

■ 专家论坛

民法典二元差序化法源模式研究

/ 李 可 邓昆鹏 1

■ 专栏：个人信息的公法保护

公民个人信息的刑法归类研究

——基于场景理论的判断标准构建

/ 王雨田 周 明 17

民刑衔接下侵犯公民个人信息定罪机制的检视和调适

——以内嵌个人法益因素为视角

/ 杨 闻 石 魏 33

论个人信息侵权纠纷的行政裁决制度建构

/ 沙 洲 47

■ 刑事司法

有组织犯罪组织的司法认定与涉案财产处置

——以《反有组织犯罪法》的理解与适用为视角

/ 刘振会 61

网约车经营行为合法性问题探析

——以网约车非法经营行为是否入罪为视角

/ 周维明 尹振国 81

上下游关联犯罪中掩隐罪的退赃退赔问题探析

——以保护被害人合法权益为视角

/ 张晓娟 95

■ 民事司法

滥用民事权利的认定与法律后果

——《民法典总则编解释》第3条的司法适用

/ 蒋家棣 107

个人破产司法实践法律问题研究

——基于债务人经济发展权视角

/ 宋嘉俊 刘 晗 118

情势变更解除规则的构造与适用	/ 刘 磊 133
----------------	-----------

■司法综合

证据推理的解释属性	/ 尹洪阳 151
-----------	-----------

司法解释法律效力研究 :法源理论、运行困境与完善路径	/ 张志远 165
----------------------------	-----------

如何推理与说理 :案件事实认定的方法及路径新探 ——基于图尔敏模型对三段论的超越	/ 周天娇 185
---	-----------

民法典二元差序化法源模式研究

李 可 邓昆鹏*

内容摘要：现行的民法典法源模式在建构论唯理主义支配下，采用了“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的路径，在不符合《民法典》第10条形式逻辑的同时，也难以解决司法层面法源的适用冲突难题。民法典二元差序化法源模式在立法层面否定法理的法源地位，将基本原则划归“法律”范畴，以法律与习惯作为民法典的基本法源。司法适用层面则以法律与习惯二元法源的横向维度为基础，结合各自纵向维度中不同类型法源的效力强弱来进行差序化动态调适，克服制定法优位的司法适用惯性，明确特定情境习惯优先于制定法适用的路径，以期恢复习惯法源的生机与活力，更好地指引民事司法实践。

关键词：民法典；习惯；法律；法源；二元差序化法源模式

引 言

相对于《民法通则》，《民法典》以“习惯”取代“政策”，使之成为仅次于“法律”的法源，从而形成“法律—习惯”的法源格局。^①民法通则法源格局中的“法律—国家政策”的双层构造，已经无法适应现代民法发展的体系化和科学化要求。^②如哈耶克所言：“文明的发展之所以有可能，在很大程度上就是因为人类用那些理性不及的习俗（the non-rational customs）约束了自己所具有的先天性动物本能。”^③《民法典》第10条作为法源条款，一定程度上拓展了“习惯”在民事领域的适用空间，补足了

* 李可，新疆大学法学院教授、博士生导师；邓昆鹏，长江大学法学院硕士研究生。

基金项目：本文系2019年新疆大学科研启动项目“民法典习惯司法适用机制研究”（BS202205）；国家社会科学基金重大项目“民间规范与地方立法研究”（16ZDA069）的阶段性成果。

① 参见《民法通则》第6条、《民法典》第10条。

② 参见李敏：《民法法源论》，法律出版社2020年版，第363页。

③ [英]弗里德里希·奥古斯特·冯·哈耶克：《作为一种发现过程的竞争：哈耶克经济学、历史学论文集》，邓正来译，首都经济贸易大学出版社2014年版，第198页。



制定法在民事权益救济中的“真空”。

“法的渊源的阐述方式明显反映了相应法律体系的复杂程度，以及该法律体系的社会背景。”^①立法层面对待习惯的态度，由否定转变为肯定。^②然而，对于民法典的法源类型及法源的适用模式，民法学界多有争论。早在《民法典》颁布之前，有学者认为民法法源主要有三种类型，分别是制定法、习惯和法理。^③也有学者认为，民法渊源包括制定法、习惯、判例和法理四种。^④还有学者认为民法典的法源包括制定法、习惯和基本原则。^⑤但最终立法层面并未明确法理为民法典的法律渊源，只确立法律与习惯共同作为民法典的法源。在此背景下，有学者呼吁应明确法理的法源地位，以填补民法典法源在司法适用层面存在的不足与漏洞。^⑥

可见，关于民法典所确立习惯为民法典法源之漏洞补充，及民法典采用何种法源适用模式，在学界尚无定论。为此，应予以思索及追问：一是为何最终只确立法律与习惯为其法源，而将法理排除在外？二是民法典中的基本原则又处于何种法源地位？三是针对所确立的法源类型，在司法适用层面应构建何种法源适用模式？

有鉴于此，本文拟从立法层面与司法适用层面解构民法典现行法源模式的争论及焦点问题，揭示“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用路径的司法困境，并在此基础上以法律和习惯作为民法典的基本法源，重构二元差序化法源模式，回应司法实践中倚重制定法、偏废习惯、固化民法典法源适用路径的弊端，以期实现“法律与习惯”法源之间的和谐差序适用。

一、民法典现行法源模式的争论及焦点

民法法源适用规范，是民法法源理论在民法典上的提炼与表达。^⑦法源适用规范涉及两个层面，即法源的定性与法源的定量。^⑧前者主要涉及法源的范围，后者则涵盖不同法源之间的关系，即各个法源之间的位阶序列及其互动与转换。^⑨

① [加] 罗杰·赛勒：《法律制度与法律渊源》，项焱译，武汉大学出版社2010年版，第196页。

② 参见李可、邓昆鹏：《民法典背景下“习惯”的法源地位及可能趋势》，载《哈尔滨工业大学学报（社会科学版）》2022年第3期。

③ 参见杨立新：《塑造一个科学、开放的民法法源体系》，载《中国人大》2016年第14期。

④ 参见贾翱：《〈民法总则〉中二元法源结构分析及改进对策》，载《辽宁师范大学学报（社会科学版）》2018年第2期。

⑤ 参见王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》，法律出版社2005年版，第22页。

⑥ 参见杨立新：《论法理作为民事审判之补充法源——以如何创造伟大判决为视角》，载《中国法律评论》2022年第4期。

⑦ 参见李敏：《民法法源论》，法律出版社2020年版，第13页。

⑧ 所谓法源的定性和定量，即某事物是否具有法源地位及此事物法源地位的高低或者说在法源谱系中的位置。参见雷磊：《指导性案例法源地位再反思》，载《中国法学》2015年第1期。

⑨ 参见李敏：《民法法源论》，法律出版社2020年版，第13页。

民法最终成典,使得民法典的法源类型通过法条的形式得以固定下来。目前关于民法典法源类型的划分,最具争议的是对民法典基本原则的法源定性,即归属于何种法源类型。而关于民法典法源适用的规范,主要包括民法典法源的范围界定、法源之间的位阶关系及法源的适用方法等。

(一) 关于民法典现行法源模式的争论

习惯作为一种不成文的社会规则,形成于初民社会,存续于市民社会,并随着市民社会的发展而不断变迁,具有强大的韧性与生命力。但不成文的特质使其在民事立法与民事司法层面通常作为末位法源而存在,起着填补制定法漏洞的作用。围绕法律与习惯,针对民法典现行法源模式的争论,学界主要提出两种法源模式,即三位阶民法典法源模式与层次民法典法源模式。

其一,三位阶民法典法源模式。法国19世纪的传统法,认为成文法是可以自足自满的,而惹尼(Francois Geny)并不认同此种观点,主张有四种形式的法源,且法官可以依据实际情况进行调整。^①惹尼的此种主张,实践层面最早为《瑞士民法典》所吸纳与创制,“法律—习惯—法理”三位阶民法典法源模式由此逐步形成。^②此举也意味着,现代立法者首次在一般规定中承认法官对于立法不可缺少的作用。^③尔后“法律—习惯—法理”三位阶民法典法源模式为众多国家和地区所移植与效仿。^④我国在编纂民法典的过程中,也有民法学者持三位阶民法典法源模式的观点,例如梁慧星、谢鸿飞。^⑤

然而,在肯定三位阶民法典法源模式的前提下,我国民法学界对于民法典是否应当吸纳法理为法源的观点不一,主要表现在:一种观点认为民法典应当确立“法律—习惯—法理”三位阶民法典法源模式,将法理的法源地位予以明确,充分发挥法理在司法适用中的作用。另一种观点则认为民法典所确立的基本原则参照法理进行处理,民法典基本原则充当法理进行司法适用。^⑥当制定法与习惯无法适用时,应通过民法典确立的基本原则进行补足,由此构建的三位阶民法典法源模式则不同于一般

① 四种形式的法源分别是成文法、习惯、判例与学说。参见王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版,第267页。

② 《瑞士民法典》第1条规定:“任何法律问题,凡依本法文字或其解释有相应规定者,一律适用本法。法律未规定者,法院得依习惯法,无习惯法时,得依其作为立法者所提出的规则,为裁判。在前款情形,法院应遵从公认的学理和惯例。”参见《瑞士民法典》,戴永盛译,中国政法大学出版社2016年版,第1页。

③ 参见[德]K.茨威格特、H.克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,中国法制出版社2016年版,第323页。

④ 参见我国台湾地区“民法典”第1条:“民事,法律所未规定者,依习惯;无习惯者,依法理。”《韩国民法典》第1条:“民事,法律无规定者,依习惯法;无习惯法者,依法理。”参见《韩国最新民法典》,崔吉子译,北京大学出版社2010年版,第135页。

⑤ 参见梁慧星:《中国民法典草案建议稿》,法律出版社2003年版,第2页。

⑥ 参见王利明:《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》,法律出版社2005年版,第22页。



意义上的“法律—习惯—法理”法源模式，而应该是“法律—习惯—基本原则”法源模式。例如，有学者在论及民法典法源适用规范的设计时，将法律与习惯分别列为第一位阶和第二位阶法源，法官基于民法基本原则创设的规则列为兜底性法源。^①

其二，层次民法典法源模式。层次民法典法源模式认为，法律规范主要以法律规则与法律原则构成，二者以能否“全有或全无”适用之标准进行区分，前者满足此标准，后者则无法满足此标准。依据此标准，《民法典》第 10 条的法源条款中“法律—习惯”构成民法典法源的第一层次，民法基本原则构成民法典法源的第二层次。^②

由此可见，层次民法典法源模式将法律、习惯、民法基本原则划分为两种层次，法律与习惯因可以全有或全无适用为第一层次，基本原则因无法全有或全无适用为第二层次。显而易见的是，在第一层次“法律—习惯”的格局中，依然适用制定法优位、习惯进行补充的惯常思路。层次民法典法源模式虽然在划分标准上逻辑周延、高度盖然，其实质依然是“法律—习惯—基本原则”三位阶民法典法源模式的变体，并未突破法律、习惯、基本原则司法适用层面的次序，背后隐含的依旧是制定法优位、习惯次位补充、民法典基本原则末位殿后的司法适用惯性。

综上所述，无论是“法律—习惯—法理”三位阶民法典法源模式，或是“法律—习惯—基本原则”三位阶民法典法源模式，又或是“法律—习惯”第一层次和“基本原则”第二层次之层次民法典法源模式，关于民法典现行法源模式的争论主要集中在法理是否可以为民典的法源、基本原则的法源地位及法源适用次序三个方面。

（二）民法典现行法源模式争论的焦点

如前所述，民法典现行法源模式争论的焦点主要有三个：一是法理是否可以纳入民法典成为法源；二是民法典所确立的基本原则能否充当法理进行司法适用，以及在民法典中的法源类别划分与法源定位如何确立；三是如何克服现行民法典法源模式下“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的惯性，缓解强行适用制定法、习惯难以适用造成的违背民情、权益失衡的情形。

焦点一，法理能否作为民法典的法源。在英美法系，现代社会及其法律体系不再过多依赖习惯和习惯法，而是更多依仗理性原则和理论学说。^③由此，法理和学说也同样具有重要的法源意义，并逐步为法律体系所采纳。综观各国民法典，法理作

① 参见李敏：《民法法源论》，法律出版社 2020 年版，第 9 页。

② 参见刘亚东：《〈民法典〉法源类型的二元化思考——以“规则—原则”的区分为中心》，载《北方法学》2020 年第 6 期。

③ See Amanda Perreau - Saussine and James Bernard Murphy, The character of customary law: an introduction, Cambridge University Press, 2007, p.1.

为法源被纳入民法典，主要有三种范式：一是将高度抽象之法理以“法理”概念的形式纳入民法典，例如韩国民法典；二是将抽象的法理进行分类、转化为具有实质意义的法理纳入民法典，包括自然法原则、公平、合理的要求等，例如阿尔及利亚民法典与俄罗斯民法典；^①三是将蕴含法理的载体纳入民法典，包括学说、学理、立法者提出的裁判规则等，例如瑞士民法典。可见，法理作为民法典的法源为一些国家所认可。此外，我国大多数学者也持法理应为民法典法源的立场。

然而，也有学者认为，当前阶段不可贸然将法理引入民法典法源体系之中。例如，杜涛认为，法理具有不确定性，其内涵与外延难以明确，适用到司法层面可能导致法官自由裁量权的滥用。^②李永军认为，法理的概念不明确，法官引用法理进行判决易造成司法层面的不确定性。^③此外，从现实层面来讲，囿于当下法官的专业素养，实践过程中适用法理容易损害司法的公正性与案件标准的统一性；^④且随着民法典相关配套措施的完善，如与民法典相配套的司法解释、指导案例、类推适用等，已将民法典的漏洞填补，无再寻求法理补足漏洞的必要。如谢怀栻认为：“民法的内容、民法的变化发展是与社会生活息息相关的。民法如果与社会脱节，就失去了它的价值。”^⑤可见，无论从民法典自身层面，还是司法实际适用层面，法理自身的局限及弊端尚难规制。

焦点二，民法典基本原则的法源类别划分及法源定位。有关民法典基本原则属于何种法源类别，目前主要存在三种观点。第一种观点认为民法典基本原则不同于制定法、习惯与法理，而应独立作为一种法源类别，继制定法、习惯之后作为兜底性法源而存在，从而构建了“法律—习惯—基本原则”三位阶民法典法源模式。^⑥第二种观点也认为民法典基本原则属于“法律—习惯—基本原则”三位阶民法典法源模式，但不是作为一种独立的法源类别，也不同于抽象的法理，而是作为抽象化分类、具有实质意义的法理，可以参照法理进行适用。^⑦这两种观点，或将基本原则作为独

① 《阿尔及利亚民法典》第1条第3款规定：“必要时，法官也可根据自然法和公平原则作出判决。”参见《阿尔及利亚民法典》，尹田译，厦门大学出版社2013年版，第2页。《俄罗斯联邦民法典》第6条第2款规定：“如不能使用法律类推，则当事人的权利和义务根据民事立法的一般原则和精神及善意、合理、公正的要求予以确定。”参见《俄罗斯联邦民法典》，黄道秀译，北京大学出版社2007年版，第37页。

② 参见杜涛：《民法总则的诞生：民法总则重要草稿及立法过程背景介绍》，北京大学出版社2017年版，第10页。

③ 参见李永军：《民法总则》，中国法制出版社2018年版，第94页。

④ 参见梁慧星：《〈中华人民共和国民法总则（草案）〉：解读、评论和修改建议》，载《华东政法大学学报》2016年第5期。

⑤ 谢怀栻：《关于日本民法的思考》，载渠涛：《中日民商法研究》（第一卷），法律出版社2003年版，第101-102页。

⑥ 参见李敏：《论法理与学说的民法法源地位》，载《法学》2018年第6期。

⑦ 参见王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》，法律出版社2005年版，第22页。



立法源类别,或将基本原则参照法理适用,仍处于“法律—习惯—基本原则”三位阶民法典法源模式下末位法源、补充法源、兜底性法源地位。与前述两种观点不同,第三种观点则认为,民法典基本原则属于法律的范畴,作为民法典确立“法律与习惯”中“法律”的内容。科尔曼的包容性法律实证主义,直接认可了规范既包括规则也包含原则。^①如有学者认为,若作宽泛理解,法律规范可分为规则与原则两种类型,原则作为法律规范的一种,应隶属于《民法总则》第10条“法律”的范畴。^②

由此可知,民法学界大都承认民法典基本原则的法源地位,且有观点认为可将“法官依民法基本原则确立的规则”作为兜底性法源。^③但民法学界对于民法典基本原则的法源类别的划分存在争论,或认为属于独立类别法源,或认为参照法理,又或认为归属于法律范畴。

焦点三,“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用路径的司法困境。现行民法典法源模式采用“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的路径,当制定法出现漏洞时,则顺位至习惯,甚至法理或基本原则,寻求对制定法漏洞的填补。而当制定法、习惯同时存在时,过于强调较高位阶法源的优先适用,特别是制定法的优先适用,有时可能背离常识,产生实质上的不公。此时,法官应选择何者作为案件裁决的依据?例如,在山东省青岛市的“顶盆过继案”中,若强行适用制定法进行判决,则会明显违背常识,导致当事人权益受损,最终青岛市中级人民法院选择适用当地的习俗进行判决,照顾了当地的民风民俗,平衡了当事人的民事权益。^④可见,无论是“法律—习惯—法理”三位阶民法典法源模式,或是“法律—习惯—基本原则”三位阶民法典法源模式,又或是“法律—习惯”第一层次和基本原则第二层次之层次民法典法源模式,由于人为追求民法法源的先后排序进而导致司法适用的呆滞与僵化,从而很难指引法官进行司法实践。相对于制定法的优位法源地位,排列在制定法之后的习惯即使被肯定了法源地位,依旧很难获得法官青睐,长久处于弃而不用的局面。例如,《民法典》实施以来,截止2021年7月16日,虽然适用“习惯”的案件有82374例,但全部的民事案件有4188326例,适用“习惯”的民事

① 维护承认规则中“充分性条款”的可能性,有时候道德性原则也可能被视作法律。参见[美]朱尔斯·L.科尔曼:《原则的实践——为法律理论的实用主义方法辩护》,丁海俊译,法律出版社2006年版,第89-173页。

② 参见汪洋:《私法多元法源的观念、历史与中国实践——〈民法总则〉第10条的理论构造及司法适用》,载《中外法学》2018年第1期。

③ 参见李敏:《论法理与学说的民法法源地位》,载《法学》2018年第6期。

④ 参见石坊昌诉石忠雪顶盆过继案,山东省青岛市李沧区人民法院(2005)李民初字第3460号民事判决书、山东省青岛市中级人民法院(2006)青民一终字206号民事判决书。

案件只占 0.19% 左右。^①

民法法典化过程中,使得民法具备了两种品格,分别是形式理性与价值理性。^②理性化思潮使得民法典在编纂与制定时,对未来可能发生的情形具有一定的预判性与可欲性。依据哈耶克社会理论中的“进化论理性主义”与“建构论唯理主义”,民法典现行法源模式实际受到“建构论唯理主义”的影响。^③哈耶克认为:“所谓增进理论知识能够使我们越来越把各种复杂的互动关系转变成一系列可以探明并确定的特定事实这种幻想,常常引发新的科学谬误。”^④《民法典》第 10 条确立的法律与习惯两大法源,在司法实践过程中其序列、互动与转换远远比预想的更加复杂。而建构论唯理主义支配下所预想的现行民法典法源模式,将原本司法实践中动态、多样、差异的法源适用路径静态化、单一化、趋同化处理,造成了“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用路径在司法实践中的困境。

二、基于立法的民法典二元差序化静态法源模式

“人不能屈服于理性,也不能满足于理性。”^⑤民法典在建构论唯理主义支配下试图将法源进行分门别类,然后构建一种放之四海皆准、普遍适用的民法典法源模式。如前所述,“法律—习惯—法理”三位阶民法典法源模式、“法律—习惯—基本原则”三位阶民法典法源模式以及“法律—习惯”第一层次和基本原则第二层次之层次民法典法源模式,背后实际仍是“法律→习惯→法理/基本原则”顺位适用的内在逻辑。《民法典》第 10 条以语句形式进行表述,背后隐含且存在的适用规则往往依附着一种行为惯性——制定法优位,最终导致制定法越发强势,不断挤占习惯的适用空间,造成倚重制定法、偏废习惯的情势。

对于现行民法典法源模式的解构,可以分别从立法层面与司法适用层面进行具体分析。立法层面解构现行民法典法源模式的同时,拟将基本原则划归法律范畴,

① 参见李可、韩秋杰:《〈民法典〉施行前后习惯司法适用机制疑难问题研究》,载《湖北民族大学学报(哲学社会科学版)》2022年第3期。

② 参见[美]艾伦·沃森:《民法体系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国法制出版社2005年版,第262页。

③ 所谓“建构论唯理主义”,是指那种立基于每个人都倾向于理性行为和个人生而具有智识与善的假设,极端赞扬人的理性能力,确信人能够掌握所有的知识即达到全知的“全知论”。而所谓“进化论理性主义”则是指那种认为人的理性能力有其限度,任何人都不可能通晓一切,甚至很大程度上不可避免地处于“无知之幕”原初状态的“无知论”。参见[英]弗里德里希·奥古斯特·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第10-16页。

④ [英]弗里德里希·奥古斯特·冯·哈耶克:《知识的僭妄:哈耶克哲学、社会科学论文集》,邓正来译,首都经济贸易大学出版社2014年版,第42页。

⑤ [德]弗里德里希·威廉·尼采:《权力意志》,吴崇庆译,台海出版社2016年版,第67页。



重构法律与习惯为民法典二元差序化法源模式中的二元，并从民法成典的角度分析民法典二元差序化法源模式的形成与建立。

（一）法理不属于二元差序化法源模式的法源

“法典不仅是对社会生活的映照，而且不容忽视的是，它还是对社会生活的塑造。”^①任何法典的编纂必须立足社会实际，符合当下时代发展状况，更好地指引民事主体参与民事活动及人民法院对民事纠纷的处理，如果超脱现行阶段构建一种不切实际的预想，则会带来更多的不便与混乱。

对于法理是否为民法法源，民法学界持有两种观点，即肯定法理的法源地位与否认法理的法源地位。如前者，有学者指出：“‘法理’渊源的合理性显而易见。”^②如后者，也有学者提出，法理的概念不明确，难以在立法中规定。^③民法典并无明确法理法源地位的必要，此既是从法理自身角度而言，也是从民法典整体体系及司法适用层面作出的制度设定。

首先，从法理自身角度而言，法理的概念与范围不明确，使得民法典引入法理存在极大风险。法理本身的概念是模糊的，很难获得一个统一的共识。^④且关于法理的范围，也没有明确的界定，目前来看主要包括一些共同的原则、学者学说等。其中学者学说多为一家之言，并不具有普遍性，公信力多受质疑。此外，学者学说并非观点一致，有时甚至互相诘难，贸然引入会导致裁判标准失准，弱化司法判决的统一性和公正性。

其次，与民法典施行相配套的方法论发展，已最大限度补足制定法与习惯适用上存在的漏洞，尚无通过法理补足漏洞的必要。如与民法典配套施行的司法解释，是填补制定法高度抽象化弊端的重要手段。加之最高人民法院发布的指导性案例，也为漏洞的补足提供了解决方法。此外，民法典所确立的基本原则，近乎涵盖民法典的全部范围，足以补足制定法与习惯适用过程中可能产生的漏洞。

再次，从法理在司法实务中的适用情况来看，民法典引入法理极易导致法理的误用或滥用。例如，在我国台湾地区司法实务中，法理存在“通货膨胀”式的滥用。^⑤

① 徐国栋：《民法基本原则解释：成文法局限性之克服》（增补本），中国政法大学出版社 2001 年版，第 387 页。

② 耿林：《民法典应当如何制定？——关于〈民法总则（草案）〉第一章的修改意见》，载《北航法律评论》2016 年第 1 辑。

③ 参见李永军：《民法总则》，中国法制出版社 2018 年版，第 94 页。

④ 参见李永军：《民法总则》，中国法制出版社 2018 年版，第 94 页。

⑤ 参见吴从周：《论民法第 1 条之“法理”》，载《东吴法律学报》2004 年第 2 期。

李敏认为,具体来看法理的误用或滥用,主要有五种情形。^①另据统计,司法实务中约有 27.9% 的裁判文书属于法理的误用或滥用。^②因此,引入法理补足漏洞、协助法官进行司法判决的本意,落实到司法实务中恐怕会造成法官司法裁量权的滥用。

由此可见,对比引入法理和通过其它方式补足制定法与习惯适用过程中可能产生的漏洞,当前阶段尚无引入法理之必要。且法理自身不确定性的局限并无好的举措予以克服与完善,贸然引入极易造成司法适用层面的混乱。

(二) 基本原则属于二元差序化法源模式中法律的范畴

如前所述,关于民法典的基本原则,存在三种观点,即独立为一种类别的法源、参照法理进行适用以及划分到法律的范畴。其中独立为一种法源类别,主要是“法律—习惯—基本原则”三位阶民法典法源模式持有的观点。民法典基本原则作为民法典的法源,似无争议,争议在于民法典基本原则是否属于法律的范畴。

从概念的内涵与外延出发,民法典确立的基本原则属于《民法典》第 10 条“法律”的范畴。法律为民法典的法源,不仅指规范性法律,即通过立法以法律表现出来的形式。“对于法官而言,为解决事实的裁断依据是法律,而那些为裁断依据提供规则的却是法律渊源。”^③如庞德认为,所谓的法律渊源是指形成法律规则的原因。^④因此,法律不等同于法律渊源,此处的“法律”应当作广义理解。法律规范可以分为规则与原则两种类型。其中构成“完全法条”的规则需具备具体的构成要件与法律后果;规则之外,凡构成实在法规范的基础或“镶嵌”于其中的基本理念为原则。^⑤可见,民法典中确立的基本原则应当划归于《民法典》第 10 条中“法律”的范畴。

依据三位阶民法典法源模式的形成逻辑,基本原则替代法理,有简单拼接之嫌。“法律—习惯—法理”三位阶民法典法源模式中制定法、习惯、法理三者法源性质不同,可以明显区分。“法律—习惯—基本原则”三位阶民法典法源模式将基本原则作为第三位阶的兜底性法源,逻辑的出发点是从《民法典》第 10 条的语句结构出发,先定地认为基本原则处于制定法、习惯之后,并未明确分析制定法、习惯、基本原则的概念内涵与外延。虽然基本原则在民事司法适用层面作为末位法源与兜底性法源适用,但这只是从其适用的效力而言,并不是从其含义出发,也就是说“法律—

① 具体情形划分,大致有“名依法理,实依法条”“应依法条,逃向法理”“套话式引用法理”“名为依法理,实有悖法理”“借法理之名误用规则”等情形。参见李敏:《民法法源论》,法律出版社 2020 年版,第 207 页。

② 参见李敏:《论法理与学说的民法法源地位》,载《法学》2018 年第 6 期。

③ 彭中礼:《论法律形式与法律渊源的界分》,载《北方法学》2013 年第 1 期。

④ See Roscoe Pound, Jurisprudence (III), West Publishing Co., 1959, p.383.

⑤ 参见汪洋:《私法多元法源的观念、历史与中国实践——〈民法总则〉第 10 条的理论构造及司法适用》,载《中外法学》2018 年第 1 期。



习惯—基本原则”三位阶民法典法源模式中制定法、习惯、基本原则类别划分的依据是法源效力的大小，而不是法源自身的性质。由此产生的问题是，实际上制定法和习惯的划分依据是各自的性质，在法源效力的大小方面并不是制定法天然的绝对优位。而不顾法源性质的不同，将基本原则简单地续接在法律与习惯之后，犹如在梨树上嫁接苹果树的枝条，最后破坏的是果园的整体区分。

（三）“法律—习惯”二元法源模式的立法形成

民法典法源的确立，除开学理层面的争论，本国立法活动的影响也是不可忽视的因素。耶林宣称：“法的诞生如同人的诞生，通常伴随着剧烈的分娩阵痛。”^①民法成典的过程中，民法学者对于民法典法源的选择提出了不同的方案，最终才得以确立制定法与习惯为民法典的法源。

制定民法典采用了“两步走”的立法思路，围绕民法典法源的确立，大致可以从民法典的专家建议稿、起草稿与最终民法典立法确立的文本出发，探寻制定法与习惯成为民法典法源的缘由，以及从立法角度重构“法律—习惯”二元法源模式。

从民法学者的建议稿来看，对于民法典法源的选择大致分为四类：一是认为民法典的法源应当是“法律、习惯、法理”，持此种观点的有梁慧星、杨立新、李永军；^②二是认为民法典的法源包括“法律、习惯、基本原则”，持此种观点的有孙宪忠、王利明；^③三是民法典的法源包括法律与习惯两种，此种观点可见中国法学会之建议稿；^④四是认为民法典的法源应包括法律与惯例，持此种观点的主要是龙卫球。^⑤此外，于海涌认为民法典法源应包括商业惯例，徐国栋认为民法典法源应包括事理之性质等。^⑥由此可知，民法学者在民法典建议稿中对于民法典应包含何种法源的观点不一，且分歧较大。

从民法总则与民法典的建议稿来看，法律与习惯法源地位的确立过程也十分曲

① [德] 鲁道夫·冯·耶林：《为权利而斗争》，郑永流译，法律出版社2012年版，第8页。

② 分别参见梁慧星：《中国民法典草案建议稿》，法律出版社2003年版，第2页。杨立新：《〈中华人民共和国民法总则（草案）〉建议稿2.0版》，载中国法学创新网2015年5月11日，<http://www.fxcw.org.cn/dyna/content.php?id=1410>。李永军：《中国民法典总则编草案建议稿及理由（中国政法大学版）》，中国政法大学出版社2016年版，第5页。

③ 分别参见中国社会科学院民法典立法研究课题组（孙宪忠主持）：《民法总则建议稿》，载中国法学网，http://iolaw.cssn.cn/zt/mf/xs/jl/201603/t20160301_4638985.shtml。王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由·总则编》，法律出版社2005年版，第22页。

④ 参见《中华人民共和国民法典·民法总则专家建议稿（提交稿）》，载中国民商法律网2016年2月24日，<http://www.civillaw.com.cn/zt/t/?id=30198>。

⑤ 参见北航法学院课题组（龙卫球主持）：《〈中华人民共和国民法典·通则编〉草案建议稿》，载中国法学创新网2015年11月2日，<http://www.fxcw.org/index.php/home/xuejie/artindex/id/9597.html>。

⑥ 分别参见于海涌：《中国民法典草案立法建议（提交稿）》，法律出版社2016年版，第22页。徐国栋：《绿色民法典草案》，社会科学文献出版社2004年版，第4页。

折。关于《中华人民共和国民法总则（草案）》共有6稿，首次肯定习惯的法源地位是2016年7月5日发布的《中华人民共和国民法总则（草案）》第10条之规定，尔后民法总则及民法典总则编都对其予以承继，最终为官方正式确定。^①最终民法典确立法律与习惯为其法源，并未肯定法理、惯例等的法源地位。由此可以看出，三位阶民法典法源模式与层次民法典法源模式在立法层面是站不住脚的，因为民法典并未肯定法理、惯例为其法源，而立足于此，以法律和习惯为民法典法源的二元差序化法源模式更加契合民法典的立法本意，有其解释及适用的空间。

综上所述，从概念的内涵与外延出发，将基本原则划归“法律”的范畴更加符合民法典依据法源性质划分民法典法源的标准，且依据法源的效力大小进行法源之间的位阶排序不符合司法实践中法源适用的实际情况，也无法解决法源的适用冲突。《民法典》第10条只是法源语句的表达形式，其立法本意倾向于依据法源性质对民法典法源进行划分，而非依据效力大小进行位阶排序。因此，民法典二元差序化法源模式的重构更加契合《民法典》第10条对民法典法源划分的本意。

三、基于司法适用的民法典二元差序化动态法源模式

如前所述，现行民法典法源模式在司法实践中采用“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的路径，将原本司法实践中动态的、多样的、差异的法源适用路径静态化、单一化、趋同化处理，造成了民法典法源司法适用的困境。目前来看，这种困境主要表现在两方面的法源适用冲突，一是同一法源类型之间的冲突，如民法典“法律”法源中的冲突，制定法种类复杂，大致有七种类型。^②对于同一民事纠纷可能存在法条竞合的情况，适用何种类型的制定法或适用哪一法条也需要法官的裁量。例如，在常见的医疗纠纷中，适用民法典合同编或是适用民法典侵权编的法条，不同的适用选择带来的赔付标准也是不同的。二是不同法源类型之间的冲突，主要集中表现在制定法与习惯同时存在时，若依据《民法典》第10条之规定优先适用制定法可能出现明显违背伦理常识、损害民事主体权益的情形。例如，彭宇案的司法

① 参见《中华人民共和国民法总则（草案）》第10条：“处理民事纠纷，应当依照法律规定；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”

② 民法制定法的七种类型分别是：一是宪法中的民事规范；二是民法典及民事单行立法；三是国务院制定发布的民事法规；四是地方性法规、自治条例和单行条例；五是规章中的民事规范；六是最高人民法院民事解释的规范性文件；七是国际条约中的民事规范。



判决,极大地冲击了民众的认知观念。^①

因此,重构的二元差序化法源模式,乃是立足确定法律与习惯为民法典基本法源的基础上,对于同一法源类型之间(法律或习惯)、不同法源类型之间(法律和习惯),形成结合具体案件进行差序化动态调适的司法适用模式。该模式并非采取制定法绝对法源优位、习惯绝对法源末位的适用路径,而是将不同类型的法源进行对比,结合具体案件裁量出更加有利于保护当事人权益、符合公众预期、兼顾社情民情、尊重传统与习惯的民事判决。

(一) 二元差序化法源模式司法适用的逻辑进路

如前所述,层次民法典法源模式虽然在法源类型划分上以能否全有或全无适用为标准进行划分,做到了逻辑周延,实际和三位阶民法典法源模式一样,依旧受到建构论唯理主义的影响,采用“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的路径。此种静态的、人为预想的先后适用次序的排列,不利于司法层面法官案件的判决,反而造成制定法越发强势,不断挤占其它法源适用空间的局面。

民法典二元差序化法源模式将以制定法为依据,从三个维度论述不同情形下民法典法源适用的方法。制定法内的适用、制定法外的适用和背离制定法的适用,作为传统找法基础架构的三个范畴,大致相当于现行民法适用方法中的依照制定法、补充制定法和背离制定法三种民法适用方法。^②

有鉴于此,民法典二元差序化法源模式司法适用的逻辑进路,将围绕法律与习惯二元法源,以上述三种民法适用方法展开,结合具体案件适当地进行法源位置的差序化动态调适。首先,基于制定法内的适用,当只有制定法而无习惯时,适用制定法。其次,基于制定法外的适用,当无制定法而有习惯时,适用习惯。再次,基于背离制定法的适用,当制定法与习惯同时存在时,应进行综合考察,若适用制定法明显违背常识、损害当事人的权益,则应该放弃制定法的适用,进而适用习惯。此时,习惯跃迁至制定法之前处于优位法源地位,制定法则处于末位法源地位。

而《民法典》第 10 条所确立的法源,从形式逻辑上讲,并不包含所谓的第三位阶法源。^③因此,不同于“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用路径下制

^① 参见徐寿兰诉彭宇人身损害赔偿纠纷案,江苏省南京市鼓楼区人民法院(2007)鼓民一初字第 212 号民事判决书。

^② See Tschentscher, Emmenegger, Art. 1 ZGB, Berner Kommentar, Stämpfli, Bern 2012, SS. 225 – 226, 229 – 230.

^③ 从形式逻辑的角度来看,在定义纠纷(J)、法律(L)、习惯(C)、公序良俗原则(PP)之后,该条文可以被表述为: $J \rightarrow [L \vee (\neg L \wedge C \wedge \neg PP)]$, 其中 L 和 $(\neg L \wedge C \wedge \neg PP)$ 是析取关系,从逻辑式中显然只看到两项析取,并不存在第三层的法源体系。参见陈双雄:《〈民法总则〉第 10 条与我国的法源位阶体系——从法律逻辑的角度进行分析》,载《南方论刊》2019 年第 6 期。

定法优位、习惯次位、法理/基本原则末位的预想,二元差序化法源模式下制定法与习惯的法源地位并不是简单的制定法优位、习惯末位,而是根据制定法内的适用、制定法外的适用和背离制定法的适用的民法适用方法,结合实际情况进行差序化的动态调适,或是制定法处于优位法源地位,或是习惯处于优位法源地位。

(二) 二元差序化法源模式司法适用的维度分析

“法律—习惯—法理”三位阶民法典法源模式、“法律—习惯—基本原则”三位阶民法典法源模式以及“法律—习惯”第一层次和基本原则第二层次之层次民法典法源模式采用的是“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的路径,当前者无法适用出现漏洞时,则顺位至后者寻求补足。现行的民法典法源模式企图构建一种恒久适用的法源模式,然而机械式的法源适用路径以牺牲法源活力为代价,很难应对司法实践中的复杂局面。

如同 Rémy Cabrillac 教授毫不留情地下了一个韦伯意义上的“去魅”(disenchantment)型结论,对于通常被认为应该去消除的法律渊源的危机的解决,法典化“其实是无能为力的”。^①《民法典》第10条确立的简单的法源适用规则,很难应对实践层面法源的内部冲突难题。且从《民法典》第10条的表述“应当”“可以”的词汇来看,并没有明确说明在司法适用中制定法必须是优位法源、习惯则必须是末位法源,而“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用的路径则将民法典法源的适用次序固化了。

二元差序化法源模式从民法典所确立的“法律”与“习惯”两类基础法源出发,二者在各自的纵向维度与横向维度也同样面临着复杂的情况。从纵向维度来看,民法典“法律”法源的类型包括传统意义上的七类制定法,加之归属于法律范畴的基本原则,总共有八种法源类型。此外,民法典“习惯”法源的类型,主要包括民法典自身的规定和民法典司法解释的规定。其中,民法典所确立的习惯类型有交易习惯、风俗习惯、当地习惯、隐含习惯的公序良俗四种。而民法典司法解释则确立了民间习俗、惯常做法两种习惯类型。^②因此,从纵向维度来看,民法典及其司法解释总共确立的习惯类型有交易习惯、风俗习惯、当地习惯、民间习俗、惯常做法、隐含习惯的公序良俗六种类型。

从横向维度来看,以前述的三种民法适用方法为基础,法律和习惯之间存在三种情形,有法律无习惯、有习惯无法律、有法律且有习惯。前两种情形关系明确,

^① See Rémy Cabrillac, Les codifications, PUF, 2002, p303.

^② 参见《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》第2条第1款:“在一定地域、行业范围内长期为一般人从事民事活动时普遍遵守的民间习俗、惯常做法等,可以认定为民法典第十条规定的习惯。”



第三种有法律且有习惯的情形下在司法适用层面存在巨大冲突。例如,民法典关于禁止结婚的血亲规定与地方的风俗习惯就存在冲突,其中新疆伊犁哈萨克族有七代以内禁止结婚的传统习惯。^①又如,在我国部分农村地区,出嫁后的女儿不再享有对父母财产的继承权,司法实务中并不是依照制定法与同位顺序的继承人享有同等的继承权。^②

可见,三位阶民法典法源模式与层次民法典法源模式的法源适用路径过于僵化,不足以应对司法实践的复杂局面。二元差序化法源模式从其法律或习惯的纵向维度面临着不同的情形,司法适用中也不是简单的排序,横向维度的法律和习惯可能存在重合的情况,需要谨慎裁断适用习惯或是法律,由此对于法官的专业素养提出了更高的要求。

(三) 二元差序化法源模式司法适用的动态调适

如前所述,民法典二元差序化法源模式分为两个维度,即同一法源(法律或习惯)的纵向维度,与不同法源(法律和习惯)之间的横向维度,两个维度之间不同类型的法源在司法适用层面并非简单的排序,而是需要结合具体案件进行裁量。例如,在法律的纵向维度上,基本原则相对于部门法规就处于次位法源地位。而在法律与习惯的横向维度中,习惯可能优先于部门法规适用,处于优位法源地位。

在习惯法源的纵向维度中,其法源效力也并非完全一样,存有一定的差别。在交易习惯、风俗习惯、当地习惯、民间习俗、惯常做法、隐含习惯的公序良俗六种“习惯”法源类型中,隐含习惯的公序良俗的法源效力要弱于其它“习惯”法源。民间习俗、当地习惯、风俗习惯因具有传统属性,为民众所知悉与遵循,蕴含着强烈的民族情感与民族禁忌,其法源适用的效力要高于其它“习惯”法源,有时甚至可以优先于制定法适用。

有学者认为,法律渊源可以分为必须的法律渊源、应当的法律渊源和可以的法律渊源。^③也有学者提出,所谓的法源体系,在司法实践中并不具备现实可行性。^④其实不只是二位阶民法典法源模式,甚至三位阶民法典法源模式与层次民法典法源模式可能都无法在司法层面进行具体适用。

① 分别参见《民法典》第 1048 条:“直系血亲或者三代以内的旁系血亲禁止结婚。”《伊犁哈萨克自治州施行〈中华人民共和国婚姻法〉补充规定》第 4 条:“禁止直系血亲和三代以内旁系血亲结婚。保持哈萨克族七代以内不结婚的传统习惯。”

② 参见朱佳佳:《农村妇女继承权保护问题研究》,中国人民公安大学 2019 年硕士学位论文。

③ 参见彭中礼:《法治之法是什么——法源理论视野的重新探索》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2013 年第 1 期。

④ 参见汪洋:《私法多元法源的观念、历史与中国实践——〈民法总则〉第 10 条的理论构造及司法适用》,载《中外法学》2018 年第 1 期。

民法典二元差序化法源模式下法律与习惯中不同类型的法源，各自在司法适用层面的法源效力存在差别，产生冲突时需要谨慎适用。民法典二元差序化法源模式拟以法律与习惯二元的横向维度为基础，结合各自纵向维度中不同法源类型的效力强弱情况，将不同类型的法源划分为必须的法律渊源、应当的法律渊源和可以的法律渊源三种适用情形，从而进行差序化的动态调适，以克服“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用路径的弊端。因此，将宪法中的民法规范划分为必须的法律渊源；将基本原则划分为可以的法律渊源；“法律”中其它的6种法源类型划分为应当的法律渊源。而将“习惯”中交易习惯、风俗习惯、当地习惯、民间习俗、惯常做法划分为应当的法律渊源；隐含习惯的公序良俗划分为可以的法律渊源。

由此，在司法适用层面，民法典二元差序化法源模式下法律与习惯并非制定法天然优位，习惯天然末位，而是根据不同类型法源的比较，进行差序化的动态调适。其具体差序化的动态调适模式见表1。法律与习惯二元的差序化调适犹如“田忌赛马”，法律法源类型中的“上等马”是必须的法律渊源，处于绝对的优位法源地位，而习惯法源类型中的“上等马”对比于法律法源类型中的“下等马”，则跃迁至优位法源地位。例如，“习惯”法源中的交易习惯、风俗习惯、当地习惯、民间习俗、惯常做法，相对于法律中的基本原则与部分制定法的法源类型，则处于优位法源地位，优先进行司法适用。

表1 民法典二元差序化法源模式的适用调适

法源效力	民法典法源类型划分		备注	
	法律	习惯	二元法源	
必须的法律渊源	宪法中的民事规范	—	绝对优位法源	差序化调适
应当的法律渊源	民法典及民事单行立法；国务院制定发布的民事法规；地方性法规、自治条例和单行条例中的民事规范；规章中的民事规范；最高人民法院民事解释的规范性文件；国际条约中的民事规范	交易习惯、风俗习惯、当地习惯、民间习俗、惯常做法	相对优位法源：此处可由法官裁断何者优先适用	
可以的法律渊源	基本原则	隐含习惯的公序良俗	绝对末位法源	

综上所述，二元差序化法源模式试图克服三位阶民法典法源模式与层次民法典法源模式中“法律→习惯→法理/基本原则”法源顺位适用路径的弊端，防止过于倚重制定法导致有所偏废。如有学者所言，法律秩序中的平等与差序是相辅相成的，差序则是更好地应对事物的差异性，平等与差序是和而不同的。^①例如，在古代中国，

① 参见龙大轩：《道与中国法律传统》，商务印书馆2022年版，第127页。



蕴含习惯的礼与国家制定的法之间，经历了援礼入法、礼法结合、礼法合一的发展阶段，通过礼的适用来克服制定法的弊端，从而达到和谐有序的状态。“万物负阴抱阳，冲气以为和。”^① 二元差序化法源模式所蕴含的中华民族“和合”的法文化观，在应对法律与习惯两大法源之间的张力与冲突、侧重与偏废，仍具有一定的实践价值。

结 语

现行的民法典法源模式采用“法律→习惯→法理 / 基本原则”法源顺位适用的路径，将司法实践中多样、动态的法源适用路径静态化、单一化处理，使得民法典法源司法运用的可操作性降低。民法典二元差序化法源模式将基本原则划属“法律”范畴，依据法源性质划分为法律与习惯之二元法源，且并非采取“法律→习惯”法源顺位适用的路径，单纯寻求习惯对制定法漏洞的填补，而是结合实际情况进行差序化动态调适，习惯具有跃迁至制定法之前优先适用的可能。

法律与习惯在司法适用层面，犹如“田忌赛马”。法律中“必须的法律渊源”相对于习惯法源处于绝对优位法源地位，而习惯中“应当的法律渊源”相对于法律中“可以的法律渊源”处于相对优位法源地位。对于法律与习惯中均属于“应当的法律渊源”的法源类型，可由法官自行裁定，决定何者优先适用。也可基于民法典确立的自愿原则，遵循当事人的意思自治，由当事人决定制定法和习惯何者优先适用，且提出适用习惯的一方具有证明责任，证明有困难的，法官可依职权查明。^② 此外，习惯跃迁至制定法之前优先进行司法适用，应建立在适用制定法明显违背伦理常识、损害民事主体合法权益的前提下。

（责任编辑：李 宁）

^① 《道德经》第四十二章，张景、张松辉译注，中华书局 2021 年版，第 178 页。

^② 参见《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》第 2 条第 2 款：“当事人主张适用习惯的，应当就习惯及其具体内容提供相应证据；必要时，人民法院可以依职权查明。”

公民个人信息的刑法归类研究

——基于场景理论的判断标准构建

王雨田 周 明^{*}

内容摘要：精准划定个人信息的类别关乎侵犯公民个人信息犯罪的定罪与量刑。然而，审判实务中信息类别认定的裁判尺度并不统一，原因主要在于刑法“三分法”与民法“二分法”易生龃龉，信息场景运用的动态化和类别规定的静态化之间存在矛盾，信息类别的形式判断与法益侵害的实质审查引发冲突。场景理论为个人信息的刑法归类提供了一个动态的分析框架，以此确定个人信息的敏感性具备属性契合、价值同向、逻辑一致的前提条件。凝聚和吸收既有裁判规则的共识，对场景理论进行适当的本土化和刑事化改造，探索构建场景融入和场景抽离双重路径下的个人信息类别判断标准：场景融入通过对信息处理者、信息来源、信息处理目的、信息处理影响后果等场景要素的考量评估法益侵害风险等级；场景抽离回归作为内因的个人信息内容，并在双重判断路径的基础上归纳形成指导同类案件的裁判规则。

关键词：公民个人信息；场景理论；法益侵害；刑法归类；裁判规则

信息社会中个人信息早已超越了其原始的记录功能，成为重要的生产要素和商业竞争资源，与公民的人身财产安全密切相关。近年来，公民个人信息的泄漏问题呈泛滥之势，已经严重威胁到公民的人身财产安全，引发全社会高度关注。为有效打击侵犯公民个人信息犯罪，《刑法修正案（九）》将相关罪名整合设立了侵犯公民个人信息罪，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）规范本罪的司法适用。《解释》实质

^{*} 王雨田，湖南省郴州市中级人民法院党组书记、院长，北京师范大学刑事法律科学研究院博士后；周明，湖南省郴州市中级人民法院研究室四级主任科员。



上将信息类型分为敏感信息、重要信息和一般信息三类，分别规定 50 条以上、500 条以上、5000 条以上的入罪标准，并将该数量标准的十倍以上作为本罪的“情节特别严重”情形进行法定刑升格处理，因而准确认定个人信息的类别关乎本罪的定罪与量刑。然而，敏感信息、重要信息和一般信息的边界并非泾渭分明，在具体信息的类别上存在交叉和重合，如何准确认定个人信息的类别是当前审判实务中亟待解决的问题。

一、实务考察：个人信息的类别界限模糊

由于目前司法解释对个人信息的类别界定较为模糊，个人信息的类别认定缺乏明确的指导规范，敏感信息、重要信息与一般信息等三类信息的边界难以判断，导致审判实务中个人信息的类别认定结果存在较大差异，类案不类判的问题较为突出。

（一）财产信息与交易信息难以区分

由于敏感信息的入罪门槛较低，《解释》通过明确列举的方式将敏感信息的类别限定于行踪轨迹信息、通信内容、征信信息、财产信息四种信息，并且不允许实务中通过“等”解释扩大适用范围。然而何谓财产信息，审判实务中存在认识分歧，财产信息与交易信息的界限模糊，尤其是房产信息、车辆档案信息、金融信息的类别认定存在困难。

1. 房产信息。房产已经成为当前社会中个人财产的重要组成部分，但包含姓名、联系方式、房号、房屋面积等内容的房产信息是否属于财产信息，审判实务中的认定可谓五花八门，归纳起来主要有以下五种认定信息类别的方式：第一，较为常见的是根据文义解释将房产信息直接认定为财产信息，在本院认为的裁判理由部分也未作说理。第二，认为房产信息属于交易信息，信息内容反映的是交易要素。第三，在不少涉案房产信息数量达 5 万条以上的案件中，法官采取了避难就易的裁判路径，即不再对房产信息的类别作出认定，直接以信息数量达到情节特别严重进行定罪量刑。第四，有的法院认为，包含小区业主姓名、联系电话、身份证号码、房产地址等内容的房产信息，与住宿信息、通信记录、健康生理信息、交易信息等信息在重要程度上具有相当性，属于其他可能影响人身、财产安全的公民个人信息。第五，也有法院认为，包含姓名、房号、联系方式等内容的业主信息属于住址信息，住址信息不等于房产信息，并不必然反映财产状况和影响财产安全，应当认定为一般信息。

2. 车辆档案信息。车辆档案信息一般包括车辆的型号、品牌、抵押状态、车辆的类型、发动机号、车身颜色、所有人姓名、联系电话等内容。在涉及车辆档案信息的侵犯公民个人信息罪案件中，绝大多数法官选择回避车辆档案信息的类别认定，

直接通过违法所得数额进行定罪量刑。此种裁判方法虽然不影响定罪,但是在信息类别和数量均达到本罪“情节严重”的情形下,会对量刑的基准产生影响。^①在曾某某案中,被告人利用担任协警的职务之便,非法获取公民个人信息向他人出售获利10280元,法院认为构成情节严重,判处拘役五个月。^②本案如果信息数量同时达到“情节严重”的标准,量刑一般应当在3年以下有期徒刑而非拘役,由于法院没有查明信息的类别和数量,可能导致个案的量刑失衡。但某些案件中对信息类别的问题无法回避,例如在杨某某案中,车辆档案信息是否属于财产信息成为控辩双方争议的焦点问题,法院经审理认为,仅凭车辆档案信息无法评价个人财务状况,且现有证据不能证实涉案信息是用于实施针对人身或财产的侵害行为,因而不宜认定为财产信息。^③至于车辆档案信息是否属于交易信息,抑或其他类别的信息,法院未作出认定评判。

3. 金融信息。证券、期货、银行账户等金融信息与个人的财产情况密切相关,但是否涉及到金融信息就应当认定为财产信息,审判实务对此采取了更为审慎的态度。例如,在金某某案中,被告人向他人出售包含姓名、电话号码、证券信息的个人信息29295条,法院虽然没有明确认定信息类型,但认为该案仅构成情节严重,通过信息数量倒推发现,法院应当是认为涉案证券信息仅属于一般信息。^④在咸某某案中,被告人非法获取和出售包含身份证号、手机号码、贷款和信用卡额度等内容的个人信息,法院认为涉案个人信息和资金需求密切相关,可能会被用于实施诈骗,认定属于可能影响人身、财产安全的信息。^⑤但涉及银行账号及存款余额等内容的个人信息,能够直接体现个人的财产情况,普遍认为更具敏感性。在王某某案中,被告人利用银行工作人员的职务便利非法获取、出售包括姓名、银行卡号、余额、手机号码等内容的储户信息152条,被法院认定属于财产信息。^⑥

(二) 行踪轨迹信息与个人行踪信息因存在交叉而纠缠不清

由于行踪轨迹信息与公民的人身财产安全高度关联,《解释》将行踪轨迹信息列入敏感信息的范畴,但并非所有与个人行踪相关的信息都属于行踪轨迹信息。^⑦

1. 航班信息。审判实务中对于航班信息是否属于行踪轨迹信息存在较大的分歧。在潘某某案中,被告人接受他人委托从事所谓的“私家侦探”找人、跟踪调查等业务,

① 参见石聚航:《侵犯公民个人信息罪“情节严重”的法理重述》,载《法学研究》2018年第2期。

② 参见曾少勇侵犯公民个人信息罪案,湖北省天门市人民法院(2017)鄂9006刑再3号刑事裁定书。

③ 参见杨世亮侵犯公民个人信息罪案,四川省剑阁县人民法院(2019)川0823刑初51号刑事判决书。

④ 参见金某才侵犯公民个人信息罪案,安徽省合肥市蜀山区人民法院(2019)皖0104刑初491号刑事判决书。

⑤ 参见咸广东、王晓凤等侵犯公民个人信息、伪造国家机关印章等罪案,浙江省金华市中级人民法院(2020)浙07刑终631号刑事判决书。

⑥ 参见王万荣侵犯公民个人信息罪案,安徽省萧县人民法院(2017)皖1322刑初349号刑事判决书。

⑦ 参见王雨田、周明:《大数据时代个人信息的刑法分类》,载《人民法院报》2022年10月20日,第6版。



购买和获取的航班信息具有特定性,被法院认定属于行踪轨迹信息。^①也有法院对此持较为谨慎的态度,认为行踪轨迹信息区别于普通的个人行踪信息,应局限于可直接定位特定自然人的具体坐标信息。例如,在叶某某案二审中,二审法院认为航班信息虽然涉及公民个人轨迹,但并不能据此直接定位特定自然人具体坐标信息,故不应认定为行踪轨迹信息。^②还有法院认为,行踪轨迹信息的交易价格一般高于其他普通信息,航班信息是否属于行踪轨迹信息还需要结合个案的信息交易价格和使用目的进行综合判断。例如,在羊某某案中,被告人获取航班信息用于实施机票退改签诈骗犯罪,一审法院认定航班信息属于一般信息,检察机关抗诉认为航班信息体现了时空转移过程必然涉及的动态性要素,属于行踪轨迹信息;二审法院认为仅凭航班信息难以对特定公民的人身安全造成现实威胁,被告人购买航班信息的价格较低,其目的是为了实施诈骗,应当属于其他可能影响人身财产安全的公民个人信息。^③

2. 车辆轨迹信息。实务中常见的车辆轨迹信息主要是车辆 GPS 行动轨迹信息和车辆卡口信息,但这两类信息并非都能被认定为行踪轨迹信息,在此基础上行踪轨迹信息还需要满足行踪轨迹信息的线形动态属性。例如,在裴某某案中,公诉机关指控被告人通过车载 GPS 跟踪器获取被害人行踪位置信息 2356 条,其中 2041 条信息为被害人在静止状态下的重复位置信息,法院扣除静态位置信息后认定被告人获取被害人的行踪轨迹信息为 323 条。^④另外,单个的车辆卡口信息并不能完整地反映出车辆的行踪轨迹,需要结合该时段内其他卡口信息才能串联形成车辆的行踪轨迹。例如,在师某案中,二审法院认为,行踪轨迹是一个动态的、发展的且能够反映位置移动的行动过程,本案 85 辆车 2679 条卡口信息中单条卡口信息并不能完整反映车辆的行踪轨迹,一审法院将其全部认定为行踪轨迹信息不当,故予以纠正。^⑤

3. 手机定位信息。随着移动互联网的发展,手机定位服务(Location Based Service)逐渐渗透到人们的日常生活中,覆盖社交、旅行、购物等多个生活服务场景。非法获取的手机定位信息通常会被认定为行踪轨迹信息,不仅符合行踪轨迹的动态属性要求,交易价格也明显高于其他信息。例如,在蔡某某案中,被告人以每条信息 1500 元到 2500 元不等的价格向他人出售手机号码轨迹定位的信息 30 余条,虽然法院在判决书中回避了信息类别认定,直接以违法所得数额认定构成情节严重,^⑥但

① 参见潘健群、殷瑜侵犯公民个人信息罪案,湖北省宜昌市夷陵区人民法院(2021)鄂 0506 刑初 257 号刑事判决书。

② 参见叶莞龙侵犯公民个人信息罪案,浙江省温州市中级人民法院(2019)浙 03 刑终 1689 号刑事判决书。

③ 参见羊汉统诈骗、侵犯公民个人信息罪案,海南省第二中级人民法院(2019)琼 97 刑终 222 号刑事判决书。

④ 参见裴计生侵犯公民个人信息罪案,安徽省明光市人民法院(2020)皖 1182 刑初 39 号刑事判决书。

⑤ 参见师森侵犯公民个人信息罪案,重庆市第五中级人民法院(2018)渝 05 刑终 838 号刑事裁定书。

⑥ 参见蔡嫚利侵犯公民个人信息罪案,山西省太原市中级人民法院(2019)晋 01 刑终 760 号刑事裁定书。

本案中的手机定位信息应当属于行踪轨迹信息。在于某某案中,被告人通过非法获取手机定位信息从事“私家侦探”的跟踪、偷拍等业务,从信息属性和使用目的来看,本案中的手机定位信息均符合行踪轨迹信息的特征。^①

(三) 住址信息与住宿信息因归类存在重合而界限不明

从文义解释的角度来看,住址信息具有固定性和长期性的特点,有时与包含小区楼盘、门牌号等的业主信息重合,住宿信息则是临时性和短期性在外居住(多指过夜)的信息,通常表现为酒店(旅馆)开房记录信息。

1. 住址信息。住址信息是公民个人信息泄露的重灾区,但由于住址信息并非《解释》明确列举的信息类型,审判实务对住址信息的类别认定涵盖了敏感信息、重要信息与一般信息。例如,在詹某某案中,被告人利用职务便利查询并向他人提供被害人的暂住地及相关信息,导致被害人在暂住房处被人杀害,法院认定被告人向他人提供公民行踪轨迹信息,被他人用于犯罪,造成被害人死亡,情节特别严重。^②在孙某案中,被告人非法获取个人的住址信息 9651 条,辩护人提出住址信息不属于住宿信息的辩护意见,法院认为住址信息虽然不属于住宿信息,但住址信息属于可能影响人身、财产安全的公民个人信息。^③在黄某某案中,检察机关起诉认为,被告人为推销公司的贷款业务,购买包含姓名、电话、住址信息等内容的可能影响人身、财产安全的公民个人信息 6594 条,法院认为,认定查获被告人购买的公民信息是属于可能影响人身、财产安全的公民个人信息证据不足,应当仅属于一般信息。^④

2. 住宿信息。行踪轨迹信息和住宿信息均是司法解释明确列举的信息类别,分别属于敏感信息和重要信息,从文义解释的角度来看,行踪轨迹信息表现为线形的动态轨迹,住宿信息属于静态的点状位置,行踪轨迹信息和住宿信息应当不存在竞合或者交叉,然而审判实务中的案例表明并非如此。例如,在夏某某案中,被告人利用身为协警的职务之便,为牛某等人查询债务人的实时住宿信息 10 余条,并实时关注被害人的信息变化,最终牛某等人根据上述信息找到 3 名债务人。^⑤从上述案例来看,实时的住宿信息及其变化,某种程度上已经具备了行踪轨迹信息的相应属性,给被害人造成了现实的人身安全威胁,并且从找寻债务人的信息使用目的来看,亦符合行踪轨迹信息所要保护的人身安全法益。

经过细致梳理审判实务中的典型案例发现,绝大多数法官在个人信息的类别认定上倾向于采取回避的态度,抑或直接作出类别判断,缺乏令人信服的裁判论证说理,

① 参见于章军侵犯公民个人信息罪案,山东省济南市历城区人民法院(2019)鲁0112刑初333号刑事判决书。

② 参见詹美锋侵犯公民个人信息罪案,浙江省宁波市镇海区人民法院(2017)浙0211刑初482号刑事判决书。

③ 参见孙波侵犯公民个人信息罪案,浙江省温州市鹿城区人民法院(2017)浙0302刑初1185号刑事判决书。

④ 参见黄祥辉侵犯公民个人信息罪案,广东省广州市越秀区人民法院(2019)粤0104刑初1075号刑事判决书。

⑤ 参见夏文栋侵犯公民个人信息罪案,江苏省江阴市人民法院(2018)苏0281刑初2015号刑事判决书。



反映出法官对个人信息的类别认定没有足够的自信。投射到具体案件的处理上,裁判尺度不统一的问题突出,致使敏感信息、重要信息和一般信息的边界模糊。司法解释对信息类别的列举缺乏周延性,对信息类别进行解释存在较大的语义空间,行踪轨迹信息和财产信息的认定中出现范围的不当扩张,财产信息有成为本罪中的“口袋性”概念的趋势。行踪轨迹信息和财产信息均属于敏感信息的类别,刑法对此采取了最为严苛的保护模式,不宜再作扩张性解释,否则可能导致过度保护与不当惩罚。

二、困境剖析:个人信息类别难以判断的原因

从上述典型案例来看,侵犯公民个人信息犯罪案件的信息种类多样,同种信息的具体案件情况不一,由于缺乏统一的判断标准,难以避免产生理解和认识分歧。

(一) 个人信息刑法“三分法”与民法“二分法”的龃龉

我国个人信息保护采取“先刑后民”的立法路径,公民个人信息保护早在 2009 年《刑法修正案(七)》即进入刑法的视野,而相关的民事立法姗姗来迟,《个人信息保护法》迟至 2021 年 11 月 1 日才正式施行。刑法上对个人信息分类采用敏感信息、重要信息和一般信息的“三分法”,《民法典》第 1034 条没有对个人信息作出分类,《个人信息保护法》作为《民法典》的特别法,对个人信息采取了敏感个人信息和一般个人信息的“两分法”。民法上的敏感个人信息与刑法上的敏感信息、重要信息存在交叉和重合。例如,人脸、指纹等生物识别信息属于《个人信息保护法》明确列举的敏感个人信息,在刑法上只能解释为其他可能影响人身、财产安全的公民个人信息,属于重要信息。本罪中“公民个人信息”的内涵和外延的把握受到《民法典》《个人信息保护法》等前置法的影响,但个人信息类别的刑法“三分法”与民法“二分法”的不协调在一定程度上与法秩序统一性原理形成抵牾,给个人信息的刑法归类带来混乱。

有学者提出,刑法上对个人信息等级分的太细,由此带来的弊端很明显,不同法院对同种个人信息的信息类型认定有别,带来较大的定罪量刑差异,建议将来统一为“二分法”。^①笔者认为,上述建议固然能在一定程度上缓解个人信息的刑法分类冲突,但却不能从根本上解决问题,仍然会面临敏感信息和一般信息的分类难题。事实上,刑法上的个人信息“三分法”有其独特的价值,能够更加精细化地体现信息类别与法益侵害风险的对应关系,有助于更好地贯彻罪责刑相适应原则。面对我国公民个人信息立法保护存在不系统、不协调的“碎片化”现状,需要运用体系解

^① 参见周光权:《侵犯公民个人信息罪的行为对象》,载《清华法学》2021 年第 3 期。

释方法实现刑法与前置法的衔接协调。^①在相关立法和司法解释没有修订的情况下,应当从法教义学的视角开展更加务实的刑法解释工作,缓和信息类别的冲突,统一裁判尺度。

(二) 个人信息场景运用动态化和类别规定静态化的矛盾

个人信息的利用离不开相关的场景,根据不同的信息运用场景,信息的敏感性呈现出巨大的差异。以航班信息为例,行为人获取航班信息可能用于寻找信息主体的行踪位置,也可能目的在于发送退改签虚假信息实施诈骗,或者是为了酒店预订推销,信息场景运用具有动态化的特点。与此形成对比的是,个人信息的类别规定却相对简单,主要表现为静态的列举方式。例如,《解释》将财产信息列举为敏感信息,《解释》的理解与适用中指出财产信息包括存款、房产等财产状况信息,^②2018年最高人民检察院出台的《检察机关办理侵犯公民个人信息案件指引》对财产信息的具体类别作了进一步列举,认为财产信息既包括银行账户、第三方支付结算账户、证券期货等金融服务账户的身份认证信息,也包括存款、房产、车辆等财产状况信息。但从审判实务中房产信息、车辆档案信息、金融信息等信息类别的多元认定来看,前述财产信息的静态列举显然难以有效应对司法实践中信息场景运用动态化的复杂状况。^③

(三) 个人信息类别的形式判断与法益侵害的实质审查的冲突

公民的财产状况通常通过存款、房产、车辆等具体的形式来体现,从形式判断的角度来看,存款、房产、车辆等信息自然属于财产信息。但经过法益侵害的实质审查,并非所有的房产信息、车辆信息都能认定为本罪中的财产信息。《解释》对敏感信息设定了50条以上的入罪门槛,之所以远低于一般公民个人信息的入罪标准,是因为敏感信息涉及人身安全和财产安全,其被非法获取、出售或者提供后极易引发盗窃、诈骗、敲诈勒索等关联犯罪,具有更大的社会危害性。^④敏感信息与公民的人身安全和财产安全高度关联,一旦被泄漏具有极大的被侵害风险。审判实务中分歧最为突出的是房产信息是否属于财产信息。笔者认为,单纯包含姓名、房屋地址、房屋面积等内容的房产信息并不能直观地体现出财产价值,仍然需要结合房地产行情价格进行相应计算才能得出房产价值,此种“信息结合说”由于超出了原有信息的内容,未能获得普遍认可。此外,我国实行不动产物权登记主义,房产信息的泄漏通常不足以对业主的财产造成严重的现实威胁,因房产信息的泄漏而引发盗窃、诈骗、敲

① 参见张勇:《公民个人信息刑法保护的碎片化与体系解释》,载《社会科学辑刊》2018年第2期。

② 参见喻海松:《侵犯公民个人信息罪司法解释理解与适用》,中国法制出版社2018年版,第38页。

③ 参见王雨田、周明:《大数据时代个人信息的刑法分类》,载《人民法院报》2022年10月20日,第6版。

④ 参见周加海、邹涛、喻海松:《〈关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法·应用》2017年第19期。



诈勒索等关联犯罪的案件亦属少见,在没有相关证据的情况,不宜直接将房产信息认定为本罪中的财产信息。定义识别的形式判断方法无法准确评估个人信息的法益侵害风险,导致信息外延的不当扩张,个人信息的刑法分类需要引入更具解释力的理论。

三、凝聚共识:场景理论下个人信息的再认识

“场景中的信息敏感性已经是个人信息保护领域的共识。”^①个人信息的敏感性判断应当结合具体场景评估法益侵害风险,而不应只关注个人信息内容,要为外部动态场景介入提供空间。^②场景理论为个人信息的刑法归类提供了一个动态的分析框架。

(一) 属性契合:个人信息的敏感性与场景理论的关系考察

美国学者尼森鲍姆(Helen Nissenbaum)结合“场景理论”,认为个人信息的敏感性与具体应用场景相关联,同一信息的敏感性在不同的应用场景中存在差异。^③其核心思想是强调结合具体场景进行针对性保护,防控具体的而非抽象的风险,反对笼统泛化的个人信息保护。^④个人信息寓于场景之中,构成场景的核心要素组成了一个信息系统,个人信息是场景中的微观要素,并通过具体的应用场景体现出个人信息的敏感性。信息本身不会直接带来损害,会带来损害的是信息所处的场景,因此必须对信息流通时的整体场景进行评估。有学者提出,所谓“场景”就是“具体情形具体分析”,^⑤从哲学层面而言亦符合辩证唯物主义的基本要求。场景理论的提出虽然是基于传播学的知识架构,但其蕴含的信息处理者、信息内容、信息处理目的、信息处理影响结果等场景要素却与法律关系中的主体、客体、主观方面、客观方面等法学研究内容相呼应,个人信息的敏感性与场景理论存在属性契合。

(二) 价值同向:个人信息保护与利用的关系平衡

信息的价值在流通中体现,加强个人信息保护并非一概禁止个人信息的使用,从而对个人信息形成绝对保护。“在场景理论下,侵犯公民个人信息的实质不再是未经同意使用个人信息,而是不合理使用个人信息。”^⑥对个人信息的使用是否合理,需要结合具体应用场景来判断,只有不合理使用个人信息才会给信息主体创设法益侵

① 王苑:《敏感个人信息的概念界定与要素判断——以〈个人信息保护法〉第28条为中心》,载《环球法律评论》2022年第2期。

② 参见郑浩凌:《个人信息保护与识别应考虑典型场景》,载《民主与法制时报》2021年10月28日,第3版。

③ See Helen Nissenbaum, Privacy as Contextual Integrity, 79 Washington Law Review 101, 137 (2004).

