

■ 专栏：人民法庭在基层社会治理中的职能作用研究

乡村振兴战略背景下人民法庭服务推进社会治理的进路优化

——以赓续“马锡五审判方式”的红色基因为视角

/ 易星 金璐 1

乡村振兴中乡镇人民法庭的功能争辩与地位重塑

/ 祝文锋 13

“治理”与“法治”融合视角下人民法庭服务乡村治理的路径探析

/ 付金良 24

■ 《民法典》的理解与司法适用

卫星定位系统提供信息错误之侵权责任

/ 赵艳霞 39

公司担保案件裁判路径之检视与完善

——基于对 560 份裁判文书的实证研究

/ 赵爽 52

短视频平台著作权侵权的认定困境与破解路径

/ 孔未名 69

■ 刑事司法

无权处分行为的刑事违法性研究

/ 姜文智 刘艳红 92

食品药品安全刑事附带民事公益诉讼惩罚性赔偿的司法适用

/ 洪潇潇 杨军 114

■ 穿透式审判思维的适用研究

穿透式审判思维的适用规则与界限

——基于要件事实理论勾勒三阶七步穿透法

/ 胡正民 126

穿透式审判思维在民商事案件中的运用与界限	/ 谷昔伟 136
----------------------	-----------

民商事案件中穿透式审判思维的运用及限制	/ 王梓臣 149
---------------------	-----------

■司法综合

善意执行理念下信用修复制度的标准框定与程序规制	
——以人格权与财产权的衡平保护为视角	/ 刘清林 周修文 158

人民法院在预重整中的角色定位研究	/ 薛淑娴 赵从尚 173
------------------	---------------

民事诉讼间接证明的模型应用	
——基于民间借贷纠纷证据环的构建	/ 王璐 张群 185

乡村振兴战略背景下人民法庭服务推进社会治理的进路优化

——以赓续“马锡五审判方式”的红色基因视角

易星 金璐*

内容摘要：人民法庭是基层法院的“神经末梢”，也是乡村治理的司法纽带。然而，乡村转型过程中矛盾多元化、村民观念滞后以及传统治理术衰退使得人民法庭在参与乡村治理过程中出现不平衡、不协调、不连贯的治理障碍。“马锡五审判方式”作为中国共产党人在司法领域的智慧结晶，承载着新中国红色司法文化的精神内核，是人民司法制度的源头活水。发掘并赓续“马锡五审判方式”的红色基因，定基调于前、重建设于中、促延伸于后，各点发力、多方联动，着力重构以自治为基础、以法治为保障、以德治为支撑的乡村治理新格局，助力乡村振兴。

关键词：马锡五审判方式；人民法庭；乡村振兴；红色传承

中图分类号：DF822 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)04-001-012

“郡县治，天下安。”党的十九大报告将实施乡村振兴战略，健全自治、法治、德治相结合的乡村治理体系列为关键任务。人民法庭作为乡村治理的司法纽带，任重而道远。乡村社会转型过程中矛盾的多元化、村民观念的滞后以及传统治理术的衰退致使人民法庭在参与乡村治理的过程中出现了不平衡、不协调、不连贯的治理障碍。“著名的‘马锡五审判方式’诞生在延安，其中关于实地调查、司法公开、群众参与、调解结合的做法在今天看来，不仅没有过时，而且还有着重大现实意义。”^①其蕴含的红色基因和优秀传统理应被深入发掘并传承，为人民法庭参与乡村治理提供范本、为服

* 易星，上海市浦东新区人民法院破产审判庭法官助理；金璐，上海市浦东新区人民法院金融审判庭法官助理。

① 周强：《在县域治理中发挥好司法作用》，载《人民日报》2014年7月21日，第1版。



务保障乡村振兴注入生机。

一、实践检视：人民法庭参与乡村治理的“屏障”

（一）案与人的不平衡：“案多人少”凸显服务力量薄弱

人民法庭位于司法为民的最前沿，是纠纷化解的第一线。自立案登记制改革以来，法官工作量已然呈现超饱和状态，“案多人少”的压力也愈发凸显。一方面，乡村社会的变迁伴随着多元化矛盾的激增，而乡村自治功能的相对弱化则导致司法防线进一步前移；另一方面，民众法治意识的加强让“打官司”成为了处理纠纷的第一选择，而行政机关在化解矛盾过程中往往因为职能受限而自抑。在案件量逐年攀升的背景下，人民法庭理应争取更充沛的司法资源，不断扩充司法能力，然而现实中法庭数量、法官人数、基础设施等相关资源却无明显增加，反而陷入人力资源大量流失的尴尬处境，致使法庭的司法功能不断弱化。以 S 市 P 区法院下设 8 个人民法庭为例，受疫情影响，2020 年法官人均结案量虽有所下降，但仍然超过 210 件；疫情常态化防控后，2021 年 LL 法庭

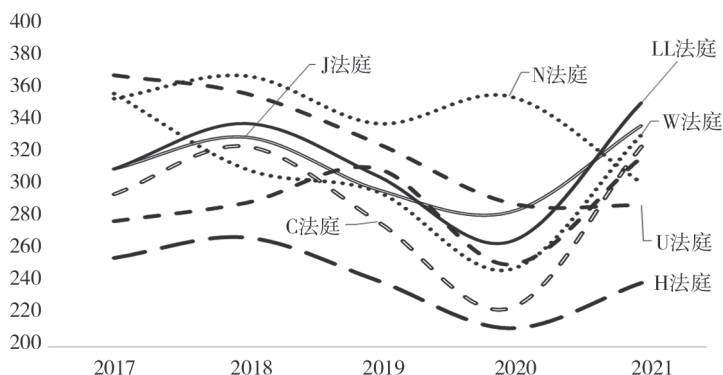


图 1 S 市 P 区 8 个人民法庭法官人均结案量（单位：件）

人均结案量大幅提升，逼近 350 件（见图 1）。由此可见，随着城市化进程的持续推进，法院的受案量增速较快，而员额制改革以来，法官队伍人数较为稳定，案与人的不平衡凸显人民法庭在处理矛盾纠纷时服务力量薄弱，心有余而力不足。

表 1 S 市 P 区 8 个人民法庭管辖范围、人员构成、受案范围情况

	管辖范围	人员构成	受案范围
IJ 法庭	下辖 5 个街道，总面积约 23 平方公里，管辖人口约 75 万人	法庭共有 49 名工作人员，其中法官 24 人，法官助理 13 人，司法行政人员 1 人，文员 11 人	辖区范围内除民庭、商事庭、知产庭、金融庭、少年庭审理案件以外的其他民事案件，具体包括：人格权纠纷，婚姻家庭纠纷，继承纠纷，不动产登记纠纷，自然人之间的民间借贷纠纷，需要与道路交通事故人身损害赔偿纠纷合并审
J 法庭	下辖 4 个街道，2 个镇，总面积约 112 平方公里，管辖人口约 72 万人	法庭共有 49 名工作人员，其中法官 12 人，法官助理 8 人，司法行政人员 1 人，文员 8 人	
LL 法庭	下辖 5 个街道，1 个镇，总面积约 60 平方公里，管辖人口约 87 万人	法庭共有 49 名工作人员，其中法官 19 人，法官助理 16 人，司法行政人员 1 人，文员 13 人	
C 法庭	下辖 3 个镇和 1 个园区，总面积约 175 平方公里，管辖人口约 77 万人	法庭共有 43 名工作人员，其中法官 18 人，法官助理 11 人，司法行政人员 1 人，文员 13 人	

续表

	管辖范围	人员构成	受案范围
W 法庭	下辖 3 个镇和一个保税区, 总面积约 68 平方公里, 管辖人口约 50 万人	法庭共有 22 名工作人员, 其中法官 9 人, 法官助理 6 人, 司法行政人员 1 人, 文员 6 人	理的人身保险合同纠纷, 自然人之间、自然人与法人(或其他组织)之间的不当得利、无因管理纠纷, 特殊类型的侵权纠纷, 适用特殊程序案件, 其他的自然人之间、自然人与法人(或者其他组织)之间的物权纠纷、债权纠纷等民事案件
Z 法庭	下辖 2 个镇和两个园区, 总面积约 167 平方公里, 管辖人口约 81 万人	法庭共有 39 名工作人员, 其中法官 17 人, 法官助理 10 人, 司法行政人员 1 人, 文员 11 人	
N 法庭	下辖 4 个镇, 总面积约 433 平方公里, 管辖人口约 32 万人	法庭共有 20 名工作人员, 其中法官 8 人, 法官助理 4 人, 司法行政人员 1 人, 文员 7 人	
H 法庭	下辖 5 个镇, 总面积约 387 平方公里, 人口约 68 万人	法庭共有 58 名工作人员, 其中法官 24 人, 法官助理 14 人, 司法行政人员 1 人, 文员 20 人	

(二) 法与礼的不协调：民俗乡礼与法理交织导致裁判难度大

民俗乡礼是乡土居民经过漫长的生活交往所形成的具有地方性的、不成文的规范。在传统礼治社会, 人们凭据内心的道德进行自我约束, 而民俗乡礼是在共同道德感的基础上形成的一种外部约束。^① 民俗乡礼与法律相辅相成：一是民俗乡礼能够弥补法律涵盖不到的真空区域；二是民俗乡礼能被反复适用、认同, 是法律的重要渊源。

但值得注意的是, 人民法庭所代表的国家法理权威与传统的民俗乡礼在交织融合的过程中不可避免地会出现不协调的地方。具体而言, 一是当民俗乡礼与国家推行的法律规则相冲突, 尤其是影响到村民既有利益时, 村民会与权威作斗争；二是当民俗乡礼与国家推行的法律规则不一致时, 后者会通过国家强制力将与国家权威相违背的民俗乡礼取缔或剥夺其生存的土壤, 以达到调整和规范村民行为的目的。这种不协调是因为法律制度也存在着一定的模糊地带, 需要因地制宜去适用。特别是在少数民族地区, 民族习惯、礼俗与法理交织的冲突更为强烈, 若一味教条化地适用法理, 不仅人民群众对裁判结果的认同感不够, 执行效果也会不尽人意。如何妥善处理民俗乡礼与法理之间的分歧和矛盾也成为了法官在裁判案件时的一道必答题。

(三) 诉与非诉的不连贯：定位偏差致使乡村治理效能受限

人民法庭是基层法院的“神经末梢”, 也是离乡间、离群众最近的“窗口”, 得天独厚的地理优势意味着人民法庭在构建乡村治理新格局中必将肩负着不可替代的重任。人民法庭不仅承担与司法所、派出所、乡政府等其他基层机关和社会组织共同参与诉前纠纷化解、案件过滤及精细化指导的职能, 更应履行后期对接机制建设的任务, 成为乡村多元化纠纷解决机制的司法纽带。但就现阶段而言, 人民法庭尚无法有效处理审判与参与乡村治理之间的关系、无法与其他基层单位通力合作共同推进诉源治理。其一, 法官既有的考核模式仍然以办案量为指标, 人民法庭法官亦无多余时间、精力处理案件审理

① 参见苏力：《为什么“送法上门”？》，载《社会学研究》1998年第2期。



以外的工作,陷入“受理案件、坐堂办案、关门办案”的困境之中。^①其二,诉源治理是一项体系化工程,涉及到乡村生活的各个方面和层次,参与的部门包括乡镇政府及基层村居委、调解委员会、派出所、司法所、人民法院等多元化主体,而各个参与的主体隶属于不同系统管理,缺乏统一的指导运作机构,因而人民法院对诉源治理的指导工作逐渐流于形式,参与乡村治理的角色也定位模糊。其三,人民法院与非诉力量的协作效果并不理想。在人民法院向非诉段分流纠纷以及寻求矛盾纠纷联动化解过程中,存在组织形式化、职能虚无化等问题,多方联动的社会治理格局尚未真正形成。其四,司法参与的效能发挥有限。人民法院本应坚持“把非诉讼纠纷解决机制挺在前面”,积极构建非诉机制,做好矛盾纠纷的源头化解,但囿于人民法院的定位偏差、协同能力有限,导致司法参与非诉机制、推进纠纷源头化解的能力受限。“将中国目前的人民法院司法化或准司法化,与司法专业化并不矛盾,而是兼容,甚至可能是一种促进。”^② 人民法院如何厘清定位,在审判工作之余延伸司法服务,保障乡村治理,是乡村振兴战略实施背景下人民法院最大化实现社会治理效能亟需化解的难题。

二、人民法院参与乡村治理的困境之源头

(一) 矛盾多元化引发诉讼类型多样化

当前,受到农村结构多元化、利益关系复杂化的影响,流入人民法院的案件不再局限于传统的“熟人社会”常见的纠纷,而是呈现类型多样化、利益关系复杂化的特征。从当下来看,乡村矛盾纠纷基本可以划分为生活性和结构性两大类。前者是指村民在日常生活中经常遇到的、不可避免的矛盾,是乡村生活的基本构成,实质上并不会对社会秩序构成系统性的风险,例如传统的婚姻继承、相邻权纠纷等。后者是由于社会关系的改变抑或社会主体之间利益分配的不公平、不均衡而导致的矛盾,其对现有关系结构会产生一定的冲击和影响,“三地”纠纷(土地、耕地、宅基地)、环境纠纷等就隶属于此。^③

城镇化的持续推进衍生了大量的结构性矛盾纠纷,建设征地、土地流转、乡村合并以及宅基地分配等引发的不动产纠纷以及拆迁利益纠纷,因高利放贷引发的民间借贷纠纷等新型结构性矛盾频发。以P区C法庭、Z法庭、N法庭、H法庭四个法庭为例,2021年与2017年相比,人民法院受理案件的类型更加多元化,分家析产纠纷、共有纠纷、民间借贷纠纷、买卖合同纠纷以及涉土地、耕地、宅基地“三地”类型纠纷等新型结构性矛盾纠纷比重增多,而传统的婚姻继承纠纷、相邻权纠纷等占比则有所下降。

结构性矛盾纠纷不同于个体间的私人利益冲突,涉及主体更多元、利益更复杂,

① 参见余向阳:《强化司法保障,助力乡村振兴》,载《人民法院报》2021年5月25日,第2版。

② 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第384页。

③ 参见陆益龙:《乡村社会变迁与转型矛盾纠纷及其演化态势》,载《社会科学研究》2013年第4期。

矛盾冲突也更容易被激化,如果处理不当极有可能对乡村治理的稳定性和社会发展的持续性造成负面影响。比如,耕地保护纠纷涉及国家粮食安全,农业知识产权纠纷涉及乡村转型升级,涉农各种新型市场主体和市场要素纠纷则关系到乡村农业投资者的合法权益保护,与乡村振兴等息息相关。新型结构性矛盾纠纷能否妥善规制也成为评价人民法庭审判职能和治理手段的一个重要因素,这也意味着人民群众对法官的审判能力怀揣了更高的期许。

(二) 村民观念滞后与转型社会难以调和

经济社会的蓬勃发展加速了乡村的城镇化进程,但是村民还未形成与城镇化进程相匹配的法治理念、法治思维。

第一,“熟人社会”的观念根深蒂固。熟人关系的疏离化并未根本改变乡土文化中“基于血缘、地缘关系而形成的熟人社会”的本质,至多说是变为了“半熟人社会”。^①在乡村“熟人社会”里,乡村纠纷的解决方式并不唯一,基本可以被分为无救济(容忍、回避)、私力救济(自决、和解)、公力救济(行政、司法)、社会救济(调解、仲裁)四种类型。乡村纠纷通过公力救济,尤其是寻找法律途径解决的甚微,容忍和托熟人私了和解的则占大多数,甚至有少部分村民会采取私力救济,以自决的方式诉诸暴力手段解决纠纷。

第二,村民情理正义观浓厚。用“情理”作为评判曲直的标尺具有不确定性和模糊性,^②这种情理正义观从侧面上来看实则是村民法律意识的弱化,是主观性与自我本位性的结合。一是村民低估了法律的实用价值与应用价值,对法律仅仅停留在解决生活难题的层面上;二是村民过分追求法律的实质正义而忽视了法律的程序正义,缺乏对法律程序的认识,导致诉讼程序在乡村实施难度大;三是自我本位的生活方式影响司法的有效运行。由于村民长时间生活在这样一个“熟人社会”中,乡土情理正义观在他们身上色彩浓厚,他们不会综合评价司法进程,只在乎司法裁判结果是否和他们心中情理正义观念相符合,与自己认知的道德标准是否一致,否则他们容易认为裁判缺乏公正性,而质疑司法的权威。这种凭借朴素的情理正义观来认知和处理纠纷的理念与现代社会兴起的法治观念显然是难以调和的。人民法庭的法官正是在这种朴素的情理正义观和严肃的法律规则之间来回徘徊,寻找一个合适的平衡点而作出裁判。

第三,村民消耗式消极和解观念普遍。对于长期未决的纠纷,若非涉及村民最本质的利益,大多数村民也会选择最为现实而无奈的解决路径——消耗式和解。村民们实行拖延战术,将纠纷搁置一旁,待时机成熟后寻找解决纠纷的最佳途径,此种消耗式策略与转型社会的法治观念存在较大差距,消耗式和解实为私力救济,并未实现矛盾纠纷的源头化解。综合来看,村民的消耗式和解主要是基于以下方面考虑:其一,

① 参见费孝通:《乡土中国》,北京出版社2005年版,第6-7页。

② 参见高其才:《乡土社会中的人民法庭》,载《法律适用》2015年第6期。



纠纷未涉及村民最根本利益,因而村民能消耗得起。农村宅基地、农村承包用地类型的土地类纠纷、辱骂等侵犯人格尊严的纠纷、金额巨大的民间借贷纠纷等被普遍认为涉及到村民的根本利益,这些纠纷的解决关系到村民的“刚性需求”,因而无法长时间搁置。其二,消耗式和解与村民“忍”的偏好相符合。“忍”符合大多数村民的心理状态,“小不忍则乱大谋”“枪打出头鸟”等“忍”的观念深入村民的内心,以免遭致其他村民“看笑话”。^①其三,消耗式和解意味着后续可能出现转机。私力解决当下的纠纷虽然暂时无法最大化地实现自己的切身利益,但后续法律的出台、政策的变迁、乡村形势的变化、村干部的换届、村民态度的转变等都可能对己方有利,在搁置等待中或能获得“期待中的优势”。

(三) 二元格局加剧传统治理术衰退

传统治理术在乡村已式微,过去依赖于道德伦理、风俗人情、宗族关系的治理术因城乡二元格局的分化以及村民身份的多元化而走向衰退,致使乡村格局发生伤筋动骨的变化。^②其一,市场经济打破了小农经济格局,引发大量农民进城务工、经商,这种生活模式挤压了维系已久的生存制度,加速了乡村市场化进程,而农业税的取消、新农村医疗保险、农村土地的拆迁等对乡村的变迁产生了多重影响,推动乡村秩序重构。其二,现代社会的村民不再是纯粹的乡民,因信息渠道呈现多元化、人际关系普遍社会网络化、交通方式逐渐便捷化,使得村民聚合了人民、公民、市民、乡民的多个身份,身份的聚合致使村民的欲求增多,从而对自我身份的认同出现分裂的态势。也就是说,如今的乡村治理已然呈现新旧交替时期的结构混乱的现象,而传统的规范机制在应对新时代下产生的多元化利益关系格局时却很难独当一面。其三,城乡二元格局加剧了乡村内部资源分配与受益不均等。贫富差距的悬殊造成了各阶层的潜在矛盾与纠纷。一方面,某些矛盾仅仅是鸡毛蒜皮的小事并未涉及到村民的根本利益,但若一方长时间的对个人境遇的不满以及对另一方生活质量条件的妒忌,便有可能诱发更为深层次的矛盾纠纷;另一方面,某些政策的落实可能会减损某部分村民的利益,使得贫困村民越发贫穷,对其造成严重的打击;再者,不公平、缺乏合理的补偿机制加剧村民的内部矛盾,即使一方得到法院的支持,其可供执行的利益也无法全部满足。^③

“传统的以血缘关系为核心的公共生活已被改变,初步建立了由政治权力所支配的法理型权威。”^④乡村传统治理术衰退,使得越来越多的村民借助司法资源来解决纠纷,而不再仅仅依赖于传统手段。如此一来,人民法庭受理的案件量越来越超负荷,但是法官培养方式的局限性又使得司法人员缺少对乡村生活和习俗的充分认识,在应

① 参见王俊秀、杨宜音、陈午晴:《2006年中国社会心态调查报告》,载《民主与科学》2007年第2期。

② 参见陶学荣:《走向乡村善治》,中国社会科学出版社2011年版,第98页。

③ 参见栗峥:《转型乡村中的社会治理与纠纷解决》,载《内蒙古社会科学》2013年第2期。

④ 李炳烁:《乡村治理中的权利冲突及司法规制》,载《学习与探索》2011年第4期。

对乡村治理中出现的新问题时难以游刃有余。

三、“马锡五审判方式”的内在基因和时代价值

“马锡五审判方式”是新民主主义革命时期法治建设的代表性成就之一，其所蕴含的人民司法的红色基因值得被新时代的人民法庭借鉴和承继。

（一）“马锡五审判方式”的内在基因

首先，“马锡五审判方式”的基本工作理念是便民、利民和为民。“马锡五审判方式”的持久生命力，离不开一切为了人民的博大情怀。其次，“马锡五审判方式”在工作方法上主张“能调则调、当判则判”。马锡五同志在处理案件时，不是机械的以案论案，一判了之，而是根据案情的具体情况，情理法结合之，利弊明晰之，极力扭转双方的对立情绪，使当事人心悦诚服，源头化解纠纷。最后，“马锡五审判方式”提倡实事求是的工作作风，倾听民意，注重调查研究。他不拘于死板的“坐堂问案”，而是亲自到案发地、到群众中去走一走，田间地头不乏他携卷下乡的身影。他在巡回审判时，随时随地受理案件、了解案情、倾听民声，在知悉民意的情况下，把既定的政策法令同客观核实的案情相结合，让群众明辨案件的是非曲直，通过汲取群众智慧、释法说理从而达到定分止争的效果。

（二）“马锡五审判方式”的时代价值

“马锡五审判方式”的红色基因在今天仍有着鲜明的时代价值，闪耀着历久弥新的时代光芒。“马锡五审判方式”是一种精神、理念和原则，而不是具体的技术、标准和规则。我们要继承和弘扬“马锡五审判方式”的精神内核，但绝不是生搬硬套、本本主义。

1. 现实土壤：案多人少，“熟人社会”的乡土性质尚未颠覆

我国现阶段的基本国情，特别是生产力发展的多样性和生产关系的复杂性，决定了我们的司法活动不可能采取单一的审判方式。^①在案件呈井喷式增长，案多人少的矛盾日益凸显的现实背景下，能调则调、当判则判的“马锡五审判方式”有其存在的必要性。据统计，2017—2021年间，S市P区法院的四个派出法庭每年的案件调撤率基本都在40%以上（见图2），这

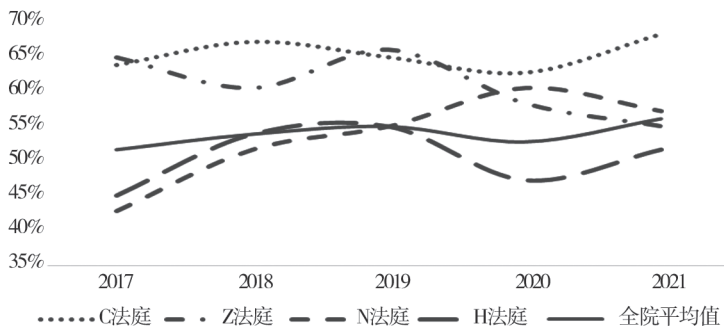


图2 2017—2021年S市P区四个人民法庭的调撤率

① 参见张立勇：《论“马锡五审判方式”在当代的继承与发展》，载《人民司法·应用》2009年第7期。



说明以“调判结合”的“马锡五审判方式”仍有其生存和发展空间。

时至今日,“熟人社会”的乡土性质并未被社会转型所颠覆。乡村社会虽脱离了长达几千年的小农经济模式,但其现有的与外界差异化的发展模式、“低头不见抬头见”的生存环境决定了“熟人社会”中的宗族亲情关系仍不可取代。^①同时,目前我国广大农村和欠发达区域人们的法治文化程度较弱,如果我们一味采取“对簿公堂”的形式,强调当事人主义和法官的消极中立,那么对于法律知识欠缺、诉讼能力处于劣势的当事人来说,显然是不公平的。

2. 司法价值:案结事了,法律效果和社会效果相统一

“马锡五审判方式”注重调解艺术,这也是最能体现古代基层司法智慧的“东方经验”。^②当然这并不是否定裁判的价值。一刀两断、非黑即白的裁判方式对于具有长期性(如家庭关系)、综合性(如团体与成员之间的关系)、难舍难分性(如相邻关系)的社会关系产生之纠纷的解决难以达到预期效果。而在广大的基层农村的纠纷解决中,自然人之间的民间借贷纠纷、婚姻纠纷、相邻权纠纷以及基于宅基地的分家析产纠纷、共有纠纷等占据了很大的比重。这些家长里短类型的矛盾通常涉及身份关系及人情乡俗,诉讼的过程往往也会给当事人带来难以修复的感情裂痕,执行起来也很困难或者成本较高。若简单化、机械化、格式化作出裁决,难以满足当事人心理预期,也得不到认同。法官想要通过判决传递的社会主义核心价值观和公平正义的理念难以直击当事人内心,相反可能会消减当事人对司法的信心,影响司法权威性,不仅案结事不了,还会加剧对抗和敌视的情绪,演变为更长期、更顽固的矛盾。相比之下,将心比心、以和为贵的调解往往能够最大化地实现纠纷的实质性化解,实现法律效果和社会效果的统一。

3. 本质属性:司法为民,人民法院的人民性

人民性是我国司法制度区别于西方司法的本质属性,也是我党最鲜明的政治底色。“马锡五审判方式”就是创新性地党的群众路线方针融入到审判实践,是一种司法民主的崭新形式。人民法院的人民性要求新时代的人民法庭延续“马锡五审判方式”的便民、利民、为民的内在精神,深入群众,依靠群众,抛弃传统行政的垄断与强制特征,充分保障人民的知情权、参与权、表达权、监督权,通过法官依法审判管理与村民有序政治参与的共同作用,在化解矛盾的同时实现真正的还权于民。

四、“马锡五式”人民法庭的建设路径构想

乡村治理是国家政权、社会组织、村民个体等多方主体依靠自身的治理逻辑调整

^① 参见王斌通:《“马锡五审判方式”的法治意蕴及当代传承》,载《山东科技大学学报(社会科学版)》2017年第2期。

^② 参见张希坡:《马锡五与“马锡五审判方式”》,法律出版社2013年版,第22页。

乡村社会的秩序,调和各方利益并为乡村社会提供有效的公共产品的过程。^① 人民法院作为基层法院的“神经末梢”,应当充分利用地缘优势,厘清职能定位,充分继承和弘扬“马锡五审判方式”的红色基因,定基调于前、重建设于中、促延伸于后,多方联动为乡村振兴保驾护航。

(一) 定基调于前:平衡纠纷解决方向

“携卷下乡”“田间谈话”等案件处理方法体现了对司法实质正义的维护,符合广大村民对纠纷化解的初始意愿。但不可否认的是,专业法官对于程序价值高层次的追求,甚至对裁判程序的高度服从,容易与忽视程序价值的村民产生冲突。因此,如何找寻程序正义和实质正义的最佳平衡点成为架设“马锡五式”人民法庭必须考量的问题。

一是统筹司法权与当事人自治权的关系。虽然“马锡五审判方式”强调广泛吸收并参照行政权、公众意志、民俗乡礼等非理性因素,但是法官仍然承担着掌控庭审节奏、决定程序走向并最终依法裁断的职责,因此必须确保国家司法权在我国纠纷解决体系中的主导和核心地位。鉴于司法裁判技术性与村民朴素价值观念之间的固有差距,法官需要将释法说理贯穿于庭审各阶段,并嵌入裁判文书中争议焦点的归纳与法律适用部分,学会运用“草根智慧”疏通法官与村民之间的交流障碍,向当事人释明各种行为选择将要面临的法律后果,引导其依照法定程序有序参与司法活动,以程序正义保障实质正义。在维护司法权威的前提下,还应保障多元化纠纷解决机制的功能得到最大程度的实现。这就要求法院适度突破程序限制、让渡一定权威,对当事人的协商方案秉持最低限度的合法性审查标准。在不违背法律、法规禁止性规定与公序良俗等的制度框架下,可以赋予当事人在私法自治范围内更多的选择权,并且允许非诉纠纷机构对司法广场内的既有规则进行灵活解释和创新适用的自主权,进而促进纠纷的实质性化解。

二是平衡调解与判决的关系。“判决与调解解决,即马锡五同志的审判方式。”^② 调解呈现出“田间地头”的乡村色彩,在程序适用上更加灵活便捷,以当事人自愿为前提且需尊重其处分权,与村民们心中的实质正义观相契合,因此通常能够有效缓和法律规范与民情风俗之间的张力,使纠纷在合议的基础上快速且彻底化解。而裁判则较为严格,需要在环环相扣的证据事实基础上依法规范处理。调解虽然在一定程度上更能符合村民心中的正义观,但其实是司法程序的部分妥协和对实质正义的让步,对于不适宜进行调解、通过努力难以达成调解协议的案件,还应当判则判,实现程序正义与实质正义的有机结合,最大化发挥机制组合优势。

三是协调国家法与村规民约的关系。村规民约系村民群众在国家法的制度框架内

^① 参见张青:《乡村治理的多元机制与司法路径之选择》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2020年第1期。

^② 张希坡:《马锡五与“马锡五审判方式”》,法律出版社2013年版,第192页。



创设并具有一定权威的基层自治规范,其与国家法互相配合、共同承担秩序维系和道德规训的社会治理职能。然而在当下乡土社会中,国家法通常将内生于乡土社会的村规民约作为直接规制的对象,但法律与道德的选择冲突、传统礼俗与现代法律的价值碰撞、二元治理权力体系的逻辑矛盾致使国家法与村规民约的互动并不十分顺畅。最理想的状态即是寻求在开放的社会权力与逻辑自洽的法律规范之间保持某种互动和平衡,在保持自身完整性的同时又秉持着开放性。^①既要保证国家法的权威性,对于村规民约中与国家法相冲突的部分进行法治化改造,并选择性吸收村规民约中的法治资源以实现国家法的自我修整;又要为村规民约保留一定的效力边界,尊重并挖掘地域或民族法律文化的自主价值,鼓励村规民约在不违背法律规范的范围内进行有益探索,从而达到法律官方叙事与民间叙事的有机结合。

(二) 重建设于中:着两点发力优化为民法庭路径

人民法庭的涵盖辖区范围广,一般设置在辖区的中心。虽便利当事人诉讼,但囿于辐射范围过广且受制于交通信息等条件,难免为审判工作带来不便。“马锡五审判方式”为我国司法建设提供的宝贵经验之一便是巡回法庭制度,“陕甘宁边区政府时期高等法院及其分庭为了便利人民诉讼或因案情复杂,将案件带到当地,深入对证,进行处理的一种审判方式”^②。因此,要积极推进“以中心法庭为主、巡回审判点为辅”的法庭布局形式。一方面,“马锡五式”人民法庭要引进来,中心法庭应推进集约诉讼服务,实现一站式解决纠纷,这个过程需凝聚乡贤力量、融入民俗文化;另一方面,“马锡五式”人民法庭要走出去,合理规划巡回审判点,打通司法的“最后一公里”,向群众输送“看得见的正义”。

1. 引进来:依靠群众,礼法共治源头化解纠纷

群策群力增添法治温度。乡村社会是乡土气息的集合体,村镇之间大多是熟人构成的社会体系。讲究人情味的特点使得德高望重的乡贤名士在乡村社会的纠纷化解上往往发挥着异乎寻常的作用。实际上,传统型的纠纷化解模式就是依靠村干部、村乡贤、宗族名士等,以其内生的权威、名望及人脉资源而使村民产生尊敬和认同,最终互谅互让、调和矛盾的过程。这部分精英力量理应被最大化地利用,将乡贤名士合理引进来,参与诉前、诉中的调解,能够弥合司法专业性与人民性差距,为司法增温。人民法庭需与民间调解组织形成良性互动,构建“党委领导,以法庭为牵头、以民调组织为纽带、乡镇有人协调、村村有人负责”的大调解格局。^③此外,还可以借力官方或民间资源,助力法律话语、诉讼话语与大众话语、民间话语的互相融合与转换。

① 参见熊月之:《中华传统荣辱观的教化系统》,载《毛泽东邓小平理论研究》2007年第10期。

② 马锡五:《新民主主义革命阶段中陕甘宁边区的人民司法工作》,载《法学研究》1955年第1期。

③ 参见重庆市北碚区人民法院课题组:《农村社会治理下人民法庭职能优化的思考》,载《人民法院报》2016年12月28日,第8版。

民俗乡礼柔化法治刚性。司法实践中仍有部分人民法庭的法官在调解矛盾时方法过于死板、一味依赖冷冰冰的法律规范,过分强调规则意识的重要性,没有从乡村固有的习俗人情处着手,因此调解的成功率并不高。长久扎根本土的民俗文化、乡土礼仪经过了历史的沉淀和时间的考验,早已成为一种约定俗成、根深蒂固的习惯,对当地的村民具有一定的引导、教化和规范作用。法治文化虽是后来者,却不是竞争者。民俗文化、乡土礼仪与法治文化不应是截然对立的,而是可以被合理引进来巧妙融合,促进纠纷自愿化解,同时避免法律的过度强制性,修复已然受损的社会关系。“十里不同风,百里不同俗”,地域性差异大对乡村人民法庭的法官和法官助理提出了更高层次要求,通过与村民加强交流、学习方言,充分了解地域习俗、惯例、乡规民约等。当然,法律规范也不能过度柔化,司法审判对民间规范的吸取要以正当程序为基础,不能脱离实体法所确立的基本原则与价值取向。^①

2. 走出去:深入群众,民主对话就地化解纠纷

一是加强民主对话,强化解纷效果。推行巡回审判制度,就地审理,深入对证,通过面面俱到、由浅入深的民主对话机制,紧紧围绕争议焦点以法释疑,以理劝息,最终达到定分止争、案结事清的效果。

二是借助地方资源,提升解纷能级。案发地是审判工作的源头,亦是司法效果的辐射之处,案件事实查明需要案发地群众的参与,乡土社会发生的案情多为婚姻、继承、土地类纠纷,这类案件有明显的身份色彩,案件事实要查清楚就离不开一系列身份关系的查明,而在乡土社会中,村民圈子较小,祖祖辈辈们一起生活,周围群众对此也较为清楚。在巡回审判工作中,通过实地调查、借助当地资源,将查明的案件事实与地方对应的法律法规政策等结合起来,方能更好处理案件,化解纠纷。

三是前移矛盾端口,提高解纷效率。设立驻村法官工作室,对接民间调解组织,法官提前介入调和可能引发的纠纷,将纠纷化解在诉前,把矛盾化解在最基层;每月派驻村法官工作室专人定时、定点开展巡回办案、法官释法说理等活动,把司法资源不断下沉至基层。

(三) 促延伸于后:以多方联动重构乡村治理格局

审判工作是人民法庭的基本职能,但不是司法工作终点。^②“马锡五审判方式”的精神内核要求人民法庭将党的群众路线贯彻始终,把为人民谋幸福作为终极目标。通过法律手段化解纠纷只是乡村治理的冰山一角,人民法庭作为最基层的审判组织,也是离乡间、离群众最近的窗口,在参与社会治理中有着得天独厚的地理优势,理应透过案件现象探究问题本质,为乡村治理献策献智,打破发展瓶颈,助力乡村振兴,提

^① 参见谢晖:《论民间规范司法适用的前提和场域》,载《法学论坛》2011年第3期。

^② 参见马锡五:《中央最高人民法院西北分院马锡五院长在陕西省第二届司法会议上的讲话》,载《陕西政报》1953年4月16日,第7版。



升人民的幸福指数。

人民法庭在履行审判职能的同时,不能故步自封、浅尝辄止,而是需要将触角往前往后延伸,增加司法服务的“长度”。往前即是通过案件的归纳和梳理,总结类案发生的一般性特点,探析其背后隐藏的在乡村治理和发展过程中容易出现的问题及成因,追根溯源;往后则是将对案件的深度思考和数据的细致剖析实现实质性转化,形成可视化的成果。通过构建与其他政府部门、基层组织的联动机制,对乡村的治理和建设、法治环境的营造、乡规民约的完善等提供参考性的意见。比如参与当地乡镇综合治理会议、下发司法建议、及时向当地党委、人大报告等。推进法庭干警和综治网格员双融合,审判业务与乡镇治理双结合,协同社会矛盾纠纷处理中心、社区警务站、信访窗口等基层资源力量,及时防控可能发生的纠纷,使矛盾冲突消弭于萌芽之中。

司法服务的延伸不仅仅体现在“长度”,还需反映在“高度”上。要紧盯人民群众在参与司法活动中出现的急难愁盼、堵点痛点问题,有针对性地提升司法服务品质。“马锡五审判方式”始终秉承着便民和利民的原则,极大地简化了诉讼程序,节省了打官司的成本。新时代的乡村司法服务应乘着新兴技术的东风,一方面基于法庭工作的复合性、法庭建构和运行模式的独特性,“法庭 E+”平台的研发必须充分考虑智能产品与法庭工作的适配性、融合度以及可操作性,尽可能地契合审判运行机制、审判人员的办案习惯以及村民群众的普遍需求;另一方面要大幅度推进诉讼服务资源下沉,依托人民法庭、乡镇综治中心、重点村居园区,打造具备云间庭审和在线调解等功能的便民联系点,提供 24 小时网上自助点单式服务,让人民群众充分享受智慧法院带来的司法便利。

结 语

“全面推进依法治国,推进国家治理体系和治理能力现代化,工作的基础在基层。”^①人民法庭是人民法院位于基层的“窗口”,是定分止争、服务群众的第一线,更是完善社会治理,促进乡村振兴的“试验田”。要想打破人民法庭在乡村社会转型过程中参与乡村治理的屏障,就要传承和延续“马锡五审判方式”的红色基因和优秀传统,定基调于前、重建设于中、促延伸于后,找寻程序正义与实质正义的最佳平衡点,深入群众、依靠人民、实事求是、礼法共治,不断延伸司法服务的“长度”和“高度”,各点发力、多方联动,着力重构以自治为基础、以法治为保障、以德治为支撑的乡村治理新格局,助力乡村振兴。

(责任编辑:杨 军)

^①《习近平:依法治国基础在基层》,载中国政府网, http://www.gov.cn/xinwen/2021-03/08/content_5591315.htm。

乡村振兴中乡镇人民法庭的功能争辩与地位重塑

祝文锋*

内容摘要：新时代人民法庭工作除坚持“两便”原则外，还应坚持“便于人民群众及时感受到公平正义”，更好地服务乡村振兴。然而，乡镇人民法庭的现有功能不足以回应因乡村振兴而引发的司法诉求，难以应对执法权下沉到底改革带来的挑战。究其原因，在于“三便”原则与乡村振兴在乡镇人民法庭功能存续和拓展上的碰撞与交融。在乡村振兴中，乡镇人民法庭应当成为乡村治理体系中乡镇层面的法治枢纽。为此，应适度打破基层法院案件审理与审判庭相对应的界限以及法院行政管理与审判管理对人员管理的重叠模式，拓宽乡镇人民法庭的案件审理范围，培养适合乡村司法的复合型人才。

关键词：人民法庭；乡村振兴；三便原则；司法功能

中图分类号：DF822 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156 (2022) 04-013-023

2021年7月25日，最高人民法院召开全国高级法院院长座谈会，会议强调新时代人民法庭坚持的工作原则由“两便”原则发展到“三便”原则，即在“便于当事人诉讼”“便于人民法院依法独立公正高效行使审判权”的基础上，增加了“便于人民群众及时感受到公平正义”。之前，《中华人民共和国乡村振兴促进法》已于2021年6月1日起施行，乡村振兴战略从党的决策部署落实到了国家的法律。作为法律适用机构，人民法院在乡村振兴战略中的法治保障作用不言自明，而乡镇人民法庭由于地处乡镇，扎根基层，面向农村，因此天然地处于服务乡村振兴的最前沿。

一、乡镇人民法庭功能的实证分析

《最高人民法院关于人民法庭若干问题的规定》第6条规定：“人民法庭的任务：（一）

* 祝文锋，江西省上饶市中级人民法院研究室法官助理。



审理民事案件和刑事自诉案件,有条件的地方,可以审理经济案件;(二)办理本庭审理案件的执行事项;(三)指导人民调解委员会的工作;(四)办理基层人民法院交办的其他事项。”时至今日,人民法庭的功能已有所变化。笔者通过互联网搜索了100家优秀乡镇人民法庭,其中全国优秀人民法庭或全国法院先进集体40家,省级优秀人民法庭60家。^①优秀人民法庭是人民法庭的代表性集体,基本上能够涵盖人民法庭所具备的功能。

通过对优秀乡镇人民法庭的事迹材料进行梳理,可以发现,乡镇人民法庭的功能主要有民商事审判、调解(含诉前调解)、诉源治理(含指导人民调解委员会工作)、司法便民、法治宣传教育、信访维稳等。笔者认为,这些功能可以分为主要功能、次要功能和辅助功能。

(一) 主要功能:民商事审判和诉源治理

1. 民商事审判。审判执行是人民法院的主责主业。目前,作为派出机构,人民法庭基本上只审理民商事案件,只有个别法庭还审理其他类型的案件,比如云南省安宁市人民法院昆钢法庭还审理刑事自诉案件。^②

2. 诉源治理。《最高人民法院关于深化人民法院司法体制综合配套改革的意见——人民法院第五个五年改革纲要(2019—2023)》(以下简称《五五改革纲要》)中首次提出“要完善诉源治理机制,推动从源头上减少诉讼增量”。有学者认为,诉源治理是指社会个体及各种机构对纠纷的预防及化解所采取的各项措施、方式和方法,使潜在纠纷和已出现纠纷的当事人的相关利益和冲突得以调和,并且采取联合行动所持续的过程。^③当前,人民法院案多人少的困境并未得到根本化解,而回应型司法理念的树立也使得人民法院对不断涌现的纠纷探索良好的化解机制。^④因此,诉源治理对于人民法院更有着特殊的意义和迫切的实践需求,也是人民法庭的主要功能。当然,诉源治理有着多种表述形式,有的表述为“指导人民调解委员会工作”,有的表述为“构建多元化纠纷化解机制”,有的表述为“传承‘枫桥经验’”,有的表述为“把非诉化解手段挺在前面”,这些表述的实质就是完善诉源治理,减少诉讼增量。

(二) 次要功能:法治宣传教育、法律咨询、信访维稳、司法建议等

1. 法治宣传教育。司法机关所承担的法律文化传播功能,是我国司法机关从革命根据地时期就开始承担的重要职能。^⑤在司法实践中,开展法治宣传教育的方式方法

① 相对于数量庞大的乡镇人民法庭而言,100家所占比例很小,但本文并非对乡镇人民法庭的功能进行量化分析,而是对乡镇人民法庭的功能进行描述,因此,尽管数量较少,但能够满足本文的需要。

② 参见云南法制经济网, <http://www.ynfzjj.cn/Article/ShowArticle.asp?ArticleID=15379>, 2022年4月10日访问。

③ 参见王雪莲:《诉源治理规范化建设的现实解决路径》,载《江苏法制报》2020年1月7日,第A07版。

④ 参见胡云腾、袁春湘:《转型中的司法改革与改革中的司法转型》,载《法律科学(西北政法大學学报)》2009年第3期。

⑤ 参见高其才等:《政治司法——1949—1961年的华县人民法院》,法律出版社2009年版,第90页。

是多种多样的。对于人民法庭而言,比较典型的有送法进校园、巡回审判等。

2. 法律咨询。人民法庭直接面对广大人民群众,为人民群众提供法律问题的咨询是人民法庭的日常工作。

3. 信访维稳。信访维稳工作与诉源治理有交叉,但不能相互取代。诉源治理实质是在诉讼外化解矛盾纠纷,而信访维稳有时涉及到诉讼案件。

4. 司法建议。司法建议是人民法庭针对审判中发现的问题,提出改进和完善的建议,是人民法庭延伸司法职能的重要途径,也是人民法庭参与构建共建共治共享的社会治理格局的重要手段。

(三) 辅助功能:司法便民、调解、信息化建设等

辅助功能可以确保人民法庭更好地发挥主要功能和次要功能。主要功能和次要功能是目的,辅助功能是手段。

1. 司法便民。作为人民法庭的工作原则,司法便民内涵丰富,形式多样。比如假日法庭,为工作日上班的当事人提供了便利。人民法庭有些工作可能承载着不同的功能。比如巡回审判,既可以作为法治宣传教育的形式,也可以作为司法便民的形式。

2. 调解。调撤率较高是优秀乡镇人民法庭的普遍特征。^①将调解作为人民法庭的辅助功能,可能会面临相当大的质疑。调解是一种手段,是服从和服务于审判工作的,调解的目的是让当事人更好地接受纠纷处理结果,因此调解是人民法庭的辅助功能。

3. 信息化建设。严格地说,信息化建设属于司法便民范畴,但信息化建设的重要性是如此突出,不能不单独列出。尤其是在当前疫情多点散发、疫情防控常态化形势下,当事人无法到庭参加诉讼,而科技法庭的建设、“云庭审”的推广,使得人民法庭可以最大程度地克服疫情带来的诉讼不便,提高诉讼效率。

二、乡村振兴战略下乡镇人民法庭面临的挑战

(一) 人民法庭在国家乡村振兴战略中的定位

《中共中央、国务院关于实施乡村振兴战略的意见》(以下简称《意见》)和《中共中央、国务院乡村振兴战略规划(2018—2022年)》(以下简称《规划》)从建立健全现代乡村治理体制的高度,提出了在乡村治理体制中要有法治保障。《意见》还强调要抓紧研究制定乡村振兴法,把行之有效的乡村振兴政策法定化,因此,《乡村振兴促进法》更多地是对中共中央、国务院关于乡村振兴的政策予以法律确认,契合在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化。作为中央层面的顶层设计,《意见》

^① 在100家优秀乡镇人民法庭的事迹材料中,调撤率高几乎是每个法庭的标配,而且调撤率达到90%以上的优秀乡镇人民法庭比比皆是。



《规划》以及《乡村振兴促进法》并未对乡镇人民法院提出具体要求和明确任务。但是,乡镇人民法院作为人民司法的重要组成部分,是乡村司法的践行者、参与者、推动者,因此,为乡村振兴提供法治保障以及实现法治与自治、德治有机结合也是中共中央、国务院对乡镇人民法院提出的必然要求。

国家从宏观层面要求法治保障乡村振兴,然而乡镇人民法院所具备的司法功能却无法有效保障乡村振兴。比如,《意见》把加强农村突出环境问题综合治理作为推进乡村绿色发展的重要内容,而从前述100家优秀乡镇人民法院的事迹材料中无法得出乡镇人民法院可以受理环境资源类案件。这固然有法治保障是对整个司法系统,而非专门对乡镇人民法院提出要求的原因,但在乡村振兴中乡镇人民法院司法保障功能的不足还是显而易见的。人民法院的存废之争早已存在,^①司法责任制改革中人民法院也一度边缘化,^②如果在乡村振兴中乡镇人民法院不能有所作为,关于人民法院的存废之争会再次甚嚣尘上。

(二) 执法权下沉到底的前瞻

正所谓“上面千条线,下面一根针”,乡镇人民政府作为一级基层政府,是乡村振兴战略中各项任务的具体落实者、执行者,在乡村振兴中无疑将发挥不可替代的重要作用。《乡村振兴促进法》提出要“加强乡镇人民政府社会管理和服务能力建设,把乡镇建成乡村治理中心、农村服务中心、乡村经济中心”。乡镇人民政府的作用将更加突出。为加强乡镇人民政府社会管理和服务能力建设,我国近几年持续推进执法权下沉到底的改革。有学者指出,执法权下沉到底是指将县级行政主管部门的部分行政审批权、行政处罚权和行政强制权交由乡级政府机关行使。^③在中央顶层设计层面,《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》《关于推进基层整合审批服务执法力量的实施意见》都明确提出要推进综合执法,减少执法队伍种类。《行政处罚法》第24条规定省级政府可以将县级政府部门的行政处罚权交由乡镇人民政府。如果说《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》《关于推进基层整合审批服务执法力量的实施意见》是为执法权下沉到底改革提供了政策依据,那么《行政处罚法》第24条就为执法权下沉到底改革提供了法律依据。

乡镇人民法院作为派驻在乡镇的司法机构,化解矛盾纠纷、维护社会稳定是乡镇人民法院与乡镇人民政府的共同追求。在这一共同追求下,开展诉源治理、提供法律咨询服务和开展法律宣传是乡镇人民法院与乡镇人民政府打交道的主要形式。然而,在执法权下沉到底改革全面推进的当下,乡镇人民政府将行使大量的行政执法权,其对司法的需求可能有所变化。比如,乡镇人民政府会邀请乡镇人民法院参与行政纠纷的诉前调

① 参见邵俊武:《人民法院存废之争》,载《现代法学》2001年第5期。

② 参见李鑫、马静华:《中国司法改革的微观考察——以人民法院为中心》,载《华侨大学学报(哲学社会科学版)》2016年第3期。

③ 参见叶必丰:《执法权下沉到底的法律回应》,载《法学评论》2021年第3期。

解。囿于法律规定,乡镇人民法庭不审理行政案件,对行政法律知识储备相对不足,无法有效回应执法权下沉到底改革带来的挑战,由此导致乡镇人民法庭在乡村振兴中的作用降低。有研究表明,近年来乡村法庭的数量持续萎缩,而派出所、司法所却逐渐扩张。^①乡镇人民法庭的撤并,使得乡镇人民法庭的功能更加聚焦于传统的审判、法律咨询等功能,而难以有足够的精力去延伸司法服务,与乡镇人民政府完成化解矛盾纠纷、维护社会稳定这一共同追求时将捉襟见肘。如果乡镇人民法庭不能有效应对执法权下沉到底改革,则乡镇人民法庭要么在乡村治理体系中逐渐边缘化,要么被取代,比如被诉调中心取代。

(三) 乡村治理中的个案观察

案例一:长期养羊从事养羊工作,2018年其村庄土地被征收,用于建设尾矿库。之后,甲养殖的羊不断生病、死亡,便怀疑是尾矿库污染了周围环境,造成羊生病死亡,遂向法庭提起环境侵权之诉。法庭告知甲,环境案件实行“三合一”审理,法庭不受理,要到法院立案庭立案。

案例二:乙向丙购买农机,买卖合同约定了逾期付款违约金。乙逾期未付款,丙向法庭起诉,法庭组织双方调解。乙提出违约金过高,只愿支付一小部分利息,否则不同意调解,并表示判后将上诉。双方按照乙的意见达成了调解协议。

案例三:丁戊是邻居,丁的住房与戊的附属房相邻,多年来共用一条路进出。2020年10月,丁在路上打起水泥,并用石块封在戊的门口。戊向村、镇多次反映,村、镇组织双方调解时,丁要么不来,要么蛮横不理。村、镇也没办法。后来,丁戊双方达成协议,原来的道路丁用三分之二,戊用三分之一。不久,丁又反悔,重新用石块封在戊的门口。最后双方达成新的协议,原来的道路丁用五分之四,戊用五分之一。法庭从其他渠道得知了双方的协议。

乡镇人民法庭面临着大量的琐细的各类纠纷,对于乡镇人民法庭而言,每天都按部就班地处理这些纠纷,已经习以为常,因此很难感受到当事人对纠纷处理方式背后所隐含的价值考量的感观。比如案例一,环境类案件“三合一”审理有利于增强生态环境的司法保障,但对当事人而言,意味着诉讼成本的增加以及乡镇人民法庭“做不了主”。案例二更直接引发当事人对乡镇人民法庭的质疑。^②有学者指出,任何主体的法律实践都是一次“知情祛魅”的过程,“祛魅”是指感受到了法律制度本身的弊端和不公正感。^③当事人的不同感观,可能造成法庭在调解、诉源治理等方面的威信减弱,不利于法庭司法功能的发挥。

① 参见贾升宗:《乡村法庭适度增设的结构功能主义分析》,载《山东审判》2020年第5期。

② 该案为笔者承办的案件。调解后,丙对笔者说“早知道来法庭也就是要回本金,我就不来了”。

③ 参见高岚:《乡土社会治理下人民法庭的司法功能》,载《人民司法·应用》2015年第17期。



三、“三便”原则与乡村振兴的碰撞与交融

(一) 人民法庭的机关化

《人民法院组织法》规定：“基层人民法院根据地区、人口和案件情况，可以设立若干人民法庭。”“人民法院根据审判工作需要，可以设必要的专业审判庭。法官额较少的中级人民法院和基层人民法院，可以设综合审判庭或者不设审判庭。”从上述规定可以看出，人民法庭与机关庭室是不同的。同样，在设立之初，人民法庭就是与法院机关庭室不同的特别机构，以维护政权为根本目的和直接目的。^①改革开放以来，尽管人民法庭的职责逐渐以审理案件为主，但“便于当事人诉讼、便于法院审理案件”原则的确立也凸显出人民法庭的独特地位。然而，随着法院人员招录的统一化、规范化，办公条件的现代化、信息化以及内部管理的科层化，人民法庭基本与基层法院的普通庭室无异。^②人民法庭与机关庭室的同质化程度越来越高，其机关化态势也越来越明显。

与机关庭室的同质化，让乡镇人民法庭不再是“派驻”法庭，而成了“走读”法庭，传统的“送法下乡”越来越多地被“坐堂审案”取代。简易程序的大量适用、信息化建设的推进等，使得乡镇人民法庭在案件办理中“单打独斗”的多，与司法所、村委会等单位的联系不再像以往那么密切。如果说“两便”原则着眼于便利诉讼、便利审理，其辐射范围限于当事人、人民法庭，那么“便于人民群众及时感受到公平正义”这一原则的提出，让人民法庭坚持的工作原则从着眼于便利诉讼、便利审理扩大到着眼于公平正义，其辐射范围也从当事人、人民法庭扩大到整个社会层面。因此，“三便”原则要求人民法庭更及时地回应群众的司法诉求，乡村振兴则要求人民法庭更多地与基层单位一起，强化诉源治理，因此，“三便”原则与乡村振兴的交融，必然要求人民法庭拓展司法功能，尤其是拓展诉源治理这一主要功能。

(二) 人民法庭的功能争辩

有学者指出，在当代中国农村基层法院审判（包括调解）中，仍然以解决纠纷为中心。然而现代法治的核心却是规则的统治，即规则之治。^③由此，乡镇人民法庭面临着尴尬的处境：一方面，在实践层面，主张解决纠纷；另一方面，在目标导向上，倡导规则之治。调解有利于迅速有效地解决纠纷，然而调解结案率较高又引发质疑。“调解结案率越高，问责的范围就越小，司法腐败的余地也就越大。”^④判决有利于减轻上

① 参见冯兆蕙、梁平：《新时代国家治理视野中的人民法庭及其功能塑造》，载《法学评论》2022年第1期。

② 参见张青：《当代中国社会结构变迁与乡村司法之转变》，载《中国农业大学学报（社会科学版）》2019年第5期。

③ 参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，北京大学出版社2011年版，第130页。

④ 季卫东：《大变局下中国法治的顶层设计》，载《财经》2012年第5期。

述质疑,但或许不利于防止矛盾的激化,尤其是在法律事实与客观事实不相符的情况下。^①同时,乡镇人民法院受理的案件大多数涉及家长里短、日常生活,如果单纯地将制定法作为唯一准绳进行判决,可能引发法律与情理、道德之间的冲突,影响判决结果的可接受度。

此外,随着乡村振兴战略的实施,传统的乡土社会已经发生了巨大的变化。有学者指出,当代乡土社会结构已发生变迁,具体表现为乡村社会的地方性被打破、乡村人际关系日渐货币化、乡村利益格局和社会规范多元化。^②因此,“厌讼耻讼”心理逐渐消失,到人民法院打官司不再成为乡村的新鲜事物。但是,司法作为纠纷解决的方式,其原因可能并不是乡土法治信仰的提升,而是农民基于实用主义的需要,将司法作为与对方谈判的筹码,把诉讼当作一条纠纷解决的后路,而非捷径。^③因此,构建自治、法治、德治相结合的乡村治理体系任重而道远,而乡镇人民法院的现有功能却难以提供有效的司法供给。

(三) 人民法院在专业化审判中的边缘化

法律条文的繁琐、法律程序的精细、法律权利义务关系的差异,使得三大审判有着各自不同于其他审判的特征。当然,这种差异也体现在同一审判的不同领域之中。此外,不同的案件类型也具有不同的价值追求、承载着不同的功能,由此同一审判领域以及不同审判领域但同一案件类型的专业化审判应运而生,前者如刑事审判中的未成年人审判、民事审判中的家事审判等,后者如环境资源审判等。类型化案件专业化审判可以提升裁判效率,统一裁判法律认识与理性认识,降低交易成本与当事人的机会成本,最终提升司法效率。^④

专业化审判固然可以提升司法效率,但人民法院面临的所有纠纷并不总是可以类型化的,尤其是乡镇人民法院面临的纠纷。尽管有些法院将人民法庭打造成专业化审判法庭,或者将某一类型化案件统一由一家人民法庭管辖,但这仅是少数,而且也仅适合城区人民法庭,不符合乡镇人民法庭。乡镇人民法庭无法开展专业化审判,加之简易程序的大量适用,导致乡镇人民法庭在法院系统中也逐渐边缘化。

(四) 人民法庭的司法属性

司法权与行政权是国家权力的重要组成部分,在国家权力结构中,行政权与司法权虽然同属于执行权,但两者有本质的区别,即司法权是判断权,行政权是管理权。然而,在考察当代中国国家权力时,不应当停留于法律文字的规定,也不应仅仅看行

① 对于人民法庭而言,这方面的典型案例就是民间借贷纠纷案件,尤其是涉及金额不大的案件。原告证据不足,法庭依据证据规则判决驳回原告诉讼请求,符合法律规定,但可能不符合客观事实,由此导致原告上诉上访。

② 参见张青:《当代中国社会结构变迁与乡村司法之转变》,载《中国农业大学学报(社会科学版)》2019年第5期。

③ 参见高岚:《乡土社会治理下人民法庭的司法功能》,载《人民司法·应用》2015年第17期。

④ 参见金晓平:《经济学视角下专业合议庭制度的构建》,载《研究生法学》2017年第2期。



使权力的人是否有“国家干部”的身份,而应当看普通人如何同这些代表国家的人打交道,以及代表国家的人又以何种方式同国家权力意图治理的对象打交道。^①

乡镇人民法庭身处乡镇,却又心属司法,容易受困于司法权与行政权的藩篱。在诉源治理过程中,乡镇人民法庭与隶属于乡镇人民政府的司法所、人民调解委员会、综合治理办公室等机构协同行动。此时,对于当事人而言,区分乡镇人民法庭是司法机关还是行政机关是没有意义的,他只知道,法庭和司法所等机构一样,是代表“公家”来处理纠纷的。尽管乡镇人民法庭行使国家审判权,然其现实定位与实践运行却长期带有明显的非司法化特征。不仅当事人,甚至司法所等乡镇政府工作机构也把乡镇人民法庭当作乡镇政府的一份子,有时乡镇人民法庭或无奈、或潜意识地把自身当作乡镇政府的一份子,但吊诡的是,乡镇人民法庭却必须时刻提醒自己作为国家司法权代表而“在场”于乡村社会。

四、乡镇人民法庭的功能拓展

(一) 乡镇人民法庭应便于人民群众及时感受到公平正义

1. 乡镇人民法庭应当成为乡村治理体系中乡镇层面的法治枢纽。人民法庭的尴尬处境不是因为乡村振兴战略的实施而造成的,对人民法庭的质疑早已有之,对其存废的讨论也早已有之。在司法体制改革以及乡村治理现代化的背景下,对人民法庭的改造方案也层出不穷。有学者认为,应当将人民法庭与基层法院分离,把人民法庭改造成为非正式司法性质的简易纠纷处理机构。^②也有学者认为,应当把人民法庭改造成为速裁法庭或专业化法庭。^③《乡村振兴促进法》提出要把乡镇建成乡村治理中心、农村服务中心、乡村经济中心,与此相应的是乡土司法需求的范围及类型将更加多元。如果把乡镇人民法庭作为单一的专业化法庭,或者只审理简单案件的速裁法庭,那么乡镇人民法庭更加不能适应乡土社会的多元化司法需求,最终将沦为乡村振兴的看客,因此该种方案只是正确道路上的错误意见,乡镇人民法庭要既能专业化审判,也能快速处理简单纠纷,要具备审理各类案件的综合能力。如果把乡镇人民法庭脱离正式司法,则更是主动放弃了司法在乡村振兴中的前沿阵地,成为了乡村振兴的逃兵,因此该种方案只是错误道路上的正确意见,乡镇人民法庭要作为正式司法机构处理纠纷。随着正式法律规范在乡村司法中开始由边缘走向中心——为乡村司法的法治化运行奠

① 参见苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,北京大学出版社 2011 年版,第 28 页。

② 参见刘以军:《试论基层法院与人民法庭的分离》,载《深化司法改革与行政审判实践研究——全国法院第 28 届学术讨论会获奖论文集(上)》。

③ 参见高虹、牛毅刚、王华伟:《城市人民法庭建设的功能重塑与路径选择——以四个直辖市 303 个人民法庭为样本》,载《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究——全国法院第 30 届学术讨论会获奖论文集(上)》。

定基础。^① 乡镇人民法院作为审理案件的正式司法机构, 理应借助乡村司法法治化的有利契机, 强化主要功能, 拓展次要功能, 深化辅助功能, 为乡村振兴提供法治保障, 使乡镇人民法院成为乡村治理体系中乡镇层面的法治枢纽。

乡镇人民法院成为乡村治理体系中乡镇层面的法治枢纽, 一方面契合了“三便”原则。2021年9月, 最高人民法院正式提出人民法院“三便”原则, 不仅是对乡村法治建设的回应, 体现了回应型司法的要求, 也是对人民法院的重新定位。显然, 不能将人民法院等同于基层法院的机关庭室, 也不能把人民法院仅仅作为基层法院的一个派出机构。人民法院作为乡村治理体系中国家司法权“在场”的象征, 既要适用法律依法解决矛盾纠纷, 又要在乡村治理体系中发挥法治的保障作用, 让人民群众及时感受到公平正义。另一方面也响应了四级法院职能定位改革。明确四级法院职能定位, 有利于更好地保障当事人及其他诉讼参与人的诉讼权利, 有助于实现司法公正、司法公信、司法权威和司法效能。因此, 要结合四级法院审级职能定位改革试点, 在将基层人民法院职能定位于准确查明事实、实质化解纠纷的基础上, 进一步探索人民法院的职能定位。基于人民法院的特殊地位, 可将人民法院的职能定位于多元化解纠纷、快速实质化解纠纷。

2. 乡镇人民法院应当作为法规范价值的实施者和法律权利的最终捍卫者。随着乡村社会结构的变迁和人民法院自身的发展, 乡村司法过程更具形式理性特征。尽管媒体主流话语不断宣传人民法院深入群众, 《五五改革纲要》也强调要“坚持和完善人民法院巡回审判制度, 不断提高巡回审判的效果和水平”, 但随着交通愈发便利、农民进城, 城市与乡村不再是隔绝的两块, 加之“知情祛魅”的法律实践、普法宣传力度的加大, 乡村农民的法律意识日益增强, 国家正式法律规范将逐渐取代民间规范而成为整合乡村社会价值的规范。因此, 乡镇人民法院不应仅仅满足于具体纠纷的化解, 还要担负起在乡村社会重塑和实现国家法规范价值的职责。在自治法治德治相结合的乡村治理体系的构建过程中, 为防止出现权利义务设立或者诉讼外乡村纠纷解决在实体和程序上出现不公的后果, 乡镇人民法院理应秉持法律精神, 保障当事人的法律权利。

(二) 拓宽乡镇人民法院受案类型, 强化乡镇人民法院主要功能

乡镇人民法院受理的案件类型塑造了其参与诉源治理的范围。囿于人民法院与机关庭室的区分, 以及专业化审判与普通审判的分化, 乡镇人民法院审理的案件大多为传统的民事案件, 如民间借贷、离婚等, 而对行政诉讼、环境资源等案件不能受理, 无法承担起为乡村振兴提供法治保障的职责, 也难以有效参与诉源治理, 难以让人民群众及时感受到公平正义。为此, 有必要打破人民法院与机关庭室的界限, 扩大乡镇人民法院的受案范围, 夯实服务乡村振兴的根基。

^① 参见张青:《乡村治理的多元机制与司法路径之选择》, 载《华中科技大学学报(社会科学版)》2020年第1期。



1. 适度打破审判庭与受理案件类型相对应的界限。根源于三大审判的区分, 尽管目前内设机构改革已完成, 基层人民法院仍然设有刑事审判庭、行政审判庭和民商事审判庭, 相应的案件由相关的庭室审理。在设有刑事审判庭、行政审判庭和民商事审判庭的前提下, 人民法院所受理的案件可以并不必然要分配给相应的审判庭审理, 即审判庭与案件类型并不必然一一对应, 比如刑事审判庭并不必然只能审理刑事案件, 刑事案件也并不必然只能由刑事审判庭审理。这种设想当然会被质疑, 因为这不仅和当前基层法院的主要工作状况不相吻合, 也与一些法律规定有所出入。但当前基层法院的工作状况可以很好地回应这些质疑。首先, 基层法院院长不属于任何一个审判庭, 然而从理论上(司法实践中应该也是如此)基层法院院长可以审理任何一类案件。从应然角度上分析, 基层法院院长是员额法官, 这正是其可以审理任何一类案件的理由, 那么法院其他的员额法官也应该可以审理任何一类案件。其次, 环境资源审判要求“三审合一”, 然而并不是所有的法院都有单独编制的环境资源审判庭, 因此无论环境类案件由哪个审判庭受理, 都已打破审判庭与案件类型一一对应的模式。

当然, 基于服务乡村振兴的目的, 乡镇人民法庭并不需要审理所有类型的案件, 而只是需要审理与乡村振兴有关的案件。目前乡镇人民法庭可以受理以下几类案件: 一是法庭辖区内的刑事自诉案件以及由法庭审结案件的执行案件, 这也是《最高人民法院关于人民法庭若干问题的规定》中规定的; 二是法庭辖区内的涉及乡镇人民政府的行政非诉案件。行政非诉案件涉及乡镇人民政府行政执法权的规范行使, 由乡镇人民法庭受理, 一方面可以监督乡镇人民政府依法行政; 另一方面也可以发挥乡镇人民法庭的优势, 强化行政非诉案件的协调工作, 促进行政争议的实质化解。乡镇人民法庭受理的案件应当随着乡村振兴的开展而适时调整。

2. 适度打破行政管理与审判管理在人员上的重叠。司法责任制改革之后, 基层法院的法官、法官助理、书记员的配备比例一般为1:1:1, 即员额法官与辅助人员的比例为1:1。这种人员配备一般是固定不变的, 即一个员额法官与他的法官助理、书记员共同完成案件审理任务, 除非例外情形, 该员额法官不会和其他员额法官的法官助理或者书记员完成案件审理任务。这种人员配备固然可以强化员额法官与辅助人员的契合度, 提高案件审理效率, 却是法院行政管理中人员管理模式在审判管理领域的覆盖。在基层法院行政管理中, 员额法官及其辅助人员只归属于一个庭室。员额法官及辅助人员属于审判人员, 可以不必完全照搬行政管理中人员管理模式。行政管理中员额法官只归属于一个庭室, 但在审判管理中一个员额法官可以跨庭室审理案件。而且将员额法官固定在一个庭室, 也会限制员额法官与辅助人员办案能力的提升。就乡镇人民法庭而言, 法庭的员额法官及辅助人员可以成为其他庭室(如行政审判庭)的员额法官及辅助人员。当然, 过于复杂的跨庭室人员配备会造成管理上的混乱, 因此,

可以仅对乡镇人民法庭基于服务乡村振兴需要要求具备相应的业务知识,进而对法庭员额法官及辅助人员跨庭室审理案件的方式作一个设想。以法庭人员与行政庭人员相互跨庭审理案件为例,法庭员额法官可以作为案件承办法官或者合议庭成员来办理行政诉讼案件,此时其辅助人员可以由法庭辅助人员充任,也可以由行政审判庭辅助人员充任。行政审判庭的员额法官也可以办理法庭的民商事案件。此时,法官与辅助人员的比例是2:2。法官与辅助人员跨庭室审理案件,可以提升法官的审判业务能力,培养适合乡村司法的复合型人才。

(三) 持续延伸乡镇人民法庭的审判职能,丰富乡镇人民法庭次要功能

1. 持续推进巡回审判。在做好就地开庭、现场调解的基础上进一步延伸巡回审判的以案释法、法治宣传教育作用,在庭审后进行纠纷争点提示、法律规定解读,并就旁听群众的疑问进行解答,引导群众运用法律思维处理矛盾纠纷。

2. 持续开展普法宣传。在中国广大农村,有一种对法律咨询的制度性需求——人民法庭的法官在很大程度上实际起到了第一律师的作用。^①乡镇人民法庭可以立足于审判职能,积极创新普法宣传的方式。比如,针对民营经济的法律问题,人民法庭在审理中发现企业管理漏洞和法律风险点,可开展相应的法治讲座,为辖区企业提供预警信息,以优化营商环境。同时,运用好新媒体,通过播放网络庭审视频等,在传统节日等时间集中开展普法宣传。

3. 深入开展司法建议工作。在司法实践中,乡镇人民法庭办理大量的案件,这些案件与当地有着密切的联系,将这些案件所反映的社会矛盾、法律风险进行梳理总结,提出对策,能够为当地党政部门实施公共决策提供可靠的参考,为当地群众的生产生活提供可靠的行为预期。

(责任编辑:杨 军)

^① 参见苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,北京大学出版社2011年版,第232页。



“治理”与“法治”融合视角下人民法庭服务乡村治理的路径探析

付金良*

内容摘要：人民法庭服务乡村社会治理已经在诸多研究中得到共识，但现有研究大多从国家权力与乡村社会的结构体系中对人民法庭的定位作出讨论，讨论人民法庭司法中存在“法治论”与“治理论”的分野，忽视了人民法庭本身应当具有的治理功能。司法无论从内容上还是形式上，都存在影响乡村治理的因素，因此人民法庭的司法功能应实现“治理”与“法治”的融合。在纵向定位上，人民法庭应当区别于人民法院的办案机关，侧重其乡村治理功能；在横向定位上区别于其他政府部门，侧重法治功能。同时，应当借鉴乡村司法的优点，通过限缩司法范围、改造司法程序和吸收解纷主体等方式实现人民法庭乡村治理功能。

关键词：乡村司法；乡村治理；人民法庭；法治

中图分类号：DF822 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156 (2022) 04-024-038

近年来，理论及实务界围绕着人民法庭在乡村治理工作的职能定位、作用发挥等进行了大量的探讨，这些研究多着眼于国家与乡村治理的结构体系，将人民法庭的司法定位在规范化的现代司法体系中，^①对人民法庭的司法也产生了“法治论”与“治理论”的分野。^②人民法庭司法追求现代化与规范化的努力，实质是走向重视规则之治的“法治论”的路径，这是人民法庭在角色混同下根据现有司法结构作出的自然选择。在遵守司法规律的前提下，“治理论”与“法治论”并不是完全矛盾的，司法的内容及形式上的不同都可以产生不同的社会治理效果；由于人民法庭人员难以实现分化，因此可以对其司法构架进行改造，使其在实现“法治”的同时，也能达到乡村治理的效果；

