

■ 专栏：撤除维生干预的理论与实践

撤除维生干预的法理阐释及其实施

石佳友 李晶晶 1

论尊严死亡的法律边界

——以撤除维生干预为例

李忠鲜 16

■ 调查研究

关于山东法院金融犯罪司法审判的调研报告 山东省高级人民法院刑一庭课题组 31

“两卡”类帮助信息网络犯罪活动罪司法厘定及裁判思路

——以济南法院 2020 年—2023 年 9 月审结案件为样本

山东省济南市中级人民法院课题组 44

■ 前科消灭制度研究

轻罪治理视域下犯罪前科的制度重塑与消除限度

李永超 56

前科消灭制度的思辨与构建

——从“醉驾入刑”刑罚效应的过度溢出切入

马宗奎 李文任 71

■ 民事司法

论绿色原则对合同解除规则的修正

瞿灵敏 王忱纳 85

表见代理的司法认定

孔祥昆 98

质量保修责任期间的计算争议及破解

——以类型化认定质量保修责任为视角

郑思清 112

远程医疗侵权责任承担规则的逻辑论证与路径设计

——以《民法典》侵权责任规范体系为基础

赵忆雪 徐 点 125

■ 司法综合

以“准确查明事实”反刍规则之治 胡发胜 程 慧 139

家事调查员制度的事实调查功能障碍及优化路径 王晓桐 孙 冰 154

■ 刑事司法

刑事“类参考性案例”司法指引功能的辨析与完善
——基于与刑事指导性案例的比较 杨 涛 左一凡 169

民事审判中涉嫌犯罪案件的处理研究 朱 珠 郭郑超 182

《山东法官培训学院学报》2023 年总目录 196

撤除维生干预的法理阐释及其实施

石佳友 李晶晶*

内容摘要：目前，我国没有关于撤除维生干预的专门立法，医疗和司法实践中对于这一行为的合法性存在争议。撤除维生干预应归为安宁疗护而不应被误解为消极安乐死的范畴。其合法性建立在尊重患者的生命质量和选择放弃医疗干预的自主权及反对过度医学化死亡的立场上。通过生前预嘱，患者可以提前明确是否同意将来撤除维生干预。这一意思表示需经过医疗机构的审核方可生效，并应考虑其近亲属的参与。若患者或其家属认为意思表示并非真实，具有撤销权。如果患者设定的实施条件未达到医疗临床标准，则该生前预嘱无法生效。当没有生前预嘱指明患者意愿时，应由其近亲属提出撤除维生干预的申请，然后提交医院伦理委员会进行审查，综合考量客观评估的最佳利益和患者主观需求和意愿作出最终决定。

关键词：维生干预；生命尊严；生前预嘱；正当性

引 言

人类如何面对死亡，这是一个永恒且深刻的议题，从根本上涉及生与死的讨论。从新生到死亡，人们经历成长、衰老和疾病，这是自古以来人生的必经之路。在生命的最后阶段，许多患者常因重疾而遭受极大的困扰。医院在努力维系患者生命时，可能会采用诸如呼吸机和气管插管等手段。然而，这些手段有时对于已无复苏希望的患者仅仅是起到维持生理功能的作用，他们可能还必须忍受机械设备带来的逆感和身体的持续痛苦。在这种情况下，是否应允许患者或医疗机构做出撤除维持生命治疗的选择呢？

* 石佳友，中国人民大学法学院教授、博士生导师，中国人民大学民商事法律科学研究中心执行主任；李晶晶，中国人民大学法学院博士研究生。

基金项目：本文系中国人民大学中华法治文明高等研究院 2023 年项目“民法典与中华法治文明的发展”的阶段性成果。



在现代医疗伦理和法律领域中,撤除维生干预是一个极具争议和复杂性的议题。随着医学理论和医疗技术的发展,维持生命治疗逐渐成为延长患者生命过程中的一个可行手段,但它也带来了围绕病人最终意愿、生命尊严与质量、家属权利和医疗责任等一系列复杂的道德和法律问题。撤除维生干预(Withdrawal of Life-Sustaining Treatments),也称为撤除维生治疗,具体是指在患者不可逆的临终阶段或在无法恢复意识的情况下,停止为患者提供机械呼吸、人工营养和水分等生命维持治疗。此举旨在避免无必要的生命延续所带来的苦难,让患者得以在尊严中辞世。然而,如何在尊严死、安宁疗护等复杂概念体系中厘清撤除维生干预的合适定位,进而明确其正当性基础,这些理论性问题是促进撤除维生干预制度体系趋于完善的前提。与此同时,如何平衡医疗判断、患者自主权、家属意见以及相应的伦理与法律原则,是撤除维生干预过程中所必须谨慎评估的关键因素。

一、撤除维生干预的实践与困境

目前,我国尚没有关于撤除维生治疗的专门立法,往往将其纳入各地安宁疗护的推荐标准的框架中,其中规定在患者和家属同意的前提下可以自主放弃特定的维持生命治疗。2017年,国家卫健委在全国启动了第一批国家安宁疗护试点,并颁布了安宁疗护中心标准和实践指南,各地随之以此为指导实施试点并逐渐发展出各地地方标准。例如,《上海市安宁疗护服务规范》中的安宁疗护协议书示范文本指出,为避免增加患者临终时的折磨及痛苦,患者或者家属应当对是否放弃胸外心脏按压、气管插管、气管切开、呼吸机辅助通气等治疗作出承诺。^①广西壮族自治区《养老机构安宁(临终关怀)服务规范》中的抢救治疗知情同意书示范文本载明,如果病人和家属了解后选择在临终或无生命征象时,除了基本护理和舒缓治疗外,不同意将其送医疗机构就医,不同意接受任何维持生命治疗,包括但不限于药物抢救、有创抢救措施,选择放弃送医院治疗及院内实施抢救。所产生的一切后果自行负责,请求养老院尊重其个人及家属意愿。^②宁夏回族自治区《养老机构安宁服务规范》与之内容基本相当。^③广东省也将制定《广东省安宁疗护社会工作规范》地方标准列入2022年计划项目。总体来看,规定放弃气管插管等维持生命治疗措施的地方仍占少数,许多地方缺乏撤除维生干预

① 参见上海市卫生健康委员会《关于印发〈上海市安宁疗护服务规范〉的通知》(沪卫基层〔2020〕9号)。

② 参见广西壮族自治区质量技术监督局《养老机构安宁(临终关怀)服务规范》(DB45/T1606-2017)。

③ 参见宁夏回族自治区市场监督管理局《宁夏回族自治区养老机构安宁服务规范》(DB64/T1561-2018)。其中包括:(临终者姓名)目前的病情危重;可能出现的风险和后果的严重性;我院医护人员已经向老人/家属/受托人详尽告知;了解后选择在临终或无生命征象时,除了基本护理和舒缓治疗外,不同意送医疗机构就医;不同意接受任何维持生命治疗,包括但不限于药物抢救、有创抢救措施,选择放弃送医院治疗及院内实施抢救。所产生的一切后果自行负责,请求养老院尊重其个人及家属意愿。

的统一指导性规则。对于这些拥有推荐性标准的地区,患者无法自主对撤除维生干预的时间、措施种类等进行个性化设计,只能选择接受或不接受既定框架内的维生治疗,缺乏灵活性。且此种选择均须经过家属同意,但未言明患者及其家属意思表示不一致时如何处理。

在司法案例中,法院对于医院是否应当对拒绝治疗的临期患者进行救治,以及家属对于临期患者不继续治疗的行为是否能够减轻医院的侵权责任,存在不同的观点。例如,在史某某、陆某某诉上海市第十人民医院医疗损害责任纠纷案中,原告作为患者女儿和妻子,请求法院判决被告对患者死亡承担医疗损害责任。原告主张,虽然在病历中记载家属不考虑手术治疗并拒绝胃管等有创操作,但最终手术是否必要应当由医方决定而非患者家属决定,且医方亦未告知原告方胃管的必要性和危害性,由此导致患者未能接受及时治疗,被告应承担医疗损害责任。法院经审查后认为,病历记载已经证明家属拒绝手术和胃管等治疗措施,无证据证明原告所称的未拒绝情形。退一步说,即使家属没有拒绝前述治疗措施,根据鉴定意见,患者当时处于恶性肿瘤终末期,无急诊手术指征,其急诊入院后的治疗均符合医疗规范,无流程上的错误。患者死亡与自身疾病相关,系自身疾病进展所致。法院最终未支持原告的诉讼请求。^①可以推断出,医疗机构在取得家属同意后,不再进行维持生命治疗具有合法性,但同时需要符合诊疗规范,才能不构成侵权。在冯某某、邓某某等诉中国人民财产保险股份有限公司清远市分公司机动车交通事故责任纠纷案中,上诉人保险公司认为家属放弃治疗构成过错,应当减轻其赔偿责任。法院经审查后认为,家属对患者治疗方案的选择,通常是综合考虑患者自身状况、医疗措施风险、家庭经济能力等多重因素的结果,并无证据证明家属未继续治疗行为与患者死亡直接相关或具有重大过失。^②由此可以推断,如果家属在综合考虑患者情况、医疗风险、经济能力等因素后作出不再继续治疗的决定,该决定不构成过错,因此不能减轻侵权人的赔偿责任。不过,家属放弃治疗的行为属于受害人过错还是第三人过错需要专门讨论,在此不予详述。

然而,也有案例呈现不同观点。例如,在李某某、魏某某等诉桂林市第三人民医院医疗损害责任纠纷案中,鉴定机构认为肺癌如果经过规范治疗,其生存期是可以延长的,患者的自行停诊并不能冲抵结核病定点防治医疗机构的法定职责和义务。法院亦认为,被告未按规定进行结核病的防治追踪观察和治疗管理,违反相关诊疗规定。但鉴于受害人卢某某有自行停诊的行为,且疾病的发展系多因素所致,被告医院过错

① 参见史某某、陆某某诉上海市第十人民医院医疗损害责任纠纷案,上海市静安区人民法院(2020)沪0106民初1738号民事判决书。

② 参见冯某某、邓某某等诉中国人民财产保险股份有限公司清远市分公司机动车交通事故责任纠纷案,广东省清远市中级人民法院(2021)粤18民终2719号民事判决书。



参与度为轻度, 承担25%的赔偿责任。^①可以推断出, 与前述案例不同, 末期癌症患者即便拒绝接受治疗, 定点防治医院仍然负有告知、追踪和治疗义务。在李某某、苏某某等诉昆明医科大学第一附属医院等医疗损害责任纠纷案中, 法院认为, 患者家属虽签字拒绝气管插管, 但医院无依据拒绝其他治疗, 由于医院对急重病人未采取积极救治措施, 存在一定过失, 且与患者死亡存在因果关系, 应承担一定侵权责任。^②这意味着即便病人拒绝气管插管这种有创治疗, 医院也应当依据医疗规范继续进行其他有创治疗, 例如放置胃管。值得注意的是, 患者家属签字拒绝插管后, 医院在综合评估患者情况后仍然实施气管插管, 该案中这一行为并没有引起合法性争议, 这意味着患者家属意愿并非医院进行有创治疗的唯一决定性因素。在王某某等诉沈阳市第四人民医院医疗损害责任纠纷案中, 原告作为患者法定继承人, 主张被告医院没有及时为患者进行透析, 应当对患者死亡承担医疗损害责任。鉴定意见指出, 患者死亡主要与其自身疾病多脏器功能衰竭有关, 医方存在轻微医疗过失, 同时家属拒绝进ICU持续血滤治疗, 拒绝抗感染及多项检查, 对医方抢救治疗依从性较差。法院基本认同鉴定意见, 认为死者作为高龄终末期肾衰透析患者, 医方诊疗缺陷及患者家属多次拒绝医方诊疗方案均与患者病情进展和死亡存在因果关系, 酌定医院承担20%的责任。^③由此可以推断, 如果患者家属拒绝对末期患者进行抢救治疗, 构成过错, 则可以减轻医院的侵权责任。然而, 这似乎忽略了一个重要问题, 即患者家属作出拒绝治疗决定时是否进行了合理考虑。

综合前述医疗和司法实践中的观点, 目前对于医疗机构撤除维生干预是否具备正当性进而免除其救治义务仍存有争议, 特别是在患者家属作出拒绝维生干预决定时医疗机构能否仅以此为由不实施医疗措施仍需仔细考量, 同时, 也需要进一步探讨维持生命治疗措施与抢救治疗措施是否存在差别。因此, 本文将首先厘清撤除维生干预的内涵, 明辨其与尊严死、消极安乐死的关系, 并进一步分析其是否具备正当性。在此基础上, 对于医疗实践中撤除维生干预需要满足的条件特别是意思表示要件进行进一步廓清。这对于实践中明晰患者和家属权利和后果预期、明确医疗机构的义务责任具有重要作用。

① 参见李某某、魏某某等诉桂林市第三人民医院医疗损害责任纠纷案, 广西壮族自治区桂林市中级人民法院(2015)桂市民一终字第525号民事判决书。

② 参见李某某、苏某某等诉昆明医科大学第一附属医院等医疗损害责任纠纷案, 云南省昆明市五华区区人民法院(2017)云0102民初12254号民事判决书。

③ 参见王某某等诉沈阳市第四人民医院医疗损害责任纠纷案, 辽宁省沈阳市中级人民法院(2021)辽01民终3801号民事判决书。

二、撤除维生干预的正当性

(一) 撤除维生干预的体系定位

目前关于撤除维生干预的阐释, 主要围绕其特定对象和特定医学治疗手段或过程这两个特征展开, 强调其针对不可治愈的晚期患者或不能恢复意识的患者, 不给予维持和延长生命的治疗。^①然而, 从生命伦理法的角度来看, 撤除维生干预与尊严死、安乐死等概念密切相关, 需要探讨它们所处的概念体系以进一步厘清撤除维生干预的内涵定位。

1. 撤除维生干预与尊严死

维护患者在生命最后时刻的尊严是一个全球关注的议题,^②由此延伸出尊严死的概念。尊严死在国内外的学术研究和实践中有着不同的定义和标准, 概括言之可分为狭义和广义两种。狭义上的尊严死通常是指遵循生命和医学规律的自然死亡, 在不可治愈的生命末期放弃抢救和不使用生命支持系统, 让死亡既不提前, 也不延后。^③从该定义即可看出, 撤除维生干预属于尊严死的一种, 两者是包含与被包含的关系。^④但也有学者指出撤除维生干预并不必然意味着有尊严的死亡, 只能说是一种自然死亡的方式。^⑤此种观点虽然从撤除维生干预带来的疼痛及尊严死概念带来的道德压力角度提出了批判, 但其忽视了撤除维生干预与尊严死所追求的内核是一致的, 即更少的医疗干预、更多的患者自决以及更温和的治疗方式。同时, 撤除维生干预只是患者行使生命权和医疗自由的一种方式, 并且是一种例外方式, 如果患者自主选择继续接受维持生命治疗, 并不会从反面推断出其属于无尊严的死亡。提供多种临终治疗方式以供患者选择才是现代医疗的发展方向。

广义上的尊严死还包括协助自杀。^⑥协助自杀与安乐死十分类似, 但亦存在区别。协助自杀是为一个人的自杀行为提供协助手段; 而(积极)安乐死是根据患有严重和无法治愈疾病的患者的请求, 有意结束其生命的行为, 目的在于结束其认为无法承受的状态。在协助自杀的情况下, 医生最多只是为患者开具致死药物; 但在安乐死的情况下, 致死药物由医生来管理和使用。有案例显示, 不能通过反面解释生命权保障条

① 参见刘俊荣:《放弃治疗的伦理关涉》, 载《伦理学研究》2011年第1期。

② See M Abiven, Dying with Dignity, 4 World Health Forum 375, 376 (1991).

③ See Chen H, Huang B, Yi T, et al. Attitudes of Chinese on Cology Physicians toward Death with Dignity, 8 Journal of palliative medicine 874, 874 (2016). 参见睢素利:《对生前预嘱相关问题的探讨》, 载《中国卫生法制》2014年第2期;《“尊严死”介绍》, 载北京生前预嘱推广协会网2015年7月8日, <http://www.lwpa.org.cn/pub/s/125/2421.shtml>。

④ 参见章艳婷、钱新毅、李建军:《临终患者尊严死的研究进展》, 载《护理学杂志》2020年第7期。

⑤ 参见睢素利:《对生前预嘱相关问题的探讨》, 载《中国卫生法制》2014年第2期。

⑥ 参见汪志刚:《善终服务的法律调整模式及选择逻辑》, 载《中外法学》2022年第4期。



款来将协助自杀当然地合法化,^① 因为其代表着一种激进的积极求死的死亡观,与撤除维生干预所追求的自然死亡不同。在“Vacco v. Quill 案”中,纽约州承认撤除维生干预的合法性而禁止协助自杀,美国联邦最高法院赞同其有权对两者进行区分对待,因为这有利于保全生命、防止自杀、维持医生作为患者治疗者的角色、保护弱势群体不受非正当因素影响而结束生命。^② 但同样值得注意的是,近十年来,卢森堡、澳大利亚、德国、瑞士、奥地利等国家承认了协助自杀的合法性;而意大利、法国等国家也正在考虑以立法形式对其予以合法化。例如,2022年9月,法国国家伦理顾问委员会(CCNE)发布了题为“临终生命状况的伦理问题:自治与团结”的第139号意见,^③ 首次倡导协助自杀的合法化,建议允许医生根据临终病人的意愿为其开具致命药物,并建议就此主题在全国举行辩论和全民公投,这标志着法国的一项重大政策转向。

在我国,根据媒体报道,2022年2月,国家卫健委在答复十三届全国人大四次会议人大代表《关于加快推进尊严死立法进程的建议》时表示,对于尊严死立法,相关法律、医学、社会伦理学界仍存在一些争议,社会认识还不统一,目前还存在较多困难。因此,在现阶段尊严死的相关立法难以列入规划,政府主管机构将继续对此持谨慎态度。

2. 撤除维生干预与消极安乐死

如前所述,撤除维生干预不同于积极求死的协助自杀和安乐死,但有学者指出撤除维生干预系消极安乐死,因其属于一种任其死亡的状态。^④ 对此,已有学者进行反驳。第一,消极安乐死本身概念不清晰,^⑤ 与积极安乐死难以区分,两者均以减轻患者痛苦为目的,并导向死亡结果。第二,从全球立法情况来看,在安乐死并未被广泛接受的情况下,并无必要将撤除维生干预强行纳入消极安乐死框架中,这会产生通过“搭便车”推广安乐死的质疑。^⑥ 后种观点更为可取,撤除维生干预属于自然死亡,却并不一定符合安详和无痛苦要求。此外,撤除维生干预是在生命末期希望不降低生存质量的一种医疗选择,但并不涉及主动的致死行为或提前结束痛苦。

3. 撤除维生干预与安宁疗护

撤除维生干预是一种治疗方向的调整,^⑦ 即取消单纯延长生命的治疗,尽可能让患者感到舒适和被尊重。这与安宁疗护的目的不谋而合,在撤除维生干预后若能同时辅

舒缓身体疼痛的温和治疗,更能够提高患者生命质量。从我国实践来看,如前所述,各地已经将两者融合在一起,使得现阶段撤除维生干预的适用范围可限制于末期患者,而不包括植物人等近期内不会死亡的患者。这种做法能够减少各方面争议,适应我国医疗服务能力和医患关系的现状。从比较法来看,我国台湾地区在“安宁缓和医疗条例”中规定了患者有权撤除心肺复苏术,在“病人自主权利法”中规定撤除维持生命治疗时应提供病人缓和医疗。美国统一州法委员会制定的《统一健康护理决定法案》和韩国《关于临终关怀缓和医疗及临终期患者延命医疗决定的法案》也将两者予以融合。^⑧

(二) 撤除维生干预的合法性问题

目前,学者们大多通过从个体自由权中推导出医疗自主权,^⑨ 进而推导出撤除维生干预的正当性。例如,有学者指出,撤除维生治疗是个人基本权利,来源于身体不受他人干涉的消极自由,^⑩ 他人无权强行干预。^⑪ 然而,这些论证未能阐释撤除维生干预是否与个体生命权存在冲突。此外,这些论证多从个人权利角度予以分析,是医疗个体主义的彰显。^⑫ 但同时,还应从医疗家庭主义角度和医疗社会主义角度进行论证。

1. 尊重个体生命质量与放弃医疗服务权

有学者认为,生命权是最为基本的人权,放弃维生干预在一定程度上有违法律的强制性规定和基本价值。^⑬ 然而,生命权的内涵不止于生命时限的延长,还包括生命尊严与生命质量;人有生命权,但没有生存义务,更没有不惜一切代价生存下去的义务。《民法典》第1002条将“生命尊严”一词写进生命权法律条款中,生命尊严被置于与生命安全同等重要的地位。撤除维生治疗虽然从时限上缩短了生命长度,但是辅

① 参见刘兰秋:《韩国延命医疗中断立法之评介》,载《河北法学》2018年第11期。
② See Kevin M Simmons, Suicide and Death with Dignity, 2 Journal of Law and the Biosciences 436, 438(2018). 参见姚迪迪:《“生前预嘱”概念体系梳理及立法选择》,载《北方法学》2020年第2期。
③ 参见孙也龙:《临终患者自主权研究——以境外近期立法为切入》,载《西南政法大学学报》2017年第5期。
④ See Mendelson, D., & Jost, T., A Comparative Study of the Law of Palliative Care and End-of-Life Treatment. Journal of Law, 1 Medicine and Ethics 130, 131.
⑤ 参见姚迪迪:《“生前预嘱”概念体系梳理及立法选择》,载《北方法学》2020年第2期。
⑥ 参见许中缘:《生前预嘱引发权利冲突尚待解决》,载《上海法治报》2022年8月5日,第B7版。
⑦ 参见汪志刚:《善终服务的法律调整模式及选择逻辑》,载《中外法学》2022年第4期。
⑧ 参见付子堂、王业平:《法律家长主义与安乐死合法化的范围界限》,载《法学杂志》2021年第3期。
⑨ 参见《世界医学学会关于患者权利的里斯本宣言》第3(b)条。

① See Pretty v. the United Kingdom, The European Court of Human Rights (Fourth Section), Strasbourg, April 29, 2002.
② See Vacco v. Quill, 521 U.S. 793 (1997).
③ See Le Comité consultatif national d'éthique (CCNE), Questions éthique relatives aux situations de fin de vie: autonomie et solidarité, Paris, le 13 septembre 2022.
④ 参见曾春燕、刘娟娟:《伦理学视阈下中国安乐死社会意愿现状及合法化路径探究》,载《浙江社会科学》2017年第3期。
⑤ 参见汪志刚:《善终服务的法律调整模式及选择逻辑》,载《中外法学》2022年第4期。
⑥ 参见张迪:《缓和医疗与安乐死:差异或协同》,载《医学与哲学》2021年第10期。
⑦ 参见林世章:《无效医疗去留之间》,载《中国医院院长》2011年第6期。



国,根据《宪法》和《基本医疗卫生与健康促进法》等法律对国家保障公民生命权和健康权的规定,医院应当向患者提供包括维持生命治疗在内的所有保障生命权和健康权的治疗手段,但同时基于对患者身体自主权的尊重,如果患者明确表示拒绝某种医疗手段,医院应当予以尊重,除非构成《民法典》第1220条和《医师法》第27条规定的强制医疗情形。同时,从《民法典》第1219条规定的医务人员告知义务来看,为充分保障患者的自主权,患者对其身体状况享有知情权,且对于手术、特殊治疗等享有同意权,医疗机构未经其同意不得擅自实施医疗方案。既然患者知情后可以同意某一医疗方案,当然也有权拒绝接受。

2. 无效医疗与死亡医学化的反思

从医疗角度来看,医院具有保障患者生命权的责任和义务,医务人员也需遵循救死扶伤的职业伦理规范,但是这并不能否认撤除维生干预的合理性。如果患者几乎没有治愈恢复的可能性,完全依靠机械设备来延长生命,换言之,只能等待着其他身体功能丧失而导致使用机械设备也没有延长生命的可能性,^①为了有效节制此种过度治疗和无效治疗,不应当再对社会医疗系统施以法定的维持生命义务。这应是我国《基本医疗卫生与健康促进法》第54条规定的“不得对患者实施过度医疗”的应有之义。此外,在现代医疗系统中,患者进入医院后,经历门诊、检验、住院等各个环节,虽然能够得到完整的治疗,但这种机械式、流程化、无统筹的诊疗过程导致末期患者对于死亡更加无助和恐惧,家属也负有沉重的经济负担和照护压力。有学者指出:“社会已通过医疗系统,决定人在何时以及经历了什么样的屈辱和残害之后死亡。”^②这引人深思,让死亡更加有尊严、有温度,应是医疗与社会发展的一个新台阶。

3. 两种合法性来源的地位与关系

有争议的是,在尚未完全达致无效医疗而撤除维生干预的条件时(仍有微末治愈可能性),患者基于自身对于生命质量和尊严的价值判断希望拒绝此种干预,此种拒绝权利是否应当得到法律的保护?换言之,此时两种合法性来源是必须同时兼备还是存其一即可?这本质上是如何平衡医疗个人主义和法律家长主义的问题,即法律在多大程度上尊重患者的自我决定,具体到法律法规即是如何解释《民法典》第1220条规定的强制医疗权范围。有学者认为,临终医疗中通常不会发生强制医疗情形,故而承认患者有权拒绝维生医疗应是支撑此类医疗的基本原则。^③当然,学界也有观点主张强制医疗权应作为兜底保障。应当认为,强制医疗权范围应以医学判断为准,撤除维生干预应同时具备前述个体维度和社会维度两种合法性来源。因为一旦放开社会维度的管制,

极易滑向安乐死,这在现阶段缺乏民众基本共识和法律规范基础,可能产生为防止轻微疼痛或者节省医疗费用提前撤除维生干预的风险。对比协助自杀非罪化的发展和速死医疗服务的探讨,撤除维生干预介乎个体自主和社会医疗之间,不仅仅涉及个体医疗获得权的放弃,若患者尚未达到相应临床条件,不应仅根据自主决定撤除治疗措施。

另一争议问题是,如果患者并未明确作出意思表示且已经丧失行为能力,医院能否仅以无效医疗为由撤除维生干预?换言之,在患者自决已不可能的情况下,此种社会维度的合法性来源能否独立成为合法性基础?从权利义务关系角度来看,患者的医疗拒绝权对应着医疗机构撤除医疗干预的义务,原则上只有患者行使这一请求权医疗机构才应做出相应行为,医疗机构对此并不存在主动性的权利。从医学发展来看,现代循证医学认为应当结合研究证据、医师的临床经验和病人的意愿。撤除维生干预不是一个纯粹的医学科学判断,医务人员应当考虑患者的偏好和价值,^④不管是明确的还是推定的。这客观上也有利于减少医患冲突。即使在医疗资源紧张的情况下,也不能未判断患者意思而单方作出撤除维生干预的决定,以将救治机会赋予其他患者。因为其背后的等效理论(the equivalence thesis)和双重效应理论(the rule of double effect)存在理论和实践问题。^⑤因此仅以无效医疗和死亡医学化的担忧为由不足以合法地撤除维生干预。

4. 家庭成员的有限影响

撤除维生干预虽然由患者作出决定,但无论是从患者生理状况还是从家庭伦理道德角度,最终的决定离不开患者家属的深度参与。^⑥首先,为保障患者情绪心态,患者并不一定知晓自身全部情况。即便患者知晓情况,需要其作出决定时可能已经失去意识,实证研究表明最终医疗方案的决定人往往是子女和配偶。^⑦其次,患者需要家属的照护,家属投入的物质和心理精力影响着最终的医疗决定。最后,在差序格局的人际关系中,家庭文化对中国民众的心理具有至关重要的影响,这些都促成了医事抉择的家庭主义倾向。

然而,倾向不意味着决定性因素,客观来说,患者相较于其家属在身体情况、财产状况、社会关系上本就处于弱势地位,如果不对患者家属的影响力作出限制,考虑医疗费用、医患纠纷可能性等,医疗决定对患者几乎没有自主性可言。可能的方式是鼓励家庭共同意志。如果患者家属因为对亲人的眷恋或者对道德压力的焦虑而不愿撤

① See Ahn, K., & Bae, H., Reflections on the Movement for the Legalization of Death with Dignity as Withdrawal of Futile Life-Sustaining Treatment in South Korea, 1 Journal of Korean Law 43, 51(2010).

② See Ivan Illich, Medical Nemesis: The Expropriation of Health, Calder & Boyars, 1975, p.149.

③ 参见汪志刚:《善终服务的法律调整模式及选择逻辑》,载《中外法学》2022年第4期。

④ 参见张迪:《缓和医疗与安乐死:差异或协同》,载《医学与哲学》2021年第10期。

⑤ See Maldonado F, Gill MB. The Theoretical and Practical Arguments against the Unilateral Withdrawal of Life-Sustaining Treatment during Crisis Standards of Care: Does the Knobe Effect Apply to Unilateral Withdrawal?. 9 Bioethics 964, 968 (2022).

⑥ 参见景军:《基于死亡叙事的医疗社会生态分析》,载《思想战线》2022年第1期。

⑦ 参见刘梦婕、黄梅、赵继军:《ICU 终末期病人放弃生命支持治疗的现状及相关问题研究》,载《护理研究》2012年第22期。



除维生干预,应当首先由两者进行协商,尽量达成家庭共同意志,这有利于沟通患者和家属关系,也使得医院更能免除后顾之忧;协商不成则患者意思表示优先。

三、撤除维生干预的具体实施

在理论上阐述了撤除维生干预的概念定位和合法性来源后,需要以此为指导进一步探讨实践中撤除维生治疗的具体实施规则。撤除维生干预的理想实施方式是患者通过生前预嘱预先确定在终末期时撤除维生干预。世界医学会《里斯本宣言(病人权利宣言)》第4条指出:“若病人无意识且缺乏法定代理人,遇有需紧急医疗的状况,可以推定病人的同意,除非根据其事先的明确声明,显而易见及超越任何怀疑(obvious and beyond any doubt)的是,在此类情况下其将拒绝接受医疗措施。”这里所指的事先拒绝医疗措施的声明,就是我们通常所说的生前预嘱(living will)。就我国而言,生前预嘱制度由地方性立法率先引入:2023年1月1日实施的《深圳经济特区医疗条例》第78条明确承认了患者可以制定生前预嘱且医疗机构应予以尊重,这在我国可谓首开先河,具有里程碑意义。不过,由于该条例仅为探索性试验立法,其对于该意思表示的条件、效力、法律后果等重要问题仍缺乏具体的规定。另外,实践中更为常见的情形是缺乏患者的生前预嘱,此时对于是否撤销维持生命治疗应由谁依据何种原则来代为决定?

(一) 撤除维生干预的生前预嘱的生效要求

根据前述理论分析,撤除维生干预的法律基础核心是患者的自主意愿以及对过度临终医疗的反思。患者有权基于知情同意原则作出关于自己医疗处置的决定,包括拒绝或撤除可能延长生命但不足以改善生命质量的维持治疗。此外,当前的伦理讨论和医疗实践中,逐渐形成的共识认为,家属的参与和支持对于这一决定的作出同样至关重要,因为家属与患者的情感联系以及对患者价值观的了解有助于明确患者真正的意愿,特别是当患者无法直接传达自己的意愿时。实际操作中,通过生前预嘱来撤除维生干预,应呈现为医院、患者和家属三者共同协商,旨在维护患者自然死亡意愿、具有充分临床医学依据的机制。

1. 患者作出真实的意思表示

患者应当作出同意撤除维生干预的真实意思表示,这一程序对应着生前预嘱的成立和有效条件。根据《民法典》第143条该意思表示应由具备完全民事行为能力的患者作出。^①但也有学者提出,理论上对于患者意思表示的判断标准应为医疗决定能力,^②

即未成年人、精神病患者在特定情形下也具有临终自治决定权。^①从前述撤除维生干预的合法性之个体维度来看,前述方案最大程度上保障了患者自主权,但是对于“特定情形”缺乏具体分析和相应的实定法基础。实际上,关于未成年人、精神病患者等是否在特定情形下具有决定能力这一问题,可以探索以下几种方案。第一种方案是将特定情形的构成要件改良为医疗决定能力的具体判断标准,纳入受害人同意能力概念体系。^②然而,该方案缺乏实体法基础,且从实施程序来看因其强调个案性便需要引入医方等进行具体分析,容易引发不公平、难以操作化的质疑。第二种方案是将特定情形的法律后果限制为应当尊重未成年人、精神病患者的医疗决定,^③但仍应同时获得本人及其监护人的同意。这实际上类似于无民事行为能力人或限制民事行为能力人作出意思表示后监护人补足该意思表示的情形,两者并无实质差异。第三种可行方案是区分无民事行为能力人和限制民事行为能力人,由于后者可以从事与其意思能力相适应的行为,可以在一定程度上解释为如果患者能够充分认知自身疾病和维持生命治疗并作出决定,该生前预嘱应为有效。然而,从体系上来看,遗嘱设立也要求其主体为完全民事行为能力人,撤除维生干预同为单方法律行为且涉及比财产更为关键的人身权益,理应交由具有完全行为能力的人来决定。事实上,我国台湾地区“病人自主权利法”第8条即明确规定“病人为年满二十岁之完全行为能力人,并亲自签名,始得预立前项医疗决定”。因此,最终方案应当为,只有具备完全民事行为能力的患者订立的前述预嘱方为有效,限制或者无民事行为能力的患者应由其法定代理人经特别明示授权或患者单独同意后方可代理其作出意思表示。^④

此外,为保障该意思表示的真实性,应有专门机构向患者告知撤除维生干预和生前预嘱的医学和法律后果并确认其意思。对此,域外法律基本引入了除提供医疗服务的医生或医院之外的独立第三方。例如,我国台湾地区规定为预立医疗照护咨商机构,明确排除主治医师的参与,以确保患者可以在没有压力和影响的情况下作出选择。韩国规定为官方指定的生前预嘱登记机构,允许成年人指明在他们丧失意识或无法表达自己意愿时所希望接受或拒绝的医疗措施。美国加州的《自然死亡法案》(California Natural Death Act)规定,对于涉及生命终期医疗决策的文档,如生前医疗指令(Advance Health Care Directive),通常需要至少两位无利害关系的成人作为见证。“自然死亡法案”在美国多个州有不同的版本,但其核心目的都是允许具有完全行为能力的成人事先声明自己在临终时不希望接受延长生命的医疗治疗。在完成这类文件时,为了证明

① 参见满洪杰:《对深圳生前预嘱规定的诊断意见》,载《上海法治报》2022年8月5日,第B7版。

② 参见姚迪迪:《“生前预嘱”概念体系梳理及立法选择》,载《北方法学》2020年第2期。

① 参见许瀛彪、周婉铃:《生前预嘱的具体适用与体系完善研究——从〈深圳经济特区医疗条例〉(2022年修订)第七十八条切入》,载《天府新论》2022年第6期。

② 参见孙也龙:《医疗决定代理的法律规制》,载《法商研究》2018年第6期。

③ 参见汪志刚:《善终服务的法律调整模式及选择逻辑》,载《中外法学》2022年第4期。

④ 参见孙也龙:《医疗决定代理的法律规制》,载《法商研究》2018年第6期。



声明人的意愿是自愿和明确的,通常需要一定数量的见证人。例如,英国《精神能力法》(Mental Capacity Act 2005)第25条规定了见证程序。^①

有疑义的是,有学者认为在此阶段提供医疗服务的医师也应积极参与,因其对患者情况更为知情,具有专业合理性与职责保障性。^②然而,这完全可以通过在后一阶段的合法性审查实现,因为此阶段主要是保障患者的真实意思。医生并不能代替患者作出决定而只能提出建议,因此并无必要要求其必须参与。还有学者建议医生可以向末期患者提供关于撤除维生干预及订立生前预嘱的信息。^③这的确有利于加强临终医疗宣传,但为避免产生不正当干预或引发后续纠纷,应当确保介绍信息的医生与后续审查的医生不能为同一人,因此本质上属于独立第三方。

2. 医疗机构审查意思表示合法性

医疗机构应当对生前预嘱是否合法、是否达到生前预嘱执行条件进行确认,这一程序对应着生前预嘱的生效条件。为审查生前预嘱的合法性,医生应当询问患者是否知晓什么是维持生命干预措施、干预措施能多大程度上延缓死亡、干预措施对身体带来哪些创伤,希望撤除维生干预的原因为何、在作出决定的一段时间内意思表示是否具有稳定性、^④是否存在不合理的因素干扰,生前预嘱实施条件是否与临床无效医疗标准一致。对于生前预嘱执行条件,医生应判断临床状况是否达致生前预嘱中的规定情形。除此之外,除了医生作为确认主体,有学者提出在医院支持“患者生前预嘱”,还需要经过医院伦理委员会的审查。^⑤亦有学者指出这主要来源于我国台湾地区“病人自主权利法”的经验。^⑥然而,这属于一种误读。根据该法第9条,如果患者明确表达了撤除意愿且医生确认其为末期患者,即可撤除维生干预。只有患者意识不清而需由其亲属代为出具同意书时,才需经过医学伦理委员会审查。实际上,后种情形由于缺乏患者意思表示已经属于后文所述的无生前预嘱情形,出于慎重要求伦理委员会审查较为合理。但对于前种存在生前预嘱而由患者自决情形,要求伦理委员会审查既无必要也无依据。

3. 家庭成员参与决定

家庭成员的有限影响决定了应尽可能由其他近亲属参与该生前预嘱的作出,以形成家庭共同意志,但这一程序并不影响生前预嘱的有效或生效,因此可作为一种倡导性规则或者不影响意思表示效力的强制性规则予以规定。在患者表达希望撤除维生干预的意思表示后,患者家属应当尽可能表达自身意见,比如对于维持生命干预措施的

认识与态度,这有利于形成一个患者和家属达成共识的医疗决定,更容易被医院接受。例如,《德国民法典》第1901b条规定,在作出医疗决定时应当给予患者其他近亲属或信赖关系人表达意见的机会。^①

(二) 撤除维生干预的生前预嘱的效力瑕疵体系

1. 撤除维生干预的生前预嘱的不成立

如果患者不能作出明确意思表示,家属不能以其意思表示代替患者的意思表示,此时应视为无生前预嘱。虽然某些立法例认为若家属作出意思表示,经医生或医学伦理委员会确认后可以视为患者意思表示,^②但这过分扩大了家属的决策地位,既给他们带来了道德压力也可能带来道德风险。整体而言,必须严格把握生前预嘱的成立条件,只要某一方面存在瑕疵即归属于无生前预嘱的临床医疗决定,以此实现个体权利与医院职责的平衡。

2. 撤除维生干预的生前预嘱的撤销

自患者作出意思表示至医生拟实施撤除维生干预程序前,患者均可撤销其意思表示。争议问题在于,是否需对患者的撤销能力施加一定限制?比如,患者可能因为病情恶化而难以在较好的思维状况下作出决定,对此存在截然相反的立法例。^③应当认为,考虑到撤除维生干预是生命权保障和医疗义务履行的例外,由于患者的意思表示尚不清晰,应属于未订立生前预嘱的调整范围,除非患者已预先对此种情况作出不予撤销的安排。

如果撤除维生干预的生前预嘱意思表示不真实,比如存在重大误解、欺诈、胁迫情形,考虑到该意思表示的单方性和生命决定的重要性,该生前预嘱可以被患者及其家属撤销。撤销权人原则上属于患者,若患者意识不清,当时在场的患者家属可以行使撤销权,因为患者家属具有探求患者真意的动机和可能性,且撤销该预嘱实际上会增加家属物质和道德压力,不太可能出现任意撤销情形。撤销原因除准用《民法典》规定外,还可考虑扩张解释为包括动机错误等。^④由于不存在相对人信赖利益保护需要,因此应充分保障患者的真实意图。

3. 撤除维生干预的生前预嘱的未生效

若生前预嘱约定的临床条件不合适,则对医疗机构不发生效力;如果低于一般临床要求则医疗机构可以拒绝实施。我国台湾地区“病人自主权利法”第14条亦规定:“医疗机构或医师依其专业或意愿,无法执行病人预立医疗决定时,得不施行之。”在

① 参见苏小凤、刘霖、韩继明:《生前预嘱中的优逝理念探讨》,载《医学与哲学》2021年第13期。

② 参见许中缘:《生前预嘱引发权利冲突尚待解决》,载《上海法治报》2022年8月5日,第B7版。

③ 参见刘兰秋:《韩国延命医疗中断立法之评介》,载《河北法学》2018年第11期。

④ See Brown, Samuel M., C. Gregory Elliott, and Robert Paine, Response to Open Peer Commentaries on “Withdrawal of Nonfutile Life Support after Attempted Suicide”, 3 American Journal of Bioethics 3, 4(2013).

⑤ 参见许中缘:《生前预嘱引发权利冲突尚待解决》,载《上海法治报》2022年8月5日,第B7版。

⑥ 参见苏小凤、刘霖、韩继明:《生前预嘱中的优逝理念探讨》,载《医学与哲学》2021年第13期。

① 参见满洪杰:《对深圳生前预嘱规定的诊断意见》,载《上海法治报》2022年8月5日,第B7版。

② 韩国《关于对临终关怀姑息治疗及临终阶段患者的延命治疗决定的法案》规定:“若患者本人在清醒时通过文件表明不接受延命治疗,或2名以上家属指证患者曾表示不接受延命治疗,且有2名医生予以确认时,即可对其停止延命治疗。”

③ 参见孙也龙:《论撤销预先医疗指示的能力》,载《医学与法学》2020年第1期。

④ 参见赵毅:《重构继承法之遗嘱错误——罗马法源、域外制度及其借鉴》,载《政治与法律》2013年第1期。



有新的医学发现能够为改善生活条件提供真实前景时,医生也可以决定拒绝按照生前预嘱执行。^①英国2019年《精神能力法》第25条亦作出了类似规定,如果发生了未预见的且可能影响生前预嘱内容的情形,生前预嘱就不再适用。

(三) 缺乏撤除维生干预的生前预嘱的临床决策

如果患者不具备完全行为能力,且又未设立生前预嘱或其生前预嘱不生效力,关于是否撤除维生干预应当由谁依据何种原则代为决定?关于决策主体,应由近亲属提出申请并由医学伦理委员会审查。对于该问题主要有三种观点:

一是由家属作出决定。有学者指出,家属因其承担物质和精神压力能够选择是否继续予以治疗。^②甚至有学者认为,根据《民法典》和《医疗机构管理条例》,患者病重昏迷并不可逆转地临近死亡时,是否撤除生命维持干预的决定权从患者本人转移到患者家属,家属的决定可优先于生前预嘱受到考虑。^③

二是由医学伦理委员会作出决定。有学者认为,由伦理委员会通过伦理审查能够做出最符合伦理价值和患者利益的决定。^④我国台湾地区“安宁缓和条例”即规定应由最近亲属提出终止施行心肺复苏术的要求,经医学伦理委员会通过后,方可拔管,停止救治。^⑤

三是交由司法机关裁决。例如,英国采取法院裁决模式,停止为患者提供营养等生命维持治疗需要得到高等法院的预先批准。与此类似的是,美国的昆兰案(Karen Ann Quinlan case)和意大利的艾莉亚诺案(Eluana Englaro case)也是法院判决最终决定医院是否撤除患者呼吸机或拔除饮食插管。然而,将所有案件逐一提交给司法机关不是一种理想的解决方案,因为这将造成巨大的司法资源压力,应当将其作为最后的救济手段。

在常规情况下,简单地赋予家属作出此类决定的权利不能被视为对现行法律的恰当解释。如前所述,对强制医疗的权利应当由医疗机构在评估临床情况后行使,而不是任由家属单方面决定。因此,合理的程序是家属可以发起请求,但最终的决策应基于医生的专业意见,并由医院伦理委员会进行审查,这一过程确保了既有的决策是基于专业的医疗判断,同时也保持了必要的独立性。这样的决策框架旨在平衡专业知识与伦理关怀,兼顾病患与家属的期望,并确保决策过程的正当性。

关于决策原则,为确保决策过程的公正性与合理性,应当全面评估并权衡客观上

的患者最佳利益和主观上推定的患者意愿。面对如何处理维生干预的问题,目前存在两种主要的思路。第一种思路强调依据患者推定的意愿。这种方法在意大利的艾莉亚诺案例中得到体现,该案中法院试图“以推定的方式恢复患者的意志”,通过全面考量患者的个性、生活经历、对死亡的态度和尊严感来推测她如果有决策能力时是否会选择撤除维生干预。^①在这种情况下,法院或决策机构必须深入研究并对患者过往的意愿和价值观进行解读,以估算患者在当前情境下可能的选择。第二种思路则侧重于基于患者的最佳利益来作出决定。具体考虑病人的医疗利益、医疗偏好等。^②例如,我国台湾地区“安宁缓和医疗条例”即规定,末期病人未签署撤除维生干预的意向书时,若无最近亲属出具同意书,应经安宁缓和医疗照会后,依末期病人最大利益出具医嘱代替之。根据前述对于撤除维生干预合法性的理论分析,在无生前预嘱时需同时符合患者最佳利益和患者推定意思。与德国法院倾向于将患者推定意愿作为首要考量因素不同,患者的最佳利益应成为决策的决定性标准。^③在此情境下,患者的真实意愿只能通过以往的证据进行推断,由于推断容易受到不确定性和时间差异性的影响,可能并不能有效代表患者当前的意志。如此,依赖于医学专业人员基于经验和证据所做的判断将会是一个更为理想和合理的选择。

结 语

死亡未知且不可避免,而临终过程往往伴随着疼痛和无力感。然而,令人欣慰的是,我们已逐渐从畏惧死亡转变为正视死亡,并不断思考如何设计临终期间的医疗、心理、法律等方面的制度,让逝者有尊严、生者得慰藉。撤除维生干预即是其中一项重要制度,它强调自然死亡,重视生命尊严。基于个体生命质量的尊重与无效医疗的反思,应当允许谨慎推行,并辅以安宁疗护,以充分保障患者的生命尊严。具体实施时,如果以生前预嘱方式撤除维生干预,除要求患者作出真实的意思表示外,医疗机构也需进行审查,并建议其他家庭成员参与决定。如果存在主体、意思和内容瑕疵,该生前预嘱可能不成立、被撤销或不具备法律效力,从而被归为无生前预嘱的情形,此时应由近亲属提出申请并由医院伦理委员会进行审查,以确保充分考虑患者最佳利益和患者意愿。

(责任编辑:王文斌)

① See Veshi, D., Koka, E., & Venditti, C., A New Law of Advance Directives in Italy: A Critical Legal Analysis, 3 Journal of Law and Medicine 702, 706 (2019).

② 参见付子堂、王业平:《法律家长主义与安乐死合法化的范围界限》,载《法学杂志》2021年第3期。

③ 参见睢素利:《对生前预嘱相关问题的探讨》,载《中国卫生法制》2014年第2期。

④ 参见陈树鹏、范彩云:《临终患者自主权的两难困境与出路》,载《医学与哲学》2020年第1期。

⑤ 参见林世章:《无效医疗去留之间》,载《中国医院院长》2011年第6期。

① 参见徐铁英:《从“埃鲁阿娜”案看植物人生死决定问题》,载《东方法学》2010年第1期。

② 参见刘静坤:《病人自治、尊严死亡与最佳利益原则》,载《中外法学》2022年第4期。

③ See Mendelson, D., & Jost, T., A Comparative Study of the Law of Palliative Care and End-of-Life Treatment. Journal of Law, Medicine and Ethics 130, 136.