④ 参见赵祖斌:《从静态到动态:场景理论下的个人信息保护》,载《科学与社会》2021年第4期。

⑤ 参见胡凌:《功能视角下个人信息的公共性及其实现》,载《法制与社会发展》2021年第5期。

⑥ 蔡荣:《侵犯公民个人信息罪的保护法益及其运用——从个人信息的公共属性切入》,载《大连理工大学学报(社会科学版)》2022年第3期。

害的风险。例如,行踪轨迹信息对法益的侵害是建立在其脱离合法的应用场景的基础之上,从而使得个人无法了解和控制行为人的使用目的,给个人安全乃至整个社会稳定带来危害。^①个人信息的应用场景具有多元化的特点,场景理论为合理使用个人信息的行为预留了出罪的空间,能够更好地平衡信息安全和信息利用之间的紧张关系。正如有学者提出,重在禁止“获取”“泄漏”“窃取”数据行为的控制模式忽视了数据的公共产品属性,无法全面、有效保护数据法益,旨在规制滥用行为的利用模式,是刑法数据治理模式调整的现实方向。^②在已采取信息类型为中心的立法背景下,应允许不同具体情境中的法益反证,对类型化的个人信息敏感性类别进行适当调整。

(三) 逻辑一致: 场景理论下个人信息的法益侵害风险评估

信息社会既是代表着新技术、新形态的社会,也是伴随着新风险的社会,信息安全风险呈现出前所未有的扩张趋势。^③传统刑法理论认为,“侵犯法益是刑事违法性的实质”^④。风险社会下,刑法对法益的保护正逐渐向法益侵害风险延伸,表现为法益保护的早期化和法益概念的精神化,法益保护由具体危险提前至抽象危险阶段。侵犯公民个人信息罪是风险社会下预防性刑事立法的成果,遵循了风险立法的进路,以预防个人信息泄露或者滥用可能引发的风险为出发点,根据法益侵害风险程度划分轻重有别的入罪标准,并不以对信息主体造成实质伤害作为构成要件。公民个人信息的重要性程度与损害风险高低之间成正相关关系,“个人信息风险损害的认定应以场景化为基本进路,于个案中综合考量信息的类型、处理行为的目的方式、信息误用的迹象等因素而做出判断”^⑤。刑法上个人信息的敏感性主要取决于对信息主体的法益侵害风险,而法益侵害风险蕴藏于具体的信息应用场景当中,因而运用场景理论来判断刑法上个人信息的敏感类别具备内在逻辑的一致性。个人信息保护立法的风险化已经成为国际趋势,欧盟《通用数据保护条例》突出场景中信息保护程度要和信息风险相吻合的风险控制要求,依据可能遭遇的风险高低对个人信息进行分类保护。

① 参见高富平:《脱离应用场景的行踪轨迹才具有社会危害性》,载微信公众号“数据法律资讯”,2017年5月26日。

② 参见于改之:《从控制到利用:刑法数据治理的模式转换》,载《中国社会科学》2022年第7期。

③ 参见王肃之:《被害人教义学核心原则的发展——基于侵犯公民个人信息罪法益的反思》,载《政治与法律》2017年第10期。

④ 张明楷:《刑法学》(第五版),法律出版社2016年版,第109页。

⑤ 田野:《风险作为损害:大数据时代侵权“损害”概念的革新》,载《政治与法律》2021年第10期。



四、理念重塑：个人信息类别判断的审查嬗变

场景理论作为域外舶来理论，至今已成为社会学、人类学、心理学等多个领域的重要理论之一，对于解释人类社会行为和交往方式具有重要意义。在法律领域，原本主要应用于个人信息的民事权利保护领域，因而，对其进行适当的本土化和刑事化改造，有助于凝聚和吸收既有裁判规则的共识，以契合我国当前刑事司法的实践需求。总体而言，个人信息的类别审查与判断需要从以下三个方面来实现从类型化保护到场景化保护的理念重塑。

（一）从静态到动态：信息敏感属性的审查方式转型

定义识别以事前静态的方式界定个人信息的敏感类别，仅从个人信息内容性质的单一维度来判断其敏感程度，无法全面涵括信息应用场景的多元化现实样态，是将动态的个人信息视作静态的客体，容易陷入对个人信息的僵化认识。个人信息的类别认定难题正是源于静态的个人信息保护方式，误认为个人信息的样态固定不变，忽视了信息处理是一个动态的过程，并由此给审判实务带来个人信息类别难以界定、罪责刑失衡等诸多挑战。现有的定义识别判断标准不符合个人信息的敏感性随应用场景变化的动态性特征，造成个人信息的过度保护和保护不足兼存的不良后果，背离了个人信息分级分类刑法保护的立法初衷。由于个人信息的敏感性与其所处应用场景紧密相关，事实上无法脱离应用场景而预先建立一套具有普遍性的个人信息分类标准。伴随着互联网场景时代的到来，个人信息的刑法保护需要实现由静态向动态转型，在具体应用场景中认定个人信息的敏感性，更好地平衡信息所有者与信息处理者的利益，兼顾个人信息的保护与利用，规范场景参与主体的信息利用行为。个人信息敏感性的审查要以其所处的场景为基石，动态地考察多元场景要素互动对信息敏感性的影响，精准划定信息的类别，实现个人信息刑法保护的手段与目的的适配。

（二）从形式到实质：法益侵害风险的审查重点聚焦

信息社会是一个风险社会，信息安全风险逐渐演变成为一个重要的社会问题，是社会治理和国家治理的重要内容，治理的理念、方式和工具应当根据信息安全风险的特点作出相应的调整。基于权利的个人信息保护法律制度在大数据时代面临认知和结构困境，个人信息保护需要进行路径重构，“基于风险的方法”将关注点从个

体权利的建构转移到信息安全风险的合理分配。^①司法解释根据法益侵害风险的不同将个人信息划分为三个层级并设置高低有别的入罪门槛,形成了个人信息的分级保护模式,“这种模式最能直接反映行为的危害性程度与刑法对不同类型信息的保护力度”^②。因而,个人信息的类别判断必须摒弃形式主义的审查路径,要把法益侵害风险作为实质审查的重点,并以此作为个人信息敏感性的法律评价基准,根据法益侵害风险的高低作出轻重适度的刑法反应。例如,单纯就信息本身而言,车辆信息似乎属于财产信息,但将其结合具体的应用场景进行考量,获取车辆信息用于确定行踪轨迹和推销车辆保险、促成二手车交易的应用场景相比,对信息主体的法益侵害风险差异很大,笼统地将车辆信息划入敏感信息、重要信息或者一般信息,都缺乏科学性和合理性。

(三) 从行为到目的:主客观相统一的审查内容细化

在个人信息的类型化保护模式下,本罪的规制对象聚焦于非法获取、出售或者提供公民个人信息的行为,然而利用个人信息的行为本身无法完整体现个人信息的敏感程度,还必须结合利用个人信息的目的进行判断。因为行为与目的之间密不可分,没有无目的之行为,目的是行为的归属。亚当·斯密提出的“理性经济人”的理论假设认为,作为经济决策的主体充满理性,人的各种行为是为了达成某种目的。从法律评价的角度来看,利用个人信息的行为属于客观方面,利用个人信息的目的则是主观方面,坚持主客观相统一方能作出全面的评价。当前侵犯公民个人信息犯罪呈现多样化、复杂化的形态,利用公民个人信息进行违法犯罪和合法经营活动的情形并存,同等评价显然无法准确体现信息的敏感性差异。例如,利用个人信息进行商业推销仅对公民的生活安宁造成侵扰,在信息数量不大的情况下,其社会危害程度较小,一般不需要刑法的介入,可通过行政处罚加以规制。

把利用个人信息的目的作为信息敏感性的重要评价因素,是对个人信息审查内容的进一步细化,彻底舍弃过去“只看行为不论目的”的粗放式判断。同时,这也是纠偏简单的“客观归罪”思维,遵循主客观相统一的刑法责任原则的要求。事实上,审判实务中已有法官从主客观相一致、信息使用目的限定等方面着手,试图挣脱个人信息静态定义的束缚,以便对个人信息的类型作出精准分类。例如,在孙某某案中,法院认为被告人的主观目的是为了推销装修贷款,并非用于实施针对被害人财产的

① 参见张涛:《探寻个人信息保护的风险控制路径之维》,载《法学》2022年第6期。

② 黄陈辰:《侵犯公民个人信息罪“情节严重”中信息分级保护的结构重塑》,载《东北大学学报(社会科学版)》2022年第1期。



侵害行为，故根据主客观相统一的原则，涉案房产信息不应直接认定为财产信息。^①上述案例实际上已经暗含着可供归纳的场景理论应用规则，但目前的行动逻辑更多是为了实现罪责刑相适应的裁判目的，缺乏严谨而规范的裁判论证说理，没有形成清晰而明确的裁判规则指引，难以有效统一司法裁判标准。

五、路径探索：个人信息类别的判断标准

国内现有研究对于信息的敏感性必须结合具体场景进行判断已经基本达成共识，但相关的讨论基本停留于表面，尚未围绕场景理论需要纳入何种具体的考量要素展开深入研究，审判实务中仍然缺乏一套规范而可行的个人信息刑法归类判断标准。

（一）场景融入：构建个人信息敏感性评价模型

为了给审判实务提供明确的裁判规则指引，亟需构建基于场景动态化的个人信息敏感性评价模型，以便统一裁判尺度。

1. 场景要素的选择考量。个人信息应用场景中包含多个要素，但并非所有要素都应当作为个人信息敏感性的评价对象，场景要素的选取要围绕法益侵害风险展开。作为评价对象的场景要素要具有一定的独立性，即场景要素的内容及其规范价值不能被其他要素所涵盖和代替，避免评价要素的无效和冗余，同时，要确保评价要素的全面性和判断结果的整体性。^②经综合考量，确定信息处理者、信息来源、处理信息目的、处理信息影响后果等四个场景要素作为分析个人信息敏感性的主要维度。首先，信息处理者对信息敏感性的影响源于特定信任关系的，应当履行相应的受信义务，特定信任关系的信任基础可以是个体信赖、职业信赖或制度信赖；^③其次，信息来源对信息敏感性的影响主要考虑获取方式的限制与规范禁止性；再次，目的特定原则是个人信息保护的“帝王原则”，^④信息处理目的的合法与非法对信息主体的法益侵害风险存在极大的差异；最后，处理信息影响后果主要考量法益侵害程度与侵害概率。

2. 场景要素的评价位阶。事实上，每个场景要素代表的价值和利益有所区别，且对法益侵害风险的影响程度不同。从发生作用的方式来看，场景要素中处理信息

① 参见孙备备侵犯公民个人信息罪案，安徽省合肥市包河区人民法院（2020）皖0111刑初864号刑事判决书。

② 参见孙玉荣、卢润佳：《“场景完整性理论”的应用检视与功能再造——以个人信息保护司法裁判为视角》，载《北京联合大学学报（人文社会科学版）》2022年第3期。

③ 参见刘鹏坤：《受信关系理论下的个人信息数据处理关系》，载《上海法学研究》2022年第5卷。

④ 参见程啸：《论我国个人信息保护法的基本原则》，载《国家检察官学院学报》2021年第5期。

的影响后果和信息处理目的直接关系着法益侵害风险,影响程度较大,而信息处理者和信息来源则属于间接影响法益侵害风险,影响程度相对较小。如果在评价场景要素对法益侵害风险的影响大小时采取同等评价权重的话,则无法保障评价结果的准确性和公正性,需要根据各场景要素的影响程度差异实行梯度化的评价位阶。因而各场景要素的评价位阶依次为:处理信息的影响后果=信息处理目的>信息处理者=信息来源。

3. 场景要素的具体适用。(1) 信息处理者。将在履行职责或提供服务过程中获取的信息提供给他人,破坏了基于相关职业而形成的特殊信任关系,会增加信息的敏感性。(2) 信息来源。不同的信息保管主体所掌握的信息内容存在显著差别,限制获取信息的规范禁止程度不同。以房产信息为例,从房产交易中心和银行流出的房屋产权信息与从开发商、物业公司流出的包括姓名、联系方式、住址等基本内容的房产信息,在个人信息的敏感性方面存在明显差异。(3) 信息处理目的。合法的信息处理目的会极大地稀释法益侵害风险,非法的信息处理目的则会显著提升法益侵害风险。(4) 处理信息影响后果。利用信息进行电话推销仅会侵扰生活安宁,实施电信网络诈骗则会侵害财产安全,造成的法益侵害程度不同。根据上述场景要素的评价结果和评价位阶,综合考虑得出法益侵害程度的高低和侵害概率的大小,按照相应的组合形式确定法益侵害风险的等级(高级、中级、低级),并与之对应个人信息的类别(见表1)。

表1 法益侵害风险与信息类别的对应情况

组合情形	信息类别
法益侵害程度高+侵害概率大=高级法益侵害风险	敏感信息
法益侵害程度高+侵害概率小=中级法益侵害风险	重要信息
法益侵害程度低+侵害概率大=中级法益侵害风险	
法益侵害程度低+侵害概率小=高级法益侵害风险	一般信息

(二) 场景抽离: 回归作为内因的个人信息内容

尽管前文一直在强调和论证场景对个人信息敏感性的影响,但场景仅是引起个人信息敏感性变化的外因,信息内容才是法益侵害风险产生的内因。内容是个人信息承载利益、与他人和社会发生联结的基点,也是侵害风险存在的基础,信息无内



容就无法与个人和社会产生互动，因此信息内容是风险产生的内因。^①个人信息敏感性的审查应当采取场景融入与场景抽离的双重路径，其中场景抽离指的是抽离具体的、特定的场景，关注信息内容本身对于信息敏感性的影响（见表 2）。

表 2 常见个人信息的敏感性分析

	应用场景	场景要素				风险评估			信息类别
		信息处理	信息来源	信息处理目的	处理信息影响后果	法益侵害程度	侵害概率	风险等级	
房产信息	房屋出租	房产中介	购买	合法	侵扰生活安宁	低	小	低级	一般信息
	出售信息	信息贩子	非法获取	非法	可能影响财产安全	高	小	中级	重要信息
	催讨非法债务	涉黑人员	非法获取	非法	影响人身财产安全	高	大	高级	敏感信息
航班信息	推销酒店预订	业务员	购买	合法	侵扰生活安宁	低	小	低级	一般信息
	发送诈骗短信	电诈人员	非法获取	非法	可能影响财产安全	高	小	中级	重要信息
	跟踪旅客	私家侦探	非法获取	非法	影响人身财产安全	高	大	高级	敏感信息
金融信息	推销股票投资	业务员	购买	合法	侵扰生活安宁	低	小	低级	一般信息
	信用卡额度推销网贷	业务员	购买	合法	可能影响财产安全	高	小	中级	重要信息
	提供储户信息	银行柜员	职务便利	非法	影响财产安全	高	大	高级	敏感信息
车辆档案信息	推销车辆保险	业务员	购买	合法	侵扰生活安宁	低	小	低级	一般信息
	二手车交易	车行老板	购买	合法	可能影响财产安全	低	大	中级	重要信息
	出售信息	交警辅警	职务便利	非法	影响财产安全	高	大	高级	敏感信息

1. 绝对敏感信息的界定。绝对敏感信息一般指的是从社会公众的普遍认知和价值判断来看，这类信息只要泄漏或被非法使用则会给信息主体带来人身安全和财产安全的威胁，而无须考虑其运用场景。与之相对，需要结合具体场景来判断信息敏

① 参见宁园：《敏感个人信息的法律基准与范畴界定——以〈个人信息保护法〉第 28 条第 1 款为中心》，载《比较法研究》2021 年第 5 期。

感程度的则属于相对敏感信息。例如,包含姓名、身份证号码、电话号码、银行卡号、账户余额等内容的储户信息,人们一接触这类信息就会自然将其归入敏感信息的范畴,属于绝对敏感信息。绝对敏感信息具有极易引发法益侵害的信息内容属性,其范围应当通过文义解释限缩至司法解释列举的四类敏感信息的范畴之内,因为文义解释是法律解释的起点,具有优位性。

2. 把握信息的核心构成要素。场景理论作为个人信息敏感性的分析框架,为我们准确评估个人信息的法益侵害风险提供了工具,但在法律适用过程中仍然需要借助刑法解释进行论证说理,实现法益侵害风险与具体信息类别的对接。以交易信息为例,交易信息是在商品买卖和交易的过程中产生的,信息产生和存在的载体是交易过程,与交易的关联性十分紧密。一则信息可以被认定为交易信息,需包括交易主体、交易标的、交易价格、交易时间等“交易”的核心要素,如果交易成立的关键要素缺失,则不宜认定为交易信息,可以认定为法益侵害风险相当的其他可能影响人身财产安全的公民个人信息。^①

3. 目的解释的合理限定。从刑法解释学的角度来说,场景理论的运用试图缓解个人信息场景应用的动态化和类别规定的静态化之间的紧张关系,其实质属于目的解释的范畴。合理的目的解释方法,发挥目的解释释放刑法文本可能含义功能的同时,又对目的解释形成必要的限制。要警惕目的解释在客观解释的包装下演化为泛化解释、任意解释的危险,从而消解刑法用语的法律意义,使得解释结论偏离客观事实。^②比如,在移动支付时代,“刷脸支付”盛行,人脸识别信息成为银行账户的“支付密码”。根据场景融入路径下的个人信息敏感性分析模型,人脸识别信息的法益侵害程度高,且具有较大的侵害概率,法益侵害风险等级为高级,相对应的信息类别应当属于敏感信息。然而,按照行为人利用人脸识别信息所侵害的财产法益,在现有司法解释明确列举的四类敏感信息中应当具体对应为财产信息,但人脸识别信息明显超出了财产信息文义解释的可能范围,应当认定为其他可能影响人身财产安全的信息。

(三) 裁判规则: 双重路径下的判断标准要件化

通过总结场景抽离与场景融入双重路径下的具体规范要求,归纳形成指导同类案件的裁判规则,统一裁判尺度。总体上的判断原则是:敏感信息必须在行踪轨迹信息、通信内容、征信信息、财产信息四种信息的文义解释范畴内,不宜作

^① 参见肖友广、张争辉、孙娟:《侵犯公民个人信息刑事案件司法认定疑难问题研究》,载《上海法学研究》2019年第7卷。

^② 参见石聚航:《谁之目的,何种解释?——反思刑法目的解释》,载《现代法学》2015年第6期。



扩张性解释,在文义解释上属于行踪轨迹信息、通信内容、征信信息、财产信息的,但法益侵害风险等级与敏感信息不对等的,同其他类别信息一样,根据具体的法益侵害风险等级调整所属信息类别。综上,在个人信息的类别审查与判断上,应当坚持如下审查步骤和要求:首先,审查信息内容是否属于绝对敏感信息,如属于则直接按照敏感信息进行定罪量刑;其次,对相对敏感信息结合具体场景的要素判断法益侵害程度和侵害概率,并确定相应的法益侵害风险等级;再次,对于高级法益侵害风险的信息需要接受四类敏感信息的核心构成要素检视,核心构成要素不符合或者要素缺失的,则应当调低法益侵害风险等级至中级;最后,根据法益侵害风险等级的高级、中级、低级依次对应敏感信息、重要信息、一般信息。重要信息中的“可能影响人身财产安全的个人信息”具有一定的开放性,为司法裁判留有适当的空间。

结 语

精准划定个人信息的类别是实现罪责刑相适应的必然要求。场景融入与场景脱离的双重判断路径,从影响个人信息敏感性的内因和外因两个方面着手,更加符合个人信息寓于运用场景的动态性特征,能够更好地适应数字经济时代的个人信息刑法保护需求。在此基础之上,归纳出可以指导同类案件的裁判规则,以期统一裁判尺度,使裁判结果更能获得当事人乃至社会的认同,从而提升司法权威和司法公信力。

(责任编辑:郑佳豪)

民刑衔接下侵犯公民个人信息定罪机制的检视和调适

——以内嵌个人法益因素为视角

杨 闻 石 魏*

内容摘要：我国对个人信息保护长期秉持“先刑后民”司法模式。随着《民法典》《个人信息保护法》的先后出台，侵犯公民个人信息罪的前置法规范在不断健全的同时，亦面临刑事法律和民事法律在规范个人信息概念、范围以及衔接等方面的诸多障碍，亟需改变个人信息民刑保护“各自为政”的局面。为厘清前置法与本罪的关系，可借助嵌入理论中的强弱连接关系，明确前置法如何影响本罪定罪机制，一方面，民法规范通过合理性判断嵌入本罪构成要素影响具体行为入罪；另一方面，引入比例原则将民事合法化事由转化为本罪出罪事由，重塑以“合理处理”为核心的出罪机制，将本罪出罪事由类型化。

关键词：个人信息；民刑衔接；嵌入理论；出罪机制

近年来，我国对个人信息的保护力度在不断强化，《民法典》对个人信息设专章予以保护，2021 年出台了针对个人信息保护的专门法律——《个人信息保护法》。《个人信息保护法》对个人信息的内涵、敏感信息、信息处理规则、信息处理者的权利义务及法律责任等进行了全面规定。侵犯公民个人信息罪将“违反国家有关规定”作为入罪前提，这就牵涉到前置法与刑法的关系。结合个人信息民刑规范差异，有必要检视目前侵犯公民个人信息定罪机制。笔者尝试引入嵌入理论中强弱连接关系，明确前置法对侵犯公民个人信息入罪的影响程度，希望能够对本罪认定提供一种新的研究视

* 杨闻，北京市东城区人民法院民一庭法官助理；石魏，北京市东城区人民法院法官，北京市首届“百名法学英才”。



角,在此基础上,合理调适侵犯公民个人信息定罪机制^①,更为合理地划定本罪的犯罪圈。

一、公民个人信息民刑保护困境及定罪机制检视

对公民个人信息的保护,我国刑法呈现倒置的立法形态,先有《刑法》法条及司法解释,后有《民法典》及《个人信息保护法》。我国《刑法》对公民个人信息的保护早期主要体现在“信用卡信息”保护方面,2009 年《刑法修正案(七)》增设第 253 条之一“出售、非法提供公民个人信息罪和非法获取公民个人信息罪”,2015 年《刑法修正案(九)》将上述两罪名合并为本罪,由原先的特殊主体变更为一般主体,成为非真正身份犯。不管是出售、非法提供公民个人信息罪还是本罪,入罪的前提条件均包括“违反国家有关规定”,随着相关前置法规范不断完善,个人信息前置法与本罪的对接成为关注的重点。

笔者以北京市 2017—2021 年审结的 1058 件侵犯公民个人信息案件为样本,刑事方面以“侵犯公民个人信息罪”为关键词,民事方面以“个人信息”“侵权”为关键词在中国裁判文书网分别检索到 236 件、822 件案例。结合民刑规范差异,探究个人信息司法保护的现状。

(一) 标准不一:“个人信息”认定及分类差异大

1. 民刑“个人信息”认定标准差异导致入罪难

不管是民法规范还是刑事法律规范都试图厘清个人信息的概念,并试图采用概括和列举的方式进行立法规范。对个人信息的认定,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2017〕10 号)(以下简称《个人信息解释》)和《民法典》均采用“识别说”,即能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人作为确定该信息是否属于个人信息的标准。而《个人信息保护法》则在“识别说”的基础上增加了“关联说”,即与已识别或者可识别的自然人有关的各种信息。但鉴于“识别性”概念缺乏深入阐释及“批量信息”处理规则,民刑转化案例数量少,且缺乏对涉案信息是否具备识别性及识别深度的具体论证,样本案件中,涉及民转刑的案件为 7 件,涉及刑转民的案件数为 0。此外,存在将连接型信息认定为公民个人信息的判例,如将行为人非法获取、出售 iPhone 机主的 Apple ID、手机号码、解锁信息认定为《个人信息解释》条款中规定的“可能影响财产安全

^① 本文所指的定罪机制实质是对行为不法的判断,入罪标准和出罪事由同属不法判断的一体两面,无论积极判断抑或消极判断,均属于不法判断。

的公民个人信息”,^①这在事实上就牵扯到民刑对个人信息的认定范畴问题。

2. 民刑信息分类差异导致刑事立法对特殊主体缺乏有效保护

刑法对本罪采取“定性”和“定量”相结合的认定逻辑。在定量方面,信息重要程度影响入罪数量标准,信息重要程度越高,入罪要求信息数量越少,故信息类型及重要程度在本罪认定方面至关重要。《个人信息解释》第5条第1款第3、4、5项实质上对个人信息进行了概括分类,将个人信息按照重要程度区分为敏感信息、重要信息、一般信息。^②但《个人信息解释》以信息重要程度不同划分敏感信息和重要信息,在实践中操作层面存在诸多问题,一方面,信息重要性会随着场景不同而发生变化;另一方面,敏感信息中的“财产信息”与重要信息中的“交易信息”在重要程度的比较上缺乏具体标准。另外,《个人信息解释》对提供个人信息用于他人实施犯罪行为在保护力度上存在实质差异。比如,行踪轨迹信息并不需要行为人知道他人用于犯罪可构成本罪,而对于除行踪轨迹信息以外的其他个人信息,则要求行为人知道或应当知道他人将该信息用于犯罪。该规定实质上降低了行踪轨迹信息入罪难度,而刑法规范对于行踪轨迹信息与其他敏感信息差别化保护缺乏合理充分的依据支撑。

《个人信息保护法》对公民个人信息分类采用“二分法”,即敏感信息和一般信息,将生物识别、不满14周岁未成年人的个人信息纳入敏感信息予以特殊保护。但刑事规范对未成年人个人信息缺乏特殊保护规则,导致民刑对未成年人等特殊主体衔接方面存在背离、冲突,不利于对未成年人个人信息权益的特殊保护。

(二) 规范缺失:“合理处理”作为出罪事由缺乏衔接

1. 告知同意规则难以适应刑事司法实践

《个人信息保护法》将告知同意原则设立为公民个人信息处理规则的核心,该原则也是“合理处理”认定的核心。同意的前提是告知,鉴于《个人信息保护法》并未明确规定同意为意思表示,本文仅将同意作为违法阻却事由。大数据时代,往往伴随着大规模数据处理,告知同意规则越来越受到质疑。首先,个人与网络平台的信息不对称妨碍同意的基础。其次,现如今个人信息形态多样,经历多环节流转而减损了同意的有效性。同时,各网络平台用户协议、隐私条款等内容专业且繁多,包含大量格式条款,导致个人同意流于形式。此外,司法资源难以承受同意规则条款的全面适用。刑事案件所涉信息数量往往数以万计,核实信息真伪已存在较大难度,若还需核实被害人是否同意信息处理,司法资源难以承受,因此不具备司法可能性。

^① 参见黄永聪、魏云飞侵犯公民个人信息罪案,广东省广州市越秀区人民法院(2017)粤0104刑初312号刑事判决书。

^② 参见周光权:《侵犯公民个人信息罪的行为对象》,载《清华法学》2021年第3期。



2. 刑事法律规范对于出罪事由缺乏明确规定

《个人信息解释》第 3 条第 2 款将“未经被收集者同意，将合法收集的公民个人信息向他人提供的”纳入本罪规范范围。反过来说，若被收集者同意，则提供公民个人信息的行为可作为本罪的违法阻却事由，即当前刑法规范中本罪唯一的出罪事由。学界和实务界也将该条款作为再提供行为需“二次同意”的依据。民事法律规范方面，《民法典》将个人同意、为维护公共利益等处理行为作为免责事由；《个人信息保护法》第 13、27 条归纳合理处理行为，将取得个人同意、订立合同所必需、履行法定义务所必需、突发公共卫生事件所必需、公共利益所需等处理个人信息行为作为法定许可的合法化事由。民刑关于免责事由的偏差极易导致裁判不一。

（三）保护限缩：民刑针对信息类型及行为分别各有侧重

1. 刑事侧重身份信息和通讯信息，而民事规制信息类型更为多样

虽然《个人信息解释》规定的公民个人信息类型包括姓名、身份证件号码、行踪轨迹、征信信息、交易信息等，但是目前侵犯公民个人信息罪的信息类型集中表现为身份信息和通讯信息。样本案例中，侵犯手机号码的案件数量占比最高，占比高达 73%，其他信息占比从高到低依次为身份证信息、账号信息、征信信息等，分别占比为 9.7%、5.2%、4.6%。身份信息与通讯信息数量最多，原因在于此类信息与个人财产权益、人身权益密切相关，对此类信息侵犯可为下一步实施的诈骗行为、精准传销等提供便利。区别于刑事案件偏重特殊类型，民事案件与社会现实联系更为紧密，社会现实纷繁芜杂，反映到案件中，所涉个人信息更为复杂多样。个人信息具体包括姓名、身份证号码、通讯信息、肖像、活动信息、交易财产信息、病情记录及资格证书等多种类型。

2. 刑事主要规制获取、买卖行为，而民事主要规制收集和使用行为

在 236 件刑事样本案例中，规制行为以非法获取和非法买卖为主，出售个人信息类型案件最多，高达 87 件；通过微信或 QQ 交换个人信息案件 71 件；被告人通过编程序、超越权限非法抓取等方式获取个人信息案件 68 件；购买个人信息案件 41 件。而民事案件多集中在收集和使用两个环节，比如行为人多以“一揽子授权”过度收集个人信息或者利用格式条款“胁迫”用户接受霸王条款等方式擅自扩大同意范围，收集的信息多为其服务过程中的非必要信息，例如位置信息、通讯录等，此类案件数量高达 457 件，占比高达 55.59%。信息使用环节，82 件案件存在未经他人同意擅自将他人个人信息进行传播的情形，占比达 10%，典型情形包括公司员工将掌握的单位机密等信息在存储及使用过程故意泄露、交易；熟人之间将夫妻隐私、婚外情等信息基于多种目的披露、传播等。

(四) 适用分歧: 定罪及量刑存在类案不统一现象

1. 擅自处理已公开个人信息行为裁判迥异

对于擅自处理已公开个人信息行为, 司法实践中存在类案异判的情形, 更有甚者, 存在有罪和无罪的本质差异, 严重损害司法公信力。比如, 有裁判文书认为, 被告人买卖的个人信息超出国家企业信用信息公示系统公开的信息种类, 故属于刑法意义上的“个人信息”。^① 信息主体公开个人信息并不意味着放弃对其个人信息的控制, 已公开信息仍具有个人利益, 应受刑法保护。^② 另一方面, 实务中也有检察院直接适用《个人信息解释》第 3 条、《民法典》第 1036 条规定, 认为既然没有证据证实行为人为出售合法公开信息的行为遭到权利人拒绝或侵害其重大利益, 就不应当认定为构成本罪。^③

2. 量刑不统一问题频发

实践中, 存在案件事实相同且量刑情节相似情况下, 量刑相差迥异的情形; 亦存在案件事实相差悬殊, 但量刑差异较小的情形。比如, 秦帅等侵犯公民个人信息案^④和李光辉侵犯公民个人信息案^⑤, 秦帅侵犯的公民个人信息 1100 多万条, 李光辉侵犯的公民个人信息为 1.4 万多条, 二者在侵犯个人信息数量上差别巨大, 而最终秦帅被判处有期徒刑 2 年, 李光辉被判处有期徒刑 2 年 10 个月, 刑期差距却不大。此外, 2 份判决书均未论述秦帅等与李光辉获利数额, 但判处秦帅罚金 4 万元, 李光辉罚金 3 万元, 前者主刑较低, 财产刑却更高, 表明如何认定本罪的情节要素与数量标准仍有待进一步探讨。

综上, 公民个人信息民刑规范差异和本罪适用困境反映出, 我国目前对公民个人信息的保护仍处于民刑“各自为政”阶段, 未充分考虑法秩序的统一性。为避免大规模信息泄露导致的严重后果, 并在源头上斩断涉个人信息犯罪“链条”, 刑法将严重行为入罪化有一定的合理性。随着个人信息理论研究不断深入, 前置法规范不断完善, 整体法秩序日趋失衡, 造成合法与非法、罪与非罪界限愈加模糊。为加强民刑关于个人信息的综合保护, 在检视和反思现有个人信息民刑保护模式下, 有必要结合前置法的相关规定, 合理调适本罪的定罪机制。

① 参见吴守怡、王超阳、邵久秀等侵犯公民个人信息罪案, 浙江省台州市中级人民法院 (2018) 浙 10 刑终 748 号刑事判决书。

② 参见高坡、陈召康:《收集并出售已公开的个人信息是否构成犯罪》, 载《江苏法治报》2020 年 8 月 6 日, 第 7 版。

③ 参见卢志坚、白翼轩、田竞:《出卖公开的企业信息谋利, 检察机关认定行为人不构成犯罪》, 载《检察日报》2021 年 1 月 20 日, 第 1 版。

④ 参见秦帅等侵犯公民个人信息罪案, 北京市海淀区人民法院 (2018) 京 0108 刑初 770 号刑事判决书。

⑤ 参见李光辉侵犯公民个人信息罪案, 北京市海淀区人民法院 (2018) 京 0108 刑初 1003 号刑事判决书。



二、侵犯公民个人信息定罪机制调适之立场 ——内嵌个人法益因素

民刑规范保护的个人信息均包含个人信息权益。考虑到刑法入罪与前置法的关联性和衔接性,笔者借助嵌入理论的强弱连接关系,分析民法规范如何影响本罪认定,厘清个人信息民刑保护规则间的关系,明确民法规范对本罪入罪标准和出罪机制影响的差异性。

(一) 本罪理应内嵌个人法益因素

法益争论影响着本罪构成要件符合性和违法性的判断,进而决定犯罪圈划定,实质影响了侵权与犯罪的界限。学界对于本罪法益长期存在个人法益说^①与超个人法益说^②的争论,两者实质上是私权益与公权益之间的角力。在本罪法益视角下,私权益与公权益平衡的基础在于两者都关注“人”的保护。私权益针对的是个人,而公权益则以个体的集合为基础,落脚于群体意义上的人,二者最终立足点均为保护个人权益实现。只有从个人权益推导出的公权益才具有可保护价值,相关刑法规范才具有正当性,故本罪法益包含个人信息权益。

学理上,对于个人信息兼具个体和社会双重属性已达成普遍共识。^③个人信息最初源于对隐私权的保护,信息产生于个人的行为和交往,承载着个人的人格利益。个人信息不仅承载着隐私、名誉等人格权益,更包含财产安全,甚至生命健康等多重利益,从这个意义来说,本罪被规定在侵犯公民人身权利、民主权利章节有其合理性,且刑法中本罪的犯罪对象是公民个人信息,而非抽象的社会公共利益。信息自身流通价值和社会管理需求又决定个人信息的社会属性,该社会属性接近于公益特质。关于个体属性与社会属性的关系,首先,社会属性蕴含个体属性成分,社会属性从属于个体属性。信息的流通共享不能以侵害个人合法权益为代价,社会属性的实现不应建立在侵犯个

① 个人法益说认为,本罪保护的法益是个人信息的私权益。持个人法益说根据私益类型具体分为人格权说,该说认为本罪的法益是保护公民人格尊严与个人自由;隐私权说;新型权利说;个人信息自决权,认为本罪保护的是个人信息权中的信息自决权等。参见高富平、王文祥:《出售或提供公民个人信息入罪的边界——以侵犯公民个人信息罪所保护的法益为视角》,载《政治与法律》2017年第2期;李伟民:《“个人信息权”性质之辩与立法模式研究——以互联网新型权利为视角》,载《上海师范大学学报(哲学社会科学版)》2018年第3期;刘艳红:《民法编纂背景下侵犯公民个人信息罪的保护法益:信息自决权——以刑民一体化及〈民法总则〉第111条为视角》,载《浙江工商大学学报》2019年第6期。

② 超个人法益说则认为个人信息不仅直接关系个人人格权益的实现,更关乎社会公共利益、国家安全乃至信息主权,认为本罪保护的法益为信息安全的社会信赖。也有学者认为鉴于本罪的处罚模式是“预防性处罚”,而非“实害性处罚”,个人信息的泄露使公民陷入一种可能被控制的风险之中,故将其法益确立为社会信息管理秩序。参见江海洋:《侵犯公民个人信息罪超个人法益之提倡》,载《交大法学》2018年第3期;凌萍萍、焦冶:《侵犯公民个人信息罪的刑法法益重析》,载《苏州大学学报》2017年第6期。

③ 参见张新宝:《从隐私到个人信息:利益再衡量的理论与制度安排》,载《中国法学》2015年第3期。

体属性基础上。其次,在刑法保护和保障机能下,保障公民个人利益功能是保障国家整体利益和社会利益的基础,故虽然本罪保护法益存在争议,但个人信息个体属性价值决定本罪理应内嵌个人法益因素。

(二) 借助“嵌入”厘清个人信息民刑保护规则关系

卡尔·波兰尼最早提出“嵌入”概念,最初“嵌入”主要适用于解释经济现象与社会关系之间的关联。^①马克·格兰诺维持发展、扩大、延伸了嵌入理论,将分析框架划分为结构嵌入和关系嵌入两种类型。结构嵌入研究视角是多元主体参与者间相互联系的总体性结构,具体到法内部,是指协调不同法律规范内在衔接的“法秩序”:按照刑法、民法、行政法等各自不同的法理完善生根形成独自的领域,每个法域之间至少应保证不产生冲突,从而形成内在的、有一定逻辑规则的统一规范。^②马克·格兰诺维持按照关系强度将之分为强连接关系、弱连接关系和强弱混合型关系等三种类型。^③他认为基于社会信任的弱连接关系和基于制度约束的强连接组成了社会行为的网络结构,而弱连接更能分享多元信息,增加行为选择的弹性,提高人的行为能力。法律实质上是规范介入法律事实过程中形成的制度化规范,在整体法秩序下,各法域也存在一定的互动关系。本文借助嵌入理论中企业嵌入网络的强弱连接关系,试图明确个人信息民刑保护规则之间的关系,有助于厘清前置法如何影响本罪定罪。

1. 适度弱连接化入罪标准:民事法律规范通过合理性判断嵌入本罪构成要素影响入罪

弱连接关系是建立在民事法律规范与刑事法律规范独立价值基础上所形成的良性互动关系,主要体现在民事法律规范为本罪划定合法性边界,但不直接决定是否入罪。

(1) 民事法律规范为本罪划定合法性边界

本罪的重要构成要件是“违反国家有关规定”,相关民事法律规范颁布之前,由于前置法缺失,该要件处于虚化状态。随着前置法的逐步完善,该要件空白规范的功能定位也在发生变化。《个人信息保护法》等前置法对网络服务提供者、信息控制者等法定义务有明确规定,这些义务构成了相应合法性边界。如需判断是否构成本罪中的“违反国家有关规定”,应回归到这些义务性规范,没有履行上述义务的,属于违反国家规定,在此基础上,非法收集信息或者造成信息不当泄露,情节严重的,构成

① 嵌入理论广泛用于新制度经济学领域,而在法学领域应用较少,未形成统一分析方法。卡尔·波兰尼指出经济现象通常潜藏于社会关系中,经济体系嵌入社会关系。See Karl Polanyi, *The Great Transformation*, Boston: Beacon Press, 1944, P.272.

② 参见[日]曾根威彦:《刑法学基础》,黎宏译,法律出版社2005年版,第212页。

③ 在经济学领域,强弱连接关系主要用于解决企业以何种强度嵌入网络更有利于提升企业创新绩效等问题,“过度嵌入”和“嵌入不足”均会对企业绩效产生负面效应。See Mark Granovetter, *Economic action and social structure: the problem of embeddedness*, *American Journal of Sociology*, 1985, P.481-510.



本罪。

（2）民事法律规范影响但不决定是否入罪

某一行为入罪的前提是该行为具备刑事违法性。虽然“违反国家有关规定”为本罪构成要件，但并不意味着前置法与本罪处于“前置法定性、刑事法定量”的状态，刑事违法性具有一定独立性。民事责任的核心是利益衡平，主要手段是停止侵害、赔偿损失，而刑事责任的核心是行使国家赋予的刑罚权，二者在规范行为路径、责任承担等方面存在本质不同。比如，非法收集公民个人信息行为，民事规制重点在于行为人利用该信息导致相对方损失；而刑事方面，若被告人非法收集个人信息达到法定数量，即使未传播且未对相对人造成严重损失，也不能排除其刑事违法性。为避免法律规范之内部冲突，结合个人信息双重属性，可以采用违法性判断相对统一的“缓和的违法一元论”之立场。

（3）适度弱连接化判断标准——民事法律规范嵌入合理性判断

前置法判断某一行为具有民事违法性（如违反义务性规范），在一定程度上可作为刑事“初查”门槛，但此类行为并不必然具有刑事违法性。刑事违法性判断取决于本罪构成要件（尤其是客观构成要素）的确定，并综合考量法益侵害、立法意图等因素。《个人信息保护法》第71条规定“违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任”，但其所产生的实质意义有限，并不能直接决定行为入罪。调适行为入罪的标准在于民事法律规范对本罪客观构成要素的影响，故有必要在考察民刑规范衔接的合理性前提下，结合本罪条款设置的规范目的，分析嵌入本罪构成要素的必要性，故民事法律规范对于本罪的影响应体现在构成要素调整上，但并不必然影响本罪的定性。

2. 强连接化出罪事由：引入比例原则将民事合法化事由直接转化为本罪出罪事由

强连接关系针对民事合法化事由和本罪出罪规则的制度化连接关系，具体表现为即使刑法规范未明确规定出罪事由，民事合法化事由也可直接转化为本罪出罪事由。

（1）民法合法化事由转化为本罪出罪事由

民事法律规范认定的“合理处理”行为，必然不可能构成本罪。^①其合理性在于，某一行为在规制较轻社会危害的法域被认定为合法行为，若仍要受到刑法制裁，该逻辑对于一般人来说是无法接受的，也不符合刑法作为最后保障法的制度价值以及刑法谦抑性的基本立场。^②结合前置法规范，民事合法化事由的核心是“合理处理”。以已公开个人信息为例，信息合法公开后并不等于免除信息处理者就二次利用行为履行告知并征得个人同意的义务，^③还满足“合理处理”抑或“在合理范围内”条件，才能认

① 参见刘双阳、李川：《法秩序统一性视野下被动获悉型内幕交易犯罪主体的识别》，载《河南财经政法大学学报》2020年第1期。

② 参见〔德〕克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》（第1卷），王世洲译，法律出版社2005年版，第397页。

③ 参见龙卫球主编：《中华人民共和国个人信息保护法释义》，中国法制出版社2021年版，第123页。

定为民法上的合法行为,如处理行为超出合理范围仍需取得相对人“二次同意”。基于法秩序统一原理,“合理处理”认定也应作为本罪出罪规则的核心。

(2) 强连接关系判断标准——引入比例原则判断

强连接关系是具有法律效力的制度化连接方式。如果缺乏密度控制,容易出现将本罪“广泛适用”或将本罪“束之高阁”的倾向,引入比例原则可有效防止本罪的扩大化及严苛化倾向,并有效衔接民事合法化事由向本罪出罪事由的转化。

法律拟制合理处理规则本身具有必要性,该规则并非直接调整行为人与相对人之间的权利义务关系,而是通过法定拟制手段对行为进行约束,将法益侵害控制在比例范围内。依法判断某一行为是否为“合理处理”,关键在于衡量“合理性”,需要在信息处理目的和拟采取处理手段之间利益关系的法律分析框架内。^①引入比例原则的操作规则,具体从正当性、适当性、必要性及均衡性四个角度审查。若行为人处理信息行为符合比例原则所蕴含的“目的正当、手段适当、损害最小、损益均衡”四项标准,则可认为属于“合理处理”,此时不需要获取相对人的“二次同意”。

三、侵犯公民个人信息定罪机制之重塑

结合前文论证的强弱连接关系,笔者试图在民事规范嵌入入罪及出罪事由框架下对本罪定罪机制进行重塑。

(一) 标准统一: 民刑个人信息认定和分类标准不应相悖

1. 本罪“个人信息”认定应与《个人信息保护法》一致

民刑均将“识别性”作为判断个人信息的主要标准,是否构成本罪首先需要判定某项信息是否具有可识别性,识别性具体区分为已识别和可识别。已识别是指单独信息可明确指向特定人,可识别则需要信息的组合指向特定人,这些信息本身属于辅助信息,甚至可能较为松散、杂乱,但结合起来依然可识别特定人。有学者认为,《个人信息保护法》将“与自然人有关”的信息均纳入个人信息范围,在侵权案件中降低甄别个人信息的难度,有助于保护被侵权人的权益,但对于侵犯公民个人信息罪来说,会导致本罪的适用范围无限扩张。^②

笔者认为,“不法行为方式”“个人信息”“情节严重”共同构成本罪“不法”的客观构成要素,不能将三者共同的任务全部归于“个人信息”概念完成。即便个人信息范围扩张可能导致个人信息的过度保护,立法上也可通过明确出罪事由等方式限制本罪的扩张,而不应通过限缩个人信息范围来解决上述问题,否则容易导致部分信息

^① 参见刘双阳:《“合理处理”与侵犯公民个人信息罪的出罪机制》,载《华东政法大学学报》2021年第6期。

^② 参见郑朝旭:《论侵犯公民个人信息罪的司法适用误区及其匡正》,载《财经法学》2022年第1期。



保护程度畸高,另一部分又完全排除在刑法保护之外,这种忽强忽弱的保护力度,难以应对现实中日趋复杂多样的信息类型。相较于刑法规范,《个人信息保护法》对个人信息的界定更为明确、全面,因此本罪关于个人信息的界定应适度调整,与《个人信息保护法》一致,既可有效保持法秩序的统一性,还可提升个人信息的保护力度和强度。

2. 本罪个人信息分类应采用《个人信息保护法》“二分法”

个人信息的分类影响入罪数量设置,进而影响本罪定罪量刑。笔者认为,刑事对个人信息的分类应参照《个人信息保护法》的“二分法”界分标准。

一方面,采用“二分法”能有效避免《个人信息解释》对个人信息分类缺乏可行性的问题。除前文提到的“财产信息”与“交易信息”互相重合、难以辨明之外,实践中还存在一些融合度较高的信息难以归类问题。大数据时代背景下信息融合越来越丰富,一条信息可能包含多种内容,比如新冠疫情防控下出现的“健康码”既可归于“行踪轨迹信息”,也可属于“健康生理信息”,甚至还蕴含着身份、通讯信息等。《个人信息保护法》以“信息一旦泄露或者非法使用,容易导致自然人的人格尊严受到侵害或者人身、财产安全受到危害”作为划分敏感信息和一般个人信息的标准,具有较强的归纳性,可有效避免上述问题。

另一方面,采用“二分法”有助于尽快明确生物识别信息在刑事上的归类和规范。虽然最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发的《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见(二)》(法发〔2021〕22号)将生物识别信息纳入本罪规范范围,但对于生物识别信息归类,仍有颇多争议。有的认为该信息符合重要信息中“……等其他可能影响人身、财产安全的个人信息”兜底规定,应认定为重要信息;也有观点认为,该信息应被归入一般信息;还有观点认为,为了突出该信息重要性,可直接纳入敏感信息范围。^①如果本罪也采用“二分法”,生物识别信息可直接归入敏感信息,既可避免上述争议,也能体现刑法规范对于生物识别信息的特殊保护。

综上,本罪直接采用前置法关于个人信息界定及分类标准,不仅有利于避免实务中因规范不统一引发的争议,也有助于个人信息民刑规范之间的有效衔接。

(二) 环节优化:本罪行为方式应增设“使用”行为

1. 从危害后果看,增设“使用”行为具有必然性

从某些场景下,“非法使用”比“非法获取”行为社会危害性更大。比如,近年

^① 参见欧阳本祺、王兆利:《涉人脸识别行为刑法适用的边界》,载《人民检察》2021年第13期;李怀盛:《滥用个人生物识别信息的刑事制裁思路——以人工智能“深度伪造”为例》,载《政法论坛》2020年第4期。

流行的具有换脸、变音等功能的 AI 软件,借助人工智能具备自我识别、信息提取等功能,将视频信息碎片化,整理后可将原有视频的面容、声音轻松替换为他人面容、声音,此类行为造成的危害后果要远大于非法获取行为本身。然而当前的刑事立法体系下却缺乏惩治的具体罪名。互联网时代,人们可通过网络渠道较为轻易地获取他人信息,后续再利用上述技术手段生成新的视频、照片等信息内容,极易引发套路贷、养老诈骗等“链条式”犯罪行为。此外,非法使用行为亦可能造成较为严重的危害后果,如《个人信息保护法》出台前民众反映强烈的“大数据杀熟”问题,信息处理者借助自动化决策,在相对人不知情的情况下轻松获取个人信息,再利用“人工智能算法”自动分析使用信息,完成一系列的“杀熟”“广告推送”等侵害行为。若放任非法使用行为的肆意蔓延,极易衍生出个人信息处理过程中的黑色产业链,造成更为严重的社会危害性。

2. 从立法逻辑看,增设“使用”行为具有可行性

《民法典》《个人信息保护法》等相关法律的出台,极大丰富了个人信息“处理”的内涵。从本文可以看出,私法规范多集中在使用端,同时也为刑法将合法获取再非法使用个人信息行为纳入本罪的规制范围提供了有力的依据。此外,刑法中已有类似罪名将部分非法使用个人信息行为规定为犯罪的先例,如使用虚假身份证件、盗用身份证件罪,其行为方式之一就是非法使用他人身份信息。还有冒名顶替罪,实质上是以冒用、篡改等方式侵害他人身份信息。既然部分非法使用身份信息行为已纳入刑法规范,那增设合法获取后再非法使用个人信息行为作为本罪行为方式,也就不存在障碍。

综上,笔者建议将情节严重的非法使用个人信息行为纳入本罪的行为类型,在解释“情节严重”时应加入行为性质标准,如恶意使用或欺诈、严重改变目的或冒用篡改、“人肉搜索”等。《个人信息保护法》等前置法明确信息处理者的义务性规范,实质包含了非法“使用”个人信息的情节因素,故有必要将相关义务性规范嵌入本罪客观构成要件,实现刑民规制的有效衔接。

(三) 科学量刑:调整本罪“情节严重”规则

本罪是典型的情节犯,构成本罪“定量”方面要求达到“情节严重”的危害程度,个人信息认定及类型与“情节严重”直接相关。《个人信息解释》第 5 条分别从信息用途、信息数量、信息获利、侵犯前科四个维度阐释本罪“情节严重”,并在第 6 条规定了为合法经营活动购买、收受信息的行为,亦应认定为“情节严重”。从逻辑上说,往往个人信息越重要,侵犯该信息入罪要求越低。具体体现在信息数量设定上,则是行为人侵犯敏感个人信息入罪条数标准应低于一般个人信息。

对此,笔者建议,《个人信息解释》第 5 条第 1 款第 1、2 项可按照“二分法”区



分规范,为提供个人信息用于他人犯罪行为设置入罪要求,基本逻辑应当是信息重要程度与入罪数量、举证责任呈反比。依照处理目的不同具体判定侵犯个人信息是否可能严重影响人身财产安全。对于侵犯敏感信息行为,可能造成被害人生命财产安全严重受损,起刑点可设置在50条以上,其他侵犯敏感信息行为入罪条数可设置在500条以上;侵犯一般个人信息行为,可能造成被害人生命财产安全受损,入罪条数可设置在500条以上,其他侵犯一般信息行为入罪条数在5000条以上。需要明确的是,侵犯不满14周岁的未成年人信息在内的敏感信息,起刑点应低于一般个人信息,以体现刑法对于敏感信息的特殊保护。

(四) 类型转化:重塑本罪出罪事由

鉴于刑法作为“最后保障法”具有谦抑性,目前刑事法律规范对个人信息出罪事由缺乏规定,不符合前文所述“强连接关系”。

1. “合理处理”作为出罪事由的依据

相较于《个人信息保护法》中“处理”的丰富内涵,本罪行为方式显然进行了适度限缩,将其范围限定为获取、出售、提供。获取个人信息若取得相对人同意或基于公共利益所需等合法化事由,本身就不构成本罪的“非法获取”,民刑规范之间也不存在实质冲突。相反,民事法律规范还有助于限定本罪非法获取的范围,防止不当入罪。出售层面,若行为人基于谋利目的出售个人信息,鉴于其目的的非正当性,如满足“情节严重”应构成本罪。

本罪认定中,最大争议莫过于合法获取后再使用或提供行为可否入罪。首先,需要考量信息主体对他人处理其信息的接受程度,“合理处理”的前提是行为人使用或提供行为符合信息主体的合理预期。值得注意的是,合理预期应该具有一定的客观性,至少在一般理性人角度来看是合理的。其次,引入“场景完整理论”,从信息主体、信息类型、处理信息行为及原则等角度,结合信息敏感程度、对被害人造成损失程度等综合判定行为人的失范行为是否超出“合理范围”。同时,依据社会公认的价值观念和标准,考察行为人处理个人信息的目的和拟处理行为是否超出信息主体的接受程度,只有符合比例原则所蕴含的四项标准,才能推定行为人的使用或提供行为取得相对人的默示同意,从而不构成本罪。

2. 出罪事由类型化考量

结合前置法关于合法化事由的列举,笔者将出罪事由分为四类,即“被害人同意”、法令行为、正当业务行为、特殊目的行为,并结合具体类型阐述可否实质出罪。

(1) “被害人同意”

民事上的告知同意原则与刑事上作为出罪事由的“被害人同意”实质上存在契合。“被害人同意”成为违法性阻却事由的前提至少包括:其一,相对人需具有法益处分

权限,处理不满14周岁的未成年人个人信息还需征得其监护人同意;其二,只有在信息处理者充分清楚地告知信息使用的范围、目的及伴随的风险情况下,相对人的同意才具备有效性,否则不能作为出罪事由;其三,“被害人同意”下处理行为不能违反公序良俗、侵害国家或社会公共利益。

相对人自行公开其个人信息的行为,实质上也是“被害人同意”的延伸。信息公开后二次处理行为是否需取得“二次同意”在实务中争议比较大。笔者认为,结合相关前置法规范,除相对人明确要求“二次同意”外,宜推定为概括同意,不宜对合理获取后再使用或提供行为要求“二次同意”,如符合前述“合理处理”出罪路径,即不构成本罪。

(2) 法令行为

法令行为具体包括法定义务所需行为和法定职责所需行为。一是法定义务所需。如依据我国《反洗钱法》第16条规定,客户初次办理金融业务时,金融机构应要求客户出示有效身份信息,进行核对并登记。相关工作人员处理上述信息一旦超出“合理范围”,情节严重,仍构成本罪。二是法定职责所需。为确保履行法定职责,公权力机关有权依法获取、使用个人信息,相对人应该予以配合。如依据《刑事诉讼法》第132条规定,^①公安机关或检察机关为侦查犯罪可强制收集个人生物识别信息。但是,行使公权力的前提是法律法规授权,故是否具备法定权限,是其依法获取、使用个人信息的前提和基础。

(3) 正当业务行为

一是为提供服务所需。在特殊情况下,为维持产品或服务的安全稳定运行,如修复故障等,信息处理者无需取得用户同意。随着互联网经济蓬勃发展,技术和服务不断更新换代。当推出某新型服务时,虽然双方达成用户协议,但该项服务对个人信息有何影响,双方都是未知的,故不可苛求信息处理者将全部风险纳入约定中。在此情况下,推定相对人同意,需要综合考虑,平衡各方利益。

二是为公共利益实施新闻报道等所需。民事实务中对此早有定论,如对于学校、科研机构等主体为研究或统计目的行为,处理他人信息造成损害并不构成侵权。^②理论上,新闻自由、学术自由受到宪法保障,为此产生的信息流通又是必不可少的,故在合理范围内使用、提供个人信息,阻却侵害行为的违法性。

^①《刑事诉讼法》第132条规定,为了确定被害人、犯罪嫌疑人的某些特征、伤害情况或者生理状态,可以对人身进行检查,可以提取指纹信息,采集血液、尿液等生物样本。

^②《最高人民法院关于审理利用信息网络侵害人身权益民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第12条规定,学校、科研机构等基于公共利益为学术研究或者统计的目的,经自然人书面同意,且公开的方式不足以识别特定自然人。



(4) 特殊目的行为

一是应对突发事件所需。《突发事件应对法》第 3 条对于“突发事件”有明确定义。^①自 2020 年新冠疫情爆发以来,信息的公开透明对疫情防控显得尤为重要,全国各地超出“合理范围”侵犯个人信息的新闻也屡见不鲜。在面对具体案件时,需结合比例原则,考察能否满足上述“合理处理”出罪逻辑,综合判定后续处理个人信息的行为与原先收集目的是否兼容,收集目的应限定于防疫需求,因为相对人被采集信息时心理预期也是防疫要求。

二是紧急情况所需。当相对人面临紧急危险时,若信息处理者获取、使用、提供有效信息能够阻止此类危险,此时相对人可能无法及时作出意思表示,可推定相对人默示同意,从而排除违法性的认定。笔者认为,只有在情势危急且难以取得相对人及时同意时,为避免相对人遭受重大身体财产损失,信息处理者实行侵害个人信息才具有正当性,可作为本罪的出罪事由。

结 语

个人信息“合理使用”及有效流动共享,是大数据发挥创新效用的必然体现和具体要求,包括刑法在内相关法律规范应予以关注和回应。侵犯公民个人信息罪的认定涉及本罪与前置法的衔接配合,在刑法语境中,虽然违法性判断有其独立性,但本罪蕴含的个人法益属性以及民刑个人信息认定的一致性和共性特点,要求在法秩序统一原则下,根据前置法的合法事由合理调适本罪入罪范围,并确立以“合理处理”为核心的出罪机制,兼顾公民个人信息保护与法律规制的利益平衡。

(责任编辑:崔婷婷)

^①《突发事件应对法》第 3 条规定,突发事件是指突然发生,造成或者可能造成严重社会危害,需要采取应急处理措施予以应对的自然灾害、事故灾害、公共卫生事件和社会安全事件。

论个人信息侵权纠纷的行政裁决制度建构

沙 洲^{*}

内容摘要：面对个人信息侵权纠纷，民事侵权诉讼救济模式或行政监管与民事侵权诉讼相结合的纠纷解决模式，均受困于民事侵权诉讼所暴露出的先天不足。个人信息侵权纠纷行政裁决制度既具有现行法规范下的可能性，也具有实质性纠纷化解与系统性风险防范的制度效用，域外的立法例也能提供参照示范，故而可作为我国个人信息侵权纠纷解决的制度选择。个人信息侵权纠纷行政裁决制度应通过制定法律法规加以具体化，确立网信部门内部相对独立的机构实施个人信息侵权纠纷的行政裁决，其范围应是处于非对称权力结构中的个人信息侵权纠纷与损害赔偿纠纷。个人信息侵权纠纷行政裁决属于行政诉讼的受案范围，宜采用行政附带民事诉讼方式解决。

关键词：个人信息保护；个人信息侵权纠纷；行政裁决；行政规制

一、问题的提出

基于对个人信息权益性质的不同理解，学界就个人信息的保护形成了两种选择，分别是民事救济模式与行政监管介入模式。其中，民事救济模式坚持一元化的个人信息权利保护路径，通过民事侵权诉讼实现个人信息保护。行政监管介入模式在强调个人信息权利救济中民事侵权诉讼救济模式不可替代的同时，根据个人信息保护面临问题的公共性、普遍性、风险性等方面的不同，^① 区分侵害作为公法上工具性权利的个人

^{*} 沙洲，吉林大学法学院博士研究生。

基金项目：本文系吉林省社会科学基金博士和青年扶持项目“《民法典》视野下基因科研自由权的私法效力研究”（2022C061223）的阶段成果。

① 参见孔祥稳：《论个人信息保护的行政规制路径》，载《行政法学研究》2022年第1期。



工;^①或者对法院的功能定位进行改造,使其承担裁判职能的同时兼具专业化监管职能,^②从而使得行政监管参与到个人信息保护之中。

《个人信息保护法》将个人信息侵权纠纷分为两种情形:一是因个人信息处理者侵害知情权、决定权、更正权、删除权等个人信息权利束而产生的侵权纠纷;二是因个人信息处理者侵害个人信息权益造成实体权益损害而产生的损害赔偿纠纷。个人信息保护的行政监管介入模式下,前一种侵权纠纷依托于监管机构的积极介入,运用多种行政手段对未满足特定个人信息保护标准的处理行为展开纠偏,其渊源是欧盟《一般数据保护条例》(GDPR)所设定的行政监管和执法前置;^③后一种损害赔偿纠纷的解决则回归民事救济框架,依托于民事侵权诉讼路径。

无论民事救济模式下民事侵权诉讼一元化,还是行政监管介入模式下行政监管与民事侵权诉讼相结合,个人信息保护的两种路径选择均面临着民事侵权诉讼应对个人信息侵权纠纷的诸多痛点:其一,个人信息侵权诉讼长久以来受困于维权成本高、因果关系证明困难、赔偿数额低等痼疾。《个人信息保护法》出台前的实证研究即显示,相较于刑法保护,公民选择民事诉讼途径寻求个人信息保护的裁判案件数量寥寥。^④《个人信息保护法》虽在多个方面作出了创新性规定以适应个人信息侵权案件的特点,回应社会的期待,但“案多人少”的法院系统能否承受住巨量个人信息侵权诉讼的涌入,将是不得不考虑的现实问题。其二,信息权益主体与个人信息处理者处于非对称权力结构之中,这使得预设权利平等、贯彻契约自由理念的市场自我调节机制面临严重挑战。其三,系统性风险的化解无力。个人信息权益侵害事件极有可能发生不特定多数人的信息权益遭受侵害的系统性风险,危及公共利益。同时,个人信息侵权行为对于由处理个人信息合规义务所建构的法秩序的违反,同样危及社会公共秩序。一方面,在保障信息自由流通、数字经济快速发展的前提下,实现对个人信息侵害风险的有效规制,民事侵权诉讼所提供的个案式事后救济显得力有不逮。另一方面,如果“将违反处理规则的行为等同于民事侵权行为,进而将民事侵权诉讼置于保护手段的核心,这将抑制与挤压正在构建的数据监管体系”^⑤。其四,行政监管介入模式中两种个人信息侵权纠纷的解决路径均面临行政监管启动的不确定性,可能过度依赖投诉与举报;个人信息权益主体维权与索赔之路被割裂,行政监管与民事诉讼之间缺乏衔接,严重影响个人信息权益的保护力度。

① 参见王锡锌:《国家保护视野中的个人信息权利束》,载《中国社会科学》2021年第11期。

② 参见丁晓东:《从个体救济到公共治理:论侵害个人信息的司法应对》,载《国家检察官学院学报》2022年第5期。

③ 参见王锡锌:《国家保护视野中的个人信息权利束》,载《中国社会科学》2021年第11期。

④ 参见张新宝:《〈民法总则〉个人信息保护条文研究》,载《中外法学》2019年第1期。

⑤ 王锡锌:《个人信息权益的三层构造及保护机制》,载《现代法学》2021年第5期。

对于既有的个人信息侵权纠纷解决路径理论构想与实践所面临的上述困境,侵权纠纷行政裁决制度可以有效化解,这是未来个人信息侵权纠纷解决制度的优化方向。本文尝试对个人信息侵权纠纷行政介入的链条加以延伸,论证个人信息侵权纠纷行政裁决制度的正当性和必要性,最终对制度的主要内容进行探讨。重新塑造的个人信息侵权纠纷行政监管介入模式将以行政裁决制度为核心,除了投诉举报外,可由行政裁决唤起的行政监管依旧负责对个人信息侵害行为的矫正与处罚,行政裁决则负责实体权益损害的权利救济,实现《个人信息保护法》《网络安全法》《数据安全法》等法律构建的个人信息行政监管体系的激活与个人信息权益保障力度的提升。

二、行政介入个人信息侵权纠纷的正当性

(一) 行政裁决制度的“分流阀”作用

行政裁决是指“行政机关依照法律规范的授权,对当事人之间发生的、与行政管理活动密切相关的、与合同无关的民事纠纷进行审查,并作出裁决的行政行为”^①。在保障当事人的裁判请求权的原则之下,鼓励当事人选择行政裁决等替代诉讼的纠纷解决机制,符合当下各国民事司法改革的普遍趋势。^②近年来,党中央、国务院就行政机关介入民事纠纷,构建矛盾纠纷多元化解机制作出了一系列重要顶层设计,行政裁决制度便是其中的重要一环。2018年,中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于健全行政裁决制度加强行政裁决工作的意见》肯定了行政裁决制度所具备的效率高、成本低、专业性强、程序简便等特点,有利于促成矛盾纠纷的快速解决,赋予其化解民事纠纷“分流阀”的定位。

对于当下行政裁决制度的实际运转状况,实务界与学界都有着清晰的认识。司法部负责人答记者问时就坦言:“近年来行政裁决适用情形有所减少、在人民群众中的认知度逐渐降低、化解民事纠纷‘分流阀’的作用没有得到充分发挥。”^③在有限政府的理念影响之下,很长一段时间以来的权力配置在立法层面上呈现出对行政机关收权,而对立法机关、司法机关更多地赋权的局面,从而抑制行政权滥用之可能。^④所以出现了自上世纪90年代开始,行政裁决制度便在一系列法律的修订过程中纷纷退场,

① 姜明安:《行政法与行政诉讼法》(第六版),高等教育出版社2015年版,第248页。

② 参见刘敏:《论民事诉讼前置程序》,载《中国法学》2011年第6期。

③ 《司法部负责人就〈关于健全行政裁决制度加强行政裁决工作的意见〉答记者问》,载中国政府网,http://www.gov.cn/zhengce/2019-06/02/content_5396933.htm。

④ 参见杨建顺:《新世纪中国行政法与行政法学发展分析——放权、分权和收权、集权的立法政策学视角》,载《河南省政法管理干部学院学报》2006年第4期。



尤其是直接责令赔偿损失的权力授权被取消的情形。^①行政裁决制度在我国适用领域的限缩,既存在有行政机关主动寻求免于因行使行政裁决权而成为行政诉讼被告的主观原因,也在客观上顺应了避免公权过度干预私权领域、行政权过度挤压司法空间的改革趋势。^②

随着社会主义法治建设的深入推进,在法治轨道上充分发挥行政权的功能,是国家治理体系和治理能力现代化建设的重要任务,也是党和国家机构改革以及立法政策确定的关键考量因素。在此背景之下,健全与加强“分流阀”定位的行政裁决制度正当其时,从而为实现纠纷的实质性化解、法治社会与和谐社会的建设作出应有的贡献。个人信息侵权纠纷行政裁决制度的建构,也将在客观上发挥减轻法院审判压力的作用,避免案件积压所带来的案多人少疲于应对的局面。与此同时,还能够使得当事人免于陷入繁琐的民事诉讼程序,在节约时间、费用、精力的情况下实现纠纷的实质性化解与损失的填补,从而获得系争之外的程序性利益。

(二) 个人信息侵权纠纷与行政裁决的适配性

1. 与行政管理活动直接相关。只有待裁决的纠纷事项与行政管理活动直接相关、行政机关拥有相应的执法权限与专业知识,行政裁决方才能够具有专业性强、效率高等制度优势。如若纠纷事项纯粹围绕平等主体双方的民事合同,自无法发挥行政机关介入民事纠纷的制度优势,该领域也便没有设立行政裁决制度的正当性与必要性。《个人信息保护法》《网络安全法》《数据安全法》等法律所构建的个人信息行政监管体系,赋予了由国家网信部门所统筹协调的、履行个人信息保护义务各部门在个人信息领域完备的监管执法手段。面对其中潜在的违反个人信息处理合规义务的行为,行政监管机关可采取诸多有力的行政措施,从而在完成证据收集、事实认定的基础之上,对相关纠纷进行裁断。所以,个人信息侵权纠纷作为与行政管理活动直接相关的非合同类的民事纠纷,行政裁决制度与之相适配。

