

粤港澳大湾区是涉外法治建设中不同法律文化制度交流碰撞的试验场,大湾区涉外法治建设具有独特而重要的理论和实践价值——

推进大湾区涉外法治建设 赋能高水平对外开放

综述
□王惠茹 林强

为贯彻落实党的二十届三中全会关于加强涉外法治建设改革部署,推进粤港澳大湾区法治建设,加强涉外法治研究领域的学术交流,由中国社会科学院国际法研究所主办,中国社会科学院国际法研究所、中国社科院国际法研究所、中国社科院国际法研究所涉外法治优势学科、中国社会科学院全面依法治国智库、中国社会科学院国际法研究所涉外法治研究中心共同承办,最高人民法院检察院检察基础理论研究中心(法治前海研究基地)、中国社会科学院全面依法治国智库前海研究基地等共同协办的第二届涉外法治论坛“大湾区涉外法治建设:理论与实践”研讨会近日在深圳前海召开。来自香港、澳门和内地各科研机构、相关单位的近百名专家学者与会交流。

深刻把握大湾区在涉外法治建设中的独特地位与优势

中国社会科学院法学研究所国际法研究所联合党委书记、法学研究所所长莫纪宏指出,涉外法治建设是国家法治建设的紧迫之需,大湾区是涉外法治建设中不同法律文化制度交流碰撞的试验场,大湾区涉外法治建设具有独特而重要的理论和实践价值。

大湾区具有“一国两制三法域”的独特优势。深圳市前海深港现代服务业合作区管理局副局长王翰侯指出,大湾区在法治创新和涉外法治建设方面一直走在前列。前海在强化制度建设、营造法治建设生态、聚焦机构建设、积极联动港澳、服务国际合作方面取得显著成效。深圳市检察院党组成员、副检察长吴谢农指出,深圳检察机关在促进大湾区司法交流合作方面开展了积极探索,并将持续从协同高质量服务、深化司法交流、强化司法协作、推进公益保护等方面发力,实现更有效的规则衔接、机制对接,提升跨境司法合作质效。

大湾区致力于打造国际化司法服务体系,对标国际一流法治化营商环境。深圳国际仲裁院党组书记、院长刘晓春指出,为打造联动香港和澳门、服务粤港澳大湾区、面向全球的国际商事法律和争议解决服务中心,应努力克服要素跨境流动中的障碍、培养更多涉外法治人才,携手推动大湾区国际仲裁迈向国际一流、世界一流。横琴粤澳深度合作区法律事务局局长钟颖指出,横琴粤澳深度合作区重视法律服务与司法保障,不断提升仲裁和调解服务的国际化水平,推进特定类型涉外民商事案件的司法审判规则衔接。

大湾区是中国改革开放的前沿,也是推进涉外法治建设的前沿。香港城市大学法律学院教授朱国斌认为,大湾区涉外法治建设,需要学者结合理论知识、各地法律制度、法律条文和案例进行研究。大湾

区是涉外法治实践创新的范例,也是值得进一步开拓的领域。据外交部条约法律司处长杨毓姝介绍,近年来,外交部涉外法治工作取得重要进展:一是党对涉外法治工作的领导全面加强,二是涉外法治工作总体布局不断拓展,三是涉外法治斗争能力和手段持续强化,四是中国特色涉外法治的国际影响力有所上升。司法部国际合作局司法协助处负责人王勤指出,司法部国际合作局在深入践行习近平法治思想,持续深化执法司法合作,深入开展法治交流促进,服务保障大湾区法治建设,着力加强涉外法治人才培养等方面持续发力。

加快推进涉外法治体系和能力建设

涉外法治是中国特色社会主义法治体系的重要组成部分。武汉大学人文社科资深教授、中国法学会副会长、中国国际法学会会长黄进强调,加强涉外法治建设既是以中国式现代化全面推进强国建设、民族复兴伟业的长远所需,也是推进高水平对外开放、应对外部风险挑战的当务之急。黄进教授提出了加快推进我国涉外法治体系和能力建设的实现路径,包括加快涉外法治工作战略布局、加强涉外立法、建立健全涉外执法体系、提高涉外司法公信力、提升涉外活动主体的法治意识和法治素养、强化涉外法律服务体系和能力建设、深化法治领域的国际合作、加快高素质涉外法治人才培养等。

