



目录

· 导师文苑 ·

管制刑变革的出路——以缓刑替代的思考  
 ..... 武玉红 (1)

国际视域下禁止双重危险原则的新发展及其启示  
 ..... 张进德 (7)

· 法学论坛 ·

论刑法去性别化的必要性——以《刑法修正案(九)》为切入点  
 ..... 钟旭芬 (16)

行政复议维持情形下共同被告问题的困境探析  
 ..... 金静华 (25)

人民币离岸金融中心的法律制度困境与对策  
 ..... 李明哲 (31)

“中巴经济走廊”对“一带一路”战略的影响分析  
 ..... 王 壬 (38)

论我国股权众筹的法律问题  
 ..... 曾 静 (46)

论国际法上自卫权的发展——基于美伊战争的分析  
 ..... 郝煜玮 (53)

浅析我国对家庭“冷暴力”的法律规制现状  
 ..... 林 婷 (61)

· 实践探讨 ·

中国网约车的监管建议  
 ..... 刘明月 (71)

论网约车改革过程中的行政法治逻辑与二元路径  
 ..... 万官典 (83)

网约车违约问题的研究  
 ..... 姚 娟 (92)

发明专利临时保护现状制度的企业实务启示分析  
 ..... 吴明熠 (99)



Contents

• Professors' Academic Papers •

- Change of Regulation Penalty — Substitution of Probation in My View  
..... Wu Yu-hong (1)
- The Recent Development and the Inspiration of the Principle of the Prohibition  
Against Double Jeopardy In the International Horizon  
..... Zhang Jin-de (7)

• Law Forum •

- The Necessity of Removing the Gender of the Criminal Law — Taking the  
Amendment of the Criminal Law of Nine as the Starting Point  
..... Zhong Xu-fen (16)
- A study on the Dilemma of Co-defendants in the Case of Administrative Review of  
Remaining the Situation  
..... Jin Jing-hua (25)
- The Dilemma of Legal System and Counter-measures of RMB Offshore Financial  
Center  
..... Li Ming-zhe (31)
- An Analysis about the Influence of “China and Pakistan Economic Corridor” on  
“The Belt and Road” Strategy  
..... Wang Ren (38)
- A Discussion on the Legal Issues of Crowd funding in China  
..... Zeng Jing (46)
- A Study on the Development of the Right of self-defense in International Law —  
Based on the Analysis of America—Iraq War  
..... Hao Yu-wei (53)
- A Brief Analysis of the Current Situation of Legal Regulation of “Cold Violence” in  
China  
..... Lin Ting (61)

• Practical Seminars •

- Regulatory Solution of Online Car-Hailing Service in China  
..... Liu Ming-yue (71)
- The Logic of Administrative Rule and Dual-Path in Online Car-Hailing Service  
Reform  
..... Wan Guan-dian (83)
- A Study on the Default about Car Service in the Network  
..... Yao Juan (92)
- An Analysis of Enterprise Practical Revelation of the System of Temporary Protection  
of Invention Patents  
..... Wu Ming-yi (99)

## 管制刑变革的出路——以缓刑替代的思考

武玉红\*

**摘要:**管制是我国社区刑罚的方法之一,但管制的一个重大缺陷是在执行中缺乏制约机制,如何破解这一难题是值得思考的。鉴于管制的弊端,实无独立存在的必要。管制刑与缓刑同样作为对于轻微犯罪分子在社区中执行刑罚的措施,完全可以以缓刑取代替管制,以利于实现刑罚对这类犯罪一般预防和特殊预防的双重目的。

**关键词:**管制 取消 缓刑 替代

管制是我国社区刑罚的方法之一,但管制的一个重大缺陷是在执行中缺乏制约机制。我国《刑法》和《刑事诉讼法》分别规定:对被判处管制、宣告缓刑、假释或者暂予监外执行的罪犯,依法实行社区矫正,由社区矫正机构负责执行。但缓刑、假释或者暂予监外执行的罪犯在服刑期间如果严重违反有关监管规定的,可以收监,但对于管制则没有类似的规定。管制刑的执行缺少强制性的制度保障,难以对判处管制刑的社区服刑人员造成心理上的威慑和行为上的约束。在社区矫正实践中,即使判处管制的人员违反了监管规定达不到治安处罚的程度或者处于失控状态,由于在处罚措施上无法律法规依据,难以对其处罚或启用收监措施,造成监控上的漏洞。另外《刑法》第三十九条规定:对于被判处管制的犯罪分子,在劳动中应当同工同酬。从法律上了解,这就意味着管制人员可以不参加目前社区矫正中的“公益劳动”。结合管制在目前法院的适用率非常低,世界上绝大多数国家都没有管制制度,建议将管制制度取消,在适当降低犯罪门槛的前提下,用缓刑制度替代管制,从而增加对这类罪犯在社区矫正中应有的惩罚力度。

### 一、管制刑的背景及局限性

管制刑在我国革命战争时期和建国后巩固政权的时期发挥了积极的作用,但是在我国阶级斗争已不作为社会主要矛盾的时期,其局限性日益显露。

管制作为一种限制自由刑,是我国的独创。特别是在解放区的镇压反革命运动中较多地运用,适用于“那些可以不判处徒刑,但须剥夺一定时期的一部分或全部政治自由权利,并加以改造的犯罪分子”。<sup>[1]</sup>

1952年4月公布的《中华人民共和国惩治贪污条例》正式将管制定为刑种。同年6月政务院批准,7月公安部公布的《管制反革命分子暂行办法》规定:管制适用于“历史上有罪恶,解放后既无悔改表现或悔改证明,又无现行反革命活动,虽须给以一定的惩罚,但罪恶程度尚不需逮捕判刑者。”但它同时规定:管制既可由法院判决,又可由县市以上公安机关决定适用。可见,当时的管制具有刑罚执行方法和行政处分双重性质。直到1956年,随

\* 武玉红,河北沧州人,上海政法学院教授,主要从事监狱学、社区矫正研究,本文发表于《河南司法警官职业学院学报》2016年第2期。

[1] 1952年政治法律委员会:《关于〈中华人民共和国惩治贪污条例〉草案的说明》。

着我国法制建设的逐步加强,全国人大常委会通过《关于反革命分子的管制一律由人民法院判决的决定》后,才将适用管制的决定权明确归为法院。

管制刑在刑罚体系中的地位确定后,其适用对象的范围也在逐步扩展,其重要原因是,新中国成立后反革命分子的破坏活动加剧。政府认识到它的危害性和严重性,明确表示对解放后继续进行反革命活动的人员必须予以严厉镇压,“该杀则杀,该管制者予以管制。”<sup>[1]</sup>随即,新一轮镇压反革命运动在全国掀起,管制刑作为镇反手段之一被广泛使用。1952年全国开展“三反”运动,管制刑的适用从政治领域扩大到经济领域。管制刑变成了通过群众专政,对处于犯罪和阶级敌人边缘的人员所给予的一种相对严厉的以剥夺部分政治权利为特征的惩罚手段。

在当时的历史背景下,管制虽然作为轻微犯罪或不作为犯罪处理,但是对于被管制人员来说,他所受到的打击和惩罚并不亚于在监狱中服刑。由于当时的地、富、反、坏四类分子以及57年以后的右派分子普遍受到管制,也当然要被剥权,因此,管制分子事实上也被纳入阶级敌人的范畴之中。可见,管制刑和管制措施在很大程度上是为了服从于政治斗争的需要。据1954年的统计,镇反运动以来,全国共捕了262万人,其中杀死反革命分子71.2万人、关押了129万人、管制了120万人,捕后因罪恶不大教育释放的有38万人。<sup>[2]</sup>当时管制的数量与监禁的数量基本持平,表明了管制在建国初期巩固新生政权的斗争中发挥了重要的作用。

1978年12月召开的十一届三中全会,明确阶级斗争已不作为社会的主要矛盾,但是,这种带有强烈阶级斗争色彩的刑罚方法仍然作为五种主刑之一,在1979年的《刑法》中保留下来,适用于罪行较轻的犯罪分子。从立法上看,占《刑法》分则条文的18.5%,并集中规定在妨碍社会管理秩序一章中(15个条文),此外第五章,第七章各有一条。1997年修改的《刑法》仍然保留了管制刑,并把管制作为选择性的法定刑加以规定,在《刑法》分则的条文增加至86个,占《刑法》分则条文的24.6%,较大幅度地扩大了它的适用范围。2011年《刑法修正案(八)》对管制的标准未做修订。

管制刑适用率低的原因主要有三个:一是随着我国工作重点的转移,即从以阶级斗争为中心转变为以经济建设为中心,人们阶级斗争的观念逐渐淡化,包括政治的争斗,群众的政治监督功能越来越弱化。二是随着我国城市化、工业化和移民进程的扩大,社区的结构从熟人社会逐步向陌生人社会转变,使社区监督的功能受到很大限制;三是管制适用标准模糊,法院无所适从,进入社区矫正的比例低。根据2015年12月底的统计,在全国在册社区服刑人员697946人之中,管制11865人,仅占1.7%,比2014年同比下降0.3%,适用比例依然是最低的。<sup>[3]</sup>

<sup>[1]</sup> 《建国以来重要文献选编(2)》,北京,中央文献出版社,1992年4月版,第49页。

<sup>[2]</sup> 《徐子荣关于镇反以来几项主要数字的统计报告》,1954年1月14日。转引自宫璇龙:《早期管制运作机制研究》,载陈兴良主编:《刑事法评论》,北京,北京大学出版社2007年版,第20卷第307页。

<sup>[3]</sup> 该数字由司法部社区矫正管理局提供。

## 二、管制刑与缓刑的异同

管制刑与缓刑同样作为对于轻微犯罪分子在社区中执行刑罚的措施,是否有独立存在的必要,首先需要厘清两者的异同。有学者认为:实际上有期徒刑或者拘役缓期执行要比管制刑的处罚程度更重。理由是:有期徒刑缓刑的考验期为原判刑罚以上,五年以下,最高可达五年;而管制刑数罪并罚最高不能超过三年。<sup>[1]</sup>这种观点仅仅是从刑期的高限角度来说明缓刑重于管制刑,但是,对于一个同样刑期的管制犯或者缓刑犯来说,难以从刑期的角度得出缓刑重于管制的结论。倒是从对管制和缓刑的执行角度来看,可以得出缓刑重于管制刑的结论,我们对此进行具体分析。

《刑法(修正案八)》对于管制和缓刑都规定了可以根据犯罪情况,同时禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动,进入特定区域、场所,接触特定的人。但是,两种对象在社区执行期间如果违反监管规定情节严重的,对缓刑人员有收监执行的规定,而管制人员有严重违反监管规定的则不能收监,少了紧箍咒,不利于管制人员改过自新。刑法中规定管制人员在劳动中“应当同工同酬”,而对缓刑人员则没有类似的规定,表明对管制人员劳动权利的重视。同时也表明,在社区矫正中让管制人员参加“社区服务”,与刑法的规定是相抵触的。

《刑法》第39条规定了被管制人员在执行期间应当遵守五项规定,而《刑法》第75条规定了缓刑人员应当遵守四项规定:(一)遵守法律、行政法规,服从监督;(二)按照考察机关的规定报告自己的活动情况;(三)遵守考察机关关于会客的规定;(四)离开所居住的市、县或者迁居,应当报经考察机关批准。四项规定与管制的一、三、四、五项规定是相同的,而管制比缓刑所多的一条是:未经执行机关批准,不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利。从表面来看,管制受到的限制多于缓刑一条。但是在现实中,这一规定不仅成为虚设规定,而且与刑法和宪法的规定相抵触。在社区矫正实践中,没有出现过管制人员要求获批言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利,社区矫正工作人员也并不清楚言论自由的范围,如何对管制人员言论进行监督。

另外,管制人员有剥夺政治权利和未剥夺权利之分,刑法第五十四条规定的政治权利包括:(一)选举权和被选举权;(二)言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利;(三)担任国家机关职务的权利;(四)担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。那么,对于没有剥夺政治权利的管制人员也不能行使第二项权利,存在着在法律制定上的自相矛盾。

法律制定上的自相矛盾还可从政治权利的内容来看:从剥夺政治权利的内容来看:在政治权利的四项内容中,相对而言,(一)、(三)、(四)项是比较重要的权利,而第二项是公民的基本权利。在以阶级斗争为纲的时代,犯罪分子和管制对象一般被视为阶级敌人,他们自然被限制选举权利以及担任国家机关和领导的职务;而现在的管制刑与过去则有较大的差别,因为犯罪人员是轻微的刑事犯罪,被判处管制后,除言论、出版、集会等权利受到限制外,仍可享受其他的政治权利。因此,有可能出现这样的后果,一个管制人员不能享受言论、出版等的基本权利,但可有选举被选举及担任国有公司、企事业单位和人民团体领导职务的

<sup>[1]</sup> 熊达:《关于管制刑的几点法理思考》,载《湖南公安高等专科学校学报》2006年第3期。

权利,这违背了基本的逻辑。因此,未剥夺政治权利的管制人员不应限制其第二项权利。

综上所述,从总体而言,管制刑轻于缓刑,是惩罚力度较小和制约力较弱的社区刑罚方法。

### 三、用缓刑替代管制刑

鉴于管制刑与缓刑虽有许多相似之处,但存在惩罚力度小、制约机制差以及不便于管理的缺陷,我们认为用缓刑替代管制刑是一个较好的选择。

第一,管制刑已经失去了设立时的社会基础。如前面所说,管制刑的确立是适应对反革命分子和贪污分子的惩罚开始的。而今大规模的阶级斗争已经不复存在,阶级斗争已不是社会的主要矛盾。

第二,从执行的角度看,管制刑有诸多不合理之处:(1)惩罚的力度偏低,对犯罪者本人不能起到应有的惩戒作用;(2)管制的执行对社会不能起到应有的威慑效应;(3)对违反监管规定的缺乏制约机制。

第三,从刑种的衔接角度来看,管制与拘役存在着衔接上的不匹配,拘役是一个月到六个月,有期徒刑是六个月到十五年,管制刑横亘中间难以协调。且管制刑期的规定也造成了拘役刑和行政拘留的不衔接。<sup>[1]</sup>

第四,管制在司法实践中适用率非常低,在许多地方已名存实亡,并且世界上其他国家均没有管制刑。

第五,管制刑所追求的目的和适用的对象,完全可以用缓刑来加以替代。

有观点认为:实际上,罪犯被判处缓刑在考验期间,罪犯是不服刑的,而被判处管制的罪犯是在承受刑罚,二者有明显的区别,不能等同。<sup>[2]</sup>这种观点具有一定的代表性,但实际上是对缓刑的误读。缓刑人员在考验期内,并不是不服刑,而是在服社区刑。刑法第七十二条规定:缓刑的适用对象是“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子”,刑法第七十六条规定:被宣告缓刑的犯罪分子,在缓刑考验期限内,依法实行社区矫正,如果没有本法第七十七条规定的情形(新罪、漏罪、严重违反监管规定),缓刑考验期满,原判的刑罚就不再执行,并公开予以宣告。这里,缓刑是对“原判的刑罚就不再执行”——即原判的监禁刑(拘役、三年以下有期徒刑)不再执行,但不表明,缓刑在社区中的考验期不是刑罚执行。进一步的佐证依据是刑法对假释的规定。刑法第八十四条规定:被宣告假释的犯罪分子,应当遵守下列规定:(一)遵守法律、行政法规,服从监督;(二)按照监督机关的规定报告自己的活动情况;(三)遵守监督机关关于会客的规定;(四)离开所居住的市、县或者迁居,应当报经监督机关批准。刑法第七十五条规定:被宣告缓刑的犯罪分子,应当遵守下列规定:(一)遵守法律、行政法规,服从监督;(二)按照考察机关的规定报告自己的活动情况;(三)遵守考察机关关于会客的规定;(四)离开所居住的市、县或者迁居,应当报经考察机关批准。假释是刑罚执行不存在争议性,缓刑、假释在社区矫正中一模一样的要求,缓刑不是刑罚执

<sup>[1]</sup> 邱兴隆著:《刑法理性评论》,北京,中国政法大学出版社1999年第1版,第463页。

<sup>[2]</sup> 邓孝骏:《论我国刑法中管制刑的立法完善》,载《云南大学学报(法学版)》2009年第2期。

行、假释是刑罚执行? 2009年10月“两院两部”联合下发的《关于在全国试行社区矫正工作的意见》中进一步明确了缓刑等五种在社会上服刑的罪犯是属于非监禁刑罚执行的范围, 并强调要准确把握社区矫正的刑罚执行性质。2012年7月1日施行的《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》中, 第十三条明确规定: “判处拘役或者三年以下有期徒刑并宣告缓刑的罪犯, 一般不适用减刑。前款规定的罪犯在缓刑考验期限内具有重大立功表现的, 可以参照刑法第七十八条的规定, 予以减刑, 同时应依法缩减其缓刑考验期限”。<sup>[1]</sup>如果罪犯被判处缓刑, 在考验期间不认为是服刑, 何来减刑一说? 因此, 可以毫无疑问地说: 缓刑人员是在社区中服刑, 是在社区承受刑罚, 与管制具有相同的性质。

反对缓刑替代管制的观点认为: 缓刑不是刑种, 而是刑罚具体运用的一种制度, 是刑罚裁量制度的基本内容之一。宣告缓刑必须以判处刑罚为先决条件。缓刑不能脱离原判刑罚的基础而独立存在。若犯罪人未被判处拘役或有期徒刑, 就不能判处缓刑。<sup>[2]</sup>如果缓刑属于独立刑种, 那么由其取代作为独立刑种的管制刑, 这似乎也是行得通的, 因为由一个独立刑种取代另一个独立刑种基本上是对等的, 但我国刑法规定中的缓刑却不是独立刑种, 这与外国刑法规定的缓刑是独立刑种有明显区别。因此, 不属于独立刑种的缓刑就不宜取代作为独立刑种的管制刑。<sup>[3]</sup>

我们认为: 西方国家的缓刑也并非是一个刑种。目前西方国家的缓刑形式主要有两种: 一种与我国相同, 即判处有期徒刑若干年、缓刑若干年。事实上, 我国《大清新刑律》首次在刑法中确定了缓刑, 就是对西方发达国家刑罚制度的借鉴。第二种形式是暂缓执行的缓刑, 这是鉴于刑事被告人的犯罪相对轻微, 事实清楚且被告人承认, 因此不确定有期徒刑的刑期而仅确定缓刑的期限。缓刑期满没有严重违反监管规定或重新犯罪的, 不再对原判的罪行进行按照正规程序的审理。如果在缓刑期间有严重违反监管规定或重新犯罪的, 则需要对犯罪事实进行重新审理。可见, 对犯罪人不仅可以判处有期徒刑也可以判处缓刑。对于是否是独立刑种的问题, 我们认为这并不重要, 因为不管“是”与“不是”, 都是法院针对犯罪作出的让罪犯在社区服刑的刑事判决或裁定, 使犯罪人承受一定的痛苦与损失。

用缓刑替代管制刑的益处是: 一是取消了对轻微犯罪人不必要的部分政治权利的剥夺; 二是缓刑替代管制, 对缓刑人员在缓刑期间的违反监管规定情节严重的可予以收监, 而管制无收监规定, 有利于加强对缓刑人员的管理和制约; 三是随着我国社区刑适用范围的扩大, 从执行的角度来说, 减少没有明显差别的分类, 有利于管理的专业化和提高工作效率。

有学者主张将管制由主刑变为附加刑。因为附加刑可以附加适用, 也可单独适用, 也可不适用, 应用灵活性较高, 同时可避免治安行政拘留和拘役刑在期限上的不协调。<sup>[4]</sup>还有学者主张在变为附加刑时, 将其执行期限也作相应调整, 比如6个月到3年。<sup>[5]</sup>我们认为, 这种提法虽有合理性, 但要在刑法中作如此大规模的关于刑种地位的调整, 牵涉面广, 非一日

[1] 《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律若干问题的规定》已于2011年11月21日由最高人民法院审判委员会第1532次会议通过, 自2012年7月1日起施行。

[2] 高铭喧著:《新编中国刑法学(上册)》, 北京, 中国人民大学出版社1998年版, 第411页。

[3] 孟庆华:《管制刑的若干适用问题探讨》, 载《江西科技师范学院学报》2009年第4期。

[4] 陈兴良著:《刑法哲学》, 北京, 中国政法大学出版社2000年版, 第502页。

[5] 赵秉志著:《刑法修改研究综述》, 北京, 中国人民公安大学出版社1990年版, 第285页。

之功。

有学者建议对管制刑做改良,认为,管制刑之所以存在这些问题,是因为当时的立法不能适应现在社会发展的需要。刑法改革早已扩大了管制刑的适用范围,扩大了它存在的社会土壤。不可否认,管制是我国刑罚体系中带有政策性的一种刑罚方法。它除了强调专门机关与群众的有机结合,更强调了犯罪人在刑罚执行中的自我改造,注重用刑罚手段和其他社会性教育措施相结合的方法达到预防、减少犯罪的目的。至于缺乏群众监督或者说群众监督热情不高,这只是暂时的问题。现在中国社会正在转型,过去的国家本位的政治模式正在向国家和社会二元本位模式转变。中国的市民社会正在发展壮大,“群众”一词被市民所取代。随着社区矫正的推开,依靠市民阶层的力量将被管制人员矫正为守法公民,不仅具有可行性,而且更符合现代行刑的价值和理念。学者建议通过修改可以弥补其现存的缺憾,包括重新定位管制刑,修正管制刑刑期规定,增设管制刑强制性内容,制定《管制刑实施细则》,<sup>[1]</sup>不应将其摒弃。

我们认为,用缓刑替代管制,有利于实现刑罚对这类犯罪一般预防和特殊预防的双重目的。与其对这种目前使用率很低的不适应形势的刑种进行改良,不如考虑对我国缓刑制度的完善,减少相近和交叉的社区刑项目,以利于社区刑管理效率的提高。

(责任编辑:孙盼盼)

---

<sup>[1]</sup> 高长富:《论管制刑改良》,载《湘潭师范学院学报(社会科学版)》2007年第6期。

## 国际视域下禁止双重危险原则的新发展及其启示

张进德\*

**摘要:** 二战以后,禁止双重危险原则体现出了国际化与相对化两大趋势。一方面,该原则在许多国家刑事诉讼立法与一些国际公约中都得以确立;另一方面,各国又在立法或者判例实践中对该原则进行了诸多限制。我国刑事诉讼立法应当顺应国际潮流,明确设立禁止双重危险原则。当然更为重要的是,应当将禁止双重危险的理念融入相关的诉讼程序之中。在该原则的指导下,我国刑事诉讼中的一审程序、二审程序以及再审程序皆需进行相应的重构。  
**关键词:** 禁止双重危险 国际化 相对化 刑事诉讼改革

禁止双重危险(prohibition against double jeopardy)是英美法上的一项原则,即任何人不能因同一罪行受到两次或两次以上的审判或处罚。这一原则起源于古罗马法,当时就有“一案不二讼”的规定,即原告于诉讼终结之后不能对同一案件再行起诉被告;后来罗马法学家在此基础上又发展出了“一事不再理”原则,要求当事人对于已经正式判决的案件不得申请再次审理。<sup>[1]</sup>发展至后世,作为英美法系源头的英国法在12世纪首先在刑事诉讼中继受了这一原则。而与英美法分道扬镳的大陆法系,在刑事诉讼中确立该原则则是晚了几百年。1791年,法国先是在宪法上设立了“刑事既决事由对刑事的既判力”原则;<sup>[2]</sup>直至1808年,拿破仑《刑事诉讼法典》才规定了一事不再理原则。

大陆法系的一事不再理原则与英美法上的禁止双重危险原则在法律理念方面是相通的,但在内容范畴方面有所区别。一方面,一事不再理属于诉讼法上的普遍原则,而禁止双重危险仅限于刑事诉讼法。更重要的是,禁止双重危险在刑法上的适用范围要宽于传统的一事不再理原则。大陆法系的一事不再理适用于法院的刑事裁判生效之后,而禁止双重危险既适用于生效的刑事裁判也适用于对未生效裁判的上诉程序,英美国家刑事诉讼一般禁止控方对刑事判决提起上诉。两项原则虽然不尽相同,却大体属于同种法律现象在不同法系国家的不同表达。尤其二战以后,在超越了法系的诸多国际公约中也确立了这一原则,实际也是针对两项原则的统一化表述。在西方法学界,针对同一论题的研究基本都是运用同一表述去指代不同法系的两项原则。在我国法学界,往往也存在将一事不再理和禁止双重危险混同表述的研究惯例。<sup>[3]</sup>另外,鉴于禁止双重危险原则的范畴更广,能够基本涵括大陆法系刑法上一事不再理原则的内容,我们也运用“禁止双重危险”的术语去研究包括大陆法系一事不再理原则在内的相关问题。此处,将着重考察二战后禁止双重危险原则在世界范围内的最新发展趋势以及带给我国刑事诉讼法的一些启示。

\* 张进德,男,1980年生,山东邹平人,法学博士,上海政法学院法律学院副教授,诉讼法教研室主任,主要研究领域为诉讼法学、司法制度与司法改革。本文系作者主持的2011年度国家社科基金重大项目“法律文明史”(11&ZD081)之子项目“现代公法的变革”的阶段性成果。

[1] 周枏:《罗马法原论(下册)》,北京:商务印书馆,1994.902。

[2] [法]卡斯东·斯特法尼等:《法国刑事诉讼法精义(下)》,罗结珍译,北京:中国政法大学出版社,1998.877。

[3] 陈光中,[加]丹尼尔·普瑞方庭:《联合国刑事司法准则与中国刑事法制》,北京:法律出版社,1998.78-79。

## 一、禁止双重危险原则的正向发展：国际化

二战以后,很多国家都在立法中确立了禁止双重危险原则,这一原则呈现出遍地开花的态势。20世纪60年代,美国学者西格勒(Jay A. Sigler)研究认为,在刑事诉讼尚处于不成熟发展阶段的国家不会发现禁止双重危险的概念,但对文明国家而言,该原则的确是得到了牢固确立的。<sup>[1]</sup>而且值得注意的是,大多数国家都是在宪法的层面上引进了禁止双重危险原则,并在刑事诉讼立法中对其具体运作实施。20世纪90年代初期,禁止双重危险原则已经在超过50个国家的宪法上得以确立。<sup>[2]</sup>根据加拿大人权与民主发展国际中心与加拿大刑法改革与刑事政策国际中心发表的《批准与执行:国际刑事法院罗马规约手册》,截至21世纪初,世界上大多数国家都在刑事法典或宪法中规定了禁止双重危险原则。<sup>[3]</sup>

在此,根据大致的时间顺序兹列举几个国家在宪法上针对禁止双重危险原则的规定。日本1946年《宪法》第39条第2款规定:“关于同一犯罪不得重复追究刑事责任。”印度1947年《宪法》第20条第2款规定:“任何人均不得因同一犯罪被起诉和审判一次以上。”委内瑞拉1961年《宪法》第60条第8款规定:“任何人也不可以对于他曾经在以前受过审理的同一行为再受审理。”菲律宾1973年《宪法》第3章第21条规定:“任何人不得因同一罪行而受两次审判。如果一种行为依照某项法律及某项法令应予惩处,无论根据法律或法令宣判有罪或无罪后,皆构成不得对同一行为进行另一次追诉的理由。”加拿大1982年《权利和自由宪章》第11条规定:任何被指控犯罪的人,有权在“最后被判无罪的情况下,不得因为此罪再次予以审判;在最后被判有罪并且受到惩罚的情况下,不得因为此罪再次予以审判或者惩罚。”俄罗斯1993年《宪法》第50条第1款规定:“任何人不得因同一起犯罪而再次被判刑。”从上述列举大致可以看出,不论英美法系还是大陆法系国家,也不论发达国家还是发展中国家,禁止双重危险原则在这些国家纷纷入宪。可见,禁止双重危险所保障的刑事被追诉人的利益属于当前文明世界所普遍关注的一种底线性权利。

除禁止双重危险在诸多国家的宪法化趋势之外,这一原则的国际化趋势在国际公约方面也有所体现。1966年联合国大会通过的《公民权利和政治权利国际公约》最早规定了禁止双重危险原则,其中第14条第7款规定:“任何人已依一国的法律及刑事程序被最后定罪或宣告无罪者,不得就同一罪名再予审判或惩罚。”1969年美洲国家组织通过的《美洲人权公约》第8条第4款也规定:“经一项不可上诉的判决宣判无罪的被告人不得因相同原因而受新的审判。”1950年的《欧洲人权公约》通过时并没有体现这一原则,但1984年该公约的第七议定书在第4条进行了规定:“(1)在同一国家的管辖之下,任何已依该国的法律及刑事程序被最后宣告无罪或有罪者,不得就同一犯罪再予审判或惩罚。(2)如果有表明新的或新发现的事实证据,或者如果在原诉讼程序中有根本性的瑕疵,有可能影响案件的结果,前款规定不应妨碍根据有关国家的法律和刑事程序对同一案件的重新开启。”需要指出,早些时候的《欧洲人权公约》规定的禁止双重危险原则较之以前是有所限制的,这其

[1] Jay A. Sigler, *Double Jeopardy*, New York: Cornell University Press, 1969, p.149.

[2] M. Cherif Bassiouni, *Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections and Equivalent Protections in National Constitutions*, 3 *Duke Journal of Comparative & International Law* 289 (1993).

[3] 加拿大人权与民主发展国际中心等:《批准与执行:国际刑事法院罗马规约手册》,赵秉志、王秀梅译,北京:中信出版社,2002.109。

实也是体现出该原则在20世纪末期以来的相对化发展趋势。

另外,针对禁止双重危险原则国际化过程中的一个问题不容回避:禁止双重危险在跨越不同主权国家的情况下是否仍然适用呢?上述几大人权类公约所持观点几近统一,即该原则的适用仅限于在同一个主权国家,另一国家的第二次审判或处罚是被允许的,前述《欧洲人权公约》“在同一国家的管辖之下”的表述即为此义。《公民权利和政治权利国际公约》虽无明文规定,但其适用情况也是如此。联合国人权事务委员会在个案审议中曾经指出:《公民权利和政治权利国际公约》规定的禁止双重危险原则仅仅适用于在一国内对同一犯罪行为的审判。<sup>[1]</sup>

与人权类公约不同,国际法庭、国际刑事法院的规约和国际刑事司法类公约则基本展现出另外一种观点。1993年联合国安理会建立前南斯拉夫国际军事法庭时通过的《前南法庭规约》在第10条规定了禁止双重危险原则,联合国秘书长根据安理会《第808(1993)号决议》所作的对该规约的解释性报告中指出:根据一事不二审(禁止双重危险)原则,在国际法庭与国内法院具有平行管辖权的情况下,考虑到国际法庭的优先权,除非有特殊情况,一事不二审原则将排除随后在国际法院进行的审讯;另外,如果国际法庭决定对一个已经被国内法院宣告有罪的人重新实施管辖权,应考虑国内法院所施加的刑罚已实行的程度。1998年的联合国《国际刑事法院罗马规约》第20条规定的一罪不二审,也是要求除特殊情况外对同一犯罪行为只能由国际刑事法院和缔约国法院之中的一个法院进行审判。1970年的《关于刑事判决的国际效力欧洲公约》,同样主张各缔约国之间统一适用禁止双重危险原则。2004年在北京举行的第17届国际刑法学大会通过了《国内和国际刑事司法管辖权竞合和“一事不再理”原则决议》,其中指出:“考虑到特设国际刑事法庭及最近常设国际刑事法院的成立,出现了国内司法机关与国际司法机关之间的纵向竞合,以及不同国际司法机关之间的横向竞合,导致了新的双重处罚问题。”因此,大会倡议“一事不再理原则作为一项人权应当适用于国际的或者跨国的层面”。<sup>[2]</sup>我们认为,通过缔结国际公约的方式在越来越多的国家之间统一适用禁止双重危险原则,符合该原则所体现的人权保障的基本理念,也将成为该原则在今后国际化过程中的基本趋势。

## 二、禁止双重危险原则的逆向发展:相对化

### (一) 大陆法系的基本现状

与英美的禁止双重危险相比,大陆法系的一事不再理原则产生较晚,其在确立的早期也不像前者那样绝对,而是大致奉行了“有原则必有例外”的理念。一事不再理的最主要例外便是大陆法系国家的再审制度。并且,再审制度并非二战以后的新发展,而是各国长期以来各国稳固存在的一项制度。从大陆法各国当前刑事诉讼立法的视角予以观察,它们的再审制度或多或少存在一些区别,但大致都有以下几点共同特征:第一,再审属于对已生效裁判的重新审判;第二,能够导致再审的事由的限定性极强;第三,启动再审的程序极为严格,一般是由检察官或被告人一方当事人提起再审;第四,大部分国家的再审制度主要是为了保障

<sup>[1]</sup> A.R.J. v. Australia, No. 692/1996.

<sup>[2]</sup> 陈光中:《21世纪域外刑事诉讼立法最新发展》,北京:中国政法大学出版社,2004.87.

被告人的利益。<sup>[1]</sup>第五, 再审作为一种非常规的救济程序, 在司法实践中的运用极为少见。

## (二) 英美法系的相对化趋势

传统地看, 在高举“人权保障”大旗的英美法上, 禁止双重危险在具体的刑事诉讼中有着近乎严苛的适用。对于无罪裁判, 一经作出立即生效, 不允许上诉; 对于有罪判决, 根据禁止双重危险的要求只能进行有利于被告人的上诉, 即原则上控诉方不得自由上诉, 被告人一方可以上诉。对于错误的已生效有罪裁判, 理论上也存在特殊救济程序, 但实践中殊少启动, 且几乎只限于为了被告人利益的重新审判。然而二战以来, 英美国家的禁止双重危险原则改革趋势显著, 该原则在美国和英国的判例和立法中有着“松绑”的相对化倾向。

### 1. 美国的新发展

在美国, 双重危险的宪法条款意在保障被告人权利, 所以一直在判例中禁止控方的上诉。美国刑事司法尤其对于无罪裁判的稳定性进行了绝对的维护, 不允许控方对其提起上诉, 针对错误的无罪裁判也是如此。联邦最高法院坚持这一传统的理由在于, 尽管无罪裁判会有错误, 但在其作出后允许二次审判将会导致一种不可承受的高风险, 即政府利用极大的资源优势可能会压垮被告人, 以至于“即使其无罪, 也有可能被定罪”; 另一方面, 在刑事被告人通过行使法定权利成功推翻第一次指控之后, 要求其接受第二次审判, 这是政府不应该扮演的一种反对双重危险条款所保障权利的压迫性角色。<sup>[2]</sup>从无罪裁判的稳定性可以看出, 美国的双重危险条款对被告人利益的保障几乎到了无以复加的程度。

但是, 新近以来, 禁止控方上诉的司法传统发展出了下列几方面的例外: (1) 如果控方上诉不会导致对被告人的重新审判, 则是允许的。这一例外在 1975 年的“美国诉威尔逊案”(United States v. Wilson) 中得以确立。在该案中, 威尔逊认为控方的起诉超过了追诉时效, 于是向地方法院请求撤销起诉, 法院认定威尔逊理由成立并驳回了起诉, 控方就此向联邦最高法院提起了上诉。马歇尔法官(Marshall) 允许了上诉, 并在判决中指出理由: 虽然对上诉的审查会增加对被告人定罪的可能, 并可能遭受持续讼累和焦虑, 但是被告人并不享有从法律的错误中得到好处的权利, 只要法律的错误能得以纠正且被告人没有受到事实上的二次审判就是可以的。<sup>[3]</sup>该案不会引起重新审判, 而只是继续审判而已。(2) 如果在作出裁判过程中被告人对法官或陪审员施以贿赂, 控方上诉是被允许的。因为在贿赂之后的审判并没有将被告人置于危险境地, 另外基于政策考虑也有必要允许上诉, 否则会鼓励贿赂行为。<sup>[4]</sup>(3) 如果法院作出了有罪裁判, 在被告人上诉之后法院又作出了有利于被告人的新裁判(包括无罪裁判), 此时检察官的再上诉是被允许的。例如, 1967 年的“海登案”(Warden v. Hayden), 就是在控方提出再上诉的情况下作出的。在该案中, 马里兰州法院曾判决被告人犯有武装抢劫罪, 被告人以警察在逮捕时以非法方式扣押了属于被告人个人的

<sup>[1]</sup> 例如, 日本、法国、意大利等国家的再审之诉都是本着“禁止加重刑罚”的基本前提。德国的再审分为有利于被告人的再审和不利于被告人的再审, 俄罗斯也允许提起不利于被告人的再审, 但同时都是进行了严格的限制。譬如在德国, 法院对再审申请的接受十分勉强, 启动不利于被告人的再审尤其要比有利于被告人的再审更加困难。参见 Christine Van den Wyngaert ed., *Criminal Procedure Systems in the European Community*, London: Butterworths, 1993, p.161.

<sup>[2]</sup> United States v. Scott, 437 U.S. 91 (1978).

<sup>[3]</sup> United States v. Wilson, 420 U.S. 345 (1975).

<sup>[4]</sup> Vikramaditya S. Khanna, *Double Jeopardy's Asymmetric Appeal Rights: What Purpose Do They Serve*, 82 Boston University Law Review 351 (2002).

物品为由向美国第四司法巡回区上诉法院提起上诉, 上诉法院排除了该项物品证据, 推翻原判; 控方遂又向联邦最高法院申请调卷令, 最高法院批准了这一申请, 并经过听取控辩双方的辩论, 撤销了上诉法院的裁决, 从而维持了马里兰州法院原先的有罪判决。<sup>[1]</sup>

美国被告人针对生效的有罪判决通常只能是认罪服刑, 但例外情况下可以适用特定的救济渠道, 最主要的渠道便是人身保护令程序 (habeas corpus proceedings)。被告人通过申请人身保护令来启动重新审判, 实际上也就是放弃了禁止双重危险的保障权利。<sup>[2]</sup>人身保护令的申请务必受到严格的限制, 被告人的此项权利不得滥用且不能重复申请, 在向联邦法院申请人身保护令之前必先用尽州法院系统的非常救济手段, 必须由申请人证明原生效裁判剥夺了自己的某项联邦宪法权利, 且必须尊重原判决的事实判定, 不得重新质疑被告人是否有罪的问题。<sup>[3]</sup>可见, 人身保护令作为禁止双重危险的例外, 实质上跟禁止双重危险殊途同归, 同样是在保障被告人的宪法权利。

## 2. 英国的新发展

在英国法中, 禁止双重危险原则的例外主要体现在两个方面: 针对法院裁判的上诉程序和以纠正司法误判 (miscarriage of justice) 为目的的非常救济程序。

在英国, 早期的刑事诉讼基本没有设立上诉程序, 直至英国《1907年刑事上诉法》(Criminal Appeal Act 1907) 通过后, 为了保障被告人利益, 才允许被告人一方提起上诉。允许控方上诉, 属于近年来的变革趋势, 并且只能是一些例外情形, 大致介绍以下几个方面:

(1) 针对治安法院对简易案件的无罪裁判, 控方可以向高等法院提起上诉。根据《1980年治安法院法》(Magistrates Courts Act 1980) 第111条之规定, “在治安法院的任何诉讼中处于当事人地位的任何人” 如果不服治安法院的定罪、判刑、决定或者程序, 可以其“在法律上有错误” 或者“超越权限” 为理由, 通过治安法官陈述案件征求高等法院就所涉及的法律问题或者管辖权问题出具意见的方式声明不服。(2) 针对刑事院所作的无罪裁判, 控方无权向上诉法院提出上诉, 但如果法官在审判中适用法律有错误的, 可以启动“总检察长提示”(Reference by the Attorney-General) 的程序。根据《1972年刑事司法法》(Criminal Justice Act 1972) 第36条的规定, 英国总检察长 (the Attorney-General) 可以将法庭审判中涉及到的任何法律问题提交给上诉法院, 从而要求后者就此问题发表意见, 并作出一项在将来支持针对其他被告人的起诉的裁定。不过, 该上诉对原无罪裁判的效力不产生任何影响。(3) 根据《1996年刑事程序与侦查法》的规定, 控方针对一项有瑕疵的无罪裁判 (a tainted acquittal) 可以提起撤销程序。有瑕疵的无罪裁判是指, 在原审程序中, 由于存在妨碍司法的犯罪行为而导致的本不该作出的无罪裁判。

关于以纠正司法误判为目的的非常救济程序, 在《1995年刑事上诉法》(Criminal Appeal Act 1995) 修改以前, 一般只能申请英国内政大臣 (Home Secretary) 将案件提交上诉法院进行再审。这些案件涉及的情况主要有: 发现了有利于将被告人定罪的新证据, 出现了足以推翻原判决的新实质情况, 等等。然而, 这些例外在很大程度上似乎只是停留在静态的立法

[1] Warden v. Hayden, 387 U.S. 294 (1967).

[2] Rolando V. Del Carmen, *Criminal Procedure: Law And Practice (Seventh Edition)* Cengage Learning, 2006.442.