2. 双方处于非对称权力结构。“行政介入的过程必须体现为对公共利益或者人民福祉的追求,体现为对市民、市场的补充性,体现为对诸多主体、诸多价值和诸多利益的均衡性。”^③如此,行政介入民事纠纷方才具备正当性与必要性。依《个人信息保护法》第72条之规定,因个人或者家庭事务处理个人信息的自然人不属于规制的对象,

① 如《治安管理处罚法》将原《治安管理处罚条例》中规定的公安机关对违反治安管理的行为造成的损失或者伤害可以裁决由违反治安管理的人赔偿损失或者负担医疗费用的规定取消;《道路交通安全法》将原《道路交通安全法条例》中交通事故赔偿的行政裁决降格为交通事故责任认定;行政裁决还在1999年修订《海洋环境保护法》、2000年修正《专利法》以及修订的《大气污染防治法》、2001年修订《药品管理法》以及修正《商标法》、2002年修订《草原法》的过程中被取消。

② 参见叶必丰、徐键、虞青松:《行政裁决:地方政府的制度推力》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2012年第2期。

③ 杨建顺:《新世纪中国行政法与行政法学发展分析——放权、分权和收权、集权的立法政策学视角》,载《河南省政法管理干部学院学报》2006年第4期。

再加之个人信息处理者信息处理义务的设定,这些共同揭示出信息权益主体与个人信息处理者处于“非对称权力结构”。^①双方不仅在经济实力与诉讼中可投入的资源方面存在巨大的差距,在证据收集的能力与便利程度方面也存在明显的不对等,呈现明显的证据分布不均衡现象。^②所以,个人信息权益保护有赖于国家规制,在权利的救济阶段更离不开监管机构的参与,否则极易使权利沦为“纸面上的权利”。^③此种状况下,贯彻意思自治、契约自由理念的市场调节机制已不能有效实现个人信息权益保护,通过行政介入对市场进行补充便具有了正当性与必要性。

3. 风险防范的工具价值。作为民事权利的个人信息权无法作为个人信息保护法律体系的核心概念,原因之一即在于其无法对抗所有的风险源。^④个人信息法律保护体系建构中风险应对效用应作为重要考量,并应在个人信息保护制度的各环节加以贯彻。如有学者提议个人信息私法保护消费者法化,同时采取公法框架进行风险规制。^⑤既有民事侵权诉讼一元化或行政监管与民事侵权诉讼相结合的个人信息侵权纠纷解决路径,在个人信息侵害风险防范上均存在着明显弱点。一方面,民事侵权诉讼依托于司法机关,而法院对相关风险的规避与预防既不负有相应义务,也不具备专业预判与提前化解的能力;另一方面,既有模式下行政监管的唤起存在不确定性,“投诉无门”现象无法避免。而个人信息侵权纠纷行政裁决制度将显著提升行政监管介入的确定性,在提供个人信息权益个案式救济的同时,运用行政监管职权实现对相关系统性风险的预防与化解,具有显著的风险防范工具价值。

(三) 现行法规范下的可能性与域外立法示例

在两种个人信息侵权纠纷中,纯粹侵害知情权、决定权、更正权、删除权等个人信息权利束而产生的侵权纠纷因为行政监管机关职权之所在,其已然获得介入相关纠纷并作出裁决的法律授权,具备现行法规范下的可能。所以,仅需就个人信息损害赔偿纠纷行政裁决之可能性加以探讨。

运用法律解释方法可以发现,《个人信息保护法》第69条第2款确立的侵害个人信息权益损害赔偿规则已悄然为在行政裁决中适用预留了空间,这意味着个人信息侵权损害赔偿纠纷行政裁决制度也能够被现行法规范所容纳。首先,运用文义解释的方法。《个人信息保护法》第69条第2款的条文中并未限定规则适用主体,所以该条款除当然地适用于法院审理裁判之外,并不排除其他有关部门在调解中适用,^⑥当然也不

① 参见王锡锌:《个人信息国家保护义务及展开》,载《中国法学》2021年第1期。

② 参见王利明:《〈个人信息保护法〉的亮点与创新》,载《重庆邮电大学学报(社会科学版)》2021年第6期。

③ 参见张新宝:《我国个人信息保护法立法主要矛盾研讨》,载《吉林大学社会科学学报》2018年第5期。

④ 参见王锡锌、彭箴:《个人信息保护法律体系的宪法基础》,载《清华法学》2021年第3期。

⑤ 参见丁晓东:《个人信息私法保护的困境与出路》,载《法学研究》2018年第6期。

⑥ 参见杨立新:《侵害个人信息权益损害赔偿的规则与适用——〈个人信息保护法〉第69条的关键词释评》,载《上海政法学院学报》2022年第1期。



排除在行政裁决中适用。其次,运用体系解释的方法。《民法典》第 1182 条就侵害人身权益损害赔偿作出了一般性规定,而《个人信息保护法》第 69 条第 2 款作为其特别法,^①并未附加“向人民法院起诉”这样的限定条件。可见,侵害个人信息权益损害赔偿规则的运用场域并未被限定在人民法院。最后,运用历史解释的方法。《个人信息保护法》第 69 条第 2 款规定之内容在草案一审稿中规定于第 65 条,具体表述为“个人因此受到的损失和个人信息处理者因此获得的利益难以确定的,由人民法院根据实际情况确定赔偿数额”。在草案二审稿中,条文的顺序与表述有所调整与修改,“人民法院”作为规则适用主体的限定被删除,往后的草案三审与颁布实施版本均延续了这样的表述,未将适用主体限定于人民法院。“历史解释虽然要探究立法者的真意,但这种探究本身不是目的,而在于阐释法律文本的含义。”^②通过对历次草案审议稿中相关内容修改变化的梳理,运用历史解释方法可以得出该条并未有限定适用主体之规范内容的解释结论。

此外,域外立法例也为个人信息侵权纠纷行政裁决制度提供了参照示范。在欧盟的相关实践中,如个人认为数据处理者对其个人数据处理违反本条例规定的,一般首先经由投诉举报机制向监管机构申诉,由监管机构作出满足数据主体提出行使权利请求的裁决与执法。对监管机构的处理决定不服的,可提起行政诉讼进行救济。^③欧盟《一般数据保护条例》第 77 条规定“每个数据主体都有权在认为与其相关的个人数据处理违反本条例规定的情况下向监管机构申诉”;第 58 条第 2 款 3 项规定各监管机构具备“命令控制者或者处理者满足数据主体根据本条例的规定提出行使权利的请求”;第 78 条规定了针对监管机构所作之决定、未作出决定或未在规定时间内作出决定的司法救济。上述规定“相当于我国的行政裁决和行政诉讼制度”^④。此即欧盟在 GDPR 模式下实行的行政监管先行型个人信息保护模式,也是实质上运行的个人信息侵权纠纷行政裁决制度。

三、个人信息侵权纠纷行政裁决制度的必要性

(一) 行政裁决制度的专业与效率优势

1. 专业优势。首先,在民事侵权诉讼两造对抗的模式之下,双方证据的采信与否以及证明标准达成与否对于侵权事实的认定而言至关重要。但如果想圆满完成此任务,

① 参见石佳友:《个人信息保护的私法维度——兼论〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的关系》,载《比较法研究》2021 年第 5 期。

② 王利明:《法律解释学导论——以民法为视角》,法律出版社 2017 年版,第 412-413 页。

③ 参见王锡锌:《国家保护视野中的个人信息权利束》,载《中国社会科学》2021 年第 11 期。

④ 李海平:《个人信息国家保护义务理论的反思与重塑》,载《法学研究》2023 年第 1 期。

仅仅依靠法律的推理与论证并不足够,有时对相关专业技术的熟稔同样关键。对于涉及大量专业技术问题的个人信息侵权纠纷,由不具备相关专业知识的法官进行事实认定与纠纷裁断,必然面临专业性不足的质疑。同样面临这一困境的是知识产权领域审判实践,在诉讼辅助人制度之外探索建立了技术调查官制度,从而增强法庭就案件相关技术事实认定的准确性与科学性。虽然可在个人信息侵权纠纷民事诉讼中进行制度的移植,但诉讼当事人与整体的司法资源投入也都将随之增加,诉讼效率也会因此受到影响。个人信息侵权纠纷行政裁决制度下的侵权事实认定将得益于行政裁决机构组成人员的专业背景,其构成主要来自行政监管机关,具有的专业知识背景以及执法监督中积累的丰富经验,都将为侵权事实的认定提供可靠支撑。其次,《个人信息保护法》第69条采过错推定原则,通过将举证责任分配给个人信息处理者,从而在一定程度上减轻了个人信息权益主体的证明义务。但是,个人信息处理者掌握着个人信息处理相关的过程性信息并熟知系统运行的逻辑架构,一旦完成自身无过错的举证义务,既无信息又无技术的个人信息权益主体恐难以完成个人信息处理者行为与损害结果之间的因果关系证明。可见,过错推定原则下民事诉讼途径依旧面临因果关系证明的困境。个人信息侵权纠纷的行政裁决制度下,行政监管与行政裁决的联结将为相关证据的调取、侵权事实的认定提供诸多便利与保障。

2. 效率优势。众所周知,目前法院面临着“案多人少”的困难,其中民事审判领域尤为突出,再加之司法程序本就较为繁琐,致使个人信息侵权纠纷民事诉讼路径在效率层面上并无优势可言。如引起社会各界广泛关注的“人脸识别第一案”,从受理到最终宣判共历时2年之久。^①其中虽有疫情原因中止审理延误数月以及当时尚未出台人脸信息保护相关法律等因素影响,但如此漫长的维权之路所耗费的精力投入显然会让部分个人信息权益主体望而却步。反观个人信息侵权纠纷的行政裁决制度,一方面是行政裁决制度自身所具有的效率高、程序便捷等特点;另一方面则是个人信息侵权纠纷行政裁决制度能够实现行政监管与行政裁决的衔接,使得侵权纠纷与损害赔偿纠纷一体解决,两种纠纷的解决路径不再被割裂。行政监管机关对相关侵权事实作出的认定,在行政裁决程序中均可被直接采认并依法作出损害赔偿裁定。如若另经司法程序寻求损害赔偿,必使得相关证据材料从立案到审判重新经历审查、调取与质证。两相对比,个人信息侵权纠纷行政裁决制度自然具有效率上的优势。

(二) 维权与监管并联: 监管力量加强

现实中,不止个人信息侵权损害赔偿的救济面临诸多困难,对个人信息侵权行为的行政监管同样挑战重重。一方面,个人信息处理者对个人信息的收集、处理等相关

^① 参见郭兵诉杭州野生动物世界服务合同纠纷案,浙江省杭州市富阳区人民法院(2019)浙0111民初6971号民事判决书。



操作都极为隐蔽,操作指令等有痕信息以及处理后的数据存贮皆由其掌握,并且一般情况下无需向用户、社会和监管机关公开,这使得民众与监管机关均难以察觉相关侵权事实。另一方面,个人信息侵权事件频发的当下,民众迫切期望能够加强个人信息保护的行政监管。正是在这样的情况下,每一个疑似侵害个人信息的线索都不应被忽视。所以,如何能够激发民众的监督意识,妥善回应个人信息权益主体的维权诉求,应该是相关制度设计所应考虑的重点。行政裁决机制将权利救济与行政监管相衔接,使得每一位维权发起者都可能是个人信息侵权事件的“吹哨人”。在个人信息权益主体寻求救济之时触发行政监管机关调查的启动,一旦认定个人信息处理者违反个人信息保护相关法律法规,行政监管机关在裁断个人信息侵权纠纷的同时,也应依法对个人信息处理者作出相应处罚。

与之相对的是,在既有民事侵权诉讼救济模式或行政监管与民事侵权诉讼相结合的纠纷解决模式下,民事损害赔偿纠纷的解决与行政监管的启动并无必然的关联。此种情况下,极可能存在民事损害赔偿纠纷已经了结,而个人信息处理者的违规行为却依旧我行我素,并不整改。尤其当民事侵权诉讼选择以和解方式结案时,个人信息处理者的相关侵权事实甚至不会得到法院的调查与认定。现实中,处于非对称权力结构中的个人信息权益主体,难有时间、精力与能力同个人信息处理者在法庭上展开对抗。如以理性人视角分析,一份足够有诚意的和解协议极可能使当事人选择和和解结案,从而终结冗长的法律诉讼程序,尽快获得损失的填补。个人信息处理者的疑似违规行为与侵权事实,也将随着民事诉讼的案结事了而又得以隐匿乃至继续。需要注意的是,大数据下的自动化决策与算法的执行总是针对庞大的用户群体,因此个人信息侵权事件中受害主体往往并非某个人,极可能涉及公共利益。所以个人信息侵权纠纷的解决不应仅将个人损失的填补视作终点,而应当兼顾对侵权行为的纠偏与侵害风险的化解,这也对纠纷化解机制提出了更高要求。个人信息侵权纠纷行政裁决制度通过将侵权维权与行政监管相关联,显著丰富行政监管的线索来源,使得行政监管的触发更为敏锐,实现及早发现、及时查处,在个人信息权益主体的损失得以弥补的同时,保护更广大用户群体的权益,维护社会公共利益。

(三) 赔偿与处罚并行:加重违法成本

依据《个人信息保护法》第69条之规定,个人信息侵权损害赔偿金额应首先按个人因此受到的损失或者个人信息处理者因此获得的利益确定,如难以确定,则根据实际情况确定赔偿数额。可见,损害赔偿秉持的原则为损失填补或获益退回。而个人信息侵权的一个重要特点即在于信息权益主体多数情况下所受损害不在于经济损失,甚至没有经济损失。个人信息一旦被违规收集、处理甚至泄露,由此所带来的个人行动轨迹曝光、社会评价受影响等后果关乎当事人的人格自由、人格尊严等人格权益,

从而造成焦虑、恐惧等精神上的损害。所以,上述条款中“因此受到的损失”是否包含精神损害赔偿至关重要。当下侵害个人信息权益精神损害赔偿是否成立、损害如何认定以及数额如何认定等仍面临较大困境。^①同时,作出侵害行为的个人信息处理者也并不必然能够因此获得收益,如仅是作为用户注册真实性验证或便捷登录等场景;一些情况下甚至同样会因此遭受经济损失,如信息网络系统被黑客攻击导致系统瘫痪或存储的用户数据被窃取,导致因无法正常提供服务或关乎商业秘密的数据被窃取而蒙受经济损失。所以,民事侵权诉讼路径所作出的个人信息侵权损害赔偿,既可能无法实际填补当事人所受损害,也可能难以对个人信息处理者产生震慑效果。

个人信息侵权纠纷行政裁决制度的建构,实现行政监管机关在介入个人信息侵权纠纷以查清事实、定夺纷争的同时,对个人信息处理者相关行为进行监管和审查。如确有违法违规行为的,行政监管机关自会行使行政处罚权,对个人信息处理者作出相应处罚。如此一来,行政监管的处罚决定与行政裁决的损害赔偿裁定并行,将大大加重个人信息处理者侵权行为的违法成本,使其违规行为付出的代价将不再限于填补信息权益人损失或退回所获收益。无独有偶,当下欧美在个人信息领域治理手段也主要依靠的是行政监管而非个案式的民事侵权诉讼,如欧盟《一般数据保护条例》并未涉及任何私法救济方式,主要依靠高额的罚款来实现对个人信息侵权违法行为的预防。^②所以,最为个人信息处理企业所忌惮的是监管机构频频开出的“天价罚单”。

(四) 事前与事后同步:解决预防并重

“个人信息保护之目的并非保护个人对其个人信息的控制性权益,而是为了规制个人信息处理风险,防范与救济个人数据处理与利用活动可能产生的侵害后果。”^③个人信息侵权纠纷行政裁决制度在提供权益救济的同时,能够对相关风险加以应对,从而实现风险的防范与侵害的救济相统一。

首先,司法机关在个人信息侵权纠纷民事侵权诉讼路径中,对于相关纠纷只能采取不告不理的保守态度并恪守中立。如想在个人信息侵权纠纷中有所主动作为,其更多地只能通过普法宣传提升公民的维权意识与个人信息处理者的守法意识;或者寄希望于相关裁判观点、司法解释等产生外溢效应以影响社会实践。反观个人信息侵权纠纷行政裁决路径中的行政裁决机构,虽然同样具有被动性的特征,但其所依托的行政监管机关负有保护公民个人信息权益免受侵害之职责以及相应的法定职权,而理应在个人信息侵权事件中积极作为,以维护公民权益与社会秩序。与此同时,行政监管机关还可就日常监管过程中发现的侵权线索、认定的违法事实以及查处的典型个案向社

① 参见彭诚信、许素敏:《侵害个人信息权益精神损害赔偿的制度建构》,载《南京社会科学》2022年第3期。

② 参见梅夏英:《在分享和控制之间,数据保护的司法局限和公共秩序构建》,载《中外法学》2019年第4期。

③ 王锡锌:《个人信息权益的三层构造及保护机制》,载《现代法学》2021年第5期。



会进行公布,并对受侵权主体发出维权提示,从而一定程度上实现主动化解纠纷、保护公民个人信息权益的效果。

其次,判决结果的社会效益当然属于法院审理裁判所应考量的因素之一,但其侧重点更多在于实现定分止争。案件有通过调解或和解结案之可能,法院自然会鼓励双方当事人进行尝试,如若最终顺利达成调解或和解协议,则司法程序便宣告终结,于法院而言任务自然已经完成。法院断不会也不能为追求裁判文书的社会效益,强行推进司法进程来以判决作为终点。即使法院得以通过宣告判决而结案,并在裁判文书中就侵权事实与损害赔偿金额作出认定,这种单一个案式的司法裁判所产生的规制效果恐难以同行政规制手段相提并论。特别是在个人信息产业这类新兴且快速发展的领域,“人脸识别第一案”判决所产生的社会治理效果以及对相关行业个人信息处理行为的规制作用与效率,可能远不及行政监管机关或行业协会发布的指令性文件。承担着社会管理职能的行政监管机关,对于个人信息侵权风险主动预防负有责任,并拥有告诫、指导、制定一般性规则等丰富的行政规制手段,其借助个人信息侵权纠纷行政裁决的建构,能够实现监管空白弥补,运用行政规制手段实现利益调整与政策形成等功能,最终达致纠纷实质性化解与系统性风险防范的多重效用。

四、个人信息侵权纠纷行政裁决制度的主要内容

符合中国国情的个人信息侵权纠纷行政裁决制度具备独有的优势,并且具有正当性与必要性,但其具体建构还面临着以下主要问题:首先是制度如何确立的问题,这涉及行政裁决的设定是否应坚持法律保留原则;其次需要结合个人信息监管机构的职权以合理设定行政裁决受理主体;再次,如何科学地划定受理范围,从而厘清个人信息侵权纠纷的双方主体;最后,如何对行政裁决的结果进行监督,尤其是目前行政裁决司法审查的诉讼形式在实践中仍不统一的背景下。对上述问题的回答,即构成个人信息侵权纠纷行政裁决制度的主要内容。

(一) 行政裁决的确立

在我国既有法律体系中,法律、行政法规及规章均设定有行政裁决。由法律设定的,如《专利法》设定的专利强制许可使用费纠纷以及申请注册的药品相关专利权纠纷行政裁决制度;由行政法规设定的,如《中药品种保护条例》设定的经批准仿制的中药保护品种仿制使用费纠纷行政裁决制度、《集成电路布图设计保护条例》设定的使用布图设计非自愿许可的报酬纠纷行政裁决制度;由规章设定的,如《民间纠纷处理办法》设定的民间纠纷行政裁决制度。

关于行政裁决的设定是否需要严格遵守法律保留原则,当下学界的观点并不统一,

有学者认为行政裁决只能由法律设定, 因为其关乎国家职能的分配与调整, 所以只能由最高国家权力机关加以规定, 并且国外行政裁决也普遍由议会立法设定;^① 有学者则认为只要民事纠纷的最终裁决权在法院, 行政裁决的设定并不会导致行政权干扰司法权, 所以法理与现实都支持法规拥有设定行政裁决的权限, 只需保证设定行政裁决的法规与更高位阶的法律不相抵触即可。^② 本文赞同后一种理论观点, 并且实践现状也肯认了该观点, 如中共中央办公厅、国务院办公厅印发的《关于健全行政裁决制度加强行政裁决工作的意见》即提出“要适时推进行政裁决统一立法, 以法律或者行政法规的形式对行政裁决制度进行规范”。司法部也提出“认真开展规章清理……对于没有法律法规依据的行政裁决事项, 要尽快推动上升为法律法规”^③。所以个人信息侵权纠纷行政裁决的设定可以通过以下三种方式实现: 一是由全国人大常委会修改《个人信息保护法》, 增加个人信息侵权纠纷行政裁决机制; 二是在未来制定行政裁决统一立法《行政裁决法》时, 将个人信息侵权纠纷类型案件列入行政裁决的受理范围; 三是由国务院制定《个人信息侵权纠纷行政裁决条例》, 以行政法规的形式予以确立。

(二) 行政裁决的主体

《个人信息保护法》与《网络安全法》《数据安全法》共同构筑起我国个人信息保护领域的法律规制框架, 并形成了多部门共同参与的个人信息保护监管执法体系。在互联网平台检索个人信息保护专项行动的相关报道可以发现, 涉及到的主体仅中央层面就包括中央网信办(国家互联网信息办公室)、公安部、工信部、银保监会、国家邮政局、国家标准委等部门。这其中处于核心地位的当属国家网信部门, 其在《个人信息保护法》中也被明确赋予统筹协调个人信息保护工作和相关监督管理工作的重要职责。国家网信部门在个人信息保护领域所具备的独立性与专业性, 是世界各国行政裁决机构最为显著的特征, 同时也是我国目前运转良好的行政裁决机构——专利复审委员会和商标裁决委员会所具备的特点。所以, 个人信息侵权纠纷行政裁决的受理主体无可争议地应由国家网信部门担任或主要由其产生。

面对涉及各相关专业领域的个人信息侵权纠纷案件, 网信部门应发挥统筹协调职能, 吸收各相关行业监管机构加入行政裁决机构。学界一直有声音希望效仿英国行政裁判所或美国独立管制委员会的模式, 以保证裁决机构及人员的职业化、中立性与独立性, 并设想在专业性较强的领域首先设立独立裁决机构, 最终实现按地域区分的阶层式行政裁决机构体系。^④ 但也有学者认为英美的行政裁决机构模式与我国既有体制

① 参见王小红:《行政裁决制度研究》, 知识产权出版社2010年版, 第56-57页。

② 参见陆平辉:《行政裁决诉讼的不确定性及其解决》, 载《现代法学》2005年第6期。

③ 《司法部负责人就〈关于健全行政裁决制度加强行政裁决工作的意见〉答记者问》, 载中国政府网, http://www.gov.cn/zhengce/2019-06/02/content_5396933.htm。

④ 参见周佑勇、尹建国:《我国行政裁决制度的改革和完善》, 载《上海政法学院学报》2006年第5期。



并不相符,且其提升裁决机构独立性、中立性的代价是使得裁决机构的专业性优势被大幅消解。^① 本文认为直接脱离行政机关建立专门、独立的个人信息侵权纠纷行政裁决机构目前尚不适宜,当下可在网信部门内部设立相对独立的个人信息侵权纠纷行政裁决机构,统筹协调各相关职能部门参与裁决队伍的遴选与组成。这样更能保障个人信息侵权纠纷行政裁决机构的专业性、权威性以及与行政监管机关的顺畅联结,从而确保制度的实效运行。

(三) 行政裁决的范围

行政权伴随着政府承担的社会职能日渐繁杂而随之扩张,开始广泛介入金融、贸易、产品责任、劳资关系、环境保护等众多领域。宪法传统理念也因此发生了改变,形式主义与功能主义理念不断进行碰撞,立法权、行政权与司法权之间不再泾渭分明。“在这样一个公民积极参与的社会中,公共官员扮演的角色越来越不是服务的直接供给者,而是调停者、中介人甚或裁判员。”^② 个人信息侵权纠纷行政裁决制度即代表着行政权介入民事自治领域,其正当性与必要性的关键之处即在于与行政监管活动直接相关,这要求裁决的范围不能脱离行政监管的范围。《个人信息保护法》第72条之规定将自然人因个人或者家庭事务处理个人信息的情形排除出个人信息行政监管范围,同时也为个人信息侵权纠纷行政裁决制度的受理范围划定了边界,即处于非对称权力结构中的个人信息侵权纠纷与损害赔偿纠纷。

在法律关系上,《个人信息保护法》中的私法规范是《民法典》的特别法,所以其所作出的特别规定应优先适用,没有规定的事项则应适用《民法典》相关规则。^③ “个人信息保护法旨在防范对人格和财产的抽象加害危险,构成人格利益和财产利益的前置保护性规范,因此,其和侵权行为法对人格权(尤其是隐私权和名誉权)的保护不相排斥,而是互相结合。”^④ 所以,正如《个人信息保护法》并非《民法典》个人信息保护规定的完全替代,个人信息侵权纠纷行政裁决制度同样并非民事侵权诉讼路径的完全替代。《个人信息保护法》规制范围之外的普通个人信息处理行为造成的损害则落入《民法典》关于人格权的保护范围,相关纠纷即依民事侵权诉讼路径运用侵权行为法的规定解决。此种情况下,因脱离行政监管的范围,不仅行政裁决不再具备正当性,其原本所具有的相较民事侵权诉讼路径的专业与效率优势也将丧失,并将额外增加行政机关负担,造成行政资源的浪费。

① 参见梅扬:《行政裁决制度的性质定位与困局破解》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2021年第5期。

② 丁煌:《西方公共行政管理理论精要》,中国人民大学出版社2005年版,第428页。

③ 参见石佳友:《个人信息保护的私法维度——兼论〈民法典〉与〈个人信息保护法〉的关系》,载《比较法研究》2021年第5期。

④ 杨芳:《个人信息保护法保护客体之辨——兼论个人信息保护法和民法适用上之关系》,载《比较法研究》2017年第5期。

(四) 行政裁决的监督

关于行政裁决的监督方式,一是行政机关内部监督的行政复议;二是可提请司法审查。关于行政裁决的司法审查,1932年美国联邦最高法院在克罗威尔诉本森案件中发展了司法权力委任理论,并形成“司法最终”标准,即“只要行政机关对私权利争端的裁决最终仍接受司法审查,行政机关根据法律的委任行使司法权就不违背宪法的分权原则”^①。而我国人民代表大会制度下,行政介入民事纠纷的正当性并不依赖于纠纷的最终裁决权由法院享有,所以行政裁决制度的司法审查并无权力分立模式之要求。但我国目前司法实践中行政裁决的司法审查模式尚不统一,存在着行政诉讼与民事诉讼混用的情形。这是个人信息侵权纠纷行政裁决的监督部分应探明的问题。

最高人民法院于2009年颁布的《关于建立健全诉讼与非诉讼相衔接的矛盾纠纷解决机制的若干意见》第8条规定,当事人不服行政机关对平等主体之间的裁决结果,以对方当事人为被告就原纠纷向人民法院起诉的,人民法院按民事案件受理,法律或司法解释明确规定作为行政案件受理的除外。在这样的制度设计下,行政机关便不会因介入民事纠纷行使行政裁决权而成为被告,其后顾之忧得以解除。《行政诉讼法》第61条规定在涉及行政机关对民事争议所作的裁决的行政诉讼中,当事人可以申请一并解决相关民事纠纷。2018年发布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第140条细化了上述条款所涉及的行政诉讼一并审理民事纠纷的具体规则。所以现行法规范下,只有法律或司法解释明确规定个人信息侵权纠纷行政裁决作为行政案件受理,方才适用行政诉讼裁判。如不对行政裁决的司法审查方式进行限定,一方当事人以对方当事人为被告提起民事诉讼的情况下,法院将就原纠纷重新进行审理。从结果上看,一方面,导致行政与司法资源的浪费;另一方面,可能导致出现结果不同的行政裁决和司法判决。从过程中看,如果在民事诉讼中对行政机关的行政裁决行为的合法性进行司法审查,不合乎行政权与审判权的关系以及法律的规定;反之,如果不对其进行合法性审查,则一定程度上使得行政权脱离司法监督。^②所以,行政裁决适用民事诉讼进行司法审查的监督模式面临多重困境。

个人信息侵权纠纷行政裁决制度属于个人信息的“权力保护”模式,其裁决机构与组成人员依托于行政监管机关,其裁决权来源于行政机关之公权,其裁决结果具有公定力。所以,个人信息侵权纠纷行政裁决的司法审查应采行政诉讼路径。在确立个人信息侵权纠纷行政裁决制度时,应明确对裁决结果不服的可以向人民法院提起行政诉讼,法院在对行政裁决进行司法审查的同时,对相关民事纠纷一并解决。

① 周佑勇、尹建国:《我国行政裁决制度的改革和完善》,载《上海政法学院学报》2006年第5期。

② 参见陆平辉:《行政裁决诉讼的不确定性及其解决》,载《现代法学》2005年第6期。



结 语

互联网产业与数字经济快速发展的当下,民众对个人信息保护有着强烈诉求。《个人信息保护法》的出台完善了个人信息保护法律规范体系,对于个人信息权利遭受侵害的救济作出了详尽规定。其中就个人信息损害赔偿所确立的过错推定原则,发挥着减轻受害人举证负担、调和双方强弱关系、平衡利益关系的作用。^①侵权损害赔偿数额标准较既有法律规范,也更加适应信息处理者与权益主体之间非对称权力结构下个人信息侵权的新特点。以“全程在线”为基本原则的互联网法院试点虽为民事侵权诉讼带来了创新与变革,实现从案件受理到宣判全程网络化,便利了当事人参与诉讼,显著降低了诉讼成本,但并非个人信息权益救济当然的唯一答案或最优解。个人信息侵权纠纷行政裁决制度的建构,可扭转既有民事救济模式下行政监管唤起的不确定性,填补原有行政监管介入模式所缺失的损害赔偿纠纷解决能力。其制度正当性的根基在于弥补市场自我调节机制的不足,维护公共利益与社会秩序,而其必要性则在于能够实现风险的防范以及侵权纠纷的高效化解。基于对民事主体自主选择权的尊重,行政裁决一般由当事人自主申请,行政机关并不能强行介入。是否在个人信息侵权纠纷中将行政裁决设定为诉讼的前置程序,是一个值得思考的问题,有待学界继续讨论。

(责任编辑:郑佳豪)

^① 参见杨立新:《侵害个人信息权益损害赔偿的规则与适用——〈个人信息保护法〉第69条的关键词释评》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2022年第1期。

有组织犯罪组织的司法认定与涉案财产处置

——以《反有组织犯罪法》的理解与适用为视角

刘振会^{*}

内容摘要：我国《反有组织犯罪法》对有组织犯罪组织的认定与涉案财产的处置提出了新要求。司法实践中，应当准确把握该法关于有组织犯罪组织的认定标准、“软暴力”手段的认定方法、“网络有组织犯罪”的认定价值以及涉案财产处置等内容的规定精神。立足该法的立法背景、立法目的以及与《刑法》《刑事诉讼法》等法律、“两高两部”关于黑恶势力犯罪案件办理相关规范性文件的衔接，对上述问题进行理论阐释、条文解读与司法适用方法论证，有助于司法机关正确适用该法、准确处理有组织犯罪案件。

关键词：有组织犯罪组织；“软暴力”；涉案财产；司法认定

2022年5月1日起施行的《反有组织犯罪法》，是根据我国黑恶势力^①犯罪治理常态化、法治化需要，在总结三年“扫黑除恶”专项斗争经验基础上制定的。该法集实体与程序、刑事与行政、国内与涉外等多维内容于一体，从综合治理、刑法与刑事诉讼法的补充、人权保障、国际合作等多方位进行系统立法，填补了我国有组织犯罪治理专门立法的空白，丰富了中国特色社会主义法律体系，建立了治理有组织犯罪立法的中国模式，司法实践中应当准确理解和正确适用。

^{*} 刘振会，山东省高级人民法院刑三庭庭长，三级高级法官。

^① 2018年以来，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》《关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题的意见》等规范性文件将黑社会性质组织与恶势力统称为黑恶势力。



一、有组织犯罪组织的司法认定

《反有组织犯罪法》对有组织犯罪组织作出了明确规定，司法实践中应当准确理解法律精神，严格把握犯罪组织的类型和条件，准确作出司法认定，确保有组织犯罪治理在法治轨道上运行。

（一）有组织犯罪组织的基本类型

《反有组织犯罪法》第2条第1款规定：“本法所称有组织犯罪，是指《中华人民共和国刑法》第二百九十四条规定的组织、领导、参加黑社会性质组织犯罪，以及黑社会性质组织、恶势力组织实施的犯罪。”第3款规定：“境外的黑社会组织到中华人民共和国境内发展组织成员、实施犯罪，以及在境外对中华人民共和国国家或者公民犯罪的，适用本法。”据此，有组织犯罪组织包括黑社会性质组织、恶势力组织、境外黑社会组织三种。对此，可以从以下几个方面理解把握：

1. 与境外国家或地区有组织犯罪组织概念基本一致。在境外国家或地区，有组织犯罪组织一般指有组织犯罪集团，英语用“Criminal Organization”“Criminal Group”或“Criminal Gang”表示。关于有组织犯罪集团的概念，德国警官布格哈特·黑洛德的观点具有代表性，他认为“有组织犯罪集团是指旨在获取暴利或对公共生活领域施加影响，长期或不定期地实施犯罪活动的组织”^①，这一定义与《反有组织犯罪法》中对黑恶势力犯罪组织的定义基本相同。

2. 与联合国公约中有组织犯罪组织的概念一致。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》提出，“有组织犯罪集团”系指由三人或多人组成的、在一定时期内存在的、为了实施一项或多项严重犯罪或根据本公约确立的犯罪以直接或间接获得金钱或其他物质利益而一致行动的有组织结构的集团。《反有组织犯罪法》规定的黑社会性质组织和恶势力组织契合这一要求。但是，联合国公约中提出的有组织犯罪组织外延更大，包括但不限于黑恶势力犯罪组织，还包括毒品、恐怖、邪教、传销等犯罪组织。

3. 与我国学者关于犯罪集团学说的观点一致。我国学者关于有组织犯罪组织的定义观点众多，包含了犯罪结伙、犯罪团伙、犯罪集团、黑社会性质组织、黑社会组织等由低级到高级的所有共同犯罪中犯罪人的结合体形式。其中，犯罪集团说认为，有组织犯罪集团是指故意犯罪者操纵、控制或直接指挥和参与，组织结构严密、等级森严或组织成员相对稳定，有特定行为规范和逃避法律制裁的防护体系的犯罪集团。^②这一观点契合《反有组织犯罪法》对黑恶势力组织的界定。但是，犯罪集团说

① 徐久生：《德国犯罪学研究探要》，中国人民公安大学出版社1995版，第118页。

② 参见康树华：《比较犯罪学》，北京大学出版社1994年版，第269页。

定义的有组织犯罪集团的外延与联合国公约类似,包括但不限于黑恶势力犯罪组织。

4. 有组织犯罪组织限定为黑恶势力组织符合我国实际。广义上,恐怖组织犯罪、邪教组织犯罪、传销组织犯罪以及有组织的黄赌毒盗抢骗犯罪、危害食品药品安全犯罪、侵犯知识产权犯罪,都是有组织犯罪,^①由于我国《刑法》《反恐怖主义法》《反间谍法》等法律对上述有组织犯罪已经作出专门规定,足以满足预防和惩治犯罪的需要,因此没有必要将上述犯罪组织犯罪纳入《反有组织犯罪法》予以规制。而且,将黑恶势力犯罪惩治单独立法,凸显对黑恶势力犯罪的专项治理,为常态化开展扫黑除恶专项斗争提供法律支撑,符合依法治国、把扫黑除恶专项斗争纳入法治化轨道的要求,契合人民群众关于安全感、幸福感和获得感的期待。

(二) 黑社会性质组织

黑社会性质组织是我国《刑法》第294条规定的犯罪组织,根据该条第5款的规定,黑社会性质组织应当具备组织、经济、行为和危害性四个基本特征。司法实践中,应当准确把握以上四个特征的构成要素。

1. 组织特征“四要素”。一是成员人数较多。《刑法》规定的标准为“人数较多”。刑法意义上,“多”指3人以上,“较多”则要多于3人。而且,黑社会性质组织一般要有三个层级,层级之间一般为金字塔式构造,即越往下人越多。2015年最高人民法院印发的《全国部分法院审理黑社会性质组织犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《2015年纪要》)提出,黑社会性质组织成员一般在10人以上。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部2018年《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》(以下简称《2018年指导意见》)提出,对黑社会性质组织成员人数问题不宜作出“一刀切”的规定。可见,在成员人数上不宜以10人为最低人数标准,低于10人的也可以被认定为黑社会性质组织。但是,根据黑社会性质组织一般具有三个层级,每个层级人数自上而下逐步增加、形成金字塔结构的特点,三层至少应有6人。据统计,2006—2016年间,全国法院审理组织、领导、参加黑社会组织罪生效案件3467件、涉案29334人,组织成员平均为8.46人。根据满足组织结构要求成员一般要达到6人的最低数量要求,以及司法实践中认定组织成员平均人数在8人以上的现实情况,本文认为,黑社会性质组织成员的人数应不少于7人,对少于7人的,认定黑社会性质组织应特别慎重。二是层级结构明确。根据《刑法》规定,组织内部一般具有组织者、领导者和骨干成员、积极参加者,以及其他成员三个等级。其中,最高层级是组织者和领导者,中间层级包括骨干成员和积极参加者,最低层级包括一般参加者或者其他参加者。一般参加者与其他参加者是一类成员的两种称

^① 参见陈远鑫、马曼:《我国反有组织犯罪法律制度的重要发展——反有组织犯罪法的立法情况和主要内容》,载《人民检察》2022年第1期。



谓。一般参加者的称谓来源于《2015年纪要》等规范性文件,^①其他参加者的称谓来源于《刑法》规定,^②二者是完全相同的组织成员。三是组织存续稳定。所谓“存续稳定”,是指黑社会性质组织存续时间较长、主要成员固定、组织结构稳固。一般而言,是指黑社会性质组织持续存续达到一年以上,而且主要组织成员稳定。四是纪律规约明显。组织纪律、活动规约既可以是成文规定,也可以是不成文的口头纪律、规约,还可以是长时间共同活动形成的行动习惯或惯例。

2. 经济特征“三要素”。一是经济来源多元。黑社会性质组织的敛财方式具有多样性,既有违法犯罪方式,也有合法经营方式,还有接受资助、使用组织外资产等方式。二是经济规模较大。首先,经济实力的标准达到特定数额。《2015年纪要》第二部分“认定经济特征的问题”中提出了20~50万元的弹性数额标准,要求最低不低于20万元。其次,经济实力的资产范畴不限于组织实际控制的财产,还包括不在组织及其成员控制下、可能用于支持组织活动的资产。如,组织成员主动提供个人或家族资产支持组织活动的,组织成员个人或者家庭资产可以全部纳入组织的经济实力。^③三是经济用途特定。主要用于维系组织存续和发展,包括豢养组织成员、实施违法犯罪活动和寻求非法保护等。

3. 行为特征“五要素”。一是实施具有组织性。黑社会性质组织的违法犯罪活动“有组织地进行”。具体而言,主观上具有谋取或维护组织利益的目的,客观上体现组织意志,表现为通过组织的纪律规约、活动惯例和组织领导者组织等方式实施。二是手段具有暴力性。黑社会性质组织的违法犯罪手段包括暴力、威胁或者其他手段。其中,暴力始终是主要手段或基础手段,且这种暴力必须达到一定的严重程度。黑社会性质组织犯罪不能由“软暴力”单独构成。^④如最高人民法院发布的指导性案例——史广振等组织、领导、参加黑社会性质组织案,该案例的裁判理由提出,犯罪组织以其势力、影响和暴力手段的现实可能性为依托,有组织地长期采用多种“软暴力”手段实施大量违法犯罪行为,同时辅之以“硬暴力”,“软暴力”有向“硬暴力”转化的现实可能性,足以使群众产生恐惧、恐慌进而形成心理强制,并已造成严重危害后果,严重破坏经济、社会生活秩序的,应认定该犯罪组织具有黑社会性质组织的行为特征。^⑤该裁判理由从“软暴力”与“硬暴力”的关系上,明确了“软

①《2015年纪要》第二部分关于黑社会性质组织的认定中,就认定组织特征的问题认为,黑社会性质组织一般有三种类型的组织成员,即组织者、领导者与积极参加者、一般参加者(也即“其他参加者”)。

②《刑法》第294条第1款规定,其他参加的,处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利,可以并处罚金。

③《2018年指导意见》第8条规定,组织成员主动将个人或者家庭资产中的一部分用于支持该组织活动,其个人或者家庭资产可全部计入“一定的经济实力”。

④参见陈兴良:《论黑社会性质组织的行为特征》,载《政治与法律》2020年第8期。

⑤参见史广振等组织、领导、参加黑社会性质组织罪案,最高人民法院第33批(188号)指导性案例。

暴力”无法单独或独自构成黑社会性质组织的行为特征,只有该组织实施过“硬暴力”(裁判理由称之为“辅之以硬暴力”),“软暴力”以“硬暴力”为依托,有向“硬暴力”转化的现实可能性,才能认定为具有黑社会性质组织的行为特征。三是活动具有公开性。黑社会性质组织为树立恶名、形成非法权威、实现区域或行业控制,往往以公开方式、在公开场所实施违法犯罪行为。为达到让人恐惧的放大效果,有时甚至采取炫耀性的方式进行。公开性与暴力性相结合,把暴力手段的残忍公之于众,是黑社会性质组织违法犯罪活动的典型表现形式。四是行为具有多样性。所谓多样性,是指多次实施不同性质的违法犯罪活动,触犯多个罪名,简称多行为多罪名。其中,多行为是指实施多次违法犯罪行为,而且犯罪行为要达到3次以上,如果兼有违法活动的,次数应当达到4次以上;多罪名要求多种行为构成多种犯罪。五是侵害对象具有不特定性。我国《刑法》在行为特征中规定,黑社会性质组织通过实施违法犯罪活动“为非作恶,欺压、残害群众”。“群众”作为集合概念,既指这个集合体由多人组成,又指组成这个集合体的个人参与这个集合体是随机的、任意的,具有不特定性。黑社会性质组织违法犯罪活动侵害的对象不是指向作为单一个体的自然人,而是指向一定区域或者行业内的不特定群体中的任何人。而且,实际侵害的人数达到3人以上的多数,否则达不到欺压、残害“群众”这一集合体的标准。

4. 危害性特征“四要素”。一是称霸一方。称霸一方是指黑社会性质组织在一定区域或一定行业内具有居于普通群众之上的强势地位和非法权威,凭借强势地位任意侵害普通群众的合法利益,而受害群众不敢反抗,描述的是黑社会性质组织对外部社会的影响、威慑与强制。^①根据其称霸的区域或行业,可以有不同的称谓。在村居区域内称霸的称为“村霸”,在海域称霸的称“海霸”,在屠宰行业称霸的称“肉霸”,在海鲜、鱼类市场称霸的称“鱼霸”,等等。“称霸一方”既是非法控制或重大影响的程度体现,也是社会公众对黑社会性质组织的形象认知。二是领域特定。领域特定是指我国刑法规定的“一定区域或行业”。其中,“一定区域”不是指物理空间本身,而是指该空间内的人类社会活动,应当从物理空间与社会功能两个方面,结合黑社会性质组织对经济社会生活秩序的危害程度确定区域的大小,避免绝对化和教条化。通常情况下,区域的范围不能小于村庄、矿山、工地、市场、车站、码头等。“一定行业”是指在一定区域内的生产、流通、消费等市场环节中存在的生产、经营活动,既包括合法行业,也包括黄、赌、毒等非法行业。^②三是非法控制或重大影响。非法控制或重大影响是黑社会性质危害性特征的核心内涵和刚性要求。其中,非法控制

^① 参见魏东、赵天琦:《黑社会性质组织第四项特征的刑法解释》,载《法治研究》2019年第5期。

^② 参见《办理黑社会性质组织犯罪案件座谈会纪要》第4条、《2015年纪要》第二部分“认定非法控制特征(危害性特征)的问题”部分。



强调对一定区域或者行业的实际掌控和制约,重大影响则关注通过违法犯罪活动对一定区域或者行业的危害和破坏。^①《2018 年指导意见》以列举的方式明确了常见的 8 种非法控制和重大影响的表现情形,每种情形都有各自的标准和要求。四是严重破坏经济社会秩序。首先,规范意义上,该要素包括两项内容。其一,黑社会性质组织实施的违法犯罪活动作为整体,侵害的法益是社会管理秩序中的经济、社会生活秩序,而不是国家安全、政治安全等其他秩序,从而使其具有了和侵害上述秩序的犯罪组织的本质区别。其二,法益侵害要达到“严重破坏”的程度。“严重破坏”的标准就是形成非法控制或者重大影响,使黑社会性质组织与一般犯罪团伙或犯罪集团等共同犯罪组织区别开来。其次,这一要素与“非法控制、重大影响”相互依存。“在一定区域或行业形成非法控制或重大影响”是黑社会性质组织社会危害性的现象描述,“严重破坏经济、社会生活秩序”是社会危害性的法益侵害表达,两者是一个硬币的两面,从客观表现与法律规范上共同完成对黑社会性质组织社会危害性的全面准确刻画。司法实践中,在黑社会性质组织案件的审理中,一般是以相同的事实认定达到“非法控制或重要影响”和“严重破坏经济、社会生活秩序”两项内容,而不是分别以不同的事实予以认定。

综上,黑社会性质组织四个特征的十六个要素共同构成组织要素体系(见图 1)。

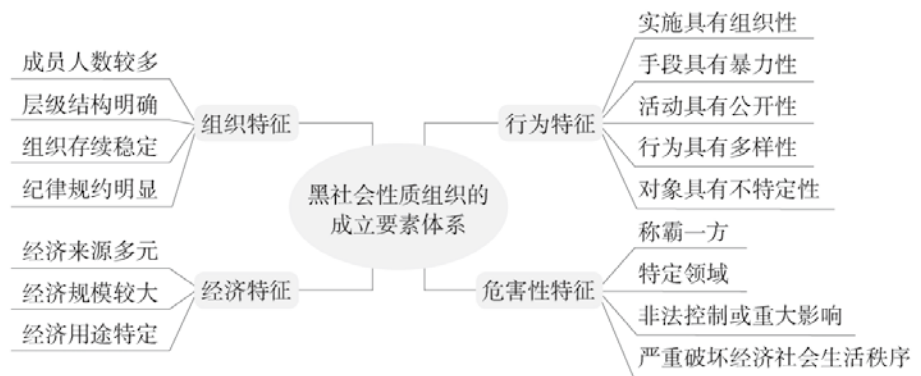


图 1 黑社会性质组织的成立要素体系

(三) 恶势力组织

《反有组织犯罪法》首次把恶势力组织纳入法律规范之中,对恶势力组织的概念作出明确规定。准确认定该法规定的恶势力组织,应当从恶势力组织的概念界定、内涵与外延等维度予以把握。

1. 恶势力组织的概念界定。根据《2018 年指导意见》与 2019 年《关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见》规定,恶势力是指经常纠集在一起,以暴力、威胁

^① 参见陈兴良:《论黑社会性质组织的非法控制(危害性)特征》,载《当代法学》2020 年第 5 期。

或者其他手段,在一定区域或者行业内多次实施违法犯罪活动,为非作恶,欺压百姓,扰乱经济、社会生活秩序,造成较为恶劣的社会影响,但尚未形成黑社会性质组织的违法犯罪组织,包括恶势力团伙和恶势力犯罪集团两种组织形式。2020年12月《反有组织犯罪法(草案)》第2条第2款规定,恶势力组织,是指经常纠集在一起,以暴力、威胁或者其他手段,多次实施违法犯罪活动,为非作恶,欺压群众,但尚未形成黑社会性质组织的违法犯罪组织,既包括恶势力团伙和恶势力犯罪集团,还包括敲诈勒索、组织卖淫等犯罪团伙或集团。与前述规范性文件的规定相比,立法草案降低了恶势力的构成标准。针对“草案关于恶势力组织概念的界定,与扫黑除恶专项斗争中有关指导意见和实践中掌握的标准不尽一致,可能导致将恶势力犯罪泛化到一般的团伙犯罪,打击面过大”^①的问题,全国人大宪法和法律委员会经过讨论研究,2021年8月在《反有组织犯罪法(草案)(二次审议稿)》中进行了调整,在恶势力组织的概念中增加“在一定区域或者行业领域内”“扰乱经济、社会生活秩序,造成较为恶劣的社会影响”的限制条件,并将“尚未形成黑社会性质组织的违法犯罪组织”中的“违法”二字删除,改为“尚未形成黑社会性质组织的犯罪组织”。2022年12月24日全国人大常委会通过的《反有组织犯罪法》对恶势力组织的规定采纳了二次审议稿的概念,不仅沿袭了规范性文件的限制性条件,而且将恶势力从违法犯罪组织限定为犯罪组织。

综上,恶势力的概念经历了由规范性文件规定的制度化概念到《反有组织犯罪法》规定的法律概念。特别值得注意的是,从《反有组织犯罪法》草案到草案二次审议稿、三次审议通过稿,恶势力组织的概念发生了质的变化,从可能包括一般犯罪团伙的泛化定义或扩张倾向明显的广义恶势力,转变为专指恶势力犯罪组织的法律概念。而且,《反有组织犯罪法》将规范性文件中的“恶势力”改为“恶势力组织”,不仅规范了表述方式,而且规范了恶势力组织的认定条件,实现了与《刑法》第294条关于黑社会性质组织规定的衔接。

2. 犯罪集团为惩治规范意义上恶势力组织的组织形式。《反有组织犯罪法》是预防与惩治有组织犯罪的综合性法律,应当从预防与惩治两个层面理解和把握恶势力组织的组织形式。惩治规范意义上的恶势力组织,只有恶势力犯罪集团一种组织形式。因为,《反有组织犯罪法》规定恶势力组织是“犯罪组织”,根据我国《刑法》第26条的规定,犯罪组织仅有犯罪集团一种组织形式。而且,《反有组织犯罪法》中关于恶势力组织主要成员的规定中,只规定了“首要分子”,没有规定恶势力团伙主要成

^① 周光权:《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国反有组织犯罪法(草案)〉修改情况的汇报——2021年8月17日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上》,载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2022年第1期。



员中的“纠集者”,根据我国《刑法》第26条的规定,首要分子仅存在于犯罪集团之中,从组织成员维度上确定了恶势力组织为犯罪集团。因此,《反有组织犯罪法》施行之后,除非完全符合恶势力组织的法定条件,刑事司法不再有对案件定性为恶势力团伙的刑法依据。^①

3. 犯罪团伙为防治规范意义上恶势力组织的组织形式。预防和治理意义上,恶势力组织包括恶势力犯罪团伙和恶势力犯罪集团。作为一种客观存在的违法犯罪组织形式,恶势力团伙仍然是预防和惩治的对象。恶势力团伙是恶势力组织的雏形,司法实践中仍然可以适用两高两部关于恶势力团伙的规定依法惩治,只是不适用《反有组织犯罪法》进行惩治而已。换言之,对恶势力犯罪团伙犯罪的预防适用《反有组织犯罪法》的规定,如《反有组织犯罪法》第12条规定的基层群众性自治组织换届选举中的联审机制,对基层自治组织成员候选人资格的审查内容中“因实施有组织犯罪受过刑事处罚”中的“有组织犯罪”,即包括恶势力犯罪团伙实施的犯罪。因为,该条规定在《反有组织犯罪法》第二章“预防和治理”之中,是防治意义上的有组织犯罪。在此意义上,如果不对有恶势力团伙犯罪前科的候选人依照有关规定及时作出处理,就根本不能发挥预防和治理有组织犯罪的基本功能。^②

4. 司法文书中的规范表述。司法文书不能再使用《反有组织犯罪法》实施前的称谓“恶势力犯罪集团”,而应当统一到《反有组织犯罪法》的规范表述上,称恶势力组织,对组织成员的称谓也应统一到《反有组织犯罪法》的规范表述上,分为首要分子与组织成员,这是罪刑法定的基本要求。需要特别注意的是,无论违法犯罪行为是否发生在《反有组织犯罪法》实施前,只要案件裁判时《反有组织犯罪法》已经实施就应当适用该法的规范称谓“恶势力组织”。

(四) 境外黑社会组织

《反有组织犯罪法》第2条第3款规定,境外的黑社会组织到中华人民共和国境内发展组织成员、实施犯罪,以及在境外对中华人民共和国国家或者公民犯罪的,适用本法。第31条规定,移民管理、海关、海警等部门应当会同公安机关严密防范境外的黑社会组织入境渗透、发展、实施违法犯罪活动。出入境证件签发机关、移民管理机构对境外的黑社会组织的人员,有权决定不准其入境、不予签发入境证件或者宣布其入境证件作废。移民管理、海关、海警等部门发现境外的黑社会组织的人员入境的,应当及时通知公安机关。发现相关人员涉嫌违反我国法律或者发现涉嫌有组织犯罪物品的,应当依法扣留并及时处理。《刑法》第294条第2款规定:“境

① 参见黄京平:《扫黑除恶历史转型的实体法标志——〈反有组织犯罪法〉中刑法规范的定位》,载《江西社会科学》2022年第2期。

② 参见黄京平:《扫黑除恶历史转型的实体法标志——〈反有组织犯罪法〉中刑法规范的定位》,载《江西社会科学》2022年第2期。

外的黑社会组织的人员到中华人民共和国境内发展组织成员的，处三年以上十年以下有期徒刑。”与《刑法》第294条相比，《反有组织犯罪法》对境外黑社会组织的规制增加了“到中华人民共和国境内实施犯罪”“在境外对中华人民共和国国家或者公民犯罪”的惩治，以及对境外黑社会组织成员的入境行政管理等规定，应当准确理解把握。

1. 境外黑社会组织。境外黑社会组织包括境外国家和地区以及我国港澳台地区的黑社会组织。黑社会组织的称谓及认定依该组织所在国家或地区以及我国港澳台地区法律规定，并以所在国家、地区和我我国港澳台地区相关机关明确认定为黑社会组织为前提，如意大利黑手党、美国的“拉·科萨·诺斯特拉”、俄罗斯的“斯兰斯卡娅·格鲁皮诺弗卡”、日本的“暴力团”、香港的“三合会”、澳门的“友联馆”、台湾的“竹联帮”等等。

2. 境外黑社会组织犯罪的惩治。一是境外黑社会组织到我国境内发展组织成员的惩治。该种情形，依照《刑法》第294条第2款的规定，以入境发展黑社会组织定罪处罚。二是境外黑社会组织到我国境内实施犯罪的惩治。该种情形是指境外的黑社会组织在我国境内实施我国《刑法》规定的具体犯罪行为，即通常所说的组织犯罪之外的“个罪”，依据我国《刑法》第6条属地管辖及其他条款规定以黑社会组织实施行为构成的具体犯罪定罪处罚。三是境外黑社会组织在境外对我国国家或者公民犯罪的惩治。该种情形，按照我国《刑法》第8条保护管辖的规定，依照我国《刑法》规定对境外黑社会组织实施的犯罪行为定罪处罚。而且，要满足《刑法》第8条规定的限制条件，即所犯之罪按照我国《刑法》规定最低刑为三年以上有期徒刑，且按照犯罪地的法律应受处罚。

3.《反有组织犯罪法》的适用。《反有组织犯罪法》第2条第3款中的“适用本法”是指适用《反有组织犯罪法》关于对有组织犯罪分子预防、惩治的全部规定进行预防、惩处与治理。如对于境外黑社会组织的涉案财产，应当按照《反有组织犯罪法》关于财产处置的规定予以处理。需要注意的是，定罪应当适用我国《刑法》规定的罪名，《反有组织犯罪法》没有创设刑法规定之外的任何罪名。

4. 境外黑社会组织成员入境的管理监督。根据《反有组织犯罪法》的规定，移民管理、海关、海警等部门应当会同公安机关采取不准其入境、不予签发入境证件或者宣布其入境证件作废、依法扣留或处置涉案物品等方法，防范和及时处置黑社会性质组织成员入境、实施犯罪活动，最大限度预防境外黑社会组织到我国境内实施违法犯罪活动。

（五）网络组织犯罪

《反有组织犯罪法》第23条第1款规定：“利用网络实施的犯罪，符合本法第二



条规定的,应当认定为有组织犯罪。”对本条的理解涉及有组织犯罪与有组织犯罪组织的认定,应当审慎把握。

1. 利用网络实施犯罪可以成为有组织犯罪的犯罪手段。根据《反有组织犯罪法》第23条第1款的规定,利用网络实施犯罪可以成为有组织犯罪的犯罪手段,即黑社会性质组织与恶势力组织利用网络实施的组织内犯罪,可以认定为有组织犯罪。需要注意的是,利用网络可以是有组织犯罪组织的犯罪手段,也可以是有组织犯罪组织之外的个人或组织实施犯罪的手段。如电信网络诈骗集团或团伙可以利用网络实施电信网络诈骗,与他人有个人恩怨的人可利用网络实施诽谤、寻衅滋事等犯罪活动。简言之,利用网络实施犯罪不是有组织犯罪组织的特有犯罪手段。

2. 利用网络实施有组织犯罪的主要情形。根据《反有组织犯罪法》第2条的规定,黑恶势力组织利用网络实施的犯罪活动包含三种情形。一是符合《反有组织犯罪法》第2条第1款要求,黑社会性质组织、恶势力组织利用网络实施的犯罪应当认定为黑社会性质组织、恶势力组织实施的组织犯罪。二是符合《反有组织犯罪法》第2条第2款要求,利用网络实施犯罪的主体符合恶势力组织的认定条件,应当认定为恶势力组织实施的犯罪。此款规定内含的基本逻辑为,先对利用网络实施犯罪的组织进行恶势力组织符合性判断,若该组织符合恶势力组织认定标准,则将其认定为恶势力组织,其利用网络实施的犯罪认定为恶势力组织实施的犯罪。反之,该组织不符合恶势力组织认定标准的,则不能认定为恶势力组织实施的犯罪。三是符合《反有组织犯罪法》第2条第3款要求,境外的黑社会组织利用网络发展组织成员、实施犯罪,以及在境外对中华人民共和国国家或者公民犯罪的,属于境外黑社会组织利用网络实施的组织犯罪。

3. 未创设恶势力组织的认定标准。关于《反有组织犯罪法》是否创设恶势力组织的认定标准,可以从三个维度理解把握。一是从立法体例维度看,《反有组织犯罪法》第23条第1款设置在该法第三章“案件办理”中,而非第一章“总则”之中,因此,该内容是犯罪手段的规定,而非犯罪组织的规定。二是从立法内容维度看,《反有组织犯罪法》第23条第1款虽涉及恶势力组织的认定,但该认定内含于有组织犯罪组织的认定逻辑推导过程之中,而不是犯罪组织认定的逻辑结论。简言之,恶势力组织的认定仅仅是该规定的内含隐性要求,而非显性标准设定。三是从立法过程维度看,《反有组织犯罪法》第23条第1款的内容与体例经过了一个调整过程。2020年12月《反有组织犯罪法(草案)》将相关内容规定在第一章“总则”第2条第3款之中。该款规定,在信息网络空间实施违法犯罪活动,符合前两款规定的,^①可

①《反有组织犯罪法(草案)》第2条第1款规定了反有组织犯罪法所指的有组织犯罪为黑社会性质组织、境外黑社会和恶势力组织实施的犯罪;第2款规定了恶势力组织的概念和认定标准。

以依法认定。根据这一规定,符合该草案第2款规定的,可以认定为恶势力组织,具有恶势力认定标准的规范意义,这一规定可以认为设立了利用网络空间实施违法犯罪活动的恶势力组织认定标准。2021年8月全国人大宪法和法律委员会经过讨论研究,对《反有组织犯罪法(草案)(二次审议稿)》的内容与体例进行了调整,将该款规定的内容修改为“利用信息网络实施的犯罪,符合本法第二条规定的,应当认定为有组织犯罪”,并将该内容从总则章第2条调整为案件办理章第23条。2022年12月24日全国人大常委会通过的《反有组织犯罪法》采纳了二次审议稿的体例和内容,即将该内容放入第三章案件办理中作为有组织犯罪的手段予以规定,并将“信息网络”修改为“网络”。上述立法历程清晰反映出立法机关在是否创设网络恶势力组织认定标准上经历了一个由创设到不创设的变化过程,最终将利用网络实施犯罪作为有组织犯罪的犯罪手段予以规定。

二、“软暴力”有组织犯罪手段

《反有组织犯罪法》第23条第2款规定,为谋取非法利益或者形成非法影响,有组织地进行滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等,对他人形成心理强制,足以限制人身自由、危及人身财产安全,影响正常社会秩序、经济秩序的,可以认定为有组织犯罪的犯罪手段。该规定与2019年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理实施“软暴力”刑事案件若干问题的意见》(以下简称《“软暴力”意见》)规定相比,对“软暴力”作为有组织犯罪手段的要求更加严格规范。但是“软暴力”称谓没有得到立法确认,《反有组织犯罪法》没有将《“软暴力”意见》中确认的“软暴力”称谓纳入有组织犯罪手段的规定之中,而是仅仅将“软暴力”的具体方式予以吸收,把滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势等四种具体手段规定为有组织犯罪的犯罪手段。司法实践中,应从以下四个方面准确把握:

(一) 特定主体

根据《反有组织犯罪法》规定,“软暴力”的实施主体为黑恶势力组织,根据《“软暴力”意见》等规范性文件的规定,实施主体包括以下三种:一是黑恶势力实施的;二是以黑恶势力名义实施的,包括由多人实施的,编造或明示暴力违法犯罪经历进行恐吓的,或者以自报组织、头目名号、统一着装、显露纹身、特殊标识以及其他明示、暗示方式,足以使他人感知相关行为的有组织性的;三是行为人曾因组织、领导、参加黑社会性质组织、恶势力犯罪集团、恶势力以及因强迫交易、非法拘禁、敲诈勒索、聚众斗殴、寻衅滋事等犯罪受过刑事处罚的。具体实施“软暴力”的行为人不符合第一、第三种情形,但雇佣者、指使者或者纠集者符合的,可以认定符



合该种情形。此种情形的认定，应当以雇佣者、指使者在“软暴力”手段实施的现场为必要条件，因为如果雇佣者、指使者或者纠集者不在现场，不可能对被害人产生心理强制。

（二）特定方式

根据《反有组织犯罪法》规定，“软暴力”手段的实施方式应当符合“有组织实施”的组织性要求。一是实施主体为黑恶势力组织成员，或者以黑恶势力组织成员名义实施等足以让被害人认为实施者为黑恶势力组织成员的情形；二是实施方式为在黑恶势力的组织者、领导者、骨干成员、积极参加者、首要分子、重要成员的策划、指挥、指使下，有计划有预谋地实施，既可以多人共同实施，也可以一人单独实施。

（三）特定类型

“软暴力”的法定手段为“滋扰、纠缠、哄闹、聚众造势”等四种类型。根据《“软暴力”意见》等规范性文件的规定，主要表现为四种形式。一是侵犯人身权利、民主权利、财产权利的手段，包括但不限于跟踪贴靠、扬言传播疾病、揭发隐私、恶意举报、诬告陷害、破坏霸占财物等。二是扰乱正常生活、工作、生产、经营秩序的手段，包括但不限于非法侵入他人住宅、破坏生活设施、设置生活障碍、贴报喷字、拉挂横幅、燃放鞭炮、播放哀乐、摆放花圈、泼洒污物、断水断电、堵门阻工，以及通过驱赶从业人员、派驻人员据守等方式直接或间接地控制厂房、办公区、经营场所等。三是扰乱社会秩序的手段，包括但不限于摆场架势示威、聚众哄闹滋扰、拦路闹事等。四是通过信息网络或者通讯工具实施，符合“软暴力”认定条件的违法犯罪手段。关于上述四种形式之外的其他方式，虽然在《“软暴力”意见》中作出了指引性规定，提出其他符合“软暴力”条件的手段也可以认定。但是，上述指引性规定系规范性文件根据周延性需要作出的兜底规定，是为有权机关增加内容而预留的连接端口，应当由有权机关作出具体情形的规定，司法人员自主认定时应特别慎重。

（四）特定危害

根据《反有组织犯罪法》规定，“软暴力”手段的危害程度应当达到三项要求。一是形成对被害人的心理强制。《反有组织犯罪法》中“软暴力”对被害人心理强制程度的要求，由《“软暴力”意见》中规定的“足以使他人产生恐惧、恐慌进而形成心理强制”调整为“对他人形成心理强制”，即将心理强制的程度由“可能形成”提高为“已经形成”。这一调整符合法律的规范性要求，更具有可操作性。二是足以限制被害人的人身自由或者危及被害人的人身财产安全。《反有组织犯罪法》中“软暴力”对被害人人身自由、财产安全的危害程度要求，由《“软暴力”意见》中规定的“足以影响、限制人身自由、危及人身财产安全”调整为“足以限制人身自由、危及

人身财产安全”，删除了“足以影响”的情形，提高了危害程度要求。这一调整可以有效解决“足以影响”标准不明确不统一问题。三是危害抽象客体。《反有组织犯罪法》对“软暴力”的危害性要求，由《“软暴力”意见》中规定的“影响正常生活、工作、生产、经营”修改为“影响正常社会秩序、经济秩序”，意味着“软暴力”手段造成的危害从侵害被害人的正常生活、工作、生产、经营活动，提升为侵害包括被侵害人在内的不特定多人的社会活动或经济活动秩序。这一规定实质上增加了间接危害与间接客体要求，即影响被侵害人之外的他人的社会、经济活动，而且形成对社会秩序与经济秩序的影响。正因如此，“软暴力”犯罪手段与黑恶势力的违法犯罪活动建立起直接联系，使其成为黑恶势力犯罪手段具备了正当性基础。因为，黑恶势力犯罪活动侵害的客体都是具体与抽象双重客体。因此，这一规定使黑恶势力“软暴力”手段的界定更加周延、更具特质，更能发挥定义的认识功能。一言以蔽之，《反有组织犯罪法》第23条第2款规定的是黑恶势力犯罪的“软暴力”手段，而不是所有犯罪的“软暴力”手段。需要特别注意的是，危害程度的判断应当以实际发生的危害后果为依据，而不能以可能发生的后果为依据。如黑恶势力组织成员在非法索债过程中，实施了一次电话滋扰行为，虽然给被害人造成了一定的心理恐慌，但之后没有实施其他滋扰或恐吓行为，既没有形成对被害人的心理强制，也没有造成对被害人的实际危害后果，更没有对被害人所在区域造成影响，则该行为不宜认定为“软暴力”。

三、涉案财产处置

《反有组织犯罪法》在涉案财产处置上规定了财产全面调查、等值没收、特殊证明标准、利害关系人财产权利保障、涉案财产先行处置等特别制度或者有针对性的方法措施，应当结合相关法律法规、司法解释准确理解把握。

（一）涉案财产的全面调查

《反有组织犯罪法》第40条规定，公安机关、人民检察院、人民法院根据办理有组织犯罪案件的需要，可以全面调查涉嫌有组织犯罪的组织及其成员的财产状况。“全面调查”可以从财产范围和财产内容两个方面把握。依据《刑法》第64条、《反有组织犯罪法》第46条规定，参照2022年8月26日公安部公布的《公安机关反有组织犯罪工作规定》第45条，结合司法实践经验，全面调查的财产包括：有组织犯罪组织的财产，组织成员个人所有的财产，组织成员实际控制的财产，组织成员出资购买的财产，组织成员转移至他人名下的财产，组织成员涉嫌洗钱及掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得孳息、收益等犯罪涉及的财产，为支持或者资助有组织犯罪活



