

软法为金融治理法治化提供重要路径



黄茂钦 唐雪枫

法治化是一个通过不断积累理性来优化制度安排的过程,法治作为重要的治理方式,理应在金融治理中得到贯彻。软法方案通过非强制性规则、多元协商和动态调整,为金融治理法治化提供了重要路径,其价值不仅在于补足硬法的局限性,更在于构建一种开放包容的治理生态——既推动国际规则的国内化,又保留主权国家应对风险的制度弹性,为全球金融治理贡献制度方案。

软法方案的理论逻辑与功能定位

软法作为现代法治体系的基本构成,其自身定位不是对硬法体系的取代,也并不停留在简单的补充作用,而是传统国家管理模式向公共治理转型与法治现代化进程中形成的制度性创新,是推动法治秩序从单一国家主导向多元共治转型、建构治理法治化的另一进路。

软法方案的理论逻辑:对传统硬法理论的反思与发展。首先,软法的兴起,打破了传统理论中国家与法的唯一绑定状态,丰富了合法性的内涵。传统法定义强调“国家意志、强制性保障”,然而,在传统法定义稳固传播的社会历史中,也存在传统法定义无法解释的制度安排。这种情况并非历史行进中的前例,其在当今社会中依然存在,如法律、法规、规章中辅助描述法律事实或者具有宣示性、指导性、号召性等非强制性规范;又如,国家机关依法创制的纲要、标准、指南、规划、办法等;再如,各类政治组织、社会共同体创制的自律性规范。软法的兴起与发展,打破了传统法定义中与“国家意志”的唯一链接,将“公共意志”纳入其中,既回应了多元治理需求,也拓展了合法性的内涵边界:基于传统法定义,合法性的获取来源于与国家意志相关的要素,如立法机关的代表性、严格的立法程序等,而软法的兴起则突破了合法性的固有



疆域,并不单一局限于对“形式合理性”的考量,而是更多地考虑“实质合法性”的实现,即立法主体的广泛性与代表性、各主体在规则形成阶段充分表达意志以及建构公平完善的利益表达和博弈机制等。其次,软法的兴起,保障了法律形成、效力机制的多元实现。软法的出现,标志着多元立法的民主机制的出现。传统封闭的“国家自上而下”的立法模式转变为社会协同性立法,其不仅意味着立法意志的多元性,也意味着立法主体的多元性,且软法强调的协商一致的立法机制,以“一致通过”为要件,实现了制定程序的多样性:在软法模式下,磋商、谈判、协调等均可获得认可。另外,在软法效力机制中,并不依赖国家强制力作为保障,可通过协商民主、利益诱导、社会公权力(如行业组织的惩戒权)及市场信誉机制实现。

软法方案的功能定位:软法与硬法的协同治理。软法与硬法作为现代法治体系的基本组成形式,在推进公共治理法治化进程中彼此功能互补,因此,推进公共治理应当建立一种软法与硬法的协同治理模式,这种协同治理模式需建立在软法与硬法地位平等的前提下,即以治理场景区分二者的主次关系——既存在以硬法为主、软法为辅的情形,也存在软法主导、硬法配合的情形。当然,软法与硬法的协同,同样基于其他多种因素的考量。例如,软法对硬法的补强作用可以填补硬法的制度空白、对硬法的规定予以细化、补充。经济社会金融科技发展迅速,但硬法天然具有滞后性,难以对新兴事物予以实时回应,而软法则凭借灵活性等特点,可以较好地解决上述问题。与此同时,软法还可转化为硬法,形成“软法先行—硬法跟进”的动态立法路径。又如,软法为多元主体参与协同共治提供了合理路径,这一点体现在

个人金融信息安全标准在公法、私法领域中的适用,且不限于此场景。最后,软法与硬法的协同治理中,应注意软法在具有治理优势的同时,也存在局限和不足。例如,立法偏差问题,具体表现(但不限于)为:有的软法制定主体可能受利益驱动,所制定的软法与公共利益相冲突,或出现软法与硬法相冲突、软法成为硬法的“翻版”而无法真正发挥硬法补强者作用的情形。再如,软法可能面临实施困境。软法发挥效力的机制是有限的甚至可能是失效的,表现(但不限于)为:信誉监督机制失灵以及行业自律组织缺乏社会公权力的保障,进而导致行业协会自身管理建设滞后、行业协会的辐射影响范围受限等,最终制约行业软法的实施等,诸如此类等。基于以上,软法与硬法的协同治理应在持续完善软法规范体系的同时,推动硬法治理体系的不断革新,实现软法与硬法的“结构性耦合”,最终构建刚柔并济、包容开放的现代法治体系。

