

■ 专家论坛

法律冲突基本问题疏辨

/ 余文唐 1

■ 专栏：司法裁判的政治效果、社会效果、法律效果有机统一研究

热点案件司法回应的边界与程式

——以全国近二十年话题讨论度超过 1 亿的热点案件为例 / 江 帆 罗晓楠 20

个案司法推动社会治理法治化的可视化路径研究

——从热点案件审判的社会效果切入 / 张 剑 35

■ 社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理研究

社会主义核心价值观融入刑事裁判文书说理的检视与优化 / 王 辉 杜伟杰 50

社会主义核心价值观融入裁判文书说理的程式结构与养成机制 / 谢新竹 赵凌峰 65

社会主义核心价值观融入量刑说理之方法 / 赵艳霞 78

■ 刑事司法

刑民正当防卫限度及司法适用问题研究 / 王 玮 孙 健 95

毒品案件适用认罪认罚从宽制度研究 / 裴晓倩 108

刑事二审程序认罪认罚从宽制度适用的失序与规制

——以中国裁判文书网 120 份裁判文书为分析样本 / 胡维潇 122

■ 民事司法

论机会损失赔偿之确定

/ 刘承魁 孙启隆 137

事实认定中“证据之镜”的功能局限与弥合路径

——基于论证与故事的混合理论 / 张景溪 154

工伤认定纠纷证明责任分配法则的重构

——以劳动争议纠纷“法律要件分类说”为镜鉴 / 张祺炜 冯禹源 171

论演艺经纪合同纠纷中的违约金酌减规则

——基于最高人民法院 189 号指导案例展开 / 朱晓磊 185

法律冲突基本问题疏辨

余文唐*

内容摘要：法律冲突的定义需要精当化，类型应当根据精当定义加以限定。司法对法律冲突的判断权，属于法律适用权的派生权力。判断方法分为形式判断与实质判断、总体判断与差别判断。三大法律冲突适用规则的适用关系为：上位法优先规则制约其他两大规则是绝对且单向的，新法优先规则与特别法优先规则互不关涉，因而也就不存在三大规则综合适用中的“规则竞合”问题。对于地际冲突的适用规则，《立法法》尚未作出统一规定，可适用行为地法、身份地法、有利于当事人法和裁处地法四个规则。送请裁决的法律冲突限于三类特殊法律冲突，且均应以“不能确定如何适用”为送请前提，裁决事项应为相互冲突的不同法律规范的效力关系，而非对“冲突”本身的裁决。

关键词：法律冲突；司法判断；适用选择；裁决机制

由于立法者能力的局限性、立法人员的变化性、立法体系的多层次性、立法技术的缺陷以及不同部门或法域的利益冲突等原因，法律之间的矛盾与冲突不可避免，绝对的和谐统一只能是一种可望而不可及的理想。德国法理学家伯恩·魏德士对法律冲突现象有着极为精辟的论述：法律并非一次性的锻造物，而是充满了紧张对立和不能解决的矛盾，这在整个法律秩序中更加明显。因为整个法律秩序包含了不同历史时期的规则，而这些规则代表着不同的法政策目的与不同的世界观。那种认为宪法、法律甚至整个法律秩序是协调的“评价统一体”和“意义统一体”的观点其实是自觉或不自觉的理想，从现实角度看，它不过是幻想而已。^①正是由于法律冲突的不可避免，司法上就必然遭遇如何化解法律冲突、正确选择适用法律的问题。然而，

* 余文唐，福建省莆田市中级人民法院审判委员会原专职委员，第三届全国审判业务专家。

① 参见〔德〕伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第122页。



法学理论和司法实务中对于法律冲突的基本问题仍然存在诸多误识。鉴于此，本文从法律冲突之概念重塑、司法判断、适用选择和裁决机制四个角度，对法律冲突的基本问题进行疏导性的探讨和辨析。

一、法律冲突之概念重塑

在国际私法论著中，法律冲突这一概念有内容冲突说、效力冲突说和双重冲突说之争。而在国内法律冲突的论著中对其定义大体可以归纳为宽泛型定义、空泛型定义、偏颇型定义、繁赘型定义和中规型定义五个类型。由于定义五花八门，也就导致概念外延上的宽窄不一。因而法律冲突的基本问题，首先就是对法律冲突的概念有清晰的认识和合适的界定。本部分在定义方面借鉴中规型定义，对法律冲突概念下一个相对精细和较为完整的定义并列出其把握要点，同时对定义中的“同一事项”“不可并用”“适用后果”加以探讨。在类型划分方面，除了阐释法律冲突最为常见的“三分法”之适用场合、斟酌“五分法”及提出“七分法”，还将国内（大陆）法律冲突归类为允许型冲突与禁止型冲突两大类。

（一）法律冲突的内涵定义

1. 法律冲突的既有定义

“法律冲突”一词，在我国早期的教科书或论著中，通常是作为国际私法中的一个基本概念。大概是自上世纪末开始，许多专家学者认识到国内法律冲突的严重性，也将法律冲突用于国内法冲突的研究上。在国际私法里，关于法律冲突的概念主要有三种不同的界说：第一种，内容冲突说。例如，法律冲突是指涉及两个或两个不同法域的民事法律对民事关系的规定各不相同，同时又都要求适用于该民事法律关系，从而造成的该民事法律关系在法律适用上的冲突现象。^①第二种，效力冲突说。例如，法律冲突亦称“法律抵触”，是指在涉外民事关系中，由于其涉外因素导致有关国家的不同法律在效力上的抵触。^②第三种，双重冲突说。例如，多个法律对一项利益关系同时具有涉及力的一种现象应被称为法律冲突。可见，法律冲突的意义不仅是一项超法域利益关系所涉及的多个法律内容上存在差异，而且是多个法律对同一利益关系支配力并存。即使多个法律内容相同，也存在效力上的冲突。因而国际

① 参见李旺：《国际私法新论》，人民法院出版社 2001 年版，第 6 页。

② 参见张仲伯主编：《国际私法学》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 4 页。

私法上的法律冲突，是法律内容和效力的双重冲突。^①

对于国内法律冲突，学界的定义也各不相同。较为典型的大体可归纳为五类：第一类，宽泛型定义。例如，法律冲突是指一个国家现行法律体系之规范与价值之间，法律体系内部之原则与原则之间、规范与规范之间，或者法律之规定和它所调整的事实之间产生意义冲突的情形。^②第二类，空泛型定义。例如，法律冲突即由高于一个数量之上的法律对另一法律进行优化的法律关系，相关法律间可能会出现部分矛盾的状况。第三类，偏颇型定义。例如，所谓法律冲突是指调整同一法律关系的不同法律规范因内容上的差异而导致效力上相排斥进而互不兼容的现象。^③第四类，繁赘型定义。例如，法律冲突是由于法律产生的原因和条件不同而导致的对同一调整对象都有管辖权的法律之间内容的不一致，法官或有关专门机关认为适用不同的法律将会产生不同法律后果的法律制度现象。^④第五类，中规型定义。例如，规范冲突即指同一案件事实被多个法律规范所指涉时，不同法律规范的法效果不同且彼此不兼容的情形。^⑤

2. 法律冲突的精细定义

本文主要针对国内法律冲突，所以对于国际私法学上的法律冲突不予深涉。对于国内法律冲突，笔者在比对诸多不同定义后认为，上述第五类定义比较准确地抓住法律冲突的关键点，因而是较为可取的。基于此，将国内法律冲突定义为：法律冲突主要是指两个或两个以上法律规范的调整事项相同却规定不可并用的法律效果，导致当其同时指涉同一案件事实时只能择一而适用的情形。^⑥理解这一定义需要把握以下要点：第一，所有的法律冲突都是法律规范之间的冲突，不存在作为法律文件整体的法律与法律之间的冲突；^⑦第二，相互冲突的不同法律规范在调整事项上必须有同一性（全同或从属），这是构成法律冲突的前提，调整事项不同一，也就无法律

① 参见沈涓：《冲突法及其价值导向》（修订本），中国政法大学出版社2002年版，第9页。

② 参见谢晖：《法律哲学：司法方法的体系》，法律出版社2017年版，第151页。

③ 偏颇型定义的偏颇在于“内容上的差异”“构成要素不兼容”。参见马怀德主编：《我国法律冲突的实证研究》，中国法制出版社2010年版，第4页。

④ 繁赘型定义的繁赘在于“由于法律产生的原因和条件不同而导致”“法官或有关专门机关认为”。参见董皞：《论法律冲突》，商务印书馆2013年版，第39页。

⑤ 参见雷磊：《法律规范冲突的含义、类型与思考方式》，载《法律方法》（第七卷），山东人民出版社2008年版，第243页。

⑥ 从不同角度或层面分析，广义的法律冲突或可分为规范冲突、权利冲突和价值冲突。本文所称的法律冲突主要是指规范冲突，涉及权利冲突和价值冲突的将予以特别指出。

⑦ 有一种观点认为：“严格说来，法律规范冲突与法律冲突是不同的。因为，法律规范是法律的组成要素。所以，法律冲突是指法律与法律之间的冲突。而法律规范冲突只是法律冲突的一种类型。”参见董书萍：《法律适用规则研究》，中国人民公安大学出版社2012年版，第88页。



冲突可言；第三，相互冲突的不同法律规范规定的法律效果不可并用，这是法律冲突最终构成的必备要素；第四，相互冲突的不同法律规范同时指涉同一案件事实时只能择一而适用，这是法律效果对同一案件事实不可并用的适用状态。

需要进一步明确的还有三个问题：一是关于同一事项。调整同一事项是法律冲突的共同特征和共同前提，但调整事项只是法律规范中事实构成的一个组成部分，事实构成由调整事项和适用条件两个部分组成。在三大法律冲突中，普特冲突中的同一事项是指调整事项同一但适用条件不同或者调整事项存在从属关系；^① 新旧冲突除了同一事项外适用条件也应相同，也即事实构成的同一；^② 异阶冲突则是在同一事项的前提下，只要适用条件或者法律效果有一项相异就构成法律冲突（法律抵触）。二是关于不可并用。法律效果不可并用不完全等同于不一致，一方面，在普特冲突和新旧冲突的场合，相互冲突的法律规范之法律效果不仅仅是互斥而且也是互相排斥的；另一方面，在异阶冲突的场合，相互冲突的法律规范之法律后果未必不一致，即使法律效果一致但只要适用条件有所差异，也会构成法律冲突。三是关于适用后果。异阶冲突和新旧冲突，将导致下位法、旧法无效，而普特冲突的后果则只存在优先适用与劣后适用的问题，不会导致普通规定无效。

（二）法律冲突之外延界定

1. 法律冲突的主要分类

法律冲突除了大体区分为国际法冲突、国内法冲突外，国内法冲突还可以根据不同的标准划分为不同的类型。国内法冲突最为常见的区分是“三分法”：异阶冲突（际冲突）、新旧冲突（时际冲突）和普特冲突等三大法律冲突。这里实际上是综合两个层次的类型划分：先以法律位阶为标准，划分为异阶冲突与同位冲突两大类。同位冲突又以相互冲突的同位法律规范之间在“同一事项”上的关系为标准，区分为新旧冲突和普特冲突。这种分类并非完整的分类，只是针对同一法律体系或同一子体系内的法律冲突的总体分类。具体地说，异阶冲突存在于同一法律体系中具有上下位法关系的所有法律冲突，新旧冲突和普特冲突仅仅存在于同一机关立法的法律冲突。不论国家立法还是地方立法，只要具有上下位法关系或者是同一机关立法的

① 调整事项本身具有从属关系的普特冲突，如《刑法》第398条规定的故意泄露国家秘密罪的调整事项是“国家秘密”，《刑法》第432条规定的故意泄露军事秘密罪的调整事项是“军事秘密”，两者属于从属关系或称包含关系。

② 参见余文唐：《新法优先：规则检讨与替代规则》，载《法律适用》2021年第3期。

法律冲突,均适用“三分法”。然而,“三分法”不适用于区际冲突和地际冲突。^①因为区际冲突是一国内不同法律体系间的法律冲突,而地际冲突则是虽属同一法律体系却分属不同法律子体系的地方立法间的法律冲突。

有学者对法律冲突采用“五分法”:国际法律冲突、区际法律冲突、时际法律冲突、人际法律冲突和法际法律冲突。以国家作为一个法律区域,这种法域之间的法律冲突为国际法律冲突;一国境内不同法域之间的法律冲突为区际法律冲突;不同时间制定的法律之间的冲突为时际法律冲突;适用于不同宗教、种族和阶级的人的法律之间的冲突为人际法律冲突;不同法律部门之间的法律冲突为法际法律冲突。^②笔者认为,所有的法律冲突都是法律规范之间的冲突,均可称之为“法际法律冲突”,这与“法律冲突”应属同一概念。而且,法律冲突是“同一事项”上的法律效果冲突,“不同法律部门之间”的“法际冲突”已被三大法律冲突所包含。^③倒是在该分类中并没有异阶冲突、普特冲突、地际冲突和近位冲突之位置。^④鉴于此,宜采用“七分法”:国际冲突、区际冲突、地际冲突;异阶冲突、新旧冲突、普特冲突;近位冲突。至于人际冲突,本文将其区分为特殊人际冲突与一般人际冲突两种,^⑤两者分别属于普特冲突、地际冲突的下位概念。

2. 法律冲突的性质归类

为了方便下文对法律冲突适用选择规则的阐述,本文从法律冲突的体系要求角

① 在相关论著中,区际冲突的概念涵盖地际冲突。在笔者看来,区际冲突与地际冲突不论在发生原因还是化解途径上均有显著的区别,因而地际冲突应当从区际法律冲突的概念中独立出来。参见沈涓:《中国区际冲突法研究》,中国政法大学出版社1999年版,第14页;杨登峰:《法律冲突与适用规则》,法律出版社2017年版,第291-292页。

② 参见沈涓:《冲突法及其价值导向》(修订本),中国政法大学出版社2002年版,第11页。

③ 在不同部门法之间是否存在法律冲突的问题上,董皞教授认为:“既不存在法律冲突的可能,也没有判定它们之间是否冲突的必要。”于改之教授则持肯定的观点:“法域冲突中,最为典型的就是刑法与民法之间的冲突问题。”本文的看法是:不同部门法之间由于调整手段或方法的不同,其法律效果存在可以并用的情形。然而,不宜因此而否认不同部门法之间法律冲突的存在。《税收征管法》第45条第1款后段规定税收优于后担保债权的规定,而根据《企业破产法》第109、110条及第113条第1款规定,则是担保物权优先于税收得以受偿。可见,不同部门法之间也会发生法律冲突,也是需进行法律冲突判断的。参见董皞:《论法律冲突》,商务印书馆2013年版,第128页;于改之:《法域冲突的排除:立场、规则与适用》,载《中国法学》2018年第4期。

④ 本文倾向将近位冲突定义为“同一法律体系或子法律体系之内不具隶属关系的不同立法主体所立之法间的法律冲突”。参见杨登峰:《法律冲突与适用规则》,法律出版社2017年版,第76页。

⑤ 对于人际冲突,学界有两种定义。一种是指一国之内因属于不同种族、民族、宗教、部落、团体以及不同阶层、集团的人适用不同的法律而产生的冲突。此为学界比较统一的观点。另一种是指产生于法律有效管辖的人员范围(属人性法域)之间的法律冲突。前者是对特殊群体的特别保护,后者则适用于对行为主体或行政相对人的籍贯、资格、学历等一般身份认定。本文将其分别称为特殊人际冲突和一般人际冲突。参见周新:《“双轨制”与海事人际法律冲突》,载《中国海商法研究》2014年第1期;沈涓:《中国区际冲突法研究》,中国政法大学出版社1999年版,第4页。



度,采用“两分法”将国内法律冲突归类为允许型冲突与禁止型冲突。^①

允许型冲突,是指法律所允许规范并存的法律冲突。这类法律冲突主要包括三种:(1)变通冲突。即异阶法中的变通法与被变通法的冲突。民族自治条例、单行条例依据宪法或基本法律赋予作出,以及经济特区法规根据全国人大授权作出的属于可以变通范围之内的变通规定。变通法虽与法律、行政法规等处于上异阶的基准法规定不一致,但法律允许其在本自治地方或本经济特区优先适用。即在变通法效力范围内,该冲突的适用规则是“变通法优于基准法”。(2)普特冲突。《立法法》第 103 条规定了该类冲突的适用规则,即“特别法优先”。(3)地际冲突。不同地方立法由于互不隶属且非同一机关制定,不可适用三大法律冲突的适用选择。合法的允许型冲突的共同特点有二:一是立法上并立,允许型冲突不会出现“存一废一”的废法后果;二是司法上择一,即只能适用变通法、特别法、行为地法或者身份地法。^②

禁止型冲突是指被法律禁止规范并存的法律冲突。属于此类的法律冲突主要包括:(1)异阶冲突。《立法法》规定了我国的法律效力位阶序列,包括下位法不得与上位法相抵触的原则,其第 82 条第 2 款还规定授权性(先行性、实验性)立法的地方性法规,同之后制定的法律或行政法规相抵触的规定无效。禁止型冲突的适用选择规则是“上位法废止下位法”,即只能适用上位法,不得适用因与上位法抵触而无效的下位法。(2)新旧冲突。在这种情况下,说明旧法规定已被修改成新法或被新法所废止,其效力在新法生效施行之日终止。失效的旧法规定除了对旧法行为尚有适用空间外,不得适用于新法行为。《立法法》第 103 条后段和第 104 条规定的“新法优先”“法无溯及力”以及“有利追溯”规则正是这个意思。禁止型冲突的适用后果与允许型冲突的适用后果大不相同,因为与上位法或者新法相抵触的法律规范无效或失效,所以其适用后果只能是“择一废一”而非“择一存一”。当然,上位法或新法许可下位法规定或旧法规定继续有效或限期有效的,则另当别论。

① 本文所称的“允许型冲突与禁止型冲突”,不同于杨登峰教授的“相容性冲突”与“排斥性冲突”。杨教授在上下位法的“相容性冲突”与“排斥性冲突”分类中,将“旧下位法与新上位法冲突”归入“相容性冲突”。其理由为此类冲突的上下位法的效力范围相互区隔——在时间效力范围上划分了新旧上下位法各自的适用范围,因而完全可以根据彼此的时间效力范围选择出应适用的法律规范。若依此思路,则新旧冲突也当是“相容性冲突”,因为此种情形下同样存在时间效力范围上的区隔。而以本文的划分法,此两类冲突均应属于禁止型冲突。参见杨登峰:《法律冲突与适用规则》,法律出版社 2017 年版,第 42-43 页。

② 地际冲突的适用选择规则,以“行为地法优先”为原则,“身份地法优先”为例外。一般身份认定或者特殊群体保护的,适用身份地法(人地法)。参见顾建亚:《行政法律规范冲突的适用规则研究》,浙江大学出版社 2010 年版,第 149-150 页。

二、法律冲突之司法判断

法律冲突的判断问题,主要包括法律冲突应当具备的条件和谁有权来判断(判定)法律冲突,以及如何判断法律冲突这三个问题。前两个问题是法律冲突判断的基础问题,学界观点不甚精当,尤其是第二个问题分歧较大。而第三个问题是法律冲突判断的技术性或技艺性问题,这对于司法实务界而言,难以掌握和运用。有鉴于此,笔者从实务角度对法律冲突中最常遇到的规则与规则之间的冲突,提出法律冲突司法判断的“四步曲”。在此基础上,对于三大法律冲突另行提出差别判断的具体方法,包括异阶冲突中的规则型抵触、价值型抵触和权限型抵触的司法判断,新旧冲突司法判断的三个“必须抓住”,对普特冲突中不同法律规范事实构成从属关系加以辨析。

(一) 司法判断的基础问题

1. 法律冲突的构成要件

法律冲突的构成要件,是法律冲突判断的基础问题之一。有学者认为:“司法实践中,形成真正的法律规范冲突应当具备四个构成要件:其一,待决事实由不同的法律规范规定,此为形式要件;其二,不同的法律规范均现行有效,此为前提要件;其三,不同法律规范均可适用于待决事实,此为事实要件;其四,适用不同的法律规范产生不同或相互冲突的法律后果,此为实质要件。唯有四个要件同时具备,方可确定法律规范冲突真实存在,缺少任一要件,均不构成真正的法律规范冲突。”^①笔者对此提出如下商榷:第一,法律冲突的前提条件,应当是相互冲突的不同法律规范在调整事项上具有同一性;第二,只有调整事项上具有同一性,才会同时指涉同一待决事实,才是法律冲突的事实要件;第三,相互冲突的不同法律规范并非都现行有效,只能是不同法律规范所在的法律文件整体现行有效。因为相互冲突的法律规范均现行有效,只存在于允许型冲突的场合。而在禁止型冲突的场合,下位规范、旧法规范已经被上位规范、新法规范默示废止而无效或者失效。

需要进一步指出的是,上述构成要件第一点“待决事实由不同的法律规范规定”、第三点“不同法律规范均可适用于待决事实”,二者之间存在因与果的关系。有前者才有后者,而且是有前者必有后者。实质上,二者也是从不同角度指向同一问题,因而将二者分别作为两个构成要件并不合适。而二者指向的同一问题,就是相互冲突的不同法律规范调整的是同一事项。不过在《立法法》关于法律冲突的规定中,

^① 曹磊:《行政法律规范冲突化解之司法方法论》,载《法律适用》2019年第16期。



并不都有“同一事项”的字眼。比如，关于三大法律冲突的规定就无“同一事项”。又如同为新普旧特冲突，《立法法》第 105 条有“同一事项”，而第 106 条第 1 款第 1 项中却没出现该词语。但是这不等于三大法律冲突、第 106 条第 1 款第 1 项规定的新普旧特冲突的构成不需要“同一事项”要件。所有法律冲突都是以“同一事项”为前提的，没有“同一事项”也就没有法律冲突。对“同一事项”的理解和判断，既是法律冲突判断的重点也是其难点。所以，司法上在判断法律冲突时，必须紧紧抓住“同一事项”这一构成法律冲突的前提性构成要件。

2. 法律冲突的判断主体

冲突判断的基础问题之二是判断主体。一般来说，只有立法机关、法官依职权对法律冲突作出的判断才可能产生具有法律后果的判定。有学者认为：“即使在客观上存在法律冲突，还需要在法律制度上有合格的主体，才能构成法律意义上的法律冲突判定。广义的法律冲突的判定是指所有主体对法律冲突的存在与否进行判断与认定，它是一种认知活动，显然不存在也不需要权力因素的介入。而狭义的法律冲突判定则专指有权机关对法律冲突的存在与否进行的有效力的判定，由于其在制度上重要，研究上必要，因此在这里我们使用狭义上的‘法律冲突判定’。……在我国，有权判定法律冲突的主体主要包括：全国人民代表大会，全国人民代表大会常务委员会，国务院，省、自治区、直辖市的人民代表大会，地方各级人民代表大会常务委员会，省、自治区、直辖市的人民政府以及授权机关。”^①而且更认为：“承认法律冲突存在就应当送请裁决，未送请裁决就作出判决必然导致程序违法。”^②照此说来，法官或者法院对于法律冲突则无判断权。

那么，法官或法院对法律冲突究竟有没有判断权？笔者持肯定性观点。法官或法院对法律冲突享有选择适用权，^③法律冲突判断是法律选择适用的必要前提。法律方法上有一工具推导规则：命令某人造成某种状态的规范一旦被立法者所确立，我们就必须认为，由此规范可以得出如下规范：第一，命令去做一切使该状态出现的必要条件的事情；第二，禁止去做一切使该状态不出现的充分条件的事情。^④按照工具推导规则，推导出的必然结论便是：法官或法院有权对法律冲突作司法判断。“对

① 董皞：《论法律冲突》，商务印书馆 2013 年版，第 129 页。

② 董皞：《面对法律冲突的法官》，载《法制日报》2003 年 11 月 20 日，第 8 版。

③ 参见孔祥俊：《论法官在法律规范冲突中的选择适用权》，载《法律适用》2004 年第 4 期。

④ 参见〔波兰〕齐姆宾斯基：《法律应用逻辑》，刘圣恩等译，群众出版社 1988 年版，第 327 页。

于下位法是否与上位法相符合的判断权,乃是法院法律适用权力的题中之意”^①,因而完全可以这么说,法律冲突的判断权是法官职业要求,属于司法权的派生权力。这里虽然涉及司法审查立法的问题,^②但是这种审查只是连带审查或适用性审查,为的是法律在个案中的选择适用。这与目的在于“违宪废改”或“违宪宣告”的违宪审查或裁判性审查,是有本质区别的。^③我国司法上虽不享有违宪审查的法定权力,却负有连带审查的职责要求。

(二) 司法判断的基本方法

1. 司法判断的总体方法

关于法律冲突的判断方法,有学者认为,判断法律规范的冲突构成,就要对法律规范的逻辑结构进行分析。每一个法律规范都有其内在的逻辑结构,逻辑结构中的各要素之间的规定不一致,可能造成法律规范之间的冲突。适法中的法律冲突的判断主要依据法律规范内在的逻辑结构。^④还有学者提出了基本方法:条文比照法、价值判断法、原则衡量法、背景考察法。同时指出四种方法的先后排列也是其运用顺序,当前一种方法不能作出判断时,即进入下一种方法,直至作出明确的判断。^⑤本文对此的基本看法是:第一,法律冲突的判断方法可区分为两大类:一是形式判断方法,包括法律规范的逻辑结构分析和条文比较法;二是实质判断方法,包括价值判断法、原则衡量法和背景考察法。第二,形式判断方法运用于法律规则间的法律冲突判断,而法律原则间的法律冲突、法律原则与法律规则之间冲突则需运用实质判断方法。第三,显性法律冲突主要运用形式判断方法,隐性法律冲突则多用实质判断方法。^⑥

原则型冲突之实质判断相当复杂,这里仅谈规则型冲突判断的“四步曲”:第一步,法律效力审查。所有发生法律冲突的“法律”,必须是现行有效的“法律”。已经失效的“法律”涉及的是行为时法的适用问题,与法律冲突没有瓜葛。前已论及,所谓现行有效的法律,是就法律文件整体上而言的,而非法律文件中的具体法律规范的现行有效。第二步,法律位阶识别。法律冲突有异阶冲突与同位冲突之分,其

① 梁凤云:《最高人民法院行政诉讼批复答复解释与应用(法律适用卷)》,中国法制出版社2011年版,第356页。

② 参见董皞:《论法律冲突》,商务印书馆2013年版,第115页。

③ 参见余文唐:《法律冲突:判断抑或裁决——以法官的审案遭遇为视角》,载《福建法学》2008年第1期。

④ 参见何峥嵘:《行政法律冲突及其判断》,载《广西政法管理干部学院学报》2008年第2期。

⑤ 参见董皞:《论法律冲突》,商务印书馆2013年版,第143-147页。

⑥ 隐性法律冲突仅仅存在于法律规范适用阶段,我们无法从具体的法律规范中发现该种冲突的“痕迹”。参见马怀德主编:《我国法律冲突的实证研究》,中国法制出版社2010年版,第26-27页。



适用规则各不相同。判断法律冲突是为了法律的适用选择，所以判断法律冲突必须识别相互冲突法律规范所在法律的位阶关系。而位阶关系的识别，主要是看立法机构。立法机构的政治级别有上下级关系的是异位阶关系，同一立法机构所立之法是同位法关系。第三步，事实构成判断。正如本文第一部分所述，调整同一事项只是法律冲突的共同前提。而法律规范事实构成的全同或从属关系，起码对同位冲突类型的辨别至关重要。第四步，法律效果比对。法律冲突的最终判定，在于不同的法律规范之法律效果不可并用。因而，法律效果可否并用是法律冲突判断的最后一个步骤。

2. 不同冲突的差别判断

不同类型的法律冲突，对其判断的方法有所差别。异阶冲突是下位法与上位法相抵触，有规则型抵触、价值型抵触和权限型抵触三类：其一，规则型抵触，是上、下位法具体规定上的冲突，属于规则与规则冲突，主要存在于实施性立法之中。对其判断须抓住调整事项、适用条件和法律效果三个方面进行比较。在调整同一事项的前提下，只要异阶规定的适用条件不一致或者法律效果不可并用，就可以认为是构成了抵触（冲突）。其二，价值型抵触，是下位法律规范与上位法律原则、精神或立法目的等法律价值相抵触，属于规则与原则冲突，主要存在于授权性立法之中。对其进行抵触判断涉及价值判断，重点在于下位法法律规则是否与上位法的法律原则、价值或精神相符合。其三，权限型抵触，是下位法规定由其制定主体超越立法权限所制定，包括超越法定权限、授权要求乃至僭越法律保留事项。此类抵触在职权性立法、授权性立法乃至实施性立法中均可能存在。对其进行抵触判断，就是判断下位法律规范是否超越法定权限、授权要求，是否僭越法律保留事项。

新旧冲突是在现行有效的前后制定的同位阶法律文件中的法律规范，事实构成完全相同而法律效果不可并用。对其进行冲突判断须抓住三个方面：一是相互冲突的不同法律规范所在的法律文件是否现行有效；二是相互冲突的不同法律规范的事实构成是否完全相同；三是相互冲突的不同法律规范的法律效果是否不可并用。普特冲突是现行有效的不同法律规范的事实构成存在从属关系而法律效果不可并用的同位法冲突。其中事实构成的从属关系可以是调整事项、适用主体、适用时间、适用空间四个方面任何一方面的从属关系。易言之，只要其中任何一项存在从属关系，相关法律规范就构成普特关系。在此基础上，若其法律效果不可并用，即可判断为普特冲突。需要注意的是，普特冲突可以存在于不同法律文件中，也可以存在于同一法律文件中。所以对普特冲突的判断，除了分别判断构成要件的从属关系和法律效果的不可并用外，若相互冲突的不同法律规范分属不同法律文件，还需要判断不

同法律文件的适用效力是否都现行有效,适用条件是否为从属关系。

三、法律冲突之适用选择

就司法实践而言,判断法律冲突的最终目的在于正确选择适用法律规范。《立法法》对于三大法律冲突规定了三大适用选择规范,即“上位法优先”“新法优先”和“特别法优先”;另一方面,《立法法》赋予地方立法权并将其扩大到设区的市,却未对地际冲突的适用规则作出规定。理论和实践中对此有多种解决方案,但似乎都存在一些难以克服的障碍或问题。本部分在阐释这三大规则法理根据的基础上,对该三大规则的相互关系及其综合运用问题进行分析。同时质疑三大规则“规则竞合”的观点,认为上位法优先规则制约其他两大规则是绝对且单向的,而其他两大规则互不干涉;新普旧特法冲突本质上仍为普特冲突,不存在规则竞合问题。在阐述地际冲突基本特点的基础上,提出解决地际冲突的四个适用规则。

(一) 适用选择的三大规则

1. 三大规则的具体内涵

法律冲突的适用选择,是指在有多个相互冲突的法律规范指涉同一待决事实时,通过一定的适用规则(冲突规则),从中选择一个有效或最为恰当(贴切)的法律规范作为系争案件的裁判依据。选择有效而又恰当的法律规范适用于具体案件,是法律适用的基本原则,也是合法公正审判的重要保证。法律的意义在于实践运用,集中体现在司法适用,而合法、准确是正确适用法律的基本要求。合法原则从法律依据上看,就是适用的法律规范必须是法律允许适用的有效规范。这里的有效,或是行为时有效或是裁判时有效。准确原则就是应该适用事实构成与系争案型最为契合贴近的法律规范。两者之间的关系是:合法是第一位的,准确是第二位的。也即合法是准确的前提,准确是合法之下的准确。从适用效力上看,法律规范的适用效力有着“效力有无”与“效力强弱”之别。“效力有无”就是凡合法的法律规范都具有适用效力,而不合法的法律规范没有适用效力。而“效力强弱”是指在有效的前提下,法律规范的事实构成越贴近待决事实的,其适用效力越强,反之则越弱。

在合法准确适用法律的基本原则指导下,不同类型的法律冲突有着各自的适用规则。按照一定的规则进行法律冲突的适用选择,对于法官来说是至关重要的。这些适用规则主要包括:第一,适用于异阶冲突的“上位法优先”规则。即在下位法与上位法相抵触的场合,司法上应当选择上位法予以适用。第二,适用于同位法的



新旧冲突的“新法优先”规则。即同一机关制定且现行有效的同为一般规定或者同为特别规定的新旧法律文件之间发生冲突时，对于新法行为应当适用新法律文件中的法律规范。^①第三，适用于普特冲突的“特别法优先”规则。即同一机关制定且均为现行有效的特别规定与一般规定发生冲突，应当适用特别规定。将这三个适用规则称为“三大规则”，是因为这是法律冲突中最为常见、最为重要的适用规则，也是《立法法》加以明文规定的规则。^②《立法法》还规定了新普旧特冲突，然而此类法律冲突本质上属于普特冲突，《立法法》第 105 条和第 106 条第 1 款第 1 项也只规定该类冲突送请有关机关的效力裁决规则，并没有规定其适用规则。

2. 三大规则的适用关系

法律冲突适用规则往往不是单一的适用，而是需要与更高位阶的法律规定进行抵触判断，使法律冲突的选择适用符合更高位阶法律规范的立法目的，以维护法律体系的完备性和内容的协调统一。换句话说，在同位法冲突的适用选择时，应当首先判断相关法律规范是否与上位法相抵触。只要其中一方与上位法相抵触，就应直接适用与上位法无抵触一方的法律规范。若双方均与上位法相抵触，则应直接适用上位法。需要指出的是，上位法优先规则制约其他两大规则是绝对且单向的，其他两规则不可能对上位法优先规则的适用进行反制约。有观点认为，上位法为新法和一般法而下位法是旧法和特别法的，原则上按照新法优先规则而适用新上位普通法；上位法为旧法和一般法的而下位法为新法和特别法的，新下位法要优于上位法而适用。^③该观点貌似是认为上位法优先规则与其他两规则互为制约，^④实则在于将新法优先规则和特别法优先规则扩张至异阶冲突。这显然与《立法法》关于“新法优先和特别法优先限于同一机关制定的法律冲突”的规定相背离。

需要进一步探讨的是同位法冲突中的规则冲突问题，也即新普旧特冲突的适用选择。对于新普旧特冲突的解决路径，国外有两种选择：一是普

① 新法行为指新法施行之后的行为，包括两类情形：一是新法施行之后才发生的纯粹新法行为；二是发生于旧法施行期间而行为延续、结果发生或期间结束于新法施行之后的跨法事实。参见余文唐：《新法优先：规则检讨与替代规则》，载《法律适用》2021 年第 3 期。

② 除了法律冲突三大适用选择规则外，法理学上还概括出许多适用选择规则，例如“授权法优于职权法”“变通法优于基准法”“基本法优于部门法”“整体法（复杂法）优于部分法（简单法）”“强制法优于任意法”“具体规定优于原则规定”“例外规定优于一般规定”“行为地法优于身份地法（人地法）”及其例外规则“身份地法优于行为地法”等等。

③ 参见《上海市高级人民法院关于印发〈上海法院民事办案要件指南〉的通知》，沪高法民一〔2003〕10 号，2003 年 11 月 25 日发布。

④ 持规则竞合的观点在一些专家论著也有所体现。例如，胡建森教授认为法律适用规则之间在应用中本身也会发生碰撞（竞合）。参见胡建森：《发生“法律冲突”时应如何适用法律？》，载微信公众号“行政执法研究”，2021 年 3 月 11 日。

通法系国家普遍采用“新的一般法优于旧的特别法”；二是德国为代表的大陆法系坚持“新普通法不变更旧特别法”。对于我国新普旧特法冲突的解决，有学者认为：“一般由适用机关根据立法目的、法律调整范围、职权的远近等因素综合考量。如果不能确定如何适用时，可以报请有关机关作立法裁决。”^①有的学者则主张更为理想的办法，是以“旧特别法优于新一般法”规则来解决新普旧特法冲突。^②笔者的基本观点是：新法优先规则与特别法优先规则互不关涉。因为两者有各自的适用空间且互无交叉，前者适用于事实构成全同关系的场合，后者适用于事实构成从属关系的场合。因而新普旧特冲突在适用上，不存在“规则竞合”问题，并且新普旧特法冲突本质上仍为普特冲突。目前，最高人民法院采用的解决办法有两种：一是按新法指示办理，指示不明的送请裁决；^③二是采用“旧特别法优于新一般法”规则。^④

（二）地际冲突的适用规则

1. 冲突化解的不同方案

地际冲突，是国内不同行政区域的地方立法之间的法律冲突。根据《立法法》规定，地际冲突包括省际冲突和市际冲突两个层次。《立法法》虽然规定了地方立法，却未对地际冲突适用规则作出规定。目前对于地际冲突的化解途径，主要有四种方案：一是协作立法。比如，制定区域共同规章，协调各地的地方规章；使用示范性文本，协调各地的地方性法；签订协作协议，由各地在协议框架内各自立法。^⑤二是由地方立法各自明确冲突规则。例如《浙江省失业保险条例》第32条规定：“失业人员原用人单位与户籍不在同一统筹地区的，可以选择在原用人单位所在地或者户籍所在地享受失业保险待遇。选择在户籍所在地享受失业保险待遇的，经办机构应当按照规定办理失业保险关系转移手续。失业保险待遇按照户籍所在地的标准执行，由户籍所在地经办机构按照规定发放。”《江西省木材运输管理办法》第3条规定：“本省境内的木材运输适用本办法。外省过境的木材运输按起运省规定执行。”三是通过法律

① 胡建森：《新的一般法与旧的特别法应当优先适用谁？》，载微信公众号“法治咖啡屋”，2022年9月9日。

② 参见杨登峰：《法律冲突与适用规则》，法律出版社2017年版，第250页。

③ 参见《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》，法〔2004〕96号，2004年5月18日发布。

④ 最高人民法院院长信箱发出的《关于“对〈民事诉讼法〉司法解释疑问”的回复》（2021年4月6日）第一点指出：“因《民事证据规定》是对民事诉讼法有关证据制度的规定在审判实践中如何适用的进一步解释，属于特别规则，相对于2020年《民诉法司法解释》继续沿用的第93条、2019年《民事证据规定》第10条应当优先适用。”

⑤ 参见王春业、任佳佳：《长三角区域地方立法的冲突与协作》，载《唯实》2013年第2期。



解释或者填补漏洞来解决。^①四是报请共同的上级立法机构裁决。

对于上述学者主张和立法实践,笔者认为:第一,协作立法虽然可能克服协作各方之间的地际冲突问题,但是也会遇到难以克服的制度性困难。比如,地方性法规的制定要由地方权力机关投票表决,无法由联合的立法机构来统一立法。即使协作立法的其他模式能够实行,也只能解决相关协作方的地际冲突。而跨地性案件不可能只限于相关协作方,跨地性案件涉及协作方之外的第三方时仍然可能出现地际冲突。第二,各自制定适用规则很难不受地方保护主义的影响,而且仍然可能出现适用规则的地际冲突。第三,由法官解释或填补漏洞,并非地际法律冲突司法对策的主要路径。法律解释是法官遭遇法律模糊的解决方法,其作用在于明晰法律规定的真实含义。而法官遭遇法律冲突的主要方法是适用选择,其作用在于选择有效贴切的法律规范适用于所承办的案件。在法律冲突的判断中或会用到法律解释,但是法律解释不可能代替适用选择。至于法律内的法的续造,更是与法律冲突适用选择无关。第四,送请裁决应以“无法确定如何适用”为前提。

2. 地际冲突的适用规则

地际冲突的基本特点体现在四个方面:一是法律体系。存在地际冲突的法律规范属于国家统一的法律体系之下,却分属于各自的法律子体系。这一特点说明存在地际冲突的法律规范有着共同或各自的上位法,选择适用时须对冲突双方的法律规范先进行抵触判断,以确定其是否享有参与适用选择的资格。二是立法主体。存在地际冲突的法律规范之立法主体为不同行政区域的地方立法机构,它们之间既互不隶属又非同一机关。因此相互冲突的法律规范,既不存在异阶(层级)关系,也不是同阶(同位)关系。三大法律冲突的适用规则在地际冲突的适用选择中并无用武之地。三是冲突后果。存在地际冲突的法律规范不会有一方废止另一方的情形出现。四是选择前提。地际冲突的适用选择须以跨地性案件事实为契机。地际冲突的适用规则既不能照搬国际冲突和区际冲突的冲突规范,也不能套用三大冲突的适用规则。

地际冲突的适用选择尚未立法,笔者认为应当确立如下四个适用规则:一是行为地法规则。即行政相对人的行为地法与其身份地法存在地际冲突,适用行为地法。比如,甲地人在乙地实施某种行为,而甲乙两地对于该行为的裁处规定相冲突,应当适用行为地法对其进行裁处。如果一个行为跨越地区,适用主要行为地法;多个行为分涉不同地区的,分别适用相应的行为地法。二是身份地法规则。即与主体一

^① 参见张国华:《论地方间法律冲突》,载《中州学刊》2008年第3期。

般身份相关的地际冲突,适用身份地法。例如,行政相对人不论在何地实施行为,涉及其身份、能力、资格等方面的认定,行为地法和身份地法规定不一致(冲突)的,应当适用自然人的户籍地或经常居住地,法人、其他组织登记注册地或主要营业地法的规定。三是有利于当事人规则。即身份地法存在地际冲突的,适用有利于当事人的身份地法。比如,夫妻双方户籍不同地的再生育子女之地际冲突,应当按照有利于当事人的原则适用。^①四是裁处地法规则。此为程序性地际冲突的适用规则,即因程序规定而发生地际冲突的应适用裁处地法。

四、法律冲突之裁决机制

法律冲突裁决机制是《立法法》为解决特殊法律冲突的适用选择问题而设立的由有权机关进行的效力裁决。由于《立法法》对该机制的规定较为粗疏,理论和实务上对其都存在不少疑惑乃至误解。在2003年河南洛阳“种子案”风波中,不少法学专家认为法官遇到法律冲突,应当一律送请裁决。那么,究竟什么样的法律冲突需要送请裁决?属于送请裁决的法律冲突在什么情形下才需送请裁决?是否都要以“不能确定如何适用”为前提?如何理解和界定“不能确定如何适用”?裁决机关对送请裁决的法律冲突的裁决事项究竟是什么?是“冲突裁决”“效力裁决”还是兼而有之?法律冲突裁决机制与法律冲突审查机制有什么区别?等等。此等问题的正确理顺与阐释,对实施裁决机制有着重要的现实意义。

(一) 法律冲突的裁决对象

1. 法律冲突的裁决范围

关于送请裁决的法律冲突具体类型,规定在《立法法》第105条和第106条。第105条规定:“法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院裁决。”第106条规定:“地方性法规、规章之间不一致时,由有关机关依照下列规定的权限作出裁决:(一)同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时,由制定机关裁决;(二)地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方

^①《人口与计划生育法》(2015年修正)第18条第4款规定:“夫妻双方户籍所在地的省、自治区、直辖市之间关于再生育子女的规定不一致的,按照有利于当事人的原则适用。”



适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决；（三）部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决。根据授权制定的法规与法律规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人民代表大会常务委员会裁决。”

从上述规定可知,《立法法》规定送请裁决的法律冲突包括三类特殊的法律冲突：第一类，同一机关制定的新普旧特冲突。包括《立法法》第 105 条和第 106 条第 1 款第 1 项规定的法律之间、行政法规之间以及同一机关制定的地方性法规之间、部门规章之间、地方政府规章之间的新普旧特冲突。第二类，不同机关制定的同位阶行政法规之间的冲突。包括《立法法》第 106 条第 3 项规定的不同机关制定的部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间的法律冲突。第三类，效力位阶不明的冲突。包括《立法法》第 106 条第 1 款第 2 项和第 2 款规定的地方性法规与部门规章之间、根据授权制定的法规与法律规定之间的法律冲突。三类特殊的法律冲突的共同特点是《立法法》没有规定其适用规则，其适用效力强弱不明。正是因为如此，才需要在“不能确定如何适用”时送请裁决。至于地际冲突送请裁决,《立法法》尚无规定。在《立法法》作出修改补充之前，参照《立法法》相关规定办理。可见，认为“法官遭遇法律冲突应当一律送请裁决”的观点并无法律依据。

2. 法律冲突的裁决事项

法官对法律冲突的判断权是法律适用权的派生权。法官在遭遇多个法律规范同时指涉同一案件事实时，第一，要对该多个法律规定是否存在法律冲突进行判断。这是送请裁决乃至三大法律冲突适用规则选择法律规范的先决性步骤。反过来说，缺了这一先决步骤，三大适用规则也不能适用，更遑论将三类特殊法律冲突送请裁决。既然法官有权力并且能够判断法律冲突的存在，自然也就没有再将法律冲突本身送请裁决的必要和理由。第二，即使将三类特殊法律冲突送请裁决，而且裁决机关确认了三类特殊法律冲突的存在，对于法官审理案件而言也是毫无意义的。因为《立法法》并无规定三类特殊法律冲突的适用规则，法官仍然无法据此裁决对其进行适用选择。第三，从《立法法》第 105 条和第 106 条中“……不一致时，由……裁决”的字面表述来看，也是先有“不一致”这一基础因素，才有之后的“裁决”。基于此，可以认为三类特殊法律冲突的裁决事项并非“冲突”本身，即裁决机制中的“裁决”不是所谓“冲突裁决”，而应当是相互冲突的多个法律规范的效力关系。也就是说，

法律冲突裁决机制中“裁决”的性质属于“效力裁决”。^①法官对法律冲突的适用选择，实质上是以相互冲突的法律规定之间的效力关系而进行的。比如，异阶冲突适用“上位法优先”是因为下位法规定因抵触上位法而无效；新旧冲突适用“新法优先”是因为旧法被新法默示废止而失效；特别冲突适用“特别法优先”是因为特别规定的适用效力强于一般规定。三类特殊冲突之所以规定送请裁决，是因为该三类冲突的法律规范之间的效力关系不明，导致法官不能按照效力有无、强弱来选择适用法律。效力不明是导致“不能确定如何适用”需要送请裁决的原因，由有权机关确认相互冲突的法律规范之间的效力关系是送请裁决的目的。有人质疑：裁决过程中也须进行冲突审查，因而裁决事项也包括“冲突裁决”。应该明确，这种冲突审查只是效力裁决的准备阶段而非裁决本身。确认法律冲突存在与否只是为效力裁决提供理由，裁决主文应为效力关系。

（二）法律冲突的裁决程序

1. 送请裁决的适用前提

关于三类特殊法律冲突送请裁决的适用前提，从文面上看有两种情况：一是明确规定“不能确定如何适用”的才送请裁决。包括《立法法》第105条规定的法律之间、行政法规之间的新普旧特冲突；第106条第1款第2项及其第2款规定的地方性法规与部门规章之间的法律冲突、根据授权制定的法规与法律规定的冲突。二是没有规定以“不能确定如何适用”作为送请裁决前提。包括《立法法》第106条第1款第1、3项规定的同一机关制定的地方性法规或行政规章新普旧特冲突，（不同机关制定的）部门规章之间或部门规章与地方政府规章之间的法律冲突。这是否意味着在法官遭遇这些法律冲突时，必须一律送请裁决。不可否认，就法条的文字表述上看结论应该是如此的。不过，《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》（以下简称《纪要》）第二部分关于送请裁决程序的规定，已为该困惑作出明确的回应。该规定不论是新普旧特冲突还是地方性法规与部门规章冲突或者部门规章与地方政府规章冲突，均以“不能确定如何适用”作为启动送请裁决程序

① 依据《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》（法〔2004〕96号）之规定，需要依据《立法法》规定的程序逐级送请有权机关裁决的情形有四种：其一，冲突规范所涉及的事项比较重大；其二，有关机关对是否存在冲突有不同意见；其三，应当优先适用的法律规范的合法有效性尚有疑问；其四，按照法律适用规则不能确定如何适用的。应当说，后两种情形与《立法法》规定的裁决事项相吻合。而且第三种情形正是“不能确定如何适用”根本原因，也是送请裁决要解决的真问题。而将前两种情形送请裁决，则有混淆“冲突判断”与“效力裁决”之虞。对于前两种情形，法院可以与相关的“有权机关”进行工作沟通，同其交换看法或向其征询意见，却不应“扩张”裁决的法定范围，将冲突事项送请裁决。



的前提。

这里还涉及一个问题,就是法官应当怎样认定是否属于“不能确定如何适用”,《纪要》第二部分,除了对新普旧特冲突采用“新法指示”模式外,还对地方性法规与部门规章冲突、部门规章与地方政府规章冲突规定若干优先适用的情形。就司法实践角度而言,新法是否允许旧特别规定继续适用的指示不明,以及无法适用该第二部分规定优先适用情形的,均属“不能确定如何适用”之列。而从方法论角度进行理论探讨,下列判断原则至为重要:一是上位法介入判断,适用与上位法不相抵触的法律规范;二是授权性立法优于非授权性立法;三是事务决定适用,包括专属事务法优先、全国性统一事务法优先、非全国统一的地方事务法优先;四是联合制定法优于单独制定法。总而言之,法官通过新旧法律的效力明示、上下位法抵触判断,以及抓住“授权”“事务”“联合”等关键词,能够确定相互冲突法律规定之效力关系的,应当属于不必送请裁决的“能够确定如何适用”之列。^①否则,须送请裁决。

2. 送请裁决的程序界限

《立法法》第105条和第106条不仅规定法律冲突送请裁决的适用范围和送请前提,同时规定裁决机关,建立了相对完善的裁决机制。然而,对何时送请、由谁送请、怎么送请等程序问题却没有作出规定。鉴于此,《纪要》第二部分作了具体规定。该规定对新普旧特冲突、地方性法规与部门规章冲突和部门规章与地方政府规章冲突等三类法律冲突的送请程序采用同一模式:不论前揭哪种冲突类型均“不能确定如何适用”为送请裁决的前提;送请裁决的均应中止案件审理;法院内部逐级上报最高人民法院;由最高人民法院送请有权机关裁决或处理。同时规定:“国务院部门或者省、市、自治区人民政府制定的其他规范性文件对相同事项的规定不一致的,参照上列精神处理。”基于此,可将法律冲突裁决机制的概括为:对于《立法法》第105条和第106条规定的三类特殊法律冲突,不能确定如何适用的应当中止案件审理,逐级上报最高人民法院送请有权机关裁决或处理。

与法律冲突裁决机制极易混淆的是法律冲突审查机制。《立法法》第110条第1款规定,法律冲突审查机制是包括最高人民法院在内的国家机关“认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人民代表

^①《纪要》对新普旧特冲突的适用选择采用“新法指示”模式,强调根据新法是否允许旧特规定继续适用、是否废改旧特规定来确定该类法律冲突的适用选择,这应是判断新普规定与旧特规定之间效力关系的途径之一而非唯一途径。也即还可以通过上位法优先规则的介入来确定应该如何适用。在笔者看来,新法未作指示或指示不明的,就应属于默示允许旧特规定继续适用之列,因此新普旧特冲突也就没有送请裁决的必要。

大会常务委员会书面提出进行审查的要求，由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见”的法律审查机制。法律冲突裁决机制与该审查机制有着本质的区别。两机制除了适用主体和适用程序不同外，主要有以下几个方面区别：一是适用范围。裁决对象为前述三类特殊法律冲突，审查对象是前述同宪法或者法律相抵触的法规条例。二是程序启动。裁决程序由审判程序内启动，审查机制则属审判程序外启动。三是启动目的。送请裁决的目的是为前述特殊法律冲突的选择适用，提供相互冲突的法律规定之效力关系依据；要求审查为的是消除前述法律抵触以维护宪法法律权威，保证法律的统一性。四是程序性质。送请裁决对于法院或法官而言带有程序强制性，要求审查则属非强制性。

结 语

法律冲突的存在可能引发社会纷争，损害公民权利和利益，妨碍经济发展和社会进步，损害法治建设和国家形象。鉴于此，笔者认为我国立法有待相应修改完善：第一，关于三大法律冲突适用规则。一方面，可以明确规定异阶冲突的抵触无效规则；另一方面，理论和实务上对新旧冲突与普特冲突的界限普遍存在误识，因此有必要加入该两冲突中不同法律规范的事实构成关系，前者全同关系，后者从属关系。第二，关于地际冲突的适用规则。《立法法》规定了地方立法体制，却未规定地际冲突的适用规则，因此有必要统一规定行为地法规则、身份地法规则、有利于当事人规则和裁处地法规则。第三，关于裁决机制的适用范围和适用前提。一是修正新普旧特冲突送请裁决的规定，代之以明确的适用规则，即“新的一般规定没有废止旧的特别规定的，优先适用旧的特别规定”；二是其他两类特殊法律冲突的送请裁决，可规定以“不能确定如何适用”为送请前提。解决法律冲突虽非一日之功，但也不能消极坐等。毕竟，解决法律冲突是国家法治建设的重要组成部分，也是保障公民权益、促进社会稳定发展的必要条件。

（责任编辑：崔婷婷）



热点案件司法回应的边界与程式

——以全国近二十年话题讨论度超过 1 亿的热点案件为例

江 帆 罗晓楠^{*}

内容摘要：多年来，司法领域的热点案件呈现刑事案件占比高、热度即时效应显著、社会关注焦点分散且易偏离实质、裁判结果不确定等特点。热点案件的成因主要在于转型社会结构复杂性与法律单一性、民众过多期待与司法回应能力不足、抽象类案形式公正与具体个案实质公正、媒体积极主动性与司法消极被动性等矛盾及其演变。对此，司法部门可基于合法性、合理性、程序性的要求及限度，有条件、有选择，在力所能及范围内回应。与其置之不理甚至随波逐流，不如顺势而为，从发现收集、甄别整合、积极引导、适时反馈等程序方面进行合理设计，促进司法回应的规范化和制度化，通过司法回应助力社会治理。

关键词：热点案件；司法回应；回应边界与程式；社会治理

随着网络便捷化和自由度的提升，越来越多的司法案件进入大众视野，在当事人、媒体等炒作下，司法热点案件不时出现。虽然热点案件生命周期不长，随着后续新热点案件的发生而逐渐被淡忘，但并不意味着可以听之任之。对于社会关注度高的案件，如果每每得不到回应，一方面，会使人民群众对司法产生怀疑，最终削弱的是司法公信力；另一方面，也加剧司法与社会的脱节，越发影响社会对司法的评价。此外，热点案件虽在司法中占一小部分，但其背后往往反映了当前社会最尖锐的矛盾，因此对热点案件的处理其意义远超案件本身。本文通过考察近二十年话题讨论度超过 1 亿的热点案件，以“回应型司法”为视角，探析热点案件回应之限度和范围，

^{*} 江帆，上海市浦东新区人民法院审判监督庭法官；罗晓楠，上海市浦东新区人民法院审判监督庭法官助理。

并构建司法回应之路径。

一、检视：热点案件之现实状况

笔者通过“北大法宝”检索近二十年热点案件，在此基础上，进一步借助“新浪微博”话题参与讨论筛选出讨论次数在1亿以上的热点案件共计53件(见图1)。^①通过样本分析，热点案件呈现以下特点：

(一) 类型：热点案件中刑事案件占比较高

根据样本统计分析，刑事类型的热点案件占比较高。主要原因在于：

第一，从个体自身角度，民商事案件的诉求往往是赔偿、返还等，大量案件以达成和解为结案方式；行政案件虽然是民告官案件，具有足够的话题，但该类案件有些是以隐形调解方式结案，有些因为涉及个人隐私等原因，不易公开。刑事案件涉及限制人身自由，甚至是剥夺生命权，直接关乎个人的切身利益，决定了其更能获得较高的关注度。

第二，从媒体宣传角度，刑事案件涉及利益较为重大，借助互联网、自媒体等可以快速传播，其宣传更能获得视觉冲击和心灵震撼，能为媒体获得点击量从而带来热度。媒体更喜欢对该类案件进行宣传，甚至炒作。

第三，从司法结构角度，不同于双方地位平等的民事主体，刑事案件一方的诉讼主体是代表国家行使权力的公诉机关，这种结构的不平衡，加大了刑事案件被关注的可能性。

(二) 时间：热点案件即时效应显著但长尾效应不足

热点案件，由于其足够的冲击力，一经发生便引起社会公众的关注与转发。再加上自媒体对热点的追逐，争相做热点案件的独家或者首家报道，在媒体的包装下热点案件迅速成为爆点，登顶热搜榜单。

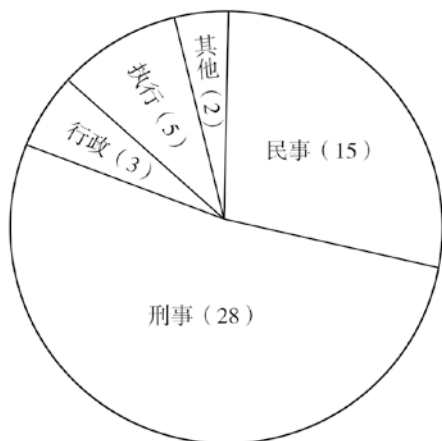


图1 53件热点案件数量分布情况

^① 本文以“北大法宝”数据库的“热点案例”库所收录的热点案件为基础，筛选出热点案件话题词条近2700条，并借助“新浪微博”话题参与讨论人次。由于同一案件可能存在不同的话题词条，如于欢案的话题词条有“山东辱母杀人案”“讨债人向于欢索赔20万”“于欢家人非法吸储”“于欢案出警干警失职”等共计43个，将其所有词条讨论数量相加，筛选出讨论热度超过1亿的案件共计53件。



然而，由于互联网的即时性、迅速性，公众在某一新闻上停留关注的时长越来越短暂，注定了话题的生命周期越来越短，热点案件的所谓“热点”更像一阵风，来得快去得也快。借助微博阅读次数和讨论次数等指标统计分析，热点案件持续热度的时间平均为 2.5 ~ 6 天。^① 大多数案件经过一段时间的酝酿流量达到顶峰，之后热度渐渐褪去，但此时案件尚未作出处理。待案件作出处理时，已不会引起较大关注，或者即便重新掀起一定的话题讨论，其热度也达不到之前的高度。以江歌案为例，案件在进入法院前，话题词条共计 13 条，阅读次数共计 31 亿次，讨论次数共计 7.9 亿次；而案件在宣判时，话题词条共计 7 条，阅读次数共计 18 亿次，讨论次数共计 3.1 亿次。分别以 7 天和 30 天为区间，可以看出该案的热度趋势（见图 2）。

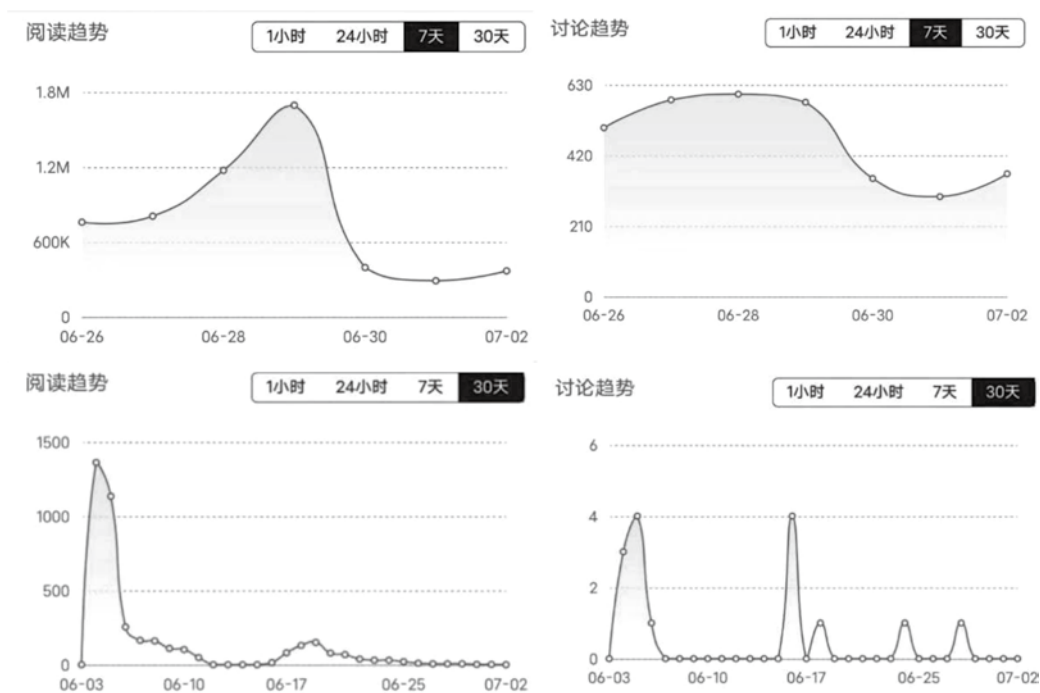


图 2 以江歌案为例反映 7 天和 30 天热度趋势

（三）内容：社会关注焦点分散且易偏离实质方向

热点案件之所以能够迅速掀起热度，肯定少不了公众的关注和评论，大量的关注确实能为案件带来热度从而引起重视，但同时也在关注中慢慢偏离了方向。

^① 通过对 53 件热点案件持续时间的统计，计算得出平均数。

一是关注焦点较为分散且多元。一方面,关注主体分散。通过各种媒介,热点案件得以迅速传播,但由于接收信息的主体来自不同地区,处于不同年龄段,拥有不同的生活习惯或语言,甚至不同种族的人都可能成为案件的受众,主体的分散性决定了其在参与热点案件时意见表达的杂乱性、无序性。^①另一方面,关注内容较为分散。由于受众个体间文化背景、知识储备的差异以及参与社会领域的不同,各主体在参与热点案件讨论时,往往以自身利益或兴趣为出发点,注定了其发表意见的多元化。

二是关注点及诉求往往偏离案件本身。不同于一般的热点事件,热点案件因为案件本身属于司法范畴,应由司法来评价,但热点案件在网络引发热度之后,其讨论的方向往往被其他非属于司法范畴的因素带离既定轨道。如早些年的药家鑫案,司法评价的焦点本应是交通肇事行为及杀人行为,而由于媒体的引导等因素,社会的关注点却落在“富二代”“官二代”身份,以及贫富阶层的对立上。这种冲突经互联网的放大或个别媒体的“带节奏”,公众的讨论往往偏离到其他要素而非案件本身。这也导致无论法院最后判决如何,案件都难以得到真正的平息,也使司法公信受到不必要的质疑。

(四) 结果:舆论推动导致不确定性

近些年来,热点案件数量越来越多,一方面得益于民众不断增强的法治意识并搭上便捷的互联网,另一方面是对热点案件的高度关注,可能引起结果的反转。几乎每年都有司法案件在舆论的发酵下改判。如2016年“天津老太气枪案”,被告人一审被判处有期徒刑三年六个月。在巨大的舆论关注下,二审改判有期徒刑三年,缓刑三年。2006年许霆案,由于社会的高度关注,刑罚由原来的无期徒刑直接改判为有期徒刑五年。如此反转的结果,除了让民众对法律产生怀疑之外,也损害了司法公信。越来越多人开始利用网络的力量对案件推波助澜,企图利用巨大的关注度向司法部门施压来改变司法裁判的结果。

热点案件虽然在司法案件中占比很小,然而正是占比很小的热点案件能够引起社会高度关注,民众对司法的认识和了解也恰恰来源于这占比很小的热点案件。司法结果在巨大的关注中反复变化,甚至受到舆论绑架,严重冲击司法的权威性和公信力。

^① 参见季金华、蒋飞、徐骏:《网络民意的司法回应之实证研究》,载《金陵法律评论》2014年春季卷。



二、反思：热点案件产生原因及司法回应之必要性

热点司法案件虽是个案,但其作为一个触点,透视了司法正义与社会正义的错位,其背后所代表的种种冲突与对峙都通过一个个热点案件得以具体化。^①

(一) 热点案件产生之原因

1. 转型社会结构问题复杂性与法律单一性之间的矛盾

热点案件虽是个案,且有时看似小案,但其背后映射出来的却是社会深层次的结构性问题。一个热点案件囊括的不仅仅是法律问题,可能还天然内含了道德问题、社会价值问题、伦理甚至是体制等问题。如“山东高考冒名顶替案”,其反映的不仅仅是教育权被剥夺问题,还有教育管理过程中存在的问题;“柴某诉上海大学学位案”除了反映学校违反程序侵犯学生获得学位的权利,也引发了现行教育背景下高校以论文数量作为学术评价标准的合理性问题的讨论。社会转型进程中,官民冲突、贫富阶层的仇视、城乡差异等社会深层次问题都透过一个个热点案件折射出来。

法律的功能是有限的,以简约的法律来应对复杂的社会,它所能解决的也仅是法律层面问题,对于不属于法律范畴的其他社会问题,法律难以作出评价。虽然法律可以通过个案的判决对社会价值起到一定的引导和规范作用,但其范围是有限的,无法触及深层次结构性问题,所以司法裁判的结果无法彻底平息热点案件的热度。如“柴某诉上海大学学位案”,法院通过判决确认学校作出不授予柴某学位的决定程序违法,但后来学校按照规范程序作出相同结果,仍以论文数量不达标为由认为柴某无法达到博士毕业的学术标准。对于以论文作为学术评价标准是否合理问题,法律无法作出评价。

2. 民众的过多期待与司法自身回应能力不足的矛盾

伴随着经济社会的发展,民众的期待日益增多。其一,随着信息化的发展,司法案件可以第一时间被人知晓并讨论,也得益于信息化,所有人都可以借助网络发表意见,提出诉求。互联网的便捷性畅通民众诉求,也使得民众对司法赋予过多期待。其二,随着社会的发展,民众法治意识和权利意识显著增强,其权利诉求也呈现激增,一系列新型权利的出现,亟待司法的确认或祛除。其三,社会变革的发展,传统文明向现代法治演进的过程中,价值理念、精神观念等存在一定的撕裂,亟待法律弥

^① 参见侯明明:《司法正义与社会正义的错位:类型、因素与启示——以热点案例为例证的分析》,载《学术论坛》2017年第6期。

合二者的鸿沟,构建规则边界,塑造法治意识,从而为普通民众提供行为指引。

面对民众的过多期待,司法明显回应不足。司法的被动性决定了司法一般不会主动回应社会的呼声。普法虽然也是司法的延伸职能之一,但普法是对公民法律常识的普及,是对公民自身问题的解答,很少会对社会热点案件回应。司法回应仅限于案件裁判后,向社会公开相应的判决。承办法官有时会在宣判之后接受采访,对判决进一步释义,但该种事后性的回应,相对于民众的过多期待,是远远不够的。而且,司法一直以来缺乏积极回应的传统和机制,司法回应能力明显不足。

3. 抽象类案形式公正与具体个案实质公正的矛盾

对个体而言,一方面,个案所追求的社会正义,往往是实质的正义,为了实质正义甚至可以牺牲程序正义,更不会考虑该案的判决对社会主流价值是否有冲突,是否会对社会行为规范带来不好的指引。比如,丈夫将其财产无偿赠予病重时照顾自己的第三者,如若简单地迎合民意,判决该赠予有效,是否会对维护家庭和谐、保护正常夫妻关系的社会主流价值观作出不好的引导,这些都是普通民众难以考虑到的。另一方面,普通民众习惯将问题道德化,看待某个问题时,习惯用好人坏人来界分,以道德观念、情理常识、社会风俗等因素作为评判案件是否公平正义的尺度,但该尺度并不具有一贯性,其道义可根据不同案件而区别使用。比如同样的盗窃行为,针对富人是“劫富济贫”,而针对穷人就成了“罪大恶极”,这显然违反法律面前人人平等的适用原则。

