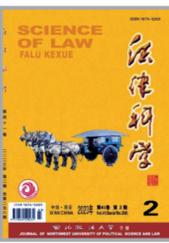




观点新解

李大勇谈行政复议与行政诉讼之间的制度竞争——应以促进法治政府建设为导向



西北政法大学李大勇在《法律科学》2023年第2期上发表题为《行政复议与行政诉讼的制度竞争》的文章中指出：

行政复议与行政诉讼是解决行政争议、监督权力、保障权利的两条基本路径。两者既有共性又有差异，在运行过程中优势互补、功能并存，呈现出制度竞争的格局。由于理论认识和制度设计等方面的不足，两种行政监督救济制度所形成的良性竞争并未显现，反而趋于相互抵触、消解。立足现行法律规定，结合新制度经济学的制度竞争理论，以健全行政争议多元化化解机制的国策目标为导向，对现有行政复议与行政诉讼的衔接模式提供一种制度经济学和规范法学的双重观察视角。行政复议与行政诉讼的竞争要素包括纠纷解决主体、制度更新能力、法律服务产品。

行政复议和行政诉讼制度竞争的根本目的是促进行政救济制度之间相互协调配合，公民权利得到更好更充分的保护，给公民提供更加多元化的权利救济途径，防止形成“救济垄断”和“信访不信法”的局面，缓解社会矛盾纠纷不断累积的压力。任何一种制度的兴衰都是外部制度竞争与内部制度替代的结果。制度竞争是推进制度优胜劣汰的重要机制，也是制度变革的理性选择。制度竞争的逻辑体现为共同性稀缺性的竞争目标、竞争应遵循共同规则，竞争并不排斥合作三个方面。

行政复议与行政诉讼之间的制度竞争涉及国家权力配置问题，也关乎不同政府层级和内部的各方利益表达。作为一种内部性救济制度，行政复议是行政机关的一种自我控制手段；政府作为复议机关更熟悉行政管理事务，再加上其上级机关的身份更容易对行政行为进行合法性、适当性的全面审查。行政复议功能主要或者优先是对行政机关行使职权进行法律上的监督和对具体行政行为违法或者不当的纠错，并在此基础上实现对公民、法人和其他组织合法权益的保护。专业性、无偿性、简易性是行政复议所具有的制度竞争优势。

行政复议与行政诉讼之间的制度竞争应以促进法治政府建设为导向，以实质性解决纠纷为指引。立法者在修改和完善行政复议法时，应当从整体上对行政监督救济制度体系进行审视，以营造一种良性互动、开放合作的新型制度体系，尽可能地避免形成恶性排斥、封闭对抗的制度内耗、资源浪费的制度竞争关系。只有加强各种纠纷解决方式之间的协调，科学界定各自纠纷解决的范围，合理化解制度间的衔接问题，才能实现多元化纠纷解决机制的最优化布局，使行政纠纷得到实质性解决。

李伟谈企业合规第三方监管的中国方案——应继续强化专业监管和有效监管



中央财经大学法学院李伟在《法学论坛》2023年第2期上发表题为《涉案企业合规第三方监管的中国方案》的文章中指出：

就如何防止企业再犯而言，执法机关往往会要求企业进行合规整改，实施有效的合规计划，革新企业文化，进而防止再犯。然而，究竟何种程度的变革才足以防止公司犯罪？检察官往往缺乏监管公司结构性改革的专业知识，但他们有权派驻一名专业人员，即合规监督员，监督公司结构性改革全过程。通过设置外部的第三方监管人监督涉案企业进行合规整改已成为不少国家的选择，也在很大程度上取得了非常显著的效果，但监管人同时面临任用随意、权力过大、暗箱操作、效果不明的质疑，亦有学者就如何规范乃至限制第三方监管人提出方案。考察域外相关实践发现，企业合规第三方监管人具有适用上为例外而非原则、地位上中立且专业、功能上为预防而非惩罚、对第三方监管人的监督日趋增强等特点。

第三方监管是保证企业合规整改效果的有益手段，根据监管主体的不同，试点阶段第三方监管机制出现过三种模式，分别为独立监管人模式、行政监管模式和“第三方监管人+监督管理委员会”模式。独立监管人模式由第三方机构或个人对涉案企业进行考察评估，作为检察机关作出相关决定的参考。行政监管模式是指检察机关启动合规整改程序后，委托行政机关作为合规考察主体。“第三方监管人+监督管理委员会”模式是检察机关牵头与刑事司法专门机关、负有企业监管职责的行政机关组成合规监督管理委员会，监督管理委员会组织第三方监管人对涉案企业进行合规监督考察。该机制具有普遍适用性、超然中立性、行业专业性、多重监督性和高度透明性等特征。

