法学院

专刊主编/蒋安杰
编辑/刘秀宇
美编/李晓军
校对/李景红

法治日报

合规概念的新颖性何在

前沿观点

□ 张志铭 陈雪

在很多法律界人士看来，合规就是合法，没有什么新鲜的，所以，他们说合规讲的就是合法。比如，刑法学者讲刑事合规，感觉就是讲刑事合法，讲刑事上的罪与罚问题。而在许多法律界以外的人士看来，合规不同于合法，其涉及的内容范围、关注的问题呈现、所展开的制度实践，跟合法概念所指涉的问题对象不是一回事。那么，合规和合法究竟是不是一回事，他们之间到底是一种什么关系，合规概念相对于合法概念有什么新颖性、独到性吗？如果没有，合规的话题不就成为故弄玄虚了吗！大家知道，在理论认识上，任何含义边界不清的概念的引入，都会构成对表达秩序的破坏，造成生活实践错乱。在当下这样一个浮躁的风气下，我们在教学和科研中，时常遭遇各种标新立异说法的冲击，使我们在毫无认知增量的状况下，疲于应付，深受其害。

2017年3月24日，华东师范大学法学院在国内法科院校中首先创设企业合规研究中心，提示一下，那时大家熟悉和适用的是“企业或公司法务”的说法。在那之后，我们做了许多工作，编制了国内第一本企业合规教材，出版了集刊和专著译作，举办了多期培训和系列研讨活动，开设了课程并承担了大型科研项目，开展了多种合作，着力打造“大夏合规”品牌（华东师范大学的前身主干是大夏大学）。如今，当合规在业内外成为风靡一时的话题和业务实践的时候，我们从教学和科研的角度却不得不越发认真地追问和讨论一个问题，这就是“合规”这一概念的确切含义：合规相对于我们一直挂在嘴边的合法，其新颖性何在，其独特价值何在？

从字面上讲，合规是英文compliance的中文翻译。Compliance的意思是顺从、遵守。Compliance with something，是指对什么东西的顺从和遵守。Compliance with rules，Compliance with regulations，是指对各种规则或规制的遵守和顺从。请注意，如果将其中的rules和regulations置换为laws和legal regulations，则变成了对法律和法律调控的遵守和顺从。大家知道，法律是一个行为规则体系，我们在阐述法律的作用时经常讲的道理就是“无规矩不成方圆”。遵守法律就是遵守规则，如果各种规则与法律规则一致，那么，遵守规则也就意味着遵守法律。在一个法治社会，服从法律与服从规则、服从法律的指引同服从各种规则的管理是高度一致的。因此，合法和合规、守法和合规是高度一致的，它们之间可以相互置换。

这样说来，很多人尤其是研究合规和从事合规工作的专家会觉得不满意甚至完全不同意，这是为什么？

因为从显著的方面讲，合规之规的范围远不限于国家层面的法律法规，对于包括公司企业在内的各种社会组织体及其成员来说，还包括各种监管规定、行业准则、企业章程和规章制度以及国际条约、域外规则等。如果说合规的直接诉求是免责，避免因不合规行为遭受不利的后果，那么，合规所指涉的规则种类和数量肯定远比法律法规要广泛得多。合规与合法两个概念之间的关系是一种包容和被包容的关系，不能以偏概全，用合法取代合规。因此，合规概念的含义是具有新颖性的，围绕合规概念的独特含义所展开的制度构设和实践也是与合法性意义上的操作大不相同的。

但是，对于法律人来说，基于合规之规的广泛性所展示的合规概念的新颖独到性，并不能充分成立。因为合法与合法律不是一回事，合法是广义的合乎法律。这种广义之广，在匹配社会生活需要的意义上，甚至可以达到“法海无边”“天网恢恢，疏而不漏”的程度。法律不仅是国家制定的法律法规，而且还包括为法律法规所认可、赋权的其他各种社会生活规范，这些类别的规范从不同的方面调整着人与人之间、人与自然之间的关系。这就是我们此前经常所说的法律延伸的观念。例如，一个公司的章程不是法律，但是因为它符合法律，为法律所认可，所以它是有法律效力的，是合法律的、合法的。遵守公司章程的行为是合规的，也是合法律的、合法的。在现实社会生活中，行为合法所要求的守法，不仅是遵守法律法规，而且还要求在国家法律法规所划定的社会自治空间中、由社会生活主体自主生成各种社会生活规范，并予以遵守。如此，在法律法规的延长线上，我们就发现了合法律、合法与合规的契合甚至重合。