对法官而言,无论从类案的适法统一,还是从其自身职业晋升角度,作出不同的判决可能面临被发改而要承担责任的问题,为了稳妥起见,往往选择以法律作为单一的考量标准进行裁判。依照法律的判决符合形式公正,但相对于个体所追求的实质公正而言,二者之间注定会产生不可调和的冲突。同时,司法改革使法官这个职业越来越专业化、职业化,这就使得法官越来越注重法律技术,以过于理性的思维作出判断。法律专业知识在其知识结构中占据主导地位,难免与以道德、情理、社会经验为主要价值取向的普通民众产生隔阂。

4. 媒体的积极主动性与司法的消极被动性之间的矛盾

面对热点案件,媒体平台往往积极主动地报道案件本身,争相做案件的独家或首发,甚至费尽心力挖掘案件背后的故事,以增加案件的曝光热度。对媒体而言,所有与案件相关的报道与挖掘,都可以获取更多的关注和热度。对于媒体自身,流量是首要的,是否与案件相关似乎都不重要。甚至有些媒体为了获得点击量,对案件进行裁剪,或者为了获得首发,不对新闻事实真实性进行核实而作出失真报道。



社会公众对于首先接收的案件情况大多会产生先入为主的偏向,从而诱发错误性舆论。当案件事实进一步发酵,客观事实渐渐浮出水面,往往产生反转的结局。

与媒体的积极主动相比,司法明显是消极和被动的。一方面,司法本身就是被动的。司法始终秉持“不告不理”的原则,不主动干预社会管理,不逾越公权力的界限。另一方面,司法也是消极的。司法机关代表国家行使司法权,其所传达的每一个声音都应当经查证属实,案件未裁判前,所有的事实在法律上都应存有疑问,属于待质证真伪的。同时,法院作为中立的裁判者,不能偏向任何一方,这也决定了其发言的谨慎性。基于种种原因,司法不会主动迎合社会的呼声,即使面对社会热点案件,在裁判结果作出之前也难以对其予以过多的回应。

媒体与司法之间,主动与被动、积极与消极的矛盾就注定了案件事实与司法事实存在一定的时间差,甚至存在真假反转的可能,而这一时间差在某种程度上却消耗了民众对司法的耐心。

(二) 司法回应热点案件之必要性

热点案件虽然只占法院案件的一小部分,但恰恰反映了社会发展过程中当下最尖锐的问题。通过热点案件倾听背后所传递的声音,关注并解决社会问题才是“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的关键。虽然我国司法没有直接回应的传统,但司法变革的历程表明了我国司法一直在尝试通过各种方式和途径间接回应社会关切。例如,革命年代陕甘宁边区实践的“马锡五审判方式”,以及现在大力推行的“互联网庭审”“裁判文书公开”等,都是司法间接回应的代表形式。

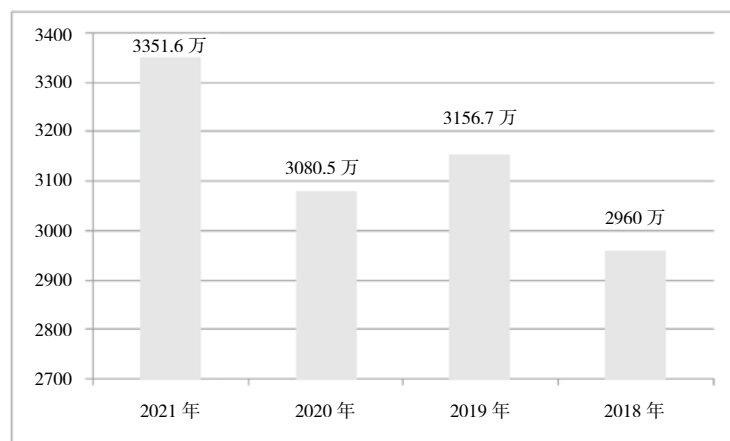


图 3 全国法院 2018—2021 年案件受理情况 (单位: 件)^①

司法回应社会关注既是自身职责的要求,也是社会之希冀。

1. 外部原因

一是需求导向。民众对司法的需求与日俱增。其一,全国各地法院受理案件数量呈增长趋势(见图 3),民众越来越趋于选择通过法律程序来解决纠

^① 数据来源于每年的《最高人民法院工作报告》,不含最高人民法院受理的案件。2020 年受疫情影响,数量有所下降。

纷,社会整体的权利意识和法治观念普遍增强,对司法的需求和期待也随之提升;其二,社会变革过程中,传统观念与现代法治文明存在一定的距离,社会价值的多元化,需要借助司法促进价值共识;其三,个体意识不断增强,民众的权利诉求也显著提高,出现了一些新型的权利,亟需得到司法的确认。

二是作用推力。热点案件是最好的普法平台。法条的抽象概括与个案具象之间存在一定的张力。实践中没有两个完全相同的案件,类似的案件也各有自身的特殊之处,所以复杂具象的案件有时无法直接在简练概括的法条中找到答案,需要司法通过个案予以具体化,以跨越二者隔阂。热点案件影响的不仅限于当事人,其所传达的法治精神和理念可以直抵每个人心中,所达到的普法效果也是以往脱离民众生活式普法或简单以法条方式普法宣传所远远不能及的。

2. 内部原因

一是基准定位,即司法角色之定位。《最高人民法院第五个五年改革纲要》对我国法院未来五年改革方向作了规划,即“加强诉讼服务体系建设,深化多元化纠纷解决机制改革,推动把非诉讼纠纷解决机制挺在前面,构建以人民为中心的诉讼服务制度体系,回应当前中国社会转型时期人民的多样性司法诉求”。在当前社会治理中,人民法院是基层治理体系和治理能力现代化的参与者、实践者和法治保障者。人民法院参与社会治理,以社会现实需求为起点,借助司法裁判针对社会中的突出问题予以回应,通过个案发挥其塑造规则意识和引领社会风尚的作用。

二是价值功能,即司法功能之实现。司法的功能包括基本司法功能和延伸性司法功能两部分。定分止争是基本的司法功能,基本功能的发挥主要通过个案得以实现,维护法律权威、进行权力制约等是其延伸性司法功能。诉讼背后隐藏的往往是社会深层次的结构性问题,主体也不仅局限于纠纷双方,而是与所有社会个体息息相关。比如,农村婚姻家庭的现状是中国城市化进程中的缩影,背后不仅是法律问题,更包括人文道德、风俗习惯、社会变革等因素。此时需要司法发挥其延伸性功能,通过回应社会之不确定性,来确认善良风俗的价值,指引民众积极向善。

三是属性要求,即司法公信力与司法权威之要求。法律的目的不是用来滋生法学概念,而是要切实解决社会问题,司法也是在应对社会各种复杂局面中丰富发展起来的。^①热点案件虽然生命周期不长,热度持续的时间也较短,会随着新的热点案件的发生而被淡忘,但并不意味着对于热点案件就可以听之任之。社会关注度高

^① 参见强世功:《法律社会学的困境与出路》,载侯猛编:《法学研究的格局流变》,法律出版社2017年版,第30页。



的案件，如果每每得不到回应，一方面，会让民众对司法产生怀疑，削弱的是司法公信力；另一方面也会加剧司法与社会的脱节，越发影响民众对司法的评价。同时，司法裁判本身也需要社会的理解和支持，当事人能够从内心认可并接受裁判结果，有利于司法裁判真正落到实处，而不是沦为历史的尘埃，无助于维护司法权威。

三、破局：热点案件司法回应的边界

当今时代，“有限主义司法”如何在民众无限的诉求中实现平衡与互动，关键在于确立司法回应的限度、范围及规则。

（一）热点案件司法回应的限度

司法对热点案件的回应，不是对公众诉求无条件的顺从，也不是无限度的妥协，而是要在法律限度内予以回应。司法回应的限度主要体现在以下三个方面：

1. 合法性限度

司法的核心仍是以事实为基础，以法律为准绳，因此，司法对热点案件的回应首先应遵循合法性限度，即按照法律规定的程序，以法律许可的方法，在法律范围内予以回应。一是对个体的回应。在热点案件中，个体的诉求往往是案件的当事人或诉讼参与者，其诉求往往通过诉讼予以提出，相应的司法也应通过诉讼程序予以回应。根据“被动性”“中立性”“不告不理”等原则，根据个体的诉求和提交的证据进行判断与回应。二是对社会公众的回应。公众对热点的关注和诉求主要借助网络，由于网络的便利化、匿名化，公众对热点的诉求复杂多样。因此，对其回应首先要识别出需要回应的诉求，并巧用对话的技巧，通过还原事实真相，破除网络谣言和不良言论，树立良好的司法形象。

2. 合理性限度

热点案件中，要区分合理诉求与“民愤”。互联网匿名性与表达的畅通性，使得热点案件成为一部分人发泄不满的借由。由于其仅是个人情绪的宣泄，缺乏合理的诉求基础，所以不需要司法予以回应。

对合理性限度的把握主要在于以下三点：一是合乎目的性，也即其所表达的诉求之目的或出发点。有些民意的表达只是为了博人眼球，增加关注量，并不是实质性的提出诉求，其动机不纯，因此对于该类诉求不需浪费司法资源予以回应。二是合乎道德性。普通民众往往欠缺专业的法律知识，其对热点案件的评论往往基于自身道德观念、风俗习惯，如果法律规定与社会习俗产生冲突，此时需要司法予以回应，

从而塑造法治理念，指引民众作出符合规范的行为。^①

3. 程序性限度

一般而言，民众对个案公正的追求是实质公正，为了实现实质的公正甚至不惜牺牲程序公正，但司法不能因为社会的关注或顺应社会的诉求而忽略程序的价值。热点案件是最好的普法平台，更应遵守法律实体和程序的规定，以此向社会普及程序对于案件之价值。

把握程序性限度，一方面是所有的程序要符合法律的规定，不能因为是热点案件就高度重视，特事特办，缩短举证、答辩期限，侵害当事人依法享有的辩护权利，更不能因为民众诉求而突破“不告不理”之原则等；另一方面是发挥司法监督功能，越是热点案件，越要正确行使司法的自由裁量权，切实保障实体公正之实现。

（二）热点案件司法回应的重点场域

审判是司法活动的重心，其次才是参与社会治理，司法部门没有足够的资源对所有的热点法治案件一一进行回应。司法的“有限主义”也表明司法对于社会的呼声并非都能满足，其只能是有条件、有选择、在力所能及范围内进行回应，^②因此首先应框定司法回应的范围。实践中，对于以下四类案件的处理尤需作好司法回应（见图4）：



原有规则不合理带来的不公平	• 创新思维，摆脱思维惯性
对民众日常交往模式产生重大影响	• 全局考虑，切忌就案论案
社会新现象引发的社会矛盾	• 识别问题实质，开拓思维
情理如何在热点案件中达到平衡	• 融情于理，切忌机械执法

图4 司法回应的范围及规则

类型一：原有规则不合理带来的不公平需要司法回应予以弥合的案件。^③在价值多元化的今天，思想与时俱进也会促进司法理念的变化，依照原有规则可能导致不合理结果的产生，此时就需要司法及时作出回应，以塑造行为规则，提供行动指引。如2017年“电梯劝烟猝死案”，司法摆脱原有的“只要有人遭受损害，无论行为人是否有过错，基于公平角度，都应作出补偿”的处理规则，创新思维，用司法的声音坚定地支持和鼓励民众维护自身合法利益，倡导每个人都应当遵守法律和公序良

① 参见尹奎杰：《司法回应民意的限度与途径》，载《长白学刊》2016年第2期。
② 参见孙笑侠：《论司法多元功能的逻辑关系》，载《清华法学》2016年第6期。
③ 参见金民珍、徐婷姿：《回应型司法的理论与实践》，载《人民法院报》2012年11月21日，第8版。



俗，任何人不得借助法律在悖于善良风俗的行为中受益。2020 年“偷鸡蛋被拦猝死案”，司法的声音再一次对新时代主流价值作出确认，弥合原有规则的缺陷。

类型二：对民众日常交往模式产生重大影响的案件。^① 该种类型主要基于法治理念的变化，原来民众交往方式是否适宜发生改变，或者是民众日常交往模式一直存在，但司法对于该问题一直未有明确的态度。由于该类型案件的结果将对民众交往模式产生较大影响，因此司法回应应审慎应对，以个案为契机，但勿拘泥于个案，应综合全局考虑。比如“共同饮酒责任”，酒文化一直是中国的传统文化之一，推杯换盏也一直被视为是酒桌上增进感情的方式之一，但最近几年发生越来越多因劝酒、共同饮酒产生的纠纷。司法通过热点个案，回应了共同饮酒人的责任界限，共同饮酒人、组织者等各自在何种情况下承担法律上的责任与义务，其规则的确立对民众交往模式将产生重大影响。司法的判决既针对个案，也通过个案，合理界定人际交往的尺度，规范人际交往行为的边界，并形成规范共识。

类型三：新类型案件。社会的发展势必引发新问题，但法律的滞后性决定了其在应对社会新问题时难免捉襟见肘。对于该类型案件，司法应开阔眼界，透过新的社会现象审视其本质，界定其究竟属于新问题，还是掩盖在新社会现象下的旧问题。比如“代孕所生孩子归属问题”，代孕是随着医学技术不断进步下产生的新型生育方式。随着代孕技术的不断发展，代孕现象也越来越多。我国法律禁止代孕，但通过某些途径在国外代孕之后产生的法律纠纷，司法不能仅凭我国禁止代孕的规定而不予处理，尤其是对于代孕所生子女归属问题，一直是代孕所面临的伦理和法律困境。该类案件很容易因其新颖性成为热点案件，司法回应时应开阔眼界，更要尊重伦理道德。

类型四：法理情理冲突的热点案件。法律职业发展的趋势是精英化和专业化，法律人的理性认知与普通民众的朴素认知在底层逻辑、推演路径上有显著区分，但并不意味着法律将成为小部分人相互理解和沟通的工具。2018 年最高人民法院印发《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》，2021 年印发《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》，可以看出司法改革的方向也是试图在案件中实现法理与情理的融合，依法裁判的同时，得到民众的理解和支持，使得法律不再只是少数法律人交流的工具，而应成为社会共同的语言。这方面在婚姻家庭、邻里纠纷中尤为明显。对于该类案件，司法不再是依据冰冷的法律条文机械裁判，而应从生活或公序良俗的角度，用普通民众能理解和常用的词句解释裁判

① 参见金民珍、徐婷姿：《回应型司法的理论与实践》，载《人民法院报》2012 年 11 月 21 日，第 8 版。

的依据,在法律力度之外展现司法的温情。

四、构建:热点案件司法回应之程式

“回应型司法”作为司法发展极具可能性的终极模式,^①应积极发挥司法的主观能动性以回应社会之所需。做好司法回应除了应在司法理念等内容上有所建构,也要从发现收集、甄别、整合、反馈等程序方面进行合理设计,提升司法回应的规范化和制度化,实现通过司法回应参与社会治理之功能。

(一) 广开言路:发现与收集

在某种意义上,问题的挖掘与确认比问题的解决更为重要。^②社会对司法负面评价偏多,很大一部分原因在于社会公众对热点案件的意见或疑问无法通过司法正式的渠道反馈。目前,各地法院大多开设了微博、微信公众号等账号平台,但由于种种原因,对外平台并未发挥其反馈意见的作用,多半沦为法院展示工作成果或普法的单向传输工具。其微博、微信评论要么处于关闭状态,要么开启精选留言功能。因此,落实司法回应的前提,首先应是社会公众能够通过允许的途径,使自己的意见或疑问能够被法院看到、听到,法院也才有收集整合的基础。

1. 线下途径——请进来

法院在实现社会治理功能时,制定了一些制度让人民群众参与到司法社会治理中来,这些制度也可成为法院收集热点案件意见的途径。如人民陪审员制度,尤其是热点案件的审理,应严格落实人民陪审员制度,尽可能吸收人民陪审员参与。人民陪审员来自人民群众,其在思考或看待问题的角度上代表了人民群众的利益,不仅丰富了对案件判断的角度,也利于收集发现民众的意见;召开听证会、座谈会,对于涉及民生且具有普遍性的热点案件,召开听证会聆听关涉切身利益者的声音;开放社会公众日、案件旁听渠道,让更多民众走进法院,切实感受司法,尤其是热点案件,不能因为关注度高,基于稳妥考虑而不公开审理,甚至牺牲司法程序。民众通过司法程序的体验,对案件的流程多一点了解,也就多一分理解,减少不必要的猜疑。

2. 线上途径——摆出来

当前,各级法院都重视网络宣传,几乎各个法院都开设微信公众号、微博等官

^① 参见苏丽、裴玉生:《司法如何面对正当性的追问》,载《河北法学》2014年第10期。

^② 参见王传宏、李燕凌:《公共政策行为》,中国国际广播出版社2002年版,第175页。



方平台作为展示法院工作的窗口,但这种宣传大多是单向的输出。司法为民、公正司法应是双向的,官方平台不仅是其展示工作的窗口,也应是社会大众了解司法的主要途径,因此,应充分开放网络空间,以开放包容的姿态开放评论留言区,对案件的质疑、情绪的宣泄、意见的表达都应当有纾解的窗口;法院的官方网站设立相应的栏目,并分成不同的模块,专门负责收集相关意见;设立网络收集平台和收集人员,根据内容的不同设立对法院日常事务、具体案件等的网络留言板块,并由专人负责收集、梳理。

(二) 化零为整:识别和整合

正式的制度应当通过设置科学的辨识与筛选程序,使其成为正式公共领域意见的合法化过滤器。^①通过前述方式收集的意见大多是杂乱无章、真假掺杂的,因此需要构建一套对民意的识别和整合机制。

1. 识别机制——初步过滤

对热点案件的讨论往往庞杂无序,单靠人为甄别无论在时间上还是人力成本上都是难以实现的,因此首先需要借助信息化技术,通过设定某些关键词,利用大数据进行初步抓取,实现信息的第一次过滤;其次,通过人力进行二次过滤,去除掉那些不是针对热点案件的意见或假借热点案件的讨论表达不满的意见。关键词的确立是识别的核心,应尽可能全面且具有概括性。

2. 整合机制——分类归纳

经两次过滤后的意见虽具雏形,但仍杂乱无序,司法不能直接予以吸纳或反馈,需要对意见进一步整合。首先,对意见进行分类。比如,根据意见的内容,分为对案件本身的意见或对法院审理中的意见、对案件实体内容的意见或程序的意见、罪名的意见或量刑的意见等等。其次,在分类的基础上对意见进行归纳。收集的意见往往重复烦琐,司法在吸纳前,必然需要对其归纳,通过整合总结,提炼出其共识之处,归纳热议的焦点,也利于后续司法回应有针对性地展开。

(三) 择善而引:引导和反馈

司法具有被动性,但对于“找上门”的民意,不能置之不理,更不能被牵着鼻子走。司法需要发挥其主观能动性,进行积极引导和适时反馈。

1. 引导——顺势而为

引导是为了增强民众的理性,也利于后续司法发挥积极作用。因此,人民法院

^① 参见吴建国:《中国回应型司法的理论逻辑与制度构建》,东南大学2014年博士学位论文。

在对热点案件引导时应注意三点:一是引导的内容。司法在不违背原则的情况下,通过宣传或及时更新案件事实情况,保证公众的知情权,并在此基础上使公众保持清醒以鉴别真假信息,引导形成有序规范的讨论方向,提出确实有用的意见。但是在案件审理过程中,所有法律事实都可能被推翻,因此司法作出回应时应把握好尺度,所回应的内容应当经过查证属实,且在裁判前法官不得发表任何带有裁判或个人倾向性的言论,这也是作为其中立地位的要求。二是引导的时机。司法有时也可以走在民意之前,通过相关案例来引导公众对该问题的思考。^①如2016年于欢案让“正当防卫”这个司法概念在社会得到普及,而2018年“昆山反杀案”再进入大众视野时,法院可以通过于欢案使大众对正当防卫进行更深层次思考,而不是聚焦在被害人家庭背景等与案件无关的因素之中。普法的同时,也引导了讨论方向。三是引导的方式。民意虽然杂乱无序,但每一个热点案件,都有几个发言活跃的网络“大V”,其在某种程度上影响甚至主导着公众对该案件认识的程度和讨论的方向,因此可以借助这些网络“大V”的力量进行发声,汇集意见。

2. 反馈——双向对话

反馈是司法回应的关键。民意反馈是司法坦诚面向社会、真诚面向民众的最有力说明,不仅有利于得到社会的支持和配合,也促使司法获得长效发展的动力和支撑。^②针对杂乱无章的意见,司法反馈可从“两层面、三阶段”切入。

所谓“两层面”,一是微观层面。对于涉及某个热点案件具体“点”上的民意。该种民意多存在于在案件的当事人之间,可以通过审理过程中沟通谈话、裁判文书的释法说理等途径予以反馈。二是宏观层面。对于涉及重大事项的案件,或者反映意见者较多、涉及社会共性的某条“线”上的民意。该种民意多反应在社会公众对热点案件的关注和讨论,法院可以通过在官方平台发布定期通报、召开新闻发布会、法官接受新闻媒体采访或者座谈会、对共性问题发布白皮书等方式对案件的逻辑思路作出说明。涉及重大事项的案件,背后反应的不仅仅是法律层面问题,还可能包括社会结构、制度等层面问题,对于不属于法律范围的问题,司法应恪守准则,不能擅自越权处理,对此可以通过发送司法建议等措施与相关部门进行沟通。如“高考冒名顶替案”,对于其中涉及的教育制度内部问题可以向相关职能部门发送司法建议。

^① 参见王庆廷:《司法对民意的分类回应》,苏州大学2018年博士学位论文。

^② 参见王信芳、刘力、李江英:《深化司法民主与完善民意沟通机制研究——以上海法院的实践为样本》,载《上海法学研究》2012年第2期。



所谓“三阶段”，一是案件进入法院前。有些案件在案件进入法院程序前已经在社会上引起较大关注，如江歌案、于欢案，案件在进入法院之前已经在社会上引起轩然大波，对此法院应当未雨绸缪，一方面对该案进入法院之后可能带来的问题作好预案；另一方面可以通过对类似案例的宣传，或者巧用网络“大 V”的影响力来提前引导公众对案件实质问题进行讨论。二是案件审理过程中。司法实践中，大量热点案件的发生是双方当事人利用网络进行炒作，博取公众的同情和支持，以此向法院施压，以达到自己目的。在这个阶段，由于案件尚在审理过程中，法官一般不会对外发表看法。因此，这个阶段主要通过司法公开回应质疑。比如，热点案件审理尽可能利用人民陪审员制度，除涉及国家秘密和个人隐私等不适合公开审理的案件以外，一律公开审理，并借助网络进行同步直播。例如，2013 年济南市中级人民法院通过官方微博直播薄熙来案庭审过程，据有关统计有近 60 万人参与观看，不仅避免了对司法不公的质疑，也让公众有了庭审的参与感，获得了对司法的敬畏感。三是案件审结后。当事人等对裁判结果不满意，通过媒体或者借助网络媒体对案件炒作。该类案件由于已经审结，具有司法的确定性，法官可以通过对裁判文书的释法说理工作，让公众理解裁判的结果，也可以通过接受媒体的采访或召开座谈会等方式，予以充分说明。

结 语

热点案件是法治进程中必然出现的事物，不仅是民众法治意识和权利意识增强的体现，也是司法参与基层治理，实现其功能价值的要求。司法的决策，向后是伦理、秩序、道德、情感、法理的纠葛，向前是行动的指南、价值的引领。司法对于个案的裁判，不能局限于个案，尤其是集社会万千关注的热点案件，其裁判所带来的价值已远超个案本身，在追求具象公正的同时，也应兼顾抽象公正。对于热点案件，应通过构建一套完整的回应路径，确保司法能够及时接收到社会的关注并及时予以反馈。当然，回应社会关注是一项系统性的工程，需要司法、行政等各部门共同发力，需要裁判文书说理、纠纷多元化解、诉源治理等实质方面的综合改革举措相配合。总之，对于热点案件，我国司法的回应还有很长的路要走，而程序是其起点，通过完备的程序建构，司法离民众近一点，民众才会离质疑远一点。

（责任编辑：王文斌）

个案司法推动社会治理法治化的可视化 路径研究

——从热点案件审判的社会效果切入

张 剑^{*}

内容摘要：人民法院的职责之一是用司法公正引领社会公正。为了让案件当事人感受到司法案件的公平正义，让人民群众感受到司法的公正，可视化是一种从理念到实践充分可行的方式。在互联网时代，媒介的发展促使司法公开。人民法院通过个案司法，向社会提供经得起法律和历史检验的司法产品，推动基层社会法治化转型。然而，随着民众深度参与网络舆论话语体系，如法治理念欠缺、参与互动受阻、传播渠道不畅等司法信息供求不可视问题已然冲击司法公信。因此，需要建立“热点案件识别标注—民意吸纳—说理评价—宣传引导—舆情处置”司法信息可视化供给路径，让公平正义可感可见，并以此拓展法治进路，推动社会治理体系升级。

关键词：个案司法；热点案件；可视化路径；社会治理

正义不仅要实现，而且要以看得见的方式实现。推进社会治理现代化，要求法治功能充分发挥，也要求人民法院积极参与。案例是微缩的法治，是摸得着的规则。^① 新媒体传播时代，流量就是价值，热点案件广受关注并迅速传播。一方面，若顺势而为，个案裁判能传播法律知识，传递法治思想，推动诉源治理，引领法治建设；另一方面，个案频上热搜开放司法传播渠道，犹如逆风执炬，公众围观使个案接受“媒体审判”，热点案件处置不当将严重冲击司法公信，进而影响法治根基。人民法院能否御风而行，

^{*} 张剑，湖北省十堰市中级人民法院宣传处副处长。

^① 参见白建军：《法律实证研究方法》，北京大学出版社2008年版，第199页。



在个案裁判中培育社会理性,让公平正义看得见,让法律成为信仰,推动社会法治进步,满足互联网时代司法参与社会治理需要,是各级人民法院面临的一个全新课题。

一、考证:个案司法参与社会治理的现实图景

从本文研究样本看,^①人民法院妥善解决个案争议,化解社会矛盾,并在案件审理中传播法律知识、培育社会理性、凝聚社会共识,又重塑传统道德、促进制度改良,充分发挥了参与社会治理的重要作用。

(一) 个案公正裁判引领社会治理法治化

公正司法是法治社会的必备要素。在某种意义上,一个案例可胜过一打文件,更能彰显法治要义。通过特定诉讼程序审理、裁判具体案件,化解社会矛盾,实现案件政治效果、法律效果与社会效果有机统一,是人民法院发挥主导作用参与社会治理的主要途径,司法实践中呈现以下四类典型方式:

1. 价值引领型。如“大学生打篮球撞倒老人被索赔案”^②,此类热点案件法律关系较为简单,多为涉及“扶不扶”“劝不劝”“追不追”“救不救”等看似较小但社会颇为关注的案例,法官正确适用法律得出准确结论后,在裁判理由中引入社会主义核心价值观对裁判结果进行规范透彻的说理,引导社会成员增强公共意识和规则意识,培育社会理性。

2. 重塑道德型。如“江歌案”^③,此类热点案件涉及道德、人情、伦理等,事实认定、案件定性等法律关系复杂,法官统筹兼顾案情与舆情、法理与情理,通过融德入法,将公序良俗、人情事理、人伦价值等融入裁判文书说理,守护社会道义,形塑社会秩序。

3. 示范引导型。如“全国首例家庭劳务补偿案”^④,此类热点案件法律适用具有典型性或新颖性,且与民众社会生活利益需求联系紧密,多以典型案例或指导性案例等类案参考指引方式为社会提供合理预期,指引民众行为,促进社会和谐。

① 本文从法制网舆情中心选取57例典型涉法热点案件为主要分析样本,对该57例热点案件的案件类型、舆论观点、传播平台、传播方式、社会效果等进行分析。

② 大学生张军在某大学篮球场自发组织篮球比赛时,后背不慎碰到横穿篮球场的李婆婆,将其撞倒在地。老人起诉索赔,二审武汉市中级人民法院以“自甘冒险”为由判决撞人者不承担,彰显司法对社会行为的示范与引领。

③ 青岛市城阳区人民法院一审判处被告刘鑫赔偿原告江秋莲各项经济损失及精神损害抚慰金共计69.6万元,并承担全部案件受理费。

④ 此案是《民法典》实施后“家庭劳务补偿第一案”。一审法院判决王女士与陈先生离婚,共同财产由双方平均分割后,陈先生还需给付王女士5万元家务补偿。

4. 政策推动型。如“张文中再审改判无罪案”^①,此类热点案件法律关系较为复杂,虽与民众生活联系并不十分紧密,但涉及社会经济发展、民众权益保障、社会公共利益等方面法律与政策的界限或规则适用,法院通过个案裁判纠正或改进某一领域或行业决策规则,改良社会制度。

(二) 司法与舆论良性互动促进社会治理法治化

法律是善良与公正的艺术,^②强调了法律的两个重要特征,即善良与公正。善良意味着法律应当有利于人类的福祉和幸福,而公正则意味着法律应当平等地对待所有人。此外,法律也可被认为是一门艺术,需要经过深思熟虑和精心设计才能达到最佳效果。在互联网和自媒体时代,个案裁判接受社会舆论评判,负面舆情发酵速度快、传播范围广,极易引发司法公信危机。司法与公众良性互动,既检验和修正了裁判法律效果与社会效果,又有效引导了社会舆论。

1. 社会舆论监督矫正个案裁判价值导向。合法性是个案裁判的首要考量标准,法官正确适用法律证成裁判结果,是形式正当性的基本要求。社会治理追求多元利益视域下的协商民主和综合正义,寻求当事人双方相对满意的处理方式,避免判决的零和结果和僵化性。^③故而司法裁判既要追求合法性,也要回归普通民众常识、常情、常理。“兰草案”^④进入公众视野后,再审改判秦某无罪,以民众常识纠正个案裁判,取得了良好的社会效果和法律效果;许霆案、“天津老太气枪案”等热点案件引发舆论热议后,二审更好地平衡了法情关系,民众常情常理补充了司法裁判实质价值导向。

2. 个案裁判有效引导社会舆论。司法公开应当坚持中立原则,以正确的方式还原法律和事实真实,引导民众增强对司法公信力的认同。“掏鸟案”^⑤因媒体片面报道,产生舆论风暴后,二审法院及时发布案件细节通报,较好实现了舆论引导,进一步增强了民众保护野生动物的价值认同。于欢案二审改判获得广泛认同,离不开二审

① 2009年,河北省高级人民法院终审判决张文中犯诈骗罪、单位行贿罪、挪用资金罪。2016年,张文中向最高人民法院提出申诉。2018年,最高人民法院撤销原判,改判张文中无罪。张文中、顾雏军等案件再审,开启产权法律制度、刑事诉讼制度、市场主体合法合规制度改革。

② 参见[英]威廉·布莱克斯通:《英国法释义》(第一卷),游云庭、缪苗译,上海人民出版社2006年版,第2页。

③ 参见郑重:《法院调解的功能价值与实务路径》,载《人民法院报》2020年5月29日,第5版。

④ 河南农民秦某因在家附近的山坡上采挖三株蕙兰,被检察院以非法采伐国家重点保护植物罪提起公诉。一审法院以秦某犯非法采伐国家重点保护植物罪判处其有期徒刑三年,宣告缓刑三年,并处罚金3000元。秦某未上诉。再审法院以蕙兰未被列入《国家重点保护野生植物名录》为由,认定一审判决适用法律错误,改判秦某无罪。

⑤ 大学生闫某于2014年在河南省辉县市某村一树林内捕猎燕隼和隼形目隼科动物(国家二级保护动物)16只,在网上收购凤头鹰(国家二级保护动物)1只,被公安机关查获。一审法院判决隼某犯非法捕猎珍贵、濒危野生动物罪和非法收购濒危珍贵、野生动物罪,判处闫某有期徒刑十年六个月,并处罚金1万元,二审维持原判。



判决清晰的说理和明确的价值导向，更离不开公检法多层级、多系统联动回应（包括转发通报等间接回应）形成的司法与舆论的良性互动。^①

（三）司法融入多元解纷推动社会治理法治化

坚持共建共治共享格局，是社会治理现代化的重要理念。新形势下，人民法院聚焦民众感受，大力推进智能化和信息化建设，不断完善和创新源头化解矛盾纠纷方法路径，主动融入党委领导下的基层社会治理网络体系，促进社会治理法治化。

1. 司法引领推动多元解纷。把非诉讼纠纷解决机制挺在前面，完善诉讼与非诉讼衔接机制，成为司法引领、推动和保障社会治理法治化的工作原则。常态化提出法律风险预案突出源头预防；矛盾纠纷产生时，开展信息互联互通、涉案法律问题适时会商，形成共治格局；纠纷成诉后，聚合社会治理力量实质化解矛盾争议，促进案结事了；纠纷结束后，通过开展“靶向式”司法建议、发布白皮书、制作大数据研究报告等方式，及时向党委政府、基层组织、社会公众反馈，服务基层科学治理，维护社会稳定和安全。

2. 网上解纷赋能社会治理。网络时代，局部冲突放大，社会矛盾交织难辨，社会情绪加速感染。^② 热点案件矛盾敏感突出，涉及社会面广，法院主动参与社会治理创新，通过信息供给、以案释法等主动回应公众需求，及时化解公众误解、担忧以及顾虑等舆论质疑，形塑社会理性。全国首例家庭劳务补偿案件经媒体报道后立即引发舆论对补偿诉求和补偿金额的合理性热议，案件主审法官第一时间找准争议点作出解读，进行针对性回应，引导网民形成理性思考。

（四）个案布道社会风尚助力社会治理法治化

个案是公正的试金石，公正的判例可谓是培育民众法律信仰的基石。通过司法公开及媒体宣传发展个案公共理性，将审理中提炼出来的裁判规则普遍化，突出裁判确立价值观，确保类案有规则可循，引导民众接受并遵循，既能实现司法治理现代化，又能推动社会治理法治化。

1. 个案裁判规则引领社会治理。新时代中国特色的“以例辅律”法律制度正式确立后，^③ 核心价值内容因指导效力而被放大聚焦，亦因后续的类案参照裁判而被宣传推广。法院通过直播个案庭审、公开判决文书、发布典型案例等方式强化和重塑

① 李俊晔：《暴风眼中的法庭：司法公共关系之媒体素养与舆论引导》，人民法院出版社2018年版，第98页。

② 参见中国法学会“枫桥经验”理论总结和经验提升课题组：《“枫桥经验”的理论构建》，法律出版社2018年版，第162页。

③ 参见余文唐：《司法技艺：法律解释与空缺填补》，人民法院出版社2020年版，第177页。

社会规则,实现司法治理现代化,筑牢社会治理法治化基石。例如,通过“微信群主踢群第一案”^①,明确互联网群组自治规则,规范网络空间治理。

2. 信息化提升司法治理效能。5G、区块链、人工智能等技术加速创新,推动治理方式深刻变革,人民法院深化信息化与审判执行工作融合,运用新媒体、媒介开展诉讼服务、信息公开、法治宣传,助力个案发挥司法溢出效应,引导全民尊法学法守法用法,推动社会法治化转型。

互联网时代,公正裁判案件是人民法院发挥主导作用参与社会治理的主要途径,是社会治理法治化的保障。同时,人民法院主动融入共建共治,积极参与治理创新,与媒体形成良性互动,运用网络传播法治精神,引领、推动和促进社会治理法治化。

二、探究:制约个案司法治理的实践困境

(一) 个案公正法治理念不明:缺乏弥补法律僵化途径

立法滞后于社会发展,因适用法律解释方法不同,实践中法官可能会面对各不相同却又都符合逻辑的适法结果。^②法官办案首先应当严格依法,但当法律滞后性带来制度空白和利益冲突时,法官必须运用可视化手段,适用多元化法律解释方法,让适用法律规范、保障公正司法、维护国家利益和社会公共利益的边界清晰可见。

然而,司法实践中类似许霆案、“天津老太气枪案”等热点案件之所以引发公众关注和舆论争议,实质上是法官忽视社会常理和大众情感等法外因素,硬搬法条,机械司法,未对热点案件进行价值分析,灵活选择适用法律或公共理性;且对舆情敏感度不足,未能充分把握舆论风向,运用回应型说理满足社会群众关系建构需求。^③由此可见,在个案正义与普遍正义之间寻求最大公约数,将个案公正裁判可视化,是提升个案司法参与社会治理效果的关键路径。

(二) 司法信息发布渠道不明:网络传播能力不足

伴随着媒体融合发展的不断深入,传媒业乃至整个互联网行业生态也在进行着

① 柳某因违反微信群公告被群主刘某移出群组后,以刘某侵犯名誉权为由诉至法院。山东省莱西市人民法院认定该案不属于法院民事诉讼受案范围,裁定驳回起诉。

② 参见李可:《法学方法与现代司法》,知识产权出版社2014年版,第69页。

③ 参见陈思佳、陈佳琳:《刑事热点案件回应型说理模式的现代化转型——以裁判说理与公众意见的共识契合为题》,载《审判体系和审判能力现代化与行政法律适用问题研究——全国法院第32届学术讨论会获奖论文集》(上),人民法院出版社2021年版,第835页。



裂变与重组。^①媒介本身就代表着某种时代的信息，媒介就是信息。^②信息发布应当看得见、有效果，让社会公众在具体纠纷发生或化解场景中，将法院新媒体视作身边环境里的真实交流对象，交流互动，形成“准社会治理关系”。当前，在打造人民法院宣传大格局的尝试中，各级法院开设“两微一端”后，纷纷入驻抖音、快手平台。然而，因实践中并未辅之以运营人员数量及专业水平的相应提升，编辑人员缺乏新媒体运营规律认知，打造媒体和媒介融合能力不足。法院微博与微信相对更依赖单一化叙事方式，对于网络直播、短视频、微动漫等灵活多样传播方式的探索仍比较局限，用户黏性远低于新闻类或兴趣类平台。

从本文选取的 4 个典型热点案件传播数据发现（见表 1），样本案件信息集中为“图文”式开庭、宣判等活动通稿及“案件 + 释法”“案件 + 提醒”等普法通稿，且发布过分依赖法院官方媒体平台，传播效率低，往往需要借助新闻媒体的二次传播。司法信息发布渠道不可视导致热点案件传播范围有限，降低了普法引导功能，制约个案司法推动社会治理法治化。

表 1 典型热点案件微信 / 微博传播基础数据表

典型热点案件报道	平台名称	法院微信平台（次）				法院微博平台（次）					媒体二次传播（次）	
		阅读	点赞	评论	回复	发布频次	累计点赞	累计评论	累计回复	累计转发	全网转发信息数	点击量
以典判案：聚焦离婚家务补偿案	北京市房山区人民法院	162	2	0	0	1	0	0	0	1	11906	46 万 +
江秋莲诉刘暖曦生命权纠纷案一审宣判	青岛城阳区人民法院	5.8 万 +	1687	0	0	51	60988	7983	11	2808	34379	100 万 +
横穿球场被撞伤，68 岁老人状告打球学生，法院这样判……	武汉市中级人民法院	9850	375	0	0	1	13	0	0	0	9796	33 万 +
最高人民法院再审改判张文中无罪	最高人民法院	10 万 +	450	8	0	32	7086	4744	27	4357	26170	96 万 +

（三）参与舆论实质互动不足：缺乏公共司法关系

当前环境下新闻传播效果由网民评价，可直接通过读者转发、跟帖、点赞等行

① 参见董盟君：《智媒时代媒体融合的思考与实践——人民在线“1+5+N”融媒体方案》，载《传媒》2020 年第 15 期。

② 参见 [加] 马歇尔·麦克卢汉：《理解媒介：论人的延伸》，何道宽译，南京译林出版社 2019 年版，第 157 页。

为反映出来,形成复合传播效应。^①传统多次博弈、一次发布模式转变为多次博弈、多次发布模式,持续跟踪信息传播效果,及时修正引导偏差,提高传播正面效应。司法机关应遵循信息传播规律,主动融入互联网舆论,摒弃官本位、官僚化思想,持续关注网民需求并动态回应公众反馈,促进有效沟通。

然而,通过调研发现,当前法院新媒体工作人员要么缺乏法律专业知识,司法公共关系能力先天不足,要么对于互动性议题设置重视不够或存在抵触、畏难心理,较少尝试以案释法方面的互动,公众认同融入司法裁判通道受阻。如表1中,4个典型热点案例在法院官方微信报道的精选留言分别为0条、0条、0条、8条,回复均为0,热点案件传播呈现传播主体自说自话的单向活跃。官方微博样本大量使用@、转发等方式增加热点案件活跃度,发布频次高、量大,微博评论、转发和点赞数也很可观,但与用户实质性互动有限,虽设置投票、留言等强化互动,但微博样本12727条评论,官方回复仅有38条,难言实质回应公众需求。

(四) 司法与公众沟通话题匮乏:司法精品供给不足

在信息网络时代,司法机关应从“公众想看到什么”和“应当发布什么”的选择相容性和规范吻合性出发,提供高质量、多元化司法信息,满足公众借助法院新媒体平台学法解惑需求。一份判决书就是一份法治宣传书,虽然客观上大量的裁判文书公开,但除了个别大案要案外,鲜有民众关注,数量极为有限,且集中分布在民商事、刑法领域,在行政法领域体现较少,类型单一,传播宣传的源头活水不足。同时,在热点案例报道中,法官缺乏主动设置议题抢占先机意识,未能从实体审理与舆论引导层面持续关注案件动态,最大程度公开案件立审执信息,及时有效引导舆论,造成信息不可视情境下司法公共关系恶性循环态势。

互联网时代,热点案件迅速传播,人民法院理应发挥个案司法溢出效应,引导民众遵循理性规则,推动社会治理法治化转型。然而反观实践,热点案件传播中因公正法治理念、信息传播渠道、参与舆论互动、司法精品供给等不可视,制约了个案司法社会治理实效。

三、析理:个案司法参与社会治理的功能

社会治理强调多元主体共同参与,司法权作为国家权力的组成部分,必须分担

^① 参见中璋:《效应》,载张雪魁主编:《舆论先锋丛书》,中信出版集团股份有限公司2020年版,第8页。



一定的治理责任。中国的司法必须回应中国问题。^①随着新媒体日益融入社会治理现代化,一个个案件的公正判决推动了中国法治进步,让热点案件审理成为法治公开课成为共识。^②对此,本文将从整合、引导、调控、规范四个方面阐释个案司法推动社会治理法治化的正当性基础,以及促进法院在个案审判中从“裁判纠纷”一元化向“诉源共治”“教育引领”“风险化解”等多元功能扩展。

(一) 整合功能:以个案司法凝聚社会共识

让民众了解司法无疑体现了社会进步,也代表了一个国家治理水平的提升。司法裁判首先不是公共决策,而是针对具体个案,司法裁判发挥外部作用,必须以个案法律适用符合现行法律和法律逻辑为基础。多元矛盾纠纷冲突引发多元利益价值争议,争议越大,越有必要借助案件裁判规则来消弭冲突,形成规则统一适用共识,以逻辑理性保障法治建设。

逻辑理性是法律秩序的基础,是确定性、可预见性、有序性、一致性的法价值的体现。^③随着个案不断传播,案件遵循的法律原则、法律精神以及法律条文蕴含的公共理性、法律价值逐渐进入公众视野,形成公众对公平正义的叠加共识,不断凝聚更为坚实、理性的社会共识。如“电梯劝烟猝死案”,二审摒弃“和稀泥”,以“行为与结果之间无因果关系”改判劝阻医生无责,支持和保护“维护社会公共秩序和社会公共利益”的合法正当行为,以司法审判守护社会正能量。再如罗某高铁“霸铺”名誉权纠纷案,该案裁判践行“过错与责任相一致”民事法律原则,认为中央电视台不构成对罗某名誉权的侵犯,以正确的法律适用凝聚“决不向耍横霸道者让步”的社会共识。

(二) 引导功能:以个案司法培育社会理性

国家权力源于人民,对司法效果的评价,既来源于法官内心确认,也要紧扣民心民意。以民意为基础的判决是有生命力的判决,强调司法回应民意的同时,也应注重司法对民意的引导。^④回应型司法是指司法承认并尊重多元社会价值,主动接受社会公众检视,充分发挥能动作用,积极回应社会公众不同需求。

回应型司法首先要依法,有效连接法律规定与社会现实,运用法治思维和法治

① 参见苏力:《关于能动司法与大调解》,载《中国法学》2010年第1期。

② 参见赵刚:《人大代表:让热点案件审判成为法治公开课》,载微信公众号“最高人民法院”,2018年3月19日。

③ 参见[美]卡多佐:《法律的成长——法律科学的悖论》,董炯等译,中国法制出版社2002年版,第5页。

④ 参见徐光华:《个案类型特征视阈下的刑事司法与公众意见》,载《法律科学(西北政法大學學報)》2015年第5期。

方式化解社会矛盾;同时要重视并强调社会导向,担当融合、重塑社会认同职能,最大程度满足公共利益需要。司法权遵循不告不理,法院一般待矛盾纠纷进入诉讼程序再行介入,公众接受诉讼服务多为被动型参与,决策、供给及监督等环节参与明显不足。诉讼案件往往是法律、社会、政治、经济等问题相互交织的产物,社会矛盾突出,进入司法程序后化解成本成倍增加,需要法官注重社会导向,以理性对话方式将冲突和矛盾融入法治制度、法律规则中进行整合。在实施法律逻辑推理得出结论之后,将结论带入民心民意中加以验证,向公众有效输出规则意识和法治理念,在传播中引导公众对公共事件、公共秩序、公共政策等形成思考和理性认知。如于欢案,从一审判决引发巨大争议,到二审判决微博直播,既考之于情,又依之于法,通过舆论法治良性互动消弭误解,取得了更大范围的社会认可。

(三) 调控功能:以个案司法形塑社会秩序

公共理性是民主国家的基本特征,强调的是“公共的善”和“根本性的正义”。^①在新媒体传播时代,法院既要依法独立行使审判权,还应当回应社会关切,将案件置于公共民意监督领域,承担公共责任并在裁判中表达公共理性,力求裁判取得公众普遍认同,推动恢复和调整社会秩序,促进社会稳定。

在信息爆炸时代,沟通信息的人会有意识地主动组合“事实”,制造成对他们有利的“真相”。^②司法的公共理性要求法官在个案司法中要吸纳与挖掘民意中与社会主义核心价值观精神相容的美德,摒弃与核心价值观相斥的习俗,实现公共理念与法律理性的互动与融合;或适用“帕累托最优标准”,^③权衡价值强度,在法治之内追求社会效果最大化;或以“拉德布鲁赫公式”为镜鉴,^④运用公平司法原则调适严格司法,实现逻辑判断与价值判断的有机统一,规制形式推理偏差,实现个案正义,维系社会发展秩序。如四川泸州“二奶”继承案,以及全国首例“暗刷流量”交易案,终审判决以维护社会公序良俗和社会公共利益为目的,对继承法和合同法的适用作出了理性评价。

① 参见韩璞庚、张颖聪:《公共理性与民主刍议》,载《学术界》2019年第12期。

② 参见[英]赫克托·麦克唐纳:《后真相时代:当真相被操纵、利用,我们该如何看、如何听、如何思考》,刘清山译,民主与建设出版社2019年版,第77页。

③ 参见[德]贝恩德·舍费尔、克劳斯·奥特:《民法的经济分析》(第四版),江清云、杜涛译,法律出版社2009年版,第22页。

④ “拉德布鲁赫公式”意指应当遵守实在法,即使其内容似乎不公平和不合目的,“除非该实在法违背公平,到了无法忍受的程度,以至于公平应当成为取代‘不正确的法’的法律”。参见[奥]恩斯特·A.克萊默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第217页。



（四）规范功能：以个案司法改良社会规则

立良法于天下者，则天下治。人民法院作为国家治理体系的重要参与力量，通过司法公开等延伸职能参与社会治理。在新兴业态案件审判面临法律适用空白或漏洞挑战时，法官不能拒绝裁判，应当遵循法律原则和法律逻辑，从“是否有利于法治国家的建构、是否有利于国家中心工作的推进、是否有利于社会安定团结”^①的角度创制出新的评价规则，为社会治理带来新的价值元素和内核精神，促进社会制度和司法制度的完善。

个案裁判推动新法制定，是深化依法治国实践和提升国家治理能力的基础工程，是促进国家治理能力现代化的重要途径。^②法官在个案裁判中融入公序良俗、社会习惯、核心价值，引发社会发展和法治建设的集体反思，推动社会制度改良、规则续造，引领社会和谐、稳定发展。如“我国人脸识别第一案”推动个人信息权利保护落到实处，孙伟铭案推动醉驾入刑，孙志刚案推动收容遣送制度废止，崔英杰案推动城管执法制度趋于完善，^③张文中再审改判无罪案则推动了产权保护和企业家合法权益保护政策落细落实，有利于营造创新创业法治环境。

司法裁判是刚性治理，为社会治理提供法治保障，同时发挥参与社会治理多元功能。为了更好地通过司法公正引领社会公正，有必要探索构建个案司法推动社会治理法治化的优化路径，让公正看得见。

四、优化：构建个案司法推进社会治理法治化的可视化路径

人民法院通过个案司法，向社会提供经得起法律和历史检验的司法产品，进而推动社会治理法治化转型。坚持问题导向，借鉴媒体传播“中央厨房”^④概念，从优化司法产品出发，建立“热点案件识别标注—民意吸纳—说理评价—宣传引导—舆情处置”司法信息可视化供给机制，破解司法与民众信息供需困境，让公平正义看得见，推动社会法治建设不断进步。

（一）从被动关注到主动塑造：建立热点案件识别标注机制

构建热点案件识别机制，科学制定热点案件识别清单，是司法信息供给可视化

① 江必新：《正确认识司法与政治的关系》，载《求是》2009 年第 24 期。

② 参见胡仕浩、刘树德：《裁判文书释法说理：原则、目的与价值》，载《人民司法·应用》2018 年第 25 期。

③ 参见姜佩杉：《要案审理：法治中国前行的“地标”》，载微信公众号“最高人民法院”，2018 年 12 月 3 日。

④ 所谓“中央厨房”，指采集同一个内容素材进入全媒体数据库，媒体内各类传播渠道、自媒体根据需要对这些素材进行二次加工，生产出各种形态的新闻产品，然后，按照介质特点、传播速度、传播需要，通过多种媒介逐级发布、传播。参见陈国权：《中国媒体“中央厨房”发展报告》，载《新闻记者》2018 年第 1 期。

面临的首要问题。案件审理涉及事实认定、法律适用、社会评价等因素,可参照最高人民法院《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》第4条明确的重点案件识别范围,在立案、审理、裁判各阶段,有序厘定热点案件识别清单,法官在不同阶段分析认定为热点案件的,在审判系统中标注“○”。

1. 立案阶段以案件类型要素为判断基准。从诉讼主体、诉讼请求等方面确定形式识别要素:群体性、涉众型;涉弱势群体及特殊群体保护的重大争议;涉严重破坏社会秩序、损害重大公共利益;涉政治安全、外交关系等国家利益;可能引发社会广泛关注的民族宗教、权利平等、政策诉求类争议;等等。

2. 审理阶段以案件变量要素为判断基准。从案件特殊性、价值相关性、舆论话题性等方面确定实质识别要素:当事人情绪严重对立、矛盾尖锐复杂;涉社会道德评价、公序良俗、风俗习惯等重大情理法冲突案件;涉舆情热度高;可能存在不当干预;等等。

3. 裁判阶段以案件争议焦点为判断基准。诸如,案情复杂存在适用法律困难、适用分歧或类案异判;法律适用具有典型性、新颖性或指导意义;涉新情况、新问题,需运用法律解释、漏洞填补等方法践行价值判断、树立价值导向的新类型案件。

(二) 从众声喧哗到理性回归:建立热点案件民意吸纳机制

网络民意是司法与公众联系沟通的重要桥梁和纽带。热点案件引发公众持续关注和评论,要求法官不断与受众双向互动,在公权与私权间作出判断,在法意与民意间找到平衡,广泛吸收民意诉求中的公共理性,并上升为司法裁判的依据,在供给侧精准回应治理需求,弥合价值分歧,凝聚共识力量。

1. 建立引导民意介入司法机制。借鉴公共空间理论,^①针对热点案件选取法律角度,在微博设置法律问题、讨论话题,在微信开放投票、评论等互动渠道,支持用户广泛参与、积极表达。法院宣传部门主动与审判庭和诉源治理联络员沟通协作,做好网络民意和传统社会民意的联动和对接,多元化采集社会民意,最大程度畅通整体网络民意表达通道。

2. 建立民意甄别机制。建立有序参与的空间边界,坚持法治思维,深化司法大数据分析运用,去伪存真,筛选甄别理性民意进入个案司法。推行网络民意理性评估,使代表民意的公共理性与司法的专业理性形成叠加性共识,防止非理性民意进入并

^① 公共空间理论由尤尔根·哈贝马斯提出,指在一个国家或社会的公共空间,民众聚集在一起讨论所关注的公共事务,或对政治权力进行批判性的理解,形成接近于舆论的一致性意见,以维护公民利益和公共福祉。由新媒体技术构建的网络空间在一定程度上接近哈贝马斯“咖啡馆讨论式”的“公共空间”概念。



干预司法。

3. 建立民意反馈机制。及时搜集梳理提炼热点案件中的民意诉求,通过类案统计、典型案例等方式研判评估热点案件传播风险和舆论关注焦点,在发挥热点案件媒介共鸣效果时,根据舆情发展,必要时进行法律释明、主动回应和有序引导,形成链条闭环和话题闭环,缓和司法民意矛盾,减少舆论话题媒介溢散。^①

(三) 从最大变量到最大增量:建立热点案件文书说理评价机制

司法裁判不仅定分止争,更需凸显价值引领。裁判文书是法官与民众沟通的终端产品,是法院参与社会治理的重要抓手。将社会主义核心价值观融入个案裁判,运用法律解释方法充分说理,把民众认同的集体观念与司法者的专业意见聚合成热点案件裁判共识,形成司法正义和价值弘扬的最大公约数,画出民心同频共振最大同心圆,是热点案件介入社会治理的有效路径。

1. 建立社会主义核心价值观融入文书说理制度。建立热点案件裁判文书说理评价标准,从阐明事理、释明法理、讲明情理三方面科学设定核心价值观融入路径,为法官提供基本指引。推动核心价值融入指导性案例裁判规则,促使案例指导制度不断契合核心价值共识,提高案例核心价值内容的被参照率。

2. 建立热点案件文书监督管理制度。根据审判管理相关规定,由院庭长及审管办分阶段对社会主义核心价值观融入热点案件(标注“○”)文书裁判说理审核把关,建立反馈台账,定期通报,及时纠偏。强化重点评查和专项评查,热点案件裁判说理错误的,适时启动惩罚性措施,依法依规追究相应责任。

3. 建立热点案件文书反馈改进机制。建立“吸纳理性—提炼规则—形成准则—引导遵从”的热点案件审理模式,^②通过中国裁判文书网、“法信”平台、院长信箱等平台,运用大数据统筹分析公众对裁判文书意见建议,最大程度了解公众反馈意见,及时采取措施加以改进。

(四) 从个案审理到全民普法:建立热点案件宣传引导机制

用户与用户关系,是互联网时代一切产业逻辑的中心和基点。无互动不传播,构建法院新媒体与民众之间的“准社会关系”,打造外部融合路径,以“中央厨房”

^① 在传播学中,从主流媒体流向非主流媒体被称为媒介共鸣;非主流媒体议程流向主流媒体被称为媒介溢散。闭环效应是相对于媒介溢散效果来说的,其关键是减少事件舆论向主要传播渠道、主要受众群体和其他衍生话题的溢散,在策略执行过程中不断检查和控制链条闭环,及时发现问题,并找到解决问题办法,在链条闭环内形成良性循环。

^② 参见肖天存:《公共理性在热点案件裁判中的嵌入与指引》,载《审判体系和审判能力现代化与行政法律适用问题研究——全国法院第32届学术讨论会获奖论文集》(上),人民法院出版社2021年版,第711页。

理念推动协同联动,形成扩散效应,发挥热点案件广泛传播核心价值、培育社会理性功能。

1. 构建热点案件发布机制。构建热点案例数据库集,制定组织推荐、文书评选、专家评审等程序,培育、筛选典型案例,收集、整理、汇编进热点案例资源库,在阐述基本案情、裁判结果基础上增加典型意义、专家点评,丰富案例内容。依托司法公开和权威媒体,通过分类、综合、专题等多样式,以及单独、联合等多方式予以发布。

2. 建立热点案件网络传播矩阵。^①主动融入区域治理网络格局,人民法院新媒体“中央厨房”利用社会网络再造接口,以“网格化”构建民众的“准社会关系”,^②建立信息集成、协同合作的多主体联动网络体系,根据不同自媒体平台分发有针对性的内容,拓展法治宣传和延伸传播的覆盖面和影响力,破解推广困境。

3. 建立热点案件普法宣传矩阵。法院可抓住社会热点问题,利用微信、微博等新媒体平台向公众集中普及特定法律知识,例如在“昆山反杀案”中,可适时普及正当防卫制度;在陕西汉中张扣扣案中,可详细解析现代法治文明下的私力救济方式。通过庭审直播、召开新闻发布会等方式及时公开热点案件立审执信息,引导公众接受并遵从个案价值理念。

(五) 从逆风执炬到顺势而为:建立热点案件舆情处置机制

热点案件裁判自然会引发公众讨论甚至质疑,法院要及时做好热点案件跟踪登记和舆论应对,防止负面炒作,跨越“塔西佗陷阱”,^③修复热点案件网络舆论生态路径。

1. 建立风险排查机制。建立从立案、审理到执行全流程风险预测、评估,根据当事人情绪状况、案件社会影响程度、媒体及网络报道情况等评定风险等级,主动设置议题,及时预警并做好舆情防范和应对处置预案。

2. 建立方案评估机制。建立由党委宣传部门(网信办)、新闻媒体、行业协会、基层组织人员组成的专家咨询团,预判热点案件网络舆情风险,评估论证舆情应对预案的可行性、公众认可度,予以动态优化,防止二次炒作。

① 参见张汉元、孙卫华等:《区域诉源治理中法院新媒体“中央厨房”模式的构建——以6个账号478篇内容为样本》,载《审判体系和审判能力现代化与行政法律适用问题研究——全国法院第32届学术讨论会获奖论文集》(上),人民法院出版社2021年版,第29页。

② 以H省S市为例,通过划分“四级网络”,搭建“四级工作平台”,实现市、区、街道(镇)、社区(村)四级大循环、小循环、微循环“四位一体”的热点案件传播流程,形成覆盖全市的“横向到边、纵向到底、多方参与、协调联动”网格化工作体系。

③ 现代社会,“塔西佗陷阱”被用来特指政府丧失公信力,无论说什么、做什么,人们都会认为它是在说假话、做坏事。



3. 建立舆情应对机制。强化司法与舆论良性互动，教育引导法官正确处理案情与舆情、法意与民意的关系，积极跟进释法说理，正确引导公众理性看待热点案件裁判，确保既充分尊重网络民意，又不因盲目迎合社会偏见而作出错误判决，削弱司法权威。

综上，从个案裁判到司法的社会效果，公众与司法的互动其实也就是相关信息的“需求—供给”互动模式的体现。在整个流程中，“可视化”是贯穿始终的灵魂（见图 1）。唯有如此，才能构建个案司法推进社会治理法治化的可视化路径，推动社会治理体系升级。

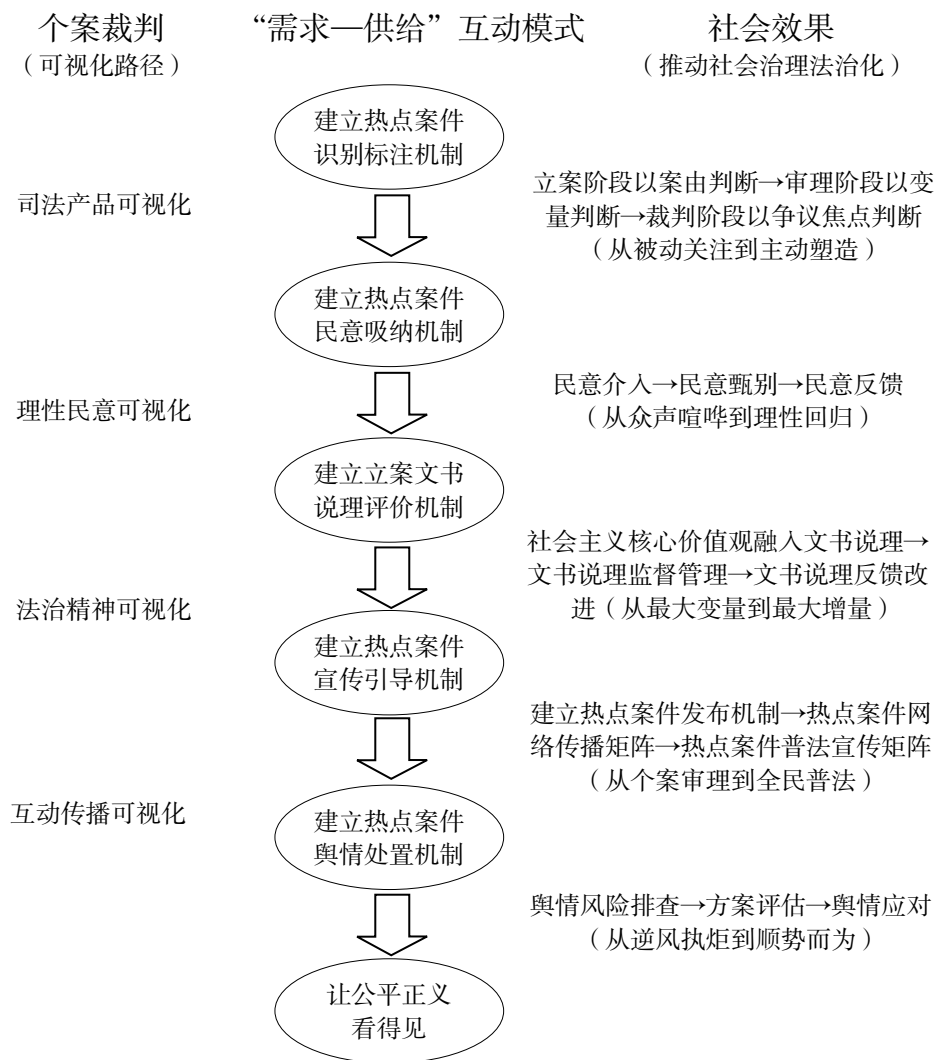


图 1 构建个案司法推进社会治理法治化的可视化路径图

结 语

案例是“活的法律”，是看得见的正义。在互联网时代，网络已成为“赢得民心民意、汇集民智民力”新空间，司法亦应有所担当。基于社会治理多方共同参与的开放理念，构建司法信息可视化供给路径时，需要考虑到民众对司法信息的需求。这些需求包括对司法案件的了解、对司法程序的监督、对司法判决的评价等。因此，司法信息可视化供给路径应该包括热点案件的识别标注、民意吸纳、说理评价、宣传引导和舆情处置等环节。通过这些环节，可以让民众更好地了解司法工作的公平正义。同时，还需要考虑到技术手段的支持，包括大数据分析、人工智能、云计算等，以更好地处理和分析司法信息，提升司法信息的质量和效率。总之，建立符合互联网传播规律的司法信息可视化供给路径，公平正义更大范围触达民众，让民心同频共振，从而提升个案司法参与社会治理法治化的实效性，推动社会治理的现代化。

（责任编辑：王文斌）



社会主义核心价值观融入刑事裁判文书说理的检视与优化

王 辉 杜伟杰^{*}

内容摘要：司法实践中，社会主义核心价值观融入刑事裁判文书说理存在适用比例较低、援引说理不充分、说理方式简单泛化、说理主体互动欠佳等问题，原因主要是对核心价值观的道德属性融入刑事裁判存疑导致不敢用、刑事裁判价值判断偏差导致不愿用、说理规范参照不足导致不会用。社会主义核心价值观融入刑事裁判文书说理的基本定位应为辅助与价值指引，同时要明晰案件类型便于精准识别，优化核心价值观位阶与清单式应用，完善法律修辞、典型案例库等配套措施，促进核心价值观在刑事裁判中的定罪辅助说理、量刑补充说理和评价引导说理，以达到法理、情理与核心价值观的有机融合。

关键词：社会主义核心价值观；刑事审判；裁判文书说理

核心价值观是一个民族赖以维系的精神纽带，是一个国家共同的思想道德基础，也是一个民族、一个国家最持久、最深沉的力量。把社会主义核心价值观融入司法审判，可以充分发挥规范、指引、评价、引领社会价值的特殊作用。十八大以来，党中央高度重视培育和践行社会主义核心价值观，2020 年，最高人民法院印发《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》（以下简称《意见》），为社会主义核心价值观融入裁判文书说理指明了工作思路与方向。然而，在司法实践中，社会主义核心价值观在刑事裁判中的说理与理想状态还有一定差距，如适用比例较低、援引说理不充分、说理功能应用不足、说理方式简单泛化等问题突出。

^{*} 王辉，河南省平顶山市中级人民法院党组书记、院长；杜伟杰，河南省平顶山市中级人民法院法官助理。

一、社会主义核心价值观融入刑事裁判文书说理的困境

通过在法信网、北大法宝、中国裁判文书网上检索 2017 年 1 月 1 日至 2021 年 12 月 31 日的案件,案由选择“刑事”,关键词设置为“社会主义核心价值观”,得到裁判文书 146 份,经筛选后共得到 92 份有效裁判文书,并将其作为样本案件进行深入分析。

(一) 说理运用占比较低

虽然在刑事裁判中运用社会主义核心价值观说理的案件数逐渐增多,但实际运用范围较小。

1. 说理案件占比较低

中国裁判文书网数据显示,2017—2021 年,刑事裁判文书总量分别为 1383949 份、1426410 份、1484982 份、1260687 份、635457 份,但刑事裁判中融入社会主义核心价值观说理的案件分别为 4 件、11 件、19 件、22 件、36 件。虽然刑事法官越来越重视在裁判文书说理时引入核心价值观,但是与刑事裁判文书总量相比,所占比例极低。

2. 说理案件所涉罪名占比较低

92 份裁判文书涉及 29 个罪名,其中涉及故意伤害罪 28 份,诈骗罪 16 份,盗窃罪 12 份,寻衅滋事罪 9 份,故意杀人罪 6 份,聚众斗殴罪 5 份,非法拘禁罪 3 份,其他罪名 13 份。但是与刑法罪名总数相比,所占比例较低。截至 2021 年底,我国刑法罪名有 400 多个,仅有 29 个罪名在裁判时运用了社会主义核心价值观进行说理。

(二) 说理运用不平衡

1. 说理层级、审级不平衡

92 份刑事裁判文书涉及不同层级与审级,其中基层人民法院 62 份,中级人民法院 29 份,高级人民法院 1 份。一审文书 66 份,二审文书 24 份,再审文书 1 份,另有 1 份刑事申诉文书。虽然基层法院的案件数量较多,但从四级法院审级职能定位来讲,中级人民法院应发挥有效终审、定分止争的功能,再审应依法纠错、统一裁判尺度。中、高级人民法院的案件案件事实及法律关系相对较为复杂,更有适用核心价值观进行裁判文书说理的基础和空间。高级人民法院适用核心价值观案例较少,凸显出这种不平衡。

2. 说理所涉案件地域不平衡



通过统计核心价值观涉及的刑事案件地域来看,东北地区 6 件、华北地区 15 件、华中地区 11 件、华东地区 26 件(不含台湾地区)、华南地区 21 件(不含香港、澳门特别行政区)、西北地区 6 件、西南地区 7 件。可见核心价值观融入刑事裁判的应用与地域具有一定程度的相关性,比如华东、华南、华北地区经济相对发达的地方,涉及案件相对较多,而经济相对落后的西北、西南地区,涉及案件较少。

