

■ 专家论坛

抑止重作行政行为随意性的制度路径

柳砚涛 张超 1

■ 专栏：民行刑一体化司法研究

有组织犯罪中涉案财产的认定研究

陈梦鸽 17

破产程序中民刑交叉的冲突与衡平

——以非法集资破产案件为例

曹爱民 孙春华 33

“职业放贷人”的认定模式与行为规制

王彦祺 51

■ 《民法典》的理解与司法适用

未登记动产抵押权效力探微

景光强 65

高空抛物补偿责任的合理性分析

曹相见 焦田秀 78

履约保证保险合同纠纷裁判的乱象及其矫正

于秀丽 92

■ 行政司法

行政行为效力瑕疵的识别与处理

陈伟 107

■ 在线诉讼问题研究

民事案件在线诉讼中“征得当事人同意”之突破与细化

——基于在线诉讼的功能挖掘与比例正义

长友吉 122

■司法综合

论许可执行之诉的扩充与完善

——以申请追加被执行人配偶为视角 董立强 136

在裁判文书中提炼裁判要点的价值与进路

——基于对 114 篇优秀民事裁判文书之考察 匡浩 148

内设机构改革后少年法庭实体化运行路径探寻

毕德强 薛建明 161

■调查研究

重大责任事故犯罪防范与治理对策研究 山东省高级人民法院刑三庭课题组 176

环境污染犯罪在法律适用中存在的问题及对策研究

——以山东法院 2017—2021 年审结的污染环境罪案件为样本

山东省高级人民法院环境资源审判庭课题组 187

抑止重作行政行为随意性的制度路径

柳砚涛 张超*

内容摘要：当下理论与规范制度少有针对限制人民法院判令行政机关重作行政行为或行政机关依职权重作的条件、程序、规则等方面的精细化研究和设计，难以有效抑止重作行政行为的随意性。为此，应严格限定重作的法定事由，拓宽申辩不得加重和禁止不利变更原则的适用范围，确立重作有利于相对人原则，限定法院判令重作的适用条件和附以必要的指示的限度，限定判令重作期间，增加撤销并责令不得作出行政行为的判决类型。

关键词：重作行政行为；判令重作；职权重作；限制重作；禁止不利

尽管《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》（以下简称《解释》）第 90 条第 3 款关于“行政机关以同一事实和理由重新作出与原行政行为基本相同的行政行为”的规定对行政机关重作行政行为的随意性有一定的抑止作用，但其必须以同一事实和理由以及法院责令重作为前提，对于大量未经诉讼程序、行政机关自查自纠、依职权重作等情况少有甚至没有限制重作的规范制度设计，加之有错必纠的行政传统、行政执法人员担心渎职追责等因素，行政与司法实践中存在重作随意性甚至诉后加重处理等问题。那么，行政机关在何种情况下必须重作或不得重作行政行为？法院在何种条件下可以判令重作？判令重作的同时能否附以“必要的指示”或“适当引导”？限度如何？能否判令行政机关不得作出行政行为？针对此类问题，不少大陆法系国家的行政程序立法大都有“程序之重新进行”的制度安排，藉此防范已存行政行为的变动随意性，最大限度维系行政行为的存续力和法的安定性。我国目前尚无限制重作随意性的系统理论研究和完善的制度设计，以至于司法个案裁判对此讳莫如深。例如，在王运生诉灞桥区政府履行法定职责案中，法院认为，一般情况下，

* 柳砚涛，山东大学法学院教授，博士生导师；张超，山东大学法学院 2019 级宪政专业研究生。

基金项目：本文系 2021 年度国家社科基金重点项目“自动化行政中算法决策的法律控制”（21AFX004）的阶段性成果。



行政机关在作出行政行为之后，若利害关系人在法定期间内不提出行政复议、行政诉讼或经上述程序未获支持的，该行为原则上不能随意改变，行政机关亦无需就同一事项再次作出行政行为。^①这里的“一般情况下”“原则上”“随意”等词语的使用折射出司法实践面对相关理论研究滞后和立法缺位的无奈，同时也彰显针对重作行政行为的条件、程序、事由等进行深入研究和立法论证的必要性和紧迫性。

一、不影响处理结果的“新证据”不得引起重作程序

我国当下立法并未确立只有在新证据足以导致处理结果变化时才可以重作或责令重作行政行为的规则。这一判断的依据在于：

其一，在行政程序立法层面，以《湖南省行政程序规定》第162条、《宁夏回族自治区行政程序规定》第107条、《辽宁省行政执法程序规定》第67条等为代表的不少地方、部门的行政程序“规定”“办法”大都规定：行政执法行为被撤销的，如果发现新的证据，行政机关可以依法重新作出行政执法行为。其中的“可以”一词尽管给了行政机关在发现新的证据情况下是否重作的裁量权，但并未配套裁量基准，更没有辅以“但新证据不足以引起原事实认定重大变化或者定性处理改变的情况除外”的限制条件。

其二，行政诉讼规范制度设计并未将结果不同作为撤销并责令重作的前提条件，主要表现在：一则《行政诉讼法》第71条规定：“人民法院判决被告重新作出行政行为的，被告不得以同一的事实和理由作出与原行政行为基本相同的行政行为。”那么，只要基于不同事实与理由，哪怕是次要证据、事实或理由的些许变化，就可以作出相同行为。二则《行政诉讼法》第70条规定：“人民法院判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出行政行为。”尽管这里使用了“可以”的表述，但鉴于并未同时附设判令重作的具体条件，人民法院完全可以即使明知重作结果相同，仍然判令重作。

行政机关通常在对事实与理由稍作改变的情况下作出结果相同的新行为，甚至基于相同的事实与理由报复性地加重处理，极易导致循环诉讼。

为此，立法上可为新证据设置三个限制条件：其一，仿效1991年《奥地利普通行政程序法》第69条，设置“不能归责于当事人的新事实或新证据”的限制条件，因为当事人极有可能在第一次行为时故意隐瞒相关事实证据，理应承担将来不能因此而重作行为的不利后果。其二，仿效1992年《德国行政程序法》和1997年德国《联邦行政程序法》第51条关于将“行政行为所根据的事实或法律状态事后发生了有利

^① 参见王运生诉灞桥区政府履行法定职责案，最高人民法院（2020）最高法行申14294号行政裁定书。

于关系人的变化”作为程序重新进行的条件的做法，只有当新证据或新的证据方法同时引起事实、法律的实质性变化，以至于可能导致有利于相对人的结果时，才得以引起重作程序，而当“导致再次宣布内容相同的行政行为时，不允许进行撤废”^①。其三，仿效1991年《奥地利普通行政程序法》第69条，为发现新证据附加“将导致不同处理结果”的限制，藉此防范实践中大量存在的随便找个新证据就可以重作行政行为及其所带来的成本付出、法的安定性受损、行政公信力降低等负面影响。这也是不少域外惯常做法，如在德国，二次裁决必须基于“事实上作出了新的实体决定，尤其是出于新的理由”，而不是“单纯的重复”。^②为此，我国应摒弃《解释》第90条第1款关于行政机关可以在主要事实或者主要理由有改变的情况下作出与原行政行为的结果相同行为的做法，转而采用《行政诉讼法》第91条关于只有在“有新的证据，足以推翻原判决、裁定的”时才能再审的立法思路，进而规定只有新证据可能引起处理结果变化的情况下才可以启动重作程序。相应地，应改变当下行政诉讼制度设计关于改变行政行为的认定标准，建议参照《解释》第22条关于改变行政行为仅限于“改变原行政行为的处理结果”的制度范例，将“改变”统一限定为“改变处理结果”，除依照《解释》第91条第2款关于违反法定程序情况下“行政机关重新作出行政行为不受行政诉讼法第71条规定的限制”之外，其他诸如主要证据不足、适用依据错误等违法事由引起的撤销，只有在“可能导致不同处理结果”时，才考虑同时判令重作，该做法较之于德国学者关于“如果行政行为的法律效果不可变更，则不能撤销”^③的观点已经宽松了很多。

此外，应否对引致撤销的新证据施以“行为时应当发现”的限制条件？在厦门居泰安物业管理有限公司诉上海市黄浦区市场监督管理局其他行政行为案中，法院认为，事后出现的新证据，即使足以证明被诉行政行为作出时所依据的法律事实与客观事实不符，只要该客观事实是行政机关作出行为时无法发现的，人民法院就不宜以此简单地否定行政行为的合法性并据此撤销。^④这一问题的实质是，作为行政行为基础事实究竟应当追求法律真实还是客观真实？而这主要受制于四个因素：一则按照依法行政原则，法律有规定者从法定，如根据《行政许可法》第8条关于“准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化”的表述，作为许可变更或撤回条件之一的应为客观事实而非法律事实上的变化。二则当下行政程序和行政救济立法大都将“主要证据不足”

① [德]平特纳：《德国普通行政法》，朱林译，中国政法大学出版社1999年版，第130页。

② 参见[德]汉斯·J.沃尔夫，奥托·巴霍夫，罗尔夫·施托贝尔：《行政法》（第二卷），高家伟译，商务印书馆2002年版，第105页。

③ [德]汉斯·J.沃尔夫，奥托·巴霍夫，罗尔夫·施托贝尔：《行政法》（第二卷），高家伟译，商务印书馆2002年版，第115页。

④ 参见厦门居泰安物业管理有限公司诉上海市黄浦区市场监督管理局其他行政行为案，最高人民法院（2013）最高法行提字第7号行政判决书。



作为撤销事由，^①强调的是证据之于事实认定的确实充分或充分度，并不关注这里的事实究竟系属客观抑或法律层面。三则应当区分究竟是事实发生了变化还是事实无变化背景下的后发现证据，对于前者，原则上遵循“行为时说”，即判断已存行政行为的合法性只能依据行为时的事实和法律状态；对于后者，域外行政程序立法大都取向于信赖利益保护和有利于相对人，如1992年《德国行政程序法》和1997年德国《联邦行政程序法》第51条均将“行政行为所依据的事实或法律情况已作出有利于相对人的变化”和“有新的证据方法，将导致产生有利于相对人的决定”作为程序重新进行的条件。四则应当考量事实的类型和重要程度，如前述裁判主张：行政机关一旦发现已经作出的行政行为赖以存在的基础事实发生重大变化，且该行为会损害或者可能损害公民、法人或者其他组织的合法权益时，即有义务依法及时纠正。^②只是这里将“基础事实变化”与“有利于相对人”捆绑在一起的做法值得商榷，一旦行政行为抽掉了基础事实，都应该撤销，并不以是否有利于相对人为条件，否则就会将行政行为置于无中生有的尴尬境地。

在程序方面，贯彻除无效之外一般违法的行政行为可以通过瑕疵治愈使其继续有效的理念，针对结果相同但主要事实或者主要理由有改变的情形，摒弃撤销并责令重作的传统思路，进而采取两种更加经济、高效和贴近信赖利益保护的做法：其一，人民法院在诉讼过程中责令行政机关采取补救措施。我国《行政诉讼法》第76条尽管规定了“人民法院判决确认违法或者无效的，可以同时判决责令被告采取补救措施”，但仅限于诉后补救，如果允许法院于诉中要求行政机关及时采取补救措施，会更加经济高效，也便于在本诉中实现案结事了。而且，《行政诉讼法》第62条已经允许被告诉中改变被诉行政行为，在此基础上进一步允许法院作出中间判决、程序性裁定等，更有利于行政争议的及时化解和诉讼目的尽早实现。这在域外已有制度设计和实践，如在日本，对于诉讼争争的行政处分，允许被告行政厅进行理由的更换或者追加、完善，或者作出补正决定或补充决定，亦即对行政行为进行追加、补充其所欠缺的要件，以达到瑕疵治愈的目的。其二，如果审理过程中已经查明被诉行政行为结果正确，只是事实与理由存在些许违法或瑕疵，且不涉及行政裁量，则可以由人民法院在确认违法但不撤销的同时，对违法的事实与理由予以指正或者判令行政机关予以补正、更正、采取补救措施。如此设想的前提是，《行政诉讼法》第74条所设“判决确认违法，但不撤销行政行为”条款仅指向程序轻微违法，忽略了事实、证据、法律依据等方面也可能存在瑕疵、轻微违法但不影响处理结果和实质合法性的情形，同样应该适用确认

① 例外情况如《山东省行政程序规定》第133条将“主要事实不清、证据不足的”作为撤销事由，只是强调了引致撤销的事实的重要程度，并无客观事实抑或法律事实之别。

② 参见厦门居泰安物业管理有限公司诉上海市黄浦区市场监督管理局其他行政行为案，最高人民法院（2013）最高法行提字第7号行政判决书。

违法但不撤销行政行为。上述两种做法较之结果相同背景下的撤销并责令重作，更合乎法的安定性和经济高效的现代行政理念，正所谓“与其予以撤销而作出同样的处分，倒不如维持当初的行政行为的效力”，这对于防止行政浪费和促进行政经济有积极意义。^①

二、审慎判令重作

（一）严格判令重作的适用条件

实践中经常遇到两种误用判令重作的情形：一则不少行政机关因惧怕再次被告而急于重作，进而放纵违法，此时判令重作极其必要，但法院未判；二则如果违法事由不可治愈，或者本诉中并未出现足以支持重作行为的事实与法律状态，此时判令重作实属多余，但法院判了，进而导致新一轮违法行政和循环诉讼。

为使判令重作恰当其时，最为关键的是以法设定判令重作的适用条件。事实上，尽管早有学者呼吁哪些事项在撤销后应当重作，应由法律作原则性规定，^②但迄今为止尚无这方面的规定。域外在行政诉讼目的之保障权利抑或监督行政的选择上更倾向于前者，强调法院不得超越诉讼请求范围，进而将诉请作为裁判的重要考量因素，并一定程度上对判令重作起到抑止作用。我国目前不仅在制度上有与监督行政相配套的全面审理、不受当事人诉请范围限制等规定，理论上也都认为“以权利制约权力”并非行政诉讼的自体，当事人起诉只不过是“以权利监督权力”的诱因行为，^③这些都为法院不适当判令重作奠定了基础。尤其是，此次修法将解决行政争议设定为行政诉讼制度目的，极有可能导致诉讼功能取向由“诉”转“事”，案结事未了，审判权的行使方式和范围也渐趋多样化和扩大化。例如，《上海市高级人民法院关于进一步完善行政争议实质性解决机制的实施意见》创立了“矛盾协调化解建议函”，增加了判令重作或变相判令重作的几率。为防止人民法院过多涉及与本案无关、超出被诉行政行为合法性或本诉范围的问题，进而泛化、滥用判令重作，甚至使“重作判决很大程度上沦为行政权的附庸”^④，应当严格限定判令重作的适用条件。

具体而言，第一，应将权利保障作为判令重作的根本价值取向。鉴于我国的行政诉讼本质上属于主观诉讼，所以，较之于公平正义、行政行为合法性等因素而言，原告的合法权益保障更应成为规范制度设计和诉讼活动的首选目标，并成为是否判令重作的根本考量。正如在张俊英诉白银市白银区人民政府行政征收案中法院裁判所言：

① 参见〔日〕盐野宏：《行政法》，杨建顺译，法律出版社1999年版，第366-368页。

② 参见薛刚凌：《行政判决制度研究》，载《河南省政法管理干部学院学报》2003年第2期。

③ 参见胡玉鸿：“以权利制约权力”辨》，载《法学》2000年第9期。

④ 郭庆菊：《反思行政诉讼之责令重作判决》，载《行政与法》2010年第4期。



“为实质性化解本案征收补偿纠纷，依法保护被征收人的合法权益，在撤销被诉补偿决定的同时由被上诉人重新作出房屋补偿决定。”^①有观点主张，法院针对款额错误的行政赔偿决定，“不得适用撤销重作判决”，而应“直接变更赔偿数额”。^②如此做法更有利于实质化解行政争议和权利保障。

第二，只有当本诉中查明的事实足以构成重作行为的事实根据时，才可以判令重作。易言之，根据已经查明的案件事实和法律依据，如果不重新作出行政行为，可能导致法院背离行政诉讼的彻底性，或者疏漏行政机关诉后不履行法定职责的可能性。

第三，采用列举式明确不得判令重作的主要情形。例如，行政机关对于是否重作尚有裁量余地，如果本诉中一并判令重作会导致侵犯行政自由裁量权；是否重作涉及行政专业知识或行政初始认定问题，本诉中一并判令重作可能侵越行政首次判断权；重作与否尚取决于案外事实，而这些案外事实不在本诉审理范围内，或者与本案被诉行政行为的合法性无关；本诉中不能确定被诉行政行为的违法事由能否消除；重作行为将陷入无依据、内容不可能实现、导致犯罪等无效情形。相应地，理论上也应加紧研究哪些情形下法院应当或必须判令重作，如应申请的行政行为、存在相反诉求或利益的行政或诉讼第三人、存在需要行政机关积极作为方能维护的公共利益、公共秩序、公平正义等情形。

第四，本诉中查明的案件事实足以表明，判令重作极有可能导致行政机关作出相同行为，如被诉行政行为存在违法或瑕疵但不影响处理结果正确性等情形。事实上，在很多撤销后可能导致相同行为的情况下，由法院确认违法但不撤销行为，或者予以指正或责令行政机关补正、更正，更加合乎成本效益、法的安定性等价值取向。对此，尽管在最高人民法院公报案例“余姚市甬兴气体分滤厂诉余姚市住房和城乡建设局城乡建设行政管理：其他（城建）再审案”中，法院已将重作时基于相同理由作出相同行为定性为滥用职权，^③藉此防范行政机关重作随意性，但个案影响力远不如通过规范制度设计一律禁止结果相同背景下的重作和责令重作更为有效。

第五，判令重作并不寓意必须对相对人作出处罚或其他实质性处理，也包括撤案、结案、终止行政程序等其他程序性行为。司法实践中不少行政机关时常陷入既找不到据以重新作出实体处理的事实根据，又要面对拒不执行重作判决的两难境地，原因就在于片面地将重作局限于必须重新作出实体性处理行为。究其缘由，各地方、部门的行政程序只有关于“程序的启动”或“立案”的规定，少有程序中止、终止及撤案、

① 张俊英诉白银市白银区人民政府行政征收案，甘肃省高级人民法院（2019）甘行终335号行政判决书。

② 参见最高人民法院行政审判庭：《最高人民法院关于审理行政能够赔偿案件若干问题的规定理解与适用》，人民法院出版社2022年版，第522-538页。

③ 参见余姚市甬兴气体分滤厂诉余姚市住房和城乡建设局城乡建设行政管理：其他（城建）再审案，浙江省高级人民法院（2020）浙行申683号行政裁定书。

结案等方面的规定,使行政程序依法终了缺失规范依据。这种行政程序中的有始无终可能带来两个不良后果:一则一旦行政程序不了了之,会导致行政不作为的判断困难,因为行政程序并未终止,一直处于进行过程中,如果没有法定时限,也不引入惯例期间、高效便民等考量因素,很难认定为不作为或拖延作为。二则一旦行政机关在法无明文规定情况下中止或终止程序,可能因陷入于法无据和有悖于依法行政的违法境地,甚至基于《行政诉讼法》第 75 条载明的“没有依据”而归于无效。为此,建议在将来统一行政程序立法时,对程序之开始、程序之发展、程序之进行、程序之中止、程序之终结等作出明确规定,确保行政程序有始有终。

(二) 限定重作期间

尽管与 2000 年《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第 60 条关于判令重作时可以限定重新作出具体行政行为的期限、判决被告履行法定职责应当指定履行期限的规定相比,《解释》仅以第 91 条规定“判决被告在一定期限内依法履行原告请求的法定职责”,明显退步了。但是,在重作期间方面仍有三个积极信息:一则在立法层面,已有相关部门对纠错时限作了规定,如公安部《公安机关内部执法监督工作规定》第 13 条规定,上级公安机关发现执法活动确有错误或不适当时,可以责成有关部门或者下级公安机关“在规定的时限内”依法予以纠正。二则在司法实践层面,不少个案裁判在判令重作时限定了 5 日、10 日、15 日、20 日、30 日、60 日、90 日、180 日或一个月、两个月、三个月、六个月等长短不等的时限;甚至在尹志荣、刘小元诉株洲市房产管理局、株洲市芦淞区人民政府行政征收案中,二审法院认为一审裁判没有确定重作期限属于“明显不当”。^①三则在理论层面,有学者出于“一个没有履行期限的判决并不是一个完整的判决”“会使判决变得没有任何意义”的考虑,建议人民法院判令重作时必须附以期限,且“这个期限一般不应该超过一个月”。^②前述三个关键信息既对重作期间方面的统一立法设计形成倒逼态势,也为这方面的规范设计提供了制度样本和实践参考。

在目前法定重作期间缺位的情况下,实践中个案可以参照适用下述合法或合理期间:一是法律拟制期间。如果行政机关拒不重作或拖延重作可以归入“不履行保护人身权、财产权等合法权益的法定职责”,则可以比照《行政诉讼法》第 47 条和《解释》第 66 条关于认定不履行法定职责的法律拟制期间。二是合理期间。即从法律原则、法律理念、立法精神、法律价值、惯常做法以及一般人的认识水平当中去寻找合理期间,如依法行政基本要求中的高效便民、诚实守信等。三是协商期间和承诺期间。在法律

^① 参见尹志荣、刘小元诉株洲市房产管理局、株洲市芦淞区人民政府行政征收案,湖南省高级人民法院(2017)湘行终 411 号行政判决书。

^② 参见章剑生:《判决重作具体行政行为》,载《中国法学》1996 年第 6 期。



未规制、未禁止、不违法情况下，行政机关可以与相对人协商承诺期间，如《山东省行政程序规定》第93条第5款就认同了“承诺期限”的法律效力。四是惯例期间或类案期间。以同一地域、同一时段出现的相同事件为对象同类行政行为的重作期间理应保持一致，先前的类案期间实则创造了时限先例，并对后来的相同或类似个案有参考作用。

（三）判令重作不得侵越行政首次判断权

基于行政诉讼彻底性考量，当下主流观点主张判令重作时应包含如何重作的内容，或者“在判决中作一些指导性的规定”^①，或甚至“明确要求行政机关作出具体行政行为的内容”^②，旨在防止循环诉讼和重复审查。^③与之相反，只有个别观点主张司法谦抑，将“行政机关的自由裁量权萎缩为零和行政机关作出羁束行政行为的时候”作为“附加必要指示”的前提条件，^④这与域外共识和通常做法相一致，即只有在“无行政裁量和判断余地的情形或其裁量权因特殊情事而收缩为零的情形”之下，^⑤法院才可以对判令重作附以必要指示、指导甚至代替行政机关作出决定。如在法国，对于“行政机关需要完全自由决定的事项”，只能实行“最低限度的监督”，尤其对其“关于事实性质的认定，法院只监督明显的判断错误”。^⑥在英国，尽管撤销判决基本上“附有必要的指示”以明示“如何重新作出决定”，且“指示具有强制拘束力”，但一直非议不断，有观点认为这种做法实质上剥夺了行政机关“进一步行使其自由裁量权的余地”。^⑦

事实上，如果允许甚至要求判令重作必须附以如何作为的内容，极易导致法院一定程度上侵越行政首次判断权和行政自主性，尤其在本诉中已经查明的案件事实不足以支撑一个新的行政行为之时，如此做法不仅违背了“正确处理审判权和行政权的关系”“不要代替行政机关行使行政权力”的立法原则，^⑧而且与我国司法机关一直秉承的司法不能代替行政、司法谦抑的传统不相符合。司法实践中，不少法院通过诠释行政首次判断权来限制审理范围和审查强度，如在最高人民法院公布的2013年度人民法院“信息公开十大案例”之余穗珠诉海南省三亚市国土环境资源局案和彭志林诉湖南省长沙县国土资源局案中，法院均很好地诠释和宣示了尊重“行政机关先行判断”的司法态度，^⑨完全有必要将这一思路从审理范围、审查强度延展至裁判方式和内容上

① 林鸿潮：《如何理解“责令重新作出行政行为”？》，载《中国国土资源报》2017年1月24日，第7版。

② 孔繁华：《行政变更判决研究》，载《当代法学》2006年第5期。

③ 参见孔繁华：《行政诉讼性质研究》，人民出版社2011年版，第348页。

④ 参见罗英：《行政诉讼重作判决的比较及其启示》，载《湖南科技大学学报（社会科学版）》2007年第6期。

⑤ 参见陈清秀：《行政诉讼法》（修订七版），我国台湾地区元照出版公司2015年版，第651页。

⑥ 参见王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1989年版，第672页。

⑦ 参见张越：《英国行政法》，中国政法大学出版社2004年版，第790-791页。

⑧ 参见1989年3月28日全国人大常委会副委员长、法制工作委员会主任王汉斌在第七届全国人民代表大会第二次会议上所作的《关于〈中华人民共和国行政诉讼法（草案）〉的说明》。

⑨ 参见黄先雄：《行政首次判断权理论及其适用》，载《行政法学研究》2017年第5期。

来。当然，强调行政首次判断权并不排斥人民法院在判令重作的同时指明重作对象、标的、方向等与行政初始判断权、行政自由裁量权、行政自主性无关的事项，正如在丹江口市大坝办事处滨江社区水都风情小区业主委员会诉湖北省丹江口市房地产管理局不履行法定职责案中，法院裁判所述：“本院虽不能越俎代庖，但基于监督行政机关依法行使职权的行政诉讼立法目的，理应指定丹江口市房管局履行备案职责的方向，以防止产生不必要的争议而徒添负累。”^①

司法指导或指引限度主要受制于行政裁量权、行政自主性和案件事实三个因素，旨在防止法院“干预行政机关行使职权”，甚至“替代行政机关作出决定”，^②尤其是在是否以及如何重作行为“尚需行政机关对有关事实做进一步调查”^③的情况下。这也顺应了司法谦抑性的司法品格和“法院应监督行政，而非亲自行政”^④的司法规律。

（四）增加撤销并责令不得作出行政行为的判决类型

当法院经审查认为被诉行政行为存在缺乏事实根据、没有法律依据、不可能实现等情形时，理应在撤销的同时一并作出禁止行政机关进一步作出行政行为的判决。否则，在司法个案中，即使查明的事实与法律已经清楚地表明行政机关不能进一步作出行为，法院充其量只能“一撤了之”，对行政机关极有可能再次作出的行政行为没有任何阻止力和要求力，进而导致循环诉讼。域外已有相关制度设计可资借鉴，如《日本行政案件诉讼法》第37条第4项规定法院可以判决“行政机关不得作出处分或裁决”。英美法中也有禁止令、阻止令等裁判形式，旨在“撤销已经作出的决定”的同时，“禁止该决定的履行或禁止继续作出新的违法决定”，或者“阻止公共权力机关的一切越权行为”。^⑤

增加责令行政机关不得作出行政行为判决主要基于下述考量：第一，权利义务、职权职责的核心内容是“要求为一定行为”和“不为一定行为”，以权利保障和监督行政为目标取向的行政诉讼理应将“要求为”和“要求不为”纳入裁判内容。^⑥当下行政判决类型中只有履行判决、给付判决等要求行政机关为一定行为的判决，却无要求行政机关不为一定行为的判决，显属跛脚。

① 丹江口市大坝办事处滨江社区水都风情小区业主委员会诉湖北省丹江口市房地产管理局不履行法定职责案，湖北省十堰市中级人民法院（2017）鄂03行终29号行政判决书。

② 参见南阳丹江坐禅谷旅游有限责任公司诉淅川县不动产登记局、淅川县林业局林业行政登记案，河南省南阳市中级人民法院（2017）豫13行终92号行政判决书。

③ 常州凯菲尔通信科技有限公司诉泰兴市行政审批局其他行政行为案，江苏省泰州医药高新技术产业开发区人民法院（2019）苏1291行初135号行政判决书。

④ [德]平特纳：《德国普通行政法》，朱林译，中国政法大学出版社1999年版，第142页。

⑤ 参见黎国智主编：《行政法辞典》，山东人民出版社1989年版，第532-533页。

⑥ 修改后《行政处罚法》第2条将行政处罚的性质界定为“减损权利或者增加义务”以及第9条新增“责令停止行为”“责令作出行为”的处罚种类，寓意行政处罚回归“权利义务”本源，这也给兼具权利保障和义务判令双重属性的行政诉讼裁判提供了规范样本。



第二，行政机关的违法行为不仅有“当为而不为”的消极违法，也有“不当为而为”“当为而乱为”的积极违法，增加责令行政机关不得作出行政行为判决，有利于对积极违法施以必要的司法控制。

第三，责令行政机关不得作出行政行为判决已有司法实践基础。例如，在王宝光诉北京市西城区人民政府行政处罚复议案中，法院认为，《复议法实施条例》第51条“既包括复议机关不得直接作出对申请人更为不利的复议决定，也包括复议机关不得以撤销等方式间接导致对申请人更为不利的结果”。^①该裁判创造性地提出复议决定和诉讼裁判中应尽量避免衍生不利于相对人的重作行为的新思路。为防范行政机关诉后以包括重作行为在内的其他方式对相对人带来更加不利之后果，增加责令不得重新作出行政行为判决极为必要。

第四，《行政诉讼法》第12条规定的受案范围、诉讼理由迫切需要类似于“责令不得作为”的裁判形式相配套，这也是“诉判一致”原则的内在要求。其中的“认为行政机关侵犯其经营自主权或者农村土地承包经营权、农村土地经营权”“认为行政机关滥用行政权力排除或者限制竞争”“认为行政机关违法集资、摊派费用或者违法要求履行其他义务”等情形之下，人民法院经审查认为行政机关已作出的行政行为违法并予以撤销后，为防止其进一步作出相同行为、变相相同行为或甚至变相加重行为，确有必要同时责令不得作出行政行为。

同时，《解释》第68条第2项关于“请求判决行政机关履行特定法定职责或者给付义务”和第9项“其他诉讼请求”的规定中应然涵盖“不得作出行政行为”的诉讼请求，其与“责令不得作出行政行为”判决之间一脉相承。

关于撤销并责令不得作出行政行为判决的适用情形，德国法上承认“作为撤销之诉的补充”，可以针对行政过程中“受到不利影响”的事实行为和“事实上的妨害”提起停止作为之诉，其所秉持的基本理念是，鉴于“撤销之诉和可能撤销的标的尚不存在”，不能采用“预防性撤销之诉（vorbeugende Anfechtungsklage）”，应考虑“倘若行政行为的实际前期效力已如此显著，以至于不应苛求原告，必须等待相应决定最终作出之后，才采取防卫手段。此时的法律保护，只能由停止作为之诉提供。”^②有鉴于此，我国可为责令行政机关不得作出行政行为判决设定下述适用情形：有关案件事实、权利义务、法律关系等已为生效裁判所拘束，重作将违背既判力规则；存在违法性继承的过程性行为背景下，前置行为违法必然导致后续行为违法时，撤销前置行为的同时可责令不得作出后续行为；作出行政行为将导致违反一事不再罚、处罚时效等原则制度；本诉中查明的事实已经显现，再次作出行政行为将陷入实施主体不具有行

^① 参见王宝光诉北京市西城区人民政府行政处罚复议案，北京市第四中级人民法院（2017）京04行初789号行政判决书。

^② [德] 弗里德赫尔穆·胡芬：《行政诉讼法》，莫光华译，法律出版社2003年版，第296-299页。

政主体资格、没有依据、构成犯罪或违法、内容不可能实现或违背公共秩序与善良风俗等无效情形。

三、对行政机关依职权重作施以必要规制

(一) 拓展申辩不得加重处理原则的适用范围

鉴于重作行政行为之前相对人大都通过各种途径进行过申辩、辩解、异议等，所以申辩不得加重处理原则一定程度上起到了减少重作带来更加不利的法律效果。但是，目前仅有《行政处罚法》第 32 条以及山东省、宁夏回族自治区等个别地方的行政程序立法对“行政机关不得因当事人申辩而加重处罚”“行政机关不得因当事人申辩而加重处理”作了规定，这就必然导致事实、理由、依据等方面完全一致的“申辩”在不同行政行为作出过程或不同法律程序中产生不同的法律效果，损及程序价值的同一性和权利享有的平等性。建议仿效《山东省行政程序规定》第 74 条关于“行政机关及其行政执法人员不得因当事人、利害关系人提出异议或者申辩而加重处理”的规定，一则将申辩不得加重的空间效力拓展至第一次或重作行政行为过程中和作出后的所有法律程序当中。二则这里的“申辩”应当作宽泛解读，相对人在所有法律程序中针对行政行为所作的申辩、异议、辩解、质疑、陈述、说明、声明等程序性行为，甚至依据《宪法》第 41 条所作的批评、建议、申诉、控告、检举等行为，都应产生不得加重处理的法律效果，藉此防范内容相似、交叉或甚至相同的申辩行为仅仅因为称谓、名称、所处程序阶段不同而产生不同法律效果。而且，从立法技术上说，与其像《山东省行政程序规定》第 74 条、《宁夏回族自治区行政程序规定》第 44 条那样对申辩不得加重逐条确立，倒不如运用法律方法对“申辩”做扩大解释更加经济高效。

(二) 完善禁止不利变更原则

鉴于变更本质上属于重作行为，限制变更的同时也可以达到限制重作的法律效果。对此，当下规范制度设计存在一个明显不足，即禁止不利变更仅适用于复议与诉讼程序，不能有效抑止行为机关或其他依法享有监督权的机关通过层级监督、自查自纠等程序加重处理。已有司法个案裁判突破了这一制度框架，如在梁恩伟诉大连市公安局交通治安分局不予处罚决定案中，作为受害人和申请人的梁某撤回复议申请后，被申请人对加害人作出不予行政处罚的更加不利决定，尽管案件确实存在处罚事实不清、处罚不当、依法应当重作甚至加重的情形，但法院仍然以“被申请人其后作出的不予处罚决定对梁某更为不利不当”为由，撤销了原处理机关的处罚决定，^①藉此将禁止不

^① 参见梁恩伟诉大连交通治安分局不予处罚决定案，大连市中级人民法院（2012）大审行终再字第 12 号行政判决书、辽宁省高级人民法院（2014）辽行提字第 00001 号行政判决书。



利变更的适用范围拓展适用于原处理机关及其重作程序。

事实上,对于禁止不利变更究竟应否局限于救济程序一直纷争不断。一方面,鉴于禁止不利变更旨在防止“把法律救济请求跟消极后果捆绑在一起”^①,是以救济权为诱因、以救济程序为场域的,如果将其拓展适用于行政程序,会对“以事实为根据、以法律为准绳、依法行政”等法律原则产生巨大冲击。另一方面,如果仍将其局限于救济程序,不仅会损及程序权利价值的一致性,因为仅就内容、功能而言,陈述、申辩、异议、辩解等项权利及其行使在行政程序与救济程序中并无本质差异,却要引起不同的法律效果,难以服人,而且会使行政实践中长期存在的、行政机关败诉后重作时加重处理、顶格处罚、变相报复等得不到应有遏制。可见,准确拿捏禁止不利变更的适用场域、条件、对象等显得尤为重要。尤其是,鉴于诉讼后重作属于救济后程序,极有可能承载救济权和救济程序可能衍生的消极后果,理应与复议决定和变更判决一样适用禁止不利变更原则。

此外,此次行政诉讼法修改新加入的检察行政公益诉讼很可能对禁止不利变更产生消极影响,因为根据“两高”《关于检察公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第21条将检察公益诉讼主要指向“行政机关违法行使职权或者不作为,致使国家利益或者社会公共利益受到侵害的”情形,而这极有可能导致行政机关依法履责或二次行为时对相对人更加不利。由此,如何将禁止不利变更原则的功能范围拓展适用于行政公益诉讼领域便成为必须深入思考的理论命题。例如,鉴于《行政诉讼法》第77条仅将禁止不利变更的例外情形设定为“但利害关系人同为原告,且诉讼请求相反的除外”,而检察公益诉讼中的检察机关与利害关系人之间不存在“同为原告”的情况,所以应否考虑将禁止不利变更拓展适用于“诉讼主张相反的第三人”。

(三) 确立重作有利于相对人原则

重作有利于相对人有助于降低或抑止重作随意性尤其是重作时加重处理,使重作行政行为更加贴近权利保障主题。正因如此,1992年《德国行政程序法》和1997年的德国《联邦行政程序法》第51条、1987年《韩国行政程序法草案》第33条、我国台湾地区“行政程序法”第124条等都将“行政处分所依据之事实事后发生有利于相对人或利害关系人之变更”作为“程序重新进行”或“程序重开”的条件,或者将“行政处分所依据之事实关系或法律关系已对当事人等为有利之变更时”和“提出足以对当事人为有利决定的新证据时”设定为“废止或变更已发生不可争力之行政处分”的条件,而这主要受制于两个原则:一是不超越诉讼请求(ne ultra petita)原则,^②正因不利变更明显不在当事人的诉请范围内或甚至是完全相反,所以《德国行政法院法》

① [德] 弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第126页。

② 参见[德] 弗里德赫尔穆·胡芬:《行政诉讼法》,莫光华译,法律出版社2003年版,第125页。

第129条规定“只能在当事人请求变更的范围内进行变更”。二是信赖保护原则,鉴于“行政行为的受益人相对于变更必要性的信赖具有保护的价值”,所以,“除非有重要的理由,不得重新处理已经完结的处理行为”。^①

2004年最高人民法院《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》将“适用新法对保护行政相对人的合法权益更为有利的”作为新旧法律规范冲突适用规则“程序从新、实体从旧”的补充原则,但不少司法个案裁判早已突破了这一原则,主要情形有三:一是实体上有利于相对人,如在向文生、荆茂英诉湖南省溆浦县人民政府行政允诺案中,法院认为,在对相对人的信赖利益进行补偿时,应当“使相对人实际获得的利益不低于或者适当高于补偿的标准”。^②二是程序上有利于相对人,如在尹志荣、刘小元诉株洲市房产管理局、株洲市芦淞区人民政府行政征收案中,二审法院以“没有确定重新作出行政行为的期限”“不利于保护相关权利人的合法权益”为由,认定一审裁判明显不当。^③三是作为一种法条歧义时的选择适用规则,如在林碧钦诉莆田市地方税务局稽查局税务行政管理案中,法院认为“在法律规定存在多种解释时,应当首先考虑选择适用有利于行政相对人的解释”^④。个案裁判中的创新思维已经对理论研究和规范制度设计形成倒逼态势,必须加紧研究落实判令重作、职权重作时有利于相对人或起码不得有利于相对人的范围、条件等。尤其是,在陈元朝诉岳阳市云溪区人民政府行政征收案中,法院主张“如果行政机关对其作出的原行政行为进行变更……应确保不对原行政行为相对人造成不利影响”^⑤。基于此,究竟是重做有利于还是不得有利于相对人、有利不利的判断对象究竟是相对人还是相关人、相关人利益在重作环节如何得到切实保障等问题确需理论上深入研究。

(四) 赋予相对人以重作程序启动申请权

关于重作启动程序,当下规范制度设计已有行政机关的法定代表人和上级行政机关等作为“决定启动主体”、人民法院和上级行政机关等作为“判令、责令启动主体”以及监察委员会、人民检察院等作为“建议启动主体”等规定,但在确认和强化相对人对于重作程序的要求力方面做得不够。尽管各地方、部门的行政程序立法大都规定行政程序可因相对人申请而启动,且相对人可以向监察机关、上级行政机关或者本级人民政府法制机构投诉、举报或申请行政机关自行纠正,甚至设立了申请撤销制

① 参见[德]汉斯·J·沃尔夫、奥托·巴霍夫、罗尔夫·施托贝尔:《行政法》(第二卷),高家伟译,商务印书馆2002年版,第94-95页。

② 参见向文生、荆茂英诉湖南省溆浦县人民政府行政允诺案,最高人民法院(2019)最高法行申612号行政裁定书。

③ 参见尹志荣、刘小元诉株洲市房产管理局、株洲市芦淞区人民政府行政征收案,湖南省高级人民法院(2017)湘行终411号行政判决书。

④ 林碧钦诉莆田市地方税务局稽查局税务行政管理案,最高人民法院(2018)最高法行申253号行政裁定书。

⑤ 陈元朝诉岳阳市云溪区人民政府行政征收案,湖南省高级人民法院(2019)湘行终2206号行政判决书。



度，但并无专门针对相对人申请重作方面的具体规定，对于已过争讼期间、已经过诉讼程序但仍然存在违法情形的行政行为，当事人只能通过上访、申诉等途径寻求撤销或重作。

强化相对人对于重作程序的启动功能需要完善两个方面的规范制度设计：一则提升相对人申请重作程序的实质影响力。尽管我国当下尚无依利害关系人之申请启动“程序重新进行”或“程序再开”等规范设计，但司法实践中已有个案裁判认同相对人申请对重作程序启动的实质影响力，如在辽宁昕建建设集团有限责任公司诉桦甸市人力资源和社会保障局等工伤行政确认案中，法院认定：“因被诉行政行为系因严新余申请而作出，在撤销被诉行政行为时应责令行政机关重新作出行政行为。”^①此案实则确认了撤销应申请的行政行为应一并判令重作的一般规则。同理，当原告诉请当中有责令重作内容，且经审理查明只有行政机关积极作为才能切实维护原告的合法权益时，法院应一并撤销并判令重作。

二则拓展相对人诉请判令重作和诉请判令不得重作的法律渠道。尽管从文义上看，《解释》第68条第2项关于“请求判决行政机关履行特定法定职责或者给付义务”以及第9项关于“其他诉讼请求”中理应包含“诉请判令重作”和“诉请判令不得重作”，而且，撤销并判令重作判决的存在，也可以倒推出诉请判令重作的诉讼请求的存在。但是，为弘扬法律规范的教示、引导、确定作用，建议仿效德国法上“停止作为之诉”的设计思路，在前述条款中明示“要求判令行政机关不得作出行政行为”的诉讼请求类型，如此才更有利于避免循环诉讼，也可以增强对判决回应性的要求力。

四、基于法院判令重作的行政行为可诉

如果行政机关根据法院判令重作的行政行为可诉，一定程度上可以抑制行政机关的重作随意性。但问题是，司法实践中已有不少个案裁判认定基于法院判令重作的行政行为不可诉，如在潮州市博味食品有限公司诉国家工商行政管理总局商标评审委员会其他行政行为案中，法院认定：“对于行政机关以新的理由或与法院判理部分不完全相同的理由作出的新的行政行为，行政相对人或利害关系人是有权提起诉讼的。而对行政机关完全按照生效判决作出的行政行为，系行政机关作为当事人履行判决义务的行为。对该行为，其他当事人即行政行为的相对人或利害关系人，不得提起诉讼。”^②此外，在广州商科信息科技有限公司诉国家工商行政管理总局商标评审委员会其他行

^① 辽宁昕建建设集团有限责任公司诉桦甸市人力资源和社会保障局、吉林市人力资源和社会保障局、严新余工伤行政确认案，吉林省吉林市中级人民法院（2017）吉02行终46号行政判决书。

^② 潮州市博味食品有限公司诉国家工商行政管理总局商标评审委员会其他行政行为案，北京市高级人民法院（2017）京行终1497号行政裁定书。

政行为案和青岛科瑞新型环保材料有限公司诉国家知识产权局专利复审委员会无效宣告案等个案裁判中法院也做了相同认定。^①

上述裁判值得商榷：第一，基于法院判令重作的行政行为在性质上并不属于行政协执行为，仅系基于法院判令重新作出的新的行政行为，是行政权行使、行政程序运行和行政意志或意思表达的载体。据此，《解释》第1条第7项关于行政协执行为不可诉的规定，不能成为判令重作行政行为不可诉的法律依据。

第二，作为生效裁判的责令重作判决仅系重作行为的动因或充其量部分融入了法院的意思或意志，但这并非重作行为的全部。因为重作行为仅仅执行了法院的重作指令、指示、指引等，其内容与组成并非全部取自于或复制于生效裁判。很多情况下，生效裁判拘束的仅系重作行为所含的部分事实、理由，正如在郑云诉商水县公安局、文新国治安行政处罚案中，法院认为“行政机关重新作出行政行为要受到法院撤销判决所认定事实和阐述理由的约束”^②，但作为重作行为组成部分的主体、权限、程序、处理结果等大都不在生效裁判范围内。

第三，如果否定基于法院判令重作的行政行为可诉，会让其中新增行政处理内容逃避司法审查。即使行政机关完全按照法院的意思重作，甚至重作行为与生效裁判含有同质等量的权利义务，但重作行为的主体权限、程序违法等新增行政性内容也并非“为生效裁判拘束”，更不是生效判决的既有内容，而是可诉行政行为的组成部分。否则，该部分新增行政性内容就会借“已为生效裁判所羁束”之名规避审判监督。已有个案裁判认识到了这一点，如在郑世深诉五莲县人民政府行政强制执行、行政赔偿案中，法院认定：“如果被执行人及利害关系人以行政机关实施的强制执行行为存在违反法定程序、与人民法院作出的准予执行裁定确定的范围、对象不符等特定情形，给其造成损失为由提起行政诉讼或者行政赔偿诉讼的，人民法院应当依法受理。”^③这里的“违反法定程序”“超范围”等新增违法情形并不在生效裁判范围内，而是产生了新的权利义务实际影响或者新增了需要司法监督的行政违法情形的可诉行政行为的组成部分。^④

所以，在重作行为内含“司法指示或引导”和“行政自主意思或处理”两部分内容的情况下，不能以前者已为生效裁判所拘束为由否认后者乃至整个行为的可诉性。

① 参见广州商科信息科技有限公司诉国家工商行政管理总局商标评审委员会其他行政行为案，北京市高级人民法院（2017）京行终1543号行政裁定书；青岛科瑞新型环保材料有限公司诉国家知识产权局专利复审委员会无效宣告案，北京知识产权法院（2015）京知行初字第4853号行政裁定书。

② 郑云诉商水县公安局、文新国治安行政处罚案，河南省周口市中级人民法院（2019）豫16行终46号行政判决书。

③ 郑世深诉五莲县人民政府、五莲县洪凝街道办事处行政强制执行、行政赔偿案，山东省高级人民法院（2018）鲁行赔终1号行政裁定书。

④ 参见原浩洋：《司法解释关于行政机关协助法院执行行为可诉范围之澄清与拓展路径》，载《法律方法》2021年第4期。



应然的做法是，如果这两部分内容可分，即“司法指示或引导”部分被剥离后，剩余的“行政自主意思或处理”部分仍然成立行政行为，则该部分内容单独可诉。如果不可分，如重作程序违法，则只能起诉整个重作行为，并将“司法指示或引导”部分排除在审理和裁判范围之外。但是，前述思路有赖于将行政行为可分理论全面植入诉讼请求、裁判类型当中，在当下仅有部分撤销判决与之匹配的规范设计背景下难以为之。

第四，基于判令重作的行政行为可诉并不违背一事不再理、禁止重复起诉的一般法理和法律规定。一则后诉与前诉的诉讼标的并不相同，因为重作行为并不与前诉行为完全相同，也非为生效裁判所全部拘束，而只是内含了前诉生效裁判所含部分意志、意思、理由等，除此之外的行政自主处理内容并不为生效裁判所拘束；二则后诉与前诉的诉讼请求也不相同，尽管前诉行为与重作行为可能存在交叉内容，但毕竟是两个不同的行为，且也存在诸如行政程序、主体、权限等新增行政处理内容等新增加内容。

第五，基于判令重作的行政行为可诉符合行政行为可诉之“权利义务实际影响”标准。尽管要吸纳生效裁判中的主旨、理由、事实等，但其所产生的“权利义务实际影响”并不完全内含于生效裁判，更何况重作行为还包括不为生效裁判所内含或约束的新增行政性内容，如行政主体、行政权能及其运用、行政程序等。如果法院判令重作的行政行为完全复制了生效裁判，不仅寓意人民法院代替行政机关作出了行政行为，导致法院侵越行政机关的首次判断权，而且会使一个可诉的重作行为错误地借为生效裁判羁束、为执行生效裁判之名逃避审判监督。申言之，一旦生效裁判将重作行为所含权利义务确定得具体明确，以至于根本不需要行政机关重作即可达到重作行为的明确性要求及其所欲实现的状态，那么此时的重作行为不仅多余，而且与“驳回当事人申诉的重复处理行为”的性质并无二致，并不产生新的“权利义务实际影响”，当然不可诉。

（责任编辑：郑佳豪）

有组织犯罪中涉案财产的认定研究

陈梦鸽*

内容摘要: 有组织犯罪涉案财产数量多、类型杂, 实践中涉案财产的认定存在证据不足、法庭确认审前认定结果消极、认定程序依附性与形式化以及裁判说理不充分的现象。究其成因, 主要在于有组织犯罪中财产性质混同严重、侦查机关急于取证、法律规范中涉案财产的审查认定程序缺失以及认定标准、证明责任分配不明晰等。为有效解决认定难的问题, 应进一步完善法律规定, 明确涉案财产问题的证明责任分配与认定标准; 探索构建相对独立的涉案财产认定程序; 司法机关主动提高调查取证及裁判说理能力。通过各机关协同发力, 切断有组织犯罪的经济供给, 实现常态化背景下对有组织犯罪的有效惩治。

关键词: 有组织犯罪; 涉案财产认定; 立法规制; 程序重构

引言

自 2018 年开始, 为期三年的全国扫黑除恶专项斗争取得了显著成效。该专项行动启动伊始即秉承严厉打击有组织犯罪, 严格落实有组织犯罪涉案财产处置的理念。数据显示, 三年期间, 全国打掉资产亿元以上的涉黑组织 653 个, 依法处置生效涉黑涉恶案件资产 1462 亿元, 托管代管涉案企业 887 家。^① 有组织犯罪中涉案财产处置不同于其他刑事犯罪, 具有收集难、认定审查难、保管难、执行难等特征。为应对该种特殊性, 摧毁有组织犯罪的经济基础, 有必要对有组织犯罪中涉案财产的审查认定进行专门研究。

* 陈梦鸽, 中国人民公安大学博士研究生。

基金项目: 本文系福建省习近平新时代中国特色社会主义思想研究中心 2021 年度项目“总体国家安全观视域下网络虚假宣传的风险识别与应对”(项目编号: FJ2021XZB019) 的阶段成果。

① 参见《全国扫黑除恶专项斗争总结表彰大会在京召开, 部署常态化开展扫黑除恶专项斗争》, 载微信公众号“中央政法委长安剑”, 2021 年 3 月 30 日。



我国《刑事诉讼法》自1979年出台历经多次重大修改,愈发重视对人权的保障,但司法实践中仍强调对被告人“定罪量刑”情节的审查,“重人身轻财产”的观念也未发生实质转变。我国《宪法》规定公民的合法私有财产不受侵犯,作为部门法的《刑事诉讼法》理应贯彻这一基本要求。因此在刑事诉讼中,对被追诉人权利的保障不应只局限于人身,对财产权的保护和处置也应受到重视。有组织犯罪中涉案财产的正确认定是其受到合法处置的前提,在常态化扫黑除恶行动的背景下,梳理立法及实践中有组织犯罪涉案财产认定现状,以此为基础解析有组织犯罪涉案财产认定难的成因,并重塑认定规则与程序,对维护国家、被害人和被追诉人的合法利益具有积极意义。

一、有组织犯罪涉案财产认定的立法规制与实践现状

(一) 立法规制

黑恶势力组织的发展壮大依赖于一定的经济实力,而支撑起强大经济实力的必然为各类资产。随着打击有组织犯罪活动的深入,司法机关愈发追求规范化,尽可能做到既有效铲除黑恶势力组织又能妥善处理涉案财产。因此,财产涉案与否的认定与处置也趋于合法化与明晰化。司法机关针对涉案财物认定方面面临的问题陆续出台专门规范性文件,并在《刑事诉讼法》及司法解释的修改中也有所涉及。

《最高人民法院关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)中规定了可以依法认定、处置的涉案财产类型为黑恶势力组织犯罪分子聚敛的财物及其收益、犯罪工具等,但未提及认定涉案财产需审查的内容和程序。2009年出台的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》对涉案财产的范围进行了适当扩张,只要用于违法犯罪活动,维系犯罪组织生存均可视为涉案财产,并要求有关机关认真审查涉案财产的来源、性质。2015年,《最高人民法院全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会纪要》进一步列举出追缴、没收的财产范围,增加审查证明财产用途、权属及利益大小的证据,调查财产权属情况以及是否属于违法所得或依法予以追缴的范围。2019年,“两高两部”发布的《关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题的意见》(以下简称《意见》)为首个关于黑恶势力涉案财产的系统性文件,规定在需要认定的内容上分类细化,阐明能够证明涉案财物的证据类型等,首次明确规定审查涉案财产的适用程序,明确了检察机关承担证明责任,但检察机关有证据证明追缴、没收的涉案财物无法找到时,被告人若有不同意见,应当承担提交证

据的证明责任。但对涉案财产的证明达到何种标准未予明示。《反有组织犯罪法》仅对需查封、扣押的财物认定与需追缴、没收的财产认定做出区分,规定可适用违法所得没收程序对涉案财产进行处理,增设案外人对涉案财产异议程序。

从目前的法律规定和规范性文件看,对涉案财产的范围划分、审查内容的规制呈现更具体、更细化的趋势,符合我国现阶段有组织犯罪涉及财产广、合法财产与非法财产混同、组织财产与个人财产混同等现状,有利于司法机关准确把握涉案财产,减少对被迫害人、案外人、被害人合法财产的伤害。但在审查程序及证明标准、证明责任方面,虽有完善但仍有欠缺,如涉案财产的审查认定是依附于庭审中定罪量刑的法庭调查和法庭辩论,还是另行开展?是由公诉机关承担完全的证明责任吗?

(二) 实践现状

对涉案财产认定方面的实践现状考察,主要是通过裁判文书的收集、整理、分析,并辅之与负责涉黑案件的审判法官交谈得出。裁判文书的样本选择来源于聚法案例网,在检索栏中以“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”“一审”“涉案财产”“刑事案由”为关键词共收集案例 40 个。案例数量虽少,但对实践中有组织犯罪的涉案财产认定情况有了系统的认识。

1. 涉案财产仅作为证明“经济特征”成立的证据,而对其本身是否应当受到处置、受到何种处置缺少证据证明

有组织犯罪不同于其他刑事犯罪,“经济特征”成为司法机关在侦查、审查起诉、审判阶段中判断是否构成该罪的核心要素之一。“以黑护商”“以商养黑”已成为现代社会背景下黑恶势力组织发展的新态势。从法院审查认定“经济特征”的逻辑思维来看,是以广义的涉案财产为基础,即凡是与案件有关的财产均可作为证明黑社会性质组织具有一定经济实力的证据。但并非所有的、与案件有关的财产最终都会受到同样的刑事处置,现实中存在大量与黑恶势力组织有关的财产,属于合法来源、权属明确且未被用于违法活动,此类财产属于应当返还或退赔范围;对违法所得、违禁品等则属于被追缴、没收的范畴。

在收集的 40 则案例中,指出证明黑社会性质组织犯罪成立的经济特征证据的有 31 例,占比 77.5%,其余 9 例案例多笼统地表述为:该组织通过违法犯罪行为大肆敛财,获取非法利益,严重破坏经济秩序。而裁判文书中列明的能够证明涉案财产来源、属性等证据的仅有 12 例,占比 30%,证据类型主要包括犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解、不动产登记证书、公司法定代理人证明、资金流水等。需要注意的是,虽然这些案件中有公安机关积极收集能证明涉案财产来源、权属等性质的证据,但几乎也全部依附在经济特征部分一并说明,未有专门单独描述。公诉机关应当提供证据证明涉案财产与案件的关联程度以及权属、性质、来源等供法院审查判断并做



出最终处置决定，而现阶段司法实务中正缺少对能够证明涉案财产本身属性的证据的审查过程。

2. 法院裁判说理聚焦于定罪量刑情节，对涉案财产认定的说理弱化

在样本裁判文书中，就定罪量刑的事实认定而言，均有多个证据予以证实形成印证，如犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解、被害人陈述、物证、书证等。但证明涉案财产应当受到刑事处置的证据呈现出单一化的特点。相较于定罪量刑情节审查认定的大篇幅说理，对涉案财产的审查、认定叙述甚少。在统计的40例案例中，有26例未对涉案财产的认定过程、认定结果作出说理，占比65%，表明法院对涉案财产说理的轻视。

除此之外，笔者发现，案件中对涉案财产的说理内容并非对涉案财产权属、性质等本身的论证，而是对公安机关、检察机关的查封、扣押、冻结等行为进行的说明，以查封、扣押、冻结决定书、协助执行书、涉案财产清单等证明涉案财产的在案情况。如肖维忠、王安君组织、领导、参加黑社会性质组织罪、寻衅滋事罪案中，法院查明部分指出“股份转让协议书，证明肖维忠持有家富屠宰厂的股权情况。价格认定结论书，证明扣押物品的价格。犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解、证人证言等证实不动产、车辆的实质归属”其余笼统规定“根据事实和法律依据，法院经审查予以采纳”或“依照《刑法》第64条规定，对涉案财产依法予以追缴、没收”。^①裁判文书说理不明确极易导致执行难的问题，处置效果大打折扣。

3. 法庭对于确认审前认定结果持消极态度

根据《意见》第11条规定，法院为涉案财产的认定主体，应当对查封、扣押、冻结财产的相关情况进行调查认定，公安机关、检察院负责说明情况，出示证据并提出处理建议。虽近年来推行以审判为中心的刑事诉讼制度改革，但长久以来形成的以侦查为中心的诉讼格局仍对我国刑事司法发挥重要影响。具体来说，侦查中心主义不仅体现在侦查机关对犯罪嫌疑人、被告人人身自由的处置会对法院裁判的影响，也体现在侦查机关对涉案财产的强制处分对法院裁判的影响。^②对涉案财产的影响主要有以下两种表现：

其一，部分案件中查证实落实涉案财产的权力转移至查封、冻结机关。有组织犯罪在案财产数量大，涉及面广，公诉机关移交法庭的涉案财产有限，通常情况下移交的是手续清单以及证明犯罪成立的作案工具等具有证据属性的一类财产。整理的案例中，冯世宏、刘克辉、孙立军等组织、领导、参加黑社会性质组织罪案的裁

^① 参见肖维忠、王安君等组织、领导、参加黑社会性质组织罪、寻衅滋事罪案，黑龙江省鹤岗市南山区人民法院（2019）黑0404初70号刑事判决书。

^② 参见陈瑞华：《论侦查中心主义》，载《政法论坛》2017年第2期。

判部分明确写明：“将扣押并随案移交的车辆、现金等退回人民检察院，由公安机关查清财物的来源、性质、权属后，属于赃款赃物及供犯罪所用的被告人财物直接没收。”^①虽然法律规定法院应当对所有的涉案财产进行审查，但实践中可操作性偏低。

其二，辩护方未对涉案财产的认定与处置提出异议时，法庭不进行逐个审查认定。有组织犯罪认定耗时长、证据多且涉及多项罪名成立与否的判断，因此法官在审查时分配于涉案财产的精力偏少。比如在审查认定过程中，若房产证或机动车辆证件能证明所有权为被告人享有，辩护方未提出异议，案外人亦无异议的情形即可认定其该财产应当受到处置。在全部的 40 例案例中，有 36 例辩护方未对涉案财产提出任何异议，占比 90%。

4. 缺乏专门的涉案财产认定程序

缺乏专门的涉案财产认定程序，是我国有组织犯罪涉案财产认定难的另一重要原因。有组织犯罪中对涉案财产的认定基本延续侦查机关做出的认定结果。一般情况下，庭审过程中经过控方简单地举证质证予以认定即宣告结束。

2012 年《刑事诉讼法》增设违法所得的没收程序，但该专门程序有特定的案件适用范围，有组织犯罪并未规定在其中，因此对涉案财产的认定还是依赖于传统的庭审程序。结合前文，被追诉人未提出异议的，法院对涉案财产审查认定非庭审重点而流于形式。而在对涉案财产的认定与处置提出异议时，辩方会在对定罪问题及量刑问题进行辩论后对涉案财产提出异议，并提供相应的证据予以证明。此时，控方未能与辩方再就财产问题形成辩论，而直接交由法院判决。如沈启浩、王蓉组织、领导、参加黑社会性质组织罪案一审中，辩护人就涉案财产的认定与处置提出意见，检察机关未作回应，法院仅在裁判结果部分写明法院根据查明的情况，依法处理。

涉案财产的认定与处置在某种意义上属于对物之诉，未对涉案财产的认定与处置程序进行详尽规定可能造成法官审判思维的混乱。“谁主张，谁举证”向来是证明责任分配的基本原则，法律规定检察机关承担证明黑恶势力犯罪涉案财产情况的证明责任无可厚非，但被告人对物认定提出异议时，是否承担相应的证明责任，检察机关的证明需要达到“排除合理怀疑”证明标准抑或民事诉讼中的“高度盖然性”的证明标准都对法官的审查认定以及裁判的可接受度产生影响。

^① 冯世宏、刘克辉、孙立军等组织、领导、参加黑社会性质组织罪案，陕西省黄龙县人民法院（2018）陕 0631 刑初 19 号刑事判决书。



二、有组织犯罪中涉案财产认定难的成因

（一）有组织犯罪财产来源广、类型多、数量大

有组织犯罪是一种综合性犯罪，涉及经济、政治、文化等众多因素。就政治因素来看，其寻求“保护伞”的行为并非基于强烈的政治或意识形态目的，而是为了保护其敛财行为能有效且长期实施。^① 有组织犯罪产生的目的、存在的成因皆是谋取经济利益。^② 因此，经济因素实则为其根本所求，从本质上决定着有组织犯罪的发展。随着黑社会性质组织、恶势力组织的壮大，其经济实力也随之强大。

一是涉黑恶势力犯罪财产来源广。我国有组织犯罪从传统的暴力敛财逐渐发展为向经济领域渗透，试图以合法方式掩盖非法所得。原因在于，只有资产的获取方式愈发多样，来源愈发广泛，犯罪活动才愈加难以被揭露。涉黑恶势力犯罪财产来源广泛性为司法机关甄别涉案财产的合法性与非法性带来阻碍。涉黑恶势力的资产从无到有，从有到巨额，单纯依靠原始暴力敛财手段获取的资产难以支撑组织的存续与发展，犯罪组织开始寻求其他途径，坐大成势。^③ 既可以通过直接的违法犯罪活动获取，也可以通过成立实体经济的企业等手段获取资产，比如刘汉、刘维等组织、领导、参加黑社会性质组织罪案就能够很好地体现出这一现象。该组织通过建立经济实体（汉龙集团及关联性企业等）的方式获取巨额资产，该经济实体既从事合法经营活动，所获资产具有形式上的合法性；又通过开设赌场、骗取贷款等非法行为敛财，且形成了以经济实体为依托的非法资产“清洗机构”。来源非法的财产在认定上较容易，但来源形式合法实则非法的资产则需要司法机关结合多因素深入调查分析，此为取证认定工作带来巨大的压力。

二是涉黑恶势力犯罪财产涉及多个领域，类型呈现多样化。以打击有组织犯罪的情况来看，有组织犯罪涉及如房地产、运输业、娱乐业等准入门槛较低的领域，涉黑恶势力组织资产也在这些领域实现积累。其资产涉及传统形式的银行存款、房屋、土地、金银珠宝、古玩字画等，也包括投资股份、股票基金等。以北京二中院审理的石凤刚等组织、领导、参加黑社会性质组织罪案为例，涉案金额大，财产多种多样：现金720余万、银行冻结存款2079万、黄金31公斤、涉案房屋及其地块37处、查封车辆12辆。涉黑恶势力财产的多样性为公安机关收集证据带来难题。针对不同类型的资产，公安机关需要收集足够的证据材料证明财产与案件有关，且不同的处置

① 参见蔡军：《我国惩治有组织犯罪的刑事司法问题及机制调试——基于有组织犯罪企业化发展趋势的思考》，载《河南社会科学》2021年第6期。

② 参见蔡军：《我国有组织犯罪企业化的现状、特点与原因再探》，载《刑法论丛》2020年第3卷。

③ 参见张向东：《黑社会性质组织犯罪涉案财物的处置困境及应对》，载《中国刑事法杂志》2019年第1期。

措施要求公安机关的调查取证、检察机关的举证质证达到不同的证明标准。如查封、扣押、冻结等措施需要仅需达到与案件有关的标准,但没收追缴则需要达到“高度盖然性”甚至“排除合理怀疑”的程度。这些规定都反向要求公安机关、检察机关穷尽对各类涉案财产的调查、审查,为审判机关提供正确认定的基础,这对有限的司法资源和较短的诉讼时限提出了更大的挑战。

(二) 有组织犯罪“企业化”,财产性质混同

有组织犯罪与企业、市场存在天然的联系,黑恶势力组织的组织性、管理性与企业制度高度契合。^①有组织犯罪案件的涉案财产与普通刑事犯罪的涉案财产认定处置在本质上并无不同,都应当区分哪些是合法财产,哪些是非法所得,不能“黑白不分,一黑俱黑”;同时也必须区分涉黑恶势力犯罪的非法财产与犯罪行为人的合法财产、犯罪组织或犯罪嫌疑人的财产还是利害关系人的财产。

黑恶势力组织非法所得与合法财产混同现象凸显。黑恶势力组织前期通过传统暴力手段获取非法利益,后期通过设立经济实体实现资产的“洗白”。资本持续不断地流动,涉案财产在市场中历经多个环节,流经多重人手,财产性质不断变化,究竟为合法利益还是非法利益早难以有效区分,为司法机关审查认定增加难度。非法所得与合法财产混同在实践中的认定难点主要有以下几方面:其一,通过违法犯罪活动实现财产的积累,此后合法经营获取的收益如何认定;其二,黑恶势力组织的正常经营活动与经济实体支持犯罪组织活动的财产性质认定。然而,对黑恶势力组织非法所得与合法财产的界限缺乏明确规定,未能为审判机关提供类案指引,审判机关只能根据公安机关、检察机关提交的证据材料,运用司法经验把握认定。

黑社会性质组织非法财产与犯罪行为人个人合法财产相交叉情况屡见不鲜。从国外实践看,有组织犯罪均面临着犯罪组织的非法利益与组织成员的合法财产相混同的问题。^②该问题在两个方面表现极为突出:情形之一,黑恶组织成员利用其本身合法财产进行的正常消费行为与利用黑恶组织财产支付的工资、福利等进行的消费行为造成所属资产性质不明。以房产为例,产权证书上登记为犯罪行为人所有,但认定该财产是否非法,是否应该被处置,需要追溯其来源的合法性,也即其购买房屋的资金是否合法。但此时组织分配给犯罪行为人的非法财产已与其本人的合法财产发生混同,给审查甄别工作增加了很大难度。情形之二,在企业公司成立之时为个人合法出资并无任何犯罪敛财目的,在未“黑化”之前的投资所得为个人合法财产,但企业“由白转黑”后会有相当部分的财产性质混同,如何进行甄别在实践中困难重重也存在很大争议。

^① 参见蔡军:《我国有组织犯罪企业化的现状、特点与原因初探》,载《河南大学学报》2015年第6期。

^② 参见张向东:《黑社会性质组织犯罪涉案财物的处置困境及应对》,载《中国刑事法杂志》2019年第1期。



三是犯罪组织或被追诉人的非法财产与利害关系人的财产界限划分不清。黑社会性质组织及其成员为逃避法律制裁，避免财产被刑事处置，通常故意将非法利益转移至他人名下进行“性质清洗”，或以他人名义进行投资收益，或采用违法犯罪行为敛聚他人合法财产等方式造成违法所得与利害关系人的合法财产相混同。该类财产混同的认定多依靠利害关系人提出异议，但若利害关系人为家庭成员、财产受让方或受赠方，其为避免卷入诉讼，往往不主动向司法机关做出真实陈述，侦查机关难以取证证实财产的实际权属。^①在动产交付于他人，不动产登记于他人名下后，财产的权属便难以区分，法律关系的特点也使得司法机关无法就他人拥有的财产准确做出性质甄别。

