



观点新解

刘艺谈行政公益诉讼中被告的认定——以“法定监督管理职责”为基准点



中国政法大学刘艺在《清华法学》2023年第1期上发表题为《行政公益诉讼被告适格的实践分歧与规则建构》的文章中指出：在普通行政诉讼中，确认行政公益诉讼原告资格的难度高于确认被告资格；在行政公益诉讼中，确认被告则比确认公益诉讼起诉人复杂。事实上，行政公益诉讼被告适格要件的理论争议和实践分歧严重。行政公益诉讼被告资格不能简单套用普通行政诉讼的被告资格理论，而须结合监管职责、受案范围、行为类型等要素进行综合考量。

在普通行政诉讼中，被告的认定主要以具备可诉性的行政行为作为基准点；而在行政公益诉讼中，被告的认定是以“法定监督管理职责”为基准点。这一方面是因为“监管职责”是确认行政公益诉讼被告资格需要考量的诸多要素叠加起来的最大公约数，另一方面作为建基于检察机关法律监督职权之上的诉讼形式，行政公益诉讼根据国家利益和公共利益的保护职责所属机关来认定被告资格也是理所当然的。然而，监管的复杂性决定了单凭静态法律规范无法精准推定监管职责。在当前制度环境下，应该对监管模式、公益保护效能、法律规范三个维度进行综合考量，以结构、实质、形式层面的分析与综合为基础，紧密结合案件所涉公益和事实特征，理性稳妥地确定行政公益诉讼的适格被告。

行政公益诉讼的办案领域存在综合统一监管、过程监管、系统监管三类监管模式。在综合统一监管模式中，行政监管主体较多。厘清监管职责需要在监管框架中分清监管主、次职责和履职顺序、步骤等要素，然后考量哪个(些)行政机关能终止公益损害或者能对公益损害产生补救性效果，由此建构行政公益诉讼被告适格条件。在过程性监管模式中，原则上检察机关不应越行政组织的边界，介入科层结构内部确定行政公益诉讼的被告。但是，如果行政公益诉讼案件线索来源于刑事检察等领域且行政行为已生效，且该行为直接或者实质性造成公益损害则可以例外。在系统监管模式中，应将监督的重点放在源头治理和重点监管环节。因为，监管系统内每一个行动都与其他行动相互作用、环环相扣，某一个前置环节出现问题或者各类安全标准未被遵循，必然会引发后续环节的多米诺骨牌效应，整个监管体系也会失效。无论在何种模式下，都应尽快在规范层面建构不同监管模式多重监管职责下的行政公益诉讼被告适格的规则。

余冬生谈合同履行规则的功能——在于实现债务人财产的最大化



安徽大学法学院余冬生在《北方法学》2023年第1期上发表题为《论破产法中待履行合同的解除权》的文章中指出：

对债务人申请破产之前，债务人或相对人已经履行了约定义务的合同，破产法毋庸制定特别规范。如果未履行完毕的是相对人，管理人可向其主要债权人，要求继续履行或给予赔偿；如果未履行完毕的是债务人，相对人可以相应的损害赔偿申报债权，与其他普通债权人一样按比例分配破产财产。但是，对于尚未履行完毕的双务合同的处理不仅决定了合同相对人在破产程序中的受偿顺位及时间，而且在破产法倡导公平清偿、反对偏颇清偿的价值取向，对于此类合同的不当处分将直接影响到其他债权人的公平受偿机会，同时还牵涉到债务人财产的保值和增值，影响不可谓不大，因此破产法需要制定特殊的规则予以规范。我国企业破产法第十八条即是对于此类合同的专门规定，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行。上述规定被称为“待履行合同规则”，是企业破产法规定的一种特殊的法定解除权，管理人解除权并不与破产企业是守约方还是违约方相关。待履行合同本身蕴含着一定的经济价值，是资产与负债的结合，债务人对合同相对人的允诺是一种债务，而合同相对人对债务人的允诺则是债务人享有的一种债权。从这个角度而言，待履行合同规则的功能在于实现债务人财产的最大化，在全体债权人利益和合同相对人利益之间，立法价值选择倾向于前者，而债务人财产的最大化明显有利于全体债权人更大程度受到清偿。