3. 核心价值观词汇引用频次不平衡

经统计,社会主义核心价值观除“富强、民主”外的其他 10 个核心词汇均在样本文书中有所提及,其中“诚信、友善”作为高频援引内容,分别有 20 份、22 份裁判文书提及,占比为 22% 和 24%,提及“文明、和谐”等词汇的裁判文书占比分别为 13%、19%,提及“自由、平等”的裁判文书占比均为 5%,而“爱国、敬业”均有 1 件裁判文书引用,占比均为 1%，“富强、民主”均无裁判文书引用,核心价值观词汇引用存在不平衡问题。

(三) 说理功能应用不足

社会主义核心价值观内涵丰富,但是在 92 份刑事裁判文书中,大多泛化提及,对其内涵及价值意蕴没有充分阐释,导致核心价值功能发挥不足,裁判文书说理显得干涩、枯燥。例如被告人张某盗窃案,法院在裁判中写道,张某以“家庭经济困难,才走上犯罪道路”请求从轻处罚,严重背离社会主义核心价值观,非法定、酌定从轻处罚理由。^① 还有些案例,不加重点地罗列多种价值观,如赖某某以危险方法危害公共安全罪案,判决书中直接列明“赖某某置公序良俗和自由、平等、公正、法治的道德规范于不顾,将文明饮酒、友善包容抛之脑后,率性妄为,发酒疯,肆意往楼下民众聚集活动区域多次高空抛物,已危及不特定多数人的生命、健康和重大公私财产安全……”^②。而且针对同案不同法院作出的价值判断不同,以邻里琐事引发的故意伤害犯罪案件为例,1 份以“友善”作为核心词,2 份以“文明、和谐、友善”为核心词,1 份则以“文明、和谐、诚信、友善”作为核心词。

(四) 说理方式简单泛化

在一些引用核心价值观的案例中,部分文书说理较为简单,仅写明被告人的行为与核心价值观不符,或者违背了社会主义核心价值观,但未明确该行为损害了何种核心价值观,也并未有详细的论证,致使象征性的或者概念性的援引较为普遍,

^① 参见张某盗窃案,四川省内江市中级人民法院(2021)川10刑终101号刑事裁定书。

^② 赖某某以危险方法危害公共安全罪案,福建省漳州市中级人民法院(2021)闽06刑终26号刑事裁定书。

而并未发挥出应有的指导、教育、评价功能。比如张某某诈骗案,法官在裁判文书中写道:“为惩治犯罪,维护社会管理秩序,弘扬社会主义核心价值观,依照……之规定,裁定如下:驳回上诉,维持原判。”^①再比如盛某某窝藏、包庇案,在裁判文书中,法官仅表述为:“为惩治犯罪,弘扬社会主义核心价值观,维护社会管理秩序,依照……之规定,判决如下……”^②。上述两个裁判文书中均为象征性的援引,并未说明犯罪行为与社会主义核心价值观的关系,也没有说明弘扬的具体是哪一类社会主义核心价值观。还有一些裁判文书援引时不规范,采用了“善待、关心爱护、好意施惠”等与核心价值观近似的词汇,而并未深入探讨核心价值观的具体内涵。比如廖某某交通肇事案,法官在裁判文书中写道:“刘某1与被告人廖某某系好意搭乘关系,好意搭乘是一种无偿的好意施惠行为,符合社会主义核心价值观,应当为社会所鼓励。”^③还有一些裁判文书说理援引词汇与案件本身所涵摄的核心价值观不对应,导致裁判文书说理非常简单生硬。比如卢某某盗窃案,法官在裁判文书中写道:“诚信勤勉是中华民族的优良传统,也是社会主义核心价值观的重要内容,被告人卢某松本应恪守诚信,踏实勤勉,但其好逸恶劳,目无法纪,综合被告人卢某松具有的上述量刑情节,决定对其从重处罚。”^④

(五) 说理主体互动欠佳

92份刑事裁判中,有79份是法院主动援引社会主义核心价值观,而被告人及其辩护人、公诉人及其他诉讼参与人主动提及的次数仅有13次。其中,公诉人主动提出运用社会主义核心价值观的有4份,被告人及其辩护人主动提出仅有7份,仅2份由当事人提出。这13份裁判文书,除了2份支持公诉人所提及的核心价值观的观点外,其他文书或者不回应,或者回应不涉及核心价值观,法院与其他主体之间互动欠佳,导致核心价值观的运用受阻,不利于被告人服判息诉,也不利于社会主义核心价值观的弘扬。

二、社会主义核心价值观融入刑事裁判文书说理困境归因

司法实践中,法官在刑事裁判文书中融入社会主义核心价值观时,存在不敢用、不愿用、不会用的情况,影响了裁判文书说理的效果。

① 张某某诈骗罪案,云南省保山市中级人民法院(2019)云05刑终142号刑事裁定书。

② 盛某某窝藏、包庇罪案,云南省保山市中级人民法院(2019)云05刑终11号刑事判决书。

③ 廖某某交通肇事罪案,贵州省晴隆县人民法院(2021)黔2324刑初68号刑事附带民事判决书。

④ 卢某某盗窃罪案,贵州省普定县人民法院(2021)黔0422刑初100号刑事判决书。



（一）不敢用：对道德属性融入刑事裁判存疑

社会主义核心价值观属于道德范畴，基于刑事法律的严谨性，法官在对犯罪进行裁判时引入道德裁判难免心有疑虑。而且，从理论上讲，道德与法律间的关系争议颇多，导致部分法官在司法实践中因怕用不好、用错而存在不敢用的心态。

1. 功能定位模糊

将社会主义核心价值观融入刑事裁判定位模糊导致法官无法准确把握其界限，虽然最高人民法院发布了《意见》，但仅作为指引性质的司法文件，大多数法院都没有具体的社会主义核心价值观融入裁判文书说理的相关规定，法官无法在内心明晰其价值导向，在刑事裁判中不敢用。

2. 内心认同不足

一是在刑事裁判中引入核心价值观容易给人以道德代替法律的感觉，容易引起社会公众对司法权威的质疑，导致法官不敢适用。二是部分法官认为刑事裁判属于严厉的处罚，若引入道德评价，很难获得被告人内心的法律认同感。他们对社会主义核心价值观融入刑事裁判的功能并未进行辩证统一地看待，认为这是画蛇添足，内心并不认同。

3. 融入进路不明

法官可以运用社会主义核心价值观“填补空白”，充分释法说理，但因为核心价值观目前仍处于初探阶段，融入刑事裁判的法律规范以及典型案例较少，而刑事裁判相较于民事裁判，涉及人身自由等重大人身权利，在融入进路不明的情况下，尤其是尚无明确的内涵界定或者在价值观冲突时无明确的取舍方法时，法官在刑事裁判文书说理中难免陷入进退失据的尴尬境地而不敢用。

（二）不愿用：刑事裁判价值判断偏差

1. 法官主观判断思维偏差

法官不仅是刑事案件的裁判者，还是公共秩序的维护者和引导者，需要通过裁判发挥规范和指引功能，法官的多元化角色需要其具备较高的法理思维和情感沟通能力，才能消弭隔阂，引发共情。刑法规范需法官来建构为裁判规范，最终完成立法与司法的实践衔接。基于价值判断的不确定性以及主观性，刑事法官在裁判文书说理时难免融入自身的主观偏好、理念等，在思维层面的偏好导致法律适用存在不确定性。实践中存在法官仅关注法律建构，对法律之外的道德和其他善恶问题则在所不问的现象，^①

^① 参见[美]理查德·A.波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第572、574页。

比如许霆案、“天津老太气枪案”，引起社会舆论极大争论。而且因为前期社会主义核心价值观与具体的中华优秀传统文化、公序良俗等的关系未完全理清，^①如何区别适用也缺乏足够的规范，导致在具体适用时与其他非正式法源的混同、割裂屡见不鲜。基于这种考量，刑事法官在刑事裁判中融入核心价值观的意愿不足。

2. 价值衡量方法偏差

与法律规范的严谨表达相比，核心价值观的价值衡量表达过于模糊、宽泛和主观化，如何在融入刑事裁判文书时确保价值分类的合理性、价值衡量结论的客观性成为难题。有些法官将民法中的价值衡量方法引入到刑事裁判之中，将价值衡量等同价值判断。实践中，不同类型之间的价值本身就难以量化比较，也无法划定优先等级顺序，不同的原则相互之间会产生竞争性关系。^②若将价值衡量与价值判断等同，就难免会陷入“明希豪森困境”^③。基于目前没有价值衡量方法相关规则，在刑事裁判中引入核心价值观，法官需要承担一定的成本与风险，成本是融入说理的论证、修辞、检验等劳动力成本，风险是融入说理不当引起被告人及其辩护人的上诉、信访或者上级法院的发改等，而引入核心价值观对法官自身而言缺乏“收益”。为减少不确定性，部分法官不愿适用核心价值观，即便适用，也将所有关联的词汇都堆砌上去或者笼统表述，以覆盖所有价值取向，规避风险。

3. 舆论审判结果偏差

刑事审判特别是公众高度关注的重大刑事案件，往往通过舆论传播产生放大效应。面对汹涌激愤的公众情绪，法官尽可能了解公众的主流价值取向，作出符合社会公共价值倾向的裁判。然而，有些刑事法官不愿适用核心价值观，而为迎合部分民意，或者被舆论压力和民愤所“绑架”，在裁判文书说理中仅阐释出个案效果或者短期效果，导致公平公正裁判的法律效果得不到彰显。

（三）不会用：说理规范参照不足

1. 核心价值观的内涵理解失范

适用核心价值观的前提是明确且正确知晓其内涵，^④而一些法官对于核心价值观的内涵不甚理解，在具体适用时存在不会用的情况。例如，有法官直接在裁判文书中写道：“……该行为既有违伦理道德，更是与我国社会主义核心价值观相悖，理应

① 参见王芳：《当代中国社会主义核心价值体系建设研究》，中共中央党校2014年博士学位论文。

② 参见刘翀：《社会主义核心价值观融入司法裁判的方法论——以“狼牙山五壮士”案为例》，载《华南理工大学学报（社会科学版）》2020年第6期。

③ 在法律语境中，“明希豪森困境”一般指在价值衡量中无穷地递归、循环论证，或者武断地终止论证。

④ 参见于洋：《论社会主义核心价值观的司法适用》，载《法学》2019年第5期。



受到谴责。”^①再如,一些裁判文书中将作为国家层面的价值目标的“和谐、文明”阐述为对个人的要求,^②与核心价值观实际内涵不符。

2. 裁判文书说理规范指导粗疏

《意见》仅能作为裁判文书说理规范的原则性指导,在刑事裁判文书说理中的应用缺乏足够的细则指引。刑事法官在裁判文书说理时不会用,或者仅象征性援引。在学者统计的案例中,25%的裁判理由中只援引“社会主义核心价值观”字眼而对具体内容及层次不予说明。^③

3. 典型案例参照性有限

2016年以来,最高人民法院发布了几批弘扬社会主义核心价值观典型案例,取得了一定的效果。随后,各地法院也发布了不少类似典型案例,但其中一些裁判文书中并未很好地运用社会主义核心价值观释法说理。例如“小学生嬉戏误伤同学案”,在典型意义上阐释时,仅表述为“家长应为孩子树立正确的价值观”“有助于引导和促进家长教育青少年养成良好的道德素质”,价值导向不明,参照性有限。^④这也从一个侧面反映要警惕核心价值观典型案例的泛化。这类典型案例不仅让法官引用参照时无从下手,其引领社会风尚的作用也并未发挥出来。

三、社会主义核心价值观融入刑事裁判文书说理的价值意蕴

社会主义价值观是国家软实力的一部分,代表了中国先进文化的前进方向,^⑤也是新时代德法融合的精神凝练,对于指导司法实践、强化裁判文书说理具有重要价值。

(一) 导向功能:社会价值引领

世界范围内思想文化的交流碰撞中蕴含着价值观的较量,在意识形态领域价值观交锋更为激烈。纵观世界近三十年的发展历程,西方价值观大行其道,我国优秀价值观存在“失语”“失声”的情况,严重威胁着中华优秀传统文化的传承与发展,也影响着马克思主义在我国意识形态领域的指导地位,使我国时刻面临着信仰危机、

① 郑某某故意伤害罪案,浙江省台州市中级人民法院(2017)浙10刑终1130号刑事裁定书。

② 参见李祖军、王娱媛:《社会主义核心价值观在裁判文书说理中的运用与规制》,载《江西师范大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期。

③ 参见杨彩霞、张立波:《社会主义核心价值观融入刑事裁判文书的适用研究——基于2014—2019年刑事裁判文书的实证分析》,载《法律适用》2020年第16期。

④ 参见秦皇岛2020年弘扬社会主义核心价值观十大典型案例,载河北省秦皇岛市中级人民法院网2021年2月1日, <https://qhdzy.hebeicourt.gov.cn/article/detail/2021/02/id/5791313.shtml>。

⑤ 参见习近平:《建设社会主义文化强国,着力提高国家文化软实力》,载《人民日报》2014年1月1日,第1版。

文化危机、价值危机。基于这样的国际国内环境，迫切需要立足于本土的核心价值观引领社会风尚，凝魂聚气、固本强基，坚定“四个自信”，闯出一条属于中国人自己的道路。习近平总书记多次强调，要大力培育和弘扬社会主义核心价值体系和核心价值观，努力抢占价值体系的制高点，假如我们的人民不接受根植于我国大地上的道德价值，而盲目地崇拜西方道德价值，那我们的国家和民族精神还有什么独立性可言。社会主义核心价值观所代表的核心价值体系充分反映了中国特色、民族特性、时代特征，有效整合社会共识，是吸收中华优秀传统文化以及世界优秀文化成果的集中体现，对于促进社会系统正常运转，有效维护社会秩序，推动国家治理体系和治理能力现代化，引领国家、民族长远发展具有战略层面的价值。裁判文书是司法裁判的重要成果，其不仅记录了法官的裁判过程与裁判结果，更是承载了社会的价值判断，它是司法裁判活动的终局载体，也是法律制度、文化、思想在个案中的集中体现。将社会主义核心价值观融入刑事裁判文书说理，是核心价值观在司法裁判领域的重要体现，也是引领社会良好导向的必然要求。

（二）规范功能：德法相辅相成

法律和道德都具有规范社会行为、调节社会关系、维护社会秩序的作用，在国家治理中法治和德治不可分离、不可偏废，需要协同发力。^①中华传统法律文化中一直十分重视道德教化的作用。从商周时期的“明德慎罚”，春秋时期的“为政以德”，到西汉时期的“德主刑辅”，再到宋明时期的“明刑弼教”，清末时期的“德法并用”，不同时期统治者对于“德”与“刑”的关系都有着深刻的认识，总体上看，中国古代德治与法治的关系呈现出道德与法律融为一体的总体思路。进入新时代，习近平法治思想摒弃了西方德法分离的实践路径，借鉴并发展了中华传统法律文化中德法相融合的理念和方法，提出了“依法治国与以德治国相结合”的治国方略。全面弘扬社会主义核心价值观和中华优秀传统文化，通过以德入法、以德辅法的形式，用法律的底线促进道德的提升，以法律的手段来保障道德的践行，以法律实施支持道德建设，用内化的道德滋养法治精神，用德治润泽法治，从而促进法治和德治水乳交融、相得益彰，为全面依法治国创造良好人文环境，让法治更加深入人心、更加深入社会发展、民族进步。

（三）补强功能：弥补法律阙如

法律无法完全涵盖所有社会实践活动，从理论上讲，法律具有天生的稳定性和

^① 参见《习近平在中共中央政治局第三十七次集体学习时强调，坚持依法治国和以德治国相结合，推进国家治理体系和治理能力现代化》，载《人民日报》2016年12月11日，第1版。



滞后性。一些新类型犯罪通过诉讼进入法院的时候,法官应依照法律规定予以裁判。当法律有疏漏或者不足的时候,裁判文书的释法说理给法官的情感因素、价值判断和利益衡量提供了较大的适用空间,这种“衡情度理”的经验判断方式所蕴含的衡平、灵活等司法元素,赋予裁判中的法律以适应性等价值功能。^①法官可以充分运用核心价值观的精神内核,准确把握法律精神和法律原则,在法律框架内作出合理解释和价值判断,以增强适用法律法规的及时性、针对性、有效性,以此缓和法律规定和社会实践之间的紧张状态。必要的时候,还可以通过社会主义核心价值观的体系性解释来弥补法律条文的滞后性,为及时调节社会关系、维护正常社会秩序提供具体、明确的司法支持。

(四) 评价功能:增强社会认同

在刑事审判中,有许多案件仅依法律条文来进行逻辑推论是无法解决的,而是需要法官依照事实关系与条文规定进行价值判断。有的刑事案件裁判结果无法得到社会认同,其实质原因在于司法裁判背离了社会主流价值观。裁判文书说理是司法裁判的灵魂,但现实中刑事裁判文书重事实、轻说理现象较为严重,通过社会主义核心价值观强化刑事裁判文书释法说理有利于增强社会公众对裁判过程和结果的认同。习近平总书记指出,“培育和践行社会主义核心价值观……要转化为人们的情感认同和行为习惯”^②。在审判领域,社会认同度应是人民群众在普遍奉行的社会道德标准和主流价值导引下,按照自己对审判活动的了解与认知形成的一种综合评价体系。^③有学者认为,司法权的功能就是以权威的方式解决业已发生的利益争端并使各项法律通过具体个案得以实施。^④也有学者认为,司法具有调整、保障、惩罚、服务和教育功能。^⑤还有学者认为,司法具有辨别是非、控权审规、释法补漏、定罪量刑、维护权益、定分止争、间接影响和可能预期等多种功能。^⑥司法的社会功能侧重于解决矛盾纠纷、维护社会秩序及引领社会风气等作用。通过裁判文书对被告人及社会公众价值观的引导或强化,能有效促进司法社会功能之实现。近年来,人民法院通过全面加强审判执行工作,充分发挥了核心价值观的规范、指导、评价、引领功能。例如,依法审理丘某良诈骗案,坚决打击以找工作、替人办事为名的诈骗行为,维

① 参见陈增宝:《社会主义核心价值观融入刑事裁判文书说理》,载《人民法院报》2021年3月19日,第5版。

② 习近平:《决胜全面建成小康社会,夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,人民出版社2017年版,第42页。

③ 参见沈玉忠:《刑事裁判文书说理性的应然思考与路径选择》,载《四川警察学院学报》2009年第3期。

④ 参见陈瑞华:《司法权的性质——以刑事司法为范例的分析》,载《法学研究》2000年第5期。

⑤ 参见谭世贵主编:《中国司法制度》,法律出版社2016年版,第13页。

⑥ 参见孙笑侠:《论司法多元功能的逻辑关系——兼论司法功能有限主义》,载《清华法学》2016年第6期。

护社会诚实守信底线；依法审理戚某、钱某假冒注册商标罪案，严厉打击销售假冒注册商标的商品行为，树立网络不是法外之地的理念，让违反法律的行为受到惩戒。因此，引导法官切实把核心价值观的要求体现到每一起案件的裁判文书之中，在冰冷法律中添加了情理要素，使其具体化、形象化、生活化，充分展示核心价值观的力量，不仅是司法实践的需要，也是增强人民群众对刑事裁判文书认同感的必然要求。

四、社会主义核心价值观渐进式融入刑事裁判文书说理路径

（一）功能定位：辅助与价值指引

法律是成文的道德，道德是内心的法律。法律与道德在刑事规范中应相辅相成，法律发挥主要作用，道德作为补充或者辅助，共同促进法治在刑事裁判领域的有效实施。核心价值观融入刑事裁判，关键是要发挥其定罪量刑的辅助与价值指引功能。基于刑法的严厉性，各国都明确了罪刑法定原则及罪刑相适应原则，该原则又派生排斥习惯法、排斥绝对不定期刑、禁止重法溯及既往、禁止有罪类推等原则，将核心价值观融入刑事裁判说理总体上要受罪刑法定等刑法基本原则的约束，但并非没有核心价值观适用的空间。比如，“平等”可以在强迫交易罪中适用，“敬业”可以在渎职犯罪中适用，等等。社会主义核心价值观无法单独在罪与非罪、此罪与彼罪的认定上发挥作用，但可以发挥其辅助的补充与解释功能，能够更好地强化说理，让被告人真心认罪伏法，对其回归社会后预防再次犯罪也具有积极意义。

在价值指引方面，通过刑事裁判文书可以旗帜鲜明地传达社会主义核心价值观，通过“小案件”讲述“大道理”，让司法裁判充分发挥其规范、指引作用，用有力量、有是非、有温度的司法裁判回应人民群众的现实期盼。

（二）案件类型：精准有效识别

社会主义核心价值观若要充分发挥指引作用，首先需要对案件事实的关键词进行精准有效识别、准确适用。《意见》列举了五种需运用核心价值观的案件，但这五种案件过于笼统且范围狭窄，刑事法官有时无法确认所办案件类型是否与之契合，需要进行更加细致地阐释。

1. 精准识别重点案件类型

参照《意见》的规定，引入可视化识别模式，明确重点案件识别类型，以案件涉及的事实为中心，关注所涉国家社会公共利益、社会舆情程度，结合道德评价可能性，及时回应社会争议。刑事案件具体包括以下几个方面：一是涉国家公共利益



重大案件,包括危害国家安全、公共安全犯罪、严重暴力犯罪、涉黑恶势力犯罪、涉食品药品环资犯罪等;二是涉社会道德评价重大案件,包括涉正当防卫或紧急避险犯罪、涉疫情防控犯罪、侮辱诽谤英烈名誉犯罪等;三是涉弱势群体及特殊群体的重大争议案件,包括拐卖妇女儿童犯罪、遗弃犯罪、破坏军婚罪、养老诈骗犯罪等;四是涉风俗习惯且受社会广泛关注案件,包括非法剥夺公民宗教信仰自由犯罪、侵犯少数民族风俗习惯犯罪等;五是涉新类型价值导向案件,包括涉网络犯罪、新型知识产权犯罪等具有价值导向功能的案件,应识别为融入核心价值观裁判说理重点案件。

2. 明确核心价值观词汇与案件类型的对应关系

根据对裁判文书的统计,“富强”“民主”词汇在刑事裁判中从未出现过,在惩罚个人的刑事裁判文书中很难发挥指引作用,故在刑事个案中较难有适用余地。除此之外的其他核心价值观词语均可直接被援引。比如,“自由”可在非法拘禁罪、绑架罪等案件中适用;“诚信”可在合同诈骗罪、伪证罪案件中适用;“爱国”可在恐怖主义、危害国家安全等犯罪中被引用;“文明”“友善”“和谐”可在故意伤害、寻衅滋事等案件中被引用;“敬业”可在贪污贿赂、渎职、职务侵占等犯罪中被引用,“平等”可在非法经营罪等罪名中被引用。

3. 细化、扩展核心价值观融入刑事裁判的案件类型,强化裁判文书融合说理

比如,在罪名存在争议的案件、拟无罪释放或定罪免刑的案件、改变检察院量刑建议的案件、酌定从轻或从重的案件、存在不确定法律概念的案件中,以存在不确定法律概念的案件为例,法律规定含义不明便意味着有价值选择的可能性。^①核心价值观对该概念的剖析过程便是价值补充的过程。

(三) 说理路径:位阶—清单—方法

1. 核心价值观基于位阶的具体运用

法院在审理案件适用法律及说明理由时必须符合基本的裁判逻辑、准则与要求,在充分了解我国政治经济体制、历史传统、文化和社会环境等因素的基础上,把握和提炼出具有中国特色的司法规律。^②核心价值观的十二个词汇基本涵盖了不同层面与领域的价值理念,具体应用时应根据核心词的层次与内涵不同,来决定融入不同刑事裁判文书说理的程度,故在刑事裁判中引入核心价值观作为说理依据,首先需要明确其位阶,按照法律法规、法律原则、核心价值观的顺位进行说理,避免违反

^① 参见杨福忠:《论司法培育和弘扬社会主义核心价值观的机理与技术路径》,载《法学论坛》2020年第2期。

^② 参见樊崇义:《实现司法规律的普适性与独特性》,载《人民法治》2016年第12期。

裁判说理的基本逻辑。

(1)厘清各价值观的不同位阶。国家层面是“富强、民主、文明、和谐”，保障国家在政治、经济、文化、社会、生态等方面的发展。社会层面是“自由、平等、公正、法治”，要求坚持依法治国的基本方针，保证个体在社会群体中的权利与实质平等，实现社会公平与公正。个人层面是“爱国、敬业、诚信、友善”，要求个体有家国情怀，爱岗敬业，诚实守信，与人为善。^①法官在刑事裁判时，必然要考虑不同位阶价值观冲突时的衡量，整体上看，国家利益高于集体利益高于个人利益，但在一些特殊情况下，集体利益要让位于公民重大个人利益。公民个体不同价值观位阶冲突时，一般遵循生命权高于健康权高于财产权的次序。

(2)厘清各价值观在刑事裁判中的价值导向。刑事犯罪虽然有单位犯罪，但核心仍然是对个人的惩罚。不同价值观的司法运用必然涉及价值导向的引领作用，在裁判释法说理过程中，明确罪与非罪、此罪与彼罪、罪轻与罪重，引导个人对国家、社会利益的遵守。比如，在裁判文书说理时加强对“诚信”词汇的运用，以此引领社会诚信的良好风尚。

2. 核心价值观词汇在刑事裁判中的清单式应用

社会主义核心价值观在不同罪名的适用可以看出其背后体现的价值观。在收集的弘扬社会主义核心价值观的刑事典型案例中，可以看出故意杀人罪、故意伤害罪、寻衅滋事罪的核心词多为“和谐”；诈骗罪、拒不执行判决、裁定罪、虚假诉讼罪等的核心词多为“诚信”；侮辱国旗罪的核心词均为“爱国”。由此可见，一些罪名涉及的核心价值观较为统一，且典型案例通过选取社会关注度高、有社会引导价值的案件，并经过层层把关，更能权威且准确地反映此罪名对应的社会主义核心价值观，可将这些案件类型归类，定期以清单的形式作为运用时的借鉴。

3. 核心价值观融入刑事裁判的说理方法

核心价值观融入刑事裁判文书说理，主要是从定罪辅助说理、量刑的补充说理以及评价充分说理三方面进行阐述。

(1)定罪辅助说理。基于罪刑法定原则，社会主义核心价值观不可作为定罪依据，但可根据其蕴含的价值观进行辅助的说理解释，让公众更好地理解裁判。对于应当弘扬的行为，可充分发挥核心价值观的说理功能，支持该行为的正当性，引领社会的价值理念。对于严重违背了社会主义核心价值观的行为，依然予以谴责，并说明

^① 参见《关于培育和践行社会主义核心价值观的意见》，中办发〔2013〕24号，2013年12月11日发布。



为什么该行为应当受到刑事处罚。对于该行为涵盖两种及以上的重要价值时,就需要评判两种价值与该行为之间的关联性进行综合评判。实践中,一般根据“权衡法则”来处理,^①比如在网上侮辱诽谤他人的行为,其主要涉及的是“自由”与“友善”,此时需要衡量“友善”价值被侵害的程度是否高于“自由”满足的程度,在这一衡量的过程中,法官在裁判文书中的论述就是表达该行为是否应予以谴责的论证过程。

(2) 量刑补充说理。核心价值观说理融入“量刑部分”,更加有利于被告及社会公众对刑罚种类、刑期及从轻、减轻情节的理解与认同。在量刑方面,因为酌定量刑情节赋予了法官较大的自由裁量权,且其认定须符合社会普遍道德与理性标准,需要予以重点探讨。一是酌定从轻情节中的核心价值观运用。在论证方式上应根据被告人的行为,从道德层面予以充分的论证。对于应当弘扬的行为予以充分的肯定,对于不当行为指出此类行为不符合核心价值观的要求,从而得出被害人在案件中有过错,最终认定有酌定从轻情节。在赵某忠等寻衅滋事案中,法官在裁判文书说理时强调,“诚信”是社会主义核心价值观所倡导,被害人逾期拒还借款违反了“诚信”价值观,被害人的行为引发了寻衅滋事行为,存在过错,故量刑时对被告人从轻处罚。^②二是酌定从重情节中的核心价值观运用。核心价值观的引用绝不能笼统地以违反核心价值观为由,进而作出从重处罚的表述。^③在运用社会主义核心价值观时,需根据个案事实与情节,综合考察被告人的社会危害性和再犯可能性,综合评判是否酌定从重。

(3) 评价引导的充分说理。法律不仅具有指引功能、评价功能和规范功能,还能够通过评价指引功能预测和引导人们的行为,进而产生正向激励作用。社会主义核心价值观是我国民族精神和时代精神的凝结和提炼,在刑事裁判文书说理中融入核心价值观,不仅能够辅助说理,强化被告人对刑罚惩罚的认同,对外展示裁判形成的内在过程和评判标准,形成裁判规则和价值导向,能够对社会大众产生正向的引导功能,培育和弘扬社会主义核心价值观,引领社会风尚。同时,在裁判文书评价引导说理时,要积极运用核心价值观对被告人的行为予以准确评判,进行充分的论证说理,以更好地引导社会大众正向行为。比如在最高人民法院发布的社会主义核心价值观十大典型案例中,金某在诉讼中作伪证,严重影响裁判结果的公正性,危害司法权威,侵害当事人合法权益,损害社会诚信建设,最后法院对其判处六个

① 参见〔德〕罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊译,中国法制出版社2012年版,第138页。

② 参见赵某忠等寻衅滋事罪案,山西省高平市人民法院(2018)晋0581刑初328号刑事判决书。

③ 参见刘艳红、刘浩:《社会主义核心价值观对指导性案例形成的作用——侧重以刑事指导性案例为视角》,载《法学家》2020年第1期。

月的刑事处罚。这一裁判明显可以引导社会公众恪守诚实信用原则，在诉讼中依法如实作证。

（四）配套制度：法律修辞 + 案例库 + 激励措施 + 宣判说理

1. 核心价值观融入刑事裁判文书说理的法律修辞

法律文书修辞不仅体现法官的素质，更是刑事司法裁判发挥教育功能并得到公众认同的重要因素。传统的刑事裁判文书说理存在着模板化、格式化的情况，其中法律修辞的运用与人民群众的实际需求存在一定的差距。法律修辞通过语言表述方式说服他人，对于法官的价值判断具有重要价值。在刑事裁判融入核心价值观时应用法律修辞虽然源于法官的主动性，但也需要掌握好一定的尺度，才能达成最佳的效果。客观上应该把握以下三个方面：一是准确凝练。核心价值观融入刑事裁判说理时应先对案件从法理上进行剖析，然后再升华成情理，充分运用法律修辞方法，用最为准确凝练的语言表述核心价值观，并充分阐释其价值意义，实现从“个案到普遍”的主题升华。二是引起共鸣。刑事裁判文书说理并不必然要求华美的辞藻，而是要用简洁有力、表述精准的词句，将法官所要表达的核心价值观观念传达出去，引起普通人民群众的感情共鸣，进而实现价值引领作用。三是保持谦抑。裁判的结论主要依靠法律理论和法律规范推导而出，运用法律修辞是为了让核心价值观更好地赋强结论，具有辅助和指引作用，所以在裁判文书说理时，法律修辞应保持足够的谦抑性，避免喧宾夺主。

2. 核心价值观融入刑事裁判文书说理的典型案例库构建

2016年以来，最高人民法院发布了多批典型案例以弘扬社会主义核心价值观，人民法院报也专门开辟了弘扬社会主义核心价值观“案例纵览”的板块宣扬核心价值观，一定程度上统一了司法适用，促进了核心价值观融入裁判的进程。但是，涉及刑事裁判的案例较少，尚未形成完善的案例体系。要充分发挥优秀典型案例的示范、引领作用，有必要建立社会主义核心价值观案例库。一是最高人民法院加大遴选力度，定期征集相关优秀案例和优秀裁判文书，及时发布典型案例和指导性案例，形成一批数量可观、质量优秀的案例群。二是依托大数据，针对最高人民法院发布的典型案例，建立刑事、民事等多个子数据库，也可以根据社会主义核心价值观十二个词汇，形成子数据库，便于类案查询，法官参照。三是依托中国裁判文书网、法信网等大数据平台，对于各级法院核心价值观融入裁判文书的案例进行评查、筛选，对于引用不当、融入不符的及时予以提示，定期发布通报，促进整体案件质量提升。



3. 核心价值观融入刑事裁判文书说理的激励措施

法官在司法裁判中,需要融入自身的社会经验和价值判断,在运用社会主义核心价值观说理时必然要考量个案价值、社会价值,在说理难度与法律修辞上明显要求更高。因此,人民法院应该出台激励措施,引导法官在刑事裁判中自觉运用社会主义核心价值观充分说理,积极评选、推广优秀裁判文书,进行奖励激励,形成正向反馈。同时,充分使用大数据技术评估刑事裁判中融入社会主义核心价值观说理的效果,比如说理是否充分、当事人服判息诉、发回改判情况等,综合评判裁判文书说理效果。

4. 核心价值观融入宣判说理

刑事裁判与民事裁判不同,公开宣判作为刑事案件的常见环节,法官可以通过这一环节详细阐述案件的查明与论证过程,所以社会主义核心价值观不仅可以在刑事裁判文书说理中予以呈现,还可以充分应用在宣判环节。为增强社会主义核心价值观融入刑事裁判文书的说理效果,法官在宣判中应结合社会主义核心价值观的内涵与引领方向,融入相应的情感语气,达到情感上共鸣的效果。特别是在庭审直播或者邀请人大代表、社会公众旁听的庭审案件,应将社会主义核心价值观积极融入宣判环节之中,形成司法与社会公众的同频共振。在宣判完主文后,也可以对被告人再进行释法明理,更好地发挥刑事裁判的价值导向功能。

结 语

法律不应是僵硬、冰冷的法律条文,而是法律精神、法律原则、法律原理、法律规范的统一体,一个裁判既要体现法治精神,也要回应社会关切,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。社会主义核心价值观具有教育功能、辅助补充功能和评价指引功能。核心价值观融入刑事裁判释法说理可以让法律精义与道德伦理互相辅助,达到法理与情理的有机融合,充分发挥主流价值观的正向激励作用。通过对核心价值观融入刑事裁判文书说理的困境及成因的实证分析,构建和优化社会主义核心价值观融入刑事裁判文书说理的路径,对于促进我国法治建设高质量发展,实现刑事裁判文书说理社会效果与法律效果的有机统一具有积极意义。

(责任编辑:郝晓越)

社会主义核心价值观融入裁判文书说理的 程式结构与养成机制

谢新竹 赵凌峰*

内容摘要：将社会主义核心价值观融入裁判文书说理，是充分发挥司法裁判在国家治理、社会治理中的规则引领和价值导向作用，增强司法裁判公信力和权威性的重要途径。司法实践中，囿于缺乏规范化指引，社会主义核心价值观融入裁判文书说理具有很强的主观性、不确定性和个案差异性，呈现说理语言泛化、融入模式同质化、说理论证虚化等类型化特征，亟需进行有效规制。考察裁判文书中适用社会主义核心价值观的案例，归纳、分析社会主义核心价值观融入裁判文书说理中的实践样态，可以从程式结构、养成机制等方面为社会主义核心价值观融入裁判文书说理探索有效的约束性框架。

关键词：社会主义核心价值观；裁判文书说理；程式结构；养成机制

裁判文书是司法审判工作的最终产品，是审视法官如何通过释法说理弘扬社会主义核心价值观的重要载体。实践中，社会主义核心价值观在裁判文书说理中较多依赖法官的主观能动性，存在自身固有的局限性和不足。如何建构行之有效的适用方法及路径，实现社会主义核心价值观在裁判文书说理中的规范运用，是社会主义核心价值观在裁判文书说理中亟待解决的问题。

一、社会主义核心价值观融入裁判文书说理的实践样态

2021年1月19日，最高人民法院印发《关于深入推进社会主义核心价值观融

* 谢新竹，南京海事法院政治部副主任；赵凌峰，江苏省高级人民法院研究室三级主任科员。



入裁判文书释法说理的指导意见》(以下简称《意见》),提出将社会主义核心价值观作为理解立法目的和法律原则的重要指引,作为检验自由裁量权是否合理行使的重要标准,确保准确认定事实,正确适用法律。笔者在中国裁判文书网上全文检索“社会主义核心价值观”,设定裁判时间为 2015 年 1 月 1 日至 2021 年 12 月 31 日,共检索到 9197 份裁判文书。统计数据表明,2015 年以来,裁判文书在说理部分直接表述“社会主义核心价值观”的数量逐年大幅攀升。^①

(一) 核心价值观在裁判文书说理中的运用情况

社会主义核心价值观涵盖三个逻辑层面的十二种价值导向(见图 1),深刻反映着当代中国国家、社会和民众的价值追求,而司法是连接国家、社会和普通民众之间的重要桥梁,是实现社会公平正义的基本手段。

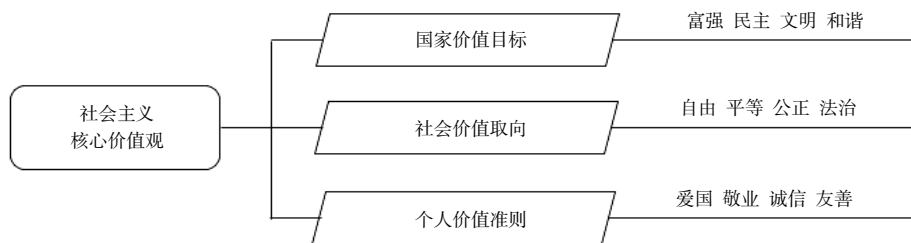


图 1 社会主义核心价值观逻辑层面的价值导向

1. 援引主体主要集中在中基层法院。全国四级法院在裁判文书中援引社会主义核心价值观呈倒挂分布状态。四级法院作出的裁判文书样本中,基层人民法院作出 6506 份,占 70.74%;中级人民法院作出 2483 份,占 27.00%;高级人民法院作出 201 份,占 2.19%;最高人民法院作出 7 份,占 0.07%。这说明,在裁判文书中援引社会主义核心价值观主要集中在中基层人民法院。

2. 多为案情简单的民事案件。《意见》第 4 条明确了六类具备“利益重大、社会关注、道德评价、新情况新问题”等特征的案件,应当强化融入社会主义核心价值观释法说理,因为此类案件能够引领社会风尚、树立价值导向。其中,涉及弱势群体及特殊群体保护的案件为 554 件,占 6%;涉及国家利益、重大公共利益等社会广泛关注的案件为 199 件,占 7.9%;涉及抢险救灾、见义勇为、紧急避险、疫情防控、英烈保护、正当防卫、助人为乐等可能引发社会道德评价的案件为 784 件,占 8.5%;

^① 根据笔者的统计数据,2015 年 31 件、2016 年 144 件、2017 年 239 件、2018 年 515 件、2019 年 833 件、2020 年 1313 件、2021 年 6122 件。

涉及风俗习惯、公序良俗、权利平等案件为 2224 件，占 24.1%（见表 1）。

表 1 2015—2021 年裁判文书中涉及六类案件情况

类型	重点案件指引类型	样本文书涉及案件数量
第一类	涉及国家利益、重大公共利益，社会广泛关注的案件	国家利益 19 件、重大公共利益 530 件
第二类	涉及疫情防控、抢险救灾、英烈保护、见义勇为、正当防卫、紧急避险、助人为乐等，可能引发社会道德评价的案件	疫情防控 664 件、抢险救灾 7 件、英烈保护 7 件、见义勇为 22 件、正当防卫 43 件、紧急避险 8 件、助人为乐 53 件
第三类	涉及老年人、妇女、儿童、残疾人等弱势群体以及特殊群体保护，诉讼各方存在较大争议且可能引发社会广泛关注的案件	老年人权益保护 298 件、妇女儿童权益保护 166 件、残疾人权益保护 90 件
第四类	涉及公序良俗、风俗习惯、权利平等、民族宗教等，诉讼各方存在较大争议且可能引发社会广泛关注的案件	公序良俗 941 件、风俗习惯 345 件、权利平等 919 件、民族宗教 19 件
第五类	涉及新情况、新问题，需要对法律规定、司法政策等进行深入阐释，引领社会风尚、树立价值导向的案件	涉及《民法典》等新旧法适用问题，且因为更符合社会主义核心价值观的“旧案”选择适用《民法典》11 件
第六类	其他应当强化运用社会主义核心价值观释法说理的案件	其他类型案件（兜底条款不作统计）

可见，运用社会主义核心价值观对《意见》第 4 条明确的案件类型进行释法说理还不够充分、全面。此外，实践中大部分为邻里纠纷、家事纠纷、民间借贷纠纷、侵权纠纷、名誉权纠纷等案件。此类案件事实清楚，法律关系明确，争议不大，大多为基层法院适用简易程序审理的简单案件。

3. 核心价值观在裁判文书说理中有多种适用方式。调研发现，大部分判决援引社会主义核心价值观进行辅助说理，具体表现为直接证成结果型、补强证成结果型、道德教育宣示型三种类型（见表 2）。

表 2 裁判文书说理适用方式类型

直接证成结果型	补强证成结果型	道德教育宣示型
(2020)浙 04 民终 2786 号	(2021)吉 0191 民初 191 号	(2021)京 03 民终 746 号
本院认为，“好意同乘”是日常生活中常见的一类行为，指机动车驾驶人基于善意互助或友情帮助而为他人提供方便，免费让搭乘人乘坐其车辆的行为，体现了“友善”的社会主义核心价值观。因此，既要保护搭乘人的合法权益，也要平衡驾驶人的利益	本院认为，本案事实发生在 2020 年 9 月，但依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》第 2 条，适用民法典的规定更有利于保护民事主体合法权益，更有利于维护社会和经济秩序，更有利于弘扬社会主义核心价值观，本案应适用该规定	本院在此对蓝天合作社提出严肃批评，并望其以此为戒，在此后能够诚实守信，认真践行社会主义核心价值观的基本要求，为共同营造良好的营商环境而努力



（二）核心价值观在裁判文书说理中类型化不足

实践中，社会主义核心价值观在裁判文书说理中的运用浮于表面，“不愿说理”“不善说理”“不敢说理”“说不好理”现象仍然存在。说理语言泛化、融入模式同质化、说理论证虚化等问题较为突出。

1. 说理语言泛化：运用核心价值观释法说理不全面、不深入。“在许多至关重要的方面，语言就是法律权力，而不仅仅是法律权力借以展开运作的工具。”^① 实践中，援引社会主义核心价值观进行裁判文书说理过于模糊，缺乏针对性。详言之，法官并未指明适用核心价值观为何种层面、何种价值，导致核心价值观在国家、社会、公民三个层面及相应的价值目标援引方面不够全面、不够深入。^② 例如，在肖某诉林某婚约财产纠纷案中，一审民事判决书表述：“本院认为，关于肖某提出借款 8000 元给林某让其聘请律师进行诉讼离婚，不论该借款是否属实，其行为助长了社会不正当风气，有违社会主义核心价值观，本院不予支持。”^③ 这样的表述方式，语言过于泛化，对运用核心价值观释法说理未进行整体性、系统性思考。

2. 融入模式同质化：运用核心价值观缺乏规范性、实效性。实践中，裁判文书援引社会主义核心价值观带有很强的宣示性色彩，并没有体现裁判文书援引社会主义核心价值观应当遵循的事实观和法律观，为用而用，存在生搬硬套，甚至无的放矢的情形，忽略了公众的情感认同。此外，有的法官甚至将说理模板化。例如，在张某某诉黄某某离婚纠纷案中，一审民事判决书表述：“本院认为，为弘扬社会主义核心价值观和中华民族传统美德，传递正能量，促进家风建设，维护和谐、美满的家庭关系，故对原告要求离婚的请求，本院不予支持。”^④ 该法院在多个判决中套用了这个模板。这种做法未将援引社会主义核心价值观当作对当事人进行价值指引的重要方式，导致裁判效果难以起到教育引导作用，无法达到通过裁判文书说理，弘扬社会主义核心价值观的效果，运用核心价值观缺乏实效性。

3. 说理论证虚化：运用核心价值观说理方法错位、向度单一。规则模式是裁判者按照一定形式，遵照法律规则进行逻辑推理的程式，建立规则与事实之间的必然涵摄关系，基于此而得到正当、合理裁判的模式。大量涉及核心价值观的案例均属自发运用，缺乏司法方法指引，没有建立起案件事实与法律规则之间的涵摄关系，

① [美] 康利、奥巴尔：《法律、语言与权力》，程朝阳译，法律出版社 2007 年版，第 18 页。

② 参见张启江、祝子斌：《核心价值观融入法治政府建设的三大机制构建——以行政争议裁判中存在的困境为视角》，载《时代法学》2018 年第 3 期。

③ 肖某诉林某婚约财产纠纷案，湖南省常德市汉寿县人民法院（2021）湘 0722 民初 44 号民事判决书。

④ 张某某诉黄某某离婚纠纷案，湖南省宁乡县人民法院（2016）湘 0124 民初 5178 号民事判决书。

更谈不上规则模式的思维过程，多是把裁判文书写成道德说教文书，或对社会主义核心价值观拆分适用，简单援引“诚信”“平等”“和谐”等价值进行说理。如在李某诉黎某机动车交通事故责任纠纷案中，二审民事判决书表述：“本院认为，基于好意施惠的无偿性和良好的动机，以及善意目的性，应从民法的公平理念及社会主义核心价值观出发，酌情减轻施惠人的民事赔偿责任。”^①这样笼统表述“不符合或有违社会主义核心价值观”，或将社会主义核心价值观拆分、重整适用，未详细阐述相关内涵，说理只谈表面、说大概，缺乏思辨性。

二、社会主义核心价值观融入裁判文书说理的程式结构

裁判文书是法官运用法律语言的知识成果，也是裁判者审判思维的集中表达，既是传承法治文明的专用工具，也是追求司法公正的文献资料，更是裁判者才能和品德的反映，是“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的重要载体。^②于此语境，社会主义核心价值观融入裁判文书说理的程式结构包括实体性和程序性内容。具体来讲，包括对案件事实的说理、对证据认定的说理、对适用法律的说理。

（一）对案件事实的说理

总体而言，目前我国裁判文书制作的关注点在于如何将公正的判决进行正确的表述，而并不关注对该判决的表述如何被大众接受。这一价值取向背后蕴含的观点是这样的：裁判是揭示真实事实、得出唯一正确答案的过程，而不是一个被论证、被说服的过程。在事实观上，有客观真实论和法律真实论两种相对的理论。以客观真实论为基础，意味着裁判文书中陈述的事实是已经被相信客观存在的事实，此为静态的陈述事实。以法律真实论为基础，意味着裁判文书所陈述之事实是一种事实主张，作为裁判文书中被陈述之事实，它是一个命题，其“真”需要通过论证来实现，这是一种动态的事实陈述过程。^③无论是客观真实下的静态事实描述，还是法律事实下的动态事实论证，都有必要融入社会主义核心价值观，以弥合单纯描述案件事实的不足，如此一来，可能产生与案件事实背后的价值判断之间的矛盾冲突。

① 李某诉黎某机动车交通事故责任纠纷案，湖北省咸宁市中级人民法院（2018）鄂12民终1316号民事判决书。

② 参见孙华璞、王利明、马来客主编：《裁判文书如何说理——以判决说理促司法公开、公正、公信》，北京大学出版社2016年版，第63页。

③ 参见资琳：《我国裁判文书制度的法理检视与体系重构》，法律出版社2021年版，第42页。



1. 客观真实下的静态事实描述：运用核心价值观重现事实。所谓客观真实，是指裁判者所认定的事实就是案件原生事实的客观反映，裁判者能够通过证据等在主观上认识、发现、查明案件客观事实或基本事实。^①近年来，有的司法裁判者囿于自身能力和经验的不足，对社会主义核心价值观把握不准，案件之中不能贯彻运用核心价值观合理评价案件事实，所作出的判决或说理就可能与核心价值观要求明显脱节，一定程度上影响裁判的司法效果。此外，有的案件没有充分考虑当事人的具体情况，缺乏对大众接受或需求的客观事实程度的考量，与社会主义核心价值观要求相悖。于此场合，裁判者援引社会主义核心价值观对裁判文书进行说理时，采用“摹写”的描述手法表述原生事实，一定程度上能够达到重现事实的效果。具体来讲，从表述者的角度，通过观察法获取初步感性认识，通过价值媒介、语言媒介实现信息加工与分享。^②于此语境，运用理性思维，把碎片化、单个、彼此不连贯的案件事实片段，整理为系统、连贯、简明、符合事实自然演进的逻辑思维及表达习惯的事实认知，然后按照语言和逻辑要求，把在思维中重现的客观事实通过语言表述出来，再现真实的案件事实和场景

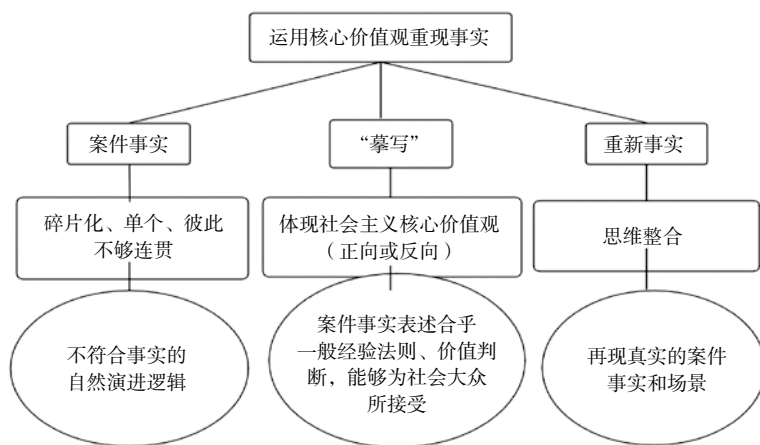


图2 运用核心价值观重现事实

(见图2)。

2. 法律事实下的动态事实论证：运用核心价值观重建事实。受限于人的认知能力、技术手段等条件，人们不可能将客观事实完全真实还原。为此，过于追求事实的客观性，可能会被人的前见所遮蔽。因此，运用核心价值观重建法律事实时，宜将案件事实看作一个被证明、被构建的过程，重视裁判文书中有关事实命题的论证过程和可接受性。拉伦茨认为，案件事实和法律规范之间的往返不仅仅是判断者

① 参见张步文：《司法证明原论》，商务印书馆2014年版，第438页。

② 参见张保生：《事实、证据与事实认定》，载《中国社会科学》2017年第8期。

眼光的改变,更是一种思考的过程。^①于此场合,需要进行前理解和诠释循环。所谓“前理解”,是指在人类认识和理解世界之前,认识主体自身所具有的文化背景、传统观念以及所处时代的知识水平和物质条件甚至民族心理结构等“前见”,都会对其认识世界起到积极作用。^②这在某种程度上与社会主义核心价值观所体现的价值意蕴、实践特征不谋而合。具体来讲,我们将特定案件事实,置于法律规范的要件中,从而获得一个结论的一种思维过程。但特定案件事实,具有多重法律特征。包含对案件事实的前理解,需要通过社会主义核心价值观进行循环诠释。这样一来,通过生活事实寻找法律规范的过程可有效避免机械司法(见图3)。

(二) 对证据

认定的说理

审查判断证据

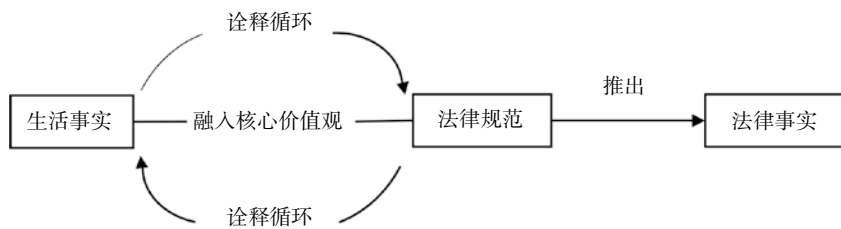


图3 运用核心价值观推出法律事实的过程

说理是连接证据与案件事实的桥梁。^③裁判文书证据说理较之于案件事实认定说理、法律适用说理,具有独特的价值和功能。从社会主义核心价值观的维度进行辩思,有助于理性认识证据说理的多重功能和作用。

1. 对举证责任分配进行说理。程序法中所规定的举证责任分配、证据规则等制度安排是对司法裁判的规律性总结,其所形成的基本裁判规范,不能简单地概括为“谁主张,谁举证”“物证优于书证,书证优于证人证言”等规则陈述。具体来讲,法官在司法裁判活动中,应当注重司法经验的积累和运用,注重发挥社会主义核心价值观对司法裁判活动的指引作用,通过明确法庭调查方向,确保经由庭审所确定的法律事实无限接近客观真实。司法认定结论的基本依据体现程序正义,为法律事实。从本质意义上讲,法律真实远不能完全体现司法的本义,其只不过是通过对司法化的程序构造,在经过司法裁判后,所体现的是一种合乎理性、价值折中的结论,这在某种程度上导致取舍法律真实存在局限性、被迫性。这样要求法官在司法裁判过程中,避免陷入“事实认定陷阱”,摒弃简单适用证据规则、举证责任规则等,避免由此产生法律真实与客观真实失衡现象。在援引社会主义核心价值观时,

① 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,第162页。

② 参见刘放桐:《新编现代西方哲学》,人民出版社2000年版,第493页。

③ 参见杨惠惠、邵新:《裁判文书证据说理的实证分析与规诫提炼——以法发〔2018〕10号为中心》,载《法律适用》2020年第6期。



应当充分考量当事人可能存在举证能力不足等因素,及时调整法庭调查方向,确保通过庭审确定的法律事实无限接近客观事实。

2. 对证据证明力进行说理。证明力也称证据力,是指法官对证据的可信性和关联性加以判断所产生的对案件事实的证明效力。^①法院应当依据程序法定原则,全面、客观地审核相关证据,依照有关法律规定,运用日常生活经验法则和逻辑推理,对证据有无证明力和证明力大小进行判断,并公开判断的理由和结果。例如,在莫兆军玩忽职守案中,承办法官莫兆军在审查案件证据特别是被告人的抗辩时,缺少有效的证据分析能力,对法律真实体现出机械追求的态度,客观上诱发了当事人自杀的后果。可见,审判能力经验的缺失,是影响社会主义核心价值观适用的重要因素。如果法官的司法能力不足以及时发现案件适用核心价值观的关键点,不足以解决案件审理的难题,自然难以充分有效地弘扬社会主义核心价值观。一言以蔽之,应当在证据证明力方面加强社会主义核心价值观的说理,尽可能让天理、国法、人情融入裁判文书说理。

3. 对证据综合采信进行说理。证据采信是法院针对双方提交的证据进行审核,认定和采用的过程。法院应当在裁判文书中阐明证据是否被采信的理由。证据审查判断在于鉴别真伪,查明事实真相,认定案件事实。^②对法官来说,证据审查是正确作出裁判的基础和前提,也是让证据“开口说话”的前提条件。^③然而,法官如何认定和采信证据,是一个非常复杂的思维过程,如果这个思维过程可以条理清晰、层次分明地表达出来,则使得法官的裁判结果更容易被社会大众理解和接受。^④即在证据采信过程中,通过融入社会主义核心价值观说理,更有利于让构建出来的法律事实为社会大众认可和接受。

(三) 对适用法律进行说理

法院在处理具体案件过程中,在不与法律原则、法律规定相冲突的前提下,应充分考虑立法目的、社会道德伦理的影响,通过灵活运用法律解释、价值衡量、漏洞补充、法律推理等法律技术,合理解释法律规则,正确行使自由裁量权,通过援引社会主义核心价值观进行裁判文书说理,增强司法公信力和裁判价值认同感,实

① 参见胡昌明主编:《裁判文书释法说理方法:〈最高人民法院裁判文书释法说理指导意见〉的案例解读》,人民法院出版社 2018 年版,第 357 页。

② 参见胡云腾:《聂树斌案再审:由来、问题与意义》,载《中国法学》2017 年第 4 期。

③ 参见杰里米·库珀、杨小利:《英国法官如何进行裁判说理》,载《中国应用法学》2018 年第 2 期。

④ 参见胡昌明主编:《裁判文书释法说理方法:〈最高人民法院裁判文书释法说理指导意见〉的案例解读》,人民法院出版社 2018 年版,第 357 页。

现法律效果、政治效果、社会效果有机统一。

1. 漏洞补充：核心价值观填补法律漏洞空白。德国学者魏德士认为，法学与其他学科的根本区别在于，法学不能容忍任何“无法解决”的问题。^①以全国首例人体冷冻胚胎权属纠纷案为例，^②该案的代表性在于，现阶段我国对此领域的立法处于空白，相关权属、法律性质及纠纷处理规则均不明确。尽管存在法律空白，裁判中以类推解释填补法律空白，必要情形下由“法院造法”，以资适用。^③本案裁判文书中，核心价值观在此有补充漏洞的作用，充分尊重诉争当事人的实际诉求，在充分论证人体胚胎权属行使的基础上，结合法理、伦理、情理作出实质性判决。

2. 法律推理：核心价值观强化说理依据。依据司法三段论演绎推理，是运用法律推理进行释法说理的基本模式。其中，大前提是一般的法律规范。通过法律解释等方法，核心价值观与法律规范相结合，形成对大前提的补充。在杨帆电梯劝阻吸烟案判决说理部分，首先明确大前提，即民法的基本原则“保护生态环境、维护社会公共利益”；其次阐述社会主义核心价值观与民法的关系，即其立法宗旨；再次强调司法裁判在适用法律规范的情况下达到“弘扬社会主义核心价值观”的目的或效果；最后确定案件事实的价值指引即“劝阻吸烟合法正当，是自觉维护社会公共秩序和公共利益的行为”。据此驳回原告的诉讼请求，维护社会公共利益，回应社会关切。^④

3. 法律解释或修辞：核心价值观提供裁判结论的可接受性。有学者认为，许多程序性、实体性法律设置初衷，在于增加司法裁判的可接受性。^⑤这在某种意义上成为一种指引，由此可见，正义需要法官通过制作裁判文书来表达。哲学家维特根斯坦认为，语言既是信息的载体，也是信息传播的工具。语言活动就是一个理解与被理解的过程。^⑥实践中，通过价值阐释进行正当化追溯，并通过语言修辞增强说服力，在沟通方式上探索情理与法律相融的表达方式，适度导入道德话语发挥道

① 参见〔德〕伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2005年版，第137页。

② 江苏宜兴沈杰夫妇由于自然生育困难，到医院通过人工辅助生殖方式培育了4枚符合移植标准的冷冻胚胎。但在植入母体子宫前一天，夫妻二人遭遇交通事故，经抢救无效死亡。该夫妻的父母在处理完后事后，就子女遗留的4枚冷冻胚胎的归属产生争议，诉至法院。一审法院以人体冷冻胚胎权属法律没有规定不能继承为由判决驳回原告诉讼请求。二审法院审理后撤销一审法院的结论，改判沈杰夫妇所遗留的人体受精胚胎由四名老人共同监管和处置。

③ 参见王泽鉴：《民法思维：请求权基础理论体系》，北京大学出版社2009年版，第148页。

④ 参见杨帆电梯劝阻吸烟案，河南省郑州市中级人民法院（2017）豫01民终14848号民事判决书。

⑤ 参见张纯辉：《司法裁判可接受性的修辞研究》，法律出版社2012年版，第39页。

⑥ 参见〔奥〕路德维希·维特根斯坦：《哲学研究》，陈嘉映译，上海世纪出版集团2005年版，第54页。



德疏导和教育功能,是社会主义核心价值观融入裁判文书说理的重要方法。比如,在说理的语言表达上,针对不同纠纷类型,表明对当事人符合或背离核心价值观行为的立场,展现法官对核心价值观的内在笃信和理性遵从,激发当事人对自身行为的严肃思考和二次判断。在涉及经济交往、股权纠纷、契约关系等领域,说理的语言应当相对较为理性、正式,以法理阐述为主,着重在企业社会责任、诚信经营、劳动者权益保障等方面展开论述。比如,对倡导诚实信用的阐述,语言应简洁干练,直接摆事实、讲道理,真假对错自明;在家庭关系领域,说理措辞应当稍偏向生活化、通俗易懂,结合涉案当事人身份背景、受教育程度、相互关系等情况,以感同身受、耳濡目染、循循善诱的语言,表达尊老爱幼、和睦友爱、孝道爱亲等观念,让当事人透过裁判文书用语感受司法的温情;对失德、败德行为,进行立场鲜明的贬斥和批评;对推责行为,“事不避难,义不逃责”,提倡遇事积极担责。

三、社会主义核心价值观融入裁判文书说理的养成机制

作为一种价值判断,社会主义核心价值观融入裁判文书说理具有过程主观性、标准非确定性等特征,需要建构行之有效的规范化养成机制,以约束法官在运用社会主义核心价值观时的恣意。具体来讲,在援引主体方面,通过建构行之有效的养成机制,推动较高层级法院在运用社会主义核心价值观进行裁判文书说理时发挥示范引领作用;在援引内容方面,通过建构行之有效的养成机制,引导法官对社会主义核心价值观进行整体性、系统性思考,避免笼统适用或拆分适用;在援引方式方面,通过建构行之有效的养成机制,将社会主义核心价值观真正融入对案件事实、证据认定、适用法律的说理之中,而不是仅仅将社会主义核心价值观当作一种辅助手段。一言以蔽之,针对社会主义核心价值观在裁判文书中的运用情况,从三个维度建构社会主义核心价值观融入裁判文书说理的养成机制,有效应对社会主义核心价值观在裁判文书说理中存在的类型化不足等问题。

(一) 维度一:援引核心价值观说理的基本准则

1. 法律说理优先。法院作出裁判的主要依据是法律规则,并不能将社会主义核心价值观视为裁判的直接依据。从规范层面上,核心价值观大多数只是为了补充论证,达到“充分论证”效果之需。按照法律法规的具体规定作出裁判,是成文法国家司法裁判的基础理念,其实质在于对法官恣意的制约。社会主义核心价值观的司法运用,首先要坚持的原则便是遵循裁判规则意识。法官只有在法律规范缺失、法

律规范冲突或者具体法律规范无法正常发挥作用时,才能运用抽象的价值观进行裁判。即适用核心价值观说理应当遵循“法律规则—法律原则—社会主义核心价值观”的顺序。

2. 全面系统说理。社会主义核心价值观融入裁判文书说理过程中,适用时应全面了解事实理由、争议焦点、当事人状况、利益诉求等案件信息,从而减少恣意。这就意味着,在运用社会主义核心价值观对裁判文书进行说理时,应全面系统考量各种结果存在的可能性,避免融入模式同质化现象,力求作出符合社会主义核心价值观的裁判结果。详言之,全面系统说理需要借助一定的考量方法,于此语境,三段论是绕不过去的重要方式之一。但是三段论只是一个基础,还必须通过其他方式加以强化,通过援引社会主义核心价值观,将裁判理由表达精准、阐释清楚、论证充分。这就意味着,在社会主义核心价值观融入裁判文书说理过程中,还要关注裁判文书说理的对象、方法、争点、焦点等内部构造。这还意味着,应将具体与抽象、特殊与普遍、现实与将来、实在与理性有机结合起来,进行综合评价和价值权衡,将这一具体方法在裁判文书说理规范性、实效性层面进行把握。^①

3. 准确把握说理限度。所谓限度,意味着既不能随意扩张,也不能任意限缩。在社会主义核心价值观融入裁判文书说理过程中,应当清晰完整地体现案件事实认定、证据采信、法官心证等案件裁判过程,并由此形成明确而清晰的裁判观点,且这个观点能被核心价值观所认同。裁判者的眼光必须努力穿梭往复于法律话语系统和道德话语系统之间,不断寻求价值和法律的契合与印证。^②只有核心价值观是肯定、支持法律论证说理时,才能实现核心价值对法律话语的补强、补漏、说明、解释的证成效果。^③不能为了说理而说理,应克服僵化说理,防止社会主义核心价值观被笼统化、宣示化、模板化表达。

(二) 维度二:援引核心价值观说理的主要方式

1. 进行法律推理。法律推理是一种重要的法律方法,广泛应用于司法实践活动。法律推理融合了法官的利益考量、主观价值判断等因素。因此法官的综合素质、职业素养等因素也对实质法律推理乃至整个案件的裁判结果产生重要影响。这就意味着,在社会主义核心价值观融入裁判文书说理过程中,需要强化法律思维运用,分别完成寻找请求权基础和抗辩权检查的小循环(以民事裁判文书为例)。在循环过

① 参见赵朝琴:《规范民事裁判文书说理的五个问题》,载《人民司法·应用》2016年第1期。

② 参见赵朝琴:《规范民事裁判文书说理的五个问题》,载《人民司法·应用》2016年第1期。

③ 参见李祖军、王媛媛:《社会主义核心价值观在裁判文书说理中的运用与规制》,载《江西师范大学学报(哲学社会科学版)》2020年第4期。



程中,归纳争点,通过灵活运用法律解释、价值衡量、漏洞补充、法律推理等法律技术方法,合理解释法律规则,正确行使和规范自由裁量权。

2. 提炼价值要点。法官作为裁判文书的“创造者”,其自身应对社会主义核心价值观有深刻的认识和理解,方可在其心证外化于裁判文书时自然彰显社会主义核心价值观。法官在审理案件、撰写裁判文书过程中,必然以其经验和价值判断为基础建构知识和逻辑框架。社会主义核心价值观融入裁判文书说理的关键,在于将社会主义核心价值观融入法官的价值判断,并以后者称为法官的心证根基和源泉。一言以蔽之,在具体案情中,从国家、社会、个人三个层次,提炼社会主义核心价值观要点。

3. 归入释法说理。诸多法律原则,如诚实信用、公平等均与社会主义核心价值观存在内涵关联,但法官直接适用法律规则以弘扬社会主义核心价值观,有违法律适用规则。社会主义核心价值观涵摄广博,法律原则、法律规则、法律概念均可作为其具象解读。法官在裁判文书说理中,应更多地通过法律规则、法律概念融入相关价值,以起到“润物细无声,闻之得深省”的效果,形成“法律规范+核心价值观”双重法律逻辑。

(三) 维度三:援引核心价值观说理的实现进路

1. 明示裁判说理。法官在裁判说理时要注重对立法宗旨的追问,在本质层面上打通法律与社会主义核心价值观之间的壁垒,使之相互融贯,互相支撑,而不是简单将法条与相关价值进行堆砌。详言之,裁判文书说理中切忌直接用社会主义核心价值观证成、补强裁判结果,或游离于法律规范、案件事实之外进行道德宣示。法官需要将价值判断取舍、裁判根据及裁判结果的合法性与合理性作全面说明与论证,并明确体现在裁判理由中。通过明示和强化说理过程,推动法官在作出价值判断时保持谨慎与克制。

2. 强化类案指导。作为法官,面对堆积如山的案件,如何事先辨别出可能涉及社会主义核心价值观的案件是关键,如何在准确识别后真正实现弘扬的目的是重点。机构或队伍的专业化可以有效提高识别的质效,可以考虑案例编选工作的专业化,由相关人员负责对涉及核心价值观的案例进行收集、识别、整理、甄选和报送。案例的发布载体要注重统一归口,保证质量。遴选相关指导性案例要充分考虑裁判文书对社会主义核心价值观的说理程度,重点要考察裁判文书在证据证明力、当事人主张的回应、法律适用、规则解读等方面的价值运用。只有在论证说理部分充分阐述了相关理由和价值,并通过法律解释形成新的裁判规则的典型案例,才具有指