金融治理法治化客观上需要软法与硬法协同

法治是中国式现代化的重要保障。金融治理是经济治理在金融领域的应用和体现,经济法是经济治理的主要法律规范;而经济治理是基于经济利益的治理,以利益平衡为核心,其表现为经济法规规范文本所展现的静态分配以及在法实施过程中以利益主体参与、商谈、合作方式呈现的动态分配。由此,静态的规则分配与动态的互动妥协共同构成现代经济治理的完整路径。基于此,在法治的框架下,金融治理模式也关涉金融法规规范的文本层面和金融法实施的动态过程,而金融治理模式的选择直接决定治理目标是否实现以及实现的程度。在金融领域,传统硬法治理偏重成文法规范的静态调控;相较之下,软法与硬法协同治理模式将成文法与自律规则、指引、标准等软法工具衔接并用,构建起刚性约束与柔性规范互补的立体治理框架。这种治理模式在金融制度型开放背景下展现出显著优势,主要体现在如下方面:

其一,治理方式上,软法与硬法的协同治理既能发挥金融硬法所具有的指引、评价、预测等功能,又能最大限度地发挥金融软法的治理功能,通过软法弥补了硬法的局限

性。其二,治理结构上,金融治理中社会中间层的力量不容忽视,如金融行业协会在金融治理中的作用日渐重要,传统的“市场—政府”的二元结构已然发生变化,“市场—社会中间层—政府”的三元结构建立并日益稳固,软法与硬法的协同治理模式为社会中间层作用的发挥提供了更大的空间。其三,治理实效上,软法与硬法的协同治理模式能有效调动经济主体的积极性,金融软法更易于通过柔性手段激发不同经济主体的经济活力,破解金融硬法灵活性不足的问题。

软法促进金融治理法治化的路径

法律是社会需求的产物,金融软法亦是如此,其作为一种既已存在的社会规范,在金融治理领域,通过对金融活动的指导、引领产生实际效力。软法促进金融治理法治化的路径具体体现在如下方面:

其一,弥补硬法不足,优化治理规则。当前,金融领域中对监管权力的规范、对金融消费者权益的维护主要依靠硬法提供刚性的制度框架,金融软法则依靠弥补硬法的不足发挥辅助性作用。这种作用的发挥不是简单的“补缺”,而是贯穿硬法创制与实施的全过程:硬法创制之前,软法承担试验性立法的角色,作为制度试验场,成熟、完善之后再可能上升为硬法,如上海、北京、深圳等地开展的跨国公司本外币一体化资金池业务试点,相关经验成熟后可以探索纳入外商投资法配套法规;硬法实施中,金融软法可以细化具体操作规定,提升硬法规范的可操作性。其二,强化金融治理的正当性与有效性。软法治理机制的引入可以通过多元主体的参与以及动态监督机制的建设,整体提升治理实效。多元主体参与方面,能够依托行业协会等社会中间层,推动其参与金融治理过程;动态监督机制方面,可通过推行同行评议、金融部门评估计划等效果监督工具,进一步强化金融软法的实施效果。

[作者分别为西南政法大学教授、博士生导师,博士研究生。本文系司法部2024年度法治建设与法学理论研究部级科研项目“新质生产力区域协调发展的经济法治保障研究”(项目编号:24SFB2026)的阶段性研究成果]



“网络直播打赏法律困境学术研讨会”在京举办

在互联网新经济形态快速发展的浪潮中,网络直播行业迅速崛起。据《中国网络视听发展研究报告(2025)》统计,截至2024年12月,我国网络直播用户规模达8.33亿,占我国网民总数的75.2%。与此同时,由直播打赏引发的法律纠纷也逐渐进入公众视野。特别是当不法分子将非法所得用于直播打赏时,一系列尖锐的法律问题更突出,如直播打赏行为在法律层面应如何定性、平台与主播善意取得打赏收入的边界应如何划定等。

