，他的思想却发生了非常大的改变。他在1934年发表了《民主政治乎？极权国家乎？》一文，认为“民主政治的衰败及独裁制度的比较成功决不是一时偶然的现象，而是近代经济制度所造成的一种必然的趋势。”同时，他认为如果不使用独裁，民治时代一盘散沙的生产制度就无法被纠正，并且中国也需要一个有能力、有理想的独裁，使中国在最短时期内成为一个具有相当实力的国家。

这样的转变来自于1924年到1934年钱端升回国的这十年间。当时的中国硝烟弥漫，军阀混战和派系之争从未停歇。1931年的“九一八”事变，他目睹了日本对中国的侵犯与中国的无力

反抗现状，并且因在蒋介石创办的国防计划委员会负责国际关系方面的调查研究工作，他对当时的中国的国际地位和政府制度有了更深的了解。钱端升寄希望于一个极权政府，以使中华民族强大。

不过，当进入抗战时期，他对此议题的态度再一次发生了变化，他开始积极强调民主和自由的价值。这样的转变，既是由于期望在体制上与英美大体保持一致，在抗战中获得英美的支持；又是出于对战后祖国制度建设的长远考虑。

民国时期的中国，一直处于动荡不安之中。这个时期的知识分子在战火之中坚持研究的所有理由，除了对学术怀有理想以外，就是希望能够找到祖国强盛的途径。钱端升也是如此，他的思想看似在民治与极权间不断地游离，却正是希望能为中国提供最合适的制度设计。

致力于新中国的法治建设

1954年，钱端升作为全国人民代表大会宪法起草委员会顾问，参与了新中国第一部宪法的起草工作。作为一名宪法学家，他关注宪法文本中关于公民权利自由的规定，并就宪法草案的结构、原则、条款及其关于政府机构的组织、职权方面提出了许多具有重要价值的意见，为新中国第一部宪法的出台做出了重要贡献。

新中国成立后，钱端升一直为外交事业奉献着自己的才华。钱端升先后任外交部专门委员、中国人民外交学会副会长、外交部国际问题研究

所顾问、外交部法律顾问、外交学院教授、中国对外友协副会长等职，曾于1953年参加由贺龙率领的中国人民第三次赴朝慰问团并担任第一分团长，1954年和1956年，两次接待来华访问的英国工党代表团，1957年，对锡兰（斯里兰卡）进行友好访问，多次代表国家参加国际性会议。

钱端升的政治生涯令人瞩目。但是，对他而言，他的主要工作是“学习、研究和讲授政治学和从事政法教育工作。”留学回国后，他就主要以教书为业。

1949年5月，钱端升被任命为北京大学法学院院长。1952年，高等教育部做出了成立北京政法学院（中国政法大学的前身）的决定，他筹建北京政法学院并出任第一任院长。

中国政法大学于2006年设立了“钱端升法学研究成果奖”，以纪念这位创校校长。此奖项在法学界的重要影响，也彰显了钱端升在我国法学教育和研究的重大贡献。文革期间，钱端升受到了不公正的待遇。“文革”结束后，钱端升获得平反，在耄耋之年受聘于北京大学、外交学院，继续从事学术研究工作。他一生从未停止过教书育人这项伟大的事业，为祖国培养了大批法学人才。

1981年，钱端升以81岁高龄加入了中国共产党。1990年，这位杰出的政治学家、宪法学家在北京逝世，享年90岁。

（李博，中国人民大学历史学院。摘自《人民法院报》）

与新中国首部宪法起草委员的合影
(前排左五为钱端升教授)



观点辑览



《国家监察法》制定须坚持 正确的立法思想

中国政法大学马怀德在《环球法律评论》2017年第2期上撰文指出,制定《国家监察法》是弥补现行监察制度不足的必然要求,是实现反腐制度化、法治化的客观需要,也是全面推进依法治国,实现国家治理体系和治理能力现代化的重要举措。制定《国家监察法》必须坚持正确的立法思想和立法导向,明确监察机关的定位和运作机制,实现对监察对象的全覆盖,完善监察手段和监察程序,强化对监察机关的监督和制约,设计好监察机关与司法机关的衔接机制,确保在法治轨道上推动改革。