* 付金良，山东省滨州市无棣县人民法院鲁北开发区人民法庭庭长。

① 参见冯兆蕙、梁平：《新时代国家治理视野中的人民法庭及其功能塑造》，载《法学评论》2022 年第 1 期。

② 参见陈柏峰、董明磊：《治理论还是法治论——当代中国乡村司法的理论构建》，载《法学研究》2010 年第 5 期。

人民法庭曾自发形成的“乡村司法”仍然可以为人民法庭实现纠纷实质性化解及参与乡村治理提供借鉴。

一、人民法庭的功能分野

人民法庭无论履行何种职责,其首先是作为司法机关而存在,审理案件是其最重要也是最基本的职能。但人民法庭的司法是仅作为法院司法活动的一部分,还是需要遵循司法规律的前提下通过司法实现其特殊身份被赋予乡村治理功能,是研究人民法庭司法时不能回避的一个问题。

(一) 应然探讨:人民法庭应当怎样司法

人民法庭虽然是人民法院的组成部分,但关于其详细的职责在最高人民法院的相关意见中得以不断重申,^①在此意义上人民法庭具有相对的独立性,作为最基本职能的法庭司法也需有其自身特点。

1. 培养规则意识。一直以来社会对法治都抱有极高的期望,这种期望转嫁到司法身上后便被赋予了更严格的意义,司法不但被冠以“公平正义的最后一道防线”的殊荣,同时诸如“严格司法”“公正司法”的要求和口号不时见于各种媒体的宣传报道中,遵守司法的规律往往被认定为实现法治的灵丹妙药。因此,司法承载着实现培育和维持规则的重要使命,而要实现这一点,司法必须要遵守其固有的规律。随着司法现代化的发展,规范化司法所要求的中立性、程序性独立行使审判权等逐渐被确认为司法所必须遵守的原则,作为人民法庭的司法也不能例外。这刺激人民法庭在案件办理中朝着正规化的方向迈步,人民法庭的各项配置逐渐规范化,大批经过规范法学教育的人员逐渐充实到了人民法庭队伍中,这些都被视为实现司法现代化的重要保障。严格的法律程序、精密的逻辑分析也成为了人民法庭司法的重要内容,而这也往往被认为是实现法治必不可少的组成部分。

2. 实质性化解矛盾纠纷。2021年9月27日,最高人民法院印发了《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》(以下简称《实施办法》),对四级法院的审级职能分别作出了定位。这种对审级职能进行区分的做法首先意味着司法的目标并不是整齐划一的,其可以根据某一标准(如在此即以法院的级别做为标准)设定不同的目标,为了此目的的实现司法主体当然可以对自身的司法活动作出调整。《实施办法》明确基层人民法院重在准确查明事实、实质化解纠纷,说明基层的司法活动具有实现查明事实、实质解纷的功能,而作为更为基层的人民法庭更应该沿着这一方向而努力。

^①《最高人民法院关于推动新时代人民法庭工作高质量发展的意见》较为详细地列明了人民法庭的工作职责,而其中很多职责在此前的相关意见或文件中多次被提及。



通常而言,在基层人民法院的司法中,“查明事实”往往是为了“实质化解纠纷”服务的,实质化解纠纷是基层司法的首要目标,人民法庭当然要在其司法活动中更加注重对纠纷的实质化解。

3. 参与乡村治理。上述实质化解纠纷的要求,因其可以有效化解争议、实现乡村的治理与稳定,因此从广义上已经属于乡村治理的一部分,在以下的讨论中也将其归入乡村治理的内涵中,不再单独讨论。此外,《最高人民法院关于推动新时代人民法庭工作高质量发展的意见》(以下简称《意见》)明确,人民法庭要立足法定职责,依法有序参与社会治理。“对没有形成纠纷但具有潜在风险的社会问题,可以向乡镇、社区有关单位提出法律风险防控预案;对已经发生矛盾纠纷的社会问题,可以提出可能适用的法律依据以及相应裁判尺度,但是不宜在诉讼外对已经立案的纠纷提出处理意见;对审判、执行、信访等工作中发现普遍存在的社会问题,应当通过司法建议、白皮书、大数据研究报告等方式,及时向党委、政府反馈,服务科学决策。”虽然狭义上的司法活动应当自纠纷进入诉讼程序开始起算,但人民法庭只有通过法律分析认为确有必要时才采取相应的措施,无论是提出风险预案、法律依据、相应裁判尺度还是提出司法建议,都应当包含对纠纷后果法律上的预判,尽管这种预判并非对个案的非常精准的处理意见,但法律上的预判实际也是对当事人或潜在的当事人权利义务进行法律衡量分析的结果。从这个意义而言将其作为人民法庭的司法或者“准司法”活动,进而参与乡村社会的治理。因此,人民法庭的司法还承载着服务乡村治理的功能。

(二) 实践检视:人民法庭如何司法

虽然人民法庭的司法被赋予了更高的期望,但在“司法普遍主义”及公正司法等原则的要求下,人民法院对法庭提出了几乎是相同的办案要求,人民法庭也无力脱离这种要求而存在,将自身同化于人民法院的办案体系内,司法与法院的其他司法单元保持了较高度上的一致性,也即出现了高度同质化的现象。

1. 办案范围的同质化。在很长一段时间内,人民法庭通过自身立案职能的形式变相享有自主选择办理案件的权利。“对于那些难以解决或者可能给法庭带来巨大麻烦的案件,即使符合立案条件,法官们也会以各种方法将其视为‘问题’而排除在法庭之外。”^①这种选择虽然具有功利性,但它保证了人民法庭可以在其能力范围内化解纠纷,并形成独具特色的“乡村司法”。在立案登记制实施后人民法庭彻底丧失了这一权力,它只能被动接受辖区内发生的各类案件,其司法的范围已经与人民法院无实质性的差异。尽管人民法院内部对于法庭与其他办案部门在承办案件的范围上存在一定的分工,但这种分工仅是管理意义上的,对人民法庭的司法并不构成实质影响。虽然

^① 张青:《乡村司法悖离官方表达的功利行为及其诱因——以S县锦镇人民法庭为例》,载《湖南农业大学学报(社会科学版)》2014年第5期。

人民法庭仍被赋予立案职能,但这种立案职能从性质而言更倾向于是一种审批权限,与人民法院立案庭的审核并没有原则性的区别。在此基础上,人民法庭受理案件已经泛化,进而成为人民法院的办案单元之一。

2. 办案能力的同质化。一般而言,人民法庭会配置庭长、法官助理、书记员及安保人员,这与《意见》规定“1名审判员、1名法官助理、1名书记员、1名司法警察或者安保人员”的最低配置要求基本吻合。在员额制改革全面完成后,审判人员基本都是精通法律分析的专业化人员。由于法庭一般位置较偏远,那些经验丰富但年龄较大的法官助理往往不会被安排到法庭工作,人民法庭的助理一般也由较为年轻、法律知识充分但调解、沟通经验欠缺的人员担当。这种配置往往与法院的其他办案单元一致,共同的目标在于推进案件在现有法律框架内得到处理,相较而言人民法庭的特色并不能有效突出。在此情形下,一方面,法官习惯的是对法律知识和法律逻辑的分析与塑造,在纠纷处理时更希望通过娴熟的法律技能来完成自身的价值;另一方面,在案件审判“中立性”的要求下,他们已经不善于同党委政府进行更为有效的沟通,也缺乏借助社会其他力量共同协助对案件进行实质性化解的能力,尤其是当这种化解超出了法律规则的范围时更是如此。这使得人民法庭的办案能力与人民法院其他办案单元几乎一致,人民法庭的司法几乎失去了学者曾一度津津乐道的乡村司法的影子。尽管人民法庭设立的直接目标在于便于群众诉讼,在办案能力不足的情形下这种目标便流于形式,人民群众接受到的仍然是现代的、规范的办案样式。

3. 办案结果的同质化。除了以上提到的办案能力外,更严格的责任追究制度以及日常的考核制度进一步使人民法庭司法的结果与其他办案单元同质。严格的责任追究制度,使法庭的法官在办案程序上更趋向选择“坐堂问案”的审理方式,^①并通过严格的诉讼程序来保护自己,在审判结果上也趋向于通过逻辑严密的法律推理来论证裁判结果的正确性。而考核作为引导工作开展的“指挥棒”,对人民法庭如何开展工作具有非常重要的意义。《意见》特别指出要“建立健全新时代人民法庭工作考核机制”,足见考核机制的重要性。人民法庭的工作总体可分为案件办理、参与基层社会治理及党建、后勤工作,应当针对每一项工作均予以考核量化。遗憾的是,人民法院对案件办理上形成了较为详细的考核指标,对人民法庭的考核也沿着这一指标展开,而对于参与社会治理的工作却并未有科学、统一的考核指标。在这种情形下,人民法庭自身也将主要精力投入到提升办案指标上来,在高结案率、低发改率的考核压力下,人民法庭不得不将办案结果与上级要求保持很高程度上的一致性,那种独具法庭特色的司

^① 参见潘鑫、张青:《乡村司法的模式转型及其内在逻辑》,载《法治现代化研究》2021年第1期。该文同时指出,人民法庭巡回审理的案件也主要选取案情简单、事实清楚和争议不大的家庭纠纷与邻里纠纷,巡回审判甚至会激化矛盾。



法样式已经很难出现。

（三）角色混同：人民法庭在现实司法中的困境

人民法庭在应然状态下的司法功能是多元的，而实然状态下人民法庭的司法却侧重了追求司法规范化。这一问题源于人民法庭角色的混同，其既承担着司法者的角色，又要作为社会治理者而出现，但均需要由人民法庭的员额法官来实现，在人员配置不足时很难做到功能的内部分化。在现有的案多人少、案件考核无差别的司法结构下，选择实现司法的“法治化”功能不仅更容易完成，而且能更好完成案件办理任务，有效减少上级法院可能的责任追究，自然成为人民法庭的最佳选择。但遗憾的是，追求这一司法功能有时很难解决乡村中的实际问题，纠纷难以实质化解。

案例一：甲与乙婚后生育了一子丙，丙一直跟随甲的父母生活。丙十岁时甲因犯罪被判处十年以上有期徒刑，后乙提出离婚诉讼。甲对离婚并没有异议，但坚决要求“将孩子留下”。经征求丙的意见，其长期跟随甲父母生活，不愿改变生活环境。根据法律规定，因甲服刑无法直接履行抚养的义务，丙应跟随乙生活；但法律同时规定此时应当尊重子女意见，而且改变子女环境确不利于丙之成长。此时严格依照规则的司法陷入了困境。

案例二：甲与乙均系丧偶老人，甲生育的子女丙、乙生育的子女丁均已成年。甲与乙相识并结婚，后乙患有老年痴呆，甲患病也需要家人照顾，遂提出诉讼。丙以甲已再婚、不跟随其生活为由拒绝履行照顾义务。本案中甲需要人员的陪伴和照顾，仅判决丙支付赡养费无法满足甲的需求，甲也不同意雇请护工，但甲居住在乙处，丙确无法对甲进行照顾。

以上两个案例都是笔者经手的真实案件，案例中的矛盾说明依照法律规定办理案件有时候并不能实现案件的实质性解决，由于案件无法通过“依法办理”达到预期的社会效果，那种通过规则之治来推进法治化的社会治理之路便很难实现。此时，有必要对人民法庭司法活动进行反思，人民法庭的司法究竟该往何处去？

二、司法影响社会治理的因素

如果司法只能独立于纠纷实质化解或社会治理而存在，也即司法只能走向“法治化”而无力满足治理的要求，那人民法庭这种选择无可厚非，讨论人民法庭应该如何司法便没有任何意义。人民法庭确需独立行使司法权，但司法的独立性是否意味着其无需承担任何其他功能？

（一）司法应具有的治理功能

1. 独立行使审判权并不构成对治理的妨碍。司法治理理论的观点之一是认为“基于

治理乡村社会的需要,基层法官和乡村干部组成了一套非常系统的纠纷解决机制和乡村司法体系”^①,司法并不由法官独立行使,这是乡村司法遭受批判的因素之一。审判机关独立行使审判权不仅是我国《宪法》的明确规定,也是司法的本能,但司法的这种独立性,其最重要的意义在于明确审判权的行使主体以排除行政机关、社会团体和个人的干涉,并不意味着司法可以不顾及其功能的有效发挥。如果在保证独立行使审判权的基础上司法本身可以实现服务社会治理的功能,那这种功能就是值得追求的。司法不是封闭的,它要直接或间接面对存在于社会中的当事人;与当事人的交互即不可避免产生社会性的效果。作为一种治理术的“法治”模式确实在向基层渗透,乡村人民法庭则是一个重要渠道或窗口。^②“法治论”作为社会治理所依赖的一种新型途径,本身就具有治理的意义,因此司法的治理功能并不是均需要借助行政机关、社会团体和个人才可以实现。

2. 司法的治理功能与法治功能并不必然冲突。司法的法治功能要求实现规则之治,增加基层法官裁判方法的客观性,强调以规则为导向;而司法的治理功能则强调以结果为导向。^③但这两者之间并不必然冲突,法律规则应当具有普适性,而以结果为导向所依赖的村规民约等规则与法律规则在很大程度上是一致的,以法律规则为导向的司法在很大范围内同样可以实现较好的社会效果。虽然二者之间存在一定范围内的差异,但一方面,只要村规民约与法律规则并不直接矛盾,依此作出裁判的司法仍然不违反法治的要求;另一方面,即使这种差异直接体现为冲突,也可以通过改变司法结构的方式来弥合两者的张力。在明确了司法具有治理的功能后,就可以进一步分析司法是如何影响乡村治理的,从而为人民法庭通过司法实现乡村治理提供一条更为适合的道路。

(二) 司法内容中包含影响治理的因素

在明确了司法应具有治理功能后,要改造人民法庭的司法,就需要分析司法中的哪些内容可以产生影响治理的效果。

1. 司法对象:全盘接受还是有所选择?司法总是以一定的范围作为其处理的对象,这是司法的前提。立案登记制实施前,人民法庭自主选择案件固然具有局限性;而立案登记制实施后人民法庭“包打一切”的局面对于乡村治理同样具有重要影响。纠纷总有一定的原因,既可能是当事人交往所产生,又可能因某一特定的社会事件而引发。在后一种情况下,案件的受理与否已经意味着司法对于该社会事件的态度,从此角度而言,司法对象范围的选取已经具有服务乡村治理的意义。比如,人民法庭长期以来对于涉及到征收、拆迁类的纠纷均不予立案,实际说明了人民法庭对于此类行为的变

① 陈柏峰、董明磊:《治理论还是法治论——当代中国乡村司法的理论构建》,载《法学研究》2010年第5期。

② 参见苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,北京大学出版社2011年版,第229页。

③ 参见郑智航:《乡村司法与国家治理——以乡村微观权力的整合为线索》,载《法学研究》2016年第1期。



相支持。立案登记制实施后人民法庭对辖区内的纠纷几乎全盘接受,也即意味着其必须通过司法的方式对各类纠纷及背后的原因进行法律上的评判,这必然对人民法庭服务乡村治理提出了很高的要求。

2. 司法依据:依法办案还是吸收习俗?严格意义上的司法要求以明确的法律规定作为其处理纠纷的依据,但法律总是滞后的,且“司法程序化运作必须有一个相应的格式化了的”^①。人民法庭在司法中总会遇到审理依据和裁判标准不明确等类型化问题,尽管对此类问题《意见》中给出人民法庭“按程序报告”的建议,但这种报告程序时间成本高,且并没有具体的操作流程指引,实践中的效果并不理想。此外,法律的规定可能与实践产生一定的冲突,如上述案例一和案例二,虽然法律均给出了较为明确的指引,但在处理纠纷时很无力。实践中,村民有时会依照当地的习俗来处理这种法律不明确或法律无力的问题。一个健全的法律,首先应当回应社区人们的真实感受和要求,无论这种感受和要求是对还是错。因此是吸收或改造这种习俗,还是坚守法律的底线?这既是一个法律问题,同时在涉及习俗时往往又事关大多数人的权益,因此又是一个事关乡村治理的问题。

3. 司法目的:解决纠纷还是解决案件?虽然司法因解决纠纷而产生,但司法在具有了独立价值后其目的却并不限于解决纠纷。以何种目的作为司法的指引,对乡村治理同样具有重要的影响。对于解决纠纷为目的的司法而言,其以还原事实、从根源上解决矛盾为重点,侧重通过情理和法理的融合进行调解,如确需要判决的则尽量考虑到社会效果,让司法的结果总体维持在社会能够接受的范围之内。而以解决案件为指引的司法,则以严格树立法律规则为主要价值,通过严密和逻辑的法律分析为当事人评判法律上的是非,至于纠纷是否能实质化解、社会是否能够接受则不是考虑的重点。这两种不同目的为指引的司法既是司法“法治”与“治理”之间冲突的根源,更会在很大程度上影响到乡村治理。不可否认的是,在法律意识薄弱的乡村社会中以案件办理为指引的司法很难得到完全的认可。

(三) 司法的样式对治理的影响

随着社会的发展和进步,司法逐步具有了独立的价值。在乡村治理方面表现,司法是如何实现的,即司法的样式,同样也成为了影响乡村治理的重要因素。

1. 司法主体:专业执法还是社会参与?规范化的司法离不开专业的司法主体,他们可以借助于丰富的法律知识、娴熟的司法技巧来控制庭审并进行更为充分、更具逻辑性的说理,我国法律对法官的要求即体现了这一点。^②人民法庭的司法人员同样也

^① 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,北京大学出版社2011年版,第145页。

^② 《法官法》对法官的专业性要求包括:正式的法律教育、法律职业资格、通过专业遴选。这些要求都是对法官专业化的保障。

需要符合这一要求。在这种情形下,司法人员在处理纠纷时更加擅长运用法律知识和逻辑对纠纷当事人之间的法律关系进行分析和厘清,使司法从确认规则方面来实现治理功能。与专业化司法相对应的是大众化司法,^①其更强调的是司法主体的社会性与多元性,在解决纠纷时注重用群众可接受的语言和民俗对当事人之间的关系(并不限于法律关系)进行调整。这种多元主体的司法更加贴近群众,符合一般群众的预期,通过司法的价值与社会基本价值的一致性来实现社会治理。现代司法对这种大众化的司法主体并没有完全摒弃,如我国的人民陪审员在案件审理时与法官共同表决,理论上与法官的权力相同,但陪审员是“辖区内的常住居民名单中随机抽选拟任命”,并无特殊的专业化要求;而诉前调解中所引入的人民调解员的要求更是如此,法律实际是借助于他们的“非专业化”力量来实现司法民主。

2. 司法方式:严守程序还是便于解纷? 规范化司法的另一个重要特征是其严格的程序性,现有的研究成果也充分表明,司法的程序本身具有重要的意义。人民法庭的司法程序为社会行政性纠纷处置提供了一种新的基本格式,而这种格式反过来对司法起到支持的作用;法官应当严格遵循“不告不理”“谁主张谁举证”等法律明确规定的程序性原则,更应当不偏不倚,在不给予对方当事人同等程度的帮助时给予弱势群体法律上的救济也属于违反程序。这种程序保障的公正也有其不利的因素,人民法庭想要绕过法律程序来帮助处于弱势地位当事人,就已经形成了对另一方当事人的不公平。从方便当事人诉讼和便于纠纷解决而言,对于那些弱势地位的当事人应当予以照顾,事实上这种照顾也可以从人民法庭内看到它的影子,比如立案时的“绿色通道”,法庭审理程序中的“释明”等。无论这些照顾是否突破了法律程序的规定,但其在辅助当事人权利维护、便于当事人诉讼及解纷方面确有其效果,因此更有助于治理功能的实现。

三、乡村司法是否具有借鉴意义

司法在其内容及方式上具有的影响治理的因素,其实已经在人民法庭创造的“乡村司法”中得到印证,虽然人民法庭的司法正不断向规范化、现代化发展,但这种独有的“乡村司法”模式既是人民法庭发展中的一个阶段,也对人民法庭未来的司法具有借鉴意义。

(一) 什么是乡村司法:一种独特的司法方式

尽管对“乡村司法”并没有统一的认识,但学者们大多试图用“地方性知识”“巡

^① 参见侯欣一:《从司法为民到人民司法——陕甘宁边区大众化司法制度研究》,中国政法大学出版社2007年版,第80-123页。



回审判”“炕上开庭”“剪裁事实”等概念来构建一套具有中国特色的乡村司法理论。^①无论“乡村司法”的内涵如何确定,^②人民法庭在那个特定时期所创造的司法样式毫无争议,应当归入“乡村司法”的范围之中。

1. 司法的目的在于解决纠纷。“规则竟附着于这些非常细小、不起眼因此常常为我们这些学院派法律人认为与法律毫无关系的制度和因素才能起作用。”^③人民法庭的司法人员并不是不愿意严格司法、按规则司法,但这种严格的法律分析式的司法需要一个可以符合预定程序、满足程序要求的“格式化了的世界”,现实却远比法律规定所预设的那个世界要复杂和繁琐,作为身处于这种乡土气息^④浓厚的人民法庭来说,能把问题一次性解决,远比去解决严格适用法律所产生的后遗症,如社会效果不足或执行不能引起的信访甚至群体性事件,要经济得多,更何况乡村司法所处的是法律规则还并不完备的时期。因此,乡村中的人民法庭通过各种方式来解决纠纷,并将纠纷解决冠“司法”的名义,这些方式虽然有的与法律规定关联不大,甚至成为了“模糊的法律产品”^⑤,但总体保证了人民群众纠纷的解决和社会秩序的平稳。“这种解决具体而琐碎的事实与法律规则之间矛盾的本领,可以看做人民法庭法官所掌握的特有技术之一。”^⑥

2. 司法采取了灵活的方式。乡村司法为实现解决纠纷的目的采取了更为灵活的司法方式。如曾被津津乐道并广为提起的“炕上司法”案件中,人民法庭的庭长与乡村的村长、案件的当事人同在作为被告的借款人家炕上开庭,同时村长可以不顾及法律程序直接提出与法庭庭长不同的(虽然从某种程度上是默许的)解决意见。该案尽管是“国家权力试图在其有效权力的边缘地带以司法方式建立或强化自己的权威,使国家权力意求的秩序得以贯彻落实的一种努力”^⑦,但也从另一个角度说明了乡村司法形式的灵活。依现在的眼光看来,该案的某些方面已经违反了法律程序(如村长在开庭时不仅随意发言,而且可以否定作为庭审指挥者庭长的意见),但这并不妨碍其司法效果得到社会的认可。相比较而言,一直为上级法院所提倡的“巡回审理”在现代反而逐渐流于形式,巡回审理的案件不但数量减少,且巡回审理的案件主要选取“案情简单、事实清楚和争议不大的家庭纠纷与邻里纠纷”^⑧。

① 参见郑智航:《乡村司法与国家治理——以乡村微观权力的整合为线索》,载《法学研究》2016年第1期。

② 有学者认为除了人民法庭外,司法所、法律服务所、人民调解组织等解决纠纷的过程都可以称为“乡村司法”。参见范愉:《纠纷解决的理论与实践》,清华大学出版社2007年版,第389页。

③ 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,北京大学出版社2011年版,第143页。

④ 此处所指的“乡土气息”,是指费孝通先生《乡土中国》中所描述的那种差序格局的社会,而非借用其现代意义中提及的“淳朴”味道。

⑤ 杨柳:《模糊的法律产品——对两起基层法院调解案件的考察》,载《北大法律评论》1999年第1辑。

⑥ 杨瑞:《论人民法庭法官的角色偏离及其正当性》,载《安徽大学法律评论》2007年第1辑。

⑦ 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,北京大学出版社2011年版,第22-23页。

⑧ 潘鑫、张青:《乡村司法的模式转型及其内在逻辑》,载《法治现代化研究》2021年第1期。

3. 司法解决纠纷时的多主体参与。纠纷形成的原因不同, 解决纠纷的方法也不是一成不变的。无论哪一个时期, 在解决纠纷时仅依靠人民法庭单一的主体参与都是不够的。人民法庭行使司法权, 必须基于更细致了解受权力影响的对象时, 才能更好把握权力运行所可能达到的社会效果。以上提到的“炕上开庭”的案例中也可以说明人民法庭借助村长这一主体作为纠纷解决时的帮助, 此时村干部不仅仅是一种个人的身份出现, 其村干部的职务已经附加于他影响村民决策的地位。这种有助于影响当事人做出决策的主体,^①都有可能被司法吸收进来, 成为人民法庭实质性化解纠纷的重要依托。当然, 人民法庭选取纠纷解决的辅助人也并不是毫无原则的, 这些规则同时也在驯服着其借力的纠纷解决主体, 使他们保持在法律所允许的社会秩序之中。一方面, 人民法庭选择社会主体的过程就是一种对外界的展示, 并不是所有的社会因素都可以被乡村司法所接受, 那些明显违背法律的社会因素将被排除在乡村司法的视野; 另一方面, 这些主体调解纠纷时人民法庭也会加以指导, 对那些明显违背法律秩序的调解行为会予以制止, 在此过程中社会力量进一步得到驯服。这种驯服的过程, 其实已经是一种法治发展的进程, 因此乡村司法本身就是服务乡村治理的过程。

(二) 为什么出现乡村司法: 乡土社会的特征

乡村司法是与其特定的社会条件分不开的。如果这种条件已经完全变化, 那么即使乡村司法勾勒出来的社会治理模型再美好, 人民法庭也不可能在司法中借鉴。因此, 还需要进一步对乡村司法出现的社会条件作一种比对分析。

1. 社会较为封闭。提及人民法庭, “边远地区、交通不便、信息闭塞、力量薄弱、设施简陋、方式随意” 庶几成为人民法庭的主要符号与标识, 也成为人们对人民法庭基本样态的固有想象。^②这不仅是对人民法庭的固有思维, 同时也是对乡村社会的真实描述。受位置、交通及信息等因素的影响, 传统乡村社会的主要经济为农业和小手工业, 在这种经济环境中, 农业的机械化程度相对较低, 乡村家庭中的劳动力都需要投入到土地耕种(或其他农业)中去才可以保证有更多的产出, 甚至仅能保证一家人的温饱, 这也就通过无形的手段将大部分成员束缚在了乡村里, 他们在长期的劳动和生活中形成了稳定的熟人社会关系。一方面, 单一的经济结构决定了产生纠纷的类型和数量较少, 因此有条件形成解决纠纷时的规则; 另一方面, 在熟人社会中, 较为一致的价值体系更容易达成, 作为纠纷的化解者将以这种价值体系为指引的规则加之于当事人之上时, 更容易被当事人所接受。封闭的社会中, 外来的力量要介入纠纷的解决, 就更需要借助社会内部的力量来实现, 这为通过习俗解决纠纷创造了条件。

2. 社会调解具有权威性。调解是中国乡村社会中解决纠纷最主要的方式和最重要的

① 参见郑智航:《乡村司法与国家治理——以乡村微观权力的整合为线索》,载《法学研究》2016年第1期。

② 参见顾培东:《人民法庭地位与功能的重构》,载《法学研究》2014年第1期。



途径,调解得以成立需借助于调解主体较高的权威。在乡村社会中,宗族权威作为传统型权威的重要组成,在处理家庭纠纷、乡邻纠纷中具有重要的作用,它通过成员间内部的驯化与外部的压力传导,使纠纷当事人信服或屈服于调解者的威严而达成一致的意見,它们以“非正式治理者”的角色,参与乡村的具体治理活动。^①同时,在国家权力向乡村渗透的过程中,乡村干部这一特殊群体基于其同国家权力机制的关联以及对乡村环境的了解产生了另一种权威,他们不仅可以凭自身的管理者地位评析纠纷当事人之间的問題,甚至可以对正式的国家权力做“利益交换”——在他们借助国家权力强化自己在乡村的地位,同时影响国家权力的行使来强化自己对于公权力的地位。^②而这种“利益交换”在解决纠纷时往往最容易为乡村村民所接受,因而更有效。

3. 司法人员的社会认同。处在乡村中的人民法院不得不接受“交通不便、信息闭塞、力量薄弱”这种社会现实,并需要在这样的环境中谋求自身的存在与发展。交通不便决定了人民法院在司法中不能依赖现代司法所严格设定的程序,因为这既限制了人民群众参与诉讼(这显然是与上级人民法院的一贯要求是不符的),也限制了人民法院向上寻求更多资源的能力;同时由于偏远和不便,人民法院既没有能力、也没有必要将正规法律规范移植到乡村司法中,这决定了人民法院很难借助“法律”自身的力量或者其依托的上级法院的力量来实现规范化司法活动,造成“力量薄弱”的局面。为改变力量对比,人民法院不得不深入挖掘乡村社会的“本土资源”,^③将自身和社会中能够给予帮助的力量结合起来共同实现解决纠纷的目的,在这个过程中其与乡村社会将产生很大程度上的认同感。这种社会认同则进一步强化了人民法院解决乡村社会纠纷的能力。

(三) 乡村司法的启示意义:现代司法可以借鉴

乡村司法的时代或许已经过去,但其并不是完全过时,那种有助于乡村治理的司法样式,在一定程度上可以为人民法院所传承或借鉴。

1. 借鉴的基础。乡村司法形成的社会条件是传统封闭的乡村社会环境。尽管乡村已经发生了天翻地覆的变化,但我们必须认识到现代乡村发展具有不平衡性,尤其是群众的价值理念、思维模式并不是与社会发展同步的,一些相对保守、传统的思想对于年龄较大的一代人已经根深蒂固,极难改变。现代司法所达不到的地方,很大程度上就是这种传统思维未扭转的区域,如上述案例一、案例二中的参与人均有体现。随着社会进一步发展和年龄迭代,这种思维会自动消失,不必要强加改变。如果这种思维仅对有限的当事人发生影响且不会影响其他人的利益,那法律便没有必要去干涉。同样,如果人民法院采取的便于解纷的司法方式并没有与现行的程序法相冲突,那同

① 参见郑智航:《乡村司法与国家治理——以乡村微观权力的整合为线索》,载《法学研究》2016年第1期。

② 参见苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,北京大学出版社2011年版,第35页。

③ 参见苏力:《法治及其本土资源》,北京大学出版社2011年版,第6-11页。

样是在“法治论”的范围内的司法,因此利用这种有助于纠纷化解的思维和解纷方式,从现阶段来说是有利于社会稳定的。毕竟在中国的现实条件没有根本改变的状况下,建立一个法律至上、以法官为中心的正义体系的试图难以如愿以偿,这构成了人民法庭借鉴乡村司法的前提。

2. 可以借鉴的内容。人民法庭若实现实质解纷,就需要能够维护(至少是包容)在特定环境下所产生的行为规则,这种规则有的已经通过习俗的方式固定下来。结合以上司法影响治理的因素,人民法庭可以从司法内容及司法形式上进行借鉴。在司法的内容上,为提升法庭的权威,应在法庭司法的对象上加以限缩,同时要在保障法治的基础上努力实现实质解纷;在司法的形式上,要设置包容更多主体参与纠纷解决的司法程序,同时设置方便群众纠纷解决的司法样式。综合而言,这种借鉴一方面需要对司法进行实质化的改造,另一方面需要在现行法律框架内对其他有助于解纷的样式予以确认或接受。

以司法的“接受”为例,在上面提到的案例一中,承办人了解到,在乡村“留下后代”是一件很重要的事,如果一个人没有子女(也包括生育的子女未能留住),他的父母兄弟都“脸上无光”,因此承办人以此为突破口对甲及其父母进行了沟通,最终达成协议,子女丙由甲抚养(因其服刑,由其父母代行抚养义务),乙可以探视孩子但不必支付子女抚养费。案例二中,因为丙不愿意及不能照顾甲的原因在于甲的再婚,鉴于乙已经患有疾病需要其子女丁照顾,甲与乙名义上办理离婚手续后搬回丙处生活,由丙对甲进行照顾,但甲可以随时看望乙。这两个案件的解决方式看起来和司法关系不大,甚至有些“违反法律规定”的意味(比如老人代抚养孙子女、阻碍老人再婚),但需要在法律的框架内予以认可,如出具最终的司法调解书,因此人民法庭应当作为其司法的一部分予以接受。

四、“治理”与“法治”的融合之路

要统筹做好尊重司法规律与服务社会治理这两方面的关系,人民法庭就需要对自身的司法作出相应的调整。这种调整并不是人民法庭自身就可以做到的,而需要找准人民法庭的自身定位,尤其是理顺好与法院、基层政府之间的关系,通过相应的制度构建来完成。

(一) 纵向定位上与人民法院有区别:法庭司法应有治理功能

1. 人民法庭与人民法院的角色区分。人民法院也承担着社会治理的职能,但人民法院在同时承担社会治理职能与司法职能时是可以做到角色分化的。尽管人民法院也承担服务社会治理与实现法治的双重角色,但通过内部职能部门的区分,从事审判活



动的人员与从事服务社会治理的人员可以实现相对独立。一般而言人民法院既设置了专门从事司法活动的业务庭室,又专门设置与政府部门对接的其他部门,同时也会设置从事政策研究的部门。^①因此人民法院通过内部角色分化的方式分别实现法治与社会治理的功能,人民法庭则囿于人员的配置及办案任务,不可能做到这种分化。这也决定了人民法庭需要通过司法来实现乡村社会治理的现状,其司法样式应当与人民法院有所区别。

2. 人民法庭与人民法院的衔接。人民法庭要通过司法实现社会治理,就需要在司法对象、司法目的、司法主体及司法程序上作出调整,使之既要符合“法治”要求,又要便于满足服务社会治理需求。这种改造离不开法院与法庭二者的衔接。在作出以上调整时人民法庭需要限缩司法对象,超出人民法庭司法职权部分的司法功能仍需要由人民法院来行使;同时,对于人民法院办理的属于人民法庭辖区内的案件,遇有法律规则难以实现纠纷实质解决的,法庭虽然不能干预案件审理,但可以参与案件的纠纷实质化解。在此过程中法庭不再作为司法主体而是作为纠纷化解的参与者出现,其通过对非正式法源的运用,与相关村庄、社区或政府部门作沟通和协调,推进案件纠纷的实质化解,如化解成功则由原司法部门予以确认,如仍不能有效化解则由原司法部门依据法律规则作出裁判。

(二) 横向定位上与政府部门有原则:重在实现法治功能

1. 人民法庭的治理功能需依托司法权的运行。对于人民法庭司法参与社会治理与实现法治之间的冲突问题,已有许多研究进行了分析,其中不乏认为应当弱化人民法庭的司法权甚至取消人民法庭以实现人民法庭的解纷功能的建议。^②但人民法庭乡村治理的功能是依托于其司法功能的,需要通过其他机构所不具备的司法权来保障自身的地位。“法院既想通过司法权的运作,对政治系统的合法性进行规制,并约束政治权力的有效运作;又想通过对政治系统的有效维护甚至是‘比附’和‘跟风’,获取更多的政治资源。”^③另外,人民法庭如果脱离了司法权,《意见》中提出的服务社会综合治理的其他方式都将成为无本之木。

2. 人民法庭的司法应有助于实现法治。人民法庭首先是司法机关,司法活动就不能违反司法的规律性要求,即使是为了乡村治理这一更为宏大的目的,司法的底线也不能突破。乡村司法之所以饱受诟病,很大程度上是因为其不符合现代法治的要求,

① 内设机构改革前,人民法院内部普遍设置“政策研究室”,其职能即包括总结审判经验并为社会治理出具相关意见,事实上很多司法建议书都出自研究室;内设机构改革后该机构可能不再作为独立部门存在,但仍有相关的人员承担该项任务。

② 参见邵俊武:《人民法庭存废之争》,载《现代法学》2001年第5期;杨瑞:《论人民法庭法官的角色偏离及其正当性》,载《安徽大学法律评论》2007年第1辑。

③ 郑智航:《当代中国法院的功能研究:理论与实践》,北京大学出版社2020年版,第103页。

如那种“方式随意”体现出的就是对程序的漠视。人民法庭在司法中应当首先对那些有明确且为社会普遍接受的规则的案件严格依规定作出处理,这也是推动乡村法治化进程的重要手段;对于未依据法律规则来实质化解纠纷的案件,也要保证这种解决是在法律能够包容的最低限度以内,将其作为推动矛盾纠纷化解的个案,仍然具有社会治理意义。对于程序的适用同样如此,便于解纷的程序改造也必须严格限定在符合法律的最低要求以内,不能突破法律的禁止性规定来服务社会治理。

(三) 双重定位下人民法庭的司法改造

人民法庭既要作为司法机构,实现司法的基本规律;又要通过司法服务乡村社会的治理。这并不是矛盾的,但需要对现有的法庭制度作相应的调整。

1. 司法对象的限缩。立案登记制实施后,原则上人民法庭需要处理本辖区内人民群众提起的所有诉讼。这固然方便了法庭及时全面掌握辖区内的矛盾类型,为其更好实现乡村治理提供依据,但这些案件全部由人民法庭办理仍有其缺陷。人民法庭在面对如乡村中集体资产分割案件、成员资格认定等对“户”内成员界定案件,这类案件规则不明、影响力较大且涉及到不同利益冲突,人民法庭处理时权威不足,他们裁判的说理必须直面当事人的审查,^①在遭遇对自己不利判决时无论是群众还是乡村组织都未必信服甚至产生怀疑,进而“法治”的效果将大打折扣。此外对于涉及到乡镇政府部门的案件,尽管不属于人民法庭回避范围,但考虑到人民法庭在治理中的地位并不强大,由人民法院处理更为适宜。

2. 司法程序的便捷。长期以来,人民法庭一直将“便于群众诉讼”作为其设置的首要原则,实践中这种“便于诉讼”更多强调的是空间上的便利条件。人民法庭的设置贴近人民群众,而且要求人民法庭采取“巡回审理”的方式走到群众身边开展诉讼。但这种“便于诉讼”在今天已经没有太大的意义,交通的便利使当事人可以快捷进行空间上的转换,在互联网法庭得到广泛推广时这种空间便利更是被极大压缩。在这种情形中,人民法庭必须实现从空间到服务的转变。《意见》中重新确立的“三个便于”原则,在“便于当事人诉讼”的基础上增加了“便于人民群众及时感受到公平正义”的内容,在乡村社会人民群众感受公平正义的最佳途径就是纠纷的实质化解。为实现这一目标,人民法庭应在其司法活动中更注重利用自身优势纠纷解决。首先是对特殊群体的明确化。帮助特殊群体参加诉讼的目的是衡平当事人的地位,因此并不是违反程序的表现,何为特殊群体应当予以明确,不能将特殊群体泛化以引起当事人之间权益的失衡。其次是审理场所的灵活化。人民法庭可以通过巡回审理的方式将审判场所安排在居委会、调解室等有助于解决纠纷的地方,既实现空间优化,又利于法庭控制

^① 参见凌斌:《法官如何说理:中国经验与普遍原理》,载《中国法学》2015年第5期。



庭审。最后是纠纷化解主体的法定化。多元主体参与纠纷化解需要给予身份上的认同，通过赋予解纷主体调解员、陪审员的身份把他们引入到纠纷化解中来，实现法律对实质解纷的确认。

3. 科学厘定对人民法庭司法的考核。对人民法庭司法的改造，必然对法庭的案件数量、周期等产生影响，甚至对法庭工作人员自身的工资绩效产生直接影响，如仍沿用与其他办案单元相同的指标进行考核，不利于人民法庭通过司法服务乡村治理积极性的发挥。应当构建对人民法庭的司法更为科学的考核制度，在“法治”效果的考核上将法庭案件的参与数量、实质解纷的数量、诉前调解情况等均纳入到对法庭考评的范围中来，在“治理”的效果上则将当地成讼率的对比、平安村居的创建等吸收进来，实现对人民法庭司法“法治”与“治理”的双向考核模式，鼓励人民法庭积极探索通过司法参与和服务乡村治理的模式与途径。

人民法庭本身具有一定的独立性，其应当与人民法院作出区分。司法作为人民法庭的一种最重要的和最基本的职能，这种区分应当在司法中体现出来，做到“内外有别”。应当认识到司法本身具有的治理功能，也应认识到人民法庭受角色混同的限制影响了其乡村治理功能的发挥。对人民法庭的司法活动进行必要的改造，使之更符合乡村社会治理的需求，在现实条件下应当是必要的，也是可行的。

（责任编辑：杨 军）

卫星定位系统提供信息错误之侵权责任

赵艳霞*

内容摘要：卫星定位给人们的生活带来便利的同时也不同程度产生侵害,《民法典》侵权编未规定卫星定位系统侵权责任。针对该法律空白,对比梳理我国与域外导航错误案例,及国外卫星导航错误侵权法律规定,我国卫星导航侵权责任可以部分借鉴国外产品责任理论。基于我国卫星导航事业的特殊性,应当从法解释学角度确立符合我国国情的卫星导航侵权理论,在立法方面扩张解释产品的概念,将导航信息与数据纳入产品范畴,导航提供商承担严格责任;在司法方面限制解释侵权责任原则,在责任形态、举证方式、赔偿方式等方面创设严格责任与过失相抵责任双驱机制。

关键词：卫星定位;侵权责任;比较过失责任;司法限制

中图分类号：DF529 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)04-039-051

全球卫星导航技术广泛应用于地理测绘、海陆空导航、交通监管、农业天气等各项领域,其中与人们生活最为密切的是地图导航。成千上万的导航终端用户反应导航错误给其造成事故或不便。我国《民法典》没有规定导航错误侵权责任,《中华人民共和国卫星导航条例》虽正式列入国务院立法工作计划,但至今尚未通过。理论界虽提出应当规范导航责任,但未细化研究侵权责任,亦未提出具体责任承担方式。

一、问题之缘起：从信息错误到责任不明

(一) 导航无序的现实乱象

2020年十一假期,一则“高德地图定位错误‘添堵’”的新闻霸屏。在都江堰市青城山景区,高德地图导航错误致严重拥堵,景区多次要求高德地图修正未果。后经消费者协会予以通报,高德地图才修正路线。

卫星定位系统提供者免费提供地图导航服务,终端用户在使用过程中发生了损害后果。笔者分别从百度引擎搜索“导航错误”的社会事件、中国裁判文书网检索“导

* 赵艳霞,山东省青岛市市南区人民法院二级法官。



航错误”的案例进行探究（见图 1）。

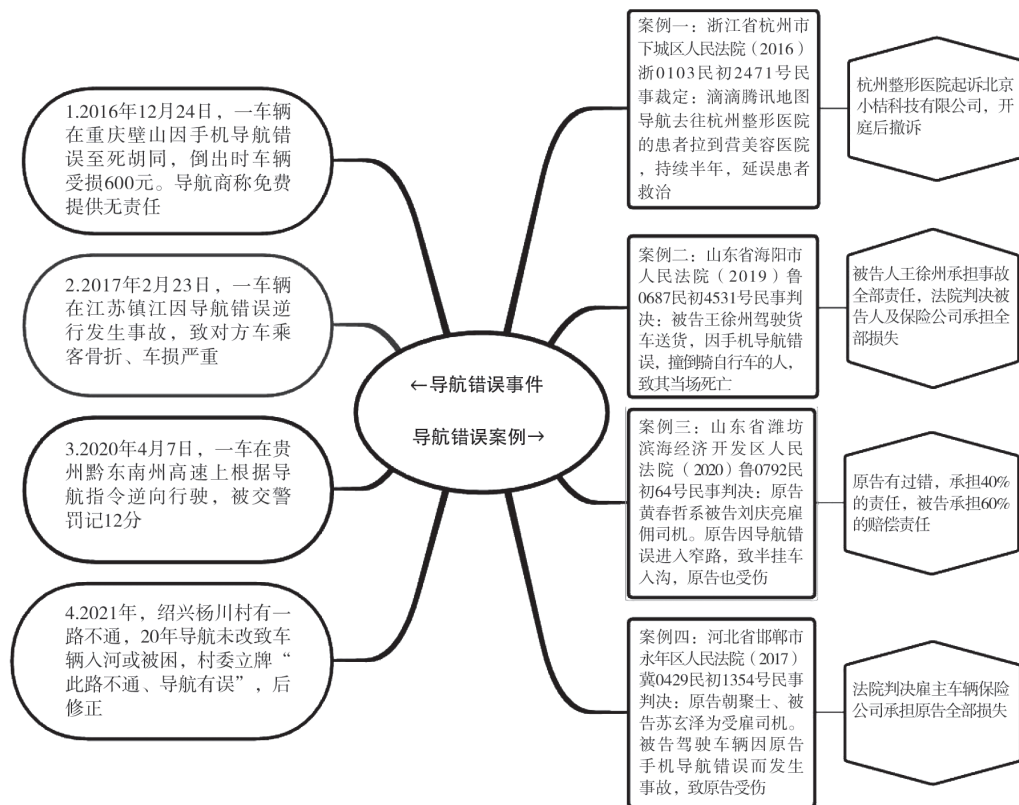


图 1 我国导航错误事件及案例

（二）问题归纳：无法可依的导航责任

从上述导航错误事件和案例可以看出，因无法可依未形成导航错误侵权意识，司法实践表现混乱。

第一，是否可赔不明确。当终端用户使用导航过程中因导航错误发生损害之时，向导航提供商提出索赔，导航提供商称因提供免费使用故无赔偿责任，如导航事件 1，车损六百元遭到拒赔；导航事件 2、3 中终端用户不知可以索赔。但是近年来，导航提供商高德地图、百度地图等推出出行保障计划，如果使用导航错误，将按出行地至目的地距离进行赔偿。

第二，责任主体不明确。导航案例中，除案例一杭州整形医院起诉滴滴腾讯地图公司之外，其余均未起诉导航提供商，说明相关当事人均无此意识。案例四原告、被告对于事故的发生应当是具有过错的，但最终还是判令车辆保险公司承担责任，而忽视导航错误的责任，可见无论当事人还是法官均未意识到导航服务商的责任。

第三，责任意识不明确。导航错误事件中显示，很多导航提供商停留在免费提供

服务无需负责任的认知中,不实时更新地理信息和数据,态度消极,甚至对终端用户的投诉置若罔闻,严重缺乏责任意识,要么如事件1以免费提供而推脱责任,要么如事件4长时间不予修正错误线路。

第四,责任方式不明确。我国是成文法国家,因未明确规定导航责任,故即使起诉,法官也没有据以援引的法律条文,只能根据一般过错原则进行认定,最终可能导致终端用户选择撤诉、调解之路,如图1中案例一,滴滴腾讯地图导航确实给杭州整形医院造成了半年之久的损害状态,导致多名患者被送往民营医院而延误救治,但因没有法律明确规定,最终撤诉;案例二、三、四直接未提及导航提供商责任。

(三) 法律空白:亟须规制的导航领域

卫星定位系统提供者,包含全球卫星定位信号提供者(一般指国家系统)和将全球

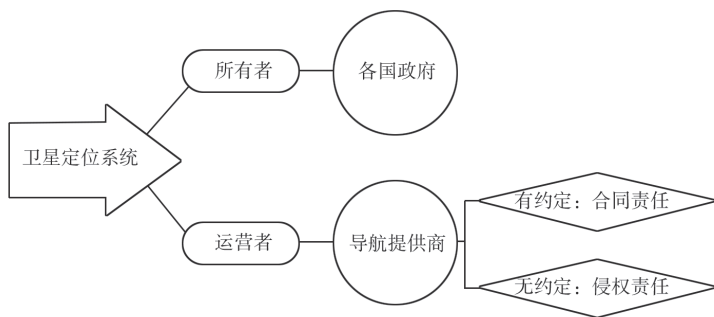


图2 卫星定位系统商业化责任图

卫星定位信号进行商业应用的提供者,后者俗称导航提供商。因为前者涉及国家豁免及受国际法“责任条约”的规范,故本文仅研究卫星定位系统提供者,即导航提供商(见图2)。

卫星定位系统提供信息错误的责任,是指卫星定位系统提供者免费向用户提供卫星导航服务的过程中,对用户产生的民事责任。如果有约定即为合同责任,如果无约定即为侵权责任,后者如地图导航信息错误致用户受到损害、泄露用户信息致用户损害等,亟需法律规制。

二、性质不明:从法律空白到责任厘清

(一) 合同责任抑或侵权责任

导航提供商与终端用户之间没有签订协议,至于出行保障中赔偿规则的承诺属于何种法律属性,笔者认为,该赔偿规则系承诺小额赔偿用以促销的广告,而非规定双方权利义务的协议。因导航地理信息和数据是开放使用的,提供商无法事前监控谁接收和使用该信号,故一般否定合同存在的可能,但不排除有关导航信息的特定合同,如全球定位信息提供者与航空公司、航海公司签的精准定位服务合同,应当按照所签署合同的条款来认定相关责任。

对于开放使用的终端用户,是一种在合同关系之外发生损害的责任,遭受损害的终



端用户与卫星定位提供者之间没有正式合同关系,并且可能不知道损害可能发生,也无法采取预防措施。正如学者所言,侵权是一种债。^①此时的法律关系是隐含的,基于一方使另一方遭受损害的已证事实来确定侵权责任的产生,根据债的理论进行赔偿。

(二) 产品抑或服务

导航服务商既提供了地理信息和数据,又提供了导航服务,那么可以从导航依据的载体入手探讨其法律性质。

1. 导航地理信息与数据的载体

目前卫星定位系统提供两种导航形式:一是载有导航信息的导航仪,大多由导航设备制造商自己进行销售或者与汽车制造商捆绑销售等;二是各类免费使用的网络导航软件,如百度地图、高德地图等可以下载到手机供终端用户免费使用。但目前的问题是,导航仪因为需要定期升级或者载入缓慢等原因正在慢慢退出市场,取而代之的是依赖网络而生的手机免费导航软件,根据 2020 年度中国卫星导航与位置服务产业发展白皮书,汽车装载导航仪的数量仅仅是有卫星导航定位功能的智能手机的 2.4% (见图 3)。

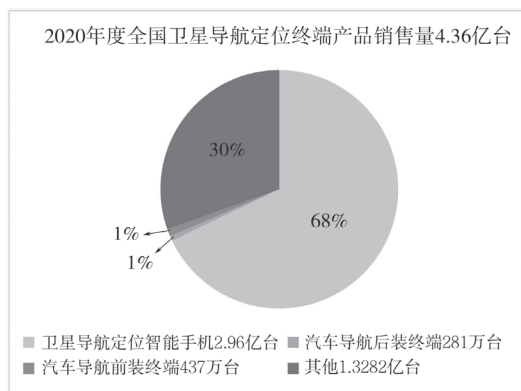


图3 中国卫星导航与位置服务产业发展状况图

2. 两种载体的属性

第一种导航设备,卫星定位信息被商业化生产、加工,植入物理设备成为有形的载体,符合我国产品经过加工、制作、用于销售的特性,但其与传统产品又有不同之处,物理设备仅是载体,核心内容是卫星地理信息与数据,且该数据处于不断更新之中。第二种智能导航软件,借助互联网实现导航地理信息与数据的更新,以其特有的信息与数据为终端用户提供导航服务。故两种载体的核心均为导航地理信息与数据,物理载体为设备或软件,目的均为提供导航服务。

3. 导航地理信息与数据的法律地位

从功能上看,其为不熟悉地域的终端用户提供关键地理数据和方向,使终端用户高效地从一地到另一地,具有产品的特征。从形式上看,提供了导航服务,具有类似服务的特征,应认定为“产品、服务混合物”。但从根本上来看,其应当归类于产品的范畴,因为地理信息和数据占主导核心地位,故导航地理信息和数据应归为“类产品”的概念范畴,但其特殊性不能完全照搬产品相关理论。综上,应当对导航地理信息和

^① 参见杨立新:《侵权责任:徘徊在债与责任之间的立法价值》,载《现代法学》2021年第7期。

数据进行法治赋能。有学者提出应当作为财产权的客体进行保护,^①笔者认为,应当创设导航产品的概念,因其既具有一般产品特点,又兼具导航特殊性。

(三) 过错责任抑或严格责任

我国《民法典》侵权责任编中产品责任未包括卫星导航,但卫星导航信息属于科技专业领域,一般终端用户作为非专业人员很难就错误或瑕疵进行专业举证,需要进行专业鉴定。双方信息不对称,故终端用户举证有难度,会形成事实上的不平等、不公正。故适用一般过错责任原则显失公平。但无论是终端用户还是导航提供商,法官在判定责任时均要考虑他们的过错程度。

严格责任,即无过错责任,需要满足产品存在缺陷、缺陷产品造成他人损害、损害事实与产品缺陷具有因果关系。在上述三个要件中,因导航地理信息与数据是可能发生变化需要实时更新的,所以对该产品缺陷的认定具有复杂性;且因导航信息与数据对终端用户过于专业,故该因果关系的评价标准也应异于一般产品责任。如果终端用户有明显可以避免的过失时,应当减轻导航提供商的责任。单一适用一般过错责任原则和严格责任原则都无法调整特殊的导航责任。

三、域外采撷:从产品责任到比较过失责任

(一) 从域外案例寻意识:责任意识浓厚

为探寻域外导航错误侵权责任,笔者从百度引擎搜索“国家”+“导航错误”事项,分别选取四起导航错误引发的案例(见图4),可以看出,与我国不同的是域外导航错误侵权责任意识较强,能够诉诸法律途径维护自己的权益,且形成了成熟的判例。

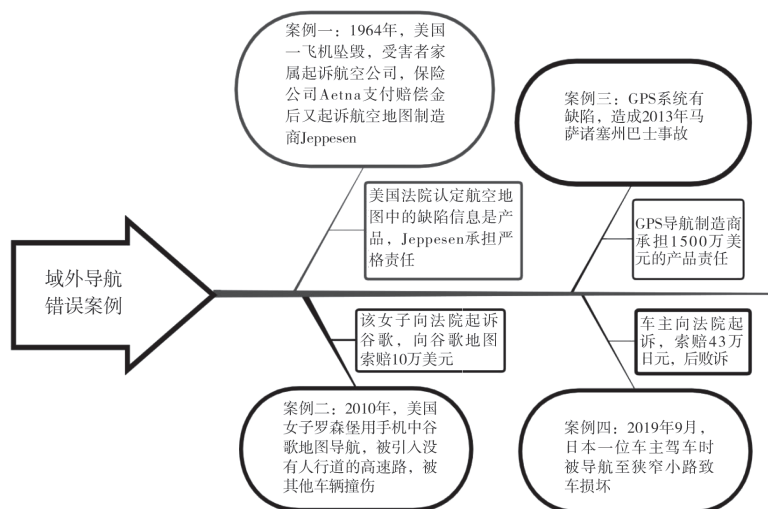


图4 域外导航错误案例及责任

① 参见蔡高强:《论北斗卫星导航全球应用的数据保护》,载《卫星应用》2020年第12期。



（二）从域外法律看责任：逐渐形成产品责任

联合国大会于1971年11月29日通过《关于外层空间物体造成损害的国际责任公约》，规定发射国对其发射至外层空间物体在地面或飞行中造成的损失而承担的责任，但未包括全球定位系统因信号错误而造成的损害。

虽没有统一的卫星导航国际公约来规范导航信号错误致损责任。美国根据《联邦侵权求偿法》《美国国家航空航天法》，对于GPS侵权案件，美国以判例法形式——图4案例一逐渐确立了导航提供商承担产品责任。^①俄罗斯根据《联邦空间活动法》对GLONASS信号提供者的责任进行判定，在具体赔偿数额上，借助国内其他法律予以确定。^②欧盟的GALILEO导航系统主要由《欧盟运行条约》规范，欧盟卫星导航系统局应当根据成员国的一般法律原则，对因为欧盟GALILEO导航系统受到损害进行赔偿。^③图4中案例二、案例三是对严格责任的具体体现，可看出导航地理信息和数据被认定为产品，导航提供商应当承担严格产品责任。

（三）从历史解释谈发展：比较过失责任慢慢兴起

随着历史的发展及导航在司法实践中产生的新问题，单一适用严格产品责任对于那些不尽合理注意义务的终端用户是一种纵容。因此，终端用户的过失责任被重视起来，法官纷纷在判例中考量终端用户的过失，来减轻导航提供商的责任。

图4中的案例四，日本福岛地方法院认为，导航仅供参考，驾驶者应该自己用眼睛去判断路到底适不适合开进去。终端用户在使用导航过程中致损，法官会综合考量终端用户和导航服务商的过失，因终端用户自身过失造成损害，将减轻导航提供商的侵权责任，从而相应降低导航提供商的责任，这就是更注重公平原则的比较过失责任理论，按照原告过失的大小来减少其获得损害赔偿金的数额。^④

通过分析域外导航侵权责任，可以借他山之石，但是我国制定的导航侵权责任法应当与我国民法理论相匹配。在全球卫星导航系统要素长期缺乏法律框架之下，^⑤笔者尝试性提出导航侵权责任应双驱适用严格责任与过失相抵责任原则。

四、立法之扩张：从免费使用到扩张侵权责任

法律是最好的承诺，一流的卫星导航需要一流的法治赋能。产品责任是一种严格

① 参见高琦：《全球卫星导航服务提供者的民事责任研究——以美国立法和实践为视角》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2016年第2期。

② 参见陈凌：《卫星导航信号提供者责任分析》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2013年第7期。

③ 参见高琦：《欧盟伽利略全球卫星导航系统的法律问题》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2017年第3期。

④ 参见李红玲：《美国侵权法上比较过失之抗辩理由》，载《重庆大学法律评论》2018年第1辑。

⑤ 参见李寿平：《全球卫星导航系统民航应用的国际法律规制》，载《法学杂志》2021年第2期。

责任,终端用户无需证实导航提供商是否有过错,关键是导航提供商承担民事责任的门槛是卫星定位信息属于产品。

(一) 从法的扩张解释看承担责任的基础

法的扩张解释,指扩张法律条文的文义才能正确阐释法律意义内容的解释方法。为给导航地理信息和数据赋予法律地位,就需要对产品的外延进行扩张,借鉴美国对产品的广泛解释,将产品从工业品扩大到农产品,从有形物扩大到无形物,如智力产品、电、天然气等。但产品必须具有销售功能,应探寻免费使用的导航地理信息与数据是否具有销售功能。

首先,前端市场已实现利润。导航软件虽然对终端用户免费,但在投入市场之前,已经通过设备接入等方式实现了利润,如将载有支持导航信息的芯片植入手机,在接收定位的芯片中是含有导航授权费的,其价值巨大,并非表面的免费。其次,流量和数据资源是最为可观的财富。在大数据时代,巨大的终端用户使用量,就需要比较流畅的方式导流到各自的主流平台之上,就是数以亿计的流量入口。对于互联网企业来说,竞争的核心就是流量和数据。故终端用户确实没有付费给导航提供者,但是提供了巨大的可变现的流量。第三,与后端市场捆绑实现利润。导航提供商利用导航获得的巨大数据信息将免费导航与其他业务整合,实现了更大的利益。虽然高德地图免费为终端用户提供导航服务,但是其通过大数据数字地图信息技术为菜鸟网络、乘车服务、支付宝等不同行业的主要移动应用提供支持,实现共赢。最后,公序良俗的注意义务。导航与终端用户已经建立起了事实上的依赖或信赖的使用关系,从一般公序良俗上看,导航提供商应当对信号错误负有一定的注意义务。

综上,免费是互联网企业谋求商业利益的模式,表面免费实则已获取其他方面利益,不是免责的当然理由。

(二) 细化构建卫星定位系统之扩张侵权责任

赋予导航地理信息与数据的特殊产品责任,论证导航提供商具有承担责任的基础后,更为重要的是在立法上细化侵权责任的相关要件(见图5)。

1. 提升责任意识:置若罔闻——规制与惩罚

卫星定位系统提供商对数据具有预见性和可控制性,其上传到导航地图并向终端用户发送实时信息,导航提供者对更新的定位信息具有可预见性。例如,都江堰市青城山景区已多次向高德地图反应导航

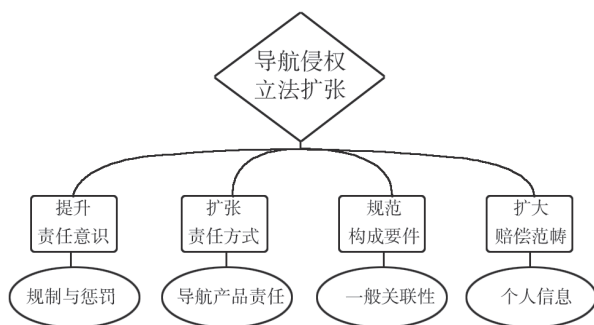


图5 导航侵权立法扩张图



错误,但高德地图视若罔闻,可见卫星定位系统提供者对信息具有控制性,其应当自收到更新信息后立即补充、更正。故立法应当对导航服务商更新信息和数据的时间、方式做出规制,如果怠于更新或改正信息和数据,据此产生扩大的侵权责任,应当承担惩罚性赔偿后果。

2. 扩张责任方式:一般产品——导航产品责任

美国已经将导航信息缺陷导致的责任适用产品责任的规定。类比我国,导航设备因已经将导航信息经过生产、加工成设备,并销售,实现了产品的所有完整形式,应当承担产品责任。导航设备转化为网络导航信息,是网络发展的必由之路,导航信息可以看做是导航设备的网络化,导航提供商因无法对单一终端用户收费,只能通过流量、整合业务等方式实现利益,实际上与导航设备赚取利益相比仅仅是方式发生了变化,营利的本质属性并未发生变化。出行保障计划是为了扩大终端用户群获取流量、整合业务的广告行为,一旦发生导航信息错误致终端用户损害,其保证赔付损失。实际上,是否做出出行保障均应赔付损失,适用产品责任理论。

3. 规范构成要件:因果关系——一般关联性

承担产品责任的构成要件要求损害事实与产品缺陷之间具有因果关系。卫星定位导航地理位置及信息是一种特殊的产品与服务的混合体,但与普通产品不同,双方主体均具有特殊性。终端用户群体具有不特定性,且处于弱势地位,而导航提供者具有专业性,处于强势地位,具有信息掌握的主动权和控制权,此时让终端用户对专业的导航信息提供相关的因果关系显然强人所难。导航提供商致导航责任的因果关系要件应当扩张理解,一则导航信息存有错误;二则造成损害;三则使用导航与造成损害具有一般关联性,终端用户无需进行鉴定。如果导航提供商认为没有关联性,应当通过鉴定等举证证明,此处应当类比医疗责任的举证责任倒置原则。

4. 扩大赔偿范畴:人身、财产、精神——个人信息

产品责任的赔偿范围一般包括人身损害赔偿和财产损害赔偿,及必要的精神损害赔偿。卫星定位系统是基于导航信号提供导航服务,承载着终端用户的基本信息数据,因此赔偿范围与一般产品责任稍有不同,除包含上述三项之外,应当进行扩张——数据隐私修复或赔偿。卫星定位系统承载着大量终端用户的使用信息数据,若泄露则可能造成无可挽回的损失。个人地理位置信息具有人格利益、财产利益和公共利益。^①我国于2021年8月20日通过《中华人民共和国个人信息保护法》,强化了个人信息处理者的法定义务,禁止利用大数据“杀熟”,故卫星定位系统的侵权责任应当与此衔接,保障个人数据信息。

综上,对于卫星定位系统的侵权责任,从立法上应当扩张解释为产品责任,但因其具有特殊性,为了便于和一般产品责任相区分,应当单独定义为导航产品责任。

^① 参见杨君琳:《论北斗时代的个人地理位置信息法律保护》,载《法学杂志》2021年第2期。

五、司法之限制：从平衡主义到公平责任

任何法律责任的承担都是有法律依据的，卫星定位侵权责任作为一种新生法律关系，也不例外。

（一）平衡主义：从法的限制解释角度看开放与侵权

导航产品责任，从法的限制解释出发，因其具有特殊性和专业性，在司法适用领域应当受到相应限制，笔者认为应当在开放使用与侵权责任之间探求平衡。

从公共主义角度，有利于卫星导航事业稳步发展。我国北斗卫星导航事业正处于攻坚应用阶段，加强与“一路一带”沿线国家的对话与合作，实现“走出去”战略，都需要国家为卫星导航事业提供宽松的发展环境和强大的政策支持。如果卫星导航系统存在国家安全、军事安全、核心技术安全等法律的法律风险，那么对各方面的打击将是致命的。因此，从维护公共利益的角度出发，国家在制定明确的卫星导航法律体系时应将国家战略放置首位。

从发展主义角度，有利于导航商业化长足运营。数据、地理位置等信息的更改、变化是不可避免的，也是发展的需要，尽到积极注意义务仍然造成损失的应当减轻运营商的责任，由法官具体裁决。如果一味要求导航提供商对导航错误承担唯一严格责任，而不考虑其他原因，那么整个羽翼未丰的卫星导航提供商的积极性将受重挫，不利于导航商业化的长足运营。

从开放主义角度，有利于更好地造福终端用户。虽然导航提供商通过赚取流量、获取用户信息后推广其他产品等方式获得利益，但是对于终端用户使用导航地理信息与数据确实是免费的。如果导航提供商承担过于严格的责任，那么其所经营的导航信息与数据可能在细致性、准确性方面打折扣，因此导航提供商承担的责任应当适度，具有激励性。

从严谨主义角度，有利于更好地保护隐私。导航地理信息与数据，属于“大数据”和“互联网+”时代的产物，导航信息提供商掌握着终端用户的信息轨迹，应当赋予其一种严谨的责任，那么在追究侵权责任时应适当考虑如何在导航信息的开放推广与数据信息的保护之间建立起平衡。

（二）公平责任：严格责任、过失相抵责任双驱适用

在严格责任之下，能否再适用过失相抵原则，有学者已经予以肯定，并提出“拼盘式”责任构成。^①对于导航错误的侵权责任，最为关键的还是导航提供商与终端用户之间的具体责任形态，法官在司法适用过程中，应当区分过失程度、明晰责任形态与举证方式，梳理法律关系后，双驱适用严格责任与过失相抵责任，规范举证责任方

^① 参见郑永宽：《过失相抵与无过错责任》，载《现代法学》2019年第1期。



式和赔偿方式，并量化过失比例（见图 6）。

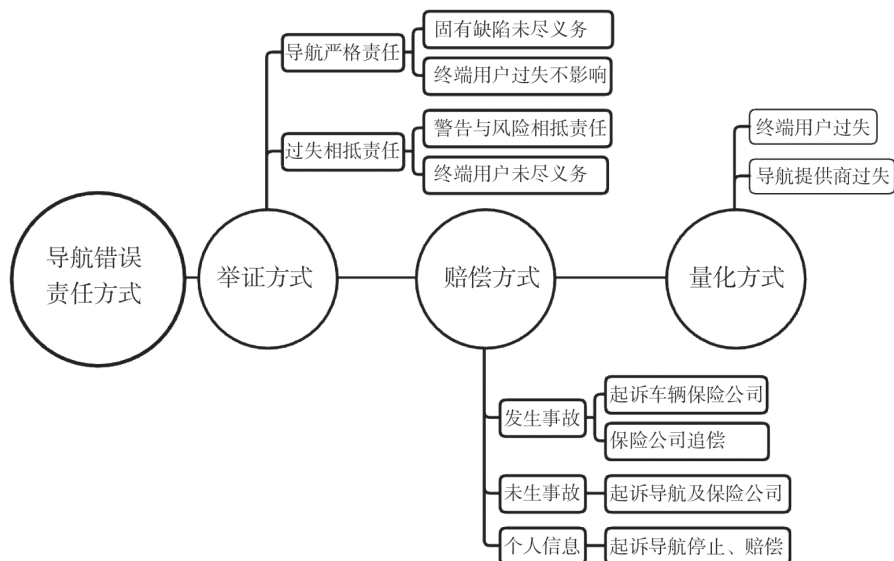


图 6 导航侵权责任承担方式

1. 固有缺陷未尽义务的严格责任

如果导航地理信息与数据存在产品缺陷，导航提供商未尽注意审查义务，终端用户无法用基本常识在一瞬间辨别，导致终端用户人身、财产或数据损失，导航提供商应当承担严格责任。终端用户可以按照导航产品责任原则来举证，即导航错误事实、其发生损害事实，其损害结果与导航错误事实具有一般关联性，如果导航提供商辩称自己无责任，应当向法官申请专业鉴定或评估，否则将承担败诉的法律后果（见表 1）。

表 1 拟制判决一

固有缺陷未尽义务的严格责任		
（图 1） 事件 1	标注地址错误	拟制判决要点： （1）终端用户举证三要素：标注错误、发生损失和一般关联性。证明基本侵权事实； （2）导航提供商如果提出合理抗辩，应承担举证责任，如已尽警告与风险义务； （3）法官根据严格责任原则：判令导航提供商承担终端用户倒车时车损 600 元，及可能产生的其他损失，如合理的误工费等损失，应该由法官根据实际情况判定
（图 2） 事件 2	指示发生交通事故	拟制判决要点： （1）终端用户举证三要素：导航指示逆行、发生交通事故和二者的一般关联性； （2）导航提供商如果提出合理抗辩，如逆行标示已尽警示义务等，承担举证责任； （3）法官根据严格责任：该事故发生产生的人身、财产损失应由导航提供商承担

2. 终端用户过失不影响缺陷的严格责任

发生交通事故的终端用户一定程度上均存在依赖导航的情况，如果盲目依赖导航而不

遵循一般注意常识,据此造成损害结果,并起诉导航提供者,将是违背公平正义原则的。但是,如果终端用户的过失是否存在,均不影响导航错误致损的发生,导航提供商应当承担严格责任。在举证责任方面,终端用户仅举证三大项即可(见表2)。

表2 拟制判决二

终端用户过失不影响缺陷的严格责任		
(图4) 案例一	强烈依赖 导航的特 殊作业	拟制判决要点: (1)终端用户举证三要素:导航有误、空难发生和一般关联性。证明基本侵权事实; (2)只要导航有误的事实成立,无论终端用户是否有过失,如均不据此减轻责任; (3)法官根据严格责任原则:判令侵权责任成立,导航提供商承担全部赔偿责任。因为特殊行业严重依赖导航准确性,对导航提出更高要求

3. 消极怠于更新未尽义务的惩罚性责任

惩罚性责任是严格责任的升级版,属于严格责任的范畴。导航提供商因为疏忽而向终端用户提供虚假或不准确的信息、怠于检查更新时,应当承担侵权责任。具体惩罚性责任的具体标准,由法官根据个案的严重后果予以判定。关于举证责任,终端用户承担严格责任的三项证据,如果证实严重后果的事实成立,法官应不予考虑导航提供商提出的任何辩解,直接适用惩罚性责任原则(见表3)。

表3 拟制判决三

消极怠于更新未尽义务的惩罚性责任		
(图1) 事件4	长时有误不改, 致车入河	(1)终端用户举证三要素:长时有误不改、发生损失和一般关联性。基本侵权事实; (2)只要导航提供商怠于更新的事实成立,则提出的任何抗辩将不会被法官采纳; (3)法官根据严格责任原则:判令侵权责任成立,导航提供商承担惩罚性赔偿责任,具体数额由法官根据导航提供商的责任进行判定
(图1) 案例一	长时有误不改, 延误救治	

4. 更新不及时已尽义务的过失相抵责任

导航地理信息与数据具有实时性、变化性特征,如果导航提供商已经发出某条道路进行维修的“警告与风险”,且该“警告与风险”的完善方案均已代替,那么终端用户也应当承担基于提供商警告而应当知道的风险。法官应当量化评估导航提供商与终端用户各自应当承担的责任,适用过失相抵原则。但是,如果足够的“警告与风险”之下,仍然发生导航错误事件,法官应当具体量化审查,导航提供商举证证明已尽足够的警告注意义务,终端用户举证证明自己无过失及导航提供商在足够的“警告与风险”之下仍然存有过失(见表4)。



表 4 拟制判决四

更新不及时已尽义务的过失相抵责任		
(图 1) 事件 3 之情形 一	已尽警告与 风险义务	拟制判决要点: (1) 终端用户举证三要素: 逆向指令、发生损失和一般关联性。证明基本侵权事实; (2) 导航提供商举证证明, 确实已尽警告与风险义务, 足以防止导航缺陷; (3) 法官根据过失相抵原则: 判令侵权责任成立, 但导航提供商的足够注意义务可以相应减轻其自身的责任, 此时应运用量化责任理论
(图 1) 事件 3 之情形 二	已尽义务 仍无法避 免	拟制判决要点: (1) 终端用户举证三要素: 逆向指令、发生损失和一般关联性。证明基本侵权事实; (2) 导航提供商举证证明, 确实已尽警告与风险义务, 足以防止导航缺陷; (3) 终端用户如果提出即使导航提供商已尽警告和风险义务而提出抗辩的, 应由导航提供商进行举证, 必要时需要鉴定; (4) 法官根据过失相抵原则: 判令侵权责任成立及导航提供商注意义务是否有效, 如果有效则可以相应减轻其自身的责任, 如果无效则不能绝对减轻导航提供商责任, 此时应适用量化责任理论