为深入厘清上述法律问题,为技术与商业模式优化指引合规路径,8月30日,由中国人民大学民商事法律科学研究中心举办的“网络直播打赏法律困境学术研讨会”在北京举办。来自司法机关、高等院校及部分主流直播平台的专家、学者与产业代表参与研讨。

对于网络直播打赏行为的法律性质问题,有专家指出,直播打赏并非附义务赠与,而是具有互惠属性的价值交换行为;主播提供劳务服务(唱歌表演等技能)、情绪价值,用户则通过打赏获得专属服务,实现情感满足、精神愉悦。因此,用户与直播平台、主播之间成立服务合同关系。直播打赏实际上是一种消费行为而非赠与行为,这一点也已经得到一些既有判例的确认。

对于赃款用于打赏后是否应当追缴的问题,与会专家普遍认为,需基于主观明知进行判断,不能一概而论。有专家指出,在涉赃款打赏情形下,针对平台、主播适用“推定善意”规则,即以认定善意取得为原则,以追缴、退回为例外。只有在主播明知打赏款项来源,或通过“杀猪盘”式诈骗等不正当手段获取打赏的特殊情形下,相关款项才应予以追缴。此外,在用户打赏过程中,直播平台必须尽到自身合规义务、提示义务、协助义务,主播也须尽到理性人的合理注意义务。也有学者认为,赃款打赏案件中是否适用善意取得需结合具体情况进行分析,赃款打赏相关刑事案件涉案主体较多、争议较大,重点在于将“打赏”纳入刑法规范的犯罪客体体系中进行综合评价。

此外,与会专家还就现阶段涉直播打赏追缴案件中一些突出的现实问题进行了探讨。有专家指出,当前,部分司法裁判对判处追缴或不追缴直播打赏钱款的释法说理并不充分。在现代经济体系中,对企业和个人财产权的保护直接影响投资环境和市场信心,因此,建议建立独立的刑事对物之诉体系,增进传统刑事诉讼中对案外人合法权益的保护,实现打击犯罪与充分尊重个体正当权利的有效平衡。

今天,网络直播作为一种新型文化业态,已在全社会范围内得到了广泛认可。2024年7月,人力资源社会保障部办公厅、市场监管总局办公厅、国家统计局办公室正式发布19个新职业,“网络主播”名列其中。在此背景下,与会专家一致认为,对于与网络直播打赏相关犯罪的治理,需要破除偏见、以法为基,兼顾法律规范、技术防控与行业自律,细化完善赃款追缴的司法操作规则;在具体个案的处理中,应兼顾惩戒或刑事打击与保障民事权益,平衡被害人权益保护与案外人的交易安全。这既是保障社会治理与经济运行秩序的必然要求,也是维护司法公平性与透明度的题中之义。

(中国人民大学民商事法律科学研究中心)

构建应对“幽灵抗辩”三阶机制范式

王光永 房保国

在刑事司法领域,当被告人提出一个无法证伪的“幽灵抗辩”时,控辩双方的理性交锋可能陷入认知困境。一般而言,“幽灵抗辩”是指犯罪嫌疑或被告人为了减轻或免除罪责,提出的难以查证的抗辩。“幽灵抗辩”的本质是策略性模糊,其形式特征为:不是单纯的否认指控,而是提出新事实主张,如在毒品案中辩称“不知是毒品,仅帮朋友带茶叶”;内容具有一定合理性却无法查证,如盗窃案中称“赃物系善意购得,但卖家信息不详”;依赖被告人独有的信息领域,如贪污案中主张“赃款用于公务支出而无票据据”。“幽灵抗辩”的目的在于,通过制造合理怀疑瓦解控方证据体系,尤其针对“不明知”等犯罪主观要件或者“无实行行为”等客观行为,迫使对方陷入“证实”与“证伪”的失衡。

“幽灵抗辩”直指刑事司法的两难:在“存疑有利于被告人”原则上,若完全由控方承担证伪责任,可能放纵犯罪;若强加被告人自证义务,又违背无罪推定原则。对此,亟须构建多层次系统性框架,明确“幽灵抗辩”的本质、特征与类型,建立相应的应对机制,最终实现惩罚犯罪与保障人权的平衡。

