

■学习贯彻党的二十大精神专题

习近平法治思想中的公正司法观研究	/ 张甲天 1
------------------	---------

■专栏：审级职能定位改革相关问题研究

审级职能定位改革下民事再审预收费研究	/ 崔 晓 17
中基层法院民事再审案件提级管辖研究	/ 朱学波 29
审级职能定位改革下案件下放标准的反思与重构	/ 张梦诗 45

■民事司法

论凶宅交易与不动产买卖合同的效力	/ 孙良国 李开霖 62
植物新品种领域的合法来源抗辩	/ 周 波 刘珺玮 80

■司法综合

论现代社会中国司法职能之转型	/ 胡昌明 94
要素式审判功能研究	/ 胡发胜 105
类案检索要素图谱构建	/ 闫 丹 王冉冉 116
技术调查官的角色错位及其矫正	/ 陈颖澍 127

■ 刑事司法

监狱疫情防控“应急—常态化”治理机制研究 / 张传伟 张红广 140

企业合规的行刑衔接研究 / 苏晓阳 许 明 151

共同犯罪案件适用认罪认罚从宽制度研究 / 张 晓 刘 凯 165

刑事案件中的诉讼关照义务研究

——以女性犯罪为视角 / 李长艳 杨富元 180

《山东法官培训学院学报》2022 年总目录 / 196

习近平法治思想中的公正司法观研究

张甲天^{*}

内容摘要：习近平总书记在党的二十大报告中指出：“公正司法是维护社会公平正义的最后一道防线。”党的十八大以来，习近平总书记站在全面依法治国、建设社会主义法治国家的战略高度，对全面推进公正司法提出了一系列新理念新思想新战略，深刻阐明了推进公正司法的政治保证、价值追求、实践路径、发展动力和重要保障，为中国特色社会主义司法事业的发展提供了科学的理论指导，构成了习近平法治思想的重要组成部分。本文对习近平法治思想中的公正司法观作了梳理，对人民法院贯彻习近平法治思想的实践及取得标志性成果进行了概括和总结，并就人民法院如何在习近平法治思想的指导下，进一步全面推进公正司法作出了思考。

关键词：公平正义；公正司法；人民法院

公正司法是全面依法治国的重要一环。党的十八大以来，习近平总书记站在全面依法治国、建设社会主义法治国家的战略高度，围绕全面推进公正司法提出了一系列新理念新思想新战略，为司法改革和中国特色社会主义司法事业发展提供了科学的理论指导，形成了公正司法观。这些新理念新思想新战略是习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分，科学回答了什么是公正司法、为什么要推进公正司法、怎样推进公正司法等一系列重大理论问题，开辟了马克思主义公平正义观的新境界，实现了从理论指导到实践运用、从实践总结到理论创新的新飞跃。

习近平法治思想中关于公正司法的论述，内涵丰富、论述深刻、逻辑严密、系统完备，本文将尝试从政治保证、价值追求、实践路径、发展动力和重要保障五个方面予以梳理，并就党的十八大以来人民法院贯彻习近平法治思想、推进公正司法的实践及取得标志性成果进行概括和总结。

^{*} 张甲天，山东省高级人民法院党组书记、院长，二级大法官。



一、关于公正司法的政治保证

习近平总书记强调：“在坚持党对政法工作的领导这样的大是大非面前，一定要保持政治清醒和政治自觉，任何时候任何情况下都不能有丝毫动摇。”^①坚持党的绝对领导是中国特色的社会主义的本质特征，不仅是中国特色社会主义法治之魂，也是人民法院的建院之本、强院之基、司法之魂。^②推进公正司法必须坚持党的绝对领导，这既是由司法机关的政治属性决定的，是对公正司法“质”的规定，也是做好司法工作的根本保证，是实现公正司法的政治前提。

（一）公正司法的政治保证：毫不动摇坚持党对司法工作的绝对领导

习近平总书记指出，法治当中有政治，没有脱离政治的法治。^③要坚持法治体系建设正确方向，坚持党的领导，坚持中国特色社会主义制度，贯彻中国特色社会主义法治理论。这些阐明了公正司法的根本保证。政治属性是法治的本质属性，也是司法的本质属性。

始终坚持党的绝对领导。习近平总书记指出，坚持党的领导是我国社会主义司法制度的根本特征和政治优势。^④既要坚持党对政法工作的领导不动摇，又要加强和改善党对政法工作的领导，不断提高党领导政法工作的能力和水平。党的领导是由我国国家性质和国体政体决定的，是由国家宪法确立的。推进公正司法必须坚持党的绝对领导，这是由司法机关的政治属性决定的。马克思主义公正观认为，实现社会公平正义就要消除私有制、消灭压迫和剥削。西方的司法制度建立在私有制基础之上，所谓的公正只能是对少部分人的公正。我国是人民民主专政的社会主义国家，中国共产党始终代表最广大人民的根本利益，全心全意为人民服务是中国共产党始终坚持的宗旨。坚持党对司法工作的绝对领导，就从根本上保证了司法公正的实现。在怎样坚持党对政法机关的绝对领导方面，习近平总书记指出，“政法机关党组织要建立健全重大事项向党委报告制度、在执法司法中发挥政治核心作用制度、党组（党委）成员依照工作程序参与重要业务和重要决策制度，确保政法工作沿着正确方向前进。”^⑤

① 习近平：《党的领导和社会主义法治是一致的》（2014年1月7日），载习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第42页。

② 参见《坚持党的绝对领导是人民司法之魂》，载《人民法院报》2021年1月19日，第1版。

③ 参见习近平：《在省部级主要领导干部学习贯彻党的十八届四中全会精神全面推进依法治国专题研讨班上的讲话》，载中共中央文献研究室编：《习近平关于全面依法治国论述摘编》，中央文献出版社2015年版，第34页。

④ 参见习近平：《深化司法体制改革》（2015年3月24日），载习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第147页。

⑤ 习近平：《党的领导和社会主义法治是一致的》（2014年1月7日），载习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第44页。

坚定不移走中国特色社会主义法治道路。习近平总书记指出,全面推进依法治国,必须走对路。^①我们要坚持的中国特色社会主义法治道路,本质上是中国特色社会主义道路在法治领域的具体体现,我们要建设中国特色社会主义法治体系,本质上是中国特色社会主义制度的法律表现形式。我们国家是中国共产党执政,各民主党派参政,没有反对党,不是三权鼎立、多党轮流坐庄。我国法治体系要跟这个制度相配套,走适合自己的法治道路,绝不能照搬别国模式和做法,绝不能走西方“宪政”“三权鼎立”“司法独立”的路子。经济基础决定上层建筑。我国宪法确立了以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,正因为如此,公正司法才有了最坚实的制度保障。人民法院要正确处理政治和法治、改革和法治、依法治国和以德治国、依法治国和依规治党的关系,在坚持党的全面领导、保障人民当家做主等重大问题上做到头脑特别清晰、立场特别坚定。

正确处理坚持党的领导和确保司法机关依法独立公正行使职权的关系。习近平总书记指出,“党和法治的关系是法治建设的核心问题。全面推进依法治国这件大事能不能办好,最关键的是方向是不是正确,政治保证是不是坚强有力”^②。“党对政法工作的领导是管方向、管政策、管原则、管干部,不是包办具体事务。”^③《宪法》规定,人民法院依法独立行使审判权。独立行使审判权并不意味着否定党的领导。推进公正司法,既要坚持党的绝对领导,坚定不移走中国特色社会主义法治道路,又要通过公正司法赢得民心,厚植党的执政基础,捍卫党的领导。^④

(二)把党的领导贯彻落实到人民法院全过程、各方面,确保人民法院正确政治方向

人民法院认真贯彻落实习近平关于实现公正司法根本政治保证的重要论述,大力加强政治建设,认真服务党和国家工作大局,始终坚持党的绝对领导,坚持中国特色社会主义法治道路,确保审判权永远掌握在人民手里。

党的十八大以来,人民法院牢牢坚持党对司法工作的绝对领导,确保各项工作正确的政治方向。人民法院首先是政治机关,把深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想和习近平法治思想作为首要政治任务,深刻领悟“两个确立”的决定性意义,增强“四个意识”、坚定“四个自信”、做到“两个维护”。人民法院坚持不懈用党的创新理论武装头脑,真学真信笃行习近平法治思想。坚持党的领导和依法独立公

① 参见习近平:《加快建设社会主义法治国家》(2014年10月23日),载习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第105页。

② 习近平:《关于〈中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定〉的说明》(2014年10月20日),载习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第91页。

③ 习近平:《党的领导和社会主义法治是一致的》(2014年1月7日),载习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第44页。

④ 参见童建明:《努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义——学习习近平总书记关于公正司法重要论述的体会》,载《国家检察官学院学报》2021年第4期。



正行使审判权相统一，坚定不移走中国特色社会主义法治道路。始终坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想武装头脑、指导实践、推动工作，深化习近平法治思想学习教育，推进党的理论武装走深走实，始终将每一项工作作为增强“四个意识”、坚定“四个自信”、做到“两个维护”的现实检验，不断提高政治判断力、政治领悟力、政治执行力。人民法院始终把维护党中央权威和集中统一领导作为最高政治原则和根本政治规矩，始终胸怀“国之大者”，坚决把“两个维护”落实到服务大局、司法为民、公正司法的实际行动上。自立案登记制实施以后，人民法院收案数量大幅增长，2019年全国法院收案已突破3000万件大关，法院干警努力克服案多人少的突出矛盾，不断提高结案率，各类案件质效指标持续向好，全国法院广大干警以司法为民、公正司法的新成效践行了“两个维护”。

山东法院扎实推进政治建设，认真落实政法工作条例，严格执行重大事项请示报告制度，落实意识形态工作责任制，开展肃清流毒影响专项行动，政治纪律和政治规矩进一步严明。理论武装不断强化，严格落实“第一议题”制度，组织开展“两学一做”学习教育、“不忘初心、牢记使命”主题教育、党史学习教育和“两个确立”主题教育，实现政治轮训全员覆盖，坚决筑牢政治忠诚。党的建设持续深化，先后制定在审判执行工作中加强党的领导10条意见、加强干部队伍政治能力建设24条措施、思想政治工作责任清单等，坚持“支部建在庭上”“党小组建在办案团队”，全省成立党支部2048个，建立党小组733个，将党对司法工作的绝对领导贯穿到审判执行全过程各方面。

进入新时代，人民法院肩负的服务经济社会发展大局的责任更加艰巨、使命尤为光荣。人民法院聚焦完整准确全面贯彻新发展理念，围绕“国之大者”履职尽责，司法护航经济高质量发展迈出坚实步伐、取得新的成效。人民法院自觉聚焦大局、服务大局、保障大局，及时跟进落实党中央重大工作部署，作出服务“六稳”“六保”、深圳建设中国特色社会主义先行示范区、“一带一路”高质量发展、自贸试验区和自由贸易港建设、粤港澳大湾区建设等一系列重大决策。围绕经济高质量发展重点领域，加强产权司法保护，依法纠正张文中案等重大案件，坚决贯彻外商投资法，坚持各类市场主体诉讼地位、法律适用、法律责任一律平等，营造市场化法治化国际化营商环境。围绕涉疫情民事、商事、执行案件等，先后出台5个司法政策性文件，出台助力中小微企业发展20条实招硬招，实质性化解纠纷，帮助市场主体纾困解难。加强知识产权司法保护，服务创新驱动发展，2013年至2021年各类知识产权一审案件受理数年均增长超过20%，中国法院正日益成为国际知识产权争端解决的“优选地”。践行“绿水青山就是金山银山”理念，制定森林资源保护、环境侵权禁止令、惩罚性赔偿等21件司法解释，出台长江保护法实施意见等13个司法文件，创新适用生态修复司法措施，回应人民群众对天蓝、地绿、水清美好生活的向往。

山东法院聚焦乡村振兴、新旧动能转换、黄河流域生态保护和高质量发展等重大部署,相继制定一系列司法服务保障意见,确保党和国家重大决策部署到哪里,司法服务保障就跟进到哪里。持续优化法治化营商环境,加强破产审判工作,争取最高人民法院设立济南和青岛两处破产法庭,在2021年万家民营企业评营商环境报告中,司法指标得分居全国第1位。创新金融审判机制,推动金融案件跨域集中管辖,落实重大金融商事案件报告制度,为防范化解地方金融风险做出贡献。加强知识产权司法保护,全面推进知识产权审判“三合一”工作,制定适用惩罚性赔偿的裁判指引,2013年以来审结一审知识产权案件12万件,知识产权审判在服务创新发展中的作用愈来愈得到显现。践行“两山”理念,加强环境资源审判,实行刑事、民事、行政审判职能“三合一”和跨区划案件集中管辖,2013年以来审结一审环境资源刑事案件7976件、民事案件6.3万件、环境公益诉讼案件651件,服务美丽山东建设。制定服务打造对外开放新高地的20条措施,2013年以来审结一审涉外商事案件5245件,成功举办两届上合组织国家地方法院大法官论坛,为“一带一路”、上合示范区和自贸试验区建设提供有力司法保障。

二、关于公正司法的价值追求

党的十八大以来,习近平总书记反复强调,“要努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”,并且明确要求“所有司法机关都要紧紧围绕这个目标来改进工作,重点解决影响司法公正和制约司法能力的深层次问题”。^①“公平正义”这一逻辑非常抽象、理论色彩非常浓厚的概念,经习近平总书记“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”这一论述,变得为人民群众看得见、摸得到、感受得到。这一重要论述深刻揭示了公正司法为了谁、依靠谁的重大问题,充分体现了以人民为中心的执政理念,为人民法院指明了工作的根本奋斗目标。

(一) 公正司法的价值追求:努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义

马克思主义认为,社会主义的公平正义是以“每一个个人的全面而自由的发展”为核心,社会主义之所以最终要消灭剥削和压迫,归根到底是为了消除社会的不平等和不公正,使全体人民在政治、经济、文化、社会等诸多方面享有同等的权利,从而实现人的全面发展。^②习近平总书记强调,努力让人民群众在每一项法律制度、每一

① 习近平:《在十八届中央政治局第四次集体学习时的讲话》(2013年2月23日),载中共中央文献研究室编:《习近平关于全面依法治国论述摘编》,中央文献出版社2015年版,第68页。

② 参见周强:《坚持公正司法 努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义——在政法领导干部学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想专题研讨班上的辅导报告》,载《人民司法·应用》2018年第16期。



个执法决定、每一宗司法案件中都感受到公平正义。^①这确立了公正司法的价值追求。唯物史观认为,人民群众是历史的创造者,对社会发展起着主要决定作用。人民立场是中国共产党的根本政治立场,是马克思主义政党区别于其他政党的显著标志。^②

积极回应人民群众新要求新期待。习近平总书记指出,推进全面依法治国,根本目的是依法保障人民权益。要坚持司法为民,改进司法工作作风,通过热情服务,切实解决好老百姓打官司难问题。进入新时代,人民群众不仅对物质文化生活提出了更高要求,而且在民主、法治、公平、正义、安全、环境等方面的要求日益增长,对社会公平正义的需求也在随之发生变化。要坚持以人民为中心的发展思想,正确把握人民群众对公平正义的新要求,更多、更好地满足人民群众的利益诉求。^③

努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。习近平总书记指出,公平正义是司法的灵魂和生命。人民群众每一次求告无门、每一次经历冤假错案,损害的都不仅仅是他们的合法权益,更是法治的尊严、社会的公平正义。^④对于人民群众来说,往往通过某些具体个案,尤其是事关自身利益的个案来评判司法是否公正乃至社会是否公正。要严格公正司法,牢记“ $100 - 1 = 0$ ”的道理,把每一个案件都当作“天大的事”,综合考虑天理、国法、人情,实现个案公正和整体公正、法律公正与社会公正相统一。司法公正不是抽象的而是具体的,人民群众对司法公正的评判,来源于实质正义实现后的切身感受。在法的形式与法的内容问题上,马克思曾专门指出,“目前莱茵省的全体居民,特别是莱茵省法学家的义务,是要把主要注意力放在法的内容上面,免得我们最终只剩下一副空洞的假面具。如果形式不是内容的形式,那么它就没有任何价值了。”^⑤也就是说,如果没有了实体正义,公正成了判决的一种表面形式,而不是判决的内容实质,司法正义也就失去了它存在的意义。

守牢社会公平正义最后一道防线。习近平总书记指出,司法是维护社会公平正义的最后一道防线,在二十大报告中更进一步指出,“公正司法是维护社会公平正义的最后一道防线。”特别强调“公正司法”才是维护公平正义的最后一道防线,对公正司法更进一步强调和突出。司法公正对社会公正具有重要引领作用,司法不公对社会公正具有致命破坏作用。司法公正不仅要实现,而且要把理性的价值观变为可以看得见、触摸得到的、现实可感受的公平正义观。在执法办案过程中,既要事实为依据、

① 习近平:《坚持以全面依法治国新理念新思想新战略为指导,坚定不移走中国特色社会主义法治道路》(2018年8月24日),载习近平:《习近平谈治国理政(第三卷)》,外文出版社2020年版,第284页。

② 参见中共中央党史和文献研究院:《十八大以来重要文献选编》(下册),中央文献出版社2018年,第352页。

③ 参见张甲天:《严格公正司法:全面依法治国的重要一环》,载《学习时报》2022年10月26日,第A3版。

④ 参见中共中央宣传部编:《习近平新时代中国特色社会主义思想学习问答》,学习出版社、人民出版社2021年版,第175页。

⑤ 马克思:《第六届莱茵省议会的辩论(第三篇论文)》,载《马克思恩格斯全集(第1卷)》,人民出版社1995年版,第288页。

以法律为准绳,也要准确把握社会心态、群众情绪,把严格司法与柔性司法结合起来,努力让当事人既解开“法结”又解开“心结”,真正实现政治效果、法律效果、社会效果的有机统一。^①

(二)充分发挥人民法院职能作用,努力让人民群众在优质高效的审判执行工作中感受到具体的公平正义

让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义,是通过发挥人民法院的职能作用来体现的。人民法院要充分发挥各类审判的职能作用,通过刑事审判打击犯罪,维护国家安全和社会安全;通过民事审判定分止争,维护当事人合法权益;通过行政审判,监督政府依法行政;通过执行工作,使当事人的合法权益通过国家强制力得以实现,让人民群众通过法院的工作不断增加获得感、幸福感、安全感。

党的十八大以来,人民法院牢牢把握建设更高水平平安中国的目标要求,忠实履行维护国家安全、社会安定、人民安宁的重大责任,人民群众安全感更加充实、更有保障、更可持续。人民法院贯彻总体国家安全观,依法惩治刑事犯罪,坚持宽严相济刑事政策,坚决维护国家政治安全和社会大局稳定。推动扫黑除恶专项斗争常态化开展,2018年至2021年审结涉黑涉恶犯罪案件3.6万件,24.4万人,基层基础全面夯实,党风政风明显好转。严惩杀人、放火、绑架等犯罪,严重暴力犯罪案件持续下降,从2013年的7.5万件9.57万人,下降到2021年的4.9万件5.68万人,2021年被判处三年以下有期徒刑的罪犯人数占判决生效总人数的比例达到84.6%，“中国之治”成色更足、优势更加彰显,人民群众安全感显著增强。坚持实事求是原则,坚决纠正呼格吉勒图案、聂树斌案等一批重大刑事冤错案件,让人权司法保障更加有力。^②

山东法院积极参与反分裂反恐怖反邪教斗争,坚决捍卫国家政权安全、制度安全、意识形态安全。圆满审结钟世峰等人打着“退役军人”旗号实施犯罪案,实现了政治效果、法律效果、社会效果的有机统一。审结杀人、抢劫、绑架、放火等严重暴力犯罪案件,从2013年的5206件7920人,下降到2021年的3807件5234人,社会治安持续向好。深入开展扫黑除恶专项斗争,推动扫黑除恶常态化,健全完善组织领导、案件审理、黑财清缴等15项工作机制,坚持院长带头办案,2018年以来审结一审涉黑涉恶犯罪案件1482件10112人,重刑率28.4%,依法惩处张宸、王雷等一批作恶多端的涉黑涉恶人员,人民群众安全感满意度显著提升。保持惩治腐败犯罪高压态势,2013年以来审结最高法院交办的苏荣、缪瑞林等19名原中管干部职务犯罪案,对外逃人员张正欣依法没收境内外巨额违法所得,大要案审理工作持续走在全国法院前列。开展涉诉信访积案集中化解工作,实行院领导包案,落实院庭长首接负责制,赴省进

^① 参见张甲天:《严格公正司法:全面依法治国的重要一环》,载《学习时报》2022年10月26日,第A3版。

^② 参见黄晓云:《努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义——党的十八大以来人民法院工作举措与成效综述》,载《中国审判》杂志2022年第19期。



京访数量 2018 年至 2021 年连续 4 年下降, 2022 年涉诉赴省和进京访数量同比分别下降 32.2% 和 56.1%。展现司法担当, 依法维护防疫秩序和社会大局稳定。疫情发生以来, 山东法院紧紧围绕党中央部署, 依法履职担当, 坚决为打赢疫情防控的人民战争、总体战、阻击战提供坚强的法治保障。及时出台服务保障疫情防控的 10 项措施, 发布典型案例, 对哄抬物价、造谣传谣、制假售假的 93 名被告人予以惩处, 对拒不配合防疫检查、殴打防疫人员、妨害传染病防治的 44 名被告人, 依法追究刑事责任。推进在法治轨道上惩治涉疫犯罪、化解涉疫矛盾、推进疫后治理。充分发挥政治优势, 推动执行难综合治理源头治理, 建成网络查控系统, 完善联合惩戒体系, “基本解决执行难” 目标如期实现, 当事人胜诉权益及时兑现。开展查封土地和海域使用权专项清理, 清理案件 6167 件, 为当事人实现债权 86.4 亿元。

三、关于公正司法的实践路径

习近平总书记强调: “法律不应该是冷冰冰的, 司法工作也是做群众工作。”^① “群众路线是我们党的生命线和根本工作路线, 是我们党永葆青春活力和战斗力的重要传家宝。不论过去、现在和将来, 我们都要坚持一切为了群众, 一切依靠群众, 从群众中来, 到群众中去, 把党的正确主张变为群众的自觉行动, 把群众路线贯彻到治国理政全部活动之中。”^② 司法权的性质是由国家的根本政治制度决定的。我国是人民当家作主的社会主义国家, 彻底的人民性是中国特色社会主义司法制度的应有之义, 是人民法院区别于建立在私有制基础上的一切司法制度的根本属性。坚持人民法院的人民性既是历史的必然, 也是人民的选择。

(一) 公正司法的实践路径: 坚持司法为了人民群众, 依靠人民群众

习近平总书记在纪念马克思诞辰 200 周年大会上的讲话中指出: “马克思主义是实践的理论, 指引着人民改造世界的行动。马克思说, ‘全部社会生活在本质上是实践的’, ‘哲学家们只是用不同的方式解释世界, 问题在于改变世界’。实践的观点是马克思主义认识论的基本观点, 实践性是马克思主义理论区别于其他理论的显著特征。”^③ 在马克思主义基本理论指引下, 以实践的观点认识公正司法, 就是要推动公正司法的实践化, 将公正司法转化为实实在在的为人民造福的成果。习近平总书记强调, 全面依法治国最广泛、最深厚的基础是人民, 必须坚持为了人民、依靠人民, 强调要

① 习近平:《全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法》(2013 年 11 月 23 日), 载习近平:《论全面坚持依法治国》, 中央文献出版社 2020 年版, 第 23 页。

② 习近平:《在纪念毛泽东同志诞辰一百二十周年座谈会上的讲话》(2013 年 12 月 26 日), 载《人民日报》2013 年 12 月 27 日, 第 1 版。

③ 习近平:《不断开辟当代中国马克思主义、二十一世纪马克思主义新境界》(2018 年 5 月 4 日), 载《习近平谈治国理政》(第 3 卷), 外文出版社 2021 年版, 第 45 页。

不断增强人民群众获得感、幸福感、安全感。这指明了公正司法的实践路径。马克思主义认为,理论来源于实践,必须在实践中检验和发展。“从群众中来,到群众中去”,这是群众路线的工作方法。更加注重全过程人民群众参与,是新时代人民法院与群众路线相结合的最新路径和实践模式。

切实推进全过程的公平正义。习近平总书记指出:“我国全过程人民民主实现了过程民主和成果民主、程序民主和实质民主、直接民主和间接民主、人民民主和国家意志相统一,是全链条、全方位、全覆盖的民主,是最广泛、最真实、最管用的社会主义民主。”^①全过程人民民主为社会公平正义的实现提供了全新的制度模式和有力保障。全过程人民民主和相应的社会公平正义,是中国式现代化本质要求的重要构成,彰显了坚持和发展中国特色社会主义所创造的人类文明新形态包含的丰富内涵与独创价值。习近平总书记指出,全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法。坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,法治国家、法治政府、法治社会一体建设。推进公正司法,不仅在于完备的法律体系、完善的执法机制、普遍的法律遵守,更在于公平正义精神与价值在法治各个环节中真实的体现。要正确贯彻实施宪法法律,配合立法部门做好立法工作,助力法治政府建设,加强法治宣传教育,让公平正义的阳光照进人民心田。

加大司法公开力度。习近平总书记指出,要坚持以公开促公正、以透明保廉洁。执法司法是否具有公信力,主要看两点,一是公正不公正,二是廉洁不廉洁。阳光是最好的防腐剂。权力运行不见阳光,或有选择地见阳光,公信力就无法树立。司法公开是现代法治社会普遍遵循的一项重要司法原则,是司法公正实现状况的重要评判标准。要坚持以公开为常态、不公开为例外,增强公开意识,丰富公开形式,提升公开服务水平,进一步完善开放、便民、动态、透明的阳光司法机制。

完善司法权制约监督机制。习近平总书记指出,要加强和规范对司法活动的法律监督和社会监督。要完善司法管理体制和司法权力运行机制,规范司法行为,加强对司法活动的监督。司法责任制全面推开以后,司法权分散行权的特点越来越明显。公权力如果缺乏有效监督制约,就容易发生损害群众利益、影响公平正义的问题。要在司法活动中进一步扩大人民群众参与的范围,加强对人民监督员的管理,完善人民陪审员和人民调解机制,依靠人民群众推进公正司法,实现司法民主。^②

(二) 坚持司法为民便民利民,不断满足人民群众对公正司法的新需求新期待

人民法院始终坚持以人民为中心,积极回应人民群众的操心事、烦心事、揪心事,不断满足人民群众对美好生活的需要。人民法院加强民生司法保障,贯彻实施民法典,深化家事审判改革,近十年依法审结涉教育、就业、医疗、养老、消费、住房、社会

^① 习近平:《全过程人民民主是最广泛、最真实、最管用的社会主义民主》(2021年10月13日),载《习近平谈治国理政》(第4卷),外文出版社2022年版,第页。

^② 参见张甲天:《严格公正司法:全面依法治国的重要一环》,载《学习时报》2022年10月26日,第A3版。



保障等民生案件超过 3000 万件。出台涉食品药品、消费者权益保护、劳动争议等民生领域司法解释,从餐桌到用药、从头顶到脚下、从实体到网络,全方位守护百姓的平安。在实现基本解决执行难阶段性目标后,持续巩固成果,让真金白银以最高的效率装进胜诉当事人的口袋,破除实现公平正义的最后一道藩篱。建成覆盖四级法院的在线服务平台,提供在线调解、电子送达、委托鉴定等一站式诉讼服务,老百姓从以往参加诉讼平均往返法院近六次到一次都不用跑,互联网法院、中国移动微法院让诉讼事务“家里办”“掌上办”“随时办”。大力推进一站式多元纠纷解决和诉讼服务体系,全国 91% 的法院建立完善党委领导下的诉源治理机制、万人起诉率考评机制,9852 家人民法院和 381 个诉讼服务站点入驻人民法院调解平台,在线对接基层治理单位 7 万余家,让矛盾解决在萌芽状态、化解在基层。目前我国已建成联动资源最多、在线调解最全、服务对象最广的中国特色一站式多元纠纷解决和诉讼服务体系。^① 人民法院构建阳光司法机制,坚持依法公开、主动公开、全面公开、实质公开,同步推进审判流程、庭审活动、裁判文书、执行信息四大公开平台建设,将司法公开覆盖人民法院审判执行工作各领域、各环节,确保向社会公开一切依法应当公开的内容,打造开放动态透明便民的阳光司法机制,让正义以看得见的方式实现。截止 2022 年 4 月,中国裁判文书网文书总量超过 1.3 亿份,访问总量超过 840 亿次,中国庭审公开网总直播案件超过 1850 万件,观看量超过 475 亿人次。司法公开无论在范围、形式,还是在深度、广度上,已经走在了世界前列。

山东法院开展贯彻实施民法典“五个一百”活动,编写民法典学习读本,举办民法典法官讲堂 22 期,推动民法典统一正确实施。扎实开展“我为群众办实事”实践活动,2021 年研究制定 3235 项重点任务,出台便民利民措施 2758 条,一批人民群众“急难愁盼”问题得到有效解决。把非诉讼纠纷解决机制挺在前面,推动将“万人起诉率”通报到乡镇街道,2162 个调解组织和 1.4 万名调解员进驻人民法院调解平台,推进人民调解平台进乡村、进社区、进网格,升级诉讼服务中心“六大功能”,一站式多元纠纷和诉讼服务体系全面建成,人民群众参与诉讼更加便捷高效。2021 年全省法院收案同比下降 11.3%,为全国降幅最大省份,诉讼服务质效评估居全国第 1 位。

四、关于公正司法的发展动力

习近平总书记深刻指出:“司法不公的深层次原因在于司法体制不完善、司法职权配置和权力运行机制不科学、人权司法保障制度不健全”,“解决这些问题,就要靠

^① 参见中共最高人民法院党组:《在习近平法治思想指引下阔步向前》,载《人民日报》2022 年 7 月 6 日,第 9 版。

深化司法体制改革”。^①司法作为法治实施体系必不可少的重要环节，其公正与否，事关人民切身利益，事关社会公平正义，事关全面推进依法治国。深化司法体制改革就是旨在破解影响司法公正、制约司法能力的深层次问题，更好发挥我国司法制度的特色、更好促进社会公平正义。

（一）公正司法的发展动力：深化司法体制改革

习近平总书记强调，改革既要往有利于增添发展新动力方向前进，也要往有利于维护社会公平正义方向前进。这明确了公正司法的内生动力。历史唯物主义认为，生产力和生产关系、经济基础和上层建筑相互作用、相互制约。司法制度是上层建筑的重要组成部分，必须弘扬改革创新精神，推进司法体制改革，促进社会公平正义、增进人民福祉。

深化司法体制综合配套改革。习近平总书记指出，“司法责任制综合配套改革是司法体制改革的重要内容，事关司法公正高效权威。要抓好改革任务落地见效，真正‘让审理者裁判，由裁判者负责’，提高司法公信力。”^②司法体制改革是政治体制改革的重要组成部分，对推进国家治理体系和治理能力现代化具有十分重要的意义。深化司法体制改革，要更好坚持党的领导、更好发挥我国司法制度的特色、更好促进社会公平正义。我国司法制度总体上是适应我国国情和发展要求的，同时也需要在改革中不断发展和完善。要坚持司法体制改革的正确政治方向，坚持以提高司法公信力为根本尺度，全面准确落实司法责任制，加快建设公正高效权威的社会主义司法制度。

大力弘扬人民司法优良传统。习近平总书记指出，法治建设既要抓末端、治已病，更要抓前端、治未病。我国国情决定了我们不能成为“诉讼大国”。我国有14亿人口，大大小小的事都要打官司，那必然不堪重负！^③矛盾处理是一个国家、社会长治久安的基础性工作。只有给各类矛盾纠纷找到最佳解决途径，才能让公平正义以最优方式、最快速度实现。没有继承，就没有发展；没有创新，就没有未来。要弘扬人民司法优良传统，坚持和发展新时代“枫桥经验”，以政治强引领、以法治强保障、以德治强教化、以自治强活力、以智治强支撑，加快推进治理体系和治理能力现代化。^④

推动科技创新成果同司法工作深度融合。习近平总书记指出，要遵循司法规律，把深化司法体制改革和现代科技应用结合起来，不断完善和发展中国特色社会主义司法制度。^⑤科技和法治是社会现代化的支点。法治和科技的深度融合，是中国未来法

① 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，人民出版社2014年版，第55页。

② 参见习近平：《推进全面依法治国，发挥法治在国家治理体系和治理能力现代化中的积极作用》（2020年2月5日），载习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第274页。

③ 参见习近平：《坚定不移走中国特色社会主义法治道路 为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，载《求是》2021年第5期。

④ 参见张甲天：《严格公正司法：全面依法治国的重要一环》，载《学习时报》2022年10月26日，第A3版。

⑤ 参见《习近平对司法体制改革作出重要指示强调 坚定不移推进司法体制改革 坚定不移走中国特色社会主义法治道路》，载《人民日报》2017年7月11日，第1版。



治的生命逻辑。要深化智慧法院建设,打造与互联网司法新模式相适应的诉讼规则、业务流程和组织架构,推动法律法规、法官智慧与人工智能有机融合,实现更高水平的数字正义。

(二) 推进司法体制改革和智慧法院建设,提升司法服务水平和审判执行质效

党的十八大以来,人民法院坚决贯彻党中央决策部署,做成了许多想了很多年、讲了很多年但没有做成的改革,积厚成势,成效显著,让公平正义成为新时代的鲜亮底色。^①

在司法改革方面,人民法院全面落实司法责任制,实行法官额制,完善司法人员分类管理,健全司法制约监督体系,实现“让审理者裁判、由裁判者负责”。深化以审判为中心的诉讼制度改革,完成民事诉讼程序繁简分流改革试点,完善四级法院审级职能定位,健全人民法院组织体系,审判质效全面提升。制定两个“五年改革纲要”、完成130项改革任务、出台330多件改革文件,截至2021年12月底,中央《关于政法领域全面深化改革的实施意见》确定由最高法院牵头的29项改革任务中,26项已经完成,其余各项均取得实质性进展,人民法院“五五改革纲要”提出的65项改革举措,85%已全面推开。从夯基垒台、立柱架梁,到全面推进、积厚成势,再到系统集成、协同高效,人民法院在很多领域实现了历史性变革、系统性重塑、整体性重构。

山东法院紧紧牵住司法责任制这个“牛鼻子”,常态化开展员额法官遴选,建立员额法官递补机制,落实法官员额省级统筹和动态调整机制,推动员额持续向基层法院和办案一线倾斜,基层法院核定员额职数比例上升到38%,部分法院达到40%-50%。坚持不同的法官办不同的案件,实行“案件三分”,在民事诉讼中实行繁简分流、轻重分离、快慢分道。“法官三分”,速裁法官办理速裁案件,普通法官办理不适宜速裁的其他简单案件,院庭长办理重大疑难复杂案件,切实解决各类案件平均用力、平均用时等问题,新型办案模式有效形成。全省法院平均办案周期从2018年的87.7天缩短至目前的57.5天,上诉案件发改率从2018年的18.9%下降至目前的8.7%。各项主要审判指标居于全国法院前列。健全完善诉讼制度机制,推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革,圆满完成民事诉讼程序繁简分流改革,积极推进审级职能定位改革试点,司法公信力显著提升。开展长期未结诉讼案件清理,坚持每周调度、每月通报、季度督导、年度考核,防止边清边积,18个月以上长期未结诉讼案件从2018年的1514件减少至目前的61件。

在智慧法院建设方面,人民法院充分运用现代科技,把智慧法院建设作为推进审判

^① 习近平总书记2017年7月9日对全国司法体制改革推进会作出的重要指示,指出:“党的十八大以来,政法战线坚持正确改革方向,敢于啃硬骨头、涉险滩、闯难关,做成了想了很多年、讲了很多年但没有做成的改革,司法公信力不断提升,对维护社会公平正义发挥了重要作用”。

体系和审判能力现代化的双轮驱动之一，坚持用科技手段赋能司法、保障权益、维护公正。全国四级法院和人民法庭一张网办公办案，建设形成全业务网上办理、全流程依法公开、全方位智能服务的智慧法院，在疫情防控中智慧法院“大显身手”，有力保障审判执行不停摆、公平正义不止步。人民法院在线诉讼、在线调解、在线运行三大规则和加强区块链司法应用意见相继出台，中国互联网司法从技术领先逐步迈向规则领先，为全球互联网法治发展提供了中国方案，努力为人民群众创造更高水平数字正义。^①

山东法院坚持“为人民服务、为法官服务、为监管服务”的目标，把智慧法院建设作为解放思想的重要手段，构建全流程、全节点、实时在线的无纸化网上办案系统，实现从1.0到4.0迭代升级，为健全完善中国特色社会主义司法制度作出贡献。当事人通过山东法院电子诉讼服务平台，可办理立案、交退费、送达等事项，2018年以来网上立案784万件，20%的立案登记在8小时工作时间以外完成，诉讼服务更加便捷。从立案、庭前准备、开庭审理到裁判、上诉等所有流程，全部实现在线办理，法官办案更加便利。开发民事类案模块化审理系统，21类常用民事案件实现智能化要素式审理，更好地服务法官“查明事实、实质化解、定分止争”。以“节点+时限”为基础，对各审判节点用时进行精准化、可视化管控，实现所有诉讼行为、审判行为可跟踪、可溯源、可倒查，形成“全省法院一张网、一网网到底”的监管格局，推动司法行为更加规范。

五、关于公正司法的重要保障

习近平总书记深刻指出，“全面推进依法治国，建设一支德才兼备的高素质法治队伍至关重要”，强调“要按照政治过硬、业务过硬、责任过硬、纪律过硬、作风过硬的要求，努力建设一支信念坚定、执法为民、敢于担当、清正廉洁的政法队伍”^②。这些重要论述为新时代司法队伍建设指明了方向。

（一）公正司法的重要保障：建设德才兼备的高素质司法工作队伍

法治工作队伍是法治建设的主力军。^③德才兼备的高素质司法工作队伍是公正司法的重要保障。辩证唯物主义认为，物质决定意识，意识反作用于物质，要发挥人的主观能动性。政治路线确定之后，干部就是决定因素，必须把过硬法院队伍建设作为公正司法的重要任务来抓。

① 参见中共最高人民法院党组：《在习近平法治思想指引下阔步向前》，载《人民日报》2022年7月6日，第9版。

② 习近平：《努力建设一支信念坚定、执法为民、敢于担当、清正廉洁的政法队伍》（2014年1月7日），载习近平：《论坚持全面依法治国》，中央文献出版社2020年版，第55页。

③ 参见江必新：《习近平法治思想是全面依法治国的根本遵循和行动指南》，载《中国法律评论》2022年第4期。



政法队伍要坚定理想信念,把全面从严治党向纵深推进。习近平总书记指出,“坚定的理想信念是政法队伍的政治灵魂”“必须把理想信念教育摆在政法队伍建设第一位,不断打牢高举旗帜,听党指挥、忠诚使命的思想基础,坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上”^①。政法机关要敢于刀刃向内、刮骨疗毒,坚决清除害群之马。要努力建设一支党和人民信得过、靠得住、能放心的政法队伍。司法人员掌握权力大,面临诱惑多,廉政风险高。要发扬自我革命精神,深刻认识“四大考验”和“四种危险”将长期存在,巩固深化党史学习教育和队伍教育整顿成果,持续抓好正风肃纪,深刻汲取法院系统违纪违法案件教训,确保法院队伍绝对忠诚、绝对纯洁、绝对可靠。

全面提升司法能力水平。习近平总书记指出,法治工作是政治性很强的业务工作,也是业务性很强的政治工作。“同面临的形势和任务相比,政法队伍能力水平还很不适应,‘追不上,打不赢、说不过、判不明’等问题还没有完全解决,面临‘本领恐慌问题’,必须大力提高业务能力。”“各级政法机关要把能力建设作为一项重要任务,坚持从源头抓起,加强和改进法学教育,改革和完善司法考试制度,建立健全在职干警教育培训体系,提高干警本领,确保更好履行政法工作各项任务。”^②人民法院队伍专业化建设要突出实战、实用、实效导向,全面提升法律政策运用能力、防控风险能力、群众工作能力、科技应用能力、舆论引导能力。司法主要是对案件事实和法律适用的判断、裁决。只有笃信法治精神,热爱法律职业,纯熟法律知识,才能作出正确的判断、裁决。要坚持以法为据、以理服人、以情感人,既要义正辞严讲清“法理”,又要循循善诱讲明“事理”,感同身受讲透“情理”,让当事人胜败皆明、心服口服。

加强涉外法治人才建设。习近平总书记指出,坚持统筹推进国内法治和涉外法治。要协调推进国内治理和国际治理,更好维护国家主权、安全、发展利益。随着我国国际影响力显著提升,坚持国际公平正义、推动构建人类命运共同体思想日益深入人心。这体现了胸怀天下的马克思主义公平正义观,为世界各国提供了更高水平的公平正义观,展现了中国式的实践路径。要做好涉外执法司法和法律服务人才培养、国际组织法律人才培养推送工作,运用法治手段应对“长臂管辖”,推动全球治理变革,维护国际公平正义。

(二) 以政治建设为统领,着力锻造忠诚干净担当的法院铁军

人民法院始终坚持全面从严治党、从严治院、从严管理,加强司法能力建设,以零容忍态度严惩司法腐败,着力锻造忠诚干净担当的法院铁军。

人民法院把旗帜鲜明讲政治作为第一要求、把讲忠诚作为第一标准,紧密结合党

① 习近平:《努力建设一支信念坚定、执法为民、敢于担当、清正廉洁的政法队伍》(2014年1月7日),载习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第55页。

② 习近平:《努力建设一支信念坚定、执法为民、敢于担当、清正廉洁的政法队伍》(2014年1月7日),载习近平:《论坚持全面依法治国》,中央文献出版社2020年版,第56页。

党史学习教育、队伍教育整顿等,扎实开展政治教育、警示教育、英模教育,切实筑牢干警政治忠诚、提高干警政治能力。组织开展第三、第四、第五届全国审判业务专家评选,产生了全国审判业务专家166名。民法典颁布实施后,面向全国四级法院举办12场专题辅导,举办4期专题培训班,实现全国法院干警全员轮训,有效提升了法院队伍的民事司法裁判水平。先后选树邹碧华、方金刚、周春梅、滕启刚等一大批具有广泛社会影响的重大先进典型。坚持刀刃向内、突出问题导向、注重建章立制,大力整治顽瘴痼疾,坚决清除害群之马,政治生态持续优化,纪律作风明显好转。健全涉外审判人才培养机制,各地法院通过开展专题培训、挂职轮岗、业务交流等方式,大力培养选拔优秀涉外审判人才。积极推荐优秀涉外审判人才到国际组织和有关国家司法机构任职,1名法官获聘联合国国际劳工组织行政法庭法官,填补了我国在国际劳工组织内部行政司法系统的任职“空白”。^①

山东法院严格落实中央八项规定及其实施细则精神,开展“我为基层解难题”活动,司法作风不断改进。严肃查处违纪违法行为,开展警示教育,推动“三个规定”落实落细,用好案件智能回访系统,拒腐防变的思想防线不断筑牢。2018年以来,坚持教育、培训和实践相结合,全省法院队伍整体素质进一步提升。坚持把专业化建设摆到更加重要的位置来抓,加强全员培训、岗前培训和专题培训,开展办案标兵、优秀文书等评选,组织司法警察大培训、大比武,干警履职能力得到提升。山东法官培训学院立足审判实践和一线法官的实际需求,发挥主阵地作用,培训的针对性和实效性进一步增强。全省法院110个集体和233名个人受到省部级以上表彰,烟台开发区法院、莒县法院、临沭县法院等8个法院荣获“全国优秀法院”,涌现出一批新时代的先进典型,评选两届齐鲁最美法官20名,充分展现了齐鲁法官可敬可信可亲的形象。

代结语：人民法院创新性发展的展望

党的二十大对全面建成社会主义现代化强国两步走战略安排作出了宏观展望,重点部署了未来5年的战略任务和重大举措。这对人民法院工作提出了新的更高要求。人民法院将进一步提高政治站位,以学习宣传贯彻党的二十大精神为抓手,勇于担当作为,更好履行职责使命,努力创造更高水平的社会主义司法文明和更高水平的公平正义。

(一)全面加强党的建设,永葆人民法院作为政治机关的鲜明本色。始终把深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想作为首要政治任务,在真学真信笃行习

^① 参见《最高人民法院关于人民法院涉外审判工作情况的报告——2022年10月28日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十七次会议上》。



近平法治思想上持续用力，不断增强用党的创新理论指导实践、解决问题、推动工作的能力水平。深刻领悟“两个确立”的决定性意义，扎实开展“深刻领悟‘两个确立’决定性意义，坚决做到‘两个维护’”主题教育，引导广大干警坚定不移走中国特色社会主义法治道路。始终把“两个维护”作为最高政治原则和根本政治规矩，不断增强政治判断力、政治领悟力、政治执行力，坚决做到维护核心、绝对忠诚、听党指挥、勇于担当。

（二）充分发挥审判职能作用，积极为推进中国式现代化提供有力司法服务。深刻把握中国式现代化对法院工作提出的新任务新要求，围绕解决不平衡不充分的发展问题，加强调查研究，提出服务经济社会高质量发展的新思路、新举措，推动在高质量发展中促进共同富裕。坚持底线思维，增强忧患意识，贯彻落实总体国家安全观，坚持把维护政治安全放在首位，坚决捍卫国家政治安全特别是政权安全、制度安全，妥善应对各种风险挑战，推进平安中国、法治中国建设，促进更高水平安全发展。坚持司法为民宗旨，大力弘扬忠诚为民的新时代人民法院文化，着力解决人民群众急难愁盼的突出问题，更好满足人民群众司法需求。

（三）坚持严格公正司法，促进社会公平正义。深化司法责任制综合配套改革，强化司法制约监督，完善权责清晰、权责统一、监督有效、保障有力的司法责任体系。深入推进案件繁简分流、轻重分离、快慢分道，完善简案速裁、普案快办、繁案精审办案模式。以推进审级职能定位改革试点为契机，围绕“查明事实、实质解纷、定分止争”，力争实现事实、法律争议在两审之内实质性解决。深化智慧法院建设，打造与互联网司法新模式相适应的诉讼规则、业务流程和组织架构，推动法律法规、法官智慧与人工智能深度融合，实现更高水平的数字正义。

（四）坚持发扬自我革命精神，把全面从严治党向纵深推进。永葆“赶考”的清醒和坚定，深刻认识“四大考验”和“四种危险”将长期存在，全面从严治党永远在路上，党的自我革命永远在路上。大力倡树严肃严格、求真较真、细致细究、务实扎实、高效快捷的工作作风，驰而不息纠“四风”树新风，坚决反对形式主义、官僚主义。把严的主基调长期坚持下去，巩固拓展政法队伍教育整顿成果，严格执行防止干预司法“三个规定”、新时代政法干警“十个严禁”等铁规禁令，着力打造一支忠诚干净担当的法院铁军，为实现司法公正提供坚实保障。

（责任编辑：李 宁）

审级职能定位改革下民事再审预收费研究

崔 晓^{*}

内容摘要：随着我国审级职能定位改革的推进，再审程序功能不断强化，诉讼费作为最前端程序，对案件筛查的作用进一步凸显。然而，由于再审审查程序的诉讼费制度缺位，再审申请案件繁简分流难以进行，大量滥诉造成司法资源与案件审理的极度不匹配，司法效率降低。构建再审预收费制度并非简单增加诉讼成本，而是综合内外因素在价值、结构、功能三方面契合的多元化治理机制和信息筛查机制。以繁简分流为逻辑起点，立足于再审之诉案件空间、程序空间、层级空间的治理，从合理性保障公平正义、差异性契合程序结构、阶梯性改善层级资源配置三个方面纵深把握，构建“收—退”分立的二元再审预收费制度。

关键词：审级职能定位改革；繁简分流；再审预收费

一、问题的提出

实现案件有效繁简分流已成为民事诉讼领域的基本改革方向之一，作为审判监督程序的再审审查机制的程序性改革虽然取得了一定成效，但是再审申请泛滥现象仍然是当前改革面临的难题。2021年9月，最高人民法院提出构建再审案件预收费制度，以期利用诉讼费之杠杆作用实现再审案件申请的有序运行。国务院曾于2015年制定《诉讼费用交纳办法（征求意见稿）》虽然对再审预收费制度进行了初步探索，但对收费标准、收费范围的规定过于笼统模糊。学界对在再审程序中构建诉讼费制度总体持积极态度，但对具体程序的设计及原理却未过多关注。^①同时也有反对之声，有学者认为，为了防止当事人转向信访救济，在一段时期内不应收取再审申请受理费；^②也有学者认为，改革焦点应集中在重构再审事由、申请路径优化、

* 崔晓，山东省平原县人民法院法官助理。

① 参见江必新：《论民事审判监督制度之完善》，载《中国法学》2011年第5期；廖永安、王聪：《我国民事再审案件受理费制度检视——以再审之诉的功能为视角》，载《湘潭大学学报》2018年第1期。

② 参见王亚新：《民事审判监督制度整体的程序设计——以〈民事诉讼法修正案〉为出发点》，载《中国法学》2007年第5期。



设置再审次数限制等方面。^①然而,再审预收费制度是审级职能改革向纵深推进无法回避的问题,如何将诉讼费制度融贯于再审程序之中亦是实现再审案件繁简分流的根本路径之一。

自我国再审程序实施立案登记制后,以当事人为申请路径的案件数量一直居高不下。从《最高人民法院公报》的司法统计数据来看,再审审查案件自2018年以来持续高位运行在每年20万件以上,每年进入再审实质审理的案件保持在5万件左右,再审审查“容量”因此承受了巨大挑战,冲击了原有的结构与功能。从现行程序的运行来看,再审程序之难不仅在于申请人与被申请人之间的案件关系,还在于法院与申请人之间的审查关系,更在于上下级司法资源流动的层级关系。由此暴露出的繁简分流治理难题主要有三点:

(一) 识别之难:以再审事由为分流要素的有限性

一是难以对再审事由个数进行规制。根据我国《民事诉讼法》,再审事由是否符合法律形式是再审立案唯一审查的要素,一件再审案件中仅包含一个再审事由的情形几乎不存在。毫无限制的再审事由个数,不仅造成案件分流困难,同时加重了法官在审限内结案的负担。以S省三级法院为例,基层法院的单件再审事由多为1-3个,中级法院的单件申请再审事由多为2-4个,而高院单件申请再审事由7个以上占比64%。

二是制约案件真实难易情况的展现。从司法实证分析来看,多数申请人存在申请事由的投机行为,意图将再审事由作为申请的试金石。无论该事由是否系其内心真实意思表示,均按照法定的形式进行打包写入。由于再审程序的纠错特性,法官需对每一项再审事由进行审查、评判,造成很多案件看似复杂实则毫无依据,影响法官判断。从抽取的民事再审裁定书样本可以看出,高达75%的案件中申请人书写的再审事由复杂且繁多,但裁判理由多无法律和事实依据,二者之间的巨大差异表明再审事由成为制约案情真实难易的首要问题。以再审申请人滨州某公司与被申请人山东某钢构公司合同纠纷案为例,申请人在再审申请书中仅新证据这项再审事由中就包含9组证据,而每组证据中还分有小项,其他再审事由共4项。再审裁定驳回理由的9组证据中有5组在一审程序中出现过,4组在二审程序中出现过。其他4项事由亦未有事实及法律依据。^②再审申请书虽让人眼花缭乱,但案涉事实并不复杂,却难以实现源头繁简分流。

(二) 优化之难:再审程序环节的无差异性

一是原审程序分流之难。根据现行法律规定,再审申请案件对于原审程序并无特殊的限制,除小额程序的救济途径为再审程序外,一审或二审均有普通救济途径,

^① 参见李浩:《论再审程序的改革》,载《法学研究》2000年第5期;李敏:《宪法理念的重新定位与民事申请再审程序的重构》,载《法商研究》2006年第4期。

^② 参见滨州某公司诉山东某钢构公司合同纠纷案,山东省高级人民法院(2021)鲁民申11071号民事裁定书。

完成后仍可适用。因此,再审程序的适用范围除在管辖上有区别外,在其他成本方面并无明显差异。在实践中出现了不少当事人为了逃避上诉费而不打二审打再审的情形。以某四家公司诉平原某新能源有限公司建设工程合同纠纷案为例,某律师代理四起向同一被告索要建设工程款的案件,在诉讼请求中均主张优先受偿权。该四起案件验收及决算证据相似,法官经审查后驳回了优先受偿权的诉讼请求。原告律师仅就其中一件案件上诉,中院在改判之后,原告律师就剩余三件案件提起再审申请。^①

二是审查程序环节引导之难。民事再审诉讼程序的审查环节相对封闭,再审申请人立案后至再审审查结果作出之前的环节缺乏激励机制。诉讼过程中案件无法从程序上进行分流,特别是在组成合议庭、查阅卷宗、书面审查等各个环节,无法精准激励和引导,造成资源的浪费。在再审案件中,甚至存在被申请人已履行完毕或双方已达成和解的情况下,申请人仍未撤回再审申请的情况。以再审申请人高某某与被申请人石某某民间借贷纠纷案为例,该案已于 2018 年 9 月 22 日发生法律效力,高某某亦未上诉,并已履行完毕。然而时隔两年后,高某某于 2020 年 7 月 7 日向原审法院提交再审申请,主要为表达对原案判决的不满。进入了再审形式审查阶段后,法院虽然以超过六个月为由驳回了其申请,但依然造成司法资源的消耗。^②

(三) 层级之难: 上提一级申请的无制约性

一是层级间繁简分流难以进行。实践中,各级法院之间除强制规定之外,再审案件上下级分流存在较大阻碍,主要原因在于上提一级的再审申请无制约性。在网络时代利用互联网诉讼平台,当事人足不出户即可提交再审申请书,并可同步得知其是否获得立案及修改错误,极大降低了再审申请人的诉讼成本。另外,我国传统文化中上下级管理思想也是导致申请人倾向上提一级申请的重要原因。虽然法院组织法规定上下级法院是监督与被监督的关系,然而对于当事人而言,向上一级申请的机会及可能获得的利益远远优于向原审法院申请,最终导致上级法院的再审案件数量远远高于原审法院。以笔者所在法院多年前的一个案件为例,刘某以王某拖欠土地承包费 2000 元为由提起诉讼,该案一审王某胜诉,二审部分改判,后王某又向省高院提出再审申请,一审执行局进入等待执行阶段。再审历经三个月后被驳回,王某又向法院信访部门提起申诉,同时向检察院申诉。该案由于种种原因历经两年而未能执行。

二是缠诉审查案件挤占大量司法资源。从 S 省三级法院的再审数据来看,高院的再审案件数量远超过中基层法院。根据中国裁判文书网显示的裁判文书结果,截至 2021 年 12 月 31 日,以“高级法院”“民事”搜索的再审审查案件最大编号已超

^① 参见某四家公司诉平原某新能源有限公司建设工程合同纠纷案,山东省平原县人民法院(2021)鲁1426民初1428号民事判决书。

^② 参见高某某诉石某某民间借贷纠纷案,山东省临邑县人民法院(2020)鲁1424民申15号民事裁定书。



过11000,说明高级法院的再审审查案件数量已经过万件。从案件的复杂情况来看,当事人向最高或高级人民法院申请的案件均经历了两级法院的审理,但当事人对终审判决仍不认可,双方矛盾可见一斑,再审法院不得不慎重处理。过多的再审案件极大地影响了高院对疑难复杂案件的研究和规则的制定功能。

综合上述,传统以内在程序为主的分流机制明显乏力,多元化的约束机制需嵌入审查程序之中。诉讼费制度的弹性收费结构及多元功能恰好能够改善传统程序对于这种空间概念的漠视。我国其他民事诉讼程序中均设立了诉讼费制度,并发挥了良性引导作用。当前,再审程序已完成了诉权改造,是否应将诉讼费作为申请立案条件前置以发挥其杠杆作用?经笔者问卷调查,91.2%的法官认为构建预收费制度能够促进再审案件的繁简分流,缓解滥诉带来的冲击。

二、民事再审预收费制度的正当性

民事诉讼程序是通过程序正义而达到实体正义,就是以对正义的追求而达到正义的结果。^①我国再审之诉根植于职权主义及传统文化土壤,对于审查程序是否收费存在争议。根据“有偿司法”及“受益者负担”的原则,民众为解决自身的利益纠纷使用司法服务,必须投入一定的成本。^②申请人在再审之诉中与一审、二审同样享有“诉之利益”。故再审申请人在审查阶段交纳诉讼费符合一般诉讼规律。

在四级法院审级职能定位改革的背景下,再审之诉并非第三审之诉,而是明确确立为补充的救济制度,设立目的在于纠正生效裁判在实体或程序上的重大瑕疵,在确有必要时冲破该生效裁判的既判力,以便采取措施修正和祛除瑕疵,恢复实体或程序正义。^③其适用范围和启动程序都受到严格的限制。^④诉讼费用作为民众进入诉讼程序的“入场券”,其标准的高低直接影响民众对该项程序的适用。域外再审审查阶段诉讼费制度主要有两种模式:一是固价收费模式。比如,我国台湾地区“民事诉讼费用法”规定对裁定申请再审按件固定收取诉讼费用;^⑤日本再审之诉受理费为2000日元,向其他法院提起的再审之诉受理费为4000日元。^⑥二是差异收费模式。以德国为代表,差异化倍增收费。由此角度,我国构建再审预收费制度是否应设立为“高门槛”?抑或仅在普通诉讼收费基础上实行倍增制度?

有学者认为影响当事人接近正义的障碍主要有:律师费、法院成本、诉讼的必

① 参见杨荣新:《重构我国民事诉讼审级制度的探讨》,载《中国法学》2001年第5期。

② 参见方流芳:《民事诉讼收费考》,载《中国社会科学》1999年第3期。

③ 参见汤维建等:《民事诉讼法全面修改专题研究》,北京大学出版社2008年版,第115页。

④ 参见吴英姿:《“再审之诉”的理论悖论与实践困境——申请再审权性质重述》,载《法学家》2018年第3期。

⑤ 参见杨建华:《民事诉讼法要论》,北京大学出版社2013年版,第45页。

⑥ 参见〔日〕新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第879页。

要费用、诉讼迟延以及其他事实上的障碍等。^①作为最后一道救济制度,过高的诉讼费将直接影响当事人权利的实现,而与之相关的信访案件数量亦会随之膨胀。传统的线性思维无法适应再审程序的复杂性和多样性,空间思维或许能够为解决上述困难提供一种范式型思考路径。法学上的空间思维是指以空间视角审视特定法律关系,其所采用的分析思路和所得出的研究结论均具有显著的整体性、综合性和系统性特征。^②基于特殊国情,我国再审预收费制度应结合再审审判工作经验和实际情况。从空间属性的角度来说,再审审查程序具有三重空间:申请人与被申请人之间的案件空间、法院与申请人之间审查案件的程序空间、上下级法院资源流动的层级空间。三重空间层层递进,互相支撑,以从表象到本质的透视为认知逻辑对诉讼费各种影响因素进行分析,遵循多重空间展现的深层逻辑主线,构建诉讼费“调节器”制度。

(一) 合理性: 案件空间保障公平正义

案件空间是再审程序的第一重空间,亦是申请人与被申请人之间因再审行为而导致的权利义务关系。司法资源是有限的,真正的司法公正在于时间、成本、真实三个维度,其在三个不同方向上拉动并寻求妥协。^③在再审资源有限的背景下,公平正义的真正含义应为维护双方之利益平衡,即寻求保障申请人的非常救济权与维护既判力之权威的平衡点,^④在提高司法效率的基础上,实现案件的有效审结。此二者构成了诉讼费制度的核心价值,既为实现公正的必要条件,亦是繁简分流程程序价值之所在。

第一,合理的收费门槛。诉讼费制度的重点在于收费机制,其核心在于交纳标准,繁简分流不能以牺牲当事人的诉权为前提。探究影响交纳标准设计的内外因素,是合理设计民事诉讼费用交纳标准的基本前提。^⑤结合我国司法实践,影响交纳标准的因素主要有以下几点:一是我国审级制度改革正在进行之中,两审终审的结构尚不稳定;二是传统文化中穷尽一切追求正义的司法思想仍根深蒂固,若再审之诉的成本过高,则信访等相关制度必然大量增加;三是再审程序的管辖权进一步下放,高层级人民法院需要通过再审程序发现真正纠错之案,以实现规则治理之功效。若申请人交纳诉讼费高于一般民众的心理预期,则必然导致司法公信力的下降。曾有观点认为应借鉴德国再审诉讼费倍增制度,在原审的基础上

① 参见[意]卡佩莱蒂:《当事人基本程序保障权与未来的民事诉讼》,徐昕译,法律出版社2000年版,第47页。

② 参见王灿发:《论黄河法的生产逻辑与路径展开——以“空间思维”为主线》,载《北京理工大学学报(社会科学版)》2022年第3期。

③ 参见[英]阿德里安A·S·朱可曼主编:《危机中的民事诉讼:民事诉讼程序的比较视角》,傅郁林译,中国政法大学出版社2005年版,第53页。

④ 参见吴英姿:《“再审之诉”的理论悖论与实践困境——申请再审权性质重述》,载《法学家》2018年第3期。

⑤ 参见廖永安、段明:《民事诉讼费用交纳标准的设定原理与完善建议》,载《烟台大学学报(哲学社会科学版)》2017年第5期。



提升50%—100%。^①由于我国的诉讼费总体呈递增的趋势,若采取此种方式,将大幅度提高民众的救济成本,故该观点在当前的诉讼环境中难有存在空间。综上,再审预收费制度的合理性应首先着眼于提高司法效率,改善案件的繁简分流,因而不宜实行过高门槛。

第二,分立的负担机制。负担机制是基于当事人之间的利益平衡,再审案件空间的不平等性决定了负担机制的特殊性,故再审诉讼费制度不同于普通民事程序的由败诉方负担,而是应根据案件的裁判结果及具体再审事由决定。在此之上的逻辑为对于再审案件的双重标的而言,再审审查程序进入实质审查的事由在于法定纠错,申请人对于再审事由的认识存在模糊空间,若简单将再审的诉讼费规定为败诉方承担,势必导致利益的失衡,而根据案件的裁判结果决定是否退还,实行“收一退”分立的二元结构,则有利于双方的权利保障,促进诉讼效率的提升。在该层空间中,案件双方并非直接对抗,而是法官对申请人提交的案件进行审查,被申请人被动等待结果,故诉讼费由裁判结果决定申请人是否负担。当前,我国再审实质审查的诉讼费实行当事人自我责任原则,即以当事人自身的过错启动程序即交纳诉讼费,法院裁判错误则退还诉讼费,故再审审查阶段的诉讼费亦应延续该原则。在裁定驳回案件中存在因认识错误或轻微瑕疵情况,亦会有机会主义申请人为拖延时间而滥诉的行为,若不区分情形,则会损害程序公正。因此,应以再审驳回事由为基准,赋予法官自由裁量权。

(二) 差异性:审查空间实现精准定位

审查空间是指申请案件立案后进入法院审查的空间。相对封闭性的特征决定在该场域中存在天然的信息不对称。无论怎样精心设计的审判制度,其中总是广泛存在着委诸于个人自由选择的行为领域。^②基于不对称信息经济学理论,由于再审的特殊性,申请人对案件的事实及证据均已有了全面的掌握,法院需要重新对案件进行信息梳理。双方的信息不对称导致机会主义申请行为大量产生,不当利益基于延迟时间而获得。申请人在不同阶段提交的信息在相对封闭的审查环境中,基于制度和成本的博弈会做出相应的选择。正是基于双方信息不对称性,通过设立诉讼费程序,将选择权交予申请人,由其衡量成本与收益,以不同区间的差异性精准定位案件的难易程度,预防出现“劣币驱逐良币”的逆向选择效应。

第一,分案空间的区间差异性。在此空间内的信息交互主要存在两个阶段:一是申请人向法院传递信息的过程,申请人通过提交申请书完成初级的信息传递,并以再审事由作为载体向法院传输案件信号;二是法院向申请人搜寻信息,通过申请人的再审申请书完成初步案件情况审查进行案件分流。在该信息场域内,法官对于

^① 参见王福华:《论民事司法成本的分担》,载《中国社会科学》2016年第2期。

^② 参见[日]棚濑孝雄:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社2004年版,第132页。

信息的初级筛查主要集中在申请人的再审事由之上,被申请人是相对被动并不愿意参与诉讼的,故诉讼费在该阶段的逻辑应着眼于法官如何将繁简案件进行初步分离。

第二,审查空间进程的有序引导。在横向的案件对比中,我国民事诉讼费制度的区间主要包含为财产性与非财产性、诉讼性与非诉讼性、公益性与非公益性,其中财产性是区别案件立案的主要要素。通过对S省案件进行样本分析,其中以财产类案件为主,总体占比高达93%。故应以财产性与非财产性作为再审诉讼费制度的主要划分要素,以其他性质作为辅助划分要素,不同区间的再审事由的收费标准不同。基于一般诉讼原理,在财产类民事再审纠纷中,其案件强度和烈度与诉讼标的的数额成正比。以小额诉讼和建设工程施工类合同纠纷为例,小额诉讼案件的救济渠道为再审程序,但在实践中并没有发现大量的再审案件。建设工程施工类合同纠纷中因案件复杂,标的额较大,双方往往为了拖延时间而不断适用程序,因此在设定交费区间时不仅应考量标的额基准,还应考量各程序之间的衔接。综合上述考量,诉讼费的最低区间应高于小额诉讼标准,并逐级递增。

(三) 阶梯性: 层级空间改善资源分配

层级空间是法院内部的司法资源流动,其决定了诉讼费的阶梯性外在结构。司法资源是有限的,法院的有限审判资源应当根据案件的复杂程度、价值、重要程度进行公正分配,向真正需要的案件进行倾斜,实现真正的司法公正。^①在审级职能定位改革背景下,层级之间的资源流动主要展现为两个层面:一是高级人民法院的受理案件数远远超过中基层人民法院;二是上提一级法院的申请远超过原审法院。再审之诉的层级空间决定了预收费制度的外在层级结构。

第一,纵向的阶梯结构。诉讼费制度直接关系到当事人的切身利益,从而对诉讼的提起和进行产生重要影响。^②由于我国再审上提一级的规定,在实践中再审申请大量集中在高层级人民法院。再审上一级申请所造成司法资源与案件难易程度的不匹配,与之相悖的是,越是向上一级申请,所获得利益越多,占用的资源越多,申请的案件数量越大,该风险是通过程序无法进行规制的。从整体结构而言,再审预收费应遵从普通审级诉讼费制度的阶梯递增结构构建原则,即法院层级越高级法院收费标准越高。但当前我国法院的司法公信力尚有待加强,再审预收费制度的改革需循序渐进,日本等国家的再审之诉虽设立为2倍递增,但其诉讼费基数本身较低,故综合来看,我国诉讼费层级之间的上浮系数不应过高。

第二,向原审法院倾斜。在上提一级的管辖规定之下,申请人更倾向于向高级法院申请,这不仅造成资源的挤占,同时大量滥诉的案件导致高层级法院无法快速对

^① 参见张维迎、艾佳慧:《上诉程序的信息机制——兼论上诉功能的实现》,载《中国法学》2011年第3期。

^② 参见廖永安:《诉讼费研究——以当事人诉权保护为分析视角》,中国政法大学出版社2006年版,第7页。



案件进行筛查。原审法院对于再审案件的具体情况相对了解较多,法官能够及时掌握案件的真实情况,申请人反而忽视。通过制定向原审法院倾斜的诉讼费制度,让申请人对诉讼成本有明确且清晰的认知,以成本与收益的对比,引导其做出更理性的选择。

三、再审预收费制度的体系化构建

新功能主义认为,不同要素与变量之间交互构成新的子系统,并不断地再分。变量分析使得功能主义呈现出复杂、精细的特征,不同系统之间不断交互影响,共同促进社会系统的平衡与稳定。^①既然诉讼费制度对于再审案件的繁简分流存在正当性,那么当它嵌入再审程序时需在结构和功能上达到均衡。如果诉讼费交纳的标准和范围超过必要的程度,则再审程序的功能将无法实现。因此,再审诉讼费制度应契合三重空间维度之特性,在保持整体平衡与稳定的前提下,发挥其识别与分流之最大功效。