论尊严死亡的法律边界

——以撤除维生干预为例

李忠鲜*

内容摘要：撤除维生干预的权利及其行使界定了尊严死亡的边界。患者自决权内在要求患者本人是医疗措施的主要决策者。现有的临床实践、伦理考量和优逝理念都鼓励人们对撤除维生干预作出预先医疗指示或生前预嘱。然而,临终治疗领域的立法空白严重限制了撤除维生干预的临床适用,导致尊严死亡的法律边界不清晰。在《民法典》之下,患者自决权的私法权源来自人格尊严保护体系,它与医生协助自杀、安乐死分属不同法律范畴。即使人格尊严与生命权存在权利冲突,也可通过对生命权和身体权的非绝对化阐释和对人格尊严的扩大解释来化解。生前预嘱作为决定撤除维生干预的合法形式,应当进一步明确患者自决权的行使方法、家属的代理决策权和医生的角色定位。

关键词：维生干预；尊严死亡；患者自决权；生前预嘱

一、问题的提出

科学为人类创造了生命可以无限延长的想象,当对永生的渴望照进现实,我们却很难从容应对。作为一种常见的临床诊疗方法,生命维持治疗通常包括呼吸道管理、心肺复苏、抗休克治疗等多项治疗手段。正如其名,生命维持治疗的主要功能是以各类医疗设备人工维持和延长患者的生命体征,而单纯使用生命干预设备对于病症并没有治愈效果,因此对于大多数身患重疾、生命垂危的患者来说,撤除维生干预就意味

着生命的终结。尽管生命维持治疗对于患者等待更合适的药物和诊疗具有一定的临床意义,但它的作用仍然十分有限,在生命被人为延长的同时,患者还是要承受巨大的肉体痛苦和精神痛苦,这不符合患者的利益和意愿,因此也与医学伦理和人道主义精神相悖。随着我国人口老龄化的趋势不断加剧,临终患者的数量也在逐年上升,人们对生命质量的关注、^①对尊严死亡的认知也在不断增强。^②已有相当数量的患者不愿意在疾病末期单纯使用支持设备人为延长生命,而是选择他们内心认可的尊严死亡。

为了推进党中央关于“健康中国”的战略部署,落实综合改革试点的需要,深圳市在2022年更新了《深圳经济特区医疗条例》,成为全国首个规定“生前预嘱”的地方性法规。该条例不仅明确了医疗机构在患者不可治愈的伤病末期或者临终时实施医疗措施,应当尊重患者对于“采取或者不采取插管、心肺复苏等创伤性抢救措施,使用或者不使用生命支持系统,进行或者不进行原发疾病的延续性治疗”的明确意愿;^③还规定了医疗机构可以安排医疗卫生人员到患者居住场所、照护机构为其提供适宜居家开展的诊疗、康复、护理、安宁疗护。《深圳经济特区医疗条例》为安宁疗护的进一步发展提供了地方层面的法律依据。同年,北京卫生法学会组织专家发布了《疾病终末期医疗决策相关法律问题专家共识》,呼吁通过专门立法来规范终末期患者的医疗决策问题。^④

从我国《民法典》倡导的人本主义精神出发,尊严死亡是人格尊严中的重要组成部分,以生前预嘱的方式决定撤除维生干预应当是自然人享有人格尊严的天然延伸。然而,实践中具体的决策主体、实施方法和法定程序等诸多法律问题都有待进一步分析和明确。首先,对于患者而言,大多数人对生前预嘱、预先医疗指示等确定患者意思表示的具体制度并不了解,不仅生前预嘱的合法性存疑,而且实践中尚未形成统一的操作规范,影响了患者自决权的实现效果。其次,对于家属而言,他们在形成意见时还可能出现与患者意见不一致的情形,或者数位家属之间难以达成一致意见。最后,由于没有法律的明确授权,医师在实施撤除时还可能承担一定的执业风险。由此看来,当前我国与撤除维生干预相关的立法还存在较大空白。下文将针对上述问题从合法性论证、撤除决策主体、撤除决策程序等几个方面展开论述,旨在厘清人们在选择撤除维生干预时享有的尊严死亡权利及其法律边界。

* 李忠鲜,中国人民大学法学院讲师,法学博士。

基金项目:本文系中国人民大学中华法治文明高等研究院2023年项目“民法典与中华法治文明的发展”的阶段性成果。

① 参见石佳友:《人权与人格权的关系——从人格权的独立成编出发》,载《法学评论》2017年第6期。人格权制度在当代主要回应“主体客体化”的风险,防止人由法律关系的主体沦为客体。

② 生与死是一体两面,现代人所讲求的生活品质必须包含死亡品质,两者不可分离。参见傅伟勋:《死亡的尊严与生命的尊严》,北京大学出版社2006年版,第7页。

③ 参见《深圳经济特区医疗条例》第78条。

④ 参见郑秋实:《疾病终末期医疗决策相关法律问题专家共识》,载《中国医学伦理学》2022年第9期。



二、撤除维生干预的合法性论证

在我国临床实践中,撤除维生干预已经运用多年,而且在符合一定条件时,也可以获得伦理辩护。^①但不可否认的是,当患者的健康状况无法维持自主呼吸和自主心跳时,撤除维生干预的直接结果就是生命的终结,从撤除医疗设备的后果上看,撤除行为似乎直接造成了患者死亡的后果,因此撤除行为仍然面临合法性论证的难题。

(一) 撤除维生干预的实践困境

撤除维生干预在我国面临的实践困境主要体现在两个方面。其一,以生前预嘱和预先医疗指示选择撤除维生干预的实践较少。我国对安乐死采取绝对禁止的态度,传统观念中的讳死文化、孝道文化也在阻碍着患者和家属在适当时候作出选择。因此,人们以预先医疗安排或者生前预嘱的形式选择撤除维生干预的实践少之又少,往往等到生命垂危之际,最后由患者家属作出决定。其二,生前预嘱和预先医疗指示的法律效力存疑。知情同意规则成为撤除维生干预的实践形式,而知情同意规则的运用效果显然不同于生前预嘱,生前预嘱给予个人体面安排自我临终治疗的权利。实践中,尽管我国目前并没有就尊严死亡、生前预嘱等制度进行专门立法,但是撤除维生干预的实践早以“抢救治疗知情同意书”“拒绝或放弃医学治疗告知书”等形式存在多年,并且已经获得了相当程度的伦理学辩护。那么在立法上,我国应当对这种实践困境有所回应。目前,回应此种困境的主要方式是通过地方立法先行先试,在积累经验之后在全国推广。然而,地方性立法并非长久之计,实施效果也极为有限。

(二) 撤除维生干预的刑法界限

撤除维生干预确实存在广泛的实践需求,但为何我国迄今未将它合法化?从立法政策的角度考量,可以认为,撤除维生干预相关立法长期缺位的原因,部分可以被归结为我国法律对于安乐死持坚决反对态度,而撤除维生干预与安乐死在表现形式上具有一定程度的趋同性,例如两者的发起都是基于患者的自主决定,两者的结果也都导致了患者结束生命。然而,值得注意的是,撤除维生干预与安乐死存在根本区别,而且撤除维生干预与尊严死、安宁缓和医疗也存在范围上的差异。在通常的语境下,安乐死、尊严死、安宁缓和医疗三种概念经常被混为一谈,虽然三种概念的内涵和外延都不同,但他们都包含着患者自主决定、保护人格尊严等价值理念。实定法对待上述概念的立场也不一致。

第一,我国法律对安乐死采取绝对禁止的态度。终止生命维持措施具有合法性

基础,但实施安乐死却为大部分国家所禁止并定性为刑事犯罪,我国刑法对于安乐死也采取绝对禁止的态度。美国医学会将安乐死定义为:“为减轻病患无法忍受且无法治疗的病痛,而由他人为病患施以足以致命的药剂。”安乐死的行为模式是主动介入,而且实施安乐死的行为与死亡之间存在法律上的因果关系,所以刑法理论普遍认为安乐死具备违法性。在一般情况下,个体有权处分各类法益,但是个人对于生命和重大健康法益的放弃在刑法上是无效的。^①换言之,即使个人承诺了他人的侵犯或者主动要求他人以主动介入的形式帮助其自杀,实施侵犯和帮助自杀的行为人仍要承担刑事责任。最典型的例证就是,我国刑法并没有设立帮助自杀罪,帮助自杀行为直接认定为故意杀人罪,这正表明了刑法对于个体自主放弃生命权为无效表示的基本考量。

第二,虽然安乐死在道义和伦理上基于人格尊严、减轻患者痛苦、患者自我决定等方面具备一定的正当性,但是如果经由法律将其合法化,可能会削弱法律保护生命健康权的立场,^②并可能存在被滥用的风险。不仅如此,实施安乐死在我国也暂时不具备相应的社会共识、文化土壤和制度支持。

第三,我国法律允许尊严死和安宁缓和医疗。与安乐死的主动性和提前性不同,尊严死对于患者的死亡时间既不提前,也不延后,所以它与安乐死的行为方式和结果都存在根本区别,因而属于刑法允许的范畴。撤除维生干预被视为实现尊严死亡的重要形式之一,在临床上已经具备了相当的实践经验,全国各地也正在探索尊严死的实践做法和立法路径。

(三) 撤除维生干预与协助自杀的区别

除了安乐死之外,撤除维生干预在历史上还曾与协助自杀的概念相混淆,因为协助自杀本质上还是属于故意杀人行为,为刑法所不允许,因此撤除维生干预的合法性争论也持续了相当长的一段时间。在美国1990年Cruzan案中,法院确认任何成年人都有权拒绝不需要的医疗,即使行使该权利很可能导致死亡。彼时来自纽约州的三名医生和绝症患者起诉纽约总检察长丹尼斯·C·瓦科(Dennis C. Vacco),理由是纽约州制定的禁止协助自杀法案,违反了宪法第十四修正案的平等保护条款,即任何州都应在其管辖范围内提供平等保护,如果身患绝症的人可以选择终止维持生命治疗而死,那么同样地,身患绝症未接受维持治疗的人也可以选择医疗协助下死亡。^③该案上诉至第二巡回法庭后改判,上诉法院认为终止生命维持的行为本质与协助自杀没什么不同,因此州法律禁止协助自杀违反了平等保护的原则。然而,联邦最高法院支持了地方法院的观点,认为终止生命维持的行为与协助自杀并不相同。主要理由在于,当

^① 参见刘建利:《尊严死行为的刑法边界》,载《法学》2019年第9期。

^② 参见梁根林:《争取人道死亡的权利——世界范围内的安乐死运动》,载《比较法研究》2004年第3期。

^③ See Vacco v. Quill, 521 US 793 (1997).

^① 参见张迪、宁晓红:《撤除生命维持干预的伦理学辩护》,载《协和医学杂志》2023年第5期。



病人拒绝维持生命的药物治疗时,他就会死于潜在的致命疾病。但是,如果患者服用了医生开出的致命药物,他就会被该药物杀死。在此认识的基础之上,法官进一步区分积极死亡和消极死亡。所谓的积极死亡是指一种积极的行为、行动或委托行为,需要使用致命物质或武力通过直接干预故意导致一个人死亡,比如,注射毒药给一个处于极度痛苦中的晚期癌症患者;而消极死亡是指在使用生命维持措施下停止治疗,患者最终将自然死亡。

在我国法律中,协助自杀行为被严格禁止,医生协助自杀患者可能触犯《刑法》第232条故意杀人罪的规定。我国首例涉及协助自杀的案件发生在1986年,医生蒲连升应患者儿女的要求为患者实施了安乐死,尽管最终被判无罪,但并不意味着我国对于安乐死的合法化立场。蒲连升被判无罪的主要原因在于他当时开具的药物不是死亡的主要原因,因而法院认为危害不大,不构成犯罪。

综上,撤除维生干预不同于协助自杀,因而并不属于安乐死范畴,撤除维生干预相关立法的缺位客观上导致了患者以生前预嘱或预先医疗指示的方式对尊严死作出选择。撤除维生干预本质上属于医疗决策,医疗决策就是为患者诊疗作决定,并且选择最有利于患者的治疗方案。通常来说,生命维持治疗的参与主体主要是患者、家属和医生,三方的意见和行为都会对生命维持治疗产生决定性的影响。具体而言,基于自然人对于生命和健康所享有的自主决定权,患者应当成为医疗决策的法定主体,符合一定条件时,家属有权代理患者作出决策,医生在医疗决策中的角色亦在发生转变。下文将从患者、家属和医生三个主体的角度分别阐述文章主题。

三、作为尊严死亡合法性基础的患者自决权

从本质上看,撤除维生干预属于患者自决权的范畴,是人格尊严在生命尽头的体现。患者应当享有对诊疗方式和是否撤除生命维持干预设备的最终决定权,因为患者对身体的决定和控制,是个人自由不可或缺的一部分。正如在Schloendorff案中,美国大法官本杰明·卡多佐认为,“每个成年且心智健全的人都有权决定如何处理自己的身体;外科医生未经患者同意就实施手术属于侵犯他人的行为,应承担由此产生的责任”^①。通常情况下,患者个人自决包括两方面内涵:其一,在实施医疗行为或措施前,患者应被充分告知相关信息;其二,患者有权决定是否接受所要采取的医疗行为或措施。在尊严死亡场景中,个人自决权就是个体有权结合医生诊疗结论、身体状况和生存意愿,自主选择失去表意能力或出现其他情状时授权医生撤除维生干预系统。从

^① Schloendorff v. Society of New York Hospital, 105 N.E. 92 (N.Y. 1914).

这个意义上来说,个人自决权就是尊严死亡的合法性基础。

(一) 域外尊严死立法的历史源流

尊严死立法最早起源于美国。通过1976年的Quinlan案,美国联邦最高法院判决肯定了患者拥有拒绝任何医疗行为的权利,且病人的拒绝权高于医生的行善义务。^①Quinlan案引发关于生命的思考,最终演变成一场声势浩大的立法运动。1977年,加利福尼亚州通过了《自然死亡法》,成为第一部明确患者有权拒绝接受生命支持的医疗技术的法律,并允许病情危急、濒临死亡的患者停止或拒绝接受治疗,并初步建立了生前预嘱制度(living will)。1980年代后期,美国大多数州都通过了类似的立法。这些法律一般称为《自然死亡法》《尊严死亡法》或《生前遗嘱法》等。此后,关于患者决定治疗的权利逐渐上升到“死亡权”的讨论。1990年通过Cruzan案,美国联邦最高法院正式确立了“死亡权”,即所有具有行为能力的成年人都有权自己或者指定代理人选择或者拒绝任何手术干预,即使所有相关人员都知道这些措施会加速死亡。^②Cruzan案在美国引发了强烈的反响,1990年,美国联邦通过《病人自主决定法》,该法案的立法目的是确保患者在医疗保健决策中的自主决定权。通过预先指示(advanced directives)、生前预嘱和持久授权书制度,成年人拥有自主决定接受或拒绝医疗或手术治疗的权力。需要说明的是,预先指示和生前预嘱这两个概念实质都是在为人们在无法表达愿望时提前为拒绝生命维持系统作出的提前安排,虽然前者范围略大于后者,^③即除了表达治疗意愿之外,还包含选定代理人的内容,但在尊严死亡的场景下,两个概念一般可以相互替代使用。^④

(二) 患者自决权的法理依据和表现形式

通过对《民法典》相关规则的分析,可以发现患者自决权的民法权源来自人格尊严保护体系。此外,《民法典》不仅强调对人格尊严的保障,还明确了知情同意规则,强调患者的自主决定权。不过,患者自主决定权存在一定限制,法律预设不能在不能或者不宜面向患者时,患者的近亲属可以给予同意的意思表示。在价值理念上,这一规则实际上隐含着法律父爱主义的逻辑,即认为只有近亲属才能为患者作出最佳决定。在我国的临床实践中,的确存在家属代病人作手术决定的现象,可见我国患者自主决定的空间还是相当有限。同时,由于生前预嘱规则的缺失,往往是在患者处于终末期已经失去表意能力时,医生才得以撤除生命维持系统,此时患者家属(而非患者本人)是撤除行为的指令发出者和知情同意书的签署人。

^① See In re Quinlan, 70 N.J. 10, 355 A.2d 647, 652 (1976).

^② See Cruzan v. Director, Missouri Department of Health, 497 U.S. 261 (1990).

^③ 参见姚迪迪:《“生前预嘱”概念体系梳理及立法选择》,载《北方法学》2020年第2期。

^④ 参见孙也龙:《预约善终的法律机制——台湾地区“病人自主权利法”评析及启示》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2017年第5期。



除了预嘱制度的缺失之外,对于以家属或家庭为决策主体的医疗实践,一个更贴切的理论解释是,家庭决策实际上是我国患者自主权的主要实现形式。在儒家文明区内的东方,对于自主性的解释与西方的自主性存在较大区别,后者更强调个体自我的决定权,排除了自我决定的从属性,在定义上,自主行为完全排斥了他人控制。然而,东方的自主性原则大多还是以儒家家庭伦理作为基础,东方的自主性更强调的价值是和谐以及家庭成员之间的依赖。^①因此,以家庭决策代替个人决策自然成为自决权的实践形式。

(三) 人格尊严与生命权的冲突:患者自决包含对生命的自决

基于家庭决策代替个人决策的现状,尽管患者自决权的正当性在道德和法律体系中已得到确认,但要明确其权利性质,仍需找到实定法上的法律依据。一个可能的路径是从死亡尊严属于人格尊严的角度,论证尊严死亡在民法体系中的定位。患者自决权在《民法典》知情同意规则之下具备一定的正当性,但还存在疑问,即法律对于死亡尊严的保护是否可能与其他权利保护产生冲突?患者自决是否包含对生命的自决?我国《民法典》的亮点之一就是人格权规范独立成编,这标志着我国法律体系对于人格权利和权益的保护程度上升到了新的高度。法典是高度体系化和抽象化的产物,尤其在构建民事权利体系之时,权利之间产生冲突的情形并不鲜见。在本论题中,最集中地表现为人格尊严和生命权之间的紧张关系。因为在尊严死的问题之下,允许患者自决权的本质含义就是允许患者终结自己的生命,而《民法典》也同时保护个体的生命权和健康权。如此一来,法律既保护生命权,也保护人格尊严的两项目标是否会在尊严死的情形下产生冲突?

对此应当作如下理解:第一,尊严死的根本任务就是要在保护民事主体的生命健康和保障患者自决之间找到最佳平衡,^②民事主体享有的生命权和身体权并非绝对地可以由个人自决。人格利益与财产利益的本质区别之一就是前者包含伦理考量,所以权利人即便享有特定的人格利益也不能任其随意处分,而是需要在法律允许的框架之内实现权利的保护。^③譬如,人们可以选择维生治疗或者捐献器官,但是医生协助自杀等却并不为法律所认可。第二,尊严死亡本身是生命尊严和人格尊严的一部分,^④临终自治本质上关涉人格尊严,而且是最应当被保护的自治领域。^⑤因此,从广义上理解人格尊严,将死亡尊严纳入其中,就可以天然地消除人格尊严与生命权的理念矛盾和价值冲突。基于上述理由,人格尊严与生命权即便存在体系冲突,也完全可以通过对

生命和身体权的非绝对化和对人格尊严的扩大解释来化解。

(四) 患者自决权的行使方式

患者自决权的行使方式最先取决于患者如何作出有效的意思表示,除了患者的意思能力之外,还可能涉及患者本人存在先后态度上的反复而导致自我表意冲突或者患者本人的意思表示难以获知的问题。根据研究统计,几乎所有的终末期患者都有过自行结束生命的念头,而且他们终结生命的想法经常处于变化之中。^①所以,我们应当尽可能方便患者以适当的方式更新生前预嘱和预先医疗安排,并且允许患者随时修改。第一,患者本人可能自我表意冲突。即便有生前预嘱决定在终末期放弃维生治疗手段,但是如果医生在诊疗过程中发现患者的医疗意愿和死亡态度有所改变,愿意继续进行维生治疗的,那么医护人员应当及时提醒患者对预先医疗指令作出更新,并且作出有效的公证或者召集见证人。尤其是在患者本人通过口头表达的意愿与之前的书面意思表示不一致的场合,患者作出意思表示的更新,则应当由患者或家属提供充分的证据证明其真实性。第二,患者未表达意愿,而近亲属同意撤除生命干预治疗时,医生则负有一定的注意义务。此时,作为最了解患者诊疗情况和生命态度的主治医生,应当细致观察患者是否积极配合治疗,以此获知患者关于撤除生命干预治疗的意愿,^②如此才能更加充分地尊重患者自决权。确定患者意思的原则是以最新的有效表意为准,患者表意前后不一致时,如果两个表意行为在真实性和法律效力上都不存在瑕疵,那么应当以最新的证据为准。然而,人们对于生命的态度在临终时期往往存在反复,根据医生的临床经验,患者甚至在一天之间可能数次改变主意。因此,基于临终患者脆弱的心理状态,需要医生综合考虑当下的情况,以维护患者最佳利益为原则对病情作出判断。

(五) 患者自决权的行使边界

从权利行使的原则来看,任何权利都不应当被滥用。由此引申的一个关键问题是,患者自决权是否绝对?事实上,患者自决权也并非不可折损。一些观点认为,如果对于患者的福祉可能面临严重的威胁,那么在诊疗过程中患者个人的意愿可被适当限制。而另有观点认为,患者自决权是一种对自我的完全自主权,只要自决权行使不给他人造成伤害,那么患者自决权就不应当被限制。^③

① 参见范瑞平:《当代儒家生命伦理学》,北京大学出版社2011年版,第36页。

② 参见汪志刚:《善终服务的法律调整模式及选择逻辑》,载《中外法学》2022年第4期。

③ 参见王利明:《论人格权的定义》,载《华中科技大学学报(社会科学版)》2020年第1期。

④ 参见王云岭:《现代医学与尊严死亡》,山东人民出版社2016年版,第7-8页。

⑤ 参见刘静坤:《病人自治、尊严死亡与最佳利益原则》,载《中外法学》2022年第4期。

① See Harmer B, Lee S, Duong TVH, Saadabadi A. Suicidal Ideation. StatPearls Publishing; May 18, 2022.

② 参见胡雪梅、翟高远:《论我国末期患者放弃治疗之法律规制》,载《上海政法学院学报(法治论丛)》2022年第2期。

③ See Jukka Varelius. The value of autonomy in medical ethics. Med Health Care Philos.2006; 9(3):377-388.



四、患者亲属的代理决策权

如前所述,患者本人并非临终医疗决策的唯一主体。在我国医疗实践中,由于患者入院时身心状态不佳,通常由其家属代理患者本人成为撤除生命干预治疗这一医疗决策的主体。在价值取向和伦理考量的层面上,医疗决策普遍强调个人自决权利和知情同意模式。然而,在临床实践上,我国医疗决策模式的主流还是以家庭为中心的决策模式。^①

(一) 亲属是撤除维生干预的实际主导者

在我国,由于医疗预嘱制度并未得到全面推广,患者本人对其临终维生治疗的终止情形不享有提前安排的权利,亲属作为撤除维生干预的实际主导者,基本上已经完全替代了法律所主要倡导的患者自主决定模式。具体而言,从中国急诊部门的实际情况来看,不要抢救指令(do-not-resuscitate order)的运用基本上替代了更加体现患者自决权的生前预嘱制度。虽然不要抢救协议与生前预嘱在内容和程序上都存在较大区别,但在我国普遍适用“抢救知情同意书”模式的现状之下,这两种表意效果的相似性高于差异性。在一项以我国大陆为研究对象的实证研究中,在所有重症监护患方所签署的不要抢救协议之中,98%都由家人签署。^②这类指令通常都签发在入院的紧急时刻,并且入院时患者基本已经处于生命垂危的状态,64.6%的患方在进入急诊室的24小时之内签署了指令,68.7%急诊室患者在签署指令的24小时内死亡。从这些数据不难看出,在签署不要抢救指令时,患者通常生命垂危导致自主决定能力下降,其身体和心理状态都不允许他们清楚地理解医疗行为然后完整表达自己的意愿。不仅如此,家属之间可能还会存在不同意见。因此,以亲属为实际主导的知情同意并不能为患者本人提供周全保护。

(二) 患者与亲属的利益冲突与解决方案

根据《民法典》第1219条规定,医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的,医务人员应当及时向患者具体说明医疗风险、替代医疗方案等情况,并取得其明确同意;不能或者不宜向患者说明的,应当向患者的近亲属说明,并取得其明确同意。学者认为,此处“不能向患者说明”

应解释为患者缺乏对相关诊疗行为的同意能力。^①需要注意的是,患者与亲属也可能存在利益冲突,在撤除维生干预的选择意向上产生分歧。最典型的情形是,由于家庭经济状况、患者身体条件等原因,即便患者仍有治愈机会和生存意愿,亲属也可能倾向于放弃临终治疗并且签署预先医疗指令。如果患者家属作出了明显损害患者利益的医疗决定,即便符合指令的形式要件,也应当对该医疗指令的法律效力予以否定,或者至少在经过医生的临床判断之后,如果医生根据专业知识和职业伦理判断认为,患者并不处于生命垂危状态的疾病终末期,那么医生有权在患者和家属存在利益冲突和可能的表意冲突时,不予撤除维生系统。另一个问题是,患者家属“明显损害患者利益的医疗决定”应当如何定义?基于我国实践中的通常做法和医疗共识,在临终决定的范畴中,“明显损害患者利益的医疗决定”就是指近亲属或者医疗代理人在病人仍然存在救助希望时,作出提前终止或放弃医疗的决定。

除了患者亲属之外,在比较法上还存在医疗代理人制度。我国已经发展出较为成熟的成年人意定监护制度,这为国内开展和推广医疗选择代理人提供了充足的法律依据。^②然而,现阶段我国尚未形成专门针对生前预嘱的立法,而且撤除维生干预也不同于一般的医疗决策,它将直接决定患者的死亡时间。实践中,在撤除维生干预的决策中指定家属之外的人作为代理决策人的情形并不多见,即便将来研究建立医疗代理人制度,也应当主要以家庭内部亲属为主体,才更符合我国的家庭伦理。

五、医生在共享决策中的权利义务

如前所述,医生依据有效的生前预嘱撤除维生干预并不触犯刑法规范。不仅如此,在通常的情况下,医生提出的诊疗方案和建议是医疗决策形成的基本依据。基于价值判断和“知情同意”的医疗决策模型,患方本应当是享有自我决定权的主体,他们在医疗决策时应占据主导地位,但在各国的临终医疗实践中,通常主动建议撤除生命支持干预治疗的主体却是医生,因而医生实质上在诊疗过程占据了主导地位。不过,随着患者和家属获得诊疗信息的便利程度逐渐提高,患者的自主决定意识也在不断增强,医生在医疗决策中的角色逐渐面临转型需要,将来我国撤除维生干预的医疗决策模式有望从传统的家长式决策模式转型为共享决策模式。转型过程中,确定医生在共享决策中的权利和义务对于转型成效至关重要。

① 参见杨同卫:《以家庭为本位的医疗决策模式研究》,经济管理出版社2016年版,第5页。

② See Ding CQ, Zhang YP, Wang YW, Yang MF, Wang S, Cui NQ, Jin JF. Death and do-not-resuscitate order in the emergency department: A single-center three-year retrospective study in the Chinese mainland. World J Emerg Med. 2020; 11(4):231-237.

① 参见陆青、章晓英:《民法典时代近亲属同意规则的释论重构》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2020年第6期。

② 参见睢素利:《从伦理和法律视角探讨患者自主权在预先医疗决定中的实现》,载《中国医学伦理学》2017年第10期。



(一) 医生不得单方撤除维生干预

与国外医生享有一定的临终医疗决策权不同,^①我国医生不能单方面撤除对患者的维生治疗,不仅如此,由于当前我国并未对临终医疗决策中医生的权利和责任进行明确,为避免陷入医疗纠纷甚或承担法律责任,我国医生对于参与患者的临终决策往往十分谨慎,^②这也不利于医生主动发起对病人及其家属的临终治疗建议。

(二) 医生撤除维生干预的法律风险

如上所述,由于尊严死亡相关立法空白,他们对于撤除维生干预通常仍持保留态度。目前,尽管深圳地方性立法确立了生前预嘱的效力,间接肯定了医生撤除维生治疗的免责性质,但地方性立法的实施效果毕竟有限。其原因主要在于,任何地方性立法都会面临由地方法规效力层级不够所导致的困境。除了深圳之外,生前预嘱制度只在极少数几家公益性组织在小范围内推广运用,在全国范围内并未认可生前预嘱的法律效力,而生前预嘱不具备法律效力就直接影响撤除维生干预的实施效果。究其原因,作为生前预嘱执行人的医生在依照患者生前预嘱撤除维持生命支持系统时,撤除维生干预行为客观上将导致患者生命终结,所以医生在作出撤除行为时通常需要应对伦理道德和法律风险的双重风险。

第一,在道德上,医生所遵循的当代生命伦理四大原则之一的不伤害原则(Nonmaleficence)使其在执行医疗预嘱时犹豫不决。不伤害原则要求医生在采取医疗护理措施时,应尽可能避免对患者造成生理、心理、精神、社会等方面的伤害,它是医疗卫生服务的底线标准。对其最初的描述就是颇具显性的,“首先,不伤害”。如果照字面意思机械理解不伤害原则,撤除维生干预会造成患者死亡的后果,显然是对患者生命健康造成了“伤害”。因此,从医生职业伦理来看,生命支持系统是终末期患者勉强维持生命体征的唯一手段,所以医生即便依照患者指令撤除维生干预,撤除行为是否属于对患者生命健康权的“伤害”,医生对此普遍存在困惑。毕竟在生命科学伦理中一个长久不衰的辩题就是,如果承认个体的生命质量比生命长度更为重要,那么如果连患者的生命权都不复存在了,又谈何生命质量?

第二,在法律上,医生撤除维生干预同样面临风险。由于行为人对于自己生命权的放弃无效,如果在任何一个可能出现争议的情况下,医生是否对于撤除生命支持系统存在一定的裁量空间,比如一个经典的场景是,医生在家属不在场而病情极度恶

化时,是否有权立即撤除生命维持系统?若生前预嘱不具有法律效力,则医生不仅可能面临被刑法规制的风险,还可能面临来自患者家属的民事责任追究。《民法典》第1221条规定,医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务,造成患者损害的,医疗机构应当承担赔偿责任。在民事侵权责任体系下,如果未明确允许医生遵循预嘱撤除维生干预的合法性,那么依据《民法典》关于医疗侵权的规定,家属对于擅自撤除维生干预的行为后果可以请求医生承担侵权损害赔偿责任。

(三) 医生在撤除卫生干预共享决策中的权利义务

为了免除医生执行预先医疗指令可能带来的法律责任,我国台湾地区的规范为医疗机构及医生提供了豁免。具体操作如下:第一,医疗机构或医师依其专业或意愿,无法执行病人预立医疗决定时,得不施行之,但是应当告知病人,并提供缓和医疗及其他处置措施。第二,医疗机构或医师依本条规定终止、撤除或不施行生命维持治疗或人工营养及流体喂养之全部或一部,不负刑事与行政责任;因此所造成的损害,除有故意或重大过失,且违反病人预立医疗决定者外,医生不负赔偿责任。^①该规则给撤除维生干预相关立法工作带来的启示是,要为医生参与共享决策扫除道德责难和法律风险,在医生权利义务方面至少需要明确以下三点:

一是依据专业判断的拒绝权。虽然预嘱是患者单方面提出的指令,但是医生以其专业判断和职业伦理,有权拒绝撤除维生干预。二是医生撤除维生干预的法定免责。这是彻底消除医生撤除行为之顾虑的风险控制规则,即如果依照法定方式和预嘱指定方式进行撤除行为,那么对于该行为不导致刑法和行政法上的法律责任。三是损害赔偿的责任限度。从反面来说,虽然医生依照生前预嘱指定情形进行撤除行为,不受刑事、行政法律追诉,但撤除行为如果存在故意或重大过失,在合理确定举证责任、适当限度赔偿额度等前提之下,患者本人及其亲属对故意侵权行为、重大过失行为可以请求损害赔偿。

六、撤除维生干预的法定决策程序

在确定了撤除维生干预的法定决策和实施主体之后,还需要论证相关的程序、方法和制度是否符合我国当前关于尊严死的立法框架。总体上看,法律允许在符合一定条件下撤除维生干预,并且以生前预嘱的形式选择撤除维生干预为伦理所接受。然而,在法律上需要更细致地区分具体在符合何种条件时撤除维生干预符合法律的预设目标。

^① 在美国,83%的医生曾经单方面决定限制对患者的维生治疗,原因是治疗无益。See Asch DA, Hansen-Flaschen J, Lanken PN. Decisions to limit or continue life-sustaining treatment by critical care physicians in the United States: conflicts between physicians' practices and patients' wishes. Am J Respir Crit Care Med, 1995, 151:288-292.

^② 参见姜琦、席修明、张琪等:《ICU生命终末期的实施和伦理学问题》,载《中华危重病急救医学》2013年第7期。

^① 参见我国台湾地区“病人自主权利法”第14条、16条。



(一) 生前预嘱: 患者自决权的实现形式

生前预嘱作为预先医疗指示的一种形式,是病人在特定临床条件下自主决定是否维持生命的治疗意愿。正如美国疾病控制与预防中心将生前预嘱定义为:“生前预嘱是有约束力的个人声明,表明声明者在他或她处于绝症且没有康复希望的情况下不希望接受维持生命的治疗。”^①所以,生前预嘱本质上是个人自主决定发生医疗紧急情况或丧失行为能力时的医疗保健偏好或选择。^②生前预嘱不仅让人们重新思考生命的性质和价值,以及在生命结束前谁能主张对身体的控制权,还保护医疗保健专业人员在遵循指示时免受刑事或民事起诉。

(二) 撤除维生干预的程序和主体

当前,我国大陆尚不存在患者自决的专门立法,患者自决权的实现缺乏具体的程序构造予以保障,这在相当程度上提高了患者提前安排临终权利的制度成本,降低了生命尊严的保障。我国的临床实践中,撤除维生干预的典型情形是:第一,撤除维生干预的对象是生命终末期患者;第二,撤除维生干预的适用范围和条件是经医生判断当前的治疗属于无效治疗,即诊疗行为已经无治愈效果。^③可见当前我国患者自决权的适用条件还是相对保守。

为了保护患者自决权,我国台湾地区2019年颁布“病人自主权利法”,其中诸多内容已经被《深圳经济特区医疗条例》借鉴和吸收。该法对预先医疗指示进行了严格的程序规定:首先,必须经医疗机构提供预立医疗照护谘商(Advance care planning),且在预立医疗决定上盖章。其次,必须有公证人公证或具有完全行为能力二人以上在场见证。见证人的资格限制除了应为具完全行为能力的人之外,受委托的医疗委任代理人,及病人的主责照护医疗团队成员,都不可担任见证人。再次,完成健保卡登记程序。完成签署及公证的预立医疗决定书必须由医疗机构扫描存记在官方主管机关,官方主管机关再注册在意愿人的健保卡上。最后,撤回决定只能采取书面形式。除此之外,我国台湾地区“病人自主权利法”规定的撤除生命干预治疗的主体范围也较为宽泛。

对于我国将来的专门立法,至少存在两点启示。第一,在程序设计方面,患者自决的实现程序至少应当包括:医疗机构提供的预先医疗指令、发出指令的过程经过公证或者有见证人证明其真实性、进行有效登记。第二,在对象范围方面,我国将来在立法中是否应当适当扩大撤除维生干预的患者范围?当前,无论是《深圳经济特区医疗条例》,还是医疗人员所形成的专业共识,都不难看出我国还是倾向于将撤除行为

^① 生前预嘱属于医疗指示(medical directive)的一种,医疗指示除了在患者罹患绝症的情况下使用,还包括其他情况(如痴呆、中风、昏迷等)下患者的医疗选择。
^② 参见郑秋实:《疾病终末期医疗决策相关法律问题专家共识》,载《中国医学伦理学》2022年第9期。

的适用对象限定在严格的范围之内,适用对象多数为终末期患者。然而,现实中还有其他如植物人、不可逆转的昏迷状况等情状可能会涉及临终安排。将来在充分调查研究的基础之上,可以考虑逐步扩大适用对象,至少对于处在类似情状之下的患者,应作平等对待。而且对于非终末期患者,在将来设计生前预嘱制度时,也可以考虑允许非终末期患者提前作出临终医疗安排。因为,从制度目的角度来看,允许个人提前作出安排完全无需以终末期危险为前提,如果是考虑到非终末期患者是否会在后期又恢复了生存意愿,则完全可以赋予个体随时且便利更新意思表示的权利。

(三) 撤除维生干预决策的质量评价

医疗决策程序的根本目标就是确保患者及其家属作出最佳的医疗决策,通常来说,对于医疗决策的质量评判应当主要以患者本人的福祉为衡量的主要因素,而且在决策的过程中必须贯彻患者最佳利益原则。关于什么是好的医疗决策,美国行为医学学会和医学决策学会的年会曾尝试解答这一问题。这一会议总结了作出良好医疗决策所需要的四项关键概念:人际因素、结构性的背景因素、情感影响和价值观澄清(获得患者价值观和偏好的重要性)。^①这次会议的一个主要结论是,仅靠传统的决策质量标准 and 理论方法不足以充分捕捉人们的生活决策经验,对决策理论和什么是良好决策的定义采取“一刀切”的方法可能并不合适。

(四) 尊严死的价值多元及其实现

前文论证了以撤除维生干预实现尊严死亡的必要性和可能的路径,在未来构建撤除维生干预具体规则时应该提前预判撤除维生干预的运行效果。从生命价值多元化的角度来看,撤除维生干预并非实现尊严死亡的唯一途径。^②本文虽然以支持构建撤除维生干预规则为主要立场,但仍然需要强调的是,以生前预嘱的形式自主决定撤除维生系统能够满足一部分人的临终遗愿,符合他们对尊严死亡或人格尊严的理解,但在一般概念上,撤除维生干预决不能与尊严死亡画等号,人们有权自主决定是否撤除、如何撤除以及何时撤除维生干预。归根到底,处于终末期患者的生命价值并不低于健康的人,^③即便他们选择不撤除维生干预,也应当尊重这一部分人选择继续治疗的生命自决权,人们有权选择继续使用生命维持系统与病痛斗争到最后一刻。尤其是在患者以预嘱方式选择不撤除时,他们也不应当受到生前预嘱制度和预先医疗指令制度本身可能给患者带来的潜在道德压力。一个常见的情形是,重症病人在治疗时通常都会存

^① See Rini C, Tanaka M, Baleix J, Brewster M, Craddock Lee S, Goldstein MK, Jacobson RM, Myers RE, Zikmund-Fisher BJ, Waters EA. What is a good medical decision? A research agenda guided by perspectives from multiple stakeholders. J Behav Med. 2017 Feb; 40(1):52-68.
^② 参见景军:《尊严死之辨》,载《开放时代》2022年第4期。为保护临终者的尊严,可行的措施不止于此。保护的手段不仅限于医学,还包括心理、精神及社会关怀。
^③ 参见王杰、徐晓娟:《从功利主义到人本主义:晚期癌症患者生命价值困境与社会工作介入》,载《医学与哲学》2019年第2期。



在“自我感受负担”，他们有时会认为是因为自己所患的疾病使家庭陷入困境，选择继续治疗会给家人带来了额外负担。基于这种考虑，生前预嘱制度不应当是强制的，它始终应当以自愿为原则，而作为预先医疗指令的采集者和接收者，医生也需要在与病人交流过程中适当注意收集治疗意愿的谈话方式，照顾病人的心理健康。值得注意的是，上述观点和结论都建立在患者自决权具备至上的道德正当性这一前提之上。然而，如果部分个体的经济条件允许作无效治疗，那么在患者没有改善可能性的情况下，医疗机构是否还应当无限制地满足患者的诊疗需求？医生在这种场景下是否有积极建议权？这些问题同样值得思考，限于篇幅本文不再展开。

结 语

从第一声生命的啼哭开始，虽然人不能决定自己的出生，但应被允许拥有安排自己死亡的权利。虽然安乐死并不为道德和法律所允许，但是并不等于现有的法律框架让人们死亡毫无掌控权利。当所有的医疗科技都无力回天之时，人们决定不使用生命支持方法而安然逝去的做法已然可以得到伦理上的辩护。同样地，法律也应当适时给出解决方案。如果说生命是一场演出，每个人都有权利撰写自我如何死亡的脚本。关于人应当如何活着，哲学、宗教和伦理已经给出了千百种答案，但关于人应当如何死去，相信人类已经达成了最低限度的共识——依照自己的意愿有尊严地告别。基于底线认识，是否以及如何撤除维生干预，应当主要由患者及其近亲属在医生的专业建议之下审慎决定。法律在其中的作用就是确定授权或撤除行为的潜在风险并控制在合理范围，从而在保障个体对临终安排的选择权时，为相关主体确定义务范围和具体的实施程序。《民法典》致力于保障人格尊严，民法规范深刻地塑造了人们从出生到死亡的权利和义务。同样地，撤除维生干预的法律问题也应当在《民法典》的框架之下展开。在这个意义上，法律应为人民赋权，让个体在生命的终点依照自己的意愿实现生命尊严。

（责任编辑：王文斌）

关于山东法院金融犯罪司法审判的调研报告

山东省高级人民法院刑一庭课题组*

内容摘要：近年来，山东省金融犯罪呈现案件总量大、类型多、新型犯罪不断出现、涉众型犯罪突出、犯罪日趋复杂化的特点，金融机构已成为金融犯罪的高风险点。问题成因在于金融制度及监管跟不上金融经济高速发展的需要；互联网推动金融创新的同时，也为金融犯罪提供了温床；金融投资市场不成熟；涉案资产处置、信访维稳协调机制不够健全。对此，需强化金融监管，筑牢预防金融犯罪的防火墙；完善法律政策，规范法律适用；常态化法治宣传，加强金融犯罪预防工作。只有更好落实国家关于金融安全的工作要求，才能更好服务山东经济高质量发展。

关键词：金融安全；金融犯罪；涉众型犯罪；互联网金融；预防治理

金融犯罪对经济社会的危害是多方面的，严重侵蚀公平、公正和透明的市场原则，损害投资者权益，扰乱金融秩序，对国家的金融安全构成威胁，还会导致社会不稳定因素不断积累，甚至有可能触发社会动荡。维护金融安全事关国家大局。习近平总书记指出：“金融安全是国家安全的重要组成部分，是经济平稳健康发展的重要基础。维护金融安全，是关系我国经济社会发展全局的一件带有战略性、根本性的大事。”^①为更好防范化解金融风险和助力平安山东建设，更好服务山东经济高质量发展，课题组梳理了近五年（2018—2022年）金融犯罪审判数据，^②系统总结山东法院在审判实践中的经验做法和遇到的问题，针对性地提出提升金融犯罪审判工作质效、强化金融安全的对策建议。

* 课题组负责人：王继青，山东省高级人民法院一级高级法官。课题组成员：蒋海年，山东省高级人民法院刑一庭副庭长，三级高级法官；尹士强，山东省高级人民法院刑一庭法官助理（执笔人）；崔灿，山东省高级人民法院刑一庭法官助理。

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 中共中央党史和文献研究院编：《习近平关于总体国家安全观论述摘编》，中央文献出版社2018年版，第95页。

② 本文金融犯罪审判数据统计范围为《刑法》第三章（破坏社会主义市场经济秩序罪）第四节（破坏金融管理秩序罪）和第五节（金融诈骗罪）所有罪名，涉及案件类数据均为一审数据。

一、山东省金融犯罪司法审判现状

(一) 案件整体概况

1. 基本数据

山东省各级法院共审结案件数量6317件, 年均审结1264件。其中, 2018年审结1171件; 2019年审结1141件, 较2018年同比降低2.56%; 2020年审结1187件, 较2019年同比增长4.03%; 2021年审结1443件, 较2020年同比增长21.57%; 2022年审结1375件, 较2021年同比降低4.71%(见图1)。

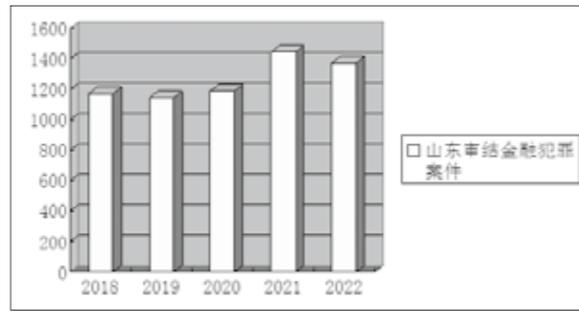


图1 山东近五年审结金融犯罪案件数量 (单位: 件)

金融犯罪案件数量占经济犯罪案件总数的比例年均为31.7%。^①其中, 2018年金融犯罪案件占比32.27%, 2019年占比25.84%, 2020年占比29.65%, 2021年占比36.07%, 2022年占比34.67%。

从山东近五年的案件分析, 金融犯罪案件总量较大, 整体案件变化态势比较平稳, 截至2021年呈现小幅度增长, 2022年开始小幅下降。2023年1-6月份, 金融犯罪案件结案数为530件, 与2022年同期相比下降23%, 全年可能保持2022年以来的下降趋势。

2. 分类统计情况

(1) 金融犯罪共涉及破坏金融管理秩序罪和金融诈骗罪两大类, 从两类案件的情况分析。第一, 破坏金融管理秩序罪。五年来, 山东法院共审结各类案件4852件, 判决被告人8518人, 年均970案1704人。其中, 2018年审结716件, 2019年审结820件, 2020年审结922件, 2021年审结1213件, 2022年1181件。案件变化趋势与

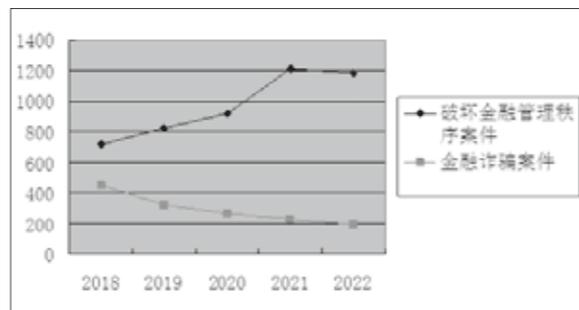


图2 破坏金融管理秩序与金融诈骗罪案件数量及趋势 (单位: 件)

^① 金融犯罪以《刑法》第三章第四节、第五节为统计范围, 共涉及37个罪名, 经济犯罪以《刑法》第三章为统计范围, 共涉及109个罪名。

金融犯罪整体变化趋势相同。第二, 金融诈骗罪案件。五年来, 山东法院共审结各类案件1465件, 被告人1972人, 年均293件395人。其中, 2018年审结455件, 2019年审结321件, 2020年审结265件, 2021年审结230件, 2022年审结194件。案件变化呈现出逐年下降的趋势, 与金融犯罪整体变化趋势相反(见图2)。

(2) 具体罪名分布情况

五年来审结的金融犯罪案件中, 居前五位的案件数量及占比情况依次是: 非法吸收公众存款罪3159件, 占金融犯罪案件总数的50.01%; 信用卡诈骗罪781件, 占金融犯罪案件总数的12.36%; 骗取贷款、票据承兑、金融票证罪558件, 占金融犯罪案件总数的8.83%; 妨害信用卡管理罪448件, 占金融犯罪案件总数的7.09%; 集资诈骗罪297件, 占金融犯罪案件总数的4.70%。以上五类主要罪名共占金融犯罪案件总数的83%(见图3)。

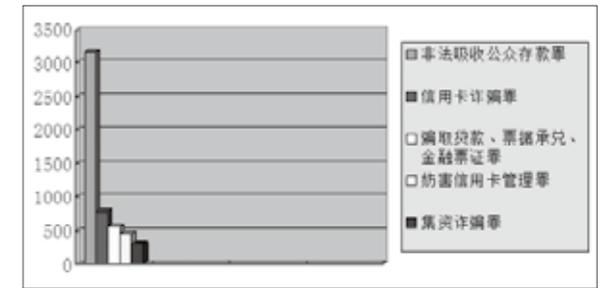


图3 审结金融犯罪案件前五位罪名及案件数量 (单位: 件)

从上述分类统计分析, 破坏金融管理秩序案件整体上呈逐年上升趋势, 金融诈骗罪呈逐年下降趋势。破坏金融管理秩序罪在案件数量上远多于金融诈骗罪, 且差距呈扩大趋势。金融犯罪的重点罪名比较集中, 非法集资类案件尤为突出, 涉金融机构犯罪次之。综上认为, 山东金融安全风险点较为集中。

3. 地区分布情况

从金融犯罪案件地区分布情况看, 审结案件数前五名地区及其占山东金融犯罪案件总量的比例依次为, 青岛辖区占比12.32%, 济南辖区占比9.12%, 淄博辖区占比7.87%, 临沂辖区占比7.04%, 菏泽辖区占比6.71%(见图4)。从近两年山东各地市的GDP排名看, 排名前5位的地市为青岛、济南、烟台、潍坊、临沂。

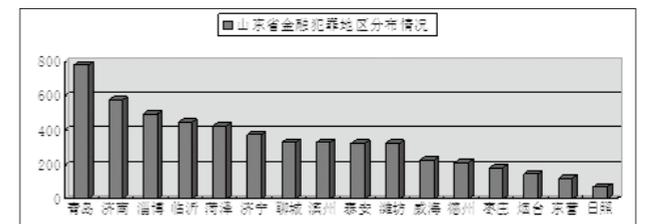


图4 金融犯罪案件数量地区分布情况 (单位: 件)

通过对案件数与各地GDP排名对比分析发现, 山东金融犯罪发案情况与各地经济发展水平基本相互对应, 主要体现在与金融活动的频繁程度相关, 但也有例外, 例如烟台地区经济发展水平较高, 但是金融犯罪案件数较少, 菏泽地区GDP排名与金融犯罪案件分布情况亦不完全对应。

4. 被告人情况

(1) 基本情况。从被告人年龄上看, 十八周岁及以下 20 人, 十八周岁至二十五周岁 933 人, 二十五周岁至六十周岁 8992 人, 六十周岁以上 545 人。从数据看, 中年人为犯罪主体, 大学学历群体与老年群体也占有一定的比例, 值得关注。从被告人身份情况看, 破坏金融管理秩序罪案件中犯罪人数前五位职业分别为: 务工人员 1634 人, 私营企业主与个体劳动者 709 人, 无业人员 697 人, 其他 637 人, 职员 517 人; 金融诈骗罪案件中犯罪人数前五位职业分别为: 务工人员 445 人, 无业人员 326 人, 私营企业主与个体劳动者 206 人, 其他 162 人, 职员 98 人。

对被告人群体进一步细分发现, 私营企业主、个体劳动者等群体犯罪与其在市场经济过程中不当的融资行为有关, 这与金融犯罪成因分析中上述市场主体存在的融资难问题有一定的关系。而无业人员、务工人员等群体涉及犯罪, 主要集中在信用卡诈骗、骗取贷款等罪名。另外, 还有无业人员甚至在校学生, 求职警惕性不强, 受指使、引诱参与金融犯罪。

(2) 刑罚适用情况。近五年审结金融犯罪案件中, 对 11644 名被告人判处刑罚, 判处刑罚人数比例为 98.01%, 其中被判处五年以上有期徒刑 1389 人, 重刑率 11.93%, 十五年有期徒刑以上 138 人, 占比 1.19%。对 5925 名被告人判处罚金刑, 占比 50.88%。从刑罚适用上看, 山东法院对金融犯罪坚持从严打击, 保持了高压打击的态势。

(二) 重点罪名分析

1. 非法集资类犯罪^①

(1) 案件数逐年增长。五年来, 山东法院共审结非法集资犯罪案件 3456 件, 占全部金融犯罪案件总数的 54.71%。其中, 2018 年 476 件; 2019 年 528 件, 同比增长 10.92%; 2020 年 684 件, 同比增长 29.55%; 2021 年 835 件, 同比增长 22.08%; 2022 年 933 件, 同比增长 11.74% (见图 5)。案件呈现出逐年较大幅度的增长。

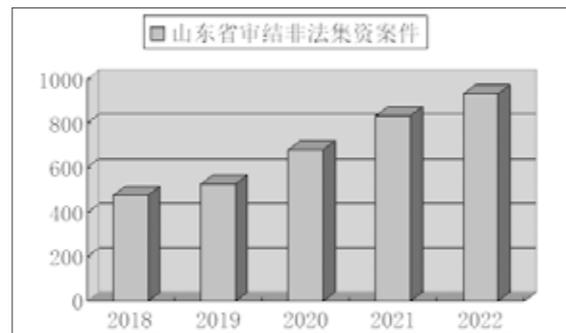


图 5 非法集资刑事案件数量 (单位: 件)

(2) 大案增多, 个别行业风险高。据相关统计, 山东过亿元案件占比上升。传统行业风险形势依旧严峻, 民间投融资类中介和市场零售领域仍然是非法集资高发区, 涉及地区多, 风险集中度较高, 作案手法主要为直接融资、消费返利等。私募或伪私

^① 主要罪名: 非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪。

募风险加速爆发, 立案数和案涉金额同比分别上升 30%、10%。农村专业合作社非法集资维持多发态势, 立案数和案涉金额同比上升 33%。养老领域风险加速暴露, 立案数、案涉金额和案涉人数分别同比上升 50%、52%、10%。

(3) 单位犯罪占比高、行业特征明显。从犯罪主体看, 以单位为主体的案件占比达 60%。从涉案单位名称或经营范围分析, 其中含有“咨询”“科技”“管理”“财富”“商贸”“经贸”等字样的居多, 占以单位为主体的非法集资案件的 1/3。企业名称或经营范围中带有“文旅”“旅游”“黄金”“珠宝”字样的涉案主体同比明显上升, 其中, “黄金”“珠宝”字样刑事案件同比上升 3 倍; “文旅”“旅游”字样刑事案件同比上升 44%。此外, 以共同富裕、共享、生态、“云+”、智能等名义从事非法集资开始显现。

(4) 刑罚适用上宽严相济。从量刑情况看, 在总计 6781 名被告人中, 判处五年以下有期徒刑 4866 人, 五到十年有期徒刑 596 人, 十到十五年有期徒刑 180 人, 十五年有期徒刑以上的 96 人, 重刑率 12.91%, 高于金融犯罪整体重刑率; 缓刑 817 人, 缓刑率 12.09%; 拘役 100 人, 管制 1 人, 免于刑事处罚 125 人。

2. 信用卡类犯罪^①

(1) 案件总量波动性变化。五年来, 山东法院审结信用卡类犯罪案件共计 1464 件, 占全部金融犯罪案件 23.18%。其中, 2018 年审结 364 件; 2019 年审结 260 件, 同比下降 28.57%; 2020 年审结 246 件, 同比下降 5.38%; 2021 年审结 362 件, 同比增长 47.15%; 2022 年审结 232 件, 同比下降 35.91% (见图 6)。案件总量呈现出波动性变化。

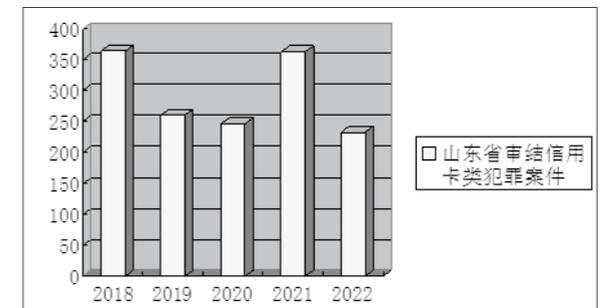


图 6 信用卡类犯罪案件数量 (单位: 件)