[3] 陈瑞华: 《刑事诉讼中的重复追诉问题》, 政法论坛, 2002, (5)。

层面,其实际运作的判例少之又少。根据英国皇家刑事司法委员会于1993年提交的报告,从1981年至1992年,总共只有涉及97个申请人的64起案件被内政大臣以此种方式转交上诉法院进行再审;而从20世纪80年代以来,内政大臣实际每年所收到的请求纠正误判的案件都高达700至800件。<sup>[1]</sup>皇家刑事司法委员会的报告在大量调查数据的支持下提出了诸多批评,认为缺乏相关能力和低效率的内政大臣显然不能胜任这样的工作。在采纳这一报告的基础上,修改后的《1995年刑事上诉法》正式设立了“刑事案件审查委员会”(Criminal Case Review Commission)。该委员会由英国女王根据首相的推荐进行任命,成员都被要求具有刑事司法方面的经验或知识,于1997年1月开始工作。它取代了内政大臣,并且显得更加务实。截至2000年10月31日,在委员会完成审查的2381份申请中,有203起案件被提交上诉法院处理。除去发动再审案件的数量有所增加外,它的权力较之后者也是有所扩大。因为除定罪错误的案件外,它还可以将量刑畸重的案件提起再审;不仅可以向上诉法院提起再审,也可以向刑事法院转交需要再审的简易罪案件。刑事案件审查委员会提交法院再审的案件大多来自被告人一方的申请。这些例外基本都是减轻被告人处罚的,从有利于被告的倾向来看并没有违背禁止双重危险的价值取向。

2002年7月,英国政府公布了一份名为《所有人的公正》的白皮书,专门关注法院程序和量刑程序的改革,以使得刑事司法更有效率和更加有效。在这一白皮书的基础上,《2003年刑事司法法》(Criminal Justice Act 2003)新鲜出炉。这一立法中不乏大刀阔斧的改革措施,其中之一便是针对禁止双重危险原则施加了一项实质性例外,即在严重的犯罪案件中,如果存在令人信服的新证据,可以对被判无罪者进行重新审理。第75条规定了这种例外所适用的案件范围,这些案件都是严重犯罪,其法定最高刑皆为终审监禁,并且犯罪对被害人或者整个社会的危害后果特别严重。这一条款在2004年底生效,并且具有溯及既往的效力,目前只适用于英格兰和威尔士以及军事法院。根据这一规定,在英格兰和威尔士共有谋杀、非预谋杀人、强奸、贩毒和武装抢劫等29种犯罪可以提起重新审判。如果今后本法能够通过命令形式在北爱尔兰生效,则会再增加20种罪名。当然,英国法针对这一新法令的适用进行了以下几方面的严苛限定:(1)对已被判无罪者要重开调查,必须存在不利于其的令人信服的新证据;(2)必须经检察长的亲自书面同意,并且还要符合社会公共利益的基本需求;(3)在进行再审之前,法庭必须就新证据达成一致意见;(4)对于任何无罪判决,要求无罪判决被撤销的申请仅仅限于一次。“邓洛普案”(R v. Dunlop)是该法令实施后的第一案。1989年,26岁的威廉·邓洛普由于遭到前女友朱莉的嫌弃,一怒之下将其扼死并性侵了尸体,邓洛普便被以谋杀和性毁伤尸体的罪名进行了指控,由于两个陪审团的意见无法达成一致,他于1991年被正式宣判无罪;1999年,邓洛普因另一起犯罪被控诉和判刑,在被监禁期间他自信地认为“双重危险”永不会降临,向一名监狱看守承认了自己的杀人罪行,并将犯罪过程向警方和盘托出;15年来,朱莉的父母一直在为请求惩治比利而做着不懈努力,2006年在对该案的复审中邓洛普被上诉法院最终定罪。<sup>[2]</sup>《2003年刑事司法法》

<sup>[1]</sup> 中国政法大学刑事法律研究中心组织编译:《英国刑事诉讼法(选编)》,北京:中国政法大学出版社,2001.77-78。

<sup>[2]</sup> Kenneth G. Coffin, *Double Take: Evaluating Double Jeopardy Reform* 85 *Notre Dame Law Review* 771-772 (2010).

对双重危险的这一开禁法令,被西方法学界认为是整个英美法系近年来在禁止双重危险原则方面的一项重大改革。

### 三、禁止双重危险视野下的我国刑事诉讼改革

我国的宪法和刑事诉讼法都没有确立禁止双重危险原则。该原则在国际社会的宪法化和公约化趋势,决定了我国刑事诉讼也无法回避禁止双重危险理念的冲击。应当指出,英美国家的相对化趋势完全符合物极必返的事物发展规律,是对较为绝对的禁止双重危险司法传统的一种缓和,从中我们丝毫不能得出该原则已经过时的结论。况且,我国政府已与1998年签署了《公民权利和政治权利国际公约》,其中对禁止双重危险原则有所规定,该公约有待于全国人大的批准。因此,将该项原则写入我国刑事诉讼法甚或上升至宪法规定,是一项时机已经成熟且不容逆转的立法目标。诚然,立法文本的确立只是一个方面,更为重要的是,应当理顺禁止双重危险与刑事诉讼具体制度之间的协调关系。

我国立法虽然没有明文设定禁止双重危险原则,没有全面贯彻这一原则,但刑事诉讼法上的某些具体制度也体现了该原则的理念。例如,再审制度本身即要求针对已生效的刑事裁判不得再行起诉和审判,除非存在法定的错误情形才能对其进行再审,便是蕴含了一定的双重危险理念。再如,刑事二审程序规定了上诉不加刑原则,二审法院在审理只有被告人或其法定代理人、辩护人、近亲属提起上诉的案件时不得加重被告人的刑罚,这在一定程度上与双重危险原则对被告人权利的保障是相通的;另外,最高人民法院的司法解释还确立了再审不加刑原则,同属此义。<sup>[1]</sup>不过,长期以来我国刑事诉讼所依循的是实事求是与客观真实的价值理念,追求有错必纠的诉讼目标,诸多制度的设计也是以此为基本指导方针,这是与禁止双重危险的观念背道而驰的。在此,我们选择背离双重危险原则的几点主要方面予以梳理分析。

#### (一) 一审程序与禁止双重危险

一审程序对禁止双重危险的背离,较为典型的问题包括检察机关撤诉后的再次起诉和证据不足无罪判决后的再次起诉。

##### 1. 检察机关撤诉后的再次起诉

现行《刑事诉讼法》针对检察机关在一审程序中的撤诉问题未作任何规定,但最高人民法院和最高人民检察院的司法解释都有规定。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第242条之规定,在宣判前检察院要求撤回起诉的,法院应当审查撤回起诉的理由,作出是否准许的裁定。另外,最高人民检察院的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第459条规定了可以撤诉的七种情形,包括不存在犯罪事实、犯罪事实并非被告人所为、证据不足或证据发生变化等等。实际上,如果不撤诉而是由法院进行审判的话,

上述情形皆属于判决无罪或者判决不承担刑事责任案件。同时根据司法解释的规定,撤回起诉的案件如果有新的事实或者新的证据的,检察院可以再次起诉。此时的再次起诉,对被告人而言便具有了双重追诉的意味。

<sup>[1]</sup> 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386条规定:“除人民检察院抗诉的以外,再审一般不得加重原审被告人的刑罚。再审决定书或者抗诉书只针对部分原审被告人的,不得加重其他同案原审被告人的刑罚。”

## 2. 证据不足无罪判决后的再次起诉

根据《刑事诉讼法》第195条第(三)项和最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第181条的规定,法院针对证据不足不能认定被告人有罪的案件应当作出无罪判决,但日后人民检察院根据新的事实、证据又可以重新起诉。当然,对于证据充分的无罪判决,如果发现错误只能走再审程序,无论如何检察机关都不得提起新的诉讼。通过比较可知,证据不足无罪判决只是作为一种策略的存在,而不具备判决的丝毫最终性。在有错必纠的指导思想之下,禁止双重危险毫无用武之地。

## (二) 二审程序与禁止双重危险

不同于英美国家禁止控方对无罪判决的上诉,大陆法国家一般对无罪判决和有罪判决的任何上诉不加特别限制,不作禁止双重危险方面的考量,我国亦是如此。但是,在客观真实诉讼理念的引导下,我国二审程序在全面审查原则和发回重审程序中存在着双重追诉的意蕴。

### 1. 全面审查原则中的双重追诉

根据《刑事诉讼法》第222条之规定,二审法院应当就一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查,不受上诉或者抗诉范围的限制。此即二审程序中全面审查原则的体现。依其要求,针对某一既无被告人上诉也无控方抗诉的事实或法律问题,二审法院如果认为一审处理不当,就可以直接在二审判决中作出新的处理。实际上,一审判决中为控辩双方皆予认可的部分,应当具备了确定力和稳定性。如果二审法院积极主动对其加以处理,且作出了不利于被告人的认定,实质上就是取代控诉方地位而对被告人施加的不当的二次追诉与审判。

### 2. 发回重审程序中的双重追诉

二审程序中的发回重审,包括两种情况:一是因原判事实不清或证据不足而导致的发回重审(《刑事诉讼法》第225条),二是因原判程序违法而导致的发回重审(《刑事诉讼法》第227条)。前者只能发回重审一次,后者则无次数限制。根据疑罪从无的理念要求,二审法院对于原判事实不清或者证据不足的案件,如果审理后仍然事实不清证据不足,应当作出无罪判决的处理。如果避开无罪判决而发回一审法院重审,实质上便是对被告人施加了二次定罪的风险。当然,现行《刑事诉讼法》比起2012年修改之前也是有所进步,作了只得发回重审一次的限定。对于因一审程序违法而引起的发回重审,重审后通过被告人的上诉或者检察院的抗诉再行进入二审,若二审中发现一审法院又有程序违法情形,又需发回重审,此间并无次数制约。但需明确一点,一审程序违法实属法院过错所致,被告人对此并无过错,被告人因法院过错而要承担一次甚或数次的发回重审,此种程序的轮番折磨实质上就是让被告人陷入了多重追诉的不利境地。

## (三) 再审程序与禁止双重危险

我国的再审程序是建立在全面贯彻有错必纠原则的基础之上的。根据当前法律规定来看,再审程序的构建已经构成了对禁止双重危险的系统性背离,而非细节性的缺陷。首先,就再审的发动主体而言,法院和检察机关都可以启动这一程序。法院启动再审程序的渠道极为广泛,既可以是法院对自己所作生效裁判的再审,又可以是最高人民法院对各级法院生效裁判的再审,还可以是上级法院对其下级法院生效裁判的再审。法院作为中立的裁判机关,

在检察机关与被告人缺位的前提下针对生效裁判的积极介入,实质上是对有错必纠理念的极端贯彻。其次,就再审程序的发动事由而言,无论是法院发动的再审还是检察机关提起的抗诉,启动依据都是生效裁判在认定事实或适用法律方面“确有错误”,此种规定太过宽泛,从而缺乏对生效裁判稳定性的有效维护,再审程序的恣意启动完全无视双重危险的基本理念。再次,就再审的具体法院而言,理论上任何级别的法院都有权进行再审,根本未能考虑到再审案件的反常规性与独特性。更有甚者,作出生效裁判的法院本身也可根据自行决定或者根据上级法院的指定进行再审。<sup>[1]</sup>最后,就再审的启动时间和次数而言,法律对法院与检察院发动的再审没有进行任何约束,在裁判生效后任何时间都可再审,且无次数限制。

我们认为,运用禁止双重危险原则来梳理我国的刑事再审程序,大致可以对其进行以下几方面的改造:

1. 关于再审程序的提起主体。彻底废除由法院发动再审的规定,保障法院的中立地位而令其摆脱积极纠错者的主动姿态。鉴于检察机关的法律监督职能,保留其提起抗诉的再审启动途径,并与之相对应的是,同时改革当事人申诉的相关规定,而直接赋予被告人一方申请再审的权利。

2. 关于再审程序的启动事由。日本、法国等一些大陆法国家的再审,属于一种有利于被告人的救济程序,从根本上就避免了不利于被告人的重新追诉的发生。但与之完全不同,我国的再审追求有错必纠,而基本不考虑被告人的利益。建议借鉴德国法的理念,将再审程序区分为有利于被告人的再审和不利于被告人的再审,并围绕两种类型对再审程序的提起事由进行细致的限制性规定。譬如,若是对被告人不利的再审,可将检察机关的抗诉理由限于事实认定或法律适用方面的重大错误,具体包括生效裁判在罪与非罪、此罪与彼罪等的认定方面出现偏差,或者在量刑方面存在超出3年有期徒刑以上幅度的偏差等等。同时,对于对被告人有利的再审,在刑法上明确设立再审不加刑原则。

3. 关于再审启动的时间与次数。针对有利于被告人的再审,提起再审的时间和次数原则上不予限制;针对不利于被告人的再审,则应予以适当限制,譬如可规定只能在裁判生效后两年以内启动再审程序,且只得再审一次。

4. 关于是否启动再审程序的审查主体。接受检察机关抗诉和当事人再审申请的主体应当从法院剥离出来,由专门的机构予以审查,例如法国法上的相关审查机构是“有罪判决复议委员会”。在此基础上,由该机构作出是否启动再审程序的决定,决定启动再审程序后将案件交由特定的法院进行再审。

5. 关于再审法院。在再审案件的管辖上,彻底废除作出生效裁判法院的管辖权,规定除最高人民法院之外再审案件一律由作出生效裁判法院的上一级法院管辖,且不允许上一级法院将再审案件交由其任何下级法院进行再审。

(责任编辑:郭艺晨)

<sup>[1]</sup> 实际上,2012年修订的《刑事诉讼法》也注意到了这一问题,在一定程度上有所改进,它增加了第244条规定:“上级人民法院指令下级人民法院再审的,应当指令原审人民法院以外的下级人民法院审理;由原审人民法院审理更为适宜的,也可以指令原审人民法院审理。”

# 论刑法去性别化的必要性

## ——以《刑法修正案(九)》为切入点

钟旭芬\*

**摘要:**此次《刑法修正案(九)》将第237条刑法条文第一款中的“强制猥亵妇女”修改为“强制猥亵他人”被看作是刑事立法去性别化上的一大突破。事实上,这不是我国刑法中唯一存在的以性别来确定犯罪对象的刑法条文,类似罪名还包括“强奸罪”、“拐卖妇女罪”、“引诱幼女卖淫罪”等。这种立法模式不但与“适用刑法人人平等”的基本原则背道而驰,同时也隐晦地表现出我国刑事立法在性别上的反向歧视。对此,立法机关应当采取一定措施,逐步减少此类问题的发生,在刑事立法领域真正做到去性别化。

**关键词:** 刑事立法 去性别化 妇女幼女

2015年8月29日第十二届全国人大常委会第十六次会议表决通过了《刑法修正案(九)》,本修正案在减少适用死刑罪名、严惩恐怖主义犯罪、加大惩处腐败力度、维护信息安全等方面均有重大突破。其中,还值得一提的是修正案对刑法第237条“强制猥亵、侮辱妇女罪”的修改,将犯罪对象由“妇女”扩大至“他人”,将男性受害人纳入了该罪犯罪对象范围内。笔者认为,男女平等是贯穿我国宪法的重要原则,男子的性自由权利和女性一样,都应受到我国法律平等保护。正是基于刑法规定的不平等以及司法实践的困境,改革完善现行刑法规定的呼声渐涨。<sup>[1]</sup>该罪的修改是我国刑事立法的一大完善,立法机关正逐步意识到刑法中存在着根据性别进行立法的问题,认识到刑法罪名去性别化的重要性。

### 一、《刑法修正案(九)》对“强制猥亵、侮辱妇女罪”的修改

原《刑法》第二百三十七条第一款规定:“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵妇女或者侮辱妇女的,处五年以下有期徒刑或者拘役。”依照《刑法修正案(九)》第十三条之规定,将原条款修改为:“以暴力、胁迫或者其他方法强制猥亵他人或者侮辱妇女的,处五年以下有期徒刑。”对此,笔者在此进行简单解读。第一,将本罪的犯罪对象由“妇女”扩大到“男性”群体。女性不再是本罪唯一的犯罪对象,男性也被包括进本罪犯罪对象范围内。这种修改真正体现了男女平等的性权利,更表现了我国刑事立法去性别化的完善。第二,将本罪的犯罪客体扩大至男性的性自主权。随着将男性纳入犯罪对象范围内,自然本罪的犯罪客体也包括男性的性自主权。第三,本罪罪名的变动。根据犯罪对象、犯罪客体发生改变,原刑法的“强制猥亵妇女罪”的罪名显然已不合时宜,将“妇女”一词去除变更为“强制猥亵罪”更为妥当、精炼。

\* 钟旭芬,上海人,上海政法学院2015级刑法专业研究生。

[1] 金泽刚:《由男性遭受性侵害案看性犯罪的法律变革》,《法治研究》2015年第3期。

可以说,立法机关无论是对本罪在内容修改上的突破还是罪名认定上的修改,都体现了我国刑事立法的完善及社会法治的进步。当然,在肯定立法机关上述做法的同时,我们自然而然考虑到现行刑法中还存在其他类似的条文及罪名,就如刑法第236条“强奸罪”、第240条“拐卖妇女罪”、第241条“收买被拐卖的妇女罪”、第359条“引诱幼女卖淫罪”等。显而易见,此类犯罪的对象直指妇女及幼女,在犯罪名称上多以“妇女”、“幼女”来命名,显然已经排除男性群体作为犯罪对象来加以保护。这在某种程度上可以称之为性别化立法,表面上看似充分保护女性权益,实则是对女性的反向歧视(反向歧视是指对女性私人领域的过度干预),更是男性受害者性权利的忽视。

笔者认为,从法律角度,刑事立法应当重视立法上的一致性与逻辑性。正如上文已述,我国现行刑法存在多个性别化立法的条文条款,都涉及男性群体被排除在犯罪对象之外的情况。本次刑法修正案在性犯罪方面只对“强制猥亵妇女罪”进行了修改,却并未对其他性犯罪条文进行修改,那该如何处理好本次修改条文与其他类似性犯罪之间的关系,如何更好衔接彼此的关系与逻辑?同时,从实践角度看,当两名男性受害人分别遭受了猥亵行为和强奸行为,实施猥亵行为的犯罪嫌疑人被判处“强制猥亵罪”,而对于实施了奸淫行为(情节恶劣、后果严重,犯罪行为明显重于猥亵行为)的犯罪嫌疑人却以不符合“强奸罪”的犯罪要件为由同样被判“强制猥亵罪”,如此一来,又该如何体现法律的公平正义、如何体现罪责刑相适应原则,从而达到保护公民权利、维护社会稳定的刑法目的?即如何平衡实际案件与司法审判之间的平衡?

有学者指出,《刑法修正案(九)》将强制猥亵罪的受害对象由“妇女”拓宽为“他人”,可以视为在平衡男性与女性人权保护之中,是立法者去除刑法反向歧视的一个努力。<sup>[1]</sup>也有学者指出,“所有违背受害人意愿的强行的性行为在法律上都应该按重罪论处……罪行的轻重也不应该与受害人的性别联系在一起……法律改革的第一步应该是制定无性别约束的、非特定行为的、制裁所有方式性侵犯的法律。”<sup>[2]</sup>同样的,笔者认为,根据《刑法修正案(九)》对“强制猥亵妇女罪”的修改,社会民众及立法机关都应当有所意识,即:在与“强制猥亵妇女罪”类似的性犯罪问题上,刑法应当平等保护所有公民的合法权利包括男性,公正执法使所有犯罪人一律接受法律制裁包括性犯罪问题上的女性犯罪人,真正适用“法律面前人人平等”,“罪责刑相适应”等原则,而解决这类问题的关键在于“去性别化”。

## 二、我国刑法性别化立法的现状

在现行刑法条文中,去除本次修改的“强制猥亵妇女罪”的性别类犯罪,在刑法条文中还包括五处性别化立法的情况,分别是:第236条“强奸罪”、第240条“拐卖妇女罪”、第241条“收买被拐卖的妇女罪”、第242条“聚众阻碍解救被收买的妇女罪”、第359条“引诱幼女卖淫罪”。明显地,这些犯罪有以下两个特征。

[1] 马荣春、谷超:《刑法的反向歧视》,《福建行政学院学报》2015年第1期。

[2] [美]苏珊·布朗米勒:《违背我们的意愿》,祝吉芳译,江苏人民出版社2006版,第416-417页。

### (一) 犯罪对象为“妇女”或“幼女”，在立法上忽视男性的性自主权利

在这些犯罪中，值得肯定的一点是，充分体现了国家立法机关对女性这一弱势群体权益保护的重视；然而，该类犯罪直接排除了男性群体的受害身份，是刑事立法上的一大缺陷，不但不利于构建刑法上的平等立法，更不利于刑法对所有公民合法权益的保护。

首先，《刑法》对“强奸罪”的描述是“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的，处三年以上十年以下有期徒刑；奸淫不满十四周岁幼女的，以强奸论，从重处罚”。强奸罪明显只承认女性的受害身份，并未将男性纳入该罪犯罪对象范围内。我们知道，现实生活总是纷繁复杂的，男性遭受强奸、性侵的案件也屡见不鲜。如：2007年11月，哈尔滨市一名17岁男生被一名35岁的女教师多次“诱奸”并沦为性奴，事后该生家长多次以“强奸”报案时，警方却以无法立案为由予以拒绝，被害人最终被迫选择“黎某赔偿1万元精神损害金”的道歉方式的解决该事件。<sup>[1]</sup>又如，2004年12月，16岁男孩在打工时被38岁的男老板强暴，大连市中山区法院一审判决施暴者赔偿5万余元。而施暴老板未能以强奸罪论处，仅仅被处以治安拘留5天。<sup>[2]</sup>再有，2010年5月，北京某公司一名42岁男性保安“强奸”了一名18岁男同事并导致受害人轻伤，最终朝阳区法院以“故意伤害罪”判处被告有期徒刑1年。<sup>[3]</sup>从第一个案件中，反映出现实生活中男性群体受到性侵现象的存在，且随着社会性解放的泛滥呈愈发普遍的趋势，而刑法在男性性自主权利的保护方面略有漏洞。从后两个案例可以看出，同为同性性侵犯案件，犯罪人所受到的制裁却截然不同。无论是女性侵犯男性问题的日益凸显，还是同性性侵犯案件“同案不同判”的现状，都迫切需要完善相关刑事立法，使性侵案件有明确的法规可依，并得到公正裁决。

其次，《刑法》“拐卖妇女罪”的描述是：“拐卖妇女的，处五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”。在犯罪对象上，“拐卖妇女罪”同“强奸罪”类似，单纯地将妇女作为对应罪名的对象，排除了男性作为侵害对象的可能性。现实中，我们承认妇女在拐卖过程中的弱势地位，并以刑事立法的方式予以保护，顺其自然将其纳入该罪的对象范围，但这并不意味着成年男性绝无成为该罪犯罪对象的可能，或不需要刑事法上的保护。如今面对矛盾层出的社会及以牟利为目的的贩卖集团，部分男性对象也成为了拐卖的目标对象，譬如已满14周岁未满18周岁的未成年男性、老年男性、智障男性等。最典型的案例是2007年震惊全国的山西黑砖窑事件。人贩子通过诱骗、绑架及胁迫手段，将上述类型的男性贩卖到黑窑厂做苦力。由于我国不存在“贩卖人口罪”，且“拐卖妇女罪”中男性不在其保护范围内，因此，法院最终以故意伤害罪、非法拘禁罪判处5名被告人。在类似案件中，即使司法机关最终以非法拘禁、故意伤害等罪名对行为人予以刑事追究，但那也仅仅只是保护了受害人的人身自由权和身体健康权，不能改变不受贩运的基本人权仍旧没有得到刑法的保护的现实。<sup>[4]</sup>同时，我们应该知道，“拐卖妇女罪”的刑罚是五年以上十年以下有期徒刑并处罚金，而“非法拘禁罪”的刑罚为三年以下有期徒刑、拘役、管制或剥夺政治权利。然而，由于刑事立法的

[1] 刘文高、冯泽华：《男性被性侵后的救济缺失与挽救》，《法制博览》2012年第10期。

[2] 李萌萌：《男性性自主权的法律保护》，《湖北警官学院学报》2013年第5期。

[3] 冯大牛：《当男性成为性侵受害者》，《东西南北》2015年第21期。

[4] 李军：《略论我国拐卖犯罪的立法缺陷—以山西黑砖窑事件及联合国“The UN Trafficking Protocol”为视角》，《法学评论》2008年第1期。

尽完善及一系列法律漏洞,法院只能以“非法拘禁罪”判处被告人,这无疑是对罪犯恶行的放纵,更有悖于刑法罪责刑相适应的基本原则。

## (二) 犯罪名称多以“妇女”、“幼女”来命名

笔者在上述提及的五个性别化立法的刑法罪名中,除强奸罪外,“拐卖妇女罪”、“收买被拐卖的妇女罪”、“聚众阻碍解救被收买的妇女罪”及“引诱幼女卖淫罪”都以性别化的“妇女”、“幼女”的词组构成了刑法罪名。笔者认为,这种性别化立法模式应当尽早予以消除,因为性别化立法的弊端显而易见。

首先,性别化立法不利于平等保护所有社会公民,容易放纵犯罪分子。无论是上述的“强奸罪”还是“拐卖妇女罪”,仅重视妇女的受害情况而忽视了男性群体的被害身份,并不能合理地保护所有公民的合法权益。法律一旦出现漏洞,潜在犯罪人便有可乘之机,即使他们侵犯公民权利,也只会受到司法较轻的处罚甚至不受处罚,这样如何达到保护公民权益、维护社会稳定的刑法目的?同样,刑法也会披上恶法的污名,又该如何维护其权威性、严肃性及稳定性?因此,被称之为“小宪法”的刑法,更应规避此类情形,做到在犯罪对象上去性别化,在罪状的内容上做到全面公正。

其次,性别化立法模式不利于“适用刑法人人平等”原则的体现。我们知道,宪法赋予“中华人名共和国公民在法律面前一律平等”的权利,刑法也规定“不论犯罪人的家庭出身、社会地位、职业性质、财产状况、政治面貌、才能业绩如何,都应追究刑事责任,一律平等地适用刑法,依法定罪、量刑和行刑,不允许任何人有超越法律的特权。<sup>[1]</sup>而刑法中频繁以“妇女、幼女”等字眼出现在罪名设置中,无疑会让公民产生误解,刑法上的性别平等、法律公正也不易于实践操作。作为打击犯罪、维护社会稳定的刑法,更应该避免这样的情形,在罪名的形式上做到公正无误。

再有,性别化立法不利于实践操作,易导致司法困境。正如上文所述,现实生活总是纷繁复杂的,刑法的滞后性特点也不能超前预料到所有问题。但随着男性群体在这类犯罪中遭受受害的情况愈发突出,国家立法机关应当提起足够重视,考虑将男性群体在此类犯罪中作为犯罪对象加以保护,从而缓解社会突出问题,有效惩治该类犯罪,维护受害者的合法权益,更为司法实践提供一定的法律指南。

当然,立法机关出于对妇女、幼女这类弱势群体的关注,在刑事立法上予以重点保护是值得肯定的,但是作为地位仅次于宪法、作为维护社会公平正义最后一道防线的刑法而言,我们更应保护所有平等公民的权利,去除以性别差异的犯罪对象作为造法依据、去除以“妇女”、“幼女”字眼构建刑法罪名的做法,真正消除性别化立法模式,以实现构建刑法的性别平等。

## 三、刑事立法性别化所产生的弊端

随着社会的不断发展,社会问题日益突出,男性群体在性别化犯罪中的受害地位也逐步

<sup>[1]</sup> 高铭暄、马克昌:《刑法学(第5版)》,北京大学出版社,高等教育出版社,2011版,第28页。

显现,如“强奸罪”、“强制猥亵侮辱罪”中妇女性侵男性、同性性侵,“拐卖妇女罪”中男性群体被拐卖的现象也频繁出现,“引诱幼女卖淫罪”中也有引诱男童卖淫的情况。刑事立法未通过立法形式将上述情况涵盖在内,这不能不说是刑事立法上的一大盲点,产生的弊端也显而易见。

### (一) 刑事立法性别化违背法律基本原则,难以维护刑法权威性

我国《宪法》第三十三条规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等”、“国家尊重和保障人权”;同时,“适用刑法人人平等”是我国刑法明文规定的一项基本原则。该原则的含义是:任何人犯罪,不论犯罪人的家庭出身、社会地位、职业性质、财产状况、政治面貌、才能业绩如何,都应平等的适用刑法追究刑事责任,不允许任何人有凌驾于法律之上的特权。宪法和刑法都明文规定了法律面前人人平等,这种平等包括立法上的平等、司法上的平等以及执法上的平等,而性别化立法的现状打破了立法上的公正平等,从而必然会导致司法及执法上的不平等待遇,这在一定程度上违背了宪法及刑法的基本原则。当法律自身在内容制定上出现问题,难以“自圆其说”时,它就不能被称为一部良法,而一部恶法又怎会有权威性,怎能使其民众信服信仰,更谈不上使民众遵循法律了。因此,性别化立法的现实存在是难以构建一部真正意义上平等的法律的,虽然承认我国立法机关性别化立法的初衷(即保护妇女幼女这一弱势群体)是值得赞同的,但相比一部存在性别保护性质(对某一性别的特殊保护必然是对另一性别群体权益的侵犯)的法律,我们更需要一部维护所有民众权益、真正平等意义上的良法,从而才能维保证刑法权威性及严肃性。

### (二) 刑事立法性别化侵犯公民基本人权,难以维护刑法正义性

正义是法律的重要价值之一,人们诉诸法律、维护法律、信仰法律的主要原因也正是法律的这种价值,可以帮助他们相对公正地分配社会生活中的权利义务。然而,往往事与愿违,我国的刑事立法在相当一部分罪状中以性别作为定罪量刑的标准,以性别命名罪名,这必然会导致一部分公民的权益受损,也必然会引起这些公民的怨愤。虽然,我们承认“强奸罪”、“拐卖妇女罪”、“收买被拐卖的妇女罪”、“聚众阻碍被拐卖的妇女罪”及“引诱幼女卖淫罪”是立法机关出于对“妇女、幼女”这部分弱势群体的考虑并以刑事立法的模式加以保护,但在保护这部分弱势群体的时候立法机关也应当考虑这种做法是否侵害了其他群体?答案无疑是“侵害了”。立法机关在保护女性权利的同时,恰恰忽略了男性的对应权利。就如“强奸罪”,刑法承认了女性的性自主权,却忽视了男性的性自主权;再如“拐卖妇女罪”,刑法只承认女性人身的不受买卖权,却忽视了男性人身的不受买卖权;又如“引诱幼女卖淫罪”只承认不满14周岁幼女的身心健康权,却忽视了不满14周岁男性的身心健康权。立法机关在上述犯罪中对男性权益的忽视也即是对男性群体权益的侵害,面对法律的明文规定,就算男性群体受到了相应侵犯,刑法也难以维护这类群体的合法权益。反之,刑法保护了女性这一弱势群体,我们也要明确,女性群体相对男性处于弱势,并不代表在性侵犯罪行为上,所有的女性个体都处于弱势状态,而所有的男性个体也处于强势状态,<sup>[1]</sup>这将使性犯罪的女性犯罪人钻法律漏洞,法律上的盲点也无法将她们绳之以法。显然,这些以性别化立法的罪

[1] 符沁莹:《论中国刑法中的性侵犯犯罪客体对象的“另类性别歧视”》,《法制博览》2013年第11期。

状罪名对男性群体权益的忽视,也使刑法的正义价值受到极大挑战。

### (三) 刑事立法性别化造成司法实践难题,难以保证司法高效性

现实生活总是纷繁复杂的,刑法的滞后性也决定了它不能完全解决生活中的所有问题,而性别化立法由于其自身的问题涵盖面较狭窄,从而也导致了些许法律漏洞。典型地,刑法规定“强奸罪”的犯罪对象只能是女性,而现实生活中男性鸡奸男性、女性诱奸男性的案例也不胜枚举。对于这类犯罪,司法机关根据刑法规定,有时无奈不予立案侦查(当事人双方只能自行调解),有时对加害人施以较轻的行政处罚,有时只能以其他罪名判处。同样的,“拐卖妇女罪”、“收买被拐卖的妇女罪”、“聚众阻碍被拐卖的妇女罪”及“引诱幼女卖淫罪”也往往由于犯罪对象仅局限于女性,不能合法有效地保护男性合法权益。面对类似情况,司法机关不能突破法律底线,只能无奈地选择“另辟蹊径”,这样也容易导致司法效率低下、降低司法效果。

### (四) 刑事立法性别化容易造成社会不公,不利于社会和谐稳定

上文已述,由于刑事法律的书面规定,司法机关面对一些加害人,只能选择不予起诉。一旦出现这种情况,一方面,加害人虽然实施了侵权行为,却由于客观原因没有受到刑事制裁,这在某种程度上是对加害人的放纵,对社会也造成一种潜在威胁。另一方面,受害人在加害人的侵权行为下受到了心理、生理上的伤害,对加害人不予处罚的决定也往往容易导致受害人及其家属的愤恨以及对法律的不满,从而通过个人非法手段实施报复行为,最终产生犯罪行为,造成社会的“恶性循环”。无论是放纵加害人使之继续危害社会,还是受害人对加害人实施报复行为,这都不利于社会的和谐稳定,更谈不上社会的长治久安。刑法的目的在于保障公民权利,维护社会稳定,而性别化立法不但没能有效制止违法犯罪行为的发生,反而可能促使恶性行为的进一步加重,这又该如何建立一个和谐文明、民主法治的国家?

## 四、刑事立法去性别化的必要性

正如废除死刑是国际司法中的一大潮流,笔者认为刑法去性别化也是我国刑事立法的必然趋势。随着社会政治、经济和文化发展的不断进步,国外性别化犯罪也不在少数,与此同时立法对性权利的保护也不断健全。许多国家的刑法已经对同性性侵犯做出了明文规定,有的国家规定男性也可成为强奸的对象,即规定对男性强迫实施性侵犯行为的,也要追究刑事责任。这些规定在公民性权利的保护方面比较健全,而相比较而言,国内立法薄弱,在同性性侵犯日趋现象化的当前,国外立法值得借鉴。<sup>[1]</sup>以下是笔者摘写的关于国外部分国家对同性性侵犯的刑事立法规定:

国家	行为性质	罪名
德国	将强行与同性发生性关系归入强奸罪,给予男性与女性同等的保护。	强奸罪
美国	对于鸡奸,不管是否自愿,美国法律称之为“违反天良罪”,此罪最高刑是60年或终身监禁。(有	违反天良罪

<sup>[1]</sup> 杜坤:《论我国同性性侵犯刑事立法的必要性及其对策》,《法制博览》2012年12期。

	些州此罪的最低刑也很重,如终身苦役等。)	
英国	男性之间双方自愿的肛交行为被规定为鸡奸罪;非自愿的情形,设有实施有鸡奸意图的侵犯罪、男人之间的猥亵罪。	鸡奸罪 或 猥亵罪
法国	强奸罪包含非自愿情形的同性性侵犯。	强奸罪
日本	法律规定使用暴力、胁迫猥亵13周岁以上的男女,构成强制猥亵罪,里面虽然不是单就男性侵害公民性权利行为做出的专门规定,但却也包括了对男性公民的侵害性权利的犯罪行为。	强制猥亵罪

以上表格是关于世界部分国家对于强奸、强制猥亵行为的具体规定。其中明显地都将同性性侵行为或纳入强奸罪、或纳入强制猥亵罪、或单独规定鸡奸罪等。面对国际上许多国家将同性性侵行为纳入刑法规定加以保护,我国应当在考虑本土法律适用的前提下,适当借鉴国际前端立法,逐步修改我国现存的性别化立法,早日弥补法律漏洞,消除法律盲点,以适应社会发展,适应国际潮流。

### (一) 有利于平等保障所有公民的合法权利

上文已述,我国现行刑法中“强奸罪”忽视了男性的性自主权,“拐卖妇女罪”忽视了男性人身的不受买卖权,“引诱幼女卖淫罪”忽视了未满14周岁男性的身心健康权等。刑法在保护女性合法权益的同时也是对男性权利的侵害,这种不对等的权利保护必然会阻碍我国刑法的发展,也将阻碍中国的法制化道路。立法机关只有充分意识到这个问题,并在立法中加以修改完善,才能真正保护所有公民的合法权益不受侵害,才能构建一部立法上性别平等的良性刑法。

### (二) 有助于解决司法难题, 处理现实性问题

立法上的规定对司法实践具有直接影响作用,“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”是刑法中罪刑法定原则的重要体现。面对矛盾日益突出,问题层出不穷的现实社会,刑法无法预见所有社会矛盾,也无法解决社会的所有问题,它必然存在一定的滞后性。就比如变性人问题,受害人在变性前是男性身份,在其变性为女性后遭遇到强奸行为应该如何认定的问题。不仅是变性人问题,还有同性性侵、女性侵犯男性的问题都是刑法上亟待解决的问题。再如,拐卖男性的行为同拐卖女性的行为基本一致,但由于“拐卖妇女罪”在犯罪对象上不包括男性群体,致使无法以该罪名对被告人定罪处罚,这些都会造成司法实践的繁琐低效。若刑法对类似行为都加以规整立法或以司法解释的形式加以说明,真正去除刑事立法上的性别化立法问题,司法机关也能更好应对这类情况的出现,秉公执法,维护社会正义。

### (三) 适应国际潮流去性别化立法趋势, 不断完善我国刑事立法

在某种程度上可以说,世界上法治先进的大国对性别化立法的问题处理得比较全面周密,无论是以德日为主的大陆法系通过立法形式加以保护,还是以英美为主的海洋法系通过判例形式加以保护,都将类似问题涵盖于法律范围。笔者认为,中国作为国际刑法舞台上的一员,在保持自身独立性的同时,应当放眼国外,积极吸收他国科学的法律规定,尽可能地填补自身法律漏洞,唯有如此,才能保持自身的先进性和科学性。因此,刑事立法去性别化

犯罪,符合国际刑事立法趋势。<sup>[1]</sup>

## 五、刑事立法去性别化完善建议

有学者指出:“任何法的适用,或执法、司法上的平等,都必须是以一定立法上的平等规定作为依据的”,而“只有法的适用,或者执法、司法上的平等,而无立法上的平等,也是不完整的法的平等。”<sup>[2]</sup>因此,刑事立法去性别化是我国刑法发展的必然趋势,构建一部真正意义上的平等法是立法机关及社会民众的共同追求。对此,笔者提出以下修改建议。

### (一) 在罪状描述上,扩大犯罪对象的范围

笔者在上文中提及的“强奸罪”、“拐卖妇女罪”、“收买被拐卖的妇女罪”、“聚众阻碍被拐卖的妇女罪”及“引诱幼女卖淫罪”在某种程度上存有立法缺陷,立法机关在保护女性群体的同时,忽视了男性的合法权益,包括男性的性自主权、男性人身的不受买卖权、未满14周岁男性的身心健康权等。男性作为社会群体中的一部分,理应和女性拥有同样的权利,何况宪法明文规定法律面前人人平等的基本原则。因此,将男性纳入上述犯罪的对象中,即合理扩大犯罪对象范围是必要充分的。比如,将原“强奸罪”:“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”修改为“以暴力、胁迫或者其他手段强奸他人的”,如此将男性群体纳入刑法保护范围,这不仅能弥补此类犯罪男性对象的法律空白,同时更能全面保障人权。

### (二) 在罪名名称上,取消性别化立法的命名模式

刑法不仅要通过以补充罪状的方式在内容上进行实质性修改,在罪名的命名形式上也应适当改变。比如将“拐卖妇女罪”修改为“拐卖罪”、将“收买被拐卖的妇女罪”修改为“收买被拐卖的人员罪”、将“聚众阻碍被拐卖的妇女罪”修改为“聚众阻碍被拐卖的人员罪”、“引诱幼女卖淫罪”修改为“引诱儿童卖淫罪”。我们说,如果单纯修改罪状内容忽略罪名的变动,则会导致法律上的混淆误解;或者单纯修改罪名忽视罪状内容的实质变化,则会导致法律流于形式化。罪名是对罪状的提炼总结,而罪状是对罪名的解释说明,这两者必须相辅相成。因此,当罪状描述已被修改,罪名名称可能也需加以变动,从而使刑法在适用过程中不断完善健全,构建一部形式内容平等的良法,不断推动社会的法治化、民主化、文明化。

### (三) 在司法解释上,弥补刑事立法的漏洞

现行刑法中性别化立法的模式使刑法具有一定盲点,潜在犯罪人容易通过法律漏洞实施犯罪行为而不受刑事处罚。如果出于维持刑法相对稳定、不做大幅修改的目的,司法机关可以通过扩大司法解释的方式对此类情况加以说明。比如在“强奸罪”中,在男性纳入强奸罪对象的范畴之后,要考虑到男性在强奸罪中的性交问题,我国现行的插入标准说已经不足以涵盖现实生活中所有的性交方式。对于男性阴茎插入男性以及口交、肛交等行为,并未准确涵盖在强迫性交行为的范围里。因此,有必要通过司法解释来定义强奸罪的行为方式,对强奸罪的客观方面进行扩大解释,这样有助于维持法律的稳定性,也体现出我国的刑事立法与时代接轨的特点。<sup>[3]</sup>以上“强奸罪”只是简单的举例说明,其他罪名也该如此。在扩大此类

[1] 单吟:《从强制猥亵妇女罪的修改论强奸罪犯罪对象范围的扩大》,《法制与社会》2015年第1期。

[2] 卓泽渊:《法的价值论》,北京:法律出版社1999版,第435页。

[3] 邓梦莹:《我国男性性权利的刑事立法保护研究》,《法制博览》2015年第15期。

犯罪对象范围的基础上,在犯罪手段、行为方式、犯罪情节等方面以司法解释的形式加以说明,更全面的将犯罪绳之以法,弥补法律漏洞。

## 六、结语

刑事立法去性别化不是一蹴而就的,法律也不可能朝令夕改,但司法机关不能因为这些冠冕堂皇的理由忽视这类问题的存在。正如废除死刑是国际司法的潮流趋势,刑事立法去性别化也是刑法的必然发展。想当初,2011年司法机关在《刑法修正案(八)》中取消了13个死刑罪名,到2015年《刑法修正案(九)》取消了9个死刑罪名,这种逐步取消、循序渐进的修改方式值得运用到本次讨论的问题上。相信刑法去性别化立法不再是遥不可及,本次“强制猥亵、侮辱妇女罪”的修改正是司法机关对此类问题所做的一大突破,让我们期待下一次刑法修正案在去性别化立法上的进一步完善。

## 参考文献

- [1] 金泽刚,由男性遭受性侵害案看性犯罪的法律变革[J].法治研究,2015(3).
- [2] 马荣春、谷超,刑法的反向歧视[J].福建行政学院学报,2015(1).
- [3] [美]苏珊·布朗米勒,违背我们的意愿[M].祝吉芳译.南京:江苏人民出版社,2006.
- [4] 刘文高、冯泽华,男性被性侵后的救济缺失与挽救[J].法制博览,2012(10).
- [5] 李萌萌,男性性自主权的法律保护[J].湖北警官学院学报,2013(5).
- [6] 冯大牛,当男性成为性侵犯受害者[J].东西南北,2015(21).
- [7] 李军,略论我国拐卖犯罪的立法缺陷—以山西黑砖窑事件及联合国“The UN Trafficking Protocol”为视角[J].法学评论,2008(1).
- [8] 高铭暄、马克昌,刑法学(第5版)[M].北京:北京大学出版社,高等教育出版社,2011.
- [9] 杜坤,论我国同性性侵犯刑事立法的必要性及其对策[J].法制博览,2012(12).
- [10] 单吟,从强制猥亵妇女罪的修改论强奸罪犯罪对象范围的扩大[J].法制与社会,2015(1).
- [11] 卓泽渊,法的价值论[M].北京:法律出版社,1999.
- [12] 邓梦莹,我国男性性权利的刑事立法保护研究[J].法制博览,2015(15).

