

■专栏：新时代人民法院能动司法研究

基于司法公信力提升的回应型司法构建	李德恩 1
行政强拆诉讼中能动司法的展开维度与边界	邵 波 孟海莲 14

■“但书”出罪司法适用研究

轻罪时代“但书”出罪的功能困境与理论重构	张 印 31
“但书”出罪司法适用的审视与规范 ——以裁判文书说理为视角	何 朕 吴炎冰 49

■环境司法问题研究

论预防性环境民事公益诉讼的规范构造与适用	朱 烨 梁 勇 64
作为刑罚附随制裁的生态环境修复责任研究	常庆友 左凯旋 77
环境民事公益诉讼中公益组织撤诉审查制度检视及重构 ——以“结构洞”理论为视角	刘雪丽 王惠越 90

■刑事司法

非法集资犯罪中共犯退赔范围问题探析	蒋海年 宋京红 107
-------------------	-------------

■民事司法

添附债权救济规则的实践检视与理论重构	张平华 刘嘉雯 121
涉多家医疗机构的医疗损害责任的承担	陈龙业 牛晓煜 134
知识产权民事诉讼中的权利滥用问题研究	覃子轩 146
银行加速到期条款在破产撤销权纠纷案件中的司法适用研究	刘秋桦 田家升 158

■司法综合

类案检索同类案例的拘束力性质证成及规范路径	洪潇潇 171
应对突发重大公共卫生事件的法治体系研究	罗伯恒 186

基于司法公信力提升的回应型司法构建

李德恩*

内容摘要：司法公信力具有强烈的主观属性，司法评价应当采取定性评价与定量评价相结合的方法，科学设定指标体系，引导法院实现司法价值。从体制和过程两方面构建回应型司法是提高司法公信力的根本途径。首先，司法体制改革应注重维系司法自身特质。法院人财物统一管理的改革、跨行政区划法院的设立有利于明确司法权的中央事权定位，而法律职业资格考试制度、法官员额制改革实现了法官的专业化、精英化。在此基础上，需要通过司法体制综合配套改革完善相关制度。其次，司法要通过审判活动实现实体正义和程序正义。法院应努力提高解决新型疑难纠纷的能力，进一步拓展司法功能，引导民众正确理解司法权性质与司法逻辑，促成民众情绪表达回归法律理性。

关键词：司法评价；司法公信力；回应型司法

引言

司法公信力意指公众对司法的信任程度，其字面含义并无争议，但在学术层面给出一个准确定义是困难的。有学者参照学术界一致认可、相对成熟的政府公信力概念，认为司法公信力是公民对司法或司法运作所产生的信心、信念和信任，是司法或司法运作的基本的评价指标和情绪指标。^① 这一定义涵盖了司法公信力的评价主体、评价对象、评价内容等基本要素，比较完备，但是对司法公信力评价主体范围的界定偏窄。公民作为一个政治概念，是指具有一国国籍并依法享有权利承担义务

* 李德恩，九江学院法学院院长、教授，法学博士。

基金项目：本文系江西省社会科学基金项目“以人民为中心视阈下司法公信力系统提升研究”（项目编号：21FX07D）的阶段性成果。

① 参见周赞：《当下中国司法公信力的经验维度——来自司法一线的调研报告》，载《苏州大学学报（法学版）》2014年第3期。



的自然人。将司法公信力定义为公民对司法的评价和情绪指标显得过于狭隘,使用语义不涉及国籍的民众替代公民更为恰当。在各国交往日益紧密、资金人才以及经贸往来日益全球化的今天,同等保护国内外市场主体的权利有利于打造市场化、法治化、国际化的营商环境,进一步构建更加开放的现代市场体系。我国三大诉讼法都为外国人、无国籍人、外国企业和组织提供国民待遇,他们享有与我国公民、法人和其他组织同等的诉讼权利,承担相应的诉讼义务(依据对等原则施加限制的除外)。与国内民众相比,他们对于我国司法的信任程度更能说明我国营商环境的国际化水平,有充足的理由纳入评价司法公信力的主体范围之列。这不仅是保护其在华合法权益的需要,也是我国应当履行的国际义务,有利于营造市场化、法治化、国际化的营商环境,吸引外国投资,促进我国经济高质量发展。

回应型司法的提出是借用法律类型说观点的结果。与法律类型的划分一样,司法也可以分为压制型司法、自治型司法和回应型司法三种类型。压制型司法高度依赖国家强制力,要求司法严格贯彻国家政策,而自治型司法则强调形式正义,要求司法保持被动性,缺乏回应社会需求的灵活性。压制型司法与自治型司法要么体现国家意志,要么只维护法律权威,缺少与社会沟通的机制和程序。^①回应型司法不仅强调司法的政治品性及其功能发挥,更关注司法的人民立场,要求司法积极回应民众诉求。换言之,回应型司法的构建意味着司法通过对体制完善、对司法公正的不懈追求,以及与民众的双向互动等,在司法活动中实现公平正义,切实提升民众对司法的认知与信任程度。

一、比较视域下的司法评价

(一) 司法评价的开展及其方法

准确、客观的司法评价是了解掌握民情民意的的基本方法,也是构建回应型司法的基础。西方国家的司法评价起步较早并且日趋成熟,主要基于司法独立、司法公正、司法效率等方面而展开。1978 年,美国加州法院的国家中心(National Center of State Courts)采用问卷方法对 1900 名成年人就州立法院的信任度开展了一次大型调研。2005 年,美国律师协会制定了《司法绩效评价规则指南》,对法官的法律能力、诚信公正、沟通能力、职业素养、管理能力进行评价。美国律师协会属下独立机构中欧及欧亚首创中心(Central European and Eurasian Initiative Institute,简称 CEELI)开发了美国司法改革指数体系(Judicial Reform Index,简称 JRI),主要针对新兴民

^① 参见高志刚:《回应型司法制度的现实演进与理性构建——一个实践合理性的分析》,载《法律科学》2013 年第 4 期。

主国家和转制国家有关司法改革所涉及的30项要素进行综合性评估,以推动建立可靠、高效、独立的司法体系。2006年创立的世界正义项目(WJP)的法治指数是对法治的综合性评价,通过对超过110000家庭和专家的调查来评估普通公众对法治的体验和看法,民事司法和刑事司法是该项目的重要评价指标。2008年,由欧洲、亚洲以及澳大利亚、美国的法院和研究机构共同组建的卓越法院框架标准联合会共同制定了《卓越法院国际框架标准》(IFCE),从10项司法核心价值,包括法律面前人人平等、公平、中立、独立审判、胜任职责、清正廉洁、公开透明、便捷亲民、及时快捷、司法的确定性等,以及7个卓越法院标准,包括开拓创新的领导和积极有效的管理、科学系统的司法政策、公平高效的诉讼程序、高度的司法公信、法庭使用者的较高满意度、充足的司法资源、经济便捷的司法服务等,全面评价法院工作水平、司法正义质量以及工作满意度。

中国司法评价发端并不断完善于司法改革的进程中,经历了一个从单个法院的自主评价逐渐扩展至区域法院,最终覆盖到全国法院的过程。中国司法评价的一个显著特点是直接针对司法公信力而展开。2009年,成都市中级人民法院专门针对法官与法院形象开展了评估问卷调查。2013年,江西省高级人民法院课题组提出了司法公信力评估指标体系,从司法信用和司法公正2个二级指标,13个三级指标对司法公信力进行评价。2014年,中国政法大学领衔开发了中国司法文明指数评估指标体系,借鉴国内外有关法治评估的成果,主要采用问卷调查的方法搜集数据,对全国31个省市的司法文明指数进行排位,每年发布一个中国司法文明指数报告,为全国法院提供了可资自我检视的一面镜子。由于新冠疫情的影响,该报告首次以2020—2021年双年度的形式发布。作为司法改革试点城市,上海市的司法公信力评估一直走在全国前列。2015年,上海市第一中级人民法院委托上海社会科学院对司法公信力开展第三方评估,从司法公正、司法效率、司法透明度、司法便民、司法民主、司法形象、司法能力及司法信任度8项二级指标、54项三级指标,通过向市民、专业人员、律师及案件当事人发放问卷,收集不同社会群体对法院工作的主观评价数据,汇总得出司法公信力评估得分,并对上海第一中级人民法院如何进一步提升司法公信力提出政策建议。2017年,上海市高级人民法院发布司法评估指标体系,以引导法院将司法公正、司法效率等价值融入法院的日常工作之中。上海市高级人民法院还发布了《上海市高级人民法院司法公信力指数(试行)》,每年对上海市法院司法公信力指数进行测评,并评价司法改革的成效,这是全国首个由法院系统发布的司法公信力指数。

从评价方法来看,司法评价表现出从定性评价转向定性和量化评价相结合的趋势。这意味着不仅注重对司法的主观评价,同时强调应用抽样统计、指数运算等统



计学原理,对司法展开量化分析。对量化分析的重视并非否定或者取代定性评价的地位,而是评价方式在实践中的进一步完善。司法公信力含有很强的主观性,是民众对司法的情绪表达,通常只有与民众情绪相联系的客观数据才能成为司法公信力的评价指标。司法的很多要素不可能简单通过量化就能得出科学、准确的结论,必须采用定性评价和定量评价相结合的方法,甚至有的因素只能依靠定性评价进行。通过访谈、问卷等方式了解民众对司法公正、司法效率、法官素质的内心感受,虽然形式上表现为量化指标,如满意度的百分比等,但本质上依然属于公众对司法的定性评价,完全量化的指标不可能成为司法评价的完备工具。司法评价应当是定性评价和定量评价的统一,这在学术界已经得到公认。民众对司法的信任程度本身就是其感知的结果,离开民众对司法的主观定性,单纯依靠司法数据对司法公信力进行评价实属缘木求鱼。

一般而言,定量评价获取的数据比较客观,但也并非绝对,原因在于采取一些特别方法甚至是违法违规的方法去获取有利的数据,削弱了数据的客观性及其与司法公信力的相关性。比如,由于法院年度结案率与司法效率之间的正相关性,我国法院系统将其纳入司法评价的范围,无疑能够起到督促各级法院在法定期限内审结案件的作用。但是,由于临近年底立案的案件不能在当年审理完毕,即使没有超出法定期间,也会影响年度结案率。一些法院为了迎合考核和司法评价的要求,一到年底就不再受理案件。这种做法限制了民众的诉权行使,因此获得的结案率上升反而实质上制约了司法功能的发挥、司法效率的提高,影响了民众对司法的信任。这也说明,司法评价不能仅仅依靠客观数据指标,如通过年度结案率测评司法效率,通过上诉率、改判率、发回重审率等测评司法质量等,还应当关注民众对司法效率、司法质量、司法功能的直观感受、主观评价,以形成对法院违规违法审判行为的有效制约和矫正,从而贯彻司法为民的理念,达到提高司法公信力的目的。

(二) 司法评价指标的设定

司法评价具有十分重要的作用,可以作为法院考核、法院自我提高以及司法体制改革、司法政策制定的依据,以精准锚定薄弱环节的改善。司法评价的目标应当定位于拓展司法功能、提升司法能力,满足民众的解纷需求,不断提升司法公信力,这一目标的实现很大程度取决于司法评价指标体系的合理设定。

司法评价的指标设定应以司法公信力的要素为根据。有学者认为,司法公信力包括以下四个方面的要素,即司法权通过它的司法拘束力、司法判断力、司法自制力和司法排除力来赢得公众信任和信赖的能力。^①该观点对于科学设定司法评价的指标体系具有启发作用。据此,司法评价范围应该包括但不限于以下因素:司法权是

① 参见郑成良、张英霞:《论司法公信力》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2005年第5期。

否具有相对独立性,司法权对于纠纷是否拥有最终的裁决权,司法权的运作是否依据司法逻辑而展开、是否体现公平公正的特质等。前两个因素与司法权在国家权力体系中的地位、司法体制有关,后两个因素则与司法程序的设计、法官队伍的建设有关,这些因素共同塑造了司法权在民众心目中的形象。

中国现有的司法评价体系涵盖了司法运行过程中的相关指标,而对司法权自身特质的因素关注不够。这主要是由两方面原因造成的,其一,国外的司法评价体系,如JRI、WJP、IFCE等,很多都是国际性评价,不仅评价体系的制定是国际合作的产物,而且评价对象也面向世界范围内的法院,司法权在国家权力体系中的地位关涉司法核心价值的实现,司法独立及其体制保障是其重点关注的内容。而中国的司法评价并不对外,大多由法院组织或法院委托第三方,针对辖区范围内的法院而开展,完全属于国内评价的范畴,各法院的体制因素大体相当,单独评价的必要性不大。其二,司法制度的完善、司法权与其他国家机关的关系的正确处理依靠中央顶层设计下司法改革的推进,并非法院尤其是地方法院自身能够加以改变的,将体制性因素纳入评价的范围无助于促进、改善法院工作。

长期以来,中国司法权地方化、司法权运行机制行政化、司法人员非专业化阻碍了司法公正的实现,是影响民众信任司法的主要原因。如果我们希望通过司法评价整体提升中国法院的司法公信力,乃至希望中国的司法评价走向国门,为世界提供认识中国司法、为中国民众提供评价外国司法的参照,为中国赢得司法评价的国际话语权,那么司法管理体制的改革、审判程序的完善、法官队伍的建设等民众关心的问题就应当纳入考量的范围。最高人民法院很早就关注到体制因素对于司法公信力的影响。2013年10月,最高人民法院出台了《关于切实践行司法为民大力加强公正司法不断提高司法公信力的若干意见》,要求全国各级法院抵制地方保护主义,排除权力、人情干扰,依法办案,提出深化司法体制改革、完善错案评价标准和问责机制的具体举措,这些举措受到中央的支持,在其后几年时间里都陆续得到实施。

通过科学完善的司法评价,可以评估我国司法公信力的现状、司法存在的问题以及人民法院努力的方向。在此基础上,基于司法自身特质维系以及司法与民众良性互动的回应型司法的构建,对于提高民众的司法认知程度、司法满意度,提升司法公信力将发挥重要作用。

二、体制回应:司法特质之维系

(一) 司法权系中中央事权的定位

作为审判机关的法院具有相对独立的地位,才能保证在审判过程中具有抵御干



预的能力。中国政府在1998年签署了《公民权利和政治权利国际公约》，其中第14条规定，任何人受刑事控告或因其权利义务涉讼须予判定时，应有权受独立无私之法定管辖法庭公正公开审问。可以说，保障法院相对独立的地位不仅是审判权特质的要求，也是中国应当承担的国际义务。对此我国《宪法》第131条有相应规定，人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

中国的政治体制决定了中国的司法制度具有自身鲜明的特点。站稳政治立场才能确保司法社会主义性质，有助于提高司法公信力。司法工作必须坚持党的全面领导，这是我国司法制度的政治优势和鲜明特色。人民法院对人大负责，向人大报告工作，这是我国政体的基本要求。同时，还要尊重司法规律，围绕司法权完善司法管理体制是国家事权的定位。我国《宪法》第128条规定，人民法院是国家的审判机关。该规定表明，各地法院不是地方的法院，而是国家设在地方代表国家行使审判权的法院。^①法院承担着通过行使审判权促进国家法律统一实施的职责。有损司法权的司法管理体制应当予以改革完善，以确保国家法律的统一实施，免受地方利益的干扰。

自新中国成立以来，地方各级人民法院的人财物管理都高度依赖于地方党政，人民法院是国家的审判机关的宪法地位没有得到体制保障，法院行使审判权的独立性受到影响，其中立性也难以得到保证。当审判权依赖于地方党政机关并与地方利益产生关联时，希望它具有排除地方干扰的意愿是不现实的。法院因依附关系而产生的地方保护倾向对法律统一实施构成妨碍。十八大之后，设立跨行政区划人民法院、省级以下人民法院人财物统一管理的一系列重大司法改革举措相继推出，目标均直指司法去地方化，强化司法权的国家属性。^②跨行政区划人民法院不仅可以实现部分案件的集中化审理，最大限度地摆脱地方干扰，并且有利于法院调配人员，针对特定案件进行专业化审理，而人财物的统一管理使得省级以下地方人民法院不再依附于地方而具有超然的地位。相比而言，跨行政区划法院设置的数量、管辖的案件范围毕竟有限，法院系统的人财物统一管理在司法排除地方干扰方面发挥全局性、决定性的作用。当然，由中央直接对全国法院系统人财物进行统一管理更加符合司法权是中央事权的定位，这在中国这样的人口大国、各地发展又极不均衡的情况下具有相当难度，需要一个长期的过程。

（二）法官素质提升之道

司法公正不仅需要司法机关的独立性予以保证，更因为司法是一个具有高度不确定性的决策过程，“必须依靠法官的司法技艺、洞见、实践智慧，甚至是在多年制

① 参见本报评论员：《加快深化司法体制改革——五论学习贯彻习近平同志在中央政法工作会议重要讲话》，载《人民日报》2014年1月22日，第2版。

② 参见李德恩：《法院系统及其审判人员管理的逻辑与实践》，法律出版社2019年版，第6页。

度实践中砥砺而成的司法直觉”^①。法官素质代表着国家司法的形象,决定了审判的质量。只有当民众相信法官对法律忠诚、公正并有能力实施法律、维护法律尊严时,才会增强对司法的信心。换言之,法官崇高的司法品质,包括高超的法律素养、良好的职业道德、排除利益与压力影响的能力等,是保证法官个人言行端正得体、诉讼程序合法运行、判决结果正确无误的必要条件,是获得司法公信力的必要保障。

正是由于司法程序对法官素质的高标准要求,发达国家都设置了极高的法官职业门槛,并建立了法官职业保障制度,使得法官成为受人尊重、景仰的对象。在日本,成为一名职业法官必须首先通过法务省司法考试管理委员会的司法考试,该考试难度很大、通过率极低,合格后还要进入司法研修所接受为期一年半的培训,考试合格,才有资格分配到全国各地法院担任助理法官。助理法官通常要工作十年后才能升任地方法院或家庭法院的法官。日本上级法院的法官由下级法院法官晋升产生。高等法院的法官大多是从地方法院或家庭法院工作十年以上的法官或至少任职十年以上的检察官、律师或法务省官员中选任。最高法院的法官要求更高,必须是任职二十年以上的高等法院院长、检察厅厅长、大律师和著名教授及高级行政官员。^②严苛的选任程序保证了日本地方法院、高等法院、最高法院的法官越来越走向精英化。在美国,法官不仅需要专业背景、任职资格,还要求长期的法律实践经验、丰富的人生阅历、良好的个人品质。在这样严格的要求下,美国联邦地区法官、巡回法官获得初次任命的平均年龄分别是50岁、53岁。不言而喻,由具有丰富法律从业经历、德高望重的人士担任法官,更能秉持法律信仰、更加熟悉法律的运行、更加具有共情能力,也更能得到民众的信任与支持。美国很多州还由独立于法院的专门机构对法官的司法绩效进行评估,评审报告反馈给法官以帮助其实现自我提升,并作为法官留任或选任到更高层级法院的参考资料。

由于历史条件的限制,中国法官的选任在很长时期内更关注政治素质,文化水平和专业化程度相对较低。十一届三中全会之后,全国法院大量接受复转军人,并从党政机关、企事业单位选调了大批只具有中学文化水平的乡村干部、中小学教师。他们有着不同的专业、不同的人生经历,业务能力、法律素养参差不齐,难以形成相应的职业气质和职业传统,严重影响司法权威的确立和司法公信力的提升。为了提升法官队伍的专业水平和学历层次,最高人民法院开始筹划建立法官培训制度。1985年,最高人民法院创办了全国法院干部业余法律大学。1988年,最高人民法院联合国家教委创办了中国高级法官培训中心。1997年,国家法官学院正式成立,标志着法官培训从学历教育转向岗位培训、素质能力教育。

① 吴元元:《基于声誉机制的法官激励制度构造》,载《法学》2018年第12期。

② 参见董华:《日本国的法官制度》,载《人民司法·应用》1999年第7期。



随着高等教育的恢复和发展,中国法学教育的规模和质量都取得长足进步,为中国开启法官的职业化、专业化进程提供了支撑。统一的法律职业资格考试是法官队伍走向专业化的标志性事件,其产生和发展进程经历了三个阶段。第一阶段是自1986年开始的国家律师资格考试,申请律师执业须通过考试并获得资格;第二阶段是自2002年开始的国家统一司法考试,初任法官、检察官须通过考试获得资格;第三阶段是自2018年开始的国家统一法律职业资格考试,除法官、检察官、律师外,申请公证员执业、初次担任法律类仲裁员,初次从事行政处罚决定审核、行政复议、行政裁决、法律顾问的公务员一并纳入法律职业资格考试的范围。严格的国家统一法律职业资格考试保证了法官的专业化。

法官员额制改革进一步提升了法官的精英化。2014年,中共中央全面深化改革领导小组审议通过《关于司法体制改革试点若干问题的框架意见》以及《上海市司法改革试点方案》,拉开了法官员额制改革的序幕。法官员额制改革是司法人员管理制度改革的核心,旨在建立以法官为中心、以审判为重心的司法资源配置模式。^①法官员额的数量主要依据当地的经济社会发展水平、审判工作量以及辖区的面积人口等因素加以确定。2017年6月,法官员额制改革基本完成,全国法院从21万名法官中遴选产生了12万余名员额法官,^②法院系统的优秀人才充实到办案一线,法官队伍从职业化、专业化进一步走向精英化。大学生走出校门、军队干部转业就能担任法官的现象已成为历史。法官员额制改革后,法院办案质量和效率稳步提升,法官人均结案数量提高20%以上。^③在立案数量连年剧增的背景下,仍然保持了较高的结案率甚至略有提高。

实践证明,通过国家统一法律职业资格考试以及法官员额制改革提升法官素质是正确的抉择。中国司法文明指数从2015年开始呈现总体上升的态势,反映出人民群众对司法更加信任,司法改革的成效初步彰显。然而,法官队伍建设存在的问题也不容忽视,法律职业资格考试使得法官专业性得到保证,但法律职业共同体之间流动性不足,特别是体制外的律师与体制内的法官之间缺少流动性,下级法院法官向上级法院晋升的常规通道没有打开,不利于选拔优秀人才。2016年6月,中共中央办公厅印发了《从律师和法学专家中公开选拔立法工作者、法官、检察官办法》。该办法出台后,各地法院选拔律师、法学专家担任法官的仍然是凤毛麟角,甚至大多数省市根本没有开展该项工作,法官来源单一的局面并没有得到改观。法官员额制使得法官进一步精英化,但法官数量的减少与案件数量的急升加剧了案多人少的

① 参见钱大军、郭建果:《法官员额制的功能实现分析》,载《吉林大学社会科学学报》2021年第2期。

② 参见《2018年最高人民法院工作报告》。

③ 参见《把最优秀的人才吸引到办案一线——人民法院法官员额制改革综述》,载微信公众号“最高人民法院”,2018年3月6日。

矛盾。法院领导进入员额法官行列，因行政事务缠身，办案数量较少，使得一线员额法官办案压力加大。2017年，最高人民法院专门出台了《关于加强各级人民法院院长办理案件工作的意见（试行）》，规定基层、中级人民法院的院长每年的办案量应当达到本院或本部门法官平均办案量比例的最低要求，高级人民法院和最高人民法院则由本院规定。但是，该意见的实施仍然改变不了法院领导办案数量少的局面。司法实践中，法官不得不压缩办案时间，甚至在当事人有调解意愿时也无法组织有效的调解而急于结案，这些都是员额法官指标不充裕造成的。同时，法官员额制改革后，法官助理、书记员等审判辅助人员的职能、权限不够清晰。实践中出现法官助理成为低配版的法官、高配版的书记员，承担书记员的工作，甚至实质参与办案，并以员额法官的名义结案的无奈之举。法官助理的尴尬地位，主要原因在于审判辅助人员配备不足，影响了法官员额制改革的成效，对司法公信力的提升带来了不小的冲击。

实现司法公正的目标，不仅需要培养高素质的法官队伍，也需要建立规范有序、权责统一的司法运行机制。科学完善的司法运行机制，不仅有利于司法目的的实现，而且有利于通过增进司法中的信任关系，使人民群众多样性的需要在因势利导中得以满足。^①今后，司法体制综合配套改革仍然需要从司法管理以及审判权运行机制方面双向发力。一方面，进一步推进司法人员分类管理制度改革，包括法官单独职务系列改革、书记员和法官制度改革，明晰审判团队各成员的权责清单，将法官从琐碎事务中解放出来，使审判团队运行更加高效。另一方面，将提高司法公信力作为推进司法体制综合配套的根本尺度，进一步推进司法去行政化改革，明确审判管理权的服务、保证以及监督功能，扩充审判权独立运行的空间，真正实现“让审理者裁判，由裁判者负责”。

三、过程回应：司法能力提升与理性互动

（一）顺时应变拓展司法功能

中国的司法强调政治效果、社会效果、法律效果的统一。政治效果是国家视角，意味着司法要坚持党的领导，贯彻国家的大政方针；社会效果是治理视角，意味着司法要获得民众认同，争取民众支持；法律视角是专业视角，意味着司法要实现公平正义，保障国家法律的正确统一实施。三个效果的统一体现了构建公正高效权威社会主义司法制度的基本要求。三个效果的统一并非个案中法律效果对于政治效果

^① 参见李少平：《看得见的正义——论司法公信力建设》，载《求是》2007年第8期。



和社会效果毫无原则地服从。如果国家法律的统一实施让位于舆论的压力、社会稳定的维护,短期内有利于平稳解决个案纠纷,但从长远来看,这种做法将刺激更多的当事人制造舆论,形成舆论审判的不利局面,或通过各种途径寻求对司法的干预,终将损害司法权威,损害司法公信力,司法的政治效果和社会效果将无以依附。

司法承担着救济权利、惩戒违法的重任。在回应型司法状态下,司法的主要目的不是最大限度地自我维护,而是最大限度地满足需要。^①面对民众对司法不断变化的需求,司法必须坚持以人民为中心,顺势应变,持续拓展解决纠纷的功能,提高解决纠纷的能力。首先,人民法院应重视并提高法官解决新型复杂疑难纠纷的专业能力。随着经济社会的高速发展,在资源环境、投资招商、知识产权保护等领域出现了很多新型纠纷,涉及多方利益,案情复杂,专业性强,对人民法院解决纠纷的能力及法官素质提出了更高要求,能否有效应对影响司法在民众心目中的形象。在审理与气候相关的案件时,法官除了需要掌握合同法、侵权责任法、环境法、刑法等不同领域的法律规定,还要全面系统理解国家的政策目标,通过案件审判获得与国家气候政策相适应的结果。^②知识产权的审理更需要法官具备法律知识以及科技、文化等各方面的专业知识,具备国际视野,对于法官素质与能力的要求更高。人民法院可以通过设置专门法院或专门法庭,对特定纠纷实行集中管辖,以此提高审判的专业性和民众满意度。其次,人民法院还需处理好案多人少的矛盾,高质量办结每一案件。法官员额制改革使得全国法官的数量减少至 12 万余名,而人民法院受理案件的数量从上世纪 80 年代开始就逐年增加,到 2022 年已经增加至 3372.3 万件,全国法官人均结案达到 242 件。^③全国法院普遍面临案多人少的局面,办案压力巨大。无论如何,办案压力、年底考核不构成法院“有案不立、压案不查、有罪不究”的理由,面对民众司法需求以及对社会正义的渴望,法院只能选择全力满足而非拒绝裁判。法官既要提高诉讼效率,加快办案速度,又要保证办案质量。由此,应当更加重视高效审判团队的打造、诉讼程序的繁简分流以及多元纠纷解决机制的构建。

司法还应当彰显程序正义的理念,让正义以看得见的方式实现,以减少、弥合专业人士与普通民众关于司法评价的认知分歧,提升司法公信力。从地位上来看,程序正义问题的产生和归宿与实体利益的分配直接相关。^④如果不存在以解决实体利益纷争为目标的诉讼程序的启动,程序正义的问题就不会产生。然而,这并不意味着程序正义仅仅依附于实体正义而存在,只是实现实体正义可有可无的工具。程序正义表征着一种公共理性,其在驯化司法权、约束司法者、规训当事人等方面均发

① 参见高志刚:《司法制度评价体系研究》,上海人民出版社 2018 年版,第 49 页。

② 参见朱明哲:《司法如何参与气候治理——比较法视角下的观察》,载《政治与法律》2022 年第 7 期。

③ 参见《2022 年最高人民法院工作报告》。

④ 参见樊崇义主编:《诉讼原理》,法律出版社 2009 年版,第 221 页。

挥着重要作用,^①应当独立于实体结果加以考量。在诉讼程序中,正当程序意味着对当事人诉讼权利严格而又平等的保护,为实体结果提供了正当性根据,具有说服当事人接受裁判结果的功能。普通公众进行的价值评价主要是通过观察法律的实施过程来进行的,^②正当程序无疑增强了他们对司法的信心。有学者甚至将程序正义的价值推向极致,认为公正的程序必然产生公正的结果,因而主张高高竖起程序本位主义的大旗,任何人要质疑结果,就必须回溯地质疑程序的正当性以及执法的严格性,否则,该结果就应当得到完整的实现。^③笔者认为,正当程序可以减少但不能完全杜绝法律适用的错误,诉讼程序中对结果的单独质疑还是应得到允许。

程序正义的价值已经得到公认,但在实际办案过程中,由于办案压力大,法官重实体轻程序的现象比较突出。殊不知,程序的不合法或不规范本身就是非正义的表现,而且还会导致当事人对实体正义产生怀疑。司法实践中因程序不规范而引发当事人缠诉、上访的案例屡见不鲜,法官当引以为戒,确保审判程序合法运行。

(二) 双向互动恪守司法理性

司法公信力形成不仅取决于司法服务质量、正义质量等方面的民众满意度等因素,民众对司法权性质与司法逻辑的正确认知也是司法公信力形成的重要因素。有学者认为,人们对法律规则和原则的信仰是司法具有公信力的前提和基础。^④法律信仰决定着对待法律以及法律程序的基本态度。然而,民众或多或少的自利动机、自然而然地站队倾向、锄强扶弱的朴素正义观与缺乏法律思维、缺乏程序观念相互影响,决定了他们对纠纷是非曲直的判断更多是基于道德层面而作出,带有明显的立场化、非专业化和情绪化的特征,与严谨的法律专业判断存在偏差,并由此产生对司法的质疑。

司法需要通过信息交流亦即通过司法机关与当事人以及民众的双向互动以弥合双方认知鸿沟,赢得民众信任。程序正义固然重要,但并不是以超越实质正义为民众信任司法提供无可辩驳的强力支撑。裁判的社会效果和可接受性等实质正义因素仍然是不可或缺的力量,它们放大了民意对司法裁判的影响和对司法信任的影响。为提升司法公信力,应以增进互信、提升声誉、扩大参与作为改革的方向。^⑤法院应该通过与法律职业共同体的合作关系,向当事人、社会公众传递司法愿景、目标和成果等方面的信息,体现法院的外部导向。法官在办案过程中要注意倾听民众呼声,

① 参见公丕潜:《法治中国时代司法公信力的提升路径——以程序正义理论为视角》,载《学术交流》2017年第3期。

② 参见陈瑞华:《看得见的正义》,法律出版社2019年版,第6页。

③ 参见汤维建等:《民事诉讼法全面修改专题研究》,北京大学出版社2008年版,第7-8页。

④ 参见关玫:《司法公信力初论——概念、类型与特征》,载《法制与社会发展》2005年第4期。

⑤ 参见胡铭:《司法公信力的理性解释与建构》,载《中国社会科学》2015年第4期。



并及时给予有效回应。司法回应是一个司法与民众双向互动、交叉影响、彼此塑造的过程,既包括对民意中合情合理合法成分的吸纳,也包括对民意的引导,使民众理解法律法规、尊重法律程序、有序参与司法活动。

司法与民众的双向互动以审判公开为基础。审判权在阳光之下运行是防止私欲膨胀、司法腐败的重要手段。审判公开能够充分保障民众的知情权,为人民群众有效参与司法、监督司法权力运行提供了条件。没有审判公开,民众无从感知司法,更遑论有效参与司法、监督司法。审判公开既包括审判过程的公开,也包括审判结果的公开;既包括对当事人及其诉讼代理人的公开,也包括对社会的公开。允许公众旁听案件审理,允许媒体报道,公开裁判文书等,都是审判公开的必然要求。近年来,随着互联网技术的飞速发展,人民法院广泛采用网站宣传、视频直播等方式,拓展了审判公开的方式和范围,对于弘扬法治理念发挥了重要作用。民众可以适时、全面感受司法运行过程,从而增强对司法的认知与信心。

审判公开意味着案件的审理过程或判决结果可能引发各种舆情。由于诸多民众朴素情感因素的注入,舆情表达经常偏离法律的轨道。正如学者所言,法治是摆脱人的情感的理性体现,^①如何回应舆情考验司法机关的智慧。司法既要回应舆情,又要与舆情保持一定距离。进而言之,司法机关对于社会变革要求、民众情绪的回应要基于法律理性进行,并不是盲从舆论压力,更不应出于平息民怨而听命于行政干预、进行“政治考量”。^②对于舆论审判的屈服将使司法权威荡然无存。法院的判决最典型地体现了由程序所产生出来的既定力和自缚性。^③程序的既定力和自缚性不仅约束审判机关,也规制当事人及其他诉讼参与人的诉讼行为,还对民意进入诉讼程序设置了过滤网。

防止情感因素左右裁判结果并不意味着司法审判的闭门造车,对于舆情、对于民意的置若罔闻。司法公信力是一个随着各种舆情的发生与解决而不断变化的动态开放指标。^④舆情反映出民众对通过司法实现正义的渴求与关心,法院不应将其视为洪水猛兽,妥善应对甚至可以转变为提高司法公信力的契机。司法审判不能被民意审判所取代,即不能用民众意见和民众情绪取代司法裁判,还要从法律的角度有效回应民意,纾解民众困惑与质疑。法官不能仅仅关注案件的依法审理,还要重视审判程序的对外表达,把审判程序的运行当作普法宣传、法治教育的平台,善于引导、疏导舆情走向。

① 参见舒国滢:《在法律的边缘》,中国法制出版社 2020 年版,第 187 页。

② 参见马长山:《公共舆论的“道德叙事”及其对司法过程的影响》,载《浙江社会科学》2015 年第 4 期。

③ 参见季卫东:《法治秩序的建构》(增补版),商务印书馆 2019 年版,第 19 页。

④ 参见徐昀:《国家与社会视角下司法公信力的重构——以舆情公案为例》,载《燕山大学学报(哲学社会科学版)》2019 年第 1 期。

法官要在办案过程中做好法律信息的传递、沟通，使当事人能够充分理解法律程序、有效参与法律程序，并接受法律程序及其运行结果的约束。法官还要就心证形成与当事人保持全程沟通，避免在证据认证与事实认定上进行突然袭击，让当事人赢得明明白白，输得心服口服，尤其要做好败诉方工作，从而提高服判息诉率。法官更要重视裁判文书的释法说理，热点案件的及时有效回应等，引导公众形成对司法权性质与司法逻辑的正确认知，引导公众情绪表达回归法律理性，不能因为办案压力大就简化裁判文书，简化甚至省略必要的审判环节。对裁判文书释法说理惜字如金，对公众情绪、社会质疑沉默以对，都是不尽责不担当的表现。一言以蔽之，法官要通过与民众的互动实现尊重法律、尊重司法、弘扬法治精神的共同奔赴。

结 语

通过多年的司法改革，中国特色社会主义司法制度的建设取得重大成就，突出表现为司法组织体系日趋合理，司法机制逐步健全，司法功能不断拓展，司法程序不断完善，司法行为不断规范，法官素质不断提高。然而，社会的发展进步不断对司法提出更高要求，也会产生一些新的问题需要应对，司法体制的完善、审判程序的变革与法官队伍的建设等需要与时俱进，没有终点。民众对司法的需求和要求也会随着时间的推移而发生变化，司法要跟上时代发展的脉搏，及时回应民众诉求，疏解民众情绪。司法公信力的提升是司法追求的恒久目标，同样没有终点。党的二十大报告提出，深化司法体制综合配套改革，全面准确落实司法责任制，加快建设公正高效权威的社会主义司法制度，努力让人民群众在每一个案件中感受到公平正义。构建回应型司法是提高世界法治领域中国话语权的必然要求，是司法站稳人民立场、提升司法公信力的必然要求。在以习近平同志为核心的党中央坚强领导下，中国特色社会主义司法制度一定能够绽放光彩，在人类法治文明发展史上书写崭新篇章。

（责任编辑：郝晓越）



行政强拆诉讼中能动司法的展开维度与边界

邵 波 孟海莲*

内容摘要：行政强拆诉讼的现实复杂性和实质化解行政争议的立法目的要求人民法院在审判过程中能动司法，但能动司法理念的概念性表达和适用过程中的边界模糊，难以为司法实践提供明晰的实现路径和有针对性的解决方案。基于能动司法的法理基础，需要厘清裁判权行使与诉权保护、协调指导监督与审判权自主行使、司法权与行政权界分、强拆类案件诉源治理中法院的职能定位的边界。能动司法蕴涵科学理念，映射到强拆诉讼审判实务中，在个案审理裁判、纵向协调指导、横向府院联动、立体诉源治理四个维度都有其充分的适用空间。通过构建裁判指引、组织支持等相应机制，为行政强拆案件审理和矛盾化解提供可资参照的路线图和操作规范。

关键词：行政强拆诉讼；能动司法；诉权保护；诉源治理

能动司法是建设社会主义法治国家的内在要求，也是人民法院回应当前社会治理需求的必然选择。能动司法的基本要义就是通过积极主动的司法活动解决纠纷，防止纠纷对社会稳定与发展造成不利影响。随着城镇化建设的不断推进，行政强拆成为社会治理领域的重点、难点问题，由此引发的行政强拆诉讼案件大量出现。此类案件关乎当地经济发展与民生保障，往往涉及重大财产利益，矛盾容易激化，化解难度较大。鉴于此类案件社会影响广泛，人民法院在处理时应坚持能动司法理念，实现行政争议的实质化解。然而，由于能动司法概念内涵及外延的模糊性，以及当前缺乏具体的操作规范，如何在行政强拆诉讼实现能动司法，值得深入探讨。基于此，本文以 L 市 2019—2022 年全部 734 起行政强拆诉讼案件为样本，分析在处理该类案件时能动司法的适用空间和边界，探索构建行政强拆类诉讼案件能动司法工作机制。

* 邵波，临沂市中级人民法院行政庭副庭长，四级高级法官；孟海莲，临沂市中级人民法院行政庭法官助理。

一、行政强拆诉讼对能动司法的现实需求

（一）强拆诉讼案件的复杂性

1. 涉及众多法律主体，法律关系复杂

强拆类诉讼案件纷繁复杂，事关经济社会发展、城乡建设及民生保障，涉及法律主体众多，法律关系较为复杂。

从强拆诉讼案件的被告来看，虽然强拆类诉讼案件的法律主体是行政机关和行政相对人，但从司法实践看，强拆行为往往属于事实法律行为。在样本案件中，多数情况下行政机关实施强拆前未向行政相对人告知，导致行政相对人不知晓“谁拆的”。行政相对人在提起诉讼时，要么错列被告，要么多列被告，在大量案件中原告诉往往列多个行政机关为被告。在734件涉强拆诉讼案件中，被告涵盖从乡镇到县、市三级人民政府及相关行政主管部门。经法院审理认定，违法主体绝大多数为乡镇

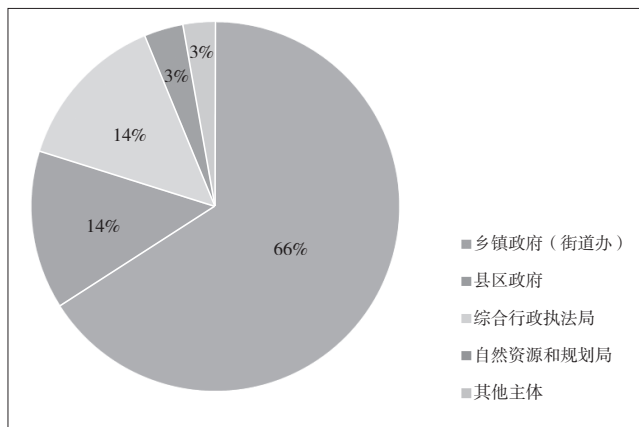


图1 违法强拆主体占比图

政府（街道办事处）或综合行政执法部门（见图1）。在部分因集体土地征收引发的强拆诉讼案件中，因原告提供初步证据证明强拆实施主体为县区或市级人民政府，而县区、市级人民政府未能提供证据证实原告房屋系其他行政主体实施的强制拆除，因此法院依法认定强制拆除行为的实施主体为县区、市级人民政府。

从强拆诉讼案件的原告来看，房屋或设施所有权人、实际使用权人、购买人或承租人等与房屋强拆行为之间具有利害关系，作为被拆迁人具备提起诉讼的原告主体资格。^①在强拆诉讼案件中，除了拆迁单位和房屋或设施所有权人之间的关系，还涉及土地所有权人、房屋或设施使用权人、购买人或承租人等多个法律主体之间的关系。各个法律主体的权益和立场各不相同，利益相互交织，使得强拆诉讼案件处理变得更为复杂棘手。

2. 所涉权益种类众多，矛盾化解难度大

在734件样本案件中，行政强制拆除行为大多集中在土地管理和城市建设领域，

^① 参见许江涛诉襄阳市襄城区人民政府行政强制拆除案，最高人民法院（2018）最高法行再150号行政裁定书。



发生在农村集体土地征收、违建治理、旧村改造搬迁、养殖大棚拆除过程中的案件共 638 件，占总数的 87%。其中，行政机关败诉的案件共 407 件，分布领域亦较为集中，农村集体土地征收、旧村改造搬迁、违法建筑治理和养殖业环保整治过程中发生的强制拆除行为导致行政败诉的案件占全部强拆类败诉案件的 97%（具体情况见图 2）。

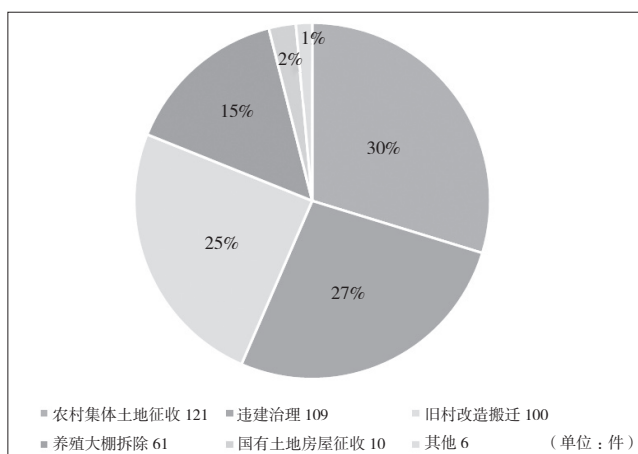


图 2 强拆类败诉案件分布领域图

被拆除的建筑物既有合法建筑，也有已经行政机关依法认定的违法建筑，而更多的是既未办理规划等审批手续亦未经法定程序认定为违法的建筑物。这些建筑物涉及当事人不同的权益，包括土地使用权、房产权、租赁权、经营权等。被拆除的建筑物一般属于当事人价额较大的固定资产，是用于生活、生产的必需物资，关系到当事人的基本生活保障。比如，因对建筑物的合法性和价值认定存在分歧，是否补偿及补偿数额与当事人的心理预期存在巨大落差，当事人期望的补偿得不到及时完全实现，有的当事人情绪激烈，采取越级上访、网络发帖等渠道反复反映诉求；有的以强制拆除行为违法为由，要求过高补偿，争议化解难度非常大。如沈某等诉某街道办事处行政强制及行政赔偿案，在法院判决行政机关强拆违法并承担赔偿义务后，当事人不服，经市检察院不予受理抗诉申请，省法院驳回再审申请后，仍多次到市法院等部门信访。^①

3. 群体化诉讼、关联性案件多，处理不慎易引发社会不稳定因素

从提取的样本案件看，因强制拆除行为引发的群体化诉讼趋势明显。无论是征地拆迁、城乡改造，还是违建治理，行政执法行为所针对的都是一个区域内的同类对象，众多行政相对人通常会采取“抱团”方式维权，从而出现诉讼群体化。例如，某县在征收土地过程中，行政机关在没有与被征收人签订征地补偿协议、没有履行法律手续的情况下，强制铲除被征收人的树木并圈占土地，致使当事人无法耕种土地，引发了 38 起行政强制及行政赔偿诉讼案件。与群体化诉讼相对应的是，单个强制拆除行为可能会衍生出系列相关联案件。当事人在房屋等建筑物被拆除后，除提起确认行政强拆违法及行政赔偿案件外，有的还会申请政府信息公开、请求公安机关查

^① 参见沈德志、周振兰、沈洪涛、沈鹏诉临沂市河东区汤河镇人民政府行政强制、行政赔偿案，山东省临沂市中级人民法院（2021）鲁 13 行终 207 号行政判决书。

处不法行为、申请政府职能部门履行补偿职责等,并就此提起多起行政复议、行政诉讼案件。如杨某因对某街道办事处强拆其房屋不满,除提起行政强拆违法诉讼外,还提起了包括政府信息公开、不履行法定职责、行政复议等案件49起。强拆诉讼案件的群体性和关联性特征,增大了问题处理的难度,处理不慎可能会激化矛盾,引发社会不稳定因素。

(二) 实质化解行政争议的目标要求

1. 避免程序空转

2014年全国人大常委会修改《行政诉讼法》,明确将“解决行政争议”确立为立法目的之一。2019年最高人民法院公布《人民法院第五个五年改革纲要(2019—2023)》,首次将“推动行政争议实质性化解”作为今后五年行政诉讼制度改革的主要目标之一。强调行政争议的实质性解决,说明行政诉讼程序空转现象严重,行政诉讼司法供给与社会需求之间的矛盾突出,即使在行政诉讼法修改后依然如此。“实质性解决行政争议”命题的提出,是对行政审判实践中长期面临的行政诉讼程序空转问题作出的回应。^①

程序空转忽视了对争议核心问题的实质性审理和解决,使得案件诉讼执行程序复杂冗余,既增加了当事人的诉讼成本,浪费了司法资源,又严重损害司法权威,影响人民群众的司法获得感,违背“公正与效率”这一永恒的司法主题。在强拆诉讼案件中,程序空转问题同样比较突出。在734件样本案件中,实体判决483件,其中判决行政机关强拆违法的案件461件;驳回起诉133件,调解4件,准予撤诉95件,移送管辖19件。实体判决率为65.8%,驳回起诉率为18.12%。在驳回起诉的案件中,夏某某等诉某区城市管理局确认强制拆除行为违法及行政赔偿案较为典型,该案当事人提起诉讼后,一审法院认为原告起诉的被告不适格,但在原告举证能力不足的情况下未主动查明强拆行为的实施机关,亦未向当事人进行释明,两次均以被告不适格为由裁定驳回起诉,直至经二审法院才查明适格被告,^②增加了当事人的诉累,拖延了纠纷的及时化解。

2. 提升原告的举证能力

在行政诉讼中,行政机关应当对行政行为的合法性承担举证证明责任。但不意味着原告没有任何举证责任。根据“谁主张谁举证”的原则,原告应当对所主张的行政行为事实或行政行为造成的损害后果承担举证责任。具体到强制拆除案件中,原告应当对强制拆除行为包括实施主体、财产损失情况等事实提供证据。但如前所述,

^① 参见王万华:《行政复议法的修改与完善——“以实质性解决行政争议”为视角》,载《法学研究》2019年第5期。

^② 参见夏传志诉临沂市兰山区城市管理局行政强制及行政赔偿案,山东省临沂市中级人民法院(2021)鲁13行终11号行政裁定书。



强制拆除行为由于本身所具有的激烈对抗性,行政机关往往采取突袭执法等违规方式实施拆除,不向当事人出示执法身份证件。比如,在集体土地征收、城市房屋拆迁、违建治理过程中,行政机关片面追求行政效率而不顾正当程序,在实施强制拆除前不向行政相对人送达法律文书,强拆时不表明身份,甚至为避免相对人阻挠拆除工作而采取隔离措施,或者趁行政相对人不备对其房屋等建筑物进行突击拆除。基于上述原因,行政相对人即便知道发生了强拆事件,也无法明确强拆行为的实施主体。而且,原告作为自然人并无有效的调查手段,其在证明强拆实施主体方面的举证能力明显偏弱。因强拆行为的突发性和实施方式的粗暴性,往往严重妨害原告对其损失证据的收集固定,造成在行政赔偿案件中对其损失的事实举证困难。在行政强制拆除诉讼案件中,如果仅因原告的举证能力欠缺而驳回其起诉,必然影响其权利救济,导致行政诉讼程序空转,无法实现行政争议实质性化解的目标要求。

3. 改善承办法官的个体能力与强拆诉讼案件的复杂性不相匹配的现状

行政强制拆除诉讼案件不仅个案涉及法律主体众多、法律关系复杂的情况,而且该类案件往往因某个片区的土地或房屋征收、违法建筑治理、养殖业环保整治等集中行政行为引发群体性案件和关联性案件。这类案件的妥善处理,不仅需要法官丰富的法律知识、专业的司法素养、敏锐的分析判断能力,更需要做大量的群众思想工作并与相关主管部门进行沟通协调。尤其因土地房屋征收引发的案件,个案的处理结果不仅关系当事人的合法权益,还涉及本区域内其他被拆迁人利益的平衡保护,更涉及地方的城市建设、重大项目进展等民生保障和经济社会发展问题,需要通盘考虑拟定全面解决方案,真正实现案件的法律效果、政治效果、社会效果有机统一。这些工作仅凭法官的个人能力显然是无法完成的,需要依靠组织力量予以系统解决。

二、能动司法运行机制和具体操作规范供给不足

(一) 能动司法概念内涵和外延的模糊性

能动司法作为我国法院审判工作的理念,其主要内涵界定为发挥司法的主观能动性,积极主动地为大局服务,为经济社会发展服务,服务性、主动性、高效性,是能动司法的三个显著特征。首次提出能动司法时,不仅是应对当时金融危机,促进保增长、保民生、保稳定目标实现的因应之策,更是对司法规律和特征的再认识。^①法学理论界对能动司法的总体价值和目标追求基本认同,但对能动司法的具体含义、

^① 参见江必新:《能动司法:依据、空间和限度》,载《人民司法·应用》2010年第1期。

范围和程度却各有表述,对能动司法的内涵界定存在不同的理解和解释。有的倾向于把能动司法界定为一种司法对于社会经济生活、诉讼活动以及自由裁量权行使的积极且主动的介入或者干预;有的习惯于从西方司法能动主义出发,来观察并评论中国的能动司法;有的既强调能动司法的中国特色,也注意到中国能动司法与西方司法能动主义的区别;还有的认为能动司法应限定于,法官不能仅仅消极被动地坐堂办案,不顾后果地刻板适用法律和程序,还应当在形成进程中的中国司法制度限制内,充分发挥个人的积极性和智慧,通过审判以及司法主导的各种替代方法解决社会各种复杂地纠纷和案件,努力做到“案结事了”,实现司法的社会效果和法律效果的统一。^①这种理论上的多元解读和模糊认识,对于“能动”的具体方式、方法鲜有述及。能动司法概念内涵的抽象性与外延的模糊性,导致司法实践中缺乏统一的具体规范体系和评判标准,给法官在审判工作中贯彻能动司法理念带来困惑和偏差。

就能动司法的具体内容及表现形态而言,从最高人民法院的相关论述、各地各级法院的实践探索以及学者们对于能动司法应然及实然状态的描述,大体上可以归结为:把追求社会目标的实现作为司法的基本导向,以多元社会规则、多重社会价值作为司法的考量依据,把调解作为处理社会纠纷的常规性司法方式,把便民、利民作为司法运行中应当考虑的重要因素。^②能动司法作为一种观念形态进入司法的理念体系,符合中国司法的现实需求,无疑具有合理性、正当性和时效性。然而,在司法实际运作层面仅有笼统的原则、方向和目标远远不够的,如果找不到实现目标的路径,不能在司法方法、司法技术范畴找到出路,那么这些原则、目标将形同虚设。

(二)司法实践中关于能动司法的依据和规范不足

自能动司法理念提出以来,实务界开始将能动司法理念作为指导思想,我国各级人民法院对此积极实践与探索,如陕西陇县人民法院“能动主义八四司法模式”,河南省法院系统的“马锡五审判模式”等。丰富的能动司法实践展示了基层法院积极探索能动司法的成果,但也暴露出能动司法面临的困境,比如实践中缺乏统一的制度规范和评判标准,能动司法行为的合法性与合理性无法保障等。

能动司法强调为大局服务。最高人民法院和地方法院根据我国社会经济发展不同阶段的主要任务相继制定了一系列服务大局的意见,这些意见主要着眼于宏观审判指导,旨在为法院审判相关案件提供指引和框架,使其在具体案件审理中能够符合社会发展的要求和司法改革的方向,但在操作规范层面明显相对模糊。这一方面是因为法律的一般性原则强调司法需要考虑社会发展的大局和整体利益,这些原则

^① 参见苏力:《关于能动司法》,载《法律适用》2010年第2期。

^② 参见顾培东:《能动司法若干问题研究》,载《中国法学》2010年第4期。



往往是相对抽象的，不能够具体到操作规范层面；另一方面是因为服务大局的意见要求保证司法活动的灵活性和适应性，审判工作涉及各种不同类型的案件和具体情况，为了适应不同的办案需求和社会变化，服务大局的意见通常会保留一定的灵活性，以便法院根据具体情况做出决策。

涉强制拆除类行政诉讼代理人能动司法的工作机制不健全。强拆案件具有案情复杂、矛盾多发、影响范围广等特点，是行政执法管理与行政审判领域的重点及难点问题。行政审判要牢固树立双赢共赢多赢理念，把监督就是支持、支持就是监督贯穿到审判执行全过程各方面，支持促进政府加强对重点领域矛盾纠纷的源头治理，支持促进政府在行政程序环节化解矛盾纠纷，进一步健全行政执法与司法审判的衔接联动机制，探索联合发布典型案例、开展同堂培训等方式，把以人民为中心的执法司法理念、裁判标准更明确更具体落实在行政执法和司法环节。但从各地法院的实践来看，离最高人民法院的要求还有差距。与涉强制拆除类行政诉讼代理人能动司法相关的协调指导机制、府院联动机制及诉源治理机制等工作机制并不健全，有些机制内容比较空泛，缺乏实操性；有些机制运转不顺畅，难以真正发挥作用；有些机制只是针对个案临时形成的，没有普遍适用性。

关于强制拆除类行政诉讼代理人能动司法方面的裁判指引不足。近年来，地方法院为规范类案裁判，往往通过法官会议纪要、疑难问题解答等方式对相关案件办理提供裁判指引，这类裁判指引以民商事类案件居多，行政诉讼代理人案件并不多见，而涉及强制拆除类案件的裁判指引则更为鲜见。由于缺乏具体的操作规范，法官在释明权行使、依职权调取证据、判决方式选择、争议调解等方面缺乏统一的标准和方法，能动司法的发挥程度不一，导致同类案件裁判方式不一，不能达到实质性化解纠纷的目标，无法实现最佳办案效果，甚至引发当事人对法院裁判的质疑。

（三）能动司法理念贯彻程度更多取决于法官个体因素

在能动司法概念相对模糊，能动司法相关工作机制和类案裁判指引供给不足的情况下，具体案件中能动司法理念贯彻的程度和效果，更多取决于承办法官的个体因素。一些能够准确理解能动司法理念、善于发掘现有工作机制作用、积极进行协调工作的法官，能够最大程度地进行能动司法，实现行政争议的实质性化解，达到个案法律效果、政法效果和社会效果的有机统一。相反，一些缺乏能动司法理念的法官在能动司法的态度、手段、工作方法上有所欠缺。

如果仅取决于法官个体因素，则会导致同一类案件因不同的法官而出现不同的处理结果，无法实现行政强制拆除类能动司法的整体效果。在 734 件样本案件中，二审通过调解方式结案的有 39 件。例如张某等六人分别诉市政府等强拆蒙山润坤农业庄园案，一审法院判决被告市政府赔偿张某等人经济损失近 3000 万元，双方均

对判决结果不满意,提起上诉。后经二审法院发挥能动司法作用,多次做协调工作,最终达成和解,^①既维护了行政相对人的合法权益,又减轻了行政机关的信访压力,实现了良好的办案效果。其实,像这类涉及人数多、可能影响社会稳定等“不好审、难下判”的案件,只有积极能动司法,才能有效解决纠纷,从实质上化解矛盾。

司法理念指引司法实践。最高人民法院院长张军指出:“解决消极审判、机械司法、就案办案问题,根本在司法理念的转变,司法理念的现代化。”^②秉持能动司法理念的法官,会更加积极主动寻求解决争议的途径,推动案件进展,促进实质解纷。但转变承办法官的司法理念,仅靠个人能力的提升是不够的,需要通过构建类案裁判指引、组织支持、府院联动、诉源治理等立体工作机制,既从物质层面对法官的司法理念转变提供便利,又对法官能动司法给予方法、手段、组织上的支持保障。

三、能动司法适用空间及边界的法理基础

(一) 裁判权行使与原告诉权保护

“综观世界各国,审判方式大致可分为职权主义和当事人主义两种模式。”^③所谓职权主义,就是注重法院法官职权并以此限制当事人意思自治的行政审判模式。职权主义模式下,法官在行政审判中占有主导地位,法官不是消极的裁判者,他们被授权控制诉讼的进程。比如,在庭审前,可对案件事实进行必要的审查;在庭审中,法官有权主动地向当事人、证人等发问,有权收集、审查和评判证据等。当事人主义,即指对当事人诉讼行为实行意思自治并由法官居中裁判的行政审判模式。

在行政审判中充分发挥法官的职权作用,建立职权主义行政审判模式,有助于实现司法的公正与效率。就行政诉讼的当事人而言,被告行政机关地位相对强势,具有专业知识,取证能力强,而作为原告的公民、法人、其他组织却处于弱势地位,无职权、欠缺法律知识与专业技术知识,取证能力弱。在这种情况下,二者在法庭上对抗,原告明显处于弱势地位,不可能产生实质平等。再者,行政诉讼涉及的法律知识专业性强、技术性高,不少法律问题在司法机关、行政机关乃至理论界尚且有争论,更无法要求原告通过自己的认知,对被诉具体行政行为提出准确的质疑,对行政机关提出的主张和证据难以通过有效的事实证据或准确的法律依据进行反驳。因此,为了维护实质的公平,法律的天平可适当向原告倾斜,也正因如此,行政诉

① 参见张红玲诉临沂市人民政府、平邑县柏林镇人民政府、临沂市自然资源和规划局行政赔偿案,山东省平邑县人民法院(2021)鲁1326行初80号行政判决书。

② 《国家法官学院开学第一课——能动司法》,载中华人民共和国最高人民法院网2023年4月10日,<https://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-396042.html>。

③ 马健华:《审判方式改革实务手册》,人民法院出版社1997年版,第2页。



讼法明确规定被告对行政行为合法性负有举证责任。这种倾斜还应当体现于法官在诉讼中就事实认定、法律适用等方面对被告的调查和审问。在行政审判中,需要由法官运用职权帮助处于弱势地位的原告,以对抗强势的行政机关,追求实质的合理性,达到程序及实质上的公平正义。

职权主义模式下,“人民法院在行政诉讼中起着组织者、指挥者、裁判者的核心作用”^①。法官在诉讼活动中始终处于主导地位,把握诉讼的大局,对被告具体行政行为的合法性进行审查,不至于过分地受当事人或律师的影响,更有利于查明案情,作出公正的裁决。并且,法官主导着案件审理的节奏,有利于迅速、简易解决案件,亦满足了对诉讼效率的追求。

然而,职权主义模式也存在不足,如法官职权过于强化,法官成为整个行政诉讼秩序的主宰,控制和支配所有诉讼过程,不重视当事人尤其是原告的权利,如原告的撤诉可能不被准许。职权主义行政审判模式下,法官需要花费时间和精力调查取证,导致审判重心前移,影响审判效率。由于法官的职权作用过大,而当事人的作用相对弱化,这就有可能使法官失去“兼听则明”的机会,甚至陷入“先入为主”之中,导致裁判不公正。^②

鉴于此,可以将职权主义与当事人主义两大行政审判模式进行融和,选择以职权主义为主导,兼及当事人主义的新型行政审判模式。法官在行政审判程序中占主导地位,可在当事人诉讼请求变更、事实和证据的调查上发挥职权作用,主动调查、审问和适当干预;但法官在主动行使职权的同时也应充分发挥双方当事人的积极性,双方当事人的诉讼活动听从法院的指挥,并以辅助于法院职权运用为目的。这种审判模式有助于发挥法官的职权作用,也有利于发挥当事人积极参与诉讼的功能,充分行使诉讼权利。如此,既保持职权主义有利于迅速解决案件的优点,又引入当事人主义的适当制度,更好地实现公正与效率。

(二) 协调指导监督与承办法官审判权的自主行使

《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》(以下简称《意见》)明确规定了院长、庭长审判管理和监督的职责,其中包括对法官作出的实体裁决的案件指导监督、法律适用、程序合法性等内容的监督,以及对审判流程管理、案件质量评查、审判质效考评等方面的管理,^③使院庭长的审判监督权制度化、程序化。院庭长对包括行政强制拆除诉讼等重大案件进行监督指导,是法律赋予的重要职责,也确实具有迫切的现实需要。由院庭长对重大案件实体审判进行管理,对法官所实

① 杨海坤、黄学贤:《行政诉讼:基本原理与制度完善》,中国人事出版社2005年版,第6页。

② 参见张海廷:《新审判方式操作实务全书》(下),学苑出版社1998年版,第1275页。

③ 参见龙宗智、孙海龙:《加强和改善审判监督管理》,载《现代法学》2019年第2期。

施的审判活动主动协调、督促和咨询指导,能够引导法官做出正确的事实认定和更优的价值判断,提高承办法官的办案水平和审判质量,确保审判公正。

院庭长审判监督管理权是从行政管理的角度对审判权予以监督与制约,但《意见》仅规定院庭长有权要求法官进行报告,关于院庭长正常履职与其插手、干预法官自主行使审判权的行为认定却界限模糊,监督管理的依据、范围、程度没有厘清。院庭长的审判监督权因其自带的指令性,与法官的办案主体地位在一定程度上有所冲突,行政元素介入审判过程必然会影响法官自主行使审判权。各级法院加强审判管理的举措中,最重要、最敏感也是最难规范的就是院庭长等行政上级利用审判管理权对案件实体审判进行干预。^①

为实现“保障法官依法独立行使审判权”,贯彻“让审理者裁判、由裁判者负责”的基本原则,重大案件院庭长监督指导机制应在充分保障法官、合议庭独立审判权的基础上进一步完善,以达到保障和促进审判权合理运行的目标,构建法官自主审判权与院庭长审判监督权之间的平衡机制。其一,提高法官自身的业务水平和职业道德水平。需定期组织法官参加关于审判业务、最新法律适用及法学理论问题等方面的培训,全面提升法官的审判专业水平和审判业务能力。强化警示教育,牢固树立法官正确的世界观、人生观、价值观,抵御各种干扰,使其从思想到行为都能够自觉形成遵守职业道德及法律规范的习惯,树立底线思维。其二,细化合议庭成员、主审法官、院庭长和审判委员会的权力清单,实现纵向层级全覆盖,消除权力规范的盲区,明确权力的法律依据和法定程序,优化流程,进一步厘清权责边界。其三,落实院庭长监督指导重大案件全程留痕机制,院庭长可以查阅卷宗、旁听庭审、查看案件流程情况,还可以要求法官、合议庭在指定期限内报告案件进展情况和评议结果。对于院庭长未留痕的案件,法官、合议庭有权拒绝报告。院庭长对法官、合议庭拟作出的裁判结果有异议的,可以决定将案件提交专业法官会议、审委会进行讨论,不得强令法官、合议庭接受自己意见或者直接改变法官、合议庭意见。

总之,既要行政强制拆除等重大案件进行监督指导与协调,也应保障法官审判权的自主独立行使,赋予法官充分空间,让其在案件审理过程中根据案件的具体情况,依法进行独立判断和决策,自主决定案件的处理方式和结果,客观公正地审理案件,达到保障法官审判独立和审判质量的双重目的。

(三) 司法权与行政权的界分

司法权和行政权作为人民法院和行政机关分别行使的不同权力,在权力性质、社会功能上具有明显不同。行政权是国家行政机关依照法律授权执行国家法律规范,

^① 参见龙宗智:《审判管理功效、局限及界限》,载《法学研究》2011年第4期。



组织、管理社会公共事务的权力。国家设立行政权的直接目的是维护社会秩序和公共利益,实现国家有效治理。“法无授权不可为”,行政机关在法律框架内行使行政权,作出的行政行为有法律依据,通过依法行政,达到社会管理目的。

为了监督行政机关依法行政,国家建立行政诉讼制度,人民法院通过行政审判对行政权进行监督。“行政诉讼的特殊之处就在于在诉讼程序的设计和诉讼过程的运作无不关涉到行政权与审判权之间的关系,如何协调二者间的关系是各国行政诉讼皆面临的问题。”^①2015年实施的《行政诉讼法》第1条明确将旧法中“维护和监督”修改为“监督”行政机关依法行使行政职权,同时增加了“解决行政争议”的表述,实际上明确了行政诉讼的主要功能是监督行政机关依法行使行政职权,摆正了司法和行政二者之间的关系。

人民法院通过行使审判权,解决行政争议、维护相对人合法权益、监督行政权。实现行政管理目的,是人民法院与行政机关共同的职责使命,行政审判与行政管理具有根本目标的一致性,但在权力行使上,二者要有边界,司法权要保持自身定位。考虑到司法权与行政权的职能分工,分清二者之间的法律边界,通过对行政权的监督,维护合法行政行为的效力,支持行政机关依法履行职责,纠正违法行政行为,补位而不越位。一方面,法院通过行使审判权对行政行为进行监督,坚持对行政行为合法性审查的原则为底线,弥补和纠正行政权的不当行使,做到对行政权的及时补位。对行政不作为,法院可判决行政机关履行相应法定职责;对违法行政行为,要进行纠正;对违法行政行为给公民、法人或者其他组织造成合法权益受损的,要通过行政赔偿、行政补偿使合法权益得以恢复和救济;对于行政行为违法侵犯当事人的合法权益但又不符合法定起诉条件的案件,人民法院可以通过组织和解、司法建议、多元化解行政争议平台等路径,将行政争议化解在诉讼外。

另一方面,在保持司法权公正、中立原则的同时,也不能忽视司法本身的被动性。要克制司法权对行政权的干预,不能以司法权代替行政权,做到不越位。严守司法权对行政权监督的范围,对明确不属于行政诉讼受案范围的行政行为,比如行政机关内部程序性行为、不产生强制力的行政指导行为等,不能违法受理。对于不符合受理条件的案件,如超过起诉期限、主体不适格等,亦不能违法受理,越权裁判。在案件审理和裁判中,既要尊重行政机关在法律规定范围内行使自由裁量权的行为,尊重行政机关对事实、法律问题、专业技术问题的判断,确保合法有效的行政行为得以实施;也要考虑如何帮助行政机关正确有效地实现行政管理目的,引导行政机关按照法律规定依法行政,避免产生行政争议。

^① 马怀德主编:《行政诉讼法原理》,法律出版社2009版,第5页。

(四) 诉源治理中法院的职能定位

诉源治理能够有效地缓解人民群众与日俱增的解纷需求同人民法院日益紧张的司法资源之间的矛盾,从源头上预防纠纷产生或将纠纷消解于萌芽状态。《最高人民法院关于建设一站式多元解纷机制、一站式诉讼服务中心的意见》提出要“切实发挥人民法院在诉源治理中的参与、推动、规范和保障作用”。坚持党对人民法院工作的绝对领导,坚持以人民为中心,坚持法治保障,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。加强联动融合,重塑诉讼格局,形成符合中国国情、体现司法规律、引领时代潮流的中国特色纠纷解决和诉讼服务的新模式。在诉源治理工作中,党委是领导者,政府是主导者,法院及其余主体是参与者。那么,法院应当怎样参与诉源治理工作呢?对此,有的法院不愿主动参与,认为诉源治理是将法院从化解矛盾纠纷的“最后防线”推至“第一线”,突破了司法的被动性;也有法院认为其应主导诉源治理工作,对社会矛盾纠纷大包大揽,过早过度介入社会纠纷,这都是因法院在诉源治理中角色定位模糊造成的。若法院在诉源治理中出现角色不清等情形,便会产生应然角色与实然角色的反差,从而造成法院的功能失调,^①不仅给法院增添新的负担,也会阻碍诉源治理效果的实现。因此,在诉源治理视域下,法院作为法治建设的重要参与力量,应当有较为清晰的职能定位。

法院应利用自身特点及优势推进诉源治理工作,有所为也有所不为。一方面,法院要以司法被动性这一固有特征来厘清法院在诉源治理中的边界。法院以审判为主的职能决定其不宜成为诉源治理的主导者,否则会导致本职工作的本末倒置,即便在能动司法语境下,司法审判职能也并非无限度延伸。另一方面,法院在诉源治理中可主动参与,积极作为,这是适应时代需求和实现市域社会治理现代化的要求,亦是能动司法的内在要求。