(2) 信用卡诈骗数量最多但逐年下降。五年来, 信用卡诈骗罪数量最多, 共 781 件, 占信用卡类犯罪总量的 53.35%, 2018 至 2022 年分别是 315、192、124、85、65 件, 明显呈逐年下降趋势。实践中, 恶意透支型的信用卡诈骗占比较大, “恶意”的认定不易把握, 入刑趋于谨慎。2018 年, 最高人民法院、最高人民检察院修正《关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》, 将恶意透支型信用卡诈骗犯罪“数额较大”的入罪标准从 1 万元提高到 5 万元, 并明确“恶意透支数额较大, 在提起公诉前全部归还或者具有其他情节轻微情形的, 可以不起诉”。上述司法解释及政策的调整是此类犯罪数量大幅度

^① 主要罪名: 信用卡诈骗罪、妨害信用卡管理罪、窃取、收买、非法提供信用卡信息罪。

下降的主要原因。

(3) 妨害信用卡管理罪和窃取、收买、非法提供信用卡信息罪, 案件数占比分别为 30.60%、16.05%。妨害信用卡管理罪共 448 件, 2018 至 2022 年分别是 35、49、69、157、138 件, 窃取、收买、非法提供信用卡信息罪共 235 件, 2018 至 2022 年分别是 14、19、53、120、29 件。两个罪名近年来整体呈上升趋势, 2022 年明显下降(见图 7)。此类犯罪往往系电信网络诈骗等犯罪的上下游犯罪, 其案件数量的变化与电信网络犯罪的变化关系较大。

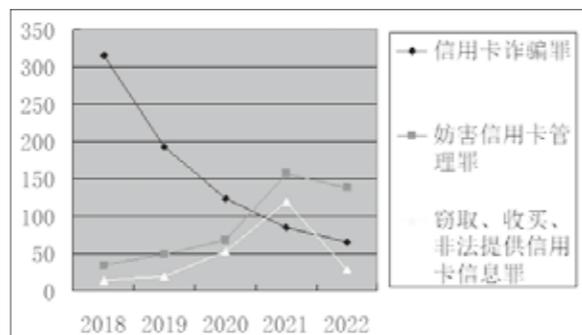


图 7 信用卡类犯罪分类罪名案件数量及趋势

(单位: 件)

3. 骗取贷款类犯罪^①

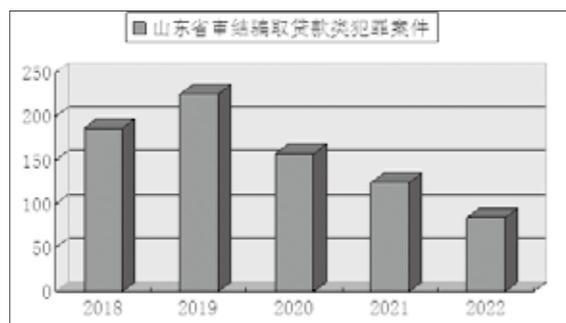


图 8 骗取贷款类案件数量 (单位: 件)

五年来, 山东法院共审结骗取贷款类犯罪案件共计 776 件, 占全部金融犯罪案件 12.28%, 2019 年后呈现逐年下降趋势。其中, 2018 年 186 件; 2019 年 225 件, 同比增长 20.97%; 2020 年 157 件, 同比降低 30.22%; 2021 年 124 件, 同比降低 21.02%; 2022 年 84 件, 同比降低 32.26% (见图 8)。

该类犯罪骗取贷款、票据承兑、金融票证罪为主要罪名, 从审判实践看, 涉案主体多为私营企业、个体经营者, 案件的减少与国家保护经济高质量发展特别是保护民营企业、中小企业健康发展的政策, 尤其是与立法修改密切相关。例如, 2020 年《刑法修正案十一》取消了以“情节”入罪的规定, 以必须给银行或其他金融机构“造成重大损失”为前提。

4. 证券、期货类犯罪^②

(1) 案件数量少, 涉案金额大。五年来, 山东法院共审结证券期货类犯罪 14 件, 占全部金融犯罪案件 0.22%。其中, 内幕交易、泄露内幕信息罪案件 6 件; 利用未公开信息交易罪案件 4 件; 操纵证券、期货市场罪案件 4 件。

(2) 高智商犯罪特征明显。青岛证券期货犯罪审判基地经对 2015 年以来的数据

① 主要罪名: 贷款诈骗罪, 骗取贷款、票据承兑、金融票证罪、违法发放贷款罪、违规出具金融票证罪。
② 主要罪名: 内幕交易、泄露内幕信息罪、利用未公开信息交易罪、编造并传播证券、期货交易虚假信息罪、诱骗投资者买卖证券、期货合约罪、操纵证券、期货市场罪。

进行统计, 该类犯罪共 24 个案件, 罪名亦集中在上述三个罪名, 涉及 50 名被告人。其中研究生学历 8 人, 大学学历 24 人, 大专学历 8 人, 高中学历 4 人, 初中学历 6 人。大学本科及以上学历约占 68%。被告人的职业涉及公司高管, 如董事、总经理、实际控制人及金融从业人员等。上述被告人中, 判处三年以下有期徒刑 16 人, 判处三年以上十年以下有期徒刑 34 人。

(3) 从办案实践看, 此类案件具有犯罪职业化、组织化, 犯罪手段智能化、隐蔽性强, 涉案金额大、获利大等特征。例如, 徐翔等人操纵证券市场罪案, 被告人徐翔与多家上市公司高管共谋, 操纵股票二级市场获取巨额利益, 被处罚金人民币 120 亿余元。

5. 洗钱犯罪

山东法院近五年审结洗钱犯罪案件共计 92 件, 占全部金融犯罪案件 1.46%, 整体上呈现逐年上升趋势, 自 2020 年开始, 增长趋势明显。2018 年 3 件; 2019 年 1 件; 2020 年 7 件; 2021 年 24 件, 同比增长 242.86%; 2022 年 57 件, 同比增长 137.50% (见图 9)。

案件数的变化主要与洗钱罪的法律规定变化有关。为适应国际上从严打击洗钱犯罪的需要, 更好维护国际国内金融安全, 《刑法修正案十一》将自洗钱行为入刑, 加大了对洗钱行为的打击力度, 是近两年来案件数直线上升的主要原因。

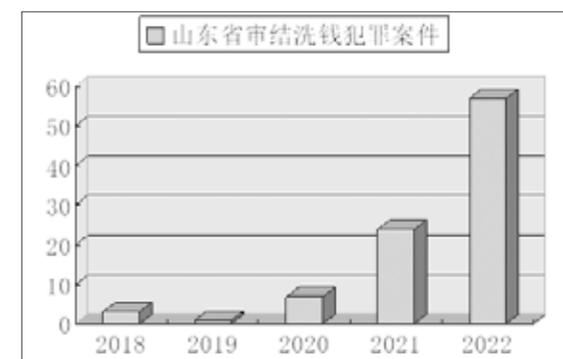


图 9 洗钱犯罪案件数量 (单位: 件)

二、山东金融犯罪呈现出的主要特点

(一) 案件总量大、类型多, 新型犯罪、犯罪复杂化特点突出

第一, 如前分析, 金融犯罪案件总量约占《刑法》第三章破坏社会主义市场经济秩序罪案件总数的 1/3, 案件总量相对较大。第二, 随着经济社会的发展, 案件类型日益多样, 金融犯罪涉及货币、信贷、结算、证券、信用卡、信用证等金融领域各个方面。一些新的金融业务品种不断出现, 互联网成为金融犯罪重要手段, 且犯罪手段不断更新, 犯罪行为更加隐秘。第三, 由于金融业务专业性、复杂性, 金融活动环节多、参与主体多, 金融犯罪呈现出组织化、智能化、日趋复杂化的特点。另外, 金融业务通常时间跨度长, 犯罪的潜伏期也会较长, 涉及范围更广, 违法者利用专业知识逃避打击, 给案件侦破、取证带来更大的挑战。



(二) 金融机构是金融犯罪的高风险点, 对外经营、内部业务、从业人员管理均存在风险隐患

第一, 如前分析, 金融犯罪案件中, 数量在前五位罪名中直接涉及银行的有信用卡诈骗罪、骗取贷款、票据承兑、金融票证罪、妨害信用卡管理罪, 再加上贷款诈骗罪、违法发放贷款罪、违规出具金融票证罪等罪名, 涉银行等金融机构的犯罪约占金融犯罪案件总数的 1/3 左右, 金融机构金融风险需要高度关注。第二, 在金融机构服务保障经济社会发展中, 比如对外开展贷款业务过程中, 有的市场主体以非法手段获取金融机构资金, 动辄百万千万或者过亿, 给银行资金安全造成巨大冲击, 甚至影响到地区金融安全和稳定。第三, 金融机构自身管理漏洞造成的风险需要高度重视。很多金融犯罪源于银行内部成员的违规操作, “一些金融机构逃避监管、非法套利、违法经营, 违规担保、违规投资、违规放贷、违规理财, 脱离主业、脱实向虚, 大搞表外账外经营, 形成巨大金融风险, 给资金安全和金融稳定带来严重威胁。”^① 例如, 恒丰银行系列案件造成的后果至今仍在不断清理当中。第四, 金融机构工作人员涉嫌的犯罪会给金融机构带来巨大风险隐患。比如, 有的金融机构工作人员利用自身身份吸收客户资金不入账, 从事非法集资等违法犯罪活动, 往往会导致相关受害人向金融机构主张赔偿责任。

(三) 涉众型犯罪突出, 涉案金额大、社会影响大、矛盾化解难

第一, 分析发现, 金融犯罪案件非法集资类案件数量最为突出, 占近五年金融犯罪案件总数的 50% 多, 该类案件涉及人数众多、涉案资金巨大。据统计, 截至 2022 年底, 山东尚有存量刑事案件 443 起, 涉及 288 亿余元、33 万余人。其中涉案金额 1 亿元以上的案件 24 起, 涉及 225 亿余元、26 万余人, 立案五年以上的案件仍有 6 起未完全处置完毕。第二, 由于金融贯穿经济生活的全过程, “金融犯罪危害具有‘乘数化效应’, 往往某一领域的金融犯罪会引发其他领域的连锁反应, 进而引发整个市场的金融危机”^②。比如, 有的县区支柱企业之间采取相互担保的方式从银行获取过亿元的信用额度, 一旦有一家企业出现骗取贷款行为, 将对其他企业带来毁灭式的连锁反应, 整个县区的经济将面临重大冲击。第三, 涉众型犯罪受害群体复杂, 尤其是非法集资犯罪老年人占比高, 普遍追赃挽损率偏低, 容易衍生出群体性信访事件, 给社会稳定带来巨大压力。

(四) 务工人员、无业人员、在校学生、未就业大学生等特殊群体犯罪需要引起关注

第一, 如前统计, 金融犯罪案件中务工人员约占罪犯总人数的 20%, 无业人员约占罪犯总人数的 10%, 这与涉众型犯罪组织化、层级多、多为共同犯罪的特点相吻合。

第二, 该类犯罪的主犯往往以较高的报酬和专业、创新等名义吸引、笼络工作时间比较弹性的务工人员、个体劳动者、无业人员参与犯罪, 有的还会诱骗缺乏社会经验的学生、未就业大学生群体参与。第三, 由于有的犯罪需要具有金融和互联网知识, 金融犯罪案件的被告人有年轻化、高智商化的趋势。一些犯罪人不仅具有本科及以上学历, 还有银行、保险、证券期货等机构的工作经历。

三、山东金融犯罪的成因

(一) 金融制度及监管跟不上金融经济高速发展的需要

互联网金融、移动支付、区块链、数字货币等技术的应用, 正在改变金融行业的业务模式和发展方式, 未来发展速度可能会更快。然而, 金融制度的完善需要时间, 当前的金融制度并未根据经济发展作出及时的跟进调整, 金融市场监管不到位。目前, 金融监管体系虽逐步完善, 但仍存在监管权力划分不明确、监管机构之间配合协调不够、监管措施落实不到位等问题。尤其是民营金融企业、互联网金融平台等缺乏有效监管、市场准入把关不严, 使得一些非法金融机构大量成立, 机构成立后也缺乏系统的摸排、整顿和管理, 对可能出现的金融风险缺乏全面的研判和预警。银行、证券等金融机构的内控机制、风险管理存在漏洞, 导致金融机构从业人员犯罪或者内外勾结犯罪多发。

(二) 互联网推动金融创新的同时, 也为金融犯罪提供了温床

“随着网络犯罪的发展, 金融犯罪的互联网化值得高度重视。互联网从犯罪对象、犯罪手段扩展至犯罪空间, 任何传统犯罪和互联网结合, 都使犯罪危害性和辐射面呈几何倍数增长, 金融犯罪也不例外。”^① 信息网络的飞速发展给金融产业的发展带来了机遇, 也带来了极大的挑战。一方面, 信息技术及互联网在金融领域的广泛应用催生了众多金融平台、产品、交易模式等方面的创新, 推动了金融经济的高速发展。另一方面, 网络的虚拟性为伪造资料、伪造平台、伪造网站提供了便利; 网络易传播性, 让违法宣传更加容易, 犯罪分子通过主流媒体网站或社交网络平台发布虚假广告, 甚至利用知名人士、网络达人推广介绍, 传播速度更快; 互联网的开放性又让更多不特定的人成为犯罪分子捕猎的对象。以 P2P 平台为例, 其创新的融资模式在一定程度上确实解决了一些企业融资难的困境, 但由于监管不到位, 众多平台虚假宣传、伪造资料、设立资金池, 逐渐异化为非法集资的平台, 相继暴雷后, 给成千上万的网络投资人造成巨大财产损失。

^① 王兆星:《金融法治是维护金融安全之基》,载《中国金融》2020年第21期。

^② 刘远、赵玮:《金融刑法立法理念的宏观分析——为金融刑法改革进言》,载《河北法学》2006年第9期。

^① 俞启泳、罗曦:《德国打击金融犯罪相关司法制度及启示》,载《人民检察》2020年第3期。



（三）金融投资市场不够成熟

一方面被害人往往投资专业知识储备不足，比如缺乏证券、期货类投资常识而盲目投入，投资心理也不成熟，风险意识不强，轻信存在既有高收益又可以稳定保值的投资方式；另一方面，随着经济水平的提高，居民可支配收入相应增长，但社会供群众投资的正规渠道不够健全，不能充分解决投资人的投资需求。违法者正是摸准了群众投资现状的“脉象”，打着金融创新的名义，编织各种名目，以高利息、高回报、低风险为诱饵，骗取被害人资金。

（四）追赃挽损、涉案资产处置、信访维稳协调机制不够健全

金融犯罪普遍存在涉案财产处置难、追赃挽损难等问题，并由此产生了信访等一系列问题。具体有以下几个方面的原因：一是违法者借助地下钱庄、虚拟货币等手段转移赃款，导致案件资金流向较难查清；二是此类案件往往跨地区、跨省市，甚至跨境，被告人可能归多地司法机关管辖，处置协调不够顺畅，地方保护主义普遍存在；三是重定罪量刑、轻财产处置，侦查、审查起诉环节围绕涉案财产的调查取证不足，过分依赖法院审判环节，导致在审判环节出现“无财产可供处置”或者“无证据审查财产”的困境，另外，在审判实务中除当地党委政府主动组成专班的案件外，人民法院均要独自应对信访问题，信访压力大，处置效果不佳；四是刑行衔接机制不畅，以非法集资案件为例，对于前期获利离场的集资参与者或者未被追究刑事责任的非法集资人员，尚未建立行政处罚、刑事处罚之间的衔接机制，上述人员的违法所得追缴不到位，在一定程度上造成涉案资产无法追回，影响打击效果。

四、预防治理金融犯罪的对策

近年来，山东法院高度重视金融犯罪审判工作，强化党对法院工作绝对领导的工作机制，坚持治罪与治理并重，坚持能动司法，主动构建与公安机关、检察院等司法部门的联动协调机制，^①着重推动完善涉案财物处置工作机制，坚持宽严相济刑事政策，坚持对下指导，主动参与金融风险防范。^②为山东经济社会高质量发展提供了有力的司法保障。然而，预防治理金融犯罪工作任重道远，有必要持续做好以下工作：

^① 2020年以来，山东省高级人民法院联合山东省公安厅、山东省人民检察院先后制定出台《关于骗取贷款犯罪相关问题的参考》《山东省非法集资等涉众型经济犯罪案件涉案车辆先行处置规定》《关于审理非法集资案件相关问题的解答》等指导性文件。

^② 2020年以来，山东省高级人民法院先后发布了《山东法院金融犯罪审判白皮书》《关于非法集资犯罪的调研报告》《关于骗取贷款犯罪的调研报告》，全面总结金融犯罪审判面临的形势任务，就金融风险防范提出意见建议。同时，针对经济犯罪涉案财产处置的难点问题，以非法集资案件作为蓝本，承担2022年最高人民法院司法重大调研课题《非法集资案件涉案财物处置的调研》，推动解决山东非法集资涉案财物处置的突出问题。先后向工商银行山东分行、中国银行山东分行发出强化内部管理、加强人民币保护等司法建议。

（一）强化金融监管，筑牢预防金融犯罪的防火墙

1. 完善金融监管体系，加大金融监管力度。第一，从能动司法的角度，需要进一步探索与金融监管部门、金融机构建立联席会议制度，加强工作对接，及时共享信息，有针对性地为金融机构及监管部门提出查堵漏洞和防范风险的司法建议。通过总结办案经验，协助地方政府、行业主管部门加强对涉众型金融犯罪案件的监测预警，及时进行风险提示。通过与金融部门的密切配合，切实为人民群众筑牢防范金融犯罪的防火墙。第二，从加强金融行业管理的角度，山东应以当前正在推进的金融机构体制改革为契机，进一步理顺中央、地方金融机关行政管理职能，充实人员力量，强化前端金融监管行政执法，及时发现金融风险，打早打小打苗头，更多地运用行政手段、民事手段提前化解金融风险隐患。

2. 重点加强金融机构金融业务和金融机构工作人员的管理。第一，加强金融机构合规管理。金融机构在从事贷款、出具金融票证等对外业务过程中，要严格按照金融业务相关工作流程的规定进行，调查、审批等不同环节均要认真履职、层层把关，确保金融业务安全、资金安全。同时，要避免因为绩效考核等因素的影响而违反规定开展金融业务。第二，加强对金融机构从业人员的管理。审判实务中发现，除存在金融机构工作人员利用职务便利实施职务侵占、挪用金融机构资金给金融机构造成重大损失的案件外，还存在金融机构工作人员吸收客户资金不入账，挪作他用或者挥霍，以及金融机构工作人员与犯罪分子内外勾结实施贷款诈骗等犯罪案件。另外，还有离职人员利用之前的存单等实施非法吸收公众存款等犯罪的案件。上述犯罪均造成金融机构直接资金损失，或对外承担责任。

3. 切实加强互联网金融等新兴金融业态的监管。第一，从健全监管法律体系的角度，要完善互联网金融法律法规，及时填补监管漏洞。比如对虚拟货币的交易、投资的管理，更多的是规范性文件，而非法律法规，需要从更高层面明确虚拟货币的财产属性、发展方向等。第二，要加强对互联网金融平台的监督管理。树立金融安全是金融创新前提的观念至关重要，只有在金融安全的基础上，才能有条件地鼓励金融创新，同时也需防范金融创新至上主义，尤其要警惕假借金融创新之名的伪金融创新。严格互联网金融平台注册成立的审核把关，提高准入门槛，避免假借金融创新实施违法犯罪行为。第三，加大对经营环节的监督管理。主管行政部门对互联网金融企业经营范围定期跟踪审查，加大对虚假、违法互联网金融广告的查处力度，落实广告发布者、参与者、发布平台等的责任，畅通虚假、违法金融广告的举报、奖励渠道，发挥社会监督的作用。

（二）完善法律政策，规范法律适用

1. 将企业合规作为治理涉企金融犯罪的重要手段。以2022年非法集资犯罪为例，



单位为主体的案件占比达60%，面对大量的企业融资需求和越来越多的新型金融活动，外部监管力量终究是有限的，金融风险的防范必须重视企业自身的合规建设。第一，行政监管。金融监管部门、相关行政主管部门应把企业合规建设作为监管的重要内容。可结合合规制度探索建立企业的金融风险排查制度，帮助企业消解可能遇到的刑事风险。第二，金融激励。对于合规的优质企业，在金融业务方面设置多方面激励措施；对于制定并实施了有效合规计划的企业，设置一定的激励措施；对于审慎经营的合规企业，在金融业务的准入等方面设置一定的激励措施；对于改正违法违规行后建构了良好合规计划的企业，行政部门也可以在行政处罚的减免方面给予一定的宽待。第三，司法助力。司法机关要充分考虑到融资的背景、社会环境，准确区分罪与非罪，发挥合规不起诉制度的作用。目前，山东法院正在积极参与涉案企业合规改革，探索建立中国特色现代企业合规司法制度，进一步推进刑事诉讼全流程适用，用法治的力量助力企业健康发展。

2. 全面加强金融犯罪涉案财物处置机制建设。第一，构建各部门共同参与的追赃挽损机制。涉众类金融犯罪案件被害人数众多，追赃挽损难度大，仅仅依靠法院审判部门、执行部门无法完成。实践中成功经验证明，由政法委牵头公检法与金融部门等相关部门建立涉案财物处置机制，成立专项领导小组，各部门群策群力，能较好解决涉众型案件的资产处置问题。第二，加强行刑衔接处置机制建设。以非法集资案件追赃挽损为例，坚持行政处罚、刑事追缴两端发力，由金融监管部门主导，更多通过行政手段敦促集资人积极退回违法所得，采取行政手段追缴前期获利提前离场参与人的违法所得。对于经过审查未被追究刑事责任的集资人员，由司法机关向行政主管部门移送。第三，健全完善涉案财物处置程序。加强与侦查机关、检察机关的沟通协作，健全重大金融犯罪案件案件会商、案情通报等专业化办案制度，切实形成打击金融犯罪的工作合力。进一步强化公检法联席会议等协商机制，解决金融犯罪的法律适用、证据标准、刑事政策方面的突出问题，优化金融犯罪取证、审查、判决、追赃等流程和模式。

3. 重视金融犯罪法律适用问题的研究和指导。金融犯罪与金融经济的发展密切相关，金融市场发展变化快，司法实践容易出现新问题，产生法律适用的困惑，需要及时研究解决。第一，公安机关、检察机关与人民法院要加强业务交流研讨，统一法律适用标准和思路。比如骗取贷款类犯罪，在《刑法修正案十一》修改相关内容以后，新的司法解释没有出台之前，如何把握入罪标准及量刑标准，如何认定“重大损失”，亟待统一思路。第二，加强重点罪名的研究和指导。比如非法集资共同犯罪，要进一步研究如何合理确定追责范围，更好地解决量刑平衡问题，确保案件办理达到“三个效果”统一。洗钱罪在《刑法修正案十一》修改相关内容以后，如何准确认定“自洗钱”

行为，如何实现洗钱犯罪与上游犯罪的量刑均衡考验着司法办案人员的实践智慧。

（三）常态化法治宣传，加强金融犯罪预防工作

1. 树立一盘棋思想，形成宣传合力。金融监管部门、公检法司、地方党委政府、金融机构，均要担负起防范化解金融风险的责任，从各自职能出发，通力配合，加大金融犯罪的法治宣传力度。人民法院要坚持通过公布典型案例、庭审直播等形式，借助线上、线下多种渠道向社会公众普及防范金融犯罪法律知识，提升人民群众的防范意识。

2. 开展靶向式宣传，提高宣传效率。第一，要加强对金融机构从业人员的法治宣传。银行、证券期货、保险等金融机构要加强对重点岗位的合规教育，认真开展风险点梳理，规范业务流程，加强风险防控制度建设。同时，加强金融机构从业人员职业道德建设，规范业务行为，避免利用自身专业知识参与违法犯罪活动。第二，要加强对社会重点人群的法治宣传。鉴于务工人员、无业人员、私营企业主、个体劳动者等为金融犯罪高发人群，要进一步分析高发原因，针对性开展法治宣传教育，精准宣传金融犯罪风险防范知识，增强金融风险防范意识，让更多群众远离金融犯罪风险，避免成为金融犯罪行为实施者和受害者。

结 语

金融犯罪涉及罪名多，涉及面广，金融犯罪审判实践反映出金融犯罪特点突出，重点领域风险突出，且与经济发展密切相关，存在制度监管跟不上金融发展、风险处置机制不健全、金融法治观念不强等问题。金融犯罪审判工作是防范化解金融风险的重要战线，承担着为金融业发展保驾护航、为经济社会发展提供高质量服务的重任。2023年中央金融工作会议强调，要全面加强金融监管，有效防范化解金融风险，在稳定大局的前提下把握时度效，扎实稳妥化解风险，坚决惩治违法犯罪和腐败行为。山东法院将继续充分发挥金融犯罪审判职能，践行能动司法理念，及时调研司法实践中出现的问题，助力金融监管，为防范化解金融风险建言献策。

（责任编辑：刘文文）

“两卡”类帮助信息网络犯罪活动罪司法厘定及裁判思路

——以济南法院2020年—2023年9月审结案件为样本

山东省济南市中级人民法院课题组*

内容摘要：“两卡”类帮助信息网络犯罪活动行为是指行为人明知他人利用信息网络实施犯罪，仍向他人出租、出售信用卡、手机卡，用于接收、转移信息网络犯罪相关款项的行为，是当前帮信案件中最为常见的犯罪方式。近年来，帮信罪的司法适用存在一定的泛化倾向，原因在于该罪名本身具有“口袋化”特质，同时审判机关的宏观把握及微观认定方面存在的问题加剧了扩张风险。因此，应当在宽严相济刑事政策的指导下，类型化审慎认定“明知”与“情节严重”，围绕犯罪构成与罪数理论，准确区分帮信罪与相关联犯罪，更好地体现罪责刑相适应原则。

关键词：帮信罪；“两卡”；信息网络犯罪

帮助信息网络犯罪活动罪(本文简称帮信罪)属于《刑法修正案(九)》新增罪名。^①在2020年之前，该罪名在实际应用中的案例相对较少。然而，自2020年“断卡”行动开展以来，公安机关侦破了大量行为人出租、出售信用卡、手机卡帮助他人实施电信诈骗等网络犯罪的案件，帮信案件数量激增，成为继危险驾驶罪、盗窃罪等犯罪之后的高发犯罪。课题组以2020年至2023年9月济南法院审结的帮信案件为样本，总结案件特点，分析帮信罪司法扩张的原因，以厘清帮信案件认定思路。

* 课题组负责人：李国才，山东省济南市中级人民法院刑一庭庭长。课题组成员：尹逊航，山东省济南市中级人民法院刑一庭副庭长；杨晓庆，山东省济南市中级人民法院刑一庭法官助理。

^① 根据《刑法》第287条之二的规定，帮助信息网络犯罪活动罪是自然人或者单位明知他人利用信息网络实施犯罪，为其犯罪提供互联网接入、服务器托管、网络存储、通讯传输等技术支持，或者提供广告推广、支付结算等帮助，情节严重的行为。

一、帮信案件的审理情况及主要特点

帮信罪是产生于信息网络时代的新型犯罪，为电信诈骗、网络赌博及网络跑分等违法犯罪活动提供“两卡”的行为人，多数以帮信罪追究其刑事责任。案件主要特点如下：

(一) 出租、出售“两卡”行为最为常见

2020年至2023年9月，济南法院共审结一审帮信案件962件，其中912件为行为人出租、出售信用卡、手机卡的“两卡”类帮信案件，占帮信案件总数的94.80%。除此之外，帮信行为人还采取专门为网络犯罪团伙提供转账帮助(俗称“跑分”)、以“刷单”“抢红包”等名义邀请好友进微信群获利(俗称“吸粉”)、帮助向特定人支付返利、架设GOIP设备提供通讯技术支持等行为方式，这部分非“两卡”类帮信案件数量较少，共50件，占帮信案件总数的5.20%。可见，出租、出售“两卡”已经成为最为常见的帮信行为类型。《刑法》第287条明确列举的帮信罪行为方式包括技术支持、广告推广、支付结算，单纯出租、出售“两卡”的行为却成为发案最多的行为类型。

(二) 案件数量呈现渐趋高发态势

2020年至2023年9月，济南法院审结一审“两卡”类帮信案件912件1333人，其中，2020年审结3件3人；2021年审结127件232人；2022年审结328件526人。近三年该类案件数量呈现大幅度增长趋势，增长率超过100%(见图1)。2023年1-9月审结454件572人，案件数量几乎是之前三年案件数量的总和。自国务院开展“断卡”行

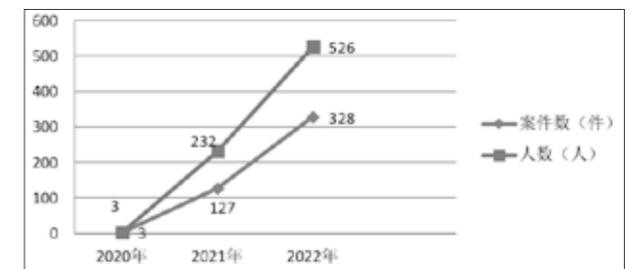


图1 2020年至2022年审结帮信案件基本情况
动以来，公安机关对该类犯罪打击力度加大，与上游网络犯罪案件相比，帮信案件的证据更好收集，比较容易确定嫌疑人的身份，成为公安机关重点关注对象。先后出台的司法解释、适用意见和会议纪要，“明知”推定规则、入罪标准和独立性规则等裁判标准相对明确，激活了实践中该罪名的适用。

(三) 非监禁刑适用率高但裁判差异较大

2020年至2023年9月，“两卡”类帮信罪的1333名被告人中，710人被判处实刑，623人被判处非监禁刑，非监禁刑适用率为46.74%。其中619人被判适用缓刑，4人被判单处罚金，无一被告人被判处免于刑事处罚。除2020年被告人人数过少不具有统计意义外，2021年非监禁刑适用率为14.66%，2022年非监禁刑适用率为47.34%，非监禁刑适用率明显上升。2023年1-9月，非监禁刑的适用率进一步上升，达到59.09%(见



表1)。帮信罪属轻罪,刑期在三年以下,越来越多的法官选择用轻缓、灵活的方式解决问题。合理适用非监禁刑可以实现轻罪治理目标,但不同法院在缓刑适用比例上存在较大差异。例如,H区法院在2020年至2023年9月共判处“两卡”类帮信被告人74人,对其中45人适用缓刑,缓刑适用率达60%;S区法院在2020年至2023年9月共判处“两卡”类帮信被告人67人,对其中12人适用缓刑,缓刑适用率不到20%。各法院对于帮信罪缓刑适用政策存在较大认识差异,同样在被告人无法退赔经济损失的情况下,有的法院认为应当从严惩治,不宜适用缓刑;有的法院则认为帮信被告人与经济损失只具有间接因果关系,退赔不到位并不影响缓刑的适用。除缓刑外,极少适用其他非监禁刑。2020年至2023年9月,在被适用非监禁刑的623人中,绝大多数适用缓刑,仅有4人被判单处罚金,无一人被判免于刑事处罚,非监禁刑应有的惩罚与警示功能没有得到充分发挥。

表1 2020年—2023年9月“两卡”类帮信案件刑罚适用情况

年度	判处刑罚人数	非监禁刑适用人数	非监禁刑适用率	缓刑适用人数	缓刑适用率	单处罚金人数	单处罚金适用率
2020年	3	2	66.67%	2	66.67%	0	0
2021年	232	34	14.66%	33	14.22%	1	0.43%
2022年	526	249	47.34%	248	47.15%	1	0.19%
2023年1-9月	572	338	59.09%	336	58.74%	2	0.35%
总计	1333	623	46.74%	619	46.44%	4	0.30%

(四) 入罪标准出现形式化倾向

2022年,“两高一部”联合发布《关于“断卡”行动中有关法律适用问题的会议纪要》(以下简称《2022年会议纪要》),明确仅提供信用卡、未实施帮助转账等行为的,不应认定为提供“支付结算”帮助。然而,实践中大量存在行为人仅提供“两卡”的情形,均解释为《刑法》第287条之二中的“等帮助”行为,导致一些缺少刑事处罚必要性的行为被纳入刑法规制范围。此外,在为信息网络犯罪活动提供帮助行为的同时符合其他犯罪构成要件的情况下,不少法院更倾向于适用帮信罪,在案证据反映出行为人本人很有可能是网络犯罪的实行犯,但因为证据不足,法院也以帮信罪定罪处罚。还有一些行为人已经构成诈骗罪的共同犯罪,在帮助电信网络诈骗的犯罪数额极其巨大的情况下,社会危害性可能并不亚于单起诈骗的实行行为人,如果以帮信罪定罪处罚,会导致重罪行为轻罚化的不利后果,《刑法》第287条之二第3款在一定程度上被虚置。^①

① 参见欧阳本祺、刘梦:《帮助信息网络犯罪活动罪的适用方法:从本罪优先到共犯优先》,载《中国应用法学》2022年第1期。

二、帮信罪适用泛化的原因

帮信罪在设立时即具有一定的“口袋化”特质,在司法适用时需依赖一定程度的法律解释和自由裁量,从而带来罪名适用泛化、与其他罪名适用易产生争议的问题。帮信罪的适用泛化会不当扩大刑罚打击面,还可能使司法机关因为有帮信罪“兜底”而怠于对危害更大的信息网络犯罪组织者、实施者进行查证和追诉。

(一) 罪名本身存在“口袋化”特质

1. 与传统共犯理论脱离。关于帮信罪的性质,学界主要有“帮助行为正犯化”“量刑规则说”两种观点。“帮助行为正犯化”强调共犯独立性,认为网络犯罪的共犯帮助行为具备了独立可罚的不法内涵,在“质”上无需以正犯的构成要件符合性、违法性为前提,重点放在帮助行为自身的危险性以及与法益侵害之间的重要因果关系。^①而“量刑规则说”则更坚持共犯从属性,认为帮助犯没有被提升为正犯,只是因为分则条文对其规定了独立的法定刑,而不再适用刑法总则关于帮助犯(从犯)的处罚规定的情形,成立帮信罪以正犯实施了符合构成要件的不法行为为前提。^②从解释论的角度来看,立法在一定程度上采纳了“帮助行为正犯化”的观点,在“一对多”的语境下帮信罪成立并不以某起上游犯罪的不法性为前提,其对于帮信行为人与被帮助人犯意联络的要求较为松散,且帮信行为还包含在上游犯罪既遂后为分流赃款提供帮助等情形,这些情形如果按照传统共犯理论无法纳入处罚范围,却可以帮信罪论处。与传统共犯理论的脱离使得帮信罪的外延得到扩张,呈现出一定的“口袋化”特征。

2. 与关联罪名边界模糊。帮信罪评价所有信息网络犯罪的帮助行为,涵摄范围较为广泛,与关联罪名的边界较为模糊。一方面,传统犯罪的网络化并非孤立的单一犯罪,与之伴生的相关联行为也并非单纯的独立行为。其既能构成相应犯罪的共犯,也能在部分情况下构成独立的犯罪。^③帮信罪容易与上游关联犯罪的共犯产生混淆,在实践中也不乏一些法院因缺少证据而将诈骗罪共犯甚至正犯以帮信罪定罪处罚的情况。另一方面,当前网络犯罪已经形成环节众多、构成复杂的黑灰色产业链,帮信行为所包含的行为种类较多,可能涉及上述一个或者多个环节,行为人在不同环节实施窃取他人信息、倒卖信用卡、转移赃款等行为可能分别与侵犯公民个人信息罪、妨害信用卡管理罪、掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益罪等罪名产生竞合或者混淆。与关联罪名边界的模糊使得帮信罪的适用存在一定的不确定性,导致同案不同判。

① 参见童德华、陆敏:《帮助型正犯的立法实践及其合理性检视》,载《湖南师范大学社会科学学报》2018年第1期。

② 参见张明楷:《论帮助信息网络犯罪活动罪》,载《政治与法律》2016年第2期。

③ 参见于冲:《帮助信息网络犯罪活动罪的独立性与依附性》,载《国家检察官学院学报》2023年第1期。



（二）司法认定加剧扩张风险

1. 主观要件证明过程简化。由于帮信行为人与上游犯罪人的犯意联络较为松散，很大一部分帮信行为人对于上游犯罪人利用信息网络实施犯罪的情况并非明确知道，或者即便明确知道也很难通过客观事实加以证明，故在实践中法院一般将帮信罪的“明知”解释为明确知道和应当知道，还有的观点认为帮信罪的“明知”包括明确知道和可能知道。应当知道和可能知道明显扩大了“明知”的内涵，降低了证明标准。此外，帮信案件中很大一部分为认罪认罚案件，在适用认罪认罚从宽制度时，不少行为人会通过自认“明知”来换取从宽的量刑建议，在后续的诉讼过程中又出现反悔情形。由于“明知”的认定对于行为人的供述依赖程度较高，根据一般的证据采信规则，如果行为人早先供述明确知道，后续否认明确知道又无法作出合理解释，法院往往不会采信翻供的陈述，而是会倾向于认定“明知”。认罪认罚从宽制度在一定程度上消减了控辩对立，无论是在前述实体认定方面的“自认明知”，还是在诉讼程序方面的省略，都使得主观要件的证明过程简化，帮信罪的司法认定门槛随之降低。

2. 客观要件认定过于片面。在认定“情节严重”时，有的法院仅考虑流水金额这一客观标准，忽略了其他因素的认定。在其他变量不变的前提下，流水金额反映法益侵害程度，流水金额越多，法益侵害程度越高。^①由于行为人在出售信用卡时，大多对后续使用情况仅有模糊预见，虽然实际发生的流水金额未超出行为人概括故意的范畴，以流水金额认定“情节严重”不属于“客观归罪”，但若行为人在出售信用卡后再未进行任何操作，实际流入资金金额存在不确定性，不能具体反映行为人的主观恶性。帮信案件流水金额往往巨大，较容易达到构罪标准，如果仅依据流水金额认定“情节严重”，该罪适用范围可能会不当扩张。

（三）刑罚范围缺乏合理边界

1. 宽严相济政策贯彻不足。帮信罪的设立是近年来预防性犯罪化立法的具体表现。预防性犯罪化立法有其产生的合理背景，每一次看似无害的提供“两卡”等前端帮信行为都为电信诈骗等网络犯罪的实施以及赃款分流、转移提供了不可或缺的帮助，也为司法机关惩治犯罪带来了极大的阻碍。将帮信行为纳入《刑法》规制范围是全链条、全方位打击信息网络犯罪，回应人民群众安全诉求的现实需要。然而，预防性犯罪立法相比于一般的刑事立法，更想要强化规则对民众的行为指引功能及为司法权提供更早的介入时机，这导致立法层面的规则难免失之宽泛。如何平衡保护民众财产安全以及恪守刑事法治理性，需要司法机关在相关罪名适用的过程中更好贯彻宽严相济刑事政策。当前，帮信罪司法适用急剧扩张，部分原因在于有的司法机关在帮信罪构成要件的认定上流于

^① 参见喻海松：《帮助信息网络犯罪活动罪的司法限定与具体展开》，载《国家检察官学院学报》2022年第6期。

形式，没有对不当罚的行为进行合理出罪，没有做到“当宽则宽”；而有的司法机关对一些本可适用更重的罪名或者以共犯论处的行为，由于适用帮信罪“省时省力”而未作进一步追究，没有做到“当严则严”。^①

2. 行刑衔接制度供给不畅。当前，针对帮信行为的处理尚未形成合理的行刑衔接机制。片面强调用传统刑罚手段打击帮信罪，并不是实现轻罪治理的最佳途径。对于出租、出售“两卡”行为，应针对情节严重与否，在正确作出刑法应对的同时，将不构成犯罪的行为纳入行政违法范畴，做好行政处罚与刑事处罚的差异化处理。一方面，《反电信网络诈骗法》第44条针对“为电信网络诈骗活动提供帮助，不构成犯罪的”情形规定了行政处罚的法律责任，但没有列举具体情形，公安机关在实际操作时可能由于缺乏更为明确的法律依据而较少适用。另一方面，检察机关和审判机关在办理帮信案件时，未及时研判常见的不构成“情节严重”的帮信行为类型并向公安机关进行反馈，导致公安机关难以作出准确的分流处理，将一些情节较轻的帮信行为移送审查起诉。

三、案件审理疑难问题及解决思路

在办理帮信案件时，司法机关应遵循罪刑法定原则，并重视发挥宽严相济刑事政策的指导作用，针对实践中“明知”“情节严重”的认定以及帮信罪与相关联罪名易发生混淆等难题，从司法上寻求解决途径。

（一）定罪标准适用问题

1. 主观明知的认定。帮信罪主观构成要件是明知他人利用信息网络实施犯罪。《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》（以下简称《信息网络犯罪解释》）第11条规定了主观明知推定规则，2020年“两高一部”《关于深入推进“断卡”行动有关问题的会议纪要》（以下简称《2020年会议纪要》）、《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见（二）》（以下简称《电诈意见二》）、《2022年会议纪要》相继提出结合张数、次数、行为人认知能力、既往经历、生活环境、交易对象等情况认定主观明知的综合判断标准，采用“具体列举+兜底条款+除外规则”相结合的表述模式。然而，实践中仍较为依赖行为人供述来认定明知，通常涉“两卡”行为人只能概括性认识到自己出售的银行卡会被用于违法犯罪行为，不确定性较大。比如，行为人在办理信用卡时被明确告知不得出租出售，其仍将信用卡出售给陌生人，陌生人在使用前是否告知违法犯罪用途将直接影响行为人“明知”的认定，但这一事实往往仅

^① 参见喻海松：《帮助信息网络犯罪活动罪的司法限定与具体展开》，载《国家检察官学院学报》2022年第6期。



有行为人供述予以证实,在诉讼过程中通过否认“明知”来主张无罪亦最为常见。本文认为,可从以下方面把握主观明知的认定:

第一,根据司法解释的规定,帮信罪的“明知”应当理解为“明确知道”和“应当知道”。“应当知道”不是疏忽大意的过失认定中的“应当知道”,而是行为人实际上“明确知道”,但囿于证明上的困难,借助合理推定规则,因行为人实施了与“明知”具有高度盖然性的特定客观行为,推定其主观上是明知的。^①认定“明确知道”和“应当知道”应以行为人供述为基础,结合客观事实综合分析认定,区分无根据的狡辩与合理的辩解,行为人对帮助行为和上游犯罪行为违法性认识错误归属于法律认识错误,并不影响定罪。

第二,着重审查行为人的先前经历,对于没有相关经历的,从严进行类型化判断。有些行为人在实施出租、出售“两卡”行为时,相关经历足以使其“明知”,主要包括《2022年会议纪要》列举的因出租、出售“两卡”涉嫌违法犯罪被告告知后继续实施的,“两卡”被查封、冻结又解冻、解封继续帮助实施的或因交易“两卡”被处罚、惩戒等再实施的情形。针对上述情形,要重点审查行为人的相关经历。对于没有先前经历,首次出租、出售“两卡”的行为人,主要根据司法解释和会议纪要规定进行类型化判断,严格审查相关证据,不得轻易扩大可以认定“明知”的情形。比如,对于跨省或多人结伙批量办理、收购、贩卖信用卡的,跨省可以通过乘车、住宿、快递等信息来证明,结伙大多通过各行为人的供述认定;对于频繁使用隐蔽上网、加密通信、销毁数据等措施或者使用虚假身份,逃避监管或者规避检查的,需查证相应客观事实;对于事先串通设计应对调查的术语口径,这种认定标准适用于多人结伙实施或出售、出租的上下家均已到案的情形,在讯问中要注意固定该事实,可通过讯问行为人用卡原因并要求其作出解释的方式,证明行为人辩解的不合理性。

第三,区别认定“卡商”与“卡农”的“明知”。在部分“两卡”类帮信案件中,提供“两卡”者分为直接向上游网络犯罪提供“两卡”的“卡商”以及向中游环节的“卡商”提供“两卡”的“卡农”。其中,“卡商”以收购、倒卖信用卡为业务,赚取差价,“卡农”则自行或者经组织以本人名义开办“两卡”。由于“卡农”对正犯的帮助性表现在其通过卡商与正犯发生联系,其对正犯结果的贡献或者作用通常要小于“卡商”,而帮助行为对正犯行为结果的影响在相当程度上决定着帮助行为的社会危害性程度。^②因此,对于向“卡商”供卡的“卡农”,实践中应更为严格地审查是否“明知”。

2. 情节严重的认定。《信息网络犯罪解释》第12条关于“情节严重”的列举情

^① 参见陈昊:《帮助信息网络犯罪活动罪司法适用难题之疏解》,载《人民法院报》2022年11月17日,第6版。

^② 参见钱叶六:《帮助信息网络犯罪活动罪的教义学分析——共犯从属性原则的坚守》,载《中外法学》2023年第1期。

形容易把握,^①其中“支付结算金额二十万元以上的”标准在司法实践中常被适用,但也存在一些争议。此外,《2020年会议纪要》及《2022年会议纪要》进一步明确,行为人出租、出售的信用卡被用于接收电信网络诈骗资金,但行为人未实施代为转账、套现、取现等行为或提供相关验证服务的,不宜认定为《信息网络犯罪解释》规定的“支付结算”行为,出租、出售的信用卡被用于实施电信网络诈骗,达到犯罪程度,该信用卡内流水金额超过30万元,且其中至少3000元经查证系涉诈骗资金的,按照符合《信息网络犯罪解释》第12条规定的“情节严重”处理。即在以犯罪数额作为判断“情节严重”标准的案件中,针对能够认定支付结算行为的,适用司法解释的规定判断是否达到20万元的构罪标准;针对仅出租、出售“两卡”但未实施其他行为的,适用上述“30万元+3000元”的标准,判断是否构成“其他情节严重的情形”。在适用上述认定标准时需注意以下问题:

第一,准确理解“支付结算金额”。《信息网络犯罪解释》第12条第1款第2项规定“支付结算金额二十万元以上的”,应为正犯的违法所得,即上游电信网络诈骗的犯罪金额,一般是被害人转入涉案银行账户的资金,且行为人需要实施代为转账、套现、取现等行为或提供相关验证服务。《信息网络犯罪解释》第12条第2款规定“……确因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度,但相关数额总计达到前款第二项至第四项规定标准五倍以上……应当以帮助信息网络犯罪活动罪追究行为人的刑事责任”,从限制犯罪成立范围的角度出发,仍需以正犯实施符合构成要件的不法行为为前提,也即只有当100万元支付结算金额中至少有3000元系电信网络诈骗被害人转入,才认定满足这一构罪标准。

第二,扣减重复流转资金金额。原则上,卡内流水金额均推定为犯罪金额。对于行为人提供多张信用卡,部分资金会在多张信用卡之间重复流转,本文认为,由于反映行为人主观恶性与客观危害性的是其帮助上游被帮助对象接收或转移网络犯罪资金的数额,故同笔资金重复流转的,不应累加计算。

第三,不将流水金额作为唯一标准。在流水金额达到追诉标准的前提下,应当根据《2022年会议纪要》所列举的其他因素综合认定“情节严重”。行为人提供信用卡的次数、张数、对象是否单一及非法获利数额反映行为人的主观恶性程度及行为的社会危害性程

^① 《信息网络犯罪解释》第12条规定:“明知他人利用信息网络实施犯罪,为其犯罪提供帮助,具有下列情形之一的,应当认定为《刑法》第二百八十七条之二第一款规定的‘情节严重’: (一)为三个以上对象提供帮助的;(二)支付结算金额二十万元以上的;(三)以投放广告等方式提供资金五万元以上的;(四)违法所得一万元以上的;(五)二年内曾因非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动、危害计算机信息系统安全受过行政处罚,又帮助信息网络犯罪活动的;(六)被帮助对象实施的犯罪造成严重后果的;(七)其他情节严重的情形。实施前款规定的行为,确因客观条件限制无法查证被帮助对象是否达到犯罪的程度,但相关数额总计达到前款第二项至第四项规定标准五倍以上,或者造成特别严重后果的,应当以帮助信息网络犯罪活动罪追究行为人的刑事责任。”



度。如果行为人向一人提供一至两张信用卡，虽被承诺利益但并未兑现的，如无其他特殊情形，可考虑不构成“情节严重”。

（二）帮信罪与其他犯罪的区分

1. 帮信罪与上游关联犯罪共犯的区分适用。帮信罪设立的目的是解决网络犯罪链条化、碎片化背景下因上游犯罪人未到案、犯意联络难以证明，适用传统共犯理论会出现处罚漏洞的问题。从帮信罪的法律条文及适用情况来看，帮信罪规制的范围要大于传统帮助犯的情形，入罪门槛也较上游关联犯罪共犯更低。从主观方面看，帮信行为人对于提供“两卡”的用途往往仅有概括的“明知”，相比上游关联犯罪的共犯，与被帮助者的犯意联络较为松散，一些帮信行为人与被帮助者并无符合认定主观共同故意所要求的故意内容明确性和犯意联络双向性。^①从客观方面看，帮信罪规制的行为既有传统的在事前、事中向上游行为人提供帮助、对危害结果发生进行加功的行为，又有在上游犯罪既遂后为其分流赃款提供帮助的行为，而传统的帮助犯仅限于事前、事中的帮助，故帮信罪的规制范围并不限于帮助犯的情形，同时，为上游关联犯罪提供帮助的行为又不同于帮信罪所列举的情形。综上，帮信罪与上游关联犯罪共犯存在交叉关系，实践中可从以下两方面区分适用：

第一，分别考察是否符合两罪的构成要件。帮信罪成立的门槛较低，若要认定行为人的行为构成上游关联犯罪的共犯，则仍应严格坚持犯意联络性等要求。以帮信罪与诈骗罪共犯的区分为例，从主观方面看，要认定诈骗罪的共犯，各行为人之间需要有共同从被害人处非法取得财产的犯意联络。如果行为人并不存在诈骗的主观故意，对于其他行为人实施的诈骗行为并不明知，只是意在通过帮助行为本身从被帮助者处获得金钱利益，就不符合诈骗罪的构成要件，可考虑是否构成帮信罪。从客观方面看，可以从行为人与实施网络诈骗犯罪团伙联系的紧密程度、是否从银行流水中抽成获利、是否参与违法所得资金分赃等角度认定是否构成共同犯罪。如果实施帮助行为的行为人构成诈骗罪共犯的事实证据不够充分，包括资金去向无法查清、主犯没有归案等案件核心事实缺乏，认定行为成立诈骗罪及其共同犯罪存在证据上的困难，可依法认定帮信罪。^②

第二，依处罚较重的定罪处罚。《刑法》第287条之二第3款规定“同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚”，从理论角度分析，针对同一正犯的帮助行为，如达到深度参与性标准，则可能同时构成上游关联犯罪共犯和帮信罪，应按照法条竞合的处断原则，从一重论处。^③仍以诈骗情形为例，如果行为人参与实施诈骗行为的“数

额巨大”“数额特别巨大”，诈骗罪的法定刑明显重于帮信罪的法定刑，以诈骗罪论处；当诈骗“数额较大”时，诈骗罪与帮信罪的法定刑完全相同，可结合案件的流水金额、被骗金额、帮助犯在共同犯罪中起到的作用等判断构成两罪应当判处的刑罚，以处罚较重的规定定罪处罚。

2. 帮信罪与掩饰、隐瞒犯罪所得、犯罪所得收益罪（以下简称掩隐罪）的区分适用。在“两卡”类网络犯罪产业链中，区分帮信罪和掩隐罪是实践中的一大难题。掩隐罪是指明知是犯罪所得及其产生的收益而予以窝藏、转移、收购或者代为销售的行为，是在他人犯罪既遂之后对赃物进行的处置。如上文所述，从帮信罪的《刑法》条文及相关司法解释、会议纪要来看，帮信罪既包含在上游网络犯罪既遂前提供的事前、事中的帮助，也包含在上游网络犯罪既遂后提供转移、结算服务等“事后的帮助”，规制范围不限于帮助行为正犯化的情形。由于掩隐罪所规制的行为以及帮信罪所规制的部分行为均具有“事后性”，在实践中常被混淆。对此，应依据行为人的主观认识以及提供帮助行为的性质对两者区分适用。