(责任编辑:钟彩清)

## 行政复议维持情形下共同被告问题的困境探析

金静华\*

**摘要:** 2015年颁布的新《行政诉讼法》第26条第2款将复议机关维持原行政行为与作出原行政行为的行政机关列为行政诉讼的共同被告,该条款的出台具有特定的立法背景,主要是为了解决多年以来司法实践中复议机关为避免当被告而不愿改变原行政机关的决定,而长期充当“维持会”的角色。但与此同时在实务中不少问题涌现出来,比如复议机关作出维持决定时造成法院级别管辖上的困境;对原告诉权选择权的侵害;又或者是复议维持共同被告案件带来的司法成本的大幅提高。本文试图通过分析行政复议机关作为共同被告的原因、类型以及随之而来的弊端等,提出行政救济制度的良性发展的拙见。

**关键词:** 行政复议 行政诉讼 原机关 复议机关 共同被告

### 引言

在中国,信访、行政复议与行政诉讼是解决行政争议的常用救济方式。行政复议在台湾和德国又称为“诉愿”,如果这种请求是向作出不利措施的行政机关提出,就是异议、反对意见;如果向其上级机关提出,就是诉愿、复议申请。<sup>[1]</sup>行政复议是运用行政机关内部的层级监督关系,由上级行政机关纠正下级机关的违法或不当行政行为,以保护行政相对人的合法权益,是行政权对行政权的监督。复议的本质是准司法程序,由于它既能审查行政行为的合法性,也能审查其合理性,因此对比诉讼具有相当的优势,是行政诉讼前的一种先行救济行为。在这一制度框架中,复议机关作出的复议决定与法院作出的判决有相似之处——持第三方立场来判断当事人之间的法律争议。<sup>[2]</sup>但两者不同的是,复议机关并非像法院一样是完全中立的判断机关,复议机关与被申请人即原来作出行政行为的机关之间是上下级关系,无非如县政府与县工商局、抑或是市工商局与县工商局这样的关系。因此,在复议机关维持原机关的行政行为时,这种复议决定往往是诉的前奏,申请人通常会提起行政诉讼来维护权益,此时行政诉讼中适格被告的确定无疑非常关键。

### 一、行政复议现状概述与修法的原因

继2013年全国政法工作会议指出涉法涉诉信访案件纳入法治化轨道后,2014年中央再次强调强化法律在化解矛盾中的重要地位,使人民群众由衷感觉到权益受到公平对待,利益得到有效维护。在此背景下,行政复议和行政诉讼制度的修订便提上议程。而行政复议后被

\* 金静华,江苏苏州人,上海政法学院2015级研究生,宪法学与行政法学专业,师从杨寅教授。

[1] 只要诉愿的目的在于使上级机关本来就具有的监督权运行起来,人们就可以也称之为监督诉愿。

[2] 章剑生:《关于行政复议维持决定情形下共同被告的几个问题》,《中国法律评论》,2014年12月,总第4期,第143页。

告资格的认定不仅影响着行政诉讼程序的顺利进行,也关系到行政复议机关监督原机关依法行政的积极性。

原《行政诉讼法》第25条第2款规定:“经复议的案件,复议机关决定维持原具体行政行为的,作出原具体行政行为的行政机关是被告;复议机关改变原具体行政行为的,复议机关是被告。”据此,复议后的被告有两种,即原机关与复议机关,因此复议机关不想成为被告的唯一方法就是作出维持决定。这也是在具体实践中复议机关俨然变成“维持会”的重要原因。“2011年至今年上半年全省审结的724件行政复议案件中,维持原行政机关决定(含驳回)的占审结案件总数的69.34%。”甘肃省人民政府副秘书长、省政府法制办主任唐晓明在通报全省行政复议应诉工作情况时说,案件维持率较高的重要原因,是有些行政复议机关对行政复议制度的认识还不到位,出于“怕当被告”的心理,遇到行政复议案件就维持,从而造成了较高的维持率。<sup>[1]</sup>据统计,在全国行政复议审结案件中,2011年的84387件中作出维持决定的有49941件,维持率为59.18%;2010年的77606件中维持有45615件,维持率为58.78%;2009年为62.22%。<sup>[2]</sup>面对居高不下的复议维持率下,该规定成为学界抨击的对象。

新《行政诉讼法》第26条第2款规定:“经复议的案件,复议机关决定维持原行政行为的,作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告;复议机关改变原行政行为的,复议机关是被告。”这条规定改变了“原机关被告说”,但也没有采取在该法修改过程中学界提出来的“复议机关被告说”,而是采取了折中的原机关与复议机关“共同被告说”。关于复议机关在维持决定在作为共同被告,其设计的初衷当然是为了让复议机关更加负责任的审查原行政行为的合法性与合理性。是立法机关为了解决当下行政复议实践中暴露的问题而用心良苦的出台的程序性改革制度,具有强烈的问题指向性。但是在这一规定实施至今,弊端逐渐涌现出来了。

## 二、何为“复议维持”

我国立法中,复议决定类型包括:维持决定、撤销决定、变更决定、履行决定、确认违法决定、驳回复议申请决定。其中维持决定是对原行政行为予以肯定和支持,无疑属于维持原行政行为,撤销决定、变更决定、履行决定、确认违法决定属于复议机关改变原行政行为,这一结论也没有异议,处于模糊地带的是驳回复议申请决定。

《行政复议法实施条例》第48条第1款规定:“有下列情形之一的,行政复议机关应当决定驳回行政复议申请:(一)申请人认为行政机关不履行法定职责申请行政复议,行政复议机关受理后发现该行政机关没有相应法定职责或者在受理前已经履行法定职责的;(二)受理行政复议申请后,发现该行政复议申请不符合行政复议法和本条例规定的受理条件的。”

本款第一项相当于行政诉讼判决类型中的驳回诉讼请求,在性质上属于对复议申请作出审查之后的实体性处理决定,实际上是维持决定的替代品。即原行政行为如果是作为,则适

<sup>[1]</sup> 官员称部分行政机关怕当被告致复议维持率高,法制网-法制日报2012年11月30日。

<sup>[2]</sup> 王春业:论复议机关作被告的困境与解决,南京社会科学,2015年07月15日,第91页。

用维持决定；原行政行为是不作为，因为没有可以被维持的效果和内容，故作出驳回复议申请的决定。此时如果提起行政诉讼，应当以复议机关和原机关为共同被告。

本款第二项相当于行政诉讼中的驳回起诉裁定，在性质上属于对行政复议申请的程序性驳回，既不属于维持原行政行为，也不属于改变原行政行为。原因在于复议机关并没有对被申请复议的具体行政行为合法性进行审查，而是在受理案件之后，对自身的受理行为进行否定，认为本案不属于行政复议的审查范围。其效果相当于复议机关不作为。故此时如果提起行政诉讼，应当赋予原告选择权，即不服原行为的告原机关；不服复议机关不作为的，告复议机关。

最高人民法院《关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第6条第1款规定：“行政诉讼法第26条第2款规定的‘复议机关决定维持原行政行为’，包括复议机关驳回复议申请或者诉讼请求的情形，但以复议申请不符合受理条件为由驳回的除外。”

由此，“复议维持”不仅仅包括对原行政行为的肯定性支持，还包括了复议机关在受理申请后，经过审查认为该复议申请或者请求不应当获得支持，于是作出的驳回决定。但是复议机关因为程序上的问题而驳回，即经过判断否认了自己的受理行为的，则不属于复议维持，而是视为其对行政复议申请的不作为，复议申请人对此种驳回有权选择起诉原机关或是复议机关。

### 三、行政诉讼双被告制度在审判实践中的困境

#### (一) 侵害了原告的诉权

《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第二十三条第二款的规定，<sup>[1]</sup>在行政诉讼中，法院若是发现遗漏了被告，有告知义务，但必须在征得原告同意的基础上，才能追加被告。如果原告不同意追加，法院根据需要也可以依职权追加其作为第三人参加诉讼。这是所谓的“漏加转”。

在复议机关维持原行政行为时，若原告提起行政诉讼并没有将原机关与复议机关列为共同被告，而只起诉其中一个行政机关，法院应当告知原告追加被告。原告不同意追加的，法院应当将另一机关列为共同被告。这是所谓“漏加列”，此时的原告没有选择权，只要选择了行政诉讼这条救济途径，那么结果必须是以两个机关为共同被告。

按照新法规定，<sup>[2]</sup>复议机关作出维持决定则为共同被告，若作出改变决定，则也要单独作为被告，那么只要经行政复议作出决定的，当事人提起行政诉讼的，其都要当被告，这确实会倒逼复议机关负起责任，依法作出经得起司法审查和诉讼检验的复议决定。这固然是修法的利处，但复议维持决定和原行政行为毕竟是两个独立的行为，因此该诉讼不能归为必要共同诉讼，原告有权选择单独告还是共同告，可是在新法规定下原告的诉权选择权没有得到充分尊重，而同时法院要花费较多的精力来向原告释明。

[1] 《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第23条第2款：“应当追加被告而原告不同意追加的，人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼。”

[2] 《行政诉讼法》第26条第2款：“经复议的案件，复议机关决定维持原行政行为的，作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告；复议机关改变原行政行为的，复议机关是被告。”

## (二) 双被告导致管辖法院审理难度增大

从级别管辖的角度看,最高人民法院《关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》有关规定,<sup>[1]</sup>因复议维持而提起的共同被告的行政诉讼,以原机关来确定案件的级别管辖。以上述的县工商局为原行政机关为例,那么复议机关则为县政府或者市工商局,以县工商局来确定则该共同被告案件应由基层人民法院管辖,但在正常的级别管辖下,被告为县级以上人民政府的案件应由中级人民法院审理。由于“县法院审不了县政府”已经成为我国行政审判的一大现状,基层法院因人、财、物受制于人民政府,难以做到公正、独立审判,故将县级以上(含县级)政府当被告的行政案件归由中院管辖,可是在双被告案件中,事情又回到了原点,得出的审判结果终难令人信服。

从地域管辖的角度看,《行政诉讼法》第18条<sup>[2]</sup>规定了经复议案件的特殊地域管辖——选择管辖。相对于一般地域管辖的“原告就被告”,此类经过复议的案件,无论复议机关是否改变了原行政机关的行政行为,原告均可以在两地法院之中进行选择。这一规定确实方便了原告,但依旧难以弥补级别管辖上带来的巨大缺陷。

## (二) 行政、司法成本巨大

目前只有针对国务院各部门和县级以上地方人民政府所做的行政行为由中院管辖,那么,省政府、国务院各部委完全有可能作为共同被告出现在基层法院的法庭之上,根据当前提倡的行政诉讼“机关负责人出庭应诉”的相关规定,<sup>[3]</sup>如此一来,复议机关即要奔赴各地参加诉讼,不仅会导致财政开支日益增大,而且在中国目前的行政体制下,会给基层法院审理案件带来巨大压力和挑战。

## (四) 对复议行为的审查范围难以确定

在因复议维持共同被告的行政诉讼中,究竟是仅审查复议程序,还是全面审查复议的实体认定,程序和法律适用等,至今难以明确认定。关于行政诉讼复议维持案件举证责任的规定<sup>[4]</sup>可以看出,法院审查原行政行为的合法性与复议程序的合法性,但究竟对复议的审查深度是多少还没有定论。复议申请人本就是在行政复议这条救济之路上不能得到满意答案才走上了诉讼途径,可曾想到依旧模糊不清。

# 四、复议维持双被告之解决方案探析

## (一) 充分赋予原告诉权选择权

<sup>[1]</sup> 最高人民法院《关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第8条 作出行政行为的行政机关和复议机关为共同被告的,以作出原行政行为的行政机关确定案件的级别管辖。

<sup>[2]</sup> 《行政诉讼法》第18条:行政案件由最初作出行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件,也可以由复议机关所在地人民法院管辖。

<sup>[3]</sup> 《行政诉讼法》第三条:“被诉行政机关负责人应当出庭应诉。不能出庭的,应当委托行政机关相应的工作人员出庭。”;最高人民法院2015年4月20日通过的《关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第五条之规定,行政诉讼法第三条第三款规定的“行政机关负责人”,包括行政机关的正职和副职负责人。行政机关负责人出庭应诉的,可以另行委托一至二名诉讼代理人。

<sup>[4]</sup> 《关于适用〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第九条 复议机关决定维持原行政行为的,人民法院应当在审查原行政行为合法性的同时,一并审查复议程序的合法性。

作出原行政行为的行政机关和复议机关对原行政行为合法性共同承担举证责任,可以由其中一个机关实施举证行为。复议机关对复议程序的合法性承担举证责任。

介于新法修改前的各界对复议制度的严厉批判,立法者在原告的诉权和对复议机关的更强约束上选择了后者,即原告的诉权让位于了共同被告制度的价值。但是公民的诉权是寻求司法救济的第一位权利,他有权选择向法院起诉谁,要求获得何种方式的救济,而共同被告制度虽然给予了程序上的诉权,却抹杀了实体意义上的诉权,而我们却不得不服从于这一法律条款。

原法的“原机关被告说”使得复议机关为了不当被告而推脱责任,一味的采取“维持”决定;而笔者认为学界曾提出的“复议机关被告说,这会强逼复议机关不敢贸然维持,必须建立在充分的调查和监督之下才有自信作出维持决定,以面对日后可能随之而来的诉讼,这样才能真正发挥行政复议最本质的功能:运用行政机关内部的层级监督关系,通过对行政行为的合法性、合理性的深层次审查,以保护行政相对人的合法权益;抑或将这一权利交还到原告手上,在复议维持之后由他自行选择对哪一对象提起诉讼,也非不可;这样能够充分的解决了当前双被告行政案件在级别管辖上的尴尬境地。

## (二) 灵活变通共同被告行政案件的审理方式

“告官要见官”。行政机关首长出席并支持法院的司法工作,是当下建设法治政府的重要表现方式之一。被告出席法庭,是对司法的尊重,但是让省政府、中央部委的首长多次因共同诉讼而跨市、跨省去出席法庭,将带来巨大的行政、司法的成本。健全政府法律顾问制度,允许诉讼代理人出庭,一方面既节约了成本同时也契合十八届四中全会决定的精神——各级政府应当健全政府法律顾问制度;通过网络开庭等现代高科技通讯方式出庭也是可以适用和推广的,能达到见到被告行政机关首长目的的同时还能有效节约资源。

## (三) 改革“不得民心”的行政复议制度

权威、专业、公正、快捷、低廉是行政的生命,而行政司法权利的相对集中极为重要。英国的行政裁判所、美国的行政法官和目前中国试点中的行政复议委员会恰好说明这点。从2008年国务院法制办的试点改革通知<sup>[1]</sup>至2011年再次提出试点的要求,<sup>[2]</sup>目前已有多地形成了具有特色的行政复议委员会改革。

上海通过政府主导、社会专家学者参与的形式建立行政复议委员会,确保行政复议机关公开、公平、公正地审理行政复议案件。上海市行政复议委员会负责审议本级政府重大、复杂、疑难的行政复议案件,研究本行政区域行政复议工作中的重大问题。<sup>[3]</sup>

作为山东省第一批行政复议委员会试点单位,2011年4月1日,经过山东省政府批准后,济宁市政府完全集中了包括公安、国土、交通等51个行政机关的行政复议权,并成立了行政复议委员会,开始对复议案件实行集中受理、集中审理、集中决定的“完全集中”模式。同时济宁行政复议委员会又开创了“两委一办”格局。专家学者、资深律师等外部委员的比例达到80%,监督委员完全为外部委员,这种“专家审案、集体合议、委员票决、现

<sup>[1]</sup> 2008年9月16日,国务院法制办印发《国务院法制办公室关于在部分省、直辖市开展行政复议委员会试点工作的通知》。

<sup>[2]</sup> 国务院在2010年11月8日发布的《关于加强法治政府建设的意见》中,再次提出了“探索开展相对集中行政复议审理工作,进行行政复议委员会试点”的要求。

<sup>[3]</sup> 2011年9月,上海市人民政府发布《上海市人民政府关于本市开展行政复议委员会试点工作的意见》。

场监督”的审理方式使得行政复议不再是“官审官”，排除了外界干扰，提升了审理的公正和权威。

各地试行成立行政复议委员会的创新工作有所缓解之前“大信访、中诉讼、小复议”的局面，各地行政复议案件数量呈现井喷之势。从2015年开始，中山市行政复议委员会尝试由100%的非常任委员审查行政复议案件，其意义在于弱化审案机制的官方色彩，更大程度彰显审案人员中立性，体现行政复议的公信力。据中山市法制局统计，设立行政复议委员会后，该市行政复议案件申请量和整体纠错率都明显提升。如2011年整体纠错率为18.6%，比2008年整体纠错率10.1%提高了近一倍。2014年，全市共收行政复议申请556宗，调解和解率为34.2%，整体纠错率达35.2%。

## 五、结语

我们不必反对“行政司法”，我们需要反对的是将社会个人权利的裁决权授予与裁决结果有利害关系的某行政机构或控制该机构的任何机关。如果没有利害关系，那么行政机关和法院之间的职能分立原则上取决于各自的法律职能。如果需要专业的知识，那么专家也许是作出裁决的合适人选；如果需要一般生活知识，那么接近一般生活的法官可能会更合适。<sup>[1]</sup>

在新行政诉讼法实施一年多以来，复议维持下共同被告案件，还是管辖审理的困境等问题日益显露。通过本文的分析，从对原告诉权的尊重、灵活变通案件审理方式，最后归于问题的核心，即公众对于行政复议这一救济制度的公正性与独立性存在质疑，通过开展和推广行政复议委员会改革试点工作，吸收专家与法律人才的方式实现真正的专业、监督与公正。只有行政机关坚持依法作出行政行为，复议机关公正、客观进行监督，作出禁得起司法考验的复议决定，彻底改变“小复议”格局指日可待。

## 参考文献

- [1] 奥托·迈耶，德国行政法[M]，罗豪才主编，刘飞译，商务印书馆，2002。
- [2] 章剑生，关于行政复议维持决定情形下共同被告的几个问题[J]，中国法律评论，2014(4): 143。
- [3] 黄学贤、杨红，行政复议后行政诉讼适格被告问题探讨[J]，学习与探索，2014(11)。
- [4] 《中华人民共和国行政复议法实施条例》是2007年5月23日国务院第177次常务会议通过的一个条例，自2007年8月1日起施行。
- [5] 《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》于1999年11月24日由最高人民法院审判委员会第1088次会议通过，自2000年3月10日起施行。
- [6] 王春业：论复议机关作被告的困境与解决，南京社会科学，2015,07(15): 91。
- [7] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》，2015年4月20日由最高人民法院审判委员会第1648次会议通过，自2015年5月1日起施行。
- [8] 关保英，行政六法简明教程[M]，法律出版社，2015。

(责任编辑：高飞)

<sup>[1]</sup> 郑磊、沈开举：《英国行政裁判所的最新改革及其启示》，《行政法学研究》，2009年第3期。

# 人民币离岸金融中心的法律制度困境与对策

李明哲\*

**摘要:**自20世纪90年代开始发展的离岸金融试点到如今人民币离岸金融中心建立到发展过程来看,建立人民币离岸金融中心是人民币国际化的必然过程和中国对外贸易不断膨胀式发展的阶段性结果,由于离岸金融的自身所具有的特点以效益为主且宽松的监管法制,离岸金融相较在岸市场更易引发非制度或制度风险。对于此我们将从外部金融法律制度监管的角度分析金融监管的困境及其法律制度建设的现状,并与世界离岸金融发达国家的金融监管法制进行比较研究,为我国人民币离岸金融监管法制提供参考和理论基础,并对其法制建设精神进行阐释,探究我国离岸金融市场法制的解决对策发展目标。

**关键词:** 离岸金融 金融监管 监管法制

## 一、RMB OFC 概述

离岸金融中心(Offshore Financial Center)又称为境外金融市场或者离岸型金融市场,是指在相对国际化和贸易高度自由化的国家金融宏观管理体制和外贸及市场下税制优惠的环境下,其由非居民参与的、且经营可自由兑换的货币、并在境外进行资金融通的或者货币实际发行的国内外的、其贸易行为基本不受到相关法规以及国内税制限制的一种新型自由交易中心。就一般的解释就是人民币离岸中心是在中国国境以外能够大量筹集到人民币本币的地方,可以说是一个人民币的货币批发市场。

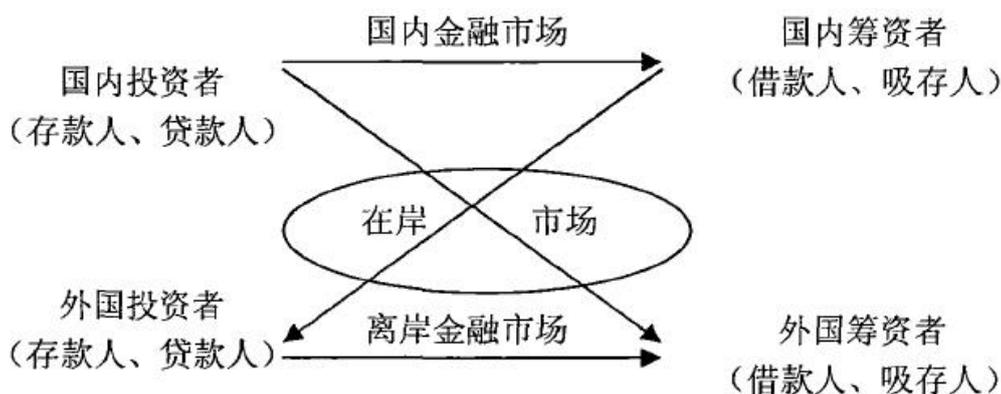


图 1-1 全息金融市场架构<sup>[1]</sup>

自2000年以来,伴随着人民币本币的在国际货币中地位不断提升,境外流通或者境外贸易对人民币的需求不断增加,同时人民币外汇储备量也愈发增多,并且就经济发展而言,中国的整体经济实力也在不断增长的背景下。人民币的不断对外流出,并且经过来往时间后

\* 李明哲,上海政法学院2016级法学理论研究生,师从胡戎恩副教授。

[1] 史福厚:《金融监管导论》,中国商务出版社2004年版。

在跨境贸易以及投资中同比使用,人民币资金必然面临问题是一一如何有效率的有原则地在境外各地广泛流通和积累。有外贸交易的境外地方,就必然会有关于人民币金融业务的刚性需求,从银行机构上来说其提供的人民币服务特别是离岸金融相关服务也就会随之产生。而且如今的贸易扩大和离岸金融中心带来的便利引致需求转化为供给主导。国际贸易对人民币资金需求量不断加大,而面临进入国内市场准入和税制的限制,极大影响了交易效率和发展进程,所以迫切需要建立一个放开市场准入限制和国际优惠税制的区域来实现资金互通和贸易的场所,人民币离岸金融中心即应运而生。

## 二、我国 RMB OFC 法制现状及问题

### (一) RMB OFC 法制现状

在市场准入监管方面我国的法律依据是《离岸银行业务管理办法》,特别对于离岸的银行所代理的业务进行管理和监督,并成为一种特定的考评以及管理制度和模式,还包括《外资银行管理条例》所针对的外资银行进行业务准入的管理,<sup>[1]</sup>我国从2000年到2009年,先后关于离岸金融市场的准入监管情况设定了不同的细则与条例,旨在对银行业进行有效的法律规制。

国家之所以开始对离岸金融市场开始监管,其中一个重要的现实因素就是金融危机的出现,如果对于风险不能有效的分析、测评、预防,在人民币走向国际化的时候,我国金融业对外开放的时候,就会不断加增在岸资金流风险,外资银行的进入与离岸金融业务的发展,人民币双向流动,特别是向国外流动,都是不可避免的金融自发问题。<sup>[2]</sup>我国在《中华人民共和国外资银行管理条例》中极少涉及在人民币离岸金融中心的监管问题,但在具体业务进行的过程中,行政审批成为了主要甚至及其重要的方式,从某种程度上可以对离岸金融业务进行一定程度上的风险规避。

另外一个负责我国离岸金融业务的管理机构就是国家外汇管理局,其主要监管的内容即是对离岸地区设立相关合资或外资银行与国内银行在债务以及财产清算等具体业务中对将会出现的损失进行有效控制。离岸金融的在运作的各个层面特别是伴随着金融衍生品的进入和非银行组织的加入都加大了监管的难度,监管必须由配套的监管法制作为保障,为降低各类风险发生的可能性,保障我国离岸金融具体业务有序地发展、运行。

### (二) RMB OFC 法制问题

在RMB OFC建立初期,主要是通过减少法律相关规制,依靠国内外市场本身需求共同推动其自身发展,所以配套的法律法规难以形成,监管部门又不能以此自洽并形成统一的监管体系,甚至相互矛盾,形成普遍的内在冲突。例如,在处理人民币离岸结算是是否能由外国居民进行担保《中华人民共和国商业银行法》与《离岸银行业务管理办法》给出了完全不同的规定,这不仅仅是离岸金融立法上的问题,也是我国在国际私法领域立法技术上的问题,部分细则规定参照国际金融市场的规制制度,我国也依旧实行国内通用的金融法律规制。对

[1] 李建军:《人民币国际化发展现状、程度测度及展望评估》,《国际金融研究》,2013年第10期。

[2] 李翀:《论人民币离岸金融中心形成的可能与影响》,《学术研究》,2014年第4期。

于问题的出现和矛盾的解决,无疑是加增了监管的成本和难度更加难以操作,而且进一步阻碍了我国人民币国际化的步伐和离岸金融中心的发展。而且我国的离岸金融法制建设滞后,控制力度较小。<sup>[1]</sup>

我国现在人民币离岸金融中心采取的市场模式是有限渗透的内外分离型模式,<sup>[2]</sup>其本身设计就是存在一定的缺陷和漏洞,如果在离岸金融业务进行过程中存贷款出现不能有效平衡,贷款不能及时回收,出现呆账、坏账或者死账,这将对金融市场本身极大的风险和危机,一直有这种隐患的话,将会对离岸金融市场的对资金的把控力和依赖进行削弱,影响人民币本币的信用,对离岸金融体系同系的在岸市场都带来了极大的冲击,有的企业走管理方法和法规的空子进行转移资金、洗钱、套利、逃税、套汇等,更加加重了离岸银行的负担,从核心上破坏离岸金融市场。

在离岸金融市场,国家外汇管理局在监管过程中始终局限在外汇业务,职能局限在《离岸银行业务管理办法》所给予的范围内,在多变的离岸市场新问题出现的情况下,其立场和解决办法就不能很好的解决相关问题而且法律规制本身审慎的滞后性也带来了这一问题,不利于形成有序的发展轨迹,离岸金融中心又要求完全打开市场,所以在利益的带动下,监管部门也就忽视了潜在的风险,对于利率汇率等问题的风险分析和认知不足,对于信用评级制度,税收管理制度,风险监控制度上还不完善特别是在面对出现的新的公司,新的组织形式,新的金融业务,都需要根据实际情况进行分析管控,不能有效规避存在的问题,在如今人民币离岸金融中心发展的速度和现状来看,这是亟待解决的问题。

### 三、我国 RMB OFC 法律制度构建

从世界发达国家离岸金融市场的发展过程来看,在分析和比较其各自建立的离岸金融法律制度上,都出现了不同的局面,但在法律借鉴的过程中囿于各个国家的政治经济文化和法制发展进程的不同,我们不能完全意义上对法律制度借鉴和移植有着信心和条件,但是对于同是以市场为中心的离岸市场,我们能就其本身带有的权利相对自由发展的情况进行一定程度上的分析和总结,来找到一条可供实践的道路。

就金融体制具体监管目标来看,美国对外贸易发展成熟,在离岸金融市场有庞大的资金储备,且在外币汇兑或者银行衍生类金融服务中资金的流动量巨大,所以美国在建立离岸金融法制监管时,着重考虑的是如何控制风险,保证资金的回流,所以美国在离岸金融监管体制中,结合其联邦制的政治体制,采取了“多头双重”的监管方式,构成了一个监管群大,覆盖网络大的情况,在银行外汇证券等各个领域让监管权力有效遍布,处理效率更加高,但同时带来阻碍也较多,法制处理风险的能力较为滞后。相比较下的新加坡,新加坡离岸市场资金量小,而且本身就是依赖其地理优势和港口资源大力发展对外贸易,其本国囿于资源限制,在发展国际贸易时,着重与资金的吸引,并且严格把控资金的有效回流,<sup>[3]</sup>防止影响在岸市场的发展,通过外币汇兑来调控在离岸资金之间的渗透,所以采取的是内外混合与内外

[1] 韩龙著:《离岸金融市场的法律问题研究》,2001年版,法律出版社,第248-273页。

[2] 罗国强:《离岸金融监管法制构建中的基本原则与模式》,《广东金融学院学报》,2016年第5期。

[3] 曾之明:《人民币离岸金融中心发展模式及策略选择》,《中南财经政法大学学报》,2010年第1期。

渗透的模式。在法律制度建设中新加坡采取单一制的监管体系,这样有利于监管主题权力的集中执行,是权责有效分治并统一在一个监管体系下。更加有利于权力在离岸金融业务中的落实,更具社会改革性,但在具体业务上就不能更加微观的解决潜在的风险。英国也采取的内外渗透的模式,限制很少。而且为了回流本币,所以在目的上和新加坡的制度设计有着相似的地方,法制目的不同也为不同的金融目的而服务,综合来看,就经济发展水平和政治环境以及人民币货币国际化处境,我国可以借鉴新加坡的离岸金融监管模式,<sup>[1]</sup>吸收有利的建设经验,以下是我们必须要坚持的几项原则。

### (一) 促进金融稳定与发展原则

金融在发展过程中,必须以市场为主导,离岸金融作为一种创新性的发展方式也需要市场的对利益的驱动才称得上是一种经济发展模式,所以对于其本身来说,就存在着稳定性的问题,特别是在离岸金融发展初期,法律制度不完善,监管也不力的情况下,更不能对于发展速度过于要求,利益至上的建设离岸金融中心,20世纪末的曼谷国际银行的建立,目的是为了为其离岸金融市场获得在国外的更多的资本的支持,吸引资金的注入来促进本国经济的良好发展,但是因为对潜在风险的处理不到位,最后导致了金融危机的产生,所以不能埋头发展经济,一味追求效益,还应把稳定性纳入考量的范畴,在稳定中谋求进一步的发展。双线进行下的离岸金融中心,发展仍然是主要部分,我国自加入WTO以来,国内与国外联系更加紧密,所以在金融事业这种关乎本国和世界经济安全的事务上,要履行大国的责任,不仅要开放的容纳金融个体的发展,也要加强离岸金融中心的法律制度建设,合理的批判的吸收国外离岸市场的发展经验和教训,立足于本国经济发展特色,推进离岸金融业务,形成良性竞争的良好发展模式。

### (二) 适度自由化原则

离岸金融市场和在岸金融市场有着及其相似的性质和目标,都是以市场为主导下的,从事金融业务和资金流通的模式。但是离岸金融的发展又有其本身的特点,比如在监管政策上,为了促进国外资金的有效注入,为了扩展离岸金融市场,又减少了一部分贸易壁垒,增加了许多优惠的政策,在法律制度上,市场准入制度和外汇管制制度等都很少限制离岸金融的市场,这也是对金融市场创新发展是有利的,从十八世纪以来,自由主义经济在美国欧洲等大国中盛行,政府担当“守夜人”的角色,的确为当时的市场发展提供的广阔的发展空间,从离岸金融本身的特性上来看,自由化是利其发展的,但是不是完全绝对的自由化,必须在发展过程中严格完善风险管控机制,完善法律相关规定。

### (三) 加强国际合作原则

在贸易全球化的今天,金融危机、关税壁垒、国际经济犯罪和洗钱问题是伴随国际市场开放化带来的问题,同时也是全球性的问题,离岸金融本身管制较少,法律规避现象较多,在离岸金融机构母国和离岸货币发行国等各国相关金融机构相交融的离岸金融中心里,处理问题绝不仅仅是一个国家的问题,更需要的事各国的协调与合作,在各国缔结的条约规定下,各国分享监管的信息,在司法管辖权和司法协助上互相合作,建设一个全球化的离岸金融监

<sup>[1]</sup> 李蓓:《借鉴新加坡经验创建滨海新区成为北方的离岸金融中心》,《特区经济》,2006年第12期,第31页。

管体系,减少法律规制的属地属人管辖权异议,达成在离岸金融地区协调一致来严厉打击犯罪和违法行为。

## 四、探究我国 RMB OFC 法律制度的对策

### (一) 市场准入监管法制

市场准入的监管,是从源头上对离岸金融从业者的审批,在保障国内金融业的基础上和 GATS 的背景下,一方面严格实行国民待遇原则,让非居民在离岸市场有效开展业务,一方面也要严格按照法律的规定,对其资本的实力和实际经营能力进行考核审批。我国现在离岸市场仍仅限于经营货币业务,还应适度放宽对银行和非银行机构的准入,银行方面法律承认分行的形式更加有利于规避风险将风险分担在背后总行,同时也有利于更有效的监管,依此道理,非银行的金融形式,也应采用分公司的形式从准入源头来规制准入形式有效降低风险,但是出现了纠纷适用法律的层面来讲又提出一些难题,有待解决。新加坡地区主要采取新型的发放牌照的办法,通过将银行进行分类划分,以本质特色发放牌照进行分门别类管理,再辅以审批,是我国可以参照的一种办法。

### (二) 经营监管法制

各国现行的办法就是通过对分行经营的业务进行间接控制,来对总行的资本金的标准进行要求,遵照《外资银行管理条例》中规定的百分之十的最低标准。再加上对不同的机构发放不同的牌照,也可以做到总体有规定,个别按照情况而量化,这不是混淆的方式,而是更加科学的适应实际情况的规制。也是结合了离岸市场本身弱化限制与法制控制经营的合适的交叉点。从经营业务范围上看,如今伴随国际市场上类似金融衍生品的金融创新出现,使监管出现了一些困难,所以我国在进行离岸债券业务的过程中有必要控制金融衍生品的发展速度,因为其风险是巨大而且未知的,所以必须在经营过程中要设立相关法律制度。其次在交易对象上,离岸市场的主要参加者是非居民,<sup>[1]</sup>如果我们借鉴新加坡的内外业务渗透模式,居民也可以从一些渠道参与到离岸金融市场上来。在人民币完全可兑换的情景还需要进一步发展,在美元、日元、欧元自由流通的离岸市场中我们中心还应放在对机构自身经营的过程中。

### (三) 税收监管法制

税收的征管是离岸金融市场业务进行的必要阶段,也是国家反馈市场效益的重要手段,我国如今实行的普惠制的征管原则,横向比较发达国家,美国采取的严格税收制度,主要是为了控制离岸金融机构的规模来匹配其市场紧缩的需求,而新加坡和我国则类似,目前发展处于初级阶段,设定的赋税不仅较低于在岸市场,而且相较于周边地区也较低,目的是为了更好的吸引资金向离岸金融中心的注入,同时更好的运作资金有效循环。对于出现的避税现象,我国的国家外汇管理局也放出宽限,只要不涉及严重的违法情况,不对我国在岸市场公共利益造成极大损害。其次在税收管辖问题上纯在冲突,我国现行的也是单边预约机制,接

<sup>[1]</sup> 李欢丽:《新加坡人民币离岸中心的比较优势》,《中国金融》,2013年第17期。

下来的法制建设中,还应向双边协定机制上和各国接洽签订条约,<sup>[1]</sup>我国离岸金融中心也要伸张我们的经济主权,减少“一事一议”的现象,避免重复征税,以我国经济安全为底线。

#### (四) 风险监管法制

离岸金融市场在本身监管方面就以市场为导向,监管措施十分宽松,而在岸的风险防范措施又不适用于离岸市场,在《巴塞尔核心原则》中提到的审慎监管原则,这是我们离岸市场的核心原则,在法律规制上也采取审慎监管的内在逻辑从四个方面对风险进行监管:第一,信用风险,对于风险进行综合的评估,建立起一套严格的核查机制。定期或者不定期的对从业机构进行核查。《离岸银行业务管理办法实施细则》是我国现行的风险管理条例。第二,市场风险,这是相对宏观的对市场整体风险的把控,包括范围涉及到利率、汇率和投资等具体的风险,比例标准应接轨国际市场的整体风向提高标准,第三,资本充足率,根据巴塞尔协定的百分之八,对比现在我国离岸金融中心的发展水平,应注重非银行机构的要求。总的来说,风险监管的法律制度,要把焦点放在两个方面即风险指标体系和贷款风险控制,这是形式变化下不变的内在风险。规制要随变化跟进,不断完善。

### 五、我国 RMB OFC 法律制度的目标

通过建立全能型监管模式实现混业监管的模式,<sup>[2]</sup>最终达成一个较为完善的离岸金融法律制度体系。将是我国的法制建设现阶段的一个目标,在我国整体法制建设体系下,离岸金融市场的法制建设为重要一环,其相关我国人民币国际信用和离岸业务开展的稳定性,也是我国本身法制建设的重要任务,我国从1997年到1998年相继颁布了有关离岸金融业务的管理办法,形成了有银监会,证监会和保监会三大监管委员会的监管体系,金融监管得到加强,但是在我国复杂的离岸金融情况较为复杂:第一,根据属地原则,在市场所在地。根据离岸金融资金提供者的情况,实行属人原则,可以监管的离岸货币发行地都是基于货币主权做出的具体情况,在同一地区还要受到国际资本协会的监督,各个在岸市场和离岸市场都有相对应自己的监管制度,不同主权的国家对本国的利益也会做出有利于本国利益的监管制度,最后的情况是,离岸金融监管标准重叠甚至产生冲突,难以形成统一的金融监管制度,就容易产生一定的漏洞和风险。第二,我们看到在英美法系中,在法律适用上,当事人可以就离岸问题适用德国法也可以适用美国佛罗里达州的法律,而且存在部分的传统规则非常难以适用到离岸金融问题当中,英美判例法的判决也在国内和离岸地区存在相互抵触的地方,所以我国在建设离岸金融法制时,必须要确保安全和稳定,保证法律实施的稳定,从而在稳定中不断发展离岸金融市场,在实践中及时跟进法律规制。在准入方面,允许非居民的进入。从风险管控金融监管,以银行和外汇为切入点,建成一个开放和审慎并存的现代离岸金融中心法律制度体系。而体系本身建立又必须依赖一个完整的法学框架,所以我们还应从原则背后的逻辑精神对其进行探讨。

[1] 焦克:《建立离岸金融中心推动人民币国际化进程》,《大连海事大学学报(社会科学版)》,2012年第4期。

[2] 王家强:《人民币离岸金融中心的竞争与市场选择》,《国际金融》,2014年第6期。

## 结语

我国应审慎学习美、日以及新加坡的有效经验,建立起适合我国国情的离岸金融模式。当然,这个过程是漫长的其中不可控的因素也很多,模式的选择也不是一层不变的,是顺应经济的发展和离岸市场发展需求的变化而变化的。在国内和离岸地区存在相互抵触的地方,我国在建设离岸金融法制时,必须要确保两方的安全和稳定,保证法律实施的稳定,从而在稳定中不断发展离岸金融市场,在实践中及时跟进法律规制。从风险管控金融监管,以银行为切入点,兼顾非银行组织,严格关注金融衍生品的产生和渗透,从内外渗透型模式的选择到开放性市场的经验,每一步都要有法制作为底线来加以保护和限制并建成一个开放和审慎并存的现代离岸金融中心法律制度体系,本文只是尝试性的对存在的问题来探究建立的迫切性以及对策的设计从一定的角度进行论述,但理论依据仍然还不够深入和完善,感性材料的经验提取可能有失偏颇,希望在将来实践中获得更多的经验来学习和改进并加强对人民币离岸金融中心有着更进一步的认识。

## 参考文献

- [1] 史福厚, 金融监管导论[M], 中国商务出版社, 2004.
- [2] 韩龙著, 离岸金融市场的法律问题研究[M], 法律出版社, 2001.
- [3] 罗国强, 离岸金融监管法制构建中的基本原则与模式[J], 广东金融学院学报, 2010(5).
- [4] 李蓓, 借鉴新加坡经验创建滨海新区成为北方的离岸金融中心[J], 特区经济, 2006(12).
- [5] 郭云钊、张鹏, 全球离岸金融中心的发展[J], 中国金融, 2012年8月刊.
- [6] 尹丽, 我国离岸金融中心建设的法律构建探析[D], 2012年, 复旦大学学位论文.
- [7] 曹蕊, 人民币离岸金融中心的建立及其影响[D], 2008年, 北京师范大学学位论文.
- [8] 陶硕, 亚洲离岸金融中心成功案例比较与分析[J], 北方经济, 2006年10月刊.
- [9] 廖原, 论香港人民币离岸金融中心[D], 2004年, 西南财经大学学位论文.
- [10] 景建国, 有关我国建立离岸金融中心的建议[J], 新金融, 2009年2月刊.

