



破产法札记

(之三十二)



陈夏红

最近,何帆翻译的著名律政电影《十二怒汉》剧本中译本,由译林出版社出版。可以说,因为这部电影,美国的陪审制度在全世界范围一直广受关注,该书的出版显然会为陪审制的风靡锦上添花。站在破产法学的角度,我好奇的是,陪审制与破产审判之间,究竟有着什么样的关系?

在小戴维·斯克尔《债务的世界:美国破产法》中译本“序言”和“导论”中,斯克尔两次提到的德士古公司破产案:

1987年,德士古公司(Texaco)申请破产。当时,其拥有约250亿美元的净资产。就在两年前,因为德士古在宾州油公司(Pennzoil)收购盖蒂石油公司(Getty Oil)的非正式协议中作梗,德士

陪审制与破产审判:剪不断,理更乱?

陈夏红,法学博士,欧洲破产协会(INSOL Europe)会员,中国政法大学破产法与企业重组研究中心研究员

古被陪审团判处赔偿宾州油公司105.31亿美元,这是当时赔偿数额最大的陪审团判决。当德士古申请破产时,人们还是根本不相信这个石油巨头真的会倒闭,也没人相信其资产会随风而逝。然而,德士古抢先申请破产,以阻止宾州油公司执行这个判决,以迫使宾州油公司与其达成和解。最终,德士古依靠这个策略取得了成功。两年后,德士古又从破产程序中走了出来。

这段话,彰显出由陪审团裁定导致破产申请这样一个事实。显而易见,这是个案层面陪审制与破产案件之间的偶然联系。

事实上,美国陪审团对破产体系的影响,并不仅仅停留在个案层面。比如在1920年代末,一个联邦陪审团的报告,将人们对纽约“破产帮”的不满与愤懑,全部付诸舆论。按照该报告,当时纽约的破产执业环境,充斥着“代理律师、财产管理人、托管人、资产评估人、监管人、拍卖人,以及美国联邦地区法院内部或者其管辖范围内的其他人、协会或者公司严重滥用职权并玩忽职守”。由此,纽约市律师协会委托威廉·多诺万上校,启动对破产行业的大调查。多诺万在检查1000多个案卷,调查近4000人之后,最终在1930年发布“多诺万报告”,根据该报告,有12位破产律师受到指控,有的

潜逃并自杀,有的承认有罪被判刑,还有人被迫退出纽约律师协会并被剥夺律师资格;除律师界,政府机构也有拍卖人和监管人受到指控,破产记录办公室有职员被开除甚至试图自杀;在司法界,调查期间即有法官辞职。这份由陪审团报告引发的黑幕调查,最终触发美国破产法体系在1930年代的革命。

一份陪审团的报告,引发美国朝野各方对“破产帮”的围剿,同时也为美国破产法体系革命性的变化带来契机。如今,美国破产法在全球范围内如日中天,这种陪审团掀起的“扒粪行动”,可以说功不可没。

但是,美国陪审制与破产审判之间的关系,如果仅仅停留在这个层面,依旧显得外围,偶然。两者之间有没有更紧密的关系?或者说,我们可不可以进一步追问:破产审判到底应该没有陪审团的参与?我相信绝大部分破产法领域的读者,一定会对这个问题感到讶异,甚至会觉得不可理喻。在破产圈内看来,破产审判就是法官席上的桂冠,能够从事破产审判的法官,纵然不是三头六臂,但说其才高八斗,学富五车,绝大部分破产法官都会笑咪咪地笑纳这顶高帽子。舆论总会强调破产审判的特殊性、复杂性甚至神秘性,既在同行中制造优越感,也以这种话语策略来

向上要政策,要待遇。这话,可不全是我说的。波斯纳在其《各行其是》“引论”中,就狠狠地揶揄了司法界的“装逼”:绝大部分法官都是以整体和直觉的方式评审案件,得出初步结论,然后用严格的技术性法律分析该结论;而为维持司法职业的优势感,法官会用神秘感来作为其终极防御武器。波斯纳写道,“法律是个严密学科,值得敬畏并伴随着神秘装饰,这类说法都是法院系统大力推销的说法,也是许多法官自吹自擂的信仰。其实都是假的……”