国家级涉外法治研究基地在涉外法治研究和人才培养方面作出积极贡献。据相关与会专家介绍,西南政法大学聚东东盟法治问题,致力于打造全球有影响力的东南亚、南亚法律研究中心。外交学院聚东大国外交国际法中心,重点关注全球秩序、领土主权、国际争端解决、人权斗争等议题。武汉大学涉外法治基地聚焦“安全与发展”议题,举办定制化对外论坛和国际法培训项目。中山大学涉外法治研究院聚焦依法治理港澳与涉外海洋法治,融合相关学科开展研究。吉林大学涉外法治研究院聚焦国际人权法治和东北亚经贸法律合作与区域安全法治方向,强调法学与政治学、经济学的交叉融合。

加快推进涉外法治体系和能力建设是统筹推进国内法治和涉外法治的重要内容。司法部冯光处长强调,推进涉外法治工作应坚持从实际出发,加快涉外法治战略布局。他呼吁涉外法治领域的专家积极投身涉外法治重点、难点问题研究,推动涉外法治走深走实。深圳市司法局涉外法治处处长郑秀丽指出,未来深圳将重点推动加强涉外法治建设领导小组的统筹协调、畅通涉外法律服务的供需对接渠道、强化法治人才的引进和运用、帮助企业应对贸易摩擦事项等涉外法治领域的工作。

系统完善大湾区规则衔接与机制对接

大湾区规则衔接与机制对接涉及多层次、多领域。香港中国学术研究院院长、研究员黄平强调,“规则衔接、机制对接”对大湾区合作至关重要,对内是服务国家发展的要求,对外是应对国际竞争的需

要。珠海经济特区立法研究中心主任孙仪波认为,实现人、财、物、信息要素的便捷流动是大湾区建设的基本前提和关键,当前规则差异造成的体制机制壁垒需要通过制度建设予以解决。中国社会科学院法学研究所诉讼法研究室主任、研究员徐舟提出,我国企业应注重日常性规范化管理中的次级制裁风险防范,包括梳理制裁法律法规、强化伙伴关系管理和综合评估权衡利弊等方面。吉林大学法学院教授姚莹指出,大湾区参与全球海洋治理的法治路径的关键在于纾解大湾区内部的法治困境,增强粤港澳三地的凝聚力、整体性,同时克服全球海洋治理的现实问题,运用“反碎片化”认识论与系统整合方法论,发挥区域主义路径的优势。

大湾区规则衔接与机制对接涉及国家和地方层面的制度安排和创新探索。香港青少年教育发展联合会常务副秘书长章高秋于建议,参考澳门商法典,内地可建立基金管理者之严格责任法律,引入“信义职责”原则,要求基金管理者优先考虑投资者利益,减轻因信息不对称造成的损失。新疆维吾尔自治区霍尔果斯市司法局局长高俊强强调,中小型企业涉外法治意识淡薄,企业防范和化解风险渠道单一、方法陈旧、市场化服务单薄,涉外法律及其他中介服务市场需求尚未有效激活,急需政府引导培育。广东财经大学法学院副教授柯静嘉认为,粤港澳大湾区个人信息跨境流动应借鉴国际经验,完善法律差异衔接和监管机制,以促进大湾区个人信息跨境自由流动和安全。

探索创新大湾区司法实践

创新涉外司法实践是提升大湾区涉外法治水平的关键,要善于从体制机制上寻找提升方案。深圳市检察院法律政策研究室主任黄海波认为,当前要完善涉港澳国际刑事司法协助机制,解决刑事管辖冲突、境外证据审查、未成年人跨境帮教以及刑事裁判互认等关键问题。西安交通大学法学院副教授彭利利认为,跨区域诉讼改革最关键在于审理机制的创新,大湾区需要进一步深化三地司法规则对接,打造区域协同司法机制的新高地。华东政法大学国际法学院教授杜涛认为,内地与港澳之间不宜类推适用民事诉讼法第四编的先受理规则,未来可达成相关司法安排,通过简单的“谁先受理谁优先”原则来解决一事两诉的问题。