动而提供给有组织犯罪组织及其成员的财产，有组织犯罪组织成员的家庭财产中实际用于支持有组织犯罪活动的部分，利用有组织犯罪组织及其成员的违法犯罪活动获得的财产及其孳息、收益，其他与有组织犯罪组织及其成员有关的财产。每项财产的全面调查内容包括财产的来源、性质、用途、权属及价值、状态、采取的保全措施等。需要特别注意的是，全面调查是财产处置的前提和基础，是为依法处置采取的必要措施，因此，全面调查的财产范围包括所有可能属于依法处置的涉案财产，与案件裁判时依法处置的财产范围并不完全一致，对经过全面调查不属于需要依法处置的涉案财产，应当及时解除查封、扣押措施，及时返还权利人。

（二）涉案财产的审查与诉讼

《反有组织犯罪法》第 44 条规定，公安机关、人民检察院应当对涉案财产审查甄别。在移送审查起诉、提起公诉时，应当对涉案财产提出处理意见。在审理有组织犯罪案件过程中，应当对与涉案财产的性质、权属有关的事实、证据进行法庭调查、辩论。人民法院应当依法作出判决，对涉案财产作出处理。对此，应把握以下七点：一是涉案财产是犯罪事实的重要组成部分。证据收集、审查、判断标准除适用高度可能证明标准的情形外，应当与其他案件事实适用相同的证明标准，即证据标准符合客观性、合法性与关联性要求，证明标准达到确实、充分的程度。二是证据的收集主体为公安机关，审查起诉与审判阶段，检察机关、人民法院可以补充收集证据，也可以要求公安机关补充取证。三是侦查机关、检察机关应当提出明确的涉案财产处置意见。公安机关移送审查起诉时应当在起诉意见书中明确提出每项涉案财产的具体处置意见，检察机关移送起诉时应当在起诉书中明确提出每项涉案财产的具体处置意见。四是法庭审理中，出庭公诉人或检察员应当在法庭调查和辩论阶段进行专门的涉案财产举证、质证与辩论，并在公诉词或出庭意见中提出明确的财产处置意见。案外人对涉案财产提出异议的，应当对案外人的异议是否成立提出意见。五是涉案财物应当随案移送。依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称《刑诉法解释》）第 440 条、441 条规定，作为证据使用的实物，应当随案移送。对不宜移送的实物要移送财物的查封、扣押清单，并附照片及封存手续，注明存放地点；先行变卖的物品，要移送原物照片、清单、变价处理凭证（复印件）等；枪支弹药、剧毒物品、易燃易爆物品及违禁品、危险物品，要移送原物照片和清单等。上述物品还应当移送物品价值的鉴定、评估意见。货币、有价证券等，应当移送原物照片、清单或其他证明文件。六是涉案财物应当在裁判中作出明确具体处置。依据《刑诉法解释》第 444 条规定，对查封、扣押、冻结的

财物及其孳息，应当在判决书中写明名称、金额、数量、存放地点及其处理方式等。涉案财物较多，不宜在判决主文中详细列明的，可以附清单。判决追缴违法所得或者责令退赔的，应当写明追缴、退赔的金额或者财物的名称、数量等情况；已经发还的，应当在判决书中写明。依据《刑诉法解释》第445条1、2款规定，查封、扣押、冻结的财物及其孳息，经审查，确属违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物的，应当判决返还被害人，或者没收上缴国库，但法律另有规定的除外。对判决时尚未追缴到案或者尚未足额退赔的违法所得，应当判决继续追缴或者责令退赔。七是涉案财物的执行。依据《刑诉法解释》第445条第3、4款、第447条规定，判决返还被害人的涉案财物，应当通知被害人认领；无人认领的，应当公告通知；公告满一年无人认领的，应当上缴国库；上缴国库后有人认领，经查证属实的，应当申请退库予以返还；原物已经拍卖、变卖的，应当返还价款。对侵犯国有财产的案件，被害单位已经终止且没有权利义务继受人，或者损失已经被核销的，查封、扣押、冻结的财物及其孳息应当上缴国库；随案移送的或者人民法院查封、扣押的财物及其孳息，由第一审人民法院在判决生效后负责处理；实物未随案移送、由扣押机关保管的，人民法院应当在判决生效后十日以内，将判决书、裁定书送达扣押机关，并告知其在一个月以内将执行回单送回，确因客观原因无法按时完成的，应当说明原因。

（三）涉案财产的等值没收

《反有组织犯罪法》第45条第2款规定，依法应当追缴、没收的涉案财产无法找到、灭失或者与其他合法财产混合且不可分割的，可以追缴、没收其他等值财产或者混合财产中的等值部分。等值没收是国际通行的涉案财产没收制度，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》以及德国、日本、意大利等国刑法典均作出类似规定。需要注意的是，等值没收不同于罚金刑、没收财产刑等财产性刑罚，前者是为了追缴涉案财产和违法所得，使受到犯罪侵害的原有合法财产状态得到恢复，防止犯罪嫌疑人或者被告人从违法犯罪行为中获得非法利益；而后者则是对其合法财产的惩罚性剥夺。

（四）涉案财产高度可能的证明标准

《反有组织犯罪法》第45条第3款规定，被告人实施黑社会性质组织犯罪的定罪量刑事实已经查清，有证据证明其在犯罪期间获得的财产高度可能属于黑社会性质组织犯罪的违法所得及其孳息、收益，被告人不能说明财产合法来源的，应当依法予以追缴、没收。对此，应从以下三个方面理解把握：一是该规定契合国际公约的规定。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第12条规定，缔约国可考虑要求由涉嫌犯罪的人证明应予没收的涉嫌犯罪所得或其他财产的来源合法。此规定将财产来



源合法的证明责任倒置为被告人承担,与《反有组织犯罪法》规定的涉案财产处置高度可能的证明标准相契合。二是域外有类似立法例。域外一些国家针对一些特殊案件和情况,规定了由犯罪人承担一定程度的财产合法性证明责任,如不能证明财产合法即推定其为非法并予以没收的制度。如意大利刑法规定,一旦发现某人实施与黑手党有关的犯罪且本人未能证明自己所获财产的合法性,那么他的财产将被没收。三是我国司法解释已有类似规定。我国 2012 年修订的《刑事诉讼法》规定了犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序,在该程序的适用中,《刑诉法解释》第 621 条第 2 款作出规定,申请没收的财产具有高度可能属于违法所得及其他涉案财产的,应当认定为“申请没收的财产属于违法所得及其他涉案财产”,上述规定已经确立了特殊涉案财产可以适用“高度可能”证明标准的先例。四是最高人民法院发布了相关指导性案例。在史广振等组织、领导、参加黑社会性质组织案中,法院经审理查明,2014 年以来,被告人史广振等人先后实施组织、领导、参加黑社会性质组织,开设赌场,非法拘禁,聚众斗殴,寻衅滋事,妨害公务等违法犯罪行为。被告人史广振与王某某 2012 年 9 月结婚。2014 年 2 月,史广振、王某某以王某某名义购买路虎越野车一辆。2014 年 12 月,史广振与王某某协议离婚,案涉路虎越野车归王某某所有。路虎越野车已被王某某处分,得款 60 万元。法院经审理认为,被告人史广振前妻王某某名下的路虎越野车系史广振与王某某夫妻关系存续期间(史广振实施黑社会性质组织罪期间)购买,但史广振与王某某均无正当职业,以二人合法收入无力承担路虎越野车的购置费用,可以认定购置路虎越野车的费用属于违法所得,判决路虎越野车的全部卖车款 60 万作为史广振个人财产的一部分予以没收。^①该案对路虎越野车购车款属于违法所得的认定,即适用了高度可能的证明标准。

司法实践中,涉案财产处置高度可能证明标准的具体适用应把握以下四点:一是适用范围限于黑社会性质组织犯罪案件,恶势力组织犯罪案件不适用该证明标准。二是财产获得时间为被告人实施组织、领导、参加黑社会性质组织犯罪期间。具体而言,对于组织者,是指自组织成立到组织停止实施犯罪活动的期间,对于组织停止实施犯罪活动前离开组织的,则指自组织成立到其退出组织的期间。对于领导者、参加者,是指自其参加组织到退出组织的期间,领导者大多也是组织者,期间的认定基本与组织者相同。三是检察机关承担财产性质“高度可能”的证明责任。具体

^① 参见史广振等组织、领导、参加黑社会性质组织罪案,最高人民法院第 33 批(188 号)指导性案例。

而言,检察机关有一定数量的证据证明涉案财产可能系违法犯罪所得,被告人及其辩护人所举证据不能推翻检察机关所举证据证明事项的可能性,即认为达到了“高度可能”的证明标准。四是被告人不能说明财产的来源合法。这里的说明包括提供证据说明和提供证据线索说明两种情形:能够提供证据直接证明财产来源合法的,则否定涉案财产系违法犯罪所得的高度可能性;提供证据线索的,司法机关应当利用职权进行调查以确定其证据是否存在以及是否能够证明涉案财产不属于违法所得。

(五) 涉案财产的先行处置

《反有组织犯罪法》第43条规定:“对下列财产,经县级以上公安机关、人民检察院或者人民法院主要负责人批准,可以依法先行出售、变现或者变卖、拍卖,所得价款由扣押、冻结机关保管,并及时告知犯罪嫌疑人、被告人或者其近亲属:(一)易损毁、灭失、变质等不宜长期保存的物品;(二)有效期即将届满的汇票、本票、支票等;(三)债券、股票、基金份额等财产,经权利人申请,出售不损害国家利益、被害人利益,不影响诉讼正常进行的。”对此应按照我国《刑事诉讼法》《刑诉法解释》及中共中央办公厅、国务院办公厅《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》(以下简称《中办、国办涉案财物处置意见》)等法律和政策性文件要求予以把握。《刑诉法解释》第439条规定,审判期间,对不宜长期保存、易贬值或者市场价格波动大的财产,或者有效期即将届满的票据等,经权利人申请或者同意,并经院长批准,可以依法先行处置,所得款项由人民法院保管。《中办、国办涉案财物处置意见》第7条规定,对易损毁、灭失、变质等不宜长期保存的物品,易贬值的汽车、船艇等物品,或市场价格波动大的债券、股票、基金份额等财产,有效期将届满的汇票、本票、支票等,经权利人同意或者申请,经县级以上公安机关、国家安全机关、人民检察院或者人民法院主要负责人批准,可以依法出售、变现或者先行变、拍卖。所得款项统一存入各单位唯一合规账户。可见,最高人民法院的司法解释与两办意见均规定上述财产处置需经权利人同意或申请,《反有组织犯罪法》第43条未规定权利人申请或同意的限制条件,仅规定债券、股票、基金份额等财产的出售需经权利人申请,相比最高人民法院的司法解释与两办意见,放宽了先行处置的条件。司法实践中,应当正确处理法律、司法解释与政策性文件的关系,慎重把握涉案财产的先行处置。本文认为,一般情况下,可以参照《刑诉法解释》和《中办、国办涉案财物处置意见》规定,在对涉案财物作出先行处置前,征求权利人的意见,最大限度征得权利人的同意,从而实现《反有组织犯罪法》《刑诉法解释》和《中办、国



办涉案财物处置意见》关于涉案财物先行处置规定实际执行的统一。

（六）经营性财产的代管托管

2020 年 12 月《反有组织犯罪法（草案）》第 46 条规定，对不宜查封、扣押、冻结的经营性财产，公安机关、人民检察院、人民法院可以报请同级人民政府指定有关部门或者委托有关机构代管或托管，有关部门或者有关机构应当妥善管理。草案征求意见过程中有人提出，涉案财产代管、托管涉及财产权益处置，涉及企业的经营权，与民法上的占有、使用、收益、处分等所有权的基本权能，与公司法律制度所确立的现代企业内部治理制度都有直接的关系，有的涉案企业股权结构比较复杂，代管托管机制与企业原有的治理决策机制如何衔接还不明确，我国现行民事、公司法律中没有相关基础性规定，实践中的情况比较复杂，各地做法不尽相同，对于代管、托管双方的权利义务以及造成损失的后果承担、法律责任等问题存在不同认识，目前难以在法律中作出统一规定。全国人大宪法和法律委员会经研究，建议对该问题暂不作规定，可在实践中进一步探索，待取得成熟经验后再在法律中规定。^①

本文认为，虽然《反有组织犯罪法》没有对经营性财产作出代管或托管的规定，但是全国人大宪法和法律委员会明确提出可以在实践中进一步探索，因此，仍然可以适用最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题的意见》（以下简称《黑恶案件财产处置意见》），对不宜查封、扣押、冻结的经营性财产由相关机关代管或有关机构托管，以积累经验，为该项要求纳入法律规定准备条件。2022 年 8 月 26 日公安部公布的《公安机关反有组织犯罪工作规定》第 52 条对此作出了明确规定，对于不宜查封、扣押、冻结的经营性财产，经县级以上公安机关主要负责人批准，可以申请当地政府指定有关部门或者委托有关机构代管或者托管。不宜查封、扣押、冻结情形消失的，公安机关可以依法对相关财产采取查封、扣押、冻结措施。该规定贯彻了《黑恶案件财产处置意见》精神，符合全国人大宪法和法律委员会在实践中探索的要求，契合当前办理黑恶势力犯罪案件妥善处置涉案财产的现实需要。

（七）案外人涉案财产的追缴、没收

《反有组织犯罪法》第 46 条规定，为支持或者资助有组织犯罪活动而提供给有组织犯罪组织及其成员的财产、有组织犯罪组织成员的家庭财产中实际用于支持有

^① 参见周光权：《全国人民代表大会宪法和法律委员会关于〈中华人民共和国反有组织犯罪法（草案）〉修改情况的汇报——2021 年 8 月 17 日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2022 年第 1 期。

组织犯罪活动的部分和利用有组织犯罪组织及其成员的违法犯罪活动获得的财产及其孳息、收益，应当依法予以追缴、没收。根据该规定，符合上述情形的案外人财产应当依法作出追缴、没收处置。

（八）利害关系人的财产权利保障

《反有组织犯罪法》第49条规定，利害关系人对查封、扣押、冻结、处置涉案财物提出异议的，公安机关、人民检察院、人民法院应当及时予以核实，听取其意见，依法作出处理。公安机关、人民检察院、人民法院对涉案财物作出处理后，利害关系人对处理不服的，可以提出申诉或者控告。对此，应把握以下三点：一是对案外人的异议应当核实。公安、检察、法院都有核实责任，案外人在哪个诉讼阶段提出即由哪个诉讼阶段的案件承办机关核实，必要时，其他机关应予以配合。二是可以通知利害关系人出庭。《刑诉法解释》第279条第2款规定，案外人对涉案财产提出异议的，人民法院应当听取其意见，必要时，可以通知其出庭。《中办、国办涉案财物处置意见》也作出了利害关系人权利救济规定。^①最高人民法院发布的指导性案例——史广振等组织、领导、参加黑社会性质组织一案中，被告人史广振前妻王某某就扣押财物权属提出异议并向法院提供相关证据。审理期间，人民法院通知王某某出庭。该指导性案例的裁判要点提出，在涉黑社会性质组织犯罪案件审理中，应当对查封、扣押、冻结财物及其孳息的权属进行调查，案外人对查封、扣押、冻结财物及其孳息提出权属异议的，人民法院应当听取其意见，确有必要的，人民法院可以通知其出庭，以查明相关财物权属。^②三是正确处理利害关系人的申诉和控告。对利害关系人的申诉，要认真审查，依法作出处理。对利害关系人的控告，要依法受理，及时移送主管机关依法作出处理。2022年8月26日公安部公布的《公安机关反有组织犯罪工作规定》第53条明确规定，利害关系人对查封、扣押、冻结、处置涉案财物提出异议的，公安机关应当及时予以核实，听取其意见，依法作出处理，并书面告知利害关系人。经查明确实与案件无关的财物，应当在三日以内解除相关措施，并予以退还。公安机关对涉案财物作出处理后，利害关系人对处理不服的，可以提出申诉或者控告。受理申诉或者控告的公安机关应当及时进行调查核实，在收到申诉、控告之日起三十日以内作出处理决定并书面回复。检察机关、人民法院可以参照上述规定，对案外人在审查起诉与审判阶段提出的异议、申诉或者控告进

① 《中办、国办涉案财物处置意见》第13条规定，完善权利救济机制。人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关应当建立有效的权利救济机制，对当事人、利害关系人提出异议、复议、申诉、投诉或者举报的，应当依法及时受理并反馈处理结果。

② 参见史广振等组织、领导、参加黑社会性质组织罪案，最高人民法院第33批（188号）指导性案例。



行处置。

（九）违法所得的行政处置

根据《反有组织犯罪法》第 69 条规定，有参加境外的黑社会组织；积极参加恶势力组织；教唆、诱骗他人参加有组织犯罪组织，或者阻止他人退出有组织犯罪组织；为有组织犯罪活动提供资金、场所等支持、协助、便利；阻止他人检举揭发有组织犯罪、提供有组织犯罪证据，或者明知他人有有组织犯罪行为，在司法机关向其调查有关情况、收集有关证据时拒绝提供；教唆、诱骗未成年人参加有组织犯罪组织或者阻止未成年人退出有组织犯罪组织等情形之一，尚不构成犯罪的，违法所得除依法应当返还被害人以外，应当予以没收。需要注意的是，该条规定的没收是行政处罚，而不是刑罚处罚中的财产刑。

结 语

《反有组织犯罪法》的实施为我国预防和治理有组织犯罪提供了专门法律支撑，准确把握该法的立法精神与立法要求，需要将该法与《刑法》《刑事诉讼法》等法律以及相关政策性文件作为一个整体，进行系统完整地理解与把握，本文仅仅对其中的部分内容进行了解读，还有很多内容需要结合司法实践进行准确理解与把握，如该法关于国家工作人员涉有组织犯罪的惩治内容，需要结合《刑法》关于国家工作人员犯罪的相关规定，以及行政法规、党纪党规等关于国家工作人员的管理规定，准确理解把握。

（责任编辑：刘文文）

网约车经营行为合法性问题探析

——以网约车非法经营行为是否入罪为视角

周维明 尹振国^{*}

内容摘要：作为共享经济新业态的网约车，其非法经营行为的入罪问题成为争议焦点。网约车经营行为的要素是“司机”“车辆”“平台”，根据三者的不同权利义务关系，可以将网约车划分为不同的经营模式。我国现行法律法规对网约车经营设置的行政许可规制不足，巡游出租车的行政许可并不当然适用于网约车，因此将网约车非法经营行为纳入刑法规制的法理基础尚有欠缺。如果未来法律法规对网约车经营设置了行政许可，网约车非法经营行为就有触犯非法经营罪的刑事风险。对此，应当严格适用非法经营罪的兜底条款，入刑应贯彻不得已原则，以实现行业发展与有效监管的动态平衡。

关键词：共享经济；网约车；行政许可；非法经营罪；刑事风险

一、网约车经营行为合法性问题的提出

自从美国社会学教授马科斯·费尔逊（Marcus Felson）和琼·斯潘思（Joe L. Spaeth）于1978年在《美国行为科学家》杂志上提出“共享经济”一词以来，随着互联网技术和信息技术的飞速发展，共享经济这一全新的商业潮流已席卷全球。拉开国内共享经济时代帷幕的，正是网约车行业。兴起于2010年的网约车，随着我国城镇化水平提升、经济持续发展、基础设施持续完善，城镇居民出行需求持续上升，多年来一直在蓬勃发展。中国互联网络信息中心发布的第51次《中国互联网络发展状况

^{*} 周维明，中国应用法学研究所副研究员；尹振国，浙江省宁波市中级人民法院研究室副主任，四级高级法官，中国应用法学研究所博士后。



统计报告》显示,截至 2022 年 12 月,我国网约车用户规模达 4.37 亿,占网民整体的 40.9%。根据《中国共享经济发展报告》,2022 年我国网约车市场交易规模达 4476 亿元,网约车已经成为我国交通运输体系中的创新业态。

利之所在,弊亦随之。随着网约车的普及,很多潜藏的问题开始暴露,其中最重要的问题就是网约车经营的合法性问题,“全国网约车第一案”更是将这一争议推向了高潮。2015 年 1 月的一天,济南司机陈某在使用滴滴打车软件开车载客时,被济南市客管中心认定为非法运营,罚款 2 万元。陈某不服,向法院提起诉讼。一审法院认为陈某的行为构成未经许可擅自从事出租车客运经营,但考虑到网约车系共享经济新业态的特殊背景,社会危害性小,遂判决撤销对陈某的行政处罚。二审法院维持了一审法院的判决。在本案中,一审法院依据《山东省道路运输条例》和《济南市城市客运出租汽车管理条例》的规定,认定陈某在未取得车辆运营证的情况下载客属于“未经许可擅自从事出租汽车客运经营”的违法行为。^①除此案外,还有“云南省网约车第一案”。2016 年 5 月的一天,昆明的谭女士开着私家车接受滴滴软件派单运送乘客。随后,她被昆明市交通运输局认定为未取得出租汽车资格证和营运证从事经营活动,罚款 2 万元。谭女士不服,将昆明市交通运输局告上法院,要求撤销对其的行政处罚。一审法院审理后,确认昆明市交通运输局对谭女士作出的行政处罚执法程序明显违法。该案中,谭女士胜诉的主要原因是昆明市交通运输局执法文书的瑕疵。^②但是,无论中国网约车第一案还是云南网约车第一案,法院的裁判结果都没有明确评判网约车经营行为的合法性问题,而是借用行为的社会危害性、程序违法等问题回避了这一问题。

网约车经营行为直接关系到公共交通安全和乘客的生命财产安全,需要国家对其加强监管,将其纳入行政许可的框架内以保障公共利益。2021 年,《交通运输部办公厅关于维护公平竞争市场秩序加快推进网约车合规化的通知》的发布,标志着网约车平台的合规化经营势在必行。问题在于,我国法律、行政法规至今仍没有明确将网约车纳入行政许可的范围,导致网约车经营行为的合法性处于不明确地位。2017 年 8 月,北京怀柔“7 元车队”平台的负责人刘某被法院以非法经营罪判处有期徒刑一年,缓刑一年。据判决书所载,法院经审理查明,2010 年至 2017 年,刘某在未取得营业执照和巡游出租汽车经营许可的情况下,私自设立并运营调度平台,为无合法经营资

① 参见孙硕、刘迪:《网约车行政许可的规制困境与法律应对》,载《人民司法·应用》2021 年第 22 期。

② 参见石飞、黄朝红:《云南网约车第一案作出终审裁定,滴滴司机可要回两万元罚款》,载《法制日报》2017 年 8 月 23 日,第 8 版。

格的出租汽车提供打车信息，并按月收取“信息费”。刘某在庭审中称，自己曾想将调度平台“转正”，做成像“滴滴”一样的大公司。刘某的运营模式和某些网约车平台公司的运营模式基本一致，这就引出了一个问题：网约车平台公司的经营行为有没有触犯非法经营罪的风险？如果有，那么应当如何规避这种风险？^①

二、网约车的定义及其基本分类

网约车是“网络预约出租汽车”的简称。“网约车”的提法最早出现在国务院于2015年7月发布的《国务院关于积极推进“互联网+”行动的指导意见》中，该意见将“网络约租车”作为共享经济的一部分和便民服务的一种新业态，通过将互联网的创新成果与公共交通深度融合，提升效率并推动经济发展，但没有对“网络约租车”的概念做出明确界定。2016年7月27日，交通运输部、工信部等七部委联合发布《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》（以下简称《网约车暂行办法》），该办法第2条第2款对“网约车经营服务”进行了界定，即以互联网技术为依托构建服务平台，整合供需信息，使用符合条件的车辆和驾驶员，提供非巡游的预约出租汽车服务的经营活动。根据该定义，我们可以将“网约车”定义为接入以互联网技术为依托构建服务平台，利用服务平台整合的供需信息，提供非巡游的预约出租汽车服务的车辆。依据1998年2月1日实施的《城市出租汽车管理办法》（已废止）第3条和第4条的规定，出租汽车是指经主管部门批准的按照乘客和用户意愿提供客运服务，并且按照行驶里程和时间收费的客车，是城市公共交通的重要组成部分。根据这一定义，基本上无法区分传统意义上的出租车和网约车。2016年7月国务院办公厅发布的《关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的指导意见》（以下简称《出租车行业指导意见》）将巡游出租汽车和网络预约出租汽车（简称“网约车”）统称为出租汽车，并要求规范网约车经营行为。可见，网约车在本质上是出租汽车的一种形式。根据交通运输部2016年7月通过的《巡游出租汽车经营服务管理规定》第52条的规定，巡游出租汽车可在道路上巡游揽客、站点候客，而预约出租汽车仅可通过预约方式承揽乘客。尽管传统意义上的出租车也会接入服务平台提供客运服务，但网约车和传统意义上的出租车的区别在于，前者提供非巡游客运服务，后者提供巡游客运服务。

^① 笔者通过中国裁判文书网进行检索，尚未发现利用合法的网络软件平台从事客运的司机或者合法的网约车平台被以非法经营罪追究刑事责任的案例，这说明司法实践对网约车这个共享经济新业态还是保持审慎态度的。



“专车”是网约车早期的别称，现在指车辆档次较高、服务质量好的网约车。根据 2016 年 12 月 21 日起施行的《北京市私人小客车合乘出行指导意见》，“拼车”“顺风车”属于“私人小客车合乘”，是由合乘服务提供者事先发布出行信息，出行线路相同的人选择乘坐驾驶员的小客车、分摊合乘部分的出行成本（燃料费和通行费）或免费互助的共享出行方式。北京鼓励私人小客车合乘的目的是清洁空气、节约能源、缓解交通拥堵、方便出行，但要求每车每日派单不超过 2 次。“拼车”“顺风车”不属于网约车，《出租车行业指导意见》也将网约车和私人小客车合乘予以并列。“私人小客车合乘”作为一种群众共享出行方式，是一种道路运输经营行为，不需要政府行政许可，只能收取燃料费和道路通行费，收取超过的费用，就属于网约车的盈利行为。合乘的最大特点是，驾驶员在载客之前就已确定了自己的出发点和到达地，乘客只是被附带运输。^① 网络平台的作用是将司机和乘客的需求整合并发布，方便司法和乘客达成合意，并收取一定的中介费。

巡游出租汽车通常采用车辆 + 司机的“人车合一”的模式，即出租汽车产权归出租车公司，个人出押金，交份子钱租公司的车来运营，出租车公司对客运服务统一定价，并对出租车司机进行管理。网约车经营行为的要素是“司机”“车辆”“平台”，根据三者的不同权利义务关系，可以将网约车划分为不同的经营模式。

第一种是平台自有车辆 + 劳务（平台）驾驶员模式，最典型的是首汽约车和神州专车。首汽约车的车辆全部为政府许可的出租运营车辆（获得《网络预约出租汽车运输证》），面向社会招募加盟司机，司机必须获得《网络预约出租汽车驾驶员证》，首汽约车和司机之间，是纯粹的劳动雇佣关系，司机不需要交“份子钱”，司机为平台提供驾驶服务，平台为司机支付工资和提成。神州专车的车辆来自神州租车的正规租赁车辆，自己招聘专业司机，要求无犯罪记录，并对司机进行定期体检。首汽约车和神州专车定位于中高端人群，客运价格较高，属于 B2C 模式（英文 Business to Customer 的缩写），即平台直接为消费者提供服务。

第二种是私家车 + 私家车主模式，最典型的是 Uber 和滴滴快车。滴滴快车并没有自己的运营车辆，也不招聘司机，运营车辆大多是私家车，司机也大多系私家车主。乘客接入平台后预约车辆，平台向司机派单，司机在指定的时间、地点接乘客并将其运送到目的地，到达目的地后，乘客将车费发送给平台，平台扣除一定的信息费后，将剩余的车费支付给司机。Uber 和滴滴快车属于 C2C 模式，即在 C（消费者）和 C 之

① 参见张冬阳：《专车服务：制度创新抑或违法行为》，载《清华法学》2016 年第 2 期。

间搭建了一个信息平台,提供信息中介服务,定位于中低端群体,客运费用与巡游出租车收费相当,此种模式是典型的共享经济模式。

第三种是“挂靠”模式,即准租赁公司车辆+劳务公司驾驶员模式,私家车车主将自己的车辆挂在汽车租赁公司,车辆不实际过户,同时,自己挂在劳务派遣公司,汽车租赁公司和劳务派遣公司介入网约车平台,分别为乘客提供车辆和驾驶员。在“挂靠”模式下,私家车车主、网约车平台、汽车租赁公司、劳务派遣公司形成了一个“四方”合同关系。现行法律法规并没有禁止这种“挂靠”,因此,私家车车主将自己的车辆挂在汽车租赁公司是合法的。^①

2004年颁布的《中华人民共和国道路运输条例》第8条、第9条对申请从事客运经营和从事客运经营的驾驶人员的条件进行了规定,第64条规定了违反第9条的行政责任和刑事责任。2014年12月25日,上海市交通委就表态,只要提供服务的车辆和驾驶员没有客运经营资质,都属非法客运行为。同年,北京市交通执法总队认定私家车通过打车软件载客属于非法运营。在网约车三种运营模式中,私家车+私家车主模式是最易被指责为非法运营的模式,存在着触犯刑法的风险。

围绕网约车发展问题,存在着四种典型观点:一是应当取消政府对网约车的管制,这有利于打破行政垄断,让市场在资源配置中起决定性作用;二是网约车特别是私家车接入平台,属于非法运营,应当被禁止;三是应当将网约车纳入城市出租车管理体制;四是应当为网约车制定专门的规范。

随着共享经济的发展,政策对网约车的态度发生了变化。2015年10月,上海市交通委向滴滴快车的专车平台颁发网络约租车平台经营许可。2016年7月27日,国务院办公厅发布的《出租车行业指导意见》要求规范网约车发展,网约车平台公司,要具备线上线下服务能力,承担承运人责任和相应社会责任。同日,由交通运输部、工信部等七部委发布的《网约车暂行办法》规定了网约车平台公司从事网约车经营的条件以及网约车车辆和驾驶员的条件,并于2019年12月28日和2022年11月30日两次修正。2017年2月《国务院关于印发〈“十三五”现代综合交通运输体系发展规划〉的通知》中明确表示“鼓励企业发展城市定制公交、农村定制班车、网络预约出租汽车、汽车租赁等新型服务”。这意味着网约车经营行为具有了合法性,但要求网约车具备《网络预约出租汽车经营许可证》《网络预约出租汽车运输证》和《网络预约出租汽车驾驶员证》方可进入市场从事经营活动。从网约车逐步合法化的

① 参见廖明松、余芮:《私家车提供“专车”服务的合法性考量》,载《中国律师》2015年第8期。



过程来看,这绝不仅仅是一个对新生事物的简单制度回应,而是展现了当下信息技术革命对法律规制模式的挑战与突破。如何有效应对这种挑战与突破,无疑是法治建设的重大时代课题。^①

三、网约车非法经营行为入罪的法理基础

网约车作为“互联网+”时代的产物,超越了以往的经济形态。如何在相关刑事案件审判过程中,妥善处理现有网约车行政监管体系与经济创新需求之间的关系,从刑事违法性、刑罚处罚必要性和社会危害性综合判断网约车行业中的违规行为是否构成犯罪,是理论界与实务界必须认真对待的问题。^② 本文认为,从行政法与刑事法的衔接角度来看,将网约车非法经营行为一律以非法经营罪追究刑事责任,是缺乏法理基础的。

(一) 网约车经营行政许可设定权的依据:临时性许可的不足

运用行政管理手段,国家可以对经济实施宏观调控,克服“市场失灵”,合理分配经济和社会资源,维护社会秩序和公共利益。出租车行业涉及公共交通安全和乘客的生命、财产安全,必须由国家实施行政监管。我国对出租车的行政监管方式是行政许可和数量管制,未经主管部门批准,不得经营出租车客运业务。行政许可是“国家行政机关依法准予行政管理相对人从事某项活动的自由和权利的行政处理决定”,其表现形式通常是“颁发许可证”。^③ 根据《行政许可法》第12条第(1)项的规定,直接涉及公共安全以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动,需要按照法定条件予以批准的事项属于“可以设定行政许可”的事项。我国出租汽车经营行政许可的设定依据是《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的决定》(2004年6月29日国务院令 第412号)(以下简称《国务院行政许可决定》)附件第112项,出租汽车经营资格证、车辆运营证和驾驶员客运资格证核发,这是一项由国务院“决定”设立的行政许可。根据《行政许可法》第14条第2款的规定,国务院有权以“决定”的形式设立临时性的行政许可,常设性行政许可只能由全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规来设立。《国务院行政许可决定》规定:对法律、行政法规之外的规范性文件设立的行政审批项目,根据《行政许可法》第14条第2

① 参见马长山:《智慧社会建设中的“众创”式制度变革——基于“网约车”合法化进程的法理学分析》,载《中国社会科学》2019年第4期。

② 参见范明志、李悦:《网约车行为涉非法经营刑事法律适用问题研究》,载《中国应用法学》2020年第3期。

③ 参见杨海坤主编:《中国行政法基本理论》,南京大学出版社1992年版,第329页。

款的规定,决定予以保留并设定行政许可。针对出租车经营设立行政审批项目的是由建设部、公安部制定并于1998年2月1日起施行的《城市出租汽车管理办法》,该办法第二章、第三章分别规定了出租汽车经营的企业和个体工商户、出租汽车驾驶员的资格条件和出租汽车的要求。该办法第33条对“未经批准非法从事出租汽车经营活动的单位和个人”规定了罚则。由于《行政许可法》并没有给予部门规章行政许可设定权,《城市出租汽车管理办法》所设定的出租汽车经营主体资格、出租汽车驾驶员资格、出租汽车的要求的行政许可随着《行政许可法》的生效而归于无效。2016年3月16日,《城市出租汽车管理办法》被废止,出租车经营行政许可所依赖的规范性文件已经不复存在,即使交通运输部于2014年9月26日通过的《出租汽车经营服务管理规定》对出租汽车经营主体资格、出租汽车驾驶员资格、出租汽车的要求做了详细的规定。但自《国务院行政许可决定》生效以来,已经过去了14年,出租汽车经营行政许可仍然系临时性许可,“一种靠临时性许可支撑起来的监管制度是难以具有稳定的效果的”^①。

交通运输部、工信部等7部委于2016年7月联合发布《网约车暂行办法》规定了网约车平台公司、网约车车辆和驾驶员的资质或条件,但是根据《行政许可法》第14条第2款,国务院部门规章无权设立行政许可。又根据《立法法》第91条的规定,部门规章规定的事项应当属于执行法律或者国务院的行政法规、决定、命令的事项,只能进行执行性立法,在没有上位法规定的情况下,“不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范,不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责”。换言之,在没有法律、行政法规、国务院决定规定的情况下,国务院部委不得增设对网约车进行行政监管的法定职责。另外,《网约车暂行办法》还授权地方根据该办法结合本地实际制定具体实施细则,这一做法与《行政许可法》第18条关于“设定行政许可,应当规定行政许可的实施机关、条件、程序、期限”的规定不符。从各地对网约车经营行为设置的资质条件来看,内容五花八门,有的严于巡游出租车的要求,如对车辆“轴距”、购置年限的要求,有的甚至设立了歧视性的规定,如设定“本地户籍、本地车牌”的要求,涉嫌违反《行政许可法》第15条第2款关于地方性法规和地方政府规章设定的行政许可“不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务”的规定。又根据《行政许可法》第16条的规定,地方性法规可以在法律、行政法规设定的行政许可事项范围内,规章可

^① 沈福俊:《网络预约出租车经营服务行政许可设定权分析——以国务院令412号附件第112项为分析视角》,载《上海财经大学学报》2016年第6期。



以上位法设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定,不得增设行政许可。地方性法规、地方政府规章都不得在没有上位法规定的情况下,对网约车经营行政许可进行创设性立法,即不得增设行政许可条件。根据《立法法》第 83 条的规定,地方性法规规定的事项属于地方性事务,对上位法已经明确规定的内容,一般不作重复性规定。《国务院行政许可决定》已经明确了出租车行政许可的内容,地方性法规一般不应作重复性规定。

从以上的分析中可以得出这样的结论:现行的法律法规对出租车经营设置的行政许可(主要内容是出租汽车经营资格证、车辆运营证和驾驶员客运资格证核发)存在不足。2004 年,《国务院行政许可决定》生效时,网约车这种共享经济新模式还未出现,其对出租车设置的行政许可显然是针对巡游出租车的。在网约车出现后,对巡游出租车的行政许可是否当然及于网约车,存在很大的疑问。虽然《网约车暂行办法》有意将巡游出租车和网约车统一纳入“出租车”进行行政监管,但是根据“法无授权不得为”的依法行政原则,在法律、行政法规未对网约车设立行政许可的情况下,不得以违反行政许可规定对网约车经营者实施处罚甚至以非法经营罪处理。

(二) 网约车经营行为没有可违反的国家规定:成立非法经营罪的前提不足

我国《刑法》第 225 条规定了非法经营罪,非法经营罪成立的前提条件是违反国家规定,根据《刑法》第 96 条的规定,“国家规定”是指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定,以及国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。根据上面的分析,现行的法律、行政法规并没有对网约车经营行为设定行政许可,网约车经营行为没有违反国家规定,没有成立非法经营罪的前提,即使有违法经营的行为,也不成立非法经营罪。又根据最高人民法院《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》(法发〔2011〕155 号)的规定,以国务院办公厅名义制发的文件,如果经国务院常务会议讨论通过或者经国务院批准,可以视为“国家规定”。虽然 2016 年的《出租车行业指导意见》可视为“国家规定”,但该规定没有明确规定网约车经营行为应具备的具体资格、条件。非法经营罪是典型的行政刑法规范,“行政刑法”的概念是由“行政刑法之父”——德国人郭特希密特(J.Goldschmidt)提出来的,源于自然犯和法定犯的区分。根据行政刑法“双重属性说”,行政犯是对行政法和刑法的双重违反,具有行政违法性和刑事违法性双重属性,因此,成立行政犯要以违反行政法为前提,但只有严重的违反行政法的行

为才可能成立行政犯。^①有学者认为,市场经济秩序有四大内容:一是市场经济的竞争秩序,核心内容是价格决定和价格竞争规则;二是市场竞争的主体秩序,即参与市场竞争的主体资格、权利、义务等;三是市场经济的法治秩序;四是市场经济的道德秩序。^②非法经营罪侵犯的法益是市场竞争的主体秩序,具体是市场准入秩序,其本质特征是“不符合市场准入的条件而经营”,而行政许可就是国家通过法律设置市场准入条件的重要方式。^③既然目前的法律、行政法规、国务院的决定还未设立针对网约车经营行为的行政许可,那么,网约车经营行为就不可能侵犯非法经营罪的法益。根据犯罪的刑法违法性本质的“法益侵害说”,没有侵害法益的行为不可能构成犯罪。

(三) 巡游出租车的行政许可不当然适用于网约车:不利于被告人的类推应禁止

罪刑法定原则不仅是刑法的基本原则,而且是宪法的原则,很多国家将该原则写入宪法。^④《公民权利与政治权利国际公约》第15条第1款也明确规定了这一原则。罪刑法定原则的基本含义是,“法无明文规定不为罪”“法无明文规定不处罚”,其确立的根本目的是保障公民权利和自由,防止罪刑擅断。我国《刑法》第3条规定:“法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚。”因此,判断某一行为是否构成犯罪应看该行为是否被刑法规定为犯罪、是否符合刑法分则某一犯罪的构成要件。具体而言,网约车非法经营行为的人罪评价要严格遵守罪刑法定原则。

刑法规范的明确性是罪刑法定原则最重要的内容,在现代社会,刑法规范是用文字来表述的,明确性的要求就是刑法文字的内涵不能脱离普通人的认识水平,让一般人对自己的行为有可预测性,否则就容易导致刑罚权滥用、进而侵犯人权。罪刑法定原则明确性要求:“规定犯罪的法律条文必须清楚明确,使人能确切了解违法行为的内容,准确地确定犯罪行为与非犯罪行为的范围,以保障该规范没有明文规定的行为不会成为该规范的适用对象。”^⑤犯罪构成是某一行为是否构成犯罪的唯一判断标准。刑法明确性的基本要求是犯罪构成要件的明确性,罪与非罪、此罪与彼罪界限清楚了。但是非法经营罪的罪状属于典型的“空白罪状”,具体内容必须参照行政法律、法规。为防止非法经营罪沦为“口袋罪”,不能将未经行政许可的经营行为一律认定为非法

① 参见孙国祥:《反思行政刑法》,载《人民检察》2008年第15期。

② 参见刘伟:《迎接社会主义市场经济秩序建设的历史性挑战》,载《理论前沿》1996年第1期。

③ 参见陈兴良:《非法经营罪范围的扩张及其限制——以行政许可为视角的考察》,载《法学家》2021年第2期。

④ 例如,《日本宪法》第31条规定:“何人非依法律所定程序,不得剥夺其生命或自由,或科以其他刑罚。”《意大利宪法》第25条第2款规定:“如果不是根据行为实施前生效的法律,不得对任何人进行处罚。”

⑤ 参见〔意〕杜里奥·帕多瓦尼:《意大利刑法学原理》,陈忠林译,法律出版社1998年版,第24页。



经营罪,只能将那些具有实质上的法益侵害性,严重扰乱市场秩序的经营行为以非法经营罪论处。^①现有的法律法规并没有明确对网约车设定行政许可并设定网约车非法经营行为的刑罚后果,如果将网约车非法经营行为一律认定为非法经营犯罪行为,则有违罪刑法定原则之嫌。

“禁止类推解释”也是罪刑法定原则的一个重要内容,所谓“类推”是根据两个对象在某些属性上相同或相似,通过比较而推断出它们在其他属性上也相同的推理过程。刑法中的类推是“对于刑法上没有明文规定的危害行为,比照刑法上类似的条文定罪判刑的刑法制度”。从保障人权的角度来说,罪刑法定禁止的只是不利于被告人的类推,而不禁止有利于被告人的类推。“出租车”虽然是“巡游出租车”和“网络预约车”的上位概念,但是不能将《国务院行政许可决定》中关于对“出租车”的行政许可类推适用到网约车上,因为在《国务院行政许可决定》出台时,网约车尚未出现,其所称的“出租车”指的只能是巡游出租车。如果将《国务院行政许可决定》中的“出租车”概念适用于网约车并对非法的网约车经营行为予以刑事处罚,显然属于刑法所禁止的“类推”。

“蔑视社会秩序的最明显最极端的表现是犯罪。”^②这句话深刻揭示了犯罪最本质的特征,也阐明了犯罪与社会的关系。犯罪行为破坏了社会秩序,使得社会关系遭受到了危害,某一行为之所以被规定为犯罪,是因为该行为严重危害社会,具有严重危害社会的性质。在我国刑法中,犯罪的社会危害性是质与量的统一,犯罪的质是严重的社会危害性,而违法的质是一般的社会危害性。现行《刑法》第13条中的但书规定:“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”这是刑法对社会危害性的量的特征的规定,从而为区分违法与犯罪提供了标准。我国刑法中的严重的社会危害性不只是行为在客观上的危害,而且包括行为人的主观恶性,是客观危害与主观恶性的统一,因为任何犯罪行为都体现了犯罪人的主观恶性。非法经营行为是扰乱市场经济秩序的危害行为,非法经营罪是严重扰乱市场经济秩序的危害行为。对网约车非法经营行为的判断要区分一般违法行为和犯罪行为,对非法经营罪中“情节严重”的判断要充分考虑其对市场准入秩序的侵犯程度,不仅要考虑非法经营的数额,还要看其对客运合法市场的实质侵害程度以及对国民生活的影响。网约车作为分享经济的一种新兴业态,其通过向车主和乘客开放的数据平台这一“公共资源”,以及平台与司机、乘客之间信

① 参见陈兴良:《非法经营罪范围的扩张及其限制——以行政许可为视角的考察》,载《法学家》2021年第2期。

② 《马克思恩格斯全集》(第2卷),人民出版社2005年版,第416页。

息沟通和共享，将闲置运力、乘客和司机有效地整合起来，形成共享的经济关系。这种新业态对方便国民出行，增加就业，提高资源利用效率，保护环境等方面具有重要的作用，其未达到严重扰乱传统公共交通经营秩序的程度。从刑法谦抑的角度看，目前将网约车非法经营行为入刑为时过早。

四、网约车非法经营行为入罪应遵循刑法谦抑性原则

尽管目前刑法与司法解释尚未明确将网约车非法经营行为入罪，且笔者已经在上文分析了入罪缺乏法理基础，但这并不意味着现实中不存在入罪的风险。网约车行业是新生事物，全社会对网约车的安全监管责任给予了特别关注。在未来，网约车的强监管模式将成为业界生态，网约车非法经营行为触犯非法经营罪的刑事风险增加。鉴于网约车的运营管理制度尚有诸多不足，应当在法律适用中应严格把握网约车非法经营行为的入罪标准，实现行业发展与有效监管的动态平衡。

（一）网约车非法经营行为有触犯非法经营罪的风险

按照《网约车暂行办法》第二章、第三章的规定，从事网约车经营活动必须“三证齐全”，即网约车平台公司拥有《网络预约出租汽车经营许可证》，网约车驾驶员持有《网络预约出租汽车驾驶员证》，用于网约车经营的车辆具备《网络预约出租汽车运输证》。可以说，《网约车暂行办法》对从事网约车经营的平台、驾驶员、车辆进行了规范。目前，我国从事网约车经营的大型平台公司，如滴滴、首汽约车、神州专车、美团、易到等，均取得了《网络预约出租汽车经营许可证》，这些企业均拥有了线上经营网约车的资格，具体在每一个城市开展经营时，还需要遵守当地的管理办法，并获取当地经营许可。2022年12月，交通运输部、工业和信息化部、公安部、商务部、市场监管总局、国家网信办发布关于修改《网约车暂行办法》的决定，将第34条修改为“违反本规定，擅自从事或者变相从事网约车经营活动，有下列行为之一的，由县级以上出租汽车行政主管部门责令改正，予以警告，并按照规定分别予以罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任”。这里的“构成犯罪的”，基本上就是指非法经营罪。虽然《网约车暂行办法》作为部门规章，是否属于“国家规定”可能还存在争议，但是官方明确了网约车非法经营行为存在触犯非法经营罪的刑事风险却是不争的事实。

实践中，因网约车平台审核不严，给不合格的驾驶员（驾驶员未取得《网络预约出租汽车驾驶员证》、运营车辆未取得《网络预约出租汽车运输证》）派单，因而被行



政机关行政处罚的案例屡见不鲜。2018 年,上海市在打击无证运营车辆过程中查出滴滴出行、美团打车等网约车平台存在大量网约黑车,要求责令整改,并对美团发出了上海市首张责令整改通知书。杭州交通执法部门也发现滴滴出行、曹操专车、神州专车网约车平台存在向无证车辆、无证司机派单等违法行为。如果将来的法律、行政法规对网约车经营设置了行政许可,那么,网约车平台违规派单的行为是否有可能构成非法经营罪?答案是肯定的。非法经营罪是违反行政许可或违反市场准入的行为,但只有违反国家规定中的特定主管机关行政许可、并由承担填补空白构成要件的规范性文件中规定了刑事罚则的严重扰乱市场秩序的经营行为,方能以非法经营罪论处。^①从共同犯罪的角度来说,如果驾驶者构成非法经营罪,网约车平台明知驾驶者无网约车驾驶证或运营车辆无网约车运输证而仍然派单,那么,在非法经营共同犯罪中,网约车平台系帮助犯(从犯),可能面临刑事处罚,这是基于帮助行为(一般是“派单”行为)触发的刑事责任。

(二) 应当严格适用非法经营罪的兜底条款

如果网约车非法经营行为被纳入非法经营罪的打击范围,其适用于非法经营罪的兜底条款。即《刑法》第 225 条第 4 款(即非法经营罪的兜底条款)规定的“从事其他非法经营活动,扰乱市场秩序,情节严重的行为”,该规定与《刑法》第 225 条第 1 至 3 款相比,具有很大的不确定性,这使得非法经营罪有沦为“口袋罪”的危险。

根据实证研究,非法经营罪的兜底条款的适用,没有受到刑法条文空白罪状要求的制约,参照“国家规定”的比例很低;^②有部分判决援引的“国家规定”已经超出《刑法》第 96 条规定的“国家规定”的范围,部门规章、地方政府规章,甚至地方其他规范性文件也被当作“国家规定”。^③对“国家规定”的扩张,导致非法经营罪适用范围的扩大,有违罪刑法定原则。

非法经营罪的实质是严重扰乱正常市场秩序的行为,要判断某具体经营行为是否严重扰乱正常市场秩序,要考虑该行为的经营数额、对正常经营者造成的损失、对所属行业的负面影响、对公民生活影响的程度。就网约车的非法经营行为而言,其社会危害性恐怕还没有到必须动用刑罚打击的程度。网约车的竞争对手是巡游出租车,虽然随着网约车的兴起,巡游出租车行业面临着巨大冲击和改革压力,但总体上来说,

① 参见王作富、刘树德:《非法经营罪调控范围的再思考——以〈行政许可法〉若干条款为基准》,载《中国法学》2005 年第 6 期。

② 参见欧阳本祺:《对非法经营罪兜底性规定的实证分析》,载《法学》2012 年第 7 期。

③ 参见吕洪民、金福:《对非法经营罪兜底条款的实证考察》,载《人民司法·应用》2014 年第 11 期。

巡游出租车可以接入网约车平台,为客户提供更加优质、便利的服务,与网络深度融合。如果将网约车非法经营行为贴上“犯罪行为”的标签,则是将问题简单化。经济规律告诉我们:垄断必然导致低效,即一个市场被垄断了,那这个市场的创新能力和服务能力都将会大大降低,而且垄断所带来的往往是过高的价格和不匹配的质量与服务,消费者往往只能被动地接受,不能主动选择,所以对市场的发展来说是低效的。在客运市场引入网约车——市场竞争主体,就是一个提升巡游出租车行业服务水平的方法。经营行为当然要规范化,但政府完全可以通过完善行政监管的方式来避免或减少网约车的非法经营行为。

(三) 网约车非法经营行为入罪应贯彻不得已原则

有学者认为,我国现行《刑法》除了罪刑法定原则、刑法适用平等原则、罪责刑相适应原则之外,还有不得已原则(即谦抑原则)。^①不得已原则的内容或前提应当包括两个方面:一是其他法律不能有效地调整社会关系;二是如果不启动刑法,国家法律制度本身会受到根本的威胁。不得已原则是由客观来决定是否选择刑法,而刑法谦抑原则是根据主观标准来决定是否启动刑法。政府合理设置网约车市场准入门槛,消除地方规范性文件中的歧视性规定,对网约车平台公司实施严格监管,对违规行为施加严厉的行政处罚(如吊销《网络预约出租汽车经营许可证》),加大违法成本,倒逼网约车平台履行审核义务和安全保障义务,可以大大减少网约车平台违规派单行为。犯罪是一种严重危害社会的行为,某一行为是否入罪,应考虑其对社会造成的危害程度。非法经营行为是否入罪,应考虑该行为是否对正常的客运市场秩序造成了严重的侵害。从现实的情况来看,很难说网约车非法经营行为严重冲击了正常的客运市场秩序,助长了刑事犯罪发生率。最高人民法院信息中心发布的网约车与出租车服务过程中犯罪情况司法大数据报告显示:在2017年全国法院一审审结的刑事案件中,网约车司机每万人案发率为0.048,传统出租车司机每万人案发率为0.627,传统出租车司机案发率约为网约车的13倍。^②因此,在考虑网约车非法经营行为是否入罪时,要持谨慎态度,处理好人民群众生命、财产安全与便利交通之间的冲突、科技创新与法益保护之间的冲突、政府监管与就业(经济发展)之间的冲突。

^① 参见简爱:《一个标签理论的现实化进路:刑法谦抑性的司法适用》,载《法制与社会发展》2017年第3期。

^② 参见中国司法大数据研究院:《网约车与传统出租车服务过程中犯罪情况司法大数据专题报告》(2018年9月),第3页。



结 语

网约车经营行为涉及公共交通安全和乘客的生命、财产安全，“共享经济”不是“网约车”回避监管的理由，国家需要将网约车纳入行政许可的框架下进行监管，形成“政府监管平台，平台约束司机”的管理模式。网约车本质还是出租车的一种形式，将其和巡游出租汽车一起纳入行政许可的范围是未来的发展趋势。在法律法规明确对网约车经营行为设定行政许可之后，才可能有讨论“其非法经营行为是否入罪”的余地。就政府而言，应将网约车纳入一般许可范畴，消除不合理的准入门槛，明确网约车各方当事人实施市场准入标准的权利和义务，加强网约车平台公司的监管。在网约车经营行为被设定行政许可之前，网约车平台应当探索建立有效的合规制度，即规范自己的经营行为，加强资格审核力度，避免审核通过虚假材料和身份，防止违规派单，制订合理的运营制度，保障乘客利益，杜绝重大安全事故，切实担负社会责任。

（责任编辑：杨 军）

上下游关联犯罪中掩隐罪的退赃退赔问题探析

——以保护被害人合法权益为视角

张晓娟^{*}

内容摘要：当前，学界对推动刑事涉案财物实质化审理的呼声强烈，追缴和责令退赔这两种涉案财产处置措施的准确适用具有迫切的现实意义。掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪是典型的下游犯罪，与上游犯罪紧密关联，实践中该类关联案件的退赃退赔存在诸多问题。归类在妨碍司法罪的掩隐罪，直接适用追缴具有形式上的正当性、充分性，但追缴存在不能完全保护被害人合法权益的逻辑瑕疵。在有明确被害人时，处置涉案财物应当准确运用责令退赔，以发挥其民事赔偿功能，切实保护被害人的合法权益，及时修复社会关系。以掩隐罪为例的事后型犯罪行为人与上游犯罪行为构成共同侵权，理应对被害人承担连带责任，负有退赔义务。

关键词：掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪；上下游关联犯罪；责令退赔；追缴；连带责任

物的价值属性，决定了流通与增值是其基本特点。在涉财产犯罪中，物的流转与价值转化，成为刑事涉案财物处置的难点和焦点问题，尤其是在上下游关联犯罪违法所得的处置工作中，涉案财物处置更为棘手。主要原因在于，上游犯罪行为人在实施盗窃、诈骗等犯罪行为后，大多随后销赃，在销赃过程中，下游犯罪行为往往以远低于市场的价格收购赃物，上游犯罪行为获取的赃物对价远远低于赃物实际价值。下游犯罪行为人在低价收购赃物后，往往以较高价格再卖与他人，从而

^{*} 张晓娟，江苏省高级人民法院研究室三级调研员。



赚取了“差价”。此时，这种因销赃行为发生的价值转化，所带来的难题就是如何保障上游犯罪中被害人的合法权益。在保护被害人合法权益的目的下，系统归纳实践中上下游关联犯罪违法所得的处置机制，将是刑事涉案财物处置工作中的重点问题。

一、掩隐罪中责令退赔判项的普遍性缺失

（一）掩隐罪中涉案财物处置的实践类型

1. 并处罚金和追缴违法所得

案例一：葛某掩饰、隐瞒犯罪所得案。2017 年 3 月至 11 月，被告人葛某明知秦小某等人的江砂系盗采，仍购买盗采的江砂并销售获利。其中，葛某单独购买销售 3 船江砂，与秦小某合伙运输销售 6 船，共计 9 船江砂的收购金额为人民币 397.75 万元，销售金额为人民币 523.7 万元。公安机关在侦查中查封、扣押、冻结了被告人秦小某等人的部分违法所得、违法所得购置的财物以及其他财产。法院判决被告人葛某犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪，判处有期徒刑三年六个月，并处罚金人民币 40 万元，被告人秦小某违法所得人民币 11109.593 万元予以追缴（秦某等 8 人分别负连带退缴责任），被告人葛某违法所得人民币 523.7 万元予以追缴。^①

2. 单处罚金

案例二：禹某隐瞒犯罪所得案。2020 年 10 月以来，被告人禹某明知李某、张某（均已判决）等人使用银行卡从事犯罪活动，仍开办银行卡提供给李某等人使用。期间，李某、张某向禹某的银行卡内转入 8 万元。其中，1 万元因被冻结未能取出，其余钱款扣除手续费后均由禹某持卡取出。另查明，李某、张某等从被害人徐某等处骗取 10 万元。法院一审判决禹某犯隐瞒犯罪所得罪，判处有期徒刑三年，并处罚金人民币 2 万元。禹某不服提起上诉，二审维持原判。^②

3. 责令退赔

案例三：朱某掩饰、隐瞒犯罪所得案。2019 年 9 月底至 2020 年 1 月初，蒋某多次盗窃某仓库内的黄铜、紫铜、铝材等配件，重量近 2000 公斤，并将大部分卖给被告人朱某。被告人朱某明知蒋某出售的是赃物，仍大量收购，并全部转卖给他人，导致赃物已无法追回。被告人朱某非法获利 1 万元。经认定，被告人朱某收购的赃物合计为人民币 183642.5 元。被告人朱某被抓获归案后，如实供述犯罪事实，认罪认罚，向公安机关退赃 10 万元。公安机关将该 10 万元发还给被害单位。但是，另

① 参见葛某掩饰、隐瞒犯罪所得罪案，湖南省岳阳市人民法院（2020）湘 06 刑终 331 号刑事判决书。

② 参见禹某隐瞒犯罪所得罪案，安徽省利辛县人民法院（2021）皖 16 刑终 347 号刑事判决书。

案处理的蒋某被抓获后,未能退赔任何款项。法院判决被告人朱某犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪,判处有期徒刑三年,并处罚金人民币1万元;责令被告人朱某继续退赔被害单位人民币83642.5元(另案处理的蒋某,如有被执行的退赔款项,予以扣减)。^①

(二) 被害人合法权益无法得到足额保障

上述三则案例是掩隐罪案件中典型财产处置方式。其中,案例一的财产处置是适用最广泛的方式,即直接追缴违法所得归国家所有;案例二遗漏了对被害人的退赔,只是适用罚金;案例三明确了责令退赔的处置方式。

透过上述典型案例,司法实践中大量的掩隐罪判决中缺少责令退赔的判项,而追缴与责令退赔对被害人保护程度并不一样。事实上,仅追缴尚存的违法所得可能变相鼓励掩隐罪的犯罪人第一时间处置财物,从而加大赃物全部被司法机关追回的难度。责令退赔和追缴适用的标准模糊,在刑事司法解释和刑事判决主文中,追缴和责令退赔并没有严格的界限,经常被混用。^②司法实践中,对于违法所得的处理、被害人的合法财产返还以及两种措施的功能,并没有清晰的区分,裁判具有较大的随意性。

二、掩隐罪违法所得追缴措施的理由及基本问题

(一) 追缴措施适用的主要理由

掩隐罪案被告人所得的赃物难以全部追回,司法机关对违法所得财物现场缴获则是最省心省力的,追缴违法所得也于法有据,故而成为司法机关的首选之策。比如李小某、翁汉某等掩隐罪案,法院判决按照掩饰、隐瞒犯罪所得金额92.49万元的7%获取非法收益,共计××元,应当予以没收,上缴国库。^③

依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》(以下简称《刑诉法解释》)第445条规定,查封、扣押、冻结的财物及其孳息,经审查,确属违法所得或者依法应当追缴的其他涉案财物的,应当判决返还被害人,或者没收上缴国家。第2款进一步规定,对判决时尚未追缴到案或者尚未退赔的违法所得,应当判决继续追缴或责令退赔。追缴与责令退赔两者处于并列地位,没有优劣之分,追缴通常只是针对尚存的财产,不需要考虑赃物的实际价值,适用更便捷,往往成为司法人员的首选,而有意或无意地忽略了责令退赔的适用。

客观上,追缴财产的范围不同于退赔的财产。退赔财产的认定和执行都有一

① 参见朱某掩饰、隐瞒犯罪所得罪案,江苏省东台市人民法院(2020)苏0981刑初460号刑事判决书。

② 参见尹振国、方明:《我国刑事特别没收手段的反思与重构——兼论〈刑法〉第64条的完善》,载《法律适用》2019年第5期。

③ 参见李小某等掩饰、隐瞒犯罪所得罪案,河南省南阳市人民法院(2020)豫13刑终175号刑事判决书。



定难度,因为追缴中追的是原有的违法财产,不论其发生了何种形态的转变或异形。而责令退赔却可以用被执行人其他财产赔偿,这已经超出现存的财产范围,而执行其他财产有严格的认定和执行程序,这不是刑事案件中轻易可以完成的,也不会因为有明确的判项就一步到位。这也是追缴适用率高于责令退赔的现实原因。因此,追缴往往是涉案财产处置的第一步,实际上在具体操作中有了先后适用的顺序。

追缴与退赔不应相互排斥,两者还有相互补充的关系,在有明确当事人时,不能仅适用追缴而遗漏责令退赔。实践中,两者同时适用也并不鲜见。比如,在周某掩隐罪案中,法院判决所有被告人在违法所得的范围内承担退赔责任,其中一被告人缴纳的50万元环境修复费上缴国家。^①然而,在上述相关法律规定中,没有明确两者可以同时适用,而是或然性地选择适用,因此也带来了适用上的混乱。

(二) 违法所得追缴措施的基本问题

首先,尚存违法所得(财物)不足以补偿被害人损失。具体而言,第一,犯罪所得及收益的范围界定不明晰。《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第10条规定,上游犯罪的行为人对犯罪所得进行处理后得到的孳息、租金等,应当认定为《刑法》第312条规定的“犯罪所得产生的收益”。违法所得包含犯罪所得和犯罪所得收益,已经出卖的赃物的对价属于犯罪所得收益,未被出售或处置的赃物属于直接的犯罪所得。需要说明的是,大量裁判文书表述方式是“追缴非法获利”,事实上,违法所得、非法获利、非法所得都是同一概念。第二,尚存犯罪收益的范围存在缩水的可能性。由于犯罪收益不同于赃物,具有一定隐蔽性和欺骗性,因此“关于犯罪收益的甄别、确认和监测是追缴犯罪收益的前提”^②。《联合国反腐败公约》第31条归纳了犯罪所得的三种形态:替代收益、混合收益和利益收益。替代犯罪收益是通过处置或者使用犯罪收益而取得或者实现的(比如用犯罪收益购买财产),仍属于追缴范围。但是如果犯罪收益的财产被第三人善意取得,并且符合法定条件,该财产则被他人合法取得,即“犯罪收益的性质已经停止”,失去了其追缴属性。追缴的范围只能来源于涉案的违法所得及犯罪收益,而不能及于被告人的合法财产,这是追缴的基本特征。现存的违法所得高于违法所得,只是极其偶然的現象。犯罪收益的缩水是常态,如果只简单地判决追缴,被害人的部分合法权益将无法追回。

其次,追缴违法所得忽略了取得赃物环节。掩隐罪关于赃物有两个环节,即取得赃物和处置获利。直接判决追缴违法所得(或非法获利)时遵循的裁判思路是:

^① 参见周某掩饰、隐瞒犯罪所得罪案,江苏省徐州铁路运输法院(2019)苏8601刑初112号刑事判决书。

^② 张磊:《论我国经济犯罪收益追缴制度的构建》,载《政治与法律》2009年第5期。

取得赃物—赃物卖出（得利）—追缴获利。其隐含的直线裁判思路是赃物是收购赃物罪被告人“合理”占有，即“占有即所有”的逻辑。然而民法中现金的“占有即所有”原理只是民法理论界的通说，即便2018年最高人民法院《民事审判指导参考》中又再次明确这一原理，也不能妨碍刑法在法秩序中基于规范手段、刑法目的与机能等因素作出相对独立的判断。^①

事实上，赃物价额不等于违法所得金额，更多情况下前者大于后者。只对收购赃物罪被告人获得财产进行惩罚，意味着由赃物变现财产的非违法性质被掩饰，也造成对被害人利益的保护不力。直接追缴违法所得（或非法获利），具有严重的逻辑漏洞。

三、责令退赔对被害人权益保护的初衷与现状

（一）责令退赔的民事赔偿初衷

对被害人的民事赔偿是责令退赔与追缴的最大区别。《刑法》第36条规定，将犯罪分子对被害人的赔偿责任界定为民事责任。责令退赔是典型的刑民交叉问题。比较正式的对民事赔偿功能的阐述是，责令退赔是指犯罪人已经将违法所得挥霍、使用或毁坏的，也要责令其按违法所得的财物的价额退赔。这样界定，主要是为了保护公私财产，不让犯罪人在经济上占便宜。^②这也体现在《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第10条规定：“对于被害人的损失，应当按照刑事裁判认定的实际损失予以发还或者赔偿。”

传统的追缴，只是程序性的分解动作，实践中的常见做法只是把尚存的财产查封扣押冻结，不具有赔偿被害人的直接功能，最终是否发还被害人，要看具体的受害对象是国家还是个人。在赃款赃物已经证明不存在或者难以追缴到案的情况下，“应当尽可能判处‘责令退赔’，这样既能维护被害人的合法权益，也可避免执行主体不明或难以追缴的实际问题”^③。责令退赔则侧重于对“人”的赔偿，这也体现责令退赔的制度设计初衷。追缴侧重于对“物”的追征，追缴结果具有或然性。如果剩余赃物价额高于退赔财产时（实际发生概率不高），要上缴国家；当没有被害人时，则直接上缴国家。

综上，“国不与民争利”，当国家是唯一受害者时，对物的追缴未必能完全填补物的实质损失的弊端不如自然人或单位是直接受害者时那么突出。国家对物上赔偿的意愿没有自然人或单位那么强烈，国家关注更多的是刑事责任。但是当自然人或

① 参见赵拥军：《“断卡”行动中涉存款占有归属的侵财行为定性分析》，载《法律适用》2022年第8期。

② 参见胡康生、郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》，法律出版社2004年版，第62页。

③ 最高人民法院执行局编著：《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定理解与适用》，中国法制出版社2017年版，第23页。



单位是直接被害人时,被害人因犯罪而遭受物质和精神上的损失,有获得经济赔偿的强烈欲望,责令退赔应当优先于追缴适用,即先退赔后追缴。

(二) 前置性的程序强制措施是责令退赔的基本属性

责令退赔与追缴的基本功能大体相同。“追缴行为本身并不涉及对违法所得财物的最终处置,其在本质上更是一种司法措施。”^①《刑法》第 64 条的追缴是狭义的,违法所得被追缴到案后,司法机关根据财产的性质决定返还给被害人,还是在没收后上缴国库,追缴只是程序意义上的强制措施,不具有终局性。严格来讲,责令退赔也没有涉及最终处置,真正的实体处分是发还与没收,所以责令退赔也是程序性措施。

《刑法》第 37 条规定:“对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚,但是可以根据案件的不同情况,予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失,或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。”此处规定的非刑罚处罚方式是以免除刑罚为前提的,其中不包含责令退赔。责令退赔是对涉案财产处置的紧急救济,先于判决执行。

(三) 责令退赔程序上的附属性阻碍了“赔”的实现

首先,民事赔偿功能的隐名化,责令退赔内嵌于刑事程序。责令退赔并不是独立的司法程序,民事赔偿功能的实现必须依附于刑事诉讼的责令退赔前置程序。返还、退赔和附带民事诉讼判决,“本质上不属于对公法债权的执行”^②。民诉化也是责令退赔具有私法债权的表现。在那些较为轻微的刑事案件中,“所谓的‘犯罪的侵权化’和‘刑事诉讼的民诉化’,确实是一种不可逆转的发展趋势”^③。由于责令退赔依附于刑事诉讼程序的实现,其赔的功能不断被惩罚犯罪的刑法目的稀释,公诉机关适用责令退赔往往没有详细说理论证,而是寥寥数语。

其次,责令退赔价值实现大打折扣,涉案财产处置的救济途径有限。《刑事诉讼法》列举的可以启动再审的理由不包括“刑事裁判中对赃款赃物的认定错误”,传统的“二元诉权说”中并没有明确被害人的诉讼地位,司法机关也几乎不会仅仅因为涉案财物处置的问题启动再审。^④而且根据“一事不再理”原则,《刑诉司法解释》第 175 条、第 176 条规定,对于被告人非法占有、处置的财产,应当依法予以追缴或者责令退赔。被害人既不能提起刑事附带民事诉讼,也不能另行提起民事诉讼。责令退赔只

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

② 最高人民法院执行局编著:《最高人民法院〈关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定理解与适用〉》,中国法制出版社 2017 年版,第 209 页。