（三）侦查机关疏于收集证明涉案财产属性的证据

《刑事诉讼法》规定，侦查机关应当全面收集证据，同时根据查明犯罪的需要有权查询、查封、扣押、冻结与案件有关的财物，以固定证据保障诉讼的顺利进行。有组织犯罪涉案人数多，涉及罪名广，且黑恶势力组织自萌芽发展到成熟时间跨度长，关于犯罪事实的证据收集对侦查机关来说已是一项繁杂的工程。为在法定期限内完成侦查工作，公安机关必须有所侧重。因此在实践中，侦查机关重点关注定罪量刑证据的获取，对收集证明涉案财物的证据关注度较低。加之传统刑事诉讼中的证明以口供为中心，犯罪行为人不供认的，公安机关也难以全面收集证明涉案财产属性的证据，难以达到证明有组织犯罪的目的。在“重人身轻财产”的司法观念下，公安机关以简单的财产与案件有关为判断标准，以能证明案件事实为采纳标准，以程序合法为处置标准，而未将证明涉案财产权属、性质的证据与犯罪行为的成立相关联。有组织犯罪的犯罪行为与证明涉案财产性质的证据其实是一种间接关系，缺少此类证据，造成证据体系单薄，为财产的后续处置埋下隐患。^②

与此同时，侦查机关的调查取证难度大，取证不能的现象时有发生。侦查机关的取证难度一方面源于涉案财产本身的特殊性，动辄上千万上亿元的资产，使其怠于行使调查取证权。另一方面的原因为体制内“保护伞”的存在。有组织犯罪的特征之一即具有政治腐蚀性，保护伞的存在对有组织犯罪的发展起到积极的推动作用。司法机关的工作人员作为主要的腐蚀主体，了解案件的侦查、审查起诉以及审判要求，故意毁灭可能证明案件事实、涉案财产事实的证据，在为犯罪组织及其成员脱逃法网提供保护的同时也为避免涉案财物被采取追缴、没收等出谋划策，客观上增加了对涉案采取性质认定的难度与查处难度。

^① 参见李富建、尹逊航：《黑社会性质组织犯罪中涉案财物处置的诉讼化审思》，载《山东法官培训学院学报》2019年第1期。

^② 参见方琳琳、韩仁洁：《惩治黑社会性质组织犯罪的实践反思》，载《人民司法·应用》2018年第期。

(四) 认定程序的依附性与形式化

有组织犯罪中涉案财产的认定复杂, 涉及民法、民事诉讼法、刑法、刑事诉讼法等多个法学学科, 也涉及多方主体如被追诉人、被害人、第三人等。^① 司法实践中, 对普通的涉案财产认定往往通过附带民事诉讼, 违法所得的没收程序以及普通的刑事审理程序进行。有组织犯罪案件涉案财产是否适用违法所得没收程序, 实务界多持否定观点, 主张其仍通过普通程序予以认定。实务中认为有组织犯罪中涉案财产不符合没收程序的适用范围。《反有组织犯罪法》虽规定黑社会性质组织案件的被追诉人逃匿, 通缉一年后不能到案或死亡的, 参照没收程序办理, 但对正常在案的黑恶组织及其成员的财产认定暂无可适用违法所得没收程序的定论。而有组织犯罪涉案财产主体涉及被害人, 还有第三人、被告人本人等, 而附带民事诉讼多适用于被害人财产、国家财产、集体财产受到损失等情形。

有组织犯罪适用法律繁琐, 法院并不围绕涉案财产的认定、处置开展类似量刑问题的相对独立的程序, 法庭调查、法庭辩论环节皆依附于定罪量刑程序。^② 而程序的不健全成为有组织犯罪涉案财产认定错误、处置错误的关键词之一。^③ 在与法官交谈中了解到, 究其成因本源还是缺少具体的法律规定。立法规制的缺失使法官在审查过程中无法要求控方出示证据, 法官依靠附卷移送的查封、扣押等清单难以了解涉案财产的性质全貌。在涉案财产以书面审理为主的背景下造成控辩双方的实质对抗的欠缺。控辩双方就涉案财产问题的庭审对抗可能延伸出认定犯罪外的重要信息, 缺少程序的明确化, 可能导致涉案财产的认定审查流于形式, 甚至造成涉案财产的错误处置。除此之外, 利害关系人对涉案财产的申诉、控告以及申请抗诉权难以实现。有组织犯罪案件中利害关系人的数量较多, 案发后, 利害关系人难以获知案件情况, 对相关权利的享有不知情, 很难在庭审中向法院提出异议, 主张权利。法院裁判后, 利害关系人对认定处置不服的, 可以请求检察院抗诉, 然而涉案财产附属于刑事案件审理, 是否可以单独就“财产”提起抗诉, 我国法律也没明确。因此, 利害关系人对认定过程和结果难以产生实质性的影响, 很难发挥救济保障作用。^④

(五) 认定标准的模糊与证明责任分配歧义

《意见》与《反有组织犯罪法》均对涉案财产的范围进行列举式说明, 但如何甄别、认定标准未能明晰。哪些财产属于非法, 哪些财产视为合法, 涉案财产属于组织财

① 参见熊秋红:《刑事诉讼涉案财物处置程序检视》, 载《人民检察》2015年第25期。

② 参见方柏兴:《刑事涉案财物处置程序的诉讼化及其限度》, 载《兰州大学学报(社会科学版)》2019年第1期。

③ 参见薛文超:《黑社会性质组织犯罪涉案财产处置的疑难问题》, 载《法治论坛》2019年第1期。

④ 参见李江贞、李笑娜、王志晴:《侦查阶段刑事涉案财物处置中存在的问题》, 载《山西省政法管理干部学院学报》第4期。



产、组织成员财产抑或由第三人合法持有财产等均表达含糊。根据法律规定,不同性质的财产应当区别处置,该标准的模糊性导致司法机关在认定涉案财产的过程中需自主把握并作出处置决定,认定恣意与认定难的现象随处可见。在诉讼过程中会存在两种极端情形:其一是司法机关不论财产性质、权属等合法与否,只要与黑恶势力组织及其组织成员有关一概视为违法,并采取刑事处置措施造成认定肆意;其二,标准差异的背后在一定程度上反映的是法律对裁判错误不同损害的评价。^①司法机关为避免承担错误认定后的不利后果,相互推诿,对应当加以甄别的财产不作处理,造成涉案财产“认定难”的现象。

对于证明责任而言,检察机关在刑事案件中须承担证明责任毋庸置疑,但其认定有组织犯罪涉案财产以及该财产应当受到刑事处置的证明责任过重。对于有组织犯罪中认定、处置涉案财产的证明责任承担仅《意见》第13条规定了人民检察院应当举证质证。控辩双方对涉案财产的相关信息掌握不对称,被追诉一方对涉案财产的来源、性质以及权属明确了解,在犯罪行为实施前及实施过程中便以各种方式将涉案财产“洗白”,而侦查机关、检察机关的调查取证行为、证明行为发生在案后,此时财产性质早已混同,侦查机关调查取证难、犯罪行为人故意拒绝供述等因素都使得检察机关难以对涉案财产的权属、性质等难以进行有效证明。在涉案财产认定难的背景下检察机关的证明责任并未减轻。《反有组织犯罪法》增加被告人无法说明财产合法来源的,法院应当予以追缴、没收的规定。该规定吸收了刑事推定制度,将证明责任转移至被告人一方,在一定程度上减轻了检察机关的证明责任。但有组织犯罪涉案财产具有复杂性,通过企业化的发展,财产可以完全实现“形式合法”,在无任何前提条件的约束下,若被告人能够解释其“形式合法”,而对财产实质属性语焉不详,司法机关随即不处置会给我国打击有组织犯罪造成巨大阻碍。

三、有组织犯罪中涉案财产认定程序的重构

(一) 涉案财产审查程序的完善

按理论界与实务界的观点,构建相对独立地对物审查程序对有组织犯罪的涉案财产认定具有重要的现实意义。现今,几乎所有的刑事案件均涉及涉案财产的认定与处置,有组织犯罪、毒品犯罪等重大刑事案件中涉案财产认定的准确性对社会及国家利益保护的积极影响更甚,完善涉案财产的认定审查程序势必成为有效打击此类犯罪经济基础的有力工具。

^① 参见方柏兴:《论刑事诉讼中的“对物之诉”——一种以涉案财物处置为中心的裁判理论》,载《华东政法大学学报》2017年第5期。

1. 合理运用庭前会议的争议焦点整理功能。有组织犯罪中涉案财产类型多、数量大,将所有涉案财产逐个在庭审中审查认定并不现实。一方面法院司法资源有限,另一方面有组织犯罪总是存在黑数,不是黑恶势力或其成员的每次犯罪行为都会被查获,也不是所有与案件相关的财产都会被收集。因而,应当充分发挥庭前会议制度在有组织犯罪涉案财产认定中的重要作用。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第228条规定,在庭前会议中,法官可以就涉案财产的权属、处理异议等情况听取控辩双方的意见。具体而言,被追诉人、检察院均可以向法院就涉案财产问题申请召开庭前会议。在庭前会议阶段,侦查机关往往已经对涉案财产采取了查封、扣押、冻结等强制性措施并制作了相应的财产清单。而被追诉人则处于被羁押状态,尚不了解涉案财产处于何种状态,此时法院可要求控诉方进行初步的证据展示,为辩护方知晓涉案财产情况提供便利。辩护方对被处置的涉案财产无异议的,法院在庭审中简化认定程序;有异议的,遂进行争议焦点整理。但鉴于有组织犯罪涉案财产的特殊性,为避免辩护方恶意异议,可要求辩护方提供相应的线索或证据,证明涉案财产属于合法所得或属于利害关系人或其他不应被采取强制性措施的情况,提供的证明材料仅需达到使法官产生合理怀疑即可。法官在听取控辩双方的陈述与意见后,确定庭审阶段审查范围,并在庭审中严格依法认定。

2. 涉案财产的最终认定权收归法院享有,并在正式庭审程序中依法行使。公安机关、检察机关虽可对涉案财产采取查封、扣押、查询、冻结等措施,但此类的强制性措施具有临时性,并不具有最终的法律效力。公安机关、检察机关在刑事诉讼中均履行广义上的控诉职能,若将涉案认定权赋予两者极有可能出现内部决定,自行执行,即在审前阶段已实现认定、进而剥夺被追诉人财产的现象,完全避开了审判机关的制约。将涉案财产的认定权归属法院具有合理性与可行性。法院作为审判机关,具有中立的诉讼地位,能够对涉案财产纠纷不偏不倚裁决,加之审判阶段的参与性、公开性等特点,法院能在控辩双方对抗的过程中了解案件真实情况,并接受社会监督。经过公正的程序,被追诉人以及利害关系人对判决的可接受性与服从性大大提升。对于涉案财产的认定程序,笔者赞同在庭审中构建相对独立的认定调查程序。将涉案财产的认定置于定罪程序后更为适宜。原因在于,对涉案财产的没收、追缴等需要以犯罪行为构成有组织犯罪为前提,涉案财产的认定与定罪问题同步进行,难免存在“疑罪从有”之嫌。认定流程如下:法官就庭前会议中无异议的涉案财产进行当庭确认;有异议的财产,由合议庭引导,控辩双方在量刑程序中或独立程序中审查认定,具体程序设置可以参照定罪程序举证、质证并在判决书中阐明认定过程及理由。但一般有组织犯罪的案件较复杂,会历经多次开庭,对涉案财产



的审查应当尽可能一次性集中进行。^①为防止因涉案财产的问题致案件审理过分延迟,法院可就定罪量刑问题先行判决,后由同一合议庭继续认定处置。^②

3. 保证利害关系人的有效参与。程序正义要求权益可能受到刑事裁判结果影响的主体应当充分参与其中,并对裁判结果发挥有效作用和影响。《反有组织犯罪法》明确利害关系人的异议权与参与权,但参与时间、途径、诉讼地位等均未做出明确规定。健全利害关系人参与认定程序,可从保障知情权、庭审参与权以及上诉权方面予以考虑。保障利害关系人的知情权,知情权在一定程度上是公民其他权利得以实现的基础。对有明确利害关系人的,如家庭成员、财产共有人等,公安机关、检察机关在对涉案财产采取临时性查封、扣押、冻结等措施的同时可将决定书以及相关财产清单送达利害关系人,并告知其如果对涉案财产的权属、性质等情况存在异议,可在规定时间内向法院提出参与庭审申请。对利害关系人不明的,可在采取临时性处置措施的同时对外发布公告,公告期至一审法庭辩论结束前,公告期内利害关系人可以向司法机关提出异议,^③保障利害关系人庭审参与权。利害关系人对涉案财产主张权利的,法院应当通知出庭参与庭审,告知其有权委托诉讼代理人,并就其主张的权利和内容向法院提交证据予以证明。明确利害关系人的上诉权,利害关系人涉案财产的认定程序中,独占一方诉讼构造,而公诉方与被告人居于构造另一端,此时利害关系的诉讼地位等同于“有独立请求权的第三人”。^④因此,利害关系人属于涉案财产纠纷的当事人,应当享有对涉案财产认定、处置决定不服的独立上诉权,司法机关应当对该项权利予以保障。

(二) 涉案财产混同下认定标准的明晰化

自《解释》首次设定涉案财产的范围,其后各种规范性文件不断尝试使用列举的方式详尽规定涉案财产范围、细化涉案财产类型。但对涉案财产的权属、来源、合法性等事项认定并非易事,应尽可能具体化有组织犯罪中的涉案财产认定标准。

就黑恶势力组织违法所得与合法经营所得的认定而言,有组织犯罪通过暴力敛财的原始积累,正逐渐实现“企业化”的发展目标。对以经济实体为依托的财产收益性质的认定,可按照黑恶势力组织的经济模式(暴力寄生型、黑色经济型、形式合法型)作如下考虑:首先,暴力寄生型的有组织犯罪,其经营活动依靠他人的合法实体,通过实施简单的违法犯罪活动获得利益。^⑤此时的黑恶势力组织获取的利益

① 参见李富建、尹逊航:《黑社会性质组织犯罪中涉案财物处置的诉讼化审思》,载《山东法官培训学院学报》2019年第1期。

② 参见张向东:《黑社会性质组织犯罪涉案财物的处置困境及应对》,载《中国刑事法杂志》2019年第1期。

③ 参见徐岱、毕清辉:《黑恶势力犯罪涉案财产处置程序完善路径探析》,载《国家检察官学院学报》2021年第2期。

④ 参见陈瑞华:《刑事对物之诉的初步研究》,载《中国法学》2019年第1期。

⑤ 参见蔡军:《我国有组织犯罪企业化的现状、特点与原因再探》,载《刑法论丛》2020年第3卷。

尚未出现与合法经营所得交叉的现象,可以直接认定为违法所得。其次,对于黑色经济型以及形式合法型的有组织犯罪,其通过设立一定的场所、中介、企业为不法领域或行业的违法犯罪行为提供便利,使其介入社会经济生活并形成非法控制或影响。在该种模式下,黑恶组织获得的经济收益来源既可能是提供非法商品交易或非法服务,也可能是其他合法领域的经营。若非法行为所得与合法经营所得能够实现剥离的,各自认定。若两者出现混同的现象,可以根据市场经济背景下,合法场所、中介、企业的平均收益额来判定,超出的部分由黑恶势力组织及其成员说明,无法说明来源的,认定为非法所得。再者,对有组织犯罪的违法所得经过两次以上的合法经营行为所得的财产,应到受到法律保护。^①在两轮以上的交易中,双方的意思表示逐渐真实,更体现对达成交易的向往,很难再将犯罪的主观恶性归咎于此,认定经营所得仍具有非法性难有正当依据。^②

就组织财产与组织成员个人财产混同的合法性认定来说,黑社会性质组织支付的工资、福利等,一方面若组织支出该笔收入的目的是维系黑恶势力组织的发展,或给予行为人违法活动的报酬等,则此时无论该财产的所有权属于黑恶势力组织或犯罪行为人均应视为涉案财产予以处置。组织通过合法手段经营正常业务取得的收益并将其分配给组织成员,而组织成员未曾出现任何利用职位谋取非法利益的行为以回报黑恶势力组织的,此时属于正常的经营资产流转,对该部分财产应当作具体分析,货币以占有为所有、动产以交付、不动产以登记为所有权的转移标志,判断归属于组织成员的财产为合法财产,不得没收、追缴。对于企业公司成立之初犯罪行为投入本人合法财产并无违法目的,在发展过程中为谋取巨额利润使企业公司逐渐走向“黑化”,其本身也发展成为黑社会性质组织成员的,启动资本并未用于“支持黑社会性质组织活动”,投资成本应当认定为合法财产。但在后续过程中组织成员明知而进行增资行为的,资助的资金和财产则应当作为非法财产予以认定。

对于犯罪组织或被追诉人财产与利害关系人财产混同时的认定。情形之一,利害关系人可能曾向黑社会性质及成员提供过财物,并获取相应的利益,有必要厘清利害关系人的合法财产与利用黑社会性质组织及其组织成员的违法犯罪活动获取财产之间的界限。^③该部分财产的认定不应一概认定为非法财产,可以利害关系人的主观认知为标准进行衡量。因有组织犯罪中巨额利益的获取愈发呈现出隐蔽的特点,组织形式上的合法性掩盖了其性质的非法性。对利害关系人提供资助或主动提供资产的情形,若利害关系人明知有通过违法行为获益的可能仍资助的,资助和财产以

① 参见胡成胜、王莉:《论衍生类型犯罪所得的没收规则》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2017年第3期。

② 参见刘善敏:《检察视角下黑恶刑事案件财产处置探究》,载《上海公安学院学报》2021年第4期。

③ 参见张武举、李书潇:《黑社会性质组织犯罪涉案财物的合理界分》,载《重庆行政》2021年第2期。



及随后的收益所得应当视为非法财产；若不知存在利用违法犯罪行为获取利益的，其资助和提供的财产不能视为非法财产。情形之二，黑恶势力组织通过转让、赠与等行为将所有权转移至利害关系人时，赠与行为往往视为无效，财产权属虽归于利害关系人，但其性质仍属应认定为非法涉案财产。在利害关系人支付合理的对价且主观上善意，此时的转让行为有效，利害关系人以合法取得所有权为由进行抗辩并能提供相应证据证明的，法院在认定涉黑恶势力组织财产的权属时应当作出支持利害关系人主张的认定。

（三）证明责任的具体化分配

《反有组织犯罪法》第45条在一定意义上确立了有组织犯罪中涉案财产认定、处置问题上的相对的刑事推定。从立法的规制及实践经验来看，主要的证明责任应当仍由检察机关承担，将涉案财产的有关事实证明到一定高度后进行证明责任的转移，由被告人一方承担相对的证明责任。

检察机关承担主要的证明责任，即提出足够的证据证明财产高度盖然性属于黑社会性质组织犯罪的违法所得、孳息、收益等。在证明责任的具体分配方面，检察机关可就以下事项承担证明责任：其一，涉案财产与有组织犯罪之间存在实质联系，包括涉案财产与有组织犯罪之间的证明、伴生、保全关系。^①比如，证明黑社会性质组织成员占有的汽车是经暴力手段从利害关系人处强夺而来，证明房屋为有组织犯罪的办事场所等。对有组织犯罪中涉案财产的认定处置，以定罪为前提条件，一旦犯罪事实成立，有关犯罪事实的证据也可成为证明涉案财产证据。^②其二，涉案财产侵害了国家利益、公共利益以及第三人合法利益。其三，涉案财产具有非法用途。这里的非法用途主要是指，财产被用于犯罪活动，属于一定意义上的犯罪工具。总的来说，对涉案财产采取临时性的强制措施以及最终经过审判后的追缴、没收的刑事处置措施都暗含对被追诉人权利的伤害，因此理应由控方承担主要的证明责任。

明确检察机关的主要证明责任后，为进一步实现打击有组织犯罪的目的，应对被告人施加相应的证明责任，即说明涉案财产来源具有合法性的证明责任。有组织犯罪中黑社会性质组织及其成员谋取经济利益的动机明显，但打击有组织犯罪经济基础的没收、追缴等处置措施的运用存在障碍。在检察机关证明涉案财产具有高度盖然性属于黑社会性质组织的违法所得、孳息、收益等后，由被告人进行来源合法性的说明，有利于解决证明难的问题。值得注意的是，由被告说明来源的合法性，并不是传统意义上的举证责任倒置，不是要免除检察机关的证明责任，其本质是减

^① 参见杨林：《刑事涉案财物处置程序的生命周期检视与功能定位——兼评扫黑除恶中刑事涉案财物处置现状》，载《法治研究》2020年第2期。

^② 参见黄风：《特别刑事没收证明规则比较研究》，载《比较法研究》2014年第3期。

轻检察机关证明负担的举措。^①若检察机关无足够的证据证明涉案财产高度盖然性属于违法的,仍坚持“疑黑从白”的原则,承担不利的诉讼后果,即法院不得判决没收、追缴该涉案财产的后果。

作为涉案财产另一主体的利害关系人在对涉案财产的认定持有异议或主张权利时,也应当就其诉讼主张承担证明责任。《反有组织犯罪法》对利害关系人是否承担证明责任未予明确。在证明责任的分配上,“原告和提出动议的当事人为获得有利于在自己的裁决或判决,承担着使所有必要事实的证明达到优势的责任”^②。笔者认为,除却司法机关与被追诉人,利害关系人成为与涉案财产认定、处置问题有最直接关系的当事人。因利害关系人提出异议,控方与被追诉人对涉案财产原本的诉讼主张存在被推翻的可能性,其诉讼地位更类似民事诉讼中“有独立请求权的第三人”。且利害关系人的诉讼主张是绕开被追诉人刑事责任问题,单纯就涉案财产提出异议的,通常情况下其自己证明主张更为便利。在域外,利害关系人就诉讼主张承担证明责任也已成为共识。如在美国,若利害关系人对涉案财产主张权利的,法院即启动专门程序对涉案财产进行裁判。利害关系人提出证据证明诉讼主张,并发表意见维护自己的权利,若无法证明其诉讼主张的,应当承担不利后果。具体而言,利害关系人对涉案财产享有所有权、涉案财产所有权是通过合法合理途径获得的承担证明责任。

(四) 强化涉案财产认定的裁判说理制度

涉案财产认定结果的公开化与透明化最主要体现在裁判文书对涉案财产问题的说理上。我国裁判文书在涉案财产问题的说理上面临困难,往往只作简单的阐述:“援引《刑法》第 64 条,犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或责令退赔。”鲜见对涉案财产的认定依据、认定过程及法官心证的表述。冷冰冰的法条援引让裁判文书的说理功能大打折扣。有文书,就必须有裁判理由,就要进行说理。^③

为了提高涉案财产认定的可接受性与公正性,裁判文书主文应当明确具体地记载涉案财产的认定与处置。有组织犯罪涉案财产数量多、范围广,而刑事裁判文书逐一记载各个涉案财产的认定情况并不现实。因此,对被追诉人、利害关系人无异议的涉案财产,法院可在裁判文书中简要列举并说明认定、处置情况。但对于任何一方提出异议的涉案财产,法院应当就涉案财产的权属、来源等进行审查认定,并在裁判文书中详细说明异议涉案财产的认定依据、相关的证据情况等。法院根据审查认定结果,依法作出处置。对于权属、来源、性质不明的,法院可要求公安机关、

^① 参见徐岱、毕清辉:《黑恶势力犯罪涉案财产处置程序完善路径探析》,载《国家检察官学院学报》2021年第2期。

^② [美]罗纳德·J.艾伦:《证据法:文本、问题和案例》,张保生等译,高等教育出版社2006年版,第810页。

^③ 参见方琳琳、韩仁洁:《惩治黑社会性质组织犯罪的实践反思》,载《人民司法·应用》2018年第25期。



检察机关继续侦查收集，待甄别清楚后，另行处理。^①

无论对有组织犯罪中的当事人及其亲属，还是对社会公众来讲，此类犯罪的涉案财产认定、处置都较为敏感，在坚持法定程序依法认定的同时强化说理功能，坚持公正原则，将法官的心证形成过程予以体现，对维护司法的威信大有裨益。

结 语

有组织犯罪案件本身具有复杂性、特殊性、影响大的特点，此类案件涉案财产也具有认定难、处置难、执行难的问题。《反有组织犯罪法》首次以法律的形式对涉案财产的认定和处置进行单章规定，但现阶段我国实践中涉案财产的审查认定仍存在诸多困难。有组织犯罪涉案财产问题的解决不仅关系到打击有组织犯罪经济基础的成效性，也关系到社会经济秩序的稳定发展，因此司法机关应当有所作为，在保障诉讼参与人合法权益的基础上，剥夺有组织犯罪的不法利益，斩断有组织犯罪的经济供给。针对涉案财产认定难问题的解决非一蹴而就，需要各机关协同发力，多重举措入手，“打财断血”，以实现有效打击有组织犯罪的目标。

（责任编辑：杨 军）

^① 参见李旭：《我国刑事裁判文书说理研究》，载《长沙理工大学学报（社会科学版）》2021年第5期。

破产程序中民刑交叉的冲突与衡平

——以非法集资破产案件为例

曹爱民 孙春华*

内容摘要：关于非法集资案件刑事程序与破产程序的衔接问题，我国现行立法没有明确规定。司法实践中对该类案件的处理缺乏统一的适用标准，存在“先刑后民”“刑民并行”程序选择冲突以及受偿范围不一、受偿效率失衡、债权清偿顺位不同等实体处理难题，破产债权人、刑事被害人利益受到损害的情形屡见不鲜，损害了司法权威。从理念、实践操作双角度探析破产民刑交叉案件冲突的主客观因素，从法理基础、法律规范、司法实践、功能实现四维度对采取“桥归桥、路归路”模式进行证成，即刑事程序和破产程序分别独立进行，将刑事追缴退赔纳入破产程序统一处理，构建刑事程序和破产程序相协同的处置机制，以平衡破产债权人与刑事被害人财产利益的救济，实现公正与效率的统一。

关键词：破产程序；民刑交叉；非法集资；规则构建

引言

近年来，非法集资案件成高发趋势。2019年全国共立案打击涉嫌非法集资刑事案件5888件，^①2020年共查处非法集资案件7500余件。^②与之相伴的是，因非法集资类犯罪丧失清偿能力的企业屡见不鲜，这些企业将不可避免地走向破产，出现非法集资

* 曹爱民，山东省滨州市滨城区人民法院民二庭副庭长，一级法官；孙春华，山东省滨州市滨城区人民法院民二庭庭长，一级法官。

① 参见《银保监会：稳妥有序打击处置网络借贷、私募股权等重点领域非法集资活动》，载中国经济网，http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/gdxw/202004/22/t20220422_34757749.shtml。

② 参见《2020年全国查处非法集资案件7500余起》，载中国政府网，http://www.gov.cn/xinwen/2021-04/23/content_5601666.htm。



案件破产与刑事的交织、冲突。目前,理论界在刑事与破产交叉时,无论是程序选择还是实体处理方面都存在不同观点,现行法律亦无明文规定。在此情形下,是基于“先刑后民”的惯性思维对破产案件不予受理,还是破产程序和刑事程序分别立案和审理;对于破产程序中各类债权如何确认及清偿顺序确定等问题,司法实践中也存在着不同甚至相互对立的处理方式,这成为破产案件法官和管理人面对的现实课题。

一、非法集资破产涉民刑交叉案件司法裁判现实图景

一般认为,破产程序属于民事程序,又具有不同于普通民事诉讼的特性,破产与刑事程序出现交叉,应属民刑交叉的范畴。“民刑交叉案件是指同一案件同时涉及民商事或刑事法律关系,难以确定适用法律予以评价,或可以同时适用民商事或刑事法律进行双重评价”^①。一般情形下,民刑交叉涉及的是民商事法律或刑事法律如何对于同一个“单一事实”的评价,也就是说,所涉及的案件事实范围是同一的、确定的,但在刑事案件与破产案件出现交叉情形下,破产所涉及的程序性和实体性事项的范围远大于所涉及的刑事案件范围,这是该类案件的显著特点。

实践中,刑事案件与破产案件交叉涉及的情形以非法集资类案件最为典型,刑事程序中被害人因犯罪行为造成的经济损失通过刑事退赔方式予以个别救济;而破产程序中的债权人(民刑交叉情形下刑事被害人亦属债权人范畴)需要经过特定的程序使其债权得到公平清偿,更侧重于债权人整体利益的保障,着眼于债权债务关系的最终了结,这是两种完全不同的权利救济途径,体现了不同的程序价值。破产案件民刑交叉在程序适用选择上的冲突主要有以下情形:一是破产企业涉嫌非法集资犯罪立案在先,法院受理破产案件在后;二是法院受理破产案件在先,发现破产企业涉嫌非法集资犯罪在后。为考察破产案件民刑交叉的运行实效,本文以非法集资破产案件为切口,^②对北大法宝检索案例进行分析,^③发现不同法院在司法实务中无论在程序选择还是实体处理方面均采

① 廖钰、张璇:《民刑交叉案件处理机制之探索——以统一法秩序的司法立场为视角》,载《法律适用》2015年第1期。

② 2021年5月1日施行的《防范和处置非法集资条例》第2条规定:“本条例所称非法集资,是指未经国务院金融管理部门依法许可或者违反国家金融管理规定,以许诺还本付息或者给予其他投资回报等方式,向不特定对象吸收资金的行为。”虽然“非法集资”被广泛使用,但法律中并未规定“非法集资罪”的罪名,司法实践中常用来处理非法集资活动的罪名是“非法吸收公众存款罪”和“集资诈骗罪”。参见林越坚、黄通荣、李俊:《非法集资与民间借贷的界限与刑民处分研究》,载《西南政法大学学报》2014年第3期。

③ 本文案例来自北大法宝司法案例数据库,具体检索方式如下:点击高级检索,审结日期2017年1月1日至2022年6月30日;选择“申请破产清算”案由,全文中键入“非法吸收公众存款”,共检索到65篇;选择“申请破产清算”案由,全文中键入“集资诈骗”,共检索到13篇;选择“申请破产重整”案由,全文中键入“非法吸收公众存款”,共检索到6篇;选择“申请破产重整”案由,全文中键入“集资诈骗”,共检索到3篇;将上述87篇案例汇总后,剔除重复案例以及与破产程序和刑事程序交叉无关的案例,最终得到有效案例67件。

取了不尽一致的做法。

(一) 程序选择冲突：“先刑后民” VS “刑民并行”

通过梳理统计，非法集资破产案件在程序选择上存在不同表现样态。

1. 两种模式适用不一。两种程序民刑适用顺序的司法表现不一，具体包括以下两种（见表 1）：

(1) “先刑后民”。即只要刑事程序启动，破产案件尚未受理的，裁定不予受理；企业破产审判过程中，发现有非法集资犯罪线索的，驳回破产申请，刑事程序终结后，企业方得进入破产程序，即破产程序启动或者审理受制于刑事程序的进展。从统计的案件数量及结果看，不予受理或驳回申请共计 50 件，其中，债务人企业涉嫌非法集资犯罪刑事程序启动后，法院在面对债务人企业的破产申请时裁定不予受理 37 件；受理破产申请后，债务人企业被发现涉嫌非法集资犯罪，法院裁定驳回申请 13 件（见图 1）。通过图 1 可以看出，虽然现行法律没有明确规定，“先刑后民”的处理方式仍是较为普遍的司法实务操作，但不予受理或驳回申请的裁判理由及依据不尽相同。

表 1 两种模式司法样态案例列表

时间	案号	裁判说理	裁判结果	司法表现
2018 年	湖北省钟祥市人民法院 (2018)鄂 0881 破申 1 号民事裁定书	被申请人的法定代表人因涉嫌利用被申请人的名义非法吸收公众存款，案件已进入刑事诉讼程序	不予受理申请人的破产重整申请	刑事在先，破产在后，先刑后民
2020 年	陕西省汉中市中级人民法院 (2020)陕 07 破申 1 号民事裁定书	在刑事案件未处理完毕的现阶段，民事案件无法对混同财产进行区分。而破产案件的审理必然涉及债权认定与资产处置，故目前不宜受理陕西汉中宁西实业集团有限公司的破产案件	不予受理申请人的破产申请	刑事在先，破产在后，先刑后民
2018 年	浙江省温州市鹿城人民法院 (2017)浙 0302 破 29-2 号民事裁定书	企业破产案件受理后，发现企业控股股东、实际控制人、法定代表人及其他企业高管涉嫌集资类犯罪的，可以将涉嫌犯罪的材料移交侦查机关，并根据《企业破产法》第 12 条规定驳回企业破产申请	驳回申请人的破产清算申请	破产受理在先，发现犯罪在后，先刑后民
2017 年	湖南省常德市武陵区人民法院 (2017)湘 0702 破申 1 号民事裁定书	不能清偿到期债务且资产已不足以清偿全部债务，并明显缺乏清偿能力，具备破产原因	受理破产清算申请	刑民并行
2018 年	江苏省高级人民法院 (2017)苏破终 6 号民事裁定书	容纳公司已经具备破产原因。容纳公司原负责人涉嫌刑事犯罪，并不影响对容纳公司已经具备破产原因的认定，故中节能公司对容纳公司的破产清算申请应予受理。鉴于公安机关从社会影响和稳定出发建议一审法院中止破产案件的审理，一审法院受理后，应做好与刑事司法程序的衔接，依法保护相关各方合法权益	指令受理破产清算申请	刑民并行

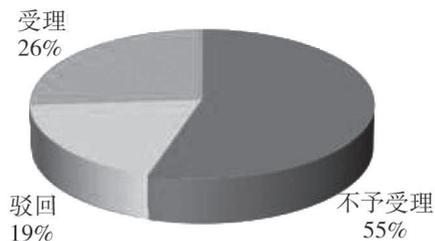


图1 非法集资破产案件裁判结果

(2)“刑民并行”。即当债务人企业因涉嫌非法集资犯罪进入刑事程序后,法院针对相关债权人或债务人诉请债务人企业破产的申请仍可予以受理;在破产程序进行过程中发现犯罪线索的,则将相关线索移送刑事程序处理,而破产程序继续进行,刑事程序与破产程序并行不悖。从统计的案件数量及结果看,受理破产申请17件(含上级法院指令受理4件),文书中大部分仅以债务人不能清偿到期债务且明显缺乏清偿能力为由进行说理,即只要债务人具备破产法所规定的破产原因,法院即予以受理,但法院对刑事程序极少予以回应、评价。

2. 两种处理模式之辨析。民刑交叉案件中程序的选择,实质是对相互冲突的不同规范价值的平衡。刑事程序侧重对稳定、安全等社会价值的维护,而破产程序更加注重对市场经济运行中公平、效率等价值的保护。(1)简单适用“先刑后民”方式,必然使破产程序的推进受制于刑事程序,债权人权利的实现成为漫长的过程,在此过程中甚至由于不可预测的因素(如债务人财产的贬值、程序成本的增加等)导致权利落空,有违破产法的效率原则,而且在刑事被害人与破产债权人并非完全重合的情形下,也易致使债权的受偿有违公平;另外,被害人在刑事退赔、返还财产程序中因参与度低及没有独立的诉权等,也难以实现程序正义之要求。(2)简单适用“刑民并行”方式,因刑事被害人债权与其他债权人债权的审核确认程序和标准不同,且刑事涉案财物与债务人财产的认定和分配存在高度的交叉关系,而“审判实践中,刑事介入较深,民事介入较浅”,^①破产程序往往在客观上受到刑事程序的牵制,无法独善其身。

(二) 实体处理冲突:受偿数额及清偿位序竞争

由于破产案件中非法集资类资金流向的复杂性,集资款很难实现特定化,实体受偿往往表现出救济范围不一、清偿顺位不同、受偿效率失衡等特点,从而导致司法实务的无奈。被害人在刑事退赔程序中参与度过低,没有独立的诉权等救济渠道,即使在刑事执行中也不享有执行申请权;破产程序的价值所在即债权人整体利益最大化,刑事被害人在破产程序中与其他债权人均享有充分的实体权利和程序保障。两种程序

^① 参见姚辉:《关于民间借贷若干法律问题的思考》,载《政治与法律》2013年第12期。

价值追求的取向决定了制度设计的差异性。

1. 受偿数额“扣息返本”适用冲突。非法集资类刑事案件中对集资参与人以“扣息返本”的方式进行退赔,即退赔数额以直接损失为限,损失额为集资本金扣除集资参与人已收到的款项之差,因此无论还款是以本金名义还是以利息及其他费用名义,均视为偿还集资本金。但按照《企业破产法》《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》)及相应民商事法律的规定,在破产程序中,附利息的债权自破产申请受理时起停止计息,确认的债权数额为未还本金加符合法律规定限额内的利息,扣减债权人已收到的款项,且对于还款未明确是归还本金还是支付利息的,应视为支付利息。因此刑事追缴退赔的救济范围实际上明显小于民事损害赔偿范围。

2. 受偿时间长导致效率失衡。非法集资犯罪案件被害人人数众多、地域分布广、标的额大,从公安机关立案到法院作出生效判决时间持续较长,几个月、几年均有可能。“破产案件常因刑事案件的审理而一拖数年,严重背离破产法的效率价值。”^① 刑事程序中,涉案财产在各个阶段的处置重点不同,如在侦查阶段出于证据保全的需要而采取查封、扣押或者冻结等强制措施,而不关注变现处置,易导致财产的闲置、贬值,审查起诉和审判阶段往往会疏于管理和运营,即使到刑事执行阶段,也只注重财产的尽快变现,而忽视了财产的保值、增值,不符合当事人利益最大化的要求。《企业破产法》不仅详尽规定了债务人财产处置的程序规则,而且非常关注债务人财产价值的最大化和经营价值的维持,从而有利于保障债权人、债务人及其他破产关系人的整体利益。

3. 利益衡量难加剧清偿位序冲突。刑事被害人因高额的投资回报进行投资,案发后其关注的是赃款能否退赔及损失能否得到赔偿。在涉及债务人破产的情形下,司法实务做法不一:有些破产案件将刑事退赔的“刑事债权”归入优先受偿债权,但具体优先到何种顺位不同。实际上,刑事被害人相对于其他民事债权人的优先权并没有法理基础,而且刑事退赔程序鼓励非法集资者“先行清退”,^②在退赔过程中一般采取“先偿先得,剩余财产均分”的原则,^③这种处理方式即使在被害人之间也难言公平。而有些破产案件否认“刑事债权”的优先效力,但由于债权审核确认的标准不同,仅将“刑事债权”作为普通债权对待,致其实际受偿数额可能远低于其他同位序的债权。实际上,在债务人企业涉嫌非法集资犯罪的案件中,被害人往往也是与企业存在借贷关系的债权人,被害

① 张泽华、崔军委:《涉众型经济犯罪刑事追缴、退赔与破产程序衔接路径研究——以破产程序统一受偿为视角》,载胡云腾主编:《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(下)》,人民法院出版社2019年版,第1147页。

② 参见《防范和处置非法集资条例》第24条、第25条。

③ 参见马更新:《界限与协同:破产程序与刑事程序适用顺位辨析》,载《北京联合大学学报(人文社会科学版)》2020年第1期。



人与债权人身份一般是重叠的。被害人希望通过刑事退赔程序达到就债务人特定财产优先于其他民事债务获得受偿以挽回经济损失，而债权人则需要通过破产程序就债务人的全部财产按照法定顺序公平清偿，所以，处于这两种身份的人群之间存在着天然的矛盾，其不同程序中的诉求也就必然因存在冲突而需要协调、平衡。当同样的投资，面对不同的受偿数额、受偿位序进行清偿，再加之退赔程序中不可能设置类似于债权人会议等议事协商机制，被害人与司法机关之间存在事实上信息不对称的情形，易造成非法集资犯罪被害人对司法机关的信任危机，从而引发群体性社会不稳定事件。

二、破产程序与刑事程序衔接的主客观困境

破产程序与刑事程序的衔接存在主客观两方面的困境，而两种程序的衔接直接影响到全体债权人清偿利益能否得到公平实现。

（一）客观上的困境：破产程序与刑事程序衔接的外在藩篱

1. “无源之水”的困境：规则适用模糊与冲突。关于破产程序与刑事程序的衔接及处理现尚无明确的法律规定，司法实践中，不同等级、不同地域规范的处理方式不尽相同。笔者在法规数据库中检索了涉及民刑交叉案件审理程序的法律规定和司法文件，按照时间顺序及效力等级归纳如下（见表2）。

表2 涉民刑交叉案件审理程序现行法律规定和文件汇总表

时间	名称	相关内容	规则	效力等级
1998年， 2020年 修正	《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》	第1条：“同一自然人、法人或非法人组织因不同的法律事实，分别涉及经济纠纷和经济犯罪嫌疑的，经济纠纷案件和经济犯罪嫌疑案件应当分开审理。” 第11条：“人民法院作为经济纠纷受理的案件，经审理认为不属经济纠纷案件而有经济犯罪嫌疑的，应当裁定驳回起诉，将有关材料移送公安机关或检察机关。”	先刑后民为原则，不同法律事实分开审理	司法解释
2013年	浙江省高级人民法院出台的《关于服务金融改革大局依法妥善审理民间借贷纠纷案件的若干意见》	第4条：“依法受理企业破产申请，通过破产程序平台协调民间借贷纠纷和非法集资活动交织的相关问题。企业构成破产原因，企业及其相关人员涉嫌非法集资等犯罪行为，经征询协同处置机制和有关部门的意见，依照《企业破产法》和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的规定（一）》的规定，人民法院应依法受理对企业的破产申请。”	依法受理破产申请	地方司法文件

续表

时间	名称	相关内容	规则	效力等级
2014年	《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》	第7条第2款:“人民法院在审理民事案件或者执行过程中,发现有非法集资犯罪嫌疑的,应当裁定驳回起诉或者中止执行,并及时将有关材料移送公安机关或者检察机关。”	先刑后民	司法文件
2017年	《民事诉讼法》	第150条第5项:“中止诉讼:本案必须以另一案的审理结果为依据,而另一案尚未审结的。”	中止诉讼	法律
2019年	《全国法院民商事审判工作会议纪要》	第130条:“人民法院在审理民商事案件时,如果民商事案件必须以相关刑事案件的审理结果为依据,而刑事案件尚未审结的,应当根据《民事诉讼法》第150条第5项的规定裁定中止诉讼。待刑事案件审结后,再恢复民商事案件的审理。如果民商事案件不是必须以相关的刑事案件的审理结果为依据,则民商事案件应当继续审理。”	民商事案件与刑事案件尽可能地同步开展,只有在民商事案件必须以刑事案件的审理结果为依据时,才中止审理	司法文件

根据表2可知:(1)不同规范对程序选择规定不同。民事诉讼法司法解释、最高人民法院规定及意见以“先刑后民”为原则,部分地方高院的司法文件有条件地适用“刑民并行”方式受理破产申请。不同等级、不同地域规范就是否受理破产的不同规定造成当事人与法官无所适从,有损司法统一,影响司法权威。(2)最高人民法院出台的法律文件呈现出从“先刑后民”到“先行受理”的趋势。2014年《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》规定,对民刑交叉的案件不予受理,已经受理的直接驳回起诉或中止执行。而2019年会议纪要强调必须以相关刑事案件的审理结果为依据的民商事案件中止诉讼,也即与《民事诉讼法》所规定的中止诉讼相衔接,意味着涉及民刑交叉情形下民商事案件可以由法院先行受理。关于民刑交叉案件实体审理相关法律规定及文件汇总如下(见表3):

表3 涉民刑交叉案件清偿顺位现行法律规定和文件汇总表

时间	名称	相关内容	规则	效力等级
2004年	《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10条:“对赃款赃物及其收益,人民法院应当一并追缴;对于被害人的损失,应当按照刑事裁判认定的实际损失予以发还或者赔偿。” 第13条:“被执行人在执行中同时承担刑事责任、民事责任,其财产不足以支付的,按照下列顺序执行:人身损害赔偿中的医疗费用、退赔被害人的损失、其他民事债务、罚金、没收财产。”	赃款赃物通过刑事追缴及执行顺序	司法解释



续表

时间	名称	相关内容	规则	效力等级
2006 年	《企业破产法》	第 19 条：“人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止。” 第 113 条：“清偿顺序：别除权优先受偿、职工债权、税收债权、普通债权。”	债务人财产保全措施应当解除，执行程序中止，刑事债权清偿顺位规定	法律
2009 年	《最高人民法院关于依法审理和执行被风险处置证券公司相关案件的通知》	第 5 条：“证券公司进入破产程序后，人民法院作出的刑事附带民事赔偿或者涉及追缴赃款赃物的判决应当中止执行，由相关权利人在破产程序中以申报债权等方式行使权利；刑事判决中罚金、没收财产等处罚，应当在破产程序债权人获得全额清偿后的剩余财产中执行。”	证券公司破产程序中民刑交叉涉及财产部分所有债权人都经过破产申报程序使债权得以救济	司法答复
2012 年	《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》	第 139 条：“被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔。被害人提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。追缴、退赔的情况，可以作为量刑情节考虑。”	刑事诉讼程序兼具对被害人的民事权利加以救济的功能	司法解释
2020 年修正	《刑法》	第 64 条：“犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。”	违法所得及犯罪物品的处理	法律
2021 年	《防范和处置非法集资条例》	第 25 条：“非法集资人、非法集资协助人应当向集资参与人清退集资资金。清退过程应当接受处置非法集资牵头部门监督。任何单位和个人不得从非法集资中获取经济利益。因参与非法集资受到的损失，由集资参与人自行承担。”	不得从非法集资中获取经济利益	行政法规

根据表 3 可知：我国《企业破产法》及相关司法解释对因刑事追缴退赔形成的刑事债权审核及在破产清偿中的顺位未作规定，从破产法的角度寻求法律依据行不通。《刑法》第 64 条及刑法解释只作了原则性规定，对因追缴退赔时的交叉或与其他部门法的冲突问题并未提及，虽然《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（以下简称《执行规定》）第 13 条规定了执行顺序，但对该问题亦未关涉，由于该条款所规定的对涉刑财产分配顺序与破产法不一致，实质上导致了法律规范的冲突，故从刑法或刑事诉讼法角度寻求法律依据也行不通。虽然在规范层级较低的司法答复中有对于破产程序涉刑情形下的追赃、刑事赔偿执行、债权申报

等事项处理的简单规定,但亦未能为破产程序与刑事程序的衔接提供明确而清晰的解决方案,且囿于法律效力等级及适用范围的限制,该规定不可能具有普适性。在法律规范缺位的现实情境下,司法机关面临既要遏制非法集资活动以保障金融秩序,又要兼顾案件处理的社会效果,尽可能挽回企业损失与保护债权人利益的两难境地。

2. 多重差异的隔阂:思维方式、证明标准不同。基于刑法的二次性违法属性,非法集资犯罪首先是非法集资人的行为以违反前置性法即金融法规为基础判断,而该类案件有一个明显的从量变到质变,即行为从合法到失范再到犯罪的过程。民法思维一般是“法不禁止即合法”,基于法秩序统一性^①要求,在民事法律判断上属于合法的行为,刑事判断上即应成为犯罪的阻却事由。但在非法集资犯罪案件中,刑事上被认定为符合犯罪构成的单个集资行为却不一定被当然认为在民事上也是非法的、无效的。同时,对于案件事实的证明力判断,刑事案件采用“排除合理怀疑”标准,民商事案件采用“优势证据”标准,客观上导致了民刑规则适用上的冲突。许多民刑交叉案件的效果非但不是二者应然效果的简单相加,甚至因民刑两种责任发生抵牾,造成效果限缩,弱化了各自本应发挥的作用。其实,“涉众型犯罪中被害人数量众多,而可分配赃物价值往往有限,此时追赃退赔本质上与破产清算极为相似”^②,因而将刑事诉讼的追赃退赔实际上可以视为执行手段之一种,而不宜定性为对被害人(集资参与人)权利和被告人(债务人)民事责任具有“垄断性”既判力的程序机制。

3. 价值判断的分歧:公正、效率与稳定、安全之间的冲突。资源的有限性(稀缺性)和人的私利追求的无限性,致使权利冲突客观存在。濒临破产情形下,债务人责任财产的不足加剧了债权人之间的竞争,导致出现“囚徒困境”。“我国《企业破产法》兼具公法和私法的双重属性,既要解决债权债务清偿等民商事法律问题,还要解决企业破产时的社会公平问题”。^③破产法注重公平、高效地清理债务人的债权债务,刑事程序则更侧重于对稳定、安全等社会价值的保护,价值选择的冲突必然导致程序适用的困境,因此,破产案件民刑交叉情形下对“先刑后民”“先民后刑”“刑民并行”等审理模式的选择就是一个价值衡量问题。从经济学的角度来考察,表面的破产法规则背后是清晰的经济学原理,即当债务人陷入财务困境之时,通过破产程序来及时保障债权人、债务人及其他破产关系人的利益,即以最小的社会成本实现最佳产出的效果。而涉众型刑事案件从立案、侦查、起诉、审判到最后执行,往往是一个复杂而漫长的过程,如果因为刑事程序将所有的破产程序及事项一概延后处理,并不符合破产程序

① 参见王骏:《违法性判断必须一元吗?——以刑民实体关系为视角》,载《法学家》2013年第5期;周光权:《法秩序统一性原理的实践展开》,载《法治社会》2021年第4期。

② 宋健:《民事诉讼中民刑交叉问题的再检视——以加强被害人民事权益保护为视角》,载《中国社会科学院研究生院学报》2021年第5期。

③ 王欣新、王斐民:《政府与市场之间的经济法——以政府保障破产法实施为例》,载《经济法学评论》第12辑,中国法制出版社2012年版,第37页。



最朴素的价值基础，案件的处理也难以达到社会效果最优要求。

（二）主观上的困境：传统法律思维的桎梏与路径依赖

1. 重视失当：法官力有不逮与机械适用交织。如前所引资料显示，在17件刑事程序启动后裁定受理破产申请的案件中，有多达13件仅以“不能清偿到期债务，并且明显缺乏清偿能力”为由裁定予以受理，在说理部分对已启动的刑事程序未作回应；50件裁定不予受理或者驳回破产申请的案件中，有8件在裁判理由中系直接援引法条内容，但未进行说理，对程序适用分析显然重视不够。这在普通的民商事案件以及刑事案件裁判文书中较为少见，特别是在近几年越来越重视裁判说理的情境下。之所以在非法集资破产案件中仍出现这种情况，案件承办人本身对于如何处理尚存犹豫，自身的知识储备尚显不足，更为普遍的则是法官对相关法条的理解过于机械而不愿或者无动力突破传统审理模式的束缚。

2. 守成思维：重刑轻民，导致过度依赖刑事。中华法系素有“重刑轻民”的特点，在审判思维中“先刑”观念几乎与生俱来，而民法思维相对来说却不发达。受历史文化因素的影响，从传统的知识构成及思维习惯出发，“先刑后民”也几乎是相关规范性文件中反复强调的民刑交叉案件的优选处理方式。即使后来规范性文件对这一处理方式的适用范围进行了一定限制，如要求遵循基于“同一法律事实”（或者“同一事实”）、“同一法律关系”的标准，但在民刑交叉的具体案件处理上，“先刑后民”观念仍根深蒂固，并几乎成为经济案件审理的通行“原则”。无论是以“先刑后民”观念为主导，还是“刑民并行”观念的变革，均与我国司法理念的变迁和法治理论的发展密切相关，是一种价值取舍的博弈。

3. 趋利避害：行动选择的望而却步。承办人在结案“紧箍咒”的影响下，基于案件审理周期、绩效考核指标、社会舆论压力和所谓“安全性”的考虑，对涉及主体多、耗时长、复杂疑难案件往往“敬而远之”。有学者指出：“就从本人对一些基层法院的调研结果看，一些基层法官明确告诉我，只要办案机关主张案涉经济犯罪要求民事案件中中止审理或者移送的，他们都会中止审理并移交案件，因为这样做不仅可以减轻办案压力，而且可以降低错案风险。”^①实际上，当手中的案件涉及民刑交叉问题时，承办人大都有主动移送刑事程序的内心冲动，更何况破产程序本就是矛盾的渊藪，各利益主体面对有限的资源不断进行博弈，而移送刑事程序处理则会分散办案的风险，趋利避害的诱惑确实存在。

^① 汪明亮：《刑民交叉案件的处理规则与原则》，载《法律适用》2019年第16期。

三、“桥归桥、路归路”模式选择的原理证成

围绕破产程序涉民刑交叉案件的受理、审理模式之争,最终目的是为了彰显法秩序统一前提下的实体处理效果。一般而言,非法集资破产案件中犯罪事实的范围小于破产案件审理过程中所涉及的事实范围,两者具有逻辑上的包容关系,所形成的民刑交叉可以视为“包含型”关系。即使刑事案件事实与破产案件事实之间具有关联性,但该法律事实从结果上判断,“是指在民事法律关系的形成过程中,当事人或他人的行为虽涉嫌犯罪,但对民事法律行为的性质、效力、责任等不产生实质影响的相关事实”^①,故在民刑交叉情形下,涉及犯罪事实的认定并不影响对于破产案件事实的判断,应当采取“桥归桥、路归路”的处理模式:在程序上,刑事案件与破产案件独立立案、分别审理;在实体处理上,刑事案件裁判只涉及非法集资人的刑事责任,对于涉财部分的执行交由破产程序来处理,即包括集资参与人在内的破产债权审核、确认及清偿均在破产程序中按照破产法规则予以处理。

(一) 法理证成: 模式选择的理论基础

1. 立法宗旨之指引。刑法的立法目的是惩罚犯罪、保护人民,具体到非法集资犯罪所要保护的法益为国家金融秩序,主要任务是对于非法集资人进行定罪并追究刑事责任,但对于涉案财产的保全及处置并不属于刑事责任的范畴。破产法的宗旨主要是公平地清理债权债务,虽然现代破产法理念是全面保护债权人、债务人以及社会利益,但其核心仍是债权人利益的最大化,故最大限度地收集债务人财产并予以适当管理、处置、分配是破产程序的基本任务。“在债务人发生破产原因时,由于债务人将以其全部财产为限对全体债权人承担清偿义务,因此,通过破产程序无法得到救济的权利亦无法通过刑事程序得到救济。”^②由此,两者所保护的法益不同,目的和宗旨亦不同,在程序上均有其独立的价值追求。

2. 涉案财产性质之辨析。我国《刑法》第 64 条规定:“犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔;对被害人的合法财产,应当及时返还;违禁品和供犯罪所用的本人财物,应当予以没收。”《执行规定》第 10 条规定:“对于被害人的损失,应当按照刑事裁判认定的实际损失予以发还或者赔偿。”按照上述法条的语义解释并参照《防范和处置非法集资条例》第 26 条的规定,“违法所得”主要是指非法集资的资金及收益或者转换的其他资产及其收益。而“追缴”是指司法机关对犯罪分子违法所得的相关财物予以勒令缴回,追缴行为本质上是一种司法

^① 李玉林:《民刑交叉案件并行处理原则的理解与适用——以〈九民会议纪要〉第 128 条的规定为中心》,载《法律适用》2022 年第 8 期。

^② 唐旭超:《“先刑后民”在破产程序下的审视与重构》,载《人民司法·应用》2014 年第 7 期。



措施，其本身并非对违法所得的最终处置。“责令退赔”是指对犯罪分子违法所得的相关财物责令其予以退还、赔偿，也就是退还（清退）违法所得之财物，如果该财物已不存在而无法退还则应予赔偿，故责令退赔属于最终的实体处置。^①至于被害人的合法财产予以返还应以该财产存在为前提，否则，非法集资人承担的就是赔偿损失的责任。

实质上，返（退）还财产和赔偿损失从性质上来说均属于民法所规定的承担民事责任的方式。故责令退赔或者返还财产就是对被害人因犯罪（侵权）行为所造成损失进行弥补的一种“实体性、最终性”的处理措施，理应属于被害人的私权，也即相对于被害人来讲系其私法债权，而犯罪行为人所承担的责任实质上是民法上的责任范畴。民事权利的保障与救济应由民事程序法予以配置，具体在非法集资破产案件中，应由破产程序统一对涉案财产作出追缴并退赔处理。这样可以最大程度扩充债务人财产，提高变现效率和价值，保障债权人整体利益最大化。正如李曙光教授所说，债权人保护是破产法的“元”问题，而债权人利益的多少在于受理债务人破产申请时资产池有多大，破产程序都是将资产池管住，并且要资产池越大越好，^②因此，对于非法集资人的刑事责任追究和涉案财产的处置与分配，分别由刑事程序和破产程序分担之，具有合法性、合理性基础。

3. 债权清偿顺序之要求。“债权均以平等性为原则，如果没有附加担保或者附加优先权的保障，则无优先性。”^③但基于诸多利益主体多种权利的冲突和博弈，破产程序需要对各种权利作出评估与衡量，涉及到对所有破产程序参与人权利价值优先层级的确定及清偿顺序的安放。在破产程序中，“判断债权是否享有优先受偿权，其标准只能依据法律的规定，或符合法律的合意设定并且不与破产法相冲突。否则，该等债权不享有优先受偿权。”^④故集资参与者（刑事被害人）债权应当按照破产法规则进行申报、核查、确认，并按照我国《企业破产法》第113条的规定参与分配。至于《执行规定》第13条规定的清偿顺序系在自然人或者企业法人正常经营过程中，针对所追缴的财产范围内所要遵循的清偿规则。^⑤而在“债务人发生破产原因时，民事法律关系相对于刑事法律关系具有优先性”^⑥，在民事领域应依照民事标准来处理相关债权，

① 参见曲升霞、袁江华：《论我国〈刑法〉第64条的理解与适用——兼议我国〈刑法〉第64条的完善》，载《法律适用》2007年第4期。

② 参见李曙光、刘延岭主编：《破产法评论》（第1卷），法律出版社2018年版，第16页。

③ 杨立新主编：《民法新思维》，法律出版社2010年版，第306页。

④ 曹守晔主编：《破产纠纷案件裁判规则（一）：破产债权效力与破产财产》，法律出版社2021年版，第52页。

⑤ 该条款将“人身损害赔偿中的医疗费用”安放在绝对优先位置，甚至可以排除对执行标的享有优先权的债权受偿，这固然有其合理性的一面，但是其对同属于生存权范畴的职工债权未作优先安排，反而作为“其他民事权利”安排在第三顺位清偿，则缺乏合理性基础。从另一个方面来看，涉嫌非法集资犯罪行为是一个从量变到质变的过程，从构成犯罪行为的单个集资（借贷）行为来看，刑事被害人（集资参与者）受损权利的性质，与债务人在其他正常的民商事活动中所损害的另一方当事人权利的性质并无二致，其并不具备优先性的特质。

⑥ 唐旭超：《“先刑后民”在破产程序下的审视与重构》，载《人民司法·应用》2014年第7期。

并不存在刑事优先的标准。

因此,有学者认为,“商法清算程序与民商事实体法存在同源性和互助关系,而刑事诉讼程序与民商法不存在这种同源性和互助关系”“刑事诉讼程序难以承担此类涉案财产清算的大任,也不宜在刑事诉讼中大量援引民商事实体法并对民商事纠纷作出判决。这种涉案财产的清算应当适用商法清算程序”^①。刑事程序应当对该清算程序予以尊重,这也体现了刑法的谦抑性品格。另外从集资参与者债权本身来分析,非法集资案件所谓的违法所得集资资金,也就是货币这一特殊种类物,如果该集资本身及其收益或者转换的其他资产及其收益能够予以特定化,债权人自可行使破产取回权,除此以外,因该集资(货币)已混入债务人的资产池而致使退还的实际不能,该类债权既无别除权资格,亦非破产财团本身债务,其相对于生存权表征的职工债权和税收的法定优先权来说不具有优先性,根据“同等债权同等对待”原则,该类债权应当与普通破产债权按比例受偿,这也是破产法绝对优先原则的要求。从另一个角度来看,破产是为全体债权人利益而进行的特殊司法执行程序,是对债务人全部法律关系的彻底清理,侧重于对债权人的公平清偿,就破产债权清偿顺序而言存在排他性,一旦进入破产程序,就不允许在法定清偿顺序之外还存在“特别的债权人”,刑事退赔优先不具备利益正当性。

(二) 规范证成: 模式选择的现有立法依据

表 4 模式选择的现有规范

时间	名称	相关内容	规则	效务等级
2004 年	《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 13 条、被执行人在执行中同时承担刑事责任、民事责任,其财产不足以支付的,按照下列顺序执行:人身损害赔偿中的医疗费用、退赔被害人的损失、其他民事债务、罚金、没收财产	刑事执行顺序	司法解释
2006 年	《企业破产法》	第 2 条、破产原因 第 113 条、破产财产的清偿顺序	破产原因及财产清偿顺序	法律
2009 年	《最高人民法院关于依法审理和执行被风险处置证券公司相关案件的通知》	第 5 条、证券公司进入破产程序后,人民法院作出的刑事附带民事赔偿或者涉及追缴赃款赃物的判决应当中止执行,由相关权利人在破产程序中以申报债权等方式行使权利;刑事判决中罚金、没收财产等处罚,应当在破产程序债权人获得全额清偿后的剩余财产中执行	证券公司破产程序中民刑交叉涉及财产部分所有债权人都经过破产申报程序使债权得以救济	司法答复

① 陈醇:《非法集资刑事案件涉案财产处置程序的商法之维》,载《法学研究》2015年第5期。



续表

时间	名称	相关内容	规则	效务等级
2013年	浙江省高级人民法院《关于在审理企业破产案件中处理涉集资类犯罪民刑交叉若干问题的讨论纪要》	第2条、坚持宽严相济刑事政策，正确处理打击和保护的关系 第4条、严格区分刑、民界限 第10条、因债务人的犯罪行为而非法占有的不属于债务人的财产，可以在刑事判决生效后，依照企业破产法第三十八条之规定，由被害人以财产权利人的名义通过管理人取回	严格区分刑民界限、进一步细化取回权	地方司法文件
2018年	《破产会议纪要》	第28条、对于法律没有明确规定清偿顺序的债权，人民法院可以按照私法债权优先于公法债权的原则合理确定清偿顺序	私法债权优先于公法债权	司法文件

上述规范性文件（见表4），涉及到了民刑交叉时对于破产案件的受理、包括集资参与人（刑事被害人）在内的债权人申报债权的核查与确认、清偿顺序等问题，从不同侧面对刑事追缴的财产处置（分配）作出了初步制度安排。但面对大量非法集资犯罪与破产程序交织的现实问题，“先刑后民”“刑民并行”“先民后刑”这些概念思维程式均显不足，应在充分论证的基础上作出更高层次的规范回应。

（三）实践证成：破产民刑交叉案例的支撑

对于刑事案件与破产案件交叉问题的处理，浙江法院的实践值得关注。如上所引，浙江高院民二庭讨论纪要规定了在涉嫌犯罪时有条件地受理破产案件，并就涉及刑事被害人债权的审核、处理作出了在破产程序中一体处理的规定。司法实践中，绍兴市柯桥区法院审理的富浩纺织、肯利达纺织破产案，均存在债务人企业或者其股东、法定代表人、实际控制人涉嫌非法集资犯罪的情形下，刑事案件与破产案件分别进行了审理。^①衢州市衢江区法院审理的某置业公司破产重整案系在该企业涉嫌非法吸收公众存款被刑事立案的情形下受理的，法院在破产财产处置、债权审核等方面采取了与刑事案件协同处置的方式，使该企业涅槃重生，并实现普通债权高比例清偿的效果。^②上述实践对于该类案件处理方式的探索具有非常现实的意义。

（四）功能证成：模式选择的合理性基础

一者，维护刑事被害人合法权益的需要。刑事犯罪是严重的侵权行为，由此产生的被害人权利构成民法上侵权之债，基于债权的同质性，其与其他侵权之债并无二致。一般认为，民法规范对于民事权利的保护是充分的，刑法作为最后手段在权利能

^① 参见张宏伟、楼东平主编：《形而上与形而下——企业破产法的理论探索与实践创新》，人民法院出版社2018年版，第347-354页。
^② 参见程品方主编：《人民法院企业破产审判实务疑难问题解析》，法律出版社2016年版，第243-249页。

够得以保障的情形下并无适用余地。即使《刑法》第 64 条规定了退赔措施,《执行规定》第 13 条更是规定退赔损失优先于其他民事债务受偿,但前提是所分配财产仅限于刑事追缴的财产范围,且所赔偿的损失以剩余本金为限。《防范和处置非法集资条例》第 25 条第 2 款明确规定:“因参与非法集资受到的损失,由集资参与人自行承担。”以上规定说明,在刑事程序中对于被害人利益的保护并不充分。二者,破产法对于债权人利益保护的手段是全面的。破产法以追求债权人的合法利益最大化为宗旨,在破产程序中规定了完善的手段和措施尽量扩大资产池,如破产财产的追收、破产撤销权的行使、破产无效制度的确认、对于未缴出资的追缴、合同的继续履行,以及破产财产的管理与持续经营、公开变价措施等,这样就做大了“蛋糕”,同时对于被害人的债权按照民商法规则予以确认,也相应增加了分配份额计算基数。

综上,相较于破产程序完善的规则而言,“刑事诉讼的追赃退赔程序较为粗糙,在损失认定与赔偿顺位两个重要方面往往无法满足被害人的需要。毕竟刑事诉讼将定罪量刑作为程序的首要价值,其补偿被害人损失的功能只能处于次要地位。”^① 刑事程序与破产程序价值追求的不同,决定了其功能的不同定位和具体制度体系建构的差异性。

四、“桥归桥、路归路”模式下具体规则的体系化

(一) 程序性规则:按照各自标准分别受理案件

“共同的价值追求决定了民刑无优越等级之分。民刑诉讼并无优劣之分,作为促进形成并共同维护统一法秩序的两大法律部门,在保护基本人权、维护社会交易秩序等方面具有同等地位,仅是调整方式及法律责任有所不同,不可厚此薄彼甚至顾此失彼。”^② 在非法集资破产案件程序设置上,应坚持刑事程序与破产程序并行不悖,在案件审理过程中协调处理相互牵连的事项和法律问题,目的是在及时追究犯罪行为刑事责任的同时,减少当事人讼累、节约诉讼成本,平衡各利益主体的合理诉求,全面清理债权债务,实现债务人财产的最大市场交易价值,保障债权人整体利益最大化。一是破产程序启动前刑事程序已经启动的,只要债务人符合法定条件即应及时裁定受理破产申请并推进破产程序。二是破产程序启动后发现债务人及相关人员涉嫌非法集资犯罪的,应将犯罪线索移送有权机关,破产程序正常进行。也就是说,“不论刑事程序何时开启与终结,均不影响破产程序按照自身进度独立推进,且不因刑事判决结果

^① 宋健:《民事诉讼中民刑交叉问题的再检视——以加强被害人民事权益保护为视角》,载《中国社会科学院研究生院学报》2021年第5期。

^② 廖钰、张璇:《民刑交叉案件处理机制之探索——以统一法秩序的司法立场为视角》,载《法律适用》2015年第1期。



而导致破产程序中工作的反复”^①。

另外，可以探讨建立长效的民刑协同机制，保证在个案中实现关联犯罪信息共享，有效降低司法机关之间的沟通成本，并进一步完善会商程序，理顺犯罪线索移送机制。

（二）实体性规则：纳入破产程序统一受偿

在破产程序中统一处理债务人的涉刑财产和债权债务，可以充分发挥管理人处置资产、审核债权的专业优势，更加有效地实现民刑交叉破产案件中破产债权人与刑事被害人及其他关系人的利益衡平，实现债权人整体利益最大化。

1. “蛋糕”怎么做：债务人财产的最大化。根据《企业破产法》第30条、第123条规定，破产财产包括破产申请受理时至破产程序终结前的债务人全部财产、自终结之日起二年内追收的债务人财产以及发现的其他财产，由此可见，我国对于破产财产采取了扩张主义的立法模式。

第一，应当将刑事追缴的财产纳入司法处置渠道并归并到债务人财产中。因非法集资犯罪案件所追缴的非法集资资金属于货币这一特殊种类物，只要不能将该资金特定化即区别于债务人（犯罪人）的其他货币资金，则不能返还被害人，且“因‘非吸’被害人被侵害的是债权，而非物权，不能行使财产取回权”^②。