(责任编辑: 孙盼盼)

## “中巴经济走廊”对“一带一路”战略的影响分析

王壬\*

**摘要:**“中巴经济走廊”以我国新疆喀什为起点,以巴基斯坦瓜达尔港作为终点,连接“丝绸之路经济带”与“21世纪海上丝绸之路”,同时也是“一带一路”的重要组成部分,其战略地位不言而喻。“中巴经济走廊”建设具有全局战略意义,不仅有利于发挥其对“一带一路”的带动作用、桥梁作用和纽带作用,还有利于维护边疆安全与稳定。但中巴走廊的建设不是一蹴而就的,印度和美国的“不看好”、沿线地区动荡不断等因素均阻碍走廊的建设。分析“中巴经济走廊”对“一带一路”的影响及阻碍因素并找到相应的解决对策,对“一带一路”具有深远的现实意义。

**关键词:** 中巴经济走廊 一带一路 影响 阻碍 对策

中巴经济走廊起点为中国喀什,终点为巴基斯坦瓜达尔港,全长3000公里,北接“丝绸之路经济带”、南连“21世纪海上丝绸之路”,是贯通南北丝路关键枢纽,是一条包括公路、铁路、油气和光缆通道在内的贸易走廊,也是“一带一路”的重要组成部分。从宏观的角度来看,中巴经济走廊将南亚、中亚、北非、海湾等地区国家通过经济、能源领域的合作紧密联系在一起,形成经济共振,同时强化了巴基斯坦连接亚欧大陆、非洲大陆的纽带作用。从中巴能源需求看,“中巴经济走廊”从陆路开辟了通向中东的门户,以此为枢纽可把中国、波斯湾和阿拉伯海连接起来,开辟了一条绕过马六甲海峡的内陆能源通道。笔者从“中巴经济走廊”战略的提出、意义、障碍及其对策四个方面全面分析中巴经济走廊对一带一路的影响。

### 一、“中巴经济走廊”战略的提出

2013年年初,巴基斯坦政府从新加坡公司收回对瓜达尔港的经营权,中国公司同意接手经营瓜达尔港,这是一个意义重大的信号,表示中方对相关问题有新的考虑和处置。2013年5月中国国务院总理李克强访问巴基斯坦,与巴方领导人就进一步加强中巴全天候战略合作伙伴关系深入交换了意见,双方共同研究制定“中巴经济走廊”远景规划,推动中巴互联互通建设,促进中巴投资经贸合作取得更大发展。2013年7月,巴基斯坦总理谢里夫访华,两国政府发表题为《关于新时期深化中巴战略合作伙伴关系的共同展望》的联合声明。2013年9月,国家发展和改革委员会组团访巴,与巴基斯坦有关方面就“中巴经济走廊”建设远景规划问题进行磋商。

2015年3月发布的《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》则明确提出,“中巴、中印孟缅两个经济走廊与推进‘一带一路’建设关联紧密,要进一步

\* 王壬,上海政法学院2015级法学理论专业研究生,师从杨华教授。

推动彼此合作,取得更大进展”。4月21日,习近平主席在访巴期间,两国领导人又一致同意将中巴关系提升为全天候战略合作伙伴关系,打造中巴命运共同体,其中最大的亮点是全力推动中巴经济走廊建设。

## 二、建设“中巴经济走廊”的战略意义

中国外交部长王毅把“中巴经济走廊”描述为“一带一路”交响乐中“第一乐章”。虽然中巴走廊尚在建设中,但其一旦建成,必将辐射周边国家,促进中巴地区的经济增长,极大地便利中国与伊朗、中亚等地的交通。中东-瓜达尔-中国这一线路将绕开整个漫长、昂贵而且风险较高的印度南端、马六甲和南海航路,不仅大大节省费用,而且能大大提高能源运输的安全程度,打破某些势力在危机时刻对中国可能的封锁。中巴“双方认为提升中巴互联互通水平对扩大两国经贸合作、促进两国经济一体化、推动两国经济发展有重要意义”。2015年4月,习近平主席访巴期间和巴基斯坦总理谢里夫会谈时,谢里夫指出“巴方支持中国的‘一带一路’倡议,将积极参与亚洲基础设施投资银行建设”。可见建设“中巴经济走廊”必将对中巴未来的合作乃至对“一带一路”战略发展产生深远影响,其战略意义主要表现为以下几方面。

### (一)“中巴经济走廊”有利于加强中巴战略伙伴关系,为“一带一路”建设提供支持

“一带一路”战略沿线国家众多,各国的支持与积极参与是建设“一带一路”的重要动力,“中巴经济走廊”的建设是对“一带一路”建设无言的强有力的支持。“一带一路”不是纸上谈兵,而是需要通过各个国家之间、国家内部之间具体实施诸多政策和计划方可实现,中巴走廊建设正是“一带一路”不可或缺的一部分。中巴走廊建设与巴国内经济发展战略紧密对接,为中巴两国务实合作搭建了平台,也进一步夯实了发展中巴全天候战略合作关系和建设中巴命运共同体的基础。通过中巴经济走廊建设,特别是能源等早期收获项目的实施,将极大缓解巴目前面临的电力短缺等制约其经济发展的突出矛盾,促进其经济快速发展,并为当地民众带来就业、收入等实实在在的好处。国际货币基金组织(IMF)预测,巴基斯坦经济在2015-2016财年将达到4.5%的增长。“经济活动保持强劲。”IMF巴基斯坦代表团负责人Harald Finger指出,这主要是受到中巴经济走廊等利好因素的推动。中巴经济走廊建设计划投资建设中巴铁路,这样以来,铁路运输使石油及其他能源运输既节约运输成本又能保证能源运输路程中的安全问题。由此得出,建设“中巴经济走廊”,推进中巴能源合作,有利于中巴能源供应渠道多元化,缓解两国石油紧张状况,维护石油运输安全,促进经济发展。巴穆沙拉夫总统明确表示“有兴趣为中国建立一条贸易和能源走廊”,他指出这与途经马六甲海峡的运输线相比是个捷径,而且建议“以战略的眼光看待这个问题”。

巴基斯坦Kashif参谋长认为中巴之间大多数明显积极的国际关系是从中国-巴基斯坦经济走廊(CPEC)建设和两国在2015年4月20日签署的谅解备忘录开始的,这些协议预示着两国更紧密的关系和两国之间未来更光明的合作。随着中国在世界舞台上扮演重要的角色,

巴基斯坦有望受益于两国之间的长期友谊和地理上的接近。<sup>[1]</sup>在《东方周刊》中,外媒评论道:这个经济走廊(指“中巴经济走廊”)已被称为“游戏改变者”,甚至“命运改变”过分热情的巴基斯坦媒体和政府,一些分析师甚至说在下一个十年和中国前所未有的460亿人民币投资将使巴基斯坦成为“未来亚洲虎”。巴基斯坦财政部长表示走廊不只是改变巴基斯坦,更是在该地区的30亿人的命运!<sup>[2]</sup>巴将“中巴经济走廊”作为推动其发展成为“未来亚洲虎之梦”的有效助力,并把中方看作实现该梦的“靠山”,建立在此基础之上,中巴战略伙伴关系必将更加紧密、友好。

## (二) “中巴经济走廊”有利于带动周边国家及“一带一路”建设

“中巴经济走廊”是“一带一路”的重要组成部分,建设“中巴经济走廊”不仅有益于中巴两国,而且有利于加快区域经济一体化进程,促进构建和拉紧亚洲合作新纽带,还可能惠及周边国家。巴基斯坦近年来经济增长率很不乐观,经济持续发展能力依然不强,但中巴经济走廊的建设将会带动巴方经济增长。

年 数	巴经济增长率	年 数	巴经济增长率
2004-2005	9%	2009-2010	2.6%
2005-2006	5.8%	2010-2011	3.6%
2006-2007	6.8%	2011-2012	3.8%
2007-2008	5%	2012-2013	3.7%
2008-2009	0.4%	2013-2014	4.14%

正如巴总统所说,“中巴经济走廊”将改变本地区人民的命运,成为本世纪经济发展的一个重要里程碑。“中巴经济走廊”建设既符合世界政治多极化、经济发展全球化、区域经济一体化的潮流,也是沿途周边各个国家经济发展的需要。作为“一带一路”的旗舰项目,中巴经济走廊将是中国与沿线国家和地区共商、共建、共享“一带一路”构想的重要体现。两国同意,以中巴经济走廊为引领,以瓜达尔港、能源、交通基础设施、产业园区合作为重点,打造“1+4”的合作布局。“中巴经济走廊”也可以向伊朗、波斯湾沿岸国家延伸并惠及更多的地区和人民,“待建成后,这一走廊将不仅成为连接中巴的重要通道,同时也会惠及居住在中国、南亚、伊朗和波斯湾地区的近30亿人。”<sup>[1]</sup>

在建设“中巴走廊”的同时努力打造瓜达尔港。瓜达尔港位于巴基斯坦西南部俾路支省,是一座天然深水良港。没有瓜达尔港,就没有中巴经济走廊。瓜达尔是最有潜力的能源中心,从瓜达尔港进来的油气管道不仅为巴基斯坦提供大量的能源,同时惠及中国和印度。来自海湾国家和伊朗的油气管道将解决中国西部省市如重庆、四川、兰州的能源需求,同时中巴经

<sup>[1]</sup> AMANULLAH BASHAR. *SUCCESS IS THE STATE OF MIND, IF YOU WANT SUCCESS, START THINKING OF YOURSELF AS A SUCCESS*: CEO CHENONE STORES LTD. 2016 Pakistan And Gulf Economist. May 29, 2016. Volume 35.

<sup>[2]</sup> China-Pakistan Economic Corridor: *A game changer*, *Pakistan observer*, <http://pakobserver.net/2016/04/16/china-pakistan-economic-corridor-a-game-changer/>.

<sup>[1]</sup> Oriental Outlook: “China-Pakistan Economic Corridor,” *Beijing Review*, Vol.57, No. 51, 2014, p10.

济走廊节省了能源运输的成本,这些上述已经论述过,不再赘述。目前,油轮运输能源本身就需要耗费大量的能源。瓜达尔港在中巴走廊对“一带一路”的带动作用中起到“领头羊”作用,因此搞好瓜达尔港的建设有利于带动“一带一路”沿线国家经济增长,促进相互间互联互通。建设“中巴经济走廊”,发挥好瓜达尔港的样板作用,有利于促进中巴经济走廊其他道路的建设,可以有力地推动地区和平稳定和发展,对于推进“一带一路”战略的顺利实施具有十分重要的意义,对促进“21世纪海上丝绸之路”沿线地区,包括西亚、南亚及环印度洋国家等地区的经济发展发挥重大作用,充分发挥此通道的辐射作用对中巴及周边国家发展具有深远的战略意义。

### (三) 中巴经济走廊是“一带一路”的重要桥梁和枢纽

中巴经济走廊不仅是“一带一路”的交汇点,还是连接“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”的桥梁和重要枢纽。首先走廊连接中巴两国,促进两国更深厚的友谊,使中巴“比铁硬、比海深、比蜜甜”的亲密关系更进一步,作为“一带一路”战略实施的重大项目,“中巴经济走廊”将覆盖巴基斯坦各个地区,为中巴两国经贸合作和人文交流创造更多便利,这对中巴两国合作和连接整个“欧亚非”地区有着重要战略意义。特别是中巴两国人民友谊饱含着两国丰富的历史文化资源和民间交流,继承和弘扬“丝路精神”将全面推进两国当代文明深入融合而更加繁荣,为中巴两国和南亚、西亚乃至世界和平发展营造良好环境。

其次中巴经济走廊把中国同阿拉伯海和波斯湾连接起来,具有地区经济融合催化剂的作用,有助于地区的和平与稳定。尤其是瓜达尔港口工程,建成后能够有效地加强中国东部沿海以及西北内陆地区和印度洋沿岸的经济联系,将有助于优化中国、巴基斯坦和地区的贸易及能源合作。

中巴经济走廊的桥梁和纽带作用,不仅对中巴两国发展具有强大推动作用,更能通过经济、能源合作、文化交流、基础设施建设把西亚、南亚、北非、中亚、海湾国家等紧密联系起来,促进“一带一路”沿线经济加快发展。

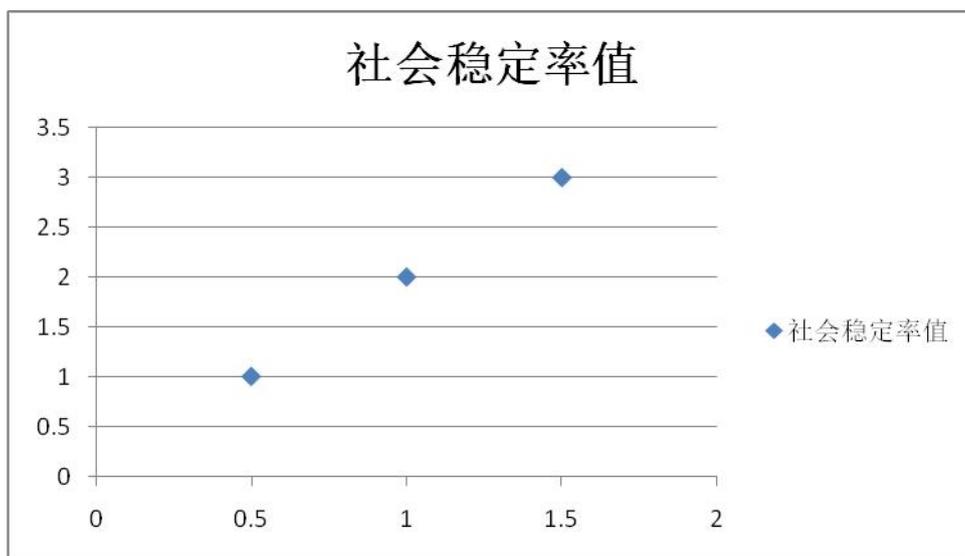
### (四) 有利于维护边疆社会稳定,为“一带一路”建设提供了社会基础

巴基斯坦与中国新疆,特别是边境地区的社会安全形势都不够稳定。其中一个重要原因是经济相对落后,民生问题有待改善。建设“中巴经济走廊”,促进两国经济发展,对于稳定经济、增加收入、改善民生具有重要意义,从而有利于维护边疆社会稳定,并为“一带一路”建设奠定了良好的经济、社会基础。修建连接巴基斯坦和中国新疆的战略通道,为巴基斯坦修建了一条贯穿国土南北的交通大动脉,也为我国的南疆重镇喀什、和田等地打开了面向印度洋的出海口,可谓一举多得。该交通大动脉建好之后,为中巴边境地区人口提供了就业机会,可有效改变当地经济条件,带动贫困地区经济发展,从而能够间接改变局部形势动荡不安的现状,促进边境地区良好秩序,并有效地维护边疆社会稳定。边疆的稳定是“一带一路”战略实施的前提条件,稳定的秩序、发达的经济为“一带一路”战略的发展发挥了重要作用。

经济增长与社会稳定是正相关的关系,即经济增长速度越快,社会稳定率越高,此处可以用正比例函数表示:

$$y=kx(k\neq 0)$$

可以用社会增长率表示为  $y$ ，社会稳定率表示为  $x$ ， $k$  代表经济增长的速度，那么它们之间的关系图像可以表示为：



### 三、中巴经济走廊实施的障碍

#### (一) 印度因素

印度一直怀着“印度洋是印度的印度洋梦”，对瓜达尔港的建设忧心忡忡，并高度警惕，担心中国可能借“中巴经济走廊”扩大中国在印度洋的影响力。有些媒体大谈中国利用瓜达尔港使其深水舰船能够接近世界石油大动脉——霍尔木兹海峡。有些报道还耸人听闻地表示巴基斯坦已秘密允许中国在瓜达尔停泊军舰，中国从此在印度洋获得了永久立足地。有人甚至指责中国已在瓜达尔建立了监听设施来监控霍尔木兹海峡与阿拉伯海的海运活动。某些印度人士猜疑瓜达尔将被作为中国围堵印度的一个基地。印度前驻巴高级专员撰文，大谈所谓中国试图挑战印度海上安全，中国海军出现在瓜达尔会对从海湾到印度的石油运输构成严重挑战。印海军参谋长称：在靠近霍尔木兹海峡的地方建设瓜达尔港，将使巴基斯坦能够扼制世界能源通道，并阻碍印度油轮通行。<sup>[1]</sup>

之所以有这些不同的反对声音，其一是因为他们缺乏对“中巴经济走廊”建设性质、目的了解，并产生了认识错误，他们对中国霸权主义的担心是多余的，我国无论在“一带一路”建设还是在“中巴经济走廊”建设上都坚持共同发展、共同进步的原则建立更加友好的战略伙伴关系；其二是印度一方想独占印度洋，故担心“中巴经济走廊”的建设会使中国在印度洋的影响力扩大，从而阻碍其独占印度洋的“美梦”。印度方的担心是“贼喊捉贼”的做法，但这种担心仍会阻碍中巴走廊建设，影响“一带一路”建设的进程，故中方不可忽视这种力量，中方将会通过行动表明“中巴经济走廊”及“一带一路”建设是会惠及沿线国家的战略，从而推翻那些危言耸听的言辞。

<sup>[1]</sup> 巴基斯坦驳斥印度有关瓜达尔港的不实言论，载中国驻卡拉奇总领馆经商室网站，<http://Karachi.mofcom.gov.cn/aarticle/jmxw/200801/20080105356852.html>，登录时间：2016年6月28日。

## (二) 美国因素

某些美国人士认为中国在搞“珍珠链战略”。众所周知,中巴关系极为密切,巴总统和总理表示:对华友好是巴对外战略的基石,是巴朝野共识。中巴合作领域众多,再加上中国国力提升迅速,美国在瓜达尔问题上对中国的防范心态也随之加剧。海外海上战略通道主要包括孟加拉湾、阿拉伯海在内的广大印度洋和红海海湾以及世界上最重要的运河之一的苏伊士运河。而这当中又以印度洋海域最为复杂,这里不仅有作为“本土”海域国家的印度谋求印度洋霸主的野心,更有美国插手印度洋的全球战略布局。瓜达尔通道不仅会降低中国对马六甲通道的依赖,而且可能大幅改变亚洲能源格局,进而改变亚洲地缘政治格局。中国可能成为东亚的日、韩等国重要的能源进口通道,共同的能源利益将推动东亚各国关系,美国影响可能相对削弱。这种前景虽然颇为遥远,美国还是相当警惕。美国还极为警惕中国可能借瓜达尔这个立足点监控中东-印度洋能源与货运通道。这些都是影响我国在印度洋海域海上战略通道安全的重要因素。史汀生中心研究人员海德尔甚至认为中国在瓜达尔可以“监视海湾地区的美国海军活动,阿拉伯海的印度海军活动,还有未来的印度洋美印联合军演。”<sup>[1]</sup>

## (三) 恐怖袭击、宗教极端势力和民族分裂势力三股势力因素

瓜达尔港毗邻阿拉伯海,远离内地,交通不便,土壤贫瘠,人们生活水平低下,海盗现象严重,加上地方部落主义的极端势力以及受阿富汗的影响,恐怖主义分子猖獗;且俾路支省是巴基斯坦面积最大的省份,地缘位置重要,资源丰富,但是人口稀少,居民生活水平低,社会结构僵化,这些地区教育发展滞后,思想保守,一度处于不稳定状态,而且民族分离主义倾向严重,宗教极端势力强大,加上临近阿富汗,当地局势受到阿富汗局势影响,东突分子活跃,巴基斯坦政治对这些地区也长期边缘化。故恐怖主义分子、宗教极端势力和民族分裂势力这三股力量可能会打击中国对巴投资的积极性,阻碍中巴经济走廊的进程。

# 四、面对“中巴走廊”建设中诸多阻碍因素的对策

## (一) 加强中巴投资合作

中方相较于巴方来说,经济实力较强,故中方对巴方投资主要体现为中国企业对巴方的直接投资。这种方式是促进巴基斯坦经济发展较为快捷的一种方式,加强中巴投资合作也是促进战略伙伴关系的基础策略。但目前中国对巴方投资范围较为狭窄,而且投资数额较少,中国对巴基斯坦为数不多的投资主要集中于矿产资源、能源及制造业,对其它行业的投资则很少。截止2014年底,中国对巴基斯坦非金融类直接投资存量为32.41亿美元,同比增长739.4%,占2014年对外投资存量的0.5%;同年,巴基斯坦对中国投资存量仅1.2亿美元。2015年,习近平主席访问巴基斯坦,启动了460亿美元投资计划,其中包括“中巴经济走廊”一揽子计划,故中巴两国应紧抓“中巴经济走廊”项目,加强中巴投资合作,促进中巴经贸合作更好的发展,同时,中国扩大在巴基斯坦的投资领域,可以促进巴方的经济增长,巴方也更有动力搞好“中巴经济走廊”建设。

<sup>[1]</sup> Selig S1Harrison: “Nightmare in Baluchistan”, Foreign Policy, No.32 (Autumn, 1978), p137-138.

## (二) 加强中巴海洋合作

“中巴经济走廊”使中国西部直接接入阿拉伯海,而瓜达尔港则是“一带一路”的重要节点,是连通中国西部和西亚、非洲经贸合作的捷径。巴基斯坦区位优势独特,中巴两国应携手推动21世纪海上丝绸之路的建设,以“和平发展、互利合作、海洋开发”为目标,建立海陆部门合作机制,以瓜达尔港(自贸区)为合作基点,推动中巴海洋经济合作。另外,中巴两国要深入海洋贸易合作,扩大和提升双方出口贸易规模和出口能力,以“海洋经济”发展带动“走廊经济”前行。中巴两国要联合打击海上恐怖主义活动,制定区域性反恐条约,为打击恐怖分子、加强中巴合作提供条约支持。“一带一路”沿线国家也应积极参与合作,帮助打击恐怖活动,如帮助他国反恐主义培训,加强联合反恐演练,增强反恐技术手段,加强反恐信息交流等,共同应对非传统安全挑战,达到有效防患、抵御恐怖主义的目标。切忌简单化丝绸之路上的冲突和争端,尤其不要把丝绸之路上的所有暴力冲突简单化成美国定义的恐怖主义。一定要实事求是,独立分析“一带一路”沿线诸国政治经济社会的真实现实。面对中巴走廊建设的安全隐患,阿西姆萨利姆巴吉瓦少介绍,巴基斯坦军队非常重视中巴经济走廊的安保工作,正采取综合措施改善巴国内安全环境、保障中巴经济走廊建设。<sup>[1]</sup>

## (三) 明确国家海洋强国战略

发展海洋强国,维护我国海权,必须首先明确目标,搞清以何种战略发展海洋强国,没有战略的实施只能“竹篮打水一场空”,要明确我国海权发展最重要的两个目标,就是要拓展西太平洋的防御纵深,以最大限度保持我国东部地区的发展活力,还要保障海上交通线的安全。基于这样的目的,发展与之相称的国家海上力量。这样的目标就可以防止在国家海洋力量发展中对国家有限的战略资源的滥用,从而有效平衡海陆两个方面上的资源分配。

中国明确表示在经济带中不谋求大国地位,其他国家也不应谋求。巴前总理阿齐兹曾表示,要发挥瓜达尔的潜能,地区内的海上安全是必备条件。他同时意味深长地表示巴反对任何国家主导印度洋。<sup>[2]</sup>在建设“丝绸之路经济带”过程中,中国提倡新的义利观,多予少取,这与霸权国家所力推的以控制他国经济命脉、改变他国政治制度为深层目的的“新丝绸之路计划”有着本质的不同。中国必须向周边国家以及其他国家充分阐释这一观点,争取周边国家的更多信任和支持,避免“新殖民论”或者“势力范围论”的反弹。同时,“丝绸之路经济带”是开放型合作带,欢迎区域外国家参与。“丝绸之路经济带”也不排除与美欧大国在“丝绸之路经济带”框架内开展合作的可能性。

把瓜达尔视为中巴经济走廊的战略支点,推动整个走廊的发展,乃至对“一带一路”产生样板作用,也是中巴走廊建设的战略性政策。战略支点是指在次区域的、区域的、跨区域的或全球的多边合作框架下,通过战略性的双边互动、交流与合作,能有效发挥全局的或关键的支撑作用,并能对多边合作其他各方产生积极的示范、引导和激励效应,从而切实保证多边合作进程稳定、和谐、有序的国家或地区。

<sup>[1]</sup> 巴基斯坦军方采取综合措施保障中巴经济走廊安全,载环球网,<http://world.huanqiu.com/hot/2016-05/8943073.html>。

<sup>[2]</sup> B.Muralidhar Reddy: "We will oppose domination of Indian Ocean: Shaukat Aziz", The Hindu, Mar.9,2005。

## 五、结语

“中巴经济走廊”的建设及其发展,尽管困难重重,但对我国“一带一路”战略建设的作用是不言而喻的,其不仅起到了带头作用,弘扬了丝路精神,而且使得中巴在能源合作、经济、文化、通讯、交通方面能够互惠互利、合作共赢。建设“中巴经济走廊”,要从大局出发,稳中求进,唯有如此,才能建设好“中巴经济走廊”并为“一带一路”建设开辟新的前景。

## 参考文献

- [1] 陈继东、王海运,“丝绸之路经济带”构想的背景、潜在挑战和未来走势[J],欧亚经济,2014(4).
- [2] 杜尚泽、杨迅,习近平同巴基斯坦总理谢里夫举行会谈一双方决定把中巴关系提升为全天候战略合作伙伴关系[N],人民日报,2015-4-21(1).
- [3] 王志华,中巴经济走廊——树立“一带一路”共商共建共享合作样板[J],国际工程与劳务,2015(7).
- [4] 陈继东、王海运,“丝绸之路经济带”构想的背景、潜在挑战和未来走势[J],欧亚经济,2014(4).
- [5] 宋耀辉、夏咏、苏洋,“一带一路”战略下的“中巴经济走廊”建设探讨[J],国际商务论坛,2015(10).
- [6] 陈继东、张建全,中巴经济走廊在“一带一路”建设中的定位[J],新疆师范大学学报,2016(4).
- [7] 孟辽阔,“一带一路”视野下的巴基斯坦战略地位及其实现路径探析[J],世界经济与政治论坛,2015(4).
- [8] 宋德星,利用印度洋是21世纪中国实现战略拓展的重要选择[J],和平与发展,2014(5).
- [9] 王健君,中巴经济走廊:如何成为“一带一路”模范生[J],中国外资,2015(6).
- [10] 杨航,试析瓜达尔港开发对“一带一路”战略的影响[J],发展研究,2015(9).
- [11] 周方冶,21世纪海上丝绸之路战略支点建设的几点看法[J],新视野,2015(2): 105-110.

(责任编辑:郭艺晨)

# 论我国股权众筹的法律问题

曾静\*

**摘要:**股权众筹一时之间风靡互联网和投资界,众筹的英文名字叫 crowd-funding,然而股权众筹的发展存在着众多的法律风险,相关的法律法规亟待完善和丰富。本文从股权众筹的概念和定性入手,分三个章节来对股权众筹的问题进行论述。第一部分先阐述了股权众筹平台的运营模式,具体论述了股权众筹的含义以及把他定性为公募。其次,论证了股权众筹具有解决创新需求与创业资金不平衡问题、促进小微金融的发展和提高项目知名度等优势。第二部分重点分析股权众筹在我国存在的一些法律问题。从股权众筹目前发展的现状来看,我国对此发展模式的需求巨大但存在合法性问题而且对相关知识产权保护的立法不足。另外,诚信机制欠缺和容易触及非法集资也是其最大的法律风险。第三部分主要通过对美国股权众筹立法的考察和研究,从中得出我国应对股权众筹发展的宝贵经验。

**关键词:**股权众筹 法律责任 互联网金融

如今,全球已进入互联网高速发展时代。随着互联网金融的发展,传统的线下金融发展方式逐渐被冲击。其中股权众筹可以缩小筹资者与投资者之间的空间距离,更加短平快地实现优秀项目的发展和提高资金的有效利用率,解决了许多小微企业初步发展融资困难的问题。但是,由于其属于互联网金融下的新兴产物,超越了传统的融资模式,会导致一系列的法律风险,因此股权众筹在我国目前发展困难重重。本文意图通过对美国股权众筹立法保护的分析,结合我国发展实践,总结和提出适合我国的鼓励金融创新、保护投资者利益的股权众筹发展法律应对之策和合理建议。

## 一、 股权众筹平台的运营模式

### (一) 股权众筹及定性

#### 1. 股权众筹的含义

众筹的模式众多,股权众筹只是其中的一种。众筹融资(Crowd-funding)起源于美国,是一种融资模式,<sup>[1]</sup>这是一种将众包(Crowd-sourcing)和微型金融(Micro-finance)相结合而产生的融资模式。简单来说,众筹融资其实就是公众通过互联网为某些组织或个人发起的项目提供小额资金支持的一种融资方式。从法律层面来看,股权众筹是融资者向投资者出让一定比例的项目公司的股份,使融资者与投资者共同成为公司的股东,以获得未来的收益和分红来作为回报。<sup>[2]</sup>股权众筹一般由投资者、起中介作用的众筹平台以及融资者三部分构成。

众筹品类繁多,从不同的依据可以分为不同性质的众筹。比如回报方式来看,众筹融资

\* 曾静,四川乐山人,上海政法学院2016级法学理论研究生,师从胡戎恩副教授。

[1] 杨东:《股权众筹平台的运营模式及风险防范》,《国家检察官学院学报》2014年第4期。

[2] 李枉:《众筹业务法律解读》,《金融理论与实践》2014年第4期。

可分为捐赠众筹, 回报众筹, 债权众筹以及股权众筹。捐赠众筹是指在众筹融资的过程中投资者向众筹项目无偿捐赠金钱, 物资等而不以获得实质性的回报或者补偿为目的, 比如红十字会, 轻松筹等公益性质的非政府组织所发起的募捐等; 回报众筹的实质是一种预购和奖励相结合的融资方式, 当前国内比较常见的回报众筹有追梦网、众筹网等。债权众筹其实类似于借款, 指的是筹资者承诺在借款约定时间内偿还投资者的投资额的一种融资方式。所以, 在这种筹资过程当中, 部分众筹网站平台发挥中介的作用, 而部分众筹网站平台还发挥担保人的作用, 例如现在盛行的P2P模式。美国是股权众筹融资模式的发源地, 广义的股权众筹是指投资者和融资企业以中介机构为桥梁进行投融资的权益性融资方式。而狭义的意思是指众筹发起人, 一般是小微企业或者是初创期的新企业通过众筹网络平台向潜在的大众投资者发布所需融资项目情况、项目出让股份, 再通过网络平台上的潜在投资者进行认购以支持这些企业的发展, 并以获得股权作为回报的融资模式。

笔者认为, 股权众筹就是股权融资的互联网化。进入互联网金融时代以前, 经济虽然相对发达, 但仍然闭塞, 许多有前景的项目都因资金短缺而无奈叫停。有了股权众筹的网上平台, 融资者融资难、投资者投资难等这种因信息不畅而产生的问题就可迎刃而解了。从而优化资金配置, 提高社会资金的使用效率, 推动整个行业以及中国经济的发展。

## 2. 股权众筹的定性

我国股权众筹的实际上类似于私募股权众筹, 甚至《私募股权众筹融资管理办法(试行)》(征求意见稿)直接将我国股权众筹定性为私募。<sup>[1]</sup>笔者认为, 这样有很多不可取的地方, 首先, 这样会导致股权众筹在实际的操作过程中有许多具体事项和程序会受限于法律, 从而影响企业股权众筹的推进。其次, 通过借鉴我国《私募投资基金管理暂行办法》, 可以制定股权众筹的规范性文件, 填补我国股权众筹领域在法律上的空白。在我国实际运行的股权众筹中, 有些股权众筹平台明确其投资人是面向大众的, 也就是说这是公募意义的股权众筹。<sup>[2]</sup>另外, 中国证券监督管理委员会和中国证券业协会也正在研究制定公募版的股权众筹的相关规范文件, 鉴于此也可以看得出我国的股权众筹不单单只是私募股权众筹。<sup>[3]</sup>正好相反, 结合国外股权众筹的实践发展经验和股权众筹的意义来看, 可以理性的将股权众筹定性为公募。学者 Hemmer 指出, 股权众筹与传统资本募集的核心不同之处在于其自身的出资过程, 股权众筹平台以公开召集募集资金, 投资者基于众筹平台上面的信息做出投资决策。<sup>[4]</sup>

## (二) 股权众筹的存在意义

### 1. 解决创业资金与创新需求发展不平衡的问题

当一些优秀初创企业的创新项目需要资金支持时, 他们完全可以通过在众筹平台找寻找有兴趣和经验的人在聚在一起; 然后各自发表自己的意见, 并做出项目可行性的评估和计划, 并依据各自的专长来分配工作任务; 最后, 根据项目预算和评估报告来确定项目的启动资金, 在众筹平台上向大众投资者发布项目来融资。除了金钱利益, 公众互相联系, 思维碰撞, 交

[1] 郭新明:《众筹融资发展与规范问题研究》,《金融时报》2013年第12期。

[2] 李冰:《众筹风险高悬》,《证券日报》2014-10-12。

[3] 郭新明:《众筹融资发展与规范问题研究》,《金融时报》2013年第12期。

[4] 陈爽:《计算机与网络》,《时代金融》2010年第8期。

换经验、人脉、资源,这样会产生1+1大于2的双赢效果。<sup>[1]</sup>股权众筹将改变初创企业的风险融资模式,未来将以更加便捷的模式和渠道获得投资资金,更加有利于初创企业的发展。所以股权众筹的关键还是在于筹人、筹钱、筹智。

### 2. 小微金融发展的需要

2013年12月28日,众筹网旗下专门针对股权众筹的——原始会上线。这个平台将为创业者迅速找到资金,解决创新需求与创业资金不平衡,促进小微金融的发展需要的同时,也帮助投资人发现优质项目,给其快速众投,资源输出等提供依据,建立了多层次资本发展的需求。该模式对投资者的投资知识要求比较高,投资经验要求较高,股权众筹平台往往通过提示风险建议以单笔、小额、多样化投资项目来进行风险分散。英国的股权一般采用这种模式,代表为著名的互联网平台Crowdcube。<sup>[2]</sup>从中国来讲,著名的阿里巴巴集团创始人马云也敏锐的发现了小微金融的发展商机,阿里巴巴在2013年就成立了小微金融服务集团。常见的支付宝支付平台中小微金融“蚂蚁花呗”、“蚂蚁借呗”逐渐发展起来,使用率越来越高,满足了许许多多的小微收入人群的资金调用需求。京东众筹也在2014年上线,凭借其多年积累的平台优势,在半年之内就做到了权益类投资第一名。在先行一步的京东背后,苏宁和淘宝也纷纷开始布局众筹项目。由此可见,股权众筹的发展也证明了小微金融具有商业可持续性,是大金融板块不可或缺的一部分。

### 3. 提高项目知名度

股权众筹模式天然具有宣传效果,为一些初创的企业提高了知名度。一般企业在进行股权众筹时,其既是在面向投资人的融资,同时也是面向大众所做的市场营销。<sup>[3]</sup>如果企业从创业初期的首轮融资阶段便进行股权众筹,通过精彩的路演等程序下来,那么比通过传统模式进行融资的企业,就更具有宣传优势,大大提高了企业及项目的知名度,这都是属于隐形收益。如果融资金额不大,就项目本身又没有吸引眼球的话题人物出现,那么传统的融资模式对于初创企业而言几乎不会有知名度,也当然不具有宣传优势,就更无法谈上通过股权众筹平台筹集资金。

## 二、我国股权众筹存在的法律问题

### (一) 需求巨大但存在合法性问题

众筹模式最初是发源于美国,2012年4月5日,自从美国总统奥巴马签署了JOBS法案以后,小微企业可以通过众筹融资平台进行股权融资,大众投资者可以从中获得股权分红回报,而不只是如同往日的实物回报,JOBS法案对私募资本市场的监督和管理施行更加宽松的政策,放手让众筹在阳光下发展。另外,为了保护中小投资者的利益,法案还做出了一些规定。法案规定,对于个人投资者而言其融资规模不得超过其年收入的5%,同时还规定对于某个特定众筹项目来讲,其融资规模在一年以内不得超过100美元。

自从JOBS法案出台以后,美国众筹的发展有了法律依据,在法律的庇佑下,众筹的发

[1] 马骏:《众筹视角下我国文化创意产业发展促进和制约因素的思考》,《商场现代化》2014年第7期。

[2] 邱勋、陈月波:《股权众筹:融资模式、价值与风险监管》,《互联网金融》2014年第9期。

[3] 邱勋、陈月波:《股权众筹:融资模式、价值与风险监管》,《互联网金融》2014年第9期。

展肯定会迈上更高台阶,促进更多优质企业的发展。

在中国,随着世界经济一体化和全球化程度越来越高,因而越来越多的优质项目和小微企业像雨后春笋般逐渐成长起来,但又会因为是在初创期资金短缺,融资难等问题而夭折,真正发展起来的企业少之又少。股权众筹在整个交易过程中起着“撮合交易、项目推荐和提供交易场所的作用。”<sup>[1]</sup>但从当前中国法律来讲,众筹一旦以股权、债券、分红、利息等形式作为回报,就可能涉及非法集资。其实股权众筹在中国现行的法律环境下,可谓是在夹缝中成长,难之又难。按照现行法律规定,如果在股权众筹平台上公开宣传众筹项目,那么就有可能被定性为未经审批向公众公开发行股份,而且超过一定的程度就会构成犯罪从而遭到法律的惩罚。因此,从当前中国对待众筹的法律环境来看,还存在很多的限制和不利因素,如果保守的循规蹈矩去发展众筹,将不具有任何吸引力,而放开手大胆的发散创新思维去做,则很可能触及法律红线。进退两难,这样将使股权众筹的发展陷入一个很尴尬的境地。股权众筹如果没有完善法律规制,再大的需求也将打乱互联网金融发展的进程,正所谓“无规矩不成方圆”。

### (二) 股权众筹中缺乏关于知识产权的法律保障

股权众筹的诸多项目都会涉及一些创新概念和知识产权的问题,要实行众筹,就得将项目资料在平台上公之于众,如此,智力成果便展露无余。使得投资者和筹资者会因为害怕项目创新概念被剽窃而惴惴不安。因为国内在法律方面对知识产权的重视程度不够,经常出现法律空白,从而使得有着创新项目筹资者时刻面临智力成果被盗取的危险。针对这种现状,法律大环境下还不能保证智力成果不被他人剽窃,所以只能项目相关人员提高自我保护意识,采取一些剽窃风险的规避措施。只披露产品的部分创意细节,与此同时与网站签订一些保密协议,采取双重保险,<sup>[2]</sup>防止最后项目筹资不成,反而智力成果和创意全部被拷贝。但是这样做又会有其弊端,比如说让投资人没有办法看到完整的项目和产品创意信息,更无法根据仅有的产品信息做出合理的投资决定。这也解释了为什么许多优质的高科技项目无论从概念到运行都不错却无法融到资得到大众认可。

在中国,想要解决既能保证发起人的创意不被公众剽窃,又能使投资者充分了解创意信息从而做出理性的投资决定这一矛盾,达到两两透明的双赢效果。笔者认为,只有建立健全知识产权法律体系,对剽窃他人智力成果的行为进行打击严惩,从而使每个人在往后的众筹过程中逐渐树立起尊重他人知识产权的社会新风尚。

### (三) 诚信机制欠缺

在中国,征信体系的健全几乎决定众筹的成败。通过一个平台向公众展开众筹,关键在于筹资人的信任机制、分配机制、退出机制是否健全到足以让投资人信服。如果这一点都做不到,后面的融资程序将很难推进。项目发起人披露虚假信息进行非法融资,筹资人与领投资人恶意串通沆瀣一气的例子不在少数。比如近期发生的大大集团和中晋集团等类似额三方投融资平台,以高回报为筹资诱饵,动辄筹集百亿资金,然后携款逃走,导致无数的家庭收到

[1] 袁康:《互联网时代公众小额集资的构成与监督--以美国 JOBS 法案为借鉴》,《证券市场导报》2013 年第 2 期。

[2] 张志伟:《我国股权众筹的几点思考》,《国际文化出版社》2014 年版,第 46 页。

惨痛的伤害。这些集团都是以互联网金融为基础,采用线上销售为主的经营模式,以一些虚假的资本运作和项目投资为主营业务圈钱。这也是让众多的投资者一直持币观望而不敢轻易投资股权众筹项目的原因。

众筹平台目前不仅没有明确的监管主体,央行也没有将其纳入征信体系,导致众筹像个“野孩子”,只能依靠自律提高征信能力。缺乏了用户的征信在线大数据支持,众筹平台只能依靠有限的条件,去调查项目发起人的资信能力,然而这种风险防控模式不仅成本高,效果也不好。实现金融大数据,离我们还有一段距离。

#### (四) 触及集资诈骗罪的法律风险

众筹平台通过对用户信息和项目合法性进行审核,确保投融资双方进行实名认证和真实的信息披露是平台必须的任务。可是当某些项目筹资项目根本就不存在投资可行性,达不到审核通过的标准,项目筹资人作为市场经纪人很可能通过“桌面下”的方法和平台交易,获得线上平台的机会。<sup>[1]</sup>在现实中的股权众筹平台可以分为两类,一类是单纯的中介平台,仅仅为融资者与投资者搭建一个接触的平台;一类是为融资活动提供担保服务的股权众筹平台,如果出现融资方诈骗的行为,股权众筹平台也应承担相应的保证责任,甚至有触及集资诈骗罪的法律风险。

### 三、我国股权众筹运行风险的法律规制

#### (一) 美国对股权众筹的保护

在美国,众筹形式发展较早,因为股权性的众筹涉嫌违背了1933年《证券法》向大众非法发行证券的规定,所以之前各个众筹平台都不是完全意义上的众筹,而是预购模式的众筹。<sup>[2]</sup>这样的法律限制了众筹模式的发展,2012年美国国会通过了《初创期企业推动法案》(简称JOBS法案),从此以后,众筹融资进入了合法化的阶段。<sup>[3]</sup>在美国,注册发行的根本原则是证券注册发行,当然也存在一些例外,比如有许多项目只是针对少数特定人发行,像大家族企业里面只这对亲属发行的私募基金,这种私募基金私密性和投资门槛都极高,一般情况下不会对外发行。由此可以看出豁免发行面向的不特定的投资群体,而不是特定的投资小团体。这个大众群体里面人人都是可以参与,而且没有太高的投资门槛限制,因此无论是从参与度和参与人数上来讲,都是比较可观的。JOBS法案规定了股权众筹平台豁免注册的融资规模,即项目筹资人在交易日前12个月内筹资禁止多于100万美元。<sup>[4]</sup>