在诉前、诉中、诉后三个阶段法院均可发挥自身功能推动诉源治理。在“源头预防为先”的前端解纷环节,法院要坚持在党委领导的诉源治理格局中,立足本职,发挥法治保障作用。法院可以通过与行政机关建立联动互动等方式为治理主体提供一个全面理性规范化的共同平台,为行政管理重大决策、规范性文件出台、完善相关执法程序、统一执法司法标准、开展法治宣传等提供司法服务。基于法院在纠纷解决方面的高度专业性与法律权威性,法院可通过法律咨询、业务培训、实地指导等方式,加强对各类调解组织的业务指导,助推矛盾纠纷多元化解机制的向上发展。^②

^① 参见施新州:《人民法院在国家治理中的功能定位分析》,载《治理现代化研究》2019年第1期。

^② 参见李少平:《传承“枫桥经验”创新司法改革》,载《法律适用》2018年第17期。



具体到强拆案件中,法院为政府的重大项目、重大工程行政决策提供法律咨询,如对政府的征收行为、违建治理专项行动等进行合法性评判,提高行政决策的合法性和科学性。对执法人员进行强拆法律实务专项培训,规范行政执法行为,避免出现违法强拆情形,从而从源头上避免因违法强拆引发行政诉讼案件。在纠纷发生后,坚持将非诉机制挺在前,法院要积极引导当事人采取调解、和解的方式化解矛盾。法院可积极引导行政机关主动与被拆迁人就赔偿问题进行和解,力争通过非诉的方式将案件彻底解决,避免当事人提起强拆违法案件后,另行提起赔偿诉讼案件。通过调解与和解,可以减少案件的数量,减轻法院的负担,并促进当事人和谐解决争议。在诉中阶段,法院应立足自身审判职能,集中精力妥善解决每一起案件,努力提升案件质量,以案释法,通过裁判指引行政行为,尽量做到“办理典型一案,促进解决一片”。诉后阶段,法院通过司法建议、行政审判白皮书等形式就诉讼中发现的行政执法问题向行政机关发布个案司法建议或针对特定领域行政执法普遍性问题提出综合性司法建议,帮助行政机关提升依法行政的能力和水平,帮助完善行政执法机制和制度。

四、强拆类案件能动司法机制的构建

(一) 个案维度:建立强拆类案件裁判指引机制

裁判指引机制旨在通过对强拆类案件的审理经验和判决结果进行总结和归纳,为法官提供指引和参考,以确保类似案件的审理过程和判决结果相对一致。该机制在内容上至少应当包括法官释明权的行使机制、依职权调查取证机制和类案检索启动机制等,在形式上可以采用法官会议纪要、审理疑难问题解答、强拆类案件办案指导等形式。

法官释明权行使机制。《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《解释》)第 26 条规定,原告起诉的被告不适格,人民法院应当通知原告变更被告;应当追加被告而原告不同意追加的,人民法院应当通知其以第三人身份参加诉讼。第 27 条规定,必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的,人民法院应当依法通知其参加诉讼。根据上述规定,法官在被告不适格或不全面时,应当向原告释明变更或追加,该释明内容不仅仅包括告知原告应进行变更或追加被告,还应当包括明确告知原告所应变更或追加的被告具体身份。《解释》第 55 条规定,原告起诉状内容或材料欠缺的,人民法院应当给予指导和释明。根据上述规定,当

原告的诉讼请求不明确时,法官应当给予指导,帮助原告明确诉讼请求。根据《解释》第94条的规定,原告请求确认行政行为无效,人民法院审查认为行政行为不属于无效情形,亦应当向原告进行释明。同时,按照实质化解行政争议的诉讼目的,在原告的诉讼请求虽然明确,但综合原告所主张的事实和理由,其诉讼请求即便得到支持也无法解决其实质诉求时,可以建议原告直接就其实质诉求主张权利,以从根本上解决矛盾纠纷,实现原告的诉讼目的。

依职权调查取证机制。《行政诉讼法》第39、40、41条分别规定了人民法院要求当事人提供证据、直接调取证据和依原告或第三人申请调取证据的情形。《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第9条、第22条分别对人民法院要求当事人提供证据、直接调取证据的具体情形作了进一步明确,即涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实,可以要求当事人提供证据或者直接调取证据,涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的,可以直接调取证据。《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第33条对人民法院依当事人申请或依职权勘验现场作了规定。综合上述规定可以看出,法官在涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定及变更追加当事人等程序事实认定时应当依职权进行调查取证,调查取证的方式包括要求当事人提供证据、直接调取证据和进行现场勘验。需要着重指出的是,在原告所诉被告不适格时,法官应当依职权进行调查取证,查明适格的被告后向原告进行释明。

类案检索启动机制。《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》第2条规定了应当进行类案检索的四类案件:拟提交专业(主审)法官会议或者审判委员会讨论的;缺乏明确裁判规则或者尚未形成统一裁判规则的;院长、庭长根据审判监督管理权限要求进行类案检索的;其他需要进行类案检索的。如前所述,强拆类案件往往具有群体性、关联性等特点,为保证处理结果的一致性和公平性,应当列入其他需要进行类案检索的案件范围,在审理过程中进行类案检索应当作为对承办法官的原则性要求,未进行类案检索的应当向合议庭作出说明。在类案适用上,案件处理结果除不得与最高人民法院发布的指导性案例、典型案例、生效案件和上级人民法院发布的参考性案例及生效案件冲突外,应当与本院生效裁判保持一致,尤其是对同一区域内强拆案件当事人的利益保护应当均衡。

(二) 纵向维度:优化监督指导和质效考核机制

该机制在于解决利用组织力量克服法官个体协调能力不足的问题,以应对强拆诉讼案件的复杂性,主要包括本院协调机制、上级法院指导机制和法院质效考核机制,



需要在现有基础上进一步优化。

本院监督协调机制。2021 年 11 月，最高人民法院印发《关于进一步完善“四类案件”监督管理工作机制的指导意见》，人民法院对“四类案件”应当加强监督管理，院庭长在分管领域、职务权限范围内应当按工作程序采取监督管理措施。强拆类诉讼案件应当明确作为涉及群体性纠纷或者引发社会广泛关注可能影响社会稳定的类别纳入“四类案件”进行管理，以发挥院庭长职能作用。同时应明确在强拆诉讼案件进行行政争议和解时，经承办法官请求，院庭长可以召集行政机关负责人参与和解工作，以推动行政争议实质性化解。对于涉及地方稳定的群体性案件，院长应当按照政法工作条例的规定主动向党委政法委进行汇报，争取党委政法委予以协调解决。

上级法院监督指导机制之立案监督机制。《行政诉讼法》第 52 条规定：“人民法院既不立案，又不作出不予立案裁定的，当事人可以向上一级人民法院起诉。上一级人民法院认为符合起诉条件的，应当立案、审理，也可以指定其他下级人民法院立案、审理。”《解释》第 6 条、第 7 条分别规定了当事人向中级人民法院起诉、基层法院报请中级人民法院管辖的情形。中级人民法院应当按照规定及时予以立案、指定基层法院管辖或自行审理，切实保障当事人的诉权。

法律适用指导机制。根据《最高人民法院关于司法解释工作的规定》，高级人民法院可就审判工作中具体应用法律的问题向最高人民法院进行请示。为解决下级法院司法能力不足和法律适用统一性问题，其他人民法院可就法律和司法解释适用问题向上一级人民法院进行请示，上级法院针对下级法院请示的法律适用问题，通过召开法官会议等形式进行研究，形成法官会议纪要供承办法官参考适用。根据最高人民法院关于促进法院系统准确统一适用法律和加强司法能力建设的工作要求，在全国法院范围内搭建了“法答网”平台，为规范、高效运用这一平台，要明确答复的权限、流程及效力问题，为下级法院提供准确的法律适用指导意见。

质效考核机制。针对强拆诉讼案件的特点，进一步优化案件质效考核机制，在审判质效管理指标体系中质量、效率、效果三个维度上，适当增加质量和效果的考核指标和权重。比如，将实体判决率、和解率等列入考核指标，同时探索如何将社会评价、领导批示等列入考核指标，着重激励承办法官追求办案的质量和效果，实现强拆诉讼案件办理的法律效果、政治效果和社会效果的有机统一。

（三）横向维度：实化府院联动机制

府院联动是加强政府与法院之间的协作联动、实现行政与司法良性互动的一种

工作模式。通过建立完善庭审观摩常态化机制、行政诉讼与行政应诉定期联席会议机制、行政机关负责人出庭应诉实效机制、司法建议机制等,进一步充实府院联动机制的内容和形式。

庭审观摩常态化机制。将现行的庭审观摩活动常态化,每年根据行政诉讼案由和行政管理领域确定一定数量的庭审,分别组织司法行政、自然资源和规划、综合行政执法、乡镇政府等行政机关进行观摩,充分发挥庭审观摩的普法教育功能。

行政诉讼与行政应诉定期联席会议机制。由法院和司法行政主管部门定期联席会议召开,针对行政执法、行政诉讼中存在的疑难问题进行分析研讨,着重解决强拆过程中存在执法程序不规范、事实认定证据不足、补偿不及时不到位等问题,助推行政机关提高执法水平。

行政机关负责人出庭应诉实效机制。在目前关注行政机关负责人出庭率的基础上,应进一步强调行政机关负责人出庭应诉的实质效用,将行政机关负责人出庭情况与行政争议实质解决相关联,让行政机关负责人既“出庭出声”,又“出解出治”,使强拆诉讼领域的矛盾纠纷及时得到实质化解。

司法建议机制。针对强拆诉讼中存在的问题,除发送个案司法建议外,应侧重总结普遍存在执法问题,向主管部门发送类案司法建议或综合性司法建议,使司法建议不仅起到实质性化解个案争议的作用,而且发挥提升行政执法水平、助力社会治理方面的效能。同时,建立司法建议办理结果反馈机制,法院对已发送的司法建议设置提醒与回访环节,督促行政机关及时对司法建议办理情况进行反馈,条件许可情况下可将司法建议工作纳入当地社会综合治理体系中,设置绩效考评指标,以切实强化司法建议的作用效果。

(四) 立体维度:完善强拆类案件诉源治理机制

诉源治理应当涵盖行政纠纷诉前调解、涉强拆执法领域行政争议预防和社会面普法宣传教育三个层次,具体包括行政争议和解工作机制、对调解组织的业务指导机制、重点执法领域法律咨询机制、执法能力提升联合培训机制、典型案例和行政审判白皮书发布机制等。

行政纠纷诉前调解方面,应着重健全完善行政争议和解工作机制和针对调解组织的业务指导机制。充分发挥诉前调解的制度优势,畅通涉强拆案件调解和协商工作机制,研究制定行政机关参与行政和解工作的考评机制,提高行政机关主动参与和解的积极性,鼓励当事人通过协商和调解解决纠纷,减少诉讼案件的发生。人民法院对调解组织的调解人员定期进行法律知识培训和调解方法指导,提升调解人员



的调解工作能力，提高诉前调解成功率，减少进入诉讼程序的案件数量。

涉强拆执法领域行政争议预防方面，应当建立健全重点执法领域法律咨询机制和执法能力提升联合培训机制。人民法院发挥在法律适用方面的专业优势，为行政机关在涉强拆领域执法工作提供事前法律咨询服务，通过开展法律适用研讨、执法培训等方式，提升行政机关的执法能力和水平，规范执法行为，从源头上预防和避免行政争议。

社会面普法宣传教育方面，建立完善行政诉讼典型案例和行政审判白皮书定期发布机制。通过某一类案件的专项审查报告，诊断行政执法过程中存在的问题，指出行政机关在执法过程中存在的问题或潜藏的隐患，对症下药，精准改进，切断行政争议发生的病灶，进而从源头上预防和化解行政争议。通过向公众发布典型案例和行政审判数据分析，揭示社会治理过程中出现的问题和趋势，发挥法院审判工作中的教育、引导和预警功能，为社会治理工作提供决策参考。

结 语

中立和谦抑是司法的固有品格，积极能动是新时代对司法工作的新要求。如何将能动司法理念贯彻到司法实践中，积极主动适应社会变革和人民群众的司法新需求，需要持续进行探索。强拆诉讼案件往往涉及多个行政机关和众多行政相对人及其他利害关系人，为司法能动作用发挥提供了广阔空间。当然，能动司法的施展空间是有限度的。在延伸司法职能的同时，必须严守法院的审判职能定位，不能侵害当事人的诉讼权利，不能妨害法官独立行使审判权，更不能直接介入到行政机关的行政权行使中，避免司法盲动和乱动。

（责任编辑：郝晓越）

轻罪时代“但书”出罪的功能困境与理论重构

张 印^{*}

内容摘要:轻罪时代“但书”出罪对于犯罪圈的调控具有重要意义。然而,“但书”出罪面临诸多理论争议,导致司法解释规范设定含混,引发实务中对“但书”的错用、滥用。对此,可从立法供给与需求的适配性、犯罪混合概念的融合功能和总则对分则的统领作用三重维度肯定“但书”出罪的正当性,并重构其理论路径。“但书”出罪应在犯罪论体系内部实现,不满足构成要件的情形并非“但书”涵摄范畴。应区分立法定量与司法定量,前者罪量要素是构成要件的组成部分,而后者具有灵活性。“但书”可作为超法规的违法阻却事由和责任阻却事由作用于违法性和责任阶层。四要件犯罪论体系中的犯罪客体与犯罪主观方面分别对应阶层犯罪论体系的违法性和责任阶层,由此可实现“但书”与不同犯罪论体系的贯通。

关键词:轻罪时代;但书;出罪功能;罪量要素;犯罪论体系

一、问题的提出

入罪与出罪当属犯罪论体系建构的核心范畴。围绕四要件、三阶层与二阶层犯罪论体系,国内刑法学界展开了旷日持久的论争。相较于入罪,出罪似乎一直处于依附地位。传统观点认为,未能完全满足犯罪构成的行为,当然排除犯罪的成立,此为“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”的基本原理。然而,入罪与出罪作为对立统一的矛盾体,共同决定犯罪圈的调控范围。入罪范围之框定必然端赖于出罪标准之

① * 张印,北京师范大学法学院博士研究生。

基金项目:本文系最高人民法院2022年度司法研究重大课题“赌博犯罪法律适用问题研究”(批准号:ZGFYZDKT202208-01)的阶段性成果、北京师范大学法学院2023年度学术型研究生专项科研基金课题“数据动态流动的法益重塑与刑法适用”的阶段性成果。



变迁。近年来,我国犯罪内部结构呈现“双升双降”的趋势,^①有学者认为我国已进入轻罪时代。^②轻罪时代立法呈现积极扩张态势,旨在严密刑事法网,保障社会安全。然而,过度强调社会防卫,必然导致刑法人权保障机能的弱化。在轻微犯罪数量比例占据高位的形势下,应坚守刑法的谦抑性和最后手段性,更多关注出罪,通过多元化制裁实现国家治理体系和治理能力现代化。

从现行刑法规定看,除正当防卫和紧急避险外,《刑法》第13条的“但书”是出罪最明确和直接的制度根据。然而,受制于“但书”条款的理论争议和规范冲突,司法实践存在错用和滥用等情形,使其担负无法承受之重,进而导致出罪实现机制的功能困境。为此,学界针对“但书”与“罪刑法定”的关系、“但书”的出罪功能及其与阶层犯罪论体系的贯通、司法解释中的“但书”规范等进行考察,试图消解“但书”适用的理论争议,激发其出罪效能。^③不过,上述研究成果相对分散,研究内容呈现割裂态势,且未能立足于我国司法实践对“但书”作用于犯罪论体系的具体路径加以厘定。笔者认为,应从理论、规范和实践层面全方位考察“但书”出罪实现机制面临的功能困境,结合我国刑事立法、司法和刑法理论状况对“但书”的出罪功能予以证立,对其理论予以重构,以实现不同犯罪论体系之下“但书”出罪的融通适用。

二、“但书”出罪实现机制的功能困境

“但书”出罪的实现面临理论、规范和实践三重困境,造成出罪实现机制的功能障碍。“但书”条款的理论争议导致司法解释规范设定的含混,进而引发司法实践对于“但书”的错用、滥用,使其面临异化风险。

(一) 理论层面:“但书”出罪的性质争议

“但书”与前段的关系之辨关涉其能否作为独立的出罪事由。亦即,“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”与“一切……危害社会的行为,依照法律应当受刑罚处罚的,都是犯罪”二者是否存在实质冲突?在满足前段的前提下以“但书”出罪,可能面临“有罪不认、违法不究”的诘责。针对二者的关系定位,学界展开激烈讨论。“废

① 所谓“双升”,是指轻微犯罪大幅度上升和轻刑率稳步上升;所谓“双降”,是指近年来八类严重暴力犯罪的犯罪率逐年下降,其在全部犯罪总量中的占比也在下降,以及重刑率的下降。

② 参见卢建平:《轻罪时代的犯罪治理方略》,载《政治与法律》2022年第1期。

③ 参见陈兴良:《但书规定的法理考察》,载《法学家》2014年第4期;杨忠民、陈志军:《刑法第13条“但书”的出罪功能及司法适用研究》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2008年第5期;储陈城:《“但书”出罪适用的基础和规范》,载《当代法学》2017年第1期;刘科:《司法解释中的但书规范:性质、识别方法与完善思路》,载《政治与法律》2023年第1期。

除说”主张,“但书”是对“前段”的重复,应当删除。^①“保留说”主张二者应当并存,其中支持四要件犯罪体系的学者主要从构成要件实质解释的角度发挥“但书”的出罪功能;主张阶层犯罪论体系的学者将“但书”融入犯罪成立的各阶层进行检验,并将其作为阻却事由予以出罪化处理。^②由此可见,“但书”出罪功能的确立并非理所当然的确定性命题,而是充满实质争议的“真问题”。有学者指出,“但书”司法化破坏了构成要件的定型作用,动摇了罪刑法定的根基,增加了司法恣意性,放任了司法人员“粗犷化”的办案思维,不利于“精细化”刑法思维方式的养成,因而仅具有指引作用而无实质规范含义。^③将“前段”称为积极的罪刑法定,“但书”称为消极的罪刑法定,^④更加凸显实质犯罪观与形式犯罪观的矛盾对立。^⑤

然而,如若认为“但书”的司法化导致犯罪构成作为犯罪成立检验标准的功能受到弱化,^⑥且以“但书”出罪和以“不符合构成要件”出罪具有价值目标和评价结果的等同性,^⑦进而主张取消“但书”规定并通过强化犯罪构成要件的实质解释予以出罪,^⑧则可能因未能挖掘“但书”作用于犯罪论体系内部的具体路径和积极意义,从而陷入架空“但书”的泥潭。

此外,“但书”适用的范围、限度和方式亦存在诸多争议。其一,“但书”与罪量要素的关系问题。我国刑事立法采取“定性+定量”的模式,刑法分则大量罪名在构成要件上有情节严重、数额较大或者其他限制性规定,即为罪量要素。^⑨在满足相应标准的情形下,能否以“但书”出罪存在争议。其二,“但书”与阶层犯罪论体系的关系问题。有学者主张采取“质”“量”结合的辩证思维,以“但书”审视行为的不法程度和行为人的罪责程度,以此实现“但书”与三阶层犯罪论体系“违法性”和“责任”的有机衔接,^⑩抑或将“但书”作为超法规的违法阻却事由和超法规的责任阻却事由。^⑪然而,无论是违法性层面的社会相当性理论、可罚的违法性理论,抑或责任层面的期

① 参见樊文:《罪刑法定与社会危害性的冲突——兼析新刑法第13条关于犯罪的概念》,载《法律科学》1998年第1期;王尚新:《关于刑法情节显著轻微规定的思考》,载《法学研究》2001年第5期;梅传强:《论“后劳教时代”我国轻罪制度的建构》,载《现代法学》2014年第2期;卢建平、刘传稿:《法治语境下盗窃罪治理模式探究——基于犯罪统计的分析》,载《现代法学》2017年第3期。

② 参见王强:《我国〈刑法〉第13条但书规定新解——兼论但书在犯罪构成中的展开》,载《法律科学》2011年第5期;王昭武:《犯罪的本质特征与但书的机能及其适用》,载《法学家》2014年第4期;敦宁:《“但书”在阶层式犯罪构成体系中的定位问题》,载《江西社会科学》2018年第7期。

③ 参见李翔:《论我国〈刑法〉第13条“但书”司法化之非》,载《东方法学》2016年第2期。

④ 参见何秉松:《刑法教科书》(上卷),中国法制出版社2000年版,第63页。

⑤ 参见杜辉:《论实质的犯罪观》,载《前沿》2010年第10期。

⑥ 参见王政勋:《论社会危害性的地位》,载《法律科学》2003年第2期。

⑦ 参见储陈城:《“但书”出罪适用的基础和规范》,载《当代法学》2017年第1期。

⑧ 参见石聚航:《司法解释中的出罪事由及其改进逻辑》,载《环球法律评论》2020年第3期。

⑨ 参见陈兴良:《但书规定的规范考察》,载《法学杂志》2015年第8期。

⑩ 参见王华伟:《刑法知识转型与“但书”的理论重构》,载《法学评论》2016年第1期。

⑪ 参见陈伟、钟滔:《刑法“但书”出罪的功能失调及其规范适用》,载《四川师范大学学报(社会科学版)》2020年第3期。



待可能性、违法认识可能性,均涉及其在阶层犯罪论体系中的地位 and 适用的明确性、正当性问题,存在适用的模糊性。其三,司法实践采用“四要件”犯罪论体系,其与经由阶层论出罪的模式存在一定程度的割裂。即使承认“但书”通过“违法性”和“责任”出罪的功能,在四要件审查语境下如何进行裁判说理,也存在适用的障碍。

(二) 规范层面:出罪规范设定依据的混同

综观我国司法解释的出罪规范体系,可将其划分为程序意义的出罪和实体意义的出罪。前者对应“有罪归为无罪”。例如,2013 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》第 8 条规定:“行为人认罪、悔罪,积极赔偿被害人损失或者取得被害人谅解的,可以从轻处罚;犯罪情节轻微的,可以不起诉或者免予刑事处罚。”后者对应“原本无罪”。比如,结婚后因遭受自然灾害外流谋生,与他人形成事实婚姻的,不构成犯罪。上述两类出罪模式的实质区别为在犯罪论体系外部出罪和内部出罪,但恰因“但书”性质存在争议,导致出罪规范在同样采取“情节显著轻微危害不大”的表述时,相应情形既可能属于犯罪论体系外部出罪,亦可能属于内部出罪。《最高人民法院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》规定“在刑事立案前支付劳动者的劳动报酬,并依法承担相应赔偿责任的,可以认定为情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪”,即属外部出罪;已满 16 周岁不满 18 周岁的人实施盗窃行为,在具备特定情形下,即使达到数额较大的标准,因违法性程度较低,亦可认定为“情节显著轻微危害不大”,即属内部出罪,由此导致“但书”识别的含混。部分司法解释在采用“但书”表述时甚至未列举具体适用情形,如《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》第 15 条规定:“综合考虑社会危害程度、认罪悔罪态度等情节,认为犯罪情节轻微的,可以不起诉或者免予刑事处罚;情节显著轻微危害不大的,不以犯罪论处。”上述规范对于实现出罪仅具有提示功能,缺乏实质意义。

此外,从“但书”出罪的规范形式看,可以观察到其结构混杂、表述混乱、因果错位的现象。就出罪结构而言,存在与“但书”出罪事由表述相同而出罪后果表述不同、出罪事由表述不同而出罪后果表述相同,出罪事由与后果表述都相同或都不相同等情形。^①就出罪表述而言,出罪后果有“不是犯罪”“不认为是犯罪”“不以犯罪论处”“不按照犯罪处理”“可以依法不追究刑事责任”“一般不予追究刑事责任”等,上述表述均指向出罪结果,但各个表述的具体内涵、内在逻辑、关联关系不得而知。就因果配置而言,部分出罪事由未能有效区分犯罪构成体系内外出罪的差别,从而将符合犯罪构成,本应程序出罪的情形认为不构成犯罪,造成因果错配。因而,司法解释中出罪

① 参见刘科:《司法解释中的但书规范:性质、识别方法与完善思路》,载《政治与法律》2023 年第 1 期。

规范的依据是否涵摄于“但书”的适用范围,存在设定混乱、难以识别之弊端。

(三) 实践层面:“但书”滥用、错用的异化风险

“但书”在展现出强大生命力的同时,承担着艰巨的出罪任务。在专门以“但书”出罪为考察对象的实证研究中发现,“但书”存在被随性化适用、错用、滥用的风险。^①

“无罪”判决的形成,有因不满足犯罪构成要件而予以出罪的情形,此时是否需要列明“但书”规定,实践做法不一。在肖某妨害公务罪案中,被告人肖某虽有以轻微暴力方法阻碍国家机关工作人员强制拆除违法建筑物的行为,但因行政机关执法行为不具有合法性,不能认定为执法人员系依法执行职务,因而公诉机关指控的犯罪不能成立,法院最终判决肖某无罪。^②在上述情形中,法院对被告人涉嫌罪名的构成要件进行实质考察,直接以行为缺乏构成要件要素为由予以出罪。在张元瑛故意伤害罪案中,被告人张元英因与同村村民秦某争夺土地使用权而手持锄头将秦某头部打伤,经鉴定构成轻伤,后因人体损伤鉴定标准发生变化,被害人秦某的伤情构成轻微伤。法院以张元英的行为情节显著轻微、危害不大为由认为其不构成犯罪。^③在党丰军故意毁坏财物罪案中,被告人党丰军因宅基地侵权与张某产生纠纷,张某两次垒建院墙均未经党丰军同意,经村干部调解,要求张某限期拆除自家院墙,后张某并未按期拆除,党丰军自行拆除院墙,导致损失共计2841.5元,达到故意毁坏财物罪的数额标准。法院以“本案系邻里纠纷引发,被告人的行为具有维权性质,其主观恶性、行为违法性及社会危害程度均较轻”,认定其属于“情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪”,最终判决宣告被告人党丰军无罪。^④上述案例无论是在构成要件之内出罪,抑或满足犯罪构成要件,均适用“但书”予以出罪。

“但书”适用存在以不具有社会危害性为由予以出罪的抽象情形。在王力军非法经营再审改判无罪案中,被告人王力军未办理粮食收购许可证即擅自无证违法收购玉米,公诉机关以非法经营罪提起公诉,一审法院经审理后认为非法经营罪罪名成立。后再审法院改判被告人王力军无罪,但其改判理由并未对王力军的行为是否符合非法经营罪的构成要件进行审查,而是“尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度,不具备与刑法第二百二十五条规定的非法经营罪相当的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性”,^⑤但以“社会危害性、刑事违法性、刑事处罚必要性”为由出罪过于抽象,且缺乏法定依据。

① 所谓错用,是指将不满足“情节显著轻微危害不大”的行为适用“但书”予以实体出罪;所谓滥用,是指将原本不满足犯罪构成要件的行为适用“但书”出罪。参见崔志伟:《“但书”出罪的学理争议、实证分析与教义学解构》,载《中国刑事法杂志》2018年第2期。

② 参见肖某妨害公务罪案,广东省潮州市中级人民法院(2018)粤51刑终103号刑事裁定书。

③ 参见张元英故意伤害罪案,安徽省固镇县人民法院(2013)固刑初字第00227号刑事判决书。

④ 参见党丰军故意毁坏财物罪案,河南省浞池县人民法院(2017)豫1221刑初212号刑事判决书。

⑤ 参见王力军非法经营罪案,内蒙古自治区巴彦淖尔市中级人民法院(2017)内08刑再1号刑事判决书。



本应以“但书”出罪，但由于缺乏明确的“但书”适用指引规范，只能通过量刑优惠来实现处理结果的妥当性。在郭某非法狩猎罪案中，被告人郭某为捕猎麻雀食用，在奇源林场李某居住房屋旁的塑料大棚处敷设两片粘网用以捕捉鸟类，并成功捕捉四只麻雀并烧熟后食用。法院经审理后认为现有证据仅能证明被告人郭某捕食1只麻雀，数量不构成定罪情节，而属于量刑情节。最终认定被告人郭某犯非法狩猎罪，判处拘役两个月，缓刑四个月。^①我国刑事立法采取“定性+定量”的模式，尽管《刑法》中非法狩猎罪条文本身并未规定情节或数量标准，但并不意味着本罪的成立不设门槛，完全可以“情节显著轻微危害不大”的“但书”条款予以出罪处理。相反，无罪判决的风险亦体现在应当入罪却以“但书”为由出罪。在赵某非法侵入住宅罪案中，被告人赵某两次于夜间踢门、撞门强行闯入邱某家，并与邱某发生争执，损坏邱某财物，从构成要件看，赵某完全符合非法侵入住宅罪的构成要件，但一审、二审法院均认为其行为“情节显著轻微危害不大”，最终认定其不构成犯罪。^②本案缺乏适用“但书”的事实基础，有突破非法侵入住宅罪构成要件予以出罪之嫌。

三、轻罪时代“但书”出罪功能的逻辑证立

无论从功利主义的现实需求出发，还是从刑法理论的体系性和科学性层面考量，均应肯定轻罪时代“但书”出罪功能的正当性，如此方能为“但书”出罪的理论路径重构奠定坚实的存在论基础。

（一）出罪立法供给与司法需求的适配性要求

近年来，我国刑事立法呈现积极扩张犯罪圈的活性化特征，体现为通过《刑法修正案》增设轻罪、扩张行为类型或者行为对象、扩大犯罪主体范围、减少犯罪构成要件要素等方式。^③其中轻罪的增设发挥犯罪圈扩张的主渠道功能，其司法的大规模适用凸显入罪效果。以三年有期徒刑作为轻重罪的划分界限，考察我国《刑法》轻罪结构及立法增设的变迁历程，可清晰地展现犯罪圈扩张的现实背景。1997年《刑法》共有79个轻罪罪名，占全部413个罪名的19.13%。经由系列《刑法修正案》修订，尤以2011年《刑法修正案（八）》增设危险驾驶罪为契机，轻罪立法进入快车道。《刑法修正案（九）》增设强制穿戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志罪等14个新罪名，《刑法修正案（十）》增设侮辱国歌罪，《刑法修正案（十一）》增设8个轻罪罪名。经由上述修订，我国新增轻罪罪名28个，现存轻罪罪名共计105个，占全部483个

① 参见郭某非法狩猎罪案，黑龙江省东方红人民法院（2021）黑7526刑初37号刑事判决书。

② 参见赵某非法侵入住宅罪案，宁波市北仑区人民法院（2000）甬仑刑初字第209号刑事判决书；宁波市中级人民法院（2000）甬刑终字第329号刑事判决书。

③ 参见黎宏：《预防刑法观的问题及其克服》，载《南大法学》2020年第4期。

罪名的21.7%。^①就司法出罪而言,应通过司法专业人员基于法治理性的判断,对作为行为规范的刑法条文进行合理解释,从而将积极的刑事立法对人们生活的过度干预消除或者控制在最小范围。^②2021年4月,中央全面依法治国委员会把坚持“少捕慎诉慎押”刑事司法政策列入2021年工作要点,从刑事政策层面推动犯罪圈的司法限缩。

由此,出罪需求的急剧膨胀呼唤出罪事由的立法供给。与域外刑事立法的出罪事由相比,我国仅以“但书”、正当防卫和紧急避险作为出罪事由的供给模式存在严重不足。例如,《德国刑法典》第17条“禁止的错误”规定:“如果行为人在实施行为时缺乏实行不法的认识,那么,他就是无责任地行动的,如果他不能避免这种错误。如果行为人能够避免该错误,那么,可以根据第49条第1款轻处罚。”此即以违法性认识错误阻却犯罪的成立。^③《日本刑法典》第七章专章设立“犯罪的不成立和刑罚的减免”,其中第35条“正当行为”规定:“依照法令或者基于正当业务而实施的行为,不处罚。”此外,《意大利刑法典》第152条规定撤回告诉的犯罪消灭后果;^④《西班牙刑法典》第20条规定免除刑事责任的情形,第130条规定刑事责任的消灭情形,包括“因被害人的宽恕而依法消灭的”。^⑤因而,应充分激活“但书”的出罪功能,对其进行深入的教义学阐释。如若否定其出罪价值,将难以实现轻罪时代司法限缩的目标。

(二) 犯罪混合概念的融合功能

积极罪刑法定原则与消极罪刑法定原则的冲突化解,统一于罪刑法定原则的宗旨使命,即人权保障功能之实现。罪刑法定原则对应罪刑擅断主义,其起源于1215年英国封建贵族和僧侣为限制国王权力而要求其签署的《自由大宪章》,目的在于限权而非为权力行使提供合法性依据,因而其以保障被告人基本权利为核心,属于出罪原则而非入罪原则。^⑥在此意义上,积极罪刑法定原则概念本身即是伪命题。然而,借由罪刑法定原则倾向于人权保障功能的理念尚不足以为“但书”出罪提供正当化依据,针对“但书”功能的考察仍应回归到犯罪概念本身。

我国《刑法》第13条“但书”之规定,渊源于苏联刑事立法的规定,属于混合犯罪概念的法律表达。^⑦犯罪概念经历从“犯罪分类—犯罪的实质概念—犯罪的混合

① 参见冀洋:《我国轻罪化社会治理模式的立法反思与批评》,载《东方法学》2021年第3期。

② 参见黎宏:《预防刑法观的问题及其克服》,载《南大法学》2020年第4期。

③ 参见《德国刑法典》,冯军译,中国政法大学出版社2000年版,第10-12页。

④ 参见《最新意大利刑法典》,黄风译注,法律出版社2007年版,第55页。

⑤ 参见《西班牙刑法典》,潘灯译,中国检察出版社2015年版,第8页、第66页。

⑥ 参见储陈城:《罪刑法定原则出罪功能的体系性构造》,载《国家检察官学院学报》2017年第4期。

⑦ 1926年《苏联刑法典》第6条规定,犯罪概念其附则规定,形式上虽符合本法典分则规定的要件,但因显著轻微,缺乏损害后果,缺乏危害社会性质的行为,不认为是犯罪行为。1960年《苏联刑法典》第7条规定,形式上虽然符合刑事法律所规定的某种行为的要件,但是由于显著轻微而对社会没有危害性的作为或不作为,不认为是犯罪。



概念”的历史变迁。大陆法系许多国家刑法典将犯罪分为违警罪、轻罪、重罪三类，既未规定犯罪的实质概念，亦不存在作为出罪事由的“但书”规定。苏维埃国家建立初期，为有效打击犯罪，类推制度下的犯罪概念必然呈现实质化特征，强调对社会危害性行为的惩治。其后，随着苏联法律虚无主义思想的破产，犯罪实质概念遭受摒弃，以“但书”为表征的犯罪混合概念应运而生，从而实现刑事违法性和社会危害性的统一。^①就刑事违法性与社会危害性的关系而言，二者呈现相当的紧张关系，即刑事违法性具有稳定性、明确性特征，而社会危害性具有易变性、模糊性特征。^②与其将其归结为犯罪形式概念与犯罪实质概念的对立，毋宁称其为刑事违法性评价的定型要求与社会危害性判断的综合考量之张力、犯罪成立形式合理性与实质合理性的张力、刑法自由价值与秩序价值的张力。考察刑事违法性的源流，刑事违法性的本质即为法益侵害性，在入罪的递进判断中，通过限缩、过滤形式违法而达至实质违法的过程，是以刑事违法性为基础，以社会危害性判断为辅所进行的排斥出罪过程。^③上述论断深刻揭示前段表征的刑事违法性和“但书”承载的社会危害性的二元互动关系。亦即，刑事违法性的成立是审查社会危害性的前提，无刑事违法性即无社会危害性，至少缺乏可罚的社会危害性。社会危害性是刑事违法性的检验要素，具备刑事违法性并不必然具备社会危害性，即社会危害性具有排除刑事违法性之功能。经由社会危害性的检验，刑事违法性兼具实质性内涵。由此，刑事违法性追求的确定性和社会危害性力求的正义性，通过“但书”条款而得以综合实现。正如有学者指出，“前段”是立法层面的要求，“但书”是司法层面的规则。^④经由立法—司法的双重限定，“但书”条款的妥当运用有利于畅通出罪渠道，合理划定犯罪圈范围。

（三）刑法总则对分则的统领作用

我国犯罪构成采取立法“定性+定量”的模式，“但书”的规定对于刑法分则定量要素的设定具有统摄和引领作用。诚然，分则大量罪名已然明文规定“数额较大”或“情节严重”的入罪限定，这是否意味着未有罪量的明文规定即无需考量罪量要素而径行入罪？答案是否定的。刑法总则对于刑法分则具有整体的统领作用，“但书”条款对于混合犯罪概念的确立具有重要意义，因而应涵盖分则规定的所有罪名而非仅限于立法明确规定罪量要素的罪名。《刑法修正案（八）》将醉驾行为入刑，其条文表述为“在道路上醉酒驾驶机动车的，处拘役，并处罚金”。从法条表述看其并未设定量的要求，而司法解释将醉驾标准设定为 80 毫克/100 毫升方可入罪，此时亦有量的

① 参见陈兴良：《但书规定的法理考察》，载《法学家》2014 年第 4 期。

② 参见赵秉志、陈志军：《社会危害性与刑事违法性的矛盾及其解决》，载《法学研究》2003 年第 6 期。

③ 参见赵合理：《刑事违法性的源流及相关范畴》，载《当代法学》2008 年第 3 期。

④ 参见孙本雄：《入罪与出罪：我国〈刑法〉第 13 条的功能解构》，载《政治与法律》2020 年第 4 期。

限度。^①交通肇事罪的条文表述为“违反交通运输管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的”，尽管违反交通运输管理法规的行为与重大事故之间存在因果关系，但亦须达到量的程度，亦即，考虑行为人造成交通事故所占的责任比例而确定入罪门槛。有关司法解释规定，死亡一人或者重伤三人以上，负事故全部或者主要责任的；死亡三人以上，负事故同等责任的；造成公共财产或者他人财产直接损失，负事故全部或者主要责任，无能力赔偿数额在30万元以上的，方可成立交通肇事罪。^②

“情节显著轻微危害不大”的出罪表述给予司法机关以较大的自由裁量空间，对于确保刑法分则罪名成立程度特征的一致性，严格贯彻罪刑法定原则，进而达至实质正义具有重要意义。比如，不作为犯的成立要求行为人具有作为义务，处于法益保护的支配地位、具备作为可能性等，于法条表述之外却为学理和司法实践所普遍认可的构成要件，为依据“但书”之指引而在不作为领域深耕细化犯罪成立条件的结果。

四、“但书”出罪功能的理论重构

既已肯定“但书”出罪的正当性理据，继而应对其出罪的具体理论路径加以探寻。“但书”出罪的理论体系涵盖其与构成要件、罪量要素、违法性和责任的关系，故而应对不同犯罪论体系下“但书”的融贯适用予以考察。

（一）“但书”与犯罪构成要件的实质互动

“但书”出罪面临的首要问题在于，其能否突破犯罪论体系而将符合犯罪构成的行为予以出罪？无论阶层犯罪论体系，还是传统四要件犯罪论体系，其精细化建构的目的在于提升犯罪认定的科学化水平，保持犯罪认定的定型化和统一性。从这个意义上讲，无论是实质的犯罪概念，还是混合的犯罪概念，均不得作为突破犯罪论体系认定犯罪的合法性依据，亦即，试图在犯罪论体系之外建立一套出罪体系，将使德日学者历时数百年建构的犯罪论体系面临陡然坍塌的风险，进而导致犯罪认定陷入不可知论的泥潭，实不可取。为了解决“犯罪构成是认定犯罪唯一根据”和“排除情节显著轻微危害不大行为”两项原则的紧张关系，应将“但书”条款融入犯罪构成的解释中，在不突破犯罪构成的前提下促进实现犯罪构成内部的目的理性。^③

① 参见最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》第1条规定，在道路上驾驶机动车，血液酒精含量达到80毫克/100毫升以上的，属于醉酒驾驶机动车，依照《刑法》第133条之一第1款的规定，以危险驾驶罪定罪处罚。

② 参见《最高人民法院关于审理交通肇事刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条、第3条。

③ 参见王华伟：《中国刑法第13条但书实证研究——基于120份判决书的理论反思》，载《法学家》2015年第6期。



犯罪构成的核心是构成要件,阶层论体系将构成要件视为第一阶层的判断内容,四要件犯罪论体系虽未直接使用“构成要件”的概念,但其针对主体、主观方面、客观方面的认定亦可归结于上述概念范畴。此时涉及的问题在于,在不满足犯罪构成要件的情形下,应否以“但书”出罪?抑或直接依据“不符合构成要件”出罪?尽管二者均以“出罪”为价值目标,且适用的法律效果相同,^①但路径差异体现出“但书”在犯罪论体系的地位问题,因而不容忽视。

犯罪构成要件的审查是基础性判断,是贯彻罪刑法定原则的应有之义。即使承认积极的罪刑法定,欠缺构成要件的行为亦因不满足积极要件而当予出罪,无需利用消极罪刑法定进行检验和限定。此时涉及的法理问题在于,如若以“但书”为由将不符合构成要件的行为予以出罪,其背后的逻辑是出罪须有法定依据,这与“入罪须坚持罪刑法定,出罪无须法定依据”的法理背道而驰。况且,将不满足构成要件的行为视为“情节显著轻微、危害不大”,亦缺乏合理性和周延性。未满足构成要件的行为并非必然不具有正当性,而“但书”规定可视为对行为的否定性评价。且“但书”的大规模适用将导致其性质更加模糊,有滥用“但书”条款之嫌。

针对犯罪构成要件的解释,存在形式解释论与实质解释论之争。形式解释论主张运用文义解释方法在文字表现范围之内解释法律条文,而实质解释论则主张只要未超出可能的语义射程,当行为具有处罚必要性和合理性时,即可对其语义进行扩大解释。^②因而形式解释重在体现罪刑法定原则,实质解释旨在阐明处罚的正当性。^③上述解释立场之争甚至关乎犯罪论体系之选择。形式解释强调构成要件该当性—违法性—有责性的体系判断,将价值判断更多置于违法性阶层加以审查,而实质解释则主张将价值判断融入犯罪构成要件的解释,由此实现不法—有责的二阶构造。应当明确,就大陆法系三阶层犯罪论体系的变迁而言,构成要件该当性并非如贝林当初所建构的仅具有纯粹形式性和价值中立性,而逐步发展成为兼具客观要素和主观要素、事实判断和价值判断的统一体。^④同样地,实质解释亦并非仅有入罪功能,相反,融入价值判断后的构成要件将不具有法益侵害性或可罚违法性的要素加以排除,具有典型的出罪功能。然而,“但书”与上述选择立场的关系为何?抑或针对“但书”涵摄范围的理解是否必须建立在对构成要件属于形式判断抑或实质判断做出选择的基础上?

形式的构成要件具有明确性特征,但在不存在违法阻却事由或责任阻却事由的情

① 参见储陈城:《“但书”出罪适用的基础和规范》,载《当代法学》2017年第1期。

② 参见张明楷:《实质解释论的再提倡》,载《中国法学》2010年第4期。

③ 参见张松:《我国刑法解释立场之选择——以形式合理性与实质合理性的统一为视角》,载《山东社会科学》2019年第3期。

④ 参见马荣春:《刑法形式与实质融合解释观的提倡——兼论刑法扩张解释与类推解释的区别》,载《甘肃政法学院学报》2018年第6期。

形下存在不当入罪之风险,有违背常识、常理、常情之隐忧。实质的构成要件虽具有价值评价的合理性,但难免消解罪刑法定的明确性。实践中实质解释论者并未真正按照其所主张的先形式判断后实质判断的解释方法,而是先“形式判断”后实质判断,再回过头来形式判断,归根结底会陷入唯实质论的窠臼。^①综合而言,无论持形式构成要件还是实质构成要件的立场,均有其各自的合理性,同时存在难以避免的缺憾。有学者试图弥合二者之紧张关系,提出在相互融合之中达致二者关系的最佳状态,并以“可能文义符合性和规范目的符合性”规则区分扩张解释与类推解释,以明确解释的边界。^②因而,就“但书”的涵摄范围而言,并非意味着必须在形式构成要件与实质构成要件之间做出抉择,抑或在三阶层与二阶层犯罪论体系之间做出选择,方可确定其与犯罪构成要件的互动关系。问题的关键在于“情节显著轻微危害不大”作用于构成要件的程度边界的审查判断。

独立于形式解释与实质解释之区分,“但书”具有社会危害性的检验出罪功能,应具有相对独立的涵摄范围。其程度界限应通过在词义射程、情节的作用范畴和违法性阻却事由的检验加以确定。其一,词义射程对应于形式的构成要件,从文义解释角度对犯罪构成加以理解,即直接以不符合构成要件为由出罪即可,无需适用“但书”条款;其二,情节的作用范畴旨在确定意图出罪的情节与犯罪构成要件要素的关联性,如若该情节能够经由犯罪构成要件要素的合理解释后囊括其中,则仍排除于“但书”出罪体系之外;其三,需对排除出罪的理据进行深层次考察,如若该情形应在三阶层犯罪论体系的违法性阶层予以出罪,即为违法性阻却事由,此时犯罪构成要件的实质化程度已跳跃至不法阶层,且该情形恰与“情节显著轻微”相对应,此时应肯定“但书”作用的空间。综上所述,“但书”并非仅作用于实质化犯罪构成要件,而应考察出罪情形与语义射程之间的内外部关系,进而在形式解释与实质解释之间寻求相对确定的界限。总体而言,犯罪论体系语境下“但书”具有使得犯罪构成要件呈现一定程度实质化的功能,同时不满足犯罪构成要件的情形并非“但书”涵摄的范围,径行以构成要件该当性出罪即可。

(二)“但书”与罪量要素的类型化阐释

罪量要素体现我国“定性+定量”的立法模式,以情节严重、数额较大或者其他限制性规定作为入罪门槛。在满足罪量要素的前提下能否以“但书”出罪,存在实质争议。

尽管“定性+定量”的立法模式是实质主义刑法观的产物,^③理论上可能导致犯罪

① 参见孙韶逸:《刑法解释的立场》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2018年第2期。

② 参见马荣春:《刑法形式与实质融合解释观的提倡——兼论刑法扩张解释与类推解释的区别》,载《甘肃政法学院学报》2018年第6期。

③ 参见沈海平:《犯罪定量模式检讨》,载《法学家》2015年第1期。



停止形态认定的司法困境,模糊罪与非罪的边界,实践中有放纵不法行为,不利于民众规范意识培养之嫌。但有利于坚守刑法客观主义立场,对于合理框定犯罪圈范围,避免犯罪附随后果的负面效应具有重要意义。该立法模式背后的深层逻辑是刑事司法的确定性要求和立法权与司法权的权力配置问题,而司法的确定性可被视为罪刑法定原则的下位概念。罪刑法定原则的明确性要求,旨在稳定民众的规范预期,而如若立法层面仅就行为类型作出规定,将出入罪裁量权交由司法机关,将导致入罪标准的明确性受损,根本上动摇罪刑法定原则。况且,采取“立法定性+司法定量”的模式,借由刑事诉讼的“漏斗型”出罪路径,隐含“同案不同判”的隐忧。即使主张“同案同判”是无法实现的神话,亦无法对“同案异判”的形式非正义性作出合理解释。就立法权与司法权的权力配置而言,立法权的实质化程度和抽象性特征相较于司法权更高。立法侧重于实质,司法侧重于形式;入罪侧重于形式,而出罪侧重于实质。^①司法权的实现是在立法权确定的框架内行使,同时具有实质出罪的自由裁量权。一味强调立法权的收缩,仰仗司法权的实质出罪功能,将导致立法权最为根本的“侧重于实质入罪”的功能遭受破坏,由此引发二者权力配置的失衡。因而,我国“定性+定量”的立法模式有助于消解刑事司法的不确定性和立法司法权力配置失衡之功能,具有实质合理性。

欲考察“但书”作用于罪量要素的功能及其范围,首先应厘定罪量要素在犯罪论体系中的地位。如所周知,尚未达到成立犯罪所需满足的罪量要素,即不成立犯罪;反之,当且仅当行为达到罪量要素标准,方有成立犯罪的可能。前者从反面描述罪量要素的出罪功能,后者从正面强调罪量要素的满足是成立构成要件该当性的必备条件。有学者认为,如果将罪量要素定位为与不法、罪责无关的客观处罚条件,会在相当程度上导致责任主义原则的瓦解。^②实质上,即使将罪量要素定位为客观处罚条件,亦无损于不法和责任的机能。客观处罚条件涵摄于犯罪构成要件范畴,其目的在于确定成立犯罪所须达成的条件要素,即使将之称为“客观处罚条件”,亦不否认其与不法程度的关联。从犯罪构成要件的功能设置看,其本身即具有违法性的推定功能。亦即,满足犯罪构成要件的行为,当然推定其违法性和有责性,至于不法和责任阶层的建构,是立足于阻却犯罪的目的而设置的。因而,罪量要素表征违法性,但并非独立的违法阻却事由,对于罪量程度的把握是罪与非罪的门槛,理应具有审查的明确性和定型化特征。在我国违法犯罪行为制裁体系坚持“二元化”走向的背景下,罪量要素直接发挥入罪的过滤机能,^③在犯罪构成要件之内确定罪量要素的地

① 参见杜辉:《论实质的犯罪观》,载《前沿》2010年第10期。

② 参见梁根林:《但书、罪量与扒窃入罪》,载《法学研究》2013年第2期。

③ 参见王涛:《废止劳教制度对犯罪行为制裁体系的影响及其应对》,载《华东政法大学学报》2015年第4期。

位具有相当合理性。

在确定罪量要素属于犯罪构成要件范畴的前提下,并非意味着无“但书”出罪的空间。罪量要素的设定具有类型化区分的特征,应结合具体情形加以分析,以实现“但书”实质解释的不确定性与罪量要素的明确性特征之衡平。刑法分则既有明文设定罪量要素的罪名,亦有不少罪名仅有“裸”的行为的罪状设置,即如前所述,并非在立法层面进行罪量要素的设定,而是通过司法解释的细化予以限定。前者可称之为立法定量,后者可称之为司法定量。此处司法定量并非对立法“定性+定量”模式的瓦解,而是从限定定量要素的规范依据层面做出的区分。立法定量使用“数额较大、情节严重”等模糊化定量要素,司法解释根据经济社会发展状况和具体罪名行为特征对其具体标准加以细化,如盗窃罪、诈骗罪等财产犯罪的数额标准,帮助信息网络犯罪活动罪、非法利用信息网络罪的情节标准等,均由相关司法解释设定具体罪量要素。此时尽管罪量要素的制定是由司法机关具体实施的,但属于对立法设定的细化解,与刑法条文的具体规定具有同等效力。此时罪量要素作为构成要件的组成部分,具有定型化特征,即达到相应罪量标准即应推定其具有可罚的违法性,且该推定是不可反驳的。司法定量则与立法定量不同,尽管司法机关仍对犯罪的成立设定罪量门槛,但该裁量权并非由刑法分则具体罪名所授权,而是“情节显著轻微危害不大”作用的结果。因而,司法机关确定的罪量要素标准并未具有定型化的构成要件特征,而存在一定的灵活性空间,即推定可罚违法性的罪量要素是可以根据具体情形加以反驳的。例如,浙江省发布的《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要》对醉驾案件程序和实体处置标准加以调整,即“酒精含量在100mg/100ml以下,且无上述8种从重情节,危害不大的,可以认为是情节显著轻微,不移送审查起诉”,由此达致司法出罪之目的。此时,罪量要素仍整体性地作为犯罪构成要件要素存在,但具体标准是经由实质违法性判断作用的结果,因而属于“但书”发挥出罪机能的范畴。需要明确的是,此时“但书”涵摄的范围并非形式化的作为犯罪构成要件的罪量要素,而是经由违法性检验的实质化的罪量要素,因而立法定量并不属于“但书”作用的范畴,司法定量则有“但书”出罪的空间。

(三)“但书”出罪的路径依赖:违法性与责任阶层

“但书”与犯罪构成要件具有实质互动关系,同时,依据罪量要素的类型化界分,“但书”出罪功能的作用范畴得以有效厘定。在阶层犯罪论体系语境下,存在违法性和责任层面的检验,违法阻却事由和责任阻却事由具有出罪功能。我国司法实践虽坚持传统四要件犯罪论体系,但诸如违法性层面的“法令行为”“正当业务行为”“自救行为”“被害人同意”和责任层面“期待可能性”“违法性认识”概念在司法机关处理案件时亦得以适用,其法律依据即为“但书”条款。



有学者立足批判传统四要件犯罪论体系的立场,指出超法规的违法阻却事由在四要件犯罪构成中无以容身,而不得不委身于混合的犯罪概念,也提升了犯罪概念“但书”在出罪上的价值。^① 尽管上述否定四要件犯罪论体系兼容超法规违法阻却事由可能性的观点有待商榷,但其将“但书”与超法规违法阻却事由直接关联,具有启发意义。明确“但书”作用于违法性和责任阶层的理据,首要在于文义内涵的挖掘。“情节显著轻微危害不大”的表述,可拆分为“情节显著轻微”和“危害不大”两个要件,前者主要考虑责任层面的要素,后者则主要对应于违法性判断。就情节的类型而言,既包括客观要素,也包括主观要素;既包括违法性要素,也包括责任要素。^② 之所以称“情节”主要与“责任”阶层相联结,在于活性立法时代刑法预防功能的强化,在此背景下违法性处罚根据势必面临从结果无价值向行为无价值的转向,行为刑法日渐式微而行为人刑法日益兴起。故此,针对情节的审查主要是从主观层面考察行为人的主观恶性以判断其预防必要性。从责任阶层的内部塑造亦可得出同样的结论,责任经由心理责任论—规范责任论—功能责任论的转型,被认定为由规范命令支配的对心理事实的价值判断,即可非难性,表明其价值判断意蕴和预防主义倾向逐步增强。^③ 期待可能性关注行为人基于自由意志作出不法行为选择的有责性,违法性认识存在系属独立责任要素抑或涵摄于故意范畴内部之争,说明其根本上属于主观方面内部的论证,旨在考察行为人不知法而违法的主观评价,进而确定其有责性。自然犯和法定犯的区分为缺乏违法性认识行为的可归责性提供区分路径,亦表明行为人对于危害性的认识起决定性作用。故而,“情节”与“责任”阶层具有天然的亲和力,亦即,超法规的责任阻却事由满足“情节显著轻微”之要件。危害性大小的判断不仅是事实判断,更是价值判断,其针对对象应为客观实行行为。

正当防卫与紧急避险作为法定出罪事由,并不能为“但书”所涵摄。然而,作为定型化的违法阻却事由,其亦可用危害性大小判断加以检验。正当防卫赋予公民面临不法侵害时反抗的权利,体现出“法不得向不法让步”的精神。但不可否认,如果在价值无涉情形下将防卫人的防卫行为单独加以评价,其客观上实施了伤害行为,且可能已然造成重大损害后果,主观上亦具有伤害故意,缘何未遭受否定性评价?其理据在于防卫人的行为具有价值层面的正当性,其不仅仅属于“危害不大”,而应对“危害”进行价值层面的实质理解,即此种情形下根本不具有危害性。此时仍需注意,并非所有客观上造成损害较大的行为均不能评价为“危害不大”,如若认为正当防卫对于危害的判断是质的判断,其它违法阻却事由抑或责任减轻事由可被视为量的判断,

① 参见刘艳红:《目的二阶层体系与“但书”出罪功能的自洽性》,载《法学评论》2012年第6期。

② 参见陈兴良:《但书规定的法理考察》,载《法学家》2014年第4期。

③ 参见[德]汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社2001年版,第504-505页。

亦即损害后果与危害性大小并非等同关系，在损害后果较大但不可归因或不可完全归因于行为人的实行行为时亦可否认行为的危害性达到较大程度。紧急避险通过利益衡量，将保全更大利益的行为予以合法化，此时亦属对危害性的否定。其他类型的违法性阻却事由诸如“自救行为”“被害人承诺”等，均可视为对危害性有无极其程度的实质否定。由此，“但书”条款的文义解释实现与违法性和责任阶层的有机衔接。然而，需要注意的是，无论“情节显著轻微”与“危害不大”系属并列关系抑或递进关系，针对“但书”的解读仅为出罪提供一种全新的解释路径，而非意欲替代阶层式犯罪论体系而在其之外创设新的犯罪论体系范式。

值得注意的是，针对“但书”与违法性和责任阶层的契合性，有学者将其与犯罪论体系之争纠缠混同，提出其与目的性二阶层理论相恰，并否定四要件和三阶层犯罪论体系与“但书”的融贯性。^①实质上，前文已对“但书”与犯罪构成要件的互动关系进行考察，无论是否在构成要件中融入违法性考量，“但书”的作用实质仍属于价值层面评判，犯罪论体系的选择与“但书”的作用机理并无实质冲突。在违法性和责任阶层内部，有学者主张以二元违法理论来说明违法性是否达到刑事可罚的程度，尤其不能忽视行为脱逸社会相当与否及其程度。^②恰如威尔泽尔的社会相当性概念和日本刑法学界可罚的违法性概念，其均主张对违法性和责任的判断引入“量”的思维，由此导致可罚的违法性和可罚的责任的引入。亦有学者指出，“但书”条款不是采纳阶层犯罪论体系的立法障碍，也能够与出罪体系兼容，应被定位为不法和罪责程度性判断的规范指引。^③

然而，阶层犯罪论体系的判断是入罪的质性判断，“质”和“量”之间虽存在转换关系，但“量”的引入尤其是脱离明确性罪量要素规定后有实质消解罪刑法定的明确性之嫌，试图在阶层论犯罪违法阻却事由和责任阻却事由之外增加“可罚性”这一兜底条款，风险远大于收益。况且，“可罚性”一词本身即存在根本问题，如若认为行为不具有可罚性，其实质理据为何？此时再以缺乏可罚的违法性或可罚的责任加以解释，必然陷入循环论证的怪圈。退一步而言，即使承认行为不具有可罚性，并非意味着行为不构成犯罪。“罪责刑”的三方构造决定罪与刑的分离，即使实质构罪，亦可能获得定罪免刑或非刑罚处理后果的处遇。因而，可罚性标准因过于模糊和主观化而应独立于犯罪论体系之外，应重视阶层论犯罪体系违法阻却事由和责任阻却事由的定型化作用，在现有理论框架内部积极寻求出罪事由，并实现与“但书”条款的有效衔接。

① 参见刘艳红：《目的二阶层体系与“但书”出罪功能的自治性》，载《法学评论》2012年第6期。

② 参见崔志伟：《“但书”出罪的学理争议、实证分析与教义学解构》，载《中国刑事法杂志》2018年第2期。

③ 参见王华伟：《刑法知识转型与“但书”的理论重构》，载《法学评论》2016年第1期。



（四）“但书”出罪视域下犯罪论体系的内在契合性

犯罪论体系之争是我国刑法学界最具有代表性和最富有争议的论题之一。围绕阶层犯罪论体系与四要件传统犯罪论体系的理论特质和司法实践功能，两大阵营针锋相对，展开激烈争辩，但目标均为致力于推动我国犯罪论体系的转型和完善。本文旨在探究“情节显著轻微危害不大”、阶层论犯罪论体系和四要件犯罪论体系在出罪视域下的共通性和实现路径。

首先应当明确，传统四要件犯罪论体系是刑法教义学发展的产物，也必然经由刑法教义学的繁荣而不断得以更新、发展。如若将刑法教义学视为刑法学去政治化的工具，站在刑法教义学的立场质疑四要件学说的逻辑性与合理性，认为四要件犯罪构成体系是非教义的，^①则有忽视四要件犯罪论体系的理论变迁和实质意蕴之嫌。^②作为刑法教义学体系建构和精细化发展的产物，四要件犯罪论体系在逻辑上应归属其中。^③因而，四要件犯罪论体系语境下“出罪”功能的发挥，仍端赖于犯罪构成的实质解释。

无论采用四要件还是三阶层，均属于犯罪成立要件，只是划分的标准与方法不同而已。作为帮助司法者发现真相、认定犯罪的“准据”，只有好用不好用之分，而没有位阶和价值上的差别。^④“主体、主观方面、客体、客观方面”的四要件构造，虽为耦合式结构，但并非意味着出罪功能的缺失。亦即，对于四要件的检验固然有正向入罪的识别意义，但相应地对于个别要件的反向检验以证否犯罪成立，则具有积极的出罪意义。四要件犯罪论体系建构之初，即对出罪情形加以考量，使得犯罪构成具有实质化内涵，而该出罪情形恰为“但书”条款的设定。苏俄刑法学家特拉伊宁将社会危害性与犯罪构成相分离，指出二者之间存在一种外在的关系，并以《苏俄刑法典》第6条加以论证，“凡一行为，形式上虽与本法典分则任何条文所规定之要件相符合，但因其显著轻微，且缺乏损害后果而失去社会危害性者，不认为是犯罪行为”。此亦为我国刑法“但书”条款的直接来源。社会危害性评价在阶层犯罪论体系中被安置于“违法性”层面，其关注客观行为的价值评价。在四要件犯罪论体系中，社会危害性属于犯罪客体的涵摄范畴。对于犯罪客体的审查判断，不应在形式化审查其他要件后即肯定行为的社会危害性，而应根据主客观相一致原则考量法益侵害程度，综合确定社会危害性的有无及其大小。诚如阶层论犯罪体系的超法规违法阻却事由，即属于否定社会危害性的定性判断，此时在四要件犯罪论体系语境下即表现为犯罪客体的缺失，“但

① 参见王莹：《中国刑法教义学：经验、反思与建构》，载《法学家》2020年第3期。

② 四要件犯罪论体系在1997年修订《刑法》时即完成去政治化任务，尤其是类推制度的废除和罪刑法定原则的确立使得针对犯罪构成的解释日益受到重视并得以快速发展。

③ 参见张勇：《刑法教义学的源流、体系与功能》，载《四川大学学报（哲学社会科学版）》2021年第5期。

④ 参见黄明儒：《为我国四要件犯罪构成理论辩护——以共犯论为视角》，载《法商研究》2021年第6期。

书”由此实现不同犯罪论体系下的贯通。值得注意的是,正当防卫和紧急避险独立于四要件犯罪论体系之外,属于法定出罪依据,严格意义上并非“但书”的涵摄范畴,理由在于上述情形下在价值评价层面即应实质否定行为的社会危害性,并不符合“危害不大”的“但书”出罪条款。而其他类型的违法阻却事由并未上升至法定出罪层面,因而应结合“但书”条款对社会危害性进行程度评价,如果符合出罪条件即可以“但书”出罪。有学者主张将犯罪客体修正为刑法保护的而为犯罪行为所侵害或者威胁的社会关系及其载体的统一,以扩展其实质内涵,^①与本文所主张对犯罪客体进行实质解释和审查的观点不谋而合。

“情节显著轻微”对应于阶层犯罪论体系的“责任”阶层,其与四要件犯罪论体系的主观方面相统一。犯罪论体系涵摄证明犯罪人主观心态的诸种客观方面,明晰主观方面是犯罪认定的核心。^②主观方面的缺失和可责性的减弱,反映行为人危害社会“情节”的强弱程度。责任阶层的故意、过失,属于犯罪主观方面的核心要素,违法性认识的缺失可理解为犯罪故意的阻却,期待可能性概念虽不能为主观方面所直接统摄,但反映出对于行为人主观方面的功能性评价。因而,尽管“情节显著轻微”“责任缺失”和“犯罪主观方面之否定”并非一一对应关系,但考察行为人的主观方面以证明其“情节显著轻微”的方案具有形式和实质的合理性,即使未能引入期待可能性概念,或无法在犯罪主观方面否认故意的成立,亦可借由程序出罪路径或通过量刑优惠等方式作出妥当处理。阶层犯罪论体系的责任阶层增强了“情节显著轻微”判断的定型化和确定性,在经由犯罪主观方面的实质审查后“但书”亦可发挥实质出罪功能。

无论阶层犯罪论体系还是四要件犯罪论体系,都包含对犯罪客观行为和主观态度的考察,犯罪的认定本就是从事实到规范、再从规范到事实,从主观到客观、再从客观到主观的反复往返、分析研究和相互印证的过程。^③从哲学立场看,四要件犯罪论体系研究范式的主观主导范式与三阶层犯罪论体系研究范式的三重分立范式正走向主客观融合范式。^④在此意义上,出罪视域下的犯罪论体系具有内在契合性。对应于阶层犯罪论体系的违法性和有责性、四要件犯罪论体系的犯罪客体和犯罪主观方面,“但书”条款承担起形式上符合犯罪构成要件后的实质出罪功能。

① 参见牛忠志、曲伶俐:《犯罪构成四要件的“立体化”修正》,载《政法论丛》2019年第1期。

② 参见徐伟:《刑事一体化视野下的犯罪构成体系研究》,载《重庆大学学报(社会科学版)》2018年第3期。

③ 参见杨兴培:《“三阶层”犯罪结构模式的中国语境批判》,载《东方法学》2021年第2期。

④ 所谓“三重分立范式”,即指主客观分立、事实与价值的分立和形式与实质的分立。参见马荣春、高坤龙:《中国犯罪论体系研究范式的变迁》,载《河南财经政法大学学报》2021年第3期。



结 语

“但书”出罪对于合理调控犯罪圈，实现犯罪治理的中国式现代化具有重要意义。作为具有中国特色的出罪机制，“但书”面临功能困境的根源在于其未能在发轫于域外的犯罪论体系中实现精准定位，理论纷争导致的不确定性必然反映于规范设定和司法实践，进而招致错用、滥用之风险。本文对“但书”出罪的正当性、适用范围、方式等理论予以综合考察，提出其可作为超法规的违法阻却事由和责任阻却事由作用于违法性和责任阶层的观点，并立足于我国特有的“定性+定量”的立法模式，提出区分法定量与司法定量的观点，前者罪量要素是构成要件的组成部分，后者则具有灵活性，即推定可罚违法性的罪量要素得以依据具体情形加以反驳。“但书”出罪在犯罪论体系内部理论定位的明晰，对于其司法适用的统一大有裨益。

可能面临的质疑在于，“但书”作为超法规违法阻却事由和责任阻却事由将导致司法权入侵立法权，加剧司法裁判的不确定性。当然，对于违法阻却事由和责任阻却事由的审查，应结合犯罪论体系固有的质性标准与个案情形的量化特征加以综合判断，司法裁量亦可经由内部控制机制合理设定边界范围。有效的路径在于，及时对司法实践中典型的“情节显著轻微危害不大”的个案进行规则提取，以上升至确定性的司法解释中的出罪规范，由此兼顾“但书”适用的动态性和稳定性。如此从实践到规则的进路蕴含我国刑法理论创新的重要契机，值得进一步研究。

（责任编辑：杨 军）

“但书”出罪司法适用的审视与规范

——以裁判文书说理为视角

何 朕 吴炎冰*

内容摘要:通过分析援引《刑法》第13条“但书”出罪裁判文书,发现“但书”出罪存在说理不足、说理欠妥、适用场域不明等问题,造成司法裁判尺度不统一。问题根源在于对“但书”的司法功能和规范内涵认识不清。“但书”是对形式上符合犯罪构成要件,却非典型性的阻却实质可罚性的疑难案件予以出罪的授权性规范。应通过恰当的文书释法说理,充分论证“但书”实质价值判断的可接受性。为规范“但书”的说理,通过法律解释方法明晰“情节显著轻微危害不大,不认为是犯罪”的规范内涵,明确出罪自由裁量权的边界。为强化“但书”的说理,可通过类型化说理模型,指引裁判文书阐明“但书”出罪的事理、法理、情理,在依法裁判的同时实现个案正义。

关键词: 但书; 出罪; 司法适用; 裁判文书说理

近年来,我国刑事司法实践中出现的陆勇代购抗癌药案、王力军收购玉米案等舆论热点案件,虽然司法机关最终回应社会关切,对案件作出了妥当处理,但也反映出缺乏合理价值引导的法条主义机械司法与社会公众对个案正义的期待之间存在一定紧张关系。这些案件引发了广泛的讨论和质疑,人们开始关注《刑法》“但书”规定在实际运行中的作用。实际上,我国《刑法》第13条的“但书”规定“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪”,为出罪的实质价值判断提供了规范依据。然而,在司法实践中,对于“但书”的适用存在诸多问题。一方面,一些裁判文书在解释和运用“但书”时缺乏统一的标准,导致裁判结果的不确定性和不公正性。另一方面,一些司法人员在适用“但书”时过于保守,对于一些情节较轻微的案件

* 何朕,北京市第二中级人民法院刑二庭法官助理;吴炎冰,北京市第二中级人民法院刑二庭副庭长。



也未能正确判断,导致了不必要的刑事追诉和不公正的裁判结果。本文从司法实践入手,以裁判文书说理为视角,分析“但书”出罪的实际运行状况及存在问题,探寻“但书”的司法功能定位。通过研究加强和规范适用“但书”出罪裁判文书的释法说理,提出一些具体的改进措施,以确保司法更加公正、合理,并更好地满足社会公众对个案正义的期待。

一、“但书”出罪裁判文书说理的实践审视

(一) 问题意识与数据来源

准确理解“但书”的适用条件,是规范“但书”出罪裁判文书说理的前提。学理上对“但书”司法适用的争论主要包括:其一,“但书”是否可以适用于各类出罪理由?其二,“但书”是否适用于《刑法分则》的所有罪名?其三,“但书”规定的“情节显著轻微”具体包含哪些情节?^①以下将通过以上方面的数据描述,分析“但书”出罪裁判文书说理存在的问题。