第二，根据《企业破产法》第19条及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》第5条、《最高人民法院关于执行案件移送破产审查若干问题的指导意见》第16条的规定，在刑事程序中被采取保全措施的财产，应当及时解除强制措施并移交给管理人予以管理，涉刑财产执行程序应当中止，尚未过付的执行款物交由管理人管理并归入债务人财产。

第三，管理人行使破产撤销权，按照《企业破产法》相关规定追回属于债务人的财产，包括在法定期间由非法集资人自行清退或者其他形式的还款，但是经处置非法集资牵头部门按照《防范和处置非法集资条例》清退的资金，以及有权机关已经退赔或者刑事执行已经过付的财产除外。

第四，债务人企业的股东、法定代表人、实际控制人等涉嫌犯罪追缴的财产，与债务人财产出现混同，或者公司人格已“形骸化”时，应“刺破公司面纱”，将该部分财产甚至被告人的其他责任财产归入债务人财产一并处理，由管理人负责将以上全部财产按照破产法规则进行管理和变现处置。需要说明的是，该部分财产应当包括《刑法》第64条所规定的违禁品和犯罪工具，其中违禁品应按照国家规定的方式予以处置变现，变现所得归入债务人财产，变现后优先满足破产债权的清偿。

^① 龙天鸣、吴杰：《论破产程序中刑事追赃优先的非必然性——以A公司破产重整案为视角》，载《辽宁大学学报（哲学社会科学版）》2021年第4期。

^② 周爽：《破产审判中涉及刑民交叉若干问题研究——以非法吸收公众存款犯罪与民间借贷为例》，载赵万一主编：《供给侧结构性改革背景下的中国破产法》，华中科技大学出版社2018年版，第69页。

2. “蛋糕”如何切：破产债权的统一审核确认。基于债权平等原则和法秩序统一性的要求，集资参与人（刑事被害人）的侵权之债应按照破产程序进行申报、核查及确认，在审核标准上与其他民事债权相同，即包括被害人在内的所有债权人均需通过破产财产实现权利救济，刑事裁判中涉及追赃退赔的内容应中止执行。^①基于公平合理原则，对被害人的经济损失按照破产法规则进行相应的调整，符合逻辑和法理。^②

因此，对于未在刑事程序中申报损失的被害人（集资参与人）可以经破产程序确认其债权。而对于已经在刑事程序中申报的被害人债权的确认，区分情况予以处理：一是债务人进入破产程序前刑事案件已经审结并对退赔作出判决的，其确认的债权额应为按照破产法规则认定的实际损失减去已经退赔数额的余额；二是债务人进入破产程序时刑事案件尚未审结的，则应告知被害人按照破产程序申报债权，刑事判决所认定的应退赔损失仅作为犯罪数额量刑情节处理，刑事裁判不涉及退赔内容。需要说明的是，对刑事案件中被害人的债权审查，能够根据被害人（债权人）和债务人提供的资料审定债权金额的，与同类型的债权审查标准、方式一致；对需要刑事侦查后才能确定债权事实的，应待案件事实查明或者经刑事裁判确认后再行审查认定，在拟定破产财产分配方案、破产重整计划草案或破产和解协议时应预留相应的份额。“这就意味着，刑事程序终结与否对被害人申报债权无任何影响，只要债务人实施的加害行为已经完成，被害人在破产程序下能够得到的填补和救济就已经固定，一旦债务人进入破产程序，刑事法律关系和民事法律关系可以同时处理，‘先刑后民’没有必要。”^③

另外，对于刑事被害人经通知未申报债权的，不得按照破产程序行使权利，在破产清算终结后将得不到清偿，破产重整或者和解程序终结后，可以依法按照重整计划或者和解协议规定的条件清偿。

3. “蛋糕”怎么分：破产财产的分配顺序。在蛋糕大小已经确定的情况下，有人能多分，就意味着其他人会少分。当破产债权与其可分配债务人财产相比僧多肉少时，债权清偿的顺位更是各方利益主体关注的焦点。我国《企业破产法》第113条对不同性质债权的清偿进行了排序，刑事被害人的债权相比于普通债权并无法定优先性，不能以刑事程序的介入为由另行产生优先保护的效果。除非对于债务人特定财产享有担保物权或其他法定优先权，“在企业资产不足清偿全部债务时，应视独立的无担保民

① 《最高人民法院关于依法审理和执行被风险处置证券公司相关案件的通知》规定：“五、证券公司进入破产程序后，人民法院作出的刑事附带民事赔偿或者涉及追缴赃款赃物的判决应当中止执行，由相关权利人在破产程序中以申报债权等方式行使权利；刑事判决中罚金、没收财产等处罚，应当在破产程序债权人获得全额清偿后的剩余财产中执行。”

② 参见韩天明主编：《民营企业破产法律问题研究——以泉州破产审判为视角》，法律出版社2020年版，第227页。

③ 唐旭超：《“先刑后民”在破产程序下的审视与重构》，载《人民司法·应用》2014年第7期。

事债权人与集资出资者同等受偿”^①，在对债务人财产进行具体分配时应遵循绝对优先原则，即在上一顺位权利人获得全部清偿之前，后一顺位的权利人不能获得任何清偿，这是破产法的一项基本原则。^②对于刑事没收措施及罚金、没收财产之财产刑所产生的刑事债权的清偿，《企业破产法》未作规定，理论上视为劣后债权，在破产法所规定的债权按照法定顺序全部得到清偿后才可得以执行（见图2）。

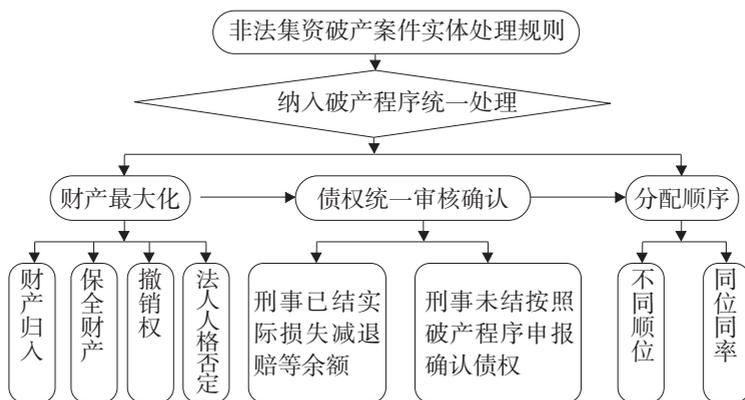


图2 非法集资破产案件实体处理规则示意图

结 语

破产程序民刑交叉案件的法律适用问题，是司法实践仍需深入研讨的议题。刑民交叉视域下，刑事损失数额认定、追赃退赔与破产程序中债权认定、破产财产分配程序具有诸多的契合性，^③故应合理协调不同利害关系人就债务人有限财产如何分配的利益冲突，在惩罚犯罪和保护当事人权益之间找到一个法律平衡点，充分发挥破产程序公平清理债权债务的功能，以实现法益的最大化。

（责任编辑：刘文文）

① 张东平：《集资案件刑民关系的交叉与协调》，载《北京社会科学》2014年第1期。

② 参见齐明：《中国破产法原理与适用》，法律出版社2017年版，第34页。

③ 叁角见张泽华、崔军委：《涉众型经济犯罪刑事追缴、退赔与破产程序衔接路径研究——以破产程序统一受偿为视角》，载胡云腾主编：《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（下）》，人民法院出版社2019年版，第1153页。

“职业放贷人”的认定模式与行为规制

王彦祺*

内容摘要:“职业放贷人”行为规制对于民事交易主体、金融监管秩序及刑事犯罪预防均具有其独立价值。因地方差异,其认定标准及规制模式各异,原因在于裁判尺度不统一、公开制度两极化、信息技术限制及无已判案件权利救济等。规制“职业放贷人”需权衡民事主体各方利益,从多层面入手,确立认定标准及责任分配,架构“职业放贷人”的认定模式。同时,“职业放贷人”作为民事主体,审判实践中对其应采取宽严相济的规制方式,设置权利救济途径与名录撤出规则,并与地方各部门形成联动机制,做到全方位监管与规制。

关键词:职业放贷人;民间金融;金融监管;制度架构

引言

在国家金融体制改革与市场经济发展过程中,民间金融应运而生。民间金融是一种游离于政府金融监管体制之外的自发性、无组织且对象不特定的融资体系。^①其发展在一定程度上满足了社会对多元化融资模式的需求,但相应的法律规制问题相伴产生。“职业放贷人”的规制在学术界与理论界存有不同看法,有学者认为“职业放贷人”所带来的金融风险是一种内化式的风险承担,只要其不吸收公众存款,便不会直接影响金融安全。^②也有学者认为未经批准的职业放贷行为会形成正规银行之外的“影子银行”市场,影响金融市场秩序的监管与宏观经济的调控。^③还有学者将职业放贷行为与社会公共利益相结合,认为“职业放贷人”所签订的合同属违法合同,违法合同是违反公共利益^④的合同。^④审判实践中,各地区法院对民间借贷类案件的审

* 王彦祺,山东省日照市中级人民法院法官助理。

① 参见谈萧、胡新建:《民间金融的法律评析及规制路径》,载《法治研究》2010年第6期。

② 参见郭雳:《中国式影子银行的风险溯源与监管创新》,载《中国法学》2018年第3期。

③ 参见沈伟:《中国的影子银行风险及规制工具选择》,载《中国法学》2014年第4期。

④ 参见李永军:《合同法》,法律出版社2005年版,第436页。



理划分也各不相同,有的法院认为涉及民间借贷案件属民事类案件,而有的地区则将其看做民间金融的主要表现形式,归于商事类案件。通过地区审理案件数量及比重来看,民间借贷案件所占比重居高不下,而规范性的金融机构作为当事人的金融借款合同纠纷逐年下降,说明民间金融在资本流通的过程中存在着较大比重。民间借贷虽满足了社会多元化融资需求,促进了多层次信贷市场的发展,但不乏有人利用自有资金或融资所有资金作为资本,通过出借方式,形成经营性的盈利手段。^①“职业放贷人”便是民间借贷迅速发展过程中形成的“职业群体”。

一、“职业放贷人”历史沿革及规制现状

“职业放贷人”伴随民间借贷而产生,而民间借贷作为民间金融最主要的表现方式,其行为发生之初便游离于“政府”的规制范围之外,其灵活度高、涉及范围广,容易形成金融规范体系中的隐患,这也是当前对“职业放贷”行为及其衍生的违法犯罪行为加强规制的原因。

(一)“职业放贷人”兴起原因及监管规则

规范金融机构运营良好前提下,民间金融却异于正规金融机构而蓬勃发展,“职业放贷人”的案例更是屡见不鲜,原因如下:其一,银行贷款手续审批复杂,规范性程度要求高,金融资金的审批难度相对较大;其二,民营资本充足,操作较为便利,提供途径丰富,获得时间较短;其三,社会失信程度影响小,即使借贷款项未及时偿还,亦不会迅速进入失信黑名单,影响正常生活。“职业放贷人”这一概念是人们基于资金融通过程中这一类人的通常做法以及添加部分社会观察而赋予的一个名称。最高人民法院(2017)民终647号案件是“职业放贷人”定义认定及行为后果参照的范本。《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称《九民纪要》)第53条将“职业放贷人”定义为未经批准,以经营性为目的,擅自从事经常性业务的法人、非法人组织以及自然人。^②《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》第13条第2款第3项规定的民间借贷合同无效情形:未依法取得放贷资格的出借人,以营利为目的向社会不特定对象提供借款的。“职业放贷人”的监管与规制经历了三个阶段,分别为全面否定期、适度宽松期、强化监管期。^③《非法金融机构和

① 参见《关于进一步深入开展依法规范民间借贷行为严厉打击涉民间借贷违法犯罪活动的通知》,载《连云港日报》2019年5月15日,第10版。

② 参见《关于进一步深入开展依法规范民间借贷行为严厉打击涉民间借贷违法犯罪活动的通知》,载《连云港日报》2019年5月15日,第10版。

③ 参见李有、沈伟:《金融司法的安全和效率周期之困——以“职业放贷人”司法审判为切入》,载《中国法律评论》2020年第5期。

《非法金融业务活动取缔办法》第4条将未经许可发放贷款的行为全部归于非法金融业务活动,对单位与个人所从事的放贷行为实行全面否定制。但随着金融供给侧改革,金融体系多层次发展,对“职业放贷人”的规制进入适度宽松期,通过一系列规范性文件,将部分“职业放贷人”规定为合法金融主体,满足多层次市场对资金融通的供给。自2017年全国金融工作会议召开后,为维护金融安全,“职业放贷人”的规制进入强化监管阶段,与第一阶段的监管大致相同。也可看出,“职业放贷人”在民间金融的监管规制已存在相当长的一段时间。

(二) 当前审判实务中“职业放贷人”的规制模式

尽管“职业放贷人”的问题从20世纪90年代已经存在,但对其规制形成模式应从强化监管阶段开始。通过对部分地区法院调研发现,当前审理民间借贷案件过程中,“职业放贷人”的认定模式大多采用“标准固套”模式,即符合地区制定的认定标准即认定为“职业放贷人”,这难免会使案件审判的灵活度降低。当然,因各地经济发展状况不一,地方制定标准亦存在差异,但各地区制定的地方性标准的共同点便为案件数量这一关键要素。在“职业放贷人”的认定过程中,其最重要的环节便是标准比对,《九民纪要》中规定,民间借贷比较活跃的地方高级人民法院或经其授权的中级人民法院,可以根据本地区的实际情况制定具体的认定标准。^①基于此规定,地方法院根据地方经济的发展,制定了本辖区内“职业放贷人”的认定标准,并形成疑似“职业放贷人”名录。疑似“职业放贷人”名录的形成多数遵循如下流程(见图1),形成三种认定模式(见图2):



图1 当前“职业放贷人”认定流程图

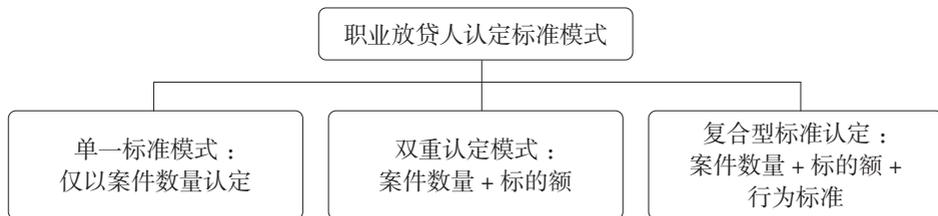


图2 当前“职业放贷人”三种认定模式

1. 单一标准模式：此种模式是最简单的“职业放贷人”认定模式，是其他认定模式的基础。单一标准的认定模式仅以案件数量作为认定“职业放贷人”的衡量标准，

^① 参见《全国法院民商事审判工作会议纪要》第53条。



当事人作为原告在一定辖区或同一法院的起诉案件数量达到该地区自行制定的标准后,即认定为“职业放贷人”或纳入疑似“职业放贷人”名录。在调研的相关样本中,单一的标准认定模式所占比重约为34%。

2. 双重认定模式:案件数量+案件标的额。相较于单一模式而言,双重标准的认定模式加入了案件标的额这一衡量标准,进一步而言,是对社会利益损害、他人利益侵占及违法行为规避的综合考量,对于数额较小的案件,相对而言社会影响力不大,一般达不到“职业放贷人”的认定标准。双重标准认定模式介于单一标准与三重认定标准中间,实际上,一个地区认定“职业放贷人”的过程中,可仅依据单一的模式,而对于双重认定模式中标的额的把握并非易事,一旦考量除案件数量以外的其他因素作为认定标准时,则会将考量的因素予以增加,也就是下文所讲的复合型认定模式,故双重认定模式在实践中所占比重较小,约为1%。

3. 复合型认定模式:此种模式又称之为“三重标准认定模式”,金融会议召开后,浙江地区率先对“职业放贷人”问题作出规制,并制定“职业放贷人”名录,辖区内法院大多采用此种模式予以认定,其规制模式不仅局限于案件的数量及标的,而是将行为人的行为模式亦作为是否构成“职业放贷人”的衡量标准,即将涉案借条格式、款项交付情况和是否参与诉讼均纳入“职业放贷人”的考量因素中。除此以外,河南辖区法院亦依据同一出借人及其实际控制的关联关系人作为原告在一段时间内所涉民间借贷案件数量、利率、合同形式等因素作为职业放贷人的认定标准,其辖区亦是典型的复合型认定模式。^①复合型标准认定模式大约为65%。

各地法院虽在认定模式中存在不同的标准,但多以案件数量作为认定“职业放贷人”的基础,为防止其他规避监管的现象发生,部分地区将行为模式作为认定“职业放贷人”的又一要素。

(三) 当前审判实践中“职业放贷人”认定后的规制

“职业放贷人”产生于民间借贷案件中,其涉及的主要内容主要包括借款合同和担保合同,“职业放贷人”认定后,其所涉及合同效力应如何把握?其衍生的相关问题又将如何处理?

1. 主合同效力及责任承担

“职业放贷人”的放贷行为违反了国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的规定。其在不具备也不可能取得金融业务经营资质的情况下,从事国家特许经营的金融业务,其所签订的合同应当当然无效。但对于合同无效后的责任承担,我国各个地区法院之间并不存在统一的裁判尺度,通过中国裁判文书网的相关案例

^① 参见《河南省高级人民法院关于严格依法审理民间借贷案件的通知》。

检索, 合同无效后的行为后果大体存在如下裁判标准: 其一, 仅返还借款本金, 关于利息的诉讼请求不予支持; 其二, 返还借款本金, 利息参照中国人民银行同期贷款利率或同业拆借中心公布的贷款市场报价利率; 其三, 返还本金及利息, 利息按照年利率 6% 予以计算。

2. 从合同的处理: 担保物权效力

主合同无效, 从合同亦当然无效。从合同的无效是否当然的导致保证人保证责任的免除或其他担保方式消失, 实践中一般结合担保人的具体行为具体认定。具体把握标准不宜过多, 往往依据过错责任原则, 分两种情况区分担保责任: 第一, 担保人具有过错的, 如担保人明知出借人存在多次出借行为, 并从中收取高额利息仍自愿作为担保人多次提供担保, 其本身存在与出借人相互串通的行为, 应对自身行为负责, 以不超过担保责任的三分之一为限,^① 即在小于三分之一责任承担的范围, 属于法官结合案情自由裁量权的范围; 第二, 担保人无过错的, 因主合同无效, 担保合同亦无效, 其无需就案涉借款的本息承担担保责任。

二、“职业放贷人”监管乱象与规制困境

“职业放贷人”的违法行为虽在各地均得到不同程度的规制, 但在规制过程中存在裁判尺度不一等乱象, 从而影响司法、社会、金融秩序。

(一) 数量与时间——“职业放贷人”定性的裁量尺度未统一且灵活度低

当前“职业放贷人”的规制模式仅为上述 3 种, 但无论采取何种规制模式, 均以时间轴与数量为界限, 如满足 1 年内起诉案件数量 5 件以上; 3 年内起诉案件数量 20 件以上等认定标准。固化的标准为规避法律提供了契机。首先, 从地方制定标准而言, 部分地区高级人民法院往往授权所在辖区的中级人民法院制定本地区的“职业放贷人”认定标准及实施细则, 而未形成统一的规范性文件, 这使得同一高级法院所辖的各地市法院可能存在不同的认定标准, 造成认定标准上的乱象。其次, 对于时间上的界定亦存在不同认识, 通过各地制定的标准中可以看出, 对“职业放贷人”的认定标准通常表述为在“一年”“两年”或“三年”的期间内作为原告起诉的数量达多少件, 那么对该期间的把握, 是以任意年限为定位还是以起诉时相邻年限为认定节点, 亦或是以起诉当年与前一年作为比较标准, 针对这一问题, 没有形成统一的看法。如果时间与数量上的认识不同造成裁判标准的不一, 在审判实践中, 是否

^① 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第 8 条规定, 主合同无效而导致担保合同无效, 担保人无过错的, 担保人不承担民事责任; 担保人有过错的, 担保人承担民事责任的部分, 不应超过债务人不能清偿部分的三分之一。



需结合“职业放贷人”连续性特点及社会危害性的大小予以考量,仅以时间与数量为轴线予以比对,难免有失偏颇。因此,审判实践过程中,因各地区法官的认识不同,使得“职业放贷人”在认定的过程中存在标准困境。

(二) 实名放贷人追索与隐名放贷人深究

“标准固套”的比对模式使得符合地区标准即认定为“职业放贷人”,未达标准即对其行为予以认可。长远来看,放贷人员会避开数量与时间上的认定标准,通过他人名义实施放贷行为或通过债权转让等方式,使放贷行为通过合法手段予以保护,并实现利益最大化。

案例一:李某多次向陈某、王某等人出借款项,出借利率大部分为2%,别某作为担保人,多次为李某出借款项的行为担保。2018年,李某作为原告起诉的案件为6件,2019年3件,2020年1件……(显名的“职业放贷人”)。

案例二:2020年,汪某将赵某起诉至法院,要求赵某偿还借款30万元及利息,赵某认为案涉借款是向韦某所借,汪某并非适格的原告主体。通过庭审查明,韦某系汪某表嫂,其二人共同经营小家电公司。法院系统检索汪某作为原告的案件仅2件,而韦某及汪某之子汪小某存在多起民间借贷案件,且部分民间借贷案件中出借资金的账户为汪某所有(隐名的“职业放贷人”)。

通过上述两个案例可以看出,显名的“职业放贷人”的认定通过标准比对模式并不难,如案例一中,李某多次出借的行为具有连续性,且其案件起诉数量已达“职业放贷人”的认定标准,可依据相应的标准认定为“职业放贷人”,并对其行为后果予以处理。而隐名的“职业放贷人”在现实认定中存在困境,从案例二查明的事实看,汪某并不符合“职业放贷人”的认定标准,但综合其放贷次数、放贷对象、款项交付(包括款项出借账户、预扣利息)、款项回收等事实,不排除汪某存在借名放贷的嫌疑。实践中,放贷人往往通过一定的手段掩盖其非法营利的行为,甚至逃避法律的规制。职业放贷行为作为民间金融的规制难题,法官在审理相关案件时,隐名放贷人应以何种具体标准予以认定,又如何从审理过程及案件检索中寻找其为“职业放贷人”的证据,应审查至何种程度合理,均为审判实践中的难题。

(三) 利益保护单方化致撤出规则缺失

“职业放贷人”行为较于其他普通民事法律行为具有特殊性,其虽扰乱了金融监管秩序,但民间借贷行为本身促进了民间资本的融通,与民间金融市场的发展存在着不可分割的联系,对其行为也不能全然否定。^①当前,大部分法院认为“职业放贷人”的行为具有扰乱金融监管秩序,存在影响社会稳定的风险性,故对被认定为“职业放贷人”的民事主体的借贷行为实行否定制,只要被认定为“职业放贷人”,之后其

^① 参见林雅芳:《职业放贷人的法律探析》,载《上海金融》2019年第2期。

所实施的借贷行为,一律按照相关“职业放贷人”所引起的法律后果予以处置,对其所签订的相关合同均认定为无效,而未对“职业放贷人”的利益予以权衡。实际上,大多数法院虽制定了有关“职业放贷人”认定规则,但却未规定“职业放贷人”名录中撤出的规则。有些地方虽有自己的原则可以遵循,但并未制定成为规范性文件,使得“职业放贷人”一旦被认定后,其所从事的正常民间借贷行为亦受到行为后果的限制。从一定层面上而言,这并不利于借贷行为的规制与引导,造成了“职业放贷人”行为规制及权益保护的困境。

(四) 实践中的理论认定难题

第一,按照地区制定标准,通过案件数量、标的额、行为模式等要素依法认定“职业放贷人”并非难题,但如上述审判实践中的困境所言,放贷人员为规避法律制裁,会避开数量与时间上的限制,通过他人名义实施放贷行为或通过债权转让等方式,使放贷行为通过合法手段予以保护,如何甄别实际的“职业放贷人”以及如何通过同一原告找出关联原告在一段时间内所涉的民间借贷案件数量、利率、合同的格式化程度、出借金额、资金来源等影响性因素,在当事人不予举证的情形下,往往难以通过现有的手段形成综合认定,如上述案例中汪某作为原告起诉的案件数虽仅有两件,但其通过韦某、汪某向他人实施出借行为,格式合同、出借账户基本一致,为有效制止借名放贷等规避法律行为,是否需将名义上的出借人及实际的外借人均认定为“职业放贷人”,而这一案件的认定是基于汪某与韦某在法院均存在案件的情形下,如其仅是长期借名放贷,合同中并不表明实际出借人,案件数量又未达一定标准或其中某一未达标准时如何予以审查?第二,审判实践中,在借款人举证出借人为职业放贷人时,出借人通常存在有溯及力的抗辩,如出借人在2013年左右存在大量的出借资金盈利的行为,但地方出台的“职业放贷人”认定标准于2018年予以实施,对于2020年出借人起诉的案件中,能否将出借人认定为“职业放贷人”?《银行业监督管理法》第19条规定:“未经国务院银行业监督管理机构批准,任何单位和个人不得设立银行业金融机构或者从事银行业金融机构的业务活动。”《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第4条第1款规定:“本办法所称非法金融业务活动,是指未经中国人民银行批准,擅自从事的下列活动:(一)非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款;(二)未经依法批准,以任何名义向社会不特定对象进行的非法集资;(三)非法发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖;(四)中国人民银行认定的其他非法金融业务活动。”根据上述规定,包括发放贷款在内的一系列金融业务活动,系国家特许经营,未经有关机关批准,任何单位和个人不得设立金融机构或从事此类业务活动。基于此条规定,职业放贷人在一定期间内,以通过向社会不特定对象提供资金赚取利息,进



行经营性的放贷业务，其出借行为具有反复性、经常性，其从事的行为属于以上法律一直禁止的从事非法金融业务活动的职业放贷行为。部分法院认为，虽然地方制定“职业放贷人”认定标准的实施时间晚于其发放贷款或起诉的时间，但其行为违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的规定，如存在收取高额利息或频繁发放贷款等带有经营性质的行为，仍应认定为“职业放贷人”，即“职业放贷人”的认定具有溯及力。如仅为亲情、友情性质的互助行为引发的民间借贷纠纷，则作出区别处理。但该条规定属效力性强制规定还是非效力性的强制规定，在各地法院亦存在不同认识。

三、“职业放贷人”认定与规制难的原因

（一）司法实践中规制理念的碰撞

我国对于“职业放贷人”的规制经历了不同的三个时期，学界对于“职业放贷人”规制的理念亦不同，当然，审判实践中认定“职业放贷人”亦面临裁量尺度的把握问题。“职业放贷人”规制的理念：宽或严，各地区对于“职业放贷人”的认定准则以及认定后的行为后果存在不同，有些地区认定“职业放贷人”后，对其从事的民事行为实行严格的管控，使得其日常生活受到较大的影响，故在认定“职业放贷人”时，应秉持审慎原则，如：即使在某一年份符合案件数量的标准，但并不符合“职业放贷人”连续性或部分案件不具有营利性的特点，不要轻易纳入“职业放贷人”名录。相反，部分地区认定“职业放贷人”后，仅在其再次起诉民间借贷案件时的支持利率则会受到影响，该部分地区对“职业放贷人”的认定实行宽松的政策，只要符合某种条件，则纳入“职业放贷人”名录。与此同时还存在着企业是否可认定为“职业放贷人”的问题，企业间正常的资金融通行为为法律所允许，但企业如果违反相关规定出借资金，是否可认定为“职业放贷人”，这一问题无论从举证责任还是事实认定方面，均存在较大的难度。^①当刑民交叉问题产生时，“职业放贷人”的认定与非法经营罪在某种程度中重合，民事违法行为的规制与刑事犯罪的预防，亦会存在理念上的不同，导致行为规制结果的不同。

（二）公示制度两极化

当前“职业放贷人”的规制仅局限于司法系统，对于“职业放贷人”名录是否予以社会公示，各地做法并不一致。一方面，部分法院在相关网站上对“职业放贷人”的名录予以公示，如浙江省宁波市中级人民法院会定期在网站中公布“职业放贷人”

^① 参见杜万华：《民事法律文件解读》，人民法院出版社2015年版，第126页。

名录, 这虽在一定程度上对民间借贷行为发生时的借贷主体起到一定程度的提示作用, 但难免会将“职业放贷人”的个人信息公之于众, 存在隐私、信息泄露的风险。而且, 现实中存在部分人利用“职业放贷人”名录故意借用资金而到期不还的现象发生, 这一现象的出现与“职业放贷人”所扰乱的社会秩序是相当的。另一方面, 部分法院仅将疑似“职业放贷人”名录局限于法院系统内部进行公示, 民事行为主体发生资金融通行为时, 无法通过其他途径而尽到谨慎注意义务。两种做法均存在于公示的边缘两级, 并未设置详实的规制细则及具体的查询路径, 无法达到“职业放贷人”行为得以规制、借款人尽到谨慎注意义务、金融监管秩序得以维护的多重社会效果。“职业放贷人”的规制过程缺少相应的“度”的衡量, 未在公开制度上设置公开的标准及原则, 过于放大的公示与限缩性的公示均不利于“职业放贷人”的规制与民事行为的提示。

(三) 当前检索模式无法达到全方位覆盖

如前文所述, 职业放贷人的认定模式大多遵循线索—检索—标准比对—认定—责任承担的认定过程, 但随着各地区“职业放贷人”认定标准的制定, 出借人亦在通过不同的途径规避法律对其监管, 甚至存在跨区域出借资金的行为, 而对于法院内部系统的关联案件检索往往仅涉及本辖区内相关案件, 无法达到全方位检索起诉案件数量的效果。而审判实践过程中, 部分当事人的举证模式一般是依据中国裁判文书网中检索到的文书予以举证证实, 法官再将文书的真实性予以核实, 但这一行为的产生一般基于当事人有专业的委托代理人作为前提, 而作为普通公民的借款人, 其往往因为法律意识的淡薄而无法提供相应的证据。合同的效力性问题虽为法院直接审查的范围, 但对于“职业放贷人”并未在系统中形成完善的检索系统。以上所述均基于出借人因权益维护的需要, 存在相关案件起诉至法院, 法院对案件予以裁判的前提。而现实生活中亦存在部分出借人“试法”的现象, 即其在现实生活中已存在反复性、经营性等“职业放贷人”的行为, 但因其起诉案件数量未达标准, 基于当前的监管规制技术, 无法认定其为“职业放贷人”, 更无法对其行为予以规制。

(四) 已判案件的权利救济途径缺失

“职业放贷人”正式进入法律规制的时间大约为 2017 年左右, 此前虽存在“职业放贷人”这一概念, 但并未作为合同无效的裁判依据。2018 年起, 各地相应形成疑似“职业放贷人”名录, 对“职业放贷人”的行为予以规制。如前文所述, “职业放贷人”目前的认定标准为达到一定的时间及案件数量方可认定为“职业放贷人”。那么, 同一时间段内发生的借贷关系会因起诉时间的不同而发生不同的法律裁判结果。甚至有些放贷人在起诉时除规避时间外, 还会存在大额出借资金起诉提前, 利益最大化实现等现象发生。当前“职业放贷人”多发于平等民事主体之间, 即已有



案件多发生于自然人与自然人之间，其侵害的民事法益多为信息滞后、资金需求紧急的借款人的合法权益。对“职业放贷人”监管规制后，在民事领域可对“职业放贷人”的放贷行为形成自身预警与权益预警作用，从而防止借款人的借款因利息过高，致使本息无力偿还现象的发生。但针对已判案件的当事人，权利救济并未有保障及完善措施。

四、“职业放贷人”制度架构

“职业放贷人”在民间资本融通的过程中存在较长的历史，我国目前虽对“职业放贷人”形成部分规制，但并未有详实的认定准则，各地区的认定标准不一，“职业放贷人”行为虽具有违法性，但如何对其认定及引导，保障平等民事主体的合法权益才是“职业放贷人”监管与规制的重点所在。

（一）认定规则的思考和重构

认定“职业放贷人”的标准，应首先从其定义的角度出发，对于“职业放贷人”概念中的“同一出借人”从严把握，区分为“名义上”的同一出借人与“实际上”的同一出借人，即根据同一原告或关联原告在一段时间内所涉的民间借贷案件数量、利率、合同的格式化程度、出借金额、资金来源等综合认定案涉原告是否为“职业放贷人”，而非仅依据同一原告的起诉案件数量予以认定，在复合型认定模式的框架下，考虑多重认定因素。“职业放贷人”认定规则当前一般仅以时间、数量、标的额为轴线，认定方式一般遵循两种路径：第一，查询已然形成的“职业放贷人”名录，检索涉案当事人是否在其中；第二，通过法院内部检索系统，检索相关当事人的案件数量及标的，认定其是否可认定为“职业放贷人”。此种固有的模式势必会造成部分“漏网之鱼”或行为误判，而且，当前法官一体化平台的检索权限设置，亦给此种认定模式造成限制。

从宏观层面来讲，一方面，“职业放贷人”认定过程中，应结合案件审理中借款合同的格式、资金流向的账户、涉案借款人关于借款过程的陈述等相关线索，依据当事人提供的证据材料，对案件予以严格核查，如在多起案件中，存在出借人均不同，但涉案借款合同系格式合同，或明确约定还款账户系同一当事人的情形时，应根据相关线索对实际的放贷人予以认定，防止债权转让或借名放贷行为导致的行为规制疏漏。另一方面，“职业放贷人”的最大特点在于放贷对象的不特定性与营利性，应结合两种特点予以综合认定，通过案件表面检索的认定方式往往不能准确把握，如有些出借行为虽存在多起诉讼，但出借对象单一，在一定辖区范围内并未造成相应影响，不宜认定为“职业放贷人”，需结合具体案情予以分析。

审判实践中“职业放贷人”的认定应注意以下两个方面:首先,认定显名的“职业放贷人”只需依据地方制定的标准,而审判实践过程中对隐名“职业放贷人”更应从严追究,原因在于其具有规避法律监管的故意,其行为相对于显名的“职业放贷人”而言,潜在的扰乱金融监管秩序性风险更高。庭审中,依据双方当事人的主张及陈述,审查借款合同签订主体是否为案涉当事人双方,是否存在借名放贷行为,如有部分线索可以证实,则继续结合借款合同的形式、实际资金来源以及款项的具体流向,追索实际出借人存在的相关案件,若实际出借人与名义的出借人在案件检索过程中均符合“职业放贷人”的认定标准,一并纳入“职业放贷人”名录,对其以后从事的借贷行为严格审查,并按照“职业放贷人”的标准予以规制。若在案件审查过程中,案件的数量并不足以形成认定“职业放贷人”的标准(如存在多起案件并未起诉的情形),那么,在借款人能够提供足以证明出借人具有放贷行为并从中牟利的证据时,亦应将其按照“职业放贷人”的标准予以规制,认定合同无效等法律后果。比如,张某(出借人)诉李某(借款人)民间借贷纠纷案件中,李某主张借款的实际出借人为吴某,其与张某并不相识,但依据张某与吴某的案件检索,双方均不能认定为“职业放贷人”,但李某提交了多份吴某与他人签订的借据中,均载借贷双方存在高额的利息约定,且对象不一,足以凭借多份证据证实吴某符合“职业放贷人”的特征,而张某多次作为名义上的出借人或借款的担保人,其行为也具有法律规避性,同样应认定为“职业放贷人”。

其次,涉及刑民交叉问题时,应将“职业放贷人”的行为与其他违法行为相区分,如套路贷、高利转贷等违法行为。“套路贷”是在民间借贷的过程中,通过各种欺骗手段,达到非法占有之目的。^①而职业放贷行为中虽存在“套路”性的问题,但并非当然实施主体,在法律界限上应明确予以界定。^②结合双方之间的转账流水及资金流转方向,判断其是否形成闭合环,款项是否已实际交付,从而根据其行为性质予以定性。

(二) 认定“职业放贷人”后的合同效力承担

司法实践中对“职业放贷人”认定后,其所签订的主合同因违背法律、法规的强制性规定而被认定为无效,双方主合同约定的利息、违约金或其他费用均不予支持,但对于资金占用期间是否支付利息,以及以何种标准支付并未存在统一的裁判标准,一般存在三种前文所述的裁判标准模式。笔者更倾向于第三种裁判观点,第一,依据公平原则,出借人被认定为“职业放贷人”后,其虽因放贷行为的违法性,预期的合同利益未得以实现,但出借的资金已由借款人实际占有并使用,借款人即使未

^① 参见吴加明:《刑事实质何以刺破“套路贷”民事外观之面纱》,载《江西社会科学》2019年第5期。

^② 参见李有星、潘政:《“套路贷”相关司法问题与对策研究》,载《法律适用》2019年第21期。



利用该笔款项进行获利性的活动，但其资金占用期间在客观方面给出借人造成了一定程度的损失，其不应从借贷行为中获取额外的利益，出借人也不应因出借行为遭受额外的财产损失，且借贷行为的发生过程往往基于双方的真实意思表示，借款人在明知出借人不具有放贷资格的同时，仍在高额利息的情形下借款，结合双方过错程度，支付资金占用期间的合理利息是必要的。^① 第二，无论在2019年8月20日前依照中国人民银行同期贷款利率还是按照全国银行间同业拆借中心公布的贷款市场报价利率，裁判模式二中支付资金占用期间的利息均具有一定的合理性，但此种法律术语或专业术语对专业的法律从业人员而言并不难，却对当事人的专业理解能力要求较高，且两种数据在不同时期均为可变数据，在后期的履行过程中，存在计算困难或理解歧义，不利于矛盾纠纷的化解。相较于前两者，裁判方式三的标准避开了前两者的理解误区，其与裁判标准二的利率较为相近且计算简单，原民间借贷司法解释对于未约定借贷利率的处理即按照年利率6%予以支付，^② 现虽予以修改为一年期贷款市场报价利率，但对于利息支付的本身，从利于双方纠纷化解的角度出发，此种将支付利率予以固定的方式，可均衡双方利益，简化计算模式。因此，合同无效后利息的计算方式最好采取固定计算的模式。

（三）“职业放贷人”名录进出规则的设置与完善

当前“职业放贷人”的认定仅局限于形成疑似“职业放贷人”名录，但并未设置相应的移除规则，不利于双方当事人利益的双向均衡，故“职业放贷人”名录应设置对向的进出规则，不局限于“职业放贷人”名录的形成，采用激励机制及承诺机制，设立相应的进出门槛，在名录中的“职业放贷人”满足相应的条件后，将其从“职业放贷人”名录中移除，此种规则的实施不仅对民间金融中违法的职业放贷行为起到严格的规制作用，亦可对“职业放贷人”的“改过”起到一定程度的激励作用，防止更加严重的刑事犯罪行为的发生。具体认定及移除规则包含如下内容：

1. 疑似“职业放贷人”名录形成后的救济权利。认定—告知—权利救济—核查，各地区在遵循相应的认定标准形成疑似“职业放贷人”名录后，应将相应的形成信息及认定规则向所涉人员予以公示，保证其对整个形成过程的知情权。如张三被认定为“职业放贷人”后，将其被认定为“职业放贷人”的原因、所涉案件情况，以及案涉标的额等具体事项予以告知。如其对自身被认定为“职业放贷人”存有异议，可向认定部门提出申诉，就认定存有异议之处作出具体的情况说明，认定机关予以

① 参见汤正旗、徐俊：《职业放贷行为的认定及其效力——最高院（2017）民终647号民事判决书评析》，载《湖北文理学院学报》2020年第1期。

② 《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》（法释〔2015〕18号）第29条第2款第1项规定：“既未约定借期内的利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照年利率6%支付资金占用期间利息的，人民法院应予支持。”

核查后,将反馈事项以及认定原因告知申诉人,并作出最终的认定结果。

2.“职业放贷人”名录中的移除。“职业放贷人”名录形成后,不应仅秉持每年更新的原则,移除规则应与认定规则相互对应,但亦应秉持严格的审查规则。在认定“职业放贷人”时,各地区对于“职业放贷人”的认定年限并不存在统一的裁判尺度,笔者认为,“职业放贷人”名录中的移除应以三年作为界限较为适宜,三年规则的设定基于两方面的考量:其一,多数地区以连续三年为界限认定“职业放贷人”,纳入“职业放贷人”名录,三年移出规则的设定与之相呼应;其二,民事法律行为的诉讼时效为三年,以三年作为界限更能达到民事行为规制的效果。当“职业放贷人”三年内未在一定的辖区从事营利性的借贷业务,认定法院可依据其实际情况或依据当事人的申请,将其从“职业放贷人”名录中予以移除。当然,相关民事行为能力人在“职业放贷人”名录中移除后,如存在认定期间未予起诉的案件重新予以起诉,并符合经营性、反复性等特征的,其行为后果一如从前。如其移除后继续从事营利性的民间借贷活动,在其借贷行为达到原有认定标准的一半,即可重新纳入“职业放贷人”名录。

(四) 建立联动规制——名录抄送与公示制度

民间金融违法行为的规制仅靠案件审理远不能达到预想效果,联动机制的形成有利于对“职业放贷人”从多方面施加压力,达到行为规制的最大化,这就需要多部门协同联合,共同制衡。当疑似“职业放贷人”名录形成后,应向相关部门予以抄送,并向一定区域内的人员予以公示。具体从以下几方面予以规制:其一,社会征信。将相关人员名录抄送地方银监局及金融监管局,在当地银行系统内部形成监管机制,名录人员在申请贷款或从事类似金融业务时受到限制,亦防止“职业放贷人”套取信贷资金高利转贷行为的发生。其二,司法系统。司法系统内部形成联动机制,在相关人员实施违法行为时,形成案件敏感性,从刑事、民事等不同领域全面规制。针对于此,当前的智慧平台建设在各个系统均有普及,而对于“职业放贷人”认定或此类问题的处理往往还存在技术上的困境。名录的抄送过程应依据司法系统内部的区块链建设形成网络实时数据的互动,而非仅依据原有的纸质文件传送或数字电文传播。其三,地方政府部门。地方政府作为地方营商环境的核心部门,亦是信息公开的主要部门,对地方金融监管具有不可或缺的作用,“职业放贷人”名录的抄送可对地方营商环境的测评起到数据支持。其四,“职业放贷人”所在单位及居住社区。目的在于提醒交易行为主体在进行民事法律行为时尽到谨慎注意义务,并在单位的职级晋升考核过程中予以限制。



结 语

民间金融是正规金融的有利补充，相较于规范金融机构严格的审查机制而言，其在资金融通上存在较大的便利性，但对违法行为的规制亦不容忽视。结合当前信息时代大数据的应用，在保护行为人合法民事行为的同时，应完善“职业放贷人”的审查、公示和处罚机制。值得注意的是，“职业放贷人”监管与规制的目的并非在于惩罚，而在于正确引导，建立多层次的信贷体系，使得民间金融走上规范之路。

（责任编辑：杨 军）

未登记动产抵押权效力探微

景光强*

内容摘要：未登记动产抵押权不得对抗善意受让人和正常经营买受人，其效果是抵押权消灭，受让人取得无负担所有权。未登记动产抵押权不得对抗善意承租人和正常经营承租人，其效果体现为实现抵押权时的带租拍卖，即便对于恶意承租人，如果租赁关系不影响抵押权实现，也应当带租拍卖。未登记动产抵押权与后续担保物权的关系适用担保物权顺位规则，无须考虑担保物权人主观状况。权利冲突导致必有一方取得优先受偿权，按债权比例受偿在实践中难以实现。未登记动产抵押权与普通债权不发生对抗关系，与查封债权之间的关系参照适用担保物权顺位规则。未登记动产抵押权不享有破产别除权，在受理破产申请前一年内所为的抵押登记可被撤销。

关键词：未登记动产抵押权；受让人；承租人；担保物权人；查封债权人；破产债权人

《民法典》第 403 条规定：“以动产抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立；未经登记，不得对抗善意第三人。”关于善意第三人范围，学界向来聚讼纷纭，莫衷一是。除《民法典》第 403 条外，第 404 条、第 406 条、第 414 条、第 415 条等也不同程度涉及未登记动产抵押权效力问题。这些规定互为交叉乃至相互冲突，无疑进一步增加了理解适用难度。尤其应当看到的是，未登记动产抵押权与第三人之对抗，多发生在诉讼特别是执行程序中，只有将民事实体法与程序法相关规定结合起来，才能对相关问题作出准确判断。《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《民法典担保制度解释》）第 54 条对未登记动产抵押权效力作了规定，但因较为原则，仍无法消弭实务中对一些具体问题的争论。本文试图从实体法与程序法相结合的视角，在民法典权利分类框架内，

* 景光强，最高人民法院研究室综合处处长，法学博士。



逐一分析未登记动产抵押权与所有权、用益物权、担保物权、债权的对抗表现，在此基础上对上述有关法律、司法解释规定的理解与适用提出粗浅的认识。

一、受让人

《民法典》第406条在正式开禁抵押物转让的同时，赋予抵押权追及效力。这在采登记要件主义的不动产抵押权固无问题，但动产抵押权自抵押合同生效时设立，未登记动产抵押权欠缺有效公示手段，若不对其追及效力框定边界，则善意受让人难免遭受不测之损害。故此，《民法典》第403条规定的不得对抗之善意第三人，当以善意买受人为典型样态。^①《民法典担保制度解释》第54条第1项进一步明确：（未登记动产）抵押权人向受让人请求行使抵押权的，人民法院不予支持，但是抵押权人能够举证证明受让人知道或应当知道已经订立抵押合同的除外。

未登记动产抵押权不得对抗善意买受人，此种不得对抗的效果是什么？是抵押权消灭，买受人取得无抵押权负担的所有权，还是买受人取得有抵押权负担的所有权，只是抵押权人不得向受让人主张行使抵押权？《民法典担保制度解释》对此问题的态度并不明确。一种观点认为，抵押物所有权人对抵押物虽有处分权，但在转让抵押物时，属于将大于自己之权利让与他人，应类推适用善意取得之规定。善意取得乃原始取得，物上负担统归消灭，受让人取得无负担所有权。^②我国大陆学者亦多将此种情形解释为善意取得。^③但也有学者认为，抵押人未经抵押权人同意转让抵押财产不构成无权处分，善意取得制度于此没有适用余地，第三人取得物上无负担的所有权也就无法在善意取得制度下寻求解释基础。^④本文认为，设定抵押权后，抵押人不丧失抵押物处分权，受让人受让抵押物不能解释为原始取得，故简单套用善意取得规则证成受让人取得无抵押权负担的所有权，在逻辑上有无法自洽之处。但从制度目的看，善意取得与善意对抗规则均为保护交易安全而设，此两种情形下善意受让人对受让标的物权属及物上负担的主观认知完全相同，理应得到相同的处遇，既然善意受让人可以从无处分权人处取得无抵押权负担的所有权，其当然亦可以从有处分权人处取得无抵押权负担的所有权。对此，我国

① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》（下），人民法院出版社2020年版，第1077-1078页。

② 参见谢在全：《民法物权论》（上册）（修订五版），中国政法大学出版社2011年版，第277页。

③ 参见王利明：《物权法研究》（下卷）（第四版），中国人民大学出版社2016年版，第1186、1271页；孙宪忠、朱广新主编：《民法典评注·物权编（4）》，中国法制出版社2020年版，第147页。

④ 参见程啸、高圣平、谢鸿飞：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第340页。

理论与实务界亦多认为，善意买受人取得无抵押权负担的所有权。^①

对登记对抗规则与善意取得制度关系的认识，还涉及到受让人范围认定问题。若认为登记对抗规则对于保护善意受让人而言只是善意取得制度的重复，根据《民法典》第311条，善意受让人只有以合理的价格受让抵押物，才能取得无抵押权负担的所有权。如此理解，未登记动产抵押权仍得对抗善意受赠人和非以合理价格受让抵押财产的善意买受人。相反，若认为登记对抗规则相较于善意取得制度而言有其独特的制度观照，则善意受让人范围认定可不受《民法典》第311条之拘束。《民法典担保制度解释》第54条第1项未对善意受让人范围作出限制。欲对此问题作出令人信服的解释，必须准确把握善意取得制度和登记对抗规则的制度构造和功能。在善意取得制度中，无权处分人的处分权外观实出于动产物权公示制度的不完美性，真正所有权人大多不具有可归责性，故善意取得制度实质上是在真实权利人和善意受让人这两个无辜者之间的利益平衡和艰难抉择，平衡的结果就是对善意受让人取得所有权施加苛刻条件，亦即必须满足善意、以合理价格受让、交付三要件，才能换取法律天平的倾斜保护。而在动产抵押情况下，抵押权人未积极完成抵押登记表彰显抵押权的，其对抵押物清洁所有权外观具有可归责性，此种隐性担保不具有特殊保护之必要，相应地，也就无须对善意受让人提出如同善意取得的苛刻要求。为消除隐性担保、倒逼抵押权人积极进行抵押权登记，有必要将未登记抵押权不得对抗的范围扩及一切善意受让人，包括善意的受赠人。当然，抵押人无偿转让或者以明显不合理的低价转让抵押财产，抵押权人仍可基于债权人身份依据《民法典》第538条、第539条之规定撤销转让行为。^②于此，仅有债务人无偿或低价转让抵押财产行为尚有未足，还必须达到转让行为造成债务人整体责任财产减少从而危及债权实现时，抵押权人方得行使撤销权。

未登记动产抵押权不得对抗善意受让人，能否依反面解释得出可对抗恶意受让人的结论？若是，未登记动产抵押权无法对抗恶意的后续抵押权人，为何却可以对抗恶意买受人？同为恶意，立法政策上为何做区别对待？一种解释是，抵押权的设立仅为确定清偿顺位，不排斥抵押动产负担其他权利，善意取得则导致原有物上负担消灭，因此后者要负有更高的注意义务。^③其实，恶意的后续抵押权人办理了抵押登记，其地位优先于在先设立的未登记抵押权，虽不排斥在先未登记抵押权存在，但在后续抵押权担保的债权数额大于或等于担保财产价值时，其对在先抵押权造成的损失有时不

① 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（上），法律出版社2020年版，第781页；最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第474页；程啸、高圣平、谢鸿飞：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第341页。

② 参见程啸、高圣平、谢鸿飞：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第341页。

③ 参见庄园园：《动产抵押的登记对抗原理》，载《法学研究》2018年第5期。



亚于善意取得造成的损失。判断未登记动产抵押权的对抗范围，不应取决于后续权利对未登记抵押权的破坏程度，而是应当取决于未登记抵押权本身值不值得保护以及保护到何种程度。未登记动产抵押权可对抗善意受让人的后果是，若受让人未进行深入调查且未发现物上负担，只要尽到了一般人的注意义务，就可以取得无抵押权负担的所有权；相反，若谨慎的受让人进行了深入调查并知悉了物上负担，其反而只能取得有物上负担的所有权，这无疑起到了奖懒罚勤的负面效果。总之，善意受让人与善意抵押权人没有区别对待的充分理由。民法典担保物权顺位规则借鉴域外立法例，不考虑担保权人的主观状态，无疑具有避免恶意举证困难、简化法律关系、担保物权顺位规则客观明晰的优点，但在我国民法典语境下却造成了法律体系不兼容和价值判断标准不统一的问题。

值得注意的是，《民法典》第404条确立的正常经营买受人规则并未将买受人主观状况纳入考量，^①使得上述问题得到一定程度的消解。关于《民法典》第404条与第403条之间的关系，亦即正常经营买受人规则能否适用于未登记动产抵押权情形，有并列关系说与普特关系说两种观点。并列关系说认为，在动产抵押权未办理登记的情形下，对善意买受人的保护问题宜通过适用《民法典》第403条来解决。《民法典》第404条是在动产抵押已经办理登记的情形下，为豁免动产买受人的查询登记义务而作的特别规定，不适用于抵押权未登记情形。^②普特关系说认为，《民法典》第403条规范的是一般交易情形，而第404条规范的是正常经营之特殊情形，因此，因抵押人正常经营活动而受让抵押财产的，不论该动产是否登记，第404条都可适用。^③应当看到，有的域外立法将正常经营买受人规则限定在动产抵押已经登记的情形，是因为未登记之动产抵押权不具有对抗第三人效力，正常经营买受人规则要解决的是动产抵押已登记并取得对抗效力的情形下，进一步限制其对抗效力范围的问题。但在我国民法上，未登记动产抵押权并非完全无对抗效力，其仍得对抗善意买受人，而根据实务界观点，正常经营买受人规则不考虑买受人主观状况，若正常经营买受人规则排斥未

① 对于正常经营买受人规则是否应当考虑买受人的主观状况，是一个极具争议性的问题。不乏观点认为，应将善意作为正常经营买受人规则的构成要件。参见王利明：《论正常经营买受人规则》，载《东方法学》2021年第4期；刘智慧：《〈民法典〉“正常经营买受人规则”适用解构》，载《中国政法大学学报》2022年第3期；张素华、李鸣捷：《〈民法典〉“正常经营买受人规则”的解释论》，载《北方法学》2021年第3期。但实务界一般坚持严格遵循法条文义的解释路径，不将主观状况纳入正常经营买受人规则考量范围。参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（上），法律出版社2020年版，第782页；最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》（下），人民法院出版社2020年版，第1083页。对此问题，《民法典担保制度解释》第56条通过对正常经营活动的界定间接对买受人主观状况提出要求，可谓折衷方案。

② 参见最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第486页；王利明：《论正常经营买受人规则》，载《东方法学》2021年第4期。

③ 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（上），法律出版社2020年版，第782页。

登记抵押权适用，就会出现已登记抵押权效力反而还不如未登记抵押权的悖论。^①从理论上讲，已登记动产抵押权尚且不得对抗正常经营买受人，未登记动产抵押权更不得对抗正常经营买受人，显然是更加顺理成章的结论。因此，在我国民法典语境下，普特关系说更具有合理性。

二、租赁权人

从理论上讲，担保物权支配物的交换价值，用益物权支配物的使用价值，二者并存于抵押物之上时，不会发生对抗问题。然而，从实证的角度看，用益物权的存在可能会影响抵押物的变价，甚至会对抵押权的实现产生实质性影响。二者发生冲突时，域外立法上多根据成立和产生对抗效力的时间先后确定顺位问题。如根据《欧洲示范民法典草案》第9-3:101条和第9-4:101条，未登记动产担保物权只约束担保人和担保权人，不具有对抗第三人效力，担保物权和其他定限物权之间的优先顺位根据担保物权取得对抗效力的时间和其他定限物权设立时间的先后而确定。^②据此，未登记动产抵押权不得对抗在后设立的用益物权，而不考虑用益物权人善意抑或恶意的问題。

由于我国《民法典》规定的五种用益物权均为不动产用益物权，故在动产上不会发生担保物权与用益物权对抗问题，但具有用益物权性质的租赁权可能与动产抵押权发生冲突。对此，《物权法》第190条规定：“订立抵押合同前抵押财产已出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响。抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权。”该规定没有将租赁关系等同于一般意义上的债权债务关系，而是将其置于类似用益物权的地位确立其与抵押权的顺位关系，符合域外立法通例和我国民事立法传统，值得肯定。但该规定存在重大缺陷：依据本条第2句，抵押权设立后成立的租赁关系不得对抗已登记的抵押权，但能否依反面解释得出租赁关系可对抗未登记抵押权的结论？若不区分承租人主观状况而一律赋予其优先于未登记抵押权人的地位，是否与《物权法》第189条确立的未登记动产抵押权不得对抗善意第三人规则相冲突？对此，能否理解为第189条为未登记动产抵押权效力的一般规定，第190条为特别规定，应当优先适用？若照此理解，法律上特别优待恶意在后承租人的依据是什

① 即便主张正常经营买受人规则须考虑买受人主观状况的学者也认为，应当对善意作扩大理解，恶意应限于明知。参见王利明：《论正常经营买受人规则》，载《东方法学》2021年第4期；刘智慧：《〈民法典〉“正常经营买受人规则”适用解构》，载《中国政法大学学报》2022年第3期。又因未登记抵押权不适用正常经营买受人规则，根据这些学者的观点，将会导致以下明显不合理的情形：买受人在抵押人正常经营活动中购买抵押动产，若抵押权已登记，只要买受人非明知，即可取得无负担所有权；若抵押权未登记，依据《民法典担保制度解释》第54条第1项，只有买受人不知道且不应当知道，才可取得无负担所有权，同样存在未登记抵押权效力强于已登记抵押权的悖论。

② 参见欧洲民法典研究组、欧盟现行私法研究组编著：《欧洲示范民法典草案：欧洲私法的原则、定义和示范规则》，高圣平译，中国人民大学出版社2012年版，第367、379页。



么？为消除理解适用上的困惑，《民法典》第405条删除《物权法》第190条第2句，将动产抵押权与在后租赁权之间的关系交还第403条调整，按照未登记不得对抗善意第三人规则判断抵押权和租赁权的效力。^①《民法典担保制度解释》第54条第2项对此问题作了进一步明确：（未登记动产）抵押人将抵押财产出租给他人并移转占有，抵押人行使抵押权的，租赁关系不受影响，但是抵押权人能够举证证明承租人知道或者应当知道已经订立抵押合同的除外。

根据上述规定，未登记动产抵押权可对抗在后的恶意承租人，其效力远远大于域外立法上的未登记抵押权。未登记动产抵押权可得对抗的恶意承租人范围是否有进一步限缩解释的可能和必要，值得研究。本文认为，《民法典》第404条规定的正常经营买受人规则可类推适用于租赁领域，亦即动产抵押权不得对抗抵押人正常经营中设立的租赁权，不论抵押权是否已经办理登记，也不论租赁权人是善意抑或恶意。第一，动产的使用价值主要通过转让和租赁两种方式让渡，买卖和租赁都是实践中动产交易的典型样态，特别是对于专事租赁业务的商事主体来说更是如此。根据同类事物同样处理原则，动产租赁关系具有类推适用正常经营买受人规则的社会实践基础。第二，在抵押物转让中，正常经营买受人规则导致抵押权消灭，而抵押物的出租不会导致抵押权消灭，对抵押权的潜在威胁要小于抵押物转让，举重以明轻，未登记动产抵押权不得对抗正常经营中的承租人具有逻辑合理性。第三，从比较法上看，域外不乏在动产租赁领域适用正常经营规则的立法例。例如，依《美国统一商法典》第9-321条（c）项规定，租赁场合可类推适用正常经营买受人规则。《美洲国家组织动产担保交易示范法》第49条第2款更是明确规定，担保债权人不能妨碍担保物权公示后在出租人或许可使用人的正常经营活动中承租人或被许可使用人依租赁合同或许可使用合同所取得的权利。^②据此，担保物权未公示的，当然更不得对抗出租人正常经营活动中的承租人。

综上，未登记动产抵押权仅可对抗恶意的非正常经营承租人。关于对抗的方式和强度，因抵押权的存在并不妨碍在后租赁权的行使，租赁权的存在也并不必然危及抵押权的实现，故此种对抗较抵押物转让而言是一种温和的对抗。具体而言，当租赁期限届满之日早于担保债权期限届满之日的，因租赁关系的存在一般不会影响抵押权实现，故二者不发生实质性对抗。此处需要讨论的是，抵押权人能否以租赁权人对抵押财产的使用收益导致抵押财产价值减少为由请求解除租赁关系？答案是否定的。《民法典》第408条规定，抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权请求抵押人停止其行为；抵押财产的价值减少的，抵押权人有权请求恢复抵押财产的价值，

① 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（上），法律出版社2020年版，第784页。

② 参见高圣平：《担保法前沿问题与判解研究》（第二卷），人民法院出版社2018年版，第362页。

或者提供与减少的价值相应的担保。一般认为，只有抵押人对抵押财产价值减少有过错的，才按照本条规定处理。^①抵押权设立后，抵押人仍有权对抵押物进行使用、收益、处分，仍然有权收取抵押物天然孳息和法定孳息。抵押财产出租是抵押人对抵押物进行使用、收益的合法方式，即便因正常使用之损耗造成抵押财产价值减少，抵押权人也无权禁止。

若抵押权实现条件成就时租赁关系仍然存在的，亦未必发生现实对抗问题。第一，《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》（以下简称《拍卖规定》）第 28 条第 2 款规定：“拍卖财产上原有的租赁权及其他用益物权，不因拍卖而消灭，但该权利继续存在于拍卖财产上，对在先的担保物权或者其他优先受偿权的实现有影响的，人民法院应当依法将其除去后进行拍卖。”《最高人民法院关于人民法院执行中查封、扣押、冻结财产的规定》（以下简称《查封规定》）第 24 条规定：“被执行人就已经查封、扣押、冻结的财产所作的移转、设定权利负担或者其他有碍执行的行为，不得对抗申请执行人。第三人未经人民法院准许占有查封、扣押、冻结的财产或者实施其他有碍执行的行为的，人民法院可以依据申请执行人的申请或者依职权解除其占有或者排除其妨害。”据此，只有租赁权的存在导致抵押财产流拍、拍卖所得价款低于抵押物价值并影响抵押权实现或者存在妨害执行的其他情形的，才可除去租赁权后进行拍卖。^②若带租拍卖不影响抵押权实现的，人民法院亦不得除去租赁权。如以价值 100 万的机器设备抵押担保 80 万元债务，若该机器设备带租拍卖成交价为 80 万元，则对抵押权实现不会造成任何影响，此时应允许带租拍卖。第二，《民法典》第 412 条第 1 款规定，债务人不履行债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人民法院扣押的，自扣押之日起，抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息。一般认为，自扣押之日起，抵押权的效力及于抵押财产的天然孳息和法定孳息，抵押权人就该孳息具有优先受偿权。^③据此，若带租拍卖无人竞拍的，经当事人协商一致，也可不除去租赁权再行拍卖，而是由抵押权人收取租金冲抵债权。

三、担保物权人

《民法典》第 414 条规定：“同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：（一）抵押权已经登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序；（二）抵押权已经登记的先于未登记的受偿；（三）抵押权未登记的，

① 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（上），法律出版社 2020 年版，第 790 页。

② 参见尹田：《物权法》（第二版），北京大学出版社 2017 年版，第 535 页。

③ 参见崔建远：《中国民法典释评·物权编》（下卷），中国人民大学出版社 2020 年版，第 407 页；黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（上），法律出版社 2020 年版，第 790 页。



按照债权比例清偿。其他可以登记的担保物权，清偿顺序参照适用前款规定。”本条确立了抵押权顺位规则。在此前提下，《民法典》第403条是否适用于抵押权之间的对抗，亦即第403条之善意第三人是否包括善意的在后抵押权人，以及未登记动产抵押权能否依第403条之反面解释对抗恶意的在后抵押权人，有不同观点。较为普遍的观点认为，《民法典》第414条、第415条是关于担保物权顺位的特别规定，未登记动产抵押权与后续担保物权发生对抗的，应当适用第414条、第415条之规定，无须区分善意与恶意，第403条无适用余地，亦即第403条之第三人不包括担保物权人。^①另有观点认为，《民法典》第414条应当与第403条结合适用，根据第403条后段，第414条第1款第3项的适用前提是后设立抵押权人应为善意，未登记抵押权人在举证证明在后未登记抵押权人为非善意情况下，可以优先受偿。^②

其实，不论是否承认《民法典》第403条之善意第三人包括担保物权人，未登记动产抵押权不得对抗善意的后续担保物权人是一种普遍的认知，只不过是立法模式和对抗模式不同而已。例如，根据《欧洲示范民法典草案》第9-4:101条确立的优先顺位规则，已取得对抗效力的担保物权优先于未取得对抗效力的担保物权，两个或更多未取得对抗效力的担保物权之间依其设立时间确定其优先顺位，同一财产上不顾在先权利负担而依善意取得规则取得的担保物权优先于在先的担保物权。该草案评注进一步认为，如果善意的担保权人是根据其善意而得到保护，则在先担保物权对该担保权人而言视为如同不存在，即依据善意取得规定而被保护的担保权人必须优先于在先担保物权。^③依据该规定，未登记动产抵押权不得对抗设立在后的善意担保物权人，不论该担保物权是否已经取得对抗效力，其相对于在先未登记动产抵押权而言均具有优先受偿顺位。《民法典》第414条虽然未区分善意与恶意，但实质上也暗含了未登记动产抵押权不得对抗善意在后担保物权人的价值判断。因为，若后续善意担保物权人已经办理了登记，则依据第414条第1款第2项，其优先于未登记动产抵押权受偿；若后续善意担保物权人未办理登记，则依据414条第1款第3项，其仍能按照债权比例受偿，在先未登记动产抵押权不能完全排斥在后抵押权受偿。与《欧洲示范民法典草案》“全有或者全无”的对抗模式相比，《民法典》第414条第1款第3项采取了一种折中对抗模式，亦即均未登记的情况下，在先动产抵押权不得对抗在后担保物权，在后担保物权亦不得对抗在先动产抵押权，二者彼此不发生对抗，只得按债权比例受偿。

① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》（下），人民法院出版社2020年版，第1078页；最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第467页。

② 参见崔建远：《中国民法典释评·物权编》（下卷），中国人民大学出版社2020年版，第372、412页。

③ 参见高圣平：《担保法前沿问题与判解研究》（第二卷），人民法院出版社2018年版，第529页。

较为复杂的问题是，未登记动产抵押权能否对抗恶意的在后担保物权人。首先明确的是，在后担保物权已经登记的，即便担保物权人为恶意，其仍能取得优先顺位，在先未登记动产抵押权不得对抗之，对此，《欧洲示范民法典草案》与我国《民法典》第414条都持同样的立场。有争议的是，在后恶意担保物权未登记的，在先未登记动产抵押权能否对抗之？对此，《欧洲示范民法典草案》与崔建远教授持肯定观点，在先未登记动产抵押权应优先受偿。但多数观点认为，此种情况下应直接适用《民法典》第414条第1款第3项，不区分善意与恶意，各个担保物权彼此不发生对抗，按照债权比例受偿。^①

本文同意多数观点。第一，从法律适用解释的角度看，两种观点的分歧是直接适用《民法典》第414条第1款第3项，抑或结合适用第403条与第414条第1款第3项。结合适用说的逻辑是，依第403条之反对解释，未登记动产抵押权可对抗善意第三人，故第414条第1款第3项不适用于后续担保物权人为恶意的情形。但问题是，第403条仅仅明示未登记动产抵押权不得对抗善意第三人，但能否对抗恶意第三人并未明确表态，司法适用中还应当结合具体情形和其他规定判断。第414条第1款第2项规定的未登记动产抵押权不得对抗恶意的已登记抵押权，就是最好证明。若认为第403条蕴含了恶意不受保护的理念，那为何同为恶意，已登记抵押权却要受到优先保护？若将第414条第1款第3项解释为不区分善意恶意一体适用，恰恰符合了同类事项同样处理的原则。可见，依结合适用说并不必然得出第414条第1款第3项排除恶意情况适用的确然结论。既然如此，就应该严格遵循法条文义，抵押权未登记的，不区分善意恶意，均按债权比例受偿。

第二，从现实操作便捷性角度看，《民法典》第414条第1款第1项和第2项不区分善意与恶意，而是按照登记时间的先后确立抵押权顺位，有简化法律关系、降低举证困难、鼓励办理抵押登记的法律意图，相同的意图也应该在第414条第1款第3项得到贯彻。特别应当看到的是，若未登记动产抵押权之间的顺位确立需要考虑抵押权人的主观状况，则会出现抵押权相互循环对抗的复杂状况。例如，抵押财产上先后设立甲、乙、丙三个未登记抵押权，乙抵押权人对甲抵押权为恶意，丙抵押权人对乙抵押权为恶意，但对甲抵押权为善意，则会出现甲 > 乙 > 丙 > 甲的逻辑怪圈。若不考虑抵押权人的主观状况而一律按债权比例受偿，上述困难则可迎刃而解。

第三，从实体与程序结合的角度看，区分后续抵押权人的主观状况不具实益。《民法典》第414条第1款第3项描述的场景是，数个未登记动产抵押权人知己知彼，彼

^① 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（上），法律出版社2020年版，第805页；最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》（下），人民法院出版社2020年版，第1078页；最高人民法院民事审判第二庭：《最高人民法院民法典担保制度司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第467页。