③ 陈瑞华:《刑事诉讼的中国模式》,法律出版社 2008 年版,第 92 页。

④ 参见蒋晓亮:《论我国刑事涉案财物执行中的案外人救济》,载《法律适用》2016 年第 8 期。

能在刑事程序附带解决，而传统的“定罪—量刑”二元模式没有给涉案财物处置充分的裁判说理空间。另外，掩隐罪中责令退赔适用率明显低于追缴，具体赔偿数额缺少精准性。实践中，对责令退赔的性质仍认识不清，对退赔在上下游犯罪（或侵权）的内在联系判断缺乏整体性考虑，司法机关对“责令”的理由更没有详细阐述。实践中类似案例一、案例二的判决是主流，适用罚金的比例也高于责令退赔。在涉案财物的实质审查的改革趋势下，责令退赔的适用现状与提高量刑精准性和保护被害人的目标存在较大的差距。

退赔及时处置涉案财物，第一时间保护被害人的权益，其在程序上优位于基于债权请求权的附带民事诉讼。附带民事赔偿的基础是民事权利，遵循不告不理原则，同时，附带民事诉讼是在退赔不能的情况下，对被害人权益的保护，实则非刑罚处置财物的补充措施。尽管涉案财物处置不同于附带民事诉讼，但是裁判的程序或者理念与附带民事诉讼程序没有明显差异，这也隐含民事诉讼的审理原则，是内嵌于刑事诉讼程序的民事诉讼。“责令”体现了司法的裁判权，责令退赔数额的多少必须符合民事诉讼的裁判原则。如此一来，责令退赔的功能及具体赔偿责任需要从法理上正本清源。

四、刑民交叉视角下掩隐罪的侵权性质

（一）掩隐罪的刑民竞合特征

上下游犯罪的“刑事违法性”是显而易见的，之所以称之为上下游犯罪，其特殊性就是因为民事侵权这条暗线。民事侵权成为连结前后犯罪行为的纽带，使上下游犯罪区别于其他普通犯罪，由此也产生了系列法律问题。被刑事违法性掩盖的民事侵权性就是上下游犯罪的重要问题。

刑民交叉案件出现的原因主要有两点：一是刑民法律关系交叉；二是刑民法律事实交叉。^①从类型上看，刑民交叉案件可分为牵连型交叉和刑民竞合交叉。^②掩隐罪既有牵连型交叉部分又有刑民竞合交叉部分，牵连型表现在上下游犯罪的牵连性，后罪是前罪的持续犯罪，具有刑法上的牵连特征，这是纵向交叉。竞合型则表现在掩隐罪自身的刑事与民事法律关系竞合，这是横向交叉。

纵向看，掩隐罪与下游犯罪属于结果牵连犯，上下游犯罪具有牵连关系。比如，上游的非法采矿或偷窃等犯罪，引发了下游的销赃犯罪。由于犯罪分子主体不重合，把紧密相关的犯罪，形式上进行分段处理，但这不应成为阻碍法律上整体评价的理由。

^① 参见毛立新：《刑民交叉案件的概念、类型及处理原则》，载《北京人民警察学院学报》2010年第5期。

^② 参见杨兴培：《刑民交叉案件法理分析的逻辑进路》，载《中国刑事法杂志》2012年第9期。



实践中,上游犯罪的定罪量刑往往成为下游犯罪的参照系。尽管上下游犯罪紧密相连,但由于不构成共同犯罪,对于刑事竞合部分的民事侵权处理被人为地割裂开来,不能整体进行评价,从而产生系列问题,如对上下游犯罪中的责令退赔的侵权责任的忽视。

横向看,掩隐罪内部具有刑事法律关系和民事法律关系的交叉,因为此类案件中民事责任与刑事责任往往是并行的。二元违法论是我国刑法学界的通说。二元违法(或多元违法)承认违法性的判断在不同的部门法领域是不同的,不同法律部门的违法性判断也是相对独立的,具有各自的判断标准与特色。刑法作为二次法,不是民事违法的简单升级,单一的责任形式不能全部评价具有交叉关系的法律事实。实际上在刑事判决中,刑事责任与民事责任并存是常态。同一事实引发两种法律关系,已经刑事立案的案件,如何理顺刑事、民事法律关系,不仅要使用民法、刑法规范来分别处理民事、刑事法律关系,还应体现使用上的一种顺序性,不然无法表明这两种法律关系纵向的重合包容关系。^①“先刑后民”或“先民后刑”就是这种观念的具体实施方式。

刑事分段式处理的下游犯罪行为也是侵权行为。容易被忽视的是上下游侵权之间的牵连,即下游与上游承担的民事责任的内在逻辑关系。因此,责令退赔也分段式地出现在两个不同阶段,上下游犯罪的责令退赔有何内在逻辑关系,以及是否应当考虑上游已经退赔或判决退赔的因素,进行整体评价就是横亘在上下游民事责任中的具体问题。

“先刑后民”是掩隐罪上下游犯罪的外在程序,其本质上却是“先民后刑”。因为在比较轻微的刑事案件中,被害人受到补偿及其态度将在很大程度上影响对被告人的入罪与量刑,行为人的民事责任经常会消解于前置程序中,责令退赔就是嵌在刑事程序承担民事责任的措施。正是这种内在消解,使得下游犯罪的责令退赔责任更不直观,责任划分更不清晰。“先刑后民”或刑事附带民事诉讼的处理模式从程序上割裂了上下游犯罪中对民事侵权部分的连续性和整体性评价;附带民事诉讼的依附性和基于国家利益高于私人利益观念,使得对被害人的财产保护沦为从属,保护被害人利益的功能在程序上就出现障碍。

上述三个案例真正理清民事法律关系的只有第三个,《刑法》第312条掩隐罪的量刑条款中没有像非法集资等其他经济犯罪那样成熟的退赔受害人的司法裁判规则,需要在审判者在审判中充分重视。事实上涉赃物犯罪在日本等国家都是作为财产型犯罪,作为财产型犯罪比归类在妨碍司法罪更直观。二元违法性的优点是承认刑事

^① 参见杨兴培:《刑民交叉案件法理分析的逻辑进路》,载《中国刑事法杂志》2012年第9期。

违法的独立性，掩隐罪的妨碍司法的刑事违法性独立于民事违法性，其处理要以刑事处罚为前提，但是这并不意味着民事违法性的免责。由于上游犯罪已经责令退赔，根据“一事不再理”原则，下游犯罪的侵权性质及责令退赔等涉案处置措施的必要性再次被隐藏，案件处理中受害人的经济求偿愿望被忽视也就不足为奇了。

（二）事后帮助行为的规范化分析

民事共同侵权的证明标准低于共同犯罪的帮助行为，主要体现在对意思联络和行为共同性的标准不同。民事侵权行为的成立，着重于被害人损害发生原因的共同性；共同犯罪的成立，着重于犯罪人加害意思的共同性。共同犯罪重视“意思联络”，民事侵权更侧重于“行为共同”。传统观点认为，共同侵权行为，包括主观的共同侵权和客观的共同侵权。主观的共同侵权采“意思共同说”；客观的共同侵权则意指“行为共同说”，即只要损害的发生是行为人的共同行为引起，即使没有意思联络，也应承担连带赔偿责任。共同侵权对主观恶性考察的程度和要求低于共同犯罪，更多地侧重于对行为和损害的考察，以及侵权行为与损害之间的相当因果关系。事后帮助行为与上游侵权行为属于叠加因果关系，共同对赃物的灭失承担法律责任。

民事共同侵权必备的两点“共同”：一是共同行为；二是共同损害。掩隐罪犯罪人与上游犯罪人构成共同侵权的理由如下：

第一，掩隐罪中不能适用“善意取得”。尽管在《最高人民法院关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》中对于善意取得的部分明确了责令退赔的补救措施，“如果赃物虽然尚在但已被毁坏，或者不能排除第三方属于善意取得的，宜判决责令退赔”。由于赃物被毁坏，显然退赔是要从被告人合法财产中提取。据此，赃物是可以例外地适用善意取得制度。但是，下游犯罪中未被处置的赃物不适用善意取得。一是客体违法。赃物因犯罪取得的非法性，其赃物的性质没有改变，“一追到底”是基本原则。二是主观上不能构成善意。善意取得的认定需要主观不明知，掩隐罪的行为人私下支付的对价没有公示效力，不能对抗司法机关的追缴行为。私下支付的对价（通常远低于正常价值），即便对价是正常价值，也不能表明其主观不明知，不具有当然的法律免责功能。实践中，法官需要根据自己的生活经验，判断“善意”与否的判决除了成交价格外，还要结合交易时间、地点、场所、交易当事人之间关系等要素。只有在公开市场或拍卖程序中，才有可能认定“善意取得”。

需要指出的是，不构成善意并不意味着上下游之间的意思联络一定成立。关于意思联络的有无必须具体分析，对于几经转手，下游犯罪分子并不是唯一的情形，证明其与上游犯罪分子具有意思联络是相当困难的。上文三个案例均为一次转手，上下游之间的意思联络可以推定；但若是二次、三次转手等，其与上游犯罪人及前手之间的意思联络强度逐渐递减。此时，“行为共同说”就可以减轻对于意思联络的



证明要求从而认定共同侵权,显然非常有价值。因此,绝大多数的帮助犯规定,主观方面只强调“明知”,并不需要确切的意思联络(事后的联络也不构成共同犯罪),这样可以准确针对下游行为定罪,不放纵下游犯罪。

第二,掩隐罪与上游犯罪的分段行为构成侵权的“行为共同”。对行为的共同性要求不是民事共同侵权与刑事共同犯罪的重要区别之一。“行为共同”强调的是共同的损害结果,不是强调行为的绝对同时或同步。行为是因,损害是果,只要对同一损害构成直接结合即可构成共同侵权,即构成“行为共同”。

事后帮助行为与上游侵权行为是实质上的“非同时性”。上下游就表明了行为的分段性和不同时,上下游只是判断民事先后侵权的时间轴,客观地显示了行为发生的先后顺序,没有否定其不构成共同侵权的作用。事后帮助行为对上游侵权行为的具有扩大损失范围的物理帮助作用,两者属于叠加的因果关系。因果关系具有一定的客观性,只需客观上对结果发生起了帮助作用。民事帮助行为一直作为民事准共同侵权存在的,并没有行为时间上的限制。

即便在刑法理论中“事后帮助犯”不构成共同犯罪也不是金科玉律。“帮助行为可以实施在实行行为之前(所谓预备的帮助犯),可以与实行行为同时实施(伴随的帮助犯),还可以在正犯者实行了一部分犯罪后实施帮助行为(承继的帮助犯)。”^①事后帮助行为不构成帮助犯并不是最初的规定,而是从共同犯罪逐步分离出来,是近代法律理论不断发展的结果。

第三,两者的损害结果具有“同一性”。无论财产还是犯罪所得的收益,掩隐罪针对的是该罪行为人对原被害人的原始物权的“二次侵权”,本质属于上游犯罪侵害财产的不法状态的继续,具有前后相继性。由于掩隐罪的犯罪客体通常以物的形式出现,被侵权的客体是不变的,是特定物,这有别于洗钱犯罪的上游犯罪客体是种类物“钱”。因此,下游的“二次侵权”表现形式也以处置方式的不同而呈现出来,本质的客体仍是同一的。这明显不同于对身体的伤害,间隔时间较长的身体侵权,是不能用同一损害来解释,从而得出前后两次的身体伤害可以构成共同侵权的。然而,掩隐罪的侵权与上游侵权造成的财产损害后果具有“同一性”,因为掩隐罪犯罪人从上游犯罪人手里收购同宗赃物,即便下游的掩隐罪可能是多人所为,其赃物来源还是同一的。追缴非法获利只是针对赃物在下游流转过程中产生的增值利益,对于对赃物本体的损害没有全部进行评估。

综上,回到上文三个案例,由于下游犯罪人相对固定,且下游侵权行为人通常会以明显低于正常的价格取得赃物,极大程度上可以推定其与上游犯罪人具有处置

① 张明楷:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年版,第346页。

赃物的某种联络。这也符合民事诉讼的高度盖然性证明标准，只是这种合意发生在上游犯罪已经完成之后，不能构成共同犯罪。显然，这种可能的意思联络比证明标准较低的“行为共同说”更能证成上下游构成共同侵权，只是由于刑事附带民事程序上的限制，两者之间的共同侵权不具有直观性，其处理顺序上也不是第一位的。

（三）掩隐罪中被告人的侵权行为及责任承担方式

实践中除了上下游犯罪的侵权行为能否认定为共同侵权外，如果构成共同侵权，是承担连带责任还是补充责任，其共同侵权的范围如何计算也是需要讨论的问题。

首先，共同侵权范围应当以下游侵权行为时的财物范围来认定。如果以上游侵权行为的范围来认定共同侵权的范围，显然加重了下游侵权行为的责任，也超出下游侵权行为的初衷。下游侵权的退赔或民事赔偿责任也应当以下游侵权行为时的标准来认定。上下游犯罪之间不是简单的刑法上的牵连关系，两者存在民事法律关系的牵连，对从下游犯罪行为时产生的财产损害应当承担部分连带责任。

其次，上下游侵权行为应当承担连带责任。“行为共同说”尽管较有利于维护受害人利益，但可能让共同侵权的连带责任过度扩张。^①下游犯罪人承担连带赔偿责任，责任是否过重？是否属于重复赔偿？

连带责任理论上不会带来重复赔偿，因为连带责任不影响内部的按份责任和追偿权的行使。上游犯罪中应当已经对涉案赃物作了处理，一般已经判决退赔数额，而下游犯罪中再明确判决退赔是否属于重复处理，这类现象必须要用共同侵权理论来解释。连带责任的最大价值是最大化保护了受害人的利益，对内可以根据原因力大小或比例原则确定上下游各方的责任范围，并且承认追偿权。下游的退赔责任可以向上游主张追偿，这就防止过分加大下游的民事责任。上游侵权行为的作用大于下游侵权行为，其承担侵权责任应当比下游的责任重。下游犯罪人真正的风险是对上游犯罪人的追偿不能，如果其承担的风险远大于预期的利益，下游犯罪人不法行为发生的概率会大大降低，预防犯罪和保护被害人的利大于可能出现的弊。

补充责任似乎能够有利于区分上下游赔偿责任的顺序，但是补充责任的适用应当严格依据法律规定。补充责任是我国侵权法独有现象，通常是有作为义务的一方怠于行使义务而造成，而下游犯罪的侵权性质是主动行为，其与上游犯罪是共同侵权行为。共同侵权的标准责任形式就是连带责任。

案例一涉及非法采矿罪和掩隐罪两个罪名，下游的葛某与上游的秦小某等人不

^① 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院人身损害赔偿司法解释的理解和适用》，人民法院出版社2004年版，第56页。



构成共同犯罪，判决也没有承认葛某与上游犯罪人构成共同侵权，所以在涉案财产处置上只追缴葛某的违法所得。案例三中上游的蒋某和下游的朱某分案处理，但是判决实质上承认了上下游犯罪之间共同侵权，这与案例一有实质性区别。案例三的判项体现了下游犯罪人对被害人退赔义务的对外连带性，判项明确要对蒋某退赔款进行扣减体现了民事赔偿的填平功能。

结 语

掩隐罪作为最常见的下游销赃犯罪，司法实践中对于犯罪行为人对被害人财产侵害重视不够，造成对被害人权益保护不力，不符合恢复性司法的理念。上下游关联犯罪不构成共同犯罪不是否定其构成民事共同侵权的充分理由。因此，下游犯罪行为人与上游犯罪行为入同样负有返还被害人财产的民事责任，掩隐罪的犯罪行为入应当对被害人承担连带赔偿责任。现有涉案财物处置措施中的追缴与责令退赔，没有清晰的功能区分，这与推动涉案财物实质审理的改革目标相距甚远。在现有制度框架内，厘清责令退赔的由来和功能不仅有利于切实保护被害人的合法权益，也符合节约司法资源的制度设计初衷。

（责任编辑：王文斌）

滥用民事权利的认定与法律后果

——《民法典总则编解释》第3条的司法适用

蒋家棣*

内容摘要：禁止权利滥用原则是诚信原则和公序良俗原则的具体体现，其基本的制度功能在于规范权利行使，缓和权利冲突，平衡各方利益。构成权利滥用的前提是存在正当权利，同时具有滥用权利的行为，且该行为有损害他人合法权益的现实危险；滥用权利的主观意思，应当结合行为的客观表现按照社会一般观念判断。适用《民法典总则编解释》第3条第1、2款时应注意二者的关系，第1款规定的是认定权利滥用的参考因素，第2款规定的是直接判断标准。权利滥用的法律后果包括两个方面：滥用行为不发生相应的法律效力，造成损害的应当按照《民法典》侵权责任编等相关规定承担民事责任。适用禁止权利滥用原则时应当注意其与各编的相关规定以及诚信原则、公序良俗原则之间的关系。

关键词：滥用民事权利；认定标准；法律后果；适用关系

我国《民法典》第132条规定民事主体不得滥用民事权利，目的是在鼓励权利主体正当行使权利的同时，为权利的行使划定明确的界限。^①为了更好地指导司法实践，《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》（本文简称《民法典总则编解释》）第3条对权利滥用的认定及法律后果进一步细化完善，其中第1款规定：“对于民法典第一百三十二条所称的滥用民事权利，人民法院可以根据权利行使的对象、目的、时间、方式、造成当事人之间利益失衡的程度等因素作出认定。”第2款规定：“行为人以损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益为主要目的行使民事权利的，人民法院应当认定构成滥用民事权利。”第3款规定：

* 蒋家棣，最高人民法院研究室民事处副处长，二级调研员。

① 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（上），法律出版社2020年版，第258页。



“构成滥用民事权利的，人民法院应当认定该滥用行为不发生相应的法律效力。滥用民事权利造成损害的，依照民法典第七编等有关规定处理。”

一、禁止权利滥用的制度功能和司法应坚持的价值导向

民事权利作为一种法律所保障的类型化的利益，具体体现为民事主体在一定范围内的行为自由。这就意味着民事权利的行使绝非漫无边际，而是受到一定的限制。因为，任何权利的实现，不仅关涉权利人的利益，而且关涉义务人的利益以及国家和社会的利益。故而，民事主体在行使民事权利时，应尊重他人的利益，不得滥用民事权利。^①所谓滥用民事权利，就是违背权利本旨或者超越权利的正当界限的行为。^②权利行使的界限是不得损害他人，即民事主体在实现自己的行为自由时也要尊重和保障他人的行为自由。19 世纪的英国哲学家、经济学家约翰·密尔提出：“一个人的行为的任何部分一到有害地影响到他人的利益的时候，社会就对他有了裁判权。”^③禁止权利滥用的基本精神，可以追溯至罗马法时代。如《法学总论》第一篇“正义和法律”中即指出，法律的基本原则是：为人诚实，不损害别人，给予每个人应得的部分。^④但在相当长的时期内，社会的主流思潮倾向于私权神圣和权利绝对性理论，法律并没有直接认可禁止权利滥用原则。因为如果坚持绝对的权利观念，滥用权利似乎就会成为一个伪命题。^⑤在法律上较早真正确立禁止权利滥用原则的是 1900 年的《德国民法典》，其第 226 条规定：“专以加害他人为目的之权利行使，不得为之。”此后为各国民法典所效仿。从发展过程来看，禁止权利滥用原则是在 19 世纪末，社会思潮由个人主义转向兼顾社会发展与人类生存的背景下确立起来的，其有限制个人权利行使的功能，但是深层目的却是为了更加广泛地保障权利的享有，防止民事权利成为个别人享有的特权。这是因为随着社会的发展进步，人类的行为边界不断拓展，由此产生的权利冲突现象也日益加剧。例如，因安装摄像头防盗而侵害他人隐私引发的纠纷，以及当前备受关注的因滥用人脸识别技术引发的纠纷，都是技术进步背景下出现的权利冲突现象。可见，禁止权利滥用原则的基本制度功能就在于通过规范权利行使来划定边界，从而缓和权利冲突，平衡各方利益。

此前，我国《民法通则》并未规定禁止滥用权利原则，禁止权利滥用有关内容规定在宪法中。我国《宪法》第 51 条规定：“中华人民共和国公民在行使自由和权

① 参见王利明：《民法总则研究》（第三版），中国人民大学出版社 2018 年版，第 449 页。

② 参见杨立新：《民法总则》，法律出版社 2020 年版，第 232 页。

③ [英] 约翰·密尔：《论自由》，商务印书馆 2014 年版，第 90 页。

④ 参见 [古罗马] 查士丁尼：《法学总论——法学阶梯》，商务印书馆 2009 年版，第 5 页。

⑤ 参见王利明：《论禁止滥用权利——兼评〈总则编解释〉第 3 条》，载《中国法律评论》2022 年第 3 期。

利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”因此,在民事案件中认定是否构成权利滥用时,往往需要基于诚实信用、公序良俗等民法的基本原则进行判断。2017年《民法总则》第132条正式确立了禁止权利滥用原则,“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益”。这一规定最终成为《民法典》第132条的规则,使得禁止权利滥用原则在我国民法典中确立下来。在司法适用时,法官应当把握禁止权利滥用原则的法理基础和产生背景,坚持谦抑和审慎的态度,避免该原则本身的滥用,也就是要遵循以鼓励权利行使为原则,以否定权利行使为例外的价值导向。因为禁止权利滥用只是对权利绝对性理念的修正,其前提仍然是尊重和保护权利的行使;限制权利行使的目的是为了保护更多的民事主体能够平等、广泛地享有权利。非基于防止权利行使损害他人合法权益的目的,不能轻易运用禁止权利滥用原则。

二、滥用权利的构成要件

第一,正当权利的存在。禁止权利滥用原则旨在规范权利的行使,故“构成权利滥用,需有正当权利存在”^①。如果根本没有权利,也就谈不上“滥用”。^②“禁止权利滥用制度的适用范围非常宽泛,可以适用于各种权利行使行为,包括滥用诉权、防卫过当、滥用解除权、滥用财产权(如无正当理由禁止袋地权利人通行)、滥用算法、不当申请专利和注册商标、滥用禁令等。”^③从实践情况看,各种类型的权利都可能被滥用,其中以支配权、请求权的滥用较为普遍,形成权、抗辩权的滥用也不鲜见。如一方违约行为显著轻微,对守约方没有实质性损害,而此时守约方明知解除合同将给违约方造成重大损害,仍然以符合约定解除事由主张行使解除权的,就可能构成权利滥用。当然,要认定当事人构成滥用解除权,首先应当认定其有解除权存在。

第二,滥用行为。这里的滥用行为,本质上是不正当、不合理地行使权利的行为,导致权利行使的后果偏离权利设置的目的和范围。通常而言,判断是否构成滥用的最重要标准是是否符合比例原则,即是否造成利益严重失衡,也就是是否存在“损人不利己”或者“损人极多而利己甚少”的情况。学理上还认为,构成滥用权利还需有滥用权利的主观意思。从域外立法例看,有的在法条中明确了权利滥用的主观要件,如《德国民法典》的规定;有的则未直接明确,如《瑞士民法典》第2条第2款规定“显属滥用权利者,不受法律保护”。但从司法适用的角度考虑,行为人

① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年版,第280页。

② 王利明主编:《中国民法典释评·总则编》,中国人民大学出版社2020年版,第313页。

③ 王利明:《论禁止滥用权利——兼评〈总则编解释〉第3条》,载《中国法律评论》2022年第3期。



有无滥用权利的主观意思只能采取客观主义的方法来判断,即根据权利人行使权利的客观行为和后果,按照社会一般观念来认定。故在司法实践中,滥用行为的认定和滥用意思的认定往往是一体的,这也符合行为是人的意志支配下的身体动静的法律属性。比如,行为人可以采取一种对他人没有影响或者影响较小的方式行使权利,却采取了一种对他人影响较大的方式行使,当然属于权利滥用行为,不论其主观上故意或者过失,可以认为具有滥用的意思。

第三,滥用行为有损害他人合法权益的危险。《民法典》第132条规定不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益。故损害要件应当是权利滥用的构成要件之一。但需要注意的是,这里的损害不应当局限于已经造成的损害后果,而应当是可能造成的损害危险。即禁止权利滥用原则不应当在造成实际损害时才发挥作用,而是在将要发生损害时即发生作用,相对人可以据此对抗权利人行使权利的主张。此即密尔所言“情事一到对于个人或公众有了确定的损害或者确定的损害之虞的时候,它就被提在自由的范围之外而被放进道德或法律的范围之内了”^①。有学者指出,第132条的损害既可能包含了损害后果,也可以指一种侵害的事实状态。^②也有学者认为,权利滥用的行为特征包括至少具有造成他人潜在损害的可能。^③因此,《民法典总则编解释》第3条第2款仅强调了以损害他人合法权益为主要目的,而不要求造成实际损害后果。这一方面是因为,如果等到已经造成实害再适用《民法典》第132条,许多损失已经难以挽回。比如,一方要求拆除铺设于自己地块上的天然气管道,可能因损及公共利益而构成权利滥用,相对人不必等到管道被拆除时再援引第132条,而应在权利人提出主张时即以此对抗。另一方面,已经造成损害后果的,是侵权责任编等规定的调整范围,按照相应的法律规定处理即可。此即《民法典总则编解释》第3条第3款的意旨。

三、滥用的判断标准

司法实践亟需解决的是滥用的认定问题,故《民法典总则编解释》第3条把规制重心放在了如何判断“滥用”上。

(一) 认定权利滥用的参考因素

《民法典总则编解释》第3条分设第1、2款对权利滥用的认定作出规定。第1款是关于权利滥用一般认定标准的规定。法律确立禁止权利滥用规则,旨在阐明“一

① [英] 约翰·密尔:《论自由》,商务印书馆2014年版,第97页。

② 参见王利明:《论禁止滥用权利——兼评〈总则编解释〉第3条》,载《中国法律评论》2022年第3期。

③ 参见彭诚信:《论禁止权利滥用原则的法律适用》,载《中国法学》2018年第3期。

切民事权利之行使,不得超过其正当界限”^①。但司法实践中的难点在于如何认定权利行使是否超过正当界限。本款在综合实务经验、学术成果、域外规定的基础上,提炼出权利行使的对象、目的、时间、方式、造成当事人之间利益失衡的程度等因素作为参考因素,指引法官在具体判断是否构成权利滥用时,即是否超过正当界限时,可以从不同的维度进行综合考量。这一标准将诚信原则和公序良俗原则融入其中,为审理相关案件提供具体、统一的指引,有助于引导民事主体依法行使权利,形成良好风尚。

1. 权利行使的对象。民事权利包括相对权和绝对权。绝对权能够对权利人之外的每一个人产生效力,每一个人都应尊重它。^②绝对权的这种对世性特征强调的是任何人都不得侵犯该权利,而不是可以无边界地对抗、限制所有人。绝对权受侵犯时,权利主体应当向侵权人主张权利,而不是向其他人主张。当权利主体对自己的权利采取预防性保护措施时,尤其要注意合理界限。比如,家门口安装摄像头侵害他人隐私的纠纷案件中,权利人安装摄像头目的是为了防止潜在侵害人,但却对不特定多数人的权利进行了无差别的干涉。本条列举对象作为考量因素,重点在于强调对公共利益的保护,不能以防止潜在侵害者为由损及不特定多数人的利益。在相对权的情形下,权利人只能针对特定主体主张权利,但在有些情形下,特别是涉及第三人时,也会出现权利行使的对象不适当的问题。例如,《民法典总则编解释》第29条规定的“法定代理人或者被代理人依据民法典第一百四十五条、第一百七十一条的规定向相对人作出追认的意思表示”,实际上隐含着追认权的行使应当向相对人作出的意思。因为在无权代理的场合,可能会出现被代理人向无权代理人追认,而相对人却向被代理人行使催告权的情形,如果不加限制,可能会出现追认权滥用的情形。对此,《日本民法典》第113条第2款规定:“追认或拒绝,未对相对人作出者,不得对抗该相对人。但相对人已知该事实时,不在此限。”

2. 权利行使的目的。权利的行使不得背离或者超出权利设定的目的。许多国家的民法典都侧重从权利行使的目的角度来规范权利滥用。如《俄罗斯联邦民法典》第10条第1款规定:“公民与法人不得实施专以损害他人为目的的行为,亦不得以其他形式滥用民事权利。不得为限制竞争之目的而行使民事权利,亦不得滥用市场支配地位。”再如,《埃及民法典》第5条第1项、第3项规定,仅以损害他人为目的或者所欲实现的利益为不法的,权利的行使构成不法。《魁北克民法典》第7条也强调了任何人均不得以损害他人为目的行使权利。此外,德国民法典,我国台湾地区“民法”也将目的作为认定权利滥用的重要标准。因此,《民法典总则编解释》第

① 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2017年版,第53页。

② 参见王利明、杨立新、王轶、程啸:《民法学》,法律出版社2017年版,第316页。



3 条第 1 款综合各国民法典的规则,将权利行使的目的作为重要参考因素。本条第 2 款,则在此基础上作进一步强调,即明确以损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益为主要目的行使民事权利的,应当认定为权利滥用。

3. 权利行使的时间。比如,在通常认为应当休息的时间,权利人不得以行使权利为由制造噪音,影响他人安宁。此类情形多见于相邻关系之中。民法典关于相邻关系的规定本身可认为是禁止权利滥用精神的具体化。其基本旨趣是强调不动产权利人在对自己的不动产行使权利时,要克制自己对权利的任意使用。^①除了不动产权利人之间相邻关系涉及权利行使的合理时间之外,实践中常见的还有广场舞深夜扰民问题。此外,高考期间权利主体也应当对权利行使保持克制,避免形成噪音,否则也是对他人合法权益或社会公共利益的损害。

4. 权利行使的方式。强调以合理方式行使权利也是许多国家、地区的民法典中有关禁止权利滥用规则的共同特点。在如何判断权利行使的方式是否合理方面,大多强调按照诚信原则、公序良俗原则来衡量。例如《日本民法典》第 1 条第 2 款规定:“行使权利及履行义务必须遵守信义,诚实为之。”《魁北克民法典》第 7 条除了强调权利行使的目的外,还强调不得以“违背诚实信用的要求以过分且不合理的方式行使权利”。《瑞士民法典》第 2 条第 1 款规定:“行使权利,履行义务应依诚实及信用为之。”《西班牙民法典》第 7 条第 1 款规定:“权利应善意行使。”《葡萄牙民法典》第 334 条规定:“权利人行使权利明显超越基于善意、善良风俗或该权利所具之社会或经济目的而产生之限制时,即为不正当行使权利。”在一个案例中,原告林某某因与原告陈某某(二人系夫妻关系)发生争吵,公然扇打陈某某的脸部,被告蔡某某将上述行为拍摄成视频并上传于互联网。蔡某某将林某某的不法暴力行为拍摄成视频并公布,属于行使权利的行为,但是其在公布时未对陈某某的容貌及形象进行模糊处理,导致陈某某因人格尊严受侵害而形成的不利影响进一步扩大,给其造成更大的精神损害,属于典型的行使权利的方式不适当。^②因此,《民法典总则编解释》第 3 条第 1 款参考域外民法典的规定,结合实践情况,将权利的行使方式提炼为一个重要参考因素。

5. 造成当事人之间利益失衡的程度。禁止滥用权利的目的在于消除权利冲突,保持权利主体之间的利益平衡。有观点提出应当把权利行使造成当事人之间利益失衡的程度作为一个参考因素。一些立法例也就此问题作了明确规定。如《埃及民法典》第 5 条第 2 项规定,所欲取得的利益是如此的微不足道而与由此致人的损害极其不

① 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(上),法律出版社 2020 年版,第 562 页。

② 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著:《中国民法典适用大全·总则卷(二)》,人民法院出版社 2022 年版,第 912-914 页。

相称的，权利的行使构成不法。《民法典总则编解释》第3条第1款将造成当事人之间利益失衡的程度也作为参考因素列明。

同时，本款的列举是不完全列举，实践中仍然可以根据具体情况提炼出其他因素。列举上述参考因素，除了可以为适用者提供明确指引外，还可以发挥行为导向的作用。禁止权利滥用规则是法律化的道德准则，具有法律调整与道德调整双重功能，其核心是道德问题，要求权利主体行使自己的权利时应当为他人着想，为社会着想。^①因此，通过明确法官在认定是否构成权利滥用时会考虑哪些因素，有利于促使权利主体在行使权利时也相应注意权利行使的对象、时间、方式、目的等因素，从而促进文明行使权利的风尚的形成，助力弘扬社会主义核心价值观。

应当注意的是，这里的条文表述为“可以”认定而非“应当”认定，旨在说明上述因素只是参考因素，在具体认定是否构成权利滥用时应当结合具体案情进行综合衡量。之所以采用“可以”的表述，是因为实践中滥用权利的情形十分复杂，需要具体问题具体分析，不宜轻易认定构成权利滥用。这一表述也是“以鼓励权利行使为原则，以否定权利行使为例外”立场的具体体现。

还需注意的是，本款的适用应当结合具体案情综合评判，而不能采取“一刀切”的简单做法。关键要看滥用行为是否对他人造成不利影响。在重庆发生的一起案例中，黄某、邹某因邻里纠纷产生积怨，后黄某故意在邹某的母亲顾某坟前修建粪坑并倾倒粪便。该粪坑虽然是修建在黄某自家承包地内，但法院依然判其败诉，主要理由是构成权利滥用。黄某故意在他人母亲坟前修建粪坑，其行使权利的方式违背了公序良俗，虽然一般不会对他人的物权造成实际损害，但依民众的通常认识，显然会造成他人心理不适。

（二）应当认定构成权利滥用的情形

由于认定权利滥用事关重大，稍有偏差就有可能背离民法典的权利保护理念，故而有必要对法官的裁量权予以必要限制。因此《民法典总则编解释》第3条第2款针对滥用权利中最典型、最普遍的情形作出明确规定。即行为人以损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益为主要目的行使民事权利的，应当认定构成滥用民事权利。民法典第132条规定，民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益，突出强调了滥用权利对他人权益的损害性。比较法上，德国、俄罗斯民法典均将滥用权利明确为“专以加害（损害）他人为目的”行使权利，我国台湾地区“民法”也明确为“以损害他人为主要目的”。“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益。权利人行使权利需以不妨

^① 参见杨立新：《民法总则》，法律出版社2020年版，第232页。



害社会秩序、公共利益及他人合法权益为前提”^①。综合以上考量,本款明确了行为人以损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益为主要目的行使民事权利的构成权利滥用。

有意见认为本款规定“以……为主要目的”会导致实践中认定难度较大,适用不便。实际上增加适用难度正是本款所追求的结果。与侵权责任、刑事责任中故意、过失以及“非法占有目的”的认定一样,本条中“主要目的”的认定也需要采取主客观相结合的思路,而根据客观现象来认定行为人的主观心理状态,本身会有一定难度。同时,这也有利于将一部分模糊不清、难以认定的情形排除出去,避免权利滥用的认定过于泛化。在认定“主要目的”时,要注意参考司法实践在认定侵权责任、刑事责任中的故意、过失、以非法占有为目的中积累的成熟做法,从客观表现中认定行为人的主观心理状态。比如,如果按照一般人的生活常识,都能认识到以该方式行使权利对权利人本身没有实际利益,但对他人合法权益会造成严重侵害的,应当认定为以损害他人合法权益为主要目的。

需要说明的是,凡是符合第2款规定情形的,应当认定为构成权利滥用;当存在第2款规定以外情形的,可以依据第1款规定的参考因素,结合具体案情认定是否构成滥用民事权利。例如,当事人一方在装修房屋时将厨房改为厕所,虽装修房屋是行使权利的行为,但因此造成厕所位于下层住户厨房之上,有违国家强制标准和公序良俗,引起下层住户心理不适。此时因不能证明该当事人有损害下层住户之目的,难以适用第2款规定,但其权利行使方式明显不当,属于以违背公序良俗的方式行使权利,法院判决恢复原状。^②这样,当符合第2款情形时,可以直接作出认定,当是否符合第2款情形难以认定时,可以根据第1款规定进行综合衡量。这样就达到了原则性与具体性的有机统一,有利于避免具体规则造成的挂一漏万现象,也有利于避免原则性规定可能会出现适用泛化问题。

四、权利滥用的法律后果

禁止权利滥用规则旨在限制权利的行使,而不是消灭权利。王泽鉴教授指出,权利之行使以损害他人为主要目的者,仅其“行使”为法所不许,“权利”本身的存在不受影响,仍得以其他法所允许的方法行使之。^③这实际上说的就是权利滥用的法

① 徐迪诉黑龙江天辰燃气有限责任公司、曲焕祥物权保护纠纷案,黑龙江省哈尔滨市松北区人民法院(2018)黑0109民初268号民事判决书。

② 参见黄某某、黄某某诉刘某恢复原状纠纷案,江西省赣州市中级人民法院(2021)赣07民终4047号民事判决书。

③ 参见王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2003年版,第567页。

律后果。我国《民法典》第132条规定较为原则，未明确规定权利滥用的法律后果。权利滥用的后果以承认权利存在而否认其行使为原则，以权利丧失为例外。^①滥用权利行为将发生两方面的后果：一是不能发生行为人预期的法律效果；二是造成他人损害将承担法律责任。^②《民法典总则编解释》第3条第3款关于权利滥用的法律后果的规定包含两个层次：

一是权利的滥用行为不发生相应的法律效力。这是权利滥用的基本法律后果。换言之，即使权利滥用行为尚未造成实际损害后果，但可能导致潜在损害时，仍然可以否定该权利行使的主张。实践中，滥用权利的情形十分复杂。其中较为常见的是滥用支配权的情形。前述加装摄像头侵害他人隐私和个人信息权益的案例，以及装修时将厨房改造为卫生间，使自己的卫生间正对楼下厨房的案例，均属滥用支配权的典型案例。由于行使权利的行为有造成他人损害之虞，故构成权利滥用，该行使权利的行为对他人不产生相应的法律效力，相关当事人可以要求恢复原状。

除支配权外，形成权、请求权、抗辩权等也可能构成权利滥用。其典型法律后果也是不发生权利行使的效力。表现在诉讼中即为权利主张不被法院支持。例如，《九民会议纪要》第47条规定：“合同约定的解除条件成就时，守约方以此为由请求解除合同的，人民法院应当审查违约方的违约程度是否显著轻微，是否影响守约方合同目的实现，根据诚实信用原则，确定合同应否解除。违约方的违约程度显著轻微，不影响守约方合同目的实现，守约方请求解除合同的，人民法院不予支持；反之，则依法予以支持。”这一规定的精神要义是，违约程度显著轻微，不影响守约方合同目的实现时，守约方主张解除合同的构成滥用解除权，是滥用形成权的典型情形。^③构成滥用解除权的，该滥用行为不发生解除权行使的效力。因此，《九民会议纪要》第47条明确规定，此时人民法院不予支持。滥用请求权的案例如前述黑龙江省的案件。域外也有一些滥用请求权的案例，主要表现为土地所有权人请求拆除地下管道、变电设施，被法院认定为构成权利滥用，理由是权利行使显然损害公共利益。^④抗辩权的行使也可能构成滥用。比如，当事人故意作出虚假意思表示，对方当事人请求履行时，其又以构成真意保留为由对抗善意相对人的，该抗辩权的行使显然违背了诚信原则，不应得到人民法院支持。在以通谋虚伪表示对抗善意第三人的情形中也

① 参见梁慧星：《读条文，学民法》（第二版），人民法院出版社2017年版，第60页。

② 参见王利明：《民法总则研究》（第三版），中国人民大学出版社2018年版，第45页。

③ 需要注意的是，有观点对本条持有不同看法，认为既然当事人约定了解除权，就应当尊重意思自治。笔者赞同《九民会议纪要》的立场，认为有必要对约定解除权予以限制。比如，标的额为1000万元的合同，当事人已经支付了999万元，剩余1万元仅因客观原因逾期1天支付，对方就以约定解除权产生为由主张解除合同，将会造成明显不公平的后果。

④ 参见梁慧星：《民法总论》，法律出版社2017年版，第281-282页。



存在此类情况。

二是滥用民事权利造成损害的,应当承担侵权等民事责任。滥用权利可能尚未造成实际损害,此时只需否定权利行使的效果,如前述滥用解除权的行为。但在更典型的情况下,滥用权利已经造成了实际损害。因此,有必要对这种情形作出明确规定,以统一法律适用。故第三款规定滥用民事权利造成他人损害的,应当适用民法典侵权责任编等的规定。滥用权利造成损害,大多数情况下构成侵权责任,因此本条指明适用民法典侵权责任编的规定。同时,滥用民事权利不仅涉及侵权责任编的适用问题,还可能涉及民法典其他编或者其他法律的有关规定。如公司股东滥用公司法人独立地位、股东有限责任或者股东权利,损害公司债权人、公司或者其他股东利益的情形,则涉及公司法的有关规定,对此直接按照相应规定处理即可。

五、禁止权利滥用原则与相关规定的适用关系

《民法典》总则编将禁止权利滥用规定在第五章“民事权利”部分,该规定具有一定的概括性和抽象性,相对于各编规定的具体的权利行使规则,仍然属于一般性规定,具有总揽全局的作用,而相对于诚信原则和公序良俗原则,其又属于相对具体的规则。因此,适用时应当注意把握两个方面的关系:

一是与各编具体规定的适用关系。禁止权利滥用原则可以用来补充法律漏洞,法院审理案件,从现行法找不到相应的具体规定时,可以直接适用属于授权条款性质的禁止权利滥用原则裁判案件。^①因此,在适用禁止权利滥用原则时,应当严格遵循一般规定与特别规定的关系处理。即应当首先看民法典及其他法律对权利行使的限制有无具体规定,有具体规定的应当直接援引该具体规定,而不能直接适用禁止权利滥用原则。实际上,《民法典》中有大量的此类规定,典型例子如关于相邻关系的规则,要求权利人负有容忍义务,为相邻人行使权利提供必要的便利。再如,《民法典》第 564 条对解除权的行使作了期间限制,目的也是在于防止权利人在知道解除事由后违背诚信原则长期不行使解除权。其他民商事单行法中也有一些限制权利行使的具体规定,尤其以知识产权类法律为典型。同时,各编对具体权利行使的限制未作明确规定,但通过类推适用、目的性扩张、目的性限缩等漏洞填补方法能够得出结论的,也应当优先援引相关规定并适用相应的方法进行处理。需要注意的是,有些结论已经通过司法解释予以固定,适用时直接援引法律规定和司法解释

^① 参见梁慧星:《梁慧星谈民法》,人民法院出版社 2017 年版,第 177-178 页。

的规定即可，从而可以避免复杂的说理。例如，《民法典总则编解释》第16条第2、3款对配偶、父母、子女以外的利害关系人申请宣告死亡的权利作了“不申请宣告死亡不能保护其相应的合法权益”的限制，目的是为了平衡各方当事人的利益，特别是要避免财产性利益过分凌驾于身份利益之上。因为利害关系人的权利主张如果完全能够通过宣告失踪制度获得救济，适用宣告死亡制度就偏离了比例原则，有违禁止权利滥用原则的精神。这一解释思路在《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第1条中得到了清晰的体现，该条规定：“为了确保各方当事人权益的平衡保护，对于配偶、父母、子女以外的其他利害关系人申请宣告死亡，人民法院审查后认为申请人通过申请宣告失踪足以保护其权利，其申请宣告死亡违背民法典第一百三十二条关于不得滥用民事权利的规定的，不予支持。”《民法典总则编解释》延续了这一思路。

二是与民法基本原则的适用关系。《民法典》未将禁止权利滥用原则放到基本原则中规定，因此在民法典的逻辑体系中，禁止权利滥用原则与诚信原则、公序良俗原则并不属于同一层级的规定，而是属于相对具体的规定。学理上滥用权利被认为是“加重违反诚信原则”的具体表现。故在法律对权利行使的限制没有直接的具体规定，也无法运用漏洞填补方法从具体规定中解释出结论时，应当优先考虑适用禁止权利滥用原则，而不是直接适用诚信原则或者公序良俗原则解决问题。

结 语

任何权利都应当有边界，如果个人可以任意突破其他主体的权利边界，整个社会将陷入无序状态。因此，行使权利时必须考虑权利行使的正当性、合理性且需遵循诚实信用、公序良俗、公平等原则。认定滥用民事权利应在权衡各个因素及其相互作用的基础上进行综合判断，以实现各方利益的最大化。

（责任编辑：杨 军）



个人破产司法实践法律问题研究

——基于债务人经济发展权视角

宋嘉俊 刘 晗*

内容摘要：个人破产制度作为重要的市场主体退出机制，在我国各地已积累了较为丰富的司法实践经验。当前，个人破产司法实践中存在免责债务比例认定缺乏标准，个人破产重整与清算程序的选择依据不稳定，管理人中立性、尽职性监督缺位，案件不予受理裁定缺乏理据支撑等问题。基于保障债务人经济发展权的考量及对争议问题成因的理论反思，明晰个人破产立法体例、明确个人破产法律概念、重新定位个人破产管理人角色、优化债务人诚信行为认定标准，既有助于推进债务人经济发展权相关理论研究，也有益于构建更加科学完善的个人破产法律制度。

关键词：个人破产；经济发展权；破产管理人；诚信行为

我国首部个人破产法规——《深圳经济特区个人破产条例》（以下简称《深圳条例》）自 2021 年 3 月 1 日起施行，个人破产正式进入地方立法并走向更为规范的司法实践，个人破产类司法案例也不断走入公众视野。早在《深圳条例》实施之前，部分地方法院已经通过法院内部工作文件规范类个人破产程序的司法过程，如苏州市吴江区法院于 2019 年 10 月 21 日发布《苏州市吴江区人民法院关于个人债务清理的若干规定》（以下简称《吴江规定》），浙江省高级人民法院于 2020 年 12 月 3 日发布《浙江法院个人债务集中清理（类个人破产）工作指引（试行）》。2019 年 10 月，全国首例具备个人破产实质功能和相当程序的个人债务集中清理案件在温州市平阳县顺利办结。^① 个人破产及类个人破产程序不仅为法院执行工作带来突破性的进展，

* 宋嘉俊，辽宁科技大学经法学院助理研究员；刘晗，山东省高级人民法院研究室法官助理。

① 参见陈琦：《全国个人破产首案》，载《宁波经济（财经视点）》2021 年第 8 期。

也为完善破产法框架内的个人破产立法内容提供实践经验和逻辑指引。在已审结的司法案例中,关于个人破产程序制度运行中的诸多理论与实践争议,映射出个人破产程序规定有待完善,部分相关法律概念仍需推敲。

一、保障债务人经济发展权的价值来源

纵观我国历史上对于个人陷入财务困境的处理,债权人本位的观念曾根深蒂固,虽有诸如“摊账”与“兴隆票”一类民间处理机制出现,^①但总体看来对欠债不还的处理仍然较为严苛。现代意义上的破产制度已将旧观念摒弃,主张“破产无罪”“破产免责”“破产不惩戒”,即破产制度的真正意义在于保护面对经济压力而重新寻求生机的债务人,并非单纯的债务追讨。此类现代意义主张并非无源之水:其一,符合我国传统文化宽以待人、与人为善的处世哲学;其二,保护“诚实而不幸”的人,强调保护的核心即债务人生存权、发展权的保障,这也是个人破产制度的根本出发点;其三,从社会保障层面看,在个人破产免责制度下,债务人是直接的受益者,允许个人破产能够使债务人获得新生,可避免债权人权利永驻,债务人“破罐破摔”,通过良好的个人债务退出机制,保护社会整体利益;其四,债务人生存权、发展权保障,是对建立在一定生产力发展水平上的现实社会关系的调整。^②因此,伴随市场经济的发展,对债务人权益的保护越来越受到关注,除了债务人生存权,债务人发展权尤其是经济发展权的保障与否越来越成为衡量个人破产法律规制效果的重要标尺。

(一) 债务人发展权价值的宪法来源

从自然权利角度出发,生命、自由及财产是人生而享有的权利,在各国宪法中也予以确认与保障。在生产力发展的基础上,现代社会关于生命权的内涵逐渐丰富为生存权和发展权。健康的社会应当为过度负债的人提供创造社会财富且继续发展的机会,从而保护债务人的发展权。^③从我国宪法保障生命权、财产权的内涵来看,一方面,保障债务人发展权可以体现宪法生命权、财产权保障的基本精神,将个人破产制度作为宪法保障公民生命权、财产权实施的重要途径;另一方面,保障债务人发展权同时也保障债务人其他权利非因债务而受到侵害,如平等权、人身自由权、文化教育权、社会经济权利等。从宪法价值体系衡量,债务人发展权价值具有宪法

① 参见苏亦工:《发现中国的普通法——清代借贷契约的成立》,载《法学研究》1997年第4期。

② 参见殷慧芬:《个人破产立法的现实基础和基本理念》,载《法律适用》2019年第11期。

③ 参见刘益灯、姚丽昆:《论个人破产中自由财产制度建构——以债务人基本权利保障为视角》,载《福州大学学报(哲学社会科学版)》2022年第5期。



来源性。

（二）债务人发展权价值的社会来源

从现实来看，赋予债务人发展权有益于社会利益实现。作为社会组成部分，个人破产的债务人群体已随社会生产力与生产关系的不断变化而集中于社会中下阶层，如德国、美国个人破产申请原因中，失业为占比最大原因。^①在社会整体结构中，中下阶层群体占据较大比例，据此可知，保障债务人生存、发展权势必为社会稳定带来重大益处，减少个人偿债不能所引发的社会不安定因素，于社会进步与发展有益无害。在市场经济体制下，个人参与经济活动的比例逐步增加，个人信贷消费爆发式增长，随之而来的如经营不善、过度消费、经济形势变化等都将造成更多债务人陷入破产境地，此时如不能对债务人的发展权予以保障，那么债务人的生存危机将转嫁于社会，并使债务人沦为社会最低保障的救济对象。^②反之，以个人破产制度对债务人发展权予以保障既可以化解社会风险、平息社会矛盾、提振债务人收入构成与盈利能力，也可以改变个人对于创业、投资、消费观念新的社会认知，从而激发市场经济活力。从社会整体利益衡量，债务人发展权价值具有社会来源性。

（三）债务人发展权与债务人经济发展权

发展权作为一项人权，在国际法范围内既代表个人人权，也代表国家或民族的集体人权，国际法视角也更多关注国家或民族的集体发展权，但就债务人发展权而言，个人破产制度关于发展权的探讨则需聚焦于个人发展权。债务人发展权概念的产生，延伸了发展权这一基本人权的含义，明确了人权保障的有效途径。

一般认为，发展权包括经济发展权、社会发展权、政治发展权等诸多类型，其中经济发展权被公认为发展权的核心，是其他发展权有效实现的基础。^③经济发展权也可以分为整体发展权与个体发展权。^④其中，个体发展权涉及个体利益，但要实现经济的良性发展，需要在市场经济体制下有效协调和保护各类主体的经济发展权及发展利益。诚如前述，个人破产制度作为个人主体的市场退出机制，既是实践宪法人权保障的必然要求，又是社会利益提升的有利方式，其中债务人经济发展权的保障便成为焦点内容。因此，研究保障债务人经济发展权对于完善我国个人破产制度，提升社会整体发展利益具有重要现实意义。

① 参见许德风：《论个人破产免责制度》，载《中外法学》2011年第4期。

② 参见刘益灯、姚丽昆：《论个人破产中自由财产制度建构——以债务人基本权利保障为视角》，载《福州大学学报（哲学社会科学版）》2022年第5期。

③ 参见张守文：《经济发展权的经济法思考》，载《现代法学》2012年第2期。

④ 参见汪习根：《法治社会的基本人权——发展权法律制度研究》，中国人民公安大学出版社2002年版，第88页。

二、个人破产司法实践中的争议及其成因

（一）司法实践中的争议问题

我国个人债务主要依靠民商事法律进行调整，个人债务减免的需求被忽视或者说被压制。^①随着国家经济体制改革向纵深推进，个人债务带来的负面影响不断增加，而个人破产及类个人破产类案件的形成，多以法院执行类案件为前导，债务人一般身背数债，法院无法通过执行实现债权人诉求。出于保障债务人的生存权，以及保障债权人的合法债权，债务人依据法规或规章，申请相应个人破产或个人债务清理程序。考察多地方司法案例，在体现保障债务人经济发展权的法律规制方面存在诸多争议。

1. 免责债务比例缺乏统一的认定标准

当前，个人破产案件中裁定免责债务比例尚无统一认定标准。在深圳中院5例个人破产案件中，第一例，法院确认申请人需100%清偿债务但可免除利息和滞纳金；^②第二例，法院确认申请人重整状态下，需清偿92.5%；^③第三例，法院确认申请人重整状态下，需清偿94.34%；^④第四例，法院确认申请人重整状态下，需清偿36.97%；^⑤第五例，法院宣告债务人破产，免责考察期结束后法院根据其表现决定是否免除未清偿债务。^⑥以上5件个人破产案件中前4件属于个人破产重整案，最后一件属于个人破产清算案，个人破产重整案件免责债务比例各有不同，有的差距巨大，个人破产清算通过考察后可免除全部债务。由此可见，《深圳条例》下无论程序是否相同，债务人经济发展权保障力度均有所不同。在苏州市吴江区人民法院2例个人破产案件中，第一例，法院裁定批准债务人个人债务清偿计划，终止个人债务清理程序，最终确认债务人清偿31.58%，免责剩余债务；^⑦第二例，法院终结债务人个人债务清理程序，最终免责剩余全部债务。^⑧以上两件个人破产案件同属于个人债务清理程序，但最终免责清偿比例仍有不同，也即在《吴江规定》下，认定债务人经

① 参见刘冰：《我国个人破产免责制度的构建》，载《法商研究》2022年第5期。

② 参见梁文锦个人破产重整案，深圳市中级人民法院（2021）粤03破230号（个1）之二民事裁定书。

③ 参见魏华红、吴雄久个人破产重整案，深圳市中级人民法院（2022）粤03破185、186号（个4、5）个人破产案件公告。

④ 参见李辉个人破产重整案，深圳市中级人民法院（2022）粤03破187号（个6）民事裁定书。

⑤ 参见郭伟个人破产重整案，深圳市中级人民法院（2022）粤03破573号（个55）民事裁定书。

⑥ 参见呼煦晖个人破产清算案，深圳市中级人民法院（2021）粤03破417号（个11）之二民事裁定书。

⑦ 参见邱友梅个人债务清理案，苏州市吴江区人民法院（2020）苏0509执清7号之二民事裁定书。

⑧ 参见钱福林个人债务清理案，苏州市吴江区人民法院（2021）苏0509执清28号之五民事裁定书。



济发展权保障标准并无明确规定。

2. 个人破产重整与个人破产清算程序选择依据不稳定

作为债务人经济发展权保障的重要途径,个人破产重整程序一直被寄予厚望。但以《深圳条例》为法律依据,对于个人破产重整与个人破产清算的程序选择,因最终清算程序能够给予债务人更大的免责债务比例,债务人在清算和重整二选一的情况下,绝大多数会选择清算程序,导致重整程序反而在经济发展权保障中落于下风。因此,在深圳中院司法实践中,仍然是由法院把握债务人申请程序的选择,以实现债权人与债务人的利益平衡。

《深圳条例》中关于选择重整程序的具体要求为“有未来可预期收入的债务人可以申请重整程序”,而对于清算程序的选择并无明确法律规定。重整程序对于债务人经济发展权的保障具有实践中的可操作性,清算程序虽显笼统,但似乎结果上更加契合保障债务人经济发展权的要求。鉴于此,2022 年 5 月 17 日,深圳中院发布了《加强个人破产申请与审查工作的实施意见》(以下简称《实施意见》),其中第 9 条第 2 款指出“债务人申请个人破产清算的,应当丧失清偿债务能力且清偿能力难以恢复。债务人不符合前述情形的,人民法院可以对个人破产清算申请不予立案”,从而明确了个人破产清算程序的适用条件。但此项指引一出,深圳中院个人破产案件中个人破产重整案件比例大量增加,未来是否会有新规调整个人破产清理程序的适用条件有待观察。

3. 个人破产案件裁定不予受理缺乏法理基础

个人破产案件中可见裁定不予受理,其理由缺乏法理基础,与保障债务人经济发展权的初衷相悖。在深圳中院裁决的 4 例不予受理的个人破产案件中,第一例,裁判理由是申请人对财产变动经过不能作出合理解释,且离婚时约定夫妻共同债务由一方承担,并过度举债归还,导致法院无法认定其本人是否存在破产原因;^①第二例,申请人自 2009 年起并未在深圳经济特区居住,故对其个人破产清算申请不予受理;^②第三例,申请人对借款用途并未举证,且深圳鼎品科技有限公司也未进入破产程序,因此,申请人并无证据证明其主张,不能证明其存在破产原因;^③第四例,申请人主张因投资钢材销售生意而负债,但所提交的证据无法证明其债务发生原因,无法说明原因的债权为二申请人主张的初始负债,且占所申报债权总额接近二分之

① 参见李某申请个人破产清算案,深圳市中级人民法院(2021)粤 03 破申 217 号(个 6)民事裁定书。
② 参见王丹申请个人破产清算案,深圳市中级人民法院(2021)粤 03 破申 507 号(个 23)民事裁定书。
③ 参见范国良申请个人破产清算案,深圳市中级人民法院(2021)粤 03 破申 509 号(个 25)民事裁定书。

一，因此裁定不予受理。^①由此可见，法院在作出是否受理个人破产申请时严格遵循诚实信用原则，只要申请人有不诚信行为的可能性便裁定不予受理。从个人诚信行为认定角度看，法院裁定理由并未结合社会普遍性情理认知。在社会生活中，夫妻离婚由主债务人承担婚姻存续期间债务属人之常情，离婚后帮助偿还共同债务也在情理之中。个人因婚姻或其他原因变更经常居住地等行为并不能成为认定个人行为是否诚信或应否受理案件的充分条件，应宽容对待，如有相关因素构成破产相对无效情形似乎更为合理。^②从破产原因认定角度看，个人破产是否只需满足个人资不抵债，法院裁定过程中仅结合过往财务变动及申请民事行为予以认定，其背后法理依据值得商榷。从裁定是否受理的认定尺度看，个人破产程序立法目的在于帮助债务人重生，对事实认定以达到排除合理怀疑为标准是否违背立法初衷仍需进一步探讨。

（二）争议成因

个人破产司法实践存在争议的成因复杂，系多种原因彼此联系相互影响而致，很难具有直接的解决办法。^③为厘清争议成因，需结合现状具体表现与个人破产制度立法目的、债务人经济发展权保障等进行多层次分析。

1. 免责债务比例的认定

当前个人破产程序中，免责债务比例虽然经过债权人会议表决通过，经法院确认最终得出，但究其本质，仍然是管理人、债权人、债务人三方协商结果，免责债务比例根据个案情形均有不同。据此，免责债务比例认定争议，主要指不同类型不同当事人或同一类型不同当事人的个人破产案件中，免责债务比例认定结果随机性大，无法预见性判断案件免责债务比例认定结果，造成司法实践的不确定性。

深究其因主要有三：其一，认定免责债务内容过程中，在我国采用“否定性规则”背景下，^④个人破产免责债务内容规定明显过于笼统，司法实践中会产生适用障碍；其二，在认定免责债务比例过程中，对于债务人清偿能力既缺乏具体认定标准，也没有相关法律规定将其与免责债务比例认定予以关联；其三，个人破产案件司法程序进行过程中，管理人充当调解债权人与债务人之间的重要桥梁，要进行调查取证、

① 参见王苏燕、刘仕铨申请个人破产重整案，深圳市中级人民法院（2021）粤03破申778号（个47）民事裁定书。

② 参见齐砺杰：《破产无效制度在个人破产背景下的迭代研究——以〈深圳经济特区个人破产条例〉为例》，载《中国应用法学》2021年第5期。

③ 参见汤维建、胡守鑫：《个人破产制度构建中的理论分歧、共识与反思——基于571份调查问卷的实证研究》，载《中国应用法学》2021年第5期。

④ 参见靳岩岩：《论个人破产法上免责考察制度的法律构造》，载《财经法学》2022年第1期。



形成有效文件初稿、通过法院组织债权人会议表决等具体工作。管理人相关工作一定程度上具有公共司法属性,其中立性、尽责性并无完善法律规制保证实现有效监管。一言蔽之,当前个人破产制度无法实现债务人经济发展权的有效法律规制保障。

2. 个人破产清算与个人破产重整的选择

深圳地区个人破产案件的程序选择,在深圳中院公布《实施意见》后,司法实践有所纠偏,但仍存在程序选择的相关争议。首先,对于破产程序的选择,与管理人、债权人关联不大,主要由债务人决定,法院审查受理。就此,各地方法院具体做法并不统一,如深圳中院《实施意见》第 8 条将面谈辅导作为个人破产申请前置程序,其他法院并无此做法。其次,个人破产清算与个人破产重整中关于免责清偿比例无区别限制,司法实践遵循原则为个人破产重整清偿比例应大于同案个人破产清算清偿比例。再次,司法实践中深圳地区个人破产重整案件所形成的重整计划与浙江或苏州市吴中区个人债务清理所形成的个人债务清偿计划相比,程序类似、内容差别不大,本质仍属债权债务相关内容。最后,司法实践中深圳地区个人破产重整案件与企业破产重整案件相比,企业破产重整目标更明确、与企业性质关联度更高,而个人破产重整似乎对于恢复债务人经济发展意义不大。综合前文所述,深一步探究可发现,个人破产程序中重整与清算的法律概念模糊,个人破产法律规制中是否应设置个人重整与清算之程序区分值得研究。这从另一侧面也体现出当前个人破产制度程序环节设计对于满足债务人经济发展权的需要仍显不足。

3. 个人破产案件受理与否的裁定

破产申请人申请个人破产程序势必需要免除一定偿还义务或其他义务,因此,如何确认申请人是否满足免责条件是具体考量个人破产案件受理裁定认定的内容。在个人破产案件受理裁定认定争议中,申请人诚实信用是考量满足免责条件的基本准则之一,但在司法实践中,如前文所述个人破产案件在裁定不予受理时严格执行诚实信用准则,不容许有证明力不足内容出现,不以客观上个人无法还债为依据,说理缺乏论理基础,因而导致裁定结果出现争议。

究其成因,其一,个人破产法律规制中缺乏债务人的错误原因与不诚实信用的详细区分;其二,在裁定过程中,法院未充分考虑社会普遍性的情理认知、模糊理性与感性之间的法治边界;其三,不诚信行为认定标准所采理论依据不符合个人破产法之立法目的,未能体现帮助债务人重生的理念;其四,对于不诚信行为事实的证明标准,不应达到排除合理怀疑之程度。

综上所述,作为个人破产制度的入口,如何把握是否受理的“度”,笔者认为,

应结合个人破产制度立法目的和债务人经济发展权的保障需要，多层次完善相关法律法规内容。

三、个人破产程序法律规制理论探讨

个人破产程序本质仍是一种概括清偿机制，债权人及破产事务管理部门通过破产管理人组织管理，经债权人会议表决通过，法院最终确认，形成重整计划或破产案债权表、清偿计划或免除债务等文件。法院是否受理个人破产程序或类个人破产程序，如何协调管理人、债权人、债务人及法院四方之间的关系形成合法有效可执行的文件，是个人破产程序法律规制理论讨论的现实问题。

（一）否定性规则的笼统化与精细化

对于个人破产程序免责条件规则而言，我国目前采用否定性规则。有观点认为，我国个人破产法律规制的规定过于细化，司法实践限制立法目的的实现。如《深圳条例》第14条第8款“债务人依照本条例免除未清偿债务未超过八年”及《吴江规定》第6条第11款“债务人依照本规定免除未清偿债务未超过六年”的规定。时间规定较长可以一定程度上提升申请个人破产程序准入门槛，但对于实现立法目的来说，过于细化的规定不利于法律与社会发展之间的协调。个人破产制度的建立可一定程度缓解司法执行难题，给予自然人合理解决债务危机的途径。^①减少法律法规的限制，相对法官的裁量范围的扩大，可以让管理人及法官在实践过程中灵活判断，从而达到债务人与债权人的最优利益平衡，使法院对维持债务人生存、债务人持续发展、债务人情感保护等个人破产法的立法目的充分实现，^②最大程度地发挥个人破产免责考察制度对于促进债务人重生的功能，积极化解社会矛盾。另外，立法过程中也无法完全罗列所有的否定性情形，因此应尽量减少细化规定，增加原则性规定以辅助立法目的的实现。

笔者认为，应当精细化制定相关法律规则，设立较高的个人破产申请门槛，防止个人破产制度被滥用。^③我国目前个人破产法律规制规定过于笼统，司法实践中会产生适用障碍。如《深圳条例》第98条前两款均为在破产程序中的不当行为，考察的时间范围也自然是在破产程序开始后到考察期届满时。但第3款“因奢侈消费、赌博等行为承担重大债务或引起财产显著减少”与第5款“隐匿、转移、损毁财产，

① 参见王欣新：《用市场经济的理念评价和指引个人破产法立法》，载《法律适用》2019年第11期。

② 参见徐辉：《论个人破产制度中的债务人财产》，对外经济贸易大学2014年博士学位论文。

③ 参见赵万一、高达：《论我国个人破产制度的构建》，载《法商研究》2014年第3期。



不当处分财产权益或者不当减少财产价值”的行为,可能发生在破产前。《吴江规定》第6条第3款“有履行能力而拒不履行生效法律文书确定义务的”、第7款“无正当理由拒不履行执行和解协议的”是指与案件相关法律文书或和解协议,还是个人债务清理期间内发生的所有生效法律文书与和解协议,并未有明确具体的说明。否定式规则的笼统化规定,在一定程度上给法官的裁判带来不明确指引,反观精细化规定,不仅在排除否定性规则范围内让法官能够安全利用自由心证实现实体公正,也在否定性规则精细化过程中明晰法律条文含义、梳理债务人经济发展权的保障途径,为个人破产制度提供更科学的法律规制内容。

(二) 管理人的中立性、尽职性

管理人这一角色的设置,不仅承担了专业技术层面的工作,也被赋予了一定调查取证的义务。目前,我国个人破产法律规制内容中对于管理人不中立、不尽职的相关责任规定并不明确,同时,法院对于管理人的选任及奖惩机制,主要建立在资格与费用基础上。^①这样的角色设置,很难保证债务人、债权人利益的平衡,不能给予很好的制度保障,从而导致主要由管理人制作的有关债务人材料与文件的中立性和尽职性值得商榷。

浙江省及苏州市吴江区个人破产案件基本都属“执转破”类型案例,^②管理人在法院对于免责债务比例的认定、债务人清偿能力的判断具有极大影响力。本文认为,《吴江规定》中关于管理人指定的内容,并不符合个人破产制度逻辑,在债务人与债权人利益平衡理论背景下明显有失偏颇,债务人在管理人的组织下对于免责债务比例的决策也具有一定主动权。

管理人为何起到如此大的作用但规制措施却仍显不足?究其原因,个人破产案件关联债权大多属于法院执行案中久拖不决类型,“执转破”可能成为终结执行案的“良策”。^③与此同时,管理人的出现可一定程度缓解法院执行类案件的司法负担,加上长期的债权纠纷难以化解不利于社会和谐,从另一侧面强化了法院对于寻求纠纷化解的愿望和决心。此时,管理人的角色便从中立的执行者转变为具有目标性的调停者,法院此时对于管理人的赋权成为变相的司法手段,一旦如此,管理人的中立性和尽职性便无法从本应中立监督的法院处得到落实。

① 参见李盛烨:《管理人处分财产制度的修改和完善》,载《中国应用法学》2022年第4期。

② 参见沈芳君:《个人债务集中清理司法探索与个人破产立法设想——以浙江省为主要视角》,载《法治研究》2021年第6期。

③ 参见赵泽君、林洋:《“执转破”程序启动模式的分解与重塑》,载《政法论丛》2018年第3期。

（三）个人破产程序中重整概念

1. 个人破产与企业破产清算、和解、重整概念对比

就立法技术而言，个人破产立法的难度远远大于企业破产，因为企业破产重在清算，而个人破产则致力于再生或重整，二者的立法重点并不一致。^①综观我国《企业破产法》与《深圳条例》之规定，无论个人破产还是企业破产中，清算概念都具有底线意义，清算程序将导致“破产”终局行至程序终点，清算概念在二者规定中相对明确。