通过中国裁判文书网、阿尔法法律智能操作系统,以文书理由部分包含“《刑法》第

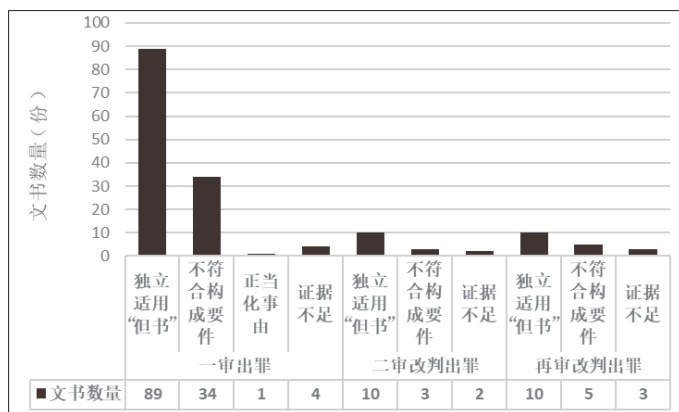


图1 “但书”出罪裁判文书的出罪理由

13条”、案由为“刑事案由”作为检索条件,共得到“裁判依据援引《刑法》第13条且裁判理由认为情节显著轻微危害不大”的文书161份。

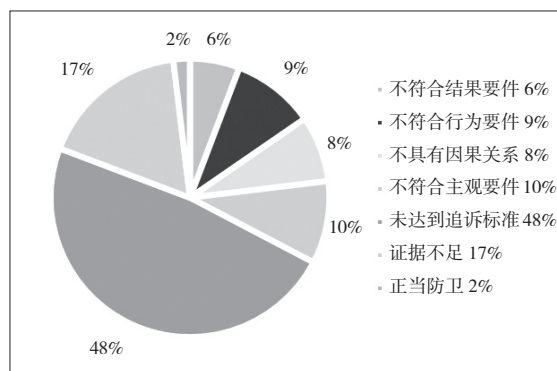


图2 其他出罪理由援引“但书”的情况

(二) “但书”出罪裁判文书的整体描述

从出罪理由来看,通过对161份文书在援引“但书”的同时是否还援引了其他出罪理由进行分析可知(见图1),“但书”司法出罪呈现出两种模式:一种认为案件已在形式上满足构成要件,独

^① 参见王华伟:《中国刑法第十三条但书实证研究》,载《法学家》2015年第6期;陈伟、钟滔:《刑法“但书”出罪的功能失调及其规范适用》,载《四川师范大学学报(社会科学版)》2020年第5期。

立援引“但书”作为出罪理由，共 109 份，占全部文书的 67.7%；另一种认为案件证据不足、不符合构成要件或具有正当化事由（见图 2），同时援引“但书”作为出罪理由，共 52 份，占全部文书的 32.3%。后者实则将“但书”作为各类出罪理由的总括性规定，其对“但书”功能的理解是否准确需进一步追问。

从适用罪名分析，109 件独立援引“但书”作为出罪理由的文书中，既包括故意杀人罪、走私毒品罪等严重犯罪，也包括危险驾驶罪、侮辱罪等传统意义上的轻罪，但轻罪占比显然更多。此外，“但书”既适用于未设置定罪标准的犯罪，也适用于有数量、情节等罪量要素的犯罪（见表 1）。这种适用是否规范需要在理论上进一步论证。

表 1 “但书”出罪文书适用罪名分析

所属章节	罪名	是否轻罪	罪状规定的入罪标准	案件数量	合计
危害公共安全罪	破坏交通设施罪	重罪	危险犯	1	5
	非法制造爆炸物罪	重罪	行为犯	2	
	交通肇事罪	轻罪	结果犯	1	
	危险驾驶罪	轻罪	行为犯	1	
破坏社会主义市场经济秩序罪	销售假药罪	轻罪	行为犯	2	11
	非法经营同类营业罪	轻罪	数额犯	1	
	虚报注册资本罪	轻罪	数额犯	2	
	骗取贷款罪	轻罪	结果犯	2	
	高利转贷罪	轻罪	数额犯	1	
	信用卡诈骗罪	重罪	数额犯	1	
	非法经营罪	重罪	情节犯	1	
	非法转让土地使用权罪	轻罪	情节犯	1	
侵害公民人身、民主权利罪	故意杀人罪	重罪	行为犯	1	47
	故意伤害罪	轻罪	行为犯	31	
	拐卖儿童罪	重罪	行为犯	1	
	非法拘禁罪	轻罪	行为犯	1	
	诬告陷害罪	轻罪	情节犯	1	
	非法搜查罪	轻罪	行为犯	1	
	非法侵入住宅罪	轻罪	行为犯	6	
	侮辱罪	轻罪	情节犯	2	
	重婚罪	轻罪	行为犯	3	



(续表)

所属章节	罪名	是否轻罪	罪状规定的入罪标准	案件数量	合计
侵犯财产罪	盗窃罪	轻罪	数额犯	3	8
	挪用资金罪	轻罪	数额犯	2	
	敲诈勒索罪	轻罪	数额犯	1	
	故意毁坏财物罪	轻罪	数额犯	2	
妨害社会管理秩序罪	妨害公务罪	轻罪	行为犯	3	28
	招摇撞骗罪	轻罪	行为犯	1	
	伪造国家机关证件罪	轻罪	行为犯	1	
	伪造国家机关印章罪	轻罪	行为犯	3	
	伪造事业单位印章罪	轻罪	行为犯	1	
	伪造居民身份证罪	轻罪	行为犯	2	
	聚众扰乱社会秩序罪	轻罪	情节犯	1	
	聚众斗殴罪	轻罪	行为犯	1	
	寻衅滋事罪	重罪	情节犯	1	
	利用邪教组织破坏法律实施罪	重罪	行为犯	1	
	开设赌场罪	重罪	行为犯	2	
	妨害作证罪	轻罪	行为犯	1	
	帮助伪造证据罪	轻罪	情节犯	2	
	包庇罪	轻罪	行为犯	1	
	拒不执行判决、裁定罪	轻罪	情节犯	2	
	非法处置扣押的财产罪	轻罪	情节犯	1	
	非法运输珍贵野生动物罪	重罪	行为犯	1	
	非法采伐国家重点保护植物罪	轻罪	行为犯	1	
	走私毒品罪	重罪	行为犯	1	
	传播淫秽物品牟利罪	轻罪	行为犯	1	
贪污受贿罪	挪用公款罪	重罪	数额犯	1	4
	单位行贿罪	重罪	情节犯	1	
	私分国有资产罪	轻罪	数额犯	2	
渎职罪	滥用职权罪	轻罪	结果犯	2	6
	玩忽职守罪	轻罪	结果犯	3	
	私放在押人员罪	轻罪	行为犯	1	

从评价情节分析, 109 件独立援引“但书”作为出罪理由的裁判文书中, 约 26%

(20件)的裁判文书未展开说理,无法分析所评价的情节。所评价的罪中情节中,不仅有客观方面情节,诸如未实施罪状之外的行为、危害行为轻微、未造成罪状之外的结果、多因一果,也有主观方面情节,诸如犯罪动机并非卑劣、主观恶性小、期待可能性、违法性认识,还包括犯罪形态情节,比如未完成罪、共同犯罪。此外,还有的裁判文书仅评价了罪前情节,如被害人过错、民间纠纷引起等,或者罪后情节,如自首、积极退赔等,就径行适用“但书”出罪(见表2)。

表2 “但书”出罪文书评价具体情节

	具体情节	使用次数
罪中情节	未实施罪状之外的行为	5
	危害行为轻微	13
	犯罪对象系家庭成员	6
	未造成罪状之外的结果	13
	多因一果	3
	犯罪动机并非卑劣	12
	行为不当,目的正当	3
	主观恶性小	4
	期待可能性	3
	违法性认识	2
	法律修改导致对犯罪社会危害性的评价发生变化	2
	服从上级命令	2
	未遂	4
	在共同犯罪中作用小、从犯	4
罪前情节或罪后情节	被害人过错	13
	被害人谅解	7
	民间纠纷引起	14
	自首	4
	如实供述	6
	积极退赔	1
	案发前退还	2
	提起公诉前退还	1
	初犯	2

(三)“但书”出罪说理存在的问题

1. 说理不清:文书回避说理或说理模糊



部分案件中,文书对为何符合“情节显著轻微危害不大”未作任何说理,径直得出可以适用“但书”出罪的结论,以“但书”规定代替对“但书”的说理。本文统计的故意伤害案件中,近30%的案件采用了这种说理模式。还有的案件仅运用如“主观恶性不大”“犯罪行为轻微”等模糊的概念予以概括说理,导致文书说理的受众无法探知适用“但书”出罪的真正缘由。

“但书”出罪案件的说理不清,导致“但书”作为裁判规范和行为规范的机能难以得到有效发挥。作为裁判规范,说理不清的“但书”出罪文书遮蔽了出罪的实质理由,难以为类案处理提供参考,甚至造成同案不同判的现象。作为行为规范,说理不清的“但书”出罪文书未能为受众提供法的预测与指引功能,被害人及社会公众对这种无罪判决难以产生内在认同。另一方面,裁判文书说理也是对自由裁量权行使的有效约束。“但书”出罪的司法运用本就面临较大争议,^①文书说理不清可能引发对司法恣意出罪、僭越罪刑法定原则之质疑。^②

2. 说理欠妥:说理所需的情节不足以成为出罪依据

部分案件中,仅通过文书说理所运用的情节难以得出符合“但书”出罪的结论,导致裁判结论形成的正当性受到质疑。

其一,单纯评价犯罪形态情节或手段情节不足以构成“但书”出罪的理由。例如,某高利转贷案仅以被告人教唆作用小为理由适用“但书”出罪。刑法已对犯罪形态的处罚程度作出区分,在认定某种犯罪形态的基础上,不同形态的对比仅具有量刑的意义,不具有区分罪与非罪的功能。所举案例中,如果为了实现对发挥不同作用共犯之间的罪刑均衡,更宜适用从犯的处罚原则予以调整。

其二,单纯评价罪前情节或罪后情节不足以构成“但书”出罪的理由。例如,前述大量故意伤害案件仅以民间纠纷引起或被害人过错作为情节显著轻微的理由,属于以量刑情节代替定罪情节的考量,忽略了对“但书”所规定的“危害不大”的说理,而是否“危害不大”必须结合犯罪的手段、对象、后果等罪中情节予以判断。

3. 说理“错位”:“但书”成为出罪的总括性规定

部分案件中,无罪的裁判结果本身已经有了充足的出罪理由与依据,却仍叠床架屋地将“但书”作为出罪依据,导致出罪的说理与“但书”的功能“错位”。例如某违法发放贷款案,说理认为被告人未违反法律规定,此时直接以不符合罪状要求宣告无罪不存在任何障碍。说理却进一步认为被告人符合“但书”规定,造成了既认为被告人不存在犯罪行为、又认为犯罪行为情节显著轻微的自相矛盾。

^① 在一审阶段即独立援引“但书”出罪的89件案件中,检察机关认为12件不应适用“但书”提起抗诉,抗诉率相比普通刑事案件明显较高。

^② 参见李翔:《从“但书”条款适用看司法如何遵循立法》,载《法学》2011年第7期。

如果说以上现象是由于理论上对“但书”的功能认识不一致,尚可算作“善意滥用”,^①以“但书”作为证据不足案件的出罪根据则属于对“但书”的错用。我国《刑事诉讼法》对依据法律认定被告人无罪(法律上的无罪)和证据不足、指控的犯罪不能成立(事实上的无罪)两种无罪判决规定了截然不同的程序后果。例如,对事实上的无罪判决,公诉机关依照新的事实重新起诉后,法院再次作出判决无需撤销此前的无罪判决,而对法律上的无罪判决需通过审判监督程序撤销原判决后进行再审。用“但书”这种出罪事由替代事实不清、证据不足作为出罪依据,显然是混淆了两种无罪判决的程序地位。

二、“但书”功能指引下司法适用的学理探析

“但书”出罪裁判文书说理面临的问题与混乱,主要是对为何适用“但书”和如何适用“但书”认识不清,其中为何适用关涉“但书”的司法功能问题。明晰“但书”的司法功能定位,亦是厘清其司法适用条件、规范“但书”出罪裁判文书说理的重要前提。

(一) 刑事政策视角下“但书”的价值判断功能

在司法适用层面,由于立法的高度抽象性、滞后性等特征,难免出现法律文义范围内的有些行为类型并不具有实质处罚必要性的情况,导致严格适用罪刑规范的评价结论与实质的正义价值相违背。此种情形下,如何理解刑事政策与刑法适用的关系存在不同理论范式。受实证主义法学思潮影响的“分离模式”认为刑事政策在刑法体系之外,刑事政策的价值判断已在立法过程得到充分贯彻,司法的过程就是严格按照法条字面含义适用法律,满足裁判的形式合理性要求。^②“贯通模式”则主张将刑事政策作为一种目的、价值的考量因素整合到刑法体系之中,力求通过适用与解释刑法规范,使刑法体系符合刑事政策的价值要求。^③

我国司法裁判鲜明的价值属性与贯通模式主张的将价值判断融入司法裁判过程的理念相契合,这既是习近平法治思想关于法治和德治关系论述对西方法理学“价值中立论”学理性超越的根本体现,^④也是中国传统法律思想“天理、国法、人情”价值体系建构的一脉相承。当某一行为在形式上的构成要件该当性与刑事政策的实质可罚性

① 参见陈兴良:《但书规定的法理考察》,载《法学家》2014年第4期。

② 德国刑法学家李斯特提出“罪刑法定原则是刑事政策不可逾越的藩篱”被命名为“李斯特鸿沟”,被认为是分离模式的代表观点。参见陈兴良:《刑法教义学与刑事政策的关系——从李斯特鸿沟到罗克辛贯通》,载《中外法学》2013年第5期。

③ 参见冯军:《刑法教义学的立场与方法》,载《中外法学》2014年第1期。

④ 参见邱水平:《论习近平法治思想的法理学创新》,载《中国法学》2022年第3期。



判断发生冲突时,贯通模式要求既不能忽视刑事政策的价值指引,也不能以价值判断取代规范判断,此时“但书”因其规定的概括性和模糊性,赋予了司法者一定的自由裁量权,可以将刑事政策的价值判断渗透到法律解释中,以总则对犯罪定义的原则性条款修正分则的罪刑规则性条款。

因此,“但书”的司法功能是为司法者提供在构成要件判断之外二次考量实质可罚程度后出罪的授权性规范,有助于司法克服法条主义的弊端,将价值判断融入依法裁判的过程,追求个案正义的效果。当然这种价值判断不是任意擅断的,要通过恰当的文书释法说理论证价值的可接受性,这种要求来自两个方面:一是法律效果的考量。通过说理检验对“但书”的理解适用是否恰当,检验价值判断是否得当,对司法自由裁量权形成有效约束,避免有罪不罚、肆意出罪。二是社会效果的考量。通过说理增强裁判结果的说服力和公众认同,将遵从社会主义道德要求、符合社会公平正义的价值诉求、容纳人民群众常识、常情、常理的价值判断在司法裁判中充分展示,彰显司法对社会主义核心价值观的贯彻。

(二) 罪刑法定视角下“但书”的出罪适用场域

“但书”具有出罪功能,但并不意味任何出罪事由均需援引“但书”。为准确界定“但书”出罪的适用场域,需对“但书”与罪刑法定原则的关系予以分析。

《刑法》第3条规定的罪刑法定原则通常被认为是“积极的罪刑法定”(法有明文规定应当认定为犯罪)和“消极的罪刑法定”(法无明文规定不应认定为犯罪)的统一。^①有观点认为“但书”要求司法者依据社会危害性等实质因素判断犯罪成立与否,违反罪刑法定原则要求的形式合法性。^②如前所述,若司法形式主义、机械主义与教条主义地理解与适用《刑法》,将“法有明文规定必定有罪”奉为主臬,则裁判结论与公众关切的个案正义仍可能面临冲突,不符合我国司法裁判的价值属性定位。

因此,应当将“但书”的价值判断内涵融入罪刑法定原则的“法律明文规定”的理解。从消极的罪刑法定看,行为不符合分则规定的罪刑规范的,不应当认定为犯罪,这个维度中的“法律明文规定”强调形式解释,坚持入罪的形式合法性判断,不能用价值判断逾越《刑法》的文义边界。从积极的罪刑法定看,行为既要符合分则规定的罪刑规范,又不存在出罪事由,才应当认定为犯罪,这个维度中的“法律明确规定”包容实质解释,坚持出罪的实质合理性判断,^③如此解释可使入罪和出罪均有法律明文规定,符合罪刑法定原则的要求。罪刑法定视域下,“但书”是一项包容价值判断、蕴含司法出罪功能的法律原则性条款。相比法律原则,法律规则因其具有明确性,更能满足

① 参见曲新久:《刑法学》,中国政法大学出版社2004年版,第35页。

② 参见樊文:《罪刑法定与社会危害性的冲突——兼析新刑法第13条关于犯罪的概念》,载《法律科学》1998年第1期。

③ 参见梁根林:《罪刑法定原则:挑战、重述与重申》,载《清华法学》2019年第6期。

法律的预测与指引功能,而具有适用上的优先性,在适用规则和原则均能实现相同的法律效果时,不得置规则不顾而直接适用原则。^①对于因案件证据不足、不符合构成要件或具有正当化事由宣告无罪的案件,直接适用相应的规则出罪即可,不必援引“但书”作为出罪依据。

(三) 罪量要素视角下“但书”的出罪统摄范围

关于“但书”的出罪统摄范围,争论主要在于对罪状有罪量要素限定的罪名和虽未规定罪量要素但犯罪性质恶劣的罪名,是否有“但书”适用的空间。^②本文认为,“但书”将“情节显著轻微危害不大”的行为排除在犯罪之外,说明我国《刑法》采取“定性+定量”的犯罪定义模式,^③从总则规定对分则规定的统摄力看,任何罪名均存在定量评价的空间。这种定量评价不仅体现在刑事立法已按照“但书”价值指引对部分罪名明文规定了罪量要素,也体现在刑事司法根据“但书”价值指引将不满足刑事可罚程度这一罪量要素的行为予以出罪。

对于罪状未明文规定罪量要素的罪名,仍需根据“但书”对行为是否达到需要评价为犯罪的实质可罚程度作出判断。其一,对于《刑法》及司法解释均未规定罪量要素的部分罪名,由于其行为类型同时被《刑法》和行政法所禁止,例如伪造国家机关公文行为,出于我国刑事罚和行政罚的二元制裁体系和刑法的辅助性保护机能,^④仍需根据“但书”指引对犯罪区别于行政违法的罪量要素进行司法判断。其二,即使部分罪名侵害的法益重大、侵犯法益的方式严重,《刑法》罪状未设置罪量要素,也不能排除个案中因存在具体情节符合“但书”规定。例如,刑法分则未对抢劫罪的情节或数量作出限制性规定,但《最高人民法院关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条仍规定了未成年人实施抢劫行为可适用“但书”出罪的情形。^⑤

对于罪状已明文规定罪量要素的罪名,仍可根据“但书”对罪量程度作出综合判断决定是否出罪。分则罪状中的罪量要素是规则条款,是构成要件的具体判断,通常细化为一定的客观数额或数量,侧重反映行为的社会危害程度;“但书”是原则条款,是综合判断,既反映社会危害程度,也考虑刑罚的必要性,可以弥补刚性规则的局限性,对于达到罪状罪量标准的行为,仍有可能因其他情节符合“但书”规定,例如盗窃家

① 参见李克诚、刘思萱:《论法律原则在我国司法裁判中的适用——以〈最高人民法院公报〉案例为范本的研究》,载《法律适用》2008年第3期。

② 参见刘树德、潘自强:《裁判文书说理视角下的“但书”研究——基于157份无罪裁判文书的分析》,载《中国应用法学》2020年第1期。

③ 参见储槐植、汪永乐:《再论我国刑法中的犯罪概念的定量因素》,载《法学研究》2000年第2期。

④ 参见梁根林:《刑法总论问题论要》,北京大学出版社2018年版,第196页。

⑤ 参见李兵:《〈关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉的理解与适用》,载《人民司法·应用》2006年第4期。



庭成员或者近亲属的财物,获得谅解的,一般可不认为是犯罪,^①就是用“但书”修正了分则的罪量要素。

综上,无论是对罪状有罪量要素限定的罪名还是对未规定罪量要素但犯罪性质恶劣的罪名,“但书”在原则上均具有统摄力,不宜认为某类罪名应当绝对排除“但书”的适用。当然,承认“但书”的统摄力并非主张对“但书”的价值判断不予限制,对于危害国家安全、社会安全、公民生命健康安全法益的行为,在价值导向上应当以认定不属于“危害不大”为原则,仅在确实不具有处罚必要性的情况下极其例外地认定符合“但书”规定,并通过精细的释法说理予以论证。

(四) 犯罪特征视角下“但书”的出罪逻辑位阶

承前所述,“但书”的司法功能在于将《刑法》虽有明文规定但经实质判断尚未达到可罚程度的行为排除在处罚范围之外。关于如何判断刑事可罚程度,刑法理论按照刑法目的(宏观)—犯罪特征(中观)—犯罪构成(微观)的逻辑作出体系安排,“但书”用以排除犯罪构成的价值判断,亦要受犯罪特征理论的指引。

通说认为,犯罪的三特征是刑事违法性、社会危害性和应受刑罚处罚性。^②刑事违法性主要采用形式标准,社会危害性和应受刑罚处罚性则对应实质标准。^③在司法阶段,形式标准制约实质标准,在逻辑位阶上应当优先考虑形式标准,对于形式上尚不满足犯罪构成要件的行为无需援引“但书”;只有具备刑事违法性的行为才需进一步用“但书”进行实质判断,“情节是否显著轻微”和“危害是否不大”的判断依据正是社会危害性和应受刑罚处罚性。

从社会危害性特征可以推导出需对行为“不法”性质及其程度进行评价的结论。《刑法》的目的是保护法益,社会危害性体现为对《刑法》保护的法益造成了侵害,且这种法益侵害不被社会所容许。不法的实质内涵在于,以法益侵害性勾勒出实质违法的最大范围,以脱离社会相当性或违反社会伦理规范限缩违法性的范围。^④因此,对于经价值衡量后认为对法益侵害轻微的行为,可考虑予以出罪,例如非法吸收公众存款主要用于正常生产经营,能够在提起公诉前清退所吸收资金的情况可适用“但书”。^⑤对于不属于社会公众完全排斥,在一定程度上被社会所容纳和体谅的行为,可考虑予以出罪,例如对已满14周岁不满16周岁的人偶尔与幼女发生性关系。

从应受刑罚处罚性特征可以推导出需对行为人应受谴责的“罪责”性质及程度进

① 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第8条。

② 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2011年版,第44页。

③ 参见刘树德:《论刑法第十三条“但书”规定》,载《华东刑事司法评论》2004年第2期。

④ 参见陈子平:《刑法总论》,中国人民大学出版社2009年版,第163页。

⑤ 参见最高人民法院《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第6条。

行评价的结论,^① 刑罚的预防功能对于不能对自己的行为承担责任的人是无效的, 只有值得谴责的行为人才是应受惩罚的。关于对罪责内容的认识, 学理上经历了心理责任论—规范责任论—功能责任论的转变。^② 心理罪责强调故意、过失、责任能力等心理事实, 已被纳入刑事违法性的评价。规范罪责和功能罪责则属于对罪责程度的判断,^③ 可以纳入“情节显著轻微”的评价范围。规范罪责强调非难程度, 具体包括期待可能性和违法性认识。功能罪责进一步将预防必要性纳入需罚性评价, 例如对于偶尔盗窃、抢夺、诈骗, 数额刚达到较大的标准, 案发后能如实交代并积极退赃的未成年人犯罪可适用“但书”,^④ 就充分考虑了偶犯、认罪态度、积极退赔等表明预防必要性较小的量刑情节。

综上, 从社会危害性和应受刑罚处罚性的犯罪特征可以推导出犯罪的实质评价因素是不法和罪责, “但书”出罪的价值判断依据是不法和罪责的程度性判断。

三、“但书”出罪裁判文书说理的规范化路径

如上所述, 我国司法裁判的价值属性要求刑事司法在出罪的维度接受刑事政策指引进行实质判断, “但书”的司法功能是为形式上已符合犯罪构成要件但未达到实质可罚程度的行为提供出罪依据, 这种实质考量必须转化为对“但书”的规范适用, 通过裁判文书的充分说理论证, 在依法裁判的范围内实现情法相融。

(一) 说理规范: 准确理解“但书”的规范内涵

“但书”的概括性为司法出罪的价值判断提供了充足的解释空间, 但也因其不明确性容易导致价值判断的“信马由缰”。因此有必要运用法律解释的方法明晰“但书”的规范内涵, 为司法自由裁量权划定边界, 达成“但书”司法适用条件的最大共识。

1. “情节”的规范内涵

“但书”所评价的情节包含体现法益侵害程度、违背社会相当性程度、非难性程度及预防必要性程度的主客观因素。

罪中情节与犯罪行为直接关联, 属于“但书”评价的情节, 包括行为人的行为手段、行为当时所处的情势、行为的时间与地点、行为对象、行为造成的结果、动机是否值得谴责、目的是否正当、违法性的认识程度, 是否实现有益价值、是否为社会道德所能接受或容忍等主客观因素。

“但书”不排除对罪前、罪后等法定酌定量刑情节的评价, 但不得单独依据量刑

① 参见阮齐林:《刑事司法应坚持罪责实质评价》, 载《中国法学》2017年第4期。

② 参见冯军:《刑法中的责任原则——兼与张明楷教授商榷》, 载《中外法学》2012年第1期。

③ 参见刘艳红:《目的二阶层体系与“但书”出罪功能的自治性》, 载《法学评论》2012年第6期。

④ 参见《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第20条。



情节得出符合“但书”规定的结论。诸如被告人的一贯表现、事后积极退赔、认罪态度、被害人谅解等情节,可以体现行为人的预防必要性大小,亦属于犯罪实质可罚性的考量范围,但由于不能反映行为的社会危害程度,仅用这些情节说理难以论证行为满足“危害不大”的要件。因此罪前、罪后情节应当与罪中情节进行综合判断,才能补强对“但书”的说理。

2. “显著轻微”的规范内涵

其一,显著轻微的文义说明“但书”是定量而非定性的判断。对于未实施危害行为、不具有犯罪故意、不具有主体身份、不存在犯罪对象等出罪事由,不能援引“但书”。

其二,“显著”轻微的判断视角应当是一般人视角。“但书”与《刑法》关于定罪免刑的规定区别就在于情节系“显著轻微”抑或仅是“轻微”。此处的显著指非常明显的、一般人通过常识、常情、常理便可以识别的,^①这一规定提示司法者,对于符合《刑法》罪状规定的某一行为,如果按犯罪处理与一般人的认知明显不符,容易造成“情法冲突”,就应当坚持“目光在事实与规范之间往返”,反复探究是否满足“但书”规定,能否得出无罪的结论。

3. “危害不大”的规范内涵

情节显著轻微和危害不大均是“但书”的必要条件,二者必须同时具备。^②危害不大的判断刻度是行为的法益侵害程度,既要看法益的性质,也要看对法益的侵害后果。对于危害国家安全、危害公共安全、侵害公民生命健康安全的重罪(可能被判处三年以上有期徒刑),一般不能认为危害不大。

危害不大是对社会危害性的动态衡量,不能机械、片面地认为一旦达到犯罪既遂就不属于危害不大。对于罪状规定了罪量要素的犯罪,即使行为稍微超过入罪标准,综合法益侵害的方式、社会伦理规范容忍的程度、行为人动机的可谴责性、预防必要性大小等主客观因素,也可能认定属于危害不大,例如拒不支付劳动报酬尚未造成严重后果,在刑事立案前支付并承担赔偿责任的,可适用“但书”。^③对于诸如危险驾驶罪等抽象危险犯,也有实质评价为危害不大的空间,如醉驾时血液中酒精含量超标但超标幅度较小、醉驾距离较短、夜深时在人烟稀少的道路醉驾等情形。^④

(二) 说理强化:类型化思维补强但书出罪说理方法

类型化思维是指对个别现象进行归纳提炼进行归类,进而将归类在共性范围内予以个别解释或运用的刑法认知思维。^⑤本文在充分归纳“但书”出罪司法经验的基础上,

① 参见崔志伟:《“卡迪”模式与刑事公正司法的实现》,载《交大法学》2021年第2期。

② 参见张永红:《我国刑法第13条但书研究》,法律出版社2004年版,第98页。

③ 参见《最高人民法院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第6条。

④ 参见王志祥、融昊:《醉驾行为出罪路径的刑法教义学阐释》,载《北方法学》2022年第1期。

⑤ 参见马荣春:《刑法类型化思维的概念与边界》,载《政治与法律》2014年第1期。

提炼几种典型的说理模型，为类似情形的案件说理提供指引。

1. “法益转化”说理

《刑法》规定了大量违反管理秩序类罪名（主要涉及《刑法分则》第三章、第六章），通过禁止违反规范的方式保护规范背后的利益，此类罪名多采取行为犯+入罪标准的立法模式，罪状中对定量的判断主要就是对数量、数额等要素的判断。但在个案中，行为虽违反规范，但可能对规范所欲保护的法益侵害轻微，甚至可能产生一定正向价值，这时可运用“法益转换”视角，将“危害不大”的评价尺度从抽象的秩序转向真正值得保护的核心法益，通过法益侵害的利益衡量，决定是否适用“但书”出罪。

以邱某非法收购、出售濒危野生动物案说理为例，首先从法理上明确涉案的驯养繁殖鹦鹉属于《刑法》所保护的對象，但应对野外种源和人工种源在保护上加以区分，结合物种的珍贵、濒危程度、人工繁育的情况以及行为手段、对野生动物资源的实际损害程度、主观目的等情节，综合评估社会危害性。其次从事理上阐明涉案鹦鹉属于人工种源，在我国没有野外分布，在当地驯养繁殖已成规模、数目大量增加，形成较大产业链，扣押的鹦鹉为活体，被告人未对其造成实际损害，最后通过“但书”予以出罪。^①因此，说理体现了司法的价值判断，即被告人的行为虽违反法律规定，但不仅未对我国现有野生动物资源造成破坏，甚至还可能有利于该物种的保护，且促进了社会经济发展，无须动用《刑法》予以强制保护。

2. “法益调整”说理

以构成行政违法为前置条件的罪名，社会危害程度受到行政法规范的影响，具有流变性。如果行政法规范先行修改导致行政违法程度发生变化，但《刑法》未及时作出配套调整，可能导致仍按照原来的标准评价产生罪责刑不协调的结果。这时可运用“法益调整”视角，“但书”对法益侵害的程度作出实质判断，对滞后的形式标准作出动态调整。

以最高人民法院再审的顾雏军虚报注册资本案说理为例，首先从事理层面认定被告人实施了注册资本的行为。其次从法理层面论证侦查期间《公司法》对无形资产在注册资本中所占比例的限制性规定作出重大改变，行为的违法性和社会危害程度已明显降低，应当对被告人行为的社会危害性予以重新评价，辅之以公司资本总额未实际减少的说理，得出适用“但书”的结论极具说服力。^②

3. “社会相当”说理

社会相当性是指根据当前社会大多数成员的价值观，据以被当时历史地形成的社会伦理秩序所承认或许可的性质，并且以“健全的国民承认的社会通念”为价值判断

① 参见邱某非法收购、出售濒危野生动物罪案，江西省高级人民法院（2020）赣06刑终92号刑事判决书。

② 参见顾雏军虚报注册资本罪案，最高人民法院（2018）最高法刑再4号刑事判决书。



的标准。^①社会相当性关注社会现实、伦理道德、公众认同,运用社会相当的视角,可以对僭越社会相当程度轻微的行为适用“但书”出罪。

以鲍某等非法运输珍贵、濒危野生动物案说理为例,首先认定被告人的行为违反了国家对运输、携带国家重点保护野生动物的规定。其次从事理上进一步阐明,被告人系利用农闲时间异地进行猴艺表演营利谋生,客观上需要长途运输猕猴,猴艺表演系当地传统民间艺术,这些情节均说明被告人的行为在一定程度上能够被社会所容忍,并未被社会公众完全排斥。最后辅之以“法益转化”视角,论证对濒危野生动物未造成实际损害,运用“但书”出罪。^②

4. “情理入法”说理

只有让刑法理论回归公众常识、常情、常理,才能切实增强社会公众对司法裁判的认同。许多“但书”出罪说理在行为人主观动机、目的等情节方面融入了这种情理的判断。

一是结合公众常情判断期待可能性。期待可能性的精神实质是法不强人所难,如果从社会公众的视角,法律能期待行为人不实施犯罪行为的程度很低,其情可宥,应当减轻其罪责,综合其他情节判断是否属于“情节显著轻微”。例如张某包庇案的说理,法院认为被告人自始至终认为其父没有打伤被害人,主观动机是为了证明自己父亲的清白,找证人作证的目的是证明其父亲无罪,从亲情的角度为自己的父亲寻找证人作证乃人之常情,主观恶意程度较低,客观上亦未造成他人逃避法律追究的后果,适用“但书”出罪,这种说理将期待可能性融入了主观恶性的判断,论证过程和结果具有中国传统法治文化的思想基础,符合社会主义核心价值观,能够得到公众认同。^③

二是结合公众常识判断违法性认识。《刑法》中存在大量的行政犯罪名,其违法性来源于行政法的要求,而行政法律法规数量繁多,修订频繁,即使司法人员也未必能仅凭常识判断某些行为的违法性,普通公民的知法难度更是明显加大,^④这种背景下仍坚持无例外的知法推定与社会公众的朴素认知容易发生冲突。如果行为人违法性认识错误的可避免性程度较低,说明其主观动机并非对抗法律,可谴责性明显降低。在“但书”说理中,也应当结合一般公众的认知能力,判断行为人对避免违法性认识尽到多大程度的注意义务,将违法性认识程度纳入主观情节的考量。具体说理中考虑的因素

① 参见于改之:《我国当前刑事立法中的犯罪化与非犯罪化——严重脱逸社会相当性理论之提倡》,载《法学家》2007年第4期。

② 参见鲍某等非法运输珍贵、濒危野生动物罪案,黑龙江省林区中级人民法院(2014)黑林刑终字第40号刑事判决书。

③ 参见张某包庇罪案,贵州省正安县人民法院(2015)正刑初字第00165号刑事判决书。

④ 参见张旭、陈凯琳:《无违法性认识减轻处罚之证成》,载《社会科学辑刊》2022年第3期。

包括相关行为的违法标准是否容易被社会公众认知,行为人是否具有相关行业、领域的知识和经验,行为人实施行为之前是否履行了一定的注意义务,官方部门对待其行为的态度的态度,其行为是否曾被行为人所处的社会背景下所许可等。

5. “法益恢复”说理

“但书”的评价情节并不排除罪前、罪后等体现预防必要性大小的量刑情节。尤其对于侵犯财产类犯罪,如果行为人的涉案数额刚刚超过入罪标准,在公力救济介入前(至迟不晚于公诉机关提起公诉前)积极主动退赔全部损失,弥补了被侵害的法益,虽然传统理论认为属于犯罪既遂后的退赃行为,但如果综合考虑行为人恢复法益的及时性(时间越早越能体现法益恢复的价值),属于初犯、偶犯,能够真诚认罪悔罪,被害人表示谅解等情节,可以认定其再犯危险性较低,无必要动用刑罚处罚,完全可以认定属于“情节显著轻微”,且法益已得到完全恢复,^①属于“危害不大”,可适用“但书”出罪。

结 语

“但书”不仅对司法机关贯彻宽严相济刑事政策具有理念指导作用,也对个案罪与非罪的实质考量具有方法论作用。司法实践中“但书”说理面临问题与混乱,根本上是由于对“但书”功能定位及其规范内涵认识不足。“但书”出罪的司法应用场域是形式上已符合犯罪构成要件、实质上不具有社会危害性和应受刑罚惩罚性的行为,同时这种实质判断也要受到“但书”规范内涵的限制。司法实践应当高度重视适用“但书”规定宣告无罪案件的裁判文书说理工作,讲明事理,说明法理,阐明情理,通过说理论证加强裁判结果的说服力和公正感,实现天理、国法与人情的融通。

(责任编辑:杨 军)

^① 参见刘科:《司法解释中的出罪规范:类型、依据与完善方向》,载《中国法学》2021年第6期。



论预防性环境民事公益诉讼的规范构造与适用

朱 烨 梁 勇^{*}

内容摘要：预防性环境民事公益诉讼目的在于避免生态环境遭受损害或者损害的进一步扩大。虽然规避了传统侵权法事后救济模式带来的弊端，但存在请求权基础不明确、司法权与行政权交叉以及“重大风险”认定难、举证规则不合理的现实困境，其预防性功能未得到有效发挥。为了发挥环境民事公益诉讼的预防性功能，应在明晰预防性诉讼的执法诉讼本质、正确处理司法权与行政权交叉、明确预防性诉讼请求权基础的前提下，增设前置程序和完善禁止令制度，明确“重大风险”认定主体和认定标准，区分未然型预防诉讼和已然型预防诉讼。在此基础上，优化预防性环境民事公益诉讼程序，完善“重大风险”认定体系，合理分配预防性诉讼举证责任，构建以行政执法为主，司法监督兜底的预防性环境民事公益诉讼规范体系。

关键词：预防性环境民事公益诉讼；执法诉讼；重大风险

引 言

自我国环境民事公益诉讼开展以来，其在制裁污染环境和破坏生态行为方面发挥了有效作用。然而，这种环境民事公益诉讼仍然受到传统侵权法救济的限制，主要关注的是对生态环境损害事后的补救，而忽视了一定程度上的事前预防。生态环境损害具有隐蔽性、长期性和难以恢复等特点，如果坚持事后救济的模式，可能会对生态环境造成无法逆转的损害。为此，有学者主张借鉴美国公民执法模式，允许社会组织和公民个人提起环境行政公益诉讼，通过督促行政机关严格执法，预防生态环境损害的

^{*} 朱烨，山东省高级人民法院环境资源审判庭法官助理；梁勇，山东省高级人民法院环境资源审判庭法官助理。

基金项目：本文系 2023 年度最高人民检察院检察应用理论研究课题“刑事附带民事公益诉讼实施问题研究”的阶段性成果。

发生。^①也有观点主张社会组织提起的预防性环境民事公益诉讼具有侵权诉讼的性质,在预防环境损害上面临难以克服的局限性,应当建立执法性质的预防性检察公益诉讼制度,通过监督和协助行政机关实施预防性环境法律制度来实现预防功能。^②然而,从司法实践来看,前一种观点制度成本高,需要全国人民代表大会修改《行政诉讼法》来实现,且实施效果还有待实践检验;后一种观点忽略了检察机关提起环境公益诉讼积极性不高的现实,检察机关自身也难以确保预防性功能的发挥。本文在立足现有法律规定的基础上,明确预防性环境民事公益诉讼属于执法诉讼的性质,并通过增设前置程序、完善重大风险的认定体系等,进一步完善预防性环境民事公益诉讼制度体系。

一、预防性环境民事公益诉讼的实践状况

通过中国裁判文书网、无讼案例网等网站,以“环境公益诉讼+预防性”为关键词,共收集280份公益诉讼裁判文书。通过剔除重复的及行政公益诉讼裁判文书,最终得到230份有效样本。统计分析后发现,环境民事公益诉讼责任承担方式主要为预防性、修复性、赔偿性和抚慰性四种形态。其中,共有53份涉及预防性责任(见表1),责任形态包括停止侵害、排除妨碍、消除危险,占比分别为17.8%、3.9%和8.69%,低于修复性(恢复原状97.4%)、赔偿性(赔偿损失96.1%)和抚慰性(赔礼道歉74.8%)责任形态在环境民事公益诉讼中的占比。这说明环境民事公益诉讼中,原告提出预防性诉讼请求的意愿并不强烈。

表1 环境民事公益诉讼责任形态裁判情况

责任形态	停止侵害	排除妨碍	消除危险	恢复原状	赔偿损失	赔礼道歉
案件数量(件)	41	9	20	224	221	172
占比情况	17.8%	3.9%	8.69%	97.4%	96.1%	74.8%

(一) 提出主体: 社会组织和检察机关

53份预防性诉讼裁判文书中,检察机关提出预防性诉讼请求的案件相对较少,仅北京市人民检察院第四分院诉北京多彩联艺国际钢结构工程有限公司大气污染责任纠纷案涉及预防性责任。^③与检察机关保守主义色彩相比,中国生物多样性保护与绿色发展基金等全国性社会组织提出预防性诉讼请求的激进主义意愿较为强烈。53份裁判文书中,

① 参见唐瑯:《风险社会下环境公益诉讼的价值阐释及实现路径——基于预防性司法救济的视角》,载《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期。

② 参见吴凯杰:《论预防性检察环境公益诉讼的性质定位》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2021年第1期。

③ 参见北京市人民检察院第四分院诉北京多彩联艺国际钢结构工程有限公司大气污染责任纠纷案,北京市高级人民法院(2018)京民终453号民事判决书。



社会组织提出预防性诉讼请求的有 52 份,涉及停止侵害、排除妨碍、消除危险等。

(二) 责任类型:未然型和已然型预防责任

未然型责任是对“尚未发生污染环境、破坏生态后果,但具有侵害社会公共利益风险的行为”承担的预防性责任,主要是消除危险(见表 2)。该种类型诉讼提出的数量少(共 4 起),其中仅自然之友诉中石化云南石油有限公司环境民事公益诉讼案以原告证据不足为由,裁定驳回起诉。另外 3 起,法院均支持了原告预防性的诉讼请求。^①

表 2 未然型预防责任诉讼情况

案例名称	原告诉讼请求	原告主要举证	被告反驳证据	法院裁判结果
自然之友诉中石化云南石油有限公司环境民事公益诉讼案	被告停止建设运营炼油项目,不得向螳螂川排放污水;禁止被告补办环评报批和撤回环境影响报告书	《关于中国石油云南 1000 万吨/年炼油项目环境影响报告书的批复》《行政处罚决定书》等	—	法院认为现有证据材料不能说明“被告的行为已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险”。裁定驳回上诉,维持原裁定
绿发会诉雅砻江流域水电开发有限公司环境民事公益诉讼案(五小叶槭案)	被告采取适当措施,确保不破坏珍贵濒危野生植物五小叶槭的生存;判令被告暂停牙根水电站及其辅助设施(含配套道路)的一切建设工程	中国生物多样性红色名录——高等植物卷;关于五小叶槭属于濒危植物的学术论文、新闻报道;涉案项目的单项环境影响评价报告书等	《关于提交〈雅砻江中游水电规划环境影响评价书〉及审查意见的函》等关于牙根二级水电站项目正处于规划和预可研阶段的证据	环境影响报告书经环境保护行政主管部门审批通过后,才能继续开展下一步的工作。涉案项目尚未开工建设,对于暂停工程建设的诉讼请求不予支持

已然型责任是“已经发生污染环境、破坏生态的后果,为避免损害后果的继续发生、扩大或再次出现新的环境污染、生态破坏行为”而承担的预防性责任,主要是停止侵害、排除妨碍和消除危险(见表 3)。49 起已然型预防诉讼案件中,法院判决承担预防责任的有 33 起;“原告现有证据不能证明被告需另行承担预防性责任”的有 7 起;“被告已经停止侵害、消除了对生态环境的影响,无需承担预防性责任”的有 9 起。

表 3 已然型预防责任诉讼情况

案例名称	原告诉讼请求	原告主要举证	被告反驳证据	法院裁判结果
河南省企业社会责任促进中心诉洛阳市吉利区辉鹏养殖专业合作社等环境污染责任纠纷案	判令被告立即停止实施排被污水、臭气、粪便等侵权行为;排除危害,拆除其养殖场所和设施,或承担相应的代履行费用	《关于印发河南省城市集中式饮用水水源保护区划的通知》、环境违法行为限期改正通知书、5 张废水渗坑图片等	《洛阳市环保局行政服务大厅咨询登记表》、2018 年《吉利新闻》的报道、(2000)洛行终字第 45 号行政判决书	辉鹏养殖社立即停止实施排放污水、臭气、粪便侵权行为,并拆除其养殖场所和设施,清理养殖场内及周围的污染物,并采取消毒等无害化措施消除其养殖行为对周围环境所造成的危险

^① 除表 2 列举的五小叶槭案外,另参见北京市朝阳区自然之友环境研究所诉中国水电顾问集团新平开发有限公司环境污染责任纠纷案,即“绿孔雀”案,云南省高级人民法院(2020)云民终 824 号民事判决书;自然之友诉云南华润电力(西双版纳)有限公司生态破坏责任纠纷案,云南省玉溪市中级人民法院(2018)云 04 民初 15 号民事调解书。

(续表)

案例名称	原告诉讼请求	原告主要举证	被告反驳证据	法院裁判结果
自然之友诉北京都市芳园房地产开发有限公司等固体废物污染责任纠纷案	判令二被告停止侵害,立即停止在涉案湖泊区域的施工作业,不得继续倾倒渣土等固体废物,不得继续破坏原有生态	谷歌卫星影像图、涉案人工湖被填埋前后的照片、《法制晚报》报道、《关于都市芳园社区院内填湖相关事宜函》等	业主代表开会商讨解决方案的会议记录、公示和修湖意见表、填湖绿化照片等 29 份证据	现有证据未能证明小区蓄水功能和区域性洪水调蓄功能受到了损害,对自然之友预防性的诉讼请求未予支持
绿发会诉湖北理工学院、吴忠市红寺堡区水务局等水污染责任纠纷案	判令被告水务局消除可能造成鲁家窑蓄水池水污染的潜在危险	环评报告第 25 页对于选址合理性分析、水务局红发(2011)78 号文件、照片 9 张、行政处罚单等	《建设项目环境影响报告表》《水质检测报告》《建设项目竣工环境保护验收调查表》等材料	水投公司已主动将危险源即鲁家窑水库中矗立的案涉烟囱已拆除,原告停止侵害的诉讼请求已得到解决,在本案中不再处理

(三) 职权交叉：司法权与行政权

预防性环境民事公益诉讼中，通常会涉及司法权和行政权的交叉（见表 4）。原告有时提出“建立符合国家标准的固体废物贮存、处置场所”等含有行政预防性措施的诉讼请求，而法院认识并不一致；有的当事人也会在诉讼中提出“对行政行为合法性进行审查”的主张，例如，在河南省企业社会责任促进中心诉洛阳市吉利区辉鹏养殖专业合作社等环境污染责任纠纷公益诉讼案中，洛阳市吉利区辉鹏养殖专业合作社提出“河南省人民政府在申报材料不真实的情况下批准涉案地为二级饮用水水源地”，要求法院关注《关于印发河南省城市集中式饮用水源保护区规划的通知》合法性问题。

表 4 司法权和行政权交叉案例情况

裁判结果	代表性案例	主要理由
支持	重庆市绿色志愿者联合会诉恩施自治州建始磷厂坪矿业有限责任公司环境污染公益诉讼纠纷案	重新进行环境影响评价，是约束建设项目选址风险问题而作出的裁判，系建始磷厂坪矿业公司停止侵害、消除危险具体承担民事责任的方式之一，是对停止侵害具体履行方式的明确、细化
反对	自然之友诉中石油云南石化公司环境污染责任纠纷案	禁止补办环境影响评价文件报批并责令撤回的诉讼请求，属于行政机关行政管理权限调整范围，不属于民事公益诉讼受理的范围
一审反对，二审支持	绿发会诉马鞍山国翔环保科技有限公司环境污染责任纠纷公益诉讼案	一审法院以“通过行政执法亦可控制”“不宜在民事诉讼中处理”为由不予支持。二审法院认为“建立符合国家标准的固体废物贮存、处置场所……是停止环境损害、消除危险的必要条件，也是涉事企业承担停止侵害、消除危险等民事责任的方式之一”

(四) 替代探索：诉前和诉中禁止令

环保禁止令制度系人民法院作出的责令被申请人作出或者禁止作出一定行为的保全措施，打破了传统权利救济理念，将保护生态环境的举措提前至事中甚至是事前，



有效阻止了环境违法行为对生态环境的持续破坏,在某种程度上发挥了预防性环境民事公益诉讼的功能。云南昆明、重庆、贵阳等地法院也对诉前或者诉中申请环保禁止令进行了一定程度的探索,取得了较好的效果。《最高人民法院关于生态环境侵权案件适用禁止令保全措施的若干规定》自 2022 年 1 月 1 日起施行,对禁止令提起主体、适用标准以及相关程序作出了统一规定。但是,环境民事公益诉讼中适用禁止令制度的情形仍不多见。经在百度、无讼案例网等网站和《环境公益诉讼观察报告(2016 年卷)》检索,共收集涉及环保禁止令案件 26 件。其中,以刑事诉讼案件(11 件)和行政诉讼案件(8 件)为主,占收集案例的 73.08%;相比来讲,民事私益诉讼(2 件)和公益诉讼案件(5 件)中运用较少,仅占 26.92%。《最高人民法院关于生态环境侵权案件适用禁止令保全措施的若干规定》实施后,适用该规定作出禁止令的民事私益诉讼和公益诉讼案件各 1 件。

(五) 法律依据:《环境保护法》等法律和相关司法解释

36 份支持预防性诉讼请求的案例中,全部引用了《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《公益诉讼解释》)第 1 条或第 18 条规定。另有 19 份案例引用了《环境保护法》中的相关条款,涉及环境影响评价、三同时制度以及预防性原则等条款;部分案例引用了《水污染防治法》《土壤污染防治法》《大气污染防治法》的相关条款;另有案例适用原《侵权责任法》第 65 条规定,也有案例参照适用原《侵权责任法》第 21 条规定。

二、预防性环境民事公益诉讼实践中存在的问题

通过对司法实践进行检视,发现预防性环境民事公益诉讼存在立法缺失、职权冲突和规则不明的问题,导致预防性诉讼请求权基础不明确、司法权与行政权交叉以及“重大风险”认定难,制约了预防性诉讼的提起。

(一) 立法缺失:请求权基础不明确

《民法典》第 1234 条、第 1235 条为环境民事公益诉讼修复性和赔偿性诉讼请求提供了实体法基础。然而,对于《公益诉讼解释》中提到的停止侵害、排除妨碍、消除危险等预防性责任并未提及,导致预防性环境民事公益诉讼请求权基础不明确。司法实践中,关于预防性诉讼的请求权基础主要有两种做法:第一种做法是将《公益诉讼解释》第 1 条和第 18 条作为请求权基础。但是,《民法典》并未规定对于“具有损害社会公共利益重大风险的污染环境、破坏生态”行为,被侵权人可以提出预防性的诉讼请求。由于缺乏上位法依据,将该解释作为请求权基础违反了《立法法》的规定。第二种做法是将原《侵权责任法》第 65 条作为请求权基础,认为原《侵权责任法》

第65条规定的损害不仅指人身、财产损害,还包括生态环境损害。笔者认为,虽然该条没有具体规定因污染环境造成何种类型的损害,但是通观原《侵权责任法》第二章“责任构成和责任方式”的相关法条可以看出,原《侵权责任法》主要保护民事主体的人身和财产权益,并未涉及生态环境权益。退一步讲,即使该条包含生态环境权益,由于原《侵权责任法》第65条以损害后果为前提,将其作为预防性诉讼的请求权基础不具有合理性。

(二) 职权冲突:司法权与行政权交叉

生态环境行政执法中,责令改正、限制生产、停产整治等措施、责令停止建设等行政预防措施是行政机关针对行政相对人的违法行为而常用的一种行政命令。一些环境民事公益诉讼案件中,原告提出的预防性诉讼请求通常也会涉及上述行政预防措施。如前所述,实践中各地法院对此做法不一,导致原告在提起预防性诉讼请求时无所适从。虽然有的法院认为原告提出的行政预防措施是停止侵害、排除妨碍、消除危险的具体形式从而予以支持,但是,理论界对此持相反态度。有观点认为,司法机关积极主动的干预,可能会挑战公共利益的传统代表者行政机关的权威,极易引发两者在权限划分上的冲突,司法权的介入势必会影响到行政权的行使。^①

此外,预防性诉讼中被告的行为多具有合法的权利外观,被告经常以其行为已经获得政府许可为由,主张其行为具有合法性,不应承担预防性责任。例如,在“绿孔雀案”中,被告抗辩水电站项目取得国家相关管理机构的认可,环境影响评价报告合法有效,无需承担预防性责任。^②但是,受现有司法制度的限制,法院无法在一个诉讼环节同时解决民事责任承担和行政行为合法性的问题。而行政行为的合法性有时会涉及被告的行为是否具有危害社会公共利益的风险。如果不能审查行政行为的合法性,除非被告主动停止侵害行为,否则,法院将难以作出一个能够得到有效执行的预防性环境民事公益诉讼判决。原告如对该行政行为产生怀疑,只能提起行政诉讼进行审查。但是,因行政诉讼“有利害关系”、行政公益诉讼起诉主体资格的限制,社会组织通常无法提起行政公益诉讼,最终导致被告的相关行为无法得到及时制止。

(三) 规则不明:“重大风险”认定难

《公益诉讼解释》第1条虽然规定了“具有损害社会公共利益的重大风险”,但是现行立法及司法解释对如何判定污染环境、破坏生态行为具有损害社会公共利益“重大风险”缺乏统一、明确的标准。首先,“重大风险”基础对象认定不一。有观点认为“重大风险”应同时以环境本身和人身(财产)作为基础对象。在中华环保联合会与德州

① 参见黄雪:《我国预防性环境民事公益诉讼的现实困境及其出路》,载《江西理工大学学报》2020年第6期。

② 参见北京市朝阳区自然之友环境研究所诉中国水电顾问集团新平开发有限公司环境污染责任纠纷案,云南省高级人民法院(2020)云民终824号民事判决书。



晶华集团振华有限公司环境污染责任纠纷案中,法院认定超标排放污染物除影响大气的服务价值功能,亦会造成财产及人身损害。^①另有观点认为,“重大风险”的基础对象应仅为环境本身。其次,“重大风险”的程度不明确。《公益诉讼解释》第1条规定的是“具有损害社会公共利益的重大风险”,第18条却规定了“消除危险”的责任承担方式。据最高人民法院观点,根据责任法定原则,第1条规定的“重大风险”仅限于“危险”的程度。但如此一来,将会把一些发生的可能性较低但又无法完全排除的“风险”行为排除在外,不利于生态环境保护,也与《环境保护法》规定的预防原则相悖。最后,“重大风险”的标准认定不明确。法院过于依赖行政部门意见,甚至将行政审批意见作为唯一的参考标准。例如,在自然之友诉中石油云南石化有限公司案中,一、二审法院均认为,由于涉案项目的环境影响评价报告已经取得环保部的批复同意,自然之友提交的证据材料均不能说明“被告的行为已经损害社会公共利益或者具有损害社会公共利益重大风险”,因此裁定不予受理。

(四) 界定模糊:举证规则不合理

对于预防性民事公益诉讼与救济型民事公益诉讼的举证规则,并无具体的规定予以区分。事后救济型的环境公益诉讼针对的是已经造成实际损害的情形,其举证责任的承担与传统环境侵权并无二致,均适用举证责任倒置的规则。然而,预防性公益诉讼面对的系不确定的事实状态,需要证明的是可能发生的重大风险,即污染环境和破坏生态的行为可能对生态环境造成严重的、不可逆的损害,其举证责任应当与传统的救济型责任适用有所区分。司法实践中往往未考虑预防性公益诉讼规则的特殊性和复杂性,并对其举证责任分配方式予以区分。

三、预防性环境民事公益诉讼的规范基础

环境民事公益诉讼的事后救济性决定了其预防性功能难以充分发挥。环境民事公益诉讼预防性功能的发挥须在辨明预防性诉讼性质的基础上,处理好行政权和司法权的交叉问题,并明确其法律依据。

(一) 预防性诉讼的本质:执法诉讼

环境公益诉讼制度具有“侵权诉讼”和“执法诉讼”两种不同的法律性质。^②国外环境公益诉讼主要目的是监督和督促行政执法,主要是提起环境行政公益诉讼。例

^① 参见中华环保联合会诉德州晶华集团振华有限公司环境污染责任纠纷案,山东省德州市中级人民法院(2015)德中环公民初字第1号民事判决书。

^② 参见吴凯杰:《论预防性检察环境公益诉讼的性质定位》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2021年第1期。

如,美国的公民诉讼主要是起诉没有充分履行环境保护职责的行政机关。^①我国环境民事公益诉讼制度基本照搬了原《侵权责任法》的规定,以原《侵权责任法》规定的责任承担方式为依托,构建了环境民事公益诉讼预防性、修复性、赔偿性和抚慰性责任体系。基于此,有观点认为环境民事公益诉讼属于侵权诉讼。实务中,法院一般也是按照侵权责任相关理论进行审理。但是,上述观点和做法显然并未注意到预防性诉讼与修复性、赔偿性诉讼的不同之处。修复性、赔偿性诉讼的目的在于修复已经受损的生态环境或赔偿相关损失,与传统侵权诉讼并无二致;而预防性诉讼的目的在于预防生态环境损害后果的发生或扩大,虽然与侵权诉讼中的预防责任具有相似之处,但是其更接近于行政机关的行政执法。这从一些预防性环境公益诉讼中原告提出的“采取有效措施消除废水、废气等有害物对环境公共利益的危害风险”,与行政执法中的“采取措施防治在生产建设或其他活动中产生的废气、废水等对环境的污染和危害”等行政预防措施高度重合,也能够得到印证。

(二) 处理司法权和行政权交叉:行政优先

环境民事公益诉讼开展以来,一些行政机关乐见社会组织提起环境民事公益诉讼,将本来是属于自身行政执法的责任,转嫁给社会组织和人民法院。特别是生态环境损害赔偿制度改革以来,行政机关通过民事诉讼程序要求违法行为人承担生态环境修复、赔偿生态环境功能损失的情形更是常见。这种行政机关兼具监管权与索赔权的制度安排,既保留了在行政框架内解决问题的做法,又新增了以人民法院为中心的解决路径,用民事索赔替代行政监管职责,人民法院被迫冲在环境资源保护第一线。如果说修复性、赔偿性诉讼中生态环境损害后果已经发生,通过民事诉讼可以达到修复生态环境并赔偿损失目的的话,行政机关可以“坐视不管”;而预防性环境民事公益诉讼所要防御的风险行为是尚未发生或正在发生的,可以在行政机关的审批、评估、检查环节阻止或者防止损害扩大,行政机关在预防阶段的首次判断至关重要。例如,在“绿孔雀案”中,陈氏苏铁作为区域内珍稀植物,戛洒江一级水电站的《环境影响评价报告书》未对其进行评价,新平公司也未对其采取任何保护性措施。如若环境保护部门当初在批复戛洒江一级水电站《环境影响评价报告书》时能够对此予以考虑,完全也可以达到预防的目的。当然,鉴于行政权存在滥用的可能,司法权需要采取能动主义的立场,提高对行政权力司法审查的强度与密度,使行政权在管控环境风险时也不偏离维护生态公益的目标。

^① 参见颜运秋:《生态文明背景下环境司法的几个根本转变》,载《求索》2020年第2期。



（三）预防性诉讼的请求权基础：《环境保护法》等相关法律

根据《环境保护法》第 58 条“对污染环境、破坏生态，损害社会公共利益的行为，符合下列条件的社会组织可以向人民法院提起诉讼”之规定，损害后果并非提起诉讼的必要条件，故可将该条规定作为提起预防性诉讼的依据。同时，基于行政执法弱勢的考虑，允许社会组织和检察机关通过环境民事公益诉讼要求侵权行为人承担环境污染和生态破坏责任，具有补充行政执法的功能。《环境保护法》等环境法律作为环境行政执法的重要依据，在《民法典》等法律法规不能为预防性环境民事公益诉讼提供请求权基础的情形下，可以将其中的相关规定，如以第 5 条规定的预防为主、损害担责的原则为统领，结合第 6 条规定的生产经营者责任、第 30 条规定的保护生物多样性责任、第 41 条规定的三同时责任、第 42 条排污者防治污染责任、第 45 条排污许可证等条款，以及《大气污染防治法》《水污染防治法》等专项法律中的相关条款，作为预防性环境民事公益诉讼的请求权基础。

四、预防性环境民事公益诉讼的规范构造

如前所述，预防性环境民事公益诉讼既要依赖行政机关的首次判断，也离不开审判机关对“重大风险”的最终裁判。行政机关首次判断通过优化诉讼程序来实现，审判机关最终裁判通过完善“重大风险”认定主体、认定标准和举证规则来实现。

（一）优化预防性诉讼程序

1. 增设前置程序。鉴于社会组织不能提起环境行政公益诉讼、检察机关不积极提起环境行政公益诉讼和预防性环境民事公益诉讼的情况，应对预防性环境民事公益诉讼的程序进行优化，增设行政机关执法优先的程序，发挥其预防性功能。行政机关如若履职不当或不积极履职的，法院可以准许原告提出行政性质的预防性措施，并基于环境资源刑事、民事和行政案件“三审合一”审查相关行政行为的合法性。

对于未然性诉讼，原告在提起诉讼前应当向有关部门提出履职申请，2 个月 after 政府有关部门没有履行职责或者履行职责不到位的，可以向人民法院提起预防性诉讼请求。例如，在“绿孔雀案”中，自然之友等 5 家社会组织在法院立案后，就曾致函原环境保护部，建议撤销环境影响评价批复，但是因缺乏法定救济权利而未获得重视。

对于已然型诉讼，鉴于原告一般会同时提起修复性和赔偿性的诉讼请求，如再按照未然性预防诉讼的做法增加诉讼前置程序，可能会在一定程度上阻碍原告提起环境

民事公益诉讼。因此可在受理后,由法院告知有关行政机关。在法庭辩论终结前,有关行政机关仍不履职或者履职明显不足以防止危险扩大的,由法院对原告提出的行政性预防措施进行审查。

2. 完善禁止令制度。对于禁止令制度,国外形成了比较成熟的做法,在美国原告可以请求法院发布禁止性禁令、预防性禁令、纠正性禁令以及替代性禁令。如美国田纳西流域管理局诉希尔案中,法院发布了“停止一切和泰利库工程有关的、可能会改变蜗牛镖关键性栖息地的活动”的永久禁令。^①《最高人民法院关于生态环境侵权案件适用禁止令保全措施的若干规定》的施行,有利于切实落实“预防为主、保护优先”的原则,及时有效防止或者减少生态环境损害影响,但是仍旧体现出行为保全的特点,难以充分发挥禁止令针对紧急情况的迅速救济和彻底救济的功能。在预防性环境民事公益诉讼中,可对禁止令进行进一步细化,相关主体可以请求法院发布永久性禁止令、预防性禁止令、纠正性禁止令等(见图1)。同时,在符合相关条件的前提下,如损害已经发生且不可改变持续侵害之状态,可以用损害性赔偿金代替禁止令。通过完善禁止令制度,使其能够更

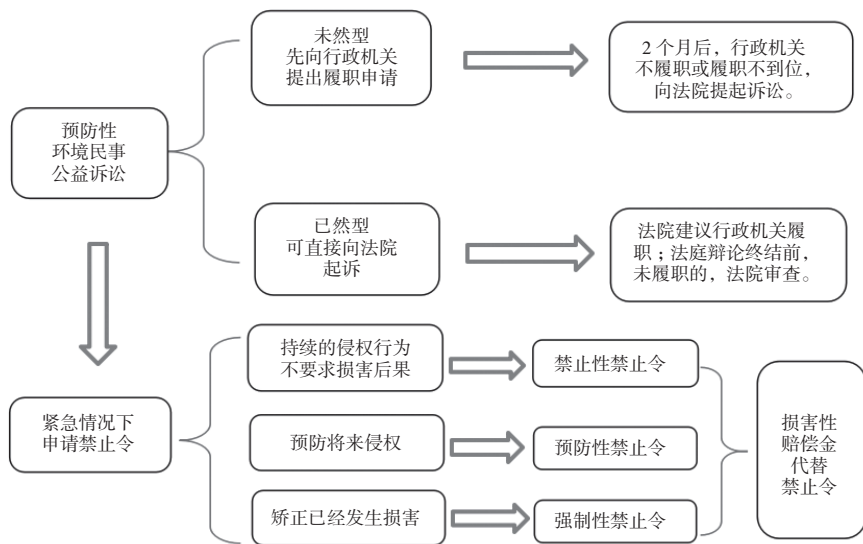


图1 预防性诉讼提起流程

高效、更充分地发挥对环境风险行为的救济作用,亦“能够很好地解决司法权和行政权的冲突问题,同时在环评等在先行行为不当的情况下,即便启动的是民事诉讼,也能通过禁令的适用间接达到相关行政行为矫正的效果”^②。

(二) 完善“重大风险”认定体系

1. “重大风险”认定主体。“重大风险”认定系预防性环境民事公益诉讼中的重

① 参见汪劲、严厚福、孙晓璞编译:《环境正义:丧钟为谁而鸣——美国联邦法院环境诉讼经典判例选》,北京大学出版社2006年版,第201-210页。

② 吴满昌、王立:《生物多样性的司法保护路径研究——以预防性环境公益诉讼为视角》,载《学术探索》2021年第5期。



要一环。法院要对环境利用行为是否具有重大风险进行科学认定,从环境利用行为可能带来的经济、社会正面效益和对生态环境的负面影响角度进行利益衡平和价值判断。但在一些案件中,法院将行政机关的审批意见作为是否构成“重大风险”的唯一参考标准,类似这种司法权完全服从于行政权的做法并不可取。即便是涉案行为符合行政许可、行政审批等标准,法院亦应根据预防性民事公益诉讼的不同类型,在案件相关证据的基础之上,对是否构成“重大风险”进行科学的利益衡平与判断。但是,“重大风险”认定专业性强,将“重大风险”的认定完全交由法院,对法官来讲责任较重。因此,法院可以借鉴知识产权调查官制度,或者吸收相关领域的专家学者作为人民陪审员辅助法官作出判断,亦可参考行政机关的意见等辅助法院进行认定。

2. “重大风险”认定标准。环境民事公益诉讼目的在于预防及修复对环境公共利益的损害,因此,“重大风险”的基础对象应为环境公共利益,而不包含人身及财产利益即环境私益。在此基础上,对于“重大风险”可以从以下两个维度进行理解:一是“重大风险”的范围包含盖然性较高的“危险”和盖然性较低“风险”。目前,“广义上的风险概念可以依据预期损害发生的程度与盖然性,进一步区分为危险、狭义的风险以及剩余风险”^①。其中,具有充分的发生损害结果的盖然性即为“危险”,而有发生的较低可能性但是又无法完全排除发生的可能性的为“风险”,可以忍受、无需于法律上进行干涉的即为“剩余风险”。在“绿孔雀案”中,法院认为“重大风险”具体表现为“危害尚未发生,但如不阻止事件发生,可预知此事件的发生必会造成严重或不可逆的环境损害事实”,即分类中的“危险”。由此可见,“重大风险”认定标准至少要达到盖然性较高的“危险”程度。但是,对于一些特殊的生态环境,如一些特殊地貌、濒危动植物等,虽然损害后果发生的盖然性较低但也无法完全排除发生可能性,对这种“风险”也不能忽略,特别是在未然型诉讼中更是如此。因此,预防性环境民事公益诉讼显然应将规制对象扩张到发生的盖然性较低但无法完全排除发生可能性的“风险”之上,如此才可保持与预防性环境理念相一致。二是“重大风险”的程度必须是对社会公共利益能够造成严重、不可逆的损害。“重大风险”的认定是现实的,要在经济发展和生态环境保护之间进行一定的价值衡量,脱离社会生活实际谈经济发展优先或生态环境保护优先的想法都是不切实际的,无法达到生态环境保护的目的。法院也会“试图在生态公益与相冲突的法益间寻求一个适当

^① 齐晨晨:《环境公益诉讼风险预防的应然目标及实现路径》,载《沈阳工业大学学报(社会科学版)》2021年第5期。

的平衡,使得其判定的预防性责任措施既能确保适当的保护标准得以实现,同时也不失其比例均衡”^①。因此,对于“重大风险”的程度要落脚到无论是盖然性较高的“危险”还是盖然性较低的“风险”,只要是对社会公共利益能够造成严重、不可逆的损害,就构成“重大风险”。当然,“重大风险”的认定也是历史的。当一些需要保护的生态环境因某种原因已经不再需要特殊保护的时候,“重大风险”之“严重、不可逆”的认定也要发生相应的变化。

(三) 合理分配预防性诉讼举证责任

1. 未然型预防诉讼。因实际损害并未发生,且对于被告的权益影响较大,因此对原告的举证责任证明程度的盖然性要求相对要高(见图2)。首先,原告应提供初步证据,

如鉴定结论、文献报告、专家意见、证人证言等,证明被告实施了可能对生态环境有影响的行为;生态环境可能会发生的损害事实;可能受到损害的生态环境与被告相关行为的具有关联性。如果原告不能提供被告的行为具有损害社会公共利益“重