(一) 再审预收费模型

一般而言,只要申请的预期再审收益大于其预期再审成本,再审申请人就愿意提起再审。具体来说,一个预期效用最大化的再审模型即 $bl=BP > C$ 且 $C < C^*$ 而且 $bl > (bn+I)$ 。其中, bl 为再审的预期收益, B 为再审当事人主张的再审利益, P 为其预期的再审胜诉率, C 为其用于该次再审的预期成本(既包括再审诉讼费和再审律师费,也包括预期再审耗费的时间成本和精神成本等等), C^* 为如果不再审,采用其他方式解决的预期成本, $bn+I$ 为该再审成本如果用于其他活动的收益(也就是此次再审的机会成本)。^②该模型所代表的含义是,在既有的再审程序制约下,如果预期再审利益小于预期再审成本(包含再审机会成本),而预期再审成本又大于再审之外解决方式的预期成本,再审申请人会基于成本而理性考量是否应提起再审申请。由此而言,诉讼费作为 C 中诉讼成本的关键性要素,必须要高于机会成本的预期,则对当事人的申请再审行为会产生有益的影响。基于成本—收益的路径考量,以空间思维为逻辑基础,再审预收费制度的要素组成可分为以下几部分:

要素之一:源头分流之收费基准。收费基准取决于收费基数和收费计算公式。关于收费基数,当前的观点主要有两种,一种是固价,另一种是以诉讼标的为收费基准。对于以再请求数额交纳案件受理费,即以当事人不服原审判决的再请求数额作为收费标的,按照原审程序收费比例交纳。^③该收费模式在司法实践中并不容易实现。从本质上来说,再审程序区别于普通诉讼程序,其特殊性在于申请人并非

① 参见[美]约翰逊:《社会学理论》,南开大学社会学系译,国际文化出版公司1988年版,第528-549页。

② 参见张维迎、艾佳慧:《上诉程序的信息机制——兼论上诉功能的实现》,载《中国法学》2011年第3期。

③ 参见廖永安:《我国民事再审案件受理费制度检视——以再审之诉的功能为视角》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2018年第1期。

以诉讼标的为诉求,而是以裁判错误为标的,其外在载体在于再审申请事由。审查生效裁判的依据主要为当事人主张的再审事由是否符合法律规定,诉讼标的可以作为区间分段,并非直接与案情的复杂难易相关。由此可见,案件空间以再审事由为要素的特性决定了诉讼费应以再审事由为收费要素。通过加强再审事由与收费标准之间的关联性,能够改善再审程序在立案阶段的繁简分流。其一,实践中难以认定再审审查程序的请求数额。由于再审申请程序并未明确要求不服原审数额为审查要素,故在司法实务中多数申请人在申请书中不会列明其不服标的。其二,再审审查并非独立程序,而是审查裁定作出之后,依附于原审裁判程序。我国现行的诉讼费实行累进制计算,财产标的数额越高则交纳费用越高,过多诉讼费将增加申请人诉讼负担。其三,原审标的并非繁简分流的依据。故而,我国的民事再审案件受理费收费标准应以再审事由个数作为单项诉讼费计算基数。

要素之二:递增浮动之计算方法。预收费制度以再审事由个数作为单笔交纳诉讼费的基准,并设立最低收费为50元。之所以将基数设立为50元,是基于不同程序之间的衔接而言的。小额诉讼程序的救济途径为申请再审,若规定基数过高,则违背了设立小额程序的初衷,故以最低标准来维护小额类案件的诉讼利益。相对于其他类程序而言,再审程序的主要问题在于再审事由的审查,故采取倍增的浮动收费机制,有利于申请人在衡量成本的基础上,适度选择再审事由,同时亦不会对再审申请人产生过多的诉讼费负担,符合我国诉讼公平正义之理念。具体而言,通过对再审事由单项定价,并与申请人提交的再审事由个数相乘即单价 $\times$ 个数(再审事由),从而构成预收费制度的基本公式。按照原审财产标的设立诉讼费的分段交纳标准,即以每个层级50元递增的比例对收费基数进行浮动交纳;非财产类案件则按照 $100\text{元}\times$ 再审个数进行收费(见表1)。

表1 再审预收费费用表

区间	诉讼费(交费基数 $\times$ 再审事由个数)	备注
不超过10万元	50元	
10万元-20万元	$100\times$ 个数	
20万元-50万元	$150\times$ 个数	
50万元-100万元	$200\times$ 个数	
100万元-200万元	$250\times$ 个数	
……	……	

要素之三:上下分流之阶梯结构。再审申请人若向原审法院申请再审,则可适用诉讼费减半规定;若向上一级法院申请,即可以根据法院层级设置不同的收费系数,



法院层级越高,系数越大,则受理费越高。具体收费系数可设置为,向原审法院申请再审,系数为0.2,受理费即为 $f=b \times (1+0.2)$;向上级法院申请再审,系数为0.6,则受理费为 $f=b \times (1+0.6)$,从而拉大收费差距,以此促使当事人尽量选择低一级法院,从而既可以实现再审案件下沉,亦可以促进改革目标的实现。

要素之四:进程分流之分段负担。在案件通过立案进入再审审查空间后,再审程序的进程为再审调解—再审组成合议庭—再审调阅材料—再审作出审查裁定。或许有人会提出,由于互联网平台的应用,再审诉讼费按进程收费有利于当事人的理性适用。然而,再审审查程序一方面体现当事人主义,另一方面要维护既判力的权威性,应根据节点的不同制定不同的负担规则。若全部按照进程负担,则会导致申请人对再审程序的随意性。同时,由于现阶段再审机会主义的泛滥,应从源头对申请人进行震慑,以防止滥诉。基于上述考量,对于再审审查空间的分段收费应根据情况具体分析。

对于再审调解阶段而言,由于审查程序正在启动阶段,法官并未在案件上占用更多的司法资源,而申请人若在此阶段通过调解提交撤诉,则根据相当性原则,在该阶段可实行负担20%诉讼费机制,若达成调解协议,可负担减半收取诉讼费用,以此作为激励和引导申请人积极适用调解程序,促进矛盾实质性化解。

对于再审合议庭阶段,根据现行法规定,再审案件适用普通程序,需要三名法官组成合议庭审理案件。有观点认为若申请人在此阶段申请撤诉,应当退还部分诉讼费。然而,基于再审之诉的特殊性,随意启动而后随意申请撤诉将导致程序不稳定,同时会造成其他申请人机会成本的增加,所以应对该行为进行限制,并有警示之意,从诉讼费程序的设立上向其传递一种信号,即若滥用诉权则将付出一定的成本,故一旦案件确定了再审合议庭,则不再适用诉讼费退还程序。

(二) 再审预收费制度的退费机制

再审预收费制度的设立初衷并非单纯源于成本—收益的逻辑基础,其根本目的在于起到阀门作用,将无正当理由抑或涉及拖延程序的案件挡在程序之外,以使再审案件实现繁简分流,从程序伊始遏制滥诉,以减少诉讼成本无谓的增加。对于有正当理由进入程序的案件,则应当设置相应的退费机制,以实现再审程序功能。

程序性退费的主要目的在于对节省再审诉讼程序成本的奖励和鼓励,利用程序性退费机制起到调节再审程序选择的杠杆作用,促进再审案件司法效率和司法公正的实现。程序性退费主要包括以下三种情形:第一,当事人在再审调解阶段申请撤诉的,可按照诉讼费的80%予以退还;第二,当事人在再审调解阶段达成调解的,可按照诉讼费的50%予以退还;第三,当事人在再审调解阶段达成调解并履行完毕的,可按照诉讼费的80%予以退还。

当事人的再审申请被驳回后,可根据其提起再审申请时的理由分不同情况处理,以对不正当诉讼行为实施制裁。当事人申请再审的十四种理由中(见表2),可根据实际情况区分为合理行使再审诉权类和恶意行使再审诉权类,合理行使诉权类包括:根据理由(1),确有提供新证据,但该证据无法推翻原裁判;根据理由(6),在法律适用方面,审判实践中,不同地域法院、甚至同一法院不同人有不同认识,存在争议,现仍无统一标准的。有的当事人申请再审时也提供参考案例,此种情形,应该从当事人角度考虑,给予理解,应认为其合理行使诉权;根据理由(12)申请再审,合理正当。对于根据其他理由申请再审而被驳回的,说明其再审理由不成立,结合这些理由的内容,可认定其不正当行使诉权,例如,理由(13),因对原裁判不满,有的当事人以审判人员可能存在贪污受贿、徇私舞弊为由提起再审,但无法提供任何证据或线索,该种事由则属滥用诉权的行为,应不予退还诉讼费用。对于合理行使诉权类,应分情况按比例退还,通过设置受理费的退还比例,以达到督促当事人理性提起再审程序的目的。

表2 退费比例浮动表

再审理由	诉权行使性质	退费比例
(1)有新的证据,足以推翻原判决、裁定的	确实提供新证据,但无法推翻原判决、裁定	30%
	提供的证据不属于新证据,不正当行使诉权	0
(2)原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的	不正当行使诉权	0
(3)原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的		
(4)原判决、裁定认定事实的主要证据未经质证的		
(5)对审理案件需要的主要证据,当事人因客观原因不能自行收集,书面申请人民法院调查收集,人民法院未调查收集的		
(6)原判决、裁定适用法律确有错误的	实践中认识确有争议	30%
	明显不存在法律适用错误,不正当行使诉权	0
(7)审判组织的组成不合法或者依法应当回避的审判人员没有回避的	不正当行使诉权	0
(8)无诉讼行为能力人未经法定代理人代为诉讼或者应当参加诉讼的当事人,因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由,未参加诉讼的		
(9)违反法律规定,剥夺当事人辩论权利的		
(10)未经传票传唤,缺席判决的		
(11)原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的		
(12)据以作出原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的	正当行使诉权	100%



续表

再审理由	诉权行使性质	退费比例
(13) 审判人员审理该案件时有贪污受贿, 徇私舞弊, 枉法裁判行为的	不正当行使诉权	0
(14) 当事人对已经发生法律效力调解书, 提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律的, 可以申请再审。经人民法院审查属实的, 应当再审	不正当行使诉权	0

(三) 相应的司法配套机制

如前所述,以空间思维建立“收—退”分立的再审预收费制度,可以起到阀门作用,优化再审程序。为确保该阀门作用的有效实现,应将再审预收费制度与其他司法配套措施进行衔接,使再审预收费制度融贯于再审程序以及整体诉讼程序之中。

一是诉讼费减免机制。再审预收费制度的构建应当同时建立再审诉讼费减免机制。诉讼费不应成为民众远离正义的门槛,不能因为增加诉讼成本而导致申请人无法行使权利。科学设定再审事由的减免范围、减免主体,防止申请人因诉讼费交纳困难而无法申请。在审批环节上,诉讼费减免原则上应由院长审批,但部分情况可以下放至分管领导或再审法官,避免因繁琐的审批手续而延误权利的行使。由分管领导或再审法官审批的诉讼费缓减免主要有两种情形:一是经本院再审审查部门核实再审当事人基本信息和真实生活状况,且相关证明材料齐全完备的;二是本院院长授权分管领导或者再审法官审批诉讼费减缓免案件的。

二是诉讼费司法救助机制。再审预收费制度亦应建立司法救助机制。通过与财政、民政、妇联等相关部门的沟通对接,定期召开诉讼费司法救助联席会议,建立诉讼费司法救助基金,制定诉讼费司法救助标准,规范诉讼费司法救助流程,针对涉弱势群体的特殊案件设立特定救助标准,进一步保障弱势群体的再审诉讼利益。

结 语

再审预收费制度的构建是最高人民法院审级职能改革的重点工作之一,其目的在于推动再审程序的良性运行。推进再审预收费制度改革仍应以繁简分流理念为指导思想,以三重空间的契合为逻辑基点,配套构建和再审制度多重结构与功能维度相契合的浮动收费标准机制,使再审程序改革融贯于审级职能改革体系之中,在充分激活诉讼费用的程序引导和杠杆调节功能基础上,助推司法资源配置“二八定律”目标实现,促进法院审判工作提质增效。

(责任编辑:郝晓越)

中基层法院民事再审案件提级管辖研究

朱学波^{*}

内容摘要: 最高人民法院《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》进一步明确了民事再审制度“有限再审”的职能定位。但在审判实践中, 由于种种原因, 中基层法院民事再审管辖的不确定性仍然存在, “程序空转”令各方处境尴尬。审视中基层法院民事再审案件管辖现状, 民事再审制度应吸纳提级管辖, 通过协同构建逐步完善, 最终实现“有限再审”的良好局面。具言之, 以再审诉权、答辩权为支点, 既包括便利再审申请人、被申请人, 又包括与法院交流顺畅; 以再审监督权为支点, 既包括法院自身制度架构, 亦包括充分发挥再审监督权作用。在此之前, 以再审监督权作为“枢纽”或“桥梁”的规则重塑, 则应具有更高的优先级。

关键词: 民事再审; 程序空转; 提级管辖

民事再审制度作为一种兼具监督性和救济性的审理制度, 对于依法纠错、维护裁判权威、保护当事人合法权益, 理应发挥积极的作用, 在案件审理中“不仅要主持正义, 而且要人们准确无误地、毫无怀疑地看到是在主持正义”^①。多年来, 学界对民事再审存在的问题大都已研究得比较深入,^②关于如何重塑也提出了不同的构想, 有不少学者提出构建飞跃上诉制度,^③有学者提出采取三审终审制,^④当然也有学者认为我国不宜推行三审终审制,^⑤还有学者围绕审级职能定位改革提出了相关制度构

* 朱学波, 山东省烟台市中级人民法院法官助理。

① [英] 丹宁勋爵:《法律的训诫》, 刘庸安等译, 法律出版社 2000 年版, 第 98 页。

② 参见张亮、黄茂醒:《我国民事审判重心全面下沉的体系性应对》, 载《河北法学》2022 年第 7 期。

③ 参见方斯远:《我国飞跃上诉的制度构建: 兼论有限三审制的改革路径》, 载《中国法学》2020 年第 5 期; 李浩:《举证责任倒置: 学理分析与问题研究》, 载《法商研究》2003 年第 4 期。

④ 参见章武生:《我国民事审级制度之重塑》, 载《中国法学》2002 年第 6 期; 傅郁林:《审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析》, 载《中国社会科学》2002 年第 4 期。

⑤ 参见陈杭平:《比较法视野中的中国民事审级制度改革》, 载《华东政法大学学报》2012 年第 4 期。



想。^①其中有几个问题值得关注：一是无论飞跃上诉还是三审终审，大多停留在制度设计及理论层面，就其能否移植到我国并应用于中基层法院民事再审程序问题，尚缺乏实证层面的考察；二是如果将飞跃上诉适用于中基层法院的民事再审程序，是否会导致对案件当事人的审级利益的损害；三是在重塑中基层法院民事案件再审程序中，巡回法庭制度与飞跃上诉、飞跃上诉与我国现行审级制度改革是否会发生冲突，等等。

一、中基层法院民事再审案件管辖现状

为更好地研究作为再审诉权、答辩权、再审监督权三方支点的中基层法院民事再审案件提级管辖，有必要通过实证考察，从主体权利视角探究中基层法院民事再审案件管辖现状。

（一）A市中基层法院民事再审考察

为更好地研究中基层法院民事再审案件管辖现状，笔者通过一体化工作平台，检索出A市法院2018年至2021年受理的民事再审申请案件2436件，启动再审程序案件524件，已审结521件，其中2018年审结案件98件，2019年审结案件117件，2020年审结案件137件，2021年审结案件169件，案件数量逐年上升。在已审结的521件民事再审案件中，根据案件来源可以分为下级法院再审上诉、上级法院指令再审和本院提审三种类型，其中再审上诉案件189件、上级法院指令再审案件200件、本院提审案件132件，再审管辖的不确定性比较明显。

（二）再审程序中各方之共同处境——“程序空转”

为分析中基层法院民事再审案件管辖现状存在的问题，有必要从再审诉权、答辩权、再审监督权三个主体权利视角展开。

1. 再审申请人行使再审诉权的处境

第一，推动再审程序运行难度大。这里的再审程序，包括再审审查程序和再审审理程序。在再审审查程序方面，再审申请人提出申请后，中基层法院按照规定对再审申请进行审查，符合条件则进入再审程序，相反则会作出驳回再审申请的裁判。无论从A市还是全国范围来看，驳回再审申请的比重均在90%以上；^②即便进入再审审理程序，真正改判案件所占比重也并不高。

第二，再审案件受理法院存在不确定性。根据我国《民事诉讼法》，再审申请人

^① 参见龙宗智：《审级职能定位改革的主要矛盾及试点建议》，载《中国法律评论》2022年第2期。

^② 参见刘峥、何帆：《〈最高人民法院关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法〉的理解与适用》，载《人民司法·应用》2021年第31期。

作为民事再审程序的推动者,既可以向原审法院申请再审,也可以向上一级法院申请再审。各级法院都可以受理民事再审案件使得民事再审程序具有不确定性,也就是说某一个再审案件到底属哪一级法院管辖并没有明确的规定。管辖的不确定性让再审申请人进退两难,其中 A 市法院审理的两起典型案件(见表 1),写满了再审申请人的不易。

表 1 A 市法院审理民事“程序空转”再审典型案件

序号	问题类型	案由	主要案情	裁判经过
1	民事再审案件程序空转典型案件	孙某某与某公司劳动争议 ^①	孙某某就职于某公司,后因离职双方针对工资等产生争议	一审法院支持了孙某某的部分请求,二审法院予以维持,二审法院再审发回重审,一审再审后进一步支持了上诉人的部分诉讼请求,二审再审后予以维持,后向省高院申请再审后发回重审,二审法院发回重审……
2		吴某某与某公司、李某某、车某某合同纠纷 ^②	吴某某与某公司签订《合作协议》,双方就预期收益产生争议	一审法院未支持吴某某关于预期收益的主张,二审法院驳回上诉,维持原判,省高院指令二审法院再审,二审再审法院维持原二审判决,后二审法院提审后发回重审……

在其他地区,也存在经过一审、二审、上级法院提审后又发回重审的民事再审案件(见表 2),“程序空转”现象屡见不鲜。

表 2 其他地区法院审理民事再审“程序空转”典型案件

序号	问题类型	案由	主要案情	裁判经过
1	民事再审案件程序空转典型案件	四川某公司、付某某等建设工程施工合同纠纷 ^③	各方对案涉工程造价的《鉴定意见书》产生争议	一审法院支持了各方的部分请求,二审法院予以改判,最高院提审后发回重审……
2		陈某某、泉州某公司等与破产有关的纠纷 ^④	《授权委托书》《资产评估报告》如何认定成争议点	一审法院支持泉州某公司的主张,二审法院驳回上诉,维持原判,最高院法院提审后发回重审……

第三,申请再审存在重复性、无序性。民事再审程序被反复运用在中基层法院的不少案件中。一个案件终审后因当事人申请再审,之后被上级法院发回重审或者指令再审、再到申诉或者申请检察机关抗诉后再审……因当事人既可以选择申请再

① 参见孙某某诉某公司劳动争议案,山东省烟台市中级人民法院(2020)鲁 06 民再 48 号民事裁定书。
 ② 参见吴某某诉某公司等合同纠纷案,山东省烟台市中级人民法院(2021)鲁 06 民再 143 号民事裁定书。
 ③ 参见四川某公司诉付某某等建设工程施工合同纠纷案,西藏自治区高级人民法院(2021)藏民终 3 号民事判决书。
 ④ 参见陈某某诉泉州某公司等破产纠纷案,最高人民法院(2022)最高法民再 116 号民事裁定书。



审,也可以选择申诉或者申请检察机关抗诉,导致了民事再审审理程序的重复性、无序性。

2. 被申请人行使答辩权时的处境

作为再审申请人的对立面,被申请人在民事再审案件行使答辩权时亦充满困惑。《民事诉讼法》及相关司法解释规定,当事人均可以对已生效的裁判申请再审,但实务中,假设案件各方对已生效的裁判申请再审,且均符合再审申请的条件,中基层法院往往以先申请一方作为再审申请人,而将其他再审申请人列为被申请人。根据相关法律规定,假设再审申请人申请再审的案件,其他当事人对被列为被申请人不服,可按照法律规定在辩论环节终结前提出再审请求,但若由于各种原因不提出,则不能向法院申请再审,只能申请检察建议或者抗诉。^①这样虽然符合法律规定,但也在一定程度上让被申请人产生侵犯其诉权的困惑。

让被申请人产生困惑亦包括再审申请人申请再审的“程序空转”现象。由于民事再审案件审理管辖法院较多、审理周期较长,不管哪一方、在哪个环节胜诉,均可能因一方申请再审、申诉或者申请检察院抗诉而改变原审裁判。实践中,被申请人因再审申请人申请再审而被变相鼓励申诉或者申请抗诉现象还是比较常见的,这也加剧了民事再审“程序空转”的可能性。

被申请人的困惑还在于民事再审案件中,被申请人的参与率较低。这里的参与率较低主要指被申请人在再审申请阶段参与率较低,更遑论法院受理后裁判阶段及裁判后的参与率。以A市法院为例,由于种种原因导致的被申请人联系方式缺失致使无法告知被申请人参与民事再审案件的比例约占10%,^②即便采取公告送达,被申请人仍然无法参与案件审理,这不仅严重浪费司法资源,也在无形中削弱了民事再审程序的价值。

3. 中基层法院行使再审监督权时的处境

作为民事再审案件居中裁判者,中基层人民法院行使再审监督权时处境尴尬。第一,民事再审案件管辖“上提难度”较大,提级管辖成奢望。上下级法院转移管辖权形同某一个法院管辖权被取消,而另一个法院取得管辖权。^③但从某种程度上分析,下级法院希望上级法院上提的案件,大多是案件信访压力较大、在当地影响比较大的案件,而上级法院出于多种因素考量,在面对下级法院提级管辖申请时不予批准,致使提级管辖案件数量较少,或者即便是案件提级管辖,上级法院也会选择

① 参见最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》(第2辑),人民法院出版社2015年版,第77页。

② 根据对A市送达平台2018-2021年民事再审案件进行分析所得数据。

③ 参见王亚新:《民事诉讼管辖:原理、结构及程序的动态》,载《当代法学》2016年第2期。

发回重审或是指令再审。

第二,民事再审案件管辖不确定性特征较为明显,“程序空转”现象比较突出。A市中基层法院在审理民事再审案件时,往往出现不少“老面孔”,特别是在双方当事人均为自然人的案件中,存在经过向本院申请再审、再审审查驳回后,再向上级法院申请,上级法院最终指令本院再审的情形;或者存在本院作出判决,败诉的一方或者双方均向检察机关申请抗诉,检察机关抗诉后上级法院又发回重审的情形。

第三,民商事再审案件管辖不确定使得信访维稳压力较大,再审裁判权威不突出。以A市地区中基层法院审理的民商事再审案件为例,2018年至2021年审理的民事再审案件中,存在上级法院发回重审、下级法院再审发回一审法院重审后,一审法院往往会改变原审判决,当事人则再上诉、申诉;或者上级法院指令下级法院再审,下级法院维持或改变原审判决,一方当事人再向上级法院申请再审或者申诉的情形。A市地区法院2018年至2021年共改判或者发回重审案件194件,其中,判决生效后因案件当事人申请再审或者申诉后提起再审改判或者发回重审的案件152件,占比78.35%。103件改判案件中,原审认定事实错误案件为60件,占比58.25%;原审据以认定事实的证据发生了重大变化案件4件,占比3.9%;原审举证责任分配不合理案件2件,占比1.9%;原审适用法律错误案件37件,占比35.95%。发回重审的91件案件中,审判组织组成不合法1件,占比1.1%;认定基本事实不清80件,占比87.91%;适用法律不当10件,占比10.99%。

第四,上下级法院管辖民事再审案件联系不够紧密,民事再审程序连续性不突出。民事再审案件审理事关上下级法院民事案件审理结果,上下级法院应当联系紧密、沟通顺畅,以确保管辖权的顺利过渡。但A市法院在办理民事再审案件时,往往遇到明显的程序衔接问题:比如A市中院发回重审或者指令某基层法院审理后,虽然所在省法院建立起一体化平台,但A市中院与所属基层法院在民事再审案件裁判文书送达中并未建立信息化联系方式,即A市中院发回重审或者指令再审之后,所属基层法院不能第一时间收到该文书,故只能先作出文书后再行退卷才能实现文书的交接,这导致再审程序启动时间滞后现象比较严重。

二、中基层法院民事再审案件管辖现状之成因

在对现有治理视角下的中基层法院民事再审案件管辖现状进行考察的基础上,要实现总体性治理视角下中基层法院民事再审程序吸纳提级管辖制度,并实现与之协同构建的最终目的,应首先探究其成因。



(一) 以再审监督权为视角

只有从中基层法院一线审判人员入手,才能更好地从法院再审监督权视角分析现有治理视角下的中基层法院民事再审案件管辖不确定的成因。笔者尝试选取A市两级法院60名民事再审法官进行访谈调查,反映《民事诉讼法》规定可操作性不突出的法官有60名,反映民事再审案件重实体而轻程序的法官有41名,反映法院职能定位不突出的法官有27名,反映主观因素的法官有21名。

1.《民事诉讼法》及相关法律法规在民事再审程序规定上的局限性。这种局限性主要指规定不明确,具体体现在以下五个方面:一是当事人在终审判决文书生效后的救济途径不明确;二是申请再审与向检察机关申请抗诉的先后顺序不明确;三是申诉与申请再审之间的关系不明确;四是当事人申请再审被驳回后的救济途径不明确;五是法院关于当事人申请再审、法院提审后选择发回重审或者改判的界限不明确。

2.民事再审案件办理深受“重客观真实,轻程序正当”思维方式的影响。民事再审制度关于程序方面的规定,在审判实践中往往被忽视,而在“重客观真实,轻程序正当”思维方式的影响下,审判人员会选择追求事实的查清而忽略了对案件当事人程序权利上的保护。因此大量的案件在审理结果实体上并无问题,却因合议庭组成不合法、审判人员违反回避制度等程序性问题被提起再审。

3.中基层法院职能定位不突出。按照最高人民法院《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》(以下简称《办法》)及相关规定,基层法院的职能定位为准确查明事实,也就是“事实审”;中级法院的职能定位为实现二审有效终审,抑或被称为“法律审”。但在民事再审程序中,基层法院和中级法院或多或少都存在“越位”或者“缺位”的情形。在访谈中,近30名法官感慨“若某一级法院真正完成事实审、法律审,那么将不会出现被改发的情形”。

4.规避职业风险或转移社会矛盾。在访谈中,21位法官都提出办理民事再审案件难度较大,同时在办理案件过程中信访维稳工作压力较大,在现有“简案快审、类案量审、繁案精审”思想指导下以及结案率、接收比等指标考核督促下,不得不牺牲当事人的一些程序性的权利,进而突破了限制恣意、专断和过度的裁量。^①

没有以总体性治理视角处理好民事再审程序与其他参与主体、其他程序之间的关系,是导致中基层法院民事再审程序运行现状的深层次原因。长期以来,再审诉权、答辩权在法院主导的再审监督权中演变为“管制性参与”^②抑或“符号化参与”^③。此外,

① 参见季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第57页。

② 侯光辉等:《公众参与悖论与空间权博弈——重视邻避冲突背后的权利逻辑》,载《吉首大学学报(社会科学版)》2017年第1期。

③ 蒋俊明:《利益协调视域下公众参与型公共政策机制建构》,载《政治学研究》2013年第2期。

原审审理程序与再审程序脱节也是不容忽视的问题。民事二审查回重审制度下上级法院的乱发、滥发,^①使得民事再审案件审理的不确定性和“程序空转”的可能性增大,而贯穿民事诉讼始终的错误可能性,^②以及现实中各审级脱节,使得民事再审案件审理难度进一步增大。

(二) 以再审诉权、答辩权为视角

从再审申请人再审诉权、被申请人答辩权角度,笔者以A市2018年至2021年受理的民事再审案件为样本,以再审申请人、被申请人作为调查对象,通过电话、发放调查问卷等形式采集到样本618份,其中再审申请人412份、被申请人206份。经过对样本分析,再审申请人与被申请人认为现有三方支点下的中基层法院民事再审案件管辖现状成因主要有:其一,当事人与法院沟通交流不畅。其中包括但不限于法院没有全面告知其申请再审的权利义务、没有穷尽一切送达手段等。其二,提级管辖的可操作性不高。比如再审申请人、被申请人与法院关于是否需要提级管辖、如何提级管辖、提级管辖后如何开展沟通交流以及产生争议时如何处理等。其三,民事再审案件救济途径比较狭窄。包括法律规定的看似“丰满”而现实操作的实则“骨感”、申诉与信访之间的关系界限模糊等。

三、中基层法院民事再审制度吸纳提级管辖

对现有治理视角下中基层法院民事再审案件管辖现状进行审视,对现有治理视角下的中基层法院民事再审案件管辖现状成因进行剖析,目的是为了达到通过提级管辖实现民事再审制度“有限再审”的良好局面。基于总体性治理视角下的中基层人民法院民事再审制度吸纳提级管辖,应从中基层法院民事再审制度吸纳提级管辖的内在逻辑、可行性、价值理念的重塑三方面进行分析。

(一) 中基层法院民事再审制度吸纳提级管辖的内在逻辑

民事再审制度吸纳提级管辖,从而最终达到“有限再审”,为实现这一目的,需辩证分析民事再审制度与提级管辖二者之间的关键点和内在逻辑关系。

1. 民事再审制度与提级管辖的理念目标相通。从根本上说,民事再审制度的最终目标是实现“有限再审”,而提级管辖的最终目标是通过上提案件管辖法院实现案结事了,两者的理念目标是相通的。从追求理念目标的路径来看,从1950年《诉讼程序通则(草案)》、1951年《人民法院暂行组织条例》到1982年《民事诉讼法(试行)》、

^① 参见陈杭平:《组织视角下的民事诉讼发回重审制度》,载《法学研究》2012年第1期。

^② 参见曹志勋:《论民事一审漏判的更正》,载《法学》2017年第7期。



1991年《民事诉讼法》颁布及四次修改,从人民法院“二五纲要”到“五五纲要”,民事再审制度改革进路中,提级管辖如影随形,为不断完善民事再事制度贡献着力量。

2. 民事再审制度与提级管辖的机制相融。我国现行的民事再审制度的机制运行中,有提级管辖的制度架构。例如规定案件当事人既可以向原审法院申请再审,也可以向上级法院申请再审,上级法院有权提审等。2011年《民事诉讼法修正案(草案)》中,亦规定再审申请人“应当向上级人民法院申请再审”。

3. 民事再审制度与提级管辖参与主体一致。我国民事再审制度参与主体,包括再审申请人再审诉权、被申请人答辩权、法院再审监督权等,而从《办法》规定上看,上下级法院是现行提级管辖的主体;从《办法》中改革再审程序一章看,向高院和最高院申请再审的是当事人,包括但不限于再审申请人。从这一角度分析,参与主体是一致的。

(二) 中基层法院民事再审制度吸纳提级管辖的可行性

1. 理论基础。民事再审制度吸纳提级管辖应遵循审级制度的共通建构原理,“越靠近塔顶的程序在制定政策和服务于公共目的方面的功能越强,越靠近塔基的程序在直接解决纠纷和服务于私人目的方面的功能越强”^①。根据该理论,鉴于民事再审案件特殊性,更应尽可能选择“靠近塔顶的程序”,以求从政策制定和服务公共目的的功能上下功夫。但从另一方面理解,处于塔基的程序即中基层法院审理程序,直接解决纠纷功能较强,是化解社会矛盾的主力军。一味地选择“靠近塔顶的程序”,可能使得中基层法院“过滤器”作用不断弱化,也会在一定程度上削弱上级法院职能,因此应当坚持“有限再审”的基本原则。同时,学界关于飞跃上诉制度、三审终审制度的探究,也为民事再审制度吸纳提及管辖的构建提供了理论借鉴。

2. 法律依据。现有法律法规并没有关于民事再审制度吸纳提级管辖的明确规定。从《办法》来看,案件提级管辖的范围限于第一审民事案件,在民事再审程序的改革一章,也只规定了向高级法院和最高人民法院申请再审的部分案件。但《民事诉讼法》关于上级法院有权提审的规定为提级管辖提供了间接法律依据;且从四级法院职能定位改革基本思路来看,案件提级管辖的目的本身就是为了最大限度地避免“诉讼主客场”、突破地方保护主义的怪圈。^②从《办法》本身内容上进行解读,涉及“国家利益、社会公共利益、具有普遍法律适用指导意义的案件”均交由较高层级法院进行审理,无论这些案件原应属于哪一级法院审理。且从民事再审程序相关规定来看,有的民事再审案件也可以适用一审审判程序。以上规定为建立“有限度”的民事再

① 傅郁林:《审级制度的建构原理——从民事程序视角的比较分析》,载《中国社会科学》2002年第4期。

② 参见刘峥、何帆:《〈关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法〉的理解与适用》,载《人民司法·应用》2021年第31期。

审制度吸纳提级管辖提供了可行性。

3. 实践探索。2007年《民事诉讼法》规定将民事再审审查制度完全上提一级,以“上提一级”为原则,以“本级审查”为例外,为民事再审案件提级管辖提供了宝贵的实践经验。但不可否认的是,在坚持“上提一级”为原则的同时忽略了与其他制度的协调配合,也产生了诸如增加案件当事人诉讼成本、冲击现行审级制度等问题。因此,有必要对需要提级管辖的再审案件范围进行相应的限缩。《办法》于2021年9月开始施行后,各地法院“首例提级管辖案件”报道见诸报端。应当指出,2007年《民事诉讼法》“上提一级”的民事再审审查制度、现运行的民事一审案件提级管辖制度,为民事再审制度吸纳提级管辖积累了实践经验。同时,我国现行案件请示报告制度、案件发回重审后上下级法院之间的协调沟通,亦为民事再审案件的提级管辖畅通了渠道。

(三) 重塑中基层法院民事再审制度吸纳提级管辖价值理念

基于总体性治理视角下中基层法院民事再审制度吸纳提级管辖作为价值目标,针对现有治理中基层法院民事再审案件管辖的失范现状,有必要重塑基于总体性治理视角下中基层法院民事再审制度吸纳提级管辖价值理念。

1. 从片面追求客观真实向追求客观真实与程序正当并重转变。我国关于民事诉讼中诉讼标准存在“客观真实说”和“法律真实说”两种理论,但无论是“客观真实说”还是“法律真实说”,都忽略了民事诉讼不仅是诉讼标准的范畴,亦应是程序的一种。传统的民事诉讼目的,在追求高度盖然性观念的影响下,追求客观真实一度被认为是实现民事诉讼目的的必然选择。发回重审和指令再审在关于原审适用法律错误的界限上模糊不清,在本质上体现出过于追求客观真实,也从侧面显示出民事审判人员对程序正当的忽视。应当指出的是,民事案件的客观真实也只是高度盖然性,并非绝对的案件事实,对于案件的客观事实的一味追求不仅不会更加接近案件真相,反而会侵害案件当事人的程序利益。民事诉讼应当充分保障诉讼各方当事人的诉讼权益,这里的诉讼权益既应包括得知案件真相的权利,亦应包括保障当事人平等的参与民事诉讼程序的权利。

2. 从追求表面合理向追求内核合理转变。鉴于现行《民事诉讼法》在民事再审程序规定上存在一定的局限,一味地套用甚至曲解适用相关法律规定,为再审裁决寻找民事再审程序的表面合理性依据,已成为案件承办人在办理民事再审案件时的常态,这种做法不仅不会真正达到案结事了的目的,反倒会对民事再审程序造成极大损害。民事再审程序内核合理表明民事再审裁判结果与认定事实、适用法律相一致,不会出现同样属于适用法律错误而有的案件发回重审、有的案件改判的不同做法。



对于社会大众来说,如果有的民事再审案件维持了原一二审判决,那么这个案件就被认为是原审判决正确;若原一二审判决被改判或者发回重审,那么这案件的裁判就是错误的。某些法院的业绩考核也遵循这一潜规则。这种表面合理但内核不合理的民事裁判不仅浪费了司法资源,造成民事再审出现“程序空转”现象,也使得原一二审法院的法官工作积极性下降。不可否认的是,适时修改《民事诉讼法》固然是解决问题的良好办法,但“徒法不足以自行”,只依靠修法难以解决所有问题,民事再审案件承办人亦应发挥主观能动性,运用相关的裁判技巧进行创新。民事案件承办人在某一起民事再审案件办理中不能仅追求表面合理,还要注重内核合理,要充分发挥裁判文书释法说理的作用。

3. 从法官自由裁量权的边界模糊向合理规范转变。我国《民事诉讼法》审判监督程序赋予了案件承办人一定范围的自由裁量权,包括是否提起再审、驳回、改判或者发回重审等。但改判和发回重审的界限模糊使得案件承办人宁可选择发回重审,也不会选择改判,毕竟发回重审后信访责任、办案责任、法官与当事人的矛盾、办案风险可以转移到下一级法院。过于依赖发回重审解决问题将会导致民事再审“程序空转”的风险进一步增大,也在一定程度上削弱了上级法院依法纠错的职能。民事再审案件已经过至少一道程序,案件当事人对人民法院的期望使得案件承办人更应有限度地、合理地行使自由裁量权,应当始终围绕法律正义精神,依法而又独立的处理审判实践中所存在的各种情况。^①案件承办人在行使自由裁量权时首先应做到居中裁判、不偏不倚;其次要找到自由裁量的边界和价值导向之间的平衡。对于某一民事再审案件到底需要改判或者发回重审,应当首先判断案件裁判的风险,多与原审案件承办人进行沟通,尽可能避免案外因素的干扰,逐步养成“受到培养的理性思维和经过锻炼的判断能力”^②。

四、提级管辖之协同构建

重塑基于总体性治理视角下中基层法院民事案件提级管辖规则,价值理念固然必要,但协同构建才是落实到实务的法宝。实现有限度的提级管辖,这个在学界也讨论了很多年的制度构想,是否是解决问题的灵丹妙药,能否实现建立择案而审机制、打破诉讼“主客场”的目标,^③需要加以研究并不断完善。

① 参见张素莲:《论法官的自由裁量权——侧重从刑事审判的角度》,中国人民公安大学出版社2004年版,第23页。

② [美]罗斯科·庞德:《法理学》(第二卷),封丽霞译,法律出版社2007年版,第362页。

③ 参见龙宗智:《审级职能定位改革试点的主要矛盾及试点建议》,载《中国法律评论》2022年第2期。

(一) 构建方向: 增强再审诉权、答辩权、再审监督权联动

再审诉权、答辩权、再审监督权在民事再审案件提级管辖上的联系互动, 既包括再审申请人再审诉权与被申请人答辩权之间的联系互动, 亦应包括法院再审监督权作为纽带连接再审申请人再审诉权与被申请人答辩权的互动。

1. 再审诉权与答辩权之间的联系互动。作为民事再审案件提级管辖的当事人, 再审申请人与被申请人应当充分避免“囚徒困境”, 坚持自愿原则, 即提级管辖在适用时, 应当有两条适用前提, 其中一种是再审申请人或者被申请人申请提级管辖并经法院同意, 当一方同意, 另一方若不同意, 应于一定期限内(十五日)提出异议, 若没有提出异议视为同意。另一种是双方均未提出提级管辖申请, 而法院认为某一案件应当提级管辖, 在报请上级法院的同时将提级管辖申请告知再审申请人、被申请人, 如有一方提出异议, 应于一定期限内(七日)提出, 若没有提出异议视为同意提级管辖。要保证民事再审案件当事人的亲历性, 在民事再审案件受理之前就应当穷尽一切办法保证案件的送达程序, 告知再审申请人与被申请人提级管辖的相关法律规定以及时间节点。

2. 平衡再审诉权与答辩权之间的利益关系。为平衡再审申请人再审诉权与被申请人答辩权之间的利益关系, 作为行使再审监督权的法院应当建立起申请再审案件预收费制度, 并在程序上加以细化: 区分案件是否需要预收费, 比如因审判人员过错导致案件事实并未查清、程序违法等导致提起再审的案件应当免除当事人缴纳案件受理费的义务; 收取案件受理费时要告知再审申请人该费用的性质, 可以明白纸的形式告知再审申请人并非重复收费; 在收费数额上要加以明确, 综合考量再审申请人的家庭状况、案件复杂性等客观情况, 破除只考虑案件标的的传统案件受理费收费观念; 畅通预收费退费渠道, 简化退费流程, 经审查符合启动再审程序的案件, 视情况退还案件受理费, 若未启动再审程序, 比如驳回再审申请人再审申请的, 应当及时退还案件受理费, 本着“谁申请, 谁预交”的原则, 根据案件审理结果收取该项费用。要严格区分案件受理费与再审案件预交费, 可以在账户设立、退还程序、材料等细节问题上加以区分。

3. 再审监督权作为纽带连接再审诉权与答辩权的互动。法院作为纽带, 针对民事再审案件参与率较低的特点, 应保证双方当事人的亲历性, 即要保证任何一个民事再审提级管辖案件未经案件当事人参与的情况下法院不得径行作出裁判。^①对于再审查程序与再审审理程序的提级管辖, 法院应做好两者之间的区分与衔接工作。在再审查程序中, 综合考虑多种因素, 应将案件当事人提级管辖申请提起期与异

^① 参见顾培东:《再论人民法院审判权运行机制的构建》,载《中国法学》2014年第5期。



议期规定在七日内；而再审审理程序中，提级管辖申请提起期可以放宽至十五日内。再审审查程序提起提级管辖申请或者提出异议的，不妨碍再审审理程序期间提起，但提级管辖申请或者提出异议应以一次为限。

（二）构建路径：再审监督权内部规则重塑

相较于再审诉权、答辩权、再审监督权之间互动，以法院作为“枢纽”或“桥梁”的再审监督权规则重塑，应具有更高的优先级。

1. 明确提级管辖适用节点。民事再审案件提级管辖应当适用于中基层法院受理再审申请人申请案件立案后至再审案件审理作出裁判之前，即再审审查与再审案件审理期间。提级管辖既应包括民事再审案件再审审查的提级管辖，也应包括再审案件审理的提级管辖。这样既可以在一定程度上保证民事再审审查的有效性，也可以保证提级管辖适用的覆盖面，最大程度上平衡实体公正与程序公正。

2. 明晰再审事由处理方式。我国《民事诉讼法》规定的法院应当启动再审程序事由有十三种，且没有明确本院院长发现等种类的程序事由，而传统提级管辖制度构想只是解决哪一级法院启动再审程序的问题，并没有对案件当事人以何种理由启动再审程序进行探讨。对于某一个具体的民事再审案件来说，法院在案件再审后处理好改判和发回重审之间的关系才是应有之义。

我国民事诉讼法及相关的法律法规、司法解释均未明确规定民事再审程序中，认定案件基本事实不清时改判与发回重审的界限。根据《民事诉讼法》第214条规定，民事再审程序可以按照一审、二审程序审理，而根据《民事诉讼法》第177条之规定，原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，二审应当依法改判；原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判；原判决遗漏当事人或者违法缺席判决等严重违反法定程序的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。这里没有明确在原判决认定基本事实不清时是改判还是发回重审。《最高人民法院关于民事审判监督程序严格依法适用指令再审和发回重审若干问题的规定》第4条规定了依照二审程序审理再审案件关于认定基本事实不清的处理方式，即以当庭依法作出判决为原则，以发回重审为例外。这也进一步限缩了发回重审的范围。但应当指出，在原审法院未对基本事实进行审理的前提下，“可以”裁定撤销原判，发回重审，这就意味着也可以不发回重审，由受理法院依法作出裁判。

虽然相关法律法规、司法解释并没有明确认定基本事实不清时改判或者发回重审的边界，但部分法院出台的相关规定对发回重审范围进行了明确。例如广东省高级人民法院所制定的《广东省高级人民法院关于民事案件改判和发回重审若干问题的指导意见（试行）》（以下简称《广东指导意见》）对民事案件改判情形进行了细化（见表3）。

表3 《广东指导意见》规定的依法改判的情形

序号	裁判类型	具体情形	处理结果
1	认定案件基本事实的主要证据不足	当事人的主体资格	改判
2		案件的性质	
3		当事人的具体权利义务	
4		当事人应承担的法律责任	
5		其他案件基本事实	
6	认定主要事实的依据	主要证据是伪造的	
7		以另案裁判为定案依据, 另案裁判被依法撤销或者变更的	
8		以仲裁机构作出的裁决为定案依据, 仲裁裁决被依法撤销或者变更的	
9		以公证机构的公证文书为定案依据, 公证文书被依法撤销或者变更的	
10		人民法院进行重新鉴定后, 鉴定部门作出的鉴定结论与一审裁判依据的鉴定结论不一致, 而根据证据规则应当采信新鉴定结论的	
11		其他认定主要事实的依据发生变化, 导致一审判决明显不当的情形	

综合以上法律或规定, 经充分考量改判与发回重审的区别, 两者适用条件应当考虑再审事由、案件本身具体情况、采用相关程序是否会冲击程序正义等多重因素。基于此, 现将提级管辖后处理方式与现行实务处理方式对比如下(见表4):

表4 民事再审程序事由现行处理方式与提级管辖处理方式对比

再审事由	具体再审事由	实务处理方式	提级管辖后处理方式
认定事实不清	出现新证据	改判或者发回重审	改判
	原裁判认定事实缺少证据证明的	改判或者发回重审	改判
	原裁判认定事实的主要证据系伪造	改判或者发回重审	改判
	原裁判认定事实的主要证据未质证	发回重审或者改判	改判
	当事人申请调取关于认定案件事实主要证据法院未调取	发回重审或者改判	改判
适用法律错误	原裁判适用法律错误	改判或者发回重审	改判
审理程序违法	原裁判遗漏或者超出诉讼请求	发回重审或者改判	发回重审
	无诉讼行为能力人非因本人原因未参加诉讼	发回重审或者改判	发回重审



续表

再审事由	具体再审事由	实务处理方式	提级管辖后处理方式
	合议庭组成不合法或者违反回避原则	发回重审或者改判	发回重审
	当事人辩论权利遭剥夺	发回重审	发回重审
	缺席判决系因未经传票传唤	发回重审	发回重审
	审判人员审理该案件有违法行为	发回重审或者改判	发回重审
其他	原审据以作出原裁判法律文书被撤销或者变更	改判或者发回重审	发回重审

注：以上具体再审事由系根据《民事诉讼法》第 207 条人民法院应当再审的相关规定改编而来，实务处理方式系根据审判实践中处理方式总结而来。

3. 根据民事再审案由分类处理。可以将《民事案件案由规定》54 大项、473 小项的民事再审案由，在“有限再审”原则的指导下，原则上分为两类，一类交由原审裁判生效法院进行再审审查，另一类交由上级法院进行再审审查。交由原审裁判生效法院审查的案由包括婚姻家庭、继承纠纷，人格权纠纷，物业服务纠纷，所有权纠纷，劳动争议纠纷等。^① 这些案件交由原审裁判生效法院，优点在于：第一，这些案件案情相对比较简单，原审法院审理此类案件已经积累了较为丰富的经验；第二，这些案件发生地或者标的物所在地是在原审法院，由原审法院审理更有利于查清案情，相反，若交由上级法院审理，上级法院法官不可避免地要耗费时间、距离等成本去查清案情，对案件事实的查清是一个不利因素；^② 第三，拟交由原审法院审理的案件，比如婚姻家庭、继承纠纷，由于与当地风俗习惯有关，原审法院法官对其有比上级法院法官更深的了解，因而更有优势。当然，这并不是说所有的婚姻家庭继承等纠纷都要交由原审法院审理，只是综合考虑，原审法院审理在查清案件事实上更有优势。

（三）制度衔接：“有限度”提级管辖制度与其他制度关系

1. 处理好提级管辖制度与案件请示报告制度之间关系。从改革现实情况来看，若想对民事再审案件进行“有限度”的提级管辖，就不得不对现有的请示报告制度进行相应的变更。从某种程度上说，对待请示报告制度，我们要“扬弃”，既要充分发挥其效率高、便捷性等优势，又要坚决摒弃请示报告制度牺牲案件当事人审级权

① 参见陈树森：《申请再审完全“上提一级”审查的检视、反思与重构——兼议〈民事诉讼法〉第 178 条的修改思路》，载《探索社会主义司法规律与完善民商事法律制度研究——全国法院第 23 届学术讨论会获奖论文集》（上），人民法院出版社 2011 年版，第 554 页。

② 参见阮久红、邓鲁峰：《民事再审立案工作中几个问题的思考》，载《山东审判》2009 年第 4 期。

利的弊端。从整体来看,短期内对请示报告制度进行废止不太现实,应当分“三步走”,自下而上地进行改革:

第一步,逐步废止基层法院向中级法院的案件请示报告制度。就案件办理难度来说,基层法院的案件审理难度较小,但案件以外的诸如信访、案多人少等因素则较多,这些案件通过请示中级法院解决的难度并不小,毕竟按照审级职能定位改革的职能定位,中级法院是二审有效化解纠纷,基层法院可以通过案件当事人上诉至中级法院等途径来与中级法院建立联系。而且中级法院对基层法院法律适用、事实认定等问题的报告专业性、权威性不足,^①容易造成各地区之间的裁判尺度不同。这一阶段可以保留中级法院向高级法院、最高人民法院请示路径,高级法院和最高人民法院专业性、权威性更加突出,针对某些问题请示更加有利于法律适用的统一。

第二步,逐步废止下级法院向高级法院请示报告路径。经过第一步的努力,基层法院除重大疑难案件以外,不再向中级法院请示报告。重大疑难案件经中级法院提级管辖把关后,由高级法院经过二审程序“法律审”进行统一规范。

第三步,逐步废止高级法院就其办理的案件向最高人民法院请示报告。《办法》明确规定了案件提级管辖机制,也改革了高级法院和最高人民法院的再审程序。通过正常的审级程序亦能够实现最高人民法院指导审判工作、统一裁判尺度的职能定位。

在逐步废止请示报告制度的基础上,要充分利用司法解释、指导性案例,以发挥最高人民法院对下指导作用。

2. 处理好案件溯及力问题。解决再审案件提级管辖的衔接问题是破除提级管辖弊端的关键。现有启动民事再审程序囊括再审申请、申诉、信访等多种渠道,若实行再审案件提级管辖,案件当事人只能通过申请再审一条渠道维护自己的合法权益,因此应当充分考虑缓冲期问题。比如某一案件正在申诉期间或者信访期间,某一法院也已经受理,但按照提级管辖,该案件应由该法院的上一级法院受理。为解决这一问题,应设置一个缓冲期,即现有的案件已经申请再审、申诉、信访且原审法院已经受理的,上一级法院不再受理。提级管辖制度生效以后,判决、裁定或者调解书已经生效的,由上一级人民法院提级管辖。特别是对申诉、信访案件更应采用这一做法,以求制度的衔接性。

3. 处理好“原则”和“但书”的关系。建立“有限度”的提级管辖制度,应当坚持提级管辖为原则,指令管辖与原审法院管辖为例外的原则,即尊重基层法院审

^① 参见黄存智、吴扬城、黄盈熹:《逆行:审判重心下移背景下推动提级管辖适用的改革路径探析——以222篇文书为分析样本》,载《审判体系和审判能力现代化与行政法律适用问题研究——全国法院第32届学术讨论会获奖论文集》(上),人民法院出版社2021年版,第327页。



级职能定位不变,而在一些例外的再审案件中可以由原审法院或者可以指令原审法院再审。

若一切案件都可以提级管辖,将会直接导致上级法院特别是高级人民法院、最高人民法院各方面压力增大,因此,提级管辖应当考虑上级法院的职能定位。从客观上讲,一味地提级管辖也不便于上级法院办理案件,因此应当充分发挥各层级法院审判委员会的作用。以S省Y市中院为例,有的案件经研究后可以向审委会报告,有的案件应当向审委会报告。因此凡经过原审法院审委会研究的案件,当事人应当向上级法院申请再审。

结 语

民事再审制度的功能,在于寻求程序正义与实体正义的平衡,以恢复司法公信力。再审申请人再审诉权、被申请人答辩权与法院再审监督权三方支点在于重塑中基层法院民事再审案件提级管辖规则,只有将提级管辖真正落实到实处,方能在三方之间寻求稳定的支点,进而推动中基层法院再审案件审理工作。通过对再审申请人、被申请人、法院三方进行分析,找出民事再审案件审理的“堵点”,通过提级管辖打通民事再审案件审理的“最后一公里”。民事再审制度涉及面广,尚有许多需要深入探讨、研究的问题,比如如何在再审程序与原审程序中找到平衡点、当事人在民事再审程序中变更申请如何处理、民事再审中的调解与再审目的的关系、如何审查再审事由、再审程序的性质是什么、再审裁定的效力是什么等问题。^①相信在学界与实务界共同努力下,以上问题终将解决。

(责任编辑:刘文武)

^① 参见张卫平:《再审诉权与再审监督权:性质、目的与行使逻辑》,载《法律科学(西北政法学报)》2022年第5期。

审级职能定位改革下案件下放标准的反思与重构

张梦诗^{*}

内容摘要:《最高人民法院关于调整中级人民法院管辖第一审民事案件标准的通知》提高了中级法院管辖民事案件的诉讼标的额, 基层法院可受理第一审民事案件的诉讼标的额也因此上调, 大多数民事案件消化在基层法院和中级法院。然而, 案件下放以标的额为标准却存在地区经济发展水平差异、基层法院案件分流职能未充分发挥、实质化解纠纷效果不明显的局限。立足于市域治理下多元主体共治、基层多元主体资源整合、基层法院智能化解纷, 重构以诉讼标的额、特定案件类型、特定主体三要素确定下放案件的标准, 可充分实现基层法院准确查明事实、实质化解纠纷的审级职能定位。

关键词: 审级制度; 级别管辖; 案件下放; 社会治理

引言

目前, 我国审级制度改革关注的重点更多集中在具有法律统一适用意义的案件如何上提至高层级法院, 而从改革的相应措施来看, 无论提级管辖抑或最高人民法院的再审改革, 都体现了审级制度改革的目标。对于审级制度的研究乃至以此为基础的四级法院职能定位改革涉及的方案往往着眼于法院内部, 其重点集中于具有法律统一适用的案件。在这一过程中, 仿佛一个天然的推论是, 若案件不具备法律统一适用意义则应当下沉至低层级法院。由此, 我们在构建级别管辖、提级管辖的标准以及最高人民法院再审改革的方案时, 将更多关注点放在案件如何上行。

实际上, 除了特殊类型案件的提级管辖, 是否不符合特殊类型的案件都要往下放呢? 这是理论和实践均忽略的一点。独立的法律审应当以事实审的相对分离为前提,

^{*} 张梦诗, 山东省齐河县人民法院法官助理。



作为事实审最充实的任务应当由基层人民法院完成，特殊类型案件的识别往往在与普通案件的对比过程中才凸显其意义。对于案件如何下放、何种类型案件下放以及如何实现基层法院与中级法院之间的科学配置更是改革不可忽视的基础工程。而在这一标准的厘定过程中，过往研究往往更多涉及事实问题和简单问题，但在案件下放的分配过程中，不可忽视的是基层人民法院审判职能与基层治理之间的适配性，法院裁判更应追求法律效果和社会效果统一。此类案件虽不具有法律统一适用的重要意义，但此类案件的良好解决，需要多元主体参与的互动治理，而传统的理论和实践均忽略了这一点，由此成为审级制度改革被遗忘的角落。

一、案件下放标准运行的实践检视

新一轮审级制度改革，将完善民事、行政案件级别管辖标准，推动审判重心有序下沉作为一项基础工作。此次改革将事实审理与纠纷处理的任务下放至基层法院与中级法院，使绝大多数第一审民事案件将主要由基层法院审理、少量由中级人民法院审理。^①为落实四级法院民事审判职能分层原则，最高人民法院调整了中级人民法院管辖第一审民事案件标准，根据最新标准，当事人住所地均在或均不在受理法院所处省级行政辖区的，中级人民法院管辖诉讼标的额 5 亿元以上的第一审民事案件，当事人一方住所地不在受理法院所处省级行政辖区的，中级人民法院管辖诉讼标的额 1 亿元以上的第一审民事案件。基于此，诉讼标的额在 5 亿元或者特定情形下 1 亿元以下的民事案件由基层人民法院管辖，基层人民法院因此对大多数民事案件享有一审管辖权，但以诉讼标的额大小作为案件下放的标准具有单一性和局限性，从案件下沉的实然效果上看，未能达到基层法院准确查明事实、实质化解纠纷的审级职能定位的目标。

（一）地区经济发展水平的差异化

我国经济发展水平的差异在省份之间、市域之间，甚至县域之间均有不同程度的体现，因此司法的统一性和地方自治性及地区差异性比较明显，现行单一的诉讼标的额标准并不能兼顾两者之间的平衡和改善两者之间的紧张关系。^②由此，案件下放的司法效果也在不同视域下呈现各自特点。

表 1 2021 年 10 月至 2022 年 6 月 H 省、S 省、L 省下放案件及地区经济对比^③

试点法院	2021 年第四季度至 2022 年第二季度 GDP 排序	案件下放情况	
		民事（件数）	行政（件数）
H 省	1	735	159

① 参见何帆：《中国特色审级制度的形成、完善与发展》，载《中国法律评论》2021 年第 6 期。

② 参见傅郁林：《司法权的外部边界与内部配置》，载《法制与社会发展》2016 年第 2 期。

③ 之所以选择 H、S、L 三省试点法院作为调查对象，主要是因为该三省具有地区代表性且利用互联网仅搜集到关于三省试点情况公开的比较详细的数据。

续表

试点法院	2021 年第四季度至 2022 年第二季度 GDP 排序	案件下放情况	
		民事（件数）	行政（件数）
S 省	2	405	129
L 省	3	273	9

表 2 2021 年 10 月至 2022 年 6 月 S 省 9 家试点中院下放案件及地区经济对比

试点法院	2021 年第四季度至 2022 年第二季度 GDP 排序	案件下放情况	
		民事（件数）	行政（件数）
A 法院	2	159	159
B 法院	1	135	129
C 法院	9	9	9
D 法院	6	27	21
E 法院	4	12	18
F 法院	7	18	6
G 法院	5	9	60
H 法院	8	9	51
I 法院	3	27	30

从表 1、表 2 可以看出，地区经济发展水平与案件下放数量大体呈正相关关系，下放案件数量在可控范围内，并未加剧基层法院的负担，但这与案件下放的意旨存在些许差异。理想的审级制度，应实现案件有序过滤、梯次分流，即简单案件基本在较低层级法院终结，事实争议主要由中间层级法院解决，较高层级法院偏重解决法律争议和政策问题。从理想状态看，案件自下而上应呈“金字塔”结构，而非循环反复、终审不终的“圆筒状”结构。^①在案件数量上，高层级法院应受理案件数量少，重在抽象规则的凝练以及对下级法院的指导；在案件价值上，高层级法院应重在个案指导意义和指导价值，更体现为对低层级法院的监督。由此，基层法院的职能应定位于分流案件、解决纠纷，^②其理应承担更多对初审案件的管辖权，而试点运行效果上并未让案件下沉后的基层法院扩大对初审案件的管辖权，且省份 GDP 的高低与下放案件数量大致呈正相关的分析结果，意味着经济发展较快的省份在实施案件下放规定时具有先行优势，案件下放的预期效果较欠发达地区更为明显，可以更好地落实四级法院职能定位改革的要求。以诉讼标的额作为界定案件下放的标准带来的首要突出问题是未充

① 参见何帆：《中国特色审级制度的形成、完善与发展》，载《中国法律评论》2021 年第 6 期。

② 参见何帆：《论上下级法院的职权配置——以四级法院职能定位为视角》，载《法律适用》2012 年第 8 期。



分考虑不同地区经济发展水平的差异,因此具有一定的片面性和局限性。

(二) 基层法院案件分流的职能未充分发挥

案件分流是为了满足当事人不同价值取向和不同层次的需求,设置、维护和发展包括诉讼在内但不以诉讼为限的多元纠纷解决途径。^①案件分流在法院内部纵向上表现为各级法院的职能分层,其核心在于通过案件的分流,合理划分上下级法院的职权。法院代表国家行使审判权,主要职能在于救济权利、制约公权和终结纠纷,具体到不同层级的法院,应各有侧重。^②从审级功能上,审级制度的设计既要保障诉讼利益,又要推动案件的分流,即法院层级越高,审理的案件越重要,配备法官的素质和审判能力相应越高,从法院职能定位上,基层法院应定位于分流案件、解决纠纷。^③

考察目前案件分流的情况,下放至基层法院的案件类型主要集中于财产纠纷,这与案件下放前基层法院受理的案件类型相一致。下放至基层案件中从案件类型来看,以合同纠纷为主,民间借贷纠纷次之,合同纠纷中借款合同纠纷、买卖合同纠纷占比较高,其他合同纠纷类型占比较少,而数量占比较大的纠纷类型也为民间借贷纠纷、买卖合同纠纷和借款合同纠纷。由此引发的思考是,除从诉讼标的额上将部分标的额较大的案件下放至基层法院,其他类型的案件是否同样适合下放至基层法院,此次案件分流是否有针对性的下放案件,亦或是基层法院对于此种类型案件的审理是否更具适配性。

某些财产纠纷和人身关系纠纷的诉讼标的额虽未达到案件下放标准,但其从审理难度、影响范围以及社会效果上看由基层法院审理更容易精准化解决纠纷、精细化服务群众,例如土地承包经营权纠纷、离婚纠纷、赡养纠纷、分家析产纠纷、继承纠纷等,此类纠纷在基层治理中渗透着以道德规范来约束人们的行为从而形成社会秩序的德治治理,这是一种非正式制度的约束,起着教育与内化的作用。^④基层多元治理主体共同运用情感策略,通过满足纠纷双方当事人情感需求,促进正向情感再生来构建情感联结,协调基层社会关系的行为和过程。^⑤因此,通过基层多元治理主体的情感治理更有利于化解此类纠纷,基层法院也在参与社会治理的互动中发挥着释法说理的关键作用。下放此类案件并非加剧基层法院案多人少的矛盾,人案矛盾并不意味着下放案件数量多是主要原因,有针对性的下放案件、及时补给司法资源才是有效审理的重要指标,司法权下沉的同时司法资源也同步下沉,各中院、基层法院也同步推出配套举措优化审判

① 参见傅郁林:《分界·分层·分流·分类——我国民事诉讼制度转型的基本思路》,载《江苏行政学院学报》2007年第1期。

② 参见[美]马丁·夏皮罗:《法院:比较法和政治学上的分析》,张生、李彤译,中国政法大学出版社2005年版,第125页。

③ 参见何帆:《论上下级法院的职权配置——以四级法院职能定位为视角》,载《法律适用》2012年第8期。

④ 参见郁建兴、任杰:《中国基层社会治理中的自治、法治与德治》,载《学术月刊》2018年第12期。

⑤ 参见潘小娟:《基层治理中的情感治理探析》,载《中国行政管理》2021年第6期。

资源配置,在人、财、物上统一向基层和办案一线倾斜。^①

(三) 基层法院实质化解纠纷的职能未充分彰显

四级法院职能定位改革的重要目标是推动具有规则意义和法律适用价值的案件由较高级法院审理,实现基层法院重在准确查明事实、实质化解纠纷。因此一审是基础,二审是关键,基层法院理应作为打造坚实事实审任务的前沿阵地。^②自改革试点运行以来,虽少量简单案件下放至基层法院,但仍未改变一审、二审法院反复进行事实认定,事实不清又发回重审的现状。即便受制于现实情形,短期内无法进行事实审、法律审的拆分,但基层法院仍可发挥其审判职能与基层治理适配性的优势来化解纠纷。

法院层级越高,其承担的个案指导和监督作用越明显,其发挥的查明事实、化解纠纷的效用越弱。一审的职能在于对纠纷的全面审查,达到事实认定清楚、法律适用准确以实现化解纠纷、修复社会关系、维护社会稳定的功能,其社会治理功能更加明显,二审、再审则体现为权利救济和审判监督的双重功能,其查明事实、化解纠纷的功能减弱。基层法院由于承担了大部分的案件,较侧重于解决纠纷,同时基层法院贴近纠纷发源地,首先了解案情并方便整合各方资源优势化解纠纷,更有利于将一般案件终结在市域范围内。反之,若不兼顾基层法院的治理优势,让经济发展较弱的区域因为路途遥远、交通不便等因素诉至级别高的法院,将意味着管辖级别越高,案件事实与客观真相、裁判结果与当地民意统一的难度越大,这有悖于便民原则、经济原则和权力下沉的改革方向。因此,推动司法管辖逐步向基层法院适度回归,发挥基层法院接近案件事实发生地、熟悉当地风土人情的优势,^③有利于提高基层法院诉源治理的司法社会效用。

综上,应通过调整基层法院的受案范围,下放适配基层法院准确查明事实、实质化解纠纷的职能的案件,而不应仅以诉讼标的额为标准,下放原本应由基层法院审理较多、单一的财产纠纷案件。有针对性的下放案件,基层法院才能作为纠纷化解的重要阵地,将大多数争议通过基层多元治理来吸附、解决在基层。^④

二、市域治理下基层法院职能定位的实现路径

在审判权下沉的情况下,基层法院主要承担事实问题的审理,与其他法院相比,基层法院具备熟悉辖区情况,便于查证事实、统筹协调各方、实质化解纠纷等优势。某些案件法律统一适用意义相对较小,更多系因事实认定复杂或出于地域性的考量,抑或事

^① 参见刘峥、何帆:《〈关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法〉的理解与适用》,载《人民司法·应用》2021年第31期。

^② 参见何帆:《论上下级法院的职权配置——以四级法院职能定位为视角》,载《法律适用》2012年第8期。

^③ 参见郁建兴、任杰:《中国基层社会治理中的自治、法治与德治》,载《学术月刊》2018年第12期。

^④ 参见韦冉:《行政诉讼管辖改革指导思想的实践创新》,载《中国应用法学》2021年第4期。



实难以认定查明、息诉罢访任务繁重,但只要法律适用明确、没有地方干预的,都更适合交由基层法院审理。而此类案件的下沉标准如何确定,不应仅从审级制度的角度强调法院内部的问题,更应考虑如何使下沉案件更好地融入当地社会治理,并推动基层法院准确查明事实、实质化解纠纷。由此,基于基层法院参与社会治理互动的视角,可探寻基层法院审判职能如何与其他多元主体协同治理,并对某类案件的审判与多元主体建立联系。

(一) 多元主体共治

市域治理是介于省域治理和县域治理中间的治理环节,^①具备承上启下的枢纽功能,是宏观规制和微观治理层次发生勾连的中间环节,具有传递国家意志与回应公民需求的双重功能。^②在市域社会治理现代化的进程中,市域社会治理优化下的政治、善治、法治和德治体系,将风险隐患有效化解在基层、化解在萌芽状态,^③从而有利于基层法院准确查明事实、化解纠纷。

社会治理是一项触及各个社会单元细枝末节的庞大工程,基层法院是社会治理的重要主体,但并非单一抑或全部主体,^④随着社会治理需要处理的矛盾复杂化,面临的社会风险不断增加,具有高度的不确定性和难以预测性、复杂化和难控化。^⑤拆迁补偿、土地承包、劳务纠纷、电信诈骗等方面问题不断发生,影响人们的生活,由此引发的群体性事件也频频被曝光。在社会治理这一重要治理场域中,由于配套措施及治理能力不能及时匹配,致使将各类风险矛盾有效化解在基层的目标难以实现。

市域治理场域存在着一种多元复杂主体治理结构形态,多层次、多部门、多主体间的权力格局调整和治理资源分配过程之中。^⑥从管理层次看,市级是我国行政体系中的中间层级,比省级更靠近基层,比县级更能调配治理资源,不仅可以指挥下辖的县、区,指挥下属的职能部门,还能够协调同级的市,调动尽可能多的治理资源,形成应对基层场域矛盾和风险的治理合力。从治理能力看,市域层级作为社会治理主体的政府领导大多具有丰富的基层工作经验,其往往通过基层的历练和选拔,深知基层社会的矛盾复杂性,有能力和经验应对市域内各种风险矛盾,对县域内矛盾的防范和实质化解起到指导和促进作用。^⑦某些案件事实的查明不仅需要法官立足于证据真实