导价值。

3. 提升司法能力。社会主义核心价值观融入裁判文书说理，不应局限于简单案件，充满价值争议的热点案件和疑难案件能起到更普遍的价值指引作用，尤其当公众随着审判层级的提升而愈发关注热点案件时，社会主义核心价值观在裁判文书中的运用就成为生动、鲜活的价值引领。要达到这种效果，需要法官有过硬的审判能力和责任担当、敏锐的洞察能力、丰富的生活体验以及高度的共情能力，可以准确理解公众的需求和兴趣点（这里的兴趣点主要是指舆论争议和疑惑的焦点），自身价值观与社会主义核心价值观高度统一，方可通过裁判文书实现价值指引、定分止争的效果。

结 语

人民法院作为国家审判机关，在培育和践行社会主义核心价值观方面承担着重要职责，发挥着规范、指引、评价、引领社会价值的独特作用。当前，社会法治环境日益改善，这与司法裁判的价值指引作用密不可分。社会矛盾的产生看似源于权利义务的纷争，本质是当事人价值观的多元及冲突，个案的正义要想成为大众的正义，离不开社会主流价值观的统一。人民法院通过在裁判文书中援引社会主义核心价值观，对社会矛盾的化解形成明确指引，推动裁判规则成为社会价值准则，引导全社会普遍尊崇社会主义核心价值观。

（责任编辑：郝晓越）



社会主义核心价值观融入量刑说理之方法

赵艳霞^{*}

内容摘要：在刑事审判中，法官应当运用法律解释方法对社会主义核心价值观融入量刑进行说理。然而，实践中对于为何及如何将核心价值观融入量刑说理存在困惑，外因是核心价值观的法源地位不清及缺乏具体应用规范，内因则在于法官缺乏动态循环说理的思维方法。以“解释学循环”之新思维方法，从位序、结构、逻辑、模式方面设计核心价值观融入量刑说理的具体规范，并采用“二阶六步法”创设融入量刑说理之解释学循环思维方法，从全面提取并匹配靶心量刑情节、涵摄初步融入、多价值衡量与循环解释等方面对核心价值观融入量刑进行释法说理，不失为追求实质正义的可行路径。

关键词：社会主义核心价值观；量刑说理；解释学循环；二阶六步法

社会主义核心价值观融入量刑说理，是实现量刑实质正义的有力论证。《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》（以下简称《意见》）载明法官应当运用文义解释、体系解释、目的解释、历史解释方法对核心价值观融入裁判文书进行说理，但未明晰实施领域的具体融入方法。目前，针对核心价值观融入刑事领域的研究主要有核心价值观在论证方面融入刑事裁判文书、^①规范核心价值观融入刑事司法的场域适用、^②将核心价值观融入认罪认罚制度，^③而未有融入刑事量刑说理方法的研究。本文以 137 篇核心价值观融入量刑说理的裁判文书为实证数

* 赵艳霞，山东省青岛市市南区人民法院一级法官。

① 参见杨彩霞、张立波：《社会主义核心价值观融入刑事裁判文书的适用研究——基于 2014—2019 年刑事裁判文书的实证分析》，载《法律适用》2020 年第 16 期。

② 参见陈晓庆：《社会主义核心价值观在刑事司法中的适用研究》，载《湖北经济学院学报（人文社会科学版）》2022 年第 4 期。

③ 参见张芯源：《把社会主义核心价值观融入认罪认罚从宽制度与实践》，载《朝阳法律评论》2020 年第 1 期。

据,以法律解释的循环论证为据,总结核心价值观融入量刑说理的多种失序状态,分析核心价值观融入量刑应当遵循的逻辑结构与具体说理方法,回溯核心价值观的价值定位本身,以期摆脱核心价值观融入量刑说理失序状态,并进入常态化规范说理之中。

一、社会主义核心价值观融入量刑说理之困境:评价失序

基于对核心价值观融入量刑说理的实务研判,笔者在中国裁判文书网检索相关案例,截至2022年12月31日,检索关键词“刑事案件”“核心价值观”,获得裁判文书共计203篇,排除执行变更、物品名称等无效检索,获得有效检索共计137篇。

(一) 核心价值观融入量刑说理的数据描摹

通过对137篇裁判文书进行样本梳理,核心价值观融入定罪说理14篇,约占总数的10%;融入量刑说理123篇,其中15篇较为规范地结合量刑情节进行了说理,占比约11%,而量刑说理不足的108篇,占比约79%。量刑说理不足部分以核心价值观具体融入的依据不同分为四种类型:依托法定量刑情节且违背禁止重复评价原则18篇,约占17%;上升成酌定量刑情节进行评价23篇,占21%;直接作为适用型法源增加评价15篇,占14%;道德宣教式泛化评价52篇,占48%。

从核心价值观融入量刑说理的量刑情节来看,第一层次即融入内容方面:第一类为未融入具体量刑情节的道德教育类案件52件,该类案件对应着核心价值观没有融入量刑情节进行分析的泛化评价,如希望被告人吸取教训、努力践行社会主义核心价值观、做遵纪守法的好公民等;第二类为融入酌定量刑情节案件42件,具体酌定情节有犯罪行为、赔偿谅解、被害人过错、社会效果、犯罪起因、认罪认罚等;第三类为融入法定情节案件29件,具体法定情节有自首、坦白、累犯、正当防卫与紧急避险等。第二层次即融入类别方面:家庭民间矛盾案件41件、特殊主体犯罪案件22件、侵害弱势群体案件13件、社会现象案件13件、涉民生环境案件12件、网络犯罪案件6件、涉国家社会稳定案件4件、知识产权刑事案件2件、其他案件10件。

(二) 核心价值观融入量刑说理的评价失序

通过对上述样本文书的分析总结,核心价值观融入量刑说理虽然基本结合了量刑情节,但呈现出失序状态。

1. 被依托的法定情节——重复评价



量刑情节是对被告人据以量刑的各种事实情况，法定情节是法律规定必须适用的从重、从轻、减轻或免除处罚情节。禁止重复评价是指不得对同一事实作不利于行为人的多次宣告，^①即法官不能因同一量刑情节对被告人进行两次以上的法律评价，这是量刑情节适用的基本原则之一。

案例一：被告人陈某以非法占有为目的，在公共场合两次扒窃他人价额共计 1000 元的财物，数额较大，其行为已构成盗窃罪。陈某具有坦白情节，依法对其从轻处罚；其当庭自愿认罪认罚，依法可以从宽处理；其系累犯，依法应当从重处罚；其扒窃且数额较大，可酌定从重处罚；其从 2012 年起因犯盗窃罪被多次判处刑罚，且多次在刑满释放后五年内继续实施盗窃，应受道德谴责和刑罚惩处，酌定对其从重处罚。诚信勤勉是中华民族的优良传统，也是社会主义核心价值观的重要内容，被告人陈某本应恪守诚信、踏实勤勉，但其好逸恶劳、目无法纪，综合被告人陈某上述量刑情节，决定对其从重处罚。^②

案例评析：案例一判决书在认定被告人陈某具有累犯、公共场所扒窃等情节给予从重处罚之后，又从核心价值观角度再次对被告人从重处罚。法官根据被告人的同一量刑情节进行法定从重、从轻处罚之后，又以核心价值观为由给被告人从轻或从重处罚，显然适用核心价值观依托法定情节对被告人进行了两次评价，违背了禁止重复评价的量刑原则，该重复评价应认定为无效。

2. 被绑定的酌定情节——上升评价

酌定量刑情节是对被告人犯罪前（前科劣迹情况、被害人过错等）、犯罪中（犯罪手段、犯罪目的、犯罪对象、人身危险性等）、犯罪后（认罪悔罪态度、赔偿谅解等）所具有的法定之外的量刑情节，法官据此对被告人酌情从重或从轻处罚。

案例二：被告人王某 1 与其妻白某因自家葵花出售问题发生争执，白某打电话叫来王某 1 的父亲王某 2 进行调解。王某 2 到来后将王某 1 进行斥责。王某 1 心中气愤走到门外，白某与王某 2 亦跟到门外。王某 1 遂到自家街门棚底下农用四轮车的工具箱内取出木工刻刀，并持刀扑向白某，王某 2 见状用身体遮挡在白某身前，被告人王某 1 遂捅向王某 2 右胸。案发后王某 2 即被送往医院经抢救无效死亡。本案发生在亲属之间，与人友善是社会主义核心价值观，被告人王某 1 仅因正常家庭事务的争执，在父亲劝阻的情况下，丧失理智、罔顾亲情，取刀持刀伤害致死自己

① 参见孙万怀、刘环宇：《论禁止重复评价的判断标准及其适用争议问题》，载《法治研究》2022 年第 2 期。

② 参见陈某盗窃罪案，贵州省安顺市普定县人民法院（2021）黔 0422 刑初 77 号刑事判决书。

的父亲，其主观恶性和人身危险性大，亦应从重处罚。^①

案例评析：案例二中被告人王某1持刀伤害自己的父亲致其死亡，显然人身危险性极大，但被告人主观恶性和人身危险性大是法官量刑时考虑的酌定量刑因素，不能以违背核心价值观为由进行“从重处罚”。不能将核心价值观绑定至酌定情节上进行法律评价，但酌定情节也需要在符合法律规定的犯罪前、犯罪中、犯罪后进行认定，而非任意以核心价值观为由上升至酌定情节，故上升评价是无效的。

3. 被直接作为法源适用——增加评价

核心价值观应当融入裁判文书进行说理，其法源地位是指引型而非直接引用型，任何对被告人从轻、从重处罚均应依据法定或酌定量刑情节，不能以核心价值观为由对被告人任意增加法律评价。

案例三：被告人刘某无视国家法律，伪造、买卖国家机关的证件，其行为已构成伪造、买卖国家机关证件罪。刘某是累犯，应当从重处罚；当庭翻供，否认其主要的犯罪事实，故不能认定其具有坦白情节；制作大量假证书、假证件和假印章，并向多人兜售，违背了诚信等社会主义核心价值观，给社会管理秩序带来了隐患，社会影响较为恶劣，对其酌情从重处罚。综合全案的性质、情节、危害后果及被告人的认罪态度、悔罪表现，判决如下：被告人刘某犯伪造、买卖国家机关证件罪，判处有期徒刑一年十个月，并处罚金1万元。^②

案例评析：案例三将违背社会主义核心价值观作为进行法律评价的情节，从而认定被告人具有从重的条件。殊不知，给被告人从重、从轻处罚应当具有法律依据，核心价值观不能任意适用并代替法定、酌定从轻、从重的情节。该案例直接将核心价值观作为法源适用，与道德意义上的说教混为一谈，增加了被告人的法律评价情节，应认定为无效。

4. 被笼统引用而无描述——泛化评价

核心价值观结合事实与情节融入裁判说理，使裁判说理更符合公平、公正、诚信等核心价值观的理念，据此引领正确的社会价值理念，从而提高裁判结果的社会可接受性。

案例四：被告人李某醉酒后，以暴力手段强奸其母亲，其行为已构成强奸罪。被告人李某家庭环境特殊，父亲及长兄的相继离世，导致其长期借酒消愁，对酒精有依赖性，其母患有长期慢性病，母子二人相依为命。本案发生后，其母亲出具了

^① 参见王某故意伤害罪案，甘肃省武威市中级人民法院（2014）武中刑初字第8号刑事判决书。

^② 参见刘某伪造、买卖国家机关证件罪，广州市白云区人民法院（2021）粤0111刑初898号刑事判决书。



谅解书,并说明被告人在酒精作用下才做出此事,希望法庭对被告人免予刑事处罚,可见母爱的伟大与可怜。法庭希望被告人不辜负其母及法庭的一片苦心,好好改造,早日回归社会,赡养母亲,回报社会。为维护社会公序良俗,弘扬美德,倡导公民自觉践行社会主义核心价值观,判决如下:被告人李某犯强奸罪,判处有期徒刑三年。^①

案例评析:案例四仅仅套用核心价值观名称粗糙论证,而无针对性地融入事实和情节展开论证,与强奸罪的有期徒刑三年进行融合分析,是一种泛化适用于判决书进行评价,从表面上看适用了核心价值观,但核心价值观没有融入事实与情节进行说理,没有明晰对量刑的影响幅度,无法让民众信服,也无法起到引领核心价值观导向的意义。

通过梳理核心价值观融入量刑说理的样本判决数据,发现融入量刑情节进行说理存在重复评价、上升评价、增加评价、泛化评价等诸多问题,与刑法基本原理和法律价值相悖。

二、社会主义核心价值观难以融入量刑说理之探源: 法源地位不清、规范及方法不明

核心价值观融入量刑说理的评价失序,主要原因是核心价值观的法源地位不清,加之核心价值观融入释法说理的规范及方法不明,故法官在适用核心价值观融入法定情节、酌定情节说理时因无具体指引而失范。

(一) 核心价值观在刑法领域的法源地位不清

关于核心价值观在刑事领域的法律地位,有学者认为属于非正式法源的辅助资源,^②也有学者认为属于具有法律原则地位的正式法源。^③笔者认为,核心价值观应当属于我国正式法源,但不是增加法律评价的直接适用型法源,而是指引法官进行价值判断的间接指引型法源。

我国刑法的基本原则、基本理念等均离不开核心价值观的指引。首先,从内部结构看,核心价值观涵盖国家建设价值、社会秩序价值、公民道德价值三个维度,贯穿于刑法体系之中且与规范交融,法律地位直接决定着其作为法定或酌定情节的

① 参见李某强奸罪案,四川省广元市青川县人民法院(2021)川0822刑初19号刑事判决书。

② 参见孙跃、陈颖颖:《社会主义核心价值观融入司法裁判的法律方法》,载《山东法官培训学院学报》2021年第4期。

③ 参见孙光宁:《社会主义核心价值观的法源地位及其作用提升》,载《中国法学》2022年第2期。

依附体还是独立体,影响对量刑说理的作用力大小。其次,从静态法律规范体系看,核心价值观虽然没有载入刑法,但刑法条文背后的法理无不承载着文明、和谐、公正、法治等基本价值观的精神,故应成为发挥价值指引功能的“元原则”。再次,从法律适用的动态层面看,应当运用法律解释科学规范地表达核心价值观所蕴含的具体价值,而裁判文书作为承载法律价值的载体,融入核心价值观进行说理具有现实必要性。最后,从刑法保护的法秩序层面看,刑法保护的法秩序往往会出现多元法益的碰撞,那么法益价值的衡量就需要超越刑法基本原则的“元原则”来指引。可见,赋予核心价值观指引型法源地位,可为融入量刑情节释法说理提供法律依据。

(二) 核心价值观融入量刑说理缺乏具体规范

《意见》规定了核心价值观融入裁判文书的法律解释方法,但是没有规定利用解释方法融入说理时核心价值观的指引型位序、说理逻辑、说理结构及融入量刑情节的模式,使得法官在适用核心价值观融入量刑说理时不知如何适用,也不知说理的逻辑是否与传统三段论一致,最终导致法官逻辑推理和经验判断异化,从而融入法律评价的各种失序状态接踵而来。

在网络时代,不恰当的裁判说理可能引发舆论风暴,很多刑事法官过于秉承审慎保守的司法理念,担心言多必失,避免涉足道德价值观层面的裁判表达。因此,刑事法官一般逻辑推理僵化,只会运用基础推理方式——“基准刑—法定酌定情节—宣告刑”,缺乏针对多价值时融入核心价值观理念进行深入推理方式;且因过于审慎保守的理念不敢融入核心价值观,最终缺乏相应的经验判断。

(三) 核心价值观融入量刑说理亟需方法设计

从司法实践看,核心价值观融入量刑说理的范畴包括融入法定情节、酌定情节及道德教育。显然,泛化评价无法起到指引主流价值观的作用,也没有具体融入量刑情节之中进行说理,那么法官如何在适用过程中掌握核心价值观对于量刑的尺度并科学、规范地融入量刑说理,就是核心价值观融入量刑说理的具体方法。

核心价值观融入量刑情节进行说理,包括融入法定情节与酌定情节。案例一因就法定情节对被告人进行法律评价之后,再次以核心价值观为由依托法定情节对被告人进行法律评价,违背了刑法禁止重复评价原则;案例二将核心价值观根据案情分析绑定到酌定情节并进行法律评价,是无效的法律评价。上述两类所谓的核心价值观融入量刑说理是违背法律原理的不规范的融入方式,而正确的融入方式是法官依据核心价值观对法定情节进行量刑档次或幅度、对酌定情节进行量刑幅度的分析



与选择。

确立核心价值观在刑事领域的指引型法源地位，明晰融入量刑说理的具体规范与方法，核心价值观才能真正融入量刑并发挥价值指引的作用。

三、社会主义核心价值观融入量刑说理的方法论辨析： 从单一融贯到多价值循环

探究核心价值观融入量刑说理的具体解释规范与方法，应当从法律解释的方法论展开。

（一）单一解释方法

法律解释的真正兴起，源于英国法学家哈特的实证主义法学。哈特将法律解释的功能比喻为一张地图，法律解释不能超越被解释的规则本身，法律解释实际上是一种功能性指引。^①从哈特的理论展开看解释方法，按图索骥的指引是一种概念式解释，解释者按图索骥对案件事实对应法律文本进行解释，在刑事司法中易忽略量刑事实自身及其与法律文本之间的联系。

核心价值观融入量刑说理采用单一适用解释方法，可能解读出错误的结论。如案例一，被告人陈某是累犯并在公共场所扒窃，属于法定的从重处罚情节。法官在判决中按图索骥，将被告人“好逸恶劳、目无法纪、不诚信勤勉”的事实认定为从重处罚的量刑事实，据此得出“不符合核心价值观的事实是应该被从重处罚”的错误文义解释。反之，如果好逸恶劳等道德事实可以随意以核心价值观为由评价为量刑情节，那么核心价值观可能会成为法官滥用自由裁量权的工具。因此，单一适用解释方法无法从整体上把握案件应当选择的价值，从而作出错误的价值判断。

（二）融贯解释方法

美国法学家德沃金提出融贯性解释方法，追求法律解释规则意义上的整体性、融贯性，将整体意义上的融贯作为司法裁判的结果，作为达到法律唯一正解的保证。融贯性解释方法，避免了分离性的解释方法，较哈特的按图索骥具有一定的进步，但是他坚信解释者可以对法律内部的原则冲突、价值冲突作出正确的选择，而达到融贯的唯一正解，他寄希望于法官的主观能动性，而非科学、客观的解释方法，最终是对要达到“唯一正解”的幻想。^②

^① 参见[英]哈特：《法律的概念》，张文显译，中国大百科全书出版社1996年版，第15页。

^② 参见王彬：《论法律解释的融贯性——评德沃金的法律真理观》，载《法制与社会发展》2007年第5期。

核心价值观融入量刑说理中融贯适用法律解释方法,能够做到从整体考量多价值。案例三、案例四是融贯性解释的集中体现。如案例四,法官从整体上认定要倡导核心价值观,但未客观反映出被告人的哪项具体行为符合核心价值观的要求,也未客观反映出整体认定的核心价值观对量刑有何影响。上述增加评价或泛化评价均是法官作为解释者从整体上对被告人的行为作出的核心价值观评价,但该解释者因无法准确把控核心价值观应基于何种事实或情节而展开论述。

(三) 循环解释方法

首提“解释学循环”的是德国哲学家弗里德里希·阿斯特,而将解释学循环赋予法律诠释意义的是德国法学家考夫曼。比如,考夫曼认为,一方面应从整体规则出发,没有整体的先前理解就无法理解部分,而没有部分的理解又没法理解整体;另一方面,应从事物本质出发,在案件客观事实、规范、结论的构成要件之间进行循环比较。^①

案例五:被告人唐某1、唐某2故意伤害他人身体,致被害人唐某3身体损伤程度为轻伤二级,构成故意伤害罪。案发前被告人唐某2并未对被害人实施语言攻击,被被害人辱骂后,也未使用过激手段殴打被害人,仅用身体推搡致使被害人不慎掉入地沟内,被害人起身后将唐某2打倒在地,唐某1才对被害人实施殴打。法院认为被害人辱骂和采取过激手段殴打已年满65周岁的被告人唐某2,被告人唐某2作为被害人的长辈,未能克制自己情绪从而未采取合理方法解决争端,并在被害人被唐某1控制后,仍实施伤害行为,二人均违背尊老爱幼的公序良俗和文明、和谐、友善的社会主义核心价值观。鉴于被害人的辱骂、殴打唐某2的行为是导致本案发生的直接原因,应承担一定过错责任,对二被告人予以从轻处罚。二被告人当庭认罪,并积极与被害人唐某达成调解协议,故对二被告人予以从轻处罚,均判处缓刑。^②

核心价值观融入量刑说理中运用解释学循环的法律解释方法,解释者将从充分考虑部分再到整体的规则出发,在事实和法律规范之间找到初步涵摄情节,对量刑情节进行评价,完成一阶解释;然后挖掘案件事实中潜在的多价值,并进行价值判断与利益衡量,对合法性和社会可接受性进行检验,根据价值消减后选择的核心价值观进行二阶解释,最终得出二阶结论。如案例五,一阶解释为被害人违背尊老爱幼的公序良俗和文明、和谐、友善的社会主义核心价值观,对自己的长辈进行辱骂,

① 参见李锦:《论法律解释的解释学循环》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》第12卷,山东人民出版社2012年版,第184页。

② 参见马某1、马某2故意伤害罪案,云南省文山壮族苗族自治州马关县人民法院(2021)云2625刑初9号刑事判决书。



法官提出用核心价值观理念融入量刑；二阶解释为法官在被害人过错与被告人认罪认罚、主动缴纳赔偿款和友善的核心价值观直接进行价值判断，最终落脚点以酌定情节得出酌情从轻处罚的结论。

综上，核心价值观融入量刑说理应当运用解释学循环理论，法律解释学循环的二阶解释能够从客观上对多价值进行判断并有助于得出正确结论，基于解释学循环理论将核心价值观融入量刑说理的过程就是法官进行逻辑推理和价值判断的过程。

四、社会主义核心价值观融入量刑说理的规范化模型：

从一阶泛化说理到二阶循环说理

基于解释学循环理论，可以设计核心价值观融入量刑说理之规范。该规范包括四个部分，超越性法律地位作为核心情节决定着核心价值观说理的高度，二元结构和开放逻辑作为骨干情节支配着核心价值观说理的深度，细化模式作为优化情节丰富着核心价值观说理的内容。

（一）从依附到超越：融入说理之位序

核心价值观具有元原则法律地位，其与量刑规范、原则之间的适用位序不是简单的、绝对的从依附性地位变为超越性地位，而是由一阶形式顺序与二阶思维顺序融合的共同体。

从法律适用的形式顺序来看，首先适用量刑规范，根据被告人的犯罪行为属于哪个量刑档次确定基准刑，以法定及酌定量刑情节进行量刑规范化并据此确定宣告刑；然后依据刑法基本原则适用对被告人从轻、减轻或从重的量刑情节确定量刑幅度；最后，根据核心价值观对被告人的量刑进行价值判断，是否符合当前社会评价。从顺序来看，核心价值观处于末端依附地位。

从法官适用的思维顺序来看，当适用量刑规范、基本原则之后量刑与核心价值观明显不相符时，会引起否定性社会性评价。社会性评价不等同于社会舆论，社会舆论是民意的表达，而社会性评价是从国家、社会、个人三个层面作出的符合核心价值观的评价。当从形式上适用核心价值观不符合社会性评价时，就应当考虑从法官适用的思维，将核心价值观上升到超越量刑规范、量刑原则的指引地位，融入量刑规范之中进行量刑指引。

（二）从泛化到深入：二阶化说理结构

核心价值观融入量刑说理,应当将核心价值观嵌入量刑情节之中,从整体嵌入核心价值观到结合案件事实、量刑情节分析价值观的具体内涵,再从具体内涵出发与其他量刑情节进行价值平衡,最终达到整体上的有机统一。

一阶泛化说理是指说理不深入,未具体结合案件事实、量刑情节而展开。如案例四,提到“为自觉践行社会主义核心价值观”,却没有描述核心价值观的哪个具体价值与该案例中的什么事实、何种量刑情节能够结合进行评价。二阶深度说理要充分挖掘案件事实、量刑情节与具体核心价值观的相适配程度,以及同向纵深说理、逆向价值判断选择。如案例五,一阶说理为被告人违背和谐、友善的价值观,故意伤害他人;二阶说理为被害人的过错导致被告人对被害人的加害行为,但当被害人被控制之后,被告人仍然对被害人实施殴打行为,此时被告人违背核心价值观与被害人过错分别是对被告人不利和有利,系逆向张力。被害人过错是否足以影响对被告人量刑的价值判断,应以核心价值观为指引,以被害人过错的酌定量刑情节对被告人从轻处罚。

(三) 从限制到开放:循环化说理逻辑

“传统三段论逻辑的限制,使得法官的裁判思维局限于逻辑性,其以严格的涵摄模式为逻辑形式,侧重于发现大小前提之间的联系。”^①刑事法官基于涵摄模式,提取量刑情节之时,拘泥于“大前提→小前提→结论”的简单推理过程,如大前提T:具有某种量刑情节的被告人可以从轻或减轻处罚→小前提S:本案被告人具有某种情节→结论R:适用从轻或减轻处罚。

涵摄模式适用于案件事实简单,且量刑情节单一,无同向、逆向的量刑情节需要进行平衡的案件。但是,如果被告人有多种法定、酌定量刑情节,且量刑情节存在同向合力或逆向张力之时,简单的涵摄推理满足不了法官对于疑难案件的基本需求,此时应当进行开放式循环说理。第一,大前提之下进行第一次循环:深入挖掘量刑情节及其体现的具体价值,各量刑情节之间张力如何,循环而限于大前提之下的量刑情节;第二,在小前提之下进行第二次循环,忌简单下结论,应利用核心价值观对多维价值进行判断,反复循环论证;第三,选择裁判理由进行第三次循环,适用从轻、从重法律评价时详细论述选择该价值评价的理由。

(四) 从抽象到具体:类型化说理模式

核心价值观融入量刑说理,应当将价值观运用文义解释方法进行价值论证的具

^① 雷磊:《为涵摄模式辩护》,载《中外法学》2016年第5期。



体化,对被告人量刑的情节依据刑事法律规范进行评价,并结合案件事实、量刑情节进行从抽象到具体的转化,将核心价值观恰当、合目的地置于依法量刑的大前提之下。案例一三四都忘记了核心价值观说理的大前提——在法律框架内,在法律框架内核心价值观融入量刑说理体现在量刑档次的选择和量刑幅度的甄别两方面。

一是法定量刑轻评价情节,表现为可以或者应当从轻、减轻、免除处罚。从轻是量刑档次内情节,减轻、免除是超越量刑档次情节。具体选择哪一个轻评价情节,取决于核心价值观之价值判断与选择。如防卫过当的轻评价情节对应减轻与免除两个量刑档次,法官如果认定被害人无理纠缠、言行侮辱的严重行为违背了核心价值观,被告人因为被害人的侮辱行为从而实施了防卫过当的伤害行为,法官选择了防卫过当量刑档次中的免于刑事处罚。二是法定量刑重评价情节、酌定量刑轻重评价情节,分别表现为量刑档次内应当从重处罚及量刑档次内酌情从轻、从重处罚。如案例五,被告人唐某 1、唐某 2 构成故意伤害罪,致一人轻伤,应判处三年以下有期徒刑或拘役、管制。法官从和谐、友善的价值观出发,认定被害人有过错,从根本上化解矛盾促成双方调解,将两个酌定量刑情节融入核心价值观判断,最终选择拘役刑并适用了缓刑。

从说理位序、结构、逻辑、模式方面搭建核心价值观融入量刑说理的规范化模型,使核心价值观融入量刑说理具有规范性。

五、社会主义核心价值观融入量刑说理的二阶六步法： 从平面静态融入动态循环解释

核心价值观融入量刑说理,从微观视角创设融入的具体方法——二阶六步法(见图 1)。目前量刑说理一般包括法定刑、量刑情节、量刑情节对量刑的评价影响和宣

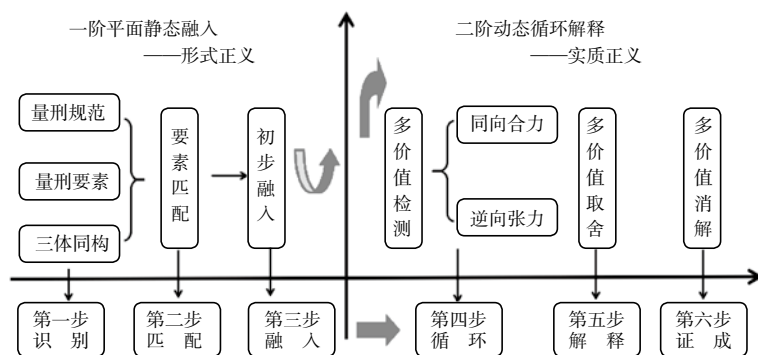


图 1 二阶动态循环解释图

告刑四部分。^①有学者称缺少各部分具体量刑程度和刑罚的说理。^②本文在量刑情节和评价影响之间加入核心价值观融入量刑说理环节,并进行“形式论证和实质论证的共振”^③,将核心价值观从平面静态融入动态循环解释,用价值思维判断来平衡个案正义与社会正义,为法律上的价值判断提供一种规范标准。

(一) 一阶第一步:从提取情节到三体同构

法官适用核心价值观融入量刑说理第一步是识别需要融入的案件类型,并在预判、庭审、裁判过程中全面提取量刑情节。

1. 从标识上分层典型案件

法官识别的途径有多主体阶段式联动识别——立案、合议庭、院庭长识别等,^④但最重要的是法官的识别。

承办法官识别几类应当融入核心价值观说理的热点案件类型,一方面审查是否属于既定的案件类型,另一方面审查是否有敏感量刑情节(防卫、被害人过错等)(见表1)。如李昌奎案是由婚恋矛盾引发的故意杀人、强奸案件,三个重要量刑情节——犯罪后果、犯罪行为轻重与自首,将是本案核心价值观发挥指引价值融入的量刑情节。

表1 法官识别融入的案件类型与情节

案件类型	主要范围解读	主要涉及罪名	融入主要情节识别
家庭民间类	a1 杀妻类 a2 婚恋矛盾 a3 亲属间 a4 邻里纠纷 a5 侵犯儿童权益类	b1 故意杀人 b2 故意伤害 b3 重婚 b4 强奸 b5 遗弃	c1 被害人过错 c2 犯罪起因、后果 c3 犯罪行为轻重 c4 赔偿谅解 c5 自首、坦白
弱势群体类	a1 针对老人 a2 针对农民工 a3 针对妇女儿童	b1 养老诈骗 b2 恶意欠薪 b3 强奸、猥亵	c1 犯罪后果 c2 犯罪行为轻重 c3 赔偿谅解
犯罪主体类	a1 未成年人犯罪 a2 精神病人犯罪 a3 累犯、前科	b1 未成年人、精神病人、累犯等人实施的各种犯罪	c1 未成年 c2 精神疾病 c3 累犯前科
社会现象类	a1 涉疫情 a2 公共场所占座排队等 a3 高空抛物 a4 追讨债务、高利贷 a5 侮辱英烈	b1 寻衅滋事 b2 高空抛物 b3 非法拘禁 b4 故意伤害 b5 侵害英烈名誉	c1 赔偿谅解 c2 防卫 c3 犯罪行为轻重

① 参见江璐伊、刘树德:《量刑说理中类案运用的审思与规制》,载《法律适用》2022年第1期。

② 参见周光权:《量刑的实践及其未来走向》,载《中外法学》2020年第5期。

③ 张继成:《法律推理模式的理性构建》,载《中山大学学报(社会科学版)》2003年增刊。

④ 参见刘文娟:《社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理之识别程序构建》,载《山东法官培训学院学报》2022年第1期。



续表

案件类型	主要范围解读	主要涉及罪名	融入主要情节识别
民生环境类	a1 非法集资类 a2 黑社会、恶势力类 a3 生态环境	b1 集资诈骗 b2 非法吸收公众存款 b3 黑社会性质组织 b4 污染环境	c1 犯罪行为轻重 c2 赔偿谅解 c3 犯罪后果
网络犯罪类	a1 电信类上下游犯罪 a2 网络类各种犯罪	b1 网络诈骗、赌博 b2 帮信犯罪 b3 掩饰隐瞒犯罪所得	c1 犯罪行为轻重 c2 犯罪后果

2. 从内容上全面提取量刑情节

全面提取量刑情节，是提炼事实与量刑规则的关联集合。以于欢故意伤害案为例，一方面，把控案件表层反映出的基本事实与基本规则，即初步识别故意伤害事实、被害人过错及二者对应的基本量刑关系；另一方面，深挖案件隐含的多元事实与多价值及二者对应的量刑关系。在故意伤害基本事实之下，隐藏着因被害人侮辱、殴打、限制自由等过错行为而导致被告人的防卫过当行为，被害人的生命价值和被告人的人格价值相互交织，将基本量刑情节分为两类，一类包括案件起因、案件过程、犯罪原因、犯罪结果等；另一类包括双方当事人地位是否悬殊、是否有殴打侮辱行为、是否有过错等，最终将上述量刑情节联结成一个整体进行评价。

3. 从空间上运行三体同构体系

法官根据《意见》，将核心价值观案由、庭审控辩双方焦点、裁判文书串联起来，使得预先判断、庭审焦点、裁判文书在识别核心价值观方面达到同频共振。第一，预判方面，对涉及核心价值观案由进行深入研判，看是否可能引起社会性评价或社会广泛关注度。如于欢案，预判案中辱母情节，如果置之不理可能引发社会舆论。第二，庭审可以围绕核心价值观蕴含的价值焦点进行法庭调查和辩论，如于欢案中对辱母行为能否进行正当防卫。第三，裁判文书必须回应性说理，根据庭审举证、质证、法庭辩论等情况，结合核心价值观重点说明裁判事实认定、量刑情节和量刑适用的过程和理由。可见，核心价值观融入量刑说理不是孤立地在判决中泛化说理，而是对可能要适用核心价值观说理的案件从庭前预判、庭中调查辩论、庭后分析论证三方面进行整体融入。

（二）一阶第二步：从初步解释到情节匹配

在核心价值观思维下，法官通过提取量刑情节，并历经三体同构程序，进行初步法律解释，将核心价值观与量刑情节进行匹配，初步确定核心价值观要融入的量刑情节。

1. 厘清量刑情节的层级

法官在提取量刑情节之后,内心会形成一个虽然不确定但基本思路已成型的初步判断,那么接下来需确定哪个量刑情节与核心价值观进行结合。首先应当对量刑情节进行分级,根据对刑罚影响程度分为两类,一类是犯罪行为内部的情节,如案件起因、经过、结果及被告人具体犯罪行为的轻重程度;另一类是犯罪行为外部的情节,如被害人过错、防卫行为、未成年、赔偿谅解、累犯等。

2. 匹配靶心量刑情节

靶心量刑情节对被告人罪与非罪、量刑档次、量刑幅度产生重大影响。以于欢案为例,逐一筛选两类量刑情节,第一类情节未显示出可能融入核心价值观的敏感情节,第二类表面上属于酌定量刑情节,但如果被害人过错引发被告人的防卫行为,可能上升为实质上的影响量刑档次的情节,据此确定靶心量刑情节为被害人辱母的过错行为导致被告人的故意伤害行为是否构成防卫行为。被害人过错的量刑情节可能涉及防卫行为的法律适用问题,因为本案被害人拘禁、殴打、辱母等过错行为严重背离文明、和谐的核心价值观,是否认定防卫行为将对被告人量刑产生实质性影响。

(三) 一阶第三步:从初步融入到形式正义

匹配靶心量刑情节之后,要将核心价值观初步融入量刑之中,运用法律裁判思维,以实现形式正义。

三段论是量刑说理的基本思维方式,从具体量刑规范中运用逻辑三段论得出适用核心价值观的一阶结论。涵摄逻辑三段论应当以核心价值观为指引,此时初入指引的结论是待确定的。比如,对于故意杀人案且自首的被告人是否判处死刑,大前提是死刑适用于罪行极其严重的被告人且量刑符合核心价值观,小前提是被告人具有自首情节但其杀人行为是否不足以从轻处罚,结论对被告人判处死刑符合核心价值观。

初步融入核心价值观的结论是待确定的,是法官建立在对基本案件事实的把控及审判经验之上而形成的形式上具有合法性、合理性、正当性的结论。这是法律形式正义思维方式,是审判实践中的规则形式主义,立足于对规则价值的信奉,将规则适用于案件事实进行演绎推理。^①此时,核心价值观与量刑规则结合,运用三段论进行演绎适用从平面静态层面实现了形式正义。至此,一阶说理已经完成。

^① 参见[美]布赖恩·Z.塔玛纳哈:《法律工具主义:对法治的危害》,陈虎、杨洁译,北京大学出版社2016年版,第71页。



（四）二阶第四步：从多价值检测到循环衡量

核心价值观融入量刑说理进入二阶，由形式正义向实质正义迈进，首先要对形式正义的涵摄逻辑三段论进行循环价值衡量，量刑的价值选择不同，量刑结果自然不同。

1. 运用法律现实主义思维进行多价值检测

社会主义核心价值观融入释法说理，体现了价值判断在裁判形成中的发现、检测、证成三方面。^①与法律形式正义裁判思维相对应的是法律现实主义裁判思维，认为法律规则不能单独作为裁判的依据，而是以预测为目的进行检验，对裁判进行审慎预测。以于欢案涵摄逻辑为例，分析对于欢判处十年以上有期徒刑是否符合核心价值观。其一，如果于欢基于被害人过错行为的故意伤害不构成正当防卫，一审判处无期徒刑没有明显不当；其二，如果于欢基于被害人过错行为的故意伤害构成正当防卫，显然应当在十年量刑档次之下量刑。本案包括三方面价值：量刑规则的严谨价值、人身自由与人格尊严的价值、不能亵渎人伦的社会性价值，对三价值在核心价值观指引之下进行多价值检测，于欢基于被害人辱母的人格尊严之下实施的故意伤害行为应当认定为防卫行为，也符合社会性价值理念。

2. 运用客观标准对多价值进行循环衡量

法官依据客观标准对多价值进行循环衡量。首先，运用文义解释和体系解释解读量刑规则标准，任何价值判断抛却了量刑规则都是不合法的；其次，运用历史解释解读刑事政策代表一定历史阶段的社会性评价，虽然少杀慎杀是基本刑事政策，尤其在有法定从轻、减轻处罚的量刑情节之下，看似判处死缓比较适宜，但忽视了死刑适用于罪大恶极被告人的必要性；再次，目的解释要符合社会评价性标准，刑罚的目的均应代表社会大众的一般正向性评价；最后，运用目的解释、体系解释预测案件判后效果，法官根据其经验对要权衡的多价值进行判前评估，预测死缓的宣判后果是否可能引起否定性社会评价。

（五）二阶第五步：从多价值取舍到循环解释

法官对多价值循环衡量之后，就需对多价值进行取舍，选择符合核心价值观理念的价值，并对该价值融入量刑进行循环解释说理。

1. 多价值取舍：同向合力与逆向张力

如果使用文义、体系、历史和目的解释方法之后形成同一指向，那么这种指向

^① 参见陈增宝：《将社会主义核心价值观融入刑事裁判文书说理：以正确答案的发现与证明为脉络的考察》，载《人民法院报》2021年3月19日，第5版。

就是有效的解释结论；如果形成不同指向，则需要进行权衡。^①同向合力指量刑情节为同方向价值，如被告人的量刑情节有累犯、前科、主犯等从重情节，此时所有量刑情节均朝同一方向发展；不同指向则形成逆向张力，指量刑情节为反方向价值，如被告人同时具有累犯、前科等从重情节与自首、立功、赔偿等从轻情节，双方形成牵引张力。实践中很多判决对量刑情节进行杂糅表述，同向情节之间没有明确程度差别，未区分比较其在确定刑罚中的作用；逆向情节之间没有明确作用力度的差别。^②

当量刑情节形成同向合力之时，如案例五中被告人具有认罪认罚、主动赔偿被害人等法定、酌定从轻处罚的量刑情节，判决要进行正向引导，在对被告人定罪的基础之上，挖掘核心价值观中的和谐价值。在综合考量被告人所具有的从轻量刑情节之时，融入和谐价值观，对被告人作出符合社会评价的从轻量刑。当量刑情节形成逆向张力之时，如于欢案中被害人有拘禁、侮辱、殴打等过错行为，直接引发被告人于欢的伤害行为，构成防卫过当，被害人过错和防卫过当作为从轻作用力与量刑作用力交织形成逆向张力。此时，法官按照客观标准进行权衡之后以符合核心价值观理念为原则对上述多价值进行取舍，被害人侮辱行为对量刑的影响显然更符合社会性评价，此时法官就会按照从轻作用力选择防卫过当并对于欢减轻处罚。

2. 循环解释：多元价值之下的解释逻辑

“量刑设计不是一项纯粹逻辑，经验的比较与判断，更是一项科学的统计分析。”^③上述价值取舍的过程落实到判决中就是解释说理的过程，当多价值对量刑产生绝对性影响之时，尤其是逆向张力混杂情形之下，需要根据核心价值观对量刑情节逐一进行解释及价值排序，即对量刑情节进行规范化量刑计算之时选择符合核心价值观的量刑幅度，使量刑事实与量刑情节达到符合核心价值观的最佳匹配。

第一，量刑起点的循环解释。基于量刑规则的严谨价值，在于欢案中，于欢故意伤害致一死三伤应当以十年有期徒刑为量刑起点，但是仅确定十年的量刑起点是远远不够的，应当进行第一次思维的循环解释，即确定该案属于表1六大类中社会现象范畴，被害人过错引发防卫行为的敏感量刑情节。

第二，基准刑的循环确定。在于欢案中，被害人过错属于酌定量刑情节，但该酌定量刑情节因引发被告人故意伤害而上升为法定量刑情节的防卫过当行为，法官

① 参见〔德〕罗尔夫·旺克：《法律解释》，蒋毅、季红明译，北京大学出版社2020年版，第127页。

② 参见王丽枫、韩锋：《量刑说理指引模式的理性构建》，载《人民司法·应用》2019年第7期。

③ 江璐伊、刘树德：《量刑说理中类案运用的审思与规制》，载《法律适用》2022年第1期。



决定适用核心价值观理念并以被害人辱母情节为过错认定于欢防卫过当，并选择三至十年的量刑档次，根据一死三伤的严重后果应判处有期徒刑十五年。

第三，宣告刑的循环计算。对量刑情节进行价值排序，并进行计算。防卫过当关涉本案主流价值，考虑到本案的严重后果，选择减轻幅度 40% ~ 50%；被害人有多处过错行为，且因为过错行为对构成防卫过当起了一定的作用，因此选择减轻幅度 10% ~ 20%；最后，根据被告人的认罪态度可以减轻幅度 10% ~ 15%。综合以上情节，法官作出宣告刑为有期徒刑五年。

（六）二阶第六步：从多元价值的抉择到实质正义

法官在对多价值进行选择并解释之后，选择符合核心价值观理念的价值将成为主导价值，对被告人量刑起决定性作用。如犯故意杀人罪的被告人罪大恶极而被判处死刑，自首的价值逐渐消解，为死刑的选择让步；对被害人实施的故意伤害行为被认定为防卫过当，则直接在法定刑以下档次减轻量刑。概言之，将核心价值观融入量刑说理的过程，就是追求实质正义的过程。

结 语

社会主义核心价值观融入重点类型案件的量刑说理，按照二阶六步法的具体规则与裁判思维进行动态、有效融入，是对《意见》的规则细化与实践探索，凸显法律解释方法在法官运用核心价值观说理过程中的重要功能。未来备受社会关注的和于欢案类似的敏感刑事案件仍有可能出现，如果仅仅按照表面的量刑情节进行量刑，而不适用社会主义核心价值观对案件背后的诱因进行法律评价，将不利于量刑均衡，可能引发社会舆论。因此，社会主义核心价值观融入重点类型案件的量刑说理，有利于实现对被告人量刑的实质正义。

（责任编辑：王文斌）

刑民正当防卫限度及司法适用问题研究

王 玮 孙 健*

内容摘要：刑民正当防卫限度因1997年《刑法》的修改出现了规范条文表述不一致，导致司法适用的不统一。基于“不法侵害越强，正当防卫限度越宽；不法侵害越弱，正当防卫限度越严”的理念，刑法正当防卫限度规范适用于防卫严重违法接近犯罪或已经构成犯罪的行为，其防卫限度要宽。相较于刑法正当防卫限度规范，民法正当防卫限度规范更多地适用于平等主体之间轻微不法侵害行为的防卫，而对于防卫这些危害人身权利等较轻微的不法侵害，立法精神要求适用较为和缓且造成较小损害的防卫行为。因此，民法正当防卫限度条件较刑法限度条件更严格，防卫人的防卫行为超过限度构成防卫过当的可能性更大，以此防止平等主体之间滥用防卫权。

关键词：正当防卫；刑民正当防卫限度；司法适用

一、问题的提出

刑民正当防卫限度，是指刑法和民法所规定的正当防卫的限度条件，也是正当防卫与防卫过当的界限标准。1979年《刑法》第17条第2款规定了正当防卫的限度条件：“正当防卫超过必要限度造成不应有的危害的，应当负刑事责任。”《民法通则》第128条规定：“因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。正当防卫超过必要的限度，造成不应有的损害的，应当承担适当的民事责任。”《民法通则》规定了与1979年《刑法》基本相同的正当防卫限度条件。此时，刑法学者与民法学者对正当防卫限度条件或者界限标准的认识是相同的。1997年《刑法》第20条第2款将正当防卫限度条件修改为“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任”，同时增加第3

* 王玮，山东省高级人民法院审判委员会原委员（原一级高级法官）、法学博士。孙健，山东省沂源县人民检察院检察长。



款规定,即“对于正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪,采取防卫行为,造成不法侵害人伤亡的,不属于防卫过当,不负刑事责任”。这一修改,使得《刑法》正当防卫限度条件与《民法通则》规定出现了不一致,引发学界对民法与刑法正当防卫的探讨。

《侵权责任法》第 30 条基本承继了《民法通则》有关正当防卫及防卫过当民事责任的规定内容,这进一步引起学界对正当防卫限度在民法和刑法规定上不一致的关注,并提出民刑正当防卫限度条件二元立法模式的理论观点。之后,又有人对民刑正当防卫限度条件的二元立法模式提出怀疑。《民法总则》第 181 条对于正当防卫和防卫过当的民事责任问题的规定,完全来自之前的《侵权责任法》第 30 条规定内容。《民法典》第 181 条规定了正当防卫和防卫过当及其民事责任,其法条内容与《侵权责任法》和《民法总则》规定一致,没有作出任何修改。在《民法总则》通过之后、《民法典》修改和通过前后,持不同观点的学者针对民刑正当防卫限度条件的一元论立法模式和二元立法模式展开了针锋相对的争论,最终没有形成共识。

对于上述认识分歧,司法机关并未给予足够的关注。无论是刑事还是民事司法解释,都是从各自的角度阐释正当防卫的限度条件,而没有对理论上争议的两者关系作出明确界定。在司法实践中,有些案件回避了这个问题,有些案件在刑事处理中确认了正当防卫的性质,但在民事方面则确认了正当防卫应承担适当的民事责任。理论上的分歧和实务中的不同做法,在一定程度上影响了正当防卫制度积极作用的发挥,也损害了司法的权威性。因此,从司法适用的角度对争议理论给司法实践带来的问题进行深入剖析,并构建一个刑民统一适用的正当防卫限度标准体系,在理论和司法实践中形成科学且可操作的观点具有现实意义。

二、刑民正当防卫限度的现行规范及适用问题

我国正当防卫制度是由刑法和民法两类基本法分别规定的,对于该项制度在刑事司法或民事司法中的具体适用问题,则由司法解释分别予以阐释。随着《刑法》的修改,出现了刑民正当防卫限度条件规范内容的变化和不统一,且司法解释至今尚未回应这一变化,这也是学界对刑民正当防卫限度产生二元论和一元论不同解读的重要缘由。

(一) 刑法中的正当防卫限度

《刑法》第 20 条第 1 款规定了一般防卫的内容,包括适用的条件和法律后果。正当防卫适用的条件是“为了国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害,而采取的制止不法侵害的行为,对不法侵害人造成损害的”,其法律后果是“属于正当防卫,不负刑事责任”。第 2 款规定了防卫过当的内容,包

括正当防卫限度和超过限度的法律后果。前者规定“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的”属于防卫过当；后者规定防卫过当“应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚”。第3款规定了特殊防卫的内容，包括适用的条件及其法律后果。前者是指“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的”；后者是指这些特殊防卫行为“不属于防卫过当，不负刑事责任”。

为了确保司法实践中的准确适用，最高人民法院和最高人民检察院通过发布指导案例，以及多部门联合发布司法解释的方法对刑法正当防卫制度的司法适用进行了阐释。其中，涉及正当防卫限度的司法解释主要有最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》（以下简称《家暴犯罪案件意见》）和最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》（以下简称《正当防卫指导意见》）。《家暴犯罪案件意见》第19条规定，认定防卫行为是否“明显超过必要限度”，应当以足以制止并使防卫人免受家庭暴力不法侵害的需要为标准，根据施暴人正在实施家庭暴力的严重程度、手段残忍程度，防卫人所处的环境、面临的危险程度、采取的制止暴力的手段、造成施暴人重大损害的程度，以及既往家庭暴力的严重程度等进行综合判断。《正当防卫指导意见》从四个方面对正当防卫的具体适用进行了界定，其中三个方面是有关正当防卫限度条件的把握内容。其一，第11项明确规定正当防卫与防卫过当的界限，即认定防卫过当应当同时具备“明显超过必要限度”和“造成重大损害”两个条件，缺一不可。其二，第12项是如何准确认定防卫“明显超过必要限度”，也就是应当综合考虑不法侵害的性质、手段、强度、危害程度和防卫的时机、手段、强度、损害后果等情节，考虑双方力量对比，立足防卫人防卫时所处情境，结合社会公众的一般认知作出判断；对于防卫行为与不法侵害相差悬殊、明显过激的，应当认定防卫明显超过必要限度。其三，第13项规定“造成重大损害”是指造成不法侵害人重伤、死亡的情形，而造成轻伤及以下损害的，不属于重大损害；同时，强调防卫行为虽然明显超过必要限度但没有造成重大损害的，不应当认定为防卫过当。

（二）民法中的正当防卫限度

《民法典》第181条分两款规定了正当防卫制度，第1款规定，因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。通过这一规定可见，我国民法只是规定了正当防卫的概念，而对于正当防卫的适用条件并没有详细的规范内容。以往的司法实践和民法理论研究通常是参照刑法有关正当防卫的条件来明确民事正当防卫的适用条件，并且已经形成



较为成熟的做法。^①对于正当防卫的法律后果,该款规定不承担民事责任。该条第2款规定了防卫过当及其责任承担,即正当防卫超过必要的限度、造成不应有的损害的,正当防卫人应当承担适当的民事责任。由此可知,民法正当防卫的限度,是指符合正当防卫其他条件(不包括限度条件)但超过必要限度、造成不应有的损害的。防卫过当的法律后果,是防卫人对于超过必要限度而造成不应有的损害承担适当的民事责任。因为根据民法理论防卫过当本身已经构成侵权行为,防卫人不得以正当防卫为理由而要求免除责任。^②

为了更好地贯彻实施《民法典》,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》(以下简称《民法典总则编解释》)在总结司法实践和理论研究的基础上,进一步规范了民法正当防卫的条件内容,规定了防卫过当的判断方法以及正当防卫和防卫过当的法律后果等。一是规范了正当防卫的条件。《民法典总则编解释》第30条规定,为了使国家利益、社会公共利益、本人或者他人的人身权利、财产权利以及其他合法权益免受正在进行的不法侵害,而针对实施侵害行为的人采取的制止不法侵害的行为,应当认定为《民法典》第181条规定的正当防卫。显然,《民法典总则编解释》对于民法正当防卫条件的规范,除了语句表述有所不同之外,其他实质条件完全等同于刑法正当防卫的条件。二是规定了防卫过当的判断方法。《民法典总则编解释》第31条第1款要求,对于正当防卫是否超过必要的限度,人民法院应当综合不法侵害的性质、手段、强度、危害程度和防卫的时机、手段、强度、损害后果等因素判断。三是规定了正当防卫及防卫过当的法律后果。《民法典总则编解释》第31条第2款规定,正当防卫没有超过必要限度的,人民法院应当认定正当防卫人不承担责任;正当防卫超过必要限度的,人民法院应当认定正当防卫人在造成不应有的损害范围内承担部分责任。同时,强调实施侵害行为的人请求正当防卫人承担全部责任的,人民法院不予支持。而且,要求实施侵害行为的人如果不能证明防卫行为造成不应有的损害,仅以正当防卫人采取的反击方式和强度与不法侵害不相当为由主张防卫过当的,人民法院不予支持。

(三) 刑民正当防卫限度的司法适用问题

如前所述,经过《刑法》的修改,我国刑民正当防卫限度的规范内容出现了不一致的地方。刑法正当防卫限度从过去与民法相同的表述,即“超过必要限度,造成不应有的损害”,修改为“明显超过必要限度且造成重大损害”,而民法仍然保持原来与修改前刑法相同的表述。法律对正当防卫限度的不同表述,必然影响司法适用的效果,

① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第910页。

② 参见王利明、周友军、高圣平:《中国侵权责任法教程》,人民法院出版社2010年版,第286页。

实践中出现了一些相互矛盾的裁判结果。

其一，对刑事司法的影响。正当防卫案件的刑事法律适用，主要是解决防卫人的行为是否构成正当防卫或者防卫过当，从而决定防卫人罪与非罪，以及是否承担刑事责任或者减免刑事责任等罪责问题。正当防卫的限度恰恰是连接正当防卫与防卫过当、承担刑事责任与减免刑事责任的关键点。正当防卫限度以内的防卫行为，就应当认定防卫人的行为无罪且不承担刑事责任；超过正当防卫限度的防卫行为，则应当适用《刑法》防卫过当规范，认定防卫人的行为构成犯罪并承担刑事责任，酌情进行减轻或者免除处罚。《刑法》及司法解释和司法机关发布的典型案例，对于正当防卫限度的规范和阐释，为司法实践提供了适用依据，促进了正当防卫制度功能的实现。但是，刑事诉讼过程中正当防卫及防卫过当案件的处理，不仅是罪责问题的解决，还会涉及防卫人给不法侵害人造成的损害如何处理的问题。这就涉及不法侵害人的民事权益是否受到法律保护的问题，也就是说，《刑法》肯定的正当防卫行为不承担刑事责任时，防卫人是否要对其给不法侵害人造成的损害承担民事责任。对于防卫过当行为，由于防卫人的行为符合犯罪构成要件从而构成犯罪，对其给不法侵害人造成的损害，可以在确定其刑事责任减轻或免除的同时，适用《刑法》第36条第1款的规定，即“由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失”。但是，对于正当防卫行为给不法侵害人造成的经济损失，由于正当防卫行为人的行为不符合犯罪特征，不能适用《刑法》第36条第1款的规定来确定是否赔偿经济损失。对此，涉及民事权利和义务的确定，需要适用民事法律的相关规范来判断。同时，根据相关司法解释的规定，确定经济损失赔偿问题在刑事诉讼过程中要适用附带民事诉讼来解决，^①而刑事法律及相关司法解释并没有对如何适用民事法律及其司法解释来解决刑事正当防卫给不法侵害人造成经济损失是否赔偿进行规范。依据《刑法》有关正当防卫的规定，不仅不能认定正当防卫为过错行为，而且该正当防卫行为还是《刑法》所肯定的公民行使自卫权利的正义行为，且对防卫行为的限度条件，刑事法律规定了不同于民事规范的内容。如果适用民事法律的限度条件来判断某防卫行为，可能会出现不同的结论，导致出现刑事确定为正当防卫而民事确定为侵权行为的矛盾局面。对此，刑事法律及相关司法解释均没有给出解决方案。

其二，对民事司法的影响。正当防卫制度的民事法律适用，主要涉及防卫人的行为是否构成侵权、是否应当承担民事责任以及承担民事责任的份额大小等问题。《民法典》及《民法典总则编解释》的规定，已经使得民事正当防卫制度更加完善全面。

^①《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》（法释〔2021〕1号）第201条规定：“人民法院审理附带民事诉讼案件，除刑法、刑事诉讼法以及刑事司法解释已有规定的以外，适用民事法律的有关规定。”



但民事法规范如何评价刑事法规范确认的正当防卫行为并不明确。《刑法》修改之前,刑事法规范与民事法规范对于正当防卫限度条件的规定是相同的,1997 年《刑法》修改了正当防卫限度条件,而几部民事法律继续沿用与 1979 年《刑法》相同的正当防卫限度条件,其立法意图既没有相关的立法解释,也没有权威的理论共识。这导致了理论和实践对于刑民正当防卫限度理解和适用的混乱。从法律规范文义表述上看,民法正当防卫限度“超过必要限度,造成不应有损害的”,较刑法正当防卫限度“明显超过必要限度,造成重大损害的”,其限度条件标准要低一些。司法实践中,就会出现超过民法正当防卫限度条件而成立民法确定的防卫过当侵权行为,但没有超过刑法正当防卫限度条件而成立刑法肯定的正当防卫合法行为的现象。如何解决这一冲突,民事法律和司法解释没有明确的适用规则。

三、二元论和一元论在司法适用中的问题

因刑法正当防卫限度规范的修改导致司法适用中出现的问题,对于其中的关系,学界存在刑民正当防卫限度一元论和二元论。两种观点都认为因刑法、民法对正当防卫限度规范的不同表述引起了刑民法律适用的乱象,并从不同的理论和实践基础出发探究解决的方法。然而,两种观点都存在值得探讨的地方。

(一) 二元论及其存在的问题

所谓二元论,意指刑民正当防卫限度各有其标准。具体而言,刑民正当防卫限度具有不同的规范内容,刑法正当防卫限度适用于刑事责任的判断,而民法正当防卫限度适用于民事责任的判断,各自拥有自己的适用领域,相互独立。其认为刑法防卫过当是明显超过必要限度、造成重大损害的防卫行为,而民法防卫过当是指超过必要限度造成了不应有损害的防卫行为。其一,符合刑法正当防卫限度要求的防卫行为必然符合民法上正当防卫的成立条件,行为人既不承担刑事责任,也不承担民事责任;其二,防卫人的行为超过必要限度造成了不应有的损害,但并未明显超过必要限度造成重大损害,成立民法防卫过当的侵权行为,应承担民事责任,并未构成刑法防卫过当的犯罪,不应承担刑事责任;其三,防卫人的行为明显超过必要限度,造成重大损害,既不能成立刑法的正当防卫,也不成立民法的正当防卫,既要承担刑事责任,还要承担民事责任。^①此后,随着《侵权责任法》《民法总则》和《民法典》相继实施,民法正当防卫限度始终没有变化,持二元论观点的文章不断出现,论证也越来越具有针对性和系统性,但其所持有的基本观点大致相同。^②二元论看到了刑法、民法规范对于正当

^① 参见王洪芳:《正当防卫在民、刑法上的构成条件比较》,载《乐山师范学院学报》2003 年第 5 期。

^② 参见陈兴良:《正当防卫:以刑民比较为视角的规范诠释》,载《交大法学》2022 年第 5 期。

防卫制度规定的不统一之处，但其观点在司法适用中存在局限。

其一，刑法肯定的正当防卫行为被民法确定为防卫过当行为或违法行为，违反了法秩序统一原则。二元论有关刑民正当防卫限度相互关系的三种具体形态中，第一种形态为刑法、民法均认为系正当防卫的，第三种形态为刑法、民法均认为不构成正当防卫的，这两种形态在司法实践中的适用没有争议。存在问题的是第二种形态，即超过民法正当防卫限度尚未超出刑法正当防卫限度的行为，根据二元论观点应当判断为民事防卫过当但刑事正当防卫，同时要承担适当的侵权民事责任，而不承担刑事责任。如果仅仅根据《刑法》第20条第1款、第3款正当防卫的规定不负刑事责任，和《民法典》第181条第1款正当防卫的规定不承担民事责任的内容看，二元论对此的解读是有规范基础的。可是，这种解读忽视了《刑法》将该防卫行为确定为维护国家、公共利益、本人或者他人合法权益的正当行为，某种意义上是一种超法规的制度安排，所以它的核心应该落脚在正当性。这个正当性，某种意义上可以说是由自然法，或者说由某种非常抽象的公平正义来代表，而不仅仅是在实在法或人定法的层面来评判。^①既然《刑法》确定了正当防卫行为具有正当性，是由公平正义来代表的，民法就没有理由将其评判为违法的侵权行为。也正如一元论学者所批评的那样，这种做法违反了法秩序统一原则，与国家提倡的见义勇为鼓励政策相悖。^②

其二，不利于鼓励正当防卫权的行使。有学者认为，正当防卫是赋权事由。所谓赋权事由，即法律在特定情形下赋予行为人以侵犯他人法益的权利，从而使得该行为及其造成的结果均能获得法律秩序的肯定性评价。赋权事由已经触及了权利义务范围的问题，已经对公民之间的法律关系产生了重大的影响。所以，赋权事由应植根于宪法为基础的整体法秩序，其效力遍及民法、刑法等各个部门法。^③对于正当防卫的权利属性，相关司法解释也予以了肯定，《正当防卫指导意见》明确规定“正当防卫是法律赋予公民的权利”，而且，适用正当防卫制度的司法解释制定的首要目的，就是要维护公民的正当防卫权利，坚决捍卫“法不能向不法让步”的法治精神。既然鼓励公民行使正当防卫权，却在法律适用上以民事违法来否定刑事正当防卫行为，显然不符合司法精神的要求。

（二）一元论及其存在的问题

所谓刑民正当防卫限度一元论，意指刑法、民法正当防卫限度条件为一个标准。具体又可以分为民法从属型一元论和刑法从属型一元论。一元论是在批评二元论过程中产生的。有学者从理论和实务两个层面论证了二元论存在的问题，并提出民刑法中

① 参见卢建平：《刑事政策视野中的正当防卫》，载最高人民法院第一检察厅编著：《最高人民法院第十二批指导性案例适用指引——正当防卫》，中国检察出版社2019年版，第147页。

② 参见王昭武：《法秩序统一性视野下违法判断的相对性》，载《中外法学》2015年第1期。

③ 陈璇：《紧急权：体系建构与基本原理》，北京大学出版社2021年版，第89页。



的防卫过当应当坚持一元论，这就是学者后来归纳的刑法从属型一元论。^①随着《民法总则》的颁布实施，《民法典》的起草、讨论和通过，民法正当防卫限度与刑法规范标准不一致的情况仍然继续，又有学者提出民法从属型一元论观点，^②尽管受到一些二元论学者的反对，^③但是到目前为止仍有学者支持此观点并对之予以深化，^④而一元论也没有解决刑法正当防卫限度规范在司法适用过程中的矛盾。

其一，刑法从属型一元论降低了刑法正当防卫限度标准。所谓刑法从属型一元论，是刑法有关正当防卫限度标准与民法规范是一致的，刑法规定为注意规定，民法规定为基本规定。具体而言，就是民法防卫过当“超过必要限度”及“造成不应有的损害”之规定，完全可以并且应当与刑法的“明显超过必要限度”并造成“重大损害”之间实现无缝对接，刑法的规定与民法的规定本质含义是相同的，刑法的修改并没有改变原有的判断标准。^⑤当然该学者在建构其一元论观点时并没有完全或者明确提出刑法从属型一元论的体系或概念，而是由其他学者提炼出这一概念并指出该论断有悖于刑法修改的目的。^⑥根据刑法从属型一元论，《刑法》对于正当防卫限度的修改只是技术性的强调，并没有改变原来同民法正当防卫限度相同的标准；那么，如此理解正当防卫限度，就会出现司法实践中将刑法正当防卫限度与民法正当防卫限度同样理解和适用，而回到1979年《刑法》规定的状况，无疑会降低刑法正当防卫限度标准，使得许多刑法正当防卫行为很容易超过限度而被认定为防卫过当。这显然不符合刑法正当防卫限度修改的立法目的。

其二，民法从属型一元论提高了民法正当防卫限度标准。民法从属型一元论是对民法正当防卫限度规定的修正，统一为刑法正当防卫限度标准，即“明显超过必要限度造成重大损害”；在未作出相应改正的情况下，司法可将现行刑法正当防卫限度的规定视为民法正当防卫限度的注意规定，对民法相关规定进行目的论限缩，实现民法的防卫限度与刑法的防卫限度判断标准的一致性。^⑦该主张面临的最大挑战是，《正当防卫指导意见》将刑法防卫过当的标准具体化，明确规定了造成重大损害的结果限度为造成不法侵害人重伤、死亡，且认为造成轻伤及以下损害的不属于重大损害。如果统一规定民刑正当防卫的限度标准——明显超过必要限度造成重大损害，就会出现民事正当防卫造成轻伤以下损害的都是正当防卫的结果。这一结果与《民法典总则编解释》要综合判

① 参见陈航：《“民刑法防卫过当二元论”质疑》，载《法学家》2016年第3期。

② 参见于改之：《刑民法域协调视野下防卫限度之确定》，载《东方法学》2020年第2期。

③ 参见高铭暄、王红：《刑民交叉视角中的防卫过当》，载《贵州大学学报（社会科学版）》2020年第3期；陈兴良：《正当防卫：以刑民比较为视角的规范诠释》，载《交大法学》2022年第5期。

④ 参见康子豪：《法秩序统一性视野下民刑防卫限度之协调》，载《法学》2022年第10期。

⑤ 参见陈航：《“民刑法防卫过当二元论”质疑》，载《法学家》2016年第3期。

⑥ 参见于改之：《刑民法域协调视野下防卫限度之确定》，载《东方法学》2020年第2期。

⑦ 参见于改之：《刑民法域协调视野下防卫限度之确定》，载《东方法学》2020年第2期。

断正当防卫必要限度的规定,存在不能相互融合的地方。该司法解释要求判断正当防卫是否超过必要限度时,应当综合不法侵害的性质、手段、强度、危害程度和防卫的时机、手段、强度、损害后果等因素判断,是要求根据不法侵害程度与防卫的程度的比较来判断防卫是否过当,并没有将轻伤以下损害结果从防卫过当中排除。比如,不法侵害行为人采取轻微暴力导致防卫人非损伤的轻微结果,而防卫人采取超过必要限度的防卫行为并导致不法侵害人轻微伤结果,按照民法从属型一元论观点,该行为没有达到刑法正当防卫限度标准,即没有明显超过必要限度并造成重伤以上损害,属于正当防卫。如此认定,相当于无视《民法典》正当防卫限度规定,推翻大量将此类行为认定为防卫过当的司法实践,放任平等主体之间以暴制暴的防卫权滥用倾向。

四、建构刑民正当防卫限度的司法适用模式

我国刑民正当防卫限度标准存在着刑法和民法规范表述不一致导致的司法适用困境,目前的司法解释和理论探讨没有有效地解决这些问题。因此,在指出相关规范和理论不足的前提下,本文旨在构建一个能够符合法律精神和基本理论要求,同时便于实际操作的刑民正当防卫限度司法适用模式。