法案根据发行人信息披露尺度和对象,建立小额投资者的保护机制。与过去传统通过筹资者信息披露方式不同,JOBS法案为确保投融资可以更加稳健有效率的进行,特别改进了众筹发行证券的信息披露模式。可是凡事皆有双面性,简化后的规则虽然减轻发行人监管负。但同时也增加了证券投资欺诈的可能性。<sup>[5]</sup>为了解决这一困境,法案采用了以下方式来为投

[1] 褚葵花:《股权众筹的基本运营模式与法律风险研究》,《经营管理者》2014年第7期。

[2] 柯斌:《众筹-传统融资模式颠覆与创新》,《机械工业出版社》2015年版,第149页。

[3] 刘姝姝:《众筹融资模式的发展-监管趋势及对我国的启示》,《金融与经济》2014年第42期。

[4] 同上

[5] 朱锦清:《证券法学第三版》,《中国人民大学出版社》2011年版,第88页。

投资者的利益增加一层保障:1、为了降低投资风险,对投资者每年的投资数额做出严格的限制。2、不允许使用电视或广播等广告方式来发行,但可以经过中介机构的网络平台向投资者发出项目信息通知。3、限制发行人对促销者的补偿方式。JOBS 法案设置了多重屏障来规避投资者的投资风险,为众筹的发展设置好安全垫,使其更加安全的运行。

## (二) 我国股权众筹风险的法律应对

据 JOBS 法案的规定,通过众筹制度达成一种平衡是 SEC 所希望的:(1)为优秀的初创中小企业提供一种具有高效率的在线融资方式;(2)减少证券诈骗、非法集资的案发率。今年是我国全面深化改革、全面推进依法治国、稳增长调结构的紧要之年,当前经济研究乃至法学研究需要思考的关键问题之一是如何以微观活力支撑宏观稳定、以供给创新带动需求扩大。笔者认为,美国众筹立法经验在此意义上对我国相关的立法工作有着重要的借鉴作用。我国可以从美国 JOBS 法案及其实施过程中所产生的问题中汲取经验,结合我国股权众筹的实际发展状况来因地制宜地制定法规,促进我国股权众筹在法律的监管下能够又好又快的发展,为我国的整体经济发展提供新动力,为互联网金融的发展树立新标杆。

### 1、健全法规

股权众筹在我国发展实际上是处于法律的灰色地带,其在撮合投融资方面表现出巨大的潜力,它的“去中心化,点对点交易”特征在运行中开拓了中小微企业的融资渠道,缩减了企业融资成本。<sup>[1]</sup>我国主要通过对平台的合法性、稳定性的保证与立法监管来保护投资者和防范法律风险,对融资者的公司、合同、项目审核来实现。股权众筹平台应当在证券业协会备案登记的方式对平台进行监管是我国目前采用的方式。在进一步修改《办法》的同时,笔者认为应当加强对股权众筹平台的管理审核要求、设立要求、以及备案要求。虽然股权众筹在激发我国经济活力方面起着巨大的作用,但也不能盲目发展。就目前股权众筹在中国的发展态势来看,接近 90%的融资金额被两家大的股权众筹平台占据了股权众筹市场,其它 90%的股权众筹平台资金难以为继,有的甚至已经关闭网站运营。鼓励大型股权众筹平台的设立是实际操作中应当做的,提高股权众筹平台的净资产,目前《办法》规定的净资产为不低于 500 万,但是从股权众筹融资的规模来看并不足以应对和保证所有投资者的权益,应当提高股权众筹平台的安全性,提高对于筹资者净资产的要求。所以对股权众筹平台设立更多的入门槛是目前立法应当做的,可以采用美国方式监管审核要求以及救济方法,对投资者按照收入以及风险承担的能力进行分类监管,而且要采用“宽进严管”的方式,让更多的公众可以参与到这种新型的融资模式中来,通过严管的立法执法方式来保障公众投资者的利益。

### 2. 合理设置投资者准入门槛

鉴于如何进行投资者审核才能有效地控制风险,我国可借鉴《中华人民共和国证券投资基金法》(2013 年 6 月 1 日起施行)第 88 条对合格投资者的规定:“到达规定资产规模或者收入水平,而且具备相应的风险辨认能力和风险承担能力,其基金份额认购金额不低于规定限额的单位和个体。”<sup>[2]</sup>这里对合格的投资者设立了四项要求:认购能力的要求,收入的要求,风险辨认能力的要求,风险承担能力的要求。

<sup>[1]</sup> 王晓洁:《天使汇:网络股权众筹扮演创业红娘》,《经济参考报》2013 年第 30 期。

<sup>[2]</sup> 王晓洁:《天使汇:网络股权众筹扮演创业红娘》,《经济参考报》2013 年第 30 期。

另外从投资者资格的审核形式来看,进行实质审核还是形式审核都会对风险防控产生巨大的影响。随着世界经济一体化和全球化程度的提高,互联网金融的兴起,金融服务的效率化成为其成败的一大指标。所以哪个众筹平台能够为筹资者和融资者提供更加及时、快捷又安全的交易平台,那么哪个交易平台就能率先站上互联网金融服务平台的制高点。从设置投资者的准入门槛来讲,如果众筹投资者的资格审核是实质审核的话,不仅会加重审核负担,也会极大的影响到众筹的效率。那要是进行形式审核的话,那融资交易的安全性就会收到冲击。因此,究竟如何更加理性设置投资者的准入门槛,其中存在着利弊得失的博弈。笔者认为,从筹资者与投资者的内在需求出发来考量,采取形式审查的方式似乎更为合理,与此同时提高审核标准而且要求平台对审核结果承担连带责任。也就是说如果因为平台的在审核的过程中由于自己的因素导致审核结果有误,从而使不具有投资者条件的投资者进入到平台进行融资,由此造成的损失,法律应当追究众筹平台的责任。唯有这样,效率与安全才能兼顾。

### 3. 非法集资风险的防控

众筹亟须解决的风险之一就是非法集资风险,以上提到近期发生的大大集团和中晋集团两大金融诈骗集团的破获,就是在缺乏金融监管的情况下筹资人与领头人恶意串通非法集资,一大不具有金融知识的投资者盲目跟风投资,后来投资的人数与规模都急剧膨胀,百亿资金下落不明,出现兑付危机才暴露出诈骗真相。所以,法律应该对这种跟风投资行为做出严格的规定,包括筹资人数和投资限额等方面。实际操作中,如果领投人与筹资者串通恶意欺诈投资者,可通过定性为“第三人之欺诈”来保护一般投资人的利益。因此,要想股权众筹越来越规范阳光的运行,减少非法集资的风险,单独依靠众筹平台的自律能力是很难完成的,必须通过法律的约束来加强外部的监管。可是,首先要完善信息披露制度,才能使外部监管有效的推进。以上都需要法律明文规定才能保证股权众筹在利国利民的正常轨道上运行。

## 参考文献

- [1] 吴景丽,互联网金融的基本模式及法律思考[N],人民法院报,2014(07).
- [2] 盛佳,互联网金融第三浪众筹崛起[M],北京:中国铁道出版社,2014: 58.
- [3] 胡世良,互联网金融模式与创新[M],北京:人民邮电出版社,2015: 79.
- [4] 杨东,股权众筹平台的运营模式及风险防范[J],国家检察官学院学报,2014(04).
- [5] 柯斌,众筹-传统融资模式颠覆与创新[M],北京:机械工业出版社,2015: 149.
- [6] 陈洁,证券法[M],北京:社会科学文献出版社,2006: 41.
- [7] Brad C. Steven, *Crowdfunding and the Federal Securities Law*[J], *Columbia Business Law Review*, Vol. 2012, No. 1, 2012.
- [8] 朱锦清,证券法学第三版[M].北京:人民大学出版社,2011: 88.

(责任编辑:李明哲)

## 论国际法上自卫权的发展——基于美伊战争的分析

郝煜玮\*

**摘要:** 在国际形势和国际关系日益复杂繁琐的今天,国际法上的自卫权是《联合国宪章》第51条授予国家的一项自然权利,是禁止以武力相威胁原则下的一项正当使用武力情形,无论是预防性自卫权还是集体性自卫权,自卫权的行使都是有条件的,其核心条件是受到“武力攻击时”,同时也要符合必要性和相称性的原则,并且与安理会职权相协调。自卫权的行使在国际法学理论和国家实践中体现出了越来越大的影响力,同时引起了人们的广泛关注。本文就国际法上自卫权的发展从国际法对自卫权的规制,美伊战争中自卫权合法性的探讨以及自卫权未来的发展趋势三个方面来探讨,从而更好地把握未来国际法的发展方向。

**关键词:** 自卫权 国际法 合法性

当今社会,世界多极化趋向在曲折中发展,大国关系总体保持稳固,一超多强的局面基本保持。经济全球化和区域合作不断发展,各国相互联系不断加强。传统的安全观念与非传统安全观念相互交织,不稳定、不确定、危险性的因素不断增加。巴以冲突、印巴矛盾、朝鲜半岛核问题、伊朗核问题等,战争带来的负面影响越来越多,自卫权在国际社会中的位置也越来越重要。

根据联合国宪章的相关规定,自卫权是指一个主权国家在已经遭受了外来武力的打击和侵犯时可以进行单独自卫或集体自卫的权利。从法律意义上说,自卫权属于自保权的范围,所以有的时候我们又称自卫权叫做自保权。自卫权有以下四个特征。

第一,自卫权是国家自身存在的权利,任何一个国家无论大小都具有行使自卫的权力。国家可以单独地行使自卫权,也可以和利益共同体、缔约国集体行使自卫权。

第二,自卫权是由外来武力攻击或侵略而引起的,其目的是防范和保护国家的主权和领土完整,从而保护本国人民的生命安全和人财产安全。

第三,自卫权行使是主张行使自卫权国家所采用的一种军事行动,动用本国武装力量来抵抗他国入侵或武力攻击的一种权利。

第四,自卫权是一种采用武力手段来抵制和抗击的权利,因此与和平手段解决国与国之间纠纷和冲突的方法相对比,自卫权的行使事实上是指使用武力来强制解决纠纷和冲突。

根据上述四个特征,我们可以清醒的认识到,自卫权对于一个主权国家来说是必不可少的极端重要的。自卫是一种国家权利,这种权利是主权国家自身存在的一项自然权利,即使联合国宪章所规定的仅仅只是联合国会员国的自卫权。根据国际法的原则,自卫权是所以主权国家都应该具有的权利,并且自卫权的主体只能是国家。假如中国的国家主权以及领土完整受到其他国家的武力攻击并且造成严重威胁的时候,中国必然会根据国际法的原则以及联合国宪章的有关规定来合理的行使自卫权。与此同时,中国作为联合国的创始国和联合国的

\* 郝煜玮,安徽马鞍山人,上海政法学院2016级宪法学与行政法学研究生,师从潘牧天教授。

常任理事国也要严格遵守国际法上关于自卫权的规定。

行使自卫权的法律意义在于,第一,自卫权能够使国家领土和主权保持完整与安全。自卫权对于国家来说是一种具有非常重要意义的权利,是国家对其自身的安全进行保护的一项重要权利。自始至终,自卫权就与国家领土完整和国家安全保持着密切的联系。保护国家领土完整的权利是国家行使自卫权所需要保护的一项最为重要的实体权利,只有在保护国家领土中,自卫权才能最直接的体现出它的价值的重要性。第二,自卫权能够促进国际和平与安全。自卫权同样对于维持国际和平与安全有重要意义。

## 一、国际法对于自卫权的规制

### (一) 行使自卫权的要件

#### 1.前提要件:主权国家受到他国的武力攻击和侵略

依据《联合国宪章》的相关规定,一个主权国家只有在遭受了他国武力攻击和侵略这一前提条件下才能行使自卫权。<sup>[1]</sup>比如,当某个国的国家领土遭受到其他外国武力的攻击或者是象征该国领土的航空器、船舶在公共海域、空域遭遇到其他国家的武力攻击这些情况下,该国即可以行使自卫的权力。

#### 2.程序要件:自卫权的行使需要及时报告联合国安理会

根据联合国宪章的相关规定,安理会作为联合国常设机构其职责是维护国际秩序以及维持世界和平与安全。所以,任何一个国家行使自卫权必须及时向安理会的报告,这就是所谓的行使自卫权所应当具备的程序性要件。依据《联合国宪章》相关规定,各个国家在行使自卫权时,不单单需要有时间限制,还应当负有向安理会及时报告的义务。

#### 3.武力要件:自卫权的行使必须坚持相称性原则和必要性原则

必要性原则和相称性原则在联合国宪章中并没有明文的规定,但这两项原则却在国际实践的过程中渐渐地形成并且被国际习惯法认可。同样,国际法院也承认了这两项原则。具体来说,必要性原则与相称性原则切合《联合国宪章》所依据的最大可能地减少采用武力解决问题这一基本原则。同时,这两项原则又避免及有效地阻止了其他国家非法进行武力攻击的行为,其真正目的不是为了惩罚其他国家。自卫权的行使必须受必要性和相称性原则约束。

必要性原则的具体要求是,受到攻击的国家应该尽自己的可能使用其他办法对付敌对国家对本国实施的武力攻击,只能在没有任何选择的余地亦或者是在逼不得已的情况下才能对其他国家使用武力来进行自卫,这个时候实施自卫才符合一个国家行使自卫权的必要性原则。必要性的时机标准体现在自卫权必须即时或者立刻进行,因为任何的过分延迟都会造成必要性的丧失。必要性的即时性强调的是武力反应和最初的攻击在时间上应当是尽量接近,但这不是一个具体的时间概念,如果把它理解为某一个时刻是不恰当不合理的。同时,在某种特定的情形之下,必要性还应当由实施攻击的情形所涉及和所包含的因素来决定。

相称性原则的具体要求是,自卫的相称性所表明自卫采取的行动不应该超出其适当的范畴或存在任何不符合自卫权要求的因素,不管是单独自卫还是集体自卫,其实施武力的范围

<sup>[1]</sup> [奥]汉斯·凯尔森著、王铁崖译:《国际法原理》,《华夏出版社》1989年版,第51页。

和规模都应当与其他国家所实施的非法武力攻击相符合。由此可知,如果某个国家所采取的自卫行为存在不符合规定的行为或者行为过当,即超出了相称性原则的范围,这将会被视为是非法使用武力的情况。<sup>[1]</sup>同样,如果一个国家在实施自卫行为过程中,不顾及相称性原则而肆意扩大实施武力自卫的范围,那么将被视为假借自卫之名而实际上是为了发动侵略他国的战争,从中获得利益。然而,相称性原则的标准至今依旧难以确定,这是由于相称性的标准的确认需要考虑各种各样的具体情形。

## (二) 行使自卫权的地点

自卫权行使的地点和受到他国武力攻击的地点有着相当紧密的联系。然而,二者并不完全重合的。武力攻击可以是跨越国界而进行的,如第二次世界大战中的日本法西斯进攻中国,希特勒闪电袭击苏联,也可以不是跨越国界进行的。

第一,被攻击国。<sup>[2]</sup>被攻击的国家在本国的领土和主权在受到武力入侵,实施自卫反击,是任何一个国家应当而且必须实施的。古今中外,对受到武力攻击和侵略不做任何抵抗就举手投降的国家是很少有的。很多国家牺牲了大量的人力物力做出了,做出了重大的流血和牺牲。对其他国家实施的武力入侵的行为采取自卫反击行为是符合法律规定的。这种情况可以在武力攻击跨越国家界限的情形下产生,同样,也可以在武力攻击没有跨越国境的情况下进行。

第二,进攻国或庇护国或支持国。行使自卫权地点可以延伸到攻击国的领土,只要符合自卫的必要性原则和相称性原则标准即可以。这种情形包括武力攻击越界情况或攻击发生在攻击国领土内情况。

第三,非国家领土。自卫还可以在任何国家领土范畴以外的地方进行,如自卫可以针对攻击国的卫星等。

## (三) 行使自卫权的时间

根据联合国宪章的规定,受到武力攻击的国家在经受武力攻击时开始一直到安理会为维护国际秩序和维护国际和平与安全所做出必不可少的措施之前的这段时间里,可以根据自己的意志决定什么时候实施自卫行动。显而易见,这并不要求当某个国家在遭受到攻击时就必须立即做出武力反应。在习惯国际法上,自卫权行使必须是符合必要原则的,即自卫权行使需要是情势紧迫的情况下的,一刻也不允许拖延行使的,置于其他任何相关联事务之上所行使的,没有任何选择方式的余地和没有任何考虑的时间。<sup>[3]</sup>由此就可以看出行使自卫权的时间,必须是在武力攻击所引发的武力反击具有必要性时,同时也必须符合必要性的原则的情况下所实施的自卫权才是正当合理的。通常情况下,国际法规定对武力攻击所采用的自卫行动应该是即刻进行的,即在武力攻击与行使自卫权之间不存在时间上的不合理与不合法的拖延。

[1] 余民才:《国际法专论》,《中信出版社》2003年版。

[2] 吴玉娟:《国际法上的自卫权探析》,《宁波广播电视大学学报》2011年第2期,第49页。

[3] 程晓霞、余民才:《国际法》,《中国人民大学出版社》2005年版。

## 二、美国对伊拉克行使自卫权的合法性分析

2003年3月20日,美国发动对伊拉克战争,其中最重要的一个理由就是,伊拉克正在生产大规模杀伤性武器,并且同包括本拉登在内的国际上的恐怖组织进行暗中的勾结,有可能再次实施类似于“9.11恐怖事件”,对美国的领土安全和美国在全球的军事基地、经济利益存在着潜在的重大威胁,美国认为打击伊拉克完全是为了“自卫”,因此,美国必需采用“先发制人”策略,坚决推翻萨达姆政权。对于美国对伊拉克发动的所谓“自卫权”,我认为可以从以下几个方面来讨论美国是否合理行使自卫权。

### (一) 拒绝联合国的核武器检查能否构成美国行使自卫权的理由?

美国发动对伊拉克的战争其最重要的原因之一是,伊拉克制造并蕴藏着大范围的杀伤性武器,它拒绝了联合国对核武器的核查,其行为已经在一定程度上违背了联合国安理会的相关决议。伊拉克所实施的这些行为对美国安全造成了极大的威胁。但是这一次美国碰到的更加棘手问题就在于美国的战争决策遭受到了联合国安理会的极力反对,其中包括法国、俄罗斯在内的国家甚至做出动用否决权的,其余理事国则表明在投票表决中会投反对票或者弃权。

至于伊拉克是否生产和储存了大规模杀伤性武器,一直到今天美国和联合国安理会及国际社会都仍然不能拿出具有说服力的依据。依照联合国相关组织的审查关于伊拉克核武器问题的报告中充分表明,审核的人员并未发现伊拉克存在着大量大规模杀伤性武器的依据。在此种情形之下,美国迫不及待地对伊拉克进行所谓名义上的军事打击这一行为就让人难以理解了。因此,美国所发动的名义上的自卫行动的必要性以及时机的恰当性是令人怀疑的,这无疑违背了自卫权行使的必要条件。

### (二) 伊拉克支持恐怖主义是否构成美国行使自卫权的理由?

美国政府实施伊拉克战争的另一个重要的原因是伊拉克有可能是发动“9.11恐怖事件”的本拉登幕后的支持者。美国政府给出的理由主要由以下主要两点:第一,“9.11恐怖事件”发生前,伊拉克总统萨达姆就曾经公开表示恐吓乃至威胁美国政府,扬言要对美国和支持美国的国家实施暴力手段;第二,在伊拉克境内发现了恐怖组织训练基地。当今国际社会我们对于恐怖组织的概念十分模糊,甚至连恐怖组织及恐怖活动的概念都还没有统一、明确的界定,这样就导致所谓的恐怖主义的思想遍及全世界。美国政府这次以“反恐”为名义对伊拉克采取军事行动,就是对于恐怖主义的概念理解不到位,对伊拉克乱贴“恐怖主义”标签,强行对他国进行军事干预的真实事例。<sup>[1]</sup>“9.11恐怖事件”美国遭受了重大人员和财产的损失,恐怖主义的阴云顿时笼罩美国的领土中,举国上下处于惊慌失措之中。应该说美国是恐怖主义的受害者,从国际法角度出发来看,美国确实是最有资格通过“武力自卫”来消除恐怖主义的威胁。

美国以反恐为由对伊拉克所实施武力打击行使自卫权同样缺乏充足的理由。首先,仅仅凭借萨达姆的一两句威胁恐吓就把他同恐怖组织相互联系在一起,认为他是本拉登的重要支持者似乎太过于牵强,并且没有什么实质性的证据来证明。要证明伊拉克和恐怖组织有关联

<sup>[1]</sup> 刘海山:《国际法》,《法律出版社》1992年版,第80-81页。

就需要拿出客观的证据。例如,伊拉克政府向本拉登恐怖组织提供了武器装备和硬件设施,同时向本拉登提供了财政上的支持,甚至伊拉克政府亲身参与了“9.11恐怖事件”等等。如果单单凭借一句话语上的恐吓威胁就随意捏造出伊拉克做了恐怖主义的事情,恐怕未必符合道理,很难令人信服。<sup>[1]</sup>如果因为有疑虑就予以定罪这恐怕也不是法治社会会赞许的做法。第二,通过国际调查人员的多方调查发现,关于在伊拉克境内发现的恐怖组织训练基地,实际上并不存在这个基地,已经经过多方给予证实是一个伊拉克的反恐怖主义活动训练基地之一而已。将一个反恐怖主义训练基地说成一个恐怖主义的基地是对于美国政府来说是一件多么荒谬的事情。

虽然美国政府是以伊拉克制造大量大规模的杀伤性武器并拒绝核查、伊拉克与恐怖主义活动有关联等等的一系列原因主张对伊拉克采取自卫行动。然而,美国试图想通过自卫行动所想要达到的最终目有以下两个方面。其中最主要的目的即为了彻彻底底地解除伊拉克的武装,赶萨达姆下台,从而建立起听从美国指挥的伊拉克政权,并且由此来巩固与沙特阿拉伯等中东海湾国家之间的关系,使亲美的政权连合成一片。二次,美国为了控制中东和海湾地区的石油资源,由此来牵制日本、中国对石油的进口。通过“石油战略”来影响全球的经济发展,从而加大美国对国际油价的控制力和影响力,这无疑增强了美国实现其称霸全球的力量,也是其想达到的目的之一。

根据上文我们可以知道,行使自卫权采取自卫行动的最根本的目的是为了抵抗和击退来自敌方的实际攻击,或者是为了消除来自敌方的武力威胁。但是,美国政府所实施的自卫行为想要达到的真正目的并不是彻底铲除伊拉克的大规模杀伤性武器和彻底铲除支持国际恐怖主义的基地,而是企图为了自己经济利益的需求,想通过采取自卫行动来颠覆一个美国政府否决的伊拉克领导人,从而在伊拉克树立自己的美系政府的政权;或者想通过其所实施的自卫行动来控制伊拉克的石油资本,乃至扩张到整个中东地域的石油资源,从而来满足自身的战略利益,促进自己国家的经济增长。这些明显不符合合理理由的目的显然远远超出了自卫的适度性的要求。

所以综合上述两点重要的理由我认为,美国在伊拉克发动的战争并不符合自卫权行使的合理合法的要件。国际法虽然允许每个国家在某些特定的情况下可以依据各自的国情实施自卫权,但在行使自卫权的必要性以及相称性的判断过程中和实施自卫的适度性等一系列因素上都必须依照国际法规定的条件。如果是违背必要性相称性和适应性做出的自卫权行使是不符合国际法规定的,应该被认定为是违法的行为。那么针对自卫权的必要性相称性和适应性究竟该由谁来决定,现在还有很大的争议。我认为,其实施的必要性和适应性应当由一定的国际机构来决定,比如可以由联合国安理会来决定,而不能由当事国自己做出判断,这样由联合国安理会决定主要是为了避免当事国凭主观臆断而滥用自卫权情形的产生。避免伊拉克战争这样类似的事情再次发生,造成不必要的后果还难以磨灭的战争阴影。

<sup>[1]</sup> 詹宁斯·瓦茨著、王铁崖等译:《奥本海国际法》(第一卷第一分册),《中国大百科全书出版社》1995年版,第311页。

### 三、自卫权未来发展趋势

#### (一) 不承认预防性自卫权

预防性自卫权是指一国在遭到武力攻击前所进行的先发制人的攻击,它是一个国家在还没有开始,但是预见到将立即受到武力的攻击而事先采用武力。预防性这个概念是一个颇有争议的概念,并没有得到世界各国普遍的接受。<sup>[1]</sup>预先性自卫权这个概念不符合自卫权的武力攻击这个前提的条件,也不符合联合国宪政的起草者在起草时候的主观的意图。预先性自卫权可以被作为侵略的借口,美国与伊拉克战争就是如此,美国在没有证据的情况下就认定伊拉克政府拥有大规模的杀伤性武器而且勾结恐怖主义,采取先发制人的手段策动了伊拉克的侵略战争。这一点十分明显是不切合联合国宪章的规定,在没有受到武力攻击的情况下私自行使自卫权发动战争。那么预防性自卫权为什么会受到国际法的否定?<sup>[2]</sup>因为如果坚持以预防性自卫权来代替联合国宪章里规定的自卫权的话,任何国家都可以随意断定自己国家的安全遭受到了威胁,而采用先发制人战略对别的国家实施打击。预防性自卫权的使用应该仅仅限于严重性的威胁,假如真的赋予世界各国普遍的实施预防性自卫权,将会带来不可想象的后果,会给世界的和平带来巨大的冲击。

在预防性自卫权这个问题上,中国坚持不承认预防自卫权,不滥用预防性自卫权。<sup>[3]</sup>中国一贯信守“人不犯我,我不犯人”在别的国家不侵犯到中国的利益的情况下,中国是不会率先使用预防性自卫权的。虽然目前中国已是综合国力强盛的大国,世界上最大的发展中国家,可是中国对于一些西方国家推行的违反国际法的规定并有可能导致全世界陷入混乱中的先发制人的预防性自卫权主张,中国政府理所当然的应该坚持否定的态度。各个国家之间应当加强彼此之间的合作,扩大合作的领域和范围,加强互相之间的交流,促进和平友好的发展,从而避免预防性自卫权的行使,为世界的和平发展营造一个良好的氛围。

#### (二) 明确集体自卫权行使的条件

集体自卫权是指当某一个国家遭受到武力攻击时,其他各个国家一同采用军事上的方法来协调和帮助遭受到攻击的国家进行自卫的权利。集体自卫权与预先自卫权不同,其不同之处在于集体自卫权在联合国宪章里得到了合理的法律地位。但是集体自卫权在国际法上引起的讨论也是相当多的,集体自卫权不是表示几个受到攻击的国家联合起来一起共同的进行自卫,而是表明没有遭受到攻击的其他国家也可以凭借此依据来合理合法的帮助和支持遭受到攻击的国家。行使集体自卫权的国家并不一定要来自同一个地区同一个地域,也不需要和受到攻击的国家签订过任何协议条约的。集体自卫权是一种单独安全的保障,集体自卫权的基础是《联合国宪章》51条的武力攻击,它是一个国家的分散的行动,只要在联合国安理会没有强制性的介入这个问题的情况下,这个问题都可以是由有关国家自己决定的。由于集体自卫权是单独自卫权的延伸,所以行使集体自卫权也需要一些特定的条件,例如存在武力攻击、自卫权行使的必要性相称性以及及时地迅速的向国家安理会报告。

除此之外,集体自卫权还必须满足其特有的两个特别的条件。第一,受攻击的国家必须

[1] 施迪文:《由美伊战争试论国际法意义下的预防性自卫》,载《法制与社会》2013年7月(上)。

[2] 黄瑶:《论预防性自卫的合法性问题》,《法学杂志》2003年第3期,第49页。

[3] 赵凌:《预防性自卫权的合法性问题研究》,载《辽宁行政学院学报》2008年第7期。

对外宣布自己是受到武力攻击的受害者。由于集体自卫是第三国协助受到攻击的国家所进行的自卫,那么在和第三国的关系上,受到攻击的国家必须在主观上要坚信自己受到了武力攻击,从而对外正式的宣布自己是武力攻击的受害国。第二,需要受害国的明示的请求出现。行使集体自卫权并不是第三国自动的去行使的,行使集体自卫权的依据是取决于受害国正式的提出的援助请求,受害国的请求不仅仅是体现在实践的生活当中,还体现在国际法院的承认。受害国的请求必须是自由的意思表示或者是合格的提出的请求,被迫做出的请求或者没有请求资格的不是一个合法的请求。例如在受到很大的外界压力之下做出的请求亦或者是请求不是一个国家的合法的代表。我们可以看到集体自卫权不是第三国的一项自主的权利,而是第三国在其他国家受到武力的攻击时候做出反应的权利。在未来自卫权发展的趋势上,集体自卫权将会占到越来越大的地位。

### (三) 加强联合国安理会在自卫权行使方面重要作用

联合国安全理事会简称联合国安理会,依照联合国宪章宗旨和原则,可以得知,联合国安理会负有维护国际秩序、国际和平、国际安全的责任,是唯一能够采用强制性措施的联合国机构。在当今动荡不断的世界格局下,联合国的责任显示的更加突出,联合国安理会作为联合国的重要机构应该积极发挥其作用,对世界各地出现的各种战乱、动乱、矛盾、冲突等等做出一个合理合法的裁决,避免战争的出现。当然对于自卫权的行使联合国安理会也可以做出其行使合法与否的决定。第六章《争端之和平解决》中规定,联合国安理会可以调查可能引起国际摩擦的任何争端或局势,并在局势可能危及国际和平与安全的时候,建议调解这些争端的方法或解决条件。<sup>[1]</sup>联合国安理会应该充分发挥其预测预判的作用,正确的审视当前的国际局势,对于可能发生的事情提前做出预判,避免不必要的麻烦发生,从而真正的提高联合国安理会在自卫权行使方面的重要作用。

## 结语

国家自卫权是国家在联合国体制内单方面采取军事行动唯一正当的理由,它是由联合国宪章承认和确认的,主要负责在和平时期适用的一项基本固有的权利。受到其他国家的武力攻击是国家行使自卫权的前提条件,武力攻击的种类有很多,可以通过特定攻击意图、使用武力、干涉、入侵等等来行使武力。在美国与伊拉克的战争中,美国政府以自己的目的,强行对伊拉克发动了战争,其没有按照自卫权的必要性适应性和相称性行使自卫权,对于伊拉克地区和人民造成了不可磨灭的影响。对于伊拉克的经济发展文化发展和社会发展造成了很多矛盾,一场战争的发生最惨的是人民,伊拉克战争中死亡的难民不计其数,多少儿童妇女被无辜杀害,多少人难民死于美军的枪口下,国家政权倾覆,美国政府在伊拉克建立的以美国为主的政权并没有起到实质性的作用。

通过美伊战争我们可以看出为确保自卫使用武力的合法性,自卫权行使的国家采取的军事行动还必须符合必要性和相称性适应性原则。国家行使自卫权的单方面性不排斥安理会的作用。在一定意义上,自卫行动已经被列入了联合国安理会的集体安全体制。国家应该在联

<sup>[1]</sup> 黄惠康:《国际法上的集体安全制度》,《武汉大学出版社》1990年版,第91-92页。

联合国安理会的职权范围内合理合法的行使自卫权,不得越权行使更不得违法违规行使自卫权。

中国作为世界大国,联合国常任理事国,始终奉行防御性国防政策,其中自卫权是一项重要的内容。中国自卫权的行使基本上遵循的是一种单独行使和后发制人行使的自卫权。在面临当今社会各种复杂而且危险不断的挑战安全环境情况下,中国应该全面认识自卫权的性质和作用,丰富和完善我国自卫权行使的机制。树立有效的自卫的观念。美国所采用的这种“先发制人”的军事战略从外观上看像是在极力地维护美国所说的国际利益,从而为其自身的对外政策而服务。但是在实际上,这种想法是非常目光短见的。人们在科技不断创新、生活水平不断提高、人与人之间的交流日益频繁的今天,美国这种新兴的传统冷战思想在将来肯定得不到广泛的应用,也不是一个长久之计的选择,然而受害的不仅仅只是美国一个国家,还会涉及到整个国际秩序和国际关系。所以中国不能采取美国主张的先发制人的思想,应该努力贯彻中国坚持的后发制人,但是在发生特殊情况下的时候,有效自卫或积极自卫也是中国自卫权不可分割的部分。这种自卫是指对还没有发生的,但是迫在眉睫的外来武力的攻击之下使用的一种外来防御的武力,在中国现在所面临的世界格局的情况下,这种自卫还是很普遍的,可以避免很多不必要的麻烦和战争的发生,值得我们去深入和贯彻,合理的行使自卫权,积极的创造一个全世界和谐共处的世界环境。充分发挥中国在联合国安理会的重要投票权利,营造一个和平的世界氛围。

## 参考文献

- [1] [奥] 汉斯·凯尔森, 国际法原理[M], 王铁崖译, 北京:华夏出版社, 1989: 51.
- [2] 余民才, 国际法专论[M], 中信出版社, 2003.
- [3] 吴玉娟, 国际法上的自卫权探析[J], 宁波广播电视大学学报, 2011(2): 49.
- [4] 程晓霞、余民才, 国际法[M], 北京:中国人民大学出版社, 2005.
- [5] 刘海山, 国际法[M], 法律出版社, 1992: 80-81.
- [6] 詹宁斯、瓦茨修订, 王铁崖等译, 奥本海国际法(第一卷第一分册)[M], 中国大百科全书出版社, 1995: 311.
- [7] 施迪文, 由美伊战争试论国际法意义下的预防性自卫[J], 法制与社会, 2013年7月(上).
- [8] 黄瑶, 论预防性自卫的合法性问题[J], 法学杂志, 2003(3): 49.
- [9] 赵凌, 预防性自卫权的合法性问题研究[J], 辽宁行政学院学报, 2008(7).
- [10] 黄惠康, 国际法上的集体安全制度[M], 武汉大学出版社, 1990: 91-92.

(责任编辑: 孙盼盼)

# 浅析我国对家庭“冷暴力”的法律规制现状

## ——以我国《反家庭暴力法》为分析视角

林婷\*

**摘要:** 2016年3月1日,《中华人民共和国反家庭暴力法》正式实施,一时之间引发了社会各界的热烈讨论。此法的颁布为在家庭关系中处于弱势地位的人群撑起了一把强有力的保护伞,对于那些既未达到《刑法》中虐待罪、遗弃罪构成条件,同时也不在《治安管理处罚法》行政处罚范围内的轻微家庭暴力行为,终于有法可依了!提及“暴力”一词,人们脑海中常常浮现的是棍棒相加、拳打脚踢的“热暴力”场面,但随着社会文明程度的提高及人们法制观念的增强,家暴的表现形式已不仅限于传统的对身体造成伤害的热暴力一种,更多情况下是以一种冷漠的对心理造成创伤的方式呈现出来,这便是所谓的家庭“冷暴力”,它不仅是现代家庭暴力的突出表现形式之一,更可能是引发恶性家庭热暴力的根源所在。本文介绍了冷暴力的定义、成因、通常表现方式及其给社会、家庭带来的负面影响,接着结合我国新出台的《反家暴法》的内容和不足之处,重点讨论了其对冷暴力的关注程度及相关规定,最后提出了对我国家庭冷暴力的预防以及法律救济制度上的几点立法建议。

**关键词:** 家庭暴力 冷暴力 反家暴法 法律救济 法律规制 预防

## 一、家庭冷暴力的定义、特点及成因

### (一) 家庭“冷暴力”的定义及常见特征

冷暴力是暴力的一种,多表现为冷淡、轻视、放任、疏远和漠不关心,致使他人精神上和心理上受到侵犯和伤害。家庭冷暴力则是冷暴力的一种情形,多指夫妻(也包括其他家庭成员之间)之间产生矛盾时,漠不关心对方,将语言交流降到最低限度,停止或敷衍性生活,懒于做家务等行为。随着社会文明程度的提高以及人们法制观念的增强,家庭暴力的表现方式也在发生潜移默化的转变,从传统的对身体的伤害,更多的演变成对心理的伤害,即从热暴力一种形式扩展到冷暴力。大多数遭遇家庭“冷暴力”的人都有这样一种感觉:无人可诉,无处可断,无法可依。

家庭“冷暴力”的分布广、持续时间长,对家庭和受害者的身心具有强大的摧残性,且目前在我国难以得到有效的司法救助。家庭“冷暴力”的表现方式多种多样,总体上呈现这样几个常见特点:1. 家庭成员之间漠不关心,缺乏必要的日常言语交流。尤其是随着智能手机、平板电脑等电子产品的普及,出现了大规模的“手机控”群体,无论亲人、朋友、同学或是同事之间,不管在饭桌上,卧室中、马路上或是公交车上,人们都自顾自低头玩手机,宁可与陌生人通过网络上对话,也不愿意与身边人多一些言语和神情的交流。2. 发生矛盾时采用不正确的沟通方式,故意恶语中伤、冷嘲热讽。现在人们的维权意识越来越高,儿童、

\* 林婷,上海政法学院2015级法学理论专业研究生。

父女及老人的权利日益受到社会的关注和重视。于是,在家庭关系中处于较强势的一方,采取热暴力方式解决矛盾纠纷的行为有所收敛,取而代之的是一种言语上的中伤或蔑视,给弱势一方造成长期的心理阴影和心灵创伤。3. 夫妻之间停止性生活,或者对性生活采取敷衍的态度。人们的婚恋观随着社会的变化发展而逐渐变得开放,加之我国法律对“出轨”行为没有实质性的惩罚措施,夫妻之间一旦到了七年之痒之际,配偶一方或双方便很容易去外面寻求性刺激,身体出轨或是通过手机、互联网精神出轨,从而冷落另一方或彼此。4. 配偶一方对家庭事务完全不管不顾,想当然地推卸责任。我国大多数的婚姻家庭长久以来受到“男主外,女主内”传统思想的影响,男性通常误认为做家务活是女人的应有职责,但随着男女平等观念的深入人心以及女性在事业、经济上的独立,女性的家庭地位逐步提高,她们开始要求男性分担家庭事务,对男方不做家务活的行为产生不满情绪,由此引发的矛盾却长期难以得到调和,双方便采取对家庭事务不管不顾的冷漠态度,暂时维系着已有的婚姻家庭关系。

## (二) 家庭“冷暴力”行为的形成原因

冷暴力是一种典型的“隐性”暴力,在外表看来它不见血也不见伤,很容易被人们忽视。实际上,冷漠不语比大吵大闹对婚姻和家庭造成的伤害更大,它带来的是长期的、心理层面的创伤,更容易导致婚姻破裂以及家庭不和睦。虽然大吵大闹也不是理性的解决矛盾的方式,但至少能够通过言语表达不满的情绪,让彼此知道对方想法及感觉,实现一种特殊形式的“沟通”;但若冷漠不语,不愿努力寻求解决矛盾的突破口,那便永远无法得知症结所在,日积月累,最终将导致无可挽回的局面。可见,冷暴力在家庭关系中的重要性以及解决冷暴力问题的迫切性。想要更好地解决“冷暴力”问题,我们首先要追根溯源,找到“冷暴力”背后的成因。

1. 日常琐事上的意见不合,是家庭“冷暴力”的导火索。每一个家庭都存在着或轻或重的家庭冷暴力,中国法学会针对全国家庭暴力现状的一项社会调查表明:在发生矛盾的家庭中有88%会出现夫妻双方互不理睬的现象,30%多出现负气使劲关门离家而去或摔东西的行为,48%的家庭会出现互相辱骂的现象,还有20%左右的家庭中,丈夫会威胁并殴打妻子。由此可见,冷暴力在我国目前的问题严重性。大多数情况下,冷漠不是由家庭重大矛盾而引发,对于大问题家庭成员之间反而能冷静下来沟通并解决,而日常琐碎的小事,例如一方经常絮絮叨叨,频繁抱怨,盲目比较,导致另一方心生厌烦,又或者一方“爱搭不理”,使得另一方心灰意冷也开始寡言少语。这样的琐事通常不会被重视,但长期如此,双方郁结于心,便慢慢地演变成了冷暴力。

2. 社会文明程度提高以及法律意识增强,导致对家庭矛盾“冷处理”的现象普遍增多。现在人们逐渐意识到用武力解决家庭矛盾是没有素质的表现,甚至可能触犯法律。尤其是在高素质的家庭中,家庭成员自尊心强,互不妥协,对感情的要求比一般人高且细腻,但却不善于表达自己内心的感受,如此便会出现精神上相互折磨的情况,这就直接构成了家庭“冷暴力”的前提。受精神虐待的家庭成员一般会表现出焦虑、抑郁、有自杀倾向,精神分裂、与社会隔离,失去自尊自信,甚至产生以暴制暴的攻击性行为,伤及其他家庭成员。

3. 立法上的缺失,导致家庭“冷暴力”无法可依。在家庭“冷暴力”问题上,我国法律对于殴打、捆绑、残害等热暴力行为造成的伤害都有明文规定,如《刑法》中虐待罪、遗

弃罪的相关规定及《治安管理处罚法》对一些家暴行为的行政处罚。而对家庭“冷暴力”，我国立法相对滞后，没有明确的、详尽的法律规定和解释，导致家庭“冷暴力”无法可依。由于家庭“冷暴力”的反复性，隐蔽性、长期性的特点，很难甚至不能做伤情伤害的鉴定，这样导致受害人难以受到法律处罚。我国目前在中央层面，反对对妇女的家庭暴力的规定是以新婚姻法为主导，反对未成年人的家庭暴力的规定以未成年人保护法为主导，反对老年人的家庭暴力的规定以老年人权益保护法为主导，横跨刑事、民事、行政等各个法律部门的综合性治理系统。但是在家庭冷暴力方面我国司法就显得苍白无力，在立法方面明显缺失。在法律上对于“冷暴力”一词未作明确阐释。