① 参见张文显:《新时代中国社会治理的理论、制度和实践创新》,载《法商研究》2020年第2期。

② 参见陈成文、陈静、陈建平:《市域社会治理现代化:理论建构与实践路径》,载《江苏社会科学》2020年第1期。

③ 参见陈一新:《新时代市域社会治理理念体系能力现代化》,载《社会治理》2018年第8期。

④ 参见王斌通:《马锡五式人民法庭:人民法庭参与社会治理实证研究》,载《山东法官培训学院学报》2021年第6期。

⑤ 参见周振超、候金亮:《市域社会治理法治化:理论蕴涵、实践探索及路径优化》,载《重庆社会科学》2021年第8期。

⑥ 参见陈成文:《市域社会治理的行动逻辑与思维转向》,载《甘肃社会科学》2020年第6期。

⑦ 参见黄新华、石术:《从县域社会治理到市域社会治理——场域转换中治理重心和治理政策的转变》,载《中共福建省委党校(福建行政学院)学报》2020年第4期。

性、合法性、关联性的有效判断,更需要法官基于情理、法理、事理的综合考虑。裁判的公平公正性往往受到多种社会因素的影响,当基层法院就某纠纷的处理存在事实查明的阻碍时,法院立足审判职能的角度不能直接从参与社会治理的互动中获取案件事实的真实性,但基层法院可在市域下多元治理主体共治中获取案件相关信息,编织案件信息的关系网,从而获取客观的案件事实。

在市域治理多元共治的带动下,社会治理结构形成了市域社会治理法治化的格局,基层法院综合运用市域下其他社会治理主体治理力量的资源整合力和引领力,充分利用多元治理主体资源手段的优势,从诉前、诉中、诉后的整体视角进行分析,从情感治理、诉源治理、多元治理的不同角度纾解矛盾,充分发挥基层法院准确查明事实、实质化解纠纷的审级职能。

(二) 多元主体的资源整合

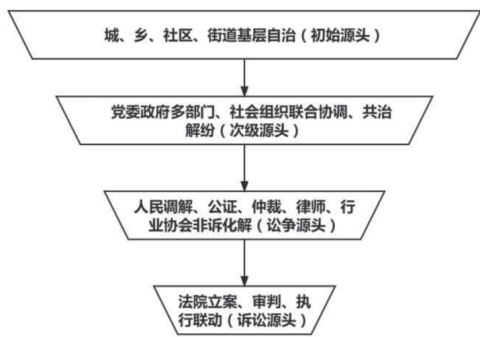


图1 资源整合下基层多元治理主体的联动解纷

基层治理中多元主体的资源整合与联动对基层法院准确查明事实、实质化解纠纷起到促进作用。基层法院审判职能体现的司法制度资源与其他社会治理主体的制度资源具有目的、利益、价值、内在追求等方面的一致性,虽然基层法院主要立足于审判职能化解纠纷,基层多元治理主体多依赖行政权的治理优势解决矛盾,两者在一定领域具有相对独立的规则体系和运行体系,但这也仅是相对,

而不是对立,基层其他治理主体与基层法院同属于基层治理主体的范畴,并且有机融合于社会治理实践的全过程,对矛盾纠纷的化解起到过滤器和调节器的作用(见图1)。

基层法院诉讼量增多的运行态势凸显了民事司法程序现代化进程中的法院司法中心主义扩张现象,出现司法一元性解纷的倾向。^①司法解纷机制具有天然的终端性、合法性、规范性、局限性,很多纠纷发生的起因或者最后解决都与纠纷发生的具体环境密切联系,需要渗透到纠纷发生的特定领域去探究前因后果,这是仅靠现代司法所做不到的,也是现代司法不愿意去做的。诉源治理是一项包罗万象、覆盖面广的系统工程,不仅包括基层法院立足审判职能的前端用力,也包括以基层其他治理主体为主导建立的诉外矛盾纠纷源头化解机制,基层其他治理主体解纷机制弥补了司法解纷机制单兵突进的困境,融入了纠纷化解的合意性和民主性,前者以实体与程序的双重公正为导向,奉行

^① 参见杨凯:《论区块链技术在民事司法程序中的多元化应用——以诉讼服务与公共法律服务“双中心融合”规范体系构造为切入点》,载《政法论丛》2022年第2期。



法律的规则之治、辅以政策的平衡之效,后者则以结果为导向、以政策为准则,^①两种纠纷解决模式的互补,使矛盾纠纷主体在协商对话、妥协让步中达成一致意见。

基层法院运用审判权化解纠纷的职能是社会救济的最后一道防线,而不是唯一途径,常见于基层社会并多发于陌生人之间的买卖合同纠纷、金融借款合同纠纷从证据认定上基本可以准确查明案件事实,就法律关系的真实性通常不存在争议,当事人更多就诉讼时效、欠款多少及违约损失数额产生争议。而频发于熟人、半熟人之间的婚姻家庭纠纷、土地承包经营类纠纷、物业服务合同纠纷、群体性纠纷则牵扯主体特殊,利害关系考量因素复杂,基于家庭、社会稳定影响因素考量较多,仅从证据认定的角度虽能勾勒出事实的完整链条,但此事实并非法院予以认定的客观真实的案件事实,客观事实的查明需要法官结合多主体的联动,并充分运用心证去探求其客观真实性,因此,基层多元治理主体从纵向上对纠纷源头进行分层过滤并对基层法院准确查明事实、化解纠纷的职能起到补充作用。

(三) 基层法院的智能化路径

基层法院准确查明事实、实质化解纠纷不仅要“联动”,更要“智动”,纠纷化解不仅要追求公正,也要追求效率。市域治理方式的革新,可以增强基层法院解纷的驱动力。在一定程度上,整体治理是从技术角度来理解的,技术要求从分散走向集中、从破碎走向整合。依托于便利的大数据平台,现代诉讼的信息可及性前所未有的增加。市域治理下大数据、人工智能、区块链等现代科技与市域社会治理深度融合,数据驱动、人机协同、跨界融合、共创分享的智能化治理新模式打破原有技术壁垒,实现对社会治理运行的超强感知、公共资源的高效配置、异常情形的及时预警和突发事件的快速处置。

基于此,基层法院可以充分利用市域治理下“智慧解纷”的途径,归集信息数据,建立立案预警机制,特别针对辖区涉婚姻家庭纠纷、土地承包经营类纠纷、物业服务合同纠纷等群体性、涉众型矛盾纠纷,提前研判风险、预警联动,确保辖区重大风险源头化解,将调解工作摆在前面,暂缓立案,运用“智慧调解系统”,通过智能语音、智能识别等技术,快速便捷地完成案件信息的采集,以乡村本土化的司法手段化解矛盾,同时记录相关数据。现代信息技术为纠纷化解提供了更为高效的途径和更加多样的方式,大数据的汇总整理和统计分析也让当事人对矛盾纠纷有了更加准确的评估和预判,更为基层法院准确定位矛盾纠纷源头提供了技术便利,市域治理下智慧联动的信息技术以便捷、高效、精准、客观的优势,构建起数据融合、共享、预判于一体的智能化审理新模式。同时,基层法院还应推进矛盾纠纷化解的类案智审平台,通过智能化手段从源头感知、预判、分析、化解风险,提高基层法院查明事实、化解纠纷的便捷性和准确性。

^① 参见曹建军:《诉源治理的本体探究与法治策略》,载《深圳大学学报》2021年第5期。

如前所述,对基层法院参与社会治理的互动分析,可知市域治理下多元主体共治解纷、资源整合下基层法院多元化解纠纷以及市域治理下基层法院智能解纷的路径,这都体现了基层法院在参与社会治理的过程中立足审判职能准确查明事实、实质化解纠纷的职能。因此,有必要基于基层法院参与社会治理互动这一视角,重构案件下放的标准要素。

三、案件下放标准认定的要素重构

基层法院参与社会治理互动视角下的准确查明事实、实质化解纠纷从地域空间的视角解释了现行案件下放标准在司法实践的适用困境,无论市域治理下的多元主体共治,还是基层治理主体资源的多元整合,均体现了地域空间下多元主体资源的整合和有效补给,也直接影响到案件下放标准的考量因素,因此有必要从基层法院参与社会治理互动的视角,结合影响互动的地域因素来重构案件下放的具体标准。

(一) 要素识别: 案件下放标准影响要素的内在逻辑

纠纷的发生和解决与地域存在关联,地域对司法的影响体现在地理环境形态重塑导致纠纷发生类型不同,地域文化、习惯反映在纠纷解决中影响着对待纠纷的态度以及纠纷解决机制的适用。^①诉讼标的额、案件影响范围、案件类型、案件繁简程度作为案件下放标准的考量因素,需要与地域空间相结合,将基层法院参与社会治理互动的优势渗入到下放标准的识别中。

现行案件下放的运行主要以案件标的额作为识别要素,即案件标的额作为先行下放的判断标准,诉讼标的额本身即是量化的概念,因此其作为确定级别管辖的标准具有明显的确定性,在一定程度上能综合体现案件繁简程度和案件影响范围,但诉讼标的额不能完全代表案件的疑难复杂程度,当事人之间民事纠纷所反映出来的需要裁判保护的实体利益的大小与案件标的额并非完全呈正相关,^②诉讼标的额并非影响案件下放的唯一决定性因素,除此之外,案件类型、案件影响范围、案件繁简亦是主要因素。

第一层分析:若存在案件标的额和案件类型要素,案件影响范围和案件繁简程度就是决定案件下放标准的重要因素;若不存在案件标的额和案件类型要素,案件影响范围和案件繁简程度对案件下放的标准认定影响不大。

案件繁简程度虽在概念上较为明确,即包含案件事实的复杂程度、当事人权利义务的明确程度以及当事人争议的牵连程度和复杂程度,但不好具体量化,是一个动态变化的过程,立案阶段对繁简的判断实则是一种形式化、静态化的判断,^③难以作为衡量标准。

^① 参见韩宝:《地域与认同之于纠纷解决的意义初探——基于我国西北地区的考察》,载《甘肃政法学院学报》2013年第3期。

^② 参见占善刚:《科学配置民事诉讼第一审程序的逻辑起点》,载《法学评论》2022年第2期。

^③ 参见左卫民、靳栋:《民事简易程序改革实证研究》,载《中国法律评论》2022年第2期。



案件繁简程度与当事人之间的事实争点、法律争点有直接联系,在案件受理时只能作出大概判断,很难达到准确的程度。^①同时案件影响范围也是笼统概念,其虽能体现于案件本身的涉及面、案件处理结果对社会产生的影响、社会关注度等因素,但也缺乏客观的标准,对其认识具有很强的主观性,^②并且案件影响的范围往往是在案件审理过程中逐步呈现的,在案件受理时通常只能作出初步判断,不一定符合客观实际。

第二层分析:案件事实查明和实质化解纠纷与案件下放影响因素之间的关系。若因素影响案件下放程度,那么查明事实和化解纠纷的效果好;若因素未影响案件下放的程度,查明事实和化解纠纷的效果降低,但特别之处在于,当案件标的额、案件类型均满足案件下放标准时,即使其他影响因素不满足下放标准,查明事实和化解纠纷的效果也较好。

通过上述分析可知,诉讼标的额和案件类型是影响案件下放标准认定的主要要素,这两种要素与准确事实查明和实质化解纠纷呈正相关关系,在认定案件下放标准时,应以此作为案件下放首先考量的要素。

(二) 要素确立:案件下放标准“三要素”的厘定

1. 诉讼标的额要素的动态调整。现行案件下放的诉讼标的额以 5 亿元、1 亿元作为界限标准,在上文综合考察案件下放数量、案件受理数量与当地经济发展指标、司法资源投入情况后,以标准下放至基层法院的案件数量较少,且与地区经济发展水平呈大致正相关。这意味着在我国经济发展速度快且存在不平衡性的实际下,经济发展较快的省份下放案件数量较多,经济发展较慢的省份下放案件数量较少,统一的案件下放标准在全国范围内呈现出不同的司法样态。通过统计我国具有代表性省份的经济指标,分别为东部 S 省、西部 X 省、南部 Y 省、北部 J 省,对诉讼标的额与下放案件数量的关系进行分析。

表 3 部分省份 2020 年、2021 年地区经济指标

省份	2020 年地区生产总值(亿元)	2020 年居民人均可支配收入(元)	2021 年地区生产总值(亿元)	2021 年居民人均可支配收入(元)
S 省	73, 129	32, 886	83, 096	35, 705
J 省	12, 311	17, 318	13, 235	19, 605
Y 省	24, 521	16, 792	27, 100	18, 851
X 省	13, 797	13, 225	15, 983	15, 342

近年来,我国经济发展总体上保持上升态势,但各地区发展并不平衡,比如,东

① 参见单国军:《以诉讼标的额为基础标准确定民事案件级别管辖的适用与完善》,载《法律适用》2007 年第 6 期。

② 参见黄川:《民事诉讼管辖制度研究——制度、案例与问题》,中国法制出版社 2001 年版,第 125 页。

部 S 省、南部 Y 省较西部 X 省、北部 J 省上升指数高、数值差距大（见表 3）。考虑试点在全国范围内开展，按照现行诉讼标的额标准，在东部地区省份案件下放效果应与当地经济发展水平相匹配，相对符合预期，而在南部、西部和北部地区案件下放的效果或许未达预期，因此应进一步明确是否确有必要细化案件标的额标准。

诉讼标的额大小作为配置各级法院受理案件的标准符合民事诉讼程序分层的逻辑起点和基本原理，可量化、明确性、易识别是案件标的额的直接属性，有学者将诉讼标的额定义为原告以诉的方式请求法院裁判保护的权益或法的地位在请求得到支持时所直接享受的金钱数额评价上的利益，其评价因素是原告胜诉时获得利益的大小，将诉讼标的额较大的案件上行至较高级别法院审理在一定程度上体现了当事人所受到程序保障的厚重性，因其实体利益通过高级别法院所保护的可能性更大，较低层级法院受理诉讼标的额较小的案子并未否定给予当事人程序保障的正当性，而是在司法资源有限的环境下寻求资源合理配置的必然选择。影响诉讼标的额的因素包括社会因素和级别管辖分层的内在逻辑：社会因素是国民总收入、居民消费水平和居民消费价格指数，这其中还涵盖了物价水平、人均收入水平、社会剩余财产数量等因素；内在逻辑主要指的是不同层级法院按照各自职能通过多层次的诉讼程序审理各自区域内纠纷案件。分层的内在逻辑是立法者综合考虑各方面因素的结果，符合我国地理空间分布特点和两便原则。而社会因素则具有极大的动态变化特点，如坚持严格的立法适配性观点，要求每一时期的案件标的额均需与时下经济发展指标一一对应，会导致对法律规定的高频修改，考虑到我国经济发展速度以及立法稳定性、立法技术、立法效率及民主集中制的特点，实践上无法实现如此高强度的立法工作。

因此，从设置诉讼标的额标准的必要性上，其需既符合我国立法传统和立法原则，又具备本身可量化、确定性的特点，故综合考量经济发展与立法意图，可对诉讼标的额基数进行区域范围内的动态调整：地区经济发展水平较高的省份可按照现行标准确定案件下放的标准，地区经济发展水平相对缓慢的省份可根据自身情况进行动态调整（见表 4）。

表 4 全国各省法院普通一审民商事案件级别管辖标准

行政区域	法院级别	当事人住所地情况	
		均在或均不在受理法院所处省级行政辖区	一方住所地不在受理法院所处省级
北京、上海、江苏、浙江、广东、河北、河南、湖南	高级人民法院	≥ 50 亿元	
	中级人民法院	≥ 5 亿元	≥ 1 亿元
	基层人民法院	< 5 亿元	< 1 亿元



续表

行政区域	法院级别	当事人住所地情况	
		均在或均不在受理法院所处省级行政辖区	一方住所地不在受理法院所处省级
天津、山西、内蒙古、辽宁、安徽、福建、山东、湖北、广西、海南、四川、重庆、贵州、陕西、新疆	高级人民法院	≥ 50 亿元	
	中级人民法院	≥ 1 亿元	≥ 5000 万元
	基层人民法院	<1 亿元	<5000 万元
吉林、黑龙江、江西、云南、甘肃、青海、宁夏、西藏	高级人民法院	≥ 50 亿元	
	中级人民法院	≥ 5000 万元	≥ 3000 万元
	基层人民法院	<5000 万元	<3000 万元

2. 案件类型要素。案件类型从属性上可以划分为人身关系类、财产关系类。基于基层法院参与基层治理的互动,基层法院对某些特定类型的案件具备天然的管辖优势,在基层法院管辖第一审案件的基础上,推动特定类型案件下放至基层法院审理,有利于管辖权下移基层法院并向诉源治理层级传导,也便于当事人诉讼,有利于整合多元治理力量化解纠纷。

目前的基层社会除了传统的土地、家事、乡邻纠纷之外,新型纠纷类型不断出现,这代表着基层治理的复杂化和多样化。从 S 省 D 市基层法院 2021 年的案件受理情况看,数量占据前几位的案由为民间借贷纠纷、离婚纠纷。金融借款纠纷、买卖合同纠纷、机动车交通事故责任纠纷、物业服务合同纠纷等与传统意义上的乡村纠纷不同,若将传统纠纷定义为内生型纠纷,现在纠纷类型逐渐扩展向外向型纠纷。内生型纠纷通常发生于本区域的人事,例如婚姻家庭、继承、排除妨害、土地承包经营等,外向型纠纷通常指这一区域外的人事与本区域所发生的纠纷或者这一区域的人事在这一区域之外与他人发生的纠纷,例如数量占据前几位的金融借款、买卖合同纠纷等。

表 5 S 省 D 市基层法院 2021 年部分受理案件纠纷类型情况分析

案件类型	证据充分	事实争议	是否经过其他主体调解	调解与最终裁判结果的关系度 $P(0 < P < 1)$
民间借贷纠纷	是	借贷事实争议小,借贷数额争议大	否	0
离婚纠纷	是	分居事实争议小,抚养、财产争议大	一般否,部分是	0.3
金融借款合同纠纷	是	借款事实及金额争议	否	0
买卖合同纠纷	是	合同订立事实争议小,欠款数额争议大	否	0

续表

案件类型	证据充分	事实争议	是否经过其他主体调解	调解与最终裁判结果的关系度 $P(0 < P < 1)$
物业服务合同纠纷	是	争议大	是	0.8
土地承包经营类纠纷	不充分	争议大	是	0.9
机动车交通事故责任纠纷	是	责任认定争议小, 赔偿数额及比例争议大	一般否, 部分是	0.3
继承纠纷	不充分	争议大	是	0.98
人身损害赔偿纠纷	是	责任认定争议小, 赔偿数额及比例争议大	一般否、部分是	0.3
名誉权纠纷	不充分	争议大	否	0.25
群体性纠纷	是	争议大	是	0.75

对 S 省 D 市基层法院案件类型具体情况进行统计分析后发现, 数量占比较大的民间借贷纠纷、金融借款合同纠纷、买卖合同纠纷虽通常情况下证据较充分, 但争议较大, 当事人首先不会寻求其他组织先行调解, 而是直接诉诸法院 (见表 5)。这是因为在基层社会环境的不断变化下, 基于内生型熟人之间的借贷、借款、买卖发生的争议逐渐减少, 双方当事人往往处于不同地域, 在超出一定地域范围后基层治理主体治理效能的发挥受到阻碍, 即便所在村、社区主动介入调解, 双方当事人也因缺少共同话语和共同价值而寻求司法救济。

婚姻家庭、继承类纠纷属于家事纠纷, 家事纠纷主要系发生于家庭成员之间经济或生活往来中的纠纷, 其诉讼中表现为审限长并伴有亲情、面子等情感因素, 当事人双方在往来中通常不注意证据保存, 导致证据难以认定、查明事实难, 此类案件高层级法院若分配较多资源查明事实不利于司法资源的合理配置, 而由基层法院审理则更具便利性。从情理和法理的角度, 家事纠纷重在多元调解, 法官在情与法之间往返, 法官需要运用柔性的司法实现法律的刚性需求, 以和为贵、刚柔并济的纠纷化解思维不仅需要法官专业知识和诉讼策略的支持, 更需要其他调解组织的多元化解和疏导, 将这些案件下放至基层法院审理, 发挥基层治理主体与司法联动的活力, 从而促进基层治理资源和司法资源的深度融合, 实现通过一个审级一次性化解纠纷。^①

物业服务合同纠纷的双方当事人通常属于同一区域, 且此类纠纷证据较为充分, 事实认定简单, 业主方在作为被告时往往主动与提供物业方建立联系, 因此该纠纷调撤率高。同时, 若物业纠纷形成群体性纠纷, 开发商和政府部门会介入调查, 由此形成多元主体合力化解纠纷的势态。

① 参见任重:《民事纠纷一次性解决的限度》,载《政法论坛》2021年第3期。



土地承包经营类纠纷具备季节性、地域性等特点,法院基于种植、养殖等时令性因素考虑,对土地承包中涉农案件一般秉持优先从快处理的原则。此类纠纷多发生于乡村,当事人双方通常是街坊、邻里,熟人纠纷下当事人对村自治组织参与纠纷处理具有情感上的认同性,并且传统权威在乡村社会中具有当然的正统地位,同时基于诉讼成本考虑,选择村小组、村委会调解具有成本低、效率高、便捷的优势。村委会作为基层治理主体对纠纷的发生具有治理职责,当事人更会基于对传统权威的认同而认可村组织作出的调解意见。对于发生在城市中的土地承包纠纷则涉及主体多元,可能包括行政机关、社会团体或保险公司等主体。无论市域治理下多元主体助力纠纷化解还是基层治理单位的先行调解,都会为上述三类纠纷的化解起到排头兵的作用。

综上,对一些证据认定、事实查明等法律适用规则比较成熟的常规案件不适用案件标的额的标准,直接确定下放至基层法院管辖,这一对策可较好解决一部分案件标的额较小但疑难程度不高的案件的级别管辖,既不损害司法公正,又便于基层法院立足当地实际和引入社会力量化解纠纷,同时便于当事人进行诉讼,亦有利于中级法院和高级法院在辖区内发挥监督指导职能。^①从影响因素的关系上看,这一对策实际上体现了案件繁简对案件标的额在适用上的限制。就操作而言,在范围上,这类案件宜限于审判规则较为成熟、审判疑难程度不高、引入基层治理主体多元化解的常规案件。

3. 特定主体为被告要素。居民委员会、村民委员会作为基层群众性自治组织,可以从事为履行职能所需要的民事活动。随着公共行政的兴起,基层自治组织管理职能的社会化、分散化日益明显,居民委员会、村民委员会作为民事主体资格的案件逐渐纳入人民法院的司法审查范围。

在S省D市基层法院近三年受理的以居委会、村委会为被告的案件中,以居委会、村委会为被告的案件逐渐增多且纠纷类型由土地承包经营、宅基地使用到涉集体项目的承包、经费使用及村集体侵权案件。案件结案方式以调解结案为主,整体上以调解、撤诉方式结案的案件占比较大,这与基层群众性自治组织的群众性、自治性的本质属性密不可分,村、居委会的群众性意味着其提供的管理和服务要体现乡镇意志与村民意志。自治性意味着村、居委会扮演着双重角色,既要在自治范围内提供公共服务,完成自身职责,又要贯彻上级的方针政策……管理和行为,^②而此类行为并不能归于单纯的自治行为,因其自治性角色下重叠了委托治理属性。除此之外,以村、居委会为被告的案件往往具有地域性、群众性,其中以涉诉信访类群体性案件居多,基于

① 参见单国军:《以诉讼标的额为基础标准确定民事案件级别管辖的适用与完善》,载《法律适用》2007年第6期。

② 参见王方东、沈瞿和:《公共服务背景下再议村民委员会作为行政诉讼被告资格》,载《行政与法》2010年第2期。

妥善处理纠纷、避免涉诉信访的政治稳定性考虑,由基层法院审理此类纠纷更有利于将纠纷化解在源头。从地域管辖的角度,以村、居委会为被告的案件通常由基层法院管辖,但不排除上行至中级法院管辖的可能,明确此类主体为被告案件的管辖,可在一定程度上发挥中级法院区域性指导纠纷解决的职能,从而使中级法院审理较为尖锐社会矛盾、反映当事人需求和社会舆论更为强烈的案件。

(三) 要素重构: 案件下放标准认定的类型化演绎与动态调整

1. 案件类型化。以诉讼标的额为基准按区域进行恒定与动态调整的基础上,对案件下放标准按照案件类型化的方式进行划分,明确不同情形下放的具体案件类型,为案件下放提供统一的要素标准选择(见表6)。

表6 案件下放标准认定的类型化演绎

案件类型	案由区分	类型区分	原告诉讼请求内容区分	事实认定	证据充分	法律适用
婚姻家庭纠纷	离婚纠纷	离婚型	1. 不同意离婚, 对分居事实、感情是否破裂有争议; 2. 同意离婚, 对婚姻关系合法性、分居事实无争议, 仅就财产债务分割内容、分割比例及子女抚养权归属、抚养费比例或给付时间的任意一种及多种存有争议	√	√	×
		离婚 + 财产债务分割 + 子女抚养型				
	婚约财产纠纷	返还彩礼型	1. 同意返还, 仅就返还数额或损失有争议; 2. 不同意返还, 对是否属于彩礼性质有争议	√	×	×
		返还彩礼 + 赔偿损失型				
	离婚后财产纠纷	离婚时有夫妻共同财产遗漏未处理或难以处理	1. 有离婚协议: 对离婚协议的真实性、离婚协议中财产分割内容、分割比例、是否属于夫妻共同财产任意一种及多种存有争议; 2. 无离婚协议: 对离婚判决中未分割财产是否属于夫妻共同财产、分割内容、分割比例任意一种及多种存有争议	√	√	×
		基于离婚协议引发财产纠纷的处理				
	离婚后损害责任纠纷	精神损害赔偿型	1. 同意赔偿, 仅就赔偿数额有争议; 2. 不同意赔偿, 对是否有过错、过错程度、赔偿数额任意一种及多种存有争议	√	×	×
		物质损害赔偿型				
		物质 + 精神赔偿型				
	婚姻无效纠纷	确认无效型	1. 对是否存在无效事由有争议; 2. 确认无效, 仅就是否应予赔偿及赔偿数额有争议	√	√	×
		无效 + 赔偿型				
	撤销婚姻纠纷	撤销婚姻型	1. 对是否存在撤销事由及撤销权行使期限的任意一种及多种有争议; 2. 撤销婚姻, 仅就是否应予赔偿及赔偿数额有争议	√	×	×
		撤销 + 赔偿型				
	夫妻财产约定纠纷	约定分割型	1. 要求按夫妻财产约定给付相应财产; 2. 财产约定形式上、实质上任意一种及多种有争议	√	√	×



续表

案件类型	案由区分	类型区分	原告诉讼请求内容区分	事实认定	证据充分	法律适用
	同居关系纠纷	同居析产型	1. 同居关系无争议, 仅就财产分割内容、分割比例、子女抚养权归属、抚养费金额任意一种及多种有争议;	√	√	×
		子女抚养型	2. 对同居关系是否存在有争议			
	抚养纠纷	身份权属 + 金钱给付型	抚养关系无异议, 对抚养权归属、抚养费数额、给付时间、方式任意一种及多种有争议	√	√	×
	赡养纠纷	身份权属 + 金钱给付型	赡养关系无异议, 对赡养权归属、赡养费数额、给付时间、方式任意一种及多种有争议	√	√	×
	收养关系纠纷	确认型	1. 收养关系有异议;	√	√	×
		解除型	2. 收养关系无异议, 仅就生活费、教育费的给付时间、数额、方式任意一种及多种有争议			
	监护权纠纷	确定型	对确定、变更、撤销监护人的主体资格及适用情形存有争议	√	√	×
		变更型				
		撤销型				
	探望权纠纷	身份权属型	对探望子女的方式、时间、排除探望事由的任意一种及多种有争议	√	√	×
	分家析产纠纷	身份权属 + 财产分割型	对家庭共有财产范围、财产共有人资格、分割方式、分割比例任意一种及多种有争议	√	√	×
	婚内夫妻财产分割纠纷	财产分割型	对婚内财产是否属于分割共有物、分割内容、分割比例、分割事由任意一种及多种存有争议	√	×	×
继承纠纷	身份权属 + 财产分割型		要求就继承人主体资格、继承人单方放弃继承后反悔、被继承人遗产范围、分割比例、多分、少分事由任意一种及多种有争议	√	√	×
物业服务合同纠纷	合同纠纷型		1. 要求给付物业费, 对物业费计算依据、逾期缴纳物业费的违约金、物业方服务质量瑕疵的任意一种及多种有争议;	√	√	×
	侵权纠纷型		2. 要求支付物业方因过错责任导致侵权损害赔偿, 对是否存在过错、过错程度、赔偿数额任意一种及多种有争议			
土地承包经营纠纷	土地承包经营纠纷	权属确认型	1. 权属型: 双方当事人均为同一集体经济组织成员, 村集体就同一土地进行发包; 2. 土地补偿费少发、不发, 补偿标准不一	√	√	×
		补偿费分配型				
		权属继承型				
	土地承包经营权合同纠纷	土地流转型(转让、互换、入股、抵押、出租)	1. 无书面土地流转合同; 2. 土地流转未报备; 3. 土地互换期限约定不明; 4. 经济利益驱动违反合同约定	√	√	×
群体性纠纷	不以特定类型为主, 具备群体性、暴发性、涉诉信访性			√	√	×
被告主体	以村民委员会、居民委员会为被告的案件			√	√	×

2. 案件类型的动态调整。不同区域的经济水平影响案件诉讼标的额因素的动态调整,在确定何种类型的案件进行下放的同时,还需要融入动态调整的视角,不同地区有案件发生场景上的差异性,例如某地一定时期内离婚案件较多,但在离婚案件上升至一定瓶颈时,离婚案件数量呈下降趋势,随之而来下放至基层法院的离婚案件数量亦相应减少,此时高级人民法院应因地制宜、结合地区案件类型与基层法院参与社会治理的互动效果进行动态调整。

总而言之,案件下放既不是将案件简单的一放了之,更不是一揽子下放,案件下放作为案件分流、精准化解纠纷的改革举措,应由作为事实审最充实的基层人民法院完成,特殊类型案件的识别往往在与普通案件的对比过程中才更凸显其意义,基层人民法院的受案范围应当是审级制度改革的基础性工程。

结 语

审级制度改革下的案件下放,其真正的价值是发挥四级法院审级职能定位,使各级法院各司其职,改变平行的“柱形”结构模式,建立“金字塔形”的案件结构模式,而并非简单下放案件,更非激化基层法院人案矛盾。现行案件下放标准单一、局限,未能达到司法权下沉的应然效果,亦未能落实基层法院职能定位的要求。经济基础决定上层建筑,社会治理格局下政治生态的稳定要与市场经济的平稳运行相适应。促进经济效率是法律制度的目标之一,下放标准改革方案的设计需要从经济运行的角度分析,合理的方案设计应促进司法资源的有效配置。重构案件下放标准,能够激活基层法院准确查明事实、实质化解纠纷的审级职能定位,让人民群众在司法案件中切身感受到公平正义。

(责任编辑:刘文文)



论凶宅交易与不动产买卖合同的效力

孙良国 李开霖*

内容摘要：凶宅交易虽然数量不多，但易生大的对抗与争议。作为规范问题，凶宅应限于出现非正常死亡的房屋。该类法律纠纷的解决主要系于不动产买卖合同的效力，在合同义务配置上，赋予卖方披露凶宅信息义务而非买方询问义务符合既有的社会道德要求，也符合效率命题，卖方应承担凶宅交易不能的风险和损失，因其是以极低成本避免可能损失的主体。赋予双方混合义务不应具有普遍意义。合同效力上，未披露凶宅信息的不动产合同有可撤销合同和有效合同两种解释路径，前者买方可以通过欺诈、重大误解制度撤销合同，基于道德说服力和司法实践适用其他制度的障碍，欺诈制度是惯常救济手段，而后者买方可以通过合同解除制度或价格调整制度实现合理预期。

关键词：凶宅交易；披露义务；社会道德；效率；合同效力

引言

凶宅一直以来都是民间比较忌讳的问题，在法律上也存在较大争议。凶宅的事实或大或小地影响人们的交易决策以及交易决定条件，尤其是价格。因凶宅交易而发生的争议非常敏感，处理起来也十分棘手，故而应当权衡各种法治价值进行法律适用。在我国城镇化的过程中，现代法律如何对待凶宅问题，也考验着现代法治和现代司法的操作技巧。此种分析能够总体反映国内有关该类问题的当事人争议焦点和民事审判情况，从而为此类纠纷的裁判提供根据并借此反思理论问题。当然，基于分析的简便同时不影响分析的准确性和科学性，本文所言的“卖方”不仅仅是房

* 孙良国，吉林大学法学院教授、博士生导师；李开霖，吉林大学法学院博士研究生。

基金项目：本文系国家社科基金重点项目“基于类型化的违约损害赔偿计算的公式化研究”（22AFX014）的阶段成果。

屋交易的卖方，也包括租赁合同中的出租方以及侵权责任纠纷中的侵权行为人；“买方”不仅仅是房屋交易的买方，也包括租赁合同中的承租方以及侵权责任纠纷中的受害人。

依托“把手科技”案例检索网站，笔者收集了所有与凶宅有关的案例，并对其进行了较为具体的分析。截止日期2018年5月12日，以“凶宅”为关键词，判决类型为民事判决书和民事裁定书，共检索到128件案例。而以法院是否对凶宅问题表明态度为标准，经过甄别，只有51件案例与本文所论之凶宅真正相关，从案由看，买卖合同纠纷26件，租赁合同纠纷10件，^①居间合同纠纷5件，侵权责任纠纷10件；从审理法院级别看，基层法院28件，中级法院21件，高级法院2件；从审级看，一审29件，二审21件，再审审查与审判监督1件。余下的77件案例中，1件为重复录入，其余的案例或者彻底与凶宅无关，或者仅在其他诉讼过程中涉及“凶宅”这一词语。本文以该51件案例为样本，拟从凶宅的概念界定、义务的分配、合同的效力对凶宅问题进行分析，为妥善解决《民法典》框架下的凶宅交易纠纷提供思路。^②

一、“凶宅”的界定与法律意义

凶宅是生活用语和描述性用语，其重在生动地表述交易房屋的某种特点，而非法律概念，但具有相当强的规范内容。因此，我们不可能期待在法律条文中发现“凶宅”的概念或者术语。从根本上说，法律规范必须具有抽象性和一般性，具体的民间用语是否具有法律意义要看该现象是否要被涵摄入法律术语或者法律概念中以获得意义。因此，有些法律人甚或法官常言“法律未规定凶宅以及凶宅交易的处理”，这一表述本身就是一个伪命题，因为在法律文本中就不可能出现此概念。然而，法律认真对待凶宅交易自身依然具有相当的法律意义。主要因为：第一，凶宅是客观存在的，凶宅交易在私法交易上占有一定的较小比例；第二，在凶宅交易中，由于所涉利益较大，双方当事人的预期较为不同甚或有根本差异，双方行为往往会比较极端，处理不好会引发非常严重的矛盾、冲突甚或对抗；第三，凶宅交易不仅涉及买卖合同双方当事人（或者租赁合同双方当事人），也涉及房屋中介机构及其背后房屋中介市场的规范化。作为政策判断，必须对凶宅进行一定的界定才能够准确解决纠纷，同

^① 实际上，在法院划分的案由中，有2件案例是物权纠纷，但经过案件分析可知，其属于租赁合同纠纷，故笔者将其放在了租赁合同的案由中，特此说明。

^② 需要说明的是，为了分析凶宅的判断，在必要时笔者也会涉及明显不是凶宅的案例。



时避免任何一方机会主义地利用所谓的传统风俗习惯,转嫁市场风险。同时,法律不能使该概念过度宽泛,避免诉讼爆炸。基于上述因素的考虑,对凶宅的界定要充分考虑以下几个因素:

第一,符合人们的合理预期。凶宅不会因为法律的态度而从人们的观念意识中抽离或者消失。在传统观念中,凶宅不仅会影响到一般人的主观感受,而且会影响到人们决定是否进行交易以及以何种条件或者价格进行交易。从既有判决的内容观察和总结,无论系争案件的当事人还是人民法院都可能认为,将住宅表述为凶宅可能是“封建迷信”。因此需要对凶宅是否属于“封建迷信”予以阐释。不可否认的是,封建迷信与社会禁忌(taboo)不同。社会禁忌是指社会一般意义上不得做的事情,其通常不能用自然科学的原理来解释,且与封建迷信有本质区别:首先,这种禁忌并不直接侵害他人利益;其次,这种禁忌普遍存在,并不会破坏社会秩序。但在实践中,部分法院认为“凶宅”等有违科学认知。^①该判决将人从具体的社会语境中过度抽离,将法律视为自然科学认知的产物,不符合法律的基本价值判断和理性缔约人之状态。

第二,不能完全受制于无边际的社会习俗。社会习俗如果意欲获得法律的承认或者保护,其必须符合或者至少不违反现代法治的价值。我国幅员辽阔,社会习俗在不同时间或者地区具有截然不同的内容。有的社会习俗明显超越了社会可容忍的禁忌范围,甚至对社会产生不利的影响或者对他人权利造成损害,如“大义灭亲”等。在城市中,部分小区可能会建立在原有的墓地或者刑场上,而有的人会将建设在这些小区的房屋视为“凶宅”或者不吉利的象征,此时,社会习俗就逾越了法治的可容忍范围。也有的社会习俗可能将风水先生的说法、^②个人封建迷信如“房有白鬼”、^③原所有人离婚的事实、^④在房屋门口或墙上涂抹红漆或污秽物^⑤以及房屋有受损情况^⑥作为认定凶宅的依据,但法律以及法院均未对其予以肯定。

① 参见吉某诉张某合同纠纷案,上海市杨浦区人民法院(2012)杨民四(民)初字第1316号民事判决书。

② 参见武锡凤等诉王艳等农村房屋买卖合同纠纷案,辽宁省本溪市中级人民法院(2013)本民一终字第00276号民事判决书。

③ 参见李金山等诉张庆旺等农村房屋买卖合同纠纷案,北京市顺义区人民法院(2014)顺民初字第11504号民事判决书。

④ 参见赵文龙诉王琼房屋买卖合同纠纷案,北京市第一中级人民法院(2015)一中民终字第02519号民事裁定书。

⑤ 参见上海太平洋房屋服务有限公司诉宋志勇居间合同纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2014)浦民一(民)初字第22094号民事判决书;朱明珍诉周蓉飞、徐齐法债权人撤销权纠纷案,绍兴市上虞区人民法院(2015)绍虞商初字第1547号民事判决书。

⑥ 参见芜湖中燃城市燃气发展有限公司、合肥大维装饰工程有限公司诉康俊清健康权、财产损害赔偿纠纷案,安徽省芜湖市中级人民法院(2013)芜中民一终字第00525号民事判决书;杨某某诉赵某某离婚纠纷案,北京市昌平区人民法院(2014)昌民初字第03130号民事判决书。

第三,不能引发滥诉。如果法律所认定或者允许的范围过宽,就会有大量的不必要诉讼出现,从而无端增加诉累。不仅如此,过多诉讼也会增加诸多机会主义行为,即仅为自身利益最大化而使社会利益遭受较多损害。在美国,部分法院过于扩大凶宅的范围,导致大量的“场所外条件”(off-site conditions)被纳入其中,而不仅仅局限于所售财产之界限,这些条件包括了诸如“吵闹的邻居到附近倾倒有毒物质”等情形。在 *Shapiro v. Sutherland* 案中,法院甚至认为,如果与侵扰有关的事实对财产的价值和可欲性产生重大影响,卖方即负有普通法和制定法上的披露全部信息的义务。^①

第四,塑造合理的预期。随着社会的不断变革,人们的预期也在不断地进行调整。在实践中,影响人们交易决策的因素有很多,如小区所在地的位置、小区房屋的周边环境甚或邻里关系,但这些过于遥远的因素并不能成为凶宅的判定因素。现实中也存在当事人以房屋的前所有人邻里关系不好、房屋曾经被涂抹污秽物、警察经常上门为由主张凶宅的案件,^②这与塑造合理的预期因素有根本差别,法院也均未支持,这是明智的选择。更为重要的是,人的正常的生老病死均属于社会可接受的范围。因此,对于家庭成员或者房内成员的正常死亡,作为一般意义上的当事人应当可以接受,因为任何人都可能会遇到这种情况,并且其通常并不会引发一般人的过度反应。尽管有人对于他人正常死亡在房间的情形也很难接受,但其应当对此予以容忍,否则只能自己承担相应损失。

第五,即使在西方,也同样存在着类似“凶宅”等的观念。例如,在 *Reed v. King* 案中,卖方没有披露在其所售房屋中曾发生数起谋杀的信息。加州上诉法院认为,谋杀事实会影响买方的购买意愿,并进而影响到房屋的价值。因此,若卖方知晓在其所售房屋中曾发生过此种犯罪,就应当对此予以披露。^③当然,这并不代表所有法院在此类问题上都持相同或相似立场。

因此,真正能够进入法律视野范围内的“凶宅”^④应当是“在其中出现过非正常死亡”的交易房屋。在既有的 51 件案例中,具体情形如表 1 所示。

^① See 76Cal. Rptr.2d 101.

^② 参见上海太平洋房屋服务有限公司诉宋志勇居间合同纠纷案,上海市浦东新区人民法院(2014)浦民一(民)初字第22094号民事判决书。

^③ See 193 Cal.Rptr.130 (Ct. App.1983).

^④ 需要说明的是,在判决主文部分,尽管法院可能未必使用“凶宅”一词,但笔者认同的处理方式是,如果其不认为合同的履行有瑕疵而不使用瑕疵履行裁判,而认为应当披露该信息,就推定其认为该房屋为凶宅。



表 1 样本案例的情形分类

类型	理由		数量(件)	是否认定属于凶宅
正常死亡	因病死亡	陈尸多日散发恶臭	1	是
		正常因病死亡	1	是
		脑梗死亡、癌症死亡等其他因病死亡	5	否
	年老死亡		1	是
非正常死亡	自杀、因火灾而被烧死、煤气中毒、他人凶杀、庭院被杀、他人自杀在自己栅栏上		28	是
	酒后死亡、煤气中毒、死亡时间久远、死亡地点不在屋内		7	否
其他原因	邻里关系差、污秽物、警察上门、发生绑架案件、切割手指、流产、房屋受损、离婚		8	否

通过表 1 可以看到，相关法院在这类问题上并没有达成一致认识。因为凶宅在各地界的界定和敏感度并不完全相同，发生的数量也不尽一致。第一，在存在非正常死亡的 35 件案例中，约 80% 的房屋被认定为凶宅；第二，在存在正常死亡的 8 件案例中，仅有 3 件法院认为所涉房屋构成凶宅，其余 5 件法院均认为涉案房屋不构成凶宅；第三，如下文所述，某些特殊因素可能会改变凶宅的固有含义。

为了简化问题的讨论，笔者对本文所使用的术语进行了限定：其一，死亡通常来讲应当有死亡的结果，或者即使没有死亡的结果，也应当有杀害人的行为；其二，死亡必须是非正常死亡，既包括上吊等自杀行为也包括被他人凶杀的情形。这一限定自然排除了以下几种情况：第一，排除房屋之外的周边环境中属于“非正常死亡”的情况，因为若如此扩张将会导致过多诉讼，故即使是在邻居家曾发生过类似情况，也不能主张自身交易效力的瑕疵；第二，排除了不属于死亡的情况，因此诸如抢劫等较多发生的暴力犯罪不会被纳入此列。但在实践中，法院会做出几点必要的可控性拓展：其一，凶宅问题可能会涉及到发生在房屋院落中或者院落栅栏上的他人死亡的情况，此时法院会将具体房屋的空间扩张至个人庭院或者栅栏；其二，如果房屋交易涉及重要的如结婚等事项，此时基于共同的可接受的社会习俗，法院也会相应地对交易房屋的条件作出更高的要求，如要求房屋内没有发生死亡事件（包括正常死亡）等；其三，对于在房屋中出现“煤气中毒”等事件是否属于非正常死亡的情形，不同法院有其各自的理解，有的法院认为“被告之弟一氧化碳中毒死亡系意外事件，并非凶杀、自杀等非正常死亡事件，与风俗中所谓‘凶宅’之说不尽一致，故原告诉称相悖于‘公序良俗’主张，既缺乏法律依据，也与善良的社会风俗习惯相背离，

不应得到提倡”^①。也有法院认为“我国人无论是购置房产还是租赁房屋都讲究风水的好坏，通常情况下都不会选择凶宅居住，被告的母亲在涉案房屋内因煤气中毒死亡，属于非正常死亡，如果被告将此实情相告陈某，陈某承租涉案房屋的可能性极小”^②。

二、“凶宅”买卖纠纷解决的焦点问题：无义务、询问义务抑或披露义务

对于凶宅买卖，实践中最重要的问题是，卖方有无告知义务，或者买方有无询问义务。如果卖方有义务告知买方，则若卖方不披露该信息，就可能构成欺诈。而如果买方有责任询问卖方而未询问，此时由于买方没有尽到自己的义务，故至多构成重大误解，只能独立对损害后果承担责任。对上述法律问题的回答决定着凶宅交易的法律定性和法律效果，法院对此也有不同的意见和争论。

（一）“买者自负”——无披露义务

买者自负原则在相当长的时期内都规范着不动产买卖交易。根据该原则，不动产买卖中的卖方没有义务告知买方财产的实际条件和特征。如果买方想要了解房屋状况，其必须自己亲历性地去调查、了解该信息。该规则的隐喻是，法律允许卖方保持沉默，只要卖方不撒谎，就不承担向买方披露财产瑕疵的义务。该规则得到十九世纪个人主义的支持：在自由市场中，人不能被法律剥夺其优越技能以及合法获得的知识成果。当然，这也与市场放任的政治哲学相一致。根据该学说，若买方信赖了其自身对商品的观察且未从卖方处获得担保，则买方只能获得其已经得到的部分。在美国，直到1941年仍有部分州在贯彻此规则。^③然而，该种规则受到了现代合同法观点的挑战，取而代之的是赋予不动产出卖方以披露义务。

（二）设定义务的基础根据

设定义务的逻辑和根据非常重要，但是对于如何设定义务，学界缺乏一般性的理论研究，而突破口可能在于法律的功能。有学者认为，道德规范、政策以及经验命题都可以作为正当化法律规则的理由，^④笔者赞同这一观点。

如果道德规范意欲在法律推理中发挥作用，其应当符合相应的标准，即“当道德标准与建立、适用、改变普通法规则相冲突时，法院应当适用社会道德。……‘社

① 杜某某诉黄某某房屋买卖合同纠纷案，上海市普陀区人民法院（2013）普民四（民）初字第603号民事判决书。

② 陈某、陈某某诉李某、李某某生命权、健康权、身体权纠纷案，江苏省连云港市连云区人民法院（2017）苏0703民初1509号民事判决书。

③ See Florrie Young Roberts, Disclosure Duties in Real Estate Sales and Attempts to Reallocate the Risk, 34 Connecticut Law Review 3-4(2001).

④ 参见[美]迈尔文·艾隆·艾森伯格：《普通法的本质》，张曙光等译，法律出版社2004年版，第20-61页。



会道德’这一词语植根于社会整体愿望的道德标准和基于正当的方法论而可以被公正地认为已得到社会充分支持的道德标准”^①。根据这一观点,若交易房屋属于凶宅,则依据既有的社会道德或公序良俗,卖方有义务告知买方实际情况。有的法官认为,一般情况下,房屋所有人不可能做到将该信息披露给买方,故法律不能强人所难而使其负担披露义务。笔者认为,该观点在表面上是合理的,因为其背后的理由是:法律不能要求一般人做其无法做到的事情。然而这一理由并无充分根据:一是因为此类问题不应仅仅考虑到凶宅的所有人的利益,更要考虑到买方利益,因为交易所涉及的是双方当事人;二是即使房屋所有人不告知凶宅信息,该具体交易当事人的行为也并不代表符合通常社会道德的要求;三是社会道德是基于社会整体意愿进行的,而非基于处于抽象交易语境中的个人意愿。事实上,类似欺诈等包含高度道德评价性的词汇,具有高度的概括性,其完整意义也只能通过运用道德标准制定更为具体的规则的方式来阐明。^②塞扎纳·谢福林(Seana V. Shiffrin)教授就美国合同法进行评论时明确指出:“尽管法律不应朝向如此执行个人间道德行为的方向发展,但法律的内容应当与促进繁荣的道德行为所必要的条件相一致。美国合同法的一些方面不仅没有支撑道德上体面的人,而且也促成了一种很难被道德上体面的人所接受的法律和社会文化。”^③这样的命题对我国合同法也有积极的参考价值。因此,在社会道德意义上,卖方依然应当据此告知他人凶宅的事实,我国法院也明确肯定了此点。肯定的方式主要有两种:一是从诚信交易的民法基本原则角度对其予以确认;二是从风俗习惯看,对凶宅的抵触“是长期以来形成的‘趋吉避凶’的风俗习惯,并不违反公序良俗,理应得到法律的尊重”^④。当然,我们依然要冷静地看待凶宅交易是否符合公序良俗的问题。在上述凶宅交易裁判中,不披露信息的行为仅在不涉及公共秩序时才能被允许,其只能与善良风俗有关。那么,何种善良风俗能够要求卖方披露凶宅呢?对此,在善良风俗原则的理解上就出现了诸多可能:一种理解是,该善良风俗属于多数人接受的习惯,而人们通常并不会披露这一事实;另外一种理解是,若买方不关注房屋是否是凶宅,就意味着这一信息并不重要,否则其应当主动询问。由此可知,不同的理解和认识会得出不同的结论。

从事物状态上看,政策对整体福利的影响利弊共存。法律适用可能会涉及政策,也可能引用该政策制定出全新的法律规则。政策分为可操作性的政策、关系甚密

① [美] 迈尔文·艾隆·艾森伯格:《普通法的本质》,张曙光等译,法律出版社2004年版,第21页。

② 参见[美] 迈尔文·艾隆·艾森伯格:《普通法的本质》,张曙光等译,法律出版社2004年版,第21页。

③ Seana Valentine Shiffrin, The Divergence of Contract and Promise, 120 Harvard Law Review 710(2007).

④ 程卫强诉平成贝斯特电子(平湖)有限公司财产损害赔偿纠纷案,浙江省平湖市人民法院(2011)嘉平民初字第102号民事判决书。

的信息不对称的政策以及机会主义政策。可操作性政策是指一项法律规则的可适用性不应当依赖于法院无法确定的信息，关系甚密的信息不对称的政策是指法律规则的可适用性不应依赖于仅为当事一方所掌握的信息，机会主义政策是指法律规则不应鼓励利用性行为。^① 尽管证实凶宅的成本有时相对较高或者需要一段持续性时间，且凶宅的信息通常仅由一方当事人所掌握，但其依旧是可以被证实的。因此这一问题的关键在于采用何种政策会产生积极的福利效果。由于上述政策判断均无法提供清晰的指示，法律规则将法律义务施加给何方依然需要进一步明确可操作标准。

笔者认为，此时作为社会福利的效率——成本和收益分析能够为设定法律义务提供最有效的根据。这既是上述分析的下一步要求，同时也与合同法的内在追求相一致：合同法应当促进有效率的交易，或是做大蛋糕，即提高收益，或是降低成本，抑或在降低成本时扩大收益。^②

（三）效率对义务配置的意义

效率是从社会意义上界定的，其既要考虑到每个个体的具体情况，也要考虑到每个个体所承载的抽象意义，即形成一种可欲的交易秩序。法律经济分析在义务设定上的基本原理是，要给予负担最低成本的主体以义务，因为只有通过这种方式才能实现以较低成本获取更大收益的目的。当然，义务设定的具体设计需要通过对义务设定给卖方还是买方的比较进行阐释。

在具体讨论之前，我们首先需要假定两个条件：一是凶宅的比例。假设凶宅的比例是万分之一，而我国大约有4亿套住房，那么全国则大约有4万套凶宅。二是凶宅所有人或者处分人基于自利的考虑一般不会披露该信息。在这两个假定条件的基础上，我们可以作出如下分析：

第一，卖方何以特殊？我国合同法学界通常并不在乎主体的身份意义，而在普通法系国家，买卖各方的身份极为重要。那么，卖方何以获得法律的特殊对待呢？美国著名合同法专家艾森伯格教授指出：“考虑到披露问题，卖方通常有四个突出特征：（1）卖方对其出售的财产信息有非对称的获得能力；（2）该信息通常并非刻意获得；（3）如果卖方不披露该信息就会给不知道该信息的相对方产生损失而非使其放弃获益；（4）即使卖方有披露义务，其也具备充分的激励从而获得财产的有关信息。”^③ 这实际上意味着卖方不仅能够近乎无成本地获得相关财产的信息，而且其本身具有获得有关信息的内在激励。

① 参见〔美〕迈尔文·艾隆·艾森伯格：《普通法的本质》，张曙光等译，法律出版社2004年版，第35-36页。

② 参见〔美〕理查德·波斯纳：《法律的经济分析》（第七版），蒋兆康译，法律出版社2007年版，第132页。

③ Melvin A. Eisenberg, Disclosure in Contract Law, 91 California Law Review 1674(2003).



第二,对比分析。如果将披露义务施加给卖方,卖方披露该信息的成本几乎为零。其主要原因在于:卖方知晓该事实,其是以无成本或者近乎无成本的方式获得该信息。而该披露义务的收益则主要体现在三方面:一是不需要买方进行询问;二是能够使买方基于真实意思来决定是否进行交易或者以何种条件和价格进行交易;三是可以避免未来因此而产生的难以解决的纠纷及其成本,因为纠纷的解决通常会耗费大量谈判成本、情感成本、时间成本等。但卖方披露该信息的成本可能会在于,若卖方披露该信息,房屋极有可能无法完成交易,或者交易价格严重低于市场价格,这可能会导致4万套住房将难以进行交易。对该问题笔者将在随后部分进行论述。

如果我们设定询问义务,买方就必须主动询问,若询问不到位、信息不准确或者询问者不相信对方的披露,买方还需承担进一步求证信息是否准确的成本。总体而言,当买方主动询问卖方其所售房屋是否属于凶宅时,如果卖方对此予以肯定,则可信性极强,交易通常就会到此为止,故成本较低。而如前所述,卖方往往不会做出真实的回答。如果法律赋予买方询问义务,而卖方否认了房屋属于凶宅的可能,那么对此我们可以从两个方面进行分析:如果该回答构成了当事人合同的组成部分,成为“瑕疵担保责任”的一部分,那么其就被纳入了该合同以及合同法的调整范围;如果该回答没有成为合同内容的组成部分,那么当事人的询问义务就不会转化成为买方的任何合同义务。进一步讲,对于买方是否会信赖卖方,也是值得怀疑的。因为正如前文所述,卖方理性的选择就是不提此事或者作出没有此事的表达,故此时询问者不得不认真核实信息的真实性。根据既有的51个案例所作出的统计,买方获得凶宅信息的主要途径有四种:一是与邻居进行交流。由于邻居与卖方或者交易房屋有较多的接触时间和空间,其有更大的几率和较大可能性知晓某些非正常死亡信息,尤其是该死亡招致报警、救护车的情形时。当然,如果不是谋杀之类的非正常死亡,当事人一般可以自行处理,邻居通常也难以知晓该信息。二是向社区进行询问,社区通常会对此类事实有一定掌握。三是通过公安机关。公安机关所掌握的资料最全面也最权威,且非正常死亡事件大多会经过公安机关的处理,如公安机关会调查该事件属于他杀还是自杀等。四是通过新闻媒体。非正常死亡更能引起社会的共鸣和警醒,新闻媒体以及网络媒体往往对此类事实也比较敏感,因此通常会对其进行报道。

以上描述是建立在邻居、社区、物业或者公安机关愿意披露信息的情形下,然而我们知道,即使邻居、社区或者公安机关掌握凶宅的信息,其也并无披露义务。一是法律上没有为其设定此种义务;二是通常也没有相关的激励机制;三是这些主体可能会消极作为,避免披露凶宅事实导致交易不能进行或者诉讼进而招致邻里关系恶化或者卖方的报复。如果买方意欲得到更为准确的信息,则其不得不进行“购

买”。毫无疑问，当事人做这些信息确认和筛选工作需要耗费大量精力和时间，而且搜寻准确信息也会花费较多时间。此外，上述几种途径中有的方式不太可行，如搜寻报纸这种方式，买方通过阅读报纸可能只知道发生的非正常死亡事件是在某个小区而无法确定具体位置的房屋。假设每个人的询问成本是200元，那么这4万套住房的询问成本就是800万元（4万×200）。然而此种举例是不当的，因为如果这是一个重要的问题，就应当按照全国房屋的交易数量来计算，而按照2016年的1200万套房屋的实际交易量来计算，该交易成本是24亿元（1200万×200）。当然，上述成本可能会因为如下事实而变得更大，例如在实践中，卖方可能要与数个甚或更多的人进行谈判才可能会确定一个最终交易的人。假设每套房屋需要与3个人谈判才能够成功交易，则总交易成本为72亿元。当然，并非所有的交易都会发生询问义务，但假设只有10%的人询问，其所产生的成本也会达到7.2亿元（72亿×10%）。当然这还不包括由于不询问所产生的诸多纠纷解决成本。

更为关键的是，不披露会产生较高的社会成本。这些成本可以表现为无效率地收集信息，而这些信息属于重复性的信息，所涵盖的事实也都是已经发生的且被卖方掌握的事实。换言之，这些信息都是分配性的，并不能产生有益于社会的效果。^①

那么买方所获得的收益是什么？实际上，对每个具体的人而言，其没有任何积极收益。因为不购买凶宅或者以其愿意承受的价格购买凶宅本来就是买方追求的结果。

因此，从成本收益分析的角度来看，赋予买受人询问义务的成本是7.2亿元，而收益几乎为零；赋予卖方披露义务，其成本几乎为零，而收益则是避免7.2亿元的成本支出。当然，笔者以上结论是对成本收益的简单化处理，但已经较为充分了。

总之，赋予卖方信息披露义务而非买方的询问义务具有突出的效率正当性。美国著名合同法专家如此界定了披露义务的正当性根据。他将其称之为披露原则（disclosure principle），即法律应当要求披露重要的信息，除非要求披露会产生重大的效率成本，仅产生相对轻微的成本损失不会影响该原则的适用。^②

值得赞同的是，在以上26件买卖合同案例中，有17件案例中的法院认定买方有义务披露非正常死亡的事实，否则构成欺诈或重大误解。

（四）混合义务是否适当

按照上述两个方面论证可知，卖方有信息披露义务，法律并不应当赋予买方询问义务。然而实践并不完全如此。在一个案例中，法院认为：“吴有忠不如实告知其父亲在×××房去世消息，应承担主要过错责任，申姗梅未尽谨慎查询义务，应承

^① See Jeffrey L. Harrison, Rethinking Mistake and Nondisclosure in Contract Law, 17 George Mason Law Review 375 (2010).

^② See Melvin A. Eisenberg, Disclosure in Contract Law, 91 California Law Review 1655-1656 (2003).



担次要过错责任,天天公司作为中介人,未尽谨慎审查义务,也应承担一定的过错责任。综合考虑本案情,认定吴有忠承担50%责任,申姗梅承担30%责任,天天公司承担20%责任。”^①对此,笔者认为,上述判决存在一定问题。该判决可能过于依赖道德直觉的判断:首先,其认为,掌握凶宅信息的卖方确实存在问题,其不予披露该信息构成欺诈;其次,该判决又指出,不能将所有责任都归结于卖方,因为作为买方,若其自身重视此类事情,就应当询问卖方而非被动接受卖方的披露。应当说,这种理解具有非常强的道德性,也可能反映了法官自己的真实推理。如果判决不具有普遍性、一般性,则这一判决结果无可厚非,然而,该判决有以下两点不足为凭,故不具有普遍性意义。首先,该种判决合理的前提在于,买方应当将重要的事情明确化,否则即为违反了对自己的义务,这种义务类似于债法上义务群中的非真正义务。然而,这种预设存在两个问题:一是该问题必须非常突出,以至于通常的买方都会存在内在激励去询问是否为凶宅。而基于凶宅存在比例极低的事实,赋予买方这一义务没有效率的正当性。二是只有在非常特定的语境下才可能将凶宅这一问题明确化、显然化从而作为谈判的条款。比如自己的亲朋好友经历过类似凶宅交易的事实,或者因为结婚等原因而产生过谈判,当然,这也可能依赖于成熟而发达的房地产中介市场。其次,所有的判决都具有一般性意义。如果一旦确认该论述,买方的询问义务就得以被确定,卖方的披露义务则得以被抵消。因此尽管在法律上卖方的行为可能构成欺诈,但其大都适用过错相抵规则。值得肯定的是,这一点为问题的处理提供了诸多杠杆,法院掌握一定的主动权,具有个案意义上的策略价值。

(五) 房屋价格是主观的还是客观的

房屋价值是主观的还是客观的,是法律适用必须解决的前提问题。即使价格完全是客观的,即都是完全物化或者货币化的,如其取决于房屋的位置、成本、格局、质量等因素,而不承认房屋价格也是主观的,其也会取决于某些附带的主观因素。对此,笔者将从以下几个方面进行分析:

首先,从现代合同法的总体价值取向看,合同法经历了从客观价格到主观价格的变化。在中世纪,对合同标的物采用“公平价格说”。然而公平价格说与自由的市场经济和工商业的发展格格不入,此时现代合同法转而对合同标的物价格持主观说。^②即,合同标的物的价格由当事人自己决定,并不存在一个一致的“公平价格”。即使同一个标的物,不同的当事人对其也会有不同的价格定位。换言之,标的物的价格取决于具体缔约人的偏好及选择。

① 申姗梅诉吴有忠、湛江市天天房地产代理有限公司及第三人吴小蓉房屋买卖合同纠纷案,湛江市霞山区人民法院(2014)湛霞法民二初字第184号民事判决书。

② See Larry Dimatteo, Contract theory: the evolution of contractual intent, Michigan State University Press, 1998, p.35.

其次,对标的物的价格既有客观因素也有主观因素的考量。事实上,影响房屋价格的因素是多重的,从抽象情况看,甚至是不能穷尽的。然而仅从典型生活状态看,其主要的影响因素是可以确定的,如房屋的地段和位置、面积的大小、房屋的质量、房屋的楼层、物业好坏等等。但事实上,很多房屋外因素也是实质影响甚或决定房屋价格的重要参数,其中最为知名且具有代表性的当属“学区房”。当然,这也包括房屋中是否发生过“非正常死亡”或“正常死亡”,或者发生其他被认为不吉利的事件。

再次,既有的学术讨论往往集中于客观因素影响,而忽视主观因素的影响。这些讨论并不能穷尽真实的交易现实形态,具有一定的局限性。

令人欣慰的是,我国法院总体上肯定了主观的房屋价格说,凶宅的事实当然会影响房屋的价格以及当事人的交易决策和条件。这一论述在上海地区的法院中反映最为明显,而且上海地区的法院在凶宅交易的判断中格式统一。最典型的表述是:“系争房屋内曾经发生过凶杀案件,系争房屋虽然在实物形态上没有受损,但因人们普遍对凶杀事件的恐惧心理及对曾经发生过凶杀案件的房屋的忌讳心态,系争房屋的价值会贬损,且购房者的生活质量会因此受到影响。”^①也有法院明确指出:“房屋的价值构成要素不仅仅局限于建筑本身的使用功能,房屋的市场价格往往由建筑成本、交通条件、居住环境、人文环境等社会综合因素构成,而广大社会群众对存在人员非正常死亡的房屋普遍带有抵触的意识……事实上存在的此类房屋难以出租、转让的现状也说明其交换价值的贬损,故本院认定由于居住人的非正常死亡导致涉案房屋的价值受到损害。”^②

(六) 房屋所有人应当承担交易不能的风险和损失

由房屋所有人承担凶宅交易不能的风险和损失是公平的。在凶宅交易中,有一种说法值得我们认真对待:法律并没有禁止凶宅交易,若赋予卖方以披露义务,相当于在很大程度上禁止了凶宅的交易。笔者认为,这一认识是错误的,法律并没有禁止凶宅交易,对于上述事实,符合法律内在价值判断的应当是当事人在信息充分的基础上决定是否进行交易以及如何进行交易。然而,对于凶宅交易,真正的法律问题在于,如果凶宅不能进行交易,针对该结果更能引起人们同情心理主体的是买方还是卖方?答案是显而易见的——买方。

房屋所有权人从房屋中获得了占有、使用、收益、处分的利益,其也应当承受相应的不可预见到的不利益,这种不利益既可能源自外在的事件,这体现为风险负担;也可能体现为其他的外在事件,如基于社会风俗所给予不利评价的事件,例如发生非

① 某某某诉某某某案,上海市浦东新区人民法院(2012)浦民一(民)初字第10764号民事判决书。

② 程卫强诉平成贝斯特电子(平湖)有限公司财产损害赔偿纠纷案,浙江省平湖市人民法院(2011)嘉平民初字第102号民事判决书。



正常死亡等。进一步讲,不利益既包括侵权责任法意义上的高度风险责任,也应当包括因为房屋或者不动产使用而造成的价值减损。若由买方负担此种不利益则欠缺充分的根据和理由,因为买方此时只能承受不利益而不能享有相应的收益。因此,让所有人承担不利益既具有道德上的合理性,也具有法律上的正当性。故而,即使由于披露该凶宅信息而导致房屋被闲置或者以更低的价格出售,这也是个人或其所处的社会应当承受的代价。法律如果强制性地让买方承担此种风险,将会培育出不符合传统道德和社会习俗的不诚信市场,进而鼓励欺诈和隐瞒,而这与合同法所意欲实现的培育诚信和互信社会的目的相悖。且随着文明程度的提高和时间的延长,这一现象会随着人们对凶宅观念的改变而逐步改变,而非强制性地让买方承担询问义务。

由此,我们可以看出,赋予出卖方以凶宅信息披露义务既符合道德命题,也符合效率命题,并且与所有权的内在观念所体现的公平价值相一致。^①

三、出卖人不披露是否影响合同效力

(一) 是否构成欺诈

实践中,购买方往往会主张出卖方欺诈,要求撤销合同。对此,法院的观点并不相同,有的法院认为构成欺诈,而有的法院则认为不构成欺诈。该问题的核心在于,出卖方不披露凶宅的事实是否构成欺诈。从请求权基础分析,能否构成可变更、可撤销的情形,需要考虑是否符合《民法典》第148条的规定,进而分析其是否构成欺诈。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》(以下简称《民法典总则编解释》)第21条规定:“故意告知虚假情况,或者负有告知义务的人故意隐瞒真实情况,致使当事人基于错误认识作出意思表示的,人民法院可以认定为民法典第一百四十八条、第一百四十九条规定的欺诈。”因此,卖方构成欺诈的一个当然解释是:卖方有义务披露该事实。正如笔者上部分所示,关键的问题在于披露凶宅的信息是否属于披露义务。而一旦该问题得到解决,构成欺诈的事由也就会非常清晰。司法实践也支持了笔者的上述分析。在判决认定房屋属于凶宅的16例买卖合同纠纷中,有75%的法院认为卖方构成欺诈进而对合同予以撤销,且判决中均明确表示,卖方对于凶宅的事实负有向买方的告知义务。

(二) 原告能否主张其他可撤销的理由

原告是否只能主张欺诈,需要考虑该种事实是否构成胁迫、重大误解、显失公平。

^① See Florrie Young Roberts, Disclosure Duties in Real Estate Sales and Attempts to Reallocate the Risk, 34 Connecticut Law Review 53(2001).