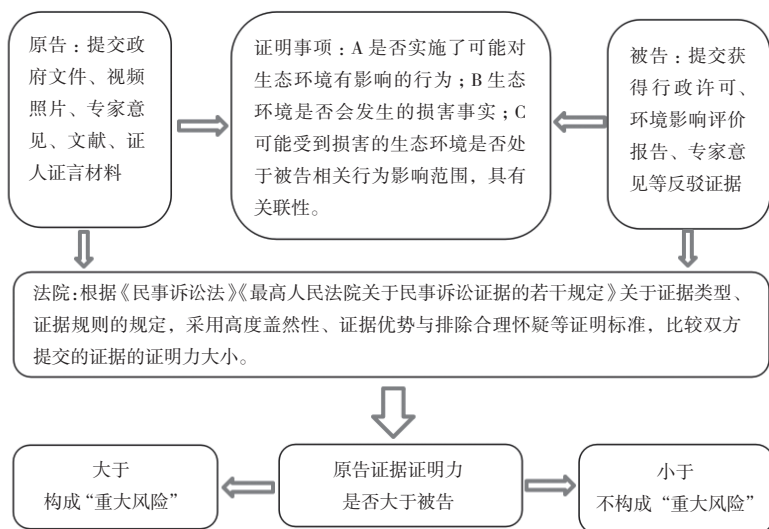


图2 未然性诉讼原被告举证流程图

大风险”的初步证据,显然要承担举证不能的责任。当然,限于社会组织的举证能力,特殊情况下,法院可依申请或依职权调取相关证据。其次,在原告提供初步证明材料后,举证责任可发生转移,即由被告来证明其并未实施污染行为或者其所实施的行为系合法排污行为或者并不能对环境造成重大风险等。被告可以直接提供反驳证据来推翻原告的主张,还可提供效力更高的研究结论等证据来间接反证,或者直接进行反证,来证明其所实施的行为与损害社会公共利益的重大风险之间不存在因果关系。最后,根据《民事诉讼法》《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》关于证据类型、证据规则的规定,采用高度盖然性、证据优势与排除合理怀疑等证明

① 王服清：《论预防原则的应用与问题》，载《宪政时代》2013年第1期。



标准,结合法官办案经验,根据图 2 所示的流程判断被告的行为是否具有造成生态环境损害的“重大风险”。

2. 已然型预防诉讼。因被告已经实施了污染环境、破坏生态的行为且损害后果已经发生,提起诉讼的目的系避免损害后果的继续发生、扩大,或避免再次出现新的污染环境、破坏生态行为,因此原告承担的举证责任不宜过重,法官可依据已经发生的损害后果形成初步的内心确信。对于停止侵害、排除妨碍的诉讼请求,原告只要举证证明被告实施了污染环境、破坏生态的行为即可。原告提供初步证明材料后,被告可举证证明已经停止生产、搬迁等或者改造完毕,已经经过政府部门的验收等事实,由法院比较证明力大小后,认定是否具有判令被告停止侵害、排除妨碍的必要。对于消除危险的诉讼请求,因损害后果已经发生,且所面对的系“可能的环境危害”,原告的举证责任既要轻于未然性的诉讼,亦要与已然型诉讼中的其他诉讼请求的举证责任有所区别。原告同样要提供初步证据证明:被告实施了对生态环境有影响的行为;生态环境可能会发生的损害事实;被告的行为与损害事实之间具有关联性。基于被告已经实施了污染环境、破坏生态的行为并已经造成损害后果的事实,此时被告的举证责任承担可坚持举证责任倒置原则,即其应就因果关系不存在承担举证责任。

结 语

生态环境保护和可持续发展相辅相成,可持续发展着眼于未来,是经济、社会和环境之间的协调发展,保护环境就是保护未来。预防性环境民事公益诉讼通过司法手段迫使企业和个人遵守法律,采取必要的措施减少环境破坏行为,有助于保护自然资源和生态系统,为可持续发展提供基础和保障。通过诉讼程序,公众可以揭示环境问题的真相,追究相应方责任,并促使相关部门加强对环境问题的监管和执法力度,有助于提高环境管理的透明度和效能。同时,公众通过参与诉讼程序,增强环境保护意识,并积极参与环境保护活动,有助于形成全社会共同关注和参与环境保护的氛围,推动环境保护和经济社会可持续发展的有机统一。

(责任编辑:崔婷婷)

作为刑罚附随制裁的生态环境修复责任研究

常庆友 左凯旋*

内容摘要：由于对生态环境修复法律性质认识的欠缺，现行法律及配套机制无法满足生态修复的现实需求。环境犯罪侵害的是双重法益，司法实践更偏向于刑罚制裁而忽视生态法益的保护，导致刑事审判中对生态修复的判决多样、经济制裁加重被告人负担、多元主体协调困难、监督验收不到位等问题。生态修复的处罚性质是非刑罚处理方法，应当完善刑罚附随制裁的生态修复责任的立法指引，适当扩大刑罚附随制裁的适用范围，明确生态修复责任的法律性质；构建多元主体协同参与生态环境修复治理机制，明确多元主体地位，探索以修复为目标的生态环境损害赔偿磋商机制；构建附随制裁的生态修复责任运行保障机制，设立生态修复专项资金账户，强化激励机制与生态修复效果监督、验收机制等。

关键词：恢复性司法；刑罚附随制裁；生态修复责任；多元主体协同

近年来，在环境犯罪刑事判决书中，出现了全新的生态修复责任承担方式，如土地复垦、劳务代偿、增殖放流、补植复绿等。作为恢复性司法理念在我国环境犯罪领域的尝试，这些责任承担方式弥补了传统环境犯罪案件中刑罚震慑不足的缺点，通过创设生态修复责任来更好地修复受损生态环境，维护了生态法益。从目前环境犯罪刑事案件的处罚来看，除了课以罚金、自由刑、没收作案工具及违法所得之外，另外判处被告人承担部分生态修复责任，这种责任承担方式从根本上依然突出预防犯罪和惩戒犯罪。^① 本文拟研究作为刑罚附随的生态环境修复责任，将恢复性司法理念贯穿环境刑事司法实践，构建刑罚附随制裁的生态修复运行体系，从而激发被告人产生补偿心理，实现兼具刑事惩罚和生态修复的双重目的。

* 常庆友，山东省微山县人民法院党组书记、院长；左凯旋，山东省济宁市微山县人民法院法官助理。

① 参见王瑞君：《“刑罚附随性制裁”的功能与边界》，载《法学》2021年第4期。



一、作为刑罚附随制裁的生态修复责任实证考察

刑事责任是指行为人因违反刑法规定而应承担的不利后果，包括自由刑、财产刑等。因恢复性措施运用到刑事司法实践中，产生了刑罚附随制裁的生态环境修复责任。刑罚附随生态修复责任虽然起步较早，但发展缓慢。现今刑事立法尚未规定刑罚附随制裁的生态修复责任的框架体系和具体内容，刑事判项中关于生态修复的种类措施、责任承担方式、产生方式的创新在司法实践中备受争议。^①

（一）生态修复刑事判决样态

司法机关贯彻绿色发展理念、保护生态环境的力度在加大。人民法院契合恢复性司法理念，对破坏生态环境犯罪被告人判处生态修复责任的措施方式不断创新。

1. 生态修复措施种类繁多。作为刑罚附随制裁的生态修复责任是以救济受损的生态环境为本位、以维护人类赖以生存的环境利益为中心的刑事法律制度设计。^②生态修复责任作为环境犯罪领域修复生态环境的重要救济途径与方式，在刑事判决中有多种责任承担类型。在各类环境诉讼案件中，刑事判决占据半数以上，但主要以刑事附带民事的判决形式来承担生态修复责任。在生态环境犯罪案件中判决被告人承担生态修复责任的承担方式除了承担生态修复费用、补植复绿、增殖放流、土地复垦外，还需要在县级媒体向社会公开赔礼道歉，参加公益劳动以及行为禁止等（见表 1）。

表 1 典型生态修复刑事判决样态汇总

罪名	修复措施	生态修复判决情况（节选）
滥伐林木	补植复绿	一年内异地置换补栽水源涵养林树种 5886 株，补栽树种与周围树种保持一致，或承担生态修复费用 48917.5 元
非法捕捞水产品	增殖放流	购置价值 1125 元的鱼苗放流到淮河，用于修复渔业资源与环境。若逾期不履行，赔偿生态修复费用 1125 元
非法占用农用地	土地复垦	对非法占用的 20.65 亩耕地，按照《土地管理行业标准》中“土地复垦质量控制标准”进行复垦，由国土部门验收
非法占用农用地	公益劳动	缓刑考验期间，主动到其居住地接受社区矫正。在此期间，服从司法行政机关的监督管理，积极参加公益劳动
非法捕捞水产品	赔礼道歉	责令刑事附带民事公益诉讼被告刘某某在县级媒体向社会公众公开赔礼道歉
污染环境	行为禁止	禁止被告人杨某某在缓刑考验期内从事与排污或者处置危险废物有关的经验活动
非法狩猎	货币赔偿	各被告人共同承担生态环境修复费用

① 参见宁清同、南靖杰：《生态修复责任之多元法律性质探析》，载《广西社会科学》2019 年第 12 期。

② 参见李挚萍：《生态环境修复责任法律性质辨析》，载《中国地质大学学报（社会科学版）》2018 年第 2 期。

2. 生态修复责任承担因案而异。通过公开的裁判文书可知，生态修复责任在刑事判决中方式灵活且满足生态修复要求，根据刑事犯罪破坏的生态环境要素不同判决被告人承担不同的修复方式。按照生态修复责任承担主体分类，可以分为四种类型：其一，被告人承担修复责任。基于责任自负原则，被告人承担修复费用的判决最常见。其二，被告人承担生态修复费用，具体修复工作由政府职能部门承担。其三，由具有资质的第三方主体修复。第三方主体依据生态修复协议承担修复义务，被告人按照协议支付生态修复费用。其四，单位构成犯罪的，判处直接责任人员承担刑事责任，生态修复责任由直接责任人所在单位承担。^①同时，由于生态修复责任缺乏统一的制度规范，各地法院在判决中同时判处被告人采取多种修复措施时，不同修复措施交互运用保障了生态修复责任目标的初步实现。

(二) 生态修复责任政策体系碎片化

制度体系是组织运行的前提条件之一。生态环境修复过程中，制度体系难以满足现实的需要，组织间缺乏协同，不同职能部门间制度分离散乱。

1. 制度体系碎片化。现行法律法规及司法解释作为指引被告人、司法及执法人员、第三方社会组织等各参与主体承担生态修复责任的行动指南，规范各参与主体行为具有重要意义。目前，我国高度重视生态环境保护工作，但当前法律法规及司法解释体系庞大而繁杂，虽然最高人民法院发布的生态环境案件司法解释中对生态环境修复责任也有触及，但这种单项模式忽视了生态修复责任整体性、系统性特征，加上立法资源有限、修法滞后等，使得生态修复责任与现行法律体系间呈现明显的碎片化状态，主要表现在最高人民法院关于生态修复责任的规定主要散见于生态环境纠纷的司法解释中，规定简单且粗糙，系统性不强，^②严重影响了运用司法审判进行生态环境修复的效果（见表2）。

表2 生态修复责任相关规范性文件梳理

文件依据	生态修复规定	约束范围
《关于审理海洋自然资源与生态环境损害赔偿纠纷案件若干问题的规定》（第6条）	监管机关请求生态环境损害责任者承担恢复原状等民事责任的，法院合理判定责任者承担民事责任	修复责任性质
《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》（第12条）	受损生态环境能够修复的，应当判决被告承担修复责任，并确定被告不履行修复义务时应承担的生态环境修复费用	修复责任履行
《关于生态环境侵权民事诉讼证据的若干规定》（第31条）	法院可根据已查明案件事实，结合生态环境恢复难易程度等因素，并参考环境资源保护监管部门意见确定	生态修复费用确定规则

① 参见蒋兰香：《生态修复的刑事判决样态研究》，载《政治与法律》2018年第5期。
② 参见方卫华、李瑞：《生态环境监管碎片化困境及整体性治理》，载《甘肃社会科学》2018年第5期。



(续表)

文件依据	生态修复规定	约束范围
《关于审理生态环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》(第 17 条)	应当履行生态环境风险和修复义务的民事主体,未履行法定义务造成他人损害,被侵权人承担相应责任	不履行法定义务责任承担

2. 多元主体沟通阻滞。生态修复责任散见于司法解释及规范性文件之中,对生态修复责任调整范围呈现出碎片化状态,对于政策执行的理解与适用呈现出碎片化特征。刑罚附随制裁的生态修复责任需要被告人、具有资质的环境修复企业、政府职能部门、社会组织等多元主体的参与和配合,当前审判机关与被告人、政府部门、企业、社会组织之间缺乏沟通交流机制,无法形成工作合力,多元化参与的生态修复协同体系尚未形成。^①一方面,生态环境修复的规则制度体系及资源信息衔接平台未形成,缺乏明确的多元主体参与生态修复的范围、职能、方式及验收标准,生态修复实施环节未能有效调动政府职能部门发挥监督和管理职责。部分地区因财政状况尚未构建完备的生态修复责任体系的基础条件和参与机制,个别执行主体因主体职责、利益诉求不同等存在价值冲突。另外,相关政府部门、企业及社会组织缺乏履行生态修复责任需要的资金、技术、人才等相关要素的支持和制度保障,多元主体难以发挥其自身功能与独特优势。^②另一方面,监督机制碎片化造成生态环境修复执行过程缺乏监管与反馈机制。生态修复责任由法院在刑事判决中确认,并由被告人或者第三方具体执行,由于目前尚未构建起全面、系统、科学的生态修复监督机制,个别部门缺少有效跟进监督,造成生态修复质量参差不齐。

(三) 生态修复责任配套机制不完善

环境犯罪中,环境修补与替代性措施不尽合理,生态环境修复判项除简单易修复的生态环境损害案件外,较为严重的生态环境损害修复方案或生态补偿方案执行率不高,修复效果不明显(见表 3)。

表 3 典型生态修复责任刑事判决配套机制汇总表

罪名	执行主体	执行方式	修复标准	专用账户	验收部门
滥伐林木	被告人	缴纳货币	无	无	无
非法捕捞水产品	被告人	投放鱼苗或 缴纳货币	无	无	无

① 参见张馨元:《〈民法典〉生态环境修复责任规范属性及实现框架》,载《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2023 年第 3 期。
② 参见孙倩文、李玲、陈可:《整体性治理视角下民族地区推普政策执行碎片化及其整合》,载《民族教育研究》2023 年第 2 期。

(续表)

罪名	执行主体	执行方式	修复标准	专用账户	验收部门
非法占用农用地	被告人(公司)	土地复垦	土地管理行业标准	无	国土局
非法占用农用地	被告人	社区改造	无	无	无
非法捕捞水产品	被告人	登报道歉	无	无	公安局
污染环境	被告人	禁止排污活动	无	无	无
非法捕捞水产品	被告人	缴纳货币	无	无	无
非法狩猎	被告人	张贴标语	无	无	无

1. 修复资金保障不到位。生态修复资金是生态修复工作得以完成的前提条件和重要物资保障,根据责任自负原则,造成环境污染和生态破坏的行为人承担生态修复责任。^①生态环境具有整体性和系统性,环境污染治理强调实效性,如果不及时采取措施,环境污染会以点代面的方式传播,损失将无法估量。现行生态修复责任承担方式中,缴纳货币的责任承担方式没有专门汇入生态修复资金账户用于紧急情况下生态环境修复工作。另外,多种经济制裁同时判决会加重被告人的经济负担,导致执行困难。部分案例既判处了主刑,又判处了罚金刑,还判处承担生态修复费用。罚金刑是财产刑,本质上具有经济制裁性。若被告人既判处罚金,又责令其承担生态环境修复费用,多重经济制裁导致被告人难以履行责任,罚金和承担生态修复责任尽管能实现惩治犯罪和修复生态的目的,但也加重了被告人的经济负担,生态修复资金难以保障到位。

2. 生态修复监督不到位。生态环境修复监督机制保障生态修复的效果,保障社会公众环境利益的实现。生态修复过程涉及方案拟定、修复方式协调、目标、期限及验收标准等多方面工作。从目前生态修复责任刑事判决情况看,生态修复存在验收标准及主体混乱、验收程序不规范以及缺乏监督机制等方面的问题。^②尽管有些案件判决以后,法院对生态修复情况进行了跟踪监督,但大量生态修复案件法院判决后并无后续生态修复验收工作。一方面,法院的本职工作在于案件的审判与执行,各地法院任务繁重且缺乏专业技术人员,无暇顾及刑事判决后的生态修复情况;另一方面,刑事判决的目的在于惩治犯罪,环境案件中对生态修复的判项过于笼统,大部分案件缺乏明确的主体、程序及验收标准,判项中生态修复责任流于形式,未达到生态修复的目的。更重要的是,许多法院与林业、环保、国土管理等部门的联动衔接机制尚未建立,林业、环保等部门无法实际参与生态修复的督查管理工作。

① 参见何璐希:《多元共治背景下生态环境损害代修复之刍义——以〈民法典·侵权责任编〉第1234条为视角》,载《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2021年第2期。
② 参见张婷、宁清同:《我国生态修复验收制度探析》,载《贵州省党校学报》2019年第4期。



二、刑罚附随生态环境修复责任履行的困境

民事侵权责任保护的是被侵权人的人身权和财产权，生态环境损害无明确的受害主体，生态环境功能与结构遭到损害时，在传统侵权责任法律制度框架下，并不能被救济。因此，作为刑罚附随制裁的生态修复责任能够解决传统民事侵权责任所不能解决的问题。在绿色发展理念及“恢复性司法”理念的驱使下，生态修复责任被提到了新高度，但司法实践中遇到了诸多难题，值得深入思考。

（一）生态修复责任的法律性质表达不明确

为了践行绿色发展理念，保护生态环境，我国出台《生态环境损害赔偿制度改革试点方案》《生态环境损害赔偿制度改革方案》，随后最高人民法院发布《关于审理生态环境损害赔偿案件的若干规定（试行）》，体现了我国司法实践中对于生态修复责任的突破和创新。《民法典》第 1234 条中也对生态修复责任的承担方式进行了规定。但是，对于生态修复的责任性质现行法律没有明确规定。

生态修复责任的承担方式与民事侵权法上恢复原状的责任承担方式不同。现行法律对生态修复责任与恢复原状责任未作严格区分，而是将生态修复责任包括在恢复原状责任之中，并未将其独立出来。事实上，两者在保护对象、手段方式、权利基础等方面均存在差异。

生态修复责任是恢复生态的功能与结构，并非简单恢复环境介质的原状，而是要恢复人类共同的生态利益，即自然环境的生态功能、生态价值、生态服务能力。^①生态修复责任的性质界定影响着司法实践中的处理方式。生态修复责任是属于传统民事责任的范畴还是新的责任形式，抑或是具有行政法意义的环境责任，还是刑法上的环境责任，责任性质的界定对司法实践处理方式具有较大影响。要发挥生态修复责任在司法实践中的积极作用，必须明确生态修复责任的性质。另外，各级法院根据案情需要积极回应生态环境犯罪中司法救济的现实需求，在刑事判决中创新责任承担方式，对于受损生态环境的功能恢复具有重要意义。刑事判决中增殖放流、土地复垦、替代修复、补植复绿等生态修复责任承担方式属于哪种性质的责任，是传统民事侵权责任还是行政处罚性质责任，在裁判文书中没有明确规定。目前司法实践中，“生态环境修复”作为民事侵权责任中“恢复原状”的特殊适用是法官裁判的法律逻辑，具体适用上难以摆脱机械套用逻辑。^②

① 参见吕忠梅：《“生态环境损害赔偿”的法律辨析》，载《法学论坛》2017 年第 3 期。

② 参见吴鹏：《论生态修复的基本内涵及其制度完善》，载《东北大学学报（社会科学版）》2016 年第 6 期。

（二）刑罚附随制裁的生态修复责任认定标准模糊

刑罚附随的生态修复责任在承担方式和产生方式上存在缺陷，法院判处行为人承担刑事生态修复责任的方式在《刑法》明文规定中尚不明确，是否有违罪刑法定原则存在争议。

1. 责任承担方式。全国各级法院为贯彻绿色发展理念设立环境资源专门审判机构审理环境刑事案件，将刑事责任与生态修复责任相融合，既判令被告人承担自由刑和罚金刑等刑罚，又判令被告人承担生态修复责任。刑罚附随生态修复责任以恢复性司法措施形式落实：一是货币措施。除承担罚金刑外另承担涉及金钱的处罚措施，其资金用于生态环境修复或作为保证金，由具有环境修复资质的主体进行生态修复。二是行为替代措施。被告人在相关主体指导下亲自或委托第三方主体实施生态环境修复措施，如增殖放流、补种绿植、代履行、复垦修复等。三是综合措施。被告人与具有相应资质的企业签订修复协议书，通过一揽子措施进行生态修复，主要以行为措施与货币措施的结合为主。^①基于以上分析，存在两个方面的问题：其一，在刑事判决中判令被告人缴纳生态修复费用无《刑法》依据，强行适用无《刑法》依据的货币措施是通过专款专用的形式用于刑事案件生态环境修复；其二，在刑事判决中适用行为性措施有违反罪刑法定原则之嫌。行为性措施从性质上看更符合非刑罚处罚措施，但《刑法》第36条、第37条规定的非刑罚处罚措施并不包含此类。

2. 责任产生方式。刑罚附随制裁的生态修复责任在适用程序上也存在问题。在环境犯罪案件中，法院判处被告人承担生态修复责任的方式有四种：一是在刑事判决书判项中判处被告人承担生态修复责任，并根据生态修复状况考量被告人的量刑情况；二是将生态修复情况作为事实进行查明并予以认定，或通过签订生态修复保证书形式确保生态修复效果，在判决书主文说理部分将其作为被告人悔罪表现予以认定；三是以刑事裁定书等形式签发生态恢复令；四是在刑事附带民事判决书中判决被告人以承担民事责任形式承担生态修复责任。以上四种责任产生方式都受到不同程度的质疑：第一种刑事判决书要求被告承担生态修复责任多依据行政法规、地方性法规等，部分刑事判决书甚至模糊化处理判处依据，这种做法违反罪刑法定原则；第二种将生态修复保证书或生态修复事实作为被告人量刑情节予以考虑，^②容易导致生态修复内容难以有效落实或者刑事判决书久拖不判等后果；第三种无法律及司法解释的依据，属于地方创新做法；第四种属于民事责任，目前尚无法律明文规定刑罚附随制裁的生态环境修复责任可以用民事生态修复责任替代性表达。

（三）生态修复多元主体协同配合机制缺失

《民法典》第1234条规定国家机关、社会组织与第三方主体共同参与环境公共利

① 参见蒋兰香：《生态修复的刑事判决样态研究》，载《政治与法律》2018年第5期。

② 参见熊秋红：《认罪认罚从宽制度中的量刑建议》，载《中外法学》2020年第5期。



益保护,体现了生态环境修复多元共治的理念,多元协同治理体系不仅能促进环境治理主体之间的沟通,平衡多元主体利益以提升治理效率,也能为构建政府主导、多元主体参与的现代环境治理体系提供法律依据。因此,现代环境法治应当发挥社会各主体的积极性与主动性,赋予企业、社会组织等主体参与生态环境修复的权利与责任,发挥不同主体在环境治理体系中的功能,改变政府单一环境治理主体的固有认识,形成环境法治运行平台,通过设置法律责任保障环境利益以实现环境多元治理的目标。从既有法律对生态环境修复的有关规定来看,各级政府职能部门均应承担生态修复责任,参与生态环境修复。由于多元主体协同配合机制与平台缺失,企业、社会组织等主体承担生态环境修复责任几乎可以忽略不计。

随着刑罚附随制裁的生态环境修复责任广泛应用于刑事司法实践,还暴露出其他问题:一是生态修复形式、程序随意。生态恢复性措施、生态修复责任未在《刑法》中明文规定,各地法院援引地方性法规或通知意见作为判决依据。各地法院根据当地实际独创的生态修复措施和标准不相统一,形式随意零散。^①二是缺乏体系化监督机制。弥补受损的生态环境,恢复其功能与结构是刑罚附随制裁的生态恢复性司法措施的核心,其重点倾向于行为性修复措施,如何监督其有效实施并保证修复效果成为重点。各地司法实践存在形式多样的监督措施与机制,但尚未形成环环相扣的体系化监督机制,监督体系形式化运行。三是缺乏生态修复激励机制。为了调动多元主体参与生态环境修复的积极性,应当建立与不同主体相匹配的激励机制。

三、生态修复责任纳入刑罚附随制裁的逻辑基石

刑罚附随制裁是指刑罚制裁之外,课以行为人附属责任,将生态修复责任纳入刑罚附随,除了对行为人判处自由刑和罚金刑外,还应当一并判令被告人承担相应的生态修复责任。生态修复责任是针对生态环境损害本身的救济方式,旨在恢复生态环境的结构与功能,^②其产生与发展需要深厚的理论与实践基础。

(一) 保护人类利益与生态法益

生态修复责任纳入刑罚附随制裁着眼于人类自身发展的长远利益,并不是片面关注自然界对于人类具有的某种可利用的价值利益,摒弃了以往“人类中心主义”的偏向。^③例如,构成环境犯罪的标准可以是“致使公私财产遭受重大损失或者严重危害人体健康”。环境刑法在过去受到“人类中心主义”观念的影响而逐渐偏离时代需要,

① 参见侯艳芳:《论环境资源犯罪治理中刑事和解的适用》,载《政法论丛》2017年第3期。

② 参见周宇:《环境法典是生态修复责任的归宿——后民法典时代民法与环境法的区别与融合》,载《南京航空航天大学学报(社会科学版)》2023年第1期。

③ 参见[美]汤姆·R.泰勒:《人们为什么遵守法律》,黄永译,中国法制出版社2015年版,第41页。

人类社会也认识到了生态环境法益与人类生存发展权益具有同等重要性。基于以上分析,应当重视“生态中心主义”价值理念,以修正严重的“人类中心主义”倾向。

“生态中心主义”理念认为人类社会应对生态环境给予道德关怀,立足长远发展处理与生态环境的关系,提出以自然生态环境为中心,构建与之匹配的价值判断系统,将生态法益与人类法益有机结合。然而,纯粹的“生态中心主义”忽视人类社会的发展,过于强调生态环境保护,未能看到生态环境对于人类发展的促进。事实上,“生态中心主义”和“人类中心主义”均过于片面,违背可持续发展战略,未能将生态法益与人类法益相结合。因此,环境犯罪的刑事立法及刑事司法政策并非单纯服务于“生态中心主义”抑或“人类中心主义”,而应注重生态环境法益与人类发展的双重保护,将生态环境与人类社会作为环境司法的出发点和落脚点,保障环境法益与人类社会协调发展,促进人与自然和谐共生。

(二) 积极预防犯罪导向

作为刑罚附随制裁的生态修复责任旨在修复受损的生态环境,复原其原有的生态结构,恢复其生态功能,维护的是生态法益。^①目前,生态修复责任并没有独立的地位和法律根基。首先,《刑法修正案(八)》颁布以前,破坏生态环境案件入罪门槛高,部分破坏生态环境的行为达不到入罪的门槛。《刑法修正案(八)》的颁布及配套司法解释出台后,生态环境犯罪入罪门槛降低,环境犯罪数量呈上升趋势,环境犯罪比例提高。但司法实践中仍面临多种困境,如环境污染司法鉴定、生态修复责任验收标准、因果关系难以确定等问题,成为惩治生态环境犯罪、修复生态环境的障碍。其次,部分生态环境犯罪案件,检察机关未提起刑事附带民事诉讼要求被告承担生态修复责任,只要求被告承担自由刑和罚金刑等刑罚。即使检察院通过附带民事诉讼形式追究被告人的生态修复责任,实践中执行效果也并不理想。最后,生态修复责任履行效果未达到预期。惩治生态环境犯罪的手段包括自由刑和罚金刑,但是由于自由刑处罚与生态修复责任互不牵扯,部分生态修复责任是以缴纳生态修复费用作为承担方式,金钱处罚重叠。另外,罚金缴纳缺乏保障、使用缺乏监督等原因导致刑法的非难性功能降低,无法发挥刑法的预防性功能。

(三) 优化审判程序

尽管公益诉讼在目前的生态环境保护中发挥了强有力的作用,但不可否认,公益诉讼存在公益性,有时会发生诉权主体不明晰、违法行为发现不及时、生态修复功能无法保障的情形。因为其公益性,在实践中往往不能及时有效地改善生态环境保护的现状。将生态修复责任作为一种刑罚制裁,完全可以规避“刑事附带民事责任”的弊端,

^① 参见王瑞君:《“刑罚附随性制裁”的功能与边界》,载《法学》2021年第4期。



法院在审理环境犯罪案件的过程当中,不再局限于对检察院“主动提起”的依赖,而是可以直接在相关判决当中,一方面对行为人的犯罪行为进行定性并课以自由刑或者罚金;另一方面,在判决书中规定生态修复的责任义务,实现生态修复的目标。这种程序上设定的优化无疑提升了生态修复责任的“程序地位”,赋予了审判人员极大的自由裁量适用权。相对于其他的刑事案件,侵害自然环境类案件的主观恶性较小,造成的社会危害性较小,只是造成的自然损害较大,法院课以刑罚本就应以生态修复为核心来设定犯罪行为人的责任与义务。只有不断提升生态修复责任的适用便宜性,才能实现生态修复的目标,最终受益的是整个生态系统,这也是将生态修复责任作为刑罚附随制裁进行审理程序设定的初衷和根本。

四、刑罚附随层面生态修复责任机制的路径优化

生态环境犯罪入罪门槛降低体现出生态法益保护的重要性不断提升,由于刑法体系中对于环境犯罪的生态修复责任配置与环境法益保护的重要性并不相当。^① 生态破坏犯罪案件的特殊性,已然突破了传统法益的范畴,刑法作为最严厉的惩罚手段之一,在刑罚制裁上理应调整重心。

(一) 完善刑罚附随生态环境修复责任立法规定

生态环境修复顺应时代潮流,但也面临诸多困境。立法作为有效且重要的社会调控机制,应从明确立法指引、扩大适用范围维度予以完善,发挥其保驾护航作用。

1. 明确刑罚附随制裁的立法指引。我国生态环境修复立法中缺乏对刑法附随制裁机制方面的明确指引,环境犯罪的刑事诉讼程序中各阶段和环节缺乏关于刑罚附随的法律规定。实践中存在环境犯罪案件判处被告人生态修复责任的创新做法,但由于缺乏法律依据支撑,仅在部分刑事判决书中判令被告人承担生态修复责任,因此有必要完善刑罚附随制裁的生态修复责任的法律供给。其一,在立法中明确行为人的生态修复责任,为刑罚附随生态修复工作提供法律支撑。法条应当明确附随责任的适用依据、刑罚附随制裁的生态修复责任的种类措施、适用程序、验收标准等。其二,司法实践中,可以通过上级法院发布操作细则、典型案例等形式为细化生态修复责任的刑罚附随制裁提供可操作性内容。

2. 扩大刑罚附随制裁的适用范围。司法实践对于生态修复仅仅局限于环境犯罪的刑罚执行阶段,刑罚附随制裁发挥的作用处于事后阶段。生态法益的保护从环境犯罪

^① 参见杨红梅、涂永前:《环境恢复性司法:模式借鉴与本土改造》,载《国外社会科学》2021年第3期。

的行为实施之初就已经开始,为尽可能减少环境犯罪对生态环境造成的损害,发挥生态修复的作用,可以适当扩大生态修复责任的适用范围和阶段,将生态修复延伸至事前阶段,真正发挥刑法积极预防功能。为了保障生态环境的修复效果及减少因环境破坏造成的损失,可以根据环境犯罪案件需要在侦查、起诉及执行阶段引入刑罚附随的生态修复。另外,将刑罚附随制裁的生态修复作为量刑情节,在保证审判程序运行和生态修复效果的情况下,可以作为变相的刑事制裁方式加以运用。

(二) 构建多元主体协同治理机制

协同治理是具有不同利益主张的主体围绕某些权益进行调与合作的过程。刑罚附随制裁的生态环境修复中,政府、法院、被告人及参与环境修复的企业都应是责任主体,耦合效应决定了生态环境修复需要多元主体协同参与。

1. 明确多元主体参与地位。不同参与主体由于受利益诉求、职能分工、工作理念等多方面因素影响,参与生态修复的意愿和动力不足。要想从根源上解决生态修复主体层面的问题,必须树立整体性和系统性理念,打破传统上依赖单一主体进行生态修复的局面,厘清政府、法院、被告人、修复企业、社会组织等不同主体的职责,通过增能赋权程序实现生态修复主体由一元到多元的转变。另外,环境权是每个个体应当享有的权利,为持续保障每个个体享有该权利,也需要包括政府职能部门、社会组织、企业等在内的多元主体履行各自职责或义务积极参与生态环境修复。因此,应当综合运用包括政治、经济、法律在内的各种手段,促使生态修复责任成为不同主体修复生态环境的价值认同。参考国外生态修复责任经验的基础上,建立符合我国国情的刑罚附随制裁的生态修复责任体系,进一步明确多元主体参与生态修复的目标、原则、标准、程序等,使多元主体参与生态环境修复更有操作性。在协同理论指导下,搭建我国生态环境修复工作体系,建立由政府职能部门主导,以被告人为参与主体,公众监督、企业共同参与的生态环境修复模式。

2. 厘清各参与主体责任。生态环境具有“公共物品”的属性,多元主体参与生态修复是其属性的本质要求。如何明晰界定生态修复职责范围,如何科学、合理分工是无法回避的问题。各参与主体应充分考虑生态修复的初衷目的,较于政府与社会公众,被告人应承担生态修复的主要责任,政府侧重于承担对被告人开展工作引导、指导方面的责任。在建立多元协同治理机制的基础上,科学、合理厘清各主体职责,构建政府职能部门主导、被告人承担主要生态修复责任、企业及社会组织共同参与的生态环



境修复模式,避免生态修复过程中出现“公地悲剧”^①。

3. 构建以修复为目标的生态损害赔偿磋商机制。磋商的适当引入,能够促进受损生态环境及时修复。将磋商运用于生态环境修复时,应注意时间节点、磋商过程及磋商结果等三个方面的问题。磋商要明确修复过程中、修复完成后两个时间节点。修复过程中尽量减少损害程度,控制环境损害范围,有利于后续开展生态修复工作。生态修复完成后要注重评估受损生态功能是否已经得到修复,抑或对生态受损情况进行评估,确定待修复或无法修复情形的赔偿数额。就磋商过程而言,一方面,根据实际设置相应的权责清单对政府职能部门权限进行限制,在平等法律地位上进行磋商。^②另一方面,为保障磋商的公共利益性,应进一步细化鉴定、公共监督、第三方主体参与的渠道和流程,在保障磋商过程得到监督的情况下,保障磋商程序顺利进行。就磋商结果而言,一方面,邀请环境领域专家或具有专业知识的法律专家共同参与磋商过程,围绕生态修复情形提出有效方案;另一方面,达成磋商协议后,为尽量减少磋商无效情形,保障磋商协议能够得到执行,当事人可申请司法确认,以保障磋商协议的强制执行效力。

(三) 刑罚附随生态修复责任运行的保障机制

刑罚附随制裁为基础的生态修复责任体系,离不开对专项资金的合理使用及其他参与主体的监督保障机制。

1. 创设刑罚附随生态修复专项基金。在司法实践中,各级法院裁判时对于生态修复费用资金汇集账户不同,生态修复中对资金的使用节点、金额也不确定。及时高效的资金审批程序能够保障生态修复的效果,然而由于缺乏生态修复费用专用账户及使用管理办法,资金审批程序缓慢影响生态修复效果。另外,资金分散混乱也不利于资金统筹使用。鉴于此,可借鉴环境民事公益诉讼制度的规定。创设以省级为单位的生态环境修复专项基金,刑事判决中应当明确要求被告人将生态修复费用直接汇入生态修复专项基金账户,保障资金来源和用途的统一性。^③另外,本着高效公开的原则,细化资金使用程序,建立刑罚附随制裁的生态修复责任案件资金统一使用管理办法,优化审批流程及监管措施,保障专款专用。同时在生态损害发生后,被告人无力承担修复费用或延迟履行判决造成生态损害进一步扩大时,可以从该账户中预支资金以应

① 所谓“公地悲剧”,是指公共物品因产权难以界定而被竞争性地过度使用或侵占。这一概念最早由美国生态学家加勒泰·哈丁(Garret Hardin)1968年发表在《科学》杂志上的一篇名为《公地的悲剧》的文章中提出。

② 参见黄锡生、韩英夫:《生态损害赔偿磋商制度的解释论分析》,载《政法论丛》2017年第1期。

③ 参见徐军、何敏:《生态环境修复责任的法律困境与制度突破——以生态环境损害赔偿制度改革为视角》,载《青海社会科学》2019年第6期。

对突发情况，保障生态修复的及时性。

2. 建立生态环境修复保障机制。构建多元主体参与的生态修复体系，为多元主体参与生态修复提供强有力支撑。在明确多元主体参与生态修复职责范围、分工的前提下，应当建立生态修复责任保障机制。一方面，健全生态环境修复激励机制。生态环境修复中，容易出现“搭便车”现象，除生态环境本身具有公共物品属性的原因外，生态修复激励机制缺乏是多元主体参与不足的重要原因。根据主体不同采取不同的激励方式，运用多元化激励措施，充分调动多元主体各司其职，积极参与生态环境修复。针对政府职能部门，采取行政领导晋升激励、考核表彰等措施激发职能部门发挥好指导、监督作用；针对被告人，可以将生态修复效果作为其悔罪表现在量刑中予以考量；针对修复企业，可以采取减税、降费、增加补贴等方式调动企业积极性。另外，多元主体协同参与生态环境修复离不开健全的监管机制，充分利用媒体和公众监督，构建全方位、多层次监督体系与问责机制，建立全过程监管机制，督促各类职责主体依法履行生态环境修复责任。

结 语

生态环境具有公益性，刑罚处罚为主导的惩戒措施是对犯罪行为强有力的规范，在这个过程中，生态环境保护的利益仍不可忽视。将生态修复责任作为一种刑罚附随制裁，不仅摆脱了只能依靠民事责任实现修复责任的现状，同时也发挥了刑事处罚的震慑作用，更好地完成对生态环境的保护。生态修复责任作为刑罚附随制裁只是在法律规范、程序上增设了刑事责任，但是因为生态环境作为统一整体的特殊性，仍然需要法律规定的加持；需要资金、评估流程、验收机制的保障；需要执行到位的兜底措施，以此才能更好地实现生态环境保护的目标，实现“天蓝水清草绿”的社会主义生态愿景。

（责任编辑：崔婷婷）



环境民事公益诉讼中公益组织撤诉审查制度检视及重构

——以“结构洞”理论为视角

刘雪丽 王惠越*

内容摘要：在以公益组织作为原告的环境民事公益诉讼中，人民法院、环保主管部门、公益组织和社会公众形成了相互关联的社会网络结构。公益组织在这个结构中占据着所谓的“结构洞”，即掌握了信息利益和控制利益，拥有可以不受监督而随意撤诉的自主权。这导致法院缺乏行动主导权，使得诉讼过程中的对抗性结构被削弱，环境民事公益诉讼趋于形式化而缺乏实质性内容。对此，人民法院应立足于整个环境保护活动的社会关系网络，通过推动强制披露和公开与撤诉申请相关的信息、完善撤诉审查和撤诉后续程序、建立外部监管机制等方式，从内外两个维度掌握信息利益和控制利益，扭转结构洞的劣势，实现对公益组织申请撤诉行为的有效监控，从而确保环境民事公益诉讼的真实性和有效性。

关键词：环境民事公益诉讼；公益组织；结构洞；撤诉审查

引言

环境公益组织代表社会公众通过民事诉讼维护环境权益，是彰显公众参与环境保护的重要举措。然而，基于环境公益组织自身利益与其所代表的公众环境权益不一致的局限，环境公益极易成为权力寻租的工具、可交易的筹码，^①“公益”也有可能异化

* 刘雪丽，山东省淄博市中级人民法院法官助理；王惠越，山东省淄博市中级人民法院法官。

① 参见周科、郭继光、刘英：《环境民事公益诉讼中“诉讼请求全部实现”的司法审查》，载《法律适用》2019 年第 1 期。

为“生意”，导致公益诉讼程序流于形式。在环境民事公益诉讼实务中，作为原告的公益组织在诉讼过程中提起撤诉申请的情况并不鲜见。对于其申请撤诉的动因，除了环境公共利益确已得到切实保障这一情形之外，不能完全排除还存在其他案外复杂因素。如果不对环境民事公益诉讼撤诉申请进行必要审查，则无法实现对环境公共利益的切实保障。

在组织社会学看来，一个组织拓展和获取社会资本的能力与其在社会网络中的位置密切相关，^①由此产生了致力于分析网络中不同位置间社会主体利益博弈情况的“结构洞”理论。^②一个人的社会网络中存在着不同的群体和子群体，这些群体之间可能存在联系的缺失，而缺失的联系就形成了结构洞。当一个人能够跨越这些结构洞，建立起连接不同群体的桥梁时，他就能获得更多的信息和资源，并且具备更大的行动自主能力。结构洞理论认为，那些能够充分利用结构洞的人，可以在信息传递、知识获取和资源整合方面具有竞争优势。因为他们能够获取来自不同群体的独特信息，从而能够更好地应对变化和创新。如此一来，个体在网络中的位置比相互关系的强弱更为重要，决定了其对于信息、资源甚至权力的掌控。只要存在结构洞，那么将没有直接联系的两个行动者联系起来的第三者便拥有信息优势和控制优势，也就能够为自己谋取更多利益。因此，个人或组织要想在竞争中保持优势，就必须建立广泛的联系，同时占据更多的结构洞。^③

我国环境民事公益诉讼基本适用普通民事诉讼制度，但是由于公众环境权益的重要性以及环境公益组织作为原告代表社会公众参与诉讼的程序特性，人民法院、环保主管部门、公益组织、社会公众之间形成了一个相互关涉的社会网络结构。基于此，结构洞理论可以成为研究环境民事公益诉讼撤诉审查现实困境的重要理论分析工具。本文将撤诉审查的研究对象缩限在针对环境公益组织作为原告提起撤诉申请的范围内，借助结构洞理论建构分析模型，系统探寻环境公益诉讼撤诉审查实践面临的困境及其成因，并就审查机制的完善提出了构想。

一、环境民事公益诉讼撤诉审查制度的结构性矛盾

受限于环境公共利益问题的专业性对公益组织产生的挑战，以及对公益组织尽责

① 参见张奇林、石磊：《陷入还是自主：中国慈善组织的“结构洞”——以湖北省慈善总会为个案》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2015年第4期。

② “结构洞”理论 (Structural Holes) 源自美国学者罗纳德·伯特 (Ronald Burt) 的著作《结构洞：竞争的社会结构》。“结构洞”是指社会网络中的空隙，即社会网络中某个或某些个体和有些个体发生直接联系，但与其他个体不发生直接联系，即无直接关系或关系间断，从网络整体看形同网络结构中出现了洞穴。如果两者之间必须通过第三者才能形成联系，也就意味着行动的第三者在关系网络中占据了一个结构洞。

③ 参见胡蓉、邓小昭：《基于结构洞理论的个人人际网络分析系统研究》，载《情报学报》2005年第4期。



履职表现出的顾虑,法院在环境民事公益诉讼程序中,体现出更强的职权主义特征。^①在诉讼案件受理环节,法院可以通过释明等方式指导环保公益组织提出合适的诉讼请求;在证据收集和认定环节,法院可以主动帮助原告调查收集证据和进行鉴定;对于原告自认,法院可以是否损害社会公共利益为由进行审查;对于双方当事人的和解意向,法院需进行公示并审查。概言之,法院在环境民事公益诉讼中需要以更加主动而非中立的姿态开展审判活动,并在一定程度上承担了作为原告的公益组织的程序责任。

在环境公益组织提起的环境民事公益诉讼中,有着原告方实体权益主体和诉权权益主体分离的结构特性,且存在公益组织诉讼能力不一定能够完全适应诉讼要求的隐患,因此环境公益组织仅享有不完整的自由处分权。^②这一制度设计的目的在于在最大程度上确保对被告责任的追究,降低了当公益组织自身利益和环境公共利益、社会公众间接利益冲突时程序偏离的风险,在客观上有利于实现加强环境公益保护的政策目标。

具体到撤诉环节,关于上述原告方实体权益主体和诉权权益主体分离的结构特性,以及环境公共利益的重大影响,人民法院对公益组织的撤诉申请进行审查具备正当性基础。有关环境民事公益诉讼制度规定主要集中于《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《公益诉讼解释》)。从文本体系看,《公益诉讼解释》以第 26 条为主干,对撤诉审查的审查标准、审查模式、具体审查情形、申请撤诉法律后果等进行了较为系统全面的制度设计(见表 1)。

表 1 公益诉讼撤诉审查法律条文体系

撤诉审查项目	条文	内容解读
撤诉审查标准	《公益诉讼解释》第 26 条	确立了“原告诉讼请求全部实现”这一撤诉审查标准,即对照《公益诉讼解释》的四类六种诉讼请求,在提起撤诉申请前,确实已经达到禁止了正在进行的侵害、消除了潜在的侵害风险、生态环境得到治理修复、服务功能损失得到赔偿等条件的,意味着环境公共利益得到切实保护,人民法院予以准许。
撤诉审查模式	《公益诉讼解释》第 26 条	确立了负有环境资源保护监管职责的部门辅助审查的方式。
撤诉审查具体情形	《公益诉讼解释》第 25 条第 2 款、第 28 条第 1 款	明确了法庭辩论终结后申请撤诉、以双方和解为由申请撤诉两种不予准许情形。
准予撤诉的接续程序	《公益诉讼解释》第 28 条第 2 款、第 29 条	明确了其他机关、组织以及受到直接侵害的公民、法人等通过另行提起公益诉讼或私益侵权之诉,排除公益诉讼撤诉的法律后果。
	《公益诉讼解释》第 34 条	明确了对公益诉讼牟利行为的处罚措施。

① 参见王明远:《论我国环境公益诉讼的发展方向:基于行政权与司法权关系理论的分析》,载《中国法学》2016 年第 1 期。

② 参见刘学锋、马黎:《环境民事公益诉讼程序的法院职权干预》,载《人民司法·应用》2014 年第 15 期。

落实到审判实践，法院对原告尤其是公益组织撤诉申请进行审查的难点主要集中在怎样驱策公益组织尽责履职、如何审查公益组织撤诉申请、准予撤诉后怎么办这三个核心问题，而根源在于撤诉审查集中存在的结构性矛盾。

（一）“诊而不医”偏离了对公益诉讼两造结构补强的实质目的

在环境民事公益诉讼中，社会公众作为真正的适格原告远离诉讼活动，基于公益组织在诉讼中代行原告权责的诉讼担当特征，^① 环境公益诉讼的两造结构属性天然弱于一般民事诉讼活动。因此，为人民法院在公益诉讼中设置撤诉审查职能的目的，并不止于对公益组织在诉讼活动中实际状态的客观判断，而在于对公益组织在诉讼活动中的对抗意志和对抗能力的补强。但撤诉审查的实践表现往往止于前者，而增强公益诉讼实质对抗性的效果彰显不出来。

1. 对公益组织撤诉申请在行为表现和主观意愿上的复杂性缺乏应对。“个人的权利欲望在任何时候都不可能完全从人的头脑中消除，另外，似乎也没有一个社会能消除公共利益的理念，因为它植根于人性的共有成分之中。”^② 在司法实践中，确有相当一部分案件得益于公益组织积极行使权能、法院依职权主动干预和行政主管部门主动介入整治，使得提起撤诉申请时，涉诉环境问题确已得到有效解决，从而达到撤诉条件。但是，仍不能排除存在公益组织利用其诉讼地位为己谋求非法利益，或在被告的引诱、胁迫下暗箱操作损害公共利益的情形，使环境公益极易成为权力寻租的工具、可资交易的筹码。^③

笔者以“环境民事公益诉讼”为关键词，通过中国裁判文书网、法信网检索民事裁定书，以反映环境公益诉讼制度推进以来的实践状况。案由锁定为民事案由，以确保裁判结果的确定性和稳定性；文书类型为裁定书，剔除实体性判决书，仅考察涉及撤诉审查等诉讼程序案件。在实证分析中发现，公益组织提起撤诉申请的行为初衷和表象均呈现出多样化和复杂性（见表2）。撤诉审查只在客观效果环节简单考察整治结果，无法查明其背后的复杂因素，在审查措施方面亦难以对症下药。

表2 公益组织撤诉申请类型

表面撤诉原因	撤诉实质类型
1. 污染活动得到有效整治，达到起诉目的，申请撤诉 2. 依据《民事诉讼法》第145条申请撤诉	1. 自主撤诉。公益组织因环境整改到位以及自身志趣、运营目标变化而申请撤诉 2. 被迫撤诉。公益组织在参与环境公益诉讼过程中面临着诉讼取证困难、鉴定时间冗长、外部频繁施压等各种困难，且作为以自我管理为主的非营利性组织，在内部运作和资金运维上存在短板，对外行动集中意志的形成和实施上也较为松散。因此，存在因自身条件限制和诉讼成本增加使其丧失参加诉讼活动主动性而撤诉的情况

① 参见李晓：《论诉讼担当的制度缘由》，载《法学杂志》2016年第3期。
② [美]博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第219页。
③ 参见匡旭东：《环境民事公益诉讼“撤诉”的法院审查》，载《中国环境管理干部学院学报》2019年第6期。



(续表)

表面撤诉原因	撤诉实质类型
	3. 利诱撤诉。环境公益组织作为法律拟制的“人”，具有民间性和志愿性，对公共利益极其关注，但又不可避免地会被金钱和权欲影响，受到侵权人拉拢或主动与侵权人串通，发生利益交易而主动撤诉

2. 对公益组织参讼意愿弱化的问题缺乏应对。公益组织提出撤诉申请，实质上反映出其在诉讼中作为原告丧失了诉讼意愿，这成为削弱公益诉讼两造结构的根本原因。通过撤诉审查能够在客观上对公益组织退出诉讼设置一道关卡，即便强制将其留在诉讼程序中，亦不能排除其通过消极行使诉讼权利阻碍公益诉讼进行。因此，出于补强两造诉讼结构的根本目标，撤诉审查机制的制度价值在于驱策和约束公益组织作为原告履职尽责，而不是简单成为终结公益诉讼的程序性关口。

3. 对撤诉审查后续程序缺乏应用。为公益组织在诉讼活动中的去留设置“关口”不应成为撤诉审查的程序终点，“准予或不准予撤诉后怎么办”，是补全公益诉讼撤诉审查制度闭环需要直面的关键问题。但实践对于“准予撤诉后怎样确保公众环境权益得到接续保障”“不准撤诉后怎样维持诉讼活动的实效性”等诉讼活动的后续走向尚缺乏系统应对。虽然《公益诉讼解释》对另行起诉作出了相应规定，但实务中的应用并不普遍。这意味着对公益组织随意撤诉行为缺乏明确必要的后果约束，限制了撤诉审查的制度威慑力。而且，这一现状削弱了撤诉审查与保障公众环境权益这一最终目的之间的因果联系，直接动摇了公益诉讼撤诉审查制度正当性基础。

(二) 职权主义构型在撤诉审查环节呈现出非典型性

法院干预模式尽管在一般诉讼中因对当事人处分权的过度干预而备受指责，但如果放在诉讼利益与原告不直接相关的公益诉讼中，这种干预又是极为恰当和必要的。^①这种干预体现为人民法院在案件受理环节对公益组织诉讼请求的释明；在事实认定环节的依职权调取证据；对原告自认、双方庭外和解协议的审查等。但是，在撤诉审查环节，人民法院的职权干预表现并不突出，甚至有流于形式的倾向。

1. 主动审查模式与当事人中心主义民事诉讼惯习不相融。职权主义干预模式在民事审判实践中属于个别应用，而在专案专办的环境资源审判模式尚无法普遍建立的实践前提下，环境民事公益案件往往与普通民事纠纷归于同一审判团队、同一法官办理。一方面法官容易将办理传统民事案件中的思维惯性带入对原告撤诉申请的审查，导致审查趋向形式化、浅表化；另一方面，在突出案件调撤率、办案周期的考核背景下，法官履行审查职权的积极性进一步受到削弱。根据前述实证分析，在准予撤诉的法律

^① 参见《规范环境公益案件审理,切实维护环境公共利益——最高人民法院环境资源审判庭负责人就〈关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释〉答记者问》,载《人民法院报》2015年1月7日,第4版。

依据引用上,各地法院以适用《公益诉讼解释》第26条为主,同时亦有部分案件适用《民事诉讼法》第145条,且裁定理由较为简单,反映出在部分案件审理中,法院对原告的撤诉申请并未进行实质审查(见图1),案件的处理与普通民事诉讼案件并无差别。例如,在北京市朝阳区环友科学技术研究中心诉宁波黄家埠滨海污水处理有限公司环境民事公益诉讼案中,原告向法院提出撤诉申请。法院认为,原告在案件审理期间提出撤诉的请求,不违反法律规定,依照《民事诉讼法》第145条第1款规定予以准许。^①案件的处理与普通民事诉讼案件并无差别。

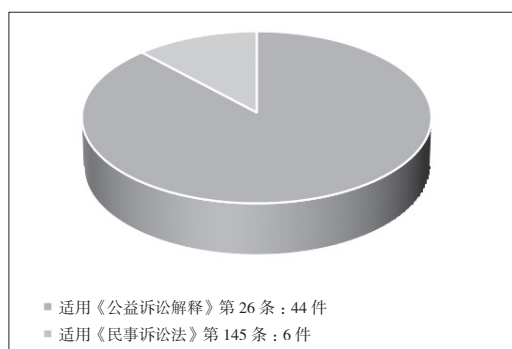


图1 裁定准予撤诉案件援引法律依据情况

2. 撤诉审查的具体方式缺乏可操作性。《公益诉讼解释》确定了“原告诉讼请求全部实现”的撤诉审查标准,但是对于应依何种方式,审查公益组织的哪一方面的行为表现并未作相应规定。根据前述实证分析,在全部案件中,法院依职权对案涉环境污染整治进展进行实质性调查的案件占比仅为22%,且调查方式多样。其中,依职权调取证据、向有关部门函询的7件;委托鉴定的2件;咨询专家意见的1件;面向公众开展听证等程序的1件,反映出审查环节缺乏规定范式。

《公益诉讼解释》第26条有关“负有环境资源保护监督管理职责的部门依法履行监管职责”的规定,将审查视角聚焦在环境整治最终环节的客观结果上,回避了对公益组织在提起撤诉申请时利益关涉、代表意见充分性等法律问题的审查,一定程度上使得撤诉审查成为一个技术问题。根据前述实证分析,环保主管部门的介入监督成为法院准予原告撤诉的主要理由,在38%的案件中,原告撤诉理由被归结为环境主管部门已经介入监督,故起诉目的实现。环保主管部门的介入监督成为法院准予原告撤诉的主要理由,导致文书中对案涉环境整治情况的调查和论述趋向简单和表面化。此外,有的法院在案件审理中缺乏对环保主管部门监督方式、可行性、实际效果的审查,部分案件中认定环保主管部门履行监督责任的依据仅为非正式的“情况说明”,而非处罚决定,无法反映出环保主管部门对案涉环境污染情况的实际调查和干预深度,从而影响环境污染整治效果及裁判结果的公信力。例如,在北京市朝阳区绿家园环境科学研究中心诉山东泰山生力源玻璃有限公司环境公益诉讼案中,被告以生产制造各种日用玻璃制品、料色玻璃瓶罐为主业,因生产烟尘浓度和废气氮氧化物浓度超标等造成

^① 参见北京市朝阳区环友科学技术研究中心诉宁波黄家埠滨海污水处理有限公司环境民事公益诉讼案,浙江省宁波市中级人民法院(2020)浙02民初770号民事裁定书。



环境污染。原告向法院提起公益诉讼要求被告承担停止排放废气烟尘、消除危害风险、赔偿环境损失等责任。案件审理中，案发地生态环境局向法院出具“关于对山东泰山生力源玻璃有限公司污染物超标排放处理情况的说明”，对被告的整改情况予以确认。原告以被告已经采取一系列环境治理措施，达到了诉讼目的为由，向法院申请撤回起诉。法院认为，被告的整改行为可以视为对环境污染的恢复性司法承担，主管部门对整改情况亦予以确认。原告主张的环境公益诉讼目的基本实现，其撤回起诉符合法律规定，予以准许。^①

（三）审查实践在兼顾公平与效率的关系上出现失衡

对诉讼效率的追求是撤诉制度的设计目的之一，但是环境公益诉讼中，基于前述公益组织在参讼意愿和利益分布上的相对独立性，决定了公益组织在申请撤诉环节享有不完全处分权。进而决定了在公益诉讼撤诉审查环节，公平始终是优先于效率的在前原则，即作出准予原告撤诉申请必须以查明案涉公共环境权益保护情况、公益组织尽责情况为前提。但实践中，撤诉审查在制度设计上的漏洞和执行上的空泛导致公益诉讼在兼顾公平与效率方面出现偏差。集中表现在法院对原告撤诉申请审查环节投入的时间及资源有限。根据前述实证分析，44% 的案件在收到公益组织撤诉申请后不到一周即作出准予撤诉裁定，部分裁定书是在原告提出撤诉申请后一日内即作出的。诚然，实践中不乏在原告正式提出撤诉申请之前，法院已经开展对环境污染整治情况的介入审查并对原告开始动员撤诉的情况，但是通过对前述文书的分析，在部分案件裁定书中仅围绕准予撤诉的理由简单罗列法条规定，

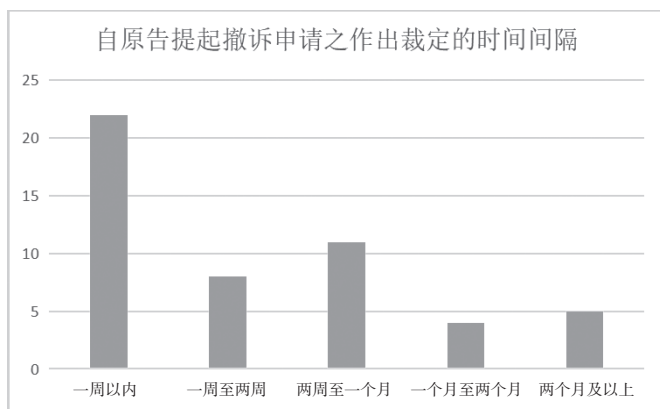


图 2 撤诉审查耗时分布情况

亦无法反映出法院对案涉污染整治结果的实际掌握情况（见图 2）。

在金华市绿色生态文化服务中心诉江西盛元旅游发展有限公司环境污染公益诉讼案中，原告通过现场调查和官方通报得知，被告长期违规填湖，占用湖面 31.94 亩，遂向法院提起诉讼，要求被告承担停止违法行为、恢复原状、赔偿环境损失等责任。案件于 2019 年 5 月 7 日立案，原告于 2019 年 8 月 17 日提出撤诉申请。法院认为，原告以负有环境保护监督管理职责的部门依法履行监管职责而使原告诉讼请求全部实现

^① 参见北京市朝阳区绿家园环境科学研究中心诉山东泰山生力源玻璃有限公司环境公益诉讼案，山东省泰安市中级人民法院（2019）鲁 09 民初 414 号民事裁定书。

为由,申请撤回起诉,不损害公共利益,不违反法律规定,予以准许,并于2019年8月19日作出准予撤诉裁定。^①文书中对准予撤诉的理由仅是简单罗列法条规定,无法反映出法院对案涉污染治理结果的实际掌握情况。

二、对环境民事公益诉讼撤诉审查程序的“结构洞”检视

在现代社会网络中,占据结构洞的个体已经取得位置优势,而身处“洞外”的其他主体因为缺乏直接联系,必须经由占据结构洞的个体实现信息和资源的传递,这一位置为占据结构洞的主体带来了更早、更完整地不同的关系人那里获得非重复信息并进行适当表达的信息利益,以及由此产生在与其他主体关系中占据主动的控制利益。身处结构洞周边的其他主体则因此丧失自由决策、自由行动的结构自主性。因此,社会网络中,一方主体占有结构洞能够获取更多的活动自由度和控制资源的机会,成为“第三方得利者”(Tertius gaudens)。^②

(一) 三方互利:公益组织在环境民事公益诉讼中的结构洞优势

在环境民事公益诉讼活动中,环境公益组织代表社会公众提起诉讼,配合人民法院履行环境保护审判职能作用,补充环境保护主管部门的管理职能缺漏,成为诉讼活动中各方主体借以发挥影响、实现行为目的的运转枢纽。由此,公益组织便占据了环境民事公益诉讼网络中的结构洞,并从中获取相应的信息利益和控制利益。在图3中,左图表示人民法院、环保行政部门和社会公众都存在协同保护环境的现实需要,但制度性的障碍和信息的阻隔势必形成结构洞,制约现实目标的实现。右图表示公益组织介入后,通过诉讼同法院、环保行政部门及社会公众分别建立了联系渠道,公益组织

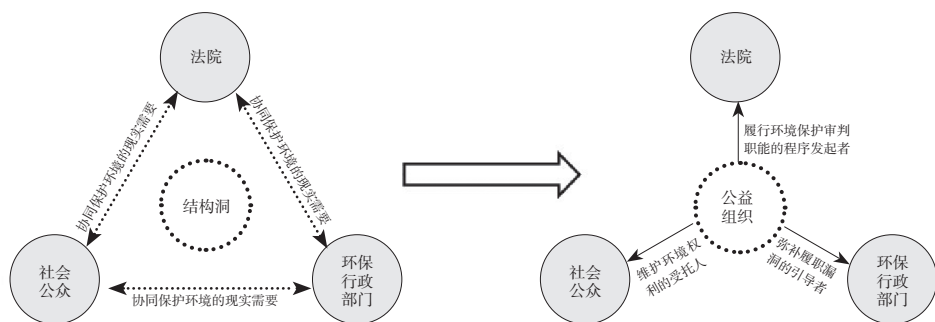


图3 环境公益诉讼撤诉审查中的“结构洞”

① 参见金华市绿色生态文化服务中心诉江西盛元旅游发展有限公司环境污染公益诉讼案,江西省九江市中级人民法院(2019)赣04民初113号民事裁定书。

② 参见朱梦然、颜祥林、袁勤俭:《结构洞理论及其在社交网络研究中的应用与展望》,载《情报杂志》2018年第7期。



相对法院而言成了履行环境保护审判职能的程序发起者,相对环保行政部门而言成了弥补履职漏洞的引导者,相对社会公众又成了维护环境权利的受托人。法院、环保行政部门和社会公众彼此之间的直接信息沟通的必要性下降而形成弱关系,公益组织就此占据了结构洞的优势。

1. 环境公益组织是社会公众维护环境权利的受托人。美国学者约瑟夫·萨克斯(Joseph Sax)认为,阳光、水、野生动植物等环境要素是全体公民的共有财产,公民为了管理他们的共有财产,而将其委托给政府,政府与公民从而建立起信托关系。^①一般而言,在保护环境的进程中,国家不可能作为诉讼主体参与诉讼,便转将诉权委托给环境公益组织,由其代表社会公众提起诉讼,故环境公益组织实际上具备了公共信托受托人的属性。^②在这一关系中,公益组织获取的“控制利益”在于其在诉讼活动中代表社会公众实质掌握并行使诉权,并间接决定了环境公共权益的处分结果。其获取的“信息利益”在于掌握诉讼中双方举证及诉辩情况,并因公众缺乏获知诉讼进程的渠道而实质上享有不受公众监督制约的决策自主权。

2. 环境公益组织是法院履行环境保护审判职能的程序发起者。基于国家审判机关的中立和被动属性,法院介入环境公益诉讼纠纷必须以公益组织作为原告起诉为切入,公益组织可以通过行使诉权掌控诉讼节奏,但需担负的诉讼义务甚至弱于一般民事诉讼的原告。如前文所述,法院在公益诉讼活动中被赋予更加主动的审查职权,这在保障环境公益诉讼顺利开展的同时,不可避免加重了法院的负担,这成为公益组织在与法院关系中拥有“控制利益”的一种表现,即不得不跟随公益组织在诉讼活动中的行为选择被动投入司法资源。公益组织在这一关系中所拥有的“信息利益”则表现为,法院受限于诉讼结构的限制,法院对原告的干预主要限于对诉权行使的限制,目的也主要围绕诉讼的顺利实施,无法对公益组织作为环境公益信托受托人的义务履行情况进行审查,远达不到行政主管部门的深度,使得公益组织可以对法院屏蔽其行为初衷和目的。

3. 环境公益组织是环保主管部门弥补履职漏洞的引导者。基于经济社会活动的高度复杂和活跃性,以公益组织为环境公共利益代言,可以成为行政部门的监管哨兵,成为其发现并行使环保职权的有力补充。同时,在很多情形下,环境行政机关面临各种阻力,通过公益组织提起诉讼,可以借助司法权威处理一些事实清晰、损害明确、后果严重且行政机关难以解决、具有典型性的环境污染案件。基于双方之间的这一关系,环境公益组织获得了优先于行政机关更早、更完整地掌握环境污染线索以及公益

① 参见周科、郭继光、刘英:《环境民事公益诉讼中“诉讼请求全面实现”的司法审查》,载《法律适用》2019年第1期。

② 参见张峰:《环境公益诉讼起诉主体的顺位设计刍议》,载《法学论坛》2017年第3期。

诉讼进程的“信息利益”。同时,《公益诉讼解释》还赋予了行政部门为公益组织提供法律咨询、提交书面意见、协助调查取证、协助修复生态环境等多项职责,以辅助公益组织履行原告职能,成为公益组织在结构洞中掌控的一种“控制利益”。

(二) 从协同审查到协同撤诉:结构洞视角中的撤诉审查运作机理

依据前文所述,基于处在环境民事公益诉讼中结构洞的位置,公益组织实际享有相较于普通民事诉讼原告更大的结构自主性,若其占据的资源与担负的义务责任出现失衡,则不可避免对公益诉讼活动带来消极影响。

1. 结构洞各主体间信息分布不均衡,导致对原告撤诉行为监管缺乏深度。法院、行政部门、社会公众之间的弱关系态势是导致了环境公益诉讼中结构洞出现的根源。弱关系的表现之一就是三方主体之间的信息共享机制不顺畅,导致各自只能掌握公益诉讼相关信息的一部分,法院只掌握公益组织在诉讼活动中的程序性表现,但是对公益组织开展诉讼活动的动因、环保责任实际履行状况以及污染事件的整治进度缺乏了解;行政机关除非法院依法发起告知、商请等程序,对公益诉讼活动进程亦不掌握;社会公众虽然是环境公益信托中法理上的委托人,但是实践中对并无相应程序支持公众了解诉讼活动进展情况。而社会公众和民政、审计等环保公益组织主管部门亦缺乏介入监督原告履行职能状况的渠道,由此导致公益组织在申请撤诉环节中享有不受监控的行动自主权。

虽然《公益诉讼解释》规定了针对社会组织通过诉讼违法收受财物等牟取经济利益行为的制裁手段,但是受限于民事诉讼这一场景限制,人民法院对于社会组织撤诉行为的审查主要集中于诉讼请求是否全部实现的客观审查,对于社会组织私下牟利串谋行为的深入调查已经超越了诉讼程序设计中法院的职权范围。缺乏相应的调查主体、调查渠道、证明标准,使得该条款实质上的可操作性并不强。

2. 法院丧失结构自主性,撤诉审查负担过重。在社会网络结构中,身处结构洞中的主体享有更强的结构自主性,而其他主体被结构洞所分离,就意味着失去自主性,^①被动地围绕结构洞中主体的行为模式,进行策略选择和资源投入。在环境公益诉讼中,诉讼程序的发起、终结以及诉讼权利的行使均由公益组织掌握,这限制了法院介入环境侵权纠纷的时机。同时,如前文所述,这种制度框架过于强化司法权在环境公共事务之中的角色和地位,使得裁判的权力转为了执行的权力,为民事诉讼程序抹上了浓厚的职权主义色彩。实践中,受限于人案比紧张的现实,办理环境民事公益诉讼案件的法官往往需要同时办理传统民事案件,在两种审理模式中来回切换。面对原告的撤诉申请,一方面法官容易受传统民事案件思维习惯的影响,导致审查不够深入;另一

^① 参见聂磊:《环境民事公益诉讼“撤诉”的法院审查》,载《中国环境管理干部学院学报》2019年第6期。



方面,相较于传统民事案件,法官在环境民事公益诉讼的撤诉审查环节被课以更加繁重的审查任务,同时还要受到办案周期等诉讼效率指标考核的约束,实质上限制了法官行使主动审查职权的积极性。