5. 终端用户因过失而扩大损失的过失相抵责任

驾驶人承担过错责任的前提是行为人对他人的权益负有一定的注意义务。^①终端用户应有谨慎驾驶义务, 如果仅跟踪导航指令进入明显可察的不安全境地而使自己处于危险之中, 那么终端用户应当对明显可察的不安全境地承担责任。谨慎驾驶义务, 是一个普通理性的人应当尽到的谨慎程度, 法官需要审查司机的行为是否符合一般理性之人的谨慎义务, 如果他们按照导航指令进入明显危险的情况, 导航提供商可以提出抗辩以减轻自己的责任 (见表 5)。

表 5 拟制判决五

终端用户因过失而扩大损失的过失相抵责任		
(图 4) 案例四	谨慎注意 义务即可避免	拟制判决要点: (1) 终端用户举证三要素: 导航有误、损害结果和一般关联性。证明基本侵权事实; (2) 导航提供商提出抗辩, 终端用户通过肉眼能够判断前方道路狭窄根本无法通行; (3) 终端用户未尽谨慎注意义务的事实成立; (4) 法官根据过失相抵责任原则: 判令侵权责任成立, 导航提供商承担赔偿责任, 但因终端用户过失比例据此减轻相应的责任, 适用量化责任理论

^① 参见宋宗宇、林传琳:《自动驾驶交通事故责任民法教义学解释进路》, 载《政治与法律》2020 年第 11 期。

（三）量化赔偿方式：增减项目法

从风险分担方面来看，建立导航保险责任机制，适当分流导航提供商责任，^①为降低车辆保险与导航保险承保的复杂性，应当将导航保险纳入车辆强制保险，使得车辆保险与导航保险统一。如果因为导航错误发生交通事故，由保险公司先行赔付，终端用户不需要探寻导航背后的复杂法律关系，后保险公司根据导航责任起诉导航提供商进行追偿。但如果未发生交通事故，如被扣分罚款等，可以直接申请保险公司理赔；其中造成个人数据信息损失的，终端用户可以向法院先行诉前申请停止损害、恢复数据，其余同上。

从损害赔偿标准来看，现有的法律、法规均未有明确规定，更多是通过自由裁量来决定如何分担损失，从而导致分担损失判决的不确定性增加，分担损失的比例缺乏明确标准和依据。^②具体导航责任，在导航提供商与终端用户之间按照何种方法确定双方应当承担的责任比例。可以尝试创设“增减项目法”来科学平衡双方的责任，“增”指增加导航提供商的责任，“减”指减轻导航服务商的责任。同时可以规范法官的自由裁量权，让法官根据案情，综合运用严格责任、过失相抵责任原则，具体量化增加与减少的每一项目，计算导航提供商应当承担的具体责任份额。

（责任编辑：郝晓越）

① 参见李易青：《论“北斗”卫星导航系统的法律风险及责任问题》，载《国际太空》2018年第6期。

② 参见孙大伟：《公平责任“依法”适用之解释论》，载《政治与法律》2021年第8期。



公司担保案件裁判路径之检视与完善

——基于对 560 份裁判文书的实证研究

赵爽*

内容摘要：我国各级法院在 2019—2021 年关于公司担保纠纷 560 份裁判文书的统计分析结果显示，司法裁判进路逐渐贴近理论研究，但仍存在分歧与不足，裁判结果存在公司责任泛化倾向。在《公司法》第 16 条构成法定权限限制规范的前提下，未经决议之担保行为系越权行为，宜衔接适用表见代表（理）之规定解决相关纠纷。未来司法实践应沿此进路完善，明确法定代表人越权担保情形中无权代理规则的类推适用、相对人的合理审查义务及表见代表（理）要件未得满足时公司的绝对免责空间。

关键词：公司担保；越权担保；表见代表；表见代理

中图分类号：DF521 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156（2022）04-052-068

引言

针对公司担保事宜，《公司法》第 16 条规定，公司从事担保行为须经董事会或股东（大）会决议。但鉴于该条文未同时明确公司违反决议程序进行担保的法律后果，法院在适用此条文进行裁判时尺度不一，裁判结果欠缺确定性和一致性。如若担保事项未经公司机关决议通过，行为人以公司名义订立的担保合同效力如何？相关责任如何分配？这已成为司法实践亟待解决的争议问题。当前，针对违反《公司法》第 16 条的公司担保之私法效果认定，学者们主要采用规范分析方法展开讨论，本文则采用实证研究方法，从 2019—2021 年的公司担保案件中选取样本案例，以此为载体对法院的裁判思路进行分析，在总结司法实践经验的同时反思其不足，为妥善解决公司担保纠纷提供思路。

* 赵爽，吉林大学法学院民商法学博士研究生，吉林大学中俄法律研究中心研究员。

一、公司担保纠纷司法实务现况

（一）样本选取与研究设计

样本案例的选取遵循如下标准：第一，样本案例为“本院认为”区段包含“《公司法》第十六条”这一关键词的民事判决书。理由在于法院认定当事人违反《公司法》第16条之决议程序订立的担保合同私法效果，通常涉及对《公司法》第16条的解读，前述检索条件的设置有助于较为便捷而精确地搜集公司担保案件样本案例。第二，样本案例的审判日期处于2019年至2021年间。鉴于近年来公司担保案件在司法审判和理论研究方面均引发诸多争论，2019年、2020年最高人民法院先后以《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称《担保制度解释》）对公司担保案件中的争议问题进行回应，相关规定对全国各地法院的裁判工作产生深远影响。将样本案例时间限于2019—2021年旨在尽可能体现公司担保审判实践的当下动态。依据上述标准在聚法案例数据库进行检索得到公司担保案件8234件，对总体判决书按照法院层级进行分组并按照10%的比例进行分层抽样，^①经过整理筛选最终获得560份关于违反《公司法》第16条以公司名义提供担保的样本判决。这些样本均为公开的生效判决，具备有效性，且样本来自于全国各地的各级法院，对全国总体的裁判趋势具有一定代表性。

本文使用SPSS统计学分析软件对560份样本判决进行描述性与推断性分析，运用频率分析和交互分析方法总结实务中公司担保纠纷的基本情况，具体分析此类案件的裁判规则与裁判结果，为后续对相关司法实践的检视提供支持。

（二）实证结果与分析阐明

1. 公司担保纠纷基本概况统计

第一，从样本案例的时间与地域分布情况来看，2019—2021年，由违反《公司法》第16条引发的公司担保样本案例数量无明显下降趋势，反映出实务中违规担保现象依旧频发。第二，有限公司法定代表人滥用权限、违反担保程序，以公司名义缔结担保合同的问题突出，^②亟待解决。接受公司违规担保的相对人多为个人，但也不乏有限公司、金融机构，^③亦呼吁司法实践分设针对性的约束机制，从相对人角度切入遏制担

① 研究表明，随着总体规模的增加，样本比例作用趋小，若总体为10000则采用10%的样本比例即可。本文搜集全国各地各级法院相关案例总数为8234例，相对接近10000例，此时采用10%的比例进行抽样是比较合理的。

② 统计结果显示样本案例中近90%的担保人公司为有限公司，且在可以获悉行为人在公司所任职位的371例样本案例中，有310例系由法定代表人实际代表公司作为担保人签署合同。

③ 样本案例中接受公司担保的相对人以个人居多，占样本案例60%以上，其次为有限公司、金融机构，分别占样本总数的24%、6%左右。



保乱象。第三,总体上,公司从事关联担保(即为与公司有关联关系的股东或实际控制人提供担保)^①的情形略多于非关联担保(即公司为其股东、实际控制人以外的他人提供担保),^②需要司法实践给予前者更程度的重视。

2. 公司担保案件裁判规则归纳

本文对样本案例中法院关于相关担保合同私法效果的裁判观点,从担保合同效力认定和责任分配两方面进行统计与分析。

(1) 担保合同效力认定:三条进路

在样本案例中法院主要采用三种进路判定相关担保合同的效力,即规范属性识别进路、越权规则进路、表见代表(理)进路,^③这三种裁判进路在司法实践中所占比例呈现随时间推移而变化的样态。^④统计结果显示,在2019—2021年适用规范属性识别进路的案例在该年度样本总数中的占比整体下降,而适用越权规则、表见代表(理)进路的案例的相应比例整体上升,至2021年,采用表见代表(理)进路的样本案例已占据当年样本总数半数左右,采用越权规则进路、规范属性识别进路的相应比例分别为23%、10%左右,表明近几年法院更倾向于运用表见代表(理)进路审理案件。下文将对此三种裁判进路一一阐明。

第一种,规范属性识别进路,即以对《公司法》第16条的规范定性为基础判定违反该条文的担保合同的效力。这一进路依据《民法典》第153条关于违反强制性规范之民事法律行为效力认定的规定及原《合同法解释二》第14条关于如何理解强制性规范的规定,通过判断相关担保合同是否构成对效力性强制规范的违反认定该合同是否有效。具体认定过程中,法院往往首先引入有关效力性强制规范和管理性强制规范的区分方法对《公司法》第16条的规范属性进行界定。据前述条文规定,所谓效力性强制规范应为合同因违反而无效者。而管理性强制规范内涵则应有二:其一,违反管理性强制规范的合同不因此无效;其二,此类规范旨在实现一定的“管理”目的而非否定合同内容,故而对此类规范的违反不导致合同无效。^⑤由此,若将《公司法》第16条理解为管理性强制规范,认为担保决议程序属公司内部管理或控制程序,不影响公司外部行为效力,则担保合同不当然因违反该程序无效;^⑥若认为该条文属效力性强制规范,则担保合同将因对该条文的违反而无效。^⑦

① 参见曾大鹏:《公司关联担保三大类型的效力解释》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2020年第6期。

② 统计结果显示,公司从事关联担保的案例占总体的51.8%,公司从事非关联担保的案例占总体的48.2%。

③ 三种进路占样本案例的比例分别约为11%、26%、44%。

④ 对主要裁判路径和审判年份的交互分析结果显示“0个单元格(0.0%)的期望计数小于5”,表明卡方值可用,样本信息相对于总体具有代表性, $p < 0.01$,具有极其显著的统计学意义,表明两变量具备相关性。

⑤ 参见朱庆育:《〈合同法〉第52条第5项评注》,载《法学家》2016年第3期。

⑥ 参见成都盒马鲜网络科技有限公司诉成都淘富置业有限公司、和润集团有限公司房屋租赁合同纠纷案,四川省成都高新技术产业开发区人民法院(2021)川0191民初5696号民事判决书。

⑦ 参见郭晖诉北京创新联合教育科技股份公司、孙纲民间借贷纠纷案,重庆巫山县人民法院(2021)渝0237民初2964号民事判决书。

第二种，越权规则进路。在传统英美公司法中，“越权”既指公司越权，即公司行为超越法律允许的、公司章程规定的经营范围，此为严格意义上的“越权”，也包括公司代理人（英美法上主要为董事）行为超出公司章程规定的目的范围。^①越权规则以“推定通知”为逻辑起点，依“推定通知理论”，公司章程一经登记，公司的交易相对人就应当了解到公司的权利以及公司对其董事或其他代理人的授权，即法律赋予公司的权利范围，既然相对人知晓公司是否有资格从事相关交易，也就无法律保护的必要，故而公司越权行为绝对无效，以此维护法律的尊严、保护股东的利益。^②普通法中运用越权规则判定公司越权交易行为效力时，相对人系当然地被认为知晓公司或其代理人所受权利限制，法院并不注重对公司交易相对人利益（包括信赖利益）的保护，公司或其代理人违背法律要求或公司章程对其权利的限制这一事实本身就足以导致相关行为的无效。在我国目前的公司担保司法实践中，仅依据担保事项是否遵循法律、公司章程的规定经公司机关有效决议认定担保合同效力的裁判正体现出对公司法领域越权规则的色彩。此类裁判强调对公司担保决议程序、相关法律及公司章程规定的严守，通常申明未经公司决议的担保合同无效，而不考察相对人是否合理地信赖行为人的担保行为已经公司决议程序通过。^③尽管随着商业活动及学理研究与法律制度的不断演进，现代公司法渐趋重视对公司交易相对人利益的保护，越权规则已渐趋没落。在我国，就公司内部人员“越权”担保问题，诸如“《公司法》第16条之规范作用限于公司内部关系，对债权人无约束力”^④“公司决议属公司内部控制程序，不能对抗公司外部的交易相对人”^⑤之类的观点亦不罕见，但越权规则于公司担保纠纷司法实践中仍有一定影响力。

第三种，表见代表（理）进路。所谓表见代表（理）意指行为人虽无相应代表或代理权限而实施代表（理）行为，但若其具有足以令相对人相信其拥有代表（理）权的外观，则由其所属公司或本人对其行为负责。^⑥我国《民法典》第504条、第172条予以规定。此进路下，法院通常将《公司法》第16条解读为对公司内部人员以公司名义提供担保之权限的立法限制，不经公司机关决议代表公司进行担保为超越代表或代理权限的行为，须考察相对人是否具备对行为人之担保权限的合理信赖，即是否善意，分别认定担保合同是否有效；^⑦担保合同是否对公司发生效

① 参见叶林：《公司法研究》，中国人民大学出版社2008年版，第133页。

② 参见张开平：《英美公司董事法律制度》，法律出版社1998年版，第118-120页。

③ 参见陈永科等诉中标建设集团股份有限公司等民间借贷纠纷案，北京市第二中级人民法院（2020）京02民终11825号民事判决书。

④ 钱玉林：《公司为他人提供担保的裁判规则与理由》，载《证券法苑》2020年第1期。

⑤ 天津统捷科技有限公司诉南京银行股份有限公司杭州城东小微企业专营支行金融借款合同纠纷案，浙江省高级人民法院（2020）浙民终232号民事判决书。

⑥ 参见王焜：《积极的信赖保护——权利外观责任研究》，法律出版社2010年版，第191-194页。

⑦ 此类样本案例在2019—2021年各年份样本总体中均占据最高比重。参见陈丽芳诉麦尔宁等民间借贷纠纷案，广东省茂名市茂南区人民法院（2021）粤0902民初6045号民事判决书。



力;^①担保合同效力待定,是否对公司生效须视公司是否追认而定。^②其中,前二者通常分别依托《九民纪要》《担保制度解释》中的相关规定。

在具体判别相对人是否善意,即是否系“有理由相信行为人有代理权”或非“知道或应当知道法定代表人超越权限”时,法院通常认为相对人负有一定的审查义务,即相对人应当查阅公司章程、有关担保事项的董事会或股东(大)会决议,以此判断行为是否超越权限。但就相对人审查义务的具体标准,法院仍未形成一致意见,较为明确的表述大致可分为形式审查、实质审查、合理审查。形式审查标准见于《九民纪要》,即在关联担保中,相对人须对股东(大)会决议进行审查,决议表决程序符合《公司法》第16条要求。在非关联担保中,相对人须对董事会或股东(大)会决议进行审查(无论章程对决议机关有无规定、如何规定),同意决议的人数及签字人员符合公司章程规定。在形式审查标准下,相对人仅审查公司决议是否存在、是否符合法律或章程规定的形式,不及于公司决议的真实性、有效性,而与之相比,实质审查还须核实公司决议的内容是否真实、合法、有效。^③合理审查标准则见于《担保制度解释》,该标准介于形式审查与实质审查之间,虽不要求相对人核实公司决议的真实有效性,但在非关联担保情形下,相对人须审查公司章程规定的具体决议机关,并据此审查该机关作出的决议方能成立善意。^④三种标准中,法院更多地采用形式审查标准,其次为合理审查标准,仅少数法院认为相对人须对公司决议进行实质审查。

针对形式审查标准与合理审查标准之间最显著的差异,即相对人对公司担保决议的审查是否须结合公司章程规定,以公司非关联担保案例为例,部分裁判认为相对人应当审慎地审查公司的章程及有关决议或决定文件。^⑤如有法院认为,在公司章程规定由股东会会议行使公司为他人提供担保作出决议职责时,应当考察相对人是否对相关股东会决议尽到审查义务。^⑥但也有裁判未将公司章程列入相对人的考察范围,以相对人是否对董事会或股东(大)会决议进行审查为及相关表决是否符合《公司法》第16条规定,判断相对人是否构成“善意”。^⑦公司关联担保情形中同样存在这样的观点分歧。如有法院认为仅在相对人能证明其在订立担保合同时对有关决议完成审查,

① 此类样本案例在2019—2021年各年份样本总体中占比次之。参见罗誌程、四川中成煤炭建设(集团)有限责任公司诉何洪兵建筑设备租赁合同纠纷案,重庆市第二中级人民法院(2020)渝02民终2162号民事判决书。

② 此类样本案例在2019—2021年各年份样本总体中均占比最低。参见胡海燕诉孙全兵、淮安鹏昇商贸有限公司民间借贷纠纷案,江苏省淮安市清江浦区人民法院(2020)苏0812民初1366号民事判决书。

③ 参见梁上上:《公司担保合同的相对人审查义务》,载《法学》2013年第3期。

④ 参见赵常伟、吴瑞东:《公司非关联性越权担保合同效力的判断规则——基于〈民法典担保制度解释〉条文的反思》,载《天津法学》2021年第4期。

⑤ 参见辽宁省节能技术发展有限责任公司诉国网辽宁省电力有限公司企业借贷纠纷案,最高人民法院(2019)最高民终544号民事判决书。

⑥ 参见旌德县兴业融资担保有限公司诉旌德县朱旺投资开发有限公司、安徽省旌德七鑫置业有限公司追偿权纠纷案,安徽省旌德县人民法院(2020)皖1825民初1191号民事判决书。

⑦ 参见苏州市吴中区东山农村小额贷款有限公司诉江苏恒硕建设集团有限公司、常仁国等借款合同纠纷案,江苏省苏州市吴中区人民法院(2019)苏0506民初4757号民事判决书。

同意决议的人数及签字人员符合公司章程要求时，方认定其为善意。^①另有法院认为相对人的审查义务限于股东（大）会决议所载内容是否符合《公司法》第16条规定，即在排除被担保股东表决权后，担保事项经二分之一以上股东表决同意。^②

此外还需注意的是，不同类型的相对人所适用的审查义务标准目前尚无明显程度区分。如样本案例中，专门从事担保业务的公司、贷款公司或银行作为接受公司担保的相对人时，其履行审查义务也以形式或合理标准为限，并未严于其他个人或普通公司相对人的审查标准。

（2）担保合同责任分配：三种结果

从样本案例的裁判结果来看，法院判决公司依据担保合同承担担保责任的比例仅为24.8%，远低于其判决公司不承担担保责任的75.2%比例，且前者逐年下降而后者整体升高，总体上法院渐趋判定公司不为未经其内部决议的担保事项承担担保责任。^③但公司不承担担保责任并不等于公司完全免责，在公司是否承担担保责任之外尚有第三种裁判结果，即公司虽无须承担担保责任却须承担合同无效的过错赔偿责任，通常为债务人不能清偿部分的二分之一，少数法院判令公司按照债务人不能清偿部分的三分之一或其他比例对相对人进行赔偿。此类案例在样本总数中占据33.2%，结合前述法院判决公司承担担保责任的24.8%样本案例，总体上公司须承担责任的情形（包括担保责任和合同无效之赔偿责任）高于公司免责的情况。^④

进一步分析，在规范属性识别进路下，法院判决结果总体限于担保责任的分配而无涉其他民事责任。在越权规则进路下，法院往往不会判令公司承担担保责任，但近52%的法院却同时判令公司向相对人承担合同无效的赔偿责任，表见代表（理）进路下的判决公司承担合同无效之担保责任的比例亦达到40%左右。法院作此裁判所依据的法律规范为《担保制度解释》第17条，通过考察在主合同有效而担保合同无效的情形下公司对此是否存有过错，确定公司是否须向相对人承担一定范围内的赔偿责任。由此，对公司过错的识别便成为公司应否负赔偿责任的核心问题。样本判决中法院判定公司对担保合同无效存在过错的理由主要包括：其一，管理不当的过错，这种过错既包括公司对内部人员尤其是法定代表人的行为约束不力，未能及时发现和制止其超

① 参见谢佳佳诉王香韬等民间借贷纠纷案，北京市第一中级人民法院（2020）京01民终7088号民事判决书。

② 参见台州东胜置业有限公司诉丁忠淦民间借贷纠纷案，浙江省台州市中级人民法院（2019）浙10民终1897号民事判决书。

③ 对样本案例中审判年份和裁判结果的交互分析结果显示，2019—2021年间法院判决公司承担担保责任的比例逐年下降，判决公司免于担保责任的比例整体上升。鉴于p值小于0.01，具有极其显著的统计学意义，可推知2019—2020年间来法院总体上逐渐倾向于判定公司不承担担保责任。

④ 有关公司是否承担担保责任与公司是否承担合同无效之赔偿责任的交互分析结果显示，公司完全免责的案例仅占样本总数的42%，低于公司须承担责任（包括担保责任和合同无效之赔偿责任）的案例相应占比58%。鉴于交互分析结果显示p值<0.01，具有极其显著的统计学意义，可由样本信息推知公司担保纠纷中，总体上公司承担责任（包括担保责任和合同无效之赔偿责任）高于公司完全免责的情况。



越权限、损害公司利益的行为,也包括公司对公章的使用和监管不规范,为行为人在担保合同上加盖公章创造了便捷条件;^①其二,未履行决议程序的过错,即将担保事项未经公司机关决议这一事实本身认定为公司的过错;其三,行为人职务行为的过错,持此种观点的法院认为行为人的行为系代表公司的职务行为,行为效果自应由公司承受,行为人违反相关规定从事担保行为的这一过错亦应视为公司的过错。

二、公司担保纠纷裁判规则审视

近年来公司担保纠纷裁判路径不断沿公平正义、合乎法理的方向完善,《九民纪要》和《担保制度解释》相继为探索公司担保纠纷的化解之策作出尝试,相关规定亦在司法实践中得到适用。但从当前裁判主流进路来看,公司担保司法实践尚存不足有待完善,下文将从裁判进路与裁判结果两方面具体分析。

(一) 主要裁判进路缺失评析

1. 规范属性识别进路。第一,该进路须借助效力性与管理性强制规范的区分方法对《公司法》第 16 条进行定性,而这种对规范性质的定义方法本身却因“先定结论”而在说服力方面稍显薄弱:某一规范之所以为效力性强制性规范在于对该规范的违反将产生行为无效的后果,而行为之所以无效又源于对效力性强制性规范的违反。^②如此以结论证明结论,面临陷入循环论证困局的质疑。且公司担保交易本属私法行为,而“管理性强制性规范”之“管理”则以“行政管理”为本意,司法裁判讨论公司担保决议程序是否系公司内部管理事项及《公司法》第 16 条是否系管理性强制性规范,难免有混淆公法和私法领域中“管理”概念之嫌,一定程度上模糊了公权与私权界限,由此或将引发新的概念区分问题。^③第二,单纯从合同法领域中“管理性”或“效力性”规范的二分视角解析《公司法》第 16 条,由探讨《公司法》第 16 条属于何种强制性规范延伸出违反该条文的担保合同是否有效,尚不足以凸显对公司法之组织法属性的正视,司法实践解决公司担保纠纷的思路与应对纯粹合同纠纷的思路则无明显区分。然而公司担保交易涵盖公司决议阶段、法定代表人等公司人员执行决议即具体的合同签署阶段,前者作为公司意思形成过程为公司法调整范围所全面覆盖,后者才进入合同法、担保法调整领域,公司担保交易横跨不同法律部门的特殊性质也要求司法实践不应仅以合同法领域的“二分法”进行应对,更须立足于公司法视角看待相关争议。^④

① 参见申宗应诉湖北新明珠绿色建材科技有限公司民间借贷纠纷案,湖北省黄冈市中级人民法院(2019)鄂 11 民终 2178 号民事判决书。

② 参见高圣平、卢祖新等:《公司担保问题的裁判路径与具体规则》,载《人民司法·应用》2019 年第 10 期。

③ 参见朱庆育:《〈合同法〉第 52 条第 5 项评注》,载《法学家》2016 年第 3 期。

④ 参见甘培忠、马丽艳:《公司对外担保制度的规范逻辑解析——从〈公司法〉第 16 条属性认识展开》,载《法律适用》2021 年第 3 期。

2. 越权规则进路。采此进路的样本判决以担保事项违反公司法、公司章程规定的决议程序为由认定担保合同无效,无疑体现出对公司担保决议程序的强调和对公司财产安全、股东利益的维护:除以担保为主营业务的公司或银行等金融机构外,对于大多数公司而言,尽管从长期来看担保或可为其带来某种利益,但至少从短期来看,公司对外提供担保通常“无利可图”,反而会减损公司资产,影响公司正常运营,因而否认未经决议程序、可能偏离公司本愿的担保行为的效力,一定程度上具有尊重和保护公司生存与发展权益的意义,同时也有助于推动相对人正视公司担保决议程序,提高尽职调查质量。^①然而对于公司相对人来说,“一刀切”地否定未经公司决议的担保行为的效力,却难以满足其对交易安全的需求。一旦法院查证担保合同系行为人未经公司决议认可而签订,相对人便不得向公司主张担保责任,显然是将此类担保交易中的风险悉数加诸于相对人一方,这将对善意相对人产生不公平影响。在公司担保交易中,股东、相对人等多方利益交错并存,一个能为当事人所接受和遵从的判决势必要实现利益的均衡保护,避免出现对某一方利益的偏袒。^②因此,虽然越权规则进路在推动公司担保规范化、实现形式正义层面具有突出意义,但遗憾的在交易方利益衡平及实现实质正义方面有所欠缺。

3. 表见代表(理)进路。结合相关样本案例,法院在运用表见代表(理)制度的过程中尚有以下问题需厘清:

一是表见代表(理)制度的作用边界问题。理论上越权担保的合同效力归属和效力认定应当是两个不同层面的概念,前者旨在明确担保法律关系的主体,受表见代表(理)制度所规范,而后者旨在明确担保法律关系自身的效力,以法律行为效力规则为法条依据。因此,依托表见代表(理)处理公司担保纠纷,其效果止于担保合同是否归属于公司,而无涉该担保合同效力如何。司法实践中依据相对人是否善意、是否知道或应当知道行为人超越权限的事实,在表见代表(理)框架内得出担保合同有效或无效的结论,在理论上面临难以自洽的困境。

二是无权代理规则的类推适用争议。如前所述,《民法典》表见代表相关规定实际上只明确了相对人知道或应当知道法定代表人超越权限事实时,代表行为有效,但对于此外的情形中越权代表能否约束公司存在规范空白。司法实践中存在“效力待定”,若公司追认担保行为则该行为对公司发生效力,反之则不对公司生效,即对公司不发生效力两种结论。二者的实质差异在于在相对人知道或应当知道法定代表人越权事实时是否类推适用无权代理规则,是否赋予公司以对法定代表人越权行为的追认权。诚然,通常认为对外担保在多数情况下会增加公司负担,但也无法完全排除公司认为担

① 参见刘俊海:《公司法法定代表人越权签署的担保合同效力规则的反思与重构》,载《中国法学》2020年第5期。

② 参见高圣平、范佳慧:《公司法法定代表人越权担保效力判断的解释基础——基于最高人民法院裁判分歧的分析和展开》,载《比较法研究》2019年第1期。



保合同有利可图,从而产生事后追认意愿的可能性。且公司担保毕竟属于民商事交易范畴,而私法领域向来秉持交易自由、鼓励交易的立场,^①因此,赋予公司追认权显然并非全无价值。

三是相对人的“善意”判断标准问题。运用表见代表(理)制度判断代表行为或代理行为对公司的效力,关键问题包括如何界定“善意相对人”。当前公司担保司法实践中对审查事项、审查标准等具体要求方面的理解不一,不利于引导树立规范化的相对人审查义务规则,同时也反映出“恰如其分”的审查义务标准仍有待明确。此外,司法实践对不同类型的相对人适用大体相同的审查义务标准,亦未能充分尊重个人及普通公司与担保公司、贷款公司或银行等金融机构作为接受公司担保的相对人时,各自审查能力的客观不同。从公司担保交易整体来看,相对人审查义务的具体界定关乎公司担保交易成本的分配。对相对人课以适当的审查义务,既不至于使相对人为此承担过多的交易成本,又有助于消减公司法定代表人或代理人的越权担保行为。而所谓“适当”,当然包含着在具体的公司担保交易中,审查义务的标准因相对人所属群体之审查能力的客观差异而有所区分,以确保特定交易中交易成本在公司与相对人之间妥善分担的意味。因此,仍有必要对相对人审查义务的范围与标准进行审视与探讨。

(二) 裁判结果整体效应释义

无论法院采何种路径对担保合同效力作出何种认定,归根到底要解决公司究竟应否对相对人承担责任的问题。前文统计结果显示,在公司担保纠纷中,无论是以公司向相对人承担担保责任或是合同无效赔偿责任的形式,总体上法院更偏向于保护相对人利益,且从最终结果来看,两种形式并无实质差异。原因在于,所谓合同无效后的赔偿责任,虽在名义上与担保责任不同,但二者在责任范围上却具有一致性,即均以债务人不能清偿的部分为计算基准,二者仅在数量或程度上存在差异。^②公司在此类纠纷中承担责任的比重表明,较之相对人,公司更有可能承担违规担保之交易风险,如此则面临以下问题:

1. 担保决议程序被架空,《公司法》第16条规范目的无以落地。《公司法》第16条的目的在于规范公司担保行为,防止滥保行为减损公司资产、损害股东利益,^③经公司决议同意成立的担保关系方受法律保护即为应有之义。若非相对人在交易中享有合理的信赖利益,行为人未经公司决议私自与相对人成立的担保关系原则上不应为法律所庇护,应由相对人承受担保权益落空等交易风险,以保护公司与股东的利益。反观实务中的判决结果,无论是规范属性识别进路中认可违反《公司法》第16条的担保行为的效力,

① 参见杨代雄:《公司为他人担保的效力》,载《吉林大学社会科学学报》2018年第1期。

② 参见殷秋实:《公司担保无效责任的复位——基于责任性质、主体与效果的区分视角》,载《法学》2022年第2期。

③ 参见石冠彬:《论公司越权担保的认定标准及法律效果》,载《法商研究》2020年第2期。

进而判令公司承担担保责任，还是越权规则进路中在认定担保合同因未经决议无效后又判令公司承担赔偿责任，抑或表见代表（理）进路中在相对人不构成“善意”时判令公司对其承担赔偿责任，都未能凸显担保决议程序规范公司担保行为的价值，尤其在后两种情况下，更会弱化担保决议程序之法定程序的效力，实则意味着决议程序处于备而不用之尴尬境地，《公司法》第16条的规范目的在司法实践中亦难转化为现实。^①

2. 默许违规担保行为，无益于形成守法诚信的商业文化。一方面，基于《公司法》第16条作为法律具有全体国民一体遵循的普遍效力，在公司担保交易过程中，行为人应事先就担保事项征得公司决议同意，相对人则应遵照该条文指引对核查是否存在前述事实。^②若担保合同未获公司许可，相对人亦未予核实，此时判令公司对相对人承担责任便使得违法行为最终发生与守法行为一致或近似的效果，等同于默许了行为人及相对人无视乃至违背法律规定的行为。另一方面，在公司担保交易中，公司和相对人面临的风险和可得利益并不平衡，若行为人未提供相关公司决议，则存在担保行为系行为人擅自为之的可能，从公平角度而言，相对人应适度关照公司利益，在接受公司担保时更为谨慎，这既是对担保人一方利益的尊重，亦是诚实信用原则的内在要求。^③若相对人只顾追求自身利益而接受担保，其行为本身已背离诚实信用的交易原则，维护此类相对人的利益将纵容违背诚信的交易行为，长远来看不利于营造良好守信的市场环境。

3. 加重公司负担，徒增交易成本。结合法院判令公司承担过错赔偿责任的三种理由，此种裁判倾向侧面反映出：为尽可能防范此类担保风险，公司仍须从强化内部管理入手，对人员管理、公章管控、程序控制等多方面进行规范化改革。这样的改革势必对关乎组织运行和治理的全局进行调整，由此将牵涉到公司内部多个群体的利益冲突与协调控制。单就管理层所实施的对外担保而言，公司与管理者之间的信息不对称便已产生巨大的代理成本，若要在与担保相关的决策管理、决策控制各环节均加强规范和控制，其中所需成本更是自不待言。^④然而，对于相对人而言，若依据司法实务中程度居中的合理审查标准向其分配交易上的注意义务，以公司提供非关联担保为例，相对人仅需审查公司章程及相应机关作出的担保决议是否存在、是否符合公司章程要求，无需考证前述材料是否真实有效。就审查公司决议而言，决议虽为公司内部文件，外部第三人不易获取，但相对人直接请求公司向其提供即可达到审查目的。就查询公司章程而言，若担保公司为上市公司，相对人通过网络搜索即可查阅其公司章程，调查工作并不复杂；若担保公司非上市公司，相对人可在公司登记机关处进行查询，

① 参见周伦军：《商法规范的解释与适用》，社会科学文献出版社2013年版，第309-313页。

② 参见崔建远：《论外观主义的运用边界》，载《清华法学》2019年第5期。

③ 参见吴飞飞：《公司担保合同行为的最佳行为范式何以形成——公司越权担保合同效力认定的逆向思维》，载《法学论坛》2015年第1期。

④ 参见詹巍：《公司担保案件裁判规则的反思与重构——基于交易成本的分析视角》，载《证券法苑》2016年第2期。



尽管实际操作尚存一定障碍,但此类障碍更多地关乎登记机关如何完善职能以使查询更加便捷,伴随着商事登记全面的电子化及其面对公众的开放,登记信息的获取成本已呈逐步下降趋势。^①且相对人亦可以选择直接请求法定代表人提供公司章程的方式。既然可通过向相对人分配审查义务这一较低成本方式防控担保乱象,再以司法裁判反推公司承担违规担保的交易风险,则有增加整体交易成本之嫌。

4. 判令公司承担过错赔偿责任存在一定理论障碍。第一,公司既然未作出担保决议,便不存在与相对人缔结担保合同的意思表示,自然无法成为担保合同的缔约方,原则上该合同有无效力或因何无效皆与公司无关(除因考虑到相对人存在值得法律保护的信赖利益)。^②第二,理论上认为此种合同无效后的过错赔偿责任系缔约过失责任,即在合同订立过程中因违反依诚实信用原则所生之先合同义务,致使另一方的信赖利益受损而产生的责任,因此承担此种责任必然以参与了缔约活动为前提。^③然而在公司担保纠纷中,真正签订担保合同的是未获公司决议授权的行为人,在合同订立的过程公司并无实际缔约行为,既无缔约行为何来缔约过失?^④第三,公司本是组织体,并不存在自然人的意识和意志,将自然人的过错观念直接移植到公司身上,在理论上亦是不成立的。^⑤此外,司法实务中法院判令公司承担合同无效之过错赔偿责任有以下常见事由:其一,若仅以公司存在用人不当或公司管理等问题认定公司对未经决议程序的担保行为有过错,那么公司过错恐有扩大化之虞,由此推之,在所有此类案件中,公司都将自动被视为有过错而承担赔偿责任。^⑥其二,公司作为组织体,其内部程序的运行最终须通过自然人实现,与其说公司未履行担保决议程序,毋宁说公司内部人员未就担保事宜组织召开董事会或股东(大)会。认为公司存在未履行决议程序的过错,实质上混淆了过错的主体,而将行为人违反规定担保视为其执行职务过程中的过错,将此过错归于公司则更是如此。

三、公司担保纠纷裁判范式探析

公司担保司法实践中,良好的司法裁判不仅能在个案中实现结果正义,亦有助于引导树立合法、公正、高效的交易规则,减少违规担保现象。近年来,针对因违反《公司法》第16条订立的担保合同之效力认定与责任分配问题,最高人民法院先后通过《九

① 参见石一峰:《论商事登记第三人效力》,载《法商研究》2018年第6期。

② 参见刘俊海:《公司法定代表人越权签署的担保合同效力规则的反思与重构》,载《中国法学》2020年第5期。

③ 参见魏振瀛:《民法》(第八版),北京大学出版社2021年版,第391页。

④ 参见甘培忠、马丽艳:《公司对外担保制度的规范逻辑解析——从〈公司法〉第16条属性认识展开》,载《法律适用》2021年第3期。

⑤ 参见叶林等:《公司对外担保无效之赔偿责任》,载《人民司法·应用》2020年第19期。

⑥ 参见黄辉:《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》,清华大学出版社2020年版,第145页。

民纪要》《担保制度解释》探索解决公司担保纠纷的良策，司法审判也多运用其中相关规定。下文将在探索公司担保纠纷裁判范式的同时，回顾《九民纪要》《担保制度解释》的进步之处，同时回应二者尚存的局限性，尝试提出完善思路。

（一）解释论视角下公司担保纠纷的裁判推论

公司担保案件的裁判分歧本质上是围绕《公司法》第16条之法律漏洞填补产生的争议。立法行为不会是任意的、无缘无故的，而是具有鲜明的目的性，因此探明法律条文的立法初衷正是阐释法律疑义的关键。^①如前所述，《公司法》第16条的立法目的在于保护公司财产与股东利益，是考虑到了公司为他人债务提供担保往往会给公司财产安全带来不稳定因素，为防止对外担保减损公司财产、损害股东利益，《公司法》特将担保行为作为公司非常规经营行为，从程序上要求公司从事担保行为应更加规范、谨慎。^②通过决议程序的设置将担保行为的决定权授予公司所有者——股东行使（公司章程规定董事会为担保决议机关实质上亦为股东对董事会的授权），以确保担保行为符合公司利益和股东利益。^③由此，在公司担保事项上，公司决议便成为公司所有者对公司经营者的授权形式，若担保事项未经公司决议同意，法定代表人不再享有公司常规经营行为中当然代表公司进行活动的权限，公司其外人员亦不可基于职务代理之概括授权以公司名义提供担保。概言之，《公司法》第16条系法定权限限制规范，决议程序系对公司内部人员的特殊权限限制，且这一限制的效力经《公司法》以法律规范形式固定后不再局限于公司内部，而是具有了对世效力。

所谓“不知法者不免责”，法律一经公布生效即对社会公众产生普遍效力，任何人不得以不知晓法律规定为由规避法律的适用。法律的这一特性显然是公司内部文件或程序所不具备的，是以立法层面的权限限制，不同于单纯的公司章程、决议等公司内部文件或程序对内部人员的权限限制。相对人在与公司进行担保交易时不得以不知晓该规定为由回避注意义务或主张免责，而须遵照法律规定的指引，通过核实行人的担保行为是否获得公司授权，同时亦使自身不陷于交易上的重大过失。^④否则，相对人难言其全无交易上的过失，应当承担相应的不利后果。如此分配交易风险，恰如其分地兼顾了对公司担保交易中公司与相对人利益的保护，在平衡公司与相对人利益保护的意义上具有一定合理性——《公司法》第16条实质上认可了公司具备担保能力，^⑤

① 参见梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社2017年版，第183页。

② 参见洪虎：《全国人大法律委员会关于〈公司法（修订草案）〉修改情况的汇报——2005年8月23日在第十届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议上》，载《全国人民代表大会常务委员会公报》2005年第7期；杨景宇：《全国人大法律委员会关于〈公司法（修订草案三次审议稿）〉修改意见的报告——2005年10月25日在第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议上》，载《全国人民代表大会常务委员会公报》2005年第7期。

③ 参见曹士兵：《中国担保制度与担保方法》，中国法制出版社2017年版，第88页。

④ 参见崔建远：《论外观主义的运用边界》，载《清华法学》2019年第5期。

⑤ 参见施天涛：《〈公司法〉第16条的规范目的：如何解读、如何适用？》，载《现代法学》2019年第3期。



即已对公司相对人之担保权益作考量,那么在解释《公司法》第 16 条时应关照公司及股东利益,以免陷入片面保护相对人的思维陷阱。^①

在前述分析基础上,行为人违反担保决议程序,以公司名义提供担保构成对法定权限限制的逾越,系越权行为。否认越权担保行为对公司的约束力当然有利于确保公司与股东利益免遭损害,但全然如此或将导致交易安全保障不足。担保决议作为公司授权的表象存在或真或假的可能,公司法定代表人或代理人可能伪造、变造公司决议,若相对人基于对此类决议的合理信赖缔结担保合同,此种情形下,相对人的担保权益显然同样值得法律保护。因此,有必要衔接适用表见代表(理)制度维护善意相对人的合法权益。由此观之,司法实务中的表见代表(理)进路是较为贴近理论的裁判思路,《九民纪要》《担保制度解释》对表见代表(理)制度的运用亦值得肯定。与规范属性识别进路相比,此种裁判思路摆脱了《公司法》第 16 条究竟为管理性或效力性强制性规范的区分难题,以及该规范区分方法所面临的方法论质疑,而事实上,该条文属权限规范,本也不在效力性与管理性强制性规范的涵摄领域中;^②正视了公司担保同涉公司法与合同法的特殊性,将《公司法》第 16 条与适用《民法典》表见代表(理)相关规范衔接适用。另较之越权规则进路,表见代表(理)进路区分相对人是否善意认定担保合同效力,在相对人利益保护方面更显周全,较好地平衡了公司财产安全与相对人交易安全两项重要价值。

(二) 表见代表(理)进路下裁判规则的具体完善

运用表见代表(理)制度解决越权担保纠纷表征着司法实践在理论应用与利益平衡方面的进步性,但赞许之余不应忽视仍有完善空间。

1. 越权担保合同效力归属与效力认定之分离

司法实践中存在诸多区分相对人是否善意、认定合同是否有效的判决,多体现出对《九民纪要》相关规定的运用。然而正如前文所述,表见代表(理)制度本属行为效力归属规范,在越权担保语境中用以判断担保合同是否对公司生效,因而此种裁判思路存在表见代表(理)制度的理解偏差。我国《民法典》分别以第 504 条、第 172 条确立表见代表、表见代理规则,若相对人对行为人的越权事实不知情且不当知情,或相对人合理地信任行为人有相应权限,则代表(理)行为有效。其间,所谓“有效”意指行为对公司产生约束力,而并非合同本身具备法律效力。“有效”的对立结果应为“不当然有效”,即合同不当然对公司发生效力,而并非合同自身归于无效、合同内容丧失法律效力。简言之,前述条文仅应用于判断担保合同是否由公司承受,即公司是否是担保合同中的担保人,具体认定合同效力仍须另行依照“法律行为的效力规

^① 参见叶林:《公司法研究》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 150 页。

^② 参见高圣平:《再论法定代表人越权担保的法律效力》,载《现代法学》2021 年第 6 期。

则”，即《民法典》第143条至第157条。原则上仅在相对人系“善意”时，担保合同对公司具有法律约束力，公司确定的成为担保合同中的担保人，至于其具体应向相对人承担何种义务或责任，则视其后对该合同的效力认定结果而定。反之，对于非善意相对人，越权行为不当然对公司产生拘束力。由此观之，《担保制度解释》在总体延续《九民纪要》裁判思路的基础上，改区分相对人善意与否分别认定“合同有效或无效”为“合同是否对公司发生效力”，相对更符合表见代表（理）制度的原貌。

2. 无权代理规则类推适用之肯认

针对公司代理人超越权限且相对人非善意情形，《民法典》第171条提供了无权代理规则，一方面赋予被代理人追认权，允许其追认符合自身利益无权代理行为；另一方面赋予相对人撤销权，为其提供更周全的保护途径。相较之下，在法定代表人超越权限且相对人非善意时，《民法典》规范供给则显不足。司法实务中以相对人非善意径直认定担保合同对公司不生效的裁判代表着《担保制度解释》的观点，而“效力待定”的结论则系对无权代理的类推适用。有学者认为公司代表人与代理人法律地位不同，基于“法人实在说”，法定代表人的行为就是公司的行为，而代理人的行为则非如此，由此规范二者行为之私法效果的制度逻辑本就有所区分，虽然《民法典》第504条未明确相对人非善意时代表行为的私法效果，也不应想当然地类推适用无权代理之规定。^①

然从理论层面看，表见代表与表见代理具备如下共通之处：一是代表人或代理人超越权限；二是相对人主观系善意；三是客观上存在相对人合理相信的“表象”。^②且在越权担保语境中，鉴于《公司法》第16条之权限限制作用不仅限于法定代表人，任何公司内部人员以公司名义提供担保均应获得公司决议授权，因此，无论是代表人还是代理人，所谓“超越权限”都是指未经公司担保决议授权，法定代表人身份不足以表征行为人的担保行为系有权代表。简言之，在公司担保交易中，代表人与代理人地位相当（在以担保为主营业务的公司则例外），故而类推适用无权代理规则判断越权代表行为归属，具备一定合理性。

另从现实层面看，法定代表人越权担保合同的适法路径可否适用无权代理规则，并非问题的核心，问题的核心在于形成规则路径的逻辑自洽及其与实践的贯通。^③越权担保合同虽系法定代表人违反决议程序与非善意相对人订立，但并不表示该合同必然对公司或股东利益有损，也不排除公司认为担保合同对其有利，应当为其保有追认

① 参见邹海林：《公司代表越权担保的制度逻辑解析——以公司法第16条第1款为中心》，载《法学研究》2019年第5期。

② 参见李激汉、刘平：《公司为他人提供担保纠纷案件法律适用路径探讨——兼评最高人民法院〈公司担保司法解释（讨论稿）〉》，载《证券法苑》2019年第1期。

③ 参见王毓莹：《公司担保规则的演进与发展》，载《法律适用》2021年第3期。



的空间。因此,类推适用无权代理规则赋予公司追认权具有现实意义。相较之下,《担保制度解释》直接认定相对人非善意时,越权担保合同对公司不生效力,虽更能彰显法律不保护非善意相对人的态度,但公司担保交易毕竟属私法范畴,在无涉公司与相对人之外的第三人利益或社会公共利益的前提下,宜发挥私法领域尊重意思自治的精神。但值得注意的是,由于类推适用无权代理规则的基础事实是相对人非善意,因而不应再赋予其撤销权。^①

3. “善意相对人”判断标准之统一化与类型化

“善意”属于人的主观状态,孤立地判断相对人的主观状态存在困难,需通过客观行为推知其是否构成善意,^②即无过失地信赖公司代表人或代理人有权以公司名义提供担保。在此意义上,司法审判及《九民纪要》《担保制度解释》依据相对人是否尽到担保交易中的审查义务认定其善意与否无疑是有必要的,至于该义务标准如何则需进一步分析。尽管目前仍有少数法院认为相对人应当承担实质审查义务,但主要争议集中于形式或合理审查标准,尤其是相对人的审查义务是否及于公司章程、相对人是否须依据章程规定进行审查有待明确,对此须区分担保类型具体而论。

在非关联担保中,既然《公司法》第16条第1款已明确担保决议机关、担保数额限制由公司章程规定,则法律的普遍约束力由此延伸至章程中的相关规定,相对人不得再主张公司章程不可对抗外部第三人,而应在《公司法》第16条的指引下查阅公司章程相关规定,核实公司是否就担保事项作出决议,决议机关、担保数额是否符合章程规定。但对于出席会议和同意决议的人数、签字人员、表决程序等,《公司法》第16条未明确由公司章程而定的,相对人的参照标准仍应为《公司法》相关规定,公司章程规定的高于法律规定的要求原则上不得对抗相对人,理由在于这些章程规定未上升至法律层面,仍系公司内部规定,相对人并无知悉义务,且过度增加相对人的审查事项也不利于交易效率的提高。^③在关联担保中,《公司法》第16条第2款、第3款系强制性规定,未赋予公司章程自治空间,^④基于与上文相同的理由,相对人无需审查公司章程相关规定,仅需审查担保事项是否经公司为股东(大)会决议同意,被担保股东或被担保实际控制人支配的股东是否回避,前述决议是否由出席会议的其他股东所持表决权过半数通过。

① 参见马更新:《公司担保中决议形成程序与合同效力认定间牵连关系探析》,载《法学杂志》2020年第6期。

② 参见朱庆:《公司法定代表人越权担保权责配置规则的法解释——以〈九民纪要〉出台为背景》,载《浙江社会科学》2020年第9期。

③ 参见黄辉:《现代公司法比较研究——国际经验及对中国的启示》,清华大学出版社2020年版,第143-144页。

④ 参见吴越、宋雨:《公司担保合同中善意相对人认定标准研究——基于〈民法总则〉对〈合同法〉50条之扬弃》,载《社会科学研究》2018年第5期。

反观司法实务中的形式审查标准,即由《九民纪要》确立的相对人审查义务标准,一方面未能正确理解《公司法》第16条扩大公司章程担保相关规定之效力范围的作用,在《公司法》授权公司章程规定非关联担保的具体决议机关时,免去相对人对该事项的审查义务,而在《公司法》未给予公司章程在关联担保情形下的自治空间时,要求相对人审查关联担保决议的签字人员是否符合公司章程要求;另一方面着重强化关联担保中相对人的审查义务,非关联担保中相对人的审查义务则显得过轻。《担保制度解释》确立的合理审查标准将公司章程纳入了公司非关联担保相对人的审查范围,矫正了《九民纪要》的前述偏颇,但仍需明晰相对人的审查工作并非全然须结合章程规定进行,正如前文所述,未上升为法律条文内容的章程规定,其效力仍然仅及于公司内部,对相对人无约束力。

此外,司法实务及其依托的《九民纪要》《担保制度解释》在设计相对人审查义务时未充分考虑到不同类型的相对人审查能力存在差异,典型的如银行、贷款公司、担保公司与其他个人或公司。银行、贷款公司系专业从事信贷业务的专门机构,通常没有专门的风险防控部门或由专业人士负责审查担保事项是否符合法律规定,其熟知相关法律法规、公司章程及决议等材料的获取途径、审查流程,且往往因频繁从事贷款与担保交易而业务熟练,担保公司以提供担保为主营业务,理同如此。而普通公司或个人普遍不具备这样的审查能力,相较于其自身能力而言,履行对公司章程或公司决议的审查义务有一定难度。鉴于此,有必要针对不同类型的相对人设置不同标准,审查能力较强的相对人应当担负起更谨慎的审查义务,^①毕竟相对人尽到其能力范围内的审查义务而仍无法获悉行为人超越权限的事实,方为无过失地信任行为人系有权代表或代理,即善意。因此,对前述金融业经营者,可考虑课以实质审查义务。以银行为例,因其完善的机构设置和熟练的业务能力,又在担保交易中处于优势地位,核实公司担保决议的真实性、有效性、合法性并非难事,且银行通过诸如聘请律师对有关材料进行鉴证并出具鉴证意见等方式,即可完成实质审查,并不会过分增加其运营成本,可资参考。^②

4. 越权担保合同公司责任泛化之防止

基于前文分析,在相对人符合表见代表(理)之适用要件的前提下,公司应作为担保人对其承担担保责任,若无此前提且公司拒绝追认越权担保合同,则毋论合同是否有效,公司均不必承担该合同项下任何责任。但遗憾的是现有裁判中普遍存在的“担保债权人偏向”似使法院难以坚定这样的决心,这种犹疑在公司免于担保责任而不免

① 参见倪芷若:《公司法对外担保规则问题研究——以〈公司法〉第16条为切入点》,载《法律适用》2020年第4期。

② 参见梁泽宇:《公司担保合同相对人审查义务的法理基础及形态》,载《西南政法大学学报》2019年第6期。



于赔偿责任的判决中尤为突出,《九民纪要》《担保制度解释》虽认可公司无需对非善意相对人承担担保责任,但也均保留了公司依照或参照主合同有效而担保合同无效之责任规定,对非善意相对人承担赔偿责任的余地。尽管二者均规定了相应的追偿机制,即公司承担前述赔偿责任后可向法定代表人追偿,以此确立越权担保行为人的最终责任主体地位,但受制于法定代表人等个体的经济能力,这种事后追偿机制往往难逃被架空的窘境,最终仍然是由公司代替实际行为人承受越权担保风险。^①

司法实践对相对人的倾斜保护,固然能在一定程度上降低相对人所受损失,契合了“保障债权的实现”的这一民事担保立法目的,但却忽视了公司担保问题并非纯粹的民法上的担保问题,公司担保中需要保护的法益也不仅是民法一贯追求的相对人利益之实现与交易的静态安全。^②从利益衡量的角度来看,公司担保同时涉及到相对人与担保公司两方的利益,司法实践在保护相对人利益的同时也不应忽视担保公司及其背后的股东的利益,一味偏向相对人一方,甚至以公司利益的让步弥补非善意相对人的损失,不仅不利于保护公司及其股东的利益,也会纵容公司担保交易中的不诚信行为。为实现司法裁判结果与法理相契合,同时避免裁判结果在利益衡平层面有失偏颇,有必要扭转相对人利益保护偏向,若案件不成立表见代表(理)且公司拒绝追认越权行为,应当允许公司“全身而退”,此时公司既不必承担担保责任,更无须对非善意相对人进行赔偿。

结 语

公司担保纠纷裁判中的观点差异实则是就《公司法》第 16 条之理解与适用展开的价值判断之争。《公司法》第 16 条系对公司内部人员的法定权限限制,行为人未经公司决议授权进行担保系越权行为,为兼顾交易安全保护,宜衔接适用表见代表(理)之规定解决相关纠纷。《九民纪要》《担保制度解释》对此裁判进路的确立及改进具有进步性,然而公司担保纠纷裁判规则仍需在此基础上再加完善,肯定法定代表人越权担保情形中无权代理规则的类推适用,进一步细化设计相对人的合理审查义务,防止越权担保案件中公司责任的扩大化,是未来司法实践的关注要点。

(责任编辑:崔婷婷)

^① 参见赵常伟:《公司非关联性越权担保合同效力的判断规则——基于〈民法典担保制度解释〉条文的反思》,载《天津法学》2021 年第 4 期。

^② 参见曾大鹏:《商事担保立法理念的重塑》,载《法学》2013 年第 3 期。

短视频平台著作权侵权的认定困境与破解路径

孔未名*

内容摘要：短视频著作权侵权纠纷在司法实践中问题频现。对于涉案短视频版权性的认定，确立“独立创作+最低限度创造性”的一般标准，个案中根据短视频的连续画面作整体判断，并结合制作过程具体分析其是否构成视听作品；形成“原则性规范+具体情形”的概括加列举的立法模式，在“三步检验法”基础上构建双轨制合理使用制度，并借鉴美国“转换性使用”来解释“适当引用”条款。对于短视频平台实施的侵权行为，应建立上传作品分流量级实名制度；采取最低标准的初步侵权证明，完善“反通知”效力，并通过建立平台一体化事先审查机制，解决现行规范中注意义务混同的问题。此外，对法定赔偿施以量化方法并加强惩罚性赔偿的适用，采取证据开示制度明确双方举证责任。

关键词：短视频平台；著作权；侵权责任；损害赔偿

中图分类号：DF529 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)04-069-091

一、问题的提出

据北京互联网法院定义，短视频是指时长较短的视听画面，一般从几秒钟到十几分钟不等。^①根据内容生产方式的不同，短视频可分为PGC（Professionally Generated Content，专业生成内容）、UGC（User Generated Content，用户生成内容）和PUGC（Professional User Generated Content，专业用户生成内容）。^②根据是否利用已有的视频素材，短视频也可分为原创短视频（创作者自行拍摄，包括美食、搞笑、剧情等类型）和二次创作短视频（利用已有视频素材进行创作，常见为以影视综、动漫、体育及游

* 孔未名，西南政法大学国际法学院。

① 参见《北京互联网法院涉短视频著作权案件审理情况报告》，载知产力官网2022年4月20日，<https://www.zhichanli.com/p/1135225556>。

② 参见孙山：《短视频的独创性与著作权法保护的途径》，载《知识产权》2019年第4期。



戏等作品素材制作的短视频)。

短视频以其短小精悍的形式、丰富多元的内容、简便易行的创作,极大迎合了当代公众碎片化的观看习惯。依托“互联网+”时代移动智能终端的广泛普及和互联网平台生态的逐步成熟,我国短视频行业迅速兴起,目前已步入稳定发展阶段,并与电商、直播、资讯、社交等其他产业深度融合。《第49次中国互联网络发展状况统计报告》显示,截至2021年12月,我国短视频用户规模为9.34亿,较2020年12月增长6080万,占网民整体的90.5%。^①与此同时,由于短视频创作门槛低,极易复制与传播,涉短视频侵权案件层出不穷,从“字节跳动诉爱奇艺”“快手诉华多”,到近期热播剧《扫黑风暴》《玉楼春》等屡遭侵权,这无疑给短视频著作权的保护带来严峻的挑战。

短视频平台系指短视频制作、发布、推广和分享的中介,是供用户上传和分享内容的平台,提供接入、内容、存储等多方面的服务,属网络服务提供者(Internet Service Provider,简称ISP),典型代表如抖音、快手、西瓜视频等。^②目前,随着信息处理模式、经营模式和利益驱动模式的转换,短视频平台已不仅仅是单纯提供存储空间的网络技术服务提供者,而是兼具网络技术服务提供者和网络内容服务提供者职能的多功能复合型平台服务商,以各种方式广泛参与短视频的创作和传播。平台处理、控制能力的强化,也意味着平台可能深度参与侵权行为,在其中起到越发重要的作用,平台责任的认定已成为司法裁判的重中之重。因此,有必要聚焦平台在不同侵权形态下的定位及责任承担,从平台角度分析短视频平台著作权侵权的认定,为实践中的种种困境提供解决之道。

通过对2017年至2022年七十余起短视频著作权纠纷案件的检索分析发现,短视频著作权纠纷存在以下争论点:其一,案涉短视频是否具有版权性。此问题乃后续审判之先决条件,只有涉案短视频构成《著作权法》保护的客体,侵权才得以成立。其二,被诉短视频是否构成对其他视频的合理使用。若构成合理使用,则侵权不能成立。其三,平台是否构成侵权及其责任承担。平台或者因自己实施侵权行为而承担侵权责任,或者与网络用户承担连带责任,后一种情况下其过错须依靠通知规则及知道规则来明确。其四,损害赔偿额的计算。因个案情况纷繁复杂、现有立法不够完善,法院在处理以上问题时捉襟见肘,同案不同判等不合理现象频发。

二、短视频平台著作权侵权的认定困境

(一) 涉案视频版权性认定的困境

对短视频这一新型创作形式是否具有版权性,即短视频能否成为著作权法的客体,

① 参见《第49次中国互联网络发展状况统计报告》,载中国互联网络信息中心2022年2月25日, http://www.cnnic.net.cn/hlwfzyj/hlwxbzg/hlwtjbg/202202/t20220225_71727.htm。

② 参见郝明英:《网络短视频平台的著作权侵权责任认定》,载《山东科技大学学报(社会科学版)》2019年第4期。

受到著作权法上的保护，学理上和实践中已无争议。然而，大量案例显示，案涉特定短视频独创性的认定以及二次创作短视频是否构成对原视频的合理使用的判断，在司法实务中仍然面临诸多困难。

1. 短视频独创性认定难

我国《著作权法》第3条规定：“本法所称的作品，是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现的智力成果。”短视频作为一种新事物，在其是否为作品认定的实践领域，一般对于“一定形式”“智力成果”无异议，认定的难点与焦点集中于对“独创性”的判断。

目前，我国法律并未对独创性标准作出明确界定。《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第15条中规定：“由不同作者就同一题材创作的作品，作品的表达系独立完成并且有创作性的，应当认定作者各自享有独立著作权。”据此，独创性至少包括两个方面：由作者独立完成、具有创造性。但短视频本身具有元素复杂、形式丰富多样、主观性表达强的特点，法律很难对标准作出精准的界定，只能笼而统之，这就会造成短视频独创性没有一个较具体统一的方法，出现认定难的困境。实践中，对于短视频独创性的界定存在两种看法：一种是不过于苛求“创”的程度或高度，达到最低限度即可；另一种则要求具备一定的创作高度。两种看法未能达成一致。个案中对独创性的判断也更多是法官的个人抉择，与其个人感知与审美息息相关。

短视频的一大特点是创作门槛低，不同于电影作品需要严密的策划设计与专业设备，大多情况下只需要一部可以拍摄、可以联网的手机即可进行。^①在UGC逐渐成为短视频的主力军的当下，平台为鼓励更多用户参与短视频内容创作，纷纷采取一定措施简化了视频生产的流程，降低其难度，^②例如为用户提供视频模板、特效素材与配乐素材等。这些元素面向平台全体用户，人人都有接触、使用的机会，平台不设限制。这一现象在顺应自媒体时代全民参与趋势的同时，也导致大批在相似结构下生产出的短视频出现并被推送传播，内容趋向同质化，与作品所需独创性之间产生矛盾，增加了认定的难度。

另外，在2020年新修订的《著作权法》中明确的视听作品、录像制品二分法体系下，司法实践中某些短视频究竟属于视听作品还是录像制品仍然有争议。比如，在梁智等与北京天盈九州网络技术有限公司等著作权权属、侵权纠纷案中，法院认为涉案短视频系片段式的简单连续摄像，场景单一、内容简单、创作难度不高，属于普通

① 参见刘佳：《网络短视频的著作权保护问题初探》，载《出版广角》2019年第3期。

② 参见尼罗拜尔·艾尔提、郑亮：《新媒体时代短视频内容生产的特点、趋势与困境》，载《中国编辑》2021年第3期。



人运用通常技能即可完成的劳动成果,是录像制品。^①而在北京微播视界科技有限公司诉百度在线网络技术(北京)有限公司、百度网讯科技有限公司侵害作品信息网络传播权案中,法院则认为对于创作高度不宜苛求,只要能体现出制作者的个性化表达,即可认定其有创作性,涉案短视频属于视听作品。^②从上述案例中可以看出,“视听作品”与“录像制品”的不同判断,仍是独创性标准究竟为“最低限度创造性”还是“一定创作高度”争议的延续。在我国的《著作权法》体系下,视听作品和录像制品是非此即彼的关系,不属于视听作品且主体具备音像资质的连续相关形象、图像是录像制品。^③视听作品由狭义著作权保护,录像制品由邻接权保护,后者享有的专有权利数量较前者少、受法律保护时间短。因此,寻找独创性认定难的破解路径既有利于视听作品与录像制品的研究,又有利于短视频行业的发展。

2. 合理使用标准模糊

由于短视频易于创作、广泛传播的特性,除独创性认定难以外,要判断以其他视频为素材加工创作的二次创作短视频是否侵犯原视频著作权,就涉及对其是否构成合理使用的认定,这也是司法实践中争议的焦点之一。

“合理使用”是指在法定条件下,不必经著作权人许可而无偿使用其作品的行为,是对著作权的限制。我国于1991年《著作权法》中规定这一制度,在经历数次修订后,一直延续至今,且随着信息网络的不断发展,合理使用制度在短视频领域的重要性逐渐凸显。2020年,《著作权法》进行了修订,于第24条修改和完善了合理使用制度:第一,本次修改新增了兜底条款,是对我国合理使用封闭式立法的一个突破,回应了互联网技术不断发展背景下,对短视频、游戏直播等新事物进行合理使用判断的需求;第二,将《著作权法实施条例》21条“不得影响该作品的正常使用,不得不合理地损害著作权人的合法权益”加入立法条文。对此,有观点认为该新增内容为一一般条款,但从条文结构来看,新增内容仍处于“在下列情况下使用作品”的限定之下,并非一般条款,而是对法定情形的进一步限制,即不但要符合十三种情形,还要符合“两个不得”的标准,才能构成合理使用。立法本意是将《伯尔尼公约》中的“三步检验法”本土化,但由于制度移植仅停留在立法条文借鉴而非阐释规则上,^④导致该条文没有具体的衡量方式和标准,缺乏稳定性和可期待性,给司法实践中判断某一短视频是否构成合理使用造成制度障碍。

同时,由于《著作权法》第24条规定的合理使用情形中,第三种到第八种严格

① 参见梁智等诉北京天盈九州网络技术有限公司等著作权权属、侵权纠纷案,北京市朝阳区人民法院(2016)京0105民初37647号民事判决书。

② 参见北京微播视界科技有限公司诉百度在线网络技术(北京)有限公司、百度网讯科技有限公司侵害作品信息网络传播权案,北京互联网法院(2018)京0491民初1号民事判决书。

③ 参见王迁:《知识产权法教程》(第七版),中国人民大学出版社2021年版,第127页。

④ 参见熊琦:《著作权合理使用司法认定标准释疑》,载《法学》2018年第1期。

限制了主体范围,^①第九种到第十二种也明确了特定的具体行为类型,因此对于短视频侵权纠纷,若涉案短视频构成合理使用,只能满足第一种“个人使用”或第二种“适当引用”其中之一。实践中,此两种情形的界定仍然问题重重。

关于《著作权法》第24条第1款“为个人学习、研究或者欣赏,使用他人已经发表的作品”,从条文本身表述来看,对“个人使用”可以做如下界定:为了非商业性的本人目的,以及在家庭等私域范围内使用的目的,对已发表作品实施的复制、翻译、改编等行为,^②不涉及公共领域的传播行为。比如,在北京梦之城文化有限公司诉杭州秀秀科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案中,法院认为,网络用户上传被控侵权视频的目的并非“为个人”,而是“向公众”,并不符合合理使用的构成要件。^③从上述案件可以看出,由于短视频本身发表、传播方式的网络化以及短视频平台的作品推送机制,大多短视频都已超越了个人空间,延伸至公共领域,很难通过“为个人学习、研究或者欣赏”这一目的被认定为合理使用。

《著作权法》24条第2款“为介绍、评论某一作品或者说明某一问题,在作品中适当引用他人已经发表的作品”,此条文规范了引用目的、引用适量两方面。引用目的只能限于介绍、评论作品或者说明问题,而引用量取决于介绍、评论或说明的合理需要。^④实践中,二次创作短视频多援引这一条款进行抗辩。而事实上,相比“个人使用”情形,“适当引用”允许向公众传播作品,的确更符合短视频的现实需求。^⑤但现实生活中短视频的类型是丰富多样的,介绍、评论、说明类只是其中的一部分,仍有很大一部分短视频,如单纯剪辑类,因不符合引用目的而被排除在合理使用的范围之外。在引用是否适量方面,因法律尚没有具体的数量或比例标准,只有原则性规定,更多是法官的自由裁量。同时,还有观点对引用内容提出要求,认为引用部分不得构成引用人作品的主要或者实质部分。^⑥法官对此理解不一,也为短视频合理使用的认定带来困难。

由于条文本身规定的模糊性,不同的法官对于合理使用的理解与判断也不同。检索短视频合理使用相关案例后发现,司法实践中主要存在以下三种标准:一是遵照《著作权法》“三步检验”的相关规定,大多数的案件都采用此种判断方法。二是借鉴美国的“转换性使用”标准,即使用原作品时要增添新的表达、新的美学内容,从而使

① 参见陈颖:《用户创造内容的著作权保护:定位、困境及出路——以〈著作权法〉第三次修改为切入点》,载《湖南社会科学》2022年第1期。

② 参见李杨、任蓉:《著作权法“个人使用”的价值考察》,载《湖北社会科学》2013年第1期。

③ 参见北京梦之城文化有限公司诉杭州秀秀科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,北京互联网法院(2019)京0491民初39992号民事判决书。

④ 参见王迁:《电影介绍节目著作权侵权问题研究》,载《中国版权》2014年第2期。

⑤ 参见袁真富:《用户创造内容(UGC)的著作权合理使用问题研究——兼论〈中华人民共和国著作权法修正案(草案二次审议稿)〉合理使用制度的完善》,载《科技与出版》2020年第10期。

⑥ 参见《中华人民共和国著作权法(修订草案送审稿)》第43条第2款。



作品呈现出新的价值和理念,转换程度越高,构成合理使用的可能性越大。比如培生(北京)管理咨询有限公司诉杭州菲助科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,法院判决就借鉴了这一标准。^①三是吸收美国的“四要素检验法”,结合使用目的、作品性质、被使用部分的数量和质量、对作品潜在市场或价值的影响来判断。比如,上海箫明企业发展有限公司与西安佳韵社数字娱乐发行股份有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案二审,法院综合考量了相关要素。^②司法实践中标准不一,扩大了法官自由裁量的范围,容易导致同案不同判。

“著作权法的永恒困境是决定著作权人专有权的止境和公众获取作品自由的起点。”^③合理使用制度则为如何在版权人权利和社会公众利益之间寻求平衡点提供了处理思路,有利于促进知识广泛传播,鼓励创作,保护版权人权利。解决合理使用于短视频侵权案件中范围模糊、标准不统一等问题,无论对短视频行业的良性有序发展,还是对合理使用制度在我国著作权法律体系中发挥其应有价值都具有重大意义。

(二)《民法典》规范下平台侵权认定困境

继确认著作权侵权成立后,由于大量案件均与短视频平台直接相关,如何认定平台的侵权责任,是摆在法院面前的又一难题。因平台过错的明确需要借助通知规则、知道规则等复杂规范,学术界也不乏对此问题的探讨。由于我国立法传统以及《民法典》的规定,本文采用单独侵权与共同侵权的分类框架,就平台作为单独侵权人或者共同侵权人两种情况分别展开讨论。

1. 短视频平台作为单独侵权人的隐藏难题

短视频平台为单独侵权人,即由平台单独实施侵权行为,网络用户不参与其中。在司法裁判中,平台被判定为单独侵权人的情况大体上包含两种:第一种是短视频平台被认定侵权视频系其自行上传。常见的原因是平台无法提供上传侵权视频的用户的具体身份信息,举证不足而致。另外,值得注意的是,在多起相类似的抖音短视频背景音乐侵权案件中,平台在独特运营模式下的行为性质实质等同于自行上传侵权视频。^④这是源于抖音短视频平台设置有自身的专门曲料库,无论是平台或是用户上传,最后都将被集中汇总到其专门曲料库中,供后续的用户使用。因此,抖音短视频提供此类技术支持的行为,已不能为《信息网络传播权保护条例》第 22 条所规范的“提供信息存储空间”所涵盖,而是直接向其他用户提供未经许可的录音制品,构成侵权。第二种是短视频版

① 参见培生(北京)管理咨询有限公司诉杭州菲助科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,北京互联网法院(2019)京 0491 民初 10207 号民事判决书。

② 参见上海箫明企业发展有限公司诉西安佳韵社数字娱乐发行股份有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,北京知识产权法院(2020)京 73 民终 1775 号民事判决书。

③ Neil Weinstock Netanel, Copyright and a Democratic Civil Society, 106 YALE L.J. 283 (1996)。

④ 参见广东省深圳市前海合作区人民法院(2018)粤 0391 民初 1201 号民事判决书、广东省深圳市前海合作区人民法院(2018)粤 0391 民初 1200 号民事判决书等。

权权属不明,多个公司之间对授权产生争议,但这种情况并不多见,裁判中的争议亦不大。

由此可见,在平台被认定为单独侵权人时,主要问题在于无法提供真实、有效的用户身份信息,不能排除其径行提供内容的可能性。造成平台无法提供侵权用户信息的原因之一就是平台伪装自媒体实施侵权行为。平台伪装自媒体,是指为了规避通知规则,短视频平台通过自建一些隐秘账号伪装成自媒体上传侵权视频,借此来诱导、教唆、帮助用户侵权。更有甚者,与第三方公司合作,大量剪辑正在热播的电视剧、电影、综艺节目等相关作品的精彩片段,然后上传到平台,赚取流量,获取利益。这也间接导致了在一部分平台被认定为单独侵权人的案件中,平台一方面积极辩称其仅是网络信息存储服务的提供者,侵权视频系用户上传,另一方面又提供不了证明是用户上传的具体证据,比如上传者的用户名、注册IP地址、注册时间、上传IP地址、联系方式以及上传时间等关键信息。对此,法院虽然在被侵权人起诉时,可以凭借举证不足或者其他原由戳破短视频平台的“伪装”,使其最终单独承担责任,但现实中未被发现和起诉的大量违规操作却无法避免和有效遏制。治理此类现象,仅凭司法远远不够,需采取其他措施。

2. 短视频平台作为共同侵权人的入责与免责难题

短视频平台为共同侵权人,系指短视频平台与其用户被认定共同侵犯著作权,承担连带责任。为明确平台构成共同侵权的过错要件,《民法典》于第1195条第2款和1197条,分别规定了通知规则、知道规则下的网络服务提供者的过错认定和责任承担情况。下文就此两套规则的具体细节引发的争议略作探讨。