待履行合同解除权的行使标准应当遵循债务人财产保值增值原则、利益平衡检验和不可分割原则。合同解除并不导致已履行部分归于消灭，而是产生相互返还的债权请求权，这一新的解释论构成不仅有其实证法基础，也能有效解决将恢复原状请求权作为取回权或共益债权优先受偿而有损债权人平等原则之不合理现象。合同种类的纷繁复杂决定了合同异质性的客观存在，这也意味着并非所有类型的待履行合同均可无差别地解除。管理人解除权的行使应当更加关注合同的“个性”，探寻某些特殊类型合同规则的设计本意，以在破产程序中更好地平衡相关者的利益。从比较法考察中可以发现，破产法发达国家和地区都设定有限制管理人解除权的规则，这对我国具有重要的借鉴和启示意义。未来修法时，在条文设计上，应采取一般条款与特别列举并用模式；在规范内容上，将所有权保留合同、劳动合同、居住型商品房买卖合同纳入解除限制的范围，以保护相对人的权益。

(赵珊珊 整理)



法学洞见

□ 郝铁川 (河南大学法学院名誉院长)

近日发布的《中国司法文明指数报告2020-2021》显示，超过六成(61.3%)的公众表示支持在公众场所举行公捕、公判大会，比2019年的55.5%提高5.8%；其中还有19.1%的公众表示坚决支持，比2019年的15.8%提高3.3%。在法治建设和司法文明宣传这么多年后，这个数据反而上升了。怎



书林臧否

□ 陈兴良 (北京大学法学院教授)

《刑事诉讼原理》(修订版)作者一直想写一本刑事诉讼法方面的书。对此，我是十分支持的。虽然他以刑法研究为主业，但对刑事诉讼法也颇为关注，并有一定的知识积累。其实，在其他国家和地区，同时从事刑法和刑事诉讼法研究的学者，为数不少。例如，德国罗克辛教授不仅是刑法大家，在刑事诉讼法领域亦造诣颇深。当然，因为时间与精力所限，大多数学者在刑法与刑事诉讼法这两个领域，只能选择其一而为其志业。

我在《刑事法论》一书中，除了刑法内容以外，也涉及刑事司法体制、警察权、检察官、审判权和辩护权等内容。因此，我对刑事诉讼问题亦有一定的兴趣，但谈不上对刑事诉讼法的专门研究。

本书作者是一位观察型和思考型学者，对社会现实问题具有敏锐的捕捉能力。本书前言“如果没有刑法法——从《创世记》到《五帝本纪》”反映了作者对刑事诉讼法的理解，从该观点可以窥见他对刑事诉讼法与刑事诉讼法的基本观念。作者指出：刑事诉讼旨在发现真相并将罪犯



史海钩沉

□ 马建红

秦汉时期位列九卿的廷尉，是朝廷中专门主管司法审判的最高长官。“廷尉”一词，既是中央最高司法机关的名称，也是该机关长官的名称，相当于当下的最高人民法院及其院长。廷尉的职责不可谓不大。其一，他要负责审理地方上报的疑难案件，“凡郡国献疑罪，皆处当以报”。也就是说，地方官解决不了的疑难案件，都要上报廷尉。廷尉还不能解决时，再上报皇帝，以“决疑当讫，平天下狱”。所以，一个时代司法公平与否，刑政执行的好坏，廷尉起着重要的作用。其二，廷尉要负责审理皇帝交办的案件，即所谓的“诏狱”。由于在此类案件中，