不仅如此，对于在国家法律法规的延长线上发现的合规概念的认识，还必须在回溯回顾的意义上、时刻牢记自己的真身是“合法”概念，是合法性概念的现时呈现。因为合法性概念是有骨架支撑和整合的一个系统有机的概念，这个起支撑作用的架构，就是法律效力的位阶或位序理论以及司法裁判中的规范审查和梳理。由于这种骨架支撑解决了诸多法律渊源在上下左右前后之间的关系，使得多种多样的法律规范渊源，在指导人们的行为中多而不乱、有条不紊。在时下对合规的表达和实践中，我们看到了对规的形态的多样列举排列，但遗憾的是，对不同形态的规的关系则缺少有序的安排，而无序的关系必然导致冲突。不面对和解决这种冲突，合规要求就成为一种空洞的、以简单免责为指向的机会主义概念。比如，一个上市公司可能对交易所的规则指令视如生命，而对国家的法律法规则全然无视，“县官不如现管”，即使前者与法律法规不相符合，也一样如此。我们看到很多合规研究者把美国对中兴、华为的处罚，作为阐发凸显合规经营、避免合规风险的典型例子，但同时我们也戏剧性地看到，在诸多场合，美国将国内法的效力延伸到域外其他主权国家的“长臂管辖”，被痛斥为法律霸权、强盗逻辑。

那么，相对于我们一直熟悉的合法概念，时下兴起的合规表达和实践的新颖性和独特意义是什么呢？笔者的看法是，从合法到合规，我们看到了法律在现实生活中的延伸，看到了法律在现实生活中的展开：生根、发芽、开花、结果，看到国家和社会法治化治理的具体落实和实现。由此也就彻底扭转了我们对法律、合法性、法治化治理等概念的片面狭窄的认知，使法治化治理由一种理论和制度构设转化为生动的社会生活事实成为可能。

这就是合规概念的新颖独到性所在，是我们致力于合规表达和实践的全部意义所在。

坚持以审判为中心推进庭审实质化改革

前沿关注

□ 卢志军

推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，是党的十八届四中全会部署的一项重大改革任务，也是司法体制改革的一项重要内容，在我国刑事诉讼制度发展史上具有重要意义。进一步提升刑事审判工作质效，全面贯彻证据裁判原则，严把案件事实关、证据关，推进庭审实质化，应从以下几个方面注重制度探索，及时总结改革经验，着力推进庭审制度改革。

一是树立以审判为中心的理念。以审判为中心的刑事诉讼制度改革是党中央作出的重大改革部署，事关国家法治建设，事关社会公平正义，事关人民安居乐业。推进改革的目的是促使办案人员树立办案必须经得起法律检验的理念，把法律面前人人平等、尊重和保障人权、罪刑法定、罪责刑相适应、控辩平等、程序正义等理念和原则不折不扣地落实到每一个案件中，保证庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中发挥决定性作用。

二是落实庭前会议制度。庭前会议是为庭审顺利进行而设置的庭前准备程序，目的是保证庭审集中、持续、高效进行。要通过庭前会议解决管辖、回避等程序性问题，梳理出争议焦点，让控辩双方在庭审前全面有效获取有关案件的信息，梳理出双方有分歧的证据，庭审中对没有异议的证据进行简化质证，把主要精力放在有分歧的证据上，这样就能提高法庭调查和辩论的针对性，做到突出重点、真正解决争议，同时又提高了效率。对于重大疑难复杂案件，如果在庭前会议中能把大部分争议解决了，庭审就会很顺利，从而节省更多的时间。但庭前会议是庭审准备程序，既不能弱化庭审，又不能取代庭审，合议庭在开庭前细致审查卷宗材料，充分做好庭前准备，能够有效推进依法裁判实质化，确保法庭集中持续审理，提高庭审质量和效率。