3. 法院与环保主管部门之间缺乏有效协同。诚然,环保主管部门在专业技术、设备、执法手段等方面都具有优势,是保护环境公共利益的主要力量。^① 人民法院亦联合相关部委出台《关于贯彻实施环境民事公益诉讼制度的通知》。但是,环境民事公益诉讼活动结构洞中,法院与环保主管部门间缺乏强制性约束机制。两者分别处于结构洞外沿,相互间缺乏强制性约束机制。在环境公益组织向法院申请撤回起诉时,法院需要依职权对“诉讼请求是否全部实现”进行审查,依据《公益诉讼解释》第26条规定,会牵涉到审查环境保护监督管理职责部门履行监管职责的问题。基于双方之间协作型而非科层型的制约关系,法院无法有效约束环保监管部门介入公益诉讼撤诉审查。尤其是忽视了对行政机关减轻自身工作负担的私利考量,双方不可避免在审查职能履行上出现空白和拉锯。同时,当事人撤诉所带来的案结事了、缩短办案周期、减少工作量等利好对法官更有吸引力。在环境民事公益诉讼中,法院的强干预职权设定、环保主管部门的介入监督两项设计一定程度上导致了法院、环保主管部门分别寻求以对方介入行为作为自身履职行为背书的态势,也给予了法院、环保主管部门急于行使职权的理由。通过前述分析可以看出,在原告撤诉申请的审查环节,监管部门仅作形式审查即给出已达成修复目之结论的情况不在少数,且实践中亦不乏法官为尽快结案通过案外途径分别做动员原告撤诉的工作、向环保主管部门寻求介入监督事实证据的操作模式,导致对原告撤诉审查的约束流于形式。

三、扭转环境民事公益诉讼撤诉审查结构洞劣势的内在逻辑

导致对公益组织撤诉审查效果不理想的原因在于人民法院身处以公益组织为中心的结构洞边缘,丧失结构自主性。扭转这一劣势的关键在于,通过对撤诉审查的程序改良,影响和改变环境公益诉讼结构洞,确保人民法院在争夺公益诉讼信息利益和控制利益上占据主动。

(一) 设置撤诉信息强制披露程序,扭转面对公益组织的信息利益劣势

立足环保主管部门的专业视角,对环境整治效果的监督是撤诉审查的客观位面。同时,对公益组织在诉讼活动中的履职尽责情况审查是撤诉审查不可或缺的主观位面,

^① 参见《规范环境公益案件审理,切实维护环境公共利益——最高人民法院环境资源审判庭负责人就〈关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释〉答记者问》,载《人民法院报》2015年1月7日,第4版。

更应该成为规范撤诉审查职权主义范式的核心环节。

1. 借鉴应用“公平合理”和“代表充分性”审查标准。在美国集团诉讼司法实践中,对于原告方的撤诉申请,法官需以“公平合理”和“充分”标准对原告的撤诉申请进行审查。“公平合理”是诉讼双方根据案件事实合理确定权利义务,尤其是在原告方所有诉讼主体之间不存在偏袒或歧视。“充分”要求不能因为集团与集团代表人之间的利益紧张关系使得集团获得的利益低于应得的利益。^①集团诉讼与公益诉讼在属性上的本质区别不可否认,但是基于两种诉讼活动都具备的部分或全部当事人远离诉讼活动的结构共性和强调法官主动干预的职权主义共性,借鉴前述“公平合理”和“代表充分性”标准引入环境民事公益诉讼撤诉审查,存在法理上的可行性。即,在明确由环保主管部门依职权审查公共环境权益保障情况等客观情况的同时,要求法院主动调查公益组织有关处理其与社会公众之间关系等主观情况。围绕“公平合理”标准,明确公益组织与社会公众之间不因撤诉行为而出现利益失衡。围绕“代表充分性”标准,明确公益组织的撤诉申请能够充分体现涉案环境污染事件影响的社会公众的真实意愿,公众环境权益不因撤诉行为而受到削弱。

2. 设置以举证为载体的公益组织尽责情况动态考察程序。《公益诉讼解释》相关规定已经体现了对公益组织依靠公益诉讼活动谋取私利情况的警惕和规制,由此决定了公益组织代表社会公众参加公益诉讼并不具备天然的、不可置疑的正当性。因此,可以在撤诉审查环节对公益组织代表社会公众的充分性和正当性进行必要审查,要求其在提出撤诉申请时,一并就其履行原告权能情况进行举证。通过举证责任负担的方式,将“公平合理”和“充分”标准的证明责任赋予提起撤诉申请的公益组织,以确保法官掌握撤诉审查环节的“信息利益”和主动优势。

(二) 合并推进撤诉审查和撤诉后续程序应用,扭转控制利益劣势

通过撤销起诉彻底消解公益诉讼的对抗性,是公益组织与被告进行不正当串谋的逻辑出发点。而《公益诉讼解释》第28条、第29条明确的其他机关、组织以及受到直接侵害的公民、法人等通过另行提起公益诉讼或私益侵权之诉,是抑制公益组织滥用撤诉权的有效手段。虽然公益组织在环境公益诉讼本诉中占据结构洞地位,但通过第28条、第29条的应用,可以拉长公益诉讼程序周期,法院据此能够掌握是否启动后续诉讼程序的控制利益,从而扭转结构洞的劣势。即通过面向被告方行使释明权,明确公益诉讼撤诉对后续诉讼程序启动不具有完全的阻碍效果,促使其

^① 参见李祖军:《我国代表人诉讼撤诉制度的检讨与完善——以美国相关法制为借鉴》,载《法商研究》2018年第6期。



通过衡量成本和收益比，杜绝与公益组织进行不正当利益勾兑。通过面向社会公众开展信息披露，为具备专业素养和意愿的公益组织，以及环境权益确未通过环境公益诉讼得到有效保障的公民提供参加诉讼渠道，从根本上削弱公益组织掌握的控制利益。

（三）占据外部监管结构洞，确立对公益组织撤诉行为的监管优势

扩大环境公益诉讼社会网络结构，通过寻找并占据新的结构洞，主动引入外部监管力量，是提升人民法院撤诉审查监管主动性的另一重要途径。

1. 占据环境保护公益信托结构洞。公众参与是环境公益诉讼制度的理论原点和制度正当性基础。如前文所述，根据公益信托理论，环境公益诉讼活动中，社会公众才是环境权益的所有人，环境公益组织是受其委托履行环境权益保护职责的受托人。因此，对于环境公益诉讼活动的进展尤其是公益组织的履职表现，社会公众享有当然的知情权和评价权。实践中，受到案涉污染事件影响的社会公众对环境公益诉讼有着最为急迫的参与积极性，但缺乏能够直接监督公益组织在环境公益诉讼中履职情况的渠道。基于在委托人与受托人之间的这种在监督制约上的“弱关系”，结构洞由此产生。法院可以通过占据这一结构洞，牵引社会公众作为外部监督力量，在提高审查效能的同时，能够有效降低人民法院在调查人员、办案时间等方面的成本付出。可以参照《环境保护公众参与办法》（环境保护部令第 35 号），为社会公众设置征求意见、问卷调查、座谈会、听证会等介入方式，完善以公众知情机制为

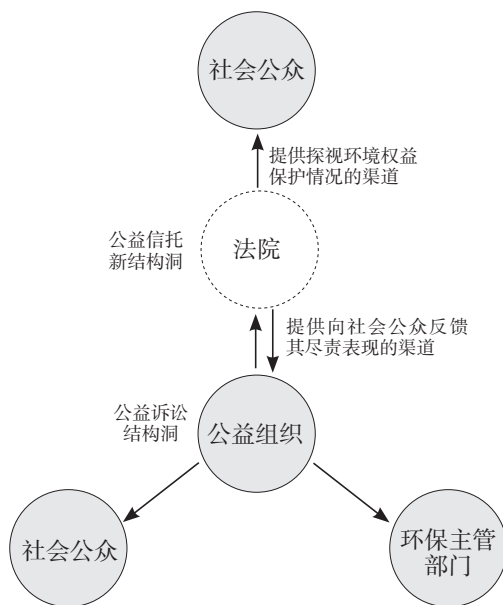


图 4 环境保护公益信托结构洞

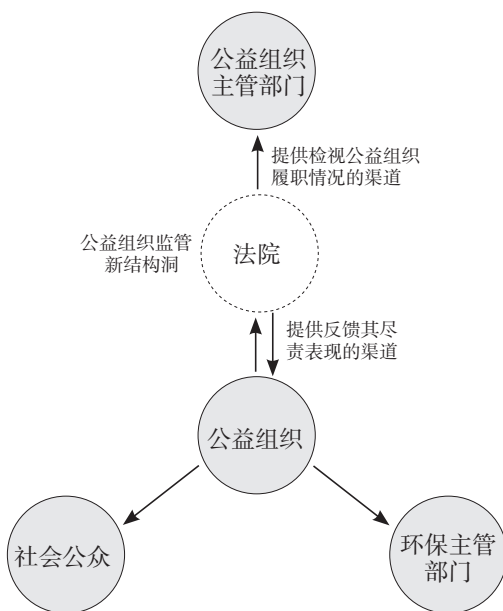


图 5 公益组织监管结构洞

主干的公众外部监管机制，^①实现对公益组织提起撤诉行为的有效监控（见图4）。

2. 占据公益组织监管结构洞。受职权限制，主管部门对公益组织有监管职责，但是无法直接深入个案诉讼活动，考察公益组织的履职表现。这种管理监督上的“弱关系”导致公益组织监管结构洞产生。人民法院可以通过占据这一结构洞，吸引行政主管部门参与撤诉审查。《公益诉讼解释》第34条第2款规定，“社会组织通过诉讼牟取经济利益的，人民法院应当向登记管理机关或者有关机关发送司法建议，由其依法处理”。为主管部门监控管理公益组织设定了程序接口，但这一流程仍然是单向的、事后的，需要将公益组织主管部门的介入时机提前到诉中，全程监督公益组织在诉讼过程中的履职能力和尽责表现，对公益组织依法可能存在的利益勾兑、随意撤诉行为形成有力震慑（见图5）。

四、环境民事公益诉讼撤诉审查制度的完善

立足于结构洞理论，对环境民事公益诉讼撤诉审查路径的完善，应以争夺信息利益和控制利益为核心，同时兼顾公平和效率原则，构建复合型审查模式。

（一）构建撤诉申请双层复合审查路径

不可否认，《公益诉讼解释》确定的“原告诉讼请求已经实现”的客观结果审查标准，是公益诉讼撤诉审查最为直观的有效措施。实践中确有大量案件通过环保主管部门积极履职，已经达成撤诉条件。因此，立足于兼顾公益诉讼公平与效率的目的，遵循双层复合审查路径：首轮即围绕《公益诉讼解释》第26条作客观结果审查；次轮则在原告举证尚不足以证明案涉环境权益保护情况已经达到第26条标准的情况下，区分撤诉情况进行针对性审查。

1. 围绕《公益诉讼解释》第26条完善首轮撤诉审查路径。面对公益组织撤诉申请，首先应依据《公益诉讼解释》第26条进行审查，如确定环保主管部门已经作出明确处罚决定并履行完毕的、被告或环保主管部门通过的整改方案已经履行完毕且通过政府验收或出具规范性文件的、其他通过法官依职权调查有充足证据能够确认案涉环境污染得到完全整治的，对于公益组织的撤诉申请，可直接作出准予撤诉裁定。尤其要强调，围绕《公益诉讼解释》第26条所确定的“原告诉讼请求已经实现”这一标准，应确保环保主管部门出具的整改鉴定结论是制式行文的、具备法定效力的规范性文件。

^① 参见肖强、王海龙：《环境影响评价公众参与的现行法律制度设计评析》，载《法学杂志》2015年第12期。



2. 完善面向不同撤诉申请情形的次轮针对性审查路径。在原告举证能够证明案涉环境污染状况有得到整治的客观表现,但尚不足以证明公众环境权益已经得到充分保障的情况下,应针对“自主撤诉”“被迫撤诉”“利诱撤诉”等不同撤诉情形,分别采取针对性审查措施。如发现公益组织基于诉讼能力不足被迫撤诉的,继续诉讼活动已无可能性,应准许其撤诉,向社会公众公布撤诉结果和另行起诉途径,同时向公益组织主管部门反馈其履职表现。对于基于公益组织志趣、运营目标变化而提起的撤诉,以及基于与被告不正当利益勾兑而提起的撤诉,应区分撤诉前事实认定情况,如已经达到足以认清事实、分清权利义务关系的,应裁定不予准许撤诉,并立足针对性调查结论做出径行判决;对于尚未完成事实认定的,继续诉讼已无可能,则应准许其撤诉,向社会公众公布撤诉结果和另行起诉途径,同时公益组织向主管部门反馈其履职表现。

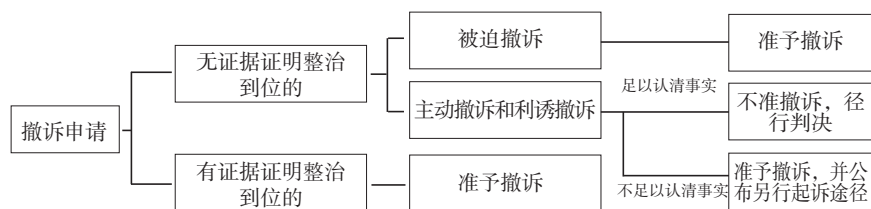


图 6 环境公益诉讼撤诉审查应用路径

(二) 完善撤诉审查配套手段

围绕前述的次轮针对性审查路径,需要根据案件情况,综合施用下列配套手段。

1. 设置履职尽责举证程序。对于公益组织提起的撤诉申请,应要求其一并就履职尽责情况进行举证。证明内容包括公益组织围绕案涉环境污染问题的专业调查情况,与案涉环境污染问题直接相关的居民、社会组织的沟通、联络情况,与被告就环境污染损害赔偿的协商情况等。如公益组织在此方面举证不充分,则法官有理由对其代表社会公众行使原告权能的充分性提出疑问,并深度考量其提起撤诉申请的理由和条件。

2. 设置撤诉信息公开程序。对于需审查的公益组织撤诉申请,应通过公告等形式,向案涉环境污染事件影响区域的社会公众告知案件审理经过、公益组织提出的诉讼请求、举证情况、撤诉理由和环保主管部门整治情况,同时公告公众意见反馈的渠道和起止时间。尤其是依据《公益诉讼解释》第 28 条、第 29 条,重点向社会公众披露在自身权益未通过此次公益诉讼得到维护的情况下的另行起诉途径。并就本案撤诉结案后另行起诉的可能性向被告释明,以确保人民法院在后续程序启动环节占

据主动优势。

3. 设置公众意见收集反馈机制。通过走访、问卷调查、网络互动、座谈会、论证会、听证会等多种方式,听取公众代表对环境修复方案的建议,组织环保主管部门、公益组织到场对撤诉申请进行说明,组织群众代表对案涉环境污染治理效果、公益组织是否尽到受托人职责进行评价。为保证公众代表的全面性,应综合地域、职业、专业知识背景、表达能力、受影响程度等确定相关行政部门人员、人大代表、政协委员、律师等公众代表参与。^①如公众代表普遍认定案涉环境污染治理活动未能达到整治目的的,应驳回公益组织撤诉申请。同时,可以社会公众的评价和意见为事实依据对案涉环境污染整治作出径行判决。

4. 完善公益组织履职信息双向交流机制。与民政局等行政主管部门建立日常信息通报和函询渠道,法院在审理环境公益诉讼案件过程中可以向行政主管部门查阅该组织及其内部人员的过往履职表现、年检评价。但不得听取采纳行政主管部门针对案件本身的主观意见,避免行政权对司法权的过度干预。引导行政主管部门将公益组织在诉讼中的履职表现作为典型事项予以重点考察,既反馈公益组织通过诉讼牟取经济利益等严重违规事项,更要通报公益组织有无尽责调查取证、履行态度是否积极等日常表现,在丰富行政主管部门监管渠道的同时,也能对公益组织在诉讼活动中尽责履职形成强力震慑。

5. 推进主管部门实时监督模式。对在辖区有重大影响的环境公益诉讼案件,可以尝试引导行政主管部门旁听案件庭审,邀请行政主管部门参加围绕撤诉活动开展座谈会、论证会、听证会等,实时评估公益组织的环境保护职能履行情况,将事后监管变为现场监管。在座谈会、论证会、听证会等活动中,组织环保主管部门、公益组织到场,对撤诉申请的提出进行说明,同时,与前述公众意见收集反馈机制相结合,社会公众的评价亦能够成为人民法院径行作出环境污染整治判决的事实依据。

(三) 健全撤诉审查保障机制

1. 明确外部监管适用边界。引导社会公众、行政主管部门参与撤诉活动外部监管需要法院付出额外的时间成本和工作资源,对于公益诉讼效率和法官的适用意愿的影响不可忽视。司法实践中,有一部分案件通过环保部门积极履职或者被告积极配合,已然能够达到撤诉标准。如果一律启动外部监管机制亦是对司法资源的浪费。

^① 参见肖强、王海龙:《环境影响评价公众参与的现行法律制度设计评析》,载《法学杂志》2015年第12期。



因此,应明确将“被告或环保行政主管部门通过的环保整改方案已经履行完毕、有充足证据能够确认案涉环境污染得到完全整治”等符合首轮撤诉审查标准的案件排除在适用外部监管机制之外。

2. 完善外部监管机制的审限保障规定。从诉讼理念上,对公益组织履职行为的审查监督体现了明显的职权主义特征,如果再以奉行当事人主义为原则的普通民事诉讼的有关审限要求约束外部监管的环境公益诉讼程序,显然不具备合理性。从实践看,在结案率、办案周期等质效指标考核压力下,撤诉审查所需付出的巨大时间成本是制约法官尽责审查积极性的重要原因。因此,对于在公益诉讼中启动的走访、问卷调查、座谈听证等外部监管机制,应扣除审限,或对于此类案件排除在审限管理的范围之外,以保证环境公益诉讼撤诉案件的审理质量。

结 语

习近平总书记指出:“保护生态环境必须依靠制度、依靠法治。只有实行最严格的制度、最严密的法治,才能为生态文明建设提供可靠保障。”环境民事公益诉讼制度因应国家生态文明建设战略需求,在追求人与自然和谐共生的中国式现代化进程中具有广阔的发展前景。然而,作为一项新兴机制,它仍然需要不断完善程序建构,才能发挥出应有的制度效能。强化撤诉审查是人民法院把握环境民事公益诉讼程序节奏和走向、保障公众环境权益的重要手段,也是提升环境民事公益诉讼体系严密性的重要努力方向。本文以结构洞理论为基础,对推动环境民事公益诉讼的外部监管机制提出了初步构想,希望能对完善环境民事公益诉讼制度产生积极影响。

(责任编辑:王文斌)

非法集资犯罪中共犯退赔范围问题探析

蒋海年 宋京红*

内容摘要：由于连带说与独立说的争议及理论上对刑事涉案财物处置性质的理解不一，共犯退赔范围尤其是从犯的退赔责任问题成为非法集资案件中的难点问题，司法实践中同案不同判现象普遍存在，严重影响司法权威。非法集资犯罪中对占有、处置款项的理解应当坚持“实质处分原则”，根据共犯间主观上对归集的款项有无共同处分的合意及客观上有无共同处分权限来区分责任承担范围，建立以独立责任为原则，以连带责任为补充的退赔方式。一般情况下，非法集资人对归集的款项具有实质处分权限，应当对因集资行为造成的损失承担共同退赔责任，集资协助人系因其帮助行为获得报酬，对集资款项并无实质处分权限，应当在其实际获利范围内承担退赔责任。

关键词：非法集资犯罪；违法所得；共同犯罪；退赔范围

引言

近年来，我国非法集资案件无论是发案数量、涉案金额、集资参与人人数以及涉案被告人人数均处于高位，特别是互联网+传销+非法集资模式的兴起，导致跨区域大案多发，安徽“e租宝”、昆明“泛亚”、湖南“善心汇”、上海“善林金融”等特大案件均涉及全国多个省份，集资参与人数众多，集资额触目惊心。据统计，2019年，我国共立案打击涉嫌非法集资刑事案件5888起，涉案金额5434.2亿元人民币，防范处置非法集资行为已经成为亟待解决的社会问题。^①

* 蒋海年，山东省高级人民法院刑一庭副庭长，三级高级法官；宋京红，山东省威海市中级人民法院刑一庭二级法官。

基金项目：本文系最高人民法院2022年度司法研究重大课题“刑事涉案财物处置问题研究”的阶段性成果。

① 参见郭华：《处置非法集资，法治方式不可缺席》，载中国网，http://www.china.com.cn/opinion/think/2020-12/30/content_77064982.htm。



由于非法集资犯罪以公开形式对外宣传,犯罪行为披着合法的外衣,部分案件前期属于正常的借贷或合法经营,后期出现资金短缺或局部违约,进而演变成全面清偿危机,不得不通过集资的方式铤而走险,在集中兑付或挤兑时演变为结果上的非法集资。^① 犯罪隐蔽性强,加之金融监管缺位等多重因素作用,非法集资行为涉嫌犯罪后,被追究刑事责任的被告人往往涉及几十人甚至上百人,其中既有发起、主导或者组织实施非法集资的非法集资人,又有明知是非法集资而为其提供帮助并获取利益的集资协助人。集资协助人人数众多,对非法集资行为犯罪性的认识不强,或抱有侥幸心理,认为所吸收的存款能够正常还本付息,长期将非法集资行为作为职业,如非法集资案件涉嫌犯罪,非法集资协助人不但要承担刑事责任,作为共犯还可能对其造成的损失承担共同退赔责任,共犯退赔责任的范围亦成为非法集资案件审理的焦点问题。

一、非法集资犯罪共犯追缴或退赔责任承担之司法现状

非法集资案件的涉案人员众多,往往涉及上级单位、下级单位的多层级人员,各涉案人员在犯罪中的地位、作用不一,对于共同犯罪的被告人承担退赃退赔责任范围是限于追缴实际违法所得,还是对全案损失承担共同退赔责任,抑或是对因其犯罪行为造成的损失承担退赔责任,因相关法律条文规定语焉不详,认识理解不一,造成了实践中类案不同判的司法乱象,直接影响到被告人、集资参与人和利害关系人等多方利益的衡平保护和矛盾纠纷化解。

(一) 具体案例解读

随着互联网金融的发展,非法集资犯罪越来越呈现跨区域的特点,e租宝案、善林金融案、天储案等无一不是以总公司为原点,辐射全国的案件。跨区域非法集资案件中上级单位多为资金归集地,下级单位等多为资金吸收地,该类案件虽然在不同区域侦办,但根据“三统两分”的原则,涉案财产应当移交主办案地司法机关统一分配,同时要求主办地及各分办地办案机关在事实认定、证据采信、判决思路上具有统一性。但笔者收集了总公司均为红色财富(北京)投资基金管理有限公司(以下简称“红色财富案”)的7个分公司的判决书,从该7份判决书可以看出,非法吸收公众存款犯罪被告人退赔责任的承担方式各异,文书表述各异(见表1)。

^① 参见郭华:《非法集资的认定逻辑与处置策略》,经济科学出版社2021年版,第4页。

表1 “红色财富案”7个分公司负责人的判决情况

案号	被告人	地位	损失数额(万)	违法所得数额(万)	退赔责任
(2020)浙0782刑初552号	郝某平	分公司负责人	478.98	未查明	责令郝某平与其他共同犯罪人退赔集资参与人损失人民币共计478.9784万元
(2021)川01刑终209号	蒋某	分公司负责人	1926.25	867.08	继续追缴被告人蒋某违法所得人民币8670800元并责令退赔集资参与人
(2019)浙01刑终578号	廖某	分公司负责人	419	未查明	被告人退出的违法所得,依法发还给被害人;责令相关被告人退赔被害人的经济损失,尚未追回的相关被告人的违法所得继续予以追缴
(2019)粤0106刑初2081号	刘某某	分公司负责人	249.95	未查明	追缴本案违法所得人民币2499482.58元,按各被害人未收回金额比例发还各被害人;追缴不足以清偿前述被害人损失的,责令被告人刘某某在其个人违法所得范围内退赔
(2020)闽0203刑初106号	孙某凤	分公司负责人	10604.1	未查明	责令被告人孙某凤对造成集资参与人的经济损失与其他同案人承担共同退赔责任
(2020)苏0281刑初2579号	周某花	分公司负责人	3665.44	356.5	各被告人退缴在案的违法所得,由公安机关依法处理
(2020)鲁1002刑初9号	胡某明	分公司负责人	9093.47	516.6	追缴被告人胡某明违法所得516.6万元并按比例发还集资参与人

从上表看,虽然各地判决书对责令退赔的表述不一致,“违法所得”与“损失数额”概念混淆使用,但基本可以归纳为三种处理原则:一是以被告人的实际违法所得为限承担退赔责任;二是对本地区造成的损失与其他被告人共同退赔;三是责令退赔实际违法所得,同时要求被告人对造成的损失承担退赔责任。因退赔责任承担的不同,一定程度上也影响了被告人的退赔意愿和量刑,各区域被告人和集资参与人之间互相攀比,影响案件处理效果,甚至引发群体信访事件,在被告人的地位和作用相当情况下,处理方式的不同严重影响了司法权威。

(二) 法律规范解读

1. 权威解释的法益表达不明

关于非法集资犯罪共犯的追缴和退赔方式,比较权威的是最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》第4条中规定的“为他人向社会公众非法吸收资金提供帮助,从中收取代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用,构成非法集资共同犯罪的,应当依法追究刑事责任。能够及时退缴上述费用的,可依法从轻处罚;其中情节轻微的,可以免除处罚;情节显著轻微、危害不大的,不作为犯罪处理”。上述意见意即应当对非法集资协助人从犯罪中获得的违法所得予以追缴或责令退赔。但何为提供帮助行为,该规定是仅指向业务员,还是包括吸收资金的分公司负责人、团队经理等,在实践中的理解不一,



退缴违法所得后,是否仍需对造成的损失承担退赔责任,司法解释未予明确,实践中的理解也不一致。

《刑法》第 64 条规定“犯罪分子违法所得的一切财物应予追缴或责令退赔”,对于该条款,有观点认为追缴或责令退赔的基础是被告人从犯罪中获得违法所得,因此无实际违法所得的情况下即没有追缴或责令退赔的基础。但 2000 年 12 月,原《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》中明确了“犯罪分子非法占有、处置被害人财产而使其遭受物质损失的,人民法院应当依法予以追缴或责令退赔。被追缴、退赔的情况,人民法院可以作为量刑情节予以考虑”。显然,该规定扩大了追缴或责令退赔的范围,进言之,因犯罪人非法处置被害人财产而造成被害人损失的,即使被告人没有实际所得,仍可以采取追缴或责令退赔的方式弥补损失。连带退赔观点即认为追缴被告人的违法所得与要求被告人对被害人的损失承担退赔责任并不矛盾,非法集资犯罪中,被告人退缴的违法所得不足以弥补被害人的损失的,应当由共同犯罪的被告人继续退赔。

2. 地方性司法文件的规定不一

针对非法集资犯罪共犯退赔范围的争议,各省市结合司法实践相继出台了相关规定和意见,对本地区内的共犯退赔责任进行了明确,主要有连带责任和独立责任两种,比较有代表性的有上海市高级人民法院出台的《关于办理涉众型非法集资犯罪案件的指导意见》(沪高法〔2018〕360号)第 11 条第 2 款规定:“参与非法集资的被告人(包括被追究刑事责任的业务员),应当对其犯罪行为造成的损失承担退赔责任,除应当依法追缴其获取的佣金、提成等违法所得外,还可以责令在其犯罪行为所造成的损失范围内承担退赔责任。”重庆市高级人民法院出台的《关于办理非法集资类刑事案件法律适用问题的会议纪要》(渝高法〔2018〕186号)第 24 条对退赃退赔范围的规定:“追缴或者责令退赔违法所得与民事诉讼中共同被告对集资参与人的损失承担连带赔偿责任有所区别,追缴或者退赔违法所得不属于民事赔偿诉讼,不涉及民事连带责任的问题,应以行为人实际的违法所得为限,尚未追缴或者无法追缴的,可以依法责令退赔,退赔亦应以实际违法所得为限。”2019 年山东省高级人民法院刑一庭《关于审理非法集资案件相关问题的解答》中认为,集资行为的组织、策划、指挥者,积极参与犯罪的主要实施者、主要获利者应当对其组织、策划、指挥、实施的非法集资行为造成的全部损失承担退赔责任。对于接受他人指挥、管理而实施非法集资行为或者仅为非法集资提供支持的行为人,可只追缴其获取的代理费、好处费、返点费、佣金、提成等费用,不能追缴的应当承担退赔责任。^①从各

^① 参见山东省高级人民法院刑事审判一庭调研组:《关于非法集资犯罪的调研报告——以山东省 2013—2019 年案件为例》,载《山东法官培训学院学报》2020 年第 2 期。

地高级人民法院的判例来看,北京、广东、山东等地基本上支持对一般涉案人员以实际违法所得为限承担退赔责任,上海、浙江等地支持涉案人员对其因参与的共同犯罪而造成的集资参与人经济损失的不足部分,继续承担退赔责任。虽然各省市出台的地方文件有助于在辖区内统一案件的裁判标准,但对退赔问题的不同理解,反而加剧了不同辖区内类案不同判的现象。

二、连带说和独立说在非法吸收公众存款案件中的价值基础与司法障碍

(一) 追缴和责令退赔的价值目标

1. 恢复财产法秩序。公民的财产权利是基本权利,通过审判活动将行为人因其犯罪取得的不法利益归位,可以重建遭到犯罪破坏的秩序,实现矫正的正义。^①虽然关于追缴和退赔的性质,理论界有独立处置措施说^②、保安处分说^③、民事赔偿手段说^④、不当得利衡平措施说^⑤等多种观点,但通说认为追缴和退赔不同于罚金和惩罚性赔偿金,不具有惩罚性,并非刑罚措施,目的是弥补被害人的损失,剥夺被告人的违法所得,恢复财产法秩序,阻止任何人从其违法犯罪活动中获益。在刑事犯罪中追缴被告人的违法所得返还被害人或责令退赔,应当属于被害人民事财产权利的救济措施。在有些犯罪中,即便被告人未从犯罪中获益,但因被告人的犯罪行为给被害人造成了财产损失,被告人在被刑罚处罚的同时,仍然要承担退赔义务,体现了《刑法》对无辜被害人的倾向保护,尽可能对受损的社会关系进行修复。

2. 实现《刑法》一般预防和特殊预防的效果。经济犯罪中通过犯罪获得收益是犯罪人实施犯罪的内驱力,马克思曾在《资本论》中阐述,为了100%的利润,资本就敢践踏一切人间法律,有300%的利润,资本就敢犯任何罪行,甚至冒绞首的危险。当犯罪收益足够大,追缴和退赔的手段和力度缺位,犯罪人就有可能为巨大的经济收益铤而走险,通过追缴和退赔机制不但可以防止犯罪人积累犯罪资本,消灭再犯罪的经济基础,同时对于其他潜在的犯罪人来说,自由刑、财产刑以及有效的追赃机制可以产生示范作用,降低或打消犯罪动机,阻却潜在犯罪的发生。侵财类犯罪相对于暴力犯罪而言,经济剥夺在此类犯罪中预防犯罪效果更为显著。

① 参见梅传强、欧明艳:《共同犯罪违法所得处理研究——以共同犯罪人之间是否负连带责任为焦点》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2020年第1期。

② 参见周光权:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第397页。

③ 参见张明楷:《责任刑与预防刑》,北京大学出版社2015年版,第403-407页。

④ 参见陈兴良:《本体刑法学》,中国人民大学出版社2011年版,第569页。

⑤ 参见何永福:《刑事诉讼涉案财物处置程序研究》,社会科学文献出版社2020年版,第85页。



（二）连带说的适用基础与司法障碍

连带说又分为整体连带和部分连带，二者的基础均来源于民事共同侵权理论，该观点认为犯罪系较为严重的侵权行为，应根据民事侵权理论划分共犯间的赔偿责任。

1. 连带说的适用基础

整体连带说认为，追缴和责令退赔实质上属于民事责任的范畴，共同犯罪本质上是共同侵权行为。共同犯罪是一个整体行为，任何一个犯罪人的行为对犯罪客体的损害都起到了一定的作用，共同犯罪中同案犯对违法所得均具有全额退赔责任，即部分实行全部责任原则。主犯、从犯、胁从犯均可以全额退赃、退赔，在其中一人或数人全额退赔、退赃后，其他人无需再退赃、退赔。即使在同案犯中，只有部分涉案人员到案，到案的共犯均要承担连带的退赔责任。全额退赔、退赃的犯罪人可以向其他犯罪人追偿，申言之，该部分赔偿责任其实是可以划分并分担的。如最高人民法院司法案例研究院公众号发布的一则案例，^①认为共同犯罪中各共犯人应当承担连带退赔责任，周某和杨某伙同他人骗取被害人人民币 10 万元，周某分得赃款 4 万元，杨某分得 6 万元，周某和杨某应当连带退赔 10 万元，理由为共同犯罪符合共同侵权的行为要件，共同侵权行为的法律后果是连带责任，各共犯人应承担连带退赔责任，退赔金额超出自己实际违法所得的行为人对被害人承担退赔责任后，可以向其他共同犯罪人追偿。该观点也有其他案例^②支持，认为刑事判决确定的退赔义务，本质为民事侵权的赔偿义务，部分共同犯罪人退赔被害人的全部损失后，共同犯罪人内部的责任分担问题未被《刑法》禁止，应属民法调整范围，故刑事退赔后向同案犯行使追偿权可以作为民事案件受理。连带退赔是目前司法实践中共同犯罪退赔责任处理的主要模式。

部分连带说是对传统的整体连带说的修正。由于连带责任分担采取“完全赔偿”构造，在部分行为人求偿不能时可能导致过错程度低、因果关系贡献度低的行为人承担过重的责任。而部分连带责任是对美国法上的混合责任、日本学理的违法性差异说、部分因果关系说等立法和学说实践的发展。^③如在非基于意思联络的共同侵权场合，部分侵权人的行为与损害结果具有百分百的因果关系，而其他人的行为与损害结果仅有轻微因果关系，要求所有行为人承担完全连带退赔责任有违公平原则。对于行为人之间不存在意思联络，即非基于共同故意或过失数人侵权适用部分连带责任具有合理性。在非法集资犯罪中对于非法占有、处置集资款项造成集资参与人损失这一事实上，集资款的主要控制、支配人对该事实有 100% 的因果关系贡献度，而对于底层的非法

① 参见刘晓峰、卞艳飞：《共同犯罪中各共犯人应当承担连带退赔责任》，载微信公众号“最高人民法院司法案例研究院”，2018 年 6 月 11 日。

② 参见姚坤林、郝绍彬：《刑事退赔后共犯间可行使民事追偿权》，载《人民司法》2020 年第 14 期。

③ 参见傅远泓：《论“部分连带”责任效果的类型化及适用》，载《民商法论丛》2020 年第 2 期。

集资协助人而言可能仅有 20% 的因果关系,那么可以根据情况确定集资协助人对造成的损失承担一定的退赔责任。如上海法院在判决集资协助人对实际违法所得承担退赔责任外,责令在其犯罪行为所造成的损失范围内承担退赔责任(一般为违法所得的 1—5 倍),一定程度上借鉴了部分连带责任理论。该观点认为,责令退赔数额应与犯罪行为在共同犯罪中的地位作用相适应,具体可以考虑以实际佣金为基数乘以适当倍数的方式加以确定,至于具体倍数,则由法官根据不同案件的具体情况裁量确定。^①但法官如何确定集资协助人退缴违法所得的比例和数额,如何规制法官的自由裁量权仍然需要探索。

2. 连带说在非法集资犯罪中的适用障碍

非法集资犯罪共犯间退赔责任在司法实践中经历了从单一的连带责任到目前的连带责任、部分连带责任、以违法所得为限承担退赔责任等形式的判决并存的现象,从统一到争议意味着传统的刑事共同犯罪退赔理论在非法集资犯罪审判实践中遭遇了困境。连带说在非法集资犯罪中的障碍主要有以下几点:

第一,通过连带责任尽可能挽回集资参与人损失可能出现反向障碍。要求所有被告人对造成的损失承担连带退赔责任,表面上看有利于尽可能地挽回集资参与人的损失,但因非法集资案件与传统犯罪相比,损失数额极大,仅获得佣金、提成的被告人一般为从犯,司法实践中,根据从犯情节减轻处罚后,集资协助人可在三年有期徒刑以下量刑,自由刑量刑预期较低,其原本可能通过各种方式筹措资金退缴其实际违法所得而获得缓刑或者从轻减轻甚至免除处罚的机会,但承担连带责任后,被告人会因其退赔数额与以此获得的从宽处罚程度不相匹配,无法达到预期,可能会放弃从宽处罚的机会拒不退赔,导致集资参与人损失挽回的可能性降低。

第二,连带责任的承担加重了从犯责任,不利于社会关系修复。退赃责任的过度承担阻碍从犯重新回归社会,在审判阶段,从犯因无法退赔巨额的损失而不能获得从轻、减轻或免除处罚的机会。在刑罚执行阶段,尤其是减刑、假释实质化审理以后,财产性判项未履行完毕的,减刑假释的幅度变少甚至不予减刑,从犯即便退赔自身实际违法所得仍可能无法获得减刑、假释的机会。在自由刑履行完毕后,终身退赔义务的承担对于从犯回归社会的影响是毁灭性的,试想一个从犯在自由刑 3 年期满以后面临的是数千万的退赔义务,其何来动力重新回归社会,创造社会财富。巨大的退赔义务有可能将被告人推向社会的对立面,刑罚特殊预防和一般预防的目的亦无法实现。

第三,连带责任的承担可能导致主要获利被告人获得不当利益。在非法集资案件

^① 参见张庆立:《集资犯罪中事务型帮助犯违法所得退赔责任的确定》,载《中国检察官》2022 年第 22 期。



中,对资金具有实际占有、使用、支配权的被告人在其他从犯被告人退赔后,自然免除退赔义务。而由于非法集资犯罪钱款往来频繁,最有可能洗钱和隐匿钱款去向的是非法集资人,若因集资协助人承担全部退赔义务后,非法集资人的退赔义务自然免除,实际上使其不当占有了理应由其退赔的款项。连带责任理论认为被告人之间可以通过追偿的方式解决共犯之间承担责任不公平的问题,不存在主犯不当获利的情况,但理论上的正义不等同于实践的正义,从司法实践看,非法集资犯罪中刑事共犯间的追偿权客观上几乎无法实现。被追究刑事责任的被告人自由被剥夺,在自由服刑期间丧失再创造财富的能力,这与民事主体之间的平等地位有显著差别。从追偿权的实现可能性来看,首先,因为刑事案件是公权力介入,因此,主犯的非法所得、能够用于退赔的合法财产从理论上已经被查扣用于退赔被害人。其次,主犯的刑期一般远高于从犯,甚至部分主犯被判处无期徒刑,主犯自由刑履行完毕回归社会再创造财富的时间非常长。再次,非法集资案件退赔责任一般数额巨大,共同犯罪被告人可能终身无法完成退赔义务,更何谈追偿。因此被告人的追偿权仅仅是纸面上的正义,在司法实践中实现的可能性很小。最后,连带责任共犯间追偿增加衍生诉讼。既然该理论认为共犯之间可以追偿,意味着共犯之间的责任是可以划分的,从减少衍生诉讼的角度考虑,在判决共同退赔的同时,何不在判决中一并确定各被告人承担责任的比例,让破损的社会关系尽早修复,被告人及被害人尽快恢复正常生活。因此连带说虽然有其一定的优势,但在非法集资犯罪中缺陷是比较明显的。

(三) 独立说的适用基础与司法障碍

1. 独立说的适用基础

独立说认为,追缴或者责令退赔违法所得与民事诉讼中共同被告对原告的损失承担连带赔偿责任有所区别,追缴或者退赔违法所得不属于民事赔偿诉讼,不涉及民事连带责任的问题,应以行为人实际的违法所得为限,即从法律评价上看,这些财产即便具有犯罪人财产权的外观,但其不属于犯罪人合法所有,具有违法性,应当返还被害人。另外从罪责刑相适应的角度,刑事判决不仅要在自由刑量刑上体现主从犯之间的差异,亦应当在刑事裁判涉财产部分体现主从犯之间的差异。虽然原《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》规定被告人非法占有、处置被害人财产的,应当依法予以追缴或责令退赔。但该条规定对被告人适用追缴或责令退赔的前提是被告人非法占有、处置了被害人财产。这里的占有、处分应当视为“事实上的支配权限”,而应当承担独立责任的集资协助人并不具备上述前提。一方面,集资协助人未非法占有集资款。从非法集资款项流向来看,集资款项一般均归集至上级集资人处,处于下级地位的集资协助人并未非法占有集资款,同时从很多案例来看,集资协助人自身及其亲属均有投资,集资协助人也无非法占有集资款的主观

故意。另一方面，集资协助人并未非法处置集资参与人财产。集资协助人在整个集资过程中，虽向公众公开宣传，承诺保本付息，集资参与人的款项系通过集资协助人的帮助行为汇集到总公司，但投资合同系集资参与人与总公司签订，关于款项转移，集资参与人与非法集资人双方具有合意，集资协助人的转款行为并未违背集资参与人的意愿，因此集资协助人仅需退出其从犯罪行为中获得的实际违法所得，集资参与人的损失应当由实际占有或非法处置集资款的被告人赔偿。与传统的盗窃、抢劫、诈骗犯罪被害人相比，集资参与人并非纯粹无辜受害者，对于无法追回的损失不应过多苛责集资协助人。

随着集团化、专业化经济犯罪案件越来越多，关于从犯以违法所得为限承担退赔责任的探讨也越来越多，部分省份规范性文件认可此种观点。如浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅联合印发的《关于办理电信网络诈骗犯罪案件若干问题的解答》第17条规定：“主犯原则上具有共同的退赔义务。首要分子按照犯罪集团所犯罪行的全部数额进行退赃和退赔，其他主犯按其参与参与、组织、指挥的全部数额进行退赃和退赔。从犯一般按实际违法所得进行退赃和退赔。”山东省高级人民法院《关于非法集资案件的解答》也支持上述观点，认为退赔责任应当按照主从犯区分。

2. 独立说在非法集资犯罪中的适用障碍

首先，被告人实际违法所得数额较难查明。在未提取到账目和后台数据的共同犯罪中，被告人获得的违法所得数额往往仅依据被告人的供述、辩解及其他言词证据。在目前跨区域非法集资案件的审判仍处于“各自为政”状态下，被告人违法所得数额的查明是司法实践中的难题。在调取到账目和后台数据的案件中，部分被告人提出上级的转账数额并非完全是工资、提成等违法所得，存在办公费用、宣传费用、代其他人领取工资等情形，如果一一查明会大大增加侦查机关工作量甚至无法查明具体的违法所得数额，审判机关要么采取有利于被告人的原则，将上述辩解数额扣减，要么一律按照审计报告审计的违法所得数额予以认定，或者根据有利于被告人的原则在查不清违法所得的情况下不予追缴，违法所得追缴数额的不确定性影响追缴和退赔的有效性和精准性。

其次，限缩了主要责任的承担主体，影响追赃挽损的有效性。非法集资案件中对钱款具有占有、使用、支配权的非法集资人往往只有极少部分，大部分涉案人员并无占有、处置款项的绝对权限，但却在犯罪中起到了重要作用，帮助非法集资人实现了资金支配。如总公司的高管、财务总监等，虽然从犯罪中获得的只有工资、提成、好处费、分红等，但其很大程度上影响了非法集资人的决策，再如部分分公司的负责人在分公司成立、招募人员、租赁办公场所、组织业务人员向公众吸收存款中均起到了主要作用，除工资、提成、好处费外，分公司的运营费用占用了大部分集资款项，实



践中还存在部分分公司负责人虚报宣传费用、租赁费用等从总公司报销费用的情况,该部分款项在刑事案件中往往难以查清。对该部分人员仅追缴其违法所得一定程度上影响追赃挽损的有效性。

最后,独立责任面临与其他经济犯罪退赃责任承担方式的协调问题。目前司法实践中大部分经济犯罪仍采用部分实行全部责任理论,要求共同犯罪被告人对造成的损失承担共同退赔责任。如果非法集资犯罪中,集资协助人或从犯对其实际违法所得承担退赔责任,面临如何与其他犯罪协调一致的问题。

三、非法集资犯罪退赔原则

连带责任和独立责任均有其各自不同的价值取向,共同犯罪人之间承担连带责任还是独立责任,抑或何种情形下连带、何种情形下独立,应当从追缴和退赔制度的本质和目的出发,考量《刑法》一般预防和特殊预防目的的实现及判例的导向作用,平衡保护被告人和集资参与人的利益。

(一) 非法集资人和集资协助人应承担不同的退赔义务

1. 非法集资犯罪共犯退赔的基本原则

非法集资犯罪共犯退赔范围的确定需首先查明共犯间主观上是否对归集的款项有共同处分的合意及客观上是否有共同处分的权限,建立以独立责任为原则,以连带责任为补充的退赃退赔模式。这里的处分应当解释为实质处分,即对涉案款项有支配权,并非经手、转手等广义的处分。如行为人只是按照主犯的指示暂时取得了财物,该财物需汇集至主犯处二次分配,那么应视为行为人无处分权限。如行为人虽未经手涉案款项,但该款项的处分、流转需经行为人同意或按照行为人的指示进行,可视为该行为人具有处分权限。如果共犯间对归集的款项具有共同处分的合意及共同处分的权限则应当承担共同退赔责任。否则以实际违法所得为限承担退赔责任。

案例一:甲在北京成立某投资公司,后乙在 A 地成立办事处,乙担任办事处负责人,乙将 A 地吸收的存款按照甲的要求汇入某投资公司账户,按照吸收资金金额获得佣金、提成,根据上述原则,乙应当以其违法所得为限承担退赔责任。

案例二:甲乙共谋由甲在 A 地成立公司负责吸收存款,乙在 B 地成立公司负责寻找投资项目并对吸收的款项进行投资盈利,项目盈利后由甲乙按照盈利情况分成,后因项目选择不当亏损,造成集资款损失。按照上述原则,甲乙应当对造成的损失承担共同退赔责任。

2. 非法集资人共犯应当对造成的损失承担共同退赔义务

2020 年 12 月国务院通过的《防范和处置非法集资条例》首次明确了非法集资人

和集资协助人的概念。^①对归集的资金有共同处分合意及共同处分权限的非法集资人共犯应当对造成的损失承担共同退赔责任。对于非法集资人的判断应当从行为人犯罪的客观行为、主观意思联络、从犯罪中获利的情况综合区分。对于较难区分的跨区域非法集资犯罪，一般情况下，上级单位的实际控制人、主要获利者等应当认定为非法集资人；下级单位或个人实施非法集资犯罪活动，全部或者大部分违法所得归下属单位所有的，下属单位的实际控制人、主要获利者或者个人也应认定为非法集资人。非法集资犯罪上级单位的实际控制人、首席执行官、首席财务官、风控负责人等应着重审查是否属于在单位能够起到决策作用的“头脑”人员，是否在非法集资犯罪中发挥决定性作用，从而判断其是否属于非法集资人。值得注意的是共同退赔责任承担的主体虽然与主犯有一定的重合性，但不能完全根据主从犯划分机械确定退赔责任承担的方式。

案例三：在某公司非法集资犯罪中，公司财务负责人甲明知公司在不具备金融资质的情况下，将向公众非法吸收的资金投入非合同中约定的项目，因其完全掌握公司款项去向情况，且在金融行政主管部门的检查中提供虚假材料和账目，按照上述原则，甲应当对造成的损失承担共同退赔责任。

案例四：在某公司非法集资犯罪中，公司技术主管乙负责平台技术支持及维护，现有证据无法证实技术主管乙明知款项去向及用途，按照上述原则，乙应当以工资、分红等为限承担退赔责任。

3. 集资协助人应当以实际违法所得为限承担退赔责任

对于主观上对归集的款项没有共同处分的合意且客观上无共同处分权限的集资协助人，应当以实际违法所得为限承担退赔责任。该部分人员包括三种类型，第一类为各分公司或代理点中帮助非法集资人直接向不特定公众吸收存款的人员，该类人员在集资协助人中占比最多。第二类为讲师、一般技术人员等。第三类为一般财务人员和其他工作人员。在跨区域犯罪中，如下属单位或者个人实施非法集资活动的违法所得全部归集至上级单位或个人，并由上级单位非法占有、处置，下级单位的实际控制人或个人仅因帮助吸收资金行为获得工资、提成、好处费、运营费用等，下级单位的实际控制人或个人应当认定为非法集资协助人。同时，应当注意也不能仅根据款项流向简单区分非法集资人和集资协助人，陷入客观归罪的误区。对于集资协助人还应当从三个层次把握：首先，从主观方面看，应当着重审查该部分人员与上级行为人是经过共谋后的犯罪分工不同，还是纯粹的帮助吸收资金行为。其次，从款项流向看，应当着重审查集资款项是否全部或大部分汇入上级账户或按照上级

^① 参见《防范和处置非法集资条例》第3条。非法集资人是指发起、主导或者组织实施非法集资的单位和个人。集资协助人是明知是非法集资而为其提供帮助并获取经济利益的单位和个人。



的指示汇入特定人员账户,对于被告人辩解集资款项汇入上级账户,但在案银行流水显示仅少部分汇入上级账户的,其他款项无法说明去向,或虽能说明去向,但与上级非法集资行为无关的,不应当认定为非法集资协助人。最后,对于非法集资协助人,应当严格贯彻宽严相济的刑事政策,对于帮助吸收公众存款的地区负责人,虽然其在所在地区的吸收存款过程中起到了发起、组织或领导作用,但从整个犯罪中的地位 and 作用来看,其仍是根据上级安排从事帮助吸收存款的行为,应当认定为集资协助人。对于未实际控制款项的下级单位负责人虽不要求其对本地区吸收存款造成的损失承担退赔责任,但其在退出个人获得的工资、提成、好处费之外,如总公司从集资款项中拨付一定的宣传、运营费用等,该部分费用主要由该地区负责人支配、占有、使用,可由其对该部分损失承担退赔责任。适用独立责任不排斥集资协助人超出自身份额主动退赔。共同犯罪人可以在立案前后、审查起诉阶段、审判阶段超出自身份额退赔,其超份额退赔行为属于自愿行为,属于积极挽回被害人损失的悔罪行为,可以在量刑上予以考虑。同时根据宽严相济的刑事政策,对于在非法集资共同犯罪中处于从属地位的集资协助人,能够及时退缴工资、提成等违法所得,可依法从轻处罚;其中情节轻微的,可以免除处罚;情节显著轻微、危害不大的,不作为犯罪处理。对于犯罪地位较低的业务员,一般情况下不作为犯罪处理,应充分发挥行政手段追赃挽损的作用,实现罪责刑相适应。

(二) 以实际违法所得为限承担退赔责任的人员追缴和退赔数额的计算原则

1. 在案发前后个别兑付、清偿集资参与人的部分不应从集资协助人违法所得中扣减,查证属实的可以在量刑时考虑。非法集资人因为需对造成的损失承担退赔责任,因此案发前后个别清偿、兑付部分如不涉及恶意转移资产等行为,一般情况下可以从其应退赔数额中扣除。但以工资、提成、好处费等实际违法所得为限承担退赔责任的被告人在立案前后、审查起诉阶段、审判阶段自行退赔集资参与人的款项不应从其违法所得中扣除。司法实践中,集资协助人为安抚集资参与人,往往对具有上访倾向的集资参与人个别清退或者部分集资协助人在非法集资过程中,为了推广业务以个人名义为集资参与人出具保证书,承诺如公司不能正常返本付息,由其偿还借款,对该部分集资参与人可能存在个别清偿的情况。集资协助人退缴的工资、提成、好处费等违法所得是基于其犯罪行为获得的不当利益,退赔的目的是实现“矫正的分配”,即由司法机关追缴违法所得后,在集资参与人中按比例分配。对于以违法所得为限承担退赔责任的被告人如将其自行退赔行为从违法所得中扣减,可能产生反向示范作用,实践中出现集资协助人将其违法所得退赔给其亲朋好友等密切关系人,或者退还给信访的集资参与人,甚至与部分集资参与人串通制造虚假退赔证据,从而免除退赔责任,影响追赃挽损效果。因此,集资协助人个别清偿部分不应当从

其实际违法所得中扣除。

2. 违法所得数额应按照毛利计算，被告人吸引、维系客户的成本不应从违法所得中扣除。对于集资协助人以其获得的工资、提成、好处费等违法所得向集资参与人赠送礼物、购物卡或者向集资参与人返点或自费组织潜在集资参与人旅游、进行宣传活动的费用，司法实践中，有的法院根据有利于被告人的原则将该部分款项扣除，但即便这些费用真实发生，亦系集资协助人为吸引集资参与人投资付出的犯罪成本或者获得犯罪收益后的处置行为，不应从违法所得中扣除。

3. 实际违法所得数额应根据在案证据情况综合认定。非法集资犯罪相较于被告人人数单一的案件，能够证明被告人违法所得数额的证据种类更全面，数量更多，其中主要的证据种类有集资账目和后台数据、银行流水等客观证据，财会人员关于提成比例和工资的证言，其他同案犯关于违法所得计算方法的陈述等证据。实践中违法所得难以查清的主要原因是未提取到后台数据和公司账目，对于跨区域案件而言，虽然最高人民检察院《关于办理涉互联网金融犯罪案件有关问题座谈会纪要》等多个文件规定，跨区域非法集资案件要按照“统一办案协调、统一案件指挥、统一资产处置、分别侦查诉讼、分别落实维稳”（即三统两分原则）处理，但实践中主办地司法机关和分办地司法机关沟通不畅、信息不对称、处理原则不统一问题并不鲜见。特殊案件在没有账户和后台数据的情况下，下级单位和个人不供述违法所得情况，分办地办案机关应当主动联系主办地办案机关或者其他分办地办案机关实现证据共享，通过上级单位财务人员及其他相关人员的证言证明被告人的违法所得情况，在违法所得查不清具体数额的情况下，如能查清工资和提成计算比例，也可以结合集资协助人吸收公众存款数额计算比例推算其违法所得数额，不能因违法所得查实困难而不判决追缴违法所得。

（三）非法集资犯罪与其他犯罪共犯退赔范围的衔接

非法集资犯罪共犯退赔范围应当与刑事同类案件共犯退赔范围相统一。由于我国《刑法》及《刑事诉讼法》在多个条款中出现“违法所得”概念，但司法解释对“违法所得”的解释并不相同，存在理解上的争议。有观点认为，违法所得系被告人实际获利数额。有观点认为，违法所得是指因犯罪行为直接、间接获得的财物或造成损失的数额，并不应当扣减犯罪成本。还有观点认为，应当将违法所得分为两类，一类是取得型违法所得，指因实施犯罪活动而取得的全部财物，如贪污罪、受贿罪、盗窃罪等犯罪取得的违法所得，认定取得型违法所得不需要扣除犯罪成本。另一类是经营利益型违法所得，如高利转贷罪获得的违法所得，认定经营利益型违法所得



需要扣除成本，只计算利差。^①我们认为，在占有、处置类刑事犯罪中，被告人对犯罪所得具有最终的处分权限的应当视为取得型违法所得，即非法集资人获得的违法所得为“取得型违法所得”，此时被告人应当对因其犯罪行为对被害人造成的损失承担全部退赔义务。被告人对犯罪所得并无最终处分的权限，或者短暂经手获得报酬的为经营利益型违法所得，认定违法所得数额时需去除成本，仅追缴被告人的收益数额。在非法集资犯罪、新型电信网络犯罪等犯罪中，底层的集资协助人、帮助信息网络犯罪活动罪等的被告人，实质上其获得的违法所得可以视为经营利益型违法所得，与高利转贷罪中的被告人、走私普通货物罪中获取工资收益的船员等的退赔范围一致。根据取得型违法所得与经营利益型违法所得理论，可以基本解决共同犯罪退赔范围问题。

结 语

2022 年以来，全国推进落实国务院《防范和处置非法集资条例》，依法惩罚非法集资违法犯罪，如期建成全国非法集资监测预警体系，不断提升宣传教育针对性和有效性，各项工作取得积极成效。非法集资新发案件数量、涉及金额和人数连续三年下降。^②然而，由于多种因素的影响，非法集资风险形势依然严峻复杂，既要防范存量风险，防止“死灰复燃”；又要防范增量风险，警惕以“金融创新”“经济新业态”等幌子推出的迷惑性更强的非法集资模式。在新形势下，非法集资犯罪诱发因素增多，手段更加隐蔽，层级扩张更快，传染性更强，链条镶嵌更复杂，行政及司法处置面临更大挑战。具体到非法集资犯罪中共犯退赔问题，应从追缴和退赔制度的本质和目的出发，考量《刑法》一般预防和特殊预防目的的实现及判例的导向作用。

（责任编辑：杨 军）

^① 参见时延安、刘伟：《违法所得和违法收益的界定》，载《中国检察官》2007 年第 2 期。

^② 参见《全国非法集资新发案件数量、涉及金额和人数连续三年下降》，载微信公众号“人民网”，2023 年 4 月 25 日。

添附债权救济规则的实践检视与理论重构

张平华 刘嘉雯*

内容摘要：现有的添附债权救济规则已陷入司法适用困难和适用后裁判说理不清的实践困境，亟待重构。解释论下，《民法典》第322条规定的添附救济规则包括因确定物的归属产生的补偿请求权和因过错产生的损害赔偿请求权。前者应适用不当得利返还请求权的规定，但其法律效果只包括价额补偿，以禁止恢复原状为原则，强迫得利并非禁止恢复原状的例外；后者的请求权基础包括侵权和违约，而违约损害赔偿请求权并没有产生范围的限制。两种债权救济规则间并非选择关系，在当事人无过错时，补偿请求权应单独适用；在当事人具有过错时，两种债权救济规则并存，且因添附物归属不同呈现不同的关系样态，应根据请求权的归属采取一并适用或择一适用的救济规则，但原则上应禁止恢复原状。

关键词：添附；补偿请求权；损害赔偿请求权；救济规则

引言

添附是法律强制所有权取得的技术性规定，具有确定添附物归属与维护（鼓励创造）社会经济价值的双重功能。作为一项受到各国立法者青睐的制度，添附在近代以来逐渐成为民法体系中不可或缺的一部分。在《民法典》中，添附制度被纳入物权编“所有权取得的特别规定”一章，并通过第322条^①的规定首次明确添附的法律效果，从而使得民法体系更加完善。然而，《民法典》第322条不仅规定了所有权取得的法律效果，还包含了债权救济规则。这一规定旨在解决因物权法律效果带来的利益失衡问题。尽

* 张平华，山东大学法学院教授、博士生导师；刘嘉雯，山东大学法学院硕士研究生。

① 《民法典》第322条规定：“因加工、附合、混合而产生的物品的归属，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，依照法律规定；法律没有规定的，按照充分发挥物的作用以及保护无过错当事人的原则确定。因一方当事人的过错或者确定物的归属造成另一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。”



管《民法典》已经实施两年多,但在司法实践中,添附债权救济规则的适用效果并不尽如人意。与此同时,学界对于添附的研究主要集中在添附的构成和添附物的归属等方面,对于添附的债权救济规则的研究相对较少。

本文以添附的债权救济规则为研究对象,从司法实践入手,检视当下添附债权救济规则适用存在的问题,旨在深入探讨添附的债权救济规则,并提出对其适用问题的合理化建议。以此进一步完善添附的债权救济规则在实践中的应用,确保添附制度能够更好地发挥其在法律体系中的作用。

一、添附债权救济规则的实践现状

通常认为,添附是所有权取得的一种方式,其中一方当事人失去所有权而另一方当事人取得所有权。为了填补因此而产生的损害,立法者往往会明确规定添附的债权救济规则。在我国现行法律和司法解释中,涉及添附的规定主要有三处,即《民法典》第 322 条、《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2020〕17 号)(以下简称《城镇房屋租赁合同解释》)第 6 条至第 12 条、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(法释〔2020〕28 号)(以下简称《民法典担保制度解释》)第 41 条。然而,《民法典担保制度解释》第 41 条仅规定了“补偿金”一词,没有对具体的债权救济规则作出规定。具体来看,《城镇房屋租赁合同解释》虽对因装饰装修构成附合时的处理作出了明确规定,但其仅适用于合同解除或无效的情形,并不涉及一般添附的债权救济规则问题,因此意义有限。真正涉及添附的债权救济规则的应当是《民法典》第 322 条后句的规定。

依据《民法典》第 322 条可知,我国的添附制度明确规定了两种填补损害的救济手段:一种是因存在“过错”引起的损害赔偿请求权,另一种是因“确定物的归属”产生的补偿请求权。但由于该项规定过于模糊,这两项救济规则的司法适用效果并不尽如人意。一方面,《民法典》第 322 条的司法实践适用率并不高。笔者以“《民法典》第三百二十二条”为关键字在中国裁判文书网进行检索发现,自《民法典》实施以来,只有 200 多份裁判文书涉及了该条,其中不乏民事裁定、仅当事人主张但法院认为不适用的裁判文书。由此可见,该条的司法适用率并不高;另一方面,即便适用了《民法典》第 322 条,法院对添附债权救济规则的裁判说理亦过于空洞。2023 年 1 月 12 日,最高人民法院发布《人民法院贯彻实施民法典典型案例(第二批)》。在其中的第四个典型案例中,审理法院认为某铁塔公司提前解除租赁合同,使得添附物依约提前归其所有,造成了某金属表面处理公司的损失,依据《民法典》第 322 条,某铁塔公司应

承担赔偿责任。^①按照最高人民法院的释义,该案的典型意义在于审理法院在确定添附物归属的同时妥善解决了当事人损害的赔偿问题,但从裁判文书中不难看出,审理法院对该赔偿责任的性质并未进一步展开说明,存在说理不清的嫌疑。在当事人没有过错的添附案例中,法院在适用《民法典》第322条进行债权救济时多基于公平原则直接确定一方当事人承担补偿责任,同样未进一步展开说理。^②

实际上,上述添附债权救济规则司法适用和裁判说理的困境源于立法规定的抽象与模糊。从立法规定不难看出,立法者有意以“过错”为分界,试图以损害赔偿请求权与补偿请求权之间的完美配合平衡当事人之间的利益关系,但并没有明确该两种救济规则的理论基础,这就导致了裁判说理的空洞。此外,《民法典》第322条采用了“或者”表述,试图表明两种救济规则间是以“过错有无”为标准的选择适用关系,但由于补偿请求权的产生与当事人是否存在过错无关,且上述两种请求权在主体理论上并不具有一致性。由此可见,两种救济规则之间并非简单的选择适用关系,而在大部分的裁判说理中补偿请求权几乎没有涉及。

因此,本文认为,要想真正解决当下添附债权救济的司法适用问题,有必要对《民法典》第322条规定的两种救济规则的理论基础以及行使规则予以明确。

二、债权救济规则之补偿请求权

本文将《民法典》第322条规定的因“确定物的归属”而受损害的一方享有的请求权称之为补偿请求权,其请求权主体为因未取得添附物而受损的一方,这也对应了《民法典担保制度解释》第41条第1款中规定的“补偿金”的说法。

(一) 补偿请求权的理论基础

关于补偿请求权的理论基础,主要包括以下四种观点:其一,“法定物权负担说”。有学者认为,依法取得特定所有权的人有给付偿金的义务,这种义务与添附物的所有权有密切的关系,其性质应为“物上之债”。^③“物上之债”在添附物让与的同时,偿金义务随之让与,其在客观上增加了善意受让人的负担。其二,“私法强制牺牲说”。该说是德国民法上的“少数说”。该说认为,取得添附物的一方当事人获益没有法律依据,满足“违法性”要件。为排除这一违法性,需要强制牺牲掉获益一方的利益,

① 参见佛山市三水迪生特威金属表面处理有限公司诉广东迪生铁塔股份有限公司破产债权确认纠纷案,广东省佛山市中级人民法院(2021)粤06民初182号民事判决书。

② 参见佛山市南海区山根实业发展总公司诉佛山市南海区西樵镇山根社区山根经济联合社等物权保护纠纷案,广东省佛山市中级人民法院(2021)粤06民终14728号民事判决书;滨州市金骥元汽车销售服务有限公司诉山东滨州市汽车物资贸易有限公司财产损害赔偿纠纷案,山东省滨州市中级人民法院(2021)鲁16民终2584号民事判决书。

③ 参见苏永钦:《私法自治中的经济理性》,中国人民大学出版社2004年版,第300页。



使其承担补偿责任。但由于我国并没有与之相对应的“公法强制牺牲说”，“私法强制牺牲说”作为补偿请求权的理论基础在我国没有实质意义。其三，“非典型之债说”。有学者主张补偿请求权是法定之债，其不具有典型之债的独立性，而是添附制度的附属物（物权法效果所生之债）。^①也有学者在该说之下主张补偿请求权的性质为法定的私益牺牲补偿。^②其四，“不当得利说”。该说是我国民法学界所持的一贯态度。^③受德国民法影响，引致“不当得利”通常认为属于“原因引致”，即补偿请求权满足不当得利请求权的构成要件。

不难看出，以上对于补偿请求权的争论，主要集中在“非典型之债说”与“不当得利说”。本文认为“不当得利说”的合理之处在于：其一，不当得利不过是把契约及违法行为以外，生活中应予以救济的不公平事实加以汇总而已，^④其理论本身具有极大的包容性，将补偿请求权定性为不当得利返还请求权具有理论上的合理性。其二，从实践来看，以不当得利处理添附后的“补偿”问题于实践中已有尝试，且绝非个例。^⑤当然该说同样遭到质疑，有学者认为“一物一权规则”表明只能由一方取得所有权，此时根据法律规定的添附制度取得所有权是有法律根据的；^⑥并且物权法效果规范是当事人取得添附物的直接法律依据，不符合“利得没有法律原因”这一构成要件。有学者认为“不当得利说”是建立在所有权和财产价值可分的基础上，但这种可分只适用于担保的情形，添附并非担保，因而不能采用“不当得利说”。^⑦

对上述质疑，本文并不认同。第一，从《民法典》第 322 条所处位置得出其是取得添附物的法律依据是不够恰当的。在这一问题上，本文认同“添附的物权法效果规范，只是为了避免恢复原状，实现维护和鼓励创造社会经济价值立法目的的一种单纯的法律技术手段”^⑧的观点。一方当事人据此取得添附物是合法的，但并非是公平正义的，而不符合公平正义才是“利得无法律原因”的真正内涵。因此，不当得利返还请求权与补偿请求权的目的是是一致的，都是为解决当事人间的利益失衡问题。第二，添

① 参见柳经纬：《论添附中的求偿关系之法律性质——兼谈非典型之债与债法总则的设立问题》，载《法学》2006 年第 12 期。

② 参见韩富鹏：《私益牺牲补偿请求权的构成要件与法律效果》，载《法学》2023 年第 3 期。

③ 参见林广会、邹建永：《添附的债权效果及其体系效应——兼评我国〈民法典〉第三百二十二条》，载《学术论坛》2020 年第 4 期；陈华彬：《我国民法典物权编添附规则立法研究》，载《法学杂志》2019 年第 9 期；单平基：《添附入典的立法表达——〈民法典物权编（草案）〉第 117 条检讨》，载《现代法学》2019 年第 6 期。

④ 参见苏永钦：《私法自治中的经济理性》，中国人民大学出版社 2004 年版，第 297 页。

⑤ 参见刘凤东、金秀丽诉肖俊茹等不当得利纠纷案，辽宁省沈阳市中级人民法院（2021）辽 01 民终 18749 号民事判决书；谢晓义诉殷福青不当得利纠纷案，镇江市丹徒区人民法院（2021）苏 1112 民初 2946 号民事判决书；冉勇军诉谭小娅、涂飞不当得利纠纷案，重庆市忠县人民法院（2020）渝 0233 民初 3732 号民事判决书。

⑥ 参见王利明：《添附制度若干问题探讨》，载《法学评论》2006 年第 1 期。

⑦ 参见柳经纬：《论添附中的求偿关系之法律性质——兼谈非典型之债与债法总则的设立问题》，载《法学》2006 年第 12 期。

⑧ 王泽鉴：《民法学说与判例研究》（第 4 册），中国政法大学出版社 2009 年版，第 169 页。

附制度本身就是立法者为避免社会资源浪费而设立的经济性决策,在债权救济问题上例外承认物的所有权与财产价值分离也未尝不可。第三,向“非典型之债”作出的逃避性解释会起到不良的示范作用,使得“典型之债”与“非典型之债”的区分丧失价值,并且《民法典》第322条并没有像其他国家一样规定明确的法定补偿规则,^①将补偿请求权定性为“非典型之债”后,司法适用中的问题并没有得到解决,并且即便是主张非典型之债的学者,在解释时仍然准用了不当得利的有关规定。^②

因此,补偿请求权在性质上应为不当得利返还请求权,满足不当得利的构成要件,由于补偿请求权的产生并不涉及保有给付的法律依据消灭的问题,^③其应属于非给付型不当得利。

(二) 补偿请求权的法律效果

关于补偿请求权的法律效果,有学者对其进行消极的债权法效果和积极的债权法效果的区分。^④出于对禁止恢复原状的强调,本文采用此种分类。

1. 消极效果:禁止恢复原状。禁止恢复原状是添附制度维护和鼓励创造物的社会经济价值这一立法目的的体现,内含于整个添附制度中。具体到补偿请求权中,未取得添附物一方行使补偿请求权时只能请求价额补偿,不能请求返还原物。禁止恢复原状是添附制度立法目的的实现,但其终究只是经济性决策,并非不具有恢复原状的可能。禁止恢复原状的例外是当事人之间的意思自治,即在当事人事先约定恢复原状且恢复原状可能的情况下,即便恢复原状并不具有经济效益,仍然应当予以实现。