准确认识涉外司法中的疑难问题是进行涉外司法创新的前提。香港中国学术研究院研究员、研究员陈欣新认为,制裁依据的是国际公法规范,而非私法规范,因此需要公权力主体为私人提供救济。深圳市中级人民法院知识产权庭法官钟小凯指出,内地与香港商业秘密保护在保护客体、保护范式和救济模式方面存在差异,涉外司法审判实践应予以重视。澳门大学法学院助理院长、教授汪强超强调,澳门在涉外法治治理中要重视本地法与国际法的互动,积极应对外国长臂管辖的特殊挑战。香港大学法律学院副院长、教授夏兰认为,在仲裁程序中使用技术的最大挑战之一

是如何确保程序的公平性。对此,联合国国际贸易法委员会的《关于网上争议解决的技术指引》可以提供有益指导,未来应批判性地看待人工智能,确保人类对技术的使用保持公平、公正、透明和负责。

着力打造大湾区涉外法律服务新高地

涉外法治人才培养对于提升涉外法律服务具有重要意义。澳门大学法学院教授魏兵认为,涉外法治人才培养面临多方面挑战,应通过协同创新缩短法学院与法院的距离,转变教学模式,注重学生的能力培养。

打造法律服务新高地需要推进法律查明服务业、律师服务业与仲裁业发展。深圳市蓝海法律查明和商事调解中心理事长韩婷认为,构建“一带一路”大型中文法律数据库有助于有效、系统、及时和全面地掌握“一带一路”国家和地区的法律。盈科华南区执行主任李景武认为,“盈科全球一小时法律服务生态圈”是涉外法律服务模式的一种探索,通过加强律所与科研院所的合作,可以为律所开展涉外法律服务提供智力支持和学术指导。中国社会科学院国际法研究所国别法研究室副主任、副研究员毛晓飞认为,在跨法系背景下开展粤港澳大湾区商事仲裁制度的协同创新工作,法律系统论能提供一种更具解释力和指导意义的理论框架。

全面加强大湾区协同发展的法治保障

大湾区协同发展需要重视法治创新工作。朱国斌教授提出建设法治湾区的建议,包括将指导性文件上升为全国性法律,明确地方立法权,运用法律制度衔接方式,建立法律冲突规范体系,创设新的冲突解决机制。中国社会科学院国际法研究所副研究员罗欣认为,大湾区法治建设理顺了国内、域外、国际等多维度的关系,涉外法治创新是大湾区融合发展的重要法宝。

粤港澳大湾区协同发展离不开中央与地方的立法保障。外交学院副院长、教授许军珂着眼于整个涉外法律规范体系,建议将具有涉外因素的法律规范按照一定的结构和逻辑组织成系统的涉外法律规范体系,克服当前立法碎片化、规章制度多、内外衔接不足等问题,以维护国家安全、利益与发展,实现中国式现代化和民族复兴的目标。香港教育大学讲师林咏茵认为,当前粤港澳大湾区法律体系从初创阶段走向深入发展,法律内容更加具体化,区域协同立法取得突破。

大湾区协同发展需要着眼于具体领域的法治。中国社会科学院法学研究所副研究员邓丽提出,在粤港澳大湾区融合发展背景下,跨境亲子关系认定与亲子关系保护问题凸显,需明确共识并比较不同法域规则,以优化跨境亲子关系认定与亲子关系保护实践。