有鉴于此,我相信绝大部分破产法官第一反应,都会将陪审制拒之门外。毕竟陪审制的本质,是在审判过程中引入毫无法律知识背景的普通人,让普通人依据理性和常识,来就民事、刑事案件中罪错问题做出判断,作为法官追究具体责任的原点和依据。显然,陪审制的草根特色,与破产法官精英化的自我期许大相径庭。陪审团能懂什么破产?站在破产法官的角度,陪审团显然离得越远越好。

然而,破产案件审判究竟要不要引入陪审制,在美国依旧是个值得探讨的问题,并无定论。爱泼斯坦等著的《美国破产法》最后一节中,就专门讨论过陪审制与破产审判的结合问题。按照美国的司法体制,破产立法乃至破产法院系统的设立,既源于美

国联邦宪法中的“破产条款”,更源于衡平法传统;而在衡平法传统下,审判不需要陪审团的参与,当事人也没有权利要求引入陪审团。但是根据1898年《破产法》,当时的破产法院没有当事人一致同意情况下,仅享有简易程序管辖权,不得就案件展开正式审理,而正式审理则需要由州法院、联邦法院而非破产法院来审理,一旦案件进入州法院、联邦法院,则破产案件与其他民事案件无异,既适用所有的民事诉讼规则,当事人当然可以请求陪审团参与审判。而1978年《破产案》颁布后,正式管辖和简易程序的差异消失,所有先前由联邦法院或州法院审理的破产案件,都交由破产法院审理。但即便在这种情况下,国会依旧规定,该《破产法》并不影响任何由陪审团审判的权力。接下来数十年间,美国司法系统尤其是最高法院,通过一系列判决,尤以1989年Granfinanciera v. Nordberg案为代表,对破产案件适用陪审团审判的问题作出倾向性结论:破产程序中的债权人提起的大部分诉讼,都不需要陪审团参与审判,但并不绝对排除;而债务人自动申请的破产案件,则不得要求陪审团参与审判。

哎哟,陪审制与破产审判之间的关系,真是剪不断,理更乱。读者诸君,你觉得呢?

观点新解

林嘉就社会保险基金追偿权谈——其法律特征有求偿权代位权



中国人民大学法学院林嘉在《法学评论》2018年第1期上发表《社会保险基金追偿权研究》的文章中指出:

追偿权制度在民法中主要用于解决多数人债务中先履行债务人与其他债务人之间的内部利益均衡问题。社会保险基金追偿权是追偿权在社会保险法中的运用,其具有由社会保险经办机构代为行使,以社会保险基金先行支付为前提,既有求偿权也有代位权等法律特征。社会保险基金追偿权的正当性根植于实现社会保险制度可持续发展和社会保险法律关系各方主体的利益在社会整体层面的均衡,并且人身损害中存在着可用金钱进行衡量的纯粹财产性损失。目前,我国的社会保险基金追偿权的立法规定和实际运行仍然存在着权利主体地位和法律责任不清晰,权利行使规定与程序不明确,工伤社会保险先行支付的范围过窄等问题。

马颜昕就公物公众使用收费谈——需要更精细化的研究和指导



中国政法大学法学院马颜昕在《现代法学》2018年第1期上发表《论公物公众使用收费的标准》的文章中指出:

公物公众使用收费过高或不当的免费都存在公平、效率等问题。现有学说对收费判断的标准过于空泛单一,无法反映复杂的现实,也难以给予实践有效指导,需要更精细化的研究。影响收费与否及定价的主要因素包括需求的基本性、资金来源、价格调控的合比例性、自然公物还是人工公物、使用习惯、受益对象和受益范围与时机、自愿的意思表示等。这些因素需要进行综合权衡,在一定条件下发挥作用,从而类型化出免费、成本性收费、效率性收费、营利性收费和混合性收费五种收费与定价的具体方式。

陈伟就死刑执行仪式谈——执行中的退场成为最终结局



死刑执行是以死刑存在为前提的刑罚执行,撇开死刑的存废之争而聚焦于死刑的刑行变革可以获得与众不同的诸多启发意义。专制时代的死刑执行是仪式化运用的展现,在重实体、轻程序的传统司法体制下,死刑执行却以彰显程序设计的显性特点让人觉察到刑事司法的另一面。对此,西南政法大学法学院陈伟在《比较法研究》2018年第1期上发表《死刑执行的仪式流变与理性回归》的文章中指出:

死刑执行仪式化背后具有多元因素的积极推进,作为刑罚威慑象征符号的综合体,死刑执行通过“表演”仪式进行角色演绎和功能对接,伴随权利意识的苏醒与理性法治的推动,“演出”仪式在死刑执行过程中的退场成为最终结局,死刑执行转移到程序规则与人文价值的自觉遵守上来,揭示了程序法治和刑罚观念渐进成长的演进历程。

陈瑞华就司法行政机关谈——应对其职能作出准确的定位



北京大学法学院陈瑞华在《东方法学》2018年第1期上发表《司法行政机关的职能定位》的文章中指出:司法行政体制改革被纳入整体司法改革的框架之中,这是不可避免的发展趋势,而实质性推进司法行政体制改革,首先需要对其司法行政机关的职能作出准确的定位。不同于大陆法国家的大司法行政模式,也有别于英美法系的司法行政兼理检察业务模式,我国司法行政机关属于一种宏观司法行政管理机构。公检法三机关掌管的诸多“专门性司法行政事务”,正逐渐向“宏观司法行政事务”转化。这些事务可以包括统一法律服务管理职能,生效裁判执行职能以及司法保障职能。未来,司法行政机关在行使上述职能的范围和方式方面,有望发生显著的变化。(林晨 整理)

刑事侦查中执法记录仪运用的价值与完善方向

前沿关注

付辉

刑事侦查活动作为刑事司法工作的基础环节,直接关系到裁判结果的公正与否。为了促进侦查规范化,公安机关在已有的非法证据排除制度,讯问过程的同步录音录像制度上更进一步,不但要求实现犯罪嫌疑人被带至办案场所后送看守所前的全程录像,还要求依靠执法记录仪实现对执法办案场所以外的侦查活动的记录。2016年公安部出台的《公安机关现场执法音视频记录工作规定》中明确要求在“办理行政、刑事案件进行现场勘验、检查、搜查、扣押、辨认、扣留”的现场执法活动中应当进行现场执法的音视频记录。实践中执法记录仪的使用存在既有的价值,同时也存在较大的完善空间。

一、运用执法记录仪的价值

1. 有助于完善对侦查活动的监督。长期以来公安机关侦查活动欠缺法院和检察院的介入。加之公安机关的地位较为强势,检察院和法院在诉讼过程中

常对其配合有余而制约不足。另一方面侦查秘密原则将公众乃至辩护人排除在案情之外,社会监督的效果也难以实现。久而久之对侦查活动的监督成为了难上加难。

2. 能够为案件提供更加丰富的证据支撑。讯问过程中的录音录像因产生于案件发生之后,所以不能等同于证明案件事实的证据,仅可作为视听资料类的证据证明刑讯逼供是否存在。相比之下,执法记录仪提供的证据更加丰富。

3. 有助于保护执法人员权益。在一线执法过程中,警察常因执法对象的无理取闹或别有用心而遭受“无妄之灾”,甚至有部分违法分子对执法人员进行言语辱骂甚至拳脚相加,事后又进行虚假投诉的情况,动辄影响执法人员考核,使其遭受纪律处分。

当上述情况发生时,执法记录仪的普及能够客观记录案件办理的全过程。既有助于维护执法人员的个人权利,又避免不良居心者误导舆论,激化警民矛盾。

二、执法记录仪使用中的问题与完善

1. 执法记录仪在设计上存在不足之处。首先,民警佩戴时稳定性不佳。目前大多数的执法记录仪通过塑料夹子固定在警服的肩部部位,固定效果欠佳。在民警实施快速追缉或武力制服犯罪嫌疑人时,执法记录仪很容易滑落。同一地区的不同公安部门之间有时因执法记录仪接口类型的不同而在需要不同部门间执法记录仪的信息移送时徒增不便。

为此,应当由公安装备财务部门负责统一的装备采购、升级、维修等工作。其中采购和升级工作尤为重要。在装备采购上应至少以市级为单位进行执法记录仪的统一化。考虑到不同部门工作需求的差异,至少在接口型号、文件类型上保持一致,尽量满足多警种的协同作战。同时应积极收集广大民警的使用反馈,同生产方沟通,对执法记录仪进行及时的更新和升级。

2. 设备使用不规范。由于部分民警对执法记录仪的使用不甚熟悉,又急于学习,导致执法记录仪收集的音视频质量不佳,出现“眼失明”和“耳失聪”等情况。例

如部分民警对记录仪的红外功能不熟悉,在黑暗环境无法正确使用夜视功能,或在动态执法过程中,只有一人佩戴执法记录仪的情况下容易因民警视线和站位问题产生拍摄死角,抑或是未及时清理内存和充电而影响记录仪的使用。此外,执法中选择性录制的情况也时有发生。