个人信息保护法保护客体 并非个人信息自决权

海南大学法学院讲师杨芳在《比较法研究》2017年第5期上撰文指出,个人信息保护法的保护客体并非个人信息自决权或者人格权。个人信息保

护法乃是防止个人信息被滥用的前置性保护规范,它旨在保护知悉个人信息被处理的利益、个人信息正确和完整利益、个人信息处理须符合特定目的的利益以及隐私利益等四种利益。个人信息保护法的损害赔偿条款在人格权保护上无法适用,在财产利益的保护上优先于侵权法一般条款得以适用。个人信息保护法上的一系列积极请求权和民法上的防御请求权两者目的不同,在适用上虽有竞合之可能,但也并行不悖。

民法特别法链接条款 ——确定民法特别法 优先适用效力

《民法总则》中的民法特别法链接条款,将民法特别法整合到民法之中,使之与民法普通法相衔接,构成民法全部体系的一般条款和特别条款。中国人民大学法学院教授杨立新在《法学家》2017年第5期上撰文指出,民法特别法链接条

款的法律功能,在于强调某种民法特别法的私法属性、民法特别法所保护的民事主体的特殊地位、对特殊民事主体的私法保护政策或者通过该条款对侵权特别法的链接而实现民法体系的一体化。《民法总则》规定民法特别法链接条款的目的,就在于确定民法特别法的优先适用效力。

监察委员会留置措施应防止 在保障人权基础上滥用 ——中央财经大学法学院教授 郭华

郭华在《法治研究》上撰文指出,为了保障监察委员会作为整合行政监察机构和转隶检察机关职务犯罪职能的专司反腐职能的机构有效地履行职责,全国人大常委会授权其在调查过程中可以采取留置措施。留置措施兼具行政监察机关的“两指”和检察机关侦查反腐指定监视居住的特质。党的十九大报告中指出,要制定国家监察法,依法赋予监察委员会职责权限和调查手段,用留置取

代“两规”措施。规定留置措施应当考虑其限制人身自由的特殊措施特性,明确其适用条件、范围、实施程序与规则等问题,同时还应建立监督制约机制以及救济程序,以保障留置措施在保障人权基础上能够充分发挥调查需要的功能,防止其滥用。

集体所有权应坚持农村土地集体所有

集体所有权在大陆法系传统国家面临着理论上的困境,集体所有权的内在逻辑结构和理念与传统的民法典体系是不相容的,因而民法法典化国家均放弃了集体所有权。对此,山东农业大学文法学院陈晓军在《北方法学》上撰文指出,集体所有权在我国的立法确认是历史的必然。未来我国应该继续坚持农村土地的集体所有,并顺应农业发展和农民需求,通过制定农民利益类型化的立法,使得集体所有权的改革与农民的土地权利要求相适应,确保在城镇化的进程中集体经济成员的利益实现。

农村食品安全应构建多元治理模式

农村是我国食品安全监管的薄弱环节,目前农村食品安全监管存在着监管人员不足、检测能力不强、日常监管缺乏、多头监管效率不佳、监管腐败难以杜绝等问题。对此,南昌大学

立法研究中心张志勋在《法学论坛》2017年第4期上撰文指出,要破解农村食品安全监管困境,就必须选择多元治理路径,构建农村食品安全多元治理模式。农村食品安全多元治理模式的构建,包括完善治理主体结构、明晰治理主体权责、建立契约治理为主的新型法律关系三个方面,而确保该多元治理模式顺利实施,还需有日常监督、利益驱动、考评奖惩、信息公开、争端解决五大机制与之配套。

亟待司法多元化、电子化和专业化的改革

浙江大学光华法学院教授

周翠在《民主与法制周刊》上撰文指出,为促进程序正义的实现,我国亟待对级别管辖、审限、举证期限、鉴定、诉讼义务等规范进行修订,并在此基础之上进行司法多元化、电子化和专业化的改革。有效的司法管理可以促进民事司法高效运转,但民事司法不是服务。为了实现十九大提出的“全面落实司法责任制”的要求,未来应当反思“司法服务论”的观点,并调整诉讼效率、当事人满意等考核指标,转而维护法官法定、武器平等、直接与言辞等诉讼原则。尽管发展替代性纠纷解决尤其是在线调解机制具有积极意义,但司法的未来仍取决于诉讼而非调解。司法多元