三是推进庭审实质化改革。以审判为中心的刑事诉讼制度改革前，在刑事司法实践中，公检法三机关过多强调配合，监督制约不够，曾经出现过侦查决定起诉、起诉决定审判的“侦查中心主义”的现象。改革后，法官主持庭审要恪守中立原则，通过主持庭审充分听取控辩双方意见，查明证据、事实，正确适用法律。对于辩方提出的一些问题，控方含糊其词，不正面回答的，法官要当庭告知检察官，检察机关依法要承担举证责任，如果不能提供确切证据证实指控事实的，或是对于案件存在的疑问不能作出合理解释的，将作出有利于被告人的裁判。法庭调查程序是刑事诉讼活动关键环节，证据裁判、居中裁判、集中审理、诉权保障和程序公正是法庭调查的基本原则，规范开庭讯问、发问程序，严格落实证人、鉴定人、侦查人员出庭作证的相关规定，切实提高出庭作证率，推进司法证明实质化。同时，要完善各类证据的举证、质证、认证规则，确保诉讼证据出示在法庭、案件事实查明在法庭、诉辩意见发表在法庭、裁判结果形成在法庭，充分发挥审判对侦查、起诉环节的制约和引导作用，防止事实不清、证据不足的案件进入审判程序，提高刑事诉讼整体水平。

四是依法排除非法证据。目前，启动非法证据排除的案件不多，最终真正将非法证据排除的案件也是少数，一定程度上影响了法律实施效果。法官要发挥主观能动性，善于通过阅卷审查发现问题，对被告人、辩护人提出排除非法证据又提出相关线索或材料并且符合法律规定的，就应当通过法定程序加以解决，敢于启动排除非法证据程序。如果启动排除非法证据程序，就要严格依照法律规定进行，坚持当庭调查原则。要积极引导控辩双方围绕取证合法性充分辩论，督促公诉机关举证证明取证合法性。要审查公诉机关在侦查终结前是否对讯问合法性进行了核查。对于主要靠言词证据定案的案件，如果确认或者不能排除是以非法方法收集，要坚决予以排除，这是必须遵守的原则。对于物证、书证的排除和言词证据的排除在标准上是不一样的，物证、书证反映的是一定的客观情况，其稳定性要比言词证据强得多，在举证当中，对于物证、书证不符合法律规范要求的可以补充、补强，补充后仍达不到证据合法性标准的物证、书证也要排除。对于瑕疵证据，只是证据形式要件不完备，并不属于非法证据，不能直接予以排除，可以视为证据能力待定的证据，是否具有证据能力，取决于瑕疵能否得到补正或者合理解释。

五是强化刑事案件的繁简分流作用。在我国司法实践中，绝大多数刑事案件都是相对较为轻微的，应强化刑事诉讼制度的案件繁简分流作用，以便及时调控进入正式庭审的案件数量，将有限的司法资源配置到疑难复杂的刑事案件上。如果所有刑事案件都必须经过严格的法庭审判活动，不仅会给公检法人员造成不必要的额外负担，同时也无助于轻微刑事案件的快速处理。推进案件繁简分流，优化司法资源配置，完善刑事案件速裁程序和认罪认罚从宽制度，对案件事实清楚、证据充分的轻微刑事案件，或者犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚的，可以适用速裁程序、简易程序或者普通程序简化审理，确保刑事案件的繁简分流、繁其繁、简其简。只有“推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革”与“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”同步推进，才能真正实现优化司法职权配置、不断提高司法公信力的改革目标。

缺席审判送达程序的困境与出路

以出逃贪腐案件为对象展开的分析

热点聚焦

□ 杨宁珂

《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称《2018年刑诉法》）在第五编特别程序中增加缺席审判程序，正式确立了我国刑事缺席审判制度。确立刑事缺席审判制度是顺应国家反腐大局的需要，是追逃追赃的关键环节。但由于多种原因，该制度还未发挥出应有的作用。送达是缺席审判程序启动的首要步骤，也是许多国家审查原审国缺席审判程序是否正当的重要因素，直接影响案件审判能否正常进行。我国缺席审判制度关于送达的规定还比较原则，本文拟结合国内外现有法律规定与工作实践，探讨提出适合我国缺席审判实际的送达建议，更好发挥缺席审判制度在境外追逃追赃中的作用。