通知规则自从美国《数字千年版权法》移植到我国以来,根据司法上的适用情况和科技水平的发展状况,也在不断作出调整和完善。《民法典》对侵权责任编的网络侵权作出了更详细的规定,基本上吸收了2013年《信息网络传播权保护条例》“反通知规则”的规定,同时规定了“恶意通知”的责任承担问题。通知规则与反通知规则结合,形成了与《电子商务法》相一致的“通知—删除—转通知—反通知—二次转通知—投诉或起诉—终止措施”一整套流程。^①此套流程看似严密,但仍存在诸多尚待讨论之处,主要集中于“合格通知”标准和“反通知”效力两方面。

第一,“合格通知”的界定标准比较模糊。在司法裁判中,对于通知的形式,《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《信息网络传播权规定》)第13条规定,为以书信、传真、电子邮件等方式,即书面形式,已无异议。除此之外,法院界定通知是否合格的问题主要集中在两个方面:其一,是否附有相关的权利文件以证明其能对涉及侵权作品主张相应权利,也就是《民法

^① 参见郝明英:《网络短视频平台的著作权侵权责任认定》,载《山东科技大学学报(社会科学版)》2019年第4期。



典》1195 条所谈到的“权利人真实的身份信息”。随着信息网络的高速发展,为了扩大作品的知名度、提高服务平台的影响力和创造更高的收益,实现共赢局面,各类作品被授权给他人的情形已经屡见不鲜,随之而来的就是主张权利的主体是否适格的问题。通知的主体必须是权利人而非其他人,^① 如果没有提供享有授权的证明文件,便不能主张权利,更谈不上达到有效通知的效果。在北京律政信息技术有限公司与华为软件技术有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案中,由于律政公司提供的授权文件不仅授权链不完整,而且存在重大瑕疵,据此并不足以证明其享有涉案短视频的信息网络传播权及维权权利,因此被驳回起诉。^② 该项问题相对而言容易解决,只需权利人尽到提交完整的授权文件的义务即可。其二,是否附有筛查、定位侵权视频作品的具体信息,以便平台及时删除,避免损害扩大。该项规则具体源自《信息网络传播权保护条例》第 14 条中的“须删除或者断开链接的侵权作品、表演、录音录像制品的名称和网络地”。《民法典》1195 条并没有此项规定,但实践中却通常将此条款作为一般要求。在很多情况下,权利人在提供侵权的初步证据时,可能会提供短视频的网址、链接、截图等信息,因此上述的要求可能会被包含在侵权的初步证据中。但将该款条件独立出来作为强制规定并不合理,于权利人而言未免过于严苛,无形之中使之承担了较多的技术性筛查工作,而现实中的大量著作权人并没有收集这些证据的能力。如果权利人想要最大程度上地把侵权短视频全部删除,未尝不可仅提供一些可供筛选的信息,然后将审查工作交由平台进行。首先,基于平台提供自动接入、搜索、链接、网络信息存储等网络服务之定位,其应当预见到这些服务将导致网络侵权泛滥的可能性,据此承担一定的注意义务,并且具备与之相匹配的审查能力。其次,短视频虽“短”,但包含的信息量并不少,譬如背景音乐、字体等都可能成为被侵权的对象。平台在被设计之初,考虑到其服务定位,就已经开始提供制作短视频所需的部分材料信息,比如设置专有的曲料库等。因而对于这些可能遭受侵权的对象,平台的技术措施具有审查不同素材的先天优势。最后,这也是平台良性发展之必然要求。在当前激烈的市场竞争的环境下,规范自身的审查过滤机制,打造一个安全、健康、守法的线上信息存储平台,才能激励更多原创作者在该平台上发布独创作品,扩大影响力,巩固行业地位。

第二,违反“反通知”的后果不明确。反通知规则具体包括“转通知”“反通知”以及“二次转通知”。在短视频的语境中,“转通知”是指短视频平台接到通知后,应当及时将该通知转送发布涉及侵权视频的用户。而“反通知”是指用户接到通知后,可以向平台提交不存在侵权行为的声明。“二次转通知”是指平台在接到声明后,应当将该声明转送发出通知的权利人,并告知其可以向有关部门投诉或者向人民法院提

① 参见王利明:《论网络侵权中的通知规则》,载《北方法学》2014 年第 2 期。

② 参见北京律政信息技术有限公司诉华为软件技术有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,北京互联网法院(2020)京 0491 民初 2265 号民事判决书。

起诉讼。设置反通知制度,就是赋予网络用户以抗辩的权利。^①然而,在网络用户行使这一权利的过程中,短视频平台违反流程的后果却并不是那么明确。首先,如果平台在接到通知后没有及时转送,仅仅采取了删除、屏蔽等措施,且最后证明用户并未侵权,此为权利人错误通知的情形,根据《民法典》的规定,权利人应当承担责任。但平台的未通知其实对于损害结果的扩大亦有过错,乃当为不为,应当与错误通知的著作权人一起对受害人承担责任。至于承担责任的比例,应当由立法予以说明。其次,平台接到未侵权的声明后,是否需要对其进行审查,如果应当审查,则应为形式审查还是实质审查,仍有争议。最后,如果平台接到通知后并未及时转送,仅采取了删除、屏蔽等措施,根据《民法典》1196条第2款的规定,在平台终止措施之前,用户发布的短视频很可能一直处于被删除、屏蔽的状态。平台不积极的行动,可能会极大地损害用户的利益。这种情况特别容易发生在涉及二次创作的短视频作品上,而正是此类作品更需要立法的保护。因为在恰当的限制与引导下,二次创作短视频对热播作品的再创作不仅能够为原作吸引大量流量,提高原作的知名度,也能促进短视频产业的发展,达到互利共赢的结果。因此,平台违反“反通知”的后果应当通过出台相关司法解释进一步明确,以保障用户的权利。

知道规则,是权利人的另一条救济途径,如果有证据证明平台违反知道规则,可直接排除通知规则的适用。因此,有学者认为其应当是网络侵权的一般条款,而通知规则是例外。^②无论是在学理上,还是在实践中,是否尽到合理的注意义务都被认为是判定网络服务提供者“知道或者应当知道”的重要标准之一。然而,对于如何界定注意义务的内涵及其边界,现实中存在诸多困难。

第一,立法、司法、学理上,注意义务内涵都尚未明确。我国现行法律规范中,网络侵权的“注意义务”仅见于《信息网络传播权规定》第11条第1款。学理上,有学者根据当前的理论研究成果和司法实践状况,主张将版权注意义务分为普遍审查义务、特殊审查义务与被动注意义务。^③而在司法实践中,也有法院在裁判文书中阐述了自己的观点,比如在重庆广电英度传媒有限责任公司与北京爱奇艺科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案中,法院指出,网络视频平台的注意义务应当根据其经营模式、用户、上传作品的类别、审查的成本等予以调整,区分为一般的注意义务、更高的注意义务,甚至事前审查义务。^④事实上,这些分类或多或少有重合之处,只不过表述有所不同。将事物进行分类,是更好地认识其本质特征的一种途径,对于“注

① 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社2020年版,第99页。

② 参见薛军:《民法典网络侵权条款研究:以法解释论框架的重构为中心》,载《比较法研究》2020年第4期。

③ 参见王杰:《网络存储空间服务提供者的注意义务新解》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第3期。

④ 参见重庆广电英度传媒有限责任公司诉北京爱奇艺科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,重庆自由贸易试验区人民法院(2020)渝0192民初7351号民事判决书。



义务”也是如此。从反面来讲,对“注意义务”的分类指称的非标准化、非统一化也间接证明了其内容的内涵及外延存在界定模糊的问题。所谓“被动注意义务”,是指通知规则中,短视频平台接到权利人的通知后,有采取必要的措施的注意义务。毋庸置疑,这一注意义务无论是立法还是司法都获得普遍认同。但另外两类注意义务在现实情况却难以真正区别开来。“事前审查义务”或者“普遍审查义务”,皆指网络服务提供者对网络用户侵害信息网络传播权的行为主动进行审查的义务。根据《信息网络传播权规定》第8条的规定,我国当前的立法倾向是,免除短视频平台作为网络服务提供者的一般的事先审查义务。短视频种类繁多、表现形式多样,若设置统一的过滤筛查机制,可能会导致部分“无辜作品”的“错误删除”,打击优质作品创作的积极性。而且短视频平台的规模大小、涉及领域、运营模式等都各有区别,如果为每一个平台匹配相同的义务,可能会导致判定标准过于僵化,不利于行业的发展。在司法实践中,这一倾向也被接受和采用。在上海翡翠东方传播有限公司与北京百度网讯科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案中,一审法院综合考量24个1至9分钟的涉案视频的时长较短、内容分散,加之可能存在构成合理使用等需个别判断的复杂情形,仅标题包含涉案影片的名称尚不足以构成明显的侵权信息,而且客观上也难以仅凭标题等字样即对海量短视频进行全面、主动的审查,或者事先进行关键词屏蔽,由此法院认为平台不负有一般性的主动审查义务。^①

第二,部分案件中,法院对更高的注意义务的认定超越现有法律的规定。对于涉及到处于热播期的影视作品或综艺节目、高知名度的作品、平台的特殊运营机制等因素的案件,法院表现出不同的态度。比如,在上海新创华文化发展有限公司与杭州秀秀科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案中,法院认为,由于相关影视剧权利方将影视剧、尤其是热门影视剧的信息网络传播权授权给个人用户的可能性很小,个人用户有较大可能是通过视频网站下载并制作素材视频,随后未经权利人许可将视频上传至“配音秀”软件。这种经营模式客观上存在诱导用户上传侵权视频的较大风险,平台主观上亦能够预见到“配音秀”软件中可能存在侵权视频,由此而认定“配音秀”作为平台方在侵权审查上负有较高的注意义务。^②同样地,在湖南广播电视台与广州市千钧网络科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案中,法院认为,跨年演唱会的制作需要花费大量的人力、物力、财力,具有较高的知名度,相关权利人不会将作品在互联网上免费发布供公众无偿下载或播放,因此作为专门从事影视、娱乐等的视

① 参见上海翡翠东方传播有限公司诉北京百度网讯科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,上海市徐汇区人民法院(2020)沪0104民初8303号民事判决书。

② 参见上海新创华文化发展有限公司诉杭州秀秀科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2021)沪0115民初25717号民事判决书。

频分享平台对用户上传的视频内容应有更高的注意义务。^①而在重庆广电英度传媒有限责任公司与北京爱奇艺科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案中,法院进一步扩大了“更高的注意义务”的考量范围,其基于平台为收费视频播放网站、上传用户为特殊“自媒体”用户、涉案作品为制作成本较高的电视综艺节目、涉案视频名称含有“重庆卫视”等明显的权属信息等多方面因素,综合考量认为爱奇艺公司应该履行更高的注意义务。^②这些认定事实突破了《信息网络传播权规定》第11条第1款,平台仅对“直接获取经济利益”的短视频负有“较高的注意义务”的限制。而这些被额外考虑的因素,在很大程度上,与《信息网络传播权规定》第9条所列明的构成“应知”的部分条款相重合,比如考察网络服务提供者提供服务的性质、方式、引发侵权的可能性大小、传播的作品、表演、录音录像制品的类型、知名度及侵权信息的明显程度等。也就是说,未履行这部分注意义务将导致与构成“应知”相同的法律效果。这也直接导致,部分法院的逻辑为,先认定平台没有尽到合理的注意义务(此处的注意义务指“更高的注意义务”)后,一般紧随其后认定平台构成“应知”,进而判定其应当承担侵权责任。这种思维的后果,极大地扩大了注意义务的涵盖范围。事实上,在一定程度上已经等同于要求平台承担事前审查义务,这也是为什么那些被法院认定应负有“更高的注意义务”的平台最终都几乎毫无例外地承担了侵权责任的主要原因。可以看出,试图将普遍性的审查义务与更高的注意义务明显区别开来是几乎不可能的。这种尝试已经导致现有法律与司法裁判出现了部分割裂状况,长此以往,将不利于建立规范化、合理化、一体化的网络服务机制,对我国短视频产业的发展造成阻碍。因此,有必要将网络服务者的“注意义务”进一步规范化。

(三) 损害赔偿的认定困境

在著作权侵权案件中,赔偿损失是常见的责任形式。然而,审判实践中平均判赔额较低等问题仍广泛存在。具体到短视频领域,以下困境亟待解决:

1. 短视频法定赔偿适用泛化

短视频著作权侵权损害赔偿的相关规定主要涉及《民法典》第1185条和《著作权法》第54条,前者是惩罚性赔偿的原则性规定,后者第2款“权利人的实际损失、侵权人的违法所得、权利使用费难以计算的,由人民法院根据侵权行为的情节,判决给予五百元以上五百万元以下的赔偿”属于法定赔偿,法定赔偿作为著作权人在权利被侵犯的情形下获得救济的最后途径,通过规定具体范围、施以法官极大的自由裁量权,使得法官可以根据具体情况作出判决。相比于前置的“实际损失”“违法所得”“权利使用费”三

① 参见湖南广播电视台诉广州市千钧网络科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,湖南省长沙市中级人民法院(2018)湘01民初1115号民事判决书。

② 参见重庆广电英度传媒有限责任公司诉北京爱奇艺科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案,重庆自由贸易试验区人民法院(2020)渝0192民初7351号民事判决书。



种赔偿额计算方式,法定赔偿具有范围固定、下限低、跨度大等特征。作为一般赔偿的最后保障,法定赔偿的使用需要一定限度。然而,目前法定赔偿在著作权侵权损害赔偿中适用比例过高,与著作权法立法本意不符,超出了其应有的立法效果。

造成这一现象的原因包括下列几点:首先,短视频著作权侵权损害具有无形性、不易确定性等特征,不仅确认短视频独创性难度大,侵权实际损失、违法所得及权利使用费的计算难度也很大。在实际的侵权案例中,很难直接准确计算得出权利人实际损失、违法所得或权利使用费,这一实际操作中的困难大大提高了“实际损失”“违法所得”“权利使用费”规定的适用难度。其次,涉案短视频往往相对价值较低、传播范围和影响力也较小,因此诉讼标的也相对不高。同时,原告往往缺乏提起商业维权诉讼的能力,因而普遍不愿耗费较大的时间精力举证。而提起批量商业维权诉讼的原告多为法人,以获利为目的、追求案件数量、不重视举证责任,在无有力证据的情况下,通常出于尽快获得利益的目的直接请求法定赔偿,因此法院适用法定赔偿也就理所当然。如此以来,《著作权法》第54条的前三则规定完全沦为证据的“奴仆”,直接被其后的法定赔偿架空,法定赔偿则远远超出了应有的作用,直接从底部一跃而上,成为确定赔偿额的主要适用依据。

2. 实务中惩罚性赔偿制度的适用率极低,作用有限

惩罚性赔偿随着《民法典》和《著作权法》进入知识产权的视野。《民法典》第1185条明确规定了在特定情况下权利人即被侵权人有请求惩罚性赔偿的权利。惩罚性赔偿制度是为了在使侵权人在受到侵权和维权时损失的利益得到完整填补的同时、对侵权人予以惩戒的责任制度,王利明教授认为惩罚性赔偿具有赔偿、制裁、遏制三个功能。^①同等情况下,适用惩罚性赔偿所确认的赔偿数额远高于法定赔偿,作为“填平原则”的一种例外表现,如果对惩罚性赔偿的适用不加限制,那么对侵权人而言只会增加不必要的负担、引起更多的诉讼争议。被侵权人如果对维权中付出的时间和精力毫无怨言或侵权程度未达到,抑或为了提高争议解决效率,那么一般规定足以完成损害赔偿责任的实现。

但是,从侵权责任法的角度来说,惩罚性赔偿作为侵权人承担损害赔偿责任的重大方式,除填补损失外,更重要的功能在于提示和警戒侵权人,防范侵权的再次出现,同时弥补被侵权人巨大的举证成本。对于主观恶性极大或情节极其严重的侵权行为而言,仅仅适用补偿性赔偿是有失偏颇的,不仅会挫伤被侵权人维权积极性,也难以遏制恶意侵权行为。不仅如此,对于短视频平台侵权而言,惩罚性赔偿还能够从一定程度上预防恶意侵权的出现,高额的赔偿金对短视频平台更不失为一种震慑,有利于督促平台履行应有的注意义务,反向促进平台内部监管机制的完善。

^① 参见王利明:《惩罚性赔偿研究》,载《中国社会科学》2000年第4期。

惩罚性赔偿制度对于扭转判决金额远低于原告诉求金额的现状有着不可忽视的作用。然而,从目前来看,惩罚性赔偿制度的实际运行效果显然没有达到立法预期。^①造成此现象的原因除法官的保守态度之外,也与原告需承担的举证责任密不可分。根据《著作权法》第54条相关规定,想要适用惩罚性赔偿首先需要确定赔偿数额,在已确定的数额上再确定惩罚倍数。而难度最大的一步,就是确定数额。确定数额的前提是能够通过“实际损失”“违法所得”“权利使用费”进行计算,然后根据侵权情节严重程度或侵权人主观心理状态,再确定是否适用惩罚性赔偿以及赔偿倍数。

相比于其他知识产权侵权,短视频的著作权及邻接权侵权,其侵权数额更加难以确定。原因在于短视频受到侵权后,侵权人所获利润与被侵权人的实际损失往往不相符合,甚至在侵权人获利的同时,被侵权人未受到经济利益的损失。而且,短视频侵权纠纷诉讼标的往往较小,难以认定侵权人的主观恶性。加之侵权情节一般比较轻微,影响范围有限,侵权人一般也不主张惩罚性赔偿,仅以弥补损失为主要诉讼目的。

3. 短视频平台承担的连带责任实际为最终责任

《民法典》第1195条和第1197条构建了确定网络服务提供者责任的两大规则——通知规则与知道规则,共同规定了网络服务提供者与侵权用户承担连带责任时内部责任分配的基本方法。1197条规定了平台在负有“应知”“明知”义务下未采取必要措施所应承担的后果,即与该网络用户承担连带责任;1195条规定了网络服务提供者违反通知规则应承担的责任,即虽然网络服务提供者不知道或者不应该知道用户侵权行为的存在,但在接到权利人侵权通知后没有及时履行采取必要措施的义务,应对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。二者作为认定网络服务提供者过错的方式,共同对平台侵权作出规制。

然而,从实际情况来看,在构成共同侵权的前提下,原告往往只起诉平台。以上海新创华文化发展有限公司与杭州秀秀科技有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案为例,原告主张被告杭州秀秀科技公司提供的软件“配音秀”构成帮助侵权,而仅起诉该公司而非侵权用户,法院裁定原告该主张成立,被告应当承担连带责任,然而该公司承担损害赔偿后未选择向用户追偿。“平台就损害的扩大部分承担责任”的规定,在实务中往往虚置,不利于短视频著作权侵权的责任分担。

被侵权人往往只起诉平台的原因主要有以下几点:首先,平台的赔偿意愿和赔偿能力更高,能够满足被侵权人希冀获得最充分补偿的心理,因而被侵权人出于利益(赔偿)最大化的目的选择起诉平台;其次,短视频著作权侵权不同于其他侵权,在侵权行为、损害后果以及侵权责任分配的认定上都不同于一般侵权,并不像一般侵权那样

^① 参见詹映:《我国知识产权侵权损害赔偿司法现状再调查与再思考——基于我国11984件知识产权侵权司法判例的深度分析》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第1期。



容易确认,因此被侵权人出于追求诉讼效率,也会选择赔偿可能性更高的一方作为被告;再次,除了赔偿能力较强之外,平台向用户追偿也可能会影响社会大众对平台实力的评价,不利于平台社会声誉的维护,因此其追偿意愿较低。从结果来看,短视频平台承担了中间责任后,实际上很难向网络用户进行追偿,这也就意味着虽然名义上平台与侵权用户承担的是连带责任,但实际上为最终责任。

三、破解路径

(一) 涉案视频版权性判断方法的完善

1. 明确短视频独创性认定标准

(1) 明确短视频独创性判定的一般标准。“独创性”这一概念由“独”与“创”两个要素组成。“独”是指作品的表达独立形成,并非作者抄袭他人,这一点不难判断且学界已基本达成共识;“创”是指“智力创造性”,其程度判断正是独创性判定的难点与争议点所在。^①对此,我国立法没有给出明确的答案,世界各国的判断标准也不统一。

采用作者权法体系的大陆法系国家从一开始便对“创造性”有更高的要求。例如,在荷兰,法院长期秉持“作品需带有作者个人印记”的观点;在比利时,法院认为“只有作品是作者个性的表现且作者在创作时进行了创造性的选择,作品才可被称为作者的智力创作”。^②在这样的标准之下,短视频需要达到一定的创作高度才能被认定为作品。相较之下,采用版权法体系的英美法系国家最初对独创性的要求极低,只要作者付出了一定的劳动,其作品就可被认定为具有独创性。这被形象地成为“额头流汗”原则。直至1991年Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.一案确立了与以往不同的标准。该案中,法院认为作品至少具有一些最低限度的创造性。创造性的必要水平非常低,即使少量也足够了。这便是“最低限度标准”,较之大陆法系的认定标准更为宽松。若适用该标准,将会有更多短视频被纳入视听作品的范围从而受到保护。

经比较分析可知,两种法系采用的不同标准为作品的构成设置了不同的门槛,如何选择决定着短视频受保护范围的大小。对于短视频独创性的认定,适用“具有一定创作高度”标准有以下不足:第一,短视频具有时长短、制作简单、创作门槛低、偶然性强、全民参与度高等特点,若采用该标准则不仅无法给予短视频全面的保护,还会形成垄断局面,打击用户创作热情,阻滞短视频行业的发展,与著作权法“保护创作”的理念相违背。第二,该标准包含了太多主观因素,扩大了法官自由裁量的范围,反而增加了短视频独创性的认定难度,无法有效遏制同案不同判的现象。“最低限度标准”

^① 参见王迁:《知识产权法教程》(第七版),中国人民大学出版社2021年版,第59-67页。

^② See William W. Fisher II., Recalibrating Originality, 54 Hous. L. REV. 437 (2016).

则很好地回避了上述不足之处，具有更强的可操作性。

有学者认为，采取“具有一定创作高度”标准有助于提升短视频的整体质量。^①这一观点看似有一定的正确性。但是，根据《著作权法》第1条，该法的目的在于保护著作权与创作、促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣，引导提升作品质量的任务并不归属于著作权法，著作权法无力承担也不应承担此项责任。若只因上述优点就采用更高的标准，导致大量短视频因达不到要求而无法得到著作权上的保护，无疑是本末倒置、因小失大。无论从短视频的发展角度还是司法实践角度，采取“最低限度标准”都更为合理。

(2) 对“最低限度标准”予以细化。整体上，应根据连续画面进行综合判断；局部上，应根据制作过程具体分析。要比对两个短视频是否存在实质性相似，可首先从视频的整体视听效果入手。短视频由一系列有伴音或者无伴音的画面组成，其整体视听效果的呈现依托于连续的画面，而连续的画面又由视频内各个元素排列组合而成。^②作者通过自身的构思，实现对特定元素的组合编排，以达到一定的表达效果。由此可见，对于元素的组合、编排才构成该作品的“表达”，是其作品“智力创造性”的体现，某个具体元素的独创性对短视频整体视听效果的影响微乎其微。即使作者使用平台提供的模板或元素进行创作，也不能就此否定这类短视频的独创性，而需根据视频的整体视听效果和连续画面综合判断其是否属于著作权法意义上的视听作品。

短视频的制作流程一般可分为前期、中期和后期三个阶段。在前期，作者往往会为拍摄进行相应的准备工作，比如确立观点、选择素材与道具等。根据思想与表达二分法，短视频所传达的观点属于思想层面的内容，不受著作权的保护，讨论其独创性没有意义。因此，考察作者对于素材和道具的选择即可。一般来说，选择空间越大，产生的表达方式越多，作者创造出新的表达方式的可能性越大，短视频具有独创性的可能就越大。在中期，即短视频的拍摄阶段，镜头选取、拍摄角度、转场设计等方面均可体现作者个性化的取舍与安排。后期处理包括使用特效与背景音乐、增添字幕、配音等等。这些属于技术手段层面，有时还要依托于一定的专业能力才能达到理想的效果，为表达的多样性增添了更多可能。需要说明的是，短视频的制作并非包括上述所有过程，短视频三个阶段所呈现出的独创性不是“与”的关系，而是“或”的关系，即短视频在任一阶段中体现出独创性都应被认定为视听作品，从而受到狭义著作权的保护。例如某些剧本类短视频，即使作者在中期只进行了机械的录制过程，在后期也并未添加任何特效，但由于其在前期会进行台词设计、场景布置等工作，故可重点考察该视频在前期阶段所体现的独创性，从而认定该视频是否属于作品范畴。

① 参见孙山：《短视频的独创性与著作权法保护的途径》，载《知识产权》2019年第4期。

② 参见马治国等：《用户原创短视频的独创性》，载《大连理工大学学报（社会科学版）》2020年第5期。



综上,当前的工作重点是尽快确立“独立完成+最低限度标准”的独创性认定标准与配套规范,再根据个案,将短视频的连续画面作为判断客体,结合短视频制作过程具体分析,从而确认其是否属于视听作品。当然,短视频并非除了视听作品就全是录像制品,因为根据《音像制品制作管理规定》,只有具备音像资质的主体才可制作录音录像制品。故符合独创性认定标准的短视频为视听作品,受著作权保护;不符合标准、创作主体无音像资质的短视频为录像制品,受邻接权保护;既不符合标准,创作主体又无资质的短视频则不受法律保护。

2. 优化立法,构建双轨制合理使用制度

首先,应优化立法模式。“表达自由和著作权保护都是当代立宪精神的具体体现,将两者协调与统一起来的著作权制度主要就是合理使用制度。”^①随着互联网相关技术的发展进步,不断有新的侵权形式出现,表达自由与著作权保护之间也产生着新的冲突。为更好地适应现实情况,修订后的著作权法在列举了12种具体的合理使用情形后,新增了“法律、行政法规规定的其他情形”这一兜底性条款。这一新增条款改变了原先封闭立法的模式,为符合合理使用的情形增添了更多可能,对于重新平衡表达自由与著作权保护确有一定作用。然而,寄希望于著作权法之外的其他法律去规定新的权利限制可行性并不高。^②要使立法具有更强的稳定性,更能适应数字化技术日新月异的发展变化,还需增设相适应的原则性规范,即通过概括加列举的立法方式,将原则性条款与具体情形规定相结合,一方面保留原先的立法模式,另一方面以原则性条款进一步兜底。^③除此之外,还应当尽可能地全面列举法定豁免情形以增强合理使用行为的明确性和可预见性。^④由此,当涉案短视频既不符合“个人使用”的情形,也非介绍、评论、说明类视频,亦不可适用“法律、行政法规规定的其他情形”这一条款时,就可依据原则性规范判定其是否属于合理使用。

其次,在“三步检验法”基础上构建双轨制合理使用制度。“三步检验法”是指某一作品符合对既存作品的合理使用需满足三个条件:第一,只能在特定的特殊情况下作出;第二,与作品的正常利用不相冲突;第三,没有不合理地损害权利人的合法权益。修订前的《著作权法》罗列出合理使用的12种具体情形,是对“三步检验法”第一步的规定;修订后的《著作权法》进一步引进了上述方法的第二步与第三步,从而正式明确了判断合理使用的“三步检验法”。^⑤事实上,“三步检验法”属

① 梁志文:《作品不是禁忌——评〈一个馒头引发的血案〉引发的著作权纠纷》,载《比较法研究》2007年第1期。

② 参见王迁:《知识产权法教程》(第七版),中国人民大学出版社2021年版,第309页。

③ 参见吴汉东:《著作权合理使用制度研究》(第四版),中国人民大学出版社2020年版,第320页。

④ 参见李杨:《著作权合理使用制度的体系构造与司法互动》,载《法学评论》2020年第4期。

⑤ 参见蔡斐、王啸洋:《新〈著作权法〉对短视频作品版权的保护》,载《青年记者》2021年第11期。

于宣示性条款，为原则性规定，并非可以量化的合理适用判断标准，本身具有一定的抽象性和模糊性。^①结合我国立法来看，规定的具体合理使用情形使得“三步检验法”第一步的判定难度不大，重点与难点应集中于第二步“不得影响该作品的正常使用”与第三步“不得不合理地损害著作权人的合法权益”的认定。因国内缺乏相关司法解释与具体参照标准，故可借鉴国际条约与相关文件释明“三步检验法”中的重要概念。^②根据世贸组织争议仲裁委员会的解释，第二步可从经济利益角度进行认定，即合理使用行为不得与著作权人可期待利益之间形成竞争关系而致后者遭受重大损失；第三步为辅助性的程度判断方法，可结合比例原则进行理解。合理使用行为本就会对原著作权人造成一定损害，只要损害不超出使用方法与目的的必要限度，则不会构成侵权。^③

厘清“三步检验法”相关概念的内涵之后，可引入美国四要素检验法辅助进行第二步与第三步的判定。《美国版权法》第107条规定，判断合理使用时应考虑以下因素：使用的目的和性质；被使用作品的性质；被使用部分的数量和重要性；对作品潜在市场或价值的影响。具体来说，便是在认定“三步检验法”第二步与第三步时，综合考虑以上四个因素。这样的结合可行且合理，包含以下三方面考虑：第一，两种制度都体现了利益平衡原则，皆为著作权合法性边界的界标，以解决使用者与著作权人的冲突为最终利益导向，两者结合可使得合理使用制度充分吸收不同制度模式的优点。第二，最高人民法院曾于2011年发布相关文件，指出在认定合理使用时可考虑作品使用行为的性质和目的、被使用作品的性质、被使用部分的数和质、使用对作品潜在市场或价值的影响因素。^④可见，最高人民法院对于在合理使用问题上适用美国四要素法的做法持默许态度。第三，我国司法实践已经存在使用美国四要素法的相关案例，积累了一定经验，基本不会存在“水土不服”的问题。例如，在上海箫明企业发展有限公司与西安佳韵社数字娱乐发行股份有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案二审判决中，法院便提出综合考量四要素对作品的合理使用作出判断。^⑤但是，虽然存在上述合理性，在当前法律规制下，适用四要素判断方法依然于法无据。此外，在双轨制合理使用制度基础之下，需注意结合个案分析，于保护作者权利和促进社会进步之间进行理性的利益衡量。

最后，结合“转换性使用”解释“适当引用”条款。在美国的司法实践中，“转

① 参见李杨：《著作权合理使用制度的体系构造与司法互动》，载《法学评论》2020年版第4期。

② 参见蔡斐、王啸洋：《新〈著作权法〉对短视频作品版权的保护》，载《青年记者》2021年第11期。

③ 参见熊琦：《著作权合理使用司法认定标准释疑》，载《法学》2018年第1期。

④ 参见王迁：《知识产权法教程》（第七版），中国人民大学出版社2021年版，第309页。

⑤ 参见上海箫明企业发展有限公司诉西安佳韵社数字娱乐发行股份有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，北京知识产权法院（2020）京73民终1775号民事判决书。



换性使用”主要是对四要素判定法中第一要素“使用目的和性质”的判断方法。^①作为理论的提出者,美国的勒瓦尔(Leval)法官认为在使用原作品时必须增添新的表达、新的美学内容,从而使作品呈现出新的价值和理念,而非单纯地展示原作品本身的美感。^②转换性程度越大,意味着新作品贡献的创新性内容越多,同时说明新作品对原作品的负面影响就越低,从而构成合理使用的可能性越大。^③“转换性”的认定要求创作者在使用原作的基础上能创造出不同于原作的新的内容,正好契合我国著作权法激励创作与促进文化繁荣的宗旨。

结合短视频行业迅速发展的现状,利用“转换性使用”判定“适当引用”的意义体现在以下几个方面:第一,扩大著作权法能容纳、保护的短视频类型,为介绍、评论、说明类以外的短视频被认定为合理使用提供可能。例如鬼畜类视频,虽然作者的剪辑目的可能只是搞笑娱乐,超出了我国适当引用条款中的目的范围,但在“转换性使用”的理论视角下,只要这类视频满足某种程度的转换性,就可被评价为合理使用。第二,打破引用量的限制,即“适当引用”不等于“适量引用”,“大量引用”也有可能被认定为“适当引用”。^④“转换性使用”理论关注的是新作品的新增内容,而“引用量”的重点在于新作品中的原作品内容,即使新作品引用的数量偏大,但只要其使用目的和性质发生了一定程度的转换性,就有构成合理使用的可能。当然,“大量使用”也应服务于介绍、评论某一作品,说明某一问题或者其他有利于社会公益目的的合理需要。^⑤例如电影介绍类短视频,如果引用了大量能够反映电影主要情节的镜头,而介绍评论的内容很少,那么这样的短视频显然不构成合理使用。在实践中,有用户以解说的名义,将长视频作品剪辑拆分为好几个短视频上传至平台供他人观看。或许单个短视频所涉及的镜头不多,但所有相关短视频合在一起便可呈现出长视频几乎全部内容,构成了对原作品的实质性替代,超出了合理使用的范围。因此,在判断短视频是否构成合理使用时,有时还需要结合平台上的其他相关短视频概括分析。

需要注意的是,“转换性使用”是判定合理使用的重要标准,但是构成“转换性使用”并不必然构成合理使用。“转化性使用”理论虽扩张了合理使用的适用范围,但也应避免因过度扩张导致著作权保护与自由创作失衡的问题。判断短视频是否构成合理使

① 参见陈颖:《用户创造内容的著作权保护:定位、困境及出路——以〈著作权法〉第三次修改为切入点》,载《湖南社会科学》2022年第1期。

② 参见袁峰:《网络影评类短视频合理使用问题研究——以转换性使用为视角》,载《中国出版》2019年第3期。

③ 参见王迁:《知识产权法教程》(第七版),中国人民大学出版社2021年版,第288-289页。

④ 参见陈颖:《用户创造内容的著作权保护:定位、困境及出路——以〈著作权法〉第三次修改为切入点》,载《湖南社会科学》2022年第1期。

⑤ 参见王迁:《电影介绍节目著作权侵权问题研究》,载《中国版权》2014年第2期。

用时，当其符合“转换性使用”后，要进一步判定其是否与作品的正常利用相冲突，以及是否不合理地损害权利人的合法权益。

（二）平台侵权认定困境的解决途径

1. 建立上传作品分流量级实名制度

为避免平台伪装自媒体，引诱、帮助侵权，牟取利润，应当建立按照流量大小分层级的实名制度。短视频获取收益的重要方式便是获取流量。对于一些播放量低、浏览量少、点赞数少的短视频，即使侵权，对著作权人的损害也微乎其微，而且这类视频或为粗制滥造、市场逐渐淘汰之物，或侵权非常明显，通过平台自身的审查较容易查找并删除，没有必要要求用户实名。而对于那些播放量高、浏览量大，点赞数多的短视频，一旦侵权成立，将对著作权人造成较大损失，而且这些损失通常情况下难以具体计算，因此有必要严格监管之。短视频平台业界可以联合起来，对不同类别的短视频的流量算法规定不同的需要实名的临界值，政府必要时可以作出相关的指导和建议。互联网的伟大之处在于让每个人更接近自由，但借此获益的人时也要付出相应的代价。因此，笔者认为划定一定的界限，使中高获益群体承受实名带来的不利，相较之下，比完全、彻底的实名制度，应该更能解决当下面临的难题。

2. 采取最低标准的初步侵权的证明

考虑到《民法典》颁布前恶意投诉占总的通知数的比例惊人，有不少以此为手段打压同行对手，进行不正当竞争，司法实践中要求提供额外的侵权的链接、定位等无可厚非。但自从《民法典》规定“权利人错误通知，无论善意或是恶意，后果均由其承担”之后，恶意通知的情况应该有所改善。另外，根据2021年《中国短视频版权保护白皮书》的调研结果，著作权人普遍面临作品被侵权但有些根本无从得知；即使发现，在海量侵权的环境下也难以全面排查，向平台举报维权时也将面临流程复杂、要求提供的资料过多、得到回复的周期过长等一系列问题。因此，将初步侵权的证明标准放宽至最低限度，或许可以更好地保护著作权人的权益。合格的通知只需满足以下三点即可：其一，自身的真实身份信息，比如自然人的身份证明、法人的营业执照等；其二，主张对方侵权的证明文件，比如作品的权属证明或者授权文件等；其三，所被通知平台上存在侵害其权益的事实，可以是原作与侵权短视频的对比图、背景音乐重合度等。至于侵权作品、表演、录音录像制品的名称和网络地，不应当强加于短视频用户，这是平台所负担的注意义务范围。在著作权人提供的通知附有上述三项后，平台就应当利用其所具备的审查能力，最大范围内的删除、屏蔽或者采取其他手段制止侵权行为。至于平台采取措施是否及时、耗费的时间是否合理、是否在其能力所及范围清除了所有侵权作品等，都应交由法院来综合实际情况判断。



3. 通过司法解释完善反通知的效力

如果违反通知规则,短视频平台将就损害的扩大部分与用户承担连带责任。违反反通知规则的后果亦应如此,即短视频平台应就损害的扩大部分与权利人承担连带责任。现有的法律仅仅规定“权利人对于错误通知应当承担赔偿责任”是不够的。既然反通知规则的设立目的是为了赋予用户以抗辩权,那么著作权人与用户的权利就应当是对等的,尽管法律没有释明,也应如是理解。另外,对于平台是否应当对反通知的声明进行审查,实质上也是同样的道理,即平台对通知的内容需要进行何种程度的审查,就应当给予对反通知的内容同等程度的审查。因此,对于违反反通知规则的后果应当参照违反通知规则的效果,若有其他例外情形,另作规定即可。对此,可通过司法解释,结合司法案例和具体实情,对以上问题予以明确。

4. 建立一体化的事先审查机制

如今盗版泛滥现象日趋严重,法律现有的规则却将利益的天平倒向短视频平台,使著作权人陷于海量维权的困境,若不加以平衡,两者的冲突将愈演愈烈。应当明确的是,处于创作核心的著作权人才是更值得保护的对象。日益严峻的盗版问题,已经严重损害了权利人的利益。不少人以抬高初始版权的购买费用或者授权费用,来弥补盗版现象可能带来的无法计算的损失。此举无异于亡羊补牢,不仅不会使自己的利益得到补偿,而且对遏制盗版几无效果。并且,这种环境对提高民众的知识产权保护意识也极为不利。陋习难改,如果现在不及时遏制,今后治理那些习惯于通过互联网搬运传播、剪辑整合等不当手段侵犯他人作品权利的现象的难度也会加大。此外,人工智能、区块链等已经家喻户晓的高新技术,使过滤审查技术不再是不可能完成的任务,过去囿于技术难题引发的担忧可以逐渐打消。即使不是在今天,在未来的十几年内,这种技术也会被运用到网络平台治理的方式和手段中。2019 年欧盟理事会正式批准的最新的欧盟版权法律《数字化单一市场版权指令》的第 17 条,规定了平台需要承担主动审查的“过滤义务”,已经开创了平台负有事先审查义务之先河。因此,赋予平台一定的事前审查义务已经是大势所趋。

通过建立一体化的事先审查机制,为短视频平台设置普遍意义上的注意义务,此前所谈到的一般的注意义务与更高的注意义务存在混同、难以区分的问题便可迎刃而解,而且有利于立法与司法的协调统一,营造良好的网络环境。对于在事先审查义务之外,应当适用通知规则,没有尽到合理的注意义务的短视频平台应当就损害的扩大部分承担责任;而在事先审查义务之内,则应当适用知道规则,没有尽到合理的注意义务的短视频平台应当承担责任。可见,《民法典》现有的规则与事先审查机制两者结合适用,相得益彰,不仅使著作权人的权益得到更有效的保护,而且使得其与短视频平台皆从不确定的规则中解脱出来。

（三）损害赔偿问题的改进建议

1. 丰富法定赔偿判决说理形式

近三年的侵权案例显示，几乎所有适用法定赔偿的判决书都采取“本院综合……的因素，做出下列判决……”的格式，如季凡、贾纪谦等与中国移动通信集团西藏有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，一审民事判决书中呈现的“本院根据作品的类型、使用费、被告侵权行为的具体情节以及两原告为制止被告侵权行为所支付的合理开支等因素酌定被告赔偿两原告经济损失及合理开支25000元”^①。在案件事实清楚、证据充分的情况下，此种单纯列举判决影响因素而不展开详细说理的行文方式，虽然能够通过对影响因素的列举体现判决与侵权事实间的因果关系，但并未充分地说明各个因素对判决赔偿金额的影响程度，导致判决理由较为模糊。

因此，“本院认为”的内容撰写上应当加强说理，充分体现各个因素在裁判当中发挥的作用。例如某银行诉范某金融借款合同纠纷案，判决书内出具了各类详细数字表格，极大增强了判决书的说服力。^②对于著作权侵权案件而言，法院针对一些标的额较大的侵权案件可以采取多样的说理形式，将其呈现在判决书中。这样既对被侵权人承担举证责任方面有借鉴作用，使其在举证和查证过程中有迹可循，也有利于增强法官威信，强化司法公信力。

2. 推广证据开示制度，明确举证责任

举证难、证据采信度低是阻碍被侵权人积极维权的一大原因，而通过借鉴英美的证据开示制度或能有效弥补这一缺陷。证据开示制度通过在审判前要求控辩双方及时向对方披露证据，以达到最大程度的透明公正。美国《联邦民事诉讼规则》早在1938年就对此做出了明确规定。^③我国实践中有类似的做法，但尚未制度化，因而亟需补充完善。美国的证据开示限于案情相对复杂的案件。根据公平原则，在借鉴时可以将其推广至所有案件的审前程序，通过对证据的完全公开，促进证据充分发挥作用，提高被侵权人的举证积极性。

在证据的认定方面，由于被侵权人往往为自然人，在被告为短视频平台的情况下为诉讼的弱势方，其举证能力也有限，对于证据的收集和排除能力多停留在初步认识水平，过高地要求证据的证明力往往只能加大其举证的难度。因此，可以根据实际情况，以提高被侵权人举证积极性为导向，适当降低证据的证明力要求。

同时，由于短视频侵权具有同质性，很多权利人以获利为目的提起商业诉讼，诉

① 季凡、贾纪谦等诉中国移动通信集团西藏有限公司侵害作品信息网络传播权纠纷案，山东省青岛市中级人民法院（2020）鲁02民初637号民事判决书。

② 参见王鑫、王翠：《成都青羊区法院为判决书“一键瘦身”》，载中国法院网2021年7月24日，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/07/id/6167653.shtml>。

③ 参见李华：《美国的证据开示规定及其借鉴作用》，载《理论探索》2009年第4期。



请较高赔偿额而难以提供相应的证据,因而诉求也就不了了之。对于这部分原告,应当强化其举证责任,明确举证形式,对于其在查证过程中耗费的金钱、时间及精力成本,也应当在证据中体现,作为赔偿额的一部分来积极行使请求权;通过明确主体举证责任,强制要求其提供与诉求赔偿额相应的证据,一方面能够促进其作出有效辩护,一方面能够强化事实认定,促进司法公正。

3. 对法定赔偿施以量化方法并明确短视频侵权适用惩罚性赔偿的情形

目前,法定赔偿“五百元到五百万元”的跨度过大,如果不做任何分级或额度门槛设置,很容易导致“同案不同判”的后果。在适用范围上,从立法本意角度看,法定赔偿“应该不用就不要用”,但从司法实践来看,法定赔偿却是“能用即用”。^①因此,为限制法定赔偿的泛化,首先应当要求逐一尝试适用“实际损失、违法所得、权利使用费”的方式确定赔偿额,只有在都无法确定时才采用法定赔偿,通过限制适用顺序在一定程度上遏制法定赔偿的泛用。除此之外,可以参考英美的分级制度,即在现有的法定赔偿范围根据短视频侵权的性质进一步细化,在较大的赔偿额跨度范围内分设三个或多个层次,分别适用于不同的情况。例如,五百元至五万元为第一档,五万元至五十万元为第二档,五十万元至二百万元为第三档,二百万元至五百万元为第四档,其区分标准主要是主观恶性、侵权严重程度和案件的影响力等因素,其中具体量化标准需参考专家意见。对法定赔偿额分级,根据案件具体情况划分入档,有利于在宽泛的赔偿额范围内限定较小的确定赔偿额范围,提高裁判准确性,也能够有效促进短视频著作权侵权适用法定赔偿的精细化,改善实务中法定赔偿“就低不就高”的问题。

不仅如此,确定法定赔偿额时,应将短视频侵权案件与其他视频类作品区分开来,更多考虑短视频平台规模等因素对侵权行为的影响,这对于强化超大网络服务提供者平台的注意义务也有促进作用。在《北京市高级人民法院关于侵害知识产权及不正当竞争案件确定损害赔偿的指导意见及法定赔偿的裁判标准》中,短视频与电视剧、电影等其他视频作品确定法定赔偿的考量因素相同。但是,短视频无论从形式上还是判断标准上都完全不同于其他种类的视频,如档期、票房收入等难以同其他视频作品保持一致的计算标准,且短视频本身时长范围较窄,也难以将时长纳入考量因素。因此,针对短视频需要专门化规定。

惩罚性赔偿要求侵权人主观上故意且情节严重,且只有当被侵权人主动请求适用时才有可能适用。适用惩罚性赔偿的前提条件是确定实际损失、违法所得或者权利使用费,以确定的数额为基数进行倍数计算。在倍数适用上,可以看到一到五倍的设置赋予法官的自由裁量空间较大,因此除了明确各因素对于裁量的具体影响外,还需要设置相应的分级计算模式,根据侵权人主观恶性大小和情节严重程度等因素,划定不

^① 参见丁文严、张蕾蕾:《知识产权侵权惩罚性赔偿数额的司法确定问题研究》,载《知识产权》2021年第2期。

同倍数适用的不同条件与程度以提高惩罚性赔偿的适用可能性；同时，明确规定著作权侵权适用惩罚性赔偿的情形与分级计算模式配套适用，能够促进惩罚性赔偿的本土化发展。在短视频著作权侵权案件中，应当参考商标权侵权的相关规定，对著作权恶意侵权明确适用惩罚性赔偿，以起到威慑和惩戒的作用。

4. 立法补充完善“损害的扩大部分”

《民法典》第1195条规定了网络服务提供者违反通知规则承担连带责任时内部责任分配的基本方法，即网络服务提供者需对“损害的扩大部分”承担责任。但是，目前立法对于确认扩大部分的方式方法却没有明确规定。并且短视频著作权侵权有其特殊性，在平台与用户构成共同侵权时，难以明确认定短视频平台行为对于损害扩大部分的影响，因果关系不甚明确，导致实践中该条规定难以直接适用。因此，应当对“损害的扩大部分”予以明确规定。

内容上，损害的“扩大部分”是平台未及时采取必要措施的后果，因此，可以将平台收到通知作为一个时间节点，把平台从收到通知到采取措施之间的时间作为计算损害扩大部分的根据。在实务中，平台作为被告常常在诉讼开始后采取删除等措施，此时应当将诉讼程序开始后的时间也算入其中。仅就短视频著作权侵权而言，还应当考察平台从收到通知到做出删除行为的反馈效率以及反应时长对侵权损害后果的影响。

形式上，可以通过司法解释的方式对“扩大部分”的范围和计算方式作出详细说明，并针对具有特殊性的著作权甚至整个知识产权领域作出特别规定，不仅仅使用“扩大部分”这一难以具像化的表述来分配责任，而应当试图建立更加具体、明确、易于操作的标准。网络服务提供者责任范围的明确不仅有利于个案中赔偿额的计算，更能促进其积极履行相应的注意义务，从传播过程中阻止侵权损害后果的扩大。

结 语

短视频平台著作权侵权涵盖短视频的著作权客体属性、平台过错与注意义务、损害赔偿等焦点的认定，是涉及《著作权法》《民法典》等法律规范的复合性问题。为妥善处理此类纠纷，实现对短视频这一新兴产业的知识产权保护，不仅需要对现有规则进行进一步细化和完善，还需及时构建符合实际、回应现实需求的新规范、新制度，打造科学合理的互联网著作权保护法律体系。行政机关、行业组织、短视频平台、短视频创作者等主体应共同参与，加强监管与自我管理，形成多方合力，从源头减少侵权行为的发生，共同营造清朗的网络空间，维护短视频行业和互联网经济健康有序发展。

（责任编辑：郑佳豪）



无权处分行为的刑事违法性研究

姜文智 刘艳红*

内容摘要：基于法秩序统一原理，财产犯罪中的违法性判断应当从属于民法，刑法不能在民法之外独立创造民事关系的概念。在无权处分的案件中要先由民事法律规范对财产关系做出认定，再进行刑事违法性的判断。财产犯罪的保护法益是财产权，成立财产犯罪要求被害人财产损失。无权处分行为单纯侵害的是他人的处分自由，不具有刑法意义的法益侵害性。有罪说消解了财产损失要件应当予以否定。同时，排除无权处分行为刑事违法性的根源在于善意取得制度，而非合同效力。在无权处分的案件中，只要行为人有交付意图，无论是否告知买受人其无权处分的事实，还是买受人是否实际取得所有权都不影响其行为性质。

关键词：法秩序统一原理；无权处分；诈骗罪；民刑交叉

中图分类号：DF61 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156 (2022) 04-092-113

一、问题的提出

财产犯罪包含众多民事关系，不可避免地涉及民事法律规范与刑事法律规范之间的适用冲突。仅仅强调刑法的独立性而忽视对财产归属的认定将直接导致对法秩序统一原理的违背，也无法得出可行结论。无权处分被王泽鉴教授誉为“法学上之精灵”，^①涉及无权处分人、原物权人、第三人等多个权利主体，横跨债权、物权和财产犯罪，为刑事案件的处理增加了难度。如盗窃后出卖赃物的行为，是否成立诈骗罪、是否应当与盗窃罪数罪并罚？擅自出卖自己占有的他人财物的行为是成立侵占罪还是诈骗罪，抑或应数罪并罚？未经许可质押租来汽车，受害人是质权人还是原所有权人？以

* 姜文智，中国政法大学刑法学研究生；刘艳红，中国政法大学刑事司法学院教授。

基金项目：本文系 2021 年度国家社科基金重大项目“数字经济的刑事安全风险防范体系建构研究”（21&ZD209）的阶段成果。

① 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第四册），中国政法大学出版社 1997 年版，第 160 页。“‘出卖他人之物’可谓是法学上之精灵，困扰实务界数十年。为期驯服，非彻底究明其‘本性’，不克济事。”

及如何协调无权处分案件中的民刑冲突等都是理论和实践难以回避的问题。

以“中介卖房案”为例：滕某任销售顾问时，负责销售××广场住宅楼。2013年9月9日滕某代表公司将××广场A住宅楼出售给李某，并签订了商品房买卖合同，收取了李某20万元的房款，但没有办理房屋所有权变更登记。后滕某在李某不知情的情况下，伪造了更名申请承诺书。于2014年3月23日将A住宅楼重复卖给郭某，收取郭某购房款35.3万元，滕某将此款存入其账户上。后滕某将钱款取出，用于个人挥霍。^①

一审法院认为滕某以非法占有为目的，虚构事实，骗取他人财物，数额巨大，其行为构成诈骗罪。后郭某向法院提出再审申请，认为其不是被害人，刑事案件将其列为被害人侵害了其利益。法院认为“郭某与公司签订房屋买卖合同，支付了合理对价，完成了入住，且办理了房屋登记手续，符合善意取得的构成要件。李某交付了购楼款，但未取得该房屋，该案真正的被害人应为李某”^②。从而决定另行组成合议庭再审。

再审阶段，公诉机关认为本案的被害人应该是郭某。理由在于：其一，在权力外观上，该房屋已经出售给李某，已经不属于售楼处未售出的房屋，虽未办理不动产登记，李某与售楼处已经签订房屋买卖合同，全款缴纳房款，买卖合同已经生效。其二，在代理权上，滕某受雇于公司，并没有获得公司授权可以将已售出房屋再次转让给他人，代理权有限。滕某在李某处也没有获得明确的委托书，故不产生代理权的问题，被害人身份是正确的。再审法院认为涉案房屋已登记在郭某的名下，郭某属于善意取得，其所有权受法律保护。虽因被欺骗而支付了购房款，但因没有实际损失，不宜认定为本案的被害人。李某支付了购房款，因原审被告滕某的欺骗而失去了涉案房屋的控制权，最终丧失了涉案房屋的所有权，是最后损失的承担者，亦应是本案的实际被害人。^③ 本案的难点在于谁是被害人？滕某成立何种犯罪？财产损失是多少？

尽管理论上对类似“民刑交叉”案件的处理存在不同看法，主张违法性二元论者认为刑法的违法性以是否应当值得刑法处罚为前提，刑法上的违法性判断与民法上的违法性判断不同，违法性的判断应该是相对的。^④ 但是在“滕某诈骗案”中，原审和再审都因为缺乏对民事规范的理解，导致对本案中被害人、犯罪金额、罪名认定存在失误。诚如日本学者所言，有些问题虽然缠绕于刑法与民法双方，但由于法体系、目的不同或者概念相对等理由，处理上稍有差异。这种倾向，对仅仅研究民法或刑法之一的学者而言，固然可以成为最简单的逃避理由，但对于大多数法律人而言却是令人困惑的话题。^⑤

本文讨论的无权处分行为仅限于行为人具有交付意思、第三人对物的价值不存在误

① 参见滕某诈骗罪案，吉林省镇赓县人民法院（2019）吉0821刑初50号刑事判决书。

② 滕某诈骗罪案，吉林省镇赓县人民法院（2020）吉0821刑监1号再审决定书。

③ 参见滕某诈骗罪案，吉林省镇赓县人民法院（2020）吉0821刑再1号刑事判决书。

④ 参见陈兴良主编：《刑法总论精释》（上册）（第三版），人民法院出版社2016年版，第242页。

⑤ 参见〔日〕佐伯仁志、道垣内弘人：《刑法与民法的对话》，于改之、张小宁译，北京大学出版社2012年版，第2页。



认的案件。其意指没有权利而为的任何处分行为,包括但不限于买卖、设定物权、租赁等。同时不限于无权处分人以何人名义做出处分,对于动产而言占有本身推定占有人进行的是有权处分,能够形成权利外观,可以形成表见代理。在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》(以下简称《民法典总则解释》)第28条对表见代理不要求被代理人的可归责性的背景下,以谁的名义并不重要。下文将首先介绍对无权处分行为刑事违法性认定的观点,并对有罪说进行批判,指出其固有的理论缺陷;同时,通过财产损失的视角论述无权处分行为不具有刑事违法性,因而否定犯罪的成立;最后尝试提出解决与无权处分行为相关案件的处理思路。

二、无权处分行为有罪说之评判

(一) 有罪说的理论梳理

以擅自出卖他人之物为例,认定出卖人对买受人是否成立诈骗罪(或诈骗类罪)大体有两种观点。第一种是有罪说,认为该行为已经符合诈骗罪的构成要件,但是否应当对该行为予以单独处罚则存在不同的观点。换言之,认为无权处分行为已经符合诈骗罪构成要件的观点,不论是否认定行为的违法性和行为人的有责性,都属于此处的有罪说。第二种是无罪说,主张否定无权处分行为具有诈骗罪构成要件符合性。理论上有人主张通过对价衡量否定行为人的非法占有目的。^① 本文认为财产损失是财产犯罪的核心,只要能够否定财产损失,就能否定包括非法占有目的在内的其他构成要件要素。

有罪说的本质是在财产损失中采取主观理论,总体认为如果买受人知道出卖人没有处分权就不会购买,出卖人使用欺诈手段,买受人陷于错误认知之中,并因此处分财物,行为人的行为已经符合诈骗罪的构成要件。在符合构成要件的前提下,有罪说又可以细分为有罪应罚说(肯定责任)、有罪不罚说(否定期待可能性或者通过罪数理论)、罪数理论解决说三大类观点。需要指出的是罪数理论解决说如果认为应当以无权处分行为成立的犯罪进行处罚,则与有罪应罚说没有实质上的差异,换言之对其评判也适用于有罪应罚说。

1. 有罪应罚说认为盗赃物不适用善意取得制度,第三人不能善意取得标的物所有权,其基于错误认识处分财物并未获得对待给付,因而存在财产损失,是诈骗罪的被害人。即使出卖人交付标的物,买受人在二年内也处于被原所有权人请求回复的弱势地位,同样应肯定买受人财产损失的存在,因此无权处分行为如果构成新罪,应当与前行为数罪并罚。^② 在“张明等合同诈骗罪案”中,张明等虚构事实、冒用他人名义,

^① 参见杜邈:《刑民交叉型诈骗犯罪的司法认定》,载《中国刑事法杂志》2020年第3期。

^② 参见张明楷:《无权处分与财产犯罪》,载《人民检察》2012年第7期。

在与汽车租赁公司签订、履行合同过程中，骗取对方车辆；后又利用虚假的产权证明、以所骗车辆质押获得他人借款。法院认为，骗取车辆的行为已实施完毕，应以合同诈骗罪予以处罚。用车辆作质押的行为应以合同诈骗罪予以定罪处罚，对被告人张明提出的其行为只构成诈骗罪一罪的辩解意见不予采纳。^①法院认为前后行为都独立成罪，但按照同种数罪不并罚的观点，只以合同诈骗罪处罚，犯罪数额应为前一行为骗取车辆的价格与后一行为所骗现金相加的总和。

2. 有罪不罚说认为出卖人事后的销赃行为没有期待可能性，是不可罚的事后行为。以“李成明诈骗案”为例：李成明先欺骗李某1称其现有大量的钢材需要加工，后欺骗李某2称其需要大量的钢板及钢材。骗取李某2钢筋11.199吨（价值65232元），再运送给李某1，收取李某1货款34000元。事后李某2向李某1支付34000元，拿回了钢筋。辩护人提出“李成明在前一行为实施后，即完成了对钢材的非法占有，其后续行为实际上是利用不法状态使犯罪利益得以实现的行为，虽然在形式上也符合诈骗罪的构成要件，但因法律对该事后行为缺乏适法行为的期待可能性，属于事后不可罚行为，不单独定罪处罚”^②。法院判决明确否定对李某1支付34000元的行为成立诈骗罪，尽管主要以证据不足不能查明为由，但也表明实践中存在以期待可能性为无权处分行为出罪的观点。甚至有法院在判决书中直接以期待可能性进行论证：“法律不能期待被告人程勇把所盗得的电瓶车主动交给司法机关，其事后销赃的行为属于事后不可罚行为，故刑法不应当对其销赃的行为追究责任。因此被告人程勇、程敏的行为不应以诈骗罪定罪处罚，而应以盗窃罪一罪定罪量刑。”^③

也有论者主张无权处分行为仅仅是赃物变现的手段，与前行为属于一体，不影响行为定性。^④这种说法虽然接近于认为无权处分行为不成立犯罪，但是将前后两个行为进行人为捆绑，导致之后的无权处分行为仍旧是前行为的延续。

3. 罪数理论解决说认为前后行为可能属于牵连犯、连续犯等。但适用牵连犯处罚的前提是前后行为都构成独立犯罪，只不过前后行为具有牵连性从而以一罪论处。连续犯则是在同种数罪不并罚的前提下，对连续实施多次同种犯罪行为当做一罪进行处理的方案。因此这种观点也肯定了无权处分行为成立犯罪，和有罪应罚说没有本质区

① 参见卢君、谭中平、肖瑶：《利用虚假信息租赁汽车再质押借款构成合同诈骗罪》，载《人民司法·案例》2015第6期。

② 李成明诈骗罪案，甘肃省榆中县人民法院（2020）甘0123刑初216号刑事判决书。

③ 程勇等盗窃罪案，江西省乐平市人民法院（2015）乐刑初字第164号刑事判决书。这并非个案，有法院持相同观点：“不可罚的事后行为之所以不可罚，主要是因为事后行为没有侵犯新的法益（缺乏违法性），也可能是因为事后行为缺乏期待可能性（缺乏有责性）。本案尹祖宏将车卖给谭某1属于事后处分赃物行为，没有侵犯新的法益，不应当认定为诈骗罪。”参见尹祖宏诈骗、盗窃罪案，广东省清远市清新区人民法院（2019）粤1803刑初240号刑事判决书。

④ 参见林虹、李亮、黄艳洁：《汽车租赁中实施“两头骗”的行为人构成何罪》，载《人民检察》2018年第16期。



别,只不过在处罚的方式上不进行数罪并罚,部分实际处理结论类似于有罪不罚说。

有罪说的共同点在于都肯定无权处分行为符合诈骗罪的构成要件,只不过在是否肯定违法性、有责性上存在差别。无罪说否定无权处分行为符合诈骗罪构成要件。

(二) 有罪不罚说的理论缺陷

1. 有罪不罚说运用概念实现结果的可接受性,将牵连犯中的牵连关系主观化,其限制处罚范围的意图不能完全实现。

第一,牵连犯是指犯罪的手段行为或原因行为,与目的行为或结果行为分别触犯不同罪名的情况。^①成立牵连犯要求:一是存在数个行为;二是数个行为触犯数个相异罪名;三是数行为之间存在方法与目的或原因与结果的牵连关系;四是数个行为侵害数个法益;五是行为人对于数个犯罪行为,主观上具有概括故意。首先,无权处分行为和非法占有他人财物的行为属于同一行为的情形时,牵连犯理论没有用武之地,因为此时仅仅存在一个行为,也即此时无权处分财物的行为同时也是行为人获得他人财物的行为。相应的,有罪说导致一行为针对同一财物却造成数个财产损失,夸大了财产损失的数额。如在“盗卖梨树案”中,杨某发现同村的杨卫国家的梨树长得好,能卖出好价钱,且地处偏僻,刨树的时候不易被人发现,便以树主的身份与买树人以200元成交。次日,买树人将4棵梨树全部刨走。^②本案中如果根据牵连犯说得出的结论就是杨某同时触犯盗窃罪和诈骗罪,但是因为只存在一个行为,只能择一重罪处罚。但是前后只有一个行为,符合数个罪名,并且不属于法条竞合,则只能成立想象竞合。成立想象竞合的前提就是一行为侵犯数个法益,本案中并不存在数个法益。

第二,牵连犯中的牵连,要求的是前后行为之间存在客观的手段和目的、原因和结果的牵连。事实上无权处分的行为和非法占有他人财物(或非法据为己有)的行为并不存在客观的普遍牵连,至多存在行为人主观的牵连,因此使用牵连犯理论进行说理明显不足。且在行为人实施前行为时不具有实施无权处分行为的故意时,很难以牵连犯论处,即使认为牵连犯不需要出于同一犯罪目的,而只需要“受一个主导犯罪意图的支配;方法准备行为意图是主旨支配行为意图的基础;后续结果行为意图是主旨支配行为意图的延伸”,也要求“数个性质的主观心态,其中有一个居于支配地位,贯穿并统治着整个犯罪的进程”。^③勉强承认前后行为的牵连性只能解决部分犯罪类型的处罚适当性,并不能为嗣后才产生无权处分意图的行为类型产生指导作用。

以“吴火栋诈骗案”为例:吴火栋到泉州市顺达汽车租赁服务中心,以骗借的他人驾驶证向被害人吴国伟承租一辆东南菱帅小轿车、一辆丰田花冠小轿车。尔后,吴火

① 参见张明楷:《论“依照处罚较重的规定定罪处罚”》,载《法律科学(西北政法学报)》2022年第2期。

② 参见朱爱东:《为弄钱花想歪招,别人梨树他卖掉》,载《检察日报》2007年1月2日,第2版。

③ 参见张小虎:《论牵连犯的典型界标》,载《中国刑事法杂志》2013年第5期。

栋向蔡某谎称家中火灾急需用钱，以东南菱帅小轿车系其家人所有，愿以该车作抵押为由，向蔡某借款人民币12500元，并将该车质押给蔡某。之后又伪造一本户名为吴火栋的丰田花冠小轿车行驶证，并经他人介绍，以家中火灾急需用钱为由，将该车质押，向陈某借款人民币20000元。法院认为“……质押诈骗行为，是为最终非法占有他人租赁财产这一结果的手段行为，属于前一个行为的牵连犯罪，由于触犯的是同一罪名，应当从重处罚”^①。可见法院首先认定吴火栋的出卖行为成立诈骗犯罪，但又以牵连犯进行限制处罚，本身违背了牵连犯所要求的目行为与手段行为、原因行为与结果行为之间的客观关联，也不符合牵连犯对前后行为触犯不同罪名的要求。笔者并不认为法官不知道牵连犯的成立条件，或许是一种善意的“类推”、一种变相的“适用”，原因是认为对行为人数罪并罚导致处罚过重。正如苏力教授指出的，信仰并追求司法独立的真诚法官也可能因为现实的因素在审理具体案件时做出“偏离公正”的判决。^②本文认可这样的处理结果，但反对这样的处理方式，不可能指望每一位法官都能如此、都敢如此，并且扭曲理论适用而求结果的正确只能是个案的正义、偶然的正义。

在“张明等合同诈骗罪案”中，张明、郑学理伙同他人，共谋利用虚假身份信息向汽车租赁公司租车，然后伪造机动车登记证书等事实用所租汽车质押借款骗取他人现金。^③法院就明确否定前后行为构成牵连犯，理由是不具有客观的、一般的牵连关系，最终判处行为人合同诈骗罪，并将前后数额相加。可见通过牵连犯处理虽然结果基本正确（对仅会成立一罪而言），但本身依赖于司法人员对处罚均衡的判断，这也反射出对无权处分行为的刑事违法性的认定必须通过构成要件的成立判断进行。

第三，牵连犯的处罚规则是从一重罪，在无权处分行为的处罚比前行为更重时，有罪不罚说试图限制处罚的目的也不可能实现。在“出卖他人名画案”中，大学生甲假期住在被害人家中，同时替被害人照管房屋，之后甲将被害人的名画予以出卖。甲先产生将他人财物据为己有的目的，将自己占有的他人财物占为己有，此时其行为已经成立侵占罪，之后的出卖行为只不过是证明侵占罪的证据，而不是出卖时才成立侵占罪。因此之后的出卖行为已经是规范意义的独立行为，应当对行为人以侵占罪与诈骗罪数罪并罚，即使认为属于牵连犯也需要以诈骗罪处罚。体系解释的要求之一就是法律没有赘言，“每个法律规范都应具有一个自己的适用范围……如果一个规范的整体适用都被包含在另一个定有相同法律效果的规范中，这个规范便成为多余，法律中不应存有这样的规范”^④。牵连犯的观点导致侵占罪的规定形同作废，没有用武之地，因为凡是侵占他人财产的绝大多数情况下需要进行处分，发挥物的交换价值，然而进行交换的必定属于无权处分，

① 吴某诈骗案，福建省泉州市鲤城区人民法院（2009）鲤刑初字第245号刑事判决书。

② 参见苏力：《是非与曲直——个案中的法理》，北京大学出版社2019年版，第50-51页。

③ 参见张明等合同诈骗罪案，重庆市江北区人民法院（2013）江法刑初字第00060号刑事判决书。

④ [德]英格博格·普珀：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，北京大学出版社2011年版，第61页。



最终的结局是侵占罪被诈骗罪取代。

2. 不可罚行为、期待可能性理论不适用于无权处分行为,无法发挥出罪效果,以销赃掩盖无权处分行为的刑事违法性评价属于回避问题本身。

第一,不可罚的事后行为仅仅包括后行为没有侵犯新的法益的行为。如行为人盗窃他人财物后予以毁坏,因为盗窃行为已经侵犯了被害人的所有权,之后的毁坏行为并没有侵犯新的法益。换言之,行为的违法性已经在前行为中进行评价。如果认为出卖行为已经符合诈骗罪的构成要件,事实上必然涉及第三人的利益,超出了前行为侵犯法益的范围,不能再适用不可罚的事后行为理论。同时不可罚的事后行为说根本不可能贯彻到底,比如行为人盗窃他人假古董之后当作真古董卖给不知情的第三人,此时出卖行为无疑成立诈骗罪,不可能通过不可罚的事后理论予以出罪。这充分说明,通过阻却责任无法实现对无权处分行为不予处罚的效果。

第二,有罪不罚说将无权处分行为以销赃行为替代,存在偷换概念、违背法律推理逻辑之嫌。有人认为“转卖的行为是否为销赃行为,最关键的是看前面那个行为是否构成盗窃。如果前面的行为是盗窃,那后面转卖的行为就是销售赃物,但这种销赃行为也不能单独定罪(因为盗窃和销售属同一人)”^①。同样的行为不会因为概念、定义的不同而影响对其刑事违法性的认定,必须从构成要件到行为之间一一对应进行判断才能得出行为是否成立犯罪的结论。简单以行为属于销赃概括逃避了论证的责任,如果认为无权处分他人财物的行为符合诈骗罪的构成要件,但不应当予以单独处罚,就必须说明其不可罚的依据。先对行为进行归纳再对照法律规范的处理方法违背了法律推理的逻辑。换言之,本身应该回答的问题是无权处分行为是否成立诈骗罪(或其他罪名),而回答者将问题变为了无权处分行为是不是销赃行为,如果是销赃行为则不能成立犯罪。其理论前提是销赃行为不是犯罪,再带入无权处分行为是销赃行为,直接得出结论。问题是前提本身正确吗?比如,销赃行为在日本规定在财产犯罪之中,被认为是侵犯被害人的恢复请求权的犯罪。^②在我国则规定在《刑法》分则第六章妨害社会管理秩序罪的第二节妨害司法罪中(第312条掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪)。如果无权处分行为同时侵犯了财产法益,就不能将其仅仅归纳为销赃,从而认为销赃中犯罪主体不包括行为人本人而因此无罪。应该就无权处分行为本身进行解释,给出不符合犯罪构成或者没有违法性或者欠缺责任的理论。任意归纳事实再与法条规定进行对比的结果便是想出罪就出罪,想入罪就入罪,出入人罪全凭解释者偏好。

“失去了逻辑的推理与概念的运用和对法规范教义的探寻……这显示出对法学理论的不负责任和任性,最终可能连个案的准确适用都无法做到。”^③如台湾地区“刑法”第

① 岳亚、陆岩林:《窃占实名制电话号码后转卖应定诈骗罪》,载《人民司法·案例》2010年第20期。

② 参见[日]山口厚:《刑法各论》(第二版),王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第393页。

③ 刘艳红:《中国法学流派化志趣下刑法学的发展方向:教义学化》,载《政治与法律》2018年第7期。

296条之1规定了买卖、质押人口罪。我国《刑法》仅在第240条、第241条规定了拐卖妇女、儿童罪和收买被拐卖的妇女、儿童罪，没有规定质押人口的行为，但是不能以此否定质押妇女、儿童属于买卖妇女、儿童。同样，德国《刑法》第216条、日本《刑法》第202条、台湾地区“刑法”第275条都规定了得承诺杀人罪（同意杀人），而我国《刑法》中没有规定。不能先归纳案件事实，再与法条进行对比。比如，案件事实为得承诺而杀人，此时不能以我国《刑法》没有规定得承诺杀人罪而认为该行为无罪。

第三，以期待可能性解决无权处分行为违法性认定与牵连犯说存在同样的问题，都有异化概念本身也实现结论合理之嫌。所谓期待可能性是指“在当时的情况下可以期待行为人停止实施违法行为而实施合法行为”^①，属于责任要素，用以回应“法不强人所难”的法谚。日本学者大塚仁形象地比喻期待可能性“是想对在强有力的国家法规面前喘息不已的国民的脆弱人性倾注刑法的同情之泪的理论”^②。但是期待可能性概念本身在日本也并没有得到广泛使用，甚至虽然使用了期待可能性的表述，却并没有明确作出肯定或者否定该理论判断。^③从分类而言，期待可能性可以分为法定的期待不可能和超法规的期待不可能，^④前者如司法解释中对被拐卖的妇女重婚的规定，而后者则要求必须达到使行为人不能不实施违法行为的境地。如台湾地区“最高法院”判决：“……倘无期待可能性，依学者通说，固应阻却责任，惟仍以所受之强暴、胁迫，已致其生命身体受有危险，而臻于不可抵抗，而又不能以其他方法避免之情形，始足当之。”^⑤无权处分行为并不缺乏期待可能性，仅仅就非法占有他人财物之后予以出卖是人之常情，以此作为否定期待可能性的理由过于孱弱。