第一，行为人仅有出租、出售“两卡”行为，未实施代为转账、套现、取现、提供刷脸验证服务行为。该种情形下，行为人提供的“两卡”实际上可能被用于收取网络犯罪被害人的款项，也可能被用于进一步转移网络犯罪赃款，仅从客观方面来看，可能对他人实施信息网络犯罪提供帮助，也可能起到掩饰、隐瞒犯罪所得的作用。此时需结合卡的实际用途与行为人的主观方面进行分析，若行为人主观上仅概括地知道“两卡”被他人用于实施信息网络犯罪，无论行为人提供的“两卡”被用于收取网络犯罪被害人汇款还是转移赃款，达到情节严重的，均以帮信罪论处；只有行为人明知他人实施的是掩饰、隐瞒犯罪所得及其收益的行为，向他人出租、出售“两卡”，“两卡”也实际被用于转移赃款的，才以掩隐罪的共犯论处。

第二，行为人出租、出售“两卡”后，又实施代为转账、套现、取现、提供刷脸验证服务行为。^①在“供卡+代为转账”的情形中，行为人在上游网络犯罪既遂后提供转账等帮助，应当从主客观相统一的角度予以认定，分为三种情形：其一，行为人在供卡时明知自己的信用卡会被用于转移赃款，供卡后又提供帮助转账等服务的，认定为掩隐罪。需要注意的是，如果有证据证明行为人与上游网络犯罪行为人事前通谋，就事后转移赃款达成合意的，以共同犯罪论处。其二，行为人在供卡时仅明知他人实施信息网络犯罪，其在供卡后应要求偶尔帮助“刷脸”转账，并不明知自己在转移赃款的，由于行

^① 参见刘宪权：《网络黑产业链犯罪中帮助行为的刑法评价》，载《法学》2022年第1期。

^② 参见莫洪宪、吕行：《论帮助信息网络犯罪活动罪的司法扩张与规范适用》，载《贵州师范大学学报（社会科学版）》2023年第1期。

^③ 参见阴建峰、张印：《竞合论视域下帮助信息网络犯罪活动罪的处罚界限》，载《宁波大学学报（人文科学版）》2022年第5期。

^① 这里的“代为转账、套现、取现或者为配合他人转账、套现、取现而提供刷脸等验证服务”主要是指行为人在上游网络犯罪既遂后进行的转移、取得赃款的行为，根据一般的信用卡操作流程，如果单纯接收款项，往往不需要银行账户户主进行操作。如果行为人仅在收取被害人被骗款项的环节提供刷脸验证服务，也即帮助行为发生在上游网络行为入罪既遂前，行为人提供的银行卡也被用于接收被害人款项的，考虑以帮信罪论处，不涉及掩饰、隐瞒犯罪所得的问题。



为人对于犯罪所得的认识并不明确,不宜认为具有掩饰、隐瞒犯罪所得的故意,应当认定其是在帮助的故意支配下,短时间内连续实施了供卡和配合转账行为,可以整体评价为提供支付结算帮助,认定为帮信罪。其三,行为人在供卡时仅明知他人实施信息网络犯罪,但供卡后又专门被安排进行转账、取现服务,且有证据证实其明确认识到卡内钱款为犯罪所得及其收益的,认定为掩隐罪。此时如果行为人前面的供卡行为还独立地符合帮信罪的构成要件,比如满足“30万元+3000元”的流水数额标准,理论上属于行为人先后实施的两个行为侵犯了不同的法益,构成两个独立的犯罪,应当数罪并罚,^①但需要根据案件情况具体分析,若行为人未实施其他典型的帮助行为,仅符合帮信罪“兜底项”的规定,而掩隐罪已经能较为充分地评价行为人的社会危害性,体现罪责刑相适应原则的,可以考虑以掩隐罪一罪论处,不再进行数罪并罚。

(三) 其他法律适用问题

1. 倒卖他人银行账户套件行为的定性。行为人收购银行账户套件(一般包括信用卡、手机卡、U盾、身份信息、网银账号密码等)后出售、出租给网络犯罪团伙,用于接收、转移网络犯罪资金的,可能同时符合帮信罪与妨害信用卡管理罪的构成要件。根据《刑法》第177条之一和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理妨害信用卡管理刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条第1款第3项的规定,如果行为人收购并对外租、售信用卡5张以上的,可能构成妨害信用卡管理罪。与此同时,行为人如果是在明知他人利用信息网络实施犯罪的情况下向他人出租、出售信用卡,情节严重的,也符合帮信罪的构成要件,此时应当根据行为人的具体情节择一重罪论处。

2. 出售对公账户及营业执照行为的定性。在出租、出售对公账户的帮信案件中,行为人往往会一并出售企业的营业执照,既为上游行为人实施信息网络犯罪提供帮助,又侵犯了国家机关的正常管理活动和信誉,涉及帮信罪与买卖国家机关证件罪的适用问题。对于以本人名义注册公司、开立对公账户后出售的行为,买卖国家机关证件罪对于买卖证件的数量以及是否获利没有要求,需重点审查行为人出售时是否明知他人利用信息网络实施犯罪,如果不能认定“明知”,以买卖国家机关证件罪论处。如果行为人明知他人利用信息网络实施犯罪,且系情节严重,行为人的一行为同时触犯帮信罪与买卖国家机关证件罪,属于想象竞合,应择一重罪论处。对于“卡商”收购他人的营业执照、对公账户后再行出售的行为,除涉及帮信罪与买卖国家机关证件罪的竞合问题外,因对公账户也属于刑法意义上的信用卡,行为人的该种行为还可能构成妨害信用卡管理罪,需择一重罪论处。

3. “黑吃黑”行为的定性。帮信案件中的“黑吃黑”(又称“掐卡”)主要是指行为人对外提供信用卡用于接收上游网络犯罪资金后,通过挂失、补办信用卡的方式将

信用卡内钱款取出,将钱款占为己有。针对此类行为的定性,有的认为构成侵占罪,有的认为构成盗窃罪,^①两种观点的分歧源于对占有关系的不同理解。“黑吃黑”行为应认定为盗窃罪,刑法意义上的占有并不必然以民事合同等法律关系为依据,从社会通常观念的角度考察占有能使刑法的行为指引功能得到切实有效发挥,^②故从社会一般人的认识出发,在认定占有时应更加注重行为人对于财物实际的控制与支配。行为人明知他人实施信息网络犯罪,为牟取非法利益,出租、出售本人“两卡”及账号密码等,实际上已将信用卡的占有、使用权让渡给实际使用人,实际使用人对信用卡形成“事实占有”状态。行为人以非法占有为目的,通过挂失、补办信用卡等方式,在实际使用人不知情的情况下截留卡内资金的行为,破坏了他人的占有状态,非法转为自己占有,符合盗窃罪的构成要件。在罪数问题上,如果行为人在供卡时并无非法占有的目的,供卡之后另起犯意实施“黑吃黑”行为,供卡行为与截留行为分别达到帮信罪(或掩隐罪)和盗窃罪的人罪标准,对行为人应以帮信罪(或掩隐罪)和盗窃罪数罪并罚;如果行为人在供卡时已经预谋待资金进入账户后将该账户挂失并将账户内资金非法占有,其并无帮信罪的主观故意,供卡行为仅是其虚构事实让他人处分财产的手段方式,以诈骗罪一罪论处。

结 语

随着社会法治进程的发展,新的风险挑战不断出现,民众对于刑法打击犯罪与保障安全的诉求日益强烈。及时应对新的风险点,加大民生保障力度,这既是刑事司法政策的重要方向,也是刑事法律不断回应民生所需、服务社会发展的必然趋势。帮信罪等“口袋罪”的存在,在普通罪名无法规制具有严重社会危害性的行为时可以作为补充,从而扩大和严密法网,防范和应对风险,同时给予司法机关按照刑事司法政策要求适当调整执法司法尺度的可能性。当然,我们也必须正视刑法治理效果的局限性,出于正义与功利的双重立场对具有“口袋化”特质的帮信罪司法扩张时刻保持警惕并进行必要限缩,在法律规范框架之内,运用一定的法律解释方法,合理规制刑事处罚范围,同时积极探索其他犯罪预防手段,提升信息网络犯罪的综合治理水平。

(责任编辑:杨 军)

^① 参见钱叶六:《帮助信息网络犯罪活动罪的教义学分析——共犯从属性原则的坚守》,载《中外法学》2023年第1期。

^① 参见田宏杰:《刑民交叉研究:理论范式与实践路径》,载《交大法学》2023年第1期。

^② 参见徐长江、张勇:《将交由他人使用的银行卡挂失非法获取存款如何定性——以韩某某盗窃案为例》,载《法律适用》2019年第8期。



轻罪治理视域下犯罪前科的制度重塑与消除限度

李永超*

内容摘要：犯罪前科所引发的附随后果日益严重，引发了社会的广泛关注。然而，犯罪前科在犯罪预防、认定主观明知与定罪量刑等方面仍具有不可替代的功能价值。这种“破与立”的矛盾使得我们不能简单地消除犯罪前科，也不能对其视而不见。因此，可以选择有限度的前科消除，并借鉴个人破产制度的多元免责理论为犯罪前科消除提供正当依据。同时，人身危险性理论也可以为犯罪前科消除提供实质标准。在国家治理视域下，为了消除社会隐患，需要从犯罪前科的制度构成着手，重塑犯罪前科制度构成要素，明确犯罪前科消除的必要限度，通过实体法与程序法适用规则的双向构建完善犯罪治理。

关键词：轻罪治理；犯罪前科；前科消除；消除限度

引言

我国的犯罪治理已经进入轻罪时代，^①以危险驾驶罪为代表的大量轻微犯罪涌入刑事诉讼并被判处刑罚。据统计，2019年以来，危险驾驶罪始终处于发案量首位，^②近三年来，全国法院平均每年审结近30万件危险驾驶案。^③这意味着每年有近30万被判处刑罚的醉驾者将来需背负犯罪前科及其引发的附随后果。相较于短期的刑罚，醉驾前科者被贴上永久的罪犯标签，产生“标签效应”，进而阻碍前科者复归

社会。此外，犯罪前科还波及前科者的家庭成员等近亲属，引发“株连效应”。犯罪前科引发的附随后果持久且无差别地作用于各类犯罪，尤其对轻罪前科者产生的负面效应已超过刑罚本身，导致普遍的“轻罪不轻”现象。这种附随后果无差别的适用实质上是对罪刑均衡原则的悖反，^①违背罪刑自负原则，亦给社会治理带来重大挑战。

轻罪时代，有效应对犯罪前科及其引发的附随后果对于轻罪治理而言至关重要，是后端犯罪治理的重要内容。为消除犯罪前科的“标签效应”“株连效应”等附随后果，2023年两会期间就有代表委员提案建议取消对前科者子女考公的限制，建立轻罪前科消灭制度，该提案一度引发社会热议。值得注意的是，最高人民法院也开始关注该问题并通过重大课题招标的方式探寻解决之策，研究论证和探索建立轻微犯罪前科消除制度。于此背景下，刑法理论及实务界对犯罪前科及犯罪附随后果予以更多关注和研究。梳理既往研究文献发现，犯罪前科似乎成为应对犯罪附随后果的“众矢之的”，成为各方认为理应被消除的对象。有关研究者的讨论多集中于构建个别高发型轻罪的前科消除制度。^②也有论者提出构建犯罪前科消除制度以使犯罪附随后果制度化。^③更有论者认为既有前科制度存在诟病应予消灭。^④由此观之，消除犯罪前科成为应对犯罪附随后果的应然之举。应当注意到，现有研究不同程度忽略甚至湮灭了犯罪前科的制度功能价值，作为一项具有悠久渊源的刑事法律制度，犯罪前科在当前司法实践中仍具有无法替代的犯罪预防、认定主观明知与定罪量刑等价值。面对弊端与价值功能共存的抵牾，犯罪前科能否被一消了之？面对犯罪前科破与立的矛盾，如何协调消除附随后果与发挥价值功能的关系？在前科制度及犯罪附随后果的研究热潮中，上述问题有必要被认真思考和对待。

国家治理的核心要义在于制度之治，尤其是以追求良法善治为核心的制度化治理体系。^⑤作为一项刑事法律制度的犯罪前科制度，犯罪结构的轻罪化催生并放大了其弊端，进而激化了破与立的矛盾，但这种弊端尚不足以全盘否定犯罪前科制度。为实现制度之治，将犯罪前科制度置于轻罪治理视域下，重新审视犯罪前科的制度价值，重塑犯罪前科制度的构成，通过明确犯罪前科的消除对象与消除限度，探索构建附条件、有限度的犯罪前科消除规则。

* 李永超，江苏省南京市六合区人民法院法官。

基金项目：本文系江苏省南京市法学会重点调研课题“轻罪的除罪机制研究”（课题编号：NJFX（2023）B06）的阶段性成果。

① 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；周光权：《“轻罪时代”呼唤社会治理转型》，载《上海法治报》2023年5月27日，第B7版。

② 参见《2022年全国检察机关主要办案数据》，载最高人民法院网，https://www.spp.gov.cn/xwfbh/wsfbt/202303/t20230307_606553.shtml#1。

③ 全国法院近三年审结危险驾驶案件数分别为：2020年28.9万件，2021年34.8万件，2022年32.3万件。参见《全国法院司法统计公报》，载《最高人民法院公报》2021年第4期、2022年第4期、2023年第4期。

① 参见冀莹：《美国轻罪治理体系的现状、困境及反思》，载《政治与法律》2022年第1期。

② 参见梁云宝：《我国应建立与高发型微罪惩处相配套的前科消灭制度》，载《政法论坛》2021年第4期；梁云宝：《积极刑法观视野下微罪扩张的后果及应对》，载《政治与法律》2021年第7期。

③ 参见彭文华：《我国犯罪附随后果制度化研究》，载《法学研究》2022年第6期。

④ 参见徐立、成功：《轻罪时代前科制度的内在诟病及其应对》，载《河北法学》2023年第5期；陈晨：《前科消灭制度探析》，载《中国刑事法杂志》2011年第4期；崔志伟：《积极刑法立法背景下前科消灭制度之构建》，载《现代法学》2021年第6期。

⑤ 参见刘艳红：《帮助信息网络犯罪活动罪的司法扩张趋势与实质限缩》，载《中国法律评论》2023年第3期。



一、犯罪前科制度弊端与价值共存的抵牾

在轻罪时代背景下，犯罪前科产生了一系列附随后果，这些永久且无差别的附随后果引发了诸多负面效应，给社会治理带来挑战，这也让犯罪前科制度重回公众视野并成为应对犯罪附随后果的“众矢之的”。当然，尽管学界对前科制度“口诛笔伐”，但也应看到犯罪前科当前仍具有不可替代的价值功能，只是这种内在的抵牾让我们不得不重新思考这一兼具弊端与价值的刑事司法制度何去何从。

(一) 我国已进入轻罪时代

在积极主义刑法观、^①少捕慎诉慎押刑事理念和认罪认罚从宽制度的共同影响下，我国的犯罪出现结构性变化，呈现明显的轻罪化态势。其一，刑事立法轻罪数量增多。近年来，轻罪立法成为我国刑事立法的重要特征。^②例如，以法定最高刑三年以下有期徒刑为轻罪界定标准，《刑法修正案（九）》增设23个轻罪罪名，2021年《刑法修正案（十一）》新增8个轻罪。至此，刑法中轻罪罪名共计106个，轻罪比例从1997年的19.13%上升到2020年的21.81%。^③其二，犯罪结构呈现由重向轻的转变。2022年，全国法院受理检察机关提起公诉的严重暴力犯罪和涉枪、涉暴和毒品犯罪共计81.4万人，比前五年下降31.7%。^④近五年，各类犯罪中判处有期徒刑三年以下的轻罪案件占85.5%。^⑤其中，2021年判处有期徒刑及缓刑的罪犯人数占判决生效总人数的84.6%，^⑥轻罪案件不断增多，重罪占比持续下降。其三，刑罚呈现明显轻缓化。判处短期监禁刑和缓刑是刑罚轻缓化的重要评判指标，2018年以来，被判处有期徒刑三年以下的罪犯人数和判处缓刑的罪犯人数总体上呈递增趋势（见表1）。2023年上半年，全国法院判处有期徒刑以下刑罚的罪犯占比达85.31%，判处五年有期徒刑以上刑罚的罪犯占比8.73%。^⑦刑罚轻缓化趋势较为明显。

① 参见付立庆：《积极主义刑法观及其展开》，中国人民大学出版社2020年版，第378-380页。
 ② 参见何荣功：《轻罪立法的实践悖论与法理反思》，载《中外法学》2023年第4期。
 ③ 参见徐立、成功：《轻罪时代前科制度的内在诟病及其应对》，载《河北法学》2023年第5期。
 ④ 参见《2022年最高人民法院工作报告》。
 ⑤ 参见《新时代，刑事检察履职成效如何？》，载《检察日报》2023年2月16日，第1版。
 ⑥ 参见《中宣部举行发布会介绍人民法院工作举措与成效》，载《人民法院报》2022年7月13日，第1版。
 ⑦ 参见《2023年上半年人民法院司法审判工作主要数据》，载最高人民法院网2023年10月7日，<https://www.court.gov.cn/zixun/xiangqing/408422.html>。

表1 近五年全国法院判处三年以下监禁刑及缓刑数据^①

年份(年)	生效判决总人数(万人)	判处三年以下监禁刑		判处缓刑	
		人数(万人)	占比	人数(万人)	占比
2018	143	78.58	54.95%	40.1	28.04%
2019	166.12	94.48	56.87%	40.91	24.72%
2020	152.8	84.17	55.08%	40.16	26.28%
2021	171.5	99.6	58.07%	44.4	25.88%
2022	143.16	81.9	57.19%	39.9	27.87%

(二) 犯罪前科制度引发严重附随后果

犯罪人被判处轻缓刑罚，在刑罚执行完毕或社区矫正结束后将会背负与其刑罚不相适应的严重附随后果。这种由犯罪前科引发的附随后果表现为规范性评价后果和非规范性评价后果，继而产生“标签效应”和“连带效应”。

1. 犯罪附随后果的“标签效应”。刑罚执行完毕后，前科者仍承担规范性评价后果和非规范性评价后果等附随后果。前者来源于规范性文件对前科者的限制或禁止，后者源于社会公众基于道德准则对前科者作出的评判，两者都给前科者贴上“罪犯”的标签，这种“标签效应”阻碍前科者复归社会。其一，职业和从业资格的禁止或限制。某些对从业资格有特殊要求的职业，从业者被判处刑罚，则意味着其获得的执业资质将被吊销并不得再从事该职业。例如，《教师法》规定，因故意犯罪受到有期徒刑以上刑事处罚的，不能取得教师资格，已经取得教师资格的，丧失教师资格。其二，从事特定行业的禁止或限制。例如，《保安服务管理条例》禁止曾因故意犯罪被判处刑罚的人担任保安员。其三，对个人荣誉、福利待遇的剥夺或信誉评级的降低。前科者获得的社会荣誉，享有的福利待遇、社会保障会因判处刑罚而被撤销或终止。这种无形的“标签效应”给前科者带来现实压力或人格歧视，增加复归、融入社会的难度，甚至会成为前科者再次犯罪的诱因。

2. 犯罪附随后果的“株连效应”。犯罪附随后果还波及前科者的家庭成员等近亲属，对前科者子女的就业、入伍、考公等方面产生的负面影响尤甚。实践中存在诸多非规范性文件或招聘公告对求职者家庭成员无犯罪前科作出限制性规定，如招聘公告规定“本人及其直系亲属无违法犯罪记录”“本人或直系亲属曾受过刑事、治安处罚和纪律处分的人员不得应聘”。在这种“株连效应”影响下，前科者被判处刑罚是否就必然意味着其近亲属不能从事相关职业，仍然是值得思考的问题。

① 参见《全国法院司法统计公报》，载《最高人民法院公报》2018年第4期、2019年第4期、2020年第7期、2021年第4期、2022年第4期。



犯罪前科引发“标签效应”和“株连效应”的附随后果在轻罪时代表现得更为突出，甚至出现了刑罚与附随后果轻重倒挂的异常现象。犯罪前科附随后果阻碍前科者复归社会，甚至将前科者推至社会对立面，成为社会重点防范的对象，无形中给社会治理带来挑战。基于这种弊端，理论界和实务界将目光聚焦于犯罪前科，构建犯罪前科消除制度成为共识。

（三）犯罪前科制度的价值功能

当前，犯罪前科制度在司法实践中仍发挥着犯罪预防、认定主观明知与定罪量刑的特殊价值功能，这种价值功能其他制度所不具备且无法替代的。尽管犯罪前科被“口诛笔伐”，犯罪前科引发的附随后果并不能掩盖其价值功能。

1. 犯罪前科制度的预防犯罪功能。犯罪前科自奴隶制“五刑”中的“黥刑”演变而来，自古就被统治者赋予预防犯罪的功能。犯罪前科在当今刑法理论中具有刑罚的属性，刑罚的正当根据是报应与预防犯罪，刑罚预防犯罪的作用表现在特殊预防和一般预防。犯罪前科预防犯罪的功能就在于能够实现两者的统一。其一，特殊预防功能。特殊预防是通过刑罚的威慑与再社会化功能防止犯罪人再犯罪。犯罪前科衍生的前科报告义务、职业禁止、资格限制等附随后果，强化了刑罚的威慑效果，有助于增强刑罚的报应功能并提升对犯罪人的威慑力，^①能够发挥消减人身危险性和降低再犯可能性的作用。前科者再次实施犯罪前将不得不衡量已经付出的代价，进而实现特殊预防功能。其二，一般预防功能。对于一般预防而言，惩罚的目的是通过可见的惩罚恶害来阻止任何一个可能的罪犯在未来实施犯罪行为。^②犯罪附随后果的持久性和严厉性能够通过犯罪“标签”的外观表象被一般社会公众所知悉，间接起到警示作用。同时，借助对犯罪人的惩罚以传播刑罚的严厉、痛苦，起到对社会群体的预防作用。^③

2. 犯罪前科制度的认定主观明知功能。对于犯罪主观明知往往采用推定的方式进行认定，其中犯罪前科是推定犯罪人主观明知的重要依据。比如，犯罪人被刑事处罚后再次实施同种或同类犯罪行为，即可认定犯罪人具有犯罪的主观明知。对此，刑事规范性文件中有许多规定，如“两高”《关于办理危害食品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第 10 条第 2 款第 5 项规定，因实施危害食品安全行为受过行政处罚或者刑事处罚，又实施同种行为的，可以认定为《刑法》第 144 条规定的“明知”。又如“两高”、海关总署《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》规定，曾因同一种走私行为受过刑事处罚或者行政处罚的，可以认定为走私犯罪主观故意中的“明知”。

3. 犯罪前科制度的入罪功能。犯罪前科还具有不容忽视的入罪功能，这种功能体现

在犯罪前科作为入罪情节或降低入罪标准。如“两高”《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第 2 条规定，盗窃公私财物，曾因盗窃受过刑事处罚的，认定“数额较大”的标准可以按照前条规定标准的百分之五十确定。这一规定即体现犯罪前科的降低入罪标准功能。此外，另有多部规范性文件将犯罪前科作为入罪条件或降低入罪的标准（见表 2）。

表 2 犯罪前科的定罪功能

规范性文件	作为入罪条件的前科条款	入罪功能表现
《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》	第 1 条第 2 款：贪污数额在一万元以上不满三万元，曾因故意犯罪受过刑事追究的，应认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他较重情节”	降低入罪标准
《关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》	第 2 条第 5 项：曾因以捏造的事实提起民事诉讼被采取民事诉讼强制措施或者受过刑事追究的，应认定为刑法第三百零七条之一第一款规定的“妨害司法秩序或者严重侵害他人合法权益”	作为入罪条件
《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》	第 6 条：为合法经营活动非法购买、收受本解释第五条第一款第三项、第四项规定以外的公民个人信息，且曾因侵犯公民个人信息受过刑事处罚，又非法购买、收受公民个人信息的，应认定为刑法第二百五十三条之一规定的“情节严重”	作为入罪条件

4. 犯罪前科的刑罚裁量功能。犯罪前科的功能更多表现在刑罚裁量方面，作为一种法定或酌定从重处罚的量刑情节，犯罪前科始终发挥着特有的量刑价值。“如果先前的犯罪足够严重，则被判定构成较轻之罪的行为人，现在就有可能受到更重之刑。”^①这表明犯罪前科被视为加重后罪刑罚的量刑情节。犯罪前科的刑罚裁量功能在我国刑法规范中有多处体现，如《刑法》第 356 条规定的毒品再犯量刑规则，即是将毒品犯罪前科作为法定从重处罚的量刑情节（见表 3）。

表 3 犯罪前科在量刑中的功能

规范性文件	与量刑有关的前科条款	刑罚的裁量功能
《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》	第二部分第 2 条：实施电信网络诈骗犯罪，达到相应数额标准，曾因电信网络诈骗犯罪受过刑事处罚或二年内曾因电信网络诈骗受过行政处罚的，酌情从重处罚	从重处罚量刑情节
《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释（二）》	第 3 条：侵犯知识产权犯罪，符合刑法规定的缓刑条件的，依法适用缓刑。因侵犯知识产权被刑事处罚或者行政处罚后，再次侵犯知识产权构成犯罪的，一般不适用缓刑	从重处罚量刑情节
《关于办理扰乱无线电通讯管理秩序等刑事案件适用法律若干问题的解释》	第 2 条第 9 项：曾因扰乱无线电通讯管理秩序受过刑事处罚，或者两年内曾因扰乱无线电通讯管理秩序受过行政处罚，又实施刑法第二百八十八条规定行为的，应认定为“情节严重”	法定刑升档情节

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。
 ② 参见 [德] 诺伯特·霍斯特：《何以刑罚？》，王芳凯译，北京大学出版社 2023 年版，第 109 页。
 ③ 参见吴尚聪：《“株连责任”的当代延续：基于犯罪记录的连带责任》，载《政法学刊》2023 年第 2 期。

① [德] 安德烈亚斯·冯·赫希：《该当量刑概论》，谭淦译，中国人民大学出版社 2023 年版，第 84 页。



(续表)

规范性文件	与量刑有关的前科条款	刑罚的裁量功能
《关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的解释》	第二部分第 2 条第 3 项：设置赌博机组织赌博活动，且因赌博、开设赌场犯罪被刑事处罚后，五年内再设置赌博机 30 台以上的，应认定为刑法第三百零三条第二款规定的“情节严重”	法定刑升档情节

犯罪前科的弊端与价值功能共存，一方面，严重的犯罪附随后果使得犯罪前科制度成为各方形成共识应被消除的对象；另一方面，犯罪前科在司法实践中仍具有较强生命力及不可替代的价值功能。在轻罪时代的背景下，又加剧了这种“破与立”的矛盾。这一制度特点导致对于犯罪前科既不能一消了之，更不能放任不管。在轻罪治理视域下，如何平衡犯罪前科制度的弊端与价值，既能发挥其功能又可消除引发的附随后果，是后端犯罪治理迫切需要解决的问题，也是司法机关尤其是人民法院需要深入研究的问题。

二、犯罪前科消除的理论思辨

消除犯罪前科成为应对其制度性严重附随后果的应然之策，但其背后的学理探讨却付诸阙如，这就意味着要为犯罪前科的消除探寻正当性依据和理论支撑。在轻罪治理视域下，消除犯罪前科是为了破除强加于前科者的与其刑罚不相适应的犯罪前科及附随后果。从本质上看，犯罪前科的消除实际上是一个“破”的过程，这与商事领域个人破产制度背后的价值理念是相一致的。

(一) 个人破产多元免责理论可为犯罪前科消除提供正当依据

个人破产免责“破”的是“诚信而不幸”债务人的超出其责任财产的债务，^①个人破产免责给予破产人最主要的益处是免除其剩余债务而使其受益。消除犯罪前科“破”的是前科者背负的犯罪前科及附随后果的枷锁。犯罪前科如同破产人背负的剩余债务，消除后同样将使前科者受益。现代个人破产免责制度融合了债务宽恕理念、人道主义理论和社会效用理论。^②债务宽恕理念和人道主义理论都注重并促进债务人的内在价值，将债务人从债务中解脱出来进而恢复债务人的自我价值。社会效用理论则是将个人破产问题作为社会整体问题对待，明确个人破产免责对社会成本、社会效益产生的积极影响，社会能够从债务人的自我价值恢复中获益。因此，从“破”的目的和效果来看，个人破产制度的多元免责理论可为消除犯罪前科提供正当依据。

1. 犯罪宽恕理念是犯罪前科消除的先导。社会公众对犯罪人往往具有报应需求或

复仇需求，^①认为犯罪人因实施犯罪行为而不能被原谅。实际上，并非所有犯罪都不能被宽恕。轻罪时代的到来，犯罪结构发生由重到轻的转变，轻罪扩张成为不可避免的趋势。司法实践中出现大量轻微犯罪人，他们可能因一念之差走上犯罪道路，这种偶发性的轻微犯罪往往并不具有严重的社会危害性，犯罪人的人身危险性也相对较低。轻罪时代，轻微犯罪人与守法公民之间并不存在泾渭分明、不可逾越的鸿沟。实际上，犯罪人并非本质化的存在，只不过是在特定情境下实施了某种犯罪，即使守法公民在某种情境下也可能会成为犯罪人。轻微犯罪人经过刑罚改造或社区矫正，不再具有人身危险性和再犯可能性，对于他们则应采取当宽则宽的原则，给予足够的宽恕和接纳。“轻微犯罪人，唯其罪行轻微，所以采取宽容和宽缓的态度，予以人性化的对待，体现刑罚的宽厚。”^②也唯有如此，消除犯罪前科才会面临更少的来自社会公众观念上的阻力。

2. 人道主义理论是犯罪前科消除的正当理由。尊重和维持人的尊严对立法、司法、执法机构均是一种有约束力的法律原则。^③犯罪附随后果让前科者在就业、升学等与个人基本权利密切相关的领域承受着被排挤、被歧视的“不能承受之重”，其近亲属也要承担不利后果。这与人道主义所倡导的个人尊严、个人价值和个人的发展背道而驰，“不符合改造犯罪人、预防犯罪的目的，也违反责任主义”^④。根据人道主义理论，犯罪前科价值功能发挥应为前科者的生存发展权和个人尊严让步，宽恕前科者过失性、偶发性的犯罪行为，继续承认前科者及其近亲属个人尊严的内在价值，保护前科者及其近亲属的基本权利，把误入歧途之后改过自新的前科者从前科评价的“后遗症”中解救出来，让前科者重拾自尊，给予前科者复归社会、创造价值的机会，是维护其人格尊严的要求。

3. 社会效用理论为犯罪前科消除提供动力。社会效用理论将消除犯罪前科置于社会本位和社会治理的整体中来认识，明确消除犯罪前科对于社会治理产生正向影响。轻罪时代，大量被判处刑罚的轻微犯罪人重返社会，处罚的广泛性意味着把越来越多的前科者从正常的社会成员中排除，成为被社会排斥的对象。这可能使前科者无法复归社会，也会使前科者破罐子破摔甚至再次走上犯罪道路。为此，社会治理要消耗更多的人力和财力成本，这种消耗很难说是理性的。社会公众对前科人群产生歧视、误解，社会也会承担相应的前科成本，社会治理面临着重大的挑战。犯罪前科的消除让前科者真正回归社会，能够消除前科者及其近亲属对社会的敌对情绪，实现前科者合法权益与社会公共利益的价值平衡。同时把犯罪前科消除和非歧视观念传递给社会公众，整个社会也可以因前科者“重新复归”创造新的价值而非“自甘堕落”而受不稳定因素的威胁。

① 参见 [德] 诺伯特·霍斯特：《何以刑罚？》，王芳凯译，北京大学出版社 2023 年版，第 94 页。
 ② 陈兴良：《轻罪治理的理论思考》，载《中国刑事法杂志》2023 年第 3 期。
 ③ [美] 乔治·恩德勒等主编：《经济伦理学大辞典》，李兆雄、陈泽环译，上海人民出版社 2001 年版，第 324 页。
 ④ 张明楷：《轻罪立法的推进与附随后果的变更》，载《比较法研究》2023 年第 4 期。

① 参见许德风：《论个人破产免责制度》，载《中外法学》2011 年第 4 期。
 ② 参见徐阳光：《个人破产免责的理论基础与规范构建》，载《中国法学》2021 年第 4 期。



(二) 人身危险性理论是犯罪前科消除的实质标准

在具体操作层面，如何评判前科者是否应予消除其犯罪前科？评判的标准是什么？是否凡是前科者都可以消除其犯罪前科？这些问题的回答要以实质标准为依据。犯罪前科是基于犯罪行为被定罪量刑而产生的规范评价，凡是犯罪行为都有社会危害性，犯罪行为映射到犯罪人主体人格上，所揭示的就是犯罪人的人身危险性。犯罪前科能够反映犯罪人的人身危险性。刑罚执行或社区矫正发挥改造犯罪人并消减人身危险性的作用，犯罪人经过刑罚改造或社区矫正，可推定其不再具有人身危险性。比如，前科者实际上仍具有人身危险性，即意味着其犯罪前科就不能被消除。

1. 不具有人身危险性是犯罪前科消除的前提条件。人身危险性是对犯罪人主体人格的揭示，是犯罪人的存在对社会所构成的潜在威胁，包括犯罪人被改造的难易程度和再犯罪的可能性大小。^①在犯罪治理体系中，人身危险性既在量刑和行刑方面发挥作用，同样也是刑罚执行完毕后消除犯罪前科的依据。犯罪人的人身危险性随刑罚执行完毕或社区矫正结束被消减直至被消除，这体现人身危险性的可变性和可改造性。根据罪责刑相适应原则，刑罚应与罪行的危害程度和犯罪人的人身危险大小相适应。人身危险性因不同罪行和犯罪人而呈不同表现，轻微犯罪、偶发性或过失性犯罪人的人身危险性固然小于暴力犯罪或重罪的犯罪人。刑罚执行完毕或社区矫正结束，犯罪前科才能被消除，但刑罚执行完毕或矫正结束并不意味着犯罪人的人身危险必然被完全消除，仍可能存有“漏网之鱼”，这也是有的前科者在刑满释放后再次实施犯罪的原因。对于仍具有人身危险性的前科者，应继续通过犯罪前科发挥犯罪预防的作用，这就意味着不能消除犯罪前科。基于此，前科者不再具有人身危险性应成为犯罪前科消除的前提条件。

2. 犯罪前科消除中的人身危险性评估。人身危险性的特征及其在犯罪前科消除中的作用决定了要对人身危险性大小进行评估，也只有对前科者的人身危险性予以准确评估，才能决定是否消除犯罪前科。至于如何评估前科者的人身危险性成为难题。在司法实践中，“人身危险性的评估尚未有科学的评估体系，司法工作者对人身危险性的评估仍停留于依靠经验或简单的评估指标进行定性分析的阶段，缺乏统一的评估标准”^②。当前，普遍采用的方法是直觉法，即法官根据犯罪人的犯罪行为、悔罪表现、赔偿谅解等情况，结合审判经验和法律规定，径直推估犯罪人被改造的难易程度和再犯罪的可能性大小。笔者认为，尽管人身危险性的评估尚难实现精准，仍应将人身危险性评估置于犯罪前科消除的必要环节，综合评估前科者的人身危险性，进而作出是否消除犯罪前科的裁决。

① 参见李永超：《轻罪治理视野下缓刑撤销的实践反思与司法判断规则——基于〈刑法〉第77条的展开》，载《青少年犯罪问题》2023年第3期。
② 申纯：《人工智能时代人身危险性评估发展的新机遇及实现路径》，载《求索》2021年第6期。

三、犯罪前科制度重塑

如何化解犯罪前科“破立两难”的矛盾，既可消除犯罪前科的弊端，又能发挥其价值功能，理论界和实务界见仁见智。主流观点认为应建立轻罪犯罪前科消除制度，也有论者提出应构建犯罪记录整体封存制度。^①笔者认为，要从根源上化解矛盾，还需回归并重塑犯罪前科制度，明确引起附随后果的根源和应被消除的对象。

(一) 犯罪前科的制度构成

1. 犯罪前科本质上是一种规范评价。我国刑法及相关规范性文件未明确犯罪前科的概念，只有《刑法》第100条对受过刑事处罚的人规定了前科报告义务。那么，是否可以认为“曾受过刑事处罚”就是犯罪前科？有关犯罪前科的理论纷争主要有犯罪记录说、犯罪事实说和规范评价说三种不同观点。其中，犯罪记录说认为，犯罪前科的本意就是定罪记录，只要行为人被定罪，至于是否实际被判处刑罚则不影响前科的成立。^②犯罪事实说认为，犯罪前科是曾被法院宣告犯有罪行或者被判处刑罚的一种事实。^③规范评价说认为，犯罪前科以犯罪记录为对象，体现出犯罪人在承担刑事责任后一定期间的法律地位，是一种规范评价。^④上述三种观点从不同层面对犯罪前科性质予以阐述，反映了学界对犯罪前科认识的提升。笔者认同规范评价说并认为，犯罪前科并非简单的客观事实或书面记载，而是基于犯罪行为被定罪后由司法机关作出的一种负面的规范评价。

2. 犯罪前科不等同于犯罪记录。消除犯罪前科成为应对犯罪附随后果的必要举措。然而，作为规范性评价的犯罪前科能否真的被消除？对此，还要厘清犯罪前科与犯罪记录的关系为前提，而当前存在将两者混淆的普遍现象。有观点认为，犯罪记录就是犯罪前科；^⑤也有观点认为，犯罪记录是犯罪前科规范评价的对象。^⑥笔者认同第二种观点。犯罪记录可追溯至奴隶制“五刑”中的“黥刑”，古代统治者通过在犯罪人脸上刻字，以一种具象化的方式记录、显示犯罪人所承受的刑罚及犯罪人身份。“黥刑”所具有的这种“标记”效果客观上发挥着记录犯罪的功能。^⑦可见，“黥刑”既是一种刑罚也是一

① 参见郑二威：《我国犯罪记录整体封存的制度构建》，载《法制与社会发展》2023年第4期。
② 参见房清侠：《前科消灭制度研究》，载《法学研究》2001年第4期。
③ 参见钱叶六：《前科消灭制度评析与设计》，载《内蒙古社会科学》2004年第5期；党日红：《前科制度研究》，载《河北法学》2006年第3期。
④ 参见韩宝庆：《前科消灭制度建构论》，载《东北师大学报（哲学社会科学版）》2016年第2期。
⑤ 参见彭文华：《附随后果制度的体系定位与本土设计》，载《中国刑事法杂志》2023年第4期。
⑥ 参见韩宝庆：《前科消灭制度建构论》，载《东北师大学报（哲学社会科学版）》2016年第2期。
⑦ 参见吴尚聪：《现代性、社会控制与犯罪记录制度：犯罪记录的谱系学考察》，载《甘肃政法学院学报》2021年第6期。



项犯罪记录制度。在现代刑事司法中,犯罪记录制度继承了“黥刑”的记录功能的内核,^①发挥刑事诉讼程序记载功能。2012年7月,“两高三部”发布《关于建议犯罪人员犯罪记录制度的意见》(以下简称《意见》),自此我国的犯罪记录制度正式建立。《意见》将犯罪记录定位于一种客观记载,包括犯罪基本情况、定罪量刑、刑罚执行等通过载体记录的信息。因此,在犯罪人被定罪量刑前提下,以犯罪人被采取强制措施、提起公诉以及定罪量刑等为内容的相关记载都属于犯罪记录。可见,犯罪记录是对犯罪事实的记载,具有官方性和客观性的特征,固然不能将其与作为规范性评价的犯罪前科等同视之。

3. 犯罪前科的制度构成。犯罪记录并不等同于犯罪前科,但犯罪记录可作为犯罪前科的评价内容。实际上,犯罪前科确实是建立在犯罪记录基础上的一种规范性评价。^②当然,犯罪记录并非犯罪前科据以评价的唯一内容,除犯罪记录外,还有犯罪事实、犯罪人也是犯罪前科评价的内容。据此,可以认为犯罪前科是以犯罪事实和犯罪记录为主要评价内容,以犯罪人为评价对象作出的一种规范评价。犯罪事实、犯罪记录与犯罪前科实际上成为一种评价内容与评价结论的关系。由此,犯罪前科制度得以重塑,犯罪事实、犯罪记录和规范评价构成犯罪前科制度的三个要素。犯罪事实是经法院判决确认的事实,是一种具有客观性的法律事实。犯罪记录是犯罪人经审判后对其犯罪事实和基于此事实所作的刑事程序和刑事裁判的相关记载。^③规范评价则是以犯罪事实和犯罪记录为内容作出的基于定罪量刑的价值评判。

(二) 消除的内容限于犯罪记录和规范评价

如前所述,犯罪事实、犯罪记录和规范评价三个要素共同构成犯罪前科制度。那么,应当如何消除才能应对犯罪前科的附随后果,学界莫衷一是。犯罪前科消除说认为应消除犯罪前科并提倡构建前科消除制度。^④犯罪记录消除说认为消除的内容限于犯罪记录,并可已将已消除的犯罪记录纳入隐私权保护范围。^⑤还有观点认为应一并消除犯罪前科和犯罪记录,以此作为应对附随后果规范化的配套措施。^⑥上述观点对犯罪记录与犯罪前科的关系或许并没有清晰的认识。实际上,不同消除内容的效果并不相同。笔者认为,对犯罪前科制度应作有选择性地消除而非一消了之,消除的内容限于犯罪记录和规范评价两个要素。这是因为,尽管犯罪前科引发附随后果,但犯罪前科通过记录载体的形式呈现并反映犯罪事实,犯罪事实经司法机关确认,具有客观性、已然性,

难以被消除。犯罪记录作为刑事诉讼的记载内容,保存于卷宗材料等载体,通过封存或销毁记录的载体,可实现犯罪记录的消除,故犯罪记录易于被消除。犯罪记录被消除后,据以评价的记载内容不复存在,规范评价也随之被消除。这意味着前科者在法律意义上不再是有罪之人,犯罪标签被消除。犯罪记录被消除后,司法机关无法再以犯罪前科作为新罪的定罪量刑情节进行评价。故此,消除犯罪记录和规范评价能够实现消灭犯罪附随后果的效果。

四、犯罪前科的消除限度与适用规则

消除犯罪前科是犯罪的后端治理,也是轻罪治理的“最后一公里”。不可否认,消除犯罪前科成为轻罪治理应对犯罪附随后果的有效路径。至于如何消除犯罪前科,既没有明确的实体规则以供指引,也没有固定的程序规则以规范权力运行。但是,首先应予明确的是,犯罪前科制度弊端与价值功能共存的矛盾,以及犯罪前科消除的激励制度属性,共同决定了应设置必要且严格的消除限度。这种限度的设置在于平衡犯罪预防与轻罪治理的关系。为此,首先要对犯罪前科的消除进行实体规则与程序规则的双向构建;其次,人民法院在犯罪前科消除的探索中发挥实质审查的主导作用,全面审查前科者的人身危险并以此作出是否消除犯罪前科的裁决。

(一) 实体法上的限度

1. 消除的对象应限于轻罪前科。当前,司法实践中轻罪案件和轻罪犯罪人成为刑事审判的主流。2023年上半年全国法院判处三年以下有期徒刑的犯罪人数占判决生效总人数的85.31%,尤其是以醉驾型危险驾驶罪、帮助信息网络犯罪活动罪为代表的大量轻罪被判决。轻罪犯罪人重返社会后仍要承受与其刑罚不相适应的严重附随后果,甚至波及近亲属。这既有悖于罪责刑相适应原则,又背离了罪责自负的要求,还给社会治理带来挑战。此外,司法实践中的轻罪多为过失性、偶发性犯罪或者没有实害后果的法定犯,犯罪人的人身危险性相对较小,经过刑罚改造或社区矫正,往往不再具有人身危险性,不再是犯罪预防的重点对象。相较于重罪,社会公众对轻罪犯罪人的容忍度和宽恕度往往更高,这也为轻罪犯罪前科的消除减少阻力。故此,轻罪前科作为消除的对象既具有现实必要性又具有实践可行性。

2. 犯罪前科消除的轻罪范围。轻罪前科成为被消除的对象,至于如何判断轻罪尚无明确标准。有学者提出可将法定最高刑三年以下有期徒刑或拘役的犯罪归入轻罪。^①也有学者提出刑法理论中的轻罪实际上包括两种性质完全不同的轻罪,即罪名意义上的轻

^① 参见吴尚聪:《现代性、社会控制与犯罪记录制度:犯罪记录的谱系学考察》,载《甘肃政法学院学报》2021年第6期。

^② 参见吴贵森:《前科封存制度在刑事和非刑事领域的适用》,载《江西社会科学》2014年第10期。

^③ 参见韩宝庆:《前科消灭制度建构论》,载《东北师大学报(哲学社会科学版)》2016年第2期。

^④ 参见周峨春、郭子麟:《轻罪前科消灭制度构建》,载《重庆理工大学学报(社会科学)》2022年第9期;周光权:《“轻罪时代”呼唤社会治理方式转型》,载《上海法治报》2023年5月26日,第B7版。

^⑤ 参见彭新林:《美国犯罪记录消灭制度及其启示》,载《环球法律评论》2021年第1期;钱叶六:《审时度势,加快构建轻罪记录消除制度》,载《上海法治报》2023年5月26日,第B7版。

^⑥ 参见彭文华:《我国犯罪附随后果制度规范化研究》,载《法学研究》2022年第6期。

^① 参见张明楷:《轻罪立法的推进与附随后果的变更》,载《比较法研究》2023年第4期。



罪和罪量意义上的轻罪。^①该两种判定轻罪的思路可能会不同程度限缩轻罪的范围,进而影响犯罪前科消除的整体效果。笔者认为,从消除犯罪前科的目的与效果来看,可着重考量以下四个因素,进而综合判断轻罪前科消除的范围。一是犯罪的性质与类型。过失犯罪、不具有实害后果的法定犯以及犯罪情节轻微等犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性较小,尤其是法定犯,其社会危害并不是恒定的,这些类型的犯罪可以纳入轻罪范围。二是实际宣告的刑罚。罪名的适用不限于法定最高刑设置为有期徒刑三年的罪名,至于实际宣告刑罚的标准,目前比较适当的是三年以下有期徒刑的量刑。从近年全国法院判处三年以下有期徒刑的案件占比达八成以上的实际情况来看,以三年以下有期徒刑的宣告刑作为判断轻罪的标准,可以将更多的前科者纳入被消除犯罪前科的范围。三是犯罪本身的法定刑设置。法定刑的设置能够从整体上反映犯罪行为的社会危害性和犯罪人的人身危险性,法定最低刑设置在有期徒刑三年以上的罪名往往不属于轻罪,如组织卖淫罪的法定最低刑设置为有期徒刑五年,不宜作为轻罪论。四是犯罪人的特殊身份。在考量犯罪前科消除的轻罪范围时,将未成年人、在校学生或者与被害人有特定关系的犯罪人的身份作为特殊因素考虑。这一群体如果实施了犯罪,这种特殊的身份可作为消除犯罪前科的有利因素予以考量。

3. 犯罪前科消除的禁止情形。并非只要是轻罪就可以消除其犯罪前科,除了明确犯罪前科消除适用的轻罪及其范围,还应将禁止适用犯罪前科消除的情形排除。主要包括三种禁止适用情形:一是特殊类型的犯罪,如危害国家安全、恐怖主义犯罪以及故意杀人、抢劫、强奸等严重暴力犯罪;二是有组织犯罪,如黑社会性质组织犯罪、恶势力犯罪、集团犯罪;三是具有特殊量刑情节的罪犯,主要包括累犯、再犯、毒品再犯以及被撤销缓刑的罪犯。学界通常认为累犯、再犯和毒品再犯等情形应当保留犯罪前科。^②上述三种情形即使法定刑或宣告刑在有期徒刑三年以下,也应禁止消除犯罪前科。这是因为,特殊类型的犯罪或有组织性犯罪往往具有严重社会危害,易造成损害后果,犯罪人的人身危险性和再犯可能较大。应通过犯罪前科预防犯罪的功能持续作用于犯罪人,以继续消减犯罪人的人身危险性。这与宽严相济刑事政策和预防犯罪的要求相契合。

(二) 程序法上的限度

犯罪前科的消除既是一个刑事实体法问题,也是一个刑事程序法问题。实体法的限度为犯罪前科消除设置了限制条件,程序法上同样也应构建有限度的适用规则,从程序上规范前科消除制度的运行。

1. 依申请启动犯罪前科消除的审查程序。对前科者而言,犯罪前科的消除是一种激励措施,能够激励、督促前科者改过自新,复归社会。这种有利于前科者的激励机制应

由前科者根据自身实际需要向法院申请启动。刑法中类似的对犯罪人的激励制度如减刑、假释、暂予监外执行也都是由犯罪人或刑罚执行机构向法院申请启动。域外国家如美国的大多数州,个人可以向法院提出封存犯罪记录的申请。^①此外,我国每年大量轻罪案件和轻罪犯罪人涌入刑事诉讼程序的司法现状决定了依申请启动犯罪前科消除程序更具可行性。

2. 犯罪前科消除的受理与审查。前科者向法院提出申请时应提交书面材料并符合相应的形式条件。一是前科者的刑罚已执行完毕或缓刑矫正已结束且不存在被撤销缓刑的情形,这里的刑罚应包括附加刑的执行,如罚金刑已履行完毕;二是前科者在刑罚执行完毕后经过一定的考验期限;三是前科者在考验期限内没有再次犯罪或因实施严重的违法行为被行政处罚。法院对前科者提交的申请材料进行立案审查,认为符合形式条件的,即予立案受理并通过非诉程序进行下一步的实质审查。

3. 犯罪前科消除的考验期限。犯罪前科的消除应设置相应的考验期限,这种前置的考验期限为前科者进行自我改造、自我监督提供机会和时间。对于考验期的时限,笔者认为,可根据实际判处的刑罚并结合累犯制度的五年考察期来确定两种不同的考验期限。一是被判处缓刑、拘役、管制或单处罚金的前科者,考验期经过一年。这是因为,司法实践中大量轻罪前科者被判处拘役或缓刑,他们有着消除犯罪前科的迫切意愿,一年考验期既能激励他们自我改造,又不会因考验期过长而产生过重的考验负担,还可避免背负较长期限的犯罪附随后果。此外,域外国家也有一年考验期的先例,如《俄罗斯刑法典》规定,判处自由刑以下刑种,刑满释放后超过一年消除犯罪前科。^②二是判处有期徒刑三年以下监禁刑的前科者,考验期经过五年。这主要是基于三方面的考量。第一,对于此类前科者,应施加更长的考验期以督促其自我改造,发挥犯罪前科的预防犯罪的作用;第二,前科者在五年考验期内没有再次犯罪或实施严重违法行为,即表明不具有人身危险性和再犯可能,已具备消除犯罪前科的实质条件;第三,五年考验期可避免与累犯制度五年期限的冲突,避免因考验期限短于五年导致犯罪前科消除后累犯制度被架空的局面。

4. 前科者人身危险的考察评估。前科者的人身危险作为决定是否消除犯罪前科的实质条件,法院应全面考察评估前科者的人身危险性并贯穿于犯罪前科消除的审查全过程。这是因为,前科者刑罚执行完毕或社区矫正结束并不必然意味着被完全改造为守法公民,具有一定程度人身危险的前科者仍可能再次实施犯罪或实施严重违法行为。具体而言,法官着重审查前科者判决前的犯罪行为、悔罪表现,判决后的刑罚执行、社区矫正以及

^① 参见陈兴良:《轻罪治理的理论思考》,载《中国刑事法杂志》2023年第3期。

^② 参见高勇:《中国轻罪法律制度的建构》,法律出版社2019年版,第181页。

^① See Anna Kessler, Excavating Expungement Law: A Comprehensive Approach, 87 Temple Law Review 408(2015).