检察机关在推行涉案企业合规改革过程中高度重视第三方监管问题，通过试点探索、实践总结、建章立制、高层推动、地方继续探索，走出了一条从实践到规范再到实践的制度建设之路，形成了具有中国特色的企业合规第三方监管方案。但通过改革试点工作督促涉案企业“真整改”“真合规”，重要前提是第三方组织、人员要做到“真监督”“真评估”，谨防企业合规整改成为走过场的“纸面合规”，“可改可不改的”“软约束”。从合规监管的有效性出发，结合第三方监督的相关实践，未来还应在明确制度逻辑和厘清三方关系的基础上，继续强化专业监管和有效监管。

(赵珊珊 整理)



中国刑法评注的扛鼎之作

法学洞见

□ 刘仁文

近日收到北京大学出版社副总编蒋浩先生寄给我的一套精美的《中国刑法评注》(以下简称《评注》)。该书的三位主编冯军教授、梁根林教授和黎宏教授都是我多年的同道。对于他们从事的这项工作，我早有耳闻，如今见到飘着书香之三卷本《评注》，我和广大读者一样，内心欣喜。

当前法律评注正成为我国法学研究的重要知识载体之一，不仅各类法律评注书籍纷纷面世，不少刊物也设置法条评注专栏，甚至有大学专门成立法典评注研究中心。如果说法典是立法体系化的典范，那么被称为“法教义学巅峰”的法律评注则是学理的典范。在这个意义上，随着中国步入“法典化”时代，中国的法律评注也必将迎来一个新的高潮。

其实，我国一直有着悠久的法律评注文化，诸如“一准乎礼，以出入得古今之平”的《唐律疏议》这样的古代文献自不待言，即使是当代中国，法律评注文化也相当盛行。这里，首先需要讨论一下，法条注释与法律评注到底是一种什么关系？以《评注》为参照，结合之前阅读法条注释书的一些体验，是否可以尝试将两者的关系简单概括为：法条注释是比较初级和原始的法律评注，法律评注则是更为系统和深入的法条注释；法条注释以指导司法适用为目的，

注重对法条涵义的梳理，而法律评注则更关注条文的司法化，强调从实务中提炼规则，以司法实务充实规则的内涵；在处理立法与司法的关系上，如果说法条注释是“自上而下”，法律评注则更多的是“自下而上”；就对待学理的态度而言，法条注释不太关注学理，尤其是学理上的观点分歧，即使涉及理论阐释也往往直接以通说为依据，而法律评注尤其是大中型法律评注则往往将理论与实务融会贯通，善于从各种学理角度评析比较不同方案的优劣得失，从而为实务提供智力支持。

在此意义上，从法条注释转向法律评注不管一次法学知识形态的重大转型，必将为重塑我国立法、司法和学理之间的关系产生重大影响。《评注》一书作为我国首部大中型法律评注，开创性地将我国刑法立法、司法和学理中的各种素材融合在一起，丰富了我国刑法教义学的研究方法，拓展了我国刑法教义学的研究视野，对提升我国刑法学研究的层次、水平和境界作出了重要贡献。

初步翻阅全书，以下几点给我留下深刻印象：

其一，众志成城，鸿篇巨制。事实证明，从三位主编自2015年4月起心动念开始，到2023年3月全书正式出版，历时长达七年，可谓呕心沥血。其新增的修正案就有三个，出台的司法解释和出版的学术文献更是不计其数。为此，三位主编会聚一堂活跃在当今中国刑法学界一线的学生，其中既有陈兴良、张明楷这样的大家支持，也有众多思维活跃、眼界开阔的中青年学者。大

家不辞辛劳撰写初稿，又不厌其烦，反复修改，不断更新，终于完成三卷本，共600余万字的鸿篇巨制，一举填补了我国大中型法律评注书的空白。可以说，《评注》的出版，在相当程度上是中国刑法学者的一次集体亮相。而这种耗费极大学术精力的工作，在当下的学术评价标准下却很难得到功利回报，没有一点以学术为志业的献身精神是难以想象的。