加大普及人权理念、知识的力度

样看待这一问题?笔者认为，这反映了人权意识仍然是国人法律意识中的薄弱环节，法律观念的现代化比法律制度的现代化更为艰难。

第一，人权意识是中国古代法律文化中的薄弱环节。影响至今，仍有一些人以为只要是涉嫌犯罪和已决罪犯，就没有什么权利了。1979年10月30日，吾师李步云先生在《人民日报》发表了《论我国罪犯的法律地位》一文，提出罪犯在被定罪和判刑后，仍有一些法定的人身权利不能任意侵害、财产权利不能非法任意剥夺、人格权不能肆意侮辱；不能对其诬告陷害，不能对其刑讯逼供；妻子(或丈夫)要求离婚，应征询罪犯的意见；罪犯仍有一些民事权利需要保障等。文章发表后，赞成者有之，反对者亦有之。前者认为，提出罪犯的权利保障问题，显示了我国法治建设和法学研究的一个新的春天已经到来。后者认为，罪犯不是公民，没有什么权利了，质问“罪犯还有没有权利，作者的立场站到哪里去了?”

为什么一些认为罪犯一经定罪量刑之后，就没有权利了?这是因为对中国传统文化影响较大的孟子学派把人简单地分为君子和小人

(庶民)两类，又将小人(庶民)等同于禽兽，“人之所以异于禽兽者几希，庶民去之，君子存之”(《孟子·离娄下》)。因此，这种观点运用到刑事犯罪领域，就把罪犯视同禽兽，否定罪犯仍有未被法律剥夺的一些权利的存在。

对于这种错误的法律意识，中国共产党人在民主革命时期的根据地就注意纠正。1935年10月，中央红军到达陕北后，中央司法部1937年2月发布的第一号训令规定：“不准虐待犯人，犯人是人，不管他犯了弥天大罪，他总还是个人，应该以人相待，只有把犯人当作人，犯人才会自视也是个人，可以接受对他裁判的教育。”因此，决定：(1)肉刑绝对禁用。有些裁判员说不用刑得不到口供，这是封建社会的野蛮办法，真正民主国家，肉刑都已废止，法庭重证据，不重口供。(2)不得拿犯人的东西，犯人携带的衣物钱财，他所有权，没有判决没收，任何人不得享用。(3)改善囚犯待遇，除限制自由行动外，对犯人的饮食衣服都要适于卫生，逮捕人必须在24小时内提讯，不得久羁不讯。(4)不得随便罚人做苦工。苦工是刑罚，须经法庭

判决，才能执行。党中央这种重视人权的姿态，决定了后来抗日根据地一系列关于人权保障条例的制定。

但正如列宁指出的那样，千百年来人们所形成的习惯势力是最可怕的力量。人类社会现代化的历史告诉我们，物质的现代化最容易，制度的现代化次之，现代化事业中最艰巨的任务，就是观念的现代化。清除落后的封建法律意识绝非一朝一夕之事。

第二，我们要加大普及人权理念和知识的力度。党的十五大报告提出了尊重和保障人权的任务，2004年3月第十届全国人大第二次会议通过宪法修正案第二十四条规定，宪法第二章第三十三条增加一款，作为第三款：“国家尊重和保障人权。”党的十八大以来，党和国家在人权司法保障方面提出了很多新理念、新举措，公民的人权意识有了显著的提高。但事物的发展不是直线式的凯歌行进，而是螺旋式的曲折发展，观念的现代化从来就是踟蹰前行。我们今后在普法中，不仅要讲尊重保障人权的法律条文，更要讲清楚背后的人权理念知识。

探寻刑事诉讼的原理性

《刑事诉讼原理》(修订版)序言

绳之以法，刑事诉讼法则旨在减少错案并维护个人尊严。简言之，如果刑事诉讼是奔马，刑事司法则是道路。没有道路，马照样可以狂奔；有了道路，马奔跑起来更加安全。奔马和道路的比喻意在说明，法治文明国家，必然珍重刑事诉讼法。也因此，刑事诉讼法反映着大众安全利益与个人自由利益之间的重大冲突。