具有中等程度意义的和解程序，在实践中也包含一定重整及清算因素，更加尊重债权债务双方的意思表示，需要进行一定对比表述。根据《企业破产法》与《深圳条例》中对于和解程序的规定，其一，企业破产和解只允许债务人申请，个人破产和解既可以债务人申请也可以债权人申请；其二，企业破产和解只允许程序内即法院组织下履行和解程序达成协议，个人破产和解允许委托和解与庭外和解；其三，企业破产和解需管理人参与，个人破产和解尚未指定管理人的，可以暂不指定管理人；其四，法院裁定企业破产和解无效直接宣告其破产，个人破产和解协议未达成需要法院进一步判断债务人是否符合破产条件；其五，个人破产和解规定自和解程序终结之日起一年内，债务人不得再次提出和解申请，企业破产无此限制；其六，企业破产和解协议执行完毕时起，债务人不再承担清偿责任，个人破产和解协议执行完毕之日起十五日内，债务人可以向人民法院申请免除其未清偿的债务。由此可见，企业破产和解更注重程序性，重在清算；个人破产和解更具灵活性并考量了与自然人相关的立法因素，二者总体符合其各自立法重点。

具有最高层次意义的重整程序，在法律规制过程中需要给予更多的考量。从《企业破产法》与《深圳条例》中对于重整程序的规定中可以看出，《深圳条例》是在《企业破产法》的重整规定框架下进行与自然人有关的技术性细化。将《企业破产法》第70条至第94条与《深圳条例》第106条至132条综合对比，除细化内容外，二者区别主要包括：其一，企业破产重整期间，债务人的出资人不得请求投资收益分配，个人破产重整无出资人概念；其二，重整计划草案未按期提出或未通过，重整计划未批准，企业破产重整终止重整程序，并宣告债务人破产，个人破产重整需要法院进一步判断是否裁定终结重整程序，是否符合破产条件宣告债务人破产；其三，企业破产重整计划草案中有提交债务人经营方案、不得规定减免债务人欠缴的社会保险费用的要求，个人破产重整并无此项，但是有区别于前者的关于房屋抵押贷款作为重整计划草案的相关规定及具体要求的五项内容。由此可见，二者法律规制内

^① 参见汤维建：《我国个人破产立法的制度框架构想》，载《上海政法学院学报》2023年第1期。



容总体差别不大,内容上《深圳条例》仅是在《企业破产法》基础上进行了微调与技术性细化,并未有个人破产立法重点层面的特征性体现。

2. 当前个人破产法律规制中的重整概念甄别

诚如前述,企业破产重整与个人破产重整区别中,企业破产重整有引入出资人环节,而出资人决定是否出资的关键是营利主体是否可恢复营利能力,由此可见企业本身在资产负债良性情况下有恢复正常营业的可能性;反观个人破产重整,自然人与企业的法律性质具有本质差异,并无出资人概念。重整概念立法层面应考虑企业主体与自然人主体的差异,个人主体在其经济发展权保障环节更多需要减轻债务负担、减少个人信用及活动限制,以期债务人正常参与经营活动恢复自身经济能力。

重整概念旨在通过行为纠正和活动改造,使债务人恢复基本经济能力。但从个人破产法律规制和实践中可发现,个人破产重整概念与恢复债务人基本经济能力的设立目的逻辑相悖。从《深圳条例》第 110 条、第 111 条关于个人破产重整所涉及担保物权与取回权规定来看,个人破产重整概念带给债务人的帮助无法定性为为生产经营服务,本质仍然属于债权债务范围,这一特征由自然人并不是法律意义上的营利组织,也不具备必然的营利能力的法律性质决定,即对债务人的担保物权、取回权的保护,无法在法律层面认定为自然人营业事务而为其提供重整机会。从实践案例来看,个人破产重整限制债务人免责清偿比例,未提供任何制度上恢复经济能力的帮助,反而一定程度增加债务人负担。结合以上两方面,个人破产重整概念不仅在法律层面没有理论基础,实践中也没有达到其应有意义。除此之外,个人破产重整的相关内容,形式上可以通过个人破产清算程序实现,也为实践中债务人个人破产程序的选择及法院裁定破产重整还是清算带来一定困扰。

综上所述,当前个人破产法律规制中的重整概念模糊,一定程度上与企业破产重整概念混淆。因此,个人破产重整概念仍需精细规制,个人破产法律规制中涉及类重整内容一方面可考虑结合债务人关联公司、企业等组织进行协商,将其列入个人破产清算程序或企业破产程序中予以实现;另一方面可考虑脱离企业破产法的框架,形成新的具有强自然人属性的个人破产重整法律规制内容。

(四) 诚实信用行为的认定

对于诚实信用行为的认定,有观点认为,诚实信用行为认定应采行为结果论,即以行为所造成的结果是否为诚信结果来判断个人破产案件是否满足诚信范畴。在此理论背景下,个人行为具体发生时间节点、与不诚信结果的因果关系等考量因素弱化,用个人行为结果是否诚信对个人破产受理申请认定或程序外因终结予以认定。

笔者认为,诚实信用行为认定应采行为目的论,即以行为实施的目的作为判断个人破产案件是否满足诚信范畴。在此理论背景下,应着重考量个人行为发生节点、与不诚信结果的因果关系及个人行为的主观目的等具体行为性质,作出对个人破产受理申请认定或程序外因终结的合理判断。如前文所提深圳中院裁定不予受理申请案,^①李某行为时间点发生在《深圳条例》颁布实施之前,就其行为目的来讲:第一,夫妻举债一方经营,离婚时协议由经营一方承担债务也符合社会普遍性和情理认知;第二,李某后续举新债还旧债的行为,也无法认定其具有通过个人破产清算逃避债务的主观目的。综上,认定李某存在不诚信行为有待商榷。

在认定申请人或债务人诚信问题时,其一,应注意关注社会普遍性和情理认知。债务人举债偿债不能的原因,除不可抗力之外,都会有债务人自身的错误原因,如决策失误、情感纠葛、侵权纠纷等。要将这部分原因排除诚信考量范围,给予“诚实而不幸”债务人经济发展权保障的最大可能性。其二,如何区分来自于债务人的错误原因与诚实信用的关系,一方面,需要通过立法或司法解释加以界定;另一方面,法院在司法过程中应本着实现个人破产制度帮助债务人重生的理念的立法目的,给予债务人经济发展权保障一定宽容度,不应对事实认定达到排除合理怀疑的标准。其三,在个人破产程序上,设计合理环节给予债务人、债权人双方发表意见的机会,以当事人意愿作为受理申请重要考量内容,程序上保障债务人经济发展权充分落实,进而实现债权人、债务人之间的利益平衡。

四、个人破产法律规制的初步构想

(一) 明晰个人破产立法体例

实践中看,企业破产与个人破产的司法实践由法院破产法庭、管理人、破产事务管理部门联合参与,各个组织在不同类型的破产案件中形成联动,就处理一类或不同类案件已有一定经验与教训,因此,在未来破产类案件参与组织相对稳定的情形下,以统一的破产法典形式构建个人破产的立法体例符合我国现实司法环境要求。

统一的破产法典应涵盖个人、法人组织、非法人组织等不同类型主体的破产程序法律规制内容,以弥补我国当前破产立法的缺失,如此体例可以发挥较好的实践指导作用。其一,在不同类型主体的破产程序之间通过法律规制明确各自规制边界,提供精细化法律框架,给予如涉及为企业经营个人担保造成个人破产情形等综合性

^① 参见李辉申请个人破产清算案,深圳市中级人民法院(2021)粤03破申217号(个6)民事裁定书。



现象进行详细甄别的法律规制内容。其二,辅助司法解释或指导性案例,可以为破产类案件参与组织提供及时准确的司法实践指导,避免不同类型破产程序的立法延迟,导致破产法律发展进度参差不齐。其三,就个人破产立法角度而言,全面法典式立法体例可以为债务人经济发展权的立法保障提供更全面参照,从法典总则层面明晰个人破产并非会计意义上的资不抵债、停止支付的简单模型,在规制细节上形成独具特性的编章节,最终使个人破产制度成为推动社会经济、法治进步的新的突破点。

(二) 明确个人破产法律概念

我国个人破产法律,无论立法、执法、司法还是相应法律监督都处于起步阶段,部分概念不清含义不明也属必然,需要在实践中不断予以补正与细化,诚如前述,完善立法体例后,需要在破产法律框架内精准明确个人破产相应法律概念。

通过司法实践的结果探讨,当前个人破产程序需要精准明确的内容主要包括:其一,债务人清偿能力与免责债务比例需形成对应关系。现实司法实践已然出现因债务人清偿能力没有明确评价标准致部分案件免责清偿比例的差距巨大,因此,可通过形成以“清偿能力评定标准”为内容的司法解释予以明确;另外,如“未来可预期收入”“债务人职业发展需要”等体现债务人清偿能力与发展能力的相关概念可依据实践结果定期通过司法解释或指导性案例予以细化,以实现在认定债务人免责债务比例时,法律规制内容能够提供精准明确的规制效果。其二,“个人破产重整概念”需精细规制。当前个人破产重整概念的现实含义仍深陷于企业破产的制度意涵,个人自然人属性强调并不足够,欠缺保障个人债务人经济发展权的法律规制实质内容。因此,可通过个人破产立法来精细规制个人破产重整概念,使其相对脱离企业破产的框架束缚,独立形成以个人破产立法重点为核心的法律规制内容,为债务人生存权、经济发展权提供更合理法治保障。

(三) 重新定位个人破产管理人角色

管理人作为破产程序中独有的制度设计,不但是破产制度区别于其他债务清理制度的重要特征之一,亦是破产程序能否高效和公正运行的关键所在。我国《企业破产法》中规定了管理人制度,并随着相关司法解释的实施,基本建立起包括资格、指定、报酬、职责、义务、责任等内容的管理人制度框架。^①此外随着《深圳市个人破产管理人名册管理办法(试行)》的施行,个人破产管理人制度也有了一定细化规

^① 参见郁琳:《破产程序中管理人职责履行的强化与监督完善——以管理人的法律地位和制度架构为视角》,载《法律适用》2017年第15期。

则,但如前文所述,现行个人破产管理人制度权责明显失衡,多方监管缺位造成管理人的中立性和尽职性法治保障缺失。

为此,个人破产管理人角色需重新定位,以此实现管理人法律规制,形成权责一致、尽职尽责、监管到位的新中立局面。其一,管理人与法院之间关系应重新定位。摒弃由法院指定这一单一途径,重新考量管理人的指定方式,可考虑公开招投标、建立管理人资质评价机制等公开形式,防止管理人与法院形成隐性隶属关系。其二,管理人的奖惩机制应重新设计。其设计初衷应秉持权责一致,实行更具法律威慑力的有效考核制度,对于违规违法行为制定相关法律予以专门规制。其三,管理人在进行免责债务比例认定时所处角色应重新定位。摆脱中立汇报而采中立探查角色定位,在法律规制上一方面制定相关法律法规界定管理人行为权限明确的边界和条件;另一方面设置一定薪酬机制鼓励管理人挖掘债务人非公开隐匿财产,在现有机制下倾向债权人一方利益保护。通过以上方式完善管理人角色定位,可进一步保障管理人的中立性、尽职性,使管理人制度更加科学运用于个人破产制度中。^①

(四) 优化债务人诚信标准的认定路径

诚实信用是市场经济活动中形成的道德规则,它要求人们在市场活动中讲究信用,恪守诺言,诚实不欺。诚实信用一般具有抽象性和概括性,在民法体系中同时具有道德规范和法律规范的双重调节功能,导致司法实践中诚信原则具体概念内涵与认定标准实难以界定,并存在各地方司法机关在界定的条件和标准不尽相同的现实困境。如前所述,个人破产法律规制所涉及诚信概念较一般民法范畴更为复杂,司法实践中认定债务人诚信标准较为严苛。由于个人破产的成因强调自然人属性,需要从社会多角度给予个人破产诚信概念更广泛、更包容的理解,以实现保障债务人生存及发展权的个人破产立法目标,完善个人破产法律规制内容。

在债务人诚信标准认定路径上,可从以下三个方面予以优化:其一,在认定债务人诚信标准的理论选择上,应以行为目的论为主,支撑诚信的认定标准以更宽泛的实践框架。在事实认定的过程中,行为目的论理论可以支持司法实践中债务人涉及认定的事实行为进行逐一甄别,如关注行为发生时间和当事人状态以判断行为性质,防止以偏概全式的裁判,给予债务人更多实现其生存权、发展权的可能性也有助于司法实践从整体层面根据社会普遍性的情理认知,对债务人个人破产形成过程是否诚信作出更合理判断。其二,在认定债务人诚信标准上,适当放宽裁判标准。司法实践中存在申请人有不诚信行为的可能性法院即裁定不予受理的情况,对于个

^① 参见杜若薇:《个人破产程序中的管理人设置》,载《中国政法大学学报》2021年第4期。



人破产程序准入采用排除合理怀疑标准,于破产程序申请人而言未免太过严苛。适当放宽裁判标准,一方面可以实现个人破产程序在法院执行类案件中的终结性作用;另一方面可以给予债务人更多通过个人破产程序实现其生存权、发展权的机会。其三,在法院认定债务人是否诚信前,程序上增加给予债务人、债权人双方沟通交流、发表意见的流程节点。这样的设置既可从程序上充分给予债权人、债务人利益平衡的机会,也可帮助法院在裁判前通过双方交流全面掌握案情,更好实现个人破产程序中的实体公正。完善债务人诚信标准的认定,可在个人破产制度准入阶段发挥帮助债务人重生的应有作用,充分保障债务人经济发展权以法治的方式实现。

结 语

建立完善的个人破产制度不仅是我国经济发展的必然要求,也是社会主义法治建设的迫切需要。在仅有“半部”破产法的立法背景下,我国对个人破产制度进行不断探索和实践。对债务人经济发展权的概念界定,否定性规则的适度笼统化与精细化,管理人的中立性、尽职性,个人破产程序中重整概念、诚实信用行为认定的探讨与反思,不仅有助于夯实个人破产司法实践理论基础,同时也为未来个人破产立法提供建设性参考,以期在法律法规的制定及司法实践的指导上更加精准明确,在管理人角色设置上重新予以考量,在申请人诚实信用的认定上放宽裁判标准,以完善个人破产法律规制,达致债权人和债务人之间的利益平衡,促进社会整体利益的提升。^①

(责任编辑:刘文文)

^① 参见张阳:《个人破产何以可能:溯源、证立与展望》,载《税务与经济》2019年第4期。

情势变更解除规则的构造与适用

刘磊*

内容摘要：情势变更解除与不可抗力法定解除虽在引发事由上存在重合，但除此之外并无其他交集。尽管情势变更解除与违约方申请司法解除的制度功能不同，但两者仍存在规范竞合，应允许当事人选择适用。再协商程序仅为法律规定的倡导性程序，遭受不利影响的一方当事人有权直接启动情势变更解除，其启动方式除起诉或反诉外，还可以是抗辩，但其权利同样受除斥期间的限制。无变更继续履行的可能性构成情势变更解除的特别条件，而由于排除情势变更解除的约定无效，后者并不构成该特别条件。情势变更解除的时间应结合多种因素综合确定，遭受不利影响的一方当事人在解除后应平均分担相对方的实际损失。

关键词：情势变更；不可抗力；违约方解除；再协商；除斥期间

引言

在1999年《合同法》制定过程中，由于对是否应规定情势变更制度存在较大争议，最终通过的《合同法》正式稿删除了草案中的情势变更制度。^①之后，在2008年金融危机的背景下，最高人民法院为适应司法实践的需要便在2009年《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《合同法解释二》）第26条以司法解释的形式明确了情势变更制度。^②《民法典》第533条结合理论上的新发展及司法实践中的新情况，正式以法律的形式明确了情势变更制度，而最高人民

* 刘磊，中国政法大学比较法学研究院博士研究生。

基金项目：本文系司法部国家法治建设与法学理论研究项目“国际商事调解协议的可执行性研究”（22SFB4016）的阶段性成果。

① 参见全国人大常委会法制工作委员会编著：《中华人民共和国立法资料选》，法律出版社1999年版，第161-164页。

② 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典合同编解读》（上册），中国法制出版社2020年版，第240页。



法院《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释(征求意见稿)》(以下简称《民法典合同编通则解释(意见稿)》)第 33 条则针对《民法典》第 533 条作了进一步细化。

从情势变更解除的视角来看,《民法典合同编通则解释(意见稿)》第 33 条第 1 款是对情势变更解除引发事由的规定,重点明确了当发生价格涨跌时哪些情形可成为引发事由,而哪些情形只是商业风险;第 2 款和第 4 款则涉及情势变更解除的特别适用条件,分别规定了变更与解除的适用顺序和当事人约定排除情势变更解除的条款效力;第 3 款则是关于情势变更解除时间的规定。整体来看,上述规定积极回应了司法实践中的问题争议。但是,对于情势变更解除与不可抗力法定解除及违约方申请司法解除的区分、情势变更解除的启动程序、情势变更解除后的损失分担等同样争议较大的问题却并未涉及。此外,学者们以往对于情势变更解除往往是将其作为情势变更制度的法律效果之一,与再协商、变更等其他法律效果一并讨论,并未做过多展开。基于此,本文聚焦于情势变更解除,围绕上述实践争议并结合《民法典合同编通则解释(意见稿)》第 33 条中的相关规定展开讨论,以期对司法实践中相关争议解决有所助益。

一、情势变更解除的特殊性

从《民法典》第 563 条第 1 款第 1 项及第 580 条的规定来看,两个条文分别规定的不可抗力法定解除和违约方申请司法解除与第 533 条规定的情势变更解除在构成要件上存在部分重合,那么这三项不同的解除模式在体系上应当如何区分,便有必要做进一步讨论。

(一) 情势变更解除与不可抗力法定解除的区分

相较于原《合同法解释二》第 26 条,《民法典》第 533 条的两项重要修改在于:第一,明确“不可抗力”亦属于情势变更制度的引发事由;第二,将“继续履行合同对于一方当事人明显不公平或者不能实现合同目的”中的“不能实现合同目的”予以删除。而根据《民法典》第 563 条第 1 款第 1 项的规定,在“因不可抗力致使不能实现合同目的”的情况下,当事人享有法定解除权。因此,第一项修改导致情势变更解除与不可抗力法定解除在构成要件的引发事由上存在重合,而第二项修改则引发不可抗力事件导致合同目的不能实现的情形是否被归入第 563 条第 1 款第 1 项调整范围的争议,这涉及两种解除模式的区分问题。

立法机关的官方释义认为,在不可抗力事件作为引发事由的情况下,如果继续履行合同对一方当事人明显不公平的,应适用《民法典》第 533 条的情势变更解除,

但如果不可抗力事件导致合同目的无法实现的,则应适用《民法典》第563条第1款第1项的法定解除权。^①这种观点实际上是将原《合同法解释二》第26条中的“不能实现合同目的”直接等同于《民法典》第563条第1款第1项中的“不能实现合同目的”,在《民法典》第533条将原《合同法解释二》第26条中的“不能实现合同目的”删除后,对于不可抗力事件导致合同目的无法实现的情形,统一由《民法典》第563条第1款第1项调整。^②但值得注意的是,原《合同法解释二》第26条对于“不能实现合同目的”还有着“继续履行合同”的前提,这也就是说,此处的合同目的不能实现是指履行行为本身并没有出现障碍而仍然能够正常履行但却导致合同目的无法实现的情形。可是,《民法典》第563条第1款第1项中的“不能实现合同目的”却并非如此。

首先,从《民法典》第563条第1款第2-4项的规定来看,该条所指的合同目的不能实现都应和履行行为本身出现问题有关。具体而言,这几项规定在列举预期违约行为、迟延履行违约行为属法定解除事由后,又在第4项以“其他违约行为致使不能实现合同目的”的规定作为兜底,这表明第563条规定的几项法定解除事由至少应与履行行为本身出现问题直接相关。其次,尽管理论上对于此处“合同目的”的理解存在其仅指履行不能,^③还是应将履行不能、不完全履行、迟延履行都包括在内的争议,^④但始终存在一定共识,即此处合同目的不能实现是因履行行为本身出现障碍所导致。因此,对于不可抗力事件导致合同目的无法实现的情形统一由《民法典》第563条第1款第1项调整的做法,并非妥当。

原《合同法解释二》第26条采取的是将“显失公平”与“不能实现合同目的”并列规定的做法,那么在对于“显失公平”的解释上便不能将债权人受领给付失去意义这种应属于“不能实现合同目的”的解释包含在内。但是,《民法典》第533条没有继续沿用这种并列规定的做法,而是仅保留“显失公平”,那么在对于目前“显失公平”的解释上便应将原本属于原《合同法解释二》第26条中“不能实现合同目的”的含义包含在内。

因此,《民法典》第533条删除原《合同法解释二》第26条中的“不能实现合同目的”,只是将其规范含义纳入该条的“显失公平”要件当中,而并不意味着将其归入《民法典》第563条第1款第1项的调整范围,情势变更解除与不可抗力法定解除存在本质区别。既然如此,该“显失公平”在解释上就不仅是指合同双方因情势变更事实的出现导致各自合同利益出现显著失衡,即各方的履约成本与所获价值

① 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社2020年版,第343页。

② 参见李昊、刘磊:《〈民法典〉中不可抗力的体系构造》,载《财经法学》2020年第5期。

③ 参见刘凯湘:《民法典合同解除制度评析与完善建议》,载《清华法学》2020年第3期。

④ 参见韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第659页。



出现显著变化,^①还表现为成本或收益虽无变化,可债务人的履行对债权人所获价值而言却变得毫无意义从而合同目的无法实现的情形。^②

(二) 情势变更解除与违约方申请司法解除的区分

情势变更解除与违约方申请司法解除的区分主要体现在以下几个方面:(1)从制度功能上看,情势变更解除的功能在于对非归责于当事人的事由导致的权利义务失衡进行调整,追求的是权利义务的对等,^③而违约方申请司法解除是在债权人已无法请求继续履行而又拒绝解约,合同继续存在并无实质意义的情况下,以保障债权人合理利益为前提,使双方重获交易自由,提高整体经济效率。^④(2)从引发事由上看,情势变更解除要求不可预见且不属于商业风险的客观事由,这类客观事由的出现不可归责于双方当事人,但违约方申请司法解除并未对引发事由作此种限制,而更多的只是强调一种结果状态,即出现三项例外情形之一致使合同目的无法实现。(3)从债务类型上看,情势变更解除对于金钱债务或非金钱债务都可能提供救济,但违约方申请司法解除仅适用于为不履行非金钱债务或履行非金钱债务不符合约定的情形提供救济。(4)从前置程序来看,情势变更解除倡导当事人先通过再协商的方式解决争议,协商不成再进入诉讼,但违约方申请司法解除并未作此种限制。(5)从解除的法律后果来看,当事人在情势变更解除后应分担未遭受不利影响的一方当事人的损失,而违约方申请司法解除则并未免除违约责任。

即便如此,情势变更解除与违约方申请司法解除仍会出现规范竞合的情况。根据《民法典》第 580 条的规定,在满足“当事人一方不履行非金钱债务/履行非金钱债务不符合约定+三项除外情形之一+致使不能实现合同目的”情况下,法院或仲裁机构可根据当事人申请而终止合同关系。值得注意的是,当三项除外情形之一的“履行费用过高”发生时,《民法典》第 533 条的情势变更解除与第 580 条规定的违约方申请司法解除可能会发生竞合。具体而言,情势变更解除在适用范围上包括当事人一方不履行非金钱债务或履行非金钱债务不符合约定的情形,而“履行费用过高+致使不能实现合同目的”可被情势变更解除中的“继续履行显失公平”要件涵盖。

有学者认为,情势变更的法律效果除合同解除以外,还有合同变更,出于最大限度维持合同效力的目的,当情势变更制度与违约方申请司法解除竞合时,应优先

① 参见朱广新:《情势变更制度的体系性思考》,载《法学杂志》2022 年第 2 期。

② See Krell v. Henry, [1903] 2 K.B. 740.

③ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社 2020 年版,第 244 页。

④ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社 2020 年版,第 417 页。

适用情势变更制度。^①按照这种观点,当情势变更解除与违约方申请司法解除的构成要件出现竞合时,优先适用的并非是两者之一,而是情势变更制度法律效果之一的合同变更。但是,对于情势变更的适用,一般认为应采当事人主义,而非职权主义,^②应由当事人提出请求,否则法院不能径行以情势变更为由解除。如果当事人选择启动的是违约方申请司法解除,那么法院在受理或审理阶段应审查的分别是该当事人的起诉是否符合案件受理条件和诉讼请求是否符合违约方申请司法解除的规范构成,而不能在经审查都符合的情况下,因案件情形还符合情势变更制度的规范构成,就径行驳回该当事人的诉讼请求或直接判决适用情势变更制度。此外,无论是情势变更制度抑或是违约方申请司法解除,实践中的启动主体往往都是遭受不利影响的一方当事人,其有权选择以何种方式为自己寻求救济。况且,如果遭受不利影响的一方当事人选择启动情势变更,无论最后的结果是变更或解除,债权人的利益总会做出一定的牺牲,但如果遭受不利影响的一方当事人选择启动违约方申请司法解除,即便合同最终被解除,该当事人仍需向债权人承担违约责任,这对债权人来说其实更为有利。

因此,遭受不利影响的一方当事人有权为自己的救济途径做出选择,法院或仲裁机构应做的是判断该当事人的诉讼请求是否符合受理或支持的条件,除此之外,不应代替当事人选择救济方式。

二、情势变更解除的启动程序

从《民法典》第533条第1款“当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同”的表述来看,情势变更解除的法律性质显然并非解除权,当事人仅有权启动情势变更解除程序,需由法院或仲裁机构判断合同能否因情势变更解除。结合理论与司法实践,关于情势变更解除的启动程序涉及如下几个方面的问题需进一步讨论。

(一) 启动情势变更解除的前置程序

在《民法典》之前,尽管《合同法解释二》第26条没有规定再交涉,但《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)逐条解读》认为,再协商程序体现了诚实信用原则,应值得鼓励,但这种协商并非强制性。相较于《合同法解释二》第26条的规定,《民法典》第533条第1款对当事人之间的再交涉予

① 参见谭佐财:《〈民法典〉情势变更制度的体系构造与程序要义》,载《华南理工大学学报(社会科学版)》2021年第5期。

② 参见崔建远:《合同法学》,法律出版社2015年版,第100页;韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第521页。



为了明确规定,即“受不利影响的当事人可以与对方重新协商;在合理期限内协商不成的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同”。那么,再协商是否必然构成情势变更解除的前置程序呢?

从条文中“可以”的表达来看,可解释为受不利影响的当事人享有与对方重新协商的权利,即便协商不成,该当事人还可以向法院或仲裁机构申请变更或解除。当然,既然这是该当事人的权利,那么他也有权选择不与对方重新协商而直接向法院或仲裁机构申请变更或解除。这种解释路径便对应理论上的权利说观点。^①值得注意的是,既然将再协商定性于当事人的权利,那么必然会涉及对方当事人的义务履行,将再协商既定于权利也定性于义务的观点便是在此基础上提出,其本质上仍属于权利说观点的延伸。^②从比较法上看,《国际商事合同通则》(简称 PICC)第 6.2.3 条的规定可为此提供支撑,即受不利影响的当事人有权要求重新协商,如果在合理期间内未能达成一致,任何一方都可诉至法院。

但也有学者认为,上述条文应被解释为受不利影响的当事人在申请法院或仲裁机构变更或解除之前应负有再协商义务:上述前一个“可以”意在表达受不利影响的当事人有权选择的是继续按照原合同履行或者适用情势变更制度跟对方重新协商。换言之,如果该当事人选择适用情势变更制度就必须要先跟对方重新协商;后一个“可以”则是在表达,如果该当事人与对方协商不成的,才可以请求法院或仲裁机构适用情势变更解除。^③这在比较法上也能找到参照依据,《欧洲合同法原则》(简称 PECL)第 6:111 条规定当事人应负有再协商的义务,如果双方未能在合理期间内协商一致,法院才会变更或解除合同。

实际上,无论将再协商定性于权利(对方当事人便负有义务)还是义务,都必然会涉及违反义务一方当事人的不利后果,这种不利后果多表现为损害赔偿、承担因此所生之不利利益等。^④PECL 第 6:111 条第 3 款更是明确规定,法院可对一方悖于诚信与公平交易拒绝协商或中断协商所造成的损失判决其损害赔偿。对此,《欧洲示范民法典草案》(简称 DCFR)的立场值得关注。从条文表达来看,DCFR 第 III -1:110 条规定法院变更或解除合同的前提条件之一是债务人已经合理且诚信地试图通过协商来实现对债务条款调整,这似乎与 PECL 第 6:111 条的立场较为接近。但是,DCFR 第 III -1:110 条的评注却对此持否定态度,认为 PECL 的这种技术方案实

① 参见张素华、宁圆:《论情势变更原则中的再交涉权利》,载《清华法学》2019 年第 3 期;朱广新:《合同法总则研究》(下册),中国人民大学出版社 2018 年版,第 472 页。

② 参见崔建远:《情事变更原则探微》,载《当代法学》2021 年第 3 期;周恒宇:《关于〈民法典〉情势变更制度的若干重要问题》,载《中国应用法学》2022 年第 6 期。

③ 参见朱广新:《情势变更制度的体系性思考》,载《法学杂志》2022 年第 2 期。

④ 参见时明涛:《情事变更视域下再协商义务的理论构建》,载《西部法学评论》2020 年第 2 期。

则是属于强加给缔约当事人的义务，且存在不必要的复杂和困难，尽管其仍将再协商作为启动法院解除的条件，但更多的只是意味着债务人已经为协商过程提供了合理时间即可。^①同时，DCFR 第Ⅲ-1:110 条的评注还认为，PICC 第 6.2.3 条的规定似乎也无必要，因为合同当事人在任何时候均有权要求重新谈判。^②就此而言，DCFR 第Ⅲ-1:110 条的起草者起初便已经注意到 PECL 第 6:111 条和 PICC 第 6.2.3 条的国际立法现状，但同时也意识到后两种立法技术将再协商定性为权利或义务带来的弊端，最终只是将再协商作为程序意义上启动解除的条件。尽管有学者仍将再协商定性为义务，但其也认为违反再协商义务的不利后果不应是损害赔偿，而应是丧失主张合同调整或解除的权利。^③这种观点实际上已经趋同于 DCFR 第Ⅲ-1:110 条的立场，并未将违反再协商义务的不利后果定位于实体上的损害赔偿，而只是将其定位于程序意义上启动解除的前置条件。

如果依照 DCFR 第Ⅲ-1:110 条将再协商仅定位于程序意义上的启动条件，也并未有不妥，但《民法典》第 533 条的规定则更为宽松，甚至并未作此种程序意义上的限定，而只是倡导当事人进行协商。这便对应不少学者对以往将再协商定性于权利或义务的观点进行反思后提出的法律倡导说观点：鉴于再交涉的前提不一定充足、义务内容不确定、违反再交涉的法律效果不合理等方面的原因，应当认为再交涉是一个并无法律意义的构造，只是法律的一种倡导。^④理由在于：（1）再交涉的主流形态只可能是对立而非合作，而法官在司法实践中也面临着信息偏差的困境，无法对再交涉过程中的行为样态和内容做出准确有效判断，况且这也为法官增加了新的司法负担；^⑤（2）重新协商是当事人通过合意分配风险的程序，有赖于当事人的合作，是否开启重新协商程序也是当事人的自由，并不能强制，否则便有违意思自治，并且任何权利化或义务化的做法也都可能会增加当事人的交易成本。^⑥

从最高人民法院《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（一）》第 3 条第 2 款及《关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见（二）》第 1 条第 6 款的规定来看，也只是把再协商作为倡导性的程序，甚至是倡导法院以调解的方式引导当事人进行再协商，但无论如何，这仍然只是倡

① 参见克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案》（全译本），高圣平等译，法律出版社 2014 年版，第 617-619 页。

② 参见克里斯蒂安·冯·巴尔、埃里克·克莱夫主编：《欧洲私法的原则、定义与示范规则：欧洲示范民法典草案》（全译本），高圣平等译，法律出版社 2014 年版，第 617 页。

③ 参见吕双全：《情事变更原则法律效果的教义学构造》，载《法学》2019 年第 11 期。

④ 参见孙文：《情势变更下再交涉之解构》，载《法治社会》2020 年第 2 期。

⑤ 参见吴逸宁：《情势变更制度下的再交涉义务司法适用之反思——一个法经济学的视角》，载《政治与法律》2022 年第 1 期。

⑥ 参见尚连杰：《风险分配视角下情事变更法效果的重塑——对〈民法典〉第 533 条的解读》，载《法制与社会发展》2021 年第 1 期。



导性程序,并不影响当事人直接启动申请法院变更或解除的程序。在司法实践中,法院通常也并未关注原告是否提交证据证明已进行再协商程序,而是将审查重点放在案件情形是否符合情势变更解除的构成要件。^①

因此,再协商能否构成情势变更解除的前置程序,取决于当事人的自主选择,其并非强制性的前置程序,当事人也有权在情势变更事实发生后直接向法院或仲裁机构提出情势变更解除。

(二) 情势变更解除程序的启动主体

根据《民法典》第533条第1款前半句的规定,“受不利影响的当事人”系再协商程序的启动主体,当无疑问。但是,对于情势变更解除程序的启动主体,该款后半句规定的却是“当事人”,那么是否意味着未遭受不利影响的当事人也有权启动情势变更解除程序?

从比较法上看,上述条文表达方式比较接近PICC第6.2.3条的规定,即第(1)款规定“受不利影响的当事人”有权要求重新谈判,但如果在合理时间内仍未达成协议,第(3)款规定“任何一方当事人”均可诉诸法院。不过,PECL第6:111条和DCFR第Ⅲ-1:110条却并没有明确未遭受不利影响的当事人可以诉诸法院。相关各方对情势变更解除程序的启动主体进行解释时仍使用“当事人”的表达,并未明确表明其是指“双方当事人”还是仅指“受不利影响的当事人”。^②

解决上述分歧的关键恐怕还是要回到情势变更制度的功能和再协商程序的性质。首先,就情势变更制度的功能而言,其本就是为了避免双方不可预见的事由导致双方权利义务失衡,从而赋予遭受不利影响的一方当事人有权申请法院或仲裁机构介入对其进行救济的程序,既然对方当事人并未因此遭受不利影响,并没有赋予其权利的必要。其次,再协商程序如果被定性为遭受不利影响的一方当事人的权利,对方当事人势必负担再协商的义务,那么如果双方在合理时间内仍不能达成一致,似乎有必要赋予对方当事人通过提起诉讼以终止磋商的权利。但其实这仍然没有必要,即便对方当事人负担再协商义务,只要其诚信参与磋商但双方在合理时间内仍无法达成一致,其直接以通知方式终止磋商程序即可。更何况,正如上文分析指出,将再协商程序的开启定性为遭受不利影响的一方当事人的权利或义务并非妥当,而仅能认定为法律规定的倡导,如此一来,赋予对方当事人开启情势变更解除程序的权利更无必要。我国司法实践也是如此,通常将情势变更制度限定于遭受不利影响的

① 参见冯莉诉黄新育房屋租赁合同纠纷案,江苏省无锡市中级人民法院(2022)苏02民终3962号民事判决书。

② 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社2020年版,第242页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典合同编理解与适用(一)》,人民法院出版社2020年版,第487-488页。

一方当事人的权利救济程序。^①因此,《民法典》第533条第1款后半句中的“当事人”仅指“受不利影响的一方当事人”更为妥当。

(三) 情势变更解除的启动方式

比较法上,对于情势变更解除有形成权解除和形成诉权解除两种模式,前者如《德国民法典》第313条,受不利益的一方当事人向对方通知即可解除,后者如PICC第6.2.3条,合同能否因情势变更解除需要法院做出裁决,而当事人只是申请法院启动情势变更解除程序。从我国《民法典》第533条第1款“当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同”的表述来看,我国立法对于情势变更解除采形成诉权解除模式。在形成诉权模式下,遭受不利影响的一方当事人能够以直接提起本诉或反诉的方式启动情势变更解除程序当无争议,但该当事人在诉讼中能否以抗辩的方式启动情势变更解除程序?

对此,司法实践中存在不同裁判观点。有法院认为,在遭受不利影响的一方当事人作为被告已经以情势变更为由进行抗辩的情况下,无需再另行启动情势变更解除程序。^②另有法院认为,在原告要求继续履行的情况下,本案与变更或解除合同无关,被告以情势变更作为抗辩理由不符合法定处理程序,在本案中亦无法处理,其应向法院提出诉请而非抗辩。^③有学者支持后一种裁判观点,认为当事人主张适用情势变更制度,应通过直接起诉或反诉的方式,而不能以此作为抗辩理由。^④

根据《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第31条规定,出卖人履行交付义务后诉请买受人支付价款,买受人主张合同解除的,应当提起反诉。原因在于,合同解除不仅涉及合同是否消灭的问题,还往往涉及合同解除后的法律后果,若将买受人的这种主张认定为抗辩,便无法对后者一并处理。^⑤有学者质疑称,如果买受人的意图只是想通过合同解除达到驳回原告诉请的目的,通过抗辩制度便可以实现意图,并没有必要强行将买受人的这种解除主张认定为反诉。^⑥该质疑观点有一定道理。不过,我国立法对于情势变更解除采取的毕竟是形成诉权解除模式,以抗辩方式启动是否妥当?的确,当事人以独立诉讼的方式启动情

① 参见北京展鹏世纪投资管理有限公司诉北京新鹏商贸有限公司房屋租赁合同纠纷案,北京市东城区人民法院(2022)京0101民初14108号民事判决书;刘秋粉诉陈丽、陈泉浪房屋租赁合同纠纷案,新疆维吾尔自治区阿克苏地区中级人民法院(2022)新29民终992号民事判决书。

② 参见浙江皇马尚宜新材料有限公司诉江苏江淮科技实业有限公司买卖合同纠纷案,浙江省绍兴市中级人民法院(2022)浙06民终2083号民事判决书。

③ 参见薛迩夫诉董庆宇、何美玉合同纠纷案,黑龙江省大兴安岭地区加格达奇区人民法院(2022)黑2761民初83号民事判决书。

④ 参见谭佐财:《〈民法典〉情势变更制度的体系构造与程序要义》,载《华南理工大学学报(社会科学版)》2021年第5期。

⑤ 参见最高人民法院民事审判第二庭:《最高人民法院关于买卖合同司法解释理解与适用》,人民法院出版社2016年版,第643页。

⑥ 参见刘学在、倪培根:《关于民事诉讼中抗辩与反诉的辨别标准》,载《理论探索》2016年第6期。



势变更解除当然是合理的,但如果出于方便当事人诉讼、提高诉讼效率、避免事后产生矛盾判决的考量,以抗辩的方式主张情势变更解除也并非不合理。违约金调整权、撤销权同样是作为形成诉权,原则上需由当事人以独立诉讼的方式启动,但出于上述考量因素,原《合同法解释二》第27条、《民法典合同编通则解释(意见稿)》第68条第1款及《九民纪要》第42条仍允许当事人可以抗辩的方式启动。

因此,即便情势变更解除遵循的是形成诉权解除模式,若被告的抗辩主张只是要求变动原告所主张的合同关系,而并未引入新的法律关系,便应认可这种抗辩方式。^①当然,同形成权解除模式一样,如果被告的主张还包括要求法院对情势变更解除后的法律后果一并处理,应认为被告的这种主张已经引入了合同解除后的清算关系,法院便应当释明被告以反诉的形式提出该主张。

(四) 情势变更解除程序的启动时间

根据《民法典》第564条规定,解除权行使受除斥期间的限制,除斥期间届满而未行使的,解除权消灭。值得注意的是,该条针对的是“解除权”的除斥期间,而受不利影响的一方当事人却并非享有情势变更解除权,其只能是启动情势变更解除程序。就此而言,情势变更解除并不属于《民法典》第564条第1款的直接适用范围。但是,就受不利影响的一方当事人启动情势变更解除程序的时间而言,是否有参照适用该条款的空间?

对于解除权行使施加除斥期间限制的立法理由在于,解除权的行使无需对方同意便可导致原有合同关系发生变化,如果享有解除权的当事人长期不行使解除权,将会使合同关系长期处于不确定状态,影响当事人之间权利义务的履行。^②由此可见,解除权的功能在于打破既有的合同关系状态,而除斥期间的功能便在于维持既有的合同关系状态,尽管前者的目的在于为解除权方提供救济,但在保证其优先适用的情况下,后者出于稳定合同关系的目的对其做适当限制仍具有正当性。同样地,为避免不可预见的客观事由导致继续履行对遭受不利影响的一方当事人显失公平,允许其启动情势变更解除程序具有正当性,但是也仍有必要对其施加除斥期间的限制,从而维护合同关系的稳定状态。更何况,发生不可预见的事由并无法归责于对方当事人,其更有理由期待合同关系能够保持稳定状态。而且,一般法定解除权和情势变更解除虽分别属于当事人的普通形成权和形成诉权,但两者同属于以单方意思表示即可变动法律关系的广义形成权的下位概念,只不过后者只有在判决具有既判力

① 参见刘子赫:《〈民法典〉第580条第2款(违约方司法解除权)诉讼评注》,载《云南社会科学》2023年第1期。

② 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社2020年版,第356页。

后才发生效力。^①因此,基于上述相似性,对于情势变更解除的启动时间仍可参照适用《民法典》第564条的规定进行限制。

不过,相较于《合同法解释二》第26条,《民法典》第533条新增再协商程序,这对于情势变更解除的除斥期间起算是否会产生影响?有观点认为,由于情势变更解除需以再协商不成为前提,故情势变更形成诉权之除斥期间的起算点应为双方协商未成之日,或该时点后经相对人催告后的合理期间。^②实际上,该观点的论证前提是开启再协商程序系受不利影响的当事人的义务,否则便不能提起后续的情势变更解除。而且,该观点也无法避免遭受不利影响的一方当事人在引发事由产生后故意拖延不开启协商程序的情况,因为既然除斥期间的起算点为双方协商未成之日,那么只要不开启协商程序,除斥期间就不会开始起算。

正如上所述,再协商程序仅是立法倡导当事人开启的程序,并非当事人的权利或义务。因此,再协商程序的引入并未导致情势变更解除的除斥期间起算点有所不同。不过,再协商程序毕竟是立法倡导当事人解决纠纷的程序,不应令当事人因响应立法倡导而遭受不利,应将当事人协商程序的开启作为除斥期间的中止事由。《民法典》第199条第1句的“除法律另有规定外”并不仅是该句“自权利人知道或应当知道权利产生之日起计算”的例外,同样也是该句“不适用有关诉讼时效中止、中断和延长的规定”的例外。^③在当事人已经按照立法倡导开启再协商程序的情况下,表明其已经在为合同关系的确定进行努力,并非刻意使合同关系处于不确定状态,故将再协商程序的启动作为除斥期间的中止事由具有足够的正当性,应认为《民法典》第533条关于再协商程序的倡导属于《民法典》第199条的“法律另有规定”。在司法实践中,即便是仅涉及形成权解除的相关纠纷,由于当事人在纠纷发生后一直处于协商解决状态,法院也并未将该协商期间计入除斥期间。^④

因此,情势变更解除之除斥期间的起算应按照如下方式参照适用《民法典》第564条的规定:(1)如果当事人事先有约定或在协商程序中有约定的,从其约定;(2)如果没有约定,遭受不利影响的一方当事人应当自知道或应当知道解除事由之日起一年内启动情势变更解除。但是,如果其选择先与对方协商,协商程序启动成为除斥期间的中止事由,协商不成之日起将继续计算剩余期限;(3)如果没有约定,对

① 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》(上册),王晓晔等译,法律出版社2013年版,第211页;[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2000年版,第76页;张海燕:《合同解除之诉的解释论展开》,载《环球法律评论》2022年第5期。

② 参见魏启证:《〈民法典〉情势变更规则之行使期间与时效》,载《广东社会科学》2021年第3期;朱晓喆:《〈民法典〉第一百九十九条(除斥期间)评注》,载《法治研究》2022年第5期。

③ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用(下)》,人民法院出版社2020年版,第1006页。

④ 参见寿光市育腾机电有限公司诉山东寿光果蔬批发市场有限公司合同纠纷案,最高人民法院(2018)最高法民申5574号民事裁定书。



方当事人催告尽快启动情势变更解除程序的,表明其拒绝协商,遭受不利影响的一方当事人应在被催告后的合理期间内启动情势变更解除。

三、情势变更解除的特别条件

情势变更解除的适用条件可分为一般适用条件和特别适用条件,前者属于情势变更制度的构成要件,通常被归纳为须有情势变更解除的引发事由、引发事由需发生在合同成立后而履行完毕前、引发事由在缔约时不可预见、继续履行显失公平;而后者则属于情势变更解除的特别构成要件,以往讨论较少,本文主要围绕后者展开讨论。

(一) 无变更合同后继续履行的可能性

对于情势变更中有关“变更”法律效果的存废:肯定说认为,虽然这会产生法官恣意裁量等混乱情形,但在我国整体法环境下仍有其不可或缺的作用,^①应优先考虑变更,仅在变更无法解决问题时方予解除合同;^②否定说认为,原《民法总则》已经删除变更权,情势变更情况下的变更权也存在违背当事人意思自治、法院难以实施等弊端,应予删除。^③

《民法典》第 533 条采肯定说,最终仍然保留了情势变更中的变更法律效果,但并未对变更或解除的顺序有所规定。《民法典合同编通则解释(意见稿)》第 33 条第 2 款则进一步明确了“变更合同”应优先于“解除合同”适用的法律地位,具体表现为:当事人请求变更合同的,法院不得解除合同;即使当事人请求解除合同的,法院仍可以根据具体案情变更合同。

上述规定值得肯定。原因在于,情势变更制度本就属于契约严守原则的例外,其功能在于矫正情势变更事实所导致的当事人之间权利义务关系的失衡状态,^④对该制度当有较为严格的适用条件,即便符合该制度的适用条件,也应选择对原合同状态破坏最小的方式来调整当事人之间失衡的权利义务关系,在使合同变更的情况下仍可以继续履行。在新冠肺炎疫情或疫情防控措施对房屋承租人正常经营造成影响,导致其营业收入明显减少的情况下,由于双方就租赁费支付数额问题未能达成一致,有法院便秉承变更合同优先的做法判决减免承租人的租金数额,取得了较好的实践

① 参见吕双全:《情事变更原则法律效果的教义学构造》,载《法学》2019 年第 11 期。

② 参见韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 512 页。

③ 参见李宇:《民法典分则草案修改建议》,载《法治研究》2019 年第 4 期。

④ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社 2020 年版,第 244 页。

效果。^①

因此,就情势变更解除的产生条件而言,除应满足情势变更制度适用的其他构成要件外,还需符合无变更合同后继续履行的可能性这一特别条件。

(二) 排除情势变更解除约定的效力

契约应当严守,缔约当事人应诚信履约而不得随意变更,《民法典》第136条第2款亦对此明文规定。这种论断假设的前提是,当事人存在缔约自由,并且其建立在当事人清楚什么是对他们有利和公正的基础上,而双方对合同关系利益的判断必须基于对未来事件过程的确定期望。^②但是,如果因当事人在缔约时不可预见的事由导致各方权利义务在合同履行过程中处于明显不再均衡的状态时,便有必要由法院或仲裁机构介入从而打破此种不均衡的状态,此时诚信原则和公平原则特殊地优先于契约严守原则,《民法典》第533条规定的情势变更制度正是在此意义上产生。

因此,情势变更制度作为一种由法院或仲裁机构判断应否变更或解除合同的事后司法救济手段应具有一定的强制性,不得被约定事先予以排除,《民法典合同编通则解释(意见稿)》第33条第4款“当事人事前约定排除民法典第五百三十三条适用的,人民法院应当认定该约定无效”的规定重申了这一立场,值得肯定。不过,该条并不禁止当事人的事后约定排除,因为这正属于情势变更事实发生后的再协商范畴,无论约定结果如何,这都是当事人达成一致的再协商结果。

此外,如果当事人事先并没有直接约定排除情势变更制度的适用,但是仅对引发事由进行扩张或限缩约定的,是否也属于该条的禁止情形?例如,当事人事前通过不可抗力约款的方式扩张或限缩了法定不可抗力事件的范围,是否会变相影响情势变更解除的适用。

对此,应分开进行讨论。如果当事人约定扩张法定不可抗力事件的范围,便意味着本不属于法定不可抗力事件的客观情形也属于双方约定的不可抗力事件范畴,那么便会产生增加的该部分不可抗力事件能否作为情势变更解除的引发事由的问题。有观点对此持否定态度,而倾向于认为这属于当事人只能通过协商方式解除合同的范畴。^③该观点有待商榷,因为当事人只是扩张了作为引发事由的不可抗力事件范畴,如果还能符合其他要件,适用情势变更解除并无不妥。如果当事人约定限缩法定不可抗力事件的范围,便意味着原本部分属于法定不可抗力事件的客观情形被剔除出去。如此一来,这便会导致情势变更解除的引发事由被限缩,双方的这种约定变相

① 参见北京博尊昊驰互动科技有限公司诉凯德嘉茂西直门房地产经营管理有限公司房屋租赁合同纠纷案,北京市第二中级人民法院(2021)京02民终4005号民事判决书。

② See Nils Jansen and Reinhard Zimmermann, Commentaries on European Contract Laws, Oxford University Press, 2018, p.1673.

③ 参见王轶:《新冠肺炎疫情、不可抗力与情势变更》,载《法学》2020年第3期。



限制了情势变更解除的适用范围。有观点认为,此类约定不仅排除了不可抗力规则的适用,同样排除了情势变更制度的适用。^①该观点同样值得商榷,正如《民法典合同编通则解释(意见稿)》第 33 条第 4 款所持立场那样,情势变更制度的适用应具有强制性,其作为打破当事人双方权利义务严重不均衡状态的事后司法救济手段,不能够被变相予以排除。

四、情势变更解除的法律效力

形成权解除模式下的合同解除遵循的是通知到达主义,谈及合同解除的效力通常直接围绕《民法典》第 566 条展开即可。但是,情势变更解除属于形成诉权解除模式,并未遵循通知到达主义,故谈及情势变更解除的效力首先需要确定的便是合同解除时间点。其次,就《民法典》第 566 条关于合同解除效力的规定而言,情势变更解除涉及的溯及力、恢复原状、采取其他补救措施等问题与形成权解除并未有所不同,唯需特别讨论的是情势变更解除后双方当事人的损失分担问题。

(一) 情势变更解除时间的确定

关于情势变更解除的时间,存在两种较为典型的看法:有观点认为,当事人因情势变更提起的合同解除之诉,法院作出的形成判决生效之日便是合同解除之日;^②还有观点认为,应适用《民法典》第 565 条第 2 款的规定,起诉状副本或仲裁申请书副本被送达合同相对方的时间为合同解除时间。^③这两种观点均有待商榷。就前一种观点而言,如果是针对一时性合同的解除,或许并无太多不妥,但如果是针对继续性合同的解除,却显得并不准确。实践中经常出现的情形是,情势变更解除事由出现后,当事人因协商未果而进入诉讼,如租赁合同这类继续性合同在进入诉讼时尚未到期,但随着诉讼过程的持续,该合同在法院生效判决作出之前就已经到期,如果仍以判决生效日作为合同解除日显然不妥。就后一种观点而言,《民法典》第 565 条第 2 款以起诉状副本或仲裁申请书副本被送达相对方的时间为解除时间的原因在于,解除权人的意思表示在此时被通知到达相对方,该条款仍是形成权解除模式下通知到达主义的具体体现,^④并无法适用于形成诉权解除模式下的情势变更解除。

① 参见王轶:《新冠肺炎疫情、不可抗力与情势变更》,载《法学》2020 年第 3 期。

② 参见张海燕:《合同解除之诉的解释论展开》,载《环球法律评论》2022 年第 5 期。

③ 参见《山东法院民法典适用典型案例 47:情势变更及合同解除时间的认定——夹江县勘安砂石场诉四川鲁桥绿色公路养护有限公司合同纠纷案》,载微信公众号“山东高法”,2021 年 11 月 5 日。

④ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》(上册),中国法制出版社 2020 年版,第 362 页;刘承魁:《合同解除权行使规则解释论——兼评民法典第 565 条之规定》,载《比较法研究》2022 年第 2 期。

从比较法上看, PICC 第 6.2.3 条第 4 款规定, 法院可依其确定的日期和条件终止合同, 但并未明确应依据何种标准确定日期和条件。对此, 《民法典合同编通则解释(意见稿)》第 33 条第 3 款规定, 法院应综合考虑“合同基础条件发生重大变化的时间、当事人重新协商的情况以及因合同变更或者解除给当事人造成的损失”等因素, 从而明确合同变更或者解除的时间。该条款列举的三项考虑因素确实非常重要且典型, 能够为司法实践中情势变更解除时间的确定提供较为明确的指引, 同时还在三项列举因素之外以“等因素”进行兜底, 为其他考虑因素留出解释空间, 值得肯定。

就第一项考虑因素而言, 合同基础条件发生重大变化的时间系重要的时间节点, 在该时间节点后才出现继续履行合同对遭受不利影响的一方当事人显失公平的情形, 故该时间节点应作为情势变更解除时间的重要参考。但是, 如果该当事人在遭受不利影响后怠于提出再协商或诉讼, 其对于自身怠于寻求救济的不作为应承担相应的不利后果, 并不能简单地以合同解除条件发生重大变化的时间作为合同解除时间。在司法实践中, 有法院便认为, 由于原告未向本院提交其在情势变更解除事由出现后、法院主持调解之前进行协商解除意思表示的证据, 故以进入调解环节时间作为解除时间。^①换言之, 遭受不利影响的一方当事人怠于寻求救济, 对于其怠于寻求救济期间内的合同义务仍视为正常履行, 合同解除时间应延后至其寻求救济后的某个时间。此外, 一旦解除会给当事人造成的损失也应成为重要参考因素, 这便意味着遭受不利影响的一方当事人寻求救济的时间也并非一定是情势变更解除的时间, 而可能是在该时间点之后。有法院在因“双减”政策引发的情势变更解除纠纷中便认为, 尽管承租人在“双减”政策发生后及时向出租人履行告知义务, 但其单方搬离房屋的行为过于仓促, 并未给出租人充足的时间做好转租准备, 对于情势变更解除的时间点应将出租人的房屋闲置期间考虑在内。^②

值得注意的是, 根据上述考量因素, 虽然法院最终酌定的情势变更解除时间也可能是判决生效之日或起诉状副本被送达合同相对方之日, 但这只是结果上的刚好重合, 其与上述两种典型观点的论证思路迥然不同。

(二) 情势变更解除后的损失分担

最高人民法院在个案中认为, 《合同法解释二》第 26 条的规定并非仅仅解决是

① 参见西安领军教育培训中心诉李彩虹房屋租赁合同纠纷案, 陕西省榆林市榆阳区人民法院(2022)陕0802民初991号之二民事判决书。

② 参见文物出版社印刷厂有限公司诉北京市西城区学而思培训学校房屋租赁合同纠纷案, 北京市第二中级人民法院(2022)京02民终7041号民事判决书。



否应变更或者解除合同的问题,还应用于合同解除后的损失承担问题。^①有学者质疑称,情势变更解除的法律后果仍应按照《民法典》第 566 条的规定处理,法院以上述规定确定合同解除的法律后果,是无视《民法典》第 566 条规定的错误做法。^②从条文表述来看,无论是原《合同法解释二》第 26 条,还是《民法典》第 533 条,都仅仅是明确法院或仲裁机构可根据公平原则变更或者解除合同,并未涉及情势变更解除后的法律后果,《民法典合同编通则解释(意见稿)》第 33 条同样没有涉及该方面的规定。

就此而言,即便是情势变更解除的法律后果也应以《民法典》第 566 条为依据,该条款系《民法典》合同编通则部分关于合同解除法律后果的一般规定,在合同编分则部分并未针对情势变更解除的法律后果作特别规定的情况下,其可适用于情势变更解除当无疑义。根据《民法典》第 566 条第 1 款的规定,合同解除后,尚未履行部分不再履行,而对已经履行部分,“根据履行情况和合同性质,当事人可以请求恢复原状或者采取其他补救措施,并有权请求赔偿损失”。从“根据履行情况和合同性质”的表达可以看出,该条款既适用于一时性合同(具有恢复原状可能性的,可发生恢复原状义务),也适用于继续性合同(不发生恢复原状义务)。^③这对于因情势变更而导致的一时性合同或继续性合同解除,也并未有所不同。但问题在于,此处的“有权请求赔偿损失”是否应有不同的理解?

对此,可能有以下四种方案:因对方当事人免责而无权请求赔偿损失;有权以履行利益为限请求损失赔偿;有权以信赖利益为限请求损失赔偿;因合同解除不可归责于双方当事人而有权请求分担损失。第一种方案根植于情势变更制度应具有免责功能,或者情势变更解除后应有不可抗力免责规则的发挥空间。^④但实际上,情势变更作为合同变更或终止事由,并非违约方免责事由,^⑤而不可抗力免责规则的适用前提是“因不可抗力不能履行合同”,但情势变更解除的适用前提之一却是“继续履行合同显失公平”,不可抗力规则即便是在情势变更解除后也难有发挥空间。第二种方案则是将情势变更解除与通常的违约方解除同等对待,但若果真如此,便意味着遭受不利影响的一方当事人在情势变更解除后要赔偿对方全部的履行利益损失,这

① 参见江苏正通宏泰股份有限公司诉常州新东方化工有限公司建设工程承包、技术委托开发合同纠纷案,最高人民法院(2015)民提字第 39 号民事判决书。

② 参见朱广新:《合同法总则研究》(下册),中国人民大学出版社 2018 年版,第 477 页。

③ 参见韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社 2018 年版,第 90 页;崔建远:《合同法学》,法律出版社 2015 年版,第 22 页;王文军:《继续性合同研究》,法律出版社 2015 年版,第 175 页。

④ 参见丁宇翔:《疫情不可抗力的司法认定及其与情势变更的衔接》,载《人民司法·应用》2020 年第 10 期。

⑤ 参见桂林新勤业农牧有限公司、焦炳来、郑婷诉交通银行股份有限公司桂林分行借款合同纠纷案,广西壮族自治区桂林市中级人民法院(2018)桂 03 民终 93 号民事判决书。

与继续履行原合同并无差别,情势变更解除也就失去了其应有的制度功能。第三种方案认为通过信赖利益损失确定赔偿损失范围的理由在于,情势变更制度不涉及违约责任免除、履行利益赔偿过于严苛、损失分担因灵活性较强而导致法官裁量权过大。^①但问题在于,遭受不利影响的一方当事人对于情势变更事实的发生并不具有可归责性,以信赖利益难以提供充足的理论基础,并且是将费用落空风险全部转由遭受不利影响的一方当事人全部承担,难言妥当。^②第四种方案的理论基础在于,既然不可归责于双方当事人的事由导致一方获得巨大利益、一方遭受巨大损失,那么无论是通过变更还是解除都是要实现双方利益和损失的分摊。^③从当事人的应有合意来看,情势变更的出现导致当事人的债务承接范围或风险承受范围已超出双方原有的合意分配,^④在无法通过变更对此进行调整而只能解除的情况下,对于合同解除后所产生的损失亦应由双方共同分担。就此而言,上述第四种方案更具有理论上的说服力。不过,第三种方案的批评亦不容忽视,即便遵循分担损失的做法更为合理,也有必要明确“分担”和“损失”的基准分别是什么。

就“分担”而言,既然是损失分担,那么分担的基准便应该是平均分担更为合理,江苏省高级人民法院民事审判一庭发布的《规范新冠肺炎疫情相关民事法律纠纷的指导意见》第6条的规定即是如此,值得肯定。就“损失”而言,应限定于遭受不利影响的一方当事人的相对方因合同解除所遭受的损失,因为情势变更制度原本就是为遭受不利影响的一方当事人提供司法救济,如果将其损失也包含在损失分担的范围内,甚至可能会出现对方当事人还要反过来分担损失的不合理情况。也可以说,情势变更解除后的损失分担,其实是遭受不利影响的一方当事人对于相对方损失的分担补偿。^⑤在损失范围上,应限定于相对方的实际损失:如果是一时性合同,由于合同解除导致合同关系溯及既往的消灭,可考虑将相对方为签订和履行合同的实际费用支出作为损失范围,尽量在损失分担后能够使其接近缔约前的最初状态;如果是继续性合同,在该合同自始尚未履行的情况下,对于损失范围的界定可与一时性合同做同样处理,而在该合同已经部分履行的情况下,可结合相对方为签订和履行合同的实际投入、免费期限(如免租期)、已履行期限、总履行期限等因素折合计算

① 参见谭佐财:《〈民法典〉情势变更制度的体系构造与程序要义》,载《华南理工大学学报(社会科学版)》2021年第5期。

② 参见尚连杰:《风险分配视角下情事变更法效果的重塑——对〈民法典〉第533条的解读》,载《法制与社会发展》2021年第1期。

③ 参见梁慧星:《关于民法典分则草案的若干问题》,载《法治研究》2019年第4期。

④ 参见解亘:《我国合同拘束力理论的重构》,载《法学研究》2011年第2期。

⑤ 参见王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2015年版,第390-391页。



相应实际损失。在最高人民法院审理的上述个案中,^①同样是采取了将损失范围限定于相对方的实际损失的做法,值得肯定。

结 语

本文讨论了情势变更解除的特殊性、启动程序、特别条件及其法律效力等几个方面的问题,但对于情势变更解除制度仍有需要进一步研究的地方。我国《民法典》第533条规定的情势变更制度大致相当于《德国民法典》第313条中的客观交易基础障碍制度。^②值得注意的是,《德国民法典》在第313条之后的第314条还规定了基于重大事由终止继续性债务关系制度。^③根据《德国民法典》第313条第3款的规定,当一个事实同时满足第313条和第314条的构成要件时,第314条属于特别规定,应优先适用,但是如果当事人主张的是变更合同而不是解除合同,则第313条第3款优先于第314条适用。^④有学者提出,《民法典》第563条第2款规定了不定期继续合同的解除规则,针对有确定期限的继续性合同也应规定其解除规则,典型的立法例便是《德国民法典》第314条规定的基于重大事由解除继续性合同(既适用于有确定期限的继续性债之关系,也可以适用于没有期限的继续性债之关系)。^⑤因此,在我国《民法典》第533条已规定情势变更制度的情况下,是否需要参照德国立法例引入《德国民法典》第314条以及(如果引入后)如何处理其与我国《民法典》第533条、563条第2款乃至第580条第2款之间的关系,有待进一步研究。

(责任编辑:张 雪)

① 参见江苏正通宏泰股份有限公司诉常州新东方化工有限公司建设工程承包、技术委托开发合同纠纷案,最高人民法院(2015)民提字第39号民事判决书。

② 《德国民法典》第313条规定:“(1)成为合同基础的情况在缔约后发生重大变更,并且当事人在预见到此种变更的情形将不会订立或将以其他内容订立合同的,如斟酌个案的一切情况,特别是考虑到合同的或法定的风险分配,无法期待当事人一方坚持不变的合同时,可以请求调整合同。(2)成为合同基础的重大观念被确认为错误的,视同情事变更。(3)如果合同的调整不可能或对一方不可期待,蒙受不利的一方可以解除合同。对于继续性债之关系,以终止权代替解除权。”

③ 《德国民法典》第314条规定:“(1)合同当事人任何一方可以由于重大原因而通知终止继续性债务关系,无需遵守通知终止期间。在考虑到单个案件的全部情事和衡量双方利益的情况下,将合同关系延续到所约定的终止时间或延续到通知终止期间届满之时,对通知终止的一方来说是不能合理地期待的,即为有重大原因。(2)重大原因在于违反因合同而发生的义务的,仅在为补救而指定的期间届满而无效果后,或在催告而无效果后,始准许通知终止。为补救而指定期间的不必要性和催告的不必要性,准用第323条第2款第1项和第2项。存在证明在衡量双方利益的情况下立即通知终止为正当的特别情事的,为补救而指定期间和催告也是不必要的。(3)权利人只能在知悉通知终止的原因后,在适当的期间内通知终止。(4)请求损害赔偿的权利不因通知终止而被排除。”参见《德国民法典》(第4版),陈卫佐译注,法律出版社2015年版,第120页。

④ 参见[德]卡斯腾·海爾斯特爾、許德風:《情事變更原則研究》,載《中外法學》2004年第4期。

⑤ 參見韓世遠:《繼續性合同的解除:違約方解除抑或重大事由解除》,載《中外法學》2020年第1期。

证据推理的解释属性

尹洪阳*

内容摘要：证据推理的解释属性，要求在围绕事实认定进行严谨证据推理的基础上，同步对推理所依据的逻辑和一般经验进行充分且必要的解释，从而确保证据推理能够有效降低事实认定中错误发生的概率。从证据科学的角度，证据推理自身所具有的似真性品格、所遭遇的概率论困境以及本身的逻辑形式与思维特性，决定了证据推理必须强化其解释属性。从法庭科学的角度，证据推理是在法庭场域多主体之间的交际与商谈，是证明主体通过法庭抗辩的论辩博弈，决定了证据推理必须依赖解释作为一般工具。

关键词：事实认定；证据推理；解释；证据科学；法庭科学

司法过程中，事实认定具有回溯性特点，事实认定者通常未亲历案件发生的实际经过，只能凭借证据间接地认定案件事实，除此之外，尚无他法。事实认定者必须通过对证据的分析、判断，从证据到待证事实的经验推论，去伪存真，由表及里，才能认定事实。但这同时又意味着，事实认定者具有某种天然的局限性，只能“隔着”或“透过”证据来认定事实，证据就像一面“折射”案件事实的“镜子”，此即“证据之镜”原理。^①但是，认定的案件事实不同于事实真相，而且证据本身“不会说话”，如果推理只有过程而没有相应的阐释和说明，就不能切实地增强事实认定及结论的说服力。所以，证据推理是事实认定的必由之路，而证据推理的解释能够增强事实认定的可接受性，并为实现裁判正义提供保障。

* 尹洪阳，山东省潍坊市中级人民法院四级高级法官，法学博士。

① 参见张保生主编：《证据法学》，中国政法大学出版社2014年版，第41页。



一、实证解读证据推理的解释属性

以缪新华案^①为例,本案证据包括:5 名被告人的犯罪供述,物证有菜刀、砧板、农用拖拉机等,证人证言,犯罪现场的勘验笔录以及对于定罪的关键证据:被害人毛发的 DNA 鉴定等。证人证言所作描述若是亲眼看到犯罪嫌疑人实施犯罪行为,属直接证据范畴,否则属于间接证据范畴。缪新华案物证、证人证言以及从下水道中提取毛发所做的 DNA 鉴定均属于间接证据。依事实认定原理,本案“最终待证事实”系缪新华故意杀害杨某辉,而“次终待证事实”之一系杨某辉已经死亡;欲使最终待证事实“缪新华故意杀害杨某辉”成立,须证明次终待证事实“杨某辉已经死亡”成立。该次终待证事实的证据推理如图 1 所示。^②其中,2 杨某辉已经死亡(次终待证事实);3 在旧房子内发现了尸块;4 警方证言证明了这一点;5 这些尸块来自于人体;6 检控方的专家证言证明了这一点;7 该人体是杨某辉的尸体;8 手臂的残片上有一处印迹;9 对此有实物证据;10 杨某辉的手臂上有一处胎记;11 杨某辉亲属的证言证明了这一点;12 从事发当晚就再没有看到杨某辉;13 杨某辉出门习惯带上手提包;14 杨某辉出门当晚

没有带着手提包;
15 杨某辉哥哥的证言证明了以上三点;
16 临时直接去见熟人的人如果十多天都没有回家,就可能已经死亡。其中每个推理步骤的成

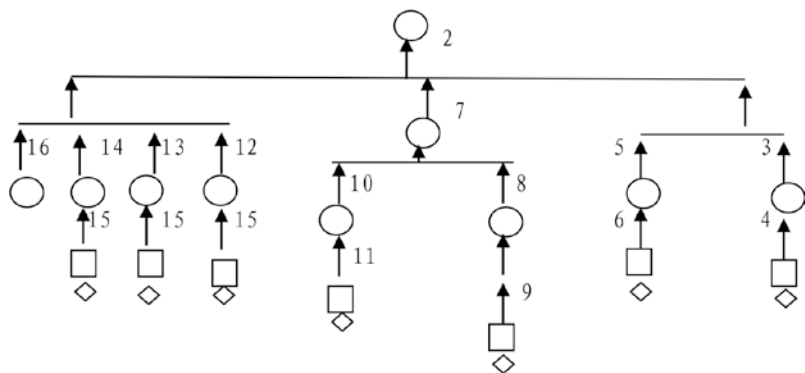


图 1 缪新华案次终待证事实的证据推理

立都需要基于紧接其下的推理(用菱形表示),否则就没有成立的根基,事实认定者

^① 2003 年 4 月 19 日,在福建柘荣县城郊乡福基岗村石楼坪山上一废弃的旧房子内发现尸块,经辨认,死者为失踪 10 多天的柘荣县双城镇居民杨某辉。据该案原一审、二审判决书,缪新华因不满杨某辉介绍女孩子外出打工的生意没让其参与,发生争执继而将其掐死。随后,缪新华与缪德树、缪新容、缪新光、缪进加共同参与分尸抛尸。十多年来,缪家人一直申诉。2017 年 9 月 12 日,福建高院作出再审判决,撤销宁德中院作出的一审判决、福建高院作出的二审生效判决,改判 5 名原审被告被告人无罪。