三、无权处分行为无罪说之提倡

（一）无罪说的基础——财产损失必须结合民法规范认定

只要是财产犯罪就应当要求有损失，犯罪既遂时必须要求有财产损失的实际发生，犯罪未遂时要求有财产损失的危险性。^⑥而“确定财产犯罪的保护法益不得不考虑民法的规定”^⑦。因此认定无权处分行为是否构成财产犯罪（尤其是诈骗罪）必须考虑有无财产损失或有无财产损失的危险。如果没有财产损失，但是存在财产损失的危险时可能成立

① [日] 高桥则夫：《刑法总论》，李世阳译，中国政法大学出版社2020年版，第338页。

② [日] 大塚仁：《刑法论集》（一），有斐阁1978年版，第240页。

③ 参见[日] 高桥则夫：《刑法总论》，李世阳译，中国政法大学出版社2020年版，第338页。

④ 参见陈子平：《刑法总论》（第四版），台湾地区元照出版社2017年版，第371页。原表述为“法定的期待不可能或期待困难之情况”和“超法规的期待不可能之情况”。

⑤ 我国台湾地区“最高法院”98年度台上字第6806号判决。

⑥ 参见王骏：《财产罪中“损失”要素的体系性定位》，载《政治与法律》2019年第1期。

⑦ 黎宏：《论财产犯罪的保护法益》，载《人民检察》2008年第23期。



犯罪未遂,如果连财产损失的危险都没有,则无论行为人的主观如何都不可能成立犯罪。

财产犯罪的认定是否应当以民法为前置法并非是一个没有争议的问题。以无权处分为例,张明楷教授就主张“不可能完全按照民法理论有关无权处分的效力的观点讨论无权处分行为是否构成财产犯罪”^①。可是,“刑法概念的解释具有相对独立性,但对民法也有一定的依赖性,离开民法即前置法规范的指引,刑法的解释将难以全面展开”^②。事实上,无论刑法理论如何修正,对财产的解释始终离不开民法,都需要在民法上寻找权利基础。与其消极回避、潜移默化地借用民法理论,不如直接承认刑法在财产关系认定中对于民法的从属性,直面民法作为前置法对刑法的解释所具有的重要作用。^③

1. 从规范出发,刑法对财产关系的认定应当从属于民法

《民法典》第11条规定:“其他法律对于民事关系有特别规定的,依照其规定。”因此要适用其他法律规定的前提是其他法律另有规定,而《刑法》中不光没有进行特别规定,反而强调了要通过前置法认定财产。《刑法》第92条规定:“本法所称公民私人所有的财产,是指下列财产:(一)公民的合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料;(二)依法归个人、家庭所有的生产资料;(三)个体户和私营企业的合法财产;(四)依法归个人所有的股份、股票、债券和其他财产。”其中第(一)(三)项强调了财产必须是合法财产,第(二)(四)项强调应当依法。这说明《刑法》有意指引司法工作人员要通过其他法律规范判断财产的合法性。认定财产是否合法的前置法毫无疑问主要是《民法典》。

实际上对财产进行拟制规定本身就说明了刑法对民法的从属性。如《刑法》第91条第2款规定:“在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产,以公共财产论。”本条具有鲜明的法律拟制的性质,^④也就是该条将原本不属于公共财产的私人财产拟制为了公共财产。因此本条并不是立法解释,而是《刑法》本身的明确规定,^⑤在不存在本条规范时,相关含义不是能通过刑法解释得出的。正是由于这与民法存在冲突,才有必要予以特别规定,才会被定义为法律拟制,如果财产关系的处理无需从属民法就没有必要进行法律拟制。刑法不存在独立判断财产关系的理论体系,必须借助于民法,而在出于其他利益考量需要予以变通时必须予以明示。

《刑法》第2条将保护各种主体所有的财产作为刑法任务之一。但是保护财产的前提是财产已经现实存在,否则不存在的东西就没有被侵犯的可能,也就没有保护的必要。《刑法》要对现存法益进行保护,而不是自我界定,否则罪刑法定的牢笼就可能被刑法的目的解释以刑法独立性之名逾越。如陈兴良教授所言:“立法机关对民事犯没有规定

① 张明楷:《无权处分与财产犯罪》,载《人民检察》2012年第7期。

② 刘艳红:《人性民法与物性刑法的融合发展》,载《中国社会科学》2020年第4期。

③ 参见刘艳红:《刑法理论因应时代发展需处理好五种关系》,载《东方法学》2020年第2期。

④ 参见曹波、魏珊珊:《盗回自己被依法扣押财物的刑法定性——兼论《刑法》第九十一条第二款的规范含义》,载《河南财经政法大学学报》2018年第6期。

⑤ 参见刘艳红:《刑法立法解释若干问题新析》,载《华东政法大学学报》2007年第1期。

违反前置法的内容并不是民事犯不具有违反民事法规的性质，而是出于刑法立法的简便性与刑法条文表述的简明性的考虑。”^①

2. 从现实出发，刑法理论存在对民法概念的借用

部分学者认为刑法与民法的目的不同，对财产的理解不同，因此不能完全适用民法对于财产关系的处理。但实际上又不得不借助民法概念进行论理，对民法理论进行选择适用，可谓合则用，不合则弃。

众所周知，动机错误是民法中意思表示错误的一种类型，原则上动机错误并不影响意思表示的效力，^②即使交易相对方明知其存在动机错误亦是如此。付立庆教授以法益相关说对诈骗罪进行限时就使用了动机错误，“如果相应目的无关财产本身而仅仅涉及背后的财产处分动机，这种被害人因为受骗而产生的错误就是动机错误，这种错误所导致的同意仍然有效，基于这种错误而处分的财产就应当由被害人自负其责”^③。在“募捐诈骗案”中，行为人想为灾区募捐，并且实际上所得款项也的确用于所宣称的事项，但为获得更多捐款，向路人谎称其他人捐赠的金额都比较高，从而引起路人的攀比之心。张明楷教授也认可捐赠者的错误是动机错误，并不是法益关系的错误。^④使用动机错误作为论证基础，本身就是建立在刑法从属性的前提上，有罪说论者可能忽略了善意取得制度。

3. 从结果出发，脱离民法规范的处理结果无法接受

“法定犯的认定中，如果违反法秩序统一原理，抛开有关行政管理法规来认定其违法性，就会造成入罪不合法，从而违反罪刑法定原则。”^⑤前述有罪说就是脱离民法规范认定财产损失的观点，但得出的结果连支持者都难以接受。按照有罪说，行为人出卖自己犯罪所得的行为都应当成立两个犯罪，应当数罪并罚。但因为实际损失只有一个，有罪说又不得不进行理论修正，通过牵连犯或限制行为个数得出只按一罪处罚的结果。如在“出卖他人名画案”中，侵占行为和无权处分行为本身就属于不同行为，只要认定出卖行为属于诈骗，理论上必然的推理结果就是应当数罪并罚，但持有罪应罚说的学者却主张仅有一个行为，应当按照想象竞合择一重罪，也即诈骗罪处罚。^⑥这和支持者主张的拒不返还不是侵占罪的构成要件要素、拒不返还只是对非法占为己有的强调的观点相悖。^⑦有罪应罚说试图减轻行为人的处罚从而潜移默化地为有罪不罚说，但是仍旧导致过度处罚和倒挂现象。

① 陈兴良：《民法对刑法的影响与刑法对民法的回应》，载《法商研究》2021年第2期。

② 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第352页。

③ 付立庆：《财产损失要件在诈骗认定中的功能及其判断》，载《中国法学》2019年第4期。

④ 参见张明楷：《论诈骗罪中的财产损失》，载《中国法学》2005年第5期。

⑤ 刘艳红：《法定犯与罪刑法定原则的坚守》，载《中国刑事法杂志》2018年第6期。

⑥ 参见张明楷：《无权处分与财产犯罪》，载《人民检察》2012年第7期。

⑦ 参见张明楷：《刑法学》（第六版），法律出版社2021年版，第1264-1265页；张明楷：《刑法分则的解释原理》（第二版）（下），中国人民大学出版社2011年版，第771页。



（二）无罪说的建构——盗赃物的善意取得

1. 合同效力不影响无权处分行为的刑事违法性

《民法典》在合同编买卖合同部分实质性修改了原《合同法》第51条关于无权处分的合同效力待定的规定。《民法典》第579条第1款规定，因出卖人未取得处分权致使标的物的所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任。本条的修改涉及负担行为与处分行为、合同相对性等，“几乎牵动民法典整个领域”^①，但对无权处分行为的违法性认定并未产生根本性影响。

第一，无权处分不影响合同效力并不是全新规定。《民法典》第597条脱胎于《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》第15条“出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持”，以及《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条第1款“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持”的规定。

可见在《民法典》之前，司法解释就实质修改了《合同法》对无权处分合同效力的认定，《民法典》只是在更高位阶上对此修改予以肯定，消除了对司法解释越权的诘难，并不具有根本性的变革意义。其主要作用在于对善意取得的适用进一步规范，减轻了认定善意取得的阻力。《民法典》物权编和《物权法》的司法解释都要求善意取得需要以合同有效为前提，《民法典》第597条尽管保留物权编司法解释但是并没有用武之地。因为第597条规定买受人仅在出卖人因为没有处分权导致合同标的不能转移的情况下才能解除合同，因此等于直接否定了买受人通过欺诈撤销合同的可能。换言之，《民法典》第597条的规定认为即使出卖人未告知买受人其无权处分的事实，买受人也不能因此直接主张存在欺诈从而撤销合同，而是仅在出卖人无法交付标的物时才能解除合同。因此只要符合善意取得的构成要件，买受人就能够取得标的物所有权，而不会因合同效力受到影响。撤销意思表示的本身是保护意思表示的形成、表示自由，而解除合同则是合同不能实现，目的落空时终结双方合同义务的手段，两者具有不同内涵。在无权处分行为不构成民法意义的欺诈，要认定其构成刑法上的诈骗需要特别谨慎，应当限于行为人自始就没有履行合同的主观意愿的场合，否则在刑事司法实践中就可能导致《刑法》常常被当作“在先的管理法”。^②

第二，合同效力评价基准不是个人利益。周光权教授指出：“要遵循法秩序的统一性，就要防止将前置法上不具有违法性的行为，在刑法上认定为犯罪。……绝对不

① 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《民法典合同编理解与适用（二）》，人民法院出版社2021年版，第858页。

② 参见刘艳红：《刑法的根基与信仰》，载《法制与社会发展》2021年第2期。

能偏离的原则是：在民商法上合法的行为，不可能成为刑法上的犯罪。”^①然而合同有效代表的是民法对于行为人行为性质的一种较低要求，只要不违背公序良俗、强制性法规等就认可其效力，使当事人追求的效果能够通过法律实现。认定合同效力时关心的是社会利益，超越了当事人双方的利益进行判断，而《刑法》中针对公民财产权的犯罪目的是保护公民个人财产，并非考虑社会公共利益。因而合同效力的认定与刑事的违法性认定并不相同。

第三，合同有效不代表没有财产损失。有些时候认定合同有效恰恰因为合同中有一方遭受到了损害需要救济，比如承认无权处分不影响合同效力本身就是为了保护善意的交易相对方，因为在合同效力待定的情况下一旦合同生效的条件不能实现。合同将归于无效，而合同无效时买受人只能主张缔约过失责任而不能主张违约责任。^②因此即使认定合同有效，仍旧可能存在民法上具有违法性的行为。如果认为存在有效的请求权就能够否定诈骗罪的成立，那无异于否定所有诈骗罪的成立，因为即使合同因欺诈而可撤销，但在未被撤销之前依旧有效，受欺诈方仍旧存在相应的请求权。

2. 善意取得否定无权处分行为的刑事违法性

财产犯罪的核心在于财产遭受损失，刑法的从属性体现在财产关系的认定，仅从合同效力出发难以阐明民事违法性，事实上无论合同有效、无效、效力待定都不是固定的违法类型，应将目光转向具体的法律规范处理效果，其核心是物权变动。《民法典》第597条解决了无权处分合同的效力问题，但物权的归属还需要结合《民法典》善意取得制度进行认定。《民法典》第311条规定：“无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（一）受让人受让该不动产或者动产时是善意；（二）以合理的价格转让；（三）转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。受让人依据前款规定取得不动产或者动产所有权的，原所有权人有权向无处分权人请求损害赔偿。当事人善意取得其他物权的，参照适用前两款规定。”理论中存在否定盗赃物善意取得的观点，有必要予以澄清。

第一，《民法典》实质上否定了盗赃物不能善意取得的观点。《民法典》制定过程中，在众多条文的设计、修改上参考了许多国家和地区的民法典，然而《民法典》第312条与我国台湾地区“民法”第949条、《日本民法典》第193条相比却存在十分重大的区别。以我国台湾地区“民法”为例，第949条第1款规定：“占有物如系盗赃、遗失物或其他非基于原占有人之意思而丧失其占有者，原占有人自丧失占有之时起2年以内，得向善意受让之现占有人请求回复其物。”《民法典》立法过程中，还有专家

① 周光权：《“刑民交叉”案件的判断逻辑》，载《中国刑事法杂志》2020年第3期。

② 参见韩世远：《合同法总论》，法律出版社2018年版，第742页。



建议稿明确提出排除占有脱离物的善意取得,^①没有理由认为立法者会忽略我国台湾地区“民法”的明文列举。据此不能认为第312条规定可类推适用于非基于权利人的意思而丧失占有的物的其他情形,而是只能承认立法者是有意使盗赃物也适用善意取得。

第二,刑事司法解释采纳肯定论。“如果赃物虽然尚在但已被毁坏,或者不能排除第三方属于善意取得的,宜判决责令退赔。”^②《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第11条第2款规定:“第三人善意取得涉案财物的,执行程序中不予追缴。作为原所有人的被害人对该涉案财物主张权利的,人民法院应当告知其通过诉讼程序处理。”由此可见在执行程序中第三人善意取得涉案财物的,根据司法解释根本不会被追缴,不承认盗赃物善意取得已经不现实。

第三,否定论等于否定善意取得制度。民法理论中所举善意取得的例子基本都涉及盗赃物,^③如伪造文件将他人购买的不动产登记在自己名下出卖、将遗忘在自己居所内的电脑出卖给他人、不动产登记名义人将不动产出卖给第三人等等,无处分权人都已经成立相应的财产犯罪,如果排除盗赃物的善意取得,则《民法典》第311条基本失去了适用空间。只要明知自己没有处分权而为处分行为,绝大多数已经涉嫌犯罪行为,如此排除盗赃物的善意取得,只有处分人不知自己无处分权而为处分行为时才成立买受人善意取得。无权处分本身就包含了任何情形下的无权处分,不能以未明确规定是否以合法占有为基础而否定盗赃物的善意取得。进行限制解释应当进行说理,而不是要求《民法典》进行无意义的规定。其实,盗窃、诈骗他人财物,只要财物不是现金,就必然存在处分赃物的情形,实践中的高案发量就是明证。^④拒不承认盗赃物的善意取得更多来源于学者内心的道德前见,认为被害人没有过失却承担了财产损失。这些观点仅仅看到了对原所有权人的保障,却忽视了对于善意买受人和交易安全的保护,也无视所谓“一追到底”实际上带来的巨大司法资源投入。^⑤

① 参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿附理由》(物权编),法律出版社2013年版,第255页。

② 黄应生:《〈最高人民法院关于适用〈刑法〉第六十四条有关问题的批复〉的解读》,载《人民司法·应用》2014年第28期。

③ 参见崔建远:《无权处分再辩》,载《中外法学》2020年第4期。

④ 参见熊丙万、周院生:《论赃物善意取得制度的实践需求与具体建构——以追赃实践面临的困惑为视角》,载《人大法律评论》2009年第1辑。文中指出2006年重庆某县公安局破获的财产侵占型犯罪案件中,大约有四分之一的案件已由善意第三人通过市场价格购买了赃物。

⑤ 1992年8月26日最高人民法院研究室《关于对诈骗后抵债的赃款能否判决追缴问题的电话答复》载明:“赃款赃物的追缴并不限于犯罪分子本人,对犯罪分子转移、隐匿、抵债的,均应顺着赃款赃物的流向,一追到底,即使是享有债权的人善意取得的赃款,也应追缴。”但该答复并不具有指导意义,一是该案比较特殊,针对的是犯罪分子骗取现金后用现金清偿债务的行为,可以认为债权人没有“支付合理对价”,因而本身不符合善意取得的规定,因此不适用。但《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第10条、《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第11条中都已经明确肯定了诈骗所得用于偿还债务时债权人的善意取得,使其思路被明确否定。二是该答复并未以最高人民法院的名义作出,仅以研究室名义回复,效力较低。三是该答复已经失效,因此事实上并不存在否定盗赃物善意取得的司法解释。“贯彻彻底的一追到底原则,显然也与市场经济的部分规律相违,既不可能实现,也可能对交易秩序造成危害。”梅夏英:《民法典编纂中所有权规则的立法发展与完善》,载《清华法学》2018年第2期。

第四，否定论还将增加买受人的刑事风险。在“郑长青案”中，郭轶将骗取的申某人民币400万元中的250万元转入上诉人郑长青个人账户用于偿还债务。郑长青又将181万余元转入于晓的中国银行个人账户用于还款。当月16日公安机关将郑长青、于晓账户冻结，期限为6个月。2015年9月24日，郑长青以账户资金系与郭轶正常借款为由申请解冻。公安机关告知该款系郭轶诈骗所得款项，属于涉案赃款不予解冻。当郑长青得知解冻时间后，提前预约银行提现。2016年3月16日郑长青将自己及于晓账户转入的180万元中的223万元提现，通过ATM机取款4000元。本案中原审法院认为郑长青明知是犯罪所得而予以转移，且拒不退还，其行为构成掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处被告人郑长青有期徒刑四年，并处罚金人民币20万元。^①这直接给债权人负担了审查债务人清偿财产来源的责任，很难想象债权人接收债务人履行债务还需查明该款项来源，既增加交易成本，也不可能实现。如果承认盗赃物的善意取得，本案中即使不适用金钱占有即所有的规则，也能使郑长青实际取得该款项所有权。之后其知晓债务人所还欠款时犯罪所得并不影响其已经取得所有权的事实，更不可能将解冻之后的取款行为评价为掩饰、隐瞒犯罪所得。^②

无独有偶，在“张兴泉掩饰、隐瞒犯罪所得案”中，甲将盗窃所得的一辆帕萨特轿车卖给乙，乙将其开到河南以5万元的价格出卖给张兴泉。在2008年6月购买涉案车辆之前，张兴泉明知该车系套牌车，但通过其在公安局工作的胞姐张某某在公安部门管理网络上查询车辆的相关信息，得知其车辆非盗抢车辆后才予以购买。2009年4月22日，张兴泉被公安机关网上通缉，才得知其购买车辆系盗抢车辆，即从外地返家，于2009年7月1日开着赃车到公安机关投案。^③本案中对买受人的注意义务苛求十分严苛，甚至以“未在国家指定的车辆交易场所交易”认定张兴泉具有掩饰、隐瞒犯罪所得的主观认识。^④本案中即使以张兴泉的购买价格低于合理价格，无法通过善意取得制度获得车辆所有权，但只要承认盗赃物的善意取得就能减轻买受人的注意义务。何况张兴泉已尽力查询车辆信息，在得知不属于盗赃物的情况下才予以购买，根本不存在掩饰、隐瞒犯罪所得罪的主观故意。

① 参见郭轶、谢颖霞等合同诈骗罪案，青海省高级人民法院（2016）青刑终70号刑事判决书。类似案件参见石某4掩饰、隐瞒犯罪所得罪案，辽宁省朝阳市中级人民法院（2019）辽13刑终320号刑事判决书。（引者注：判决书中被告人为石某3，裁判文书名称中为石某4，应为编辑错误）

② 《公安机关办理刑事案件程序规定》第236条规定，逾期不办理继续冻结手续的，视为自动解除冻结。本案中公安机关在冻结期限届满后未办理继续冻结手续的，存款已经自动解冻，存款人当然可以自由处分。

③ 参见张兴泉掩饰、隐瞒犯罪所得罪案，河南省南阳市宛城区人民法院（2010）南宛刑初字第368号刑事判决书。

④ 尽管《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家工商行政管理局关于依法查处盗窃、抢劫机动车案件的规定》第17条规定，在非法的机动车交易场所和销售单位购买的可视为应当知道是赃车。但该司法解释将明知解释为知道或者应当知道，将没有认识的过失评价为故意，违背责任原理。同时虽然其使用了“视为”，但该“视为”仅仅是一种可以被反证的推定，同条第1款规定“但有证据证明属被蒙骗的除外”，本案明显符合但书的规定，应当否认行为人的故意。



综上所述,不承认盗赃物的善意取得与民法规范、司法解释都存在背离。看似将出卖行为(对买受人而言)解释为成立诈骗罪保护了买受人,但是一来使买受人无法取得所有权而不能实现交易目的;二来在商品流动迅速的当下使交易安全始终得不到保障;三来更增加买受人的注意义务和刑事风险。

四、无罪说的贯彻——否定构成要件符合性

以诈骗罪为例,否定无权处分行为的刑事违法性需要证明以下内容:第一,第三人不存在财产损失,也没有陷入错误认识,不能成立诈骗罪既遂;第二,第三人没有财产损失的危险,不能成立诈骗罪未遂;第三,行为人没有非法占有目的,且实施的不属于诈骗行为。实际三个问题都以财产损失为核心,没有财产损失危险的行为本身就不属于诈骗行为,没有财产损失危险的行为即使发生错误认识也不属于诈骗罪中的错误认识,实施没有财产损失危险行为的行为人也没有非法占有目的。

(一) 第三人没有财产损失

在第三人已经善意取得物权的情形,是否还能认定第三人存在财产损失?主张实质的个别财产说的学者常用“存在处分行为之后用若知道真相就不会处分财物”的公式来判断处分人是否存在被骗,而一旦得出否定结果就认为处分人的交易目的、社会目的、主观价值不能实现,因而存在财产损失。但是这样的判断公式根本不能限制诈骗犯罪的成立,不如说只要存在处分就有损失,实质的个别财产说与形式的个别财产说就不存在区别,甚至财产损失概念都成了空壳。应当承认只要能够获得标的物,第三人就不存在财产损失。

认定财产损失时不能仅仅考察行为人的主观想法,换言之财产损失需要客观判断,而不是纯粹的主观判断。在“购买电视案”中,行为人想要购买2台电视机,每台价格150美元,作为担保,他用自己的价值3000美元的汽车作为动产抵押并向批发商保证自己对该车的所有权没有瑕疵。在被告人取得电视机后,批发商才得知该车被有关债权人行使了2000美元的留置权。批发商坚持认为,即使2台电视机300美元的售价有该车1000美元的剩余价值作为担保,他还是被骗了2台电视机的资产。美国哥伦比亚特区上诉法院支持以诈骗罪定罪。^①但是这导致诈骗罪成为保护权利人以自认为适当的方式处置自己财产的自由之犯罪,在我国当下很难有人支持。是否存在财产损失需要衡量当事人能够获得的利益和实际支出的费用,存在对待给付的案件中,只要获得的给付不是完全违背交易目的,就应当否定财产损失的存在。无权处分案件中,一旦肯定第三人的善意取得,第三人的交易目的就得以实现,并且支出和收益经过其

^① 参见[美]弗莱彻:《反思刑法》,邓子滨译,华夏出版社2008年版,第37-38页。

自由选择,不存在财产损失。

(二) 第三人没有陷入错误认识

第三人是否陷入错误认识决定了行为有无财产损失的危险,而无权处分行为中第三人并没有认识错误,其承诺是有效的。对承诺效力的判断等同于当事人是否陷入错误认识的判断,但是,“如果仅仅因为‘知道真相就不会交易’而成立诈骗罪,那么诈骗罪的法益无疑就是保护被骗人的交易的诚信意思,或者是社会经济秩序了”^①。

1. 承诺有效与否不能过度考虑社会相当性,以免诈骗罪成为保护诚实信用、善良风俗的犯罪。在“骗保案”中,行为人相约骗保,因而同意对方对自己进行伤害。日本最高裁判所认为:“行为人出于制造过失的汽车事故、骗取保险金的目的,在得到被害人的承诺后,让其故意和自己驾驶的汽车相撞而受伤,该承诺是为了实现骗取保险金这一违法目的而实施的违法行为,因此不能成为排除该伤害行为的违法性的事由。”^② 实际上是认为被害人承诺对于违法阻却的判断仅仅具有参考作用,还需要进行社会相当性的判断,因而该违背社会相当性的承诺无效。但是日本学者认为“既然伤害罪是以个人的身体机能作为保护法益,却根据伤害罪的规定,来保护与被害人的身体毫无关系的保险公司的财产……这就等同于处罚本不具有可罚性的诈骗预备……存在双重处罚之嫌。”^③ 对于第三人能够善意取得标的物的无权处分行为而言,不能以“购买的是赃物”“对方无权处分”等否定第三人的承诺效力,不能将以保护个人财产为目的的财产犯罪改造为保护诚实信用的道德犯罪。

2. 不能简单以“如果……就不会……”公式判断承诺效力。在“欺骗发生性关系案”中,行为人假装自己的职业与收入,取得某女性的信任而与之交往,并在该女家中与之发生了性关系。^④ 不能说如果该女知道行为人的职业与收入就不会与之发生性关系、就不会允许其进入其住宅,而肯定行为人的行为成立强奸罪和非法侵入住宅罪。因为行为人的职业、收入与被害人的性自由之间没有关系,被害人对于行为的后果具有清楚认识。在“杂志案”中,未成年人假装成年人向书店老板购买成人杂志,尽管如果书店老板明知对方是未成年人就不会向其出售成人书籍,因而可以认为其处分行为基于错误认识。但是这样的错误并不是财产犯罪中应该考虑的,不向未成年人出售成人杂志仅仅是考虑对未成年人进行特殊保护这样的公法上的利益,因而与财产犯罪无关。“单纯违反未成年人保护政策,与商品的经济分配无关,不属于经济方面的财产损失。”^⑤ 以上都说明在判断被害人是否存在认识错误的时候有必要限制判断的事实,不能漫无

① 任永前:《论诈骗罪中的财产损失》,载《法学杂志》2015年第5期。

② [日]《最高法院刑事判例集》第34卷第6号,第396页。转引自黎宏:《被害人承诺问题研究》,载《法学论坛》2003年第5期。

③ [日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第100页。

④ 参见[日]松原芳博:《刑法总论重要问题》,王昭武译,中国政法大学出版社2014年版,第106页。

⑤ 陈少青:《刑民界分视野下诈骗罪成立范围的实质认定》,载《中国法学》2021年第1期。



边际,导致偏离财产法益。

3. 财产交易中承诺效力的判断应限于直接的交易目的。在“假冒医生销售药品案”中,行为人没有行医资格,但仍旧向病人出售药品。此时对于购买药品来说最重要的是购买的药品是不是自己所需要的,而不是销售者是不是医生,因此日本法院认定行为人不构成诈骗,病人没有财产损失。^①同样,在“义诊诈骗案”中,几家医院的8名医生,打着“肝病专家免费义诊”的旗号到某乡为肝病患者“义诊”。在不到两天的时间里,该乡先后有200多名群众接受了“义诊”。结果,有138人被查出患有乙肝。其中,绝大部分人根据专家的意见购买了他们带来的200多元一盒的“肝得治”。如此高比例的乙肝患者引起了当地政府的重视,经县医院派员检查,138人中,只有29人患有甲肝或乙肝,其余109人均为健康。^②在本案中,对于没有患肝病的109名患者而言,虽然其支出和收益基本相同,但是违背了最基本的交易目的——通过购买药物治疗疾病,因此存在财产损失。对于健康的109人而言,判断是否陷入错误认识的标准应该是购买药品能否真实治疗自己的疾病,显然能得出否定结论,其陷入错误认识。而对真实患有肝病的29人而言,交易目的得以实现,假想的判断事实是购买后对自己的健康确实有益,能够治疗自己的病痛,因此不存在错误认识。

总之,在无权处分的案件中,买受人是否存在错误认识的判断标准仅限于能否获得所有权,而无须考虑出卖人是否享有所有权。《民法典》的制度安排使得在买受人善意时,出卖人是否享有处分权对交易而言已经不是重要事项。其中重点强调需要造成重大损失才能认定成立重大误解,在意思表示错误的情形中不能仅因为存在“错误”而成立重大误解。因此在财产损失判断过程中,更应当排除非物质性主观价值,^③贯彻保护财产法益的思想。并且《民法典总则解释》第19条规定:“行为人对行为的性质、对方当事人或者标的物的品种、质量、规格、价格、数量等产生错误认识,按照通常理解如果不发生该错误认识行为人就不会作出相应意思表示的,人民法院可以认定为民法典第一百四十七条规定的重大误解。”司法解释对误解的内容做出了限定,就算是属于保护意思自治而不是保护财产的重大误解制度,也要求针对交易中的重大内容。^④细枝末节的“认识错误”并不属于民法重大

① 参见[日]桥爪隆:《论诈骗罪的欺骗行为》,王昭武译,载《法治现代化研究》2020年第1期。

② 参见张桂辉:《医生走穴,罪过罪过》,载《法制日报》2001年5月28日,第5版。

③ 参见陈毅坚:《诈骗罪中财产损失的概念与认定——以混合型交易为中心》,载《政法论坛》2019年第1期。

④ 《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第71条规定:“行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识,使行为的后果与自己的意思相悖,并造成较大损失的,可以认定为重大误解。”相比现行司法解释,原司法解释要求造成较大损失的才属于重大误解,将是否存在意思表示错误和是否存在重大损失之间进行绑定。现行司法解释中虽然删除了造成重大损失的条件,但是仍旧要求误解的内容是与交易直接关联的、最重要的内容。删除损失要件并不表明损失不重要,只是回归意思表示错误属于对行为人意思的判断,不是对结果的判断,更好契合民法维护意思自治的理念。和刑法中要求造成损失并不冲突,正体现人性民法和物性刑法的融合。

误解制度的规制范围,更不应该由刑法进行规制。“如果试图通过刑法的积极介入倒逼诚信体系的建立,有强行以刑法推行道德之嫌。”^①在第三人获得所有权的情形中,不存在认识错误,也没有被骗,因而出卖行为不成立诈骗。换言之即使实施“欺骗行为”,但只要结果没有被实质的改变,就应当否定诈骗罪的成立。^②

(三) 第三人没有财产损失危险

在出卖人没有交付时就案发,买受人不能获得标的物所有权的案例中,也不能以“财产危险”^③肯定诈骗罪的成立。在未交付的情形下,出卖人原本有交付意图,但未来得及交付,此时原所有权人取回了标的物,仅承担违约责任。理由在于,在无权处分中,买受人按照正常情况能够获得所有权,因此否定了买受人有财产损失,进一步佐证出卖人没有非法占有的目的,其行为也就不构成诈骗。一个在民法上尚且不能认定成立诈骗的行为,怎么能在刑法上成立诈骗?否则就出现刑法学者所指出的不正常的现象——刑法学者比民法学者更加看重合同的目的。^④

1. 合同风险不等同于财产损失。即使存在合同目的不能实现这样的风险,但这是所有合同中都存在的一般风险,不能因为存在合同目的不能实现的可能就认为存在财产损失的风险从而认定存在财产损失,否则就有将财产犯罪从实害犯推向危险犯的可能。在“高尔夫球场案”中,该高尔夫球场在入会之际就写有不让暴力团相关人员使用设施的要求,并让会员在承诺书中签名盖章。只有在入会时保证会员签署上述内容,保证不带暴力团相关人员使用球场才同意让会员及同伴使用设施。日本法院认为如果球场允许暴力团相关人员使用设施,会使得其他来宾因暴力团成员在此打球而感到恐惧,因而导致球场流量减少以及损害球场的信誉或者等级,因而得出来客是否是暴力团相关成员属于交易中的重大事项,肯定球场存在间接损失,行为人成立诈骗罪。^⑤但这样的观点导致尚未存在任何财产损失就认定行为人成立诈骗既遂,将行为可能具有的风险作为财产罪的法益,处罚过早。再如,双十一活动中,商家明知库存不足,但未告知消费者,在预定发货期到来后仍旧没有取得足够货源从而不能交付。这样的情形在生活中比比皆是,不可能因为商家明知自己当时没有处分权,未告知买受人,并且事后不能正常交货而认定商家成立诈骗罪。

2. 事后行为不属于行为人控制范围。即使标的物已经交付,买受人已经取得所有

① 付立庆:《财产损失要件在诈骗认定中的功能及其判断》,载《中国法学》2019年第4期。

② 参见[日]桥爪隆:《论诈骗罪的实质性界限》,王昭武译,载《法治现代化研究》2020年第2期。

③ “财产危险”是指某些情况下高度的风险与实害结果在法律上的评价是一样的。关于“财产危险”的具体论述,参见恽纯良:《诈欺罪中财产损害之判断——“财产危险”概念的回顾与展望》,载《台北大学法学论丛》2017年第9期。

④ 参见[日]佐伯仁志、道恒内弘人:《刑法与民法的对话》,于改之、张小宁译,北京大学出版社2012年版,第9页。

⑤ 参见[日]桥爪隆:《论诈骗罪的欺骗行为》,王昭武译,载《法治现代化研究》2020年第1期。



权,但是其他相关方错误介入使买受人没有获得所有权时,也不能影响行为的定性。在“潘某盗卖游戏装备案”中,潘某使用他人的“梦幻西游”网络游戏账号谎称自己是账号主人,在游戏账号主人不知情的情况下,以13500元的价格将他人游戏账号中的2只游戏宠物,出售给被害人金某。次日,被害人金某再次向被告潘正平购买“梦幻西游”网络游某的宠物,被告人潘正平将2只游戏宠物打包价格19500元卖给被害人金某,之后失去联系。游戏账号原主人事后得知自己的游戏账号中的宠物被出售,通过游戏申诉将被告人潘正平第一次出售的2只游戏宠物收回。^① 本案中即使游戏公司将游戏宠物收回,也并不影响潘某的行为定性,恰恰是游戏公司的行为属于无权处分买受人金某的财产,应当成立侵权行为。法院认为,游戏宠物的真正所有人因申诉取回2只游戏宠物,属事后行为,不能成为判断构成犯罪的依据。行为人不能控制的行为不应由其承担责任,如在特定少数人之间对他人实施侮辱行为的,本身就不是侮辱罪中的侮辱行为,即使相对人有意将信息传播给不特定人也不能以此认定行为人的侮辱行为具有公然性。^②

3. 第三人能获得抗辩权。《民法典》第312条规定,所有权人或者其他权利人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的,权利人有权向无处分权人请求损害赔偿,或者自知道或者应当知道受让人之日起二年内向受让人请求返还原物,但是,受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的,权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后,有权向无处分权人追偿。对于善意的受让人而言,一种可能是通过善意取得获得所有权,一种可能是不满足善意取得的条件,此时也能够所有权人支付受让时所付的费用前拒绝交付标的物。换言之,对于善意受让人而言,最差的结果是不能实现合同目的,无法获得标的物,但是不会存在财产损失的风险。

(四) 行为人没有非法占有目的

“对于刑民责任界分,主观要件往往起着非常重要的作用。”^③ 认定无权处分行为违法性离不开行为人的主观判断,对于行为人具有交付标的物目的的情形,应当否定其具有非法占有目的。2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》对非法占有目的的推定进行了总结:对于行为人通过诈骗的方法非法获取资金,造成数额较大资金不能归还,并具有下列情形之一的,可以认定为具有非法占有的目的:(1)明知没有归还能力而大量骗取资金的;(2)非法获取资金后逃跑的;(3)肆意挥霍骗取资金的;(4)使用骗取的资金进行违法犯罪活动的;(5)抽逃、转移资金、隐匿财产,以逃避返还资

① 参见潘正平诈骗罪案,吉林省延吉市人民法院(2020)吉2401刑初640号刑事判决书。

② 参见周光权:《刑法各论》(第四版),中国人民大学出版社2021年版,第70、71页。

③ 刘艳红:《法秩序统一原理下未成年人保护制度的刑民衔接适用》,载《现代法学》2021年第4期。

金的;(6)隐匿、销毁账目,或者搞假破产、假倒闭,以逃避返还资金的;(7)其他非法占有资金、拒不返还的行为。但是,在处理具体案件的时候,对于有证据证明行为人不具有非法占有目的的,不能单纯以财产不能归还就按金融诈骗罪处罚。并规定“对于确有证据证明行为人不具有非法占有的目的,因不具备贷款的条件而采取了欺骗手段获取贷款,案发时有能力履行还贷义务,或者案发时不能归还贷款是因为意志以外的原因,如因经营不善、被骗、市场风险等,不应以贷款诈骗罪定罪处罚。”换言之,司法解释认为骗取贷款不等于有非法占有目的,如果有还款意愿就能否定非法占有目的,因此在无权处分中行为人有履行意愿的就应当否定非法占有目的。无论第三人是否能够通过善意取得获得标的物、无论是否交付都不影响行为定性。

(五) 案例的回应

忽略民事规范处理财产关系只能自说自话,无法实现法秩序统一。而错误运用、变相改造也导致将民事规范成为刑事违法性认定的“帮凶”。“中介卖房案”中公诉机关的错误并不在于刑法中诈骗罪的犯罪结构上,其对于诈骗罪的推理完全符合通说的定义,可是结论是错误的,而引发错误的主要原因是民事规范的误解。

第一,公诉机关没有区分物权变动与合同效力之间的关系。滕某与李某之间签订购房合同的行为是负担行为,在滕某与李某之间产生的是债权债务关系,并不直接导致房屋所有权的转移。换言之,房屋买卖合同的签订仅代表房地产公司负有将房屋交付给李某,并办理变更登记的义务,房屋所有权仍旧归房地产公司所有。这其实不难理解,如果李某在办理变更登记之前故意毁坏该房屋的,一样成立故意毁坏财物罪,因为该房屋仍属于他人物品。仅仅以合同已经生效为由主张房屋所有权已经归李某所有,也完全违背《民法典》第209条关于不动产物权变动要经过依法登记才生效的规定。

第二,公诉机关错误解释滕某的代理权范围。公诉机关认为“滕某的工作内容为带购买人看房、代公司与购买方签订合同、签订一系列手续,并没有获得公司授权可以将已售出房屋再次转让给他人,代理权有限”。作为销售人员,滕某可以直接对外代表公司进行房屋销售的行为,^①将再次转让纳入代理权的限制中是对代理行为的“化妆”,更忽略了此种解释导致的后果——如果认为滕某是无权代理,则本案中郭某也完全有理由相信滕某是有权代理,从而主张成立表见代理获得房屋所有权。因此,无论是否认为滕某享有代理权,郭某与其签订的合同效果都直接归属于该房地产公司承受,因此办理房屋变更登记是履行房地产公司义务的行为,郭某合法取得所有权,实现了合同目的,不存在受骗。

第三,公诉机关没有关注善意取得制度。善意取得制度的本意是保护交易相对人

^① 滕某作为房地产公司的销售人员,在职权范围内有权以法人或者非法人组织的名义实施法律行为,该行为直接对法人或非法人组织发生效力。



对于物权公示效力的信赖,^①其适用的前提之一是行为人没有处分权,^②在当事人具有处分权的场合不适用善意取得制度,但是可以类推适用。滕某所在的房地产公司仍旧是房屋的所有权人,此时滕某作为其代理人实施的是有权处分的行为。但是无权处分的场合尚且能够肯定买受人的善意取得,有权处分的情形不管是否通过善意取得制度还是通过基于法律行为的物权变动都应当承认买受人能够取得所有权。即使将滕某有权处分的行为评价为无权处分,也应当认为郭某已经取得所有权。法院认为“涉案房屋已登记在郭某的名下,郭某属于善意取得,其所有权受法律保护。虽因被欺骗而支付了购房款,但因没有实际损失,不宜认定为本案的被害人。李某支付了购房款,因原审被告滕某的欺骗而失去了涉案房屋的控制权,最终丧失了涉案房屋的所有权,是最后损失的承担者,亦应是本案的实际被害人”。这样论述尽管结论是合理的(郭某不是被害人,并实际取得所有权),但存在法律适用的瑕疵。

然而,即使如此,再审判决仍旧值得商榷。第一,判决违背责任原理。原审法院认为滕某在和李某签订合同并接受购房款的时候并没有诈骗的故意,但再审法院却认为李某是滕某诈骗行为的被害人,违背了责任原理这一“现代刑法的基础”。^③坚持责任原理就必须坚持行为与罪责同时存在,换言之,在故意犯中要求行为与故意同时存在。很明显本案中滕某与李某签订买卖合同时并没有诈骗的故意,否则就不会将收到的货款交给公司。而之后的骗取李某的更名承诺书的行为并没有导致李某财产损失,李某也没有实施任何处分财产的行为,骗取更名承诺书的行为不属于诈骗行为。

第二,判决忽略了民法中的代理制度。滕某作为房地产公司的销售人员,对外代表公司实施法律行为,法律行为的后果是由公司直接承受,因此郭某的购房款应当交给公司。滕某利用职务上的便利,将本单位的财物非法占为己有,其行为已经构成职务侵占罪,^④金额为35.3万元。如果认定被害人为李某不仅意味着犯罪金额仅为20万,同时意味着李某并不能向公司主张解除合同、返还购房款、承担违约责任,而只能向滕某主张返还20万元。且不说滕某有无返还能力,就算滕某能够返还也不利于李某的利益保障,认定李某为被害人将导致李某无法主张违约责任。郭某向法院提起再审申请就说明了问

① 关于善意取得制度的本质存在多种解释,但是通说认为是物权的公示公信制度。参见刘贵祥:《论无权处分和善意取得的冲突和协调——以私卖夫妻共有房屋时买受人的保护为中心》,载《法学家》2011年第5期;谢再全:《民法物权论》(上册),中国政法大学出版社1999年版,第220页。学说梳理见尹田:《物权法》(第二版),北京大学出版社2017年版,第187-190页;尹田:《物权法理论评析与思考》(第二版),中国人民大学出版社2008年版,第316页;庄加园:《民法典体系下的动产所有权变动:占有取得与所有权让与》,法律出版社2020年版,第222页。

② 这里的处分指的是能够直接产生权利变动效果的处分。处分行为的介绍见王泽鉴:《民法学说与判例研究》(重排合订版),北京大学出版社2015年版,第303页;李永军:《民法总则》,中国法制出版社2018年版,第580-584页。

③ 参见林钰雄:《新刑法总则》(第六版),台湾地区元照出版社2018年版,第311页。

④ 也有法院采取此观点,在成立表见代理时否定成立对第三人的诈骗。参见T某某职务侵占罪案,重庆市永川区人民法院(2014)永法刑初字第00549号刑事判决书。

题，否则如何会有“刑事案件将其列为被害人侵害了申请人的利益”的说辞。

第三，判决不符合刑法谦抑性原则。如果认为被害人是李某，则滕某的行为侵害的仅仅是李某的债权，而我国侵权法基本不保护债权。比较法上对债权的保护并不罕见，如《德国民法典》第826条、^①台湾地区“民法”第84条第1项后段等。^②但是成立对债权的侵权都要求以违背善良风俗的手段进行，且仅仅作为侵权行为的例外。很难说本案中滕某的行为属于以违背善良风俗的手段积极侵害债权。在民法对一种民事利益尚且不予保护，并且这种不保护并不是有意忽略时，动用刑法加以保护，违背了刑法的谦抑性。“刑法是所有部门法的保障法，只有当其他部门法无法解决问题时，才能动用刑法，它具有一定的事后性。”^③在民法对某种财产利益并未予以保护时贸然动用刑法加以惩处导致行为人缺乏预见可能性，也使刑法从保障法一跃成为前置法。

结 语

在涉及无权处分的案件中，只要出卖人有交付的意图，该行为就不是诈骗，不会给买受人带来财产损失。在已经交付标的物^④的案件中，原所有权人不能追及，并需要承担证明买受人非善意的举证责任。在已经交付标的物，但未以合理价款受让导致买受人无法取得所有权的案件中，买受人可以在原所有权人支付购买价款前拒绝返还，并不会存在财产损失。在未交付标的物即案发等场合中，因为出卖人有交付的意图，不能交付仅是合同履行的一般风险，不能因此成立诈骗罪。或许有人认为本文的处理方式导致刑法认定财产犯罪需要在民事审判对权利归属做出认定之后才能进行，妨碍了刑事诉讼的进程。首先，先刑后民不是绝对的原则。“一些特殊类型的、民事法律关系复杂的案件，甚至可以先行审理民事部分，经民事确权后再审查是否构成犯罪。”^⑤而无权处分行为这一“法学上的精灵”正符合了“先民后刑”的特征。其次，无权处分行为不具有刑事违法性，不会导致交易相对人的财产损失，是行为之时便自始确定的，而不是事后审判得出的结果。这正如故意伤害他人之时就产生了法定之债，而不是法院判决生效之时才产生赔偿责任一样明了。

（责任编辑：李 宁）

① 对《德国民法典》是否承认第三人侵害债权属于侵权行为的一种存在争议。“德国民法通说认为，侵权法保护的是绝对权或者具有绝对权法律地位的权利，债权属于相对权，并未向外显露其属性，无法为他人所知悉。因此债权不属于《德国民法典》第823条第1款中的其他权利，不受侵权法之保护。”程啸：《侵权责任法》（第三版），法律出版社2021年版，第177页。

② 有关本条的适用问题参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（重排合订本），北京大学出版社2015年版，第532页。

③ 刘艳红：《刑法的根基与信仰》，载《法制与社会发展》2021年第2期。

④ 这里的交付对动产而言是转移占有，对不动产而言是变更登记，对债权转让则只需合同成立并生效。

⑤ 龙宗智：《刑民交叉案件中的事实认定与证据使用》，载《法学研究》2018年第6期。



食品药品安全刑事附带民事公益诉讼惩罚性赔偿的司法适用

洪潇潇 杨军*

内容摘要：食品药品安全关系到每一个人的切身利益，频发的食药安全事件对公共利益造成了危害，促使司法实践向民生主义积极刑法观倾斜，惩罚性赔偿在食药安全类刑事附带民事公益诉讼中逐渐扩大适用，呈过当惩罚的倾向，不仅冲击了原有的法律责任结构，亦使惩罚性赔偿制度本身处于公权与私权的夹缝之中。因此，需要平衡附带民事公益诉讼的法律责任结构，从结构主义视角对惩罚性赔偿的内外部结构进行解构，确立计算基准、责任结构以及适用范围，由此达到公民私权与刑事司法权的边际均衡，以发挥惩罚性赔偿的制度功能。

关键词：食药安全；惩罚性赔偿；重罚主义；刑事附带民事公益诉讼

中图分类号：DF73 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)04-114-125

一、问题的提出

食品药品安全问题直接关系到人民群众的身体健康和生命安全，一直是社会关注的焦点。涉食药违法犯罪行为对社会公共安全造成严重危害，因此，针对涉食药违法犯罪行为的重罚主义成为理论和实务界的共识。司法实践中，惩罚性赔偿的适用范围不断扩大，从消费者个人私益诉讼延伸至民事公益诉讼，特别是检察机关提起的刑事附带民事公益诉讼中，法院对于惩罚性赔偿的支持度相对较高。然而，现代法律越来越倾向于减少对责任制度的依赖，而且责任制度也在逐步限制惩罚的力度和范围，法律责任中泄愤报复色彩逐步淡化，而社会合作理念愈发凸显。^① 食药安全领域因现有法律规制效果不佳而倾向重罚主义立场，将惩罚性赔偿扩大适用，有惩罚过当之嫌。

* 洪潇潇，山东省德州市陵城区人民法院法官助理；杨军，山东法官培训学院讲师。

① 参见郑智航：《从互惠性到宽容性：法律责任构造逻辑的嬗变》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2018年第2期。

（一）附带民事公益诉讼中适用惩罚性赔偿的正当性存疑

通过案例检索，笔者发现在林辉等生产、销售不符合安全标准的食品罪案（以下简称“林辉案”）中，法院判决被告人林辉等人同时应当承担民事赔偿责任。因无法查明林辉等人所销售的含有焦亚硫酸钠成分的冷粉的具体金额，故以案发时查扣的含有焦亚硫酸钠成分的冷粉重量，按市价计算10倍惩罚性赔偿金额。^①在刘华美等生产、销售不符合安全标准的食品罪案（以下简称“刘华美案”）中，法院判决认为，公益诉讼起诉人提起消费民事公益诉讼不以实际损害的发生为前提，该案被告人刘华美等人生产的不符合食品安全标准的米粉已流入市场，社会公共利益已经遭受损害，故判处刘华美等人共同赔偿销售金额10倍的惩罚性赔偿金。^②在朱某等销售有毒、有害食品罪案（以下简称“朱某案”）中，一审判决认为，朱某等人应承担价款10倍的惩罚性赔偿金。在本案中，惩罚性赔偿金因要上缴国库，其性质转化为与行政罚款、刑事罚金相类似，故将惩罚性赔偿金与罚金相抵扣。二审判决认为，惩罚性赔偿金与罚款、罚金属于不同性质的法律关系，将罚金在惩罚性赔偿金中予以抵扣无明确法律依据，且在涉及共同犯罪或者刑事被告人与未被追究刑事责任的其他主体需共同承担侵权责任等情形下，将罚金在惩罚性赔偿金中予以抵扣可能会导致法律关系和执行处置上的混乱，并有可能变相降低侵权行为人应承担的惩罚性赔偿责任。^③

《民法典》第179条将惩罚性赔偿构造其中，在规范层面确认其民事责任属性。在传统概念上惩罚性赔偿的属性也倾向于民事责任，功能上存在双重属性，即补偿与威慑，请求权基础亦为私人债权。然而，由上述案例可见，将惩罚性赔偿与刑法责任共时性的由公权机关提起，构造于同一法律责任体系中，两者性质并非泾渭分明，在功能上亦有重合，实质上体现了对等正义与分配正义间的矛盾。^④因此，厘清惩罚性赔偿在附带民事公益诉讼中的正当性是适用前提。

（二）附带民事公益诉讼中的惩罚性赔偿计算基准不统一

在“林辉案”与“刘华美案”中，法院均以《食品安全法》第148条第2款、《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第15条等规定作

① 参见林辉等生产、销售不符合安全标准的食品罪案，江西省景德镇市中级人民法院（2020）赣02刑初8号刑事附带民事判决书。

② 参见刘华美等生产、销售不符合安全标准的食品罪案，贵州省遵义市中级人民法院（2020）黔03刑终300号刑事附带民事判决书。

③ 参见朱某等销售有毒、有害食品罪案，广东省广州市中级人民法院（2020）粤01刑终130号刑事附带民事判决书。

④ 亚里士多德在《尼各马可伦理学》中将正义区分为对等正义与分配正义。对等正义系指法律规定减命的给付与对等给付必须是完全平等的，买卖的价金必须与给付的货物相等，损害的额度必须与所受的赔偿相等，体现出一种法律面前人人平等的观念。分配正义属于原始形式，通常显示为公法的原则，如刑法中的罪刑相当原则。



为惩罚性赔偿的规范要件,且公益诉讼之提起均不以造成实际损害为要件。但是,“林辉案”中惩罚性赔偿的计算基准为案发时查扣的含有焦亚硫酸钠成分的冷粉重量 $\times$ 市价的10倍,而“刘华美案”中计算基准为销售额的10倍。通过案例梳理,从裁判文书网以“附带民事公益诉讼”“惩罚性赔偿”为关键词进行检索的情况来看,219篇裁判文书中有近80%案例按照价款十倍作为计算基准,但另一乘基却以查扣量、销售量等区别计算。其他案例则或是价款3倍或是损失3倍不等作为计算基准,计算基准缺乏稳定性。可见,确定计算基准是惩罚性赔偿的准确适用基础。

(三) 附带民事公益诉讼中适用惩罚性赔偿与其他法律责任位阶混乱

在“朱某案”中,一审法院认为惩罚性赔偿金与罚金因收缴路径相同,即均收缴于国库而具有同质性,因此,将罚金与惩罚性赔偿金予以抵扣。而二审法院认为惩罚性赔偿金与罚金、罚款不具有同质性,如相互抵扣则会在涉及共同侵权等复杂情形下造成法律关系和执行处置的混乱。实质上,如一审裁判逻辑,将两者性质等同,则在公法责任上可能构成双重危险;而如二审裁判逻辑,将两者性质相区分,则在实质上加重了被告人在该案中的责任承担,有违罪刑相适应原则。质言之,实践中法律责任呈现结构性位阶混乱,惩罚性赔偿责任成为突兀的存在。因此,理顺惩罚性赔偿与罚金在附带民事公益诉讼法律责任结构中的关系,才能发挥惩罚性赔偿的制度功能。

因此,为了达到公民私权与刑事司法权的边际均衡,更好地发挥惩罚性赔偿的制度功能,需要平衡附带民事公益诉讼的法律责任结构,以结构主义为视角对惩罚性赔偿的内外结构进行解构,确立计算基准、责任结构以及适用范围。

二、食药安全刑事附带民事公益诉讼中法律责任的结构冲突

由前述案例可知,在全新创设的刑事附带民事公益诉讼中加入惩罚性赔偿对法律责任结构具有冲击性,惩罚性赔偿与传统法律责任体系本就存在不兼容的问题,将惩罚性赔偿与刑罚放置在同一诉讼中使法律责任结构冲突更加复杂化。惩罚性赔偿将公法语境下的惩罚请求权赋予私人,是对补偿性赔偿的进一步延伸,突破同质补偿的传统民事责任承担方式,进一步增加侵权人违法成本,具备惩罚和威慑双层功能。而食药安全问题引发的利益冲突,造成规模不特定侵权,正是基于实用主义理念,司法实践中采用公法手段使惩罚性赔偿介入法律责任体系之中以回应社会现实的需求。

(一) 法律责任功能结构的竞合与冲突

正义具有一种交换的性质。当一方因过错而违背了等(利)害原则,给另一方造成了伤害,受害人就会对此产生愤恨(resentment),其他社会成员会对此产生义愤

(indignation), 加害人则会由此产生负罪感(guilt)。^①换言之, 受害人出于泄愤而产生惩罚加害人的心理动因, 期待加害人为其行为付出相当甚至超越的代价, 亦可以理解为加害人因其不法行为而必须在事后承担与加害行为对等的不利后果, 即承担相应的法律责任。法律责任使泄愤制度化、规范化, 避免泄愤的非理性化而致使社会生活失序。因此, 过错责任具有了一种否定评价、教育和惩戒的功能。^②制裁是法律责任的基本实现方式, 通常是指对违法者的强制性惩罚措施。^③惩罚在两个层次上推动法律的实施: 一是作为复仇或者报应, 实现对违法者的直接惩罚和法律追求的特定正义; 二是惩罚的威胁有助于制止可能的侵害。^④

由此, 惩罚性赔偿的制度逻辑即基于惩戒和威慑之目的, 与刑罚的功能逻辑具有一定的同一性。惩罚性赔偿制度突破传统民事法律责任平等主体间权利和义务对等的法律关系, 为受害人创设了类似公法的惩罚赔偿请求权, 在逻辑上亦应遵循公法的基本原则, 否则惩罚赔偿的正当性无法理顺。基于此, 惩罚性赔偿所遵循的基本原则应类似于刑事处罚与行政处罚上的过罚相当原则。换言之, 惩罚性赔偿应侧重于对侵权人惩罚性责任的厘定, 而非被侵权人所获赔偿金的多寡。将惩罚性赔偿放置于刑事附带民事公益诉讼程序中由同一诉讼主体集中行使, 行为人既要为自己的犯罪行为承担民事赔偿责任, 同时还要承担罚金、没收财产等刑事责任, 由此产生了两种责任在适用位阶上的冲突。^⑤

(二) 惩罚性赔偿与刑罚规范要素的竞合与冲突

在立法层面上, 食药安全领域惩罚性赔偿法律规范呈现分散式特点, 《消费者权益保护法》第55条、《食品安全法》第148条、《药品管理法》第144条、《民法典》第1207条等规范构成食药安全领域惩罚性赔偿责任基本规范脉络。如前所述, 从惩罚性赔偿制度的功能定位看, 其主要功能在于惩罚并遏制有主观恶意的侵权行为, 法律规定食品经营者承担惩罚性赔偿责任的前提是“明知”。^⑥上述法律规范皆以“明知”作为侵权行为成立的主观要件。“明知”, 亦称作实际知道, 是与推定的知道相对称的法律概念, 指人的头脑对客观事物的明确反映(认知), 即明确认识或意识到某种事

① 参见慈继伟:《正义的两面》, 生活·读书·新知三联书店2001年版, 第12页。

② 参见郑智航:《从互惠性到宽容性:法律责任构造逻辑的嬗变》, 载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2018年第2期。

③ 参见葛洪义主编:《法理学》(第三版), 中国人民大学出版社2011年版, 第195页。

④ 参见[美]劳伦斯·M·弗里德曼:《法律制度——从社会科学角度观察》, 李琼英、林欣译, 中国政法大学出版社2004年版, 第81-82页。

⑤ 参见张旭:《民事责任、行政责任和刑事责任——三者关系的梳理与探究》, 载《吉林大学社会科学学报》2012年第2期。

⑥ 参见郑学林、刘敏、高燕竹、谢勇:《食品安全司法解释(一)的理解与适用》, 载《人民司法·应用》2021年第13期。



物。^①从语义学的角度,“明知”包含了加害人直接故意与放任危害行为发生的间接故意,然而,不管是出于何种故意皆不影响作为惩罚性赔偿主观要件。在实践中,根据法秩序的统一性,惩罚性赔偿的主观要件依附于刑罚成立的主观要件而不需要在附带民事公益诉讼程序中再加以证明。

《民法典》第1207条继受了《侵权责任法》第47条的立法观点,在立法技术上采用了“主观状态+法律后果”的完全法条模式。而《食品安全法》第148条第2款与《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第15条作为侵权责任法的特别法将法律后果的限缩条件予以去除,实质上扩大了惩罚性赔偿的适用范围。《最高人民法院关于审理食品安全民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《食品安全司法解释(一)》)亦进一步明确此立场:在食品安全民事纠纷案件中,无论当事人提起产品责任之诉还是买卖合同之诉,《食品安全法》第148条规定的价款10倍的赔偿均不以食品造成消费者人身损害为前提。^②换言之,为追求实质正义,法律规范将惩罚性赔偿在惩罚体系中的适用范围予以扩大,体现了重罚主义立场。但是,不论生产、销售有毒、有害食品罪,还是生产、销售不符合安全标准的食品罪的构成要件皆符合惩罚性赔偿的要件标准,也就意味着惩罚性赔偿可以在所有食药安全刑事案件中不加区分的适用。如此宽泛的适用范围无疑会突破比例原则从而造成法律责任体系结构的失衡。

(三) 惩罚性赔偿与罚金的竞合与冲突

惩罚性赔偿与罚金、罚款皆以财产罚方式承担法律责任,但两者的逻辑基础却不相同。如前所述,惩罚性赔偿的性质当属公私混合法,即便基于惩罚与威慑之目的而设立但首先不能超出民事责任的范畴。惩罚性赔偿法律规范要素中的请求主体仍然是消费者。而惩罚性赔偿因惩罚、威慑、预防不法行为再发生之功能又不符合传统民法理的对等正义。在市场调节失灵的语境下,惩罚性赔偿的调整功能更加贴近分配正义,与罚金等刑事责任的理论逻辑面向上具有同一性。质言之,惩罚性赔偿请求权仍属私权,而功能性质上却与罚金相竞合。在程序上,大陆法系国家通常不允许在民事诉讼程序中请求惩罚性赔偿金,因此这些国家认为侵权行为损害赔偿制度仅在回复被害人损害前之状态,具有惩罚性质的赔偿金仅能存在于刑事诉讼程序中。^③在责任承担上,惩罚性赔偿通常不因其他债之关系或者实定法而产生的法律责任相抵扣竞合,亦即惩罚性赔偿是侵权人所需负的额外责任。^④可见,惩罚性赔偿责任独立于补偿性赔偿责任、刑事责任,即便是在刑事附带民事公益诉讼中由同一主体实施,仍面临着

① 参见朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,载《中国社会科学》2014年第3期。

② 参见郑学林、刘敏等:《食品安全司法解释(一)的理解与适用》,载《人民司法·应用》2021年第13期。

③ 参见王泽鉴:《损害赔偿》,北京大学出版社2017年版,第424页。

④ 参见韩世远:《消费者合同三题:知假买假、惩罚性赔偿与合同終了》,载《法律适用》2015年第10期。

法律责任位阶问题。

在“朱某案”中，一审法院将惩罚性赔偿金与罚金进行抵扣，实际上将二者的性质进行同质化，由民事责任转化成为与罚款、罚金等同的公法责任。而二审法院否定了该认定，认为三者为不同性质的法律关系。在法律规范层面，《行政处罚法》第28条第2款规定了罚款应当折抵相应的罚金，但对于惩罚性赔偿金与罚款、罚金之间是否可以折抵尚没有明确规定。有学者认为，民事法律规范所规定的惩罚性赔偿属于经营者应当承担的民事责任，不受经营者承担行政罚款或者刑事罚金的影响，而且惩罚性赔偿金的清偿顺位在行政罚款和刑事罚金之前。^①如此考量的逻辑基础应是基于消费者获得民事赔偿应优先于公权机关获得的惩罚所得。那么，在附带民事公益诉讼中因请求权实施主体均为检察机关，是否仍存在清偿顺位？《刑法修正案（八）》取消了食药安全犯罪罚金的上下限额，立法本意为扩大罚金的适用空间，按照上述轻罚折抵重罚的逻辑，罚金可能被惩罚性赔偿所折抵，有违罪刑法定原则之嫌。

三、刑事附带民事公益诉讼中惩罚性赔偿的制度逻辑

（一）责任功能性之逻辑证成

社会需要“责任”发挥功能时，就会让行为人承担责任。社会足够稳定，无需“责任”发挥功能时，行为人就无责任。简言之，“责任”不是自然生发的，而是符合目的制造出来的。^②惩罚性赔偿制度基于规制恶意侵权行为以调整社会秩序失范。内化社会规范的人对那些违反社会规范的人感到愤怒。惩罚性赔偿制度允许法官和陪审团通过言语和惩罚表达正义的愤怒。社会规范体系惩罚性赔偿通过法律的语言和惩罚的程度表达了愤慨。法院表达情感表明了其对有关法律的承诺。承诺的感知可以塑造公民的期望并改变他们的行为。通常情况下，对法院承诺的理解会通过震慑而略微改变行为。^③

在Johnson & Johnson公司滑石粉案中，滑石粉作为婴儿日常护理用品，一直是美国人生活中的重要组成部分。该公司未能警告消费者有关滑石粉与癌症之间的联系。因此，加利福尼亚法院陪审团判处3.47亿美元的巨额惩罚性赔偿金以惩罚该公司。滑石粉作为婴儿爽身粉的必要成分影响不特定婴儿的利益，故陪审团基于对该行为的愤怒而处以高额的惩罚性赔偿。美国绝大多数州支持惩罚性赔偿金，尽管适用范围不尽相同，但主要亦集中在故意侵权领域，为遏制故意侵权行为。《美国侵权法》第二次重述第908条（惩罚性赔偿）官方评注所言：既然惩罚性赔偿的目的不是补偿原告，

① 参见黄忠顺：《惩罚性赔偿消费公益诉讼研究》，载《中国法学》2020年第1期。

② 参见冯军：《刑法中的责任原则》，载《中外法学》2012年第1期。

③ See Robert D. Cooter. Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis. Robert D. Cooter Professor of Law University of California at Berkeley (1998).