1. 是否构成胁迫

《民法典总则编解释》第22条规定：“以给自然人及其近亲属等的人身权利、财产权利以及其他合法权益造成损害或者以给法人、非法人组织的名誉、荣誉、财产权益等造成损害为要挟，迫使其基于恐惧心理作出意思表示的，人民法院可以认定为民法典第一百五十一条规定的胁迫。”在一般的凶宅交易中，卖方通常并没有在身体或者精神上对买方形成威胁，单纯以不披露凶宅信息为由主张构成胁迫显然没有事实依据。从既有的司法裁判看，系争案件的当事人也未出现主张胁迫情形。

2. 是否构成重大误解

《民法典总则编解释》第19条规定：“行为人对行为的性质、对方当事人或者标的物的品种、质量、规格、价格、数量等产生错误认识，按照通常理解如果不发生该错误认识行为人就不会作出相应意思表示的，人民法院可以认定为民法典第一百四十七条规定的重大误解。”由该条可知，无论是行为的性质、对方当事人，还是标的物品种等，其都具有一个共同特征：都属于标的物的内在品性，而不包括与标的物物理性质等不相关的其他主观因素。单纯从形式逻辑看，凶宅交易中的凶宅都与标的物内在特征无关，因此并不完全符合重大误解的构成要件。然而，此种基于通常情况所做的理解不能产生充分的说服力。对此，笔者做出以下几点解释：

第一，真正决定当事人之间是否出现误解的因素有很多。根据既有的通说和文献，并非所有误解都构成对法律有意义的内容，很多误解只能构成法律意义上的动机，而动机通常不能构成法律上的内容。^①

第二，造成误解的因素既可能内在于标的物，也可能外在于标的物，这些因素会不可避免地包括一些主观因素，如小区的环境、附近有无电厂、垃圾场、化工厂等等。这些不利因素都可能会降低房屋的价格。

第三，避免误解是非常重要的选择。除非交易双方另有明确规定，否则对任何房屋交易而言，获得适居性的房屋是该交易中买方需求的一般推定。该房屋在客观上不能有明显或者重要瑕疵，在主观上也不能有不可容忍的特质，如属于凶宅等。这是理性人或者日常生活经验的共同判断，与当事人是否明确规定该问题无关。

因此，从《民法典总则编解释》第19条文义规定看，重大误解并不包括主观因素。然而这种理解是狭隘的，因为对第19条“等”字的理解有两种，一种与之前所述相同，二是具有一定特色，即所有可能影响交易的重要因素都可能成为重大误解的对象。显然，凶宅的事实会在很大程度上影响交易的达成或者交易的条件。这是从重大误解原理的规范目的进行解释的。当然，笔者也不否认，立法者在立法时可能并没有

^① 参见崔建远：《合同法》（第七版），法律出版社2021年版，第83页。



考虑到此种情况,故需要对“等”的解释予以设定,即如果立法者遇到此种情况会做出何种处理或者是否会适用该规则。当然,即使立法者没有明确意识到该问题,“等”字也在实质上赋予了法官一定的自由裁量权来决定具体案件结果的合理性。

总体而言,笔者认为,凶宅的事实可以成为买方误解和重大误解的对象,能够对交易效力产生充分影响。在已有的51例案件中,有近10%的判决认为案件情形构成重大误解。在这些案件中,原告均诉称被告故意隐瞒凶宅这一信息,构成欺诈,但由于证据不足以及案发时间久远等原因,法院会认为,此种情况无法证明出卖方有欺诈的故意,该情形不足以构成欺诈,但凶宅作为房屋交易的重要信息,原告对此不知情可以构成重大误解,故可依重大误解撤销合同。^①因此,重大误解可以作为法院撤销该类合同的一种情形,并在必要时起到补充作用。“在合同法中,什么时候存在单方错误以及一方当事人是否有义务披露信息的问题,通常是一个硬币的两面。当一方当事人主张存在单方错误时,该主张通常是另一方知道该误解而且能够说明但不选择说明。”^②

3. 是否显失公平

《民法典》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,致使民事法律行为成立时显失公平的,受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”与《民法通则》以及《合同法》相比,《民法典》将传统民法上的乘人之危与客观的显失公平相结合作为可撤销合同的原因。对此,我们可以看到,在凶宅交易中,卖方具有明显的信息优势,因为对方并不知晓该事实,而且对方在很多情况下不可能提及该问题,或者即使经过了调查也未发现相关信息。从交易结果上看,如果交易价格是市场价格,而凶宅的价格会远远低于市场价格,这就导致交易价格明显违反公平原则或者等价有偿原则。当凶宅价格低于市场价格达到30%或以上的比例时,有部分学者可能会认为,既然价格如此之低,买方就应当意识到某些异常事实的存在,其应当承受相应的不利后果。笔者对此不以为然,因为在很多人看来,凶宅通常不具有市场价值甚或是负价值,或者其价值应当极其低。因此,笔者认为,如果卖方未披露凶宅的信息,当交易价格为市场价格时,即使是非市场价格,其可能满足显失公平制度的客观要件。然而,《民法典》第151条中所谓一方利用对方处于危困状态,即传统民法上的乘人之危,是指一方当事人故意利用他人的危困处境,迫使他方订立于其极为不利的合同。^③凶宅交易中通常并不存在买方处于危难之机的情况,更何况即使卖方谋取不正当利益,其也未迫使对方做出不真实的意思表示,

① 参见王梅玲诉阿如汗房屋买卖合同纠纷案,内蒙古自治区呼和浩特市中级人民法院(2015)呼民一终字第01186号民事判决书;潘碧霞诉黄豪、余婷婷房屋买卖合同纠纷案,福建省厦门市湖里区人民法院(2015)湖民初字第5506号民事判决书。

② Jeffrey L. Harrison, Rethinking Mistake and Nondisclosure in Contract Law, 17 George Mason Law Review 335(2010).

③ 参见崔建远:《合同法》(第七版),法律出版社2021年版,第85页。

尽管在结果上会严重损害买方利益。凶宅交易仅满足显失公平制度的客观要件，并不满足其主观要件，故购买方不能依据显失公平制度撤销合同。

总体而言，在凶宅交易的语境中，其既可能构成欺诈，也可能构成重大误解，买方可以根据上述两种理由中的任何一种主张撤销合同。

（三）当事人或者法院为什么将构成欺诈作为常态？

我们看到，无论当事人的主张还是法院的判决，大都支撑了构成欺诈的理由，这究竟为什么？其背后存在较多的原因，而法律理论不仅仅要知道选择是什么或者如何选择，更要清楚地阐释这些法律适用背后的规律或者理由。^①这种现象背后可能的理由存在以下几点：

第一，欺诈具有独特的道德说服力。尽管重大误解也有一定的道德评价性，然而欺诈作为一个专业术语具有更强的道德评价性和否定性，欺诈的人往往会受到更多的指责。法院适用欺诈规则来撤销合同能够在更大程度上体现该判决对卖方的道德说服力。而重大误解则主要言明的是买方自身的过错所导致的某种情况，卖方的道德可归责性非常弱。

当然，道德否定性评价强，也可能会产生更多的对抗。法院对此类问题的处理方式尽量为尽量少用或者不用欺诈的术语，甚或在明显属于欺诈的情形下依据重大误解撤销了该合同，如有法院在其判决中论述为：“涉案房屋曾发生过自杀事件这一信息，对熊春龙是否愿意与周柏全交易以及以何种条件进行交易有重大影响，周柏全负有如实披露的义务。现周柏全违反诚实信用原则，造成熊春龙因重大误解而签订了涉案《房屋买卖合同》……应当对合同予以撤销。”^②其内容主要表现为两点：一是判决并不直接言明卖方构成欺诈；二是法院允许买方撤销合同。这种处理尽管不完全符合法治社会判决的核心要素，但是体现了中国法院裁判的两点智慧：一是只要达到解决纠纷的目的即可，道德否定性评价未必要苛刻；二是体现了中国的“中庸之道”。其典型表述为：“被告明知系争房屋内曾经发生凶杀事件，但被告未举证证明在出售前曾告知原告上述凶杀情况，对原告隐瞒了与系争房屋相关的重大信息，被告的行为有违诚实信用原则。故现原告要求撤销原、被告所签的《合同》，并要求被告返还房款91万元，符合法律规定，予以支持。”^③但也有判决明确指出，此种情况构成欺诈，进而主张撤销。如“韦相莲未将出卖的房屋曾发生凶杀案向欧阳宗泽披露，欧阳宗泽在不知情的情况下与其签订合同，会导致房屋价格虚伪，韦相莲有欺诈的行为。欧阳宗泽主张应撤销案涉的《房

① 参见姚建宗：《法学研究及其思维方式的思想变革》，载《中国社会科学》2012年第1期。

② 熊春龙诉周柏全、黎奋强房屋买卖合同纠纷案，广东省佛山市中级人民法院（2015）佛中法民三终字第999号民事判决书。

③ 某某某诉某某某案，上海市浦东新区人民法院（2012）浦民一（民）初字第10764号民事判决书。



地产买卖合同》及《补充协议》合法有据,本院予以支持”^①。

第二,法院在适用重大误解时存在障碍。尽管在理论上能够证明可适用性,然而法院或者法官是相对比较保守的,其很难突破将重大误解的对象扩张至房屋的内在特征之外的主观因素,而且这也会面临一定的不确定性风险。我们不能对法官施以同理论家一般的要求。在筛选的51件案例中,仅有一件案例中的买方主动选择适用“重大误解”,但法院以原告进行了实地查看等为由认定不构成重大误解。^②可见,在有更易于适用的诸如欺诈等规则时,法院会选择适用该规则以承担更小的风险。

(四)另外的选择:合同有效+合同解除或价格调整

在具体案件中,有的法院并不认为卖方有义务披露房屋是否是凶宅的事实,而是认为买方应当主动调查或者询问,从而维持了合同效力。但考虑到凶宅确实会影响房屋价格,法院会酌定调整房屋价格。那么,此种做法是否可接受?

笔者认为,维持合同效力尽管未必理想,但也具有避免支持一方机会主义行为的考量。有人认为,调整合同价格的主要理由可能是存在情势变更、违约责任、可撤销的事由。然而,首先,类似案件并不存在情势变更的情况。而适用违约责任会面临较大问题,因为如果合同有效,则只有当卖方的履行不适当或者有瑕疵履行时,买方才可能主张违约责任。在一般情况下,若卖方交付的房屋质量有瑕疵,买受人往往会主张解除合同,而由于既无约定解除的情形,也不存在附条件解除的情形,故买方只能根据《民法典》第563条的规定来解除合同,其中符合条件的只能是第4项:当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。根据该项规定,交付凶宅自然属于“有其他违约行为”导致通过买卖居住房屋的合同目的不能实现。因此,如果当事人不愿意主张欺诈,其以卖方违反约定交付了不合适的住房为由主张解除合同,在法律上也有适当依据。当然,在这种情况下,如果凶宅的买受人已经将房屋实际转让给其他买方,或者其在卖方交付之前已经将该房屋转让给其他买受人,则若买受人仅请求卖方返还价款及利息,其主张解除合同的比主张欺诈更为合适,因为买受人不仅在判决结果上体现了同等目的,同时也避免了欺诈术语可能会导致的矛盾激化。^③在这51件案例中,有3件法院采用了解除合同的方式。其中1件法院认为,虽然房屋不属于凶宅,但由于双方当事人合意解除合同,故对此予以认定;^④在第2件案例中,由于合同属于租赁合同,故法院判决合同在承租人

① 韦相莲诉欧阳宗泽、东莞市三人行房地产中介服务有限公司房屋买卖合同纠纷案,广东省东莞市中级人民法院(2014)东中法民一终字第36号民事判决书。

② 参见杜某某诉黄某某案,上海市普陀区人民法院(2013)普民四(民)初字第603号民事判决书。

③ 需要特别说明的是,学界大都认为合同效力一元论,即合同效力只是其中的一种形式,而事实上这不能有效地描述司法实践的真正状态,也不符合当事人的合理的规则需求。

④ 参见王列军诉闵国军房屋买卖合同纠纷案,江苏省江阴市人民法院(2016)苏0281民初9251号民事判决书。

通知出租方解除合同之日起解除；^①而第3件案例即属于上文所述的房屋已转让给第三方、合同目的已无法实现的情形，该法院判决解除合同。^②

笔者认为，在理论上，若法院判决合同有效，则其对房屋价格的调整也具有可行性。该价格调整的正当性根据可能存在于缔约过失责任之中。在我国既有的学说中，即使当事人在缔约过程中违反了诚实信用原则，如果随后的合同成立且有效，缔约过失责任则被阻隔，当事人只能主张违约责任。然而也有观点认为，即使合同成立有效，缔约阶段的缔约过失责任也不能被吸收，但这里的表现形态并非缔约过失责任，而是价格调整。

当然，在法律上还存其他可能性。例如，《民法典》第610条规定：“因标的物的质量不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。”由于凶宅事实会导致房屋价格的降低，此时是否可以适用该条的规定？对此，笔者认为，按照瑕疵担保责任的核心要义，凶宅的确不能被理解成为“不符合质量要求”。这里的质量不能超过产品的内在要素以外的其他主观要素。但是，即使无法适用该条规定，我们也可以通过类推适用的方式解决此问题。因为在一般情况下，买方并不愿意居住该房屋，故合同的居住目的不能实现，甚至买方基于投资需求的目的都难以实现。

结 论

凶宅交易在生活中极为少见，然而其一旦出现就会涉及诸多问题，诉讼双方对抗的程度也可能较为激烈。笔者认为，若卖方未披露凶宅事实，买方可选择多种方案：如果其意欲维持合同效力，可以选择适用解除合同的方案；如果其不愿维持合同效力，则可以选择性主张欺诈、重大误解。在实践中，凶宅交易最容易被认定为欺诈。法律最主要的应当是顺应民间习惯和禁忌，而不能要求人们摆脱社会禁忌的影响。当然，关于披露义务的研究也不能过度延伸，不能直接适用有关证券披露以及软件交易披露的规则，因为两者具有不同的特性。^③

（责任编辑：王文斌）

① 参见青岛三友置业投资有限公司诉金旭兵房屋租赁合同纠纷案，青岛市崂山区人民法院（2015）崂民初字第579号民事判决书。

② 参见陈霞诉杨富强、杨焱房屋买卖合同纠纷案，广东省广州市中级人民法院（2014）穗中法民五终字第474号民事判决书。

③ See Florencia Marotta-Wurgler, Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALO's "Principles of the Law of Software Contracts", 78 University of Chicago Law Review 165-186(2011).



植物新品种领域的合法来源抗辩

周 波 刘珺玮*

内容摘要：合法来源抗辩制度设立的初衷，是以法律的形式明确规定过错推定原则在知识产权领域的适用，从而更好地保护知识产权权利人。《种子法》不仅未对品种权人所享有的专有销售权作出限制，而且明确规定了农作物种子生产经营许可制度。基于农业知识产权保护的特殊性和重要性，我国在加入《国际植物新品种保护公约》时已对权利保护和权利限制作出了取舍，因此，植物新品种领域的合法来源抗辩应当将农作物种子生产经营许可制度作为其重要考量因素。

关键词：植物新品种；合法来源抗辩；权利用尽；生产经营许可

合法来源抗辩是知识产权领域的一项重要法律制度，《专利法》《商标法》均有基于合法来源抗辩而免除销售者赔偿责任的规定，^①《著作权法》也有相应内容，^②但在植物新品种领域，长期未见合法来源抗辩方面的制度性规定。2021年7月7日起施行的《最高人民法院关于审理侵害植物新品种权纠纷案件具体应用法律问题的若干规定（二）》（以下简称“《若干规定》”）填补空白，首次明确了植物新品种保护领域的合法来源抗辩制度。《若干规定》第13条第1款规定：“销售不知道也不应当知道是未经品种权人许可而售出的被诉侵权品种繁殖材料，且举证证明具有合法来源的，人民法院可以不判令销售者承担赔偿责任，但应当判令其停止销售并承担权利人为制止侵权行为所支付的合理开支。”同时，第2款还对该司法解释所规定的合法来源作出了规定：“对于前款所称合法来源，销售者一般应当举证证明购货渠道合法、

* 周波，北京市高级人民法院审判监督庭三级高级法官，北京航空航天大学法学院博士研究生；刘珺玮，西南政法大学经济法学院硕士研究生。

①《专利法》第77条规定：“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品，能证明该产品合法来源的，不承担赔偿责任。”《商标法》第64条第2款规定：“销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，不承担赔偿责任。”

②《著作权法》第59条第1款规定：“复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制作有合法授权的，复制品的发行者或者视听作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明其发行、出租的复制品有合法来源的，应当承担法律责任。”

价格合理、存在实际的具体供货方、销售行为符合相关生产经营许可制度等。”但是，由于该司法解释施行不久，且有关合法来源抗辩的行文明显不同于其他知识产权领域中合法来源抗辩规定的表述，特别强调了生产经营许可制度，因此，如何在司法实践中把握植物新品种领域的合法来源抗辩制度，仍需深入研究。

一、合法来源抗辩的基础理论

（一）合法来源抗辩的法律渊源

有观点认为，我国知识产权法律中的合法来源抗辩，是我国为适应加入世界贸易组织、满足知识产权国际公约对成员国义务的要求，而在专利、商标、著作权三大知识产权单行法中增加的，用来为无过错侵权人提供救济。^①

实际上，我国1984年制定的《专利法》和1992年修改的《专利法》第62条第2项中都规定：“使用或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利产品的，不视为侵犯专利权。”关于这一规定，长期存在争议。有反对意见指出，将上述行为视为不侵犯专利权的行为，不利于充分保护专利权人的合法权益，容易给专利产品的违法制造者提供可乘之机。因此，2000年《专利法》修改时，采纳了上述意见，将上述规定修改为：“为生产经营目的使用或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品或者依照专利方法直接获得的产品，能证明其产品合法来源的，不承担赔偿责任。”

2001年《商标法》第56条第3款增加了合法来源抗辩制度的原因，根据原国家工商行政管理总局商标局的解释，主要是“由于设备侵权，特别是假冒他人注册商标的隐蔽性，对于绝大多数销售商来说，识别侵权商品是很困难的。为了保护销售者的利益，本条规定，销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得的并说明提供者的，不承担赔偿责任”^②。曾参与《商标法》立法工作的董葆霖先生也指出：“这一规定的好处是，有利于顺藤摸瓜查清和打击侵犯商标专用权的真正侵权人，彻底挖出违法犯罪分子，制止和消灭侵犯商标专用权行为，是治本的重要措施。”^③

就著作权法领域而言，关于2001年《著作权法》第52条增加合法来源抗辩相关规定的原由，^④根据立法部门的解释，是为了充分、有效保护著作权人的权益，此

① 参见丁文严：《论知识产权侵权诉讼中合法来源抗辩的构成要件》，载《知识产权》2017年第12期。

② 国家工商行政管理总局商标局编著：《中华人民共和国商标法释义》，中国工商出版社2003年版，第202页。

③ 董葆霖：《商标法律详解》，中国工商出版社2004年版，第202页。

④ 《著作权法》第52条规定：“复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制作有合法授权的，复制品的发行者或者电影作品或者以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的复制品的出租者不能证明其发行、出租的复制品有合法来源的，应当承担法律责任。”



次修改《著作权法》，参照《与贸易有关的知识产权协定》的规定，增加了过错推定制度。《与贸易有关的知识产权协定》第45条第2项规定：“在适当场合即使侵权人不知、或无充分理由应知自己从事之活动系侵权，成员仍可以授权司法当局责令其返还所得利润或令其支付法定赔偿额，或二者并处。”显然，就著作权领域而言，合法来源抗辩制度的立足点或者说初衷并非免除无过错侵权人的赔偿责任，而是为了规定过错推定。

从更为宏观的侵权责任法的角度看，过错是行为人承担侵权责任的一般原则，但是为了更好地保护权利人，在法律有明确规定的情况下，是否存在过错的举证责任被置于被控侵权人一方。这样的制度设计体现在法律规范上，就是《民法典》第1165条的规定：“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。”在知识产权单行法律中规定合法来源抗辩，就意味着被控侵权人需要举证证明其所销售的被控侵权商品具有合法来源，如果不能完成这一举证责任就要承担侵权责任，这显然是更有利于知识产权权利人的制度设计，是过错推定原则在知识产权法律规范中的具体体现。

可见，在我国加入世界贸易组织前，修改相关法律、规定合法来源抗辩制度，建立过错推定制度，免除无过错侵权商品销售者的赔偿责任，是知识产权法学日益成熟的表现，也是我国知识产权法律发展到一定阶段的内在需求，并非仅仅是为了加入世贸组织而被动接受的法律适应行为，而且其目的更多地还是强化对知识产权权利人的保护，是从有利于权利保护的角度出发所作的规定，是过错推定原则在知识产权特定领域适用的法定化。有学者曾指出：“我国知识产权法律体系中，关于侵权产品的销售者合法来源抗辩或承担赔偿责任制度属于我国立法的创造。”^①

当然，由于《与贸易有关的知识产权协议》第47条同时规定了“各成员可规定，司法机关有权责令侵权人将生产和分销侵权货物或服务过程中涉及的第三方的身份及其分销渠道告知权利持有人，除非此点与侵权的严重程度不相称”。也就是说，知识产权权利人享有获得信息的权利。因此，合法来源抗辩制度在具备查清侵权商品来源、实现侵权行为源头治理功能的同时，也和国际条约规定的精神是相契合的。

（二）合法来源抗辩与权利利用尽

知识产权领域中与合法来源抗辩具有密切联系的另一重要法律制度，是权利利用尽。知识产权权利利用尽，也称知识产权权利穷竭，是指知识产权所有人或经其同意之人将知识产权产品首次投放相关市场后，权利人无权禁止该产品的继续流通，相

^① 黄建文：《合法来源抗辩适用善意取得制度审查的合理性分析》，载《知识产权》2016年第10期。

关的知识产权被穷竭。^① 权利用尽规则,对于受知识产权保护的商品能够自由流通,具有十分重要的作用。在讨论诸如“平行进口”之类的问题时,权利用尽通常是无法回避的。^②

合法来源抗辩在保护交易安全、维护交易秩序的同时,当然也起到了促进商品自由流通的客观作用,但是,二者还是有明显区别的。通常而言,权利用尽规则所解决的问题是在获得知识产权权利人授权的情况下承载着知识产权的商品流通问题;但在未经知识产权权利人授权的情况下,由于并不存在知识产权权利行使的问题,当然也就谈不上“权利用尽”或者“穷竭”的问题了。而且,尽管对于知识产权权利利用尽规则的具体适用存在不同认识,但是一旦认定权利用尽,则销售者的销售行为就是一种合法行为,而不会构成对知识产权的侵害。而如前所述,合法来源抗辩即使成立,销售者未经许可而销售相关商品的行为也构成侵权行为,只是由于符合了法律规定的条件,而被免除赔偿责任而已。司法实践中,合法来源抗辩通常是作为免除赔偿责任的抗辩事由而非不侵权抗辩事由对待的,相关司法政策强调,“合法来源抗辩成立,免除被诉侵权的销售者、使用者的损害赔偿责任时,由于合理开支基于侵权行为而发生,且损害赔偿与合理开支法律属性不同,原则上不宜同时免除被诉侵权人赔偿权利人制止侵权的合理开支的责任”^③。

在特定的情况下,合法来源抗辩似乎又可以和权利用尽规则建立起一定的联系。比如,在专利法领域,如果被控侵权人在证明合法来源的基础上,能够同时举证证明其已支付该产品的合理对价,则根据相关司法解释的规定,这种情形就属于承担停止侵权责任的例外情形。^④ 也就是说,被控侵权人可以继续使用、许诺销售、销售其所获得的原本未经知识产权权利人许可的侵权产品。其法理基础在于,被控侵权人在主观上是善意的,在客观上提供了合法来源,且在获得该侵权产品时向销售者支付了合理对价,理应阻却专利权禁止力的延伸。^⑤ 此时似乎可以认为,满足规定条件的被控侵权产品的销售者得到了一种法律上的拟制,使其获得一种类似于销售“知识产权所有人或经其同意之人将知识产权产品首次投放相关市场后”的合法产品的

① 参见张耕、孙正樑:《自贸区知识产权产品平行进口的法理分析》,载《兰州学刊》2019年第6期。

② 参见秦元明、周波:《浅析平行进口商标侵权法律问题》,载《人民司法·案例》2020年第26期。

③ 宋晓明:《在全国法院知识产权审判工作座谈会上的总结讲话》,载陶凯元主编、最高人民法院民事审判第三庭编:《知识产权审判指导》(2016年第2辑),人民法院出版社2017年版,第32页。

④ 《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》第25条第1款规定:“为生产经营目的使用、许诺销售或者销售不知道是未经专利权人许可而制造并售出的专利侵权产品,且举证证明该产品合法来源的,对于权利人请求停止上述使用、许诺销售、销售行为的主张,人民法院应予支持,但被诉侵权产品的使用者举证证明其已支付该产品的合理对价的除外。”

⑤ 参见宋晓明、王闯、李剑:《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》的理解与适用》,载陶凯元主编、最高人民法院民事审判第三庭编:《知识产权审判指导》(2016年第2辑),人民法院出版社2017年版,第31页。



法律地位。也就是说,在司法解释规定的这种情形下,如果不去考虑销售者是否还需要承担权利人维权的合理费用,合法来源抗辩与权利利用尽的理论界限已经混同了。

由此推之,即使不属于前述司法解释规定的停止侵权的例外情形,当被控侵权产品的销售者仅仅是根据《专利法》或者《商标法》的规定,在停止侵权的基础上被免除了赔偿损失的民事责任,似乎也可以说,正是由于法律的拟制——类似于获得了一种在知识产权权利人提出异议后即行终止的授权许可,被控侵权人才可以免于承担赔偿责任。在合法来源抗辩的背后,真正的法理基础或许就是知识产权权利利用尽规则,只不过此时的权利“行使”或者“用尽”,是由法律拟制的而非权利人实际行使的。

由于这种“权利利用尽”是一种法律上的拟制,因此,就必须以满足法律规定的形式要件为前提:合理的价格、法定的要件等。同时,作为一种法律的制度构造,必然受国家政策的影响,更多地着眼于利益的考量。比如,相关司法解释认为,合法来源是指通过合法的销售渠道、通常的买卖合同等正常商业方式取得产品。对于合法来源,使用者、许诺销售者或者销售者应当提供符合交易习惯的相关证据。司法实践中,有些当事人虽然提交了其销售的被控侵权产品来源方面的证据,但是,由于相关证据难以形成完整的证据链或者过于笼统,最终未能使法院认定其销售的被控侵权产品具有合法来源。在安溪县城厢金隆发包装用品店与温州唯博包装设计有限公司等侵害外观设计专利权纠纷案中,虽然案外人出具书面声明,表示被告所销售的产品均来自于该案外人,但由于其表述过于笼统,未涉及进货时间、品种、数量且无收货记录、付款记录等其他证据予以佐证,法院还是认为仅凭该“声明”尚不足以证明案外人与被告存在真实交易,因而未支持被告的合法来源抗辩。^①这一裁判所体现的正是利益衡量的结果。再比如,在涉及音像制品复制发行的侵权案件中,即使被控侵权人说明了相关音像制品的来源,但如果该音像制品未按行政法规的要求标注相关信息,如进口音像制品所应标注的著作权合同登记号及主管部门批准文号、著作权权利人信息、ISRC 编码号等,仍然会被认定为不具有合法来源,相关的合法来源抗辩也不会得到法院的支持。^②其原因就在于,既然是法律的拟制,就必须符合法律法规的相关要求,无论是效力性规范,还是管理性规范。

① 参见国玉发诉银基烯碳新材料集团股份有限公司证券虚假陈述责任纠纷案,最高人民法院(2021)最高法民申2278号民事裁定书;广东雅洁五金有限公司诉杨建忠、卢炳仙侵害外观设计专利权纠纷案,最高人民法院(2013)民提字第187号民事判决书;甘肃高地房地产开发有限公司与甘肃华瑞建设有限公司建设工程施工合同纠纷案,最高人民法院(2021)最高法民申3328号民事裁定书。

② 参见广东星外星文化传播有限公司诉福州家乐福商业有限公司、福州天腾韵文化传播有限公司侵害作品发行权纠纷案,福建省高级人民法院(2014)闽民终239号民事判决书。

二、植物新品种权保护的重要性和特殊性

虽然植物新品种权与专利、商标、著作权一样,都属于知识产权,具有私权的属性,但是在讨论合法来源抗辩问题时,又必须充分考虑植物新品种权保护的重要性和特殊性。

(一) 植物新品种权保护的重要性

作为一个农业大国,我国始终高度重视农业现代化问题。早在1958年,毛泽东同志就在总结农民群众生产实践丰富经验的基础上,提出了土、肥、水、种、密、保、管、工的“农业八字宪法”,并得到了第二届全国人民代表大会第二次会议的确认和推广。近年来,“中央一号文件”反复强调植物新品种领域的知识产权保护。比如,2021年“中央一号文件”指出,农业现代化,种子是基础,因此必须加强育种领域知识产权保护。2022年“中央一号文件”又再次提出,强化种业知识产权保护,依法严厉打击套牌侵权等违法犯罪行为。习近平总书记2022年4月10日至13日在海南考察时,也明确提出:“中国人的饭碗要牢牢端在自己手中,就必须把种子牢牢攥在自己手里。要围绕保障粮食安全和重要农产品供给集中攻关,实现种业科技自立自强、种源自主可控,用中国种子保障中国粮食安全。”可以说,涉及粮食安全的农业领域知识产权保护,不仅是我国农业在全球市场竞争中摆脱“卡脖子”困境、取得发展主动权的关键,而且也是我国国家战略和国家安全的重要组成部分,具有十分特殊的重要地位。

在农业领域,植物新品种权是最为重要的知识产权权利类型。^①当前,我国农业知识产权领域出现了一些新变化,也面临着新的形势:一是农业知识产权地位凸显。实施国家创新驱动发展战略、知识产权强国战略和乡村振兴战略,推进供给侧结构性改革,亟需提高农业自主创新能力,依靠自主知识产权提升产业竞争力,带动农业转方式、调结构,实现从低端产业向高端产业发展。二是保护难度增加。现代生物的突破性发展,使得通过修饰性和模仿育种规避品种权变得非常简单。同时,随着信息技术的发展,电子商务等虚拟交易方式的隐蔽性和流动性,增加了对农业知识产权保护的难度。三是国际压力加大。随着我国农业研发能力的提升,农业科技创新低端尾随向高端跨越发展,我国农业必然要直面与发达国家在市场、生物遗传资源等方面的利益竞争,由此引起的国际知识产权纠纷日益成为焦点。^②因此,必须

^① 仅就育种领域而言,主要有两类知识产权:一类是对植物新品种给予专门保护的植物新品种权,另一类则是对生产植物的方法给予保护的专利权。参见刘春田主编:《知识产权法》,高等教育出版社、北京大学出版社2019年版,第159页。

^② 参见宋敏:《深入实施知识产权战略,谱写乡村振兴新篇章》,载国务院知识产权战略实施工作部际联席会议办公室组织编写:《一项兴国民的国家战略——〈国家知识产权战略纲要〉颁布实施十周年纪念文集》,知识产权出版社2018年版,第207页。



注重和加强以植物新品种权为主的农业领域知识产权保护。

《最高人民法院关于全面加强知识产权司法保护的意見》明确指出,要加强保护植物新品种在内的科技创新成果的保护,实现知识产权保护范围、强度与其技术贡献程度相适应,推动科技进步和创新,充分发挥科技在引领经济社会发展过程中的支撑和驱动作用。但是从实际情况看,植物新品种的繁殖材料通常都能够自我繁殖,这就意味着出售很少数量的繁殖材料就可以使所有人都获得该品种。由于品种权人不能确保仅通过第一次发布其品种就能获得充足的经济回报,因此对于某些品种,给予品种权人对其品种的独占性使用权就成为促进种业发展的有效激励措施。相应地,在国家宏观政策的执行过程中,应切实加大对品种权人的保护力度,有效保障法律赋予品种权人对繁殖材料的排他性控制权。在对相关法律条款作出解释时,也应当从知识产权的公共政策属性出发,进行更为宏观全面的利益衡量,作出更有利于品种权保护的解释和选择。而在这一过程中,应发挥知识产权全链条保护的优势,充分尊重相关行政法规或管理性规范在维护粮食安全、促进农业发展方面的重要作用。

(二) 植物新品种权保护的的特殊性

在考虑植物新品种权保护问题时,不能忽略以下几个方面的因素:

1. 时间性。受自然因素所限,农业生产具有极强的时令性。唐代诗人崔道融曾描绘农民趁着雨水充足抢时耕作的辛劳场景,“雨足高田白,披蓑半夜耕。人牛力俱尽,东方殊未明”。农时一旦错过,是很难补救的,农民失去的将是一季甚至一年的收成。相比之下,其他知识产权所涉及的领域,往往不存在这样的时间性问题。

2. 地域性。橘生淮南则为橘,生于淮北为枳。植物新品种能否发挥作用,在很大程度上受种植区域自然因素的影响。实践中,很多植物新品种也都有各自限定的种植区域,超出指定区域开展种植活动,可能很难收到预期的效果。如此一来,就可能使品种权人的声誉受损。

3. 综合性。农业能否获得丰收,是多种因素综合作用的结果,除了种子的因素外,水土状况、田间管理等方面的实际情况能否满足特定品种的种植要求,也对最终的农业收获具有重大影响。如果将歉收的原因全部归结于种子问题,对于品种权人而言往往是不公允的。

4. 互动性。品种培育工作是一项长期而艰巨的工作,需要对已有品种进行不断的改良。但是品种改良需要育种者与种植者保持密切的联系,及时了解农作物种植过程中遇到的问题,提供售后服务,从而掌握改进的需求。目前,“参与式植物育种”已经成为国内外育种研究领域的一个重要话题。^①因此,有必要保持育种者(通常是

^① 参见陈天渊、黄开健:《参与式植物育种与可持续利用生物多样性——以广西玉米为例》,载《中国农学通报》2006年第7期。

初始的品种权人)与种植者之间的密切联系,以便更好地实现品种的不断改良。

5. 风险性。对于粮食以及主要经济作物而言,种子质量的好坏关乎国计民生。在相关品种推广前以及推广过程中,必须经过足够的试验并确保繁殖材料的稳定性,杜绝意外事件的发生,否则就会因为主要农作物的歉收绝收而影响社会稳定。因此,相对于维护个体的交易安全、鼓励商品自由流通而言,国家整体的安全稳定始终是首要目标。当然,对非粮作物以及非主要经济作物而言,不存在这方面的风险。

上述特性只是植物新品种在实际运用过程中的一些特点,但却是对植物新品种权给予有效保护时必须考虑的客观因素。有专家指出,农业知识产权不仅涉及生物遗传资源国家主权、国家粮食安全保障,而且涉及广大农民利益,^①因此,作为农业知识产权的典型代表,植物新品种权与其他知识产权具有很大的不同。

具体而言,植物新品种权保护的独特之处体现在法律在具体制度设计上,一方面是对权利保护的强调,比如,在规定品种权人享有商业目的生产、销售授权品种繁殖材料的专有权利时,不仅对例外情形的规定极为有限,而且并未像其他知识产权单行法律那样在法律条文中明确规定合法来源抗辩之类的权利限制条款。另一方面,不同于其他知识产权单行法律,《种子法》第31—33条明确规定了生产经营许可制度,使保护公共利益的政策属性更为突出。可以说,植物新品种领域不仅不以商品的自由流通为主要目标,而且还需要强化品种权人对品种繁殖材料的控制能力。所以,在植物新品种权保护的过程中,就必须从这两方面出发,系统性地审视合法来源抗辩制度的适用。

三、《国际植物新品种保护公约》中的合法来源抗辩

在植物新品种保护领域最为重要的国际条约是《国际植物新品种保护公约》,截至目前,该公约共有1961年、1972年、1978年和1991年四个文本。1998年8月29日,第九届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过了《关于加入〈国际植物新品种保护公约(1978年文本)〉的决定》。

(一) 品种权人可自由设定授权条件

根据《国际植物新品种保护公约(1978年文本)》第5条第1款的规定,授予育种者权利(根据该公约1991年文本第1条的规定,“育种者权利”系育种者依据本公约规定所享有的权利,为行文方便本文统一使用“品种权”这一术语)的作用

^① 参见宋敏:《深入实施知识产权战略,谱写乡村振兴新篇章》,载国务院知识产权战略实施工作部际联席会议办公室组织编写:《一项兴国民的国家战略——〈国家知识产权战略纲要〉颁布实施十周年纪念文集》,知识产权出版社2018年版,第207页。



在于对受保护品种的有性或无性繁殖材料进行下列处理时,应事先征得育种者同意:以商业销售为目的之生产;提供出售;市场销售。^①因此,保证品种权人对授权品种繁殖材料的销售享有专有权利,不仅是我国国内法的规定,而且也是履行我国加入的国际条约规定的国际义务。

同时需要指出的是,该公约1978年文本第5条第2款规定:“育种者可以根据自己指定的条件来授权。”也就是说,在1978年文本中,品种权人权利的行使方式是由权利人自己决定的,公约并未对此加以限制。这种有利于权利人保护的规定在后来的1991年文本中得到进一步的完善,该公约1991年文本第14条第2款规定:“育种者可对授权施加条件和限制。”2010年10月21日,国际植物新品种保护联盟理事会第四十四届例会通过的《〈UPOV公约〉育种者对繁殖材料授权的条件和限制的解释》进一步强调,对于与繁殖材料有关的活动,《UPOV公约》规定育种者可对授权施加条件和限制的权利。对于繁殖材料相关活动授权施加的条件和限制由育种者自行决定。其中包括:报酬、授权期限、从事授权活动的方式、产出材料的质量和数量、授权出口的地域、被授权者许可或者分许可其他人来代表自己从事授权活动的条件等等。^②可见,无论是对我国生效的1978年文本,还是后续修订而为大多数国家所采用的1991年文本,在繁殖材料授权许可的最初源头环节,公约都赋予了品种权人以最大的自主权,在考虑后续流通环节的权利义务配置关系时,不能忽视公约对品种权权利保护的强调。如果遇到分歧,应当从公约订立的目的出发,突出对权利的保护,而不是对权利采取限制。

(二) 权利义务关系配置的考量因素

虽然《国际植物新品种保护公约(1978年文本)》并未明确规定在植物新品种领域是否可以适用合法来源进行抗辩,即公约1978年文本未对被控侵权人提供繁殖材料合法来源后是否可以免除其赔偿责任作出规定,但是,对照《国际植物新品种保护公约(1991年文本)》的规定,就不难发现这一规定的阙如并非公约制定时的疏漏,而是公约制定过程中各种力量博弈的结果。

① 《国际植物新品种保护公约(1978年文本)》第5条规定:“受保护的权利;保护的范围:(1)授予育种者权利的作用是在对受保护品种的诸如有性或无性繁殖材料之类的进行下列处理时,应事先征得育种者同意:——以商业销售为目的之生产;——提供出售;——市场销售。无性繁殖材料应被认为包括整株植物。在观赏植物或切花生产中,观赏植物或其植株部分作为繁殖材料用于商业目的时,育种者的权利可扩大到以一般销售为目的而不是繁殖用的观赏植物或其植株部分。(2)育种者可以根据自己指定的条件来授权。(3)利用品种作为变异来源而产生的其他品种或这些品种的销售,均无须征得育种者同意。但若为另一品种的商业生产重复使用该品种时,则必须征得育种者同意。(4)根据本国法律,或第二十九条所述特别协定,任何联盟成员国均可对某些植物属或种给予育种者大于第(1)款规定的保护权,特别是可延伸到已在市场销售的产品。授予这种权利的联盟成员国,对其他授予同等权利的联盟成员国的国民以及在这些联盟成员国定居或设有办事机构的自然人和法人的利益可以给予限制。”

② 参见国际植物新品种保护联盟理事会第四十四届例会:《〈UPOV公约〉育种者对繁殖材料授权的条件和限制的解释》,载邓华、胡廷杰编译:《国际植物新品种保护联盟(UPOV)解释类文件汇编》,中国林业出版社2016年版,第63-66页。

《国际植物新品种保护公约（1991年文本）》第16条第1款规定：“受保护品种的材料或第14条（5）款所指品种的材料，已由育种者本人或经其同意在有关缔约方领土内出售或在市场销售，或任何从所述材料派生的材料，育种者权利均不适用，除非这类活动：（i）涉及该品种的进一步繁殖，或（ii）涉及能使该品种繁殖的材料出口到一个不保护该品种所属植物属或种的国家，但出口材料用于最终消费的情况不在此例。”显然，相较于1978年文本，1991年文本中明确增加了“权利利用尽”的规定。虽然权利利用尽规则与合法来源抗辩并不完全相同，比如，权利利用尽规则强调的是权利人本人或经其授权的人将商品投入市场流通之后的法律适用规则，而合法来源抗辩则并不强调相关商品的最初来源一定是获得了权利人的授权，但是，二者从本质上看都是对品种权人专有权利的限制，在从整体上考虑法律制度构建时，应当从平衡各方利益的角度出发，决定是否采纳这种权利保护的制衡措施。

《国际植物新品种保护公约（1991年文本）》之所以会采纳1978年文本没有采纳的权利利用尽制度，最根本的原因在于1991年文本加大了品种权人的保护力度。有研究者曾列表对两个文本之间的差异进行对比（见表1）。

表1 《国际植物新品种保护公约》1978年文本与1991年文本主要项目对照表^①

	UVPO1978年文本	UVPO1991年文本
保护范围	仅繁殖材料	繁殖材料；使用繁殖材料得到的收获材料；使用收获材料直接制作的产品
保护期限	15-18年	不少于20年，树木、藤本植物不少于25年
适用范围	商业目的的生产	生产、繁殖、为繁殖而进行的种子处理、销售、售出或其他市场销售、出口、进口、用于上述目的的原种制作
育种者豁免	有	有，但限制
农民特权	强制应用与所有植物和属	非强制，由成员国政府自行决定
育种者权利利用尽	未规定	有规定，但繁殖、出口到不保护品种权的国家除外

《国际植物新品种保护公约》不同文本之间的演进过程充分说明，作为对品种权行使的限制性措施，权利利用尽制度是伴随着品种权本身的不断加强，而在品种权人和社会公众之间进行利益平衡的结果。也就是有研究者所称的UPOV1991在对品种权进行强保护的同时，相应地规定权利利用尽以避免品种权过度垄断。^②因此，在考虑与权利利用尽制度相近的合法来源抗辩时，也应当考虑相关制度设计是否已经为品种

① 参见李建宇：《权利利用尽原则在植物新品种保护中的适用》，华南理工大学2017年硕士学位论文。

② 参见李建宇：《权利利用尽原则在植物新品种保护中的适用》，华南理工大学2017年硕士学位论文。



权人提供了充足而有效的保护。在我国借鉴公约1978年文本而建立起植物新品种保护法律框架的大背景下,仅以公约1991年文本中有相关规定为由,就认为我国当下的植物新品种保护法律制度也应当引入合法来源抗辩或者权利利用尽制度,无疑是没有从整体上把握整个植物新品种保护制度的精神实质,显然不可取。

同时,《国际植物新品种保护公约》1978年文本和1991年文本的差异也给我们带来一点思考,那就是我国当前的植物新品种保护是否真的已经到了需要对品种权保护加以限制的程度?如果不断加强权利保护仍然是我国当前植物新品种领域的主要矛盾,那么是否有必要在这一领域率先采用我国尚未加入的《国际植物新品种保护公约》1991年文本中与权利利用尽制度相类似的合法来源抗辩?对这些问题的回应,涉及的是国家宏观政策的调整,不宜在司法裁判的个案中作出判断,甚至不是司法过程中的法律解释问题,而是应当交由国家立法机关予以整体性衡量,最终做到权利义务关系配置上的平衡。

四、我国植物新品种领域的合法来源抗辩

合法来源抗辩作为成立侵权行为前提下的一种免除赔偿责任的制度设计,是对权利人请求权的一种阻却,从客观效果上看,对知识产权权利人的保护而言是具有消极作用的。而知识产权是一种法定之权,其产生一般需要由法律认可,^①虽然也存在像《著作权法》第10条第1款第17项规定的“应当由著作权人享有的其他权利”这样的开放性条款,使得知识产权权利的具体表现形式丰富多样,但由于知识产权法在性质上是一种“权利法”,在法律已经赋予了权利人以某项概括性的知识产权的情况下,对于知识产权的限制也必须由法律予以确定,这其中蕴含的是“如何认识基于知识产品所产生的各种利益并加以合理分配”的重大问题,^②当然也应当由法律加以确定。

本文认为,当宏观政策和利益衡量的结果更加倾向于权利人保护的前提下,如果法律未作明确规定,合法来源抗辩的适用范围就应当受到严格限制,不宜类推或者参照适用。同时,也应当将相关行政法规纳入合法性审查判断依据的范围之内,无论其是效力性规范还是管理性规范。如果相关法律法规已有行政管理方面的规定,那么,违反这些管理性规定的行为本身,就使其在合法性方面存在欠缺,此时接受合法来源抗辩就会存在逻辑上的悖论。

① 参见吴汉东:《知识产权总论》(第四版),中国人民大学出版社2020年版,第9页;陈锦川:《对著作权权利法定之理解》,载《中国版权》2020年第2期;孙山:《重释知识产权法定原则》,载《当代法学》2018年第6期。

② 参见吴汉东:《知识产权总论》(第四版),中国人民大学出版社2020年版,第75页。

（一）主要农作物的生产经营许可制度

通常而言，合法来源抗辩中的“合法来源”是指通过合法的销售渠道、通常的买卖合同等正常商业方式取得产品。^①但是，在判断来源是否合法时，除了强调从公开市场获取被控侵权产品之外，还不应忽视对合法市场这一要件的强调，而且这种对“合法”要件的强调，恰恰是“合法来源抗辩”本身存在的逻辑起点。

从我国目前的情况看，《种子法》明确规定了适用于主要农作物的生产经营许可制度，其第31条第1款规定：“从事种子进出口业务种子生产经营许可证，由国务院农业农村、林业草原主管部门核发。国务院农业农村、林业草原主管部门可以委托省、自治区、直辖市人民政府农业农村、林业草原主管部门接收申请材料。”第2款规定：“从事主要农作物杂交种子及其亲本种子、林木良种繁殖材料生产经营的，以及符合国务院农业农村主管部门规定条件的实行选育生产经营相结合的农作物种子企业的种子生产经营许可证，由省、自治区、直辖市人民政府农业农村、林业草原主管部门核发。”第3款规定了前两款规定以外的其他种子的生产经营许可证的核发部门。而在具体操作层面，《种子法》第32条第3款规定：“申请领取具有植物新品种权的种子生产经营许可证的，应当征得植物新品种权所有人的书面同意。”第38条第1款规定：“种子生产经营许可证的有效区域由发证机关在其管辖范围内确定。种子生产经营者在种子生产经营许可证载明的有效区域设立分支机构的，专门经营不再分装的包装种子的，或者受具有种子生产经营许可证的种子生产经营者以书面委托生产、代销其种子的，不需要办理种子生产经营许可证，但应当向当地农业农村、林业草原主管部门备案。”

而作为例外，只有特定情形下不需要办理生产经营许可证：一是《种子法》第31条第4款规定：“只从事非主要农作物种子和非主要林木种子生产的，不需要办理种子生产经营许可证。”二是《农作物种子生产经营许可管理办法》第21条第1款规定：“有下列情形之一的，不需要办理种子生产经营许可证：（一）农民个人自繁自用常规种子有剩余，在当地集贸市场上出售、串换的；（二）在种子生产经营许可证载明的有效区域设立分支机构的；（三）专门经营不再分装的包装种子的；（四）受具有种子生产经营许可证的企业书面委托生产、代销其种子的。”

显然，在讨论与主要农作物种子和主要林木种子有关的植物新品种权保护问题时，生产经营许可证制度就是无法回避的一个法律的强制性规定，在判断相关行为是否合法时，必须在生产经营许可证制度框架下展开。不能仅因销售者说明了其所售繁殖材料的来源就当然免除其损害赔偿责任，而是应当在查清繁殖材料来源的基

^①《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释（二）》第25条第3款规定：“本条第一款所称合法来源，是指通过合法的销售渠道、通常的买卖合同等正常商业方式取得产品。对于合法来源，使用者、许诺销售者或者销售者应当提供符合交易习惯的相关证据。”



础上,进一步审查该繁殖材料的提供者是否依法取得了相应的生产经营许可证或者属于法律规定的不需要办理生产经营许可证的情形,并以此判断销售者是否存在主观错过。

(二) 种子生产经营许可证制度演变

原国家农业部2001年2月26日发布、2004年7月1日修订的《农作物种子生产经营许可证管理办法》率先建立了农作物种子生产经营许可证制度。2011年9月25日,《农作物种子生产经营许可证管理办法》施行,取代了之前的《农作物种子生产经营许可证管理办法》。此后,《农作物种子生产经营许可证管理办法》分别于2015年4月29日、2016年7月8日、2017年11月30日、2019年4月25日、2020年7月8日、2022年1月7日和2022年1月21日进行了多次修改。

从《农作物种子生产经营许可证管理办法》的条文演变过程看,在2016年7月8日该管理办法修订前,农作物种子生产经营许可证制度均规定了办理许可证的条件,并对许可证的“有效地域”作出了规定。从条文规定看,种子生产经营需要在许可证载明的“有效地域”内进行,因此,超出了该地域的种子销售行为当然就不能被视为合法有效的行为,也就不可能构成“合法来源”了。在这个意义上,违反农作物种子生产经营许可证所确定的“有效地域”而实施的销售行为,可以直接得出该销售行为不合法的结论。

但是自2016年起,《农作物种子生产经营许可证管理办法》规定种子生产地点、销售活动“不受种子生产经营许可证载明的有效区域限制”,而仅要求“种子的终端销售地应当在品种审定、品种登记或标签标注的适宜区域内”。^①最新的《农作物种子生产经营许可证管理办法》(2022年第2次修正)第18条对此未作修改。显然,从2016年修订的《农作物种子生产经营许可证管理办法》施行之日起,尽管存在种子生产经营许可证制度,但该制度本身已不再限制农作物种子或者授权品种繁殖材料的销售地域了。因此,经营者从他人处购得种子再转售的,就不能以经营者未审查实际销售区域与生产经营许可证上载明的“有效区域”是否一致为由,判断经营者是否存在主观过错,也不能认定该销售行为不合法。

(三) 《若干规定》第13条的适用

司法实务中,对合法来源抗辩在植物品种权领域能否适用及其适用条件长期存

^①《农作物种子生产经营许可证管理办法》(2016年修订,2016年8月15日起施行)第18条规定:“种子生产经营许可证载明的有效区域是指企业设立分支机构区域。种子生产地点不受种子生产经营许可证载明的有效区域限制,由发证机关根据申请人提交的种子生产合同复印件及无检疫性有害生物证明确定。种子销售活动不受种子生产经营许可证载明的有效区域限制,但种子的终端销售地应当在品种审定、品种登记或标签标注的适宜区域内。”

在不同认识,因此,《若干规定》第13条在总结司法实践的基础上,^①对植物新品种领域合法来源抗辩作出规定,无疑有其独特的制度性价值。但在其适用过程中尤其需要注意的是,判断销售者合法来源抗辩是否成立,不仅需要销售者满足其他知识产权领域合法来源抗辩的一般性要件,而且销售者自身还需符合相关种子生产经营许可制度的要求。

一方面,鉴于种子领域存在比较完善的行政管理规定,适用合法来源抗辩更具实操性,销售者理应依法取得生产经营许可证却无证经营的,原则上应认定合法来源抗辩不成立;另一方面,也需要根据《农作物种子生产经营许可管理办法》不断修改的实际情况加以具体把握。具体而言,被控侵权人虽然能够提供其所销售的授权品种繁殖材料的具体来源,且该提供者合法持有种子生产经营许可证,但是,如果实际销售区域并不在“品种审定、品种登记或标签标注的适宜区域内”,则仍然应当认定该销售行为不符合种子生产经营许可制度的要求,当然也就不能支持被控侵权人的合法来源抗辩。

结 语

在我国法律框架内,植物新品种权是通过《种子法》在法律层面作出规定的,而《种子法》并未对品种权人所享有的专有销售权作出限制,故而不能简单参照有相应限制性规定的其他知识产权专门法律的做法而在植物新品种领域毫无保留地实行“权利利用尽”,当然也不应当直接照搬其他知识产权领域中的合法来源抗辩制度。由于包括植物新品种在内的农业知识产权保护具有特殊的国家战略和国家安全意义,我国在选择加入《国际植物新品种保护公约》时也已对权利保护和权利限制问题作出了取舍,《种子法》及配套部门规章更是明确规定了农作物种子生产经营许可制度,因此,在植物新品种领域适用合法来源抗辩制度时,就必须突出和强化其“合法”要件的地位,将农作物种子生产经营许可制度作为适用合法来源抗辩的重要考量因素。在具体案件中,不仅要查清向被控侵权人提供授权品种繁殖材料的经营者是否合法持有农作物种子生产经营许可证、是否属于不需要办理农作物种子生产经营许可证的特殊主体,而且要进一步审查被控侵权行为实施地即实际销售区域是否在“品种审定、品种登记或标签标注的适宜区域内”。

(责任编辑:崔婷婷)

^① 司法实践中的相关案例可参见安徽皖垦种业股份有限公司、寿县向东汽车电器修理部修理合同纠纷再审案,最高人民法院(2019)最高法民再371号民事判决书。



论现代社会中国司法职能之转型

胡昌明^{*}

内容摘要：定分止争与规则指引是司法制度两项主要职能。定分止争以双方当事人满意、案结事了为旨，在实践中往往表现为强调诉讼调解；规则指引则主张通过诉讼向社会宣示行为准则，要求法官适用法律作出裁判。如果司法片面强调其定分止争功能，忽视规则指引功能，可能使法官失却中立地位及刚性品格，也无从为社会提供明确的行为规范。一旦离开司法的规则指引功能，社会的规范性不足，矛盾纠纷更容易形成争讼。现代社会中，随着社会规则化和诉讼的类型化，司法的规则指引功能将更为突出。着眼未来，平衡司法的两大职能，才能在解决纠纷的同时，为社会确立行为规范，满足现代社会对司法的要求。

关键词：司法职能；定分止争；规则指引；调解

“定分止争”与“规则指引”是司法制度的两项主要职能。定分止争功能着眼于当下，追求案件的实质公平，以双方当事人满意、案结事了为旨，在司法实践中往往表现为通过调解等手段着力解决当事人的一事一案的争议；规则指引功能则更强调对法律规范的适用，主张通过诉讼向社会宣示一个行为的准则，主要表现为法官适用法律作出裁判。在中国长期的司法实践中，法院的这两项职能并不平衡，往往更加偏重定分止争，而轻视甚至无视司法的规则指引功能。然而，随着经济社会的发展，熟人社会向陌生人社会转型，有必要引导司法规则指引功能发挥更大的作用。因此，中国法院传统上抑制规则指引功能的原因以及现代司法强调发挥规则指引功能的理由和做法亟待理论梳理。

^{*} 胡昌明，中国社会科学院法学研究所副研究员，法学博士。

基金项目：本文系北京市习近平新时代中国特色社会主义思想研究中心项目、北京市社会科学基金项目“新时代中国特色社会主义法治体系建设的理论和实践研究”（项目编号：18ZDL18）的阶段性成果。

一、应然与实然中司法的职能定位

（一）司法职能定位的文献梳理

法学家是法律发展的先导者，法学家眼中的法院也就是应然层面的法院。这一层面上，法院抑或法官具有什么样的职能呢？^① 苏力教授认为，法院的基本职能有解决纠纷、规则确定及中国司法的一种特殊职能，即民族国家的建立。^② 胡玉鸿教授认为法官角色的三个主要方面即纠纷裁决的主持者、诉讼活动的指挥者、终局结果的判定者。^③ 蒋银华教授则认为，“司法具有政治功能，其是国家意志的表达方式；司法具有民主功能，是维护民主体制的重要力量；司法的法律功能则表现为其对法律之统一适用上。司法参与社会治理过程中三者不可偏废其一”^④。

由此可见，学界对司法职能的看法各不相同，其中论及最多的两个主要功能：一是着眼于当下纠纷的解决；二是通过确定原被告双方的权利义务，为社会提供一个普适性的规则，即规则指引。有时候司法的这两种功能是统一的，能够相辅相成，法院在案件审理过程中既解决了纠纷，又确认了社会规则。但是，在大多数情况下，它们可能存在冲突，法官倾向于定分止争还是规则指引，可能会采取不同的审判策略，甚至会导致不同的审判结果。因此有学者提出：“法院的基本职能究竟是落实及形成规则（普遍性地解决问题），还是解决纠纷（具体解决问题）？或者两者在不可偏废的情况下以何为重，并将向哪个方向发展？”^⑤ 但是，这一冲突没有引起法学界的广泛重视，无论是理论界还是实务界对此主题的研究都不够深入。

（二）司法职能的现实表达

从新中国成立到 21 世纪初，从法律的规定到媒体舆论的导向，再到司法机关自身的绩效考核都可以看出，中国司法在实践中更加偏重定分止争功能，而不太重视发挥其规范确认的功能。

1. 法律、规范性文件的规定

《宪法》第 128 条宽泛地规定了法院的职能，“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关”；《人民法院组织法》第 2 条规定：“人民法院通过审判刑事案件、民事

① 司法的职能主要是通过法官审理案件实现的，因此法官是司法职能的主要体现者和承担者。

② 参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 53、176 页。

③ 参见胡玉鸿：《在政治、法律与社会之间——经典作家论法官的角色定位》，载《西南政法大学学报》2004 年第 6 期。

④ 蒋银华：《论司法的功能体系及其优化》，载《法学论坛》2017 年第 3 期。

⑤ 苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 176 页。



案件、行政案件以及法律规定的其他案件……解决民事、行政纠纷……”

上述法条对法院的功能要么语焉不详,要么只是强调了其解决纠纷功能,而考察革命根据地时期以来的法律发现,虽然中国民事诉讼的原则变动不居,但是在相当长时间内,都始终存在着重视纠纷化解,强调调解的倾向。一是在相当长的历史时期内,“马锡五审判方式”和“枫桥经验”一直备受司法机关高度推崇,此后又将“依靠群众、调查研究、调解为主、就地解决”十六字方针作为民事审判的根本工作方法和工作作风。二是1982年试行的《民事诉讼法》以“着重调解”作为民事诉讼的原则;1991年《民事诉讼法》虽然将“调解应自愿合法”代替了“着重调解”原则,但在司法实践中仍然鼓励调解,将各地法院的调解率作为绩效考核的内容之一,并将善于做调解工作作为法官充分做群众工作的一种体现;2012年《民事诉讼法》第122条还规定了普通一审民事纠纷的先行调解制度。三是各种司法政策也对以司法的定分止争情有独钟。2010年,最高人民法院印发《关于进一步贯彻“调解优先、调判结合”工作原则的若干意见》,要求充分发挥人民法院调解工作的积极作用。

2. 舆论场的导向

在媒体和社会舆论场中,法院也主要扮演一个解决纠纷、定分止争的角色。在各种媒体中,作为正面典型报道的法官形象大都是法官走下法台,深入民众,促成纠纷化解,实现案结事了。与此同时,法官主持正义,做出正确裁判这样的报道却凤毛麟角。

以《人民法院报》为例,通过对刊载文章标题关键词的搜索发现,近十年来,“调解”为关键词的文章1192篇,以“判决”为关键词的文章仅406篇,前者的数量是后者的2.9倍。在新中国成立七十周年之时,《人民法院报》特别刊发了《中国司法浓墨重彩之笔》一文,作者认为“调解成为当代中国最具有本土特征的纠纷解决途径……多元化纠纷解决机制具有鲜明的时代性和生命力……突破了单一司法解决的局限性,取得了良好的社会效果和法律效果,成为现代中国司法浓墨重彩的一笔,是值得珍视的宝贵司法经验与制度财富”^①。另外,在一则有关调解解决纠纷的通讯报道后,作者对法官在解决纠纷中所体现出来的知识与智慧表示欣赏,称赞“法官是在用自己的心灵与行为为社会追寻正义之规则,且也以其善言善行在影响和感染他人”^②。

主流媒体大张旗鼓赞美的事例也大都是法院以解决纠纷为己任、追求案结事了,或者法官放下架子,深入人民群众解决纠纷,对一份推理精妙的判决书、一次精彩庭审主持过程的报道和颂扬则难得一见。

^① 张建伟:《中国司法浓墨重彩之笔》,载《人民法院报》2019年10月1日,第19版。

^② 王建慧、景永利:《规则之治与非规则之治的博弈》,载《人民法院报》2004年8月5日,第4版。

3. 法院的价值追求

法院内部的绩效考核、总结和表彰，也非常突出调解等解决纠纷方式。

一方面，从法院的工作报告中我们可以管窥一二。十年前，最高人民法院向全国人民代表大会提交的工作报告中还经常提及“加强诉讼调解”或者“调解优先”“充分发挥调解解决纠纷的职能作用”等内容，并将调解率高、调解结案作为法院的一项良好业绩。“坚持调解优先、调判结合，提高调解质量……一审民商事案件调解与撤诉结案率达到 64.6%。”^①

另一方面，在法院先进个人事迹的宣传材料中，往往侧重介绍其注重调解、化解纠纷的经验方法。例如，在《最高人民法院关于授予金桂兰同志“全国模范法官”的荣誉称号的决定》中提到：调解是消除双方积怨、化解矛盾纠纷的有效办案方式，金桂兰同志对每一起案件都依法耐心细致进行调解……在金桂兰同志审结的案件中，90%都是以调解方式结案。^②以第二届“中国法官十杰”评选活动为例，十位杰出法官中，有七名的先进事迹材料中都提及“耐心为当事人做调解工作”“化解群众纠纷”等内容。可见，法院自身的评判体系中，善做调解、定分止争相当重要，是衡量法官优秀与否的标准之一。

二、中国司法实践偏重“定分止争”的原因探析

虽然学者认为司法具有定分止争和规则指引两项职能，然而在传统司法实践中，法院却往往偏重定分止争。究其原因，可以从社会环境和法院自身条件两方面予以分析。

（一）社会环境的制约

第一，全国各地经济文化发展不平衡。中国的城市与农村、沿海与内地之间，经济和社会发展都存在着巨大的差异。然而，法律作为一种社会规范，要求在规则面前一视同仁，这与中国的城乡差别和地区差异之间产生了巨大的张力。一千元在北上广深等一线城市，人们只不过一顿饭钱；而在中西部的农村地区，则有可能是农民一年的生活费，因此，同样盗窃一千元钱造成的社会危害存在天壤之别。这时候法律应该一视同仁还是区别对待？这种经济水平的差异会让法律的规则性、普适性无所适从，如果一味强调规则，就会出现《秋菊打官司》里秋菊的诉求与法律产品之间那样的隔膜。^③

① 《2013 年最高人民法院工作报告》。

② 参见中共中央宣传部宣传教育局等编：《百姓的好法官金桂兰》，人民法院出版社 2006 年版，第 7 页。

③ 参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版，第 23 页。



第二,社会尚未完全规则化。“真正要实现规则之治,一个非常重要的前提条件是规则之治的治理对象本身要具有一定程度的规则性。”^①但是,中国的纠纷本身类型多样,既有涉及现代商业活动的公司、股权类纠纷,也有大量涉及家长里短、鸡毛蒜皮的邻里纠纷,而这类纠纷通过诉讼来解决效果往往并不理想。在立案登记制改革后,大量的社会矛盾涌向法院,司法的规则指引功能对于这些纠纷很难有用武之地。例如,在一起财产损害赔偿纠纷中,甲家的孩子上了乙家的房,踩碎了瓦。乙家便把甲家告上法庭,索赔32块瓦。^②又如,笔者从前办理的张某某诉北京某房地产经纪有限公司损害赔偿案中,经纪公司在未告知租户原告张某某的情况下,强行更换门锁,并将张某某的个人物品全部扣押。张某某诉至法院要求被告归还其个人物品及身份证,但张某某无法提供物品损失清单。这些案件的处理难度不在于法律疑难,而在于根据现有证据法官难以复原案件的客观事实,司法对此往往无能为力。这类纠纷进入诉讼程序后,在当事人没有留存书面证据的情况下,法官不易查清事实,只能优先选择调解方式结案。

第三,传统的中国社会是一个熟人社会。在改革开放之后,直至上世纪末,中国的人口流动在不断增长,但不可否认的是中国的广大农村地区乃至县城大体上仍然是一个熟人社会。在日常生活中,规范村民言行的不是国家法律,而是由传统维系的礼俗以及维持家族、乡里之间感情关系的人情。^③现代司法提供的工具往往不足以解决熟人社会的矛盾。这不仅因为人们的关系越紧密,介入他们之间事务的法律越少,^④而且因为亲密关系妨害法律的应用,熟人间的交往通常不需要书面的文字材料,就像没有人问自己父亲、兄妹借钱还会打借条一样,如果是普通朋友,就很可能要打借条,如果向关系更远的人借,则必须打借条了。因此,一旦熟人之间发生纠纷,法院就很难查清事实,在这种情况下,通过调解化解纠纷更现实,也更便利。

(二) 中国司法的现实局限

中国司法存在的一些现实局限性也使得法官更倾向于采用定分止争的方式。

首先,中国的司法机关职责多元。司法是维护社会公平正义的最后一道防线,法官地位崇高,职责明确。“法院专司裁判职能以及由裁判职能而衍生的相关职能,原则上不承担与裁判职能无关的日常性‘事务’工作。”^⑤一个权威性强、地位崇高的法官可以“两耳不闻窗外事”,一心只负责审理与裁判。但是,在中国的实践中,司法机关除了审判、调查取证、案件执行等司法职能外还要承担诸多其他司法之外的

① 苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2002年版,第193页。

② 参见潘剑锋、齐华英:《试论小额诉讼制度》,载《法学杂志》2001年第1期。

③ 参见周晓虹:《传统与变迁——江浙农民的社会心理及其近代以来的嬗变》,三联书店1998年版,第58页。

④ 参见[美]布莱克:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,法律出版社2002年版,第9页。

⑤ 丁以升、孙丽娟:《论我国法院纠纷裁判功能的理性建构》,载《法商研究》2005年第2期。

工作,进行法制宣传教育,参与信访化解、社会维稳,参加公益性社会活动,甚至包括招商引资和“创建文明城市”等等。^①《人民法院组织法》中法院的职能除了惩罚犯罪、解决纠纷外还包括“维护国家安全和社会秩序,维护社会公平正义,维护国家法制统一、尊严和权威,保障中国特色社会主义建设的顺利进行”。所有这些都说明中国司法职能不仅仅是审判,法官只注重规则指引和审理裁判是没有大局观、政治不成熟的体现,这意味着法院必须以维护社会安定团结为重,努力化解社会发展带来的各种纠纷。因此,能够利用各种方式化解解纷,让当事人息诉服判,特别是不要形成涉诉信访和涉诉舆情。

其次,法官队伍素质参差不齐。法院能够确认法律规则的重要前提之一是法官必须具有专业的法学功底和法律思维。近年来,虽然中国法官的素质有了长足的进步,但是与法治发达国家相比,法官整体素质和法律素养仍存在提升空间,^②特别是在一些偏远的山区、农村地区的人民法庭,还有不少非科班出身,没有经过法学专业学习的法官。让没有经过法律专业思维训练的法官行使“规则指引”的职能就有点勉为其难,他们很自然地更倾向于做群众工作,用调解来化解纠纷。

(三) 法官趋利避害的心理

法官的趋利避害心理也会使得定分止争更加符合法官的利益诉求。许多国家为法官制定了完善的身份保障制度,非因法定事由,不得将法官免职,法官有长期、稳定的任期,有些国家的法官甚至终身任职。^③这种制度安排下,法官没有后顾之忧。但是从中国法律的具体规定来看,《法官法》规定的法官惩戒与免职条款较多,法官在任职期内只需“经考核确定为不称职的”等理由,与公务员一样可以随意任免。现实中,法官因正当履行职务而被错误免职、调离法院,甚至受到刑罚追究的案例时有发生。由此可见,中国法官身份保障的制度尚不完善,法官身份保障不力往往导致其在判案谨小慎微、反复斟酌。如果他们通过调解方式结案,不仅解决了纠纷,

① 十八大以来的本轮司法改革加强司法人员的履职保障,要求司法人员不应从事与司法职能无关的其他事务。为此,2016年7月,中央办公厅、国务院办公厅颁布了《保护司法人员依法履行法定职责规定》,其中第3条规定:“任何单位或者个人不得要求法官、检察官从事超出法定职责范围的事务。人民法院、人民检察院有权拒绝任何单位或者个人安排法官、检察官从事超出法定职责范围事务的要求。”但是,就在这个规定颁布实施后不久,徐州市创建全国文明城市指挥中心要求包括司法机关在内的全市机关上街协助交警执勤,引发社会舆情。

② 一份调研报告发现虽然大多数法官具有本科以上学历(97.85%),但是其中35.79%的法官是在职学历。参见胡昌明:《中国法官职业满意度考察——以2660份问卷为样本的分析》,载《中国法律评论》2015年第4期。

③ 在英国,高等法院法官的任职是终身的,或者任职到法定退休年龄为止。美国联邦法院法官除非因违法犯罪受弹劾或者自动辞职,其职务是终身的,工作也是终身的。澳大利亚法官实行终身制,除非由于行为不端,可一直任职到退休年龄。法国的宪法和法院组织法均规定,法官实行终身制,法官在任期内,非因可弹劾之罪,并经法定程序不得被免职、撤换或强令退休。参见胡昌明:《中国法官保障制度研究》,中国社会科学出版社2019年版,第139-141页。



不会出现上诉,更不会发生发回重审、改判等“错案”,也可以消除当事人信访的后顾之忧。此外,法院普遍追求高调解率,甚至将调解率作为考核法官业绩的指标之一,更是推动了法官倾向于以调解方式结案。