4. 对家庭“冷暴力”的认识偏差，致使人们对其不够重视。现实生活中，很多人对家庭“冷暴力”的认识存在偏差，认为一些所谓“冷暴力”的现象只不过是家庭成员之间“闹脾气”、“闹别扭”，算不上是家庭暴力。根据市妇联发布的《广州市反家庭暴力情况研究报告》显示，居民对主要家庭暴力行为认知统一，对冷暴力却存在分歧。《报告》对1000名广州市居民的电话调查结果发现，认为殴打、恐吓、辱骂、夫妻间性暴力(性虐待、夫妻间强制发生性行为)和限制人身自由这些行为属于家庭暴力的被访者均达80%上，争议较少。然而，居民们对于冷暴力行为的认识存在一定分歧，仅有56.9%的被访者认为长期不理睬对方、48.5%的被访者认为长期无故拒绝过夫妻生活属于家庭暴力。

5. 就夫妻而言，婚外情也是家庭冷暴力形成的重要原因之一。随着人们婚恋观的变化，婚外情的现象越来越多，出轨一方为达到离婚的目的而故意对夫妻之间发生的矛盾进行冷处理。此外，由工作压力大引起的矛盾以及由教育医疗引起的抚养、赡养纠纷等都是诱发家庭“冷暴力”的重要原因。

## 二、我国《反家暴法》的主要内容及对“冷暴力”的相关规定

### (一) 我国《反家暴法》的主要内容

全国妇联的一项最新抽样调查表明，家庭暴力现象目前在我国具有相当的普遍性，它不仅发生在夫妻之间，还多发于父母与未成年子女、成年子女与年迈父母之间。据统计，全国2.7亿个家庭中，遭受过家庭暴力的妇女已高达30%，每年有近10万个家庭因家庭暴力而解体，制定一部规制家庭暴力的法律迫在眉睫！在社会的强烈呼声下，《中华人民共和国反家庭暴力法》于3月1日正式实施。该法所管辖的家庭暴力，其实是没达到《刑法》中的虐待罪、遗弃罪、甚至连《治安管理处罚法》的行政处罚都够不上的轻微的家庭暴力行为。针对严重的家庭暴力行为，早在1950年《婚姻法》中有禁止虐待遗弃的规定，《治安管理处罚法》也有针对殴打他人、虐待家庭成员行为的处罚条款，以及《刑法》中对虐待罪、遗弃罪、伤害罪、杀人罪的相关规定。作为中国首部反家暴法，该法共分为六章，分别对家庭暴力的范畴、预防、处置、人身安全保护令和法律责任作出了具体规定。以下几点规定是我国《反家暴法》的亮点所在，同时也是人们普遍关注的焦点内容。

第一，将经常性谩骂、恐吓等精神侵害行为纳入家暴的范畴。我国首次以法律形式明确规定，“家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实

施的身体、精神等侵害行为”均属家庭暴力。把“经常性谩骂、恐吓等”精神侵害行为列入了家暴的范畴,扩大了以往传统意义上的家暴行为的范围,这是我国反家暴的一个历史性的进步。

第二,反家暴不再是个人私事,而是全社会的共同责任。《反家暴法》第三条第二款明确规定:反家庭暴力是国家、社会和每个家庭的共同责任。另外,本法还规定学校、幼儿园、医疗机构、居民委员会、村民委员会等组织机构及其工作人员,发现无民事行为能力及限制行为能力的人遭受家庭暴力,有责任和义务向公安机关报案。若未按照规定报案且造成严重后果的,由上级主管部门或者本单位对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

第三,将“有同居关系的人”纳入家暴主体范畴。《反家暴法》在附则中规定:“家庭成员以外共同生活的人之间实施的暴力行为,参照本法规定执行。”这意味着即使没有成立婚姻关系以及不是法定的家庭成员关系,只要是共同居住在一起的人,他们之间发生的暴力行为也受该法的约束。笔者认为,这是十分符合当下现实状况的一条规定,针对现在未婚同居或有着其他不正当关系而同居的人群,本法冲破了中国传统观念的束缚,对其采取一种包容的态度,即便该条规定在反家暴法实施后一直备受争议。

第四,在起诉时,告诫书可作为家暴证据向法庭提交。本法第十六条规定:家庭暴力情节较轻,依法不给予治安管理处罚的,由公安机关对加害人给予批评教育或者出具告诫书。公安机关出具告诫书中,一般记录了加害人的身份信息、当事人对实施家庭暴力的事实陈述以及公安机关发出的不得再实施家庭暴力的警告等重要信息,因此它可以成为法院审理家庭暴力案件的有力证据。

第五,建立了人身安全保护令制度,及时、有效地保护了受害者的权益。当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险时,可以向法院申请人身安全保护令,法院应受理。当事人是无民事行为能力人、限制民事行为能力人,或者因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的,其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。人民法院受理申请后,应当在七十二小时内作出人身安全保护令或者驳回申请;情况紧急的,应当在二十四小时内作出。这是一个诉前的救济措施,能及时阻止暴力行为的继续和进一步恶化。

## (二)《反家暴法》有无对家庭“冷暴力”的相关规定和关注?

法律的初衷在于事前的预防,而不是事后的惩治,正如我国《反家暴法》的宗旨“以预防和教育为主,以惩罚为辅”。家庭暴力发生后,并不是立刻就能达到适用法律惩治的条件,通常会有一个循序渐进的过程。在这个过程中,受害人虽然还未遭受到身体上的伤害,但却在心理上和精神上受到了严重的创伤。这种看不见也摸不着的家庭“冷暴力”的存在,是发生恶性家庭“热暴力”行为的预热,不容忽视!制定反家暴法的根本意义,就是要促进我国各个家庭的内部和谐,进而实现全社会的总体和谐,它不仅保护家庭成员的身体不受暴力侵害,更要保护家庭成员在心理上不受的“冷暴力”的虐待,将家庭“热暴力”防患于未然。

但遗憾的是,新出台的《反家暴法》中并未对“家庭冷暴力”作出清晰的界定,也没

有为家庭冷暴力的受害者提供实质性的保护措施。该法第二条规定：本法所称家庭暴力，是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。此定义显然过于狭窄，只涵盖了形形色色的家庭暴力行为中的很小一部分，将许多同样容易发生在家庭当中的暴力行为排除在外，例如基于性关系实施的暴力，基于经济状况实施的暴力，基于情绪、心理状态实施的暴力以及本文重点论述的“冷暴力”等等。该条规定虽然提到“经常性谩骂、恐吓等方式”实施的精神侵害行为，但这只是附属于身体暴力的精神伤害，并不是我们所谓的家庭“冷暴力”范畴内的精神伤害。所以，“家庭冷暴力”在我国立法上仍属空白。目前，社会对精神伤害却鲜有鉴定机构也屈指可数，对精神伤害缺乏专业性地鉴定，也阻碍了对冷暴力进行界定。这种立法上的缺失造成在处理冷暴力案件时，司法实践处于一种无法可依的局面，使受害者在主张权利、请求保护时于法无据，而更深层次的影响是导致施暴者主观上无所顾忌，同时也增加了法院审理冷暴力案件的难度。<sup>[1]</sup>但这并不意味着我们就可以忽视家庭冷暴力的重要性，毕竟它普遍而真实的存在于我们的日常生活之中。正是由于迫切需求却又十分匮乏，才更加值得人们深刻思考并进行更多的研究，对冷暴力的重视和关注也有利于新出台的《反家庭暴力法》的顺利实施。

此外，新法还存在一些不足之处，例如：1. 缺乏配套措施，该法第十八条规定“县级或者设区的市级人民政府可以单独或者依托救助管理机构设立临时庇护场所，为家庭暴力受害人提供临时生活帮助”，此处的“救助管理机构”及其职责难以确定。2. 该法创设了一种新的法律文件格式，即人身安全保护令。明确规定遭受家庭暴力的当事人在一定情形下可以向人民法院申请人身安全保护令，但由于这是新设的法律制度，诉讼法中并没有相对应的诉讼程序，所以该规定必须要等到《民事诉讼法》修改后才能发挥实际作用。3. 整部法律规定过于笼统，原则性大于实用性。<sup>[2]</sup>整部《反家庭暴力法》分为六章，共38条，对于这样一项关系到社会各个成员的生命、健康、财产、自由的问题，本法内容显得非常单薄，而且其中大部分规定都是原则性的规定，无法直接适用，需等待其他单行法或者行政法规进行补充、完善，才能起到真正意义上的约束和保护作用。

### 三、为什么要关注家庭“冷暴力”？——家庭“冷暴力”的危害

目前，我国家庭“冷暴力”现象日益增多，且逐渐由由高学历家庭发展到普通家庭，由城市家庭延伸到农村家庭。家庭冷暴力已经成为婚姻、家庭破裂的重要原因之一，它不仅给家庭成员带来精神伤害，而且严重影响了社会的整体和谐与稳定。

#### (一)家庭冷暴力是婚姻、家庭破裂的重要原因

家是我们心灵的港湾，每一个家庭成员的身心健康对整个家庭而言都有着同样重要的意义。即使有一个人遭受了家庭冷暴力的侵害，都将影响整个家庭的和睦与温馨。家庭冷暴力给受害人造成的精神伤害远比拳打脚踢的显性暴力更严重，身体上的伤口可以愈合，但内心

<sup>[1]</sup> 封寿炎：《反家暴法，拒绝房门背后的残暴》，载《解放日报》2016年3月2日，第5版。

<sup>[2]</sup> 汤敏：《浅谈我国〈反家庭暴力法〉的不足之处》，载《法制博览》2016年第6期。

的创伤难以抚平。受害者的精神遭受伤害,甚至人格尊严遭受侮辱,一直以来处在痛苦的边缘,容易产生焦虑、抑郁、孤僻、无助、恐惧等不稳定情绪以及人际交往障碍,影响正常的生活与工作状态,有的甚至失去生存的勇气,走向绝路。长期生活在家庭冷暴力中的夫妻,婚姻关系易发生扭曲,最终导致离婚,即使有些夫妻为了孩子或是面子问题未选择离婚,但他们的家庭生活并不幸福,婚姻关系早已名存实亡,这样的家庭又怎可能有完整与和睦可言?

家庭冷暴力最无辜的受害者是家庭中的未成年子女,他们的不但遭受身心的伤害,学习成绩也会受到直接的影响。1925年,美国心理学家赫洛克(Hurlock, E.B.)做了一个有名的关于表扬与批评效果的实验。研究者将106名能力相当的小学生分成四组,在四种不同的情境下进行学习。第一组为控制组,研究人员对其成绩不给予任何信息和评价,既不批评也不表扬,而且,让他们独处一处做练习,与其他三组隔离。其余三组同处一室做练习,但待遇不同。第二组是受表扬组,每次练习后,研究人员对学生逐个点名表扬,进行鼓励;第三组是受批评组,研究人员从不表扬他们,而且对他们练习中发生的错误进行大声指责和批评;第四组是受忽视的旁观组,每次练习完毕后,研究人员既不表扬也不批评,但使他们都观察到其他两组受表扬或挨批评。实验结果发现,成绩最好的是受表扬组,其次是受批评组,第三是旁观组。从这个实验,可以看出教育中表扬的作用优于批评,而批评又比不闻不问要好得多。将此理论放在到家庭关系建设中来,也同样适用。夫妻之间的冷落、漠视或是言语上的讽刺挖苦等对未成年子女的学习、健康成长均会产生较大的负面影响。值得注意的是,随着科技的发展以及电子产品的普及,滋生了很多新的家庭冷暴力形式,有些家长甚至没有意识到自己的行为已经构成了家庭冷暴力,如长期对着电脑和手机,不与孩子交流、玩耍。所以,家长们平常一定要多注意观察孩子的行为举动,关心他们内心的情感变化,尽量避免演变成家庭冷暴力。

## (二) 家庭冷暴力是影响社会和谐与稳定的“毒瘤”

国家一直在提倡建设社会主义和谐社会,描绘了一幅幅和谐社会的蓝图,社会的发展和进步是社会全体成员共同的事业,需要每个成员的积极参与和共同努力,家庭“冷暴力”这样消极因素显然是与和谐社会的美好景象格格不入的。家庭是社会的基本单位,家庭的安宁与和睦直接关系到社会的和谐与稳定,家庭冷暴力导致家庭破裂,是致使社会的不稳定的重要因素之一。长期遭受冷暴力又不懂得用合法手段保护自己的受害者,多以自残的方式寻求解脱或是以伤害他人的方式宣泄内心的愤怒,给家人和社会其他成员带来威胁,破坏正常的社会秩序。夫妻之间也常将对对方的不满情绪发泄到未成年子女身上,如谩骂、讥讽孩子,使其自尊心受到伤害而离家出走。由于未成年人心智不成熟且缺乏辨识能力,流落在外极易染上恶习,甚至走上犯罪的道路,给社会的安定带来极大的负面影响。那些身处家庭冷暴力困境的受害人,往往难以全身心地投入到社会生产、生活和工作中去,影响他们参与社会活动的积极性,导致其社会和政治参与度下降;而且因冷暴力而产生的各类救助制度和惩戒措施增加了社会成本,加重了社会的负担,直接或间接地阻碍了社会的进步和发展。<sup>[1]</sup>

<sup>[1]</sup> 张翼杰:《家庭冷暴力的界定、现状及危害》,载《人民论坛》2014年第8期,110-112页。

### (三) 家庭冷暴力容易诱发犯罪, 增加反家暴的法律规制难度

有家庭冷暴力倾向的人不但会给自己带来精神上的压力, 更会给其他家庭成员造成伤害。生活在家庭冷暴力下的人尤其是未成年人, 大多性格怪癖、自我封闭、消极自卑、冷漠自私且难以与人沟通, 不信任他人, 并容易表现出对同龄人的攻击性行为, 甚至敌视社会、报复社会, 这些不良的性格特征和生活习惯一旦形成, 便将伴随终身。统计显示, 有违法犯罪记录的青少年中绝大多数是由于父母间的家庭冷暴力, 进而对未成年子女施暴或冷落致使其离家出走、流落街头, 这些心智未成熟的孩子极易被社会上的不法分子引诱、利用, 沾染上赌博、吸毒、斗殴等不道德或不法行为, 甚至自杀或杀害他人, 从而走上犯罪的道路。家庭氛围对孩子的健康成长至关重要, 在他们身心未发育完全的时候, 无论何种形式的家庭冷暴力, 都会让孩子的童年蒙上不同程度的心理阴影, 使得他们仇视社会、对他人冷漠, 对未来生活, 特别是婚姻生活抱以消极或抵制的态度。

如前文所述, 家庭冷暴力是诱发恶性家庭热暴力的重要因素, 新出台的《反家庭暴力法》在实施的过程中也必然会存在各种各样的问题, 而冷暴力就可能是其中一个重点难题。不重视冷暴力的危害性, 不将热暴力的源头截断, 势必会增加对家暴行为的法律规制难度, 从而影响到新法的顺利实施。

## 四、对我国家庭“冷暴力”法律救济制度的立法思考

解决家庭冷暴力可以从多方面入手, 笔者主要从法律角度对我家庭冷暴力的防治提出几点建议。以法律方式防治和消除家庭冷暴力, 制定并完善相关法律制度, 并通过强化社会主义法治文化、法律观念与法律素养的宣传教育, 提高全社会家庭成员的法律意识, 从根本上减少家庭冷暴力现象。

### (一) 将家庭“冷暴力”纳入法律调整范畴

目前, “家庭冷暴力”一词在我国的法律界定上仍为空白。我国《妇女权益保障法》、《婚姻法》及其司法解释、新出台的《反家暴法》, 均未对家庭暴力“冷暴力”作出明确的界定。部分专家学者认为“冷暴力”这个概念难以界定, 他们主要给出以下几点理由: 首先, “冷”是一个感官感受的形容词, 难有统一标准; 其次, 法律难以干预对于消极的不作为, 将其纳入法律调整有形同虚设之嫌; 第三, 有可能削弱对家庭暴力的打击力度, 反家庭暴力主要是要保护受害人的人身权(如身体健康权、生命权), 如果无限扩大家庭暴力的外延会使立法最主要的目标都难以实现。<sup>[1]</sup>

笔者认为, 这种观点是难以立足的, 家庭冷暴力行为之所以在我国不断蔓延扩张, 就是与我国立法上缺失紧密相关。立法的缺失直接导致受害者在主张权利和请求保护时于法无据, 同时也使得司法机关在司法实践无法可依, 通过法律规制家庭冷暴力势在必行! 首先, 家庭冷暴力在我国发生率越来越高且危害性大, 如果不将家庭冷暴力纳入法律调整的范围, 难以达到现代社会反家庭暴力的宗旨。其次, 将家庭冷暴力纳入法律规制范畴是完善我国反家庭暴力法的必然趋势。我国对家庭暴力行为的法律规制起步较晚, 虽然我国第一部《反家庭

<sup>[1]</sup> 李铁柱: 《反家暴立法, 别忽视“冷暴力”》, 载《检察日报》2011年9月2日, 第4版。

暴力法》已经颁布实施,但规定内容十分有限,且大多数是原则性规定,亟待进一步完善,针对精神层面的暴力用“经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为”几个字一笔带过,对家庭“冷暴力”更是只字未提。目前,从国际上其他国家的立法和实践来看,大多数都已将家庭精神暴力被纳入家庭暴力的范畴中,与其他形式的家庭暴力一并由反家庭暴力法进行调整。根据我国家庭冷暴力的现状来看,将其纳入法律调整是完善我国家《反家庭暴力法》不可缺少的内容。第三,虽然家庭冷暴力给立法和法律救济带来了许多难题,比如界定难、收集证据难、追究法律责任难等,但这可以通过立法和某些法律制度的建立来解决,而且,我们也可以在不断的法律实践中完善立法。从法律上对家庭冷暴力进行界定,有利于体现立法目的,减少法律实践中因概念界定不清带来的操作上的困难。应当尽快颁布司法解释或修改相关法律,将家庭精神暴力行为纳入法律调整的范围,明确界定“冷暴力”为禁止行为。所以,我国应当尽快制定出预防及禁止家庭“冷暴力”的相关法律规范,同时颁布一些具体有效的实施细则和司法解释,帮助法律、法规的顺利实施。

## (二) 针对家庭冷暴力案件, 建立举证责任倒置制度

目前,针对家庭暴力案件,我国在举证责任分配上采取“谁主张,谁举证”的原则,由原告即受害者承担举证责任,司法机关通常不主动进行调查取证。虽然新法的出台,使得家庭暴力案件在取证上更为便利。根据《反家暴法》第二十条规定:人民法院审理涉及家庭暴力的案件,可以根据公安机关出警记录、告诫书、伤情鉴定意见等证据,认定家庭暴力事实。这就说明公安机关的出警记录、告诫书、伤情鉴定意见等可以作为证明家庭暴力事实存在的直接证据,在诉讼中提交法庭。但是,这仍未改变受害者承担举证责任的情况。家庭暴力的受害人通常是家庭关系中的弱者,加之家庭暴力案件证据的收集难度大等原因,往往出现因受害人举证不力而放弃起诉。与热暴力相比,家庭冷暴力更具有私密性,施虐者主要以精神虐待为主,受害者不会在身体上留下伤痕,也很少留下物证,所造成的伤害也更具有隐蔽性和不确定性。如此一来,冷暴力受害者的举证责任将更加沉重,很多家庭冷暴力案件甚至可能因为缺乏证据而无法立案,更别提进一步的法律救济了。从立法本意来看,“谁主张,谁举证”的举证原则是好的,它至少给予了受害者请求保护自身合法权益的机会。但就家庭冷暴力案件来说,大多数处于弱势地位原告(受害者),在提请法律救济之前已经受到了某种程度的精神折磨,而家庭冷暴力的隐秘性又使得其他人无从得知事情的经过,也难以帮助受害者提供证据或收集证据。所以,针对家庭冷暴力案件采用“谁主张,谁举证”的责任分配制度是不公平的,也是违反我国举证责任制度的立法宗旨的。

在举证责任倒置的情况下,原告只需对遭受家庭冷暴力伤害的事实进行举证,被告对原告所受伤害并非自己所为承担举证责任,如果施暴者不能够举证,法院则认定其实施了家庭冷暴力行为。举证责任倒置制度的建立,将在很大程度上减轻受害者的证明责任,促使家庭冷暴力案件成功立案,从而增加受害者得到司法救济的可能性。

## (三) 建立家庭内部的家暴损害赔偿制度

我国《婚姻法》及其司法解释规定了离婚损害赔偿制度,但是对于夫妻关系存续,一方实施家庭暴力导致另一方损害的,法律并没有规定相应的损害赔偿制度。虽然家庭成员之间的人身和财产关系较为特殊,但家庭暴力仍是一种侵权行为,当任何一方的合法权益受到侵

犯时,法律都应当及时予以制止。建立家庭内部的家暴损害赔偿制度,使施暴者顾忌需承担必要法律责任而不再肆无忌惮地实施暴力行为,在一定程度上能有效制止家庭暴力的频发。家庭暴力损害赔偿包括物质和精神上的赔偿,家庭冷暴力主要涉及的是精神损害赔偿。在立法上,可以参照一般民事侵权精神损害赔偿的相关法律规定及司法解释,但要考虑到家庭冷暴力造成的伤害的无形性和不确定这一特殊之处,在对家庭冷暴力造成精神损失的认定、赔偿范围、赔偿方式、赔偿数额等作出规定时体现出它的特殊性。由于家庭内部的损害赔偿制度的特殊性,就决定其在实际操作中必然会遇到许多困难和分歧,需要我们在法律实施过程中以及司法实践中不断发现并完善。

#### (四) 建立专门的法律援助机构及社会救助体系

社会上很多人对家庭冷暴力缺乏了解或存在认知偏见,更不知道如何运用法律武器来维护自己的合法权益。《反家暴法》第十九条规定:法律援助机构应当依法为家庭暴力受害人提供法律援助。但新法所提到的法律援助机构并不是专门针对反家庭暴力而建立的,缺乏专业性。笔者认为,建立专门的反家庭暴力法律援助机构,十分有必要。一方面它们能帮助宣传家庭冷暴力的相关法律知识并提供法律咨询,让人们认识到家庭冷暴力的危害性和重要性;另一方面,针对已经发生的家庭冷暴力,它们能给受害人提供必要的物质帮助和法律援助,帮助受害者更有效地得到法律救济。<sup>[1]</sup>

另外,受害人所在的单位,村委会、居委会或者妇女联合会以及社区等一旦发现家庭冷暴力现象,应当及时予以制止并帮助疏导、解决问题。在当前的社会管理创新过程中,各级基层社会组织与社会组织往往最了解社会家庭生活的实际状况的,应当考虑将家庭矛盾的化解作为它们的日常管理工作之一,强化日常的法制宣传与教育工作,对有冷暴力倾向的家庭进行心理疏导和矛盾调解,为家庭成员之间搭建感情沟通的平台,最大限度地减少家庭冷暴力行为带来的负面影响,为构建和谐、和睦家庭环境做出应有的贡献。

除了法律途径以外,还应发挥各大舆论媒体的作用,加大对家庭“冷暴力”的宣传力度,让越来越多的人了解家庭“冷暴力”的危害性,帮助正在经受家庭冷暴力的广大受害者了解法律救济的途径,也能够对施暴者产生心理上威慑作用。同时,号召全体社会成员关注并重视家庭冷暴力,贯彻新法所提倡的“反对家庭暴力是国家、社会和每个家庭的共同责任”的理念。

## 结语

目前,我国《反家庭暴力法》虽然已经颁布实施,但其规定的内容有限且多为原则性规定,无具体可操作性的细则及相关司法解释,对家庭“冷暴力”的关注更是欠缺。家庭冷暴力已经逐步向社会各个阶层的家庭蔓延,我国反家庭冷暴力的形势十分严峻,在立法上也还有很漫长的道路要走,希望全体社会成员关注家庭冷暴力的存在及其危害性,促成反家庭冷暴力相关法律规范的尽快制定与实施。

<sup>[1]</sup> 刘洪华:《家庭冷暴力的立法思考》,载《南华大学学报》2010年第11卷第1期,第65-68页。

## 参考文献

- [1] 汤敏, 浅谈我国《反家庭暴力法》的不足之处[J], 法制博览, 2016(6).
- [2] 封寿炎, 反家暴法:拒绝房门背后的残暴[N], 解放日报, 2016-3-2(5).
- [3] 张翼杰, 家庭冷暴力的界定、现状及危害[J], 人民论坛, 2014, 8: 110-112.
- [4] 王乐, 论家庭“冷暴力”及其立法思考[J], 新余学院学报, 2013, 18(1):11-12.
- [5] 李铁柱, 反家暴立法, 别忽视“冷暴力”[N], 检察日报, 2011-9-2(4).
- [6] 刘洪华, 家庭冷暴力的立法思考[J], 南华大学学报:社会科学版, 2010, 11(1): 65-68.

(责任编辑: 钟彩清)

# 中国网约车的监管建议

刘明月\*

**摘要:** 网络约车服务行业的兴起,一方面促进了就业,满足了乘车出行的市场;另一方面也冲击了现有的出租车市场,加剧了城市交通拥堵。对此,我国政府监管部门迅速采取措施,一方面肯定了网约车的合法性,另一方面极大地提高了网约车的市场进入门槛。这样的监管模式,造成了网约车司机与部分乘客的不满。

**关键词:** 网约车 市场准入 宽松监管 制度改革

为更好地满足社会公众多样化出行需求,促进出租汽车行业和互联网融合发展,规范网络预约出租汽车经营服务行为,保障运营安全和乘客合法权益,<sup>[1]</sup>2016年7月14日交通运输部第15次部务会议通过的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》(以下简称《网约车管理暂行办法》)将“网络预约出租汽车经营服务”定义为“网约车”服务,<sup>[2]</sup>确立了“网约车”的合法地位。《网约车管理暂行办法》授权地方政府对网约车车辆和驾驶员进行进一步规范。

至此,各地纷纷出台“最严新规”,大量网约车车辆和驾驶员退出网约车市场。马化腾在2016年全国大众创业万众创新活动周的中外创客领袖座谈会上,向李克强进言:“不要一棒子打死网约车”。<sup>[3]</sup>重新探讨网约车的监管问题,我们应先了解网约车能够带给社会哪些好处。

## 一、网约车带来的好处

### (一) 方便出行者

早在2014年12月,优步全球安全主管菲利普·卡德纳斯(Phillip Cardenas)就曾发表过声明称:优步在全球260余个市场内,平均每天接送出行者约100万人次。<sup>[4]</sup>到了2016年10月,优步中国的官网上称:优步已经在70余国家或地区,400余城市中,协助用户完成超过20亿次的乘车。<sup>[5]</sup>这一巨大并且快速增长的数据,充分说明了网约车的出现,极大的迎合了出行市场的需要,方便了出行者。

网约车在“最严新政”出台之前,极大的方便了出行者,主要体现在以下几个方面:

#### (1) 价格低廉

优步中国的官网上举了这样一个例子:从休斯顿洲际机场(IAH)到休斯顿市中心,乘

\* 刘明月,吉林人,上海政法学院2016级法律硕士专业研究生。

[1] 转引自《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第一条。

[2] 参见《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第二条。

[3] 参见观察者:《马化腾建议网约车不要一棒打死 李克强:会要求有关城市研究》网址:  
[http://www.guancha.cn/economy/2016\\_10\\_12\\_376998.shtml](http://www.guancha.cn/economy/2016_10_12_376998.shtml)。

[4] 参见网易财经(北京):《Uber首次披露全球运客数据:每天100万人次》,2014年12月18日。

[5] 参见:UBER For Business 官网,网址 <https://www.uber.com/business/>。

坐私人轿车的预计费用为95美元,乘坐出租车的预计费用为58美元,乘坐优步提供的汽车预计费用为28美元。虽然实际车费依据每天的时段、上车地点和下车地点会有所不同,但是在国内各地新政出台之前,通过网约车服务平台乘坐汽车,的确可以使用更低廉的价格乘车。

### (2) 打车省时

在网约车普及以前,出行者若想要乘坐出租车,主要依靠出租车司机在巡游过程中发现出行者。出租车司机和出行者之间存在着严重的信息不对等,导致出行者乘车的等待时间过长。网约车的出现,不仅仅解决了司机和出行者之间信息不对等的问题,还提供了更多的车辆,使出行者打车更为省时。

### (3) 可满足不同层次的乘车需求

出租车的外观决定了其无法满足较高层次的出行要求,如参加宴会等。而现有法规、地方性规范文件对网约车车辆的品种、外观等均没有做出详细规定,故网约车可以向出行者提供不同档次、规格的车辆,满足不同层级的需求,如滴滴打车中的“专车”。

## (二) 积极的社会作用

优步的创始人曾表明,开发网约车平台的初始理念就是为了构建出行的分享经济(Sharing Economy)模型并从中获利。<sup>[1]</sup>此中提及的分享经济,在经济学中的定义就是指将闲置资源分享给他人使用,提高资源使用率,并从中获得收益的经济模式。<sup>[2]</sup>在网约车的分享经济模式体现在:司机将空余的座位分享给其他人,并换取少量报酬。此种意义上的网约车可以在缓解城市交通堵塞的同时,做到节能减排,绿色出行。

除此以外,在新规出台之前,因为网约车行业市场准入门槛较低,故很多黑车司机、无业人员,将提供约车服务视为养家糊口的工作。故网约车行业还曾经为众多无业人员、尤其是大城市的外来人员提供了就业机会。

## 二、网约车带来的社会问题

### (一) 存在安全隐患

网约车的安全问题一直被大众所关注,以“网约车安全隐患”,为关键词,在百度搜索引擎上可以搜索到约3200000篇新闻报道;以“滴滴打车安全隐患”为关键词,在百度搜索引擎上可以搜索到约1130篇新闻报道。<sup>[3]</sup>

2016年10月25日,中消协在京通报了网约车服务体验式调查结果。此结果表明:相对于线上约车的体验情况,线下乘坐体验部分存在的问题相对突出。主要的安全问题包括:“一是个别车辆线上登记信息与线下车辆的车牌号或车型号不一致的情况,存在不挂车牌运营等情况,给消费者安全出行带来隐患;二是部分网约车司机安全驾驶意识不强,存在诸多不安全行为,20.1%的体验员反映驾驶员行车过程中拨打电话,16.5%的体验员反映驾驶员

[1] 参见同上。

[2] 转引自冯苏苇、郑城:《网约车平台已背离分享经济内涵》,载于《第一财经日报》第A11版,2016年10月25日。

[3] 最后检索日期日期:2016年10月26日。

行车过程中不断玩手机, 12.3%的体验员反映驾驶员行车过程中未系安全带; 此外, 其他很多体验员还反映, 部分司机存在驾驶技术不熟练、言语粗俗、服务态度差等问题”。<sup>[1]</sup>

## (二) 加剧城市交通拥堵

因为网约车可以提供价格低廉、方便快捷的出行服务, 这就使得部分原本选择公共交通出行的人转而寻求网约车出行, 巨大的市场需求使得闲置的私家车减少, 道路上的车辆总量增加。此外, 网约车服务的盈利性使得部分人群为了加入网约车市场而购买汽车, 这导致了可以在城市道路上飞驰的汽车总量增加。

2015年, 美国交通分析师 Charles Komanoff 根据优步公司的公开数据进行分析, 得出结论: “在曼哈顿的街道上增加两万辆的网约车, 会使市中心商业区交通出行的速度降低约6.7%——损失的乘客和司机的时间产值约为每年5亿美元”。<sup>[2]</sup>

## (三) 加剧资源浪费

若不对网约车行业进行监管, 越来越多的人选择非“顺风车”模式的网约车, 一方面会浪费政府投入巨额资金发展的公共交通资源, 另一方面还会增加各方面资源、能源的消耗, 增加温室气体的排放, 加剧城市的热岛效应, 对环境产生破坏, 降低城市中工作生活人们的生活舒适度。

除此以外, 政府限制出租车牌照发放的原因之一, 就是想通过此种方式控制公共道路资源使用率。出租车拥有者也会基于此种原因支出部分必要费用。若对网约车不加以监管, 一方面会导致大多数人共有的城市道路资源被少数人长时间占有, 另一方面对已经支出费用的出租车拥有者也不尽公平。

## (四) 对出租车行业造成冲击

网约车还对出租车行业造成了冲击。网约车凭借价格优势抢占了更多的客源, 出租车行业客源减少, 从业者的收入下降, 且出租车牌照的价值大幅度贬值。

2015年5月17日, 天津市数千辆出租车司机以停运、拉横幅等各种方式抗议专车扰乱市场。根据《中国企业报》的报道, 2014年天津市的出租车牌照价格在115万元左右, 到了2015年底, 牌照的价格缩减为70万元左右, 蒸发近50万元。<sup>[3]</sup>沈阳、青岛、南京、长春、济南、成都、南昌、杭州市等地也发生了大面积出租车罢运事件。在天津、深圳、广州等10多个城市, 专车还与出租车发生了直接摩擦对抗。<sup>[4]</sup>网约车与出租车行业之间发生的较为激烈的对抗, 影响了社会和谐。

# 三、已有的监管模式

## (一) 美国模式的优势与风险

<sup>[1]</sup> 转引自《中消协在京发布2016年网约车服务体验式调查报告》, 中国消费者协会官网, 网址: <http://www.cca.cn/zxsd/detail/27003.html>。

<sup>[2]</sup> 转引自搜狐: 《网约车的中国式生存: 新政之后的滴滴前路何在?》网址: <http://mt.sohu.com/20161021/n470972906.shtml>。

<sup>[3]</sup> 参见江丞华: 《百万元牌照贬值近半: 出租车行业内外交困迎变革》, 载于《中国企业报》, 2015年5月25日。

<sup>[4]</sup> 参见王新喜: 《出租车攻击专车后 看到的是自己的倒影与伤疤》, 发表于网易科技网址: <http://tech.163.com/15/0528/11/AQMT5FL4000915BF.html>。

## 1. 美国监管模式概述

尽管美国还没有联邦层面的关于网约车的完整立法,但是截止至2015年6月底,美国有18个州通过立法承认了网约车的合法性。美国对网约车的监管是一种宽松的监管,其监管内容主要体现在以下几个方面:

(1) 提供网约车平台之公司的市场准入。在法律层面上,美国各州市都仅仅对网约车平台的运营许可和注册进行了规定。运营许可的要求往往就是缴纳一定的许可费用。比如说加州要求网约车平台缴纳总收入的三百分之一,华盛顿特区要求缴纳一百分之一的总收入。

(2) 网约车的市场准入。尽管纽约州还曾对网约车的数量进行了限制,芝加哥还曾对其行驶区域进行了限制,但最终都因遭到了强烈的反对而终止。现在对网约车的规定主要集中在对司机的商业背景审查和对车辆年限、容量、重量、颜色、检修等方面的要求。但是美国联邦贸易委员会(FTC)和美国反托拉斯学会(AAI)对此均提出过质疑,认为对车辆的要求应该仅限于车辆的安全性。<sup>[1]</sup>

(3) 关于车费的限制。关于车费的争议主要集中在是否可以加价(如Uber's Surging Price)上,即在出行市场供小于求时,消费者是否可以通过加价得到比不加价者更迅捷的服务。2014年优步公司和纽约市政府达成协议:在政府宣布紧急状况时(包括但不限于极端天气),优步的最高加价倍数应当受到限制。

(4) 关于保险的需求。传统的出租车行业一般都要求出租车所有者为乘客购买保险。但因为大部分网约车服务的提供者将提供网约车服务视为顺手而为之事,故对乘客的保险并不齐全。这就有可能导致在发生交通事故之后,网约车车主可能无法赔偿消费者的损失。故大多数州都对网约车主提出了较高的保险要求。

(5) 关于隐私保护的需求。因为消费者在约车平台上消费时,需要公开自己的电话号码,支付信息,每次行程开始和结束的时间地点等信息,且政府很难直接保护公众的这些隐私信息。现在美国纽约州、波士顿市等地的做法主要是要求网约车服务平台向政府提供这些信息。但这一行为却恰恰加剧了民众对隐私权泄露的担忧。

## 2. 利弊分析

美国对网约车采取了较为宽松的监管模式,鼓励市场自由竞争,鼓励网约车行业的发展,认为出租车行业对网约车合法化的反对,只是基于垄断地位的服务提供者天然地排斥竞争的行为。<sup>[2]</sup>

诚然,这种监管模式充分利用了市场竞争,可能拥有促进行业发展与提升服务质量的优势。但是此种宽松监管模式的缺陷也是显而易见的。适应市场的企业越做越大,一旦行业内形成了垄断,就可能导致严重的社会危机。比如说在19世纪后半叶和20世纪初,美国经济领域出现垄断,继而假冒伪劣商品充斥市场,各类安全生产事故频发。如在纽约发生的“溜水奶”丑闻和三角地纺织厂大火。<sup>[3]</sup>

[1] 参见周丽霞:《规范国内打车软件市场的思考》,载《价格理论与实践》,2015年07期。

[2] 参见虞佳臻、赵婷婷:《论专车的合法化》,载《四川行政学院学报》,2015年第6期。

[3] 参见胡颖廉:《美国社会监管改革的内涵和启示》,载《当代世界》,2016年5月。

### 3.探析美国模式产生的根源——以伊利诺伊运输贸易协会诉网约车提供者案为例

2016年10月7日,美国联邦法院对伊利诺伊运输贸易协会诉网约车提供者(Transportation Network Providers, TNP)<sup>[1]</sup>进行了审理,并确定了网约车的监管模式应当与出租车的监管模式不同。<sup>[2]</sup>其中的网约车提供者就是指像滴滴、优步这样的网约车服务平台。

判决书在论证网约车的监管模式应当与出租车的监管模式不同时,提出了两个主要理由,一是美国崇尚自由竞争,认为优胜劣汰的竞争机制会促进服务质量的提升;二是主审法官理查德·波斯纳认为尽管出租车行业受到了冲击,但是这些不利影响是由正常的市场竞争导致的,出租车行业不能阻止他人同其竞争。

关于第一点的论证依据主要是:从1970年代开始放松管制运动席卷全美,人们相信通过自由竞争进行市场监管,是一个更优的、可供选择的市场监管方式。因此一些政府机构就被取缔了,比如说极大地限制航空业竞争的民用航空局。许多城市都放松了关于出租车服务业的管制——在此之后网约车提供者才出现。Adrian T. Moore和Ted Balaker共同完成的《经济学家得出了放松出租车行业管制的结论吗?》<sup>[3]</sup>一文表明,简政放权极大地促进了网约车行业的发展。比如说在密尔沃基(Milwaukee)市的叁飞利浦(Sanfello)案中,芝加哥就选择减少政府监管,通过市场竞争打破传统出租车行业的垄断。这是一个合法且可行的选择。

因为原告在本案中援引了美国宪法,认为出租车司机的财产权受到了网约车服务平台的侵害,所以法官在论证中,又提到了第二个方面,即:虽然网约车服务平台的出现,造成了出租车生意的下滑,牌照的价值受损。但是,网约车与出租车的关系仅仅是一般竞争关系,对出租车牌照的所有权并不能阻止他人与之竞争。这就像是持有咖啡厅营业牌照的人不能阻止其邻居开茶馆。“实际上,当新技术或新商业模式诞生时,通常的结果都是老一代技术或商业模式的式微甚至消失。如果老一代技术或商业模式获得宪法赋予的权利,将新生事物排除在自己的市场之外,那么经济发展将可能停滞。我们可能就不会有出租车,而只有马车;不会有电话,而只有电报;不会有计算机,而只有计算器”。

由此可知,美国监管模式的产生与资本主义社会提倡的市场经济、自由竞争密不可分。

## (二)中国模式的优势与风险

### 1.中国模式概述

尽管李克强总理执政期间在简政放权方面做出了卓有成效的改革,但是目前我国网约车管理方面,还是以政府为主导。在交通部等七部委通过《网约车管理暂行办法》授权地方政府对网约车车辆和驾驶员进行进一步规范后,各地纷纷出台了限制户籍、限制车牌、限制排量的“三限新规”(如下表)。据不完全统计17个地方网约车政策发现,在“户籍、车牌、

[1] 参见 *ILLINOIS TRANSPORTATION TRADE ASSOCIATION, et al., Plaintiffs-Appellants, v. CITY OF CHICAGO, Defendant-Appellee, DANBURGESS, et al., Intervening Defendants-Appellees*. 网址: <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1750600.html>.

[2] 参见: YAHOO! News: Federal Court Rules Uber, Lyft Can Be Regulated Differently From Taxis. 网址: <http://sports.yahoo.com/news/federal-court-rules-uber-lyft-165517907.html>.