在此，作者论述了刑事诉讼和刑事诉讼法之间的关系：刑事诉讼是一种发现真相的活动，而刑事诉讼法则是规范刑事诉讼活动进行规范的法律。这两者显然是不同的，对刑事诉讼法进行研究，是一种法教义学的研究。这里涉及刑事诉讼法的教义学研究，它以刑事诉讼的法律规范为对象，采取规范分析和语义阐释的方法，揭示刑事诉讼法律规范的内容，从而为刑事诉讼法的适用提供理论指引。

作者将本书的研究限制在刑事诉讼而不是刑事司法法，这是别有深意的，因为刑事司法法是刑事司法法规范的对象，避开刑事司法法的规范内容而直接面对刑事诉讼的基本规律，对于作者来说，正好可以扬长避短。

作者曾经有志于撰写一部《刑事自然法论》，也就是超越刑法规范的刑法原理，然而至今“壮志未酬”，而这部《刑事诉讼原理》，则可以算是刑事司法的自然法，即刑事司法的应然之法。正如作者在自序中所言：“这是一本关于刑事诉讼的书。我在本书中努力描绘的是自己心目中理想的刑事诉讼，这意味着本书不仅不以现行法条为依归，而且立法的某些体系结构将是本书批评的对象。”

换言之，这是对刑事诉讼法的立法论思考，而不是司法论研究。这也正是本书不同于其他刑事诉讼法著作的鲜明特征。作者虽然长期从

事学术研究，但也是兼职律师，办理过不少刑事辩护案件，对于我国刑事诉讼的实际运作具有切身感受。正是在与司法实务的密切接触中，培养了作者对于程序问题和证据问题的敏感性。

在自序中，作者提及十多年前亲历的纽扣案，可谓指控事实与定罪证据严重脱节的典型案例，可以作为反思素材。这里所说的纽扣案的基本案情是：“几个妇女，因为自己一方有人在前日的冲突中意外死亡，跑到对方的住宅兼纽扣厂哭闹，她们不仅打碎了一些门窗玻璃，还将装在袋中，摆在庭院周围的大量不同型号的纽扣倒在地上，掺杂在一起。这些纽扣有成品，也有半成品，有合格品，也有不合格品。”

本案涉及的首先当然是刑法问题，即被告人将各种制扣纽扣“掺杂在一起”的行为，是否属于刑法意义上的“毁坏”行为，进而是否构成“故意毁坏财物罪”?因为这篇论文而使纽扣案得以闻名，成为讨论故意毁坏财物罪中“毁坏行为”含义的绝佳案例，我亦多次引用。在纽扣案中，不仅涉及对毁坏行为的定性问题，还涉及作者所说的指控事实与定罪证据严重脱节的问题。

对于这个问题，我也多次见到。在一起合同纠纷案中，法官认定的犯罪事实与证据呈现的案情事实居然完全相悖，由此得出的判决结果当然是缺乏事实根据的。对于这样的案件，甚至不用翻阅案卷，只要将判决书引用的证言与认定的事实相对照，就可以发现问题。更有甚者，我还在一份行贿罪的判决书中发现法官为了认定被告人谋取不正当利益，而对已经查明的客观事实进行裁剪，这实际上已经是篡改或者歪曲事实，建立在这一基础之上的判决结果当然也是不能成立的。

我国司法实践中出现如此严重的事实认定

错误问题，当然是与刑事诉讼程序相关的，这就是没有严格遵守刑事诉讼中的直接言词原则。中国民间解决纠纷时，为获得真相往往采取“三头六面”的对质方法，而这一任务在现代法庭只有通过证人出庭作证才能实现。因此，证人出庭作证，通过控辩双方的交叉询问，尽可能地还原案件真实，这是法庭审理的基本要素。

然而，目前在我国刑事审判中，证人基本上不出庭，辩护人也没有途径对证人进行询问质证。法官不是根据法庭审理情况下判，而是根据案卷材料判。因此，我国目前的法庭审理，即使开庭也不具有实质意义，基本上都是书面审理。在这种情况下，案件真相如何查清?这可能是我国目前刑事诉讼中存在的最大问题。