^② 为了展现案件中某个事实的具体推论过程,显示推论过程的可操作性,鉴于两个案件中被害人遇害的高度相似性,本文亦参照克里斯托弗·艾伦教授分析 Crippen 案件的系统图并做了相应的改动,对缪新华案件中被害人杨某辉已经死亡的推论过程进行分析。参见克里斯托弗·艾伦:《英国证据法实务指南》(第四版),王进喜译,中国法制出版社 2012 年版,第 3 页。

须推理论证每个待证事实。

李昌钰博士在总结自己破案经验时曾经说过：“在主持侦查许多重大案件时，我往往根据现场的线索而推出侦查的方向。破案后，有些人以为我有第六感，私藏一颗水晶球。我常常告诉同事，这不是第六感，只不过是逻辑、演绎和推理的总和结果而已。天下事都有前因后果，有其因必有其果。”^①案件事实的最终认定，是由待证事实到次终待证事实再到最终待证事实的严密逻辑推理的结果，证据推理及其逻辑步骤对于案件事实尤其是复杂案件的事实认定具有不可替代的作用。

证据推理解释的宗旨在于达到对文本的正确理解，避免误解，目的在于探求正

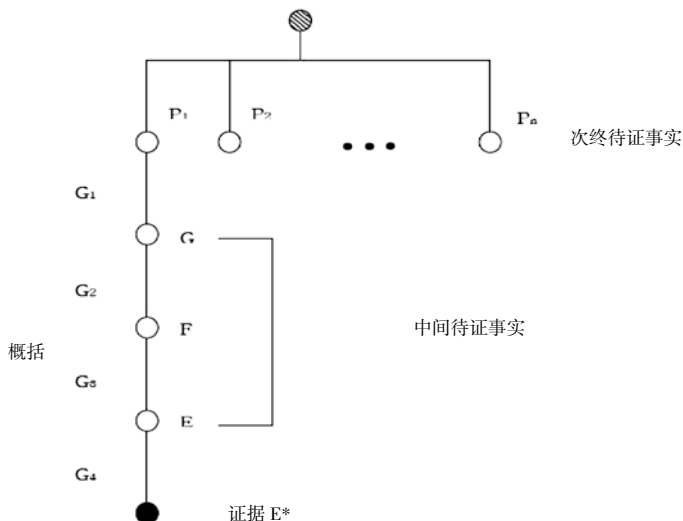


图2 待证事实在经验推论链条中的层级

确理解的方法或规则，^②从而使推理具有较强的说服力。威格摩尔等学者提出的形象而直观的图示法及推理链条（见图2），^③其能够使得复杂的证据推理过程变得简单、清晰。在图2中，E*代表案件的证据，事实认定者只能在一定程度上从该证据推断案件E确实发生了，E—F—G表示一系列的中间待证事实，连接证据E*与最终待证事实p1，G1—G4表示其中的概括。

“推论链是证据推论的表现形式”^④，可以对证据性事实、推断性事实等进行严格的审查，从而得出最接近真相的事实认定。“事实认定是以证据相关性为逻辑主线的经验推论过程”^⑤，其“经验推论”之实质源于证据推理中的概括（generalization）——我们从主体所普遍拥有的知识库中获得的关于自然界事物发生方式的概括：“经验知识或常识在证据推论链条中的逻辑形式是概括，它们反映了事物之间的一般联系规律，必须依据概括才能把特定证据与其证明要素联系起来。”^⑥在证据推理过程中，必

① 《神探李昌钰》，李昌钰口述，邓洪撰写，北京天海出版社2000年版，第139页。

② 参见陈金钊：《推理与解释：寓于其中的法律思维》，载《政法论丛》2005年第6期。

③ 参见张保生主编：《证据法学》（第二版），中国政法大学出版社2014年版，第44页。

④ 张继成：《证据基础理论的逻辑、哲学分析》，法律出版社2011年版，第325页。

⑤ 张保生：《证据法学》（第二版），中国政法大学出版社2014年版，第12页。

⑥ 张保生等：《证据科学论纲》，经济科学出版社2019年版，第75页。



要的“概括”使证据推理得以顺利前行，但是，概括往往会以隐含的形式在推理过程中发挥“黏合剂”的作用。证据推理解释的客体是经验，“经验纷繁复杂，许多经验以概括的形式出现”^①，一般经验都可以通过概括的形式运用到证据推理之中。概括是关于自然界和社会生活一般规律的经验性归纳的结晶，是事实认定者对证据、主张、事实之间逻辑联系的常识性认知。“事实认定者只能通过证据推论而间接地加以认定”^②，事实认定是经验推理的结果，经验推理的依据则是逻辑和一般经验，^③概括在经验推理过程中接受逻辑和抗辩的双重检验，它可以被攻击、否定或替代，事实认定者既承认经验于事实认定的普遍价值，也毫不掩饰概括的推理逻辑功能。但无论如何，事实认定者在证据推理过程中，须对推理予以解释，藉此表达推理主体对概括及其所援引的逻辑和一般经验的理解，最终融入事实认定。

证据推理是从具有一定可接受性和可靠性的已知前提出发，通过推理将此种可接受性和可靠性转移到结论中去，使得结论也具有可接受性和可靠性的思维过程。^④在事实认定的各个环节，解释都有其发挥作用的场域，所以对于解释的作用不容忽视。证据之间的关系很复杂，证明不是证据数量上的简单和机械堆砌，“证据不是被当作分散的片段而评价的，而是被放在更大的认识结构中，通常被放在叙事、故事或者整体陈述的形式中进行评价”^⑤，换言之，证据推理实质是在解释。司法制度尤其是法庭抗辩程序深刻影响证据推理，“正如我们当时所看到的那样，一个事件的可能性 / 概率通常被视为一回事，而特定证据为某人关于某事将要发生的观点所提供的支持又是另一回事”^⑥，所以解释总与推理相伴相生。事实认定是对案件主要事实的一种肯定，故证据推理解释首先需要遵循真实性的原则。证据推理解释不同于证据解释，证据解释的基本含义就是把不清楚的证据材料的意义说清楚，^⑦是对案件事实认定中的证据关于其资格等进行相应的解释。证据解释与证据推理解释属于部分与整体的关系，但是，证据解释能够为证据推理奠定坚实基础，能够为证据推理解释的进行提供可靠条件。

① 张保生等：《证据科学论纲》，经济科学出版社 2019 年版，第 150 页。

② 张保生等：《证据科学论纲》，经济科学出版社 2019 年版，第 72 页。

③ 参见 [美] 罗纳德·J. 艾伦等：《证据法：文本、问题和案例》（第三版），张保生、王进喜、赵滢译，满运龙校，高等教育出版社 2006 年版，第 152 页。

④ [美] 道格拉斯·沃尔顿：《法律论证与证据》，梁庆寅、熊明辉译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 17 页。

⑤ [新加坡] 何福来：《证据法哲学——在探究真相的过程中实现正义》，樊传明、曹佳、张保生等译，中国人民大学出版社 2021 年版，第 223 页。

⑥ [英] 斯蒂芬·图尔敏：《论证的使用》，谢小庆、王丽译，北京语言大学出版社 2016 年版，第 71 页。

⑦ 参见陈金钊、熊明辉：《法律逻辑学》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 215 页。

二、从证据科学方法论角度分析证据推理的解释属性

证据科学是关于证据理论的科学,“从广义上说,证据科学是关于知识的学问,它研究知识的性质,‘知道’(know)某件事情是什么意思,以及知识传达给其他人的方式”^①,证据科学是运用证据思维解决法律之外的证据推理和事实认定问题,因此,证据推理的解释属性是其在证据科学范畴的重要属性。

(一) 证据推理的似真品格

案件事实的“真相”总在确定与不确定之间徘徊,但是,事实认定的结果应当是“真实”的。然而,经过证据推理而得出的案件事实,总是“个性”思维的思想产品,它始终具有介于确定性和不确定性之间的“模糊性”属性。“模糊性允许人们在一定范围内来表述不准确性,因此,它的结论并不用对错、真假来描述,而应当说在某一程度上有可能是正确或真实的”^②,在从绝对错误向绝对正确过渡的0~1区间内的不确定性数值属于模糊集合。在这个意义之下,司法证明的方法就成为模糊推理,或称为似真推理、溯因推理、合情推理。关于推理似真性的内涵应当这样表达,“在一般情况下,如果x是F,那么x是G;由于a是F,因此a是G。如果出现了新的证据作为推理的前提,则原先的推论完全可以被推翻”^③。实践中,人们对证据推理似真性的认识常被盖然性所混淆,但盖然性与似真性的区别是深刻的:若主张命题盖然为真,则证明责任伴随而生,就必然要求恰当证据或正当理由予以支撑盖然性判断;若主张命题似然为真,则没有附加证明责任,因为命题仅仅是个假定,这个假定是被当作一种假说或暂时假设而提出的。在司法证明过程中,似真命题具有启动补充调查以获取新的证据性数据的计划性,这些证据终将为这个暂时的似真命题提供最佳或最强的解释,具体到推理而言,主张某项命题为盖然,这属于判断;主张某项命题为似真,这属于解释。推理的似真性可以通俗地理解为:推理看起来像是“如此这般的情形”,就可以被认为达到了阶段性目标,被讨论的“假定”看起来为真,那么推理暂时可以被接受;如果新的事实逐渐被获知,这个被暂时接受的推理稍后就要放弃或被撤回。推理的似真性属于一个阶段性解释,无论对命题的主张是接受还是拒绝,都需要解释理由,“它把一个支撑力放在命题的背后,给出了暂时接受那个命题的基础,其中存在着在接受与否之间或在接受或拒绝之间进行选择的一个理

① [美] 罗纳德·艾伦等:《证据法:文本、问题和案例》(第三版),张保生、王进喜、赵滢译,满运龙校,高等教育出版社2006年版,第49页。

② 栗峥:《司法证明模糊论》,载《法学研究》2007年第5期。

③ [英] 沙龙·汉森:《法律方法与法律推理》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第204页。



由”^①，这个接受或拒绝理由是通过解释而选择的。

（二）证据推理的概率论困境

就推理而言，似真性决定概率，而不是概率决定似真性。以可能或不可能的倾向性来表达概率，是指一件事处于这样的状态：当在 0 ~ 1 的数轴上，以 0.5 为界向右趋向于 1 时，表达的是从可能到很可能的过渡；向左趋向于 0 时，表达的是不可能到很不可能的过渡。“概率表示对与事物——或被技术地称为‘事件’——之某种未知状态相关的不确定性的一种数量测定。”^② 概率是数学和统计学中关于数值的一种演算模型，但它应用在事实认定中却遭遇严重困难。很多证据是无法用简单的数字来表达其权重的，也就是说证据的证明力无法用数字的形式量化，更确切地说概率无法测试证明力。刑事案件“确信无疑”的证明标准的概率要在 90% 以上，民事案件说服责任要超过 50% 的概率，显然这些数据无法用数学公式计算而获得。司法证明中事实推理的结果早已被知，再反过来计算概率毫无意义。用概率来表达待证事实的状态，总无法确定它肯定是这样或是那样、肯定不是这样或不是那样，概率状态只是表明了我们更倾向于相信什么。所以，司法证明概率论的错误就在于把证据模型化为赋予证据的假设概率，更为严重的错误是把概率与相对频度的概念混淆了。相对频度是在一个更大集合中的子集的出现，它的标准必须具备一个参照组，比如抛硬币，正面与反面的相对频度是 1:1。但是司法证明的现实复杂性是：概率推理既没有参照组，也没有正确的参照组，更没有数量确定的参照组。“实际上，不存在对所有案件事实都适用的客观真实的相对频率，因为不存在客观正确的参考组。证明力是最佳解释推论的功能，而非先前概率中的一种概率变化。”^③

推论不能概率化，因为要得出概率，就必须有正确的参照组。所以司法证明不是概率性的，它应当是包含着解释或最佳解释的推理；证明力最终是最佳解释推理的功能，绝不是先前概率中的一种概率变化。在民事案件中，概率计算的悖论让人无法接受，比如要件 1 的概率为 0.6，要件 2 的概率也为 0.6，但要件同真概率则为 $0.6 \times 0.6 = 0.36$ ；再如要件 1 的概率为 0.9，要件 2 的概率为 0.5，但要件同真概率为 $0.9 \times 0.5 = 0.45$ ，那么优势证明标准已经失灵，证据规则似乎与案件的输赢没有了关系。这实际上是在司法证明中概率计算公式里遭遇的合取概率难题。“合取概率而非单个

① [美] 道格拉斯·沃尔顿：《法律论证与证据》，梁庆寅、熊明辉译，中国政法大学出版社 2010 年版，第 19 页。

② [美] 特伦斯·安德森、戴维·舒姆、[英] 威廉·特文宁：《证据分析》（第二版），张保生等译，中国人民大学出版社 2012 年版，第 496 页。

③ [美] 罗纳德·J. 艾伦：《艾伦教授论证据法》（上），张保生等译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 397 页。

要件的概率,应当超过说服责任。”^①刑事案件存在多个要件的情形下,同样会出现合理概率难题。按照确信无疑证明标准来比较有三个要件的谋杀和有五个要件的盗窃案件时,合取概率就无法自圆其说:证明谋杀犯罪的单个要件的概率会低于证明盗窃犯罪的单个要件的概率。司法过程中潜在事实以及它们的证据都处在无限变化之中,而且用于计算概率的“原始数据”的不一致是常态,尤其是重现这些数据通常不可能。

运用概率理论评估证据力量或分量的方法有:传统概率论公理和案件概率主义为内容的“贝叶斯定理”^②;谢弗批判在法律领域常见的单一事件之概率判断必然具有相加性关系而形成的“非相加性概率信念”;威格摩尔及其之后的特菲·扎德渐次形成了“模糊逻辑”或称为“模糊概率”理论。科恩已经表明,“如果根据可能性的数学演算来分析英美法庭中的法庭证明,那么对于理智的恬静来说所产生的异常和悖论将是非常多和非常严重的”^③。概率理论对司法证明是不牢靠的,因为根据概率演算公式的数据具有不确定性,建立在这个基础上的盖然性判断难以不证自明,它终究需要给予合理的解释。

(三) 推理的逻辑形式与思维特性

一般的理论将司法证明区分为外部证明和内部证明,前者强调证明过程中的论辩实质,目的在于将各项命题尽量无争议地确立为可用作推论的“数据”;后者强调证明结论的逻辑形式,目的在于这种正当性能为裁判者内心确信的裁判证立提供理由。把推理分成实质推理和形式推理的努力是徒劳的,因为推理是贯穿司法证明过程的一条轴线,任何推理步骤都是形式与实质上统一的结合体。换言之,如果摒弃形式逻辑,那么实质推理的有效性必然受到质疑。尽管许多推理或者推理的许多方面的展开是形式逻辑推理方式所无法承担的;但是推理对命题的说服程度,仍然需要借助形式逻辑的力量。

① [美] 罗纳德·J. 艾伦:《艾伦教授论证法》(上),张保生等译,中国人民大学出版社2014年版,第394页。

② 传统的概率论依据三个基本公理:概率非零即正(没有负概率);一个确定事件(肯定发生的事件)的概率为1.0;如果两个事件不可能共同发生,其中一个或另一个发生的概率,等于它们分别概率之和。总体而言,这三个特性简单说就是:概率是介于0至1(含)之间的数字,而且,相互排斥的事件(不可能一起或共同发生的事件)的概率是可加的。但是所有概率都依赖我们在计算或评判它们时所知或假定的东西;它们可能会因我们获得新的信息而改变。因此,所有的概率都必须有一些方法来根据新信息或所依据的条件进行修正或更新。在概率论传统观念中,存在着一个条件概率(conditional probability)概念,表明根据新信息对概率进行修正的一种方法。这三条公理的一个重要结果以及条件概率被定义的方式,被称为贝叶斯规则或贝叶斯定理(Bayes's Rule or Bayes's Theorem,因首次描述了这一特性的18世纪英国神职人员托马斯·贝叶斯而得名)。参见[美]特伦斯·安德森(Terence Anderson)、戴维·舒姆(David Schum)、[英]威廉·特文宁(William Twining):《证据分析》(第二版),张保生等译,中国人民大学出版社2012年版,第333页。

③ [美] 道格拉斯·沃尔顿:《法律论证与证据》,梁庆寅、熊明辉译,中国政法大学出版社2010年版,第112页。



“实质论证解决法律推理大小前提正当性、真实性问题，它是法律推理的外部证成过程；形式论证解决法律推理大小前提之间以及前提与结论之间的逻辑联系，它是法律推理的内部证成过程。”^① 实质性论证强调推理的逻辑取向是非形式逻辑。从科学推理模式与法律推理模式比较而言，科学推理的大小前提和结论都是纯粹的事实命题，甚至是定理或公理，三段论式的科学推理使其结论具有不可辩驳的逻辑力量。“法律推理的大、小前提都是事实判断和价值判断的复合体，因而价值评价是由案件事实之‘是’推出当事人之‘应当’的逻辑中介；没有价值评价，就没有判决结论的证成。”^② 在法律规范相当明确、事实认定简截了当的简单案件中，科学推理的逻辑推理，能够满足证明的要求。但遇到复杂案件时形式逻辑推理就无能为力了，此时作为推理大前提的概括性主张和作为推论小前提的证据性事实均需要法官作出判断，而且要达到事实要件和价值判断的双重统一性，即运用的是非形式逻辑。非形式逻辑是从语境和论证目的的角度进行的论证形式，是我们日常生活中常用的逻辑思维推理，讲述日常生活中分析、解释、评价、批评和论证建构的非形式标准、尺度和程序。非形式逻辑本身的特点包含了解释的内容，在证据推论的过程中运用非形式逻辑，自然包含解释的运用。

在抽象的证据推理链条上，前后两个事实主张之间存在一个中间性主张即概括，这个“概括”置于“三段论”模式的大前提位置，从而论证了前一个事实命题对后一个事实命题的支持，但这只是整个推理链条上的一个推理步骤而已。证明者通过“概括”明示或暗示地主张一个结论已被证实，从而为推理链条向前推进提供了动力。作为中间性主张的概括，比如科学知识、专家意见、一般知识等，这些概括被广泛认知和普遍接受，当证明者在推理链条上以此种类型的概括为桥梁时，推理具有很强的前进动力。但是推理过程中的概括类型更多的是具体情况概括，通常是推理主体基于自己的知识和经验而形成的一般性概括。

一般性概括主要是指基于经验概括和综合直觉概括，这些概括具有明显的从证据事实到推理事实前进的目的性，这个目的性是受到证据提供者即证明者自身条件的局限以及所主张的利益诱导，所以在抗辩过程中需要对概括进行解释和反驳是相当必要的。“既然我们从事实到事实的推论取决于我们关于事实和事实之间联系之一般规则的信念，取决于我们关于自然界事物发生方式的概括，那么，对推论的批判本身就演变为对概括的批判。”^③ 证据推理模式是：以中间性主张即概括为大前提，以

① 张继成：《法律推理模式的理性构建》，载《法商研究》2002年第4期。

② 张继成：《从案件事实之“是”到当事人之“应当”》，载《法学研究》2003年第1期。

③ 张宏生、谷春德主编：《西方法律思想史》，北京大学出版社1990年版，第346页。

证据及证据反映的事实为小前提,结论性命题则是待证事实的可靠性。证据推理的正当性完全取决于概括能否经得住批判,包括证明者的主张是否符合社会普遍接受的常识、放在推论链条中是否具有可信性以及经验概括的来源是什么。但概括的本质是:推理主体的常识概括应当是抽象性的,而且以科学定律为标准无限向其靠近。在诉讼的应用语境中,概括能否从逻辑上保障推论的实现,关键在于概括能否成为各诉讼主体之间的普遍信念,即“该概括在争端问题被解决的特定共同体中被接受或分享的广泛程度”^①。概括被接受和分享的程度,实质上就是概括在推理中的确定性程度,这需要有效的解释和阐明。

波斯纳在做大法官助手时,大法官让波斯纳为一个案件写出判决书,并告诉他判决结果是“甲胜诉,乙败诉”。不幸的是,波斯纳将判决结果听成了“甲败诉,乙胜诉”,并以此为判决结论写出了判决书和判决理由。大法官们看了波斯纳的判决理由之后,一致认为波斯纳的意见和结论更为合理,并以波斯纳的意见作为最后的判决结论。^②整个事实认定过程的说服力,需要依赖逻辑严密的推论,“从根本上说,我们的目标是完成对所有的事实细节同时进行思考的逻辑(或心理)过程,以此理性地得出一个对案件事实的判断”^③。那么,基于证据的推论究竟是何种思维方法?“无论给定什么结论,总能以严密的逻辑推论予以证明”,这个判断正确吗?经过严格训练的法律职业人(法官、律师、法学家等)的习惯是:从法律规范的要件入手,基于丰富实践经验,逆向验证推理的可靠性,以此来筛选证据、认定事实、寻找规则。从心理学角度观察认定事实过程是有益的,实际上法官进行的所有判断不是先从前提开始而达到结论的,而是在其脑海里先形成一个模糊的结论,然后从这个结论出发,试图找到证实这个结论的前提。

“如果他找不到适当的论据把结论和他认为可以接受的并联结起来的话,他就会放弃这个结论,另想一个结论。”^④正是基于对裁判过程的这一心理学分析,弗兰克把司法判决过程公式概括为: $R \times SF = D$ 。(R:法律规则;S:seimulus,刺激;F:subjective fact,主观事实;D:判决。)“主观事实”是指法官、陪审团成员所发现的事实,而不是在案件审理以前、在特定时间和地点实际发生的“客观事实”,定义案件事实的

① [美]特伦斯·安德森、戴维·舒姆、[英]威廉·特文宁:《证据分析》(第二版),张保生等译,中国人民大学出版社2012年版,第350页。

② 参见张继成:《以案件事实之“是”到当事人之“应当”——法律推理机制及其正当理由的逻辑研究》,载《法学研究》2003年第1期。

③ 王佳:《司法证明科学的新视野——威格莫尔证明图示研究》,载《证据理论与科学》,中国政法大学出版社2009年版,第309页。

④ 张宏生、谷春德主编:《西方法律思想史》,北京大学出版社1990年版,第418页。



“主观性”，正是说明该事实是经过重构和认定的思想产品，具有推理者的思维印记。这种逆向的思维方式，需要运用解释对其中的各个待证事实加以有效阐释，使得结论符合社会的一般认知，间接增强结论的可接受性。因此，从证据推理的逻辑形式与思维特性进行分析，在追求推理结果具有较强可接受性的过程中，离不开解释方法的运用，通过对推理中的需要进行说明的概括等进行详尽的阐释与表达，才能使得推理的结果达到预想的说服效果。

三、从法庭科学实践论角度分析证据推理的解释属性

法庭科学（Forensic Science）是一门应用科学，它利用科学技术和方法来解决诉讼过程中的问题。法庭科学包括处理和分析物证，比如指纹、DNA、药物、爆炸物等，解释可能与案件相关的证据。其目的是为司法机关提供科学依据和证据，以便更准确地确定案件的真相和责任。在法庭科学实践论的角度，证据推理是事实认定者与控辩双方以及控辩双方之间互动与论辩的基础，其亦离不开解释方法的运用。

（一）推理是证明主体间的共同作业

社会纠纷解决机制的主体是多元的，即使诉诸法院的审判程序，事实认定也是由各诉讼参与主体以各自主张相互影响、相互作用而共同推进到裁判终局的过程。过程分析有两个基本的价值因素：主体与合意。^①事实认定的过程，就是以达到求同存异的自愿合意为目的的交涉过程，在这个交涉过程中，各推理主体都以相互开放的思维和逻辑状态进行有效的论辩。“在过去，法的解释和价值判断被认为是个人进行的工作，而现在被认为是通过主张、讨论进行的共同作业。”^②以法律规则和案件事实为大、小前提的裁判不是简单的强制性规定，它的正当性和约束力的基础是交涉性的合意。作为证据裁判的基础，事实认定不是控（诉）辩双方提出证据性主张的“自说自话”，也不是法官或陪审团纯粹根据证据和逻辑推导出的强制性结论：归根结底，它是各证明主体之间进行充分的交涉、合意而合力完成的共同作业。

“人类本质上是理智的和理性的决策者，通过理智地考虑和权衡可供选择的方案来调节自己的社会行为。”^③事实认定的社会属性决定了证据推理不是在自我封闭的状态下由证明主体个人操作的“游戏”，必须高度关注诉讼活动中证明主体间的群体

① 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，代译序。

② 易继明：《知识经济时代民法的变迁》，载《法学》2001年第8期。

③ 〔澳〕约瑟夫·P. 福加斯：《社会交际心理学——人际行为研究》，张保生等译，中国人民大学出版社2012年版，第10页。

效应：对推理过程是否认可，对推理结果是否接受。由此再次说明，事实认定是实践交际行为理论的最好例证。“语言与世界以及命题与事态之间的关系取代了主客体关系。而这种取代是经由对语言规则的反思，及由此对理解的反思的主体间性实现的。”^① 诉讼参与者相对于证据和事实而言是主客体之间的关系，诉讼参与者各自的证明主张属于主体性思维；但经由语言包装的主张以及推论在法庭场域就演变为证明主体之间的交涉。

推理贯彻交际行为准则，应当正确认识和区别“主体性”思维与“主体性”思维的实质差异，容许和接纳证明主体之间的互动。多主体系统的一个主要特征，是一个主体能与另一个主体“进行会话、谈判以及信息交换。”^② 职业共同体、法律共同体、解释共同体等都是基于不同类型对话语境而形成的多主体系统。司法证明中的推理主体也是完整的多主体系统：在既定的诉讼环境之中，各主体在执行目的导向行动时运用逻辑推理手段展开主体间的交流，并参照对话中其他主体的言语行为来开展行动。推理主体之间的互动方式是有多重，比如针对对方主张的承认或反驳，对己方主张的解释或补强。“解释就是对证据推理主体技术而言非常重要的一种交流互动形式。”^③ 证据推理展示的是“一个巴掌拍不响”的朴素原则，在法庭这个场域，推理必须克服静态的证明弊端，转而更加关注推理的交际性和商谈性。如果将法庭比作两个人或多个人之间会话交流的场域，那么证据推理主体必须根据给定的会话规则和会话程序就其主张进行开放性的证明，这包括作为结果的推理和作为过程的推理。

（二）推理的过程包含多回合的论辩博弈

司法证明是目标取向型结构，对解决争端而言是一个对外封闭而内部主体间开放的“论坛”。按照裁判程序规则，在这个论坛里实行对抗性辩论。这里的论辩博弈，“一般是指司法裁判过程中法官、律师或当事人就案件事实与法律进行论辩，追求合理裁判结论的思维过程”^④。诉讼两造抗（诉）辩的根本目的是赢得辩论而最终一决胜负。法律诉讼的计算机模型被称为“诉讼博弈”，这个博弈过程是一个在法庭上围绕事实认定和法律适用展开的会话的过程，其目的是识别案件中的法律和事实争议。

“诉讼博弈采取了双方对话的形式，即原告（或控方）与被告（或辩方）轮流采

① 焦宝乾：《法律论证：思维与方法》，北京大学出版社2010年版，第86页。

② [美]道格拉斯·沃尔顿：《法律论证与证据》，梁庆寅、熊明辉译，中国政法大学出版社2010年版，第302页。

③ [美]道格拉斯·沃尔顿：《法律论证与证据》，梁庆寅、熊明辉译，中国政法大学出版社2010年版，第305页。

④ 焦宝乾：《法律论证：思维与方法》，北京大学出版社2010年版，第9页。



取行动。从原告或控方提出诉求开始,被告或被告人提出回应来继续对话。这个问答或者承认或者否认对方的诉求,或者作为拒绝接受它的请求。”^① 会话交流的理性推论观承认辩论的“问答法”这种互动的交流方式。这种实质的法庭辩论隐藏着对抗双方的博弈,这种博弈是必须有胜负结果的对决,犹如拳击场。法庭是论辩双方展示博弈技巧的“竞技场”,虽然有人对这种有纯粹诡辩可能的说法心存芥蒂,但司法证明作为“论坛”的现实的确是残酷的。解决社会纠纷的法律控制程序是纷繁复杂的,但是,审判模式要求进行严格的法律论证,尤其在解决疑难案件中的意见冲突时有着严格的组织和程序。论辩博弈的对象既是争议的事实,也是争议的规则,作为司法证明手段的推论,其主要作用是在司法证明的过程中对这些争议的事实予以认定。由于案件自身的特性,在进行事实认定的过程中,需要对事实进行先行假定,此处案件的假定事实是推论过程中的待证事实,对于待证事实的推论需要依赖各种类型的证据加以证明,其中包括将证人引入审判程序以接受询问。询问是法庭质证和论辩中的重要对话方式。

从语境角度,法庭论辩的“会话框架”决定了推理的相关性,即有待解决的冲突意见或问题为推论创设了商谈的程序。在司法证明的程序里,推理主体就事实重构和认定进行论辩式的商谈,即“通过一个合理的民主程序即沟通过程的建构,建立起平等自由的对话空间,通过平等的交往对话,实现法的事实性与有效性的统一”^②。事实认定是结论性的,是法官或陪审团成员通过严谨的推论过程而最终推断出的结果。但事实认定的过程是复杂的,其间需要控(诉)辩双方经过充分的论辩——借助逻辑形式的推论——达致水到渠成的地步。而作为辩论的“问答”往往不是一次性的、终局性的,任何一个争议话题都是可辩驳的推论,辩论一方提出问题,对方可以回答也可以沉默,可以反驳也可以承认,也可以通过询问提出新的问题。为了推翻一方的论题主张,询问可以有备而来的“攻击”,也可能是心怀叵测的“诱导”,从而将其引入不攻自破的境地,以赢得事实认定者对己方主张的认同。这样的特点呈现了论辩的“多轮”回合性,其形式可以归结为:引入证据性话题→遭到反驳→再辩解→再反驳,甚至可能是不计其数的循环辩解。在论辩的过程中,相互之间的角色也可以转移,经过若干回合的论辩博弈,推理主体或许已经不是最初意义的抗辩双方了。在事实认定的过程中,诉讼参与主体之间的论辩博弈对证据真伪的辨认发挥着重要的作用,诉讼参与主体之间存在论辩是由观点的冲突引起,对于诉讼参

① [美] 道格拉斯·沃尔顿:《法律论证与证据》,梁庆寅、熊明辉译,中国政法大学出版社 2010 年版,第 11 页。

② 焦宝乾:《法律论证:思维与方法》,北京大学出版社 2010 年版,第 17 页。

与主体各自的观点而言,只有被充分地解释才能被受众所充分地了解与支持。因此,证据推理结果的可接受性与诉讼参与主体在事实认定中对观点的解释和说明具有紧密的联系,对于推理过程的充分解释,对于最终推理结果的说服力起着重要的作用。

(三) 解释作为推理的一般工具

解释学的基本任务是消除实际活动中自然出现的误解。司法证明的目的就是要在主体之间达成相互理解,作为哲学意义上的解释则是一般工具。司法证明的推理须臾离不开解释这个工具——这仅是哲学意义上的一般工具而已。在法庭这个场域,推理主体的辩论有许多言语行为,其中,“提问题”是重要的方式,但是断言推测事实的“回答”以及对争议问题的“解释”对理解证据的作用也同样重要。在案件裁判过程中,推理链是核心推理机制,但运用语言的问答和解释对推论起到了至关重要的辅助作用,尤其在检验型对话中,解释和推理混合在一起。作为内部证成的推理结果必须有逻辑形式,但在推理外部证成环节即对话程序和修辞过程总是围绕问题、争议、解释而展开的。推理是证明主体的推理,但这种推理是论证还是解释呢?“答案要在分析论证或解释应该作为其回答的理由型问题中寻找,并且在给定案例中使用推理的对话语境中去寻找。”^①解释性推理体现了司法证明的论辩本质,证据裁判里的说服责任最终依靠解释来完成,是与诉讼语境里通过辩论、劝导而给出广泛承认的论证理由相对照的。证据推理中的解释,它是证明主体在对话模式里充分考量对话者反应的内省,通过解释上的反思和修正,最终确保推论结果是不可推翻的。证据性主张的时序排列能够检测和发现关键证据事项的冲突和漏洞,“它也使将证据和可能的推论转变为叙事解释(narrative account)成为可能”^②。司法证明不是厨师备齐食材和佐料而烹饪佳肴,很多情况下都是“巧妇难为无米之炊”。新证据出现和采纳的可能性,使推论变得不可预见,在解释新证据的过程中,推理往往被不断地更新与修正。“对于证明基础的事实的解说,除了目前提出的事实解释版本,一定也还有其他的解释版本。就某一案件而言,对于推论为真的根本判断标准是:目前的事实解释版本是否存在诸多的解释版本中是最佳的?”^③就司法证明的性质而言,最佳解释推论当如此:事实认定者不证明什么,也没有义务要证明什么;法官只是通过建构性解释来推论诉讼两造中谁的事实主张更具似然性。建构性解释并不是法官的特权,所有推理主体都是显在或潜在的解释者。事实主张本身就是运用证据形成的解

① 焦宝乾:《法律论证:思维与方法》,北京大学出版社2010年版,第110页。

② [美]特伦斯·安德森、戴维·舒姆、[英]威廉·特文宁:《证据分析》(第二版),张保生等译,中国人民大学出版社2012年版,第190页。

③ 卞建林、王佳:《西方司法证明科学的新发展》,载《证据科学》2008年第2期。



释的重构,这样负有说服负担的当事人的责任就更重了。“一般情况下,事实认定者推论认为最具合理的解释是实际解释,并根据这一接受的说法作出有利于实体法所支持的当事人的认定。”^①作为事实认定者,法官最终以最佳解释推论的方式作出事实认定,这个据以定案的裁判事实必须符合实体法规定要件,同时以解释作为工具形成完整合理的推理链条,所以证据裁判结果应当是说服了抗辩双方而易于接受的。

结 语

司法权包含判断权,这种判断是裁判者基于逻辑推理而对案件事实的内心确信。司法裁判认定的案件事实是过去发生的,“历史事实的认定不仅需要逻辑,还需要判断——不是否定逻辑的作用,而是除逻辑之外还需要判断”^②。事实认定通过归纳、演绎、溯因等逻辑形式以解决权衡证据和判断之可能性的问题,而逻辑推理须臾离不开解释:归纳推理中的结论即包含了对前提的解释;演绎推理是对一个现象以一个假说作为解释;溯因推理则是提炼出假说来解释结果,所以“诉讼中的事实认定是一个解释(或说明)和寻求最佳解释的动态过程”^③。在诉讼程序里,证据推理是对事实认定者和其他证明主体的说服,其表现形式是语言,前提是理解,手段是解释,“司法证明的核心问题是裁判事实的性质,即事实认定者应当如何通过证据推理得到一个关于案件事实的最佳解释”^④,从而通过最佳解释推理模型作出准确事实认定,最终为定分止争奠定裁判基础。

(责任编辑:王文斌)

① [美] 罗纳德·J. 艾伦:《艾伦教授论证据法》(上),张保生等译,中国人民大学出版社 2014 年版,第 95 页。

② [美] 罗纳德·J. 艾伦等:《证据法:文本、问题和案例》(第三版),张保生、王进喜、赵滢译,满运龙校,高等教育出版社 2006 年版,第 143 页。

③ 张保生等:《证据科学论纲》,经济科学出版社 2019 年版,第 285 页。

④ 张保生等:《证据科学论纲》,经济科学出版社 2019 年版,第 293 页。

司法解释法律效力研究：法源理论、运行困境与完善路径

张志远*

内容摘要：司法解释既是处理法律适用问题与规范法院审判实践的基本方式，也是表达司法权力的重要路径。然而，司法解释的法律效力因缺少法的渊源理论与法律规范依据的支撑而在运行中存在立法与司法关系维度的争论，主要表现在司法解释形似于“创设法律”以及下级法院法官对司法解释的扩大解释。对此，可从认识论与运行论的角度研究司法解释的法律效力问题。具言之，探究并证成司法解释法的渊源地位，为其作为裁判依据奠定理论基础；通过立法规定进一步解决司法解释法律效力的运行问题，同时谨防法官裁判说理时对司法解释进行扩大解释。

关键词：司法解释；法律效力；法的渊源；司法立法化；扩大解释

一、问题的提出

长期以来，我国各级法院的法官在裁判文书中援引司法解释^①作为裁判依据，已经成为司法实践中的常规法律现象。然而，学界曾对此现象提出过一些基础理论与实践运行困惑，主要表现为对司法解释具有法律效力的质疑或否定。例如，有学者指出：“最高法院自己认定的‘司法解释具有法律效力’，不具有任何法律适用上的意义。”^②也有学者指出司法解释“法律效力上的无根据性”^③。还有学者认为司

* 张志远，山西大学法学院法学理论专业博士研究生。

基金项目：本文系山西省法学会法学研究重点课题“习近平法治思想的实践运用研究——以山西地方法治实践为指向”〔课题编号：SXLS（2022）A01〕、山西省研究生教育创新项目“习近平法治思想中立法思想的理论体系与实践路径研究”（项目编号：2021Y053）的阶段性成果。

① 本文所指“司法解释”仅指最高人民法院司法解释。

② 王成：《最高法院司法解释效力研究》，载《中外法学》2016年第1期。

③ 汪全胜：《司法解释正当性的困境及出路》，载《法学专论》2009年第3期。



法解释“立法化”成为司法解释的基本模式,并且“无法证成其正当性与合理性”^①。

同时,大多数法理学教材也否认司法解释属于中国法的渊源分类。^②例如,由孙国华与朱景文教授主编的《法理学》中认为当代中国社会主义法的渊源只是制定法;^③由赵肖筠与史凤林教授主编的《法理学》认为当代中国法的渊源无论正式渊源与非正式渊源均不包括司法解释;^④由陈柏峰主编的《法理学》不仅否认司法解释在各国法的渊源类别中的地位,也否认司法解释在中国正式与非正式的法的渊源中的地位,却认可最高人民法院指导性案例是我国非正式法的渊源。^⑤

然而实际上,最高人民法院制定颁布司法解释发挥了积极作用,一方面,在很大程度上缓解了全国人大常委会做出立法解释的压力;另一方面,能够适时为法官在裁判案件中正确适用法律并作出相应裁量尺度提供标准指引。有鉴于此,我们有必要正视司法解释在案件裁判中发挥的重要功能与积极作用,并且以此为导向,探索并建构司法解释的法的渊源地位,探索一条关于司法解释的法律效力难题的新分析路径。从文献来看,学界关于这些问题的探讨还留有研究空间,仅停步于“效力之争”很难有所进步。因此,本文立足于司法领域,尝试从法理上证成司法解释的法的渊源地位,为司法解释作为裁判依据提供理论支撑;同时,基于司法解释法的渊源地位不明而导致在运行过程中的实践困境提出相应完善路径。^⑥

二、司法解释法律效力的法律依据

在部分学者看来,相关的法律规定已经足以释明且确立司法解释具有普遍的法律效力。^⑦当然,也有学者对此并不认同。^⑧观点虽然难以统一,但足以表明分析关于司法解释法律效力的相关法律依据成为研究其法律效力问题的逻辑起点。因此,有必要从实证分析的角度重新审视涉及司法解释的法律效力的相关法律依据。

① 袁明圣:《司法解释“立法化”现象探微》,载《法商研究》2003年第2期。

② 法理学中“法的渊源”范畴具有“法律的效力来源”的含义,否认司法解释属于中国法的渊源分类意味着否认司法解释的法律效力。

③ 参见孙国华、朱景文主编:《法理学》(第三版),中国人民大学出版社2010年版,第231页。

④ 参见赵肖筠、史凤林主编:《法理学》(第二版),法律出版社2013年版,第90-95页。

⑤ 参见陈柏峰主编:《法理学》,法律出版社2021年版,第75-78页。

⑥ 实践中,司法解释被法官视为裁判依据的来源之一,确立司法解释的法律渊源地位,不仅能够强化司法解释法律效力的理论基础,也有助于法官对具体法律形式的判断和运用。“不了解法律渊源概念,就无法形成对于具体法律形式的判断和运用。”参见刘作翔:《“法源”的误用——关于法律渊源的理性思考》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2019年第3期。

⑦ 有关这部分观点,可参见曹士兵:《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》,载《中国法学》2006年第3期;尹艳丹:《最高人民法院司法解释的法源地位》,载《上海政法學院學報》2011年第6期。

⑧ 有学者在分析了最高法院制定司法解释的权力渊源后指出:“全国人大常委会尽管给予了最高法院进行司法解释的权力,但是,并没有明确此种司法解释究竟具有何种效力。”“最高法院司法解释的效力,自其源头开始就处于不明确的状态。”王成:《最高法院司法解释效力研究》,载《中外法学》2016年第1期。

关于司法解释法律效力的相关法律依据,较早可以追溯至1981年6月10日第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《关于加强法律解释工作的决议》(以下简称《决议》)。《决议》第2项指出:“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民法院进行解释;凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题,由最高人民检察院进行解释。”从内容上来看,《决议》第2项仅授权给最高人民法院制定颁布司法解释的权力,这却被部分学者用作支撑“司法解释具有法律效力”的重要证明材料。事实上,赋予司法解释权并不能等同于司法解释就具有普遍法律效力。然而,正是在这个《决议》颁布之后,不仅最高人民法院制发司法解释的数量逐年增加,其他的立法机关也开始制定规范最高人民法院司法解释权力的相关法律条文。例如《立法法》第104条第1款规定与《人民法院组织法》第32条的规定。但是,从这两条规定中可以发现,二者均未明确规定司法解释具有法律效力,亦未明确司法解释的效力属性。

那么,司法解释究竟为何可以被作为裁判依据呢?实际上,这是“司法解释自己认定自己具有法律效力”^①的结果。基于上文中《决议》的第2项规定的授权,《最高人民法院关于司法解释的若干规定》(1997年6月23日发布,已失效)第4条与第14条规定,最高人民法院司法解释具有法律效力且应当在司法文书中援引;《最高人民法院关于司法解释工作的规定》(2007年3月9日发布,已修正)第5条规定司法解释具有法律效力;《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》(2009年10月26日发布,现行有效)第2条规定,最高人民法院引用的规范性文件中包括司法解释;2021年修正的《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第5条延续司法解释具有法律效力的这一规定。全国人大法制工作委员会也在“2018—2019年法律询问答复”中第八点司法解释的效力问题中答道,最高人民法院司法解释“具有法定效力,可以作为裁判的依据”^②。基于此,有学者指出,司法解释的法律效力是毋庸置疑的,“司法解释具有法律效力,可以被裁判引用”^③。确实,单纯从上述法律文件中可以看到“司法解释具有法律效力”的字面内容。但是,这是否就能以此为据而推论司法解释具有“法律”的效力?显然还需要进一步分析上述最高人民法院颁布的这些“规定”的效力。

通过“北大法宝”检索1997年6月23日最高人民法院颁布的《最高人民法院关于司法解释的若干规定》(已失效),可以发现其效力级别一栏显示属于“两高工作文件”。同样方法下,2009年10月26日最高人民法院颁布的《最高人民法

① 王成:《最高法院司法解释效力研究》,载《中外法学》2016年第1期。

② 《2018—2019年法律询问答复》,载中国人大网2020年9月30日, <http://www.npc.gov.cn/npc/e5948/202009/be1bc5414a424d069e00edc9fd73775a.shtml>。

③ 曹士兵:《最高人民法院裁判、司法解释的法律地位》,载《中国法学》2006年第3期。



院关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》的效力级别属于“司法解释性质文件”，2021年修正的《最高人民法院关于司法解释工作的规定》效力级别也同样属于“司法解释性质文件”。如此，为何同类型的“规定”却标注了不同的效力层级呢？原因在于1997年《最高人民法院关于司法解释的若干规定》第9条规定了“司法解释的形式分为‘解释’‘规定’‘批复’三种”，并且在本条的第2、3、4款中分别规定了三种形式的对应情形。2007年《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第6条增加了“决定”作为司法解释的形式，2021年修正的《最高人民法院关于司法解释工作的规定》第6条增加了“规则”作为司法解释的形式。据此，这些“规定”就成为名正言顺的司法解释的形式，具有司法解释相应的效力。最初于1997年颁布的《最高人民法院关于司法解释的若干规定》在完成了它的阶段使命后迅速消亡，却赋予后续最高人民法院出台的相关文件以司法解释的“形式及其效力”，其短暂存世却推动了最高人民法院制定颁布司法解释的进程。实际上，从当时的法律规定来看，“两高工作文件”和“司法解释性文件”并不具有法律效力。正如有学者指出，最高人民法院制定司法解释以外的规范性文件缺乏明确授权的结果，使得它们颁布的诸多抽象性文件缺乏法律效力。^①同时，我们也应当注意到，在《最高人民法院关于修改〈最高人民法院关于司法解释工作的规定〉的决定》（2021年6月）中，印发的对象是“各省、自治区、直辖市高级人民法院，解放军军事法院，新疆维吾尔自治区高级人民法院生产建设兵团分院”以及最高人民法院各单位，也就是我国各地区的下级法院及单位内部部门。既然印发的通知指明了特定的印发对象，就表明遵照执行的主体并非全国所有单位和个体。但是，这项规定的内容却在法律裁判文书中得到援引，就是否意味着在实践中有“法律”普遍约束力的指向？对此有学者指出：“司法解释性质文件没有获得全国人大的授权，而是最高人民法院自身基于司法权力和行政权力发布的规范性文件。”^②

综上所述，关于司法解释法律效力的法律依据问题，有两点认识值得商榷：其一，从法律规定来看，将法律规范授予最高人民法院司法解释权等同于司法解释具有法律效力的判断不一定正确；其二，从效力层级来看，司法解释的效力层级不一定属于“法律”或者与“法律”具有同等的普遍约束力。

① 参见黄金荣：《“规范性文件”的法律界定及其效力》，载《法学》2014年第7期。

② 彭中礼：《最高人民法院司法解释性质文件的法律地位探究》，载《法律科学（西北政法学报）》2018年第3期。

三、司法解释的法的渊源地位理论证成

如上文所述,现有法律规范性文件不能证明司法解释具有法律效力,却并非意味着司法解释缺少效力性的理论基石,这有必要从法理学的理论视角探究司法解释法律效力的法理基础。然而,在法理学中,与“法律效力”联系最为直接的范畴是“法的渊源”,因此,有必要特别重视此理论工作,即从法理上探究并证成司法解释的法的渊源地位。这不仅为“司法解释具有法律效力”的结论奠定扎实的理论基础,为司法解释作为裁判依据提供理论支撑,也将为立法确立与规范司法解释的法律效力提供必要的理论依据。

法的渊源理论的价值和功能在于两个方面,一方面,能够释明法律的表现形式并提供法律效力的学理依据;另一方面,法官可以借助法的渊源理论和知识,在既有的法或法律规范不能满足需要时,从法的渊源中提取有关规则,运用于所面对的案件或有关法律事务中,以弥补现行法不足之效。^①因此,借助于法的渊源范畴的理论工具以证成“司法解释具有法律效力”,这就需要探究并证成司法解释在法的渊源分类中的地位。

法的渊源是法理学的重要范畴之一。论及法的渊源的内涵,学界有“本质渊源说”“效力渊源说”“内容渊源说”等,集中揭示了法的渊源不同方面的各种形态。目前,主流观点认为“法的渊源包括两个不可分割的要素:一是其与法的效力的直接联系;二是其表现为一定的法律外部形式”^②。不同国家有着特定的法的渊源,谈到中国法的渊源,法理学教材中普遍采取正式法的渊源与非正式法的渊源的分类。在这种分类下,非正式法的渊源的特征往往被定位于没有法律约束力,只是在司法中作为法官裁判加以考虑的资料或材料。^③这就令人产生疑惑,这样的特征定义是否与法的渊源定义相冲突?非正式法的渊源因其没有法的直接效力是否属于法的渊源的一种分类呢?这引起我们反思“非正式法的渊源”作为分类的一种的合理性与科学性。^④

据考察,“正式渊源与非正式渊源”的分类由博登海默较早提出,^⑤后得到我国法学界的认可,从而被引入并成为中国法的渊源的分类。然而,博登海默的这种分

① 参见舒国滢:《法理学导论》(第二版),北京大学出版社2012年版,第67页。

② 张文显主编:《法理学》(第五版),高等教育出版社2018年版,第87页。

③ 参见孙笑侠:《法理学导论》,高等教育出版社2005年版,第249页。

④ 参见刘作翔:《特殊条件下的法律渊源——关于习惯、政策、司法解释、国际条约(惯例)在法律中的地位以及对“非正式法律渊源”命题的反思》,载《金陵法律评论》2009年第1期。

⑤ 参见[美]博登海默:《法理学——法律哲学及其方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第429-430页。



类能否直接移植到我国来用是值得商榷的。原因在于,博登海默关于法的渊源分类是针对英美法系提出的,而英美法系与大陆法系在立法与司法运行中存在本质区别,并非能直接为我国法的渊源分类所用。正如有学者所指出的那样,大陆法系法官尽管会参考案例,但是最终还是会在判决中援引一个法条并且“不会像英美法一样,在遇到争议时去找先例,然后类比论证,这是两种完全不同的思考方式和法源结构”^①。博登海默也在论证正式渊源和非正式渊源的关系时指出:“坚定的实证主义者不是倾向于认为非正式渊源与法律过程无关而对之不予考虑,就是倾向于把它们置于司法框架中极为次要的地位。”^②而我国有着深刻的制定法立法传统,尤其是“在严格限制法官立法的中国当代法律制度下,制定法是着意构造各种法律的外部界域和内在联系的唯一工具”^③,这就意味着制定法是法律运行的唯一依据。因此,根据我们目前法理学界关于法的渊源是“有效力的法律表现形式”的定义,结合我国的制定法传统来看,“那就不存在所谓正式与非正式之分”^④。否则,会有损我国法律体系建构。

既然现有的我国法的渊源概念与分类无法概括司法解释这一种类,那么,我们就有必要探寻新的概念与分类。有学者指出:“旧的法律理论和法律意识形态不死亡,一个全新的法学就不会诞生。”^⑤这引起了中国法理学者的反思。让人重拾信心的是,2021年,雷磊教授发表了《重构“法的渊源”范畴》文章,他基于法理论视角,在司法视域下重构“法的渊源”,并提出法的渊源分类为“效力渊源”与“认知渊源”的重要理论,^⑥无疑为审视“法的渊源”理论提供了新视野,并且明确阐释了司法解释的法的渊源地位,具有重要的启发意义。

(一) 司法视域下中国法的渊源定义及分类

1. 司法视域下中国法的渊源定义

在司法视域下分析中国法律渊源,不仅是基于“司法中心主义”的立场,也是法的适用角度下分析中国法的渊源。之所以采取这个视角去分析,是因为我们必须清晰地认识到法律的实践性与法的术语表达有着密不可分的联系,据学者考察,罗马法中的“法的渊源”概念就是产生于司法实践。^⑦也就是说,一方面,法的渊源概念与分类是司法运行的重要理论基础;另一方面,司法运行也是表现法的渊源概

① 苏永钦:《提高法律理性的立法学——特别从体系观点来思考》,载微信公众号“浙江暨浙江大学立法研究院”,2022年4月23日。

② [美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第430页。

③ [英]帕瑞·凯勒、桂万先:《中国法的渊源》,载《南京大学法律评论》1998年第2期。

④ 刘作翔:《“法源”的误用——关于法律渊源的理性思考》,载《法律科学》2019年第3期。

⑤ 徐爱国:《论中国法理学的“死亡”》,载《中国法律评论》2016年第2期。

⑥ 参见雷磊:《重构“法的渊源”范畴》,载《中国社会科学》2021年第6期。

⑦ 参见彭中礼:《法律渊源词义考》,载《法学研究》2012年第6期。

念的重要方式。因此,有必要考察司法视域下中国法律渊源定义及分类。

在这种视角下,法的渊源有广义与狭义之分。广义来看,法的渊源包括影响法官裁判的真实因素,甚至包括法官动态的情绪变化。狭义来讲,法的渊源仅指法官判案所援引的“规则”依据。当然,这种狭义的定义转化在中国法律传统语境下仅指制定法。由此来看,目前的中国法的渊源分类中可能要剔除非正式法的渊源,也将要面临重构中国法的渊源分类。关于在司法视域下中国法律渊源定义及分类,我国学者已经开始了积极探索,具有代表性的是周安平教授指出法的渊源可以定义为:“为当下法律所赋予法律效力的裁判案件的依据”,并分类为“法定渊源”与“酌定渊源”,“法定渊源”是指制定法,“酌定渊源”是指习惯、社会观念等,两种分类的界限在于该项规范是否具有法律规定。^①但是这样的定义和分类与正式、非正式法的渊源区分以及主要、次要的法的渊源区分存在怎样的本质区别?周安平教授回应道“在于保证了司法适用的客观性”与“将分类限定在司法适用中”。确实如此,这样的观点强化了法的渊源的司法立场证成。但是仔细分析发现这样的观点还是存在一定问题,主要存在两个方面:一方面,“依法裁判”是中国法官的必然要求与根本义务,其中,“法”必须是具有普遍约束力的法,而“酌定渊源”并非得到法律承认而具有法律效力,就不能在裁判依据得到援引,却可以作为裁判理由进行说理,但这并不满足这一观点中的法的渊源定义。另一方面,周安平教授指明“法定渊源”与“酌定渊源”的关系是限定于司法适用的先后顺序,类似于“法律效力”上的位阶顺序,但是,“酌定渊源”中的种类并非具有法律效力,就缺失二者相比较的共同基本前提。因此,这种观点在一定程度上还有进一步完善的空间。

由于裁判依据与裁判理由有着本质上的区分,所以,在司法视域下定义中国法的渊源并做出分类就不得不考虑这一点。在著名的“图尔敏模型”(Toulmin Model)中,理由R是证明规范命题N的重要依据,解决“为什么N可以成立”的问题。而在这一证成过程中,“实质理由”与“权威理由”扮演了重要角色,即R便通过提供“实质理由”与“权威理由”以证成N。其中,“实质理由”主要包括社会价值、社会观念等得到社会普遍认同的实践陈述,而“权威理由”仅限于形式的法律规范。相比之下前者更需要实质上正当与合理,后者仅需要形式满足即可。如果说实质理由给特定法律决定提供了可接受性或合理性的支持,那么权威理由就给特定法律决定提供了可预测性的支持。^②因此,“权威理由”与“实质理由”共同构成裁判文书的重要组成部分,二者相依相存。而“权威理由”一般出现在裁判依据中,“实质理由”一般出现在裁判说理中。据此,法的渊源在法律适用的这一

① 参见周安平:《法律渊源的司法主义定义》,载《南大法学》2020年第4期。

② 参见王夏昊:《法适用视角下的法的渊源》,载《法律适用》2011年第10期。



过程中又扮演了什么角色?我们可以发现,法的渊源理论就是指引法官在裁判案件时确定裁判依据,也就是说,法的渊源就是证成N的一种理由,而这种理由也就包含上述谈到的“权威理由”与“实质理由”。这样,法的渊源的定义就不仅兼顾法的内容的来源,也包含了裁判依据的来源,更是法的拘束力的来源。同时也需要指明的是,法的渊源并非均具有法律效力,也并非不具有法律效力,因此,在这个意义上讲,司法视域下法的渊源的定义应当是指司法裁判过程中裁判依据的来源。^①

2. 司法视域下中国法的渊源分类

既然司法视域下法的渊源的定义是指司法裁判过程中裁判依据的来源。那么,“裁判依据的来源”就应当包括两个方面:一是裁判依据的法律规范性文件的表现形式,即“形式来源”;二是论证裁判依据的合法性与正当性内容,即“实质来源”。也可以理解为,前者是裁判中适用的法律依据,后者是选择该法律依据的具体理由。但是,需要注意的是,“实质来源”必须以“形式来源”为依托,且并非是并列的关系,二者应当共同适用于裁判文书中,但是“形式来源”可以独立出现在裁判依据中。当然,拉兹(Raz)教授更为准确地定义法的渊源为“鉴别法律有效及内容的事实”^②,雷磊教授也在此基础上做出更进一步分析,准确地界定法的渊源“由两个部分组成:一个部分是鉴别裁判依据法律效力的事实或来源,另一个部分是鉴别裁判依据内容的事实或来源”。并且将第一个部分称为“效力渊源”,另一个部分称为“认知渊源”。关于二者的关系,效力渊源与认知渊源的关系地位并不对等。^③效力渊源具备在司法裁判中独立适用的品格,而认知渊源必须依附于效力渊源。也就是说,“认知渊源”不能独立出现在裁判依据中,必须与相应的“效力渊源”一起适用于裁判文书。

例如:在民事案件裁判中,2005年由青岛市李沧区人民法院受理了一起“顶

① 雷磊教授指出:“‘法的渊源’的确切意义,指的是司法裁判过程中裁判依据的来源,在法律论证中发挥着权威理由的角色”(参见雷磊:《重构“法的渊源”范畴》,载《中国社会科学》2021年第6期。)王夏昊教授指出:“在这个意义上,法的渊源就是指法律人必须、应该或可以提出的支持法律决定的权威理由”(参见王夏昊:《法适用视角下的法的渊源》,载《法律适用》2011年第10期。)如果将法的渊源定义仅局限于权威理由,那么,作为实质理由的道德、习惯、价值等无法被包含在内。这就会导致一个反例,如:《民法典》第10条规定“法律没有规定的,可以适用习惯”,但是习惯又不是法,也不是一种权威理由,却又是法官裁判依据的来源。法官在判此类案中既需要在裁判依据中援引《民法典》第10条,也需要客观揭示支撑这一裁判的特定习惯内容,它们一同构成提高裁判文书公信力的重要组成部分。因此,应当说,法的渊源定义于法官裁判依据的来源更合理。

② [英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威》,朱峰译,法律出版社2005年版,第42页。

③ 关于“效力渊源”与“认知渊源”的定义与二者关系的详尽分析,参见雷磊:《重构“法的渊源”范畴》,载《中国社会科学》2021年第6期。本文作者非常认同雷磊教授做出的关于法的渊源的分类及对二者关系的定义。

盆过继案”，^① 该案争议焦点涉及当地的“顶盆过继”习俗，^② 也正是因为这一习俗，案件中被告石忠雪为死者石君昌戴孝发表而得以在事实上入住其遗留的房屋。“顶盆过继”作为一种民间习惯并无法律拘束力，在《民法总则》第10条实施以前，这样的习惯只能被视为法官裁量的重要考虑因素，却不能被当作裁判依据。而在《民法总则》也包括《民法典》第10条实施以后，赋予了法官在“法律没有规定的，可以适用习惯”的裁判权力，这就意味着“顶盆过继”习惯不仅可以作为裁判依据的来源，也可以作为裁判说理的重要组成部分。但是，“顶盆过继”习惯始终并不具有法律拘束力，仅是法官在选择适用《民法典》第10条的法律依据的具体理由或是该条裁判依据的实质内容。概言之，“顶盆过继”习惯必须与《民法典》第10条相结合才能得出有效的裁判。因此，“顶盆过继”习惯本身是“认知渊源”，而《民法典》第10条属于“效力渊源”，据此，“认知渊源”对于“效力渊源”具有密切地依附性。综上所述，司法视域下法的渊源分类应当是“效力渊源”与“认知渊源”。

（二）司法解释属于法的“认知渊源”

目前法理学界对中国法的渊源一般分类为“正式的法的渊源”与“非正式的法的渊源”，这就导致结果不能合理定位司法解释在的法的渊源中的地位。对此，王夏昊教授指出：“如果我们不承认这些司法解释文本属于法的渊源，那么，在理论上，最高法院的这些判决以及其他法院引用这些司法解释文本的规定的判决都是不合法的。”^③ 在雷磊教授的法的渊源分类的观点中，司法解释属于当代中国法的认知渊源。他指出：“司法解释并不具备独立的效力来源，但依照立法授权，它可以成为个案中裁判依据的内容来源。”^④ 具体来看，构成法的“认知渊源”需要具备两个条件：一方面，它必须获得制度性权威直接或间接的认可；另一方面，它必须与制度性权威相结合才能在司法裁判中扮演权威理由的角色。^⑤ 最高人民法院制定颁布的司法解释就具备“认知渊源”的两个条件。

在第一个条件中，最高人民法院制定颁布司法解释得到了相关决议或法律规定的间接认可。例如：《立法法》第104第1款规定、《人民法院组织法》第32条规定、1981年6月10日第五届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过的《关于加强法律解释工作的决议》的第2条规定，这些法律规范性文件均标志着对司法解

① 参见《八年前的公证书》，载央视网，<http://cctv.com/program/jjyf/20060417/101904.shtml>。

② 在当地农村有个“摔盆儿”风俗，即老人去世之后在出殡时要由家里的长子把烧纸钱的火盆顶在头上然后摔碎。如果去世的老人没有子女的话，一般要在叔伯兄弟的孩子中找出一个人作为嗣子，由他来摔盆儿，这个风俗因而也叫“顶盆过继”，本案也因此被称为“顶盆过继案”。参见姜福东：《法官如何对待民间规范——“顶盆过继案”的法理解读》，载《甘肃政法学院学报》2007年第4期。

③ 王夏昊：《法适用视角下的法的渊源》，载《法律适用》2011年第10期。

④ 雷磊：《重构“法的渊源”范畴》，载《中国社会科学》2021年第6期。

⑤ 参见雷磊：《重构“法的渊源”范畴》，载《中国社会科学》2021年第6期。



释内容的正当性的认可。

在第二个条件中,最高人民法院制定颁布司法解释与相关法律规定始终紧密相依,并且共同适用于案件裁判并成为其裁判依据。首先,制定司法解释本身就是依据相关的上位法律规定。正如最高人民法院制定颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(2021)中明确指明“为了正确理解和适用修改后的民事诉讼法,结合人民法院审判工作实际,制定本解释”。其次,司法解释本身是对相应法律适用的具体情形的规定。正如《最高人民法院关于审理掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条明确规定其自身是对刑法第312条第1款规定的具体情形。再次,司法解释与相应法律规定一同适用于案件裁判依据,在裁判依据中共同扮演权威理由的角色。因此,司法解释属于法的认知渊源。

四、司法解释法律效力的运行困境

如上文所述,法的渊源是司法裁判依据的来源,必然与司法场域的实践情况相连接。由于未能对司法解释的法的渊源地位形成准确认知,最高人民法院在制定颁布司法解释在数量与部分内容上形似“创设法律”,下级各级法院法官在遵照适用司法解释中不可避免扩大对司法解释的解释而强行套用于案件事实中。这些问题都需要做出进一步地分析,并提出相应的完善路径。不仅可以为司法机关下一步规范适用司法解释提供指引,也可以与司法解释的法的渊源地位相互印证。

(一) 最高人民法院制发司法解释形似于“创设法律”

自最高人民法院获权制定颁布司法解释以来,其行为与效果逐渐形似于“创设法律”。有学者对此明确表示:“有关司法解释客观上存在侵入立法领域甚至取代立法的现象。”^①“以‘司法解释’的名义事实上架空了国家立法机关的‘立法解释权’。”^②“司法解释的‘立法化’或‘泛立法化’现象已经成为我国司法解释的一个基本特征和普遍趋势。”^③这些结论均指明最高院制定颁布司法解释形似于“创设法律”具有现实表征性。尽管这在英国著名法理学者哈特看来,“当法官裁决有争议的(或者‘疑难’)案件的时候,他们是在创造法律,而不是在适用法律。这种‘司法性立法’并不是某些伦理差错在司法方面导致的结果,而是源自于法律是纯粹规

① 罗书平:《立法解释的现状与法律思考》,载《法律适用》2004年第8期。

② 莫纪宏:《司法解释不具有“普遍”的法律效力》,载中国法学网, http://iolaw.cssn.cn/zxzp/201010/t20101018_4608483.shtml。

③ 袁明圣:《司法解释“立法化”现象探微》,载《法商研究》2003年第2期。

约的特性”^①。显然,部分“僵硬”的法律规范在一定程度上使得法官在处理复杂疑难案件时难以简单适用。最高院制定颁布司法解释就是通过法院内部审判系统具体化与操作化那些颇具抽象性的法律规范的具体情形与裁判标准,以使得它们得以在案件裁判中灵活适用。由于我国具有制定法传统,司法解释缺少法律效力依据会使其陷入缺失合法性的致命缺陷。这也就意味着,司法解释的法律效力自发呈现由说理依据向行为规范的特别转向的趋势。这种客观现象可以从目前的立法解释与司法解释的数量对比以及司法解释的两种内容类别中得到论证。

首先,从目前的立法解释与司法解释数量对比来看。司法解释的数量多到难以统计,而关于立法解释的数量较少却可以清晰计数。可以肯定的是,司法解释的数量要远多于立法解释数量甚至超过全国人大及其常委会制定的法律的数量。^②根据我国《立法法》第50条规定“全国人民代表大会常务委员会的法律解释同法律具有同等效力。”这就表明全国人大常委会有权做出“法律解释”,学理上一般称之为“立法解释”,这与法律具有同等位阶的普遍约束力。自从1996年5月全国人大常委会做出第一个立法解释始,^③到目前为止,全国人大常委会已经做出27条法律解释(其中1条已失效、2条于2019年修正),现行有效的立法解释仅有24条。^④立法解释最终取得这个数量很大程度上归因于全国人大常委会未能充分行使立法解释职权且有所懈怠,一方面在于全国人大常委会召开会议期限较短;另一方面在于全国人大常委会因不从事具体的审判实践工作而对法律适用的经验和认知不足。这才给了最高人民法院不断制定颁布司法解释的极大发挥空间。同时,绝大多数司法解释内容属于不针对具体个案的抽象解释。^⑤从这个意义来看,最高人民法院反而具有实际意义上的“法律解释权”。

其次,从最高人民法院出台的司法解释中两种内容类别来看。除了关于审判工

① [美] 安德鲁·奥尔特曼:《批判法学——一个自由主义的批评》,信春鹰、杨晓锋译,中国政法大学出版社2009年版,第37页。

② “新中国成立以来最高人民法院发布、与最高人民检察院及其他部委联合发布的司法解释、司法解释性文件,包括解释、规定、批复、决定以及最高人民法院司法政策性文件、与审判工作密切相关的司法文件和最高人民法院各庭室就审判工作所作的答复、复函等共4800余件。与这个数字相比,截至目前,包括现行法在内,全国人大及其常委会制定现行有效法律仅239件。”尹艳丹:《最高人民法院司法解释的法源地位》,载《上海政法学院学报》2011年第6期。

③ 1996年5月15日,第八届全国人大常委会第19次会议通过的《关于〈中华人民共和国国籍法〉在香港特别行政区实施的几个问题的解释》。

④ 根据“北大法宝”统计整理,以发布日期“1996-05-12至2022-04-10”、发布部门“全国人大常委会”、效力级别“法律解释”为关键词进行高级检索,共有27条立法解释。

⑤ 参见张志铭:《关于中国法律解释体制的思考》,载《中国社会科学》1997年第2期。



作中适用法律具体问题的各种答复^①与审判工作中法律规范适用的具体规定^②之外,还有两类最能反映司法解释形似于“创设法律”的内容类别。一类是直接对部分法律条文规定的适用的部分解释。例如,1997年12月31日,最高人民法院颁布《最高人民法院关于适用刑法第十二条几个问题的解释》,2013年10月21日颁布《最高人民法院关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》,2016年6月23日颁布《最高人民法院关于适用刑事诉讼法第二百二十条第二款有关问题的批复》等。另一类是直接对某部法律的适用的全面解释。例如,2022年4月1日,最高人民法院颁布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》,2022年3月16日发布《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国反不正当竞争法〉若干问题的解释》,2022年2月24日颁布《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》等。其中,主要的关键词集中为“可以认定”“人民法院依法予以支持”“予以认定”等。上述这两类内容是最高人民法院依据司法解释权力针对整部法典或部分法律条文规定进行细化其具体实践情形及其司法裁判标准而做出的司法解释内容。但是,一个基本前提是,最高人民法院制定司法解释必须以尊重现行法律为前提,^③并且不能脱胎于个案裁判的需要。但在现实中,最高人民法院制发司法解释的活动恰恰是在违背这一基本前提下进行的,成为除全国人大及其常委会和国务院以外的“第三立法部门”,^④这就不免导致内容上超越了原有相应的法律规定的情形。