此敞开心扉友好谈判,根据各自债权比例确定受偿范围。但这种美好的愿景绝大多数情况下不会变成现实。现实情况是,某一个抵押权所担保的债权期限届满而未获清偿时,抵押权人一般会发动诉讼程序以实现抵押权,由此必然伴随对抵押财产的查封、扣押。根据《民法典担保制度解释》第54条第3项,抵押人的其他债权人向人民法院申请保全或者执行抵押财产,人民法院已经作出财产保全裁定或者采取执行措施,(未登记)抵押权人主张对抵押财产优先受偿的,人民法院不予支持。由此可见,任何一个未登记抵押权人,不论其设立先后顺序,亦不论其善意抑或恶意,只要发动执行程序并锁定抵押财产,即可优先于其他未登记抵押权受偿。如此,按债权比例受偿、区分抵押权人主观状况都将变得没有意义。

四、债权人

主流观点认为,未登记抵押权仍然为物权,根据物权优先于债权原理,未登记动产抵押权可对抗一般债权人。^①亦有观点认为,未登记抵押权不得对抗但可对冲债权交易第三人,亦即按债权比例受偿。^②本文认为,对抗关系是物权支配效力和排他效力的具体体现,应该发生在对抵押物形成支配关系的物权之间,对抗的结果必有一方受到贬损乃至消灭。就金钱债权而言,其针对的是抵押人的一般责任财产,无法与未登记动产抵押权形成对抗关系。即便是针对抵押财产的非金钱债权,因其对抵押财产尚不具备支配力,仍然无法与抵押权形成对抗关系,抵押权人可无视债权的存在实现抵押权,而抵押权的实现不会导致债权消灭,债权的效力也不会受到贬损,只是债权实现方式发生变化而已。认为可形成对抗关系的学者举例认为,抵押人与买受人针对抵押财产订立了买卖合同,未登记抵押权人可以申请强制执行,阻止抵押人将抵押动产交付与买受人,此即未登记抵押权可对抗一般债权人之适例。^③本文认为,抵押权设立后,抵押人并不丧失处分权,抵押权人无权阻止买受人取得所有权。唯抵押权人为阻止行为的,买受人即应知悉该动产上存在抵押权,只能取得存在抵押权负担的所有权。此际,未登记动产抵押权虽然可以对抗买受人,但已转化为两个物权之间的对抗,而非抵押权与债权之间的对抗。

然而,若普通债权人获得执行依据并申请法院对抵押财产采取查封、扣押等执行措施时,其与未登记抵押权人就抵押财产发生争夺关系。由于查封债权人取得对抵押

① 参见王利明:《物权法研究》(下卷)(第四版),中国人民大学出版社2016年版,第1187页;崔建远:《中国民法典释评·物权编》(下卷),中国人民大学出版社2020年版,第373页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第1080页。

② 参见孙宪忠、朱广新主编:《民法典评注·物权编(4)》,中国法制出版社2020年版,第145页。

③ 参见崔建远:《中国民法典释评·物权编》(下卷),中国人民大学出版社2020年版,第373页。

财产的实质控制力，且此种控制力直指抵押财产的交换价值，颇类似于担保物权，故域外立法上普遍将其作为一项法定担保物权，赋予查封债权人优先受偿效力，我国学界也多主张应赋予查封债权人以担保物权人地位。^①我国法律上对查封的私法效力没有作出明确规定，但司法实务中的做法实质上赋予了查封债权优先受偿效力。如依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）第 506 条第 1 款，取得执行依据的债权人只有在被执行人财产不能清偿所有债权时才可申请参与分配，除此情形之外，其只能劣后于查封债权人获得清偿；依据该解释第 514 条，执行变价款按照财产保全和执行中查封、扣押财产的先后顺序清偿。再比如，依据《最高人民法院关于正确处理轮候查封效力相关问题的通知》第 1 条，首封债权人受偿后变价款有剩余的，该剩余价款属于轮候查封物的替代物，轮候查封的效力应当及于该替代物，轮候查封债权人对该剩余价款有权主张相应权利。该规定虽然没有言明查封的担保物权属性，但其背后体现的担保物权顺位、物上代位等担保物权基本原理却跃然纸上。对此，《民法典担保制度解释》第 54 条第 3 项规定：“抵押人的其他债权人向人民法院申请保全或者执行抵押财产，人民法院已经作出财产保全裁定或者采取执行措施，（未登记）抵押权人主张对抵押财产优先受偿的，人民法院不予支持。”该规定赋予查封债权人特定情形下对抗在先抵押权的效力，进一步肯定了查封的担保物权属性。

行文至此必须指出的是，依据《民法典担保制度解释》第 54 条第 3 项并不必然得出未登记抵押权人不得对抗查封债权人、查封债权一律优先受偿的结论。正确的理解应当是，如果赋予查封债权类似于担保物权人地位，则未登记动产抵押权与查封债权的关系应参照适用担保物权顺位规则。

首先，查封债权虽然属于法定优先权，但不同于同属于法定担保物权的留置权。《民法典》第 456 条赋予留置权优先于抵押权和质权的“超级优先顺位”，有着特殊的政策考量。与留置权只适用于债权人合法占有债务人财产的特定情形不同，查封可适用于一切债权，如果赋予查封债权以绝对优先效力，不仅欠缺正当性基础，而且会极大地动摇担保物权制度的根基。正因为如此，查封财产上存在担保物权时，司法实务中一般会充分尊重担保物权的优先顺位。如依据《拍卖规定》第 28 条第 1 款，拍卖查封财产所得价款应当优先清偿担保物权人及其他优先受偿权人的债权。再比如，根据《民诉法解释》第 506 条第 2 款，在参与分配程序中，担保物权人优先于查封债权人和其他参与分配债权人受偿。

其次，《拍卖规定》第 28 条第 1 款及《民诉法解释》第 506 条第 2 款中的担保物

^① 参见刘哲玮：《论民事司法查封的效力》，载《国家检察官学院学报》2019 年第 4 期；程啸、高圣平、谢鸿飞：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社 2021 年版，第 345 页。



权人是否包括未登记动产抵押权人,在解释上不无疑问。根据《查封规定》第6条,查封、扣押动产的,人民法院可以直接控制该项财产,也可将查封、扣押的动产交付其他人控制。《民事强制执行法(草案)》第136条进一步明确,查封动产,应当实施占有;查封有登记的动产,也可以通知登记机关办理查封登记;间接占有动产的,应当在该动产上张贴公告、封条或者采取其他足以公示查封的适当措施,但是已办理查封登记的除外。由于《动产和权利担保统一登记办法》并未将查封作为纳入动产和权利担保统一登记范围的担保类型,中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统也并未为查封登记预留接口,目前司法实务中通过登记公示动产查封的较为罕见,而是普遍采用控制动产的方式实施查封。以控制财产的方式查封的,不论是人民法院实施占有,抑或是由查封债权人或者其他人实施占有,都可认为查封债权人以直接或间接占有的方式在查封财产上设定了法定质权,而且占有(张贴公告、封条或者采取其他足以公示查封的适当措施)完成了对担保物权的公示。根据《民法典》第415条,此种查封债权应当优先于未登记动产抵押权受偿。照此理解,《拍卖规定》第28条第1款及《民事诉讼法解释》第506条第2款中的担保物权人应作限缩解释,未登记动产抵押权人不得主张就变价款优先受偿,在参与分配程序中,也不具有参与分配主体资格。^①由此进一步的延伸结论是,未登记动产抵押权也不得对抗执行参与分配债权人。

再次,查封包括作出查封裁定和采取查封措施两个前后相继的阶段,查封这种“法定质权”自何时发生效力,不无疑问。若以质权规格衡量,只有对查封财产进行了占有和实际控制,查封担保物权才能成立。照此理解,人民法院作出查封裁定但尚未采取查封措施的,查封担保物权并未成立。但我国司法实务显然并不采取此种解释路径。依据《查封规定》第24条第3款,人民法院的查封、扣押、冻结没有公示的,其效力不得对抗善意第三人,显然是采取公示对抗主义思路。将此规定与《民法典担保制度解释》第54条第3项结合起来理解,似乎能够得出这样的结论,即人民法院作出查封裁定的,查封即已生效并取得物权效力,此时未登记抵押权与查封均为未完成公示的担保物权,彼此不发生对抗,似应参照《民法典》第414条第1款第3项按债权比例受偿。但正如上文指出的,坐等按债权比例受偿绝不是理性的担保物权人所应采取的做法,查封债权人会通过人民法院积极谋求对查封财产的迅速控制以完成查封公示,未登记动产抵押权人亦可能抢在法院控制抵押财产前完成登记公示,在实现抵押权条件成就时,其也可以启动担保物权实现程序并查封抵押财产,较量的结果是谁先完成控制财产和公示程序,谁就取得优先受偿权。

进入破产程序后,破产债权人发起对担保财产在内的债务人所有责任财产的争夺,

^① 参见刘颖:《民事执行中参与分配的主体资格研究》,载《北方法学》2021年第6期。

未登记动产抵押权能否主张《企业破产法》第109条之别除权，法律上没有明文规定。从法理上讲，在进入破产程序之前，未登记抵押权人可通过登记补强抵押权效力，一般债权人亦可以通过查封获得法定优先效力，未登记抵押权与普通债权人实处于平等竞争地位。但进入破产程序后，此种公平竞争被人为叫停，一般债权人无法通过发动执行程序查封担保财产获得优先效力，根据《企业破产法》第19条之规定，甚至已经采取的查封措施亦应当解除，若允许未登记抵押权人在破产程序中优先受偿，对其他债权人不公平。破产程序在性质上属于对破产债务人的概括执行程序，虽然此前执行程序中的查封措施应当解除，但因破产债务人已丧失对其财产的处置权，破产受理法院（通过管理人）实质上已经取得了对债务人所有责任财产的控制权，这无异于在破产债务人所有财产上设定了财产保全措施，故破产债权人的地位应当与查封债权人作相同理解。^①故此，《民法典担保制度解释》第54条第4项规定，抵押人破产，（未登记动产）抵押权人主张对抵押财产优先受偿的，人民法院不予支持。抵押人可以普通债权人身份申报债权，与其他债权人平等受偿。准以此言，未登记动产抵押权人在受理破产申请后以及受理破产申请前一年内办理抵押登记的，无异于对没有财产担保的债务提供财产担保，依据《企业破产法》第31条第3项，管理人有权请求撤销。^②

（责任编辑：王文斌）

^① 参见程啸、高圣平、谢鸿飞：《最高人民法院新担保司法解释理解与适用》，法律出版社2021年版，第347页。

^② 参见张玉海：《登记对抗主义下未登记抵押权在抵押人破产时的效力》，载《法律科学（西北政法大學學報）》2016年第5期。



高空抛物补偿责任的合理性分析

曹相见 焦田秀*

内容摘要：高空抛物补偿责任在《民法典》获得了进一步完善，但其合理性问题仍未得到根本解决。从规范上看，虽然该责任为补偿责任，但补偿责任也属于法定责任，应当接受侵权法的法理检讨。就狭义理解而言，高空抛物补偿责任因缺乏侵权行为，而不符合侵权责任自负的规范原理。但侵权法上的可归责性早已获得发展，不仅见义勇为中被救助人的补偿责任缺乏侵权行为，产品责任、医疗器械责任、环境污染责任、饲养动物责任以及个人劳务中均存在未作出侵权行为的民事主体承担垫付责任（不真正连带责任）的情形。由于高空抛物补偿责任具有避免邻里信任被破坏后发生不利社会后果次生伤害的功能，《民法典》的规定值得肯定。

关键词：高空抛物；补偿责任；责任自负；垫付责任；邻里信任

一、问题的提出

关于高空抛物（即从高层建筑物、构筑物上抛掷物品）的法律责任，刑法、民法均有规定，但在内涵上各自不同。《刑法》第291条之二规定：“从建筑物或者其他高空抛掷物品，情节严重的，处一年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金。有前款行为，同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。”《民法典》第1254条第1款规定：“禁止从建筑物中抛掷物品。从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害的，由侵权人依法承担侵权责任；经调查难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。可能加害的建筑物使用人补偿后，有权向侵权人追偿。”两相对比，

* 曹相见，吉林大学法学院副教授，法学博士，吉林省长白山特聘青年拔尖人才；焦田秀，吉林大学法学院硕士研究生。

基金项目：本文系国家社会科学基金重点项目“民法典背景下损害赔偿规范体系的整合与完善研究”（19AFX012）的阶段性成果。

可以发现：一方面，就责任范围而言，《刑法》上的高空抛物包含建筑物和其他高空上的抛物，《民法典》上的高空抛物则限于建筑物上的抛物；另一方面，在行为规制上，《刑法》侧重于高空抛物行为的危险性，只要有此行为、造成损害即应承担责任；《民法典》则更侧重于损害填补，只要能确定具体侵权人的，建筑物使用人中的可能加害人无须承担责任。申言之，只要能查明侵权行为人，即便高空抛物行为构成刑事犯罪，也不适用《民法典》第1254条的高空抛物责任，而是落入一般侵权责任的范围。

在法律上，只要能确定侵权行为人，如何认定其责任只是一个法律适用问题。但若无法确定侵权行为人，就涉及要不要救济受害人的法理问题。就民法高空抛物责任而言，《民法典》第1254条除在第2款规定了物业服务企业等建筑物管理人应采取必要措施的安全保障义务外，还于第3款规定了公安等机关及时调查的义务，以尽量减少侵权行为人不明的情形。即便如此，在公安等机关履行调查义务、管理人履行安全保障义务后，仍无法确定侵权行为人的，建筑物使用人中的可能加害人仍应承担补偿责任。而关于《民法典》第1254条第1款如此规定的合理性，自《民法典》编纂以来，学界就存在不同意见，并发生了激烈的争论。肯定论认为，本款既有利于救济受害人，也有利于预防损害的发生，符合公平分担损失的理念，应当坚持。^①否定论则对其持强烈批判态度，认为对可能的加害人承担补偿责任缺乏可归责性，严重损及加害人的行动自由，^②如此不合理地追究与案件有一定关联但实际上并未实施不法行为的人的责任，实为连坐，应予摒弃。^③

但高空抛物补偿责任规则并非《民法典》所创。实际上，《民法典》第1254条第1款源自原《侵权责任法》第87条，后者规定：“从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。”当时，围绕本条规定，学界存在正反两种鲜明立场。^④其实，早在《侵权责任法》立法前，学界对于高空抛物的民事责任，

① 参见王利明：《论高楼抛物致人损害责任的完善》，载《法学杂志》2020年第1期；邹雄、马苑春：《“可能加害的建筑物使用人”承担补偿责任之探究》，载《河北工业大学学报（社会科学版）》2021年第4期；程啸：《侵权责任法》，法律出版社2015年版，第645页。

② 参见曹险峰：《侵权法之法理与高空抛物规则》，载《法制与社会发展》2020年第1期。

③ 参见孟祥沛：《连坐恶法岂能起死灰复燃——论〈侵权责任法〉第87条及民法典编纂中的高空抛物责任》，载《上海政法学院学报》2020年第3期。

④ 肯定说参见田国兴：《高空抛物侵权法律责任探究》，载《甘肃社会科学》2010年第4期；李妍：《反思高空抛物致害责任》，载《社会科学家》2015年第11期；何国强：《“风险侵权法”的理念及制度逻辑——从对高空抛物致害责任制度正当性的论证展开》，载《湖北大学学报（哲学社会科学版）》2017年第3期。否定说参见阳庚德：《高空抛物侵权连带责任制度否定论》，载《广东社会科学》2010年第1期；李霞：《高空抛物致人损害的法律救济——以〈侵权责任法〉第87条为中心》，载《山东大学学报（哲学社会科学版）》2011年第1期；史尊魁：《共同危险行为与高空抛物之区分》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2010年第4期。



就形成了公平责任说、连带责任说、按份责任说、区分说、无责任说等不同观点。^①而高空抛物侵权责任之所以如此受人关注,源于司法实践带来的学理思考。当时,由于缺乏明确的法律依据,法院的裁判也大相径庭。例如,在2001年的“重庆烟灰缸案”中,法院以过错推定原则判决当晚有人居住的22户业主承担赔偿责任。在同年的“济南菜板案”中,法院却以缺乏明确具体的被告以及无明确法律规定和司法解释为由,裁定驳回原告的起诉。又如,在2006年的“深圳玻璃案”中,一审法院认为业主无责任,仅判令物业公司承担30%赔偿责任,但二审法院撤销一审判决,判令74户业主每户向受害人补偿4000元,物业公司不承担责任。^②

由此观之,从本世纪初的司法实践提出来的高空抛物的民事责任问题,迄今已逾二十年,虽然经历了从《侵权责任法》到《民法典》的规范变迁,但其内在合理性问题仍未得到解决,学界对此远未形成共识。本文认为,寻找高空抛物补偿责任的合法性依据,不能仅立足于狭隘的法教义学分析,而应认识到法律体系的开放性,在此基础上进行融贯的法律解释。为此,本文首先进行高空抛物补偿责任的规范分析,进而讨论侵权法上可归责性与责任形式的互动与发展,最后从邻里信任角度研究高空抛物补偿责任的合理性。

二、高空抛物补偿责任的规范分析

关于高空抛物补偿责任的学术争议,肯定说的理由主要有:有利于受害人的救济、有利于维护公共利益、有助于构建预防机制、有助于构建和谐社会等等。但是,这些理由本身尚有结合侵权法理予以斟酌的必要。

(一) 补偿责任也是法定责任,应当接受侵权法理的检讨

在分析高空抛物补偿责任的合理性时,有一个前提性问题不可回避,即它是否属于侵权法上的责任,能否因不属于侵权责任而获得合理性?由于法条使用了“补偿责任”,似乎与侵权责任存在明显不同。对此,一种意见认为,高空抛物补偿责任并非侵权责任,而是法律专门设计的新型法定之债——损失补偿之债,旨在令加害人和受害人共同分担社会风险,无须匹配侵权责任的构成要件。^③或者说,“高空抛物的补偿

① 公平责任说参见王利明:《抛掷物致人损害的责任》,载《政法论坛》2006年第6期;连带责任说参见高圣平主编:《中华人民共和国侵权责任法立法争点、立法例及经典案例》,北京大学出版社2010年版,第794页;按份责任说参见王成、鲁智勇:《高空抛物侵权行为探究》,载《法学评论》2007年第2期;区分说参见谢哲胜:《高层建筑坠物致人损害的责任》,载王文杰主编:《侵权行为法之立法趋势》,清华大学出版社2006年版,第177页;无责任说参见杨立新:《侵权法论》,人民法院出版社2004版,第147页。

② 参见姚辉、金骑锋:《民法典高空抛物致人损害责任的解释论展开》,载《法律适用》2021年第7期。

③ 参见彭诚信:《损失补偿之债:一种新型的法定之债——〈侵权责任法〉第87条评析》,载《中国海洋大学学报(社会科学版)》2010年第6期。

责任在本质上是‘道义补偿责任’，是可能的加害人在道义上对弱势群体的补偿”^①。然则，侵权责任本为风险、损害的分担机制，高空抛物责任规则为何另辟蹊径？补偿责任天然具有合理性、可以随意规定吗？

本文认为，虽然在侵权法上，“赔偿”常用于具有违法性的侵权行为，“补偿”则与不具有违法性的行为联系在一起，二者存在明显的区别，但补偿责任毕竟也是一种法定责任，它直接依据法律规定而生，排除了当事人的自主选择，因而不能证立高空抛物责任规则的合理性。从本质上讲，责任是一种因法律分配而具有强制性的不利后果，是一种特殊的债。由可能的加害人来补偿受害人损失意味着可能的加害人实质上承担了损害的不利后果，无论法律称之为补偿还是赔偿，都不影响其作为民事责任的本质。这表明，高空抛物责任规则应当接受侵权责任法理的检讨。

（二）侵权法上的损害，原则上由受害人承担

侵权法如何对待损害，侵权法能否以救济为中心？这是关于侵权法的态度问题，本质上也是一个规范命题。一种有力的主张认为，侵权法的主要功能是救济法，即以被侵权人的利益保护为中心；^②《民法典》围绕扩大责任主体范围、扩充特别侵权类型的适用情形、限制过失相抵原则的适用等方面来实现这一价值追求。^③既然如此，则在损害严重的高空抛物案件中，由可能的加害人承担补偿责任，就是顺理成章的事。然而，认为侵权法系以救济为中心很可能是一个误解——错将侵权法的损害填补功能等同于以救济为中心。事实上，当我们在强调侵权法的填补损害功能之时，不能忽视一个前提条件上的区别：损害填补究竟是以受害人自我负担损害为原则、以加害人负担损害为例外，还是以加害人负担损害为原则（即以所谓的以救济为中心），以受害人负担损害为例外？

本文认为，侵权法上的损害填补系经过责任构成检讨后的救济，因此以受害人的救济为中心不符合这一事实。因此，正确的理解毋宁是，损害填补的确是侵权法的基本功能，但该功能系建立在“损害原则上由受害人自我负担，只有经由充分理由方能将损害转由加害人负担”的基础上的。^④在这个问题上，各国侵权行为法的基本政策是一致的，存在正当、合法的理由，始能请求他人赔偿。^⑤这也与罗马法上“灾祸由击中者自担”法谚一致。因此，在侵权法上，有损害才有救济，但并非所有的损害都能获得救济。像自己导致的损害、自然原因或战争导致的损害，通常只能自己承担。

① 王竹：《侵权责任法疑难问题专题研究》，中国人民大学出版社2012年版，第137页。

② 参见王利明：《我国侵权责任的体系建构》，载《中国法学》2008年第4期；王胜明主编：《中华人民共和国侵权责任法释义》，法律出版社2013年版，第21页。

③ 参见石冠彬：《民法典侵权责任编：体系解读与立法评析》，载《中国人民大学学报》2020年第4期。

④ 参见曹险峰：《填补损害功能的适用与侵权责任立法》，载《当代法学》2010年第1期。

⑤ 参见李开国：《侵权责任构成理论研究——一种新的分析框架和路径的提出》，载《中国法学》2008年第2期。



即便在有他人行为牵涉的情形下，也必须存在正当理由，才能将损害转移至他人。

就救济为中心之外的其他理由而言，预防损害的实现亦应如损害填补一样，经过侵权责任构成要件的“裁剪”才有正当性，因此，单纯的经济效率方面的分析仍不够周延，^① 毕竟损害赔偿本身就有预防损害的功能。至于维护公共利益和促进社会和谐，此种目标的达成自然具有正当性，但问题是，维护公共利益和促进社会和谐具有整体性，其不应与个人利益矛盾。因此，除非维护公共利益、促进社会和谐目标的达成，最终也保护了可能加害人的利益，否则仍不足以作为高空抛物补偿责任的正当性事由。

就损害而言，侵权法上的损害类型多样，既包括财产损失，也包括人身损害、精神损害。在风险社会、技术社会的背景下，损害往往呈严重化趋势，甚至会发生大规模侵权（mass torts）。此时，单纯由受害人或加害人承担，均有可能超出个人承受能力，有时候甚至大企业也无力支撑。为此侵权法一方面限制一些大型损害的赔偿额度（如高度危险责任中高速轨道交通、原子能、民用航空器等致害的赔偿限额）；另一方面也逐渐发展出社会保障、社会保险两大块损害分散制度，后者已成为损害的主要承载。即便如此，在侵权法之内，侵权行为只有在满足侵权责任构成要件的情况下，才应当承担赔偿责任。下文分过错责任、无过错责任、公平责任分述之。

1. 过错责任的法律适用

早期侵权法上的基本归责原则是结果责任原则，是指行为人无论主观上是否存在过错，只要其行为造成侵害结果即应依法承担侵权责任。正因为这种归责原则忽视了行为人主观过错、严重限制了行为人的自由，18世纪以后，结果责任原则已被资产阶级民法所废弃，取而代之的是过错责任原则，即侵害人主观上对于侵害行为具有过错的，才承担侵权责任。《民法典》第1165条规定：“行为人因过错侵害他人民事权益造成损害的，应当承担侵权责任。依照法律规定推定行为人有过错，其不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。”本条在确立过错责任原则的同时，也规定了过错责任的特殊形式——过错推定。一般过错责任与过错推定的区别是程序性的，即前者由原告（受害人）负行为人具有过错的举证责任，否则将承担败诉的法律后果；后者由行为人举证证明自己无过错，否则应当承担侵权责任。

无论是一般过错责任，还是过错推定责任，其构成要件均包含行为、损害、过错以及行为与损害之间存在因果关系四个方面。其中，行为是第一位的，只不过它通常也可以为过错或因果关系要件所包含。不惟如此，即便行为人符合侵权责任的构成要件，但若存在违法阻却事由（又称抗辩事由），亦无须承担责任。就高空抛物补偿责任而言，由于可能的加害人无侵权行为可言，更遑论满足过错以及因果关系的要件了。

^① 从经济学角度的分析，可参见吴煦、逯笑微：《高空抛物责任承担的经济学分析——由可能加害人实施补偿的合理性》，载《江西财经大学学报》2010年第5期。

从这个意义上说,要求可能的加害人对受害人进行补偿就是不符合侵权法法理的,即便受害人确实遭受了损害。

2. 无过错责任的法律适用

所谓无过错责任,是指即使侵害人主观上对于侵害行为没有过错,也要依法承担相应的侵权责任的情形。对此,《民法典》第 1166 条规定:“行为人造成他人民事权益损害,不论行为人有无过错,法律规定应当承担侵权责任的,依照其规定。”学理上,有无过错责任是否为归责原则的争论,反对的意见认为,既然无过错责任以法律有规定为前提,则无法与过错责任一样,享有归责原则的地位,至多可称为一种归责事由。就类型而言,无过错责任有绝对无过错和相对无过错之分:前者为不具有任何免责事由的无过错责任,如依据《民法典》第 1247 条,禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的,动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任,受害人故意或有重大过失的情形也不得免责;后者是指存在受害人故意、第三人的原因等得以免责事由时,可以免除行为人责任的无过错责任,如产品责任、高度危险责任等,大多数无过错责任都属于相对无过错责任。

在构成要件上,无过错责任也仅仅是不需要过错要件,行为、损害以及因果关系均不可或缺。当然,无过错责任还可能存在其他对受害人的特别保护。例如,按照《民法典》第 1230 条规定,因污染环境、破坏生态发生纠纷,行为人应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。高空抛物责任虽为法定责任,并规定于作为特别侵权责任的“建筑物和物件损害责任”章,但其并非无过错责任,而是施行过错推定责任,故应按照过错责任而非无过错责任的构成要件进行判断。

3. 公平责任的法律适用

所谓公平责任,即指在法律没有规定适用无过错责任原则,而适用过错责任原则又对受害人显失公平时,依公平原则在有关当事人之间分配损害的法律规则。《民法典》第 186 条规定:“受害人和行为人对损害的发生都没有过错的,依照法律的规定由双方分担损失。”公平责任是否为侵权责任的归责原则,理论上亦存争议。不过,即便其不为归责原则,若称其为与过错责任、无过错责任三足鼎立的归责事由,应无疑义。由于公平责任系双方均无过错之情形,人们一般不认为其为赔偿责任,而属补偿责任的范畴。如同无过错责任一样,公平责任在《民法典》上亦以法律的规定为适用前提,此与原《侵权责任法》不同。

公平责任虽然强调损失的公平分担,亦有其构成要件:行为、损害以及行为与损害之间的因果关系。例如,《民法典》第 182 条第 1-2 款规定:“因紧急避险造成损害的,由引起险情发生的人承担民事责任。危险由自然原因引起的,紧急避险人不承担民事



责任,可以给予适当补偿。”第1190条第1款规定:“完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害有过错的,应当承担侵权责任;没有过错的,根据行为人的经济状况对受害人适当补偿。”在上述情形中,虽然行为人均存在导致受害人损害的行为,只不过该行为因具有阻却违法性故非不法行为。考虑到行为人的先行行为,由其承担适当的补偿责任,可谓公平。

就高空抛物责任而言,由于可能的加害人根本就没有做出行为,显然也无适用公平责任的可能。那么,这是否意味着高空抛物补偿责任不符合侵权法之法理呢?暂时还不能做出这个结论。因为基于过错责任、无过错责任、公平责任的归责仅是一种狭义的规范分析。在侵权法的内在体系上,侵权责任的承担早已超越狭义的行为之可归责性,从而获得新的发展。应当强调的是,高空抛物补偿责任中的行为缺位与作为不确定加害人制度的共同危险责任存在明显不同:前者不仅具体的加害人不确定,而且可能加害人也多未作出侵权行为;后者则可能的加害人均存在具有违法性的行为,只是具体的加害人不确定。因此,从不确定加害人责任角度切入,对问题的解决意义不大。^①

三、侵权法上可归责性的发展

在侵权法上,可归责性是价值判断的核心,是确定侵权归属的要素。^②行为具有可归责性的前提是有导致损害的行为,过错责任、无过错责任、公平责任作为归责事由莫不例外。但体系地看,侵权法上的可归责性已有新发展,未作出侵权行为的民事主体仍可能因法律的特殊考量而承担责任。

(一) 见义勇为之债的特殊性

褒奖见义勇为是我国的传统。《民法典》第183条规定:“因保护他人民事权益使自己受到损害的,由侵权人承担民事责任,受益人可以给予适当补偿。没有侵权人、侵权人逃逸或者无力承担民事责任,受害人请求补偿的,受益人应当给予适当补偿。”由于见义勇为与无因管理制度之间存在重合,因此,围绕本条与《民法典》第121条^③的适用关系,学界存在不同意见。一是禁止竞合说,即认为见义勇为条款作为无因管理的特别规定,于见义勇为的案件中,应予直接适用,以避免向一般条款(第121条)逃逸。^④二是允许竞合说,即认为为保护他人权益的见义勇为,同时也构成无

① 认为高空抛物规则属于不确定加害人责任规则的文献,参见冯恺:《民法典高空抛物致害责任规则的体系性解读:局限与克服》,载《比较法研究》2021年第1期。

② 参见杨立新、杨彪:《侵权法中可救济性损害理论》,载《政治与法律》2007年第6期。

③ 本条规定:“没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失而进行管理的人,有权请求受益人偿还由此支出的必要费用。”

④ 参见陈甦主编:《民法总则评注》(下册),法律出版社2017年版,第1313页。

因管理，故第183条与第121条竞合，可择一主张权利。^①三是补充适用说，认为为了保护见义勇为人的利益，原则上见义勇为应适用无因管理的规定，仅于无因管理请求权的不属于应当救济的损失的公平补偿，才应适用本条。^②

本文赞同补充适用说。规范竞合作为思维建构的产物，除非对当事人的保护具有积极意义，否则不应提倡。而在见义勇为中，由于法条规定的是“适当补偿”，为避免补偿数额低于无因管理请求权的内容，原则上应适用无因管理的规定。若见义勇为人有其他不被法律支持的损失，在被救助人有清偿能力时，亦应予以补偿，此时，《民法典》第183条可为妥当的请求权基础。

值得深思的是，见义勇为人的损害并非被救助人的行为造成，而是第三人的不法行为造成的，为何被救助人仍负有法定的补偿责任？对于此种补偿责任的合理性，只能从被救助人的受益和对见义勇为的提倡角度来寻找。这表明，为了弘扬良好社会风尚，侵权法令无任何侵权行为的被救助人承担超过无因管理的补偿义务。这显然是不同于传统侵权法可归责性的一种新型法定之债，只是其合理性基础相对容易为人所识别。

（二）垫付责任的兴起与扩张

所谓垫付责任，是指在行为人致人损害又无力承担侵权责任时，为保护受害人的利益，由特定主体依法承担先行代为支付赔偿金的民事责任。^③依据《民法典》第1216条规定，机动车驾驶人发生交通事故后逃逸，若机动车不明、未参加强制保险或者抢救费用超过机动车强制保险责任限额，需要支付被侵权人人身伤亡的抢救、丧葬等费用的，由道路交通事故社会救助基金垫付；道路交通事故社会救助基金垫付后，其管理机构有权向交通事故责任人追偿。此处道路交通事故社会救助基金的责任即为典型的垫付责任，虽然责任主体亦未作出侵权行为，但由于其为救助机关，故其正当性应无疑问。

在侵权人不明的高空抛物案件中，由于行为十分危险，所受损害往往十分重大，甚至连刑法也对此进行了回应。由社会保险或救助机构来分散损害，与《民法典》第1216条有异曲同工之妙。有学者因而指出：“无法查明施害人高空抛物案件需要的其实是风险的公共分散，这一诉求更适合由保险业来承担，这也是保险业的基本职能所在。”^④这也得到了诸多学者的支持。^⑤然则，社会保险和社会救助的完善非一日之功，

① 参见李宇：《民法总则要义：规范释论与判解集注》，法律出版社2017年版，第870页。

② 参见冯德淦：《见义勇为中救助者损害救济解释论研究》，载《华东政法大学学报》2020年第2期；缪宇：《论被救助者对见义勇为者所受损害的赔偿义务》，载《法学家》2016年第2期。

③ 参见王宝发、张晓军：《析垫付责任》，载《法律适用》1999年第4期。

④ 吴元元：《信息能力与压力型立法》，载《中国社会科学》2010年第1期。

⑤ 参见曹险峰：《侵权法之法理与高空抛物规则》，载《法制与社会发展》2020年第1期；秦伟、王莉莉：《高空抛物致害责任再认识——兼评〈侵权责任法〉第八十七条》，载《东岳论丛》2011年第10期。



其与社会经济的发展和财政分配制度紧密关联。在社会保险、社会救助未能辐射到高空抛物所致损害时，如何救济受害人仍是个亟待解决的问题。

考察侵权法上的内部责任体系，可以发现，在救助机构的垫付责任之外，其实还存在其他无须责任人作出行为也要承担责任的情形，只是人们通常称之为不真正连带责任。所谓不真正连带责任，是指数个债务人基于不同的发生原因，对于债务人负以同一给付为标的的数个债务，依一债务人之完全履行，他债务因目的之达到而消灭的法律关系。关于不真正连带责任与真正连带责任之间的区别，德国法上的通说是阶层说：责任人对于损害结果具有同一阶层性的责任时，各责任人之间成立连带责任；就不同阶层的责任而言，终局责任人对因其引起的损害终局负责，中间责任人只为损害的发生提供了场所或可能性，担责后享有向终局责任人追偿的权利。^①不过，阶层说无法将不真正责任完全识别出来，因为不真正连带责任中的非终局责任人除了提供场所或可能性的情况外，还存在毫无关联的情形。

以产品责任为例，《民法典》第1203条规定：“因产品存在缺陷造成他人损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。”由于产品缺陷通常为生产缺陷，因销售者导致的缺陷较为少见，因此，在生产者行为造成缺陷并导致消费者损害的情况下，销售者也可能承担侵权责任（虽然非终局的责任），但其与损害的发生可以说毫无关联——销售行为固然为损害的最终发生提供了客观的联系，但绝非法律上的可能性。

对此，梁慧星教授提供了一个富有启发性的解释：传统民法典制定的早，其侵权法也很简单。正是因为规定的太简单，在法定连带责任之外需要特殊保护受害人时就遇到了难题，裁判上只好发明一个不真正连带责任来进行替代。由于我国法上的连带责任非常完善，因此不需要“不真正连带责任”这个概念。^②至于侵权法上的产品责任，不过是立法者为了方便受害人求偿而规定的一个技术性措施，绝非所谓的不真正连带责任。^③

本文赞同梁慧星教授的主张。一方面，不真正连带责任是一个十分混乱的概念，虽然理论与实践进行了很多努力，但从未将其与真正连带责任清晰地区别开来。不惟如此，将无行为的民事主体纳入不真正连带责任，也进一步模糊了不真正连带责任的概念内涵。另一方面，就责任本质而言，虽然连带责任也存在追偿权，但不真正连带

① 参见章正璋：《不真正连带债务理论溯源及其在我国的理论与实践分析》，载《财经法学》2018年第3期；史尚宽：《债法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第673页。

② 参见梁慧星：《我国〈侵权责任法〉的几个问题》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2010年第3期。

③ 参见梁慧星：《我国〈侵权责任法〉的几个问题》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2010年第3期。

责任追偿权的特殊性在于，由于存在终局责任人，故追偿权为完全追偿。^①换言之，所谓的不真正连带责任实为垫付责任。

当然，就垫付责任而言，尚有进一步分类的必要。一是行为人存在可归责行为的垫付责任，如《民法典》第1198条第2款规定的场所经营者、管理者和群众性活动组织者的补充责任：“因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；经营者、管理者或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。经营者、管理者或者组织者承担补充责任后，可以向第三人追偿。”只不过它是补充性的垫付责任。二是行为人不存在可归责行为的垫付责任，此种类型在《民法典》上的特殊侵权中，除产品责任外，在环境污染、医疗器械侵权、饲养动物致害责任中也都有体现。此外，个人劳务侵权中也存在此种无须行为的垫付责任。^②

值得追问的是，在无须行为的垫付责任中，责任人的责任基础何在？或者说责任人无侵权行为为何仍具有可归责性？就产品责任而言，虽有学者认为销售者承担赔偿责任是基于过错或者买卖合同中的瑕疵担保责任，^③但本文认为，违约责任的依据存在于合同法上，《民法典（侵权责任编）》没有重复规定的必要。正确的理解应当是销售者与生产者具有社会分工上的连带性，他当然也因销售产品而获利，立法者因而才将本应由生产者承担的责任转由其垫付。医疗器械亦属产品的范围，故其责任基础与一般产品责任相同。环境污染、饲养动物中的垫付责任，则与责任人所从事职业内在的风险性相关。至于个人劳务中的垫付责任，则与法律对提供劳务一方的加强保护有关。

这表明，在侵权法上，即便民事主体不存在侵权行为，但在符合法律特殊考量（如弘扬良好道德风尚、所从事行为的风险性、弱势主体的特殊保护）的情况下，仍可具备广义上的可归责性，从而成为责任主体。就高空抛物责任而言，可能的加害人不过是与受害人同住特定区域，既不存在弘扬社会道德风尚的情况，也难谓从事职业具有风险性、弱势主体保护等问题，那是否意味着可能的加害人不应承担补偿责任呢？答案是否定的，因为前述考量无法包含所有的情形，如其存在法律上的其他特殊考量，仍有合理承担责任的可能性。

① 若追偿权是单向的，即只能由中间责任人向终局责任人追偿，并且中间责任人在不真正连带责任承担范围内可全额追偿，则可以认定成立不真正连带责任关系。参见石文静：《〈民法典〉实施背景下不真正连带责任追偿权的诉讼实现》，烟台大学2021年硕士学位论文。

② 《民法典》第1192条第2款规定：“提供劳务期间，因第三人的行为造成提供劳务一方损害的，提供劳务一方有权请求第三人承担侵权责任，也有权请求接受劳务一方给予补偿。接受劳务一方补偿后，可以向第三人追偿。”

③ 参见高圣平：《论产品责任的责任主体及归责事由——以〈侵权责任法〉“产品责任”章的解释论为视角》，载《政治与法律》2010年第5期。



四、社会信任与高空抛物补偿责任

值得注意的是，虽然从侵权法的规范分析中得不出高空抛物补偿责任的合理性，但从人情事理角度看又不尽然。有学者因而从人情事理角度反问，受害人的损害系难以承受之重时，谁敢保证被法院驳回诉请的受害人不会引发新的悲剧？^①那么，这个人情事理中究竟存在何种科学道理？

（一）从邻里效应到邻里信任

法学不是封闭的体系，作为直面市民生活的民法尤其如此。即便就法教义学研究而言，也绝非墨守传统教条，而是要在开放的体系内思考民法学问题，正所谓“通过法教义学，超越法教义学”“坚守法教义学，超越法教义学”。就高空抛物而言，受社会学、政治学、经济学、地理学和心理学等多学科关注的邻里效应有着同样的理论关切。所谓邻里效应，指个体的态度、偏好、行为受到其周围邻里特征和行为的影响，并表现出与其他邻里成员一致的倾向。在效果上，由于邻里效应具有一定社会乘数效应，即通过群体内的正反馈使得个体行为效应放大，外在冲击带来的影响不再局限于特定个体。^②邻里效应的存在，意味着政策和立法应采取相应措施，引导它发挥积极影响的一面，避免朝不良的方向发展。

如果不考虑外在的刺激与激励因素，仅就内在规律而言，直接对邻里效应产生影响的是信任理论。作为一种心理要素，人们虽然经常把信任挂在嘴边，但其实通常不容易真正认识到信任的重要意义。信任实际上是至关重要的，它早已引起社会学家、心理学家等的关注。“离开了人们之间的一般性信任，社会自身将变成一盘散沙，因为几乎很少有什么关系能够建立在对他人确定的认知之上。”^③“若完全没有信任的话，人甚至会次日早晨卧床不起。人将会深受一种模糊的恐惧感折磨，为平息这种恐惧而苦恼。”^④就信任的类型而言，虽然有人际信任、制度信任的基本分类，但信任的前提是熟悉，基于熟悉的人际信任既是信任的开始，也是制度信任所不可或缺的。

邻里信任就属于人际信任的一种，它仅次于家庭中的信任。如果说家庭、家庭信任是人的身体和灵魂的栖息之所，那么邻里信任就是这个栖息之所的外在环境。因此，

① 参见彭诚信：《论民法典中的道德思维与法律思维》，载《东方法学》2020年第4期。

② 参见陈丹引、闵学勤：《线上社区参与的邻里效应》，载《社会发展研究》2021年第3期。

③ [德]西美尔：《货币哲学》，陈戎女、耿开君、文聘元译，华夏出版社2018年版，第149页。

④ [德]尼古拉斯·卢曼：《信任：一个社会复杂性的简化机制》，瞿铁鹏、李强译，上海人民出版社2005年版，第3页。

出于维护身体和灵魂的考虑，人们总是倾向于向邻居们付出信任。^①当然，此种信任的付出首先是通过一些日常而又简单的彼此相遇开始的。有学者将此种日常生活的彼此相遇称为“世俗的不经意”，认为相遇中的短短一瞥，表示承认对方不仅是一主体行动者，而且也有可能彼此相识。“捕捉他人的目光只是短暂的瞬间，擦肩而过时却举目遥看远方，与之伴随的是一种不带敌意的含蓄态度。看来，世俗的不经意的存在，是在公共场合中与陌生人的经常性相遇时信任的一般先决条件。”^②

但信任如同易碎品一样，总是很容易被破坏。背信弃义所造成的损害，大于付出信任时获得的益处。因此，信任者意识到因其他人行为选择而产生的过分损害的可能性，并把这种可能性铭记在心。^③邻里信任也是这样。而且，不同于制度信任，作为人际信任的邻里信任一旦被破坏之后，人们很难再回到一种和谐的状态上来。不惟如此，邻里信任被破坏后，往往会酿出各种矛盾，并通过邻里效应放大，最终成为社会治理的难题。

（二）高空抛物补偿责任的信任维持功能

现在让我们回到高空抛物补偿责任上来。否定论的立场是，可能的加害人不过是与受害人同住一小区，或者只是住在侵权行为发生地，在其根本未作出侵权行为时，使其承担补偿责任毫无道理。这显然不同于前文对邻里信任的分析。实际上，否定论并未意识到邻里效应和邻里信任的重要性，而仅仅是从一般陌生人的角度来分析可能加害人与受害人之间的关系。然而，一旦意识到邻里信任的存在，就会有两方面的理由支持高空抛物补偿责任：其一，在邻里关系中，人们更容易付出信任，当邻里信任被破坏之后，其后果也往往更严重；而就陌生人之间的信任而言，由于距离的存在，不容易培养信任，因为它阻断了相关信息的通道，防止值得信任的判断，^④一旦付出的信任被破坏，伤害也往往没那么大。其二，承担高空抛物补偿责任的前提是有具体的侵权人，但侵权行为人不明，此种“匿名”存在的侵权人更容易引起受害人的不安和不满，所以有学者才认为如果法院不提供救济可能会导致新的悲剧。

正是由于邻里信任的特殊性，邻里关系的处理才不得不特别谨慎。为此，《民法典》第280条关于相邻关系的处理才特别强调道德性：“不动产的相邻权利人应当按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的原则，正确处理相邻关系。”邻里关系若处理不当，可能会导致矛盾激化，引发肢体冲突甚至引发犯罪。如在2007年的北京

① 研究表明，邻里之间的熟悉程度、交往程度、信任程度与社区居民的安全感呈现显著的正相关关系。参见王菲菲：《邻里关系对社区居民安全感的影响——基于CGSS2015的实证分析》，载《宜宾学院学报》2020年第4期。

② [英] 安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，译林出版社2011年版，第70-71页。

③ 参见[德] 尼古拉斯·卢曼：《信任：一个社会复杂性的简化机制》，瞿铁鹏、李强译，上海人民出版社2005年版，第31页。

④ [波兰] 彼得·什托姆普卡：《信任：一种社会学理论》，程胜利译，中华书局2005年版，第110页。



房山硫酸案中，韩某6岁的儿子与同村13岁的被告人玩耍时发生矛盾，被告人将其活活掐死，并将尸体扔到附近的废水井中。因被告人未满14周岁，法院仅判决其监护人赔偿丧葬费等共计15万元。判决生效后，被告人家属拒绝赔礼道歉，也未支付任何费用。韩某遂产生报复心理，将浓硫酸泼到其亲属身上，造成大面积烧伤。^①

高空抛物补偿责任的合理性，恰恰在于尽可能的维护高空抛物行为人不明时被破坏的邻里信任，以防止作为次生灾害的新悲剧的发生，构建社会主义和谐社会。这样，可能的加害人虽然缺乏侵权行为，但其承担的补偿责任仍可纳入侵权法垫付责任的体系之中。从这个意义上，它当然也代表了一种公共利益。也只有从这个角度，我们才会理解，高空抛物补偿责任规则具有促进社会和谐的价值。

（三）高空抛物补偿责任的责任承担

那么，可能的加害人应如何承担高空抛物的补偿责任呢？对此，原《侵权责任法》和《民法典》均未作出规定。就司法实践而言，由于法律缺乏对被告内部的责任分担方式及分担比例的规定，各地法院对“可能加害的建筑物使用人”的举证程度、补偿范围、补偿比例等问题的把握上未臻于一致。^② 本文认为，从损害分担原理和维护邻里信任的角度看，可能加害的建筑物使用人的补偿责任应劣后于物业服务企业等建筑物管理人的侵权责任，并在内部分担上适用平均分摊规则。

其一，全体被告的补偿比例不宜等同于全部损失。在《民法典》出台之前，由于原《侵权责任法》未规定物业服务企业等建筑物管理人的补充责任，法院通常判决可能的建筑物使用人对全部损害予以补偿。与之不同，《民法典》第1254条第2款明确规定物业服务企业等建筑物管理人的安全保障义务，基于侵权责任相对于补偿责任的优先性，可能加害的建筑物使用人的责任承担应劣后于管理人的侵权责任无疑。事实上，虽然有学者认为，《民法典》的此项改变系相对原《侵权责任法》的实质性改变，^③ 但从法理上看，即便《民法典》不如此规定，也可以从安全保障义务的一般原理中推断而来。此外，有学者认为，可能加害的建筑物使用人的补偿数额应当限制在全部损失减去受害人保险可获得的赔偿金（无论是否实际购买）后的剩余部分内计算。^④ 但此种观点以高空抛物补偿责任不具有合理性为前提，主张通过意外伤害保险来分担受害人的损失，因而不可取。

① 参见《北京硫酸案：儿子被害，凶手拒绝赔偿，母亲为报复用硫酸泼仇家女》，载搜狐网2007年8月30日，https://www.sohu.com/a/539076321_121299171。

② 参见赵汉桥诉谢利军、李铁华等侵权责任纠纷案，湖南省邵东市人民法院（2021）湘0521民初3020号民事判决书。因高空抛掷物造成的受害人损伤，法院判决五名被告按份共同承担30%的补偿责任，各被告按6%的补偿份额分摊。

③ 参见曹险峰：《侵权法之法理与高空抛物规则》，载《法制与社会发展》2020年第1期。

④ 参见韩强：《论抛掷物、坠落物致损责任的限制适用——〈侵权责任法〉第87条的困境及其破解》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2014年第2期。

其二，可能加害的建筑物使用人之间的责任分担应采按户均摊——而非按比例分担的原则。关于可能加害人之间的责任分担，学界存在不同的观点。一是主张比例分担，即综合考虑住户与侵权行为发生地的距离、与事发地点呈垂直抑或倾斜方向以及房屋的使用情况等因素，以行为人造成损害后果的可能性大小作为担责的依据。^①二是主张由房屋的实际使用人按户平均分摊，因为可能加害的建筑物使用人的致害可能性难谓存在大小差别，高楼层用户的加害可能性不一定大，低楼层用户的加害可能性也不一定小，除非其不属于“可能加害的建筑物使用人”。^②两相比较，按户均摊说更为合理。

结 语

法律人总有一种倾向，即为突出法律的正义性、体系性，刻意保持法与道德、人情的距离。然而，与其认为法与道德、人情存在取向上的区别，毋宁说法律仅保护经过民主共识——立法所凝聚的普遍道德、普遍人情。法与道德、人情的不同不宜过分夸大，否则法就要脱离服务于人的生活的目的。因此，法律人的坚守不是固守法的封闭性，而是坚持法的体系性。问题是，只要法体系是开放的，就难免在价值上保持与生活的沟通。此时，从法律解释学的角度发现新的法律价值，就是法律人的职责所在。就高空抛物补偿责任而言，虽然它已超越了责任自负的侵权法理，但考虑到侵权法上的可归责性的弹性——侵权法上的可归责性存在一个从严格责任构成到无须不法行为的特定考量的渐进序列，则从维护邻里信任，预防次生损害的角度出发，高空抛物补偿责任具有合理性也就不难理解。事实上，它恰恰是侵权法在当前社会情势下的新发展。

（责任编辑：郑佳豪）

^① 参见吴国喆：《论高空抛物致害的比例责任承担》，载《西北师大学报（社会科学版）》2016年第6期。

^② 参见姚辉、金骑锋：《民法典高空抛物致人损害责任的解释论展开》，载《法律适用》2021年第7期。



履约保证保险合同纠纷裁判的乱象及其矫正

于秀丽*

内容摘要：履约保证保险属于“保险”而非“保证”已成为保险理论界的主流观点，但审判实践中对其法律关系定性和法律适用则不然，导致“同案不同判”。“穿透式”审判思维为此类案件的审理提供新的理论基础与路径，首先，穿透法律事实，查清保险人、投保人及被保险人之间存在多重身份与契约；其次，穿透法律关系，根据保险法理剖析履约保证保险的本质，确定投保人与保险人之间系“保险”合同关系；最后，穿透法律适用，准确适用《保险法》及相关司法解释，并根据保险法理来认定代位求偿权的范围、保险费是否合法及违约金条款的效力。如此，不仅能统一裁判尺度，亦可维护投保人的合法权益，达审判之实质正义。

关键词：履约保证保险；“穿透式”审判思维；实质正义

在履约保证保险中保险人提起诉讼，其诉请的代位求偿保险金、保险费及违约金能否得到支持？这类案件在保险合同纠纷中占比并不低，且被定性为简易案件，因此并没有引起学界和实务界的热议，但在审判实践中却出现了适用法律错误，虽然案由定为保证保险纠纷抑或保险人代位求偿权纠纷，但裁判时适用法律却多为《合同法》《担保法》，而不是《保险法》，导致“同案不同判”的乱象频出。本文认为，对履约保证保险案件的审理应运用“穿透式”审判思维寻找解决出路，矫正过往错误的裁判思路，进而统一裁判尺度，实现实质公平正义。

* 于秀丽，山东省烟台市牟平区人民法院高陵法庭庭长，中国法学会保险法学研究会理事。

一、履约保证保险纠纷“同案不同判”的司法困境

在审判实践中，履约保证保险纠纷大多由保险公司提起，向投保人主张代位赔偿保险金、保险费和违约金。随着经济的发展，该类案件数量随保险业务的迅猛增长而急剧增加。经过对几十年来商事审判实践的总结，法学理论界和司法实务界基于商法理论、商事法律关系、商事审判的特殊性，对商事法官在商事审判中秉持尊重意思自治、尊重交易惯例、尊重经济规律、维护交易秩序等商事审判思维基本达成了共识。^① 履约保证保险纠纷作为典型的商事案件，在审理上理应受到上述审判思维的影响，现实中却出现了“同案不同判”甚至错判的尴尬局面。

（一）多数案件裁判结果不同、适用法律亦不同

笔者用“保证保险”和“求偿权”作为关键词在中国裁判文书网上进行搜索，发现截至2021年5月8日共有31992份民事判决（暂不论调解结案的），且全国各省、市、自治区均有此类案件。经梳理发现裁判结果存在差异：判决虽然对保险公司代位求偿的保险金、保险费全额支持，但对违约金的处理结果则五花八门，归纳起来主要分为两大类型：一是以保险金为基数按照全国银行间拆借中心公布的贷款市场报价利率（或月利率2%、或参照案涉借款合同中的罚息利率）计算，其他部分驳回；^② 二是以保险金与保险费之和为基数按照全国银行间拆借中心公布的贷款市场报价利率的4倍（或1.3倍、1.95倍）计算，其他部分驳回。^③

更令人大跌眼镜的是，虽然上述案件的案由定为保证保险合同纠纷或保险人代位求偿权纠纷，但裁判时所适用的实体法多为《合同法》或者《担保法》，即使适用《保险法》也并非第60条关于保险人代位求偿权的规定。对于保险合同纠纷应当首先适

^① 参见王保树：《商事审判的理念与思维》，载《山东审判》2010年第2期，第9页至第10页；俞秋玮、贺幸：《商事审判理念对审判实践影响之探析》，载《商事审判指导》2013年第3辑，人民法院出版社2014年版，第148页。

^② 参见阳光财产保险股份有限公司诉李小水保证保险合同纠纷案，北京市第三中级人民法院（2021）京03民终4365号民事判决书；中国人民财产保险股份有限公司吉安市分公司诉胡有萍追偿权纠纷案，江西省吉安市中级人民法院（2021）赣08民终367号民事判决书；中国人民财产保险股份有限公司营口市分公司诉彭鹏追偿权纠纷案，辽宁省营口市中级人民法院（2020）辽08民终3751号民事判决书；中国平安财产保险股份有限公司安徽分公司诉季学军、储成梅保证保险合同纠纷案，安徽省马鞍山市中级人民法院（2019）皖05民终960号民事判决书；中国平安财产保险股份有限公司诉卿殷竭、李伟保证保险纠纷（2021）渝01民终609号民事判决书。

^③ 参见中国人民财产保险股份有限公司柳州市分公司诉汪鼎明、莫小玲保证保险纠纷案，广西壮族自治区柳州市中级人民法院（2021）桂02民终1451号民事判决书；中国人民财产保险股份有限公司常德市分公司诉薛新刚保险人代位追偿权纠纷案，湖南省常德市中级人民法院（2020）湘07民终2500号民事判决书；阳光财产保险股份有限公司玉溪中心支公司诉马明英保证保险合同纠纷案，云南省玉溪市中级人民法院（2020）云04民终1368号民事判决书；中国人民财产保险股份有限公司广州市分公司诉张祝生保证保险合同纠纷案，广东省广州市中级人民法院（2021）粤01民终500号民事判决书。



用《保险法》的规定，在《保险法》没有规定的情况下才能适用上一位阶的《合同法》或《民法典》（2021年1月1日之后签订的保证保险合同），不可能仅适用相同位阶的《担保法》。

（二）个别案件裁判出现突破，至今未被重视

案例：2015年9月22日，蔡某与甲银行签署《个人小额消费借款合同》借款120000.00元，初始借款利率为借款发放日中国人民银行同期人民币贷款基准利率上浮40%即年利率7%，逾期利率加50%计收罚息，借款期限36个月，还款方式为按月等额还本付息。同时，蔡某就该笔借款以甲银行为被保险人向乙保险公司投保签订《个人贷款保证保险保险单》，约定：“……每月费率为1.5%……投保人拖欠任何一期贷款达到80天，保险人依据保险合同约定向被保险人进行理赔。保险人理赔后，投保人需向保险人归还全部理赔款项和未付保费。从保险人理赔日开始超过30天，投保人仍未向保险人归还上述全部款项的，则视为投保人违约，投保人需以尚欠全部款项为基数，从保险人理赔日开始计算，按每日千分之一向保险人缴纳违约金……”。同日，甲银行依约向蔡某发放贷款，蔡某自此每个月需向甲银行支付5505.25元，其中本金3005.25元、利息700.00元、保费1800.00元，甲银行根据其与乙保险公司之间的保险合作协议将保险费转至乙保险公司。自2017年1月22日起蔡某未履行还款义务，乙保险公司于2017年4月12日向甲银行理赔保险金74468.50元（含借款本金、利息和罚息）。乙保险公司向蔡某催要无果诉至法院，请求判令被告：1. 支付代偿的保险金74468.50元；2. 支付违约金（以74468.50元为基数，自2017年4月12日起按照年利率24%计算至实际还清之日止）；3. 支付保险费6660.00元。

法院经审查后认为案件争议焦点有三：1. 双方之间系保证合同关系还是保险合同关系；2. 代偿的保险金、违约金是否超过法律保护范围；3. 主张的保险费是否有法律依据。法院最后认定蔡某、某保险公司双方之间系保险合同关系，保险公司代偿的保险金超过法律保护范围，其主张的保险费、违约金没有法律依据，遂依据《保险法》第60条第1款、第95条第1款第2项，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（四）》（下文称《保险法解释（四）》）第8条进行判决，仅支持了保险金中的72834.40元，否定了乙保险公司对于蔡某除借款本金之外超过年利率24%之上的利益保护，驳回了对于保险费、违约金的诉请。^①

（三）小结

可以看出，引例中的裁判结果大大不同于其他法院对此类案件的处理，颇有正本清源之感。然而，实务中尚有大量混乱的司法裁判结果，这对于履约保证保险合同的

^① 参见中国平安财产保险股份有限公司诉蔡爱祥保证保险合同纠纷案，江苏省盱眙县人民法院（2019）苏0830民初2915号民事判决书。

投保人而言，是不能接受的。当然，“同案不同判”，亦是我们不能接受的，因为我国《宪法》第32条第2款明确规定：“中华人民共和国公民在法律面前平等。”那么，保险公司主张的保险金、保险费、违约金是否应予支持？即对履约保证保险中代位求偿权的裁判应适用《保险法》还是《合同法》或者《民法典》中的“合同编”或“物权编”中担保物权的规定？如何裁判才能使双方当事人的利益得以平衡，真正保障在经济、信息方面均处于弱势的投保人的合法权益，实现实质正义，成为当前商事审判的突出问题，更是此类案件裁判尺度统一的迫切需求。

二、履约保证保险的渊源与概述

马克思·韦伯说过：“对概念的入门性讲解尽管难免会显得抽象，并因而给人以远离现实之感，但却几乎是不能省略的。”^①要探讨履约保证保险，便离不开保证保险这一环节。

（一）保证保险的历史渊源

对于保证保险本身而言，也是舶来名词，它起源于18世纪末19世纪初的美、英等商业发达的国家，是随着商业信用的发展而出现的，最早产生的保证保险是诚实信用保证保险。时至今日，“保证保险”制度在域外发展得相当完善，但是仍没有统一的概念。例如，美国忠诚与保证协会（简称SFAA）将其解释为：一种非常特殊的保险，当一方通过另一方担保其履行义务时就可以建立这种保证关系。^②1985年意大利最高法院的一项判决认为保证保险是与保险公司缔结的保证担保合同，是为了担保主合同中债务的履行。^③日本保险界则把保证保险界定为“债务人无法偿还债务导致债权人受到损害时，保险人对债权人的损害实施补偿的保险”^④。而我国台湾地区“保险法”第95条第1项则明确规定：“保证保险人于被保险人因其受雇人之不诚实行为或其债务人之不履行债务所致损失，负赔偿之责。”另外，美国SFAA把保证保险分类并分别定义，即确实保证保险和忠诚保证保险。^⑤其中，确实保证保险是指义务人（投保人）不能履行其法律或者合同义务给权利人（被保险人）造成损失时，保险人对权利人提供经济补偿的保险；忠诚保证保险是指承保雇员的不诚实和欺诈行为给雇主造成的经济损失，保险人对雇主承担保险给付责任。

保证保险在我国则属于一项较新的保险业务，迄今为止，保证保险在我国保险实

① [德] 马克思·韦伯：《社会科学方法论》，杨富斌译，华夏出版社1999年版，第34页。

② 参见王艾芬：《保证保险法律问题研究》，山东财经大学2014年硕士学位论文。

③ 参见陈佰灵：《保证保险合同研究》，对外经贸大学2005年博士学位论文。

④ 沙银华：《日本的保证保险为何经久不衰》，载《中国保险报》2010年10月13日，第5版。

⑤ 参见王艾芬：《保证保险法律问题研究》，山东财经大学2014年硕士学位论文。



务中主要包括忠诚保证保险和确实保证保险两种。而在我国理论界对保证保险亦有着不同的声音,上海交大韩长印教授认为:“保证保险合同是指由保险人为被保险人的债务履行向权利人提供担保,当被保险人违约或不忠诚而使权利人遭受经济损失时,权利人有权从保险人处获得补偿的一种保险。”^①而吉林大学徐卫东教授则认为:“保证保险表面上是一种财产保险,但从法律特征上看,保证保险实质上应是一种特殊约定保证合同。”^②

(二) 我国履约保证保险概述

在我国,“保证保险”一词第一次出现在人们的视野中是中国人民银行1997年发布的《关于“保证保险”业务的批复》一文,中国人民财产保险有限公司根据该文规定,开发了住房贷款保证保险、汽车消费贷款保证保险、小额信贷保证保险等保险产品,来转移或分散贷款银行的经营风险。随后,中国保监会于1999年在《关于保证保险合同纠纷案的复函》([1999]16号文)中提出:“保证保险是财产保险的一种,是指由作为保证人的保险人为作为被保证人的被保险人向权利人提供担保的一种形式,如果由于被保险人的作为或不作为不履行合同义务,致使权利人遭受经济损失,保险人向被保险人或受益人承担赔偿责任。”但是好景不长,由于社会诚信的缺失和国家信用体系的不健全,债务人恶意逃债频发,大部分风险都转嫁到保险公司身上,导致各大保险公司只赔不赚只能叫停该项业务。2014年8月10日,国务院的《关于加快发展现代保险服务业的若干意见》(即“国十条”)提出“加快发展小微企业保险和贷款保证保险,增强小微企业融资能力。积极发展个人消费贷款保证保险,释放居民消费潜力”,才让履约保证保险出现新的发展机遇。

1995年我国第一部《保险法》诞生,其上并无保证保险的规定,是因为那时保证保险业务在我国还没有开展。虽然2003年《最高人民法院关于审理保险案件若干问题的解释(征求意见稿)》对保证保险的定义及其法律适用作了规定,但最终定稿却删除了该部分的内容。随着保险业务和保险研究的发展,2009年《保险法》第三次修订时才有了“保证保险”的险种名称,即现行《保险法》第95条的规定:“财产保险业务,包括财产损失保险、责任保险、信用保险、保证保险等保险业务。”这给予了保证保险“保险”属性的法律地位,但没有关于“保证保险”的具体概念,只是将保证保险和信用保险并列于财产保险的险别之中。即使目前《保险法》已修订了四次且有了四个配套的司法解释,但仍未对保证保险的内涵及法律适用作出明确界定,不得不说是个极大的缺憾。

2020年5月8日,中国银保监会发布的《信用保险和保证保险业务监管办法》第

① 韩长印、韩永强:《保险法新论》,中国政法大学出版社2010年版,第279页。

② 徐卫东、陈泽桐:《保证保险合同若干法律问题研究》,载《当代法学》2006年第3期。

1条第1款将“信用保险和保证保险”定义为：“是指以履约信用风险为保险标的的保险。信用保险的信用风险主体为履约义务人，投保人、被保险人均为权利人；保证保险的投保人为履约义务人，被保险人为权利人。”这里的“保证保险”应该是本文考察论述的核心即履约保证保险。故，笔者认为履约保证保险的概念应为：以履约义务人（投保人）在不履行约定的义务致使权利人（被保险人）的债权遭受损害时，由保险人向被保险人（权利人）支付保险金，承担保险责任的一种财产保险。

三、履约保证保险纠纷裁判困境的成因剖析

我国《保险法》及配套的司法解释未对履约保证保险的内涵和法律适用进行界定，出现了裁判混乱局面。

（一）理论之争的长期存在

在保险理论界对履约保证保险一直存在着“保证说”“保险说”两种截然不同的观点，当然还有一种折衷主义的“二元说”。

1. “保证说”

“保证说”认为，保证保险的根本目的是担保债权的实现，这与保证担保相同，且二者的表现形式及其内容相似，因此保证保险的法律属性应当属于保证担保。此种观点在理论界和实务界都有表现，不少学者如梁慧星教授、徐卫东教授、樊启荣教授前期的研究观点均主张保证保险实为保证。^①其理由为：第一，合同目的符合保证的特征。投保人投保保证保险，为其所负债务向债权人提供保证，使债权能够得以实现，保证保险本质上是一种履约保证。第二，保证保险承保的风险不符合可保风险的特性。保险所承保的风险具有不确定性、可预测性以及客观性，而在保证保险承保的风险是投保人的履约行为，投保人是否履约具有主观性，因此不符合保险法的理论。第三，投保人不具有保险利益。保证保险合同约定的保险标的为投保人的履约行为，这显然与投保人的利益相悖，因此投保人对保险标的不具有法律上承认的利益。第四，保证保险中保险人可以向投保人进行追偿。保证保险往往约定了保险人可在履行保险赔付责任后对投保人进行追偿，但一般的保险人追偿权是发生在第三者对保险标的造成损害时，而恰好保证人对债务人享有追偿权是保证法律关系中的最本质的特征。

2. “保险说”

“保险说”则认为，保证保险实质为财产保险的一种，是保险公司以“保证”的

^① 参见梁慧星：《保证保险合同纠纷案件的法律适用》，载《人民法院报》2006年3月1日，第B01版；徐卫东、陈泽桐：《保证保险合同若干法律问题研究》，载《当代法学》2006年第3期；樊启荣、李娟：《保证保险性质之探讨——兼论我国保证保险之误区》，载《云南财贸学院学报》2005年第5期。



形式经营的一种新型保险业务。如韩长印教授、孙宏涛教授等均持此观点。^①其理由如下：首先，所涉主体不同，保证保险合同涉及保险人和投保人，而保证担保合同涉及债权人和保证人；其次，保险人是以盈利为目的的，保证保险是投保人需要支付保险费的双务合同，而保证担保属于只有保证人承担保证责任的单务合同；再者，保证保险具有风险分散的功能，存在风险汇集之特征，风险汇集正是保险的本质特征，而保证担保则不存在此特点；最后，保证保险合同的责任范围仅限于保险金额范围内的主债权和利息，而在保证担保合同中，对保证范围的约定不仅包括主债权和利息，还包括违约金、律师费等损害赔偿项目。因此，多数学者的观点认为，尽管保证保险与传统的财产保险有一定的差异，但仍不失为一个独立的保险险种。

3. “二元说”

“二元说”又称“混合说”“联姻说”，认为保证保险兼具有转移风险的“保险”和担保债权实现“保证”功能的双重属性，且二者是无法割裂的，虽然保险与保证性质不同，但均有其存在的价值，二者可以相辅相成，共同发挥作用，从而连结保险制度和保证制度。

依据上述不同的理论，所适用的实体法必然不同，作出的裁判结果当然各异，在某种意义上说导致履约保证保险案件“同案不同判”的根本原因就在于机械地适用某一种理论进行裁判。