而是惩罚与威慑被告,这些赔偿惟因与此种救济相匹配的行为而被授予,即是说,具有类似于犯罪的严重违法行为的某种因素的行为。^①澳大利亚、加拿大等普通法系国家尽管在实定法与程序法上有所差别,但基于制度功能的一致性,均对恶意侵权行为作出否定性评价。从比较法的角度,可以推断出惩罚性赔偿制度的目的是对故意侵权行为人违背社会法律价值的行为给予否定性评价。从惩罚性赔偿制度的结构功能可见,惩罚性赔偿在一定程度上能够担当起对“失范秩序”重建的制度角色,从而能更好地发挥整合社会的功能。^②由此,惩罚性赔偿制度不同于填补性赔偿制度实现矫正正义的价值理念,其所关注的是实质正义之实现。

我国惩罚性赔偿采用倍数额,计算基数为货值,单一主体的主张对侵害人违法成本的增加并无多大作用,达不到威慑效果形成的标准。可见,“私人执法”式惩罚性赔偿对遏制社会失范行为以调整社会秩序的功能较弱,反而催生出“职业打假人”这一违背法律制度价值的现象。从实质正义的角度,食药安全问题结果一旦发生就不可逆转,甚至损害后果具有延续性和扩散性,以附带民事公益诉讼的程序形式由公权力机关集中适用惩罚性赔偿请求权,突破民、刑责任的严格壁垒,可扩大该制度功能发挥的场域。

(二) 威慑目的之逻辑证成

在US诉Carol Towing案中,Hand法官用记号来描述威慑损害赔偿的计算方法。B表示护理负担,p表示由B导致事故发生的可能性降低,而L表示责任。Hand法官要求演员采取预防措施,直到负担至少与预期责任的减少相同: $B > pL$ 。鉴于B和p的关系,法院应通过求解 $L=B/p$ 计算L。这种方法被称为“风险等效”方法,它旨在实现金钱与风险之间的等价,而不是金钱与生命之间的等价。

该案例中,法官通过风险等效的方法将责任与风险相联系,理性人出于对自身利益的考量通常会通过平衡预防成本与预期赔偿责任成本来决定是否遵守法律,为B付出较多费用,以减少p的责任承担概率。从风险发生的社会条件来看,传统农业社会的风险之所以被称为“私人风险”,关键原因在于,风险行为通常发生在亲缘、邻里和简单商品交易关系内部,被一条或明或暗的紧密社会关系纽带连接起来。^③在私人风险语境下,利用传统“填补式赔偿+行政处罚+刑事处罚”三者并行的责任框架足以应对。如果公共安全不能预防性地得到保护,那么也应该可以镇压式地(repressive)得到恢复。回到原初状态是基于以下认识,即业已形成的干扰至少在法律秩序可得恢复的范围内是可以逆转的。^④

① 参见朱广新:《惩罚性赔偿制度的演进与适用》,载《中国社会科学》2014年第3期。

② 参见江帆、朱战威:《惩罚性赔偿:规范演进、社会机理与未来趋势》,载《学术论坛》2019年第3期。

③ 参见宋亚辉:《风险防控的部门法思路及其超越》,载《中国社会科学》2017年第10期。

④ 参见[德]莱纳·沃尔夫:《风险法的风险》,载刘刚编译:《风险规制:德国的理论与实践》,法律出版社2012年版,第86页。

但是,随着社会结构的巨变,风险形式已从传统社会的私人风险逐渐转变为后果辐射范围广、破坏力强且难以逆转的公共风险,且风险多发生于社会系统内部,是内源性的,对法益的侵害也从针对单一主体扩展到不特定主体。特别是食药安全领域的公共风险关系每一个人的切身利益,例如三聚氰胺毒奶粉事件等。当损害赔偿无法填补损害后果时,B、P之间就会产生空白,此时 $L \neq B/p$ 。惩罚性赔偿制度补充了民法、刑法二元分割造成的法律调整“相对空白”,使得各种不法行为人都承担其应负的法律 responsibility,从而实现法律对社会的妥善调整。^①现代社会风险结构中,侵权人与被侵权人的信息不对称愈加明显,平等主体间的“平等”关系发生倾斜,特别是网络经济的全面铺开,使侵权行为的发生速度和后果影响的广度均非传统经济社会所能比拟,从单向侵权转变为普遍侵权,侵权行为侵害的法益更多的涉及不特定多数人,侵害行为从侵害私权扩展到侵害公共利益,进而引发公共风险。公共风险引发的社会关系呈现出显著的群体性压制现象,作为不对等的主体,风险制造者和承受者已无法通过私人谈判来合理分配风险。在社会关系的公私二元格局中,如果性质发生变化的风险行为仍与私人领域藕断丝连,那么,国家运用公权力对公共风险进行干预而引发的公共管制关系,在性质上已脱离私人领域,并在社会结构的公私二元格局中构筑起一个公私交融的“第三领域”。^②换言之,食药安全侵权行为因其信息不对称造成的隐秘性和扩散性而存在侵害不特定主体的危险,风险行为性质由私人风险行为转化成为公共风险行为,其遏制就不能单纯依靠平等主体,国家公权力应当及时介入。以附带民事公益诉讼为路径扩大惩罚性赔偿的适用成为国家公权力可以发挥作用的“第三领域”。

(三) 责任威慑结构要素之逻辑证成

责任威慑程度取决于责任大小与追责概率,立法者不仅通过惩罚性赔偿和精神损害赔偿的扩大适用来提高责任大小,而且通过实体法和程序法的改造来提高追责概率。^③检察机关通过附带民事公益诉讼程序取代消费者主张惩罚性赔偿实际上是扩大惩罚性赔偿的适用范围。在消费者提起的惩罚性赔偿之诉中,与违法所得相比获得的赔偿即使多倍于损失金额也未必能达到威慑遏制违法行为的惩罚性功能,其最大作用仅是激励受害者提起诉讼,是利用私权维护公共利益的激励机制。^④但是,由于举证难度、诉讼成本、获得收益等方面的条件限制,消费者主张的积极性不大。《食品安全法》第148条、《食品安全司法解释(一)》等相关法律法规虽然否定了《消费者权益保护法》第55条中造成损害后果的规范要素,不以造成消费者实际损害为适用前提,扩大了

① 参见王利明:《美国惩罚性赔偿制度研究》,载《比较法研究》2003年第5期。

② 参见宋亚辉:《风险防控的部门法思路及其超越》,载《中国社会科学》2017年第10期。

③ 参见宋亚辉:《风险防控的部门法思路及其超越》,载《中国社会科学》2017年第10期。

④ 参见刘水林:《论民法的“惩罚性赔偿”与经济法的“激励性报偿”》,载《上海财经大学学报》2009年第4期。



适用范围。然而,计算基数为支付价款10倍或者损失3倍的赔偿金,有可能造成消费者所获赔偿甚微,甚至不抵其所花费的诉讼成本。虽然设置了1000元的最低限额,但是与消费者为诉讼所花费的精力而言相去甚远。如“林辉案”中,法院判决被告人林辉等对其销售的550斤含有焦亚硫酸钠成分的冷粉承担价款10倍惩罚性损害赔偿,共计6600元。也就是说,每斤冷粉售价为1.2元,即便是一个消费者一次性购买10斤冷粉,所能获得的惩罚性赔偿也不过120元,威慑效果甚微,且对消费者不会产生激励维权的效果。将惩罚性赔偿在附带民事公益诉讼中由检察机关集约提出以扩大适用范围,无疑是提高追责概率的有效路径。

四、刑事附带民事公益诉讼惩罚性赔偿制度解构与体系化建构

“犯罪对公共利益的危害越大,促使人们犯罪的力量越强,制止人们犯罪的手段就应该越有力。”^①既然惩罚性赔偿作为规制食药安全不法行为的手段在刑事附带民事公益诉讼中由检察机关实施具有正当性,那么它与刑罚就应存在相互平衡的内在关系。如果不加以限制必然会导致责任体系的失衡,产生过当处罚的情形。当惩罚超过了必要的限度,所起到的威慑效果反而呈现边际递减。现有的犯罪学研究表明,刑法的客观确定性和侵害人的主观认知对主体犯罪行为实施或意图实施以及犯罪率增减的威慑作用只是中等程度,而刑罚的严厉性和侵害人的主观认知对威慑效果的影响较小。因此,附带民事公益诉讼中的惩罚性赔偿规范要素应当遵循法律责任结构平衡的原则。

(一) 惩罚性赔偿责任的基准

对于惩罚性赔偿的计算基数,《食品安全法》采取了倍数额的计算方式,即价款的10倍或者损失的3倍。通过梳理裁判文书网上的相关案例,可以发现虽然法院对计算基数的掌握不一致,有价款10倍、价款3倍或者销售额3倍等,但是基本上都是采取货值倍数的计算基数。《食品安全司法解释(一)》中的立场亦是不以造成实际损失为要件。质言之,惩罚性赔偿的计算基数倾向于货值倍数的单一标准。实质上是因在公权力机关替代消费者行使惩罚性赔偿请求权的场合难以准确的计算实际损失而进行的拟制。这种拟制使惩罚性赔偿金过高或者过低,与刑罚累加以至于超过或者低于威慑目的最优的阈值。以“林辉案”为例,林辉等人对含有焦亚硫酸钠的冷粉进行批发,批发数量每天动辄百斤,而每斤冷粉的价格为1.2元,被告人共批发出5048.42斤冷粉承担十倍价款为61012.9元,且14名被告人承担连带责任,后在判项中又将惩罚性赔偿金进行了分配,最高12000余元,最低1200余元。获刑最高的林辉为有期徒刑二年,并处罚金10万元,而惩罚性赔偿金与同案其他二人共同承担1440元。在

^① [意] 贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第65-66页。

本案中，景德镇市市场监督管理局邀请行业专家对食用焦亚硫酸钠对人体造成的损害进行论证，得出结论为长期食用含二氧化硫食品对人肝肾、呼吸道等功能均有损害。而被告人均多次被处以行政处罚后仍不改正，主观上存在故意，客观上构成了情节恶劣，而所处惩罚性赔偿金只具有象征意义而无实际功能。

如前所述，责任威慑程度与侵权责任人的主观责任大小以及追责概率有直接关系。惩罚性赔偿基于一定的公法性质其因变量和自变量的关系与行政罚款的倍数罚款有相似之处，用公式表达即为： $f * (h) = h / p$ ，其中 $f * (h)$ 代表最佳罚款， h 代表社会危害， p 代表执法概率。^① 假设加害人的主观状态遵循过错责任原则不管是故意还是间接故意均设为 1，社会危害性可以责任大小代替设置为 h ，追责概率为 p ，影响 p 的因子基数应为销售额、货值金额或违法所得设置为 p' ，按照倍数原则及法律规范要素中形成共识的倍数， $p = p' \times \text{倍数}$ ， p' 应结合具体案件选择最大额作为罚基。法益侵害既包括法益被侵犯的实际损害结果，也包括对法益造成的危害风险。^② 可能造成法益损害后果发生的风险被称为盖然性损害。相对应于实际的危害结果而言，可能的危害结果虽然没有发生，但在没有国家公权力介入的情况下，其必将向实际的危害结果转化。^③ 正如上例所述，含有二氧化硫的冷粉大量流入市场被人长期食用会造成不特定人体损害的可能性危险。因此，除了实际危害外，盖然性损害也应加入惩罚性赔偿的因变因子。本案中，林辉持续批发冷粉两年多，每天约 300 斤，依据每斤 1.2 元的市场价格，其销售额约为 262800 元，其中获利小于 262800 元。法院以案发时查扣的含有焦亚硫酸钠成分的冷粉重量为基数，按货价计算十倍惩罚性赔偿金约为 1440 元。可见，林辉的金钱获益大于惩罚金额，即便是同时判处有期徒刑二年，当惩罚低于获益时，威慑效果影响较小，不足以使加害人放弃不法行为的意图。如果按照“实际损害 + 盖然性损害”的模型进行计算，应当以销售额 262800 元作为罚基，根据法律规范要素，应当是 262800 元 $\times$ 3 倍，再对该数据进行盖然性损害加权，可知惩罚性赔偿金额应当是不低于 262800 元。

（二）惩罚性赔偿的责任结构衡平

权利的结构实质上就是法律关系的结构。不同的法律关系，可以指向同一行为，但是，规范的形式却可以不同。^④ 以外部结构为视角，惩罚性赔偿置于食药安全责任体系之中，其他责任适用具有共时性。英美法中惩罚性赔偿金额的确定是由法官根据不法行为的致害程度、不法行为人的获得利益情况、被告人的财产状况、原告的受损害程度、被告受刑罚与否等情况进行综合考量，适用比例原则予以确定。在实务中，

① 参见谭冰霖：《行政罚款设定的威慑逻辑及其体系化》，载《环球法律评论》2021 年第 2 期。

② 参见张明楷：《新刑法与法益侵害说》，载《法学研究》2000 年第 1 期。

③ 参见熊樟林：《行政违法真的不需要危害结果吗？》，载《行政法学研究》2017 年第 3 期。

④ 参见王涌：《私权的分析与建构：民法的分析法学基础》，北京大学出版社 2020 年版，第 121 页。



罚金或为惩罚性赔偿的减轻因素,或为加重因素。“朱某案”中,一审法院将罚金与惩罚性赔偿相折抵,体现将罚金作为惩罚性赔偿减轻因素的立场。二审法院将罚金与惩罚性赔偿并立,则体现了加重考量。有学者认为,由于立法机关依赖于司法机关而司法机关又依赖于立法机关这一循环悖论的存在,法院从公共处罚水平中推断出的信息很可能是令人误解的,所以法院不应当将公共处罚作为设定惩罚性赔偿的基准,而是应将其作为一种抵扣因素,即在私人诉讼中对系争行为的任何公共处罚都应折抵根据相关公式计算出的惩罚性赔偿金额。换言之,不管惩罚性赔偿金是否单独计算,加害人所受处罚均不应超出威慑功能之需。

社会规范体系的结构决定了惩罚效果呈现边际威慑。食药安全领域的责任功能属于事后防控,以结果平衡为原则,惩罚性赔偿在附带民事公益诉讼法律责任结构中应作为威慑补充。从分配正义的角度,惩罚性赔偿是维护食药安全法律秩序的手段而非价值追求的最终目的。因此,处以惩罚性赔偿时应当充分考量个案中被告人行为的致害程度、财产状况、受刑罚程度等因素。对于已经造成受害人实际人身损害的,可以把惩罚性赔偿作为加重责任。对于未造成或者造成较轻的实际损害的个案,既然附带民事公益诉讼中的惩罚性赔偿金在性质上已经具有了公法责任的部分属性,那么其与罚金就可以相互折抵。在一定范围内可使威慑结构稳定。而是否将罚金作为惩罚性赔偿加重因素,则应作为例外情形综合考量违法收益、主客观情形等多重因素。除根据《刑法》第 140 条之规定,对照法定刑中销售金额标准外,对于因同一事实受过行政处罚的案件,说明加害人主观恶性较大,可将罚金作为惩罚性赔偿的加重因素,将惩罚性赔偿金与罚金并立。刑罚的目的是惩罚并预防行为的发生。《最高人民法院关于审理消费民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第 13 条中规定停止侵害、排除妨碍、消除危险、赔礼道歉等。在实践中,法院在判处惩罚性赔偿的同时会要求被告人在媒体进行公开道歉。有些法院也会同时判处行业禁止,如“林辉案”中,法院依照《食品安全法》第 135 条规定判处了被告人行业禁止等处罚。除惩罚性赔偿外,公开曝光以及行业禁止亦能起到预防违法行为发生的威慑作用。因此,惩罚性赔偿并非不可或缺的必要处罚手段。

(三) 惩罚性赔偿责任的适用边界

任何制度发挥功能均有适用的边界,惩罚性赔偿过低起不到其应有的制度功能,亦不能过高,一旦惩罚叠加超越了威慑最佳阈值,即对加害人的惩罚超越其所能获得利益倍数,反而会使加害人为了私利铤而走险。英美法中,如果惩罚性赔偿金过高,法院会综合加害行为使被害人受损害程度、加害人经济状况等因素进行调整。比如,在英国 Thompson 案中,法院认为,除了少数非正常案件,惩罚性赔偿金加上其他损害赔偿金的总额(包括填补性损害赔偿金、加重损害赔偿金以及惩罚性赔偿金),不

要超过实际损害的3倍。^①美国各州普遍对惩罚性赔偿设置了最高限额,该限额以不超过损害额的10倍或者3倍;我国台湾地区区分故意或重大过失等情形酌定损害额,但不能超过该损害额的5倍、3倍不等;澳大利亚、加拿大等国虽不以损害额为计算基准,但仍应综合个案具体情形酌定惩罚性赔偿额,不可使该数额过高。

但是,由于认知差别,加害人对威慑认知不同。当加害人无法准确认知加害行为所必须接受的惩罚量值时,惩罚的威慑作用对其影响微乎其微。对于加害人来说可能无法预知自己将会被判决承担多少金钱或者即便是被判处金钱罚亦不能有效威慑不法行为。对于生产者、经营者而言,其自身的逐利性决定了一味加大财产罚反而促使其另辟蹊径或者心存侥幸。因此,在责任体系中可以适当扩大非财产罚的适用以补充威慑结构。在惩罚性赔偿被消费者提起的场合,应回归到私权的范畴,以民事赔偿为其优先属性。在附带民事公益诉讼中,即便惩罚性赔偿部分具有了公法属性,但是在处置上也应当与刑罚这类纯公法责任相区分,虽经公告暂无消费者提出惩罚性赔偿请求,也不能将该笔资金纳入罚金管理之中,毕竟惩罚性赔偿所保护的法益仍以私权优先。因此,应当将经折抵余出部分作为独立的项目予以设立暂存,作为食药安全专项资金,用于调整食药安全秩序。

结 语

作为在刑事附带民事公益诉讼中适用惩罚性赔偿作为调整食药安全法律秩序的实践回应,应当设置符合威慑目的的计算基数。从实质正义的价值维度,通过解构惩罚性赔偿制度的内部结构以及法律责任体系外部结构进行要素分析,建构威慑结构稳定的食药安全法律责任体系,以符合罪刑相当原则,达致威慑最佳。但是,惩罚性赔偿的适用不能无边界地扩大,重罚主义并非维护食药安全法律秩序的根本路径,应当综合加害人责任大小、追责概率、被告人经济能力等因素加以衡量,谨守公民社会利益与刑事司法权的边际均衡。

(责任编辑:郑佳豪)

^① 参见阳庚德:《普通法国家惩罚性赔偿制度研究——以英、美、澳、加四国为研究对象》,载《环球法律评论》2013年第4期。



穿透式审判思维的适用规则与界限

——基于要件事实理论勾勒三阶七步穿透法

胡正民^{*}

内容摘要：穿透式审判思维对民商事案件的具体审判具有积极意义。由于缺乏统一的认知和穿透标准，不同法院、不同法官对穿透式审判存在不同理解和运用上的差异，进而导致穿透式审判难以充分发挥其应有的司法功能，因此有必要以要件事实理论为基础，体系化构建穿透标准。在穿透范围方面，简单案件可仅就案件事实进行穿透，复杂案件应进行全面穿透；在穿透深度方面，应以查清案件事实和法律关系为限度；在穿透方法方面，构建三阶七步穿透法，从庭前、庭中、庭后三个阶段分七步列出法官需完成的穿透清单，具体描绘法官运用穿透式审判思维的精细化过程。通过界限厘定与规则构建，助力民商事审判。

关键词：穿透式审判；审判思维；要件事实；三阶七步穿透法

中图分类号：DF72 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)04-126-135

2019年，最高人民法院在《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九民纪要》）中明确提出“通过穿透式审判思维，查明当事人的真实意思，探求真实法律关系”^①。将流行于金融领域的穿透式监管方式上升为民商事领域的一般性裁判思维，其必要性毋庸置疑。然而，随之而来的问题是穿透式审判的定义、功能与界限何在？具言之，穿透式审判思维存在哪些独特性？其与传统的“法律关系分析法”“请求权基础分析法”“意思表示解释理论”等民事审判思维的差异何在？对法官的审判实践产生了何种影响？要件事实理论在诉讼行为语境下探究事实证成的过程，可以完美契合穿透式审判司法实践之需求。

^{*} 胡正民，江西省吉安市青原区人民法院一级法官。

^① 最高人民法院民事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第5页。

一、穿透式审判思维的实践困顿

（一）问题引出：一个案例全面呈现穿透式审判思维适用的茫然

《九民纪要》提出的穿透式审判思维，为解决“如何识别权利义务关系”的司法难题提供了理论基础，但是不同的法官对穿透式审判思维有着不同的认知，对其运用及把握也有所不同，导致“同案不同判”现象时有发生。上下级法院对穿透式审判运用的差异，也经常导致案件被改判或发回重审。当事人对穿透式审判的理解不同，也会导致上诉或申请再审的案件增多。下面这个最高人民法院的判例就全面反映了各方对穿透式审判理解与运用存在的差异，也更能客观地反映笔者的担忧。

2013年11月，肇庆天标公司与海南世基公司签订了借款合同，约定天标公司向世基公司借款7000万元用于房地产项目开发，借期1年，年利率为8%。世基公司于合同签订次日将分三笔共计7000万元转入天标公司银行账户，备注为往来款。天标公司收到款项后出具了收据，同样注明收到往来款。天标公司收到款项当日将6800万元（分68笔，每笔100万元）转入世基公司的关联公司金汇公司银行账户，次日再将200万元转入世基公司的关联公司海川公司银行账户。2015年初及2017年初，世基公司两次向天标公司发送还款催告函。2017年6月初，世基公司将上述债权全部转让给第三人佛山中铝公司，同时向天标公司邮寄了债权转让通知。佛山中铝公司虽然受让了世基公司的债权，但未向其支付任何对价。佛山中铝公司要求肇庆天标公司还款未果，于2017年6月29日诉至法院。

该案一审法院海南省高级人民法院认为款项仅在几家关联公司之间进行了一次流转，不能认定借款关系真实存在，遂判决驳回佛山中铝公司的诉请。最高人民法院二审认为，海南省高级人民法院未能穿透式审查案件的基本事实，裁定发回重审。2019年6月，海南省高级人民法院重审后认为，原告佛山中铝公司虽然提供了借款合同与转账记录，但款项在几家公司循环转账后又到了出借人天标公司的关联公司，世基公司并没有实际使用借款，双方之间的权利和义务没有实质性变化，仍判决驳回原告的诉请。最高人民法院二审维持了一审判决，认为款项在关联公司循环转账，有违一般借款惯例，不能认定借款合同有效，并在裁判文书中直接引述了《九民纪要》穿透式审判理念进行说理。后佛山中铝公司申请再审，仍被驳回。^①

此案例原告提供了借款合同和银行转账记录等相关证据，依外观主义之理念，原则上可判定借款合同成立，被告应当归还借款。海南省高级人民法院对案件进行一定

^① 参见中铝佛山国际贸易有限公司诉肇庆市鼎湖天标投资有限公司借款合同纠纷案，最高人民法院（2018）最高法民终353号、（2019）最高法民终1691号、（2020）最高法民申2344号民事裁定书；海南省高级人民法院（2017）琼民初29号、（2019）琼民初9号民事判决书。



穿透后，驳回原告诉讼请求。最高人民法院认为海南省高级人民法院穿透不彻底，裁定发回重审。重审时，法官又进行了更深的穿透。重审后的二审，最高法院直接引述了穿透式审判思维。此案例体现出不同法院对穿透式审判的理解及运用的差异。也直接导致法官对穿透式审判思维运用的茫然与无措。这些问题直接叩问穿透式审判的司法功能到底如何实现。

（二）问题表象：穿透式审判思维的滥用、弃用或不知所用

为考察穿透式审判思维在直观上的适用情况，笔者通过中国裁判文书网，以“穿透式审判”为关键词检索发现，2019 年至 2021 年共有 222 份民事裁判文书中出现了“穿透式审判”一词。笔者逐一查阅并统计所检索到的文书，发现基层人民法院有 37 份，中级人民法院有 158 份，高级人民法院有 18 份，最高人民法院有 8 份。当事人在诉称中要求法院进行穿透式审理或上诉称一审法院未进行穿透式审理的共有 108 份，在辩称中要求进行穿透式审理或认为一审法院适用穿透式审理正确的共有 56 份。有 37 份裁判文书明确表示适用了穿透式审判思维进行裁决。二审或再审法院在裁定书中明确要求下级法院适用穿透式审判重审的共有 21 份（见表 1）。

表 1 裁判文书网所有含“穿透式审判”字样文书统计表（单位：份）

类别 数量 层级	当事人明确要求适用“穿透式审判”		法院裁判文书说理写明适用“穿透式审判”		合计
	上称请求适用	辩称请求要求	适用并直接判决	裁定发回重审，要求下级法院穿透式审判	
最高人民法院	6	0	0	2	8
高级人民法院	13	3	2	1	19
中级人民法院	81	39	20	18	158
基层人民法院	8	14	15	/	37
总计	108	56	37	21	222

表 1 呈现的只是直观的数据，实际上有更多法官在案件审理过程中运用了穿透式审判思维，只是未用“穿透式审判”之文字表述出来。自《九民纪要》发布后，法官及当事人对穿透式审判都有殷切的期待。但通过检索出的 222 个案例中的具体穿透内容进行剖析，发现主要问题是法官对穿透式审判思维的乱用、不用或不知所用。有些法官理解为每一个案件都必须充分、深入查清案件各方面的事实。有的则认为可根据形式外观直接作出裁判，持此观点法官的裁判文书也很难发现有穿透式审判的迹象。此外，诉讼当事人对于穿透式审判也存在乱主张的现象。表 1 中 164 位当事人要求法院适用穿透式审判，而支持其诉讼请求或抗辩理由的仅有 20 个。这些数据客观反映了法官和当事人对穿透式审判理念适用的茫然。

（三）问题实质：穿透式审判的规则欠缺

1. 穿透式审定义不清。穿透式理念首先出现在金融监管领域，通常认为它只是行政监管实务概念，而非法律概念。^① 穿透式监管方案实施以后，行政机关对银行、证券、保险等金融机构的监管从“被动”走向了“主动”。^② 穿透式审判思维在《九民纪要》中被正式提出时，并没有给出权威定义，也没有明晰其特征。有学者认为穿透式审判是一种与概念式审判、话语式审判、机械式审判相对立的法律适用之方法。^③ 也有学者认为穿透式审判就是以穿透方式突破案件的外观及法律关系的表征，快速发现问题，探究其深层次缘由，进而获得案件的实质。最高人民法院虽要求各地法院运用穿透式审判，但未进一步就“穿透式审判”给出权威解释，造成各地法官的认知难以统一。

2. 穿透式审判范围不明。《九民纪要》并未规定穿透式审判思维的适用范围，学界普遍认为除金融领域外，其他民商事案件的审判也能适用。但对具体哪类案件、哪些事项需要穿透，极少有人研究。穿透的边界与深度如何，审判实践很难把握，甚至同一案件，上、下级法院对哪些需要穿透也存在分歧。如前述案例，海南省高级人民法院一审时对事实进行了一定的穿透，查明了资金流向异常，借款用途有违约定以及诉讼当事人存在关联等，并认定借款合同不成立，驳回了原告的诉请。但最高人民法院二审仍认为未对企业询证函、对账通知函等可印证借款关系成立与否的相关证据进行审查，遂裁定发回海南省高级人民法院重审。穿透范围不清，也是导致案件当事人上诉、被发回重审的重要原因之一。

3. 穿透式审判方法不详。目前，暂无权威机构对穿透方法、如何穿透进行说明或提示性解读。由于标准的欠缺，法官在应用时感到无措。案件要如何穿透，在什么情况下可以支持或驳回原告诉请，法官难以拿捏。不少法官仍有“商事外观主义”的惯性思维，习惯于按照以往经验办案。审案思维的迥异，是同案异判的主要原因。

二、穿透式审判思维的价值定位与理论基础

穿透式审判作为一个新理念，在审判实务中存在一些困惑在所难免，但穿透式审判思维既有法理基础，又有重要的功能价值。它以要件事实为理论基础，创新了民商事裁判思维，在司法实践中具有必要性与不可替代性。

（一）穿透式审判的法理基础

在《九民纪要》提出前，“穿透式”审判思维在一些法律法规中已经有所体现，如《民

① 参见叶林、吴烨：《金融市场的“穿透式”监管论纲》，载《法学》2017年第12期。

② 参见常健：《论“穿透式”监管与我国金融监管的制度变革》，载《华中科技大学学报（社会科学版）》，2019年第1期。

③ 参见邓纲、吴英霞：《穿透式监管如何嵌入合同治理——以“天策公司和伟杰公司股权代持纠纷一案”为例》，载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2019年第3期。



法总则》第六章中规定虚假意思表示、恶意串通、违背公序良俗等的民事法律行为无效。《民间借贷司法解释》也要求法院必须依照真实的事实和基础法律关系审理,要结合借贷金额、款项交付、当事人的经济能力、当地或者当事人之间的交易方式、交易习惯、当事人财产变动情况以及证人证言等,综合判定借贷事实是否发生。这些法条规定可以说是穿透式审判思维的体现。

前些年,有些法条也体现出由外观主义向穿透式审判思维方式的转变。如《公司法》第32条“未经登记或者变更登记的,不得对抗第三人”之规定,认为处于“秘密状态”的权利不具有对抗第三人的效力。《物权法》第158条关于地役权,第188条关于抵押权等有多条条款规定未经登记不得对抗善意第三人。从以往的不得对抗第三人到后来的不得对抗善意第三人,体现了立法一直在强化穿透式审判理念。

2020年7月,最高人民法院与国家发改委联合发布的《关于为新时代加快完善社会主义市场经济体制提供司法服务和保障的意见》,特别提到“树立实质穿透执行理念,保障胜诉当事人及时实现权益”,表明穿透式理念解决执行问题,也具有法理基础。

(二) 穿透式审判的价值定位

穿透式审判可保护真实权利者,是维护实质正义的重要手段。

1. 穿透式审判的本质是保护真实权利者。穿透式审判的首要任务是还原法律事实,进而对真实权利人的权益予以保护,法律并非刻意保护交易第三人。商事外观并非现行法定之原则,其只是为了保护交易安全而设置的例外规定。^①如前述民间借贷案件,原告虽然持有借款合同及转账记录,但由于资金款项的循环流转,最终流向了原告所控制的银行账户,借款人未实际使用款项。原告主张的债权并不真实,债权也就难以得到法律保护。

2. 穿透式审判的终极目标是实质正义。从查明事实的方面来看,穿透式审判思维的应用,就是力求让法律事实无限接近于客观事实。事实部分审查正确,有利于突破外观主义的局限性,避免错误的适用法律。^②查阅原告持有借条+转账的民间借贷案例,不难发现,为保障交易安全与维护交易秩序,对于被告未实际借款的抗辩理由,法官不会深入审查,判决结果往往更倾向于实现法律的效率价值。而穿透式审判思维倾向于维护法律的公正价值,即实质正义。法律的核心价值是正义,而非效率。当二者冲突时,应依据核心价值优先原则,先行维护公正价值及实质正义。

司法的公平正义唯有从个案中体现出来。个案裁判的结果能让人看出法官的办案是否辨是非、明法理。当个案依外观主义裁判,切实存在不公平的倾向时,法官就应

^① 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第86页。

^② 参见杨峰:《商法思维的逻辑结构与司法适用》,载《中国法学》2020年第6期。

依《九民纪要》适用“穿透式”审判要求进行审理,以实现实质正义。

(三) 穿透式审判与要件事实论的契合

1. 穿透式是审判思维模式的创新与发展。其与“法律关系分析法”^①“请求权基础分析法”^②“意思表示解释理论”^③等传统的民事审判思维存在一定的差异。与法律关系分析法相比,并非简单地聚焦于法律关系,而是注重查清错综复杂的案件事实,以此来分析当事人在法律上的权利和义务。与请求权基础分析法相比,穿透式审判思维并不刻意去寻找或逐一检索与当事人请求权相关的实体法依据,而是根据查明的法律事实,去检索相关法律依据。与意思表示解释理论相比,穿透式审判重在将“法律事实”取代“意思表示”。故而,穿透式审判有别于以往传统的审判思维,是一种新型的民商事审判思维方式。笔者梳理后发现,其与“要件事实理论”可以完美契合。

2. 穿透式审判应以要件事实为理论基础。“法律适用之重心不在于最终涵摄,而在于就案件事实的个别部分,判断其是否符合构成要件中的各种要素。”^④穿透审判的重点也在于对案件事实的认定。法官作出公正裁判的前提便是还原案件事实,案件的裁决就是在查明事实真相以后,适用法律并进行演绎推理,从而得出结论的过程。故而,要件事实理论可以完美契合穿透式审判司法实践之需求。

要件事实是指发生某种法律效果的具体事实。就实体法而言,可称为法律事实,诉讼法则称之为主要事实,即指可以构成评价性或者事实性要件之事实,并非案件中呈现的全部事实。^⑤要件事实论是融合程序与实体,侧重于查清案件事实的“精细化”之民事案件审判思维方式,展现出动态和全方面的理论样态,可以使实体法与诉讼法相互交融。

三、穿透式审判的范围与深度界定

要使穿透式审判思维在司法实务中得到全面、系统地运用,其前提是须以要件事实为理论基础界定穿透式审判的定义、范围及穿透深度。

(一) 穿透式审判的定义

所谓“穿透”,在《辞海》里的解释就是贯通,具有滴水穿石的意思。“思维”就是人类分析概括外界信息,认识客观事物的过程。穿透式审判思维就是法官将案件的全部信息(当事人身份信息、诉讼当事人主张及陈述、证据材料、庭审经过等等)与

① 王利明:《民法案例分析的基本方法探讨》,载《政法论坛》2004年第2期。

② 王泽鉴:《中国民法的特色及解释适用》,载《法律适用》2020年第13期。

③ [德]德维尔纳·弗卢梅:《法律行为论》,迟颖译,法律出版社2012年版,第145页。

④ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第165页。

⑤ 参见许可:《民事审判方法——要件事实引论》,法律出版社2009年版,第41页。



法官大脑储存的法律知识、司法经验等进行综合逻辑推理,快速发现问题及探究案件的实质,并作出公正裁判的思维过程。简言之,穿透式审判思维就是要具有直达问题核心的思路,能够突破案件的外观及法律关系的表征,实现案件的实质正义。故而,穿透式审判要求法官积极发挥司法的能动性,不能将商事外观主义奉为主臬。

(二) 穿透式审判的范围

在目前司法实务中,部分案件的审判已呈现对法律事实深入穿透的趋势,但具体哪些案件需要适用穿透式审判。笔者认为,法官对所有的案件都应保持穿透思维,简单案件可仅就案件事实进行穿透,复杂案件应作全面穿透。

1. 物权、合同、金融、知识产权、海事海商纠纷案件需要全面穿透。《九民纪要》引言中提出要处理好民商事审判和行政监管的关系。言外之意,凡是民商事案件涉及行政监管的都要运用穿透思维。笔者梳理民事案件案由后认为,物权、合同、知识产权、海事海商案件都可能涉及行政监管。特别是证券、票据、保险、信托、担保等金融领域案件,涉及交易环节复杂,参与人多,案情往往迷雾重重,没有经过专业培训的法官,一般难以驾驭,难以查清案情。所以审理这类案件的法官必须有深度穿透思维,否则难以抵达司法目的。此外,执行异议之诉等案件,容易造成第三人权益的受损,也需要作全面穿透。全面穿透即需对诉讼主体、诉讼请求、争议焦点、证据材料、当事人陈述、法律关系、法律适用等七个方面进行全面深入审查。

2. 一般民事案件仅需进行简单穿透。对于诉讼主体明确、法律关系也只有一个的一般民商事案件,法官审判时就只能对诉讼请求、争议焦点、证据材料、法律适用等进行穿透,法官不能运用穿透方式,去找第二个、第三个法律关系,更不能无中生有创设法律关系。这类案件的当事人不多,法官更不能随意追加当事人。如婚姻家庭继承、不当得利纠纷、无因管理、劳动争议、人格权、侵权责任及适用特别程序等案件仅需进行简单穿透。

(三) 穿透式审判的深度把握

穿透式审判为法院司法裁判提供了一把新的司法工具,其遵循实质正义理念是对私法自治原则的突破,但并不代表它可不受制约。^①如未能合理运用,不仅浪费司法资源,也会对法律的安定性与司法的可预期性带来负面影响。

1. 对案件事实穿透的深度,其介入的标准应该为客观标准,而非价值判断。应以全面查清案件事实为限度,对那些与案件无关的事实,无须深入审查。比如,查清银行交易明细,即可核实资金流向,无需核实在哪个银行网点、哪个柜台进行交易等。

2. 对法律关系的穿透深度,应当遵循基本逻辑关系,突破但尊重意思自治原则。^②只要当事人的民事法律行为符合法律规定,在未损害国家社会的公共利益和第三人的

^① 参见张桦:《“穿透式审判思维”的功能与边界刍议》,载《人民法院报》2021年3月18日,第8版。

^② 参见周荃:《金融领域中监管与司法的博弈与融合》,载《法律适用》2020年第8期。

利益情况下，司法应当给予尊重。当法官对当事人的意思自治合理怀疑时，可以责令当事人对其未损害相关利益提供证据佐证。比如，民间借贷案件，被告当场认可债务，法官仍有权审查借条、转账记录等，甚至审查被告有无其他被执行案件，是否存在逃避债务的行为。这些突破，应以查清法律关系为限度。

四、穿透式审判三阶七步穿透法的构建

穿透式审判的范围及规则构建以要件事实为理论基础，基于要件事实理论构建的三阶七步穿透法，并不是邹碧华法官的要件审判九步法的翻板，而是以其为基础的“创新版”，是解决实践困顿的理想路径：以庭前、庭中和庭后三个不同时期，分七步列出法官须详细审查的穿透内容。审判法官按图索骥便能穿透到案件的实质，以实现穿透式审判思维和司法实质正义之间的相得益彰。

（一）第一阶段：庭前对诉讼主体与诉讼请求的穿透

第一步：穿透诉讼主体。认定各方当事人的主体关系是审理案件的前提，尤其是在多个诉讼主体的情形下，法官需要对原告、被告的主体深入审查，必要时，法官可依职权追加案件当事人。通过对当事人的穿透来发现案件的实质。比如，在民间借贷纠纷案中，可从借款人、出借人、担保人等三个方向进行穿透。当借贷双方为较为熟悉的亲戚、朋友、同学、同事、老乡、有业务往来或关联公司时，应当审查当事人是否存在恶意串通，捏造事实提起诉讼的情形。^①若借贷双方并不熟悉，则应审查借款人有无向不特定的多数人借款、高利转贷等违法犯罪行为。

通过观察当事人诉讼的行为有无可疑之处，断定是否深入穿透。法官要留意当事人在诉讼中的表现，判断是否需对案件事实深入穿透。如双方“称兄道弟”“手拉手”来法院打官司，或在案件庭审中毫无对抗性，被告对原告主张的诉请、事实及证据基本不做反驳，双方的诉辩高度一致，而且当庭达成调解合意。对于当事人有这些行为表现，法官应对法律事实深入审查，重点查清当事人是否存在为了达到某种非法目的或损害他人利益而恶意合谋、恶意串通的行为。

第二步：穿透诉讼请求。诉讼请求是民事审判活动的核心，其决定法官审理案件的具体对象与裁判范围，在开始诉讼时就应予以确定，原告有责任对诉请进行明确。法官在庭前对诉讼请求的穿透工作有四点：一是厘清含义模糊的诉请之真实意思；二是厘出错误或荒谬的诉请；三是审查诉请有无遗漏，应否补充；四是审查多个诉请之间有无自相矛盾，如何引导当事人修正。为此，法官首先应该仔细阅读诉状，对原告提出的诉请

^① 参见杜万华主编：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第344页。



和陈述的事实作一个整体了解,并将要求当事人明确或修正的问题列入清单,待庭审时询问原告,让其明确或固定诉讼请求。若法律规定可以主张的权利,但当事人并未主张,法官亦需在庭审中作适度地释明。比如,在已交付定金的双务合同中,当事人只要求解除合同,但法官应穿透当事人表面的表达去探求真实意思,应询问是否要解除合同返还单倍定金,或双倍返还定金。当另一方主张继续履行时,法官也应释明假若合同解除,是否主张返还财物或赔偿损失,尽可能把案件一次性解决。

(二) 第二阶段:庭中对案件事实与法律关系的穿透

第三步:穿透争议焦点。争议焦点是诉辩双方相互攻击与进行防御的靶向,也是民事案件审判之重点。所以案件审理必须围绕争议焦点这个中心进行。对争议焦点的穿透是为了进一步确认待证事实。当前司法实践中,当事人在庭前提交答辩状和证据材料的没有几个,法官很难在庭前预判或固定争议焦点,往往需要在庭审中听取被告的答辩意见后,根据要件事实加以整理并予以明确。概括的争议焦点不能过大也不能过细,应当限定于诉讼双方的主张与抗辩意见范围内,应当具有和案件自身相关的针对性。^①

争议焦点整理的具体过程有:一是梳理、概括和厘清原、被告双方的事实主张;二是将原告权利请求的法律要件和事实进行初步涵摄,剔除其他与案无涉的主张;三是将被告抗辩的法律要件和其主张的事实进行对应,剔除其非要件事实的主张;四是比对过滤后的双方要件事实主张,剔除各方自认的主张,剩余即为事实争点。

第四步:穿透证据材料。法官认定案件事实的重要途径就是对证据审查与判断。穿透式审判要求法官积极引导当事人围绕确定下来的事实争点举证质证。法官在证据认定时不能仅局限于其表象,应当对各方当事人提供的证据材料保持合理怀疑,即便经过质证没有异议的证据,也需对证据来源及其真实性、关联性、合法性作全面审查。必要时,法官可依职权调取相关证据。对于物权、合同、金融、知识产权、海事海商纠纷类案件,虽然被告认可案件事实,但也不能免除原告的举证责任。比如,民间借贷纠纷,被告即使认可债务,法官还应重点审查出借人有无出借能力、有无多次出借款项、有无多次向法院起诉要求不同的借款人还款等相关证据,审查借款人是否有借款的真实需求,有无其他违背常识的情形。

第五步:穿透当事人陈述。诉讼当事人往往是案件的亲身经历者,虽然最了解争议事实,但与案件审理结果存在直接利害关系。为保护自身利益,可能会掩盖、歪曲事实。因此,法官对于当事人陈述,既不能盲目相信,也不可忽视其作用,应结合其他证据,综合研究审查。若各方当事人陈述的事实一致,不存在与其他证据之间的矛盾,该陈述方可作为认定事实的依据。法庭询问是查清待证要件事实的重要环节,法官应

^① 参见冯文生:《做好争点整理,提升审判质效》,载《人民法院报》2018年12月16日,第2版。

围绕争议焦点及庭前准备的问题清单,采用直截了当或隐晦迂回的方式,对当事人展开调查询问。问题的设置应注重细节,环环相扣,逐步引导当事人还原案件原貌。

第六步:穿透法律关系。法律关系的不同,赋予各方当事人的权利和义务有所不同,所产生的法律效果也有差异。请求权与抗辩权也是对立的,二者最终均指向法律条文。^①因而,准确认定属于哪种法律关系,对法律适用至关重要。穿透式审判就是要求法官在庭审过程中主动揭示那些被表象掩盖的深层次法律关系,进而发现案件的真实情况。^②如金融领域的案件往往较为复杂,法律关系重重叠加,涉案资金经常来回倒腾,链条冗长,不仅会扰乱金融监管秩序,还容易被当事人利用而损害他人利益。但不管法律关系如何复杂,其实都是由单个的民商事法律行为组成。法官在庭审中应当厘清这些法律行为的实质,以此认定案件中法律关系。如前述中铝公司诉天标公司企业借贷案,法院经调取银行转账记录,并审查出款项从金汇一世基一天标一金汇一世基几家公司之间循环转账之事实,借贷双方天标公司与世基公司之间没有借贷合意,遂认定借贷法律关系不成立。

(三) 第三阶段:庭后对法律适用的认定

第七步:穿透法律适用。一是法官应对有争议的证据加以分析,排除不相关的证据,逐一认定要件事实。如待证要件事实不能排除合理怀疑或不能满足法律要求的高度盖然性,法官应根据证据规则,判定由负有举证责任一方承担不利后果。二是根据已认定的要件事实,穿透相关法律,即对法律深度理解与解释,这里的法律是广义的法律,不仅包括法律、法规、司法解释,还包括国家政策、社会公序良俗等。^③当要件事实的内容违反法律规定,违反社会公共利益或公序良俗等,则应认定该法律关系无效,如配偶将金钱赠与小三,金融机构违规放贷等。三是根据已确定的权利请求和抗辩意见,逐一将案件的要件事实与法律要件进行涵摄,如两者充分且齐全,则产生法律效果,反之则不然。^④四是在法律适用的过程,不能刻板地“扣法条”,应当结合案件事实与相关案例,进行体系化的法律思考。

(责任编辑:郝晓越)

① 参见邹碧华:《要件审判九步法》,法律出版社2010年版,第83页。

② 参见赵姿昂:《资产管理案件穿透式审判探析》,载《人民论坛》2021年第7期。

③ 参见张文显:《法理学》(第五版),高等教育出版社2019年版,第356页。

④ 参见蒙秋仲:《繁简分流下民事“难案精审”方法论构建——以要件事实勾勒三阶十步审判法》,载马世忠主编:《司法体制综合配套改革中重大风险防范与化解(下)》,人民法院出版社2020年版,第1195页。



穿透式审判思维在民商事案件中的运用与界限

谷昔伟*

内容摘要：穿透式审判思维的核心要义是实质重于形式，实体上主要从法律主体、法律关系、法律适用三个方面探求最接近客观事实的法律事实，以此规制脱法行为，探求当事人内心真意。以《民法典》第 146 条和第 153 条作为认定隐藏于外观形式下的实质法律关系，即透过现象看本质；程序上通过构建二审释明变更诉请、准许预备之诉等实质解决纠纷，实现形式正义到实质正义的转向。基于外观主义的交易安全、社会政策导向同样是法律追求的价值目标，穿透式审判应有其界限。原则上，内部关系偏重实质，保护真实权利人的利益；外部关系偏重形式，保护交易安全及外部第三人的合理信赖，但遵循外观主义将导致显非合理结果时，真实权利人内部效力穿透相对人至外部第三人。总之，实质重于形式与形式重于实质互为补充、一体两面，共同维护正义稳定的社会秩序。

关键词：实质正义；穿透式审判；实质重于形式；民商事案件

中图分类号：DF72 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156 (2022) 04-136-148

一、问题的提出

金融领域因应监管需求提出“穿透式”概念，主要在于发现表象背后的真相，并依实质内容及真实关系进行金融监管。^①而穿透式监管所遵循的实质重于形式的认定标准，对民商事审判理念转变亦有重大影响。2019 年，全国法院民商事审判工作会议上，最高人民法院明确指出，在审理融资租赁、保理、信托等涉及多方当事人的多个

* 谷昔伟，江苏省南通市中级人民法院研究室副主任，华东政法大学博士后流动站研究人员。

基金项目：本文系最高人民法院 2021 年度司法研究重大课题“民事诉讼法与民法典等实体法协调和对接问题研究”（ZGFYZDKT202107-04）的阶段性成果。

① 参见叶林、吴烨：《金融市场的“穿透式”监管论纲》，载《法学》2017 年第 12 期。

交易纠纷案件中,要树立穿透式审判思维,在准确揭示交易模式的基础上,探究当事人真实交易目的,根据真实的权利义务关系认定交易的性质与效力。^①

目前,“穿透式”思维主要在金融监管和审判领域适用。实质重于形式审查标准的确立,有助于纠正司法实践中存在的重外观而轻本质的形式主义倾向。我国《民法典》第146条体现对当事人真实意思表示的探求,即为当事人意思表示的穿透式认定。在民商事案件的审理中,存在法律事实和客观事实的区分,但接近正义的目标要求,司法审判所认定的事实应是尽可能接近客观事实的法律事实,在审判中实现实质正义,不仅需要准确认定事实、适用法律,更需要透过现象看本质。如何认识穿透式审判的价值以及在司法实践中的适用方法,值得从更广泛意义上的民商事审判实践中予以探讨。本文旨在类型化分析穿透式审判思维的基础上,探寻民商事审判中穿透式审判的适用路径及界限。

二、价值、理念与功能：穿透式审判思维之提倡

以表面合法手段追求非法目的,是迂回规避强制规范的行为,理论上称为法律规避行为或脱法行为。^②近年来,民间借贷中大量的“套路贷”违法犯罪行为没有被发现,主要原因在于对该类案件的审理偏重对借条的形式主义审查,而忽视了实质的资金流向,部分当事人为了逃避债务,与他人虚构借款关系,并通过法院出具调解书达到转移财产的目的,部分当事人为规避民间借贷最高利息标准的限制,采取“砍头息”或虚构现金交付等形式,司法审判中偏重于保护债权人利益,将借条视同资金交付,无形中滋生了大量虚假诉讼、套路贷案件。

(一) 价值目标：实现实质正义

司法的公正之处不仅是抽象的,还应当是具体的,即法院对众多具体个案的判决应当是公正的。^③法律适用的目标在于实现依法裁判的形式正义和寻求个案的实质正义。^④菲肯切尔认为,形式正义即平等正义,即应为相同评判的事物做相同处理,而实质正义则涉及裁判规范与待决案件事实的适当性问题。^⑤穿透式审判思维移植穿透式监管的理念,彰显实质正义,注重保障公共利益,避免形式主义司法的弊端。^⑥在形式主义盛行时期,即便是通谋虚伪意思表示,也被认定为理性当事人的自由选择,当事人自愿在合

① 参见最高人民法院民二庭编著:《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第69页。

② 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第263页。

③ 参见[美]吉罗姆·弗兰克:《法律与现代精神》,刘楠、王竹译,法律出版社2020年版,第11页。

④ 参见赵迪:《形式正义到实质正义:法律适用理念的理论论争与应然选择》,载《东岳论丛》2020年第5期。

⑤ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,法律出版社2020年版,第188页。

⑥ 参见张桦:《“穿透式审判思维”的功能与边界刍议》,载《人民法院报》2021年3月18日,第8版。



同上签字,只要不存在欺诈、重大误解等可撤销事由,就应当受到约束,比如在循环贸易中,当事人通过签订买卖合同,以明显不合理的高买低卖方式(差额实为利息)进行贸易性融资,部分法院认定买卖合同有效,支持出资方请求融资方履行买卖合同的诉请。诚然,形式审查减轻了法官审理案件负担,但无法查清案件事实,导致法律事实严重偏离客观事实,法律规避的违法行为被形式“合法化”。将当事人外显的虚假意思表示作为裁判的正当理由,为法律规避行为披上合法外衣,有违实质正义。

(二)核心理念:实质重于形式

穿透式审判思维的本质在于实质重于形式,即当事人之间的合同形式乃至合同名称并不当然作为认定双方法律关系的标准,而是应从实质内容判断。《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称《民间借贷规定》)第23条规定买卖型担保按照民间借贷法律关系进行审理即属显例。在增资合作中,投资人不参与公司管理,也不承担风险,仅享有固定收益,其真实意思并非成为股东,而是借款,应按照实质法律关系民间借贷予以审理。^①《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释的理解与适用》(以下简称《商品房买卖理解与适用》)第5条规定,商品房的认购、订购、预订等协议具备《商品房销售管理办法》第16条规定的商品房买卖合同的主要内容,并且出卖人已经按照约定收受购房款的,该协议应当认定为商品房买卖合同。

在夫妻公司认定为一人公司的案件中,同样采用实质重于形式的标准,在熊少平、沈小霞申请执行人执行异议之诉再审案中,最高人民法院认为,青曼瑞公司的注册资本来源于熊少平、沈小霞,该公司股权属于双方的婚后财产,实质上来源于同一财产权,并为一个所有权共同享有和支配,该股权主体具有利益的一致性和实质的单一性,应认定为实质上的一人有限公司,适用一人有限公司的刺破法人面纱的举证责任倒置规则。^②该案即采实质重于形式审判理念。当然,夫妻公司是否必然为一人有限公司存有较大争议,实践中各地的裁判标准亦不一致,需结合具体个案认定。

(三)实质功能:探明内心真意

“穿透”在金融监管中的本意在于通过深层信息披露增强交易安全性,并对欺诈、逃避监管等行为进行反面威慑和限制。^③穿透式审判思维同样致力于隐藏于案件表面后的真实事实的查明,在循环贸易类案件中,案件当事人一般只是就某一环节提起诉讼,通道方急于行使权利而消极不配合,有必要穿透追加通道方以及相关上下游交易

^① 参见广东盈腾融资担保有限公司等诉佛山市顺德区北滘青企壹投资有限公司民间借贷纠纷案,北京市高级人民法院(2019)京民终101号民事判决书。

^② 参见熊少平、沈小霞申请执行人执行异议之诉再审案,最高人民法院(2019)最高法民再372号民事判决书。

^③ 参见赵姿昂:《资产管理案件穿透式审判探析》,载《人民论坛》2021年第7期。

方作为第三人，以探求当事人内心真意，尽可能接近案件的客观事实。对于同一当事人在不同法院起诉上下游交易方或通道方的，通过移送一法院合并审理或作为系列案件审理的穿透式审判程序，减少讼累并查明真实案情。

意思表示真实是合同自由和合同正义在合同法上的贯彻，我国《民法典》第146条规定了通谋虚伪意思表示的法律后果，即对当事人意思表示的审查，注重内心真意而非单纯的对外表示，“误载无害真意”即是对当事人真实意思表示的效力穿透，在王涛、周兰秀、王久华与如皋市兆基置业有限公司商品房买卖合同纠纷案中，二审法院认为，合同当事人内心真意一致，但由于一方或双方的疏忽或共同误解，合同文本的表述中出现笔误或认识性错误，该法律行为的效果认定适用“误载无害真意”解释规则，该错误记载不影响真实意思的效力。^①

三、实体与程序：穿透式审判思维之类型化运用

（一）诉讼主体之穿透

1. 民间借贷案件中的主体穿透

（1）向实际借款人的穿透。借名借款行为的主体认定一直存在争议，第一种观点认为应当恪守合同相对性，由名义借款人承担还款责任。^②第二种观点认为出借人、名义借款人、实际借款人为规避法律规定借名借款，系通谋虚伪意思表示，应根据《民法典》第146条认定隐藏的法律关系，即借款主体的认定直接穿透至实际借款人。在洛江区恒信小额贷款有限公司、李翔、席萍等借款合同纠纷案中，二审法院认为，李翔系借款公司的员工，其出名借款是因为出借人和实际借款人为了规避公司章程中规定的不得向股东借款的规定，实际借款人和名义借款人对此均明知，李翔实质上并非借款主体。^③第三种观点认为，名义借款人和实际借款人为借款共同体，双方应共同承担连带还款责任。在柴鸿博、余慧华民间借贷纠纷案中，二审法院认为，担保人柴鸿博系实际借款人，其与名义借款人余慧华之间系并存的债务承担关系，应负连带责任。^④

借名借款行为的实质穿透，应当回归《民法典》第146条的规定，即探求当事人内心真实意思表示，在部分借名借款案件中，出借人基于对名义出借人资力的信任，只愿意选择名义借款人作为相对人，三方尽管明知实际借款人是谁，但并非通谋虚伪

① 参见王涛、周兰秀、王久华诉如皋市兆基置业有限公司商品房买卖合同纠纷案，江苏省南通市中级人民法院（2019）苏06民终2647号民事判决书。

② 参见向平波诉向琪民间借贷纠纷案，四川省巴中市中级人民法院（2020）川19民终616号民事判决书。

③ 参见洛江区恒信小额贷款有限公司诉李翔、席萍等借款合同纠纷案，福建省泉州市中级人民法院（2018）闽05民终686号民事判决书。

④ 参见柴鸿博诉余慧华民间借贷纠纷案，河南省信阳市中级人民法院（2018）豫15民终789号民事判决书。



意思表示,而是内心真意的体现,此时不应穿透至实际借款人。但如公司因无法向小贷公司借款,与借款人通谋,以公司员工作为名义借款人,规避金融监管政策,此时,公司员工本意并非承担还款责任,而出借人和实际借款人对此明知,该情形中,公司员工作为名义借款人与出借人签订的借款合同系通谋虚伪意思表示,应当根据《民法典》第925条关于隐名代理的规定,直接穿透认定公司与出借人为借款合同主体,即便公司在该类借款行为中一般作为担保人出现。

(2) 法定代表人与实际用款的公司承担连带责任。根据《民间借贷规定》第22条规定,法定代表人或负责人以个人名义借款用于企业生产经营的,借款合同的效力直接穿透到实际用款主体,但以公司名义借款用于个人的,诉讼主体穿透至法定代表人或负责人。基于用途论的穿透突破了合同相对性,偏重于保护债权人的实质正义。

对于法定代表人或负责人借款的穿透,理论上可认为法定代表人或负责人与公司系利益共同体,法定代表人以个人名义借款给公司使用,其既可能代表公司,也可能代表个人,在无法区分的情形下作出有利于债权人的解释符合实质正义。特别是在我国公司与个人财产混同情形较为严重的当前。如果法定代表人以公司名义借款实际用于个人,法定代表人与公司财产混同的,视同利益共同体承担责任,不混同的就应当由公司承担责任,不能穿透到实际用款的个人,出借人可以通过债权人代位权向实际用款的法定代表人或负责人主张权利。

2. 不当得利案件中的主体穿透

《民法典》第988条规定,得利人已经将取得的利益无偿转让给第三人的,受损失的人可以请求第三人在相应范围内承担返还义务。我国立法没有采纳物权无因性理论,所以该条中的得利人向第三人的权利穿透,可以解释为物的返还请求权,但如果第三人获得的是债权或金钱,则属于穿透理论的解释范畴。我国台湾地区“民法”第183条规定,不当得利之受领人(乙),以其所受者,无偿让与第三人(丙),而受领人因此免返还义务者,第三人于其所免返还义务之限度内,负返还责任。该条规定之效力虽使该条所定之不当得利返还请求权看似具有对物的追及力,但在我国台湾地区,不当得利返还请求权系债法上的请求权,具有债之主体相对性的特征,无物权之对物的追及性。其实该条系从穿透理论发展出来的规定。

所谓穿透,指一方甲与他方丙之法律关系的直接性被甲之形式上相对人乙的权利能力阻断时,将该形式上之相对人乙视为不存在,以建立甲丙双方法律关系的直接性。这当中将甲之形式上相对人乙的权利能力视为不存在,等于是穿透乙之权利能力,以建构该双方(甲与丙)之法律关系的直接性。不过,在这种情形,第三人丙对甲所负之返还义务相对于原不当得利之受领人乙对甲所负者,具有候补性;乙对甲免负返还义务时,

丙对甲始负返还义务。^①

与之相类似的是,我国错误汇款中的错汇人一般只能向受款人主张不当得利返还请求权,但在受款人为被执行人或受款人账户被银行冻结时,在受款人无资力时,错汇人的权利穿透到受款人的债权人,请求从执行账户中或受款人的债权人(银行)返还款项时,实质是基于公平理念的权利穿透。^②在“河南省金博大土地开发有限公司与刘玉荣及第三人河南元恒建设集团有限公司案外人执行异议之诉案”中,最高人民法院认为,案外人误划款项至被执行人账户的,因该行为缺少转移款项所有权的真实意思表示,不能产生转移款项实体权益的法律效果,案外人实体权利足以排除强制执行。^③即错误汇款人不应仅因汇款错误就应当承担受款人(被执行人)债权人的商业风险,实际上为实现个案的实质正义而穿透债权平等性规则。由此,穿透式审判思维的价值目标即在于对个案中实质法律关系的探求,以获致符合当事人真意的公正结果。

(二) 法律关系之穿透

1. 明股实债的法律关系穿透

广义而言,穿透式监管既包括行政机关对金融机构的行政管理,也包括法院对金融机构交易行为的法律监督,在金融案件的审理过程中,法官需以资管交易模式及通道组织形式为主线,用穿透式思维审查穿透式监管所取得材料,审慎审核披露信息是否完整、清楚等。^④“名股实债”指投资回报不与被投资企业的经营业绩挂钩,不是根据企业的投资收益或亏损进行分配,而是向投资者提供保本收益承诺、根据约定定期向投资者支付固定收益,并在满足特定条件后由被投资企业赎回股权或偿还本息的投资方式,常见的形式包括回购、第三方收购、对赌、定期分红等。^⑤

金融部门对该类投资行为一直持否定态度,但法院从谨慎否定到趋于严格,在“通联资本管理有限公司、中国农发重点建设基金有限公司股权转让纠纷案”中,最高人民法院认为,虽然农发公司通过增资入股对目标公司进行投资,并以逐年退出及回购的方式收取固定收益,但该方式符合商业惯例和普遍交易模式,不属于“明股实债”的借贷情形。^⑥此后,如同买卖型担保纠纷,法院对于金融创新类案件的裁判尺度趋

① 参见黄茂荣:《债法通则之四:无因管理与不当得利》,厦门大学出版社2014年版,第163页。

② 参见朱晓喆:《存款货币的权利归属与返还请求权——反思民法上货币“占有即所有”法则的司法运用》,载《法学研究》2018年第2期;孙鹏:《金钱“占有即所有”原理批判及权利流转规则之重塑》,载《法学研究》2019年第4期;王毓敏:《执行异议之诉中账户资金的排除执行问题》,载《人民法院报》2017年11月1日,第7版;其木提:《错误转账付款返还请求权的救济路径——兼评最高人民法院(2017)最高法民申322号民事裁定书》,载《法学》2020年第2期;谷昔伟:《特殊类型错误汇款返还请求权性质之理论重构》,载《甘肃政法学院学报》2020年第2期。

③ 参见最高人民法院(2017)民申322号民事裁定书,载《最高人民法院公报》2018年第2期。

④ 参见赵姿昂:《资产管理案件穿透式审判探析》,载《人民论坛》2021年第7期。

⑤ 参见中国证券投资基金业协会《证券期货经营机构私募资产管理计划备案管理规范第4号——私募资产管理计划投资房地产开发企业、项目》。

⑥ 参见通联资本管理有限公司诉中国农发重点建设基金有限公司股权转让纠纷案,最高人民法院(2019)最高法民终355号民事判决书。



向保守,与行政监管部分的态度趋同,采严格审查标准认定真实法律关系,特别是对于金融类创新产品的本质认定,有地区高院认为,对不符合金融监管规定和监管精神的金融创新交易模式,或以金融创新为名掩盖金融风险、规避金融监管、进行制度套利的金融违规行为,及时否定其法律效力,并以其实际构成的法律关系确定其效力和各方的权利义务关系。^①实质法律关系的认定,有利于防止金融领域以创新为名行规避监管之实的高杠杆、高风险行为。

2. 融资性循环贸易的法律关系穿透

在融资性循环贸易纠纷中,走单、走账、不走货是常态,当事人并无从事真实买卖的意思表示,买卖合同只是各方融资的手段。从维护社会交易秩序的角度,该类买卖合同的效力应谨慎肯定,否则不仅会出现司法判决无法履行的窘境,也不利于对该类脱法行为的监管,为高额利息、虚开增值税发票、违规贴现等不法行为提供合法通道。在广东云峰能源有限公司、华大石化(南通)有限公司买卖合同纠纷案中,二审法院认为,对于云峰公司主张的走单不走货的交易方式,因未违反现有法律行政法规的强制性规定,该主张对本案合同效力、合同责任的认定没有实质影响。^②

但在中国石化销售股份有限公司北京石油分公司与被上诉人黑龙江农垦完达山贸易有限公司、第三人烟台市牟平区留德润滑油销售有限公司买卖合同纠纷案中,二审法院认为,各方系通过签订买卖合同的形式,达到资金拆借的目的,中石化北京分公司对自己反驳事实的举证达到了高度可能性的标准。故本案各方之间不具有买卖合同的特征,系以买卖合同法律关系为表象的企业间融资借贷法律关系。完达山公司以买卖合同关系起诉中石化北京分公司,不具有事实依据和法律依据。各方的纠纷可依据企业间借贷法律关系进行解决。^③企业间以买卖形式掩盖借贷事实,对其效力评价时,以实质法律关系即民间借贷法律关系作为评价目标,合同效力取决于借贷合同的效力。^④

3. 类型化分析

典型法律关系的穿透还有代持股等借名行为中的实际权利人的认定,实质法律关系认定的主要功能在于破除外观主义迷思,从注重商事外观主义向实质主义转变,但不同类型的转向力度并不一致,因当事人对交易结构的安排本属意思自治的范畴,在明股实债类型案件中,我国司法实践对对赌协议的效力从保守向开放转变,不再实质

① 参见《上海市高级人民法院关于落实金融风险防范工作的实施意见》。

② 参见广东云峰能源有限公司诉华大石化(南通)有限公司买卖合同纠纷案,广东省高级人民法院(2017)粤民终383号民事判决书。最高人民法院也有相当多判决支持该观点,比如最高人民法院(2016)最高法民申2815号民事裁定书、最高人民法院(2018)最高法民终888号民事判决书。

③ 参见中国石化销售股份有限公司北京石油分公司与被上诉人黑龙江农垦完达山贸易有限公司、第三人烟台市牟平区留德润滑油销售有限公司买卖合同纠纷案,北京市第二中级人民法院(2019)京02民终3193号民事判决书。最高人民法院也有相当多案例支持该观点,比如最高人民法院(2019)最高法民终101号民事判决书。

④ 参见王富博:《企业间融资性买卖的认定与责任裁量》,载《人民司法·应用》2015年第13期。

穿透认定其无效,即便是公司参与对赌,依然认可效力。因对赌主要是不同交易主体的融资安排,其风险和操作流程与企业间借贷显然有别,在不违反法律、行政法规禁止性规定时,无论是行政监管还是司法裁判,都应予以尊重。

但融资性贸易中可能存在合同诈骗、骗取贷款、票据承兑、虚开增值税发票、职务侵占罪以及国有公司、企业、事业单位人员失职等违法犯罪行为,注重外观的形式主义审查可能会对我国金融秩序和社会稳定造成不利影响。^①无论是“名”“实”不符行为还是融资性买卖等实质法律关系的穿透认定,都从注重外观主义向实质主义转变,因为外观主义所运用的领域有限,主要运用于外部交易行为,仅在不得已时,才作为实事求是、意思自治等原则的例外和补充,诸如善意取得以及公示公信原则,不适用于名义登记人与真实的物权人的内部关系,不适用于占有人与真实的物权人之间的内部关系,他们之间的关系按照实事求是的原则处理。^②

(三) 法律适用之穿透

1. 原则穿透具体规则

法律适用应首先依照具体条文规定予以三段论式演绎说理,法律条文有其内在的价值内涵,一般有具体法律规定时,不宜直接适用法律原则,以原则作为规则的补充,意味着并无明确的构成要件可供把握,判断时需结合具体的主客观情境作综合考量。^③原则取代规则属于向一般条款逃逸的不当法律适用。在特定个案中,如适用规则显然不公平或不正义时,则穿透规则而适用原则裁判具有正当性,比如著名的泸州遗赠案,一二审法院未适用我国《继承法》的具体规定,而是以违反公序良俗原则作出裁判。

较为典型的还有借违法无效之名毁约的例外情形,比如《商品房买卖理解与适用》第2条规定,出卖人未取得商品房预售许可证明,与买受人订立的商品房预售合同,应当认定无效,但是在起诉前取得商品房预售许可证明的,可以认定有效。虽然诸多学者反对该条款,^④但最高人民法院新修订该司法解释时予以保留,说明司法机关与行政监管机关的态度趋同。

在西安闻天科技实业集团有限公司与李琛茹确认合同无效纠纷案中,二审法院认为,李琛茹在签订认购合同当日即支付了全额购房款,闻天公司在自身合同目的已经实现情形下,非但不积极履行应尽的合同义务,面对房地产市场出现价格大幅上涨,反而主张合同无效的做法,显然违背诚实信用原则,为弘扬社会主义核心价值观,彰

① 参见张亮:《循环贸易相关法律问题分析》,载《山东法官培训学院学报》2020年第5期。

② 参见崔建远:《论外观主义的运用边界》,载《清华法学》2019年第5期。

③ 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2016年版,第303页。

④ 参见王轶:《论商品房预售许可证明对合同效力的影响》,载《比较法研究》2018年第6期;常鹏翱:《行政许可与合同效力——以商品房预售为对象的分析》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2020年第7期;耿林:《论商品房预售合同的效力》,载《法学家》2017年第1期。



显司法公正,对此种行为不应予以支持。^①即例外情形下,如果严格适用法律规定将导致难以忍受的不利后果,在可以结合当事人利益、禁令的规范目的和社会公共利益等,以诚实信用和禁止权利滥用原则驳回违约方主张无效的诉请,将无效合同作为有效合同对待,但不宜认定合同有效。^②

2. 公共利益(社会政策)穿透一般规则

我国《民法典》第153条规定,违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效,对于违反部门规章或政策性文件的并未作出规定,最高人民法院司法解释进一步限缩认为,只有违反效力性强制性规定才无效。由此,司法实践中对违反规章、政策性文件的合同,一般认定有效,导致司法和行政不相协调。比如,一方面,行政监管部门禁止未取得预售许可的商品房出售,另一方面,部分法院认为预售许可制度仅为管理性强制性规定,即便违反,也不影响合同效力。^③从行政机构机关对商品房预售制度的态度转变可以看出,即便《城市房地产管理法》第45条第1款是管理性规定,预售制度属于有效降低买房人风险、维护社会秩序稳定的行政监管举措,关涉公共利益,应予严格把握,因无效后果的穿透有其正当性。

相当多金融规章禁止融资性贸易等名为金融创新实为规避监管的融资行为,但一段时间以来,部分法院以仅违反部门规章不影响合同效力为由认定合同有效,行政管理的目标和秩序成效被司法审判所消解。近年来,我国司法审判中提倡穿透式审判思维,与行政机关的监管尺度形成有效衔接。《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)第31条规定,违反规章一般情况下不影响合同效力,但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的,应当认定合同无效。法院在认定效力时,要考虑政策层级种类、规范对象、监管强度、交易安全以及社会影响等因素。

在该类案件的审理中,应当穿透合同无效的一般法律规定,以潜在的公共利益保护作为认定合同效力的依据,比如在福建伟杰投资有限公司诉福州天策实业有限公司营业信托纠纷案中,最高人民法院认为,案涉合同违反中国保险监督管理委员会《保险公司股权管理办法》有关禁止代持保险公司股权规定的行为,将导致破坏国家金融管理秩序、损害包括众多保险法律关系主体在内的社会公共利益的危害后果,代持协议应认定无效。^④

3. 类型化分析

原则取代规则的例外穿透与基于公共利益的实质穿透存在部分重合,但两者主要

① 参见西安闻天科技实业集团有限公司与李琛茹确认合同无效纠纷案,陕西省西安市中级人民法院(2018)陕01民终8145号民事判决书。

② 参见夏昊晗:《诚信原则在“借违法无效之名毁约”案型中的适用》,载《法学》2019年第6期。

③ 参见江苏海鼎投资置业有限公司诉夏裕泉商品房销售合同纠纷案,江苏省南通市中级人民法院(2020)苏06民终753号民事判决书。该案中,一审法院以违反管理性规定认定合同有效,二审予以改判。

④ 参见福建伟杰投资有限公司诉福州天策实业有限公司营业信托纠纷案,最高人民法院(2017)最高法民终529号民事裁定书。

区别在于,前者有明确的法律规定,穿透具体规定而直接适用原则认定合同效力;后者一般没有具体法律规定,《民法典》第153条关于合同效力认定的规定并不具体明确,法院跳过该转介条款,穿透至更抽象的公共利益认定合同效力,实系从社会一般性观念出发作出的自由裁量权的实质穿透,明显具有后果主义的考量。对可能的裁判规则进行检验的过程,必须考察“常识”“个人的正义观念”“法律的原则”“公共政策”因素。^①

(四) 诉讼程序之穿透

1. 合同无效的程序穿透

穿透式审判思维不仅实体法律关系的认定中注重实质重于形式,在诉讼程序的选择上,也应当通过以实质性解决纠纷为目标,减少当事人的讼累。《九民纪要》第36条规定,在原告起诉无效返还被告抗辩有效,或原告请求履行合同而被告抗辩合同无效的,应避免机械适用“不告不理”原则,而是向原告释明变更或增加诉讼请求。在一审未释明时,二审法院认为合同不成立、无效或可撤销的,应直接释明后改判,也可以在损失范围难以确定或争议较大时告知另行起诉。该处理方式虽未严格适用二审诉讼程序,但有利于实质性化解矛盾,对法律关系的穿透式审理的主要功能在于透过现象审理事实本质。《九民纪要》第54条提出了“无效法律行为的转换”理论,该制度指如果某一法律行为无效,但符合另一替代行为的要件,且如当事人知道该行为无效时愿意缔结替代行为,替代行为有效。^②比如独立担保被认定无效时,转换为有效的从属性担保,但我国法律没有规定无效法律行为转换制度,法官可向当事人释明并取得同意后,穿透无效的法律行为,对替代行为进行审理。

2. 法律关系变更的程序穿透

审判实践中,一审法院以A法律关系审理后,二审法院认为应为B法律关系,但诉讼结果一致的,是否需要驳回起诉或发回重审,与合同无效程序穿透的理由相同。此时,二审法院可以就B法律关系的审理向当事人释明,由当事人变更诉请,或根据请求权规范竞合说,由二审法院直接审理,并在裁判中变更说理和裁判依据。比如,一审法院以不当得利支持被告返还原告5万元,但二审法院经审理认为,应当按照合同关系审理,以违约责任判令被告返还5万元。该案如果通过发回重审解决纠纷,不仅增加当事人的讼累,也浪费司法资源,并无助于实质性化解矛盾。

3. 预备之诉的程序穿透

预备之诉指原告向法院提起一个在先之诉,但为预防在先之诉不能得到支持或虽然可以支持但无法履行,则提出一个在后之诉,当法院就在先之诉审理不支持时,可

① 参见[英]尼尔·麦考密克:《法律推理与法律论证》,姜峰译,法律出版社2018年版,第180页。

② 参见殷秋实:《无效行为转换与法律行为解释——兼论转换制度的必要性与正当性》,载《法学》2018年第2期。



以就在后之诉进行审理。如在原告明确要求法院先对退货并返还价款的请求进行审理,再把降价作为万一返还价款得不到支持情况下的预备性请求时,即“诉的预备的合并”。^①我国《民事诉讼法》以及司法解释并未对预备之诉作出规定,但部分地区法院明确适用该程序,如上海高级法院《关于审理涉及债权转让纠纷案件若干问题的解答》第2条否定主观预备之诉,实则肯定客观预备之诉,重庆高级法院《关于当前民事审判若干法律问题的指导意见》第52条则明确肯定预备之诉。^②

法官在部分案件中会采用该诉讼程序,比如原告起诉被告履行返还钢管的义务,但原告不能确定钢管是否还在被告处,所以在诉讼请求中提出如果不能返还钢管,则赔偿相应损失,此为递进式的预备之诉,大多数法院都予以认可,但对于并列的相互排斥的诉的合并,比如继续履行和解除返还,则难以支持,但会选择在庭审中释明让原告变更诉讼请求。预备之诉的程序穿透,有利于一次性实质解决纠纷,减少讼累,提高司法效率,所谓迟到的正义非正义。

四、区分与导向:穿透式审判思维运用之界限

我国是民商合一立法体例,但无论在立法上还是司法实践中,商事审判无疑更重外观主义的形式功能以强化交易安全和效率,相对弱化当事人的内心真意探求。而民事审判基于对实质正义的追求,更注重实质法律关系的认定和当事人内心真意的认定,但过度强调实质,则会降低效率、阻滞创新,对于新生的金融创新产品,不应过度穿透,比如明股实债类纠纷,不应仅以投资人获取固定收益就当然穿透认定为企业间借贷,正如有限合伙中的有限合伙人,固定收益或浮动保底收益只是认定为民间借贷的因素之一,还需要结合投资人的风险、参与经营等因素予以认定。由此,在司法审判向实质转向的过程中,需要为形式外观主义留有一席之地,“穿透式”有其作用,也有其限度。

(一) 区分内外部关系

外部关系涉及交易安全和第三人的信赖保护,登记作为物权的表征,对于社会秩序的维护和交易安全的保障尤为重要,出名人与借名人之间的内心真意第三人无从获知,第三人仅得依外观公示从事交易行为,应采形式重于实质的标准。而内部

^① 参见王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2017年版,第11页。

^② 该条规定:关于补充性诉讼请求的处理。补充性诉讼请求,又称预备性诉讼请求,是指当事人提出两个或两个以上的诉讼请求,为了防止第一位的主要请求不被承认,事先就提出如果第一位的主要请求不被承认就要求审理第二位次要请求,如果第一位的主要请求被承认就不用审理第二位次要请求的情形。人民法院应当允许当事人提出补充性诉讼请求,在未评议确定第一个请求能否支持前,对当事人的多个请求均应予以审理。诉讼中不要求原告必须选择一个请求提交法院审判,但判决应当确定具体。

关系无涉交易安全，应尊重当事人真实意思表示，采实质重于形式标准，即名义登记人不得以登记对抗实际所有权人。在代持股或其他借名行为中，一般而言，借名人系隐名的实际权利人，但该权利无法穿透对抗善意第三人，如借名登记行为中，对外仍以登记的出名人为房屋所有人，最高人民法院即采“债权说”观点，实际出资人不得直接请求确认房屋所有权。^①对于借名行为，统一采此观点有利于维护正常的交易秩序。

（二）法律政策的导向功能

出名人的债权人请求强制执行出名人名下实际属于借名人的股权或房产时，能否适用实质重于形式的标准，有三种观点。第一种观点为肯定说，在献县鑫瑞小额贷款有限公司与孙越案外人执行异议之诉纠纷案中，最高人民法院裁判认为，不动产权属的登记状态并不影响实际产权人对案涉房屋享有实际产权。他人基于与名义产权人之间的债权债务关系申请执行不能及于案涉房屋。

第二种观点为否定说，在一起执行异议案件中，法院认为，即使李某欣、蔡某葵主张的借名购房属实，其债权不应优先于宏新公司的债权得到保护。李某欣、蔡某葵基于借名购房合同关系直接诉请确权缺乏法律依据。^②江苏高级法院持该观点，即案外人基于借名买房提起的执行异议之诉，不予支持。^③

第三种观点为折衷说，即应区分交易第三人和非交易第三人，对于非信赖登记公示的非交易第三人，应当进行实质判断，由于执行程序没有第三人的信赖利益以及交易安全价值需要保护，此时真实权利人保护价值就应被彰显，实质重于形式，优先保护隐名的真实权利人。^④

为统一法律适用，《九民纪要》（征求意见稿）第119条规定了两种不同的方案，第一种方案认为案外人有证据证明其系实际出资人时能够阻却执行，第二种方案不支持阻却强制执行。但《九民纪要》对该问题最终采取了回避的态度，没有作出规定。《最高人民法院关于审理执行异议之诉案件适用法律问题的解释（一）》（征求意见稿）第13条同样给出了两种方案，足以说明该问题争议之大。

从法政策角度出发，借名登记行为往往伴有逃税、逃避限购、逃避债务乃至架空财产申报制度的不法性，借名人并非社会的弱势群体，在风险评估后依然选择借他人之名登记，实无特别保护的必要。换言之，借名人应受的保护不应比形式上有权处分的出名人的债权人更多，透过借名登记合同的外部关系在效力上风险承担的

① 参见司伟：《借名买房纠纷中房屋权属认定的物权法思考》，载《民事审判指导与参考》2016年第2期。

② 参见《“房子是我的，不能被执行！”早知如此，你还会选择“借名买房”吗？》，载微信公众号“人民法院报”，2021年5月12日。

③ 参见《江苏省高级人民法院执行异议及执行异议之诉案件审理指南（二）》第4条。

④ 参见姚辉：《民法学方法论研究》，中国人民大学出版社2020年版，第566页。



转嫁,是抑制借名人滥用借名登记造成“名”“实”不符局面的主要手段,法政策上具有合理性,也是隐名人自甘冒险的结果。^①该观点深值赞同,基于政策的需要以及司法裁判的价值引导功能,外部关系上,借名买房行为应坚持采形式重于实质标准认定权利人。但是,法律所追求的目标往往是多元的,在普遍规范难以适用于具体特殊案件时,则需突破规则寻求个别化解决方案。^②在李毅声与刘敏案外人异议之诉案中,法院认为,刘敏作为实际购房人,支付了全部购房款,并实际装修居住使用至今,相较于李毅声的普通金钱债权,刘敏基于生活需求的权利被优先保护,符合法律有关权利保护顺位的基本精神,具有正当性。^③总之,借名人购房用于基本生存居住权利的,在价值位阶上高于出名人申请执行人的财产权,优先于财产权保护具有正当性。对此,例外适用实质重于形式,兼顾一般正义与个案正义,但应当严格限制适用范围。^④