解决措施应从两方面入手。首先,组织记录仪的使用培训工作,在设备列表和升级后对民警开展集中培训,并对学习结果进行实考核。而且应将此工作作为新进民警的必修科目。培训内容除使用方法外还应包括拍摄技巧,如两人佩戴记录仪时分散站位进行交互拍摄等。其次,公安机关应将设备使用情况和升级后对民警开展集中培训,并对学习结果进行实考核。而且应将此工作作为新进民警的必修科目。培训内容除使用方法外还应包括拍摄技巧,如两人佩戴记录仪时分散站位进行交互拍摄等。其次,公安机关应将设备使用情况和升级后对民警开展集中培训,并对学习结果进行实考核。而且应将此工作作为新进民警的必修科目。培训内容除使用方法外还应包括拍摄技巧,如两人佩戴记录仪时分散站位进行交互拍摄等。

3. 信息采集工作的效率和可靠性较低。目前执法记录仪的信息采集工作大致分为人工采集和自动化采集。其中人工采集,尤其是执法人员自身采集的方式,不仅繁琐而且数据有被选择性录入、篡改和泄露的可能,导致数据客观性和真实性无从保证,数据的泄露也可能影

响诉讼进行或侵害商业秘密与个人隐私。部分地区虽然设置了专门人员负责进行信息采集和整理,但是基层的同一执法单位内职能的简单分工并不能有效杜绝权力的滥用。

为了提升信息采集的效率,应当实现对视音频的自动化采集。目前较为通行的做法是在各基层执法单位建立数据采集站,接入执法记录仪后可实现充电和对信息的自动采集。未来考虑到检察机关的监督职能,实现这类数据的检警共享并无不可。

4. 执法记录仪的使用范围有待明确。侦查工作相比于一般行政执法工作有一定的特殊性,在进行有特别保密需求的侦查活动时,使用执法记录仪并不现实。如在办理涉嫌容留或组织卖淫、赌博和毒品犯罪的案件中常需要进行便衣侦查,使用执法记录仪可能会暴露侦查行为。因此刑事案件中执法记录仪的使用应当以不妨碍侦查行为的正常开展为限。

完善执法记录仪的使用需要制度完善和科技优化齐头并进。既要以执法记录仪的使用、信息管理、监督考核等制度规范,又要借助科技的力量使采集的数据价值得到充分发挥。

创新社会治理 筑牢法治基石

——新乡中院主动参与社会综合治理工作综述

前沿话题

本报记者 张亮 赵红旗

民惟邦本,本固邦宁。2017年12月7日,最高人民法院在河南省新乡市召开全国部分法院家事审判方式和工作机制改革试点工作推进会,家事审判“新乡创新”得以在全国推广。

新乡市中级人民法院自2015年开展家事审判改革以来,家事案件逐年减少,2016年同比下降9.77%,2017年1至11月同比下降7.6%,无一“民转刑”案件发生,实现了“为社会减压、法院减负、家庭疗全伤”的目标。

近年来,新乡中院准确把握社会治理社会化、法治化、智能化、专业化要求,立足于发挥审判职能,以司法体制改革为动力,不等不靠,着眼于矛盾纠纷多元化化解,致力于探索社会治理创新,打造了“诉调对接多元化化解”,“家事审判改革”,“案件繁简分流”等一系列具有新乡特色的亮点品牌,诉前矛盾纠纷化解效率大幅提升。

注重引导规范 促进社会治理系统化

“多元化纠纷解决机制建设是法院

参与社会治理的重要抓手。新乡中院立足审判职能,创新多元化化解纠纷途径,旨在更好地汇聚社会各方力量,打造共建共治共享的社会治理格局。”新乡市中级人民法院党组书记、院长袁荷刚如是说。

新乡中院积极争取市委对矛盾纠纷多元化化解工作的指导,经过对全市矛盾纠纷化解工作进行深入分析研究,提出建立全市各部门联动融合的诉调对接多元化纠纷解决机制,新乡市委把该项机制列为“2017年全市重点改革项目”。在全省率先构建了“党政主导,综治协调,司法引领,部门协同,社会参与”纠纷解决多元化化解机制,形成了“诉调全对接,矛盾大化解,信访精治理”的诉调对接体系。