(一) 正视刑民正当防卫限度的差异

建构刑民正当防卫限度模式,要立足于现行有效的法律规范,也就是要准确地理解刑法、民法及其司法解释的内容,正视二者的差异。

其一,刑法和民法规定的明显差异。《刑法》第20条第2款将正当防卫限度条件修改为“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的”。而《民法典》第181条第2款承继了以往《民法通则》《侵权责任法》《民法总则》以及1979年《刑法》的内容,规定了民法正当防卫限度条件,即“正当防卫超过必要限度,造成不应有损害的”。由此,不管是条文文意还是立法修改目的,均表现出刑法与民法对正当防卫限度规定的不同。^①二者的行为限度和结果限度均有不同:行为限度方面,刑法的“明显超过必要限度”与民法的“超过必要限度”,有一个程度“明显”与否的量的区别;^②结果限度方面,刑法的“造成重大损害的”与民法的“造成不应有损害的”,存在前者范围小于后者的区别。

其二,司法解释和理论阐释进一步明确了二者的差异。一是对于何为明显超过必要限度,《正当防卫指导意见》要求通过综合考量,对于防卫行为与不法侵害相差悬

^① 参见周道鸾、单长宗、张泗汉主编:《刑法的修改与适用》,人民法院出版社1997年版,第79-80页。

^② 参见陈璇:《防卫过当中的罪量要素——兼论“防卫过当民刑二元化”立法模式的法理依据》,载《政法论坛》2020年第5期。



殊、明显过激的，应当认定防卫明显超过必要限度。特别强调考量过程中不应当苛求防卫人必须采取与不法侵害基本相当的反击方式和强度。也就是说，应当综合防卫的时机、手段、强度、损害后果和不法侵害的性质、手段、强度、危害程度等情节，考虑双方力量对比，立足防卫人防卫时所处情境，结合社会公众的一般认知进行判断；只要防卫行为与不法侵害行为相比较，没有相差悬殊、明显过激的，就属于没有明显超过必要限度。二是对于何为造成重大损害的结果限度，《正当防卫指导意见》明确指出，造成不法侵害人重伤、死亡，而造成轻伤及以下损害的，不属于重大损害。这一解释使得刑法规定的相对抽象的重大损害概念，变成具体可以把握的重伤、死亡结果的标准。与《正当防卫指导意见》不同，《民法典总则编解释》有关正当防卫限度并没有按照行为限度和结果限度的分类进行，而是将结果限度放在综合判断的因素中作为必要限度要考虑的因素之一。该解释要求，对于正当防卫是否超过必要的限度，应当综合不法侵害的性质、手段、强度、危害程度和防卫的时机、手段、强度、损害后果等因素判断。如果正当防卫没有超过必要限度，应当认定正当防卫人不承担责任；正当防卫超过必要限度，应当认定正当防卫人在造成不应有的损害范围内承担部分责任。判断超过必要限度要考虑的因素范围明确了，但判断是否超过必要限度的标准是什么，《民法典总则编解释》没有明确规定。对此，根据有关学理解释，应当理解为民法的正当防卫行为只能与不法侵害相适应，一般不应超过不法侵害的强度。^①判断正当防卫是否超过必要限度，需要考虑两方面：一是考虑不法侵害的强度和手段；二是考虑正当防卫所保护的权益。^②应要求正当防卫行为给侵害人造成的损害与一般情况下侵害人可能造成的侵害后果相适应。^③这些理论上的阐述，将民事正当防卫限度判断标准基本等同于刑事司法解释中正当防卫限度的判断标准。

（二）确立正当防卫的民事权利属性

承认刑民正当防卫限度规范存在差异，是建构刑民正当防卫限度司法适用模式的要求，而相关理论研究和实践经验，则是建构该司法适用模式可行性的基础。近些年学界对正当防卫理论进行了多角度的探讨，其中有关正当防卫性质的权利说，得到人们的普遍认可。所谓正当防卫权利说，是指正当防卫是法律赋予我国公民为维护合法权益而对正在进行的不法侵害行为人人身或财产造成损害的权利。正当防卫作为公民依法享有的权利，源于《宪法》第12条、第13条、第37条、第38条、第39条等规定的公共财产权利、公民私人财产权利、人身权利、人格权利和住宅权利等的不可侵犯。我国刑法和民法分别规定了正当防卫制度，通过不追究刑事责任或民事责任来

① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》（下），人民法院出版社2020年版，第912页。

② 参见王利明、周友军、高圣平：《中国侵权责任法教程》，人民法院出版社2010年版，第286页。

③ 参见杨立新、韩海东：《侵权损害赔偿》，吉林人民出版社1988年版，第70页。

保障公民正当防卫权利的行使，以鼓励公民敢于积极行使该项权利，维护公共利益、公民的人身和财产等权利。^①

权利是上位概念，为实现宪法规定的公民政治、文化、人身、财产等诸项权利，《刑法》《民法典》等基本法规定了公民的正当防卫权，那么，作为下阶位基本法规定的正当防卫权的权利属性是什么？有观点认为防卫权应是民法意义上的权利，“防卫权的存在是为了使合法权益免遭危险，是救济性的权利。民法一旦确认了人身权和财产权等权利，同时也就确认了救济权。防卫权是由民法确认的，这就是防卫权的法律归属”^②。本文认为正当防卫权利具有属于民事权利的法律性质。民事权利是由特定民事利益和法律之力相结合，共同构成的民事主体自由行使意志、实施法律行为的权利。^③刑民正当防卫权利，恰恰是特定公共利益、公民个人或其他人身和财产等利益，与刑法规范、民法规范的法律之力结合起来，构成正当防卫民事主体根据自己的意志，实施针对不法行为人的防卫行为之刑法和民法限度范围的权利。刑法和民法从不同角度为正当防卫民事权利设定限度：前者规定了正当防卫权的最高限度，防卫主体有权针对严重不法侵害实施防卫，逾越该界限就构成犯罪；后者规定了正当防卫权的最低界限，防卫主体有权针对一般不法侵害实施防卫，逾越该界限但是没有逾越刑法规定的最高限度的通常构成侵权违法。

由上述分析可见，刑法中的正当防卫是指防卫行为是否构成犯罪并承担何种刑事责任的刑事规范，但是其有关正当防卫限度的规定，则是赋予正当防卫民事权利主体行使权利的最高界限，并不能因此得出正当防卫权利是刑法性质的权利，而只能说行使正当防卫民事权利超过最高界限会导致承担刑法规定的刑事责任。所以，建构刑民正当防卫限度司法适用模式，必须考虑正当防卫权利的民法属性以及刑法为该民事权利划定最高界限范围的实际立法状况，将刑法对于正当防卫限度的规范视为其他法律对民事关系的特别规定，从而依照《民法典》第11条规定，在涉及是否构成犯罪的正当防卫行为的民事责任判断上，应适用刑法规定的正当防卫限度标准，而不是民法正当防卫限度标准。

（三）界定刑民正当防卫限度之适用范围，各司其职且相互认可

通过以上分析，可以发现现行刑法和民法对于正当防卫权利设置了不同的限度条件，而没有超过二者限度范围的正当防卫行为都是防卫人民事权利的正当行使，刑法规范和民法规范对其限度要求都是对民事正当防卫权利行使范围的合理界定，都应当得到防卫人的遵守。凡是在这两个限度范围内行使的正当防卫权利，都是法律赋予的

① 参见陈兴良：《正当防卫论》，中国人民大学出版社2017年版，第25页。

② 李万勤、张先中：《略论防卫权》，载《法学杂志》1998年第1期。

③ 参见杨立新：《民法总则》，法律出版社2013年版，第420页。



民事权利,均应当受到法律的保护和肯定。为此,建构刑民正当防卫限度的司法适用模式是:刑法规定的正当防卫限度适用于防卫行为导致轻伤以上结果的案件范围,民法规定的正当防卫限度适用于刑法限度适用之外的案件范围;同时,刑事司法和民事司法相互承认彼此的限度条件,并肯定彼此对防卫行为正当性的认定。

具体而言,适用这一模式应当把握以下三个方面的内容:一是刑法正当防卫限度标准适用于轻伤以上的防卫案件。致人轻伤的结果是司法实践中追究行为人刑事责任的起点条件,致人重伤、死亡则属于法律明文规定追究行为人刑事责任的结果条件。行为人的行为致人轻伤、重伤或者死亡的,如果不法侵害人被害时属于正在进行不法侵害,而行为人实施的系正当防卫行为,这就需要适用刑法正当防卫限度条件规范来判断行为人的行为是否超过法定限度。由于涉及罪与非罪的界限,需要优先适用有关正当防卫民事权利行使最高限度的刑法规范来判断,从而排除民法正当防卫限度规范对此的适用。适用刑法规范判断该正当防卫民事权利的行使没有超过法定限度条件,即没有明显超过必要限度并造成重大损害的,则确认该行为属于正当防卫,并排除该行为人刑事责任的承担。如果防卫行为明显超过必要限度并造成重大损害的,构成刑法的防卫过当,行为人应当承担减轻或免除处罚的刑事责任。

二是民法正当防卫限度标准适用于刑法限度标准适用案件之外的案件。通常而言,正当防卫行为导致轻伤以下的伤害结果,不会涉及刑事责任的判断,只是涉及是否超过民事责任的判断。所以,正当防卫行为导致轻伤以下的伤害结果,也是民事司法实践中多发常见的案件类型,应当适用民法正当防卫限度规范来判断。凡是正当防卫行为没有超过必要限度且没有造成不必要损害的,均认定为正当防卫行为,行为人不承担民事责任。如果防卫行为超过必要限度且造成不应有的损害的,构成民法的防卫过当,行为人应当承担适当的民事责任。

三是刑事司法和民事司法相互认可适用刑法限度规范和民法限度规范所确认的结论。被刑法规范肯定为正当合法的正当防卫民事权利行使行为,民法限度规范因为已经被优先适用的刑法限度规范所排除,此时则不能再适用民法限度规范进行重复评价,所以,民事司法要认可这一正当防卫民事权利行使行为正当合法的结论,并排除民事责任的适用。当然,对于刑事司法认定的防卫过当行为,民事司法也应当直接予以适用来解决行为人民事责任的问题。刑事司法涉及需要判断民事正当防卫性质等情况时,也要认可民事司法已经确认的正当防卫是否过限的结论,或者依照民法限度规范进行判断,而不是适用刑法限度规范。当然,此时仅限于正当防卫民事责任的判断,而不是针对刑事责任的问题。

以上建构模式,是基于理论研究成果和公众对正当防卫权利行使的支持、鼓励以及一定程度的限制观念的理解,从而总结出其适用的理念:不法侵害越强,正当防卫

限度越宽；不法侵害越弱，正当防卫限度越严。刑法正当防卫限度规范适用于防卫严重违法接近犯罪或已经构成犯罪的行为，其防卫限度要宽，以此有效震慑违法或犯罪分子，鼓励支持公民勇于同违法犯罪作斗争，维护合法权益，见义勇为，体现“正义不向非正义低头”的价值取向。^①相较于刑法正当防卫限度规范，民法正当防卫限度规范则更多地适用于平等主体之间轻微不法侵害行为的防卫，而对于防卫这些危害人身权利等较轻微的不法侵害，立法精神要求适用较为和缓且尽量造成较小损害的防卫行为。这种对较轻微不法侵害要限制或者控制防卫限度的精神，在《正当防卫指导意见》中也有所体现。因此，民法正当防卫限度条件较刑法限度条件要严格，防卫人的防卫行为超过限度构成防卫过当的可能性更大，以此防止平等主体之间滥用防卫权。

结 语

建构刑民正当防卫限度的司法适用模式，是一个涉及法律、哲学、伦理等多个领域的复杂问题。在这个过程中，需要立足现行有效的法律规范，正视刑民正当防卫限度的差异。同时，还需要吸收和借鉴理论和实践成果，以确立正当防卫的民事权利属性。这样才能够更好地界定刑民正当防卫限度之适用范围，各司其职且相互认可。这一司法适用模式有自己的理论和法律规范基础，相信通过司法实践的检验，能够符合广大人民群众的是非正义观念。因此，建构刑民正当防卫限度的司法适用模式，不仅是司法实践的需要，也是社会公正和法治建设的需要。只有在这样的模式下，才能够更好地保障人民的合法权益，维护社会的安定和稳定。

（责任编辑：杨 军）

^① 参见最高人民法院第一检察厅编著：《最高人民法院第十二批指导性案例适用指引——正当防卫》，中国检察出版社2019年版，第2页。



毒品案件适用认罪认罚从宽制度研究

裴晓倩^{*}

内容摘要：从严治毒刑事政策下，毒品犯罪从严惩处的政策导向与认罪认罚从宽处理的制度要求有所冲突。实践中，从严与从宽因素并存时毒品犯罪案件呈现从宽幅度不清、证据认定标准混乱、程序简化不明等困境。从严与从宽存在冲突的原因，在于诉讼主体的思维认知偏差、庭审规则的缺失、程序简化决定因素不明等。梳理毒品犯罪案件适用认罪认罚的实证数据，以穿透式审判思维为识别工具，可规范认罪认罚从宽在毒品案件的适用。一方面明确形式审查与实质穿透两步走的流程，从严格审查证据标准、穿透被告人认罪行为表现等方面综合确定从宽幅度；另一方面确定刑罚裁量时应把握先严后宽的量刑规则，从而达致从严和从宽的适度平衡。

关键词：毒品犯罪；认罪认罚；穿透式审判思维；量刑评价

自 2016 年认罪认罚从宽制度开展试点工作以来，学界关于该制度的研究成果不胜枚举，但关于毒品犯罪案件与认罪认罚相结合的研究并不多见。有学者从毒品案件适用认罪认罚现状出发澄清误区并寻找出路，有学者从毒品再犯与认罪认罚因素并存情形时的协调适用出发研究量刑问题，但是对从严惩治毒品犯罪与认罪认罚从宽冲突时如何裁量的问题缺乏研究。基于从严惩治毒品犯罪的刑事政策，实践中审判人员如何进行刑罚裁量存在困惑。本文以为，厘清从严打击与从宽处理的冲突分歧，关键在于对被告人主观意思的把握，而探求被告人主观真意与穿透式审判思维理念如出一辙。因此，运用穿透式审判思维，以毒品犯罪从严与认罪认罚从宽的冲突为切入点，寻求二者适度平衡，进而探索融合路径不失为一种有益尝试。

^{*} 裴晓倩，山东省日照市中级人民法院刑事审判庭法官助理。

一、毒品案件适用认罪认罚从宽制度的实践困境

（一）毒品案件适用认罪认罚从宽制度的现状

笔者在中国裁判文书网以“认罪认罚”“毒品犯罪”为关键词检索，选取区间为2019年1月1日至2022年7月31日的S省毒品犯罪一、二审案件，共检索到裁判文书1998份，其中基层法院文书1873份。从样本数据来看，认罪认罚在毒品犯罪案件适用上覆盖全部罪名且案件类型集中：走私、贩卖、运输毒品罪案1020件，容留他人吸毒罪案609件，非法种植毒品原植物罪案292件及非法持有毒品罪案44件，此四种罪名占样本内认罪认罚毒品犯罪案件数量的98.3%。

适用认罪认罚案件从宽体现在程序从简和实体从宽两方面，但毒品犯罪适用认罪认罚后呈现从宽幅度不明显的特点。基于相同量刑情节、相同贩卖毒品数量情节的案件，是否认罪认罚判处刑罚并无不同，存在量刑时未体现认罪认罚情节、刑期裁量宽泛等问题。适用认罪认罚的毒品案件程序简化亦不明显，基层法院审理毒品案件简易程序适用率为46.6%，在程序选择上与被告人是否认罪认罚关联不大，而是以案件事实证据为主要参考标准。毒品案件事实复杂、证据较多、适用刑罚起点较高，以普通程序审理居多。适用普通程序审理的案件庭审程序简化的占比为29.2%，且程序简化上亦未落实从简的要求。

（二）毒品案件适用认罪认罚从宽制度的冲突

1. 认罚从宽幅度不明晰

毒品案件涉及人数众多，法院需结合犯罪情节、人身危险性以及各行为人在犯罪中作用大小等多方面因素考量，综合把握量刑幅度，在各被告人之间达到量刑均衡。在适用认罪认罚的样本案件中，判处十五年、无期徒刑刑罚的毒品案件，被告人具有坦白、认罪认罚等法定及酌定从轻量刑情节的，在刑期上难以体现从宽。案件基本事实相同、仅存在单一影响因素时，适用认罪认罚制度在刑期减让上体现较弱，甚至出现不认罪认罚比认罪认罚刑期反而少十六个月的情况（见表1第一组）。从样本数据看，审判人员对毒品犯罪一直秉承从严惩处的观念，被告人主动认罪认罚后，从宽处罚时呈现从宽不大、幅度不明的特点。



表 1 毒品案件适用认罪认罚从宽幅度对比

序号	案号	贩卖毒品数量	普通量刑情节从宽、从重幅度		认罪认罚情况	法院判决
			坦白从宽	累犯、毒品再犯 犯罪前科		
第一组	(2020)鲁1102刑初692号	5.1克	20%	无	是	四年六个月，罚金3.5万元
	(2022)鲁1323刑初260号	5.4克	20%	犯罪前科10%	否	三年二个月，罚金2万元
第二组	(2020)鲁1102刑初360号	8.1克	20%	累犯10%~40%	是	五年二个月，罚金3万元
	(2019)鲁刑终304号	12.71克	20%	无	否	六年，罚金5万元
第三组	(2019)鲁11刑初25号	2007.98克	20%	无	是	无期徒刑
	(2019)鲁11刑初12号	3004.8克(其中1千克为未遂)	20%	无	否	无期徒刑

2. 查明事实与证据认定标准混乱

毒品案件犯罪行为隐蔽，实物证据获取困难，证据认定标准低，在犯罪率较高的贩卖毒品案件中以被告人口供与关联证言的相互印证为最低认定标准，但实务中对毒品犯罪证据认定标准存在不同情形，具体包括以下四种（见表2）：其一，一证一供。每笔贩卖毒品数量的事实由关联证言和交易方口供印证，法院据此认定犯罪事实。其二，仅证人证言。贩卖数量有关联证言证实，无被告人口供、被告人部分坦白贩卖事实，或存在被告人虽认罪认罚但认罪态度差的情形，有交易记录等客观性证据印证吻合的，法院据此认定贩卖毒品数量。仅有证人证言，无其他证据印证的，凭借单一证据不能认定犯罪事实。其三，无证言及口供。无关联证言及被告人口供，或即使存在被告人口供，但无其他客观性证据证实的，尽管被告人认罪认罚，公诉机关认为构成犯罪，移送审查起诉至法院的，法院对该犯罪事实不予认定。其四，无证言有口供。公诉机关起诉的犯罪事实有客观性证据及被告人供述，能够起到补强作用，法院据此认定犯罪事实。反之，仅有被告人认罪口供的，法院对该笔犯罪事实不予认定。应当说明的是，适用认罪认罚的案件亦不能降低毒品类案件证明标准，否则不利于被告人司法人权保障，背离制度设计初衷。

表2 贩卖毒品案件证据及犯罪事实认定分析

序号	案号	贩卖毒品事实证据			认罪认罚情况	事实认定情况
		证人证言	被告人供述	其他证据		
情形一	(2019)鲁刑终304号	有	有	交易记录	是	认定
	(2020)鲁10刑初6号	有	有	无	是	认定
情形二	(2022)鲁1323刑初260号	有	当庭翻供	有	是	认定
	(2020)鲁07刑初2号	有	无	无	是	未认定
情形三	(2020)鲁01刑初7号	无	有	无	是	未认定
	(2019)鲁0406刑初26号	无	无	无	是	未认定
情形四	(2022)鲁0602刑初33号	无	有	交易记录	是	认定
	(2019)鲁0203刑初110号	无	有	无	是	未认定

3. 程序从简效果不明

毒品犯罪案件受限于法定刑配置,程序适用门槛较高。样本案件中,无适用速裁程序审理的认罪认罚案件,因而毒品案件被告人对程序简化的可预期性降低,程序从简的初衷难以实现。^①实务中,毒品犯罪以贩卖、运输、制造毒品案件居多,该罪名适用简易程序审理的案件占比为39.1%,适用普通程序审理的案件占比为60.4%。样本适用简易程序审理的毒品犯罪案件以容留他人吸毒罪、非法种植毒品原植物罪等轻刑案件为主,拉高样本案件中所有毒品犯罪案件简易程序总体适用率至63.4%,而程序简化效果在重罪类毒品案件中适用空间较小。

毒品重罪类案件庭审程序沿袭传统庭审模式,在法庭调查、辩论程序未实现庭审简化效果,仍遵循传统庭审中出示案件证据、说明证据内容、交由双方质证的庭审流程。^②“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称《指导意见》)中对适用普通程序的认罪认罚案件规定“对控辩双方无异议的证据,可以仅就证据名称及证明内容进行说明”,但审判人员在办理毒品犯罪案件时呈现出庭审程序不敢从简、不易从简的现状。毒品案件较轻罪案件而言诉讼成本大幅增加,效率价值作为认罪认罚从宽制度的重要一环,在一定程度上限缩了认罪认罚制度在毒品重罪案件上的适用。^③

① 参见苗生明、卢楠:《重罪案件适用认罪认罚从宽制度的理论与实践》,载《人民检察》2018年第17期。

② 参见汪海燕:《重罪案件适用认罪认罚从宽程序问题研究》,载《中外法学》2020年第5期。

③ 参见吴思远:《我国重罪协商的障碍、困境及重构——以“权力—权利交互说”为理论线索》,载《法学》2019年第11期。



表 3 贩卖毒品案件庭审程序简化情况分析

序号	案号	贩卖毒品数量	普通量刑情节	认罪认罚情况	审理程序适用	庭审简化情况	法院判决
1	(2021)鲁 1103 刑初 11 号	3.2 克	累犯、毒品再犯、坦白	是	简易程序	简化法庭调查	有期徒刑一年六个月，罚金人民币 2 万元
2	(2019)鲁 0406 刑初 26 号	0.9 克	累犯、坦白	是	普通程序	简化证据出示质证	有期徒刑一年三个月，罚金人民币 7000 元
3	(2021)鲁 0305 刑初 539 号	2 克	坦白	是	普通程序	简化证据出示质证	有期徒刑三年，罚金人民币 1 万元
4	(2020)鲁 1102 刑初 360 号	8.1 克	累犯	是	普通程序	未简化，出示证据并质证	有期徒刑五年二个月，罚金人民币 3 万元

二、毒品案件适用认罪认罚存在冲突的原因

基于毒品犯罪的严峻态势，从严惩处是我国对待毒品犯罪行为的一项刑事政策，从严惩处毒品犯罪的理念和认罪认罚从宽的制度要求存在张力，而适用认罪认罚后呈现出的“程序不简、实体未宽”的效果，一定程度上影响了认罪认罚的适用。

(一) 诉讼主体的认知偏差

基于不同立场，被告人、公诉机关及审判机关对毒品案件适用认罪认罚从宽制度有不同意见，对适用认罪认罚后如何从宽尚未形成统一认识。

1. 被告人对认罪认罚后从宽效果“充满期待”

毒品重罪案件法定刑适用起点一般为第二档刑期，被告人认罪认罚是基于适用更低刑罚的利益考量，故其对公诉机关指控犯罪事实及罪名大多无异议，公诉机关提出量刑建议后，当量刑建议超出被告人心理预期，其多以量刑较重为由不予签署具结书。^①具言之，被告人认罪认罚意愿的体现，仍以其两相权衡后的利益为主要衡量因素的选择。

毒品犯罪案件中，约占五成的被告人具有累犯、毒品再犯、犯罪前科等情节，而最高人民法院印发的《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》明确指出，对毒品再犯，一般不得适用缓刑，并且应当严格掌握假释条件。毒品再犯作为法定从重量刑情节，被告人应预见到其一旦承认本次毒品犯罪事实，将面临毒品再犯的处罚后果。在此情形下，若认罪认罚后的从宽幅度较小，而通过认罪认罚查明案件事实带来的处罚更严厉时，被告人往往抱有侥幸心理，不选择认罪认罚。

^① 参见胡波：《重罪案件适用认罪认罚从宽制度的障碍及破解》，载《人民检察》2018 年第 17 期。

2. 法官对毒品重罪适用认罪认罚“望而却步”

从严治毒的刑事政策作为一种重要参量,不断形塑着刑事司法的话语。^①审判人员对于被告人是否适用认罪认罚缺乏积极性、关注度不高,对毒品犯罪趋向于判处较重刑罚成为常态。相较于检察机关由上而下以多项指标、多种考核要求提高认罪认罚从宽制度适用率,法院在认罪认罚适用上稍显沉寂。

此外,审判人员对于适用认罪认罚的毒品案件类型认识不一致。关于容留他人吸毒罪等毒品轻罪案件能否适用认罪认罚审判人员并无异议,但毒品重罪案件事实复杂、涉及被告人较多,在案件处理上多有被告人之间供述不一致、当庭翻供等不确定因素,审判人员普遍认为需综合全案考量被告人人身危险性、认罪悔罪态度等因素来确定毒品大要案的被告人能否适用认罪认罚从宽制度。^②加之,毒品犯罪行为体现出的社会危害性大小受社会治安形势影响,社会危害性大小也决定该类行为应受刑罚处罚的轻重程度。毒品犯罪衍生危害性甚至较犯罪行为本身危害更大,对毒品犯罪分子从宽处理能否平息民愤、带来良好社会效果,审判人员尚存疑虑。

(二) 从严惩处与从宽处理并存适用时难以权衡

基于法益保护原则和秩序安全价值,我国秉持严厉惩处和打击毒品犯罪的政策要求在未来一段时间内仍会保持不变。^③从严治毒刑事政策影响着刑事立法与刑事司法对毒品犯罪的处罚态度。从刑事立法规范来看,我国《刑法》对毒品数量认定不以纯度计算、毒品犯罪保留死刑、对毒品再犯从重处罚等均可体现我国依法从严从重惩处毒品犯罪的立场与态度。在刑事立法的指引下,司法机关对毒品犯罪整体处以较重刑罚在实践中成为普遍现象。适用认罪认罚制度,认罪认罚后予以从宽处理是该制度的落脚点,从宽减让是激励被告人自愿、主动认罪的根源所在。在毒品犯罪案件中如何正确把握从严打击与认罪从宽的关系,从严惩处的“严”与从宽处理的“宽”界限与幅度如何把握与平衡,如何裁量行为人认罪认罚后的从宽方式与后果,在一定程度上影响认罪认罚从宽制度在毒品犯罪案件中的适用。若认罪认罚后不能对被告人从宽处理,认罪认罚会逐渐丧失适用土壤,与制度设立初衷相悖。

(三) 庭审规则空白与具体适用时的困境

目前重罪案件适用认罪认罚后的庭审程序仍处于摸索阶段,《指导意见》规定了适用普通程序的案件庭审中证据出示、质证的条件,即控辩双方有异议的证据或者法庭认为需调查核实的证据,应出示并质证。但《指导意见》仅作形式化的规定,对适用普通程序的认罪认罚案件法庭调查、法庭辩论如何简化、简化后如何操作没有具体

① 参见石聚航:《刑事政策司法化:历史叙事、功能阐释与风险防范》,载《当代法学》2015年第5期。

② 参见周新:《重罪案件适用认罪认罚从宽制度研究》,载《比较法研究》2021年第4期。

③ 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,载《中国法学》2016年第2期。



规程。从表 3 案件庭审程序简化情况可以看出,贩卖毒品数量 2、3 克左右的,根据案情、被告人意愿采用简易程序或普通程序简化审理,而在贩卖数量 8 克以上的案件,适用普通程序审理但在庭审程序不予简化。事实上,现有毒品犯罪案件庭审程序仍依赖于传统诉讼程序规则。传统诉讼程序规则在毒品犯罪案件中并非不具有适用空间,鉴于毒品重罪案件特殊性,适用认罪认罚后,若按照《指导意见》规定的控辩双方无异议的证据仅就证据名称及证明内容进行说明的要求,会造成某些犯罪事实仅依据被告人人口供即可认定犯罪成立,有违口供证据补强规则。毒品犯罪案件遵循特有庭审程序,不是另辟蹊径,其根本落脚点在于以审判为中心,通过庭审的方式服务于案件定罪量刑环节,保障被告人合法权利。

(四) 是否认罪认罚并非案件适用程序的决定性因素

我国刑事诉讼规定普通程序、简易程序、速裁程序三种审判程序,根据案件严重程度和可能判处的刑期、被告人认罪、对程序适用有无异议三个方面决定具体程序的适用。普通程序、简易程序、速裁程序所适用的案件严重程度依次递减,毒品犯罪涉及重罪案件较多,不具备适用速裁程序的先决条件。适用认罪认罚的毒品犯罪案件,被告人同意适用简易程序的情况下可以适用简易程序审理,但就样本数据来看,毒品重罪案件以普通程序审理为多。毒品重罪案件适用认罪认罚程序固然具有简化诉讼程序、优化司法资源配置、实现特殊预防刑罚目的的价值效果,但就具体案件适用而言,是否适用认罪认罚简化效果区别并不大。毒品案件适用何种程序审理主要取决于基本犯罪事实与在案证据,不以是否适用认罪认罚而发生实质性改变。案情重大复杂的案件即使被告人认罪认罚,控辩双方庭审时对事实认定和刑罚适用已基本达成共识,审判人员适用普通程序审理的,对法庭调查及法庭辩论环节适当简化的程度也会严格把握,此时是否适用认罪认罚在“程序从简”的价值导向上呈现相同效果。

三、穿透式审判思维在认罪认罚毒品案件的应用空间

为在毒品犯罪案件和认罪认罚从宽制度间架起适用桥梁,需确定二者融合适用的必要性,并进一步识别发现从严惩处与从宽处理因素并存时的根本分歧。如何厘清分歧,法官可从穿透式的思维角度剥离案件事实表象,探求被告人认罪真意,还原宽严相济适用原貌。这一遵循实质正义精神而否定形式主义司法的理念与“穿透式审判思维”具有共同特性,故将穿透式审判思维引入完善毒品案件适用认罪认罚从宽制度的路径中,以期达到有益效果。

(一) 穿透式审判思维之引入及其逻辑空间

1. 穿透式审判思维之引入。穿透式审判思维移植于金融监管中的“穿透式监管”,

即透过金融产品表面样态看清业务实质,以此明确监管规则。^① 穿透式审判思维旨在揭示披着合法外衣的金融违规行为样态与隐藏目的,以重新认定各方法律关系。^② 之所以提出穿透式审判思维,是因为传统三段论司法思维模式已经不能应对复杂金融交易行为的处理,形式化判定法律关系容易造成法律效果与社会效果不统一。穿透式审判思维适用的最大特点在于根据案件事实考察当事人双方意思表示,拨开交易行为表象的层层迷雾,发现当事人的违法行为。

认罪认罚毒品案件中,需要对被告人认罪的内心真意予以认定,揭开被告人认罪面纱,显露真实意图,确保其认罪认罚的自愿性、真实性、合法性,金融领域的穿透式审判思维可以提供借鉴思路。被告人适用认罪认罚需依照“询问是否具有认罪认罚意愿、明确认罪认罚后果、签署认罪认罚具结书”程序进行,上述程序具体表现为被告人如实供述犯罪事实、认可公诉机关提出的量刑建议、被告人认罪悔罪表现及认罚情况认定,最终以认罪认罚具结书的形式呈现在法官面前。法官对被告人认罪认罚意愿审查时需要穿透被告人的语言表象,审视其系确有悔罪态度认罪还是从宽优待利益驱使下认罪,剥离出真实认罪认罚意愿,确定从宽处理的幅度。正是基于被告人认罪主观意愿的隐蔽性和毒品案件复杂性、特殊性,穿透式审判思维才具有适用空间。

2. 遵循“客观穿透”而非价值判断的介入标准。穿透式审判思维在一定程度上否定了形式主义下的意思表示和权利义务内容,进而在法律评价上否定当事人双方的意思表示,这可能造成司法意志过度介入。需要指出的是,穿透式审判思维的介入并非不受制约,而是需要在合理运用的基础上防范滥用并在二者之间寻求平衡点,以保障合同秩序统一和法律关系稳定。穿透式审判思维介入时应将穿透思维作为一种发现问题的手段方式,依赖相关客观性的评价体系或客观证据支持,基于客观性因素支撑穿透方法。在金融交易行为中,针对案涉交易文件的效力问题,审判人员严格审查是否存在违规借用通道、规避监管、变相从事金融业务的行为,经审查发现事实成立,有关合同违反金融安全管理效力性强制性规定的,属无效合同,此时合同无效的判定理由是其行为损害社会公共利益。因此,审判人员穿透行为表象作出评价的依据为法律规范,客观穿透方法不会导致审判人员自由裁量权过大。

(二) 穿透式审判思维在认罪认罚毒品案件上的应用空间

毒品犯罪案件运用穿透式审判思维旨在运用实质重于形式原则,查明当事人真实认罪意愿,探究当事人真实目的。

1. 运用穿透思维判断被告人认罪主观意愿真实性。在适用认罪认罚的毒品犯罪

^① 参见张桦:《“穿透式审判思维”的功能与边界刍议》,载《人民法院报》2021年3月18日,第8版。

^② 参见胡萍:《穿透式监管与商事合同效力——以金融机构股权代持合同效力为视角》,载《成都理工大学学报(社会科学版)》2020年第4期。



中,存在被告人认罪主观意愿意思表示不明、对认罪认罚情节价值判断不清、为了谋取从宽优待利益而假认罪等情形。因此,认罪认罚毒品案件存在穿透式审判思维的应用空间,从被告人认罪主观意愿出发在形式和实质上加以审查,确保显现制度优势效果。要运用穿透式审判思维对认罪主观意愿进行穿透,根据被告人认罪事实、认罪态度、认罪表现判断其认罪主观意愿是否真实,如被告人到案后积极配合侦查机关侦破案件,审查起诉阶段认可犯罪事实并认可检察机关提出量刑意见,认罚后积极退赔被害人损失、预缴纳罚金等,审判人员在穿透被告人外在表露行为后,可据此判断其认罪意愿的真实性,否则可推断其认罪悔罪态度差,不予从宽处理。如孙某走私、贩卖、运输、制造毒品,容留他人吸毒案中,孙某对公诉机关指控的贩卖毒品和容留他人吸毒事实无异议,表示自愿认罪,对指控的运输毒品事实有异议,辩称购买到的毒品是假的,并不知前去目的是购买毒品,后经查实存在运输毒品犯罪事实。^①审判人员根据在案事实证据,穿透被告人外在行为表现,发现被告人认罪时存有侥幸心理,承认轻罪、否认重罪事实,以期达到认罪认罚从宽处理效果,故对被告人孙某部分认罪行为不予认定认罪认罚,对其如实供述部分犯罪事实的行为以坦白情节评价。

2. 在从严与从宽的形式冲突中穿透本质。适用认罪认罚的毒品案件,从严打击与从宽处理并存时,审判人员可借穿透方法透过从严与从宽的形式冲突表现,把握二者并存时适用的同一空间。从严是处理毒品犯罪案件的刑事政策要求,从宽处理是基于毒品犯罪案件犯罪分子情节的个案处理方式。诚然,从形式而言对从严与从宽情节进行量刑评价时存在适用冲突,毒品再犯被告人量刑时可以增加基准刑的 10% ~ 30%,对于被告人认罪认罚的,可以减少基准刑的 30% 以下,在对个案量刑评价时,对从重及从轻量刑情节非机械性叠加折抵,在分别评价后可以发现从严惩处与认罪认罚从宽能够具有同一适用空间,从而避免因该制度与从严惩处毒品犯罪在外在形式上有所冲突而降低认罪认罚的适用。

总之,穿透被告人行为表现,确定其认罪意愿真实性,从而均衡量刑需要以在案事实与证据为落脚点,以保护被告人合法权益,实现预防犯罪的刑法目的。

四、以穿透式审判思维为识别工具规范认罪认罚在毒品案件的适用

穿透式审判思维为剥离被告人认罪真实意愿、规范从严惩处与从宽处理的界限、确定量刑规则提供了新的视角。法官通过穿透毒品犯罪从严与认罪认罚从宽的冲突形式,抓住问题实质,以此规范认罪认罚从宽在毒品案件的适用。

^① 参见孙昊、卜建宇走私、贩卖、运输、制造毒品、容留他人吸毒罪案,山东省日照市东港区人民法院(2020)鲁1102刑初860号刑事判决书。

（一）明确形式审查与实质穿透两步走的穿透流程

1. 形式审查：证据标准的严格判断。形式审查需要解决的是在案定罪证据形式、证据内容是否明确具体，证据间是否能够达到“确实充分”的证明标准。如李某某贩卖毒品罪案，在案证据包括交易一方证言、被告人供述，法官对案件证据审查判断发现证人证言与被告人供述中对毒品交易数量、交易方式等内容陈述不一致，且在案证据中无毒品交易记录等客观性证据佐证，法院以证据间不能相互印证为由，不认可该笔贩卖事实。^① 尽管从《刑事诉讼法》规定来看，“犯罪事实清楚，证据确实充分”不仅仅是审判阶段应达到的证明标准，实际上公安、检察机关在办案时也各自通过对案件事实认识及相关法律法规理解作出了判断，^② 出现如上述案例中检察机关认为在案证据可证明犯罪事实，移送起诉后法院并不认可的情况实属正常。

毒品犯罪案件与其他刑事案件证明标准相同，均应达到《刑事诉讼法》规定的“事实清楚、证据确实充分”的要求。在证据较为薄弱的毒品案件中，被告人认罪认罚后自愿作出有罪供述，可将被告人有罪供述作为线索收集案件其他定罪证据，但不能仅以被告人口供作为定案依据。换言之，未达到法定证明标准的案件，即使被告人自愿作出有罪供述，也不能定罪。^③ 样本案例中，仅有1件为根据被告人供述认定贩卖毒品的犯罪事实，被告人刘某经被告人牟某介绍先后向他人贩卖冰毒，其中刘某贩卖0.44克、牟某贩卖0.38克，在案证据中除二被告人供述外，无交易方证言及客观性证据证实该笔犯罪事实，但本案中被告人自愿认罪认罚，有二被告人口供相互印证，故法院对该笔犯罪事实予以认定。^④ 认罪认罚案件中，被告人将更多目光聚焦于从宽处罚的结果，对于公诉机关指控的犯罪事实及罪名关注较少。在此情况下，法院更应严格遵循证据的审查判断义务，在公诉机关举证责任和说服责任降低的情况下，法官认定被告人有罪的心证门槛不能降低。^⑤

2. 实质穿透：从宽幅度的梯度安排。形式审查证据完毕，认定犯罪事实成立后，法官进入实质穿透阶段，对适用认罪认罚的被告人行为表现体现出的认罪主观意愿等进行穿透，确定从宽幅度。被告人认罪认罚的真实目的通常隐藏在自愿认罪表现的外衣之下，审判人员通过认罪认罚具结书的寥寥数语无法保证完整审查其认罪认罚真意，确定其人身危险性程度。在表2情形二的案例中，被告人到案后认罪态度反复，审查起诉阶段虽签署认罪认罚具结书，但在庭审阶段当庭翻供并对量刑提出异议，法官就

① 参见李枚真走私、贩卖、运输、制造毒品罪案，山东省青岛市市北区人民法院（2019）鲁0203刑初110号刑事判决书。

② 参见孙长永：《认罪认罚案件的证明标准》，载《法学研究》2018年第1期。

③ 参见陈光中、马康：《认罪认罚从宽制度若干重要问题探讨》，载《法学》2016年第8期。

④ 参见刘文婷、牟姿燕走私、贩卖毒品罪案，山东省烟台市芝罘区人民法院（2022）鲁0602刑初33号刑事判决书。

⑤ 参见孙长永：《认罪认罚案件的证明标准》，载《法学研究》2018年第1期。



此可以向被告人释明不予认罪认罚的法律后果,并尊重被告人反悔权利,最终在量刑上从严把握从宽幅度。案例中被告人虽有认罪认罚表现,但其当庭对案件事实提出异议、不认可量刑建议,毫无认罪态度及悔罪表现,其人身危险性并无本质减弱,若不对人身危险性大小衡量即确定从宽幅度,有碍于实现特殊预防的刑罚目的。

法官具体实施穿透过程后,在从宽幅度考量上应区分阶段及程度,类型化区别对待。确定从宽幅度应综合以下三方面因素:一是将被告人在不同诉讼阶段的认罪认罚作为从宽幅度的考量因素之一,可以分为侦查阶段、审查起诉阶段、审判阶段的认罪认罚,对不同阶段毒品犯罪被告人的认罪认罚,应体现出认罪早晚、认罪与不认罪的量刑差异,形成依次递减的量刑幅度模式。^①二是将认罪认罚对查明案件事实的价值意义作为考量因素,案件尚未形成完整证据体系,被告人自愿认罪对查清案件证据线索、查明事实真相具有积极作用的,在刑罚评价时可予以体现。三是结合被告人自愿认罪主观意愿程度确定从宽幅度。被告人自愿认罪悔罪与基于从宽利益诱惑而认罪,可从其行为表现中窥探不同,如果被告人归案后自始如实供述犯罪事实,供述稳定一致,审查起诉阶段主动上缴违法所得、认缴罚金,自愿签署具结书,应推定被告人确有认罪悔罪表现,人身危险性降低,对其科以较轻特殊预防刑;反之,应严格把握从宽幅度。若在案证据链尚不完备,行为人认罪意愿强烈的,则体现其认罪悔罪的自愿性,可给予较大幅度从宽处罚。从形式审查到实质穿透,两步走穿透流程如图 1 所示。

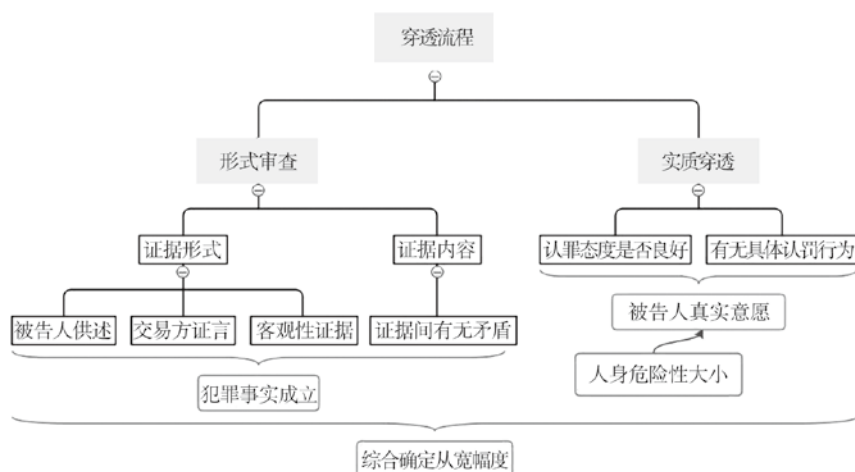


图 1 穿透式审判思维之下从宽幅度的确定

^① 参见郭晶:《外逃人员认罪认罚量刑减让规则研究》,载《政治与法律》2022 年第 2 期。

（二）先严后宽量刑规则的穿透融合

从严惩处是处理毒品犯罪案件的总体方向，但对毒品犯罪分子事后施以重刑对毒品犯罪的遏制也不会产生实质性效果，^①应当认识到基于毒品犯罪案件具有明显的层次化特征，犯罪样态和涉案人员结构相对复杂，量刑时应结合各毒品犯罪分子分工、地位区别对待。具体而言，毒品案件被告人无其他从重处罚情节而适用认罪认罚的，根据被告人犯罪情节及人身危险性在法定刑限度以内把握量刑幅度；被告人具有累犯、再犯等从重情节，适用认罪认罚的，应依据先严后宽量刑规则适用刑罚。先严后宽量刑规则符合对被告人人身危险性的评估要求，在一定程度上弱化“重刑治毒刑事政策”的价值误区。^②

在处理从重处罚与认罪认罚情节并存的案件时，以刑法的既有量刑条款为限度，根据量刑规范化的原则展开，不能无原则放纵犯罪行为，也不能为了追求量刑平衡而放弃对责任刑与预防刑的合理裁量。^③事实上，从重与从宽量刑情节均是被告人人身危险性程度的体现，即使存在相同评价情节，不同被告人反映出的人身危险性程度也不尽相同，因此，根据个案从重及从宽情节的具体情形认定被告人人身危险性程度并确定特殊预防刑便具有实际操作意义。

首先，根据被告人毒品再犯等从重情节衡量其人身危险性程度大小，如根据被告人实施犯罪行为的性质、适用刑罚种类、前后犯罪间隔时间长短等因素综合衡量，确定再犯危险性及社会危害性，决定从重处罚的刑罚幅度，在法定刑幅度以内“从重”协调预防刑。随后，根据被告人认罪认罚具体情形确定人身危险性降低幅度，即根据被告人主动认罪认罚阶段、积极赔偿损失、达成被害人谅解等因素衡量其认罪态度及悔罪表现，确定从宽处理的刑罚幅度。从宽幅度大小视其人身危险性降低程度而定，人身危险性在一定程度上体现了被告人对法律规范的否定态度，预防人身危险性也就是预防被告人将这种态度现实化。^④穿透式审判思维介入后，透过从重与从宽的外在形式冲突，实质把握行为与情节，区分把握量刑规则，通过预防性刑罚裁量的内部协调，均衡处理责任刑和预防刑的关系。

（三）从严与从宽量刑情节并存的规范评价

准确识别责任刑与预防刑量刑情节，区分不同量刑情节裁量的合理标准及适用原则才能获得准确量刑结果。^⑤应有效区分犯罪中影响案件事实认定的“过程性情节”与犯罪事实之外发挥预防刑效果的“个别性情节”，^⑥发挥二者在量刑中的不同作用。

① 参见何荣功：《我国“重刑治毒”刑事政策之法社会学思考》，载《法商研究》2015年第5期。

② 参见郑自飞：《毒品再犯与认罪认罚因素并存的量刑问题研究》，载《昆明理工大学学报（社会科学版）》2022年第2期。

③ 参见张明楷：《论预防刑的裁量》，载《现代法学》2015年第1期。

④ 参见陈伟：《人身危险性评估的理性反思》，载《中国刑事法杂志》2010年第6期。

⑤ 参见董桂武：《论刑罚目的对量刑情节适用的影响》，载《法学论坛》2018年第6期。

⑥ 参见周光权：《量刑的实践及其未来走向》，载《中外法学》2020年第5期。



需要说明的是, 刑罚裁量时应以责任为基础, 对同一事由不能重复评价, 避免同一事由既作为责任刑情节考虑又作为预防刑情节适用。^①就毒品犯罪而言, 过程性情节包括毒品种类数量、犯罪人次、次数、犯罪动机等, 这些情节要素是影响犯罪构成的基本事实, 是确定责任刑的要素, 也是刑罚确定的上限。个别性情节包括毒品再犯、累犯、退赔退赃、自首坦白、认罪认罚等, 这些情节是预防刑参考的重要依据。

1. 单个从重情节的量刑评价

应分析影响被告人犯罪事实认定的事实以确定量刑起点, 并根据过程性情节调节量刑, 进一步确定基准刑量刑幅度, 最后以过程性情节之外的个别性情节调节基准刑, 在量刑幅度内确定宣告刑。刑罚裁量时以责任刑为限度, 将预防刑作为个案量刑补充, 需要说明的是, 在此情形中仅存在一个需评价的从重个别性情节。

以柴某贩卖毒品罪案为例, 被告人柴某自 2021 年 2 月多次贩卖甲基苯丙胺(冰毒), 共计 4.34 克, 柴某自愿认罪认罚。^②柴某曾因贩卖毒品罪被判处有期徒刑三年, 在暂予监外执行期间又犯本罪。笔者结合先严后宽的量刑规则尝试评价对柴某的量刑。首先, 被告人柴某犯贩卖毒品罪, 定罪事实为贩卖甲基苯丙胺不满 10 克, 存在向多人、多次贩卖行为, 属情节严重, 根据《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》规定, 情节严重的, 应在三年至四年有期徒刑幅度内确定量刑起点。在量刑起点基础上根据柴某犯罪事实增加刑罚量, 确定基准刑为三年。其次, 评价毒品再犯情节, 柴某在暂予监外执行期间又犯新罪, 综合其前后罪间隔时间, 其再犯危险性高, 可在基准刑的 10% ~ 30% 增加刑罚量, 确定增加 30% 刑罚量, 计十个月。再次, 根据柴某在审查起诉阶段认罪认罚并签署认罪认罚具结书, 结合坦白情节, 可以减少基准刑的 30% 以下, 柴某未主动上缴违法所得, 亦未预缴罚金, 可确定减少 10% 刑罚量, 计四个月, 最终在不超过法定刑上限基础上, 将基准刑罚量和从重处罚刑罚量相加, 在此基础上将从宽处罚刑罚量削减, 最终可确定主刑期为有期徒刑三年六个月。

2. 多个从重情节的量刑评价

确定被告人刑罚量刑起点及基准刑量刑幅度, 与具有一个从重情节的量刑评价无异, 不同的是被告人具有多个从重个别性情节, 且从重处罚情节存在竞合交叉关系。例如, 毒品再犯与毒品累犯与由前两者衍生的犯罪前科, 三者在刑罚评价上均需从重处罚, 但根据《毒品犯罪审判工作座谈会纪要》的精神要求, 对于因同一毒品犯罪前科同时构成累犯和毒品再犯的被告人, 量刑时不得重复予以从重处罚, 即禁止对同一行为重复评价。

① 参见王瑞君:《如何解决个案量刑时报应刑与预防刑的冲突》, 载《政治与法律》2013 年第 5 期。

② 参见杜立超、柴杰等走私、贩卖毒品罪案, 山东省临沂市兰山区人民法院(2021)鲁 1302 刑初 1731 号刑事判决书。

以刘某贩卖毒品罪案为例,2021年9月,刘某先后向他人贩卖甲基苯丙胺(冰毒)2次,共计0.38克,侦查机关将其抓获时从其上衣查获毒品疑似物1袋,共0.06克,经鉴定,毒品疑似物中检出甲基苯丙胺成分,综上,被告人贩卖甲基苯丙胺共计0.44克。^①被告人刘某2017年曾因贩卖毒品罪被判处有期徒刑。分析本案的量刑评价,首先,被告人犯贩卖毒品罪,定罪事实为贩卖甲基苯丙胺不满10克,根据《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》规定,在三年以下有期徒刑、拘役幅度内确定量刑起点,根据被告人贩卖毒品数量、次数确定基准刑为八个月。其次,被告人有贩卖毒品犯罪前科,符合毒品累犯、毒品再犯、犯罪前科三种从重处罚情节,累犯应当增加基准刑的10%~40%,毒品再犯可以增加基准刑的10%~30%,犯罪前科可以增加基准刑的10%以下,因毒品累犯与毒品再犯属法条竞合关系,毒品累犯的法律后果较之于毒品再犯而言更加不利,仅适用毒品累犯的规定即可对被告人实现行为违法与责任的全面评价,故毒品累犯吸收评价毒品再犯、犯罪前科,对被告人刘某仅应当增加基准刑的10%~40%,对刘某应增加三个月刑罚量。再次,根据刘某认罪认罚阶段行为表现、未主动上缴违法所得及罚金情况,结合其坦白情节,对刘某可减少20%刑罚量,计二个月,最终可确定刘某主刑期为有期徒刑九个月。

作为从重处罚的预防刑量刑情节一般因竞合而相互吸收,对于过程性情节符合情节严重情形的,应对各影响定罪事实的情节分别评价,综合确定量刑起点,此时分别评价不会导致责任刑加重的不利结果。

结 语

就传统模式而言,毒品犯罪从严与认罪认罚从宽因素并存时,在实践层面存在适用冲突,尽管从严惩治毒品犯罪是方向指引,但这并不能否定认罪认罚从宽处罚的制度要求。法官可借助穿透式审判思维,遵循形式审查与实质穿透方法,在严格审查证据确定犯罪事实成立基础上,就冲突表现形式、被告人认罪主观意愿等进行穿透,透过从严与从宽冲突表象确定毒品犯罪案件认罪认罚后从宽幅度,规范量刑评价。

(责任编辑:郑佳豪)

^① 参见刘文婷、牟姿燕走私、贩卖毒品罪案,山东省烟台市芝罘区人民法院(2022)鲁0602刑初33号刑事判决书。



刑事二审程序认罪认罚从宽制度适用的失序与规制

——以中国裁判文书网 120 份裁判文书为分析样本

胡维潇^{*}

内容摘要：根据《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》，认罪认罚从宽制度贯穿刑事诉讼全过程。然而，实践中多元刑事司法模式下价值判断的失衡、统一明确运行规则的缺位、多种量刑情节的交叉竞合造成从宽适用的失调以及审级职能定位下审级利益的冲突，导致刑事二审程序认罪认罚从宽制度适用的失序。为实现认罪认罚从宽制度在二审程序中的有序运转，应综合考虑案件类型、一审未认罪认罚原因、二审认罪认罚表现以及二审程序的价值取向和职能定位，进行多元化体系构建。

关键词：认罪认罚；刑事二审程序；价值判断；多元刑事司法

一、问题的提出

案例一：被告人闵某犯非法吸收公众存款罪，一审法院判处有期徒刑七年十个月。闵某上诉，表示认罪认罚，请求从轻处罚。二审法院经审理认为其在二审期间认罪认罚对于减少诉讼成本、节约司法资源的价值和作用很小，不足以对其从轻处罚，裁定驳回上诉，维持原判。^①

案例二：被告人黄某犯非法运输、储存爆炸物罪、重大责任事故罪，一审法院判处合并执行有期徒刑三年。黄某上诉表示认罪认罚。二审法院经审理认为，认罪认罚从宽制度适用于侦查、起诉、审判各个阶段，被告人二审期间自愿认罪认罚符合法律

^{*} 胡维潇，山东省泰安市中级人民法院刑三庭法官助理。

^① 参见闵某非法吸收公众存款罪案，陕西省渭南市中级人民法院（2021）陕05刑终125号刑事裁定书。

规定，可予量刑从宽，改判有期徒刑二年六个月。^①

案例三：被告人吴某犯诈骗罪，一审法院判处有期徒刑四年。二审期间吴某自愿认罪认罚并签署认罪认罚具结书，其亲属代为退赔被害人部分经济损失并取得被害人谅解，检察院提出有期徒刑三年零九个月、并处罚金3万元的量刑建议，二审法院予以采纳并改判。^②

根据法律规定，被告人在第二审程序中认罪认罚的，二审法院应当根据认罪认罚的价值和作用决定是否从宽。案例一与案例二中，法院对被告人二审认罪认罚请求的处理结果截然相反。案例二和案例三中，法院均认可被告人二审认罪认罚的价值和作用，但认定标准、从宽幅度及适用程序均有所不同：案例二中，法院持“形式判断”标准，直接依据被告人认罪认罚的意思表示对其减刑四个月；而在案例三中，法院则偏向于“实质判断”，依据认罪认罚具结书、赔偿谅解情节，结合检察院量刑建议，对被告人予以从宽处罚。

面对被告人相同的认罪认罚请求，二审法院为何作出不同甚至截然相反的裁判？对认罪认罚在刑事二审程序中的“价值和作用”，究竟应作形式判断还是实质判断？如何将价值和作用判断与二审认罪认罚量刑挂钩？二审认罪认罚的从宽幅度如何合理区别于一审？认罪认罚量刑协商在刑事二审程序中是否仍有适用必要？缺憾背后折射出的诸多问题，值得深思。

二、刑事二审程序认罪认罚从宽制度适用的实践考察

笔者以“二审期间认罪认罚”“二审认罪认罚”“刑事二审”等为关键词在中国裁判文书网进行检索，并以“被告人一审期间未认罪认罚，二审期间认罪认罚”为基本案情特征进行有针对性的筛选，共筛选出120份二审裁判文书作为分析样本，通过多维度的考察，力求呈现认罪认罚从宽制度在刑事二审程序适用的真实样态。

（一）是否从宽处理的考察：从宽认定标准不一

120例裁判文书分析样本中，有40例样本对被告人认罪认罚不予从宽处理，80例样本予以从宽处理。不予从宽处罚的理由大致可分为两类：一是被告人虽然表示认罪认罚，但是其行为表现不符合认罪认罚的实质要求，特别是“认罪”的实质要求（见表1情形1）；二是被告人认罪认罚符合自愿性及真实性要求，但二审法院基于对认罪认罚从宽制度的理解，运用司法裁量权驳回了被告人的认罪认罚请求（见表1情形2—情形9）。

^① 参见黄某非法运输、储存爆炸物罪、重大责任事故罪案，江西省新余市中级人民法院（2020）赣05刑终64号刑事判决书。

^② 参见吴某诈骗罪案，贵州省黔南布依族苗族自治州中级人民法院（2020）黔27刑终74号刑事判决书。



表 1 二审不予从宽处罚的具体样态

序号	不予从宽理由	案号
1	被告人否认犯罪事实或就主要犯罪事实存在异议	(2021)湘 02 刑终 144 号
2	虽表示认罪认罚, 但无退赔退赃、赔偿谅解等实际认罚表现	(2020)闽 08 刑终 139 号
3	二审认罪认罚对节约司法资源、程序从简等方面无价值	(2021)陕 05 刑终 125 号
4	一审已认定自首坦白, 二审认罪非新情节, 前后不能重复评价	(2021)宁 05 刑终 61 号
5	被告人是案件主要作用人或犯罪情节严重, 不足以从轻处罚	(2019)鄂 09 刑终 350 号
6	被告人的认罪认罚未从刑事诉讼程序上得到确认	(2020)宁 02 刑终 22 号
7	认罪认罚是可以从宽而非应当从宽	(2020)鄂 12 刑终 2 号
8	不存在认可检察院量刑建议并签署认罪认罚具结书的事实	(2019)桂刑终 166 号
9	被告人选择认罪认罚明显具有功利性	(2021)闽 07 刑终 154 号

根据法律规定, 被告人在第一审程序中未认罪认罚, 二审法院应当“根据其认罪认罚的价值、作用”决定是否对其再予从宽处罚。“价值和作用”大小的判断带有较强的主观色彩, 更多地依赖于法官的自由裁量。法官因思维习惯、审判经验和能力水平的差异, 对认罪认罚从宽制度的认识立场不尽相同, 故而对被告人二审认罪认罚的评价尺度和处理思路也不尽统一。

部分法院仅简单进行形式审查, 如表 1 所示的(2020)鄂 12 刑终 2 号案例, 二审法院以“认罪认罚是可以从宽而非应当从宽”的原则性理由对被告人不予从宽, 未看到对被告人认罪认罚价值和作用的实质判断。部分法院对认罪认罚的本质理解出现偏差, 如表 1 所示的(2019)桂刑终 166 号案例中, 二审法院以“不存在认可检察院量刑建议并签署认罪认罚具结书的事实”对被告人不予从宽。系对“根据认罪认罚的价值、作用决定是否从宽”规范目的的狭隘解读。

80 件“予以从宽处理”的样本案件中, 法院对二审认罪认罚“从宽”的认定标准同样存在差异, 具体可归为三类: 一是原判认定事实或适用法律错误导致量刑失当, 且被告人二审期间表示认罪认罚; 二是被告人二审期间表示认罪认罚; 三是被告人二审期间表示认罪认罚, 同时具备退赃退赔、缴纳罚金、赔偿被害人等酌定量刑情节(见表 2)。

表 2 二审予以从宽处罚的具体样态

序号	予以从宽的具体理由	案号
1	原判认定事实或适用法律错误导致量刑失当, 被告人二审表示认罪认罚	(2021)鲁 15 刑终 165 号
2	被告人符合认罪认罚从宽处罚的条件, 原判未予认定不当, 被告人二审继续认罪认罚	(2020)苏 13 刑终 46 号
3	被告人二审作出认罪认罚表示(口头、书面申请、签署具结书)	(2020)闽 08 刑终 279 号

续表

序号	予以从宽的具体理由	案号
4	被告人作出认罪认罚表示并缴纳罚金	(2020)鲁15刑终292号
5	被告人作出认罪认罚表示并退缴违法所得	(2020)闽08刑终13号
6	被告人作出认罪认罚表示并预交罚金、退缴违法所得	(2021)赣01刑终72号
7	被告人作出认罪认罚表示并积极赔偿被害人损失	(2021)辽01刑终867号

透过上述考察不难发现,面对被告人相同的认罪认罚情节,法院基于不同的从宽认定标准,所作的裁量结果存在巨大差异。看似截然相反的裁判结果背后,折射出认罪认罚从宽制度多元价值目标间的内在冲突,以及法院对二审认罪认罚价值取向的不同考量。

(二)从宽幅度的考察:从宽幅度不尽相同

除裁判理由外,裁判结果同样值得关注,在从宽幅度的把握上,二审法院依然拥有较大的自由裁量权。经对80件二审认罪认罚予以从宽处理的样本案件进行分析,减少主刑刑期为主要从宽形式,为56件,占比70%。其余依次为改变刑罚执行方式18件(其中,主刑不变直接变更执行方式的为12件,减少刑期后予以变更执行方式的为6件),免于刑事处罚3件,变更刑种2件,减少附加刑(罚金)1件。在主刑刑期减少的56件样本案件中,刑期减少幅度最大为三年,最小为一个月。整体量刑从宽幅度分布区间在10%~50%不等,集中分布于10%~20%区间。

实证考察还发现,二审法院在适用认罪认罚从宽制度时,常伴随新的酌定从宽量刑情节,在80件予以从宽处罚的样本案例中,被告人二审期间具备新的酌定量刑情节(退赃退赔、缴纳罚金、赔偿被害人等)的案件为65件,占比81.3%。仅有被告人作出认罪认罚意思表示的案件为15件,占比18.8%。

为更直观地感受“认罪认罚”这一独立量刑情节在二审程序的从宽幅度,本文从56件主刑刑期减少的案件中抽离出“仅有认罪认罚表示”的15件案件进行专门分析,发现从宽幅度主要集中分布在10%以内和10%~20%两个区间。

除宏观数据的观察,微观视角下的“类案不同判”现象依然突出。以诈骗罪为例,在被告人认罪认罚并全部退赃的情况下,二审法院的从宽量刑幅度明显有所不同(见表3)。

表3 二审认罪认罚案件诈骗罪裁判结果对比

案号	案由	基本犯罪事实	二审认罪认罚情节	二审从宽处罚幅度
(2020)苏13刑终278号	诈骗罪	数额巨大(32万元)	表示认罪认罚全部退赃	二年六个月
(2020)沪01刑终1467号	诈骗罪	数额巨大(31万元)	表示认罪认罚全部退赃	七个月
(2019)渝01刑终170号	诈骗罪	数额巨大(27万元)	表示认罪认罚全部退赃并缴纳罚金	四个月



（三）从宽程序的考察：量刑协商形式各异

被告人在二审阶段表示认罪认罚的，是否需要量刑协商、由谁来协商，审判实践中做法各异。具体有以下几种表现形式：一是参照刑事一审程序，由二审法院的同级检察院提出量刑建议，被告人在辩护人的见证下签署认罪认罚具结书，并经二审开庭审理；二是二审法院将案件交由检察院阅卷，被告人在辩护人的见证下签署认罪认罚具结书，检察院将认罪认罚具结书连同书面阅卷意见一并移送二审法院，案件不再开庭审理；三是案件开庭审理时，针对被告人的认罪认罚情节，公诉人当庭发表量刑意见，二审程序中检察院不再与被告人签署认罪认罚具结书；四是针对被告人在二审期间提出的认罪认罚请求，由二审法院直接审理裁决是否从宽处罚以及从宽的幅度。

80件二审认罪认罚从宽处罚的样本案件中，签署认罪认罚具结书并开庭审理的为30件，二审法院直接书面裁判审理的为28件，这两种截然不同的审理方式在审判实践中大致相当。

三、刑事二审程序认罪认罚从宽制度适用失序及其原因

认罪认罚从宽制度在刑事二审程序中的适用呈现出来的诸多缺憾，有其深层次的原因，值得探讨。

（一）多元刑事司法模式并存语境下二审认罪认罚价值判断的失衡

认罪认罚从宽制度的确立，标志着我国刑事司法模式由一元化的报应性司法到以认罪协商机制为核心的协商性司法和以刑事和解为主导的恢复性司法多元化并存。^①多元刑事司法模式并存语境下，影响法官裁量权的因素范围不断扩大，判断认罪认罚在刑事二审程序中是否有价值和作用，取决于司法机关的价值取向。

在长期主导刑事司法实践的报应性司法语境中，认罪认罚从宽制度更多地被强调程序分流功能，“以犯罪嫌疑人、被告人的自愿认罪认罚为前提，建立刑事案件的繁简分流机制和全程快速办理机制，从而在保证司法公正的前提下最大限度地节约司法成本，提高司法效率”^②。伴之而来的是审判实践中呈现出的效率本位倾向，认为二审认罪认罚已无较大价值，理由在于被告人本可以通过在第一审程序中认罪认罚并适用简易程序或速裁程序减轻司法工作量，却拖延到第二审程序，此时一审法院已对案件事实和证据进行了全面认定，认罪认罚对于节约诉讼资源已无多大贡献，亦与“早认罪认罚优于晚认罪认罚”的诉讼价值取向相悖。

在协商性司法和恢复性司法语境中，认罪认罚从宽制度不是简单的程序简化，是

① 参见王林林：《多元刑事司法模式共存语境中的量刑基准研究》，载《政法论坛》2016年第3期。

② 孙长永：《认罪认罚从宽制度的基本内涵》，载《中国法学》2019年第3期。

刑事司法模式从对抗走向合作的重大转变，旨在敦促被告人认罪认罚后与国家和被害方和解，从源头上减少矛盾对抗、修复社会关系、促进社会和谐。^①这些价值和作用，不仅不会因为诉讼程序的推进而弱化或丧失，反而在刑事二审终审程序中有其特殊体现，如减少强制执行的申请、缓解执行难问题、减少申诉信访案件的发生，使诉讼得以及时终结、社会秩序得以恢复、司法权威得以实现。

“每一项司法活动都在正义的最高价值下统摄着复合的利益追求，这种复合可能表现为交叉、竞合或冲突，需要法律适用者根据具体情况进行衡量”。^②面对认罪认罚多元价值目标间不可调和的冲突，法官往往面临多重化的选择逻辑，想要保持价值判断这座“正义天秤”的平衡，显然并非易事。

（二）具有统一性和明确性的运行规则缺位致司法裁量权失范

在规范层面，现行法律、司法解释及相关指导性文件，对刑事二审程序认罪认罚从宽制度的规定都过于原则，往往以“依照进行”的方式一笔带过（见表4）。我国各地关于认罪认罚从宽制度实施的工作细则中亦未明确规定刑事二审程序认罪认罚从宽的适用条件与量刑幅度。^③

表4 刑事二审程序认罪认罚相关规定一览表

法规名称	实施时间	具体内容
《刑事诉讼法》	2018.10	第二审人民法院审判上诉或者抗诉案件的程序，除本章已有规定的以外，参照第一审程序的规定进行
“两高三部”《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》	2019.10	被告人在第一审程序中未认罪认罚，在第二审程序中认罪认罚的，审理程序依照刑事诉讼法规定的第二审程序进行。被告人在第一审程序中未认罪认罚，第二审人民法院应当根据其认罪认罚的价值、作用决定是否从宽，并依法作出裁判。确定从宽幅度时应当与第一审程序认罪认罚有所区别
《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》	2021.3	对被告人在第一审程序中未认罪认罚，在第二审程序中认罪认罚的案件，应当根据其认罪认罚的具体情况决定是否从宽，并依法作出裁判。确定从宽幅度时应当与第一审程序认罪认罚有所区别
《人民检察院办理认罪认罚案件开展量刑建议工作的指导意见》	2021.12	人民检察院办理认罪认罚二审、再审案件，参照本意见提出量刑建议