即便如此，我仍然认为证人在场对于刑事审判具有独立存在的价值。证人即使不出庭作证，其证言仍然可以作为定案根据。而我国目前的刑事诉讼显然没有实现直接言词原则，正如作者所言，我国刑事诉讼法事实上认可证人以书面证言为原则、出庭作证为例外。这使得我国刑事诉讼的庭审流于形式化，其后果是通过刑事诉讼获得真相的能力大为降低。当然，并不是所有证人一定都要出庭，至少重大案件或者重要证人，以及凡是辩方申请出庭的证人应当到场作证。证人作证制度是刑事诉讼原理的重要内容。在本书中，对证人没有单列一章进行论述，这是存在缺憾的。

不可复制的法律人品格

皇帝交办时即有较强的定罪或重惩的倾向，有时甚至皇帝本人就是案件的一方当事人，如果这类案子搞砸了，廷尉以法奏之，非吾所以共承宗庙意也。”意思是说，我认为这个盗贼无法无天，竟敢偷盗先帝宗庙的器物，我交付廷尉治罪，本来是想要处以灭族之刑，而你却按照法律的规定来奏上，这与朕恭敬承祭宗庙的本意完全不合。张释之面对皇帝的指责，摘下帽子磕头谢罪，并说“法如是足也”。即按照法律这样来处断已经足够了。若认为盗取宗庙器物就要判处死刑，万一将来有愚民挖取长陵的一抔土，那陛下又该如何在法律之上加添其罪呢?文帝对于张释之的“据法力争”，思忖良久，最终不得不认可了廷尉的判决。

“盗宗庙器物”的事实清楚，且法律都分别规定了明确的惩罚措施，不属于通常意义上的疑难案件。其特殊之处，只在于其侵犯的对象与皇帝有关，而且皇帝在交办时都已有法外用刑的预期，可以设想，如果这样的案子落到张汤、杜周的手里，根本无需皇帝明确的“意思表示”，他们就会作出基于上意的判决，当然那两个当事人也将是另外的结局。

其实，我们在盛赞张释之的同时，也该想一想他敢如此忤逆文帝旨意的原因。张释之的依法断案不畏强权，固然因其刚直不阿的品格使然，不过他所服务的汉文帝的宽仁，也是其敢于“怒”之的前提条件。张释之在被擢升为

廷尉之前，即有几次与文帝打交道的经历，最著名的就是对太子刘启与梁王“不下司马门”事件的处理——时任“公车令”的张释之“直上太子、梁王”，且“劾不下公门不敬，奏之”。而文帝不仅没有因此怪罪他，反而还作了一番自我批评，说自己“教儿子不谨”，并因赞赏张释之的做法而将其“拜为中大夫”，直至“拜释之为廷尉”。可以说，张释之之所以敢拂文帝旨意，在于此前宽厚仁慈的文帝一直以来的“纵容”，正是这种君臣之间的相知相得，才有了他在处理事关皇帝案件时对法律的坚守，才成就了他在历史上依法断案的典范地位。当他曾经得罪了天子即位，成了汉景帝时，张释之的锋芒也就随之收敛，且“惧大诛至”，完全不知如何是好。

事实上，古代社会的官僚，由于其俯仰升黜之命运掌握在皇帝手里，自然而然就会养成一种唯上的心理，而像张释之那样表现出来的以法律为准绳的法律人品格，不惟不具有复制性，甚至不具有连续性。毕竟，在文帝朝中，他可以如此；而到了景帝朝中，就没有了他的舞台。及至武帝时出现张汤、杜周这样的廷尉，似乎也就成了一种必然。这样想来，历史上的张释之是值得人们敬慕的，但他也是孤独的。此无他，制度使然也。

(文章节选自马建红《穿越古今的法律智慧》，北京大学出版社出版)