^② 参见《俄罗斯联邦刑法典》,黄道秀译,中国法制出版社2004年版,第38页。



刑罚执行完毕后的行为表现。犯罪行为能够反映前科者人身危险性的大小，认罪悔罪或主动退赃退赔则表明前科者自愿接受司法机关的处罚并消减自身的人身危险，刑罚改造或社区矫正则是国家借助强制力将犯罪人改造为守法公民。在具体操作上，可借鉴社区矫正制度中的社会调查评估，由法院委托社区矫正机构对前科者开展社会调查评估，考察了解其在考验期内的生活、工作等具体表现。法院基于前科者的行为表现全面评判其人身危险性，并作出是否消除犯罪前科的裁决。

（三）犯罪前科消除的法律效果

犯罪前科被消除后会产生一系列法律上的效果。第一，犯罪记录被消除。犯罪前科被消除后即意味着包括前科者的强制措施、审查起诉、定罪量刑以及刑罚执行等与犯罪有关的记录一并被消除，被消除后的犯罪记录可纳入公民个人信息范畴并予以保护，如被泄露或非法获取、出售，应承担相应法律责任。第二，犯罪附随后果被消除。犯罪前科被消除，前科者在法律上则被视为未犯过罪的人，犯罪标签丧失存在的根基，因犯罪前科产生的“标签效应”和“株连效应”等附随后果以及规范评价后果和非规范评价后果将随之消除，前科者及其近亲属在就业、考公、入伍等方面将不再受限，不再承担前科报告义务。第三，犯罪前科不再作为定罪量刑和认定主观明知的依据。前科者在被消除犯罪前科后，即使再次犯罪，由于之前的前科记录不复存在，不再作为影响定罪量刑的情节进行评价，也不再作为认定主观明知的依据。

结 语

轻罪时代，犯罪前科所引发的犯罪附随后果逐渐显现，给社会治理带来严重隐患。尽管消除轻罪犯罪前科已成为迫切需求，但也不能忽视犯罪前科在犯罪预防、认定主观明知与定罪量刑等方面的功能价值。面对犯罪前科制度的矛盾状态，选择有限度、附条件地消除犯罪前科是一种有效的解决方案。在实体法方面，将轻罪限定为前科消除的罪质条件，并以人身危险性作为实质标准。在程序法方面，构建有限度的程序规则。人民法院在消除犯罪前科的治理中发挥着主导作用，在具体的制度设计上可采取分步走的策略，由全国人大常委会授权部分地区的法院先行试点并以醉驾型危险驾驶罪为试点罪名，再根据试点情况逐渐推进。同时，完善配套措施，规范犯罪附随后果，取消不合理的制度，淡化并转变民众的报应观念，倡导人道与包容的理念。如此，才能精准、科学地应对犯罪治理的挑战，实现更好的社会效果。

（责任编辑：郝晓越）

前科消灭制度的思辨与构建

——从“醉驾入刑”刑罚效应的过度溢出切入

马宗奎 李文任*

内容摘要：在“醉驾入刑”的背景下，由于现有前科制度导致的刑罚效应过度外溢，每年都有大量家庭深陷窘境。同时，积极刑法观也对前科消灭制度的构建提出了迫切需求。当前我国前科消灭制度的构建存在重刑主义传统观念、规范不当联结和制度不配套等方面的现实障碍，但也同时具备多元免责理论的可行性支撑和宽严相济的政策导向。构建前科消灭制度，需要转变思想，淡化报应观念并倡导包容理念，对欠缺正义性和具有牵连色彩的相关前科规定予以调适。具体而言，在适用条件方面，对前科犯罪性质不作限制，前科消灭次数则以一次为限；在实现方式上，确立依申请和法院依职权启动的双轨制，从两个方面作出具体安排，努力求得维护前科者合法权益和实现社会公共利益之间的价值平衡。

关键词：前科消灭制度；醉驾入刑；刑罚溢出；刑罚效应

2020年，危险驾驶罪（其中发案率最高的犯罪类型是“醉驾”）成为第一大罪。近年来，每年近30万人被打上“犯罪人”的烙印。^①行为人在承担刑事责任的同时，还需对一系列附随后果负责，如前科制度带来的影响。前科制度存在明显的刑罚效应过度外溢，导致前科者及其子女遭遇“亚生存危机”。^②因此，构建前科消灭制度成为理论和实践亟待解决的问题。尽管已有学者主张建立内容完备的前科消灭制度，但是论述对象多

* 马宗奎，山东省济宁市任城区人民法院审判管理办公室法官助理；李文任，山东省济宁市任城区人民法院南张法庭法官助理。

① 本文所称“犯罪人”意指因犯罪而被判处刑罚的人。近年来，每年近30万人因犯危险驾驶罪而被判处刑罚。参见周光权：《论刑事一体化视角的危险驾驶罪》，载《政治与法律》2022年第1期。

② 参见解志勇、雷雨薇：《基于“醉驾刑”的“行政罚”之正当性反思与重构》，载《比较法研究》2020年第6期。

针对未成年人,且并未就该制度的具体内容作出安排。^①基于此,从“醉驾入刑”切入,基于边际效应模型对前科制度进行理性审视,在分析现实障碍和可行依据的基础上,探索构建符合我国国情的前科消灭制度,能够在平衡维护社会安全稳定与保障犯罪人权益的基础上助力犯罪人家庭获得新生。

一、前科制度的检视

中国社会已进入轻罪时代,前科制度的内在诟病逐渐显现。^②一方面,《刑法》第100条第1款规定“依法受过刑事处罚的人,在入伍、就业的时候,应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚,不得隐瞒”,即要求前科者“自曝其丑”;另一方面,“醉驾入刑”十年有余,全国约有300多万人获罪。故而,学者在肯定“醉驾入刑”达到减少交通事故发生、进一步规范社会管理秩序预期效果的同时,也明确指出如果继续将醉驾行为大量入罪,会在一定程度上扩大前科制度的负面效应,甚至可能或者已经加剧了社会治理的风险。^③因此,当下对前科制度的评价绕不开“醉驾入刑”这一司法实践。故基于构建前科消灭制度的实践需要,本文认为有必要将前科制度置于醉驾这一第一大刑事犯罪类型下考量。

(一) 前科制度的边际效应及其失范

尽管立法者基于正义的目的将前科制度纳入了刑法,但“正义有着一张普洛透斯似的脸,变幻无常、随时可呈不同形状并具有极不相同的面貌”^④。和刑罚效应超过合理范围过度溢出一样,“醉驾刑”下前科制度同样存在一些不可忽视的衍生弊害,这与边际效应理论具有较强的契合性。通过对其边际效应模型的分析,可以发现其存在诸多弊害。

1. 前科制度的边际效应

“边际效用递减”是经济学的一个基本原理,这一概念起源于19世纪经济学家对价格机制的研究。以饮食为例,当一个饥饿的人开始食用食物时,最初摄入的食物带来的满足感最强烈,这表明初始的边际效用很高。但随着食物继续摄入,每一份额外的食物产生的满足感会逐渐减少,直到一点即饱和点,之后额外的食物不仅不能增加满足感,有时甚至会引引起不适,这就是边际效用开始递减甚至变负的情形。简而言之,任何需求都会经历增加的满足,但随着需求的持续满足,额外的消费带来的边际满足感会降低,

直至到达饱和点。在这个饱和点之后,再继续消费会使得边际效用递减,甚至可能转为负值。这个临界点也就是在需求曲线上表现为边际效用最高点的位置,类比于抛物线的顶点。法律规制的效果也可以类比为满足感的产生过程。一个适中的规制水平能够带来积极的效果,比如增强社会秩序和减少犯罪。但当规制超越了某一个临界点,进一步加强反而可能导致效果递减,因为社会成员可能会感到压迫过重,甚至引发反感和抵制,从而使得规制的实际效益降低。在这种情形下,过度的法律规制和边际效用递减的情境相似,都表明过犹不及。

借用函数模型来图解上述理论,分别以食物的供应量和法律规制手段即“醉驾刑”+前科评价为自变量,则相应的食物的满足度和法律规制效果即综合交通治理效果为因变量,“临界点”则代表摄入足量食物的满足感和最佳法律规制效果。^①由此建构出“醉驾刑”的边际效应模型(见图1、图2)。

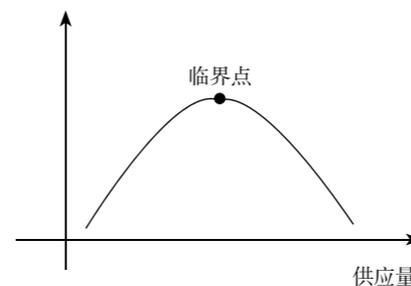


图1 进食边际效应模型

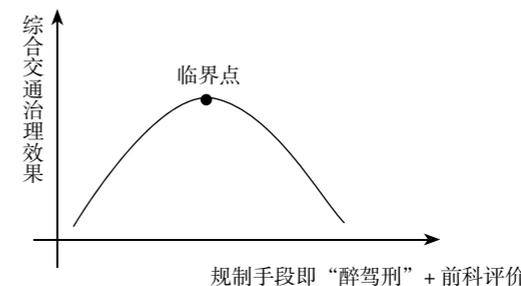


图2 “醉驾刑”及前科评价的边际效应模型

如图2所示,起初即在临界点左侧,随着规制手段即“醉驾刑”+前科评价的逐渐增强,对应的规制效果即“综合交通治理效果”也是不断向好,两者的态势为正相关,特别是当作为自变量的规制手段达到临界点时,作为因变量的规制效果也到达峰值,此时即意味着法律规范的实施力度恰到好处,所带来的规制效果最佳。但临界点亦是拐点,如果规制手段即前科评价持续存在,过犹不及现象随即出现,如图所示在临界点的右侧其与因变量即规制效果两者的态势就转化为负相关。简言之,随着前科评价日渐加码,一旦越过拐点,治理效果将急速下行,甚至趋向于零效果或负效果,不仅会销蚀交通治理的部分良性效果,还会对国家治理体系和治理效果构成不小的损害。以此类推,前科制度的“边际效应”不仅在“醉驾刑”下如此,在其他类型犯罪下也是如此。正是这些超过临界点之后所产生的损害及负面效应,导致前科者的家庭深陷窘境,打破了其获得新生的希望。

2. “社会罚”阻碍犯罪人的再社会化

^① 参见解志勇、雷雨薇:《基于“醉驾刑”的“行政处罚”之正当性反思与重构》,载《比较法研究》2020年第6期。

^① 参见何荣功:《我国轻罪立法的体系思考》,载《中外法学》2018年第5期;梅传强:《论“后劳教时代”我国轻罪制度的构建》,载《现代法学》2014年第2期;梁云宝:《我国应建立与高发型微罪惩处相配套的前科消灭制度》,载《政法论坛》2021年第4期。

^② 参见徐立、成功:《轻罪时代前科制度的内在诟病及其应对》,载《河北法学》2023年第5期。

^③ 参见敦宁:《醉驾治理的司法困境及其破解之策》,载《法商研究》2021年第4期。

^④ [美] E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第261页。



本文所提“社会罚”并无明确概念界定，意指犯罪人所受到的除刑罚之外、由刑罚溢出的各种事实上的制裁行为，多表现为各种限制或禁止措施，范围涵盖政治、经济和教育等多个领域。以醉驾为例，一旦醉驾行为人被贴上犯罪人标签，各种“社会罚”就会随之而来，堵塞醉驾行为人复归社会的路径（见表 1）。

表 1 前科制度所致限制或剥夺措施传统分类表

限制或剥夺类别	相关规范
限制从业特定职业	不得从事相关职业、吊销相关资格证书，如《律师法》第 7 条、《公证法》第 20 条、《注册会计师法》第 10 条等规定
剥夺考试资格	不得参加或刑罚执行完毕之日起几年内不得参加相关考试，如《国家统一法律职业资格考试实施办法》《专利代理师资格考试办法》等规定
落户及公共服务待遇受限制	受过刑事处罚扣减积分或不得申请积分，如《上海市居住证管理办法》（上海市人民政府〔2017〕第 58 号令）、《广州市来穗人员积分制服务管理规定（试行）》（穗府规〔2018〕9 号）等规定
社团自主权受限制和“社团罚”	不予登记拟成立社团、不得担任慈善组织负责人等，如《社会团体登记管理条例》第 13 条、《慈善法》第 6 条、《中国科学技术协会选举工作条例（试行）》第 38 条等规定

以上种种，皆因醉驾行为人受制于我国《刑法》第 100 条第 1 款规定的前科报告制度，这无疑在制度层面为他们复归社会制造了障碍。特别是随着前科评价出现泛化迹象，用人单位的“前科洁癖”症状愈发明显，部分用人单位一刀切地将有犯罪经历的求职者拒之门外。殊不知“醉驾入刑”十年以来，我国早已累积了庞大的醉酒型危险驾驶罪犯罪人群体，近年来更是每年给 30 万余人打上罪犯的烙印，如此泛化的前科评价势必使大量家庭陷入窘境。随着其他类型轻罪案件发案率的不断攀升，越来越多的公民可能会因一次偶发的犯罪行为而被社会边缘化，其中可能不乏各行各业的精英，他们复归社会失败对于整个社会发展来讲也是一种损失。此外，对醉驾这种偶发性犯罪行为人的歧视和排斥亦有可能导致其产生“破罐子破摔”的心态，激发醉驾行为人的再犯可能，使得刑罚特殊预防的目的落空，也不利于社会肌体的长远发展，最终造成司法和个人的“两败俱伤”。

立法设置前科制度并非为犯罪人刻意设限，更无意剥夺宪法赋予全体公民的平等权，其出发点应是警示民众不去效仿犯罪人。自古就讲“浪子回头金不换”，现代刑法更应注重给予犯罪人、特别是偶发型醉驾行为人改过自新的机会。正如有学者指出，对于绝大多数犯罪而言，虽然其会因实施犯罪行为而受到刑罚制裁，但其并未因此丧失公民资格而为社会抛弃，促进犯罪人再社会化便是现代刑事政策的基本目标。^①显然，前科制

度所带来的“一朝为贼，终生是贼”消极影响与上述刑事政策不相契合，久而久之，前科者与社会之间的鸿沟将越来越深。

3. “连带罚”违背罪责自负的法治精神

一旦因醉驾受到刑事处罚，行为人及其子女就丧失了国家信任。“社会罚”是否合法合理暂且不论，毕竟对于前科者本人来讲尚属责任自负的范畴，但是将这种责任过度溢出、联结到其近亲属身上，确实颇具“连带”之意。这种连带性的不利后果，极易引发刑法在安全治理和权利保障之间的紧张关系。^①特别是随着“连带性”日益增强，限制或剥夺措施的种类也随之增多，最为匪夷所思的是有的地方竟然将父母犯罪记录作为扣减子女入学积分的重要情形。^②这就导致实践中一些醉驾行为人在知道要接受法律制裁后，首先担心的并不是自己会如何，而是害怕连累子女，因而泪洒醉驾查处现场。在笔者参与处理的民事纠纷中部分被告甚至也存在同样的忧虑，前科制度的巨大威慑力可见一斑。但是如果真的因“父之过”而剥夺了其子女的平等受教育权等基本权利，这样的限制是否符合宪法规定？答案显然是否定的。

抛开带有江湖义气的“一人做事一人当”不论，罪责自负亦是最基本的法理。刑事责任是一种严格的个人责任，只能由犯罪人负担，具有人身专属性，不可转移，不能替代。^③然而，上述针对前科者近亲属的限制规定有违罪责自负的法治精神，我们很难说出其与犯罪人自身的犯罪行为存在何种关联意义。仅仅因为和犯罪人存在客观上的血缘、身份关系，就对他们进行“罪责延伸”，明目张胆地将其受教育权和平等就业权等基本权利予以剥夺，这似乎真的类似于古代野蛮的“连坐罚”。如果放任此类背离现代法治精神的规定继续施行，莫说实现良法善治的美好愿景，恐怕连最基本的法律的正义都难以保证。

（二）前科制度的意义

虽然痛陈“醉驾入刑”下前科制度的诸多弊害，但也不能否认其存在的积极意义。“醉驾入刑”十年，在机动车、驾驶人数量保持年均 1800 万辆、2600 万人的高速增长情况下，全国交通安全形势总体上仍呈现出较高的稳定状态。正是因为这种高压态势，全国因酒驾醉驾导致的伤亡事故比上一个十年减少了 2 万余起。^④因此，在批判前科制度的同时，也要看到其积极的一面。

我国刑罚理论认为，刑罚的目的在于实现一般预防和特殊预防，前科存在的积极意义就在于实现二者的统一。针对特殊预防，一方面，如果犯罪人在有前科的情况下仍然再犯，此时引入前科评价加重其已然之罪的刑罚，其目的是更好地改造罪犯，使

① 参见刘艳红：《刑法理论因应时代发展需处理好五种关系》，载《东方法学》2020 年第 2 期。
 ② 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。
 ③ 参见高铭喧：《刑法学原理》（第一卷），中国人民大学出版社 1993 年版，第 418 页。
 ④ 参见程林杰：《“醉驾入刑”十年间减少两万余起事故》，载《人民公安报》2021 年 4 月 29 日，第 2 版。

① 参见冯卫国：《刑事执行与罪犯处遇新探索》，法律出版社 2019 年版，第 2-3 页。



其不再犯罪；^①另一方面，对于犯罪人来讲，前科所带给他们的影响是长久显著的，如对其求职、升学等权利的限制，这在一定意义上来说也是对其再次犯罪能力的剥夺。正如贝卡利亚所说：“最能影响或制裁人类心灵的，是刑罚的延续性而非强烈性。强烈性是暂时的，而延续性是持久的，刑罚的延续性正是通过一些反复的印象不断触动我们的感觉。”^②前科的存在，就会让民众对犯罪人产生这种反复的印象，犯罪人因而不敢再次触碰法律底线，也就达到了特殊预防的目的。

一般预防则更易理解，“杀鸡儆猴”堪称经典解释。简单讲就是通过对犯罪人适用刑罚和前科评价来震慑试图挑战法律权威的潜在危险人群，使得民众清楚地意识到犯罪后果不仅仅是承担“蹲大狱”等刑事责任，还会衍生出一系列“连锁反应”，从源头上打消其犯罪的意图，实现一般预防的目的。另外，从刑罚效应溢出的角度来看，前科所衍生的一系列连锁反应正属于此。不过，刑罚产生合法合理的溢出是必要的，其不仅能够预防再犯，更有助于维护特定职业的荣誉感和捍卫特定组织的纯洁性，^③这也体现了前科保留的价值。

强调前科制度价值的同时，其所附随的刑罚效应过度外溢也不容忽视，特别是对于犯罪人家庭的影响。任何公民只要因醉驾或者其他犯罪行为而背上犯罪人的“恶名”，无一例外均会受到除去公职、丢失工作、吊销相关资格和剥夺相关荣誉等附随后果，甚至其子女也会在未来的求学、就业等多个方面受到诸多限制，导致一系列社会治理问题。此外，基于家庭关爱的角度，前科者在复归社会的过程中所遭受的歧视不单单来自外界，更可能来自家人，部分家属会认为“家里出了这样的人，是耻辱”，因而刻意疏远排斥前科者。如此不仅会导致行为人丧失重新开始的信心和动力，而且极易造成行为人与家庭之间的紧张关系，不利于家庭和谐。愈演愈烈的紧张关系更无益于整个家庭走出犯罪阴影，也将会给社会和谐稳定埋下隐患。可见，前科制度不仅从经济上切断了犯罪人家庭重生的途径，也从情感上抑制了犯罪人渴望其家庭走向新生活的动力。因此，基于以上司法实践和刑事立法新趋势，前科消灭制度的构建成为立法者以及学界亟待解决的问题。

二、构建前科消灭制度的现实障碍与可行依据

为规避前科制度造成的有违基本法治精神的刑罚外溢现象，前科消灭制度理应尽早建立起来。学界已经呼吁多年，但迟迟未得到立法者的回应，个中障碍值得深思。

^① 参见马克昌：《刑罚通论》，武汉大学出版社2002年版，第710-711页。

^② [意]贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社1996年版，第16页。

^③ 参见解志勇、雷雨薇：《基于“醉驾刑”的“行政处罚”之正当性反思与重构》，载《比较法研究》2020年第6期。

（一）构建前科消灭制度的现实障碍

构建前科消灭制度，最隐秘也是最难以突破的就是固化在民众心中的“重刑主义”思想的束缚，最明显的限制即是现有相关规范之间的冲突与前科消灭的要求难以协调。此外，构建前科消灭制度还需要其他相关制度的配合，否则孤立存在的制度必将流于形式，缺乏执行力。

1. 传统“重刑主义”观念的束缚

长期以来，“重刑优于轻刑”作为一种观念固化在我国民众心中，刑法也在相当长的时间内过分重视如何发挥刑罚对犯罪人的剥夺、处罚功能，重刑主义根深蒂固。早在春秋战国时期，商鞅、管子和韩非等人就为重刑摇旗呐喊，比如商鞅在《商君书·赏刑》中提出的“禁奸之过，莫过重刑”。当然，重刑主义观念能够在漫长的封建时期经久不衰自然有其原因。“之所以古代社会的刑罚政策残酷、严苛，是由于古代社会的专制性政体，因为少数统治者对整个社会的多数人享有特殊权力，统治阶级捍卫其统治的利益不得不采用重刑镇压的方法。”^①在这样的社会背景下，普通民众对于犯罪人的认知往往就是十恶不赦、罪有应得，无暇也没有必要考虑犯罪人的权利保障问题。当然，“重典治乱世”有其特定的合理性，特别是在社会更替的一些关键时段。20世纪80年代到21世纪初，随着经济的快速发展，经济类犯罪和破坏社会管理秩序类犯罪高发，重刑观念下的政策确实在短时间内取得了较好的效果，这也就进一步充实了重刑观念在民众心中的合理性，集体无意识迷信重刑主义的氛围越来越浓。21世纪初至今，随着近年来国家法律的完善，特别是刑法打击范围的扩大，民众心中严惩犯罪的“正义感”飙升，前科处罚正是如此“合乎时宜”地扮演着扩大报应效果的角色，沦为纯粹情绪化的报复。此时如果想突破这一认知，转而提出与主流认知背道而驰、旨在保障犯罪人合法权益的前科消灭制度，难度可想而知。

2. 现有相关规范的阻碍

现有相关规范之间的冲突是阻碍前科消灭制度建立的最主要因素，主要包括刑事规范和非刑事规范两个方面。刑事规范方面包含刑事实体法和程序法两个层面。首先是在刑事实体法层面，一是《刑法》第100条第1款规定与前科消灭制度针锋相对。前科报告制度的弊端无需赘述，不仅严重阻碍前科者复归社会，更逐渐导致社会防卫利益与前科者合法权益不断失衡。二是我国《刑法》中的特别累犯、毒品特别再犯条款与前科消灭制度不相契合。根据上述两个条款，相关犯罪人一旦戴上前科枷锁便终生不能挣脱，因此其与前科消灭制度的冲突显而易见。其次是在刑事程序法层面，主要体现为与司法公开制度的冲突。公开审判制度和裁判文书公开制度的合理性与必要性无需赘述，特别

^① 陈兴良：《当代中国的刑法理念》，载《国家检察官学院学报》2008年第3期。



是近年来随着互联网的迅速传播效应,司法公开程度大大提高。然而,这对于前科者而言,增加了其复归社会的难度,价值失衡再次显现。非刑事规范方面,如《公务员法》《法官法》《征兵工作条例》《国家统一法律职业资格证书实施办法》等,均对前科者的有关资格和权利进行限制或剥夺,这些过度溢出的“社会罚”几乎涵盖公民基本生活的方方面面,严重阻碍犯罪人家庭走出窘境。如此数量庞大的前科规范所作出的种种限制性规定是否与前罪具有内在关联性?从当下前科者的境遇来看,似乎很难找到较为充分的事实和理由来说明所犯之罪与特定资格的实际关联性。因此,设置前科消灭制度必然需要与以上限制性规范进行衔接协调,以消除规范层面的阻碍。

3. 实施前科消灭的相关制度不配套

前科消灭制度的实施是一个系统工程,需要其他相关制度予以配合。首先,户籍、人事档案等制度不配套。户籍制度诞生于我国的计划经济时代,时代的特殊性导致其承载的更多是计划管理功能而非其原始的记载功能。浓重的管理色彩势必与前科消灭制度形成抵触,户籍制度中的前科记载事项也就使得前科者难以摘掉犯罪人的标签。关于人事档案,其中所包含的前科者的犯罪记录会随着档案的转接跟随前科者终生,在当前用人单位严查个人档案的情况下,严重影响了前科者就业等复归社会活动。其次,社会帮教和社区矫正制度衔接不畅。在恢复性司法理念的主导下,前述制度均旨在帮助犯罪人改造、促使其早日复归社会,这与构建前科消灭制度的初衷不谋而合。从实践来看,上述两制度自实施以来收效良好,但制度的界限及衔接目前不甚明了。因此设立前科消灭制度,需要在借鉴二者实施经验的基础上将二者衔接起来,在制度层面畅通前科者复归社会的道路。最后,《刑事诉讼法》中规定的未成年人犯罪记录封存制度不完善,存在适用范围不普遍和效力不彻底等缺陷,难以为前科消灭制度的构建提供成熟的经验借鉴。

(二) 构建前科消灭制度的可行性依据

尽管前科消灭制度的构建存在诸多困难,但除了实践中“醉驾入刑”等导致犯罪人数量激增,加速了对前科消灭的需求外,从理论层面来看,构建前科消灭制度也符合否定之否定的哲理根据、多元免责理论和我国宽严相济的刑事政策。

1. 符合唯物辩证法否定之否定的哲理根据

事物的发展是通过否定实现的,辩证否定不是一次完成的,而是经过从肯定到否定,再到否定之否定的自我发展、自我完善的一个有规律的过程。^①行为人在实施犯罪之后,法律就会对其进行否定性评价并科以刑责,这正是对其犯罪行为的否定。当行为人承担完应受刑责后,将上述刑责进行前科消灭,同时将其作为公民的资格和权利恢复至正常

状态,即是对前述犯罪行为的否定之否定。当然,这一否定之否定是辩证的否定,不能作单纯片面的理解。第一次否定给行为人打上了犯罪人的印记,并使其承受一系列因触犯法律而应遭受的不利后果,影响其正常生活。通过前科消灭进行的第二次否定,又是对第一次否定之否定,即通过对符合条件的行为人进行前科消灭,消除其因犯罪所产生的附随影响,进一步解除前科者心理上而非身体上的负担,使之恢复与守法公民同等的的生活状态,帮助犯罪人及其家庭获得新生。如果前科永久存续,在刑事立法中没有前科消灭制度的设置,那么实际上所完成的只是一次否定,缺乏第二次否定,即是违反唯物辩证法否定之否定的基本哲理。

2. 具备多元免责的理论基础

现代个人破产免责制度融合了债务宽恕理念、人道主义理论和社会效用理论。^① 本文认为,与探索确立个人破产免责制度一样,构建前科消灭制度同样具备融合人道主义和社会效用的多元免责理论。人道主义理论认为法定刑罚惩罚完毕是前科消灭的正当理由,把误入歧途之后改过自新的前科者从前科评价的“后遗症”中解脱出来是人道主义的必然要求。并且无论是个人破产免责中的债务宽恕理论,还是人道主义理论,二者均承认并促进个人的内在自我价值,所以前科消灭在一定程度上可以视为立法者对人的尊严的内在价值的承认,出发点是让前科者“重拾自尊”,给予其复归社会的机会。关于社会效用理论,本文认为对于前科消灭的认识应置于社会整体利益之中,将前科消灭问题当作一个经济社会问题看待。通过前科消灭,把前科者从社会负面评价中解脱出来,鼓励其复归社会,继续为社会提供生产力。反之,若长期将前科者置于社会的对立面,极有可能产生负外部性,使前科者难以融入社会,不利于社会的安全稳定,也无法实现前科者正当权益保护和社会整体利益的最大化。因此,构建前科消灭制度符合人道主义和社会效用理论融合下的多元免责理论。如此,前科消灭的理论基础得以证成。

3. 符合宽严相济的刑事政策

新时代背景下,贯彻落实宽严相济的刑事政策,不仅是当前深化司法体制改革的重要内容,更是人民法院践行习近平法治思想的重大举措。然而,现有前科制度的衍生弊害,难免与宽严相济的刑事政策不相适应。尽管司法机关依法在刑罚上给予犯罪人从宽处理,但刑罚执行完毕后附随的前科效应却让犯罪人携带终生,甚至“株连”其直系亲属,“宽而不宽”的矛盾凸显。前科消灭制度则可以有效化解这一矛盾。在犯罪人已经接受了与其所犯罪行相当的刑罚,并且顺利完成改造、真实悔悟后,国家通过设置法定条件对其进行审查通过后注销其前科记录,帮助其复归社会,以此彰显国家和社会对于改过自新的前科者的宽容。此外,构建前科消灭制度的核心要义在于实现前科者合法权益和社会

^① 参见刘同舫编著:《简明哲学原理》,华南理工大学出版社2004年版,第103页。

^① 参见徐阳光:《个人破产免责的理论基础与规范构建》,载《中国法学》2021年第4期。



公共利益的价值平衡，与贯彻落实宽严相济刑事政策的实施要求不谋而合。因此，构建前科消灭制度不仅是在法律层面上符合宽严相济的刑事政策，更是在深层次意义上对习近平法治思想中蕴含的人民立场的正确贯彻。

三、前科消灭制度的构建路径

前科消灭制度的构建，是一项系统而又复杂的工程，不仅涉及人们思想观念的转变，而且涉及对现有法律规范及前科规定的调整。当然，若要保证制度的正常运转，还需要设计具体的运转程序，使得制度能够在规范层面和实践层面真正建立。

（一）逐步淡化报应观念并倡导体道和包容理念

如前所述，重刑主义观念的固化和刑罚惩罚论的流行导致报应观念成为一种无法忽视的客观存在，但报应观念是感性的产物，与之相匹配的是整个社会的文明程度处于较低水平。如果我们仅从个人要求伸张其认为的“正义”和表达义愤情绪的角度考虑，前科消灭制度似乎不合时宜。然而，法治社会是不断向前发展的，人类理性也在逐渐觉醒，因而这种忽视公民基本权利的报应观念应当予以摒弃。如果报应观念不被摒弃，似乎难以理解社区矫正和社会帮教制度的存在意义。

时至今日，倡导体道主义、保障人权已经成为社会普遍共识。刑罚执行完毕之后，有必要倡导体道主义原则，帮助而非阻碍犯罪人的家庭重获新生。前科消灭的实质，无非就是借助德化感知的柔力涤荡犯罪人的心灵，实现对犯罪人的有效改造，同时彰显良法善治的法律德性。因此，构建前科消灭制度，第一步就是要突破社会大众思想上的藩篱，淡化报应观念并进一步倡导体道和包容理念。

（二）调适欠缺合理性的相关前科规范

构建前科消灭制度，必须疏通制度层面的相关堵点。在刑事规范方面，首先需修订《刑法》第100条第1款的规定。有学者主张将该条规定直接删除。^① 本文认为，该规定存在一些缺陷和不足，但其积极意义亦不能轻易抹杀，对该规定的调适是修正而非废除，即前科者在未被确定前科消灭之前，仍应按规定如实报告犯罪记录。当然，可以对规定的表述方式和具体内容稍作修改，即明确规定接受报告的主体、报告的内容和方式以及受报告单位的保密义务等。只有待犯罪人被确定得以消灭前科，主动报告义务才能自动免除。如此修正以实现公共利益与前科者合法权益的平衡，体现宽严相济、利益平衡的精神。其次，仍然是基于人道主义和践行恢复性司法理念的考虑，对我国刑法中的特别累犯、毒品特别再犯条款也进行相应调整，取消前科者在犯前罪时的从重量刑效应。最

① 参见刘方权、张森锋：《〈刑法〉第100条之我见》，载《河北法学》2001年第4期。

后，审判公开和裁判文书上网制度要兼顾保护犯罪人的隐私，在施行过程中可以考虑对刑事裁判文书的犯罪人信息进行隐名化处理。另外，在非刑事规范方面，清理整合散见于民事和行政领域限制或者剥夺前科者有关资格和权利的规定，同步改革户籍、人事档案等制度。当然，如果前科与犯罪性质具有关联性，则前科有其正当性，如《公司法》第146条之规定。^①

“正义的原初内涵，体现于得其应得。”^② 如果不考虑这一原则要求而将前科评价与犯罪性质不当联接，则规范存在的正义基础即已丧失，如有些规范规定的因受过刑事处罚不得享受最低生活保障政策和不得从事婚姻介绍业务等。^③ 与此同时，对于终生制的前科规定应当谨慎设置，杜绝在未区分具体犯罪类型、情节及其社会危害性的情形下对犯罪人简单片面地一刀切处理，使其无法看到新生的希望。尤其是对于一些偶发的轻罪（如醉驾）以及无特定被害人的法定犯，显然没有通过长期甚至永远贴上犯罪标签以保护社会安全的必要。此外，应当坚决剔除具有“株连”之意的前科规定，严禁有违基本法治精神的“代人受过”，抑制刑罚效应的过度溢出，防止一人犯罪而将其整个家庭拽入泥潭。

（三）前科消灭制度的具体适用规范

构建前科消灭制度，既要致力于帮助犯罪人及其家庭重获新生，又要兼顾维护社会安全稳定。故而前科消灭制度的设立应当存在严格的适用标准，包括适用条件和实现方式等方面，以体现设置该制度的价值衡量。

1. 前科消灭的适用条件

关于前科消灭适用的罪质条件，学界通常认为累犯、惯犯和危害国家安全等情形应当保留前科。^④ 本文对此持不同观点，主张前科消灭的犯罪性质可不作限制，故意或者过失犯罪均在所不问，即不宜将某些特殊犯罪的前科消灭可能予以全盘否定。一般而言，人是可以改造的，这也是监狱和社区矫正制度存在的重要意义。基于罪责刑相适应的原则要求，犯重罪的犯罪人已经通过被判处重刑罚付出了相应代价，如果无视犯罪人的改过自新，仅因其侵害法益的严重程度排除其前科消灭的可能性，无异于将其复归社会之路切断。这不仅与我国当前的刑事政策和刑罚目的背道而驰，更是对犯罪人人权的漠视。当然，对此类犯罪前科消灭的审核应当更加审慎，给予其附条件消灭的空间。

另外，前科消灭务必设置必要的时间间隔。关于前科消灭的考验期间，学界大多根

① 《公司法》第146条规定：“因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员。”

② 杨国荣：《重思正义——正义的内涵及其扩展》，载《中国社会科学》2021年第5期。

③ 参见崔志伟：《积极刑法立法背景下前科消灭制度之构建》，载《现代法学》2021年第6期。

④ 参见高勇：《中国轻罪法律制度的建构》，法律出版社2019年版，第181页；房清侠：《前科消灭制度研究》，载《法学研究》2001年第4期。



据原判刑罚的轻重确定不同的考验档次。对此，可以仿照追溯时效的规定设置前科消灭的时间条件。^① 刑罚执行完毕后，按照被判处刑期的不同进行设置（见表 2）。

表 2 前科消灭的时间间隔表

刑期	时间间隔（考验期）
缓刑	缓刑考验期满后经过一年
三年以下有期徒刑、拘役、管制	三年
三年以上五年以下有期徒刑	五年
五年以上十年以下有期徒刑	十年
十年以上有期徒刑	十五年
无期徒刑、死刑缓期执行减为有期徒刑	二十年

至于考验期间的起算点，应当从刑罚执行完毕之日起计算，且此处的刑罚应包括裁判文书中的所有判项，涵盖主刑、附加刑和其他裁决。当然，前述考验期间也并非一成不变，一是可以参照减刑、假释等规定，如果前科者在考验期间内有重大立功表现等，则有权机关可对考验期间进行适当调整，即特殊情形下设置特别优待的前科消灭待遇。当然，在要进行特别优待的情况下，应严格控制个案化的消灭前科程序，并且应由立法对缩短考验期间的相关事由作出明确、具体的规定以便于操作，最大程度上限缩审核者的自由裁量权。二是当前科者为未成年人时，考验期间可以适当缩减，但需注意与未成年人犯罪记录封存制度相衔接。此外，就前科消灭是否需要设置次数限制，本文认为应当以一人一次为限。前科消灭的前提在于认为前科者没有再犯的危险，对于无视以往的刑罚体验而再次故意犯罪，^② 特别是在前科消灭之后再次故意犯罪，显然前科制度的特殊预防功能未在其身上起作用，因此有必要建立黑名单制度，永远不得消灭其前科。

2. 前科消灭的实现方式

横向比较其他国家立法，前科消灭的实现方式主要包括法定消灭和申请消灭两种。关于前科消灭的启动模式，出于确保司法工作严谨、保持司法被动性及中立性、照顾守法公民情绪等要求，本文认为应确立依申请人申请启动为主、人民法院依职权启动为辅的双轨并行模式。对于人民法院依职权启动的前科消灭，因不需要特别申请，程序相对简单，可将其限制在过失犯罪和不满十八周岁的未成年人的犯罪记录。在过失犯、未成年犯刑罚执行完毕或者赦免以后，在前述对应的考验期内未再实施犯罪的，作出生效判决的人民法院可以对其采取前科消灭措施。除上述两类犯罪之外，对于其他类型的犯罪，则采取依申请人申请的方式启动。

第一步，申请。关于申请主体，有的国家规定申请主体只能是前科者本人，如瑞士；有的国家则规定既可由本人申请，也可以由检察官申请，如韩国；有的国家则规定当前

科者为未成年人时，可由其监护人或法定代理人申请，如德国。本文认为出于最大限度维护前科者合法权益的角度，我国申请前科消灭的主体范围宜从宽把握，即在考验期满一年内，由前科者本人或者其近亲属、法定代理人或者所在单位、基层组织等向终审法院提出申请，申请时应一并提交申请前科消灭的事实和理由，提供申请人服刑至今的思想认识和实际表现材料。

第二步，审查。本文认为可以成立专项审查小组，由法院牵头，公安机关、检察机关和司法行政部门指派专人参与，以求做到信息对称。终审法院在收到申请后应当核查申请材料的真实性，向公安机关核实申请人在考验期内是否确无故意犯罪行为，如果申请人接受了社区矫正，还应听取社区矫正机关和所在基层单位的意见。不同于其他单位，检察院参与审查的方式可以前置，其在提起公诉时就可以根据犯罪人的人身危险性和再犯可能性向法院提出是否存在前科消灭的可能，可以随量刑建议书一并送达。应当注意，审查要在固定期限内结束，且期限设置不宜过长，否则前科者的利益难以得到充分保障。

第三步，裁决。符合条件者宣告前科消灭，审查不通过者允许其复审一次。若经复审仍被驳回，除非申请人存在永久性不得消灭前科的情形，否则可以为其设置一定的“留观期”，例如以两年为限，两年之后允许其再次提出申请。此外，裁决结果应当送检察机关备案，主动接受检察机关法律监督。若检察机关对裁决结果存在异议，可以在指定期间向法院提出复核建议，法院应当在固定期限内将复核结果通知检察院。当然，出于节约司法资源的考虑，在前科者提出申请之后，检察机关即可派专员组成前述专项审查小组，这样既对裁决结果有了预判，也能够发挥其法律监督职能，避免法院自由裁量权的滥用。

最后一步，执行。前科消灭的效力是前科消灭作用实现的关键，而执行则是确保前科消灭的效力得到充分发挥的关键。一旦前科得到消灭，犯罪记录一并注销，因前科引起的刑法上的不利因素归于消灭，前科者将得到与其他公民同等的社会生活保障和不受歧视的法律评价及社会评价。因此，前科消灭的裁决生效后应当立即通告相关司法机关，与前科有关的档案材料由相关机关采取适当处置措施。实践中，无犯罪记录的提供方往往是公安机关，因此经申请人申请，公安机关应当依照规定开具相关证明。因全国范围内的犯罪信息库还未建立，前科消灭后需妥善处理各司法机关之间信息共享事宜，统筹衔接前科信息的消灭。

3. 前科消灭的保障措施

前科消灭要从静态的法律规范走向动态的现实生活，在司法实践中发挥最大的政策功效，必定离不开有力的保障措施。具体而言，前科消灭的保障措施，主要包括以下几个方面：

一是要将已消灭的前科信息纳入隐私权保护范围。如果他人未经本人许可，恶意

^① 参见马克昌：《刑罚通论》，武汉大学出版社 1999 年版，第 714 页；崔志伟：《积极刑法立法背景下前科消灭制度之构建》，载《现代法学》2021 年第 6 期。
^② 参见张明楷：《刑法学》（上），法律出版社 2016 年版，第 557 页。



获取、使用、披露或者散布已经法定程序消灭的前科信息，造成行为人隐私泄露、名誉受损的，应当允许权利人向有管辖权的法院提起隐私权侵权之诉，并有权获得损害赔偿。

二是畅通已消灭前科的人员在遭受歧视时的救济渠道。一旦前科得到消灭，就应当给予其在遭受歧视时为保障自己的公平就业、受教育、享受社会福利等权利而提供可行的救济办法，包括提起诉讼。另外应当强调的是，基于前科评价引发的连带效应，当前科人员的近亲属由于身份或血缘关系受到前科评价负面影响时，如在就业、入伍、升学的资格审查时受到限制，也有必要赋予已消灭前科的人员及其近亲属相应的救济权。

三是将已消灭的前科信息划定为公民个人信息。在教义学视域下，已被注销的前科信息可以解释为公民个人信息，^①以此赋予当事人寻求权利救济的依据，保障前科消灭制度的有效施行。对于违规向他人出售、非法提供或者非法获取已消灭的前科信息，情节严重的，依据《刑法》第253条之一规定的侵犯公民个人信息罪依法追究刑事责任，最大程度上保障前科消灭的效力得到充分实现。

结 语

“醉驾入刑”等轻罪化量刑下前科评价所带来的刑罚效应过度溢出导致犯罪人及其家庭被动承担边际效应递减理论下的负效应。因此前科消灭对于帮助前科者及其家庭重获新生具有不可替代的意义，也符合人道主义和社会效用理论融合下的多元免责理论，更是完善我国刑罚体系的题中应有之义。构建前科消灭制度，应在思想层面要求民众淡化报应观念，进而通过清理欠缺正义性和具有牵连色彩的前科规定以抑制刑罚效应的过度外溢，从适用条件上不区分罪质和前科消灭次数以一次为限、实现方式上确立依申请启动和法院依职权启动的双轨制等两个方面作出具体安排。当然，构建前科消灭制度必然是一项复杂的治理工程，这种治理“并非一套规章条例，也非一种活动，而是一个过程”^②，需要立法、司法、行政和社会各方面久久为功，才能实现犯罪人利益和社会整体利益之间的价值平衡。

(责任编辑：刘文武)

^① 参见彭新林：《立足现实构建犯罪记录消灭制度》，载《检察日报》2021年11月2日，第3版。

^② 马玉丽：《地方政府向社会组织购买公共服务研究》，人民出版社2022年版，第58页。

论绿色原则对合同解除规则的修正

瞿灵敏 王忱纳*

内容摘要：《民法典》第9条确立了绿色原则，但能否适用于合同解除案件，理论和实践均存在分歧。作为民法典社会化的产物，绿色原则平衡了生态环境保护与权利行使的关系。适用绿色原则裁判合同解除案件，可以发挥其修正合同解除规则的功能，表现为对合同解除权的扩张、限缩及对合同解除后恢复原状请求权的限制。适用中存在三个误区：一是将绿色原则异化为效率原则，导致其范围的泛化；二是向绿色原则逃逸，导致合同解除规则的虚置；三是利益衡量的失衡，导致对解除权人利益的不当限制。对此，应在精准理解绿色原则内涵的基础上，厘清绿色原则的适用范围及适用顺位，避免在裁判中向绿色原则逃逸，同时对个案中适用绿色原则限制合同解除权进行合比例审查，确保绿色原则的适用符合比例原则。

关键词：绿色原则；合同解除；意思自治；比例原则

一、问题的提出

《民法典》第9条规定了“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境”亦即绿色原则，并在合同编中增置了部分绿色化的规则，为合同注入了生态环境保护的内涵。司法裁判中，绿色原则在合同案件中的适用主要集中在合同效力与合同解除两个方面。在合同效力问题上，由于最高人民法院以发布典型案例的方式将绿色原则纳入合同效力评价体系所带来的示范效应，^①结合绿色原则与公序良俗判定合同无效已成为目前法院的普遍做法。此种“价值宣示”意义上的适用并不会对裁判

* 瞿灵敏，中国海洋大学法学院副教授；王忱纳，中国政法大学中欧法学院硕士研究生。

基金项目：本文系山东省社会科学规划项目“《民法典》实施背景下新兴人格权的生成路径与保护机制研究”（项目编号：21CFXJ17）的阶段性成果。

^① 参见《司法积极稳妥推进碳达峰碳中和典型案例》，载最高人民法院网2023年2月17日，<https://www.court.gov.cn/xinshidai-xiangqing-389341.htm>。



结果产生实质影响,也较少产生分歧。在合同解除案件中,绿色原则的适用与否却存在分歧。实践中,既有法院支持适用绿色原则裁判合同解除案件,^①也有法院认为“不宜滥用绿色原则作为抗辩”而明确拒绝适用绿色原则裁判合同解除案件。^②这一裁判分歧在理论研究中仅有零星探讨,^③并未引起学界的充分关注。在笔者看来,适用绿色原则裁判合同解除案件是必要的。一方面,作为民法典社会化的产物,^④绿色原则的适用能够较好地平衡生态环境保护与权利行使的关系,可以发挥其作为民法基本原则的私法效力;另一方面,绿色原则在合同领域的适用集中在合同解除案件中也反映出实践的需求,《民法典》合同编中较为边缘化的绿色规则显然不能满足这一期待,正确适用绿色原则裁判合同解除案件可以解决现实的问题。

现有绿色原则的司法适用研究均较为宽泛,对绿色原则在合同解除案件中的适用虽有所涉及但不够深入。^⑤通过对绿色原则在合同解除案件中的适用进行系统梳理,笔者发现绿色原则已经在合同解除案件中发挥着修正合同解除规则的功能,实质影响着合同解除案件的裁判结果,但法院在适用绿色原则的过程中又存在一定误区,造成了绿色原则的滥用。考虑到绿色原则在合同解除案件中所展现出来的功能正是绿色原则的规范化生命力之所在,应当及时对其进行总结及沉淀,对其适用误区予以纠正,确保绿色原则在合同解除案件中沿着规范化的路径推进。

二、绿色原则修正合同解除规则的表现

在合同解除案件中,法院适用绿色原则改变合同解除规则的适用效果,使其发挥修正合同解除规则的功能,在司法实践中有三种表现,分别是扩张合同解除权、限缩合同解除权以及对合同解除后恢复原状请求权的限制。

(一) 扩张合同解除权

部分案件中,法院认为当事人违反绿色原则为合同法定解除的兜底性条款所包含,违反绿色原则将触发合同法定解除条款,适用绿色原则扩充了合同法定解除的情形。在刘煌星、紫金县柏埔镇方湖村青松村民小组土地承包经营权出租合同纠纷案中,法院认为被告在承包地内倾倒垃圾违反绿色原则致使合同目的不能实现,属于《合同法》第94条第1款第4项规定的“其他违约行为致使不能实现合同目的”之情形,判决

解除合同。^①在李家碧诉普福来合同纠纷案中,法院认为林木买卖采伐协议未取得行政采伐许可,该协议违反绿色原则,属于《合同法》第94条第1款第5项“法律规定的其他情形”,判决解除合同。^②在姚朝贵诉贵州省毕节市黔西市杜鹃街道大兴社区居民委员会农业承包合同纠纷案中,法院认为上诉人填埋池塘破坏池塘生态违反绿色原则,属于《民法典》第563条第1款第5项中的“法律规定的其他情形”,判决解除合同。^③然而,作为法定解除权的一般规定,《民法典》第563条第1款第4项之“其他违约行为”、第5项之“其他情形”的规范意旨在于关联法定解除事由的一般规范与特别规范。^④绿色原则并非法定解除事由的特别规范,将违反绿色原则作为合同解除的法定事由之一,经由合同法定解除的一般规范引致适用解除合同,扩张了合同解除权。

部分案件中,法院通过适用绿色原则赋予违约方以合同解除权,扩张了合同解除权的适用范围。在朱时仲诉温州港龙义乌商贸城经营管理有限公司房屋租赁合同纠纷案中,法院认为享有合同解除权的被告不行使合同解除权,合同陷入僵局,不解除合同将浪费社会资源与成本,不符合公平原则与绿色原则,判决解除合同。^⑤在来宾市能通农工商贸易有限公司诉广西海外建设集团有限公司确认合同效力纠纷案中,法院认为违约方并不享有解除权,但是合同已经陷入僵局,不解除合同无法有效利用资源,不符合绿色原则,应当有条件赋予违约方解除合同的权利,判决解除合同。^⑥前案裁判作出时《民法典》尚未颁布,后案裁判作出时《民法典》尚未生效,而两案所涉违约方解除权被《民法典》增置于第580条第2款。前案恐受最高人民法院公报案例新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案影响,^⑦后案则是因《民法典》颁布后,法院将新订法律规定作为旧法时代的法理来运用。^⑧《民法典》生效后,法院适用第580条即可赋予违约方解除权,无需再借助绿色原则扩张合同解除权。在广东皮阿诺科学艺术家居股份有限公司诉东莞帝悦家具有限公司买卖合同纠纷案中,法院适用《民法典》第580条赋予违约方解除权,仅在理解何为第580条第1款第2项之“债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高”时,适用绿色原则将该项解读为追求社会效益最大化,

① 参见《山东法院商事审判、破产审判典型案例》,载微信公众号“山东高院”,2022年1月19日。

② 参见安徽沛愉包装科技有限公司诉厚德食品股份有限公司买卖合同纠纷案,吉林省辽源市中级人民法院(2022)吉04民终104号民事判决书。

③ 参见王灿发、王雨彤:《“绿色原则”司法适用的法理、风险与规制》,载《学术月刊》2023年第3期。

④ 参见石佳友:《民法典与社会转型》,中国人民大学出版社2018年版,第108页。

⑤ 参见马密:《〈民法典〉绿色原则的司法适用:实践样态与优化路径——以〈民法总则〉第9条的司法适用为基点》,载《法律适用》2020年第23期。

① 参见刘煌星诉紫金县柏埔镇方湖村青松村民小组土地承包经营权出租合同纠纷案,广东省紫金县人民法院(2018)粤1621民初978号民事判决书。

② 参见李家碧诉普福来合同纠纷案,云南省石屏县人民法院(2022)云2525民初689号民事判决书。

③ 参见姚朝贵诉贵州省毕节市黔西市杜鹃街道大兴社区居民委员会农业承包合同纠纷案,贵州省毕节市中级人民法院(2021)黔05民终7600号民事判决书。

④ 参见陆青:《合同解除论》,法律出版社2022年版,第115、142页。

⑤ 参见朱时仲诉温州港龙义乌商贸城经营管理有限公司房屋租赁合同纠纷案,浙江省温州市瓯海区人民法院(2019)浙0304民初5311号民事判决书。

⑥ 参见来宾市能通农工商贸易有限公司诉广西海外建设集团有限公司确认合同效力纠纷案,广西壮族自治区来宾市中级人民法院(2020)桂13民终1637号民事判决书。

⑦ 参见新宇公司诉冯玉梅商铺买卖合同纠纷案,载《最高人民法院公报》2006年第6期。

⑧ 参见陈聪富:《民法总则》,元照出版公司2019年版,第33页。



可见绿色原则不再发挥扩张合同解除权的功能。^①值得注意的是,绿色原则的这一历史的功能并不意味着其与违约方合同解除权这一规则背后的“效率”指向一致。^②有学者在效率这一意义上理解绿色原则进而认为“违约方享有解除权符合绿色原则”,^③也是对绿色原则的误读。司法实践中,绿色原则与《民法典》第580条的功能不谋而合,完全是因为法院在没有具体规则的情况下,出于实现其自由裁量的目的适用绿色原则,在这一过程中不当扩张了绿色原则的意涵。在规则落地后,对绿色原则的这一泛化应当褪去。