[3] 参见 Adrian T. Moore & Ted Balaker, Do Economists Reach a Conclusion on Taxi Deregulation? *Econ Journal Watch* 109,111(2006)。

车型”三个准入门槛限制中，均或多或少予以了规制。<sup>[1]</sup>

	时间	户籍	车牌	排量要求	其他
北京	10月8日	本市户籍	本市车牌	排量为1.8T或2.0L以上	无
上海	10月8日	本市户籍	本市车牌	无	投保乘客意外伤害险
广州	10月8日	无	本市车牌	排量为1.8T或2.0L以上	首次取得车辆行驶证未 满一年
深圳	10月8日	本市户籍或 居住证	本市车牌	排量为1.8T或2.0L以上	首次取得车 辆行驶证未 满一年
天津	10月9日	本市户籍	本市车牌	排量为1.8T或2.0L以上	首次取得车 辆行驶证未 满一年
杭州	10月9日	本市户籍或 持居住证半 年以上	本市车牌	无	首次取得车 辆行驶证未 满一年
重庆	10月9日	无	本市车牌	排量为1.6T或2.0L以上	首次取得车 辆行驶证未 满一年
成都	10月9日	本市户籍	本市车牌	排量为1.8T或2.0L以上	首次取得车 辆行驶证未 满一年

这些最严新规不仅仅引起了民众的巨大反响，还引起了学界的激烈讨论。在10月17日北京大学国家发展研究院举行的研讨会上，中国社科院经济研究所副所长朱恒鹏说：“一些城市的网约车新规与控制人口规模没有关系，是为了维护出租车公司的既得利益。”<sup>[2]</sup> 国家行政学院法学部教授、中国行政执法行为研究会理事、联合国开发计划署法治政府项目中方负责人张效羽，在10月11日举行的“有问”线上论坛上也公开表示了反对：“根据《行政许可法》第十五条第二款的规定，地方性法规和省、自治区、直辖市人民政府规章，其设定的行政许可，不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务，不得限制其他地区的商品进入本地区市场。要求网约车驾驶员必须具备本地户籍，其内在逻辑可能是与现行出租车管理体制保持一致。但是，出租车要求驾驶员必须具备本地户籍也是违法

<sup>[1]</sup> 参见王峰：《17城网约车政策透视：不约而同设置车型门》，载《21世纪经济报道》2016年10月21日第006版（政经）。

<sup>[2]</sup> 转引自同上。

的。这一点也要讲清楚。”<sup>[1]</sup>

## 2. 利弊分析

笔者认为“最严新政”的好处，主要有三点：（1）通过控制网约车司机的户籍、网约车的车牌，特大、大城市可以控制外来务工人员，便于其进行城市管理；（2）通过控制网约车的车型、排量，政府可以提高网约车的用车成本，进而提高网约车的车费，使之对出租车行业的冲击减少，有利于社会稳定；（3）通过控制网约车的整体数量，促使更多的民众选择公共交通出行，缓解了城市道路资源欠缺的问题。

但其弊端也是显而易见的，首先，网约车车费的上调就是让民众承担了社会治理的成本；其次，因为网约车合法化在前，最严新规在后，故可能侵犯网约车司机信赖利益；最后，部分全职网约车司机可能因此失业并从而导致社会整体负担加重。

此外，所谓的最严新政并未对网约车市场的垄断现象进行相应的规制。

根据易观国际最新发布的《中国专车服务市场季度监测报告 2015 年第 1 季度》数据显示，在网约车行业中，2015 年第 1 季度滴滴专车（含一号专车）、易到用车和 Uber 分别以 80.9%、17.5% 和 8.1% 的比例占据中国专车服务活跃用户覆盖率的前三名。<sup>[2]</sup>根据市场研究机构中国 IT 研究中心发布的报告显示：按照订单量计算，滴滴和优步合并之后，占领了网约车 90% 以上的市场份额。<sup>[3]</sup>笔者认为滴滴打车已经拥有了打车软件市场的市场支配地位，即：一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；或两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；或三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。<sup>[4]</sup>同时，根据《中华人民共和国反垄断法》第二十一条：“经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中”。然而截止到 8 月 1 日，商务部尚未回复是否收到滴滴出行与 Uber 中国的反垄断申报。<sup>[5]</sup>我国行政主管部门目前也未对此问题采取积极地监管措施。让地位、实力相差悬殊的“运动员”在同一赛场中比赛，必然会导致比赛失衡。

## （三）国际交通运输论坛提供的监管建议

国际交通运输论坛（ITF）曾于 2015 年 10 月举办关于网约车和出租车监管问题的研讨会，与会者达成了现阶段各国政府对传统出租车行业监管过严、对网约车行业监管过松的共识。会上各方意见被汇总为：《基于打车软件的网约车和出租车服务的监管准则》（App-Based Ride and Taxi Services: Principles for Regulation）。此文件认为，基于打车软件的出租车、网约车行业的监管内容应该包括以下四个方面：公共安全规章、市场准入条款、服务条款和收费规范。

在公共安全规章方面，与会者在记录司机驾驶时数、以确保司机不会疲劳驾驶这一方面达成了共识。但却在要不要设立严格的网约车审查标准方面发生了分歧：立法者认为严格的

[1] 参见栗泽宇：《网约车革命》，载于《华夏时报》2016 年 10 月 17 日第 006 版。

[2] 转引自韩元佳：《调查称滴滴专车占据国内市场八成份额》，载于《北京晨报》，2015 年 05 月 3 月。

[3] 参见搜狐：《评论 | 滴滴、Uber 合并后，出行市场格局将发生怎样》，网址：<http://auto.sohu.com/20160802/n462267431.shtml>。

[4] 转引自《中华人民共和国反垄断法》第十九条。

[5] 新浪：《滴滴收购 Uber 中国是否涉及反垄断？》网址：

<http://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/2016-08-01/doc-ifxunxy6234885.shtml>。

审查利于保护乘客安全,而网约车行业认为严格的审查会使得网约车丧失由兼职、非专业司机带来的竞争优势。

在市场准入方面,主要有四种监管方法控制车牌发放:控制出租车、设立网约车服务平台、特许经营和自由准入。

在服务条款方面,现阶段各国基本都基于牌照的发放区域,对出租车的服务区域进行了限定,以方便人流量较少区域的人乘车。同时,职权机构还希望网约车能够提供更多适合残疾人乘坐的无障碍车辆。

在收费规范方面,纽约州与优步达成的,在紧急状况下限制最高加价倍数的协议,已经在全美适用。此外,在墨西哥城和纽约,网约车还必须支付“出租车、交通和行人基金”来支持公共交通的运营。

## 四、中国的改良之路

### (一) 行政行为对象的分类

现有的法律法规将道路上合规运营的汽车分为两大类:巡游出租车和非巡游网约车。但是何为巡游,何为非巡游,法律并没有规定。我们只能通过字面上的含义推断,巡游出租汽车是指通过巡游方式揽客的出租汽车。非巡游网约车是指只能通过网络预约进行揽客的营运汽车。也就是说,我国现有的监管模式是依据运营汽车招揽乘客的方式进行分类监管的。

但是这种分类方式是否具有科学性?要对道路上运营的汽车进行分类,首先需要明确的是,在网约车出现之前,国家为什么要控制出租车的数量?根据学界通说,一方面是为了防止巡游出租车运营效率过低,低效率地占用大量公共道路资源;另一方面是为了防止在经济萧条时期,大量从业人员盲目进入出租车市场,扰乱市场秩序。

那么新兴的网约车行业有没有可能存在上述两种问题呢?在回答此问题之前,首先应当对网约车车主进行分类。根据网约车司机的每日服务时长,我们可以将网约车司机分为全职司机和兼职司机两大类。

兼职网约车司机往往拥有自己的本职工作,这些人往往仅在出行途中,向顺路的乘客提供出行服务,不存在低效率占据公共道路资源和大范围地扰乱市场秩序的可能。

全职网约车司机往往通过提供出行服务赚钱来养家糊口。从此种意义上,全职网约车司机与出租车司机并没有差别。故我们推测全职网约车准入门槛过低,有可能导致上述两种社会问题。进一步分析现有的网络约车方式:出行人向网络约车平台提供自己的位置,网络约车平台根据其平台上各个车辆与出行人的距离,代替出行人由近及远地依次向各个车辆发出要约,车主抢单后合同成立。也就是说,网约车车主可以通过在人流密集处巡游,如火车站、地铁口等,增加其接收到要约的可能性。另外,尽管在经济繁荣期,人们普遍认为现有的网约车门槛过高,但这并不意味着在经济萧条期,成为网约车车主的难度也一定会高于萧条期找工作的难度,如具有上海户口和上海汽车牌照的人也可能会失业。

从此种角度分析,我们发现由全职司机驾驶的网约车拥有与出租车行业相同的社会风险。但现有的法律并没有对全职司机驾驶的网约车进行限制。我们认为,这不尽合理。应当

要求这一部分网约车拥有出租车牌照,成为出租车行业的一部分,接受同巡游出租车一样的监管。

那么这种建议是否具有可行性呢?就现有的手段来讲,很难区分全职司机驾驶的网约车和兼职司机驾驶的网约车。因为网约车具有私家车的属性,其在公共道路上驾驶,是为了个人出行还是为了接单,抑或是想要为顺路的出行者提供出行服务,执法者无法判断。但是,若能够建立统一的网约车监管平台,那么立法者就可以根据大数据,划定一个全职网约车和兼职网约车的区分标准,通过每日接单数、每日工作时长或者每日工作时间是否仅限于早晚高峰等信息,准确区分上述两种网约车,要求全职网约车车主申领出租车牌照了。

此外,若能够对出行市场的预约平台实行统一监管。还可以实现对全部运营车辆动态监控,提升行业整体的安全系数提高,有助于城市智慧交通的建设。如:通过控制每一辆车的每日接单时长,来防止运营车辆司机疲劳驾驶。

所以说,我们实际上需要讨论的新问题,就是如何监管私家车车主兼职提供的网约车服务,尤其是如何监管符合分享经济定义的、仅在上下班途中向顺路乘客提供的、潮汐式的、非巡游的约车服务。笔者认为,我国现有的针对非巡游网约车的政策过于严格,应当适用较为宽松的、有差异的监管模式。

## (二) 行政主体的确定

法律已经对出租车行业、网约车行业的主管部门进行了直接的规定,根据《出租汽车经营服务管理规定》第六条,行政主体为交通运输部、县级以上地方人民政府交通运输主管部门、县级以上道路运输管理机构(含出租汽车管理机构)。根据《网约车管理暂行办法》第四条,<sup>[1]</sup>对网约车实施监管的行政主体应当为国务院交通运输主管部门、各省、自治区人民政府交通运输主管部门、直辖市、设区的市级或者县级交通运输主管部门或人民政府指定的其他出租汽车行政主管部门以及其他有关部门。

但是随着网络约车平台的发展,越来越多的出租车、私家车车主通过网络平台接受订单,这时,有权对出租车行业、网约车行业进行监管的行政部门数量就会大大增加。比如说,信息产业部门应当对网络约车平台所掌握的信息进行监管;工商部门应当对网约车公司的设立进行形式审查,公安部门打击相关犯罪等等。《网约车管理暂行办法》是由交通运输部、工业和信息化部、公安部、商务部、工商总局、质检总局和国家网信办等七个部委共同审议通过的,这一点也恰恰表明了,新的约车方式对行政监管主体提出了新的要求,新的监管部门应当积极履行自己的职权,争取做到既不相互推诿,也不重复处罚。

## (三) 行政行为方式的考量

### 1. 巡游网约车、出租车的监管模式改革

#### (1) 适当调整数量限制

首先,应当明确数量限制的应当性。中国的交通堵塞问题,已经由北上广这样的特大城市,慢慢扩及到了二三线城市,甚至扩及到了经济较为发达的县城。道路上新增的每一辆小

<sup>[1]</sup> 第四条:国务院交通运输主管部门负责指导全国网约车管理工作。各省、自治区人民政府交通运输主管部门在本级人民政府领导下,负责指导本行政区域内网约车管理工作。直辖市、设区的市级或者县级交通运输主管部门或人民政府指定的其他出租汽车行政主管部门(以下称出租汽车行政主管部门)在本级人民政府领导下,负责具体实施网约车管理。其他有关部门依据法定职责,对网约车实施相关监督管理。

汽车,都像是西伯利亚的蝴蝶,可能引发交通系统的瘫痪。<sup>[1]</sup>值得密切关注的是,最近十几年来,爱尔兰、荷兰、加拿大、美国、英国、新西兰、瑞典等国相继解除了对出租车数量的限制,以增加出租车行业的竞争力。但是我国没有完整的市场自由竞争机制,且人口密度较大,故我国不能复制这些国家的经验。对出租车牌照、巡游网约车牌照的发放应当继续坚持《中华人民共和国行政许可法》第12条第1款<sup>[2]</sup>规定的特许经营许可模式。

其次,出租车、网约车的数量应当随市场需求进行调整。沈阳上世纪末出租车数量是16000辆,20年后的今天,人口多了400万人,整整一倍,但出租车只增加了1000辆。<sup>[3]</sup>北京近十年的出租车总量维持在6.7万左右,没有明显增长。<sup>[4]</sup>这样的情况,发生在中国的很多地方。尽管政府谨慎的数量监管是基于城市整体发展规划做出的,但是网约车推出后得到了民众的巨大支持,这一点充分证明了政府在作出此监管措施时,没有充分考虑到民众的需求。故对于巡游出租车、网约车的监管,政府应在整体数量控制的基础上,及时、或者按年度进行调研,对巡游运营车辆的总数进行调整。

### (2) 通过改革出租车经营权的管理制度提升出租车行业竞争力

2016年07月28日国务院办公厅发布的《关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的指导意见》(以下简称《出租车发展意见》)中明确指明:“新增出租汽车经营权一律实行期限限制,不得再实行无期限限制,具体期限由城市人民政府根据本地实际情况确定”,以及“对于现有的出租汽车经营权未明确具体经营期限或已实行经营权有偿使用的,城市人民政府要综合考虑各方面因素,科学制定过渡方案,合理确定经营期限,逐步取消有偿使用费”。此文件说明了两点内容:一是出租车经营权将无偿使用,二是在部分地区出租车,经营权将从一项永久性权利变为有期限限制的权利。

首先,关于出租车经营权的无偿使用问题,我们认为是合理的。既然根据《网约车管理暂行办法》,网约车已经合法化,那么只有免除同样以提供乘车服务为盈利手段的出租车的经营费用,才能使二者处于同样的竞争地位。现行有效的省级地方性规范性文件中确定了实行经营权无偿使用的省份主要有:广东省、江苏省、辽宁省、福建省、陕西省、四川省、云南省。出租车经营权的无偿使用可以降低出租车行业普遍存在的“份子钱”金额,有助于降低出租车行业普遍成本,使得出租车行业与网约车处于同样的竞争地位。

其次,关于在部分地区,将经营权从一项永久性权利变为暂时性权利的问题,我们认为《出租车发展意见》中规定的收回经营权范围仅限于“经营权期限届满或经营过程中出现重大服务质量问题、重大安全生产责任事故、严重违法经营行为、服务质量信誉考核不合格等情形的”,其收回部分表现不佳的出租车车主经营权,是为了公共利益需要,有利于出租车行业整体服务质量的提升。

### (3) 打造多样预约平台

出行市场需要多样的预约平台。网约车商业上的成功充分说明了民众对于预约出行这种

<sup>[1]</sup> 同[8]。

<sup>[2]</sup> 第十二条 下列事项可以设定行政许可:(一)直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动,需要按照法定条件予以批准的事项。

<sup>[3]</sup> 参见新华网:《沈阳的哥罢运事件是一个契机》,2015年1月8日,网址:

<http://politics.people.com.cn/n/2015/0108/c70731-26348956.html>。

<sup>[4]</sup> 参见王静:《中国网约车监管的困境及解决》,载于《行政法学研究》,2016年第2期。

出行方式的需求,所以巡游出租车行业也应当提供更便捷的预约方式。上文已经提及,行业垄断对整个行业的危害性。所以巡游出租车、网约车的预约方式应当是多样的,以防止行业垄断的发生。

预约平台多样化的一方面是指预约途径的多样化,如短信预约、电话预约、软件预约等,其中软件预约可能更受年轻人青睐,而电话预约则更利于老年人出行。近几年的冬天,我们常能看到这样的新闻报道:老人在雪天的路边苦等出租车,只能看着一辆辆明明没有载客的出租车飞驰而过。老人们不懂软件预约,所以只能花费更长的时间等待。若能够推广像全国统一的出租汽车“95128”预约电话,为消费者提供更多的预约平台,那么这就情况或能得到改善。预约平台多样化的另一方面则是指每一种预约途径中,都应当有旗鼓相当的、不同的服务商提供服务,这样的非垄断的、有竞争的市场,才会为消费者提供更好的服务。

此外,在打造多样的预约平台的过程中,行政机关还应当注重效率。2013年初,北京出租车电话叫车平台“96103”曾试图将百米、滴滴、易道等平台统统纳入统一的系统管理,多方共享数据,但由于这项工作推进缓慢,百米在等待过拖垮了。统一平台此后不了了之。

## 2.非巡游网约车制度的重构

### (1) 安全监管

福建省政府曾针对出租车、网约车提出过“企业+驾驶员”的二元管理模式,<sup>[1]</sup>我们认为非巡游网约车的监管模式可为“公司+驾驶员+车辆+保险”的四重监管制度。具体实施方法如下:

首先,对网络约车平台进行监管。其次,要求网络约车平台对驾驶员的《网络预约出租汽车驾驶员证》和相关车辆的《网络预约出租汽车运输证》信息进行上报。最后,要求网络约车平台统一为非巡游网约车车主购买保险,以防止非巡游网约车交通肇事后,司机无力赔偿的情况发生。

### (2) 健全纳税制度

健全纳税制度主要体现在两个方面,一是网约车平台公司要按照国家相关规定和标准提供运营服务,依法纳税,<sup>[2]</sup>二是网约车司机向乘客提供乘车小票。现有的网约车司机一般不直接提供发票,乘客若需要发票则需要自行联系网约车平台公司,并支付一定的运费,才能收到发票。这样的模式,既不利于国家征税监管,也不利于保障乘客的合法权益。

### (3) 鼓励行业自律

行业协会相较于政府管理部门,对本行业的市场规律和发展方向有着更深刻的认识,对本行业进行监管,具有更强的专业性和直接性。<sup>[3]</sup>参考美国不受政府干预的行业协会发展模式、德国代表会员利益的行业协会发展模式、日本政府主导型的行业协会发展模式,我国政府还可以通过引导行业自律完成对网约车的监管,以减少政府监管成本。

[1] 参见《福建省人民政府关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的意见》。

[2] 参见《辽宁省人民政府办公厅关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的实施意见》。

[3] 参见《“专车”服务监管的法律问题研究》,安徽大学硕士学位论文,2016年5月。

## 参考文献

- [1] 冯苏苇、郑城, 网约车平台已背离分享经济内涵[J], 第一财经日报, 2016年10月25日第A11版.
- [2] 周丽霞, 规范国内打车软件市场的思考[J], 价格理论与实践, 2015(7).
- [3] 江丞华, 百万元牌照贬值近半: 出租车行业内外交困迎变革[J], 中国企业报, 2015年5月25日.
- [4] 虞佳臻、赵婷婷, 论专车的合法化[J], 四川行政学院学报, 2015(6).
- [5] 胡颖廉, 美国社会监管改革的内涵和启示[J], 当代世界, 2016年5月.
- [6] 王峰, 17城网约车政策透视: 不约而同设置车型门[J], 21世纪经济报道, 2016年10月21日第006版(政经).
- [7] 栗泽宇, 网约车革命[J], 华夏时报, 2016年10月17日第006版.
- [8] 韩元佳, 调查称滴滴专车占据国内市场八成份额[J], 北京晨报, 2015年05月3日.
- [9] 王静, 中国网约车监管的困境及解决[J], 行政法学研究, 2016(2).
- [10] 余凌云, 行政法上合法预期之保护[J], 中国社会科学, 2003(3).
- [11] 刘洋, “专车”服务监管的法律问题研究, 安徽大学硕士学位论文, 2016年5月.
- [12] Adrian T. Moore & Ted Balaker, *Do Economists Reach a Conclusion on Taxi Deregulation?* *Econ Journal Watch* 109, 111(2006).
- [13] 中国消费者协会, 中消协在京发布2016年网约车服务体验式调查报告, 网址: <http://www.cca.cn/zxsd/detail/27003.html>.
- [14] 观察者, 马化腾建议网约车不要一棒打死 李克强: 会要求有关城市研究, 网址: [http://www.guancha.cn/economy/2016\\_10\\_12\\_376998.shtml](http://www.guancha.cn/economy/2016_10_12_376998.shtml).
- [15] 网易财经, Uber首次披露全球运客数据: 每天100万人次, 网址: <http://money.163.com/14/1218/11/ADOAFN7O00253B0H.html#from=keyscan>.
- [16] 搜狐, 网约车的中国式生存: 新政之后的滴滴前路何在?, 网址: <http://mt.sohu.com/20161021/n470972906.shtml>.
- [17] 王新喜, 《出租车攻击专车后 看到的是自己的倒影与伤疤》, 网址: <http://tech.163.com/15/0528/11/AQMT5FL4000915BF.html>.
- [18] 搜狐, 评论 | 滴滴、Uber合并后, 出行市场格局将发生怎样, 网址: <http://auto.sohu.com/20160802/n462267431.shtml>.
- [19] 新浪, 滴滴收购Uber中国是否涉及反垄断?, 网址: <http://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/2016-08-01/doc-ixxunyxy6234885.shtml>.
- [20] 新华网, 沈阳的哥罢运事件是一个契机, 网址: <http://politics.people.com.cn/n/2015/0108/c70731-26348956.html>.
- [21] YAHOO! News: Federal Court Rules Uber, Lyft Can Be Regulated Differently From Taxis. 网址: <http://sports.yahoo.com/news/federal-court-rules-uber-lyft-165517907.html>.
- [22] ILLINOIS TRANSPORTATION TRADE ASSOCIATION, et al., Plaintiffs-Appellants, v. CITY OF CHICAGO, Defendant-Appellee, DANBURGESS, et al., Intervening Defendants-Appellees. 网址: <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1750600.html>.

(责任编辑: 张学敏)

# 论网约车改革过程中的行政法治逻辑与二元路径

万官典\*

**摘要:** 2016年11月1日,《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》(以下简称《暂行办法》)正式实施,持续一年多的“网约车新政”迈出了坚实的第一步。然则,自2015年10月《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法(征求意见稿)》(以下简称《暂行办法(征求意见稿)》)出台以来,对网约车如何进行改革的讨论热情就持续未减。本文立足从行政法学的角度出发,分析过去、现在以及未来网约车改革过程中的行政法治逻辑,并提出在治理型法治政府理念之下,构建从网约车备案管理制度到“企业+政府”新型监管模式的二元路径,行政备案制度与有层次的合作管理制度顺序进行,在一定时间段同时并存,并最终实现二者之间的循序替代,构建信息时代下“互联网+便捷交通”的新格局。

**关键词:** 网约车 改革过程 行政法治 二元路径

网约车是指以互联网技术链接移动终端(主要通过手机APP为依托),利用GPRS系统实现乘客与预约车辆点对点运输的新型城市职能交通服务。网约车的运营模式与传统出租车极其相似,均是以小轿车为载体,满足乘客快捷便利的交通出行需求。但网约车利用快速便捷的互联网技术成功地脱离了政府行政的监管,实现了对新型产业的服务升级与价格降低。《暂行办法》的出台及施行,一定程度上统一了传统出租车与网约车市场的秩序,但诸多制度性问题依旧存在。面对日益兴起的智能交通新形式,我们应该继续走严格管制的老路子,还是量体裁衣式地提出新的改革路径呢?

## 一、网约车的异军突起

近年来,网约车作为城市交通服务系统发展起来的新事物,在不断带给群众便捷廉价交通服务的同时,也因自身的急剧变化,在概念与形式上不断刷新着人们的认识。

### (一) 网约车的概述

#### 1. 网约车的雏形

传统出租车(巡游车)行业发展缓慢的一个重要因素便是对驾驶者熟悉城市道路有着很高的要求,在互联网技术植入出租车服务之前,出租车充斥着绕道与临时寻找路线的乱象,这既给消费者出行带来了诸多不便,更加剧了其费用支出。随着巨量市场的不断变化发展,出租车经营者率先找到了网络平台公司,将其服务与互联网平台实现对接,实现信息匹配,减少了信息不对称带来的空驶等利用率低下问题,订单数量增多,收入有较为明显的提升。<sup>[1]</sup>同时,消费者通过APP等移动终端技术服务能够迅速锁定附近空驶出租车,极大缩短了其等车、寻车的时间,乘车体验也得到了极大的提升。这一阶段,通过互联网技术的植入,长

\* 万官典,四川乐山人,上海政法学院2014级硕士研究生,宪法学与行政法学专业。

[1] 王静:《中国网约车的监管困境及解决》,《行政法学研究》2016年第2期,第50页。

期以来困扰出租车行业的诸多问题得到了较大的改善,网络技术第一次实现了对传统出租车行业的优化和适度改造,亦为接下来网约车的发展提供了雏形与模范示例。

## 2.网约车的成型

囿于传统出租车行业严格的数量与价格管制,互联网技术对出租车服务的改造仍远远不能满足市民对便捷出行的现实需求,客观存在的市场需求让互联网平台看到了发展的绝佳机遇,并通过牵头整合汽车租赁公司、劳务派遣公司、专车驾驶员与消费者,以“四方协议”<sup>[1]</sup>的形式向市场提供了更多的车辆和司机,既实现了网络平台公司、汽车租赁公司与劳务派遣公司的强力发展,也促进了更多的就业机会,更为重要的是消费者在这个过程中享受到了极具便捷舒适的交通出行服务。应该说,网约车成型的伊始,通过多方资源的整合,呈现着专职与高档服务的特点,与当下低端优质且专职与兼职并重的市场格局有着明显的区别。另外,网约车在进占出租车汽车服务市场的伊始,因其服务标准与价格定位过高,在与传统出租车汽车的竞争中并没有多大的优势,二者呈现齐头并进的发展态势,即是说这时候网约车对传统出租车的冲击仍旧有限,二者的发展还没有达到市场的饱和度,巨大的市场需求能够同时满足二者的发展。随着时间的推移,二者数量剧增,尤其是网约车在发展过程中,更具开拓创新性地将私家车纳入进网络平台,即不需要私家车主寻找挂靠的汽车租赁公司,由网络平台与汽车租赁公司包办全流程,私家车主只需交纳很少的挂靠费,就能够进入市场向乘客提供用车服务,而私家车主大多是有主要职业的人群,提供网约车服务只是其兼职而已。最为重要的是,随着专职网约车与兼职网约车的格局成型,网约车服务质量在优于传统出租车的同时,还有着更低廉的服务价格,这极具强势地冲击着传统出租汽车行业,使其在与网约车的竞争中逐渐败下阵来。更为严峻的是,随着近年来网约车爆发式的增长,各地市场渐成饱和的态势,这更加恶化了传统出租车行业的生存与发展环境,二者矛盾冲突异常加剧。

## 3.网约车的定位

正是在上述背景下,网约车从传统出租车行业脱离后,经历了齐头并进到激烈竞争的过程,并在发展过程中,实现了对网络技术与社会资源,乃至服务形式的有效整合,其竞争优势逐渐远远盖过传统出租车。面对二者竞争环境的日趋恶化,网约车长期缺乏监管给旧有市场秩序带来的冲击,以及在服务群众过程中出现服务标准不一、质量良莠不齐等突出问题,《暂行办法》得以出台,尝试对出租车与网约车进行统一管理,通过双向改革<sup>[2]</sup>的方式建立合理有序的竞争环境。《暂行办法》第二条规定:“网约车,即网络预约出租车经营服务;网约车经营服务,是指以互联网技术为依托构建服务平台,整合供需信息,使用符合条件的车辆和驾驶员,提供非巡游的预约出租汽车服务的经营活动。”不难看出,交通运输部等七部委将网约车定位于出租汽车经营范畴,欲以传统监管思路实现对网约车与传统出租车统一

[1] 根据我国《行政许可法》等法律法规规定,从事出租车服务必须取得“三证”——城市出租汽车经营许可证、车辆运营证和驾驶员服务资格证,而且出租车数量是严格控制的;但通过“四方协议”与网络平台的有效整合,网约车便合法地绕开了监管要求,在出租车车辆严格限制的现实情况下,实现了市场的进占与竞争发展。

[2] 根据《指导意见》的文件精神,所谓双向改革,即指在统一定位出租汽车行业的基础上,深化巡游车改革(主要在经营权管理制度、利益分配制度、政府定价机制与行业转型升级等方面)与规范发展网约车和私人小客车合乘两方面同时并举,融合两个行业制度各自的优势,形成一个竞争有序、合理布局的发展态势。

管理,以严格的事前行政特许制度限制网约车新兴的发展模式。

## (二) 网约车的兴起与发展

### 1. 网约车的兴起历程

普遍认为,网约车服务的兴起于2010年左右。2010年5月,易道用车,作为国内最早网约车服务公司,率先推出一系列互联网手机移动终端技术,连接出租车与消费者之间的信息与需求;随后,“滴滴”专车、“快的”等平台公司相继推出一号专车、神州专车、百度专车等网约车服务,此时由于相关法律规范的空白与政府监管的缺位,网约车服务很快呈星火燎原之势发展起来。<sup>[1]</sup>在前期发展的三四年,得益于市场需求量巨大以及网约车自身发展规模有限,网约车与传统出租车行业基本能够在分割的市场中各占领地并各取所需。但行至2014年,因市场饱和度频显,网约车与传统出租车的竞争加剧,再加上网约车在多年自身发展过程中,由于缺乏相应规制,没有统一的规划与运行制度,存在着诸多明显的问题,比如消费者点评虚化、车主在约价之外加价、订单违约频繁等。网约车在兴起之时,各种问题也相继涌出。

### 2. 网约车的发展历程

2014年下半年,各地方政府开始出台政策与措施限制或禁止网约车的发展。北京、沈阳、南京、广州等多个城市相继出台了严禁私家车主等利用互联网和手机软件从事非法营运行为的通知、公告,同时给继续进行“非法营运行为”的网约车主施以严厉的惩罚。在此背景下,一方面受制于地方政府的严控政策,另一方面出于对网约车行业前景的担忧,各地网约车主开始纷纷退出市场,或者暂时停止“跑车”工作,整个网约车市场面临着第一次寒冬。

2015年10月,在网约车与传统出租车竞争加剧,矛盾冲突逐渐失控的背景下,交通运输部出台了《关于深化改革进一步推进出租汽车行业健康发展的指导意见(征求意见稿)》与《暂行办法(征求意见稿)》,开始探索网约车与传统出租车共同发展的道路,并尝试将网约车纳入传统出租车监管制度中,通过事前的行政许可制度抬高网约车进入门槛,同时加大对其中运营监督力度。与此同时,鼓励传统出租车转型升级,引导传统出租车利用互联网技术提供运营服务与提升服务质量,实现互联网与出租汽车的融合发展。经过近一年的实践探索,2016年7月26日,国务院办公厅发布了《国务院办公厅关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的指导意见》,确认了交通运输部在2015年发布的关于改革传统出租车与网约车的思路。与此同时,交通运输部联合公安部、国家网信办等七部门正式发布并推行《暂行办法》,将网约车纳入传统出租车监管制度,以网约车经营者许可制度为基础,在经营者准入条件,驾驶员许可条件,车辆标准与运价管理等诸多方面实施限制。

## 二、网约车改革过程中的行政法治逻辑

以地方政府与交通运输部为代表的行政机关着手推进网约车改革的过程中,存在着与社会主体所倡导的不同的改革逻辑与行进路径。行政机关均以管制(理)为进路,采用强硬的

<sup>[1]</sup> 侯登华:《网约车规制路径比较研究——简评交通运输部〈网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法(征求意见稿)〉》,《北京科技大学学报》2015年第6期,第98页。

行政手段(行政处罚与行政许可等),实现对出租车市场的分割与秩序的管控。但此种管制思路忽略了网约车作为一种新型智能交通工具的实质效用,故以法学学者、经济学者、诸多市场经营主体等为代表的社会主体主张以治理为进路,由政府主导制定行业标准,行业协会与网络平台具体负责监督执行,对网约车的准入并不再以传统思路,对数量与价格采取严格的限制条件。

### (一) 以管制(理)为进路:将网约车纳入传统出租汽车监管路径

#### 1. 以法国改革为参鉴

当下的我国处于社会转型的大变革时代,随着“互联网+”时代的到来,我们在生产技术突飞猛进的过程中,面临着如何调整生产关系,以适应更加先进的生产力的重大问题。一直以来,政府在市场经济诸多领域的改革中,在顶层设计方面起着高效的作用,但随着市场经济的成熟,这种作用在慢慢弱化,甚至朝着相反的方向发展。过去,政府对市场经济各方面的管制思路已经不能适应当下的社会发展实际,在网约车改革领域亦是如此。可以说,网约车相较于传统出租车最大的优势并非在于互联网技术提供的信息共享,而在于其快速便捷的服务模式已脱离了旧有严格的行政许可限制,这固然是钻了原有法律法规的空子,但同时亦说明了一切社会经济现象的变革,都在从管控中走向开放,这是历史潮流的趋势。

纵观网约车的世界发展史,法国率先以管制为进路对网约车实现严格限制甚至发展至禁止。据此,政府在以管制为进路,将网约车纳入传统出租车监管模式之际,可以参照借鉴法国改革的效果,以作今后进一步改革的思路。2011年12月,美国Uber公司进入法国巴黎出租车市场。不久,Uber公司就用其互联网技术与廉价优质的服务在出租车市场中大获全胜,直接导致法国持有执照的出租车司机在2013年至2014年间损失了30%到40%的收入。<sup>[1]</sup>如此快速地挤占市场,加速了网约车与出租车之间的矛盾,导致出租车司机集体抗议,并发生打砸Uber司机及其车辆的暴力事件。随即法国内政部宣布从2015年起禁用Uber平台,法国政府亦宣布从2015年1月开始对网约车服务进行全面封锁与禁止。面对网约车的兴起对传统出租车的冲击,法国政府以简单粗暴的管制方式将以Uber公司为代表的网约车服务“驱逐出境”,虽一定程度上能够维护巴黎出租车市场秩序,但最终遭受重大损失的还是本地的网约车司机,他们失去的不仅是工作,更多的是信任政府的心。

#### 2. 两部新规确定的思路

经过一年多的试验与论证之后,国务院办公厅与交通运输部相继出台了《指导意见》与《暂行办法》,对网约车改革以旧式监管模式——事前实现严格的行政许可制度与事中进行运营各方面的监督。《指导意见》指出:“出租汽车是城市综合交通运输体系的组成部分,出租汽车服务主要包括巡游、网络预约等方式,要统筹发展巡游车和网约车,实行错位发展和差异化经营,为社会公众提供品质化、多样化的运输服务。”同时根据《指导意见》的精神,《暂行办法》在第六条与第八条指出:“从事网约车经营的,应当根据经营区域向相应的出租汽车行政主管部门提出申请,提交规定的一系列材料,并获得《网络预约出租汽车经

<sup>[1]</sup> 据Uber法国公司估计,在2014年间,他们每月为40万顾客提供服务,约有1万名无营运牌照的司机加入到Uber法国平台,法国出租车工会称,国持有执照的出租车司机在过去两年间损失了30%至40%的收入。具体参见侯登华:《网约车规制路径比较研究——简评交通运输部〈网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法(征求意见稿)〉》,《北京科技大学学报》2015年第6期,第102页。

营许可证》后方可再从事网约车经营服务。”如此一来，行政机关以将网约车纳入传统出租车行政特许制度，实行统一且严格的监管，实现了对出租车市场秩序与经济利益的管控与平衡。

### 3.管制路径下的利弊分析

以行政许可、价格政府定价、数量限制等管制为手段，发挥行政权力在调控社会市场秩序方面的优势，是政府行政一贯的思路。一直以来，因社会经济发展程度不高，政府在经济转型过程中，承担着平衡与管控的责任，并且在大多数领域起着不错的效果。至少说，在网约车改革过程中，由行政机关出台相关规范以统一出租车市场的秩序与利益格局，能够相对减少网约车与传统出租车的激烈竞争，实现市场、服务标准与质量的合理规划。

诚然，以管制为手段能够发挥行政权力在调控社会经济发展上的巨大优势，亦确认了网约车的合法性问题。然则，在我国市场经济渐趋成熟，社会主体初具规模的大背景下，《暂行办法》所确立的“管人、管车、管平台”的管理措施，<sup>[1]</sup>亦会限制与割裂整个出租车市场的发展。在网约车兴起与发展的短短几年中，不难看出，互联网技术的更新带来了出租车交通领域的变革，此变革的趋势便是网约车必然会替代传统出租车的经营模式，成为城市智能便捷交通的潮流。在新旧市场运营与政府监管模式之下，改革是大势所趋，但如何改却是一个极其关键的问题。是顺应规律，全面放开市场，以网约车逐渐取代传统出租车？还是以旧换新，统一管理秩序，将网约车纳入传统出租车的监管模式之中呢？显然，在改革的过程中，行政机关采取了保守的进路，习惯性的选择了管制。

## （二）以治理为进路：政府管标准，行业协会与网络平台负责具体监督与执行

### 1.相关呼吁

以治理为进路，充分发挥社会主体自治自我调节的作用，让出租车行业协会（由巡游车与网约车代表重新组成）与网约车平台公司对网约车的发展进行监督管理，将更加符合国家治理、政府治理与社会治理一体化的政策，也最大限度地遵循了网约车市场发展的经济规律。转型时期政策模糊论认为，在社会经济转型过程中，诸多利益进行着复杂的博弈，前景不明朗之时需要战略性模糊与建设性模糊，需要一个去探索和适应的过程。<sup>[2]</sup>共享经济学者认为，行政机关应一改过去计划经济思维，以信息社会的视野去发展经济，让社会主体与行政机关共同治理社会，只要不涉及到国家根本安全问题，事关国计民生、公众利益的问题就应该坚持治理的道路，充分吸取并发挥民众的参与治理能力，实现信息社会的经济共享。另外，也有学者提到大转型时期政府治理理念需要实现六大根本性转变，管理部门需要改变秩序优先的思维，认识到网络的自发秩序、自我修复、自我完善与自我治理的能力。<sup>[3]</sup>

[1] 所谓“管人、管车、管平台”的管理措施，分别指对网约车驾驶员、车辆、运营平台提出了严格的要求，具体要求网约车经营者进入市场之前须经严格的行政许可，所运营的车辆必须满足较高的质量标准并采取“八年报废”制度，以及网约车平台公司必须满足相应资质并接受严格监管。具体参见信息社会50人论坛：《从“网约车新政”透视转型期政府治理理念转变之必要性——“专车新政与共享经济发展”研讨会纪实》，《电子政务》2015年第11期，第33页。

[2] 信息社会50人论坛：《从“网约车新政”透视转型期政府治理理念转变之必要性——“专车新政与共享经济发展”研讨会纪实》，《电子政务》2015年第11期，第35页。

[3] 信息社会50人论坛：《从“网约车新政”透视转型期政府治理理念转变之必要性——“专车新政与共享经济发展”研讨会纪实》，《电子政务》2015年第11期，第41—42页。

## 2. 从管制型政府到治理型政府的逻辑转变

管制制度在管制经济学与政府管理理论方面研究的比较深入,却是行政法学期长期忽略的一个研究领域。<sup>[1]</sup>行政权力的运行,核心就在于用管制手段调控社会秩序、应对市场失灵等问题。另外,管制制度在应对社会经济变化,处理社会事务方面有着其他方式不具有的效率性与权威性,这也是政府行政对此一以贯之的原因所在。但自党的十八届三中全会提出全面深化改革的总目标是要推进国家治理体系与治理能力的现代化,实现国家治理、政府治理与社会治理一体建设之后,无论是行政管理学、行政法学,还是行政官员,均开始以转变思维、解放思想,逐步放开社会性权利、社会市场为目标和行动导向。

实现从管理(制)型政府到治理型政府的转型,虽一字之差,却意味深远。尤其是在经济社会处在急剧变革与转型的关键时期,政府行政在克服以管为主的固有思维逻辑方面将更加困难,形势亦更具紧迫性。从政府管理到政府治理,关键是要“减权与放权”同时进行,所谓“减权”即为行政机关减少行政权力对社会事务的干预与管理,实现为社会主体与社会事务“放权”,社会主体能够自我调节、自我管理与自我完善的问题,让其发挥自我治理的作用。即使在情况不明时,也应以“先放权后收权”的思路,放松对新型事物的限制与管控,保持与市场自治的界限。回顾网约车的兴起,到进行改革的整个过程,政府为了统一市场秩序与调控利益冲突,显得过于急切,最终选择以传统监管模式对新兴的网约车进行管制,这将会阻碍网约车的持续发展,亦不利于传统出租车的自我进化,更会影响消费者在便捷出行方面的利益(比如价格限制方面可由政府定价与网约车数量限制等方面)。

## 三、建构网约车改革的二元路径

### (一) 过渡阶段:对网约车实行备案管理制度

《暂行办法》规定,从2016年11月1日开始,由中央交通运输部与各地方政府交通运输主管部门负责指导网约车管理工作。即将网约车纳入传统出租车监管制度中,具体主要实现严格的事前准入制度(行政许可)与事中、事后网约车运营过程中的监督和管理。普遍认为,在网约车改革过程中,实施严格的行政许可制度,没有充分尊重网约车的发展特点与运营规律,这将限制网约车的进一步发展,也不利于传统出租车的转型升级。

#### 1. 于法有据

笔者认为,《暂行办法》的规定即使能够在推行之初,保持一个相对稳定的环境,亦会因其违反信息社会发展规律与构建多元化政府治理体系的方针,终究被社会浪潮所淘汰。况且,将网约车纳入传统出租车的监督制度中,必然会导致大量兼职型网约车服务的流失(基于行政处罚风险而放弃)与“顶风操作”。因互联网技术带来的快速便捷,也让行政执法机关的具体工作也变得困难重重,若无有效办法捕捉违规操作的营运行为,那么此次改革也必将面临流于形式的结果。故根据近两年地方改革试点的经验与理论上初具成果的论证,应尽早从中央层面上对网约车的治理进行立法,在网约车改革的前期探索过程,应适度放松行政管制,但同时不可不管,具体而言可实行备案管理制度,行政机关对网约车营运者、网络平

[1] 周汉华:《政府监管与行政法》,北京大学出版社2007年版,第236页。

台进行一个详细的了解与事后监督,同时具体对网约车运营者(服务质量、运营车辆以及具体定价等方面)的管理由网络平台负责,再由出租车行业协会负责监督反馈工作(即建立配套的消费者权利救济机制,先由协会自我处理,无法处理的再移交行政主管部门处理)。

## 2.标准规范的确立

对网约车实行备案管理制度,与《暂行办法》中实现行政许可制度有着明显的区分。具体在推行过程中,对运营者的资质要求(比如驾龄、有无犯罪记录、有无本地户口或居住证要求等要求)、网络平台具体实施监督与管理的权利与义务、专职网约车与兼职网约车的界定与区分以及营运车辆质量要求等各方面标准都有所不同。应该说,实行备案管理制度,名义上看似放松了对网约车的监管,但将监管的具体权力与责任授权给行业协会与网络平台,其更具有可操作性,也能极大地减少行政成本。故备案管理制度的构建,有赖行政机关敢于深化市场经济改革、解放社会主体权利并实现行政权力自我克制的勇气,同时更为重要的是始终应遵循一切改革于法有据的行政纲要,尽早明晰网约车备案管理制度的各项具体标准,在推进网约车行政改革的二元路径中尤为重要。

## (二)发展阶段:正确定位网约车,建立治理范式下的合作管理制度

《暂行办法》第二条对网约车作了明确的定位,即将其纳入出租车活动体系之中,并对其实行有必要的政府定价、严格的市场准入制度。前文已提及,这是沿袭旧有管制模式的结果,为进一步推进网约车改革的完善,应正确定位网约车,建立“企业+政府”的新监管路径;并允许在改革试验的前期阶段(约3至5年)推行网约车备案管理制度逐步过渡到“企业+政府”合作管理的二元路径。

### 1.对政府的定位及其措施

对网约车实行治理范式下的合作管理制度,关键在于正确对政府与网络平台以及行业协会自身进行定位这首先须根据网约车的定位,以确定改革过程中主体的定位及相关措施。从形式上讲,网约车是利用互联网技术而行的专职私营或个体运营的出租汽车服务,其本质上与传统出租汽车的运营模式无异。实质而言,出租车运营仅是网约车的形式,本质上是提供个性化便捷的线上线下点对点交通服务,以摆脱传统行政许可下有限的出租车服务资源。故在网约车改革的二元路径之中,对政府的定位须一改过去“大管家”的角色,而换之以“长老”式的角色,在指导行政监管的过程中,做好各项标准的研究与制定,做好监管措施的顶层设计,同时实现改革思路的转变以契合当下的经济发展形势。

### 2.对行业协会与网络平台的定位及其措施

《暂行办法》中明确规定网络平台处于被监管的地位之中,其虽有对网约车运营者进行个别的审核义务,但与治理范式下的监管权责仍相去甚远。至于行业协会的定位,则全无提及,不得不说这是一个重大的缺陷。建设治理型政府,必须摆脱迷信行政权力的惯性思维,要以开放的态度减少行政对经济改革、产业结构转型以及社会发展的诸多限制,将更多的权力下放到社会主体中,提升其自我改良、自我进化的能力,这已经被三十年改革开放的经验证明是正确地思路与方向。在建构网约车改革的二元路径中,行业协会与网络平台承担着比政府更为重要的监管责任,在各项标准与权限界定之后,具体负责实施监督与管理的权责便落到行业协会与网络平台的身上。具体而言,网络平台负责对网约车运营者及其车辆的各项

条件审核,以及在运营过程中对网约车营运行为进行有效检查(主要通过行车记录仪等技术手段)并作出及时处理;行业协会主要起着事中及事后专门监管的作用,毕竟网络平台与网约车营运者之间存在着密切的利益关联性,难免在监管的过程中存在着有失公允的现象,这便需要行业协会主动查处或者根据消费者的反馈及时作出反应。通过行业协会的监督,可以建立对网约车运营的独立监督体制,如此一来,两大社会主体能够极大地减轻原本政府应当承担的监管责任,且与行政机关相比,更具技术与实际工作上的诸多优势。

#### 四、小结

“互联网+”时代的到来,既为我们生活带来了日新月异的变化与便捷,更带来诸多产业技术的变革。法律相较于社会的变化,往往略显滞后。网约车从2010年兴起并发展至今,不过六年有余,但在城市便捷智能交通服务领域给我们带来的变化却是越来越快速,以至于还有不少的群众尚未适应它带来的变化,更别提法律机制的配套建设。以GPRS定位系统与电子智能计价系统为代表的互联网技术彻底改变了过去的出行习惯,这是网约车的功绩,不容抹杀。但同时随着产业技术的转型升级,新旧产业运营模式与利益格局的冲突加剧,相应法律规制的探索不得不提上日程。《指导意见》与《暂行办法》的相继出台,尤其是《暂行办法》所确立的事前行政许可、网络平台资质审查与车辆八年强制报废等措施,对统一当下的传统出租车与网约车市场秩序起着重大的作用。然则,以行政管制为手段的一元改革路径存在着诸多的弊端,且无法持续适应城市出租车服务市场的快速变化,仅能起一时之效。为避免兴起的网约车重走“黑车”的老路,故急需政府顺应时代潮流,转变改革思路,以“企业+政府”的新型监管模式取代政府统管的老路子,实现政府与企业对网约车改革的合作管理,调动改革各方面的积极性,实现网约车市场的进一步发展。

#### 参考文献

- [1] [日]盐野宏著,杨建顺译,行政法I 行政法总论(第四版)[M],北京大学出版社,2008.
- [2] 江红利,行政过程论研究[M],中国政法大学出版社,2012.
- [3] 章剑生,现代行政法基本理论[M],法律出版社,2008.
- [4] 周汉华,政府监管与行政法[M],北京大学出版社,2007.
- [5] 刘莘,政府管制的行政法解读[M],北京大学出版社,2009.
- [6] 朱最新、刘云甫,行政备案制度研究[M],知识产权出版社,2012.
- [7] 关保英,行政法学(下)[M],法律出版社,2013.
- [8] 薛刚凌,行政法治道路探寻:薛刚凌教授文集[M],中国法制出版社,2006.
- [9] 解志勇,行政法治主义及其任务[M],中国法制出版社,2011.
- [10] 焦风君,法治政府建设研究[M],合肥工业大学出版社,2011.
- [11] 王敬波,法治政府要论[M],中国政法大学出版社,2013.
- [12] 翁岳生,行政法(上册)[M],中国法制出版社,2009.
- [13] 吴庚,行政法之理论与实用[M],台北三民书局,2001.