三、均衡发展两种司法职能的必要性

虽然,中国司法突出定分止争的功能有其社会、法律和法官心理基础,但是随着社会的进步和发展,过分偏重这一功能定位,忽视法律具有指引性的面向,则有可能产生一些负面影响,甚至可能会损害当事人诉讼利益,特别是过分注重调解无法适应现代法治社会规则治理的要求,无法为人们的行为提供更加明确的指引,从而增加因社会“失范”引发的矛盾纠纷。因此,未来规则治理功能将在司法中扮演更加积极的角色。

(一) 向陌生人社会转型之必要性

根据《中国统计年鉴》,随着城市化的不断发展,中国常住人口城镇化率从1978年的17.92%一路攀升至2021年的64.72%,人口城镇化水平在改革开放四十多年时间内提升了46.8个百分点。“在中国传统的差序格局中,原本不承认有可以施行于一切人的统一规则。”^①但现在,这个熟人社会被逐步打破,渐渐向重视规则、有规则意识的陌生人社会转型,实现了梅因所说“从身份到契约”的转变。这为司法的规则之治提供了巨大的适用空间。因为,规则之治的一个前提是社会生活本身具有较高的规则化,社会现代化将每一个人在一定程度上标准化了,将我们的生活环境、行为方式,甚至是在某种程度上的思想感情都标准化、规则化了,只有这时,作为规则的法律才可能有效地起作用。由此可见,中国社会几十年来城镇化、现代化的转型成为中国司法需要规则之治的社会背景。

(二) 有助于为社会确定行为规范

法律规范较之于地域差别较强的道德、宗教、习惯等社会规范,具有较强的普适性和确定性。法律的这一性质决定了司法不能囿于解决纠纷,充分行使规则指引职能具有极其重要的作用。法律作为普适规则,给人提供的就是一种内心的确信,在确定的规则下,每个人对该做哪些,不该做哪些,做哪些违法,侵权、违约、不法行为会导致什么样的法律后果都一清二楚,而且一旦发生违法行为就必然受法律的惩戒,那么违法行为就会减少。司法作为法律规则适用的过程,就是将抽象的法律规范具化,成为民众看得懂、理解得了的行为准则的过程。法院作为司法权的实

^① 费孝通:《乡土中国:生育制度》,北京大学出版社1998年版,第57页。

施机构,为社会提供是非判断的标准是其重要的职责之一。霍姆斯甚至认为:“法律就是法院事实上将做什么的预测。”也就是说,司法机关在化解社会矛盾纠纷的同时,应当发挥为今后的类似纠纷确定有效的法律规则和行为准则的功能。由此可见,司法不仅仅要解决眼前的、单个的矛盾纠纷,更为重要的是在解决一个个纠纷的同时宣示法律,解释法律在现实生活中的运作方式,为社会提供一个确定且一致的行为规范。

(三) 有助于消弭未来纠纷

法院通过判决确认规则,还有助于发挥规则指引的功能,使得诸多的矛盾纠纷消弭于诉讼之前,避免当事人陷入诉累的同时,也有助于减轻法院“案多人少”的压力。通过法律经济分析的方法可以清晰地揭示裁判消弭纠纷过程的机理。

基于“理性人”的假设,我们相信在诉讼中能够获益是绝大多数民事诉讼原告起诉的前提条件。假设原告的诉讼请求是 J ,他认为胜诉的可能性是 P ,而诉讼成本为 C ,那么,原告认为 $J \times P > C$ 时,才会采取诉讼方式解决纠纷,此时原告的收益为 $J \times P - C$ 。如果在法律规则确定,预期的裁判结果明确的情况下,被告赞同原告的诉讼请求是(J),被告也认可原告胜诉的可能性是(P),而被告的诉讼成本为(c),那么原告提出的诉讼请求使得被告在诉讼中面临 $J \times P + c$ 的损失。如果在诉讼前被告同意给付原告的赔偿额是 A ,当 $A \geq J \times P - C$ 时,原告就不会再行起诉,而被告之所以会给原告赔偿,则需满足 $A \leq J \times P + c$ 。所以双方在诉讼前就调解或者说自行解决的条件便是 $J \times P - C \leq A \leq J \times P + c$ 。^①

那么,为什么不是所有的纠纷都有在诉讼前就双方自行和解呢?原因在于现实中原、被告的 P 和 J 往往是不同的,若在其他条件不变的情况下重新假设:被告认为法院可能支持原告的诉讼请求是(j),而被告认为原告胜诉的可能性是(p),一般情况下 $j < J$,而 $p < P$,所以在 j 与 J , p 与 P 差距过大时就会出现被告愿意偿付的数额小于原告的诉讼期望值, $A < J \times P - C$,而 A 的大小则是由 $j \times p + c$ 来决定的,所以当 $j \times p + c < J \times P - C$ 双方就难以达成一致意见。

从上文的分析我们可以发现一个纠纷能否形成诉讼的关键在于 J 与 j 以及 P 与 p 之间的差距,如果 $PJ - pj < C + c$,则双方可能达成诉前和解(或者诉讼中的调解),如果双方对于判决结果预期的差距过大, $PJ - pj > C + c$,则双方永远也无法自愿地解决纠纷。

由此,法官的裁判之所以能够消解社会矛盾的原因便一目了然了。司法的确定性要求法院遵循“同案同判”原则,确定的裁判能够使双方当事人的期望值接近最

^① 参见胡昌明:《民事案件调撤率的实证分析及规律适用》,载徐昕主编:《司法》(第二辑),中国法制出版社2007年版。



终的判决结果,原告降低自己的诉讼请求,被告也能更客观地评价自己的预期损失, $P \times J$ 与 $p \times j$ 的数值越接近, $PJ - pj < C + c$ 出现的可能性越大,当事人在诉讼前自行和解的机会大幅增加,纠纷成讼的可能性就降低,诉讼便可能在诉前化解。因此,通过确定性的裁判,法院在化解纠纷同时,也起到了减少矛盾纠纷成诉的作用。

四、中国司法职能转型的价值追求

司法的性质、现代社会的城市化以及陌生人化特征都要求中国司法逐渐从偏重定分止争的职能转变为平衡司法的两种职能,甚至侧重规则指引功能。具体而言,在司法体制综合配套改革的大背景下,中国司法从单一侧重定分止争向兼顾两种司法职能转变具有如下价值。

(一) 更易确立法官超然地位

在追求司法调解结案时,法官为了促进双方达成一致意见,通常需要与原、被告单方沟通,要么加入原告一方说服被告履行义务,要么加入被告一方劝说原告降低诉讼请求。一旦法官加入这种“说服”,被说服者自然会认为法官站在了对方的立场上,从而对法官的中立立场产生动摇。此外,法官在说服一方当事人接受对方意见时,往往会积极介入案件的道德评价,对一方或双方进行道德上的评判或教育。在主持调解过程中,法官也会制定具体的调解方案,基于调解方案“做双方当事人的劝说工作”,如此以来法庭如同市场,可能动摇法官的超然立场。在司法体制改革背景下,“审理者裁判,裁判者负责”的改革原则赋予了法官更大的裁判权。因此,强调司法规则指引功能,需要法官作为社会公平正义的化身和是非的裁决者,应当具备更为严格的中立性,“这既是对司法者社会地位的一种理想要求,又具有极其重要的现实性”^①。此外,法官还必须与双方当事人都保持一定的距离,超然于诉讼双方,如果法官一味追求定分止争,法官之中立地位将受到损害,其超然中立地位也无法体现。

(二) 为纠纷提供更明确的规则指引

近年来,由于受经济发展与立案登记制等的影响,法院案件迅猛增长,法官审判压力巨大。虽然,调解较之于判决具有节约法官撰写裁判文书时间、提升案件息诉服判率等特征,本身有助于缓解审判压力。然而,调解只是解决了眼前的个别纠纷,对社会行为较难产生指导意义和规范性,因此也就无法面向未来,无法预防矛盾纠纷的发生乃至形成诉讼。社会的飞速发展往往会出现新的矛盾纠纷,使原有的社会

^① 谢晖:《价值重建与规范选择》,山东人民出版社1998年版,第463页。

规范难以发挥指引作用,新的法律规范尚未建立健全,因此,一定程度上会出现法律规范空白的窗口期,这也是近年来“诉讼爆炸”的原因之一。调解可以妥善解决眼下的矛盾,却难以为社会确立一个是非曲直的标准。用个别化的定分止争去应对由于社会变迁和规范缺位造成的“案件潮”,无法从根本上解决诉讼案件过快增长的问题。因此,亟待法院通过裁判文书,以司法确认的方式为一些新矛盾、新类型纠纷提供明确的裁判规则,确立人们行为规范的法律指引。

(三) 更有利于保障当事人的合法权益

在诉讼中,任何一方都有其合法权益。法官通常会居中保证双方享有同等诉权。但是,一旦法官受到“调解率”“服判息诉率”等影响,不同的结案方式会对自身的利益产生积极或者消极的影响,那么法官在庭审中就有了自身独立的利益诉求,也就无可避免地会为了自身利益提升调解率,加快结案速度,减少撰写裁判文书的劳动付出,降低案件发回改判、被认定错案、上诉信访的风险等,甚至不惜“强制”双方调解。因此,虽然通常认为在调解过程中,诉讼双方都进行了妥协让步,但其实由于法官调解偏好的介入,最后达成的让步大多数是单方的,往往以权利人放弃部分权利为代价。在法庭上,法官裁判者与调解者的角色混同,当事人会产生不接受法官调解,判决结果可能对自己不利的顾虑,从而违心地接受调解。这时,当事人之所以做出让步,其实隐含了对法官审判权的一种屈从。所以,调解中的让步并不一定完全是由当事人自愿做出的,也可能不是双方同步、对等地退让,这使得有的调解之所以能够达成是以损害了部分权利人权益为前提的。因此,有学者一针见血地指出:“调解的本质特征即在于当事人部分地放弃自己的合法权利,这种解决方式违背了权利是受国家强制力保护的利益的本质。调解的结果虽然使争议解决,但付出的代价却是牺牲当事人的合法权利,这违背了法制的一般要求。”^①因此,如果平衡法院纠纷解决和规则指引的功能,降低法院和法官对“调解率”的偏好,鼓励法官“能调则调、当判则判”,把调解和裁判作为两种并行的结案方式,那么法官就会在法律关系明晰时敢于裁判,如此也就更有利于保障守法当事人的合法权益,维护社会公义。

(四) 拓宽多元解纷途径

司法并不是纠纷解决唯一的途径,对于大多数纠纷来说,通过诉讼来解决的成本太高了。一方面是当事人的诉讼成本高。当事人的诉讼成本不仅只有诉讼费,还包括围绕诉讼而搜集、保存证据、聘请律师、参与诉讼所消耗的人力、物力和时间成本。另一方面,用诉讼方式解决纠纷司法成本高昂。司法成本既包括案件办理所

^① 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社1992年版,第123-124页。



需花费的陪审员、证人的误工费、电话费、文印费、调查取证、保全、查封、执行等差旅费等直接成本，也包括法官办公、开庭的场所和设备、司法机构的日常管理和运行、法官、司法辅助人员的工资、遴选、培养法官等间接成本。此外，诉讼遵循严格的程序，从立案、答辩到审理、一审、二审都有一定的期限，有些诉讼甚至拖延数年。国家为此承担着巨大的诉讼支出，司法是一种昂贵的解决纠纷方式。

既然司法成本高昂，诉讼不应作为社会主要，乃至唯一的纠纷解决途径。应当在保证诉讼渠道畅通的同时，扩大多元纠纷解决路径，引导大量琐碎的、重复的、不适合司法解决的纠纷分流到诉讼程序外，由相对快捷和低成本的行政机关、行业组织、仲裁机构、基层调解组织等来加以调处和解决。让法院将更多的精力用于审理、裁判疑难复杂的有典型意义的纠纷，为社会确立行为规则，用确定的规范来指引日常行为。

结 语

目前，法院之所以片面侧重定分止争的功能，是由社会经济和法院自身条件决定的，而且相当多的案子也能够通过这种方式得以解决，甚至比裁判更能够赢得当事人的好评和媒体的赞誉。但是司法不应当仅仅考虑现在和过去，中国社会也在不断的变化和发展之中，各种现代社会的信息通过广播、电视、手机等媒介，也能够传播至最偏远的山区，那里的村民也可以和北大教授同时观看《法治进行时》，接受现代法律和规则的熏陶。随着社会不断现代化和规则化，中国法院在化解社会当下矛盾和纠纷的同时，应当慢慢地抬起头，面对未来更加规则的社会，逐步承担起规则指引的重任。如果说司法就是解决纠纷，那么它的目标就是向后看——恢复原状。但由于要考虑规则之治，司法就得更多地面对未来的问题。只有这样，法院才能够更加从容地面对“案件潮”，为化解纠纷与社会治理做出更重要的贡献。

（责任编辑：王文斌）

要素式审判功能研究

胡发胜^{*}

内容摘要：要素式审判权运行机制改革是为迎接司法责任制改革而推行的。要素式审判权运行机制改革从构建审判权运行的新流程出发，研究人民法院内部人员分类管理后的办案新模式，科学分配人力资源，积极提高办案效率。将要素式审判的理念嫁接到类案审理、审前程序应用、智慧审判、诉源治理、法院职能定位改革中，在推动效率提高上能够产生新的实用价值。

关键词：要素式审判；效率；智慧法院；诉源治理

2015年初，为积极迎接司法责任制改革，有基层法院开始研究推行要素式审判权运行机制改革（以下简称“要素式审判”），以审判权力运行新机制积极适应员额制改革背景下的审判工作。^①要素式审判主要是把管理学原理应用到法院工作，对人力资源进行合理搭配，对传统审判流程进行更新设计，从而提高办案效率。该项改革推行六年多的实践，充分证明要素式审判可以为提高办案效率、改进办案质量、解决人案矛盾奠定坚实的基础。要素式审判与类型化案件审理、审前程序应用、智慧审判、诉源治理等工作深度融合，均能发挥积极的推动作用，也将为四级法院审级职能定位改革提供有效的着力点。

一、要素式审判的提出背景与流程设想

近年来，案多人少已成为人民法院工作中的一大难题，人案矛盾问题也引起了社会各界的关注。^②“全国法院受理诉讼案件数量在2016年、2019年先后突破2000万

* 胡发胜，山东省临沂市中级人民法院政治部主任。

基金项目：本文系最高人民法院司法研究重大课题“矛盾纠纷源头治理体系化研究”（项目批准号：ZGFYZDKT202117-04）的阶段成果。

① 参见《要素模式引领审判权运行改革研究——以解决法院案多人少基本困境为进路》，载中国法院网2015年10月9日，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2015/10/id/1722605.shtml>。

② 对人案矛盾问题的真伪存在不同观点：苏力、朱景文、何帆等学者认为人案矛盾确实存在。参见苏力：《审判管理与社会管理——法院如何有效回应“案多人少”》，载《中国法学》2010年第6期；朱景文主编：《中国法律发展报告2012》，中国人民大学出版社2013年版；何帆：《法官多少才够用》，载《人民法院报》2013年6月7日，第5版。也有学者持怀疑观点，如法学教授艾佳慧、全国人大代表陈舒、律师王禄生、江苏法官张涛等认为人案矛盾是伪命题。参见林战：《基层法官压力调查》，载《南方周末》2012年12月27日，第1版。



件和 3000 万件关口，2020 年全国法院受理案件超过 3000 万件，其中民事案件占比达 55%。”^①如何在员额制改革的背景下遏制“诉讼爆炸”的压力，是迫在眉睫的主要任务。要素式审判权运行机制改革是以人民法院人员分类管理为基础，通过发挥当事人、法官助理为主体的审前程序作用，以积极配合员额法官推进审判活动分阶段进行的新流程模式。具体流程分五个阶段进行：

（一）科学合理设计案件要素表

要素式审判流程图的设计主要适用于那些能够直接提炼或表现出案情基本逻辑要素内容的类型化裁判案件。根据这种类型案件构成的最基本结构特点规律和审判规律，科学合理设置各案件审理要素，制成格式化的表格。如离婚纠纷体现的主要事实要素可以分为当事人婚姻状况事实、子女情况事实（见表 1）、婚前财产事实、婚后共同财产、债权债务事实等，该类婚姻案件处理过程中最常见最常出现的焦点争议事项或者当事人重点集中关注的要素事实也可以酌情单列或予以适当体现，如当事人房产信息、车辆信息等事项；再则如机动车交通事故责任纠纷案件的审理要素主要包括交通事故发生的过程、该事故是否经交警部门处理以及处理完毕、是否有道路交通事故责任认定书、涉案车辆的基本信息以及投保情况、伤情等级鉴定、损失数额评估等多项内容。

表 1 当事人婚姻状况、子女情况

婚姻状况	登记时间		登记机关及证号	
	是否分居		分居时间	
	现居住地		是否同意离婚	
子女情况	子女姓名		性别	
	是否婚生		出生时间	
	现随谁生活		离婚后生活意愿	

（二）诉前梳理固定要素

实践中，在法院诉讼服务中心和人民派出法庭为当事人设置了诉讼案件要素表格式填写制作区，张贴诉讼业务要素表格式和文书填写表格范例，当事人可以在大厅电脑上自主填表，也可由工作人员指导填写，实现当事人规范理性表达个案涉及的要素。原告需在立案时递交诉讼要素表（电子版），被告则至少在一审庭前会议即将召开之前递交。

（三）审前程序完成事务性工作

积极研究推动诉讼辅助办案人员熟练应用“审前程序”办理按揭的事务性工作，合理正确分配履行审前程序和庭审程序环节的相关工作任务，提倡审前程序中以和解

^① 周强：《最高人民法院工作报告——2021 年 3 月 8 日在第十三届全国人民代表大会第四次会议上》，载《人民法院报》2021 年 3 月 16 日，第 1 版。

的方式终结诉讼。即法官助理应在开庭审理之前通过庭前会议的方式将所有程序性的事务性审判事项予以完成,包括核查当事人递交的要素审判表格,梳理确认案件涉及的审理要素,将当事人无争议的或双方均认可的关键证据和主要事实予以固定并确认下来,并由此归纳整理该案的争议焦点和审理重点,据此进行开庭前的调解工作。如果调解成功,法官助理即可根据上述掌握的案件事实进行调解文书的制作,然后交由承办法官审核修改并签发。如果调解不成,法官助理将上述已经梳理的案件事实提交给承办法官并及时开庭审理。如此能够解决近70%的审判事务工作,更好地实现了“简案、快办”,为承办法官开庭打下了良好的基础。^①

(四) 庭审程序聚焦争点快速进行

案件开庭审理之前,承办法官根据法官助理通过诉讼要素表格等梳理的案件事实以及在庭前会议阶段固定的证据和事实进行审查和应用,制作案件审理的提纲。庭审过程中,承办法官对双方当事人无争议的案件要素进行审查后直接确认,从而聚焦双方争议的焦点问题,使承办法官从繁琐的审查归纳等庭审事务性工作中解放出来。如此不仅简化了庭审程序,还使案件庭审的针对性和目的性更加明确。

(五) 庭后结案采用简式文书

法官助理在案件承办法官的具体指导协助下负责起草司法文书,对双方当事人无争议法律关系事实予以简写,直接确认无须论证;对有争议的事实进行有针对性的详细论述,裁判文书说理部分繁简得当、重点突出。结案后,《诉讼要素表》入卷,列为卷宗评查内容。^②

如此设计流程,回应了“人员分类了工作怎么分类”的困惑,从“社会分工”的高度突出了三个方面的作用:一是放大当事人填写要素表、规范表述案件要素的主体作用;二是发挥辅助人员在审前程序中办理事务性工作的积极作用;三是强化员额法官主导庭审和正确裁判的关键作用。

二、要素式审判为类案审理提供了样本

(一) 类型化案件审判的内涵及适用

民商事类型化案件,是相对于民商事疑难复杂个案而言的,主要是指案由相同、基本法律事实简单、案件要素相对清晰的同一类案件。^③从法院受理的案件看,随着

^① 参见胡发胜:《要素模式引领审判权运行改革研究》,载《山东审判》2015年第5期。

^② 2016年,最高人民法院《民事诉讼文书样式》中公布了要素式文书样本,随后,各地法院纷纷探索要素式文书应用。

^③ 参见杨维松、宋仕超:《自主化+市场化:随机分案模式的审视与重构》,载蒋惠岭主编:《深化司法体制综合配套改革重点问题研究》,人民法院出版社2019年,第259-267页。



城市化进程的加快,成批量的物业纠纷、交通事故、买卖合同等类型化案件不断增多,这类案件法律关系相对明确,当事人诉求比较单一,如果这些类型化案件继续沿用传统的审判方式办理,必然会形成简单案件复杂化,造成法官人力资源浪费,延长了审理期限。

在要素审判模式下,可以将所有案件按照第三级案由进行分类,如民间借贷、金融借款合同、保险合同等案由,分类后对应专业化审判团队进行办理。对于案件数量占较大比例的案件,可以设立专门的审判团队。这种类型化处理,对于一些事务性的工作,如诉讼保全,案件的送达等工作,让团队中固定的法官助理或书记员来完成,因为同类型案件处理起来具有相同性,也能够提高事务性工作的效率。让法官从繁重的审判事务性工作中解放出来,专注于对案件事实的判断和法律的适用,由其签发裁判文书来确保案件裁判质量。通过这种制度设计,实现司法产品即裁判文书的要素化,同时也能实现同类案件裁判结果统一性,提高某些案件审理团队的专业化、精细化,进而通过对案件进行规模化处理,不仅节约了诉讼资源,还能优化司法效益。

(二) 各地法院案件类型化审判的探索与实践

最高人民法院2018年12月印发《关于进一步全面落实司法责任制的实施意见》,并于2019年2月又印发了《关于深化人民法院司法体制综合配套改革的意见》(即《第五个五年规划改革纲要》),至此针对人案矛盾日益加剧且收案数量居高不下等问题提出了“推进民事诉讼制度改革”的要求,司法机关要对类案的繁简分流的机制上进一步细化予以完善,完善诉讼程序立体化、多元化、精细化,做到“繁简分流、轻重分离、快慢分道”。上述要求为加强类型化审判,提高审判效率做出了顶层设计。近年来,全国各级法院已纷纷着手开展了很多类似的探索活动或工作实践,其中尤以北京市第三中级人民法院为代表,组织研究人员专门编写出了《类型化案件审判指引》;而湖北省咸宁市中级人民法院则主要针对民间借贷纠纷、房屋买卖合同纠纷、机动车交通事故责任纠纷、劳动争议5类案件裁判标准印发了《类型化案件裁判指引》;等等。从各地法院的司法实践看,其重点主要放在如何提高案件质量和如何统一裁判尺度方面,而对如何提高类型化案件的审判效率涉及较少。

(三) 要素式审判符合类型化案件处理的提速要求

民商事案件繁简分流的目标,是如何用最节省的人力资源在最短的时间内办理更多的案件。而要素式审判能够有效运行的前提与基础,就是根据案件的基本特点进行分类,对案件事实进行法律逻辑的分解,根据司法实践中处理类似案件的经验及该类案件的特点,总结出某一类型化案件特有的案件要素表。要素式审判的优势之一,是将类型化案件与要素表的设计相结合,根据某一类案件的审理规范、证据标准、要件构成设计相应的要素表,一类案件一张表,实现“类案”的分类具体有形、办理规范

统一。^①优势之二,优化员额法官与辅助人员的职能分工。一般说来,司法辅助人员不可能像员额法官一样具备全面的审理技能,而在专业审判中赋予其某一类或几类案件的事务办理权限,由其负责引导当事人填写相对统一的类案要素表格、组织庭前会议、庭前调解等事务性工作,则是胜任有余的。由此以来,不仅提高了司法辅助人员指导填写要素表、归纳固定当事人表述的基本要素等事务性工作的能力,延伸了辅助人员在办案流程中的主体作用,更重要的是,解放了员额法官事务性工作缠身的窘境,让其专注于认定争议事实与正确适用法律,缓解了法官的办案压力,提高了法官裁判的准确性,使面对海量案件的员额法官只在关键节点发挥重要作用,最大限度地优化了司法人力资源配置。^②优势之三,通过要素式审判形成的类案裁判文书,格式统一、繁简有度、内容简洁清晰,不但可以放手由辅助人员起草撰写,而且能够及时制作完成,并快速高效地向当事人送达。由此可见,要素式审判可以为类型化案件的处理提供样本,“类型化案件+要素式审判+集中审理”模式值得推广。

三、要素式审判为审前程序的应用探索了路径

(一)域外民事审前程序

目前,审前程序在世界范围内受到高度重视。例如,美国约有98%左右的民事案件会在法院开庭前程序审查中通过当事人和解方式予以结案。同样,在英国约有98%的民事案件尚未进入审判程序就已经实质化解纠纷。与此相似的国家还有日本,对“争议焦点和证据的整理”规范程序进行了详细的规定。我国台湾地区也对“口头辩论准备阶段”进行了规定,将其划分为“准备诉状”“口头辩论前处理”“准备程序”。^③根据域外民事诉讼组织的各种相关规定,庭前准备程序的基本职能或任务主要包括:第一,促进当事人诉讼信息的交流,有关证据事实的证据收集分析和充分披露;第二,协助厘清争议的焦点问题并形成固定事实;第三,帮助当事人推进争议纠纷的调解和解决。

(二)我国审前程序的功能定位

审前程序,作为介于立案程序与审理程序之间的过程,已越来越受到重视。《民事诉讼法》的第十二章第二节对审理前的准备工作作了概括性规定,《最高人民法院

① 山东省高级人民法院2019年9月印发的《要素式审判方式指引(试行)》,将要素式审判的适用范围界定于权利义务关系明确、当事人争议不大的金融借款合同纠纷、民间借贷合同纠纷、买卖合同纠纷、机动车交通事故责任纠纷、物业服务合同纠纷等九类普通民商事案件,并公布了相应案由的《审判要素表》模板,为全省各地类案审判提供了依据与样本。

② 参见胡发胜:《家事审判方式改革及其实践路径》,载《山东法官培训学院学报》2018年第5期。

③ 参见毕玉谦:《对我国民事诉讼前置程序与审理程序对接的功能性反思与建构——从比较法的视野看我国〈民事诉讼法〉的修改》,载《比较法研究》2012年第5期。



关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第92条、第224-226条、第229条对庭前组织证据交换、召开庭前会议、当事人对在审理准备阶段所认可的事实和证据“禁止反言”作了具体规定,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第3条、第5-9条、第56条、第60条,对审前阶段的当事人自认、证据交换、质证等进一步进行了明确。各地法院也对审前程序出台相关规定并进行实践探索,例如江苏省高级人民法院出台的《关于规范民事案件审前程序的意见》,其中规定预审活动是在民事案件受理移交法院后、庭审前进行的。民事案件的预审活动主要包括庭审程序事项的审前裁定、审前调解、证据交换、争议焦点的确定等。山东省高级人民法院也出台了《第一审民商事诉讼审前准备程序暂行规定》。^①

回首二十多年来的司法实践,我国民事案件的办理从最初的“诉讼活动集中在庭中”,逐渐发展为立审分离、开庭前做一些准备工作,进而以文件的形式确定了“证据交换”“庭前会议”等准备程序的具体形式,使我国民事司法的开庭前工作由依附于庭审程序的“审前准备程序”,逐步发展到当前广泛使用的“审前程序”,并日益成为庭审程序之外的,能够终结大量诉讼案件的一个相对独立的程序。程序中完全可以实现的案件信息收集、提交及固定证据、锁定争议焦点、确认是否申请鉴定、选择终结争议的方式(和解或者判决)等具体事务性工作极有可能让双方当事人的诉讼目标发生改变,而且有些审理工作在经过审前准备程序后,当事人根据自身的证据优劣可以预期裁判结果,在此基础上稍加努力就会实现案结事了的效果。因此,如果审前程序能够得到合理应用,充分发挥其程序价值,就能在开庭前解决大量的诉讼纠纷,减轻员额法官的工作量,降低诉讼成本,实质性化解矛盾。

(三)要素式审判在审前程序中的作用

司法改革对法院的人员进行了分类管理,审判活动是否可以随之分类?要素式审判的优势在于对审判权的运行进行节点化管理,将审判工作科学地分为事务性工作和决策性工作,以庭前会议结束为管理节点,把审判流程进行审前程序和庭审程序的划分,目的是在现行法律框架下明晰人民法院的“审前程序”思维,通过规范细化庭审程序的具体流程事项来实现庭审程序简化、审判效率提高的目的。在审前程序中,司法辅助人员作为办理案件的主体,将审判的事务性工作以审判要素表格的形式完成,在审查提取案件要素、交换好证据后,再对事实相对清楚、当事人双方争议不大的纠纷倾力调解,争取通过双方当事人和解的方式化解争议纠纷。这样不仅可以实现案件在庭审前的繁简分流及纠纷化解,更好地维护诉讼当事人的利益,而且有效地解决了

^① 山东省高级人民法院《第一审民商事诉讼审前准备程序暂行规定》中对具体的工作内容进行了定义:“一审民商事案件的审前准备程序主要包括起诉书的审查和受理、送达、管辖权的确定、保全、先予执行、调解、证据的提交、调取和交换内容。”

未入额辅助人员不能开庭办案的尴尬问题,缓解了法官纠缠于事务性工作的压力,使法官能够集中精力在得以充分准备的庭审程序中开展工作,精准作出裁判。

四、要素式审判为智慧审判搭建了桥梁

(一) 智慧审判建设的目的和意义

智慧审判是依托现代人工智能,以司法为民、公正司法,坚持司法规律、体制改革和技术改革相融合为切入点,用信息化方式服务审判工作,实现全程在线办案、全流程依法公开、全方位智能化服务。^①具体说来,智慧审判就是利用大数据、云计算、人工智能、区块链等互联网+先进技术与司法制度改革相结合,对司法审判、诉讼服务和司法管理进行有效服务,为审判工作添加信息化的基因,为当事人诉讼和承办法官办案提供更加智能化、一体化、协同化的智慧服务,进一步提高数据主动推荐服务能力。通过加强司法大数据分析,为司法决策提供高质量、有价值的参考,进一步推进社会治理,以服务于党和国家工作大局。

(二) 要素式智慧审判技术是人工智能与审判实践的结晶

智慧法院的长远发展离不开人和技术两个因素。首先从人的因素分析,由于我国的文理分科教育模式,以法学专业为主的法官队伍基本没有接受过系统的信息化基础教育。按照软件的基本要求,人类必须将需要解决的问题的思路、方法和手段通过计算机能够理解的方式告诉计算机,使得计算机能够根据人的指令一步一步去工作。司法实践中,年龄偏大的法官不能熟练使用办案软件甚至视为负担,如何认可、接受抽象复杂的信息化系统,如何尽可能降低审判系统操作门槛,实现更为简单易用、“界面友好”的系统,更为流畅的“人机对话”,都需要以更和谐的方式予以解决。其次是从技术因素分析,人工智能本身存在的技术瓶颈自不必说,现有的人工智能技术如何运用到审判当中去,如何实现新科技与司法改革的内在需要相融合,深入分析、深度遵循司法规律,满足司法实践的需要,中间缺少必要的沟通手段和方法。信息技术面对传统审判中冗长复杂的庭审笔录,难以像人脑一样识别并总结提炼出较完整有序的案件事实,在判决书中的“经审理查明”部分作为不大。

近年来,在推动人工智能、提高司法效率的目的下,各地法院运用人工智能辅助司法实践的智慧法院建设案例屡见不鲜,但实际应用成果却差强人意。如,人工智能在司法领域的应用深度不足,尚不能为司法提供全方位、高水平的智能服务;^②人工智

^① 参见《首席大法官权威解读智慧法院》(最高人民法院院长周强在中国—东盟大法官论坛上作专题发言《中国法院新的运行形态——智慧法院》),载搜狐网2017年6月9日, https://www.sohu.com/a/147386827_162758。

^② 参见马靖云:《智慧司法的难题与破解》,载《华东政法大学学报》2019年第4期。



能尚且不能辅助承办法官处理疑难复杂案件,仅适用于那些可以要素化审理的特定类型的案件。^①因此以案件类型化、要素清单化、审判流程节点化为内容的要素式审判,便成为运用人工智能辅助解决司法难题的关键纽带。

“要素式审判+庭审录音录像公开”是公开法官心证形成过程的有效方法之一。^②实践中,山东省莒南县人民法院与青岛东软公司合作在要素式审判权运行机制改革的成果基础上,运用OCR图像识别、NLP自然语言处理等信息技术,研发了能够应用到当前基层法官办案实践中且操作性很强的要素审判智审系统,2019年6月获得计算机软件著作权登记证书(登记号:2019SR0823879)。

该要素审判智审系统的功能,分为内、外两部分。外网部分用以实现当事人立案材料要素的获取,当事人可以通过访问要素审判智审系统外网网页,在线填写立案信息要素表,完成直接上传或扫描上传起诉状、初始证据等立案材料以及为当事人提供阅卷服务等。对内,依托于全国法院专网设置服务器,与现有办案系统数据中心相连接,实现法官在内网进行诉讼材料查阅、立案审核等操作,以及类案要素的分析整理、归纳提取,庭前会议笔录、庭审笔录和裁判文书等模板的生成功能。根据办案流程设计系统流程,实现系统操作与办案环节完全同步。

该要素审判智审系统又可分为四个阶段服务审判流程。立案阶段,原告当事人可以在要素审判智审系统的外网功能区扫描、上传起诉状等诉讼材料,填写要素审判表格,完成外网立案。系统能够实现对当事人身份信息、诉讼请求、事实与理由的读取。原告立案数据经内外网数据摆渡,进入内网办案平台。庭前会议阶段,被告在外网立案界面填写案件要素表,系统可自动生成本案的庭前会议笔录模板。法官助理组织召开庭前会议,明确无争议事实及争议焦点,形成庭前会议笔录。庭审阶段,系统可自动生成该案的庭审笔录模板,后经庭审进一步明确案件争议焦点,对模板内容进行修订从而形成庭审笔录。裁判文书撰写阶段,系统根据庭审笔录内容,按照最高人民法院民事诉讼文书样式自动生成包含当事人信息、诉讼请求、事实与理由,无争议事实及争议焦点、证据清单在内的法律文书,法官只需要专注剩余“本院认为”部分的撰写。^③

五、要素式审判为诉源治理明确了支点

(一) 诉源治理对人民法院提出的新要求

我国目前正处于社会矛盾频发的转型期,多元化纠纷解决机制的建立与完善是构

① 参见王猛:《智能化推进司法体制综合配套改革》,载《河北法学》,2018年第5期。

② 参见丁德宏、沈烨:《要素式审判方法在庭审记录改革中的运用》,载《人民法院报》2017年11月29日,第3版。

③ 参见胡发胜:《要素模式引领审判权运行改革研究》,载《山东人大工作》2015年第11期。

建和谐社会,维护社会稳定与发展的有效应对方案之一。作为社会治理重要组成部分的诉讼源头治理包含着“枫桥经验”和多元化纠纷解决机制的深化与发展,它能够减少进入诉讼环节的案件数量或有效分流诉讼中的案件,从而缓解法院案多人少矛盾,对提高人民群众的获得感、幸福感、安全感具有重要意义。在现有的基层社会治理体系中,诉源治理的防线主要有三条:一是人民调解;二是仲裁、行政裁决、行政复议等;三是司法。各地人民法院参与社会治理的普遍做法是,加强与人民调解组织的沟通协调,将矛盾纠纷在起诉前委托调解组织化解,减少纠纷进入诉讼程序的数量,从而达到源头治理之目的。

(二) 人民法院在参与诉源治理过程中存在的不足

各地法院虽然做了大量工作,但效果不尽如人意,问题主要表现在三个方面:一是基层矛盾化解欠缺“法律要素”支撑。近年来,各类社会矛盾纠纷不仅在数量上不断增多,而且呈现出多样化、复杂化等特点,但人民调解手段基本是双方当事人互让互谅、权利妥协,对实体权利的依法认定、平等保护缺少过程支撑。实践中也发现人民调解结案的卷宗重结果轻过程,对调解协议依据的基本事实缺乏认定,不能达到卷宗支持文书的基本要求,证据材料、调解笔录极其简单。由此可见,化解纠纷的手段简单化与化解纠纷内容的复杂化不对等、不相适应。二是调解组织作用发挥不到位。依法高效调解化解矛盾是对基层调解组织参与社会治理的基本要求。但从实际情况看,有的基层调解人员虽然有着丰富的调解经验,但法律素养、文化水平不高,对普通民间纠纷之外的专业性较强或法律事实相对抽象的案件,显得调解能力捉襟见肘,缺乏必要的、操作性强的实体及程序指引。三是诉调对接缺少有效抓手。诉调对接,应兼顾调解成功与否的积极作用。调解成功的,减少了诉讼的立案;调解不成的,应当用好调解过程中已取得的劳动成果。目前的现状是人民法院在实现如何与人民调解组织的有效衔接、优势互补、信息共享方面,缺乏务实有效的操作规程。

(三) 要素式审判参与诉源治理的做法

人民法院参与诉源治理,要解决好非诉讼方式中合法性调解的指导问题,对梯度性多元解纷过程中各梯度中提取的纠纷要素(或法律要素)予以统一固定、成果共享,防止前后解纷标准不同、重复劳动或者无效劳动。^①为提升基层组织的调解能力,可以将要素审判方法向诉前调解延伸,要求人民调解员按照法官助理模式,总结审核纠纷涉及的事实要素,对纠纷双方的争议请求、权利依据、事实证据、分歧焦点予以及时固定,以此为基础提出具体的调解方案,达成协议。调解成功的,案件基本事实清楚具体、重要证据明确并记录收集在卷,调解协议的合法性、排他性依据充分。对于调解不成的,将诉前调解过程中已经固定下来的案件要素(事实)记录清楚,可作为

^① 参见胡发胜:《要素模式引领审判权运行改革研究》,载《山东人大工作》2015年第11期。



下一步诉讼立案后审理活动的重要参考依据,防止无效劳动、重复劳动,实现案件诉前调解与诉讼审判两个过程的信息资源共享。如此,树立社会治理化解矛盾的“大程序”理念,改变传统的“发生纠纷即立案审判”的孤立程序观念,改为三级程序观念:逐级递进的诉前调解程序、审前程序和庭审程序。诉前调解程序,突出诉前“过滤”作用,从源头上减少诉讼案件数量;审前程序,发挥法官助理办理事务性工作和调解的作用;庭审程序,主审法官进行要素式庭审,实现精准高效审判。通过诉前调解程序中要素清单的应用,推动当事人诉前和解,加强社会矛盾源头治理,从而减少诉讼增量,增强案件处理的效果。三级程序前后呼应、分层递进、梯次衔接,能在前一个程序终结诉讼的,尽量不进入下一程序,使得司法活动的“性价比”不断提高。

六、要素式审判为审级职能定位寻找着力点

(一) 审级职能定位对基层法院的实际意义

对于基层法院而言,“准确查明事实”尤显重要。第一,从“准确查明事实”的任务要求分析,个案的工作量主要在一审。从程序设计看,我国司法系统的审级结构中一审在前、二审、再审在后的先后顺序,使得一审阶段成为工作量最大、司法工作开展得最完全的阶段。^①第二,“查明事实”不是一个简单的终极的概念,而是具体细化到几类工作任务的。从人民群众的法律素质看,审判人员在一审阶段一般需要实现将当事人所主张的事实从生活化的语言向法律语言的转换,包括对案件事实关键信息的筛选与提取、对于当事人之间争议焦点的归纳与总结,这恰恰体现了办案人员的经验积累、沟通能力;再就是收集当事人的证据,并对证据进行质证、认定,进而归纳判断相关的事实;对必要证据缺失的,还需要适时正确地推进司法鉴定、依职权取证,确定案件办理的进程和方向;准确适用个案的证据规则,合理地分配举证责任,让负有举证责任的当事人承担不利的后果。第三,从案件事实的性质看,民事司法查明的事实只能是“法律事实”,这就需要法官在相同证据下认定事实的标准统一,否则将可能出现事实认定方面的类案不同判。这就要求法官对某一类案件的事实审查程序、要素审查标准尽量统一。

审理案件的两大任务是准确查明事实、正确适用法律,而后者以前者为基础。随着法学教育的深入和法官水平的提高,法官队伍正确适用法律的能力越来越强,加之由院庭长把关,专业法官会议、上级法院的指导,所以,越来越多的裁判错误出自事实认定不当。以某中级人民法院民事二审发改案件的数据来看,2021年度共发改民事

^① 参见靳栋:《结构与功能:四级法院审级职能定位改革研究》,载《政法学刊》2022年第2期。

案件 1586 件，其中因事实认定有误导致的发改案件就占到了约 55%。而 2021 年度再审改判的 43 件民事案件中，因“提交新证据或者陈述发生变化被改判”18 件，因“事实认定或证据认定有误被改判”6 件，两项合计占比 55%。如何在案件数量持续增多、审限管理不断规范的当下快速高效、有章可循地认定好一审案件的“法律事实”，是改革定位的首要任务。

（二）要素式审判在审级职能定位改革中所能够发挥的作用

要素式审判方法更有利于案件事实的准确认定。要素式审判中的“要素”就是指涉诉法律关系的基本组成部分，即基本的事实细节。对某一案件审判要素进行提炼的过程就是将当事人所陈述自认的案件事实进行有效信息提取、无用信息剔除及确定案件类型的过程。按照演绎推理方法的工作原理，就是运用好“大前提—小前提—符合一般性原则的特定化结论”这一推理逻辑，将案件事实要素的提取与法律规范要件的确 定相结合，达到案件事实与法律规范要件的有效匹配，并最终得出符合事实（法律事实）与法律规定的特定的裁判结果。要素式审判的设计理念就是以厘清当事人所争议的法律关系为出发点，将当事人主张的带有主观性的陈述提炼总结为法律事实，将与涉诉法律关系无关的、不具有法律意义的事实予以剔除，从而最终达到固定法律事实，为审判人员提供准确的裁判“小前提”的目的。

具体说来，要素式审判对准确认定案件事实有三个方面的积极作用。首先，要素式审判细化了案件事实的具体组成，让法官有的放矢地认定好每一个必要的“小事实”——要素，从而思路清晰地综合认定整个案件事实，统一了法官审查事实的思维。其次，要素表格的庭前或审前填写，积极地发挥了当事人的主体作用，其在不受开庭规则约束下，详细具体、深思熟虑、归纳总结并自主描述事实要素，提高了当事人对要素表述的规范性、确定性。再次，要素式审判充分扩大了个案普法的功能，当事人更加清楚地理解了具体案件的要素构成，更加细致地明确了个案中己方胜败的节点，有利于接受裁判的结果。

结 语

实践证明，要素式审判按照社会化分工原理，对人员、案件等要素进行科学配置，优化审判工作方法，对办案流程进行“再造”，调动了各诉讼主体司法参与度，提高了审判效率，增强了司法公信。延伸要素式审判功能，与案件类型化审判、审前程序、智慧法院、诉源治理等工作密切结合，遵循司法规律，契合时代发展，顺应了人民群众司法新需求，对于当前和今后一个阶段的人民法院工作，将产生深远影响。

（责任编辑：郝晓越）



类案检索要素图谱构建

闫丹 王冉冉*

内容摘要：类案检索机制对于统一法律适用、树立司法权威的作用不可忽视。然而，司法实践中类案检索存在智能不足的难局。法律语言精准提炼缺位、检索语言智能选取缺位、算法推荐精准过滤缺位是类案检索智能不足的主要症因。类案检索的理想模式应为从关键词限缩到全要素演绎、从要素提炼到要素比对、从个案推演到类案普适的全要素检索。在法官认知逻辑思维指引下，建构要素图谱的虚拟范式，辅之以完善检索平台数据的标签、重置案例优先层级的算法，才能实现类案检索精准化智能化。

关键词：类案检索；知识图谱；要素图谱

引言

最高人民法院《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》（以下简称《类案检索意见》）为类案检索提供了“关键词检索、法条关联案件检索、案例关联检索等方法”，并对类案检索智能化、精准化提出未来展望。然而，检索方法指引性不强、法官检索体验感不足、检索平台精准性不高等现状，映射出现有检索方法尤其是关键词检索无法精准定位类案的难题。“关键词过多或者过少都不利于获得有效类案，类案的搜索方法虽各有优势，却也有着各自的缺陷”，而且“在运用检索方法获得初步范围之后，数据清洗工作也带有一定不确定性”^①。

按照“全面推广类案强制检索、文书辅助生成、加强要素式智能审判等应用，提高审判执行智能化水平”^②的建设要求，本文从请求权基础理论即“真正的争议焦点未必在请求权基础本身，而在其构成要件（T）及构成要件要素（M）的认定上”^③出发，

* 闫丹，山东省阳谷县人民法院法官助理；王冉冉，山东省冠县人民法院城关法庭副庭长，三级法官。

① 孙光宁：《类案检索的运行方式及其完善——以〈关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）〉为分析对象》，载《南通大学学报（社会科学版）》2022年第1期。

② 《人民法院信息化建设五年发展规划（2021—2025）》。

③ 许德风：《法教义学的应用》，载《中外法学》2013年第5期。

以要素式审判为方法指引,遵循法官认知逻辑思维的路径,构建全流程、全要素的检索模式,并将该逻辑思维赋能机器算法,实现人工与智能的最优解。

一、类案检索实践运行样态检视

类案检索,是待决案件在基本事实、争议焦点及法律适用等方面具有相似性的案例进行检索、识别和运用的主观能动性活动。依据检索需求不同,类案检索可分为事实查明型、法律适用型以及复合型检索等类型。自《类案检索意见》施行以来,部分地区的高级人民法院纷纷出台了相关的规范性文件,保障类案检索机制的规范化运行。就法官而言,类案检索既可有效破解待办案件的裁判困局,又可有效抵御外界的不当干预,具有“智囊团”“避风港”等多重价值。下文从检索模式方法、检索主体体验以及典型检索平台三个维度考量类案检索机制的实践样态。

(一) 从检索方法的灵活度窥探类案检索

类案检索人工模式,即法官通过查阅资料、翻阅卷宗、咨询讨论、会议讨论等方式,找寻与待决案件最相类似已决案件,作为裁判参考依据。类案检索在线模式,即借助内网办案平台、专门检索平台等,将人工智能技术应用于司法活动,发现类似案件的路径。

1. 线下检索模式层面。以不同年龄段的法官采用类案检索模式为例,基层法院年长型法官受信息素养差、无法熟练运用检索平台的限制,更愿凭借查阅资料、咨询经验丰富的法官、法官联席会议讨论等方式寻找类案。该检索方式下,法官需翻阅《人民法院案例选》《人民司法·案例》《人民法院报》等杂志报刊,安排咨询或者联席会议的时间地点,除耗费时间外,在法律及司法解释更新、裁判规则变更的时下,即便寻找到类似已决案件,还要花费精力核实类案的裁判要旨是否有效,效率低下、错误率高、科学性差。

2. 在线检索模式层面。与年长型法官检索习惯不同,年轻型法官更愿通过在线检索方式,运用信息化手段检索相关案件,将类案检索作为形成裁判结果的辅助工具。现有类案检索平台有中国裁判文书网、法信、北大法宝、聚法、无讼、威科先行、元典智库等十余个官方、非官方平台。经调研发现,检索平台受欢迎程度分别为:法信、聚法、北大法宝、中国裁判文书网。各个检索平台信息资源丰富的背后,却是信息洪流下不可避免的数据冗余、碎片化信息、无效数据充斥等问题,产生了信息传播中短暂的“烟花效应”。

3. 类案检索方法层面。《类案检索意见》第5条规定:“关键词检索、法条关联案件检索、案例关联检索等方法。”相较于关联检索方法,关键词检索方法更为便捷。关键词,即从待决案件事实、拟适用的法律条文中选取的特征性词汇。比如当事人双



方达成一致意思的书面形式效力问题,有的法官总结为“合同效力”,也有法官提炼为“协议效力”。尽管二者在法律术语层面并无二致,但是对于机器学习来说,二者并不完全相同。再如,待决案件为一起工伤保险合同纠纷,法官选取“工伤认定”术语作为关键词,但在检索时却将“工伤”键入为“公伤”,此时机器学习的语言便是“公伤”,差之毫厘,谬以千里。

(二) 从检索主体的体验良莠审视类案检索

1. 法官的痛点:逃避类案检索

根据 2022 年 7 月《聊城市中级人民法院审判管理工作通报》,聊城市法院自 2022 年 1 月至 6 月累计受理案件 40649 件,结案 41643 件,员额法官 411 名,人均办案 102 件,平均办案周期为 53.85 天。繁重的办案压力下,法官在检索类案时还要直面案例数据库平台的选择困难、必备检索方法和能力的欠缺等问题。于是,部分法官“应检不检”,逃避检索。

2. 法官的难点:隐形式类案检索

根据《类案检索意见》第 2 条、第 7 条、第 8 条、第 10 条规定,承办法官应区分检索类型制作类案检索报告,在当事人提交类案检索报告时,对是否为类案、是否适用类似判例及缘由以及不适用的理由给予必要的回应。但类案检索报告以何种形式、如何针对类案检索进行裁判说理,有赖于各地法院的实践探索。于是,有的法官检索类案后担忧类案识别不准确,运用类案裁判说理不充分、不恰当,便在裁判文书说理部分隐去了检索、类案识别运用等过程。

3. 法官的堵点:能力不足型检索

以关键词检索法为例,该方法围绕基本事实、争议焦点、法律适用等方面进行。实践中关键词的提取技巧、词语转换技巧以及关键词与关联检索的灵活运用技巧,均需在检索实践中步步训练并养成。若关键词选取不当,容易导致误检漏检;若关键词选取不准,又容易导致错检、检索不全面;关键词选取过多,还将导致无功而返的徒劳检索。笔者曾与基层法院 43 名法官在座谈时,90% 以上法官表示类案检索能力不足,并期望让大数据、人工智能改变类案检索智能不足的现状。

(三) 从检索平台的精准程度测量类案检索

表 1 各类检索平台直观对比

平台	裁判文书总量(件)	子库板块	支持检索类型	特色功能	平均响应速度(秒)	一次检索命中条数
中国裁判文书网	134685154	刑事、民事、行政、赔偿、执行、其他	常规检索、高级检索	民族语言文书(蒙古语、藏语、维吾尔语、朝鲜语、哈萨克语)	2.2	简案 2597 繁案 3258

续表

平台	裁判文书总量（件）	子库板块	支持检索类型	特色功能	平均响应速度（秒）	一次检索命中条数
法信	121598119	民事、刑事、行政、执行、国家赔偿	常规检索、高级检索、案由标签检索、文书检索	裁判事实、法律知识、司法实务三重维度检索、法信码、设置“指导性案例”“公报案例”等案例标签	1.8	权威案例：简案 11 繁案 33 裁判文书：简案 3461 繁案 2923
北大法宝	133231962	案例与裁判文书、裁判规则、指导性案例实证应用、破产信息、案例报道、仲裁案例、权责关键词	常规检索、高级检索、文书检索	分组设置案例标签、裁判文书维度检索	2.6	简案 1756 繁案 3576
聚法	130491974	民事、刑事、行政	常规检索、高级检索、文书检索、案由标签检索	案由标签检索	2.5	简案 2368 繁案 3316

注：裁判文书总量以 2022 年 8 月 3 日 14 时总量为统计数据，平均响应速度为估算值，受网速因素等影响，结果可能有偏差；简案以“买卖合同违约金确定”为关键词检索，繁案以“不足额投保车损险”为关键词检索；命中条数为检索界面显示的总数。

1. 检索查全率、查准率低。表 1 中的检索平台看似提供了常规检索、高级检索等人性化、便捷化检索服务，像法信、北大法宝、聚法等平台还提供了裁判文书维度检索、设置案例标签等特色服务。经分别选取简案“买卖合同违约金确定”为关键词进行检索，表 1 平台中法信检索命中权威案例 11 条、一般案例 3461 条、北大法宝检索命中 1756 条、聚法检索命中 2368 条，尚需人工二次筛选检索结果。按照《类案检索意见》要求，法官需比对待决与已决案件事实、争议焦点和法律适用的相似点、不同点，比对后选择与待决案件相似性最强、关联度最大的案件。最后，还需按照检索范围层级，最终筛选得出最具权威性类案，人力资源耗费大。

2. 技术深度与技术广度低。除关键词检索外，河南省高院发布的《关于进一步规范和完善类案检索工作的通知》还提出了“定位检索、反向检索等方法”。然而，考察表 1 平台提供的检索服务，目前尚无平台对该方法进行回应或提供技术支持。以表 1 中简案的检索结果为例，平台响应速度虽快，但检索到的案例量大、质量不一。这凸显机器学习浅层化表面化，机器深度学习积累水平低，呈现出“有多少人工就有多少智能”的样态。

类案的深层次意义在于，探究类案裁判背后的价值理性，实现类案同判、质效提升双目标。“智慧法院信息化 4.0 版下，人工智能将把法律带往何方，取决于我们对一些法学根本问题的思考以及基于这种思考而做出的选择。”^① 法官作为类案检索的主要使用者和

① 郑戈：《在法律与科技之间——智慧法院与未来司法》，载《中国社会科学评价》2021 年第 1 期。



最终判定者,如何充分满足其精准化类案检索的迫切需要,值得学界和实务界探索。

二、类案检索智能不足的症因

“所有经法律判断的案件事实都有类似的结构,都不仅是单纯事实的陈述,毋宁是考量法律上的重要性,对事实所作的某些选择、解释及联结的结果。”^①类案检索本质上是寻求与待决案件最为相似已决案件的识别判断过程,是高度依赖法官认知理性的实践活动。类案检索的关键节点在于输入端和输出端,而这两个端口的口径则是检索的关键要素。当下类案检索智能不足症因主要表现在三个方面:

(一) 法律语言精准提炼缺位

“语言(语词)在不同的使用中其含义是不断变化的,命名还根本不是语言游戏中的任何步骤,只有在一个命题的关联中一个词才具有意义。”^②与自然语言的随意性、口语化不同,法律语言作为表述法律意义内容的符号集合,应然具备规范化、标准化、语境化的属性。

1. 法律语言精准之要。类案检索的启动、识别依赖于检索要素的确定,检索要素的提取有赖于法律语言的精准提炼。所以法律语言提炼越精准,检索要素越准确,检索到的已决案件相关性越强。关键词,即从案件构成要件中剥离出来的具体要素所对应的词或词句。表面看,类案检索智能不足在于检索平台的智能化、精准化缺位,但深层次类案检索症结根源在于检索要素的提炼与判断,在于法律语言有效转化为检索要素。

2. 法律语言提炼之术。智慧法院建设背景下,如何精准提炼法律语言,是对法官总结归纳和办案业务水平的双重考验。对办案经验不足的法官而言,从请求权基础理论出发,到归纳案件争议焦点,完成要件归入的涵摄流程尚未熟练掌握,类案检索关键词的精准提炼能力并非朝夕就可实现。

以买卖合同纠纷中常见的违约金条款为例,检索时法官分别选取“违约金”“违约金条款”“违约金确定”等作为关键词,在法信平台进行检索,命中条数分别为7646567条、90739条、4479条(数据统计截止2022年8月17日)。关键词选取的随意性,让海量的数据资源增加了法官主体的识别负担,无法精准定位推送相似已决案件,减损了类案检索的制度效能。

(二) 检索语言精准选取缺位

“时代的发展与变化使现在的信息检索实质上成为一种相关性检索,是一个提取与用户提问请求最相关信息的过程。”^③类案检索中的检索语言,是围绕待决案件基本案

① [德] 卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2013年版,第161页。

② [奥] 维特根斯坦:《哲学研究》,韩林合译,商务印书馆2013年版,第47页。

③ 于春、彭爱东等:《信息用户对信息检索相关性判断的因素分析》,载《信息技术》2009年第3期。

情、事实争议焦点,或者拟适用的法律条文、法律适用等检索需求,所使用的专用语言。

1. 检索语言精准之要。基于检索语言的功能,检索语言选取的相关性程度,直接关系到能否检索到类似已决案件。而且,检索语言选取的精准程度,直接影响法官检索的积极性。司法实践中,检索词冗余缺乏、以偏概全、任意拆分等问题,严重影响了类案检索的体验。以损害赔偿请求权为例,该请求权不仅存在于生命权、身体权、健康权纠纷中,还适用于机动车交通事故责任纠纷。若仅选取“损害赔偿金请求权”作为检索式而忽视案件类型,则检索结果不仅包含生命权、身体权、健康权纠纷,还会出现机动车交通事故责任纠纷,检索结果精准性差。

2. 检索语言选取之术。机器能够深度学习的数据,应然具备结构化、要素化、图谱化、符号化的特征。以上文讨论的买卖合同违约金条款适用为例,参照布尔逻辑运算符规则,分别选取“买卖合同违约金”“买卖合同‘□’违约金”“买卖‘□’合同违约金”作为检索式,在法信平台检索得到的命中条数分别为:3414条、2275660条、3277215条(数据统计截止到2022年8月17日)。检索词简单程度、检索词的截词方法、分解单元精细程度,直接影响着检索结果的质量。

(三) 算法推荐精准过滤缺位

“机器学习预设了世界的离散性,它假定世界可以被一种数学机制来完全化约,如著名的丘奇—图灵论题就宣称所有足够强的计算装置都可以相互模拟,正是在这个意义上,法律系统也认为可以被机器学习所模拟。”^① 算法推荐作为精准推送的重要手段,一旦核心算法的“看门人”缺位,将会干扰检索预期轨道的精准度。

1. 算法黑箱的威胁。“数字媒介的硬件和软件(图形用户界面)都有隐蔽性,在软件的遮蔽下,用户看不到自己受到了硬件的限制,而软件本身虽可以实现用户与计算机的交流,但用户却并不知道这种开放的表象背后的详细过程。”^② 类案检索是依从检索者的检索需求完成个性化定制的相似案件推荐的实践过程,算法推荐有助于提高检索信息的精准分发效率,有效对接检索者的个性化检索需求,却也造成了算法推荐的“黑箱”,将检索者置于“信息茧房”之下。算法的不透明,致使检索者只知最终检索结果,却并不知晓检索算法及推送全过程。

2. 算法歧视的挑战。单纯大数据的简单堆积,并不能自动产出人工智能。“相关性理论认为,随着网络环境下人机交互性的加强,系统的评价应以用户为中心,人是检索过程中最活跃的因素,只有充分考虑人的因素,才能有目的地改进检索系统的功能,进而准确、快速的查找到所需要的信息。”^③ 法律人工智能,需要从巨量司法数据

① 尼克:《人工智能简史》,人民邮电出版社2017年版,第196-197页。

② 周建明、马璇:《个性化服务与圆形监狱:算法推荐的价值理念及伦理抗争》,载《社会科学战线》2018年第10期。

③ 周智佑:《信息检索理论年度述评》,载《情报学进展》1995年第1卷。



中提炼出共性规则,进行数据标注后形成。面对如此海量多元的数据,算法并不能保证抓取到每个数据,“技术逃避”式的算法偏见问题难以避免。

“与其说司法人工智能以数据为中心,毋宁说是以知识为中心。”^①智能类案检索,就是通过将数据的本质特征构建成以节点形式连接的知识图谱,让机器模拟人类神经网络的学习原理,学习感知司法大数据的本质特征后,用于分析预测待决案件的数据特性,从而完成自动提炼、识别、比对等工作过程。

三、法官认知视角下全要素检索的逻辑演进

“法官的认知本质是法官内心对于案件事实和所涉法律的一种认定和适用的过程,包括对案件事实的认知、对案件所涉法律的认知以及对案件事实和法律关联的认知三个层次。”^②个案裁判的过程是法官认知的过程,也是法官对于事实要素、法律要素等归纳总结后,与构成要件要素一一对应的过程。也即,要素式审判是法官对案件事实、法律适用等要素的发现、提取以及涵摄的过程,这也为构建类案检索要素图谱提供了可靠路径。

(一) 从关键词限缩到全要素演绎

现有的类案检索方法,无论是关键词检索法、关联检索法,甚至于反向检索法,均是围绕待决案件的基本事实、争议焦点、法律适用等方面进行。尽管可以通过关键词限缩的方式,逐渐接近类似案件,但受制于语言、技术、平台等各方面的瓶颈,无法满足检索查全性、查准性的需求。相较之下,全要素检索模式,不仅契合了法官裁判的逻辑思维过程,也更趋近于精准识别类似案件。

1. 全要素检索的体系性。不同于关键词检索随意性,全要素检索的要素,源于要素式审判下的待决案件事实要素、证据要素、法律要素、管辖要素等。这是演绎推理下的事实整理与法律要件归入的生动应用,是对大前提—小前提—结论这一演绎思维的严格遵循,要素的提炼、分类、归纳更富有体系性。

2. 全要素检索的逻辑性。不同于关键词检索下关键词的简单罗列,要素式审判下的事实要素、证据要素、法律要素、管辖要素等具有逻辑性和图谱化的典型特征,要素之间具有内在关联,汇聚形成待决案件的精准画像。

3. 全要素检索的扩展性。依托于要素式审判在类型化案件的深度应用,法官可在审判全流程、全方位提炼案件全要素,形成结构化的案例结构,完成无争议要素、争议要素的标签设置,为机器深度学习提供充足的案例数据库资源、图谱化的案件全要

^① 高翔:《人工智能民事司法应用的法律知识图谱构建——以要件事实型民事裁判论为基础》,载《法制与社会发展》2018年第6期。

^② 王淑俐、王继余:《法官认知中的利益衡量与法律适用》,载《中国应用法学》2018年第5期。

素、精准的要素标签，也为类案的精准识别比对提供了最优方案。

（二）从要素提炼到要素比对

1. 要素的提炼

“判决依据的确定来源于关键事实的提炼。”^①法官运用要素式审判法，从请求权基础分析方法出发，通过庭前初步确定、庭审复核、庭后最终确定，运用演绎推理方法完成待决案件无争议要素、争议要素的提炼过程。要素的提炼流程，同时是法官审判思路具象化的过程。“要素表”不仅是要素提取的生动载体，而且是兼具诉讼指引与庭审提纲的完美结合体。

请求权基础分析方法通过对事实（小前提）的整理与说明，通过对法律（大前提）的解释，建立起大前提与小前提之间的联系。^②邹碧华提出的要件审判九步法，是对请求权基础分析方法的发展，从原告确定诉讼请求起，“按照明确法律规范大前提、查清案件事实小前提，最后将案件事实小前提归入法律规范大前提，得出裁判结论”^③的演绎推理方法。

要素式审判是“审判程序中的当事人陈述、举证质证、询问调查、辩论等行为，实质上是为个案裁判提取法律要素的过程”^④，是对请求权基础分析方法、要件审判九步法的继受创新，是一种解构案件各要素、提炼关键要素并最终形成要件归入的新式审判方法（见表2）。

表2 要素式审判法与要件审判九步法比较

项目	要素式审判法	要件审判九步法 ^⑤
裁判思维	庭前： 1. 提取案件全要素，解构案件事实要素、法律要素、程序要素、管辖要素等； 2. 要素分析比对，初步确定争议要素、无争议要素。 庭中： 1. 复核无争议要素、争议要素； 2. 重点针对争议要素，引导举证质证并适时释明。 庭后： 针对争议要素，依照法律规则进行裁判说理	第一步：固定权利请求； 第二步：确定权利请求基础规范； 第三步：确定抗辩权基础规范； 第四步：基础规范构成要件分析； 第五步：诉讼主体的检索； 第六步：争点整理； 第七步：要件事实证明； 第八步：事实认定； 第九步：要件归入并作出裁判
总结	固定无争议要素，重点围绕争议要素审理	平均用力，重点不突出

2. 要素的比对。“要素式审判法的要义在于法院审判时，紧紧围绕案件的要素予以展开，非要素的部分从简从略。”^⑥两个案件相似，裁判结果也应相似。因此，要素式审

① [英] 克罗斯·哈里斯：《英国法中的先例》，苗文龙译，北京大学出版社2011年版，第60页。

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

③ 邹碧华：《要件审判九步法及其基本价值》，载《人民司法·应用》2011年3期。

④ 王猛：《智能化助推司法体制综合配套改革》，载《河北法学》2018年第5期。

⑤ 参见邹碧华：《要件审判九步法及其基本价值》，载《人民司法·应用》2011年3期。

⑥ 汤维建：《如何理解要素式审判》，载《中国审判》2016年第4期。



判下判断是否为类案时，可以将两个案件的大前提和小前提细化为若干类型化的要素，通过对类型化的要素进行一一比对，寻找差异和共同点。全要素检索理论源于构成要件下的各要素，实践源于要素式审判的适用，具有对基本事实、争议焦点、法律适用三方面相似性比对无法比拟的精准性（见表 3）。“最高人民法院可在发布的司法文件中要求：类案检索须以类型化要素作为识别类案的标准。这可防止类案检索成为应付式检索的形式主义做法，甚至于成为法官把类案检索结果作为滥用自由裁量权的理由。”^①

表 3 传统检索与要素式审判下检索比较

项目	传统检索	全要素检索
检索方法	关键词、法条关联、案例关联	无争议要素 + 争议要素
比对方法	待决案件事实 E1、E2、E3…… 与类案事实 E1、E3、E4、E5……	待决案件无争议要素 E1、E2 和争议要素 E3、E4 与 类案事实 E1、E3、E4、E5……
智能程度	低	高
繁简程度	繁	简

（三）从个案推演到类案普适

要素式审判围绕案件全要素进行，通过将自然语言处理与文字识别、声音识别等技术相结合，区分案件无争议要素和争议要素，完成案件各要素结构化标签设计，初步形成争议要素。法官经审理确定争议要素后，即可完成检索全要素的准确提取。要素式审判下，法官的重点在于对案件全要素的审查核实，无论简易程序、小额诉讼程序，甚至于普通程序的案件均可适用。采用“全要素检索”，在无争议要素限缩、争议要素比对下可避开案件不必要的事实情节干扰，提高检索的准确性和精确度。

四、类案检索要素图谱构建路径

基于要素之于类案检索的重要意义，构建类案检索要素图谱势在必行。要素图谱是一个抽象的逻辑概念，是一种结构化的检索流程。法官在审判活动中，通过智能提取和人工介入方式，把事实要素、法律要素等无争议和争议要素提炼出来，形成待决案件虚拟结构化的可视图谱作为输入端口径。然后，由机器依托于先行设置的案例推送顺位的算法，与海量案例数据库进行精准比对后作为输出端口径，从而对接实现类案检索精准化。

（一）案情 + 要素——输入端要素图谱构建

1. 案情简介：2021 年 12 月 9 日 20 时许，李某某驾驶鲁 A××××× 的小型客

^① 高一飞、相晓璐：《类案检索机制的设计原理与实施评估》，载《时代法学》2021 年第 1 期。

车（在保险公司投保有交强险及 100 万元商业第三者责任险），与卢某某驾驶的电动车发生碰撞。经交警部门认定，李某某负事故全部责任。卢某某住院治疗 46 天，支出医疗费 24943.93 元，伤情经鉴定被评定为十级伤残，误工期限 180 天，护理期限 90 天，营养期限 90 天。卢某某诉至法院，请求李某某、保险公司赔偿残疾赔偿金等共计 167021.39 元。经补充鉴定，卢某某损伤参与度评定为 50%。

2. 要素提炼：要素提炼的过程就是将当事人陈述的案件基本事实进行提取、简化、归类。从演绎推理方法层面考量，要素的确定要与法律要件确定相结合，运用好大前提—小前提—涵摄的逻辑，在事实整理与法律要件匹配中形成有效穿梭路径（见表 4）。

表 4 案情+要素表

无争议要素	被告负事故全责、参与度鉴定意见、赔偿项目计算标准无异议
争议要素	原告个人体质因素应否减轻被告赔偿责任
补充鉴定	经鉴定，损伤参与度评定为 50%，原告自身体质因素占 50%

（二）标签 + 算法——输出端要素图谱构建

1. 增设标签：无争议要素、争议要素

一方面增加案例的可识别特征，即对案例库中的指导性案例、典型案例、参考性案例设置“无争议要素”“争议要素”标签，达到便于识别查找的检索目的。另一方面，建立司法案例库的涤除机制，及时淘汰“引用不规范”“缺乏参考价值”的案例，给司法案例库“瘦身”“减负”的同时“提质”“增效”。

2. 优化算法：重置案例层级

法官提取案情要素图谱后，先行确定案件无争议要素和争议要素，按照优先匹配争议要素、兼顾《类案检索意见》及“最高人民法院发布的指导性案例（简称 Z）—最高人民法院发布的典型案例及裁判生效的案件（简称 D）—本省、自治区、直辖市高级人民法院发布的参考性案例及裁判生效的案件（简称 C）—上一级人民法院及本院裁判生效的案件（简称 S）”，提高输出端的精准化（见表 5）。