综上所述,最高人民法院在不断制定颁布司法解释的过程中衍生了形似“创设法律”的运行困境,并且被默视为一种合法且合理的法律实践而长期存在。其重要原因在于从“立法中心主义”的法的渊源概念将司法解释归入法的渊源的分类并与法律效力相联系。当然,客观来讲,这也取决于相关法律规定的抽象性与滞后性、长期以来法制的健全与立法的粗陋且缺乏预见性的客观基础等客观现实原因,导致法官在审判实务中难以适用,由此出现了最高人民法院经常性做出司法解释并倾向于“立法化”的现状。实际上,在司法解释中还是会见到“依据……等有关法律规定,结合审判实践,制定本解释”的字眼。那么,既然法官在审判实务确实有

① 如最高人民法院于1983年9月30日、12月30日和1985年8月21日先后三次作出的《关于人民法院审判严重刑事犯罪案件中具体应用法律的若干问题的答复》;1988年2月9日,最高人民法院《关于海关扣留走私罪犯罪嫌疑人的实践可否折抵刑期的批复》;1988年1月22日《最高人民法院关于继父母与继子女形成的权利义务关系能否解除的批复》等。

② 如2022年3月20日,最高人民法院颁布《最高人民法院关于审理行政赔偿案件若干规定》;2022年3月1日,最高人民法院颁布《最高人民法院关于审理网络消费纠纷案件适用法律若干问题的规定(一)》。

③ 参见胡玉鸿、吴萍:《法官释法场合中的“尊重法律”》,载《金陵法律评论》2003年第2期。

④ 参见袁明圣:《司法解释“立法化”现象探微》,载《法商研究》2003年第2期。

司法解释具有法律效力的必然需求,就有必要探究并提出关于解决司法解释与“创设法律”的内在矛盾。

(二) 下级法院法官扩大解释司法解释

“扩大解释”也称为“扩张解释”,是指“某个法律条文所使用的文字、词句的文义过于狭窄,将本应适用该条的案件排除在它的适用范围之外,于是扩张其文义,将符合立法本意的案件纳入其适用范围的法律解释方法”^①。法官关于扩大解释方法的运用应当以法律规范及其立法本意为准。但是,下级各级法院法官扩大解释司法解释的现象作为司法运行困境之一,也有学者称该行为是“违背司法解释原意的解释性适用”^②。主要原因在于,客观上,在司法审判实务过程中,常会出现司法解释的内容也无法包含此案件事实的情况;主观上,法官对司法解释在法的渊源中的地位的错误理解。据此,不免引发法官在并非能简单将司法解释规定适用于复杂的案件事实的情况下,尝试对司法解释进行扩大解释,如此一来难免对案件定性做出不科学的判断。

例如,在中福实业公司担保案中,最高人民法院依据当时的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)第4条的规定认为《保证合同书》无效,依据当时的《中华人民共和国公司法》(以下简称《公司法》(1999年修正))第60条第3款的规定,解释出该禁止性规定不仅适用于董事、经理的个人行为,也同样适用于公司董事会担保行为的结论。^③这在审理本案的法官看来该裁判理由及其结果“是在利益衡量上对中小股东权益的眷顾”^④。实际上,法官运用了扩大解释的方法从而做出终审判决书。正如有学者指出,“终审判决援引上述条文,虽未出示理由,但似乎可认定其中使用了扩张解释方法”^⑤。更重要的是,该种扩大解释超出了上述的立法规定及其司法解释的原意。

通过分析《担保法解释》第4条规定与《公司法》(1999年修正)第60条第3款的规定可以发现,这些规定是规范公司董事与经理的个人担保行为,旨在要求公司董事与经理对公司履行忠实义务,从而达到保护公司资产安全与防止董事、经理损害公司权益的个人行为的立法原意。而在该份判决书中所传递的理念是在保护

① 高圣平:《民法解释方法在“中福实业公司担保案”中的运用》,载《法学家》2004年第4期。

② 马洪伦:《法官解释性适用司法解释的实证分析及解释边界》,载《山东法官培训学院学报》2020年第4期。

③ 参见中福实业公司担保案,最高人民法院(2000)经终字第186号民事判决书。

④ 曹士兵:《公司为其股东提供担保的法律效力分析——从法律适用到利益衡量》,载《中国民商审判》(第1卷),法律出版社2002年版,第302页。

⑤ 高圣平:《民法解释方法在“中福实业公司担保案”中的运用》,载《法学家》2004年第4期。



中小股东的利益,提出董事与经理还需要对股东承担义务的要求,正如有学者指出,“最高人民法院让董事对股东承担义务,似乎超出了立法原意”^①。同时,也扩大了对公司担保行为的限制,实际上本解释与本条款是与公司的担保能力及其担保行为无关。

又如,发生在 2006 年的许霆案,案中的争议焦点之一在于“许霆的行为是否属于盗窃金融机构”。根据 1998 年 3 月 17 日最高人民法院公布《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》(已失效)第 8 条规定了“盗窃金融机构”的定义,列明了“金融机构”的具体范围。^②那么,究竟 ATM 机是否属于金融机构呢?ATM 机里的资金又是否属于金融机构的资金?通过对该条司法解释分析发现,从字面内容来看,该条列明的“金融机构”的具体范围中并没包含 ATM 机,也没有释明 ATM 机是否属于金融机构,更没有释明盗窃 ATM 机内的资金属于盗窃金融机构。甚至可以说,依据刑法中“法无明文规定不处罚”的基本原则的指导下,可以得出“ATM 机并不属于也不等同于金融机构”的重要结论,那么,许霆的盗窃行为就可能不属于“盗窃金融机构”。

最终,广东省高院终审判决许霆的行为属于“盗窃金融机构”,在裁判理由中写明是依据《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第 8 条规定,并结合本案解释道:“本案中,自动柜员机是银行对外提供客户自助金融服务的设备,机内储存的资金是金融机构的经营资金,许霆盗窃自动柜员机中资金的行为依法属于‘盗窃金融机构’的行为。”^③这样的裁判理由是与广州中院刑二庭庭长甘正培在回答这一定性问题时的解释是一致的。^④这就表明,在许霆案中,法院法官一致认为 ATM 机属于金融机构,ATM 机里的资金属于金融机构的经营资金。

那么,广东省高院法官的这一解释理由是否有对司法解释扩大解释之疑呢?根据广东高院的判决理由,自动柜员机是金融服务的设备,其里面的存留的资金应当属于金融机构的资金。也就是说,ATM 机就属于金融机构的设备,从而认定 ATM 机里的资金属于金融机构的资金。实际上,若是银行里仅是具有提供自助金融服务

① 侯猛:《司法的运作过程:基于对最高人民法院的观察》,中国法制出版社 2021 年版,第 21 页。

② 《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》(已失效)第 8 条规定:“刑法第 264 条规定的‘盗窃金融机构’,是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等,如储户的存款、债券、其他款物,企业的结算资金、股票,不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。”现在已经被废止。但是在 2013 年 4 月出台的《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》中却没有见到“盗窃金融机构”的规定。

③ 参见许霆盗窃案,广东省高级人民法院(2008)粤高法刑一终字第 170 号刑事判决书。

④ 参见《广州中院释疑许霆被判 5 年:其行为属秘密窃取》,载搜狐网, <https://news.sohu.com/20080331/n256021040.shtml>。

的功能的设备只能被认为是银行的办公用品,但若是该设备内存放经营资金则会被视为金融机构,这就具有推动理解“金融机构的钱在哪里,哪里就属于金融机构”这一结论的现实导向性。但是,在《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定中仅仅列明了金融机构的资产,而没有说明“自动柜员机是金融服务的设备”。如果将盗窃ATM机的行为视为盗窃金融机构的结论成立的话,我们是否可以理解为街道边处于无人值守状态的警亭也是公安局的一部分呢?那么,这时的警亭又如何发挥公安局的各项职能呢?由此来看,广东省法院法官无疑是扩大解释了该司法解释。有学者认为ATM机不属于金融机构的延伸或组成部分,并且强调“对刑法规定的解释不能逾越刑法用语文字含义的射程”^①。

实际上,依据最高人民法院的这份裁判理由与裁判结果,我们可以看出,广东省高院法官审理这一案件时运用了扩大解释的方法。法官原则上应当准确适用司法解释,并不能随意对司法解释进行扩大解释。但是出现这一现象也不足为奇,很有可能法官认为司法解释具有法律效力,并且属于一种权威理由。这种认知很大程度上缘于法理学教科书的教化下得出了司法解释是正式的法的渊源的错误认识。既然法官普遍认为司法解释是一种权威理由,而认为对司法解释做出的解释就是一种实质理由,这也就符合基本逻辑。

也有学者指出法官突破解释边界的一个重要表现是突破司法解释文义的解释性适用。^②例如在2013年发生的罗某某盗窃案,争议焦点之一是罗某某发现的出土文物是否属于国有馆藏文物。根据2013年颁布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第9条第2款规定对盗窃国有馆藏文物的处罚,即“盗窃多件不同等级国有馆藏文物的,三件同级文物可以视为一件高一级文物”,但此条文中未明确“国有馆藏文物”的内涵与认定要素,这就给法官在相关司法审判中对盗窃国有馆藏文物的事实认定留有一定的自由裁量权。法院的审理查明表述:“经鉴定,被盗文物中,青瓷五盅盘为三级文物,其余五件为一般文物。案发后,上述文物均被南昌市博物馆收藏。”^③可以发现,法院依据罗某某发现的文物在案发后被南昌市博物馆收入藏品而认定该出土文物属于国有馆藏文物。实际上,这种解释扩大了“国有馆藏文物”的字面意义,因为被盗文物在案发前或案发时并非被博物馆收藏。而法院以案发后是否被馆藏作为判断是否

① 张建生:《利用ATM机故障恶意取款应如何处理》,载《人民检察》2008年第4期。

② 参见马洪伦:《法官解释性适用司法解释的实证分析及解释边界》,载《山东法官培训学院学报》2020年第4期。

③ 参见罗某某盗窃罪案,江西省南昌市经济技术开发区人民法院(2014)洪经刑初字第13号刑事判决书。



属于国有馆藏文物的标准的认定方式已经偏离该司法解释的规定,具有一定程度的扩大性。因此,扩大解释司法解释的行为总归是不适当的,正如波斯纳法官指出:“解释是一个含混的、总体的甚至是无边界的概念”,“‘解释’是一个变色龙。”^①

五、司法解释法律效力的完善路径

基于上文提出的司法解释运行的现实困境,有必要建言司法解释法律效力运行完善路径,具体包括立法规定司法解释的法律效力与法官谨防裁判说理时扩大解释司法解释。

(一) 立法规定司法解释的法律效力

在法律未能明确司法解释法律效力的情况下,对于司法解释的性质界定和具体效力等级的确定,都应当坚持在中国特色法律体系的统一性的大环境下,并基于现有的法律规定予以推论。解决司法解释的法律效力争议问题,首先应当将司法解释的法律效力得到法律条文明确规定,这就必须依赖于全国人大及其常委会通过制定法律条文的方式明确赋予司法解释具有实然的法律效力。原因在于,司法解释的法律效力缺乏相关上位法律的规定是司法解释法律效力不明的根源,只有立法明文规定司法解释具有法律效力,才能从根本上为最高人民法院制定颁布司法解释与法官在裁判中适用司法解释提供法律指引和法治保障,才能有效解决司法解释法律效力争议的内在矛盾。正如周旺生教授指出:“给予最高司法机关主要的经常的法律解释主体的合法地位,并进而完善最高司法机关的法律解释制度,使法律解释主体的法律地位和实际作用呈现和谐的而不是分裂的局面。”^②

事实上,基于一部法律条款的内容的普遍适用性与篇幅体例的有限性,司法案件的部分特殊的个案情形难以被法律条文所全部覆盖且规范,有必要通过制定司法解释以归纳案件适用的法律情形,就需要立法规定司法解释的法律效力。那么,立法如何规定司法解释的法律效力?可以区分立法的直接规定与间接规定的两种突破路径。立法直接规定司法解释的法律效力是指立法直接规定司法解释与法律具有同等效力或者划分一定的法律效力的位阶顺序。这一路径的实现并不现实,不仅与制定法律的主体及其立法权限不相契合,也不符合法律至上理念、法的本质属性、法律体系的层级性与立法学的基本原理。然而,立法间接规定司法解释的法律效力

① [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第341页。

② 周旺生:《中国现行法律制度研究》,载《现代法学》2003年第2期。

的路径则可以进行进一步研究,这样是可以将司法解释视为一类裁判规范进行赋予其相应的法律效力。但是这种路径的实现需要恪守的限度是,司法解释的作出应当遵守法律规范的内容规定及其立法本意,其实质上是难以跨越行为规范的限度。

在此,可以借鉴的一种立法经验是《民法典》第10条与第86条的法律规定。^①这些法律条文也就间接规定了习惯、商业道德可以作为司法裁判的法律依据,就具有司法裁判的法律效力。但是,习惯、商业道德并不因此等同于法律,只是由于法律规定赋予了它们司法裁判的法律效力。具体来讲,《民法典》第10条的规定作为一种裁判规范而非行为规范,从根本上绝非意味着规定习惯是法律,仅强调该条文适用于“处理民事纠纷”中,同时,该条文为其法律适用中附加了限制条件,只是在找不到法律依据的情况下,可以选择习惯作为法官裁判的依据。否则,习惯将不能谓之本名,而应当称谓其法律。但是,在这条法律规定中,习惯是否就被否认作为一种法的渊源呢?有学者根据《民法总则》第10条规定,认为习惯被“作为民事审判中的一个‘法源’”,^②但有学者反驳说“这样的一个观点是对于‘法源’概念的误用”^③。实际上,基于上文对法的渊源的新识,它们是法的渊源中认知渊源的重要组成部分。理由在于,在司法裁判中,一方面,习惯获得了法律的认可,司法适用中可以在没有规定的情况下,可以被作为裁判依据;另一方面,法官在适用习惯裁判案件时,法律依据中应当加上《民法典》第10条的规定,并与相应的习惯一同构成案件的裁判依据。因此,习惯是一种认知渊源。商业道德亦是同理。

据此,如果法律规定可以直接赋予司法解释法律效力并可以单独作为裁判依据固然更便捷,但这也意味着对司法解释法律效力的理论完善与制定实施的过程将会更为复杂与谨慎。那么,一种更为可行的路径就是借鉴《民法典》第10条的规定,这种设想的法律规定可以表述为“处理法律纠纷,应当依照法律,法律没有规定的或者规定不明的,可以适用司法解释,但是不得违背法律规定与立法原意”。据此,在法官裁判案件中,司法解释将与该条文规定一同作为裁判依据。因此,司法解释的法律效力需要得到法律规定的直接认可或间接认可。在得到法律直接认可之后,我们也应当注意优先适用法律规定;在得到法律间接认可之后,法官在裁判依据中

① 《民法典》第10条规定:“处理民事纠纷,应当依照法律;法律没有规定的,可以适用习惯,但是不得违背公序良俗。”第86条规定:“营利法人从事经营活动,应当遵守商业道德,维护交易安全,接受政府和社会的监督,承担社会责任。”

② 参见孟焕良:《仙居“善良习惯”成辅助民事审判的“法源”》,载《人民法院报》2017年10月30日,第6版。

③ 刘作翔:《“法源”的误用——关于法律渊源的理性思考》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2019年第3期。



应当援引赋予司法解释法律效力的条文与本案相关的司法解释规定并且搭配适用。综上所述,在现代法治的大背景下,司法解释的法律效力需要立法者进一步出台法律规范对其法律化、合法化。

(二) 法官谨防裁判说理时扩大解释司法解释

从方法论角度而言,法律解释通常被定性为一种技术或方法。^①在司法场域中,司法解释作为司法裁判的重要依据,下级法院法官通过运用法律解释的技术和方法进行适用司法解释时,应当谨防裁判说理时扩大解释司法解释。

学界从司法解释的效力层面对于最高人民法院制定司法解释的限度已经有充足研究。有学者强调:“凡是法律有明确规定的,司法解释必须在法律规定的范围内进行,不得随意对法律规定作扩大或者限缩性解释;法律只有原则性规定的,司法解释必须符合立法的目的、法律确定的原则和立法原意。”^②也有学者指出:“司法解释当然也只能在条文用语的含义范围之内。”^③相比之下,学界较少关注于法官在个案中通过解释司法解释以适用于司法裁判中的方法问题。然而,法官在个案裁判中通过解释司法解释以适用于案件事实是一种常见也客观的司法实践,这种行为的出发点是具有重要意义,旨在化解司法解释含义不清而导致无法适用于案件事实的现实难题。有学者对此称之为“法官解释性适用司法解释”^④。但是,在法官解释性适用司法解释的过程中,存在法官扩大解释司法解释并适用于案件裁判中的现象,这就仍有必要谨防法官裁判说理时扩大解释司法解释。因此,不仅应当明确最高院制发司法解释的基准是对法律的明文规定,同时,也应当明确法官在对司法解释进行解释之时的正确方法,特别是谨防法官裁判说理时扩大解释司法解释。

为了避免这一问题,应当从三个方面寻求有效应对的解决路径。首先,法官职业群体应当准确定位其自身于司法案件中的角色,具备相应的职业伦理操守和道德,提升自身职业基本素质和基本业务水平。陈金钊教授指出,法官职业者扮演着职业法律群体的中立裁判者的角色,在有效处理职业法律群体的意见纷争中发挥积极作用,法官职业“不能代表社会群体中任何一方的利益”且“只能是社会整体利益的代表”。这就要求各级法官“解释法律应尊重立法者的立法宗旨、目的、恪守

① 葛洪义教授认为“法律解释是一种弥补法律漏洞、完善法律规定内容的技术或方法”;谢晖教授认为法律解释“是关于法律应用的技术操作性的学问,它所侧重的是法律解释的方法和技术,其作用是在学理上直接帮助人们应用法律”。参见《全国法解释学研讨会纪要》,载《法学研究》2001年第2期。

② 乔晓阳主编:《〈中华人民共和国立法法〉导读与释义》,中国民主法制出版社2015年版,第322页。

③ 李希慧:《罪刑法定原则与刑法有权解释》,载《河北法学》2009年第5期。

④ 马洪伦:《法官解释性适用司法解释的实证分析及解释边界》,载《山东法官培训学院学报》2020年第4期。

法律条款中的规范意旨”“排除解释内容的任意性，对法律做出整体性和一致性的解释”^①。因此，依据陈金钊教授关于法官职业群体的角色定位与法律解释方法运用的论述，可以明确为法官进行解释司法解释原意时应当居于中立裁判者的基本立场，其利益考量应当是全方位与综合性的。

其次，法官在进行运用扩大解释方法进行解释司法解释时应当坚持准确理解和把握上位法规定的立法原意及相应司法解释做出的本意的基本原则。例如，在许霆案中，从《刑法》第264条规定与《关于审理盗窃案件具体适用法律若干问题的解释》（已失效）第8条规定来看，立法者与司法者的本意是惩罚盗窃金融机构资金的犯罪行为，而不在于扩大“金融机构”的具体范围。法官在裁判文书中应当释明与论证ATM机内储存的资金可以被视为金融机构的经营资金。同时，法官在个案裁判过程中对司法解释做出解释时都应当注意在解释目标和方法上恪守边界。^② 具体而言，就是指法官应当秉持科学的解释分析方法。法官应学会正确运用司法解释方法，其一，法官应当客观理解并遵守司法解释原意，这就要求法官必须做到对司法解释的精准的语义分析。即要求法官对司法解释的文字排列、语法结构、标点符号等进行分析。其二，法官应该严格按照司法解释的字面含义进行解释，既不能任意限制解释，也应极力避免扩大解释。

最后，究竟如何具体操作并且掌握根据上位法规定的立法原意及相应司法解释的本意进而正确进行扩大解释呢？这就要求法官应当正确使用扩大解释的方法，在运用扩大解释的方法对司法解释进行解释的时候，应当恪守必要的限度，只有在合理的限度内进行扩大解释才是正确的方法，否则会因为超过必要的限度而被划入类推解释方法，而类推解释方法的运用是不被允许的。因此，法官使用扩大解释方法解释司法解释内容的应当坚持该司法解释内涵与外延的相统一。我国台湾学者杨仁寿认为扩张解释的基准应当是文义的“预测可能性”的范围之内，他指出：“扩张法文之意义，须在文义可能之范围内始可，亦即必在文义‘预测可能性’的射程之内。”^③ 刘志远学者则认为上述观点值得商榷，他认为应当从扩大概念的外延的角度明晰合理的扩大解释的限度，他也指出：“凡是所解释进去的事项具有被解释的概念需要保留的核心属性的，就是合理的扩大解释”，这种路径实际上是立足于准确理解被解释文本的概念内涵的基础上，通过保留其核心的本质属性，从而进行有限

① 《全国法解释学研讨会纪要》，载《法学研究》2001年第2期。

② 参见马洪伦：《法官解释性适用司法解释的实证分析及解释边界》，载《山东法官培训学院学报》2020年第4期。

③ 杨仁寿：《法学方法论（第二版）》，中国政法大学出版社2013年版，第150页。



度的扩大其外延内容。这种路径并未脱离于文本的内涵的解释框架，却提出拓展文本外延的解释路径是具有一定的创新性。事实上，法官只有做到内涵与外延的相一致性，才能较好地进行扩大解释方法的运用。若法官进行扩大解释时未能把握好被解释文本的“内涵”与“外延”的任一方面，都可能会造成不确定性的风险后果。例如，在上述“中福实业公司担保案”中，法官进行扩大解释时并未很好地兼顾到人民对该司法解释条款的“预测可能性”，则会导致中国工商银行等五家银行上书最高院一份函件，并认为该案的判决书中如果根据解释而判决此类担保合同无效，则这 2700 亿元巨额信贷资金当即就会暴露在‘脱保’的风险之下的风险结果。

结 语

实际上，最高人民法院制定颁布司法解释是为解决法官在裁判中关于法律适用的疑难问题，将有助于指导与统一各级法院法官在裁判案件过程中准确理解与具体适用法律规范及其裁量标准，正如孙宪忠教授所指出：“如果一个案件，有六种甚至七八种不同的观点来‘指导’法官分析和裁判，不难想象，这会给法官造成多大的困惑。”^①因此，最高人民法院适时制定颁布司法解释所发挥的最主要作用在于提供了司法裁判中法律适用的统一标准，这不仅有利于形成类案类判的公正司法局面，也更能满足人民群众需求与解决审判困境。因此，从现实策略来讲，肯定司法解释的法律效力比否定其法律效力要好。应当建构司法解释的法的渊源地位与立法规定司法解释的法律效力，使其具有合理性与合法性。这样，司法才能更好服务于人民群众之需、服务于中国法治之需，进一步推动法治国家建设。

（责任编辑：郝晓越）

^① 孙宪忠：《我学习研究民法的三个问题意识》，载中国法学网，https://iolaw.cssn.cn/202204/t20220417_5403926.shtml。

如何推理与说理：案件事实认定的方法及路径新探

——基于图尔敏模型对三段论的超越

周天娇^{*}

内容摘要：司法实践中，事实认定常发生三种类型的错误：应当认定的未予认定、不应认定的反被认定、恰当的认定却失之于充分展示。事实认定有赖于推理，传统的推理路径是在三段论指引下进行的，而三段论实为演绎逻辑下的论证模型，与证据推理的归纳逻辑属性不符，容易导致错误推理或错误论证。解决办法是为证据推理寻找更为合适的逻辑工具，并以此构建新的事实认定路径。图尔敏模型在此可借鉴使用，相比三段论，它新增加了三个要素即“支撑”“限定”“例外”，以保障推理有效性。实证研究结果显示，该模型可及时阻断误推进程，增强结论可靠性。同时，该模型下的推理步骤清晰，节点明确，有利于在裁判文书中以文字形式还原逻辑形成与推导过程，实现说理可视化，提升事实说理效果。

关键词：事实认定；推理；说理；图尔敏模型；三段论

事实认定与法律适用是法官在每一起案件中都要面临的两大问题，相较而言，前者往往牵扯法官更多的精力。这是因为，案件中的事实并不是现成的，而是需要法官根据证据进行一定的推理方可探知的。长期以来，关于如何通过证据推理得到事实的问题，理论与实务界比较关注作为起点的“证据”、作为终点的“事实”、证明标准和证明责任，但对于究竟如何实现从证据到事实的跨越，即推理过程本身，却鲜有讨论。与之形成鲜明对比的是，司法实践中很多事实认定错误或者事实认定“看上去”错误，

^{*} 周天娇，上海市浦东新区人民法院二级法官。



皆是因为证据推理及其延伸的说理环节出现了问题，这些情况的存在损害了司法的权威性和公信力，亟待有所改变。本文正是聚焦于此展开论述，重点探讨案件事实认定中的证据推理与说理问题，以期法官作出更准确、更具说服力的事实认定提供方法论上的支持。

一、问题呈现：事实认定错误的类型化分析

证据的价值在于证明，证明的目的在于最大程度地还原客观事实。如果法官根据证据最终认定的法律事实与客观事实之间出现了较大幅度的偏离，那么可以说是事实认定错误。审判实践中，这种错误通常表现为三种类型：要么过于保守——应当认定的事实没有认定；要么过于激进——不应认定的事实反被认定；要么是一种更为遗憾的结果——恰当的认定却没有在裁判文书中予以恰当的展示。前两种类型是证据推理出现了问题，可谓实质意义上的事实认定错误，第三种类型是证据说理出现了问题，可谓形式意义上的事实认定错误。下面通过几则案例具体呈现事实认定错误的主要情形。

（一）实质意义上错误：证据推理进退无度

1. 怠于推理（见表 1）

表 1 法官怠于推理导致事实认定错误的典型案例

序号	基本案情			待证事实	已有证据	推理难度
案例一	原告半年之内先后三次向被告出借款项，前两次借据上均约定“月息一分”，最后一次借据上记载“一年利息一分”，原告主张最后一笔借款利息亦为“月息一分”，而非“年息一分”			利率标准	三张借据	★
	原审		再审			
	“原告对此未能提供相关证据予以证明”，不予支持		改判支持			
案例二	原告系《黄土高坡》等音乐作品著作权财产权继承人，诉称被告歌舞厅无授权使用涉案作品。为此，原告提供了其在被告处消费时拍摄的场景照片、点播歌曲的视频和消费记录等证据			侵权行为	(1) 被告歌舞厅场景照片； (2) 原告取证人员点播歌曲的视频； (3) 消费记录	★★
	一审	二审	再审			
	上述证据不能证明被告存在侵权行为，遂驳回	维持	原告证据形成证据链，可以认定侵权事实，故改判。			

续表

序号	基本案情		待证事实	已有证据	推理难度
案例三	甲、乙公司签订《股份质押借款合同》，但未办理质押登记。乙未按时还款，甲起诉。在甲起诉前 20 日，乙与其实际控制人丙签订《质押合同》（合同特别订有“担保独立性”条款），将原本应质押给甲的股份质押给丙，并于当日办理了质押登记。质押后，乙已无其他有价值财产。甲认为乙、丙系恶意串通损害甲利益，起诉请求确认《质押合同》无效；乙辩称其自丙处借款 8 亿，故签订《质押合同》。经查，所谓借款无对应银行流水		恶意串通	（1）乙、丙签订的《质押合同》（订有“担保独立性”条款）和《借款合同》； （2）乙公司责任财产资料； （3）企业股权登记信息； （4）银行流水	★★★
	一审	二审			
	甲诉请证据不足，不予支持	综合考虑各项证据，可以认定乙、丙恶意串通，遂改判			

以上三则案例中，根据已有证据判断待证事实存在与否的难度依次增加，但无论难度系数如何，相比于复杂的证据推理而言，很多法官更现实地偏向于不推理；相较于证明，更偏向于不证明，最后以一句“无相关证据予以佐证”便消极结案。确实，证据推理是一项耗时耗力的工作，远不如不推理、不证明来得简单方便，但如果因此就选择后者，实则一种“司法懒政”。这种现象的广泛存在导致很多隐匿于证据之后的事实无法得到认定，由此，当事人在诉讼中所承担的不仅是“举证”风险，还有“法官怠证”风险。

2. 滥用推理

滥用推理，最典型的莫过于彭宇案。然而，彭宇案反映的现象并非个例，类似的情形时有发生。

案例四：王某诉杜某、姚某民间借贷案。王某向杜某出借 1500 万，之后杜某偿还了部分款项，其中有一笔 80 万的还款系通过妻子姚某的银行账户支付。一审认为，根据上述证据即可推理认定姚某对杜某借款具有追认的意思表示，涉案债务为夫妻共同债务；二审认为一审的推理依据不足，遂改判姚某无责。^①

案例五：赵某诉陈某 1、陈某 2 民间借贷案。赵某系陈某 1 母亲，陈某 1、陈某 2 系夫妻。2013 年 3 月，被告夫妻购房一套，赵某出资 24 万余元。2016 年 8 月，陈某 2 起诉离婚；同期，赵某提起本案诉讼，主张涉案 24 万余元系对被告夫妻的借款，要求共同偿还，并提供了陈某 1 签字且落款时间为 2013 年 3 月的借条一张。经司法鉴定，“排除借条笔迹为 2013 年 3 月期间书写的可能性”。一审认为，即便如此，鉴于涉案款项已由被告夫妻收取并用于购房，仍应推定借贷关系成立，故支持原告诉请；二审

① 参见王某诉杜某、姚某民间借贷案，陕西省高级人民法院（2018）陕民终 950 号民事判决书。



改判全案驳回。^①

以上两则案例及彭宇案均因为法官在运用证据推理事实时过于冒进,从而导致事实认定错误。类似的证据推理缺乏正当理由的支持,构成“滥用”。与怠于推理的情形相比,滥用推理在实践中发生的频率相对较少,但其对司法权威的破坏性更大,一次无逻辑、不严密、非正当的推理,可能造成的危害结果比不推理、不证明、不认定更为严重,彭宇案就是深刻的教训。

(二) 形式意义上错误:证据说理表达无力

除了上述实质性错误外,还有一种更为可惜的情形:法官运用证据进行了恰当的推理,却没有在裁判文书中予以恰当的展示,正义没能以“看得见的方式”实现,这也形同一种“事实认定错误”。毕竟,在某种意义上法律事实是一种主观事实,如果法官的个体确信不能得到民众的普遍认同,那就难说真实,甚至可以说法官伪造了事实。

表 2 关于证据推理规范要求与实践情况的对比

规范要求			说理实况
年份	文件名称	相关内容	案例六:甲诉乙公司等财产损害赔偿案。甲自某村生产队承租了一块土地用以种植苗木,后遇拆迁。甲某日发现有人闯入土地并拆移了大量苗木,经甲调查,为乙派人所为,故起诉要求乙赔偿损失。甲提供的关键证据:(1)乙在他案(丙公司诉乙财产损害赔偿案,丙公司承租的土地与甲地毗邻,也是用于种植苗木)中的陈述,确认其曾派人整治土地约 10 亩,丙地为其中一部分;(2)甲发生苗木毁损后的报案记录。乙在本案中抗辩:确实整治过丙周边土地,但其中不含甲地。原审一审:“原告援引乙公司在他案中对他财产实施损害行为的陈述作为依据,显然缺乏必然性、关联性”,判驳。原审二审:事实认定不清,发回重审。重审一审:“原告未能提供其涉案苗木遭被告侵权损害的直接证据,故本院对原告主张的侵权事实难以采信”,再次判驳。重审二审:“乙公司在他案中陈述确认,对丙公司用地进行整治时,该案所涉土地只是一部分……针对上述整治行为,甲曾要求公安机关履行法定职责……结合上述事实,可以认定乙公司整治范围包含了本案所涉土地”
2006	《关于加强民事裁判文书制作工作的通知》	强调案件事实的公开性和完整性、证据认定的逻辑性	
2009	《关于司法公开的六项规定》	应当充分表述证据的采信理由、事实的认定、适用法律的推理与解释过程,做到说理公开	
2012	《关于在审判执行工作中切实规范自由裁量权行使,保障法律统一适用的指导意见》	加强对案件事实认定理由的论证,使当事人和社会公众知悉法院对证据材料的认定及采信理由	
2016	《人民法院民事裁判文书制作规范》	说明事实认定的结果、认定的理由以及审查判断证据的过程	
2018	《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》	阐明事理,说明裁判所认定的案件事实及其根据和理由,展示案件事实认定的客观性、公正性和准确性。依据间接证据认定事实时,应当围绕间接证据之间是否存在印证关系、是否能够形成完整的证明体系等进行说理。采用推定方法认定事实时,应当说明推定启动的原因、反驳的事实和理由,阐释裁断的形成过程。不能未经分析论证而直接使用“没有事实及法律依据,本院不予支持”之类的表述作为结论性论断	

^① 参见赵某诉陈某 1、陈某 2 民间借贷案,江苏省连云港市中级人民法院(2017)苏 07 民终 1857 号民事判决书。

就裁判文书中的证据和事实说理问题,最高人民法院多次发文意欲规范,表2左侧的梳理清晰地反映出相关规定愈来愈细,然而与越来越高的说理要求相比,目前裁判文书的落实情况并不乐观,如表2右侧所示,案例六的争议事实系侵权行为存在与否,这个问题只有两个可能的答案,要么是,要么否,没有中间地带,从这个意义上说,一、二审必定有一个推理结论是符合客观事实的。然而阅读两级法院的裁判文书,可以发现一审认定侵权行为不存在,但并没有说清楚为什么不存在,特别是在乙已自认整治了丙周边土地后,法院又是如何将甲地排除在周边范围之外的;而二审认定侵权行为存在,也没有说清楚甲地落入乙整治地范围的推理过程,当事人及普通民众并不明白所谓的“事实”是如何被法官“结合”出来的。证据推理作为一项极具过程性的思维活动,在裁判文书中却被“忽略”了,这就难以形成强大的说服力。

以上实证分析显示,面对案件中纷繁复杂的证据,有些法官主观上不积极推理,客观上也不擅长推理,长此以往习惯于不推理。长期疏于训练的必然结果就是一旦启动推理,很容易出现错误,走向另一个滥用的极端;即便推理恰当,也常常困惑于如何在裁判文书中进行恰当的说理。所有这些,随着司法公开进程的加快以及裁判文书上网的普及,又极易引发负面舆论,更加动摇法官进行证据推理及说理的信心和意愿。由此,案件事实认定错误频发,并形成恶性循环。

二、原因剖析:事实认定过程的全流程反思

如果说事实认定是司法活动对外输出的一种“法律产品”的话,那么上述几则颇具代表性的案例则反映出这一产品目前存在着一定的质量问题。回溯“生产流程”可以看到,事实是法官经由证据出发,通过逻辑推理作出的判断,这一流程有三个关键环节,依次是证据的输入、推理的过程和结论的输出。事实认定经常出现类型化错误,说明整个推理流程可能存在系统性缺陷,需要对此其中的一些固有认识及习惯做法进行深刻反思。

(一)“输入端”反思:直接证据抑或间接证据

实践中,需要进行复杂推理的情形,多发生在仅有间接证据的情况下。一些法官不愿意启动证据推理以认定事实,溯其根源,可能远未触及推理方法论缺失的层面,而是源于对间接证据根深蒂固的偏见,常认为“间接证据不可靠”“间接证据证明力有限”“间接证据不足以佐证事实”。所谓间接证据,是相对于直接证据而言的。根据理论通说,直接证据是能够单独、直接证明案件主要事实的证据,除此之外的为间接证据。或许是因为直接证据“直接”之表面含义,人们普遍认为此类证据是可准确了



解过去的追溯窗口。^①法官亦如此,故其于事实认定的“输入端”便存在结构性偏好,更认可并依赖直接证据,如果没有直接证据,便倾向于认为事实不存在,因此也就没有进一步基于各种间接证据进行推理的内在动力了。但是如今,越来越多应当认定但未予认定的事实,让我们不得不重新思考这样一个命题:直接证据的证明力一定大于间接证据吗?

直接证据与间接证据的区分在于证据证明事实的方式不同,如果证据能够直观呈现事实,那它就是直接证据,而如果是间接反映事实,那它就是间接证据。常见的直接证据多体现为言词证据,如当事人陈述、证人证言等。但证据与待证事实之间具有更显然的关系,并不当然意味着证明力就更大。这一点其实非常容易理解,当事人自己陈述的内容以及证人陈述的内容,就一定是事实吗?就一定比物证、书证等间接证据来得更可靠吗?显然不是。人们常常错误高估直接证据的证明力,在根本上是因为将直接证据的直观反映性与其证明力相混淆了。^②因为这一弊端的存在,学界已出现一种声音,强烈呼吁修正甚至取消直接证据与间接证据的分类。^③

直接证据并不绝对可靠,有时甚至会掩盖有用的间接证据或者阻碍有效的推理论证。类似的实例并不鲜见,例如前述案例一,该案原审法官之所以认定事实错误,盖因过于相信直接证据——借条的记载,而放弃了该有的逻辑推理。其实只要稍加思考便可知,同一时期的市场利率一般不会有太大的波动,年息一分显然不是一个正常的、可接受的标准。此外,过于迷信直接证据还会导致很多案件事实消弭于无形,就像案例二和案例三中的待证事实,通常不会有所谓的直接证据,法官如果不接受间接证据并积极进行推理的话,那么绝大多数争议事实都难逃“无相关证据予以佐证”的命运。

2001年公布的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第77条曾规定“直接证据的证明力一般大于间接证据”,这一规定曾一度导致法官排斥间接证据。但随着越来越多反面事例的涌现,2019年新修订的《证据规定》已删除了这一条文。修订起草者解释,该条文“具有法定证据主义色彩且不符合民事审判规律”,故予以删除。^④证据规则虽已发生重大变化,但一线法官的思维定式尚未完全扭转,对直接证据的路径依赖尚未完全破除。这是亟需做出进一步改变的,毕竟,接纳包括间接证据在内的所有证据类型,是推动证据推理的逻辑起点。

① See Richard K. Greenstein, determining facts: The myth of direct evidence, 45 Hous.L.Rev. 1804(2008-2009).

② 参见周洪波:《“直接证据”的迷思》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2021年第2期。

③ 参见纪格非:《直接证据真的存在吗?——对直接证据与间接证据分类标准的再思考》,载《中外法学》2012年第3期。

④ 参见郑学林、宋春雨:《新民事证据规定理解与适用若干问题》,载《法律适用》2020年第13期。

（二）“过程端”反思：演绎推理抑或归纳推理

证据承载着事实，但证据本身不代表全部事实，证据向事实的转化还需要经过逻辑推理。一般情况下，演绎推理可以保证结论为真，但现实中频发的错误推理情形，又当如何解释？

其一，证据推理到底是不是演绎推理？演绎推理属于严格的形式逻辑，是一种从一般到特殊的推理，结论的有效性完全依赖于前提的周延性，反过来说，前提（主要是大前提）是否周延直接决定了演绎是否成立。案件审判中，法律适用过程即为一次经典的演绎推理过程（见图1）。

所有的 M 是 P	（所有的）违约（都）应当承担违约责任
S 是 M	甲的行为构成违约
S 是 P	甲应当承担违约责任

图1 演绎推理即三段论

在这里，大前提（所有的 M 是 P）的周延性由国家法律的强制力予以保证，没有人可以凌驾于法律之上，任何满足法律要件的行为都将确定无疑地触发法律后果，因此，三段论成立并有效。那么，证据推理又是什么情况呢？

M（一般）是 P	天鹅（一般）是白色的
S 是 M	观察到一只天鹅
S 是 P	这只天鹅是白色的

图2 归纳推理的三段论外观

从外在形式上看，归纳推理似乎也是一次演绎（见图2），但为何结论却经常发生错误（出现黑天鹅）？问题就在于“证明事实是一种实践推理，作为前提的证据很难达到周延，适用的前提条件无法得到满足”^①，正所谓大千世界，无奇不有，M 是很难被穷尽的。失去了前提周延性这个核心要素，归纳推理便不是演绎推理。

其二，归纳推理既然不是演绎推理，那它又是什么？这里需要继续关注图2中的大前提——M 为何（一般）是 P？应是源于人类社会长期的观察与总结。

^① 栗峥：《司法证明的逻辑》，中国人民公安大学出版社2012年版，第46页。



M_1 是 P	观察到的第一只天鹅是白色的
M_2 是 P	观察到的第二只天鹅是白色的
M_3 是 P	观察到的第三只天鹅是白色的
.....	
(M_1 、 M_2 、 M_3 M_n 是 M 类的部分对象)	

所以, M 一般是 P 天鹅一般是白色的

图 3 归纳推理的形成过程

图 3 所示是典型的归纳,而且是不完全归纳。虽然同属形式逻辑,但与演绎不同,归纳是一种从特殊到一般的推理,它难以涵盖所有的情况,即便已经观察到的 N 只天鹅都是白色的,第 N+1 只仍有可能非白色。案件审判中,证据推理亦是如此,作为大前提的经验法则具有或然性,从这个角度顺延下来,证据推理虽然同样具有三段论的形式,但实质上是一个不完全的归纳推理。由此,我们可以看到,司法裁判逻辑其实不能一概而论,在法律适用阶段确实是演绎,但在事实认定阶段本质为归纳。

其三,证据推理作为一种归纳逻辑,其特征仍然要从与演绎推理的比较说起。前文已述及,演绎推理的核心是大前提的周延性,当前提为真时,结论必为真,因此,演绎具有确保真实性的特征。然而,归纳无法“保真”,结论的内容有可能超出前提的范围。固然,随着观察样本数的增加,下一个样本落入预期范围内的概率不断增大,甚至可以无限地趋近 100%,但这仅仅是理论上的假设,真实场景下的证据推理,与理想情况还存在较大差距。实务中,证据永远是稀缺的,经验永远是有限的,所以实际能够得到的或然性也必有所折扣。充分认识到这一点,认识到证据推理的或然性,可以使法官永远保持一种清醒,即时刻警惕例外。前文案例四与案例五中的误推现象,其产生原因就在于法官忽视了证据推理作为一种归纳逻辑的本质属性。

其四,归纳逻辑下的证据推理既然不能“保真”,那它是否还可用?这就回归到一个原始问题,既然演绎可以“保真”而归纳不能,那么,归纳又何以存在?这是因为演绎推理中,从前提到结论之间,不会发生任何信息增量,^①人类无法通过演绎获取新的知识;而归纳的不确定性意味着可能发现新的信息。具体到案件审判中,事实不是现成的,事实是需要法官去发现的,证据推理虽然不能保证法官所发现的事实一定是客观事实,但却至少可以有所发现,与此同时,它也不拒绝其他可能性的存在。归纳虽然不能“保真”,但可以“保值”,当这一数值超过法定临界值(证明标准)时,

^① 参见栗峥:《证据链与结构主义》,载《中国法学》2017 年第 2 期。

结论在一定程度上就是可接受的。

（三）“输出端”反思：隐匿式表达抑或可视化呈现

倘若法官能够无偏地输入（间接）证据，并且能够充分认识到证据推理的（或然性）属性，进而有所警惕和防范，那么推理的结论大概率将是正当的、合理的，此时，便到了最后的说理输出环节。在证据与事实说理这个问题上，前文案例六的裁判文书反映出法官更喜欢选择一种隐匿式的表达方式，这种现象的产生有以下两方面的原因：

一是法官的认知盲区。司法实践中，很多法官都有过这样的经历，一场庭审下来，内心确信已然形成，但若要详细阐述到底是经由哪些证据，如何一步步形成心证的，恐怕会“无语凝噎”。有学者分析，之所以出现这种现象是因为法官结论的形成往往是基于日常思维模式下的直觉或顿悟，而非来自精密论证；直觉或顿悟是跳跃性的，所以难以被还原为逻辑推理。^①法官若不能完整地追踪思维的形成过程，也就只能用一种大而化之的方式泛泛而谈了。

二是法官的顾虑。这里的“顾虑”主要来自法官对于自己撰写的裁判文书将接受全面审视的担忧。裁判文书一经作出，必将受到当事人、上级法院和社会大众的高度关注，其中关于事实认定的论证说理部分也将是各方审查的重点。一些法官在此常常会有多说多错的顾虑，出于自我保护的本能，他们宁愿选择一种模糊化的表达方式，而不愿意将自由心证的种种细节置于舆论评判的“放大镜”之下，特别是在彭宇案之后，法官更是心有余悸。久而久之，便形成了隐匿式表达的说理习惯。

如今，不管是因为认知盲区还是“顾虑”，隐匿式的说理方式显然已无法适应新时代司法公开的要求，裁判文书强化论证说理的改革早已拉开序幕。要让民众看得见法官的“思维”，可视化的呈现方式就是大势所趋。当然，想要法官写得出“思维”，首先要帮助法官看得到“思维”，而这需要一些逻辑工具和方法论上的支持。

总之，在证据向事实的转化中，推理是说理的基础，说理是推理的表现。跳出事实认定恶性循环，首先要正视各类证据积极进行推理，然后努力保证推理的恰当性，最后还要把恰当的推理予以充分说理，以此提升结论的可接受度，获得正面反馈，从而形成良性循环。

三、路径重塑：证据推理模型的结构式再造

通过反思，我们发现了解决事实认定失误问题的大致方向和路径，简而言之，就

^① 参见封利强：《我国刑事证据推理模式的转型：从日常思维到精密论证》，载《中国法学》2016年第6期。该文虽以刑事证据推理为研究对象，但依笔者所见，其中关于证据推理的观察与分析具有普遍适用性，民事诉讼领域存在相同的问题。



是在认识并防范证据推理或然性的基础上应推尽推、应证尽证。然而，这仅仅是一个开端，接下来的问题就是究竟如何进行证据推理？这是一个方法论上的难题，如果不能突破这个难题，那么，事实认定仍会重蹈覆辙，再次陷入恶性循环之中。如何根据证据进行推理的问题，实则面向两个层面，即单个推理的论证模型和多个推理的组合结构。

（一）单个推理的论证模型

1. 新论证模型的引入

传统的证据推理是在三段论指引下进行的，但前文已述及，三段论是演绎逻辑下的论证模型，其与归纳逻辑下的证据推理无法完全匹配，容易造成误推、误证的现象。因此，为了避免事实认定错误，需要为证据推理寻找一个更为有效的逻辑工具，并在

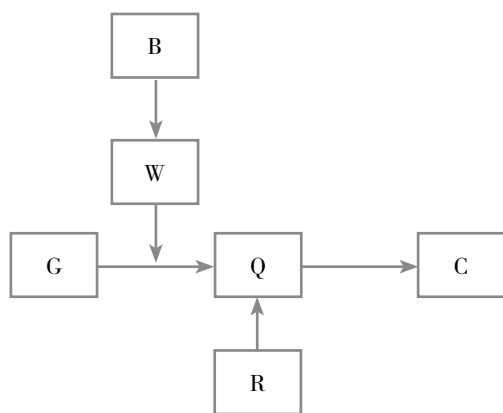


图 4 图尔敏模型

新逻辑工具的指引下开辟新的推理路径。早在上个世纪，被称为“当代论证理论的创始人之一”的英国哲学家斯蒂芬·图尔敏就意识到，人类实际所用的论证是发生于不同场景下的，不同场景应使用不同的论证方式，包括法律论证在内的绝大多数实践论证与纯数理论证不同，它们需要有自己的论证模型。^①为此，图尔敏对三段论进行了改造，构建出一个新模型——图尔敏模型，共包含六个要素（见图 4、表 3）。^②

表 3 图尔敏模型要素释义

序号	英文缩写	中文名称	含义	备注
（1）	C（Claim）	主张	想要证明和确立的结论	相当于三段论中的结论
（2）	G（Grounds）	根据	用以支持结论的事实	相当于三段论中的小前提
（3）	W（Warrant）	保证	从 G 推断到 C 所遵循的道理或知识	相当于三段论中的大前提
（4）	B（Backing）	支撑	对 W 的进一步支持	新增要素，用以衡量 W 有效性
（5）	Q（Qualifiers）	限定	由 G 推断到 C 的论证强度	新增要素，用以描述推理程度
（6）	R（Rebuttal）	例外	能够废止 C 的例外（或称反驳）	新增要素，用以排除例外情况

下面，首先以一个例子直观地展示图尔敏模型的运作过程（见图 5）。

① 参见张留华：《批判性思维教育的一个议题：教人论证还是教人探究——罗素、杜威和图尔敏》，载《华东师范大学学报（教育科学版）》2021 年第 6 期。

② 参见王建芳：《基于论辩的论证结构研究——费里曼模型与图尔敏模型的比较》，载《逻辑学研究》2016 年第 3 期。

通过该模型，可以推理出“很可能A是美国国籍”的结论。在这里，为了避免推理或然性可能导致的错误，新增的三个要素起到了重要的作用：以B检验W有无深层支持（这里的支持可能来自法律规则、自然规律、社会科学等一切知识），以Q限定C的或然性程度（是“很大可能”还是“很可能”，是“有可能”还是“不大可能”等），以R提示可能出现的例外情况（即使是“很大可能”，但只要不是100%，就有可能遇到“例外”）。由此，借助“图尔敏模型”便可实现对推理或然性这一抽象问题的检验。

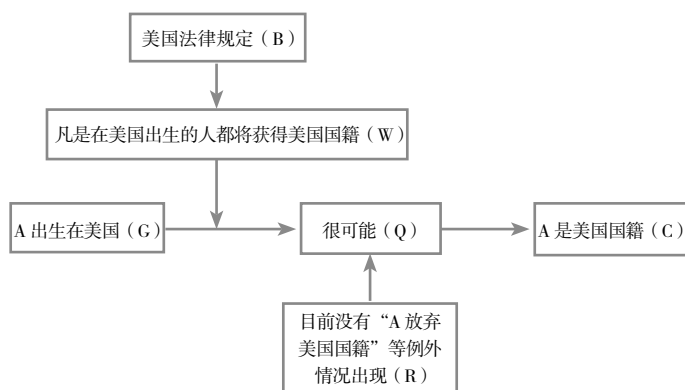


图5 图尔敏模型运作过程

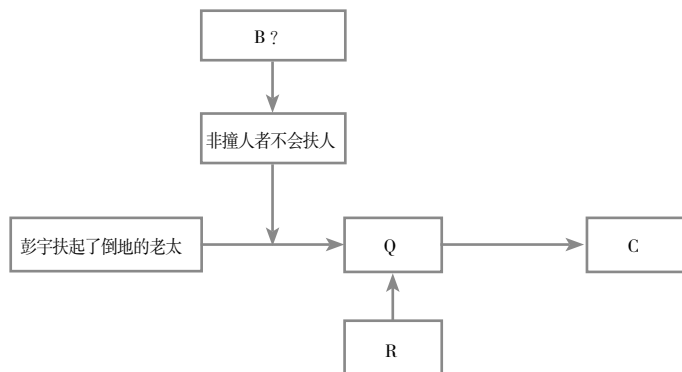


图6 彭宇案试运行过程与结果

2. 图尔敏模型的试用

从理论上分析，图尔敏模型注意到了绝大多数实践论证所具备的或然性特征，并采取了有效的预防手段以保证结论的可靠性，但其在证据推理及事实认定中是否确实有效，还需要进一步验证。前文提及了三个误推典型案例（彭宇案以及案例四和案例五），下面便将其分别置于图尔敏模型下运行，以观察该模型可否有效阻断误推进程。

（1）彭宇案论证过程（见图6）

当法官想要使用“非撞人者不会扶人”这个W时，却发现无法为其找到B，无论社会学、心理学、哲学、经济学等，都无法为该W提供充分的理论支持，推理在这个环节就宣告结束了。

（2）案例四论证过程（见图7）

当法官使用“配偶之间代为还款可以表明一方对另一方发生的借款情况知

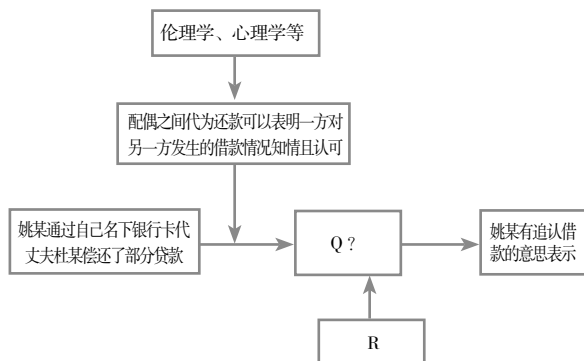


图7 案例四试运行过程与结果



情且认可”这个 W 时,还是能够找到相应的 B 的,这是基于特殊亲密关系下的正常行为,但问题是,如果仅有一次还款行为,由 G 经 W 及 B 到 C 的 Q 值有多大呢?能说“很可能”吗?恐怕不行,最多是“有可能”,这就达不到推理的法定盖然性标准了。

(3) 案例五论证过程(见图 8)

逻辑上而言,仅凭银行转账凭证并不能说明双方之间存在借贷合意,毕竟买卖、赠予、投资等很多关系都会产生资金往来,但在这里,《民间借贷解释》第 16 条进行了“法律拟制”,准许法官如此推理,法律规则为 W 提供支撑。既然法律有所规定,那么 Q 值能满足盖然性要求,但在最后环节 R 的出现击败了 C。

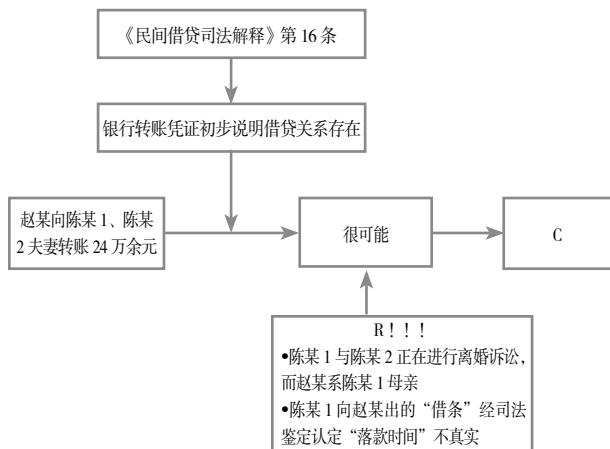


图 8 案例五试运行过程与结果

上述试运行结果显示图尔敏模

型是有效的,它借助新增的三个要素从三个环节依次检验证据推理的可靠性。而且,经过“试用”,我们还发现,虽然彭宇案以及案例四和案例五事实认定出错的根本原因在于没有防范证据推理的或然性,但具体表现上还是有所区别:彭宇案的失误是因为论证支撑不牢固;案例四有了支撑,但或然性偏低;案例五既有支撑,或然性也已达到了法定标准,但最后却出现了例外(见表 4)。

表 4 典型案例推理失误的具体原因分析

案例	存在 B	Q 达标	排除 R
彭宇案	×	—	—
案例四	√	×	—
案例五	√	√	×

3. 图尔敏模型的流程

总结以上“试用”经验,梳理出图尔敏模型在证据推理中的一般运用流程:(1)确认 G 的真实性、合法性和关联性;(2)调取作为 W 的逻辑与经验法则;(3)寻找可为 W 提供支撑的 B;(4)评估由 G 经 W、B 到 C 的 Q 值;(5)警惕案件中可能存在的 R;(6)获得可接受的 C。在上述六个步骤中,(1)(2)(6)是传统三段论模型中固有的步骤,(3)(4)(5)是为了提升结论可靠性而新增的步骤。图尔敏模型的运行,需要法官在案件审理中,及时、充分地向当事人释明所要使用的 W,并由当事人对其有无 B, Q 值大小以及有无 R 发表对抗意见,以此检验推理的支撑力、或然性与

例外可能,法官在此基础上做出最终判断。显然,证成事实需要“有B有Q而无R”,其余情形均“证否”。

4. 图尔敏模型的优势

概括而言,图尔敏模型的优势体现在以下四个方面:一是针对性。它是针对非演绎推理的论证模型,与证据推理属性相互契合。二是传承性。它承继了传统三段论的基本架构,易于法官接受和掌握。三是创新性。它增加了三个论证要素,实现对推理结论可靠性多层次多环节的校验。四是实用性。前述“试用”过程显示图尔敏模型是有效的。此外,在我国,已有将图尔敏模型用于刑事证据推理的探索,^①而民事证据推理与刑事证据推理本质上有诸多共通之处,同样可以借鉴运用。

(二) 多个推理的组合结构

1. 组合结构的类型

事物是普遍联系的,证据也是普遍联系的,使用单一证据经过一次推理就可完成事实认定的情形在实务中是罕见的,绝大多数情况下,一个待证事实的证实或证伪均是建立在多个推理之上的。虽然从逻辑上说,数个推理之间可能形成的组合关系有数种,^②但在实务场景下,基本的组合结构其实只有两种:^③

(1) 串联结构

串联结构的模型,即 $G_1 \rightarrow C_1 (G_2) \rightarrow C_2 (G_3) \rightarrow \dots \rightarrow$ 待证事实。串联结构下,形成“推理的推理”,G1推理得到C1,而C1既是上一节推理的结论,亦是下一节推理的根据,由此开启新一轮推理,直至待证事实。

(2) 并联结构

并联结构下,数个G共同支持了同一个结论C,这种“共同支持”既包括独立证明,相互补强式的关系,也包括协同证明,缺一不可式的关系。

串联结构与并联结构是组合结构的基本类型,而一个案件中很可能存在“组合的组合”的情况,通过串、并联结构层层嵌套,最终实现从证据到事实的转换。

2. 组合结构的影响

结构对于推理的影响主要体现在图尔敏模型中整体Q值和R上。在串联结构中,随着推理链条的不断拉长,可以预见,整体Q值将呈现下降趋势,因为每个环节均有出现R的可能,形成“累积的误差”,所以在“推理的推理”中,法官应该尤为注意评估最后环节的Q值是否还能满足法定要求。在并联结构中,Q值和R所受的具体影

① 参见封利强:《我国刑事证据推理模式的转型:从日常思维到精密论证》,载《中国法学》2016年第6期。

② 推理组合关系主要有耦合结构、聚合结构、协同结构、分散结构等。参见陈波:《逻辑学导论》,中国人民大学出版社2015年版,第234页。

③ 其中,耦合结构即为串联结构;聚合结构与协同结构是并联结构下的细分类型;分散结构实质是数个推理的合并。



响还要根据证据之间的具体关系加以区分,如果是缺一不可型的并联,那么很显然,整体Q值将取决于单个推理中Q值的最低者,即呈现“木桶效应”;如果是相互补强型的并联,整体Q值将随着证据的增多而不断增大,随着证据趋于充分,R的可能性将会不断下降,最终的推理结论趋于可靠。

3. 典型案例推理结构的展开

前文提及的案例二和案例三具有不同的组合结构,法官推理失误的一部分原因可以归结为对结构及其影响的认识不足。

案例二是一个串联结构,其推理过程如下:在被告歌舞厅内点歌的点播视频(G1)→被告歌舞厅的点播设备处于正常运行状态(C1)→点播设备内存有一定数量的音乐视频(C2)→其中部分音乐视频中使用了涉案音乐作品(C3)→被告歌舞厅存在使用涉案音乐作品的侵权行为(待证事实)。该案的原审一审法院曾认为,不能排除涉案歌曲为原告取证人员通过其他方式传入被告歌舞厅的点播系统进行播放的可能,^①因此,C2至C3的推理链条将会发生中断,待证事实无法得到证明。但无法解释的是,既然点播系统为被告所有并运营管理,原告又如何能够操纵?G1的推理辐射范围足以延伸至推理链条的尾端,证成侵权行为的存在。

案例三是一个并联结构,其推理过程如下:乙已无其他责任财产(G1)+乙在双方关系恶化后立即将股票质押给丙(G2)+丙是乙实际控制人(G3)+《质押合同》约定了不合理的“担保独立性”条款(G4)+《借款合同》记载的“借款金额”与质押标的金额相差较大(G5)+往来银行流水与《借款合同》无法对应(G6)→乙、丙恶意串通(待证事实)。该案中,单看G1到G6任一证据,均很难认定“恶意串通”这一涉及主观心态的事实,从这个角度说,一审法院认为原告证据不充分是可以理解的。但是,如果将六组证据结合在一起分析,将会发现它们有着共同的指向性,多个行为彰显了当事人隐藏的心理活动,足以排除合理怀疑,^②推定事实存在。

四、适用演示:一篇裁判文书的证据说理重述

借助图尔敏模型,法官可以看得到证据推理的思维轨迹,不仅如此,看得到有利于写得出,法官接下来要做的就是将以图解方式呈现的推理过程转换成以文字方式呈现的说理论证。这一转换至关重要,可以说,它直接决定了前面所有的工作有无实际意义。下面选择一例笔者曾承办的案件,重新在图尔敏模型的指引下进行证据推理,

① 参见苏梦诉五峰喜聚歌舞厅侵害作品表演权纠纷案,湖北省宜昌市中级人民法院(2019)鄂05知民初42号民事判决书。

② 《证据规定》第86条规定,恶意串通事实的证明要达到“排除合理怀疑”标准,高于民事诉讼一般的“高度盖然性”标准。

并在感知推理思维的基础上，尝试重新撰写一份裁判文书的事实说理部分，以期达到更好的说理效果。^①

1. 基本案情

甲长期为乙公司供应蔬菜，目前乙公司尚欠甲货款 70 余万元。丙系乙公司股东和法定代表人，甲认为丙与乙公司之间存在财产混同，起诉要求乙公司与丙承担连带付款责任。争议事实为乙公司与丙个人是否财产混同。

2. 主要证据及推理演示（见图 9）

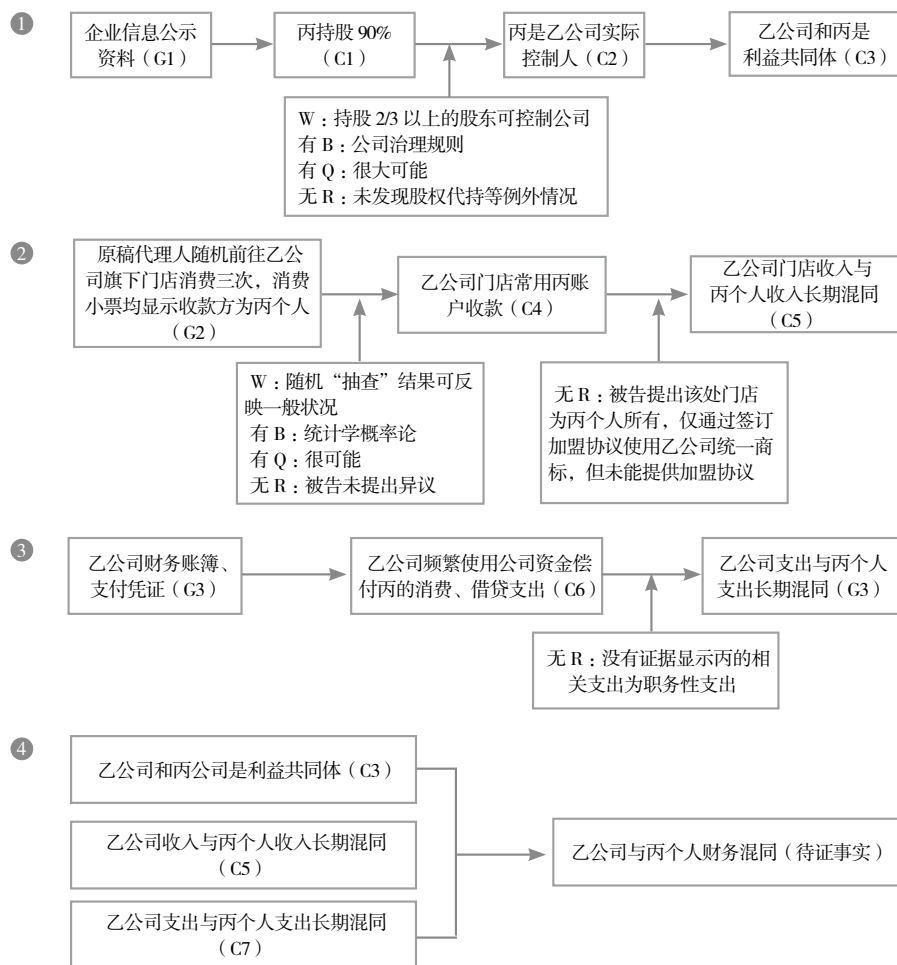


图 9 图尔敏模型下的证据分析与推理过程

① 该案为笔者于 2020 年承办的一起买卖合同纠纷案，其中涉及股东与公司财产混同事实的认定。笔者经过审理认定财产混同事实存在，一审判决股东与公司承担连带付款责任；股东不服，提出上诉，二审驳回上诉，维持原判。当时，笔者虽内心确信事实存在，但困惑于如何说理；同时亦对更本源的问题——究竟如何推理感到迷惑，本文正是由此开始思考的结果。现在笔者试图运用新的理论工具回看这一案件，并重新撰写一份裁判文书，以此检验理论效果。当然，重述的裁判文书仅作为学术研究使用。为了避免信息的不当泄露，在此隐去相关案号，特此说明。



3. 说理重述（见表 5）

表 5 重述前后事实说理内容的对比

原版本（节选）	重述后版本
丙不仅是股东，而且是实际控制人	丙持有乙公司 90% 股权，根据公司治理的一般规则，基本可以确定丙可以控制乙公司，双方存在密切的关联关系，因此，丙具有操纵乙公司财务的利益基础和实现可能
门店营业款本应属于乙公司主要收入来源，但却实际流入丙账户中，公司收益长期归入丙个人财产，双方财务不清	原告代理人曾三次前往乙公司门店消费餐饮，消费小票显示的收款人均均为丙个人。三次随机行为的结果可以反映门店经营的一般情况，即乙公司门店惯常使用丙个人账户收取营业款。营业款本应属于乙公司主要收入来源，但却由丙实际收取，据此可以推断乙公司与丙个人收入长期混同。审理中，丙虽抗辩该处门店为其所有，仅是通过加盟协议使用乙公司商标，丙想要以此说明其个人收款具有正当性与合理性，但经本院反复要求，丙至今未能提供相关加盟协议以佐证所述属实，故丙的上述反驳意见无效，本院不予采纳
乙公司频繁为丙个人消费、个人借款进行支付或偿还，虽然每次金额谈不上巨大，但频率非常高，涉及丙个人消费的方方面面，相应支出均列入乙公司经营账目，作为公司成本予以核算	在日常经营中，乙公司频繁使用公司资金偿付丙的支出，虽然丙系公司法定代表人，但没有证据显示这些支出与其职务行为相关，以致于应由公司承担；相反，从支出的具体项目来看，其涉及代还信用卡、代充 ETC、代交私人会所入会费等内容，这些内容从性质上看，确属个人消费领域。在排除丙的支出为职务性支出的前提下，乙公司为其代付费用的行为不再具有正当性，可以认定乙公司与丙个人支出长期混同
—	新增：丙系乙公司大股东和实际控制人，双方存在共同的利益基础，且丙能够利用其股权地位和经营便利，将公司收入与其个人收入混同，亦能将公司支出与其个人支出混同。综合考虑以上几方面因素，本院认为乙公司与丙个人财产混同的事实已具有高度盖然性，可予认定

结 语

“事实碎片都闪耀着同一事实之母的光芒。”^① 根据有限的证据，通过恰当的推理准确认定案件事实，并将这一思维过程在裁判文书中予以恰当的展示，是定分止争的基础，也是法官不可推卸的责任。基于图尔敏模型而建构的事实认定新路径，是对传统三段论理论的一次超越，它既有助于证据推理，也有利于证据说理。当然，新方法下会有新思考，新路径下会有新问题，所以这并不是终点。相反，对客观真实的不懈探索和对公正的不懈追求，当是司法活动的永恒主题。

（责任编辑：王文斌）

^① 龙宗智：《事实碎片都闪耀着同一事实之母的光芒——论“印证”的机理》，载《当代法学》2022 年第 1 期。