“幽灵抗辩”的本质属性与复杂性特征

从认识论视角看,“幽灵抗辩”本质上是利用人类认知局限设计的“反事实叙事”。刑事诉讼中的事实认定是一种回溯性认识活动,受制于信息不完整性与时间不可逆性。而“幽灵抗辩”通过引入无法验证的替代性因果链条,故意扩大这种认知裂缝,构建一个与控方版本平行却互斥的“可能世界”。这种叙事的危险性在于其不可证伪性,而刑事诉讼恰恰要求裁判者必须对这种“不可证伪”的命题作出裁断。

系统论视角揭示了“幽灵抗辩”的复杂性特征。在刑事司法系统中,证据信息从侦查到审判的传递过程就会发生衰减与失真,而“幽灵抗辩”则构成了一种“噪声干扰”。它通过虚构的因果引入信息噪声,破坏系统内部的信息秩序;利用跨国取证的时间成本等导致的反馈延迟,消耗司法资源;最终可能导致系统走向证明困境——即因过度谨慎而陷入事实认定的僵局。这种系统论视角提醒我们,应对“幽灵抗辩”不能仅靠局部规则调整,而需要进行制度功能的整体优化。

比较法视野下“幽灵抗辩”的应对模式

面对“幽灵抗辩”的挑战,不同法系国家基于各自的程序传统与价值取向,发展出截然不同的应对范式。

英美法系的“举证责任分层”模式。在英美当事人主义语境下,“幽灵抗辩”被归类为“积极抗辩”,触发举证责任的动态转移机制。这一模式的核心在于双层证明责任的精密配置:当被告人提出诸如正当防卫、胁迫或不在场证明等积极抗辩时,需首先履行“提出证据责任”,即提供足够证据使抗辩成为“合

法争点”;随后,控方需要对该争点承担“说服责任”,证明至排除合理怀疑的程度。在证明标准设定上,英美法系对被告人的举证要求通常采用“合理可能性”或“优势证据”标准,远低于控方的证明要求。该模式精妙之处在于动态平衡性:一方面,通过初步举证要求防止被告人随意提出“幽灵抗辩”;另一方面,保留控方的最终说服责任,避免过度侵害无罪推定原则。其能够有效筛除明显不成立的“幽灵抗辩”,但可能牺牲部分真实抗辩的机会。

大陆法系的“职权调查”模式。大陆法系的应对根植于职权探知主义传统,当被告人提出“幽灵抗辩”时,法官负有客观义务与职权调查责任。在此框架下,“幽灵抗辩”不直接导致举证责任转移,而是激活法官的证据调查权——法院应主动查明被告人主张是否属实,必要时可以要求控方协助调查。这种模式的优势在于避免过早地将证明负担加诸被告人,但潜在风险是使法官陷入无休止的查证困境。

“幽灵抗辩”的三维类型化框架

对于“幽灵抗辩”,可尝试构建“三维类型化框架”,从犯罪维度、行为维度和因果维度解析“幽灵抗辩”的深层结构,为差异化应对奠定基础。

首先,犯罪维度的抗辩,即针对主观构成要件的解构,其核心策略是切断客观行为与主观恶性的关联。犯罪维度下存在两类典型形态:一是“否定明知”型:常见于毒品、赃物犯罪中,被告人承认客观行为但否认认知内容,如声称“不知包裹中是毒品”或“不知是赃物”。此类抗辩的证明难点在于主观状态的间接证明性与易伪装性。二是“目的转化”型:多出现在财产犯罪中,被告人承认获取财物但主张“非法占有目的”的转化或灭失,如辩称“借款准备归还”或“赃款用于公务支出”。其特点在于时间延展性——主观目的被置于持续性状态中考察。

其次,行为维度的抗辩,聚焦于客观构成要件的重构,通过引入替代性行为叙事否定指控。具体包括:其一,“行为主体转移”型:被告人承认涉案行为存在但主张系他人实施,如“毒品是他人寄存”“枪支系捡拾所得”。其证明困境在于行为的一次性与不可重复观察性。其二,“行为性质转换”型:被告人不否认自身行为但重新定性其法律意义,如将“盗窃”辩称为“拾得遗失物”,将“受贿”解释为“正常人情往来”,此类抗辩巧妙利用了法律概念的解构弹性与边界模糊性。