（二）商事外观审判思维的桎梏

外观主义指的是在通常情况下，依据权利外观基础的存在，能推知且相信其所公示的权利的真实性与准确性。它源自日耳曼法，后经德国学者深入研究，将其理论化、体系化，现成为德国法律的精髓，且经过多年发展与传播，其法理广泛地渗透于各国现代私法体系，特别是商法。在此基础之上产生的商事外观审判思维，强调的是商事法官在司法裁判中的审判理念：尊重契约自由，维护交易安全，仅依据表面事实或合同约定进行审查，导致最高人民法院对履约保证保险案件的处理作出了不当的裁判指引。

1. 法律关系定性错误

最高人民法院在《中国工商银行郴州市苏仙区支行与中保财产保险有限公司湖南省郴州市苏仙区支公司保证保险合同纠纷一案的请示报告的复函》中认为：“保证保险是由保险人为投保人向被保险人（即债权人）提供担保的保险，当投保人不能履行与被保险人签订合同所规定的义务，给被保险人造成经济损失时，由保险人按照其对投保人的承诺向被保险人承担代为补偿的责任。因此，保证保险虽然是保险人开办的

^① 参见韩长印、韩永强：《保险法新论》，中国政法大学出版社2010年版，第281页；孙宏涛、张津豪：《保证保险代位求偿权行使对象的范围界定研究》，载《保险理论与实践》2020年第10期。

一个险种，其实质是保险人对债权人的一种担保行为。”该规定给保证保险法律关系设定的架构为：保险人是保证人，投保人是被保证人，被保险人是债权人的保证担保法律关系。

2. 法律规范适用骑墙

《最高人民法院关于审理保险案件若干问题的解释（征求意见稿）》中出现了“保证保险是为保证合同债务人的履行而订立的合同，具有担保合同的性质；保险人承担保险责任后，有权依据合同向投保人追偿，人民法院审理保证保险合同纠纷确定当事人的权利义务时，适用保险法，保险法没有规定的，适用担保法”的规定，虽然该规定最终未进入定稿，但也代表了最高人民法院的倾向性意见，即或保险合同关系或保证合同关系。这深深影响了司法实务的裁判方向，以至于审判实践中绝大多数法院还在适用《担保法》的规定进行裁判。

（三）审判实务中的现实障碍

1. 效率价值与公正价值的矛盾

履约保证保险案件审理中出现的一些较为普遍的现象：法官们都认为这类案件属于简易的商事案件，原告保险公司准备的证据材料十分完备；被告即投保人多下落不明，法院多采取公告的方式送达，即使被告应诉，其提出签订保证保险合同是为了能贷到款被迫投保的抗辩主张，往往也会被法官以无证据证明而不予认定。审判法官往往因追求结案率，采取简单粗暴的方式进行当然裁判，置实质正义于不顾，因未审查保险公司主张的权益是否超过法定限制，而忽视了对投保人合法权益是否受到实质损害的考量。

2. 审级低下与审判指导的断层

履约保证保险案件的标的额多在几千元至一二百万元之间，受理法院在审级上多为基层人民法院、中级人民法院，很少能到高级人民法院，更勿论最高人民法院。因为，作为被告的投保人往往经济条件较差，且不具备保险法律知识，其抗辩、应诉能力与作为原告的保险公司相比存在天壤之别，即使他们认为裁判不公，亦无法诉至最高人民法院，导致以指导各级人民法院审判业务为重任的最高人民法院一直未发现或重新审视此类案件的错判困境。

理论上的争议、商事外观主义审判思维的桎梏、审判实务中的各种障碍等原因，使得履约保证保险纠纷的审理出现“同案不同判”的乱象，实属情理之中。

四、履约保证保险纠纷解困纠错的理论基础

通过对前述裁判困境的剖析可知，对此类案件的审查裁判如只固守于保险合同条



款的表面形式审查,将难以维护投保人的合法权益,更无法保障司法公正。我们可从新近提出的“穿透式”审判思维中得到一定的启发,即透过现象看本质,揭开履约保证保险纠纷中的层层“面纱”,正确适用法律,为其正确裁判、统一尺度提供切实可行的路径指导。

(一)“穿透式”审判思维的产生

“穿透式”审判思维缘起于金融监管中的“穿透式”监管。2016年10月,国务院颁布《互联网金融风险专项治理工作实施方案》,第一次正式提出“穿透式”监管的概念。它是指按照“实质重于形式”的原则,透过金融产品的表面形态看清业务实质,打破“身份”标签,从业务本质入手,将资金来源、中间环节与最终投向连接起来,从而根据业务功能和法律属性明确监管规则。^①该概念提出后迅速得到理论界与实务界的响应,其适用范围逐渐延伸到金融审判领域,乃至民商事审判领域。最高人民法院在2017年8月发布的《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》明确提出了对金融法律关系进行穿透式审查要求。2019年7月,最高人民法院刘贵祥专委在第九次全国民商事审判工作会议上明确提出,要注意民商事审判中裁判尺度的统一,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和效力。^②

“穿透式”审判思维作为一个新兴概念,目前尚无专家学者予以权威定义。结合审判思维的定义,本文认为,“穿透式”审判思维是法官运用穿透方式突破案件的外在表现,探究案件实质法律关系,平衡各方利益,进行公正裁判的思维方式。不难看出,“穿透式”审判在一定程度上否定商事外观主义下的意思表示和权利义务内容,法官通过“穿透式”审判,揭开合同的面纱,突破当事人约定的表面法律关系,探求当事人的真实目的,认定真实的法律关系及其效力。该种法律评价虽然否定了当事人约定的表面意思表示,但其审判理念却遵循实质正义精神,更注重保护社会大众的公共利益,避免了形式主义司法的弊端。

(二)“穿透式”审判思维的法理基础

1. 立法方面

其实,我国的一些法律、法规对“穿透式”审判思维已有所体现,《最高人民法院关于审理民间借贷适用法律若干问题的规定》第15条规定:“原告以借据、收据、欠条等债权凭证为依据提起民间借贷诉讼,被告依据基础法律关系提出抗辩或者反诉,并提供证据证明债权纠纷非民间借贷行为引起的,人民法院应当依据查明的案件事实,

^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 参见最高人民法院民事审判第二庭:《〈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。

按照基础法律关系审理。”此外，还有第 19 条关于虚假诉讼的规定，均要求法官依照真正法律关系进行审理和裁判。《民法典》亦有相应的彰显，如第 151 条规定，一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律关系成立时显失公平的，受损方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。

2. 司法方面

当然，在某些案件的审理中，已经运用了“穿透式”审判思维，例如（2016）吉民初 6 号案件，该判决中法院认为，涉案《项目收益权转让及回购协议》中，信托公司以收购项目收益权方式向某煤化工公司提供资金，该公司又以回购方式支付固定报酬，双方目的系为进行有偿融资，故该法律关系符合《合同法》规定的借款合同法律关系。^①还有极为经典的（2017）最高法民再 210 号厦门元华资产管理有限公司与林瑛民间借贷纠纷案，最高人民法院判决认为林翠妍构成越权代表，林瑛未尽基本审核义务，未审查股东会决议，穿透认定林瑛并非善意第三人，担保合同无效，判决厦门元华资产管理有限公司不承担责任。^②

（三）“穿透式”审判思维的价值取向

不同的审判思维其背后的法律逻辑及所追求的价值取向是不同的。“穿透式”审判思维是法官在审理案件时拨开层层法律关系，分析透彻法学道理，能够较好地把全部案件事实展示出来，在事实的基础上依照“三段论”依法裁判，不仅符合法律精神，而且能够令当事人服判息诉。故本文认为，“穿透式”审判思维的价值取向为维护实质正义，具体体现在两个方面：

1. 由维护效率价值到维护正义价值的转变

通常而言，法律价值体系中的核心价值为自由、正义和秩序，效率并非核心价值，因此当效率与正义发生冲突时，根据核心价值优先保护原则，应当维护公正价值，即维护实质正义。“穿透式”审判思维不固执于商事审判的效率价值追求，而在于维护实质正义，追求的是法律的公正价值，其与我国当下司法审判中追求的“努力让人民群众在每一个司法案件中都能够感受到公平正义”主旋律一致。

2. 由尊重契约自由到维护公共秩序的转变

契约自由作为近代司法三大原则之一，亦是民商法领域理论的核心。梁慧星教授认为古典契约法理论为形式主义，即法官裁判契约案件必须按照合同约定的条款进行，至于当事人之间的利害关系，订立契约时是否一方利用自己的优势地位或对方的急需或缺乏经验，或履行契约时的社会经济条件已经发生了根本性变更等均不应考虑在

^① 参见吉林省信托有限公司诉山西世达煤化工集团有限公司、蒲县宏源煤业集团有限公司金融借款合同、保证合同纠纷案，吉林省高级人民法院（2016）吉民初 6 号民事判决书。

^② 参见林瑛诉厦门元华资产管理有限公司、林昌华、福建泛华矿业股份有限公司、厦门元华发展股份有限公司、林翠妍民间借贷纠纷案，最高人民法院（2017）最高法民再 210 号民事判决书。



内。^①但随着现代经济从个人本位到团体本位、社会本位的转变，现代经济社会中契约绝对自由应当受到限制，加之交易当事人之间因地位、信息等因素的不对等，形式主义理念至上的意思自治也应受到一定程度的限制。

五、履约保证保险纠纷在“穿透式”审判思维下的矫正路径

“穿透式”审判思维要求法官不能将“不告不理”奉为圭臬，仅拘泥于契约本身进行裁判，在可能涉及社会公共利益、经济秩序时，要积极发挥司法的主观能动性。我们应将“穿透式”审判思维全面、系统地运用到履约保证保险纠纷的审理与裁判中，其矫正路径具体如下：

（一）“穿透”法律事实，正确认定法律事实

再次审视本文引例，会发现除了蔡某与乙保险公司之间的履约保证保险合同之外，还存在着甲银行与乙保险公司之间的保险合作协议、甲银行与蔡某之间的金融借款合同，出现多重主体、多重法律关系的结合（见图1）。

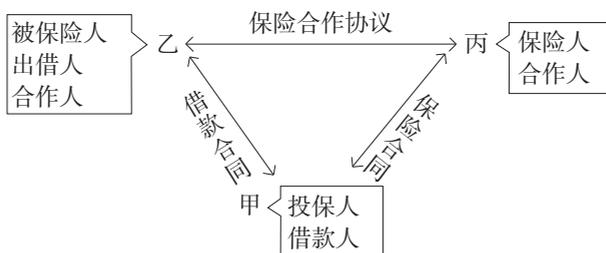


图1 履约保证保险中多重契约并存

根据引例中借款合同、保证保险合同的约定，可计算出蔡某每月支付的保险费远远超过借款本金的24%，已高达59.5%，如其违约会出现高额的违约金，他势必遭受更大损失。这种金融借款合同、保证保险合同及保险合作协议的共存，使原本资金匮乏、信息不足的投保人不仅要偿还银行的借款本息，还要向保险人支付价格不菲的保险费，这无异于“将具有特殊财产能力和特殊生存环境需要的商人与普通自然人和非商人组织享有同等权利并承担同等义务，是以表面的公平造成了实际上的不公平”^②。若此类保险业务大量发生，有可能造成对金融秩序的破坏，如2008年美国次贷危机，便源于一系列次级贷款利息上涨，购房者因无力偿还贷款引发集体违约，最后导致全

^① 参见梁慧星：《从近代民法到现代民法》，载《中外法学》1997年第2期。

^② 范健：《商事审判独立性研究》，载于《南京师范大学学报（社会科学版）》2013年第3期。

社会的动荡不稳。

穿透案件事实，在多重合同并存下，不能孤立地审查履约保证保险合同本身，还应从投保人的角度出发，查清其同时签有哪些契约、背负的债务有哪些，判断其是否存在真正的不公平的法律事实，如有则应给予公平保护。

（二）“穿透”法律关系，准确辨析法律关系

不同的法律关系赋予各方当事人不同的权利义务，亦对各方当事人产生不同的法律效果，因此如何准确判断一个案件属于何种法律关系是法官进行案件审理的关键所在。基于上文对履约保证保险的法律性质存在“保证说”“保险说”和“二元说”的争议，笔者赞成大多数学者的观点，即认为履约保证保险在法律关系上应当属于“保险”合同关系，因其具备保险的本质特征。

1. 存在合法的保险利益

保险利益是指投保人或者被保险人对保险标的具有法律上承认的利益。在履约保证保险中，投保人对基础合同约定义务的履行所带给被保险人的利益影响，即为被保险人的保险利益，即被保险人对保险标的具有可保利益，该风险具有可保性。

2. 符合损失补偿原则

若投保人未实际履行基础合同约定的义务，致使被保险人的债权受到损害，即发生保险事故，被保险人便可获得保险人支付的保险金，保险人因此也取得被保险人对于投保人的追偿权，这有效地防止了被保险人因投保人的行为而获得额外利益，实现了损害补偿原则，此系财产保险的本质特征。

3. 符合大数法则的精算原理

履约保证保险系由一群共同遭受同类危险威胁之人所组成之共同体，而于危险事故发生时将其损失分散于该团体其他成员，自然需要建立一笔基金，而该基金之形成需要各团体成员共同分摊，该分摊额为大数法则下精算之数额，在性质上为保险费而不是手续费或服务费。^①

4. 具备保险事故的“三性”

履约保证保险中，保险事故为投保人对基础合同中约定的债务的不履行，这是否发生对于被保险人和保险人而言就是客观的、不确定的、具有偶然性的风险，同时也是将来可能发生的对基础合同中债务的不履行，即具有客观性、偶然性和未来性。

相反，“保证说”和“二元说”均存在着明显的误区。在“保证说”中，其一，保证保险虽具有担保债权实现的功能，但应当认识到保证保险的主要功能是转移和分散风险，与保证担保将担保债权的实现作为主要功能的侧重点是不一样的；其二，保证保险中保险事故的发生具有偶然性、不确定性，因为判断保险事故的发生是否具有

^① 参见李利、许崇苗：《对保证保险合同性质及相关法律问题的再探讨》，载《保险研究》2020年第11期。



偶然性、不确定性的主体标准是被保险人、保险人，而不是投保人。“二元说”的错误更加明显，因为作为一种合同制度，应当统一选择某一法律，而《保险法》与《担保法》在法的效力位阶上处于同一层级，一项制度同时适用同一位阶上的法律不仅在法理上站不住脚，而且必然导致审判实务中出现司法裁判的混乱局面。

（三）“穿透”法律适用，明确体现立法本意

穿透法律适用，要求法官在适用法律时，应当结合案件的法律事实和法律关系，不仅要结合法律条文的立法本意解释法律，而且还要在同一领域、同一部法律中寻找最合适的法律规范。承上，履约保证保险的法律属性为保险法律关系，其法律适用显然应当适用《保险法》及相应的司法解释、保险法理的规定进行裁判，具体如下：

1. 支持代位求偿已支付的保险金

保险代位求偿权作为保险法中古老而又具特色的一项制度，是财产保险中保险人依法享有的权利，是指保险人代位行使被保险人对向其保险标的造成损害负有赔偿责任的第三者要求赔偿的权利。

在我国，相关规范不仅有《保险法》第60条第1款明确规定：“因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。”还有《保险法解释（四）》第8条规定：“投保人和被保险人为不同主体，因投保人对保险标的的损害而造成保险事故，保险人依法主张代位行使被保险人对投保人请求赔偿的权利的，人民法院应予以支持，但法律另有规定或者保险合同另有约定的除外。”根据上述法律条文和司法解释条文可知投保人在保险人向被保险人赔偿保险金后，负有向保险人偿还保险金的义务，即在履约保证保险中对保险人主张的保险金原则上应予以全额支持。

2. 审查保险费的合法性、合理性

保险费是投保人向保险人支付用以交换保险人在保险期间承担保险合同所规定的风险的对价，这也是在一个有法律约束力的保险合同中要求合同双方提供的“对价”。在一般合同法中，合同一方不履行对价，另一方可以诉请要求履行，甚至要求赔偿损失。但是，在保险合同法中，寿险的保费是不允许通过诉讼的方式索要，财产险的保费是可以依法诉请的。我国《保险法》第14条规定：“保险合同成立后，投保人按照约定交付保险费，保险人按照约定的时间开始承担保险责任。”根据保险法原理，保费的费率应根据大数法则进行精算而得。

上文引例中约定“每月保险费率为1.5%”即投1800.00元，如正常履行完毕，投保人需支付保险费64800.00元，超过了其借款本金120000.00元的50%，大大高于其他财产保险的费率，如此超高的保险费是如何厘定的？且当月保险费数额将近等于利息700.00元的3倍，对于弱势方的投保人而言，其本身承担着金融借款的正常利息负

担,还要加上如此高额的保险费,细思极恐!所以,在审理保险人针对保险费的诉请时,应从以下三个方面进行审查:首先,我们应要求保险公司提供出合理、合法的精算依据,否则其主张不应得到支持,还要审查保险条款是否在中国银保监会进行备案,因为它负有对保险费的厘定进行监管的职责,当然,即使保险条款已备案,亦不代表该条款一定具有合法性。其次,从投保人的角度出发,投保人从银行借出款项后,每个月不仅要向银行偿还普通金融借款案件相同的借款本金和利息,还要同时向保险公司支付保险费,如借款利息和保险费的总额高出《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》中利息保护的最高限,亦不应支持。再者,从保险费自身而言,保险公司的该类保证保险业务的进行并没有使其增加毛保费的数额,履约保证保险业务的销售与保险费的收取均由发放贷款的银行代理,与一般财产保险产品的销售相比大大减少经营成本。

3. 否定违约金条款的法律效力

一般情况下,保险合同中无违约金条款,但履约保证保险合同却有该方面的约定。如引例中,投保人在保险理赔后应在一定期限内向保险人偿还全部理赔款及应付未付的保险费,否则构成违约,且以前述理赔款和保险费之和为基数按照日1‰支付违约金。审视之,表面上保险人给予投保人偿还保险金延展期限,实则大大超过代位求偿的法定范围,这显然加重了投保人责任。因为保险人向被保险人支付保险金本身是在收取保险费后对发生保险事故应依约承担的合同义务,而且对支付的该部分保险金可依据《保险法解释(四)》第8条的规定向投保人追偿,故应根据《保险法》第19条^①的规定认定该条款无效,即不支持保险公司对违约金的诉请。

另外,对于违约金条款中的具体约定,计算比例为日1‰,即年利率36%,该比例远远超过《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》中利息保护的最高限年利率24%,对于投保人而言,意味着什么?保险公司在提起诉讼时自身主动将该计算比例变更为年利率24%或更低,即保险公司已知该违约金条款极为苛刻。而保险合同作为典型的定型化合同,保险公司是合同条款的拟定方,作为相对方的投保人只能选择全面接受合同条款或拒绝订立合同,即其对违约金计算比例无法讨价还价。更何况,投保人是因资金紧张且没有足够的贷款资格才向保险公司投保,履约保证保险合同中的违约金条款无疑将其推进更加难堪的境地,这产生的后果与财产保险的本质特征损失补偿原则是背道而驰的,故笔者认为违约金条款不应出现在保证保险条款中。退一步讲,即使存在,亦应被认定为无效条款。

^①《保险法》第19条规定:“采用保险人提供的格式条款订立的保险合同中的下列条款无效:(一)免除保险人依法应承担的义务或者加重投保人责任的……”



结 语

诚然，履约保证保险在立法上已由“保证”蜕变为“保险”，但审判实务中基层法院追求审判效率而进行简单粗暴式的裁判，与最高人民法院未予检视，导致错误的裁判乱象依旧存在，主流裁判观点从实质上大大损害了无数投保人的合法权益。作为商事审判法官不能拘泥于商事审判的外观主义，而应运用“穿透式”审判思维处理此类案件，这不仅能让投保人感受到公平正义，亦可维护保险金融秩序稳定发展。“穿透式”审判思维在金融审判中着眼于处理个体与整体之间的关系时，其不仅仅促进单个金融活动的合规，更能发挥司法职能保障金融安全和社会稳定的巨大作用。当然，金融审判也是一种特殊的金融监管方式，中国银保监会也应对所有已备案的履约保证保险条款进行实质审查，特别是保险费率的厘定，剔除违约金条款，使保证保险产品更专业化、合法化，勿让制定的《信用保险和保证保险业务监管办法》与其监管的保险产品（条款）产生矛盾，使保险消费者（投保人）真正感受到这类保险产品的益处。

（责任编辑：刘文文）

行政行为效力瑕疵的识别与处理

陈伟*

内容摘要：行政行为种类违法，以及实施主体、相对人或客体不适格的行政行为，因为在法律上没有实施的可能性，属于无效行政行为。成立时有完全效力的行政行为，在法律效果持续期间或执行前，可能因情势变更转变为可废止的行政行为。行政行为效力瑕疵具有相对性，在规定范围和期限内，可以通过法定途径治愈，并存在四种撤销阻却事由。通过正当途径取得行政授益的相对人是善意的，在行政授益行为无效、被撤销或被废止的情况下，有权请求国家对行政信赖利益损失进行补偿或赔偿，范围包括投入损失和机会成本损失，善意相对人未依法履行参与义务的，应适当减轻国家的责任。在有成文法和行政惯例依据的情况下，行政主体的沉默或不作为可以成立行政授益行为。

关键词：行政行为效力瑕疵；行政行为无效；行政行为可废止；行政信赖利益；善意相对人

我国行政诉讼统筹推进“解决行政争议，保护公民、法人和其他组织的合法权益，监督行政机关依法行使职权”三项基本任务工作，只能以行政行为效力瑕疵审查为中心，即在合法性审查的基础上，准确识别效力瑕疵的具体形态并作出处理。行政行为效力瑕疵是指行政行为虽然成立，但因为存在较为严重的违法情形，导致不能发生完全法律效力的情形。行政行为效力瑕疵分为无效、可撤销与可废止三种形态，前两种属于自始效力瑕疵，也就是成立时就存在的效力瑕疵；后一种属于嗣后效力瑕疵，也就是成立后才出现的效力瑕疵。行政行为效力瑕疵具有相对性，适用效力瑕疵治愈制度和撤销阻却制度。行政负担行为无效、被撤销或被废止的，涉及损害的行政赔偿问题；行政授益行为无效、被撤销或被废止的，还涉及行政信赖利益损失救济的问题。当前，我国已经建立起了完善的可撤销制度和行政负担行为损害赔偿制度，行政行为效力瑕

* 陈伟，山东省济南市中级人民法院行政庭四级高级法官，法学博士。



疵识别与处理面临的主要难题是无效情形不明确，可废止范围和情形不统一，效力瑕疵治愈的范围、途径和期限不明确，撤销阻却事由不完整，行政信赖利益损失救济核心范畴模糊。

一、行政行为无效的原因及情形

行政行为无效是指行政行为成立后，不能发生任何法律效力的情形，是最严重的效力瑕疵形态。《行政诉讼法》第75条首次创设了行政行为无效的规定，行政行为有实施主体不具有主体资格或者没有依据等重大且明显违法情形的无效，而“重大且明显违法情形”是个高度不确定的概念，准确界定行政行为无效情形，是行政行为效力瑕疵识别面临的首要难题。

“人无信不立，国无信则衰。”与民事行为仅涉及个体诚信不同，行政行为涉及国家公信力。在行政法上，国家公信力集中表现在行政行为的有效推定上，行政行为一经作出，凡有在法律上得到实施，也就是有产生预期的法律效果的可能性的，即使不符合法律规定，也被推定为有效，并赋予公定力。极少数行政行为因为没有在法律上得到实施的可能性，所以无法被推定有效，只能作无效行政行为处理。

行政行为是否有产生预期的法律效果的可能性，在抽象层面上取决于其种类是否合法，种类违法的行政行为在法律上没有存在的余地，没有发生预期法律效果的资格或可能性；在具体层面上取决于实施主体、相对人或客体是否适格，法律效果由实施主体、相对人和客体实际承载，有一项不适格的，意味着预期法律效果没有实际落地发生的可能性。由此，行政行为无效的情形，包括行政行为种类违法、实施主体不适格、相对人不适格、客体不适格等四种情形。《行政诉讼法》第75条规定中的“重大且明显违法情形”，实际就是指这四种情形。

（一）关于行政行为种类违法

行政行为实施有限的种类法定原则，以行政处罚、行政强制为代表的部分行政行为，其种类只能由法律和行政法规明确规定，在实施种类法定原则的情况下，如果从内容上看，特定行政行为归属于在法律、行政法规规定之外的新类型的，就属于种类违法。比如，《行政处罚法》第9条规定：“行政处罚的种类：（一）警告、通报批评；（二）罚款、没收违法所得、没收非法财物；（三）暂扣许可证件、降低资质等级、吊销许可证件；（四）限制开展生产经营活动、责令停产停业、责令关闭、限制从业；（五）行政拘留；（六）法律、行政法规规定的其他行政处罚。”如果从内容上看，特定行政处罚行为归属于在法律、行政法规规定之外的新的行政处罚种类的，就属于行政处罚种类违法。类型违法的行政行为在法律上没有存在的空间。

（二）关于实施主体不适格

实施主体适格是指行政行为实施主体有以自己名义实施行政行为，承担相应法律后果的资格（或曰法律地位、可能性），有资格的实施主体内部进一步的具体分工，属于管辖权划分的问题。实施权属于《立法法》第8条第2项中规定的“各级政府的组织和职权”事项，适用法律保留原则，只能由法律、行政法规作出规定，这是它与管辖权的不同，管辖权可以由法律、法规和规章作出规定。实施主体资格的法律功能类似于民事权利能力，后者分为抽象意义和具体意义上的权利能力。前者是“享受权利，成为民事主体的资格”，等同于法律人格；后者是指“享受某一特定权利”的资格。^①行政行为实施主体资格同样也有抽象和具体意义上的区别。抽象意义上的实施主体资格也就是通常说的行政主体资格；具体意义上的是实施特定行政行为的资格，比如《治安管理处罚法》规定，限制人身自由的行政处罚，只能由公安机关和法律规定的其他机关实施。实施主体没有行政主体资格，意味着其没有实施任何行政行为，承受行政行为法律后果的可能性；没有特定行政行为实施主体资格，意味着其没有实施特定行政行为，并承受其法律后果的可能性，总之都将导致行政行为没有在法律上得到实施的可能。

（三）关于相对人不适格

相对人资格是指相对人能够承受行政行为法律后果，也即承接行政行为设定的权利及义务及法律责任的资格。行政行为涉及责任追究的，相对人是否适格取决于其责任能力。比如，《行政处罚法》规定，不满十四周岁的未成年人有违法行为的，不予行政处罚，说明不满十四周岁为未成年人没有行政处罚责任能力，对其作出的行政处罚无效。行政行为涉及权利和义务的增减的，相对人是否适格取决于权利能力，一般不需要考虑其行为能力，只有在根据事物性质或法律、行政法规的明确规定，权利义务内容不能实施代理，必须由相对人本人亲自实施的情况下，才考虑行为能力的限制。相对而言，民事行为效力不涉及国家公信力问题，根据《民法典》的规定，行为人没有行为能力的民事行为一律无效，超出行为能力实施的行为效力待定。效力待定不符合国家公信力原则，行政行为不存在效力待定的情形。另外，在必须由相对人本人亲自实施的情况下，相对人没有行为能力或超出行为能力，代理人行使权利或履行义务的行为，不影响其承担权利或义务的法律资格，视为相对人本人的行为，行政行为在法律上仍然有实施的可能性，推定有效符合国家公信力原则。

（四）关于客体不适格

在法律上，客体资格是指能够承受法律关系或法律行为，作为法律关系和法律行为为客体的资格。比如，枪支、毒品等作为禁止流通的商品，就不能成为民事交易行为或买卖法律关系的客体。同样，行政行为也实施有限的客体资格法定原则，即法律、

^① 参见尹田：《论法人的权利能力》，载《法制与社会发展》2003年第1期。



行政法规对特定行政行为的客体作出明确规定。比如,《行政许可法》规定,只有法律、行政法规规定的事项,才能设定行政许可;《城乡规划法》规定,未确定规划条件的地块,国有土地使用权不得出让。客体不适格意味着行政行为效果没有在特定客体上实现的可能性,不能作有效推定。

作为一种新型的行政行为,行政协议虽然具有协议性等民事行为的一些特征,但它是为了实现行政管理或者公共服务目标而订立的,因而具有公信力。^①涉及国家公信力的问题,也应当适用行政行为无效情形。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下简称《行政协议规定》)第12条第1款也规定,行政协议具有《行政诉讼法》第75条规定的“重大且明显违法情形”的,应当确认行政协议无效,第2款虽然规定,可以适用民事法律规范确认行政协议无效,但从法的统一性的要求来看,在该条第1款中使用了“应当”的情况下,第2款使用“可以”适用民事法律规范,明显是为了与“应当”区分开,目的是强调民事法律规范只可以参照适用,认定行政协议无效应当根据行政法律规范,其无效情形包括行政协议种类违法、实施主体不适格、相对人不适格、客体不适格等四种情形。

二、行政行为可废止的范围和情形

以成立时为判断的基准时,行政行为具有“重大且明显违法情形”的无效,具有《行政诉讼法》第70规定的六种情形之一的,为可撤销行政行为,其他行政行为都可以发生完全的效力,但这种完全的效力并不是绝对的,嗣后有可能转化为可废止的行政行为,进而被解除(有的也称为撤回)或变更。《行政许可法》第8条第2款规定,“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止,或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的,为了公共利益的需要,行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可”,这是立法上首次规定可废止的行政行为。行政行为可废止制度具有重要价值,但目前还处于碎片化的状态,需要对其范围、情形作出统一规定。

(一) 行政行为可废止的范围

从法律效果实现的角度看,有的行政行为一经作成,即能直接达到使法律关系产生、变更或消灭的法律效果,不涉及执行的问题,有的(如拘留、罚款决定)则涉及执行问题。不涉及执行的行政行为,分为产生一次性效果与持续效果的问题,后者如发给营业执照、驾驶照、给予月退休金等。作成即直接发生一次性效果的行政行为,因为其法律效果在作成时就已经完全实现,不可能发生嗣后可废止的问题。只有“有

^① 2022年4月20日,最高人民法院发布第二批共十个行政协议诉讼典型案例,并在其中的“赵某某诉山东省济南市历城区人民政府不履行拆迁安置补偿协议案”中,明确提出了行政行为有公信力的观点。

持续效果的所谓持续性行政处分与尚未执行的行政处分（行为）^①，在效果持续期间或执行前，才涉及可废止的问题，其他行为的法律效果已经实现，基于法安定性的考虑，不适用可废止制度。换言之，行政行为可废止的范围，仅限于在效果持续期间的持续性行政行为，以及尚未执行的行政行为。

（二）行政行为可废止的情形

“法的第一大任务是维护法的安定性。”^②只有在出现情势变更的情况下，才允许将成立时经判断具有完全效力的行政行为，转变为可废止的行政行为。情势变更是指作出时所依据的法律或客观情况的重大变化，导致法律行为的基础动摇或丧失的情形。^③行政行为情势变更包括三种具体情形，也是行政行为可废止制度适用的情形。

1. 作出的法律依据被废止。在这种情形下，行政行为继续存在的意义已经丧失，应当作为可废止处理。全国人大常委会2019年决定废止《关于严禁卖淫嫖娼的决定》第4条第2款、第4款以及据此实行的收容教育制度，同时明确“收容教育制度废止后，对正在被依法执行收容教育的人员，解除收容教育，剩余期限不再执行”。这实际就是在法律依据废止的情况下，以解除的方式，废止作出时有有效的收容教育决定，且废止仅向后发生效力，没有溯及力。

2. 嗣后严重损害国家和社会公共利益。行政行为本应当撤销，但撤销行政行为严重损害国家和社会公共利益的，不得撤销；同样，行政行为本来具有完全效力，但因为法律和客观情况的变化，导致严重损害国家和社会公共利益的，也不得再维持其效力，应当作为可废止行政行为对待。比如，《行政协议规定》第16条规定，在履行行政协议过程中，可能出现严重损害国家利益、社会公共利益的情形，被告有权作出变更、解除协议的行政行为。此外，《行政许可法》第8条第2款规定的“为了公共利益的需要”，其实也是避免给国家利益和社会公共利益造成严重损害。

3. 嗣后对相对人显失公平。行政行为不得显失公平，这是法的人民性和正义性的底线要求。作出时符合公平要求的行政行为，嗣后因为法律和事实的重大变化而对相对人显失公平的，应当作对相对人有利的废止或变更。行政协议在履行过程中，因法律或事实变化，导致相对人目的不能实现，或者虽然能够实现但显著增加成本的，相对人有权要求被告予以额外的补偿。此外，二胎政策刚放开时，严格按照之前法律作出的征收二胎抚养的决定，如果尚未执行，就因为对相对人明显不公平而转变为可废止的行政行为，不得申请强制执行。

① 翁岳生主编：《行政法》，中国法制出版社2009年版，第663页。

② [德]拉德布鲁赫：《法哲学》，王朴译，法律出版社2005年版，第85页。

③ 参见李永军：《民法总论》，法律出版社2006年版，第627页。



三、行政行为效力瑕疵治愈的范围、途径与时限

效力瑕疵治愈是指法律行为的效力瑕疵，因后来的情势变化而实质上已经得到纠正的情况下，法律上视其效力瑕疵自始不存在，并按照具有完全效力的行为对待。行政行为效力瑕疵治愈是维护法的安定性的重要制度，目前处于碎片化的状态，亟待形成关于治愈范围、途径和时限的统一规定。

（一）无效治愈的范围、途径与时限

行政行为无效是自始无效。基于法的安定性的考虑，除法律、行政法规明确规定的情形之外，行政行为无效不允许治愈，且治愈只能发生在法庭一审辩论结束前。目前，法律、行政法规规定的例外情形有两种：一是已经实际履行的无效婚姻登记。根据《婚姻法》相关司法解释的规定，达不到法定婚龄、患有不能结婚的疾病等登记结婚的，婚姻关系和婚姻登记无效，但已经实际履行的，且无效原因在法庭一审辩论终结前，应当确认婚姻关系和婚姻登记有效。家庭是社会的细胞，婚姻关系又涉及道德伦常，允许治愈是为了维护伦理关系和国家的稳定性。二是已经实际履行的无效行政协议。根据《行政协议规定》，“行政协议无效的原因在一审法庭辩论终结前消除的，人民法院可以确认行政协议无效”。行政协议代表了相对人对政府的充分信任与主动配合，是相对人参与国家治理的载体，为了减轻政府与相对人的对抗，鼓励社会公众积极参与社会治理，构建政府和相对人的互信与合作关系允许治愈。

在无效治愈途径上，如前所述，行政行为无效是因为存在类型违法、客体、实施主体或相对人不适格的情形。出现上述情形，有可能是法律规定原因，也有可能是相对人自身原因。据此，无效治愈途径既可以是法律追溯有效，也就是行政行为根据作出时的法律规定无效，但根据裁判时新的法律规定有效；也可以是相对人自身因素变化，比如达到法定婚龄或禁止结婚的疾病已经被治愈的。

（二）可撤销治愈的范围、途径与时限

可撤销的行政行为具有公定力，在被有权机关撤销或变更前，一直被推定为合法有效，并要求全社会予以尊重。基于此，为了维护法的安定性，并根据公平原则的要求，在不损害相对人合法权益的前提下，可撤销行政行为在一审庭审辩论结束前，都能够得到治愈。根据“从旧兼有利的法律适用原则”“卷宗证据规则”“行政复议一体性原则”以及法律行为竞合制度，并且参考实践中的成功经验，可以确定以下四种行政行为可撤销的治愈途径：

1. 立法追溯合法

法不溯及既往是一般原则，但在对相对人有利的情况下，也可以溯及既

往。^①立法追溯合法是法的溯及力在行政行为效力瑕疵领域的特殊表现，它是指行政行为不符合当时的法律规定，但符合新的法律规定，且新的法律规定对相对人更有利的，应当视为其作出时的违法性已经被新法治愈，不再作为违法对待，也就无需再撤销。

依据《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》第10条的规定，准予行政许可决定违反当时的法律规范，本应当撤销，但又符合新的法律规范的，即视为其可撤销瑕疵已经得到治愈，只需确认违法，但不再撤销。这是司法解释上首次，也是唯一一次规定立法追溯合法制度。除此之外，实务中还适用立法追溯合法原理，对可撤销的工商登记进行治愈。具体做法是，作出时不符合当时法律规定的工商登记行为，本应当依法撤销，如果事后因为“放管服”改革导致登记限制放宽，从而符合审理时新的登记规范的，即视为可撤销瑕疵已经治愈，法院也不再判决撤销。

除了可撤销的行政授益行为之外，可撤销的行政负担行为也可以经过立法追溯而治愈。比如，按照当时的法律规定，行政处罚明显过轻，属于可撤销的，但根据新的法律规定，行政处罚幅度又是适当的，也应当视为其违法性已经被新法治愈，导致可撤销瑕疵已经得到消除和治愈，这种情况下也不能再撤销。

2. 程序违法补正

违法补正是指在没有新的法律规定的情况下，通过对行政行为的违法性进行补正，使得行政行为作出时所具有的违法情形在事后得到消除，进而作为合法行为对待，不再作为可撤销行政行为对待的制度。违法补正虽然有利于维护法的安定性，但是也存在鼓励行政机关事前不严格执法，事后为逃避责任继续执法的伦理风险，为此应当受到严格限制。

根据行政诉讼法的规定，行政机关应当提交作出行政行为的证据和所依据的法律，事后再收集的证据和法律不能作为认定合法性的依据，这是行政案卷规则的要求。按照与行政案卷规则相一致的要求，行政行为违法补正制度，仅限于对程序违法进行补正，原则上不得对证据和法律适用违法进行补正。

关于程序违法的补正，当前实践中主要涉及两种情形：第一种情况是，依申请的行政行为中，相对人并未真实提出申请，但事后又作出追认的，视为提出了申请，根据《关于审理公司登记行政案件若干问题的座谈会纪要》的规定，原告以申请工商登记时本人的签名或签章不真实要求撤销工商登记的，因为作出的工商登记不是原告真实的意识表示，依法应当撤销，但有证据证明原告此前已明知该情况却未提出异议，并在此基础上从事过相关管理和经营活动的，视为其已经对登记申请的效力作出了追认，视为其本人提出了申请，所以应当判决驳回原告诉讼请求。

关于程序违法补正的第二种常见情况是，在征求意见的程序中，作出决定前未实

^① 参见孙晓虹：《法的溯及力研究》，中国法制出版社2008年版，第6页。



际征求意见,但事后听取了意见,或者相对人事后表示同意的,视为没有征求意见的程序违法已经得到补正。比如,《国有土地上房屋征收与补偿条例》规定,在作出征收决定之前,应当就征收补偿方案公开征求公众意见,期限不得少于30日;因旧城区改建需要征收房屋,多数被征收人认为方案不符合规定的,还应当组织由被征收人和公众代表参加的听证会。违反上述规定属于程序严重违法,依法应当撤销征收决定,但司法实践中,如果事后大多数被征收人已经签约的,说明已经对征收部门代替作出的同意的意思表示予以追认,法院也不再确认未履行征求意见程序违法,并不再撤销征收决定。

3. 复议机关维持补正

根据行政卷宗规则,原则上禁止对证据和法律适用上的违法问题进行补正,但复议机关作维持的复议决定的除外。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第135条第3款规定:“复议机关作共同被告的案件,复议机关在复议程序中依法收集和补充的证据,可以作为人民法院认定复议决定和原行政行为违法的依据。”这是“行政复议一体性”的体现,“作出原行政行为的行政程序与复议决定程序是捆绑一体的,行政复议机关只要没有改变原行政行为的处理结果,举凡改变事实、改变证据、改变所适用规范依据,均属于对原行政行为的治愈、补正和维持”^①。

4. 违法行政行为转化

法律行为竞合是法律竞合的重要形态。“法律行为的多重性,比如,行为人的一个行为,在民法上是侵权行为,而在刑法上构成犯罪,即构成法律行为竞合。在法律上,一个行为可以同时满足多个法律行为的构成要件,具有多重法律属性,比如,相对人同一个违法行为,可能同时构成行政违法行为和刑事犯罪行为。”^②行政行为也存在竞合的问题,行政机关一个行政行为也可能具有多重性,行政行为转换就是根据行政性行为竞合的原理,将一个违法的行政行为,转化为一个合法的行政行为,目的是让违法行政处分所包含的合法部分继续有效。目前在司法实践中,主要涉及两种情况:

一是行政处罚转化为行政自我纠错。曾有主管机关因某研究院(事业单位)未实际出资,以欺骗手段取得事业单位法人登记,作出撤销事业单位法人登记的处罚决定。该研究院起诉称,处罚决定明显超出了《行政处罚法》规定的两年的行政处罚追诉时效,属于超越法定职权。法院生效判决认为,被诉处罚决定实为自我纠错决定,自我纠错不适用行政处罚追诉时效的规定,判决驳回研究院的诉讼请求。这种处理方式,实际就是将行政处罚转化为行政自我纠错。其正当性在于,首先,相对人以欺诈、胁迫等

① 梁风云:《行政诉讼法司法解释讲义》,人民法院出版社2018年版,第667页。

② 毛騫:《法律竞合初论》,载《现代法学》2001年第2期。

不正当手段取得的行政授益应当撤销，这种撤销属于对相对人不应得到的利益的纠正，属于行政自我纠错，不是行政处罚；第二，自我纠错可以类推适用行政处罚的程序规定。

二是显明行政救助转化为隐名行政救助。行政救助是一种职责性行政行为，不涉及行政权力的行使，不适用救济种类法定原则，行政机关有权在现行的显明的救助种类之外，自主创设新的行政救助种类，它们因没有成熟的名称，被称为隐名的行政救助。在实践中，当显明的行政救助不符合法律规定时，可以考虑将其转化为隐名行政救助的可能性。在德国1956年“寡妇抚恤金案”中，诉争的安寡金就是一种显明的行政救助，原告作为东德公务员的遗孀，确实不符合取得安寡金的条件，但其本身生活困难，又基于对政府向其发放安寡金的承诺的信赖，由东德迁居到西德，造成生活更加苦难，应当获得行政救助，联邦法院判决政府继续按安寡金的标准向其支付救助，实际是将显明的安寡金转化为隐名的行政救助。

（三）可废止治愈的范围、途径与时限

可废止行政行为原本具有完全效力，本身就是对法的安定性的违反，故根据法的安定性原则，可废止情形原则应当具有绝对性，即不允许治愈。但根据公平和经济性的原则，可废止的行政特许存在一种例外情形，即在新的法律规定保留了行政特许的种类，但是在对特许条件作了更高要求的情况下，对于行政特许期限尚未届满的被许可人，应当给予其一定的过渡期，被许可人能在过渡期内满足新的许可条件的，应当视为行政特许的可废止瑕疵已经治愈，从而允许其继续保留行政许可，一是对被许可人更公平；二是可以给被许可人适当的时间，合理减轻损失，同时减轻国家的信赖利益损失补偿责任。比如，在大气污染治理中，当根据新的需要，必须出台更严格的排放标准时，同时都设定一定的过渡期，在过渡期内能满足新的排放标准要求的，可以继续持有排污许可证，不能达标的，才撤回排污许可证。

四、行政行为可撤销的阻却事由

行政行为无效是自始无效，根据事物本身的性质，不存在无效阻却的问题，可废止行政行为原本具有完全效力，废止本身就是对法安定性的突破，也不涉及法律效果阻却的问题，只有可撤销行政行为因被推定有效，具有公定力，涉及适用法律效果阻却制度维护法的安定性的问题。根据《行政诉讼法》规定，撤销行政行为会给国家利益和社会公共利益造成重大损失的，不能撤销。但单一的撤销阻却事由不能满足实践的需求，当前亟需根据法治本土经验，增设行政职责履行、机会成本损失救济、善意取得等三个新的撤销阻却事由，并明确信赖保护不能成为撤销阻却事由。



(一) 行政职责履行阻却事由：即使撤销行政行为，行政机关仍将作出完全相同的行政行为的，也不得撤销

行政权力具有职责性，行政机关不得放弃，必须履行，所以在行政行为被撤销后，行政机关原则上需要重新作出行政行为，特别是在事实认定不变，且没有任何裁量余地的情况下，还需要作出同样内容的行政行为。鉴于此，在行政行为依法应当撤销，但其事实认定确凿，且行政机关没有任何裁量余地的情况下，就不应再撤销行政行为，否则即使重新开启行政程序，也不会改变现在的处理结果，只会徒增各方的程序性负担，违背了法的安定性和经济性要求。

这种情形在先刑后行案件中容易出现，主要是因为案件事实已经通过刑事程序得到确认。比如，饮酒后或者醉酒驾驶机动车发生重大交通事故，被追究刑事责任的，公安机关交管部门依据刑事判决，未履行陈述、申辩程序所作的吊销驾驶证决定，虽然属于程序严重违法，但也不应当撤销。因为犯罪的事实已经确定，且道路交通安全法也明确规定，应当吊销机动车驾驶证，并且终生不得重新取得，吊销驾驶证是预防其再次实施交通犯罪的保安处分措施，公安机关机关没有任何裁量余地，必须履行吊销驾驶证的法定职责。^①

(二) 机会成本损失填补阻却事由：维持行政行为效力，是填补相对人合法的机会成本损失所需要的

行政授益行为适用这种撤销阻却事由。行政授益不是行政机关的恩赐，而是法律赋予相对人的正当权利。所以，在由于行政机关的原因造成相对人取得的行政授益违法，依法应当撤销的情况下，还应当考虑相对人机会成本损失的救济问题。在相对人本有机会获得现有行政授益的情况下，则应当维持现有行政授益行为的效力，以充作对相对人机会成本损失的弥补。否则，即使撤销行政授益行为，行政机关仍要重新作出同样的授益行为，才能弥补相对人的机会成本损失。

比如，在吴小琴诉吕梁市工伤保险中心工伤认定案中，吴小琴丈夫因工伤事故于当年7月去世，单位当年年底才对包括其丈夫在内的全部职工，一次性缴纳了全年的工伤保险费。吴小琴提出工伤保险待遇支付申请后，工伤保险中心拒绝向吴小琴支付工伤保险待遇，并撤销其丈夫的参保登记，理由是企业违反了社会保险费征缴条例关于按季度缴费的明确规定，且缴费时职工已经去世，不符合参保条件。法院生效判决认为，企业在年底一次性缴纳全年的保费，是当地通行的惯例，企业和职工在整个过程中没有任何过错，责令中心恢复对吴小琴丈夫的参保登记，并支付待遇。^② 如果作更深入的分析，职工完全是由于工伤保险中心的原因，丧失了合法参保的机会，如果

① 参见陈伟：《情势变更与情况判决》，载《人民司法·案例》2016年第17期。

② 参见最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例》（第4卷），中国法制出版社2012年版，第77页。

撤销参保登记的话，工伤保险中心还必须为其重新办理参保登记，并将效力向前追溯，才能弥补职工的损失，所以也应当维持参保登记的效力，并由工伤保险中心支付相应待遇。

（三）善意取得阻却事由：行政登记行为依法应当撤销，但标的物已经被第三人善意取得的

根据《民法典》规定，物权具有绝对性。第三人从无处分权人处取得动产或不动产的，所有权人有权追回，但在第三人受让时是善意的，支付了合理对价，并履行了物权变动手续的情形下，除法律另有规定的外，第三人取得该动产或不动产的所有权，这就是物权善意取得制度。《民法典》同时规定，第三人善意取得其他权利，可以参照物权善意取得规定。

权利善意取得的过程中，通常涉及行政登记行为，有的行政登记行为是权利变动的要件，有的行政登记行为虽然不能产生权利变动的效力，但具有公示的效力。为了与民事上的权利善意取得制度相兼容，行政登记行为虽然依法应当撤销，但是标的物已经第三人善意取得的，且该登记行为构成善意取得的权利来源基础的，也不应当再撤销。

《最高人民法院关于审理房屋登记案件若干问题的规定》已经明确，被诉房屋登记行为违法，但房屋已为第三人善意取得的，判决确认被诉行为违法，不撤销登记行为。这里的第三人，可以是被诉房屋登记中未起诉的一方，也可以是后续房屋登记的当事人。除此之外，司法实践中也认可善意取得作为土地所有权和房屋抵押权等他物权行政登记的撤销阻却事由，^①今后完全可以拓展适用到善意取得全领域。

（四）行政信赖保护不是撤销阻却事由

行政负担行为对相对人不利，撤销不涉及行政信赖保护的问题，行政授益行为对相对人有利，撤销涉及行政信赖保护的问题。行政信赖保护的對象是对行政机关的善意信赖。在民法上，善意信赖创设了善意取得的权利，具有存续效力瑕疵民事行为效力的法律效果；在行政法上，也有人认为，行政信赖保护也创设了一种存续可撤销行政授益行为效力的新型权利，也是行政授益行为的撤销阻却事由。对可撤销行政行为的效力予以存续，当然是对行政信赖的最有力保护，但行政信赖本身不是行政授益行为的撤销阻却事由。

从法理上看，相对人主观善意是常态，将信赖保护作为撤销阻却事由，赋予行政信赖存续违法行政授益行为的效力，将架空依法行政原则，破坏在依法行政原则基础上建立起来的行政法治体系。另外，这也意味着将相对人的信赖保护置于国家利益和

^① 参见最高人民法院第一巡回法庭 2017 年第 15 次法官会议纪要《善意抵押权人为维护自身合法权益不撤销虚假登记行为确认违法保留效力》。



社会公共利益之上，不符合中国的行政法伦理。^①

从制度上看，依据《行政许可法》第8条第2款的规定，以及该法第69条关于“依照本条第一款的规定撤销行政许可，被许可人的合法权益受到损害的，行政机关应当依法给予赔偿”的规定，是我国行政法上最早关于行政信赖保护的规定，并没有涉及行政信赖阻却撤销的问题。迄今为止，也没有关于行政信赖阻却撤销的规定。

五、行政信赖利益损失救济的核心范畴

行政授益行为被确认无效、撤销或废止的，涉及行政信赖利益损失救济的问题。行政信赖利益损失是相对人基于对行政机关的善意信赖，相信行政行为没有效力瑕疵，具有完全效力而遭受的损失。在行政授益行为无效和被撤销的情况下，因为涉及行政机关违法的问题，对行政信赖利益损失的救济适用行政赔偿程序；在行政授益行为被废止的情况下，因为行政机关和相对人均没有过错，也不存在违法行为，对行政信赖利益损失的救济适用行政补偿程序。目前，行政信赖利益损失救济已经成为行政行为效力瑕疵处理的重要环节，但还面临着行政信赖损失的范围、善意相对人、善意相对人过错、默示的行政授益行为等核心范畴不明确的问题。

（一）行政信赖利益损失的范围

行政信赖利益损失是指基于对行政机关的善意信赖，进而信赖行政授益行为具有完全效力，而其竟然无效、被撤销或被废止而遭受的损失。关于其范围，法律上没有统一规定，一般参照《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》第15条关于“法律、法规、规章或者规范性文件对变更或者撤回行政许可的补偿标准未作规定的，一般在实际损失范围内确定补偿数额；行政许可属于《行政许可法》第12条第2项规定情形的，一般按照实际投入的损失确定补偿数额”的规定来执行。其中，行政许可属于《行政许可法》第12条第2项规定情形，是指涉及有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等特许事项的情形。

法律上的损失分为成本损失和预期利益损失。在行政信赖利益损失问题上，预期利益也即期待利益是行政授益行为履行后可以得到的利益，罹患效力瑕疵且不可治愈，又不能阻却撤销的行政授益行为，其效力在法律上不受保护，相应的期待利益没有合法来源，不属于合法的利益，所以不受法律保护，不属于行政信赖利益损失的范畴，不属于通常理解的上述司法解释规定的“实际损失范围”。

行政信赖利益损失是指成本损失，包括实际投入损失和机会成本损失。机会成本

^① 参见陈国栋：《行政许可创设了名为信赖利益的新型权利吗？》，载《求是学刊》2020年第5期。

损失是行为人因为信赖行政授益行为有效,而确定失去其他本可以获得的机会而造成的损失,它限于“机会损失具有确定性”^①的情形。因此,涉及有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等特许事项,因为根据依法行政原则,特许并非普遍可得的,故一般不能认定存在机会成本损失,应当按实际投入损失确定行政信赖利益损失。

根据损失内容与获得的行政授益内容是否一致,机会成本损失可以分为同类和不同类的机会成本损失。机会成本损失一般是同类损失,但也存在不同的机会成本损失。比如,在政府与土地熟化企业签订的定向、定价供地协议无效的情形下,因为土地属于特许经营事项,不能认定企业存在同类机会成本损失,但企业本来可以和政府签订土地熟化融资协议,取得一定的借款利息。这种利息损失就是不同类的机会成本损失。

(二) 善意相对人的认定标准

法律只保护善意的信赖,而法律上的善意是针对认识错误时的一种主观状态。在民事上,善意通常采用无过失标准,也就是不知道特定事项,且对不知道没有过失。涉及公示公信事项认识错误时,则采用无重大过失标准,也就是不知道特定事项,且对不知道没有重大过失,民事领域涉及公示公信事项认识错误时采用这种标准。这两种标准赋予了相对人审查义务,要求对事实真实性进行审查,只是对公示公信和非公示公信事项的审查标准和强度有所不同,只有善意的行政相对人才有权请求行政信赖利益损失。行政法上善意是针对行政授益行为效力认识错误时的一种主观状态。目前,法律上没有明确规定行政法上善意的认定标准,只有《行政许可法》第69条规定,撤销违法作出的行政许可,只要不是通过欺诈、胁迫等不正当手段取得行政许可的,就是善意的,有权要求信赖利益损失赔偿,这实际是采用的无直接故意标准,即只要不是主观上明知行政授益不受法律保护,仍然积极去追求其发生即可,在客观行为上,这种直接故意表现为以不正当手段谋取行政授益。换言之,只要是通过正当手段取得行政授益的,就是善意的行政相对人。与民事领域的无过失或无重大过失的标准相比,无直接故意标准没有赋予相对人对认识错误事项的审查义务,不要行为人对行政行为合法性进行审查,不考虑是否知道或应当知道行政授益行为效力有瑕疵的问题。

行政行为虽然存在合法性审查问题,相对人有权对行政行为是否罹患效力瑕疵进行自行判断,但不应给相对人设定行政行为合法性审查义务。首先,行政机关处于优势地位,相对人处于弱势地位,由相对人对行政机关作出的行政行为进行审查,违背了公平性原则。其次,相对人的选择权利有限,面对行政机关的行政违法行为,大多数情况下没有选择余地和避免的可能。最后,行政机关有公信力,除极少数案件之外,

^① 王利明:《违约中的信赖利益损失》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2019年第6期。



其余都有公定力，法律仅授权法定机关予以审查和处理，没有明确给相对人设定审查义务。基于此，善意行政信赖应当采用无直接故意标准，只要不是通过欺诈、胁迫等不正当手段取得行政受益的，都是善意的相对人。

（三）善意相对人过错的认定标准

因行政受益行为无效或被撤销造成的行政信赖利益损失属于行政赔偿的范围。根据《国家赔偿法》的规定，善意行政相对人自身也有过错的，应当适当减轻行政机关的赔偿责任，违建拆除赔偿司法实务中也常常据此减轻国家的赔偿责任。善意相对人过错是个有国情特色的问题，法律上没有明确规定，司法实践中也没有形成统一的裁判指引。

如前所述，相对人没有行政行为适法性审查义务，但根据全民守法的要求，相对人可能对行政受益行为负有参与义务，这些义务包括依法提出申请的义务，作为利害关系人积极参与、如实发表意见的义务。如果因为相对人没有依法履行参与义务，增大了行政信赖利益损失发生风险的，应认定为有过错，并根据过错程度，适度减轻国家的行政信赖利益损失赔偿责任。

实践中常见的有过错的情形是，在行政受益行为应当依申请作出的情况下，相对人没有充分履行法定的申请义务，有的甚至仅信赖政府的以行动或书面作出的意思表示，并没有提出任何申请。比如，很多农村的养殖设施，虽然有政府同意建设的意思表示，但没有相对人提出建设申请的材料；有的在多阶段活动中，只履行了了部分阶段的申请义务，导致手续不齐全，都应当适度减轻国家的赔偿责任。

（四）默示的行政受益行为

行政信赖利益损失救济，以行政受益行为的成立为前提。行政受益行为是行政法上关于行政受益的意思表示，它“着重的只是法律效果发生的有无，至若实际行为态样是直接出自人力的文书、标志、符号、口头、手势或默示的意思表示，乃至非直接由人力，而系由号志与电脑等自动化装置做成的表示，则在所不问”^①。行政受益行为既可以通过明示的方式作出，也可以通过默示（即沉默或不作为）的方式作出。比如，《行政许可法》第50条规定，被许可人需要延续依法取得的行政许可的有效期的，应当在有效期届满三十日前向作出行政许可决定的行政机关提出申请，行政机关应当在该行政许可有效期届满前作出是否准予延续的决定，逾期未作决定的，视为准予延续。

关于默示成立行政受益意思表示的限制，《民法典》第140条规定，行为人可以明示或默示作出意思表示，但是，沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示。行政行为效力具有对世性，所以不允许

^① 翁岳生主编：《行政法》，中国法制出版社2009年版，第607页。

行政主体与相对人就沉默视为意思表示作出约定，也不认可二者之间的行为习惯。只有在有法律规定的情况下，沉默或不作为才可以视为行政受益的意思表示。

需要注意的是，我国是成文法国家，但“行政有不据法令，不据裁判所例者，即需参酌习惯规定其行为之则，此亦不得已之时也”^①。行政惯例也是客观存在的行政法渊源，它是“关于行政法上同一或具有同一性的事项，经过长期的、一般的、继续的或反复的施行”而形成的“行政法上措施的通例”。^②在有行政惯例依据的情况下，行政主体的沉默或不作为也可以视为行政受益的意思表示。比如，在（2021）最高法行赔申477号案件中，涉案农村住宅虽然未履行《土地管理法》规定的审批手续，但已经长期存在，且根源是当地一直开展宅基地建房审批工作，且行政机关一直未予查处，其不查处的行为按照行政惯例，可以视为同意建设的意思表示。

结 语

问题是时代的口号，是它表现自己精神状态的最实际的呼声。^③行政诉讼“以行政行为合法性审查为中心”的传统路径，因为不能适应统筹推进三项基本任务，实质性解决行政争议的要求，正逐步被“以行政行为效力瑕疵审查为中心”所取代，这是新时代中国特色行政诉讼制度转型发展的必由之路，也暴露了行政行为效力瑕疵识别和处理制度供给不足的突出问题。本文探索的目的，就是通过建立包括无效、可撤销、可废止三种形态的行政行为效力形态体系，突出行政行为效力瑕疵的相对性属性，明确行政行为瑕疵治愈制度和撤销阻却制度的基本内容，回答行政信赖保护原则在行政行为效力瑕疵处理中的基本问题，初步建立起较为系统的行政行为效力瑕疵识别和处理制度，为行政诉讼发展范式转换提供制度支撑。

（责任编辑：王文斌）

① [日] 铃木义男等：《行政法学方法论之变迁》，陈汝德等译，中国政法大学出版社2004年版，第144页。

② 参见周佑勇：《论作为行政法之发源的行政惯例》，载《法律与政治》2010年第3期。

③ 参见《马克思恩格斯全集》（第40卷），人民出版社1982年版，第289页。



民事案件在线诉讼中“征得当事人同意”之突破与细化

——基于在线诉讼的功能挖掘与比例正义

长友吉*

内容摘要：在线诉讼适用标准确定以来，其应用偏向于基层法院一审简单案件，实践中未真正得到推广而实现便民、亲民的司法功能。这与其自身技术发展限制与实际需求不相匹配、使用者对新制度的过高期待与其庭审能力脱节、当事人的数字化偏见及惯性依赖有关。立足于在线诉讼功能挖掘和比例正义要求，应当对在线诉讼适用标准进行适度突破与细化，以提高其适用率。可在考量影响在线诉讼选择适用各要素后运用边际效益理论构建模型，将其与民事案件诉讼阶段与案件类型特征相结合，适当突破“征得当事人同意”限度，形成对调解类、被告缺席类、简易小额类案件以及案件立案、宣判、送达阶段以当事人未明确提出异议即同意为限度；对其他案件类型和阶段则以主动询问当事人是否同意为限度，兼顾弱势群体权益的适用条件。

关键词：在线诉讼；适用标准；当事人同意

新冠疫情的爆发使在线诉讼成为法院普遍适用的庭审方式，为此，最高人民法院发布《人民法院在线诉讼规则》（以下简称《规则》），将“征得当事人同意”作为在线诉讼的适用标准。对此学界还多停留于应当尊重当事人的程序选择权这一理论层面，而未结合民事案件的具体诉讼事项和案件类型做详细解读。^①在后疫情时代，更需要

* 长友吉，山东省威海市环翠区人民法院法官助理。

① 参见左卫民：《中国在线诉讼：实证研究与发展展望》，载《比较法研究》2020年第4期；孙笑侠：《论司法信息化的人文“止境”》，载《法学评论》2021年第1期；高翔：《民事电子诉讼规则构建论》，载《比较法研究》2020年第3期。

观察在线诉讼适用现状，分析其适用标准与应用现状之间的逻辑断层，挖掘在线诉讼的功能，从比例正义角度构建模型，得出将在线诉讼适用于何种审理阶段，何种案件类型才能发挥在线诉讼的最大效用，从而实现在线诉讼司法便民的功能，并将其应用常态化。因此，宜对在线诉讼“征得当事人同意”限度做适当突破，使其更贴近参与者需求，更好回应民众期待。

一、在线诉讼适用标准的应用缩影

根据《规则》第4条“人民法院开展在线诉讼，应当征得当事人同意”的规定，将在线诉讼的适用标准确定为“征得当事人同意”，赋予当事人选择权。这也与此前各地区对在线诉讼的适用标准相一致。但这一适用标准实践现状如何？是否实现其设置初衷？为此，笔者结合山东省2020年在线诉讼开庭情况以及山东省W市H区法院在2020年、2021年应用在线诉讼审理211起民事案件^①统计情况及42位律师及法律工作者的微信访谈结果，对在线诉讼适用标准的应用现状作如下概述。

（一）应用数量飞速增长但总体应用率低

在线诉讼经最高人民法院的大力推广，又受到新冠肺炎的直接影响，应用数量呈现井喷式发展。但与民事诉讼案件总量相比其发展并不显著。首先，在线诉讼案件绝对数量很大，但相对比例较小。与近几年民事诉讼案件数量一直呈现飞速增长态势相比，在线诉讼案件数量虽然自2020年以来暴增，但整体占比不高。其次，适用在线诉讼案件多集中于中级法院、基层法院审理的一审案件，大部分二审、再审、特别程序案件没有适用在线诉讼。基层法院、派出法庭是适用在线诉讼的主力。最后，在基层法院和派出法庭中，适用在线诉讼主要集中于一线法官。

（二）应用类型广泛但案件情形简单

在线诉讼所适用的案件类型非常广泛，涵盖民间借贷纠纷、买卖合同纠纷、股权转让纠纷、劳动争议纠纷等多种财产类案件，也广泛适用于离婚纠纷、继承纠纷、人身权、健康权、身体权纠纷等人身类案件。从案件难易程度看，明显看出其更多适用于案情清楚、标的额不大、对证据要求不高的简单案件中（见表1），而较少见于证据较多、诉讼参与人众多、申请证人出庭、双方当事人争议较大、案件事实难以查清等复杂案件中。

^① 该211起民事案件由笔者在内网在线诉讼系统，通过开庭方式、标的额、适用程序、开庭时长和结案方式等方面筛选整理所得。



表1 案件分布情况（案件数及占比）

	案件标的额	审判程序	结案方式	开庭内容	审判团队	审判时长
简	≤ 5 万元 96 45.5%	简易程序 1 简易 186 88.7%	调解 81 撤拆 12 驳回起诉 3 45.5%	调解 75 宣判 27 质证、询问、鉴定 4 50.2%	速裁团队 52 24.6%	≤ 1 小时 164 77.7%
繁	>5 万元 115 54.5%	普通 24 (公告 16) 11.3%	判决 112 驳回诉讼请求 3 54.5%	开庭审理 (二次开庭) 105 49.8%	其他团队 159 75.4%	>1 小时 47 22.3%

（三）应用不积极

实践中在线诉讼更多是不得已而为之，内生动力不足。如果可以选择，很多案件特别是证据较多、案情较为复杂的案件，各方诉讼主体对适用在线诉讼并不积极。

从询问大连、济南、哈尔滨、上海、北京、威海等地 42 名律师及法律工作者的结果也能够看出，目前诉讼代理人对在线诉讼多为有条件接受。大部分人表示简单案件如证据不多的案件愿意使用互联网开庭，但复杂案件或证据较多的案件更愿意采用传统开庭方式。^①

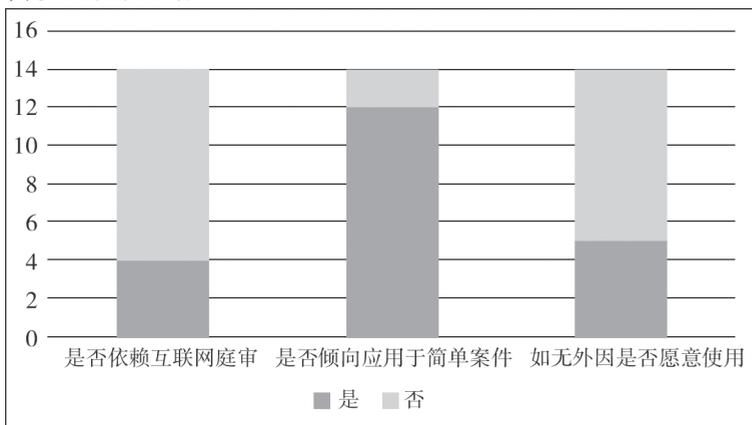


图1 对法官、法官助理、书记员关于在线诉讼的访谈情况（单位：人）
愿意以传统庭审方式为主审理案件（见图1）。

通过询问 14 位法官、法官助理、书记员能够看出，大部分法院工作人员并不依赖于在线诉讼庭审方式，他们更倾向将在线诉讼应用于简单案件中，甚至认为复杂案件不应适用在线诉讼方式审理。^②如果没有疫情影响或硬性规定，大部分法官还是更愿意以传统庭审方式为主审理案件（见图1）。

（四）适用规定明确但存有异化风险

《规则》对适用标准规定明确，理论上充分保障了当事人的选择权。然而，《规则》

① 询问内容主要包括：(1) 是否知晓在线诉讼方式；(2) 是否使用过在线诉讼方式开庭；(3) 对比在线诉讼方式和传统庭审方式，更愿意使用何种方式开庭；(4) 互联网开庭中遇到的主要问题。访谈方式为微信或电话联系。

② 询问内容主要包括：(1) 是否愿意适用在线诉讼方式开庭及其原因；(2) 若无指标要求或疫情等客观因素影响，是否还愿意适用在线诉讼方式开庭及其原因；(3) 在线诉讼使用感受。询问对象包括法官、法官助理、书记员。

中对当事人的选择权所做的明确规定在实践中存在过度行使而异化的风险。

在线诉讼目前多见于基层法院和一审程序的简单案件中，且内生动力尚不十分充分。当事人出于对数字化的排斥，或是出于对公正审判的怀疑，对在线诉讼应用态度并不积极。在此种心态驱使下，诉讼规则所赋予的当事人选择权被过于广泛地应用，一些适用在线诉讼更为适宜的案件也因当事人的拒绝而采用线下庭审方式进行。而法官一方面基于“征得当事人同意”这一适用标准的规定，一方面自身适用在线诉讼热情也不高。导致许多简单、适合适用在线诉讼的案件也只能采用线下庭审方式进行。此种情况下所进行的线下庭审，既人为延长了案件审限，增加了当事人的诉讼成本，也使诉讼过程更加繁琐。增加了法律工作人员和当事人双方的诉讼负担，也不利于当事人自身实体权益的保障。

二、适用标准设定与应用逻辑断层

在线诉讼在实践中遇冷，其提高司法效率、改善触达司法等方面的效用并未充分发挥，这与在线诉讼适用标准的规定初衷相悖。适用标准的设定是为了保护当事人对庭审方式适用的选择权，但最终却引起了减损当事人实体权益的负面效应。这既与其自身的技术发展限制与实际需求不相匹配相关，也与使用者对在线诉讼的高期待与其庭审能力脱节相关，还缘于当事人对在线诉讼的数字化偏见以及对传统庭审方式的依赖。

（一）技术供给与多元主体需求互异

现阶段在线诉讼在技术上确实存在力有不逮之处。第一，前期准备繁琐、进入庭审耗时长。首先，向当事人发送的提示短信内容冗长且格式化，为当事人的实际应用和书记员的指引工作增加了负担；其次，相较于传统庭审方式，在线诉讼需要书记员操作的设备、系统、步骤明显增加，庭前准备时间及工作量明显增大。第二，举证、质证困难。目前证据系统支持的文件格式单一；庭审中证据查找高度依赖当事人操作，证据名称和顺序全靠当事人自行录入，证据补充提交困难，证据上传存在遗失情况；国外在线诉讼受地域限制，仅支持美国、新加坡、西班牙、德国、韩国等部分国家；在线诉讼无法提供证据原件，即使通过召开庭前会议质证或者要求当事人提前将证据材料邮寄给法院等方式补强也难以达到理想效果。第三，网络稳定性差。受当前网络信号所限，远程网络连接不够稳定，而且绝大部分当事人采用手机作为终端操作，庭审经常出现当事人无故掉线、画面卡顿、延迟、需要对方重复操作多次仍无法听清等情况。第四，庭审笔录签字困难。签名笔录难以及时弹出，需要线下当事人等待几分钟甚至十几分钟。有时签名最终也没能成功，还需要重新联系线上当事人补签。

相较之下，各方诉讼参与人对在线诉讼的实际需求更为多元、复杂。第一，法



官有客观义务需求。对法官而言,公正审理案件是其基本义务。当在线诉讼难以达到其对良好庭审效果这一义务要求时,法官对在线诉讼满意度和接受度也难以提高。在线诉讼虽然能够使外地的当事人出庭,但鉴于开庭时质证、询问当事人“困难重重”,对于案情较复杂、证据较多的案件使用在线诉讼的庭审效果不及传统庭审方式,从而使多数一线法官对适用在线诉讼态度审慎。第二,法官助理、书记员有减轻工作量需求。因在线诉讼操作繁琐,需要多个设备和系统切换,并且需额外分出大量精力教当事人使用设备,很多当事人文化程度不高,对于电子设备操作能力和对新事物的接受度较低,需要花费更多时间和精力。实际加大了审判辅助人员的工作量,因此削弱了其使用在线诉讼的积极性。第三,当事人不同立场下的诉讼心理需求。当事人需求因其立场不同而异,对原告方而言,在线诉讼不影响其权益行使,且为其节约时间成本和路途成本,因此对在线诉讼态度相对积极。但对被告方而言,较多被告存在逃避诉讼心理,对于学习在线诉讼并不积极。第四,诉讼代理人庭审效果需求。基于在线诉讼并未明显增加诉讼代理人的工作量,并且通过节约路途上时间成本的方式提高了诉讼效率,诉讼代理人应是参与庭审的多元主体中对在线诉讼积极性最高的。通过调研结果看,事实也确实如此。尽管如此,在线诉讼也未能完全满足诉讼代理人对庭审效果的追求。由于在线诉讼在举证质证、庭审安全性、网络稳定性等方面的欠佳表现,大部分律师对在线诉讼的庭审效果并不很满意,这是影响其积极性的主要原因。

适用标准设定的技术前提是在线诉讼与线下庭审具有接近的庭审效果、工作量以及查明事实的能力。在二者对诉讼结果、过程感受相似的情况下,当事人才能真正平等而自由地选择其愿意适用的庭审方式。但在线诉讼技术上的种种限制导致其并不能够完全达到各方使用者的需求,其使用感受逊于线下庭审。在这种现实情况下,在线诉讼也就无可避免地成为“经济舱”式的选择,成为别无选择之下的选择。

(二) 客观能力与超验正义冲突

除了技术瓶颈外,在线诉讼还经常受到法理上的诟病。首先,在线诉讼规则冲击直接言词等基本诉讼原则。与传统庭审方式一样,在线诉讼也应当遵循庭审基本诉讼原则,如直接言词原则、集中审理原则、辩论原则等。^①但事实上,在目前的在线诉讼中,这些基本原则都受到了一定程度的冲击。在线诉讼注定了法官无法与当事人实现真正意义上的“面对面”庭审,法官也难以观察其细致的临场反应从而形成内心确信。对于证物质证特别是需要鉴定或需要原件的证物,如合同签名笔迹认定等情况,更是难以观察证物的细节认定其真伪。^②受空间距离和技术上的限制,在线诉讼各当事人往往是分屏处理。双方当事人隔空对抗,诉讼主体间互动大为减弱,削弱证据调查和辩

^① 参见熊秋红:《远程庭审有哪些优势与不足》,载《人民论坛》2016年第27期。

^② 参见李峰:《司法如何回应网络技术进步——兼论视听传输技术作证的运用规则》,载《现代法学》2014年第3期。

论的集中性。导致庭审效果逊色于传统庭审中双方的直接交锋。其次，在线诉讼增加庭审“走过场”风险。在线诉讼本意是提高诉讼效率，同时促进案件公正审理。但由于技术上无法达到理想状态，在线诉讼实际上减损了部分程序正义，降低了程序公正对结果公正的保障作用。因此在线诉讼提高庭审效率、节约诉讼成本的优势存在异化风险，可能变成“走过场”，沦为迅速审结案件的工具。最后，在线诉讼庭审查明案件事实能力欠缺。线上一方当事人所处环境难以控制。身边有没有人，有什么人，有没有其他录音录像设备等均难以发现。而且，法庭布局、审判人员服饰器物等营造出的严肃、庄严的法庭氛围当事人难以切身感受到。因此，法庭的严肃性和权威性大大减弱，当事人难以对法庭审判产生尊重和重视。在利益驱动下，虚假陈述和虚假诉讼将会更加频发，也更难察觉。

然而与此相对的，是当事人普遍存在的超验正义期待。在面对新生事物时人们总是习惯聚焦于探索“完美主义”并试图构建出“完美正义的制度”。一旦这个新生事物不够完美，便会因为不符合他们的内心期待而失望甚至否定。^①伏尔泰所说的“完美是优秀的敌人”，正是此种现象的精准总结。在线诉讼的适用推广也存在此种心态的干扰。面对其未曾接触过的新型庭审方式，相对谨慎、保守的诉讼参与人总是认为在线诉讼由于存在着这些问题，陷入无视在线诉讼存在的积极意义，认为其无法实际推动诉讼制度的发展，甚至认为在线诉讼制度应当取消，从而影响了在线诉讼的发展与推广，导致法院倡导力度与实际应用广泛程度不相匹配的困局。

（三）数字化排斥与惯性依赖共存

在线诉讼的前沿性、专业性等特点导致其使用在线诉讼需要具备的基础条件就是良好的网络信号和一定的计算机、手机操作能力，而很多人并不具备。这就与在线诉讼设立的初衷——全民性和亲民性相斥，形成了在线诉讼的双刃剑效应。事实上，数字鸿沟的确存在，社会上不同性别、年龄、种族、经济、居住环境、阶级背景下的人，使用数字化产品确实存在机会、能力与心态上的差异。^②特别是年纪较大、经济状况相对困窘、受教育程度较低或者身体上存在缺陷的当事人，往往对数字化产品接触少，学习能力较弱，也从心理上缺乏认为自己能够掌握在线诉讼方法的信心，也因此排斥学习在线诉讼的方法，形成了数字化排斥。^③

排斥数字化的同时也意味着对传统庭审方式的习惯性依赖。传统庭审方式即剧场化的庭审方式由来已久。^④传统庭审方式所塑造的庭审程序、秩序、环境、氛围等等已经内化为

① 参见[印]阿玛蒂亚·森：《正义的理念》，王磊、李航译，中国人民大学出版社2012年版，第23页。

② See Jan A.G.M., Van Dijk, Digital divide research, achievements and shortcomings, Poetics, Vol.34, No.4-5 (2006), pp.221-235.