表 5 类案智能推送要素比对表

	事实要素	法律要素	无争议要素	争议要素	案例性质	推送顺位
待决案件	E1, E2, E3	E5	E1,E2, E5	E3	—	—
类案 A	E1, E2, E3	E5	E1,E3, E5	E2	C	三
类案 B	E1, E2, E3, E4	E5	E1,E4, E5	E2, E3	D	二
类案 C	E1,E2, E3	E5	E1,E2, E4, E5	E3	Z	一



(三) 类案检索现实图景演示

以“中国裁判文书网”作为检索平台,采取全要素检索法,即依次键入“交通事故”“参与度”“特异体质”,得出 58 篇裁判文书(表 6 为人工选取四份代表性裁判文书)。

表 6 中国裁判文书检索的案例情况分析(节选)

序号	案号	审级	审判日期	原告所负 事故责任 比例	是否减轻 被告方赔 偿责任	理由
1	(2021)京 民申 4647 号	再审	2021.9.26	无责	部分减轻	第一次用于治疗骨科疾病等因事故所致 外伤的医疗费及相关费用合理部分全额 支持,对于治疗个人体质脑卒中偏瘫的 医疗费及相关费用按 15% 比例支持
2	(2016)赣 民申 351 号	再审	2016.12.28	同等	减轻	原告伤情大部分与其颈椎病有关,只有 少部分为本次交通事故外力所致,应减 轻侵权人的赔偿责任
3	(2019) 粤 06 民终 6322 号	二审	2019.7.22	无责	不减轻	原告个人体质状况即颈椎疾病对交通事 故导致的伤残存在一定影响,但此并非 法律规定中的受害人过错
4	最高人民法 院第六批指 导性案例第 24 号	二审	2013.6.21	无责	不减轻	原告对事故的发生及损害后果的造成均 无过错。虽然原告年事已高,但其年老骨 质疏松仅是事故造成后果的客观因素,并 无法律上的因果关系。因此,原告对于损 害的发生或者扩大没有过错,不存在减轻 或者免除加害人赔偿责任法定情形

基于以上检索结果,本案中尽管卢某某个人体质对案涉事故损害后果具有一定影响,但因其对于事故的发生并无过错,参照最高人民法院第 24 号指导性案例,卢某某体质状况不属于《民法典》第 1173 条规定的“被侵权人对同一损害的发生或扩大有过错的,可以减轻侵权人的责任”情形,不应减轻李某某的赔偿责任。

结 语

类案检索精准化智能化,不但可加强对法官自由裁量权的监管,实现类案同判的既定目标,助推审判管理体系的精细化,还可赋能审判体系和审判能力现代化。立足于当前类案检索智能不足的样态,着眼于以要素化赋能类案检索,在法官认知逻辑思维下,探究类案检索与要素式审判全流程、全方位的契合点,实现司法案件要素化图谱化,以现代信息技术助推司法审判现代化。

(责任编辑:郝晓越)

技术调查官的角色错位及其矫正

陈颖澍^{*}

内容摘要：技术调查官作为技术领域专业人士，本应辅助审判人员就有关案件技术方面的争议焦点查明并认定技术事实。然而，权力支配导致的认知偏差、技术与法律的融合障碍以及技术调查官追责方式笼统化等问题使得其角色由“辅助审判”异化为“隐性审判”，本应作为参考的技术调查意见却成为案件事实方面的实质判断。基于此，要形成权力与知识互动关系，促进多元化技术事实查明机制均衡发展；明确技术调查官和法官各司其职，相互交流，提升认知能力；引入诚信评价管理机制，细化技术调查官追责方式，防范审判风险。矫正应然之义与实然之状之间的角色错位，预防司法裁判权让渡，用司法保障科技创新。

关键词：技术调查官；辅助审判；隐性审判；技术类知识产权案件

技术类知识产权案件审理的要点和难点在于技术事实查明与认定，技术调查官制度作为技术事实查明的重要机制，核心和价值在于“辅助审判”。然而，脱离辅助性质造成的角色错位，使得技术调查官制度偏离了应有之义，造成了司法裁判权的让渡。剖析“隐性审判”的现状，追溯错位之因并进行错位矫正，明晰技术调查官的角色定位，才能准确发挥技术调查官制度的作用，提升审判质效，保障公平公正。

一、辅助审判的角色定位

2014年，北京、上海、广州三家知识产权法院相继成立。2020年12月，海南自由贸易港知识产权法院设立，成为我国第四个知识产权专门法院。2017年起，最高人

^{*} 陈颖澍，江西省萍乡市中级人民法院研究室法官助理。



民法院陆续批复各地中院内设专门审判机构审理部分知识产权案件。^①2022 年 5 月 1 日起,第一审知识产权案件的审理规则进一步明确细化,^②知识产权审理机制不断完善。从综合性法院中剥离出来的知识产权法院或法庭都集中审理专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密、计算机软件、垄断纠纷等技术类知识产权案件。^③为了满足此类案件审理需求,技术调查官制度应运而生,并在实践中不断丰富、完善。该制度的建立和完善所依托的顶层设计,从“暂行规定”到“规定”再到“若干规定”,技术调查官从“司法辅助人员”进一步明确为“审判辅助人员”,其适用范围不断扩大(见表 1)。要实现该制度的设立初衷和目的,需要从技术调查官角色定位的应然状态出发,明确其身份和能力定位。

表 1 技术调查官制度的建立和完善

日期	机构	名称	文号	简称	内容
2014 年	最高人民法院	《关于知识产权法院技术调查官参与诉讼活动若干问题的暂行规定》	法〔2014〕360 号	《暂行规定》	对技术审查官身份、参与诉讼程序方式、职责、效力等作出了具体规定
2017 年	最高人民法院	《知识产权法院技术调查官选任工作指导意见(试行)》	法发〔2017〕24 号	《选任工作指导意见》	对技术审查官的来源、类型、任职资格、任职期限、薪酬待遇等作了具体规定
2019 年	最高人民法院	《关于技术调查官参与知识产权案件诉讼活动的若干规定》	法释〔2019〕2 号	《规定》	适用范围从法院扩大至法庭,内容上对技术调查官的署名、追责、调派等作出新规定
2021 年	国家知识产权局	《关于技术调查官参与专利、集成电路布图设计侵权纠纷行政裁决办案的若干规定(暂行)》	国知办发保字〔2021〕17 号	《若干规定》	在知识产权行政执法案件处理中引入技术调查官制度,对其参与知识产权侵权纠纷行政裁决活动进行规范

(一) 专业性: 技术领域的专业人士

随着科技的发展,专业技术领域分工不断精细化,交叉领域复杂化,技术类知识产权案件审理所面临的技术事实查明挑战不断增加。作为审判辅助人员的技术调查官,

① 参见《最高人民法院关于同意南京市、苏州市、武汉市、成都市中级人民法院内设专门审判机构并跨区域管辖部分知识产权案件的批复》《最高人民法院关于同意杭州市、宁波市、合肥市、福州市、济南市、青岛市中级人民法院内设专门审判机构并跨区域管辖部分知识产权案件的批复》。

② 参见《最高人民法院关于第一审知识产权民事、行政案件管辖的若干规定》《最高人民法院关于印发基层人民法院管辖第一审知识产权民事、行政案件标准的通知》。

③ 参见《最高人民法院关于技术调查官参与知识产权案件诉讼活动的若干规定》。

要高效地助力审判工作，具备专业化的技术能力是前提基础。

从现在域外有关的技术调查人员来源看（见表2），均要求至少5年以上的专业技术工作从业经验，或者在专业领域具有突出成就。我国技术调查官和韩国、日本一样，都是辅助人员。目前，我国技术调查官任职资格是具有理工科专业本科以上学历；具有中级以上专业技术资格；5年以上有关专业技术工作经验。^①

表2 域外有关技术调查人员的任职规定^②

国家 / 地区	任职规定
德国	欧盟境内的大学、技术学校或相关科研机构毕业，同时要求通过技术或自然科学相关方面的国家级或学院级考试，且至少有5年以上的工作经历。或从专利商标局中的资深技术审查员挑选
韩国	具有5年以上经验的知识产权局审查员；具有5年以上法官经验的；具有7年以上科技工作经验且为5级及以上公务员资格的；科学技术领域获得博士学位的，或科技领域获得硕士学位且从事经营研究活动满10年的；通过相关技术资格考试的人员中选拔等
日本	来自特许厅的审查员或复审员，少数是专利律师，审查员或复审员大多拥有20多年的专利审查经验
我国台湾地区	担任专利审查官或商标审查官合计3年以上；硕士以上学位，担任专利或商标审查官助理审查官合计6年以上；现任或曾任公立或立案之私立大学、独立学院相关系所讲师6年以上，助理教授、副教授、教授合计3年以上或公、私立专业研究机构研究人员6年以上，有知识产权类专门著作并具证明者，等等

技术调查官制度的核心在于专业性、中立性、公开性，而专业性是一切的基础。实践中，除了要求学历条件、教育背景、技能资质等硬性条件，因部分技术事实工作与生产实践密切相关，故要求技术调查官具有相应的生产、科研经验。起初，北京知识产权法院技术调查室在编5人，^③还有其他类型人员（见表3）。在第二批兼职技术调查官中，41%来自国家知识产权局专利局专利审查协作北京中心，46%来自科研机构、大专院校、国有企业或大型股份公司。广州知识产权法院技术调查官团队，首聘29名来自高校、科研机构、企事业单位等各个领域的专家。^④这些专家依靠工作经验与专业特长，为法院提供咨询意见。

① 参见《最高人民法院关于印发〈知识产权法院技术调查官选任工作指导意见（试行）〉的通知》。

② 参见郭寿康、李剑：《我国知识产权审判组织专门化问题研究——以德国联邦专利法院为视角》，载《法学家》2008年第3期；马滢菲、韩元牧：《简述技术事实之审查——从我国知识产权法院设立技术调查官制度谈起》，载《中国发明与专利》2015年第5期；黄光辉、彭静：《台湾地区智慧财产法院的设立及运作机制评析——兼论对我国大陆设立知识产权法院的启示》，载《山东科技大学学报（社会科学版）》2015年第1期。

③ 参见余丛薇：《技术调查官信息公示》，载北京知识产权法院网2018年4月4日，<https://bjzcfy.chinacourt.gov.cn/article/detail/2018/04/id/3257704.shtml>。

④ 参见《广州知识产权法院成立技术专家咨委会，首批29名技术专家任期3年》，载微信公众号“广州知识产权法院”，2016年4月20日。



表 3 北京知识产权法院技术调查官基本情况

类型	人数	具体来源	选任方式	薪酬待遇
正式编制	5	/	法院自主进行选拔招录	/
聘用	无	/	法院面向社会公开自主进行招聘	签订劳务合同, 约定组织人事关系、薪酬待遇等问题
交流	5	分别来自国家知识产权局专利局、专利复审委员会、专利审查协作北京中心和天津中心	国家机关、行业协会、大专院校、科研机构、企事业单位等向法院派驻	组织人事关系不变动, 薪酬待遇由原单位保障
兼职	39	22 名来自专利审查协作中心, 16 名来自企事业单位、高等院校或科研机构, 3 名来自专利代理机构	法院通过单位推荐、自我推荐等形式, 从相关领域的技术人员中选择聘用	/

(二) 中立性：诉讼活动的参与者

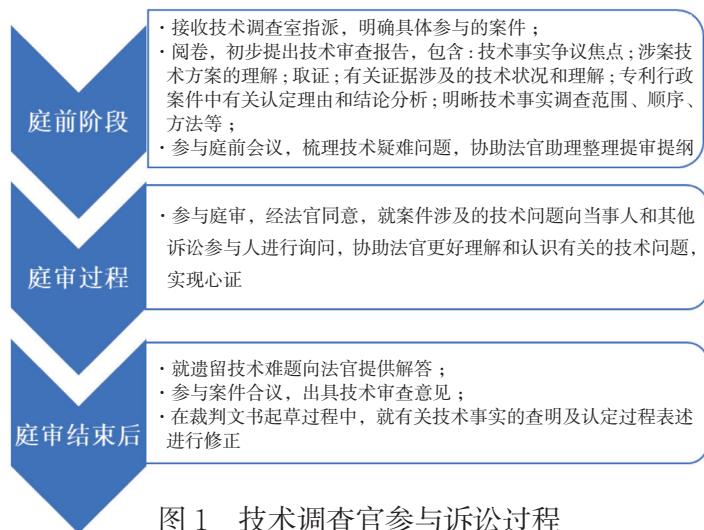


图 1 技术调查官参与诉讼过程

专业性是技术调查官发挥作用的基础, 而中立性是其内在要求。司法实践中, 技术调查官几乎全程参与诉讼活动, 指引技术事实审查方向, 梳理案件的争议焦点, 提出技术调查意见。这就要求技术调查官在诉讼活动参与过程中, 保持其中立性, 不偏不倚、公正履职, 客观地提供技术调查意见。具

体而言, 在庭前准备阶段, 帮助审判员收集涉及技术方面的资料, 为庭审做好知识储备; 在庭审过程中, 加强审判员对于技术问题的理解和认识, 促进庭审实质化; 庭审后, 对技术调查意见进行补充完善, 完成案件的技术事实查明工作 (见图 1)。

作为合议庭认定事实的技术助手, 根据案件审理需要参与到诉讼活动中。由于各方诉讼参与人法律地位不同、技术事实查明立场不同、背后代表的利益诉求不同, 对于案件实质审理产生的作用亦不同。此时, 技术调查官的中立性显得尤为重要。进一步而言, 技术类知识产权案件审理实践中, 为了使合议庭“兼听则明”, 更好地对技术事实进行查明及认定, 采用多元化技术事实查明机制, 专家陪审员、专家辅助人 (或

具有专门知识的人)、司法鉴定、技术调查官、专家咨询等多方参与。这些技术事实的查明者在法庭上庭审位置不同,代表的诉讼地位不同(见图2)。

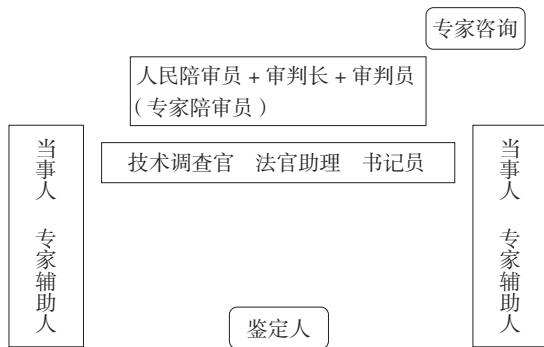


图2 辅助技术事实查明的各方参与人庭审位置

专家辅助人和当事人处于同一位置,由当事人申请并经法庭准许后,出庭代表当事人就涉及的专业知识发表意见,该意见具有倾向性。相比之下,鉴定人和专家咨询更为中立。鉴定人启动方式以当事人申请为主,法院启动为辅,在法庭中处于证人的位置,专家辅助人经允许可以对鉴定人询问;专家咨询主要在幕后工作,实践中一般就较重大复杂疑难等通过其他技术事实查明方式仍无法查明时提供咨询。^①专家陪审员跟其他技术查明事实者不同,处于合议庭位置,本质上是合议庭成员,拥有审判权。技术调查官和法官助理、书记员处于同一位置,均为辅助审判。根据案件技术事实审查需要,经法官申请由技术调查室指派,既独立于合议庭又独立于当事人,其地位更具有客观公正性,技术调查意见也因其中立性更具价值。

(三) 辅助性: 案件审理的技术助手

技术调查官的专业性和中立性,有助于更好地发挥辅助审判功能。明确其审判辅助性质,重要的是要明确其不等同于审判员本身。技术调查官可以履行自己的职责,发挥自己的专业特长,对技术事实进行调查,帮助审判人员和当事人梳理案件争议焦点,提出专业意见等。比如,在周勤诉无锡瑞之顺机械设备制造有限公司侵害发明专利权纠纷案中,被告侵权产品是否存在涉案专利权利要求1限定的“抽气孔和真空泵之间设有连通管路”的技术特征以及被告侵权产品实施的技术方案是否落入涉案专利权利要求1的保护范围。^②再比如,在“PTC加热器”实用新型专利侵权纠纷案中,

^① 参见张玲玲:《我国知识产权诉讼中多元化技术事实查明机制的构建——以北京知识产权法院司法实践为切入点》,载《知识产权》2016年第12期。

^② 参见周勤诉无锡瑞之顺机械设备制造有限公司侵害发明专利权纠纷案,最高人民法院(2021)最高法知民终334号民事判决书。



对于隐含技术特征是否属于专利权利要求2的保护范围。^①以及“陆风越野车”外观设计专利权无效行政纠纷案中,涉案专利与对比设计在汽车外观不同部分的设计特征所产生的整体视觉效果如何衡量问题。这些专业技术问题需要专业人员的分析并提供有效的意见。^②

但是,这些问题本质上仍是技术事实查明,而非直接进行审判。审判权法定,法官可以依法对法规进行解释,对案件进行公正的自由裁量,行使审判权,其他人员不能越俎代庖,否则便是司法裁判权让渡。其他国家有专门的技术法官,比如德国就有出身于自然科学并具备一定法律知识的技术法官。德国设立这种专门的技术法官源于其特殊的历史,一方面是为了解决专利局内部的技术人员和法律人员冲突问题,更为重要的是为了解决专利局的决定不受司法审查的违宪问题。^③这和我国国情不同,我国法律明确规定技术调查官的性质是“辅助审判人员”,因此不能简单将技术调查官等同于技术法官,将审判辅助人员等同于审判人员。

二、隐性审判的现象扫描

(一) 隐性表现:脱离“辅助”性质

技术调查官本应是“辅助审判人员”,作为技术领域的专业人士,中立地参与诉讼活动,为审判人员进行事实认定、法律适用提供技术辅助。然而实践中,技术调查官以“技术调查意见”代“审”,变成了技术事实的直接认定者,异化为“隐性审判人员”。加之技术调查意见的不对外公开性,^④使得这种隐性审判大行其道。

从《最高人民法院知识产权案件年度报告(2020)》中可知,专利案件新收案件数量在全部知识产权受理案件中占比最大,达52.5%,且继续大幅增长,同比增长46.6%。从《最高人民法院知识产权法庭年度报告(2021)》可知,各类案件涉及的技术前沿领域日益扩展,超1/4案件涉及新一代信息技术、生物医药、高端装备制造、节能环保、新材料、新能源等战略性新兴产业,且增速明显加快。这类专利民事案件对专利解释提出了更高要求,专利行政案件中创造性判断依旧是审理的核心。且技术类知识产权案件不仅局限于专利案件,还包括其他技术领域应用广泛的案件。技术调查官作为技术事实查明机制中的主力军,对于技术类知识产权案件审理的重要性不言

① 参见无锡国威陶瓷电器有限公司、蒋国屏诉常熟市林芝电热器件有限公司、苏宁易购集团股份有限公司侵害实用新型专利权纠纷案,最高人民法院(2018)最高法民再111号民事判决书。

② 参见江铃控股有限公司诉国家知识产权局专利复审委员会与捷豹路虎有限公司、杰拉德·加布里埃尔·麦戈文外观设计专利权无效行政纠纷案,北京市高级人民法院(2018)京行终4169号行政判决书。

③ 参见杜颖、李晨瑶:《技术调查官定位及其作用分析》,载《知识产权》2016年第1期。

④ 参见《最高人民法院关于技术调查官参与知识产权案件诉讼活动的若干规定》。

而喻。然而,技术类知识产权案件的数量井喷式增加、案件类型多样化,并不必然证明技术调查官脱离辅助性质,只是可以确定其不可或缺。

为进一步了解技术调查官在案件审理过程中的角色定位,笔者在中国裁判文书网上以“技术调查官”为关键词检索到 2206 篇文书,其中 1477 篇文书由北京知识产权法院作出。作为第一家专门性知识产权法院,其技术调查制度运行成效良好。其《2016 年技术调查工作分析报告》将技术调查意见和裁判文书进行对比分析,20 件案件的裁判文书中有关技术事实表述和技术调查意见基本一致,49 件作出了调整,仅有 1 件和技术调查意见认定不一致,表明技术调查官对于技术事实认定意见直接影响案件的事实认定。^①

(二) 浅层表象:技术调查意见影响事实认定^②

案例一:来电公司诉海翼公司、街电公司侵害发明专利权纠纷案。来电公司拥有“一种移动电源的租借方法、系统及租借终端”发明专利(以下简称涉案专利),认为海翼公司、街电公司两家公司实施了制造、销售侵犯原告涉案专利的产品等侵权行为,向法院提起诉讼。为了查明用户端、充电宝设备端、服务器云端三方间软件通信流程的技术事实,技术调查官参与诉讼,分析指出本案的技术问题在于被控侵权产品执行软件的方法与涉案专利要求 1 的移动电源租借方法是否相同。通过查明,得出被控侵权产品的使用方法与涉案专利限定的“第二借入移动电源的指令”的具体步骤先后顺序不同的结论。^③

案例二:杨某妹诉专利复审委员会行政纠纷案。原告杨某妹认为原专利权人拥有的“自平衡式两轮电动车”发明专利(以下简称本专利)不符合《专利法》第 33 条的规定,向专利复审委员会提出无效宣告请求。专利复审委员会作出维持本专利有效的决定,原告不服该决定,向法院提请诉讼。技术调查官认为案件涉及权利要求 2 修改是否超范围的问题,并得出权利要求 2“通过所述脚踏板分别改变轮架的前后倾斜度”,不能根据原说明书的记载直接、毫无疑义地得出,权利要求 2“若第一轮架与第二轮架倾侧的角度不同,第一车轮与第二车轮的速度不同,车子就会转向”可以根据

① 参见陈存敬、陈晓华:《我国知识产权领域技术调查官管理和使用模式探究》,载北京知识产权法院编:《技术调查官制度创新与实践》,知识产权出版社 2019 年版,第 59 页。

② 为了实现业务交流,让更多人了解技术调查意见的被采用方式,北京知识产权法院组织编写的《技术调查官制度创新与实践》中第二编收集了 12 篇技术调查意见及判决精选。笔者选取其中具有代表性的专利侵权诉讼案件和专利复审无效行政诉讼案件各 1 篇进行分析,进一步说明实践中存在的技术调查官的隐性审判现状。

③ 参见深圳来电科技有限公司诉被告深圳街电科技有限公司、安克创新科技股份有限公司侵害实用新型专利权纠纷案,最高人民法院(2019)最高法民申 3135 号民事裁定书、北京市高级人民法院(2018)京民终 466 号民事判决书。



原说明书的记载直接、毫无疑义地得出。^①

（三）深层冲突：参考意见异化为实质判断

技术类知识产权案件涵盖的内容涉及通信、医药化学、光电、计算机等各个领域，《技术审查意见及判决精选》中的 12 篇技术调查意见涉及软件通信流程、二维码与标识的合成系统及方法、光伏电磁感应热水器、供控制半导体光源的电路装置等多个技术领域。从技术调查官的辅助性质而言，技术调查意见都是针对每个案件涉及的技术焦点问题进行分析得出结论，为合议庭成员更准确理解涉案技术问题最终形成裁判奠定基础，并非直接对技术事实进行认定。然而，技术特征的对比范围大小、流程步骤是否相同、是否具备创造性、是否具备新颖性、是否为公知常识、是否克服本领域技术偏见等问题，直接决定了是否构成侵权，专利是否有效等问题，其“辅助审判”已异化为“隐性审判”。

在来电公司诉海翼公司、街电公司侵害发明专利权纠纷案中，技术调查官对抽象的软件方法进行了对比分析，确定软件执行各步骤与涉案专利权利要求各特征之间的逻辑对应关系（见图 3）。在该案件中，技术调查官查明认定被控侵权产品执行方法与涉案专利的内容不同，法官基于该结论认定被控侵权产品使用方法未落入涉案专利权利要求的保护范围，故不构成侵权，判决驳回原告的诉讼请求。

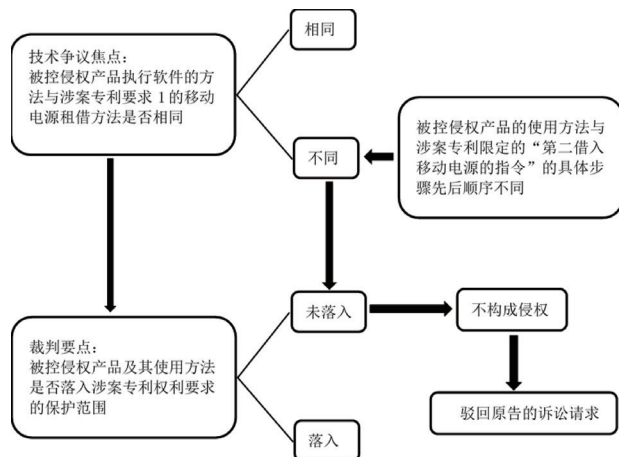


图 3 技术事实查明过程图

杨某妹诉专利复审委员会行政纠纷案主要涉及《专利法》第 33 条专利修改是否超范围的问题、技术焦点问题和案件争议焦点虽语言表述略有差异，但其本质相同，且该案技术调查意见的结论直接等同于事实认定结果。具言之，如果能从本专利原说明书中直接得出本专利要求 2 的技术方案，则能够判断权利要求 2 没有超出范围，该

^① 参见杨玉妹诉国家知识产权局专利复审委员会发明专利权无效行政纠纷案，北京知识产权法院（2017）京 73 行初 7964 号行政判决书、北京市高级人民法院（2018）京行终 5840 号行政判决书。

专利有效，进而该被告专利复审委员会作出的无效决定缺乏事实依据，其认定错误，法院予以纠正，反之亦然（见表4）。

表4 技术事实查明及认定

案件	提请诉讼	技术焦点问题	技术调查意见结论
杨某妹诉专利复审委员会行政纠纷案	原告杨某妹不服被告专利复审委员会作出的无效宣告请求审查决定，提起诉讼	（1）权利要求2“通过所述踏板分别改变轮架的前后倾斜度”是否可以根据原说明书的记载直接、毫无疑义地得出；（2）权利要求2“若第一轮架与第二轮架倾侧的角度不同，第一车轮与第二车轮的速度不同，车子就会转向”是否可以根据原说明书的记载直接、毫无疑义地得出	（1）焦点1中权利要求2的内容，不能根据原说明书的记载直接、毫无疑义地得出；（2）焦点2中权利要求2的内容，可以根据原说明书的记载直接、毫无疑义地得出
案号	裁判结果	案件争议焦点	事实认定
（2017）京73行初7964号	（1）撤销专利复审委员会作出的无效宣告请求审查决定；（2）专利复审委员会就无效宣告请求重新作出决定	（1）权利要求2“若第一轮架与第二轮架倾侧的角度不同，第一车轮与第二车轮的速度不同，车子就会转向”是否可根据原专利申请文件的记载直接、毫无疑义地得出的问题；（2）权利要求2“通过所述踏板分别改变轮架的前后倾斜度”是否可根据原专利申请文件的记载直接、毫无疑义地得出的问题	（1）焦点1中权利要求2的内容，可以根据原说明书的记载直接、毫无疑义地得出。被告专利复审委员会及第三人就此的相关主张，具有事实基础，法院予以支持。原告杨某妹的主张，缺乏事实基础，法院不予支持；（2）焦点2中权利要求2内容，不能根据原说明书的记载直接、毫无疑义地得出。原告主张，具有事实基础，予以支持。被告及第三人有关主张，缺乏事实基础，不予支持

三、“辅助”异化审判的缘由

（一）权力支配导致认知偏差

在社会科学领域，对于权力与知识关系的见解不同。米歇尔·福柯认为权力和知识之间是有直接联系的，二者的运作领域并不区分，构建一种知识领域就会产生权力关系，构建权力关系就存在知识。任何事物包括知识，其产生离不开权力的作用，这种知识产生的过程无形中就是一种权力内化的过程。在这种权力与知识相互交错的过程中，会形成两种关系，即支配与被支配关系或互动关系。

一方面，技术事实查明认定是在技术类知识领域运作，在这个领域内，技术调查官、专家辅助人、鉴定人等都是具有这方面知识的专业人士，而大多数当事人和法官缺乏这方面的专业知识。在我国现行的教育体系下，法官的任职条件是具有法律专业知识，



具备法律职业资格,大多数法官不具备此类工科专业的知识背景。此时,技术调查官依托其专业性在技术查明机制中发挥主力作用,帮助审判人员和当事人梳理案件争议焦点,提出技术调查意见等,在权力和知识关系中,具有“支配优势”。

另一方面,当法官进行法律事实审查时,基于自身法律专业知识,能够自信从容地对案件进行主观性和能动性审查判断。在权力与知识关系中,本应是一种平等的互动关系,但是,技术方面的专业知识对于法官所产生的权力影响是显著的。面对知识的不平等性,法官对于技术事实的认定,更多是形式上的审查,而非实质上审查,通过向技术调查官等专业人士寻求帮助以弥补自身知识的不足。这种在支配关系中所寻求的庇护,本质上是一种被支配的方式。缺乏专业知识的法官容易受到技术调查官的语势、眼神等所形成的知识轨迹的影响,从而形成“支配与被支配”关系,造成技术调查官偏离“辅助”性质,法官形成认知偏差。

(二) 技术与法律之间的融合障碍

从认知科学视角而言,大脑运行是一个复杂系统,有不同的领域模块,负责完成不同的任务。在运作时,将捕捉到的外界信息与现有的认识相连接,并通过现有的信息轨迹对其进行补充,因此,大脑主要是巩固和完善现有的知识储备。^①法官不具备工科专业知识背景,技术类专业知识又是一个全新领域。当这些知识进入人脑后,很难与原有的法律知识融合并进行整合评估,导致法官无法对技术调查意见的实质内容进行有效判断。

技术类知识产权案件审理所需要的知识不局限于专业的法律知识,还应当具有专业技术类知识,用以查明认定技术事实。在审判时,法官可能受到权力运作的影响,导致认知偏差。一种可能就是受到先行评价和判断的影响,即一种司法预设。一旦事先形成了这种预设,那么在进行审判时,原有知识轨迹容易影响认知,而技术类专业知识无法被法官吸收采纳。法官也并非圣人或者道德巨人,其作出的裁判并非完全全出于慎思,也有可能是基于直觉、策略等,^②这种情况很难被人们所理解和接受。此时,如果将法律知识与技术知识相互融合,提升法官本身的知识水平,则可以减少认知偏见。

独立审判、辨明是非、定分止争是法官的职责所在,将技术问题转化为法律问题从而行使司法裁判权是法官义务所在。如果简单的将技术事实查明等同于法律适用,只关注技术调查官意见,而非“原理与方法”,长此以往势必导致司法裁判权让渡和技术调查官制度异化。

① 参见[德]阿克赛尔·文德勒、赫尔穆特·霍夫曼:《审判中询问的技巧与策略》,丁强、高莉译,中国政法大学出版社2012年版,第190页。

② 参见[美]理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第13页。

（三）技术调查官追责方式笼统化

有权必有责，失责必追究。与法官如何行使法定审判权相对应的是技术调查官如何准确定位“辅助”这一角色。在技术事实查明认定过程中，技术调查官理应成为法官的“左膀右臂”，辅助法官对涉案技术事实进行自由心证。从上文的“浅层表象”到“深层冲突”得知，在司法实践中，参考意见已然异化为实质判断。技术调查意见本来只是作为法官认定技术事实的参考，法官应当就技术事实认定结论依法承担责任。^①这种责任的承担无可厚非，且法官的追责机制在我国现有法律中已有系统性规定，但对于技术调查官的追责方式笼统化的问题，应当引起重视。

技术调查官对于技术类知识产权审理工作越重要，发挥的作用越大，意味着潜在的风险越高。其失责直接影响到案件技术事实认定，继而影响到案件实体处理结果的公正性，有损司法公信力。加之，法官的认知偏差、技术与法律之间的融合障碍，仅规定法官的责任，无法从根本上解决问题。此外，技术调查意见的不公开性，加重了对该意见是否中立、客观、科学，能否有效接受公众监督的质疑。目前对于技术调查官失责行为规定的较为笼统，仅有《规定》第13条指出违反有关规定应当追究法律责任，构成犯罪应当追究刑事责任。而其中的“有关规定”指向不明，责任承担方式也不具体、不明确。

四、预防司法裁判权让渡

（一）多元化技术事实查明机制均衡发展

法官对于技术调查意见的采纳，更多关注其程序上、形式上是否存在瑕疵，然而技术事实查明正确与否，往往取决于技术事实的实质内容。立法者设立技术调查官制度的目的在于通过双方当事人就技术事实的平等对抗，对鉴定意见在法庭上进行质证，再听取技术调查官的意见，从而达到“兼听则明”的效果，形成法律知识与技术知识之间的互动关系，助力审判员对技术事实进行查明。

每项技术查明机制有其自身特点：专家陪审员作为审判人员，可以对技术事实进行审判，但数量有限，很多技术人员无法实际参与审判工作，远远无法满足现在的审理需求；专家辅助人代表当事人利益，费用由当事人承担，节约了司法成本。但明显的利益倾向使得其客观中立性极大降低；鉴定专家的鉴定意见具有一定的客观性和较强的专业性，但其只在证据调查阶段与质证阶段参与诉讼活动，且鉴定成本高、工作量大、耗时长，不能实时对法官需要查明的技术事实进行回复；专家咨询，

^① 参见《最高人民法院关于技术调查官参与知识产权案件诉讼活动的若干规定》。



作为备选的技术事实查明方式,成本高且适用案件的范围有限,推广性不佳。

权力支配导致的认知偏差,实质在于过度依赖技术审查意见。从技术调查官制度实际运行来看,其重要性和成效毋庸置疑,但要形成权力和知识的互动,就一定要建立联动的技术事实查明机制,将每项机制串联起来,相互制衡又相互促进,而非听取一家之言。一方面,明确各项机制特点,使其相互配合互促互助。对于一些疑难复杂的案件,邀请相关领域专家进行查明。在技术调查官人数有限的时候,灵活选任特定领域的专家审判员。完善鉴定人出庭制度,使得其鉴定意见接受质证。根据专家辅助人代表当事人利益等诉讼地位、身份性质,考虑其参与诉讼的阶段从庭审延伸至庭前。另一方面,明确各方事实查明者的责任和查明结论的效力顺位。将技术调查官作为技术事实查明的主力军,其意见效力高于鉴定意见、专家证人证言、专家咨询意见等。加强技术调查官和其他事实查明者的工作衔接和组织,尊重当事人申请的专家辅助人意见,并与鉴定人意见相互制约,同时咨询专家陪审员,视情况补充专家咨询。

(二) 明确职责划分,丰富不同角色的知识内涵

技术调查官和法官分别处于技术和法律融合障碍的两端。为了进一步消除这种隔阂,一方面各司其职,强调技术调查官的“有限参与”,法官依法行使审判权;另一方面,两者相互交流,不断提升自身的知识水平和认知能力。

技术调查官要严格遵守有限参与原则,止于事实认定的边界,避免越俎代庖,同时也要发挥自身的独立性及能动性。比如,在出具技术调查意见时,不直接给出是否构成侵权、是否纳入保护范围等具体结论,而是针对这种涉案技术争议焦点进行分析梳理。如果只是在技术对比时就某个技术特征作出认定,其最终结论需要由合议庭结合庭审所有的技术事实查明情况综合判定。法官主导和决定整个案件审理,根据案件涉及技术事实的技术领域及其复杂程度来确定其诉讼资源的分配,如技术调查官的来源类型、选派人数等。同时,法官要拒绝庸、懒,不能只要涉及技术类问题就一股脑扔给技术调查官,在裁判文书技术事实方面直接引用技术调查意见,而是应当时刻牢记自己是审判者,要勇于担当,而非推诿责任。

各司其职是基础,互相学习提升才是加强技术和法律之间融合的重要方式。提升法官的专业技术素养和技术事实查明能力,有意识地培养法律和技术复合知识人才,培育擅长解决专业问题的法官。同时加强技术调查官有关法律法规的学习培养。此外,要明确法官与技术调查官的合作方式和工作衔接机制,提升二者的配合默契度。在不同的阶段,组织法官和资深技术调查官就各自合作心得体会、疑问进行面对面交流,进一步明确自身职责。

(三) 构建诚信评价管理机制

防范技术调查官隐性审判风险,除规范技术调查官的职权行使、提升法官审判观

念外，还需对技术调查官的追责方式进一步细化，以便从外部进行约束。

1. 从制度层面上明确技术调查官追责机制。《规定》新增了技术调查官在裁判文书上的署名方式，对不实技术调查意见追究法律责任，进一步强调技术调查官责任。但仍需要进一步具体明确技术调查官年度考核方案等有关管理制度，制定考核方式，量化考核指标，使得追责行为有据可循，落实责任追究制。一方面，根据技术调查官的来源以及类型不同进一步加强管理。对在编技术调查官按照公务员考核管理办法进行考核；对聘用制技术调查官参照聘任制公务员管理办法和专业技术类公务员管理办法综合考量；对挂职交流和兼职的技术调查官进行原行业和法院双重管理。另一方面，采用量化考评为主要的方式，注重质量考评管理。考察其出庭次数、调查取证、勘验、保全的次数、技术调查意见被采用的比率等实绩，同时对其参与技术类知识产权案件的难度进行全方位平衡，并综合考虑法官、当事人、其他技术事实查明者的评价。

2. 引入诚信评价管理机制。一方面，构建诚信指标体系，对于技术调查官的日常履职行为进行诚信评价，根据其失职情况进行负面诚信评价，结合社会诚信体系建设，予以失信惩戒。另一方面，根据技术调查官类型和来源的不同进行诚信管理。对于在编和聘用制公务员，按照《公务员法》等有关规定追责。对于挂职交流和兼职的技术调查官，可以参照公司董事、监事、高级管理人员的禁止性任职条件，进一步细化禁止性任职条件。此外，除去“不得担任技术调查官”，还可以对其在专业领域的任职和发展予以限制性规定，如不得从事专利申请的审查工作，不得从事专利代理工作等，从而进一步防范风险，发挥技术调查官的助审作用。

结 语

技术调查官制度是健全技术类知识产权案件审理机制浪潮中的一抹亮色，有助于破解审判实践中技术事实查明与认定的难题。然而，技术调查官角色的错位引发了司法裁判权的让渡，当前绝大多数技术调查意见成为案件实质判断正有力地说明了这一点。因此，进一步完善多元化技术事实查明机制，同时细化技术调查官的职责和追责方式，有助于案件的公正裁判。希望关于技术调查官角色定位的探索，对于完善技术调查制度有所启发，从而增强技术事实认定的中立性、客观性和科学性，为充分发挥知识产权司法保护主导作用提供更加有力的保障。

（责任编辑：崔婷婷）



监狱疫情防控“应急—常态化”治理机制研究

张传伟 张红广^{*}

内容摘要：监狱疫情防控“应急—常态化”治理机制存在着治理理念落后、要素欠完备、“应急预案—常态化”研判水平不高、应急治理“信息孤岛”等缺陷。监狱疫情防控应根据疫情选择应急治理还是常态化治理机制。具备转换条件时，应在保障疫情防控稳定的前提下进行及时转换。在应急防控与常态化防控相互转换机制中，应完善包括监测预警系统、风险评估系统、组织指挥系统、应急处置（转换）系统、协调保障系统在内的法治化监狱应急治理体系。应急机制向常态化机制转换时，应将设立明确的转换医学标准、加强干警心理疏导、监狱医疗资源调整、强化检察同步监督等纳入“应急—常态化”转换机制的视野。

关键词：监狱；疫情防控；应急治理；常态化治理

2022年10月16日，习近平总书记在党的二十大报告中指出：“坚持安全第一、预防为主，建立大安全大应急框架，完善公共安全体系，推动公共安全治理模式向事前预防转型。推进安全生产风险专项整治，加强重点行业、重点领域安全监管。提高防灾减灾救灾和重大突发公共事件处置保障能力，加强国家区域应急力量建设。”监狱作为执行监禁刑的专门机关，不仅承担着依法执行刑罚、依法管理、教育改造罪犯的神圣职责，还承担着监狱突发事件应急机制建设、保障监狱安全的重要任务。目前，新冠肺炎疫情对我国经济社会的影响依然持续，监狱在疫情防控背景下，健全应急机制、探索常态化治理的任务仍然在路上。

^{*} 张传伟，山东政法学院警官学院教授；张红广，山东省济南市章丘区人民检察院党组书记、检察长。

基金项目：本文系2020年度山东省人文社科年度课题“疫情防控视阈下监狱应急机制研究”（2020-NDFX-13）的阶段性成果。

一、监狱疫情防控“应急—常态化”治理机制存在的问题

目前,监狱应急治理转向常态化过程中存在着对应急治理理念认识不全面,应急治理体系没有形成法治化、体系化,以及转向常态化治理的措施不足等问题。

(一) 现代化监狱治理理念尚未完全建立

从应急治理层面讲,随着科学技术的发展及其在监狱治理中的应用,多数监狱的硬件设备和软件设施经过了更新换代,特别是智慧监狱的建设,使监狱管理的现代化数字技术能力有了长足进步,但也产生了监狱对高科技技术设备的过度依赖。疫情发生以来,监狱的危机意识和忧患意识有所增强,不定期开展安全教育宣传、应急治理专项讲座培训、实战演练,但有时形式大于内容,应彰显的危机意识被掩盖,应急治理的意识不强。

从常态化治理层面讲,国家对监狱新时代治理能力、治理体系现代化的要求,需要高素质的监狱人民警察去践行,监狱人民警察只有具备高度的政治思想觉悟,强烈的危机意识,过硬的心理素质,才会有应急治理的战时素养。在个别监狱发生疫情后,监狱应急处置能力总体而言令人满意。但是,监狱应对疫情防控常态化的治理能力还不高,在思想上对疫情防控常态化的研究和探索还不够,造成了监狱疫情防控“应急—常态化”转换的措施与国家对监狱治理能力、治理体系现代化的现实要求相脱节。又因为监狱缺乏应对长期化应急事件治理的实战经验。因此,在转向疫情防控常态化过程中,监狱及警察无论经验上还是心理调适上都有所欠缺,执行力和应对力不足,从而给监狱监管安全和社会治理造成一定的负面影响。

(二) 监狱应急治理转向常态化治理的要素不够完备

在近三年的抗击疫情过程中,我国监狱机关实行严格的执勤模式,坚持“外防输入、内防反弹”总策略和“动态清零”的总方针,取得了抗击疫情的阶段性胜利。但是,监狱在应对疫情应急机制与常态化机制转换的关键节点上还难以应对自如,疫情防控机制转换的措施准备不足。一是没有形成狱内狱外联动应急机制。疫情发生后,监狱积极应对,但也存在与当地政府联防联控体系不相协调、专业支援、物资调配不足、警力不足等问题。二是监狱医疗场所和医疗设施不够健全。2020年疫情发生时,3省5所监狱出现服刑人员集中感染,重要原因是监狱医疗设施无法满足防控要求,无法及时隔离医治。现在这一现象得以好转,但并没有完全达标。三是执勤警力明显不足。疫情防控过程中,监狱应急执勤备勤模式成为“外防输入”的最佳应对策略。这种执勤模式有效阻止了外界疫情的输入,但警力缺口巨大,长时间的执勤备勤使得监狱警察身心俱疲。长此以往,警察队伍稳定性将遭受挑战,对监狱安全稳定带来重大安全



隐患。四是监狱警察和服刑人员的心理疏导措施满足不了现实需要。执勤警察因长时间持续封闭执勤产生强烈的身体疲惫感,长期无暇顾及家庭而备感焦虑,心理压力骤然上升。民警和罪犯的心理疏导和干预都对监狱的防疫工作带来新的挑战。^①监狱“应急—常态化”治理相互转换的条件尚不能满足需求,导致监狱治理向常态化转向存在较大困难。

(三) 监狱“应急—常态化”转换机制运转不畅

2005年,司法部发布的《司法行政系统突发事件应急预案》将突发事件分为突发安全事件、重大事故、突发公共卫生事件和自然灾害等四类,重大传染病疫情包含在突发公共卫生事件中。监狱内人口密度大,导致传染病传播的速度远快于社会公众,如肺结核的患病率是社会流行水平的5-35倍。我国有关监狱人口传染病情况的普查显示,在上世纪末我国监狱人口中甲、乙类传染病发病率是一般社会公众的8.36倍。^②按照《司法行政系统突发事件应急预案》的要求,监狱机关应制定突发事件应急预案体系。但从应急预案的专项检查来看,疫情发生时,监狱几乎未见有将重大突发疫情列为专项应急预案的情形。同时,监狱在实行最高等级的应急勤务模式后,向常态化转换机制的实践探索几乎处于空白状态。随着时间的推移,监狱疫情防控面临新的形势,在监狱“应急—常态化”治理机制相互转换中,面临转换预案缺乏、转换措施探索不力的问题,离法治化转换的目标还相距较远。

(四) “信息孤岛”现象影响了监狱应急机制与常态化机制的转换效率

近年来,监狱系统进行了大规模智慧监狱建设,智能信息技术普遍应用于监狱管理和犯罪教育的诸多方面,监狱机关开发了不少信息系统,包括罪犯管理、刑罚执行、监狱生产和监狱办公等系统。但是,这些系统之间的信息流动不够畅通,没有形成完整的监狱信息库,信息资源还不能做到完全有效整合,系统数据无法实现共享,导致信息传递效率低下,监狱应对突发事件时信息来源不全面、不可靠。监狱可能出于保密的需要,导致“信息孤岛”现象的发生,疫情发生时信息传递受阻,治理决策不通畅。这一问题不解决,严重影响疫情防控应急状态与常态化状态转换的效率,影响监狱治理能力现代化水平的提高。

(五) 监狱由应急治理转向常态化治理的保障体系不够健全

监狱突发事件应急治理和常态化治理能力现代化,离不开资金、现代科学技术和科技人才的支撑,三者缺一不可。监狱在疫情防控应急治理与常态化治理相互转换中的保障能力并不乐观,主要表现为:一是监狱应急治理的资金存在缺口。有些监狱在资

^① 参见高贞、戴艳玲、谢晓燕:《完善监狱场所重大疫情应急预案的思考与建议》,载《犯罪与改造研究》2021年第3期。

^② 参见苏新建、沈运峰:《论罪犯医疗权:以〈监狱法〉完善为视角》,载《西南政法大学学报》2022年第3期。

金预算中没有应急治理专项经费,一旦发生突发事件,应急治理所需资金只能依靠临时调配解决,影响了效率。二是现代科学技术的作用未能得到充分发挥。虽然在智慧监狱建设中构建了不少信息数据系统,但目前还做不到相互融合,没有构建起完善的大数据治理平台,在一定程度上影响了应急机制与常态化机制的转换。三是监狱应急治理过程中暴露出了现代专业技术人才缺乏问题,^①并可能进一步加剧。在公务员招考中,一些现代专业技术人才不报考监狱,现有的信息专业人才也存在随时流失的风险。

(六) 监狱应急治理转向常态化治理的效果尚未经过实战检验

为了应对疫情,监狱均制定了疫情防控应急治理预案,目的在于最大限度控制疫情的发展,减少疫情造成的损失。但是,从目前监狱疫情防控实效来看,应急治理与常态化治理的相互转换在实际运行过程中还存在不少问题。第一,应急治理预案不够科学。应急治理预案是在总结各类危机事件经验教训的基础上形成的,理论上应该能够契合工作实际,监狱应急预案基本上是根据应急治理法律法规变通制定的,各监狱基本情况不一,但过于趋同,未紧密结合各自实际情况加以调整,导致不少应急措施未能在疫情过程中发挥应有的作用。第二,监狱应急实战演练有时流于形式。主要表现为:一是多数监狱会不定期开展应急实战演练,但有时参与实战演练的警察存在应付心态,在应急实战演练的过程中不是积极发现问题,而是抱着活动结束就算完成的心态;二是应急演练结束后,监狱为了放大演练实效,只对演练效果好的过程、环节进行总结,缺乏问题梳理和后期深化巩固应急预案演练的科学态度,实战性大打折扣;三是监狱的实践演练过程都是事先编排好的,演练的过程更多时候是走个过场,应急治理与处置的专业性不够;四是针对传染病的预防演练数量少,标准低,有的监狱根本没有组织过应对疫情的专题应急演练。这些日常工作的不足,在“应急—常态化”机制转换过程中存在重大的安全隐患。

二、监狱疫情防控“应急—常态化”治理机制存在问题的原因

(一) 监狱应急治理的观念较为落后

监狱作为刑罚执行机关,正常状态下实行常态化管理模式,对标新时代国家治理能力和治理体系现代化的要求,监狱“应急—常态化”的治理理念还存在不少差距。一是高科技设备的投入不能抵消粗放式治理的不足。近年来,监狱重视高科技设备的配置,特别是智慧监狱的建设,大大提高了监狱的信息化水平。但技术手段只应是辅助手段,不能过度依赖。思想观念上的迟滞,粗放式的管理方式在监狱管理中依然存在。反映在疫情防控中,监狱对传染病的防治还停留在初级阶段,与刑罚执行的其他方面

^① 参见王伟阳:《监狱突发事件应急治理体系建设与完善》,载《广西警察学院学报》2020年第3期。



比,服刑人员卫生健康安全的治理明显落后,导致应对传染病的应急卫生健康系统不健全,对传染病应急治理对策的研究、部署落实也不到位,与国家治理能力现代化的要求还存在较大差距。二是疫情防控中,国家实行“精准防控”政策,而大多数监狱一直实行严格的应急封控执勤备勤模式,导致一线执勤警力严重不足,干警身心疲惫不堪,严重影响了监狱警察的正常生活。

(二) 监狱尚未形成法治化、体系化的应急机制和转换体系

目前,大多数监狱没有完全形成应对现代监狱危机事件的应急治理及其转换机制,这与相关法律规范的缺失与规定不明确有密切关系。我国法律、行政法规和地方性法规中很少有与监狱突发事件应急治理及其转换机制相关的内容。《突发事件应对法》中虽有相关内容,但与监狱直接相关的内容缺失。《监狱法》作为监狱刑罚执行的基本法律,其对具体的应急治理缺乏明确规定,加之1994年颁行的《监狱法》与《突发事件应对法》衔接不够,监狱应急治理体系应由哪些部门参与?监狱拥有哪些紧急权力?在什么情形下应行使紧急权力?《监狱法》的规定不明确。《山东省监狱系统安全长效机制工作体系(试行)》《山东省监狱突发事件应对办法》等规范性文件主要针对的是“监狱监管安全类突发事件”,而不是针对传染病,存在着实体和程序问题规定不明确、适用范围较小等缺陷。

(三) 监狱应对危机的预警机制和转换机制不够及时迅速

长久以来,由于监狱较少遇到大规模、大范围的危机事件,导致对危机事件演练重视不够,监狱风险防范、应急培训和应急治理专业化程度水平不高,实践中广泛采用的是情景模拟、桌面推演,真正实地演练不多,导致疫情等危机事件的预警机制不够迅速。监狱发生疫情等公共危机事件后,正常的反应机制应是在获悉突发事件前兆信息的前提下,立即启动危险性评估机制,科学分析研判监狱狱情,及时作出科学的突发事件预测和警报,力求将突发事件消灭在萌芽状态。但长期的麻痹思想和无重大危机的现实,使狱情、犯情、突发事件的警情搜集不深入、不全面、不完整,监狱应急治理中预警信息研判欠科学、警报系统报警不及时等问题仍然存在。预警机制的不足,应急机制启动延误时间,会使危机事件后果变得更严重。当疫情防控平稳,就应调整应急机制,进入常态化治理机制。现实是由于以前的预警调整机制不健全,没有及时遵循精准防控的政策要求,没有及时由应急机制向常态化治理机制转变,从而使监狱应急防控执勤一直处于长期高强度封闭化状态。

(四) 检察院对监狱应急运行和转换机制很难做到同步监督

在疫情防控背景下,强化检察同步监督非常必要。检察机关对监狱执法监督由派驻检察监督逐渐向“派驻+巡回”监督方向发展。检察机关对监狱刑罚执行实施同步监督,在与罪犯合法权益密切相关的关键方面积极主动提前介入,全程关注、跟踪,

实施监督,取得了良好的效果。但在监狱应急机制建设过程中,检察机关同步监督机制还不到位。检察机关应依法对监狱“应急一常态化”治理机制的调整转换进行同步检察监督,及时纠正一些不合法、不合规、不合理的做法,帮助监狱机关提高法治化建设水平。

三、监狱疫情防控“应急一常态化”转换体系的设想

应急管理体系是一个开放的复杂大系统,它一般包括监测预警、风险评估、决策指挥、应急处置(或解除应急处置)和协调保障等关键环节。^①借鉴域外监狱应急指挥体系,比如,美国监狱应急事件发生后,监狱可联络军队、消防、医疗等相关单位协同作战;德国、英国、日本监狱注重风险防范,多采用情景模拟、桌面推演、实地演练等培训方法。根据监狱疫情防控措施的特殊要求,监狱疫情防控“应急一常态化”治理机制应包括监测预警系统、风险评估系统、组织指挥系统、应急处置(解除)系统和协调保障系统等。

(一) 监测预警系统

监狱疫情防控按照“监测关口前移”的要求,通过日常的监测、评估和预警等系统运行机制,运用高效、便捷的智慧信息技术手段持续监测各类风险,并进行24小时评估分析,建立多点触发疫情监测预警系统,可以在监狱区域范围内弥补网络直报系统的不足,拓展监测的广度,^②将监测的触角伸向各类监测点,一旦触发预警系统下限,立即发布相关预警信息,迅速启动应急治理程序,强化对监狱疫情风险的“事前防控”,为转入应急治理状况提供风险评估。运行过程中,尽可能多地搜集监狱预警事件的信息。检查搜集所得资料的性质,进行分析研判,以找出可能的危机因素。当疫情防控条件发生变化,达到恢复常态化治理条件时,按程序启动预警系统,对转换为常态化治理状态进行风险评估。

(二) 风险评估系统

监狱监测预警系统一旦发出疫情变化的预警信息,应立即启动风险评估系统,对预警系统发送的情报信息实施综合甄别。疫情发生后,组织传染病防控专家对收到的预警信息进行综合分析研判,并提出具体风险等级的专家意见。监狱风险评估系统根据收到的预警信息和专家意见,判断疫情呈现趋重或者扩大的风险,抑或疫情趋轻或减缓的向好态势,找出真正的危险要素或危险减缓的趋好要素,为组织指挥系统的启动决策,是否启动应急机制或转换为常态化治理机制提供决策依据。有学者主张,以

^① 参见高小平:《整体性治理与应急管理:新的冲突与解决方案》,载《公共管理与政策评论》2018年第6期。

^② 参见丁翀、陈立凌、刘芳、时秋芳:《多点触发视角下的传染病监测预警系统的设计与实现》,载《中国数字医学》2022年第3期。



个体“移动—接触”网络中各节点的加权重中心性，借助 K-shell 分解方法对网络中节点的重要性进行排序，并根据节点度中心性偏离网络中所有节点度中心性标准差的倍数对节点进行剥离，识别疫情爆发的高风险区域。^①需要说明的是，国务院应对新型冠状病毒肺炎疫情联防联控机制综合组《关于进一步优化新冠肺炎疫情防控措施，科学精准做好防控工作的通知》（以下简称《通知》）规定的整治“随意采取‘静默’管理、随意封控、长时间不解封等各类层层加码行为”，同样适用于监狱防控和风险评估。因此，监狱疫情应急状态与常态化状态转换时的风险评估应遵循“精准防控”的要求，研判评估时不得层层加码、随意封控、长时间不解封，做到精准研判评估。

（三）组织指挥系统

监狱“应急—常态化”治理指挥体系应尽可能扁平化的、由下至上再由上至下的指挥体系。具体应为：监测预警系统发现危机（或危机条件消失）—启动风险评估系统—报告总值班室—报告监狱长—是否立即启动应急或常态化预案，同时向上级机关报告—启动应急处置措施或解除应急处置措施，同时启动协调保障系统—监狱基层组织人员和人员按各自职责处置，监狱领导协调。组织指挥系统的启动，应体现出迅速、精准、有效的特点，做到令行禁止。

（四）应急处置（或解除）系统

有学者建议，根据监狱危机事件的严重程度、影响范围和可能造成的社会影响力大小，实行分级管理。根据具体的分级标准，监狱危机事件划分为三个预警等级：特别重大（Ⅰ级）、重大（Ⅱ级）和较大（Ⅲ级），应纳入监狱突发重大疫情应急预案的应急治理范围，分别对应应急Ⅰ级响应、Ⅱ级响应、Ⅲ级响应。^②根据监狱服刑人员的特殊性、监狱疫情的传播特点和可能造成的严重后果，监狱应急响应等级应适当高于地方。组织指挥系统作出启动应急机制的决策后，应急处置系统迅速启动，根据不同的指挥层级，启动相应级别响应，并作出相应的具体处置措施。各部门、各监区按照设定的应急预案履行各自职责，果断处置或防范可能发生的疫情，按照国家规定的监狱疫情方案执行。同理，当疫情条件满足转入常态化治理的要求后，充分研判分析，遵循转换方案规定的程序，监狱应急方案停止运行，转换为常态化机制，应急机制及时解除。

（五）协调保障系统

监狱疫情防控“应急—常态化”机制相互转换中，监狱及其上级机关应充分协调各方面力量，保障监狱疫情防控“应急—常态化”机制的合理转换。

1. 防疫力量上构建“四位一体”协调保障系统。构建监狱、驻狱武警、监狱驻地政府、

① 参见杜方叶、王姣娥、靳海涛：《基于个体“移动—接触”的空间交互网络理论构建与疫情风险评估》，载《地理学报》2022年第8期。

② 参见高贞、戴艳玲、谢晓燕：《完善监狱场所重大疫情应急预案的思考与建议》，载《犯罪与改造研究》2021年第3期。

社会力量四位一体协调保障系统,建设中国特色监狱“应急—常态化”机制的协调保障系统。当监狱发生自身难以控制的疫情,监狱或上级机关启动相应的紧急报告机制和沟通协调机制的相应预案,这就需要协调好监狱系统、武警、监狱驻地政府、其他社会力量,动用一切力量做好监狱应急治理工作。^①具体而言,监狱和武警保障监狱执法力量,迅速阻断疫情传播链,疫情严重时,启用监狱方舱医院,保障监狱不发生系统性疫情风险,维护监狱正常秩序。监狱驻地政府动员防疫、卫生健康系统的力量,救治患者,在监狱配合下,接管监狱方舱医院,阻断疫情传播。如江苏省监狱系统根据疫情防控封闭管理需要,就疫情防控期间监管改造、安全管理、民警管理、经费保障、疫情防控物资采购等做出统筹安排,统筹监狱各项工作规范有序运行。^②同时,建议协调监狱外部力量,保障疫情防控和监狱监管秩序。疫情控制以后,当符合常态化条件时,驻地政府和社会力量退出,方舱医院停止运行,监狱转换为常态化管理模式。

2. 防疫资金物质保障到位。一是监狱应将疫情应急机制所需经费列入当年监狱工作经费预算,保障相对充足的应急机制建设经费,包括应急处置经费、应急培训与演练经费等相关费用,应纳入中央财政和省市级财政预算予以保障。二是人员储备到位。2020年疫情防控以来,全国疫情最严重时,监狱按一级勤务模式对监狱实行“零轮换”的封闭执勤模式,罪犯的生产劳动与娱乐活动都予以暂停。后来,不少监狱启用“14+N+N”的二级值班执勤模式。监狱全部值班执勤民警被分为三个岗位,分别是狱内值班执勤岗、集中隔离点备勤岗和居家隔离备勤岗,每个岗位的执勤时间以14天为一个周期,每隔14天换班换岗。^③在此模式下,执勤人员是整个监狱警察人数的1/3左右,导致警力严重不足,整个系统工作人员处于超负荷运转状态。因此,适当储备一定数量的警察勤务人员有其必要性和合理性。三是防疫物资提前储备。车辆、食品保障、医用物资、通讯设备等应全部保障到位。特别是加强通讯保障设施建设,电话、警务通、警报等务必提前准备到位。如四川省监狱系统因地制宜设置专门隔离观察场所,做好疫情防控的物质保障以及罪犯日常生活物资的储备,特别是防疫物资的采购和储备。^④

四、构建监狱疫情防控“应急—常态化”治理配套机制的建议

(一) 根据实际设立监狱疫情防控“应急—常态化”转换机制的医学标准

根据《通知》“明确入境人员阳性判定标准为核酸检测 Ct 值 <35,对解除集中隔

① 参见高贞、戴艳玲、谢晓燕:《完善监狱场所重大疫情应急预案的思考与建议》,载《犯罪与改造研究》2021年第3期。

② 参见安文霞、陈宝利:《重大公共卫生事件视野下监狱行刑的挑战与应对》,载《中国司法》2021年第4期。

③ 参见安文霞、陈宝利:《重大公共卫生事件视野下监狱行刑的挑战与应对》,载《中国司法》2021年第4期。

④ 参见安文霞、陈宝利:《重大公共卫生事件视野下监狱行刑的挑战与应对》,载《中国司法》2021年第4期。



离时核酸检测 Ct 值 35-40 的人员进行风险评估,如为既往感染,居家隔离期间‘三天两检’、赋码管理、不得外出”的要求,同时依据监狱疫情防控“严于平时,高于地方”的要求,建议设定监狱警察或者服刑人员中,如有人如出现核酸检测 Ct 值 <35 的情况,或者监狱驻地所在县市区出现核酸检测 Ct 值 <35 的感染人员,经研判分析后认为监狱面临较大输入风险时,应按程序启动监狱疫情防控应急机制;上述人群中如出现核酸检测 Ct 值 35-40 的情况时,应组织疫情防控、病毒学专家进行分析研判,如果存在较大输入风险,可启动应急机制。同时,根据《通知》“严格执行国家统一的防控政策,严禁随意采取‘静默管理、随意封控、长时间不解封’”的要求,如果监狱驻地县市区 15 天以上无新发疫情,经综合分析研判认为监狱疫情输入风险很低,则可按程序转入常态化运行状态,落实国家精准防控的要求。

(二) 建立监狱疫情防控“应急—常态化”专家咨询研判机制

监狱疫情防控,是政策性很强的严谨的科学工作,监狱疫情防控研判应由防控专家和病毒学等领域专家会商,提出确定的专业性意见。同时,由法律专家研判法律风险,使“应急—常态化”治理机制始终在法治轨道内运行。疫情防控研判过程中,法律专家依法提出最符合监狱实际的法律建议,重点关注以下几方面:一是应急机制下,刑期未滿患病服刑人员的管控对策,对刑期未滿的服刑人员,按照在押罪犯染病防治的要求实行关押救助治疗,可以充分利用监狱医院、方舱医院进行管控,或者在监狱系统具有关押条件的医院进行,服刑人员由医护人员和干警双重管理。干警负责刑罚执行工作,医护人员负责服刑人员疾病的治疗。二是应急机制下,提出医疗过程中患病刑满人员的应急管控对策。对于医疗过程中刑满人员的管控,分两个阶段进行。第一阶段,刑满日以前的服刑阶段,应按照刑期未滿服刑人员管控;第二阶段,刑满日以后的出狱阶段,应在刑满之日向其宣布刑满释放,办理出狱手续。由于疫情防控的需要,按患病公民管控。监狱应提前向省监狱管理局、当地疫情防控指挥部、卫健委报告,患病的服刑人员刑满释放后,原则上转到具有收治能力的社会医院救治,办理交接手续,按普通患病公民管控。如果当地社会医疗机构无力接收,应在当地防控指挥部的部署下,在刑满释放人员或亲属签字同意后,继续在监狱系统医疗机构治疗,与服刑人员隔离,取消强制性管控人身自由的措施。无论哪种情况,不能也不允许发生对刑满服刑人员超期羁押问题。三是应急机制条件消失,转入常态化治理机制,也需要医学专家和法律专家作出评估研判,提出监狱执勤模式能否转换、是否立即转换的建议,提高监狱依法治理的能力,实现监狱治理现代化目标。

(三) 提高对干警和服刑人员心理疏导和心理干预的服务水平

监狱疫情防控采取应急管理机制,持续时间长。加强对监狱干警和服刑人员的心理疏导和心理干预,是抚慰执勤警察和服刑人员不良情绪不可或缺的良方。

1. 对长期在监狱执勤备勤的干警强化心理疏导。在监狱执勤备勤的干警,一旦长期执勤备勤,心理压力增大,负面情绪增长。应重点关注执勤备勤干警的心理疏导,减缓其情绪压力,保障监狱安全稳定。同时,心理问题发生后需要较长时间的心理辅导和心理干预才能回归正常,具有滞后性,因此监狱回归到常态化治理模式后,也应加强监狱干警和服刑人员的心理监测,防止心理疾病积累导致不良后果发生。

2. 加强对服刑人员的心理辅导和心理干预。监狱实行应急模式,服刑人员的家属可能由于疫情的影响不能到监狱会见,造成服刑人员因长时间不能与亲人相见,产生急躁情绪,这就需要心理辅导和心理干预。为应对心理问题,可以借鉴韩国仁川市的做法,开设24小时精神健康福利中心,提供心理咨询服务,缓解精神压力,帮助恢复正常生活。^①利用现代信息技术,采用亲情电话、亲情视频的形式,让罪犯亲属能够及时与罪犯线上会见,让罪犯了解家庭状况,有利于其情绪稳定,达到提高监管质量、维护监管秩序的目的。

(四) 补齐监狱应急医疗机构不足的短板

1. 调整监狱医疗机构的布局。根据疫情防控的要求,按照监狱地理布局、服刑人员数量,遵循平战结合的原则,以省、直辖市和自治区为单元(也可跨省市),在省、市、区内重新调整监狱医院的应急布局,使之符合就近隔离、重大疾病就近就医,最大限度保障服刑罪犯就医便利。以山东省为例,建议在济南、济宁、潍坊、临沂、青岛等地,依托相关监狱医院,扩大医院规模,提升监管、医疗等软硬件实力和水平,建立(扩建)几所高水平的监狱医院,平时为监狱医院临床使用,特殊情况作为监狱应急医院,起到迅速处置监狱疫情的应急作用。

2. 设立监狱系统方舱医院。国家卫健委党组书记、主任马晓伟提出要“提前规划准备定点医院和亚定点医院、永久性方舱医院、集中隔离点,把防控的人力物质资源备足备齐,确保一旦发生疫情迅速启用”。随后,永久性方舱医院在一些地方开建。据国家卫健委疫情应对处置工作领导小组专家组数据,截止2022年4月25日,全国已建成和正在建设的方舱医院近400家,床位总数约56万余张。^②每个省、自治区和直辖市在监狱系统至少建立1所方舱医院,对于完善监狱医疗布局,提升监狱系统疫情防控水平是有裨益的。

(五) 将监狱“应急—常态化”治理机制的运行纳入检察同步监督机制

当检察机关对监狱履行法律监督职责时,不管是派驻检察,还是巡回检察,如果发现存在监管安全漏洞,特别是疫情防控等可能带来巨大安全隐患,应立即启动对监狱应

^① 参见曹圣润、田香兰:《韩国地方传染病应急管理体系研究——以仁川市应对新冠肺炎疫情为例》,载《东北亚学刊》2021年第2期。

^② 参见王莉:《全国已建成和正在建设的方舱医院近400家,床位总数约56万余张》,载网易2022年4月29日, <https://www.163.com/dy/article/H658338R0514R9OM.html>。



急治理与常态化治理相互转换的法律监督,将监管安全漏洞消灭在萌芽状态,保障监狱安全稳定,为平安社会建设贡献检察力量。建议检察机关借鉴减刑、假释、暂予监外执行启动、提请同步监督的机制,在监狱研判启动应急机制,或者由应急机制转换为常态化机制时,检察机关工作人员均应参与研判过程,但不干涉监狱行政工作,将监狱应急机制运行与常态化机制的转换,纳入检察机关的同步监督过程,从而将监狱疫情防控“应急—常态化”机制的转换纳入法治化轨道。

结 语

监狱封闭执勤模式已运行近三年时间,监狱疫情防控应急机制与常态化机制尚难以流畅转换。因此,有必要健全监狱疫情防控“应急—常态化”治理机制,包括监测预警系统、风险评估系统、组织指挥系统、应急处置(解除)系统、协调保障系统等。监狱机关在作决策时,应设立明确的医学标准,充分发挥疾控专家研判机制的决策建议作用,明晰疫情传入监狱的风险程度,作出精准决策;加强检察机关的法律监督,使应急治理与常态化治理转化机制在阳光下运行。同时,调整监狱的医疗机构布局,使其分布与监狱实际需要、地理方位相匹配,以保障监狱安全稳定,防患于未然。