按照新乡市委在全市设立“一办五中心”的工作部署,为充分发挥司法在矛盾纠纷化解中的重要作用,在两级法院全部设立诉调对接多元化化解中心,与全市297个行政机关、134个乡镇、2807个行政村的调解中心,调解室建立起规范有序的对接机制,形成了市、县、乡、村四级调解组织全覆盖的格局。自2017年6月18日全面推开诉调对接多元化化解工作以来,全市法院共接收各类矛盾纠纷29519件,调解结案9309件,调解率达到31.54%。诉调对接多元化化解机制化解矛盾纠纷,分流诉讼案件,缓解案多人少矛盾的成效初步显现。

发挥法庭桥头堡优势 力促基层治理社会化

“‘一表三机制’工作法、社区法庭、矛盾调解室……”新乡中院借助基层人民法院的平台,聚焦基层治理法治化、社会化,创新社会治理工作的亮点频现。

新乡中院在全市46个人民法庭推广“一表三机制”工作法,依托“民情联系表”,在每个行政村、学校、医院企业明确一名民情联络员,并兼任矛盾调解员、普法宣传员,将民情调查、矛盾化解、普法宣传有机统一地延伸到最基层。针对城市社区,他们成立社区法庭、便民联系点、矛盾调解室等机构延伸司法触角。新乡中院还结合不同社区特点向全市推广设立社区法庭、便民联系点、矛盾调解室等不同模式的便民诉讼机构。让群众在家门口就能享受到便捷的司法服务,将基层矛盾化解在萌芽状态。

此外,新乡中院还积极引导帮助企事业单位、社会组织、人民群众等社会力量参与矛盾化解,提升自我化解能力。设立医患纠纷诉前调解室,学校法官工作室,以及企业便民服务站、巡回审判点、企业联系点等,有效提升了各种社会组织运用法治的自治能力。

多元司法手段化解 实现社会治理法治化

法治是社会治理常态化、长效化的根本保障。新乡中院将办好涉众型案件作为切入点,引导群众通过法治途径解决纠纷,建立部门联席会议、重大案件信息提醒等制度,使用多元司法手段妥善化解,从而实现案结事了人和。

在处置李某非法集案案件中,新乡中院一方面发挥审判职能,依法严惩犯罪分子;一方面对群众进行释法明理;同时积极运用市场化手段处置涉案财产,提升财产价值,最大限度地降低群众损失,取得了良好的法律效果和社会效果。针对新时代社会主要矛盾发生变化,新乡中院全面落实诉访分离制度,畅通和拓宽诉求表达渠道,依法处理涉诉信访问题;建立院长首问负责制和疑难信访案件专项化解、律师代理申诉信访等一系列创新措施,形成了从源头化解到案件审判、调解再到申诉、信访问题的结、全流程、系统化的矛盾纠纷解决机制。

做实“事前功夫” 促进社会治理智能化

近年来,新乡中院依托“智慧法院”建设,运用司法统计系统,案件流程系

统,对全市法院受理的全部案件进行深度分析,精准地查找出案件类型、纠纷特点、数量情况和矛盾热点,精准制定防控措施,做实“事前功夫”,实现从事后被动应对向事前精准防控转变,提高社会治理智能化水平。

新乡中院结合金融案件大数据暴露出的问题,及时向金融机构提出加强内部管理,完善担保评估机制,规范合同格式等司法建议,筑牢金融风险“防火墙”,促进金融业健康发展。去年7月,新乡中院与平顶山银行等9家驻新金融机构召开“防范金融风险,服务实体经济发展”座谈会,同时出台《关于防范化解金融风险平等保护市场主体合法权益的意见》,建立共同防范金融风险的联动沟通机制,共同打造良好金融生态环境。针对企业联保互保造成大量企业资金链断裂的问题,新乡中院结合大数据分析,对企业进行深入走访调研,形成了《企业互保联保贷款模式困境破解与风险防范机制的构建》调研报告,从司法视角向政府金融部门提出意见建议。此举将服务方式从事后处置向事前预防延伸,逐步实现了事前预防,主动掌控,及时化解。

不驰于空想,不骛于虚声。面对新征程,新篇章,新乡中院将继续筑牢公平正义根基,践行以人民为中心的发展思想,使人民获得感、幸福感、安全感更加充实、更有保障、更可持续。