其二，特色鲜明，兼收并蓄。本书借鉴德国刑法评注的体例，内容包括前注、条文、文献、细目录和正文五个部分。在统一体例的编排之下，本书带有强烈的评注色彩。由于《评注》是一部集体作品，要完全统一作者之间的观点难度极大，甚至几乎不可能，三位主编考虑到实际情况，不仅在基本立场上允许作者自由选择，而且在具体评注时也不拘泥于通说或者主编观点，充分尊重评注者自己的意见，这一决定使得四要件和三阶层的话语体系竟然可以同时存在于本书的不同条款评注中，看似突兀，实则也可以给我们一种学术宽容甚至四要件和三阶层或许并非想象中那么严重对立之联想。

其三，精于说理，持论公允。法律评注之难，难在说理。沈家本在《〈唐律疏议〉重校刻本》序中曾言：“非穷理无以察情伪之端，非清心无以祛意见之妄。”面对层出不穷的疑难案例，面对纷繁复杂的司法解释，面对众说纷纭的意见分歧，如何结合立法、司法与学理，充分说理并提出持平之论，相当考验评注者的水准。《评注》在出版者的统一规划和主编的严格要求下，不仅形式美观，收藏和阅读方便，为促

进立法、司法与学理的融合作出了相当的努力，以实务注释条文，用学理评析实务和立法，使本书成为一本真正立足中国、发出中国刑法学声音的评注。

《评注》的出版，是中国刑法学走向成熟的标志之一，为中国刑法学的进一步发展提供了新的路径与愿景。当然，作为首部大中型法律评注，不可能完美，从今后的完善角度看，也许以下两点建议可供主编和作者参考：一是在形式上，可以增加凡例、缩略语表、司法解索引、指导案例索引以及关键词索引等内容，从而使本书结构更严谨、学术更规范，同时也更便于读者查阅；二是在内容上，本书虽已在理论与实务的平衡方面作出了很大努力，但整体上实务方面似乎略显单薄，对司法解释尤其是指导性案例引用的频次和评论的针对性可进一步加强。

在前不久于苏州召开的本书新书发布会上，冯军教授曾引用苏州沧浪亭的对联“清风明月本无价，近水远山皆有情”，以表达作者们的学术情怀以及对社会各界人士的感激之情，他还特意提到我本人在和他私信往来中对本书的点赞。作为回应，我愿在此引用中南海迎薰亭的对联“相于明月清风际，只在高山流水间”，以表达对本书主编、作者和出版者的敬意，并借以寄托我对中国法学研究的一种理想情怀与境界的向往。

(作者为中国社会科学院法学研究所研究员、刑法研究室主任，中国刑法学研究会副会长)



民法典评注的中南派

《〈中华人民共和国民法典〉评注(精要版)》序言

书林臧否

□ 徐涤宇

法律以文本的形式呈现，而对文本的理解不可避免地具有主体性，充斥着阅读者的前见。但法律乃实践的理性，其文本必须落实为司法实践的确定性。于是，一方面是在司法实践内部，另一方面是在司法实践与法学研究之间，开展有效商谈或对话，就法律文本的理解和应用尽可能达成一致意见，或至少形成通说。商谈需要媒介，围绕法律文本展开的商谈拥有多种媒介，如教科书、体系书、期刊、判决书、评注。其中，评注无疑占据举足轻重的地位，甚至占据主导地位。

在我国，对民事单行法的“释义”或“解读”，大抵始于民法通则的颁行。此类书籍一般由法律院校教师或学者编著，并作为法科学生或政法干部培训学员的民法辅助教材。及至合同法、物权法、侵权责任法出台，各种释义的出版发行欣欣然而致“纸贵”。原本深藏功与名的立法机关和司法机关，此时也不遑多让，纷纷以宣传、贯彻或理解、适用的名义推出官方释义，在