③ 参见[英]理查德·萨斯坎德：《线上法院与未来司法》，何广越译，北京大学出版社2021年版，第217页。

④ 参见舒国滢：《以“司法的广场化”到“司法的剧场化”——一个符号学的视角》，载《政法论坛》1999年第3期。



法律活动的默认规则，促成了法律活动的专业化和技术化。正因如此，当事人更熟知这种庭审环境，线下庭审也更符合其对庭审的认知与期待。而且，线下庭审不涉及对高新科技、数字化产品的应用，当事人无需为参加诉讼学习额外的知识，从心理上自信其有能力胜任参加线下庭审这一任务。在陌生的在线诉讼和传统的线下庭审方式之间，当事人都更倾向于选择其更熟悉、更有信心的传统庭审方式，加剧了对传统庭审方式的依赖。

这种数字化排斥与惯性依赖心态展露于在线诉讼的适用中，则外化为当事人对在线诉讼庭审方式的排斥和对在线诉讼“征得当事人同意”适用标准的滥用。在当前技术条件下，虽然仍存在种种繁琐之处，但在线诉讼已经可以通过在微信页面搜索在线诉讼小程序，输入账号和密码即可参加在线诉讼。此外，不管是庭前证据的录入、对方证据的推送查看、庭审中笔录的查看、庭审结束时笔录签署等各个环节，均有法官助理和书记员全程指导，图标的设计和程序的推进也都尽量醒目而易懂。总体来说，在线诉讼的参与门槛并不高，技术人员也在尽力利用智能技术将原本复杂专业的庭审程序变得方便易懂。然而，法官助理和书记员的访谈结果表明，实践中存在大量当事人不同意适用在线诉讼是不愿意了解如何使用在线诉讼，并笼统地以“学不会、听不懂”为由拒绝学习。当事人并非真的“不能”参加在线诉讼，而实际是“不愿”或是“自以为不能”参加在线诉讼。在线诉讼“征得当事人同意”这一适用标准规定的宽泛性及反悔权的设置导致对当事人选择权的保障过于充分，最终使在线诉讼在实践中难以得到有效应用。

三、适用标准突破细化之证成及探寻

从在线诉讼遇冷原因来看，在线诉讼的存在和发展实际上是新生科技与传统思维的博弈，其适用和发展不能仅依靠当事人自助自愿，更大程度上需依靠《规则》和各级法院的积极引导。而且在民事审判实践中，不同的审理阶段对庭审效果和庭审效率有不同的需求。一概适用“征得当事人同意”这一标准不仅不利于引导当事人参与在线诉讼，也难以满足复杂多样的实践需求。长此以往，当事人更难体会在线诉讼优越之处，可能引发在线诉讼信任危机，在线诉讼的功效难以实现。故需细化在线诉讼适用标准，提高在线诉讼适用率，以实现在线诉讼改善司法触达之功效，达到比例原则的平衡。

（一）从司法触达看适用标准之适度突破

“法律应该是每个人随时都可以触及的。”^①“要问一个社会是不是正义，就要问这个社会如何分配我们珍视的东西——收入和财富、义务和权利、权力和机会、公职和荣誉。一个正义的社会能以正确的方式分配这些东西，这个社会给每个人应得的。”^②

① [奥] 弗朗茨·卡夫卡：《乡村医生》，叶廷芳等译，人民文学出版社2017年版，第29页。

② [美] 迈克尔·桑德尔：《公正：该如何做是好？》，朱慧玲译，中信出版社2011年版，第19页。

法院应当向社会敞开大门，克服边缘群体遭遇排斥所形成的社会障碍，承担调整社会平等的责任。这也与最高人民法院一直强调的“司法为民”“司法便民”理念相契合。与传统庭审方式相比，在线诉讼在规避空间、时间障碍、扩大公开化等方面具有显著优势。一方面消除了物理障碍，为所有不便于亲自到法院参加线下庭审的当事人提供了更多选择，使这些被传统庭审方式排除在外的当事人能够进入审判程序之中，得以享有并主张其权利；另一方面也拉近了法官与当事人之间的心理距离，当事人在自己更为亲切、熟悉的家中进行诉讼，能够有效消除其与法官之间的心理隔阂，破除法院在当事人心中的疏离陌生形象。最终使当事人不仅能够控制已产生的纠纷，也能让当事人更多地了解法律赋予的好处，进而保障裁判权的实质性实现和全面性实现。^①这正是在线诉讼对触达司法的巨大改善作用，使分配正义原则在我国诉讼程序中得以实施。

从此种角度而言，在线诉讼填补了线下庭审空白之处，弥补了线下庭审方式在时间、空间距离上和心理隔阂上的鸿沟，对于促进司法触达、实现“司法便民”有不可替代的作用。但考虑到实际情况，尤其是通过对在线诉讼应用内生推动力的考察，我们能觉察到在线诉讼的功能和价值尚未被法院工作人员和社会准确地感知和认同。因此，在其实践遇冷之时，应当且需要在更大范围内以更大力度推进这一制度的发展。通过对“征得当事人同意”这一条件进行适度扩大解释和运用，在保障当事人选择权的同时扩大在线诉讼适用范围，更有利于在线诉讼效用发挥，实现其设置初衷。

（二）从比例正义看适用标准之适度细化

法院体系提供公共服务受制于种种现实条件，因此需要确保法院处理个案的成本与纠纷的性质和价值相匹配以保证司法资源的有效利用。^②按照《规则》第4条之规定，法院应当在每起案件的每个环节均主动询问当事人，且当事人明确表示其愿意接受在线诉讼这一方式后方可适用。但在线诉讼适用包括立案、调解、证据交换、询问调查、正式庭审以及送达等多个诉讼阶段，在庭审中也存在着被告缺席、公告等情形，在适用程序和案件类型上也包括简易小额等简单案件以及简易程序和普通程序的复杂案件等多种可能。在此情况下，对于不同的庭审阶段、庭审特点一概以当事人主动选择或明确表示同意适用标准是不够的。应当针对其庭审优势和特点，因案制宜，结合案件特点区分不同案件类型和阶段适用不同限度的适用标准，使其在其价值界限内充分发挥作用，实现制度设立初衷。才能将在线诉讼应用效益最大化，才能提高在线诉讼的技术、方法和能力，避免陷入制度空设的风险。

^① 参见孟醒：《智慧法院建设对接近正义的双刃剑效应与规制路径》，载《中国政法大学学报》2020年第6期。

^② See John Soraji, *English Civil Justice after the Woolf and Jackson Reforms*, Cambridge University Press 2014, pp136-137.



此外,在线诉讼相较于传统庭审方式有针对性地精炼了部分庭审环节,将庭审开始时全体起立、法官敲击法槌宣布开庭、告知权利义务、宣示庭审纪律等步骤以系统提示的方式替代,既能使当事人明确诉讼秩序,又有效提高了诉讼效率,保障了案件的进程、复杂性、对抗程度与案件实际的规模相称,做到因案制宜,以最小成本实现程序正义和实质正义的基本要求。将有限的司法资源更多地分配到其他需要的当事人身上。总之,选择针对在线诉讼的特征,在不同类型的案件或庭审阶段中将“征得当事人同意”做适当突破,既能发挥在线诉讼的效用,又可规避其可能风险,从而使社会资源配置效率最大化。

(三) 在线诉讼适用标准设定探寻

既然在线诉讼的适用标准限度的设定中蕴含着分配正义原则和比例原则。从此种角度探寻在线诉讼的适用条件,其实质在于明晰在线诉讼价值追求的界限,即一种价值追求不应当挤压、侵入其他价值。在线诉讼是司法便民原则的新举措,以亲民性和改善司法触达、提高程序利用率为价值追求。在目前形势下,宜对在线诉讼进行更大力度地扶持,鼓励并采用制度设计以提高在线诉讼的适用率,但并不意味在线诉讼将全面挤压线下庭审制度甚至取而代之。因为司法便民并不是司法的核心价值,其在本质上是一种司法政策。尽管各种价值之间往往存在冲突之处,可能将制度建设指引向不同的方向,但其权衡也必须严格恪守价值界限,政策性价值应服从、适应司法的核心价值。在线诉讼的出现使司法“从广场化的司法到剧场化的司法之后又进入另一种形式的广场化”^①,但在线诉讼本质上仍是诉讼规则的构建,是对现有诉讼流程的重构和理念的重塑。技术决定行动的方式,但最终要服务于诉讼过程,服从于程序的理性构建。^②因此,在线诉讼适用标准的设定应当保证其能够充分发挥在线诉讼制度效用,同时也不因此而减损当事人的实质性程序权利和利益。^③

遵循上述原则,在线诉讼的适用标准可设定为:在法院判定只要弱势群体和数字化排斥群体的需求不受损害的前提下,可直接适用在线诉讼方式进行审理,当事人明确提出反对意见并有确实理由的除外。具体来说包含三层含义:第一层含义即“不反对即同意”。当案件本身适用在线诉讼方式更为方便且经济,此时应适当突破“征得当事人同意”适用标准为“不反对即视为同意”。提高在线诉讼在其优势领域的适用率,使更多当事人接触、使用在线诉讼,提高在线诉讼接受度。第二层含义为“有条件适用”。当适用在线诉讼与线下庭审方式皆可的情况下,遵循“征得当事人同意”的适用标准,使愿意接触在线诉讼的当事人接受在线诉讼方式审理,优化其使用感受。第三层含义为“保障少数群体需求”。在线诉讼并非完美的诉讼制度,有其受众群体的同时也有不适用的领域,为保护弱势群体和数字化排斥群体的利益,当确有不适合在线诉讼的

① 宋朝武:《电子司法的实践运用与制度碰撞》,载《中国政法大学学报》2011年第6期。

② 参见王福华:《电子诉讼制度构建的法律基础》,载《法学研究》2016年第6期。

③ 参见李占国:《互联网司法的概念、特征及发展前瞻》,载《法律适用》2021年第3期。

理由出现时，应当采用线下庭审方式保障其权益。

四、适用规则的可行路径演绎

细化在线诉讼的适用规则，关键是比较在线诉讼在何种情形下相比线下庭审更具有审判优势，避免资源的浪费，保障各方当事人的权益。可借助边际效益理论构建适用标准理论模型，充分模拟在线诉讼和线下庭审二者的适用成本和效益，在比例正义视野下，寻求适用规则的可行路径。

（一）两种庭审方式的模型解析

影响当事人选择庭审方式有两大维度：一是案件事实查明能力，即一种庭审方式在多大程度上能够还原案件事实，这受多种因素影响，如该种庭审方式是否能够完全贯彻直接言词、法官亲历性等诉讼原则、是否降低当事人虚假陈述的可能、是否能够保障法官自由心证的形成等等。直接表现为庭审中法庭调查环节是否能够顺利进行。二是参与诉讼的成本，包括时间成本、路程成本、为参加诉讼花费的资金成本等。在当事人对案件事实查明方面的要求高于其诉讼成本的要求时，其会选择传统庭审方式，反之则会选择在线诉讼方式。当传统庭审的最低预期效果仍然高于参加在线诉讼所得到的最高预期效果时，选择传统庭审方式将更为有利。基于此，形成适用传统庭审的条件可概括为不等式 $P_cJM - C + S > PhJM + C - S$ (1) (见图 2)。该不等式可以等同于： $JM(P_c - Ph) > 2(C - S)$ (2) (见图 3)。^①



图 2 两种庭审方式的适用条件 (1)



图 3 两种庭审方式的适用条件 (2)

（二）当事人选择适用的模型推演

在模型解析基础上，可对此做多种情况下的预测推演。第一种预测，假设在理想状

^① 参见 [美] 理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》，蒋兆康译、林毅夫校，法律出版社 2012 年版，第 292-293 页。



图4 理想模型下的庭审方式选择

正和程序的正当。在不等式中表现为 $Pc-Ph$ 几乎为零，此时适用传统庭审的成本将高于适用在线诉讼。也即适用在线诉讼方式更能最大限度利用司法资源（见图4）。

第二种预测，在理想状态模型中， J 值和 M 值越大，案件越适用于传统庭审方式。从直觉上看，较大的 J 值更值得当事人投入更多的时间精力和成本，以获得更大的收益。而较小的 J 值其潜在收益也较小，甚至可能低于两种庭审方式的成本差额。因此选择传统庭审方式更为有利。较大的 M 值则表示案件对程序保障的要求更高，即该诉讼程序或诉讼事项更复杂，当该诉讼事项或案件出现错误时，纠错成本更高。因此法院更倾向于选择传统庭审方式以保障案件公正审理。

为检验此结论，需变更一下这一模型的假定。第一种情况，假设案件的标的额对不同的当事人意义是不一样的。由于当事人自身经济条件等方面的不同，同一标的额对不同的当事人而言重要性并不相同。此时的 J 值表现为案件标的额，但实际是当事人对案件的重视程度，或案件的复杂程度。不等式（2）显示，相对 J 值更大的一方更可能适用传统庭审。第二种情况，假设双方当事人并不是态度中立的，如果双方都厌恶繁琐的庭审方式，那么采用在线诉讼的可能就会相应地下降或者提高。如果当事人双方对在线诉讼的态度不同，则类似于第一种情况。第三种情况，假设案件更高的纠错成本不当然对照更大的 $Pc-Ph$ 值。例如公告类案件，其虽适用普通程序审理，在庭审程序上更复杂，但其在查明案件事实上与简易程序的缺席审理并无本质区别。在这两种情形下， $Pc-Ph$ 值是等同的。第四种情况，不同情况的当事人采用传统庭审和在线诉讼的成本不固定。在同一案件中，在外地的一方当事人参加传统庭审需要花费的诉讼成本是更高的。在不同案件中，根据距离的不同和收入的不同，参加传统庭审的路途成本和时间成本也是不同的。或者更确切的说，这包含着固定的和可变的两种成本组成部分。就一案件进行传统庭审或在线诉讼均存在一种最低开支，分别用 C 和 S 表示。但 J 值越高，代表当事人对案件的重视程度越高或是案件情况越复杂，此种情况下，一次庭审往往难以查清全部案件事实，此时的 C 值与 S 值也将随之增长。但这种可变部分将比 J 值增长的慢。

这使得我们从不等式（2）中得出的结论更加复杂化了。较大的 J 值代表着当事人

态下，此模型中双方当事人对互联网和传统庭审都是态度中立，而且案件中的利益、程序保障要求、适用在线诉讼的诉讼成本和适用传统庭审的诉讼成本都是双方对等的。此时，如果在某种类型或阶段的审理中，适用传统庭审与适用在线诉讼在查明案件事实上的能力相同或无限接近。换言之，无论适用何种庭审方式都不影响案件结果的公

对案件很重视、该案件为复杂案件，在此种情况下，案件往往需要至少两到三次庭审，从而增加了案件审理的繁琐程度。而案件越繁琐，厌恶繁琐庭审方式的当事人越要适用在线诉讼。更重要的是，J值增加引起庭审成本的增加，而且可以断言，由于有往返时间成本和路途成本的存在，C值的增加速度相较于S值的增加将大得多。换言之，J值较大的

案件与J值较小的案件在S值上变化不大，但J值较大的案件C值的变化则要大得多。又由于较大的M值不必然导致Pc-Ph的增大。基于此三种抵消因素的存在，我们可以得出这样一个结论，J值增大并不当然导致当事人选择传统庭审方式（见图5）。

（三）在线诉讼适用标准的具体划分

基于模型解析和推演，可得出结论：在不涉及案件事实查明或对案件事实查明要求很低的诉讼事项和案件类型中适用在线诉讼必然更有利于司法资源的利用；在其他情况下，传统庭审方式也并不必然优越于在线诉讼。因此对“征得当事人同意”的限度分析应当趋于以法院为中心，以多层次的视角来看待。在线诉讼适用条件的设定应当能够使法院发挥其引导、统领作用，同时保障当事人选择权，最大限度发挥在线诉讼优势。结合对“征得当事人同意”的三种层次的理解，可将在线诉讼适用条件做如下建构：

1. 将“同意”拆分为不同层次

第一层，不反对即视为同意。在Pc与Ph接近或相同的情况下，法院应当有权利直接适用互联网方式庭审，当事人若没有明确提出异议则应视为已征得其同意。此种理解的正当性来源于三方面。第一，当事人一般不了解法院在线诉讼，与当事人相比，法官对在线诉讼的了解和对案件情况的判断更具有专业性。第二，根据模型推演，当事人作为一般理性人，在面对此案件情形时，其应当会选择在线诉讼庭审方式为其最优选择。此时的不反对即视为同意并未剥夺其同意或反对的权利。第三，正如前所述，严格意义上的“征得当事人同意”是不够的，因为对于一些较为传统并做好线下诉讼准备的当事人来说，其自身意愿可能更倾向于适用传统庭审方式，即使这种方式不是理性人的最优选择。此外，这种同意形式仍旧保留了当事人基本的庭审方式选择权。尽管此种情况下在线诉讼的启动似乎具有一定的“强制性”，即满足条件的案件一般都直接适用在线诉讼方式审理。但若当事人有强烈且明确的倾向性，当事人仍有权决定其是否适用在线诉讼，其对庭审方式的最终适用仍有充分的自主性和选择权。故这种同意形式并未剥夺当事人的庭审方式选择权，同样能满足保障当事人的基本诉讼权

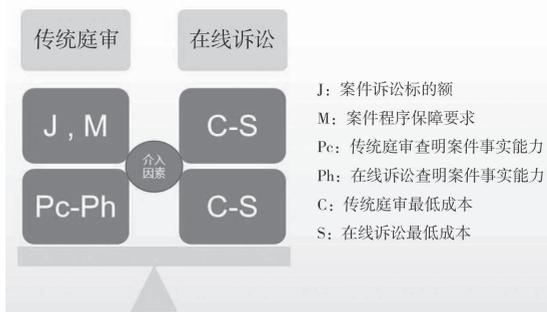


图5 介入因素影响下的庭审方式选择



利。^①当然,防止此种同意形式的异化也是今后在线诉讼实践探索的重要环节。

第二层,主动询问是否同意。一方面,由于介入因素的影响,传统庭审并不必然成为更优选择。故除上述部分案件类型和庭审阶段外,法院应当积极询问当事人是否选择适用在线诉讼方式,以当事人同意作为适用在线诉讼的前提,并将其意见作为案件受理要素之一加以记录。另一方面,虽然在线诉讼的应用应以当事人同意为前提,但这种选择权利仅可作用于己方而不可作用于对方。即一方当事人不能妨碍另一方当事人行使参加在线诉讼的权利。如原告同意适用在线诉讼方式参加庭审,被告无权对原告该种参加庭审的方式提出异议,因其并非参加在线诉讼的一方。如果被告方不同意参加在线诉讼,其可以选择传统庭审方式。通过这种方式,保障当事人参加在线诉讼选择权的同时,避免一方当事人以此为由逃避庭审。

第三层,注重核查能否同意。在法院积极适用在线诉讼的同时,在线诉讼仍应注意保障不同群体当事人的诉讼权利,提高民众对在线诉讼的认可程度。否则将偏离保障公民权利的基础立场。民商事领域的替代性纠纷解决机制向在线纠纷解决机制(ODR)发展过程中,以信息化技术为依托的ODR易成为老年群体或受教育程度较低群体的维权阻碍。^②因此,在面对迅猛发展的信息技术,应当考虑到不同群体对信息技术的接受程度与适应能力存在差异,在线诉讼制度应当尊重差异并且对适应力较弱的这部分群体给予特殊关照。

2. 将不同限度整合于具体诉讼事项和案件类型

(1) 以“不反对即同意”为限度的案件类型和阶段。第一类是调解类案件。案件调解的前提是当事人对案件事实和证据基本无分歧,案件事实基本清楚,双方仅需就如何履行义务达成一致意见,因此,在调解案件中,在线诉讼与传统庭审在查明案件事实的能力相差无几,根据不等式(1)可知,此时适用在线诉讼更符合效益最大化,方便当事人,提高了审判效率。因此,可借助诉前调解制度和速裁团队建设这两大机制,将速裁团队打造成互联网审判团队,加大速裁团队在线诉讼的专业设备建设。对基于诉前调解制度而被分流至速裁团队的大量可调解简单案件以“不反对即同意”为限,从而在方便当事人的同时进一步提高速裁团队的审判效率。

第二类案件为被告缺席类案件。这一方面是指被告缺席的简易程序案件,此类案件中因被告拒不到庭,故对举证质证环节的能力要求不高。结合原告方将证据原件提前整理好后在开庭前邮寄给法官助理这一补强措施,可以有效弥补两种庭审方式在查明案件事实能力上的差异。另一方面是指公告类案件,此类案件虽然采用普通程序审理,但因被告不会到庭,放弃了答辩和质证的权利。因此同被告缺席的简易程序案件类似,故而也可由法院主导决定采取在线诉讼方式。

^① 参见左卫民:《通过诉前调解控制“诉讼爆炸”——区域经验的实证研究》,载《清华法学》2020年第4期。

^② 参见顾亚慧:《重大疫情下刑事案件远程庭审的运行与省思》,载《中国政法大学学报》2020年第4期。

第三类案件为简易小额类案件。此类案件标的额较小，当事人双方均可通知到场，一次开庭成功率较高。案件本身案情简单，也不存在法律适用困难或法律关系难以划分等疑难问题。这类案件对举证质证等方面的要求也相对较低，在线诉讼足以满足其需求，适用在线诉讼也能够做到查清案件事实并当场做出判决。即J值M值和Pc-Ph值均较小，适用在线诉讼是更优选择。

最后是案件审理中的宣判阶段、立案通知阶段以及送达阶段。在宣判时案件事实已经查清，判决结论已经做出，不论采用在线诉讼亦或是传统庭审方式，均不会对判决结果产生实质影响。因此Pc-Ph几乎为零，既不影响审判的公正性，又有利于效率的提高。在立案通知及送达阶段也不涉及双方当事人的对抗，更多是程序上的保护，对案件审理结果不会产生实质影响，适用这一标准更为适宜。

(2)以“法院询问当事人同意”为限度的案件类型和阶段。对于剩余的简易程序和普通程序的案件，根据庭审内容和流程，可将其划分为诉请及答辩阶段、举证质证阶段、对鉴定结论质证阶段、证人出庭质证阶段、询问阶段、法庭辩论阶段。这些阶段往往同时集中于同一次或几次庭审中，其庭审方式均应尊重当事人的选择权。

(3)不适用在线诉讼的情形。针对当事人确实难以掌握在线诉讼技术的情况，通过“协助下的数字化”为其提供良好的线上指导、耐心引导的法官助理、覆盖面广泛的网络移动端服务，联合司法局、志愿者等服务机构，建设面对面的协助服务来帮助用户，或者为其提供纸质转换数字化的渠道，尽力将这种被数字化排斥的现象降到最低。另一方面，在此种情况下为确保当事人参加诉讼的权利，在确有无法参加在线诉讼的理由时，如需现场核对身份、核对证据、案情重大复杂或其他法院认为采用在线诉讼不利于案件审理的情形，也要考虑案件实际情况，避免盲目适用在线诉讼而影响庭审效果。

(责任编辑：杨 军)



论许可执行之诉的扩充与完善

——以申请追加被执行人配偶为视角

董立强*

内容摘要：许可执行之诉不同于执行异议之诉，本质是将执行力扩张至与执行依据债务人具有牵连关系的主体，以执行的名义请求法院授予“许可权”。司法实践中，债权人以属于夫妻共同债务为由申请追加配偶一方为被执行人，多数法院裁判意见倾向认为，申请追加被执行人属于执行力扩张的实体争议问题，未经审判程序不得追加。《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第32条虽初步确立了许可执行之诉，但其适用范围有限。结合域外许可执行之诉立法经验，对我国许可执行之诉的范围、程序、规则等扩充完善，从“对物的诉讼”与“对人的诉讼”两个路径实现执行与审判程序的有效衔接，兼顾公正与效率，以破解执行难题。

关键词：许可执行之诉；执行异议之诉；变更追加被执行人；执行力扩张

引言

变更、追加执行当事人是债权人实现权利的一项有力举措，也是人民法院破解“执行难”问题的有效途径，其实质是对执行力相对性原则的超越，理论基础在于执行力主观范围向第三人扩张。^①司法实践中对于变更、追加被执行人主体适格问题存在争议，如何妥善处理具有一定的价值导向性。《最高人民法院关于民事执行中变更、追

* 董立强，山东省高级人民法院民事审判第二庭四级高级法官。

① 参见丁亮华：《强制执行的规范解释——在实体法与程序法之间》，中国法制出版社2011年版，第1-3页。

加当事人若干问题的规定》(以下简称《规定》)第1条就确立了变更、追加被执行人法定原则,同时第32条规定了执行当事人对于追加未按期足额缴纳出资的有限合伙人、抽逃出资的股东以及一人有限公司股东为被执行人等特定情形下发生争议的,申请执行人可在收到变更、追加裁定书后十五日内向执行法院提起执行异议之诉。但该“执行异议之诉”显然不属于《民事诉讼法》第234条规定的执行异议之诉。《规定》第32条之所以不再严格拘泥于民事诉讼法司法解释,是司法解释超出《民事诉讼法》第234条范畴的创造,并非对民法解释。所以,变更或追加被执行人是解决对被执行主体身份是否适格的争议,解决“为谁”和“对谁”执行的问题,应当属于“许可执行之诉”范畴。如此可知《规定》第32条规定的“执行异议之诉”缺少上位法依据,属于司法解释拟制创设的法律条文,从法律内在逻辑上与执行异议之诉制度体系难以自洽。因此,创设区别于执行异议之诉的专门诉讼程序尤为必要,也能更好地理顺执行与审判程序衔接机制,周全解决执行程序中产生的实体争议问题。

由于《规定》已经明确了几类可以提起许可执行之诉的法定情形,“从立法论角度出发,应将异议之诉适用范围扩展到所有执行中实体权利争议”^①,也即扩充许可执行之诉的适用范围。譬如,执行程序中直接以夫妻共同债务为由申请追加配偶一方为被执行人,人民法院不会支持。此前《规定》(征求意见稿)第4条曾规定“如果生效的法律文书仅将夫妻一方列为债务人,但是债权人证据证明债务发生在婚姻存续期间的,应推定为夫妻共同债务,法院可以对夫妻共同财产或者夫妻任何一方的财产强制执行”。但最终审议通过的版本,因争议较大删除了上述征求意见稿相关规定。其中主要争议即是未经实体审理认定夫妻共同债务的前提下,直接突破执行力相对性原则追加配偶一方为被执行人,涉及正当性与合法性问题。倘若允许申请执行人有权提起许可执行之诉,上述问题就能迎刃而解,为此本文以如何解决申请追加配偶一方为被执行人的现实问题展开论述。

一、裁判观点：申请追加配偶一方为被执行人

(一) 研究样本简介

《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》(以下简称《解释》)修改了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第24条规定的夫妻共同债务推定规则,修改为以是否为家庭日常生活需要所负债务为标准界分不同的举证责任。笔者在案例检索中发现,法院支持追加配偶一方为被执行人的裁判中,主要是依据先前的夫妻共同债务推定规则。所以,《解释》出台

^① 张卫平、任重:《案外第三人权益程序保障体系研究》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第6期。



后，因夫妻共同债务认定标准的前后变化，很可能会增加新的变量，无法准确、客观地反映法院针对该问题的裁判尺度。为了尽可能控制变量，本文将选取研究样本时间截至2017年，也即2018年1月8日《解释》出台之前。笔者以案件类型为“执行案件”，全文检索“夫妻共同债务”“追加被执行人”；文书类型为“裁定书”，法院地域为“山东省”，在中国裁判文书网上公开检索筛选59件案例作为研究样本（见表1）。

表1 案件总体概况（单位：件）

年份	案件数量	高院审理	中院审理	基层审理	年份	案件数量	高院审理	中院审理	基层审理
2013	2	0	0	2	2016	12	0	8	4
2014	18	0	10	8	2017	15	1	7	7
2015	12	1	6	5	总计	59	2	31	26

山东省内申请追加配偶一方为被执行人，主要由中级法院与基层法院审理，山东省高院仅审理2件。上述案件案由主要包括民间借贷、买卖合同、委托合同、股权转让合同等合同纠纷以及交通事故等人身损害赔偿纠纷。山东省高院在仅有的两则裁判文书，即（2015）鲁执复字第86号执行裁定书、（2017）鲁执复115号执行裁定书中均持相同观点：“执行程序中追加被执行人应遵循法定原则。债务是否为夫妻共同债务属于实体问题，在生效判决没有明确为夫妻共同债务的，不应通过执行程序直接确认为夫妻共同债务。”即便如此，山东省内各地中院与基层法院裁判观点并不统一。

（二）裁判观点横向比较

在研究样本中，有35件案例不支持申请追加配偶一方为被执行人，占比为59.32%，主要裁判理由为在执行依据未确认系夫妻共同债务前提下，执行程序不能直接实体认定，也即夫妻共同债务应当通过审判程序实体审理后认定。另有24件案例支持申请追加配偶一方为被执行人，占比为40.68%，主要裁判理由有二：一是因债务发生在婚姻关系存续期间，产生的债务即推定为夫妻共同债务，夫妻双方应当共同偿还。若配偶一方有异议，可通过《民事诉讼法》第234条规定的执行异议程序救济。二是例外情形下，如果有证据证明被执行人通过离婚析产的方式恶意转移财产的，依据《最高人民法院关于依法制裁规避执行行为的若干意见》第20条的规定可以追加配偶一方为被执行人，但这并不代表是对夫妻共同债务作实体认定，而是因被执行人恶意将财产转移到配偶一方名下以规避执行，法院通过追加配偶一方为被执行人追回原属于被执行人的财产（见表2、表3）。通过图表可知，在不予支持申请追加配偶一方为被执行人的裁判观点中，法院明确执行程序不能认定夫妻共同债务，因申请执行人仅起诉配偶一方并取得执行依据，无法通过执行程序直接追加配偶另一方为被执行人，至于通过何种诉讼程序救济并未作裁判指引。虽然支持申请追加被执行人裁判观

点认为,倘若配偶一方对法院追加其为被执行人有异议,其救济途径是可以依据《民事诉讼法》第 234 条规定提起执行异议之诉,但如上述,追加被执行人涉及主体适格的争议,并不属于执行异议之诉范围。

表 2 不支持追加配偶一方为被执行人(占研究样本 59.32%)

执行法院及裁定	案由	裁判观点
Y 市中院执行裁定	人身损害赔偿	裁判观点 A: 被执行人系自然人时,其债务是否为夫妻共同债务以及涉及夫妻共同财产的认定等问题属于实体问题,应通过审判程序予以确定,在涉案生效判决并未明确的情况下,不应通过执行程序直接确定夫妻共同财产和夫妻共同债务。(该裁判观点占比 85.30%)
Q 县法院执行裁定	民间借贷	裁判观点 B: 在司法实践中,认定夫妻共同债务的前提有两个:一是有夫妻共同举债的合意,也就是说借款时夫妻双方均知晓并同意;二是共同举债是用于家庭生活,在申请人追加被执行人的执行异议中,申请人(债权人)并没有对以上两点提供相关证据予以证明,故驳回异议申请。(该裁判观点占比 5.88%)
Z 市中院执行裁定	合同纠纷	裁判观点 C: 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(二)》第 24 条的规定,涉及实体上确定婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务是否属于夫妻共同债务的问题,而在执行阶段无权做出该种实体认定。另,本院认为,在执行程序中,虽不能直接追加债务人的配偶或原配偶为被执行人,但执行法院根据相关证据审查属于夫妻共同债务的,可视案件情况决定是否执行夫妻的共同财产或个人财产。(该裁判观点占比 8.82%)

表 3 法院支持追加配偶一方为被执行人(占研究样本 40.68%)

执行法院及裁定	案由	裁判观点
Y 县法院执行裁定	民间借贷	裁判观点 1: 本案发生债权债务时,系被执行人高 × × 与其妻王 × × 婚姻关系存续期间,产生的债务属于夫妻共同债务,应共同清偿。故裁定追加被执行人高 × × 之妻王 × × 为本案被执行人。(该裁判观点占比 66.67%)
Q 市中院执行裁定	人身损害赔偿	裁判观点 2: 最高人民法院 2011 年 5 月 27 日颁布的《关于依法制裁规避执行行为的若干意见》第 20 条规定,有充分证据证明被执行人通过离婚析产等方式恶意转移财产规避执行的,执行法院可以通过依法变更、追加被执行人或者告知申请执行人通过诉讼程序追回被转移的财产。本案申请执行人请求通过追加被执行人原配偶为被执行人,不违反法律规定,应予以支持。(该裁判观点占比 4.16%)
异议审理法院: Y 县法院执行裁定 复议审理法院: L 市中院执行裁定	买卖合同	裁判观点 3: 《变更追加当事人规定》中并没有基于婚姻关系追加夫妻一方为被执行人的相关规定,但是对于执行依据中未明确债务为夫妻一方个人债务的,如果债务发生在夫妻关系存续期间,配偶不能证明非夫妻共同债务的,可以推定为夫妻共同债务,并可以直接执行夫妻共同财产、配偶(包括已离婚的原配偶)的个人财产。配偶有异议的,可以根据民事诉讼法第 234 条的规定进行救济。(该裁判观点占比 29.17%)

(三) 裁判观点纵向分析

案例研究样本的裁判年份贯穿 2013—2017 年,通过相同关键词检索,在最高人民法院有 3 份执行裁定涉及申请追加配偶一方为被执行人认定问题,分别是(2014)



执监字第106号执行裁定书、(2015)执复字第3号执行裁定书、(2015)执申字第111号执行裁定书。需要指出的是,三份执行裁定书对于能否申请追加配偶一方为被执行人的裁判观点也不一致。《最高人民法院关于依法妥善审理涉及夫妻债务案件有关问题的通知》第2条规定“未经审判程序,不得要求未举债的夫妻一方承担民事责任”,对法院认定是否追加配偶一方为被执行人产生了重大影响。为此,笔者以裁判年份为标准纵向分析山东省内法院裁判观点演变趋势(见表4)。

表4 裁判观点纵向分析

分类		年份				
		2013	2014	2015	2016	2017
支持追加 执行	裁判观点1	50.00%	52.94%	8.33%	50.00%	13.33%
	裁判观点2	0.00%	0.00%	0.00%	0.00%	6.67%
	裁判观点3	0.00%	0.00%	16.67%	8.33%	6.67%
	小计	50.00%	52.94%	25.00%	58.33%	26.67%
不支持追加 执行	裁判观点A	50.00%	47.06%	75.00%	25.00%	53.33%
	裁判观点B	0.00%	0.00%	0.00%	8.33%	6.67%
	裁判观点C	0.00%	0.00%	0.00%	8.33%	13.33%
	小计	50.00%	47.06%	75.00%	41.66%	73.33%

总之,山东省内法院裁判观点从2013—2017年期间,逐渐形成不支持申请追加配偶一方为被执行人的倾向性裁判意见。当前山东省内法院司法裁判已基本遵循申请追加被执行人法定化原则,未经审判程序不得确认夫妻共同债务,审慎追加配偶一方为被执行人。在当下解决“执行难”的背景下,夫妻之间利用婚姻关系变更财产登记或直接转移财产的案例屡见不鲜。因此,为了解决“执行难”问题,保障债权人的合法权益,应当为申请追加配偶一方为被执行人设置专门的诉讼救济途径。

二、问题转向：通过何种诉讼程序实现申请追加配偶一方为被执行人

(一) 另行提起夫妻共同债务确认之诉

《浙江省高级人民法院关于执行生效法律文书确定夫妻一方为债务人案件的相关问题解答》第4条规定：“债务性质经判断为夫妻一方个人债务的，执行机构不得对夫妻另一方个人所有的财产采取执行措施，申请执行人对判断为个人债务有异议有权提起诉讼的，立案部门应当受理，案由为夫妻共同债务确认纠纷。”上述解答实质是将夫妻共同债务确认之诉与生效执行依据视为同一个诉讼的构成部分，采用了“一部

终局判决”的理论。所谓“一部终局判决”是指对同一诉讼中数个诉讼标的和单一诉讼标的之一部分,所作出的判决,法院可以作出多个一部终局判决。我国《民事诉讼法》第156条规定的“人民法院审理案件,其中一部分事实已经清楚,可以就该部分先行判决”即体现了一部终局判决理论。

申请执行人在执行依据中仅起诉配偶一方,并非“一部终局判决”,而是“全部终局判决”,即法院为审级终了之判决。^①在前诉执行依据生效后,申请执行人另行提起夫妻共同债务确认之诉,就会发生两个“全部终局判决”的既判力冲突,对法律秩序稳定产生影响,所以司法实践中上述解答意见没有被认可。比如,某市中级人民法院在审理的(2015)×民终字第557号民间借贷一案中认为:“被上诉人张××曾就本案争议的借款提起以借款人王××为被告的诉讼,并未主张借款为夫妻共同债务,相应的判决书已认定张××、王××为债权债务的双方,故原审判决认定本案债务为王××、李××夫妻共同债务与生效判决相冲突,本院予以纠正。”因此,另行提起夫妻共同债务确认之诉不能实现追加配偶一方为被执行人的目的。

(二) 针对生效执行依据申请再审

《民事诉讼法》第207条规定“当事人的申请符合下列情形之一的,人民法院应当再审:(一)有新的证据,足以推翻原判决、裁定的;(二)原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的;(三)原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的……”,故只有已生效的判决、裁定、调解书符合再审法定申请条件时才能启动。由于申请执行人自身原因,在执行依据案件中仅起诉主张配偶一方承担责任,人民法院在其诉讼请求范围内审理并作出判决,符合当事人诉讼权利自由处分以及不诉不理的基本原则,也就不存在裁判错误或者程序错误问题,显然不符合申请再审的法定情形,也不能达到申请追加配偶一方为被执行人的目的。

(三) 申请执行复议

《北京市高级人民法院关于执行中建立复议制度的若干规定(试行)》规定:“执行程序中,当事人或利害关系人不服中级人民法院或基层人民法院就下列执行事项作出的裁定,可向上级人民法院申请复议:一、申请执行人申请变更或追加被执行主体的……”按照北京市高级人民法院上述规定的精神,其实质是将变更、追加被执行人按照“执行行为异议”模式处理,这与《规定》第30条规定的对部分变更、追加被执行人裁定不服时申请复议具有相同之处。但如上述,变更、追加被执行人涉及主体适格争议问题,必然牵涉实体法上认定,仅通过“执行行为异议+执行复议”的形式审查路径仍然无法从根本上解决问题,只能是许可执行之诉确定之前的暂时处理路径。

^① 参见李磊:《一部终局判决研究——兼论我国民事诉讼法第139条之完善》,载《湖北社会科学》2011年第9期。



（四）提起执行异议之诉

《民事诉讼法》第234条规定了执行异议之诉,《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第24条规定“对案外人提出的排除执行异议,人民法院应当审查下列内容:(一)案外人是否系权利人;(二)该权利的合法性与真实性;(三)该权利能否排除执行”,故执行异议之诉主要是解决配偶一方是否享有对执行标的享有足以排除执行的实体权利,进而判断能否阻却对特定标的物的强制执行,属于“对物的诉讼”。但是变更、追加被执行人涉及主体适格争议,属于“对人的诉讼”,两者存在交叉,但又互有不同。因此,实践中将追加被执行人主体适格争议的解决方式基本等同于执行异议之诉,但二者本质上却又不相同,故有必要进一步厘清二者关系,完善追加被执行人主体适格争议的诉讼程序。

三、他山之石:许可执行之诉的扩充与完善

（一）许可执行之诉界定

许可执行之诉,是指债权人对于执行名义所示债务人的继受人或其他因执行名义效力扩张所及之人向法院申请执行,经法院裁定驳回后,债权人向执行法院对该执行债务人提起的诉讼。^①目前有法律明文规定许可执行之诉制度的主要有德国、日本以及我国台湾地区,^②德国法上是“请求发给执行条款之诉”,日本法上是“执行文授予之诉”,我国台湾地区直接规定许可执行之诉。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉执行程序若干问题的解释》第21条规定“申请执行人依照民事诉讼法第204条规定提起诉讼,请求对执行标的许可执行的,应当以案外人为被告;被执行人反对申请执行人请求的,应当以案外人和被执行人为共同被告”,首次使用“许可执行”。2011年3月,最高人民法院执行局起草的《强制执行法草案(第六稿)》第81条规定:“受执行依据效力所及的执行债权人申请执行,执行法院不予受理的,执行债权人可以执行债务人为被告,向执行法院提起许可执行之诉。”笔者认为,我国实际已确立了许可执行之诉,但仅适用于《规定》中的几种法定情形,追加配偶一方为被执行人等未在其列。

许可执行之诉目的在于是否能够对生效执行依据之外的当事人进行强制执行,涉及到与国家执行的公权力冲突问题,故需要明确许可执行之诉的性质。学界存在“确认

^① 参见杨与龄:《强制执行法论》,中国政法大学出版社2002年版,第25页。

^② 我国台湾地区“强制执行法”第14-1条规定:“债务人对于债权人依第四条之二规定声请强制执行,如主张非判决效力所及者,得于强制执行程序终结前,向执行法院对债权人提起异议之诉。债权人依第四条之二规定声请强制执行经执行法院裁定驳回者,得于裁定送达后十日之不变期间内,向执行法院对债务人提起许可执行之诉。”

之诉说”与“形成之诉说”之争。“确认之诉说”认为，许可执行之诉是确认原告对于被告就执行依据所载的请求权存在，原告可依该执行依据对被告申请强制执行。^①“形成之诉说”认为，许可执行之诉系执行名义创设得对于债务人为强制执行之效力，许可执行之诉的标的确定为许可权，同时考虑到传统的形成之诉说无法避免当事人就同一问题反复起诉，并难以防止裁判相互矛盾，因而采用对形成之诉加以改造的新形成之诉说。^②笔者认为，许可执行之诉本质是执行力扩张于与执行依据债务人具有牵连关系的主体，符合引起法律关系变更或消灭的形成之诉特征，正因为法律关系发生变更，才以执行的名义请求法院授予“许可权”，超越前诉执行力射程范围，进而取得执行依据，故认定许可执行之诉在性质上属于形成之诉，更为妥当。

按照既判力理论，既判力与执行力并非完全一一对应关系，生效法律文书执行力的主观范围具有扩张性，即能够对一定范围内的、生效法律文书没有载明的主体产生强制执行的作用力。^③故债权人申请执行时，原则上应以生效执行依据所认定的承担责任主体为限，正常情形下无法申请对案外人强制执行。但是进入执行程序后，因各种客观原因，可能会导致被执行人发生变化，或者执行标的物权属发生变动。尤其是当前“执行难”的大背景下，倘若绝对禁止执行力主观范围扩张，可能会严重损害申请人利益。譬如，在追加配偶一方为被执行人时，就是基于夫妻共同财产及债务归属的一致性，从而主张将执行力主观范围扩张及于配偶一方。然而，公正与效率是法律制度追求的重要价值之一，一方面允许执行力主观范围有限扩张实现执行效率，另一方面亦应当有完备的诉讼程序对执行力扩张进行规制进而保障公平正义。换言之，既要保障债权人最大可能实现债权利益，又要维护被扩张执行主体的合法权益，在二者之间寻求利益平衡点。特别是，我国实行“审执分离”制度，执行程序原则上坚持效率优先，一般只作形式审查不作实体审理，而申请追加被执行人本质属于执行力扩张的实体争议问题。因此，为了兼顾执行效率与程序公正，扩充与完善许可执行之诉具有正当性与必要性。

（二）扩充与完善框架性建议

1. 《民事诉讼法》应当特别增设许可执行之诉的规定

最高人民法院出台的司法解释是各级人民法院裁判的重要依据，具有统一法律适用、弥补法律漏洞等作用。根据《立法法》第104条规定：“最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释，应当主要针对具体的法律条文，并符合立法的目的、原则和原意。”故司法解释原则上应仅限于对法律适用

① 参见肖建国：《执行当事人变更与追加的救济制度研究——基于德、日、韩执行文制度的比较研究》，载《法律适用》2013年第7期。

② 参见朱新林：《许可执行之诉探析》，载《人民司法·应用》2015年第1期。

③ 参见肖建华：《论判决效力主观范围的扩张》，载《比较法研究》2002年第1期。



争议的理解与适用,不能直接超越法律规定本身创设新的法律条文。而《规定》实际创设了上位法《民事诉讼法》没有规定的许可执行之诉。当然,滞后性是成文法制度的固有属性,司法解释一定意义上实际承担了正式立法前的调研功能。比如,《民法典》就吸收采纳了近80多条合同法司法解释、侵权责任法司法解释的规定,将其上升为正式的法律条文。

由于我国不存在专门的强制执行法,涉及执行程序的法律层面规定是在《民事诉讼法》第三编第十九章至第二十二章之中,比如执行异议之诉规定在第十九章“一般规定”项下,而《规定》第32条已初步确立了许可执行之诉。在立法条件成熟时,应当将许可执行之诉增设到《民事诉讼法》第三编执行程序第十九章“一般规定”,形成与债务人执行异议之诉、申请人执行异议之诉以及案外人执行异议之诉并列的诉讼程序,全方位解决执行程序中的实体争议问题。

2. 管辖法院的确定

许可执行之诉是申请执行人对执行法院驳回其变更、追加被执行人的执行裁定不服提起的诉讼。这意味着执行法院已经对变更、追加事项做过初步审查。因此,无论从提高执行效率,还是统一裁判尺度的角度考量,由执行法院管辖最为适宜。我国台湾地区“强制执行法”第14-1条即规定由执行法院受理许可执行之诉。此外,《民事诉讼法》第234条规定的执行异议之诉以及《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》对执行和解协议提起的诉讼,均由执行法院受理就是基于此,可为确定许可执行之诉的管辖法院提供有力借鉴。

3. 许可执行之诉的启动

许可执行之诉中申请执行人为充分实现其债权权益,应主动向法院申请扩张前诉执行力的主观范围及于特定案外人,法院保持中立。因此,许可执行之诉应由申请执行人主动向执行法院提交书面申请启动,并明确具体的扩张执行主体以及事由,法院立“执异”案号。在执行法院驳回变更或者追加申请被执行人裁定后,申请执行人针对执行裁定提起许可执行异议之诉,其诉讼请求主要有两项:一是请求案外人应对执行债务承担某种法律责任;二是请求法院许可申请人按照执行依据对被执行人予以强制执行。关于许可执行之诉立案条件,根据“谁主张、谁举证”的举证规则,只要申请执行人能够提供证据证明,所追加被执行人与原债务人之间存在权利义务上的依存关系,诸如是否为法定承担连带责任的主体、是否存在权利义务的继受与移转关系,法院就应当依法受理。

需要指出的是,《规定》第32条第2款规定:“被申请人提起执行异议之诉的,以申请人为被告。申请人提起执行异议之诉的,以被申请人为被告。”由于许可执行之诉影响申请执行人、案外人利益之巨,为了对等保护各方权益,在法院同意直接申

请追加案外人为被执行人时，也应当赋予案外人提起反对许可执行之诉的权利，以体现程序正义。

4. 具体诉讼规则

许可执行之诉与《民事诉讼法》第234条的执行异议之诉虽属不同，但二者都是通过专门诉讼程序解决执行程序中的实体争议问题，有效解决执行与审判程序的衔接问题，故可以参照借鉴相对完备的执行异议之诉制度及司法实践经验去完整构建许可执行之诉。

许可执行之诉应以申请执行人提出变更或追加执行的书面申请为前置程序，且法院主要作形式审查，筛选驳回部分明显不能变更或追加的申请。申请执行人提出书面执行申请后，执行法院应当对申请事项作出裁定，如果法院认为变更或者追加被执行人事由不成立的，裁定驳回申请执行人的变更或者追加被执行人申请。此时申请执行人对裁定不服，其有权自收到裁定书之日起十五日内向执行法院提起许可执行之诉，列追加的被执行人为被告，若执行依据债务人反对异议的，应共同列为被告，不反对异议的列为第三人。法院经审理认为理由成立的，应当判决追加的被执行人对执行债务承担某种责任，并许可申请执行人按照执行依据对其强制执行。若法院经审理后认为理由不成立的，直接判决驳回申请执行人变更或追加被执行人的申请。反之，如果执行法院认为变更或者追加被执行人事由成立，裁定同意变更或者追加被执行人的申请。追加的被执行人对裁定有异议的，有权自收到裁定书之日起十五日内向执行法院提起反对许可执行之诉，列申请执行人为被告，若执行依据债务人反对追加被执行人主张的列为被告，不反对的则列为第三人。法院经审理后认为异议不成立的，应当判决驳回追加被执行人不予变更或追加的诉讼请求，若法院认为异议成立的，应当判决驳回申请执行人变更或追加被执行人申请。

特别说明，由于许可执行之诉实质是执行力主观范围的扩张，所以对追加的被执行人强制执行并没有重新创设新的执行依据，仍然适用原先的执行依据。因此，从该层面上许可执行之诉并不涉及申请执行人与追加的被执行人之间的实体争议问题，而主要涉及追加的被执行人与执行依据债务人之间的权利义务关系认定。

许可执行之诉适用普通程序审理，执行裁定驳回变更或者追加被执行人申请之后，许可执行之诉审理期间不得对追加的被执行人强制执行，但执行法院形式审查过程中认为变更、追加理由成立的，为避免新的被执行人转移财产，经申请执行人提供担保，可以采取保全措施。同时，考虑到许可执行之诉的目的在于许可按照执行依据对追加的被执行人强制执行，没有适用调解的可能。倘若申请执行人与新的被执行人意图达成调解的，申请执行人应当撤回许可执行之诉的起诉，通过与执行依据债务人、追加的被执行人达成执行和解协议的形式实现调解目标，以维护法律的秩序稳定性，避免



导致多份生效判决之间的既判力冲突。

5. 许可执行之诉与第三人撤销之诉、案外人再审的冲突与协调

许可执行之诉中追加的被执行人与执行依据债务人存在权利义务上的某种依存关系，所以执行依据的审理结果与追加的被执行人可能具备法律上的利害关系，或者追加的被执行人在执行依据中享有独立的请求权，为此追加的被执行人有多种权利救济程序可供选择，由此便会产生多种救济程序竞合问题。比如，债权人甲向 A 基层法院起诉有限责任公司乙承担保证责任，但实际上乙公司此前对外担保未经过公司内部决议程序，是乙公司法定代表人擅自签署，但经 B 中级人民法院审理后作出生效判决认定乙公司应承担保证责任，自然人丙是乙公司未按期足额缴纳出资的股东。为此，债权人甲依据 B 中级人民法院作出的生效判决向 A 基层法院申请强制执行，并在执行程序中追加股东丙为被执行人，要求其在未足额出资范围内承担连带责任。股东丙一方面对债权人甲提出的追加其为被执行人申请提出异议；另一方面认为执行依据裁判错误侵害其合法权益，且其系非因不可归责于自身原因未参加生效判决案件审理，从而向 B 中级人民法院提起第三人撤销之诉，此时该如何处理？进一步而言，如果丙没有提起第三人撤销之诉，而是提出书面执行异议后被 A 基层法院认定理由不成立而驳回，那么丙是应提起反对许可执行之诉，还是提起审判监督程序？

笔者认为，通过对《民事诉讼法》第 234 条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的司法解释》第 301 条作体系解释可作如下处理：第一，关于反对许可执行之诉与案外人再审的冲突解决，如果追加的被执行人虽提出书面异议，执行法院裁定同意变更或追加被执行人，追加的被执行人认为执行依据内容错误损害其权益的，其应当提起案外人再审，如果与执行依据内容无关的，应当提起反对许可执行之诉。第二，关于第三人撤销之诉与案外人再审的冲突协调，如果追加的被执行人在申请执行人没有变更或者追加其为被执行人之前，其已经向作出执行依据判决的法院提起第三人撤销之诉，此时申请执行人提出变更或者追加被执行人申请的，追加的被执行人仍有权提出执行异议，但只能继续通过第三人撤销之诉实现救济，不得再提起案外人再审。在此期间，如果执行法院不同意追加被执行人，申请执行人提出许可执行之诉的，为了避免法院生效判决冲突，执行法院应当依据《民事诉讼法》第 153 条第 5 款规定的本案需以另案审理结果为依据中止许可执行之诉，待第三人撤销之诉裁判后再行审理。反之，如果追加的被执行人在申请执行人变更、追加其为被执行人的申请后提出了执行异议，但其认为生效执行依据的内容侵害权益的，只能提起案外人再审，而不能提起第三人撤销之诉。

结 语

通过对追加配偶一方为被执行人的司法裁判的实证研究,笔者认为,《规定》适用范围存在局限性,不能充分地解决执行程序中变更、追加被执行人主体是否适格的争议,应当予以扩充完善。而《规定》既已初步设立不同于《民事诉讼法》第234条执行异议之诉的许可执行之诉,结合域外许可执行之诉的立法经验,将许可执行之诉独立规定为一种特殊的诉讼救济程序,并直接增设在《民事诉讼法》执行程序专章中具有必要性及正当性,从而实现从“对物的诉讼”与“对人的诉讼”两个路径协调执行与审判程序的有效衔接,实现既能充分贯彻“审执分离”的基本原则,又能为申请执行人、案外人提供权利救济的途径,兼顾公正与效率,有利于解决“执行难”问题。许可执行之诉适用范围扩充之后,当再面临债权人申请追加配偶一方为被执行人时,如果执行法院裁定不同意追加,此时债权人有权提起许可执行之诉;如果执行法院裁定同意追加,追加的配偶一方有权提起反对许可执行之诉,追加配偶一方为被执行人的问题能够得到妥善解决。

(责任编辑:郝晓越)



在裁判文书中提炼裁判要点的价值与进路

——基于对114篇优秀民事裁判文书之考察

匡浩

内容摘要：多年来，大部分优秀法官有意识地在裁判文书中将创新点提炼为裁判要点，从个案中归纳出类案的 处理规则。创新点包括法律解释方法以及裁判思路、思维方法。提炼中存在裁判要点多余、假定条件不完整、案件事实未完全剥离、形式瑕疵等问题。提炼裁判要点能以较低成本提高裁判的准确性、审判经验的资鉴性，弥补现有案例指导制度的稀缺性、滞后性。提炼时应当使用抽象方法，将创新性判断及其解决方案中的具体法律事实提升成裁判规则或裁判思路的类型化事实。在努力确保结论正确的基础上，逐步增加抽象程度，并考虑后案的特殊情况形成除外条款，再以是否符合法律规定、方便后案参照为视角进行校验。

关键词：裁判文书；裁判要点；抽象提炼；审判经验；参考

以裁判要点为核心的指导性案例和最高人民法院公报案例、各级法院发布的典型案例，对总结审判工作经验、统一司法尺度和裁判标准发挥了巨大作用，针对各种案例尤其是指导性案例的研究已然蔚为大观。然而，最高人民法院指导性案例的背后是无数裁判文书尘封于案卷之中，其中不乏承载着法官审判经验、思维方法的优秀裁判文书，其所蕴藏的审判参考价值并未得到充分挖掘，学界和实务界亦未对此倾注热情进行研究。公报案例、各类典型案例或因没有裁判要点的内容要求，或因提炼的裁判要点仅在新闻宣传稿中出现而未能写入裁判文书，无法在裁判文书网中以类案检索方式获取、呈现，导致对审判经验的总结、传承难尽人意。为了应对这一问题，本文通过对部分优秀民事裁判文书中的裁判要点提炼情况进行考察，自下而上地总结经验、钩沉规律性认识，探究提炼裁判要点并写入裁判文书的利弊，以强化法官提炼裁判要点的自觉性并优化提炼方法，更广泛地发挥裁判文书的参考价值，提升审判质效。

* 匡浩，青岛海事法院海事审判庭一级法官。

一、优秀裁判文书中裁判要点提炼的实证考察

“裁判要点是人民法院在裁判具体案件过程中，通过解释和适用法律，对法律适用规则、裁判方法、司法理念等方面问题，做出的创新性判断及其解决方案。”^①也就是说，裁判要点既不是法律法规、司法解释的原文或简单解释，也不是法学理论和审判实践中已形成共识并成为常识性的东西，而是在处理认定证据、剪裁事实、解释法律、寻找裁判思路等实体问题和程序问题时创新发展出的规则或方法。按照《人民法院民事裁判文书制作规范》和《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》的要求，将创新性判断及其解决方案（下文简称创新点）用于阐明裁判结论的形成过程和正当性理由即可，没有提炼成裁判要点的要求。只有在将案件选为指导性案例、参考案例时，在参加优秀裁判文书评选时，或在案例分析写作中，裁判要点（或称裁判要旨）才有硬性要求（见表1）。由此可见，创新点是裁判要点与案件事实结合的具象释法说理，裁判要点是创新点剥离案件事实的抽象规则或方法。裁判文书中的裁判要点属于说理部分。“从中国法官裁判说理的实际特点出发，以其中好的判决书写来引导差的判决书写，或许是更为可行的改革方式。”^②从每年数以千万计的裁判文书中评选出的“百篇优秀裁判文书”代表了全国裁判文书撰写的最高水平，对其进行实证研究，有利于站在更高起点总结裁判文书中裁判要点的提炼经验。本文以第三、四届全国法院“百篇优秀裁判文书”中的114篇民事裁判文书为分析样本，检视其裁判要点的提炼情况。

表1 创新点和参加评选所附的裁判要点示例

案件	原文的创新点	所附的裁判要点
(2019)内民终156号民事判决书	首先，被告上述侵权行为导致原告的《母亲》剧本不能立项、拍摄，阻碍了《母亲》剧本通过拍摄进入市场的商业机会，造成原告相应经济收益的减损。其次，案涉侵权影片虽未在影院公映，但多次参加国内外影展，已获得多个奖项，客观上提升了被告在国内外同行业中的声誉并为其带来了无形的经济利益和商业机会（为阅读便利稍作调整）	权利人的实际损失或者侵权人的违法所得不能确定的，由人民法院根据案涉作品的性质、类型、影响力、侵权使用情况、侵权作品的传播范围等因素综合考虑

（一）提炼裁判要点的总体情况

样本裁判文书地域分布较平均，最高人民法院有9篇，各省市自治区至少有两篇；涉及的案由多样；各审级为一审32篇、二审59篇、再审23篇。样本具有普遍代表性。

① 胡云腾、吴光侠：《〈关于编写报送指导性案例体例的意见〉的理解与适用》，载《人民司法·应用》2012年第9期。

② 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。

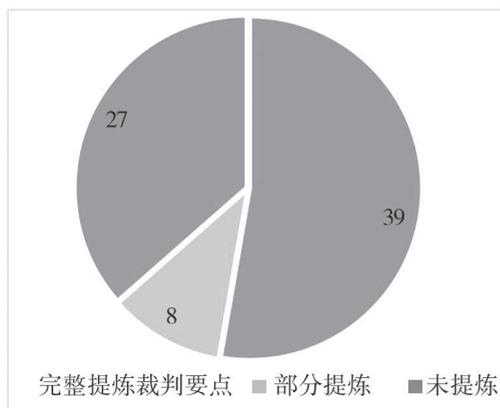


图1 提炼裁判要点的裁判文书统计图

114篇裁判文书中，在裁判过程中有创新点的共74篇，其中将全部创新点提炼为裁判要点的有39篇，部分提炼（即遗漏部分创新点）的有8篇，未提炼的有27篇（见图1）。这说明大部分法官有意识地在裁判文书中将创新点提炼为裁判要点，从个案中归纳出类案的处理规则，小部分法官仅限于对创新点进行了充分地释法说理，没有进一步提炼的意识。

114篇裁判文书中，有40篇虽然案情复杂、审判过程曲折、一审法院或原审法院出现错误，但裁判过程中没有疑难问题，无需创新点，亦无裁判要点。这说明即使是复杂案件，也未必需要创新规则、方法，法官依靠法律、司法解释、法学理论和审判实践中的常识即可解决，无需也无从提炼裁判要点。