再次,因果维度的抗辩,这是对归责关系的切断,试图在行为与结果间插入介入因素。其一,“责任切断”型:被告人承认犯罪事实但主张存在违法阻却事由或责任阻却事由,如声称受胁迫、正当防卫或精神障碍,其证明特殊性在于需要考察行为的正当性基础等。其二,“因果转移”型:在共同犯罪中,被告人通过降低自身参与度来减轻罪责,如辩称“只是受雇跑腿”或“不知是犯罪活动”。此类抗辩利用了共同犯罪中行为贡献度的量差特点。

“幽灵抗辩”三维类型化框架揭示了不同类型抗辩的差异化证明规律。一是证明对象差异。犯罪维度抗辩针对心理事实,需要更多间接证据推论;行为维度抗辩涉及客观事件,需要证据的直接印证;因果维度抗辩关乎法律评价,需要规范性判断。二是证明难度梯度。“行为主体转移”型因涉及具体第三方,一般最易查证;“否定明知”型因属纯主观状态,一般最难查证;“目的转化”型则因可能存在部分客观痕迹而处于查证中间难度。三是策略应对原则。对犯罪维度抗辩,应强化经验法则的运用;对行为维度抗辩,需注重客观证据的挖掘;对因果维度抗辩,要侧重规范要素的精细化论证。

应对“幽灵抗辩”的三阶机制

我国现行诉讼制度在形式上更接近大陆法系框架,但是对于“幽灵抗辩”缺乏系统的配套规则。基于前述类型化分析等,笔者认为,可构建“抗辩审查—证明协同—心证形成”的三阶机制,通过程序递进与角色互动,形成系统化“幽灵抗辩”应对体系。

第一阶:抗辩启动的审查过滤机制。在被告人提出抗辩之初即设置程序闸门,避免明显不成立的抗辩进入实质证明环节。其一,实质关联性审查。要求抗辩与案件基本事实存在合理连接,例如毒品案件中被告人声称“不知是毒品”,需与其携带方式、行为模式等之间存在解释可能性。其二,具体化义务。被告人应当履行“线索提供义务”,对抗辩涉及的时间、地点、人物等基本要素作出具体说明,不能仅作模糊陈述。其三,经验法则初步筛查。运用逻辑法则与生活经验进行初步可信度评估,例如对“巨额财产系捡拾所得”的抗辩可考虑直接排除。抗辩启动阶段的关键,在于平衡权利保障与程序效率。既要防止过度筛查侵害辩护权,又要避免放任明显虚假抗辩、消耗司法资源。可要求被告人使抗辩达到“表面合理”程度,方可启动后续程序。

第二阶:动态证明的协同机制。对于通过审查的抗辩,进入协同证明阶段,构建“控方举证—辩方反驳—法官查证”的三角互动结构。三角互动的内容包括:第一,被告人的证据协力义务。在坚持“不自证其罪”前提下,要求其对其期待的证明事项提供协作,如对辩称“毒品系他人寄存”的,应提供寄存人的基本信息或沟通记录。第二,控方的针对性反驳。运用间接证据构建经验推论,如通过隐蔽携带方式、高额报酬等推定毒品明知;采用“证伪法”寻找抗辩的逻辑矛盾,如赃款用于公务支出却无任何票据凭证。第三,法官的职权调查补充。对于涉及重大权益或存在合理可能的抗辩,法官可依职权调取证据,例如查询通讯记录、现场勘验等。在动态证明阶段,事实推定技术的应用尤为关键。可采用“基础事实—经验法则—待证事实”的三段论推论,如从“隐蔽携带毒品”的基础事实,结合“正常人不会藏毒物品”的经验法则,推导出“明知是毒品”的待证事实。但如果被告人能提出合理反证,则推定失效。

第三阶:心证形成的制约机制。在裁判

阶段,通过证明标准分层化与心证公开义务防止“幽灵抗辩”的滥用。一是差异化证明标准。对于犯罪维度的主观抗辩,控方证明标准可适当降低至“高度盖然性”;对于涉及犯罪核心构成的抗辩,坚持“排除合理怀疑”标准。二是证明可能性审查。在判断抗辩是否形成合理怀疑时,需要评估该抗辩的“反证可能性”——对于完全无法查证的抗辩赋予较低证明价值。三是心证理由公开。裁判文书应详细说明“幽灵抗辩”,展示经验法则的运用依据、推定的具体过程及反证是否充分的判断理由,避免简单驳回。