民法典颁行后更是各领风骚。

近年来，经由官方释义的“通空”，加之教科书和体系书提质升级，民法学界要么在“释义股”上鸣金退场，要么就“评注股”悄然“建仓”。民法典乃一国民事立法智慧、司法经验和法学理论之集大成者，是一国法律体系桂冠上的璀璨明珠。犹如鸿儒孜孜注经之于四书：法典(四书)出，评注兴，进而法典(四书)彰。此所谓“兴”而“彰”，系就法典自身的权威性和适用的统一性而言，以通说识辨或形成为己任的评注极为重要。评注虽以学理形式呈现，本身并非法源，但其对法官、律师等实务工作者具有强指导意义，能有效减轻规范解释之负担，促进法律适用的统一。所以，裁判要旨不一的海量判例虽然给撰写评注带来挑战，但又是评注所要缓解的问题之一。当然，在法典评注显著影响法官裁判的德国，亦有学者呼吁应警惕“法典评注实证主义”现象。唯于当今之中国，法典评注尚且踟蹰起步，又何以伯虑愁眠？

也许正是基于这一使命感，从民法总则到民法典，中国民法学者藏器经年，不同版本之评注踊跃上市，各显峥嵘。皇皇巨著者如多卷本民法典评注，或以法条为单位行教科书或体系书之实，欠缺对司法实践的关注；或在写作时有

规范指引，但因作者对评注的理解不一而在同一作品里写作体例、风格大相径庭。甚而至于，有评注者并不服从民法典之权威，也顾及其实践导向，仍执念于个人在法典编纂之时的立法论意见，不时突破条文规范含义而直抒一己见解，对通说之识辨或形成无所助益。

学之言派，谓立场、见解或作风、习气相同的一些人。在此意义上，民法典评注虽有珠玉在前，但“中南派”之说，仅在强调本书作者因在学术身份上归属于同一单位，而较易保持相对统一的评注立场和风格。甚至，基于多轮的写作磨合和审稿切磋，作者之基本学术立场和见解也能最大限度趋于一致。那些持不同立场或不适应评注写作范式的初期参与者，也主动或被动地退出了写作队伍。

精简后的写作团队达成的共识是，法律评注是以法律适用为导向、兼具学理辨识的工具性法律体系书。由此，本评注的主要任务有二。其一，以法条为单位，阐释民法典裁判规范(群)的属性及意义脉络。其二，对于学理或司法实务依法解释和续造方法形成的各种规范适用意见或裁判要旨，我们试图在法教义学的意义上识辨或提取通说，得益于本书所附参考文献的杰出贡献，尤其是已出评注或体系书

对与法条理解相关的立法理由、学理意见或重要判决的检索、筛选和梳理，此项工作的开展事半功倍。但即便如此，我们对通说的提取或识辨仍然是基于自己的判断，而非对此等文献的简单重述或二次过滤。这些判断初成于一稿作者，经两位主编审定或修正后确认为我们的“合意”。

本评注是以服从民法典的权威为基本立场。这意味着，法典编纂的任务既已完成，则立足于法政策考量或比较法借鉴的立法论退居幕后，以现行法教义学之形成成为已任的法典评注，应更多地关注本土的司法动态和学理发展；比较法资料仅在法条体系以之为立法渊源时，于法条文义射程内可作为目的解释的说理性依据。也许本评注坚持的这一保守立场会引发“法典评注实证主义”之指责，但比较法学界已坦陈这一现象级事实：但凡一部法典问世，学者便始行法典之形成或已任的法典评注，注法学派由是兴焉。在此意义上，谓法教义学有天然的本土性，不无道理。例如，物、债区分之法律效果，本为舶来教义，但从合同法、物权法到民法典，区分原则事实上已被奉为本土圭臬，若本评注仍求助于比较法，则无异于缘木求鱼。



防护栏与救护车

史海钩沉

□ 马建红

近年来，法院平反了几起实打实的冤案。湖北的余祥林，河南的赵作海，内蒙古的呼格吉勒图，河北的聂树斌，他们的冤情之浮出水面，或者源于“亡者归来”，或者基于“真凶现身”。他们应该是世界上最能理解“无妄之灾”一词含义的人。这些案件虽然情形各异，但其原因都有相似之处。呼格和聂树斌早已被执行死刑，我们无法知道他们在被定罪前曾发生过什么，而侥幸活下来的余祥林、赵作海，则无一例外地讲述了他们曾遭刑讯逼供的经历。一个人只有在“痛不欲生，但求一死”的情况下，才会承认自己没做过的事，因此，我们无法想象他们曾遭受过怎样的非人待遇。

小时候看关汉卿的《感天动地窦娥冤》，知道给窦娥上夹棍，打板子都是在演戏，是假的，自然也就无甚感想。现在回看该剧，则明白了屈打成招的具体样式。“真凶”张驴儿知道在官衙里会有拷打，“你这等瘦弱身子，当不过拷打，怕你不招认药死我老子的罪犯！”他以“官休”还是