不少观点将强迫得利作为禁止恢复原状的例外,认为其主要通过两种方式实现:一种是借助取得添附物后享有的物权,请求排除妨碍;另一种做法则是借助侵权责任或无权占有,并辅以其他规则。本文并不赞成将强迫得利作为禁止恢复原状的例外。第一,从我国司法实践来看,在《民法典》第322条允许约定添附物归属的情况下,一方当事人主张强迫得利的情况不常发生,当然在理论上确实存在例外,即在不动产附合的情况下添附物所有权归属不动产所有人。第二,强迫得利的出现,是因为采用获益“主观说”的理论。按照该学说,取得添附物一方的获益并不具有确定性,其增加了未取得添附物一方当事人的责任风险,也不能避免取得添附物方当事人的恶意主张。本文认为,获益抑或损害,都应坚持客观标准,这与司法实践中按照一般市场交

① 根据《法国民法典》第571条、第572条和第576条,当原物所有人取得加工物时,其应偿还手工业者手工费用;当加工人取得加工物时,其应偿还原物的价金。两者均按照偿还之日的情形计算,并且在加工人取得加工物时,原物所有人享有选择权,除返还价金外,可以请求实物返还。参见《法国民法典》,罗结珍译,北京大学出版社2010年版,第190-191页。

② 参见韩富鹏:《私益牺牲补偿请求权的构成要件与法律效果》,载《法学》2023年第3期。

③ 参加王洪亮:《〈民法典〉中得利返还请求权基础的体系与适用》,载《法学家》2021年第3期。

④ 参见林广会、邹建永:《添附的债权效果及其体系效应——兼评我国〈民法典〉第三百二十二条》,载《学术论坛》2020年第4期。



易价格确定或者申请鉴定所采用的标准是一致的。当然可能有观点认为我国司法实践中存在采用获益“主观说”的案例,如游某诉叶某等离婚后财产纠纷案,从裁判原文来看,此处却未必真正采用“主观说”,游某(上诉人、原告)之所以最终没有获得补偿,并不是因为房屋所有人姚某2(上诉人、被告)未获益,实际上是与其应承担的房屋使用费用进行了折抵。^①

2. 积极效果:请求价额补偿。据前文,补偿请求权的主体应为未因取得添附物而受有损害的一方。由于补偿请求权的性质为不当得利返还请求权,因而在行使时也应适用不当得利的有关规定,这意味着在获益不存在的情况下需要适用《民法典》第986条,区分善意添附与恶意添附。但有一个例外,根据《民法典》第985条的规定,不当得利返还以返还原物为原则,在添附制度中,出于维护和鼓励创造社会经济价值的立法目的,此时原则上只能请求价额补偿,那么价额应如何计算?理论上认为,此时应当考虑当事人的获益与损害,若获益与损害一致,补偿价额较好确定。在获益与损害不一致的情况下,当损害大于获益时,应以获益来计算具体的价额;当获益大于损害,则以损害来确定价额。^② 理论上的价额确定方式在实践中具有一定的指导意义。一般情况下,在一方当事人取得添附物时,未取得添附物一方的损害除了其原有物价值外,还包括原有物消灭可能带来的间接损害,而此时客观层面的获益原则上只包括对方的原有物价值,因而此时补偿的价额应以获益即原有物的价额为准。需要注意的是,在加工制度中,当加工人取得加工物时上述价额补偿数额并无差异;原物所有人取得加工物时,加工人的损害包括财产损害与非财产损害,其通过加工物相较于原物的增值部分来表现,对于原物所有人而言,其客观上的获益同样为加工物相较于原物的增值,故此时获益和损害是一致的。

三、债权救济规则之损害赔偿请求权

根据《民法典》第322条规定,因一方过错造成另一方损害的,无过错方享有损害赔偿请求权。理论上,此时的无过错方既可以是添附人,也可以是被添附人。有关损害赔偿请求权的性质,其最为常见的理论基础是侵权损害赔偿请求权,实际上其同样包括违约损害赔偿请求权,比如,以他人寄托的宣纸绘画,致不能返还。^③ 当然,损害赔偿请求权的理论基础并不限于此,本文主要探讨上述两种。

① 参见游某诉叶某等离婚后财产纠纷案,广东省广州市中级人民法院(2022)粤01民终11854号民事判决书。

② 参见唐波涛:《添附求偿权释论》,载《民商法论丛》2021年第1期。

③ 参见王泽鉴:《民法物权》,北京大学出版社2009年版,第209页。

（一）侵权损害赔偿请求权

理解和适用添附制度，应从整个民法制度体系出发。^①实际上，侵权损害赔偿请求权在添附制度中的适用最早可追溯至罗马法时期。^②但事实上，无论添附中是否明确规定侵权损害赔偿请求权，其作为侵权责任独立的责任承担方式，在符合构成要件时，理应得以适用。

与补偿请求权相比，添附中的侵权损害赔偿请求权有两个特别之处：其一，过错的存在。添附中侵权损害赔偿请求权的主体并不具有固定性，因为过错的主体既可能是添附中的添附行为人，也可能是被添附人。但也有例外，因加工中能够实施加工行为的主体只有加工人，故加工形式下对添附负有过错的主体只能是加工人，即此时只有原物所有人享有侵权损害赔偿请求权。其二，侵权损害赔偿的范围更大。相较于补偿请求权可请求的价额，侵权损害赔偿请求权的损害包括物质损害以及可能的精神损害。例如，根据《民法典》第1183条的规定，若加工人对他人具有人身意义的特定物实施加工行为，致使原物消灭，给原物所有人造成严重精神损害的，其有权请求精神损害赔偿。

（二）违约损害赔偿请求权

依据《民法典》第577条，在添附中当事人存在过错构成违约时，违约损害赔偿请求权并非唯一的救济手段，不能继续履行或者继续履行后仍有损害是违约损害赔偿请求权的适用前提。但实际上，继续履行和采取补救措施并不需要以违反义务作为构成要件，其本质属于原给付义务的范畴，实为合同履行请求权的法律效果。^③违约损害赔偿请求权才是违约行为真正的法律效果，因而《民法典》第322条直接规定赔偿损失也有合理之处。

1. 违约中的过错。如何理解违约损害赔偿请求权中存在的过错？原《合同法》出台后，我国民法学界普遍认为违约责任在性质上为严格责任，例外为过错责任。但理论上对于违约责任的性质争议不断，有反对观点认为违约中的过错应推定存在，^④而非无过错，或者主张违约责任是过错责任，过错是必需的构成要件。^⑤本文认为，一方当事人的违约行为本身即是过错，同样，此时过错的主体既可以是添附行为人也可以是被添附人。

2. 请求权产生范围。一方当事人构成违约意味着添附人与被添附人间应存在合法

① 参见林广会、邹建永：《添附的债权效果及其体系效应——兼评我国〈民法典〉第三百二十二条》，载《学术论坛》2020年第4期。

② 参见周相：《罗马法原论》（上册），商务印书馆2014年版，第391页。

③ 参见王洪亮：《强制履行请求权的性质及其行使》，载《法学》2012年第1期。

④ 参见崔建远：《合同法》，北京大学出版社2012年版，第318页。

⑤ 参见张民安：《〈民法典〉合同编单一过错违约责任规定及其建构的结果债和手段债区分理论》，载《学术论坛》2021年第6期。



成立且生效的合同，此时的添附既可能是基于当事人约定而为，也可能非基于当事人约定而为。后种情况下，因添附人的添附行为本身就构成违约，本文不作赘述。对于依当事人约定而为的添附，学者大都认为因合同中包含双方当事人合意，故没有适用添附制度的必要。^①以加工承揽合同为例，有学者明确指出，承揽合同约定优先于《德国民法典》第950条法定所有权分配规则的适用。^②有日本学者也持同样的观点，认为加工人受委托对来料进行加工不适用物权添附的有关规定。《民法典》出台前，我国民法学界普遍认为，只要当事人有约定就应依照约定，在没有约定或约定无效时，加工物由定做人取得，不适用加工制度。^③因此，添附中的违约损害赔偿请求权只在添附非基于当事人约定而为的合同中才会产生，但是，依约定而为的添附真的不存在适用添附制度的可能吗？

其一，从立法规定来看，《民法典》第322条对添附并没有给出准确定义，只是笼统规定了添附的三个形式，这也意味着我国添附制度的适用范围存在另外解释的可能。

其二，从理论上来看，依约定而为的添附，无论添附是否属于合同的主要内容，合同中都应对添附物的归属予以明示或默示，这与典型大陆法系国家和地区排斥约定所有权归属的添附制度规定存在对立，但《民法典》第322条本身便允许意思自治的存在。当然如何正确解释此时的物权变动成为一大难题，此时的物权变动究竟是依法律行为而为的物权变动还是非依法律行为而为的物权变动。从法律体系上来看，添附制度被规定在《民法典》“所有权的特别取得”一章，是物权主体原始取得所有权的方式，添附引起的物权变动包括原物所有权的消灭和添附物所有权的设立，这两者实际上应为一体两面的关系。“新所有权的设立”是指物权主体对客体排他性支配关系的建立，实际上包括两个阶段：添附物所有权的产生；添附物所有权主体的确定。添附制度中的所有权配置规则只是确定“所有权主体”的工具，工具如何行使并不重要，即便是当事人约定的方式，其目的也只是最终确定“所有权主体”，故而本文认为此时的物权变动仍然是基于添附而发生的。

其三，从司法实践来看，依当事人约定而为的添附，亦并非全然不适用《民法典》第322条的规定。依当事人约定而为的添附包括两种类型，一种是直接作为合同主要内容的添附，例如最为常见的加工承揽合同、装饰装修合同。在萧县龙浦化工有限公司诉淮南市丰达油脂有限公司加工合同纠纷案中，法院在最终确定丙三

① 参见单平基：《添附入典的立法表达——〈民法典物权编（草案）〉第117条检讨》，载《现代法学》2019年第6期。

② 参见[德]鲍尔·施蒂尔纳：《德国物权法》（下册），申卫星、王洪亮译，法律出版社2006年版，第460—462页。

③ 参见房绍坤：《论加工的物权法规制》，载《清华法学》2017年第2期。

纯加工生产线、脱色灌按照约定归萧县龙浦公司所有时，适用了《民法典》第322条作为裁判依据。^①而且这也绝非个例，在胡小华诉陈晓华民间借贷纠纷执行异议案中，江西省崇仁县人民法院同样适用了第322条进行说理。^②另一种则是非合同主要内容的添附，此时被添附人对于添附往往是知情且同意的，例如租赁合同中经出租人同意承租人对租赁物而为的添附。这种合同内容中往往不会对添附物的归属进行约定，例如刘财诉国网河南省电力公司驻马店供电公司房屋租赁合同纠纷案、赵俊强诉鲁小建租赁合同纠纷案，法院此时依然适用了《民法典》第322条进行说理。^③但实际上，即便在合同约定归属的情况下，仍然有适用《民法典》第322条裁判的案例，例如新余高新技术产业开发区管理委员会诉江西德进智能科技有限公司等房屋租赁合同纠纷案、沅陵县京湘房地产开发有限责任公司诉朱佳佳等房屋租赁合同纠纷案。^④因此，添附人和被添附人之间合法有效的合同类型不应当有所限制，无论其是否属于依约定而为的添附，《民法典》第322条均有适用的空间，而不应当提前对其适用范围予以限缩。

相较于补偿请求权，违约损害赔偿请求权的特别之处有三点：其一是前文提到的过错；其二则是损害赔偿范围，违约损害赔偿中最常使用的分类是积极损失与可得利益的损失，其中积极损失应当予以全部赔偿，而可得利益损失一般按照可预见原则进行严格限制，^⑤这一点在《民法典》第584条中能够得到印证；其三是在非基于当事人约定而为的添附情形下，添附人的添附行为在构成违约时也构成侵权。

综上，《民法典》第322条中的损害赔偿请求权的理论基础包括侵权和违约损害赔偿请求权。

四、添附债权救济规则的行使

《民法典》第322条在两种债权救济规则间采用“或者”连接，然而根据上文分

① 参见萧县龙浦化工有限公司诉淮南市丰达油脂有限公司加工合同纠纷案，安徽省萧县人民法院（2021）皖1322民初6640号民事判决书。

② 参见胡小华诉陈晓华民间借贷纠纷执行异议案，江西省崇仁县人民法院（2021）赣1024执异3号民事执行裁定书。

③ 参见刘财诉国网河南省电力公司驻马店供电公司房屋租赁合同纠纷案，河南省驻马店市驿城区人民法院（2021）豫1702民初12636号民事判决书；赵俊强诉鲁小建租赁合同纠纷案，河南省洛阳市中级人民法院（2021）豫03民终1796号民事裁定书。

④ 参见新余高新技术产业开发区管理委员会诉江西德进智能科技有限公司等房屋租赁合同纠纷案，江西省新余市渝水区人民法院（2021）赣0502民初95号民事判决书；沅陵县京湘房地产开发有限责任公司诉朱佳佳等房屋租赁合同纠纷案，湖南省沅陵县人民法院（2022）湘1222民初489号民事判决书。

⑤ 参见王利明：《违约责任论》，中国政法大学出版社2003年版，第486页。



析可知,理论上补偿请求权与损害赔偿请求权间并不是非此即彼的关系。比方说,补偿请求权的存在前提为 A+C, A 指的是添附物归一方所有,而 C 指的是另一方受到损害;损害赔偿请求权的存在前提为 B+C, B 指的是过错。因而,对于损害赔偿请求权与补偿请求权的关系以及行使规则应具体分析。补偿请求权的主体和损害赔偿请求权的主体并不具有一致性和确定性。在添附当事人并不存在过错时,只有补偿请求权存在,其行使主体取决于添附物的归属。在添附物由添附人取得时,补偿请求权由被添附人行使;反之,则由添附人行使。因此,只有在添附当事人存在过错时,才会有上述两种请求权之间的关系与行使规则问题。

(一) 两种请求权之间的关系样态

1. 两种请求权分别归属双方当事人。未取得添附物的一方当事人享有补偿请求权,但因其存在过错,取得添附物的一方当事人享有损害赔偿请求权。具体包括以下两种情形:在被添附人取得添附物时,添附人享有补偿请求权,若添附人存在上述侵权或违约中的过错,被添附人享有侵权或违约损害赔偿请求权;在添附人取得添附物时,被添附人享有补偿请求权,若被添附人存在上述侵权或违约中的过错,添附人享有侵权或违约损害赔偿请求权。需要注意的是,在当事人之间存在合同关系,而添附是非基于当事人约定而为的情形下,此时添附人的添附行为在构成违约的同时也构成侵权,被添附人同时享有违约和侵权损害赔偿请求权。

2. 两种请求权同时归属一方当事人。未取得添附物的一方当事人享有补偿请求权,但因取得添附物的一方当事人存在过错,其同时享有损害赔偿请求权。此种情况下的问题在于存在过错的情况下是否还可以取得添附物。实际上,《民法典》第 322 条并没有限制过错方取得添附物,其只是强调对无过错方的保护,致使在两者均有过错的情况下较难抉择。从比较法来看,除《瑞士民法典》外,大部分大陆法系国家或者地区未对取得添附物的一方当事人设置善意或者无过错的要求。从立法目的来看,添附制度的目的是最大程度上发挥物的效用,维护以及创造物的经济价值,至于取得添附物一方是否存在过错,并不过问。对于无过错的一方当事人而言,添附制度所配置的债权救济路径已经足够实现利益平衡。请求权同时归属一方当事人包括两种情形:在被添附人取得添附物时,添附人享有补偿请求权,若被添附人存在上述侵权或违约中的过错,添附人同时享有补偿请求权和侵权(或违约)损害赔偿请求权。在添附人取得添附物时,被添附人享有补偿请求权,若添附人存在上述侵权或违约中的过错,被添附人还享有侵权或违约损害赔偿请求权。同样,在当事人存在合同关系,而添附非基于当事人约定而为的情形下,此时添附人的添附行为在构成违约时也构成侵权,则被添附人因此同时享有补偿请求权、违约和侵权损害赔偿请求权。

（二）请求权并存时的行使规则

根据前文，在只有补偿请求权时，权利人只能行使补偿请求权进行救济；在补偿请求权与侵权或违约损害赔偿请求权并存时，才有对行使规则探讨的必要。

1. 禁止恢复原状为原则。请求权并存意味着补偿请求权与损害赔偿请求权同时存在。有学者认为，在同时满足损害赔偿请求权的构成要件时，负有赔偿责任的义务人应恢复原状，当然不能恢复原状或恢复原状明显有重大困难的除外。^① 本文观点与之相左。如前文所述，禁止恢复原状是添附制度立法目的的体现，虽法律没有明确作出规定，但其内含于整个法律制度当中。损害赔偿请求权作为添附的债权救济规则之一，其目的是维护添附的物权效果，实现其维护和鼓励创造经济价值的立法目的。因此，即便损害赔偿请求权在司法实践中得以适用，此时法官的裁决也应考虑添附的立法目的而以“禁止恢复原状”为原则。

2. 一并适用。当添附人和被添附人分别享有这两种请求权时，其应一并适用。依据前文，补偿请求权的内容应是原物价值；侵权损害赔偿请求权的内容应是原物消灭后带来的间接损害以及可能存在的精神损害，不应包括原物价值，原物价值通过取得添附物已经得到救济。取得添附物方享有的违约损害赔偿请求权的内容，应是合同履行后可获得的利益，同理不应包括原物价值（见表1）。此时，两种请求权在同等数额内可以抵销，不足部分有权继续向对方主张。

表1 请求权分别归属双方当事人

权利主体	请求权类型	赔偿 / 补偿范围
未取得添附物方（有过错）	补偿请求权	原物价值
取得添附物方（无过错）	侵权损害赔偿请求权	间接损害、可能的精神损害
取得添附物方（无过错）	违约损害赔偿请求权	合同履行后可获得的利益

3. 择一适用。当两种请求权同时归属一方当事人时，按照我国学者普遍支持的观点，此时出现请求权竞合又称责任竞合。^② 我国民法学界对请求权竞合的理解基本上遵循了德国民法的传统，即一个事实符合多个构成要件产生多个请求权。请求权竞合是德国民法学界的通说，在此基础上产生了“请求权自由竞合”和“请求权相互影响”理论。从司法实践对请求权竞合的适用来看，我国立法并没有规定普遍适用的请求权

① 参见王泽鉴：《民法物权》，北京大学出版社2009年版，第209页。

② 请求权竞合与责任竞合是一体两面，请求权竞合是从受害者角度出发，而责任竞合是站在行为人角度。



竞合规则，也没有采用请求权自由竞合理论。实践中，若同时满足上述侵权或违约责任的构成要件，具体请求权之间能否竞合应具体分析。

原物所有人享有的请求权可能出现竞合的情况具体分为以下三种：第一种是补偿请求权与侵权损害赔偿请求权竞合。补偿请求权在性质上为非给付型不当得利请求权，按照我国早期观点，两者之间是禁止竞合的，但目前学界对非给付型不当得利请求权与侵权损害赔偿请求权间的竞合持肯定态度。第二种是补偿请求权与违约损害赔偿请求权竞合。学界对此持肯定态度。第三种是侵权与违约损害赔偿请求权竞合。我国司法实践一般承认该两者之间的竞合。侵权和违约损害赔偿请求权的关系是债法的核心问题，通说采用请求权竞合理论，《民法典》第 186 条肯定了此时侵权与违约之间的竞合。但也有学者对侵权和违约损害赔偿请求权的竞合有过质疑，认为请求权竞合是建立在责任差异的基础上的，责任差异越大，请求权竞合的实益就越大，反之，实益越小。但是，伴随着理论研究上的深入和不断反思，有学者发现在请求权竞合的典型情境当中，归责原则及归责证明并没有根本差异，并且在损害赔偿范围方面，同一种利益、同一种损害，并不会因为理论名称上的差异而有所区别。^① 再加上违约责任当中精神损害赔偿的出现，使得两种请求权之间的差异近乎没有，请求权竞合的实益也就不存在，复数的请求权往往有名无实。这种质疑对整个请求权竞合理论而言是一种反思，但在添附中，由于不同请求权间的补偿或赔偿范围之间存在差异（见表 2），这种否定请求权竞合实益的质疑是不存在的。

表 2 请求权同时归属一方当事人

权利主体	请求权类型	补偿 / 赔偿范围
未取得添附物方（无过错）	补偿请求权	原物价值
未取得添附物方（无过错）	侵权损害赔偿请求权	原物价值、原物消灭的间接损害、可能的精神损害
未取得添附物方（无过错）	违约损害赔偿请求权	原物价值、合同履行后可获得的利益

那么请求权竞合时的具体行使规则如何？《民法典》第 186 条规定了侵权和违约责任竞合时当事人的选择适用，这种规定能否作为请求权竞合时普遍适用的规则仍有待探讨，但当事人选择适用是最常见的行使规则，其尊重了当事人的意思自治。补偿请求权被定性为不当得利请求权后，基于不当得利请求权最初设立的目的，其

① 参见叶名怡：《违约与侵权竞合实益之反思》，载《法学家》2015 年第 3 期。

多被视为补充性救济规则，因而大多学者主张请求权竞合时损害赔偿请求权优先适用。但是，我国《民法典》第987条规定的是返还得利并赔偿损失。从这一规定不难发现，不当得利请求权也并非全然处于兜底的第二顺位，因而本文不赞同损害赔偿请求权绝对的优先适用。除此之外，德国民法有观点认为，在民事案件中，应首先考虑请求权聚合而非请求权竞合，以充分保护当事人的权益。^①这种观点站在充分保护受损害一方权益的立场上，主张请求权的一并适用，具有一定的可采性，但不能避免重复救济的可能。补偿请求权和侵权或违约损害赔偿请求权的目的是是一致的，但赔偿范围存在差异，为了维护私法自治原则，允许当事人择一适用最为稳妥。由于此时补偿请求权在司法实践中适用的情况并不多见，长此以往难免使其受到忽视，因而在尊重当事人意思自治的同时，为表明因“确定物的归属”产生的补偿请求权的存在，法官应积极行使释明权。

结 论

《民法典》第322条的规定使添附这一极具特色的制度走进公众视野。我国添附制度的债权救济规则包括以“补偿”为目的的补偿请求权——其性质为不当得利请求权和以“赔偿”为目的的侵权或违约损害赔偿请求权。需注意的是，损害赔偿请求权在行使时应关注添附制度的立法目的，原则上应禁止恢复原状。两种类型的请求权之间并非选择关系，当添附当事人没有过错时，损害赔偿请求权并没有适用空间，此时发生补偿请求权单独适用的法律效果；在添附当事人存在过错时，上述两种请求权并存。在两种请求权分别归属双方当事人时，应一并适用；在请求权同时归属一方当事人时，构成请求权之间的竞合，此时应在法官充分行使释明权的前提下，由当事人择一适用，而非由法官直接予以确认。

（责任编辑：刘文文、刘 昭）

^① 参见白彦：《不当得利返还请求权和其他请求权的聚合》，载《北京联合大学学报（人文社会科学版）》2016年第1期。



涉多家医疗机构的医疗损害责任的承担

陈龙业 牛晓煜*

内容摘要：患者在多家医疗机构就诊受到损害的侵权责任承担，属于多数人侵权的范畴，存在分别侵权行为、叠加侵权行为、共同侵权行为等法律规则的适用。具体而言，多家医疗机构共同诊治因过错对患者造成损害的，应当承担连带责任；患者转院后发生损害的，则需由前后多家医疗机构根据其诊疗过错且与损害后果有因果关系而承担相应的连带责任或按份责任。至于医疗损害鉴定程序，应避免“以鉴代审”来确定相应侵权责任形态。就当事人的确定问题，一方面，应尊重当事人的处分权，根据原告申请，依法追加案件当事人，对于被告申请追加则应从严把握；另一方面，根据查明案件事实和纠纷一次性解决的需要，依法追加相应医疗机构作为共同被告或者第三人参加诉讼。

关键词：多数人侵权；医疗损害责任；连带责任；共同被告；第三人

实践中，患者时常因治疗疾病的选择或者医疗机构的转诊等情形，在多个医疗机构就诊后遭受损害。由此涉及多家医疗机构的责任如何确定以及在诉讼程序中如何确定当事人的问题。在法律上明确规定在多个医疗机构共同侵权时各侵权主体应当承担的责任，不仅使医疗机构在医疗活动中更好地尽到注意义务，而且为患者受到损害时提供明确的救济方式。^①《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《医疗损害解释》）第 2 条、第 19 条等在总结审判实践经验的基础上，依据《民事诉讼法》等法律，对这一问题作了规定。笔者根据《医疗损害解释》的有关规定，结合《民法典》侵权责任编关于多数人侵权问题的规定，就多家医疗机构过错诊疗行为导致损害时有关赔偿责任承担的法律适用规

* 陈龙业，最高人民法院研究室民事处处长，法学博士；牛晓煜，北京市第二中级人民法院民三庭法官助理。

① 参见艾尔肯：《论我国医疗损害责任制度的修改与完善——以〈民法典·侵权责任编草案〉（三审稿）的规定为视角》，载《河北法学》2020 年第 1 期。

则进行解读。

一、多数人侵权责任的一般规则

关于二人以上实施侵权行为的责任承担问题,《民法典》第1168条规定了共同侵权的连带责任,第1171条规定每个行为人的行为均足以造成全部损害的为连带责任,第1172条规定能够确定责任大小的为按份责任。由于社会生活的复杂性,上述规定情形在医疗损害责任纠纷中都可能发生。为便于体系化理解涉多家医疗机构时的医疗损害责任承担问题,有必要首先对此做一阐述。

(一) 共同侵权行为

《民法典》第1168条规定:“二人以上共同实施侵权行为,造成他人损害的,应当承担连带责任。”学界一般认为,共同侵权行为即是两个以上的行为人基于主观的关联共同或者客观的关联共同,实施侵害行为,造成他人民事权益的损害,依法应当承担连带责任的侵权行为。共同侵权行为既包括主观的共同侵权行为也包括客观的共同侵权行为。^①主观的共同侵权行为,是指二个以上的行为人具有主观的共同故意,共同实施侵害他人民事权益造成损害的行为。主观的共同侵权行为的典型特征是主观特征,即行为人之间具有意思联络。意思联络就是共同故意。数个行为人或者进行通谋,或者对他人故意实施侵害他人民事权益的行为明知并参加。所谓客观的共同侵权行为,是指二个或者二个以上的行为人在主观上不具有共同故意,但基于行为的关联共同性,共同实施侵害他人民事权益,造成同一个损害结果的行为。客观的共同侵权行为与主观的共同侵权行为的基本区别在于,数个行为人在主观上没有共同故意,只是由于数人的行为结合在一起,造成了一个共同的损害结果,才把它确认为共同侵权行为。“民法上之共同侵权行为与刑法上之共犯不同,苟各自之行为,客观上有关联共同,即为足矣。”^②

(二) 叠加的共同侵权行为

根据《民法典》第1171条之规定,二人以上分别实施侵权行为,如果每个行为人的侵权行为都足以造成全部损害,行为人承担连带责任。有观点将本条称为并发的侵权行为,即无意思联络数人侵权在聚合(等价)因果关系情况下如何承担责任

① 参见杨立新:《侵权法论》(下),人民法院出版社2013年版,第907页。

② 史尚宽:《债法总论》,中国政法大学出版社2000年版,第166页。



的规定。^①学理上将此界定为叠加的共同侵权行为,是客观的共同侵权行为的一种类型。此种侵权行为的行为人并没有主观上的意思联络,也没有共同过失,而是分别实施侵权行为,造成了同一个损害后果,但每一个行为人的行为都足以造成全部损害。比如,前一个肇事司机将行人撞成致命伤后逃逸,后一个肇事司机将被侵权人轧死,两个行为人的行为都足以造成被侵权人死亡的后果。在叠加的共同侵权行为中,每一个行为人对于损害的发生都具有全部的即 100% 的原因力,每个人都应当承担全部赔偿责任。此类侵权行为的认定涉及一个关键概念,即“同一损害”。立法机关对此解读为,“同一损害”指数个侵权行为所造成的损害的性质是相同的,都是身体伤害或者财产损失,并且损害内容具有关联性。^②从文义上讲,同一损害似比同一性质损害的范围要求更为严格,这里强调的应当是损害的同一性,意即同一个损害,而非不同的损害。比如,甲的侵权行为造成了丙左腿受伤,乙的侵权行为也造成了丙左腿受伤,这是同一损害;如果乙的侵权行为造成的是丙右腿受伤,则甲、乙两人的侵权行为造成的就不是同一损害,而是不同损害。当然,这里的“同一损害”强调的是损害的同一性,而非损害的唯一性,有时其造成的损害范围不仅限于人身损害还可能会有财产损害。所谓足以造成全部损害,是指每个加害行为都足以造成全部损害后果,即它们各自都构成损害后果发生的充分原因。所谓充分原因,是指按照社会一般经验或者科学理论认为可以单独造成全部损害后果的发生。对充分原因的证明责任,由受害人负担。聚合因果关系中对充分原因的确定,具有一定假设性,这是该项因果关系与替代因果关系相接近的地方。^③

(三) 分别侵权行为

分别侵权行为,有学者称为无意思联络的数人侵权,^④是指数个行为人事先既没有共同故意,也没有共同过失,只是由于其各自的行为与损害后果之间客观上的联系,造成了同一个损害后果的侵权行为类型。^⑤与共同侵权行为相比较,分别侵权行为最显著的特点是各行为人在主观上没有共同过错,在他们之间,不存在主观上的意思联络,也不可能事先预见自己的行为会与他人的行为发生结合时造成受害人的同一

① 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院关于道路交通损害赔偿司法解释理解与适用》,人民法院出版社 2012 年版,第 172 页。

② 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典侵权责任编释义》,法律出版社 2020 年版,第 26 页。

③ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组编著:《中国民法典适用大全:侵权责任卷(一)》,人民法院出版社 2023 年版,第 123 页。

④ 参见王利明:《侵权法归责原则研究》,中国政法大学出版社 1992 年版,第 293 页。

⑤ 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侵权责任编理解与适用》,人民法院出版社 2020 年版,第 83 页。

损害。他们之间既没有共同故意,也没有共同过失。基于这一点,将这种行为称为无意思联络的数人侵权。在此种情形下,数人的行为不构成引起损害发生的统一原因,各个行为对损害后果的发生分别产生作用。^①

此外,《民法典》第1170条还规定了共同危险行为的连带责任,“二人以上实施危及他人人身、财产安全的行为,其中一人或者数人的行为造成他人损害,能够确定具体侵权人的,由侵权人承担责任;不能确定具体侵权人的,行为人承担连带责任”。在审判实践中,患者在数个医疗机构就诊受到损害,通常很难认定构成共同危险行为。

二、具体场景下患者在多个医疗机构就诊受到损害的侵权责任承担

患者在多个医疗机构就诊受到损害的,依据《医疗损害解释》第19条的规定,两个以上医疗机构的诊疗行为造成患者同一损害,患者请求医疗机构承担赔偿责任的,应当区分不同情况,依据《民法典》第1168条、第1171条和第1172条的规定,确定各医疗机构承担的赔偿责任。对此,需要注意以下问题:

(一) 实践中的具体场景

实践中,患者在多个医疗机构就诊受到损害的场景主要有以下两种情形:

其一,两个以上的医疗机构共同开展某种疾病诊治活动的,可能由一家医院收治病人,多家医院联合开展治疗,个别情况下可能存在两个以上的医疗机构联合收治患者的情形。两个以上的医疗机构共同诊治行为对患者造成损害的,依据《民法典》第1168条的规定构成共同侵权,应当承担连带责任。医疗机构共同诊治在具体情形中表现为医务人员的共同诊疗,其中体现的医疗机构对医务人员的替代责任,与上述的连带责任并不冲突。同时,要排除医师院外会诊的情形。对此,《医疗损害解释》第20条规定:“医疗机构邀请本单位以外的医务人员对患者进行诊疗,因受邀医务人员的过错造成患者损害的,由邀请医疗机构承担赔偿责任。”

其二,患者转院后发生损害的,医疗机构如何承担责任的问题较为复杂。以患者转一次院为例,这时损害后果是由前一个医院所致还是后一个医院所致,抑或是两个医院在损害后果的发生上均有作用,往往难以查清。如果经鉴定只有一家医院有诊疗过错且与损害后果有因果关系,自然应由该家医院承担侵权责任。在两家医院均有诊疗过错且与损害后果有因果关系的情况下,则存在两家医院是否承担连带责任的问题。对此,在转院的情况下,通常不存在共同侵权的问题,但可能存在符

^① 参见张新宝:《侵权责任法原理》,中国人民大学出版社2005年版,第82页。



合《民法典》第 1171 条规定的“二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害”的情形，这时两个医疗机构应当承担连带责任。反之，应当按照《民法典》第 1172 条的规定承担按份责任。

（二）相应的法律适用规则

针对上述情形，实务中涉及有关侵权责任的具体法律适用如下：

1. 《民法典》第 1168 条规定的适用

关于共同侵权的构成要件，适用前述的有关内容。实践中，两个以上医疗机构承担连带责任的案件时有发生。例如，在宋某卿、刘某侠等诉河南省某总医院、某某大学附属医院医疗损害责任纠纷案中，审理法院认为，宋某旗以头颈胸背部出血疼痛为主诉在两家医院住院治疗，此后宋某旗死亡，司法鉴定意见认为两家医院在对宋某旗的诊疗过程中均存在一定的过错，他们的过错与宋某旗的损害后果之间存在一定的因果关系，建议共同承担轻微责任，故法院依法对于因此给原告等五人造成的损害，判决两家医院共同承担 15% 的赔偿责任。^①再如，在刘某宁诉北京市某医院等医疗事故损害赔偿纠纷案中，法院生效裁判认为，两家医疗机构分别实施的过错诊疗行为共同造成患者损害的，两家医疗机构承担连带责任还是按份责任需要根据案件具体情况来判定。本案中，患者因患肿瘤到两家医疗机构治疗，两家医疗机构仅在患者入院时粗测视力、视野，住院期间未再做视功能检查，违反了诊疗常规，因此两家医疗机构的过错诊疗行为是造成患者损害的主要原因。患者的损害是由两家医疗机构共同的医疗过失造成的，此二者应对患者的损害负连带赔偿责任。至于另外一家医疗机构对于患者损害造成也存在过错和一定原因力，但能够区分责任大小，法院根据比较过错原因力规则，在排除患者原有疾病的因素之外，酌情判决该医疗机构承担部分责任。^②当然，上述两家医疗机构连带责任的承担，也是在按照原因力规则扣除其他医疗机构和患者自身原因后所承担的连带责任。

值得注意的是，目前无论理论界还是实务界对于数个侵权主体承担分别侵权和共同侵权责任的区分，越来越难以泾渭分明。例如，《德国民法典》当初规定共同侵权制度时，要求只有主观上具有共同故意才能构成共同侵权，除此之外，其他类型的数人侵权都属于分别侵权。但是，随着共同侵权制度的适用范围不断拓宽，一些国家和地区对共同侵权逐渐采用客观说，将部分原属于分别侵权范畴的无意思联络

① 参见宋某卿、刘某侠等诉河南省某总医院、某某大学附属医院医疗损害责任纠纷案，河南省郑州市中级人民法院（2016）豫 01 民终 8716 号民事判决书。

② 参见刘某宁诉北京市某医院等医疗事故损害赔偿纠纷案，河南省郑州市中级人民法院（2010）郑民二终字第 39 号民事判决书。

数人侵权纳入共同侵权范畴,“共同”与“分别”的区别越来越模糊。^①而这在医疗损害责任纠纷中表现得尤为明显。在医疗损害责任纠纷中,由于诊疗行为作用于人体机理的复杂性,医学本身的探索性,甚至仍然存在不少未知性等原因,数个诊疗行为与患者损害后果之间究竟是什么关系,彼此之间的结合程度或者原因力多大往往难以确定,即便通过鉴定也难以作出专业判断。笔者认为,对于这种情形,如果符合无意思联络的客观共同侵权的要求的,即两个过错诊疗行为共同作用于患者并最终导致损害后果的发生,则可以判决两个医疗机构承担连带责任,这里的共同作用应当既可以是某种物理反应,也可以是某种化学反应。但如果不符合共同侵权的构成要件,仅是原因力大小难以区分,这时仍应按照《民法典》第1172条的规定,判决该数个医疗机构之间平均承担赔偿责任,而不得判决他们之间承担连带责任。

2.《民法典》第1171条规定的适用

实务中适用《民法典》第1171条解决的纠纷相对较少,这与此种侵权行为本身就较为特殊有关。正因如此,更有必要准确把握相关的侵权责任构成。

其一,实施过错诊疗行为的医疗机构的复数性,且数个医疗机构之间既没有共同的故意,也不存在共同的过失。

其二,造成他人损害结果,且此种损害结果是同一的、不可分的。如果数个医疗机构的过错诊疗行为造成了数个独立的损害结果,则属于数个独立的侵权行为,不适用《民法典》第1171条的规定。当然,这里必须要求每个诊疗过错行为与患者所受损害之间存在因果关系,满足独立的侵权责任构成。

其三,每个诊疗过错行为都足以造成该损害后果的全部。即每个诊疗过错行为都是构成损害结果发生的充分原因。从因果关系角度考察,每个诊疗过错行为均为发生损害后果的直接原因,具有造成损害后果的全部原因力。

满足以上侵权责任构成后,该数个医疗机构依法对患者承担连带责任。至于如果行为人承担的责任份额超出了其应当承担的份额,可以向其他行为人追偿,这是连带责任人之间的责任分担问题。^②

3.《民法典》第1172条规定的适用

结合《民法典》第1172条的规定,在数个医疗机构致人损害案件中,医疗机构承担按份责任的具体构成要件为:

① 参见王胜明主编:《〈中华人民共和国侵权责任法〉条文释义与立法背景》,人民法院出版社2010年版,第59页。

② 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院关于道路交通事故损害赔偿司法解释理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第173页。



其一，数个医疗机构的过错诊疗行为满足相对独立的侵权责任构成。在主体上要求存在数个医疗机构的过错诊疗行为导致患者损害，且数个责任主体之间并没有意思联络，即不存在共同的故意或者过失，只是由于偶然的结合而导致了损害结果的发生，并且也不符合客观行为结合导致同一损害的要求。

其二，造成同一损害结果。如上所述，这里的数个诊疗过错行为实际上构成了数个侵权行为，只是相互关联下造成了患者的损害后果。因此，在此种案件情形下，如果某一医疗机构的诊疗行为与损害后果没有因果关系，则当然不能适用《民法典》第 1172 条的规定。

审判实践中，在两个以上医疗机构因过错诊疗行为导致患者损害的案件中，法院倾向于判决医疗机构间承担按份责任。例如，在蒋某辉等诉江苏省某医院等医疗损害责任纠纷案中，法院认为，根据医学会的鉴定意见，认定盐城某医院和盐城某妇保院存在医疗不规范的过错行为，与患者黄某红的死亡存在因果关系，且是患者黄某红死亡的主要原因，并酌情认定盐城某医院、盐城某妇保院对蒋某辉等四人的损失承担 70% 的赔偿责任，其中盐城某医院占 70%，盐城某妇保院占 30%，江苏省某医院不存在医疗过错行为，对患者黄某红的死亡不承担赔偿责任。^①再如，在张某某诉中国某某研究院某医院等医疗损害责任纠纷案中，二审法院认为患者因病在前一医院治疗，后转至另一医院继续治疗。根据原审法院委托有关部门所做的鉴定，前医院在对被鉴定人王某的诊疗过程中存在门诊病历书写方面的缺陷，由于该缺陷，无法明确被鉴定人治疗前状态，对于是否存在用药禁忌致该鉴定无依据判断，故前医院应对此承担相应责任。关于后医院上诉请求判赔比例不当的主张，因原审鉴定结论认定其在对王某的诊疗过程中存在告知缺陷，原审法院根据法医学参与度理论值 B 级确定由其承担 20% 的赔偿责任并无不当。^②

需要注意的是，对于《民法典》第 1172 条的适用，必须要求各个诊疗过错行为均不足以单独导致患者同一损害结果的发生。在适用后果上，当能够确定数个医疗机构的过错和原因力大小时，要根据过错和原因力大小承担相应责任；在无法确定各自过错和原因力大小的情况下，则要平均承担相应的按份责任。

对此，还要注意准确合理把握对有关鉴定意见的审查和采信问题。由于诊疗行为本身的专业性、复杂性等因素，当数个医疗机构分别实施诊疗行为造成患者同一损害

① 参见蒋某辉等诉江苏省某医院等医疗损害责任纠纷案，江苏省南京市中级人民法院（2014）宁少民终字第 11 号民事判决书。

② 参见张某某诉中国某某研究院某医院等医疗损害责任纠纷案，河南省洛阳市中级人民法院（2011）洛民终字第 702 号民事判决书。

时,能否区分它们的作用力大小或者原因力大小,或者每个诊疗过错行为是否足以单独导致损害后果的发生,往往需要依靠鉴定意见作出的专业判断。通常而言,对于鉴定意见,在当事人无相反证据足以推翻的情况下,法院应当将其作为认定案件事实和法律适用判断的依据。当然,法院应当对鉴定意见作必要审查,要立足于法律价值判断作出相应的裁判,不能“以鉴代审”。尤其是涉及连带责任承担的问题上,由于连带责任毕竟是属于对当事人责任的一种加重,必须以法律明确规定的构成要件为前提。而且,连带责任的承担属于法律适用的范畴,并非鉴定意见所针对的事实问题,法院对于不符合法律规定需承担连带责任的情形,无论鉴定意见之内容为何,均不能判决数个医疗机构承担连带责任。

三、多家医疗机构作为共同被告或者第三人的确定问题

(一) 多家医院作为共同被告或者第三人的法律依据

患者在两个以上的医疗机构就诊,发生损害后存在起诉全部医疗机构或者仅起诉部分医疗机构的情形。此时如何确定医疗机构的诉讼主体地位,尤其是在起诉部分医疗机构时,人民法院是否可以依职权追加其他医疗机构为共同被告或者第三人的问题,在审判实践中亟待统一。《医疗损害解释》第2条规定:“患者因同一伤病在多个医疗机构接受诊疗受到损害,起诉部分或者全部就诊的医疗机构的,应予受理。患者起诉部分就诊的医疗机构后,当事人依法申请追加其他就诊的医疗机构为共同被告或者第三人的,应予准许。必要时,人民法院可以依法追加相关当事人参加诉讼。”对此,应当注意以下几点:

1. 关于当事人起诉多家医疗机构的情形。由于这种情形发生在起诉阶段,法院此时尚未作实体判断,故患者请求将就诊的医疗机构列为共同被告的,本着对当事人处分权的尊重,法院应当予以准许。但是,这并不意味着只要当事人起诉多家医疗机构,法院就要受理,法院对此仍然要作必要审查,审查的依据是看其是否符合《民事诉讼法》第122条且不属于第127条规定的情形。符合这一要求,法院就应当按照立案登记的要求予以受理;对于不符合这一要求的,法院应当裁定不予受理,患者一方对此裁定不服的,可以提起上诉。

2. 在案件受理之后,如果患者或被诉医疗机构主张追加其他医疗机构,法院是否准许或者法院能否依职权追加当事人。如上所述,多家医疗机构导致损害后责任承担形态不同。一种观点认为,依据《民事诉讼法》第135条的规定,必须共同进



行诉讼的当事人没有参加诉讼的,法院应当通知其参加诉讼。患者在两个以上的医疗机构就诊,如果各医疗机构构成共同侵权,应当承担连带责任,这时未被起诉的医疗机构就是必须共同进行诉讼的当事人,法院应当追加其为共同被告。笔者认为,这一观点有一定道理,但在法理上还需再推敲。连带责任人对于权利人均要承担全部责任,权利人向其中之一主张权利即可实现其权利主张,因此连带之债或者连带责任之诉在本质上属于可分之债,故从一般的共同诉讼理论而言,连带之债并非必要共同诉讼。相反,对于按份责任,由于需要确定各个责任主体按份责任的多少,此时往往需要查明各个责任主体之间过错和原因力的大小,否则将无法确定责任,这更符合诉讼标的同一的必要共同诉讼特征,因此在这种情况下更有必要追加其他责任主体参加到诉讼中来。当然,本着对当事人处分权的尊重,在确定被诉医疗机构承担按份责任的情况下,如果当事人明确对其他医疗机构的责任份额表示放弃,这时可以不予追加其他医疗机构。

(二) 关于诉讼中追加共同被告或第三人的不同情形

由于数个医疗机构之间承担连带责任还是按份责任需要通过案件审理查明事实后才能予以认定,当事人起诉或者申请追加其他医疗机构时,通常都不能确定该医疗机构承担何种责任。在这种情况下,如何确定追加当事人的规则,需要区分不同情形。

其一,原告申请追加的情形。通常而言,法院本着对当事人处分权的尊重,一般可以准许。但是,为避免当事人滥诉给未被诉医疗机构增加不必要负担,仍应依据《民事诉讼法》及《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》)关于起诉条件和共同诉讼的规定予以审查。这时的审查标准应当为立案受理的审查标准,即对于被追加医疗机构存在明显不属于本案适格被告的情形则不予追加,避免将毫无过错可言的其他医疗机构追加进来,而增加其不必要的诉讼负担。

其二,被告申请追加的情形。对于被告的起诉属于原告的诉权,原告对于被告的确定享有选择权甚至决定权,这既是保障当事人诉权的需要,也是贯彻当事人处分权原则的基本要求。换言之,对于被告申请追加其他被告的情形,在原告同意或者至少不反对的情况下,法院经审查对于符合《民事诉讼法》规定的适格被告要求的,可以予以追加,但在原告明确表示反对追加的情况下,出于对原告处分权的尊重,原则上如果不构成必要共同诉讼,法院不得追加。

其三,法院必要时依职权追加的情形。对于这一情形,《医疗损害解释》第 2 条

限定为“依法”的要求，在实践中也应适当从严把握，避免给一些医疗机构增加不必要的诉讼负担。对于当事人申请追加其他当事人不符合法律规定的，法院当然不予准许。比如，申请追加的医疗机构根本没有进行此诊疗行为，患者一方并未对该医疗机构主张相应的诉讼请求，法院应当依法不予准许。具体而言，应适用《民事诉讼法》第55条以及《民诉法解释》第73条关于必要共同诉讼的规定。在构成必要共同诉讼的情况下，即针对患者的同一损害，分开审理便无法确定责任的情形，这时就应当追加其他医疗机构为共同被告。这一情形下，还存在一个问题，在法院依职权追加时，若原告明确表示反对，法院是否可以追加的问题。笔者认为，这不仅涉及能否继续追加被告，还涉及对原告既有诉讼请求如何处理的问题。对此，法院仍有必要向原告释明被追加医疗机构可能承担责任的问题，如果其仍然明确反对，法院本着查明案件事实、准确判定责任以及纠纷的一次性解决的需要，可以继续追加该医疗机构，只是在原告未依法变更诉讼请求向被告医疗机构主张权利的，不能径行判决被告承担相应的责任，而只能围绕原告的诉讼请求进行裁判。比如，经法院查明被告医疗机构只承担10%的责任，被追加医疗机构要承担90%的责任，而原告不变更诉讼请求向被告主张权利的，此时法院只能按照10%的责任判决被告医疗机构承担责任。经法院释明后，原告明确表示放弃对被告权利主张的，法院应当将此记录在卷，这种情况下原告对被告再次起诉，原则上应当受一事不再理原则的约束。

其四，追加第三人的情形。在医疗损害责任纠纷中，医疗机构作为侵权人在诉讼中处于被告的地位。因此，在医疗责任纠纷中，医疗机构不具备成为有独立请求权第三人的资格，其都是以无独立请求权第三人的身份出现。依据《民事诉讼法》第59条第2款的规定，其本身可以申请参加诉讼，或者由人民法院通知其参加诉讼，审判实践中以人民法院通知其参加诉讼为常见。至于将该医疗机构追加为共同被告还是第三人，应当根据当事人的申请是否符合《民事诉讼法》的规定来确定。如上所述，在法律没有禁止性规定的情形下，通常要以尊重原告的处分权为原则，但也要以不构成必要共同诉讼为前提。如在转诊的情形下，在认定被告医院的诊疗过错及原因力大小时，涉及转诊医院的诊疗行为对损害结果有无原因力的认定问题，这一案件事实的认定与该转诊医院有法律上的利害关系，追加该医疗机构作为第三人，对于查明案件事实，提高诉讼效率，具有积极意义，法院可以予以准许。同样，对于法院依职权追加或者通知未被诉医疗机构作为第三人的，在不构成必要共同诉讼，但裁判结果与该医疗机构有法律上的利害关系的情况下，或者从程序上讲，法院释



明原告可以申请追加其他医疗机构为共同被告但原告坚持不予追加时,为彻底解决纠纷,依法保障该转诊医院的程序乃至实体权益,也有必要通知其作为第三人参加诉讼。而且,为了实现纠纷的一次性解决,防止过多的第三人撤销之诉冲击生效裁判稳定性,法院对于其他与案件处理结果有利害关系的医疗机构认为有必要时应以尽量通知其作为第三人参加诉讼为原则。概言之,对于是否需要追加第三人的问题,需要遵循的基本思路是,既要做到将为审理和裁判案件所必需的当事人追加进来,也要避免将与案件事实认定及责任承担等并无真正关联的当事人追加进来而产生增加当事人的诉讼负担和浪费司法资源的后果。

(三) 其他需要注意的问题

多个医疗机构诉讼地位的确定所适用案件的前提条件是患者因同一伤病到多个医疗机构进行诊疗。如果患者不是因同一伤病到不同医疗机构诊疗导致损害,那么上述规则无法适用。然而,对于非因同一伤病到不同医疗机构就诊遭受损害的情况,法院也不能绝对地认为不得追加被告或第三人。是否可以在一案中追加被告或者第三人的关键标准仍应为《民事诉讼法》和《民诉法解释》中有关共同诉讼,特别是必要共同诉讼的规定和第三人的规定。具体到医疗损害责任纠纷,其核心问题应当是从侵权责任构成的角度来判断,最基础的要件是同一损害,其次才是数个医疗机构对患者的损害都能满足侵权责任构成要件,主要是具备一定的过错和原因力。若非同一损害,比如,甲医院因为治疗阑尾炎导致患者盲肠损害与乙医院对该患者实施手指手术导致该手指损伤,这是两个不同的损害,即是满足两个侵权责任构成要件意义的损害事实,显然不符合共同诉讼的要求。而且,在案件处理结果上两个医院相互之间没有利害关系,当然不能列为共同被告或者第三人。然而,社会生活具有复杂性,尤其是医疗损害责任纠纷本身的复杂性及专业性,有些情形,比如甲医院和乙医院虽然诊疗的伤病并非同一,但由于用药或者该不同诊疗行为都可能引起同一损害后果,这种情形下若案件没有审理或者启动鉴定程序,更无法判断损害造成的原因。这种情况下,应当充分考虑医疗损害纠纷本身的特点,从一揽子解决纠纷的角度,法院有必要以准许列为共同被告或者依职权追加为原则。

关于与上述内容相关且争议较大的一个问题,即患者通过选择经济发达地区医院作为被告,以此提高赔偿标准,导致对某些医疗机构的不公平待遇,这严重违背了诚信原则。对此,《医疗损害解释》第 24 条作了明确限定,有效解决了这一问题。根据该条规定,被侵权人同时起诉两个以上医疗机构承担赔偿责任,人民法院经审理,受诉法院所在地的医疗机构依法不承担赔偿责任,其他医疗机构承担赔偿责任的,

残疾赔偿金、死亡赔偿金的计算，按情形分别处理：其一，一个医疗机构承担责任的，按照该医疗机构所在地的赔偿标准执行；其二，两个以上医疗机构均承担责任的，可以按照其中赔偿标准较高的医疗机构所在地标准执行。

结 语

医疗损害赔偿责任纠纷案件是人民法院审判实践中的一类疑难案件，涉及多家医疗机构的案件则更为复杂。无论是当事人程序地位的确定，还是医疗机构的侵权责任范围和比例的确定，均具有典型性。人民法院在审理这类案件中，一方面，应当严格遵循法律规定，特别是应当依据《民事诉讼法》的规定确定当事人的程序地位，尊重当事人的处分权，力促纠纷的高效、实质化解，还应当准确把握《民法典》和相关司法解释规定精神，确定医疗机构的侵权责任形态及其范围。另一方面，也要充分发挥司法审判的指引、延伸作用，保障患者的合法权益，推动构建和谐医患关系，促进医疗卫生事业健康发展。就受害人而言，司法解决可以保障其合法权益，通过司法程序可以获得相应赔偿，一定程度上得到经济和精神上的补偿；对于医疗机构和医务人员，则能起到警示作用，促使其加强医疗质量管理和风险控制，提高医疗服务的质量和安全水平；对于医患关系，通过司法解决，可以提供一个公正的平台，有助于加强医患之间的沟通和理解。总之，通过司法解决医疗损害责任纠纷，有助于民众树立法治意识，加强法律约束力，维护社会公平正义。

（责任编辑：李 宁）



知识产权民事诉讼中的权利滥用问题研究

覃子轩*

内容摘要：近年来，滥用知识产权的案件时有发生，损害了社会公共利益和他人合法权益。禁止权利滥用规则是《民法典》规定的民事权利行使的限制性条款，在知识产权民事诉讼中适用禁止权利滥用的规定，是《民法典》体系化适用的重要体现。我国知识产权民事诉讼司法实践对于权利滥用的规制有四种主要形式：以滥用权利作为不侵权的抗辩理由、以滥用权利为由请求承担侵权责任、以滥用权利为由主张构成不正当竞争、因急于行使诉权等提起确认不侵权之诉。对知识产权民事诉讼中滥用权利行为的认定，应当以是否构成侵权行为、是否以损害他人合法权益为主要目的、是否符合平衡原则为重点考量因素，并参考谦抑原则。

关键词：滥用权利；知识产权；民事诉讼；体系化适用

权利行使应当遵循必要性原则，不能超出必要边界，也不能违背法律规定权利的本来目的。我国《民法典》第 132 条规定的“民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益”即为禁止权利滥用规则，亦即民事权利行使的限制性条款。知识产权是一种专有性的民事权利，具有合法垄断性、市场独占性等特点。然而，在知识产权诉讼中，滥用知识产权或滥用知识产权制度的问题屡见不鲜，扰乱正常的市场竞争秩序，损害他人合法权益甚至社会公共利益，严重影响“保护知识产权就是保护创新”的知识产权法律体系宗旨的实现。因此，在司法程序中，有必要对滥用权利行为加以规制，坚决贯彻落实习近平总书记关于“既严格保护知识产权，又确保公共利益和激励创新兼得”的重要指示精神，^①坚持禁止权利滥用的知识产权司法保护工作的导向。

* 覃子轩，最高人民法院研究室一级主任科员。

① 参见《习近平在中央政治局第二十五次集体学习时强调：全面加强知识产权保护工作，激发创新活力推动构建新发展格局》，载微信公众号“新华社”，2020 年 12 月 1 日。

一、从“恶意起诉”到“滥用权利”

2021年5月31日,最高人民法院发布《关于知识产权侵权诉讼中被告以原告滥用权利为由请求赔偿合理开支问题的批复》,原本拟采用“恶意起诉”的表述,与“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”案由表述一致,但考虑到与《民法典》等法律的表述不同,所以根据现有法律规定,采用“滥用权利”的表述。^①尽管只是表述上的不同,但从“恶意起诉”到“滥用权利”,二者适用的法律原则、法律关系、法律规制皆有不同。在知识产权诉讼中直接适用《民法典》总则编禁止权利滥用的规定,是《民法典》体系化适用的重要体现。

(一)《民法典》与知识产权法的关系

《民法典》总则编第五章列举了各项民事权利,其中第123条规定了知识产权的权利客体,由此可见,知识产权与人身权、财产权、物权、债权等一样,都属于民事权利范畴。同属于第五章的禁止权利滥用规则,当然适用于本章项下全部民事权利,包括知识产权。

《民法典》是知识产权法的“母法”。《民法典》与知识产权法具有“基本法”与“专门法”“上位法”与“下位法”“一般法”与“特别法”的逻辑关联,《民法典》的“基本规定”“一般规定”的诸多条款是高度抽象、最一般的民事行为规范和价值判断准则,当然适用于知识产权领域。^②

《民法典》总则编第7条规定了诚信原则,诚信原则在民法领域具有帝王条款之称,亦是知识产权行使的基本规范。禁止权利滥用是诚实信用原则之下的次级规范,^③是诚实信用基本原则的具体化。但《民法典》将禁止权利滥用规则编入总则编“民事权利”专章,而非与诚实信用原则一样归属“基本规定”,由此看出,禁止权利滥用规则主要针对的是民事权利行使范畴,是对民事权利行使进行限制的一般条款,是一个独立的法的概念。在方法论上,应先适用禁止权利滥用的次级规范,避免动辄直接诉诸有帝王条款之称的诚实信用原则。^④

因此,知识产权人在享有专有权利的同时,应当遵守《民法典》总则编规定的诚实信用基本原则和禁止权利滥用规定,不得超出合法的边界范围。^⑤知识产权各专门

① 参见林广海、李剑、张玲玲:《〈关于知识产权侵权诉讼中被告以原告滥用权利为由请求赔偿合理开支问题的批复〉的理解与适用》,载《人民司法·应用》2022年第16期。

② 参见吴汉东:《知识产权法》,法律出版社2021年版,第51页。

③ 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第565页。

④ 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第565页。

⑤ 参见冯晓青:《知识产权行使的正当性考量:知识产权滥用及其规制研究》,载《知识产权》2022年第10期。



法律对于诚实信用原则和禁止权利滥用也有相应具体规定,如《商标法》规定了申请注册和使用商标应当遵循诚实信用原则;^①2020年修正的《专利法》也作出了类似规定,申请专利和行使专利权应当遵循诚实信用原则,并进一步明确了不得滥用专利权损害公共利益或者他人合法权益。^②但如前文所述,单行法的规定由于制定时间、背景有所区别,在概念、规则、术语等方面各不相同,难以突破单行法类推适用。《民法典》的体系化,将知识产权纳入民事权利范畴,可以帮助补充知识产权各专门法律在规则设定上可能存在的隐藏漏洞,或避免各单行法之间的潜在冲突。例如,《专利法》规定了禁止权利滥用规则,《商标法》和《著作权法》并没有类似规定,而《民法典》的体系化特征,则为著作权和商标权权利滥用的规制提供了更为清晰的法律依据。

(二) 禁止滥用权利规则在知识产权领域中的适用

禁止权利滥用是大陆法系民法学上一个基础问题,从各国滥用权利制度演化过程及具体规范上看,由于立法者不可能对各种纷繁复杂的权利行使规则作出十分明确、具体的列举,因此需要通过一个一般性规则对权利的正当行使作出概括规定,允许法官在具体个案中对权利限制的情形作出补充或者续造。^③禁止权利滥用指向的是权利边界问题,即私权不是绝对的,权利行使不能违背权利的本来目的,不得超出权利的必要边界,不得损害社会公共利益和他人合法权益。一般意义上的滥用权利,前提是享有合法权利,或者形式上获得了授权。如果行为人根本不具有某项权利,但仍从事某个行为,故意损害他人权利,就完全谈不上滥用权利,其行为可能属于无权处分,甚至属于犯罪行为。^④

通常认为,权利行使包括诉讼行为。^⑤民事诉讼程序的启动,同样应当遵循诚实信用、禁止权利滥用的原则,如果当事人行使权利的目的并非保护自身合法权益,而是通过打击竞争对手来获得竞争优势,甚至是以损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益为目的,则构成权利滥用,在一定情形下对权利正当使用人构成侵权,应当承担相应责任。我国民法典时代之前,司法活动规制知识产权滥用权利行为更多是以恶意诉讼、虚假诉讼、滥诉为切入点。例如,2016年,《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》提出“加大对虚假诉讼、恶意诉讼等非诚信诉讼行为的打击力度”;2019年,中共中央办公厅、国务院办公

① 参见《商标法》第1条。

② 参见《专利法》第20条第1款。

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

④ 参见刘权:《权利滥用、权利边界与比例原则——从〈民法典〉第132条切入》,载《法制与社会发展》2021年第3期。

⑤ 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第566页。

厅印发的《关于强化知识产权保护的意见》提出规制恶意诉讼行为。2011年修正的《民事案件案由规定》在“知识产权权属、侵权纠纷”项下增列“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”案由，此后这成为规制知识产权恶意诉讼最典型的一种方式。

进入民法典时代后，知识产权权利滥用行为被明确纳入《民法典》规定的禁止权利滥用规则的规制范围，《民法典》的体系化特征为规制知识产权权利滥用行为提供了更有利的条件。如果仅从恶意诉讼角度进行规制，一是会陷入如何判断“主观恶意”的困境，二是“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”属于侵权责任纠纷范畴，须在侵权行为造成损害时才能适用。故《民法典》一般条款的扩张性适用可以有效避开上述限制。《民法典》的禁止权利滥用规则，从各国判例和学说发展来看，在要件上正在逐渐摒弃加害目的及加害意思的主观标准，^①从民法体系上，对于知识产权制度的良性运行，可以更好地给予司法保护。

有观点将滥用权利分为几种常见情形：恶意行使权利、欠缺正当利益的权利行使、以有害的方式行使权利、损害大于所获得的利益、违背权利目的而行使权利。^②也有学者将违反诚实信用原则的权利滥用，分为个别权利滥用和制度性的权利滥用。前者包括实体性滥用，如滥用专利权等，属于支配权的滥用；后者包括诉讼程序滥用，如虚假诉讼、恶意诉讼、滥用恶意财产保全、恶意申请先予执行，也包括知识产权制度的滥用，如恶意通知、恶意投诉、恶意发送侵权警告、恶意申请注册商标或专利等。^③本文所指的知识产权民事诉讼中的权利滥用，既有反映在诉讼中的滥用个别知识产权实体权利，也有诉讼中的程序性滥用。因为程序性滥用与实体性滥用在实践中往往是连在一起的，程序性滥用假借保护、行使、运营知识产权之名，在其中裹挟着知识产权的不当行使，违反了知识产权制度的设立宗旨。^④而一般的知识产权制度滥用，不一定进入诉讼程序，故本文不作专门讨论。

此外，虽然知识产权本质是垄断权，但滥用知识产权排除、限制竞争的行为，若损害他人合法权益或社会公共利益，则可能构成垄断。因《反垄断法》具有公法性质，与民法的私法属性分属两个不同领域，故本文也不讨论反垄断问题。

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681页。

② 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681-682页。

③ 参见王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年版，第574页。

④ 参见宁立志：《〈纲要〉中的“规制知识产权滥用行为”论要》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2023年第2期。



二、适用禁止权利滥用规则的司法实践

（一）以滥用权利作为不侵权的抗辩理由

最高人民法院发布的第 82 号指导性案例（以下简称“歌力思案”）确认了滥用权利可以作为不侵权的抗辩理由。该案确立如下裁判规则：当事人违反诚实信用原则，损害他人合法权益，扰乱市场正当竞争秩序，恶意取得、行使商标权并主张他人侵权的，人民法院应当以构成权利滥用为由，判决不予支持其诉讼请求。^①法院在该案中作出权利滥用的认定，关键在于对商标注册人申请注册案涉商标行为性质的否定性评价，体现了我国司法审判对于恶意取得商标并滥用权利之行为的鲜明态度。此后，法院在一批知识产权侵权案件中，参照歌力思案，加大对诚实信用原则的说理力度，对滥用权利型的不侵权抗辩事由予以采信。

2022 年，最高人民法院对“一品石案”作出再审民事判决，认为郑俭红及湛江市一品石电器有限公司取得及使用涉案商标权的行为系在侵犯青岛福库电子有限公司合法在先著作权的基础上进行，该行为违反了诚实信用原则，不具有正当性，其据此向福库公司提起商标侵权之诉构成权利滥用，其诉讼请求缺乏合法的权利基础，不应予以支持。^②

（二）以滥用权利为由请求承担侵权责任

分为单独提起侵权之诉和在诉讼中请求滥用权利一方承担侵权责任两种类型。

1. 另案单独提起侵权之诉

“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”即为典型案由。2011 年修正的《民事案件案由规定》在“知识产权权属、侵权纠纷”项下增列“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”案由。此后至 2022 年，通过中国裁判文书网查询到的该案由民事裁判文书有 241 篇，特别是在 2017 年至 2021 年期间，案件数量呈上升趋势，2021 年后则有所下降。从案由反映的民事法律关系及其性质上看，“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”反映的法律关系应为侵权之债，^③司法实践中也普遍认为恶意提起知识产权诉讼本质属于侵权行为，受侵权责任法规制。^④例如，在江苏中讯数码电子有限公司（以下简称“中讯公司”）诉山东比特智能科技股份有限公司（以下简称“比特公司”）

① 参见王碎永诉深圳歌力思服饰股份有限公司、杭州银泰世纪百货有限公司侵害商标权纠纷案，浙江省杭州市中级人民法院（2012）浙杭知初字第 362 号民事判决书、浙江省高级人民法院（2013）浙知终字第 222 号民事判决书、最高人民法院（2014）民提字第 24 号民事判决书。

② 参见郑俭红、湛江市一品石电器有限公司诉青岛福库电子有限公司（再审申请人）侵害商标权纠纷案，最高人民法院（2021）最高法民再 30 号民事判决书。

③ 参见景汉朝主编：《民事案件案由新释新解与适用指南》（第二版），中国法制出版社 2018 年版，第 531 页。

④ 参见刘迎霜：《恶意诉讼规制研究——以侵权责任法为中心》，载《华东师范大学学报（哲学社会科学版）》2020 年第 1 期。

恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷案中,法院认定比特公司在明知“TELEMATRIX”系抢注他人在先使用并有一定影响商标的情况下,以损害中讯公司合法权益和获取非法利益为目的,提起商标侵权诉讼,比特公司的诉讼行为应认定为恶意提起知识产权诉讼,由此造成他人损害的,应当承担损害赔偿责任。^①又如,在深圳市腾讯计算机系统有限公司(以下简称“腾讯公司”)诉谭发文案中,谭发文在另案承诺撤回案涉音响外观设计专利的申请,但并未履行承诺,后谭发文以腾讯公司侵犯其外观设计专利权为由提起侵权诉讼。诉讼过程中,谭发文的专利被宣告无效,后法院裁定驳回谭发文的起诉。腾讯公司起诉主张谭发文恶意诉讼,法院认定谭发文的行为构成恶意提起知识产权诉讼,判令其赔偿腾讯公司经济损失及维权合理开支。^②

2. 在诉讼中请求滥用权利的一方承担侵权责任

包括原告在确权等诉讼请求之外主张被告滥用权利构成侵权,以及被告以原告滥用权利作为抗辩并反诉请求原告承担侵权责任。前者如在确权之诉中,当事人以损害结果与知识产权人恶意取得、使用权利存在着因果关系为由,主张其承担损害赔偿责任,法院为节约诉讼资源、减少诉累,可以在确权案件中一并处理该诉讼请求。例如,在艾默生电器(珠海)有限公司(原告)与深圳市艾阿尔电气有限公司(被告)、王某(第三人)专利权权属纠纷案中,法院先对诉争专利的权属作出认定,认为被告获取原告技术并以自己名义申请实用新型专利,违反了诚实信用原则,获得专利授权后又向原告提起行政投诉及侵权之诉,其主观恶意明显,构成侵权。^③对于后一种情形,又如,在颜值控股有限公司(原告,反诉被告)与武汉昊超电子商务有限公司(被告1)、广西南方黑芝麻食品股份有限公司(被告2,反诉原告)侵害商标权纠纷案中,被告2在一审时主张原告起诉属于滥用知识产权,明确提出原告赔偿其合理开支的反诉请求,法院经审理后认定原告的起诉行为构成滥用权利,支持了被告2的反诉请求。^④

(三) 以滥用权利为由主张构成不正当竞争

知识产权因对权利的专有性,其本身是“合法垄断”,属于竞争法的除外领域,但知识产权的行使如果构成滥用,就会受到反不正当竞争法的规则,反不正当竞争是经营者遭受利益损害时得以请求救济的权利。^⑤司法实践中,已有对恶意申请商标行为以《反不正当竞争法》第2条进行规制的实例。其一,恶意注册商标行为。在“古

① 参见江苏中讯数码电子有限公司诉山东比特智能科技股份有限公司(再审申请人)知识产权合同纠纷案,最高人民法院(2019)最高法民申366号民事裁定书。

② 参见深圳市腾讯计算机系统有限公司诉谭发文因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷案,广东省深圳市中级人民法院(2017)粤民初632号民事判决书,广东省高级人民法院(2019)粤民终407号民事判决书。

③ 参见艾默生电气(珠海)有限公司诉深圳市艾阿尔电气有限公司等专利权权属纠纷案,最高人民法院(2020)最高法知民终296号民事判决书。

④ 参见颜值控股有限公司诉广西南方黑芝麻食品股份有限公司、武汉昊超电子商务有限公司侵害商标权纠纷案,湖北省武汉市中级人民法院(2018)鄂01民初4684号民事判决书。