结 语

穿透式审判思维将实质重于形式理念融入人民法院商事审判工作,与穿透式监管形成良性互动的目标趋同模式,两者都从注重形式认定到实质审查,透过现象看本质,探究真实的法律关系。司法审判中,民间借贷、融资性贸易、明股实债等类型纠纷确立了实质重于形式的审查标准,诉讼程序确立了实质争议化解价值目标。当然,本文从实体和程序两方面归纳、探索形式正义向实质正义转向的路径,并非对形式正义的批驳,而是从维护社会秩序的角度,矫正过度形式正义的司法功利主义倾向,对实质重于形式、形式重于实质案件类型予以区分,并分析背后的价值目标。实质重于形式更关注个案正义的实现,主要适用于内部关系。但在外部交易安全保障、社会价值引导层面,则仍应当坚持形式重于实质的外观主义审查标准为原则,例外适用实质重于形式标准,以合理平衡内外部利益关系。

(责任编辑:郝晓越)

① 参见林诚二:《不动产物权变动登记之虚与实——以我国台湾地区借名登记契约之相关问题为说明》,载《北方法学》2014年第1期。

② 参见刘晗:《想点大事:法律是种思维方式》,上海交通大学出版社2020年版,第136页。

③ 参见李毅声与刘敏案外人异议之诉案,四川省高级人民法院(2019)川民终1174号民事判决书。

④ 参见司伟:《借名买房排除强制执行的法律规则——基于学说与案例的分析与展开》,载《法治研究》2021年第4期。

民商事案件中穿透式审判思维的运用及限制

王梓臣^{*}

内容摘要：在为服务新发展阶段、贯彻新发展理念、构建新发展格局提供司法保障和推动审判工作高质量发展的时代背景下，深入研究穿透式审判思维具有理论和实践意义。当逻辑三段论在处理疑难复杂案件时遭遇困境，应当运用穿透式审判思维。穿透式审判思维以实现案件审理的实质正义为目标，以“奥卡姆剃刀”原理为理论基础，能够揭开审判人员的“思维之幕”。通过对疑难案例的分析证明，穿透式审判思维可以运用在证据审核、事实认定、论证说理、法律适用等方面。穿透式审判思维的运用也要有权力边界，主要受到司法正义理念的指引、语言文字固有含义的规范、外观主义规则意识的约束。从思维角度研究法官日常裁判案件的工作过程，找出规律性和可复制性，为审判实践提供指引和帮助。

关键词：穿透式审判思维；民商事案件；权力边界

中图分类号：DF72 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156（2022）04-149-157

引言

传统民商事案件的裁判思维是三段论推理逻辑。三段论模式中，成文法是大前提，案件事实是小前提，案件裁判结果是结论。大前提中蕴含结论，即成文法中蕴含着案件裁判结果。这就要求，大前提确定，小前提真实，两者高度契合。但是，在大量疑难复杂案件之中，运用三段论式时遭遇困境，不仅作为大前提的成文法难以确定，而且，小前提是否真实亦需要探寻，甚至两者之间如何契合也需要论证。面对这样的案件，穿透式审判思维就有了用武之地。

“穿透”一词，几乎每个人在日常生活中都能使用，不必过多的探讨。但是，穿透式思维却不是那么容易理解。而穿透式审判思维则更加不容易理解，至于其在审判中应该如何运用，就需要认真而深入的思考和研究了。然而，目前对此命题的研究深

^{*} 王梓臣，山东省东营市中级人民法院研究室副主任。



度还远远不够。在为服务新发展阶段、贯彻新发展理念、构建新发展格局提供司法保障和推动审判工作高质量发展的时代背景下,深入研究穿透式审判思维这个重要命题,具有理论意义和实践价值。

一、穿透式审判思维的一般原理

穿透式审判思维体现了审判思维方式由事物表象向事物本质的切入,由规则探讨向实践理性的转变,也契合了当代社会哲学话语由纯粹思辨走向生活世界的理论旨趣。^①关于穿透式审判思维的概念和范畴,“不能把它们限定在僵硬的定义中,而是要在它们的历史和逻辑的形成过程中来加以阐释”^②。

(一) 实现案件审理的实质正义

“穿透式”概念的提出,与我国进入新发展阶段、贯彻新发展理念、构建新发展格局具有密切的联系。2014年,在金融监管领域出现“穿透式监管”的概念;2015年,其影响力逐步扩张;2016年,成为行政监管中接受的概念;2017年,在金融监管领域中大量使用;2018年,“穿透式监管”出现在央行等联合发布的《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》。简单来说,穿透式监管是指按照实质重于形式的核心原则,在提升市场透明度的理念指引下,甄别金融领域相关业务的性质,根据业务功能和法律属性明确监管规则。

“穿透式审判思维”概念,是中国的审判经验及审判智慧。2019年7月,在全国法院民商事审判工作会议上,最高人民法院院长周强在讲话中指出,对金融创新业务,要按照“穿透监管”要求,正确认定多层嵌套交易合同下的真实交易关系。2019年11月,最高人民法院印发了《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》),其中出现了“穿透式审判思维”的提法,这是司法文件正式明确这个概念。

《九民纪要》简明扼要地描述了穿透式审判思维的目的,即“注意处理好民商事审判与行政监管的关系,通过穿透式审判思维,查明当事人的真实意思,探求真实法律关系”。正如有学者主张的“商法应与民法共享同一种方法论”^③,笔者认为,穿透式审判思维的概念和内涵不应局限于涉金融审判案件领域,亦不仅限于“查明当事人的真实意思,探求真实法律关系”,还应该进一步挖掘和拓展其在所有民商事案件审理中的应用价值,故而可以对其做这样的概念界定:穿透式审判思维是一种穿透纷繁复杂的民商事诉讼案件表象,采信承载案件真相的证据,查明当事人的真实意思,揭示

① 参见武建敏:《实践法学的哲学思考》,载《理论与现代化》2007年第3期。

② 《马克思恩格斯全集》(第25卷),人民出版社1974年版,第17页。

③ 参见韩强:《关联公司间法人格否认制度的适用》,载周江洪、陆青、章程主编:《民法判例百选》,法律出版社2020年版,第50页。

被遮蔽的民商事法律关系,适用符合案件本质的法律,通过明智简约的论证说理,对案件作出正确裁判,最终实现司法实质正义的思维方式。

(二) 契合“奥卡姆剃刀”原理

“奥卡姆剃刀”是一个重要的哲学原理。它的提出者是十四世纪逻辑学家、圣方济各会修士威廉,因为他来自英格兰萨里郡的奥卡姆镇,故而得名。这一原理的含义是,只承认一个确实存在的东西,凡干扰这一具体存在的空洞的普遍性的概念都是无用的累赘和废话,应当一律取消。简而言之,就是“如无必要,勿增实体”。

在自然科学领域,这一原理最常见的形式是:当你有两个竞争的理论能得出完全同样的预测时,简单的那个更好。厄恩斯特·马赫提倡“奥卡姆剃刀”的一个版本,称为“经济原理”:“科学家应该使用最简单的手段得出结论,并排除一切不能被认识到的事物”。该原则引入经济学后表述为 KISS 原则,“不要将简单的模型同‘天真模型’混淆,总而言之,应当遵循的是 KISS 原则(Keep It Sophisticatedly Simple)”,即“保持明智的简约。”^①

笔者认为,“奥卡姆剃刀”原理为穿透式审判思维提供了理论基础。可以把穿透式审判思维看作是“奥卡姆剃刀”原理在民商事审判领域的一个创新版本,或者说是一个创新表述。法官审理的案件,是过去发生的事情,也可以说是历史。其审判思维,应该穿透案件历史的重重迷雾,直达案件的本质。在拨开历史迷路去发现案件本质的过程中,智慧的法官拿起“奥卡姆剃刀”,运用穿透式审判思维,剃除那些干扰因素,把复杂的对象剃成最简单的对象,务实高效地实现司法的实质正义。

(三) 揭开审判人员的“思维之幕”

思维科学领域的“思维之幕”指的是,人们通过思维来认识世界,可最终又被思维与真实的世界隔开了。思维像一个幕布,反过来阻碍着人们对真实世界的认识。^②对于法官来说,审理案件需要思维,但有时会被像一个幕布一样的错误思维,隔离在案件真实世界之外。穿透式审判思维,则能够揭开这个幕布,或者说,穿透式思维之下,不存在思维之幕的问题。穿透式审判思维,本质属性上属于认识论范畴,是一种真理性认知手段,是一种理性思维,能够排除非理性因素的不利影响,在对案件事实认定和法律适用的考量与衡平过程中,具备切入点和方法论的积极作用。

目前的问题在于,穿透式审判思维不是每个法官都已经具备的功能。每个法官都工作在思维之中,但并不一定知道思维在我们的审判中起到什么样的作用。一个特定案件的解决或者裁判的作出必定依赖于一定的审判思维,反过来,审判思维的选择又往往影响着解决的效果或者实质正义的实现程度。长期以来,受机械思维、教条主义、保守主义的影响,以及直觉、经验、习惯等非理性因素的干扰,有时候法官难以认清

① 参见李富成:《构建明智简约的添附制度新体系》,载《河北法学》2005年第8期。

② 参见夏正林:《思维与逻辑讲义——人应该如何讲理》,法律出版社2016年版,第17页。



案件本质,不能发现隐蔽的真实世界。

从法教义学角度看,穿透式审判思维有利于法官作出正确裁判,树立司法权威,务实高效地推进社会主义法治建设。在我国民法典颁布实施以后,遇到疑难复杂的民商事案件,法官本来就不应该,现在更加不应该抱怨成文法不完善,而是应该恰当地运用穿透式审判思维,立足于案件本身、当事人合法权益,同时关注社会发展趋势、人民群众的司法需求。

二、穿透式审判思维的“理想类型”^①

概念没有类型是空洞的,类型没有概念是盲目的。^②穿透式审判思维的“理想类型”,是从民商事审判实践经验现象中,抽象概括形成的基本思维模型。不同的案件需要运用穿透式思维的环节可能不尽相同,形成不同的案件穿透类型,如证据审核穿透型案件、事实认定穿透型案件、论证说理穿透型案件、法律适用穿透型案件,当然有时也许会在好几个环节同时需要穿透式思维。

(一) 穿透式审判思维下的证据审核——避免机械适用证据规则

审判实践中,在法官面前展现的只是经过证据材料还原的事实,而证据材料往往带有主观倾向甚至虚假表象。它必须经过法官的思维才能作为认定案件事实的证据。穿透式审判思维要求,在案件证据承载的信息存在多种理解的时候,法官不是消极地、被动地听取当事人的主张,简单地选择一种字面或表面上的理解“法官在司法过程中必然有选择性和创造性的行为”^③。选择的过程也是一种创造性的活动。法官应当心中永远充满正义,目光得不断往返于事实与证据之间,通过穿透式审判思维,避免机械适用证据规则,选择相对更值得法律保护的权益,实现司法的正义性、安定性与合目的性。

案例一:^④在一起买卖合同纠纷案件中,贾某向张某个人经营的砂石料场购买沙子,向张某说买沙子若干方。张某送货到目的地后,贾某向张某出具欠条,但欠条署名处签字内容为“见证人:贾某”。后贾某拖延付款,张某诉至法院,要求判决贾某付款,证据只有欠条一张。贾某辩称,自己仅是见证人,沙子并不是自己购买,但是,其始

^① 笔者之所以将其称为“理想类型”,是因为包括笔者在内的法官思维永远无法涵盖现实案件的复杂性,只能类型化地把案件进行分类讨论。这有点像马克斯·韦伯社会科学方法论核心概念之一的“理想类型”,即其是依据价值关联所建构的一种思想图式,是一种思维的逻辑产物,将给描述提供明确的表达手段。它的作用是助于对现实世界的研究,从而把握行动者的主观意义,解释社会行动。参见张辉:《韦伯法律社会学中的理想类型及其困境》,载《学术交流》2016年第1期。

^② 参见申卫星:《期待权基本理论研究》,中国人民大学出版社2006年版,第46页。

^③ [美]本杰明·N·卡多佐:《法律的成长》,李红勃、李璐怡译,北京大学出版社2014年版,“代译序”部分第11页。

^④ 本文案例,除“南京彭宇案”外,均系笔者主审或参与讨论过的案件,经过技术性处理后纳入本文为典型案例使用。

终没有提供出购买者的信息。

机械适用证据规则，会拘泥于“见证人”三字的字面意思，认为该证据并非欠条，得出原告张某证据不足的结论，进而驳回其诉讼请求。运用穿透式审判思维则会认定，案涉欠条符合证据的法定形式，具有证据效力，应予采信，能够证明贾某就是买卖合同当事人。张某作为买卖合同的出卖人，已履行交付沙子的义务，其享有的收取货款权益应予以保护。贾某虽主张其是见证人，但其在购买沙子时，未向张某表明购买者另有他人，应认定其为购买人，其应当承担向张某支付货款的义务。

（二）穿透式审判思维下的案件事实认定——发现符合司法价值追求的案件真相

案件事实并不自带法律标签，需要法官将具有法律意义的因素，重新排列组合形成审判视角下的案件事实。一定意义上可以说是通过法官思维重现争议案件的历史，重新定义案件的事实，这也就是所谓的“法律真实”。穿透式审判思维要求，在分析民商事法律行为，特别是市场交易行为时，法官应该考虑历史发展阶段，着眼于促进经济社会更高质量发展，从整体上考虑如何使得社会的资源和财富更多，衡量当事人各自的权益保护价值，调整当事人之间的权益分配，最终实现个体权益与社会整体权益的衡平发展。

案例二：甲租赁乙的房屋，双方约定租期五年，租金年初支付，并约定租房目的是经营甲家祖传的特色美食。签订合同的当日，甲支付了第一年度的租金。十一个月后，甲得了重病住院，决定不再租赁房屋，书面通知乙解除租赁合同。遭到乙拒绝。双方争执不下，诉诸法院。双方当事人都不肯放弃自己的权益，特别是在法律关系中属于遵守合同约定的乙。

传统的审判思维会这样认定事实，即房屋租赁合同合法有效，甲存在违反合同约定的事实；乙已履行了自己交付房屋的合同义务，有权要求甲履行支付租金，甲应继续履行房屋租赁合同约定的支付租金的义务。穿透式审判思维则认为，司法应该着眼于发挥物的最大效用，促进经济社会高质量发展，弘扬社会主义核心价值观。本案的事实应从更大视野分析认定，合同解除以后，乙仍然可以出租房屋，发挥房屋的最大效用，促进经济发展；合同如果不解除，甲无法经营，房屋闲置，造成经济上的浪费，亦给重病在身的甲平添债务压力，与作为社会主义核心价值观基本内容的“友善”亦有相悖之处。甲因为重病导致事实上已经不能履行，致使不能实现其合同目的，即经营自家祖传特色美食已经不能再实现。此时，甲有权解除合同。

（三）穿透式审判思维下的论证说理——剔除不必要的累赘和废话

民商事审判要牢固树立以人民为中心的发展理念，发挥论证说理的功能作用，以提升裁判结果的社会公众接受度。穿透式审判思维要求，法官在论证说理时，将寻求法律真实的来源从理性的自我转向外部世界，对案件事实的认定、法律关系的确认从原因转向功能，通过社会需求认识司法本质，以明智简约的论证说理回应社会需求，



实现法律维护社会正义的目的。“社会正义是包括各种社会道德、正义观念、公共政策在内的多元、复杂且不断变化的混合体。……司法必须将自身与社会正义紧密结合,才能真正实现司法的目的和功能。”^①很多时候,对于案件当事人之外的人民群众而言,裁判文书“本院认为”部分的论证说理,或许比裁判“主文”更能体现社会正义。

案例三:在众所周知的“南京彭宇案”的二审中,彭宇承认与他人相撞,却说不清楚与何人相撞;警方提供了彭宇陈述两人相撞情况的笔录照片,尽管笔录原件丢失,但当时做笔录的警官确认了笔录的真实性,再结合双方当事人其他陈述、相关的案件事实,可以确信彭宇撞到老太太的事实具有高度可能性。而且,事实上,彭宇本人也曾承认当时确实与老太太发生相撞。

从穿透式审判思维来看,该案一审法官在裁判文书的论证说理时,不顾及社会公众对法官的期待和要求,违背了“如无必要,勿增实体”的“奥卡姆剃刀”原理,没有穿透式地作出与裁判结果直接相关的分析论证,而是自以为是地论证:如果彭宇是见义勇为做好事,“应是抓住撞到原告的人,而不仅仅是好心相扶”“在原告的家人到达后自行离开”等等。这样一来就引起全社会的反感:扶人理由就不能是做好事?!做好事就不能帮着把伤者送医吗?!法官在错误思维下的论证说理,将本来属于道德领域的社会话题纷争,引入到司法裁判领域,带来了非常不好的社会效果,严重影响了司法的形象。

(四) 穿透式审判思维下的法律适用——追求法律精神的准确落实

法官对民商事案件的证据、事实及法律关系作出分析认定之后,最终的一环还是要选择适用法律条文。在穿透式审判思维之下,可以采取剥笋式的分析,层层推进,一边揭开掩盖事实真相的遮蔽物,一边援引相关的法律条文。

案例四:在一起劳务合同纠纷案件中,原告冯某诉请被告韩某支付劳务费20万元。冯某提交了韩某出具的欠条作为证据。该欠条载明:“今欠冯某劳务费20万元,工程款到账后支付。”作为被告的韩某主张“工程款到账后支付”是支付劳务费所附条件,目前所附条件未成就,所以不应支付劳务费。

法官运用穿透式审判思维对法律适用的分析过程如下:

第一,在双方当事人事先没有对支付劳务费的期限有约定的情况下,冯某履行完毕提供劳务的义务之后,有权要求韩某支付劳务费,韩某应当及时履行支付劳务费的义务(援引《民法典》第579条)。

第二,意思表示真实是民事法律行为有效的必备要件之一。本案中,根据双方当事人的陈述,并结合涉案欠条系韩某单方面出具,冯某曾到社保机构投诉的事实,可以认定所附条件并非冯某真实意思表示的事实具有高度可能性,不满足民事法律行为

^① [美] 本杰明·N·卡多佐:《法律的成长》,李红勃、李璐怡译,北京大学出版社2014年版,“代译序”第18页。

有效的意思表示要件（援引《民法典》第143条）。

第三，合同具有相对性，韩某与冯某之间关于劳务费的约定，对案外人无约束力，不应以韩某收到案外人款项为前提条件，且冯某无从知晓韩某是否收到案外人款项，所附条件违背了诚实信用原则（援引《民法典》第7条、第119条）。

最终，法官认定冯某主张韩某应向其支付劳务费，合法有据，应予支持；支付劳务费所附条件不具有合法性，依法不成立，对当事人不具有法律约束力，当属无效。

三、对穿透式审判思维运用的衡平限制

穿透式审判思维并非没有约束，它也需要一定的衡平与限制。否则，权力有可能假借穿透式审判思维之名肆意妄为，不但起不到为服务新发展阶段、贯彻新发展理念、构建新发展格局提供司法保障的积极作用，反而可能会适得其反，作出错误的裁判，阻碍正确发挥审判职能作用。

（一）司法正义理念的指引

运用穿透式审判思维，应以司法公正理念为指导。法官运用穿透式审判思维，公正裁决案件是其价值追求，这也是法官的特殊身份决定的。关于案件的所有解释意见、裁判方案，都必须接受公正性检验，只有符合公正性、能够达成公正裁判的意见和方案，才是正确的和应当采取的。^①

案例五：在一起离婚案件中，A与B双方本系夫妻，当A身患重病住院时，双方协议离婚，将全部财产都分给了B。A经治疗后出院，但身体构成三级残疾。A主张撤销离婚协议关于财产分割部分的条款，重新分割夫妻共同财产。B辩称，双方自愿离婚，不同意重新分割财产。

机械的审判思维产生了这样的认识：A系完全民事行为能力人，离婚协议是双方的真实意思表示，不违反法律的禁止性强制性规定，合法有效。A、B两人均应按约履行，且双方已经办理了离婚手续，离婚协议中财产分割部分已经实际履行完毕，不应予以撤销。

之所以说上述思维机械，甚至错误，是因为其背离了根本的社会正义理念。运用穿透式审判思维则认为，一方面，A出院后身体残疾，没有生活来源，夫妻共同财产全部归乙所有，明显不公平；另一方面，A身患重病之时，对生活乃至生命的看法，必然受到影响，夫妻本应互相关爱，此时协议离婚，B有利用对方处于危困状态、缺乏判断能力的嫌疑。应适用《民法典》第151条，支持A撤销财产分割协议的主张，重新分割夫妻共同财产。

^① 参见梁慧星：《裁判的方法》（第三版），法律出版社2017年版，第348-349页。



（二）语言文字固有含义的规范

法律规范都是从相关的法律文本中抽象而来，而法律文本是由语言文字构成的，因此，语言文字是法律规范的构成单位。我们并不否认，纸面上的语言文字本身具有局限性。立法者如果认为有必要，完全可能通过艰苦的努力、缜密的思考、冗长的定义，对他们作出所有可能的列举式的说明，并使之具有法律效力，就是说，使法律规范具有极端的明确性。但立法者没有这样做，这样做在技术上是困难的。^①这也是为什么需要进行法律解释的根本原因。不过，我们更不应该否认，无论怎么进行法律解释，无论怎么运用穿透式审判思维，都不能脱离语言文字规范的本身。否则，法律的安定性、可预测性等基本属性将无法得到保障，将陷入法律虚无主义的迷途。

案例六：丁某和刘某签订房屋买卖合同，约定：丁某将自己的一处房屋卖给刘某，刘某在五年内分期付清购房款100万元，刘某支付第一期购房款20万元后，就办理房屋所有权过户手续，但房屋所有权仍然归丁某所有。双方按照约定履行，刘某支付了第一期购房款20万元，丁某协助将房屋过户登记至刘某名下。其后当地旧房改造拆迁，涉案房屋拆迁补偿款数额180万元。丁某起诉主张合同约定房屋所有权未转移，该补偿款归其所有，并称其愿意退还刘某的购房款，并支付利息。

上述案例就不能适用穿透式审判思维，不能认为按照意思自治原则而认定房屋所有权未转移。因为这个时候，我们要尊重《民法典》的相关规定，即第116条规定“物权的种类和内容，由法律规定”，第209条规定“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但是法律另有规定的除外”。双方当事人之间关于房屋所有权保留的规定，因与之相悖而无效。从语言文字规范来看，《民法典》关于不动产物权转让的规定非常清楚，语言通俗易懂，涉案房屋过户登记至刘某名下后，已发生所有权转移的效力，丁某的主张没有法律依据。

（三）外观主义规则意识的约束

运用穿透式审判思维，要虑及外观主义的具体规则。外观主义主要应用于交易行为的领域，且在遇到当事人的意思、权利等因素表里不一，两方当事人的意思、权利相冲突，不能两全时，只得按照外观主义规则，保护对该外观有理由地产生信赖的一方当事人的权益。^②当然，我们需要注意，司法实践中，外观主义所适用的领域本身也有其限制，即其一般适用于因合理信赖利益外观或意思表示外观的交易行为。但是，这并不妨碍外观主义规则意识对穿透式思维的限制作用。我们在运用穿透式审判思维的时候，要有外观主义的规则意识，保持与外观主义之间的适当张力。

案例七：在杜某（实际施工人）诉乙公司（承包方）、甲公司（发包方）建设工

^① 参见徐国栋：《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》，中国政法大学出版社1992年版，第24页。

^② 参见崔建远：《论外观主义的运用边界》，载《清华法学》2019年第5期。

工程施工合同纠纷一案中,甲公司已分三笔向乙公司支付完毕全部工程款,其中的第三笔110万元是由乙公司委托黄某领取,黄某拿到工程款后不见踪影。杜某诉请由乙公司向其支付110万元,乙公司提供乙公司、杜某、黄某三方协议:乙公司与黄某合作涉案工程项目,乙公司与杜某没有债权债务关系,乙公司、黄某之间关于涉案项目的其他债权债务另行结算,黄某、杜某之间的债权债务自行解决;另外,又提供杜某向乙公司的承诺书:杜某与乙公司合作的所有工程项目已全部履行完毕双方的权利义务,双方无任何债权债务纠纷。

一审、二审法官不当适用了穿透式审判思维,没有考虑意思表示外观而导致合理信赖的情节。一、二审判决均认为,杜某实际施工了涉案工程,涉案工程已竣工验收合格,乙公司在从甲公司领取工程款后,有义务将所领款项付给杜某,于是判决乙公司向杜某履行支付工程款的义务。考虑到意思表示外观产生的合理信赖,再审法官认为,依法成立的合同,受法律保护,对当事人具有法律约束力,当事人不得擅自变更或者解除合同。本案中,三方协议和承诺书,系杜某、乙公司的真实意思表示,不违反法律的效力性强制性规定,合法有效,对杜某、乙公司均具有法律约束力,乙公司没有向杜某支付工程款的义务。

结 语

审判思维不是凭大脑器官先天决定的,而是通过后天培育而发展完善的。为服务新发展阶段、贯彻新发展理念、构建新发展格局提供司法保障,必然要求民商事审判思维的进一步发展完善。同时,民商事审判思维的发展完善,也在一定程度上体现着审判工作自身也在进入新发展阶段。然而,法官面临“创造性的因素比我想象中要大得多,大道之侧有着许许多多的岔路口,而路边的指示标牌也很不完整”^①“法官不一定要固守先例,换一种思维方式,探索新的方法,将是法官一生不断进取的动力源泉”^②。摆脱审判思维上的不成熟状态,对审判思维进行必要的梳理和研究,找出规律性和可复制性,为今后的工作提供审判思维方面的参考和指引,将有力促进审判工作高质量发展。总之,审判思维的发展永无止境。

(责任编辑:郝晓越)

① [美] 本杰明·N·卡多佐:《法律的成长》,李红勃、李璐怡译,北京大学出版社2014年版,第70-71页。

② 马军:《法官的思维和技能》,法律出版社2007年版,第10页。



善意执行理念下信用修复制度的标准框定与程序规制

——以人格权与财产权的衡平保护为视角

刘清林 周修文*

内容摘要：随着我国社会信用体系建设的深入推进，失信被执行人的信用修复需求越来越强烈，各地法院亦相继出台信用修复制度。但该制度在实践中存在修复标准不统一、修复途径不全面、修复程序不规范等问题，在一定程度上造成了被执行人人格权与债权人财产权保护失衡。以 6 家具有典型性和代表性的地方法院为分析样本，总结归纳出信用修复标准的三大类型，即履行完结型、承诺担保型、特殊兜底型。对失信被执行人予以信用修复应恪守比例原则，在修复中注重衡平保护被执行人人格权与债权人财产权。通过统一规范信用修复审查标准、合理设定修复期限、科学设计修复流程完善信用修复制度，以助力社会信用体系建设，优化营商环境。

关键词：信用修复；人格权；财产权；衡平保护

中图分类号：DF718.3 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156 (2022) 04-158-172

《最高人民法院关于在执行工作中进一步强化善意文明执行理念的意见》明确要求探索建立守信激励机制。2021 年《最高人民法院工作报告》指出，要探索建立信用修复机制、健全善意文明执行制度。建立和完善统一规范的信用修复制度，对呼应善意文明执行理念、优化营商环境、健全法院执行工作长效机制，显得尤为重要。近年来，部分地方法院积极探索信用修复制度，帮助和激励更多的失信被执行人重塑诚信意识和守信底线。然而，信用修复作为一项正向激励的新生制度，在司法实践中乱象丛生，亟需对该制度进行检视和修正，通过规范统一的信用修复审查标准

* 刘清林，江西省吉安县人民法院三级法官；周修文，江西省吉安县人民法院执行局局长。

和程序设计，衡平保护被执行人人格权与债权人财产权，以进一步推进社会信用体系建设，优化营商环境。

一、信用修复制度中人格权与财产权的保护失衡

为检验信用修复制度在司法实践中的运行状况，笔者通过互联网选取国内具有代表性的6家法院为分析样本。这6家法院近年来率先开展信用修复工作，并在各自的信用修复领域积累了一定的实践经验，收获了良好的法律效果和社会效果。如2020年1至11月，浙江宁波市共完成信用修复案例1178件，涉及标的额达3.65亿元。^①但是，通过实证考察信用修复制度后，发现该制度在司法实践中存在诸多异化，与制度设计的预期目标存在偏离。

1. 修复标准不统一，人格权与财产权保护失准。从修复标准来看，6家样本法院的修复标准、不予修复标准规定均详略不一（见表1、表2），呈现两极化的范围差异。一是在信用修复标准上，有的法院规定的比较多且详细，适用性强，有的法院规定的比较少且零乱，适用性较低；二是在不予修复标准中，有的法院比较具体，可操作性强，有的法院规定的简单模糊，甚至还有2家法院没有相关规定。不同法院之间可修复标准与不予修复标准的不统一，导致被执行人人格权和申请被执行人财产权的保护处于不确定的失准状态。

2. 修复途径不全面，人格权与财产权保护不敷。从修复方式来看，6家样本法院的修复方式较为单一，大部分法院通过暂停失信惩戒的删除方式进行信用修复，修复方式的单一性容易导致被执行人人格权保护无法达到预期效果。在司法实务中，部分法院在失信惩戒时常常存在一些不规范现象，诸如“信息失真”导致失信惩戒“误伤”、信用修复不及时、不彻底导致被执行人背上“终身失信”枷锁。一方面，实践中时常出现被执行人已履行完法律义务，但法院却未及时删除其相关的失信信息；另一方面，对于在媒体上发布的失信信息，法院在删除时只能从一些官方网站、微信中予以删除，不能做到“全网删除”。此外，曝光失信信息不仅是对被执行人姓名权、肖像权、名誉权、隐私权的一种限制和贬损，还掣肘了其对个人信息的有效控制。由此可见，信用修复的不及时、不彻底容易对被执行人的肖像权、名誉权、隐私权等精神性人格权造成不同程度的损害。

^① 参见徐隽：《用公正司法助力诚信建设》，载《人民日报》2021年5月13日，第19版。



表 1 6 家样本法院的信用修复标准差异化对比

样本法院	可申请信用修复标准	
	相同标准	不同标准
黑龙江省高级人民法院	(1) 被执行人已履行生效法律文书确定义务或人民法院已执行完毕的；(2) 被执行人有充分证据证明有到期债权已进入执行程序的；(3) 被执行人虽未履行，但同时具有经传唤于规定时间到达法院配合执行、严格遵守财产滚动申报规定、严格遵守限制消费令、配合法院处置现有财产、有部分履行行为及明确的履行计划五种情形的；(4) 双方当事人达成执行和解，被执行人承诺按期履行的；(5) 被执行人具有主动履行意愿，且提供充分有效担保的；(6) 被执行人有主动履行意愿和履行计划，生产经营状况良好，相关单位为其预期收益提供担保或提供充分证据证明的；(7) 申请执行人同意暂停对被执行人采取信用惩戒措施；(8) 其他积极履行生效法律文书确定的义务或主动纠正失信行为的	(1) 被执行人为其他企业生产、经营需要提供担保，积极配合法院执行，且有证据证明其本身生产经营情况良好的；(2) 企业的法定代表人及其家庭成员为企业生产、经营需要提供担保，而被列为被执行人，积极配合法院执行的；(3) 被执行人确因自然灾害、重大突发公共卫生事件、生产运输管控等不可抗力因素暂时无法履行生效法律文书确定的义务，或因抢险救灾、疫情防控等公共利益需要，不宜纳入失信被执行人名单的；(4) 全日制在校学生因“校园贷”纠纷成为被执行人的（江西省高级人民法院无此规定）
江西省高级人民法院		
山东省威海市中级人民法院		(1) 被执行人暂无履行能力，在列入失信被执行人名单后，被执行人积极履行法定义务达到申请执行人或者人民法院认可的必要比例的；(2) 人民法院依法裁定不予执行或者终结执行的；(3) 被执行人的法定代表人或负责人职务变更且其又非公司或企业实际控制人的；(4) 情况紧急，继续失信惩戒可能给被执行人造成重大损失，经被执行人申请、人民法院审查同意的
福建省三明市中级人民法院		(1) 终结本次执行程序后，经网络查控系统查询被执行人财产两次以上，未发现有可供执行财产的，且申请人或其他人无法提供有效的可供执行财产线索；(2) 企业法人因审判监督或破产程序，被依法裁定中止执行的
浙江省宁波市鄞州区人民法院		无
江苏省睢宁县人民法院		无

表 2 6 家样本法院不予信用修复标准差异化对比

样本法院	不予信用修复标准	
	相同标准	不同标准
黑龙江省高级人民法院	(1) 以伪造证据、虚假诉讼、虚假仲裁、虚假承诺等方法恶意规避、逃避执行的；(2) 以伪造、暴力、威胁等方法妨碍、抗拒执行的；(3) 其他有履行能力而不履行的情形	(1) 涉及特别严重的违法失信行为的；(2) 隐藏、转移、故意损毁或无偿转让财产、以明显不合理的低价转让财产的
江西省高级人民法院		无相关规定
山东省威海市中级人民法院		无相关规定
福建省三明市中级人民法院		(1) 违反《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》的失信行为；(2) 有拖欠工资违法失信行为被纳入“失信企业黑名单”，因被执行自己（非担保）债务在国家信用信息系统、征信系统等信用信息平台有不良记录

续表

样本法院	不予信用修复标准	
	相同标准	不同标准
浙江省宁波市鄞州区人民法院		无不同点
江苏省睢宁县人民法院		(1) 具有拒绝报告或者虚假报告财产情况，违反限制高消费及有关消费令等行为的； (2) 伪造、毁灭其履行能力的重要证据，妨碍法院查明其财产状况的； (3) 拒不履行法定行为，致使判决、裁定无法执行的

3. 修复流程不规范，人格权与财产权保护失衡。从修复程序来看，6家样本法院的信用修复流程呈现出零散粗略问题，且不同法院信用修复程序差异性明显，其核心程序缺乏规范性和统一性。在修复回转程序上，4家法院规定了修复回转程序，2家法院无此规定；在异议程序上，1家法院规定了当事人异议程序，3家法院仅规定了申请执行人异议程序，2家法院无此规定（见表3）。与此同时，在样本法院现有的修复程序中，一方面，大部分被执行人仅有提出申请修复的权利，却没有程序参与权和事后救济权，这会导致被执行人知情权与申辩权保障不充分；另一方面，所有样本法院中均未规定信用修复期限，而信用修复期限的不确定性容易导致债权人债权得不到及时有效的保护。因此，缺乏一套统一规范、行之有效的运行程序，会造成债权人财产权与被执行人人格权的冲突。

综上所述，信用修复制度在实践中存在的修复标准不统一、修复途径不全面、修复流程不规范、修复期限缺失等现实问题，导致申请执行人的财产权与被执行人的人格权保护在一定程度上失衡。

表3 6家样本法院信用修复制度的程序性差异对比

样本法院	规范性文件	修复程序
黑龙江省高级人民法院	《失信被执行人信用修复的实施意见（试行）》	提出申请—法院受理审查—作出决定（同意的须报执行局长或分管院长签发）—推送修复信息—滚动式审查（修复回转程序）
江西省高级人民法院	《建立失信被执行人信用承诺和信用修复机制的实施意见（试行）》	提出书面申请—法院受理审查—作出决定（同意的须报院长批准）—公示修复信息（向相关单位出具证明文件）—当事人异议程序
山东省威海市中级人民法院	《失信被执行人信用修复实施办法》	无相关信用修复程序



续表

样本法院	规范性文件	修复程序
福建省三明市中级人民法院	《关于构建失信被执行人信用修复机制的实施意见（试行）》	提出申请—法院受理审查—征求债权人意见—债权人有异议的一组成合议庭评议（必要时可召开听证会）—作出决定（同意的须报执行局负责人或分管院长审批）—推送修复信息—申请执行人异议程序—滚动式审查（修复回转程序）
浙江省宁波市鄞州区人民法院	《失信被执行人信用修复激励办法》	提出书面申请—法院受理后组成合议庭进行评分制审查—作出决定—暂停惩戒措施—推送修复信息—申请执行人异议程序—滚动式审查（修复回转程序）
江苏省睢宁县人民法院	《失信被执行人分级惩戒和信用修复机制》	提出书面申请—法院受理审查—作出决定—申请执行人异议程序（组织听证）—推送修复信息

二、信用修复制度中修复标准类型化界分

“当抽象的一般概念及其逻辑体系不足以表达某生活现象或意义脉络的多种表现形态时，大家首先想到的思考形式是类型化。”^① 鉴于各地法院的信用修复标准种类异多，缺乏规范统一性，笔者在深入对比分析各地法院信用修复规范性文件的基础上，对各地法院的信用修复标准进行了类型化界分，共归纳出 3 种信用修复标准类型（见表 4）。

表 4 样本法院信用修复审查标准类型化归纳表

序号	归纳类型	主要情形
1	积极履行型	积极履行型包含履行完毕和程序终结两种情形： （1）履行完毕情形。一是被执行人已履行生效法律文书确定义务；二是已被人民法院执行完毕的；三是当事人达成了执行和解协议且已履行完毕的；四是被执行人有充分证据证明有到期债权已进入执行程序的；五是法院对被执行人采取查封、扣押、冻结等措施的财产足以清偿生效法律文书确定的全部债务。 （2）程序终结情形。一是因审判监督或破产程序，人民法院依法裁定中止执行的；二是人民法院依法裁定不予执行或终结执行的。
2	承诺担保型	承诺担保型包含人格担保、财产担保和积极配合三种情形： （1）人格担保情形。当事人达成执行和解，被执行人承诺按期履行的。 （2）财产担保情形。其包含两种情形：一是被执行人具有主动履行意愿，且提供充分有效担保，经申请执行人同意的；二是被执行人有主动履行意愿和履行计划，生产经营状态良好，相关单位为其预期收益提供担保或提供充分证据证明的。 （3）积极配合情形。同时包含四种情形：一是经法院传唤于规定时间到达法院配合执行；二是严格遵守财产滚动申报规定；三是严格遵守限制消费令；四是配合人民法院处置现有财产。

① [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 337 页。

续表

序号	归纳类型	主要情形
3	特殊兜底型	一是被执行人确因自灾害、重大突发公共卫生事件等不可抗力因素导致暂时无履行能力的；二是被执行人因抢险救灾、疫情防控等公共利益需要，不宜纳入失信名单的；三是情况紧急，经被执行人申请，继续对被执行人进行失信惩戒可能给被执行人造成重大损失的，人民法院审查同意的；四是被执行人是为其企业生产、经营需要提供担保，且本身生产经营情况良好，积极配合法院执行的；五是企业的法定代表人及其家庭成员为企业生产、经营需要提供担保而被列为被执行人，且配合法院执行的；六是被执行人的法定代表人或主要负责人职务变更且其与执行案件无关联的；七是被执行人有其他积极履行法律义务或主动纠正失信行为的；八是全日制在校学生因“校园贷”纠纷成为被执行人的；九是人民法院认为应当进行信用修复的其它情形。

（一）履行完结型

对于已全部履行法律义务或者虽暂未履行但客观上已具备履行能力的被执行人，法院应该及时进行信用修复。通过屏蔽“黑名单”、删除失信信息、开展修复声明等方式，尽快将被执行人的人格尊严、名誉权、生活安宁权等精神性人格权恢复至失信惩戒前。

案例一：黄山某建筑工程有限公司信用修复案。黄山某建筑工程有限公司因受疫情影响项目资金断裂，无力按时支付工程进度款，被多家分包单位诉至法院，后被纳入失信被执行人名单。因信用留下“污点”，导致公司在招投标、贷款、投资以及享受政府政策扶持和补贴方面都受到限制，经营一度陷入困境。该公司在得知信用修复消息后积极联系法院，主动配合法院执行，并提供 6000 平方米的厂房供法院查封作为还款担保。后在多方协调下，该公司与多位申请人达成执行和解协议，约定分期付款。歙县法院在申请人均同意下暂时解除了对该公司的信用惩戒措施。不久后公司全部履行了案件执行款，法院决定对重信守诺、如期付款的该公司作出信用修复决定书。^①

从该案例可以看出，法院对符合修复条件的困难被执行企业予以暂时解除信用惩戒措施，并在全部履行后出具了信用修复决定书，这不仅保护了被执行人企业的名称权、名誉权，还实现了债权人的财产权，呈现出债权人与债务人共赢效果。

（二）承诺担保型

承诺担保型在司法实践中广泛存在，与履行完结型相比，不同点在于其主要是为“诚实而不幸”的被执行人提供一个修复“信用裂痕”的机会。换言之，此类型是对未履行或未全部履行的善意被执行人在符合一定条件下可申请信用修复，即通过暂停失信惩戒、删除失信名单等修复方式来保护被执行人人格尊严、姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等精神性人格权，以实现其“造血再生”功能，提升履行能力。但是，

① 参见姚侠：《歙县法院发出首份信用修复决定书》，载《潇湘晨报》2021 年 3 月 12 日，第 3 版。



此类型在某种程度上可能导致债权人的债权无法及时兑现,还会导致其债权一再贬值,损失更多的应得收益。

案例二:宁波叶星文化教育培训机构信用修复案。宁波叶星文化教育培训机构因受疫情影响导致经营受挫被迫暂停门店,因无法返还投资人的投资款被诉至法院,随后被列入“黑名单”,但“黑名单”标签严重阻碍了该机构融资,影响了其恢复经营,该机构主动向江北区法院申请信用修复。因其具有履行意愿且提出了分期履行方案,法院在综合考虑其履行能力和配合执行情况后,将其从失信名单中屏蔽。之后,该机构顺利申请到了银行贷款,妥善解决了纠纷,亦逐渐恢复经营。^①

案例三:苏某信用修复案。苏某因银行贷款纠纷而被法院列入“黑名单”,使其在工作、生活等方面受到限制。苏某得知江西省高级人民法院出台信用修复制度后主动提交了申请,且积极承诺配合法院执行,不进行任何非生活和工作必需的消费,并如实申报了个人财产状况,将其个人工资账户交由法院冻结划扣。东湖区法院在征得银行同意后暂停对苏某的信用惩戒,并解除了苏某的黑名单,这让苏某的生活重新步入正轨。^②

从案例二、案例三可以看出,被执行人在被列入“黑名单”后,其精神性人格权、财产权均受到了不同程度的损害。法院积极开展信用修复,通过对主观上有积极履行意愿,客观上达成执行和解协议或提供有效担保等被执行人暂停信用惩戒方式来恢复其名誉权、隐私权,以解除其工作上、生活上等各种限制。通过“放水养鱼”的方式实现社会整体利益最大化,从而达到法律效果与社会效果的统一。

(三)特殊兜底型

特殊兜底型主要指被执行人确因不可抗力因素或公共利益需要或其它一些特殊情形导致暂无履行能力的情形。针对全日制在校生因“校园贷”纠纷成为被执行人的特殊情形,2020年最高人民法院已明确一般不得对该类在校生采取纳入失信名单或限制消费措施。因在校学生大都属于未成年人,其经济观、财产观尚不成熟,在面对网贷公司的暴力催债时往往处于弱势地位,若把在校学生纳入失信名单不仅会对其精神性人格权造成不可苛减的严重影响,还会对其今后在校学习、找工作和创业等产生影响,更容易产生“误伤”后果,引发一系列的社会问题。从社会恶性的角度而言,全日制在校学生被诱贷后无法及时还贷的失信行为远比一般失信被执行人恶意躲债的社会恶性小得多。反之,从社会效率的长远角度而言,暂时不对全日制在校学生采取失信惩戒,不仅可以让其安心完成学业,在就业以后有机会创造更多社会价值以清偿债务,还能保护在校学生享有向往美好生活的权利,即享有体面生活、安宁生活和幸福生活的权利。

^① 参见余建华、余宁:《浙江宁波:“正向激励+信用修复”优化营商环境》,载《人民法院报》2020年6月29日,第8版。

^② 参见陈璋、张浩涛:《南昌市东湖区法院完成首例信用修复案例》,载《江西日报》2020年9月7日,第9版。

案例四：宁德市某生物科技企业信用修复案。宁德市某生物科技企业主要从事无患子委托生产和销售，该企业在一起追偿权案件中与另一家企业承担连带偿还责任。因无力偿还债务，两家企业相继被法院“拉黑”，导致该企业在贷款、投资以及享受政府政策扶持和补贴方面都受到限制，经营一度陷入困境。该企业积极向周宁法院提交信用修复申请，不仅如实申报财产，还承诺会严格遵守财产滚动申报规定和限制消费令，会积极配合法院执行工作，并将企业名下的1万多亩森林资源作为抵押物。法院在综合考虑案件相关情况后同意暂时解除信用惩戒，帮助企业恢复生机，让企业又重新回到正轨。^①

案例五：宁波某医疗器械公司信用修复案。宁波某医疗器械有限公司是一家专业从事医疗器械制造的企业，此前因为另一家公司提供债务担保而陷入诉讼纠纷，成为失信被执行人。疫情暴发后，该公司的主打产品医疗床、抢救车等成为抗击疫情的紧缺物资，陆续接到大批医疗器械采购订单，但“失信”的标签“卡了脖子”，导致贷款受挫，原料库存紧缺。该公司遂申请信用修复，提出可行的履行方案并提供相应的担保。宁海法院经核实研判后，认为该公司仍在正常生产，具有一定的财产及履约能力，遂对该公司作出了暂停信用惩戒的信用修复决定。^②

案例六：周先生信用修复案。周先生从事汽车销售业务，为经营合伙人提供担保却未能如期偿还，成了“黑名单”中一员，导致公司经营举步维艰。后受疫情影响更是雪上加霜，导致暂无履行能力。周先生在得知信用修复制度后向法院申请，不仅如实申报财产、积极配合法院执行工作，还承诺严格遵守限制消费令。福鼎法院在征得银行同意的情况下暂时解除信用惩戒措施，让周先生的公司重新步入发展正轨。^③

从案例四、五、六可以看出，信用修复制度在疫情当下展现出强大的生命力，鉴于某些特殊情况，法院在综合考虑案情、核实研判后依职权可直接决定对困难被执行人人格权进行修复，以帮助其渡过难关。

三、信用修复制度中人格权与财产权的衡平保护

（一）人格权与财产权保护观念之流变

1. 事先预防理念。保障被执行人基本权利是信用修复的应然属性，信用修复的实

① 参见郑少华、戴玲玲、钱承卫：《福建宁德：信用修复，让他们走出“黑名单”》，载《人民法院报》2020年9月23日，第5版。

② 参见余建华、余宁：《浙江宁波：“正向激励+信用修复”优化营商环境》，载《人民法院报》2020年6月29日，第8版。

③ 参见郑少华、戴玲玲、钱承卫：《福建宁德：信用修复，让他们走出“黑名单”》，载《人民法院报》2020年9月23日，第5版。



质是一种生态修复,其恢复的是包括信誉利益乃至名誉权的权益和人格方面的资格,其深度修复的是诚信社会生态,全面矫正的是价值导向。^①然而,失信惩戒全方位影响着被执行人人格尊严。人格权不同于财产权,人格尊严权的损害后果具有不可逆性,即对侵害被执行人姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等人格权造成损害后果的,就难以恢复到之前的圆满现状。因此,对被执行人人格权的保护既要注重对侵害人格权损害后果的救济,更要注重对侵害人格权行为的事先预防。概言之,信用修复体现了对被执行人人格权侵害行为的事先预防理念。

2. 适度宽恕理念。面对纷繁复杂的社会生活,每个人都有可能存在着失信行为。事实上,造成失信行为的原因纷繁多样,可能是恶意,也可能是过失所致。现实生活中,对于失信被执行人的认定也存在着“误伤”的可能。一方面,从社会可期待性而言,如果法院不对“诚实而不幸”被执行人予以适度宽恕,不主动保护其人格尊严权、名誉权、隐私权及生活安宁权,就会降低这部分被执行人对美好生活向往的可期待性,亦会让其在长期的失信惩戒下“丧失羞耻感”,从而形成恶性循环,导致个人与社会“双输”。另一方面,如果长时间不能给予失信被执行人有效的信用修复机会,就会让其背上“终身失信”的黑锅,这明显违背了公平公正的法治原则,亦不利于我国社会信用体系建设。因此,信用修复体现了对“诚实而不幸”被执行人人格权和财产权的一种适度宽恕。

3. 弱者保护理念。法律固然不是抹平强弱的工具,但法律必须担当起扶助弱者的责任。^②在国家强制执行力量面前,被执行人处于弱势地位,其合法权利容易受到侵害。一方面,从弱者权利保护而言,在惩戒被执行人时要重视保护被执行人名誉权、隐私权等精神性人格权,让“诚实而不幸”被执行人亦享有安宁生活、体面生活、幸福生活的权利,这不仅是法律人道主义的体现,更是构建和谐社会的根基。另一方面,从司法实践而言,由于法院长期存在功利主义倾向,重失信惩戒轻权利保护的现象层见迭出,导致失信惩戒效果与被执行人人格权保护之间失衡。因此,信用修复制度体现了法律对处于弱势地位的被执行人人格权予以暂时性权利保护,彰显了人文关怀的价值理念。

(二) 人格权与财产权应衡平保护

人的姓名、肖像、名誉作为人的社会标识和价值载体,呈现出对人的一种社会评价,对保障每个人享有体面生活、安宁生活、幸福生活具有基础性功能。任何损害、限制和滥用均会影响人格尊严、侵害人格价值、危害人的权利。^③人格权是宪法性基本人

① 参见谭波:《信用修复的权利属性、发展路径及权利构造》,载《辽宁师范大学学报(社会科学版)》2021年第2期。

② 参见胡玉鸿:《法律如何面对弱者》,载《政法论丛》2021年第1期。

③ 参见汪习根:《论民法典的人权精神:以人格权编为重点》,载《法学家》2021年第2期。

权而非一般人权，是不可剥夺、不可逆性的权利。在法治国家里，法律对每个人的基本权利和正当利益都应当予以无差别保护，被执行人的合法权益保护也不例外。因此，法律理应保护被执行人的人格权。

有关人格权与财产权的关系，理论界和实务界存在着不同的观点，有的认为人格权是非财产性的权利，并不以一定的财产利益为内容；有的认为人格权也具有一定的财产利益，与财产权具有相互转化的可能性。^①

从理论层面而言，失信惩戒的实质是财产权对人格权的一种索取行为，但这种索取应当控制在适当地限度内，当债权人索取达到一定的临界点时，应当立即禁止并适当避让，甚至应当采到适当的修复措施。^②而信用修复的实质却是财产权对人格权的一种适当避让，即债权人对不可让渡的被执行人人格利益要予以适当容忍和退让。从社会一般价值上看，法律通过暂时优先保护被执行人人格尊严权、生活安宁权来提高其履行能力，最终更好地保障了债权人债权。

当前，法院执行工作不再以实现债权人债权的效率与效果作为唯一考量因素，而是综合衡量被执行人生存权及相关权益，利害关系人的利益乃至社会公共利益，以实现社会整体利益价值最大化。^③换言之，既不能为实现债权人债权而让被执行人长期丧失肖像权、名誉权、隐私权等精神性人格权，亦不能为修复被执行人人格权而让债权人债权遭受到不必要的价值减损。

在人格权与财产权保护中求取最佳平衡点，以最大限度地释放社会整体利益效应，就应当遵循比例原则，即法院在信用修复时应当充分考虑实现修复设定的目标和科学选择适当性手段，从而保障债权人和债务人利益之间的平衡。具言之，一是合目的性原则。如前所述，失信惩戒只是一种手段，而非目的，信用修复的直接目的是为了在保护被执行人人格权益的前提下更好地实现债权人的债权，其追求的社会价值是为了达到社会整体利益价值最大化，因此，其所追求的目的和价值是正当的。二是必要性原则。以“法律后果”为导向来考量手段的必要性，即法院在信用修复时应当选择对债权人债权造成损害最小的方式，既能保护被执行人人格尊严、名誉、生活安宁等不可苛减的精神性人格权，又能最大程度地节约司法资源，还能加快推进社会信用体系建设，优化法治化营商环境。三是均衡原则。要求信用修复的手段与目的“合比例性”，信用修复制度只是给“诚实而不幸”的被执行人提供一个重获社会信用评价、重塑个人名誉、恢复个人信息控制的机会，并非针对所有的失信被执行人。一般情况下，对于那些主观恶性较大、多次失信仍不悔改的以及涉及严重违法的失信被执行人就应当

① 参见黄薇：《中华人民共和国民法典人格权编解读》，中国法制出版社2020年版，第12页。

② 参见石春玲：《财产权对人格权的积极索取与主动避让》，载《河北法学》2010年第9期。

③ 参见陈杭平：《“善意执行”辨》，载《华东政法大学学报》2021年第2期。



拒之门外，不予信用修复。反之，如果让每个失信被执行人在任何时段、任何情形下都可通过信用修复重塑其信用，必将严重影响当前的失信惩戒效果，亦会导致部分失信被执行人肆无忌惮，不计失信成本而形成恶性循环。

四、信用修复制度的标准框定与程序规制

司法实践中，既要通过强制执行的实效性以实现债权人的财产权益，又要重视保护被执行人人格权等基本权利。倘若以牺牲被执行人的人格尊严、名誉权、生活安宁权等为代价来实现债权人的债权，其结果也是不公平、不公正的。

（一）构建分类信用修复的审查标准

根据被执行人失信程度、失信过错、失信行为类型以及失信行为所造成的后果等因素，将被执行人分类为“绿、黄、黑”三类失信信用等级，并对应纳入“绿、黄、黑”名单，对其信用实行“可顺可逆”的分类分级升降动态式修复（见表 5）。

1. 执行完结型的审查标准。经法院敦促后，可将此类型的被执行人纳入“绿名单”进行修复，法院可依职权进行审查，对符合修复条件的被执行人可直接从“绿名单”中退出，并屏蔽、删除相关失信信息。与此同时，屏蔽、删除失信信息的局限是不能“全网”删除，余留的“非官方”信息仍存在侵害被执行人姓名权、肖像权、名誉权、隐私权、个人信息权等精神性人格权和财产权。在公共信用制度的语境下，通过新增修复信息实现有效修复的可行性相当高，应是更优的设计。^①因此，可通过增加修复信息来扩大信用修复方式，如在删除失信信息的基础上增加修复信息予以公示，信息内容上明确修复的理由和修复后的信用评定等。修复信息不仅要通过微信、官网等新媒体上公示，还要推送到当地信用办、信用中国网站等，最大程度地衡平保护被执行人人格权、财产权和社会公众知情权。

表 5 失信被执行人信用分级管理与分类修复表

序号	信用等级	概括情形	纳入名单分类	惩戒措施	可修复标准	修复措施
1	绿级	执行立案后，被执行人有履行能力但未履行法律义务的	绿名单	通过书面、短信通知等方式对被执行人进行信用提醒、约谈，以敦促其主动履行法律义务	履行完结型	直接从绿名单中退出（删除式修复 + 公示式修复）

^① 参见戴昕：《声誉如何修复》，载《中国法律评论》2021 年第 1 期。

续表

序号	信用等级	概括情形	纳入名单分类	惩戒措施	可修复标准	修复措施
2	黄级	未按照《执行通知收》规定的履行期限履行义务的被执行人，如不主动、不如实报告财产的，不配合财产调查核实的等	黄名单	向社会公开发布失信信息，对其可采取拘留、罚款、搜查、查封、扣押、冻结、扣划、拍卖等强制执行措施，还可与相关部门进行失信联合惩戒	承诺担保型、特殊兜底型	将其从“黄名单”降至“绿名单”（给予一定的承诺缓冲期和信用宽限期，并暂停对其信用惩戒）
3	黑级	存在妨碍、抗拒执行、规避执行，故意违反限制消费令的以及有履行能力而拒不履行债务等恶意失信被执行人	黑名单	除了可适用“黄名单”的惩戒措施外，还可将被执行人纳入失信黑名单进行惩戒	经过两年的失信惩戒考察期后，失信被执行人确已纠正失信行为，有履行完结型、承诺担保型、特殊兜底型等情形	一般情况下不予信用修复，符合特殊条件可将其从“黑名单”降至“黄名单”修复并暂停对其信用惩戒

2. 承诺担保型的审查标准。从目的论维度来看，信用修复是一项正向激励的柔性制度，其目的是给“诚实而不幸”被执行人提供一次改过自新的机会，即通过修复被执行人人格尊严、名誉权来提高其履行能力，更好地实现债权人的债权，以达到双赢效果。因此，可给予此类型被执行人一定的承诺缓冲期，在缓冲期内可把其从“黄名单”降至“绿名单”进行修复，并暂停对其信用惩戒措施。

3. 特殊兜底型的审查标准。如前所述，可给予此类型被执行人一定的信用宽限期，在宽限期内可将其从“黄名单”降至“绿名单”进行修复，并暂停对其信用惩戒措施。与此同时，法院可依申请向相关部门出具证明文件，以帮助被执行人恢复人格尊严、名誉权，以获取更多的财产权益。但在承诺缓冲期、信用宽限期间，若发现被执行人存在以修复为名转移财产、拖延执行等不符合修复标准的，应及时取消修复恢复惩戒，并纳入黄、黑名单，还可视情节轻重对其处以罚款、拘留甚至追究刑事责任，对于再次被纳入黑名单的不得再次申请信用修复。

4. 不予信用修复的审查标准。司法实践中，被执行人的失信行为是否具有可修复性，其认定标准可从被执行人的失信程度和失信次数两个层面进行考量。第一，从失信程度而言，严重失信行为的失信被执行人主观恶性大，其不仅严重破坏了法律秩序，还可能触碰法治底线，若将其与一般失信行为的被执行人等同纳入可修复范围，不仅会损害司法权威和司法公信力，还可能会树立错误的价值导向。当前，我国对严重失信行为尚无统一明确的定义，结合各地实践，可将 8 种恶意情形归纳为严重失信被执行人（见表 6），



一般情况下对此类被执行人不予信用修复。第二,从被执行人的失信次数而言,多次失信的“累犯”也应当不具有可修复性。根据累犯制度的理论根基——报应,失信“累犯”危害程度要比初犯的危害程度大得多,因为失信“累犯”往往漠视法院对上次违法失信行为的否定评价和处罚措施,而基于自由意志会再次发生违法失信行为。因此,对失信“累犯”的法律惩戒就要更加严厉,以减少失信行为复发率。

从社会信用体系欲取得的运行效果看,建立失信惩戒的目的不是要把失信被执行人永久地钉在耻辱柱上,而是要替申请执行人伸张权利和解决实际问题。对失信被执行人不仅要“治病救人”,更要在社会上震慑各种潜在失信发生的可能性,最终建立起诚实守信的社会环境。同理,对于被纳入黑名单的严重失信被执行人不能“一刀切”,对失信惩戒后已主动纠正错误的严重失信被执行人亦可以再给予其一次重塑个人信用的机会。因此,可将严重失信被执行人分为一般不予修复和绝对不予修复两种类型(见表6)。

表6 对严重失信被执行人不予信用修复的类型划分

序号	不予修复类型	包含的情形	修复情形
1	一般不予修复	(1)以伪造证据、虚假仲裁、虚假诉讼、虚假承诺等方法逃避、规避执行的;(2)以伪造、暴力、威胁等方法妨碍、抗拒执行的;(3)隐匿、转移、故意损毁财产或者无偿转让财产,以明显不合理的低价转让财产的;(4)无正当理由拒不履行执行和解协议的;(5)违反限制消费令的;(6)故意违反财产报告制度的;(7)违反《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》的失信行为;(8)存在其他有履行能力而拒不履行债务情形或不符合信用修复情形的	2年信用惩罚期过后,对确已主动纠正错误,且积极配合法院执行的严重失信被执行人,可将其从“黑名单”降至“黄名单”进行修复,并及时屏蔽或删除黑名单
2	绝对不予修复	发现严重失信被执行人在信用修复中再次发生恶意失信行为或涉及特别严重的违法失信行为的	不再给予信用修复机会

为树立正确的价值导向,恶意与善意的失信被执行人理应区别对待,对一般不予修复的严重失信被执行人,应当设定2年的失信惩戒期,即严重失信被执行人经过2年的期限后才可申请信用修复,对符合修复条件的可将其从“黑名单”降至“黄名单”进行信用修复,并及时屏蔽黑名单或删除失信信息。但是,若发现严重失信被执行人在修复过程中再次发生恶意失信行为或涉及特别严重的违法失信行为的,则重新将其纳入黑名单,并列入不再予以信用修复情形。

5. 合理界定修复期限。如前所述,信用修复期限的缺失导致了双方当事人的权利保护在一定程度上存在失衡。实践中,若将修复期限设置过长,则会严重损害到债权人财产权的及时有效实现;若期限设置过短,则难以有效保护被执行人名誉权、生活

安宁权，更难以达到信用修复的实际效果。因此，为了在保护债权人债权与被执行人人格权之间取得平衡，应设定一个科学合理的修复期限，一般情况下设置为1年，特殊情况下经法院批准或经申请执行人同意的可延长1年，这不仅可以衡平保护申请执行人债权与被执行人人格权，还可以催促被执行人在享有正常生活的前提下尽快提升自己的履行能力，及时履行债务。

(二) 构建信用修复制度的程序规制

1. 执前告知，构建同步式预警。为了激发失信被执行人“自我纠错”的积极性，让其能够享有正常体面生活的权利，法院在发出执行通知时要同步告知信用修复激励机制，或专门印有信用修复内容的书面告知书，随执行通知书一起发出，告知书上要详细列明申请修复所需的材料和证明、适用条件、申请程序等内容。

2. 全程留痕，推行评分制审查。法院在受理信用修复书面申请材料后，应当先由案件承办人进行综合审查，严格对照信用修复评分办法审核其信用情况，对其履行能力和各项配合执行的行为逐项进行审查评分。评分采用百分制（见表7），累计评分达到80分以上，再交由执行部门组成的合议庭进行合议，并根据合议结果制作决定书，并逐级层报执行局局长、分管院长、院长审签。

表7 被执行人申请信用修复激励考核评分表

序号		项目	分值	参考标准	评分
1. 必备要件项	1-1	经传唤于规定时间内到达法院配合执行	60分	四个条件同时具备时得基础分 60 分，只要其中一个条件不具备的，不得分	
	1-2	严格遵守财产滚动申报制度			
	1-3	严格遵守限制消费令			
	1-4	配合法院处置现有财产			
	1-5	有明确的履行计划并开始履行	40	分项得分	
2. 赋分评价项	2-1	作出信用承诺或与申请人达成和解协议并开始履行	40	符合其中一个条件即得满分 40 分	
	2-2	申请人同意暂停信用惩戒			
	2-3	按要求提供担保	10-40	提供 20% 担保得 10 分，担保每增加 10% 得 5 分，累计得分	
	2-4	未达成和解协议但有合理的履行计划或向法院作出信用承诺	10-20	向法院作出信用承诺的或履行 3 期以上得 10 分，履行 50% 以上的 20 分	
	2-5	相关单位是否建议暂停信用惩戒	10-20	工作单位提出建议并对预期收益提供担保的得 20 分，有创业良好前景的得 20 分，其他的 10 分	
综合评分					
承办人意见					
合议庭意见					
院长意见					



3. 滚动考核, 实行回转式修复。为防止被执行人借“信用修复”之名消极执行、拖延执行, 对已获得信用修复的被执行人, 应当每隔 3 个月重新进行一次评分。一旦发现被执行人在滚动考核评分中无法达标或存在不得信用修复情形的, 应立即取消信用修复, 依法重新对被执行人进行失信惩戒, 限制其在一年内不得再次申请信用修复。

4. 全面规制, 健全程序性救济。在信用修复过程中, 当事人应当有权参与到具体的修复程序中和事后异议救济程序中, 实现与法院的理性对话。因此, 信用修复应当呈现出一种法院与当事人的理性沟通过程。即应设置异议抗辩程序进行权利救济, 赋与申请执行人、被执行人对信用修复决定结果的异议和复议权利, 有利于衡平保护被执行人精神性人格权和债权人的债权。

(三) 建立承诺宣誓保证制度

宣誓制度不仅能激活公众的共同情感、引领公众的同向行为, 还具有强制性的约束功效和责任追究功效。^①《德国民事诉讼法》对债务人的代宣誓保证制度进行了详细规定, 即债务人在提交财产报告时必须在执行员面前进行宣誓, 以保障财产报告内容的真实可靠, 避免债务人恶意转移财产。^②信用修复可以借鉴德国代宣誓保证制度, 即在信用修复前, 被执行人在提交书面承诺书的同时, 面向执行人员和申请执行人以人格担保方式进行宣誓, 并全程录像, 以保证其承诺内容真实可靠。与此同时, 还要在官方网站、微信等媒体上公开宣誓承诺的内容及视频, 且在誓词中要如实报告失信反省、信用整改情况等相关信息。

(责任编辑: 王文斌)

^① 参见温恽彬、陈小鲁:《宪法宣誓制度功效探析》, 载《重庆社会科学》2021 年第 2 期。

^② 参见杨柳:《德国民事执行之代宣誓保证制度的历史与发展》, 载《法治研究》2013 年第 2 期。

人民法院在预重整中的角色定位研究

薛淑娴 赵从尚*

内容摘要：预重整作为破产程序中拟创制的特殊前置程序，旨在以更少的司法介入为市场主体提供挽救措施。当下各地预重整探索中法院功能定位混乱，存在将预重整程序视为的一种行政手段的倾向，与预重整规则的本义背道而驰。为契合市场化破产需要，在预重整程序设计中，运用成本收益理论对预重整制度司法配置进行效率分析，将预重整制度路径的选择纳入制度的成本收益和对制度的影响力这两个变量之中，构建一个多维度多变量的分析框架。将法院和市场主体进行二元复合，建立“司法配置+市场配置”相融合的预重整制度，修复、促进市场主体以有效协商为核心，以法院发挥保障引导作用为辅助，引导私权回归，摆脱传统司法模式羁绊，实现预重整设计配置的帕累托最优。

关键词：预重整；成本收益理论；市场配置；司法干预

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)04-173-184

预重整是当前破产领域最受追捧而又饱受争议的话题。在我国现行经济、社会及司法环境下，关于预重整的探索呈现出以法院为主导、在庭内完成的趋势，有学者称之为“通过司法权力向预重整的扩张”^①。然而，这种由司法权主导的过度干预，致使预重整程序本身丧失了司法引导下的市场自治功能，尤为显著的是市场化破产趋势——市场机制与破产规则之间的互动情形，与市场机制所蕴含的价值规律和竞争法则真正地发挥在资源配置中起决定性作用的功能相悖。^②法院对预重整的过度干预，造成的后果不只是司法职权配置不合理、司法资源浪费，从法经济学的成本收益角度看，法院过度干预面临的成本还包括挤出效应带来的负面评价。如果司法机关能够顺应时代趋势，调整司法权的配置，将能够有效节省管理成本，提高治理水平。

* 薛淑娴，山东省威海市中级人民法院民四庭法官助理；赵从尚，昆明理工大学法学院。

① 王欣新：《预重整的制度建设与实务辨析》，载《人民司法·应用》2021年第7期。

② 参见陆晓燕：《“府院联动”的建构与边界——围绕后疫情时代市场化破产中的政府定位展开》，载《法律适用》2020年第17期。



一、预重整制度探索中的异化

施行营商环境评价以来,各地法院均对预重整制度进行了积极探索(见表1),但尚属起步阶段,缺乏立法层面的顶层设计,未形成全国范围内统一的司法实务指引。实践探索中存在不同模式,但对基本性质有错误认识的倾向。预重整制度创新的扩散并不必然意味着该制度的正向变迁与绩效获得,反而在实践中存在组织退耦的现象。

表1 部分地方性预重整规范要点及法院参与度情况

文件名称	温州市政府《企业金融风险处置工作府院联席会议纪要》	《成都市中级人民法院破产案件预重整操作指引(试行)》	《北京破产法庭破产重整案件办理规范(试行)》	《深圳审理企业重整案件的工作指引(试行)》	《南京市中级人民法院关于规范重整程序适用提升企业挽救效能的审判指引》	《重庆市第五中级人民法院预重整工作指引(试行)》
程序启动	政府	法院	法院	法院	法院	债务人庭外+法院
适用条件	—	1. 大规模; 2. 债务人配合; 3. 申请人须预缴费用	债务人配合	1. 债务人同意且配合; 2. 大规模	1. 债务人同意; 2. 获得政府、主管部门等支持意见; 3. 大规模	1. 预重整的对象是具有挽救可能; 2. 有能力与主要债权人开展自主谈判
耗时(月)	6+3	3+2	—	4+1	6+3	不定期/3
执行与保全情况	—	本市辖区中止	必要时可以裁定保全	中止执行; 必要时可以裁定保全	—	协商中止
管理人选任	政府/协商	竞争/推荐/法院直接指定	协商/法院指定	协商/法院指定	法院	协商/法院指定
效力延伸	继续有效	一致则视为表决同意	一致表决视为同意	一般继续有效	同等情况视为同意	一致同等情况视为同意
法院参与度	中	高	高	高	高	弱

(一) 预重整制度实践探索的三种模式

当市场机制无法形成有序预重整制度流程时,这就导致了市场失灵。当事人因此求助法院,希望借“有形之手”渡过难关。现有制度框架下法院唯一能尝试的方案就是利用掌控下的制度指引来解决市场未能解决的问题。但法院受其本身属性、禀赋和身份的局限,无法像市场机制一样形成一个既逻辑自洽又让各方都满意的价格“最优解”。其后,囿于法院对破产重整时间效率及成功率的乏力,既有研究当然地认为是“方

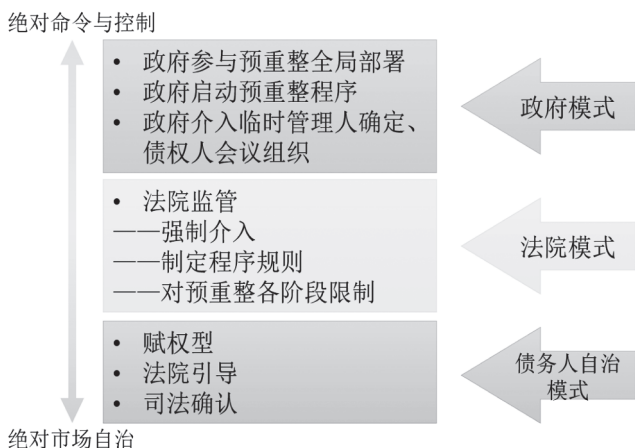


图1 预重整程序三种模式示意图

法”还不够高明，而没有想到可能是“方向”不准确，其执着于“不断优化法院制度设计”的路线，试图运用各种直接、间接手段更准确地算出预重整“真实价值”好让法院据此制定规则。^①按照法院、政府介入的强弱程序，基于从控制到自治的两级演变，现有预重整制度探索大体有三类（见图1）。

1. 政府主导模式。典型代表是浙江温州，该模式下无论预重整工作的全局部署，还是具体个案的程序节点，均渗透着浓郁的行政色彩，故谓之“政府主导”。此种模式虽然能发挥政府部门在维稳、职工安置、资金引入等方面的资源优势，但从政府的职能边界及角色定位检视该模式，此种强大的府院联动为依托、政府强势介入的预重整模式既不符合预重整制度的设计理念，亦不具有可复制性、推广性。^②

2. 法院主导模式。该模式下，预重整工作启动发生在债务人或债权人向人民法院提起破产申请之后、法院裁定受理前。法院接受申请人的预重整申请后，委派临时管理人对债务人是否具有重整价值或可能性进行预先调查，并制定预重整计划草案进行预表决，由法院决定是否受理重整申请。这种方式以北京、深圳、南京、苏州等地区的操作方式最为典型，法院起了程序推进的主导作用。