① 参见胡云腾：《正确把握认罪认罚从宽保证严格公正高效司法》，载《人民法院报》2019年10月24日，第5版。

② 张璇、杨阿荣：《二审期间被告人退赔从宽处罚的困境与出路》，载《人民司法·应用》2019年第25期。

③ 《浙江省刑事案件适用认罪认罚从宽制度实施细则》第79条规定：“被告人在第一审程序中未认罪认罚，在第二审程序中认罪认罚的，审理程序依照刑事诉讼法规定的第二审程序进行。第二审人民法院应当根据其认罪认罚的价值、作用决定是否从宽，并依法作出裁判。决定从宽应当特别慎重，确定从宽幅度时也应当与第一审程序认罪认罚有所区别。”此外，山东、湖北、新疆维吾尔自治区、宁夏回族自治区等地方的规范性文件中关于刑事二审认罪认罚制度的规定与浙江地区的规定基本一致。



2019 年 10 月,“两高三部”联合发布《关于适用认罪认罚从宽制度的指导意见》(以下简称《指导意见》),该意见明确规定认罪认罚从宽制度可以在一审程序中适用,也可以在二审程序中适用。同时,《指导意见》规定法院办理二审认罪认罚案件,依照《刑事诉讼法》规定的普通刑事案件二审程序进行,在确定从宽幅度时应与一审程序有所区别,^①但对“如何从宽”的考量因素和判断标准,缺乏具体指引。

2021 年 2 月,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第 357 条就刑事二审案件认罪认罚从宽制度的适用问题再次作出规定,将“依据认罪认罚的价值、作用决定是否从宽”更改为“根据认罪认罚的具体情况决定是否从宽”,相关规范的模糊性赋予了司法机关宽泛的裁量权,也带来裁量标准的巨大差异。同时,该规定主要是从程序法层面对认罪认罚的价值进行考量,认为二审认罪认罚对于节约司法资源、提升诉讼效率的价值有限。然而审判实践中认罪认罚的呈现形式千姿百态,对刑罚裁量的影响程度亦不尽相同,“一刀切”的做法难免有将复杂问题简化处理之嫌。

另外,《指导意见》规定,被告人在二审程序中认罪认罚的,审理程序依照《刑事诉讼法》规定的第二审程序进行。《刑事诉讼法》第 242 条规定,第二审人民法院审判上诉案件的程序,除法律已有规定的以外,参照第一审程序进行。对于二审法院决定书面审理的认罪认罚案件,由于一审程序没有书面审理方式,二审书面审理认罪认罚案件亦缺乏可明确参照适用的程序规定,是否需要量刑协商、谁来与被告人协商、通过何种方式协商存在诸多分歧,由此造成二审认罪认罚从宽制度程序适用上的混乱。

(三) 认罪认罚与其他量刑情节行为要件的交叉竞合致从宽适用的失调

“认罪”在实体法中具体包括自首、坦白、当庭认罪三种形态;“认罚”是指被告人真诚悔罪,愿意接受处罚。“两高”《关于常见犯罪的量刑指导意见(试行)》(以下简称《量刑指导意见》)规定的“退赃退赔、赔偿谅解、刑事和解”均可视为“认罚”的具体表现形态。审判实践中,认罪认罚与自首、坦白、退赃退赔、赔偿谅解等其他量刑情节并立之现象十分普遍,《指导意见》及《量刑指导意见》均规定,认罪认罚与自首、坦白、退赃退赔、赔偿谅解等量刑情节不作重复评价,但对于如何避免重复评价、评价幅度如何确定等问题尚未涉及。

以认罪认罚与自首关系为例,二者之间属于同一从宽理由下的交叉竞合,并非绝对的包含关系,不存在完全的重复评价。三个行为要件分别为承认指控 A、如实

^①《指导意见》第 50 条规定:“被告人在第一审程序中未认罪认罚,在第二审程序中认罪认罚的,审理程序依照刑事诉讼法规定的第二审程序进行。第二审人民法院应当根据其认罪认罚的价值、作用决定是否从宽,并依法作出裁判。确定从宽幅度时应当与第一审程序认罪认罚有所区别。”

供述B和自动投案C,交叉部分D为“认罪”,交叉部分E为“自首”。由于认罪认罚的行为要件和自首的行为要件存在交叉竞合,如果同时适用认罪认罚和自首评价被追诉人的行为,就必然会对“如实供述”这一行为进行两次评价。但认罪认罚无法包含对“自动投案”的评价,自首也包含不了对“承认指控”的评价,当被追诉人同时实施A、B、C三个行为时,不管是认罪认罚还是自首,都无法同时涵盖对被追诉人所有行为的评价。^①

认罪认罚与其他量刑情节竞合重叠时究竟如何进行评价,共识与分歧并存。共识是认可认罪认罚从宽是自首、坦白之外一个新的独立的量刑情节。分歧在于,认罪认罚与自首、坦白在量刑方面有重合时,应当如何确定从宽幅度?有观点认为应在自首、坦白从轻或减轻的基础上再给予适当从宽处罚;^②另有观点认为,对认罪认罚与自首、坦白交叉和叠加的“认罪”部分不作重复评价。^③对于“认罚”情节是否需要单独评价,有观点认为,“认罪从宽所获得的实体性收益,已经覆盖了狭义认罚从宽应获得的实体性收益,没有必要再对狭义认罚额外给予量刑减让”^④;另有观点认为,认罪认罚从宽制度区别于自首、坦白的关键恰恰在于“认罚”所蕴含的独特价值,^⑤被告人通过“认罚”使诉讼流程在认罪之后实现加速运转,这与自首带来的认罪之前的司法效率提升存在本质差别。^⑥

审判实践中亦有不同做法。比如,在一审判决已经认定自首、坦白、退赃退赔等从宽量刑情节,二审阶段仅有“被告人表示认罪认罚”这一单独量刑情节,二审法院再予量刑从宽,是否属于“重复评价”?江苏省高级人民法院的做法是,认罪认罚的被告人同时具有自首、坦白情节的,对认罪情节不作重复评价,但要结合认罚情节,综合确定从宽限度和幅度。^⑦此外,以表1中(2021)宁05刑终61号案例,法院以“一审对自首、坦白等情节已予认定并在量刑时从轻,二审期间认罪并非新情节,前后不能重复评价”^⑧为由对被告人的认罪认罚情节在量刑时不再从轻,该判决亦未再对“认罚”情节单独评价。

① 参见迟大奎:《论认罪认罚“从宽”中的司法适用》,载《法学杂志》2020年第11期。

② 参见樊崇义:《认罪认罚从宽与自首坦白》,载《人民法治》2019年第1期。

③ 参见苗生明、周颖:《关于适用〈认罪认罚从宽制度的指导意见〉的理解与适用》,载《人民检察》2020年第2期。

④ 黄京平:《认罪认罚从宽制度的若干实体法问题》,载《中国法学》2017年第5期。

⑤ 参见叶青:《认罪认罚案件二审实践的逻辑与反思——以4799份二审裁判文书为样本》,载《环球法律评论》2020年第6期。

⑥ 参见刘少军:《二审认罪认罚案件如何从宽——基于人身危险性降低理论的分析》,载《中国刑事法杂志》2021年第4期。

⑦ 《江苏省高级人民法院关于办理认罪认罚刑事案件的指导意见》第10条规定:“认罪认罚的被告人,同时具有自首、坦白情节的,对其从宽时不应重复评价认罪的情节,而应当根据自首、坦白情节的具体情况,结合认罚情节,综合确定从宽的限度和幅度。”

⑧ 陆某妨害公务罪案,宁夏回族自治区中卫市中级人民法院(2021)宁05刑终61号刑事裁定书。



作为“从宽系谱”中新的独立量刑情节,认罪认罚与其他量刑情节存在紧张的位序关系,“一旦与被比附的其他实体从宽或者其他程序从宽混存,其从宽情节往往会出现叠床架屋的重合,并因其他实体从宽保持原有的独立性而放逐认罪认罚从宽减让的应有幅度功能”^①,这是导致认罪认罚从宽制度在刑事二审程序适用失序的重要原因。

(四) 现有审级职能定位下诉讼价值观和审级利益间的冲突

二审程序适用认罪认罚从宽制度面临的障碍,还体现在刑事诉讼程序功能定位下诉讼价值和审级利益间的冲突。中共中央《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出,一审重在解决事实认定和法律适用,二审重在解决事实法律争议。相较于一审查明案件事实、认定证据和定罪量刑的功能,二审程序则更为关注法律监督与权利救济,其重点在于对一审定罪量刑及程序合法性上的监督。

审判实践中几乎已经形成的共识是:对于一审法院作出的判决,除认定事实、适用法律有误,或者确属量刑不当,二审法院不宜轻易改变一审裁判结果,尤其是量刑结果,以尽量维持一审的既判力和权威性。有观点认为,如果被告人二审认罪认罚仍可从宽处罚,长此以往可能形成不良导向,造成大量案件上诉,浪费司法资源。二审案件出现大面积改判情况,有损一审判决的严肃性与稳定性,这与二审程序的定位和功能是相矛盾的。^②尤其是在二审阶段,被告人认罪认罚的动机多具有功利性,并非真正出于内心悔过而认罪认罚,潜在的权利滥用风险导致二审认罪认罚的真实性有较大的不确定性,如果无限制地给予被告人在二审程序中适用认罪认罚从宽的机会,有可能助长其投机心理。

另有观点认为,如果被告人在一审程序中未表示认罪认罚,在二审程序中认罪认罚一律不被采纳,二审程序将沦为单纯确认一审未生效判决的机械化流程,这与二审程序纠错与发展法律的功能定位是相悖的。同时,认罪认罚从宽的制度许诺未得到兑现,亦有损制度的信誉和司法权威,进而损害认罪认罚从宽制度在规范和实践上的有效性。^③

面对被告人的认罪认罚,二审法院基于不同的诉讼价值观,会作出不同的选择和裁判。如何平衡刑事既判力与权利救济保障不同的价值目标,最大限度兼顾一审裁决的稳定性和个体公正,成为二审法院衡量认罪认罚价值和作用时不得不面对的问题。

① 郭华:《“从宽”系谱中认罪认罚从宽的位序与程序安排》,载《中国刑事法杂志》2020年第5期。

② 参见温锦资:《二审认罪认罚案件的审理要点》,载《人民司法·案例》2021年第26期。

③ 参见刘少军:《二审认罪认罚案件如何从宽——基于人身危险性降低理论的分析》,载《中国刑事法杂志》2021年第4期。

四、刑事二审程序认罪认罚从宽制度有序运行的体系构建

如上文所及,认罪认罚制度在刑事二审程序中缺乏独立统一的运行规则,为实现认罪认罚从宽制度在刑事二审程序的有序运转,应综合考虑案件类型、一审未认罪认罚原因、二审认罪认罚表现以及二审程序的价值取向和功能定位,进行多元化体系构建。

(一) 实体层面:实质审查下的多元价值判断

被告人在二审期间认罪认罚的,是否对其从宽处罚,要注重对被告人悔罪自新和认罪认罚的实质审查,在此基础上进行价值和作用的判断,具体来说,“以认罪为前提,以认罚为载体,通过认罚的态度和各项行动综合判断悔罪的效果,来决定认罪认罚制度的适用与否”^①。

1. 二审认罪认罚价值判断的多元化

囿于二审认罪认罚所处的诉讼阶段,其对查明案件事实和节约司法资源的价值与一审相比,已经大打折扣,故应以二审程序功能定位为立足点,综合考虑案件类型、罪行轻重、被告人一审未认罪认罚的原因、人身危险性、办案价值量以及修复社会关系的能动性,^②从“司法效率提升”的单一价值判断,转为多元化价值判断。

其一,基于被告人角度的价值判断:人身危险性降低。一方面,被告人在第一审判决后认罪悔罪,反映其对于法律规范的认同与接受;另一方面,被告人在二审期间退赃退赔、赔偿被害人等积极修复社会关系的举动,反映其对于刑罚处罚的认同和接受,人身危险性相较未认罪认罚者明显降低,特殊预防的必要性进一步减少,此时对其进行从宽处理,更能发挥法律的教育作用,达到刑罚特殊预防的效果。^③反之,通过犯罪行为体现出被告人人身危险性较大的,即便二审阶段认罪认罚,亦不予从宽处理,如犯罪情节极为严重、性质极为恶劣(如性侵未成年人案件)、具有累犯情节且前罪为暴力犯罪或者前、后罪为同类犯罪的。

其二,基于被害人角度的价值判断:修复受损社会关系。被告人在二审阶段积极退赃退赔可以有效修复受损的社会关系,降低犯罪行为的社会危害性,实现恢复性司法的制度价值。被告人虽有认罪认罚表示,但未采取退赃退赔、赔偿被害人等措施弥补被害人受损利益的,应当视为二审认罪认罚价值和作用较小。

其三,基于国家利益角度的价值判断:诉讼及时终结。被告人在二审阶段认罪

① 董坤:《认罪认罚从宽制度下“认罪”问题的实践分析》,载《内蒙古社会科学(汉文版)》2017年第5期。

② 参见刘伟琦:《认罪认罚从宽制度的刑事实体法构建——兼与周光权教授商榷》,载《河北法学》2020年第8期。

③ 参见赵菁:《二审刑事案件中认罪认罚的实体性思考》,载《刑法论丛》2020年第2期。



认罚并实际履行退赃退赔义务,一方面可以减少强制执行的申请,提高刑事诉讼执行效率、缓解执行难问题,另一方面,通过诉讼程序的二次运行,有效吸收被告人和被害人的不满情绪,一定程度上减少申诉信访案件的发生,避免审判监督程序的不当启动,从而使诉讼及时终结,司法权威得以实现。

2. 二审认罪认罚的类型化区分

不同类型的二审认罪认罚,认定从宽的标准及量刑从宽幅度均应有所区分,结合认罪认罚的现实表现形态,以有无实际认罚履行内容为划分依据,二审认罪认罚可分为两种类型:一是意思表示型认罪认罚,即被告人仅作出认罪认罚意识表示,无实际认罚履行内容。具体又可细分为判项中无实际履行内容和判项中有实际履行内容,但被告人基于主、客观原因未实际履行。

二是具有实际履行义务的认罪认罚。具体又可细分为财产性判项履行的认罪认罚和人身给付内容履行的认罪认罚,前者是指被告人除作出认罪认罚表示外,还实际履行财产刑判项,具体包括退赃退赔、缴纳罚金等,主要罪名包括侵犯财产犯罪、非法集资犯罪、贪污贿赂犯罪等;后者是指针对侵害被害人人身权利或者其他合法利益的犯罪行为,被告人除作出认罪认罚表示外,还对被害人进行实际物质赔偿、精神损害赔偿及取得被害人谅解,主要罪名包括故意伤害罪、过失致人死亡罪、交通肇事罪、寻衅滋事罪等。

3. 二审认罪认罚的实质审查

对被告人在二审期间提出的认罪认罚请求,二审法院应改变“认罪认罚→量刑从宽”的形式判断评价路线图,而以“如实供述、承认指控→认罪→退赃退赔、赔偿被害人等→从轻(不予从轻)量刑”的实质化和精细化评价路线图予以替代。^①换言之,二审法院不应对被告人认罪认罚予以抽象评价,而是应将各类具体化情节作为认罪认罚的表现形式予以具象认定。

其一,审查被告人一审阶段未认罪认罚的原因。为防止被告人滥用权利恶意上诉而损害实体正义,应当重点审查一审阶段被告人未认罪认罚的原因。一是审查一审程序中被告人对认罪认罚的法律规定、法律后果是否充分知悉,是否获得值班律师或辩护人的有效帮助。如果被告人在一审程序中对认罪认罚的法律性质及其后果并没有充分认知,或不清楚能够适用认罪认罚从宽制度,则其在二审程序中认罪投机的可能性相对较低,可判定其主观上并无滥用制度的心态。二是审查是否存在被告人认罪认罚而一审法院未予认定的情形。被告人在一审阶段自愿认罪认罚且符合法律规定,但因一审法院未予确认适用引发被告人上诉,被告人二审继续认罪认罚的,

^① 参见贺小军:《认罪态度对量刑的影响实证研究——以A省B市为例》,载《政治与法律》2015年第12期。

应视为被告人诉讼权利的正当行使。

其二，二审“认罪”的具体审查。二审“认罪”标准要高于一审“认罪”标准。与一审阶段要求的“被告人承认指控的主要犯罪事实”标准不同，二审“认罪”的认定标准应为“自愿如实供述自己的全部罪行、对指控及一审法院认定的全部犯罪事实、罪名均无异议（一审认定罪名有误除外），对行为性质辩解的，不影响“认罪”的认定。

其三，二审“认罚”的具体审查。首先，判断“认罚”可分为两步：第一步是肯定性判断，重点考察被告人作出认罪认罚意思表示之后是否有实际的退赃退赔、赔偿损失、赔礼道歉等“认罚”行为；第二步是否定性判断，即被告人是否有逃避赔偿的禁止性行为，如隐匿、转移财产，有能力赔偿而不赔偿。其次，二审“认罚”的退赔方式限于实际履行完毕，针对侵害人身权益的犯罪案件，从宽处罚需以取得被害人谅解为必要条件。如被告人积极主动退赔，但被害人不接受也不谅解，则不能适用“认罚”从宽处罚的规定。但是，因被害人赔偿请求明显不当致调解或和解协议不能达成的，一般不影响对被告人从宽处理。

4. 从宽幅度的确定：多层次从宽量刑体系

进一步明确认罪认罚从宽量刑的指导原则，细化不同表现形式的具体适用标准，以体现从宽的层级性。针对一审、二审阶段认罪认罚的具体情形，建立多层次、阶梯式的量刑标准，具体考虑因素如下：

第一，为彰显“早认罪认罚优于晚认罪认罚”的刑罚评价取向，鼓励被告人尽早认罪认罚，二审从宽幅度应当比照一审认罪认罚降低；另一方面，根据“认罚”的实际履行内容进行分类，细化不同情形的具体标准和适用情形，避免量刑“剪刀差”。

第二，从严掌握二审认罪认罚从宽方式。出于刑罚评价的正面导向和维持一审司法权威的需要，二审认罪认罚从宽处罚方式应仅限于减少刑期（包括无期徒刑改为有期徒刑）和适用缓刑，不包括改变刑种和免于刑事处罚。但因检察机关或一审法院过错导致一审程序未能适用认罪认罚从宽制度的，或一审法院认定事实或适用法律有误致量刑明显不当的，从宽幅度可不受此限制。^①

第三，禁止重复评价问题。二审期间的认罪认罚，相较于自首、坦白、退赃退

^① 参见张璇、杨阿荣：《二审期间被告人退赔从宽处罚的困境与出路》，载《人民司法·应用》2019年第25期。



赔等其他量刑情节,只要在“人身危险性降低”“修复受损社会关系”“诉讼及时终结”三个层面进一步有所“贡献”,即可叠加从宽,反之则构成重复评价。^①

通过上述实践考察和分析,结合《指导意见》及认罪认罚的具体表现形式和实际履行内容,设计认罪认罚从宽量刑幅度方案(见表5)。

表5 认罪认罚从宽量刑幅度设计方案

认罪认罚的具体表现形式	案件类型列举	一审从宽幅度	二审从宽幅度
自愿认罪认罚,无被害人,无需退赃退赔、缴纳罚金	窝藏、包庇罪、聚众扰乱社会秩序罪	从宽幅度 20% 以下	原则上不予从宽
自愿认罪认罚,无被害人,无需退赃退赔但需缴纳罚金	危险驾驶罪、妨害公务罪	从宽幅度 20% 以下	从宽幅度 5% 以下
自愿认罪认罚,无被害人,退赃、缴纳罚金	掩饰隐瞒犯罪所得罪、帮助信息网络犯罪活动罪	从宽幅度 40% 以下	从宽幅度 20% 以下
自愿认罪认罚,退赃退赔,赔偿损失,取得被害人谅解,无罚金	故意伤害罪、交通肇事罪	从宽幅度 50% 以下,符合缓刑条件的可以适用缓刑	从宽幅度 30% 以下,符合缓刑条件的可以适用缓刑
自愿认罪认罚,退赃退赔,赔偿损失,取得被害人谅解并缴纳罚金	盗窃罪、诈骗罪、非法吸收公众存款罪	从宽最大限度以 60% 为限。犯罪较轻的,可以减少基准刑的 60% 以上或者依法免除处罚;符合缓刑条件的可以适用缓刑	从宽幅度 40% 以下,符合缓刑条件的可以适用缓刑

(二) 程序层面:控辩审三方参与的有效量刑协商

被告人在二审中认罪认罚,属于可能影响量刑的新事实、新情节,但并不属于《刑事诉讼法》第234条规定的应当开庭审理的法定情形之一。经过一审的审理,被告人的犯罪事实、定罪量刑已形成判决,二审面临的主要问题是能否基于被告人的二审认罪认罚予以从宽处罚。如果要求二审认罪认罚的案件一律开庭审理,与认罪认罚从宽制度和书面审理制度在节约司法资源方面的价值取向背道而驰,^②必然造成更多司法资源的浪费。

如果一项新情节未经控辩双方辩论便径直改变一审判决确定的刑罚则明显不妥,若控辩双方对二审判决仍然存在争议,所产生的附带效果将更为严重。故被告人在

^① 参见郭晶:《外逃人员认罪认罚量刑减让规则研究》,载《政治与法律》2022年第2期。

^② 参见魏晓娜:《认罪认罚从宽制度的司法适用与疑难问题》,载《人民司法·案例》2021年第26期。

二审阶段认罪认罚的,仍宜由控辩双方进行量刑协商,法官仍应恪守审查者和把关者的角色。^①当然,在控辩双方进行协商时,法官可进行必要的参与和引导,适当简化量刑协商程序。

对于二审法院决定开庭审理的案件,可以参照一审程序认罪认罚从宽制度的规定,由同级检察院在查阅案卷后,庭前根据被告人二审认罪认罚情况提出量刑建议,被告人在值班律师或者辩护人见证下签署认罪认罚具结书。二审法院通过庭审审查被告人认罪认罚的自愿性、真实性及合法性,同级检察院量刑建议无明显不当的,二审法院应予采纳。二审庭审阶段被告人才表示认罪认罚的,二审法院应当根据审理查明的事实,就定罪和量刑充分听取公诉人及辩方意见,依法作出裁判。

对于二审法院决定不开庭审理的案件,被告人的认罪认罚,经对案件进行初步审查,认为仍具有适用认罪认罚从宽制度空间的,由法官完成权利义务、法律规定与法律后果等方面的告知工作,并及时通知公诉人与被告人的辩护律师,提出启动认罪认罚从宽程序的建议。检察机关在与被告人具结过程中,可就量刑建议与法官提前沟通交流,既能保障控辩双方进行对话协商的机会,也有利于法官及时了解案件进展和具结情况,提高二审认罪认罚案件的审判效率和量刑建议采纳率。^②

(三) 配套机制:被告人的权利保障

1. 强化值班律师和辩护人的实质化参与。审判实践中,一审值班律师“见证人化”倾向较为普遍,基于二审终审制的规定,二审裁判生效后,除非启动再审程序,被告人已无救济机会。对于在二审程序中认罪认罚的被告人未委托辩护人的,二审法院应当及时通知值班律师或为其指定辩护人。值班律师或辩护人应主动释明二审程序适用认罪认罚制度的条件、可能从宽处罚的幅度、法律后果等,在与检察机关的量刑协商过程中应充分提出意见建议,增强量刑协商的实质化参与,最大限度保障被告人认罪认罚的自愿性和明智性。同时应参与被告人与被害人的赔偿谅解协商过程,一方面促使被告人作出合理的赔偿,另一方面帮助被害人形成合理的赔偿预期。^③

2. 二审法院应充分履行告知义务。法官在二审审理过程中,针对被告人认罪认罚的,应就被告人权利义务、二审认罪认罚法律规定、从宽认定标准及法律后果等

① 参见董坤:《审判阶段适用认罪认罚从宽制度相关问题研究》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020年第3期。

② 参见赵恒:《法官参与认罪认罚案件具结活动的模式和法律制度前瞻》,载《政治与法律》2021年第1期。

③ 参见高通:《故意伤害案件中赔偿影响量刑的机制》,载《法学研究》2020年第1期。



进行充分、全面告知，由此巩固二审阶段被告人认罪认罚的自愿性与真实性。同时应当向被害人释明相关情况，特别是接受退赔并谅解被告人可能引起的后果。

3. 完善二审认罪认罚量刑说理机制。从裁判文书样本来看，二审法院对二审期间认罪认罚从宽认定的说理不足，通常只有“二审期间认罪认罚”“退赃退赔”“不予从宽”“据此从轻”等寥寥数语。“正如法律本身的合理性必须向那些受其约束的人予以证明一样，一项刑事裁判也必须向那些受其影响的被告人做出合理解释”^①，二审法院应当对是否予以从宽处罚的理由、从宽幅度进行精细说理，充分反映认罪认罚与刑罚裁量结果之间的可视化逻辑关系。

结 语

“认罪认罚案件的二审程序不是‘灰姑娘’，而是涉及效率、权利、真相和公正等多元价值的重要制度。”^②无论基于提升司法质效、推进国家治理体系和治理能力现代化的根本价值，还是发挥刑事二审程序的救济和监督功能，认罪认罚从宽制度在刑事二审程序中理应占有一席之地。然而，制度的改进非一时之功，需要漫长的经验积累。构建实质性认罪认罚审查程序和多层次从宽量刑体系，对二审认罪认罚从宽制度的完善或许能提供些许思路。

（责任编辑：郑佳豪）

① 陈瑞华：《刑事审判原理》，法律出版社 2020 年版，第 48 页。

② 牟绿叶：《认罪认罚案件的二审程序——从上诉许可制展开的分析》，载《中国刑事法杂志》2019 年第 3 期。

论机会损失赔偿之确定

刘承彪 孙启隆^{*}

内容摘要：在合同法领域，机会损失的可赔偿性受到质疑，主要原因是其自身固有的或然性对机会损失赔偿之确定造成了阻碍。机会损失发生与否、机会利益属性及机会损失赔偿范围如何确定等问题均是其或然性的体现。机会损失不仅具有或然性，也具有一定程度的确定性。厘清机会损失与信赖利益、期待利益之间的关系，合理回应或然性障碍问题，机会损失赔偿之确定便成为可能。机会损失的赔偿范围并非漫无边际，其同样应受可预见性规则之约束。为有效确定机会损失的赔偿，可尝试客观计算方法，考量当事人主观能力、与第三人交易进展情况以及双方过错程度等诸多因素。同时，可根据层次论下的预约合同与本约合同按类型分别讨论其赔偿情况，最大程度保护当事人的机会利益。

关键词：机会损失；机会利益；信赖利益；期待利益；预约合同

引言

机会损失(opportunity cost)是指在进行决策时,所放弃的最优选择所带来的成本。换句话说,机会损失是指因为选择了某种方案而放弃了其他可行的方案所造成的损失。机会损失是经济学中一个重要的概念,它可以帮助人们更好地理解和分析决策的成本和效益。在进行决策时,考虑到机会损失可以帮助人们更全面地评估各种选择,并做出明智的决策。在合同法领域,机会损失是指合同一方因对方过错导致合同未能订立、不生效、无效或被撤销后,因丧失与第三人签订相同或类似合同的机会而产生的损失。《民法典》主张全面赔偿原则,因此客观存在的机会损失亦应得到赔偿。

然而,对机会损失是否应当赔偿及如何赔偿的疑问始终存在。目前,我国法律

^{*} 刘承彪,中国政法大学比较法学研究院教授、博士生导师;孙启隆,中国政法大学比较法学研究院硕士研究生。



对于机会损失是否应获赔偿并无明确规定,《民法典》第 500 条第 2 款仅规定了应当赔偿的情形,而并未对造成的“损失”进行定性和明确,机会损失是否可以落入该可赔偿的损失范围内,这一问题仍有待讨论。立法的不明确一度为司法实践的认定带来了较大困难,尽管多数法院已经逐步承认对机会损失的赔偿,但仍有法院对此持消极态度。例如,河南省高级人民法院认为信赖利益损失的范围一般包括因信赖对方邀约而支出的合理费用,不包括因此而错失的机会损失等间接损失。^①最高人民法院也对这一问题愈加重重视,2022 年 11 月印发的《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《民法典合同编解释(征求意见稿)》)第 5 条第 2 款肯定了机会损失的可赔偿性,^②因此该解释出台后,机会损失在司法实践中的赔偿将得到法律支持。

尽管如此,机会损失及其相应赔偿如何确定,在实践中仍然是一个亟待解决的难题。《民法典合同编解释(征求意见稿)》第 5 条第 3 款仅规定:“当事人主张前款所称‘因丧失其他缔约机会而造成的损失’的,应当对其他缔约机会的现实可能性以及损失的大小承担举证责任。”该条规定显然过于笼统,对机会损失的确定与机会利益的实现助益有限。本文关于机会损失赔偿的研究思路展开如下:机会损失赔偿过程中的或然性阻碍究竟是什么?如何对其或然性障碍进行合理回应?机会损失的赔偿计算方法与考量要素如何设计?在不同类型的合同中应如何具体确定从而得到实现?

一、机会损失赔偿确定中的或然性障碍

(一) 机会损失的发生具有或然性

通常情况下,合同双方为订立合同往往会付出一定的成本,其中包括某些积极成本,如为订立合同而实际支出的路费、打印费乃至聘请专业人员的咨询费,这些都是显而易见且易被证明的直接损失。当然,随着经济社会的发展与当代交易模式的普及,消极成本渐渐进入人们的视野,最为典型的即机会损失。当允诺作出时,受约人往往会信赖这一允诺,并基于这一信赖放弃许多与他人缔结相同或相似契约之交易机会,^③此即为机会成本,该机会的丧失即为对机会利益这一法益的损害。因

① 参见刘明哲诉新乡市天隆房地产有限责任公司商品房销售合同纠纷案,河南省高级人民法院(2021)豫民申 1723 号民事裁定书。

② 《民法典合同编解释(征求意见稿)》第 5 条第 2 款规定:“当事人一方假借订立合同,恶意进行磋商,或者实施其他严重违背诚信原则的行为,对方请求赔偿其因丧失其他缔约机会而造成的损失,人民法院依法予以支持,但是应当扣除其为取得该机会所应支出的合理费用。”

③ 参见[美]亨利·马瑟:《合同法与道德》,戴孟勇、贾林娟译,中国政法大学出版社 2005 年版,第 12-13 页。

错过交易机会而造成的损失并非表现为当事人的实际支出,在许多情况下,这种“妨碍的收益”(lucrum cessans)难以被精确计算,故被认为是臆想的损失,对其赔偿无正当理由,此亦即机会损失之或然性、不确定性。由此,机会损失是否发生本身就具备着天然的或然性,机会利益是一种本可以获得的利益,而非已然获得后又损失了的利益。该特性往往被认为是机会损失获得救济的最大阻碍,也就是说,机会损失核心要点便是其确定性问题。

机会本身即作为一种可能性,最多可以被固定下来,但由于市场因素的多变,导致该机会最终不一定会得到实现从而转化为价值。缔约机会能否获得并实现是一个概率问题,是一种具有较大或然性的问题。司法实践中不乏观点认为机会损失因其或然性不应得到赔偿。例如在徐宁诉成都恒正和实业公司房屋租赁合同纠纷案中,法院认为市场交易条件多变,徐宁无法证明其因未能购买到争议所涉房屋,而可以另行寻租或购买其他条件相当的房屋用于经营而遭受的损失。而在现实交易中也存在有价无市的情形,故承租人是否可以期待获得租赁房屋的所有权还处在一种不确定的状态。^①另外,机会是否能够取得也受限于当事人自身能力大小与主观意愿情况,而这些条件往往都是难以确定的。同样一个机会,对于经验丰富、具有较高判断能力和执行能力的商事主体来说便极有可能取得,而对于缺乏交易经验、判断时常失误的商事主体来说,则很容易丧失。因此,当事人因对方过错丧失合同利益,并不当然地就可以认定其能够获得与第三人订立相同合同之机会,在多种因素的影响下,这种机会损失是具有或然性的,其发生与否并不确定。因此,机会损失因其或然性往往遭到诟病,认为此损失多为一种猜测,是虚幻的。

(二) 机会利益之属性难以明晰

实际上,对机会损失的赔偿其实就是对机会利益的保护,因此,对机会损失的赔偿范围进行界定应先明确机会利益的属性。通常情况下,在考虑机会损失赔偿时机会利益往往被认为属于信赖利益或期待利益,而司法实践对此尚未达成一致。在程美菊诉江西惠荣房地产投资开发有限公司商品房预约合同纠纷案中,法院认为违反预约合同而造成的损失为信赖利益损失,并不属于期待利益之损失;^②在向庆林诉清远市杰晖房地产有限公司商品房预约合同纠纷案中,法院则认为当事人失去了属于期待利益的机会利益。^③

① 参见徐宁诉成都恒正和实业有限责任公司房屋租赁合同纠纷案,四川省高级人民法院(2014)川民申字第1243号民事裁定书。

② 参见程美菊诉江西惠荣房地产投资开发有限公司商品房预约合同纠纷案,江西省高级人民法院(2016)赣民再46号民事判决书。

③ 参见向庆林诉清远市杰晖房地产有限公司商品房预约合同纠纷案,广东省清远市中级人民法院(2021)粤18民终1708号民事判决书。



机会利益归属于信赖利益还是期待利益不仅仅是学理上的简单划分,而且也对机会损失的赔偿有着重要意义,如不加区分地将机会利益统一界定为无限制的信赖利益或期待利益,则会导致合同双方当事人利益的严重不平衡,为机会损失的赔偿增添了阻碍,不利于市场交易的进行。信赖利益、期待利益二者与机会利益的关系究竟如何?机会利益是否存在于其中某种或某几种合同利益中?各种利益纠缠不清对机会损失赔偿范围的进一步界定无益,因此诸如此类问题均需得到解决,以厘清相关利益关系、确定机会利益之归属,为确定机会损失之赔偿范围扫清障碍。

(三) 机会损失赔偿之范围不易确定

机会损失的发生本身具有或然性,而与第三人的缔约机会即便获得,其之后能够转化的价值利益大小亦即其赔偿范围也是模糊而非确定的。对于将来发生的事情,人们很难精准地预测其发展,无法准确得知缔约机会背后所隐藏的利益的数额。另外,在市场经济条件下,市场变化不断,即使机会没有丧失,将来获利之数额也不确定。^①最典型的影响因素即为时间,机会损失具有较强的时效性,不同时间下计算的机会损失可能大相径庭。例如,在南通中港地产有限公司与范杰房屋租赁合同纠纷案中,法院分别以 2017 年 1 月 12 日与 2017 年 5 月 24 日为评估点,评估价格分别为 125 万与 244 万,后者近乎前者的两倍。^②其他因素诸如政策、商誉、当事人主观意愿等均对机会损失的范围界定造成较大的困扰,更遑论第三人因素介入时,机会损失就更无法成为一种易被计算的稳定而静态的损失。因此,有观点认为,在诸多因素影响下机会损失赔偿的范围无法确定,该损失是不能预见的,突破了可预见性规则之约束。如果对其进行赔偿很有可能使得一方当事人因此获益,有违公平。同时突破了可预见性规则的赔偿不合理地提高人们在市场交易过程中的注意义务,最终将阻碍经济发展。

二、对机会损失赔偿的或然性障碍之回应

(一) 机会损失具有客观性

机会损失具有或然性,但这并不能否认机会损失的客观性,机会损失获得赔偿有其正当理由。事实上,机会损失是一种典型而常见的间接损失,其客观性具有大量的理论支撑与实践基础。

1. 机会损失客观性的理论支撑

^① 参见王利明:《侵权责任法研究》,中国人民大学出版社 2010 年版,第 319 页。

^② 参见范杰诉南通中港地产有限公司房屋租赁合同纠纷案,江苏省南通市中级人民法院(2018)苏 06 民终 472 号民事判决书。

机会损失在理论上是客观存在的，在逻辑上是可以证成的。学界不乏观点支持机会损失的客观性与对其的损害赔偿。有学者认为在缔约过失责任中保护信赖利益，此种信赖利益的损害赔偿包括订约费用、准备履行所需费用（积极损害）或丧失订约机会的损害（消极损害）。^①部分学者对此观点亦表示赞同。^②在合同成立并有效的框架内，机会即为成交；而成交所值即为机会利益，也就是合同成立并有效的价值，其本身赋予守约人应得之利益。^③当今社会，每时每刻都发生着大量的交易，也就意味着许多机会的实现，机会得以实现就意味着机会亦可能丧失。因此，当因一方过错使得合同不成立、被撤销或无效时，本应转化为成交的机会化为泡影，合同成立的有效价值不复存在，守约人的利益受损。此损失并非“臆想”所得，而是以逆向思维证明本该实现之合同最终失败造成对守约方的不利后果。在此情况下，如不承认守约方的机会损失，进而否定对其的机会利益损害赔偿，则无疑给违约方的过错提供了正当化理由，有违社会公平。

以买卖合同为例，合同标的物若为种类物，并非独一无二的，可以在其他卖方处购得，则相关交易市场是庞大的，具有购买意向的买方拥有缔约机会是不言而喻的。另外一种典型的合同——预约合同更是机会损失客观存在的有力证明。即将出台的《民法典合同编解释（征求意见稿）》第9条亦涵盖此意。^④当事人订立预约合同是为了进一步订立本约，其在预约合同中很可能已经明确约定了本约标的物、对价等合同内容，通过预约合同固定住了双方当事人对本约的期待利益，亦即预约合同固定了双方的交易机会。因此，违约方违约将伴随着守约方信赖的终止及期待利益丧失，而又因为时间无法倒流，双方往往无法恢复到最初的交易状态与条件，此时守约方与他人订立相同或类似本约合同的机会也不复存在。不可否认，机会损失是一种客观存在的损失，并非守约方虚无缥缈的幻想。

2. 机会损失的实证基础

机会损失的客观性在司法实践中亦得到了有力证明。在王桂元诉唐克义、北京我爱我家房地产经纪有限公司房屋买卖合同纠纷案中，法院认为本案当事人签订了

① 参见王泽鉴：《债法原理》（第二版），北京大学出版社2022年版，第234页。

② 参见崔建远：《合同法总论》，中国人民大学出版社2008年版，第369-372页；韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年版，第185-187页。

③ 参见崔建远：《论机会利益的损害赔偿》，载《法学家》2023年第1期。

④ 《民法典合同编解释（征求意见稿）》第9条规定：“预约合同生效后，当事人一方不履行订立本约合同的义务，对方请求其赔偿因此造成的损失，人民法院依法予以支持。前款规定的损失赔偿，当事人有约定的，按照约定；没有约定的，人民法院应当综合考虑订立本约合同的条件的成就程度以及本约合同履行的可能性等因素，在依本解释第五条确定的损失赔偿额与依本解释第六十三条至第六十六条确定的损失赔偿额之间进行酌定。预约合同已就本约合同的主体、标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等影响当事人权利义务的实质性内容达成合意，当事人请求按照如本约合同成立并履行后可以获得的利益计算违反预约合同的损失赔偿额的，人民法院依法予以支持，但是当事人另有约定的除外。”



预约合同,在此基础上王桂元对唐克义将会如约履行义务产生了真实的信赖并有相关证据证明,而唐克义却私自提高房屋价格,此举违背诚实信用原则,应付出相应代价,故判决唐克义应赔偿王桂元丧失另购房屋的机会损失。^①在程美菊诉江西惠荣房地产投资开发有限公司商品房预约合同纠纷案中,法院指出:“预约违约所产生的损失为信赖利益损失。当事人未对违约金进行约定,适用定金罚则难以弥补预约违约损失时,预约违约责任范围以守约方丧失的另行订约机会损失进行酌定。”^②承认机会损失的案件比比皆是,有学者更是认为至少在六种情形下存在机会利益的损害赔偿。^③当然,司法实践中亦对机会损失存在着诸多怀疑。在曹灿如与上海莱因思置业有限公司等商品房预约合同纠纷上诉案中,法院认为机会利益难以确定,并不属于可以确定的信赖利益,因此不应落入缔约过失的赔偿范围中,故当事人曹灿如不得请求赔偿其所谓遭受的机会损失。^④然而,通过检索发现,大多数反对意见仍聚焦于机会损失作为一种间接损失难以确定,数额不易计算,显然这只是对无法完全证明的机会损失存疑,并不能成为否定机会损失客观性的借口。

(二) 机会损失的确定标准

有损害便有赔偿,这一原则是私法的灵魂。此处的“有”应理解为对“存在”这样一种状态的肯定而非对这一状态的详细描述,存在损害就应该有与之对应的赔偿规则进行救济,而不应因为规则难以设计便否认该损害的可赔偿性。然而,当测量并计算损害赔偿时,法律是在追求某种目的,这种目的有可能是模糊不明的或是被隐含在内的,其并非仅仅在单纯地计算损害赔偿最终得出的一个数额或数量。^⑤实际上,受制于当事人的举证能力,机会损失的不确定性往往存在于司法实践的技术层面。在理想状态下,倘若受害者得以完全举证,则机会损失是可以具体确定的。由此,机会损失的或然性疑虑被打消,如若依旧不承认并保护当事人的机会损失利益,则有违公平正义,难以让人信服。也就是说,立法在追求一种暗含着的公允正义的目的,法律完全没有理由不保护可以得到充分证明的机会损失,在立法上至少

① 参见王桂元诉唐克义等房屋买卖合同纠纷案,北京市第二中级人民法院(2018)京02民终466号民事判决书。

② 程美菊诉江西惠荣房地产投资开发有限公司商品房预约合同纠纷案,江西省高级人民法院(2016)赣民再46号民事判决书。

③ 崔建远教授认为至少在以下六种情形下存在机会利益的损害赔偿:(1)房屋买卖合同违约;(2)房屋租赁合同被承租人无理终止;(3)附始期的合同;(4)附停止条件(附生效条件)的条款;(5)在受害人享有选择权的合同中,违约方拒绝履行,导致受害人无法行使选择权;(6)在股权转让、探矿权转让、采矿权转让等类型的合同缔结时,转让人向受让人保证及时、完整地向行政主管部门提交报批材料而后食言。参见崔建远:《论机会利益的损害赔偿》,载《法学家》2023年第1期。

④ 参见曹灿如诉上海莱因思置业有限公司等商品房预约合同纠纷案,上海市第二中级人民法院(2010)沪二中民二(民)终字第609号民事判决书。

⑤ 参见[美]L.L.富勒、小威廉R.帕杜:《合同损害赔偿中的信赖利益》,韩世远译,中国法制出版社2004年版,第4页。

应明确对机会损失利益的保护,而如何举证、举证是否充分则属于司法实践操作层面。当受害方因对方过错丧失与他人签订合同的机会而请求过错方赔偿其机会损失时,法律至少应该赋予受害方一种请求的权利,而最终能否通过举证实现其请求的机会损失赔偿则后果自负。

上述讨论仅是在当事人有能力充分举证其所受机会损失的理想状态下,而现实情况往往并非如此。在绝大部分请求赔偿机会损失的案件中,当事人通常很难通过举证得到令其满意的机会损失赔偿。造成这一现象的主要原因依旧需要反思法律对机会损失确定性的要求是否过于严苛。其实,确定性原则在其诞生地——美国也在被逐渐放松,当事人对于机会损失的举证亦无须精准无误。最近的要求仅仅规定为“合理的确定性”(reasonable certainty),而非说确定性本身。美国《合同法重述》(第2版)规定必须有证据证明达到合理确定的标准时,才可以获得损害赔偿。^①除此之外,美国《统一商法典》的评注中解释道,损害不必达到数学意义上的精确程度,最多就是一个近似的数值,并且被证明达到了有关事实所允许的确定和准确程度即可。^②这些对机会损失确定性要求的放松并非法律对受害人的同情,而是对其合法权益的合理而公平的保护。其渊源有二:一是在反托拉斯法之下关于三倍赔偿(treble damages)的民事诉讼(private actions)中,美国联邦最高法院认为“陪审团可以根据相关资料对损害赔偿额进行公平合理的估算”,因为“最基本的公平观念以及公共政策都要求,违法者应当承受其违法行为所带来的不确定性的风险”;二是对于射幸合同,法院认为“如果根据可计算的几率,以及根据与可能性之大小特别相关的证据,可以对该价值进行公平的衡量……法院应当可以就丧失的机会的价值判予赔偿”^③。从某种程度上来看,这种放松恰恰是对机会损失的客观存在性与不确定性之间的一种利益平衡与取舍,这并非一种全有或全无的观点,而是通过对机会损失的举证责任进行合理的规则设计,使得机会损失中存在的法益有一定机会得到救济,不至于使得该项制度徒有其表,最终落空。在我国,这种对机会损失确定性要求一定程度上的放松亦有迹可循。如最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《商品房买卖合同解释》)第9条虽未明确规定机会损失,但实则规定的几种情形暗含对机会损失确定性的宽松。另外,从越来越多的案件中也可以看到法院在面临机会损失认定时所运用的司法哲学。在陈荣根诉江阴兰星公司房屋买卖合同纠纷案中,法院将原告的机会损失直接等同为兰星江阴分公

① 参见刘承魁:《违约可得利益损失的确定规则》,载《法学研究》2013年第2期。

② 参见[美]E. 艾伦·范斯沃思:《美国合同法》(原书第三版),葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,第823页。

③ [美]E. 艾伦·范斯沃思:《美国合同法》(原书第三版),葛云松、丁春艳译,中国政法大学出版社2004年版,第834-835页。



司实施违约行为获得的直接经济利益。^①将原告的机会损失直接与违约方获益画上等号,这为陈荣根的损失计算带来极大便利,一定程度上体现了对确定性规则的放松。

总之,机会损失背后的机会利益是客观存在而难以确定的,法律在计算损害赔偿的过程中充当着一种近乎“测量术”的角色,在一次次衡量与取舍中完成对机会损失的计算。依具体情况降低对受害者的举证责任,适当放松对确定性原则的固执追求,从而实现机会损失赔偿制度的真正价值,让“有损害即有赔偿”这一极为重要的私法原则发挥作用。

(三) 机会利益与信赖利益、期待利益之关系

信赖利益与期待利益广泛存在于合同双方当事人的合法权利中,一旦受损均落入损害赔偿的范围内,属于典型的受保护的合同利益。因一方当事人过错未获得合同利益,导致相对方基于对合同之信赖而遭受的相关损失,法律须迫使完全恢复到作出允诺之前的境况,此所要保护的利益即为信赖利益。^②主要包括当事人为订立合同所支出的必要性费用与因缔结合同而丧失与其他人的交易机会,即“造成的损失”与“妨碍的收益”。期待利益是指守诺人期待允诺将得到实现所形成的价值利益,对其保护旨在达成允诺人履行承诺后的状态。

对于信赖利益,美国学者富勒将信赖分为“必要信赖”与“附带信赖”,前者是指请求权人可通过合同所获得好处之“代价”,包括对合同约定行为之履行、为缔约合同之准备与缔约合同所遭受的损失;后者则是指基于信赖合同会被如约履行所从事的附随性活动,并非履行合同的“代价”。例如,甲向乙租用其仓库,为租用仓库所付出成本即为必要信赖,而甲出于信赖购买了一批货物准备存放,此行为所基于的信赖即为附带信赖。^③似乎在某些情况下,必要信赖利益中便天然地存在着机会利益。一方合同当事人在与对方签订合同时,出于真实意思表示缔约并以信赖对方会履约为基础,此时的信赖必然会导致其错过与第三人签订合同的机会,否则该信赖便并非真正的信赖,而只是一种对于信赖外观的虚伪构造。尤其是在某些合同价格较大的交易中,出于信赖而丧失与其他人订立合同所获利益的机会利益则更为明显。比如,在商品房买卖合同中,一方当事人往往将其大部分积蓄作为购房款期待换取房屋,不可能再有如此数额巨大的一笔钱在同一时间购买另一房屋。如果因对方过错导致合同无法履行,此时房价上涨,当事人无法以相同价格购买到相同房屋,其本可同另一守信第三人按照原合同价格获得房屋的机会利益则不复存在。可见,机

① 参见陈荣根诉江阴兰星公司房屋买卖合同纠纷案,江苏省无锡市中级人民法院(2012)锡民终字第0024号民事判决书。

② 参见王利明:《违约中的信赖利益赔偿》,载《法律科学(西北政法学报)》2019年第6期。

③ 参见[美]L.L.富勒、小威廉R.帕杜:《合同损害赔偿中的信赖利益》,韩世远译,中国法制出版社2004年版,第55-56页。

会利益之存在，必然是出于对对方的真正信赖。从某种角度，机会利益天然地落入信赖利益的范围中。

在附带信赖中，机会利益依旧有迹可循。如上述例子中提到，甲与乙签订合同租用其仓库，甲基于合同购买了货物并储存，此时乙食言造成了甲货物的损失。试想，如若乙不食言，甲极有可能与另一守约第三方签订同样合同，并顺利储存其货物进而从事相关经营活动，尽管这需要请求权人有相当的证明能力，但在理论上此种情况是完全可能存在的。当然，无论甲存放货物及之后的相关经营活动如若获利是否均可作为可赔偿的机会利益，都可以得出机会利益在附带信赖中客观存在的结论。

对于期待利益，可将其分为固有利益与可得利益。依旧以上述仓库案为例，甲对租赁乙的仓库之期待即为固有利益，也可称之为客观计算的期待利益；而对租到仓库后存放货物等经营行为的增值期待即为可得利益，亦称为主观计算的期待利益，乃是指根据具体情况依据当事人自身功用大小所计算的价格。如乙违约，甲请求期待利益的赔偿，此时按照完全赔偿原则，固有利益与可得利益均应得到赔偿。而一旦期待利益得到完全赔偿，也就意味着该合同达到了允诺人履行承诺后的状态，此时这桩交易得到了完满的价值实现，当事人本可与第三人另立相同合同的交易机会不复存在，其中的机会利益亦不能得到支持。虽然此时在市场上很有可能存在着其他相同或相似的交易机会，然而成交与否已经是下一桩买卖之范畴，与当前已获完全赔偿期待利益之合同无涉。也就是说，当事人不能既要求期待利益之获得，又要求赔偿本可与另第三人交易与该合同之差价的_{机会损失}，因为选择了前者的达成即意味着对后者机会的主动放弃。

由此可知，机会损失属于信赖利益之范畴，并不存在于期待利益中。事实上，人们将机会利益同信赖利益与期待利益相混淆很大程度上是因为机会利益在信赖利益的计算与期待利益有相似性，但这并不意味着机会损失存在于期待利益之中。

对于必要信赖而言，此时的机会利益在信赖利益与客观计算的期待利益中表现近乎相似，它们彼此相符的准确程度取决于当原告缔结此份涉讼合同时缔结其他类似合同之机会的多少。比如，牙医与一患者约定会诊，此时牙医出于对允诺的信赖就会使自己失去一次向另一位患者接诊的机会，这时，信赖利益与客观计算的期待利益近乎完全一致。^①“判决全部期待性损害赔偿，实际上就是判决信赖损害赔偿，即赔偿未经证明的、但可以推测的机会成本。”^②此时如果请求对信赖利益进行赔付，应以期待利益为限，这是因为必要信赖的产生往往以守约方前期付出的成本与准备

① 参见〔美〕L.L. 富勒、小威廉 R. 帕杜：《合同损害赔偿中的信赖利益》，韩世远译，中国法制出版社 2004 年版，第 50 页。

② 〔美〕亨利·马瑟：《合同法与道德》，戴孟勇、贾林娟译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 165 页。



为基础。

对于附带信赖而言,这部分的机会利益更接近主观计算的期待利益。当事人基于合同会如约履行附随性活动,其成本大小、盈利与否很大程度上取决于其自身能力大小,此类活动有时可被预想到,但往往不作为合同目的或合同主要内容为对方所知。这并非构成被告履行合同的代价,并非作为完善原告权利之必要行为。将此种机会利益的负担以超过客观计算的期待利益下的数额转嫁给被告,并不构成将原告合同损失转嫁给被告。^①

总而言之,机会利益本质上属于信赖利益,通常并不存在于期待利益之中,或者说期待利益并非机会利益或机会损失的最佳观察视角,但二者在数额计算上有一定的相似性。当以信赖利益为名义考量机会利益,存在于必要信赖利益中的机会利益近乎客观计算的期待利益,此时在必要信赖利益中计算机会利益则应以期待利益为限,而存在于附带信赖的机会利益更接近主观计算的期待利益。

(四) 机会损失的赔偿受可预见性规则之约束

双方缔约后,因一方违约对方请求损害赔偿,赔偿并不是漫无边际的,合同损害赔偿范围是合同双方迫切关心且法律应予回应的问题。可预见性规则是确定合同损害赔偿范围的重要标准,是对完全赔偿原则的限制。《民法典》第 584 条明确规定了违约损害赔偿不得超过订立合同时可预见或应当预见的损失。当然,机会损失的赔偿也不例外,应受到可预见性规则的约束。如果原告所主张的机会损失是当事人订立合同时完全无法预料到的,则有趁火打劫、故意捏造之嫌疑,对其保护有违交易公平。

机会损失理应受到可预见性规则的约束,但其究竟是否可预见需根据实际情况进行确定。然而,在司法实践中,机会损失往往被天然地认定超出可预见性原则的范围,即机会损失本身就是一种无法预见的损害。例如在程力栋、浙江永乐影视制作有限公司合同纠纷再审案中,法院认为:“可预见性规则系限制违约损害赔偿的法定规则,北方公司在与申请人签订案涉合同时,并不能预见到申请人为履行框架协议而放弃与案外人的合作利益,故对申请人主张的该项损失,本院不予认可。”^②其实,在合同数额对于当事人巨大且规定了排他条件时,当事人往往不会再与第三人订立相关合同。但本案中法院并未充分论证北方公司为何无法预见申请人放弃与案外人的合作利益,抛开诸多待考察因素,似乎表达了一种原告丧失的交易机会本质上就是一种无法预见或难以预见的损失。究其根本,这种观点其实依旧是对机会损

① 参见[美]L.L.富勒、小威廉R.帕杜:《合同损害赔偿中的信赖利益》,韩世远译,中国法制出版社2004年版,第58页。

② 程力栋、浙江永乐影视制作有限公司诉当代北方(北京)投资有限公司合同纠纷案,最高人民法院(2021)最高法民申2522号民事裁定书。

失的客观性的忽视。在某些案件中,机会利益是可以被预见或者应当被预见的。例如,当债权人作为中间商将会以合同履行的实际情况作为基础另行与第三人交易,而此时债务人知道或应当知道此情况,则对于债务人而言丧失缔约机会所造成的损失是可预见且应当预见的。^①当然,即便丧失的机会可以被预见,也只有同样能够被预见的损失的数额才可落入损害赔偿的范围内,无法预见到的部分仍不可获赔。因此,对于机会损失的可预见性不可一概而论,应在具体案件中进行针对性评估。但不能认为机会损失因其或然性便天然地突破了可预见性规则,进而一概否定对其赔偿。

三、机会损失赔偿的具体确定路径

在对机会损失赔偿过程中存在的或然性障碍给予回应的基础上,核心问题便聚焦到机会损失的具体确定路径上。损害赔偿仅适用于根据合理的确定性程度而实证的损害,^②因此必须从理论和实践中归纳出机会损失赔偿计算中的基本方法和考量因素,方能保证机会损失赔偿的公平和效率,从而彻底化解机会损失的或然性障碍,合理公正地确定机会损失的赔偿。

(一) 机会损失赔偿数额之计算

1. 一般计算方法:差价法

机会损失并非虚无缥缈的、由当事人臆想的损失,因此在司法实践中应该以一种数学公式或至少近似数学公式的客观方法进行计算,否则对该损失的赔偿很难具有说服力。差价法是计算机会损失数额的一种最为普遍且合理的计算方法,由此方法计算,大部分情况下合同约定价格与信赖丧失时市场价格之差即为当事人的机会损失数额,当然,少数情况下,也有法院以合同约定价格与替代交易之差作为机会损失的计算方法。司法实践中在计算机会损失数额时已经广泛适用差价法,从而得出一个相对客观且合理的结果。詹功华与胡文敏房屋买卖合同纠纷案中,一审法院认为合同被确认无效时的市场价减去购买该房屋的价款即为本案中的机会损失。^③嘉善欣达房地产开发有限公司商品房销售合同纠纷案中,法院亦认为机会损失可以房屋增值利益之损失作为基本计算方法,因此大致将机会损失计算为房屋增值利益。^④

① 参见崔建远:《论机会利益的损害赔偿》,载《法学家》2023年第1期。

② 《国际商事合同通则》第7.4.3条规定:“(1)赔偿金适用于根据合理的肯定程度而确立的损害,包括未来损害。(2)对机会损失的赔偿可根据机会发生的可能性程度来确定。(3)凡不能以充分的肯定程度来确定损害赔偿的金额,赔偿金额的确定取决于法庭的自由裁量权。”

③ 参见詹功华诉胡文敏房屋买卖合同案,重庆市北碚区人民法院(2011)碚法民初字第01133号民事判决书。

④ 参见张建春、胡井方诉嘉善欣达房地产开发有限公司商品房销售合同纠纷案,浙江省高级人民法院(2013)浙民提字第139号民事判决书。



差价法可以为机会损失的计算提供一个相对客观且合理的计算方法,此种计算方法在一定程度上为合同受损方提供了合理的赔偿数额,同时也没有无限制地夸大损害而超出违约方选择终止对方信赖时的预见范围。当然,机会损失的计算并非一个简单的差额数字,机会损失的赔偿需要根据机会发生的可能性程度进一步确定。^①因此,其是否会发生仍需要纳入其他相关因素进行考量,差价法仅是计算机会损失过程中的第一步,法院还需对其他要素深思熟虑后才能得出一个相对公允的结果。

2. 计算考量因素

(1) 当事人自身能力大小

稍纵即逝的交易机会很难把握,往往需要付出大量努力与成本,因此当事人自身能力大小与机会损失的赔偿具有紧密联系。在计算机会损失的赔偿过程中,须考量当事人自身能力,可从主观能力与客观能力两方面进行判断。

首先,当事人的主观能力即其主观实现自身意愿功用之大小,包括经验丰富程度、判断能力强弱等因素。如果当事人曾经手大量相关交易,对交易机会的取得及交易情况具有丰富的经验,同时在交易过程中具备对市场经济及政策等风险的高度判断能力,则其获得其他相同或相似的交易机会是极有可能的。基于这种较高水平的主观能力,也可合理推断其另获机会达成交易的可能性较高。在程美菊诉江西惠荣房地产投资开发有限公司商品房预约合同纠纷案中,法院就将当事人对风险的判断能力纳入重要考量,认为程美菊对自己认购预约无任何合法手续的房产可能的风险应有基本的判断,对长时间无法实现签订商品房买卖合同的目的自身应承担一定的行为风险,不支持其主张的机会损失赔偿。^②对于一个缺乏交易经验及相关判断能力的商事主体而言,机会损失的赔偿也应降低。当然,主观能力需与相关交易机会相适应,并不能一概而论。比如,大学教授的主观能力一般高于农民,但在农产品买卖交易中,后者往往比前者更具经验、知识与判断力。主观能力大小作为计算机会损失赔偿的考量因素虽具有一定的合理性,但对当事人而言在证明上具有相当的困难,同时需要法官具有较高水平的判断能力及综合司法素质,合理进行自由心证。在此情况下,依旧需要考量前文所提出的对机会损失的合理化确定规则。假设当事人能够证明其以往相关交易成功率,如提供相关合同、账单、汇款证明等作为证据,则法官应合理采信,在一定范围内将其专业能力证明、专家评估等作为确定其主观能力的参考,从而计算相关机会损失赔偿。

① 《国际商事合同通则》第 7.4.3 条规定:“(1) 赔偿金适用于根据合理的肯定程度而确立的损害,包括未来损害。(2) 对机会损失的赔偿可根据机会发生的可能性程度来确定。(3) 凡不能以充分的肯定程度来确定损害赔偿的金额,赔偿金额的确定取决于法庭的自由裁量权。”

② 参见程美菊诉江西惠荣房地产投资开发有限公司商品房预约合同纠纷案,江西省高级人民法院(2016)赣民再 46 号民事判决书。

其次,当事人的客观能力主要是指其拥有的财产,即经济状况。当事人的经济实力强弱对机会损失的确定亦存在较大影响。比如,某人可支付财产达数千万元,但为买房仅支付了一万元定金,则其具备购买其他相同或相似房屋的经济能力,也就意味着其并没有机会损失。在张立峰诉大连宏都房地产开发有限公司商品房预约合同纠纷案中,法院认为张立峰仅支付了一万元认购意向金,并非交付部分或全部购房款,在意向单签订后长达六年的时间内,张立峰有经济能力另行购买其他房屋,该意向单的签订并未直接导致其丧失购买其他房屋的能力和机会。^①相反,如果当事人为买房已支付高昂价款,不存在购买其他相同价位房屋之可能,若此时因对方过错终止信赖,机会损失即可根据当时房屋价款与市场行情进行确定。

(2) 当事人与第三人交易进展情况

合同一方在与对方签订合同过程中是否与第三人有相关交易接触与往来也在很大程度上影响着机会损失的赔偿。在同等条件下,如果与第三人存在对相同或相似合同的磋商,则机会损失的发生就更能够确定。而磋商程度又进一步影响着机会损失赔偿的数额大小,因为磋商程度即为当事人获得其他交易机会可能性。如果已经与第三人约定了合同价格,则磋商程度较高,该机会发生的可能性较大。与第三人交易的磋商程度可根据是否构成诚信磋商、是否订立意向书、框架协议等预约合同及其内容的详尽程度进行判断。通常来说,订立预约合同比未订立合同的机会损失更能确定,而不同层次的预约合同又决定着不同机会损失赔偿的确定性。一般情况下,磋商内容越具体,机会就越可能取得,机会损失一旦发生,对其赔偿数额就越确定。

(3) 双方过错程度

主观过错是构成机会损失赔偿的必要条件之一,对过错程度的考量必不可少。然而,在多数情况下,合同双方均对损失负有过错,其不同的过错程度在计算机会损失时发挥着不同的作用。机会损失的造就有可能是双方共同造成的,也存在机会丧失后非过错方未采取措施任由损失扩大的情况。此时,为保障公平,应遵循过错原则,将过失相抵原则纳入范畴予以运用。目前司法实践中法院往往也将双方过错程度作为一项重要参考进而计算机会损失的具体数额。在郑云霞、项家龙与叶璐房屋买卖合同纠纷案中,二审法院综合考虑房屋价格上涨的实际情况,同时将双方的过错程度纳入考量,酌情确定再由叶璐赔偿郑云霞、项家龙房屋差价15万元的机会损失。^②上述两个案例均体现了过错程度这一要素在机会损失赔偿计算中的重要性及合理性。

^① 参见张立峰诉大连宏都房地产开发有限公司商品房预约合同纠纷案,辽宁省高级人民法院(2016)辽民申4866号民事裁定书。

^② 参见郑云霞、项家龙诉叶璐房屋买卖合同纠纷案,浙江省杭州市中级人民法院(2014)浙杭民终字第1716号民事判决书。



综上,对机会损失赔偿的确定应以差价法为一般计算方法,即合同约定价格与信赖终止时市场价格之差。在此基础上,法院应结合合同双方主观能力大小、与第三人交易进展情况、替代交易之成本付出与过错程度等因素对机会损失不断测算,从而使机会损失成为一项确定而合理的数额,不再是一个虚无缥缈的概念。

(二) 层次论下预约合同中机会损失之赔偿

机会利益是预约合同的核心利益,预约合同本身即可看作是对交易机会的固定。^①机会利益在预约合同中的实现有赖于对预约合同效力的确定,对于不同效力的预约合同,其机会利益也是不同的。预约合同的效力究竟为何,学界尚存在争议,主要表现为强制磋商说、强制缔约说、预约合同层次说。本文认为,预约合同存在诸多种类,对于其效力不应一概而论,即统一认定为须强制磋商或强制缔约,而应根据不同特点的预约合同适用层次论,只有把握不同层次预约之间的界分标准、效力强弱和责任归属,才能真正有助于机会利益在预约合同中的保护。^②层次论将合同的预约分为简单预约、典型预约和完整预约。

1. 简单预约中的机会损失赔偿

层次论认为只要包含了当事人、标的、数量三个必备要素,对于其他合同主要条款并无涉及,此时的预约合同即为简单预约。简单预约应采强制磋商说,即当事人应对合同其他内容履行磋商义务,尤其是对价格这一非常核心的合同要素进行磋商,因其与机会损失之计算息息相关。磋商过后,必然产生两种后果,磋商成功或磋商失败。一方面,双方在尽到了公平、诚信的磋商义务后磋商成功,^③通常即可按照磋商内容形成更加完备的预约或进一步订立本约,不存在机会损失。另一方面,双方在真正磋商后仍无法对合同价格及其他内容达成一致,此时认为亦不存在有关机会利益。因为简单预约毕竟未约定合同价格,经磋商后仍未确定合同价格,仅有磋商届满时的市场价格,当事人看似丧失的交易机会并非一种可赔偿的机会。因为这种情况下很难认为当事人遭受了与其他人交易的机会损失,简单预约中的当事人仅仅丧失的是与对方进一步磋商,尝试是否能进一步完善预约、订立本约的机会,而这种机会损失由赋予的强制磋商效力即可填平,至于磋商结果无法强求。

2. 典型预约中的机会损失赔偿

典型预约即对当事人、标的、数量、价格这四个核心条款以及部分主要条款达成了合意,近似于美国的“带未决条款的预约”。^④当然,根据《民法典合同编解释(征

① 参见林涓民:《预约学说之解构与重构——兼评〈民法典〉第495条》,载《北方法学》2020年第4期。

② 参见刘承睦:《预约合同层次论》,载《法学论坛》2013年第6期。

③ 参见刘承睦:《预约合同层次论》,载《法学论坛》2013年第6期。

④ 参见刘承睦:《预约合同层次论》,载《法学论坛》2013年第6期。

征求意见稿)》第7条第2款规定,如果当事人未明确约定将来一定期限内另行订立合同,或者虽有约定但当事人一方已实施履行行为且对方接受的,应当认定本约合同成立,此时机会损失应放在本约合同项下讨论。如果当事人明确该约定仅为预约合同,未来会进一步签订本约,此时层次论主张典型预约亦采强制磋商说。同样,典型预约的磋商亦存在成功或失败两种后果。首先,如若双方磋商成功,同简单预约,依旧不存在任何机会利益;其次,若双方磋商不成,机会利益的表现是否与简单预约一致则需讨论。相比于简单预约,典型预约似乎存在着一种可被计算的机会损失,即双方磋商失败之时的市场价格与典型预约中双方当事人约定的合同价格之差。然而,当回归到典型预约的强制磋商效力中,可知此时亦不存在对机会损失的赔偿。因为在强制磋商效力下的典型预约对交易机会的固定仍不牢固,如若双方尽到了合理的磋商义务,则不应认为有人在此预约合同中有所损失,也就没有相应的赔偿。但是,在某种情况下,即当事人未尽到磋商义务时,应认定存在机会损失,具体可大致计算为磋商期届满时或一方明确表示不予磋商时市场价格与预约合同价格之差。当然,应结合前文所述的考量因素对此数额进行相应调整。

3. 完整预约中的机会损失赔偿

完整预约中对合同主要条款已经约定十分清楚,其内容几乎完全接近本约,只是因为法律的一些特殊要求才无法签署本约。完整预约中,当事人就预约条款达成了一致,愿意受预约条款约束,预约条款基本等同于本约条款,也就意味着当事人愿意受本约条款的约束,采强制缔约说不会违反意思自治原则,不会形成对当事人意思的强制或者过分干预,对其应采强制缔约说。^①由此可见,完整预约对交易机会之固定几乎达到了让机会无法逃脱之地步。当事人由此强制缔结本约后,于预约合同而言不存在机会损失。若当事人违反强制缔约义务,则机会损失可认定为违反缔约义务意思到达对方之日市场价格与完整预约本身的合同价格之差,并根据上文所述考量因素进行增加或减少。