(二) 限缩合同解除权

部分案件中,当事人依照合同解除规则享有合同解除权,法院适用绿色原则对其权利行使加以限制,限缩了合同解除权的适用范围。司法实践中,法院适用绿色原则限制合同解除权主要体现在两个方面。其一,部分法院适用绿色原则限制合同解除权人行使合同解除权。在力诺集团股份有限公司诉山东派思新能源发展有限公司合同纠纷案中,山东省高级人民法院在裁判中指出力诺公司逾期交纳供能费的行为已经满足合同约定的解除条件,但是基于绿色原则防止设备闲置造成极大的资源浪费,判决不予解除合同。^④该案被选为2021年山东省商事审判十大典型案例,在典型案例报道中,山东省高院更是进一步释明“合同约定的解除条件虽然已经成就,但解除合同严重违背‘绿色原则’导致资源极大浪费的,人民法院应当对守约方的合同解除权予以适当限制”。^⑤应当注意到,“严重违背”“极大浪费”的语词使用以及将该案作为商事典型案例暗含着法院对绿色原则适用的谨慎态度。不过,即便该案被列为典型案例,其立场也未必得到贯彻。该案作出判决后,在聊城荣盛房地产开发有限公司诉许燕华商品房销售合同纠纷案中,上诉人援引该案作为上诉理由请求适用绿色原则限缩合同解除权,同属山东省法院的聊城市中级人民法院却漠视该上诉理由,维持了原审判决。^⑥其二,部分法院适用绿色原则仅仅在时间上限制合同解除权人行使合同解除权。在陈进章诉李永均土地租赁合同纠纷案中,法院指出被告迟延履行租金满足了合同约定的解除条件,但是为节约资源减少损失,根据渔业养殖周期,适用绿色原则延后了合同

解除的时间。^①

此类判决的走向大致符合学者对绿色原则为限制性基本原则的规范定位。绿色原则是一项限制性基本原则已经得到大多数学者的肯认:“有必要将环境保护确立为民法上的一个外部限制性原则”^②“‘生态环境保护原则’是体制限制原则”^③“‘生态环境保护原则’增加了一种体制限制,要求在民事活动中实现民事主体与生态环境之间的利益平衡”^④“绿色原则属于典型的限制性原则,主要适用于个人私权与环境公益冲突的场合”。^⑤司法实践中已经有法院将绿色原则与既有的合同解除权限制规范相结合,限制合同解除权的行使。在郁兵舰诉西宁海亮房地产开发有限公司买卖合同纠纷案中,法院认为当事人约定的任意解除权有违诚实信用原则和绿色原则,容易造成社会资源浪费和交易的不确定性,否定当事人行使约定的解除权。^⑥在云南哆哆旺食品有限公司诉杨涛等合同纠纷案中,对于被告迟延履行租金的行为,法院不仅援引《全国法院民商事审判工作会议纪要》第47条轻微违约不影响合同目的实现的不予解除合同的观点,同时指出当事人应当遵循绿色原则,对合同解除权予以限制。^⑦

(三) 限制恢复原状请求权

合同按照合同解除规则正常解除,但合同解除的法律效果难以与绿色原则的精神合致,法院于合同解除后的效果中会再行衡量,适用绿色原则限制合同解除后的恢复原状请求权。此种情形尤现于合同解除后对案涉土地之上树木、作物等的清退中。部分法院完全限制恢复原状请求权的行使,在周口市森锦植物园有限公司诉周口市世源园林绿化有限公司合同纠纷案中,法院以避免合同解除后造成资源浪费违反绿色原则为由,判决合同解除后无法移植的树木由土地使用权人收购。^⑧部分法院仅在时间上限制恢复原状请求权,在郭玉霞诉魏秀作委托合同纠纷案中,法院适用合同解除规则判决合同解除后,以立即返还土地清除地上未成熟小麦不符合绿色原则为由,给予宽限期,待小麦成熟后再行返还土地。^⑨此外,部分案件中法院适用绿色原则限制合同

^① 参见广东皮阿诺科学艺术家居股份有限公司诉东莞帝悦家具有限公司买卖合同纠纷案,广东省中山市中级人民法院(2021)粤20民终6266号民事裁定书。

^② 参见孙良国:《违约方合同解除的理论争议、司法实践与路径设计》,载《法学》2019年第7期。

^③ 陈洪磊:《民法典视野下绿色原则的司法适用》,载《法律适用》2020年第23期。

^④ 参见力诺集团股份有限公司诉山东派思新能源发展有限公司合同纠纷案,山东省高级人民法院(2021)鲁民终340号民事判决书。

^⑤ 参见《山东法院商事审判、破产审判典型案例》,载微信公众号“山东高院”,2022年1月19日。

^⑥ 参见聊城荣盛房地产开发有限公司诉许燕华商品房销售合同纠纷案,山东省聊城市中级人民法院(2021)鲁15民终3692号民事判决书。

^① 参见陈进章诉李永均土地租赁合同纠纷案,四川省兴文县人民法院(2019)川1528民初618号民事判决书。

^② 龙卫球:《〈民法总则〉的立法意义和创新》,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》2017年第4期。

^③ 陈甦主编:《民法总则评注》,法律出版社2017年版,第69页。

^④ 于飞:《认真对待〈民法总则〉第一章“基本规定”》,载《中国高校社会科学》2017年第5期。

^⑤ 巩固:《民法典绿色原则的法理辩护与内容解析》,载《政治与法律》2021年第8期。

^⑥ 参见郁兵舰诉西宁海亮房地产开发有限公司买卖合同纠纷案,青海省西宁市中级人民法院(2021)青01民终2195号民事判决书。

^⑦ 参见云南哆哆旺食品有限公司诉杨涛等合同纠纷案,云南省石林彝族自治县人民法院(2022)云0126民初145号民事判决书。

^⑧ 参见周口市森锦植物园有限公司诉周口市世源园林绿化有限公司合同纠纷案,河南省周口市中级人民法院(2020)豫16民终3573号民事判决书。

^⑨ 参见郭玉霞诉魏秀作委托合同纠纷案,山东省菏泽市单县人民法院(2017)鲁1722民初4794号民事判决书。



解除后案涉房屋装修、设备等的拆除。在中国电信股份有限公司广州分公司诉广州市远政化工有限公司等房屋租赁合同纠纷案中，租赁合同解除后，法院认为拆除案涉房屋装修将造成资源浪费，适用绿色原则限制恢复原状。^①在禹城金冠蛋白食品有限公司诉山东和正环保工程有限公司合同纠纷案中，法院认为合同解除后，案涉设备拆除造成资源浪费，不符合绿色原则，应当由原告改造后合理使用。^②

三、绿色原则修正合同规则的误区

(一) 绿色原则内涵之异化

对规范内涵的理解往往会影响到规范适用范围的判断，绿色原则中的“节约资源、保护生态环境”应作何理解，是法院在适用绿色原则时不得不面对的问题。观察司法实践，法院在适用绿色原则的过程中对“节约资源”之“资源”一词的理解各不相同。裁判文书中，既有“社会资源”“市场资源”此种从语词出发却又失之宽泛的表述，^③又有超越语词本身以人力、物力等因素进行的成本考量，^④还有或联结“物尽其用”，或直接将其表达为“经济绿色原则”，或追求“利益最大化”的法经济学视角。^⑤法院对绿色原则的这些解读都相当宽泛，且与其他概念混杂不清。当然，出现这样的现象不排除法院为实现其自由裁量的目的，借道绿色原则进行说理，以正当化裁判结论。在这个过程中其不得不泛化绿色原则的内涵，由此错误地扩张了绿色原则适用范围，造成了绿色原则的滥用。

学界的讨论中，存在将“资源”成本化进而将绿色原则经济化的解读：有学者以“节约资源”为身份关系作绿色注解，为扩大绿色原则的涵摄力，不得不将“节约资源”泛化为了“成本”；^⑥有学者更进一步认为“对节约资源应作全面理解，考虑所有相关财产或资源，即将某项民事活动涉及的一切资源，或者说因此产生的一切成本和收益

纳入考量”，主张绿色原则就是效率原则。^①在笔者看来，如此理解存在泛化、片面化绿色原则之两重谬误，一方面其完全脱离“资源”之文义，超越了绿色原则的规范内涵；另一方面“节约资源”并非绿色原则的唯一追求，尚有“保护生态环境”与其并列，仅以“节约资源”为理解起点将绿色原则经济化难以涵盖绿色原则的全部规范内涵，规范内部有失平衡。若绿色原则的涵义在此种错误理解之中不断泛化，造成绿色原则的滥用，其正当性将会在批评声中逐渐减损。所以，有必要对绿色原则的涵义正本清源，以廓清绿色原则的适用范围。

(二) 合同解除规则的虚置

法院适用绿色原则裁判合同解除案件时，围绕绿色原则进行裁判，而忽略了合同解除规则，造成合同解除规则的虚置。部分法院仅适用绿色原则进行裁判，例如在深圳市中影南方影业有限公司诉佛山市高梵电影院管理有限公司与买卖合同纠纷案中，法院仅以继续履行合同不符合绿色原则为由判决解除合同，全然虚置合同解除规则。^②部分法院虽未完全忽略合同解除规则，但在裁判理由中先行申明应当根据绿色原则判决此案，对合同解除规则的适用却一笔带过，不予详述。^③还有法院将违反绿色原则作为合同法定解除的具体情形，将其纳入合同法定解除规则的兜底性条款之中，适用绿色原则穿透了合同解除规则。^④以上几种裁判情形均在规范适用上不同程度地脱离了合同解除规则，向绿色原则逃逸。

另值得注意的是，合同解除规则是否被虚置的判断需要穿透形式看破实质。即便部分法院先行运用合同解除规则进行裁判，将绿色原则后置，在适用顺位上规则优先，但为避免绿色原则与合同解除规则之冲突，强行追求合同解除规则与绿色原则在裁判结果上的一致，其往往不能正确运用合同解除规则。部分案件两审判决结果不一致就证明了这一点。在自然资源部第一海洋所诉青岛保税区东方瀚海国际贸易有限公司等买卖合同纠纷案中，一审法院以被告并未构成根本违约加之继续履行绿色原则符合绿色原则为由不予解除合同，二审法院则以案件事实已经符合合同约定的解除条件为由解除合同，并未适用绿色原则。^⑤显然一审判决受到了绿色原则的干扰，事实认定与法律适用均向绿色原则偏移。此外，由于合同解除规则本身就有一定的解释空间，绿色原则的适用导致了合同解除规则在解释中的泛化。在吴祖宏诉杨刚房屋买卖合同纠纷

① 参见中国电信股份有限公司广州分公司诉广州市远政化工有限公司等房屋租赁合同纠纷案，广东省广州市中级人民法院（2021）粤01民终28391号民事判决书。

② 参见禹城金冠蛋白食品有限公司诉山东和正环保工程有限公司合同纠纷案，山东省德州市中级人民法院（2021）鲁14民终625号民事判决书。

③ 参见郁兵舰诉西宁海亮房地产开发有限公司买卖合同纠纷案，青海省西宁市中级人民法院（2021）青01民终2195号民事判决书；厦门国贸实业有限公司诉菏泽国盛食品有限公司等债权转让合同纠纷案，山东省菏泽市中级人民法院（2022）鲁17民终503号民事判决书。

④ 参见潍坊声屏数码有限公司诉潍坊鸢飞肛肠专科医院房屋租赁合同纠纷案，山东省潍坊市中级人民法院（2022）鲁07民终2167号民事判决书。

⑤ 参见周口市森锦植物园有限公司诉周口市世源园林绿化有限公司合同纠纷案，河南省周口市中级人民法院（2020）豫16民终3573号民事判决书；融通地产（上海）有限责任公司诉上海富园物业管理有限公司租赁合同纠纷案，上海市闵行区人民法院（2021）沪0112民初35971号民事判决书；中国电信股份有限公司广州分公司诉广州市远政化工有限公司等房屋租赁合同纠纷案，广东省广州市中级人民法院（2021）粤01民终28391号民事判决书。

⑥ 参见徐国栋：《民法典整体贯彻绿色理念模式研究》，载《中国法学》2023年第2期。

① 参见贺剑：《绿色原则与法经济学》，载《中国法学》2019年第2期。

② 参见深圳市中影南方影业有限公司诉佛山市高梵电影院管理有限公司与买卖合同纠纷案，广东省佛山市中级人民法院（2020）粤06民终8230号民事判决书。

③ 参见邹城市唐村镇西颜庄村村民委员会诉邹城市鑫萌林果种植合作社合同纠纷案，山东省邹城市人民法院（2021）鲁0883民初6020号民事判决书。

④ 参见刘煌星诉紫金县柏埔镇方湖村青松村民小组土地承包经营权出租合同纠纷案，广东省紫金县人民法院（2018）粤1621民初978号民事判决书。

⑤ 参见自然资源部第一海洋所诉青岛保税区东方瀚海国际贸易有限公司等买卖合同纠纷案，山东省青岛市中级人民法院（2022）鲁02民终2680号民事判决书。



纷案中，法院认为虽然被告在原告催告后仍旧未按期付清购房款构成违约，但是以被告银行账户中后续已经存够购房款有支付能力为由判定其不构成根本违约，并指出解除合同拆除案涉房屋装修将造成资源浪费违反绿色原则，判决不予解除合同。^①如此解释以得出被告并未根本违约的结论，显然扭曲了根本违约的涵义，因为被告的支付能力和其实际履行义务并不能等而视之。不过，此种刻意追求合同解除规则与绿色原则两全、规避规范冲突的裁判思路，恰恰映射出法院在绿色原则适用过程中的保守立场。

（三）利益衡量的失衡

适用绿色原则裁判合同解除案件实质上是将合同当事人解除合同带来的浪费资源、破坏生态环境的影响内化为双方的权利义务关系，某种意义上来说适用绿色原则是对合同解除案件中当事人利益的再衡量。此种失衡主要存在于适用绿色原则限缩合同解除权、限制恢复原状请求权两类案件中。

部分适用绿色原则限缩合同解除权的案件中，合同的违约一方获得了再次履行合同的机会，此时违约方的法律地位反而高于非违约方，法律关系失去了应有的平衡。在深圳市罗湖区城市管理和综合执法局诉广东联洁环境产业有限公司合同纠纷案中，一审法院一方面承认商品存在质量不合格的情况应当解除合同，另一方面却又适用绿色原则限制合同解除权不予解除。上诉人在上诉理由中一语道破此种限制的不合理，其指出“适用‘绿色原则’实际是要求买方必须接受不合格产品，剥夺了法律所赋予买方的合法解除权，同时为不诚信的生产商提供司法保护”。^②更能凸显此种限缩有失平衡的是，在张六明诉张正兴租赁合同纠纷案中，湖北省黄石市中级人民法院以被告不支付租金构成违约已经符合了合同约定的解除条件，但是解除合同不符合绿色原则为由判决不予解除合同。嗣后，原告以被告2020年后依旧不支付相应租金为由再行提起诉讼，湖北省大冶市人民法院以合同符合约定的解除条件为由判决解除合同，并以绿色原则为由限制合同解除后所产生的恢复原状请求权。^③可以看到，绿色原则的错误适用，导致前审判决未将非违约方从一个合同目的不能实现的合同中解救出来，其解除合同的诉讼请求要经多次诉讼才能实现，而违约方却坐享绿色原则带来的对违约行为的不当保护，利益分配明显失衡。

在部分适用绿色原则限制恢复原状请求权的案件中，基于绿色原则的考量，合同

解除后，法院判决强行令土地使用权人收购地上树木等附着物。^①此种限制恢复原状请求权之判决，在合同解除后使得土地使用权人之权利依然受限，且将处置地上附着物的成本与风险转移给土地使用权人，而合同相对人却得以从合同解除的效果中脱身，利益状态难谓平衡。在土地使用权人请求将土地恢复原状时，部分法院甚至要求土地使用权人证明土地有其他用途，^②合同解除后如何使用土地完全属于当事人意思自治的范畴，其显然并无证明的义务。此类情形下，绿色原则仅能在裁判文书中得到彰显，现实情况是土地使用权人往往会自行清除地上树木等附着物，法院裁判实质上并未起到节约资源、保护生态环境的效果。可以看到，法院适用绿色原则时倾向于对现状作出正当维持。然而，强调“节约资源”并非刻板地保持原状，因为“资源放错了位置就是垃圾”。如此裁判以限制当事人权利行使自由为代价，却未起到节约资源的效果，正当性存疑。

四、绿色原则修正合同解除规则的勘误

（一）正本清源：绿色原则内涵之厘定与边界之廓清

将绿色原则异化为追求效益最大化的效率原则实质上是沒有正确理解绿色原则中“节约资源”与“保护生态环境”的关系。效率意识固然很重要，^③但“保护生态环境”的本意恰恰是反效率的，环境法学者早已认识到“生态理性的加入，是要在充分认识人的社会属性与生物属性的基础上，确立人类追求效率活动的生态伦理界限”^④，“绿色原则不仅不以经济学为基础，而且正是对经济学的反动和超越”^⑤。由此观之，若将“节约资源”解释为“效率”，那么在绿色原则内部将存在着两种完全相反的价值取向。主张绿色原则为效率原则的学者为避免这一点，其在论证时对绿色原则的环境公法与环境民法意义明确予以否定，以支撑绿色原则为效率原则的结论。^⑥而从绿色原则的规范意旨出发，应当在“保护生态环境”的指导下去理解“节约资源”，以避免“节约资源”这一立法表达被成本化。首先是“节约”一词，虽然节约在一定程度上可以实现效益的增长，但是“节约”并无追求资源利用效率之指向，并不会必然带来效益最大化，其更多追求的是对现存资源总量上的保有；其次是“资源”一词，应当限于

① 参见吴祖宏诉杨刚房屋买卖合同纠纷案，广东省中山市第二人民法院（2021）粤2072民初19358号民事判决书。

② 参见深圳市罗湖区城市管理和综合执法局诉广东联洁环境产业有限公司合同纠纷案，广东省深圳市罗湖区人民法院（2020）粤0303民初10781号民事判决书、广东省深圳市中级人民法院（2021）粤03民终21232号民事判决书。

③ 参见张六明诉张正兴租赁合同纠纷案，湖北省黄石市中级人民法院（2019）鄂02民终2084号民事判决书、湖北省大冶市人民法院（2022）鄂0281民初4921号民事判决书。

① 参见周口市森锦植物园有限公司诉周口市世源园林绿化有限公司合同纠纷案，河南省周口市中级人民法院（2020）豫16民终3573号民事判决书。

② 参见吴亚泉诉化州市杨梅镇古岭村那律经济合作社租赁合同纠纷案，广东省茂名市中级人民法院（2020）粤09民终2248号民事判决书。

③ 参见熊丙万：《中国民法学的效率意识》，载《中国法学》2018年第5期。

④ 吕忠梅：《〈民法典〉绿色规则的环境法透视》，载《法学杂志》2020年第10期。

⑤ 巩固：《民法典绿色原则的法理辩护与内容解析》，载《政治与法律》2021年第8期。

⑥ 参见贺剑：《绿色原则与法经济学》，载《中国法学》2019年第2期。



语义理解为实体的资源，不应被泛化为抽象的交易成本。

不过，对于“资源”一词又不能仅围绕着“保护生态环境”而作如《民法典》第250条规定的“森林、山岭、草原、荒地、滩涂等”狭窄的“自然资源”理解。理论研究中，将“资源”理解为“自然资源”的学者较多，观其理由各有不同。有学者持此观点是为了撇除“人身性资源”“人力资源”；^①有学者持此观点是为了在绿色原则中撇除“有经济价值或可用性的物质材料”。^②显然后者界定的资源范围更小。但是，仅仅在“自然资源”意义上理解绿色原则难免过于狭窄。一方面，交易活动中很少涉及自然资源，或者说绝大部分“自然资源”都要转化为“物质资源”后才能加以利用；另一方面，如此界定，合同编中的部分绿色规则将难以解释，例如绿色包装义务就很难将其解释为节约“自然资源”，其更多的是对“物质资源”的节约。若要实现体系融贯，对于“资源”的解释也应当适当放宽。绿色原则中的“资源”不应局限于“自然资源”，“物质资源”也应属其中。

总之，法院适用绿色原则裁判合同解除案件时，应当从“保护生态环境”这一核心面向出发，对涉及生态环境破坏的案件适用绿色原则这一限制性基本原则，平衡生态环境保护与权利行使之间的关系。同时，“保护生态环境”这一要求较为清晰，而“节约资源”则较为模糊，裁判过程中应当谨慎把握，对绿色原则规范内部语词的理解不应溢出绿色原则整体的规范意旨，避免将“资源”理解为宽泛的“社会资源”“市场资源”“资金投入”“人力”等，而应当具体到特定的物质资源如案涉机器设备，自然资源如林木，在个案中进行判定。

（二）禁止向绿色原则逃逸：绿色原则与合同解除规则适用顺位之理清

法院突破规则适用原则进行裁判的条件是，穷尽规则且规则的适用将导致个案的极端不公正后果。^③与之不同的是，法院适用绿色原则修正合同解除规则并非是因为合同解除规则“极端违背正义”。合同解除规则与绿色原则确实存在冲突，不过合同解除规则的适用造成了个案中的“极端不公正”以至于需要绿色原则伸出援助之手却是个伪命题。在绿色原则入法前，合同解除规则就已经过长期适用，难谓其是“极端不公正”的。绿色原则与合同解除规则的冲突并非来源于规则的适用违背了所谓的正义，而在于立法后发地接引了绿色原则这种新价值，法典价值向社会化转型，正义被重新定义了。这一过程，不再是因为规则无力而向原则求助的过程，而是原则主动走向规则的过程，也即绿色原则修正合同解除规则的过程。法院适用绿色原则修正合同

解除规则时并无论证合同解除规则“极端违背正义”以至于需要适用绿色原则进行修正的义务。绿色原则的适用仅能受制于穷尽规则这一要求。针对裁判中出现的虚置合同解除规则向绿色原则逃逸的情形，遵循穷尽规则的要求，应当在适用顺位上对二者加以限制。前置合同解除规则的适用，这要求法院从构成要件到法律后果对合同解除规则进行详细论证。将绿色原则后置，在准确理解其涵义的基础上，对合同解除规则的适用效果进行修正。如此，才能充分展现合同解除规则与绿色原则的紧张关系，使得规则与原则真正处在价值竞争之中，不至于虚置合同解除规则。

还需注意的是，部分法院存在刻意掩盖原则与规则之间的冲突的情形。此时，即便合同解除规则在形式上优先得到适用，实质上法院对合同解除规则进行适用与解释时却因为受绿色原则的干扰较大，虚置了合同解除规则，使得合同解除规则完全解构于绿色原则之中。故而，在强调规则优先适用的同时，应当保持合同解除规则的刚性，法院在认识到可以适用绿色原则修正合同解除规则的基础上，应当端正对合同解除规则的文义理解，正确认识规则不同条款背后的规范目的。只有避免合同解除规则遭受绿色原则的侵蚀，前置合同解除规则这一要求才能发挥应有的作用。可以说绿色原则对合同解除规则的修正本质上就是规范之间的价值冲突，充分展现规范之间的这一关系是法院越过规则适用原则的前提。

（三）绿色原则适用的合比例限制：绿色原则限制合同解除权之利益衡量

比例原则源本意在于约束国家公权力对公民权利的过度限制。^①虽然其是国内法中的原则，却有着跨国别的国际影响力；虽然其诞生于公法之中，却有向私法渗透之势。^②顺势而为将比例原则接引到我国民法之中是可行的。不过，其毕竟是一项约束公权力的公法原则，欲在以意思自治为主的民法中适用尚需在民法中为其寻找着力点。有关比例原则如何在民法中适用已有较多研究，有学者主张比例原则应有限地适用于私法，指出可以适用其衡量公民的私权利冲突；^③有学者主张在理论上比例原则可以确保民事主体的自由不被公权力过度干预，在方法论上则可以为个案利益衡量提供思考框架；^④可以看到，将比例原则引入私法已经取得了一定的共识。但是，能否运用比例原则对适用绿色原则限制合同解除权进行利益衡量，或者说在何种程度上可以运用比例原则解决这一问题，还需进一步解释。笔者认为，绿色原则作为一项限制性基本原则，一方面，其修正合同解除规则虽然构成对权利行使的限制却无关私主体之间的权利冲突问题；另一方面，其对权利行使的限制并非基于一项公权力，而是基于公共

① 参见朱慧军：《绿色原则在民事裁判文书中的说理运用——以92份民事裁判文书为分析样本》，载《法律适用》2020年第23期。

② 参见巩固：《〈民法典〉绿色原则司法适用初探》，载《法律适用》2020年第23期。

③ 参见舒国滢：《法律原则适用中的难题何在》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2004年第6期；葛洪义：《法律原则在法律推理中的地位和作用——一个比较的研究》，载《法学研究》2002年第6期。

① 参见蒋红珍：《论比例原则——政府规制工具选择的司法评价》，法律出版社2010年版，第63-65页。

② 参见蒋红珍：《比例原则适用的范式转型》，载《中国社会科学》2021年第4期。

③ 参见刘权：《比例原则适用的争议与反思》，载《比较法研究》2021年第5期。

④ 参见郑晓剑：《比例原则在现代民法体系中的地位》，载《法律科学》2017年第6期。



利益,^①二者有着一致的追求却无相同的本质。适用绿色原则限制合同解除权,本质上是基于公共利益对个人权利行使进行限制,在方法论意义上可以适用比例原则对绿色原则限制合同解除权进行利益衡量,避免对当事人的利益造成不当限制。

适切性原则要求为达目的所采取的手段要有利于目的的实现。表面上来看,法院通过限制合同解除权或合同解除的时间、限制恢复原状请求权或恢复原状的时间均能够达到节约资源、保护生态环境的目的,均符合适切性原则。但是,法院在裁判过程中往往局限于裁判效果的应然层面,忽略了裁判效果的实然层面。事实上,即便法院适用绿色原则限制恢复原状请求权,判决由土地使用权人收购地上附着物以节约资源、保护生态环境,土地使用权人在后续利用时往往也会自行清除地上附着物。法院应当意识到的是,如果合同应当解除,持续限制恢复原状请求权某种程度上对于资源的再配置反而是无效率的。同时,从时间维度上观察,所有合同都有终止的时刻,解除合同恢复原状所带来的“资源浪费”是必然存在的。可以说人类的一切活动都建立在对资源的使用过程中,而在使用中就不得不面临“浪费”资源的风险。法院在判决中强行维持现状限制了当事人的权利,却又根本无法达到“节约资源、保护生态环境”目的,也就不符合适切性原则。

必要性原则要求为达目的应当选择损害最小的手段。具体到绿色原则适用问题上,应当选择对权利限制较小的方式来实现目的。限制合同解除时间较限制合同解除权对权利行使造成的限制显然更小。^②限制恢复原状的时间使非违约方得以从合同目的无法实现的合同中解脱出来,获得了重新与他人缔约的机会,较限制合同解除权对权利行使造成的限制也更小。限制合同解除时间、限制恢复原状时间两种手段最终都将解除合同,区别仅在于合同是否已经解除,二者实质效果一致,在必要性上并无差别。在均衡性的比较上,二者均包含着解除合同、清除地上附着物的可能,均对土地使用权人仅构成时间上的限制。这两种限制方式,一方面不至于使土地使用权人陷于目的不能实现的合同中遥遥无期无法得到解脱,另一方面又实现了绿色原则的目标:在较为适宜的时间对地上附着物进行清除、移植,有利于节约资源、保护生态环境。此时,手段与目的成比例符合比例原则,较为妥适。具体到裁判中,法院能够在时间上对权利行使进行限制就可以实现节约资源、保护生态环境的目标的情况下,就不应强行裁判限制解除权人行使权利,尤其是合同一方已经处于根本违约的情况下,避免绿色原则的适用不合理的保护违约方,错误释放法律鼓励违约的信号。

结 语

绿色原则在合同解除案件中发挥着修正合同解除规则的功能,通过扩张、限缩合同解除权以及对合同解除后恢复原状请求权的限制,为合同解除案件树立了“生态环境保护”的边界,为合同领域注入了环保价值。一定程度上,绿色原则得以在合同解除案件中的适用,赋予了法院更多自由裁量的空间,尊重了《民法典》追求生态环境保护的立法选择,使得《民法典》的价值多元性不再停留于民法基本原则中的抽象宣示,而是可以在司法裁判中得以生动立体地展现。不过,应当看到绿色原则与法院自由裁量权之间的互动关系,法院在适用绿色原则裁判案件的过程中,其对绿色原则涵义的错误理解,对合同解除规则与绿色原则适用顺位的任意,对适用绿色原则裁判后利益状态失衡的忽略,导致了绿色原则的滥用,自由裁量边界的任意扩张掩盖了绿色原则的真正面貌。此时,应当从理论出发,纠正对绿色原则内涵的错误理解,厘定绿色原则的适用顺位,对其适用进行合比例限制,使绿色原则在合同解除案件中的适用保持可控,使法院的自由裁量权收束于理论与实践之间,由理论的精微反哺实践的粗放。可以预见的是,绿色原则的适用不仅存在于合同领域,在民法的其他领域也存在适用的需求,本文思路或可成为绿色原则在其他领域适用的参照。

(责任编辑:郝晓越)

^① 参见吕忠梅、窦海洋:《民法典“绿色化”与环境法典的调适》,载《中外法学》2018年第4期。

^② 参见竺效:《论绿色原则的规范解释司法适用》,载《中国法学》2021年第4期。



表见代理的司法认定

孔祥昆*

内容摘要:表见代理制度旨在扩展私法自治的范围,维系市场交易安全。然而,裁判标准的缺失、法官对现有制度的理解差异等因素导致实践中表见代理规则误用、滥用或不用的现象频发。表见代理的司法认定是一个动态和系统性的过程,需透过制度背后价值逻辑,对表见代理的构成要件及认定标准综合判断。具言之,在明确对代理人名义的认定标准这一基础之上,正确区分表见代理与冒名行为,厘清对权利外观、相对人善意无过失及被代理人可归责性的判断标准;在民刑交叉案件中,行为人通过不法手段获取权利外观的行为,不直接影响表见代理的成立。表见代理纠纷中当事人能够提供的证据极为有限,因此把握举证责任归属、转移过程及相关的证明标准至关重要。

关键词:表见代理;认定标准;举证责任;权利外观

一、问题提出

表见代理制度对于维持市场交易安全和稳定、维护公平正义的法律原则具有重要意义。1999年,我国《合同法》第一次确立了表见代理制度,为处理相关纠纷提供了明确的法律依据。然而,司法实践中关于表见代理的内涵、构成要件、司法认定及其法律效果存在诸多问题,在一些典型案例中表现尤为明显。

案例一:戴长虹诉张春礼、林起卿等房屋买卖合同纠纷案。张春礼与林起卿均系韩国人且为同学关系。林起卿系铭印公司法定代表人,该公司经营范围包括房产中介等业务。张春礼委托林起卿办理某处房屋的出租事宜并将钥匙放在林起卿处。2017年5月10日和5月18日,铭印公司向戴长虹先后出具《房屋买卖意向金收条》2份及《房

屋买卖定金收条》1份。包含以下事实:其一,已收到购房定金32万元;其二,房东同意买方于6月12日入住,7月底前过户。3份收条右下角收款方处均加盖铭印公司公章以及“林起卿”签字。随后,戴长虹陆续向林起卿银行账户汇款47万元。后因张春礼阻止,合同无法继续履行,戴长虹遂起诉张春礼、林起卿和铭印公司。

一审和二审法院认为,林起卿与张春礼均系韩国人且为同学关系,十几年来张春礼一直委托林起卿办理房屋的出租事宜,并将钥匙放在林起卿处。林起卿以张春礼名义出售涉案房屋,并收取戴长虹购房意向金、定金,且将房屋钥匙交与戴长虹。虽林起卿将房屋予以出卖的行为已经超越被代理人的授权范围,但因林起卿具备有代理权的客观表象,戴长虹有理由据此相信林起卿有代理权,故林起卿的行为应认定为表见代理。

再审法院认为,戴长虹在买房过程中,明知房屋的所有权人为张春礼,却没有查看林起卿及铭印公司是否有代理手续,没有尽到审查义务,不属于善意无过失,故林起卿的行为不构成表见代理。^①

该案中,在适用表见代理规则时,不同审级法院基于相同案件事实作出了截然相反的认定。一、二审法院认为,被代理人张春礼与行为人林起卿之间存在特殊亲密关系,且行为人林起卿长期掌握涉案房屋钥匙,所以相对人戴长虹无法分辨行为人的代理权限与代理范围,属于善意无过失。再审法院则认为,相对人戴长虹没有尽到审慎的审查义务,不属于善意无过失,因而不构成表见代理。两者的落脚点都在“善意无过失”,但判断的依据和标准却模棱两可。由此看出,不同的法官对于表见代理规则的认识和适用状况迥异,有的法官或许能通过其经验法则处理案件,完成自圆其说的论证。然而,法律是一门科学,适用法律是一门精当的技术,只有统一法律解释和技术规则,才能不断降低发生“各行其是”的概率。

案例二:费惠珍诉杨宗文房屋买卖合同纠纷案。邹霞以母亲杨宗文名义将房屋出售给费惠珍并签订购房协议。该协议尾部有杨宗文、费惠珍及证明人陈某的签名。邹霞收到费惠珍支付的购房款并打了收条。在邹霞去世后,费惠珍因杨宗文不配合对涉案房屋过户,向法院提起诉讼。杨宗文辩称,对邹霞出售房屋的行为并不知情,因购房合同不是本人签名,故要求法院进行笔迹鉴定,未获法院准许。

一审法院认为,费惠珍已取得房屋的相关购房资料并支付购房款,其在该房屋内居住长达十一年,被告一直未提出异议,足以推定双方已经达成房屋买卖合同关系。笔迹鉴定已无意义,杨宗文负有协助办理产权登记手续的义务。

二审法院认为,该房屋在房屋买卖协议订立时尚未取得权属凭证,《国有住房出

* 孔祥昆,山东省高级人民法院民一庭法官助理。

^① 参见戴长虹诉张春礼等房屋买卖合同纠纷案,山东省青岛市中级人民法院(2020)鲁02民再262号民事判决书。



售收入专用票据》和《贵阳面粉厂收款收据》作为重要的权利凭证，其原件本应由杨宗文持有，但庭审中她自认上述票据交付给其女邹霞保管，那么费惠珍有理由相信邹霞对该房屋具有处分权。在邹霞去世后的十年里，杨宗文未对案涉房屋主张过权利，与常理不符。

再审法院认为，房屋买卖协议是邹霞以杨宗文的名义订立，邹霞持有并交付《国有住房出售收入专用票据》及《贵阳面粉厂收款收据》等重要权利外观证据，同时杨宗文长期怠于行使权利具有可归责性，费惠珍在本案中并无过失。因此，即便案涉房屋买卖协议上的“杨宗文”的签字并非杨宗文本人书写，邹霞的行为也完全符合表见代理的构成要件。^①

该案中，一、二审法院根据证据及经验法则认定了购房协议的法律效力，但没有指出这是属于表见代理的情形，对笔迹鉴定请求也没有作出恰当回应，导致杨宗文对本案申请再审。再审法院则适用表见代理规则，认为被代理人杨宗文长期怠于行使权利具有可归责性，相对人费惠珍在本案中并无过失，即便房屋买卖协议由代理人书写，该代理行为完全构成表见代理。最终，虽然该案三次审理结果没有实质性出入，但过程中却有“迹”可循，一、二审法院对于表见代理的忽视究竟是出于什么原因？

目前，涉及表见代理的法律规范较少，导致涉表见代理案件裁判标准较难明确。司法实践中，法官普遍存在对表见代理制度概念内涵理解不清，对其构成要件和认定标准把握不准的问题，时常混淆无权代理、职务代理、表见代表等相近概念和制度，造成表见代理制度的滥用、误用，抑或束之高阁而不用。上述两起再审案件的裁判结果虽不同，但均是正确适用了表见代理规则的体现。然而，不同审级法院对于同一案件在事实认定和法律适用上截然相反，不可避免地造成案件当事人上诉、申诉，一定程度上影响了司法裁判的稳定性。表见代理作为代理制度中的重要内容，旨在维护交易安全和相对人合理信赖，其重要性不言而喻。在优化法治化营商环境大背景下，有必要深入探究表见代理制度背后的价值逻辑，规范掌握其构成要件，确立合理的认定标准，并正确把握举证责任，以消解实务中的分歧。

二、表见代理司法认定标准不统一的原因探究

针对司法实践中出现的不同审级法院对同一案件裁判不同的现象，除了法官对表见代理规则理解不深、适用不准之外，导致表见代理规则适用难的原因还包括民法和商法价值取向的差异、民商立法一元体系、代理法规范欠缺等。正是这些不同层次、

不同方面的复杂因素，致使表见代理规则的适用难度不断加大。

（一）立法价值取向层面

价值取向是立法的根基。代理制度作为民法体系中的重要组成部分，在民法与商法不同领域中，理所应当表现出不同的价值取向。民事代理规则属于民法调整范围，相关的法律规范应当以优先遵循当事人意思自治为原则；商事代理规范不仅涉及民法领域，还涉及具有社会属性的公法范畴，国家立法借助公权力直接对商主体和商行为进行干预与调整，所以商事代理规则属于公私法兼具的法律规范。

从代理制度的发展历史来看，商事代理与民事代理规则各有其发展轨迹，前者早于后者。商事代理的一般原则逐渐抽象变成了代理之一般原则，可谓是先有商事代理之特别规定，方有代理之一般规定。^①从我国现行法律制度来看，民事代理与商事代理仅从形式上实现了统筹协调，但因两者的价值取向不同，导致一元模式的表见代理制度无法兼顾两者在价值取向上存在的差异。其中，两种代理制度对于授权模式存在着显著的差异，难免会影响相对人承担的合理注意义务。具体而言，民事代理通常属于“一事一授权”，多采用特定授权模式，被代理人对代理人的授权仅限于特定事项，导致交易相对人需承担更多的合理注意义务，交易相对人一般应对代理外观表象是否属于特定事项的授权范围进行确认。商事代理则通常采用概括性的授权模式，被代理人对代理人的授权，涵盖处理该事务通常所需的全部代理权限，相对人很难也没有必要判别代理人的权限范围，否则会使双方的交易成本显著增加，与交易迅捷原则相悖。

在民事、商事活动中，表见代理的认定基于对交易安全保护的不同法理基础之考量而有所不同。民事表见代理对交易的保护是基于对第三人信赖利益的保护，注重考察第三人的信赖是否合理；商事表见代理则更多是外观法理的运用，依据商事主体的外观行为推定其存在权利的事实，并由商事主体承担因其宣示行为而产生的权利外观义务。^②

（二）法律规范层面

在我国《民法典》制定过程中，对表见代理的成立要件是否应包括被代理人的可归责性存在重大争议。在诸多的草案建议稿中，具体包含以下三类观点：一是“单一要件说”。此说主张不考虑被代理人的可归责性，表见代理的成立仅需要满足交易相对人合理信赖这一要件即可。二是“新单一要件说”。此说反对将被代理人可归责性作为独立要件，主张将被代理人可归责性与代理权表象之间关联性判断内置于交易相对人合理信赖之中。三是“双重要件说”。此说不但要考察交易相对人合理信赖要件，还要考

^① 参见费惠珍诉杨宗文房屋买卖合同纠纷案，贵州省高级人民法院（2019）黔民申3329号民事裁定书。

^① 参见陈自强：《代理权与经理权之间——民商合一与民商分立》，元照出版有限公司2006年版，第135页。

^② 参见吴京辉、金恩雨：《〈民法总则〉背景下商事表见代理的制度回应》，载《社会科学》2017年第9期。



察被代理人是否具有可归责性,但对于被代理人归责问题存在“过错说”“诱因说”“风险说”等不同主张。^①经过审议,《民法典》最终承袭了《合同法》第49条之规定并坚持认为,在没有代理权、超越代理权或者代理权终止的情况下,行为人以被代理人的名义实施代理行为时,仅需交易相对人对行为人有代理权存在合理信赖,即可认为该代理行为有效。对此,全国人大法工委给出的理由是:表见代理的产生通常与被代理人的过错相关。比如,因被代理人内部管理不善,导致其公章印鉴、介绍信等被他人借用或冒用;又如,被代理人在已经知晓行为人以其名义对外实施民事法律行为而未予否认。然而,表见代理制度旨在维护交易的安全性,避免让无过失的交易相对人劳而无获。被代理人在行为人实施民事法律行为时是否存在过失,相对人很多情况下难以举证证明,所以相对人只要证明自己和行为人实施民事法律行为时没有过失即可。^②但是,学界主流观点仍然支持“双重要件说”。《民法典》的颁布与实施,并没有解决上述问题,被代理人可归责性应否作为认定表见代理的构成要件仍然存在争议。

(三) 司法规范层面

在司法实践中,如何正确适用表见代理规则,至今没有形成统一的意见。最高人民法院于2009年颁布了《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》(以下简称《指导意见》),其中第13条规定将“代理权表象”与“相对人善意无过失”作为认定表见代理的构成要件,并未对被代理人可归责性予以明确。但同时又在第14条中规定认定表见代理时要考虑多种因素。除此之外,在各地高院的审判指引中,做法也不尽相同。《江苏省高级人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的讨论纪要(一)》第14条第2款规定:“认定构成表见代理的,应当以被代理人的行为与权利外观的形成具有一定的牵连性即被代理人具有一定的过错为前提,以‘相对人有理由相信行为人有代理权’即相对人善意无过失为条件。”上海市高级人民法院民二庭于2012年发布的《上海市高级人民法院民二庭商事合同案件适用表见代理要件指引(试行)》,其中第5条明确将权利外观要件和主观因素要件作为认定表见代理的构成要件。该条虽未将被代理人可归责性作为单独的构成要件予以明确,但是在第6条关于权利外观之主要考量因素的规定中却又专门提到权利外观考量因素需要与被代理人有关。

此外,在盗用公章、业务介绍信、授权委托书类型案件中,由于法官对《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第5条规定存

在不同的理解,^①导致实践中出现的问题严重影响了表见代理认定结果的稳定性及当事人对于裁判结果的可预见性,更从另一个侧面反映出被代理人可归责性问题对于认定表见代理的重要性。

在涉表见代理认定的举证责任方面,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉总则编若干问题的解释》(以下简称《民法典总则编解释》)第28条对《指导意见》第13条进行了修改并明确规定被代理人对相对人不知道行为人行为时没有代理权且无过失负有举证责任。司法实践中,涉表见代理规则的相关司法规范较为笼统抽象且缺乏稳定性,这为表见代理规则的适用增加了一层神秘面纱。

(四) 实务应用层面

由于立法价值取向、法律规范层面存在的客观,表见代理的认定一直是司法实践中的难点。除上述客观原因之外,法官审理案件中不能正确适用表见代理规则和认定标准不一也是导致不同审级法院对表见代理认定不同的重要原因。根据威科先行网统计结果,在司法裁判中,法官适用表见代理规则主要存在三类问题:一是滥用表见代理规则;二是在适用构成要件时存在实用主义倾向;三是就同一构成要件认定标准不统一。究其原因,有学者专门对2014年至2021年间的1168份有效表见代理判例进行分析并得出结论:第一,实践中法官们依据集体默认的“定式”认定表见代理成立与否,而非对于表见代理的每个构成要件都进行论证。通常情况下,法官将外观表象、被代理人可归责及第三人善意无过失作为认定表见代理的构成要件,但适用过程中却存在取舍现象,同时不乏仅凭外观表象直接认定表见代理成立的案例。第二,“第三人善意无过失”要件认定的动态体系论思维。即便《指导意见》将“第三人是否善意无过失”作为法官认定表见代理时需考虑的要素,最高人民法院和各高级人民法院也分别只有33.96%和42.1%的案例适用了这一要件。第三,“被代理人可归责”要件的全方位边缘化。在提及被代理人可归责性的案例中,并没有给该要件应有的独立地位,而是将其置于外观表象列举之中含混带过。^②据此,表见代理规则的适用是一个实践中亟待解决的问题,如何正确适用表见代理认定标准是理论界和实务界需要共同关注的问题。

^① 参见刘亚东:《表见代理中本人的可归责性研究——〈民法总则〉第172条的解释论》,载《民商法论丛》2019年第1期。

^② 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典总则编释义》,法律出版社2020年版,第456页。

^① 《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第5条规定:“行为人盗窃、盗用单位的公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书,或者私刻单位的公章签订经济合同,骗取财物归个人占有、使用、处分或者进行其他犯罪活动构成犯罪的,单位对行为人该犯罪行为所造成的经济损失不承担民事责任。行为人私刻单位公章或者擅自使用单位公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书以签订经济合同的方法进行的犯罪行为,单位有明显过错,且该过错行为与被害人的经济损失之间具有因果关系的,单位对该犯罪行为所造成的经济损失,依法应当承担赔偿责任。”

^② 参见廖振中:《表见代理司法裁判中法官集体行动逻辑实证研究》,载《政法论坛》第2023年第2期。



三、表见代理的司法认定标准

司法实践中,表见代理规则的法律适用长期存在较大争议。《最高人民法院对十三届人大五次会议第4254号建议的答复》指出主要原因有二:一是对于表见代理构成要件上的争议,争议焦点在于被代理人的过失或者可归责性是否应当纳入表见代理构成要件之中;二是合同相对人是否属于善意且无过失需要个案中法官就具体案件具体分析判断,较难形成统一、普遍的认定标准。表见代理规则旨在平衡被代理人与相对人之间的利益,所以司法认定也应当是一个动态性和系统性的过程,需要透过制度背后价值逻辑,对表见代理的构成要件及认定标准由表及里、由外而内的层层把关、综合判断。

(一)关于行为人名义的认定标准

《民法典》第162条规定了代理公开(显名)原则,即代理行为的法律后果归属于被代理人的条件之一是代理人以被代理人名义实施法律行为。《民法典》第925条和第926条沿袭了《合同法》第402条和403条关于代理人以自己名义实施行为的规定。然而,对于该两条规范的定性问题争议颇多,主要存在三种观点:其一,上述两条法律规范均是对间接代理或者隐名代理的相关规定;其二,第925条是针对隐名代理的规定,而第926条则是针对间接代理的规定;其三,第925条应当属于直接代理的特殊形态,第926条则是对间接代理作出的规定。

究其原因,争议焦点问题无非是公开代理是否仅指公开代理事实抑或是指除公开代理事实之外还包括特定被代理人,具体可分为以下四种情形:其一,代理人不仅公开了自己代理人的身份以及代理事实,同时公开了特定的被代理人的身份;其二,代理人并未公开特定的被代理人身份,仅公开了代理事实;其三,代理人以自己名义对外实施民事法律行为,但交易相对人已获知代理人为他人代理的事实;其四,代理人以自己名义对外实施民事法律行为,且交易相对人对代理事实并不知晓。毋庸置疑,上述第一种情形,应当属于《民法典》第162条的规制范围。但对于后三种情形,尚存争议。事实上,代理人无论公开代理事实还是被代理人身份,旨在使交易相对人知道该笔交易的相对方另有他人,以此避免信息不对称给交易相对人带来潜在风险。因为,交易相对人可以通过代理人对其公开的相关信息,判断与其交易的第三人的资信状况以及履约能力,进而对于是否与之交易作出决定。这样看来,代理事实、被代理人身份是否都对交易相对人作出交易与否的决定起到关键作用?笔者认为,代理制度的诞生是基于社会经济生活日新月异的发展,现代生活中交易无处不在,交易效率的价值日益凸显。交易相对人所获取的相关交易信息,不仅应考虑意思自治还要兼顾交

易效率。因此,对于代理人公布的信息应当限缩解释为代理事实,确保交易相对人享有根据自身风险偏好选择是否交易的权利即可。换言之,行为效果之所以由被代理人承受,最重要的不是代理人是否公开了被代理人,而是代理人表明其所为的意思表示效果不归属于代理人自己,代理人具有将效果归属于被代理人的意思,且代理人和相对人基于此共识订立合同。^①据此,第二种情形应当将代理行为的效果归属于被代理人。法律创设代理制度旨在提高交易效率,保障交易相对方利益。因此,在第三种情形下,若有证据证明相对人已经知道代理事实,应视为代理事实已经公开。综上,前三种情形均应视为代理人所实施的民事法律行为后果归属于被代理人,交易相对人不能仅以其不知道被代理人具体身份而否认代理产生的法律效果。代理行为法律效果是否归属于被代理人是适用表见代理规则的前提。

(二)关于代理人欠缺代理权的认定标准

代理人以被代理人名义实施法律行为时,若欠缺代理权,依据《民法典》第171条之规定,该行为构成无权代理。导致代理权欠缺的原因有三:一是代理人自始无代理权,即代理权“形有实无”,学理上称为授权型表见代理;二是代理人超越代理权,即代理权“形大实小”,学理上称为权限逾越型表见代理;三是代理权嗣后终止,即代理权“形存实亡”,学理上称为权限延续型表见代理。^②正确区分无权代理的类型是认定表见代理的前提。

实践中,存在无权代理与冒名行为的混淆现象。冒名行为是指以他人名义实施法律行为。^③在这类行为中,行为人冒用他人的名义实施法律行为,既无名义载体之同意,亦非以自己的名义,冒名者采取伪造身份凭证的方式,使交易相对人误信其就是名义载体而获得某种利益。法律行为的名义载体是被冒名人,行为的实施者是冒名人,由此导致法律行为“名”与“实”的割裂状态。^④冒名行为人冒用他人名义实施法律行为,在被冒名人不予追认,但相对人确属善意的情况下,基于保护交易安全的目的,确有保护必要的,因现行法律对此缺乏规定,可以类推适用的方式填补法律漏洞。从规范目的和类推目标来看,冒名行为与无权代理都需要通过确认法律效果的归属来调整真正权利人与相对人的利益冲突,而且冒名行为与无权代理的法律关系结构相同,构成要件相似。因此,冒名行为可以类推适用无权代理规则。^⑤

① 参见朱庆育:《民法总论》,北京大学出版社2013年版,第327页。

② 参见李宇:《民法总则要义——规范释论与判解集注》,法律出版社2017年版,第821页。

③ 参见杨代雄:《使用他人名义实施法律行为的效果——法律行为主体的“名”与“实”》,载《中国法学》2010年第4期。

④ 参见冉克平:《论冒名处分不动产的私法效果》,载《中国法学》2015年第1期。

⑤ 参见杨杰诉杨文、雅安市天全县鑫诚小额贷款有限公司抵押合同纠纷案,四川省高级人民法院(2018)川民再450号民事判决书;蒋未名诉沈德连、沈键民间借贷纠纷案,浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙01民再3号民事判决书。