(责任编辑:崔婷婷)

企业合规的行刑衔接研究

苏晓阳 许 明^{*}

内容摘要：行政刑法在犯罪构成上的双重性以及我国目前刑事司法与行政执法分离，对企业刑事合规的行刑衔接提出了严峻挑战，合规互认的受阻是其突出表现。推动合规互认机制在刑事与行政阶段相互连接建立是完善企业刑事合规的整改成果在不同端口衔接的核心，建立行刑合规互认机制可以检察意见为切入载体，推动以行刑证据转化机制、企业合规反悔机制、合规整改效果双向审查机制为主体的程序衔接机制，以企业合规责任折抵机制、合规互认清单管理机制、禁止重复处罚协商机制为主体的实体衔接机制的搭建，引导确立企业合规治理在企业违法犯罪治理体系中的主导地位。

关键词：企业刑事合规；行刑衔接；合规互认

引言

当前，我国以合规不起诉为主要模式的企业刑事合规实践，面临着一个在新的企业犯罪追诉形势下出现的老问题，即刑事司法与行政执法的衔接。企业犯罪的双重性质决定了刑行程序交替存在，企业的监管主体是行政机关，首先遵守的是各类行政规定，本质上企业合规是一种公司治理制度，合规不起诉仅仅是其在刑事风险领域的反映。刑事合规与行政合规具有密不可分的联系，故实践中在不起诉决定作出的诉后阶段，检察机关如果对涉案企业一放了之，有违犯罪治理与企业治理的目的性。企业合规的行刑衔接虽然存在于整个合规流程，但重点体现在刑事阶段与行政阶段对企业合规整改成果的认定上，即行刑合规互认。合规不起诉开展过程中，

^{*} 苏晓阳，山东省淄博市淄川区人民法院法官助理；许明，山东省淄博市淄川区人民检察院党组成员、副检察长。

基金项目：本文系最高人民法院2022年度司法研究重大课题“司法审查视角下的企业合规制度研究”（山东大学、山东省淄博市中级人民法院联合课题组）的阶段性成果。



关于行刑衔接问题也引起了一些理论层面的讨论,有学者认为现有的实体衔接与合规标准衔接难以保障企业合规的顺利运行,需要细化专项合规标准,^①有学者从合规不起诉内的合规程序设计方面予以多方面考虑,^②还有学者更进一步论证了从刑事与行政两端的实体与程序衔接入手,应对企业合规带来的衔接风险。^③司法实践中产生了许多试点典型案例,但这些案例基本呈现个案化的分散趋势,没有形成统一规则。

企业在合规出罪后,并非意味着刑事合规程序的完全结束。行政治理与刑事治理在治理主体上同属于依靠国家公权力运行的违法犯罪治理方式,二者在价值、规则和程序上既有功能差异又具有共同之处,两者之间的耦合运用才是治理企业犯罪的有效手段。在衔接过程中,有必要构建一种行刑合规互认机制,从个案着手,以制度化的建设来应对诉后的行政处罚阶段,确保企业合规在不同阶段的成效。

一、企业合规互认的现状与问题检视

企业合规目的在于有效减少企业犯罪、规范企业经营行为。^④所谓企业合规互认,就是企业合规的效力、标准、减免处罚等整改效果在检察机关、审判机关、行政机关之间进行相互认可,其本质是企业合规各阶段的行刑衔接问题。我国现有制度框架下的行政执法与刑事司法分离是导致问题产生的制度因素。当前司法实践中,企业合规的主导者是检察机关,合规不起诉为代表性的企业合规模式。但实体和程序的双重缺失,导致该模式下检察机关与审判机关、行政机关无法进行良好的对接,在审判阶段、行政处罚阶段等后续环节上表现出了合规效力认同标准不一致、合规从宽处罚程度不一致以及重复合规等诸多问题。

(一) 第三方机制管委会与第三方组织

企业合规的第三方监管评估机制管理委员会(以下简称第三方机制管委会)与第三方监督评估组织(以下简称第三方组织)源于《涉案企业合规第三方监督评估机制的指导意见(试行)》。第三方机制管委会由检察机关与行政机关以及其他相关机构联合组成,在吸收试点初期的监督评估模式后,逐渐演变为工商联牵头负责主要工作,检察机关对工作小组进行“飞行监管”,确保考察效果的模式。随着企业合规的开展,第三方监管制度逐步形成了不同机关主体间合规互认的雏形,多元主体深入参与其中,达成实质上的互认合意。

① 参见李奋飞:《涉案企业合规行刑衔接的初步研究》,载《政法论坛》2022年第1期。

② 参见杨帆:《企业合规的程序应对》,载《法学杂志》2022年第1期。

③ 参见李煜兴:《行刑衔接的规范阐释及其机制展开——以新〈行政处罚法〉行刑衔接条款为中心》,载《中国刑事法杂志》2022年第4期。

④ 参见李本灿:《企业犯罪预防中合规计划制度的借鉴》,载《中国法学》2015年第5期。

1. 第三方监管制度的性质

第三方监管制度是进行企业合规审查和评判合规成效的途径,检察院固然通过合规不起诉发挥了激励作用,^①但是涉罪企业罪名的多样化与行为的繁杂化令检察机关在检验标准的把握上力有不逮。总体来说,企业合规到底是否真正达成了整改效果,实践中侧重于对两个方面进行考察——一是合规计划的有效性,二是合规计划的执行力,^②这两方面中又包含了非常细致具体的相关因素,行政监管部门的参与是必然结果。行政主体参与代表了行政监管的介入,这意味着在检察院主导的刑事企业合规实践中,行政监管比想象中要更早存在,当检察院决定对企业实施合规从宽政策进行合规整改时,多部门的协同治理即已展开,并非在不起诉后行政部门才重新接手。在这个环节中,行政监管的存在又进一步决定了实质互认的产生。需要注意的是,监管制度中的合规互认尽管表现为检察机关与行政机关的相互协商,然而这种互认的认可传导方向更倾向于一种单方传导,即由行政部门的合规标准到检察机关的合规标准,这是由企业合规的专业性和技术性所限定的,检察机关在监督审查过程中,在合规的核心问题即合规标准上并不能提供完全独立的意见。

2. 第三方监管机制的组成

在人员组成上,第三方监管机制除检察机关外涉及工商联、国资委、财政部门、税务部门、市场监管部门等诸多行政机关以及律师、税务师等社会中介组织成员。对于涉罪企业合规整改的监督和评估是在检察机关、行政机关、社会组织之间的协调运行下进行的,行政机关在其自身的专业化领域中制定企业合规的标准、检验企业整改的效果,检察机关则将其纳入刑事犯罪追诉领域之中。在职能定位上,第三方监管机制实际上是围绕检察机关的刑事追诉行为进行的,所以第三方监管机制中的主体与组织运行要受到检察机关的审查监督,即检察机关是监管的主导者,但不是评估检验的主导者。

3. 第三方监管机制运行的合规互认效果

合规计划的制定和实施都需要第三方监管的认定,当前第三方监管机制在合规互认的效果上不能保证良好的行政激励和刑事激励平衡。刑事合规阶段主要针对的是事后合规整改,而事前合规与事后合规不同,在企业犯罪之后,通过检察院主动调查启动而进行的事后合规,对企业已然犯罪存在着随意脱罪之嫌,其对刑法基本原则冲击颇为明显。^③检察院通过事后合规对先前的已然犯罪进行出罪的合法性源头

① 参见李玉华:《我国企业合规的刑事诉讼激励》,载《比较法研究》2020年第1期。

② 参见山东省人民检察院课题组:《涉罪企业合规第三方机制的实践思考》,载《中国检察官》2022年第1期。

③ 参见刘艳红:《企业合规不起诉改革的刑法教义学根基》,载《中国刑事法杂志》2022年第1期。



缺失,与自然人出罪不同,《刑法》未对企业设置正当防卫、紧急避险等出罪事由。^①从社会公众角度看,检察院合规不起诉难以摆脱对犯罪企业进行“洗白”的质疑,也无法解释对已然犯罪的出罪缘由。

(二) 当前合规互认下合规整改验收维度不明

单位犯罪特殊的双重性令涉罪企业的合规整改验收陷入一种模棱两可的窘境,在预防刑事犯罪的维度下,检察机关依据《刑法》对犯罪企业进行追诉,犯罪治理是其特殊预防目的;在预防行政违法的维度下,行政机关对违法企业进行规制与处罚,目的在于引导其经营行为符合行政规范。当下基于第三方监督机制而存在的合规互认不能缓解这两者的冲突,实际上犯罪治理与违法预防的平衡度正是合规互认中应该解决的核心问题。

1. 单位犯罪的双重性评价

多数企业犯罪属于行政犯,实践中单位犯罪集中在《刑法》第三章破坏社会主义市场经济秩序罪和第四章妨害社会管理秩序罪,犯罪企业破坏的法益属于前置行政法所设定的社会秩序,通常是行政监管严重失灵后所触犯的罪名。犯罪企业以行政违法性为前提,程度又严重到了刑事违法的界限,具有双重违法性。企业犯罪的双重违法性隐含了一个逐渐升高的层次入罪判断。通过违法类型的选择(行政法)进行第一次确定,再通过追诉标准的设定(刑事法)进行第二次确定。^②首先,行政违法构成要件必须要满足,这是在行政法的控制层面;其次,刑事违法构成要件也要同时具备,达到了刑事法律的控制层面。相对的,第一个违法层面是在行政法治理的范畴,第二个违法层面是在刑法治理的范畴。

2. 刑事犯罪治理维度的合规整改验收

在积极刑法的立法观念影响下,自97年《刑法》实施至今,已经陆续颁布了11个《刑法修正案》。一个显著的特征是行政犯罪罪名迅速增加,《刑法修正案》共计增加了71个罪名,其中行政犯罪罪名40个,占比超过一半。在推行企业合规前,刑法治理对保护企业这一目的的实现颇有些捉襟见肘,导致目的与手段不相符。企业刑事合规实践多停留在治理企业犯罪的维度,合规整改偏向于专项合规,只是针对特定化的犯罪行为进行具体的整改,目的在于预防犯罪行为,而企业是否真正得到有效的治理,能否预防再犯并不确定。

3. 行政违法预防维度的合规整改验收

地方政府出于税收和经济发展等政策考量,轻易不会去触动辖区的支柱企业,不仅“以罚代刑”排除了刑罚的可能,更有甚者科处的行政处罚也只是走过场,对

^① 参见马明亮:《作为犯罪治理方式的企业合规》,载《政法论坛》2020年第3期。

^② 参见田宏杰:《行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》,载《法学家》2013年第3期。

于企业自身的规范化治理没有任何益处。极度严厉或者极度宽松的治理倾向都是对社会秩序和制度的一种违背,从刑罚种类来看,刑罚种类单一,针对企业犯罪的刑罚方式目前只有罚金刑,无论企业犯罪的程度严重与否,造成的结果都只是在罚金“量”上的区别。同时,针对企业负责人和企业高管的刑罚措施过于严苛,动辄采取强制措施,而且根据我国司法实践的习惯,一旦犯罪嫌疑人被采取强制措施,基本上难以被宣告无罪。行政违法预防角度的合规整改牵连范围广泛,难以形成统一的标准与有效的执行力,同时行政案件与刑事案件对违法认定的差别也会导致手段与目的的失衡。

(三) 当前合规互认下诉后处罚规则不明

诉后的合规互认是目前实践中较为引人关注的一个焦点,检察机关作出不起诉决定后,行政机关进行行政处罚的必要性、措施、限度以及后续合规的可持续性效果,都是诉后合规互认需要重点解决的难题。在不起诉后企业移交给行政机关这一环节中,检察机关通常的做法是向行政部门发出检察建议或者检察意见书,以方案提供者的身份为行政机关设定处罚的大致程度,总体而言是一种抽象的行为。行政机关在收到相关建议后如何作为并不受检察机关的约束。涉罪企业在免于刑事处罚后并非高枕无忧,事实上因涉罪企业具有非难性而对其处以刑罚,这建立在企业有责的基础上,而行政处罚单纯的作为规范秩序违反的惩戒,对企业的生存发展影响更为重大。实践中不难见到企业在逃脱刑罚后因严厉的行政处罚而失去生存的机会,行政处罚远比刑罚更加严厉,却更加容易被施加到企业身上,如果企业因行政责任而使刑事合规成果完全丧失,那么将更为加剧行刑鸿沟。

(四) 合规互认缺位导致有效合规难以明确

一方面,对合规有效性,试点检察机关出台的规范性文件针对性与可行性不足。合规评估标准以合规管理体系能否对企业违规行为进行防范、监控和应对。^①此外,合规对企业的针对性极强,有明显个案化、特殊化倾向,不同案件阶段和不同行业的合规要求必然不一致,难以一劳永逸,除大合规、小合规区分外。^②合规计划是否有效也有专业性,如针对反垄断合规与反商业贿赂合规评判标准必然不同,且其强专业化带来的是对行政监管部门及其他第三方的强依赖性。另一方面,检察机关设置的合规考验期过短,整改是否能真正有效无法体现。大部分检察院将合规考验期设置在6个月到12个月,甚至有部分检察院把考验期缩短到半年之内,以3个月到5个月为期限,虽然根据相关规定检察机关可以依实际情况适当将考验期进行延长,但依然无法很好地实现保证合规效果目的。

^① 参见陈瑞华:《企业合规基本理论》,法律出版社2020年版,第93页。

^② 参见郭青红:《企业合规管理体系实务指南》,人民法院出版社2019年版,第42-45页。



二、行刑合规互认机制的逻辑起点

在企业刑事合规的司法实践语境下,行刑合规互认的实质在于通过刑事流程环节的推进,将企业合规这一制度建设的刑事部分与行政部分衔接起来,其本质上是企业刑事合规与行政合规的衔接。在广义上,合规互认并不单指检察机关与行政机关的互认,也包括在立案前检察机关与公安侦查机关的互认、在审理阶段检察机关与法院审判机关的互认。确切说,合规互认随附合规流程贯穿全程,表现为企业刑事合规在不同阶段的程序衔接。

(一) 犯罪治理整体性与刑事程序体系化相衔接

在检察机关作出合规不起诉决定后,免于刑事处罚的涉罪企业被移送回行政监管部门立案,行政机关依据《行政诉讼法》的相关规定对企业进行行政处罚。在此过程,检察机关与行政机关的合规互认不仅是对上一阶段企业合规整改成果的承认,避免二次合规的资源浪费,而且也是认罪认罚从宽制度的延伸,在非刑罚方式上体现企业“认罚从宽”。

1. 企业犯罪治理基于企业责任的前端治理转型

与公诉机关不同,行政监管部门在规范企业经营活动时存在一种底线思维,导致对企业不法行为的惩戒与监管之间未能达到良性互动,^①行为的处罚与预防被对立割裂起来。在轻微犯罪更容易被纳入刑法规范的当下,企业责任贯穿于企业违法犯罪预防的核心。企业合规实践在实质上将有效的合规整改视作企业责任,促使涉罪企业采取措施摆脱罪犯身份,合规是企业进行实质上法益恢复的举措,通过合规整改与合规体系的构建重新恢复被破坏的社会结构。企业在造成法益损害后,合规(特指事后的刑事合规)为企业开辟了一条法益恢复的通道,以合作促使企业积极悔过以消除犯罪影响。我国现行的刑事立法也表现出了这种倾向,例如逃税罪中的免责条款,^②有学者将其称为行刑反转条款,^③即通过行政处理阻却刑事责任。反之,在行政处罚中,企业责任仍然成为阻却行政处罚的因素,《行政处罚法》将主观过错作为实施行政处罚的要件之一,换言之,因企业责任可以免除处罚。这种倾向是如今企业犯罪预防治理的应有之义,在企业犯罪治理走向前端化、预防性时,在行刑两端的合规互认就是法秩序统一体中企业责任的贯穿。

① 参见崔瑜:《论企业合规管理的政府监管》,载《行政法学研究》2021年第4期。

② 《刑法》第201条规定:“……有第一款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。”

③ 参见王帅:《逃税罪中的行刑反转条款》,载《当代法学》2021年第1期。

2. 完善刑事诉后程序保障涉罪企业权利

司法程序的法治化、现代化发展对刑事诉讼程序提出了更加体系化与细致化的要求，刑事诉讼程序与行政诉讼程序的衔接是刑事诉讼体系化的要求。出于企业利益的合法保护需要，在检察机关作出不起诉决定后，案件移交给行政机关处理，相关的行刑衔接程序如果缺失则难以保障程序正义，甚至于对实体正义的实现也会产生负面影响。企业合规整改的结果与成效是企业能否得到宽大处理的前提，也是后续行政阶段的重要依据之一，涉罪企业在面对行政处罚时应该被赋予合规从宽抗辩的权利。

3. 合规互认推动企业犯罪治理阶段延伸

应该认识到，刑事合规的期间长度与刑事诉讼并非完全等同。在审查起诉阶段，检察机关一旦对涉罪企业做出合规不起诉决定后，意味着刑事诉讼程序完结，之后案件会作为行政案件移送至行政监管部门。但是从刑事合规的角度看，案件从刑事转为行政部门代表刑事合规的完成。虽然试点实践中通过对企业设定合规考验期，考验期过后企业通过了检察机关与第三方的合规监管评估就可以认定为合规有效。实际上刑事合规重点在对刑事法律风险的控制，出罪确实已经达到直接目的，但刑事风险所对应的专项合规计划作为企业整体合规体系的一部分，不应该被单独分离出来。在合规互认方面，刑事合规整改的成果评定影响着后续行政部门的处罚和后续的行政合规，将企业治理从犯罪治理推向违法预防，本质上是企业治理的阶段延伸。

（二）企业合规从宽与认罪认罚从宽相融合

企业合规从宽被视为一个独立的量刑情节，应当与认罪认罚从宽合并适用，保证认罪认罚既有制度的同时将合规制度纳入刑事诉讼流程。目前实践中认罪认罚制度是作为合规的前置条件，只有企业先认罪认罚才有进行合规整改的机会，从审慎的角度考虑这是有必要的，认罪认罚从宽在我国司法实践中的积极作用有目共睹，它是一种集实体规范与程序规则于一体的综合制度。^① 合规从宽不能造成对认罪认罚从宽制度的冲击，否认合规不能一并否认认罪认罚从宽。另一方面，合规从宽可以视为认罪认罚从宽的特殊规定，其主体限制在企业主体的秩序型犯罪上，成为促进企业治理和防治犯罪的政策手段。

1. 合规互认是企业合规从宽的重要环节

在理论方面，对于合规从宽在我国企业单位犯罪的适用正当性一直饱含争议。我国企业合规不起诉的依据是什么？美国通过“集体认识原则”，强调法人的独立意志；英国为企业设定建立在“预防失职模式”理论上的严格责任，将合规引入刑事

^① 参见杨宇冠：《企业合规与刑事诉讼法修改》，载《中国刑事法杂志》2021年第6期。



规则机制。^①如果单纯从犯罪构成要件的主观意志出发,则会陷入单位意志难以被证明难以被免责的困境,刑事合规在形式上与我国传统刑法教义学的归责原则有所抵牾,但在治理犯罪的实质上是一种殊途同归的发展路径。在司法实践中,刑事合规制度与认罪认罚从宽制度具有相似性,但是二者在很多方面有明显差异,不过在合规试点工作中,普遍的做法是将刑事合规纳入到认罪认罚从宽制度的框架下,检察机关将合规启动对象限定在涉嫌轻微犯罪、具有合规意愿、认罪认罚的企业。认罪认罚制度成为我国刑事合规开展的制度土壤,基于此,犯罪企业获得一个与国家合作进行社会法益恢复的机会,经过一系列的合规整改后,将企业的“犯罪基因”消除,在刑罚的意义上失去了惩罚的必要,刑事追诉也就自然不需要了。

对于大部分法定犯而言,刑法的犯罪构成要件中存在着大量的空白罪状,要想定性一个企业是否犯罪是需要援引行政法、经济法来确定的。《刑法》的从属性凸显,这样的从属性决定了刑法其实是其他法律的保障法律,可以理解为它通过将严重的行政违法行为刑事化,达到可以科处刑罚的状态,从而保护其他法律中的法益。因此对于企业合规从宽而言,刑法上与行政法上的双重从宽是应然之义,企业合规的根本目的在于企业符合行政监管的要求,消除犯罪只是直接目的。

2. 合规互认是企业认罪认罚在刑罚外的从宽

我国认罪认罚从宽制度自2016年开始试点,经历多年的发展在刑事诉讼上逐渐规范完善,认罪认罚从宽并没有将制度适用的主体限定为自然人,单位未被排除在制度之外,同时该制度的使用范围广泛,适用阶段包含了刑事诉讼全流程,处罚从宽的范围除了刑罚,非刑罚处罚也被包含在内。从社会学的角度来看,刑法是社会基本结构的一个组成部分,与社群主义有关,刑法作为维持合作的公民社会和公民保障自我的自由所依赖的法律,惩罚不是因为粗俗的道德或功利的原因,而是为了达到某种目的。刑罚作为工具的确是带有鲜明的目的性,社会是一个密集的关系网络,刑法为这种关系网络提供保障,但是刑法并非唯一的保障手段,我国《刑事诉讼法》第37条规定了除刑罚之外的其他处罚方式,行政处罚而是其中之一,这意味着认罪认罚从宽制度保证了企业在之后的行政机关处理中也能够通过先前的认罚而取得免于过分严厉行政处罚的从宽资格。

3. 合规互认规范行政处罚从宽裁量权

在行政合规中,行政监管部门享有自由裁量权,一方面,行政机关有权决定是否对涉案企业适用从宽的行政处罚手段,另一方面,行政机关在何种从宽幅度内做出处罚由其自身决定。行政机关在企业合规从宽处罚的场合容易产生滥用从宽自由

^① 参见陈瑞华:《合规视野下的企业刑事责任》,载《环球法律评论》2020年第1期。

裁量权的行为，合规互认能够在一定程度上对从宽裁量权进行规范，行政处罚的从宽一定程度上受到刑事合规整改认定标准的影响，包括后续从宽的依据、企业行政责任的承担、从宽的程序等，在刑事合规中都能够找到相关的标准得以借鉴。避免不顾刑事合规整改的严厉处罚，或者一味从轻从宽甚至免除的放任。

（三）刑事激励政策与行政激励政策相贯通

企业刑事合规是针对企业的刑事政策。我国实行宽严相济的刑事政策，企业合规从宽是“宽”的表现，以刑事减免刑罚激励企业进行规范化建设。作为与企业息息相关的行政监管部门，行政激励措施可以从源头防范企业走歪路。就治理的整体性而言，行刑治理同归于对企业的相关政策措施，如果将刑事合规整改的成效、标准与行政机关对企业进行行政处理时相互对接，确保免除刑事处罚的企业不会在后续行政处罚中被严惩，刑事与行政这两种激励政策则会形成企业治理的外部合力。

1. 合规互认保证刑事处罚与行政处罚具有程度相当性

检察机关在合规不起诉后，宣告了涉罪企业免于刑罚，如果在随后的行政机关处理环节对企业依旧施以巨额罚款，或者吊销执照、责令停产停业等严厉措施，那么此时行政处罚与刑事免罚就产生了相抵触的效果，企业刑事合规对企业的激励作用实质上已不复存在，行政合规更是无从谈起。因为我国行政执法与刑事司法分离的框架设定，决定了刑行程序鸿沟的存在，同时这也意味着刑事政策与行政政策之间稍有不慎就会背道而行。

2. 合规互认是企业合规治理的刑行衔接方式

企业合规是企业的一种治理方式，贯穿于刑事阶段与行政阶段，因单位犯罪的特性，行政合规实际上是企业日常活动中更加重要的一部分，而刑事合规的影响力想要及于行政阶段就需要对合规互认进行规范和强化。企业刑事合规与企业行政合规并非完全割裂的两部分，相反双方之间的衔接密切而频繁，无论是定罪量刑还是处罚认定，针对同一企业的合规整改标准不能因为阶段的不同而南辕北辙。出于法秩序统一体的考量，实体上罪名的认定与行政罪名的确定息息相关，在程序上案件的移送不代表所有的程序都要重新来过。更何况，刑事合规整改成果如果在后续的行政合规中不被认可，那么企业相当于在做无用功。

3. 合规互认为企业提供有效行政激励机制

当下，行政处罚过于严格，行政监管部门动辄对企业进行资格与行为的相关处罚，难以体现激励的作用，使得企业难以获得主动规范行为进行自我管理监督的外在动力。行政监管的重点在于日常行为与经营活动，从服务型行政监管部门的建设来说，执法有力不仅是有错必罚违法必究，更体现在违法预防与整改。当行政机关能够对刑事合规整改标准和效果进行认可，企业在免除刑罚后，依旧能够通过积极主动的



配合合规来进行违法的纠正,企业的积极性就会变得更高,而对违法犯罪的预防效果也就更好。在英美国家的实践中,行政和解通常是针对违法企业的一种非常有力的措施,虽然在具体执行过程中也会存在弊端,但是不可否认如果能够获得免除处罚的机会,那企业对违法行为的自我矫正意愿会变高,同时对经济市场的稳定也会更有帮助,避免企业因无力承担处罚走向衰亡。

三、行刑合规互认机制的框架构建

企业犯罪入罪的层次判断意味着在进行犯罪治理时也同样需要进行梯度化的治理,行政违法与刑事违法的双重违法性反向决定了刑行协同治理框架的构造。

(一)“互认+从宽+激励”的检察意见

在检察机关主导的企业刑事合规实践中,行刑合规互认想要发挥衔接两端的作用,形成完整的机制,主要切入点在于刑事诉讼阶段进行企业合规整改的成果认定后,检察机关将整改成果在诉讼后续阶段进行推行。但检察机关与行政机关并非具有隶属关系的部门,在现行法律规范下,需要通过非正式方式建立行刑合规互认机制。具体到个案上,体现在检察机关在不起诉决定作出后,向即将进行移送的行政监管部门出具检察意见,以建议的方式对刑事阶段的合规过程及处理结果进行高度提炼总结。

1. 对行政机关:宽大的行政处罚建议

行政机关对涉案企业进行行政处罚需要依据相关事实对认定标准等问题进行评价,诉讼阶段结束后,行政机关虽然也参与到刑事合规的过程中,但是其完整度与连续性无法得到保障,因此检察机关需要将刑事案件办理的过程全面反映给接手的行政监管部门。在案件移送时,实践中通常将不起诉决定书、合规考察报告书、检察意见书随案移送行政机关,其中检察意见书可以作为行政机关进行处罚的依据,合规检察意见书应当包含两个部分,一是案件事实部分,二是处罚建议部分。对检察机关而言,案件事实部分应当进行详细全面的叙述,作为合规流程的书面反馈,协助行政机关了解把握案情;处罚建议部分则不能做同等处理,受制于行政案件与刑事案件标准和类型的影响,两者在违法认定上差异明显,检察机关处罚建议不能在具体处着手,应当重点体现在从宽从轻处罚的倾向上。对行政处罚建议可进行反向列举,如建议对企业免除责令停产停业、吊销营业执照等严苛的处罚,保障涉案企业不会在行政处罚阶段因过于严格的处罚而使前期的合规努力付之东流。除了资格罚的谨慎使用建议外,财产罚也应当控制在企业能够承受的范围内,企业合规整改的执行需要资金投入,此项建议也是保证后续企业合规的可持续性。总体来说,

检察机关的建议应当避免具体化,侧重于抽象化的从轻从宽意见,让行政机关摒弃传统严酷的处罚方式,资格罚是进行从宽的重点领域。

2. 对社会规范:去个案化的合规整改推广认可

由于企业合规不起诉在《刑法》和《刑事诉讼法》中没有明确的法律条文规定,不管是检察机关的合规试点还是相关的典型案例都呈现个案形式,影响了企业合规在社会层面上的价值认可。合规从宽想要作为一种正式制度被社会所广泛认可,不能仅限在个案,为了避免损害法秩序统一体的均衡性,在不同个案之间要保证法律依据和尺度的统一。在刑事诉讼阶段如此,在诉后的行政处罚阶段更应如此。针对合规企业的从轻从宽限度标准缺失,在行政处罚领域必然会出现类案不同罚现象,过于严苛的处罚会导致企业合规整改前功尽弃,相反过于宽松随意的从宽处罚也使合规丧失权威性,不利于整体的推行。检察意见与审判机关的司法建议具备相似的功能,对社会规范的塑造方面,它们都有价值引导作用,通过检察意见,规范合规互认过程,将个案处理建议拓展到整个行业,带动企业塑造普遍的内生的合规文化,从社会功能角度完成“失序”企业的治理。

3. 对涉罪企业:事前的企业合规管理机制

企业在行政违法进而构成刑事犯罪后,刑事司法机关以企业建立合规机制而对其作出宽大处理,这是事后的企业合规,事后合规并不能预防法益破坏、解决企业违法犯罪问题。如何从强制合规转变为自我管理、自我监督是现代企业治理甚至犯罪治理需要关注的重点。企业在市场活动中第一监管者是行政部门,行政违法才是企业的首要法律风险,行政监管领域和刑事追诉领域间的差异产生了合规互认的阻碍,这不仅停留在程序上和规范上,实际在企业文化的塑造培养和企业风险防控中,事前的合规之所以不被重视在于激励的缺失。企业在事前合规的投入与回报不平衡,合规丧失对企业的吸引力。无论是在刑事领域改革单位犯罪制度,将单位责任进行分离而产生合规无罪抗辩,^①还是将企业具备有效合规机制作为是否被处罚追诉的考察条件,^②都侧重于刑事法规范,而非行政法规范这一单位犯罪评价的前置标准,作为行刑合规互认直接载体的检察意见能够解决一部分行政合规的标准问题,更好地促进企业由事后合规转向事前合规。因此,检察意见中不仅要有对行政部门的抽象性从宽处罚建议,还应当有对涉案企业的常规性合规建议,让企业进一步适应行政管理规范化演变。

(二) 行刑合规互认的程序衔接机制

正如企业合规由专项整改到系统预防机制的转型复杂艰难,从刑事合规整改标

① 参见时延安:《合规计划实施与单位的刑事归责》,载《法学杂志》2019年第9期。

② 参见杨帆:《企业合规中附条件不起诉立法研究》,载《中国刑事法杂志》2020年第3期。



准到行政处罚从宽标准也不是轻而易举的,跨越不同阶段的衔接程序是首要问题。从刑事案件到行政案件,需要事实认定所依据的证据转化机制、行政处罚阶段企业合规反悔机制以及企业合规整改效果双向审查机制。

1. 企业合规案件行刑证据转化机制

企业合规刑事阶段的证据能否直接作为行政证据使用需要谨慎对待,其实企业合规的证据在刑事与行政处置阶段存在着重叠交叉,在刑事追诉前通常已经由行政机关先行进行了取证调查,包括在后续犯罪行为发生后进行的内部调查,行政机关与检察机关配合查明案情,内部调查存在着由企业或者律师进行调查的可能,检察机关在对其调查证据进行刑事诉讼法上的转化后,作为确定企业罪名与罪责轻重的依据。证据之于案件事实重要性不言自明,检察机关对企业合规不起诉的审查首先是调查证据。检察机关在移送案件的同时应对相关刑事证据向行政证据转化程序的合法性进行形式查明,对证据证明的案件事实进行判断,防止伪造证据。同时,行政处罚所依据的事实与刑事是存在差别的,行政证据所需要的证明力程度不会如刑事诉讼那样严格,不当把刑事阶段的证据直接套用到行政处罚中。

2. 行政处罚阶段企业合规反悔机制

在刑事诉讼阶段结束后案件移送至行政机关进行行政处罚,涉案企业若对先前的合规整改承诺反悔,类比认罪认罚反悔,应当赋予企业合规反悔的权利。企业合规反悔机制因反悔内容的不同划分两种情况:一种是企业对前期刑事阶段的罪名及合规整改承诺认可,仅对行政阶段的涉嫌罪名及合规承诺反悔,此情况下合规不起诉决定已然有效,应当在企业刑事合规整改的限度之下,重新查明行政违法事实,处理行政部分的违法行为。另一种是企业对前期刑事阶段的罪名及合规整改承诺反悔,这种情况下应当由检察机关撤销原作出的不起诉决定,重新启动刑事诉讼程序,因为合规不起诉的实质是企业认罪认罚获得的从宽从轻处理。企业合规反悔机制重点在于程序的回转,已经进入到行政处罚阶段的案件重新进入审查起诉,它与第一次审查起诉存在着差别,对于因反悔而重新起诉的案件,应排除简易程序的适用,同时也排除再次合规从宽的机会。

3. 企业合规整改效果双向审查机制

企业合规整改后需要检察机关与行政管理部门的双向审查,合规审查不是简单地审查证据与构成要件,^①检察机关审查合规计划有效性重点在审查其刑罚功能的替代性上。在形式上,检察机关需要审查合规计划的完整性,包括完整的信息披露、公司机构与章程重建、独立监督部门设立等,行政监管部门需要审查合规组织的建

^① 参见卫跃宁:《由“国家在场”到“社会在场”:合规不起诉实践中的法益结构研究》,载《法学杂志》2021年第1期。

立完整度、企业自我管理章程、经营行为规范化措施、法律风险评估程度等。实质上，检察机关在进行审查时将第三方评估意见作为有效性的参考因素，需要审查合规计划执行力，包括因违法行为向行政机关缴纳的罚款、对被害人的经济赔偿、对违规人员的惩戒措施等，行政监管部门需要审查企业合规整改后对经济管理秩序的填补恢复程度。

（三）行刑合规互认的实体衔接机制

除程序之外，应建立企业合规责任折抵机制、合规互认清单管理机制、禁止重复处罚协商机制等实体衔接机制，以区分企业刑事责任与行政责任，对涉案企业由刑事案件转为到行政案件的相关认定进行双向规范。

1. 企业合规责任折抵机制

企业的刑事责任与行政责任两者虽然在性质上不同，但是在企业经过合规整改获得不起诉对待后，刑事责任与行政责任进行折抵与均衡能够令行刑合规互认衔接更加流畅。不起诉后移送行政机关的涉案企业，其先前的刑事合规整改针对了刑事责任部分，但并没有直接排除其行政责任。根据单位犯罪的双重性评价标准这一特性，刑事法规范的违反在于对秩序型法益的破坏，而秩序正是行政法规范所维护的主体，因而以合规整改通过先行承担刑事责任的合规企业，已经承担了一部分行政责任，这是两者进行折抵的前提。刑事责任对行政责任的折抵应视为针对企业行政处罚从宽的措施，免除刑罚应等同视为免除剥夺企业生存的严厉行政处罚，同种功能的行政处罚也应该在行政阶段被尽可能排除，其他程度更轻微的行政处罚不被排除适用。刑事责任对行政责任折抵时，优先折抵资格罚，也就是既存在剥夺企业某种准入资格又存在缴纳罚款时，刑事合规整改可以折抵免除剥夺资格的处罚，而不能免除罚款缴纳。

2. 合规互认清单管理机制

引入清单管理理念能够弥补行政机关认识能力短板，明确行政违法认定标准。^①检察机关与行政机关应进行磋商，共同出台规范性文件，建立合规互认的清单，对涉案企业进行刑事合规整改后依旧可能涉及的行政法规范进行全面梳理，包含但不限于行政违法行为、行政处罚依据、涉嫌行政处罚罪名和事实证据要求，同时在清单建立后，行政机关出具行政合规整改建议与行政处罚初步决定，与检察机关进行移送后的对接。

3. 禁止重复处罚协商机制

此处的禁止重复处罚指企业在被合规不起诉前已经受到行政处罚的同一违法行

^① 参见李煜兴：《行刑衔接的规范阐释及其机制展开——以新〈行政处罚法〉行刑衔接条款为中心》，载《中国刑事法杂志》2022年第4期。



为,在刑事合规整改后的行政处罚阶段不应当再次被行政部门处罚。这项机制的关键在于协商关系的建立,检察机关面对的企业监管部门有时不只一个,如果不同行政部门对涉案企业的同一违法行为科处不同的行政处罚,企业合规的成果会大打折扣。此项措施目的在于刑事合规整改效果在行政违法维度的投射,其本质依然是合规互认。检察机关应与各行政监管部门进行沟通,避免刑事合规后的重复处罚,对合规企业的行政违法行为作宽缓的形式审查,进一步强化企业后续行政合规的可持续性 with 执行力。

结 语

合规互认机制是当前企业合规在跨越不同阶段、不同法律规范的衔接机制,也是现代多元化的犯罪治理模式下,通过行刑协同给予企业的一次发展机会,更是企业自身治理的一部分,体现着国家治理的现代化水平。企业的行刑合规互认是刑事法规范与行政法规范双重激励因素在企业违法犯罪中的运用,通过明确程序上和实体上的衔接措施,依托检察意见将目前企业刑事合规的触角进行延伸和拓展,通过企业合规案件行刑证据转化机制、行政处罚阶段企业合规反悔机制、企业合规整改效果双向审查机制、企业合规责任折抵机制、合规互认清单管理机制、禁止重复处罚协商机制等,更好地实现刑事法与行政法的平衡与贯通,进一步完善我国企业合规从宽的制度建设。

(责任编辑:杨 军)

共同犯罪案件适用认罪认罚从宽制度研究

张 晓 刘 凯^{*}

内容摘要：在部分被告人适用认罪认罚从宽制度的共同犯罪案件量刑实践中，共同犯罪被告人的复杂量刑情节交织、规则文本缺乏可操作性等因素，导致此类案件存在诸多量刑失衡问题，不利于发挥认罪认罚从宽制度的核心价值——法益恢复。以认罪认罚从宽制度的实体价值和责任主义下量刑根据为理论起点，通过“递进式三步量刑法”建立起具有可操作性的多层次、阶梯式从宽量刑体系，辅之以针对共同犯罪特殊性的量刑程序配套措施，对共同犯罪认罪认罚案件量刑平衡规则进行修正与完善，从而扩大认罪认罚从宽制度在共同犯罪案件的规范化适用。

关键词：认罪认罚；共同犯罪；量刑规则；量刑平衡

量刑作为认罪认罚从宽制度的关键环节，在共同犯罪中的问题日益凸显。当共同犯罪案件只有部分被告人认罪认罚时，实践中对于如何适用认罪认罚从宽制度以及如何实现量刑平衡有较大困惑。^① 本文以S省D市12个基层法院2019年1月1日至2022年6月30日共同犯罪认罪认罚案件数据和通过中国裁判文书网检索的相关案例为实证研究基础，以认罪认罚从宽制度与共犯量刑规则的价值冲突与融合为理论起点，剖析当前量刑失范的多维度原因及解决对策，以期对共同犯罪认罪认罚案件量刑规则进行修正与完善，发挥认罪认罚从宽制度在共同犯罪适用中的价值。因全案被告人均认罪认罚和均不认罪认罚的案件类似于单独犯罪案件，本文主要研究对象为只有部分被告人认罪认罚的共同犯罪案件。

^{*} 张晓，山东省德州市经济技术开发区人民法院法官助理；刘凯，山东省德州市经济技术开发区人民法院三级法官。

^① 参见汪海燕：《共同犯罪案件认罪认罚从宽程序问题研究》，载《法学》2021年第8期；武鑫：《共犯间量刑平衡的裁判逻辑与适用情形》，载《法学论坛》2020年第5期。



一、共同犯罪案件适用认罪认罚从宽制度的实践检视

(一) 共同犯罪案件适用认罪认罚从宽制度规范性文件

2018年修改《刑事诉讼法》时共改动、新增了36个条款,认罪认罚从宽制度相关条文占14个,但未涉及共同犯罪案件适用认罪认罚从宽制度的内容。2019年“两高三部”共同发布的《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)第2条规定,对于共同犯罪案件,主犯认罪认罚,从犯不认罪认罚的,人民法院、人民检察院应当注意两者之间的量刑平衡,防止因量刑失当严重偏离一般的司法认知。此为共同犯罪案件部分被告人认罪认罚如何量刑的规范性文件依据,但该规定内容过于笼统、模糊,实践中缺乏可操作性。

(二) 共同犯罪案件适用认罪认罚从宽制度的司法实践

通过对S省D市12个基层法院2019年1月1日至2022年6月30日受理的刑事案件案件进行统计分析。2019年至2022年,认罪认罚从宽制度适用率稳步提升,适用率从2019年的67.01%提高到2021年的90.32%,提高了23.31个百分点;2022年1月至6月提升至95.48%。与此同时,共同犯罪案件认罪认罚从宽制度适用率也逐步提升,适用率从2019年的60.18%提高到2021年的82.41%,提高了22.23个百分点;2022年1月至6月提升至87.70%,共同犯罪案件中被告人均认罪认罚的占比51.99%,部分被告人认罪认罚的占比37.89%,被告人均不认罪认罚占比10.03%。

司法实践中,共同犯罪案件适用认罪认罚从宽制度情况存在以下特点:共同犯罪案件认罪认罚从宽制度适用率远低于刑事案件总体认罪认罚从宽制度适用率;全案均认罪认罚占比最大,部分认罪认罚占比较大,全案均不认罪认罚比例最低;较单独犯罪,共同犯罪案件往往更为疑难复杂,社会危害性大,案件侦办难度高,提高共同犯罪案件认罪认罚适用率有助于节约司法资源、促进法益恢复。以单独犯罪为蓝本的量刑规则无法解决共同犯罪案件量刑时面临的复杂局面,掣肘了共同犯罪案件认罪认罚从宽制度的适用。因此,完善共同犯罪认罪认罚案件量刑规则,扩大认罪认罚从宽制度在共同犯罪案件的规范化适用具有重要意义。

(三) 共同犯罪案件部分被告人认罪认罚的几种情形

部分被告人认罪认罚的案件包括四种情形:一是主犯自愿认罪认罚,从犯不认罪认罚;二是从犯自愿认罪认罚,主犯不认罪认罚;三是部分主犯和部分从犯认罪认罚;四是共同犯罪中不区分主从犯,部分被告人自愿认罪认罚,其余被告人不认罪认罚。

第一种情形中主犯自愿供述自己的全部罪行,同时也供述同案犯的犯罪事实,应对主犯依法从宽处理。在此种情形下,若从犯无从轻、减轻量刑情节,基于共犯量刑

平衡规则,是否会出现主犯没有实质享受到认罪认罚从宽制度的“优惠”而从犯未认罪认罚却坐享从宽之成?

案例一:李某等寻衅滋事罪案。被告人李某、程某、杨某、张某随意殴打他人,致1人轻伤,情节恶劣。李某、程某在犯罪中起主要作用,系主犯;杨某、张某在犯罪中起次要作用,系从犯。李某、程某有自首情节,程某还有协助公安机关抓捕同案犯的立功表现,李某、程某自愿认罪认罚签字具结,赔偿了被害人经济损失并取得谅解。最后以寻衅滋事罪判处李某有期徒刑一年,程某有期徒刑九个月,杨某有期徒刑九个月,张某有期徒刑八个月。^①

在本案中,根据量刑规范化计算的结果,四被告人的拟宣告刑分别应为十二个月、九个月、十个月、九个月。合议庭考虑到主从犯间的量刑平衡,在10%幅度内对从犯杨某、张某的拟宣告刑进行调整:十个月 $\times(1-10\%)=$ 九个月;九个月 $\times(1-10\%) \approx$ 八个月。杨某、张某未认罪认罚却得到全面从宽优惠,实现了量刑平衡的同时导致了实质上的不公平。

案例二:宋某等诈骗罪案。被告人宋某、刘某1、刘某2、黄某等7人利用虚假网络投资交易平台实施电信诈骗,先后造成多名被害人经济损失共计358万元。其中,宋某、刘某1、刘某2系主犯,对全部犯罪金额承担责任。黄某等4人作为业务组长、业务员对各自参与的具体诈骗犯罪活动承担责任。本案第一被告人宋某自愿认罪认罚,刘某1、刘某2及黄某等4名从犯均未认罪认罚。最后以诈骗罪判处宋某有期徒刑十一年六个月,刘某1有期徒刑十一年,刘某2有期徒刑十年六个月,黄某等四名从犯分别被判处五年九个月至三年十个月不等的有期徒刑,均并处罚金。^②

对比与宋某情节相似、犯罪数额相近的类案,一般宣告刑在十年六个月至十一年之间。本案中,因量刑平衡规则而压缩了宋某的量刑从宽幅度,违背了认罪认罚从宽制度的初衷,造成“类案不同判”的结果。

第二种情形:从犯认罪认罚,主犯不认罪认罚。

案例三:刘某、王某盗窃罪案。被告人刘某在某地各高档小区储藏室通过技术开锁手段多次盗窃茅台酒后销赃获利。每次盗窃时雇佣王某为其驾车,让其在小区外等候并支付王某作为司机的报酬。经鉴定,被盗白酒总价值共计75522元。刘某在犯罪中起主要作用,系主犯;王某在犯罪中起次要、帮助作用,系从犯。王某到案后如实供述全部犯罪事实,自愿认罪认罚签字具结,主动退缴全部违法所得并积极缴纳罚金。最后以盗窃罪判处刘某有期徒刑三年六个月,判处王某有期徒刑二年,缓刑二年六个月。^③

① 参见李某等寻衅滋事罪案,湖北省应城市人民法院(2021)鄂0981刑初41号刑事判决书。

② 参见宋某等诈骗罪案,山东省德州市经济技术开发区人民法院(2020)鲁11491刑初30号刑事判决书。

③ 参见刘某、王某盗窃罪案,山西省沁水县人民法院(2021)晋0521刑初43号刑事判决书。



根据犯罪数额,本案法定刑为三年至十年有期徒刑。对于刘某而言,如果不能在三年有期徒刑以下减轻处罚,几个月的从宽幅度没有任何吸引力。判决生效后,责令退赔的判项成为一纸空文,被害人的巨大经济损失无从救济。

第三种情形是更为复杂的部分主犯和部分从犯均认罪认罚,其所面临的困难已包涵在上述两种情形之中。

第四种情形是在不区分主从犯的共同犯罪中,部分被告人认罪认罚,也可能发生与第一、二种情形类似困难。

案例四:王某、宋某集资诈骗罪案。被告人王某、宋某成立一科技有限公司,由被告人宋某出资,被告人王某任法定代表人,共同经营。二名被告人虚构买卖二手车赚取差价分红的方式,骗取被害人投资款。截至案发,共骗取16名被害人投资款2333250.7元,属数额特别巨大,造成经济损失共计1038995.76元。被告人宋某辩称对公司经营不知情拒不认罪,王某自愿认罪认罚签字具结。最后判决被告人王某、宋某构成集资诈骗罪,王某根据量刑建议被判处有期徒刑十年六个月,宋某被判处有期徒刑十年,均并处罚金。宣判后,被告人宋某不服提出上诉,二审维持原判。^① 本案中,二被告人犯罪数额特别巨大,且均无法定减轻情节,应在法定刑十年以上量刑。宋某在知晓王某量刑建议的情况下,已可推定自己的刑期。换言之,其无法通过认罪认罚得到量刑上的“优惠”且如果认罪认罚还将被限制上诉权。最后,宋某选择作无罪辩护并上诉,这使得认罪认罚从宽制度未发挥任何作用,还增加了司法诉累。

(四) 共犯量刑平衡规则适用中存在的问题

当部分被告人自愿认罪认罚时,如何在不改变以各被告人在犯罪中所起作用确定的被告人顺序的前提下,实现量刑平衡? 上述案例存在两种解决模式:一是全面从宽,即为了兼顾认罪认罚被告人量刑从宽待遇和共犯量刑平衡规则的要求,对本不该享受从宽待遇的不认罪认罚被告人作适当从宽处罚;二是限制从宽,即在共犯处罚原则下,通过限制认罪认罚被告人的从宽幅度,维持原本由被告人顺序决定的量刑平衡。上述两种模式都是以共犯量刑平衡规则为前提,全面从宽是对从宽处罚的被告人范围作了不当扩大,而限制从宽则是对认罪认罚被告人从宽处罚的幅度作了不合理限缩,两种模式都会造成类案不同判的结果,不利于刑罚目的的实现。

第一,适用全面从宽处罚的缺陷。全面从宽缺少法律依据且有违认罪认罚从宽制度的立法精神,共犯量刑平衡规则位次不应高于认罪认罚从宽制度。对共犯全面从宽的做法,不是没有对认罪认罚被告人权利的保障或激励法益恢复的考量,而是认为上述价值应让位于共犯间的量刑平衡。部分被告人不认罪认罚包括部分被告人拒不认罪、认罪但不认可公诉机关的量刑建议以及不愿积极实现法益恢复等多种情形。如果

^① 参见王某、宋某集资诈骗罪案,四川省射洪县人民法院(2021)川0922刑初226号刑事判决书。

因为兼顾对认罪认罚被告人的从宽处罚与全案的量刑平衡而对全部被告人从宽处罚,则会导致认罪认罚从宽制度形同虚设。

从经济主义视角分析,全面从宽处罚会造成不认罪认罚被告人“搭便车”的情形。^①如案例四中的宋某,其在知晓王某量刑建议刑期的情况下,选择不认罪认罚。一方面,其已预见到是否认罪认罚对其最终宣告刑的影响甚微;另一方面,其可以选择做无罪辩护并滥用上诉权,这不仅造成司法资源的浪费,还不利于被害人挽回经济损失。实践中,一些被告人希望通过认罪认罚、积极赔偿被害人经济损失得以从宽处罚,被害人则期盼通过谅解被告人、双方达成和解以最大程度弥补损失,司法机关也希望被害人获得实际赔偿,使案件判决结果实现三个效果的有机统一,案结事了。但在量刑平衡规则之下,更多被告人会滋生“搭便车”的投机心理,以最小的经济成本获得性价比最高的量刑结果。

第二,限制从宽处罚的实践困难。限制认罪认罚被告人从宽处罚的幅度是共同犯罪案件实践中的另一种模式。由于共同犯罪的社会危害性总体大于单独犯罪,共同犯罪的被告人被苛以更重的刑责有其法理依据,这在《刑法》关于共同犯罪的规定中也得到了体现。有观点认为,为了实现全案量刑平衡,而又不与认罪认罚从宽制度相悖,应当限制认罪认罚被告人的从宽幅度,尤其对认罪认罚的主犯限制从宽,这种做法与共同犯罪从重处罚的立法本意逻辑是一致的。^②

从认罪认罚从宽制度的立法目的看,认罪认罚从宽制度是为了给予被告人实体权利供给保障,体现宽严相济的刑事政策。如果限制认罪认罚从宽幅度,难以发挥制度应有之价值。如案例二中的情形,因量刑平衡规则而限缩了认罪认罚主犯的从宽幅度,加剧了“类案不同判”现象,造成了主犯认罪认罚得不到量刑从宽的错误舆论导向,打击了犯罪嫌疑人、被告人认罪认罚的积极性。

第三,对量刑平衡的再认识。量刑平衡是刑罚论研究的核心命题之一,是一个庞大、复杂的系统工程,目前尚未形成一个公认的、权威的定义,有人将其理解为“综合平衡”,^③有人将其解释为“量刑的一致性”。^④其含义可概括为两类:一是广义上的量刑平衡,指案件之间的平衡,体现为整体公正与个体公正之间的和谐统一,而且以整体公正为原则,兼顾个别公正。二是狭义上的量刑平衡,指案件自身的平衡,共同犯罪案件内部各被告人存在着不同量刑情节,通过不同量刑情节的综合评价做到罪责刑相适应,同时不违背共犯处罚原则,使案件内部的量刑趋于平衡。本文所指的量刑平衡

① 参见〔美〕奥尔森:《集体行动的逻辑》,陈郁、郭宇峰译,上海人民出版社1995年版,第286页。

② 参见陈国庆:《量刑建议的若干问题》,载《中国刑事法杂志》2019年第5期。

③ 参见胡学相:《量刑的基本理论研究》,武汉大学出版社1998年版,第216页。

④ 参见中英量刑制度比较研究课题组:《中英量刑问题比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第260页。



为《指导意见》第 2 条规定的狭义的“量刑平衡”，即以个案为基点，要求对共同犯罪内部各被告人缩小量刑偏差，呈现规范、公正的量刑结果。从哲学的角度看，平衡是一个动态的概念，不存在绝对的量刑平衡。因被告人认罪认罚造成的一定程度的量刑偏差是不可避免的，只要防止《指导意见》第 2 条所规定的“严重偏离一般司法认知的量刑失当”即可。

二、共同犯罪认罪认罚案件量刑失范的成因

（一）量刑情节复杂属性掣肘从宽幅度的量化计算

共同犯罪案件往往存在部分被告人认罪认罚与未成年人犯罪、自首、坦白、立功、累犯、赔偿谅解等诸多情节的交织（见表 1）。从分类上看，有以刑法理论区分的法定量刑情节和酌定量刑情节，有以实质分类区分的从重、从轻与减轻、免刑量刑情节。从处罚方式看，有主刑、附加刑、实刑、缓刑，从发生时间看，量刑情节可能存在于犯罪预备、犯罪既遂等各个犯罪形态。从法益恢复角度，量刑情节还与被害人的参与度有关。由此可知，量刑情节的多样性造成从宽幅度更加难以量化计算。

表 1 常见量刑情节的作用区间

序号	量刑情节	一般作用区间	备注
先适用情节	1 未成年人犯罪	-10%—50%； -30%—60%	分别对应已满 16 不满 18 周岁；已满 12 不满 16 周岁
	2 未遂	-50% 以下	根据实行程度和损害后果予以分层
	3 从犯	-20%—50%	犯罪较轻的 -50%—100%
后适用情节	4 自首	0—40%	犯罪较轻的 -40%—100%
	5 立功	0—20%； -20%—50%	分别对应一般立功；重大立功
	6 坦白	0—20%； -10%—30%； -30%—-50%	对应如实供述；尚未掌握同种罪行；避免特别严重后果发生
	7 认罪认罚	0—30%	综合自首、坦白等情节不得超过 60%
	8 退赃退赔	0—30%	积极赔偿且取得谅解 0—40%
	9 谅解、刑事和解	0—20%； 0—50%	对应只取得谅解；刑事和解
	10 累犯	+10%—40%	一般不少于三个月

从表 1 看，对于“两高”《关于常见犯罪的量刑指导意见（试行）》（以下简称《量刑意见》）中关于量刑情节的规定可以提取两个层面的信息，一是量刑情节的绝对作用区间大小不同，例如认罪认罚的作用上限是 30%，从犯的作用上限为 50%，由此给法官的预期即为：一般情况下，认罪认罚减少基准刑的比例应小于从犯，其对量刑的

影响作用亦小于从犯。二是不同量刑情节的细化程度不一,例如坦白情节,根据如实供述犯罪事实、如实供述司法机关尚未掌握的同种较重罪行、如实供述避免特别严重后果发生三种样态,分别规定了阶梯式的作用区间,而认罪认罚仅规定了综合考虑犯罪的性质、罪行的轻重、认罪认罚的阶段、程度、价值、悔罪表现等情况,可以减少基准刑的30%以下,其余都留给了法官根据积累的量刑经验予以“感悟”,标准过于笼统模糊,实践可操作性不强。

(二) 多元主体的博弈导致量刑失衡

共同犯罪认罪认罚案件涉及主体多元,包括侦查人员、检察人员、审判人员、同案各被告人及辩护人,甚至还有被害人。其一,公诉机关为追求绩效考核指标——认罪认罚从宽制度适用率,易忽略对不同被告人“认罚”的实质考量,不加区分地对所有认罪认罚被告人给予相似从宽幅度的量刑建议,极易造成量刑失衡;其二,共同犯罪被告人并非“唇齿相依”的共同体,存在相互证明的义务,易产生利益方面的冲突。不可否认,认罪认罚从宽制度无疑为侦查机关分化、瓦解共同犯罪内部结构提供了新的手段。^①同时,被告人为追求个人利益的最大化,可能避重就轻、歪曲事实甚至被迫认罪,这种波及效应传递给全案被告人亦可能造成定罪不当、量刑失衡;其三,对于有被害人的案件,尤其是可能引发舆情风险的涉众型案件,被害人基于朴素的报应主义思想往往认为应当重犯重判、轻犯轻判。^②法官在量刑时也不可避免地要考量这种舆论风险和压力,一定程度上影响了量刑的平衡与规范。

(三) 规则文本缺位引发类案不同判

如前所述,《指导意见》第2条对共同犯罪案件部分被告人适用认罪认罚从宽制度时的量刑规则进行了规定。《量刑意见》虽增加了认罪认罚作为常见量刑情节的规定,但未对坦白情节进行细化,也未考虑共同犯罪适用认罪认罚从宽制度的特殊性。共同犯罪部分被告人认罪认罚案件与单独犯罪认罪认罚案件最大的不同在于,单独犯罪案件适用认罪认罚从宽制度涉及的是法院、检察院与认罪认罚被告人的关系与权利配置;而共同犯罪案件还涉及共同被告人之间的关系,要同时保障认罪认罚被告人和同案被告人的权利,以及保障共同犯罪认罪认罚被告人能享有同类单独犯罪案件认罪认罚被告人相似的从宽待遇。

认罪认罚从宽制度的立法设计以单独犯罪案件为蓝本,未考量共同犯罪案件的复杂性和特殊性。因此,对共同犯罪案件尤其是仅有部分被告人认罪认罚的案件规则指引缺失,如何使认罪认罚制度下的共犯量刑达到量刑平衡的理想模式,避免类案不同判,是亟待解决的问题。

^① 参见武鑫:《共犯间量刑平衡的裁判逻辑与适用情形》,载《法学论坛》2020年第15期。

^② 参见李生龙、陈远平、石经海:《规范量刑自由裁量权的基本方式》,载《人民司法·应用》2011年第15期。



三、认罪认罚从宽制度与共犯量刑规则的价值冲突与融合

(一) 认罪认罚从宽制度的多元价值定位

立法价值不是单一的,往往存在着或远或近,或高或低的目的。^①厘清认罪认罚从宽制度的立法价值,有助于解决共同犯罪认罪认罚案件量刑平衡问题。

1. 提升司法效率,优化司法资源配置。对于适用普通程序的共同犯罪部分认罪认罚案件,无法发挥程序从简的效率价值。但是,在侦查阶段鼓励共同犯罪被告人认罪认罚有利于分化和瓦解共同犯罪内部结构,获得重要证据,助推案件顺利侦破,获得认罪认罚制度在司法效率方面的溢出价值。^②

2. 保障被告人权利,落实宽严相济刑事政策。就文义来说,在“认罪认罚从宽”的称谓中,“从宽”是核心关键词,即对诉讼中认罪认罚的被追诉人应给予从宽处罚。故认罪认罚是宽严相济刑事政策的制度化体现,使该政策通过正式的程序规定在立法和司法领域得以落实和发展。^③

3. 激励法益恢复,保障被害人利益。在认罪认罚从宽制度运行中,控辩双方对抗的大前提基本消失,因而可以通过协商模式实现“利益兼得”和“互惠共赢”的目标。^④换言之,一方面,被告人基于“互惠共赢”的协商程序获取从宽红利,能够有效激发被告人恢复受损法益的积极性;另一方面,被害人权利得到及时修复,增加司法公信力,符合以恢复性司法为主臬,以合作式司法为核心的刑事司法改革理念。^⑤

共同犯罪与单独犯罪适用认罪认罚从宽制度的价值取向应有所区别。对于适用简易程序、速裁程序的单独犯罪认罪认罚案件,可将效率或成本作为首要价值。但在适用普通程序的共同犯罪部分认罪认罚案件中,司法程序效率价值应让步到从属法的制度性价值。制度所追求的核心价值是让被告人发自内心的认罪,通过司法程序平复社会矛盾。概言之,在共同犯罪案件中,认罪认罚从宽制度的首要价值应为保障被告人实体从宽权利,落实宽严相济刑事政策。核心价值为化解社会矛盾、修复社会关系、实现法益的恢复。

(二) 责任主义下的量刑进路

1. 责任主义下责任刑与预防刑的关系。综观中西方刑罚理论研究,量刑根据理论存在报应主义和功利主义之争。报应主义主张以行为责任为基础的量刑是正当的,功利主义主张以犯罪预防为基础的量刑是正当的。^⑥我国当代刑罚理论中,主张责任刑

① 参见[德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第92页。

② 参见张泽涛:《认罪认罚从宽制度立法目的的波动化及其定位回归》,载《法学杂志》2019年第10期。

③ 参见左卫民:《认罪认罚何以从宽:误区与正解》,载《法学研究》2017年第3期。

④ 参见庄绪龙:《上下游犯罪“量刑倒挂”困境与“法益恢复”方案》,载《法学家》2022年第1期。

⑤ 参见田宏杰:《现代社会治理与认罪认罚从宽制度完善》,载《检察日报》2020年5月13日,第5版。

⑥ 参见李勇:《认罪认罚案件量刑建议“分类精准”模式之提倡》,载《河北法学》2021年第1期。

与预防刑折中的并合主义占据主流,即责任优先,兼顾预防。因此,责任刑情节和预防刑情节是量刑的两大考量因素。即在量刑时贯彻责任主义,不是排斥对预防刑情节的考量,^①而是先根据责任刑情节确定一个特定的点,也就是预防刑的上限,再根据预防刑情节在这个点之下进行适当补充修正,最终确定具体刑罚,任何人不能作为预防他人犯罪的工具予以利用。因此,预防刑的裁量以特殊预防为目的,不应考虑一般预防观念。在类案中不同被告人责任刑相同的前提下,通过不同预防刑情节的裁量,实现不同预防目的,进而达到量刑的实质正义,实现个体公正与整体公正的统一。

2. 责任刑情节与预防刑情节的分类。根据责任主义量刑理论,量刑情节的适用顺序为先责任刑情节后预防刑情节。因此,需要明确哪些量刑情节属于责任刑情节,哪些属于预防刑情节。责任刑情节是与不法和责任事实有关的犯罪过程性情节,与犯罪行为密切相关,是一种回顾性的思考。例如,犯罪行为的完成形态、犯罪手段、危害后果以及共犯关系、行为人的参与程度等均属于责任刑情节。预防刑情节表明行为人回归社会愿望的犯罪人个别性情节,与犯罪人个人紧密相连,属于展望性的评估。例如,累犯、自首、坦白、认罪认罚、退赃退赔等表明特殊预防必要性大小的情节均属于预防刑情节。^②

3. 责任主义下量刑步骤的修正。透过共犯量刑失衡的现象可以看出,法官进行量刑活动时缺乏根本性的、方法论上的制约,必然限制科学量刑的水平,导致量刑的不规范性。《量刑意见》采用的量刑步骤:第一,确定罪名后根据案件的基本犯罪事实法定刑幅度内确定量刑起点;第二,根据基准事实以外的犯罪数额、次数、后果等其他影响犯罪构成的事实确定基准刑;第三,根据所有量刑情节调节基准刑,确定拟宣告刑;第四,发挥法官的自由裁量权,综合考虑全案情况,进而确定宣告刑。其中,第一步和第二步是基于责任刑为基准的考量,第三步则既包含责任刑又包含预防刑考量(见图1)。这看似采纳了消极责任主义的理论,却又有着质的区别。其存在的问题在于第三步中不加区分的混同考虑责任刑情节和预防刑情节,使得基准刑的内涵及外延模糊不清、不伦不类,有违量刑原理和规律,导致一些案件的量刑结果不合常理。

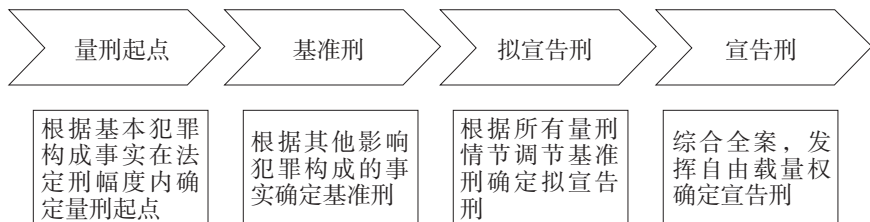


图1 《量刑意见》提出的量刑步骤

① 参见王瑞君:《责任主义主导量刑情节适用之提倡——兼与〈人民法院量刑指导意见(试行)〉比较》,载《政法论丛》2013年第6期。

② 参见张明楷:《论影响责任刑的情节》,载《清华法学》2015年第2期。



综上所述,合理的量刑步骤应该用责任刑代替基准刑概念,将量刑步骤第二、三步改为先根据影响责任刑的情节裁量责任刑,确定一个责任刑的点,再在责任刑的点之下根据预防刑情节确定拟宣告刑,最终确定宣告刑(见图2)。使得在量刑时既能实现刑罚的均衡,满足社会公众的公平感;又能兼顾刑罚的个别化,有利于被告人复归社会。

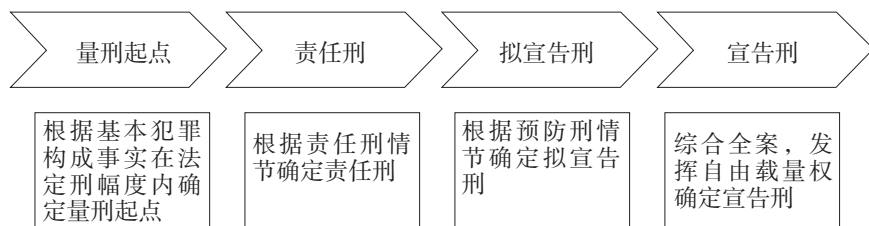


图2 责任主义指导下的量刑步骤

具体到共同犯罪量刑领域,由于行为人数多、影响大,有些犯罪组织、集团甚至跨区域、跨国作案,所造成的损害后果更为严重,对法益的侵害程度往往更大,责任刑情节一般会重于单独犯罪。因此,应坚持对主犯从重处罚,使其承担不低于单独犯罪的刑事责任,以预防有组织犯罪。

(三) 冲突的融合与限度

认罪认罚从宽处理与共同犯罪案件量刑从重看似存在冲突,但通过分析二者的价值理念与内涵,不难发现二者在冲突表象下存在实质价值归趋的弥合与统一。^①

1. 认罪认罚从宽制度与共犯量刑规则价值内核的统一。认罪认罚属于独立的预防刑情节,认罪认罚从宽处罚的根本依据在于特殊预防必要性降低。主、从犯作为独立的责任刑情节反映行为人的社会危害性。责任主义下的量刑规则本质是以责任刑为纽带实现对犯罪人的行为评价,而责任刑的本质仍体现在犯罪人的人格因素,认罪认罚从宽制度的逻辑与责任主义下的共犯量刑规则的要求完全一致。

2. 法益恢复主义对责任刑、预防刑的双重补充。一方面,根据传统报应主义理论,公权力虽然垄断报应的权力,但报应的需求主要来自被害人。法益恢复可以降低被害人的报应需求,也就是责任刑必要性降低;另一方面,行为人积极主动修复受损法益,显示其已积极悔罪,特殊预防必要性也有所降低乃至消失。^②认罪认罚从宽制度的核心价值为法益恢复,通过法益恢复又使责任刑与预防刑的必要性减小,解决了量刑时责任刑与预防刑的冲突。

^① 参见周光权:《论刑法与认罪认罚从宽制度的衔接》,载《清华法学》2019年第3期。

^② 参见刘科:《“法益恢复现象”:适用范围、法理依据与体系地位辨析》,载《法学家》2021年第4期。

3. 认罪认罚从宽与共犯量刑规则的融合限度。一方面,量刑是实现刑法目的的重要程序,更是彰显刑法价值的最直接、最重要环节。根据罪责刑相适应原则,最终的宣告刑应当体现国家公权力与公民私权的理性分配,同时,国家意志对公民自由、公共秩序的影响应控制在一定限度内,这在司法实践中就体现为“类案同判”。从上述案例已可窥见,过度追求量刑平衡势必造成与相同情节单独犯罪的案件“类案不同判”的现象,影响整体公正的实现;另一方面,量刑又是实现刑罚公正的最后手段,如同世界上没有完全相同的两片树叶一样,也没有完全相同的两个案件,而不同案件及同案不同被告人之间的差异性就需要通过刑罚的个别化实现。因此,认罪认罚从宽与共犯量刑规则的融合应有一定限度,即探求兼顾个体公正与整体公正的最佳平衡点,真正实现共犯量刑的规范与公正。

四、共同犯罪认罪认罚案件量刑规则的路径规制

(一) 对认罪认罚进行实质性审查,解决是否认可认罪认罚的问题

共同犯罪案件中认罪认罚的完整形态可以解构为三层内涵,被告人必须同时具备才能对其认罪认罚予以认可。第一“认事实”,即被告人如实供述自己和同案犯的主要犯罪事实,对公诉机关指控的主要事实无异议,各被告人所认犯罪事实必须一致且与公诉机关指控的事实一致;第二“认事实+认罪名”,即各被告人除了对指控事实无异议外,对公诉机关指控的罪名亦无异议;第三“认事实+认罪名+认罚”,即在上述基础上,被告人认可公诉机关提出的量刑建议,包括主刑、附加刑及是否适用缓刑;同时,被告人应为损害法益的恢复做出积极弥补措施,尽可能地将对法益的损害降到最小。^①