（二）创新点的类型

在裁判过程中有创新点的裁判文书为74篇，包含91个创新点，其中法律概念解释24个，法律构成要件解释21个，不确定概念和一般条款解释29个，法律漏洞填补7个，裁判思路、思维方法10个（见图2）。前三项为狭义的法律解释方法，前四项为广义的法律解释方法。

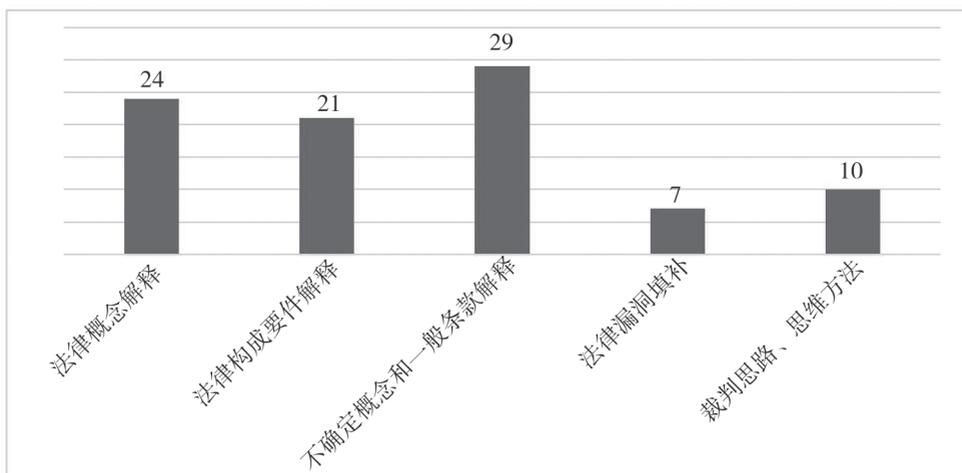


图2 裁判要点的类型统计图

（三）提炼裁判要点的问题样态

从分析样本可以发现，样本裁判文书撰写水平较高，提炼的裁判要点概要、准确、

精炼，结构严谨，表达简明，语义确切，能够挖掘出案例的闪光点，从个案中归纳出类案的处理规则，对类似案件的裁判具有指导和启示（见表2），但也存在一些问题。

表2 优秀裁判要点示例

裁判文书	应用场景	裁判要点
(2019)京01民终5059号民事判决书	原告在被告一经营的滑冰场被被告二撞伤。因自甘风险属于不确定概念，当事人对原告是否因自甘风险需自担部分责任产生争议	构成自甘风险应符合三个要件，一是受害人知悉危险存在；二是受害人有自愿承担危险的表示或者可以推知的默示；三是接受该危险不违反公共利益或善良风俗

1. 裁判要点有多余要素

裁判要点要从裁判理由中提取和抽象出来，形成具有结论性质的规则和方法，蒋惠岭教授将其称为“动态法典”。^①故不宜再在裁判要点中撰写理由，否则必然导致裁判要点冗长，使论据冲淡论点（见表3）。

表3 有多余要素的裁判要点示例

裁判文书	(2019)最高法知民终21号民事判决书
应用场景	原告称被告侵犯其专利权，双方对原告专利权的保护范围产生争议
裁判要点	从权利要求书的撰写要求以及作用来看，权利要求书应当清楚、简要地表述请求保护的范围；所要保护的权利要求是从整体上反映发明或者实用新型的技术方案，记载解决技术问题的必要技术特征；其作用是确定专利权的保护范围，即通过向公众表明构成发明或者实用新型专利的技术方案所包括的全部技术特征，使公众能够清楚地知道实施何种行为会侵害专利权，从而一方面为专利权人提供有效合理的保护，另一方面又确保公众享有使用技术、通过其他方式创新技术的自由。只有对权利要求书记载的全部技术特征给予全面、充分的尊重，社会公众才不会因权利要求内容不可预见的变动而无所适从，从而保障专利权保护范围的确定性，从根本上保证专利制度的正常运作和价值实现
处理后	专利权的保护范围以权利要求书中请求保护的必要技术特征为限；在保护范围之外公众享有使用技术、通过其他方式创新技术的自由

从表3可知，该裁判要点加入了对权利要求书的撰写要求、作用的陈述，还加入了立法目的内容，字数达到303字。从字数比例看，裁判规则成为了裁判理由的附庸，严重地降低了裁判要点的信息效率，应当进一步剪裁。

2. 裁判要点假定条件不完整

裁判规则是裁判要点中的最常见形式，是“通过案例的裁判结论所确立法律性质的规则”^②，故也应当具有法律规范的三要素，即假定条件、行为模式、法律后果。如假定

^① 参见蒋惠岭：《认真对待作为“动态法典”的案例》，载《人民法院报》2005年8月1日，第B1版。

^② 蒋惠岭：《认真对待作为“动态法典”的案例》，载《人民法院报》2005年8月1日，第B1版。



条件有多个,应当完整地提炼出来,而不能因事实认定部分已经陈述而在裁判要点中遗漏,遗漏则相当于减少了法律构成要件,极可能误导参考该裁判要点的后案法官(见表4)。

表4 假定要素不完整的裁判要点示例

裁判文书	(2019)最高法民终1407号民事判决书
应用场景	原告要求被告偿还借款,被告认可诉讼请求。经审理查明,涉案合同内容明显违背商业常理,原告对款项支付的金额有前后矛盾的陈述,双方当事人利益完全一致
裁判要点	针对近亲属或其他利害关系人之间提起的诉讼,为防止出现虚假诉讼,人民法院应当严格审查当事人之间是否存在真实合同关系以及实际履行情况,不能将当事人对事实和证据的承认单独作为定案依据,而应当结合其他证据综合判断
处理后	审理近亲属或其他利害关系人之间提起的诉讼时,如合同内容明显违背商业常理,当事人陈述前后矛盾,各方当事人利益完全一致,人民法院应当严格审查当事人之间是否存在真实合同关系以及实际履行情况,不能将当事人对事实和证据的承认单独作为定案依据,而应当结合其他证据综合判断

从表4可知,该裁判要点没有将假定条件完整列举。合同内容明显违背商业常理,当事人陈述前后矛盾,双方当事人利益完全一致,这些都是触发虚假诉讼预警机制的要点,漏列这些条件,会让法官在审判近亲属或其他利害关系人之间提起的诉讼时过于敏感,应当进一步补充。

3. 裁判要点未完全剥离案件事实

裁判要点是裁判理由的抽象结果,功能是为类似案件提供参考和指引。“在逻辑表达中,裁判要点应当具有充分的抽象性,只有在最大程度上提升这种抽象性才能更好的发挥其指导作用。”^①在此意义上,裁判要点应当完全剥离案件事实。未完全剥离案件事实的后果是人为限定了裁判要点的适用范围,参考价值贬损(见表5)。

表5 未完全剥离案件事实的裁判要点示例

裁判文书	(2018)最高法民再401号民事判决书
应用场景	《见证意见书》约定:“我行同意在该合同到期收到贵公司通知起15个工作日内将2000万美元及相关利息按当时牌价折合的人民币金额划付贵公司指定账户。”双方对该约定的性质产生争议
裁判要点	上述《见证意见书》虽然名称上没有“保证”的表述,但从其内容看,具有保证担保的意思表示,因而构成保证合同
处理后	当事人的约定虽然名称上没有“保证”的表述,但从其内容看,具有保证担保的意思表示,该约定构成保证合同

从表5可知,裁判要点中直接引用了案件中的证据名称,寻求参考的法官对比待

① 于霄:《指导性案例裁判要点的逻辑表达》,载《法律方法》2020年第1期。

决案件和本案裁判要点时，就不能仅将裁判要点进行演绎推理，尚需对《见证意见书》和待决案件中的证据进行类比推理方能判断可否参考，增加了识别和判断的难度，应当进一步剥离案件事实。

4. 裁判要点具有形式瑕疵

裁判要点最重要的功能在于指引类案、提供参考，故其可读性也非常重要。在形式上，裁判要点应当完整、独立、明显地置于裁判文书的说理部分。但是样本中的部分裁判文书，出现了裁判要点散见于案件多个争议焦点，与其他说理部分杂糅在一个句子中，或被其他说理部分夹在段落中间等问题。诚然，这不是实质问题，但疑难案件的裁判文书动辄几万字的篇幅，从中高效、完整地提取裁判要点正要依赖这些形式要件，故对这些形式瑕疵应当避免。

二、裁判文书中裁判要点提炼的意义及可行性

通过对部分优秀裁判文书实证考察可知，大部分法官有意识地在裁判文书中将创新点提炼为裁判要点。摆在我们面前的问题是，裁判要点提炼除了推荐指导性案例、参考案例，参评优秀裁判文书或案例分析写作，抑或灯塔式的法官满足个人志向外，是否具有制度层面的统一法律适用、实务层面的提升法官审判质效的意义。如果有，还需考察此举是否可行。

（一）裁判文书中裁判要点提炼的意义

1. 提高裁判要点的准确性

裁判要点的准确性是其他功用的基础。裁判活动以裁判文书文本为载体，裁判文书中以说理形式存在的创新点在提炼之前只存在法官脑中，仍然属于思想的范畴。“以前的常识认为，言语是思想的载体，作为内容的实体本身是事先存在且固定不变的，而将它们表达出来的言语作为形式则只是一种工具或手段，形式取决于内容，手段服从于实体。但新的方法论思潮却告诉我们，思想或实体其实很大程度上是由言语所决定的，表达本身就创造着被表达的内容。”^①也就是说，只有将裁判要点提炼成语言文本，裁判要点才得以显露真身，确定其内容。“人们寻求恰如其分的词句、赏心悦目的语言，来表达思想，但是，当人们找到这些语言时，也在某种程度上重塑了思想的本身。”^②这是因为不同的人可能从同一份裁判文书的创新点提炼出不同的裁判要点。作者通过提炼确定裁判要点内容后，才具备自我检视、修正、更改，进一步提高其准确性的条件。正如王泽鉴先生所说：“理由构成之目的有二，一为说服自己；二为取信他人，可供复验，克

^① 于同志：《“案例指导”何以发生》，载《法律适用》2017年第10期。

^② [美]本杰明·N·卡多佐：《法律的成长——法律科学的悖论》，董炯等译，中国法制出版社2002年版，第51页。



服恣意及专擅。”^① 这即是裁判要点提炼对本裁判文书的内部效用。

2. 提高审判经验的资鉴性、促进统一法律适用

裁判要点最重要的作用就是参考价值。发挥该作用有两个步骤，一是裁判文书可以被检索到；二是审判经验即创新点能够被理解、掌握，进而与后案比对适用。

关于检索步骤。裁判文书“若想要对未来类似的案件发挥约束性或指导性作用，一个较为理想的工作环境是裁判者能够准确地寻找到相关的类案，同时又能够恰当地规避一些不相干的案件”^②，类案检索解决的就是面对数以亿计的裁判文书如何挑选的问题，其算法能够将非结构化的数据与半结构化的数据转化为可供使用的结构化数据。^③ 由于案件要素千差万别，很少有各方面信息完全一致的案件，而裁判要点正是串联起类案的最重要的结构化数据，算法只能着重对比案件的裁判要点，其他一些关联性不够高的因素通常会被忽略。如果裁判文书中并没有直接列明裁判要点，任其散失于冗长的说理中，那这些裁判文书显然会在类案检索时隐身。^④

关于理解、掌握、比对步骤。从逻辑角度分析，要理解没有裁判要点的裁判文书如何进行法律适用，需要进行归纳推理；在比对时，又需要进行演绎推理；如果演绎推理后无法涵射，还可能进行类比推理。“在判例法国家，法官具有丰富的判例司法经验，并且也形成了一整套区别技术，以便对适用与不适用作出解释，而我国法官接受的都是大陆法系的成文法适用训练，大多数人现在尚不具备灵活使用判例的能力。”^⑤ 而裁判要点可以帮助法官快速地把握案件的创新点，不需要自行抽象原则、规则、概念或方法，定位裁判要点后可以直接进行演绎推理进行比对、涵射，这是他们在接受法科教育时就开始长期演练的思维模式，使用起来自然驾轻就熟。

统一法律适用的必要条件之一是类案的发现，其又包含两个部分：类案检索和类案判断（比对）。上文已述，裁判要点能够提高类案检索和类案判断的效率，进而促进统一法律适用。

3. 弥补现有案例指导制度的稀缺性、滞后性

我国现有案例指导制度体系中包括指导性案例、最高人民法院公报案例、最高人民法院案例和地方法院发布的其他类型的典型案例，从数量和实际指导效果看，远不能满足实际需要。而且上述案例均需经过申报、采用和发布等程序，时间跨度可能会长达几年时间。

指导性案例作为一种司法意义上的法律渊源，在本质上是一种“权威理由（authority

① 王泽鉴：《法律思维与民法实例》，中国政法大学出版社2001年版，第301页。

② 孙海波：《“同案同判”并非虚构的法治神话》，载《法学家》2019年第5期。

③ 参见屈茂辉：《基于裁判文书的法学实证研究之审视》，载《现代法学》2020年第3期。

④ 参见曹磊：《类案检索对裁判文书写作的期待》，载《扬州大学学报（人文社会科学版）》2021年第6期。

⑤ 于霄：《指导性案例裁判要点的表述技术研究》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2020年第4期。

reasons)”,^①其“对司法裁判产生的拘束效力主要取决于判例形式以及这种形式背后的制度安排,而不是判例的具体内容或这些内容的实质合理性。”^②其他案例没有法定的权威性,但事实上也在一定范围内具有一定程度的拘束力。与之相比,普通裁判文书完全不具有权威性、拘束力,但并没有削弱普通裁判文书中裁判要点的效用。“非权威性的裁判规则,只要具备充分的实质理由,就有助于稳定共识的实现”^③,共识的强弱直接决定了司法判决能否被广泛解释并认可。^④而且,大量的裁判要点都是身处司法一线的法官自己提炼而成,在裁判文书生效后又可以即时上传裁判文书网,快速、完整地回应司法的新需求、新问题。

此外,对现实中争议较大的法律问题,现有的案例指导制度对此往往不敢轻易下结论,需待学界、实务界共识的形成。普通裁判文书则要在缺乏指导的情况下自行探索裁判规则和方法,其裁判要点能够成为引导讨论、检验效果的珍贵资源。

4. 增强裁判文书的可读性

“举一纲而万目张,”裁判文书只有以裁判要点提纲挈领,才能让包括后案法官、本案当事人、学者和社会大众等在内的读者切中要领,准确而迅速地理解裁判的规则、方法。裁判要点能够更好地统摄裁判文书的事实认定和法律适用,加强内容间的有机联系,并能够确立起裁判思路的基本脉络和走向。同时,“在抽象化程度上,裁判要点是处于案件事实与法律规则之间的中间状态”^⑤,弥合了事实与法律之间的逻辑缝隙,提升了裁判文书的理性化程度与形式合理性。

(二) 裁判文书中裁判要点提炼的可行性

1. 本案法官付出的时间

在案多人少的现实司法环境下,一项新制度或程序是否会加大一线法官的办案负担成为不得不认真衡量的问题。有学者经过对司法运转的考察发现,三大诉讼法、相关司法解释、各级地方法院的改革措施,都时常在审判实践中遭遇规避、架空、扭曲乃至赤裸裸的违反。^⑥这种现象意味着,任何诉讼规则的制定或改革,都要准确预估处于裁判核心地位的法官的需求和接受程度,这往往决定了法官的应对模式——主动寻求、欣然接受、被迫从事还是坚决抵制。^⑦法官作为工资收入大体固定的一类职业者,

① 参见孙跃:《案例指导制度的改革目标及路径——基于权威与共识的分析》,载《法制与社会发展》2020年第6期。

② 雷磊:《指导性案例法源地位再反思》,载《中国法学》2015年第1期。

③ [瑞典]亚历山大·佩策尼克:《论法律与理性》,陈曦译,中国政法大学出版社2015年版,第295-297页。

④ 参见孙跃:《案例指导制度的改革目标及路径——基于权威与共识的分析》,载《法制与社会发展》2020年第6期。

⑤ 王彬:《案例指导制度下的法律论证——以同案判断的证成为中心》,载《法制与社会发展》2017年第3期。

⑥ 参见李奋飞:《失灵:中国刑事程序的当代命运》,上海三联出版社2009年版,第56-80页。

⑦ 参见兰荣杰:《把法官当“人”看——兼论程序失灵现象及其补救》,载《法制与社会发展》2011年第5期。



按照理性人的假设,缺乏经济利益的刺激时,高昂的时间成本可能降低行动意愿。

提炼裁判要点当然不需要在所有的裁判文书中进行。实际上需要提炼的裁判文书种类不多(下文详述),人均需提炼的数量不大,法官在提炼前已经在脑中形成了创新点这一裁判要点的雏形,且每个裁判要点往往只需几十字,至多一两百字,综合来看本案法官裁判要点提炼所占用的时间不多。

2. 后案法官受到前案裁判要点错误引导的概率和后果

如果前案裁判文书中的裁判要点错误,导致审理后续类案的法官参考后未能甄别而继续犯错,这种错误的成本也需衡量。

首先,只有发生法律效力裁判文书能够公开,其裁判要点才具备供参考的条件。除未上诉的一审案件外,二审案件、再审案件都至少经过了两级(次)审理,其裁判文书中的裁判要点正确率也有基本保障。其次,后案法官在参考后、适用前,必定会对前案裁判文书裁判要点的正确性进行核验。“面对疑难的个案,法官经验要在各种思路和方法之间进行抉择”^①,形成认同的内心确认时,还需要对该裁判要点的正确性进行证成,对适用本案的理由再作阐释说明。因该裁判要点没有拘束力,后案法官不会盲从,如果有足够理由证明该裁判要点存在错误,就完全可以弃用或在修正后再适用。故即使后案法官继续犯错,也不是基于前案裁判要点的错误指引,而是基于裁判者认识过程的局限性。最后,更加可能的情况反而是,前案裁判要点的存在加强了审理类案的法官们的交流,理越辩越明,后案法官在前案裁判要点的基础上发展出更细致的规则,或发现其适用条件的例外。经过以上因素的衡量,后案法官受到前案裁判要点错误引导的可能性较低。

三、裁判文书中裁判要点提炼的路径与规制

“人类在法律活动中,无论是制度构建还是运用法律判案,总免不了要在已有经验基础上经过权衡而作出决断。”^②裁判文书是法官的劳动成果,凝结了法官的司法经验。在裁判文书中有意识地提炼裁判要点,功能就在于总结、积累和运用案例中的经验。经过了上文的实证分析和利弊权衡,裁判文书中裁判要点提炼最终需要落实到制度上才能实际发挥作用。

(一) 应当在裁判文书中提炼裁判要点的案件类型

实务中占比最多的是普通案件,这些案件直接适用法律、司法解释的规定即可,在裁判过程中不形成创新点,无裁判要点可供提炼。复杂案件一般也只是证据和事实繁多或法律关系复杂,在法官梳理后相当于裁判多个简单案件,亦无裁判要点可供提炼。

^① 李俊晔:《裁判文书多元评价机制研究》,载《中国应用法学》2021年第6期。

^② 汪世荣:《判例与法律发展——中国司法改革研究》,法律出版社2007年版,第30-32页。

疑难案件往往涉及对法律概念进行解释以确定其外延，对法律规范进行解释以确定构成要件，对不确定概念和一般条款进行解释以进行具体化，对法律漏洞进行填补，或确定某种裁判思路、思维方法，这些因素在法律、司法解释中的缺位导致法官必须自己进行创新性的判断并生成解决方案，此类判断和解决方法才是裁判经验的核心。故疑难案件才具备提炼裁判要点的条件。

疑难案件裁判文书也并非全部需要提炼裁判要点。待决的疑难案件极有可能曾经在过去出现过。经过类案检索，如果类案针对疑难点提供了正确的创新点，且已经提炼了正确的裁判要点，直接摘录到本案裁判文书中即可；提炼不准确的，修正即可；没有提炼的，才需根据创新点自行提炼。如果类案未提供正确的创新点，才需要利用法律解释方法或研究裁判思路、思维方法，并提炼成裁判要点（见图3）。

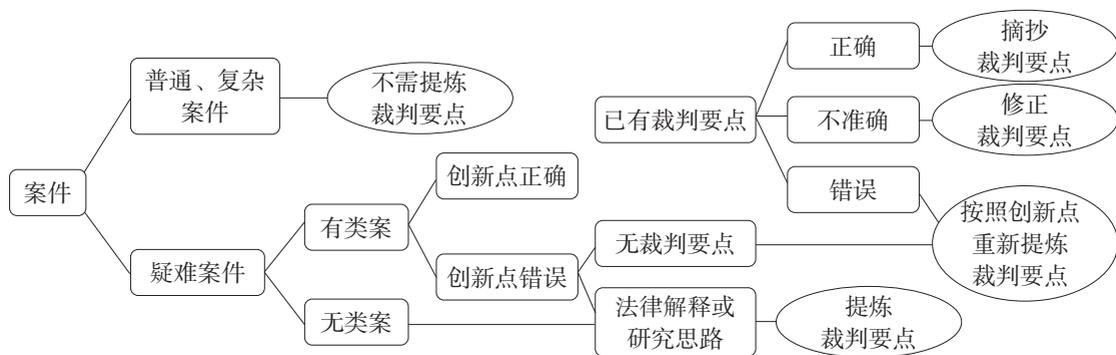


图3 各种类型案件的裁判要点处理方式

需要注意的是，新型案件或称首案也应当纳入上述模型处理裁判要点。申言之，新型案件可能涉及新的法律关系主体、客体或内容，但若争议的内核仍然是既有的法律问题，法官可以在把握争议问题本质的基础上通过三段论法律推理直接适用法律规定解决。例如2017年发生的北京首例物业公司诉共享单车无因管理案，^①适用无因管理的构成要件即可解决双方争议，也无需提炼裁判要点。

（二）裁判要点提炼的要求和方法

裁判要点提炼应当满足若干要求。在提炼对象上，应当将裁判文书中裁判理由部分的创新点进行概括、归纳，不能与裁判文书相关表述脱节，不得超越裁判文书任意发挥。^②在提炼内容上，既可以提炼法律解释的内容，又可以归纳具有指导意义的裁判思路、思维方法，包括实体法适用和认定事实、采信证据的规则和方法。^③在提炼程度上，要剥离具体的案件事实，既不能就案论案，也不能形成法律的明文规定的同

① 参见李俊慧：《单车被诉，共享单车停放无责时代终结？》，载《互联网天地》2017年第6期。

② 参见孙海波：《类案检索在何种意义上有助于同案同判？》，载《清华法学》2021年第1期。

③ 参见胡云腾、吴光侠：《指导性案例的体例与编写》，载《人民法院报》2012年4月11日，第8版。



义重述,而是运用文义解释、论理解释等方法对法律进行的进一步明确,^①即抽象程度要介于事实和法律之间。在提炼效果上,既要挖掘出案例的创新点,对类似案件的裁判具有参考和启示意义,又要清晰地划定创新点的射程范围,提升案件比对的准确性。^②

裁判要点提炼的具体方法即为抽象。抽象是指将几个有区别的物体的共同性质或特性,形象地抽取出来或孤立地进行考虑的行动或过程,在逻辑学中是将种概念向邻近属概念提升的过程。具体而言,是将创新性判断及其解决方案中的具体法律事实提升成裁判规则或裁判思路的类型化要件事实。^③正如考夫曼(Arthur Kaufmann)所指出的那样,“世界上没有什么事物是完全相同的,而通常只是在一些作为比较点的标准下所呈现出来的一种或多或少的(不)相似性”^④。抽象出来使之成为非特定的、非个体的而具有普遍的适用价值,才能对同一类的相似案件具有普遍参考意义。法律概念的解释中的具体法律事实可能只有一个,其他情况则通常不止一个,提炼时要对所有的具体法律事实逐个进行抽象,每一步抽象都会增加创新点的适用范围,直到进一步抽象会产生错误的结论为止。如未能将个案中出现的法律事实提升为更抽象的要件事实,则裁判要点只能在与个案近似的情况下适用,^⑤压缩了适用的空间意味着限制了参考的作用。

通常情况下,法官首先考虑的是他所裁判的案件,裁判要点只是创新性裁判理由中提炼出来的结晶。与立法者相比,他不能预见裁判要点未来可能适用的情况。^⑥但是在提炼时,他在某种意义上就要利用立法思维确定提炼的程度。周延性就是立法思维无法回避的重要问题,按照创新点提炼出的裁判要点需要经受住周延性的拷问。后案案件事实完全能够归入本案裁判要点时,是否可能存在某种特殊的属性导致类案变成异案,进而逃脱本案裁判要点的统摄,也是法官在提炼时要注意的问题。如果存在这种属性,就要通过例外条款对其进行排除。

裁判要点成稿后,还需要从下面三个角度进行检验。一是文字是否规范、精练、严谨,表达是否简明准确,符合立法性语言的要求;二是意旨是否忠实于立法意图、法律原则和法律精神;三是内容和涵义是否清晰,可以直接为后案法官参考引述,解决实际问题。^⑦

以(2020)闽0203民初12598号民事判决书为例,王某甲、王某乙为未育夫妻,因不孕症与某医院签订体外受精—胚胎移植(试管婴儿)医疗服务合同,取精卵后,王某甲因工作过程中误触电死亡,王某乙要求医院继续履行合同、实施胚胎移植手术,

① 参见孙光宁:《法律解释方法在指导性案例中的运用及其完善》,载《中国法学》2018年第1期。

② 参见陈晶晶:《指导性案例的文本剪辑》,华东政法大学2018年硕士学位论文。

③ 参见孙跃:《法源理论视角下的指导性案例研究》,山东大学2020年博士学位论文。

④ [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第232页。

⑤ 参见于霄:《指导性案例裁判要点的表述技术研究》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期。

⑥ 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第310页。

⑦ 参见于同志:《谈裁判规则的归纳与生成》,载《人民法院报》2008年5月14日,第5版。

但被医院以王某乙是单身妇女为由拒绝。案件涉及两个争议焦点：

第一，医疗服务合同是否因王某甲死亡而终止？即“根据委托事务的性质不宜终止的情况”具体有哪些？是否包括本案？“根据委托事务的性质不宜终止”的情况，属于不确定概念，需借助法律解释方法进行价值补充来类型化。判决给出了创新性的解决方案，认定合同不宜终止（具体理由与本文关系不大，不再赘言）。案件事实“王某甲、王某乙”是委托主体，如果抽象为“未育夫妻”，则不当排除了已经生育但仍有生育意愿的夫妻，应当进一步抽象为“夫妻”。再抽象至没有婚姻关系的“男女”则违反了《人类辅助生殖技术规范》的规定。案件事实“体外受精—胚胎移植”抽象为“人工辅助生殖技术”较为恰当，继续抽象至包括基因编辑、胚胎克隆的繁殖技术则明显不当。其他案件事实亦应如此抽象。另外，考虑到类案可能具有的特殊性，还需总结三点例外情况，以例外条款的形式并入（见表6）。该裁判要点可以提炼为：夫妻双方因不孕问题与医疗机构签订人工辅助生殖技术的医疗服务合同，应参照委托合同的规定处理，在丈夫一方因意外或疾病死亡后，在不违背丈夫生前意愿，且不违反计划生育政策的前提下，除有确切证据表明胚胎移植将对后代产生严重不利影响外，丧偶妇女可依照合同约定要求医院继续实施人工辅助生殖技术手术。

表6 提炼方法示例

案件事实	王某甲、王某乙	体外受精—胚胎移植	工作触电死亡	王某甲死亡	王某乙要求	
不足提炼	未育夫妻		工伤死亡			例外：（1）将对后代产生严重不利影响；（2）违背丈夫生前意愿；（3）违反计划生育政策
正确提炼	夫妻	人工辅助生殖技术	因意外或疾病死亡	丈夫死亡	妻子要求	
过度提炼	男女	繁殖技术	所有死亡（自杀）	夫妻一方死亡	近亲属要求	

第二，王某乙是否属于“单身妇女”？如果是，医院则不能对其实施辅助生殖技术。^①对于“单身妇女”这一法律概念在此种语境下的外延，需要用法律解释确定其边缘文义范围。判决给出了创新性的解决方案，认定丧偶妇女不能等同于一般意义上的“单身妇女”。该裁判要点可以提炼为：夫妻共同委托医疗机构实施签订人工辅助生殖技术手术，丈夫死亡后，该丧偶妇女不属于“单身妇女”，医疗机构可以继续实施签订人工辅助生殖技术手术。

^①《人类辅助生殖技术和人类精子库伦理原则》规定，医务人员必须严格贯彻国家人口和计划生育法律法规，不得对单身妇女实施人类辅助生殖技术。



（三）制度保障与衔接

作为一项民事裁判文书制作规范的新环节，裁判要点的提炼需要一定的制度保障，同时应与其他制度形成良好衔接。裁判文书最直接的功能仍然是定分止争，与之相适应，普通法官也具有仅关注本案的思考习惯，对裁判要点的提炼不宜作过高要求，不能仅以裁判要点提炼的不规范或错误而认定本案审理瑕疵或错误，打击法官的积极性。应当加强对裁判要点的梳理、研究工作，描绘其不断发展和完善的成长过程，总结提炼规律。对提炼裁判要点的裁判文书，在遴选优秀案例、优秀裁判文书时予以优先考虑。对于裁判要点获得较高引用数量的单位和个人，应当给予奖励。同时应当看到，裁判要点发挥功能需要裁判文书公开、类案检索等系统的支持，在技术上应当做好衔接。

结 语

裁判要点作为裁判创新点的提炼结晶，不仅对本案具有提高裁判质量的作用，更是向后案传递审判经验的重要抓手。目前仅在少数优秀裁判文书中对其进行了提炼，加上最高人民法院公报案例、各级法院发布的典型案例，数量也远不能满足实际的审判需要，审判经验的分享、传承效率较低。基于目前案多人少的现状，在具备创新点的裁判文书中提炼裁判要点，只要掌握了正确方法，并借助已经成型的文书公开系统，法官投入的时间成本并不高，在审判质效上的收益却极大，二者还会在制度运行中形成正向反馈。优秀裁判文书可以作为分析问题的起点，而不必是解决问题的终点。期待在裁判文书中提炼裁判要点的做法从少数法官或少数法院的偶一为之变成所有法官的自发自觉，让审判经验高效分享、传承，充分发挥中国法域的规模效应。

（责任编辑：刘文武）

内设机构改革后少年法庭实体化运行路径探寻

毕德强 薛建明*

内容摘要：自从最高人民法院成立少年法庭工作办公室，全国各地法院相继设立少年法庭。实证调研发现，部分法院少年审判实践与少年审判职能定位“貌合神离”，组织模式多元化，延伸工作形式单一，少年案件专项统计、单独考核等工作未能落地落实。基于结构功能主义视角，探索少年法庭转型重塑之路：在组织进路方面，构建独立、专业的少年审判组织，提升审判队伍专业素养并保证其独立运行；在运行模式方面，优化法庭结构，完善社会支持体系和审判运行模式，实现精细化发展；在机制优化方面，优化审判管理模式，构建与少年法庭运行相匹配的司法统计体系和法官业绩评价机制。

关键词：少年法庭；内设机构；实体化运行；转型重塑

少年法庭是我国各级法院设立的，专职审理少年案件的组织。特殊之处在于少年审判侧重于“保护、教育、矫正”的基本理念，追求少年权利和少年利益最大化，构建“社会—司法”共同参与的少年审判模式，^①因此少年审判具有重要且独特的司法价值。然而，内设机构改革以后，少年法庭面临案件数量少、资源投入不足以及在法院体系内地位边缘化等问题，一度沦落到被裁撤的地步。多年来，我国一些司法改革项目堪称“组织机构驱动模式”，即以设立某种组织机构作为改革的动力，但遗憾的是，改革往往也终结于设立某个组织机构，少年法庭似乎也前景堪忧。对于一个机构而言，组织结构与功能密不可分，“一定的组织机构，只有具有一定功能才有意义；而一定功能，又必然依赖于一定的组织结构才能产生”^②。对组织结构和功能的分析，可以起到见一

* 毕德强，山东省济宁市泗水县人民法院法官助理；薛建明，山东省泰安市岱岳区人民法院山口法庭一级法官。

① 参见徐宏、武倩：《少年司法理念的正本清源与制度设计》，载《青少年犯罪问题》2018年第6期。

② 刘祖云：《组织社会学》，中国审计出版社、中国社会出版社2002年版，第251页。

斑窥全豹的功效。

一、结构功能主义视角下的少年法庭现状

组织是理解制度的关键。少年司法制度的演进在某种程度上就是少年审判组织的演进。当前处于发展完善阶段的少年法庭有着多元化的表现形式和较为粗糙的组织构造，组织之“名”与功能的“实”之间出现了断裂，让少年法庭从结构到功能都呈现出分裂与紊乱的状态。

（一）多元化运行模式

我国少年法庭经历了从无到有、从依附到独立，从地方探索到高层设计的发展过程。少年法庭的产生一方面来自于自发性秩序的催生，一方面又揉合了顶层设计的元素。2018年5月，最高人民法院印发《中央机构编制委员会办公室、最高人民法院关于积极推进省以下人民法院内设机构改革工作的通知》，对基层法院组织机构设置提出“优化、精简”的要求。2021年，最高人民法院又尝试探索少年审判机构新路径并设立少年法庭工作办公室。但因为中央始终没有权威统一的制度安排，多年来各地基于基层首创精神进行了各种探索，加上地情各异等多种因素的影响，各地法院少年法庭组织模式不一。以山东省J市为例，该市12家法院少年法庭运行模式情况如下（见图1）。

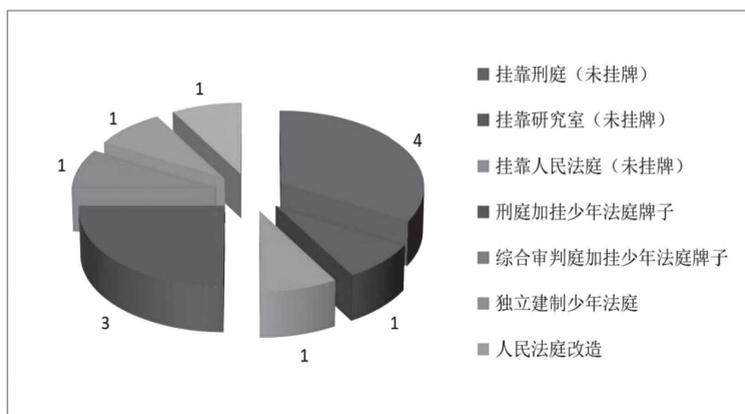


图1 山东省J市法院少年法庭运行模式情况图

从调研情况看，山东省J市法院少年法庭改革进程较快，截至2021年7月底，12家法院全面完成少年法庭实体化改造。整体上来看，少年审判机构设置欠缺，缺少统一和自上而下的规划设计。少年法庭运行模式共有四种：一是挂靠模式。6家法院采用此种模式，将少年审判工作挂靠在某庭室，案件审理由法院相关业务庭室负责。二是加挂牌子模式。4家法院采用此模式，少年审判工作由该庭室负责。三是独立建制模式。1

家法院采用此模式，当地编办确定编制专职审理少年案件。四是人民法庭改造模式。1家法院采用此模式，原有人民法庭改造成为少年法庭，负责少年案件审理工作。内设机构改革给少年审判机构带来的冲击以打乱、打散、裁撤少审机构为表现形式，破坏了少年审判机构的专门化，带来了少年审判队伍不稳定、特色审判方式及制度断层的隐忧。

（二）少年审判专业化受挫

任何组织结构会产生出不同职位，一个组织内的职位间的相互关系，是组织结构的表现形式，并通过职位之间的关系使组织结构形成一定格局。^①为落实《关于加强新时代未成年人审判工作的意见》精神，各地法院统筹少年审判指导工作，成立少年法庭工作领导小组。从整体结构而言，少年审判队伍因内设机构改革导致专业化建设停滞，影响少年审判专业化发展。

从组织结构角度看，上下级法院受案范围统一、审理指导归口一致，有利于上下级法院之间审判业务衔接、法律适用统一，体现着少年审判专业化水平。实证分析可知，12家法院中，尚有3家法院未明确少年审判受案范围。11家基层法院中仅有1家法院的组织架构与中级法院一致，其余10家基层法院存在7种审理指导归口模式。专门审判团队也是衡量少年审判专业性的指标，12家法院中有4家法院未组建专门审判团队，其余8家法院中有6家法院的专门审判团队还审理其他类型案件。坚持少年审判专业化就是在司法改革背景下，坚持将涉未成年人案件全部交由专门的少年法庭审理，实现审判机构专门化。^②从山东省J市具体情况来看，内设机构改革前，法院少年法庭基本实现未成年人案件审理机构专门化要求。机构撤并后，基层法院几乎全部撤销独立建制少年法庭，同时受案范围不一致，业务边界不清，存在交叉指导、多头指导等问题，少年审判专业化发展受挫（见表1）。

表1 J市法院少年审判组织结构一览表

单位	审理归口	指导归口	受案范围	专门审判团队	承办法官人数（人）
中院	刑庭	刑庭	是	是	6
A县		刑庭	是	专人审理	1
B县	少年合议庭	少年合议庭	是	是	5
C市	综合庭	综合庭	是	是	1
D县	人民法庭	审管办	是	是	1

① 参见刘祖云：《组织社会学》，中国审计出版社、中国社会出版社2002年版，第249页。

② 参见北京市高级人民法院未成年人案件综合审判庭课题组：《加强新时期少年法庭专业化建设研究报告——以少年、家事审判协同发展为路径》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2020年第2期。



续表

单位	审理归口	指导归口	受案范围	专门审判团队	承办法官人数(人)
E 县	大轮案制	审理团队	否	否	全院法官
F 区	民刑轮案	审理部门	否	否	全院法官
G 县		审判团队	是	是	不详
H 县		少年合议庭	是	否	全院法官
I 县		审判团队	是	是	6
J 县	按辖区	审理部门	不详	否	不详
K 县	独立建制少年法庭	独立建制少年法庭	是	是	3

(三) 案外延伸工作消极

少年司法旨在针对未成年人犯罪的预防及矫正,全面保护未成年人合法权益,促进未成年人身心健康成长,这就决定了少年法庭除审理涉未成年人案件外,还要开展案外延伸等特色工作。功能作为结构的体现,其释放取决于相应结构的支撑。以审判为中心,适当开展延伸工作是少年法庭的职能定位。延伸工作具体包括:庭前社会调查、对判处缓刑的犯罪少年考察帮教、参与未成年罪犯服刑场所对监禁少年犯的教育矫正、对回归社会的失足少年提供救助和辅导。^①以 J 市 12 家法院少年案件延伸工作情况为样本进行实证分析(见表 2)。

表 2 J 市法院审结少年案件延伸工作统计表

单位	庭前社会调查	非监禁刑考察帮教	监禁考察帮教	回归社会少年帮教
中院	否	否	否	否
A 县	否	否	否	否
B 县	否	否	否	司法建议函
C 市	否	社会求助联系机制	否	少年审判管理台账
D 县	否	否	否	否
E 县	否	否	否	否
F 区	否	否	否	否
G 县	庭前调查	否	否	回访帮教

^① 参见姚建龙:《少年司法与社会工作整合——以少年法庭法官的“非审判事务”为论证中心》,载《法学杂志》2007 年第 6 期。

续表

单位	庭前社会调查	非监禁刑考察帮教	监禁考察帮教	回归社会少年帮教
H县	否	否	否	否
I县	心理疏导	否	否	否
J县	否	否	否	否
K县	心理疏导、救济	社会多层面协调沟通	否	否

近年来,少年法庭积极推进社会观护、社会调查、心理疏导及司法救助等工作,构建起社会各界广泛参与的少年司法保护体系。内设机构改革后,山东省J市法院因案源分散、人员调整等原因延伸工作机制发挥空间不足。以延伸工作要素为统计指标,完全未开展延伸工作的有7家法院,其余5家法院仅开展少量延伸工作,且形式单一,效果欠佳。另外,开展延伸工作的法院其延伸形式多种多样,并不统一,说明目前法院系统开展案外延伸工作缺乏统一的制度规范。延伸工作推进乏力反映出内设机构改革后,少年法庭话语权和独立性削弱,对外没有成熟的工作体系,与其他政法单位及群团组织协同联动时存在协调性差、对接困难等诸多问题,不利于“政法一条龙”“社会一条龙”工作体系的完善。

(四) 量化考评缺位导致少年审判形式化运行

从组织构造上分析,审判管理制度是法院运行的组成部分,其制度改革与构建体现着法院系统内部各构成要素之间的相互关系。从专业属性角度看,少年审判的每个环节都呈现出特殊性和专业性特点,对此组织管理与控制需要组织内部各方面能够全面有效发挥作用。

司法统计工作密切关系着审判质效管理活动,司法统计越提供真实细致的数据,法院审判权运行的具体情况就越能准确反映出来,就越能健全科学完善的决策形成机制。我国少年司法统计仅在探索阶段,未形成全国自上而下的统计标准。实证分析可知,J市法院仅5家法院对少年案件进行专门司法统计,占比为41.6%,且统计内容仍以传统司法统计口径为主,未体现少年司法专业性和特殊性。同时,少年审判制度要求少审法官在办案的同时,还需开展社会调查、法庭教育、法制宣传、回访帮教等案外延伸工作和社会性事务,这些工作量周期长、效果慢且工作量巨大。现有的法官业绩评价体系中仅将传统司法统计的各项指标得分相加作为法官业绩,未针对少年法庭工作的特殊性制定合理的业绩评价指标。实证得知,J市仅有3家法院对少年法官专门绩效考核并制定专门绩效考核办法,占比为25%(见表3)。

表3 J市法院少年案件司法统计及绩效考核统计表

单位	专门司法统计	专门绩效考核	专门绩效考核办法	单位	专门司法统计	专门绩效考核	专门绩效考核办法
中院	否	否	否	F县	否	否	否
A县	是	否	否	G县	否	否	否
B县	否	否	否	H县	否	否	否
C县	否	是	是	I县	是	是	是
D县	是	否	否	J县	是	否	否
E县	否	否	否	K县	是	是	是

二、对少年法庭结构与功能的三重拷问

社会系统是在不同子系统关系结构的基础上形成的网络，社会系统需要激发其适应性功能、制度性功能和角色功能，才能维持社会系统的平衡和延续。^①同理，如果把法治社会看作是一个系统的话，少年审判组织就是微观层面的子系统，因此必须结合法治社会的需要，在新时代条件下对其功能进行新的整合，才能推动社会制度的不断完善和发展，除此之外要想达到动态平衡的目标必须以制度形式对少年审判组织进行规范和约束，而少年审判组织这一角色则是制度的表现形式（见图2）。

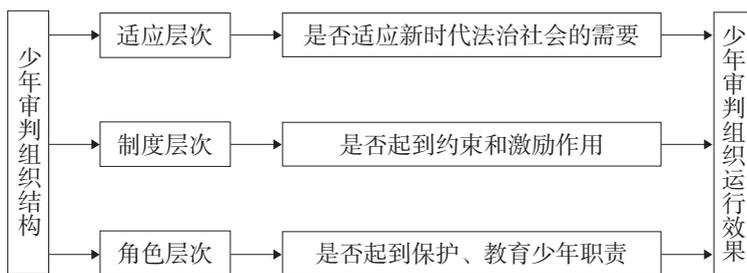


图2 少年审判组织结构分析框架

（一）新时代法治社会需要

结构和功能的发展变化是相互联系的，社会结构的变化会导致功能的改变，功能的发展变化也会影响社会结构的变化。受社会制度、人口政策、经济转型和观念变革等社会因素的影响，现代家庭的结构和功能也发生着变化。第一，家庭结构发生了变化。

^① 参见 [美] 帕森斯：《现代社会的结构和过程》，梁向阳译，光明日报出版社 1988 年版，第 24 页。

随着经济社会快速发展和城镇化进程加快,家庭人口数量减少,家庭规模趋向微型化、小型化,大家庭变为小家庭。单亲家庭、重组式家庭、空巢家庭呈增多趋势。第二,家庭成员关系发生了变化。受国家生育政策影响,家庭规模缩小,家庭关系简化。以两性为主的家庭关系因受独生子女现象影响转变为以子女为中心的家庭关系,代际沟通也呈现出伙伴关系特征。第三,家庭心理功能发生了变化。现代社会中,随着社会化大生产、分工细化和就业地域无限制,家庭成员间的生产生活关系变弱,家庭成员分至多处成为常见现象。家庭成员之间越来越依赖电话、微信等现代通信方式联络感情和慰藉情感。第四,家庭组成方式发生了变化。随着时代变迁和观念变化,青年男女自主选择自己的婚姻伴侣,解除婚姻关系也系个人自愿,父母和他人难以干涉,这种以感情为基础的婚姻家庭提高了婚姻质量,当然也可能导致因感情转移而引发家庭解体、婚姻破裂和子女单亲抚养等问题。

我国传统社会是基于血缘和婚姻关系建立起的家庭间关系,家庭成员以亲属关系为纽带,依据血缘关系远近向外扩展,家庭除承载生育功能外,还承载着与家庭相关的宗教、政治、经济等功能。在这种家庭模式下,少年能够受到多方面的家庭教育和保护,且可相互替代。受社会发展及经济转型影响,传统大家庭模式在逐渐消失,取而代之的是小家庭,家庭文化功能弱化,教育后代获取新知的功能减弱。^①这种发展趋势的变化亟需国家机构通过调整自身结构来适应社会结构的变化,重新整合该部分国家机构承担的社会功能,以便满足社会发展需要。

(二) 少年审判专门化价值追求

创设制度的初衷在于减少世界的复杂性,使人际交往过程由复杂变得更可预见和更易理解。^②少年案件“三审合一”审判模式能够克服传统司法模式无法对少年案件综合一体化解决的问题,统一少年审判的法律适用和裁判尺度。而现实中,部分法院未能恰到好处的处理三大诉讼法在诉讼理论、程序制度设计、证据证明标准和价值取向等方面的差异,未能实现少年司法专门化制度设计的价值追求。以少年刑事审判和民事审判程序为例,刑事审判侧重于庭前调查和庭审教育等程序制度以避免对少年造成“第二次伤害”,帮助其改过自新、融入社会。民事审判则侧重征求少年意见、法官释明义务等程序制度以使少年合法权益得到最大限度保护。不同渊源、理念和性质的程序制度在同一空间内适用,不仅不利于其诉讼目的和诉讼价值的实现,对审判人员和辅助人员的综合素质也提出相当高的要求,如果没有相契合的程序和制度保障,可能造成民事、行政审判理念被刑事审判理念同化,造成少年民事、行政案件裁判尺

^① 参见胡云腾:《少年家事审判改革的社会背景和问题导向》,载《中国青年社会科学》2016年第5期。

^② 参见[德]柯武刚、史漫飞:《制度经济学:社会秩序与公共政策》,韩朝华译,商务印书馆2004年版,第142页。



度偏高。^①另外,法院长期按照行政、民事、刑事等专业类型划分案件,不同庭室间法官缺乏交流机制,可能导致少年案件因庭室不同而出现同案不同判现象。

少年案件的特殊性体现在少年审判专业化和案外延伸等特色工作机制上,法院需要通过专业化审判和特色工作机制教育和感化未成年人。而少年审判工作作为法院内部的审判工作之一,也必须遵循法院内部的审判管理制度。目前,我国法院系统内部尚无一套科学、全面的少年案件审判工作考核标准和案件统计管理体系,少年法庭法官的绩效考核仍是以结案数量、质量和效率等传统指标为依据,尚未考量少年审判的特殊性,将案外延伸工作纳入绩效考核体系。在这种绩效考评机制的引导下,少年法庭法官往往追求个人利益最大化,忽略延伸工作。2016年4月《最高人民法院关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》发布后,各地因地制宜建立了家事审判庭,扩大家事案件受案范围,家事案件数量逐年增多。因少年审判与家事审判在程序设计和理念选择上趋同,不少涉及未成年人的家事案件归由家事审判庭审理,家事审判与少年审判职能范围出现交叉,案源问题存在困扰。^②在家事审判模式中,基于婚姻及家事作出判决或裁定,没有充分重视未成年人权益保护,无法有效满足少年司法保护需求。

(三) 少年司法社会期待

从结构功能主义视角出发,“位置—角色”作为系统内最基本的构成单位,“位置”为系统内参与行动的个体所处的位置,“角色”为社会对该位置所应有行为的期待。^③从“位置—角色”的角度而言,少年法庭是为了保障少年司法的专业性和特殊性,打破传统司法体制束缚,^④运用国家司法权力教育、感化、挽救未成年人和保障未成年人利益最大化而设立的组织。少年法庭创立的很多特色制度和工作机制,如社会调查、法庭教育、圆桌审判、心理评估干预及回访帮教等制度和“寓教于审”“两条龙”等工作体系均得到广泛推广和应用。^⑤然而,作为一个具有终极性公正追求的组织机构,少年法庭也面临着组织架构上的公正性追问。少年法庭的法官在以案件数为升职考核、奖金计算的考核机制面前,在案多人少的矛盾面前往往会选择“趋利避害”。同时,由于司法改革中以案件量决定少年法庭员额配比、机构建制等片面认识,司法改革的各项部署要求以及降低司法成本、优化司法资源配置等目标均被置于“案件量”的麾下。唯案件量马首是瞻的倾向导致我国少年审判制度在基层运行机制中无一不是在成人司

^① 参见黄河:《反思与前进:少年审判机构设置改革方向和路径研究》,载《北京政法职业学院学报》2018年第4期。

^② 参见徐睿:《少年家事审判联合发展的路径探析》,载《昆明理工大学学报(社会科学版)》2019年第3期。

^③ 参见[美]罗伯特·莫顿:《社会理论与社会结构》,唐少杰、齐心译,凤凰出版传媒集团2008年版,第492页。

^④ 参见陈巍:《论中国少年审判机构的设置》,载《北京航空航天大学(社会科学版)》2020年第1期。

^⑤ 参见颜茂昆:《关于深化少年法庭改革若干问题的思考》,载《法律适用》2017年第19期。

法模式基础上的调整和修补,失去了少年审判对少年权益保障问题真正的关切。这种组织架构下,少年法庭与社会公众对其角色期待之间存在着潜在冲突,进而产生了结构性矛盾。

三、少年法庭结构功能主义的体系化解释

制度与功能具有多元性和复杂性,可以从少年法庭的结构与功能以及二者的相互联系出发,深入分析和讨论组织环境、组织制度和结构中的群体等一系列问题。

(一) 功能受限与环境抵牾

组织的兼容性是控制组织结构与过程运行的首要条件。少年法庭运行中的问题,根本上可能源于内外部环境上的抵牾。

1. 内环境——业绩考核制度的困局。社会行为的功能可区分为“显功能”和“潜功能”,“显功能”是合乎制度设计者本意的功能;“潜功能”则是超出制度设计者本意的功能。^①法官绩效考核制度可以视为一套有效提升司法工作质量、确保司法公正、廉洁的机制。作为一套激励机制,敦促法官为了公平公正的裁判努力提升自身专业素养,同时也作为一套选优机制为考核成绩靠前的“办案能手”提供更多晋职晋级机会。现有的少年法官业绩考核制度仅仅让人看到了该制度的“显功能”,而忽视了该制度的“潜功能”。制度设计者希望少年法官业绩考核制度能够发挥提高审判质量和利用案外延伸机制保障少年权益作用,实现司法公正。然而,少年法官业绩考核制度只考察少年法官审判工作中易于识别且可以量化的部分,如案件量、回访帮教等,对于难以进行横向量化比较的方面,如少年法官责任心、爱心、敬业精神等内容无法列入考核统计范围。少年法官基于现行业绩考核制度中的片面测度,不是被动接受而是主动“迎合”,根据考核指标调整自己的行动策略,以最大限度实现个人利益。结构决定功能的运作,少年法官业绩考核制度未考虑到少年案件的专业性和特殊性,导致少年案件的审理与其他案件无异。

2. 外环境——社会支持体系的异位。社会组织各子系统之间会为功能的发挥而进行整合以适应社会形势赋予的角色期待。少年法庭功能的发挥需要社会各子系统之间功能的整合,政法单位组建的“政法一条龙”与政府、社会组织相衔接的“社会一条龙”构成了少年保护的组织系统。“两条龙”是行政管理体制催生的产物,为实现少年保护而组合在一起,各部门作为社会系统中的子系统,由于隶属于不同的上级部门,制度改革路径严重依赖行政体制改革。从整合角度看,“两条龙”通过功能的发挥而适当调整组织结构变得十分困难,久而久之,因结构的僵化难以适应功能的需要。“社

^① 参见李拥军、傅爱竹:《“规训”的司法与“被缚”的法官——对法官绩效考核制度困境与误区的深层解读》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第6期。



合力和政法单位分别处于未成年人司法服务的供求两侧，由于社会力量分散在社会各个层面，它们大部分与政法单位没有交集且缺乏沟通渠道，办案人员往往因缺乏资源链接机制和服务信息共享平台导致社会支持体系运行效率不高。”^①就组织形式而言，参与社会支持体系的政府部门和群团组织等隶属于不同部门，各部门间只是将其中的一部分职能与其他部门整合开展少年司法社会工作，这种“临时搭建机构”在开展工作时协调性较差，功能发挥往往大打折扣。

（二）地位附属与工作淡化

功能分析是当今对社会学解释诸多取向中最有希望却最少被整理过的一种。^②少年法庭在职权行使过程中受制于地位、职责和考核等多种因素的制约，出现了地位附属、工作淡化问题，导致功能变异。

1. 少年法庭地位附属。从制度设计的层面来看，现行法律规范没有明确少年法庭的地位、职责，仅是允许法院根据自身实际自行设立，但少年法庭通常不被认为是常设或者法院中必备审判庭，民庭、刑庭、行政庭甚至速裁庭才属于通常意义上的常设法庭。^③在实践中，地方法院对少年法庭的认识程度决定着少年法庭的设立和裁撤，对少年审判特殊性认识不足的地区少年法庭往往被撤并，职能多与刑庭合并。少年法庭地位明显低于刑庭，审判庭的合一使得常年从事成年人刑事司法的人员办理未成年人刑事案件。由于受成人刑事案件影响，思想观念以及工作习惯难以完全扭转，难免采取与少年司法不一致的工作方式，少年审判的矫正性、非刑罚性、恢复性特征被强势的刑庭意志掩盖，少年审判理念被成年人审判理念所取代，阻碍了少年司法的良性发展。同时，《未成年人保护法》《预防未成年人犯罪法》多为提纲性、原则性规定，^④涉及实体权利义务和诉讼规则的内容仍附属于《刑法》《刑事诉讼法》等实体法或者程序法，这透漏着少年法庭的依附性。

2. 少年审判工作淡化。近年来，随着《刑事诉讼法》关于检察机关附条件不起诉制度的确立，少年刑事案件数量逐年下降，少年民事案件因推进多元化解和速裁工作，案源锐减，面临“无米下锅”的境地。由于案件数量相对不足，有的少年法庭人员被调整到其他业务庭室，特色审判机制作用发挥空间不足。同时，少年司法改革面临的一个重大模糊方向，即“家事审判改革”，将少年审判与家事审判融合，涉及少年的婚姻、家庭类纠纷案件统一归入家事审判庭。因家事案件数量巨大，法官大多数精力放在处理婚姻、家庭等家事案件中。部分少年法庭为满足案件数量要求大量审理与未成年人

① 宋志军：《论未成年人刑事司法的社会支持体系》，载《法律科学（西北政法学院学报）》2016年第5期。

② 参见[美]罗伯特·K·默顿：《社会理论和社会结构》，唐少杰、齐心译，凤凰出版传媒集团2008年版，第90页。

③ 参见徐建：《伟大变革中的我国青少年犯罪与未成年人保护法》，载《青少年犯罪问题》2016年第1期。

④ 参见高维俭、彭宇轩：《论少年法学的学科性质与学科价值》，载《南昌大学学报（人文社会科学版）》2019年第6期。

权益联系不大甚至毫无联系案件，少年审判专业化发展受限，少年法庭的职责作用存在边缘化趋势。

（三）工作失衡与责任泛化

1. 利益冲突导致工作失衡。良性的制度应当在实现自身利益最大化和增进公共利益中保持平衡，在双赢中实现制度目的。不管是个人还是组织，做出行为选择时必然要考虑利益。“人们总是理性地追求最大化的满足，一切人在他们一切涉及实际选择的活动中均如此。”^①强调利益在少年审判工作中的失衡就是提醒人们不要忘记法官在某种程度上也是“社会人”，其行为也可能受到利益驱动，基于利益驱动使得某些制度设计形同虚设。少年审判工作具有特殊性，除查明事实、审查证据和适用法律等程序外，还要坚持“教育、感化、挽救”的方针以及未成年人犯罪“教育为主、惩罚为辅”的原则，维护未成年人合法权益，促进其尽快回归社会。^②少年审判的特殊性决定了在案件审理之外还需要进行大量的案外延伸工作。现行少年法庭法官的考核制度未将延伸工作纳入考核体系之中，少年审判绩效考核仍以结案量为导向，法官出于利益衡量而追求高结案量，收案量小的法官则兼收其他类型案件以使自己的绩效考核指标排在前面。绝大多数少年审判团队除承办少年案件外还承办其他类型案件，证实这种理论上的揣度并非空穴来风。

2. 多主体参与模式导致责任泛化。少年审判职能的发挥不同于民庭、刑庭等传统庭室，其职能发挥模式既需要少年法官发挥审判职能，同时也需要司法和社会“两条龙”发挥跟踪帮教等职能，且不同职能之间相互分离，职能发挥主体多元化。少年法庭“审判”重于“帮教”的实际运行模式，使得延伸工作被虚置，违背了少年审判组织设置的职能定位。“未成年人司法社会参与缺乏明确的法律依据，相关理论研究滞后，导致参与主体的范围不定、职责不明、合法地位受质疑。”^③司法和社会“两条龙”帮教机制使得各参与主体按照各自意愿决定，人员分派和措施计划缺乏明确的职能安排和责任落实，不专名、不专职、不专责，造成延伸工作职责剥离。没有责任和落实，没有荣誉的激励，必然导致责任趋于模糊化，少年法庭沦为淡化压力和转移风险的“避风港”。

四、少年法庭组织结构的全新演绎

少年法庭的完善必然是系统性、全面性的，应当遵循全新演绎的路径，在审判的核心语境下，以理念上的更新为前提，从组织结构、运行模式和机制优化上进行全方

① [美] 理查德·A·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第442页。

② 参见北京市高级人民法院少年法庭改革调研课题组：《司法改革背景下的少年法庭发展路径——基于对部分省市法院少年法庭的实地考察》，载《预防青少年犯罪研究》2019年第4期。

③ 宋志军：《论未成年人刑事司法的社会支持体系》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2016年第5期。



位的重塑。

（一）构建名实相符的少年审判组织

从结构功能学角度来说，机构的改革实质是结构与权力的整合配置。少年法庭是组织载体，核心在于法律适用与延伸职能。因此，改革的演绎应该首先从全方位为少年法庭注入“少年”元素着手，对松散自由的组织架构进行实体化改造，成为名副其实的“少年法庭”。

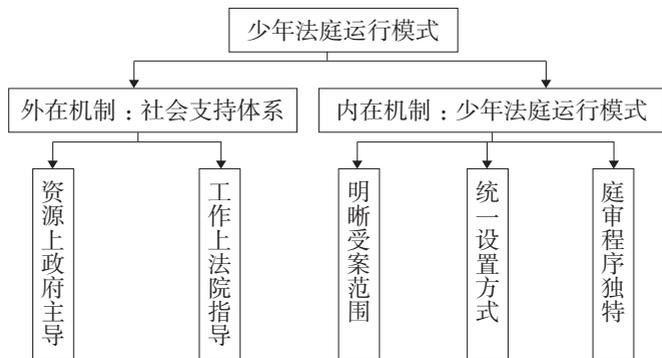
1. 构建独立性少年审判组织。少年法庭的价值追求是挽救最大多数孩子最大可能性。^① 为避免少年审判边缘化运行而削弱其固有的价值追求，应当保证少年审判职能的独立运行，与其他庭室业务互不混同来保障少年审判专业性和特殊性职能发挥。一方面，审判人员相对独立。构建一套少年审判队伍考核培养标准，从制度层面保障少年审判人员培养和考核的独立性。在组织结构多元化运行模式下选任具有一定社会阅历，熟悉少年心理特点，并热爱少年权益保护的审判人员及团队专门审理少年权益保护案件，以保障少年审判运作的独立性。另一方面，审判程序上独立。我国少年司法理论研究和制度建设相对滞后，目前法院系统尚未形成一套有别于普通刑事案件的少年案件审理程序。可以通过统一规定少年案件程序，制定特别诉讼程序，明确同一审判庭内部审判人员分工、职责以及案件分配问题。制定少年审判特别程序既有利于少年审判程序独立性运行，也有利于少年审判专业化发展。

2. 构建专业性少年审判组织。从现行设置来看，少年法庭的组织架构更像是“案件审判流水线”，充当了“办案机器”的角色，专业性不强。为避免少年审判走形式和过场，提升少审法官知识储备和专业技能，应对其进行专业化改造。一是同一审判庭的法官进行审判职能区分，因岗选人，扬长避短，保证案件审理质量和效果。独立建制的少年法庭或者少年审判合议庭综合考量他们各自的经验、特长、成果、意愿、兴趣等因素后，合理分配职责和工作。二是定期培训和不定期交流提升审判技能。培训和交流可以有效提升岗位必备的知识和技能，可以由中级法院负责组织召集本辖区基层法院开展业务培训和交流活动，对重大疑难复杂案件要发挥法官集体智慧，解决好事实认定、法律适用等难题；也可以与其他法院业务骨干、科研机构的专家学者等进行前沿性学术研讨，帮助开阔审判思路，提升审判技能。三是加快少年审判队伍专业知识的储备和学习。随着经济社会的发展以及互联网技术的更新，未成年人犯罪预防、未成年人民事权益保护等工作面临许多新问题，片面的、零碎的学习不足以满足司法实践的需要。少年审判团队应注重系统性学习和综合性学习，关注少年审判前沿涉及的司法技术和技能。

^① 参见姚建龙：《中国为什么需要少年法院：简单但却容易被忽视的理由》，载《青少年犯罪问题》2006年第5期。

（二）构建合作配合的少年法庭运行模式

统一组织模式后，有必要推动少年法庭的结构功能进一步演化，内在机制与外在机制的协调配合，实现少年审判由专业化向精细化的发展（见图3）。



1. 构建协调配合的社会支持体系。基于审判实践的考虑，少年审判延伸工作与社会支持体系深度融合。现实的态度是对现行模式改革完善以实现体制机制的创新。首先，构建社会支持体系应区分两个层次，在资源配置层面上实现政府主导、社会支持；在工作机制层面上实现法院主导、社会参与。搭建起沟通社会 and 司法的桥梁，为少年审判引入社会力量。其次，少年审判应当尊重司法权的运作规律，以维护未成年人权益为核心，少年法庭的主要精力投入到依法办案的本职工作中。最后，在少年司法制度发展的初期，为培育其他社会力量参与少年司法，少年法庭除审判工作之外还要承担审判延伸工作，当政府主导、全社会参与的资源配置机制成熟后，少年法庭的延伸工作要转交给相关部门，形成“司法—社会”协调配合的合作机制。

2. 完善少年法庭运行模式。由于少年审判的特殊属性，普通的法庭运行规则难以全面有效地保障未成年人合法权益。第一，调整少年法庭设置方式。发挥中级法院在少年审判工作中的中坚力量，带动辖区内各家基层法院统一设置少年法庭。理顺上下级法院在业务指导、案件归属等方面的关系。第二，明晰受案范围。坚持最有利于未成年人原则和预防、控制未成年人犯罪的目标，适度调整受案范围，探索少年审判与家事审判融合发展，推动未成年人民事、刑事、行政审判融合发展。第三，设计独特庭审程序。强化未成年人诉讼参与机制，在整体制度框架中嵌入更多同构元素，淡化司法审判色彩，为少年法庭审理程序营造一种“自由的言谈情景”。同时，女性法官思维缜密、耐心，容易找到案件审理的最佳突破口，因此应安排女性法官主导审理工作，充分尊重少年意见，化解当事人隔阂，保障少年健康成长。

（三）审判管理机制优化

少年法庭的完善，有赖于匹配的司法统计体系、法院引导延伸职能发挥和法官业

绩效评价机制，将少年法庭实体化运行固化为具体可操作的规范要求。

1. 构建少年司法统计标准体系。司法统计不仅是司法机构实现科学管理和决策的重要手段，也是司法人员日常办案、调研获取数据信息，拓宽专业视野的有效途径。实践中，经常出现需要某方面数据时没有统计内容可供参考的尴尬境地。少年司法统计若要实现数据增值，必须制定并推行统一的标准体系。首先，构建少年案件信息标准体系，保证基础数据来源真实、全面、准确。以当前案件信息管理系统为依托，对少年案件中所蕴含的能够体现少年审判专业性、特殊性的各类信息进行科学分类、整合和汇总以提升司法统计数据的准确度、纵深度、精细度。其次，构建少年司法统计指标标准体系以使所采集数据具有实践价值。少年司法统计标准体系要跳出传统司法统计理念的狭窄思路，分别设计数据汇总、质量评估、态势分析等方面的指标体系，并设定合理化指标区间，构建覆盖面广、应用性强的指标群。最后，构建司法统计规则标准体系以提高决策效率。少年司法规则标准体系应当制定全国统一适用的少年司法操作流程标准，由最高

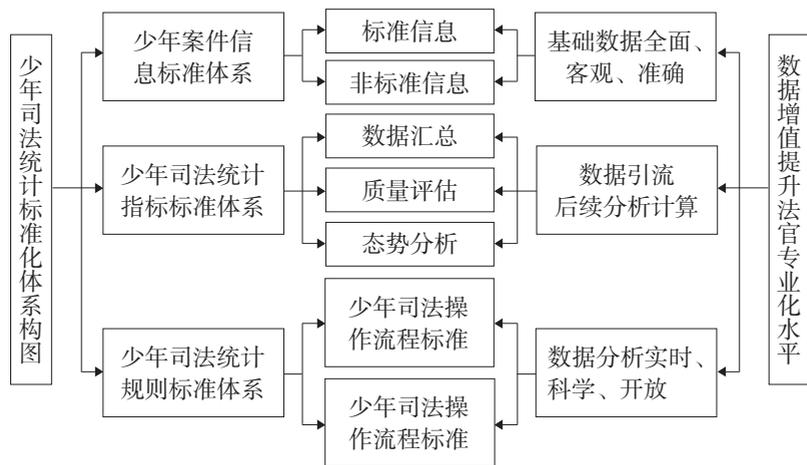


图4 少年司法统计标准化体系图

人民法院牵头建立全国法院少年案件信息管理系统，科学整合立案、审判、执行等各个节点信息，实时更新动态数据，形成统一标准的少年司法案件大数据库（见图4）。

2. 强化延伸机制中法院引导功能的发挥。把帮教、感化、挽救工作贯穿于审判全过程，形成了社会调查、庭审帮教、判后跟踪回访等一系列独具特色的审判经验和帮教做法。首先，强化大众引导，提升延伸职能认识度、认可度。选派经验丰富的司法社工担任延伸工作联络员，定期到学校、社区、乡村及相关单位提供法律服务和法律咨询。开展志愿活动，利用国家法定节假日及周末，积极开展“义务助学”“扶贫帮困”等主体活动。充分发挥报纸、广播、电视、杂志等传统媒体功能，高度重视网络直播、微信等自媒体，借助普法手册、公告栏、小视频等多种形式，将少年审判延伸工作的专业性、特殊性讲清楚，将相关平台和路径讲透彻，让当事人、监护人知晓，自觉配