此外,司法实践中,有权代理与无权代理也存在混淆。比如,职务代理人在职权范围实施代理行为属于有权代理,应依据《民法典》第61条第2款、第170条第1款的规定处理。在超越职权范围情况下,职务代理人所实施代理行为属于无权代理。在进一步认定该职务代理行为是否构成表见代理时,因其既符合《民法典》第170条第2款之规定,又归属《民法典》第171条、第172条的规制范围,故而产生法条竞合。笔者认为,此情况下应当适用《民法典》第170条第2款之规定,即法人或者非法人组织对执行其工作任务的人员职权范围的限制,不得对抗善意相对人,此时职务代理人的行为构成表见代理,其法律后果应归属于被代理人。在职务代理权终止或代理人离职的情形中,代理人继续以法人名义实施的行为构成无权代理,应当适用《民法典》第171条的规定,此时若符合表见代理构成要件,则应适用《民法典》第172条之规定,代理行为的法律后果归属于法人或者非法人组织。

(三) 关于权利外观表象的认定标准

民事代理重在追求内心真意,这决定了对代理权认定的实质追索。相反,商事代理重在将内在意思表达于外的表示行为,其侧重于代理权认定的形式外观。实践中,认定权利表象并未区分为民事代理与商事代理两种情形,而是同用“客观表象形式要素”来描述。当然,实践中也有以民事代理的实质审查替代商事代理的外观认定。在沈阳轻工房屋开发有限责任公司诉关杰房屋买卖合同纠纷案中,二审法院认为,诉争房屋的出售手续系于强从轻工公司处骗得后交给赵某,后关杰从赵某处取得相关权利。再审法院改判认为,轻工公司为涉案合同到房产登记部门办理备案登记并为关杰出具准住通知书等行为,能够使相对人相信于强系轻工公司有权代理人。再审法院以增加代理权外观证据的方式,降低了相对人信赖合理性的标准。^①本案对代理权的认定,除对代理权外观的关注外,更注重对代理权是否实际存在的审查。

值得注意的是,与民事代理不同,商事代理(职务代理)通常是行为人以其被任命或授予相应的职务等外观表象作为使交易相对人产生信赖的基础。具体而言,其一,行为人具有在有权机关登记系统所载明的职务;其二,行为人所掌管公章印鉴等重要权力凭证;其三,行为人对外宣称其工作的法人或非法人组织之法定住所或营业机构所在地,及主要负责人的办公室、营业窗口、工装标牌等客观存在;其四,依据商事交易习惯、交易惯例及一般社会观念,行为人被认为具有相应职权范围内的代理权。然而,对于上述列举,并非符合其中之一即可认定行为人具有权利外观,而应当在个案中予以综合判断。司法实践中,不乏仅凭公章印鉴、空白合同书、介绍信等认定行为人具有代理权外观的案件,此类案件是权利外观表象认定的焦点和难点。由于受中

国传统文化的影响,公章印鉴象征着权力,谁掌握公章印鉴谁就掌握了权力。学者吴瑾瑜表示,在“欠缺其他附随事实”,仅单纯交付使用印章,在一般社会观念中,并未构成任何代理权存在的外观;而权利外观存在的时间点,必须在无权代理与第三人“为代理行为时”有表见事实,方为有表见代理。笔者认为,单纯加盖公章从事交易行为,在欠缺身份、职务等其他附随事实的情况下,无法形成由印章姓名本人授权印章持有人代理权的信赖表象,不能独立构成任何代理权存在的外观。况且,公章印鉴也分为不同类型,除单位公章、财务专用章外,其余印章虽然不具有缔结法律关系的能力,但可作为相关事实认定的证据。在处理此类案件时,法官应当正确适用举证规则,交易相对人有义务证明公章印鉴的真实性,若已经通过鉴定或其他途径证明了公章印鉴的真实性,被代理人否认系本人所盖或其未授权他人代盖,应由被代理人负举证责任。

(四) 关于相对人善意无过失的认定标准

在表见代理认定中,判断交易相对人是否善意无过失,系表见代理是否成立的重要条件。然而,判断交易相对人是否善意无过失与认定代理权外观,两者之间属于一体两面的关系。代理权外观是交易相对人信赖的对象,考察交易相对人是否善意无过失,与代理权外观判断标准密切相关。一般而言,代理权外观强度越强、削弱外观影响力的因素越弱,信赖合理性程度就会越高。^①

首先,在认定表见代理中,区分相对人是民事主体还是商事主体,既是区分民事代理与商事代理的重要依据,也对其主观信赖如合理注意义务程度、是否具有过失等的认定标准判断具有重要影响。交易相对人为一般民事主体的,其合理信赖的判断标准相对较低,即不必对其赋予过高的注意义务标准。在湖北金华实业有限公司(一审被告、二审被上诉人、再审申诉人)与苏金水等商品房买卖合同纠纷案中,最高人民法院认为本案代理人为有权代理,且代理人与被代理人之间的内部约定并未对外公示,不能对抗善意的购房者。^②被代理人关于合同相对方过错标准的主张超出了相对人作为普通购房者的合理注意义务。在上文案例一中,一审法院认为,林起卿系张春礼密切关系人以及房产中介公司法定代表人的身份及收到条上铭印公司的公章,均导致戴长虹无法分辨张春礼与林起卿之间具体的代理权限与代理范围,使戴长虹相信林起卿有代理权。在上述两个案件中,法院均表现出对一般民事主体采用较为宽松的合理信赖判断标准的司法关切。与民事主体不同,商事主体应较民事主体负担更高的注意义务,法院需对其采用更严格的合理信赖判断标准。

其次,相对人“善意”判定的时间标准,也值得关注。关于时间标准,存在两

^① 参见沈阳轻工房屋开发有限责任公司诉关杰房屋买卖合同纠纷案,辽宁省沈阳市中级人民法院(2021)辽01民再15号民事判决书。

^① 参见叶金强:《信赖合理性之判断:理性人标准的建构与适用》,载《法商研究》2005年第3期。
^② 参见苏金水诉武汉皓羽地产顾问有限公司、湖北金华实业有限公司商品房买卖合同纠纷案,最高人民法院(2012)民抗字第24号民事判决书。



种观点：第一，在行为人实施无权代理之法律行为结束前交易相对人都必须是善意的，否则交易相对人不应对法律行为的效力产生信赖。对合同而言，承诺到达要约人之时为判断标准。第二，仅须判断在行为人作出或者受领意思表示时，交易相对人是否属于善意，而对交易相对人到无权代理之法律行为结束时是否善意不作要求。换言之，即使在此后法律行为的其他要件成就时交易相对人变成恶意，也不影响代理行为法律效果的归属。^①如果采用第二种观点，那么在无权代理之法律行为实施结束前，交易相对人出现由善意转为恶意的情况时，仍然认定该笔交易构成表见代理，会造成偏袒善意相对人的局面，导致被代理人与相对人之间利益严重失衡。因此，笔者认为应当采用第一种观点。

最后，相对人善意无过失的认定标准中，因果关系也是很重要的一环。即交易相对人系因相信行为人有代理权而与其共同实施法律行为，否则不能认定其“善意无过失”。

（五）关于被代理人可归责性的认定标准

从《合同法》到《民法典》，全国人大法工委坚持认为不应当将被代理人可归责性作为表见代理成立的构成要件。^②然而，从司法规范和司法实践来看，实务部门均对该问题“三缄其口”。笔者认为，即便没有将被代理人可归责性作为独立构成要件，也应将其作为重要因素予以考虑。究其原因，就是立法与司法、理论与实践之间的差异。法官在处理个案时，如果不引入被代理人可归责性，难以获得符合一般社会观念的裁判结论。被代理人可归责性应否置于表见代理认定之中予以考察，这涉及被代理人的意思自治与交易相对人的信赖利益两种不同价值。既然两种价值都值得保护，就并非某种价值绝对优先，而是要在两种价值之间进行合理权衡。^③笔者认为，“单一要件说”“诱因说”“风险说”“过错说”，对于被代理人的苛责程度逐级递减，任何一种学说均无法兼顾民事代理和商事代理中表见代理之认定。

民事代理重在追求内心真意，实践中表见代理的产生一般与被代理人的过错有关。相比较而言，“过错说”不仅与民事代理侧重意思自治的理念契合，且简便易用符合司法实践。^④在商事代理中，外观主义实质是在特定场合衡量被代理人与相对人之间冲突利益所遵从的一项原则，相较于被代理人的个人利益，相对人的利益表征了商事交易安全和迅捷，从利益衡量的结果来看，法律无疑应优先保护相对人的利益，这是政策选择的结果。即便真实权利人没有过错，未提供外观事实产生的原因，但因存在

保护外观信赖人的理由，真实权利人的外观主义责任仍应成立。也有观点认为，商事代理追求效率和外观信赖保护，奉行保护交易秩序和经营风险自担的价值理念，与“风险说”价值理念相契合。但在司法实践中，该说理论抽象、适用复杂，难以掌握及推广。笔者认为，代理制度诞生于商法，其目的在于降低交易成本、扩大交易范围，而其中的表见代理规则旨在保护交易相对方的信赖利益和交易安全。因此，商事代理可以“单一要件说”作为认定原则，不考察被代理人可归责性。然而，为避免被代理人 and 交易相对人利益的严重失衡，还应将已超被代理人风险控制能力的情形作为例外区别对待。比如，代理人伪造他人的公章印鉴、介绍信、合同书或者授权委托书等，假冒他人的名义实施民事法律行为的；又如，被代理人公章印鉴、介绍信、合同书或授权委托书等遗失或被盗，此时与代理人特定的职务关系已终止，并且已经以合理方式公告或者通知，相对人应当知悉的。

（六）关于表见代理在民刑交叉案件中的认定标准

司法实践中，不乏行为人通过伪造、盗用等不法手段获得被代理人公章印鉴等案件出现。此种情况下，若代理人利用获得的公章印鉴等对外实施法律行为，能否适用表见代理制度是个难点问题。

《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第5条第1款规定：“行为人盗窃、盗用单位的公章、业务介绍信、盖有公章的空白合同书，或者私刻单位的公章签订经济合同，骗取财物归个人占有、使用、处分或者进行其他犯罪活动构成犯罪的，单位对行为人该犯罪行为所造成的经济损失不承担民事责任。”在处理上述类型案件过程中，由于长期受“先刑后民”的惯性思维影响，不乏仅依上述法律规范认定代理人对外实施民事法律行为不属于私法调整范围，表见代理规则无适用空间。对此，笔者持不同观点。行为人通过不法手段获取公章印鉴、业务介绍信等重要权利外观凭证，再以被代理人名义对外实施民事法律行为，行为人的两个行为，相互独立，互不影响。只要授权没有瑕疵且行为未超过授权范围，代理人即使采用不法手段获得被代理人公章印鉴对外实施民事法律行为，效力亦应归属于被代理人。正如在（2015）民申字第3402号民事裁定书中，最高人民法院认为，涉案公司主张《租赁合同》上涉案公司及其公司项目部的印章均系行为人私刻，不代表其真实意思，合同应当无效。但因行为人与涉案公司之间存在挂靠关系，足以使相对人有理由相信印章的真实性以及行为人得到了涉案公司的授权，故行为人的行为构成表见代理，其行为后果应当由涉案公司承担。

综上，从法律规范本身来看，没有相关法律规定认定表见代理须以代理行为合法有效为前提；从法律规范目的来看，表见代理规则是国家为维护处于弱势地位的善意相对人之信赖利益而对私法活动的调整干预。因此，行为人通过不法手段获取权利外

① 参见杨代雄：《法律行为论》，北京大学出版社2021年版，第591-592页。

② 参见胡康生主编：《中华人民共和国合同法释义》（第3版），法律出版社2013年版，第96-97页。参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编释义》，法律出版社2020年版，第456页。

③ 参见朱虎：《表见代理中的被代理人可归责性》，载《法学研究》2017年第2期。

④ 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编释义》，法律出版社2020年版，第456页。



观的行为，不会直接影响表见代理规则的适用。

四、表见代理的举证责任分配

司法实践中，表见代理构成要件及认定标准不清是导致表见代理规则适用难的原因。因事实通常发生在两者之间，较为私密隐蔽，当事人能够提供的相关证据极为有限，法官唯有借助举证责任制度和证明标准才能认定案件事实。所谓“举证之所在，败诉之所在”，正确把握表见代理举证责任归属、举证责任转移过程及相关的证明标准，显得愈发重要。

（一）举证责任分配原则

实践中，交易相对人“不知情”的主观状态是难以举证证明的，让其“自证善意”缺乏可操作的现实条件。《民法典总则编解释》第28条改变了之前《指导意见》第13条的规定，将证明交易相对人善意无过失的举证责任由相对人转移至被代理人。对此，也有学者持不同意见，认为此举大大加重了被代理人的举证责任，理由是“善意”和“无过失”存在重大区别，应予区分，分别适用证明责任。对于前者，可由法官根据代理权外观的情况推论得出，对于后者只能由交易相对人举证证明。^①笔者赞同该观点，因为它更准确地划分了举证责任，更加体现了公平合理性。

（二）举证责任在诉讼中的转移过程

在涉及表见代理的诉讼中，举证责任在不同当事人之间应按如下顺序依次转移：首先，由被代理人举证证明行为人确系无权代理；其次，由交易相对人举证证明行为人具备的代理权外观；再次，由被代理人举证证明交易相对人在信赖行为人时存在主观恶意；最后，由交易相对人举证证明自身已经尽到合理的注意义务。以上举证过程具有层层递进的逻辑关系，即仅待负有举证义务的当事人对当前事项充分举证后，才允许进入下一个举证环节，在负有举证义务的当事人未完成举证义务时，不发生举证责任的转移。在每一个环节中，负有举证义务的当事人完成举证并达到证明标准后，方可允许对方当事人进行反驳举证，举证和反驳举证依次交叉进行。

（三）证明标准之厘定

对于证明标准，应采用高度盖然性标准，但在相对人举证证明代理人存在代理权外观的环节，还应达到“有理由相信”之证明标准，这才能足以使法官形成充分的内心确信（公章印鉴类案件应特别关注）。在此情况下，若被代理人没有提出有效证据予以反驳，法官应结合双方其他举证情况综合判断、系统认定。一旦被代理人

举证证明了交易相对人存在恶意或无法证明已尽到合理注意义务，即可认定表见代理不成立。

代理权外观的证明标准与相对人善意的证明标准呈正相关，是实践中运用的难点。笔者认为，代理行为的效果归属于被代理人，应严把代理权外观相关证据的证明标准。特别在法律关系双方的首次交易中，相对人有义务对代理权外观证据进行逐一核实。但是，对于特殊关系人，比如夫妻、父子、母女等或被代理人存在身居海外、行动不便、通讯不畅等特殊情况时，可以相应调整权利外观证据的证明标准。

结 语

随着经济社会生活的不断发展，代理制度在私法领域扮演着愈发重要的角色。表见代理制度作为代理制度的“补丁”，具有平衡交易双方利益和维护交易安全的重要功能。然而，由于我国没有出台专门的代理法，也没有专门的司法解释，当前存在部分裁判者在表现代理制度上适用不准确的情况。表见代理最初起源于商事交易，因我国采用民商一体立法体例，故而以一元模式将表见代理置于《民法典》第172条，导致商事表见代理存在制度性缺失。实际上，商事代理与民事代理存在不同的价值诉求和客观规律，突出表现在主体身份、对交易安全的需求程序、代理权范围、代理权外观等方面。本文以区分民事、商事表见代理为视角，通过梳理相关典型案例，对于表见代理的构成要件及标准进行归纳和总结，试图提炼满足实践需要的技术规则，对法官审理涉表见代理案件进行一定的指引。同时抛砖引玉，以期引发司法实务界的研究和探讨，促进相关法律规范的进一步完善和案件规则的明确统一。

（责任编辑：刘 昭）

^① 参见吴泽勇：《表见代理的证明责任问题》，载《现代法学》2023年第5期。



质量保修责任期间的计算争议及破解

——以类型化认定质量保修责任为视角

郑思清*

内容摘要：质量保修责任是一种保证责任，要求施工主体在责任期间内对工程质量问题承担修复责任。然而，由于对质量保修责任期间认识的差异以及立法的不健全，司法实践对责任期间的计算存在分歧。鉴于法律行为、效果和性质的一致性，质量保修期和缺陷责任期应视为质量保修责任期间的两个类型，二者之间构成请求权竞合，发包人有权择一主张权利。在非正常竣工验收的情况下，基于目的、性质、功能的同一性，质量保修期和缺陷责任期的同类型规定具有类推适用价值。借鉴拟制竣工的立法逻辑，结合竣工验收的客观流程，以及拟制竣工日期与竣工验收合格之日的关联，应当以拟制竣工九十日后起算责任期间。反期间约定突破了责任期间的法定约束，因有害行业发展、违背规范目的，应判定为无效。

关键词：质量保修责任；缺陷责任；责任期间；请求权竞合；反期间约定

引言

《民法典》第799条奠定了竣工验收合格与工程质量达标之间的法律关联。然而，建设工程是一项系统性工程，诸多工程质量问题往往需要经过一定使用期限才能显现。竣工验收这一技术手段对认定工程质量有其局限性，无法保证通过竣工验收或交付使用后的工程不存在任何影响使用价值发挥的质量问题。质量问题关乎建筑物使用价值和公

* 郑思清，广东省深圳市深汕特别合作区人民法院法官。

基金项目：本文系国家社会科学基金青年项目“民法典视野下的非典型担保现代化研究”（项目号：21CFX032）的阶段性成果。

共安全。为了确保交付使用的建设工程质量，我国立法将严守质量标准的精神延展到完成竣工验收后的一定使用期间，要求施工单位即承包人对竣工验收合格的建设工程质量问题承担修复义务，由此形成了建设工程质量保修责任制度。

我国《建筑法》对质量保修责任的定义为：对建设工程在交付使用后的一定期间内发现的工程质量缺陷，由施工单位承担修复责任的制度。^①虽然法律性质上存在一些分歧，但基本形成质量保证责任的通说，^②若进一步细分可界定为质量瑕疵担保责任。对此可分为两个层面予以理解：一是行为义务，即承包人应对工程质量问题履行修复义务，与之对应的是发包人享有的主张工程质量保修的权利；二是责任期间，即承包人承担行为义务或发包人主张质量保修权利应以一定期间为限，以解决权利义务状态长期不稳定的情形。其中，第一层是“作为义务”的立法确认，对此并无理解障碍。但对于第二层“一定期间”的理解，如果放置于复杂的建设工程实践中，则存在较大争议，具体表现为责任期间的计算争议，包括何时起算、何时终止。本文以类型化界定质量保修责任为视角，通过学理论证展开对质量保修责任期间计算规则的探析。

一、质量保修责任期间的类型化界定

发包人只有在责任期间内主张权利，承包人才有修复质量问题的义务。换言之，质量保修期责任期间是思考责任期间计算这一问题的前提条件。因此，需要正确解读质量保修责任期间的内涵，这是解决质量保修责任期间计算争议的逻辑基础。

（一）质量保修责任期间的认定分歧

关于质量保修责任期间，有观点认为，质量保修责任应当仅指建设工程交付使用后，承包人对发现的工程质量问题承担修复责任的制度，故责任期间仅指《建设工程质量管理条例》规定的质量保修期，而缺陷责任期是建设单位扣留建设工程质量保证金的期间，而非承担质量保修责任的期间。^③但也有观点提出，工程质量保修阶段包括质量保修期和缺陷责任期，二者共同构成我国的质量保修责任体系。^④这两种观点均由具有丰富实务经验的学者型法官提出，司法实践中也不乏混同质量保修期和缺陷责任期的情形。^⑤例如，最高人民法院司法案例研究院在网络发布的《建设工程合同纠纷四十五问》

① 参见卞耀武主编：《中华人民共和国建筑法释义》，法律出版社1999年版，第167页。

② 参见周峰：《建设工程施工合同纠纷裁判精要》，法律出版社2020年版，第171-172页。

③ 参见郭砚：《建设工程质量责任的厘定：从竣工验收到质量保修》，载《中国不动产法研究》2020年第1期。

④ 参见福建省高级人民法院民事审判第二庭课题组：《关于建设工程施工合同纠纷案件审理情况的调研报告》，载最高人民法院民事审判庭：《民事审判指导与参考》（第91辑），人民法院出版社2022年版，第244页；周峰：《建设工程施工合同纠纷裁判精要》，法律出版社2020年版，第172页。

⑤ 参见云南良盛皓建筑工程有限公司诉宣威市新天地房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案，云南省高级人民法院（2019）云民终166号民事判决书。



中,在回答“承包人请求发包人返还质量保证金的诉讼时效何时起算”时,将质量保修期届满作为开始计算质量保证金返还请求权诉讼时效的依据。^①这与《建设工程质量保证金管理办法》以缺陷责任期届满作为质量保证金返还基础之规定相悖。

上述两种观点的区别在于:是否承认缺陷责任期属于我国建设工程质量保修责任期间。前者奉行责任期间“一元论”,后者则主张“二元论”。之所以形成此种争议,主要缘于我国建筑立法的多元性,即单行性规范普遍存在,既有《建筑法》《建设工程质量管理条例》等法律、行政法规的作用空间,亦有《建设工程质量保证金管理办法》等部门规章的规制痕迹。虽然部门规章相比法律、行政法规,法律效力层级有所不足,但由于部门规章是行业主管部门为解决监管问题而设定的,内容针对性强,市场适应性高。基于监管的便利性,监管部门往往要求施工主体适用官方统一制定的格式化施工合同,将部门规章的大量细节性、义务型规定纳入该格式合同,使得部门规章的重要规定成为约束双方的权利义务条款。这些内容由于规范目的一致、法律效果趋同而引发理论界对质量保修责任期间归类、重塑的思考。

质量保修期是指建设工程自竣工验收合格之日起,在正常使用条件下建设工程的最低保修期限。缺陷责任期是指承包人按照合同约定承担缺陷修复义务且发包人预留质量保证金的期限,自工程通过竣工验收之日计算。^②完整的法律概念包括法律行为和法律效果。经比较,质量保修期和缺陷责任期的规范对象均为通过竣工验收的建设工程,故当谈及质量保修期和缺陷责任期时,一定是在建设工程完成竣工验收的语境下展开的。然而,由于我国建筑立法设置了通过竣工验收和拟制竣工验收,故在未实质完成验收程序但依法可视为竣工验收时,也应当成为质量保修期和缺陷责任期的规范对象。但是,仅仅从上述概念尚无法分析出该期间的法律性质、法律效果及其对应的法律行为,因此,应当从该制度内涵中分析质量保修期和缺陷责任期在法律行为、法律效果以及法律性质上是否一致,并据此论证“二元论”观点是否更为符合我国当下的建设工程司法实践。

(二) 类型化认定质量保修责任期间的理论证成

类型化认定责任期间,解决的是质量保修责任体系评价范围。所谓类型化认定责任期间是指基于法律行为的趋同性和法律效果的一致性,质量保修期和缺陷责任期应被视为同属于质量保修责任期间范畴,质量保修期和缺陷责任期之于质量保修责任期间,如同抵押权和质权之于担保物权。这是本文主张的质量保修责任期间计算规则的逻辑立足点,是本文研究的基础所在。

第一,从期间对应的法律行为上分析。依据《建设工程质量管理条例》第41条之规定,质量保修期旨在要求承包人对工程质量问题实施一定保修行为,其对应的法律行

为是“保修”,强调的是工程的“质量问题”。同理,依据《建设工程质量保证金管理办法》第2条关于“对建设工程出现的缺陷进行维修”的规定,缺陷责任期约束的是承包人对工程质量缺陷所实施的修复行为,法律行为是“修复”,强调的是工程的“质量缺陷”。值得思考的是,保修与修复、质量问题与质量缺陷,是单纯的表述不同还是有着内涵上质的区别?事实上,在涉及工程质量时,所谓保修或者修复都统一表现为承包人运用建筑技术,将建筑材料、劳动力物化到建筑工程的行为,核心表现为修复型施工行为。因此,从法律行为上评判,二者并无实质区别。同理,一切不符合工程建设强制性标准、设计文件或施工合同约定情形,都可以称之为质量问题或缺陷,故无论是质量问题还是质量缺陷,都是工程质量不合格的产物,并无本质区别。对这一细节上的思考,有学者指出,从现实意义和实践必要来说,对质量问题、质量缺陷或者质量瑕疵的表述再进行细枝末节的区分并无意义。^①同样的,竣工验收合格之日和通过竣工验收之日的表述,在法律语境下也应作一致解释。

第二,从法律效果上探究。作为约束权利义务的责任期间,《建设工程质量管理条例》根据不同的分部、分项工程分别设定了二年以上、五年以下的质量保修期,结合该条例第41条“在保修期限内发生质量问题的,施工单位应当履行保修义务”的规定,超出质量保修期的后果是承包人不再承担保修责任,发包人向承包人主张质量保修的实体权利也归于灭失。同理,从《建设工程质量保证金管理办法》第2条关于应当在缺陷责任期内、最长不超过二年的规定可知,该办法同样要求承包人在缺陷责任期内履行工程缺陷修复义务,若期间届满则瑕疵修复义务予以豁免。因此,当期间届满时,二者的法律效果是一致的。而当法律对于某种权利所预定之存续期间,因时间之经过而当然使其权利消灭,符合我国民法对除斥期间的规定。^②故质量保修期和缺陷责任期的法律性质也是一致的。结合质量保修责任系质量保证责任这一特性,该责任期间可进一步归为《民法典》第692条规定的保证期间。由于除斥期间的计算不可中止、中断,故一旦承包人在法定期间内履行了质量保修责任并经验收合格,其质量保修责任期间不能也不应当自完成该保修行为之日起重新计算。^③

应当解释的是,由于《建设工程质量保证金管理办法》将缺陷责任期与质量保证金进行了法律上的关联,发包人可以通过没收质量保证金这一责任后果强化承包人履行质量保修义务,这是否影响“质量保修期和缺陷责任法律效果一致”这一结论呢?本文认为并不影响。一方面,质量保证金在法律效果上反映的是金钱上不利责任的承担,即通

^① 参见王毓莹、史智军:《建设工程施工合同纠纷疑难问题和裁判规则解析》,法律出版社2022年版,第225页。

^② 参见黄立:《民法总则》,中国政法大学出版社2002年版,第497页。

^③ 参见谢吉锐诉北京首创奥特莱斯房产山置业有限公司等商品房销售合同纠纷案,北京市第二中级人民法院(2018)京02民终9196号民事判决书。

^① 参见《建设工程施工合同纠纷45问》,载微信公众号“最高人民法院司法案例研究院”,2023年5月22日。

^② 参见谢勇:《建设工程施工合同案件裁判规则解析》,中国法制出版社2020年版,第188页。



过对缺陷责任期内不履行修复义务的承包人处以金钱上的不利益，来强化承包人及时修复质量瑕疵。然而，这种金钱上的不利益并非缺陷责任期独有，《建设工程质量管理条例》第66条对质量保修期内不履行保修义务的承包人，不仅施加了行政处罚，还设定了民事上的损害赔偿赔偿责任，即因质量缺陷造成的损失承担赔偿责任。虽然缺陷责任期的质量保证金是预先设定的，而质量保修期对应的损害赔偿金是事后追究的，但性质上都体现为对不履行质量修复义务的承包人施加金钱上的惩罚，如同定金和损害赔偿金之间的关系，并不会因二者事前设定和事后追究的特性而改变其违约责任的属性。

然而，值得思考的是，质量保修责任期间的类型化丰富了发包人主张权利的基础，但同时也带来了权利实现路径的选择问题，即发包人是选择质量保修期还是选择缺陷责任期作为责任期间来主张工程质量保修权利？是择一主张还是可同时主张？从我国民事制度的横向比较研究来看，同一类型下两类权利保障机制并存的情形并不罕见，这与我国《民法典》合同编关于违约金、定金的请求权竞合理念上一致。因此，这一问题可以转为判断质量保修期与缺陷责任期之规定是否构成我国民法理论上的请求权竞合。在承认基于相同生活事实产生的请求权可以并存的前提下，从请求权的目的出发，对请求权竞合作出直接清晰的界定，即以同一给付目的的数个请求权并存，当事人得选择行使之，其中一个请求权因目的实现而消灭时，其他请求权亦因目的实现而消灭。^①质量保修期和缺陷责任期源于不同的法律依据，在形式上赋予了发包人以不同的请求权基础主张质量保修利益，但因二者法律性质、法律效果及对应的法律行为的一致性，故符合大陆法系民事法律规范所规定的请求权竞合。

由此可知，发包人虽然可结合质量保修期或缺陷责任期的相关规定主张质量保修权利，但由于二者构成请求权竞合，发包人仅能择一主张权利。这就是为何《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（以下简称《建设工程合同解释（一）》）第17条第2款规定“发包人返还工程质量保证金后，不影响承包人根据合同约定或者法律规定履行工程保修义务”，而非“发包人扣留工程质量保证金后，不影响承包人继续依法或依约履行工程保修义务”的原因所在。试想，如果允许发包人同时依据质量保修期和缺陷责任期主张质量保修利益，将必然导致发包人因行使权利而获得超出合同正常履行之外的利益。而当行使一项权利所获得的利益超出了权利正常运行状态所获利益时，必然提升诱发道德风险的概率。这一立场得到部分司法实践的认可，天津市高级人民法院在裁判中曾指出：“负责施工的承包人已通过负担维修费用的方式承担了质量保修责任，在此情形下，发包人应当向承包人返还剩余质量保证金。”^②

^① 参见王泽鉴：《民法思维——请求权理论基础体系》，北京大学出版社2009年版，第131页。

^② 中海建筑有限公司诉天津市东丽城市基础设施投资集团有限公司建设工程施工合同纠纷案，天津市高级人民法院（2021）津民终49号民事判决书。

综上，基于质量保修期和缺陷责任期在法律性质、法律效果及法律行为的一致性，可以认定质量保修期和缺陷责任期同属于承包人承担质量维修义务的期间，系我国建设工程质量保修责任期间的组成部分，是“一级制度”基于功能主义而细分的两种类型化“子制度”。同理，基于质量保修责任期间类型化所引发的权利行使路径，系典型的请求权竞合，发包人可以选择质量保修期或缺陷责任期的某一项规定主张建设工程质量保修权利。因此，本文所述建设工程质量保修责任期间应当包含质量保修期和缺陷责任期。

二、非正常竣工验收工程的质量保修责任期间的计算起点

质量保修责任期间理论的价值在于运用，解决的是建筑工程何时纳入质量保修责任体系评价。在正常竣工验收情形下，质量保修责任期间自工程竣工验收之日起计算，这一逻辑在质量保修期和缺陷责任期上保持一致，并无争议。但我国建筑市场尚不成熟，进入司法程序的建设工程大抵存在或大或小、类型不等的工程质量相关问题，^①无法顺利实现竣工验收，对于此类非正常竣工验收工程的质量保修责任期间，立法未给出明确的起算规定。^②

（一）不同责任期间起算规则之检视

在责任期间类型化认定背景下，质量保修期的有关规范仅笼统规定“自竣工验收合格之日开始计算质量保修期”，而没有考虑实践中频发的非正常竣工验收情形。缺陷责任期的有关规范相对质量保修期较为全面，涉及了非正常竣工验收情形下的起算规则，但未尽全貌，仍遗留了诸多立法空白。但应当强调的是，此处的非正常竣工验收应当仅指因发包人原因导致的情形，包括因发包人原因导致的迟延验收以及发包人未经竣工验收但擅自使用工程的情形，并不包含因承包人单方原因导致工程未竣工验收的情形。因为承包人是施工责任主体，因承包人原因导致无法竣工验收即意味着涉案工程未达到竣工验收的基本条件，工程款支付和主张质量保修责任的基本条件均未成就，本就不符合竣工验收的语境，故不应纳入质量保修责任期间的考量范畴。

首先，非正常竣工验收情形下，质量保修期的起算规则存在立法空白，司法实践只能依靠主观推理寻求法律适用。具体来说，与《建设工程质量保证金管理办法》第8条的规定不同，《建设工程质量管理条例》第40条并未对非正常竣工验收情形下的质量保修期的起算时间作出规范指引。面对司法实践中法律适用的迫切性，大量司法实务者依据各相关规范之间的逻辑关系，通过逻辑推演解决问题。推演过程大致分为

^① 笔者在2023年8月10日通过中国裁判文书网查询到2022年以判决结案的建设工程施工合同纠纷案件42128件，其中涉及质量问题的为23168件，占比55%。

^② 参见袁继尚：《建设工程施工合同纠纷疑难问题研究》，法律出版社2021年版，第182页。



三步：第一步是依据《建设工程质量管理条例》第40条第3款规定，质量保修期自竣工验收合格之日起计算，这建立了质量保修期与“竣工验收合格之日”的逻辑关联；第二步是依据《建设工程合同解释（一）》第9条第2项规定，^①建立发包人迟延验收时竣工日期与“承包人提交验收报告之日”的法律关联；第三步是将竣工验收合格与竣工日期进行概念上的等同。这便形成了在发包人迟延验收背景下“承包人提交验收报告之日→竣工日期=竣工验收合格→起算质量保修期”的逻辑，由此得出“自承包人提交验收报告之日视为质量保修期起算点”这一结论。^②这引发的思考是，相比缺陷责任期自承包人提交竣工验收报告之日起九十天后起算的逻辑，质量保修期的起算点足足提早了九十天，这一逻辑推理的合理性困扰着司法实践。

其次，质量保修期和缺陷责任期这两类责任期间在立法上缺乏引致性条款，欠缺互相借鉴包括参照或类推适用有关法律依据的桥梁，导致质量保修期和缺陷责任期之间在“人无我有”的情况下缺乏参照或类推适用的法律依据。例如，在非正常竣工验收情形下，质量保修期的起算点能否参照或类推适用《建设工程质量保证金管理办法》第8条关于缺陷责任期起算的规定？^③这一问题争议颇深。否定观点认为，工程质量保修期和缺陷责任期是不同的概念，在工程未竣工验收情况下，质量保修期的起算时间不可参照或类推适用缺陷责任期的有关规定执行。反之，肯定观点认为，在发包人拖延竣工验收的情形下，质量保修期和缺陷责任期的起算规则应当保持推定结论的一致，即质量保修期可适用《建设工程质量保证金管理办法》第8条关于“自承包人提交竣工验收报告90天后计算”的规定。^④

最后，无论是质量保修期还是缺陷责任期，其各自所属规范均未规定“未经竣工验收但发包人擅自使用”这一情形的责任期间起算规则。作为典型且频发的非正常竣工验收情形之一，司法实践对统一这一情形的认定规则具有迫切的现实需求。应当指出的是，司法实践不乏主张以《建设工程合同解释（一）》第9条第3项为依据，将自建设工程转移占有之日作为计算质量保修责任期间的起点。^⑤然而，这一观点同样属于主观推理下的产物，存在逻辑推理是否正确的质疑，引发的问题又回归至上述第

一点关于“非正常竣工验收情形下质量保修期自承包人提交验收报告之日计算”正确与否的思考。

（二）拟制竣工之日九十日后起算的违法性证成

首先，同类制度之间类推适用彼此成熟的规范具有理论正当性。当缺乏直接法律规范时，类推适用性质最为接近的法律规范作为请求权基础，是民法适用的常见方法和现象。^①因为类推是建立在事物类似性基础上的目的性考量，核心在于意义的、功能的、实质的相似性。^②质量保修期和缺陷责任期虽是不同法律规范下的产物，但二者在保障工程质量之目的、担保工程质量问题修复之功能、质量保证责任之性质等问题上具备了同一性，具备了类推适用的理论基础，故即使二者之间尚不存在明确的引致条款，在面临现有规范尚不足以指导实践时，二者之间能够且应当类推适用彼此既有的、可供直接指导争议解决的成熟规范。因此，在非正常竣工验收的背景下，质量保修期的起算规则可以类推适用《建设工程质量保证金管理办法》第8条之规定。既有类推适用的可行性，便解决了前述运用逻辑推理确定质量保修期起算时间而引发的逻辑悖论。

其次，自拟制竣工之日起九十日后起算责任期间符合竣工验收客观流程。依据2017版《施工合同示范文本》第13.2.2条关于“承包人向监理人报送竣工验收报告申请，监理人14日内完成审查并报送发包人；发包人收到后28日内完成竣工验收；竣工验收合格的14日内向承包人签发工程接收证书”的条款可知，竣工验收往往需经过一套完整的流程，自承包人提交竣工验收报告至完成竣工验收之间，需要各工程参与人耗费一定时间参与，并非一蹴而就。故在非正常竣工验收情形下，应当允许自拟制竣工之日起经过一定合理期间后开始计算质量保修责任期间。对于这一“合理期间”的认定，《建设工程质量保证金管理办法》第8条和《建设工程合同解释（一）》第17条第1款第3项关于自拟制竣工之日起九十日后的规定可视为对这一合理期间的立法确认。^③换言之，在非正常竣工验收的背景下，立法者基于稳定法律关系需要设定了拟制竣工之日，同时，基于竣工验收的现实可行性考量，设置了自拟制竣工之日至竣工验收合格需要九十日的合理期间。

最后，司法实践对发包人迟延验收的质量保修期起算规则推理存在逻辑错误。这一逻辑是建立在“竣工之日等于竣工验收合格之日”的基础之上，但此系概念理解错误。《建设工程合同解释（一）》第9条第2项的“自承包人提交竣工验收报告”是指拟制竣工之日，旨在解决发包人迟延竣工验收引发的竣工日期无法确定的胶着状态，其与

① 《建设工程合同解释（一）》第9条规定：“当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，人民法院应当分别按照以下情形予以认定……（二）承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期……”

② 李玉生主编：《建设工程施工合同案件审理指南》，人民法院出版社2019年版，第214页。

③ 《建设工程质量保证金管理办法》第8条规定：“缺陷责任期从工程通过竣工验收之日起计。由于承包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的，缺陷责任期从实际通过竣工验收之日起计。由于发包人原因导致工程无法按规定期限进行竣工验收的，在承包人提交竣工验收报告90天后，工程自动进入缺陷责任期。”

④ 参见王毓莹、史智军：《建设工程施工合同纠纷疑难问题和裁判规则解析》，法律出版社2022年版，第236页。

⑤ 参见江苏三兴建工集团有限公司伊宁市分公司诉伊犁浦江房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案，新疆维吾尔自治区高级人民法院伊犁哈萨克自治州分院（2019）新40民终454号民事判决书；袁继尚：《建设工程施工合同纠纷疑难问题研究》，法律出版社2021年版，第190页。

① 参见张新宝：《〈中华人民共和国民法总则〉释义》，中国人民大学出版社2017年版，第212页。

② 参见王雷：《民法典中参照适用条款的方法论意义》，载《现代法学》2023年第2期。

③ 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第188页。



开工日期是相对的概念,共同决定工期长短和工期违约责任承担。^①而“竣工验收合格之日”或“通过竣工验收之日”则是竣工验收语境下的概念,是发包人组织勘察、设计、施工、监理等工程参与方,对已竣工的建设工程进行检查确认,经过法定验收程序,以证明建设工程质量符合标准程序。依据2017版《施工合同示范文本》第13.2.3条,建设工程竣工验收合格的,以承包人提交竣工验收申请报告之日作为实际竣工日期,而竣工验收合格则是验收各方签署意见并盖章的验收记录形成时间。通俗来说,竣工日期侧重于“活干完”,而竣工验收合格则侧重于“检查完”。既然以法律推定的实际竣工之日作为竣工验收合格之日是概念理解的错误,那么基于此错误理解得出的推理性结论则必然属于错误结论。

《建设工程质量管理条例》第40条第3款、《建设工程质量保证金管理办法》第8条均确定了当谈及质量保修期和缺陷责任期时,一定是在建设工程完成竣工验收的语境下展开的立法逻辑,只有在工程竣工验收合格后才产生质量保修责任,任何抛开竣工验收合格的语境讨论质量保修责任期间,都可能产生逻辑上自洽困境。然而,基于实践中大量非正常竣工验收的情形,我国建设工程立法设定了拟制竣工验收条款,即在《建设工程合同解释(一)》第9条第2项将“自承包人提交工程竣工验收报告之日”设定为拟制竣工日期。在此基础上,第17条第一款第3项关于“自承包人提交工程竣工验收报告九十日后满二年退还质量保证金”之规定,便应理解为自拟制竣工验收合格之日起九十日后退还质量保证金。自此形成了将“自拟制竣工之日起九十日后”等同于“竣工验收合格之日”,确立了非正常竣工验收情形下“拟制竣工验收合格之日”的法律地位。

综上,质量保修期和缺陷责任期的规定具备相互借鉴适用的价值和理论正当性,司法实践常见的非正常竣工验收情形,应以拟制竣工之日为基础,以“自拟制竣工之日起九十日后”作为质量保修责任期间的起算点。

三、质量保修责任反期间约定对终点确定的效力审视

责任终点的司法认定是解决质量保修责任何时终止,是责任期间计算规则的重要一环。由于质量保修期和缺陷责任期都有明确的存续期间,故只要确定了起算时间,责任期间的终点计算往往没有争议,但我国建筑立法又认可当事人一定程度上自由约定责任期间,导致实践中不乏一方利用自己强势地位不当延长责任期间,以突破法定限制,这一行为称之为“反期间约定”,这一行为的效力认定旨在矫正司法实践中对质量保修责任期间终点计算的失当。

^① 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院新建设工程施工合同司法解释(一)理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第100页。

(一) 反期间约定效力认定的分歧呈现

我国建筑市场属于典型的买方市场,发包人话语权较强,在利益设置上多倾向维护己方利益,故实践中的反期间约定常见表现为:约定期限悖于《建设工程质量管理条例》第40条规定的最低质量保修期或超过《建设工程质量保证金管理办法》第2条规定的二年最长缺陷责任期,或用较长的质量保修期替代缺陷责任期以计算质量保证金的返还,变相延长承包人相应的责任期间。因反期间约定引发的争议层出不穷,理论上未形成统一意见,导致同案不同判现象频发。

一方面,当以质量保修期为责任期间时,司法实务对反期间约定的效力有两种截然不同的观点。肯定观点认为,《建设工程质量管理条例》第40条为管理性强制性规范,发承包双方突破质量保修期法定期限的约定有效。^①而否定观点则认为,《建设工程质量管理条例》第40条为效力性强制性规范,违反其法定期限的约定应为无效。^②这两类观点分别来自上海和北京两个法治先行示范区的全国审判业务专家,一定程度上反映了司法实务对《建设工程质量管理条例》第40条的性质的认识分歧。实践中也不乏区域性审判指导意见对合同约定的质量保修期低于法定期限这一行为作出规范。例如,《浙江省高级人民法院民一庭关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第4条、《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第31条第1款,都指出施工合同约定质量保修期低于《建设工程质量管理条例》规定的最低年限的,该约定无效。

但是,这类审判指导意见未言明缘何无效,缺乏裁判思路的充分论证,对解决实践中的频发现象尚有可延展之空间;同时,未尽该问题之全貌,未涉及建设工程施工实践中频发的“合同约定的质量保修期高于法定最低期限”这一行为的效力认定。由于《建设工程质量管理条例》第40条在立法条文上并未明文规定悖于质量保修期法定期限的约定无效,故而无法从文义解释层面直接判断其是否属于效力性强制性规定,只能转入学理视角探讨其法律性质。而效力性强制性规范和管理性强制性规范的区分,一直是我国民法理论界的热点争议问题,即使至今也未能形成一个足以无争议地指导司法实践的强有力通说。有学者曾指出,似乎任一关于效力性和强制性规范认定的学说均有可质疑之处。^③这进一步加大了司法实践对质量保修期的反期间约定的效力认定分歧。

另一方面,当以缺陷责任期为责任期间时,虽然反期间约定的效力争议聚焦缘由不一,但裁判矛盾同样存在。支持有效的裁判观点认为,违反缺陷责任期法定期间的约定

^① 参见周峰:《建设工程施工合同纠纷裁判精要》,法律出版社2020年版,第174页。

^② 参见王毓莹、史智军:《建设工程施工合同纠纷疑难问题和裁判规则解析》,法律出版社2022年版,第236页。

^③ 参见孙鹏:《论违反强制性规定行为之效力——兼析〈中华人民共和国合同法〉第52条第5项的理解与适用》,载《法商研究》2006年第5期。



系双方当事人意思自治,且仅与部门规章相悖,不违反法律法规的强制性规定,应当有效。^①支持无效的裁判观点认为,突破缺陷责任期这一法定期间的约定,违反了《建设工程质量保证金管理办法》第2条第3款的规定,属于约定不明,超出二年之外的约定期限无效。^②这两类冲突的裁判观点都来自最高人民法院近年的司法案例,给裁判一线带来了更深的困惑,进一步加剧了此类争议的同案不同判现象。理论界对这一问题的学理性思考也从未停止,有学者认为,站在意思自治的角度,应认可不同于缺陷责任期法定期间的约定。^③而有学者则持相反的观点,认为超出缺陷责任期法定范围的约定不符合基本的公平原则和市场交易原则,最终将会衍生成拖欠工程款的理由,应当无效。^④

与此同时,相较于质量保修期,缺陷责任期的反期间约定的效力争议,原因更加多元,除了法无明文规定这一缘由之外,缺陷责任期的反期间约定效力认定还受其规范层级之局限性的影响,即缺陷责任期的规范来源于《建设工程质量保证金管理办法》,系财政部与住建部联合颁布的部门规章。而在我国民法体系下,以违反强制性规范为据主张合同无效的,应限于法律和行政法规,并不包含部门规章。单纯违反《建设工程质量保证金管理办法》中关于缺陷责任期法定期间的规定,并不导致该民事行为无效,故而只能转入对该规章深层次内涵的研究,探析影响效力认定的缘由。因此,无论是质量保修期还是缺陷责任期,简单地以相关条款的规范性质来认定反期间约定的效力,缺乏基础依据,难以解决当下同案不同判的问题。

(二)反期间约定无效的理论证成

民事法律行为的效力评价体系是一个意思解释、法律评价、价值判断乃至利益平衡的过程。在判断违反强制性规范是否导致合同无效时,主要判断该强制性规范所保护的法益是否重大到要以牺牲合同自由来实现,对该法益的判断则需要从立法目的着手,^⑤这是用法政策学的方法指导合同效力认定的结果。其要求在平衡多种社会价值的过程中,为制度设计和有效实施寻求合理性根据和实效性指导,为解决社会公共问题探求内在合理性依据。遵循这一逻辑,笔者试图从以下三个方面论证反期间约定的无效性。

首先,从法益保护的角度,确立反期间约定无效的司法导向是建设工程质量保修制度中保障公共利益的内在工作。建设工程由于使用率高、使用主体不特定以及钢筋水泥结构的特殊性,一旦出现质量问题且得不到及时修复时,产生的损害后果往往波及不特

定多数人的身、财产利益,而不特定多数人利益对应的市场秩序恰是社会公共利益的重要来源。^①这意味着一切以质量利益为法益的制度必须以公共利益为导向,这正是一切有害于工程质量的个体行为都应被认定为无效的缘由所在。而反期间约定是通过突破法定责任期间之规定,以私有利益最大化为目的的民事行为。其核心是重私有利益而轻公共利益,这背离了质量保修责任体系内置的维护公共利益之要旨,应遵循一切忽视公共利益的民事行为为无效行为的当然逻辑。因此,《建设工程质量管理条例》第40条应当属于效力强制性规范,突破质量保修期法定期间的反期间约定无效,无论合同约定是低于还是高于法定期限;对于突破缺陷责任期的反期间约定,基于全方位维护公共利益安全之考虑,亦应当被认定为无效。

其次,从行业发展的角度,确立反期间约定无效的司法导向有利于降低施工领域的道德风险。建设工程往往大而复杂,涉及土木等各项专业技术领域,专业要求高,每一环节都涉及不特定多数人利益,故建筑行业往往受到国家的严格监管,具有计划性的特征。^②这意味着涉及建设工程的每一项立法,从前期的调研、草案到正式稿颁布,一定是经过较为齐备的行业调研和规范性论证。据此,可以推定《建设工程质量管理条例》《建设工程质量保证金管理办法》对质量保修责任作出法定期间约束是符合工程质量保修的当下客观实践。但是,反期间约定是对该法定限制的回避,是对立法价值的客观性、合理性的对抗。假设反期间约定有效,在此类裁判价值的指引下,经济地位强势的一方必然按照最有利于自身的方式设定于己有利的责任期间条款。尤其在我国的建筑行业买方市场背景下,发包人会毫无顾忌地不当延长责任期间,导致本应返还给承包人的质量保证金被长期扣留,承包人还需承担“加长版”的质量修复义务。一旦此类情形常态化,将大肆挤压施工方的生存环境,为了在混乱的市场环境下求得生存,施工方将不得不通过各种不当方式压缩建设成本,施工领域的道德风险发生率也将随之提升,最终损及我国的施工行业健康发展。^③

最后,从司法导向的角度,确立反期间约定无效的司法导向是培育良性行政执法环境的需要。应当强调的是,一切司法活动都应当推动立法价值的实现。从行政处罚和司法裁判的各自功能出发,若认为反期间约定违反了行政法规或部门规章,仅需行政处罚予以规制而无需司法评价,显然割裂了行政执法与司法行为之间的导向关系。司法行为的指引价值在于,通过程序正义和实体公正,让全社会通过每一个案件的审理,清晰辨明法律鼓励什么、禁止什么,让社会公众接受司法活动传递的价值观,并落实到个人的

① 参见中国新兴建设开发有限责任公司诉海上嘉年华(青岛)置业有限公司建设工程施工合同纠纷案,最高人民法院(2018)最高法民终556号民事判决书。

② 参见中国化学工程第四建设有限公司诉山西潞安树脂有限责任公司等建设工程施工合同纠纷案,最高人民法院(2019)最高法民终710号民事判决书。

③ 参见邬砚:《建设工程合同纠纷:254个裁判规则深度解析》(增订第二版),法律出版社2019年版,第72页。

④ 参见王勇:《建设工程施工合同纠纷实务解析》(增订第三版),法律出版社2023年版,第310页。

⑤ 参见李有星、高放:《主体资质影响合同效力之理论探析——以建设工程合同为例》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2015年第5期。

① 参见顾全:《民事法律行为效力评价体系中法益位阶的理解与实证分析》,载《法律适用》2020年第17期。

② 参见马俊驹、余延满:《民法原论》(第四版),法律出版社2010年版,第694页。

③ 参见江西宏建设工程有限公司诉乐平市棚户区改造安置房建设项目部等建设工程施工合同纠纷案,最高人民法院(2020)最高法民申5165号民事裁定书。



行为自觉之中。^①如果司法指引与行政行为分处不同立场,将混淆社会公众价值观,诱导行为人根据违法成本来决定行为选择。从法经济学角度分析,低廉的违法成本遇上丰厚的违法收益时,如果缺乏司法裁判的正确导向,会给所谓的理性经济人在行为选择方面做出错误的引导,使其毫不犹豫的选择违法行为,而将守法行为抛至九霄云外,这将会陷入行政处罚不断但违法行为屡禁不止的现象型矛盾。^②更有甚者,由于裁判导向的不当加持,行政不作为的发生概率将显著提高。

综上,针对质量保修责任期间的反期间约定,无论是从法益保护、行业发展还是培育良性行政执法环境的司法导向角度,都应否认反期间约定的效力。值得进一步说明的是,为了避免有关质量保修责任期间的认定面临法律位阶不对等的尴尬,我国立法机关在后期完善建筑立法过程中,应当将《建设工程质量保证金管理办法》关于缺陷责任期的内容纳入行政法规或法律的强制性规范中,为司法审判认定反期间约定条款之效力提供更为坚实的法律基础。