化的改革,仅意味着司法由两大支柱体系转向由诉讼、公证和调解构成的三大支柱体系。在“纠纷预防胜于纠纷解决”的政策指引下,对我国公证进行电子化改革亦刻不容缓。

行政执法检察监督应当遵循

行政管理和司法的规律

行政执法监督是国家法治监督体系的重要组成部分,主要通过监督纠正行政机关的行政违法行为,维护国家利益、公共利益,督促行政机关依法行政,促进社会公共治理,实现对行政权的监督制约。对此,浙江省人民检察院检察委员会专职委员傅国云在《法治研究》2017年第4期上撰文指出,构建行政执法检察监督体系是当前检察制度改革的热点,也是完善中国特色检察制度的重点。目前许多问题还处于探索阶段,根据检察权的定位,行政执法检察监督应遵循行政管理和司法的规律,尊重行政的能动性和行政裁量权,遵循职权法定原则、公益优先原则、事后监督原则、行政处理先行原则、必要原则五项基本原则,科学界定行政执法检察监督公共利益的标准和范围,设置行政执法检察监督的模式。

知识产权刑法法益在刑事

立法中的作用不容小觑

同济大学上海国际知识产

权学院谢焱在《北方法学》2017年第4期上撰文指出,知识产权是私权,知识产权犯罪是法定犯,知识产权刑法保护的法益是一种超个人法益,具体说来,是知识产权管理秩序,以经济安全为其价值标准。权利人的私权是知识产权刑法保护的必要条件,但非充分条件,刑法不以保护私权为足。正确界定知识产权刑法保护的法益,有助于对知识产权刑事案件作出正确的判断,例如故意犯罪停止形态,此罪与彼罪的区别等,知识产权刑法法益在刑事立法和司法活动中的作用不容小觑。

非典型劳动关系亟需先 明确其法律属性与地位

华东政法大学社会发展学院教授田思路在《法学》2017年第7期上撰文指出,非典型劳动关系,是使用从属性不完全或相对较弱的劳动用工形态,其在市场经济的发展过程中逐步衍生并呈现出多样的表现形态。非典型劳动关系对劳动用工具具有弹性调节作用,可促进劳动力供需结合的有效发展,增强企业的竞争能力,也可为劳动者提供多元的就业选择。但是,由于用工主体法律性质和地位不够明确、责任义务尚不清晰,加之相关劳动者的劳动条件保护不完善等方面的原因,亟需先明确非典型劳动

关系的法律属性与地位,使其发挥机制活性。在复杂多样的劳动关系中,通过使用从属性的强弱对劳动关系的适用范围加以区分,对当事人的法律责任加以明确等方法实现对非典型劳动者的多元化保护,方能达致劳动关系自治与管制、弹性与安全之间的平衡。

上海现代区域法制应为其 建设作出更大贡献

鸦片战争以后,中国现代意义的区域法制诞生了。在这一法制建设中,上海处于领跑地位,特别是在19世纪下半叶、辛亥革命时期和改革开放以后这三个重要时期。这三个时期上海领跑中国现代区域法制建设的表现有多种形成:先于中国其他区域建立现代区域法制;上海的现代区域法制被国家、其他区域法制所借鉴;在相似的规定中,上海的现代区域法制又比中国其他区域法制更胜一筹等。对此,华东政法大学法律学院教授王立民在《东方法学》2017年第6期上撰文指出,上海现代区域法制能够领跑中国现代的区域法制建设,其中主要原因是:上海的现代区域法制诞生早、发展快;上海现代城市的快速发展推进了现代区域法制建设等等。当今,中国正在全面推进依法治国,区域与区域法制建设都不可或缺,上海要在以往领跑中国现

代区域法制的基础上,再接再厉,为中国以后的现代区域法制建设作出更大贡献。

我国应积极参与统一国际 私法规则的制定

北京大学法学院教授何其生在《民主与法制周刊》上撰文指出,国际法作为法律应有公法和私法之分,所维护的秩序亦可以区分为国际公法秩序和国际私法秩序。由于国家的民族性和相互依存性,必然会产生法律上的差异或法律适用上的冲突。国际私法方法是当下维护国际私法秩序的解决国际法律冲突的唯一方法,其又可以区分为统一国际私法方法和冲突法方法。统一国际私法方法在当代国际私法组织中体现为多种形式的硬法和软法;冲突法则贯穿涉外民商事案件的全过程,具有不可替代的基础性价值。中国在推动国际私法秩序发展上应重视国际私法的基础性价值,积极参与统一国际私法规则的制定,同时提升中国司法在解释这些规则上的影响力。积极参与国际规则的制定和大量的涉外法律事务,需要大量具备国际私法基础性知识的法律人才。而国外仲裁十案九败则要求中国加强国际私法在法学本科教育上的基础性地位。