(三) 不同情形本约合同中的机会损失赔偿

相较于预约合同,机会损失在本约中的类型较为简明,主要基于一般情况和特殊情况探讨机会损失赔偿。

1. 一般情况下本约中的机会损失

^① 参见刘承楚:《预约合同层次论》,载《法学论坛》2013年第6期。



由前文可知,机会损失以信赖利益的名义出现,多计算为合同价格与信赖终止时市场价格或与替代交易价格之差,并考虑相关计算因素。进一步而言,应根据本约是否约定价格分别探讨机会损失的救济。

首先,对于约定价格本约中的机会损失赔偿,其与预约合同一致,即双方当事人本约合同中已约定了合同价格,则机会损失赔偿基本表现为与合同受挫时市场价格之差,同时考虑其他确定因素。需要注意的是,若一方提前明确表示不履行合同,其意思表示到达守约方时即认为守约方已明确知晓相对方违约,从该时点起守约方应重新作相应的合同筹划,故拒绝履行合同之意思到达守约方之时,即为机会利益损失期间届满之日,应按照预约合同确定的价款与拒绝履行合同之意思到达守约方时的市场价格之间的差价确定机会利益损失。合同价格与市场价格之差应为计算机会损失的一般规则,因其具有客观性与普遍性。若当事人与他人达成了可替代交易,替代交易与原合同约定的价格之差是否可以构成守约方的履行利益损失呢?有观点对此质疑,而本文认为该计算方式具有一定合理性,守约方因信赖放弃了与第三人缔约的机会,信赖终止后,其往往在相对更为紧迫的情况下寻找市场中的其他第三人并与之订立相关合同,由于时间的压力,许多情况下守约方不得不接受更高的交易价格,因此应支持守约方的损失包含交易价格的相应增加。^①只是此种方式计算的机会损失仍应以期待利益为限,并且须严格排除守约方趁机与第三人恶意串通以获利的情况。

其次,对于未约定价格本约中的机会损失赔偿,即双方未就合同价格达成一致,因一方过错导致合同无法履行,则此时的机会利益应为订立合同时的市场价格与无法履行合同的意思到达守约方时市场价格之差。对两个时间点的市场价格之判断并非易事,需要法官在司法实践中根据案情具体考量。当然,如果双方此前存在相关交易,根据之前双方合作基础约定的合作价格及收益,机会损失的赔偿数额可类比其之前获得利益的收益比进行计算。

2. 特殊情况下本约中的机会损失

在某些特殊情况下,如合同不具备可履行性,机会损失并非体现为某种溢价或亏损的价格之差,而是等同于期待利益,即合同履行债权人可获得的利益。例如,在 Hedla v. McCool 案中,业主与未获资质的建筑师达成合意,而其不知道也不应知

^① 参见王俐智:《预约合同违约责任的争议与回应——基于动态缔约观的分析》,载《财经法学》2021年第5期。

道对方不具备相关资质,此时也可获得违约赔偿。^①这里的机会利益在数额上等于期待利益,但是当事人只能择一请求赔偿,不得重复获益。在我国,诸如涉外股权转让合同或采矿权转让合同成立后,负有报批义务一方恶意不履行义务阻碍合同生效的,^②其中的机会损失也属于此种情况。

结 语

机会损失在确定赔偿时往往因其或然性而受到诟病,因为其本身是否会发生、机会利益的属性以及赔偿范围的大小都不明确。然而,尽管机会利益属于一种或然性合同利益,其仍应得到保护。机会损失具有客观性,其客观存在不仅具有学理支持,而且在司法实践中也有大量案例得以证明。为了降低证明难度,对机会损失应采取合理确定的标准。机会损失属于信赖利益,仅在计算数额时与期待利益有一定相似性。同时,机会损失的范围并非无限制的,应受可预见性规则的合理约束。本文旨在为机会损失的赔偿设计具体的确定路径,以差价法作为基本计算方法,并将当事人自身能力大小、与第三方交易进展情况以及双方过错程度等作为重要考量因素。同时,机会损失的赔偿应在层次论下的预约合同及不同情形下的本约合同中分情况计算,不可一概而论。

(责任编辑:崔婷婷)

^① 参见韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第185-186页。

^② 参见韩世远:《合同法总论》(第四版),法律出版社2018年版,第187页。



事实认定中“证据之镜”的功能局限与弥合路径

——基于论证与故事的混合理论

张景溪^{*}

内容摘要：事实认定是一个以证据分析为基础，运用推理来发现或建构事实的过程。由于证据映射事实的功能受到客观、主体、规则等多重因素的限制，证据就像一面“镜子”，映射的事实时常存在模糊与失真，事实认定也因此成为公认的诉讼难题。论证与故事的混合理论能有效弥合证据的功能局限，根据案情并基于因果关系的常识和经验建构故事，从整体解释证据，再根据证据论证支持故事，也可以攻击对方故事，削弱其似真性和融贯性，通过疑难案情与庞杂证据的简明化、故事版本与证据论辩的可视化、故事质量与评价标准的精确化，甄别出既接近于客观真实又具有可接受性的案件事实的“最佳故事”。并且，论证与故事的混合理论契合“穿透式审判思维”的内在要求，有助于人民法院准确查明事实、实质化解纠纷的职能实现。

关键词：“证据之镜”；事实认定；证据功能；证据推理；论证与故事的混合理论

引言

在诉讼中，事实认定是一个以证据分析为基础，运用推理来发现或建构事实的过程。证据就像一面“镜子”，能够映射事实，但不等于再现事实，甚至所反映的事实犹如“水中月”“镜中花”般捉摸不定。因此，不同的事实主张者和事实认定者基于不同的视角、立场和目的，赋予同一项证据的意义可能会大相径庭，从而导致事实认

^{*} 张景溪，山东省庆云县人民法院一级法官。

定成为公认的诉讼难题。为解决这一难题,域外已有不少学者提出了相关理论和方法。例如,威格摩尔提出的证据图表法(Toulmin Model of Argumentation),用于分析和评估论证中的各个要素;安德森和特文宁提出的论证方法,强调论证过程中的逻辑和推理;彭宁顿和黑斯蒂提出的故事方法(Pendleton and Hastie's Story Model),认为故事是一种有效的论证形式;威廉·瓦格纳、克劳姆巴格等提出的锚定叙事理论(Anchoring Narrative Theory),认为人们在理解和接受信息时会根据自己的经验和知识进行“锚定”,因此故事中的细节和情节对于说服力非常重要;贝克斯将论证方法融入故事方法中提出的一种混合理论(Bex's Hybrid Theory),认为论证和故事可以相互补充,从而达到更好的说服效果;贝叶斯提出的概率方法,用于评估证据的可信度和说服力。需要注意的是,这些方法并不是孤立存在的,它们可能交叉应用而相互影响。然而,就目前我国司法实践来看,这些方法并未得到有效运用,事实认定难现状亦未有根本改观。^①

“论证与故事的混合理论”(narrative theory of proof)是指在诉讼中,当事人通过讲述一个连贯的、有说服力的故事来证明自己的主张。这种理论认为,人们更容易接受一个有逻辑性和连贯性的故事,而不是一堆杂乱无章的证据。因此,在诉讼中,当事人往往会通过讲述一个生动的故事来向法庭证明自己的主张。这个故事通常包括一系列的事件、情节和证据,以及对这些证据的解释和分析。通过讲述这个故事,当事人可以更好地向法庭展示自己的观点和证据,并使法官更容易理解和接受他们的主张。当然,这种理论也存在一些争议,因为它可能会导致证据的失真和误导。本文将论证与故事的混合理论引入事实认定过程,试以弥补证据的功能局限,以期对人民法院“准确查明事实、实质化解纠纷”的职能实现有所助益。

近些年来,“名为买卖、实为借贷”“名为股权回购,实为融资借款”等虚假表示型纠纷十分常见。此类纠纷的典型特征就是虚假表示与隐藏行为对生、共存,即行为人与相对人通谋将双方的真实意思隐藏于虚假的意思表示中。^②因此,要“穿透”虚假表示的伪装,发现隐藏的真相比之于一般案件的事实认定而言可谓难上加难。鉴于以上原因,本文选取此类纠纷作为研究样本。

一、失灵:“证据之镜”映射事实之真伪难辨

司法实践中,相当数量的虚假表示型案件因事实认定问题上诉、抗诉、再审。最

^① 以S省高级人民法院通报的2020年1至8月份省内发改率较高的六家基层法院审理的362件民事案件发改为例分析,事实认定错误或基本事实认定不清是案件被发改的主要原因。被改判案件中,单一事实认定错误占比56.34%,另与法律适用错误兼具占比3.3%。其中,某法院因事实认定错误而被改判案件占比高达67.44%。被发回案件中,基本事实认定不清占比74.47%,其中某法院占比高达93.33%。

^② 参见杨立新:《〈民法总则〉规定的隐藏行为的法律适用规则》,载《比较法研究》2017年第4期。



高人民法院审理的以下几起案件，基于对证据的不同认识，最高人民检察院与最高人民法院对当事人真实意思的认定意见形成鲜明对立，法院内部不同审级裁判认定的事实亦存在巨大反差。

（一）对外争议：检法两家的抗审观点对立

案例一：华侨大厦有限公司诉邱幼月房屋买卖合同纠纷案（以下简称邱幼月案）。自 2007 年 7 月至 2021 年 5 月，历经一审、二审、重审、再次二审、申请再审被驳回、最高人民检察院抗诉及最高人民法院再审。案件的争议焦点均主要集中于双方当事人之间是否存在真实的房屋买卖意思表示。最高人民检察院抗诉认为双方当事人的真实意思并非房屋买卖，而是通谋以签订房屋买卖合同形式向银行按揭贷款以实现融资目的。最高人民法院经审理认定，房屋买卖系双方当事人的真实意思表示。^①

该案中，抗诉意见与法院裁判对事实认定的争议主要集中于以下方面：首先，从合同的形式方面来看，抗诉机关认为，购房合同约定由公司代客户办理按揭支付、未约定交房期限及付款期限、未约定逾期交房、逾期付款违约责任、未约定逾期办理产权证违约责任，明显不符合交易习惯和常理，足以引起买卖房屋意思表示是否真实的合理怀疑。法院则认为，买卖合同均由双方签名盖章并进行了公证，房屋买卖的意思表示明确具体，买卖价格合理，系双方的真实意思表示；虽然部分条款未做约定，但没有明确证据证明系虚假意思表示。其次，从合同的履行方面来看，抗诉机关认为，完成过户登记四年多买方未支付房款、请求交房，卖方亦未主张房款、交付房屋，履行过程明显不符合交易习惯和常理。法院则认为，案涉房屋已办理了产权过户登记，根据证据应当认定邱幼月已支付了部分房款，履行情况能够证明房屋买卖的真实意思。最后，从案情的综合分析方面来看，抗诉机关认为，华侨公司存在到期银行贷款未偿还；邱幼月尚未支付首付款，华侨公司便将房屋过户至其名下，并代其办理按揭贷款；华侨公司将按揭贷款全部用于偿还其他银行到期贷款。以上情形表明双方签订购房合同的目的是获取银行按揭贷款。法院则认为，邱幼月与华侨公司法定代表人系姐弟关系，上述情形可视为特殊的交易安排；华侨公司在履约中已经以实际行动认可了合同效力。

（二）对内纠错：不同审级的事实认定反转

1. “真实买卖”反转为“借贷担保”

案例二：杨伟鹏诉嘉美房地产公司商品房买卖合同纠纷再审案（以下简称杨伟鹏案）。杨伟鹏起诉主张履行商品房买卖合同，嘉美公司抗辩双方为民间借贷关系，商品房买卖合同系为借款提供担保。一审和二审法院均认定双方成立房屋买卖关系，最

^① 参见华侨大厦有限公司诉邱幼月房屋买卖合同纠纷案，最高人民法院（2020）最高法民再 339 号民事判决书。

高人民法院再审则认定双方系以房屋买卖为担保的借贷关系。^①

该案中，一审及二审法院一致认为，双方签订了购房合同，杨伟鹏支付了价款，嘉美公司开具了发票，杨伟鹏提交的证据均为直接证据，且已形成完整的证据链；嘉美公司对其主张的借贷事实负有举证责任，但其没有提供直接证据予以证明。最高人民法院再审则认为，根据已查明的事实，杨伟鹏应当知道嘉美公司的真实意思是借款；杨伟鹏仅持有发票复印件，且在两年多时间内没有要求办理权属登记，不符合交易习惯；嘉美公司曾九次向杨伟鹏付款，杨伟鹏不能说明上述付款的原因和性质，综合全案情况，应当认定付款系支付借款利息；购房合同没有约定单价，以“一口价”方式交易了 53 间商铺，不符合一般交易习惯。书面合同并非必不可少的证据，只要确认双方当事人就借贷达成合意且已交付借款，即可认定借贷关系成立。

2. “借贷担保”反转为“真实买卖”

案例三：洪秀凤诉安钡佳房地产公司房屋买卖合同纠纷案（以下简称洪秀凤案）。洪秀凤起诉请求履行房屋买卖合同，安钡佳公司抗辩双方系民间借贷纠纷，房屋买卖合同仅是借贷的担保方式。一审法院认定双方系以房屋买卖为担保的借贷关系，最高人民法院二审则认定双方为房屋买卖关系。^②

该案中，一审法院认为，购房合同约定的买卖价格明显低于正常销售价格；洪秀凤在合同签订当日一次性支付全部房款，比约定付款期限提前五个月，其中 1900 万元系支付给安钡佳公司法定代表人，与正常买房付款习惯不符；安钡佳公司收到房款后仅出具收据，未开具发票，亦违背交易习惯；双方无其他业务往来，安钡佳公司法定代表人分两次各向洪秀凤汇款 368 万元。双方的系列行为明显违背房屋买卖的交易习惯。最高人民法院二审则认为，合同在性质上属于原始证据、直接证据，比传来证据、间接证据具有更高的证明力；通过交易习惯认定当事人的交易行为具有可疑性应格外谨慎，不宜运用解释和推断来推翻书面证据所反映的事实；洪秀凤已完成存在房屋买卖关系的举证证明责任，安钡佳公司就其主张的双方系借贷关系所作举证没有达到高度盖然性的证明标准。

二、检测：“证据之镜”功能受阻之因素考察

将证据比作“镜子”非常贴切。实际生活中，镜子所映射的物体受镜面完整度、照射角度等因素影响，与物体的实际外观会有所差别。前述几则最高人民法院案例表

^① 参见杨伟鹏诉嘉美房地产公司商品房买卖合同纠纷再审案，最高人民法院（2013）民提字第 135 号民事判决书。

^② 参见洪秀凤诉安钡佳房地产公司房屋买卖合同纠纷案，最高人民法院（2015）民一终字第 78 号民事判决书。



明,事实认定中的“证据之镜”亦是如此。证据映射事实的功能发挥绝非一片坦途,而是受制于诸多因素。

(一) 客观因素:事实复杂与证据缺失

虚假表示型纠纷中的双方当事人一般仅就通谋的虚假意思签订书面合同,而一方主张存在的真实意思往往仅是口头协议,^①缺乏直接证据,并且此类案件的事实发展过程较长,且牵涉与案外主体关系,再加之当事人为争取利益所作不实陈述,使得整个案情错综复杂。而事实认定者只能通过证据对可能的事实进行推论。在事实认定中,证据越多拼凑出的“证据之镜”越完整,映射出的事实也就与客观事实越接近。反之,一面残缺不全的“镜子”则难以完整、准确映射案件事实。并且,能够获取证据的数量,根本取决于客观事件所留下证据的数量,以及获取这些证据的难度等客观因素。实践中,难以想象存在证据对案件事实的完全覆盖。因此,事实认定也不可能实现对客观事实的无差别还原。前文列举的三则典型案例,均是由于证据不完整,甚至缺少关键证据,直接造成了不同机关和不同审级法院之间对案件事实认定的争议。

(二) 主体因素:认知能力与思维模式

最终的案件事实是事实认定者思想加工处理后的成果。^②从事实这个认识对象到真相这个认识成果之间的推理需要两面镜子:一面“证据之镜”,一面“心灵之镜”。^③“心灵之镜”的功能一方面在于对“证据之镜”映射信息的客观描述,另一方面则在于对超出“证据之镜”所能映射范畴的主观解释。因此“心灵之镜”是真正沟通证据事实与要件事实的桥梁,也是真正反映事实认定者认知能力与思维模式的镜子。然而,认知能力与思维模式受到逻辑推理能力、生活常识、司法经验乃至前见等的影响,从而导致不同的事实认定者基于相同的证据可能会推断出不同的事实结论。回看三则典型案例,不同事实认定意见之间实质是形式外观主义与真实意思主义的思维对立。例如,在杨伟鹏案中,一、二审法官将签订房屋买卖合同以及付款行为这一证据事实直接认定为双方已就房屋买卖达成合意并已支付房款的要件事实;再审法官则运用经验法则等对合同内容及付款行为中存在的疑点进行推理分析,最终确定的要件事实与前者恰好相反。

(三) 规则因素:证明标准与证明责任

现代司法一般认为案件事实认定的证明标准在于裁判者的自由心证,在所有证明手段用尽之后仍难以形成自由心证则构成案件事实的真伪不明,真伪不明则是适用证

① 据笔者检索所见,同时签订有借款协议的案件在当事人的真实意思认定方面不会形成较大争议。

② 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第161页。

③ 参见[美]理查德·罗蒂:《哲学和自然之镜》,李幼蒸译,商务印书馆2012年版,第53页。

明责任进行裁判的前提。^①然而,现代自由心证越来越注重经验法则、公共认知等对裁判者的约束,证明标准客观化成为一个典型的理论难题。^②换言之,到底证明到什么程度才能使事实认定者形成内心确信,很大意义上仍然取决于事实认定者的主观认知。一旦事实认定者对负有举证义务的一方当事人主张之事实存在形成自由心证,则意味着无适用证明责任裁判的空间;反之,则该方当事人须承担于己不利的证明责任。在杨伟鹏案中,一、二审法官对嘉美公司主张的民间借贷关系未形成心证,并以其未能提交借款合同为由责成其承担不利之证明责任;再审法官基于相同的证据,则对嘉美公司的事实主张形成心证,此时意味着嘉美公司无需承担举证不能之证明责任。规则由人确立亦由人操作,归根结底难以摆脱其主观性,从而难以达到结论的绝对确定性。

三、修复:“证据之镜”功能局限之有效弥合

探究能够更加准确地认定事实的学说和方法未曾停息。以笔者研究所见,荷兰学者贝克斯及其同事融合论证与故事两种证明模式提出的混合理论能够有效弥合证据功能的局限,从而对案件事实认定有所助益。虽然故事模型理论是以刑事案件的实证研究为基础建立的,但经实验表明,其同样也适用于民事领域。^③我国已有学者分别运用论证方法与故事方法对彭宇案的事实认定进行了分析论证。^④并且,论证与故事的混合理论已被证明完全能够适用于一个更新的法律领域——庇护法。^⑤可见,无论是单纯的故事方法,还是由其与论证方法融合形成的混合理论,适用范围均并非专属于刑事案件。

(一) 路径指引:论证与故事融合的推理方法

1. 论证方法

论证方法的核心在于构建由证据到结论的推理,以及评价推理的论辩过程,其不仅关注支持待证事实的论证,同时还考虑攻击性的反论证。论证方法属于一种原子方

① 证明责任包括行为意义上的举证责任和结果意义上的举证责任,此处仅指后者,即承担举证不能的不利诉讼后果。

② 参见胡学军:《中国式举证责任制度的内在逻辑》,载《法学家》2018年第5期。

③ 参见栗峥:《裁判者的内心世界:事实认定的故事模型理论》,载《中国刑事法杂志》2010年第3期。

④ 参见史长青:《从认识论到价值论:司法证明模式的新展开》,载《现代法学》2021年第11期。

⑤ 参见[荷]弗洛里斯·贝克斯、维奥拉·贝克斯-雷米特:《难民法中证据的故事论证评估法》,杜文静译,载《证据科学》2021年第6期。



法,^①使其能够详细分析每一项证据,以及从该证据到待证事实的推理过程,但其难以从整体视角观察案情。以杨伟鹏案的一、二审事实认定为例,案件事实构建的论证图解模型如图 1 所示:

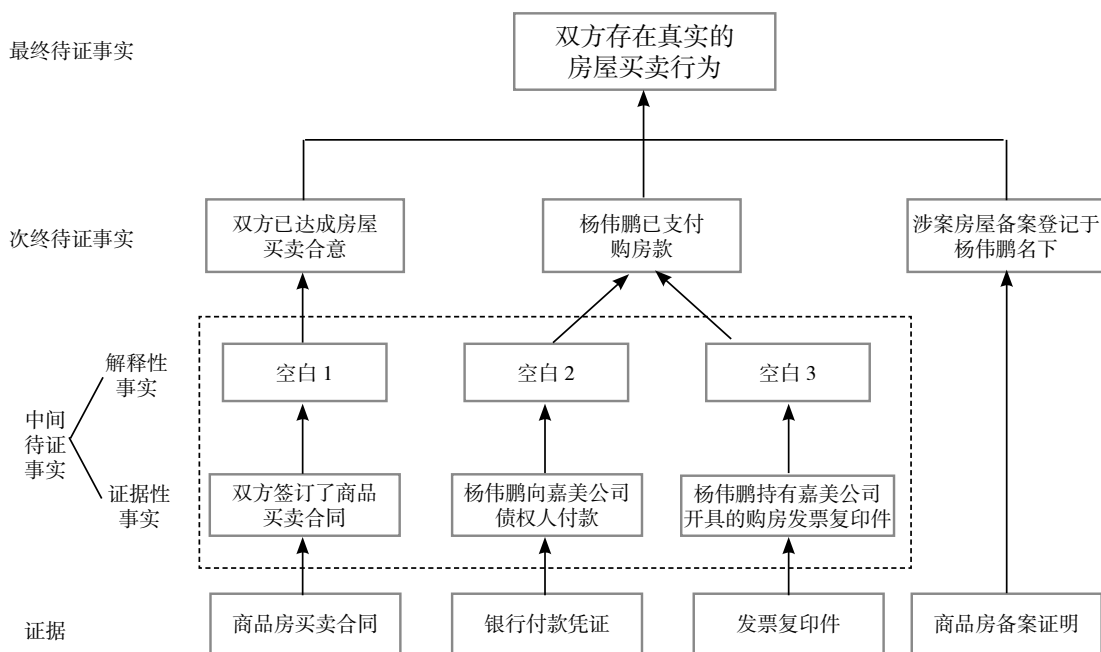


图 1 杨伟鹏案论证图解模型

根据论证模型,从证据性事实到次终待证事实通常需经由解释性事实进行推理。但杨伟鹏案的一、二审事实认定对合同未约定单价、杨伟鹏系向案外人付款、杨伟鹏仅持有发票复印件等不符合房屋买卖交易习惯的情形均未做出合理解释,直接推导出双方已达成房屋买卖合意并已支付购房款的事实,即解释性事实出现空缺,不符论证方法,从而导致其所认定的最终待证事实错误。

2. 故事方法

故事方法,也称为叙事方法,即基于证据构建完整的故事来描述案件事实,并以故事从整体上解释证据。故事方法属于一种整体方法,能够帮助人们进行合理地预测推理、有序地组织证据、全面地厘清案情。一个完整的故事应当符合“动机—目的—

^① 在证据法中,原子方法亦即“原子主义”(atomism),是指将证据分解为最小的单元,即“证据原子”,并将其视为证明事实的基本构建块。这种方法认为,证据原子可以独立地证明某个事实或推论。比如,一个证人的证言可以被视为一个证据原子,它可以独立地证明某个事实或推论。原子方法的优点是可以帮助法庭更好地理解 and 评估证据,从而作出更准确和公正的判断。然而,它也存在一些缺点,比如可能会忽略证据之间的相互联系,以及可能会导致证据的失真和误导。因此,在实践中,原子方法往往需要与其他证据分析方法相结合使用,以达到更好的效果。

行为—结果”的故意行为故事图式。^①仍以杨伟鹏案为例，该案存在两个截然不同的故事版本：

一是杨伟鹏构建的故事：杨伟鹏想投资买房—与嘉美公司签订了商品房买卖合同—向嘉美公司支付了购房款—办理了商品房备案登记—嘉美公司未按约定交付房屋；二是嘉美公司构建的故事：嘉美公司需筹借资金偿还到期借款—与杨伟鹏达成了借款合同—双方签订商品房买卖合同并办理备案登记作为借款担保—杨伟鹏依嘉美公司指示汇款给债权人—嘉美公司九次向杨伟鹏支付借款利息—嘉美公司未能返还借款。

运用故事方法进行事实认定，即裁判者根据一定的标准对不同故事版本进行甄别的过程。^②然而，单纯基于故事方法无法充分审查证据，容易带来“好故事”胜过“真故事”的危险。^③

3. 论证与故事的混合理论

论证与故事的混合理论包括故事与论证两层结构。在故事层，根据案情并基于因果关系的常识和经验构建一个故事，以整体解释证据；在论证层，根据证据来构建论证支持故事，也可以攻击对方故事，削弱其似真性和融贯性。运用混合理论，推理者可以构建多个故事版本来解释案件中发生了何事。因此，事实认定者需要对所有可能的故事版本进行甄别，从中选择确定一个“最佳故事”，以达到事实认定之目的。评估故事质量的标准分为两组：一是故事符合证据的程度，即故事能够覆盖和解释多少具体证据；二是故事本身的融贯性，即故事是否符合人们普遍的、常识的世界认知。两组标准各包括三项子标准，具体将在下文进行解释。不同故事版本经以上指标评价后的竞争状态分为三种：可信的故事（竞争胜利）、不可信的故事（竞争失败）与可疑的故事（竞争陷入平局）。其中，可信的故事是“最佳故事”。^④

论证与故事的混合理论结合了证据推理的两种传统思路，为证据推理提供了新的思路。^⑤两种方法的融合发挥了两者的长处，规避了各自的短处。故事可以就案件中“发生了什么”提供自然解释，而论证可以用来讨论故事是否符合证据以及故事是否似真。^⑥混合理论既考虑故事的证据符合程度，又考虑故事的整体融贯性，二者不可偏废。一方面，事实认定者必须严格审查证据有无证明力以及证明力大小；另一方面，事实认

① 参见杜文静、刘海：《法律证据事实的逻辑方法探析》，载《逻辑学研究》2022年第1期。

② 彭宁顿和黑斯蒂提出的评判故事的主要标准包括证据覆盖（故事能解释多少以及哪些证据）、完全性（故事是否具有故意行为故事图式的所有要素）、似真性（故事是否符合人们关于世界上事件发生方式的观念）。

③ 参见〔荷〕弗洛里斯·贝克斯、维奥拉·贝克斯-雷米特：《难民法中证据的故事论证评估法》，杜文静译，载《证据科学》2021年第6期。

④ 参见杜文静、刘海：《法律证据事实的逻辑方法探析》，载《逻辑学研究》2022年第1期。

⑤ 郑飞、柴鹏：《论证据推理的性质与方法》，载《证据科学》2019年第3期。

⑥ 参见〔荷〕弗洛里斯·贝克斯、维奥拉·贝克斯-雷米特：《难民法中证据的故事论证评估法》，杜文静译，载《证据科学》2021年第6期。



定必须坚持融贯标准。融贯既是保障认定事实准确性的要求,同时也具有使故事具有可接受性的功能。以证据讲故事恰能够将碎片式证据、片段化事件整合成为全景式、生动化的故事版本,从而增强事实认定的可接受性。综上,论证与故事的混合理论具有以下特征:一是既关注证据论证的原子性质,更关注故事叙事的整体主义;二是既注重证据规则,也注重经验法则的运用;三是既强调故事的真实性,也强调可接受性。

(二) 反向论证:回归典型案例进行故事评价

在混合理论下,事实认定者应当“综合依据证据规则、法律规范、司法认知、生活经验甚至司法前见、情境植入等因素形成心证,选择其中一个最为圆满、最为动听、最为可信的故事版本”^①。笔者借助混合理论,以故事视角对最高人民法院几则典型案例中的事实认定进行分析评价。

1. 杨伟鹏案的一、二审事实认定,仅从证据形式进行审查,对商品房买卖合同未约定单价、杨伟鹏仅持有购房发票复印件、“卖房人”嘉美公司多达九次向“买房人”杨伟鹏付款等诸多明显违背交易习惯的情形视而不见,不关注整体融贯与推理解释运用,既难保障事实认定的真实性,也不具有可接受性,属于既不圆满更不可信的“最差故事”。

2. 洪秀凤案的一审事实认定,虽然认识到整体融贯及交易习惯推理运用的重要性,但疏于对支持安钡佳公司所述“故事情节”的证据效力进行审查,且部分经验法则推理运用依据不足,推理过程虽表面似真具有可接受性,但难以保障事实认定的真实性,有“好故事排除真故事”之嫌。因此,属于情境圆满但不可信的“次差故事”。

3. 洪秀凤案的二审事实认定,强调书面证据的证明力高于口头证据,限制经验法则、交易习惯等的推理运用,并确立若要否定书面证据所体现的法律关系,必须非常审慎;在具有同等合理性情况下,应以书面证据所代表的法律关系作出判定;解释确定争议法律关系的性质,应当使权利义务更加清楚,而不是更加模糊事实认定的裁判要旨。然而,已有学者诟病,在“名为买卖,实为借贷”情形下,当事人通谋签署非真实意思表示的书面合同,其证明力并不当然高于口头证据;过分倚重书面证据,会在一定程度上扭曲事实原貌,也未充分尊重当事人的意思自治;应当真实还原当事人意思,以实现司法中立与尊重当事人真意的平衡。^②笔者对此完全认同。“契约应以当事人立约当时之真意为准,而真意何在,又应以过去事实及其他一切证据资料为断定之标准,不能拘泥文字致失真意。”^③二审裁判虽然纠正了一审的证据审查及推理中的不当问题,但对事实认定的论证没有考虑到融贯要求与可接受性。另外,其确立的裁

① 尹洪阳:《事实认定过程中的证据叙事分析》,载《中国政法大学学报》2018年第2期。

② 参见安晋城、申卫星:《事实认定中的书面证据与口头证据——评“洪秀凤房屋买卖合同纠纷案”》,载《法律适用》2017年第6期。

③ 王泽鉴:《民法实例研习》,我国台湾三民书局1999年版,第281页。

判要旨在此后最高人民法院审理的类案中似乎并未得到严格遵守。^①因此,属于不够圆满但可信的“次佳故事”。最高人民法院在审理邱幼月案中亦运用了与该案相似的审理思维和论证模式。

4. 杨伟鹏案的再审事实认定,在对证据进行严格审查基础上,不拘泥于证据形式,穿透表象探究真实意思,综合全案情况进行分析,指出多处不符合交易习惯的情形,并向当事人释明要求其对疑点作出合理解释,通过推理解释认定付款系支付利息更具有可信度,以及认为“书面合同并非不可缺少的要件”等论证,既对双方证据进行了原子式的审查论证,亦对双方的故事版本进行了整体性的推理解释,在一定程度上体现了混合理论的证据符合程度及整体融贯性双重要求。因此,属于既圆满又可信的“最佳故事”。

(三) 正向证成:混合理论有效弥合证据功能局限

前文已对阻碍证据功能发挥的系列因素进行了论述。混合理论能否克服这些因素,有效弥合证据的功能局限,并避免前述典型案例中存在的问题呢?

1. 客观因素之克服:叙事融贯弥补证据缺陷

事实认定过程中的证据永远都无法实现无缝对接,甚至会缺少某些关键性证据,或这些关键性证据并非原件、原物等,导致整个证据链条出现断裂。此时,叙事的融贯功能“有助于分析者进一步找出必须填补的空白”^②。证据叙事强调证据组合的综合证明能力,注重经验法则的推理运用,侧重将全案证据按照一定的逻辑顺序进行重新编排和整体性描述,并凭借描述对推论中的证据“空隙”进行有效弥合,以实现事实推论的整体融贯性。^③如杨伟鹏案中虽然缺少能够直接证明借贷关系存在的借款协议等证据,但最高人民法院再审法官综合杨伟鹏证据自身存在的疑点以及所受嘉美公司证据的有效攻击,并结合日常交易习惯进行推理,最终支持了嘉美公司的事实主张。并且,最高人民法院的事实认定既保障了结论的真实性,也实现了过程的可接受性。

2. 主体因素之消解:双重进路避免两种极端

司法证明的正当化是实现司法裁判权威性与可接受性的必然要求。“司法证明的正当化需要兼采原子主义和整体主义,既要对每一项证据进行个别化检验,也要将所有证据整合起来考察,这两种方法缺一不可。只专注个别证据的检验,就会只见树木不见森林。反之,仅做整体考量不关注个别证据,则会千里之堤溃于蚁穴。”^④正如杨

① 参见国投国际贸易(天津)有限公司诉北京江铜营销有限公司(上诉人)借款合同纠纷案,最高人民法院(2016)最高法民终527号民事判决书;中铁二局瑞隆物流有限公司成都分公司诉四川中恒实业有限公司等买卖合同纠纷案,最高人民法院(2020)最高法民终1210号民事判决书。

② [美]特伦斯·安德森、[英]威廉·特文宁等:《证据分析》,张保生等译,中国人民大学出版社2012年版,第189页。

③ 参见尹洪阳:《事实认定过程中的证据叙事分析》,载《中国政法大学学报》2018年第2期。

④ 史长青:《司法证明本体论:从可视化到正当化》,载《上海大学学报(社会科学版)》2020年第6期。



伟鹏案的一、二审事实认定只专注一方证据支持,不注重对方证据攻击及案情整体考量,走向了机械司法的极端;洪秀凤案的一审事实认定则不当运用交易习惯等推理解释整体案情,不注重对证据资格和证明力的审查,走向了另一极端——主观臆断。如前所述,论证与故事的混合理论融合论证方法的原子主义与故事方法的整体主义两种证明进路于一体,因此对于实现司法证明的正当化具有先天优势。混合理论的运用无疑能够避免在事实认定中出现以上两种极端情形。

3. 规则因素之完善:明确标准规范自由心证

审判实践中的证明标准客观化难题以及与之对应的证明责任裁判规则适用问题,前文已做论述。笔者认为,二者之间的关系可以概括为“心证生而责任无,心证无则责任生”,其中证明标准即自由心证的形成是问题的核心和关键。自由心证的形成应当包括两层含义,一是心证形成的考量标准;二是心证形成的过程公开。论证与故事的混合理论对于二者的实现均具有其他方法难以企及的独到之处。对于前者,“最佳故事”的评价标准即可作为形成内心确信的标准,证明标准可以被解读为评价故事的标准。^①混合理论所确立的证据支持、证据抵触、证据空缺,以及一致性、似真性、完备性等标准为自由心证能否形成提供了具体、明确的参照规则。对于后者,证据推理的结果应在形式和实质上都具有可接受性,裁判者需要论证其结果满足了法定的证明标准。^②但在司法实践中,有的裁判只公开心证结论,不公开心证过程及理由;有的仅就一方的证据支持展开论述,对其明显不符合常理的“故事情节”以及另一方的有效证据攻击避而不谈。杨伟鹏案的一、二审事实认定即为典型例证。混合理论的运用,能够通过对事实陈述与证据的符合程度、事实陈述的融贯性,以及证据和“故事情节”所受攻击效果等进行比较论证,从而“强迫”心证理由的充分公开,让事实认定者将真正形成内心确信的“故事”讲出来,打破“心证不可言传”的神话,避免形成“心证黑箱”。

4. 功能局限之弥合:混合理论修复“证据之镜”

事实认定的本质是运用证据推理建构法律真实,以最大限度地接近客观真实,实现对事实之“真”的追求。^③论证与故事的混合理论由于综合运用了证据的符合程度与故事的整体融贯双重评估标准,实现了证据从局部正向支持故事、故事从整体回溯解释证据的交互作用,从而能够对不同故事版本做出有效甄别,故以此方法认定的事实结论更加真实。混合理论能够克服各种因素的阻碍,有效弥合证据的功能局限,实现求真的价值追求。因此,运用混合理论推理生成的“最佳故事”确实是最接近于客

① 参见葛琳:《证明如同讲故事?——故事构造模式对公诉证明的启示》,载《法律科学》2009年第1期。

② 参见郑飞、柴鹏:《论证据推理的性质与方法》,载《证据科学》2019年第3期。

③ 参见武飞:《论司法过程中的案件事实论证》,载《法学家》2019年第6期。

观事实，又能让人充分感受到真实的“好故事”。

综上，论证与故事的混合理论具有极高的实践应用价值。一是从法律规定层面，论证与故事的混合理论完全符合我国民事诉讼规则关于全面、客观地审查证据，运用逻辑推理和日常生活经验，公开判断的理由和结果等各项要求。^①二是从指导精神层面，论证与故事的混合理论的运作机理完美契合最高人民法院倡导的“穿透式审判思维”。^②穿透式审判思维旨在通过实质主义司法实现实质正义，避免机械司法、教条司法带来的弊端。^③混合理论既能够克服传统司法三段论模式对证据与事实关系的形式化处理，亦能够避免因不当“穿透”造成的审判权力对私法自治的过度介入，从而保障司法中立与尊重当事人真意的平衡。三是从预期效果层面，论证与故事的混合理论的运用，有助于人民法院“准确查明事实、实质化解纠纷”的职能实现，并能够有效减少因事实认定错误导致的上诉、再审等严重浪费司法资源、损害司法权威的情形发生。

四、应用：“证据之镜”下的故事构建与甄别

事实认定是通过证据分析以及推理方法的运用对案件事实进行认定的过程。证据与方法之间可以概括为“证据为体、方法为用”的体用关系。基于“证据之镜”原理，也可以将证据这面“镜子”理解为事实认定的工具，而各种证据推理理论则是指导我们如何运用好这面“镜子”的具体方法。然而，任何一种方法的运用都要在“证据之镜”的指引下展开，否则将迷失方向，陷入混乱之中。论证与故事的混合理论应如何在“证据之镜”下展开运用呢？笔者将其应用方法归纳为：要素梳理简明化——要素归入可视化——要素评估精确化的“要素三化法”。

下面以根据真实案件改编的典型虚假表示型纠纷案例为样本，具体演示如何运用混合理论之“要素三化法”进行事实认定，从原、被告双方所构建的不同故事版本中甄别出“最佳故事”。

案例四：原告甲与被告房地产开发企业乙于2015年12月签订两份商品房买卖合同，约定甲购买乙开发在建的某商城四至五层商铺，单价均为每平方米1200元，总价款为1500万元，房屋交付期限为2018年10月。后甲以乙逾期未交付房屋为由诉

① 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第85条第2款规定：“审判人员应当依照法定程序，全面、客观地审查证据，依据法律的规定，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和日常生活经验，对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断，并公开判断的理由和结果。”

② 最高人民法院印发的第九次《全国法院民商事审判工作会议纪要》提出，要“通过穿透式审判思维，查明当事人的真实意思，探求真实法律关系”。

③ 参见张桦：《“穿透式审判思维”的功能与边界刍议》，载《人民法院报》，2021年3月18日，第8版。



至法院,请求判令乙履行交房义务。乙答辩称,双方所签订的房屋买卖合同仅是借款的担保,应为无效。^①

(一) 要素梳理:疑难案情与庞杂证据的简明化

审判实践中,当事人对于案件事实的陈述以及举证和质证意见往往过于冗长烦琐,其间夹杂着对于事实认定与法律适用毫无价值的信息。这就需要事实认定者对照可能适用的实体法规范裁剪掉冗余信息,提炼出核心事实,归纳好证据的论辩要点,并对证据资格及证明力大小做出评判。案例四的要素分析如下:

甲的事实主张:甲有富余资金,见乙开发的某商城商铺价格较低,与乙签订了两份商品房买卖合同,并付款 1500 万元买下了四至五层的商铺,乙未能按期交房。

甲的证据支持:证据 A,两份商品房买卖合同,证明双方达成房屋买卖合意;证据 B,多份由案外人代为付款的银行转账凭证,证明已支付购房款;证据 C,乙出具的“购房款”收据,证明已支付购房款。

乙的证据攻击:对于证据 A,合同约定价格畸低,严重违背市场规律;付款期限、逾期付款及逾期交房违约责任、产权登记等核心条款处均为空白。对于证据 B,实际付款人在乙提交的三份民间借贷纠纷民事判决书中也分别代替甲向不同的借款人付款。证据 C 名为“购房款”,实际为借款。

证据评价:证据 A,价格约定严重违背市场规律,多项核心条款均为空白,不符合交易习惯,证明力较弱。证据 B,交付借款的可能性大于支付购房款的可能性,证明力较弱。证据 C 所受攻击无效果,具有证明力。

乙的事实主张:乙开发建设某商城资金不足,以签订商品房买卖合同方式进行担保向多人借款。乙向甲借款 1500 万元,签订商品房买卖合同的同时还签订了补充协议及借款协议。

乙的证据支持:证据 a,借款协议及购房合同补充协议复印件各一份(证据说明:原件丢失),证明双方的真实意思为借贷;证据 b,商品房买卖合同二十份,证明乙与购房户的商品房交易价格约为与甲签订合同价格的三倍;证据 c,民事判决书两份,证明乙曾向多人借款,并同样以签订商品房买卖合同作为担保;证据 d,民事判决书三份,证明甲与某些案外人共同以从事民间借贷为业。

甲的证据攻击:证据 a 均为复印件,没有证明力;证据 b 与甲、乙之间的交易价格不具有可比性;证据 c、d 与本案不具有关联性。

证据评价:对证据 a 存在争议,一种观点认为,复印件无证明力;另一观点认为,复印件能与其他证据印证情况下有证明力。对证据 b、c、d 的质证攻击均无效果,各

^① 本案例系根据笔者参与办理的真实案件改编,因裁判尚未生效,故隐去案号、当事人等信息。

项证据具有证明力。

（二）要素归入：故事版本与证据论辩的可视化

将案例中甲乙双方的事实主张、举证及质证等要素各自归入一个“故事及论证图解模型”，并且在模型中加入证据支持与攻击的效果展示，能够使甲乙各自构建的故事及所受证据支持与攻击以可视化形式展现于事实认定者面前，事实与证据的对应关系以及证据论辩效果清晰可见。甲乙故事的图解模型分别如图2、图3所示。其中，箭头代表支持，以实线连接代表有效支持，以虚线连接代表支持无效或减弱；斜杠代表攻击，以实线连接代表有效攻击，以虚线连接代表无效攻击。

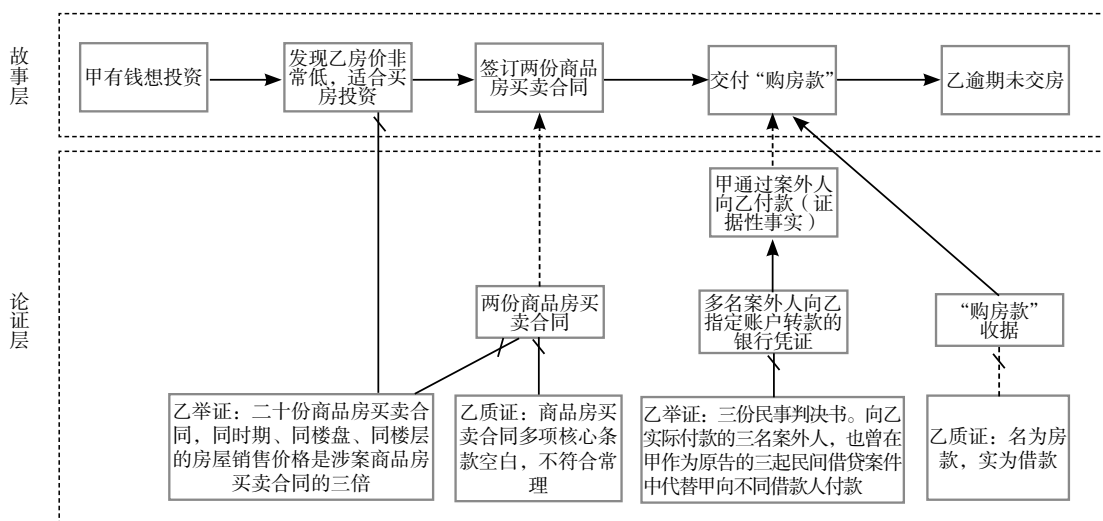


图2 甲的故事图解模型

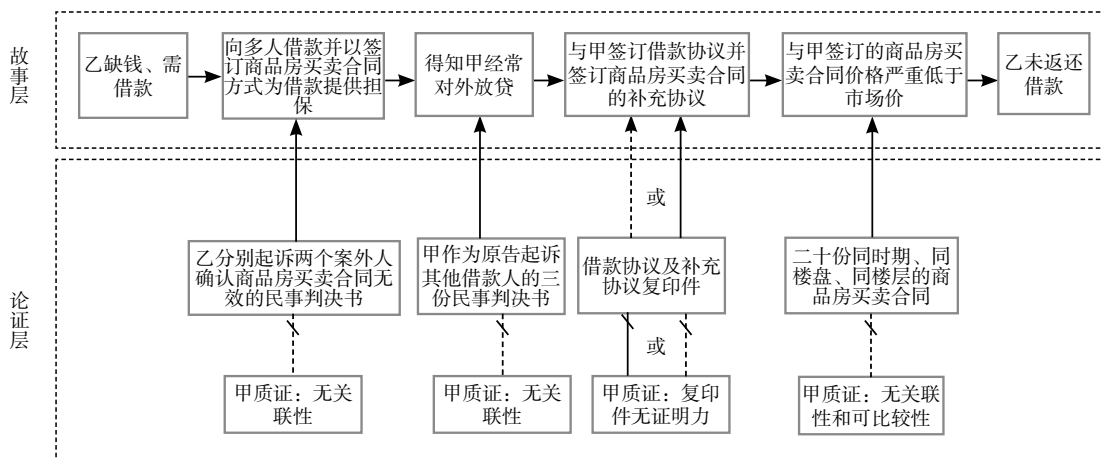


图3 乙的故事图解模型



(三) 要素评估：故事质量与评价标准的精确化

1. 故事质量的对比分析

(1) 故事符合证据程度比较

关于证据支持标准。证据支持，是指支持故事中的状态、事件或者因果性概称陈述等的证据共同构成的集合。^① 甲的三项证据从形式上来看都能支持其故事情节。但其中商品房买卖合同及付款凭证两项证据均受到了乙的有效攻击，大大减弱了对故事的支持度。乙的四项证据从形式上来看也都能支持其故事情节。虽然甲攻击借款协议及补充协议系复印件，但我国民事诉讼证据规则仅规定无法与原件核对的复制件不能单独作为认定案件事实的根据，^② 而本案中乙所提供的证据 c 和证据 d 两项证据能够证明甲是惯常的放贷者，乙是现实的借贷者，且向其他放贷者借款时也同时签订商品房买卖合同和补充协议、借款协议，因此两份协议复印件能够与其他证据相印证，应当作为认定案件事实的根据。甲对乙另外三项证据的攻击明显起不到攻击效果，充其量算作形式上的抵抗和防御。当然，不同的事实认定者基于不同的认知，可能对两份协议复印件能否作为定案依据做出不同的判断。但在上述情况下，即使乙未提交两份协议复印件，其故事的证据支持度也已经胜过甲的故事。

关于证据抵触标准。证据抵触，是指与故事中的状态、事件或者因果性概称陈述等相抵触的证据共同构成的集合。从形式上来看甲与乙的故事中均不存在证据抵触。就该项标准而言，两者竞争状态为平局。

关于证据空缺标准。证据空缺，是指故事中未能获得直接证据支持的事件共同构成的集合。从形式上来看甲与乙的故事中均不存在证据空缺，两者形成平局。但如前所述，乙的两份协议复印件若未能被事实认定者采纳为有效证据，则乙在该评估标准中竞争失败。

(2) 故事本身的融贯性比较

关于故事的一致性。一致性，是指故事中的各状态及事件之间不存在内部抵触。甲与乙的故事本身均不存在内部抵触，二者再次形成竞争平局。

关于故事的似真性。似真性涉及支持或攻击故事的基于一般知识的论证数量，^③ 包

① 故事中的事件或状态之间、证据与事件之间的推理关系是一种因果联系，贝克斯称之为因果性概称陈述。参见杜文静：《司法实践中刑事证据推理的方法》，载《求是学刊》2020 年第 6 期。

② 《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第 90 条规定：“下列证据不能单独作为认定案件事实的根据：……（五）无法与原件、原物核对的复制件、复制品。”

③ 参见〔荷〕弗洛里斯·贝克斯、维奥拉·贝克斯-雷米特：《难民法中证据的故事论证评估法》，杜文静译，载《证据科学》2021 年第 6 期。

括一般生活常识、经验法则、交易习惯等。甲的故事中存在两个事件明显不似真：第一，当乙陷入经营困境时选择以相当于市场价格三分之一的低价出售巨额在建房产来换取建设资金的假设明显违背正常经营理念；第二，一般情况下房屋等不动产价值较大，买方能否如期付款、卖方能否如期交房和办理产权登记等是买卖双方最关心的问题。而本案所涉两份商品房买卖合同对相关核心条款均未约定，明显违背一般生活经验和交易习惯。由此推知，买卖双方均没有实际履行商品房买卖合同的真实意愿。相比之下，乙的故事在似真性方面没有明显漏洞，以签订商品房买卖合同担保借款符合房地产企业常用的融资模式，也符合甲作为惯常放贷者的投资方式。故乙的故事似真性明显优于甲的故事。

关于故事的完备性。完备性是指故事的要素齐全、结构完整，符合“动机—目的—行为—结果”的故意行为故事图式。甲的故事与乙的故事均具备形式上的完备性，二者难分优劣。

2. “最佳故事”的证成

根据前述故事质量评估标准，故事符合证据的程度越高，即证据支持越多、证据抵触和证据空缺越小，故事质量越优；故事本身的融贯性越好，即一致性越强、似真性越高、完备性越足，故事质量越优。为了实现故事质量评价标准的精确化，笔者根据指标的性质确定具体赋分标准：

(1) 正向指标：以0为基准，符合加1分，不符合不加分；

(2) 负向指标：以0为基准，符合减1分，不符合不减分。

根据甲、乙故事质量评估标准的比较分析及赋分标准，双方故事版本得分对比如下：

I. 证据支持：甲的故事得分为0，乙的故事得分为1；

II. 证据抵触：甲的故事得分为0，乙的故事得分为0；

III. 证据空缺：甲的故事得分为0，乙的故事得分为0（如两份协议复印件的证明力未被采纳，该项得分则为-1）；

IV. 一致性：甲的故事得分为1，乙的故事得分为1；

V. 似真性：甲的故事得分为0，乙的故事得分为1；

VI. 完备性：甲的故事得分为1，乙的故事得分为1；

通过上述指标得分对比可见，乙的故事质量明显优于甲的故事。在乙的证据a的证明力获得认可情况下，乙与甲的得分比为4:2；即使乙的证据a的证明力被事实认



定者否定,乙与甲的得分比为 3:2,乙仍领先于甲。根据双方故事的最终竞争状态可推出以下结论:甲的故事是不可信的故事(竞争失败),乙的故事是可信的故事(竞争胜利),即“最佳故事”。

结 语

事实认定是通过“证据之镜”对过去实际发生了什么进行经验推论的探究过程。一方面,事实认定离不开证据这面“镜子”;另一方面,事实认定也受到“证据之镜”功能局限的限制。^①论证与故事的混合理论是一种科学的证据推理方法,能够有效弥合证据映射事实的功能局限,显著提高事实认定的准确性与可接受性,并契合“穿透式审判思维”的内在要求,有助于人民法院准确查明事实、实质化解纠纷的职能实现。诚然,论证与故事的混合理论与其他证据推理方法一样,并非完美无缺。事实认定者唯有科学使用“证据之镜”,公正运用“心灵之镜”,根据案件类型和特点恰当运用某种或综合运用多种证据推理方法,方能建构并甄别真实可信的“最佳故事”。

(责任编辑:杨 军)

^① 参见张保生:《事实、证据与事实认定》,载《中国社会科学》2017 年第 8 期。

工伤认定纠纷证明责任分配法则的重构

——以劳动争议纠纷“法律要件分类说”为镜鉴

张祺炜 冯禹源*

内容摘要：证明责任分配是事实认定和法律适用的基础。传统观点将工伤纠纷证明责任归结为工伤程序中用人单位举证及行政诉讼中人社部门举证，此“举证责任倒置”难以与工伤纠纷本质契合。工伤纠纷与劳动争议具有较强相似性和关联性，借鉴劳动争议证明责任并结合工伤纠纷的独特面向，可作如下制度设计：第一，实现工伤程序和行政诉讼有机衔接，在诉讼中刺破人社部门举证的面纱，深层次解构职工与用人单位的证明责任分配；第二，由职工与用人单位对主张事实充分举证后，再根据双方证据掌控程度，类型化分配证明责任；第三，人社部门和法院可主动调取证据，弥补当事人举证能力之不足；第四，区分“主张工伤事实”与“否认工伤事实”，分采不同的证明标准。

关键词：工伤认定；证明责任；劳动争议；主观证明责任；客观证明责任

引言

“证明责任乃诉讼之脊梁”，一语揭示了证明责任在诉讼中的重要地位，这也是一个具有理论和实践双重魅力的问题。长期以来，工伤认定纠纷作为行政诉讼的热点和多发点备受关注，但相关研究焦点更多置于工伤认定标准、对象以及责任承担主体等法律适用问题上，对证明责任问题缺乏必要关切。究其原因，在于《工伤保险条例》《行政诉讼法》分别规定了工伤认定中用人单位的举证责任及行政诉讼中人

* 张祺炜，江苏省南通市中级人民法院一级法官；冯禹源，江苏省南通市中级人民法院法官助理。



社部门的举证责任，即所谓“举证责任倒置”原则，从而形成了传统理论对于工伤纠纷举证责任分配的思维定式。

随着经济社会发展，新型用工模式层出不穷，职工发生工伤的情形纷繁复杂，加之行政程序与诉讼程序举证责任衔接不畅等原因，实践中工伤纠纷举证责任分配常常呈现碎片化倾向，导致工伤认定结论及行政裁判尺度不一、多有争议。工伤认定纠纷表面上是当事人与人社部门的行政争议，实质则是职工与用人单位的劳动争议，工伤认定作为行政确认行为也与传统高权行为存在区别，简单地将“举证责任倒置”作为举证责任的分配法则难以与工伤认定纠纷的本质契合。深入剖析工伤认定纠纷的本质特征，厘清行政程序和行政诉讼举证责任之间的关系，从而构建更加体系化、类型化的举证责任模式，对统一工伤认定行政执法和司法裁判尺度，衡平劳动者和用人单位之间的权益，最大限度保证工伤认定结论的公正性和公信度均有重要意义。

一、工伤认定纠纷“举证责任倒置”原则的再思考

证明责任又称举证责任，是指当事人对其主张的事实需要提供相应证据予以证明，并在不能提供证据或者提供的证据不足以证明其主张时，承担相应的法律后果的一种责任。^①《工伤保险条例》规定了申请人对工伤程序的推进责任、人社部门的调查责任以及用人单位不认为是工伤时的举证责任，这一举证责任分配模式往往延伸到诉讼阶段。从举证责任制度的发展来看，要求某类案件由一方当事人承担全部举证责任显然过于笼统和模糊，工伤认定纠纷亦是如此。事实上，“举证责任倒置说”存在诸多缺陷，已难以适应工伤理论发展的需要，对行政执法及司法实践缺乏有效指引。

（一）工伤认定纠纷的成因复杂

《工伤保险条例》第 19 条第 2 款规定，职工或者其近亲属认为是工伤，用人单位不认为是工伤的，由用人单位承担举证责任。该条即“举证责任倒置说”之来源。传统理论认为，用人单位和劳动者之间具有管理者和被管理者的地位，劳动者对用人单位而言具有从属性，接受用人单位管理，《工伤保险条例》从保护弱者权益的角度出发，规定由用人单位承担举证责任，而没有实行“谁主张、谁举证”的原则。^②此种观点在认定工伤范围较为单一的条件下，具有一定合理性。从工伤保险制度的发展来看，其逐渐完成了从雇主责任制向职业伤害社会保险制度的演变，并在单纯

^① 参见宋随军、梁风云主编：《行政诉讼证据案例与评析》，人民法院出版社 2005 年版，第 68 页。

^② 参见胡晓义主编：《工伤保险条例释义与实务》，中国劳动社会保障出版社 2016 年版，第 101-102 页。

工作事故的基础上,不断拓宽认定工伤和视同工伤的范围。原《企业职工工伤保险试行办法》认定工伤的情形主要集中在与工作有直接关系的伤害,相对于原《企业职工工伤保险试行办法》,《工伤保险条例》扩大了认定工伤和视同工伤的范围。但是,对于举证责任的分配,《工伤保险条例》仍或多或少地受到“工伤是在生产、工作中受伤”的传统观念影响,将举证责任“一刀切”地分配给用人单位。

随着认定工伤和视同工伤范围的扩大,职工发生事故伤害并不局限于工作场所和直接的工作原因,用人单位有时对相关材料无法掌握。此时,职工认为是工伤无需提供任何证据证明,用人单位对不构成工伤这一否定性事实则需全面提供证据,这一规则已不尽合理。比如,职工上下班途中发生交通事故,对于职工的路线、目的、事故责任等,用人单位均难以举证,此时再由用人单位承担举证责任有失公平,也不利于客观真相的查明。传统理论还定式化地认为用人单位的立场是否认工伤、职工的立场是要求认定工伤,事实上,实践中广泛存在职工认为不是工伤、用人单位认为是工伤的情形。如用人单位招用的劳动者已超过法定退休年龄,劳动者发生事故伤害后通过民事途径向用人单位主张雇主责任可获得的利益可能高于工伤待遇,此种情况下,往往是由用人单位申请工伤,而职工予以否定。此时如何分配举证责任,《工伤保险条例》并未给出明确答案。

(二) 行政确认行为有别于传统高权行政行为

《行政诉讼法》第34条规定了作为被告的行政机关对被诉行政行为负有举证责任,此为行政诉讼中“举证责任倒置”的一般规定。“合理分配证明责任有助于减少行政纠纷,尤其是在行政行为类型不断丰富的背景下,要求所有类型的行政行为均由行政主体举证,既不合理,也不科学。”^①传统依职权行为如行政处罚、行政强制等,行政机关不需要当事人申请即可单方作出,其结果通常为减损当事人权益或者增加当事人义务。因此,在行政程序中,相对人甚至只需提出陈述申辩即可,无需提供任何证据,在诉讼程序中,即使当事人提供证据,也不能减轻行政机关的举证责任。人社部门作出认定工伤决定则是一种行政确认行为,即行政机关对相对人的法律地位、法律关系或有关法律事实进行甄别,给予确定、认定、证明或否定并通过法定方式予以宣告的行政行为。^②人社部门启动认定工伤程序非依职权而是基于申请,认定工伤所依据的材料也主要来源于当事人提交而非主动调查取证。虽然《工伤保险条例》第19条规定了人社部门负有调查核实的职责,但该职责的启动不具有强制性,而取决于人社部门的自由裁量,且这种调查核实也不属于举证责任,而是一种行政执法行为。调查与否、调查内容的多少,体现了人社部门的态度和责任意识,调查

① 江必新:《完善行政诉讼制度的若干思考》,载《中国法学》2013年第1期。

② 参见熊文钊:《现代行政法原理》,法律出版社2000年版,第348页。



之后如果仍不能确认事实,该后果由申请人承担,而不是人社部门承担。^①

在诉讼程序中,当人社部门提交的证据不足以证明行政行为合法性时,虽然行政行为被撤销对人社部门而言也是一种不利后果,但该后果实质由与人社部门持相同主张之一方当事人承担。在诉讼中简单地将举证责任分配给人社部门,很可能出现的情况是,用人单位在工伤事故发生后故意不提供证据,一旦人社部门作出工伤认定决定,再以人社部门为被告诉至法院,此时法院如果以人社部门作出工伤认定决定没有足够的证据为由将其撤销,这就意味着用人单位在行政程序中拒不承担举证责任会出现对其有利的法律后果。^②在工伤纠纷的诉讼程序中,“被告承担举证责任”仅具形式意义,法院有必要刺破人社部门举证的面纱,基于对职工与用人单位之间对抗关系的深层次解构,合理进行举证责任的分配。

(三) 职工、用人单位及公共利益之间的利益平衡

《工伤保险条例》体现出对劳动者倾斜保护的基本要义,但向劳动者的倾斜并非无原则,工伤认定纠纷举证责任分配在宏观上有赖于对工伤保险制度整体架构的把握,以及在个案中对事实认定、法律适用的精准解读,而不是简单适用抽象的权益保护理念。随着大众创业成为经济社会的一大亮点以及公司设立门槛的降低,越来越多的小微企业如雨后春笋般出现,有的企业经济基础脆弱有如自然人,不再是传统观念上的强势经济主体,有时一个工伤赔偿足以导致企业破产停业。从当前经济环境来看,由于新冠疫情、贸易战、出生率降低导致人口红利衰减等国际国内因素的影响,诸多企业的生存发展成了经济社会发展重要的阶段性课题,工伤纠纷的处理也需要适当考虑企业生存和经济发展的目标,重新审视用人单位和劳动者之间在举证能力、诉讼能力等方面的力量对比,从而与社会发展现实情况相契合。从工伤待遇支付的角度考量,在用人单位为职工缴纳社会保险的情况下,职工的工伤待遇由社保基金支付,用人单位未参保的,则由用人单位承担。无论基于维护公共利益的考虑,还是用人单位权利义务相一致的原则,都应当审慎、合理地对构成工伤的基础事实予以认定。动辄将待证事实不清的不利后果交由用人单位承担,既不利于实现职工权益和用人单位利益之间的动态平衡,也不利于工伤保险制度的良性发展。

二、劳动争议纠纷证明责任“法律要件分类说”对工伤认定纠纷的镜鉴

劳动争议,是指劳动关系的当事人之间因执行劳动法律、法规和履行劳动合同而发生的纠纷。劳动者与用人单位就劳动关系成立、履行和解除劳动合同、支付劳

^① 参见向春华、张军:《典型工伤保险案例解析》,中国劳动社会保障出版社2017年版,第81页。

^② 参见程琥:《工伤保险前沿问题审判实务》,中国法制出版社2014年版,第155页。

动报酬、办理社会保险手续、给予工伤保险待遇等问题发生的纠纷,均属于劳动争议。职工和用人单位发生劳动争议的,通过仲裁和民事诉讼的途径解决;工伤认定纠纷属于行政争议,通过行政诉讼等程序予以解决。从表面上看二者分属不同体系,但工伤认定纠纷也是履行劳动合同中发生的争议,兼具行政和民事双重属性,可纳入广义上劳动争议的范畴。相较工伤认定而言,我国现行法律对劳动争议举证责任分配的规定更为完备,相关理论也更为成熟,因此,可尝试从劳动争议纠纷的处理中汲取经验成果,以期对工伤纠纷举证责任的建构提供有益的指引。

(一) 工伤认定纠纷和劳动争议之联系

工伤纠纷和劳动争议虽然存在明显的制度性差异,但二者又具有一定的相似性且存在密切联系。从主体上看,劳动争议发生于职工和用人单位之间,工伤认定纠纷虽然直接体现为当事人对人社部门作出的认定或者不予认定工伤的决定不服,但本质上仍是职工和用人单位之间就是否构成工伤产生的争议。从内容上看,《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》(以下简称《劳动争议解释(一)》)第1条列举了9项劳动争议的范畴,几乎涵盖了用人单位和劳动者之间可能产生的所有争议。工伤纠纷虽然经由人社部门处理,但与上述争议相比并无明显特殊之处,而且,职工因为工伤、职业病而请求用人单位依法给予工伤保险待遇发生的纠纷属于劳动争议,这与工伤认定纠纷本就一脉相承。从解纷路径上看,劳动争议通过仲裁和民事诉讼的途径解决,工伤认定纠纷虽然通过行政程序和行政诉讼解决,但人社部门作出的裁断具有居间性、中立性的特点,有别于传统的高权行政行为,甚至可视为一种准司法行为。由是观之,将劳动争议举证责任的分配法则通过合理的途径引入工伤纠纷,在立法和实践中并不存在障碍。有观点甚至认为可将工伤认定纳入劳动争议的范围,“将工伤通过劳动仲裁机构和法院作出认定,能够有效保证工伤认定标准统一,以及法条的理解和解释统一,有利于工伤保险制度可持续发展”^①。

(二) 劳动争议纠纷举证责任的立法与理论实践

民事诉讼举证责任的基本原则是“谁主张,谁举证”。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第91条对民事诉讼中举证责任如何分配作出了明确的规定,即:如果当事人主张法律关系存在的,则举证证明产生该法律关系的基本事实;如果当事人主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的,则对上述基本事实举证。上述司法解释采用的是法律要件分类说中的规范说理论。法律要件分类说以德国学者罗森贝克提出的规范说最具代表性,

^① 谢润康:《探微工伤认定制度纳入劳动争议的必要性——以〈最高人民法院公报〉案例为视角》,载《企业科技与发展》2018年第9期。



罗森贝克认为,主张责任和证明责任的分配是以法律规范的多样性为基础的,原告必须证明其诉讼请求赖以存在的法律规范的前提条件在事实上已经实现,也就是说,原告必须对权利产生规范(连同相关的补充规范)的前提条件加以证明,而被告则必须对其试图驳回原告的诉讼所依据的规范的前提条件加以证明,这里主要指权利妨碍规范的前提条件、权利消灭规范的前提条件或者权利排除规范的前提条件。^①

《劳动争议调解仲裁法》第6条、《劳动争议解释(一)》第42条、第44条构成了我国劳动争议举证责任的基本体系。一般情况下,劳动关系是由劳动者和用人单位双方自愿签订的劳动合同所建立,本质上属于平等的民事关系,因此,劳动争议的举证责任以“谁主张,谁举证”为基本原则。在特殊情况下,为了实现程序和实体公正,法律基于双方对证据的掌控程度,将部分举证责任分配给用人单位,从此确定了若与争议事项有关的证据属用人单位掌握管理则应由用人单位举证的规则。如由于用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定的相关依据由用人单位掌握和保管,立法将相关举证责任分配给用人单位。^②劳动争议举证责任分配法则缓解了劳动关系的平等性与职工、用人单位举证能力不平等性之间的紧张关系,相较于工伤纠纷“举证责任倒置”的单一模式而言,更为科学、合理。工伤纠纷的类型多样,也存在相关证据掌握主体的不确定性,这与劳动争议举证责任分配的产生机理不谋而合,在工伤认定纠纷的处理中引入劳动争议法律要件分类说理论,再经由特殊的法则加以修正,是值得尝试的选择。

(三) 工伤认定纠纷对“法律要件分类说”的规范回应

证明责任从理论上可分为主观证明责任和客观证明责任。主观证明责任是指当事人具有通过自己的行为对待证事实予以证明的责任,从而防止败诉的风险。^③工伤认定纠纷的主观证明责任可遵循“谁主张,谁举证”的原则,无论是劳动者还是用人单位,都负有对其主张依据的要件事实加以证明的责任。主观证明责任的首要目标和基本功能就是查清事实,主观证明责任会促使当事人积极地提供与案件事实有关的证据,推进审判进行,避免相关事实出现真伪不明或事实不清的状态。^④劳动者认为是工伤的,应当对构成工伤成立的要件事实承担举证责任,用人单位不认为是工伤的,则由用人单位对阻却工伤成立的要件事实加以证明。依此种法则分配主观证明责任,旨在督促当事人尽可能就与工伤有关的事实提交充分的证明材料或者作