⑤ 参见吴汉东:《知识产权法》,法律出版社2021年版,第71页。



北水镇”不正当竞争纠纷案中,法院认为北京小壕科技有限公司系在知晓其申请注册涉案“古北水镇”商标的行为具有不正当性的情况下取得该商标的注册,在发送侵权警告函、提起工商投诉时亦明确知晓其获准注册的涉案商标权利基础存在重大瑕疵,但其仍以攫取不正当商业利益、损害他人合法权益为主要目的行使该商标权,其行为严重违反诚实信用原则,构成滥用商标权的不正当竞争行为,其依法应承担相应民事责任。^①其二,滥用商标行政程序行为。在“碧然德”侵害商标权纠纷案中,上海康点实业有限公司(被告)持续在相关类别商品上申请注册与碧然德有限公司、碧然德净水系统(上海)有限公司(原告)注册商标相同或近似的商标标识,并对原告注册商标请求宣告无效,以及对原告申请注册中的 6 枚商标提出异议,最终经国家商标行政管理机构审查,对原告的上述商标作出准予注册或维持准予注册决定。法院认为,通过恶意抢注、滥用异议处理程序等行为损害原告在先权利,在相关类别上恶意抢注与原告注册商标相同、近似的商标,并以此为基础利用商标异议、无效宣告等程序,干扰、阻碍原告正常行使商标权利,其恶意抢注、滥用异议程序等行为具有不正当性,综合全部案件事实,认定被告侵害两原告商标权并构成不正当竞争,依法应承担相应的民事责任。^②

梳理目前已有的实务案例,恶意申请注册商标后并不正当行使权利的行为被认定构成不正当竞争,其一般具有如下特点:一是商标权人的在先权利具有较高知名度,抢注人明显属于恶意抢注;二是除恶意申请外,抢注人通常存在其他侵权或不正当竞争行为或者存在持续大量恶意抢注的行为,对真正权利人造成了实际损害;三是权利人针对恶意申请商标的行为另案提起商标授权确权程序。^③

(四)以怠于行使诉权等提起确认不侵权之诉

狭义的权利滥用中,一般指积极行使权利,但在特殊情况下,消极行使权利也会构成权利滥用。根据《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》第 5 条之规定,被警告人在符合一定条件下,可以提起确认不侵权之诉,减少因知识产权权利人滥用警告权利同时排斥采取诉讼等纠纷解决方式,使被警告人长期处于不安状态,给被警告的合法经营者增加负担。如北京花卷儿科技有限公司(原告)诉镜湖区知桥销售部(被告)确认不侵害商标权纠纷案,被告以其持有注册商标为由向苹果商城投诉,要求下架原告的 APP,原告陆续发出侵权投诉反通知,后又催告被告行使诉权,但被告既未积极行使权利,也无向苹果商城撤回侵权警告的意思表示,半年之后,原告提

① 参见北京古北水镇旅游有限公司诉北京小壕科技有限公司不正当竞争纠纷案,北京知识产权法院(2021)京 73 民终 4553 号民事判决书。

② 参见碧然德有限公司、碧然德净水系统(上海)有限公司诉上海康点实业有限公司侵害商标权纠纷案,上海市闵行区人民法院(2017)沪 0112 民初 26614 号民事判决书。

③ 参见姚敏:《恶意申请商标的民事赔偿责任》,载微信公众号“知产宝”,2023 年 4 月 17 日。

起确认不侵权之诉。^① 确认不侵权之诉的目的在于促使权利人诚信、正当地行使权利。提起确认不侵权之诉也是制约知识产权人滥用权利、保护利害关系人免受不确定状态干扰的救济性诉讼，能够平衡专利侵权纠纷中双方的法律地位，避免权利滥用，尽快厘清侵权事实，明确双方法律关系，避免不安状态给当事人造成的损失，在司法实践中具有重要的意义。

三、权利滥用行为的认定

《民法典》的体系性制度为知识产权保护提供基础性制度支撑。^② 因此针对知识产权诉讼中的权利滥用行为，可以适用《民法典》的相关规定。

由于《民法典》第132条的规定具有较强的原则性和抽象性，因此《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《总则编解释》）第3条明确了滥用民事权利行为的认定标准。第1款采用动态系统论的思路，明确人民法院在判断是否构成权利滥用时，可以从权利行使的对象、目的、时间、方式及造成当事人之间利益失衡的程度等因素予以考量；第2款主要是从损害目的的角度对人民法院应当认定为构成权利滥用的特定情形作出明确；^③ 第3款的引致条款则将滥用权利造成损害的情形引致《民法典》侵权责任编的具体规定。《总则编解释》第3条的3款规定，对知识产权诉讼中的权利滥用行为已经作出非常明确且具体的认定路径。从条文的关系上看，可以从“特殊到一般”的角度来分析，凡符合第2款规定情形的，可以直接认定构成权利滥用；构成侵权的，适用侵权责任编的有关规定。因此，对知识产权民事诉讼中权利滥用行为的认定，可以重点考量以下因素：

（一）是否构成侵权行为

《总则编解释》第3条第3款可以理解为权利滥用行为与侵权行为构成竞合时的法律适用问题，当发生竞合时应直接适用侵权责任的规定。理论上，滥用民事权利和侵权行为不能等同。权利滥用的前提是有正当权利存在，至少形式上有正当的权利，侵权行为一般事先没有正当权利存在为前提。也有学者认为，由于权利滥用是以侵害他人合法权益为要件，因而讨论权利滥用，不可能回避侵权责任，二者虽有密切联系，但却并不意味着二者是等同的法律概念，或直接将权利滥用行为归入侵权责任中一并调整。^④

① 参见北京花卷儿科技有限公司诉镜湖区知桥电子产品销售部确认不侵害商标权纠纷案，安徽芜湖经济技术开发区人民法院（2020）皖0291民初498号民事判决书。

② 参见孔祥俊：《〈民法典〉与知识产权法的适用关系》，载《知识产权》2021年第1期。

③ 参见郭锋、陈龙业、蒋家棣、刘婷：《〈关于适用民法典总则编若干问题的解释〉的理解与适用》，载《人民司法·应用》2022年第10期。

④ 参见王利明：《论禁止滥用权利——兼评〈总则编解释〉第3条》，载《中国法律评论》2022年第3期。



如前文所述,“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”为侵权之诉,也是最为典型的知识产权诉讼中权利滥用的行为之一。司法实践对于“因恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷”的认定,已经形成较为成熟的认定标准和判断体系,即适用侵权责任认定“四要件”,从侵害行为、损害结果、侵害行为与损害结果之间的因果关系以及行为人的主观过错等方面进行审查,且重点在于考量主观恶意因素。例如,在中讯公司诉比特公司案中,法院从侵害行为、损害结果、侵害行为与损害结果之间的因果关系以及行为人的主观过错等方面进行审查,认为比特公司提起知识产权诉讼的行为具有主观恶意;比特公司对中讯公司提起侵权诉讼,存在侵害行为、产生了损害结果,且侵害行为与损害结果之间具有因果关系。^①该案重点考量了当事人在知识产权侵权诉讼中的权利基础及对该种权利基础的认识能力,以及当事人提起知识产权侵权诉讼的目的。^②

(二) 是否以损害他人合法权益为主要目的

以损害他人合法权益为主要目的,主要指当事人利用诉讼等法律程序,以达到诉讼请求之外的不正当目的。这里要分清是否属于“主要目的”,如果当事人提起知识产权诉讼没有超出诉讼本身的目的,或者在诉讼中没有存在明显不当、有违诚信的诉讼行为,则不应认定为其以损害他人合法权益为主要目的;如果行为人提起诉讼的目的超出上述范畴,甚至是利用民事诉讼制度来达到打击竞争对手、提升自身优势等作用,那么诉讼行为只是其侵害他人合法权益或不正当竞争的工具,这时就可以认定其以损害他人合法权益为主要目的。

(三) 是否符合利益平衡原则

利益平衡原则是知识产权立法设计和司法实践的一项根本的指导原则。^③禁止权利滥用制度的功能旨在划定权利人与相对人或公共的利益范围,防止权利行使产生利益冲突。同时,禁止权利滥用制度的这一功能决定了该制度的适用应当是建立在对权利人与相对人或公共利益进行平衡的基础之上。^④《总则编解释》第3条并未采取造成他人损害后果作为认定权利滥用的客观要件,而是规定通过“造成当事人之间利益失衡的程度”来作出判断,可见实现利益平衡不仅是禁止权利滥用制度的正当性基础,也是认定是否构成权利滥用的重要标准。^⑤

在民事诉讼中,知识产权法中的利益平衡体现在两个方面:一方面是对专有权利

① 参见江苏中讯数码电子有限公司诉山东比特智能科技股份有限公司(再审申请人)知识产权合同纠纷案,最高人民法院(2019)最高法民申366号民事裁定书。

② 参见佟姝:《恶意提起知识产权诉讼的判断标准》,载《人民司法·应用》2022年第11期。

③ 参见冯晓青:《知识产权法利益平衡理论》,中国政法大学出版社2006年版,第62页。

④ 参见王利明:《论禁止滥用权利——兼评〈总则编解释〉第3条》,载《中国法律评论》2022年第3期。

⑤ 参见刘迎霜:《恶意诉讼规制研究——以侵权责任法为中心》,载《华东师范大学学报(哲学社会科学版)》2020年第1期。

的保护应及时有效,权利人行使权利应符合激励创新、促进社会进步的目的;另一方面,权利人也不能以维权为由滥用权利,损害他人合法权益。《最高人民法院关于审理侵犯专利权纠纷案件应用法律若干问题的解释(二)》的起草指导思想即体现了平衡原则,提出要“厘清专利权与其他民事权利的法律边界,既保护权利人的正当权益,鼓励发明创造,又避免专利权不适当地扩张,防止压缩再创新空间和损害公共利益、他人合法权益”^①。当禁止权利滥用规则更多地知识产权民事诉讼中被适用,平衡原则将会得到更进一步阐释,司法对知识产权的保护,也将在促进知识创新和权利保护的平衡中更好地发挥作用。

四、权利滥用认定中的谦抑原则

禁止权利滥用应理解为对私权绝对性的内在制约原理。禁止滥用权利,本质上是法律对私权行使的一种限制,体现了法律追求“矫正正义”和“分配正义”的目标。^②在知识产权侵权诉讼案件中,要对正当维护权利和滥用权利,作出严格区分,对权利滥用应持较高认定标准。谦抑原则原本是刑法概念,体现的是克制、慎重的司法理念。知识产权立法宗旨包含有对公共利益的衡量,可以参照谦抑原则,对权利滥用行为作出理性认定。

(一) 败诉不必然导致起诉行为构成权利滥用

在知识产权民事诉讼中,有正当合理行使权利的行为,也存在主观恶意而滥用权利的行为,败诉并不必然导致起诉行为构成权利滥用。比如,在某个案件中,涉案实用新型专利的专利权人曾提起前案诉讼,主张被诉侵权人制造、许诺销售了涉案专利权的产品。经一、二审法院审理后,以被诉侵权产品未落入涉案专利权保护范围为由,驳回专利权人的诉讼请求。专利权人曾在前案中提交确认书,其在专利申请日前销售的产品中使用了涉案专利技术,但主张争议的三个技术特征属于内部结构,并未公开。被诉侵权人提起诉讼,以专利权人据以提起侵权诉讼的涉案专利属于申请日前已公开销售的产品的现有技术为由,主张专利权人构成恶意诉讼。

对于这个案件,虽然前案专利权人因被诉侵权产品未落入案涉专利保护范围而败诉,但被诉侵权人提起本案的诉请理由是使用涉案专利的商品已于申请日前公开销售,与前案专利权人败诉理由有很大不同,在无证据证明涉案专利技术在申请日前已经处于被不特定的人能够获知的状态,且涉案专利在诉讼中仍合法有效的情况下,仅因专利权人在前案败诉,不足以证明其提起专利侵权诉讼系主观恶意或以侵害他人合法权益为主要目

① 刘婧:《统一细化专利侵权裁判标准,营造有利于创新的法治环境——最高人民法院民三庭负责人就专利法司法解释(二)答记者问》,载《人民法院报》2016年3月23日,第2版。

② 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681页。



的,因此对于这个案件,不宜认定专利权人提起侵权诉讼的行为构成权利滥用。

(二) 与诉讼无关的其他侵权行为不是权利滥用的认定因素

例如,在西四包子铺案中,二审法院认为权利人受让涉案权利商标系出于真实使用意图,并在受让前后对涉案权利商标进行了真实的商业使用,不存在违反诚实信用原则的事实。法院进一步认为,权利滥用是对权利人的行为进行的法律评价,被诉侵害商标专用权的行为是否具有正当性不能成为判断权利人违反诚实信用原则的理由。此外,权利滥用是对权利人行使自己享有权利之行为进行的法律评价,至于其在行使自己享有的权利时是否存在其他侵权行为,不应作为认定构成权利滥用的要件。^①

(三) 权利在诉讼程序进行中被宣告无效或被撤销不是权利滥用的构成要件

例如,在冠生园案中,上海冠生园食品有限公司(以下简称“冠生园公司”)以上海冠中食品有限公司(以下简称“上海冠中公司”)生产销售的话梅糖包装使用与其案涉注册商标近似的商标、侵害其商标权为由,向法院提起侵权诉讼,该案经一、二审及再审,最终认定上海冠中公司不构成商标侵权。^②后上海冠中公司起诉主张冠生园公司提起前案知识产权侵权诉讼的行为系构成恶意诉讼。生效判决最终认定冠生园公司提起侵权诉讼的行为不构成恶意诉讼,主要理由为:冠生园公司提起在先的商标侵权诉讼具有正当的权利基础,而案涉商标侵权的认定具有相当的复杂性,不同法院对案涉商标近似的判定尚可能存在不同认识,不能苛求权利人对行为人是否构成侵权有准确的预判,更不能因其未能胜诉而推定权利人提起诉讼的行为具有恶意,法院认为冠生园公司的起诉行为系在合理限度内正当行使其诉讼权利,不具有侵害上海冠中公司合法权益的不正当诉讼目的。^③

可以把冠生园案与前文的一品石案对比,进一步分析权利滥用认定的谦抑原则。两个案例都是在权利认定的过程中发生反转,冠生园案是被告即上海冠中公司胜诉,后其主张因冠生园公司恶意诉讼而受到损害,故另行起诉请求冠生园公司承担侵权责任,但未获法院支持;一品石案则是在侵权诉讼中福库公司以郑俭红、一品石公司滥用权利作为抗辩理由,最终原告的诉讼请求未获法院支持。

两案的区别在于:第一,当事人提起侵权诉讼时享有的权利基础不同。冠生园案中原告冠生园公司在起诉时享有合法权利,因未侵犯他人的在先权利,故其权利基础不存在不正当性,也可以认为,从侵权诉讼的生效判决中,仅能够认定冠生园公司享

① 参见张晓霞、万超:《到底是商标侵权还是滥用权利?——权利滥用也不能被“滥用”》,载微信公众号“知识产权那点事”,2022年12月28日。

② 参见上海冠生园食品有限公司诉上海冠中食品有限公司(再审申请人)、杭州华联商超贸易永康曹园连锁店侵害商标权纠纷案,浙江省高级人民法院(2016)浙民再113号民事判决书。

③ 参见上海冠中食品有限公司、金华冠中食品有限公司诉上海冠生园食品有限公司恶意提起知识产权诉讼损害责任纠纷案,上海知识产权法院(2020)沪73民终511号民事判决书。

有的注册商标权不能排除其他人正当使用相关的通用名称，而不能够否定冠生园公司享有的权利基础；而一品石案侵害商标权诉讼原告郑俭红、一品石公司起诉时享有的涉案商标权本身就侵犯福库公司合法在先的著作权，其权利基础不具有正当性，即便其商标形式上获准注册，亦不具有实质上的合法性，故法院认定其提起商标侵权之诉，构成权利滥用。

第二，对主观状态认定的不同。冠生园案和一品石案作出了相反认定。冠生园案生效判决认为，冠生园公司在提起相关知识产权诉讼时，其享有权利基础，并自认为具备了事实基础及法律依据，希望通过诉讼维护其合法权益，且法院在生效判决中明确不支持其诉讼主张的情况下，未继续纠缠诉讼，其行为难谓恶意。而在一品石案中，法院认为，郑俭红、一品石公司注册案涉商标权的行为系在侵犯福库公司合法在先著作权的基础上进行，该行为违反了诚实信用原则，不具有正当性，但其仍据此向福库公司提起商标侵权之诉，其诉讼行为构成权利滥用，其诉讼请求缺乏合理的权利基础。

冠生园案和一品石案比较分析的意义在于，对于正当维护权利行为和权利滥用行为，应严格把握司法标准。任何人都有权在自己的实体权利受到侵害时，诉诸法院请求进行公正审判，^①这是一项基本民事权利，不能随意剥夺。但是，当原告的起诉不具备法律保护的诉的利益时，这项权利也就失去了正当行使的基础。

结 语

法治是最好的营商环境，依法规范和引导知识产权人行使权利，是对服务创新驱动发展最有力的护航。司法裁判应坚持保护知识产权和防止权利滥用并重的价值导向。以公平公正为原则，既严格保护知识产权，又坚决防止权利滥用，平衡保护个人利益和社会公共利益，确保公共利益和激励创新兼得。^②在《民法典》视角下，禁止权利滥用规则的直接适用，为进一步完善知识产权的司法审判体系，提供了更为系统化的司法指引。准确理解和适用权利滥用规则，充分发挥禁止权利滥用制度和侵权责任制度双重规制作用，保障和维护权利正当行使，抑制违反诚实信用原则的行为，对于健全公正高效、管辖科学、权界清晰、系统完备的知识产权司法保护体制，促进保护创新在法治轨道上有序前行，有着重要意义。

（责任编辑：刘文文、刘 昭）

^① 参见刘敏：《原理与制度：民事诉讼法修订研究》，法律出版社2009年版，第3页。

^② 林广海：《加强新时代知识产权审判工作，为知识产权强国建设提供有力司法服务和保障》，载《中国审判》2022年第8期。



银行加速到期条款在破产撤销权纠纷案件中的司法适用研究

刘秋桦 田家升*

内容摘要：银行提前收贷与破产撤销权的核心问题是各债权人为了自身债权利益最大化而争夺同一破产财产所导致的利益冲突。解决这种冲突需要考虑具体案件中的法律行为和相关法律规则的适用情况，以判断是否是一般规定与特殊规定的差异，并确定冲突法律规则的适用优先性。金融债权是基于维护金融秩序稳定的原则形成的，因此依据加速到期条款形成的金融债权不能被偏颇清偿。确定加速到期条款的法律效力审查标准应明确建立以贷款安全为内在统一的考量标准，适当考虑借款人违约的过错程度以及加速到期条款与经济政策的联动关系因素。此外，主观恶意是撤销权行使的要件，债务人破产判断标准和举证责任分配也是衡量破产偏颇清偿的因素。

关键词：银行加速到期条款；破产撤销权；破产偏颇清偿

引言

在借贷合同中，加速到期条款是一种常见的借贷风险管理方式。然而，在借款人进入破产程序后，关于加速到期条款是否需要破产法的承认以及是否应根据破产撤销权规则作为未到期债权的提前清偿而加以撤销的问题上，实践中存在不同的认识。从表面上看，这种差异可以归咎于我国《企业破产法》及其相关司法解释在破产撤销权制度的规定上过于概括，有关破产撤销权的法律条文相对简单，缺乏操作性。这导致法院在处理此类案件时在裁判标准上存在差异，尤其是涉及银行加速到期条款时，更

* 刘秋桦，山东省成武县人民法院党组书记、院长；田家升，山东省成武县人民法院审判委员会委员、九女集法庭副庭长。

容易导致对破产法中有关破产可撤销行为范围条款的片面理解甚至曲解；从深层次来看，实际上表现为银行提前收贷条款与破产撤销权适用之间的冲突。这种冲突体现出符合合同意思自治原则的加速到期条款与破产法平等保护债权人法益理念之间的冲突，利益冲突的主体是银行与其他债权人。因此，法院应在维护债权人整体利益与个别利益之间进行权衡。

一、银行加速到期条款与破产撤销权的冲突表现

银行加速到期条款于贷款合同而言，其表明了借款人违约时应承担的违约责任，但在破产撤销权中谈及该条款的适用，则会呈现出与破产法平等保护债权人利益原则的冲突局面。同时，银行贷款合同中的提前到期条款与破产撤销权之间是否存在一般规定与特别规定的关系，亦成为解决类案纠纷的前置问题。

（一）利益冲突——加速到期条款与破产撤销权的保护主体不同

如果肯定银行加速到期条款的法律效力，则此种境况下的银行优先权既非对贷款担保物优先变卖取得的受偿权，亦非破产法认可的法定优先受偿权。关于加速到期条款的争执，表面而言为订立贷款合同的银行与借款人在意思自治的合同法原则下约定的提前到期内容与破产程序中债权人平等受偿原则的冲突，其法益冲突的实质指向银行和其他破产债权人的利益冲突。加速到期条款是为保护银行的资金安全而设立，意在维护银行利益。基于对《企业破产法》第31条规定内容的分析，^①立法者的本意应为平等保护各债权人利益，抵制破产企业非善意的个别清偿行为对其他债权人利益的损害，而加速到期条款恰恰可能损害银行以外的其他债权人的可期待利益。因此在利益争夺战中，破产债务人和破产债权人各自趋利而侵害其他破产债权人的利益就成为常态。因债务人的财产是一定的，银行使用贷款提前到期的手段会减损借款人的期限利益，其保证银行信贷安全的目的与维持破产财产整体利益最大化的破产撤销权互为抵触，故而作为债权人的银行与其余破产债权人的利益冲突成为现实，表现为各债权人为了实现各自债权利益最大化而对同一标的财产进行争夺。

（二）法律冲突——加速到期条款与破产撤销权的适用规则不同

在三鹿集团破产案中，二审法院认为合同中关于加速到期条款的约定内容违反了《企业破产法》中禁止债务在破产临界期内的个别清偿和提前清偿未到期债务的规定，中国工商银行石家庄桥西支行的提前收回贷款行为与债务人三鹿集团的主动

^①《企业破产法》第31条规定：“人民法院受理破产申请前一年内，涉及债务人财产的下列行为，管理人有权请求人民法院予以撤销：（一）无偿转让财产的；（二）以明显不合理的价格进行交易的；（三）对没有财产担保的债务提供财产担保的；（四）对未到期的债务提前清偿的；（五）放弃债权的。”



偿还未到期债务的行为没有多少不同,其行为违反《企业破产法》第 31 条第 4 项的规定,破坏了破产财产通过破产程序统一分配给所有债权人的程序。^①二审法院认为银行借款合同中的加速到期条款受民法部门法中的合同法规制,与受商法部门法的破产法调整下的破产撤销权不同,且商法相对民法而言属于特别法,故在二者出现适用冲突时,加速到期条款须让位于破产撤销权。当法院适用“特别法优于一般法”的原则时,是基于两个权利背后的部门法之间的优先性为标准,而不是衡量两种权利之间的优劣地位。一般认为,民法规范平等主体之间的财产关系和人身关系,目的在于保护交易行为中的一般利益,其调整对象的范围较广;而商法是市场经济发展到特定阶段,为促进商事活动的健康有序发展,在尊重民法一般规则基础上,出现的调整特殊经济关系的产物。“凡商法典有规定的事项应适用商法典的有关规定,至于商法典没有规定的事项,则适用普通民法的规定”^②,正揭示了二者在具体适用中的位次安排。

随着中国市场经济发展的深层次化和国情的复杂化,厘清民法与商法的关系正在成为一项逐渐困难的事情,商法优先于民法作为特殊法律予以适用的观点亦不能绝对化。民法在实践中的商事化是一个难以回避的现状,这正不断加剧着审判工作的难度。当代呈现的民法商事化和商法民事化的现象,其症结源于商事关系与民事关系的传统界限被打破。^③由于中国目前的商事法律法规创制较晚,更多体现为在原有的民法基础上移植大量的外国商业标准转化成果。目前,中国的商业活动越来越频繁,商事法律法规的调整主体越来越侧重于平等主体间的财产关系。因此,有必要突破传统法律规则,即商法作为特别法优于民法一般法的法律适用规则,当然在此过程中要注意突破的限度和利益的衡量。在审判工作中,应结合具体争议,依据规制和解决争议的具体法律条文确定冲突法律规则适用的优先性,而非仅仅关注于传统的优先性理论。

总结已公开的裁判文书发现,与银行加速到期条款相关联的破产撤销权纠纷案件在司法实践中还存在诸多问题。^④其中最为突出的争议焦点表现为:一是,依照破产法上的撤销权规则能否撤销依加速到期条款获得清偿或者抵销的行为;二是,债权人根据加速到期条款而享有的宣布债权提前到期的权利,于民法而言属于何种性质的权利;如果银行借款合同中的加速到期条款获得支持,那么由破产债务人与借款合同之

① 参见刘泽华、王志永:《银行宣布贷款提前到期的风险与防控——一起提前收贷纠纷案及其启示》,载《银行家》2010 年第 5 期。

② 冯大同:《国际商法》,中国人民大学出版社 1994 年版,第 3 页。

③ 参见郭峰:《民商分立与民商合一的理论评析》,载《中国法学》1996 年第 5 期。

④ 检索的公开文书显示,截至 2023 年 5 月 25 日,全文含有“破产撤销权”与“提前”字样的案例共 658 个;全文含有“加速到期”和“破产”字样的案例共 13642 个;全文含有“加速到期”“破产”和“撤销”字样的案例共 4629 个。

外的其他债权人之间约定关于特定债权优先对待的内容之效力是否应获同等对待；三是，如果允许撤销，撤销的理由应当是提前清偿未到期债务，抑或清偿到期债务；破产撤销权的适用对象是否应限于债务人的主动还款行为，非债务人的主动清偿行为能否适用破产撤销权；^①四是，如果银行单方私自扣划破产债务人的往来账户存款用于债权债务的抵销，是否应将破产债务人在该银行的存款视为银行对债务人的欠债而认定其符合约定或法定抵销的条件；银行在关于解除合同的意思表示未到达债务人时而直接扣划相关款项以作抵销是否符合法律意旨。^②

二、借贷合同中加速到期条款的性质和效力

在承认加速到期条款有效的前提下，分析加速到期条款中加速到期条件的合法性，以确认具体条款的法律效力，应成为司法实践中关注的重心。与此同时，在肯定该条款具有法律效力的基础上，对其适用性进行探究才有价值，反之若银行及借款方均未使用该条款的基础，则该条款可视为无效，亦无需在破产法及破产程序中展开探究。故而准确界定借贷合同中加速到期条款的性质和效力仍显得极为重要。

（一）理论之争——加速到期条款的法律性质之辩

我国学者对于借贷合同加速到期条款性质的解释有两种观点最具代表性：第一种观点认为，加速到期条款实系约定解除权条款，出借人是根据借贷双方约定的当借款人出现预期违约事由时行使合同解除权而提前收回贷款的效力表现。^③此观点认为借款人若存在无法按照预期还款或存在违约行为时，出借方可单方使用加速到期条款。第二种观点认为，加速到期条款是借贷合同中较为特殊的违约条款，主要目的为保障出借人权益，降低出借人所需承担的信贷风险，其体现了具有独立性的责任承担形式。

笔者认为，第一种观点中的合同预期违约是指因合同中的一方无法依照合同内容履行义务，使合同约定目标无法得到有效实现的情形。在此种情况下，合同实际履行过程中会有许多现象或可触发加速到期约定。与此同时，在我国《民法典》中有两种对应的救济方式，分别为解除合同、提前收回贷款，^④这两种方法为并列关系，当事人

① 有判决显示，一审、二审法院均认定本案中信用社的扣款行为属于对未到期债务的提前清偿，且撤销权的适用对象同样包括被动的债务清偿。参见浙江金贸竹木家具有限公司管理人诉安吉县农村信用合作联社凤凰山信用社破产撤销权纠纷案，浙江省湖州市中级人民法院（2013）浙湖商终字第35号民事判决书。

② 有判决显示，一审法院在债权是否到期、是否构成提前清偿、银行扣划债务人存款以供偿债是否构成有效抵销、银行是否负有通知到期的义务等方面均采取了支持破产管理人的态度。二审法院判决正好相反，采取了支持贷款方的态度。参见中国农业银行股份有限公司南京雨花台支行诉南京宇扬金属制品有限公司管理人破产撤销权纠纷案，南京市中级人民法院（2013）宁商终字第241号民事判决书。

③ 参见丁锐：《银行贷款加速到期条款的法律性质及司法规制》，载《人民司法·应用》2015年第15期。

④ 《民法典》第673条规定：“借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停止发放借款、提前收回借款或者解除合同。”



可依据合同履行实际情况选择其一,无法同时使用。在合同履行进程中会有一些相似条件,共同触发加速到期条款和约定解除权条款,这就导致实践中两种权利之间区分的混乱。由此可见,若以解除权条款角度分析加速到期条款,则将无法保障借款人利益。而第二种观点则能更好解读加速到期条款的内涵。虽然债权人要求债务人在加速到期条款被触发后提前清偿贷款,这看似和解除权履行情形相近,但是其更与附条件条款本质贴合:其一,通过对其生效时间分析可知,只要合同履行过程中客观事实足以触发加速到期条款,则无需等合同到期后生效;其二,对其法律效力进行分析可知,当加速到期条款生效后,其效力呈向后状态,无法再恢复向前效力或合同原状;其三,通过对其法律后果的发生依据进行分析可知,合同约定仍为借款人偿还贷款的根本性依据,借款人偿还贷款并不属于法定义务。

综上所述,通过对加速到期条款的生效时间、法律效力及法律后果的发生依据进行分析可知,其更加符合附条件条款范畴,且其实系附生效条件与附解除条件并存的条款。其中,贷款期限条款为附解除条件条款,加速到期条款则为附生效条件条款。基于此,加速到期条款含有双重性质,能同时用于解除条件与生效条件,并同时有正反双向效力。

(二)效力检视——加速到期条款的法律效力认定

加速到期条款系合同当事人意思自治的产物,体现合同自由原则,而该条款于破产撤销权而言,体现了不同债权人对同一破产财产的利益争夺,其效力如何决定了该条款的适用空间和保护尺度。

1. 加速到期条款在《民法典》中的效力检视

合同自由和意思自治构成了加速到期条款的合约性依据,而《民法典》第673条、中国人民银行《贷款通则》(以下简称《贷款通则》)第22条第5项和第71条、中国银监会《流动资金贷款管理暂行办法》第22条和第32条则成为肯定加速到期条款合法性的依据。^①依据上海市高级人民法院《关于印发〈关于审理借款合同纠纷案件若干问题的解答〉的通知》(沪高法民二〔2006〕12号)规定,应认定不违反法律、法规强制性规定的提前收贷约定的有效性;如提前还款的条件成就,则法院应支持贷款人要求借款人提前还款的诉请。当然就法律规范而言,银行与借款人约定的触发加速到期条款的具体成因在银行借贷合同中并不完全局限于《民法典》第673条关于改变原约定借款用途而擅自使用的情形。虽因《民法典》第673条条款内容的局限性,未将借款人违反合同约定义务的其他情形涵盖其中,但《贷款通则》第70条第2款、

^① 参见韩长印、张玉海:《借款合同加速到期条款的破产法审视》,载《法学》2015年第11期。

第71条及第72条拓宽了贷款人可主张提前收贷的适用情形。^①故从《民法典》促成合同有效、鼓励交易的立法意旨看,加速到期条款应属有效约定。

2. 加速到期条款在《企业破产法》中的效力检视

在债务人进入破产程序后,《破产法》即起到保障债权人法定权益、避免其利益受损的作用。然而,在破产程序实施过程中,加速到期条款能帮助贷款人规避潜在损失。基于此,一些学者认为,银行贷款加速到期条款使作为债权人的银行变相获得优先受偿顺位,有悖于破产法公平受偿原则,该条款应认定为无效。

加速到期条款在适用过程中存在被滥用的风险,这就需要司法发挥作用,不应将其视为阻滞该条款有效适用的阻力。加速到期条款所涉个案是否有效与其所属类型是两类问题,即该条款个案内容可能无效,但该条款从法律属性上有效。^②

三、加速到期条款与破产撤销权冲突的衡平

对银行加速到期条款的争议,主要是对存量利益的争夺,虽其表面为合同意思自治原则与破产法平等保护债权人利益的冲突,但根本上为银行债权人和其他债权人在破产程序中对破产企业特定财产的抢夺。如何维护《民法典》与《企业破产法》在其适用过程中涉及的相关法益,平衡法益背后的利益冲突显得尤为重要。

(一) 加速到期条款与破产撤销权冲突的利益平衡基准

银行金融安全承担着重要的社会角色,但银行贷款坏账会威胁到金融秩序甚至整个社会稳定的观点,在相当程度上放大了银行单笔或数笔贷款坏账带给整个银行体系甚至社会安全的影响。若因其他债权人的债权请求权劣后于银行的请求权,而导致其他债权人难以获得救济,这不仅使得破产企业不得被破产清算,还可能导致其他债权企业以及破产企业的担保企业也要受到破产清算的牵连。另从银行社会效益与其他债权人社会效益的对比角度分析,其他债权人因其本身存在的脆弱性和救济的弱势性及风险波及的直接性,其抗风险能力远低于银行。故在法律存在缺陷的时候,特别需要法官善于发现规则的目的,通过创造性、合理性解释衡平相互冲突的利益。^③中立的裁判者需权衡以法律支持为后盾的当事人利益大小,或寻求更高层次的利益,以

① 《贷款通则》第70条第2款规定:“借款人违反本通则第九章其他条款规定,致使贷款债务落空,由贷款人停止发放新贷款,并提前收回原发放的贷款。造成信贷资产损失的,借款人及其主管人员或其他个人,应当承担部分或全部赔偿责任。在未履行赔偿责任之前,其他任何贷款人不得对其发放贷款。”第72条规定:“借款人有下列情形之一的,由贷款人责令改正。情节特别严重或逾期不改正的,由贷款人停止支付借款人尚未使用的贷款,并提前收回部分或全部贷款:一、向贷款人提供虚假或者隐瞒重要事实的资产负债表、损益表等资料的;二、不如实向贷款人提供所有开户行、账号及存贷款余额等资料的;三、拒绝接受贷款人对其使用信贷资金情况和有关生产经营、财务活动监督的。”

② 参见王欣新:《银行贷款合同加速到期清偿在破产程序中的效力研究》,载《法治研究》2015年第6期。

③ 参见杨忠孝:《破产法上的利益平衡问题研究》,北京大学出版社2008年版,第5页。



实现银行利益和其他债权人利益以及更高层次利益最大化。既然利益主体双方的个体利益从私法的角度都应该平等受到对待,那么寻求将社会利益作为裁判的标准就显得必要。

(二) 加速到期条款与破产撤销权冲突的法律平衡基准

法院在处理银行主张贷款提前到期与破产撤销权冲突过程中,经常把银行提前收回贷款行为认定为《企业破产法》第31条第4项规定的提前清偿未到期债务或以银行基于合同享有的宣布贷款提前到期的权利系不能对抗特别法的一般法条款为由作出不利于银行的裁判。一项裁判文书的制作过程也是实现立法目的过程,裁判文书唯有运用严谨正确的法律解释方法和适用公正的法律规则,方能兼顾各方对裁判结果的可预测性和可接受性。

银行提前收贷与破产撤销权间并不存在一般法和特别法在适用层面上的冲突,法院应有限度的支持银行的提前收贷行为。法院在判断银行借贷合同加速到期条款的效力时,可遵循以下路径:如加速到期条款的适用出现在企业平时的经营过程中,根据合同意思自治原则,若贷款加速到期事由出现,债务人企业需承担违约责任;如加速到期条款的适用出现在企业申请破产后禁止提前清偿期限内,则应认定该条款无效;另在破产程序中判定银行加速到期条款有效的同时,应当支持银行对该破产企业的存款行使抵销权,但应对抵销权进行限制。如此,不仅能使更多债权人的利益获得救济,也在一定程度上化解了银行的贷款风险。

(三) 加速到期条款在破产撤销权纠纷案件中的审查路径

1. 以正当性为原则适用加速到期条款。银行若想降低信贷风险,维护自身权益,应思考的问题是在触发该条款后是否影响合同中借款人的合法权益。为赋予该条款正当性,需秉持实事求是原则,依据客观情况适用相关条款。

2. 以全面审查为导向,确保加速到期条款的效力性。审判机关需对该条款正当性进行全面审查,以各个适用事由为基点,建立正规审查体系,以便及时发现该条款中不发生法律效力的内容,为有效施行“扣款抵债”行为提供依据。然而,银行方若牵涉“限制领域”则不允许其实施“扣款抵债”,若已经施行了该行为,需在撤回该行为同时归还所扣金额。

3. 因加速到期条款所引发的民事纠纷可从以下几个层面进行分析:第一,法院率先对合同内该条款施行正当性进行审查,审查贷款合同中是否有适用加速到期条款事由的明确约定、合同约定事由合理与否、银行有无履行必要的通知义务、是否赋予债务人合理的宽限时间及救济渠道等方面。如法院在审查过程中认为银行不能行使该权利,则表明加速到期条款不具备法律效力,需以未到期债权为基础恢复贷款状态。与此同时,依据《企业破产法》权衡是否撤销“扣款抵债”;第二,若法院经审查判定银行

所主张是加速到期条款合理正当，则应认可其效力，将未到期的价款转为到期债权，银行后续的扣款抵债行为应予撤销，并依据《企业破产法》第32条规定的危机期间的个别清偿来处理，^①此种情况中，法院应考虑银行的主观状态。

4. 以上结论主要适用于无特定财产担保案件，而针对存在质押、抵押等担保措施的借贷情况中，银行需在适用加速到期条款的同时，主张行使担保权，该权利在施行过程中不可侵犯其他权利，且不应引起破产撤销权相关纠纷。

四、加速到期条款在破产撤销权中的司法规制

破产撤销权的目的在于维持破产临界期间各债权人间的权利义务状态，对于尝试更改债权原始状态或其自然延续结果的行为予以撤销。而加速到期条款可以依据银行需求随意设置，这就使得该条款在适用过程中与破产法相关规定相悖，因此，我们应立足于整个民事法律体系，对银行加速贷款到期的具体实施方式进行思考分析，以考察其在破产法上应受到的限制。

（一）加速到期条款的偏颇性甄别

判断债权人基于协议的加速贷款到期行为是否存在偏颇性的关键在于辨别加速到期行为是否会改变债权人在临界期开始时的相互关系或自然发展的状态。破产撤销权制度不考虑债权人之债权的合法确定性，而仅仅关注各债权人间的债权秩序或权利顺位是否在破产临界期内因债权人和债务人的行为发生变化，其目的在于将破产临界期内的既定债权秩序固定，防止破产程序受理前的债务被个别清偿或被人为改变受偿顺序。根据加速到期条款的提前收回贷款是银行的正当权利，就破产案件而言，债务人被宣告破产前因囿于加速到期条款存在而进行的清偿是否因构成偏颇性清偿而应被撤销呢？笔者认为，如果为了寻求债权人间在破产财产分配上的绝对平等而不顾现实情况撤销所有有偏颇性效果的清偿，无疑会破坏正常的交易期望而给交易秩序增加很大的不确定性。因此，有必要理清基于加速到期条款但不应由破产偏颇清偿撤销制度规制的清偿行为类型。

为最大化地实现保护债权人利益的目的，我国破产法对不属于破产偏颇清偿撤销制度的适用范围作出了部分列举，如《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》（以下简称《破产法解释（二）》）第12条规定有不予撤销部分提前清偿未到期债务的行为，第14条规定有不予撤销个别清偿行为中有

^①《企业破产法》第32条规定：“人民法院受理破产申请前六个月内，债务人有本法第二条第一款规定的情形，仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求人民法院予以撤销。但是，个别清偿使债务人财产受益的除外。”



债务人提供财产担保的债务,第15条规定有对履行生效法律文书或在执行程序中成立的个别清偿不予撤销的内容,第16条中明确不予撤销在危机期内债务人部分个别清偿行为。但考虑到破产法律规定内容的抽象笼统性,出于维护市场交易秩序稳定性的目的,笔者认为基于本意清偿理论,因加速到期条款形成的金融债权仍应作为债权人平等受偿范围的例外而不应成为偏颇清偿的适用对象。就本意清偿而言,债务人对现存到期债务的清偿有法律依据,且并未不当侵害其他债权人的权利,故对到期债务的清偿不属于可撤销行为。从破产撤销权的构成要件来看,因法律一般为本意清偿的受益人提供更多的抗辩手段而导致撤销本意清偿远比撤销非本意清偿困难。^①另一方面,金融是国民经济的命脉,对金融债权的保护不仅具有民商法的微观经济意义,也具有社会法的宏观经济意义和政治意义。^②“当前最突出的问题不是银行债权保护过了头,而是保护得还远远不够。”^③因加速到期条款的设定和应用均由当事人自由表达,不违反法律法规,不触犯公共秩序,法院应该给予充分尊重。^④当《民法典》和《企业破产法》的法律规定之间存在适用矛盾时,不应仅仅遵循特殊法优先于普通法的传统思维而人为排斥对《民法典》的适用,而是秉持保障金融秩序稳定理念,认识到我国破产偏颇清偿撤销制度的例外,对基于加速到期条款而为之的清偿行为不予撤销。最终的解决方案仍然是修改法律,澄清我国破产偏颇清偿撤销制度的例外情形,以更宽容的态度对待破产债务人的个别清偿行为。^⑤

(二) 加速到期条款的法律效力审查标准

过于严苛的规范将降低加速到期条款适用的灵活性,无法保障银行的权益。基于此,需从以下几个方面进行分析,以保障该条款能够兼具法律效力与应用价值。

1. 建立以贷款安全为内在统一的考量标准

我国作为有中国特色的社会主义国家,银行受市场经济竞争因素影响相对较小,加速到期条款因带有某种经济法色彩而呈现出一定程度的社会本位,在相应程度上已经超出单纯的商法范畴。正如《贷款通则》中相关规定,若借款人使用贷款从事期货、证券交易,投资房地产业或股权性投资等非合同约定经济行为,则视其违反借款合同,

① 参见李志强:《论破产法上的偏颇性清偿》,载《政法学刊》2008年第2期。

② 参见张华松:《破产程序下金融债权保护之衡平——以“加速到期条款”与企业破产法第32条冲突为视角》,载《公司法律评论》2016年卷。

③ 刘俊海:《创新裁判理念,保护金融债权》,载《人民司法·应用》2006年第1期。

④ 美国亦有类似规定,美国破产法一般认为破产约定条款(即当事人在合约中约定的,在一方陷入财务困境、资不抵债或者进入破产程序时,另一方当事人有权变更或终止合约,或者加速、变更或终止合约的具体权利义务条款)是无效的,但针对不同的金融合约给予了明确的豁免型保护,这些豁免待遇好比是在惊涛骇浪的大海中给了金融合约一个受保护的安全港。参见冯果、洪治纲:《论美国破产法之金融合约安全港规则》,载《当代法学》2009年第3期。

⑤ 参见张华松:《破产程序下金融债权保护之衡平——以“加速到期条款”与企业破产法第32条冲突为视角》,载《公司法律评论》2016年卷。

银行可提前收回贷款。^①由此可见，银行在借款人违反合同使用贷款进行其他活动时，银行有权使用加速到期条款，这不仅能保障银行权益，还能起到保障市场供需关系稳定、调节社会资源的效用。

2. 适当参酌借款人违约的过错程度

合同法的违约归责原则为严格责任，不以过错作为归责前提。因此，作为借贷合同中特殊的违约条款，加速到期条款无疑会给借款人设置更为严苛的条件。故从公平原则的角度看，借款人违约的主观状态在加速到期条款的适用审查中更需充分考量，以维护信贷合同公平性。

3. 合理强化加速到期条款与经济政策的联动关系

加速到期条款在银行贷款过程中的使用含有经济法色彩，社会本位因素成为该条款合理性基础的准据。因此，应综合考量其在当前市场经济中所可能带来的消极影响与积极影响，尤其是对市场金融化发展进程的影响。基于信贷特殊性，为规避银行信贷风险，需要实行加速到期制度。伴随市场利率化改革，银行更需要通过实行该条款规避信贷风险，权衡借款人、银行及社会三方利益，这也就能理解为何银行对加速到期条款“事无巨细”的设置。基于此，审查银行施行该条款的标准需从银行所在地社会环境、市场经济环境、投资环境及借款人经营实况等方面综合考量。

（三）加速到期条款实现方式的破产法限制

银行主张提前偿还贷款只会使债务从不确定变为确定，在实际偿还之前，贷款状态的变化不会对偿还债务的优先性产生任何影响，这和破产法中被优待的破产债务人财产分配行为不存在矛盾。实际上，破产债权优待仅针对发生于贷款加速到期具体实现阶段的债务人主动清偿或银行单方扣划还贷行为。

1. 债务人自主清偿

《企业破产法》第32条关于破产撤销权的构成要件为：受理破产申请前六个月内的时间限制、出现资不抵债或明显缺乏清偿能力的破产原因的适用条件及债务人进行个别清偿的行为事实。从文义解释出发，该条约束的对象限定于债务人的单方、主动履行债务的行为。但破产债务人因用来清偿债务的资金来源不同而存在对清偿行为定性不同的可能。例如，清偿银行主张加速到期贷款债务的资金系第三人提供的担保物的转让价款，而银行对于债务人不能清偿到期债务或其他约定条件实现时的担保物本身享有优先受偿权，故提供物保的第三人以担保财产的转让金为破产债务人清偿因加速而到期的债务，这既符合担保贷款合同约定，也不会因债务人自主清偿行为损害其他破产债权人的利益。因此，此类个别清偿行为不归属于《企业破产法》第32条的

^① 参见《贷款通则》第71条。



约束范围,不应撤销。^①另外,在存在同时交易的债权置换关系中,因破产债务人的置换行为没有造成破产财产的减少,反而令其从中获益,故依照破产撤销权意在避免债务人责任财产因不当处分而减损的立法目的,该债权让与行为亦不可撤销。^②笔者认为,借鉴美国破产法关于偏颇清偿行为撤销的例外规定,对于常规营业或常规财务往来中的付款行为及债务人偏颇清偿后获得新价值的交易行为,债权人均应享有破产撤销的例外豁免权。

2. 银行单方扣划还贷

在实践中,大多数商业银行会在贷款合同的加速到期条款中规定“贷款人可以直接从借款人的账户中扣除贷款的本金和利息”。当企业债务人处于破产边缘并且财务状况严重混乱时,银行为最大限度地提高贷款的安全性,通常会单方面扣除债务人的账户资金以提前收回贷款。而绝大多数破产管理人会根据《企业破产法》第 32 条关于个别清偿的规定或以银行未通知债务人即为扣款抵债的行为存在程序性瑕疵为由请求撤销银行自行扣划的行为。但是,如前所述,第 32 条的约束对象限于债务人主动为之,而银行的扣划行为即使通知了债务人,仍旧是银行单方行为,两种行为的启动方式恰好对立。因此,若将银行单方扣划的还贷行为与破产临界期内出现破产原因下的债务人主动清偿行为同等对待,则难以体现《企业破产法》第 32 条的特定法律旨意。笔者认为,银行的扣款还贷行为应定性为抵销行为,即双方互负同种类给付,在对等额内消灭的债务冲抵行为。当债务人将货币资金存入在贷款人银行处开立的账户后,债务人基于储蓄存款合同关系享有对银行的债权,该债权存在固定期限或无固定期限之分,在银行主张贷款提前到期后,其对债务人的债权即到期。因银行与企业之间互负同为金钱给付的到期债权债务而完全符合抵销的一般要件,故银行单方面扣款还债的行为可认定为法定抵销。除《企业破产法》在第 40 条罗列了破产程序开始后不得抵销的债权债务关系和《破产法解释(二)》第 44 条规定的破产程序启动前六个月内不得为债权人对债务人恶意负担的债务或债务人的债务人恶意取得对债务人的债权进行抵销外,法律并未作出对此时间段内抵销行为的其他限制。但是,银行对加速到期贷款的扣划行为应至少受到两项限制:一是抵销账户的性质。银行不能依货币“占有即所有”的原则获得债务人在银行开立的定期账户、特定化金钱的质押、信托账户等内资金的所有权,此种账户中的货币所有权仍归属债务人,银行无权以债权主张与债务人货币所有权互为冲抵。^③二是银行扣划与债务人存款行为的紧密程度。若在债

① 参见浙江沪鑫律师事务所诉浙江上虞农村合作银行梁湖支行破产撤销权纠纷案,浙江省绍兴市上虞区人民法院(2013)绍虞商初字第 924 号民事判决书。

② 参见浙江福威重工制造有限公司管理人诉嵊州市金龙混凝土有限公司、嵊州省级高新技术产业园区管理委员会破产撤销权纠纷案,浙江省绍兴市中级人民法院(2016)浙 06 民终 2528 号民事判决书。

③ 参见王欣新:《银行贷款合同加速到期清偿在破产程序中的效力研究》,载《法治研究》2015 年第 6 期。

务人濒临破产时,债务人将与银行主张加速到期贷款数额相符的资金通过短期、持续、多笔款项的形式汇入在贷款人银行处开立的账户,即使事后被银行单方扣划,亦应认定此种分期持续入账行为系债务人主动清偿行为,而非银行单方抵销债务。^①

(四) 破产撤销权成就的司法裁量因素

是否在危机期间以“扣款抵债”形式实施个别清偿行为,需系统权衡其加速到期条款是否在合规范畴内落实,对其个别清偿行为属性及其主观恶意进行分析。完善债务人破产的判断标准和举证责任分配,是健全《企业破产法》偏颇清偿法律制度的较好路径。

1. 行为人主观恶意应作为行使撤销权的构成要件

我国《企业破产法》未考虑债务人的主观意思,这既无法保护第三人权益,也无法维护市场安全稳定,同时又侧面容忍了恶意当事人的不当行为,导致这种现象的主要原因可从以下几个层面进行分析:其一,偏颇行为受当事人利害关系影响,会倾向于保护与债务人关系亲近的一方,使其在破产撤销权行使过程中获取额外收益,这就在一定程度上削减了一部分债务人的合法权益。其二,公平清偿对当事人双方都极为重要,为此当前法律体系需不断完善相关内容,以约束偏颇行为及其所适用的制度,弱化该行为,强化该制度,为有效践行分配规则奠定基础。若当事人在行使相关权利时存有恶意,基于《企业破产法》的规定,撤销权权利人无需承担证明责任,若另一方想要颠覆权利主张则应通过举证、质证等司法活动,证明自己的主观善意状态。与此同时,法律须对撤销行为作出规定,以可撤销及不可撤销两大类进行系统规划,避免相关行为受概括主义影响,提高行为可行性、可控性、可见性,达到完善法律体系的目的。^②

2. 债务人破产的判断标准和举证责任分配

域外对破产成因的分析主要为以下几种形式:第一,以列举主义为基础评定破产;第二,以概括主义为基础评定破产。^③其中,美国依据资产负债表对企业是否存在破产现象予以评定,若债务人能证明自己可以负担相关债务则不在此列。借助资产负债表对企业财务状况进行分析,相对客观、系统、科学、高效且富有针对性,可提高破产审评速率,给相关工作人员及法院带来工作上的便利,然而以各类数字为基础的资产负债表虽极为客观公正,但无法展现债务人信用等无法用数量权衡的“财产”,有些企业及其责任人可能会通过其极强的信誉、企业文化、个人魅力等因素清偿债务,为此这种评定破产的方法具有一定局限性。在评定企业破产层面,日本将破产与企业及责任人无法用信用、财产、劳务等一切手段清偿欠款的现象相关联,若企业可以通

① 参见张晓磊:《金融机构提前收贷行为的司法认识》,载《人民司法·应用》2014年第15期。

② 参见李永军:《破产法律制度》,中国法制出版社2000年版,第260页。

③ 参见李永军:《破产法律制度》,中国法制出版社2000年版,第42-52页。



过自己的劳动、信誉或财产清偿债务,则不可认定其破产,相较于美国,日本评定破产的规定相对完善。因清偿能力呈继续性、一般性状态,是一种客观状态,为此不能以当事人视角及思想评定破产。^①我国破产法规定构成破产的因素为以下几种:一是“资不抵债”,即债务人无法依约偿还到期债务,且债务人资产不能清偿全部债务,同美国一样,我国以资产负债表为标准对企业负债能力进行分析;二是债务人无能力偿还到期债务,同时清偿能力极为低下,即“无力清偿”,以分析企业现金流量为标准对其清偿能力进行评定。^②根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法(试行)〉若干问题的意见》(1991年)的规定,债权人未能依据合同约定偿还到期欠款现象持续发生,若无证据证明其停止偿还的连续性,则以不能清偿到期债务为标准判定其破产。我国《企业破产法》中虽通过实行双重多元标准,来规避单一状态下破产评定的弊端,然而在《企业破产法》中并未细化债务人是否存在破产原因的举证责任分配,为此需在民法视域下以“谁主张谁举证”形式落实各自的证明责任。债务人资产状况通常情况下为其内部事务,破产管理人、债权人对相关事务无法全面获悉,为此在各自生活及活动领域对债务人资产状况进行分析与取证具有一定难度。从保护债权人权益的角度进行分析,当前《企业破产法》可积极吸纳西方发达国家相关经验,适当延长临界期限,完善破产评定标准。总而言之,为使破产评定更为科学有效,需丰富其评定方法,完善其评定标准,健全其评定体系,在其中充实更多有关破产评定的要素与条件。

结 语

“随着免责制度、股东有限责任制度、和解、重整等制度的建立,破产法所寻求的,已不再是债权人和债务人两极间的平衡,而是加入了社会力量,成为在三维方向和三级层面上作用力量的平衡关系。”^③这种平衡关系同样应当在处理破产撤销权纠纷案件中的银行加速到期条款时得到体现。破产撤销权的行使可能与银行加速到期条款在意思自治原则下存在冲突,因此需要重新界定公平、正义和平等的价值观在债务人破产案件中的适用规则。在这个基础上,需要在维护债权人整体利益与个别利益之间进行权衡,并做出相应的选择。这样的权衡过程将有助于确保在破产案件中各方的权益得到公平、合理的保护。

(责任编辑:刘 昭)

① 参见[日]伊藤真:《破产法》,刘荣军译,中国社会科学出版社1995年版,第36-37页。

② 参见李永军:《破产法律制度》,中国法制出版社2000年版,第42-52页。

③ 王欣新:《破产撤销权研究》,载《中国法学》2007年第5期。

类案检索同类案例的拘束力性质证成及规范路径

洪潇潇*

内容摘要：类案裁判机制为同案同判提供了制度契机，而通过检索得出的类案通常被认为对于案件裁判具有事实上的拘束力。然而，司法实践中出现的问题表明，只有明确辨析类案的拘束力性质，才能发现类案对于同案同判的轨迹有所助益。通过证立发现同案同判作为构成性的法律规则，与其“元要素”的类案拘束力共同构成了独立的法律系统。以胡塞尔的内时间意识学为逻辑基础，区分客观时间与法律系统的内时间之前或之后，发现“前案”作为决策方案为“后案”创造的决策情境的逻辑结构，进而证明类案的拘束力性质，并在裁判中规范化其路径。构建类案在司法裁判中拘束力的规范化路径，同时使其具备必要的范围与限度，同案同判才能在制度意义上发挥应有的作用。

关键词：同类案例；同案同判；拘束力；内时间

一、问题的提出

强制类案检索是案例指导制度确立的关键一环，亦是实现同案同判的基础性构成。^① 现有理论层面对检索出的类案多是从技术上、应用上进行探讨，抑或对具体类型的类案，例如从指导性案例在司法裁判中的性质与应用进行研究。然而，对于类案的拘束力性质如何却缺乏研究。作为同案同判抑或类案裁判机制核心要素的类案，无论从形式正义还是实质正义的理论层面，都应当先解决其在司法裁判中拘束力如何的

* 洪潇潇，山东省德州市陵城区人民法院法官。

① “同案同判”通常指在相同或类似的案件中，法院作出相同的裁判。这意味着在处理类似案件时，法院会充分参考之前的判例。“类案同判”则是指在不完全相同但有相似特征的案件中，法院作出同等相似的裁判。虽然案件的具体细节可能有所不同，但法院会参考之前类似案例，以避免对类似情形下的被告人产生不公平的待遇。总的来说，“同案同判”更强调案件的相同性，而“类案同判”则更注重案件的相似性。两者都是为了维护司法公正和一致性而采取的原则和做法，以确保类似情形下裁判结果的相对稳定性和可预测性。鉴于两者在理论中所表达的意涵具有同一性，本文均表述为“同案同判”。



难题。自强制类案检索制度实施以来,已有诸多案例在裁判中依照《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》(以下简称《指导意见》)的规定对类案作出回应。但是,“参照”“参考”等模糊概念无法从方法论上帮助法官得到具象化的类案运用路径。作为“前案”的类案对作为“后案”的待裁案件的拘束力性质究竟为何?只有厘清类案拘束力的性质才能使类案在法官司法裁判中发挥方法论作用,使案例指导制度发挥其应有之义,使“同案同判”不至于沦为虚构的法治神话。^①

案例一:刘某立等诉刘某等机动车交通事故责任纠纷申请再审案。^②该案中,再审申请人刘某立等主张该案的事实部分与最高人民法院第24号指导性案例相类似,且该案事实与浙江省杭州市中级人民法院(2017)浙01民终8287号民事判决书完全一致,两审法院均未参照上述案例,导致裁判结果错误。同时,刘某立等在该案两审过程中均提交了上述指导性案例供法院作为类案参考,但法院在裁判时均未在裁判文书说理中对所提交类案予以回应,构成了程序违法。辽宁省高级人民法院认为,原一、二审法院未对本案是否适用第24号指导案例进行论述,故依照《指导意见》第9条、第10条之规定将本案发回重审。

问题一:类案对待裁案件是否具有拘束力,拘束力性质如何界定?

在案例一中,当事人认为该案在实体上与第24号指导案例的基本事实、争议焦点、法律适用具有相似性而法院未予参照,造成同案不同判;在程序上未对为何不参照指导案例作出论理,造成了程序违法。实践中,当事人或将类案作为抗辩理由或将其作为证据使用。此处隐含的前提是认为类案在实证法上具有规范的拘束力。类案的拘束力是类案裁判机制得以运行的基础。类案亦是待裁案件的“前案”,依照依法裁判的逻辑,“前案”与“后案”之所以能够形成同案同判是因为两案都依据了各自的裁判规则作出了正确的裁判,并非“前案”对“后案”具有拘束力。那么,“前案”对“后案”是否具有拘束力?如果有,该种拘束力性质为何?

案例二:广州某房地产开发有限公司诉石河子某股权投资管理有限公司等金融借款合同纠纷案。该案中,上诉人广州某房地产开发有限公司将另案判决作为证据向法院提交,法院认为,该另案判决不属于证据种类之一且并非指导性案例,故依照《指导意见》第10条之规定对该另案判决予以回应:“两案所涉合同在实现债权的‘其他费用’承担问题上的约定并不相同,故就‘财产保全责任险’费用的承担问题无法参照、

① 有学者认为,严格意义上的“同案”并不存在,致力于结果平等的“同判”在逻辑上非常脆弱,因此同案同判并不具备逻辑正当性。参见周少华:《同案同判:一个虚构的法治神话》,载《法学》2015年第11期。

② 参见刘阿立、牟居芬、李艳艳诉刘祺等机动车交通事故责任纠纷案,辽宁省高级人民法院(2021)辽民申5273号民事裁定书。

参考。”^①

问题二：类案拘束力的强弱表现如何？是否具有效力弹性？

在案例二中，法官依据案件事实对两案是否为类案作出了实质判断。在类案裁判中，法官要在待裁案件与同类案例之间进行反复比对进而论证类案是否应为“类案”。《指导意见》第9条规定，检索到的类案为指导性案例的，人民法院应当参照作出裁判，检索到其他类案的，人民法院可以作为作出裁判的参考。从语义学的角度，“应当参照”使指导性案例具有强制性的拘束力，而“参考”并非强制的、不得不的，其他类案所表现出的拘束力也就较弱。正如张某诉孙某民间借贷纠纷申请再审案，法院认为张某提出的“同案不同判”的申请再审事由，即便该事由属实，但类案同判并非法律适用的一般原则，且我国并非判例法国家，相关类案的裁判意见仅能作为原审审理时的参考而并非处理本案的依据。^②实践中，由于指导性案例体量、审级制度等原因，法官基于个人功利主义会更加注意上级法院的生效判决以及同地区、同级、同院的类案裁判规则，总会自发性的与身边法官保持一致，只有在本地区无相类案例的情况下才会选择关注本该拘束力更强的指导性案例以及其他地区的相类案例。通过类案的类型化，当前类案对于法官裁判的拘束力强弱差异表现为：从本院上级法院相类案例，到本地区其他法院相类案例，到指导性案例，再到其他地区相类案例，其拘束力强弱呈现递减态势。

案例三：国家开发银行诉宋某等申请执行人执行异议之诉案。该案中，法院认为该案与该院受理的另一类案（2021）最高法民终1064号一方当事人相同、案涉抵押财产相同、适用法律相同，故决定以该案进行示范开庭、示范裁判，并根据类案类判规则对其他类似案件进行审理。^③

问题三：类案拘束力是否应当有必要的范围与限度？

在案例三中，法官从功能主义的角度将同院类案作为示范案例，并将类案类判作为规则进行援引。可见，最高人民法院采用了同案同判作为法律规则的“强主张”。通说认为“同案同判”具有减轻法官论证负担和限制自由裁量的作用。对于与前案相类似的待裁案件法官不必重新论证，而是直接接受前案的论证思路和结论，类似于法教义学功能。换言之，类案机制的功能除统一法律适用，解决“同案不同判”外，还具有减轻论证负担的附随功能。《指导意见》第10条规定了不同类案的回应方式，即对指导案例应当在裁判文书说理中回应是否参照并说明理由，对其他类案可以通过

① 参见广州元阳房地产开发有限公司诉石河子信远业丰股权投资管理有限公司等金融借款合同纠纷案，最高人民法院（2021）最高法民终962号民事判决书。

② 参见张艳春诉孙素英民间借贷纠纷案，山东省高级人民法院（2021）鲁民申11217号民事裁定书。

③ 参见国家开发银行诉宋艳君等申请执行人执行异议之诉案，最高人民法院（2022）最高法民终15号民事判决书。



释明等方式予以回应。然而,法官面对海量的类案且不甚精准的类案,类案机制是否真正能减轻法官的论证负担?而且,在同案同判的语境下,存在过分夸大类案拘束力的现象,造成“异案同判”。当事人在提交类案时对类案给予己案所起到的拘束效果具有极大预期,且不论是否为类案,该类案是否已经不再适用于当下的环境,跨越区域提交的案例是否能够成为所谓“类案”?因为每个地区都有特殊性,这无异于加重了法官的论证负担。而上述“张某案”中,法院采用了“弱主张”并“一刀切”地回应其他法律主体提出的类案,由此走向另一个极端。

二、类案在制度意义上对司法裁判拘束力的性质证成

类案的拘束力作为同案同判的“元要素”,是同案同判结构的核心构成要件。如果两个相似案例之间并无拘束力,均是依法裁判的自然结果,则同案同判的逻辑就无从谈起。而同案同判是类案拘束力的逻辑渊源,如无同案同判在制度意义上的独立存在,则类案的拘束力亦是伪命题。因此,同案同判的结构与类案的拘束力共同构成了相互影响的内部法律系统。

(一) 同案同判与依规则裁判的关系

明晰类案在制度意义上对司法裁判的拘束力性质,首先要厘清同案同判的性质。同案同判是个案依据特定法律规则裁判后的自然结果,还是与依规则判断为相互对立于司法裁判中一体两面?有学者认为,同案同判具有可被凌驾性,属于与法律相关的道德义务,并不能凌驾于依法裁判的构成性法律义务。有学者认为,同案同判属于依法裁判的衍生性义务,是“溢出”依法裁判之外的表征,不具有方法论原则,仅是一种价值符号。^①有学者认为,依法裁判与同案同判都是司法的义务性要求,依法裁判是司法的初级本质,而同案同判是司法的深层性本质,依法裁判与同案同判是内在于司法的一体两面。^②换言之,两者同属于裁判者的构成性法律义务。

同案同判与依规则裁判两者同为构成性法律义务更具有合理性。首先,司法裁判的内涵并非仅限于纠纷的解决,其公共属性意味着司法裁判受到诸多价值衡平的影响。法律规范如果是周延的,那么同类案件依据法律规则都会得出一致性的结论。然而,实践中同案不同判屡被公众诟病的现状却提示这种理想的裁判逻辑并不存在。在司法裁判的过程中,排除任何的“决策”因素,严格按照法律规则作出裁判基本上是不可

① 参见雷磊:《同案同判:司法裁判中的衍生性义务与表征性价值》,载《法律科学(西北政法大學学报)》2021年第4期。

② 参见孙海波:《“同案同判”与司法的本质——为依法裁判立场再辩护》,载《中国法律评论》2020年第2期。

能的。^①如果司法裁判真如有些观点认为的可以按照某种逻辑公式得出结论,那么人工智能就能替代法官进行决策。而实质上司法裁判本身由于人的参与存在诸多不确定性。申言之,依规则裁判不能完全融贯于司法裁判的全部面向,裁判结果总会受到法律条文不同解释、社会价值取向、地域经济水平、法官个人倾向性意见等因素的影响而具有不确定性。

其次,法官在裁判过程中并非机械的法条主义者,法律自身所具有的概括抽象性为法官自由裁量预留了空间,要想限制其自由裁量仅依靠依裁判规则的路径显然无法实现。这意味着,从形式正义的实质上同案同判具备作为方法论的场域。安德瑞·马默(Andrei Marmor)提出“同案同判”可能会发生作用的三种场合:一是裁决部分地建立在任意选择的基础上;二是司法裁决基于在不可通约的价值之间进行选择;三是涉及道德模糊性或不确定性的案件。^②

最后,同案同判是否是道德义务?约翰·塞尔(John Searle)最早提出了“调整性规则”(regulative rule)与“构成性规则”(constitutive rule)这对概念,前者所调整的是先在的或独立的行为,而后者不仅会调整行为,同时还会创造或界定一些新的行为。^③法律规范多为调整性规则,行为往往先于或者独立于规则,如《民法典》规定民事主体的人身权利不得侵犯。构成性规则并不限于调整行为,更为重要的是形塑了行为。同案同判的逻辑在于类比推理,类型化思维是人们在认识中的基础性思维,人们总是会不自觉地模仿他人行为以调整修正自身行为。换言之,法官在作出裁判时会事实上的在待裁案件与其他案例之间来回比对,以避免与他人作出不同的法律解释。而构成性规则具有强制性,该种强制性是不可被放弃的。这种“不可放弃性”在范畴上并非完全等同于“不可凌驾性”,一旦发生足以推翻的事由,则规则可被“凌驾”,但并不影响该规则在适用时的“不可放弃性”,例如,在“电梯劝烟猝死案”中,二审法院即作出了有别于以往价值取向的判决。构成性义务无论作为规则还是作为原则都并非不可凌驾,其所要求的“不可放弃性”与“可被凌驾”是可以内在兼容的。^④因此,将同案同判作为道德义务的立论基础难以成立。在后文的案例四中,最高人民法院在裁判文书中表述为“类案类判规则”。可见,在实务中同案同判亦被归为法律规则。由此,同案同判规则属于构成性规则,法官对于同案同判则具有“构成性义务”(constitutive obligation)。正如“法官不得拒绝裁判”原则,即便是在立法缺位的场合,法官也不能对待裁案件置之不理。

① 参见泮伟江:《超越“依法裁判”理论》,载《中国法律评论》2020年第2期。

② See Andrei Marmor, “Should Like Cases Be Treated Alike?”, *Legal Theory*, Vol. 11, No. 1 (2005), pp. 28-31.

③ See John R. Searle, *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1970, p. 33.