- [14]张越,英国行政法[M],中国政法大学出版社,2004.
- [15]王静,中国网约车的监管困境及解决[J],行政法学研究,2016(2).
- [16]候登华,网约车规制路径比较研究——简评交通运输部《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法(征求意见稿)》[J],北京科技大学学报,2015(6).
- [17]信息社会50人论坛,从“网约车新政”透视转型期政府治理理念转变之必要性——“专车新政与共享经济发展”研讨会纪实[J],电子政务,2015(11).
- [18]许明月、刘恒科,网约车背景下地方出租车市场法律监管的改革与完善[J],广东社会科学,2016(5).
- [19]林宇,“网约车合法化”引争议:互联网冲击下出租车如何转型[J],沪港经济,2015(12).
- [20]王名、蓝煜昕,社会新政:从管理到治理[J],前线,2014(6).

(责任编辑:袁小冬)

# 网约车违约问题的研究

姚娟\*

**摘要:** 在“互联网+”的技术与营销优势迅速演化成新业态组织优势的同时,也产生了诸多问题,扰乱了原有市场的秩序。网约车的出现,一方面给人们的出行带来了便利,但还存在一些争议。本文就网约车违约的类型及其性质,并从网约车平台与网约车司机之间是否存在劳动关系的角度,探讨网约车违约责任的承担主体,并对网约车平台提出了几点完善建议,以推进网约车市场的健康发展。

**关键词:** 网约车 违约 劳动关系

传统的巡游出租车已不能满足人们的需求,大量的网约车涌进了人们的视线,给人们的生活带来了极大的便捷,并获得了人们的认可。由于传统公共交通和私人交通简单的两分法对于出租车行业政策制定的局限,以及传统进入管制与价格管制的低效率,限制了出租车行业的正常发展,市场发育严重不足,积累了诸多问题。交通运输部、工信部等7部委联合于2016年7月27日发布《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》(以下简称“办法”),涵盖总则、网约车平台公司、网约车车辆和驾驶员、网约车经营行为、监督检查、法律责任,以及附则等7方面内容。《办法》对传统出租车与网约车进行了划分,对私家车进行了附条件开放规定,同时打破了人们对“网约车”的认识。《办法》第2条对“网约车”做了简要的解释,即从事网络预约出租汽车。对这定义进行平义解释,可以理解为通过网络预约,并提供客运服务的出租汽车。从该定义中,我们可以发现网约车所属范围为出租车,只是跳出了传统出租车上街巡游的现状,通过网约车平台的订单信息即可获得大量客源。《办法》第38条规定:私人小客车合乘,也称为拼车、顺风车,按城市人民政府有关规定执行。由此,本文所讨论的网约车仅局限于除拼车、顺风车之外从事网络预约出租汽车。

## 一、背景介绍

### (一) 案情介绍

乘客贺先生通过某网约车平台预约于当天下午5点30分从某大厦至萧山机场,网约车司机5分钟左右接单。为确保出行顺利,贺先生还提前进行了确认。但是,到了预约上车时间,贺先生却未在约定地点见到司机。他联系上司机,司机说马上就到,请他再等一下,后又以堵车为由,变更上车地点。这导致贺先生一家实际上车时间比预约时间晚了半个小时,在当晚7点左右到达机场。此时,贺先生被告知出票系统已关闭5分钟,被迫机票改签,造成经济损失近6000元。<sup>[1]</sup>贺先生为此进行了维权,网约车平台退回了打车费并赔偿80元后,便无下文。

\* 姚娟,江苏靖江人,上海政法学院2015级研究生,法律硕士(法学)专业。

[1] 《网约车迟到,乘客误机改签平台和司机共赔了5500元》,载 <http://www.baidu.com/link?url=TKXNO>。

贺先生便向杭州铁路运输法院提起诉讼。法院组织了庭前调解,司机和网约车平台认为贺先生存在过错,应当承担部分责任,对他提出的赔偿要求无法满足。因该案涉及新类型运输合同,又契合互联网经济,杭州铁路运输法院成立了由分管院长为审判长的合议庭,对该案进行审慎审理。2016年6月15日,杭州铁路运输法院受理了浙江省首例涉网约车的运输合同案件。该案进行了公开开庭审理,庭审过程中,该网约车平台认为其只是提供平台,主要责任在贺先生和司机。

贺先生则认为网约车平台既然收取服务费,那就应当和司机一起承担责任。经过长达2小时的庭审后,最后双方都表示愿意调解。合议庭在庭后组织当事人再次进行调解,最终以网约车平台补偿4000元,司机补偿1500元,贺先生放弃其他请求权结案。<sup>[1]</sup>

## (二) 争议焦点

上述案例虽然以调解的方式结案,但是案件的焦点主要在于对于网约车司机违约的行为,责任承担主体是网约车司机一人?还是网约车平台与网约车司机都有责任?

本案的受理法院是杭州铁路运输法院,该院受理范围中包含杭州市城区内发生的旅客运输合同纠纷案件,由此可见法院对该司机与贺某之间的法律关系定位是旅客运输合同关系。

《合同法》第288条规定:“运输合同是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点,旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。”乘客贺某通过滴滴平台发出用车时间与用车需求,该司机接受订单后双方即达成事实上的旅客运输合同。该司机应当按照约定时间与地点接送贺某,车行至目的地后由贺某支付乘车费用给该司机。本案中,该司机变更上车时间与上车地点,已经构成违约,与贺某一家机票改签导致经济损失之间有直接因果关系。根据《合同法》第107条的规定,网约车司机应当承担赔偿责任。

如果将司机与贺某之间的合同定性为旅客运输合同关系的话,那么滴滴公司扮演的是何种角色?根据滴滴在《专车使用条款》中的说法,平台“提供的不是出租、租车或驾驶服务,所提供的仅是租赁车辆及驾驶人员的相关信息”,滴滴在专车服务中将自己定位成信息提供者,也就是提供给司机与乘客信息的第三方平台。但是,滴滴对外宣称由平台提供信息、租赁公司或出租车公司提供车辆、第三方劳务公司提供驾驶服务,汽车租赁公司、劳务公司、滴滴和乘客之间形成四方协议。通过本案分析,乘客贺某仅起诉了该司机和滴滴运营商,这说明滴滴所谓的汽车租赁公司、劳务公司很可能是虚拟的,事实上网约车仍是滴滴、司机、乘客之间三方发生关系,滴滴扮演的是一个中介的角色。

2016年11月1日开始实施的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第16条规定:网约车平台公司承担承运人责任,应当保证运营安全,保障乘客合法权益。该条规定明确了网约车平台作为承运人的身份,但是实际上,网约车平台在旅客运输合同中扮演的却是一个起着媒介作用的角色,即为网约车司机和乘客提供服务信息,在网约车司机与乘客之间搭建一个联系的桥梁。那么,在网约车出现违约时,司机是否要与网约车平台一起承担违约责任?究其本质,网约车司机与网约车平台究竟属于何种法律关系?

<sup>[1]</sup> 《约车去机场,司机迟到致改签!平台和司机都得赔钱-搜狐》,载 <http://www.baidu.com/link?url=7J-Bm>。

## 二、网约车违约的概述

乘客在网约车平台发出出行订单信息, 订单信息包括始发地、目的地、时间等, 该订单信息达到网约车平台, 即构成要约。网约车司机通过网约车平台进行订单选择, 一旦选择某一乘客的订单信息进行确认接受载客, 网约车平台就会将司机的姓名、车牌号、联系方式发送到乘客手中, 这就表明司机对乘客发出的要约进行承诺。根据《合同法》第25条规定: 承诺生效时合同成立, 即乘客与网约车司机之间形成了旅客运输合同关系, 网约车司机有义务按时到达指定地点, 并按合同约定将乘客送至目的地; 乘客则按照合同约定支付司机相应的服务报酬。乘客在这一合同中处于弱势地位, 个人的合法权益常常无法得到有效地保障。

### (一) 网约车违约的类型

#### 1. 拒绝履行

拒绝履行, 又称“毁约”, 是指合同一方能够履行却以不正当理由为由对合同相对人表示不履行的行为。拒绝履行一般表现为合同一方明确表示不履行其义务, 有时候也以其行为表示不履行合同约定的义务的意思。网约车拒绝履行的情形, 如网约车司机接单后却未按约定去指定地点搭载乘客、搭载其他乘客而拒载订单乘客、网约车司机单方取消订单未及时告知乘客等, 导致合同目的无法实现。

#### 2. 履行不能

履行不能是指合同一方当事人由于某种原因, 丧失履行合同的可能, 不能按照合同的约定继续履行合同。例如: 网约车司机在接单后, 出租车突发事故障碍、行车违章被扣留等不可抗力等因素, 而无法如约到达指定地点。网约车司机没有在规定取消订单的时间内及时取消订单或告知乘客, 使乘客长时间等待, 给乘客造成了一定的经济损失。

#### 3. 迟延履行

迟延履行, 又称延迟或逾期履行, 是指合同一方能够按照约定履行合同义务, 但在履行期间届满时未能履行合同, 造成履行在时间上的延迟。这种情况下, 网约车通常表现为网约车司机接单后非因不可抗力等事由未能及时到达指定地点搭载乘客。显而易见, 网约车司机违背了《合同法》第290条规定的“承运人应当在约定的时间或者合理期间内将旅客、货物安全运输到约定地点”, 网约车司机构成违约。

### (二) 网约车违约的特点

#### 1. 网约车违约是以旅客运输合同成立为前提。

网约车违约与一般合同违约相同, 以合法有效的合同为前提, 当事人之间形成合同权利义务关系。由于各种原因导致的合同无效, 合同对当事人没有约束力。举例而言, 比如乘客使发出要约, 网约车司机接单旅客运输合同成立, 网约车司机与乘客联系之后发现不满足合同成立条件, 可以协商解除合同, 实现合同自治, 故不存在违约问题。但是, 值得注意的是由于网约车平台的介入, 网约车司机可以单方面取消所接订单导致合同不成立, 对此应该对网约车司机单方面取消订单的条件进行限制, 网约车司机随意单方面取消订单也视为违约, 保证网约车司机与乘客之间的公平。

2.网约车违背了意思自治原则。

合同最大特点即为意思自治,当事人根据自己的实际情况对涉及合同各方面问题行为进行约定,只要在法律允许的范围内就具有法律效力。鉴于网约车平台在网约车司机和客户之间采用了格式合同条款,使得网约车司机与乘客对这些条款无法进行协商。如果网约车司机能够与乘客在确定订单前,可以协商合同履行的程度,体现契约自由。正是由于没有事前沟通,才导致了网约车司机出现违约现象的频发。

### 三、网约车司机与网约车平台之间关系的认定

《办法》第18条规定:网约车平台公司应当保证提供服务的驾驶员具有合法从业资格,按照有关法律法规规定,根据工作时长、服务频次等特点,与驾驶员签订多种形式的劳动合同或者协议,明确双方的权利和义务。该条规定,虽然提及网约车平台与网约车司机可以签订劳动合同,但未明确二者必然存在劳动关系。一旦他们签订的是非劳动合同性质的协议,他们就不存在劳动合同关系,可能就是劳务关系。下文就网约车平台与网约车司机的现状,探讨二者是否属于劳动法律关系?

#### (一) 劳动关系的认定

根据我国劳动法以及相关法律规定,对劳动关系的界定有两大类,第一类是依据劳动合同而直接认定为劳动关系的存在;第二类是没有劳动合同的情形下,劳动关系的认定基本采用了从属性说,强调在劳动关系中雇主对雇员的控制,主要是人格上、经济上和组织上的从属性。而实践中,2005年劳动与社会保障部颁布的《关于确认劳动关系有关事项的通知》中对事实劳动关系的认定是对从属性的发展,明确了未订立劳动合同时,同时满足以下三个条件即构成劳动关系:(1)主体合法,用人单位有用人资格,劳动者具备劳动能力;(2)劳动者事实上成为用人单位的管理,并提供有偿劳动;(3)劳动者提供的劳动构成了用人单位业务的组成部分。<sup>[1]</sup>

对比事实劳动关系认定的三大标准,我们发现,网约车平台与司机都符合劳动法规定的主体资格,而且司机提供的载客服务是网约车平台的主要业务组成部分,司机提供的服务是有偿劳动(网约车平台明确规定了收费标准,并定期给司机结算一次费用)。特殊的是,网约车司机不受网约车平台的控制,他们可以任意地选择工作时间、工作地点等。因此,将网约车平台与网约车司机间关系认定为劳动关系并不完全符合现有法律规定。

#### (二) 劳务关系的认定

劳务关系是指两个或者两个以上的平等主体之间就劳务事项进行等价交换形成的权利义务关系。目前对劳务关系的调整主要由合同法和民法通则实现。理论上界定两者是否存在劳务关系需要满足下面三个条件:(1)双方提供劳务过程中不存在监督与被监督的关系,双方是平等主体之间的合同关系;(2)劳动者向用工者提供一次性的或者特定的劳动服务,当事人之间的关系具有临时性、一次性和短期性的特点;(3)若无特殊约定,生产资料由

<sup>[1]</sup> 苏庆华:《新兴商业模式与雇佣关系规制——互联网众筹模式下的雇佣关系问题分析》,《中国人力资源开发》2015年第14期,第89-93页。

劳动者提供。但是劳务关系和劳动关系的区别主要是判断劳动者是独立的还是从属的。在雇主与雇员的关系中,如果劳动者相当独立,可以在工作过程中自作主张,不必受到雇主的控制那么应该判定为劳务关系。<sup>[1]</sup>

### 1.网约车平台与网约车司机的主体性质及其关系

劳务关系双方主体之间只存在财产关系,没有从属关系,劳务提供者可以自由的选择提供劳务的时间、方式等要素;而劳动关系的主体之间存在着组织依赖性、经济从属性和人格上的从属性,劳动者需要听从用工方的指导,两者之间具有行政隶属关系。网约车司机可以灵活的选择工作时间、工作地点,自愿选择是否承接某一订单任务,并且只有当驾驶员接单成功并完成任务后,才能从网约车平台上获取订单额的一定比例作为报酬,因而两者之间只有经济关系,而没有从属关系。

### 2.网约车平台与网约车司机之间的报酬性质和支付方式

劳动关系中的劳动者报酬具有非市场性,往往是按劳分配为主,多种分配方式并行,支付方式表现为稳定、定期的支付;而劳务关系中的劳动者报酬是按照市场上的等价有偿原则进行的,报酬与市场上的供需变化等紧密相关,支付方式表现为一次性或者阶段性支付。网约车平台与网约车司机之间的报酬是由网约车司机接单数量决定,具有市场性,而且报酬支付方式也是等价有偿原则定期支付。若网约车司机在一段时间内没有接单,则报酬为零,因而从这一角度来说判定两者之间为劳务关系更为合适。

### 3.网约车平台与网约车司机之间的生产资料提供方式和责任承担

劳动关系中,用人单位需要提供办公场所、厂房等一系列的生产资料,劳动者只需要提供劳动力即可;而劳务关系中,若无特殊约定,一般由劳动者提供生产资料。而网约车平台自身只是信息中介,促成交易双方达成交易,最终由网约车司机自由选择接单。完成订单时的车辆等服务所需资料也都由网约车司机自身提供,并且通过网约车平台与网约车司机签订的协议分析,发现出现任何的交通违规等事项都由网约车司机自身负责,符合劳务关系中对于责任承担的规定,因而从这个角度来说两者更符合劳务关系的特征。

基于前文所述,网约车平台与网约车司机是独立存在的,二者不具有从属性。因此,在出现违约的情形下,网约车平台不必承担替代责任。但是,这不意味着网约车平台对网约车违约的行为不负任何责任。乘客通过网约车平台预约出租车,其一个行为产生了两个合同:一个是前文所讲到的旅客运输合同,另一个则是乘客与网约车平台签订的居间合同。网约车平台就像沿街随处可见的饮料售卖机,其存在就象征着它向乘客发出了提供网约车预约功能的要约,而且乘客在进入网约车平台准备预约出租车时,首先得同意网约车平台的相关服务条款,而后才能使用网约车平台预约出租车的这一功能。乘客在同意网约车平台的相关条款并使用预约出租车的这一功能,就意味着乘客对网约车平台发出的要约进行承诺,因此,乘客与网约车平台之间形成了合同关系。合同的性质区别于饮料售卖机的买卖合同,原因在于这一合同关系形成,会出现三方共同致力于实现合同的目的。网约车平台提供的是一种媒介服务,目的在于实现乘客与网约车司机之间的旅客运输合同。《合同法》第424条的规定:

<sup>[1]</sup> 李昆刚、乔安丽:《劳务承揽与劳动关系的区别——基于雇用历史发展的分析》,《中国劳动》2015年第6期,第55-59页。

居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务,委托人支付报酬的合同。因此,所谓居间,是指居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务,委托人支付报酬的一种制度。居间人是为委托人与第三人进行民事法律行为报告信息机会或提供媒介联系的中间人。网约车平台完全符合居间人的身份,同时从乘客支付的车费中收取了一定的服务费。因此,乘客与网约车平台之间形成的是居间合同关系。

根据合同的相对性,乘客遇到网约车违约时,其享有两个请求权:(1)乘客可基于旅客运输合同,要求网约车司机承担违约责任;(2)乘客可基于居间合同,要求网约车平台承担违约责任。

#### 四、对解决网约车违约问题的几点思考

如前文所述,网约车违约表现为拒绝履行、履行不能和迟延履行三种方式。根据《合同法》第94条规定,网约车一旦违约,乘客可以不经催告,直接解除合同。但是,乘客因此造成的损失由谁承担?我国《合同法》第107条规定:当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的,应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。鉴于网约车的特殊性,在选择违约责任承担形式的时候更要考虑实际情况,从其本身的特点出发,选择适合其的违约赔偿方式。为保障乘客的合法权益不受损害,推进网约车的健康发展,笔者对解决网约车违约问题有以下几点建议:

##### (一) 网约车平台开发转让订单功能

违约责任的承担形式之所以多样,在于违约会导致不同程度的损失,包括直接损失和间接损失。以支付乘客经济损失的方式来承担违约责任,并不是解决所有网约车违约的最佳方式。一旦遇到乘客突遇急事需要用车,但网约车司机因为一些客观原因确实无法履行合同,那么承担违约责任的最佳方式必然是以继续履行的方式来保护乘客的最大利益。乘客基于对旅客运输合同的期待性,放弃了搭乘其他出租车的机会,而等待接待网约车的到来。如果网约车平台开发转让订单的功能,网约车司机可以向网约车平台申请就近车辆前来帮助他继续履行合同,网约车平台在收到该申请后,重新将乘客的地点跟联系电话,通过标注“订单转让”的方式,发布在网约车平台上,此时附近的网约车即可抢单。通过这种就近履行的方式,不但可以增加网约车平台的服务质量,而且还可以减少网约车违约被投诉的次数,实现多方获益,将损失降到最低。

##### (二) 网约车平台引入保证金机制

由于网约车司机违约向乘客支付违约金存在现实的困难,为避免司机逃避责任,不支付违约金的情况发生。作为媒介的网约车平台应当为建立一个司机专有账户,账户内存有一定数量的保证金。保证金是指买方或卖方按照交易市场规定标准交纳的资金,专门用于订单交易的结算和履约保证。保证金分为结算保证金和交易保证金,网约车平台应当引入交易保证金,即交易市场为了确保买卖双方按照合同约定履行合同而按一定标准暂扣的资金。有交易保证金的存在,能够有效维持交易的正常进行。当司机确认了乘客的订单,网约车平台会根据该订单的路程长短,预先扣除相应的保证金。待司机履行旅客运输合同完毕后,将该保

证金返还至司机专有账户内,否则,将该笔保证金作为违约金支付给乘客,这样就能有效地保障了乘客的权利,避免损失。当网约车司机专有账户的保证金不足以确认一定里程的订单时,需要继续缴纳保证金,才可以继续接受乘客订单,否则丧失接受乘客订单的资格。

### (三) 网约车平台增加“违约险”服务

为解决网约车违约的现状,网约车平台增加“违约险”不失为一个解决网约车违约的好办法。保险公司针对网络交易的特征,为解决买家在退货中由于运费支出产生的纠纷,适时推出退货运费险产品,也简称“退运保险”。早在2010年11月,保险公司正式在淘宝网上销售“运费险”,使得保险公司、某宝网以及卖家、买家实现了多赢的局面。网约车违约是网约车发展的一个瓶颈,违约金也就成为制约网约车平台与网约车司机的成本难题。网约车平台作为第三方,可以借鉴淘宝网销售“运费险”的方式,与保险公司合作推出“违约险”。淘宝网的“运费险”会根据买卖双方的地点,确定不同数额的保费,一旦出现退货现象,保险公司审核后会在几个工作日内将保费承诺的一定数额的运费返还至买家的指定帐户。同理,保险公司可以根据乘客订单中的始发地与目的地确定一定数额的保费。乘客或者司机为避免意外情况出现导致合同无法实现,可以向网约车平台购买“违约险”。当乘客或网约车司机被对方爽约时,守约方可以向网约车平台申请“违约险”的赔偿,然后网约车平台递交给保险公司审核,审核通过后保险公司会在一定时间内向守约方账户支付一定的赔偿金。这样一来,不仅赋予了网约车司机与乘客意思自治的权利,而且保障了双方利益,一定程度上减少了守约方的损失。

### (四) 实现网约车平台的信息公开化

乘客遇到网约车违约时,维权最大的难点在于举证难。乘客在三方中处于劣势地位,但是根据我国《民事诉讼法》的规定“谁主张谁举证”的原则,乘客一旦选择诉讼的途径进行维权,收集证据就成了一个难题。因为乘客仅仅只有订单信息以及网约车平台提供的网约车司机的部分信息,而且乘客没有及时录音的意识,因此无法向法院提交证明网约车司机的违约的强有力证据。但是,网约车平台有其技术优势,可以了解网约车司机的行踪、订单详情等,同时还可以向乘客提供网约车司机的具体信息,如姓名、身份证号码、居住地址等。为实现网约车平台信息的公开化,网约车平台应建立一个庞大的数据库,方便乘客及时调取订单相关信息与证据。例如,各订单中涉及的GPS定位与移动轨迹、双方磋商订立的语音和文字。网约车平台还可以考虑设计乘客端和司机端提交证据的窗口,以保证语音文字、照片视频、行车轨迹等证据上传,方便网约车平台及时介入,对双方进行调解,有效解决纠纷。数据库内容不仅要包括线上相关数据,还应将线下客服处理投诉、申诉等情况的信息记载同步到平台数据库中,实现线上、线下的一致性,能够及时处理相关反馈情况。一旦将这些信息公开化,乘客维权将不再是难题。

(责任编辑:李明哲)

# 发明专利临时保护现状制度的企业实务启示分析

## ——以最高法院第20号指导案例为分析对象

吴明熠\*

**摘要:**我国专利法对发明专利采用“早期公开,延迟审查”的制度,即经初审合格,自申请日起满18个月便公开其申请文件,然后再根据申请人的请求进入实质审查程序。通过《专利法》的相关规定并结合最高人民法院所发布第五批指导案例中第20号案例的裁判结果及理由,引出我国目前关于专利临时保护的法律和司法现状。并由此从实施行为、保护范围、适当费用、恰当主体、时效问题、法院管辖等几个方面分别对实施专利和申请专利的企业实务启示作出分析而不对最高法的裁判是否存在商榷之处作评价。

**关键词:**发明专利 临时保护 企业实务启示

### 一、最高法院第20号指导案例案情简述

专利权人深圳市斯瑞曼精细化工有限公司(以下简称斯瑞曼公司)于2006年1月19日向国家知识产权局申请发明专利,申请于同年7月19日公开,2009年1月21日被授权并公告,授权的发明名称为“制备高纯度二氧化氯的设备”。2008年10月20日,深圳市坑梓自来水有限公司(以下简称坑梓公司)与深圳市康泰蓝水处理设备有限公司(以下简称康泰蓝公司)签订购销合同,坑梓公司向康泰蓝公司购买二氧化氯发生器一套。2009年3月16日,斯瑞曼公司以康泰蓝公司生产、销售和坑梓自来水公司使用的二氧化氯生产设备落入涉案发明专利保护范围向深圳市中院起诉,要求二被告停止侵权并赔偿经济损失、承担诉讼费等费用。(以下称“斯瑞曼公司案”)

### 二、法院裁判结果及理由

深圳市中院2010年1月6日作出(2009)深中法民三初字第94号民事判决:康泰蓝公司停止侵权,康泰蓝公司和坑梓公司连带赔偿斯瑞曼公司经济损失8万元。康泰蓝公司、坑梓公司均提起上诉,广东省高院于2010年11月15日作出(2010)粤高法民三终字第444号民事判决:驳回上诉,维持原判。

坑梓公司向最高法院申请再审。最高法院于2011年12月20日作出(2011)民提字第259号民事判决:撤销原一、二审判决,驳回斯瑞曼公司的诉讼请求。最高法院的裁判理由是:因为侵权发生在发明专利申请的临时保护期内(即专利申请公开日至授予日期间),对于临时保护期内制造、销售、进口被诉专利侵权产品不为专利法禁止的情况下,其后续的使用、许诺销售、销售,即使未经专利权人许可,也不视为侵害专利权,但专利权人可以依法

\* 吴明熠,浙江泰顺人,上海政法学院2015级宪法学与行政法学专业研究生。

要求临时保护期内实施其发明的单位或者个人支付适当的费用。对于在专利临时保护期内制造、销售、进口的被诉专利侵权产品的销售者、使用者,在提供了合法来源的情况下不应承担支付适当费用的责任。判断“合法来源”时,应当考虑相关产品是否是通过正当、合法的商业渠道获得的,并不必然要求考虑销售者或者供应者在提供相关产品时是否符合相关行政管理规定。

### 三、现状临时保护制度下的企业实务启示

我国专利法对发明专利采用“早期公开,延迟审查”的制度,即经初审合格,自申请日起满18个月便公开其申请文件,然后再根据申请人的请求进入实质审查程序。《专利法》第13条规定,“发明专利申请公布后,申请人可以要求实施其发明的单位或者个人支付适当的费用。”并结合最高法对于此案的裁判理由,暂且不论最高法的裁判是否存在商榷之处,至少我们可以明确目前关于专利临时保护的法律和司法现状:(1)在发明专利临时保护期内实施相关发明的,不属于专利法禁止的行为;(2)在专利临时保护期内制造、销售、进口被诉专利侵权产品不为专利法禁止的情况下,其后续的使用、许诺销售、销售该产品的行为,即使未经专利权人许可,也应当得到允许;(3)不存在临时禁令,即,专利权人无权禁止他人在临时保护期内实施其专利申请,并且专利权人无权禁止他人对侵权产品的后续使用、许诺销售、销售;(4)专利权人仅保留有要求实施者支付适当费用的权利;(5)具有合法来源的销售、使用是行为作为不承担支付使用费的免责行为。

根据当前关于专利临时保护的司法实践,对于企业的实务主要涉及的内容包括:(1)可以免责的实行为;(2)临时保护范围的确定;(3)适当费用的计算;(4)请求支付使用费的恰当主体;(5)起诉时间及诉讼时效;(6)法院管辖权与申请人的起诉事项。对于实施专利企业和申请专利企业的启示其侧重点分别体现在不同的方面:

#### (一)对实施专利企业的启示

##### 1.注意保存可能免责的证据材料

在斯瑞曼公司案中,最高法认定,对于在专利临时保护期内具有合法来源的销售、使用行为可以作为不承担支付使用费的免责行为。判决中虽然没有明确指出判决法律依据,但从《专利法》第70条规定中可以依据:“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品,能证明该产品合法来源的,不承担赔偿责任。”该规定表明在专利授权后,部分实行为在特殊情况下可以免于承担赔偿责任。因为《专利法》对专利权人的保护程度高于对申请人的保护程度,所以在类似情况下,可以参照法律对专利权人的保护程度来确定对申请人的保护程度。既然在权利人获得专利授权后,实施人都可以通过证明生产经营目的、提供产品合法来源而免责,那么在临时保护期内,实施人也应当在类似情形下获得免责。最高院在斯瑞曼公司案中的判决支持了该判断,所以,在临时保护期内,若实施企业能够证明其销售、许诺销售或者使用行为是为生产经营目的,且能提供产品合法来源的,那么该企业应当免于承担支付使用费的责任。其中,合法来源是指相关产品是通过正当、合法的商业渠道获得的,实施企业应当注意保存交易中正式的购合

同以及所购产品的收据、发票等材料。

同时,根据《专利法》第七十条规定,若要免除赔偿责任,实施企业还应当满足一个要件,即该企业不知道是未经专利权人许可而制造并售出专利侵权产品。一般法院会推定实施企业满足该要件,而举证责任由专利权人或者申请人承担,这点在实务操作上具有很大困难。

#### 2.注意保存合法实施的证据材料

若实施企业在原有范围内继续其在专利申请日之前已有的实施行为,则不承担支付使用费的责任。《专利法》第69条第2款规定,实施人在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备,并且仅在原有范围内继续制造、使用的,不视为侵犯专利权。该条规定表明,在临时保护期内实施人在原有范围内继续实施自己已有的技术的行为属于合法实施行为,不需要支付使用费。这里“已有的技术”是指实施人在申请人申请专利之前已实施过或者已做好必要准备将实施的技术。综上,企业应当保存好以前使用过的技术的证据材料,以防止他人将某些技术申请专利后,限制自己的合法使用。

#### 3.注意关注申请人授权动态或授权时的权利范围

首先,由于发明专利需要经过实质审查才能获得最终授权,在临时保护期内主张使用费的申请人最终不一定能获得专利授权,因此实施企业在支付使用费前必须密切关注申请人专利授权的最终情况。其次,发明专利的授权审查过程也是对专利权利要求不断修改的过程,可能会导致专利权利范围变宽或变窄,或者基本保持不变。国内出于利益平衡原则和社会公共利益原则的考虑,公众不可能根据已有公开时的权利要求的范围而对授权时的权利要求范围进行预测,因此现有的做法为:如果授权时的权利要求或者在经过异议程序(撤销程序)修改后的权利要求的保护范围大于公开的专利申请的权利要求所确定的范围,专利申请的临时保护仍以公开文本为准;反之,如果授权时的权利要求或者经过异议程序(撤销程序)修改后的权利要求的保护范围小于公开的专利申请的权利要求所确定的保护范围,临时保护就必须以缩小后的权利要求为准。

因而对于作为实施人的企业而言,针对授权后的专利权人主张其权利所提出的要求支付临时保护期内的使用费,一方面,需要查询其最终的权利要求书的最终文本以及往来的修改文本,因为在申请程序过程中,各式的往来修改文本可能使得部分权利在申请的过程中被放弃,当权利要求的修改导致授权时的权利要求范围小于公开时范围时,被缩减的部分范围实质上并没有获得授权,其应视为自申请日其就没有获得专利法的保护,申请人也就失去其要求支付使用费的请求权基础。另一方面,需要关注其权利要求书中的权利性质属于独立权利还是从属(附加)权利,应当认定,只有独立权利性质的专利权才具备排他的性质。

#### 4.辨别请求支付使用费的适格主体

《专利法》第13条将请求支付使用费的主体规定为“申请人”,第68条将请求支付使用费的主体规定为“专利权人”。然而,由于专利申请权和专利权都是可以转让的权利,当申请人在获得专利权之后将专利权转让给他人时,会出现申请人与专利权人两个主体。当专利申请人在申请公布日后将专利申请权转让给他人时,则会出现原申请人和现申请人两个主体。在实践中法院认为,若申请人未将请求支付临时保护期使用费的权利转让给他人(一般是专利申请权或者专利权的受让人),该受让人不得作为请求支付使用费的适格主体。若企

业作为实施者,在被主张支付使用费之前,应具体审查请求主体的适格性。

#### 5.具体审查申请人的起诉事项

在斯瑞曼公司案中,最高法确定了在临时保护期发生的“侵权”问题,专利权人在得到授权后仅保留有要求实施者支付适当费用的权利的司法实践规则。实务中不排除专利权人为了争求最大的诉讼效益,就临时保护期使用费和侵犯专利权行为同时提出权利主张。这便要求实施专利企业对申请人的诉讼请求加以甄别。

### (二)对申请专利企业的启示

#### 1.注意收集与使用费计算相关的证据材料

在斯瑞曼公司案中,由于最高院认定专利权人仅保留有要求实施者支付适当费用的权利,因而若企业作为申请人,对于适当费用的确定尤为关键。然而《专利法》并未对发明专利临时保护期使用费的计算作出具体规定,仅在《专利法》第65条中规定了关于侵犯专利权的赔偿数额的确定,在当前专利实务中,并不认同将合理使用费用等同于专利侵权赔偿,但具有可参照性,即在收取临时保护使用费时,不同于专利侵权赔偿判定时要求被告将全部利润都赔偿给原告,而只是收取“适当的使用费”,因此只能参照适用侵权损害赔偿原则,在考虑产品的实际成本、销售利润等情况的基础上,并给技术使用人留下适当的利润。一般法院在实务中会根据具体案情酌情确定使用费的数额。法院在确定使用费时参考涉案专利的类型、涉案专利公开的时间、实施人采用该技术生产产品的价格、数量、该技术在产品中的重要程度、专利实施许可费及维权合理开支等因素。因此,若企业作为申请人能够证明实施人所用技术直接来源于申请人的发明专利,则法院可能会参照专利侵权赔偿数额的计算方式确定使用费数额。所以,申请专利企业在收集证据时要特别注意与使用费计算方法相关的一些证据,如实施人采用该技术生产产品的价格、数量及该技术在产品中的重要程度等等。

#### 2.转让或受让权利时要注意全面性

为避免权利转让或受让引发的使用费的请求支付主体的适格问题,若企业作为申请权或者专利权的受让人,为了避免日后不必要的争议的发生,在签订转让协议时,企业应当要求转让人一并将临时保护期请求实施人支付使用费的权利转让给自己。

#### 3.注意起诉时间及诉讼时效

申请专利企业能够在发明专利授权前获得临时保护,是因为之后专利权的授予确认了临时保护期间申请人应享有的权利。参照《专利法实施细则》第85条的规定,对于临时保护期使用费的纠纷,当事人请求管理专利工作的部门调解的,应当在专利权被授予之后提出。由此可见,申请人只有在获得专利授权后才能够向实施人提出支付使用费的请求,除非双方在合同中另有约定。

另外,《专利法》第68条第2款规定请求临时保护期使用费的诉讼时效为两年,自专利权人得知或者应当得知他人使用其发明之日起计算。但专利权人于专利权授予之日前即已得知或者应当得知的,自专利权授予之日起计算。因此,为防止超出诉讼时效导致主张使用费的请求不能被支持,企业作为申请人在得知他人未经许可实施自己的技术时,应当在两年内请求实施人支付使用费。

#### 4.对于管辖法院进行选择

最高法在司法裁判中认定,发明专利保护期使用费纠纷在本质上是一类与专利有关的侵权纠纷,是涉及专利权人对其发明专利技术在临时保护期所享有的收取使用费的权利的侵权纠纷。因此,依据《民事诉讼法》第29条有关侵权诉讼的管辖确定原则,专利权人可以向侵权行为地或者被告住所地法院提起诉讼。因此,申请专利企业可以根据专利侵权诉讼中认定管辖权的原则来选择认为更有利于己方的法院提起使用费诉讼。

### 结语

企业若要依据《专利法》第十三条行使发明专利临时保护期使用费请求权,需要满足一定的前提条件:(1)他人有实施行为,且免责理由;(2)实施行为发生在临时保护期范围内;(3)请求人为申请人或者获得申请人的授权的专利权人;(4)权利人的诉讼请求是在获得专利权后两年的诉讼时效期间内提出的;(5)权利人向相应的侵权行为地或者被告住所地法院提起诉讼。同时,企业应当根据上述法律、司法实践注意保存收集相应证据,申请专利企业应特别注重收集与使用费计算方法相关的一些证据,而实施专利企业则应当注意免责材料的保存。

### 参考文献

- [1] 梁栋国、瞿静,专利临时保护司法现状以及临时保护范围和适当费用的确定[A],中华全国专利代理人协会,2015年中华全国专利代理人协会年会第六届知识产权论坛论文集[C],中华全国专利代理人协会,2015.
- [2] 章卫明,发明专利临时保护的时效性与最高法院指导案例第20号裁判商榷[J],中国律师,2015.
- [3] 杨明,从最高人民法院第20号指导案例看发明专利的临时保护制度[J],北京仲裁,2013.
- [4] 郎贵梅、吴光侠,《深圳市斯瑞曼精细化工有限公司诉深圳市坑梓自来水有限公司、深圳市康泰蓝水处理设备有限公司侵害发明专利权纠纷案》的理解与参照[J],人民司法,2014.

(责任编辑:高飞)