一、现状考察：缺席审判送达程序规范梳理

对于缺席审判送达，目前仅有两条法律规定，分别为《2018年刑诉法》第二百九十二条和《刑事诉讼法司法解释》（以下简称《2021年刑诉法解释》）第六百条。《2021年刑诉法解释》在《2018年刑诉法》基础上将送达程序增加了三项内容：一是明确了送达的时间是人民法院立案后；二是明确了传票应当记载的内容；三是扩充被告人近亲属作为送达对象，有利于提升送达效率，实现“实质送达”。值得注意的是，根据《2021年刑诉法解释》第五百九十八条规定，对于下落不明的被告人，未纳入缺席审判案件的范围。因此，本文只讨论对有明确住址的被告人缺席审判送达问题。

二、困境透视：我国缺席审判送达程序存在的问题

（一）送达主体单一

根据《2021年刑诉法解释》规定，目前的文书送达主体只有人民法院。但缺席审判案件文书送达涉及域外送达，往往需要通过国际司法协助，一次文书送达周期通常在6个月以上。如果将送达主体仅限于人民法院，会影响送达效率及审理效率。

（二）送达期限不明确

《2018年刑诉法》既没有规定缺席审判的审限，也没有规定文书送达的完成期限。法院在立案后多长时间内必须进行文书送达，被告人至少在开庭前多长时间内收到传票，这些尚没有明确规定。

（三）送达对象不全面

将起诉书副本送达被告人近亲属，是我国缺席审判制度的一个特殊规定，能更好保障被告人行使诉讼权利，并且有利于敦促被告人投案。但是，相关司法解释已经明确了强制辩护制度，在缺席审判案件中，法院在开庭前也应当将起诉书副本送达辩护人，让辩护人有充分的时间准备开庭。

（四）送达内容不全面

《2021年刑诉法解释》第六百条规定，“传票应当载明被告人到案期限以及不按要求到案的法律后果等事项”，该条文对传票内容进行了规范，但是对于被告人享有的辩护权、知情权等权利没有进行规定。

（五）送达方式不具体、适用性受限

《2018年刑诉法》第二百九十二条规定了送达的三种方式，即通过刑事司法协助送达、通过外交或领事机构送达和被告人所在地法律允许的方式。《中华人民共和国国际刑事司法协助法》第二十一条、《2021年刑诉法解释》第四百一十三条对一般送达进行了规定，对缺席审判制度没有设置相应的特殊送达规则。从实践看，这几种方式均有缺陷，如通过外交或领事机构送达，只能是本国国籍，且不得采用任何强制措施。而文书司法协助送达具有中立性和服务性，一般不适用于对犯罪嫌疑人、被告人的送达，一国传唤另一国的犯罪嫌疑人出庭受审，应当通过引渡合作，借助文书送达有规避引渡之嫌。

（六）我国送达制度规定与相关条约内容存在冲突

我国与外国缔结的多数刑事司法协助条约（协定）规定了“我国对于国外请求协助送达的传票、起诉书等文书，我国不负有送达的义务”。基于平等互利原则，我国在请求对方送达文书时，也会面临请求被拒绝的尴尬局面。与国际条约内容的冲突，是造成境外文书送达难的主要原因，许多缺席审判案件因为送达不能被长期搁置。

三、路在何方：我国缺席审判送达程序的完善路径

应该秉持一体化、系统化思维，以从制度上保障被告人对刑事诉讼的知情权为着力点，进一步细化完善送达程序相关法律规定，构建有效的送达体制机制。

（一）扩大送达主体范围

可以将检察机关纳入送达义务主体。根据《2021年刑诉法解释》，检察机关在提起缺席审判公诉时，要明确被告人的境外居住地和联系方式，所以检察机关在前期确定被告人所在地方面已经做了大量工作，有送达的优势。

（二）明确送达期限

一是明确庭审前通知被告人的期限。建议规定人民法院在立案后至开庭前30天，确保被告人能收到诉讼文书，给被告人留出充分的时间选择是否出庭和准备辩护。二是如果将检察机关纳入送达义务主体，建议规定检察机关在明确被告人地址后，立即开展送达工作，以最大程度保障被告人诉讼权利。

（三）规范送达方式和内容

在确定送达方式方面，要保证被告人实质知晓刑事诉讼情况。因此，送达要满足以下条件：一是司法机关已经穷尽各种送达方式；二是被告人已实际知晓相关诉讼的存在以及不出庭的后果。据此，司法机关要根据实际情况，比较各种送达方式利弊，择优选择。