合案外延伸工作。其次,优化特定引导,引导当事人、监护人配合延伸工作。设立“握手言和”工作室,由司法社工合理引导当事人选择诉前调解。在诉讼阶段根据案件不同类型,由少年法官引导具有教育、团委、妇联等背景的司法社工参与调解,利用司法社工权威和熟悉当地风土人情的优势,充分化解当事人矛盾纠纷,实现未成年人利益最大化。引导当事人进入刑事和解程序,在取得未成年人深刻认识错误、真诚悔改、有效赔偿与谅解等效果后,作出有利于未成年罪犯回归正常成长道路的处理结果。最后,深化司法保障,完善未成年人审判方式。法院聘请中立机构、未成年人保护组织对未成年人个人因素、家庭因素、社会因素进行社会调查,少年法庭对社会调查人员进行业务指导,保证社会调查规范统一。拓展司法社会工作的服务内容,将审判职能向后延伸提供社区矫正合作机制和法律救助等延伸服务,同未成年人所在单位、社区签订帮教、管护协议,利用社区矫正等多种形式建立档案、跟踪教育(见图5)。

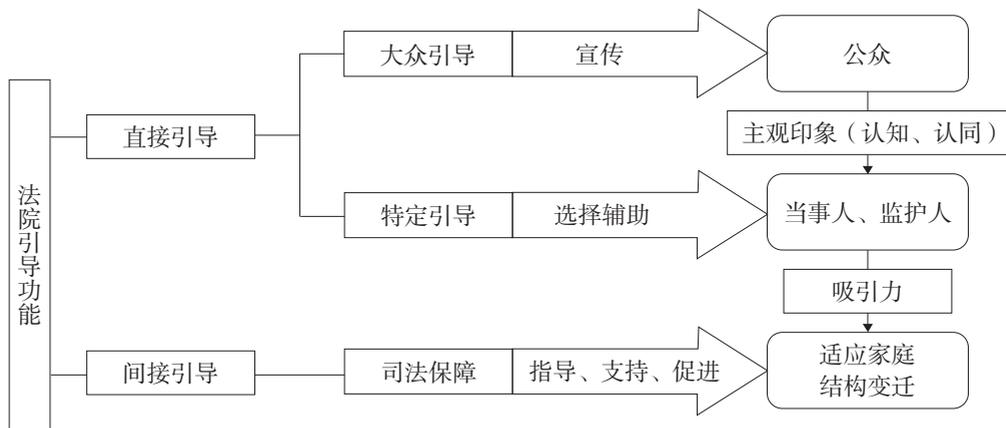


图5 法院引导社会参与功能的发挥

3. 完善法官业绩评价机制。“制度与行为两者联系密切,具有互为支撑、相互锁定的作用,建立符合司法规律、客观公正的业绩评价机制有利于法官践行司法公正。”^①少年法官除履行审判职能外,还承担社会调查、心理干预、案件回访等大量延伸工作。因此,结合少年审判的运行规律,完善少年审判法官业绩评价体系,将判前、判后工作在考核体系中得以体现,充分体现少年审判的工作量及特殊性,调动少年法官工作积极性。在建立了合理、科学的考核体系的前提下,将审判绩效和案外延伸工作考核结果作为少年法官晋级晋职、奖先评优的主要依据,进一步树立考核工作的激励导向。

(责任编辑:郝晓越)

^① 张建:《论法官绩效考评制度的设计难点和优点》,载《山东社会科学》2020年第6期。



重大责任事故犯罪防范与治理对策研究

山东省高级人民法院刑三庭课题组*

内容摘要：近年来，重大安全事故时有发生，造成了大量人员伤亡和巨额经济损失，具有严重的社会危害性。究其原因，主要在于安全生产管理机制不健全、安全保障义务履行和监管责任落实不到位。从2021年山东法院重大责任事故犯罪案件审理情况看，该类犯罪呈现事发领域集中、犯罪主体多元化、轻型犯罪占多数的特点。审理中，既有因事故调查报告缺失或瑕疵带来的困难，也存在定罪不准确、量刑不均衡、禁止令适用率低等问题。加强源头治理，完善安全生产管理机制；加强证据审查，准确定罪量刑，完善司法惩处机制；完善行刑衔接机制；完善相关立法规定，如此才能更有效预防和治理重大责任事故犯罪。

关键词：重大责任事故；防范治理；对策措施

引言

国家应急管理部公布的2021年度生产安全事故十大典型案例中，山东栖霞笏山金矿重大爆炸事故，造成11人死亡，直接经济损失6847.33万元，时任栖霞市委书记、市长及其他责任人员被追究刑事责任。2022年4月，湖南长沙发生居民自建房坍塌事故，造成54人死亡，房主、自建房设计、施工人员等涉嫌重大责任事故罪被采取刑事强制措施。统计数据显示：2021年我国共发生各类生产安全事故3.46万起，死亡2.63万人，重大责任事故给人民群众的生命安全和财产带来严重损害。^①

2022年3月24日，习近平总书记对安全生产作出重要指示，强调安全生产要坚持党政同责、一岗双责、齐抓共管、失职追责，管行业必须管安全，管业务必须管安全，管生产必须管安全。2022年5月，国务院安全生产委员会制定进一步强化安全生产责

* 课题组负责人：刘振会，山东省高级人民法院刑三庭庭长。课题组成员：陈维飞，山东法官培训学院讲师；杨扬，山东省高级人民法院刑三庭法官助理。

① 参见《中国应急管理部2022年1月新闻发布会文字实录》，载中国应急管理部网站，<https://www.mem.gov.cn/xw/xwfbh/2022n1y20rxwfbh>。

任落实、坚决防范遏制重特大事故的15条措施，发动各方面力量全力抓好安全防范工作。山东省委、省政府认真贯彻落实习近平总书记关于加强安全生产的重要指示精神，全面落实国务院关于加强安全生产的要求，结合山东实际，先后制定《山东省安全生产条例》《全省安全生产专项整治三年行动计划方案》等法规文件，建立安全生产专项督导制度，选派安全生产专项督导组在全省范围开展安全生产督导检查，建立安全隐患和事故省级直报制度，健全有奖举报制度，定期开展大排查、大整顿等专项活动，以最严责任最硬措施狠抓安全生产，实行安全生产责任全覆盖、零容忍，全省安全生产水平不断提高。然而，安全隐患点多面广的问题依然存在，安全生产形势依然严峻复杂。

一、重大责任事故犯罪的主要特点

2021年，山东法院受理重大责任事故案件135件，案涉236人，审结121件，案涉217人。从受理的案件情况看，重大责任事故犯罪的发生领域、发生原因、社会危害性等都呈现出一定的特点和规律。

（一）犯罪地域集中

受理的135件案件虽然分布在全省16个市，但主要集中在临沂、济南、烟台、菏泽、淄博市，5市的案件数占比达61.4%。具体分布情况为：临沂市32件，占比23.7%；济南市19件，占比14.1%；烟台、菏泽两市各11件，占比均为8.1%；淄博市10件，占比7.4%。

（二）犯罪领域集中

从判决生效的121件案件来看，安全事故发生领域涉及建筑施工、特种设备作业、电力电缆、危险化学品、交通运输、矿产开采、树木采伐、排污处理等8个领域。其中建筑施工、特种设备作业两个领域发生重大责任事故犯罪较多，占比达79.3%，是安全生产事故的高发领域。其中，建筑施工案件72件，占比59.5%；特种设备作业案件24件，占比19.8%。其他领域的分布情况为：电力电缆行业案件7件，占比5.8%；危险化学品案件7件，占比5.8%；交通运输案件3件，占比2.5%；矿产开采案件3件，占比2.5%；树木采伐案件3件，占比2.5%；排污处理案件2件，占比1.6%。

（三）犯罪主体多元

大多数情况下，重大责任事故犯罪涉及多个部门甚至多个单位的责任人员。有的安全生产事故中，安全生产负责人、管理人员、生产作业人员等均存在违反安全生产管理责任，构成重大责任事故罪。如淄博“9.13”较大坍塌事故，某公司承建连廊工程，整个连廊坍塌，致6名工人跌落，其中4人死亡。被告人刘某1作为施



工单位实际项目负责人，无证上岗履职；被告人刘某2作为监理单位项目总监，无证实施工监理，刘某1和刘某2违反安全管理规定，未制定专项施工方案。被告人王某作为施工单位专职安全员，在刘某1和刘某2安排下，随意调整施工参数，事故发生后为逃避责任更改验收结论。被告人杜某1作为施工单位具体施工负责人，对施工人员没有进行安全教育培训，施工前没有进行技术指导，现场管理混乱，施工违反标准规范。审结的121件案件中，多人犯罪的案件47件，占比达38.8%。不同犯罪主体常见犯罪行为有：被告人无资质承接建筑工程，不具备安全生产条件，致被害人高空坠落或被埋窒息死亡；被告人不具有特种设备作业资格或违规使用特种设备作业，致被害人被砸或挤压死亡；违规动火作业或者使用危化品导致起火爆炸，致被害人被炸身亡或吸入烟雾窒息死亡，并造成重大经济损失；违规带电操作致被害人触电死亡；驾驶特种车辆发生交通事故致人死亡；轮船超载倾覆致被害人溺水死亡，等等。

（四）轻刑犯罪占多数

生效判决涉及的217名被告人中，判处三年以上有期徒刑（不包括三年）6人，占被告人总数的2.8%；判处三年以下有期徒刑204人，判处拘役6人，两者占被告人总人数的96.8%，其中适用缓刑163人，占三年以下有期徒刑和拘役总人数的78.7%；定罪免刑1人，占被告人总数的0.4%。大部分被告人的认罪悔罪态度较好，主动投案自首152人，占被告人总人数的70%；认罪认罚189人，占被告人总人数的87.5%。

二、重大责任事故的社会危害性

从审理的案件情况看，重大责任事故造成大量人员伤亡和巨额经济损失，影响经济社会健康发展，具有严重的社会危害性。

（一）人员伤亡多

判决生效的121件案件中，安全生产事故共造成177人死亡、77人受伤，其中死亡3人以上的案件14件，占比达11.6%。人员伤亡数量位居前三位事故分别造成10人死亡、12人受伤，5人死亡、12人受伤及5人死亡。

（二）经济损失巨大

判决生效的121件案件中，重大责任事故造成的经济损失为十万元至几千万元不等。其中，造成经济损失最低的某着火中毒事故，直接经济损失12万余元；经济损失最大的青岛“4.23”山林火灾事故，受害森林面积近87公顷，损毁林木价值4500万余元。

（三）影响涉事故企业发展

发生事故的企业，事故本身造成企业重大经济损失，处理事故又需支付巨额赔偿

费用，而且，企业的管理者、经营者等责任人员被追究刑事责任，需要更换企业管理人员。上述因素叠加，给企业生产经营造成重大影响，有的甚至因此停业、倒闭。如滨州“1.15”较大高处坠落事故，造成5人死亡，直接经济损失906万元，公司赔偿被害人近亲属890万元，公司实际控制人、副总经理、安全环保部经理、安全环保员均被追究刑事责任。东营“1.15”罐车较大爆燃事故，造成3人死亡，直接经济损失约429万元，公司对被害人赔偿260万元，公司实际控制人和法定代表人均被判处有期徒刑一年六个月，公司被依法吊销营业执照。

（四）社会影响大

重大责任事故犯罪涉及人员多，容易引发社会舆情。如济南“4.15”重大着火中毒事故，导致10名现场施工人员和监护人员中毒窒息死亡，12名参与救援人员中毒呛伤。事故引起社会广泛关注，国务院安委会对事故查处挂牌督办，企业10名责任人员被追究刑事责任。

三、重大责任事故发生的主要原因

从案件审理情况看，重大责任事故的发生，主要有以下三个方面的原因。

（一）安全生产管理机制不健全

一是安全生产管理制度缺失。判决生效的121件案件中，31件案件中的涉案企业没有建立安全生产管理制度，占比达25.6%。其中，建筑企业最为突出，25件案件中的工程发包方没有建立关于发包流程、资质审查的管理制度，对承包方是否具备建筑资质或者是否借用他人资质不进行审核，或者明知不具备建筑资质或是借用他人资质的，仍同意发包。工程承包方明知没有资质仍承接工程，在没有建立安全生产管理制度的情况下雇佣无资质人员进行作业，不采取任何安全防护措施，也不给作业人员配备安全防护装备。

二是安全生产管理职责落实不到位。判决生效的121件案件中，90起事故中的涉事企业建立了安全生产管理制度，明确了安全生产责任人。但是，这些企业的负责人、管理人员不重视安全生产，不落实安全生产管理职责。有的企业安全管理制度执行不严格。企业法定代表人作为安全生产总负责人，不严格落实安全生产管理制度。部分管理人员不严格执行安全管理制度，有的甚至违章指挥生产作业，不要求作业人员采取安全防护措施，不配备安全防护装备。有的企业安全教育培训制度落实不到位。在直接导致安全事故发生的132名作业人员中，80%以上未接受安全教育培训。在聊城市“5.13”较大中毒窒息事故中，被告人违规承揽河流截污闸门维修改造工程项目，未组织作业人员进行安全生产教育培训，作业人员对存在的危险认识不足，导致其中3人因硫化氢中



毒窒息死亡。有的企业事故隐患消除不彻底。部分企业在发生较大、重大安全生产事故之前，就因存在事故隐患被行政执法部门查处并被要求整改，但涉事企业或者不按规定认真整改，或者屡整不改，导致事故发生。比如，济南“4.15”重大着火中毒事故发生之前，涉案企业天和公司连续三次发生安全生产事故，天和公司对行政执法机关查处的违规动火作业等问题整改要求落实不到位，导致动火作业造成重大着火中毒事故。再如青岛“1.21”货轮自沉事故，发生此次事故之前该货轮因为超载已经两次被行政处罚，但未彻底整改，导致本次事故发生。

三是应急管理措施不到位。部分企业应急操作规程缺失，主管人员异常情况应急处置能力差，导致事故发生。如威海“5.25”二氧化碳中毒窒息事故，被告人李某某系涉案货轮三副，主管船上救生、消防设备，有相应资质，但不具备熟练操作灭火系统能力，紧急情况下因不熟悉灭火系统结构，未能及时关闭二氧化碳气瓶，也没有按照规定及时预警和疏散其他人员，慌乱中违规对二氧化碳灭火系统进行拆卸，造成二氧化碳气瓶全部泄漏，致使机舱内38名作业人员中毒窒息，其中10人死亡，19人受伤。

（二）安全保障义务履行不到位

部分重大责任事故中，被害人违规操作是造成人员伤亡的重要原因之一，对事故发生负有一定责任。主要有以下几种情形：一是违规提供劳务。对于需要具备特种作业许可证或其他资质才能上岗作业的岗位，被害人明知自身不具备资质，仍上岗作业，导致自身伤亡。二是不佩戴安全防护装备。有的被害人存在侥幸心理，在从事高空作业等危险作业时，不佩戴安全带、安全帽等防护装备，甚至违规使用吊篮等工具，难以有效保护自身安全。三是不具备必要的安全防护知识。有的火灾事故中，被害人被疏散至安全地带后，为保护自身财物，又返回火场，被烧身亡。部分事故中，对已经发生危险的工友盲目施救，导致人员伤亡扩大。在烟台“12.12”较大中毒事故中，一名员工在处理危废试剂时，违规进入料坑晕倒在坑内，其他作业人员违规进入料坑进行施救，导致5名人员硫化氢中毒死亡，12名人员受伤。

（三）监管责任落实不到位

一是监督检查不力。主要表现为，监管人员不认真履行安全生产监管职责，督导涉事企业执行安全生产法律法规不到位。如对外来承包施工队伍管理不规范、特殊作业安全管理混乱、应急教育培训不到位等问题，不及时督促相关企业或人员整改。二是事故隐患整治督导不到位。主要表现为，对涉案企业存在的事故隐患不及时督促整改。三是领导责任落实不到位。主要表现为，负有监管职责的政府部门负责人对企业非法生产行为处置不到位，对工作人员违法行为失察，导致事故发生。如东营“4.1”火灾事故，涉事企业建设未经批准的泡沫生产项目，街道办事处联合电厂对其断电，办事处工作人员滥用职权私自批准发电厂对其恢复供电，街道办主任对监管部门督导

失职行为和工作人员违法行为失察。

四、重大责任事故犯罪案件审理中存在的主要问题

安全生产事故的发生原因非常复杂，负有安全生产责任的单位和人员众多。案件审理中，既要区分直接原因与间接原因，又要根据原因行为在引发事故中所起作用的大小，分清主要原因与次要原因，并确定主要责任和次要责任，才能准确定罪处罚。通过对全省法院2021年审结的121件案件的分析以及发现，在审理重大责任事故犯罪案件中存在诸多问题和困难。

（一）事故调查报告存在缺失、瑕疵等问题

一是部分案件对涉案事故没有调查报告。判决生效的121件案件中，47件案件没有事故调查报告。在某重大责任事故案件中，事故造成1人坠亡，侦查机关出具办案说明称曾致函当地应急管理局请其出具事故分析报告，应急管理局回应不予出具事故分析报告。由于事故调查专业性强，缺乏事故调查报告，司法机关就难以认定事故发生的人员以及责任人员责任的大小，影响案件处理效果。二是调查报告存在重大瑕疵。有的事故报告中没有调查组成员签名，有的调查报告作出程序不规范，导致当事人针对事故调查报告提起行政诉讼，既影响调查报告的证据效力，也影响案件审理进程。如威海“5·25”重大中毒窒息事故，当事人不服山东省政府作出的事故调查报告，以事故调查报告形成程序不合法等理由提起行政诉讼，导致调查报告效力存疑，案件审理周期延长。三是事故调查报告责任认定不具体。如东营“1·7”爆炸事故，事故造成3人死亡、4人重伤，直接经济损失670万余元。事故调查报告认定3名责任人员负有直接责任，但对3人是否负有主要责任没有作出认定，影响对被告人的准确处罚。

（二）定罪量刑不准确

一是罪与非罪认定不准确。有的把民事纠纷定性为重大责任事故犯罪。如雇主以个人名义雇佣他人进行房屋修建，在作业过程中因房屋垮塌造成工人死亡的，对雇主按照重大责任事故罪追究刑事责任。根据法律规定，雇主不符合重大责任事故罪的主体要求。二是对同一领域事故追究责任人员的范围不一致。比如，在建筑工程领域，发包方将建筑工程发包给无资质的承包方后发生安全事故的案件中，有的认定发包方与事故发生具有因果关系，追究发包方人员的刑事责任，有的则没有追究发包方人员刑事责任。三是对事故发生的因果关系把握不准，导致责任人员认定不当。如烟台“12.12”较大中毒事故，某化工企业向危废处理企业送交危废处理合同约定以外的危废物质，该危废处理企业的相关责任人员违规作业，导致多名作业人员硫化氢中毒死亡，检察机关对化工企业负责人提起公诉。本案事故是危废处理企业在处理危废物质



的生产作业中发生的，该企业的相关责任人员构成重大责任事故罪，而化工企业不是处理危废物质的责任主体，与事故发生不具有因果关系，不构成重大责任事故罪。后检察机关撤回对化工企业负责人的指控。

（三）量刑不均衡、禁止令适用率低

一是地区间量刑不均衡。不同地区对类似案件的被告人判处刑罚差别较大。如同为事故造成2人死亡的案件，被告人均有自首、赔偿等从轻量刑情节，某法院对3名被告人均判处二年六个月有期徒刑，另一法院对4名被告人判处六个月至一年有期徒刑不等，刑期差别较大。二是对不同犯罪主体量刑不均衡。在多人犯罪案件中，有的对企业负责人、管理人员追究责任较重，有的对直接生产、作业人员追究责任较重。在21件追究企业负责人、管理人员和直接生产、作业人员的刑事责任案件中，9件对直接生产、作业人员量刑重于企业负责人或者管理人员，10件与企业负责人或者管理人员持平，2件轻于企业负责人或者管理人员。三是量刑情节适用不平衡。主要体现在具有同样法定从轻或者减轻处罚量刑情节的案件中，有的对被告人从轻处罚，有的对被告人减轻处罚。四是禁止令和从业禁止适用率低。判决生效的121件案件中，对被告人适用禁止令和职业禁止的仅有4件，适用率较低。

五、预防和治理重大责任事故犯罪的对策措施

（一）完善安全生产管理机制

坚持惩防并举，以防为主，强化安全生产事故发生的源头治理。

1. 压实安全生产监管责任。严格落实“三管三必须”要求，压实党委政府、行业主管部门、生产安全监管部门、企业等各类安全生产主体的监管责任，确保责任到人、措施到位。加大监管人员失职渎职责任追究力度，对监管部门和人员履职不到位，失职渎职，导致发生安全生产事故，以及瞒报、谎报、迟报、漏报安全生产事故的，依法依规追究监管人员党纪政纪责任直至刑事责任。

2. 加强安全生产系统管理。一是加强企业日常生产安全监管，重点监管建筑施工、危险化学品、交通运输、矿产开采等事故高发企业，督导企业切实建立健全安全生产管理制度，并落实到位；二是加强劳务派遣人员和灵活用工人员安全管理，督导企业认真开展一线作业人员安全教育培训，及时开展应急救援演练，确保一线作业人员牢固掌握安全生产技能；三是加强项目审批监管，认真做好行业规划，严格执行安全生产法规标准，依法进行安全生产行政许可审查，确保项目审批安全生产标准不打折扣；四是严厉查处违法分包转包和借用资质行为，对参与项目建设的企业和特种设备作业人员资质严格进行准入审查，定期进行资格检查，切实防范有资质企业将自己承担的工程项目分包

转包给没有安全生产资质的企业或个人，以及借用他人资质承揽工程的行为。

3. 大力整治安全生产事故隐患。一是加大常态化动态监管力度，及时发现安全生产隐患并督促整改，将事故隐患消除在萌芽阶段；二是加大事故隐患查处力度，切实解决执法检查宽松软问题，确保最大限度查出安全隐患，最大力度督导企业消除隐患；三是加大对存在重大事故隐患企业及责任人员的处罚力度，对多次违反安全生产法律法规要求、长期存在事故隐患的企业及其责任人员顶格处罚，以罚促改；四是加大安全生产隐患报告奖励力度，鼓励企业职工关心安全生产，主动进行安全生产隐患报告，形成企业全员参与安全隐患排查的良好氛围。

4. 加大行政管理与处罚力度。一是对企业生产、作业中违反安全管理规定的行为，一经发现，及时进行行政处罚，构成犯罪的，移送司法机关处理；二是加大事故责任人员的行政处罚力度，对于事故发生负有责任的人员，无论是否追究刑事责任，都应及时依法给予行政处罚；三是加大对受处罚人员再就业监管，对因责任事故受过行政或刑事处罚的人员再就业时，在一定时间内禁止其从事与受处罚事故相同或相似行业的生产经营活动。

5. 强化安全生产法治宣传。一是企业建立安全生产法律法规宣传教育制度，定期宣传安全生产法律法规知识，增强遵守安全生产制度的主动性和自觉性；二是政府主管部门加大安全生产法律法规宣传教育力度，定期组织开展企业安全责任人员法律知识专题培训，把企业安全生产法律法规执行情况纳入日常安全检查内容；三是司法机关加大以案释法力度，开展送法进企业等活动，促使企业安全责任人员自觉遵守安全生产法律法规，防范安全事故发生。

（二）完善司法惩处机制

根据案件审理中存在的问题和不足，应当采取有力措施，加强和改进审判工作，实现案件审理三个效果的统一。

1. 加强证据审查。一是加强事故调查报告审查。事故调查报告虽然经职能部门依法调查核实并经人民政府依法作出，仍然应当进行庭审质证，听取各方当事人的意见，并结合其他证据，综合判断调查报告的证据效力。特别是要加强对事故责任以及处理意见建议等内容的审查，结合全案证据准确认定被告人应当承担的责任，不能仅仅依靠事故调查报告认定被告人责任。对于事故调查报告未作出主要责任人认定的，应当综合全案证据依法作出认定。二是加强全案证据综合审查。对被告人责任的认定，应当对全案证据进行综合审查，既审查每一份证据的效力，也审查证据之间的印证关系，还要审查全案证据是否形成完整的证明体系。对于政府职能部门没有作出事故调查报告的，要根据全案证据认定的事实，综合事故起因、经过、被告人过错程度等因素，作出事故责任的准确认定。



2. 准确认定犯罪性质。工业社会中部分危险行为是被允许的，并不是所有的事故发生都必须追究刑事责任。^①法院在审理重大责任事故案件时，应着重对案件事实和证据进行实质性审查，正确区分事故性质，划清罪与非罪、此罪与彼罪的界限。一是准确把握犯罪主体。重大责任事故罪的规制范围是生产经营领域，犯罪主体范围包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的人员及直接生产、作业人员。企业、群众合作经营组织、个体经营者的从业人员均符合重大责任事故罪的犯罪主体要求。而因私人雇工发生伤亡的，雇主不属于重大责任事故的犯罪主体，构成犯罪的，可以过失致人死亡罪追究其责任。二是准确把握犯罪客观要件。重大责任事故罪的客观要件包括三个方面：其一，行为人有违反国家颁布的各类安全生产法规以及安全生产管理机关、企业等制定的安全管理规定的行为；其二，行为人的违规行为发生在生产、作业中并与生产、作业有直接联系，这里所指的生产、作业是具有持续性、重复性特征的业务行为，行为人的违规行为不是业务行为的不构成重大责任事故罪；其三，行为人的违规行为引起了重大伤亡事故，造成严重后果。行为人的违规行为与事故发生存在直接因果关系，行为人与事故发生不具有直接因果关系的，不构成重大责任事故罪。三是准确把握重大责任事故罪和重大劳动安全事故罪等相关犯罪的关系。重大责任事故罪和重大劳动安全事故罪均是行为人因造成重大事故而被追究责任，具有相似性，但在行为人的行为方式上具有明显区别：重大劳动安全事故罪是负责管理的安全生产设施或安全生产条件不符合国家规定，是不作为犯罪；重大责任事故罪在客观方面表现为生产、作业中违反有关安全管理的规定，是作为犯罪。司法实践中，要准确把握两罪的本质区别，在具体案件处理中准确作出性质认定。

3. 精准作出刑罚裁量。一是准确把握追究刑事责任的责任人员范围。对造成事故危害后果较轻的，应当结合事故发生的原因、相关人员违反安全管理规定的具体情况以及直接生产、作业人员的从业资格、从业实践、接受安全生产教育培训情况、现场条件、是否受到他人强令作业等因素，准确把握追究刑事责任的人员范围。对造成严重危害后果的案件，应当准确把握事故责任认定中的直接责任和刑事责任承担中的主要责任，不能将直接责任简单等同于主要责任。二是准确适用量刑情节。对具有自首等法定从轻、减轻情节的被告人，一般应当从轻处罚，存在特殊情形进行减轻处罚时应当特别慎重，避免造成量刑过低或与其他同案被告人量刑失衡。三是准确适用缓刑。重大责任事故是过失犯罪，很多被告人符合缓刑适用的法定条件，但是对重大责任事故案件的被告人适用缓刑应当考虑事故造成的危害后果和责任大小，对于危害后果较重，对事故负主要责任的被告人，适用缓刑要特别慎重，避免因适用缓刑影响法律效果和社会效果。四是准确适用禁止令和职业禁止。加大禁止令和职业禁止的适用力度，

^① 参见王晓燕：《重大责任事故不起诉案例研析》，载《中国检察官》2022年第4期。

防止有前科人员重新就业时再次进入同一行业。

（三）完善行刑衔接机制

一是严格事故调查程序。对重大安全事故的调查，常规做法是由事发地职能部门成立调查组，然后“自己人查自己人”“违法人查犯罪人”，^①这样的调查难以查出事故的真正原因。为建立科学的调查机制和完善的监督机制，可以适当引入刑事诉讼法规定的法官审理案件时的“回避原则”，组建异地调查组，邀请社会公众人士参与事故调查，赋予调查组独立的调查权力，独立运行，过程公开，最大限度作出令人信服的调查结论。二是引入专业人员参与调查。邀请具有专业资质的人员参与事故调查，无利害关系的专业人员参与很大程度上可以保障事故调查报告的客观性和专业性，经专业人员检测后向政府部门提交调查报告和责任认定意见，为法院审理案件提供真实可靠的科学依据。三是做好行刑衔接。对重大责任事故案件被告人作出无罪、免于刑事处罚判决的，行政执法机关应当对符合行政处罚条件的人员及时作出处罚决定，避免无罪等于无责现象的发生。同时，要提高线索移交效率。政府相关部门事故调查认为有关人员可能构成重大责任事故犯罪的，应当及时向公安机关移交犯罪线索。从判决生效的121件案件看，事故发生到对犯罪嫌疑人采取刑事强制措施的时间一般在两个月到四个月，最长达四年，移送时间过长，影响案件办理效果。

（四）完善立法规定

一是拓展事故责任主体。完善重大责任事故犯罪的相关法律规定，拓展刑事责任追究范围。一方面对涉案企业法定代表人、实际控制人、分管安全生产责任人等相关责任人构成犯罪的依法追究刑事责任，倒逼企业落实安全生产主体责任；另一方面由纪检监察部门追究属地相关党政机关、行业主管部门失职、渎职责任人的责任。^②同时，增加重大责任事故单位犯罪的规定，因为仅追究自然人主体责任已不足以涵盖全部的犯罪主体范围。近年来，单位在导致重大责任事故案件的发生地位愈加凸显，有时生产、作业的进程不是直接从事生产经营的人员个人决定的，而是单位管理层多人的共同决策，体现单位集体的意志，仅追究行为人的刑事责任有违公平；而且，单位作为生产、作业的主体还肩负着合理监督和管理职工生产、作业的义务，当单位未尽到合理的注意义务时，发生危害后果，应当负监督不力的法律责任，以此督促单位的管理人员在经营管理过程中更加审慎，因此将单位纳入重大责任事故罪犯罪主体范围具有现实必要性。二是提高法定刑设置。对比过失致人死亡罪的刑罚设置可以发现，两者最高法定刑虽都为有期徒刑七年，但法定刑起点不同。过失致人死亡罪的起点刑期为“三年以上七年以下有期徒刑”，“情节较轻的”才处“三年以下有期徒刑或拘役”，而

^① 参见陈忠林、刘柳：《对重大责任事故罪的思考》，载《法学杂志》2014年第2期。

^② 参见周斌：《深度调查道路交通重大责任事故，有力维护交通安全》，载《汽车与安全》2019年第10期。



刑法对重大责任事故犯罪的刑罚设置则正好相反，起点刑为“三年以下有期徒刑或者拘役”，“情节特别恶劣的”才处“三年以上七年以下有期徒刑”。从社会危险性来看，重大责任事故罪侵犯的是不特定多数人的人身、财产利益，造成的人身伤亡和经济损失的危害后果更为严重，刑罚设置的量刑幅度相较于过失致人死亡罪，则显得轻重失衡。因此，应当适当调整重大责任事故罪的量刑幅度，使其刑罚设置不低于过失致人死亡罪。只有这样，才能实现罪责刑相适应，从而有效发挥预防和惩戒重大责任事故犯罪的刑罚功能。

结 语

重大责任事故的发生给人民群众生命财产安全造成重大危害，是我国经济社会发展中亟待解决的问题。为有效防范重大责任事故的发生，党和政府在安全生产领域不断采取有针对性的预防和应对措施，组织开展安全生产大排查、大整治等专项活动，取得了一定成效。然而，冰冻三尺非一日之寒，安全生产隐患点多面广的问题依然存在，安全生产形势依然严峻复杂。针对安全生产领域的重大责任事故，要运用法律思维和法治方法，认真总结重大责任事故犯罪的特点，深入分析重大责任事故犯罪防范和治理中存在的问题，深刻剖析存在问题的原因，从行业管理与法律惩处两个方面探索预防和治理重大责任事故犯罪的对策措施，对于实现安全生产事故的源头治理和系统治理具有十分重要的现实意义。

（责任编辑：王文斌）

环境污染犯罪在法律适用中存在的问题及对策研究

——以山东法院 2017—2021 年审结的污染环境罪案件为样本

山东省高级人民法院环境资源审判庭课题组

内容摘要：2017—2021 年，山东法院审结环境污染刑事案件超过 1100 件，依法惩治环境污染犯罪行为，保障了环境公共利益和人民群众的环境权益。从审结的环境污染刑事案件来看，一审收结案数量、二审发回、改判率均有所上升，一审服判息诉率低于其他刑事案件，呈现犯罪主体集中、案件分布集中、量刑偏轻等特点。在审理环境污染刑事案件中注重生态环境损害刑事制裁、修复生态环境、赔偿损失的有机统一，但也存在事实认定难、法律适用难、执法司法衔接机制不畅、法治宣传教育不到位等问题，需要强化惩治环境污染犯罪刑事政策的贯彻执行，正确认定案件事实及适用法律，优化案件审判执行程序。同时，要深化行政执法与刑事司法的衔接，加大法治宣传教育力度，为环境污染刑事案件审判创造良好环境。

关键词：污染环境罪；法律适用；修复生态环境

一、山东法院环境污染刑事案件基本情况

2017—2021 年，山东法院共受理一审污染环境罪案件 1173 件，审结 1117 件，共

* 课题组成员：崔勇，山东省高级人民法院环境资源审判庭庭长，二级高级法官；王英，山东省高级人民法院环境资源审判庭副庭长，三级高级法官；朱烨，山东省高级人民法院环境资源审判庭法官助理；梁勇，山东省高级人民法院环境资源审判庭法官助理；王妮，山东省东营市中级人民法院环境资源审判庭法官助理。



计 3158 名个人、102 个单位被判决承担刑事责任，累计处罚罚金约 21175 万元。

(一) 审判质效

1. 一审收案数量呈上升趋势

从 2017—2021 年收案数来看，山东法院污染环境罪案件一审收案数呈现上升趋势。其中，2017 年收案 125 件，2018 年收案 219 件，同比增长 75.2%；2019 年收案 329 件，同比增长 50.2%；2020 年受疫情影响收案数有所下降，共收案 230 件，同比下降 30.1%；2021 年收案 270 件，同比增长 17.4%（见图 1）。这一方面反映了山东省社会各界对环境污染犯罪的容忍态度发生了根本转变，环境保护部门和公安机关打击污染环境违法犯罪行为的力度空前加大；另一方面，也反映了山东省环境污染犯罪普发、常发的态势，犯罪形势依然严峻，需要采取有效措施进行严厉惩治。

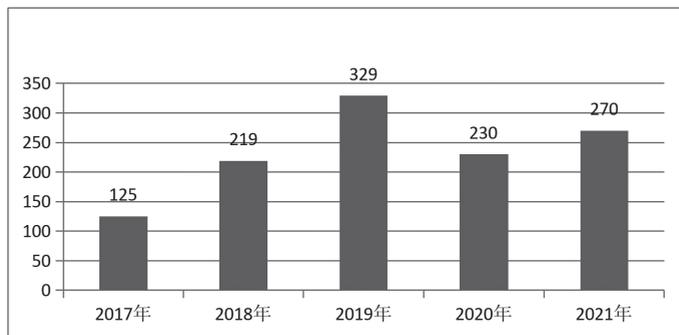


图 1 2017—2021 年山东法院污染环境罪收案数（单位：件）

2. 一审服判息诉率低于其他刑事案件

2017—2021 年，山东法院污染环境罪一审服判息诉率基本稳定在 80% 左右，其中 2017 年为 78.5%，2018 年 87.6%，2019 年 84.9%，2020 年 81.9%，2021 年 81.2%，低于全省刑事案件一审服判息诉率。这说明环境污染刑事案件审判质量需要进一步提升。

3. 二审发回、改判率呈上升趋势

2017—2021 年，污染环境罪上诉案件发回、改判率呈现上升趋势，其中 2017 年为 13%，2018 年 29.2%，2019 年 18.8%，2020 年 26.7%，2021 年 29.8%（见图 2）。这进一步印证了环境污染刑事案件一审服判息诉率不高的原因在于一审案件审判质量存在一定不足。

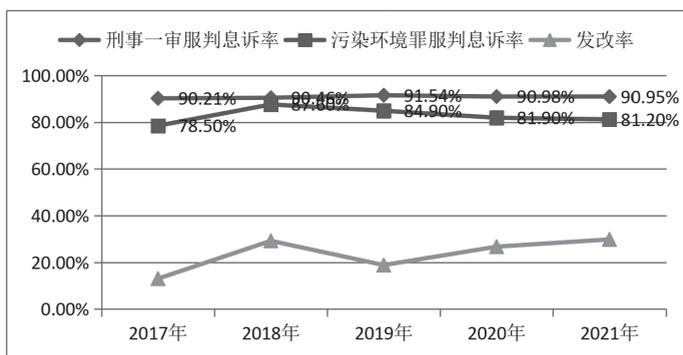


图2 山东法院污染环境罪服判息诉率和发改率情况

以2021年为例,山东省各中级法院共发回、改判污染环境罪案件14件,其中发回6件、改判8件。发回的案件中,其中4件系因事实认定不清(下游犯罪事实认定不清;污染土壤的性质、污染物的种类、标准认定不清),2件系因发现漏罪。改判的案件中,被告人缴纳生态环境修复费用并作为量刑情节予以改判的有4件,自首认定不当的有3件,事实认定错误的有1件。上述发回、改判案件除了4件属被告人的因素改判外,其余10件皆属办案质量因素。

(二) 案件基本特点

1. 犯罪主体集中

(1) 被告人以男性为主。全省审结的一审污染环境罪案件中,男性为3094人,女性为64人,占比分别为98%、2%,被告人为男性的比例远高于女性;从年龄结构看,被告人以中青年为主,年龄在30岁至59岁的被告人为2718人,占比86.1%;学历普遍较低,多为初高中以下学历,其中,小学文化382人、初中文化1716人、高中文化634人,职高等文化143人,大专以上204人,其他79人,初高中学历以下的占比88.2%。

(2) 被告单位以公司、个体工商户为主。犯罪主体共涉及102个单位,其中公司、个体工商户101件,村委会1件。被告单位犯罪数量较少,仅为被告人数量的3%左右。据初步分析,这与一些案件忽视对涉案公司、企业的追究有关。一些案件中,单位的主要负责人直接组织或者指使他人实施环境污染犯罪活动,明显属于单位犯罪行为,应追究单位的刑事责任,但仅就直接实施行为的个人追究了刑事责任,致使单位逃脱刑事处罚。

2. 案件分布集中

(1) 地域分布集中。案件主要集中在Q市、P市、B市、G市、H市、M市等地区,既有东部经济发达地区,也有中西部经济较为落后地区。其中,Q市为260件,占全省案件的22.2%;P市108件,占全省案件的9.2%;B市102件,占全省案件的8.7%;



G市95件,占全省案件的8.1%;H市79件,占全省案件的6.7%;M市67件,占全省案件的5.7%;省会A市仅29件,年均不足6件,仅占全省案件数的2.5%,位列全省第15位。之所以出现这样的地域性差异,一方面与各地经济总量、企业数量、产业类型不同有密切关系;另一方面与不同地区在侦查、办理涉及环境保护案件时的精细程度有较大关系。

(2) 污染物分布集中。在污染环境罪案件中,非法排放重金属超标的污染物行为较多,27.3%的污染环境罪案件与重金属排放有关,主要集中于锌、铬、铜、镍、铅、镉等。另外,涉及危险废物类犯罪案件占64.4%,主要是废渣、废液、蓄电池、医疗废物等。

(3) 行业分布集中。102件单位犯罪案件,主要涉及石油、化工行业,占比达62.3%。个人犯罪中,除直接负责的主管人员、其他直接责任人员、运输者和非法倾倒者外,大部分来自电镀行业中的小企业。这些小企业为减少运营成本而将污染物不加处理或稍加处理后排放到大气、土壤、水体中,多位于农村偏远地区,监管难度大。

(4) 犯罪手段集中。污染环境罪的犯罪手段简单,多为异地倾倒、就地掩埋或暗管排放等。《最高人民法院、最高人民检察院关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)中规定的应当认定为“严重污染环境”的情形中,涉及非法排放、倾倒、处置危险废物3吨以上案件共有501件;涉及排放、倾倒、处置含铅、汞等污染物,超过国家或者地方污染物排放标准案件212件;涉及通过暗管、渗井、渗坑等逃避监管的方式排放、倾倒、处置废物、有毒物质案件44件;涉及重点排污单位篡改、伪造自动监测数据或者干扰自动监测设施案件13件。在饮用水水源一级保护区、自然保护区核心区排放、倾倒、处置废物、有毒物质,两年内曾因违反国家规定,排放、倾倒、处置废物、有毒物质受过两次以上行政处罚,又实施前列行为等其他情形较为少见。

3. 量刑偏轻

污染环境罪案件中,被告人免于刑事处罚的有46人,单处罚金的有225人,管制7人,拘役130人,一年以下有期徒刑1012人,一年以上三年以下有期徒刑的906人,以上占被告人总数的73.6%,三年以上七年以下有期徒刑的312人(见图3)。其中,2021年度被告人被判处缓刑的比例约为54.6%,高于刑事案件的缓刑比例,污染环境罪的量刑普遍偏低。造成这种状况的原因主要是绝大部分案件系农村小作坊实施,其实际造成的损害远不及大企业,加之取证环节存在的问题,难以证明行为人实施了更长时间、更为严重的环境污染行为,甚至生态环境损失都难以确定,无法处以更重刑罚。

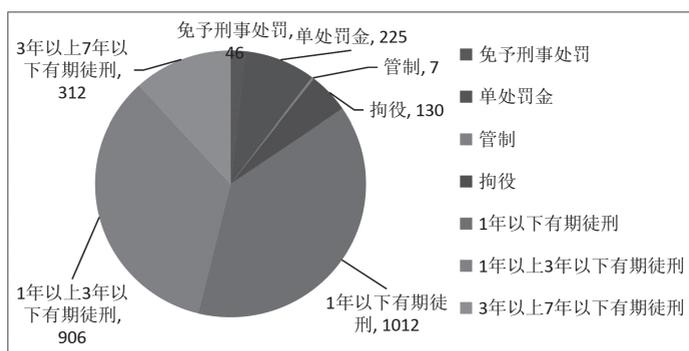


图3 污染环境罪量刑情况

4. 修复生态环境未得到应有重视

检察机关对环境污染犯罪附带提起环境民事公益诉讼的案件较少，未能一并解决生态环境的修复问题，刑事附带民事公益诉讼的功能发挥不够。27.6%的被告人认罪认罚，但是在一审中，积极主动修复生态环境或缴纳生态环境修复费用的较少，反而在二审中，一些被告人提出主动修复生态环境或缴纳修复费用，由此导致案件改判的情形并不少见。这说明被告人一审中抱有一定侥幸心理，待案件宣判后才意识到积极主动修复生态环境对量刑确有影响，于是通过上诉在二审中主动提出修复生态环境或缴纳修复费用。

二、环境污染刑事案件审理中的主要做法

山东法院在环境污染刑事案件审理中，将严厉打击犯罪行为作为工作重点，注重贯彻修复性司法理念，加强能动司法，实现生态环境损害刑事制裁、修复生态环境和赔偿损失的有机统一。

（一）坚持严格司法，依法严惩环境污染犯罪

充分发挥刑事审判的威慑和教育功能，加大对污染环境、破坏生态犯罪行为的惩治力度，对环境污染犯罪专项整治，专案严惩，集中宣判。2019年B市中院审结5家被告单位、13名被告人污染环境罪刑事专案，该案涉及2万余吨未采取措施的垃圾，导致危险废物的有害成分大量泄露、挥发，周边7个村庄空气污染，8个村庄地下水指数超标，26个土壤检测点指数超标，严重损害了当地生态环境和群众身体健康，法院最终依法判决被告单位、被告人等犯污染环境罪，分别判处有期徒刑三至七年不等，罚金共计4100余万元。加大财产刑适用力度，全省法院没收财产、单处或并处罚金共计3亿余元，切实增加污染环境违法犯罪的成本和代价。积极适用禁止令，对判处



缓刑的被告人宣告禁止令 224 人次，禁止其在缓刑考验期内从事与排污或者处置危险废物有关的经营活

（二）注重修复性司法，积极促进生态环境修复

在环境污染刑事案件审理过程中积极贯彻修复性司法理念，坚持惩罚和修复并重，建立刑事制裁、修复生态环境和赔偿损失有机衔接的责任体系，努力实现“一判三赢”的效果。2017—2021 年，山东法院判处 3158 名被告人和 102 个被告单位承担刑事责任，判赔生态环境损害赔偿金 3.5 亿余元，督促被告人复垦耕地 4300 余亩，清除危险废物 9000 余吨。在备受社会关注的“10·21”重大环境污染案中，A 市法院以污染环境罪对周某等 17 人和 2 家被告单位依法予以严惩，省生态环境厅另行提起生态损害赔偿诉讼，法院依法判决 2 家涉案企业赔偿生态环境损失 2 亿余元。同时，将修复生态环境情况作为被告人量刑的重要参考，引导污染者主动修复环境，确保受损生态环境得到切实有效修复。P 市法院在审理环境刑事附带民事公益诉讼案件中，采取先刑后民和先民后刑二者有机结合的审理模式。首先确定被告人定罪量刑的刑事责任，再确定被告人应承担的民事责任，然后和被告人沟通协调，告知其积极履行民事赔偿义务可在量刑时考虑，予以从轻处罚，如被告人积极履行了民事赔偿义务，再对被告人进行量刑调整，予以适度的从宽处理。这样可以倒逼被告人积极主动承担民事责任，达到环境治理的最终目的，更好地保护社会公共利益。同时也能最大限度地统筹案情和被告人悔罪表现，实现对被告人定罪量刑的一体化评价。

（三）加强能动性司法，延伸环境资源刑事审判职能

通过各种形式深入开展环境污染法治宣传，提高全社会对污染环境罪等刑事罪名的认识，有效发挥司法宣传积极作用。B 市中院联合市生态环境局到化工园区开展送法进企业宣讲活动，对园区企业进行了环境资源刑事法律规定及相关案件的授课与培训，印制刑法中与环境资源相关的法条及释义小册子向各参会单位分发，通过以案释法、法官说法发挥环境资源刑事审判的警示作用。同时，在案件审理过程中，对污染的环境进行评估，并组织检察机关、生态环境局、被告人进行环保磋商，积极引导被告人尤其是单位犯罪的被告人赔付生态环境修复费用。在山东省某化学有限公司、E 市某建材有限公司，被告人赵某柱等 9 人涉嫌犯污染环境罪案中，被告单位山东省某化学有限公司、被告人赵某柱等 8 人与某县人民政府达成生态环境损害赔偿磋商协议，其中被告单位某化学公司赔偿 450 万元，被告人赵某柱等人赔偿 75.7 万元，共计 525.7 万元。注重司法建议的作用，强化刑事司法和行政执法的良性互动，全省法院给相关部门发送司法建议书 105 份，并督促整改，建议对辖区内污染环境违法犯罪行为加强监督与查处，切实保障生态环境安全。

三、环境污染刑事案件审理中存在的问题

调研中发现，山东法院在环境污染刑事案件的审理过程中，对于案件事实认定、法律适用、案件审理程序和执法司法机制衔接等存在一些问题。

（一）案件审判执行难度大

1. 事实认定问题

（1）被告人主观过错认定难。主客观相一致是刑法的基础性原则，被告人主观上明知并从事非法排放、处置、倾倒危险废物等有毒有害物质的行为才构成污染环境罪。对于随意排放、处置、倾倒的排放物是否属于危险废物的认定相对专业，国家对危险废物名录实行动态调整制度，被告人对危险废物的认识程度和“明知”的意思应当如何把握，在证据上应当以何种标准才达到定罪的主客观相统一存在认定困难。

（2）排放危险废物数量认定难。《解释》第1条对污染环境罪设定了具体的数量标准，对于非法排放、处置、倾倒危险废物数量的认定就显得尤为重要。审判实践中，公诉机关指控污染物的吨数计算方式不尽相同，主要可归纳为五种：第一种是根据被告人、证人、承运人的笔录，以有利于被告人的原则，综合认定污染物吨数；第二种是根据收集、处置污染物的记账本结合证人证言确定吨数；第三种是根据测绘污染地块的长宽高和密度，计算污染吨数；第四种是通过政府购买服务、服务方总共处置外运的污染物的吨数作为指控吨数；第五种是根据生产工艺一定数量的原料生产后产生相应比例的污染物，以购进原料数量计算污染吨数。以上五种计算方式在案件审理中均有涉及，也均有不足之处。第一、二种方式确定的是纯污染物的数量，能确认的吨数和在现场实际发现的污染物数量差距巨大，采用这两种方式计算污染物吨数有放纵犯罪之嫌，跟目前严厉打击环境污染犯罪的要求相悖。第三、四种方式确定的是污染物处置、掩埋后渗入地下与泥土混合物的数量，存在测绘不准或者污染物扩大的问题。例如，某甲于2017年因污染环境罪被判刑，按第一种计算方式，污染物数量为80吨，但其非法处置污染物的坑十分巨大，经测绘数量为上万吨（当时因测绘精度问题未采纳）；2021年发现其他人曾于2017年前向某甲付费往此坑内排污，公诉机关按照新的测绘提起公诉，新的测绘涉及污染物数量2万吨。这种计算方式的不同，导致污染物数量的认定差异巨大，直接影响了案件的判决结果。

（3）鉴定程序高效运行难。环境污染刑事案件需要就污染物种类、排放污染物与环境损害之间的因果关系及环境生态修复费用等专业性问题进行鉴定。2020年4月29日，国家生态环境部公布了第三批生态环境损害鉴定评估推荐机构名录。目前，42家鉴定评估推荐机构中，涉及山东省的仅有山东省环境科学研究院、山东省生态环境



规划研究院两家，难以满足目前的环境司法鉴定需求，只能寻求推荐名录外的鉴定机构进行鉴定，单设鉴定资质和鉴定程序规范性不能保证。同时，环境治理修复费用高，不可避免带来按标的收取鉴定费从而导致鉴定费用过高的问题，启动鉴定前期费用如何垫付成为一大难题。如在吴某某、杜某某倾倒废酸污染环境案中，鉴定现场处置费用530000元，但鉴定费高达120000元，鉴定收费的合理性有待商榷。另外，在环境污染刑事案件中鉴定适用率高，专家意见单独适用率低，没有发挥专家意见在定罪量刑参考、节约司法资源方面的作用。

(4) 因果关系认定难。刑法上的因果关系决定了某一危害结果是否可以在客观上归责于行为人的行为。在一些案件中，对因果关系的认识存在分歧。比如，被告人在倾倒危险废物的过程中致被害人中毒死亡，但倾倒的危险废物中并未检测出致被害人中毒的化学物质，而是倾倒的危险废物与案件发生地残留的其他危险废物产生化学或物理反应后形成的化学物质导致被害人死亡。对于被告人的犯罪行为与被害人的死亡是否存在因果关系，被告人是否应当对被害人死亡的后果承担刑事责任，公诉机关、审判机关、辩护人的认识不尽一致。

(5) “有毒物质”认定难。虽然《解释》第15条对何种物质应当认定为《刑法》第338条规定的“有毒物质”作了明确规定，但是司法实践中对于“有毒物质”的具体范围应如何理解和把握，应从实质还是形式上予以认定，认识不一致。例如，对于“含重金属的污染物”，应当限于浓度超过相应标准的含重金属的污染物，还是只要污染物中含有重金属即可。尤其是对于司法实践中经常出现的通过暗管、渗井、渗坑等逃避监管的方式排放含重金属的物质，但经监测发现浓度并未超标的案件，是否可认定为排放有毒物质从而以犯罪论处，存在较大争议。

2. 法律适用问题

(1) 单位犯罪中，对单位主管人员和直接责任人处罚偏轻，有以罚金刑代替自由刑之嫌。通过对全省法院环境污染刑事案件单位犯罪裁判文书样本分析得知，在单位积极承担绝大部分环境处置费用，配合当地政府处置污染物的情况下，几乎对单位主管人员和直接责任人均适用了缓刑。这与大力推进生态文明建设，坚决打好污染防治攻坚战，从严依法惩治环境污染犯罪的要求不符。况且《刑法修正案（十一）》对四类情形配置了第三档法定刑，自由刑由原来的三年以上七年以下有期徒刑提升至七年以上有期徒刑，单位实施这四种污染环境行为或者造成特定危害后果时，其直接负责的主管人员和其他直接责任人员也要承担更重的刑罚，处罚偏轻的现状跟立法的本意不符。

(2) “严重污染环境”“情节严重”“情节特别严重”法律适用规定不明确。《刑法修正案（十一）》第40条规定了“在饮用水水源保护区、自然保护地核心区等依

法确定的重点保护区域排放、倾倒、处置有放射性的废物、含传染病病原体的废物、有毒物质，情节特别严重的”情形。但《解释》对这类行为只规定“严重污染环境”的情形，而没有规定“情节特别严重”的情形。如果一旦认定污染环境行为“情节严重”的情形沿用上述解释“后果特别严重”的情形之规定，即对该行为没有规定“情节严重”的情形，那么，对于实施这一行为并且“情节严重”的，就只能依照“后果特别严重”的情形处理，这样显然不够妥当。

3. 审判执行程序问题

(1) 环境刑事附带民事公益诉讼存在民事程序拖延刑事诉讼审理期限的问题。环境刑事附带民事公益诉讼的提起，是节约审判资源，提升环境案件办案质效的重要途径。但一审刑事案件普通程序审限三个月，检察机关提起公诉后，往往一个月后提起民事诉讼，民事赔偿部分数额的确定需要鉴定，民事赔偿部分的调解工作需要时间，达成调解协议后协议内容公告期限不少于 30 日，导致刑事案件审限被不断延长。如果先行进行刑事判决，又无法全面考虑被告人积极修复生态环境等量刑情节，难以实现对被告人量刑的综合评价。

(2) 生态环境损害赔偿磋商占用刑事诉讼审理期限的问题。《生态环境损害赔偿制度改革方案》规定生态环境损害发生后，赔偿权利人组织开展生态环境损害调查、鉴定评估、修复方案编制等工作，主动与赔偿义务人磋商。磋商未达成一致的，赔偿权利人可依法提起诉讼。但司法实践中，一些磋商是在污染环境或者生态破坏刑事案件立案后，才开始进行的。刑事案件的审理不得不等待磋商协议达成后才作为定罪量刑的考虑，这种情况明显占据了刑事案件的审理期限，导致刑事案件审理期限被拉长。

(3) 刑事附带民事公益诉讼组建七人制合议庭与传统刑事案件合议庭组成形式冲突问题。根据《人民陪审员法》第 16 条的规定，环境刑事附带民事公益诉讼需要组成七人合议庭，基层法院受法官、人民陪审员数量和法庭场所的限制，落实七人合议庭的规定难度较大。有法官认为，附带民事公益诉讼更多的是贯彻刑事案件为主要的理念，符合《刑事诉讼法》的有关规定即可。这不可避免出现依据不同法律规定和诉讼程序，合议庭组成形式不同的问题。司法实践中，此类案件的审理即有三人制合议庭也有七人制合议庭，合议庭组建模式不统一，容易造成程序违法。

(4) 生态环境修复费用专款专用问题。刑事附带民事公益诉讼判决被告人将生态环境修复费用支付至财政专门账户。但根据《山东省生态环境损害赔偿资金管理办法》的规定，环境治理费用进入专门账户按照财政预算资金管理，使用程序复杂，导致大量资金休眠。

(二) 执法司法衔接机制不畅

行政执法与刑事司法属于不同的司法阶段，应互相配合、有序衔接，行政责任与



刑事责任应界限分明、各司其责。司法实践中,不乏出现行政执法与刑事司法断裂,甚至行政执法取代刑事司法的问题。在刑事立法迟滞而行政执法先行多年的情况下,环境犯罪作为“行政犯”的行政属性在实践中难免滋生出不正当行政干预和地方保护主义,以罚代刑时有发生。另外,环境污染案件中侦查部门对于送检样品的采样、送检程序存在不规范的问题,给审判工作带来困扰。例如,周某某污染环境罪案中,公诉机关没有移送有关取样过程、取样地点的有关证据,现场勘验描述的内容及照片不能反映实际情况,而认定被告人犯污染环境罪的关键证据在于其排放的水中含有超过国家排放标准3倍的铬。国家对样品的取样点、检测方法、检测人员的资格均有着严格的规定,其取样点不同,检测的数据就不一样。本案环保部门出具了5个检测结果,但无详细具体的检测地点的描述,无法确定被告人排放含铬废水的污染程度。为了查清案件事实,承办法官经与环保部门联系、咨询,得知全过程有录像,遂要求公诉机关移送、补正。经比照录像,才确定检测报告中显示的环保部门检测的5处水样来源,其中有3处不符合国家对取样点的规定,仅有两处符合规定,最终以符合规定的取样结果定罪。

(三) 法治宣传教育存在盲区

真实生动的案例在普法方面往往更具教育意义。从社会反响来看,法院以案释法普及面不够广,推行力度有待加强。目前山东法院审理的环境污染刑事案件中,其犯罪主体大部分是农民、小作坊主或小加工企业主,这些人群处于普法覆盖薄弱环节,对环境污染犯罪的危害性认识不足,在经济利益驱使下,不惜铤而走险,以身试法,多数案件的发生是因为被告人对环境污染犯罪行为认识不足,对有关危险废物的危害不了解,才导致触犯刑罚。如E市法院审理的一起污染环境罪案中,3名被告人在倾倒危险废物的过程中,危险废物发生化学反应致被告人身亡,为自己的罔顾法律与无知付出了惨痛代价。

四、妥善审理环境污染刑事案件的对策建议

对于审判实践中存在的问题,人民法院要坚持以最严格制度、最严密法治惩治环境污染犯罪,强化惩治环境污染犯罪刑事政策的贯彻执行,保持对环境污染犯罪的高压态势;准确认定案件事实和适用法律,进一步优化审判执行程序,确保罚当其罪;发挥行政执法与刑事司法衔接机制作用,做好环境污染刑事案件办理的协调配合;加大环境法治宣传教育力度,切实发挥刑事审判的教育引导作用。

(一) 强化惩治环境污染犯罪刑事政策的贯彻执行

1. 建立环境刑事案件备案制度

以环境资源刑事、民事、行政“三合一”集中审理改革为契机,建立刑事案件备

案制度，提高案件审判质效，防范化解重大敏感环境污染和生态破坏案件舆情与信访风险。各基层法院刑事案件在收到起诉书后向中院报备新收案件的有关情况，案件审结后可报备案件办理中法律适用及定罪量刑中的疑难复杂问题，可借鉴的办案思路与经验，中级法院在掌握有关情况后将重大、疑难复杂案件及时汇报省院，沟通对接。备案制度的建立，便于随时掌握全省污染环境刑事案件，可有效防范如重大环境污染事故引发的信访及舆情风险，同时也有利于发掘刑事犯罪典型案例，有益于宏观把握和相应指导。

2. 统一实刑缓刑适用标准

污染源头企业负责人、污染中介黑链条、实际收集、处置污染物的被告人均是主犯，原则上不适用缓刑；污染物承运人、司机，虽有较大责任，但实际收益较少，主要起辅助和次要作用，可以认定为从犯，根据实际情况可决定适用缓刑；其他辅助人员一般认定为从犯，可适用缓刑。现实中有一种情况，有些企业负责人疏于查验污染物处置方资质，或虽查验资质却未能依据有关污染处置程序依法处置，导致污染物外运和环境污染，但企业能积极承担绝大部分环境处置费用，配合当地政府处置污染物，对其主要负责人也可适用缓刑。但对于暗管排污、地下排污、夜间排污等情节恶劣、社会反映强烈的环境污染犯罪，不得适用缓刑。

3. 合并解决罪与罚，完善刑民对接

在环境污染犯罪中，被告人的行为侵害了环境法益，损害了社会公共利益，其在承担刑事责任的同时，还应承担相应的民事赔偿责任。既要依法惩治环境污染犯罪，又要兼顾生态环境及资源修复。对未提起附带民事公益诉讼的案件，引导被告人积极修复生态环境、缴纳生态环境修复费用，并将此作为被告人重要量刑情节予以考虑。

4. 加大对单位犯罪的处罚力度

调研过程中发现，环境污染刑事案件绝大多数都是因为一些企业产生危险废物后，不按照规定的处置方式进行处置而造成环境污染的。但是，出于经济发展、企业后续融资贷款等考虑，仅将有关责任人给予刑事制裁，忽视了对单位的处罚，使得一些企业屡次违反危险废物处置规定，不能从根本上防范环境污染犯罪行为的发生。因此，司法实践中，要加大对单位犯罪的刑事处罚力度，对屡次触犯刑事法律产生污染物的单位，应当从严追究刑事责任。对符合单位犯罪构成的，检察机关仅起诉自然人犯罪的，可以向检察机关释明追加被告单位。

（二）准确认定案件事实及适用法律

1. 准确判断被告人是否具有环境污染犯罪的故意

在审理污染环境罪案件中，要对案件事实进行全面审查，尤其对行为人的主观



心理状态等方面进行基于刑法判断的确认，避免将行为人在主观上无违法性认识的案件进行客观归罪的情形发生。因此，对于被告人是否具有环境污染犯罪的故意，要依据被告人的任职情况、职业经历、专业背景、培训经历、本人因同类行为受到行政处罚或者刑事追究情况以及污染物种类、污染方式、资金流向等证据，结合其供述，进行综合分析判断。审判实践中，对被告人不能作出合理解释的，大多从被告人是否办理环评、是否夜间工作、是否有逃避日常的监管、是否对排放物进行了掩埋等客观行为进行证实，摒弃仅仅因为被告人从事某种工艺必然产生危险废物就推断其应当明知的做法。至于随意处置的废物如何污染环境、是否属于危险废物名录当中的危险废物则不属于必须明知的内容。在证据体系上，对上述明知内容，不仅要有被告人供述，还要有其他客观、主观的旁证予以证实，比如环保部门出具的该企业是否办理过环评的证明、有无危险废物转移联单的备案、环保部门对涉事企业的例行检查记录等。

2. 准确认定因果关系

司法实践中，对于因果关系的认定应把握两个原则。一是同一性原则。环境污染犯罪损害结果中的污染物应当与污染行为产生的污染物在本质上具有同一性，且在污染物排放、倾倒、处置的整个过程中均保持同一。二是排他性原则。从污染损害结果查找污染原因，存在较多的可能性和不确定性，证明损害结果与污染行为之间具有因果关系，要排除其他行为或介入因素产生污染损害结果的可能。例如，导致被害人中毒死亡的化学物质与倾倒的危险废物虽不存在同一性，但是经过排查案件发生地周围没有其他主体排放导致被害人中毒死亡的化学物质，且案发时间内亦无其他污染环境事故发生，结合在案其他证据，应当排除有其他行为或因素介入，可以判定因果关系成立。

3. 准确认定污染物的数量

对于污染物数量的认定，应当把握相对客观的方式，掌握罚当其罪的基本原则，既不放纵被告人的犯罪行为，又不加重其罪刑。同时，在附带提起或另行提起的环境民事公益诉讼中，对于污染物的数量可不拘泥于刑事案件中认定的污染物数量。虽然《最高人民法院关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》第8条规定“已为发生法律效力刑事裁判所确认的事实，当事人在生态环境损害赔偿诉讼案件中无需举证证明，但有相反证据足以推翻的除外”，但是对刑事裁判未予确认的污染物数量，当事人提供的证据达到民事诉讼高度盖然性证明标准的，人民法院应当予以认定。

4. 准确把握鉴定程序的启动及鉴定结果的采用

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、生态环境部联合发布的《关于办理环境污染刑事案件有关问题座谈会纪要》对此进行了明确，对涉及案件定罪量

刑的核心或者关键专门性问题难以鉴定、没有专门资质机构或者鉴定费用明显过高的,司法机关可以结合案件其他证据,并参考生态环境部门意见、专家意见等作出认定。对案件的其他非核心或者关键专门性问题,或者可鉴定也可不鉴定的专门性问题,一般不委托鉴定。

5. 准确认定“有毒物质”

对通过暗管等逃避监管的方式排放含重金属污染物,应限于浓度超过相应标准的含重金属的污染物,还是只要污染物中含有重金属即可,生态环境部和最高法院的意见不同。依据生态环境部的回复,根据《解释》第1条第5项规定,通过暗管等逃避监管的方式排放有毒物质,应当认定为“严重污染环境”,因此,通过暗管等逃避监管的方式排放含重金属的污染物,不论重金属浓度是否超过相应标准,应当认定为“严重污染环境”,依法追究刑事责任。而最高法院认为,不应以犯罪论处。^①建议国家有关部门对此予以明确,防止出现类案不同判的情形。

(三) 优化审判执行程序

1. 关于刑事附带民事公益诉讼中民事程序拖延刑事程序问题

对于该问题,有的法院建议检察机关另行提起环境民事公益诉讼,但由于刑事案件和民事案件的级别管辖不同,无法由同一审判组织进行审理,导致法院对被告人应当承担的刑事责任和民事责任无法即时进行综合考量,且被告人服刑期间再提起民事公益诉讼也不利于罪犯的改造,无法实现较好的社会效果和法律效果。有的法院中止刑事部分的审判,多次做被告人的工作,组织进行测绘、监督修复、对修复情况核查确认等。建议根据案件的具体情况作出恰当处理。如民事赔偿部分严重拖延刑事程序,而刑事案件不得不作出判决时,可以先行作出判决或者建议检察机关另行提起环境民事公益诉讼;还可以根据刑事诉讼法的规定中止案件审理,积极督促被告人修复生态环境,并作为重要量刑情节予以考虑。

2. 关于七人合议庭问题

鉴于司法责任制改革后,基层法院员额法官少、案件数量多的实际情况,建议通过司法解释的方式明确环境资源刑事附带民事公益诉讼案件一般不适用七人合议庭的规定。

3. 关于生态环境修复资金的使用问题

由于山东省将生态环境修复资金纳入财政预算管理,使得该项资金使用困难。建议省级层面加强协调,简化生态环境修复资金使用程序,最大限度发挥生态环境修复资金的作用。同时,各地可以探索建立生态环境修复基金制度,对被告人缴纳的生态

^① 参见喻海松:《污染环境罪若干争议问题之厘清》,载《法律适用》2017年第23期。



环境修复资金进行管理,并专项用于当地生态环境修复。

(四) 深化执法司法衔接

进一步完善生态环境行政执法与刑事司法衔接工作机制,形成依法惩治生态环境违法犯罪行为的强大合力,利用与生态环境部门联合建立的生态环境执法司法衔接“直通车”等协作机制,促进生态环境行政执法与刑事司法衔接。首先,加强司法机关与相关行政执法等部门的沟通协调,让有关行政执法部门明晰“罚”与“刑”的界限,对达到犯罪标准的,应及时移送司法机关;其次,强化司法机关对行政执法部门取证的引导,共同对行政执法部门移送的证据材料及要求作出明确的规定,以使行政执法部门移送的材料符合刑事案件的证据要求和标准,从而节省司法资源。

(五) 法治宣传教育常抓不懈

做好“学法走进来”,通过人民陪审员参审、群众旁听、庭审直播、文书上网等方式,公开环境资源刑事案件庭审,让广大群众“学法进法庭”亲身感受司法力量;充分发挥生态环境司法修复基地的教育、引导、警示作用,以案释法,以案普法,倡树环境保护,宣扬环境法律法规和刑事政策,营造对破坏生态和污染环境行为坚决予以打击的浓厚氛围。加强“普法走出去”,利用环境日等普法重要节点,加强水资源、土地、大气保护的宣传教育;对生态环境案件审理过程中发现的行政执法不当、监管不到位等问题,及时向生态环境主管部门提出司法建议;对案件审理执行中发现的企业落实环保责任不到位、违反环境保护法“三同时”原则等行为,及时向企业提出司法建议;利用与生态环境部门共同建立的“环保法律服务日”等载体,让普法以生动的方式落到实处。

结 语

刑法是环境治理的重要手段,运用刑法规定惩治和防范环境污染犯罪,加大对环境的刑事司法保护力度,是维护生态环境的重要环节。基于当前环境污染犯罪的态势,根据刑事宽严相济的政策要求,环境刑事司法应当充分发挥刑罚的威慑和教育功能,从严惩治环境污染犯罪,并适度体现从宽的政策要求,以便更有效地保护生态环境。

(责任编辑:王文斌)