① 参见[德]莱奥·罗森贝克:《证明责任论》(第五版),庄敬华译,中国法制出版社2018年版,第130-131页。

② 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新劳动争议司法解释(一)理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第551页。

③ 参见[德]汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年版,第35页。

④ 参见阎巍:《行政诉讼证据规则:原理与规范》,法律出版社2019年版,第26-27页。

出详尽说明,从而有助于法官对事实分析研判,形成内心确信,最大化接近客观真实。

客观证明责任是指当诉讼中的一项事实主张最终不能被证明时,也即在法官自己对该项事实主张存在或者不存在始终不清楚的条件下,何方负担不利后果的问题。^①客观证明责任是实体法上的一种风险分配。如果当事人的主张是没有争议的,或者法官对争议事实获得了特定的心证,不管该心证是证据调查的结果,还是从辩论中得出的结果,都不存在客观证明责任的问题。^②实践中,要求当事人对于己有利的主张提供全部证据并让案件事实清晰只是一种理想的状态,更多的情况是当事人只能就其有利的主张部分举证,即使通过双方当事人的举证,事实仍处于真伪不明的状态。此时就需要通过客观证明责任,实现此种状态下对事实的推定。就工伤认定纠纷而言,因职工发生事故伤害的场所、原因不同,职工和用人单位对相关证据材料的掌控程度及对相关事实的了解程度均存在差异,即使同一类工伤事故,职工和用人单位对不同构成要件的证据材料亦存在不同的掌控度。因此,在双方都穷尽力量提交证据后,需要通过一定的规则,在平衡双方当事人权益的情况下,确定不利后果之承担主体。劳动争议纠纷处理在谁主张谁举证的基础上,确立了证明妨害、特定情形由用人单位举证等规则,工伤纠纷亦可参照适用。

三、工伤认定纠纷证明责任的衔接与类型化重构

工伤认定纠纷在对劳动争议举证责任分配法则借鉴的同时,需要结合其独特面向以及举证责任分配理论作进一步的规则建构。《工伤保险条例》第19条并未明确区分主客观证明责任,司法实践通常把主客观举证责任同质化,虽然法官通过内心裁量和判断,最终对举证不利之后果予以弥补和修正,但此种碎片化适用模式主观性较强。结合人社部门与法院在证据调取方面的法定职权对举证责任分配“法律要件分配说”予以规范回应,有助于实现工伤纠纷举证责任分配法则在行政程序和诉讼程序之间的有机衔接以及类型化建构。

(一) 工伤认定程序与行政诉讼程序举证责任的衔接

工伤认定纠纷的举证存在行政程序及行政诉讼两个维度,导致同一工伤认定纠纷处理中出现行政程序中当事人举证责任和行政诉讼中人社部门举证责任两个外观。一般而言,人社部门在行政诉讼中提交的证据包括两个方面:一是证明行政程序合法的证据,如受理通知书、举证告知书、中止决定书、认定工伤决定书等;二是证明认定或者不予认定工伤合法的证据,此类证据主要来源于行政程序中当事人提交

① 参见〔德〕汉斯·普维庭:《现代证明责任问题》,吴越译,法律出版社2006年版,第11页。

② 参见〔德〕莱奥·罗森贝克:《证明责任论》(第五版),庄敬华译,中国法制出版社2018年版,第10页。



的材料以及人社部门调查核实。在行政诉讼中,正确判断真正的举证责任人仅仅从行政诉讼环节进行推导是不够的,更应扩展到行政执法行为中进行综合推理。^①法院对被诉行政行为合法性审查表面上审查的是作为被告的人社部门所提交的证据,本质上仍涉及对职工和用人单位所提交证据的判断,而相应的不利后果也最终由职工和用人单位一方承担。实践中,法院较多引用《工伤保险条例》第19条这一实体法规定,即是上述举证责任判断法则之体现。由此可见,工伤认定程序和行政诉讼举证责任分配法则具有高度的一致性,从工伤认定程序到诉讼程序,举证责任形式上从用人单位及职工转移至行政机关,实质上并未发生转移。法院在对认定工伤的具体行政行为的合法性审查中,在是否构成工伤的事实真伪不明的情况下,不能简单地以被诉行政行为事实不清予以撤销,而应当参照民事诉讼中对事实真伪不明的法律推定规则作出判决,防止用人单位通过行政诉讼逃避对“非工伤”事实举证不能的法律后果。^②工伤认定程序涉及的是用人单位和职工具体的举证责任,而行政诉讼则涉及的是抽象的举证责任,即法院对工伤程序中举证责任的再次裁判。因此,无论工伤程序还是行政诉讼中,证明责任原则上仍分配给职工和用人单位,人社部门和法院承担补充调查取证的职责。

(二) 工伤认定纠纷证明责任的类型化建构

《工伤保险条例》第14条规定了应当认定工伤的情形,第15条规定了视同工伤的情形,第16条规定了不予认定工伤的情形,《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》(以下简称《工伤案件解释》)第5条规定了特殊情形下承担工伤保险责任单位的认定。在一个完整的工伤认定体系中,包含了认定工伤对象、劳动关系、工伤情形、工伤责任主体等诸要素,每一个构成要素均有相应的法律规范,结合“法律要件规范说”,认定工伤的各项要素适用不同证明责任分配法则。

1. 是否构成劳动关系。《劳动争议调解仲裁法》《劳动争议解释(一)》均未对劳动关系的举证责任分配作出特殊规定,劳动关系原则上应由职工承担举证责任。如劳动合同、实际为用人单位工作的证据材料、工资支付记录、工作证等。《劳动合同法》颁布实施后,司法实践中更加严格地从书面上确认劳动关系的存在,对于没有书面劳动合同情况下劳动关系的认定持谨慎的态度,综合判断是否具备劳动关系的基本特征,避免随意扩大劳动关系的认定范围。^③因此,职工对劳动关系存在有无应充分举证。由于违法转包、挂靠等不以存在劳动关系为认定工伤的前提条件,因此,在《工伤案件解释》第3条规定的违法转包、挂靠的情形中,职工只需对为何项目从事工作、

① 参见杨曙光:《工伤行政确认研究——以法律适用的实际问题为视角》,法律出版社2016年版,第144页。

② 参见杨科雄:《最新工伤认定规则及其适用》,法律出版社2013年版,第227页。

③ 参见吴在存主编:《劳动争议案件裁判规则与法律适用》,法律出版社2020年版,第11页。

被何人招用承担举证责任，发包人需对将项目转包给何主体、该主体是否具有用工资格承担举证责任。

2. 在工作时间和工作场所内受到伤害。《工伤案件解释》第4条第1项规定，职工在工作时间和工作场所内受到伤害，用人单位或者社会保险行政部门没有证据证明是非工作原因导致的，应当认定为工伤。该条规定明确了用人单位在工作时间和工作场所内举证责任的承担，同时也对《工伤保险条例》第19条规定的用人单位举证责任范围作了进一步限缩。《劳动争议解释（一）》第42条规定，劳动者要求用人单位支付加班费的，应当由劳动者举证证明存在加班的行为，除非有证据证明用人单位持有证明加班事实存在的证据且拒不提供。通常情况下，职工主张在用人单位加班受到伤害的，应由职工为加班的事实举证。由于用人单位安排劳动者加班可能通过口头通知的方式，或者加班的工作记录、审批单、反映加班事实存在的工资单等往往由用人单位保存，故职工提供的证据不必直接反映加班事实，可举证其之前存在加班的惯例，或者其他职工当天也加班即可。有观点还认为，要求劳动者对加班事实负有举证责任后，再进一步要求其承担具体加班日期或时长的举证责任，无疑加重了劳动者的证明负担，故在用人单位认可劳动者加班事实但就具体时间存在争议时，由用人单位承担举证责任。^①

3. 在非工作时间和非工作场所受到伤害。相对于工作时间、工作场所而言，其他场所已经脱离了用人单位的掌控，如仍由用人单位举证，可能导致职工因其他原因受伤的亦主张工伤，加大了用人单位用工风险，因此，应由职工对受伤系工作原因举证。《工伤保险条例》第14条第5项规定，因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的应当认定为工伤。因工外出期间受到伤害的情形十分复杂，双方当事人对相关证据的掌控度也具有不确定性。由于职工受用人单位的指派而外出从事业务，受伤风险由用人单位之指派行为所造成，故一般应由用人单位承担举证责任。除非有证据能够排除职工受到的事故伤害与工作时间、工作原因存在联系，在排除其他非工作原因后，应当认定为工作原因。^②

4. 患职业病的。《职业病分类和名录》对职业病范围有明确规定，职工患病后，首先应证明该病痛属于职业病名录范围内，再由用人单位对职业病与工作不具有因果关系举证。

5. 上下班途中发生交通事故。上下班途中发生交通事故的成因较为复杂，对双方事故还是单方事故、事故责任大小、事故发生时间地点等均可能产生争议。原则上，职工应当就上下班途中的事故构成工伤的全部要件举证，尤其是事故发生的时间、

① 参见吴在存主编：《劳动争议案件裁判规则与法律适用》，法律出版社2020年版，第138-141页。

② 参见胡晓义主编：《工伤保险条例释义与实务》，中国劳动社会保障出版社2016年版，第86-87页。



地点不在职工通常的上下班的时间和合理路线上时,受伤职工必须对产生上述情况的合理性或正当性承担责任。^①《工伤保险条例》第 14 条第 6 项规定非本人主要责任的交通事故伤害应当认定为工伤,包括负事故同等责任、次要责任、无责任及事故成因无法查清的交通事故,都应视为非本人主要责任的交通事故。在非单方事故中,职工只需举证其未被认定为主要责任或事故责任无法查清即可,但在单方事故中,职工个人原因导致事故发生的可能性更高,故职工应就事故的发生非本人主要责任进行举证。如刘某诉海安市人力资源和社会保障局工伤保险资格认定案中,生效裁判认为,刘某在上班途中因驾驶电动自行车与公路西侧树木、电杆发生碰撞当场死亡,公安部门未对事故责任进行认定,亦未有证据证明刘某发生事故系其他原因所致,人社部门认为无法推定刘某承担非主要责任,对刘某的死亡情形不予认定为工伤并无不当。^②

6. 职工在工作时间和工作岗位,突发疾病死亡或者在 48 小时之内经抢救无效死亡。此类工伤的构成要件分属不同的场所和时间,职工突发疾病的,由用人单位对职工突发疾病非工作时间和工作岗位举证,职工的近亲属通常持有诊疗记录、死亡证明等材料,故对职工 48 小时经抢救无效死亡的事实举证。抢救体现了争取时间和救治的双重意义,实践中,存在职工救治希望渺茫,近亲属基于让职工死于家中的习俗而要求出院的情形。此时,如用人单位主张职工近亲属放弃治疗而不构成抢救的情形,则应由用人单位举证,这种“社会道德风险”应从严把握,在没有充分证据的情况下,不能随意认定职工近亲属存在故意放弃治疗的行为。职工主张在家加班过程中突发疾病死亡的,主流观点认为也视同工伤,但由于此时职工已经完全脱离了用人单位掌控,要求用人单位就职工是否存在加班的事实进行举证几无可能,故应当由职工举证。如提交职工近期存在将相关工作材料带回家中完成,或者职工突发疾病时正在完成工作任务的证据材料。如俞某诉海南省海口市人力资源和社会保障局工伤保险资格案中,最高法院即认为,冯某的近亲属已提交证据证明作为教师的冯某突发疾病死亡当晚曾组织学生测试,并连续两晚将试卷带回家并批改试卷,能够证明冯某加班从事教学工作的事实,故冯某的死亡应当认定为工伤。^③

7. 故意犯罪、醉酒或者吸毒、自残或者自杀的。上述情形为排除认定工伤的情形,根据《工伤案件解释》第 1 条规定,是否存在上述情形一般应当以法定机构出具的认定书、结论书或者法院生效裁判文书等为依据,除非有足以推翻相关认定书、结

① 参见杨科雄:《最新工伤认定规则及其适用》,法律出版社 2013 年版,第 210 页。

② 参见刘娟与海安市人力资源和社会保障局、南通港华锅炉有限公司再审行政案,江苏省高级人民法院(2020)苏行申 1807 号行政裁定书。

③ 参见俞俊杰与海南省海口市人力资源和社会保障局、海南省人力资源和社会保障厅工伤认定行政确认、行政复议案,最高人民法院(2017)最高法行申 6467 号行政裁定书。

论书的证据。由于不能要求职工就自己没有故意犯罪或者没有醉酒、吸毒等消极事实举证,因此,该举证责任应当由用人单位承担,但职工认为有权机构作出的认定书、结论性意见错误时,应举证推翻上述文书。

8. 证明妨害。证明妨害又称证明妨碍,是指因不负有举证责任的当事人一方的行为致使其持有的对证明待证事实具有相当证明意义的证明未能在诉讼中提供、损毁灭失或丧失证明价值,使待证事实无证据可资证明,导致待证事实处于真伪不明状态时,在事实认定上,法律就负有举证责任的当事人的事实主张,作出对其有利的调整。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第95条规定了证明妨害,《民诉法解释》第112条规定了书证中的证明妨害,《行政诉讼法》第46条规定了针对行政机关的证明妨害,《劳动争议解释(一)》第42条规定了加班费的证明妨害。出现证明妨害的情形在工伤纠纷中比较多见,且职工和用人单位均可能存在持有于己不利的证据材料不予提交的情形。如符合上述规定,应当将不利后果转由证明妨害者承担。

(三) 人社部门和法院的补充调查取证

工伤纠纷关涉职工与用人单位之间的利益平衡,工伤待遇的支付还与工伤基金等公共利益息息相关,因此,无论从弥补当事人举证能力之不足,还是从维护公共利益的角度出发,人社部门和法院在工伤纠纷中的调查取证都显得尤为重要。

一是主动调取证据。人社部门根据工作需要,可以到用人单位或者事故调查处理部门询问有关人员,查询、复制与工伤有关的资料等,必要时人社部门还可以主动进行鉴定。如上下班途中职工发生交通事故承担的责任,根据《工伤案件解释》第1条规定,一般应当以交警部门出具的事故责任认定书为依据。实践中,当交通事故的成因、责任无法查清时,交警部门可能只会出具交通事故证明书而不出具认定书,此时人社部门和法院有必要调取交警部门的卷宗材料,对职工是否存在主要责任作出判断,即使在交警部门出具事故认定书的情况下,如果人社部门和法院对责任认定形成合理怀疑,也应当进一步调查取证。

虽然《行政诉讼法》第40条规定,法院不得调取被告未调取的证据,从而帮助被告证明被诉行政行为的合法性。但是,一方面,行政诉讼具有客观诉讼的特征,对于涉及国家利益、公共利益等重大利益,如果存在损害之虞,法院有义务调取相



关证据。^①另一方面,工伤纠纷涉及第三人的权益,不能简单地适用被告举证规则。如《最高人民法院关于审理行政许可案件若干问题的规定》第8条规定,被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的,与被诉行政许可行为有利害关系的第三人可以向人民法院提供;第三人对无法提供的证据,可以申请人民法院调取;人民法院在当事人无争议,但涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的情况下,也可以依职权调取证据。又如,在余某某诉江西省景德镇市人民政府行政复议决定案中,最高人民法院认为,行政诉讼证据不仅限于证明行政行为合法性的证据,在行政行为涉及第三人合法权益的情况下,简单地适用被告单方举证规则,则有可能将不利后果转嫁于第三人,而第三人的合法权益则可能因行政机关怠于举证遭致不利影响。有鉴于此,法院有权责令当事人提供或者补充有关证据。^②

二是依申请调取证据。在工伤事故中,存在诸多由第三方出具的事故责任认定书、鉴定报告、调查笔录等证据,职工或用人单位认为对己有利但无法调取的,可以申请调取。如职工在工作时间和工作场所内受到他人殴打的,职工主张工伤,用人单位认为职工受到的伤害与工作之间不存在因果关系,可能申请人社部门或法院调取公安机关在事发后对相关人员进行询问笔录。又如用人单位招用超过法定退休年龄的劳动者,用人单位认为劳动者已享受企业职工养老保险待遇,可能申请调取劳动者的参保情况。

(四) 工伤认定纠纷的证明标准

证明标准也称证明要求、证明度,是指在诉讼证明活动中,对于当事人之间争议的事实,法官根据证明的情况对该事实作出肯定或者否定性评价的最低要求。^③证明标准以裁判者为核心展开,但同时也对各方当事人产生一定的指引作用。《行政诉讼法》对证明标准未作明确规定,其第69条规定了行政行为应当证据确凿。基于行政行为的多样性,无论理论界还是司法实践,较为统一的认识是行政行为的合法性应采取类型化的证明标准,如限制人身自由、责令停产停业、强制拆除建筑物、构筑物等对人身、财产产生重要影响的,应适用排除合理怀疑标准。对于行政协议案件、处理平等主体之间的民事纠纷的行政裁决案件等,一般可适用民事诉讼的优势证明标准。

① 参见梁凤云:《行政诉讼法司法解释讲义》,人民法院出版社2018年版,第133页。

② 参见余春芳与江西省景德镇市人民政府行政复议决定案,最高人民法院(2019)最高法行申8620号行政裁定书。

③ 参见梁凤云:《行政诉讼法司法解释讲义》,人民法院出版社2018年版,第357页。

工伤认定纠纷原则上应适用民事诉讼证明标准。《民诉法解释》第108条明确高度盖然性作为民事诉讼证明标准，德国学者普维庭将50%以上的盖然性标准原则上分成三个类型：一项事实主张相对可能性很大，即同意的人比反对的人多；一项事实主张具备非常可能的盖然性（一个具有理性的人不会对此再怀疑）；一项事实主张具备显然的可能性（主张的事实非常明显，几乎没人怀疑）。^①有学者认为，行政确认诉讼案件中究竟采用何种证明标准，要综合考虑法律规定的立法目的、行政行为的种类、法院对行政行为审理程度、对当事人权利义务影响程度、利益衡量等多方面因素进行考量，因此即使同类行政确认诉讼案件也可能适用不同的证明标准。^②笔者同意此种观点，工伤保险作为一项社会保险制度，体现了国家对劳动者基本权利的保护。在工伤认定纠纷的证明标准方面，当待证事实真伪不明时倾向于认定工伤，即主张工伤的证明标准相对于否认工伤的证明标准较低。

1. 主张工伤的适用相对可能性盖然性标准，此种标准类似于优势证明标准，即“诉讼中一方当事人所提供的证据比另一方所提供的证据更具有说服力或者更令人相信……只要一方当事人证据的优势超过51%他就可以胜诉”。

2. 否认工伤的适用显然可能性盖然性标准，此类标准类似于明显优势证明标准，此种标准介于优势证明标准与排除合理怀疑证明标准之间。

3. 人社部门对程序性事项及不予认定工伤适用排除合理怀疑证明标准。人社部门的行政决定涉及程序和实体问题。就程序问题而言，应适用排除合理怀疑标准，即行政诉讼法规定的证据确凿。如果职工和用人单位均认为是工伤，人社部门不予认定为工伤的，适用排除合理怀疑证明标准。

4. 否认自认的适用排除合理怀疑标准。实践中，存在用人单位对职工发生工伤的事实自认后又反悔的情形。《民诉法解释》第109条规定了对欺诈、胁迫、恶意串通的证明标准为排除合理怀疑。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第9条规定了在受胁迫或者重大误解情况下作出的自认可撤销。结合上述规定，否认自认的应适用排除合理怀疑的证明标准。在南通市通州区某家纺厂诉南通市通州区人力资源和社会保障局工伤保险资格认定案中，法院认为，家纺厂在交通事故理赔所涉保险出险通知书中记载职工袁某于“2014年12月24日早晨上班7点50分左右发生交通事故”并加盖印章，后帝怡家纺厂对上述事实否认，作为用人单位，应当

① 参见〔德〕汉斯·普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社2006年版，第106-107页。

② 参见吉罗洪、池寒冰主编：《行政诉讼证据前沿实务问题研究》，中国法制出版社2015年版，第220页。



预见到加盖公章所引起的法律后果，在无证据足以推翻的情形下，应当承担不利的后果。^①

证明标准本身带有不确定性，精确界定证明标准具备较高的难度，不同证明标准之间也难以有明细的界限。本文虽然从理论上对不同主体的证明标准作了大概区分，但具体适用仍有待法官根据具体案情及各种因素判断。正如有学者所言：“法学上使用之盖然性，少部分事例固可借由科学上实验而致；唯于大部分事件之盖然性而言，其乃多须借由法官之评估过程乃能获得，而在评估过程中，即有经验法则、论理法则等因素之介入……对于盖然性评估中难免涉及价值判断，其具有一定程度之主观性固属难以避免。”^②

结 语

工伤认定纠纷成因复杂，行政确认行为有别于传统高权行政行为，加之仅向劳动者倾斜保护的举证责任分配不利于职工、用人单位及公共利益的利益平衡，导致工伤认定领域仅以“举证责任倒置”为原则无法与工伤纠纷本质相契合，亦不利于工伤保险制度的良性发展。劳动争议与工伤纠纷存在相似性和关联性，通过将劳动争议中“法律要件分类说”引入工伤认定纠纷，并进行进一步的规则建构：强化工伤认定与行政诉讼的举证责任衔接、区分工伤认定要素类型化分配、明确当事人举证能力不足前提下人社部门和法院补充调查取证、主张工伤与否认工伤分采不同证明标准，以此完善工伤纠纷的举证责任分配，建构更加体系化、类型化的举证责任模式，化解工伤认定结论和行政裁判尺度不一的难题，不断提升司法公信力。

（责任编辑：刘文文）

① 参见南通市通州区姜灶帝怡家用纺织品厂与南通市通州区人力资源和社会保障局行政给付、行政确认案，江苏省南通市中级人民法院（2016）苏06行终673号行政判决书。

② 姜世明：《证据评价论》，厦门大学出版社2017年版，第110页。

论演艺经纪合同纠纷中的违约金酌减规则

——基于最高人民法院 189 号指导案例展开

朱晓磊^{*}

内容摘要：最高人民法院 189 号指导案例对演艺经纪合同违约金司法酌减规则的发展具有指导意义，但亦有不足之处。在举证责任分配方面，应明确举证责任分配的基本规则，即由违约方就“约定违约金过分高于损失”承担举证责任，且原则上不应发生举证责任的转移。在甄别违约金性质采取差异化酌减方面，对惩罚性违约金原则上应不予酌减，同时基于违约金性质和功能的不同，应当融入具体考量因素，比如关于履行利益的认定，演艺经纪合同未履行年限的平均获利并不等同于已履行年限的平均获利，而应在已履行年限的平均获利基础上适当上浮。关于演艺经纪合同特点的考察，应结合合同履行期限、守约方提供工作机会的价值以及合同双方相对地位的转变等因素进行综合认定。

关键词：演艺经纪合同；违约金；司法酌减；举证责任

引言

违约金是约束合同双方当事人履行的主要手段之一。就演艺经纪合同而言，合同的履行以双方当事人的信任关系为基础，且因具有一定的人身属性而不适宜强制履行，因此通常都约定了较高的违约金数额以实现对双方当事人履约行为的约束。当纠纷发生时，合同约定违约金的数额是否显著高于实际损失以及是否应进行司法调整的问题与双方当事人的利益息息相关，因而备受合同双方关注，是演艺经纪合同纠纷中常见的焦点问题。

^{*} 朱晓磊，中国政法大学比较法学研究院博士研究生。



2022年12月9日,最高人民法院公布第189号指导性案例。在该案中,被告李岑及其经纪公司与原告上海熊猫互娱文化有限公司签订主播独家合作协议,由李岑在原告所运营的平台进行独家游戏直播与解说,并约定了违约金数额。在合同履行期间,李岑违反独家性约定到其他平台进行直播,构成违约。虽然原告在诉讼请求中自愿对约定违约金作出了一定减让,但原、被告双方就原告减让后的违约金数额是否过分高于损失、是否应进行调减的问题仍存在争议。法院充分考量网络直播这一新兴行业的特点,以实际损失为基础,综合考虑相关因素,对违约金数额的酌减进行了充分说理。^①

本文拟以上述指导性案例为切入点,从举证责任分配以及具体考量因素两方面着手,探求当前演艺经纪合同纠纷中违约金的司法酌减规则,并结合文娱行业的特点及演艺经纪合同的特殊性,对该规则的完善提出相应建议。

一、演艺经纪合同纠纷中违约金司法酌减的困境及原因

违约金制度具有履约担保的功能,体现了对合同守约方的私力救济,^②是契约自由与意思自治的高度体现。^③然而,现代合同制度并非片面地强调契约自由,而是追求契约自由与契约正义的价值平衡。违约金的司法调整制度是满足上述价值平衡的关键所在,对于维护公平有序的市场秩序、维护交易安全均具有重要意义。

从立法及相关司法解释演变来看,我国违约金司法调整制度的发展可分为三个阶段:

第一阶段,1981年《经济合同法》阶段。《经济合同法》并没有规定违约金过高的司法酌减规则,该酌减规则体现在最高人民法院1987年发布的《关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用经济合同法若干问题的解答》中。其第9条明确要求针对不同经济合同的类型采取差异化违约金偿付方案,在完全由当事人自行约定违约金的情形下,违约金数额一般不应超过未履行合同的金额。由此可知,在该阶段对违约金是否过高的评价以“是否超过合同未履行部分的总金额”为标准,虽然稍显僵化、单一,但其代表着违约金过高之标准从无到有的突破。此外,上述规定已经考虑到不同合同类型中违约金的偿付方案可能有所区别,应当进行类型化的规制。

第二阶段,1999年《合同法》阶段。根据1999年《合同法》第114条第2款规定,约定的违约金过分高于造成的损失的,当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予

① 参见上海熊猫互娱文化有限公司诉李岑、昆山播爱游信息技术有限公司合同纠纷案,上海市第二中级人民法院(2020)沪02民终562号民事判决书。

② 参见姚明斌:《违约金双重功能论》,载《清华法学》2016年第5期。

③ 参见徐海燕:《惩罚性违约金例外酌减制度的解释与重构:契约自由与契约正义的平衡视角》,载《法学杂志》2023年第2期。

以适当减少。最高人民法院在2009年《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)》(以下简称《合同法解释(二)》)第29条第2款为“过分高于造成的损失”提出较为明确的标准,即超过造成损失的百分之三十。同时该条第1款规定,人民法院处理酌情减少违约金问题时应当综合考量实际损失、合同的履行情况、当事人过错程度、预期利益等因素,并根据公平原则、诚实信用原则作出裁判。同年,最高人民法院发布《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》,再次明确要“依法合理调整违约金数额,公平解决违约责任问题”,调整过高违约金时要“避免简单地采用固定比例等一刀切的做法,防止机械司法而可能造成的实质不公平”。在该阶段,上述规定对“违约金过高”提出了相对具体、可执行的标准,同时明确在认定违约金是否过高的问题上不宜采用僵化标准,而应结合一系列因素综合认定。值得注意的是,关于“违约金过高”的证明责任问题在该阶段首次以条文规定的形式出现,即第8条规定“违约方对于违约金约定过高的主张承担举证责任,非违约方主张违约金约定合理的,亦应提供相应的证据”。但此后实践中对于该问题争议不断,最高人民法院在2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第50条又规定“主张违约金过高违约方应当对违约金是否过高承担举证责任”。

第三阶段,2020年《民法典》阶段。整体而言,《民法典》第585条第2款延续了原《合同法》第114条第2款的规定。2021年,最高人民法院出台的《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第11条第3款又规定“当事人主张约定的违约金过高请求予以适当减少的,应当承担举证责任;相对人主张违约金约定合理的,也应提供相应的证据”。2022年11月,最高人民法院发布的《最高人民法院关于适用〈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《民法典合同编解释(征求意见稿)》)第69条规定,当事人请求对合同约定的违约金适当减少的,人民法院应当以损失为基础,兼顾其他相关因素的考量,遵循公平原则和诚信原则作出裁判。在该阶段,更加强调对合同主体、交易类型、履约背景等相关因素的考察,较为充分地考虑到各行业、各领域的不同特点,对于实践中灵活、准确地处理违约金司法调整问题具有较强的指导意义。值得注意的是,《民法典合同编解释(征求意见稿)》第68条第2款还规定,违约方主张违约金酌减的,应当承担举证责任。从条文上看,该规定不同于《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第11条第3款的规定,而是与2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第50条保持一致。

通过上述立法及相关司法解释演变过程不难发现,对于“约定的违约金是否过分高于损失”问题的解决既需要合理的抽象标准,又需要明确、可行的具体裁量因素。对于抽象标准,即衡量约定违约金是否过高的“上限”问题,从《民法典合同编解释(征求意见稿)》第69条第2款的规定来看,其依然沿用了《合同法解释(二)》确立的“不



超过实际损失的30%”的标准。尽管有观点认为,违约金的司法调整应放弃抽象标准转而采取“动态的个案自由裁量模式”,^①但该观点仅关注到多元的交易模式对违约金上限的影响,实际上却略显激进和理想,给予裁判者过大的自由裁量空间可能造成类案不同判现象频繁发生,违背类案同判精神。从司法实践来看,将约定违约金过高的上限确定为不超过实际损失的1.3倍仍然具有很强的必要性和合理性,其既能对违约方予以适当惩戒,又能使守约方的损失得以充分救济,同时限制了守约方利用违约金条款进行扩张性盈利的可能。但应当注意的是,“不超过实际损失的30%”标准仅应作为一般性、基础性的标准适用,在某些特定场合下,即使约定违约金超过实际损失或可证明损失的30%,也不宜仅以此判断约定违约金过高,仍需结合具体裁量因素综合衡量。^②而在违约金司法调整的具体裁量因素上,法官有较大的自由裁量空间,实践中也常存在较大争议。但从《合同法》时代到《民法典》时代,我们不难发现在认定违约金是否过高这一问题上,行业背景、交易模式等因素逐渐被视为重要考量因素,违约金是否过高的认定标准也因各行业的不同特点而有所区别。

随着文娱产业的发展,演艺经纪合同具有了人身依附性的特征,演艺经纪合同纠纷也成为实务界关注较多的纠纷类型,其中针对违约金条款发生的争议最多。有学者指出,演艺经纪合同内容广泛,其性质非某种典型合同所能囊括,而是多种典型合同的混合体,应属于理论上的混合合同,^③本文亦赞同该种观点。在熊威、杨洋与北京正合世纪文化传播有限公司知识产权合同纠纷案中,最高人民法院也认为,案涉条款既非代理性质也非行纪性质,而是该案综合性合同中的一部分,从而在司法实务层面认可了演艺经纪合同的混合合同性质。^④由于演艺经纪合同本身所具有的混合性,演艺经纪合同纠纷中具体的违约金调整问题就更加错综复杂,需要结合多种合同中双方当事人的权利义务关系以及演艺经纪领域的具体交易模式进行考察。这种错综复杂主要体现在具体裁量因素方面,其在抽象标准方面较一般的合同类型并无差别。目前,相关法律法规未对演艺经纪合同中违约金酌减的具体考量因素予以明确,司法实践中,各级法院也并未就演艺经纪合同中违约金的司法酌减应当考虑哪些特别具体的因素达成一致,从而导致了裁判观点不统一的局面。

造成演艺经纪合同中违约金司法酌减困境的原因还在于举证责任分配的混乱。从2009年《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第8条确立

① 参见徐海燕:《惩罚性违约金例外酌减制度的解释与重构:契约自由与契约正义的平衡视角》,载《法学杂志》2023年第2期;王雷:《违约金酌减中的利益动态衡量》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2018年第11期。

② 参见吴泽勇:《违约金调减的证明责任问题》,载《法学评论》2022年第1期。

③ 参见刘承彪:《论演艺经纪合同的解除》,载《清华法学》2019年第4期。

④ 参见熊威、杨洋诉北京正合世纪文化传播有限公司知识产权合同纠纷案,最高人民法院(2009)民申字第1203号民事裁定书。

的“分别举证责任”立场,到2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》采纳的“违约方举证责任”立场,又到2021年《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第11条第3款对“分别举证责任”立场的回归,再到2022年《民法典合同编解释(征求意见稿)》第68条第2款对“违约方举证责任”立场的再次确立,法律规范对于违约金司法酌减过程的举证责任分配存在观点的摇摆和往复。司法实践中,人民法院或仲裁机构就合同纠纷中约定违约金过分高于损失的举证责任分配也存在一定混乱。有的主张应由守约方就约定违约金合理承担举证责任,^①亦有主张应由违约方就约定违约金过高承担举证责任,^②还有的认为违约方承担初步举证责任后举证责任方转移至守约方。^③总之,关于违约金酌减过程中的举证责任分配问题并未形成统一的裁判观点。

此外,我国现行法律规范并未明确对“惩罚性违约金”与“补偿性违约金”加以区分,司法实践中也未针对二者的区别采取差异化的酌减思路。然而,二者在数额、制度功能方面存在较大差异,如果不对约定违约金的性质或功能加以甄别而采取“一刀切”的酌减,可能造成当事人所期望达成的担保合同履行、惩罚违约行为等目的难以实现,违约金制度的功能也难以得到充分发挥。

二、189号指导案例对演艺经纪合同纠纷中违约金司法酌减的影响

最高人民法院189号指导案例,对于后续的同类案件具有参照力,对于实现类案同判、保护演艺经纪合同当事人的合法权益效果显著,但其并未解决演艺经纪合同纠纷中违约金司法酌减的全部问题。

(一) 189号指导案例对后续同类案件产生的积极意义

笔者以“演艺经纪合同”“违约金”“过分高于”“减少”等关键词在“北大法宝”等法律数据库检索后发现,189号指导案例公布后,各级法院对于演艺经纪合同中违约金司法酌减的实质说理不断增加,这在违约金司法调整的举证责任分配和考量因素方面都有着集中体现。

1. 违约金司法调整的举证责任分配更加灵活

在189号指导案例公布前,针对演艺经纪合同纠纷中违约金酌减的举证责任分配

① 参见北京娱美文化传媒有限公司诉戴紫菱合同纠纷案,北京市朝阳区人民法院(2020)京0105民初69020号民事判决书;济宁乐嘉信息技术有限公司诉陈岩合同纠纷案,山东省济南市中级人民法院(2021)鲁01民终4457号民事判决书;广州市飞摩文化传媒有限公司诉谢官芸合同纠纷案,广东省广州市番禺区人民法院(2020)粤0113民初15198号民事判决书。

② 参见谢某与北京某文化传媒有限公司合同纠纷案,北京仲裁委(2023)京仲裁字第0377号仲裁裁决书。

③ 参见沈阳星果娱乐科技有限公司诉刘思楠合同纠纷案,辽宁省沈阳市中级人民法院(2021)辽01民终13486号民事判决书;奕悦传媒(庄河)有限公司诉刘晓庆合同纠纷案,辽宁省庄河市人民法院(2022)辽0283民初2684号民事判决书。



问题，司法实践中多采用“违约方初步证明说”，即违约方提出对违约金过高的初步证明后即要求守约方就其实际损失承担举证责任，否则应承担举证不能的法律后果。但由于违约方初步举证责任的范围和程度并不明确，常常出现只要违约方提出酌减违约金的请求，举证责任就转移至守约方的现象，“违约方初步举证说”在很大程度上滑向了“守约方举证说”。例如，在北京娱美文化传媒有限公司与戴紫菱合同纠纷案中，法院认为守约方娱美公司对其在履行合同过程中的实际投入及戴紫菱违约行为给其造成的实际损失不能充分举证，应当承担举证不能的法律后果，遂将其主张的 100 万元违约金大幅降低为 2 万元。^①在沈阳星果娱乐科技有限公司与刘思楠合同纠纷案中，法院认为守约方星果公司未能就因被告违约行为给其造成的损失进行举证，因此将合同约定的 500 万元违约金酌减为 20 万元。^②类似的裁判观点在奕悦传媒（庄河）有限公司与刘晓庆合同纠纷案、济宁乐嘉信息技术有限公司与陈岩合同纠纷案、广州市飞摩文化传媒有限公司与谢官芸合同纠纷等案件中也都有所体现。^③

然而，在演艺经纪合同纠纷的违约金调整案件中，由于演艺经纪合同履行的复杂性，守约方想要对实际损失、当事人的过错程度、预期收益等因素尽到完全的举证责任十分困难，在此情形下，将举证责任完全施加于守约方或者轻易转移至守约方，进而以举证不能为由大幅调减违约金数额有违背诚实信用原则及公平原则之嫌。189 号指导案例相较于既往裁判的显著进步在于，其适当缓和了在违约金的司法调整过程中守约方的举证责任。189 号指导案例提出，主播违反合同给直播平台造成的损失难以具体量化，对直播平台苛求过高的举证责任有违公平原则，从而对演艺经纪合同中酌定违约金的举证责任分配问题进行了一定程度的缓和，体现了公平原则。

2. 违约金司法调整的考量因素更多结合行业特点

在 189 号指导案例公布前，法院进行违约金司法调整时的考量因素较为固定，基本沿用了《合同法解释（二）》的规定，较少涉及文娱行业特点以及演艺经纪合同本身独特性的考量。虽然在大量案例中，法院或仲裁机构都能对合同的性质作出正确认定，但在酌定违约金数额的过程中依然欠缺结合双方当事人在交易中的关系与地位、行业经营模式、交易惯例等因素综合认定损失、合理分配举证责任的说理，导致司法裁判难以解决演艺经纪合同纠纷中违约金司法调整问题的难点和痛点，难以定分止争，

① 参见北京娱美文化传媒有限公司诉戴紫菱合同纠纷案，北京市朝阳区（2020）京 0105 民初 69020 号民事判决书。

② 参见沈阳星果娱乐科技有限公司诉刘思楠合同纠纷案，辽宁省沈阳市中级人民法院（2021）辽 01 民终 13486 号民事判决书。

③ 参见奕悦传媒（庄河）有限公司诉刘晓庆合同纠纷案，辽宁省庄河市人民法院（2022）辽 0283 民初 2684 号民事判决书；济宁乐嘉信息技术有限公司诉陈岩合同纠纷案，山东省济南市中级人民法院（2021）鲁 01 民终 4457 号民事判决书；广州市飞摩文化传媒有限公司诉谢官芸合同纠纷案，广东省广州市番禺区人民法院（2020）粤 0113 民初 15198 号民事判决书。

也难以充分发挥司法裁判的教育和指引作用。

189号指导案例明确公平、诚信原则的适用尺度,以及因违约所受损失的准确界定,并充分考虑网络直播这一新兴行业的特点。该判决在调整违约金金额时综合考量到直播平台的前期投入、直播收益对主播个人影响力的依赖性,以及违约方签订合同时直播平台的预期收入具有较强的预见性等因素,在原告主张的违约金总额的87%范围内支持其诉讼请求,属于司法实践中酌减违约金比例较小的案件。《民法典合同编解释(征求意见稿)》第69条第1款亦明确,在违约金的司法调整过程中要充分考虑交易类型、履约背景等因素,颇具指导意义。

在189号指导案例公布后,法院或仲裁机构在审理演艺经纪合同案件的违约金调整纠纷时已经越来越充分地考虑到文娱行业以及演艺经纪合同的独特性。例如,在广州市新娱佳娱乐传媒文化与邬棋合同纠纷案中,法院主张案涉违约金的酌定应立足于网络直播行业健康有序发展、营造良好与理性的市场竞争环境,充分考虑直播行业的特点以及直播平台的前期投入。^①再如,在王劲与上海上武兴文体育文化发展有限公司合同纠纷案中,法院在酌定违约金数额时亦考虑到上武兴文公司为打造动作偶像团体付出了大量的成本,而这些成本的收回几乎完全有赖于包括王劲在内的艺人遵守合约,严格履行合约所设定的期限及义务。^②可以预见的是,随着189号指导案例的公布以及关于民法典合同编的司法解释的即将出台,行业特点、交易模式等因素将成为违约金司法调整过程中的重要考量因素。

(二) 189号指导案例未解决的问题

尽管189号指导案例发挥了积极影响,但仍存在尚未解决的问题,有进一步讨论之必要。

1. 违约金调整中的举证责任分配需进一步明确

前文提到,司法实践中关于违约金调整的举证责任分配有三种常见观点,分别为“守约方举证说”“违约方举证说”以及“违约方初步举证说”,但在演艺经纪合同纠纷中,法院或仲裁机构多数情况下将举证责任分配给守约方,或为违约方设置过低的举证责任门槛,导致举证责任轻易转移至守约方。在这种立场下,尽管当事人预先约定了一定数额的违约金,但如果守约方不能证明预先约定的违约金数额之适当性,法院即可对当事人预定的违约金数额进行调减。这实际上是对违约金条款效力以及当事人意思

^① 参见广州市新娱佳娱乐传媒文化有限公司诉邬棋合同纠纷案,广东省广州市番禺区人民法院(2021)粤0113民初20670号民事判决书。

^② 参见王劲诉上海上武兴文体育文化发展有限公司合同纠纷案,上海市第二中级人民法院(2021)沪02民终5715号民事判决书。



自治的实质性否定，同时不利于贯彻诚实信用原则。^①

189号指导案例指出，如果对网络平台苛加过重的举证责任可能有违公平原则，从而对由守约方完全承担举证责任的惯常做法进行了一定程度的否定。不过，189号指导案例更多的是结合网络直播行业的特点，适度缓和了守约方的举证责任，但对于演艺经纪合同违约金调减过程中举证责任究竟应当如何具体分配，并未提出可操作性的方案。在189号指导案例判决作出后，法院裁判的大多数案件中依然将证明实际损失的举证责任苛加给守约方或者轻易转移至守约方，该裁判观点较为典型地体现在包括温岭市傲族文化传媒有限公司、上海洱趣文化传媒有限公司诉唐佳妮合同纠纷案、济宁乐嘉信息技术有限公司与陈岩合同纠纷案、周阿丽与惠州惠红文化传媒有限公司合同纠纷案在内的大量案件中，守约方承担结果意义上的举证责任似乎依然是目前对演艺经纪合同纠纷约定违约金时的主流做法。^②因此，对于演艺经纪合同中违约金调整中的举证责任分配问题亟需具体的解决方案。

2. 违约金调整中的考量因素有待进一步细化及完善

189号指导案例将文娱行业的独特性纳入违约金司法调整的考量因素，很大程度上实现了违约金司法调整的实质正义。然而，针对文娱行业的独特性，如何在违约金司法调整过程中发挥作用，以及应当如何进行具体因素的考量，仍有进一步细化与完善的空间。

实践中，演艺经纪合同的期限往往与艺人违约的可能性呈正相关，同时双方纠纷的焦点还往往在于双方对于经纪公司或签约平台是否按照约定为艺人提供了演艺工作机会持有不同理解，这些都应作为具体的考量因素。如何结合其独特性评估经纪公司或签约平台的履约情况，如何根据演艺经纪合同的年限、双方关系与地位变化等因素，合理的认定违约金是否应当酌减，这些都是演艺经纪合同纠纷中常见的问题，需要法院或仲裁机构充分说理，形成相对明确的裁判思路。

此外，189号指导案例对于合同所约定的违约金260万元之性质应为惩罚性违约金抑或补偿性违约金并未进行明晰。《民法典合同编解释（征求意见稿）》第69条也仅提及违约金的司法酌减规则，并未就惩罚性违约金与补偿性违约金进行区分。但实际上，惩罚性违约金与补偿性违约金在制度功能方面存在诸多差异：前者的数额通常明显高于违约行为造成的损失，目的在于惩罚和经济制裁；^③而后者则是当事人对损

① 参见石冠彬：《民法典合同编违约金调减制度的立法完善——以裁判立场的考察为基础》，载《法学论坛》2019年第6期。

② 参见温岭市傲族文化传媒有限公司、上海洱趣文化传媒有限公司诉唐佳妮合同纠纷案，浙江省台州市中级人民法院（2021）浙10民终135号民事判决书；济宁乐嘉信息技术有限公司诉陈岩合同纠纷案，山东省济南市中级人民法院（2021）鲁01民终4457号民事判决书；周阿丽诉惠州惠红文化传媒有限公司合同纠纷案，广东省惠州市中级人民法院（2021）粤13民终5298号民事判决书。

③ 参见韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年版，第824页。

害赔偿额的预定，其目的在于填平违约方因其违约行为给守约方造成的损害。^①惩罚性违约金与补偿性违约金在性质、制度功能、效力等方面的巨大差异决定其适用酌减规则时亦应有所区分。对违约金性质与功能的识别对于演艺经纪合同的违约金酌减具有重要意义，也应作为重要的考量因素，从而在准确甄别的基础上采取差异化酌减思路。

三、演艺经纪合同纠纷中违约金司法酌减规则的完善

如前文所述，我国司法实践中长期存在着违约金司法酌减的考量因素不充分、不具体以及举证责任分配混乱、未根据违约金性质采取差异化酌减的问题，加之演艺经纪合同本身的复杂性，共同造成了演艺经纪合同纠纷中违约金司法酌减的困境。针对189号指导案例仍未解决的问题，本文从以下两方面提出完善建议：

（一）演艺经纪合同纠纷中违约金司法酌减的举证责任分配

司法实践中关于违约金调整的举证责任分配存在的三种常见观点，对于“守约方举证说”的弊端前文已详述，理论界也少有学者支持，此处不赘。下文将主要针对“违约方初步举证说”以及“违约方举证说”展开具体分析。

“违约方初步举证说”的核心理由在于，虽然将证明责任苛加给守约方明显有违诚实信用原则及公平原则，同时不利于违约金制度功能的发挥，但违约方常常对实际损失的举证存在困难，将举证责任完全施加于违约方亦会对其造成过重的负担，故而应采纳这种较为折中的做法。^②这种观点有待商榷，原因在于：首先，这种举证责任的分配方式看似较好地均衡了当事人双方的举证责任，解决了违约方举证的现实困难，但它并未回答具体案件中违约方的初步证明责任应当包括何种事项、应达到何种程度的问题，导致“违约方初步举证说”有滑向“守约方举证说”的风险。从前文所举案例来看，司法实践中也确实出现了这种裁判倾向。其次，违约方本身为违约金司法酌减的受益方，如果仅以证明困难为由将证明责任转移给守约方可能会打破实体法确立的风险分配机制，不利于违约金制度功能的实现。^③

因此，有观点便主张“违约方举证说”，在违约金的司法调整环节应由违约方对约定的违约金明显高于损失承担举证责任，且除举证困难的例外情况外，违约方的举

① 参见韩世远：《合同法总论》（第四版），法律出版社2018年版，第825页。

② 参见石冠彬：《民法典合同编违约金调减制度的立法完善——以裁判立场的考察为基础》，载《法学论坛》2019年第6期；王雷：《违约金酌减中的动态利益衡量》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2018年第11期。

③ 参见吴泽勇：《违约金调减的证明责任问题》，载《法学评论》2022年第1期。



证责任不应发生转移。^①这一观点在司法实践中亦有体现。在谢某与北京某某盛世文化传媒有限公司合同纠纷案中,案涉合同对合同预期利益的计算方法作出了约定,被申请人提出反请求,要求申请人按照合同约定的计算方法进行赔偿。仲裁庭认为,申请人已经举证证明其在合同履行期间擅自对接的数项商务活动所获得的实际收益,也即证明了被申请人因申请人的违约行为所遭受的损失,故仲裁庭对当事人合同约定的违约金予以酌减。^②

“违约方举证说”的观点值得肯定。该观点既与我国证明责任分配的一般标准“谁主张,谁举证”相一致,又符合诚实信用原则及公平原则的要求,具有极强的现实合理性。具体来说,第一,“违约方举证说”与我国现行法律规定相一致。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第91条之规定,当事人主张法律关系变更的,应对法律关系变更的基本事实承担举证责任。违约方所主张的违约金过高的请求实质上是对双方当事人预定违约金法律关系的变更,故违约方应对违约金变更的基本事实即守约方的实际损失承担举证责任。此外,《民法典合同编解释(征求意见稿)》第68条第2款亦采纳违约方举证的观点。可以预见的是,在民法典时代,“违约方举证说”将逐步成为理论界和实务界的主流观点。第二,“违约方举证说”有利于违约金制度功能的发挥。违约金作为双方当事人预先达成的合意,不论其意在填补损失或担保履行,这一合意本身均体现了当事人的真实意思,亦有避免纠纷发生后的举证困难等的意图。^③如将违约金酌减中的举证责任施加于守约方,或仅要求违约方提出初步证明后即可将举证责任转移至守约方,则会造成当事人预先想要达成的目的难以实现,使得违约金制度的功能无法得以发挥。

当然,违约方对于守约方的损失可能存在一定的举证困难,因此在诉讼的实际进程中也需作出相应的具体安排。有观点提出应遵循“由违约方就违约金过高的主张提出具体的事实—守约方针对违约方提出的事实进行具体化否认—违约方针对双方的争议焦点进行举证—守约方可以针对违约方的举证提出反证”^④的步骤,这种步骤化构建思路值得肯定,既兼顾了违约金制度的功能、价值的实现与当事人的实际证明能力,也较好地解决了目前“守约方举证说”与“违约方初步举证说”的缺陷和不足,同时一定程度上缓解了违约方的举证压力,是目前较为可行的解决方案。不过,在实践操

① 参见谭启平、张海鹏:《违约金调减权及其行使与证明》,载《现代法学》2016年第3期;韩世远:《违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解释论》,载《法学研究》2003年第4期;姚明斌:《〈合同法〉第114条(约定违约金)评注》,载《法学家》2017年第5期;吴泽勇:《违约金调减的证明责任问题》,载《法学评论》2022年第1期。

② 参见谢某与北京某某文化传媒有限公司合同纠纷案,北京仲裁委员会(2023)京仲裁字第0377号仲裁裁决书。

③ 参见孙良国、燕艳:《功能视野下约定违约金过高调整1.3倍规则的反思和改进——兼评〈合同法司法解释〉(二)第29条》,载《社会科学研究》2018年第6期。

④ 吴泽勇:《违约金调减的证明责任问题》,载《法学评论》2022年第1期。

作中还应注意的,上述步骤中对守约方提出的“具体化否认”的要求仅是行为意义上的举证负担,而非结果意义上的举证责任的转移,守约方提出的反证也仅需要达到动摇裁判者心证的程度即可。

(二) 演艺经纪合同纠纷中违约金司法酌减的具体考量因素

关于违约金司法酌减的考量因素,《民法典合同编解释(征求意见稿)》第69条将《合同法解释(二)》第29条中的损失和预期利益因素修改为实际损失,并在保留合同履行情况、当事人的过错程度等因素的基础上,又新增合同主体、交易类型及履约背景等考量因素。这些改动涉及更多合同类型下的考量因素,适用范围也将更为广泛,至于在演艺经纪合同纠纷中应如何具体展开,第69条并未涉及。以下具体讨论中 will 只选取对演艺经纪合同纠纷中违约金司法酌减造成重要影响的几项重要因素展开。

1. 结合案涉违约金的性质进行考量

无论是《合同法解释(二)》第29条,还是现《民法典合同编解释(征求意见稿)》第69条,都并未考虑违约金的性质对违约金司法酌减的影响。实际上,基于演艺经纪合同的特殊性,许多演艺经纪合同中的违约金条款常常具有惩罚性功能,在遵循公平原则的基础上应当对演艺合同中约定的惩罚性违约金予以认可和适当保护,这也是合同当事人意思自治的应有之义。那么,我国现行法律规范中究竟是否认可惩罚性违约金的存在呢?

有观点认为,《民法典》第585条第1款和第2款均系对补偿性违约金的规定,第3款则为对惩罚性违约金的规定。^①另有观点认为,《民法典》第585条第3款之规定亦对应补偿性违约金,即对违约方迟延履行期间损失赔偿额的预定。^②还有观点认为,《民法典》第585条第2款所规定的违约金应仅包括惩罚性违约金,而排除补偿性违约金。原因在于,违约金酌减规则仅应适用于惩罚性违约金,补偿性违约金的金额应与实际损害大致符合,否则应为无效条款,而非予以酌减。^③整体来看,我国现行立法规定的违约金的确是限于赔偿性违约金,但允许赔偿性违约金的数额较实际损失合理上浮实际上就具有一定的履约担保或惩罚功能。^④换言之,尽管我国《民法典》第585条之规定的确系针对赔偿性违约金所作,但该规定本身也体现了对违约金惩罚或担保履行功能的承认,故可以认为我国《民法典》第585条关于违约金之规定既可对补偿性违约金适用,亦可对惩罚性违约金适用。

在此基础上,又应如何构建差异化的酌减规则呢?有学者指出,惩罚性违约金体

① 参见王利明:《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2011年版,第706页。

② 参见韩世远:《违约金的理论问题——以合同法第114条为中心的解构论》,载《法学研究》2003年第4期。

③ 参见王洪亮:《违约金酌减规则论》,载《法学家》2015年第3期。

④ 参见韩强:《违约金担保功能的异化与回归——以对违约金类型的考察为中心》,载《法学研究》2015年第3期。



现了当事人的真实意思，原则上不应予以酌减，仅在约定惩罚性违约金过高的例外情形下基于契约正义的考虑予以酌减；对于补偿性违约金原则上允许酌减，以实现契约自由与契约正义的价值平衡。^①按照这种观点，既然惩罚性违约金更多体现的是对违约方的惩罚功能，除非该约定涉嫌守约方对违约方的过分压迫从而违反契约正义，否则不予酌减，而补偿性违约金既然是对损害赔偿的预先约定，那么在预先约定与实际损害不符的情况下理应允许进行酌减。该观点对于补偿性违约金的论述值得肯定，但其对于惩罚性违约金的论述或许有进一步完善的地方。实际上，除抽象的契约正义外，合同履行过程中的其他因素也应纳入考虑。如果双方约定的惩罚性违约金更多体现的是履约担保功能，那么在判断是否应进行司法酌减时应着重强调对合同履行情况的考察，如果合同已经得以部分履行则可以认为违约金条款所欲达成的履约担保功能已经得到部分实现，故酌减时可以酌定较低的数额。再则，惩罚功能突出的违约金还应着重强调对当事人过错的考察，如果当事人对其违约行为具有严重的过错，或者在违约后可以采取合理措施防止对方损失扩大而未采取，则可以认为违约金条款的功能在合同履行中完全落空，进而酌定较高数额的违约金。^②

结合目前司法实践中的典型案例来看，虽然法院或仲裁机构大多仍然坚持违约金的数额应以损失的 1.3 倍为限，但违约金的惩罚性功能也逐渐得到认可。如在赵某某与某医疗美容服务有限公司合同纠纷案中，仲裁机构认可案涉违约金除填补损失外亦具有惩罚作用，进而全额支持约定违约金数额。^③此种差异化酌减思路具有一定的预见性和指引性，虽然该观点尚非目前司法裁判的主流，但因其具有较大的合理性，或将成为违约金司法酌减制度的未来发展方向。

2. 结合当事人主观过错进行具体考量

违约金责任的成立一般遵循严格责任，不以当事人存在过错为构成要件。但当事人的主观过错作为违约金司法调整时的重要考量因素，是理论界与实务界的共识，也与《民法典合同编解释（征求意见稿）》第 69 条第 3 款中“违约方的行为严重违背诚信原则，其请求减少违约金的，人民法院不予支持”的规定相一致。有观点指出，具有主观恶意的违约应当与不可归责于当事人的违约相区分，对于恶意违约行为可以适当提高违约金的数额，以体现对违约方的制裁。^④通过对大量演艺经纪合同纠纷中违约金调整案件的分析来看，违约方是否具有明显过错亦是人民法院或仲裁机构确定违

① 参见徐海燕：《惩罚性违约金例外酌减制度的解释与重构：契约自由与契约正义的平衡视角》，载《法学杂志》2023 年第 2 期。

② 参见吴泽勇：《违约金调减的证明责任问题》，载《法学评论》2022 年第 1 期。

③ 参见赵某某与某医疗美容服务有限公司合同纠纷案，北京仲裁委员会（2023）京仲案字第 00229 号仲裁裁决书。

④ 参见王利明：《合同法通则》，北京大学出版社 2022 年版，第 516 页。

约金数额时的重要考量因素。

在第189号指导案例中，主播李岑及播爱游公司与其与熊猫公司签订的独家“合作协议”尚未解除的情况下擅自带领团队至其他平台进行直播，还在主播的微博账号公布了具体直播时间及直播间链接。本案中，主播李岑是全国网游直播明星主播，拥有巨大的粉丝量和关注量。其在与熊猫公司的独家“合作协议”履行期间实施严重违约行为，还通过在个人微博公布其他平台直播间链接等方式使得熊猫公司的损失进一步扩大，具有明显的主观过错。法院基于对当事人主观过错等因素的综合考量，判决支持了较高金额的违约金。在甲公司与张乙合同纠纷上诉案中，知名女艺人张乙在与甲公司尚未解除《艺人经理人及代理人合约》的情况下擅自接拍《白鹿原》等两部影片，存在十分明显的过错。法院全额支持甲公司要求张乙支付合同约定的违约金300万港元的诉讼请求，^①这在司法裁判中是极其罕见的。反之，在法院或者仲裁机构认为违约方过错并不明显或违约程度较轻时，则会酌定较低金额的违约金。^②如在周阿丽与惠州惠红文化传媒有限公司合同纠纷案中，法院认为周阿丽虽系违约，但其违约程度不高，且未与其他平台签约，故酌定了较低的违约金金额。^③

此外，在合同双方当事人均有一定过错的情形下，法院或仲裁机构通常根据合同双方当事人过错的具体程度对违约金数额进行相应的调整。例如，在第189号指导案例中，上海市第二中级人民法院认定熊猫公司亦存在一定程度的违约行为，并根据双方违约行为中各自过错的大小酌情对违约金数额进行了调整。

3. 结合实际损失进行具体考量

根据《民法典》第584条之规定，一方当事人因其违约行为给对方造成的损失既包括信赖利益，也包括履行利益，在存在加害给付的场合下还应包括违约行为给对方当事人造成的固有利益的损害。由于加害给付的情形在演艺经纪合同纠纷中较少发生，故下文将主要从演艺经纪合同中信赖利益的范围以及履行利益的确定展开详述。

首先，关于信赖利益。信赖利益包括合同当事人为订立合同、履行合同所支出的必要费用。具体到演艺经纪合同中，在合同履行前期，平台或经纪公司为艺人投入的策划、培训、宣传等费用以及在合同履行过程中支出的服装、造型、商务推广、差旅等费用均在信赖利益之列。司法实践中，对于当事人有充分证据可以证明的信赖利益

① 参见甲公司诉张乙合同纠纷上诉案，上海市第一中级人民法院（2012）沪一中民一（民）终字第2158号民事判决书。

② 参见辽宁宏胤晟汇文化传媒有限公司诉陈苏合同纠纷案，辽宁省沈阳市沈河区人民法院（2022）辽0103民初11343号民事判决书。

③ 参见周阿丽诉惠州惠红文化传媒有限公司合同纠纷案，广东省惠州市中级人民法院（2021）粤13民终5298号民事判决书。



损失, 人民法院或仲裁机构一般予以支持。^①

其次, 关于履行利益。相较于信赖利益而言, 履行利益的确定更加困难。演艺经纪合同的收益与艺人的个人发展以及娱乐传媒行业整体形势, 甚至是国家相应的监管政策息息相关, 具有较强的不确定性。实践中, 为避免一方当事人违约后履行利益的计算困难, 演艺经纪合同中通常会对预期收益的计算方法作出约定。根据文义解释, 《民法典》第585条第2款规定的违约金司法调整制度仅针对违约金, 而不包括违约金的计算方法。但在合同当事人已经约定违约金计算方法的场合下, 法院或者仲裁机构依旧酌情确定违约金的案件十分常见。例如, 在昌某与西藏某某文化传媒有限公司合同纠纷案中, 当事人在合同中预先约定预期收益的计算方法为: 未履行完毕年限(不满一年按一年算) × 已履行完毕年限佣金收入的平均值 × 10, 该标准明确、具体、便于操作, 但仲裁庭认为违约金的计算标准约定过高, 遂予以酌减。^② 结合司法现实情况, 可以认为, 违约金的司法调整规则不仅适用于违约金本身, 对合同约定的违约金计算标准同样适用。在酌定违约金计算方法是否过分高于损失时, 必须明确在演艺经纪合同中较为合理的预期利益边界。

对于演艺经纪合同履行利益的计算, 不妨以“合同已履行年限的平均获利 × 合同未履行年限 × 一定上浮比例”为标准。在演艺经纪合同履行过程中, 由于经纪公司或签约平台的经纪服务, 艺人的知名度和个人影响力往往会获得一定程度的提升, 根据文娱行业的特点, 其收入也将随知名度的提高而获得较大幅度的增长。然而, 演艺经纪合同的解约纠纷也恰恰集中发生在艺人的个人知名度获得提升以后, 故演艺经纪合同未履行年限的预期获益应当显著高于已履行年限, 因此, 合同双方约定违约金计算方式时设定的一定上浮比例本身具有填平损失的功能, 不能当然地将其理解为惩罚性功能从而予以酌减。对于上浮比例过高、明显具有惩戒与威慑作用的约定, 应参照惩罚性违约金的酌定规则处理; 对于上浮比例适当, 约定计算方法所得数额与实际损失大致相当的, 应参照补偿性违约金的酌定规则加以处理。

4. 结合文娱行业的特点进行具体考量

当前, 针对演艺经纪合同纠纷中违约金调整的司法实践仍较少涉及对演艺行业特点的关注, 导致既有裁判难以触及实践中的痛点, 从而难以充分发挥定分止争的作用。对于演艺经纪合同纠纷中违约金司法调整应予考量的演艺行业特点, 至少应涉及如下几个方面:

① 参见赵某某与某医疗美容服务有限公司合同纠纷案, 北京仲裁委员会(2023)京仲案字第00229号仲裁裁决书; 昌某与西藏某某文化传媒有限公司合同纠纷案, 北京仲裁委员会(2021)京仲裁字第1094号仲裁裁决书。

② 参见昌某与西藏某某文化传媒有限公司合同纠纷案, 北京仲裁委员会(2021)京仲裁字第1094号仲裁裁决书。

(1) 演艺经纪合同的期限。演艺经纪合同具有较强的人身属性,因此合同本身的期限不宜过长。在好莱坞娱乐法模式下,美国演员工会对演艺经纪合同的期限作出了限制,规定首次签约期限最长为一年,续约展期最长为三年。目前,我国的演艺经纪合同期限普遍较长,大多数在八年左右,长则十年甚至更久。在互联网时代,文娱行业的发展日新月异,随着行业的发展、市场需求的变化以及艺人自身价值的增减,履行如此长期限的演艺经纪合同的难度可想而知。此类合同在签订时就埋下了解约纠纷的种子,为后续合同履行埋下了隐患。此外,这种过长的合约期限本质上是签约平台或经纪公司控制艺人的一种手段。对于演艺经纪合同这种具有较强人身属性的合同而言,这种控制在某种程度上有违诚信与公平。签约平台或经纪公司较艺人方而言固然在合同履行过程中较多地投入成本、分担损失,但对其利益的救济与保护是否可以通过对艺人长达十余年的人身约束来实现,应当持否定态度。在上海某某影视文化传播有限公司与蔡某某合同纠纷一案中,上海市静安区人民法院在对案涉违约金司法调整的过程中考虑到案涉合同履行期限长达十一年,且被告签署合同时并未成年,对自身的职业发展与规划并不清晰,案涉合同过长的履行期实质限制了被告的职业发展,故而对案涉违约金数额作出了相应调减。^①

因此,在处置演艺经纪合同纠纷酌定违约金时应当将合同履行期限作为考量因素之一,对于履行期限过长的合同,在综合考量实际损失和其他因素的情况下可以适当酌定较低金额的违约金;对于履行期限适当的合同,则可适当酌定较高金额的违约金。

(2) 经纪公司或签约平台一方的履约程度。对于经纪公司或签约平台的履约考察应当设有双重标准。底线标准是要求经纪公司或签约平台按照合同约定的数量、价款、番位等条件为艺人方提供工作机会。如果经纪公司或签约平台不能满足这一底线标准的要求,其应系根本违约,应承担相应的违约责任。

然而,演艺工作机会之质量的衡量尺度并非仅包括上述要素。在文娱行业中,作品的传播广泛程度、公众认可度与制作团队的水平、作品本身的质量与立意、是否符合市场需求等诸多因素相关,许多帮助艺人走入大众视野的作品未必为其带来极高金额的工作报酬。因此,在经纪公司或签约平台满足底线标准的前提下,其为艺人方提供过的演艺工作机会的质量也应作为酌定违约金的考量因素之一。且所谓“质量”的衡量尺度并非单一的金钱尺度,要综合考量该工作机会对艺人演艺生涯的整体影响。例如,在蒋梦婕与荣信达公司解约的过程中,仲裁庭最终酌定违约金逾一千万元。仲裁庭之所以酌定如此高额的违约金正是出于荣信达公司曾为蒋梦婕提供在新版《红楼梦》中饰演林黛玉一角的工作机会,而这对蒋梦婕个人知名度的提升乃至其演艺生涯

^① 参见上海某某影视文化传播有限公司诉蔡某某合同纠纷案,上海市静安区人民法院(2021)沪0106民初18109号民事判决书。



的发展具有十分重要的意义。^①

(3) 演艺经纪合同双方相对地位的变化。在演艺经纪合同履行初期,艺人通常依赖签约平台或经纪公司为其提供优质的工作机会和经纪服务,以提高自身知名度。为履行合同,获得更高的收益,签约平台或经纪公司往往要支付大量的签约金、推广费、培训费、宣传费、商务运营费等费用。在这一阶段,签约平台或经纪公司在合同关系中相对处于强势地位,艺人违约风险较小。

随着演艺经纪合同的履行,艺人的知名度不断增长、艺人的经济价值不断提高,逐渐成为签约平台或经纪公司的核心资源。“在娱乐产业中,艺人即是财富和生产力。”^②随着艺人创造收入能力的增强,签约平台或经纪公司投入的前期成本有望得以收回,订立合同所欲达成的经济目的有望得以实现。然后,与艺人经济价值提高同时出现的是艺人个人资源的逐渐丰富以及对签约平台或经纪公司的依附程度显著降低,艺人逐渐成为演艺经纪合同关系中的强势一方。

如果艺人在获得个人知名度后遂即违约,签约平台或经纪公司前期投入的巨大成本就无法得以收回,其签约、培养艺人过程中可以期待获得的巨大预期收益也将不复存在。因此,在演艺经纪合同中,艺人的违约行为是严重违背诚实信用原则的行为,应当作为违约金酌定时的考量因素。

结 语

演艺经纪合同纠纷中的违约金司法酌减问题是目前司法实践中讨论较多的话题,各级法院之间的裁判观点始终未能统一,争议不断。最高人民法院公布的 189 号指导案例,对演艺经纪合同纠纷中违约金司法酌减的考量因素和举证责任分配阐明了裁判立场,利于裁判观点的统一。然而,该指导案例并未解决此类纠纷中的全部问题,因此,本文针对演艺经纪合同纠纷中的违约金司法酌减问题,结合《民法典合同编解释(征求意见稿)》第 69 条,在酌减的考量因素和举证责任分配方面又作了进一步的分析,以期对司法实践中此类纠纷的解决有所助益。

(责任编辑:郝晓越)

^① 参见《因红楼梦一炮而红,如今却不温不火,蒋梦婕经历了什么?》,载搜狐网 2023 年 5 月 10 日, https://www.sohu.com/a/655822722_121398734。

^② 刘承彪:《论演艺经纪合同的解除》,载《清华法学》2019 年第 4 期。