【作者为中国社会科学院国际法研究所助理研究员。本文系中国社会科学院学科建设“登峰战略”涉外法治优势学科(DF2023YS34)的阶段性研究成果】

集萃

清华大学谭兆讲席教授张明楷:厘清掩饰、隐瞒犯罪所得罪与相关犯罪的关系



认定一个行为是成立赃物罪还是成立上游罪的共犯,主要取决于两个方面的事实。只要参与人事前和本犯存在沟通或约定,与本犯造成的法益侵害之间具有心理的因果性,就属于“事前通谋”,成立上游罪的共犯。在事前无通谋的情形下,原则上按参与时点是本犯既遂前还是既遂后,分别认定为上游罪的共犯与掩饰、隐瞒犯罪所得罪;在少数情形下,只要本犯通过不法行为取得了赃物,即使本犯尚未既遂,参与人的行为也可能成立掩饰、隐瞒犯罪所得罪。上游罪的本犯、共犯以及行为仅构成帮助信息网络犯罪活动罪的行为人实施的掩饰、隐瞒赃物的行为不构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪,但在电信网络诈骗既遂后实施的取款行为,构成对银行现金的诈骗罪或盗窃罪,与上游犯罪或帮助信息网络犯罪活动罪形成包括的一罪,应从一重罪论处。第三者以本人非法占有为目的或者基于与本犯的合意在电信网络诈骗既遂后实施的取款行为,均构成对银行现金的诈骗罪或盗窃罪,只不过该行为可能同时就本犯的犯罪所得构成财产罪或赃物罪,形成想象竞合。

北京航空航天大学法学院教授龙卫球:民法典体系设计对民商法发展产生积极效应



传统民法典编纂促成了民法体系的体系化,但同时也因外在体系封闭性而导致后续私法发展受限。我国民法典作为一部面向当下的21世纪民法典,置身于更加复杂的且急剧变化的社会经济语境,以民商合一为体例,采取了不同于传统民法典的特殊开放体系,较好地克服了形式化封闭体系的弊端,为后续民商法发展预留较大空间。申言之,民法典在体系设计上,在采用概念形式化体系的同时,不仅采取了宣示目的、明确原则、介入功能性、予以动态设计等做法,还创造性运用了设定大量立法授权规定的立法技术,进而演化成为一种极具弹性的特殊开放体系。这种特殊开放体系设计,对后续民商法发展问题在立法和适用两个方面产生了积极效应。一方面,不仅使得民法典自身修改和其他民商事法律制定更加容易,而且还因大量立法授权规定带来了后续立法的极大便利,因而通过立法路路发展民商法的空间巨大。另一方面,导致在适用中出现方法论的转型,解释机制更加灵活,并由文本论转向价值融贯解释论,功能解释论和动态解释论,法律补充比此前更加易于适用,由谨慎转为积极,使得民法典适用本身兼具前所未有的创新发展效应。

湘潭大学特聘教授王欣新:破产法修改应健全完善重整制度



破产法规定的重整程序在司法实践中发挥挽救重要企业作用的同时,也逐步显现出其存在的制度不足与缺陷,需进行完善。法院受理债权人提出的清算申请后,应允许其他债权人申请转换重整程序。债务人申请破产清算后,仍有权申请转换重整程序。法院对重整申请应进行识别审查,对明显不具有挽救价值和可能的应不予受理。重整计划提交期限应适当延长,以应对投资人招聘难等困境。要强化管理人的信息披露义务,并建立争议解决、责任追究等制度。因无法列穷尽法律上和现实中的不同权益组别,法律对重整计划表决分组的规范应为指导性的,权益不因重整计划受到不利影响的债权人等利害关系人不参与表决。法院对重整计划的正常批准或强制批准,都必须审查并保障反对组别及同意组别中反对者个人享有的法定清偿权利。至少应有一个债权人组别通过重整计划,法院方可强制批准。强制批准重整计划应设有听证及异议救济程序。立法应限制重整计划二次表决的间隔期间。二次表决前,可以协商调整原表决通过组别的清偿权利,但应保障受不利影响组别均享有表决权。破产法应对于未及时申报债权的债权人,在重整计划执行完毕后依同类债权清偿条件向债务人行使权利,予以严格限制。立法应在法律政策调整、市场情况变化等导致重整计划无法执行时,设置计划变更制度。

华东政法大学刑事法学院教授张栋:增强涉案财物处置程序的规范性



党的二十届三中全会提出“完善涉及公民人身权利强制措施以及查封、扣押、冻结等强制措施的制度”。完善涉案财物制度有助于充分回应司法实践需要,衔接国际刑事司法准则,实现中国式刑事诉讼法治发展目标。然而,由于立法保障与司法认知不足,涉案财物面临强制措施适用不当、管理方式混乱、权属审查不清、判后执行困难等实践难题。涉案财物处置程序具有独立性,不应附随于定罪量刑的对人诉讼,而应通过现代法治模式的重塑变革,革新涉案财物处置的理念、原则、方式,实现其独立、科学、文明的价值。在下一轮刑事诉讼法修改时,应进一步完善对物强制措施体系,规范审前处置程序,明确涉案财物裁判标准,强化涉案财物追缴方式,为刑事诉讼涉案财物制度完善提供理论指引和制度框架,增强涉案财物处置程序的系统性与规范性。