（四）将辩护人纳入送达对象

送达的根本目的是保障被告人的辩护权利。目前，在缺席审判的规定中，没有规定向辩护人送达起诉书副本，不利于保障被告人的辩护权。笔者建议，在辩护人确立后，要及时向辩护人送达有关法律文书，以此来保障被告人的诉讼权利。

（五）加强国际合作，为送达提供支持

文书送达可能需要外国协助，在制度设计上需考虑到国际影响和外国通行做法，根据国内国际大局和个案实际情况灵活掌握，稳妥实施。追逃追赃工作因为涉及国际合作，必须将追逃追赃工作提升至构建国家间政治与外交关系的战略高度，表达我方主张。要做好重点国家工作，推动有关国家拒绝为腐败分子提供“避风港”。进一步加快引渡条约、刑事司法协助条约、资产分享协定等的谈判、缔约进程，建立与有关国家的反腐败执法合作机制。

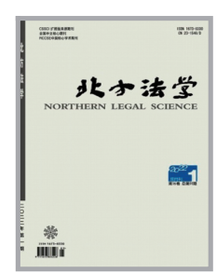
观点新解

杨杰辉谈共同犯罪案件的分案审理——应该设立科学合理的决定程序

浙江工业大学法学院杨杰辉在《现代法学》2022年第1期上发表题为《共同犯罪案件的分案审理研究》的文章中指出：

共同犯罪案件的特征以及实现刑事诉讼价值的目标决定了共同犯罪案件原则上应该并案审理。分案审理只有在两种情形下才可以采用：一种是被告人人数众多、案情复杂，并案审理无法保障庭审质量和效率的；另一种是为保护被告人的利益而有必要分案审理的。分案审理，应该设立科学合理的决定程序：赋予法院分案审理的审查决定权，赋予被告人对分案审理决定的参与权、救济权，明确分案审理违法的程序性后果等。分案审理后，应该保障被告人的对质权，尤其应该赋予被告人对共犯的完整对质权。

唐林垚谈刷脸支付——是拓展性强的互联网支付新模式



中国社会科学院法学研究所唐林垚在《北方法学》2022年第1期上发表题为《刷脸支付的法律挑战及规制路径》的文章中指出：

刷脸支付是便捷性高的人脸识别新业态以及拓展性强的互联网支付新模式，带来了各种新问题和新挑战。围绕人脸识别的行业规章、司法解释、信息保护规则等新规则相继涌现，但软法、硬法交织的立法格局，尚未形成可以波澜不惊地化解刷脸支付风险的动态规范。为充分保障人格权益、促进科技向善，以强化行业自律为导向，规制刷脸支付的新方法、新手段，可以从三个方面展开：其一，以帕累托标准重构侵权行为惩戒和数字转型升级之间的关系；其二，引入贯穿刷脸支付全流程的外部审查体系；其三，围绕刷脸支付业务样态建立以变应变的多元治理机制。

李大勇谈我国临时机构的行政组织法——其构建必须立足于行政管理实践

西北政法大学行政法学院李大勇在《当代法学》2021年第6期上发表题为《我国临时机构的组织法调控及其改革》的文章中指出：

临时机构作为一种协调机制的组织形式，强调分权基础之上的整合协作和行政任务的整体推进。临时机构作为行政组织形式，不属于法律保留事项，其通过授权或委托取得相对独立的管理职能，但通常不能承担法律责任。临时机构扩展了行政组织的基本形态和类型化，为行政组织法理论的拓展与深化提供了一个新的视角。临时机构的行政组织法构建必须立足于我国行政管理实践，以行政任务为圭臬，以行政协作为价值准则。

胡立平谈醉驾入刑——是基于保护法益之现实需要

中国政法大学胡立平在《法律科学》2021年第6期上发表题为《“醉驾”的入罪与出罪》的文章中指出：

“醉驾”入刑以来，行为人构成该罪是否应一律追究刑事责任，在实践中一直存在争议。刑法在治理“醉驾”问题的过程中既不能一味从严，也不能无原则地从宽。厘清“醉驾”的认识误区，有必要对“醉驾”行为入罪的正当性和出罪的合理性进行论证。“醉驾”入刑是基于保护法益之现实需要，而司法过程中对“醉驾”出罪则是为了合理控制犯罪圈的需要，两者并不冲突，可以相得益彰。

（赵珊珊 整理）