刑事司法价值的平衡与制度保障

“幽灵抗辩”的应对需要在刑事司法价值的张力中寻求动态平衡,并通过配套制度机制的革新予以保障。

惩罚效能与权利保障的再平衡。一味强调打击犯罪可能导致对“幽灵抗辩”的简单否定,侵蚀辩护制度的核心功能;过度侧重权利保障则可能纵容抗辩滥用,削弱刑法的威慑力。平衡之道在于:一是权利保障基线。确保被告人的辩护权实质化,避免因无法提供证据而直接否定合理抗辩。二是责任分担机制。在特定案件中引入“证明减轻”规则,当控方已证明基础事实时,被告人需要对例外情形承担推进责任。三是滥用抗辩的程序制裁。对于恶意提出明显虚假抗辩、浪费司法资源的行为,可作为量刑酌定从重情节考量。

诉讼效率与真相探明的协调。可建立“比例原则”指导下的案件分流机制。其一,重大案件全面查证。对于可能判处重刑的案件,即使抗辩查证困难,也应穷尽合理调查手段。其二,轻罪案件合理限缩。对于轻微犯罪,在保障抗辩权前提下允许采用简略证明方式,例如通过被告人询问、书面查证等替代实地调查。其三,调查手段的技术升级。运用大数据分析、通信轨迹追踪等技术手段提高查证效率,破解“幽灵”的虚拟性。

配套制度机制的系统革新。第一,强化审前程序的争点整理功能,在庭前会议中固定争议焦点,对于明显无依据的抗辩提前过滤,避免庭审突袭。第二,优化被告人询问程序,通过细节追问、交叉比对发现抗辩的矛盾点。第三,扩大适用司法认知机制,对普遍认可的经验法则(如毒品犯罪的情形)通过预先认定事实方式直接认定,减少重复证明。第四,引入量刑激励机制,对如实供述抗辩的被告人给予量刑减让,引导诚信认罪。

(作者分别为山东省枣庄市台儿庄区人民检察院检察长,中国政法大学证据科学教育部重点实验室副教授、司法文明协同创新中心研究员)



广东外语外贸大学法学院教授周新:全面系统优化认罪认罚从宽制度



认罪认罚从宽制度在提高诉讼效率,推动案件繁简分流及促进司法公正方面发挥了积极作用,但仍面临制度定位模糊、程序分流效果不佳及被告人权利保障不足等问题。鉴于此,未来有必要以自愿性保障为基础,以平衡司法公正与诉讼效率为核心对该制度进行全面系统的优化。从宏观层面看,应当厘清该制度的功能与价值取向,采用穿插式编排,将认罪认罚从宽制度贯穿于刑事诉讼的各个阶段,并与其他诉讼程序有机衔接,以实现最佳的诉讼分流与简化效果。在微观层面,应在审查起诉环节增设认罪认罚从宽的特别规定,明确认罪认罚协商程序的具体内容,并将量刑建议适当标准与控辩双方就量刑建议“达成一致”的条件作为法院采纳量刑建议的基本前提,同时,应进一步完善对认罪认罚被追诉人知情权、辩护权、选择权等诉讼权利的保障,以确保认罪认罚从宽制度的有效运行。

安徽财经大学法学院教授傅博:明确证据链完整的基本标准



刑事司法实践中的“证据链”概念存在内涵不明、标准模糊、功能不清等问题,“形成完整的证据链”有时成为一种逃避证据说理责任的修辞手法。证据链并非仅表示证据间的相互印证,根据对刑事诉讼法第55条和相关司法解释条款的体系解释,“完整的证据链”是刑事诉讼法第55条中“定罪的事实都有证据证明”的动态化、形象化表达,因此可将证据链的内涵界定为各证据证明犯罪事实要件事实并组合成案件事实过程中形成的动态关联结构。证据链完整的基本标准是各犯罪构成要件事实均有证据证明;在对每一犯罪构成要件事实的证明中,证据的推理链条应当是完整且合理的;能够以犯罪构成要件事实为核心形成一个完整、可信的案件事实框架。证据链概念的核心功能是贯彻证据裁判原则,同时也可促进证据分析精细化、保障证明标准的正确适用、加强法庭调查的实质化。

(以上依据《法学评论》《中国法学》,高梅选辑)