【以上依据《中国刑事法杂志》《苏州大学学报(法学版)》《政法论坛》《法学杂志》,张宁选辑】

发挥程序机制应有作用提升轻罪案件办理质效

□刘传稿 董玉彦

犯罪治理特别是轻罪案件办理是社会治理的重要方面。轻罪的治理是一项系统工程,涉及实体、程序、政策理念、犯罪治理和社会治理等问题,贯穿刑事诉讼各环节。检察机关参与轻罪的治理,要树立正确司法理念,准确落实司法政策,完善相关工作机制,在依法办案的前提下,严格准确把握入罪出罪标准。

细化轻罪界分标准。治理轻罪的前提是合理确立轻罪的界分标准,即哪些犯罪属于轻罪。目前,我国关于轻罪和重罪的界分并不存在法定标准,主流观点是将法定刑为三年以下有期徒刑或者管制、拘役的犯罪界定为轻罪。笔者调研发现,对于轻罪范围的认定存在不同标准。例如,有的以罪名作为轻罪与重罪的主要分类标准,轻罪主要包括盗窃罪、故意伤害罪、危险驾驶罪、寻衅滋事罪、妨害公务罪等。但实践中,数罪型盗窃罪有三个量刑幅度,有的属于数额巨大或者数额特别巨大类型,有的在三年以上有期徒刑,对此,是否仍属于轻罪值得商榷。有的以罪名为主兼顺法定刑的标准划分轻罪,这类划分通常将常见多发的几个罪名规定为轻罪,亦缺乏合理的依据。

基于此,合理界定轻罪是治理轻罪的首要问题。笔者建议,根据立法同时利用大数据赋能进行轻罪分类。具体而言:首先,将法定最高刑为三年以下有期徒刑、拘役的犯罪如危险驾驶罪、危险作业罪、帮助信息网络犯罪活动罪等确立为轻罪。其次,司法机关可以充分利用大数据技术,对近年来的犯罪所涉罪名及犯罪数量、类型等核心指标进行汇总分析。由于我国关于犯罪的规定,多数都存在两个以上的量刑幅度,其中既可能

包括三年以上的有期徒刑,也可能包括三年以下有期徒刑。对这部分犯罪,检察机关可以将近年来宣告刑为三年以下有期徒刑的罪名按数量进行排列,将三年以下有期徒刑适用比例较高的几类犯罪认定为轻罪,从而确定轻罪的大致范围。然后,再利用大数据分析这些罪名中适用三年以上有期徒刑的情形,做好归纳分类,并将这些情形从轻罪中剥离出来,剩余部分认定为轻罪。这实际是以形式标准为主兼顺实质标准进行的轻重犯罪划分。

依法严格把握轻罪的逮捕标准。我国刑事诉讼法第81条规定了逮捕的条件和程序。轻罪的性质决定了除个别主观恶性大、不认罪案件中,刑事政策适用时应坚持宽严相济以宽为主的方略。对于轻罪案件,在缺乏相应的附条件不起诉制度和犯罪记录封存制度的背景下,如果用传统治理轻罪的模式治理轻罪,可能会扩大刑罚的负面溢出效应。结合近年来轻罪案件占比大幅上升,成为犯罪治理的主要对象这一刑事司法的客观实际和时代背景,应严格把握轻罪的逮捕标准。具体来说,对于非涉黑涉恶、非集团犯罪的单纯轻罪,在没有刑事诉讼法第81条第1款规定的五种情形的情况下,可以优先考虑不予逮捕。当然,这不是不予批准或者决定逮捕的唯一因素,对于可能判处三年以下有期徒刑的犯罪嫌疑人,还应当结合该条第2款、第3款规定予以考量,如果犯罪嫌疑人涉嫌罪名为秩序犯,没有直接被害人,或者在有被害人的情形下已获被害人谅解,且存在退赃退赔、认罪认罚等情形的,可以不予批准或者不予决定逮捕。其中,对于第3款规定的“曾经故意犯罪”可以理解为曾经故意犯罪被判处三年以上有期徒刑的异种罪名。如此理解的