公诉机关为提高认罪认罚适用率,有时会忽略对认罪认罚完整形态的把握,加之共同犯罪人主观认识、悔罪程度的差异,使得认罪认罚的形态更为复杂。易出现被告人徒有认罪认罚表象,但不符合“认”的完整形态。因此,在共同犯罪中,法官应注重对被告人认罪认罚充分性的实质审查,防止未达到认罪认罚完整形态的被告人获得从宽待遇。比如,司法实践中时常发生被告人虽然签订了认罪认罚具结书,但只承认某些犯罪事实而不承认全部犯罪事实的情况。此时,审理阶段应要求公诉机关撤销认罪认罚。

在对被告人认罪认罚充分性进行实质审查时,应坚持区分性原则。对主犯而言,对如实供述犯罪事实采取叠加原则,除如实供述个人的犯罪事实,还需供述同案犯以及同案犯的犯罪事实,三者缺一不可;对从犯而言,除必须如实供述个人的犯罪事实,还需供述知情的同案犯或同案犯犯罪事实,二者不可或缺。

^① 参见狄小华:《认罪认罚等级体系的构建与运用》,载《学海》2019年第1期。



（二）以侵害法益为犯罪类型划分标准，解决认罪认罚从宽幅度的精准分类

由于侵害不同类型法益犯罪的“认罚”内容不同，有必要先以类型化思维对具体个罪予以分类，再确定不同的从宽幅度，防止量刑扎堆造成的不平衡。如前所述，共同犯罪案件认罪认罚从宽制度的核心价值为法益恢复。因此，可以犯罪既遂后能否消灭法益侵害的实质危险性或能否恢复已侵害的法益为标准，将犯罪划分为“法益可恢复性犯罪”和“法益不可恢复性犯罪”。^① 具体而言，“法益可恢复性犯罪”应具备三个限定条件：法益属性的非国家权力性、法益范畴的非人格性、法益侵害方式的非暴力性。这一思路在我国刑法立法体系中也得到了印证，如恶意透支型信用卡诈骗罪、非法吸收公众存款罪等相关司法解释对于行为人犯罪既遂后的法益恢复行为作了比较明确的从宽处理规定，可以减轻或免除处罚。^②

对于“法益不可恢复性犯罪”，如《刑法》第七章危害国防利益罪等侵害国家权力性法益的犯罪。此类犯罪无激励法益恢复的必要性，同时，侦查阶段往往已固定充分的证据，对言辞证据的依赖性不大，分化和瓦解共犯内部结构的价值弱化。因此，量刑从宽幅度应从严把握，与自首、坦白等减少预防刑情节叠加的最大从宽幅度不超过20%，包括认罪认罚在内的预防刑情节的适用不宜改变责任刑情节确定的共犯地位之平衡。

对于“法益可恢复性犯罪”，应当合理拓宽量刑从宽区间并根据“认罚”的实际履行内容设定不同的从宽幅度。一方面，使各被告人享受不同“认罚”内容带来的实质从宽待遇，保障共同犯罪案件内部个体公正的实现；另一方面，可因幅度的拓宽避免量刑逆转的出现，保障共同犯罪案件整体公正。具体而言，此类案件的量刑幅度可从宽把握，与自首、坦白等减少预防刑情节叠加的最大从宽幅度不超过60%即可。以此为契机，为全面实现量刑公正，必须进一步完善《量刑意见》，可参照其坦白情节的规定，通过区分“认罚”的实际履行内容，在0~60%的区间内建立阶梯式从宽体系（见表2）。表2中列举的类型是一种理想状态，实践中，经常遇到被告人部分退赃退赔、缴纳罚金的情形。可以参照表中阶梯式量刑方式，以被告人实际退赃退赔、预交罚金金额占应退赃退赔、缴纳罚金的比例为系数，计算量刑从宽幅度，实际履行比例越大，享受的量刑从宽幅度也就越大。如果仍然出现部分被告人认罪认罚冲击共犯地位平衡的情况，在不改变主从犯地位的情况下，可分别在主犯内部、从犯内部对按照责任刑大小所排列的被告人顺序进行适当调整。

① 参见庄绪龙：《“法益可恢复性犯罪”概念之提倡》，载《中外法学》2017年第4期。

② 《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》规定，恶意透支数额较大，在公安机关立案前已偿还全部透支款息，情节显著轻微的，可以依法不追究刑事责任。《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的决定》规定，非法吸收或者变相吸收公众存款在提起公诉前积极退赃退赔，减少损害结果发生的，可以从轻或者减轻处罚；在提起公诉后退赃退赔的，可以作为量刑情节酌情考虑。

表2 《量刑指导意见》阶梯式从宽设计方案

序号	“认罚”的实际履行内容	从宽幅度	列举
情形一	无被害人, 无需退赃退赔且无罚金刑	0—30%	包庇罪、帮助犯罪分子逃避处罚罪
情形二	无被害人, 无需退赃退赔但预交罚金	0—40%	贩卖毒品罪; 容留、介绍卖淫罪
情形三	提起公诉后积极退赃退赔	0—50%	盗窃罪、诈骗罪、非法吸收公众存款罪
情形四	提起公诉前退赃退赔, 取得谅解, 避免、减少损害结果的发生	0—60%	

(三) 以责任刑为划分标准, 增加“降格量刑”梯次

认罪认罚从宽设置“降格量刑”梯次是制度内部逻辑所需。认罪认罚从宽制度作为宽严相济刑事政策的重要制度措施, 依据《刑事诉讼法》的规定, 一般情况下在法定刑幅度内从宽处理。另外, 《刑事诉讼法》第182条还规定了特别从宽制度。^①根据法律内部协调性原理, 在特别从宽与一般从宽之间应该增加“降格量刑从宽”(法定刑以下减轻处罚), 从而形成三个既梯度分明又紧密衔接的从宽处理阶梯。^②进言之, 《刑法》第63条第2款可作为“降格量刑从宽”的法律依据。

司法实践中的确有一些认罪认罚案件需要“降格量刑”。比如案例三中, 主犯法定刑在三年至十年量刑幅度内, 如不认罪认罚, 根据量刑规范化计算出的基准刑在三年的临界点, 那么被告人是否认罪认罚对量刑从宽无价值, 难以激励其主动认罪认罚。众所周知, 该类侵犯财产刑案件, 主犯的赔偿能力一般远大于从犯, 但囿于《指导意见》第8条规定的无法定情节不得减轻或免除处罚, 不利于激励主犯认罪认罚, 更不利于实现法益恢复。因此, 对于“法益恢复性犯罪”的认罪认罚, 从宽幅度不应与被动承认犯罪、接受惩罚的认罪认罚类型等同, 必要时可以同自首、立功等情节一样, 实现法定刑以下减轻处罚。如此, 不仅实现了被害人对于“追赃挽损”的强烈诉求, 还有效激发了被告人认罪认罚的积极性, 达到效率的叠加效应与制度的良性循环。^③具体构造如下:

第一, 责任刑三年有期徒刑以下的被告人。此类轻罪被告人, 因法定刑幅度区间小, 集中在此区间的被告人责任刑情节差距不大, 特殊预防的必要性小。如在提起公诉前自愿认罪认罚, 积极退赃退赔, 避免、减少损害结果发生, 可以从轻、减轻或免除处罚。

第二, 责任刑三年以上十年以上有期徒刑的被告人。根据我国刑罚体系特点, 三年、五年有期徒刑是大量罪名数额巨大、情节严重的法定刑升格起点。该类案件介于

① 《刑事诉讼法》第182条规定: “犯罪嫌疑人自愿如实供述涉嫌犯罪的事实, 有重大立功或者案件涉及国家重大利益的, 经最高人民检察院核准, 公安机关可以撤销案件, 人民检察院可以作出不起诉决定, 也可以对涉嫌数罪中的一项或者多项不起诉。”

② 参见朱孝清: 《认罪认罚从宽制度相关制度机制的完善》, 载《中国刑事法杂志》2020年第4期。

③ 参见庄绪龙: 《上下游犯罪“量刑倒挂”困境与“法益恢复”方案——从认罪认罚从宽制度的视角展开》, 载《法学家》2022年第1期。



轻罪和重罪之间,责任刑可适当让步预防刑,在责任主义之下兼顾对被告人的人权保障。如被告人在提起公诉前自愿认罪认罚,积极退赃退赔,避免、减少损害结果发生,可以从轻或减轻处罚。

第三,责任刑十年有期徒刑以上的被告人。此类重罪被告人罪行严重、社会危害性大,不应过于抬高被告人悔罪情节的地位而不适当地减轻责任刑。如果无限度地追求功利价值,违背罪责刑相适应原则,不利于发挥刑法的震慑作用,且侵害公众的守法意识。^①因此,应严格控制认罪认罚从宽制度这一减少预防刑情节的适用,不得在法定刑以下减轻处罚。

(四) 完善共同犯罪认罪认罚案件量刑规则的程序配套措施

共同犯罪认罪认罚案件审判程序在庭审结构、法庭调查等方面存在诸多缺陷,有必要优化其功能,为被告人的实体权利提供程序保障,实现共同犯罪案件量刑的规范与公正。

第一,确立定性审理或量刑审理为主的区分性庭审结构。当前,学界普遍强调认罪认罚案件的庭审应重点对认罪自愿性进行审查。事实上,自愿性审查一般只体现于法官在庭审时仍然按照程式化的套路举行法庭调查,逐一向被告人进行证据开示,占用了大量的时间资源,使得后面进行的量刑审理无法从容地进行,不免有舍本逐末之嫌。^②这种做法忽略了共同犯罪认罪认罚案件的特殊性。

共同犯罪案件庭审时,法官应更多关注没有认罪认罚的被告人。此类被告人可以细分为两类,一类是被告人不认罪的;另一类是被告人认罪,但对公诉机关提出的量刑建议不认可而未认罪认罚签字具结。应以被告人拒绝认罪认罚的原因为区分,确立侧重点不同的庭审结构。如果被告人认罪,仅不认可量刑建议的,庭审结构以量刑审理为主。控辩双方的量刑协商更应当成为法庭审理的对象和重点;如果被告人不认罪或辩护人作无罪辩护,则法庭审理主要围绕定罪问题展开,在确认罪行成立的前提下再转移进行量刑审理。^③

第二,保障被告人及其辩护人参与量刑辩论的权利。共同犯罪案件中,涉及的主体较单独犯罪更为复杂,除了控辩双方的博弈外,还有共同犯罪人内部的博弈。被告人及辩护人发表量刑辩论时,不仅可以对自身的量刑情节发表充分的辩论意见,还应当对同案被告人在量刑区分上发表肯定或否定的辩论意见。增加这一环节的重点在于,使法官能够拓宽信息渠道,收集更多量刑信息,使之与量刑建议权形成制衡,做到兼听则明,更加正确合理发挥自由裁量权以确定最终宣告刑。

① 参见王瑞君:《如何解决个案量刑时报应刑与预防刑的冲突》,载《政治与法律》2013年第5期。

② 参见陈瑞华:《量刑程序改革的模式选择》,载《法学研究》2010年第1期。

③ 参见苏彩霞、崔仕绣:《中国量刑规划化改革发展研究——立足域外经验的考察》,载《湖北大学学报(哲学社会科学版)》2019年第1期。

为保障共同犯罪法庭辩论的良性有序运行,除法官应当作出上述改变外,公诉人亦应作出观念和行动的转变。在法庭分别辩论阶段,对被告人及其辩护人提出的辩护意见,公诉人要注意避免打包式的反驳使法庭辩论流于形式,应当区分定罪意见和量刑意见,分别展开辩论,对量刑建议结果的由来给予说明,体现量刑辩论的实质化、透明化,形成以被告人议刑权制约公诉机关求刑权为主要特征的量刑辩论程序。这不仅有利于法官规范、公正地确定最终量刑,还使被告人对量刑结果心服口服,有效减少因对量刑不满引发的上诉。

第三,加强裁判文书的量刑说理部分。法官应在判决中对量刑裁判过程进行说理,特别是对认罪认罚从宽等预防刑情节适用造成的主犯从轻、相同作用的被告人量刑结果不一致等易被社会公众认为不公正的情形进行解释说明。事实上,刑事判决书重定罪轻量刑,对具体刑种、刑度的法律依据含糊不清、一笔带过,对量刑过程的论证模糊化等问题屡见不鲜,致使量刑程序公正受到冲击。^①如裁判文书多以“公诉机关的量刑建议适当,应予采纳”等制式语言代替量刑说理,未能很好展现量刑结果由来的实体分析。

针对共同犯罪认罪认罚案件的特殊性,法官在撰写裁判文书时应完善量刑说理部分。具体而言,根据区分性原则,对认罪认罚被告人和不认罪认罚被告人的量刑结果应予以侧重点不同的说明,将量刑全过程完整传达给被告人和社会公众。一是根据上文论述的责任主义下的量刑步骤,将量刑起点→责任刑→拟宣告刑→宣告刑的思维过程在本院认为部分予以客观呈现;二是着重论述采纳、部分采纳、不采纳控方量刑建议及辩方量刑意见的理由,清晰展示认罪认罚被告人的量刑结论形成过程;三是对不认罪认罚被告人的各量刑情节、量刑因素分类释明,对从轻、减轻等刑度明确阐述,体现量刑程序的公开化、透明化,守好量刑公正的最后防线。

结 语

当前,共同犯罪适用认罪认罚从宽制度产生的量刑不平衡问题日渐引起关注。本文以认罪认罚从宽制度的实体价值和责任主义下量刑根据为论证基础,提出“递进式三步量刑法”,并辅以程序性配套措施保障,为解决共同犯罪案件部分被告人适用认罪认罚从宽制度产生的量刑不平衡、不规范问题提供了切实可行的路径。

(责任编辑:杨 军)

^① 参见焦悦勤:《刑事判决书量刑说理现状调查及改革路径研究》,载《河北法学》2016年第2期。



刑事案件中的诉讼关照义务研究

——以女性犯罪为视角

李长艳 杨富元^{*}

内容摘要：诉讼关照义务在刑事案件中具有程序平衡和权利保障两项基本功能。囿于刑事理念的外观要求，诉讼关照义务未能在我国刑事法律中以条款形式呈现。从司法实践看，对女性等特定主体犯罪案件，诉讼关照措施实施与否对案件审理及裁判结果有实质影响。法理上，诉讼关照义务与刑事诉讼价值及原则具备逻辑包容性，嵌入刑事司法过程理由充分，契合女性犯罪特点，具备体系化构建的必要性。路径上，淡化职权主义色彩，从理念层面挹注关照精神，为义务履行提供思想基础；从法律规定、法官义务、借鉴家事审判改革经验等方面完善义务内部体系，适当延伸审判职能，构建公安、检察、法院、司法行政机关共同参与的诉讼关照义务全流程协同机制。

关键词：诉讼关照义务；女性犯罪；协同机制

在广受关注的劳荣枝案二审中，劳荣枝本人与律师发表辩护意见意图减轻罪责，法庭充分尊重当事人辩护权，对控辩平衡尺度的精准掌控彰显诉讼中对涉嫌犯罪女性主体的关照，使得该案足以成为诉讼关照义务履行的代表性样本。以审判为中心的刑事诉讼制度改革与对女性等特殊犯罪主体的程序关照，本质上并无冲突。然而，诉讼关照义务体系构建中逻辑理念如何兼容、制度如何设计、机制如何运行等均需要在理论与实践层面进一步思考研究。

^{*} 李长艳，山东省淄博市周村区人民法院刑事审判庭三级法官；杨富元，山东省淄博市中级人民法院民三庭法官助理。

一、女性犯罪特点考察与诉讼关照义务的原由

（一）我国女性犯罪案件的特征

从犯罪学角度，女性犯罪包含“犯罪主体实施的具有严重社会危害性的行为”与“因为犯罪的是女性，所以才说成女性犯罪”双要件。^①实践中，我国女性犯罪案件有如下特征：

1. 全国女性犯罪案件数量螺旋上升，中青年女性居多

根据最高人民法院 2017—2021 年全国法院司法统计公报，女性占全国刑事犯罪总人数的 10% 左右，而中青年女性占女性犯罪人数比超过 80%（见表 1）。究其原因：一是“女性成熟期早于男性，青春期女性缺乏辨别力，易受不良思想诱导酿成悲剧”^②，如意外怀孕少女无奈抛弃或杀婴；二是特定经济和社会环境的变化为女性犯罪提供了更多客观条件，男女社会分工同质化与女性岗位责任多元化，导致女性在追逐财富或权力中实施犯罪，或因法律意识、文化认知短板实施犯罪行为。

表 1 女性犯罪主体案件数量与中青年女性占比

年份	犯罪女性人数	占总犯罪人数比	中青年女性	占犯罪女性人数比
2017	118195	9.31%	97614	82.59%
2018	140772	9.85%	123217	87.53%
2019	171288	10.32%	146971	85.80%
2020	160007	10.48%	133264	83.29%
2021	185417	10.81%	157923	85.17%

2. 犯罪类型多样化，知识女性犯罪呈增长态势

从犯罪类型看，女性犯罪一般为盗窃、诈骗等非暴力犯罪，但暴力犯罪也时有发生。近年来，随着经济发展与女性地位的提高，女性犯罪形态呈现多样化，罪名愈加宽泛。非法吸收公众存款、电信网络诈骗等犯罪屡见不鲜；暴力犯罪指向性明显，一般针对家属、邻居等；青春期少女叛逆，容易出现暴力欺凌现象。“在受教育程度方面，高学历职业女性犯罪占比增长明显。”^③

3. 谋财型犯罪为主要类型，多与性犯罪关联

从有关统计数据看，八成以上女性犯罪属谋财型，是犯罪的主要类型。女性犯罪

① 参见赖修桂、赵学军：《女性犯罪研究》，法律出版社 2013 年版，第 17 页。

② 白晓周：《女性权益保护视角下的日照市女性犯罪问题研究》，曲阜师范大学 2019 年硕士学位论文。

③ 陶强、林晓萌：《女性犯罪呈现“一低两高”新特点》，载《检察日报》2021 年 8 月 13 日，第 4 版。



呈现群体、共同、被动特点,在犯罪中大多起次要或辅助作用,为从犯或次主犯。同时,女性特有的生理与心理结构,形成异性吸引力,比如有些女性以女色,诱骗异性钱财。因此,女性谋财型犯罪常与性行为结合,司法认定难度高。

4. 被动型犯罪数量居多

女性犯罪以被动型居多,主动型行为较少。究其根源,女性柔弱单薄的生理特点与对男性依附的传统观念,加之“群体亲和性、交互感染性,易受暗示性都很强”^①,导致女性犯罪多在他人唆使、引诱、欺骗、强迫等方式下进行,如“仙人跳”等。另外,某些类型的女性犯罪有前被动后主动特点。女性被动参与犯罪或有过受害经历后,深陷其中,思想意志转化,成为犯罪行为实施或领导者,造成更大危害。^②如集资诈骗行为。

(二) 对犯罪女性诉讼关照的原由

刑事诉讼中对犯罪女性予以关照,可确保程序选择与权益保护之平衡。基于女性特点,在刑事案件中有必要施之以诉讼关照义务。

1. 犯罪女性生理、心理与社会地位“柔性”特征

一是女性生理对其犯罪行为的影响。首先,“人类大脑灰质主管思维,白质承担着脑细胞间联络任务,女性大脑灰质比男性多50%,白质却明显少于男性,这也是女性易受情绪影响而实施非常态犯罪行为的生理原因”^③。生理差异导致女性的社交与工作自制力强过男性,但女性压力排解力较弱。其次,身体基因决定女性体能不如男性,心理承受能力弱于男性,故女性性格柔顺温和,胆量小。相关生理、心理差异决定女性易实施诈骗、盗窃、纵火、投毒或性犯罪,较少进行抢劫或杀人等暴力犯罪。

二是女性具有心理依附特征。中国女性一般性格内向、性情温和,易在道德教化下出现在家靠父母、婚后靠丈夫、工作靠领导同事的依附心理,形成权威崇拜。依附心理强的女性在生活与职场中自我保护力差,被动竞争且容易受骗,这是女性犯罪多呈胁从、受胁迫或被教唆特点的原因所在。同时,因在生活、教育、就业等方面长期遭受不同程度的歧视或不公待遇,叠加自主意识不强,我国多数女性不懂或不擅长使用法律武器来维护合法权益。

2. 民事领域家事审判改革的启迪

家庭是社会的细胞,稳妥处理家庭婚姻关系,可预防女性犯罪,保持社会稳定。2016年最高人民法院家事审判改革工作试点等改革措施,已然证实以人性理念为指导的家事审判改革,契合诉讼发展要求,体现关照精神,弘扬了社会主义核心价值观。

① 连春亮:《论女性犯罪的新特点》,载《山东警察学院学报》2019年第2期。

② 理论上称之为“恶逆变”现象,即犯罪人在实施犯罪行为之前,有过被害经历且未得实质性经济等补偿,加之直接犯罪实施人未得到应有惩罚,被害人出于报复或侥幸心理向犯罪人身份转化。参见李宇涵:《女性诈骗犯人格特征分析》,载《山西警察学院学报》2020年第4期。

③ 参见张潘仕:《女性犯罪初探》,河北人民出版社1988年版,第167页。

家事审判改革注重审判专门化与专业化,设置独立合议庭或审判庭,组建经验丰富的专业审判团队;实施圆桌审判处理模式及客厅化布置,“没有传统法庭场景,客观上减少了庄严感”^①,创造平等交流情境与情感沟通平台,以情疏导全力保障纠纷化解;注重家事调查、诉前调解机制应用,家事调查采柔性方式,诉前调解成为刚性前置程序;强调审判社会化,调动妇联、律协等专业机构参与,引入志愿者、心理咨询师等人员,建立情感调解专家数据库,以能力特长分配任务。

家事审判改革效果有目共睹,刑事诉讼理应借鉴。女性是家庭重要成员,其行为对家庭、社会影响不容忽视。当其成为刑事追诉对象时,可参照民事领域家事审判改革的理念和做法,给予合理诉讼关照,实现刑事惩戒的法律效果与社会效果最大化。

3. 优待犯罪女性的儒法传统

封建时代儒法结合的父权制主导社会性别规范,对女犯司法处置有约束规制的限制性面向,也存在体恤和优待女犯的诸多法律条款,如女犯监禁慎重、封建五刑减免、特定阶层女犯刑罚优恤等。历代王朝在刑罚执行上对女犯体恤优待政策未曾间断,某种意义上,女犯羁押、审判、刑罚方式是一个逐渐文明过程,形成优待女犯与恤刑思想的历史传统。据《汉书·志·刑法志》记载,汉景帝曾下诏:“高年老长,人所尊敬也,鰥寡不属逮者,人所哀怜也。其著令:年八十以上,八岁以下,及孕者未乳,师、侏儒当鞠系者,颂系之。”汉平帝亦曾下诏:“盖夫妇正则父子亲,人伦定矣,前诏有司复贞妇,归女徒,诚欲以防邪辟,全贞信,及眚悼之人,刑罚所不加,圣王之所制也,惟荷暴吏多拘系犯法者亲属,妇女老弱,构怨伤化,百姓苦之,其明敕百僚,妇女非身犯法,及男子年八十以上,七岁以下,家非坐不道,诏所名捕,它皆毋得系,其当验者,即验问。”东汉光武帝为体恤女犯而下诏:“男八十以上,十岁以下,及妇人从坐者,自非不道,诏所名捕,皆不得系,当验问即就验,女徒顾山归家。”又如《唐律疏议》对于女性罪犯的惩治比男性较为优恤,主要体现在徒刑和流刑之上。徒刑就是限制罪犯人身自由,强制奴役,女性犯人带钳或盘枷,主要从事官方的缝作或配春活动。流刑就是强制流放到偏远地区,如果不是犯了非流不可的罪名,唐代一般不对妇女施以流刑,考虑到女性的生存能力,对于女性犯人一般不独自流放,而是以其他刑罚代替。如果女性因为自身犯罪而被流放,可以杖刑代替,如果是因为丈夫、儿子之罪名而被判流放,则随夫流配,官府不得截留;如果妇人是随儿子流放,则妇人可以自行决定,不作强制安排。《唐律疏议·断狱》规定:“诸妇人犯死罪,怀孕,当决者,听产后一百日乃行刑。若未产而决者,徒二年;产讫,限未滿而决者,徒一年。失者,各减二等。其过限不决者,依奏报不决法。”孕妇即使犯有死罪,也只能百日后行刑,

^① 景汉朝:《互联网法院的时代创新与中国贡献》,载《中国法学》2022年第4期。



否则将追究相关官员的法律责任。类似对妇女的关照、体恤政策在宋代、明代、清代等时期均有出现。考虑到我国对犯罪女性优待与恤刑的历史法制传统,且该传统仍旧根深蒂固影响着当代中国法治进程,则遵循历史传统,在刑事诉讼中对犯罪女性施加关照义务便更顺理成章。

4. 刑事诉讼实体法与程序法的现实要求

“诉讼关照义务履行的边界由被告人权利可以限缩的程度决定。”^①《刑法》与《刑事诉讼法》中均有体现关照义务的相关规范,但涉女性条款亦不少。《刑法》第49条死刑适用排除规定、第72条缓刑适用条件等,从刑罚适用实体角度体现对犯罪女性的关照。《刑事诉讼法》第11条关于被告人辩护权的规定、第14条关于刑事诉讼权利保障的规定、第265条关于暂予监外执行的规定等,从诉讼程序角度对犯罪女性予以关照。“刑事诉讼法和刑事实体法,两者相互制约,彼此补充,以此实现保障人权、保护社会之目的。”^②

既然诉讼关照原则已有法律条款规范,刑事司法实践中应当不折不扣执行,以体现法治精神。但是,目前刑事司法的关照条款,存在分布零散、非体系化等问题,因而限制了关照义务全面履行。基于此,应对现行诉讼关照义务作体系梳理与实施路径研究,以更好发挥特定条款诉讼平衡功能,保障犯罪女性等特定主体合法权益,彰显“关爱弱势”的人本精神。

二、刑事诉讼关照义务的内涵、经验与逻辑思辨

(一) 诉讼关照义务内涵及域外经验

1. 诉讼关照义务内涵

从原则肇始看,“诉讼关照”兴于德国,其法学家倡导诉讼关照是国家刑事司法机关负有对被追诉人充分行使诉讼权利的保障与协助义务,如赫尔曼所言:“这个在法律中没有明文规定的原则,要求法院、刑事追诉机关有义务帮助不熟悉刑事程序的被告人伸张自己的权利。”^③

刑事诉讼中关照原则强调:(1)刑事流程的侦查、起诉与审判机关对被追诉人负程序保障义务,反之承担不利后果。关照义务程序性实现,对主动型事项,司法机关应抑制职权范围内冲动,保障诉讼对象程序权利;对被动型事项,司法机关借助释明

① 黄琪:《论性侵害案件法官对被害人的诉讼关照义务——以欧洲人权法院对Y诉斯洛文尼亚案的裁决为切入》,载《法制与社会发展》2018年第4期。

② 周光权:《法治视野中的刑法客观主义》,清华大学出版社2002年版,第258页。

③ [德]约阿希姆·赫尔曼:《德国刑事诉讼法典》中译本引言,载《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第15页。

权对程序规定进行说明,确保被追诉方的程序知情权、参与权、选择权,保障其程序决定权。(2)程序完备前提下司法诉权充分行使,力戒刑诉“偏在问题”,^①防止社会、他人歧视和不公正待遇,确保案件结果实体公正。例如,《德国刑事诉讼法》第136条规定:(一)初次讯问开始时,要告诉指控人所被指控的行为和可能适用的处罚规定。接着应当告诉他有就指控进行陈述或者对案件不予陈述的权利,并有权随时地(包括在询问之前)与由他自己选认的辩护人商议。此外,对他应当告知可以申请收集一些对自己有利的证据。在此适当的情况中,还应当告诉被指控人可以用书面陈述。(二)讯问时要给予被指控人机会,消除对他产生嫌疑的理由,提出对他有利的事实。(三)初次讯问被指控人时,应当同时注意侦查他个人方面的情况。

不止德国,很多国家刑事诉讼规范都体现了诉讼关照义务原则。例如美国,警察在讯问犯罪嫌疑人之前,必须告知“米兰达警告”。“米兰达警告”包括以下信息:(1)嫌疑人有权保持沉默;(2)嫌疑人所说的任何话都可以并将在法庭上被用来指控他们;(3)嫌疑人有权聘请律师;(4)如果嫌疑人无力聘请律师,将为其指定一名律师。在某些情况下,“米兰达警告”还可能包括其他信息,例如嫌疑人有权在审讯期间有律师在场,或者如果他们不讲英语,有权要求翻译在场。当然,“米兰达警告”的具体措辞可能因司法管辖区和逮捕情况的不同而有所不同。日本也采类似做法,《日本刑事诉讼法》第198条规定,检察官、检察事务官在对犯罪嫌疑人进行调查以前,应当预先告知犯罪嫌疑人没有必要违反自己的意思进行供述的意旨。第203条第1款和第204条第1款规定,司法警察和检察官在逮捕犯罪嫌疑人后,应当立即告知犯罪事实的要旨和可以选任辩护人的意旨。

结合我国《刑事诉讼法》第9条关于诉讼语言文字权利的规定、第11条关于被告人有权获得辩护的规定等,可探知我国诉讼关照义务的内涵:(1)诉讼关照义务全流程性。侦查起诉阶段,对犯罪女性等主体的诉讼活动加以解释、说明,协助其行权与维权;审判阶段,对涉嫌犯罪女性等主体的程序权利进行告知释明,协助其充分行使辩护权等,进而保障实体公正;羁押监禁阶段,保障犯罪女性探视权、表达权、知情权等权利,确保羁押监禁环境良好,充分保障人权。(2)诉讼关照义务的法定性。刑事法律条款中有的义务可执行,没有规定的内容则不能实施,否则会破坏程序刚性,导致对公正性质疑,影响案件实体审理。

2. 诉讼关照义务的域外经验

域外研究较为注重女性在刑事控辩中诉讼能力不对等现象及刑罚污名化效应。首先,涉嫌犯罪女性与检察机关相比较,其在接受控诉时诉讼手段、资源技术差距明显,

^① 参见李伟:《犯罪学的基本范畴》,北京大学出版社2004年版,第172页。



呈现先天失衡状态,法官通过告知、释明等方式对弱势一方给予关照,可确保双方诉讼地位与能力实质更趋均衡,让裁判结果更接近真相。鉴于诉讼关照原则对刑事控辩双方力量之“再平衡性”的重要价值,其已在诸多国际性公约中出现,如联合国《公民权利和政治权利国际公约》第9条。^①其次,“刑事司法制裁在一些情况下反而起到促进犯罪的作用,这为我们完善非犯罪化、非刑罚化、非监禁化等处遇措施提供了理论支撑”^②。犯罪女性在结束监禁后往往遭受社会排斥,回归正常生活十分艰难,甚至再次走上犯罪之路。因此,域外对情节轻微、危害不大、主观恶意小的女性会考虑采放宽不起诉条件、纳入刑事和解等方式处理,以缓解刑罚对女性污名化效应。

(二) 刑事诉讼关照义务自洽性与限制性

1. 法哲学视域审视

女性关照理念有突出其弱势地位与过度保护女权之嫌?相关观点似是而非。“对女性特殊保护不意味着承认女性社会地位低下,只是意味着认可男女之间在生理心理和社会角色等方面有所差异,这种差异导致现实中某些不平等客观存在”^③,同理,强调女性特殊关照也非反向歧视,系为维护弱势方平等人权,而赋予女性的特殊法律权利,是多种考量下以“矫枉过正”方式实现女性与男性实质平等,维护“人之为人”基本尊严,非倡导女性特权与对男性歧视。^④

刑事诉讼中女性关照义务的自洽性,主要源自关照原则与刑事诉讼基本价值、审判中立原则、法律适用平等原则的内涵冲突,进而弥合分歧,完成逻辑证成。

(1) 关照原则与刑事诉讼基本价值的契合

刑事诉讼中控辩力量失衡某种程度上会阻碍公平正义价值目标实现,从近几年的数起涉女性冤假错案可见一斑。^⑤与男性比,犯罪女性体型更小、力量薄弱、心理敏感脆弱,刑事诉讼中地位更弱势,需诉讼流程的帮助呵护。如果刑事诉讼中强化对女性关照,可增强女性程序自信心与选择权,从而增加刑事司法程序“实质公正”要素,提高裁判结果社会接受度。当然,对女性的诉讼关照应有必要限度,谨守公平底线,重点处理好与审判中立、法律适用平等原则的关系。

(2) 诉讼关照未实质损害审判中立原则

审判中立原则强调法院、审判人员与控辩双方无利害关系,审理中要平等对待控

① 联合国《公民权利和政治权利国际公约》第9条第2款规定:“任何被逮捕的人,在被逮捕时应被告知逮捕他的理由,并应被迅速告知对他提出的任何指控。”

② 李易尚:《国外发展犯罪学视角下的女性犯罪研究述评》,载《河北法学》2021年第9期。

③ 沈佳:《刑事诉讼中女性被追诉人人权保护制度研究》,西南政法大学2008年硕士学位论文。

④ 参见赵秉志、彭文华:《文化模式与犯罪构成模式》,载《法学研究》2011年第5期。

⑤ 例如云南省钱某风投毒案,受害人钱某风在幼儿园工作,因出现幼儿集体中毒事件,被怀疑是投毒犯罪人,导致从17岁被关押到30岁,才由云南高院通过再审程序认定其无罪,并对其进行172万余元国家赔偿,大好青春因此被荒废;再如陕西女工程师李某侠因网上发帖举报当地石料厂污染环境、损毁道路,被警方以涉嫌寻衅滋事罪关押近700天,最终在法院建议下检察机关作出不起诉决定,并申请国家赔偿。

辩双方。既然控辩双方权利义务对等,对女性诉讼关照会破坏审判中立吗?其实两者并不矛盾,诉讼关照非直接代行权利,其与中立原则具备价值一致性,都是为了更好地保障诉权与维护程序正义。

诉讼关照并非要求审判机关替诉讼参与人直接行使权利与履行义务,而是程序性关照,^①如庭审告知女性享有的诉权与行使途径等,便于其积极维权。总之,以告知、释明等程序性安排,强化女性权利意识,在审判中立前提下更全面实现刑事诉讼目的。同时鉴于刑事司法的严肃性,关照义务应有明确理念或规范依据,若诉讼关照义务长期为临时、口头或随机程序安排,则会加剧流程不确定性,反噬中立原则。

(3) 诉讼关照与法律适用平等原则的兼容性

《刑事诉讼法》第6条强调任何公民在适用法律上一律平等,诉讼关照原则不会导致女性享有适法特权。其一,公民适法平等是针对已查证的公民犯罪事实,按刑法规定承担责任,杜绝量刑特权。关照义务侧重程序,保障程序权利与准确认定事实,为刑法适用兜底,故此义务不会破坏法律适用统一,可保障女性实质平等适法。其二,适法原则反对特权,关照原则保障女性宪法和法律权利。在适法平等前提下,对刑事诉讼法已有规定的关照义务,可依法实施;其三,基于宪法与民法规定,结合女性特点与司法政策,对女性诉讼关照也有合理法源。

2. 诉讼关照义务受刑事客观原则制约

刑事客观义务要求“检察员、警察负有义务,应当不偏袒、公正地采取行动,特别是要全面地侦查事实真相。检察员、警察不得单方面地谋求证明被告人有罪”^②,但同时检察机关要全面收集证据,履行控诉职责,审理机关对被追诉人合理定罪量刑。客观义务有诉讼关照与追诉功能融合的“一体两面”特征,^③应尊重客观原则下追诉功能对关照功能的框架约束。

(1) 不得干扰正常刑事诉讼流程

诉讼客观严谨,法定性强,“不管何种审判方式,都担当着在一个司法行为链中最终定纷止争的功能”^④。刑事诉讼程序中虽应关注女性等主体,但义务履行不得干扰正常刑事诉讼流程。对于身体健康的女性拒绝收监或申请取保候审等利用关照义务干扰正常办案流程之行为:一是告诫,要求其配合办案;二是劝告无效后,强制推进诉讼流程,保证审限内结案。

(2) 不得破坏案件事实查明与法律适用统一性

“强调法官对有利被告证据信息的调查,实现控辩审之间权力和权利的动态平衡。

① 参见谢佑平等:《刑事司法权力的配置与运行研究》,中国人民公安大学出版社2006年版,第208-209页。

② [德]约阿希姆·赫尔曼:《德国刑事诉讼法典》,李昌珂译,中国政法大学出版社1995年版,第15页。

③ 参见陈永生:《论客观与诉讼关照义务原则》,载《国家检察官学院学报》2005年第4期。

④ 龙宗智:《刑事庭审制度研究》,中国政法大学出版社2001年版,第54页。



这是现代刑事审判的真谛。”^①事实查明是司法判决前提，类案适法要有统一性。对女性进行关照不能妨碍案件事实查明，如拒绝检察机关审讯、法院开庭审理等。同时，关照义务不能影响案件实体正义，尤其是女性案件应符合同期类案裁判尺度，防止关照导致标准“失真”。在刑罚执行阶段可灵活适用关照义务，保障女性合法权益。

（3）不得导致被追诉人逃避正常刑罚

刑罚是对犯罪行为的否定性量化评价。考虑女性特殊情况，可根据关照理念对刑罚作变通执行，这将在一定程度上改变刑事判决所确定的刑罚内容。如果有正当理由，比如女性认罪悔罪态度较好、监禁刑期短可适度调整等，可在契合惩戒目的，不扰乱司法秩序前提下实施诉讼关照。对希望借助关照机制逃避惩罚的犯罪女性，如故意怀孕逃避监禁、捏造理由缓交罚金等，除正常执行刑罚外，可视情节追加处罚。

总之，诉讼关照是人性审判理念的具象化，义务落实也是刑事审判的重要内容。从诉讼理念原则方面对关照义务加以逻辑思辨，可澄清思想困惑，夯实诉讼关照义务体系建构的法理基础，保障特定主体合法权益，实现法律效果与社会效果的有机统一。

三、刑事案件中诉讼关照义务内部体系的构建

（一）刑事诉讼关照义务理念的倡导落实

理念创新是行为先导，刑事诉讼中的职权主义色彩是关照义务难以实质推行的主要障碍。因此，刑事诉讼理念应进一步从思想层面上打破职权主义观念束缚，全面考虑诉讼流程中涉嫌犯罪主体的特殊性，挹注“人本关怀”，防止女性等某些特定主体诉讼权利保障进一步失衡，出现对刑事诉讼目的实现的反向制约。

鉴于此，应在刑事诉讼中明确对犯罪女性的诉讼关照理念，结合女性的心理生理弱势特征，对女性加以适当照顾。刑事职权主义模式中的诉讼关照，可将其流程模式化：其一，审判机构专门化、审判人员专业化，以适应女性特点；其二，特定诉讼流程（如辩护义务、告知义务）“柔性化”，以契合犯罪女性需求；其三，刑罚执行人道化，对犯罪女性适用非监禁刑、缓刑等；其四，回归社会实质化，采取对应措施，帮助犯罪女性在经济、社会方面“重生”。

特定犯罪主体的关照理念落实到位是一个长期渐进过程，应当强化关爱犯罪女性的司法社会宣传，司法部门应与行政部门、民间组织、社会公众通力配合，提倡犯罪女性“重生”理念。通过现场宣教、网络传播、专家访谈、当面悔过等形式，唤起全社会对犯罪女性的关怀与爱护之心，不因其一时失足而终生承受歧视，更好地彰显社

^① 陈如超：《论中国刑事法官对被告的客观照料义务》，载《现代法学》2012年第1期。

会主义核心价值观。

(二) 刑事诉讼关照原则的制度完善

1. 规范层面，可在《刑事诉讼法》总则中增加女性犯罪主体关照义务条款，大致可表述为：对女性犯罪嫌疑人、被告人和其他女性诉讼参与人，在确保适法平等基础上，予以适当关照。以此昭示诉讼关照义务的重要性，明确其在刑事规范体系中的重要地位，引领分则义务条款，强化司法人员认知。

2. 可借鉴大陆法系（如德国法）经验，明确我国法官对犯罪女性关照义务。一般包括告知、释明、审查、救济四项义务：（1）告知义务。包括刑事诉讼权利告知、案件审理状况告知两项内容，告知方式以口头告知为原则，书面告知为例外，前者可依据法律规定、审判阶段具体状况进行，后者可在审查起诉阶段直接书面送达告知。（2）释明义务。“法官释明作为协助当事人查明事实重要措施，是法官诉讼指挥方式之一，属于实质诉讼指挥。”^①一是强调释明及时性，结合犯罪女性情况与案件审理状况及时进行；二是强调义务附随性，指导或提醒犯罪女性正确行权；三是强调义务非强制性，不得强制要求遵照释明内容实施诉讼行为或据此评判。（3）审查义务。包括内容审查与态度审查，前者包括对犯罪女性的异议证据、认罪答辩、诉讼关照回应三方面审查，后者则对女性认罪态度之真实性、自愿性、理智性进行审查，确保其权益周延。（4）救济义务。一是保障女性被告人在诉讼中进行有效对抗，如诉讼请求及时回应、证据异议及时澄清等；二是对未履行关照义务案件加以纠正，如重审、改判等；三是对未履行关照义务的法官加以惩戒，如训诫、责令具结悔过、党政政纪处分、责令退额等。

3. 现行诉讼关照义务法律规定，存在单一零散特点，存在执行完成度不高或选择执行问题。实践中对于犯罪女性关照义务履行往往异化为司法人员基于情理而做出的适度关照行为，未形成长效机制，因此应审视现行相关条款并强化落实力度（见表3）。

表3 刑事诉讼中重点关照条款完善建议

条款	内容	完善建议
《刑事诉讼法》第14条	人民法院、人民检察院和公安机关应当保障犯罪嫌疑人、被告人和其他诉讼参与人依法享有的辩护权和其他诉讼权利。 诉讼参与人对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯公民诉讼权利和人身侮辱的行为，有权提出控告。	讯问、审判时通知女性成年家属或委托诉讼代理人到场，同时侦查、检察、审判人员有侵犯诉讼权利和人身侮辱行为的，女性犯罪嫌疑人可及时提出控告，对控告请求，应立刻受理不得延误，依据非法证据排除规则、再审监督程序、监察部门介入等方式解决。

① 熊跃敏：《民事诉讼中法院的释明：法理、规则与判例》，载《比较法研究》2004年第6期。



续表

条款	内容	完善建议
《刑事诉讼法》第 34 条	犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,有权委托辩护人;在侦查期间,只能委托律师作为辩护人。被告人有权随时委托辩护人。 侦查机关在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候,应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内,应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民法院自受理案件之日起三日以内,应当告知被告人有权委托辩护人。犯罪嫌疑人、被告人在押期间要求委托辩护人的,人民法院、人民检察院和公安机关应当及时转达其要求。	刑事案件辩护人委托规定,实践中应具体操作如下:侦查机关第一次讯问女性犯罪嫌疑人或者采取强制措施时,应告知其有权委托辩护人;人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内、人民法院自受理案件之日起三日以内,应当告知女性犯罪嫌疑人有权委托辩护人。公检法机关履行委托辩护人权利告知后,可记入笔录备查。女性犯罪嫌疑人在押期间主动要求委托辩护人的,公检法机关应及时转达其要求并协助当事人办理委托手续。
《刑事诉讼法》第 38 条	辩护律师在侦查期间可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助;代理申诉、控告;申请变更强制措施;向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况,提出意见。	律师申请强制措施变更规定,对女性犯罪嫌疑人取保候审申请,其允许标准应适当放宽,可在综合考虑犯罪案情、女性状况前提下,进行判断;同时,规范申请答复程序,改变传统口头通知做法,送达书面答复意见,并在理由中载明同意事由。
《刑事诉讼法》第 35 条	犯罪嫌疑人、被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的,本人及其近亲属可以向法律援助机构提出申请。对符合法律援助条件的,法律援助机构应当指派律师为其提供辩护。 犯罪嫌疑人、被告人是盲、聋、哑人,或者是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人,没有委托辩护人的,人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。 犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑、死刑,没有委托辩护人的,人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。	指定辩护人情形式规定,考虑女性一般关押在看守所,办案人员与看管人员分属不同部门,双方联系渠道有限,尤其疫情期间出现法律援助意愿,因信息转达不及时造成无人辩护或辩护人委托时间较晚情况,因此应参照适用《刑事诉讼法》第 35 条规定,为女性被告人积极指定辩护人,尽量实现女性主体辩护律师全覆盖。
《刑事诉讼法》第 132 条	检查妇女的身体,应当由女工作人员或者医师进行。	女性身体检查规定,司法实践中,对女性身体或者普通伤情检查,应严格由女性侦查、检查人员或者法警进行,杜绝男性工作人员进行。女性伤情需在医院检查或进行司法鉴定时,应基本由女医师进行,个别情况下,可允许男医师进行。

考虑到辩护权对犯罪女性权利保障的重要作用,应在《刑事诉讼法》第 34 条基础上,进一步完善女性的刑事辩护机制。

(1) 拓宽犯罪女性诉讼关照义务履行方式。犯罪女性直接聘请辩护人情况不多,除家庭经济原因外也有认知与心理因素,某些女性觉得被害人因自己的犯罪行为而受

到侵害,其也应因侵害行为接受法律惩处,因而没有辩护必要。反家暴案女性多持类似观点。同时,刑事诉讼法未规定女性主体辩护义务,司法个案中指定辩护情形,也往往是审判人员基于人道主义的个案平衡选择。因此,应从制度规范角度对女性辩护权加以保障,以法律、司法解释等形式确立女性辩护人指定权,以保障庭审辩护的有效性。

(2) 辩护人前期介入与保密义务。考量刑事辩护与女性心理,辩护人特别是法律援助律师应及时介入女性犯罪案件,在把握案情基础上提出合理建议,维护女性合法权益,同时公检法机关也应为辩护人前期介入提供便利。另外,考虑女性不希望受审经历外泄的保密心理,在指定辩护人时,应将律师情况一并移送羁押机关,征询犯罪女性意见。同意指定的,办理指定手续;不同意指定的,又无其他辩护人辩护的,可在征求意见后,允许自行辩护或强制指定;要求沿用之前法律援助律师的,经司法行政机关同意后指派原律师,不作更换;若要求更换之前律师的,记录在案并通知法律援助机构指派符合条件的其他律师辩护。

(三) 对家事审判经验的借鉴

刑事案件审理可借鉴家事审判机制改革经验,完善刑事审判流程,确保诉讼关照义务到位。

1. 审判机制方面。“家事审判不仅是审判,更是司法人权保障重要体现。”^①借鉴少审、家事审判法庭设置理念,增设女性法庭与合议庭,适用速裁机制,审理情节轻微案件。同时,刑事法庭布局改变传统“两侧低、中间高”模式,打造客厅化空间,实现控辩审三方合理就坐;审判方式平等化,依据犯罪女性生理心理特点与社会角色,对溺婴、醉驾等特定案件,改良传统问答式证据质证、事实查明及量刑辩论等审判方式,辅之以咨询聊天、建议告知式的审判方式,以缓解女性紧张状态,提升庭审有效性。在女性法庭或合议庭中,配备女性案件审判经验丰富的法官,安排业务水平高的法官助理与书记员,保持团队人员稳定性,更好落实犯罪女性关照的审判理念与司法政策。结合犯罪女性特点,优选具备心理学、教育学背景专家为人民陪审员或专家咨询员,提供社会服务。邀请妇联或律协人员参加案件调解或处理,协助向当事人释法说理,减轻审判压力,做到精准裁判,提高案件服判息诉率。

2. 隐私保护与心理疏导方面。第一,对涉性犯罪、未婚先孕案件一律不公开审理,除非申请公开或确有必要时,案件可在有限范围内公开审理;审判人员不得在任何场合泄露案件审判过程,否则应依审判纪律处分;涉女性犯罪裁判文书应以不上网为原则,上网为例外,强化对女性隐私保护。第二,女性案件审判与心理疏导同步,要亲情维护,合理改良刑事庭审规范,允许犯罪女性与其家属庭审前后有独处机会,满足

^① 方琳琳、赵军蒙:《少年法庭机构改革刍议》,载《山东法官培训学院学报》2017年第5期。



受审女性精神需求, 利于其认罪悔罪及后续改造; 开展审判心理辅导,^① 在法庭调查前或辩论后, 合议庭或专业人员对女性进行心理辅导, 在辨析原因基础上, 劝其积极接受裁判结果, 早日回归社会。

3. 实体判决方面。“一个司法制度及其具体的裁判要想得到理想的司法效果, 就必须强化其裁判的可接受性。”^② 在刑事司法统一适用前提下, 借鉴家事审判改革经验, 根据女性犯罪案件特点, 裁判内容适度体现关照性。反家暴案件中对女性定罪量刑时, 同时向施暴男方宣告禁止令; 对犯罪女性增添心理辅导与社区服务方面判项; 对收押女性合法财产采取主动保护措施; 对监禁刑女性灵活变更刑罚方式等。当然, 诉讼关照义务以程序性内容居多, 实体措施保持在合理限度即可。

4. 审判配套方面。一是强化网络开庭技术应用, 对能以视频方式审理的案件, 尽量采线上开庭或与线下开庭相结合方式, 以减轻涉嫌犯罪女性出庭痛苦, 在确保案件事实查明的前提下, 提高案件审判效率; 二是对司法人员加强诉讼关照义务方面培训, 增强义务履行意识, 进行有关女性生理学、心理学、人口学和行为方式等方面知识的专门培训并进行考核, 提高工作能力与完成度; 三是将刑事诉讼关照义务履行情况纳入人员额法官、法官助理的年度绩效考核范畴, 并与年终奖金、职级晋升、交流提拔挂钩, 通过 KPI 考核方式倒逼诉讼关照义务在刑事案件中落地生根。

四、诉讼关照义务协同机制的构建

(一) 一次性审讯查明与“一案一函”建议机制

1. 事实查明一次性审讯机制

对涉嫌犯罪女性实施一次性讯问加视频回放事实查明方式。刑事案件从侦查、起诉到审判, 涉嫌犯罪女性可能会面临因办案需求所致的数次审讯。从情境学探究, 公安侦查审讯、检察问讯与法院审前会议, 每一次审讯会给涉嫌犯罪女性带来相应心理伤害。鉴于女性犯罪行为依附性、被动性、从属性, 犯罪内容查证并不困难, 在证据链条较为完整或坦白配合时, 一次审讯可厘清相关犯罪事实, 无须重复审讯。女性一般自尊心强、心理脆弱、渴望关怀, 若在侦查、起诉、审判阶段对其反复审讯, 无异精神重复打击, 无谓增加心理压力, 造成其精神损害。

依据诉讼关照义务, 对女性犯罪事实查明较易案件中, 应实施一次性司法审查机制。借鉴未成年人讯问方式, 侦查人员、公诉人、女子法庭或合议庭法官可以现场或

① 可参照对未成年人实施性侵害犯罪有关的刑事案件处理时心理学家必须参与情况。参见卞建林主编:《未成年人刑事司法程序——外国刑事诉讼法有关规定》, 中国检察出版社 2017 年版, 第 65-66 页。

② 叶伶俐:《法官裁判思维对刑事裁判可接受性的影响与重塑——以“掏鸟案”为视角》, 载《山东法官培训学院学报》2019 年第 4 期。

远程视频方式提前参与讯问,力求侦查阶段查明完毕,避免案件审判时为查清事实对犯罪女性反复讯问,力戒造成心理新伤害。另外,在无法实施一次性审讯时,对审讯情况作同步录音录像,固化证据,方便后续审查起诉与审判。当然,一次性审讯机制应适用于犯罪事实较清楚,犯罪嫌疑人对罪行供认不讳,且可能判处三年以下有期徒刑女性犯罪案件为宜。

2. 发挥司法建议“一案一函”功能

人民法院加强与司法行政机关沟通,发挥司法建议函的情况说明、措施提醒、后果警示功能,保障关照义务履行。第一,建议司法行政机关建立女性犯罪嫌疑人、被告人辩护的专业律师团队机制,律师应有五年以上辩护经历且有为女性辩护的执业工作经验,具备心理学、社会学、教育学等学科背景且富有同情心、同理心,愿为女性提供高质量的辩护;第二,特定女性犯罪案件中,需指定援助律师辩护时,司法函应详细写明女性简历、犯罪原因、生理心理状况等,并请求司法行政机关按其特殊需求精准指定辩护人;第三,司法建议可就女性犯罪类案情况进行总结,对案件特点、主体特征、关照措施进行说明,并请求受函机关予以配合协助;第四,针对犯罪女性刑罚执行问题,尤其是犯罪女性权益保障内容,提出意见建议。

(二) 审判前诉讼关照义务

1. 对侦查关照义务履行的审查

基于打击犯罪需要,检察机关可能对侦查人员非法取证行为漠然视之,“可能妨碍其业绩的任何行为,都可能受到检察官在心理上的排斥”^①。鉴于女性隐私的重要性,法院应重点审查:女性警察对涉嫌犯罪女性讯问情况,有无思想疏解,以有效发现案件事实真相;针对侦查讯问的时间和地点,查看有无长时间轮番讯问;审讯过程有无同步录音录像,以杜绝刑讯逼供等非法取证行为;律师侦查阶段提前介入机制是否发挥作用,辩护权行使等必要诉讼帮助有无提供;对女性的人身取证过程是否规范,如由女性警察进行、检查方法得当、不辱人格尊严;对女性身体强制取证时,尽量使用对其身体权和隐私权侵害较小措施进行;实施强制侦查措施时注意保护女性个人信息等隐私安全。

2. 对审查起诉关照义务履行的审查

“检察机关作为司法机关,应当客观公正地履行职责,切实担负客观公正义务。”^②法院对检察机关关照义务履行审查点应包括:督促检察机关对公安机关侦查活动的监督与合理实施逮捕决定权;正确行使起诉决定权与非刑罚处理权;协助法院公正审判及确保卷宗全面移送。

(1) 公安机关对女性犯罪嫌疑人决定逮捕时,检察机关应全面审查,防止侵害其

① 龙宗智:《中国法语境中的检察官客观义务论》,载《法学研究》2009年第4期。

② 陈光中主编:《中国司法制度的基础理论问题专题研究》,经济出版社2010年版,第14页。



合法权益。对取保候审或监视居住的女性,应审查决定的合理性,防止损害女性权益;对孕期、哺乳期等需特殊保护情形的女性决定逮捕时,要全面审查决定,谨慎同意或建议采取替代性措施。为防止公安机关滥用职权,检察机关应对侦查及取证方式等加以监督,一旦发现违法行为,如搜查审讯中侵犯女性权利的,应及时行使撤销权,并视情况提出处罚建议,涉嫌犯罪的应追究刑责。当然,法律监督过程中若检察人员对侵害女性权益侦查行为不作为,也应承担渎职或失职责任。

(2) 审查起诉时可按照诉讼关照义务,结合案情作出酌定不起诉、附条件不起诉与非刑罚处罚决定。对行犯罪情节轻微的女性可适用酌定不起诉,给予其自新机会。从犯罪特点看,女性情绪化犯罪居多,一般主观恶性小且悔罪意愿强,施加较重刑罚反而不利女性重归社会,这是酌定不起诉社会学与法理依据。检察机关应在关照原则指导下,尽量扩大女性犯罪案件酌定不起诉范围。

女性犯罪行为应起诉,但具备从宽情节时,可按关照原则对需照顾家庭或身体不适收监的女性予以关照,由检察机关衡量后作出附条件不起诉决定。此种不起诉一般设定一段时间考验期。近些年检务实践中,检察机关做出暂缓起诉决定的实例并不少见,但女性参与抢劫、杀人等暴力犯罪或为惯犯、累犯时不得使用。

检察机关酌定不起诉时,为安抚受害人情绪,可对涉嫌犯罪女性实施非刑罚处理。即在免除女性刑罚前提下,以非刑罚处理方式保障受害人利益,为女性回归社会创造条件。依据检察规则,非刑罚手段一般有训诫、赔礼道歉、赔偿损失、具结悔过与行政处罚等。还可尝试要求免除刑罚女性向被害人或社会提供无偿服务,补偿受害人或折抵赔偿金。对审查起诉后又撤诉女性案件,可作出不起诉或非刑罚处罚决定,法院应实质审查或提出建议,确保关照义务落实。

(3) 除公诉职责外,检察机关应协助法院全面客观收集证据。“法官审理案件公正与否、结果正确与否,完全取决于公诉人是否依职责严格依法办案,出示收集证据是否合法、客观、真实”^①,确保案件事实与适用法律准确,保障女性权益。鉴于卷宗材料的重要性,应改变现有检法卷宗移送机制,在审前即对案卷作全案移送,一是保障法官全面了解案情,二是督促法官在条件允许时履行关照义务。

(三) 刑罚执行与监禁期间诉讼关照义务

1. 刑罚执行方面关照义务

司法机关可与监狱互相配合,尝试对犯罪女性适用非羁押刑或监外执行,对哺乳、怀孕女性,不符缓刑条件但不宜关押的,可适用监外执行。应改正实践中对犯罪女性不敢适用缓刑、监外执行的做法,如贩卖毒品女性,考虑其再犯风险,法官一般不会判决适用缓刑与缴纳罚金而是判两年有期徒刑,如果送监执行时监狱部门发现其怀孕

^① 张军、姜伟、田文昌:《刑事诉讼:控辩审三人谈》,法律出版社2001年版,第332页。

不宜羁押收监,而法院拒不作出暂予监外执行的决定不妥。因刑法对怀孕、哺乳女性关照规定明确,若变相执行实际是剥夺怀孕、哺乳女性合法权利,不符合法律规定的初衷。故条件允许时应积极适用缓刑等非羁押刑与罚金等附加刑,依法适用监外执行,彰显诉讼关照情怀。

2. 对羁押服刑期间犯罪女性予以适当关照

结合犯罪女性身体、心理特点,看守所或监狱可在监督下对其予以相应关照。(1)改善女性羁押与服刑期间居住环境,保障犯罪女性家属的合理探视权,防止监禁期间女性斗殴、欺凌等行为;(2)“在女犯劳动项目选择、确定劳动定额等方面要考虑到女犯生理特点”^①,避免繁重体力劳动,保障较好工作环境;(3)依据经济条件,适当满足女性饮食需要,对女性特殊生理情况加以关照。经期女性可申请延期开庭或期间从事合适劳改工种,对精神衰弱、情绪不佳更年期女性加以医疗关照等。

3. 女性合法权益保护与刑事服务功能发挥

女性羁押或服刑期间,为保障其安心接受审判及更好改造,应维系其家庭关系稳定,进而保障女性合法权益。在女性羁押服刑期,对关涉的亲子关系须慎重处理,男方提出的离婚申请,法院应严格掌握标准。对涉及房屋或财产诉讼,法院应与监押部门及时沟通,要求女性出庭或征询意见,不得径直作出缺席判决。

刑事审判具有社会管理延伸职能,应发挥“生活指导、心理辅导和职业技术培训方面服务功能”^②。为经济困难的犯罪女性申请救助基金,加强与女性用工需求旺盛企业等合作,向刑满释放女性提供可靠就业渠道,缓解其经济压力,提高社会认可度,为其重归社会创造条件。

结 语

诉讼关照义务关涉刑事实体与程序诸多方面。基于人本主义,刑事理念对关照义务自然兼容。考虑到关照原则利于裁判实体公正,利于诉讼流程平衡推进,规范条款对其自无再遮掩的必要。在理论与实践基础上,进行诉讼关照义务的体系化构建,以期更好促进女性刑事审判工作。刑事司法框架中的诉讼关照义务宜采理念指引一条款规范—义务内容明确—司法适用常态的从规范到实践接续路径,提供针对女性等特殊“弱势”犯罪主体司法保护的中国范本。

(责任编辑:杨 军)

① 杨木高:《关于完善〈监狱法〉中女犯改造工作规定的思考》,载《贵州警察学院学报》2020年第6期。

② 葛向伟:《国外女犯的社会再融入措施研究》,载《中国监狱学刊》2020年第2期。



《山东法官培训学院学报》2022 年总目录

■学习贯彻党的二十大精神专题

习近平法治思想中的公正司法观研究 / 张甲天 6-1

■专家论坛

劳动关系的识别标准和处理思路 / 王永起 1-1

“骗取国家税款”要素与虚开增值税专用发票罪的出罪
——兼论行政犯的刑事违法性判断问题 / 王志祥 徐嘉崎 2-1

环境公益诉讼惩罚性赔偿制度适用研究
——兼评《最高人民法院关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》
/ 张 锋 孙萧宇 2-19

面向当下与未来的民事诉讼法
——关于进一步修改完善民事诉讼法的对话 / 张卫平 张海燕 王德新 3-1
抑止重作行政行为随意性的制度路径 / 柳砚涛 张 超 5-1

■专栏

◆《民法典》的理解与司法适用

个人生物识别信息保护的消费民事公益诉讼救济路径探析 / 陈东强 1-105

保理交易中保理商义务探析 / 刘成安 陈泓文 1-118

价金担保权优先顺位的司法适用 / 郑思清 1-131

动态质押中的质权设立标准问题研究 / 山东省高级人民法院民二庭课题组 3-62

习惯法源条款适用的检视与修正 / 秦金星 王美阳 3-76

买卖型担保规则的检视与重构 / 李迎春 陈茂华 3-88

卫星定位系统提供信息错误之侵权责任 / 赵艳霞 4-39

公司担保案件裁判路径之检视与完善
——基于对 560 份裁判文书的实证研究 / 赵 爽 4-52

短视频平台著作权侵权的认定困境与破解路径 / 孔未名 4-69

未登记动产抵押权效力探微 / 景光强 5-65

高空抛物补偿责任的合理性分析	/ 曹相见 焦田秀	5-78
履约保证保险合同纠纷裁判的乱象及其矫正	/ 于秀丽	5-92
◆ 社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理研究		
社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理之识别程序构建	/ 刘文娟	1-26
社会主义核心价值观渐进式融入民事裁判说理的三个维度	/ 王兴安 林思捷	1-38
社会主义核心价值观融入裁判说理之现实困境及纾解	/ 许志华	1-53
诚信价值证成裁判结论的路径	/ 乌日力嘎 温知晗	2-70
社会主义核心价值观融入民事裁判文书说理的样式构建	/ 袁 菁	2-83
◆ 指导性案例的专题化研究		
指导性案例推进环境治理的方式及其完善	/ 孙光宁	3-21
公平原则在合同法指导性案例中的运用及其改进		
——以指导性案例 108 号为分析对象	/ 王楚雅 苏新建	3-38
漏洞补充在指导性案例 164 号中的运作及其超个案效力	/ 王义凤	3-49
◆ 人民法庭在基层社会治理中的职能作用研究		
乡村振兴战略背景下人民法庭服务推进社会治理的进路优化		
——以赓续“马锡五审判方式”的红色基因视角	/ 易 星 金 璐	4-1
乡村振兴中乡镇人民法庭的功能争辩与地位重塑	/ 祝文锋	4-13
“治理”与“法治”融合视角下人民法庭服务乡村治理的路径探析	/ 付金良	4-24
◆ 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	5-17
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	5-33
“职业放贷人”的认定模式与行为规制	/ 王彦祺	5-51
◆ 审级职能定位改革相关问题研究		
审级职能定位改革下民事再审预收费研究	/ 崔 晓	6-17
中基层法院民事再审案件提级管辖研究	/ 朱学波	6-29
审级职能定位改革下案件下放标准的反思与重构	/ 张梦诗	6-45
■ 类案检索与类案同判		
类案检索中“不宜参照”案例的认定及其退出机制构建	/ 毛 琳	1-64



民事案件当事人案检索报告：开示、抗辩、采用规则之构建

/ 徐力英 吴佳乐 陈栋桦 1-80

类案检索系统的应用现状与优化进路

/ 谭小彤 庞 丽 1-93

司法裁判回应类案参照诉求的审视与完善

/ 王雨田 何伦波 2-33

类案事实相似性判断中“类”之确定性考量

/ 张 龔 程 财 2-44

民事裁判回应类案检索报告的现状检视与程序构建

/ 赵 霏 李安国 2-55

■民事诉讼法与民法典的协调和对接问题研究

民事诉讼法与民法典协调对接的基本理念与方法

/ 常淑静 庄雪莉 3-99

论民法典诉讼时效制度在民事案件审理中的适用

/ 李 敏 3-115

■在线诉讼问题研究

人民法院在线诉讼中数据安全风险的反思与防控

/ 刘 畅 3-126

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 5-122

■穿透式审判思维的适用研究

穿透式审判思维的适用规则与界限

——基于要件事实理论勾勒三阶七步穿透法

/ 胡正民 4-126

穿透式审判思维在民商事案件中的运用与界限

/ 谷昔伟 4-136

民商事案件中穿透式审判思维的运用及限制

/ 王梓臣 4-149

■调查研究与案例评析

私募基金类案件的审理难点与裁判思路

/ 潘 娟 刘 欢 1-178

分公司员工被总公司通过人事代理委托给第三方情形下劳动关系的认定/ 荣明潇 1-190

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 5-176

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 5-187

■居住权的法律适用问题研究

- 居住权合同纠纷裁判规则探析 / 唐静静 2-95
- 强制执行中居住权与抵押权的冲突与平衡 / 孙 昂 曹军宇 2-107
- 居住权与抵押权的权利冲突及规则准用 / 曹 腾 2-118

■家庭暴力的认定规则研究

- 家庭暴力情节司法认定规则研究 / 张维娟 王 卉 陈 蒙 2-127
- 家庭暴力事实构成司法认定的现状审视与标准重塑 / 赵忆雪 2-139

■刑事司法

- 醉酒型危险驾驶罪司法适用的困境与路径优化
——基于两省近四年 1353 份判决书的实证分析 / 邹 雪 2-178
- 电信网络诈骗犯罪指定管辖问题研究 / 刘开元 2-192
- 高空抛物罪的实践审视与疑难探究 / 吴允锋 吴祈沅 3-138
- 庭审翻供问题研究 / 冯丽萍 3-151
- 无权处分行为的刑事违法性研究 / 姜文智 刘艳红 4-92
- 食品药品安全刑事附带民事公益诉讼惩罚性赔偿的司法适用 / 洪潇潇 杨 军 4-114
- 监狱疫情防控“应急—常态化”治理机制研究 / 张传伟 张红广 6-140
- 企业合规的行刑衔接研究 / 苏晓阳 许 明 6-151
- 共同犯罪案件适用认罪认罚从宽制度研究 / 张 晓 刘 凯 6-165
- 刑事案件中的诉讼关照义务研究
——以女性犯罪为视角 / 李长艳 杨富元 6-180

■民事司法

- 论凶宅交易与不动产买卖合同的效力 / 孙良国 李开霖 6-62
- 植物新品种领域的合法来源抗辩 / 周 波 刘珺玮 6-80

■行政司法

- 行政规范性文件一并审查制度研究 / 河南省平顶山市中级人民法院课题组 2-152
- 行政协议司法审查法律适用路径探析 / 朱秀华 2-169



行政行为效力瑕疵的识别与处理 / 陈 伟 5-107

■司法综合

行政非诉执行案件中执行和解的适用及其边界 / 陈 明 王 建 1-144

法院司法技术工作的模式变革、现实困境及其出路探究 / 庞 绚 1-156

案件权重测算的现状考察与机制重塑 / 宋仕超 孙子涵 1-166

判决理由遮断后诉的实践思考及认定路径 / 费 鸣 杨兴龙 徐丹阳 3-161

法院诉讼服务中心公共法律服务功能优化研究

——基于组织效率边界分析 / 宫凡舒 3-175

民间借贷行为可税性研究 / 殷 勤 张娟娟 3-189

善意执行理念下信用修复制度的标准框定与程序规制

——以人格权与财产权的衡平保护为视角 / 刘清林 周修文 4-158

人民法院在预重整中的角色定位研究 / 薛淑娴 赵从尚 4-173

民事诉讼间接证明的模型应用

——基于民间借贷纠纷证据环的构建 / 王 璐 张 群 4-185

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 5-136

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 5-148

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 5-161

论现代社会中国司法职能之转型 / 胡昌明 6-94

要素式审判功能研究 / 胡发胜 6-105

类案检索要素图谱构建 / 闫 丹 王冉冉 6-116

技术调查官的角色错位及其矫正 / 陈颖澍 6-127