④ 参见孙海波:《类似案件应类似审判吗?》,载《法制与社会发展》2019年第3期。



综上,同案同判与依规则裁判是相互独立于司法中的一体两面,作为一种法律规则,其自身具备在制度意义上的规范逻辑和运用场域。换言之,同案同判是在法官作出司法“决策”时所必须进行考量的要素,亦即同案同判对裁判具有构成性的拘束力。

(二) 同案同判语境下类案与司法裁判的关系

“同案”是把一个待决案件的事实情况与一个裁判先例的事实情况进行对比的认定,“同判”则是“同案”认定的结果,是对具有相同或类似情形的案件实行法律上相同或类似的处断,包括同样的法律定性以及相应的法律后果归属。^①换言之,法官运用类比推理对待裁的“后案”与“前案”在案件事实、法律事实、法律适用等方面来回比对,寻找“后案”与“前案”的相似性,进而使得出的法律后果不至偏离“前案”,造成“同案异判”。正如对于疑难案件司法必须符合一定的规范基础与制度安排,个案裁判把“同案同判”作为司法论证的拘束性条件也实属应当。^②实质上,法官在个案中运用同案同判法律规则进行论证时,“前案”已对“后案”有了事实上的影响力。这里暗含着一个逻辑,即法官对“前案”与“后案”之间存在着司法判断。正如案例二中法官对前后两案所涉合同约定进行比较,当发现两者并不具有可比性时,“前案”与“后案”的拘束力即被切断。而该种判断是置于同案同判的逻辑基础上的。正如有学者认为,判例得以自发运用的机理在于不论判例出自哪里,当待决案件与判例可进行比较时,其自然会成为待决案件的重要参考,如要做出相异结论则需要具有并非来自制度制约的强理由。^③“前案”对“后案”的拘束力更多地体现在作为裁判理由的面向上。将同案同判规则作为一种动态的结构,“前案”对“后案”的拘束力判断推动着同案同判规则发挥作用,而同案同判规则又为“前案”与“后案”之间设置了规范程序指引与边界,两者形成了相互作用的动态法律系统。每一个“前案”的作出都有其专属于过去的环境,而每一个“后案”都必然要考察过去环境的变与不变。同案同判其实是作为裁判组织的“记忆”和“预期”结构在个案裁判中发挥作用。^④类案作为裁判组织作出的具体“决策”又不断地在丰富着“记忆”与“预期”。

同案同判是对法律适用一致性的追求。对法律适用一致性的预期是一种反事实预期。^⑤换言之,法律适用一致性的意义不会随着历法时间的流逝而消失。虽然在法律系统的内部,特别是在涵摄过程中不同主体可能会作出不同的解释路径,且每种解释路径均具有合理性,抑或与先前的解释路径相冲突,但这并不影响法律系统内部的时间性。同案同判作为法律规则正是解决该种冲突的路径之一,使与“前案”事实类似

① 参见张志铭:《中国法院案例指导制度价值功能之认知》,载《学习与探索》2012年第3期。

② 参见杨知文:《非指导性案例的“指导性”与案例指导制度的发展》,载《清华法学》2021年第4期。

③ 参见顾培东:《判例自发性运用现象的生成与效应》,载《法学研究》2018年第2期。

④ 参见泮伟江:《论同案同判拘束力的性质》,载《法学》2021年第12期。

⑤ 参见李茂生:《风险社会与规范论的世界》,载《月旦法学杂志》2009年总第173期。

的“后案”在法律论证过程中获得同一种合理的解释路径,从而指向相同或者可预见的法律后果。对于构建不同解释路径的主体来说,其法律沟通必须在同一法律系统规范结构和时间约束机制下才能使新的解释路径成为过去规则的延续。^①个案之间之所以成为“类案”正是基于对法律规范解释的一致性。该种一致性使法院决策具有可预期性外,亦是维护组织稳定性的内部结构组成部分之一。审级制度下对上级法院同类案例的自发性遵循正是基于对该种稳定性的追求和法官对于被发改的担忧。因此,即便我国并非判例法国家,法官在依法裁判的传统路径下亦会寻找可以延续相同法律规范解释的“前案”。

(三) 类案在制度意义上拘束力的性质

如前所述,“前案”对“后案”具有事实上的影响力,即便是依法裁判论者都无法否认由于审级制度的存在,一审法官更加关注上级法院的裁判观点。而“事实上的影响力”是一个似是而非的概念,究竟在事实上有怎样的影响力,该种影响力是什么?社会系统论认为,司法裁判并非仅是为了解决纠纷,而是法院作为组织所作出的每一个司法裁判都是一项具备法律属性的“决策”。尼古拉斯·卢曼(Niklas Luhmann)认为,组织之所以也是一种自我生产、自我指涉的自创生系统,是因为构成组织的每一个决策沟通总是一再被整合到连续的决策过程中。每一个决策都是前一个决策的产品,而且又引发了后续的决策,而这个过程不断产生不确定性,也不断吸收确定性。正如马奇(James G. March)和西蒙(Herbert A. Simon)所说的那样:“当根据一些证据得出推论后,在后续推论中,前一个推论本身被作为沟通的起点,这样就吸收了不确定性。”^②换言之,法官作出的每一个决策并非都是孤立的,总是会或多或少地受到前一个决策所固定下来的信息影响,从而消除后一个决策的不确定性,同时,前一个决策也因后一个决策的认可而得以巩固。

案例四:陈某杰故意伤害罪案。陈某杰因其妻子受到被害人容某、周某等人醉酒后续调戏、侮辱,双方发生争执,被告人在反抗被害人攻击时,用小刀挥划防卫,造成一人死亡、一人轻伤及其他二人轻微伤的后果。两级检察机关均认为被告人构成了故意伤害罪并提起公诉以及抗诉,但一审、二审法院均认为被告人的行为属于正当防卫,判决被告人无罪,且不承担民事赔偿责任。^③本案中,事实认定为被告人因反抗被害人正在进行的行凶而造成被害人死伤,依照《刑法》第20条第1款、第3款认定被告人的行为属于正当防卫。该案与于欢案在事实部分有相似之处,同样的亲人被辱,同样地受到暴力侵害,但对于“行凶”“正在进行”的解释却不相同。于欢案

① 参见刘涛:《法律如何构建时间?——系统理论脉络下的展开》,载《交大法学》2022年第3期。

② March, J.G. and Simon, H.A. (1958). Organizations. New York, NY: John Wiley, P. 165.

③ 被告人陈天杰犯故意伤害罪案,海南省三亚市中级人民法院(2016)琼02刑终28号刑事附带民事裁定书。



发生后,引发了人们对于正当防卫、防卫过当的反思。而陈某杰案体现了关于正当防卫认定的价值转变。最高人民检察院发布的正当防卫典型案例亦延续了该案的立场,特别是甘肃省泾川县王某民正当防卫不批捕案,该案的争点亦是对“行凶”“正在进行”的认定。法官可以通过比对两案同是两方处于“正在进行”的打斗,一方处于弱势,且如不采取行动则可能造成严重伤害等要素,得出两案具有相似性可构成类案,进而得出相似的结论。^①可见,“陈某杰案”产生了对正当防卫认定的确定性,“王某民案”吸收了该种确定性,同时亦使该种确定性得以巩固。

从社会系统论看来,由于时间本身的悖论性结构,先前决策与后续决策的关系并非简单的前者决定后者,而是先前决策和后续决策处于相互限定的递归循环关系之中。^②德国学者胡塞尔的内时间意识现象学认为,对过往的回忆正是一种类型的当下化行为,被回忆的对象是当下的自我所设定的存在。^③其中“内时间”(inner time)理论是指对时间的体验和意识。胡塞尔认为时间并不仅仅是客观存在的连续流动,而是我们主观意识中的一种现象,意识在每个瞬间都有一个“现在”的焦点。这个“现在”是对时间的直接体验,不是简单的瞬时点,而是包含了过去和未来的内在关系。意识通过内时间的流动将过去的经验保持在记忆中,并预期未来的经验。胡塞尔的内时间理论可以为解释司法中的同案同判提供理论基础。根据胡塞尔的观点,意识在每个瞬间都有一个“现在”的焦点,这个“现在”包含了过去和未来的内在关系。由此,个案裁判并非孤立,“前案”与“后案”相互之间在同案同判的结构内形成了一种递归式的决策系统,与其他社会事件相隔开来。法律系统作为一个内在的整体与其他社会事件存在某种界限,该种界限并非物理空间意义上的,而是通过法律系统内部运行形成的时间面向上的。^④换言之,系统内部勾勒出不同于客观时间的内部时间体系。客观时间的当下所关注的仅是客观中立的刻度时间。而在系统的内时间视角下,不仅要关注作为客观中立当下,还应关注影响当下的之前发生的事件以及如果当下接受了之前事件影响而可能对未来所产生的预期与影响。如果从未来看当下,正如尼古拉斯·卢曼(Niklas Luhmann)所说的,当下就是未来之当下的过去(Gegenwart als einer zukünftigen Vergangenheit)。就此而言,不但过去已经发

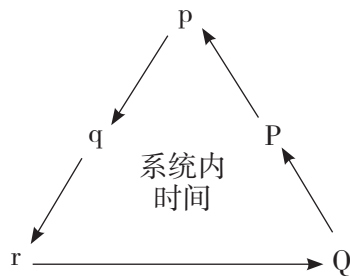


图1 法律系统的内时间
递归式决策逻辑结构

① 参见《最高人民法院发布6起正当防卫不捕不诉典型案例》,载微信公众号“最高人民法院”,2020年11月27日。

② 参见宾凯:《从决策的观点看司法裁判活动》,载《清华法学》2011年第6期。

③ 参见[德]埃德蒙德·胡塞尔:《内时间意识现象学》,倪梁康译,商务印书馆2010年版,第76页。

④ 参见泮伟江:《法律是由规则组成的体系吗》,载《政治与法律》2018年第12期。

生的“前案”对作为“后案”的当下裁判具有约束和限制。同时，作为“未来之当下的过去”，当前正在作出的裁决，也是未来可能作出之裁决的“前案”，因此，正在作出的裁决必然也要考虑，它对未来之后案所产生的“同案同判”的辐射力。^①假设前案为 p ，当下之后案为 q ，未来之后案为 r ，当下之前案为 P ，未来之前案为 Q ，则这种递归式的决策逻辑结构如图 1 所示。

三、类案在司法裁判中拘束力的规范化路径

海德格尔认为，过去、现在、将来是动态统一的，当下本身就是向着过去和将来敞开的此在。此在是当下性的，又是包含过去、将来于一体的当下性。^②正如前述决策逻辑结构显示的那样，过去发生的“前案”作为裁判组织的集体“记忆”为当下之“后案”提供并且限制了决策情境。

（一）类案拘束力在裁判中的表现路径

考夫曼（Kaufmann）认为，虽然在法的最高阶层（即自然法）中，法律理念和一般法律原则是超越时代局限的，但作为第二个阶层的实定法和第三个阶层的具体的法律和法律判决却不能摆脱时间的制约，而总是只能在或长或短的时间范围内具有效力。^③简言之，作为类案的“前案”对“后案”的决策情境影响具有时效性。以正当防卫为例，在于欢案之前，法官对于正当防卫的把握采取极为审慎的态度。以“正当防卫”为关键词，通过搜索中国裁判文书网，可发现 2017 年以前的案例，即便法官认定被告人的行为具有防卫性，但几乎全部认定被告人防卫过当而构成故意伤害罪。而 2017 年以后的案例中，被认定为正当防卫的案件明显增多，特别是引起舆论广泛关注的“云南唐雪反杀案”“昆山龙哥被反杀案”等被告人的行为均被认定为正当防卫。

仍以前述“王某民案”为例，通过对比其与“果某娟故意杀人案”，^④该案与“王某民案”的事实情节相似。“果某娟案”中被告人长期受到被害人实施的殴打、侮辱等家庭暴力行为。案发时，被害人在醉酒状态下对被告人及其父母实施暴力行为，被告人在被害人殴打其父母时使用木棍击打被害人头部，致被害人当场死亡，被告人在现场报警主动自首。本案中，法院认可被告人行为具有防卫性，但仍构成故意杀人罪。“王某民案”中，王某民之女王某霞与其夫潘某家庭不睦而离婚，潘某为争夺其子潘乙而到王某家中滋事，潘某在抢夺潘乙的过程中对王某霞、潘乙实施殴打、威胁等暴

① 参见泮伟江：《论同案同判拘束力的性质》，载《法学》2021 年第 12 期。

② 参见〔德〕马丁·海德格尔：《时间概念》，陈小文译，载孙周兴选编：《海德格尔选集》（上），上海三联书店 1996 年版，第 24 页。

③ See Vgl. Kaufmann, Existenz und Ordnung, FS-Wolf, Frankfurt am Main: Klostermann, 1962, S. 385.

④ 参见果勤娟故意杀人案，云南省楚雄彝族自治州中级人民法院（2016）云 23 刑初 15 号刑事判决书。



力行为,王某民在潘某持匕首与王某霞、潘乙撕扯时,使用镰头击打被害人头部,使被害人当场死亡,被告人在现场报警主动自首。本案中,检察机关认定王某民的行为符合《刑法》第 20 条第 3 款之规定,属于正当防卫,不负刑事责任。通过比较,可发现两案具有相似性。“果某娟案”为“王某民案”的“前案”设为 P',“王某民案”

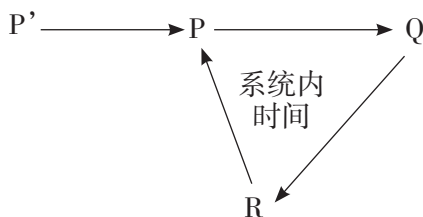


图 2 类案拘束力表现图

设为 P,再假定在本文行文的 2022 年之当下发生了与“王某民案”的犯罪情节相似、造成后果相似,适用法律相同的案件 Q,未来之后案设为 R。该拘束力逻辑结构则如图 2 所示。

由此,由于“前案”P'的决策情境发生了可被凌驾的事由,使该案对“后案”P不再具有同案同判的拘束力。“后案”P因与当下案件Q具有相同的决策情境,该案处于同案同判的结构中,法院就不得不比较P与Q,关注当下决策情境与之前/之后相异同处,以避免承担同案不同判的风险。

(二) 类案拘束力在实证法中的规范化路径

对于类案的拘束力,我国学界采取了审慎的态度。通说认为,指导性案例的“应当参照”被赋予了一定的法源性地位。《指导意见》遵循了这一观点,第 9 条初步规定了检索到不同类案的拘束力大小。检索到指导案例的,法院应当参照;检索到其他案例的,法院可以参考。参照是上级机关对下级的一种照此办理、照此执行之要求,具有行政命令的性质。从这个意义上看,“参照”本身就具有居高临下的行政性拘束力。^①“参照”本身就带有一定的强制性,“应当参照”将这一强制性程度加强。但这种强制力体现为一种形式的拘束效果,并不具备规范的拘束力,案例本身的拘束力实质上是一种说服力,即参照/不参照的二元辨析。其他案例“参考”的拘束力更加微乎其微。因此,可通过以下路径使类案拘束力规范化。

1. 类案拘束力的显性化。有拘束力的不是判例本身,而是在其中被正确理解或具体化的规范。^②换言之,真正有拘束力的部分是从母本案例中提炼出被称为裁判规则、裁判要点、裁判摘要等各类名词的部分。该部分所蕴藏的决策方案和观点,具有个案性与普遍性。而规则决定和形塑了各主体自身和相互之间的行为,进而决定了司法实践中的差异性。然而,由于规则具有开放性,法官虽然会自发性地选择相类案例与待裁案例进行比较来验证自身判断的正确性,但由于风险性因素的考量,这一判断过程

① 参见孙国祥:《从柔性参考到刚性参照的嬗变——以“两高”指导性案例拘束力的规定为视角》,载《南京大学学报(哲学·人文科学·社会科学)》2012 年第 3 期。

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 301 页。

多为隐性。即便是有相类似的指导性案例，法官为了规避责任风险与减轻说理负累亦会选择隐性适用。类案的拘束力在实质上呈现一种隐性的状态，反而无形中扩大了法官的自由裁量权，形成裁判悖论。因此，类案的拘束力需破除隐性的状态使其对法官具有明确的规范约束力，案例指导制度才能从根本上发挥功能作用。

2. 类案的可选择范围。一般来看，规范约束力属于正式制度上的效力范畴，制度性权威会对司法裁判产生规范约束力，也就是说，作为一种应然约束力，法官在司法裁判中“应当”去适用法律渊源，而这里的“应当”又与“法律义务”的概念相联系，表现出法律上的强制性要求。^①在德国，联邦宪法法院所作出的判决具有极高的拘束力，其对于联邦以及各州的宪法机关、法院均具有拘束力。在法国，其行政诉讼法中承认判例的拘束力，并且许多行政法中的重要原则和规则都有判例加以释明。我国目前的类案具有一定的底层性特点，如指导性案例产生的母本案例多是源于基层法院或经过中级人民法院二审的案件。除了指导性案例是经由最高人民法院特定程序“加工”而成，其他类案则呈现出一种无序的状态。目前可使用的类案检索机制所包含的案例无论范围还是形成时间上亦延续了这种无序性。根据上述类案拘束的逻辑图示，类案的选取范围仍应遵循该种逻辑，即指导性案例优先于本院上级法院相类案例，本院上级法院相类案例优先于本地区其他法院相类案例，本地区其他法院相类案例优先于其他地区相类案例。

3. “判例群”的建立程序。如前所述，大陆法系国家并非完全排除判例的适用。被抽取出来的前案裁判规则通过后案的确认而具有了普遍性和一般性的拘束力，该前案即具备了成为先例的性质，指导案例即具有该类性质。在德国，法院会在不同案件事实与行为中抽取相同的部分进行总结归纳，并根据该部分的特征、规则集结成判例群。有学者将德国这种“判例群”称之为“法官法”。所谓“法官法”（Rechterrecht）是指最高法院或终审法院的裁决中所适用的、在成文法或习惯法的法律秩序中不存在的法律规则。^②这实质上是将类案的裁判规则进行提炼后赋予了其准法源性的拘束力。同为成文法国家，同案同判的形式正义追求促使类案的拘束力不能仅限于说服力。理论和实务都在努力尝试使一部分案例具有准法源的地位。大数据时代为“类案”更大程度的变为“判例”提供了契机。在同案同判的结构框架下，最高人民法院除从上到下的公布指导性案例外，亦应关注地方性的案例对于司法裁判的影响。正如前述不同类型化类案的效力图示。因此，面对实践中的类案适用混乱，

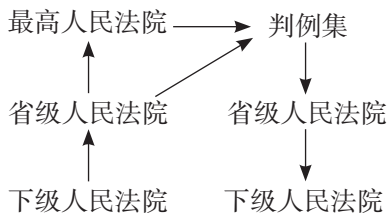


图3 “判例群”构建路径图

① 参见杨知文：《非指导性案例的“指导性”与案例指导制度的发展》，载《清华法学》2021年第4期。

② 参见〔德〕伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第107页。



可逆向整合从下到上的裁判规则,结合审级职能定位改革,充分发掘省级人民法院法律审功能的伴随作用,建立“自上而下”+“自下而上”的“判例群”(见图3)。

该“判例群”可弥补指导性案例供给不足,提高法官更为侧重的上级法院裁判规则、本地区裁判规则的拘束力位阶,以此促进类案显性适用,为法官提供更为明确且合法的决策情境。

(三) 类案拘束力在程序上的规范化路径

在案例一中,一审法院因未对当事人检索出的指导性案例在裁判文书说理中予以回应而构成程序违法。实质上,类案机制对程序具有形塑作用。法院始终适用着既存的法律,但它所适用的法律可能不是实体法,而是程序法。^①当法官遇到依法裁判无法解决的新型、疑难案件时,由于“不得拒绝裁判”,必然要寻找与之相类的其他案例来作出决策。《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》初步规定了类案判断的标准。法官在找寻类案、进行类案判断的过程中,事实上按照同案同判的构成性规则形塑了自身行为。

1. 类案拘束力的识别要素。在民法法系国家,先例的法律效力产生于司法结构和司法运行系统,是一种对各个主体共同维系自主生成的说服力。^②使类案拘束力发挥效用的过程中,不仅法官会被强制性的或基于自发性的找寻类案,案件的当事人为内心获得已案结果的确定性与可预测性,会更加注意与已案相类的案例,并积极向法院提交以寻求法官的认同。实践中,法官总会收到除自身检索的类案外,来自律师、当事人等主体提交的案例更多,而多数情形下其对于提交的案例是否能够构成类案在所不问。在其他法律主体的内心,其确信法官会遵循已经发生效力且得到确认的判决结果,他们亦会按照这一判决结果来规划自身未来的实践活动。如果法官选择漠视或者不予正面回应这些相似的案例则会损害其他主体的信赖利益。“前案”实质上影响了法官的裁判行为,亦影响了其他法律主体的诉讼行为。在规范法官适用类案的同时亦应当相应的规范其他法律主体提交类案的行为。该种规范可融贯于法官对于类案的回应之中。同时,能够被称为“类案”的“前案”必须具有可普遍化的特性,否则无法为待裁案件提供相同的决策情境以进入法律系统内部递归式结构之中,如特殊事实情形下所作出的裁判。综上,从类案的拘束力的时间性可以看出一个“前案”之所以能为“类案”除了通常认为的作为外部标准的事实争点与作为内部标准的法律适用外,案例的时间性以及案例的普遍性亦应作为法官认定类案的标准要素。

2. 识别要素在裁判中的具体应用。上述四个标准亦非单纯并列关系,应是一种递进关系。换言之,判断一个案例是否是类案、法官是否应作出回应,应当遵循递进的

① 参见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第171页。

② 参见张志铭:《司法判例制度构建的法理基础》,载《清华法学》2013年第7期。

逻辑,即先判断出案例之间事实争点具有类似性或者法律适用相同后再进一步判断案例是否具有普遍性,只有当案件具有普遍性后才能进而判断是否具有时间性,若符合上述四要素,则法官应当回应,缺少任一要素则法官应予以不同程度的回应。结合上述“判例群”,按照类案类型化拘束力,可对法官自主检索的类案或其他主体提交的案例回应作出相应区分(见表1)。

表1 类案类型化拘束力法官回应图示

案例类型要素	判例群案例		上级法院案例				本地区案例				其他地区案例			
事实争点(外部)	相似	不相似	相似	相似	相似	不相似	相似	相似	相似	不相似	相似	相似	相似	不相似
法律适用(内部)	不相同	相同	相同	相同	不相同	相同	相同	相同	不相同	相同	相同	相同	不相同	相同
普遍性	—	—	具有	不具有	—	—	具有	不具有	—	—	具有	不具有	—	—
时间性	—	—	不具有	—	—	—	不具有	—	—	—	不具有	—	—	—
法官回应	就法律适用应当回应	就事实争点应当回应	就时间性予以回应	就普遍性回应	就法律适用回应	可不予回应	可以回应	可以回应	可不予回应	可不予回应	可以回应	可不予回应	可不予回应	可不予回应

四、类案在司法裁判中拘束力的必要限度

“同案同判”的概念证成的对立概念则为“异案异判”,与之相例外的概念为“同案不同判”。“同案不同判”历来被看作司法裁判中的错误结果。然而,在特定情形下“同案不同判”却更加符合正义追求。正如前述关于正当防卫的案例变迁。类案的拘束力并非在任何场合都具有效力,不应过分夸大类案的拘束力效用。

(一) 类案拘束力的可废止性

从论证的角度,不甚精准类案检索软件给法官带来了或数量过多或时间较早的所谓类案。这些类案并未减轻法官的论证负担。有些“前案”并非都符合正义标准,其带有之前法律理解、司法环境、地域差异的影响。如交通事故案件中的精神抚慰金规定额度属于倍数范围,法官可自由裁量,不同区域根据其当地的经济水平情况有不同把握。如果当事人在山东法院应诉却提交河北法院的类案以要求法官作为参考,那



这无异于增加了法官的论证负担。从后果主义的角度,法官运用类案一方面是为减轻论证负担,另一方面则是基于后果考量,避免因作出与他人不同的裁判而被追责,特别是牵扯利益繁芜的复杂案件,涉及利益的衡平、社会风俗、人们朴素的正义观等因素。法官找寻类案是为了能使其利益衡平裁判过程更符合裁判“前案”以避免被认为裁判不当,亦是基于系统考量为使裁判结果在法律与社会维度均具有说服力。

从道义论的角度,类案的拘束力通过类推逻辑得以具象化,因而其也应当具有可废止性。因此,类案的拘束力应当具备必要的范围与限度。一种类案拘束力可被废止的情形源于同案同判作为法律规则的可被凌驾性。如前所述,同案同判作为构成性法律规则,其本身具有不可放弃性。司法裁判中的“不可放弃性”标准具有弹性,组织运行的基本原则和结果意义均可具有该性质。^①当处于当下决策情境下的立法、司法环境、道德标准等影响组织作出决策的因素发生改变时,同案同判则仅是作为组织运作的基本原则而不被放弃。此时个案的实质正义可凌驾于形式正义的正义标准之上,类案的拘束力亦应被废止。而对于结果,法官不能将作为组织决策记忆的所有“前案”均作为“后案”决策的方案,也并非所有“前案”对于“后案”均有拘束力。法官不能非反思的全盘认可这种拘束力。正如前述正当防卫案例,相似的案例亦有其特殊的社会情境与裁判环境。相反,法官应当常常将眼光在“前案”“当下”以及“当下之后案”等系统的内时间循环往复,只有当下之案肯定了前案的约束力,之前的类案才能具备对当下决策的拘束力,并为当下之后案创造决策情境。

(二) 类案拘束力的时间性

另一种类案拘束力被废止的情形则是源于类案本身。司法裁判是动态的过程,常需要法官将自身带入社会场景中层层推进认知范围。法官通过反复的权衡和判断,发现若遵循或参照既往的先例判决则可能会给公共利益造成一种更大的侵害,此时较为明智的举措便是做出一种“预期性推翻”(prospective overruling)。^②如前所述,由于“后案”的决策情境已经改变,所以“前案”对“后案”的拘束力被废止,同案同判处于可被凌驾的状态。根据英国学者伯顿(s.J.Burton)的理解,他认为类推是将当前案件中的事实与先例中的事实进行比较。然而,先例中的案件事实并未升华为构成要件,而是属于规则的“如果……”这个部分。^③换言之,“前案”中的案件事实作为构成要件p,则可于“后案”推导出一个似真的结论q,该似真的结论应

① 参见泮伟江:《论指导性案例的效力》,载《清华法学》2016年第1期。

② See Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent* Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 163.

③ 参见宾凯:《从决策的观点看司法裁判活动》,载《清华法学》2011年第6期。

当与“前案”的结论相同。当作出 p 的决策情境发生改变,如法律修改、价值导向改变、道德标准改变等。这些影响组织决策作出的条件足以改变和修订组织的决策“记忆”,那么这一似真的结论就可被废止,该部分类案即不具备拘束力。如前所述,类案的拘束力是有时效性的。如果仅依靠法官的判断将已然过时的、不合时宜的类案排除在外,工作量无疑是巨大的,会让法官从自发性运用类案到排斥类案。因此,可根据法律修订、价值变更等因素划定可作为决策情境的类案的范围,并将其作为判例在“判例群”中加以说明。

结 语

以胡塞尔的内时间意识为逻辑基础,区分客观时间与法律系统的内时间之前抑或之后,通过系统论二元符码的决策观点,按照法律系统的内时间将案件分为“前案”“后案”“当下之后案”“未来之后案”等,发现了“前案”作为决策方案为“后案”创造的决策情境的逻辑结构。类案作为“前案”为法院作出决策的“集体记忆”,对“当下之后案”提供了决策方案,并为“未来之后案”创造了决策情境。在实证法中,类案拘束力基于普遍性按照类型不同而具有弹性。可通过“前案”与“后案”的决策情境比较,通过自上而下和自下而上的渠道建立“判例群”,将类案转化成具有规范拘束力的判例。类案的拘束力亦在程序上形塑了法律共同体中各主体的行为。从道义论的角度,类案拘束力因可废止要素的加入而具有可废止性和时间性,使其具有限度和范围。明晰类案拘束力运行逻辑和路径为统一法律适用提供了制度基础。

(责任编辑:杨 军)



应对突发重大公共卫生事件的法治体系研究

罗伯恒*

内容摘要：突发重大公共卫生事件具有偶然性和必然性。2019 年武汉新冠疫情和 2003 年“非典”疫情都是对我国公共卫生事件应急处置机制的考验，尽管在疫情防控方面取得了显著成果，但仍需关注防控过程中突发的法律规范界限不明晰、应急管理体制机制不完善、刑法入罪形式化趋势明显等问题。以我国现行应急处置法律规范体系为研究对象，探寻形式法治、实质法治和健康法治之间的内生逻辑联系和融合统一具有法理和现实的合理性。具言之，从注重事前预防，确保行政权力法治化运行、完善突发事件应急处置预案；强化事中应对，以行政、司法多维度保障应急处置；落实事后处置，健全法律规范体系、完善应急处置体制机制的三个维度应对处理突发重大公共卫生事件。

关键词：重大公共卫生事件；应急处置；行政权力；法治

2019 年 12 月，武汉开始出现数例新型冠状病毒感染患者，随后新冠病毒迅速肆虐全国。此次疫情是对我国治理体系和治理能力的一次大考，我国充分发挥制度优势，紧紧依靠人民群众，科学防治、精准施策，最终打赢了这场人民生命安全保卫战。新冠病毒肺炎疫情的暴发只是我国应对突发重大公共卫生事件的一部分。习近平总书记指出，风险应对能力是国家治理能力的题中之义，是国家安全的重要抓手。^① 因此，系统反思突发重大公共卫生事件应对机制的不足，并尝试制度创新，完善重大公共卫生事件防控的治理结构，对提升应对重大公共卫生事件的能力至关重要。推动完善涉及突发事件防

* 罗伯恒，成都理工大学文法学院硕士研究生。

基金项目：本文系 2023 年四川省哲学社会科学重点研究基地四川医事卫生法治研究中心项目“四川应对重大公共卫生事件体制机制建设研究”（项目编号：23YFYB006）的阶段性成果、四川省高等学校人文社会科学重点研究基地四川省社会治安与社会管理创新研究基地项目“权利保障视野下提升警察现场执法公信力问题研究”（项目编号：SCZA23C02）的阶段性成果。

① 参见杨丹：《提升突发重大公共卫生事件的风险应对能力》，载《湖南日报》2020 年 3 月 10 日，第 5 版。

控相关的规范性法律文件,加强配套制度建设,推动形成系统完备、科学规范、运行有效的综合法律体系,方能为以后预防社会重大卫生事件提供法治保障。

一、应对突发重大公共卫生事件的现行法律保障体系

突发公共事件是指在一定区域内突然发生的,打破了原有的正常社会秩序,造成或者可能造成重大人员伤亡、重大财产损失和重大社会影响,并危及公共安全的,需要立即处理的事件。^①根据突发公共卫生事件的危害影响与涉及范围,将突发公共卫生事件划分为特别重大(Ⅰ级)、重大(Ⅱ级)、较大(Ⅲ)和一般(Ⅳ级)四级进行管理,配套建立分级反应机制。法律保障方面,也同时根据其性质的不同,分为指导性法律保障体系和惩罚性法律保障体系。

(一) 指导性法律保障体系

改革开放以前,我国社会管理以“单位制”“人民公社制”为基本社会组织形式,具有政治、经济与社会三位一体的功能,呈现行政性、封闭性、单一性的特征。这一时期,人口流动近乎停滞,人们普遍生活在“熟人社会”中,社会基本单元的管理、控制能力较强,许多卫生事件能够被有效消灭在萌芽阶段。

1989年,我国制定首部《传染病防治法》,以预防为主、防治结合、分类管理作为传染病预防控制的主要原则,并在传染病预防和控制、疫情的报告和公布等方面对各级政府卫生部门提出了具体要求。此后一直到2003年“非典”病毒暴发前夕,我国在应对突发公共卫生事件方面始终存在诸多空白,政策相互独立,未能形成体系。^②2003年“非典”疫情暴发起初,我国未建立起突发公共卫生事件专门应急处置队伍,缺乏应对预案和应对经验,以至于当时的应急管理体制机制难以有效作出应对。在此情况下,党中央、国务院快速作出决策,基于我国国情创造性的出台了一系列举措,最终渡过难关。

此后,我国逐渐认识到应急防控工作的重要性,开始密集总结“非典”防控的经验和成果,出台了一系列针对突发公共卫生事件的应对举措。2003年5月出台《突发公共卫生事件应急条例》(2011年作进一步修改);2004年8月修改《传染病防治法》(2013年作进一步修改);2006年出台《国家突发公共卫生事件应急预案》(2013年国务院办公厅印发《突发事件应急预案管理办法》);2007年出台《突发事件应对法》等,为各级人民政府及其主管部门妥善应对突发事件提供了规范保障。

^① 参见王利宾:《法律经济学视角下的突发公共卫生事件防控研究》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2021年第5期。

^② 参见张枫怡、赵静等:《我国突发公共卫生事件应急管理政策变迁研究》,载《医学与法学》2023年第4期。



截至目前,我国制定了《突发事件应对法》《传染病防治法》等涉及应急、灾害的法律法规共60多部,覆盖了包括自然灾害、事故灾难、公共卫生事件和社会安全事件等多种类型,形成了预防为主、常备不懈,统一领导、分级负责,依法规范、措施果断,依靠科学、加强合作的重大突发公共卫生事件应对处置机制。

(二) 惩罚性法律保障体系

有关重大公共卫生事件应对惩罚性保障的法律规定见于《刑法》第六章妨害社会管理秩序罪中的第五节危害公共卫生罪。2003年“非典”疫情暴发时由最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》)以及2020年2月新冠疫情暴发时由最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合发布的《关于依法惩治妨害新型冠状病毒肺炎疫情防控违法犯罪的意见》(以下简称《意见》)。

刑事立法在重大公共卫生事件处置过程中也发挥了重要作用。1989年,我国《传染病防治法》出台,该法第35条、第37条通过列举方式明确了妨害传染病防治的具体行为,规定“比照刑法第一百七十八条的规定追究刑事责任”,是我国从立法层面规制妨害传染病防治行为走出的第一步。根据社会形势的发展变化,1979年《刑法》已经逐渐滞后。针对原有立法的不足,1997年《刑法》将原《传染病防治法》中关于规制妨害传染病防治行为的内容吸收,增设妨害传染病防治罪,对其从独立配置法定刑、增加单位可以作为犯罪主体两方面对法条规定进行了修改完善。

2003年“非典”疫情暴发时,因我国《刑法》对妨害传染病防治罪采用了准用性规范的立法方式,甲类传染病的标准以《传染病防治法》的规定为准。但《传染病防治法》规定我国甲类传染病仅有霍乱和鼠疫两种,并且当时尚无对乙类传染病可以按照甲类预防、控制的规定,使得《刑法》的惩治面过于狭窄,导致对“非典”这种起初原因不明造成的大范围传染性疾病的防控过程中缺乏法律的惩罚性保障。为保障疫情防控工作的顺利进行,才有了《解释》的出台。在未明确妨害传染病防治罪法律适用的情况下,将患有突发传染病或者疑似突发传染病而拒绝接受检疫强制隔离或者治疗,过失造成传染病传播,造成严重后果的行为按照过失以危险方法危害公共安全罪定罪处罚,为“非典”防控期间对妨害公共卫生事件的处置提供了坚实的法律保障。在“非典”疫情防控战争取得胜利后,通过总结经验教训,促成了《传染病防治法》在2004年的修改,此次修改着重完善了传染病防控手段,增加对甲类传染病以外的传染病可以采取甲类传染病的预防、控制措施的规定,为此后应对重大突发公共卫生事件提供了制度保障。

新冠肺炎疫情暴发后,《意见》明确规定了故意传播新型冠状病毒感染肺炎病原体的两种具体行为按照以危险方法危害公共安全罪定罪处罚,妨害疫情防控措施引起

新型冠状病毒传播或者有传播严重危险的行为按照妨害传染病防治罪定罪处罚,为妥善应对这一重大突发公共卫生事件提供了明确依据,在引导公众自觉履行报告义务、接受检测以及配合隔离、治疗措施,有效控制疫情扩散方面发挥了重要作用。2020年12月,《刑法修正案(十一)》出台,标志着我国将过去关于重大突发公共卫生事件的应对经验和成果正式上升至成文法高度,加大了对妨碍突发重大公共卫生事件行为的打击惩罚力度,对重大公共卫生事件的防控体制的持续完善和推进打上了一剂“强心针”。《刑法修正案(十一)》将原《刑法》第330条规定的妨害传染病防治罪在入罪方面进行了范围上的扩大。具体而言,在保持妨害传染病防治罪结果犯属性的同时,将其入罪行为由“引起甲类传染病传播或者有传播严重危险的”增加为“引起甲类传染病以及依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病传播或者有传播严重危险的”,密切贴合了2020年至2023年新冠疫情“乙类甲管”的防控现状。我国抗击新冠疫情取得的重大成果客观上也离不开《刑法修正案(十一)》的惩罚性法律保障。

二、突发重大公共卫生事件法治化应急处置的现状检视

(一) 法律规范界限不明晰

我国现行应对突发重大公共卫生事件的法律体系具有法律渊源效力层级复杂、法律规范条目众多的特点,不同法律规范之间因立法目的不同、规范细化程度不同等造成一定程度的杂糅。受“宜粗不宜细”的立法思路影响,现行《突发事件应对法》对于重大突发事件的处理规定较为原则化。例如,事后恢复与重建章中,只是规定人民政府要组织开展相关工作,但是对于实施主体、实施标准、实施计划以及实施过程都没有明确规定。再者,信息发布主体多元,《突发事件应对法》规定由政府及其部门发布信息,《传染病防治法》规定其信息发布主体为卫生行政部门,这在一定程度上可能导致政府对突发事件信息发布不及时。《传染病防治法》等法律属于特别法,只适用于单种类的公共危机。长期以来,我国按照突发公共卫生事件类型分别立法,分散立法模式下的一事一议特征非常显明。^①致使在突发事件预警、信息发布、应急准备、处置等方面缺乏有效衔接,缺乏紧急状态下统一的指挥、权力配置机制,关键时刻难以有效应对重大公共卫生事件的处置工作。

(二) 应急管理体制机制不够完善

我国突发重大公共卫生事件法治体系建设正在逐步健全,应急管理体制机制方面有待完善。以我国出台的应急法治预案为例,在总量上已经基本实现了多部门、多种类、

^① 参见王志鑫、吴大华:《我国突发公共卫生事件应急法律体系的检视与完善》,载《中国卫生事业管理》2022年第8期。



多领域的覆盖,但在体制机制、逻辑框架、实操规范上仍有一定的不足之处。我国针对突发重大公共卫生事件应急预案存在以下问题:其一,各省立法进度不一,重复立法现象明显。全国范围内仅有 70% 左右的省、自治区、直辖市在《突发事件应对法》《突发公共卫生事件应急条例》基础上进行了地方立法,出台了结合本省实际情况的实施细则。其中也暴露出应急预案文本简单复制、预案缺乏针对性和可操作性、预案的应急演练不足等问题。其二,公共卫生体系在其结构、制度方面仍存在一定完善空间。现有公共卫生应对体系侧重于对即发事件进行管控,“重医轻卫”“重医轻防”的倾向依然比较突出。其三,法律法规滞后性凸显,现行《国家突发公共事件总体应急预案》《国家突发公共卫生事件应急预案》皆为 2006 年制定,但是其主要编制依据已经发生改变,如《突发公共卫生事件应急条例》于 2011 年修正,《传染病防治法》也于 2013 年修正,而应急预案却未能同步更新完善。

在应急体制方面,我国基本形成全国分类管理、分级负责、条块结合、属地为主的应急管理体制。应急机制主要包括预测预警机制、应急信息报告程序、应急决策协调机制、应急公众沟通机制、应急响应级别确定机制、应急处置程序、应急社会动员机制、应急资源征用机制和责任追究机制等方面。应急管理体制具有明确职责、整合资源、及时响应、紧急救援、评估恢复等关键作用。有学者指出,我国应急管理体制具有一定的中国特色优势,但是管理体制内存在部门化倾向、部门职责与上下级政府职责划分不明、协调性差、责任体系不健全、资源整合差等问题。^①还有业内人士指出,我国应急机制上缺乏创新化和信息化、当地政府的重视度和监督不够以及其本身实际存在的一些缺陷,并提出应从机制的应用设计、推行信息化管理方式、投入使用前进行大量重复实验、提高工作人员的专业知识素质等方面进行改进,优化突发公共卫生事件应急机制。^②《国家突发公共卫生事件应急预案》明确了在国务院的领导下由卫生部(现为国家卫生健康委员会)组织协调应急处理工作,必要时可成立全国突发公共卫生事件应急指挥部。这种成立临时的指挥部或领导小组承担处理危机的职责具有两面性。一方面,该机制能够破除部门间的“行政障壁”,及时妥当调配资源,最大限度发挥集体合力;另一方面,应当注意的是,这种临时议事协调机构的建立又间接导致了政府应对危机的反应能力持续性不足,客观上强化了重应对、轻预防的应急处置理念,使得应急处置预案、演练等制度地位降低。现有立法对行政应急权的规范也未能充分满足应急法治的要求。在一些重大突发公共卫生事件中,一些应急措施的出台可以最大限度地保护人民和公共财产的安全,但是有时将超越法律的规定范围,这不仅会让执行机关面临一定的舆论压力,也让司法机关在处理该类案件中难以找到法理支撑,更是让民众难以对行政机关的应急权形成有效监

① 参见高小平:《建设中国特色的应急管理体系》,载《中国应急管理》2009 年第 4 期。

② 参见张沐霞:《突发公共卫生事件应急机制研究》,载《世界最新医学信息文摘》2019 年第 19 期。

督。客观上使得突发公共卫生事件处置期间行政机关的部分“指令”游离于现有法律体系之外，难以满足法治政府建设的要求。

（三）人民群众在公共卫生法治建设中参与度不足

在重大公共卫生事件的治理中，人民群众扮演着不同的角色。既是针对行政机关发出应急指令的服从者，又是受助于公共卫生部门进行应急救助的被救助者，还是协助相关政府职能部门进行应急管理的参与者，更是在重大公共卫生事件治理中对行政权、司法权是否依法运行进行监督的监督者。^① 保证并且加大人民群众在公共卫生法治建设中的参与力度，对于公共卫生法治建设的健康发展意义重大。

1. 人民群众在公共卫生事件治理中的知情权不足

知情权是指公民对自身相关信息获取和了解的权利。它是公民的一项重要私法权利，也是法治国家所必须保障的基本人权之一。2007年，我国颁布了《政府信息公开条例》，里面虽未明确规定“知情权”这一权利，但是政府信息依法公开原则得到了确立，视为公民知情权之法律基础。信息是决策的依据和前提，也是决策获得民众支持的基础。^② 知情权作为私法之权利，公民行使该权利的必然会与公法权力产生碰撞，行使知情权的一项前提就是要求相关国家机关在法律限度内公开一定的信息量。公民欲对某热点事件充分知情，依赖于行政机关主动对外界发布并且完整公开事件过程，反之公民的知情权则无处行使，权利无处行使必然导致社会秩序的紊乱。例如，在针对新冠疫情的治理阶段中，一些被感染人群并不知道自已已经患上该病，同时他们还在出行途中，而部分地方政府对外信息发布部门未能及时向外界发布病例活动信息，因此导致该人群往返地方的部分居住地小范围内形成传染源，恐慌情绪蔓延，“抢菜”行为、谣言散布等现象层出不穷。政府部门信息发布的迟延，不仅是对公民知情权的破坏，亦是对人民群众的生命健康权的伤害。

在提倡公民知情权的同时也应当明确的是，公民知情权的行使并非无限度的恣意妄为，还要结合其他公民的隐私权、生命健康权和国家公共安全等多方面要素进行综合考量。公共利益所代表的是大多数人的利益，作为维护公共利益的典型代表的公共职能部门承担着实现公共利益的社会责任。^③ 个体权利的行使不能凌驾于整个社会集体之上，在重大公共卫生事件治理的大背景下，人民群众的生命健康权是首要目的，^④

① 参见苏海雨、郑文盛：《突发公共卫生事件中应急治理的法治化保障》，载《中国卫生事业管理》2022年第5期。

② 参见梁晨：《突发公共卫生事件防控法治化：理念、问题与路径》，载《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2022年第1期。

③ 参见周善昭、张继承：《论突发公共卫生事件中新闻活动使用个人信息之法律冲突与调和》，载《南海法学》2022年第6期。

④ 参见赵轩毅：《论突发公共卫生事件中的公民知情权——以〈传染病防治法〉中的信息传导机制为视角》，载《法治社会》2021年第3期。



在最大限度减少对其他公民隐私权冲击、最大限度保护公共利益的情况下，坚持适用比例原则，平衡公民知情权与国家公共卫生利益之间的关系。

2. 人民群众在公共卫生事件治理中的监督权不够

根据《宪法》第41条之规定，我国公民对任何国家机关及国家机关工作人员有提出批评和建议的权利，意即监督权，这是我国公民的基本权利之一。据此，公民对国家机关及其工作人员监督权的适用不应受到社会状态的限制。突发重大公共卫生事件状态是不可避免的紧急状态之一，在这种紧急状态下，公民的监督权也不应因外界冲击而被无视。在现行的《突发事件应对法》与《突发公共卫生事件应急条例》中并没有列明在应急状态下公民对公共卫生行政部门进行监督的规定，《传染病防治法》中只是规定了公民对卫生行政部门程序规范的监督，并未对突发公共卫生紧急状态下公民监督权的行使作出进一步细化。突发公共卫生事件出现时，紧急行政权和紧急司法权的行使应当如何受到人民群众的监督？人民群众对紧急状态下两种公权力行使的监督是否与一般状态下无异？这都是我国在应对公共卫生事件时难以回避的问题。

没有救济就没有权利，如果法律对于行政应急权侵害公民合法权益的现象缺少相应的救济途径，就不可能实现真正的应急法治。^①在突发重大公共卫生事件状态下，行政权的规范行使至关重要。公民对于行政权与司法权的监督具有一定的滞后性，即相应的行政行为或司法行为作出并在全社会予以公开发布后，公民才得以通过多种途径了解并对相应的行政行为和司法行为进行监督。为准确及时处置突发公共卫生事件，事件期间国家机关作出的指令行为更加具有紧迫性与时效性，应尽可能尊重行政机关的自由裁量权，为行政机关决策提供相对宽松的制度环境，防止行政机关决策时畏首畏尾，延误处置时机。但不应完全剥夺对行政机关自由裁量权的监督，此时公民的监督如果不能得到依法有效的保障，则可能造成监督权被相应行政机关和司法机关所忽视甚至恣意侵犯且无法及时得到法律救济。

3. 志愿服务工作者与相关机构在公共卫生事件治理中的参与感不强

在我国应对重大公共卫生事件的处置中，除医疗卫生队伍作主力外，志愿者、公众、民间救援组织、行业协会等社会力量均在一定程度上发挥了积极作用。我国目前针对突发重大公共卫生事件的社会参与调度体系已基本建成，但其中的部分内容有待进一步细化和完善。在突发重大公共卫生事件发生时，应适时协调专业队伍和志愿服务两种力量之间的关系，用法治促进和规范社会力量，做到依法、有序、快速协同到位。在公共卫生事件防治的立法领域，无论是《突发事件应对法》还是《突发公共卫生事件应急管理条例》，都未对志愿服务工作者和志愿服务机构存在的法律依据作出专门

^① 参见梁晨：《突发公共卫生事件防控法治化：理念、问题与路径》，载《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2022年第1期。

规定。当前我国专门针对志愿服务工作者出台的法规中,《志愿服务条例》可供参考,但《志愿服务条例》对志愿服务工作者在重大公共卫生事件下的法律地位、行动准则、权益保障与工作分工等都未具体明确,其配套实施细则尚未制定完毕,志愿服务如何在法治轨道内参与公共卫生事件处置应对面临诸多难题。

(四) 突发重大公共卫生事件应对处置中刑法入罪形式化趋势明显

为应对新冠肺炎疫情,保障疫情处置机制有效运行,刑事司法政策得以及时调整,展现了及时、从重的涉疫刑事司法指导精神。在我国应对疫情“大考”取得显著成果的同时,仍不应忽视其中存在的刑法入罪形式化趋势明显这一问题。刑法的谦抑性和罪责刑相适应原则是刑法运行的基本精神和普遍适用原则。在将某种行为事实涵摄于某一个罪刑规范的过程中,应当首先从客观立场实质性地判断此行为是否已经严重威胁或者侵害该罪的保护法益。^①并非通过行为人的行为与疫情防控管理“沾边”就适用《解释》和《意见》中“从严惩处”的有关规定进行从重、从严、从快处理。例如浙江南浔王某某妨害公务案,仅仅存在形式上的“阻碍国家机关工作人员履行防疫公务”。^②倘若严格按照“如果行为并不明显阻碍国家机关工作人员依法执行职务的,就不应认定为犯罪;否则会造成处罚的不公平”^③之观点,那么王某某以伸手阻止之轻微暴力手段阻拦社区民警对其拍摄视频的行为是否真正达到了阻碍国家机关工作人员执行公务的行为要求标准,仍有待商榷。涉疫刑事司法主要惩处的对象为“妨害疫情防控类违法犯罪”,在《刑法》中没有对“妨害疫情防控类违法犯罪”的内涵与外延进行的严格界定,在刑事司法实务中不可避免的对《解释》和《意见》中的“破坏防疫行为”产生适用上的争议。如在“侯梦阳盗窃案”^④中,对于被告人侯梦阳趁疫情期间车辆停放于道路上无人看管盗窃财物的行为,司法机关对其评价为“新冠肺炎疫情防控期间实施犯罪”,适用《惩治妨害新冠肺炎疫情防控违法犯罪意见》的有关精神对其从重处罚。然而,就涉疫刑事司法政策是否适用于具体的侵犯财产犯罪而言,《意见》实际上从对行为方式、行为对象等构成要件要素的描述上表现出了谨慎态度及限制适用的要求。^⑤若按照实质化入罪标准对被告人侯梦阳的行为进行评价,则其仅仅是在

① 参见陈伟、吴裕飞:《涉疫刑事司法政策的理念回归与路径完善》,载《河北法学》2023年第5期。

② 2020年2月2日上午,王某某因不服从社区工作人员对其采取居家隔离的疫情管控措施,与社区工作人员发生争执。报警后,社区民警朱某某协助社区工作人员对王某某开展劝导,王某某仍不予配合。在民警朱某某对王某某拍摄视频时,王某某攻击朱某某,抓伤了朱某某的脸部以及颈部。后经司法机关处理,王某某被判处妨碍公务罪。参见《全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例(第一批)》,载最高人民检察院网, http://www.spp.gov.cn/xwfbh/xwfbt/202002/t20200211_454256.shtml#Z。

③ 张明楷:《刑法学》(下),法律出版社2016年版,第1033页。

④ 2020年1月底至2月初,被告人侯梦阳趁疫情防控居家管理,大量车辆停放于道路上无人看管的情况下,采取砸坏车窗玻璃的方式盗取大量财物。参见侯梦阳盗窃案,山西省万荣县人民法院(2020)晋0822刑初57号刑事判决书。

⑤ 参见陈伟、吴裕飞:《涉疫刑事司法政策的理念回归与路径完善》,载《河北法学》2023年第5期。



疫情防控期间犯罪,是否因其砸车窗盗窃行为破坏了疫情防控管理,仍有待商榷。司法机关对该一般盗窃行为认定为妨害疫情防控管理的行为,存在着刑法入罪形式化的现实危险。

三、完善突发重大公共卫生事件法治体系建设的维度

法律的权威来自人民的内心拥护和真诚信赖。我国在面对新冠肺炎疫情所取得的成果源自于“集中力量办大事”的举国体制。在举国体制更深层次的背后,其内涵就在于“大政府”的强有力管制。政府对公共卫生管理和服务实行管制和调配,以期实现在突发公共卫生事件出现时能够有充足的资源进行应对。然而,以行政权为代表的公权力在其扩张的同时势必压缩私权利的范围和边界,有形成公权力对私权利的侵犯之忧。探讨重大公共卫生事件法治体系完善的基础,必然围绕着以何种方式实现公权力与私权利之间的价值衡量。

(一) 维度一:以规范权力为基础,践行形式法治

我国的每一部法律都是最广大人民意志的具象化体现,在制定时都要预先考虑其社会效果。法律面前,一切个人和组织都应当遵循法律规定,在法律规定的范围内行使权力或权利,履行自己的职责或义务。因此,行政机关在公共卫生事件处置的过程中同样也应当在法治的轨道内进行。行政机关在公共卫生领域不仅需要忠实地履行法律赋予的权力,而且需要在法律所规定权限范围内行使权力,并且遵循法律规定的程序。^① 行政机关在应对公共卫生事件中的任务在于通过对自身职权的有效行使保障公共秩序和人民群众生命健康,将公共卫生事件带来的影响降低到最小。法治对行政机关在处置公共卫生事件中的作用体现在两个方面:一方面,行政机关行为受法治体系规制,使其在行使的过程中不至于侵犯公民私权利的正常行使;另一方面,法治体系为行政机关履行公共卫生事件的处置职责提供了可行路径和权力保障,以便于行政机关更好地履行自身之职责。

(二) 维度二:以合目的性为导向,贯彻实质法治

实质法治是以合目的性为导向实现行政机关行为最终意图的体现。在公共卫生事件的应对处置中,又可表述为应急法治。突发公共卫生事件应对权具有法理上的合法性和道义上的正当性,是行政机关为了应对突发公共卫生事件应当享有且必须享有的公权力。^② 行政机关处置公共卫生事件的目的就是最大程度上实现对公共卫生事件的

^① 参见梁晨:《突发公共卫生事件防控法治化:理念、问题与路径》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2022年第1期。

^② 参见高志宏:《突发公共卫生事件应对权:合法性、正当性及法律边界》,载《学术界》2020年第11期。

预防和控制。控制层面需要应急、医学科学等专业领域知识予以辅助。正如新冠肺炎疫情刚爆发之时,在尚不能确定病毒是否能够“人传人”、以怎样的方式进行传播以及其威胁程度究竟为何等问题时,面对如此不确定的病毒传播公共卫生事件,从传染病防控防治的理论出发,阻断病毒的传播渠道是明显具有防控效果的。因此,行政机关为实质应对疫情的需要采取“封城”“居家管理”等应急措施是十分必要的。笔者认为,实质法治不局限于眼下利益,而是从国家、社会整体的期待利益和根本利益出发的。正所谓“非常时期用非常方法”,实质法治并不是对形式法治的冲击和突破,而是为了实现正当目的,能够适当容忍行政机关在一定程度上突破常规法律规定而采取必要的管理和控制措施。

(三) 维度三:以人民健康为中心,实现健康法治

习近平总书记强调,没有全民健康,就没有全面小康,要把人民健康放在优先发展的战略地位。^①公共健康是基本人权之一,同时也是公共卫生事件中“社会公共卫生安全”的重要组成部分。除了明确“每一个公民都是自己个人健康的第一责任人”理念外,行政机关在应对公共卫生事件中还应应对民众整体健康予以侧重和保护。一方面,行政机关在公共卫生事件出现前应当严格贯彻事前防范的根本防控理念,加大对民众整体健康的支持;另一方面,行政机关在公共卫生事件突发后,应当在实现彻底应对处置的同时以民众整体健康作为必要考量的对象,在作出应急处置行为的同时必须以维护民众整体健康作为制度出发点。公共卫生事件的处置并不是“一处了之”,在“后公共卫生事件时代”,行政机关仍应注重常态化防控措施的延续,改“治已病”为“治未病”,在承认公共卫生事件突发性、偶然性、必然性的基础上将风险抑制在源头,这也是法律以民众整体健康为重,实现健康法治的应有之义。

四、突发重大公共卫生事件法治体系建设的优化路径

探究针对性解决我国应对突发重大公共卫生事件的体制机制建设问题,厘清应对突发重大公共卫生事件的理论基础、现实问题以及改革路径等基本问题,对于当下我国应对重大公共卫生事件法治化研究具有重大历史意义和现实意义。一方面,该制度建设要在习近平法治思想的制度框架内展开,应对重大公共卫生事件的体制机制建设问题应当与中国特色社会主义法治理论的内在逻辑一致,不能盲目进行法律移植;另一方面,它又反映重大公共卫生事件的特有规律,实现制度建设的现代化、高效化、前瞻化。

目前,我国公共卫生领域法律制度建设尚不够健全完善,现有体制机制不能完全

^① 参见《把人民健康放在优先发展战略地位》,载新华网, http://www.xinhuanet.com/politics/2016-08/22/c_1119429462.htm。



满足应对突发事件的需要。笔者认为,可以探索建立一套适合我国国情的公共卫生法律法规制度,构建事前预防、事中应对和事后处置的法治体系,在习近平法治思想的指导下,突出中国特色社会主义制度的优势。为此,加快出台相应的公共卫生法律法规体系,对健全国家公共卫生应急管理体系,提高应对突发重大公共卫生事件的能力水平具有迫切的现实意义。

(一) 注重事前预防:实现由“治已病”向“治未病”的转变

应对突发重大公共卫生事件的体制机制建设需要完善事前的预防与监督体系,通过部门之间的相互联合、协调配合,建立相应的危机预警机制。通过“非典”与“登革热”等公共卫生事件的教训,应当意识到,探寻公共安全问题的源头是重中之重,尽可能将重大公共卫生事件的发生的可能性扼杀在萌芽之中。人民群众作为预防战略的重要一环,培养民众的危机意识、增强公民预防突发重大公共卫生事件的意识对事前预防体系的建设大有裨益。

我国遭受新冠肺炎疫情侵袭后,地方政府和有关部门通过颁布决定、命令等方式发布了一系列的防控要求与规定,但因这些规定的出台缺乏严格的法律依据而受到“合法性”的质疑,也再次将人们的关注点聚集到《突发公共卫生事件应对法》的制定上。^①我国应急管理立法主要针对重大、较大和一般三种应急状态。目前,针对突发应急事件的专门性法律只有《突发事件应对法》,该法对突发的重大公共卫生事件的规定并不详尽,其规定的“有关法律”和“另行规定”至今尚未出台,我国突发公共卫生事件的紧急状态法律制度仍然存在较大的空白亟待填补。^②

鉴于对突发重大公共卫生事件处理的指导难度大,难以做到全流程覆盖,故而《突发公共卫生事件应对法》的立法工作迫在眉睫。早在全国人大常委会公布的2021年的立法计划中,《突发公共卫生事件应对法》已经被列入方案。笔者认为,在立法中要明晰重大公共卫生事件紧急情况的授权主体、可采取的调控措施,尤其对于运用法律规定之外的应急措施或者显著影响公民基本权利的应急措施的适用进行明确规定,平衡紧急状态下国家与公民、公民与公民之间的权利义务关系。确保在紧急公共卫生事件发生时,行政机关对突发事件的事前预警、信息发布、应急准备、防控措施、善后处置等方面有法可依,相互之间有效配合,确保负责机关统一指挥,明确权力配置机制,使该法的出台可以与我国的《突发事件应对法》相辅相成,成为应对重大公共卫生事件的两大法律保障。

此外,政府部门要坚持严格公正执法,坚持运用法治思维参与突发重大公共卫生事

① 参见张刚、张垚、安群:《突发公共卫生事件治理的法治化及其实现进路》,载《三晋基层治理》2022年第5期。

② 参见熊文钊、王秋艳:《应对突发公共卫生事件的法治保障》,载《天津大学学报(社会科学版)》2021年第2期。

件的治理,依法依规出台地方治理规定。同时,对《突发公共卫生事件志愿服务法》的制定也需提上日程,在法律中明确突发重大公共卫生事件下志愿者服务队伍的注册办法、资格资质、权利义务关系、主管部门责任、管理准则、法律责任、善后工作安排等相关内容,推进应急志愿服务队伍管理的法制化进程,完善公共卫生事件法治体系的建设。

(二) 强化事中应对:以行政、司法多维度保障处置工作正常进行

应对突发重大公共卫生事件的体制机制不仅需要规范公共卫生事件的事前预防与监督机制,更需要保证事中的应急管理机制。完善管理指挥系统,提高政府应急指挥能力,破除信息公开壁垒,使信息公开更加顺畅、清晰。妥当运用刑事处罚,正确理解涉公共卫生事件刑罚适用规定,做到在严格贯彻宽严相济刑事司法政策的同时保障突发公共卫生事件的应急处置工作正常有序进行。

1. 坚持信息公开原则,充分保障人民群众的知情权。现代法治的运行离不开信息的公开,信息公开原则也是建设法治政府的必要遵循原则。信息公开既包括政府的行动信息公开,也包括决策信息公开。《政府信息公开条例》第19条要求行政机关应当公布突发公共卫生事件的应急预案、预警信息及应对情况。在公共卫生事件发生时,行政机关要第一时间发布针对公共卫生事件的处理预案,保证人民群众在对与自身利益相关的信息中获得充分的知情权。对于人民群众而言,在突发公共卫生事件中,生命健康权是最为重要的,因此,行政机关及时准确地发布相关信息,可以最大程度使人民群众作出相应的反应以保障自身的相关权益,也可以最大限度地减少公共利益的损失。同时,行政机关应坚持依法信息公开,民众可以更快更准确地掌握公共卫生事件的真实情况,从而尽量减少受到网络或其他渠道的非官方发布的错误舆论信息的影响,作出对自身行为负责的理性判断。

2. 坚持依法行政原则,充分保障人民群众的监督权。坚持“法无授权不可为”,在紧急公共卫生事件的背景下,也要参照紧急时期的法律要求,综合考虑多方因素保障公民的监督权。对公民监督权的行使要正确看待与处理,在保证公共利益不受损害的前提下创新监督方式、广开监督渠道、扩大监督领域,例如运用现代科技,强化互联网监督平台的发展,真正做到“让权力在阳光下运行”。

随着互联网信息技术发展与普及,公民监督权的行使也不再受到传统方式的限制,互联网使得民众的监督“触手”得到了一定的延伸,如微博、抖音等互联网平台的快速发展,使之成为另一种重要的监督渠道。当然,互联网监督的弊端也非常明显,其最突出问题是网上的信息往往鱼龙混杂、真伪并存,个人往往很难甄别信息的真伪。这种混乱情况容易被不法人员所利用,对疫情防控工作反而造成负面效果。因此,为了发挥好群众监督的积极作用,行政机关可以依法发布相关规章制度,在不同方面构建和完善网络举报平台,做到统一、公开及迅速处理有关信息,尽可能减少“垃圾信息”的扩散。



3. 充分发挥司法对行政机关的监督、对妨碍治理突发重大公共卫生事件之行为的处置功能。健全司法机关在应急期间的职能作用,确保应急期间政府、司法机关的各项行为于法有据。公安机关、检察机关依法对妨碍突发重大公共卫生事件治理的各项犯罪开展侦查、审查批捕、提起公诉,严厉打击紧急事件状态下实施危害公共安全的犯罪行为,同时将法律监督常态化。人民法院依法审判,依法公正审理突发重大公共卫生事件期间妨碍工作开展案件,充分开展紧急卫生事件下的普法宣传。最高人民法院积极回应人民群众关注热点,会同有关部门及时出台意见,及时发布审判指导意见与典型案例,为下级法院的审判活动进行有效指导,确保案件审判取得政治效果、法律效果和社会效果的有机统一。^①

(三) 落实事后处置:健全法律规范体系、完善应急处置体制机制

应对突发重大公共卫生事件还应注意事后处置机制。对已发生的重大公共卫生事件进行档案库的建设,公共卫生服务机关应协同立法机关建立相应事后监督机制,确立事后责罚规制措施,制定相应灾后恢复措施、社会救助措施等。同时依法对重大突发公共卫生事件应对工作中不依法履职、失职人员的责任追究,保证法律的严肃性。针对突发重大公共卫生事件应对过程中不作为、乱作为的领导干部依法依规处理,针对紧急情况下哄抬物价、售卖假冒伪劣医用产品的不良商家严厉惩治,同时对拒不配合统一指挥、以违法手段扰乱事件治理的行为依法处理。

“非典”治理过后,我国针对当时法律规定的不足之处进行了修改与完善,但随着时间的推移,部分民众逐渐将突发重大公共卫生事件的概念抛之脑后,对于它的防治也渐渐放松,因此不定期强化针对突发重大公共卫生事件的应急演练至关重要,让人民群众享受幸福生活的同时对该类事件常怀提防之心。推动“以治病为中心”向“以健康为中心”的治理模式转变,推动单一的政府管制向社会共治结构转型。^②此外,公共卫生物资储备制度的建立也不应淡忘。新冠肺炎疫情防治初期,我国卫生医疗物资的存储量出现巨大缺口,导致我国在抗疫初期面临巨大的困难,给公共利益和人民健康带来不小的影响。卫生医疗物资储备制度包括药物、医疗器械、防护装备和设备、医疗和隔离场所等资源的储备,包括技术、生产和调配等能力的储备,还包括专业医护人员、后勤和辅助等各种专业资源的储备。如果仅仅进行药物的准备,而不进行各种能力和专业资源的储备,无异于刻舟求剑,无法有效应对突发尤其是不明原因的突发公共卫生事件。^③

① 参见评论员:《为统筹推进疫情防控和经济社会发展提供法治保障法律服务》,载《中国司法》2020年第3期。

② 参见梁晨:《突发公共卫生事件防控法治化:理念、问题与路径》,载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2022年第1期。

③ 参见王晨光:《疫情防控法律体系优化的逻辑及展开》,载《中外法学》2020年第3期。

（四）正确理解刑罚适用规定，以惩罚性作为事前、事中、事后全链条保障

做到在突发重大公共卫生事件应对时正确使用刑罚手段保障实施，需要厘清公共卫生事件处置时对各行为在《刑法》框架内的应然评价。通过把握立法宗旨、结合犯罪构成要件和正确适用法律解释方法厘清法律规范名词的含义，能够对《刑法》有关罪名及最高司法机关在公共卫生事件期间发布的各种惩治妨碍公共卫生事件处置行为的司法解释与司法政策进行正确理解与适用的基础上，有效发挥《刑法》的惩罚性目的，有力保障对重大公共卫生事件的应对和处置。涉公共卫生事件处置的《刑法》分则具体罪名包括妨害传染病防治罪、以危险方法危害公共安全罪、寻衅滋事罪、编造、故意传播虚假恐怖信息罪等。《刑法修正案（十一）》着重对妨害传染病防治罪进行了全面修改和补充完善，修改的部分总结概括为以下三点：

一是将传染病由“甲类传染病”修改为“甲类传染病一级依法确定采取甲类传染病预防、控制措施的传染病传播或者有传播严重危险的”。该处修改是对以往将妨害传染病防治罪犯罪客观方面进行扩大解释的正式确认。2003年“非典”疫情防控期间，对一些非典病人逃避治疗、强制隔离等措施而造成疫情扩散的，因原妨害传染病防治罪的人罪仅限“造成甲类传染病的传播”，使得有的行为尽管情节恶劣且造成十分严重的后果，但无法适用妨害传染病防治罪进行处罚。^①二是在《刑法》第330条第1款中增加一项，将“出售、运输疫区中被传染病病原体污染或者可能被传染病病原体污染的物品，未进行消毒处理的”行为入罪。源自疫区未经消毒处理或生物消杀防治的物品仍根据引发疫情病原体的生物特性具有具备传染性的高度可能，因此应当对疫区向外输出的产品进行严格消毒处理。本条修改侧重于传染病疫情的源头预防，适当提高了疫区物品对外输出的管控力度，这也是科学防疫的体现。三是将《刑法》第330条第1款第4项传染病预防、控制措施发布主体由“卫生防疫机构”修改为“县级以上人民政府、疾病预防控制机构”，将原第1款第2项中的“卫生防疫机构”修改为“疾病预防控制机构”，将“粪便”修改为“场所和物品”，以适应突发重大公共卫生事件防控的需要，与《传染病防治法》中的表述实现有序衔接。这也是对2003年“非典”疫情经验的总结和对新中国成立以来卫生防疫机构建设、疾病预防控制体制改革成果的总结与提炼。^②

妨害传染病防治罪的犯罪主体是一般主体，自然人和单位均可能触犯该罪。犯罪主观方面表现为过失：包括行为人已经预见而轻信能够避免和应当预见而由于疏忽大意未能预见两种情形。其强调过失犯罪的属性也是妨害传染病防治罪与以危险方法危害公共安全罪的区别之一。妨害传染病防治罪的犯罪主要客体为传染病防治管理制度，次要客

① 参见曲新久：《“非典”时期的“典型”反应——评“两高”的一个刑事司法解释》，载《政法论坛》2003年第3期。

② 参见崔仕绣：《妨害疫情防控行为的刑事政策限度与刑法适用》，载《广西大学学报（哲学社会科学版）》2023年第1期。



体为公共卫生安全。因为《传染病防治法》和《突发公共卫生事件应急条例》等国家法律、行政法规均规定中央政府、各地方政府以及主管部门负有妥善处置传染病等重大突发公共卫生事件的职责。各级有权主体基于法律规定履行突发重大公共卫生事件应对职责的目的在于维护社会公共卫生安全、保障人民群众生命健康安全。妨害传染病防治行为不仅违犯了传染病防治管理制度,还使得社会公共卫生安全受到威胁,是对双重法益的侵犯。

妨害传染病防治罪的犯罪客观方面表现为违反传染病防治法的规定,引起甲类传染病以及“甲管”传染病预防、控制措施的传染病传播或者有传播严重危险的行为。具体来说,该危险行为包括以下三个层面内容:其一,狭义上的传播传染病的行为,如吐口水、故意触摸潜在人身健康法益受侵害人群或其他通过介质或非介质的传播行为;其二,致使被侵害人人身健康法益受到实质性损害的行为;其三,人身健康法益受到侵害的不特定人群范围达到了“严重”传播的程度。对于“严重”传播程度的认定,从《刑法》中可以探寻其依据。妨害传染病防治罪作为规定在《刑法》分则第六章第五节的危害公共卫生类犯罪,保护的自然是公共卫生法益。“公共卫生就是组织社会共同努力,改善环境卫生条件,预防控制传染病和其他疾病流行,培养良好卫生习惯和文明生活方式,提供医疗卫生服务,达到预防疾病,促进人民身体健康的目的。”^①因此,笔者认为,对群体性公共卫生法益造成大规模损害的行为,即为该法条中“严重”性质的判断标准。

结 语

突发重大公共卫生事件被视为卫生健康领域的“灾害”,我们必须认识到,应对这些事件并非一蹴而就,而是需要完善的应急处置预案、行政机关正确的处置决策以及人民群众对处置工作的自觉支持。为了实现这一目标,我们需要建立法治化的应急处置体制机制,推动从“治已病”向“治未病”的治理模式转变,以人民健康为中心的理念导向变革。这是在“后疫情时代”全面总结疫情防控经验教训的基础上,推动突发重大公共卫生事件应对机制从政府主导型向社会共治型治理结构转变的最大成果。

(责任编辑:王文斌)

^① 吴仪:《加强公共卫生建设开创我国卫生工作新局面——在全国卫生工作会议上的讲话》,载《中国卫生质量管理》2003 年第 4 期。