3. 市场自治模式。该模式强调并重申“预重整”庭外重组的本质属性，认为对于预重整而言法院的角色定位应主要限于提供健全的制度供给，充分尊重当事人的意思自治，而非插手具体工作，法院仅需要审查预重整协议的形成程序和实质内容是否符合法律规定。该模式以重庆第五中级人民法院《预重整工作指引（试行）》最具代表，该指引将预重整区分为“破产申请前的预重整”以及“破产申请审查阶段的预重整”。对于破产申请前的预重整，法院遵循“不介入”原则，在预先提供制度供给的前提下，其作用在于事后审查，即通过对受理重整申请后的批准条件进行规定，要求当事人按照规定进行预重整，否则其预重整取得的成果不能获得法院批准，强调预重整是受规则约束的庭外重组的本质特征。对于破产申请审查阶段的预重整，当债务人向法院申

① 参见刘嘉明：《标准必要专利定价困境与出路——“法院—市场主体”二元复合解决模型的构建》，载《法学杂志》2021年第1期。

② 参见王静：《我国预重整模式的实证分析》，载微信公众号“中国破产法论坛”，2020年11月2日。



请重整并同时提交预重整申请的,由法院进行备案登记,出具预重整备案通知书,在临时管理人选任上优先由债务人与主要债权人自行协商确定,该情形下,法院的自我定位也只是适度介入,并不主动干预。

通过数据对比不难看出,三种模式中,法院主导模式被大多地方所采用,各地对预重整的制度构建都倾向于发挥公权力主导作用,解决模式是一元论,具有将预重整演化成法院主导下的一个庭内程序的趋势。预重整虽然在各地都有实践探索,却忽视了在诉中阶段进一步促进市场主体的“充分协商”。

(二) 预重整制度生成困境:情境转换、内生阻滞与路径探索

预重整作为一项制度创新载体的组织形式在各地法院得以建立,却未采取实质性行动,没有真正实现其预期功能,导致组织形式与组织行为逻辑关系的断裂。

首先需要对政府、法院主导下预重整的功能发挥逻辑进行梳理。预重整功能发挥是一个完整的逻辑链条,受到诸多变量的影响。从政府、法院主导的预重整制度预期设计来看,试图通过以行政手段来解决预重整责任,以倒逼市场资源,借助组织权威推动市场治理力量的整合,在此基础上,实现破产重整的优化、重整成功率提升、执行力强化,最终达到市场救治和功能改善的目的。^①然而,在这个漫长的逻辑链的不同阶段都存在断裂的风险。情境转换和内生因素阻滞构成政府、法院主导型预重整制度困境的核心因素。

1. 预重整具体情境各有不同。以政府主导模式的浙江温州为例,因该地区经济活跃,企业更新转型快,进入破产程序的企业基数较大,而实践中破产重整期限长,债务清偿率低,债权人特别是金融债权人失去对债务人重整的信心等诸多问题,导致温州地区分类处置“僵尸企业”的效率低下。危机情境下的温州市政府在预重整程序中借助政府力量迅速实现了政策、资源的集聚,借助政府管理职能和公信力、协调力,极大地强化了债务人企业、债权人的互动和政策执行力。如果说危机情境下借助政府主导模式尚能够实现高效的信息沟通和指挥协调,那么常态情境下的法院主导制对预重整而言,制定该制度并非应对危机,而是常规性制度探索实践的问题。情境转换下法院主导制面临着新的问题:预重整制度的执行力度削弱和配套制度短缺。预重整主要是大额债权人参与程序,通常不会大范围公开进行,为债务人提供无缝衔接到成功重整的可能,极大地降低了进入重整程序给债务人声誉带来的影响。预重整的保密性优势有助于实现对债务人企业高效、低成本的拯救,而一旦由司法提前介入,这种保密性就很难维系,进行预重整的初衷就难以实现,使预重整制度功能发挥逻辑链在嵌入情境过程中发生了断裂。

2. 内生阻滞与路径探索。预重整作为一项移植的外来制度,并非我国内生的结果,

^① 参见熊烨、赵群:《制度创新扩散中的组织退耦:生成机理与类型比较——基于江苏省两个地级市长制实践的考察》,载《甘肃行政学院学报》2020年第5期。

这一制度创新的运行嵌入我国的破产治理体系,受到内生性因素的影响和制约。从预重整制度的形成及发展历史来看,其本质上是经济主体基于现实需求,自然而然且自下而上发展而来的,既非法院的刻意设计,亦非政府力量自上而下的主导。但在我国,现实情况是“社会自治力量推动乏力,国家、社会、企业个体难以通过彼此之间的自治、互治形成有效共治”^①。法院不得不担负承前启后、承上启下的作用:一方面将司法触角向前延伸到重整受理之前,以解决破产重整失败各方不能承受之失;另一方面上通政府、下达企业及债权人各端,将整个重整前及重整后程序均纳入监督、引导范围,形成了具有中国特色的预重整制度。但这并不意味着我国的预重整制度已经找到了正确出路,司法裁判的被动性及中立性,决定了司法机关仅能在职能范围内对破产债务进行清理,但不具备整合社会资源、动员社会解决破产衍生问题的能力。

二、成本收益理论下预重整制度的方向性反思

成本收益理论是法律制度变迁的重要依据之一,也是研究预重整司法配置效率分析与法律制度选择问题的基础性理论,为预重整制度选择提供正当性依据。

(一) 预重整程序中法院与市场的互动关系

在预重整设计中运用成本收益理论分析前,需要对该程序中司法和市场边界问题进行界定。与单纯强调市场自治不同,实际上还应探讨的是在强调市场机制对司法干预完善的作用。因此有必要厘清在预重整监管中司法和市场之间可能产生的关系。

第一层次是预重整制度中司法干预和市场机制的主辅作用关系,即预重整程序设计中究竟是主要通过司法控制达致预重整目标,还是主要通过市场机制的自我调节达成预重整目标。^②在政府、法院主导模式下,政府和法院是主导者,市场是被动的命令执行者;在自治主义模式下,市场是毫无疑问的主导者,但在规则等方面也有司法的部分参与。

第二层次是司法公权力对市场私权的作用关系,即在预重整设计中司法是通过公权力绕开或者放弃市场调节机制,还是通过司法监管积极促成市场机制发挥作用。在政府、法院主导模式下是通过部分的行政及司法强制促成整体市场机制的有效运行,行政及司法对市场机制的替代,而当事人自治主义则是政府消极地促成市场机制生效。

第三层次是市场对司法预重整监管的反作用,包括反馈和约束作用,即在经济全球化背景下,预重整市场本身形成的竞争机制会反过来促成司法监管及监管规则的自我完善与改革,最终形成最优的司法和市场的权力配置及互动关系。当然,三层关系

^① 陆晓燕:《“市场化破产”的法治内蕴》,法律出版社2020年版,第44页。

^② 参见姚辉、阙梓冰:《电商平台中的自治与法治——兼议平台治理中的司法态度》,载《求是学刊》2020年第4期。



之间本身也是相互作用、层层推进的。

（二）现有解决方案的误区

1. 预重整制度扩散适应性待评估。我国治理环境的异质性和复杂性决定了域外产生成效的预重整制度创新并不必然适合无差别的推广。此种情形下亟待增加对预重整制度发展方向正确性研究，在此基础上推动预重整制度创新扩散适应性评估。现有各种法院预重整制度设计已经陷入“探索—否定—再探索”的循环。首先，面对市场需求不假思索就认为司法应当包打天下，但实则法院还可以通过修复和促进市场主体谈判的方式来间接帮助预重整的形成，而非亲入其中。^①其次，法院过度参与效果不理想，认为是因为法院介入预重整的方式方法不够好，因此自然将“不断优化法院制度干预”作为努力的方向。再次，在法院预重整制度探索中，片面强调某些“核心要素”，并简单地认为强有力的司法介入、发挥司法主观能动性能够提高破产重整成功率。最后发现如此得出制度方式依然不理想，陷入继续重复探索新方法的循环。

2. 预重整制度的情境化再造欠缺。预重整作为一项嵌入地区情境的外来制度创新，从规范上而言需要一个情境化的过程，即在行政、司法和市场的互动下实现对制度创新的本地化再造，经此过程提高制度创新与移入地区的适应性。囿于传统思维对行政司法手段高强度的介入带来的显著性制度成果的依赖，我国的预重整制度陷入如何将行政司法手段更好地融入预重整的怪圈中。事实上，相比大量专注于如何优化行政司法手段的尝试而言，更应关注的是对“由法院主导是否妥当”这一方向性问题的反思。^②解决预重整制度设计问题的当前要务是对既往法院一元解决模式作出方向性反思，考察法院、市场主体在价格形成这一问题上的角色分工，以解决争议为导向，科学设置权利义务体系，设计联动机制，构建一套法院与市场主体优势协同互补的“二元复合解决模式”，使“市场的归市场、法院的归法院”。如此既能充分尊重和激发市场机制解决价格问题的能力，促进价格问题最大化地在市场机制内得到解决，又能借助法院的合理干预，划定必要的终局裁判底线，及时实现定分止争。

3. 制度成本的消耗。“建立一个正式程序要求资源投入，它保存社会行为和关系的模式并使它们固定化……要建立人们将一贯遵守的规则涉及更大的成本。”^③从制度演化来看，制度成本分为创立过程中的成本和实施过程中的成本。^④政府、法院主导型预重整模式的设立和运行都需要耗费大量公共成本，尽管浙江温州市政府主导模式下预重整在破产重整中发挥了重要作用，但在组织运行上需要政府资源的大量投入。法院主导型的预重整制度将会使法院为了制度的良好运行投入大量的司法资源，但在

① 参见李曙光：《我国企业重整制度亟待梳理》，载《资本市场》2012年第4期。

② 参见王欣新：《预重整的制度建设与实务辨析》，载《人民司法·应用》2021年第7期。

③ [美]彼得·布劳：《社会生活中的交换与权力》，孙非、张黎勤译，华夏出版社1988年版，第315页。

④ 参见张旭昆：《制度演化分析导论》，浙江大学出版社2007年版，第128页。

预重整成功的成绩归属上却并不集中在政府、司法部门，还分散到其他部门。成本集中和绩效归属分散成为造成预重整制度运行障碍的一个重要原因。

4. 预重整组织内生性因素培育匮乏。预重整制度的实施受到组织状况的影响，在缺乏制度支撑所需保障性条件的情况下，即使政策主观上全力推进新制度也存在被动退耦的可能。组织的内生因素包括组织成员的认知、配套制度、动力机制、组织文化、资源状况等，通过培育地方政府组织的内生性因素，增强政府组织承载制度创新的能力。以公权力为主导的预重整，虽然能用来化解债务危机、拯救危困企业，但由于缺乏法律程序的约束，可能被滥用于保护“僵尸企业”，导致债权人利益受损。鉴于司法目标与市场自治之间的差异，若制度设计中法院对预重整程序施以过度干预，会导致市场空间被挤压，预重整制度的效果被扭曲。“受到损害的不仅是破产法，而且是整个市场健康发展的基础。”^①倘若不对之加以约束，不仅难以成为市场自治的推动者，相反在很大程度上阻隔市场自治进入公共政策的通道，甚至直接替代了市场自治的角色。

三、成本收益理论引入预重整的应有之理

成本收益理论是法律制度变迁的正当性标准和依据。在指标配置实践中，司法配置在提高指标配置效率方面收效甚微，成本收益理论为指标行政配置改革提供了正当性基础，不仅可以弥补当前我国司法资源不足之缺陷，而且还能给预重整制度找到正确的路径导向，以满足当前社会矛盾化解与纠纷解决之需求，为社会治理提供制度保障。

（一）预重整制度中成本收益的核算方法

成本收益理论是追求利益最大化的分析方法，是主体行为的判定标准。预重整制度属于公共产品，在实践中也存在制度成本与制度收益问题。^②就某种制度而言，当其制度成本大于制度收益时，就会诱发制度变迁。当预重整指标配置的制度成本大于制度收益时，证明其处于资源供给滞后于需求的非均衡状态。在非均衡状态下，指标配置势必进行制度变迁。因此，对预重整设计从制度成本与制度收益角度进行分析对比，其比较结果可以作为预重整制度方向性选择的依据。

在经济学的成本收益分析框架下，成本与收益核算的方式及目标就是从经济性指标来评定预重整各种类型的运行，采取哪种方式，其效果于满足社会的多种需求来说是最为有益或者实现了效益最大化，换言之，预重整选择哪种类型对于个人及社会而言是有净收益，即有总效益的提升。

① 丁燕：《破产重整企业债权融资的异化及其解决》，载《华东政法大学学报》2019年第4期。

② 参见李新仓：《成本收益理论下建设用地指标行政配置效率分析与法律制度选择》，载《重庆理工大学学报（社会科学）》2020年第8期。



（二）政府、法院主导型预重整的成本收益分析

1. 成本。政府、法院主导型预重整成本主要包括防范成本、审核成本、时间成本、失败成本、考核成本、机会成本。防范成本是指为了防止预重整失败而提前进行的各种风险预判，即为精准识别拟破产重整企业是否具有预重整价值而进行的程序选择判断所需的成本；审核成本是政府或法院为了确保重整顺利进行，在预重整过程中进行的各种审查、指定、确认和复核等程序有关的成本，即为了确保将进入司法破产重整程序后预重整的效力延伸所需要的成本；时间成本是指政府、法院在预重整程序失败后对破产企业退出市场或者进行其他方式救治，与直接跳过预重整而进行破产重整所多余消耗的时间差；失败成本是预重整出现问题导致程序终止而造成的损失，包括是否重新进入破产重整、预重整过程中的资产消耗、错失重整方招募、司法公信力降低等损失；考核成本是政府、法院对照预重整制度目标和绩效标准，采用一定的考核方式，评定预重整工作任务完成情况所需的成本，若预重整失败率高，则其考核成本会上升；机会成本是指政府、法院在其决策过程中考虑到在该项制度中付出的大小，考虑并比较该资源投入其他方面用途可能带来的收益。^①

2. 收益。对政府、法院主导型预重整而言，预重整制度成功带来的收益是行政司法权力扩张、行政司法公信力提升。政府、法院作为行政和司法机关，若以其主导的预重整成功，会使得重整利益各方主体对政府、司法更充分信任与尊重，树立行政、法律在整个社会的权威与尊严。

防范成本、审核成本是政府、法院主动可控的成本，其投入的增加可以减少失败成本和潜在成本。不过应当存在一个平衡点，如果超过这个平衡点时，防范成本、审核成本投入之和大于降低失败成本和潜在成本的益处，那么再增加防范成本、审核成本和外部保证成本就变得不经济了。整体而言，政府、法院主导型预重整制度成本大于收益，且存在“耗散效应”，影响预重整的制度收益，该模式并非一个公共理性的选择。

（三）市场主导型预重整的成本收益分析

1. 成本。市场主导型预重整下需要付出的成本主要包含时间成本、磋商成本和试错成本。时间成本与政府、法院主导型时间成本大体一致，只是主体成为预重整制度中的相关权利方；磋商成本指的是预重整过程中债权人、债务人就预重整方案的条款进行自主谈判而产生的成本；试错成本指的是预重整失败后产生的成本，主要是对预重整付出的物质与精神的投入。

2. 收益。市场主导型预重整下包含物质性收益、时间收益、市场资源再配置收益、社会经济活力收益。物质性收益包含预重整成功、企业完成破产重整后债权人收回成本收益、债务人免除部分责任收益，且节省了交易费用，此时因充分发挥市场力量在

^① 参见叶德磊：《管理经济学》，高等教育出版社2013年版，第215页。

预重整制度的空间,债权人、债务人的意思在预重整方案中被充分采纳,避免了体系的复杂性,更加灵活高效;时间收益是指因预重整过程中达成的方案谈判成果在破产重整程序中得到固化,并约束所有债权人,克服了传统重整程序费时耗力的弊端。

与政府、法院主导型模式相比,尽管市场也存在时间和试错成本,但是由于预重整期间主要的磋商主体是债务人、债权人及意向投资人,他们是程序的主导者,无需受到严格的破产重整程序制约,具有较高的自由度。^①相较于作为“单行道”的重整程序,预重整的时间、试错成本较低,不会直接面临失败即破产清算的压力。

(四) 预重整“衔接角色”的逻辑选择

从成本收益的角度来分析,当制度收益大于制度成本时,制度收益可以累积权力资源并强化行政司法等公权力,公权力机关会选择创建或参与制度;当制度收益小于制度成本时,制度就会入不敷出从而损耗公权力,此时公权力机关也会倾向于退出制度。因此,预重整制度设计选择哪种模式发展,取决于该模式下为提高破产重整效率而产生的预期效益与为了提高破产重整效率而需要投入的预期成本的比较。^②预重整制度设计实际上要在以上几类成本之间寻求平衡。显而易见,在不同的预重整选择模式成本收益分析中,政府、法院主导模式下成本大而收益小,市场主导模式下预重整制度成本小而收益大。

预重整的核心价值在于“磋商”和“承认”,从法律经济和法律效率的角度分析,以市场自治模式设计预重整制度有更多的优越性。

1. 市场主导促进资源高效配置,控制预重整产生的信息成本。市场主导型预重整虽然也要求债务人进行充分的信息披露,但是,这种信息披露是在相对保密和不公开的情况下进行,法院对其审查标准和公开程度也是比较低的。这不仅保守了债务人的商业秘密,而且也为困境企业继续生产经营提供了信誉保障。再者,由于重整、预重整制度乃一门极具专业与技术性的制度,处理该事务时,需要花费更多的劳力、时间,并需具备相当的专业知识,才可妥善处理。就司法实务而言,法院存在着案件负担沉重,重整、预重整专业能力普遍较为不足的情况。理由主要有:第一,破产立法密度不足。现行《企业破产法》充斥着法律漏洞,造成法官裁判时无所归依的窘境。第二,我国学界与实务界向来对于破产重整制度普遍不重视。对学者而言“重整制度乃法律上的弃婴”,使我国破产重整、预重整制度的发展雪上加霜,法院因此欠缺孕育预重整制度专业能力的环境。第三,案件数量与法院组织层面上,破产重整案件相对较少,办理重整案件的实务经验无法快速有效的积累。第四,法官本身能力的限制。法官对于企业本身的产业组织、结构、经营不甚了解,且欠缺专业能力。因此,依靠债权人和债务人之间谈判决定企业命运的市场主导模式才是应然选择。

^① 参见林风:《从经济效益视角透视房地产估价质量管理问题》,载《学术探索》2021年第2期。

^② 参见袁楚风:《非诉讼程序(ADR)解决纠纷的适用动因分析》,载《东华理工大学学报(社会科学版)》2021年第6期。



2. 市场主导发挥激励性功能, 克服公权力配置产生的寻租成本。市场配置作为资源配置的最有效方式, 通过发挥市场作用推进预重整程序中私权利的彰显和救济, 夯实法权基础。市场制度具有激励性, 通过激励机制可以调动市场主体的积极主动性, 实现资源优化配置的目标。预重整制度中的激励以利益获得为方向, 在预重整运行过程中, 以开放的市场招募适合破产企业的重整方, 以此寻求破产企业、债权人利益最大化, 实现预重整制度特定的规制目的。激励机制引导指标流向, 在市场经济条件下, 预重整利益各方拥有充足交易信息, 基于协商谈判签订合同实现交易, 抑制公权力寻租现象, 可以杜绝行政、司法过度参与预重整而导致的寻租行为。

3. 市场主导排除公权力干预, 降低预重整运行产生的社会成本。市场交易的本质是平等交易, 在预重整制度实践中, 市场主导型能有效引导并调节预重整的供需关系, 推进预重整的供求平衡和高效率利用。破产企业、债权人等主体按照市场交易规则表达意愿, 排除政府公权力的干扰。与直接进入正式重整程序相比较, 预重整是在庭外重组基本达成协议的基础上进行, 不仅可以从整体上降低正式重整在时间、管理、费用等方面的成本, 而且还可以提高正式重整的成功率。

四、成本收益分析下预重整制度的实现路径

基于前述分析, 市场自治模式显然应成为成本收益理论下预重整制度设计的选择。但在特殊情形下, 司法配置亦能发挥其特有优势, “司法配置 + 市场配置” 两者制度融合有利于发挥各自的制度优势, 在指标总量控制的基础上实现指标优化配置。

(一) 一般情形下预重整“衔接角色”的制度设计

1. 申请主体的多元性。尽管联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》规定预重整的申请者只能是债务人, 同时相关法律规定在满足一定条件的情况下, 债权人或管理人可以启动预重整程序。通常情况下, 按照破产法规定可以提起破产重整申请的主体都应该享有提起预重整的申请权利。我国《企业破产法》可以提起重整的主体包括债务人、债权人、出资人以及有关金融保险机构的监管机构等。对于预重整而言, 应更具灵活性与宽泛性, 为了督促和倡导尽快有效地将法庭外重组衔接到法庭内重整, 可以适当扩大提起预重整申请主体范围, 除了债务人、债权人、出资人之外, 在庭外重组谈判中发挥了重要作用的临时管理人、庭外重组投资人、债权人委员会等利害关系人, 都可以提出预重整申请。^① 我国某些庭外重组中实行“府院联动”机制, 有关政府部门或主管部门也积极参与其中, 为了推动庭外重组向庭内重整的转化, 这些部门也可以作为督促主体督促债务人或债权人, 尽快向法院提出预重整申请, 将庭外重

^① 参见张世君:《我国破产重整立法的理念调适与核心制度改进》, 载《法学杂志》2020年第7期。

组成果向庭内转变。

2. 适用范围的限定性。尽管对预重整程序的启动应宽松把握,但并不意味着所有经营困难有重整倾向的企业均可无限适用预重整。预重整是在破产法的框架之下转入正式重整,进入预重整须符合破产法规定的重整理由,否则将无法进入破产法规定的庭内预重整。可以进行预重整的债务人企业应当具有一定规模和性质,债权人人数众多、关系复杂,若直接接受正式重整申请可能对债务人生产经营产生负面影响或者产生重大社会不稳定因素的困境企业。如此限定预重整债务人主体范围,目的在于确保后续重整程序可行性和成功率。

3. 程序启动的“去司法化”。预重整是当事人之间的庭外谈判与重组,是否进行预重整应由当事人决定,无论预重整的开始还是结束,都不需要向法院、政府等公权力机关申请,无需法院的受理或者批准。要降低债务人的当事人主动进行预重整的门槛,消除可能出现的各种准入障碍和阻力。^①考虑到实际中便于掌握企业预重整情况,在预重整期间进行规则指导,提升债权人等利害关系人对预重整的信心,并在转入重整程序后便于法院的审查批准,可以为进行预重整的债务人在法院备案,甚至也可以考虑由法院予以某种方式的预登记,但法院不应应对预重整进行实质性干预。

4. 管理人指定的非强制性。设置临时破产管理人并非是预重整的必备要素。我国在未来接入预重整时,可以在我国《破产法》修订时加入简易程序,以达到“承认”的效果。与此同时,需要特别注意破产法的自动保护功能,如管理人的挑拣解除权在预重整中的法律效果。在利害关系人已经通过自主谈判协商达成预重整计划,或内容全面的重组协议,包括债务重组、资产重组、控制权行使、纠纷解决机制等各方面内容时,无须指定管理人,实行债务人自行管理。^②

5. 预重整信息披露规则的应然性。根据信息对称和知情权保护的理论,法院依照高标准对债务人的信息披露是否充分予以审查。应当将完整性、真实性、充分性作为信息披露内容的一般性要求,预重整程序的信息披露必须符合可适用的非破产法法律对于信息披露的充分性解释。如若不存在可适用的非破产法法律,债务人向债权人披露了资产负债表、利润表及相关的审计评估报告,以便债权人作出理性判断。^③关于信息披露的内容。在预重整过程中,债务人应当将与重整有关的“一切信息”或者“可能影响利害关系人就预重整方案作出决策的信息”,向债权人、出资人、意向投资人等利害关系人进行充分地披露,即“全面披露原则”。其内容至少包括资产情况、债权情况、债权债务调整情况的描述。通常情况下,预重整的信息披露包括书面和听证方式:一是在明确重整计划投票表决前,以书面形式向债权人及其委员会说明财产的

① 参见徐阳光:《困境企业预重整的法律规制研究》,载《法商研究》2021年第3期。

② 参见谢肇煌:《公司重整中的债务人自行管理:功能定位与权责配置》,载《天府新论》2021年第3期。

③ 参见张艳丽、陈俊清:《预重整:法庭外重组与法庭内重整的衔接》,载《河北法学》2021年第2期。



处分和经营行为、债权人受偿率、重整计划的可行性等事项，并保证债权人有合理时间分析重整计划。二是一般预重整案件需要召开听证会，在听证会上债务人及相关人要对有关信息披露进行说明。预重整期间届满，需将预重整工作报告和正式重整申请向法院提交的，法院要举行听证会议对债务人及有关人员信息披露等事项进行审查，只有符合信息披露标准的预重整方案才能够被审查批准。

6. 财产保全解除与执行程序中中止的刚柔并济。企业进入预重整程序后，虽存在着解除财产保全和中止执行程序的实际需求，但现行法律与司法解释尚未对此进行直接和明确的规定，且不宜类推适用破产法中的相关制度。在面对预重整程序中的财产保全和执行的需求时，宜采用柔性的模式，赋予当事人和解和谈判的空间。^①在此基础上，充分发挥法院的协调能力以及府院联动的效果，以市场化的预重整制度为路径，将和解或执行和解作为财产保全解除和执行中止的合法依据。对于已在规范、指引中明确规定应当解除保全和中止执行的法院，在适用这一刚性规范、指引前，建议采用和解和执行和解先行的模式，把“规范、指引”真正地当成“指引”而不是法律规范来适用，既能确保法院作出的裁定具有扎实的法律依据，亦能确保规范、指引的内容不会越过法定界限。

（二）特殊情形下预重整制度的“司法配置 + 市场配置”融合

市场主导型预重整中由于缺乏强制力的约束，容易导致当事人对程序正义的忽视，为当事人规避法律提供了空间。当没有外在力量有效介入时，当事人在纠纷解决中谈判与对话的地位取决于双方的经济实力与社会地位。基于此，经济实力较强和社会地位相对较高的一方如果对弱势的一方进行利益诱导，导致其在纠纷解决的过程中违背自身意愿达成预重整计划，然后申请法院确认，这样的解决结果在实质上是非正义的。站在比较法的角度，可以关注美国预重整制度发展的动态，未雨绸缪，对暴露出的新问题提前防范。

有学者指出，近年来美国公司预重整实践中暴露出以下弊端：大额担保债权人的力量过于膨胀，他们掌握预重整融资谈判的话语权，还通过“跨组赠与”突破绝对优先权规则设定的受偿次序，而法院未能有效地监督和约束这一系列行为。由大额担保债权人主导的预重整程序具有较高的通过率，但实质上构成了大额担保债权人与债务人管理层之间合谋对中小债权人的掠夺。^②这一弊端实际上是债务人自行管理制度下自治片面发展的结果。当前，我国预重整程序的主要问题是组织自治与合同自治的空间不足，债权人力量较为弱势，因而我国暂时未面临同样的问题。但在借鉴美国法对我国预重整程序进行改造的同时，在特殊情形下，应当进行司法补位，强化对重整计划草案中融资和计划分配的法律约束，从而防范大债权人滥用权利，维护预重整程序中的利益平衡。

（责任编辑：郝晓越）

^① 参见韩长印主编：《破产疑难案例研习报告·2020年卷》，中国政法大学出版社2020年版，第455页。

^② 参见柯善芳：《探索商事重组与司法重整有机结合的预重整制度》，载《人民司法·应用》2020年第31期。

民事诉讼间接证明的模型应用

——基于民间借贷纠纷证据环的构建

王璐 张群*

内容摘要：间接证明因缺乏系统证明方法的规制与指导，证成活动内部逻辑难以客观展示，最终推定力备受质疑。实证考察民间借贷案件发现，间接证明运行中证据评价、证明力认定和逻辑推论的失范导致难以证明结论的正当性。证据环实现证据分类可视化、证据价值累积化、递推论证结构化、证明结论可接受化，以“四点共圆”的闭合结构解决间接证明直接推定力不足。提取借贷事实认定中的关键性要素，递进构建证据链、证据环及复合型证据环的间接证明模型，揭示证成活动的内部推论结构，展现证据与要件事实间的逻辑关系。引入证明力量化与概率推理两种进路，确定要件事实的发生概率，以概率检验结论的正当性，形成契合于庭审事实认定的科学的间接证明方法。

关键词：间接证明；证据链；证据环；民间借贷纠纷

中图分类号：DF72 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)04-185-200

间接证明是民事诉讼证明的一般形态，然而司法实务中至今尚未发展出完整的证明方法体系，证成活动缺乏内部逻辑的客观化展示，难以证立结论的正当性或合理性。域外对证明方法的研究以边沁的“自然证明体系”和威格莫尔“图示法”为开端，创设了证据分析与评价方法。^①我国对间接证明方法的研究较为滞后，有学者将间接证明区分为间接本证与间接反证，并提出了间接证明的操作模式。^②有学者认为，间接证明的证明方法可分为经验法则的运用和通过完善证据链条达到证据效果的一般的间

* 王璐，山东省乐陵市人民法院法官；张群，山东省德州市中级人民法院研究室主任科员。

① 参见〔英〕威廉·特文宁：《证据理论：边沁与威格莫尔》，吴洪淇、杜国栋译，中国人民大学出版社2015年版，第180页。

② 参见姜世明：《间接证明之研究》，载《政法大学评论》（我国台湾地区）第135期。



接证明。^①也有学者提出,间接证明模型是心证客观化的介质并初步构建了四类模型。^②但间接证明至今仍未形成科学完整的证明方法体系。证据环是对全案证据的逻辑排列,一方面可以检视证据链条的完整性,形成科学自洽的证明体系;另一方面可以揭示证成活动的内部推论结构,展现证据与要件事实之间的逻辑关系。

一、“碎片化”证据下间接证明的实践考察

从实践情况看,民间借贷案件呈现参与主体多元、客观事实复杂、留存证据单一等特点,借贷私密性及灵活性并存,证据“碎片化”特征显著。直接证据不足导致借贷合意等主观性要件事实与借款交付等客观事实的认定更依赖间接证明。证据法上将证据分为直接证据与间接证据,鉴于直接证据资源的匮乏导致证明力的不稳定性,藉由间接证据先行证实间接事实,再运用经验法则推论出主要事实存在与否,是司法证明中最常用的证明方法,此即间接证明。通过对民间借贷案件的梳理,归纳出四种运用间接证明认定要件事实的形态,以考察间接证明在司法实践中的运行实效。^③

(一) 缺乏借贷合意证据下的主观意思认知困惑

案例一:原告刘某的前妻与被告唐某系亲戚关系,2010年起被告唐某在原告刘某经营的公司工作。2012年3月5日,原告刘某通过个人账户向被告唐某转账30万元。原告刘某以借贷关系为由诉至法院,要求被告唐某偿还借款30万元,被告对借贷关系不予认可。被告唐某称,原告刘某的离婚协议书中没有约定夫妻共同债权分割,能够证实双方离婚时不存在债权。且被告唐某提供其任职期间的销售明细,称该款项系公司奖金,并非借款。一审、二审法院认为被告唐某并无直接证据证实转账并非借款,故而认定双方存在借贷关系。再审法院考量被告所举证据,认为被告能够对案涉转账作出合理解释,判决驳回原告刘某的诉讼请求。^④

在民间借贷行为,尤其是自然人之间的借贷行为中,囿于当事人的诉讼能力和法律意识,缺乏证明借贷合意的直接证据的情形比比皆是。具体而言,一方面随着支付手段的便利化,借贷形式更加随意,仅有转账凭证而无借款合同的现象普遍存在;另一方面自然人之间的收款付款行为具有复杂性和多样性,可能基于多种基础法律关系

① 参见何家弘、吕宏庆:《间接证据的证明方法初探》,载《证据科学》2021年第3期。

② 参见包冰峰:《民事诉讼间接证明的机理证成与模型应用》,载《法律科学(西北政法学报)》2020年第5期。

③ 在法信网中以案由“民间借贷纠纷”、案件类型“民事”为关键词,案例范围选择最高人民法院指导性案例、公报案例、公布案例、《中国审判指导参考案例》案例、《人民法院报》案例、《人民司法》案例等,共索引案例248个。将以上案例及笔者审理案件中的间接证明问题类型化得出文中的四种间接证明形态。统计截止日期2021年7月9日。

④ 参见刘瑶诉唐呈睿民间借贷纠纷案,天津市高级人民法院(2017)津民申1108号民事裁定书。

和事实。案例一中，以间接证据推论双方是否存在借贷合意的主观意思时，一审、二审法院采信了原告所举间接证据转账记录对主要事实证成的正向推进作用，却忽视了被告所举间接证据如离婚协议、销售明细等相反证据对主要事实证否的反向消解作用，导致事实认定偏差。

（二）借款交付证明不力下的证明效力认定困惑

案例二：2018年9月11日，被告张某给原告盖某书写借款条一张，载明因资金周转需要向盖某借款15万元。被告张某称其书写借条后未实际收到借款。原告盖某称，盖某与李某原本相识，2017年6月，被告张某经其公司员工第三人李某介绍前来借款，借款金额13万元，因一直未能归还，被告张某于2018年9月11日自愿为原告书写15万元的借条，其中包含借款本金13万元及逾期还款利息。经查，第三人陈某与被告张某系同学，2017年二人共同经营“小吉卖车”项目。2017年6月18日，原告盖某通过其银行账户向第三人陈某转账10万元，6月19日，原告盖某又通过微信向第三人李某转账3万元，后李某将3万元通过微信转账给陈某。法院认为原告所举证据能够形成完整证据链，证实原告盖某已通过第三人陈某、张某，将借款本金13万元交付被告张某的合伙人陈某，完成了出借义务，故而判决支持原告诉讼请求。^①

存在真实的债权凭证，但没有直接证据证明借款交付过程，客观交付事实难以认定的情形屡见不鲜。案例二中，虽有资金流动的证据，但收款方并非借款人，而是经他人账户周转的出借款项交付事实认证困难。以相同的间接证据推论是否存在借款交付的客观事实时，部分法官对当事人间关系、转账记录等间接证据的证明力单独评价，认定出具借条后出借方未实际履行借款交付义务。最终，法院对证据链条上的证明力整体评价，关注证据间的“相互助益”，认定出借人通过他人介绍、中转完成借款交付义务，后因借款人未能及时还款补签借条，双方间存在真实的借贷关系。

（三）差别债权凭证下的逻辑推论认证困惑

案例三：经被告夏某介绍，包某与原告居某相识并开展汇票兑付业务。由被告夏某去原告居某处领取汇票将汇票转交包某，包某向原告居某兑付款项。2015年，被告夏某向原告居某出具收条5张，分别载明：“月底归还现金”“承兑换现金”“借到居某承兑计捌拾万壹仟捌佰捌拾陆元整”“借居某承兑贰佰万元整”“借居某承兑叁拾万元整”。后原告居某以借贷关系为由要求被告夏某偿还借款。被告夏某称其受包某委托代拿汇票，属委托代理行为，而非借贷关系的借款人。一审法院认为，5张收条均是被告夏某本人书写，可以证实原、被告间存在借贷关系。二审法院认为，案涉5张收条的内容不符合传统意义上借条的特征，结合双方银行流水、证人证言等间接证据，

^① 参见盖栋友诉张晓晨民间借贷纠纷案，山东省乐陵市人民法院（2021）鲁1481民初1621号民事判决书。



认定原、被告间不存在借贷关系。^①

当事人间的债权凭证缺乏反映借贷合意的必要合同条款的情形绝非个案。案例三中,一审法院仅凭不规范的只言片语的债权凭证认定双方存在借贷合意,主观性要件事实逻辑推论链条断裂。二审法院对原告居某的证据持审慎审查的态度,关注证据形式与内容的完备性、证据间的联系,综合发生法律关系的缘由、交付及商业惯例等,认为原告居某提供的债权凭证及本案其他证据间不能满足相互递进补强的内在逻辑,无法完成对要件事实的确定性推论,判决驳回原告夏某的诉讼请求。

(四) 证据“罗列”下的证明结论认可困惑

案例四:赖某与张某原系夫妻关系,双方于 2013 年 12 月 12 日协议离婚,约定共有的鼎太风华房产、富通城房产归赖某所有,银行贷款及一切费用由赖某负责,双方名下存款及股票收益等归各自所有。2013 年 12 月 15 日至 2016 年 6 月 14 日期间,赖某先后分 64 次向张某汇款,共计 4017050 元。该款项来源于赖某出售鼎太风华房屋价款及向两案外人借款。赖某称该款项为借款,张某称离婚时双方实际约定鼎太风华房产由张某所有,案涉款项系房屋出售价款,为便于房屋出售才在财产协议中约定由赖某所有,双方不存在借贷关系。一审法院以转账凭证推定借贷关系成立,二审法院认为借贷事实存在合理性怀疑,驳回了赖某的诉讼请求。^②

既不存在反映借贷合意的债权凭证,又不符合交付出借款项的典型表现形式,对款项性质难以认定的情形并非特例。案例四中,原告对其主张的款项性质不能完全完成其行为意义上的举证责任,一审法院“由果导因”对利果证据进行罗列,关键事实存在合理性怀疑,致使判决结果难以令人信服。二审法院认为原告在离婚时不具备出借大额资金的能力、被告亦无借贷大额资金的需要,且双方间的转账与房屋售卖价款存在紧密对应,无法排除款项性质的合理怀疑,判决撤销一审判决,驳回赖某的诉讼请求。

综上所述,证据评价缺失、证明链条断裂、逻辑推论模糊、证明结论偏离在间接证明过程中陆续发生。法官在审查证据构成、认定证据能力、运用逻辑推理以及证明度标准判定时,心证过程神秘化,缺乏证成活动的客观展示,间接证明的最终推定力备受质疑。

^① 参见夏献忠诉居忠等民间借贷纠纷案,江苏省无锡市中级人民法院(2016)苏 02 民终 4270 号民事判决书。

^② 参见赖芳华诉张一飞民间借贷纠纷案,广东省深圳市中级人民法院(2017)粤 03 民终 2559 号民事判决书。

二、证据环对间接证明的整体效用

有学者将间接证明方式区分为较高盖然性经验法则的常规适用、能够排除其他可能性的经验法则弱化适用以及通过完善证据链条达到证明效果的、一般的间接证明。^①前两类证明方式的核心为经验法则的运用，第三类证明方式的核心在于通过在证据之间建立有效链接，帮助法官对待证事实形成确定心证。本文所讨论的即第三类间接证明方式。民间借贷案件中间接证明的论证思路可归纳为，审查单个间接证据的真实性—印证多个间接证据—形成完整证明体系—得出高度盖然性的证明结论。^②通过链接全案间接证据，形成稳定、可检验的证明结构，能有效评价单个间接证据的证据能力及证明力，叠加多个间接证据的证据价值，发挥全案证据群的整体效应，实现在民间借贷案件中借贷事实的科学精准认定。

（一）证据分类可视化

对于单个间接证据与某一待证事实（借贷合意）的正负关联性，有学者将间接证据分为积极性间接证据与消极性间接证据两种。^③前者对主要事实呈积极性影响，提升主要事实存在的盖然性；后者对主要事实呈消极性影响，使主要事实呈现非盖然性。

在案例一中，对待证事实存在借贷合意的间接证据有：证据1，原、被告间的30万元转账记录；证据2，原告与前妻的离婚协议，其中未载明有共同债权；证据3，被告在原告公司任职期间的销售记录；证据4，被告与原告前妻存在亲戚关系。

一审法院以证据1转账记录（原告提供）认定原告向被告转账30万元，利用经验法则转账行为即对应了借贷行为，推定了原、被告间存在借贷合意。忽视了消极性间接证据2离婚协议、证据3销售记录、证据4当事人间的亲属关系（被告提供）对存在借贷合意的非盖然性影响，导致事实认定偏离。

再审法院同时对比分析3份消极性间接证据，认为被告的间接反证能够动摇法官内心确信，即原、被告间的转账行为可能基于其他法律关系产生，使诉争事实处于真伪不明状态，故而判决驳回原告的诉讼请求。可见，证据环对证据的梳理，能够为观测两类证据提供可视化的呈现方式，直观展现两造事实的证据对抗性，兼具“证成”与“证伪”的双向逻辑，为形成事实心证提供有效分析工具（见图1）。

① 参见曹志勋：《论民事诉讼中事实的证明方式》，载《兰州大学学报》2020年第4期。

② 参见刘瑶：《刑事间接证据定案规则的反思与重构》，华东政法大学2019年硕士学位论文。

③ 参见姜世明：《证据评价论》，厦门大学出版社2017年版，第146页。

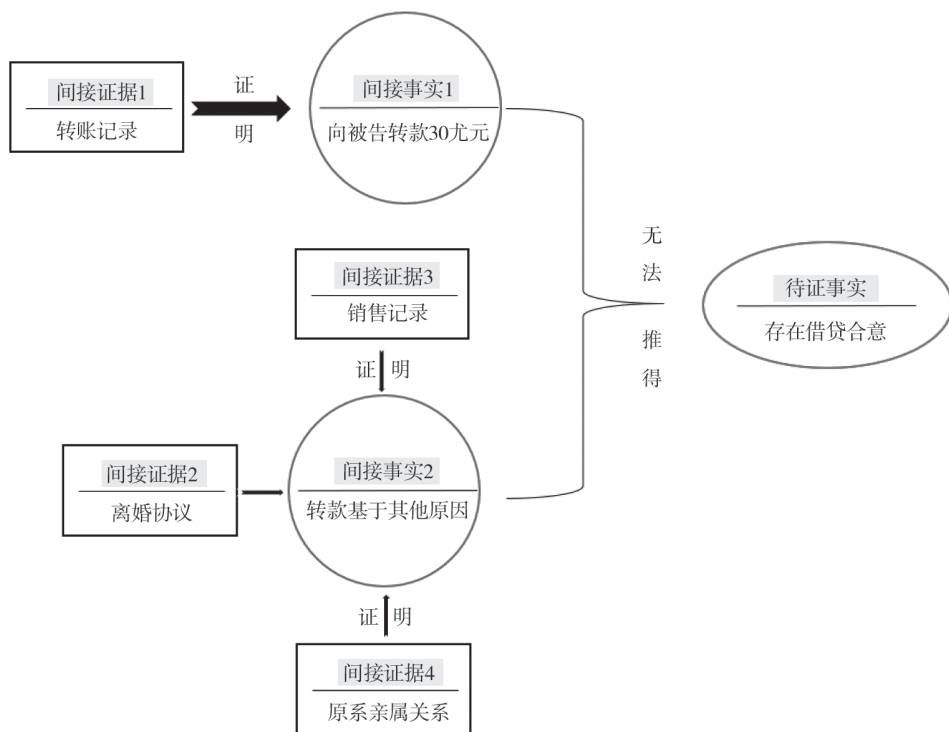


图 1 案例一再审间接证明方式

(二) 证据价值累积化：多个间接证据对同一待证事实（借款交付）的证明力总和事实认定过程是基于证据对既往事实的构建，只有两个或多个证据间建立正向链接相互支撑，才能寻找客观真相，否则孤证不能证明事实。有学者认为，一个得以证成的司法证明需要两个或多个证据间表现为同方向上的支持，达到或接近于一种完美的证据支撑结构，以形成完整的证据链网络。^①民间借贷案件中，借款交付事实的认定需要多个间接证据证据价值的累积。证据环对同向性待证事实达成可信性加成，证明力总和满足或然逻辑，完成法律事实证成推进。

在案例二中，对待证事实借款交付的间接证据有：证据 1，盖某向陈某银行转账 10 万元；证据 2，盖某向李某微信转账 3 万元；证据 3，李某向陈某微信转账 3 万元；证据 4，盖某与陈某互不相识；证据 5，李某介绍张某向盖某借款；证据 6，陈某与张某系同学关系；证据 7，张某为盖某出具借款条。

证据 1、2、3 转账记录可以证明陈某通过李某，先后收取了盖某的款项 13 万元

^① 参见栗铮：《证据链与结构主义》，载《中国法学》2017 年第 2 期。

(间接事实A), 结合证据4、5, 盖某与陈某互不相识, 亦无其他经济上的来往, 在李某介绍借款期间, 盖某向李某转账13万元应为交付借款本金(间接事实B)。加入证据6 陈某与张某系同学关系, 其经营的项目系与张某共同出资, 可以推定案涉款项通过陈某接收, 用于经营张某出资项目。结合证据7 张某为盖某出具借款条一张, 可以证实张某明知陈某收取了盖某的出借本金13万元(间接事实C), 由此得出盖某完成出借本金13万元交付的待证事实。证据链接使多个间接证据间相互助益, 完成有限证据下的证明推进(见图2)。

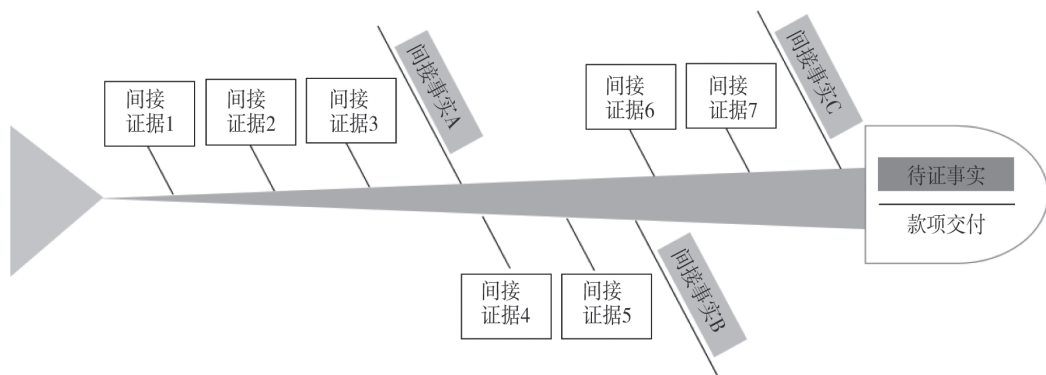


图2 同向证成鱼骨图

(三) 递推论证结构化：全案间接证据对主要事实（借贷事实）的逻辑推论

因证据间的罅隙及证明前提的不周延，事实认知出现多种可能性并存的困境。结构化分析全案间接证据，可以厘清证据间并列、递进、分合、补强的内在逻辑关系。以案例三为例，原告用以解释间接证据的案件推理为：原告居某将案涉款项出借给被告夏某后，被告夏某为原告出具欠条，相关汇票是原告居某与包某之间业务往来，与本案无关。被告用以解释间接证据的案件推理为：被告夏某受包某委托代拿汇票，原告居某为持票人、包某为兑付人，被告夏某仅为取票人，被告夏某应原告居某要求，取票时为原告书写收条。区别于（前提与结论均为真实）演绎推理和（前提为真结论可能为真的）归纳推理，雷舍尔（Rescher）将前提与结论都似然为真的推理类型称为似真推理。似真推理的核心是推理前提传递到推理结论的“似真性”。有学者提出，证据与证据、证据与命题之间的连接都以似真性作为基础。^① 本案中，原告的案件推理与借条、证人证言、银行流水、交易习惯间存在不可排除的矛盾，被告的案件推理与全案间接证据间具有一致性、融贯性，对现有证据的解释显然要比原告的更佳，能够得出为更似真的结论。似真推理是一种契合于人类认知条件与思维过程的自然理性

^① 参见[加]道格拉斯·沃尔顿：《法律论证与证据》，梁庆寅、熊明辉等译，中国政法大学出版社2010年版，第123页。



推理,其最后所得出的事实推论是现有证据条件下的最佳(似真)假说,在没有被新证据推翻前,应当被接受。^①

证据环的构建可使单个间接证据在整体结构中互动,排除证据间的矛盾和事实认定中的疑问,得出最佳(似真)假说,消解案件的模糊性。

(四)一般社会法感可接受化:法律事实的高度盖然性证明标准对客观真相的趋近

证据理论上的第一价值是追求真相,人们对事实真相的重视远大于证据规则。故而事实认定的准确性是判决公正与可接受性的前提和基础,也是司法裁判的核心价值所在。^②案例四中,一审法院认为被告没有对案涉款项是原告支付的售楼款提供证据证实,继而推定原告的主张成立,双方间存在借贷关系,事实认定上存在以下疑点。一是被告虽没有直接证据证实付款基于双方离婚时的合意,但原告的付款与原告出售婚内共有房产的收款时间、收款数额等要素上存在较为紧密的对应关系;二是案涉款项的支付方式与普遍意义上的出借方式明显不同,原告两年间先后分65次支付给被告,每次数额不均等;三是数额巨大的借款中双方既没有约定利息以确保出借利益的可期待性,又没有签署书面合同确保资金的安全性,原告仅以双方离婚后尚存感情难以成为理由,抗辩借贷关系中不存在债权凭证,难以以令人信服。以上疑点显然无法排除双方间转账款项性质的合理怀疑,一审法院认定双方系借贷关系有违一般人的认知常理。

证据环可将证据组成、证明效力、内在逻辑、证明结论体现在同一证明体系中,形成“四点共圆”的闭合结构,^③从多角度观测待证事实,为各方事实博弈搭建“相互作用的辩证的共同体”,为探寻真相提供理性科学的路径。

三、间接证明闭合证据环的三重递进构建与演示

民间借贷案件的证明过程,因缺乏系统证明方法的规制与指导,以至于借贷事实认定“始终处于威格莫尔所说的那种令人不解的、缺乏指导的以及不稳定的状态”。^④有学者提出,司法证明方法应包括两层含义:一是用什么证明,二是如何证明。前者的含义是证明的依据或载体,后者的含义是证明的方式和办法,亦可称为“狭义的证明方法”^⑤。链接全案间接证据构建证据环模型,以厘清证据间的逻辑关系、判断各方论证强弱,属于狭义的证明方法。

^① 参见熊晓彪:《事实认定“方法—规范”体系研究》,吉林大学2020年博士学位论文。

^② 参见[英]威廉·特文宁:《反思证据:开拓性论著》,吴洪洪等译,中国人民大学出版社2015年版,第243-244页。

^③ 参见唐亚南、高新峰:《以审判为中心之闭合性证据环的多维构建》,载《中国应用法学》2018年第1期。

^④ 参见熊晓彪:《事实认定“方法—规范”体系研究》,吉林大学2020年博士学位论文。

^⑤ 参见何家弘、吕宏庆:《间接证据的证明方法初探》,载《证据科学》2021年第3期。

（一）证据链

从证据法角度分析，间接证明包含两个问题，即如何搭建结构完整的证据环，以及如何利用证据环结构证明案件事实。^①从结构上看，证据环是两个或两个以上不同的证据链节，通过链头的相互联结点以及链头与链体的客观联系，组成的用以证明案件事实的证据集合体。^②从功能上看，证据环是证明证据之间存在的逻辑关联，这种关联并非因果关系，而是一种非必要但充分的条件中一个不充分但必要的关系。^③从实质上看，证据环就是所有证据组成的、环环相扣的、能够客观还原案件事实的证据联结结构。将一般的间接证明过程提炼为抽象思维模式，具体可分为三种情形，即证据链、证据环和复合型证据环。

1. 证据链基本原理

证据链是利用间接证据证明间接事实，再运用经验法则推理出主要事实，即“间接证据—间接事实—主要事实”的证明运行模式。在民间借贷纠纷中，两大待证事实即借贷合意与借款交付，在证成过程中采用的证据类型、考量的间接事实及运用的经验法则不同，应进行区别化构建。无法凭借直接证据径行证明是否存在借贷合意时，应从双方身份关系、举债必要性、经济状况、当事人陈述可信度及交易习惯等间接证据中，考察借款用途、出借能力、出借可能性、利益期待等关键性间接事实，再运用经验法则推理出要件事实存在与否（见图3）。而对于借款交付的客观事实证成，则主要分析财产变化、交付方式、相关性证言等间接证据，推理款项来源、出借能力、借款流向等间接事实，以获得对要件事实的认定（见图4）。

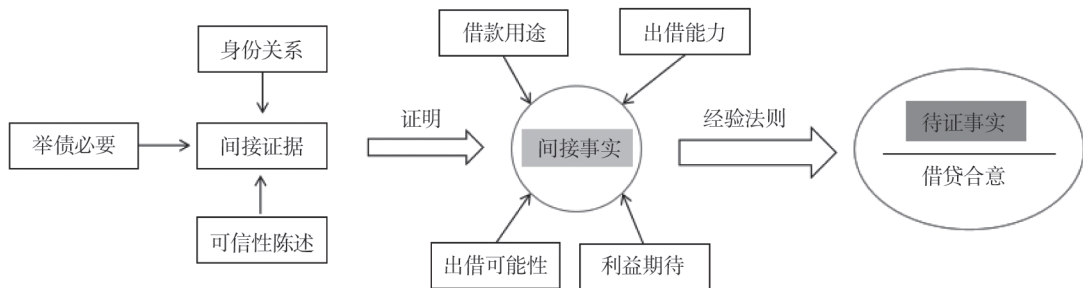


图3 借贷合意间接证明证据链模型

① 参见郭夏菁：《刑事案件证据链类型化构建研究》，华东政法大学2018年硕士学位论文。

② 参见陈为刚：《刑事证据链研究》，载《国家检察官学院学报》2007年第4期。

③ 参见栗峥：《证据链与结构主义》，载《中国法学》2017年第2期。

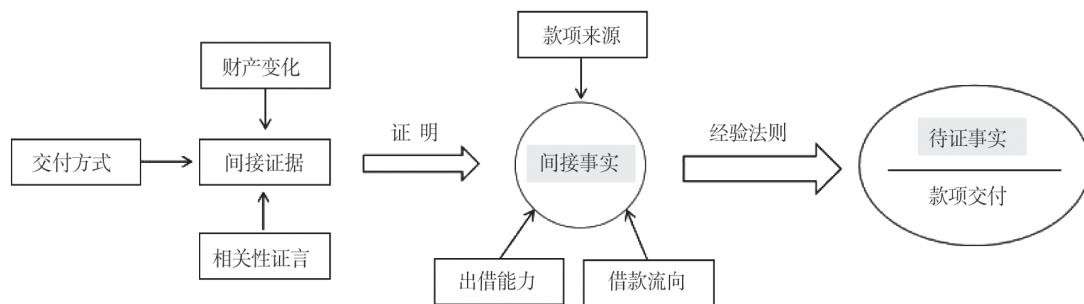


图 4 借款交付间接证明证据链模型

2. 民间借贷案例演示

案例五：2014 年 5 月 8 日，徐某因前男友向其索要 3 万元分手费，遂向朋友陈某借款，并为陈某出具 3 万元借条一张。5 月 9 日，陈某从其银行卡中取出现金 3 万元，取款后陈某通过微信告知徐某“钱取好了”。陈某要求徐某偿还借款 3 万元，徐某主张其未收到借款。^①

本案两造争议焦点为陈某是否将银行取出的 3 万元现金交付徐某，待证事实即为出借款项是否交付。原告陈某提供银行取款记录（间接证据 1）及双方微信聊天截图一份（间接证据 2），能够证实 5 月 9 日，原告陈某自银行取出现金 3 万元后，给被告徐某发微信“钱取好了”。法院认为，被告徐某为原告陈某出具借款条的第二日，原告陈某从银行取款 3 万元，数额与借款数额一致，并发微信告知被告徐某（间接事实）。如果原告陈某该取款行为与被告徐某无关，原告陈某便没有必要特意告知被告徐某（经验法则），故法院认定原告陈某已将取出的 3 万元现金交付给被告徐某，双方间借贷关系成立（见图 5）。



图 5 间接证明证据链

^① 参见徐某诉陈某民间借贷纠纷案，载《人民法院报》2016 年 8 月 17 日，第 7 版。

3. 复杂证据链

当依据一次推理尚无法得出主要事实时，如果有其他证据可以证明与其平行的间接事实，则可以通过两项间接事实的双重作用推导出主要事实，^①即“间接证据—间接事实1—间接事实2—主要事实”的证明运行模式，此为复杂的证据链应用（见图6）。

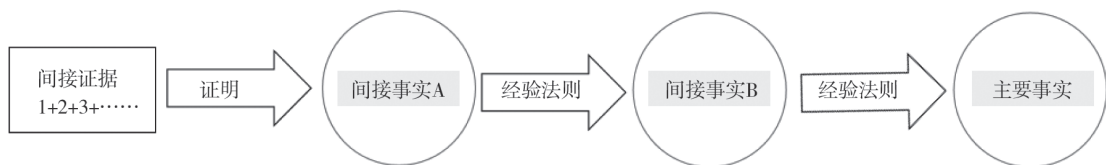


图6 复杂证据链模型

以案例二中两造争议焦点借款交付的间接证明为例演示。通过当事人间的银行流水（间接证据1、2、3），能够证实陈某共收到盖某转账13万元（间接事实A）。结合当事人身份关系（证据4、6），相关性陈述（证据5），张某借款为与陈某共同经营“小吉卖车”项目，陈某代其接收借款具有信赖性和合理性（经验法则），建立陈某收取的13万元系为张某代收（间接事实B）之间接事实。基于张某和陈某的信赖基础，且张某未向陈某提出权利主张（经验法则），推理出陈某确已将款项交付张某的事实（见图7）。



图7 案例三间接证明复杂证据链

^① 参见包冰峰：《民事诉讼间接证明的机理证成与模型应用》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020年第5期。

(二) 证据环

1. 证据环基本原理

证据环是以单数或复数的间接证据证明间接事实,再以多个间接事实联合的方式证明主要事实的证明运行模式。民间借贷案件中,借贷合意与借款交付均无法通过直接证据径行证明时,应围绕与主要事实(是否存在借贷关系)关联性最强的间接事实(借款用途、出借能力、款项来源、借款去向等)的证明构建证据环(见图 8)。

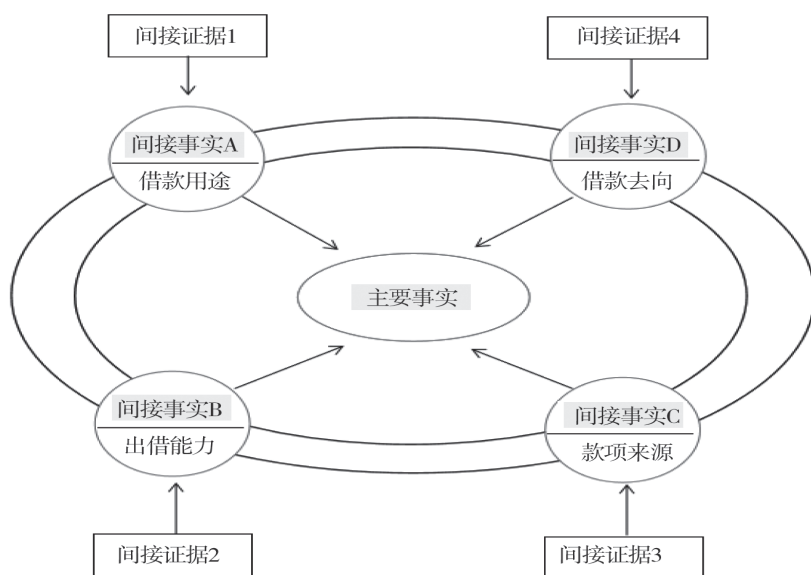


图 8 证据环模型

2. 民间借贷案例演示

以案例三为例演示,原告提供的书写在汇票复印件上的 5 张收条(间接证据 1),内容不符合传统意义上借条的特征,没有对借款期限、利息、用途的约定。且出具收条的时间、产生纠纷的时间与交易习惯存在矛盾,借贷合意存疑(间接事实 A)。根据被告的银行交易记录(间接证据 2),整个借款期间被告既无大额收入,亦无大额支出,没有明显财产变动,可以初步证实被告并无举债必要(间接事实 B)。原、被告陈述与证人证言(间接证据 3)中,原告对被告借款原因及借款用途、出借过程陈述不清,而被告陈述与证人包某证言吻合,尤其包某在其证言明显对儿子不利的情况下,仍坚持前后陈述一致,可信度较高(间接事实 C)。根据汇票的兑付过程及交易习惯(间接证据 4),结合各方转账记录,可以认定居某为持票人、包某为兑付人,夏某未参与案涉汇票的贴现兑付,仅为取票人(间接事实 D)。推论出双方不存在借贷关系(见图 9)。

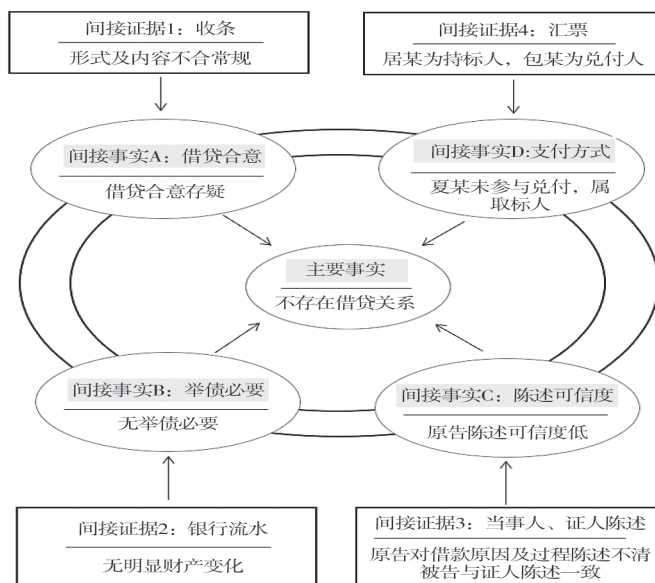


图9 案例三间接证明证据环

（三）复合型证据环

1. 复合型证据环基本原理

复合型证据环即同时使用证据链与证据环，运用不同的证明方式推理出不同的间接事实，集合不同间接事实推理出其他间接事实，最终推导出主要事实的证明运行模式（见图10）。运用复合型证据环，提取关键性间接事实时，应结合个案间接证据及争议焦点的不同情况作出适当调整，实现“事实认定符合客观真相”的证明目标。

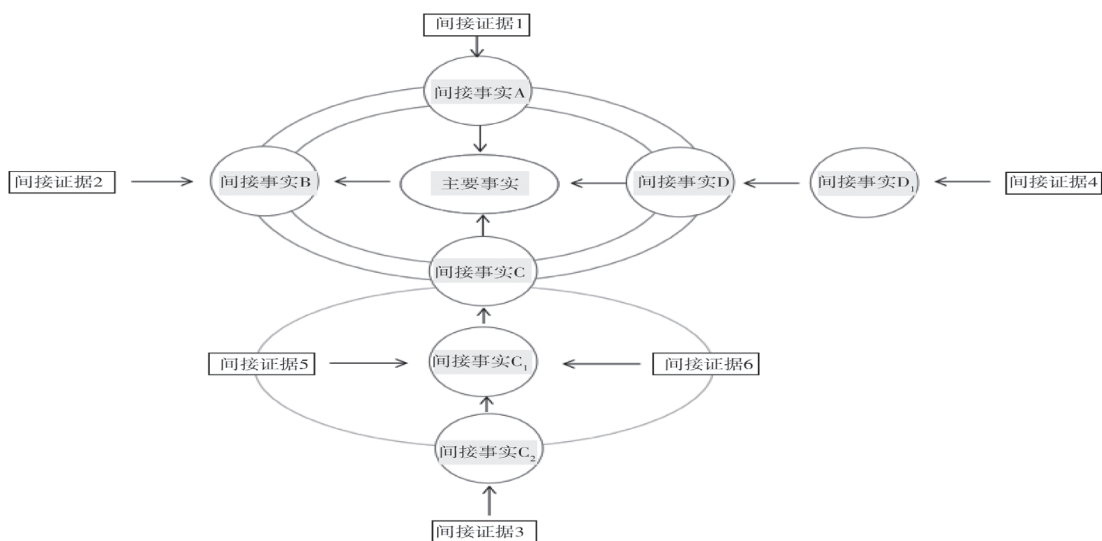


图10 复合型证据环模型



2. 民间借贷案例演示

以案例四为例, 本案的争议焦点为双方间是否存在借贷关系。通过《离婚协议书》可以证明, 双方离婚时两套房产均由原告所有 (间接事实 A), 《二手房买卖合同》可证明案涉款项被告用于购买房产 (间接事实 B)。原告银行卡交易明细显示, 原告在出售案涉房屋时并无大额存款, 其向被告转账的款项大部分来源于售房款, 还有一部分来源于案外人赖某和徐某的借款 120 万。综合以上证据可以认定离婚时原告并不具有实际出借能力 (间接事实 C)。对比双方银行流水, 原告收到售房款的金额、时间与其向被告转款的金额、时间具有较为密切的对应关系。且原告出售案涉房屋价款 430 万元, 扣除银行贷款 30 余万元, 实际获得 400 万元左右。而其先后向被告转款金额为 4017050 元, 两项数额高度一致 (间接事实 D)。据此, 可以认定案涉款项性质为原告支付给被告的售房款, 双方并不存在借贷关系 (见图 11)。

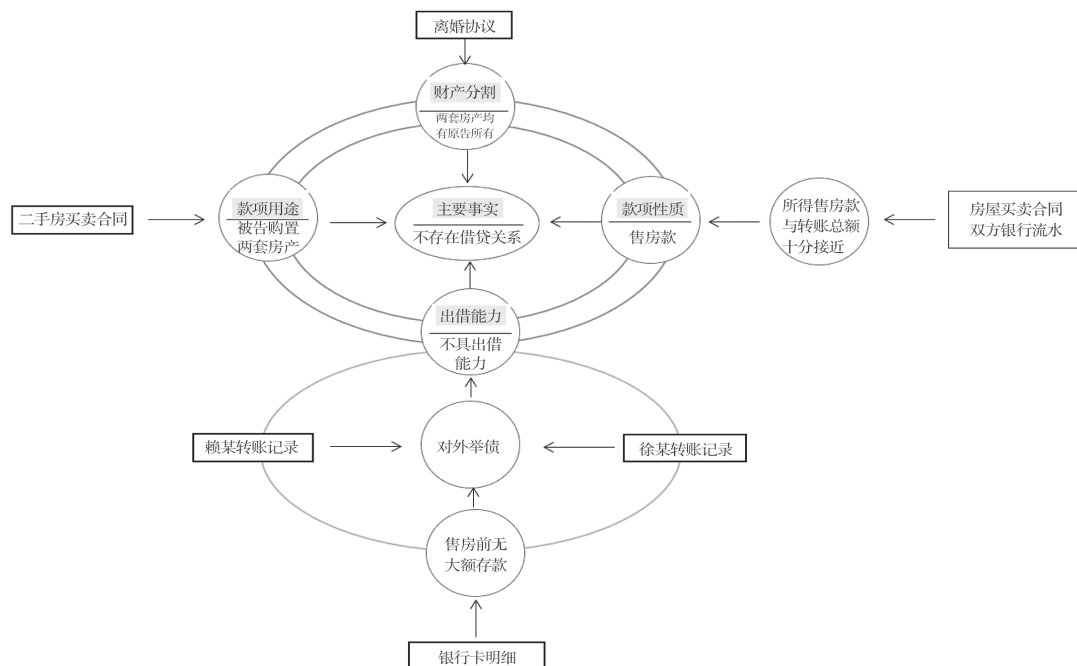


图 11 案例四间接证明复合型证据环

以全案间接证据构建证据链、证据环、复合型证据环的间接证明模型, 将证据与事实予以链接, 证据之间以及证据与事实之间的交流和互动生动直观, 内化在双方当事人和法官内心的抽象推论步骤借助于此模型均清晰的予以表达。^① 同时, 事实裁判者的主观预断会在模型构建中反复修正, 裁判的理性得以实现。

^① 参见包冰峰:《民事诉讼间接证明的机理证成与模型应用》, 载《法律科学(西北政法大學學報)》2020 年第 5 期。

四、间接证明中证据价值的赋值区间与概率推理

间接证明的规范适用,除依靠间接证明模型这一客观化介质外,尚需“概率性进路”的建立,精确化处理与表达证据信息,以客观数值证立结论的合理性,使间接证明模型趋于完美。

(一) 赋值区间与量化计算

证据环本质上是对间接证据整体证据价值的盖然性衡量。有学者认为,当复杂的推论问题涉及不确定性作为典型特征需要以一种连贯的方式捕获与处理时,正是使用概率的标准框架,它的清晰表达与彻底的计算架构能够提供非常有助益的帮助。概率推理通过条件化概率搭建推理链接继而形成复杂的概率决策网络,结合传统数学公理和贝叶斯定理即可获得单项或多项证据对要件事实的推论力量,最终确定该要件事实是否最有可能发生。^①

根据证据的证明力强弱,可以将间接证据单独证成某一间接事实的可信性划分为五个等级,即排除合理怀疑、高度盖然性、较高盖然性、一般盖然性及较低盖然性,并对每个等级的证成概率自 51% 至 99% 进行区间划分(见表 1)。在证据链中,各间接证据处于同等级,且均为证成同一事实,该证据链的整体证明力即为各间接证据盖然性相乘之结果。举例言之,以间接证据 A 推断间接事实 B 的盖然性为 80%,以间接事实 B 推断主要事实 C 的盖然性为 80%,则此证据链的抽象证明力为 $80\% \times 80\% = 64\%$ 。

表 1 证明力等级表

可信等级	赋值区间	适用情形
排除合理怀疑	91%—99%	能单独证明某事实或被其他证据链印证过的“排除合理怀疑”证据
高度盖然性	81%—90%	能单独对某事实产生高证明度或被其他证据链印证过的“高度盖然性”证据
较高盖然性	71%—80%	能单独对某事实产生较高证明力的证据
一般盖然性	61%—70%	无法单独证明全部事实或印证不完全的证据
较低盖然性	51%—60%	不能单独证明某事实且未被其他证据印证的证据

(二) 概率推理与案例演示

概率推理是一种在接受新证据后更新我们关于某个假说或主张的信念程度之有效规则。证据环中,间接证据分别证成不同的间接事实;复合型证据环中,间接证据间

^① 参见熊晓彪:《事实认定“方法—规范”体系研究》,吉林大学 2020 年博士学位论文。



又彼此存在一定的层级关系,最终层级的间接证据用以推论主要事实。此时,间接证据组合推论主要事实时往往存在不确定性。有学者提出,不确定性被视为现实世界中法庭科学家在面对不完整科学证据时必须解决的一个普遍因素,而概率推理旨在驯服这种不确信性。^①贝叶斯定理是归纳推理中关于概率演算的法则,能够对多个证据的证明力进行结合,解释证据的似然比,从而得出关于最终事实命题的后验概率。首先确定初始盖然性,所谓初始盖然性乃指某一因特定间接证据所可引致对盖然性增加之前已存在之盖然性。^②假设 100 组无任何证据的民间借贷案件中,存在借贷事实的有 30 组,依 Bayes 定律,其初始盖然性为存在主要事实之数 / 存在与不存在主要事实之数,亦即 $30/100=0.3$ 。Bayes 理论对加入间接证据后新盖然性的变化提出如下公式: $P(A|B)=P(A) \times P(B/A) / [P(A) \times P(B/A) + P(\neg A) \times P(B/\neg A)]$ 。其中, $P(A|B)$ 表示主要事实存在的新盖然性, $P(A)$ 表示主要事实存在的初始盖然性, $P(B/A)$ 表示间接证据与主要事实一同出现的概率, $P(\neg A)$ 表示主要事实不存在的初始盖然性, $P(B/\neg A)$ 表示无主要事实存在的间接证据发生概率。依上述事实,假设存在借贷事实时,借款人银行账户出现明显财产变化的概率为 80% [$P(B/A)$],不存在借贷事实时,借款人银行账户出现明显财产变化的概率为 5% [$P(B/\neg A)$]。依据上述贝叶斯概率公式计算出反应借款人银行账户出现明显财产变化的确有借贷事实之盖然性为 $P(A|B)=0.3 \times 0.8 / (0.3 \times 0.8 + 0.7 \times 0.05)=0.873$ 。据此可知,加入了借款人银行账户出现明显财产变化的间接证据,其盖然性自 30% 增至 87.3%。

运用概率推理时,可借助大数据分析获取科学客观的先验概率,再通过计算机算法获得后验概率。概率推理可用以检验证据对事实命题的支持效果,虽然面临主观概率赋值不精确的难题,但推理规则可以通过计算机程序实现,能够提高事实裁判者在间接证明中准确认定事实的能力。

(责任编辑:王文斌)

① 参见[英]唐纳德·吉利斯:《概率的哲学理论》,张健丰、陈晓平译,中山大学出版社 2012 年版,第 15 页。

② 参见姜世明:《间接证明之研究》,载《政法大学评论》(我国台湾地区)2013 年第 3 期。