“私休”来要挟窦娥，而糊涂的楚州太守只知道“人是贱虫，不打不招”，审断方法只有“左右，与我选大棍子打着”这一招。再读到“没来由犯王法，不提防遭刑宪，叫声屈动地惊天！顷刻间游魂先赴森罗殿，怎不将天地也生埋怨！”“有日月朝暮悬，有鬼神掌着生死权，天地也，只合把清浊分辨，可怎生糊突了盗跖、颜渊？为善的受贫穷更命短，造恶的享富贵又寿延。天地也，做得个怕硬欺软，却原来也这般顺水推船。地也，你不分好歹何为地？天也，你错勘贤愚枉做天！哎，只落得两泪涟涟。”这样的戏词时，才能理解该剧的震撼之处——个人在面临强大而合法的公权力下的暴力时，她的屈从中隐含着的是深深的无助与绝望。现实生活中侥幸活下来的人曾说他们一直相信法律会还他们以公正，而呼格和聂树斌在身赴刑场时，不知是否也曾有过窦娥这种“叫天天不应，叫地地不灵”的感慨？

其实，人们并不是不知道刑讯会导致冤案的发生。早在西汉时期，司法官路温舒就曾上书皇帝要“尚德缓刑”。他说：“夫人情安则乐生，痛则思死，捶楚之下，何求而不得？故囚人不胜痛，则饰辞以视(示)之，吏治者利其然，则指导以明之，上畏畏却，则锻炼而周内(纳)之；盖失当之成，虽咎繇听之，犹以为死有余辜。何则？成练者

众，文致之罪明也。”按照人之常情，平安时就愿意活，痛苦时则宁死，在严刑拷打之下，什么样的口供得不到呢！于是，逼供、诱供就会收到明显的成效，而由于屈打成招、罗织构陷的罪行也更显周密而自洽，可织造出“完整的证据链”。所以，即便是法祖齐藤在位，也会认为犯人是死有余辜的。

尽管人们早有这样的认识，但由于古代侦破技术有限，加之犯人的口供乃“证据之王”，所以历朝历代并不禁止刑讯，最多在开明的朝代里对刑讯做一些限制。于是，当我们早一步“走出中世纪”的西方人来到中国后，最先观察到的就是堂上刑讯的不堪。曾在中国生活了四十多年的美国传教士卫三畏，在他的《中国总论》中，就曾对此进行过详细的介绍。他说，虽然律例中描述了合法的刑具，包括三块板上挖大小恰好的槽用以压脚腕，五根圆棍用以压手指，也可以加上竹板(拶指)，但在拷问中用其他方法的事是常有的。

直到清末实施新政期间，修律大臣沈家本、伍廷芳在《奏停止刑讯请加详慎折》后，仍遭到一些大臣的反对。后者认为，如果罪犯有罪证据太少，而且又拼死抵赖，那么，不用刑讯就难以结案，也有碍司法公正的实现。当然，晚清政府

的这一举措还是受到了普通百姓的欢迎。1908年，年仅十七岁的胡适就在《竞业旬报》上发表《停止刑讯》的短评，“我们中国官司官的时候，专用各种刑法，屈打成招，往往有之。所谓三木之下，何求不得也？要晓得这用刑讯一事，是文明各国所没有的，所以前年便有上海，要停止刑讯，如今法部又行文到给各省的地方官，一律停止刑讯。唉……只是太便宜了那班大盗老贼了。”这最后一句的感叹，倒也反映了民众的一般心理。

不消说，从清末发展至今，刑讯逼供早已失去了它的合法性，甚至还将刑讯逼供入刑。然而，实施效果并不理想，现实生活中因此而致伤致死的案件时有发生。近年来确立的非法证据排除规则，也无法从根本上杜绝或减少刑讯逼供现象，由此而造成的冤错案还是层出不穷。为聂树斌等人的冤案平反固然给人以“正义从不缺席”的慰藉，却免不了死者不能复生的遗憾。毕竟，与其事后昭雪，莫如事前的预防——与其在谷底准备一辆救护车，不如在悬崖边安装防护栏。这或许是呼格、聂树斌等人用生命的代价告诉我们的道理。

(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)