理由是:主观方面仅是犯罪成立的一个要件,随着预防性轻微犯罪罪名的出现,部分故意犯罪的客观危害可能远小于过失犯罪。例如,有的危险驾驶罪的客观危害可能小于交通肇事罪,有的危险作业罪的客观危害可能小于重大责任事故罪,等等,所以不应仅从犯罪的主观方面考量批准和决定逮捕的适用,在刑事犯罪结构发生显著变化的情势下有必要进行相应调整。

充分发挥酌定不起诉制度功能作用。酌定不起诉是我国刑事诉讼法第177条第2款对依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的轻微刑事案件的处理方式。对于符合条件的轻微犯罪嫌疑人,依法适用酌定不起诉,既能起到教育、警示作用,又不影响犯罪嫌疑人融入社会,减少犯罪治理的难度,也与治罪与治理并重的轻罪案件办理思路相适应。当然,适用酌定不起诉并非一放了之,而是在治罪与治理并重理念下,完善刑反向衔接机制。对于拟作出不起起诉决定的刑事案件,根据犯罪的性质、情节和后续治理的需要等情形,确有行政处罚必要的,移送行政机关及时给予行政处罚,避免一放了之。目前,对于拟不起起诉的案件,大多要经过检察联席会议讨论,有的甚至要经过检委会讨论。检察官联席会议主要针对在适用上有重大影响、可能对司法公信力产生破坏等情形的重大、疑难、复杂案件。对于拟不起起诉的案件是否必须经过检察官联席会议值得深入思考。为了提高办案质效,可以将不起诉中部分疑罪案件作为会上讨论的重点。对于事实清楚、争议不大的案件,承办检察官可以在职权范围内自行决定;对于拟不起起诉案件,在事实方面比较复杂、法律适用方面存在争议时,再通过检察官联席会议讨论。这样,可以更好落实“谁办案谁负责、谁决定谁负责”原则,彰显扁

平化管理优势,提高轻罪案件办理质效。

依法保障认罪认罚的自愿性。据了解,2024年1至3月,全国检察机关已办理的审查起诉案件中,适用认罪认罚从宽制度审结人数占同期审结人数的87%。可见,认罪认罚从宽制度适用率比较高,在由“治罪”向“治理与治理并重”转变过程中的作用日益凸显。对于认罪认罚案件而言,保障犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的自愿性十分重要。检察机关首先应当对公安机关移送的材料进行严格审查。围绕案件事实和涉嫌罪名,坚持依据刑事诉讼法及相关司法解释的法定证明标准,全面审查、核实在案事实、证据,依法及时讯问犯罪嫌疑人,保证犯罪嫌疑人是在充分了解自身行为与相关法律的具体规定后,基于真实意愿认罪认罚,不能因为犯罪嫌疑人在侦查阶段认罪认罚而忽略对在案证据的审查、认定,或者降低证明标准,如果经审查认为事实不清、证据不足,应当依法作出不起诉决定。其次,加强辩护律师在认罪认罚案件中的诉讼参与,充分重视律师针对犯罪嫌疑人认罪认罚的非自愿性意见,特别是对律师提交的犯罪嫌疑人在被欺骗、被胁迫情形下作出认罪认罚的线索或材料,更应当依法及时审查、核实,保证认罪认罚从宽制度适用的合法性、有效性。

总之,在刑事立法对治理轻罪规定尚待进一步完善的情况下,通过司法机关依法贯彻落实宽严相济刑事政策,通过充分发挥法治保障现有程序机制作用,可以有效提高轻罪的治理效果。

【作者分别为首都经济贸易大学法学院副教授、山东省梁山县人民检察院副检察长。本文系国家自然科学基金一般项目《轻罪背景下犯罪分类治理研究(22BFX172)》的阶段性研究成果】