结 论

质量保修责任是立法者为维护建设工程质量利益的产物,其法律性质应归属于质量保证责任,承包人只有在法定期间才需要履行修复义务,超出法定期间的,该保修责任将被豁免。我国建筑立法多元,单行规范众多,导致各规则之间衔接不畅、规范不足,引发司法实践对质量保修责任期间的计算争议。经过分析,本文得出以下结论:一是质量保修责任期间应予以类型化界定。质量保修期、缺陷责任期由于行为义务的指向、担保功能及其效果、法律性质方面一致,二者均属于质量保修责任期间的组成部分,两类型责任期间构成民法理论上的请求权竞合,发包人有权择一主张权利。二是在非正常竣工验收的情况下,基于同一体系下目的、性质、功能的一致性,可以类推适用缺陷责任期的规定来起算质量保修期;但对于存在立法空白的非正常竣工验收情形,如发包人未经竣工验收而擅自使用的,基于竣工验收客观流程以及正确法律逻辑推理,应以拟制竣工日期后90日来起算责任期间。三是对于突破法定责任期间的反期间约定,由于此类约定超越了责任期间的法定约束,不利于建设工程质量安全保护,有害行业发展,容易引发不良的司法导向,基于法政策的视角应归于无效。

(责任编辑:刘 昭)

^① 参见《人民日报论法:引导社会价值判断的重要“风向标”》,载《人民日报》2018年9月26日,第19版。
^② 参见林达:《建设工程挂靠行为的法律问题研究》,载《福建法学》2011年第4期。

远程医疗侵权责任承担规则的逻辑论证 与路径设计

——以《民法典》侵权责任规范体系为基础

赵忆雪 徐 点*

内容摘要: 远程医疗中患者遭受损害后由谁承担侵权责任以及如何承担在当前司法实践中尚不明确。传统以指示监督关系为基础的替代责任理论并不适用于远程医疗,原因在于其既不能合理解释近端医疗机构在不同情形下的责任来源,也无法回应伴随着远程医疗多样化形态产生的责任承担难题。医疗组织体系论以医疗行为所属组织体系为归责基础,不仅符合《民法典》第1218条的意旨,而且能够更好地适用于远程医疗。对于医疗行为所属组织体系的判断,宜以医疗决策原则与直接判断原则相结合作为基本的判断标准。在此基础上,不同形态的远程医疗侵权行为也有着相应的责任形式及承担规则。

关键词: 远程医疗;侵权责任;责任承担;责任分配

引 言

远程医疗(Telemedicine)通常是指通过使用计算机和通信技术提供跨越地理距离的医疗健康服务。它帮助医生、护士和其他卫生专业人士在与患者无法进行物理上面对面交流时,通过视频会议、手机应用程序、在线平台等方式与患者进行交流、咨询和诊断,甚至进行远程监控和管理患者的健康状况。20世纪中后期,美国、加拿大、澳大利亚等国家由于其辽阔的地理面积和偏远地区的存在,开始研究和开发远程医疗

* 赵忆雪,山东省嘉祥县人民法院审判管理办公室(研究室)副主任;徐点,中国人民公安大学网络安全与法治协同创新中心研究员。



服务,以改善偏远地区民众的医疗状况。随着全球通信技术的进步,欧洲、亚洲的国家和地区陆续着手开展远程医疗服务。新冠肺炎大流行期间,由于面对面服务的限制,远程医疗的重要性更加凸显,在全球范围内逐渐推广。

与欧美国家相比,我国远程医疗的研究与应用起步较晚。1988年解放军总医院通过卫星与德国一家医院进行的神经外科远程病例讨论算是我国首次现代意义上的远程医疗活动。我国的远程医疗监护也逐渐进入尝试发展阶段。20世纪90年代后期以来,我国的远程医疗从真正意义上取得了进展。^①进入21世纪后,我国远程医疗进入实际应用阶段,相关政策制度也陆续出台,规范和指导了远程医疗的资质管理、医疗责任控制等内容。2018年7月17日,国家卫生健康委员会和国家中医药管理局联合印发《远程医疗服务管理规范(试行)》,初步明确了远程医疗的基本概念和类型,并对远程医疗服务中涉及的机构人员和服务流程规范等提出了要求。近年来,各地医疗机构在向患者提供各种诊疗服务时,越来越多地运用现代通信技术和移动互联网技术手段,远程医疗因此成为备受瞩目的“互联网+”新兴样态之一。目前,我国远程医疗仍处于探索和发展阶段,相关法律法规尚不完善,关于远程医疗的规范性文件法律层次较低。学界对于远程医疗所涉法律关系的界定和责任承担规则存在争议,司法实践中对相关争议的解决缺乏明确依据。因此,厘清远程医疗参与主体间的法律关系,正确判断远程医疗侵权责任主体,是制定远程医疗侵权责任承担规则的重要基础。

一、远程医疗的内涵及其类型划分

(一) 远程医疗的内涵

远程医疗不仅具有促进医疗资源均衡分布、扩大医疗服务覆盖面的必要性,也在医疗体系优化、改善人类健康水平方面发挥着重要作用。随着技术的发展和数字化转型,远程医疗将成为未来医疗体系的重要组成部分,远程医疗的概念内涵也随之不断地扩展和深化。

作为世界上首批实施远程医疗的国家,美国在远程医疗方面制定了相对完善的法律制度和行业规章,明确了远程医疗工作者的资质、责任等要件,并制定了详尽的治疗标准,以进行严厉审慎的管制。近年来,欧盟远程医疗发展迅速,虽然各成员国之间的远程医疗发展水平有所差异,尚未像美国一般形成完整、成熟的运作体系,但电子健康计划的推行在很大程度上助推远程医疗系统在欧盟的大部分成员国得以普及,适用范围也愈加广泛。加之欧洲地区人口老龄化现象严重,居家护理需求激增,远程

医疗在居家护理中备受推崇,欧盟各成员国逐渐形成统一的远程医疗规范。2014年,中国国家卫生计生委员会发布《国家卫生计生委关于推进医疗机构远程医疗服务的意见》(国卫医发〔2014〕51号),规定远程医疗服务即一方医疗机构邀请其他医疗机构,运用通讯、计算机及网络技术,为本医疗机构诊疗患者提供技术支持的医疗活动。

远程医疗是一个包含多种技术、服务、应用和过程的综合体,旨在提高医疗服务的可访问性、提高医疗服务质量和效率,同时也为患者提供更为方便和安全的医疗体验。随着技术的发展,远程医疗的内涵在不断地扩大。狭义的远程医疗一般指的是通过远程通信技术进行的实际的医疗服务,诸如远程诊断、远程会诊、远程病理分析、远程医疗影像学诠释。它通常涉及医生与医生之间或医生与患者之间的直接互动,以及使用特定的远程医疗平台和工具。狭义的远程医疗着重于直接的医疗行为和服务。广义的远程医疗不仅囊括了狭义远程医疗的服务,还包括健康教育、医疗咨询、健康信息服务、远程病患监护、电子健康档案管理等。任何通过远程通信技术提供的、旨在预防、维护或提升健康和医疗服务的行为都可以被认为是远程医疗。广义的远程医疗更侧重于整个医疗健康生态系统的服务提供,跨越了传统医疗服务的界线,扩展至医疗服务行业中的其他相关领域。本文仅以狭义上的远程医疗为研究对象,从两端医疗机构、就诊患者和医疗服务中间平台的角度出发研究法律关系中侵权责任的承担规则。

(二) 远程医疗的类型划分

1. 医疗机构之间合作的远程医疗

医疗机构之间合作的远程医疗即“医院—医院”模式,在远程医疗服务中最为常见,也可称为B2B模式。在远程医疗B2B模式中,常见以下形式:专科医院与基层医疗机构之间的合作,通过远程医疗平台提供专家咨询和疑难病例讨论;大型综合医院向其他医疗机构提供特殊医疗服务,如远程病理诊断、远程影像诊断或专家远程门诊;研究机构或教学医院提供专业培训和教育服务给其他医疗机构的医护人员。通常而言,邀请方医疗机构(以下称为近端医院)与受邀方医疗机构(以下称为远端医院)订立远程医疗服务合同,由远端医院通过互联网信息技术对近端医院的患者进行诊疗或是提供专业诊疗意见,包括病情咨询、病理分析、影像诊断等具体医疗行为。实践中,往往通过建立医疗联合体、医疗共同体、专科联盟等体系化手段,突破地域限制和科室隔阂,对患者进行专业化、精细化和层级化治疗,有效整合各地区、各领域的医疗资源并进行二次调控和灵活配置,促使现代化医疗服务真正深入到千家万户,普惠大众。

《远程医疗服务管理规范(试行)》根据远端医院与近端医院的合作方式,进一步将“医院—医院”的远程医疗分为远程会诊(远端医院提供诊疗意见)与远程诊断(远

^① 参见牟岚、金新政:《远程医疗发展现状综述》,载《卫生软科学》2012年第6期。



端医院进行诊断)两种模式。然而,这种划分规则过于单一且缺乏弹性。首先,在远端医院提供诊疗意见的场景中,远端医生提供诊疗意见的内容、性质不同,近端医院受到诊疗意见影响的程度、近端医生诊断决策权的大小不一,有时远端医院的诊疗意见对近端医院的医疗决策行为起到决定性作用,不宜一概而论;其次,“受邀上级医疗机构”的界定过于狭窄,该项判断标准旨在表明上级医疗机构在远程诊断中的主导作用,但实践中起主导作用的未必是上级医疗机构,也可能是同级或所涉疾病的专项医疗机构;最后,上述划分标准不能囊括现实中发展出的新型远程医疗模式,更遑论解决不同模式下的医疗侵权责任承担问题。

2. 互联网医院提供的远程医疗

互联网医院提供的远程医疗属于“医院—患者”模式,即互联网医疗B2C模式,是指实体医疗机构依托互联网技术发展互联网医院,不断拓展医疗服务所覆盖的范围,打造贯通就诊前中后端的全流程、一体化、智能化的现代医疗服务模式,为患者提供更加安全适宜的医疗服务。其服务内容包括:直接医疗咨询、在线预约、健康监控、电子处方、个性化健康方案、医疗信息提供、心理健康服务、紧急服务联系等。

当前,随着计算机、人工智能和互联网技术的迅猛发展,各种新成果、新观念迅速渗透到人们日常工作生活的各个领域,也赋能各行各业。与其他行业相比,医疗产业发展的主流与关键仍在于实体医疗,但互联网技术实际上早已渗透到医疗领域的多个阶段和不同环节之中,信息技术与传统实体医疗行业实现有机智能结合,充分发挥网络技术便捷高效的优势特性,促使医疗水平相对落后地区的人们得以享受到高质量的现代化医疗服务。随着二者结合的日渐紧密,加之“互联网+”模式的广泛应用,医疗领域也诞生了全新的商业模式,即互联网医疗。从定义上来看,狭义上的互联网医疗活动仍以实体医院为基础开展,其以互联网技术的运用为关键,实质上是实体医院的执业医师通过医院自有互联网平台对本院患者诊疗活动的延伸与拓展,并没有改变基础的医疗行为模式。这个过程中既没有加入新的主体,也没有形成新的法律关系,采用一般医疗责任承担规则即可,后文不再讨论。

3. 医疗机构通过互联网平台提供的远程医疗

医疗机构通过互联网平台提供的远程医疗即B2B2C模式,在B2B2C模式中,与B2C模式的互联网医疗模式不同,B2B2C模式摆脱了实体医疗机构的前置限制,由第三方医疗服务机构为牵引,以远程医疗服务平台为媒介,编织医疗机构、医生与患者的庞大关系网络,实体医院或执业医师与平台建立合作关系并提供远程医疗服务,患者则可以在平台提供的丰富医疗资源中按需选择。在此过程中,网络运营者并没有实质介入医患双方的医疗合同与医疗行为,而是扮演一个类似中介人的角色,为双方医

疗服务合同的订立创造机会,与医患双方同时成立中介合同关系。^①因此,B2B2C模式下的第三方服务机构原则上并不成为远程医疗基本民事法律关系的主体,但也有例外,一旦信息平台越过居间人的角色,直接为患者进行在线诊断、治疗活动,即实施了实质上的医疗行为,则应当认定平台与患者之间直接签订了医疗服务合同,对于因医疗行为造成的损害应当承担侵权责任。

另外,B2B2C模式因参与主体的多元复杂性,往往比B2B模式、B2C模式面临更加复杂高发的法律问题风险。比如,在就诊期间,如果网络运营平台因计算机病毒、“黑客”攻击等原因而出现技术问题导致误诊、漏诊或者延误治疗等后果时,法律责任难以明确,患者合法权益无法得到有效保障。此外,B2B2C模式较B2B模式、B2C模式更加依赖互联网平台,鉴于网络平台的开放性与虚拟性,如何确保诊疗资料、患者隐私等信息数据不被非法获取、利用将是互联网医疗进一步发展所面临的主要难题。

二、远程医疗的参与主体及其间形成的民事法律关系

(一) 远程医疗的参与主体

远程医疗作为一种新兴的医疗服务方式,涉及的民事法律关系相对复杂。为了界定这些关系并构建远程医疗侵权责任的认定规则,必须首先识别参与远程医疗服务的主体,并针对不同的远程医疗模式进行分类讨论。鉴于本文旨在通过概念和理论辨析构建远程医疗侵权责任的认定规则,故不再对权益被侵害的患者一方展开论述,而是对两端医疗机构、两端医生及医疗服务平台等可能承担侵权责任的主体方进行研究。

1. 提供医疗服务的两端医疗机构

远程医疗服务在提供服务的方式上与传统的医疗服务有所不同,但其本质仍然是开展医疗行为。医疗行为是一种专业性极强的服务,由于其“治病救人”的行业特殊性,也伴随着不可避免的风险。我国法律规定,医疗行为只能由受过专业训练的医务人员在医疗机构内进行。在远程医疗服务中,由于远端医生无法直接接触患者,大多数情况下只能通过近端医院提供的患者资料或近端医生的初步诊断意见来作出诊断意见。此外,两端医生的会诊也可能因医疗设备故障、通讯信号不畅等发生各种突发状况。因此,远程医疗较传统医疗的风险性更大,也更为复杂。为了维护患者就诊权益、保证医疗服务质量、实现安全监管,我国现行规定明确将远程医疗的开展和实施主体限定在医疗机构之间。因此,无论是邀请方还是受邀方,两端医疗机构都应当具备《医疗机构执业许可证》,符合开展医疗活动的资质要求。

^① 参见钱志诚、王高伟:《医师多点执业过程中有关法律问题的分析》,载《卫生软科学》2018年第12期。



此外,为了确保远程医疗服务的规范性和安全性,医疗机构应当建立完善的远程医疗服务管理制度和操作规程,包括患者资料保密制度、医生诊断责任制度、突发状况应急处理制度等。同时,医疗机构还应当配备专业的远程医疗服务技术人员和设备,提供稳定的网络环境和可靠的通讯设备,以保证远程医疗服务的顺利进行。

2. 具体实施医疗行为的两端医务人员

《远程医疗服务管理规范(试行)》中对于开展远程医疗服务的医务人员基本条件作出了明确规定,涉及执业资格、执业年限、执业能力等多个方面。虽然医务人员是远程医疗活动的实际参与者,但无论是近端医院还是远端医院的医务人员,其诊疗活动本质上仍属于职务行为。因此,两端医务人员参与到远程医疗服务活动中,并非出于与患者之间的民事法律关系,而是基于他们与各自所就职的医疗机构之间建立的劳动合同关系。在医疗机构之间开展的远程医疗中,两端医务人员并不是远程医疗民事法律关系的适格主体。根据我国现行的侵权责任法律体系,医务人员在履行职务行为时所产生的法律后果应由其所在的医疗机构承担。关于医务人员在履行职务行为时的过错程度,以及医疗机构能否向其追偿的问题,不在本文的讨论范围之内。

3. 提供远程医疗媒介服务的第三方平台机构

远程医疗信息服务平台是开展远程医疗服务的基础媒介,目前较为常见且应用较为广泛的是信息咨询平台和电子商务平台混合体。前者主要指在B2B2C远程医疗模式中发挥居间作用的网络运营者,他们通过网络技术将医疗机构和患者连接起来,实现供应方和需求方的有效匹配。后者以阿里健康、京东健康等电子商务平台为代表,他们提供药品销售、配送及初步问诊、售后等综合服务。

尽管第三方服务机构为远程医疗提供技术支持,并不实际参与或干涉医疗行为,但他们是否具备远程医疗民事法律关系主体资格,以及是否承担因远程医疗行为产生的侵权损害赔偿赔偿责任,是一个值得探讨的问题。一般来说,即便第三方服务机构具备远程医疗民事法律关系主体资格,他们通常也不承担因远程医疗行为产生的侵权损害赔偿赔偿责任。

(二) 远程医疗各方主体之间的民事法律关系

远程医疗因其主体多元而形成了多种民事法律关系。其中,近端医院与患者之间的关系仍然隶属于一般的医疗服务关系。考虑到此处不存在立法空白或司法争议,第三方服务机构与医疗机构所形成的网络中介合同关系或信息服务合同关系前文也有所提及,故不再赘述。要解决远程医疗侵权责任的认定问题,需要讨论的是医疗机构间开展远程医疗时,作为特殊主体的远端医院与近端医院和患者之间是否形成确定的民事法律关系。如果确实存在民事法律关系,那么应当如何对其性质进行分析认定?

1. 近端医院与远端医院之间法律关系性质的区分认定

《远程医疗服务管理规范(试行)》规定,医疗机构间开展远程医疗服务应当签订远程医疗合作协议,并征得患者或者其监护人、近亲属书面同意后方可进行。因此,近端医院与远端医院之间存在法律关系毋庸置疑,至于二者之间法律关系的具体性质,学界一直存在较大分歧。

第一种意见是医疗服务合同关系。开展远程医疗时,邀请方要向受邀方发出邀请。邀请函的内容主要包括邀请事由、目的、时间安排、患者基本情况、拟邀请的医师的专业及技术职称要求等,符合要约具体明确的一般特征,应当被视为对受邀方的要约。^①根据合同订立的一般规则,受邀方在接到邀请方发送的邀请函后,应当在规定期限内作出同意、拒绝或者修改邀请函内容的明确回复,分别产生医疗服务合同成立、受邀方拒绝要约或者向邀请方发出新的要约等具有合同意义的法律效果。

第二种意见是技术咨询合同关系。技术咨询合同说源自于1999年我国卫生部发布的《关于加强远程医疗会诊管理的通知》,其中规定近端医院与远端医院之间属医学知识咨询关系,二者的医护人员之间为技术咨询关系,近端医院与患者之间存在医患关系,对患者的诊疗拥有决定权并承担全部远程医疗中可能出现的责任。有些学者据此认为,远近端医院之间仅存在技术咨询合同关系。^②

第三种意见是委托合同关系。远程医疗活动中,为寻求医疗帮助,邀请方往往向医疗水平高于自己的医疗机构发出远程医疗邀请,双方医疗机构之间存在委托关系。开展远程医疗活动前,邀请方与受邀方应签订远程医疗合作协议,并在协议中就合作目的、条件、内容、双方权利义务、医疗损害风险及责任分担等内容进行明确约定。当邀请方或受邀方中的一方没有按照协议履行相关义务时,另一方有权依据协议约定追究其违约责任,违约方应按合同约定承担相应的责任。^③

上述三种观点实际上从不同角度出发,以对远程医疗活动中两端医院可能采取的合作模式为基础,对二者之间的法律关系作出界定。虽然在论证过程中均有一定的实践基础,也能够自圆其说,但显然任一观点均不能完全涵盖远程医疗活动中产生的全部法律关系。为了厘清远程医疗中远近端医院之间的法律关系,就必须根据二者在具体医疗活动中的参与度进行区分讨论。如果远端医院只是提供了某种形式的辅助服务,例如咨询或诊断意见,而并没有直接参与到患者的诊疗过程中,那么它们之间的关系可能更接近于一种中介合同关系;如果远端医院实际参与近端医院对患者诊疗方案的制定、病理影像的诊断等远程共同医疗活动中,远端医院因其医务人员执行工作的行为而加入近端医院与患者之间业已成立的医疗服务合同之中,与近端医院共同成为医

① 参见田威、孙佩佩:《论一般远程医疗中服务的法律关系》,载《医学与法学》2016年第1期。

② 参见刘建炜、杨晓文、许友侨:《我国远程医疗领域中有关法律问题的研究》,载《中国卫生法制》2015年第4期。

③ 参见廖娟:《论远程医疗中法律关系与医疗损害责任的认定》,载《西部法学评论》2020年第4期。



疗服务合同的一方主体；如果远端医院深度参与甚至决定患者治疗方案的远程医疗活动中，近端医院更多的是起到一个“中介人”的作用，此时近端医院与远端医院为转委托关系与中间合同关系。^①

2. 远端医院与患者之间形成法律关系的情形界定

远端医院与患者之间是否能够形成法律关系，要根据不同情形进行界定，判断的关键在于远端医院与患者联系的密切程度，及远端医院远程医疗中发挥的实际作用。如果远端医院与患者未产生密切联系，仅仅基于其专业知识和资料技术为近端医院的诊疗活动提供咨询和分析服务，近端医院在远程医疗中占据主导地位，由其做出诊断、开具处方或为患者提供照护服务。在整个过程中，远端医院并未实质性地参与对患者的诊疗活动，远端医院与患者之间不具备“达成合意”这一合同成立的基本要件，故二者之间不存在医疗服务合同相关的民事法律关系。

与之相对应的，如果远端医院与患者产生了较为密切的联系，比如远端医生提供的医疗服务具备随访、复诊性质，或者作出的诊断意见或向近端医生提供的诊疗方案具有决定性、主导型影响，甚至是在远程医疗活动实施过程中，远程医生借助仪器、设备等精确指导或自主控制近端医院的诊疗设备为患者进行实时操作性的检查、诊断、治疗、监护等医疗活动。^②此时，远端医院与患者显然形成了实质上的医患关系，二者之间的医疗服务合同也当然成立。

三、远程医疗中侵权责任承担的理论基础与逻辑延展

恰当的理论基础是确定远程医疗侵权责任承担主体及具体规则的前提。传统的替代责任理论无法单独解决远程医疗中远端医生行为致害的责任归属与承担问题，也不能完全包含远程医疗中的各种责任形式。在替代责任理论中，对“人员归属”的考察是关键，但这一理论无法适应远程医疗的特殊情况。相较之下，医疗组织体系论更具适应性。这一理论将关注点从“人员归属”转向“行为归属”，即造成患者损害的医疗行为归属于远近端医疗机构中的哪一方。在医疗组织体系论的基础上，远程医疗行为归属的判断成为确定医疗损害责任承担主体的关键。通过将关注点转向“行为归属”，医疗组织体系论为构建远程医疗侵权责任体系打通了脉络。这一理论不仅考虑了传统的替代责任理论中的人员归属问题，还扩展了对行为归属的考察，从而能够更全面地涵盖远程医疗中的各种责任形式。因此，在构建远程医疗侵权责任体系时，应将医疗组织体系论作为理论基础，以此为出发点，对远程医疗中的各种情况进行全面而深入

的考察和分析，从而制定出符合实际情况的责任承担规则。

（一）理论基础：重点考察“行为归属”的医疗组织体系论

在我国目前侵权责任规范体系下，医疗损害责任以替代责任为其理论基础，行为人与责任人出现分离。判断责任人与行为人之间是否构成替代责任关系，在司法实践中主要是看“双方有无确定特定关系的事实或合同；加害人是否受有责任人的报酬；加害人的活动是否受责任人的指示、监督或监护等约束；加害人是否向责任人提供劳务”^①。简而言之，替代责任理论的基础是医生受到医疗机构的雇佣、指示和监督。但是，以雇佣、指示、监督关系为基础的替代责任论并不符合《民法典》第1218条的实际含义。该条款将“医疗机构及其医务人员有过错”修改为“医疗机构或者其医务人员有过错”，这一微小的变化标志着医疗责任认定逻辑基础的重大转变。这一变更体现了立法者对医疗损害风险来源的精准判断，即医疗损害风险不一定来自具体医务人员的过错行为。医疗机构作为一个庞大而复杂的专业组织体系，在运作过程中可能出现的错误也可能成为医疗损害侵权责任的主体。因此，医疗损害责任的理论基础正在从传统的替代责任论向医疗组织体系论过渡。这一趋势意味着，在评估医疗损害责任时，需要更加关注医疗机构的整体运作和管理，而不仅仅是单个医务人员的行为。这将有助于更全面地保护患者的权益，并推动医疗行业的持续改进和发展。

医疗损害责任归责理论基础的转变并非凭空而来或纸上谈兵。一方面，由于医疗活动的不断发展变化，现代医疗体系下的诊疗行为不再仅仅由某一单独医疗人员所支配或实施，而更多地表现为一种系统性活动。整个医疗活动紧密相连、难以分割，造成患者损害的医疗行为通常不能简单地归因于某一医务人员在某一诊疗阶段的具体行为，而是整个医疗组织系统出现了差错，多种因素相互结合，最终导致了患者的损害结果。作为医疗系统运行的组织者和承载者，医疗机构并不仅仅是一个形式上的概念，它实际上也参与了患者所接受的事实性医疗服务活动。由于其组织性、整体性和系统性，根据权责相一致原则，医疗机构应该在更高位阶、更广泛的意义上对患者的整体诊疗效果和医疗质量安全承担严格的主体责任。

另一方面，替代责任归责理论在面对远端医生与远端医院之间的固有任职关系、与近端医院不确定的指示控制关系及现代医生多点执业的工作方式时，已显露出其局限性。而远程医疗行为的高度组织性使得医疗组织体系理论在构建远程医疗侵权责任承担规则上更具适配性。在医疗组织体系论下，判断责任承担主体的关键不再受用人单位与工作人员劳动关系的限制，而是着眼于造成患者损害的医疗行为归属于哪一端医疗机构组织体系。也就是说，医疗机构作为直接主体承担医疗损害侵权责任，而非

^① 参见田威、孙佩佩、许友侨：《论一般远程医疗服务中的法律关系》，载《医学与法学》2016年第1期。

^② 参见曹欣昕、刘炫麟等：《远程医疗参与主体民事法律关系探讨》，载《中国卫生法制》2018年第2期。

^① 最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组：《中华人民共和国民法典侵权责任编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第114页。



因其用人单位身份及其与具体医务人员的雇佣关系、劳动关系而成为替代责任主体，并承担相应赔偿责任。因此，即便参与远程医疗行为的某一医务人员与医疗机构之间不存在雇佣关系、劳动关系，或是法律关系存在争议，只要能够判断其实施医疗行为具体归属的医疗机构组织体系，就能够依法追究该医疗机构的医疗损害赔偿赔偿责任，而无需陷入医务人员与医疗机构法律关系判断的困境。

（二）判断原则：“直接控制原则+医疗决策原则”二元考察思路

以医疗组织体系论作为远程医疗侵权责任的归责基础，意味着判断医疗行为的归属成为认定两端医疗机构是否承担以及如何承担医疗损害责任的关键前提。这包括近端医院医生实施的事实医疗行为和远端医生提供的远程医疗行为。关于远程医疗中不同形式的诊疗行为所属医疗组织体系的判断规则，美国司法实践提供了一种兼顾主客观要素的二元考察思路。一方面，需要考察两端医务人员分别与患者之间的关系，即哪一端医生对患者保留有完全、直接的控制。这就是所谓的“直接控制原则”。这一原则有助于确定在特定情况下哪一端的医务人员是直接负责提供医疗服务的人。另一方面，需要考察两端医务人员在医疗决策中的实际地位和医疗决策形成的全过程。这就是所谓的“医疗决策原则”。^①这一原则关注的是医务人员在医疗服务中的角色和所做决策的过程，从而帮助判断哪一端的医疗机构在组织和管理医疗服务方面承担了更大的责任。

这种二元考察思路兼顾了主观和客观因素，能够更全面地评估远程医疗中不同诊疗行为的归属问题。通过这种方式，可以更精准地确定哪一端的医疗机构应当承担相应的医疗损害赔偿责任。

1. 直接控制原则

直接控制原则主要从医疗机构与患者之间的关系出发，通过考察医务人员与患者的接触程度和活动情况来判断医疗行为的归属。一般情况下，如果医疗机构和患者之间建立了医疗合同关系，就可以认为该医疗机构的医务人员对患者具有直接控制关系，对诊断方案和治疗行为拥有直接的控制权。此外，对于“直接控制”的判断，还需要考量医务人员与患者接触的程度。如果远端医生是通过与近端医生的远程咨询而间接与患者进行联系，而非直接与患者进行远程联系，那么这原则上就否定了其对患者的直接控制。只有当近端医生将该患者完全转诊给远端医生，远端医生与患者之间产生直接接触，近端医生才不再对患者实际控制。^②

在远程医疗的实践中，远端医务人员往往并不直接接触就诊患者。按照直接控制原则，患者接受的诊疗行为全部归属于近端医院，远端医院不承担任何损害赔偿责任发生的风险。然而，根据前文对远端医院与患者之间民事法律关系的分析，即使远端医务

人员缺乏与患者的直接接触，如果远端医院对近端医院的直接控制行为产生了支配性、决定性的影响，那么远端医院与患者之间仍能够成立实质上的医疗合同关系。在这种情况下，如果仅以直接控制原则来判断医疗行为的组织体系归属就显得过于武断。因此，需要引入医疗决策原则作为补充，以进一步根据两端医务人员在远程医疗活动中所产生具体影响和支配力的大小来作出综合判断。

2. 医疗决策原则

医疗决策原则从医疗决策的过程而非结果出发，重点考察医疗决策是如何做出的，而不是最终由谁做出的。这一原则动态地考量两端医生在医疗决策中发挥的实际作用。由于作出医疗决策的一方通常是以直接控制方的近端医生为主，因此判断的关键就在于近端医生决策过程的自主独立性。

近端医生的“独立决策”体现在两个方面：一是近端医生否定或者并未完全采纳远端医生提供的意见，自主决定诊疗方案；二是近端医生接受远端医生建议的决定是其独立自主作出的。换言之，医疗决策原则更看重近端医生在远程医疗过程中能否独立自主地决定如何对待远端医生所提供的治疗意见、诊疗方案，而并不仅仅以其接受或是拒绝远端医生建议的最终结果为唯一依据判断远程医疗行为的最终归属。

在影响医务人员决策独立性的多方因素中，各医疗机构及其医务人员之间所存在的特殊信赖关系十分重要。这种信赖关系既包括因专业分工不同而产生水平信赖，也包括因专业水平差异或是评级高低而产生的垂直信赖。水平信赖关系通常存在于不同专业领域的医务人员合作进行的远程医疗。在这种情况下，远端医生根据近端医院所提供的患者资料、病理切片、放射影像等医学资料，凭借其所具备的专业知识和医学技术，直接给出自己的诊断意见。近端医生对于远端医生提供的诊断结果或者医疗建议的“独立判断”建立在其对远端医生的专业信赖之上。在这种情况下，不构成近端医院承接远端医生专业行为风险的理由，远程医疗行为仍归属于远端医院。垂直信赖关系主要指上下级关系或业务指导关系，如上一级医疗机构对下级医疗机构、医疗水平先进发达地区医疗机构对发展水平相对滞后地区的医疗机构所提供的远程医疗建议。医疗活动的高度专业性要求势必导致其发展水平存在悬殊差异，前进步调难以统一，基于此种现实，上级医疗机构或发达地区医疗机构提供的医疗建议对近端医生医疗决策的影响难以忽视。因此，如果开展远程医疗的两端医院之间存在一定垂直信赖关系，那么对于近端医生在医疗决策过程中自主独立程度的考察标准又当有所差异，医院所处层级、医疗技术条件、病症罕见程度等因素的比重可以适当加大，以抵消远端医疗机构因垂直信赖关系对近端医疗机构产生的“上位支配”。

^① 参见熊静文：《论远程医疗的侵权责任承担》，载《安徽师范大学学报（人文社会科学版）》2021年第1期。

^② 参见熊静文：《论远程医疗的侵权责任承担》，载《安徽师范大学学报（人文社会科学版）》2021年第1期。



四、远程医疗行为侵权责任的承担与分配规则

远程医疗损害的归责原则是过错推定原则，其构成要件包括侵权行为、侵害结果、过错及因果关系。本文旨在探讨远程医疗侵权责任的承担与分配规则，因此假定侵权责任构成要件事实上存在并成立。在远程医疗过程中，由于参与主体的复杂性，损害责任承担主体具有多方性特点。为了清晰地探讨远程医疗侵权责任的承担问题，本文将通过对法律主体侵权行为形态进行分类梳理。

（一）单独侵权：造成侵害结果的医疗行为归属于一端医疗组织体系

单独侵权是指通过直接接触原则和医疗决策原则的判断，造成侵害结果的医疗行为归属于某一端的医疗组织体系，由该端医院承担相应的侵权责任。根据医疗行为的归属不同，可以分为近端医院单独侵权和远端医院单独侵权两种类型。

1. 近端医院单独侵权

近端医院作为直接接触并控制患者、实施事实医疗行为的一方，与患者之间形成了常规的医患关系。对于患者在接受其提供的医疗服务活动中遭受的损害，构成违约责任和侵权责任的竞合。患者既可以要求近端医院承担违约责任，也可以要求其承担侵权责任。实践中，首先要做的是判断案涉侵权行为是否属于近端医院单独侵权情形，侵权责任是否仅由近端医院一方承担。如果远端医生在远程医疗活动中始终没有形成决策性的医疗意见，亦未通过任何方式对患者进行直接的远程诊断行为，只是通过查阅病历、多方会诊或者其他信息技术手段就患者的病情诊断、治疗方案等提出参考性建议，那么此时掌握患者医疗活动决策权的人仍是近端医生。无论近端医院与远端医院之间是否签订正式的远程医疗协议，亦无法改变远端医生提供医疗建议的行为实质上仍属于近端医疗机构组织体系一部分的事实。因此，一旦患者因医疗活动遭受损害，仍应由近端医疗机构单独承担远程医疗侵权责任。即使远端医生的医疗行为存在过错，但只要其建议未对近端医生医疗决策的独立性和自主性产生影响，那么其医疗行为就归属于近端医院的医疗行为组织体系，其过错被近端医生的过错所吸收，仍应由近端医院单独承担全部侵权责任。

2. 远端医院单独侵权

实践中，远端医院单独侵权的情况较少见，原因在于开展远程医疗活动的医疗机构及其医务人员准入门槛较高，具备基本的专业知识和技术能力。要认定远端医院独立承担侵权责任，前提是远程医疗行为应当归属于远端医院的医疗行为组织体系，即远端医生的建议完全支配近端医生医疗决策的作出，并且该建议本身符合《民法典》侵权责任编医疗损害责任中的“过错”情形。然而，实际上即使医疗机构与医务人员

之间存在一定的信赖关系，近端医院面对诊断争议或风险方案完全丧失话语权或判断力的情况还是少之又少。尽管如此，讨论远端医院单独承担侵权责任的可能性仍然具有现实意义。确定远端医院可以独立作为远程医疗行为侵权责任主体，能够扩大患者损害赔偿请求权的行使范围，确保患者得到更充分的救济。

远端医院单独侵权行为主要有两种情形：一是远端医生提供了决定性的医疗意见，主导甚至决定了近端医生的诊疗救治活动。根据上述二元判断原则的标准，此时远端医生的远程医疗行为归属于远端医院，远端医院成为相应责任主体。在这种情形下，应当综合考虑远程医疗发生的具体情境以判断远端医生对近端医生施加的实质影响，进而明确远程医疗行为的归属，确定侵权责任主体。二是远端医生实质主导患者的诊疗活动，甚至借助远程医疗服务系统直接对患者进行远程手术。近端医院及其医疗工作人员在远程医疗过程中仅作为远端医生诊疗活动的辅助人员提供必要协助，或者是严格按照远端医生作出的明确指示进行实体操作。在这种情形下，远程医疗行为显然属于远端医疗机构组织体系的一部分，远端医院成为侵权责任主体。然而，针对近端医生辅助行为发生的过失，由于远端医生可以信赖近端医生会在其能力范围内恰当履行所承担的注意义务，故不必为近端医师的过失造成的损害结果部分承担责任。^①即远端医院承担侵权责任的独立性弱于近端医院，近端医生的过错未必当然被远端医生的过错所吸收。

综上所述，在处理远程医疗侵权案件时，需要全面考虑各种因素，包括直接接触原则、医疗决策原则以及各方的过错和责任等。同时，还需要根据具体情况进行全面分析和评估，以确定最终的责任承担主体和赔偿方案。

（二）共同侵权：造成侵害结果的医疗行为分属两端医疗机构

《民法典》第1168条至第1172条对共同侵权行为作出了规定。根据行为人之间是否存在共同侵权的意思联络，可以将共同侵权行为分为有意思联络的侵权行为和无意思联络的侵权行为。其中，无意思联络的侵权行为根据因果关系不同，进一步分为累积因果关系共同侵权和部分因果关系共同侵权。在远程医疗的背景下，探讨医疗损害责任承担主体的实质是在推翻医疗机构的免责抗辩事由。在有意思联络的共同侵权主体承担连带责任的情况下，责任承担并无太大争议，因此不再赘述。然而，当两端医生在医疗决策过程中起到的作用相当，无法确定医疗行为完全归属于一端医疗行为组织体系时，该侵权医疗行为可被视为两端医院无意思联络的共同侵权。参照《民法典》第1171条和第1172条的规定，这种无意思联络的共同侵权责任承担规则分为两种：一是累积因果关系共同侵权中两端医疗机构的连带责任。在累积因果关系中，无意思

^① 参见于佳佳：《论远程医疗安全底线的法律保障》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2017年第3期。



联络的多个医疗机构造成的损害责任是指两个以上的医疗机构分别进行医疗行为，造成患者同一损害，每个医疗机构的诊疗行为都足以造成全部损害的。在这种情况下，所有的医疗机构都应承担连带责任。二是部分因果关系共同侵权中两端医疗机构的按份责任。在部分因果关系中，无意思联络的多个医疗机构造成的损害责任是指两个以上的医疗机构没有意思联络，分别进行的医疗行为造成患者同一损害。如果能够确定责任大小，就按各自比例承担责任；难以确定责任大小的，则平均承担赔偿责任。因此，在处理远程医疗侵权案件时，除了考虑直接接触原则、医疗决策原则以及各方的过错和责任等因素外，还需根据《民法典》的相关规定，判断是否存在无意思联络的共同侵权情况，并相应地确定责任承担规则和赔偿方案。

结 语

远程医疗技术实现了优质医疗资源的广泛共享，提升了医疗服务的品质与便捷性，标志着医疗行业与信息技术行业的有效结合，推动了“互联网+医疗健康”模式的发展。然而，远程医疗发展过程中存在一个不容忽视的问题，那就是当前责任承担规则上的模糊性，在很大程度上制约了远程医疗服务的推广和普及。尽管社会多方面正对远程医疗的责任承担规则进行积极探索，但因为现行归责理论并不完全适用于远程医疗特有的情境，导致责任划分存在局限。为了强化责任归属的明确性，可以从医疗组织体系论出发，借助“直接控制原则”和“医疗决策原则”，精确判定远程医疗活动的权责。在这一框架下，远程医疗损害的归责原则可顺利地纳入现行的侵权责任体系中，解决实际操作中的一些纠纷。当然，除了直接的远程医疗服务之外，还存在一系列相关的法律问题需要纳入探讨，如远程医疗服务平台的审查责任、远程医疗机构应尽的注意义务，以及病人隐私的保护等。特别是第三方平台提供者，作为连接患者与医疗服务供应者的重要环节，其责任界定需更为细致和全面。这要求立法者和从业者共同关注并完善远程医疗侵权责任制度的相关规定，构建一个更全面、适应时代发展的远程医疗责任承担框架，确保患者权益与医疗安全。

(责任编辑：王文斌)

以“准确查明事实”反刍规则之治

胡发胜 程 慧*

内容摘要：司法实践中，严格把握查明事实的规则，才能做到程序公正并达致结果的准确性，确保实质性化解纠纷。围绕庭审的关键性程序，注重发挥审判人员与当事人的协同参与作用，在进一步明确审判规则对查明事实价值的基础上，从用好当事人陈述、准确把握举证责任、合理运用司法鉴定制度、适时有度行使释明权、优化法院依职权调查取证规则等五个方面予以规范，建立一套规范、精确的查明事实规则，确保查明事实过程的程序公正，将更多矛盾纠纷实质性化解，以审判工作现代化助推中国式现代化。

关键词：规则之治；查明事实；实质性化解纠纷；程序公正

庭审是查明事实的重要阵地，而审判规则是查明事实的有效保障。司法审判是高度程序化的工作，诉讼的每一个环节都具有严格的规则，这些审判规则不仅约束当事人，同时也约束裁判者。遵守统一的审判规则对于实现实体权利至关重要。这些规则确保了当事人在庭审中享有平等的权利和机会。无论是原告还是被告，每个人都有权利在庭审中陈述自己的观点和提供证据。审判规则的透明度和权威性，使当事人能够信任庭审的公正性，并相信他们的权益将得到保障。只有通过遵守统一的审判规则，才能确保实体权利的实现。审判规则的遵守也是影响司法公正与效率的关键因素。规则的存在和执行，使得庭审过程更加高效有序。裁判者可以根据规则的指引，快速准确地处理案件。同时，规则的适用也可以避免个人主观意识对庭审的影响，确保裁判的公正性。概言之，遵守统一的审判规则，提高规则适用的透明度和权威性，是实现实体权利的前提与保障，是影响司法公正与效率的关键因素，是推进全面依法治国进程的时代要求。

* 胡发胜，山东省临沂市中级人民法院政治部主任；程慧，山东省临沂市中级人民法院法官助理。



一、明确审判规则是查明事实的逻辑前提

(一) 裁判需要查明的事实是法律事实

关于案件事实的性质究竟是客观事实还是法律事实，理论界和实务界一直存有争议。所谓客观事实是不以人的意志为转移的客观存在；而法律事实则是在诉讼程序中经过一定规则认定后形成的规范性或者构成性事实。虽然诉讼所期望和追求的目标是查明客观事实，但司法审判的时空滞后性决定了客观事实再现的局限，因此法院查明的最终只能是法律事实。

法律事实并非随意产生，更不是在某一个地方等着当事人和法官的发现，而是经过一定法律程序之后最终理性选择的结果。^①可见，法律事实是在诉讼规则规范下通过诉讼证据的交锋与对抗，裁判最终选取并认定的事实，本质上是对客观事实的再现或者反映，二者之间并非矛盾关系，而是具有内在的必然联系。

(二) 准确查明法律事实之必要性

1. 域外的事实审。在域外现行的诉讼制度中，实行三级审判制度的大陆法系的德国和日本，以及英国普通法体系都区分了事实审与法律审。在德国和日本，第一审主要是对当事人争议的事实问题进行审查。第二审可能会对事实问题和法律问题同时审查（尤其在提供新证据时），而最终审级则主要针对法律问题。英国三审终审制下，第一审将实质性地审查所有问题，而上诉审主要集中于法律问题的审查，通常不会重新考虑事实认定。尽管这些国家在制度的具体应用上有所不同，他们的审理程序都明确区分了事实审与法律审，且第一审重点为事实审。

2. 我国审判实务中的事实审。党的十八大以来，我国的司法改革取得了前所未有的突破，在原有法院布局的基础上，增加了知识产权法院、互联网法院、金融法院等新型专业化法院，也开设了巡回法庭，但各法院不同审级程序仍贯彻全面审查原则，事实问题与法律问题缺乏明确的界限，均可以纳入二审程序、再审程序视域范围，审理模式仍然呈现高度同质化的特点，平行的“柱状式”并未发生本质变化。

在事实审的现行审理模式下，基层法院因事实问题被发改的案件不在少数。从某市中级人民法院民事二审发改案件的情况来看，2021年、2022年因事实认定不清或有误被发改的案件分别约占55%、50%，事实问题仍是影响案件质量的主要原因。皮之不存，毛将焉附。作为基础的案件事实尚不能有效查清，更谈何适用法律与化解矛盾。

(三) 科学的审判规则是查明事实的必要条件

司法审判是高度程序化的工作，“法律规范—一个案事实—裁判结论”逻辑推进中的每一个环节都具有严格的程序规则。在案件审理过程中，只有正确把握审理行为的节奏方向与统一规则，确保“司法标准化”，才能有效推进诉讼顺利进行。

具体到个案事实的查明，亦是如此。无论客观事实多么简单，都需要正确规则约束审理过程，经历总结推演而形成的拟制与推定的法律事实。这一“审理的过程”需要按照统一规范的审理程序规则、证据规则、审判人员认证和法律规则进行，只有在科学统一的规则下才能确保推导得出最为客观公正的事实。

二、重视当事人陈述，实现法律要素的准确提取

当事人是案件事实的亲身经历者，对案件的发生、发展和最终的争议有着最为深入的了解。他们的陈述能够直接、具体和全面地反映案件事实，是民事诉讼过程中数量最多、内容最丰富的证据种类。当事人陈述为审判人员查明案件事实提供最为重要的信息和资料。

(一) 当事人陈述面临的问题

第一，从日常用语看，基层人民群众朴素的语言表达与法院裁判所需的法律要素不对称，特别在传统的民事案件中，当事人文化水平普遍偏低，在诉讼中的主张多为生活化语言。第二，从法律素养看，自然人类型的当事人往往诉讼能力较弱，对实体法的缺乏认知使其无法准确把握请求权的基础。以有偿合同关系为例，当事人一方违约且侵害对方当事人财产或者损害其人身时，产生违约责任与侵权责任的竞合，当事人在诉讼中很可能出现同时主张的情况。第三，从诉讼代理人看，诉讼代理人队伍业务能力与职业素养参差不齐，部分代理人不能全面、准确地表达当事人本人的陈述，存在断章取义的问题，甚至在庭审中出现诉讼代理人与当事人陈述不一的情况。第四，从禁反言原则看，当事人与案件审理结果有直接利害关系，其陈述具有主观性与不稳定性，往往虚实结合、真伪并存。审判实践中，时常出现当事人陈述前后不一致的情况，而法院几乎未对此进行相应处罚，在一定程度上纵容了部分当事人的该种行为。

(二) 自认具有独立证据价值

自认是指当事人对于己方不利的事实进行的承认。它本质上是当事人陈述的一种特殊类型，并构成证明责任的一个重要例外情形。自认作为证据具有其独特的价值和优势：其一，真实性与证明力。自认涉及的事实对自己是不利的，因此当事人无需自陈，除非其为事实真相。这种自我牺牲的性质通常意味着自认的内容较为真实，从而具有比其他类型的证据更强的说服力。其二，诉讼经济。自认使得对方当事人可以免除相

^① 参见吴庆宝：《避免错案裁判方法》，法律出版社2018年版，第127页。



应的举证责任。与此同时，与证据的收集、质证、合法性认定等相关的诉讼程序也因此得以简化，有利于提高诉讼效率，减少诉讼成本。其三，裁判的可接受性。当自认事实已经成为案件审理的基础，法院在裁判中就具有一定的约束力，使得裁判结果不易出现突然变化，从而更有可能得到当事人的接受和遵守，保障了裁判的稳定性和公正性。

（三）当事人陈述与法律要素的准确提取

当事人陈述上升为法律事实才能引起民事法律关系的变化。这一过程并非简单的类型化取舍，而是法律规范指引下的价值判断与事实撷取。

1. 生活语言向法律语言的合理转化。审判过程中，审判人员需要根据不同案件类型分类引导，不能千篇一律。对于法律关系简单的传统民事案件，特别是家事等涉及弱势群体的案件，应坚持将柔性司法理念贯穿于整个诉讼过程，充分利用证据交换、庭前会议等审前程序，选择调解室等宽松舒适的审理场所，引导当事人正确表达诉求、提供证据。在询问中适当给予当事人思考的时间，以保证当事人之间、当事人与审判人员之间进行充分的沟通理解，实现当事人陈述的生活化语言向法律语言的转化。

2. 当事人陈述的本人确认。起诉状、答辩状、代理词等非庭审现场形成的诉讼资料中，大量涉及当事人事实陈述的内容，为防止律师及亲属等代理人表述不准确，庭审中应尽量让当事人熟知、确认上述内容；当事人本人未参加庭审的，必要时应依据《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定的“人民法院认为有必要的，可以要求当事人本人到场，就案件的有关事实接受询问。人民法院要求当事人到场接受询问的，应当通知当事人询问的时间、地点、拒不当场的后果等内容”进行处理。

3. 自认原理应用于要素审判。面对审判压力，各地法院积极探索推动法官助理等司法辅助人员利用审前程序，通过诉讼要素表格等形式固定事实。《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《民事诉讼法解释》）第92条、第224条、第225条、第226条、第229条对庭前证据交换、庭前会议等审前程序及当事人行为的效力作出具体规定，即当事人在诉讼要素表中填写的案件内容产生当事人自认的法律效力，非因法定原因不能任意撤回。庭前，及时梳理诉讼要素表，确认案件涉及的审理要素，将当事人无争议的或双方均认可的关键证据和主要事实予以固定并确认下来，并由此归纳整理该案的争议焦点和审理重点。^①庭审时，审判人员将要素表中当事人无争议的事实进行审查确认，并记入庭审笔录，缩小案件争议焦点的范围，简化庭审程序，推动裁判文书的繁简分流。

^① 参见胡发胜：《要素式审判功能研究》，载《山东法官培训学院学报》2022年第6期。

三、把握证据规则，实现举证责任的正确分配

认定事实错误，或未能查明案件事实，通常是因为原始证据不充分或认定有误，或举证责任分配不当。因此，审判人员查明事实的核心问题是证据和举证责任。举证责任又称证明责任，是指民事诉讼当事人对自己的诉讼主张，提供证据加以证明的责任，并在待证事实真伪不明的情况下，承担举证不能的败诉后果。^①

举证责任概念产生于我国民事审判实践，而证明责任则是我国理论上引进的“舶来品”。^②我国法律及司法解释中并未出现举证责任或证明责任的概念，《民事诉讼法解释》第90条的规定中创设性地使用了“举证证明责任”。从条文内容看，“举证证明责任”一词涵盖了行为意义上的举证责任和结果意义上的举证责任双重含义，是证明责任制度本土化的体现。

（一）举证责任的适用误区

举证责任分配规则一直是司法实践的难题，分配不当的现象并不少见，在全国各地法院不同程度的存在。

1. 对举证责任认识不清。举证责任分配具有法定性，由法律分配而非审判人员分配，审判人员对于举证责任分配无自由裁量权。实践中，部分审判人员对于个案中当事人具体的举证责任缺乏明确认识，存在依据主张分配责任、依据证据认定主张等情况。例如，在L市L区审理的一起返还原物纠纷中，一审判决依据的评估报告系原告单方委托作出，被告对评估报告提出异议并申请重新评估，评估公司接受一审法院委托后，向一审法院出具《工作联系函》，要求一审法院协助补充案涉车辆的行驶证、道路运输证、挂靠证明等材料，以便评估工作的推进，在上述材料均由原告持有的情况下，一审法院却以该鉴定系由被告申请，而责令被告提供，在被告未能提供上述资料后，导致评估工作未继续推进。

2. 举证责任分配不当。以医疗损害责任纠纷为例，根据《民法典》第1218条规定，一般情况下适用过错责任，作为患者应提交到医疗机构就诊、受到损害的证明，还应对医疗机构及其医务人员有过错、诊疗行为与损害之间具有因果关系承担举证责任；只有符合《民法典》第1222条规定的情形时才适用过错推定责任，患者仍应对过错之外其他侵权构成要件承担举证责任。然而，部分审判人员在审理该类案件中，错误理解具体免责事由的适用条件，任意扩大医疗机构举证责任。

^① 参见杜万华主编：《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》理解与适用》，人民法院出版社2017年版，第208页。

^② 参见胡学军：《举证证明责任的内部分立与制度协调》，载《法律适用》2017年第15期。



3. 对举证责任转换把握不准。举证责任在诉讼的对抗交锋中来回转换,然而,有些审判人员混淆当事人主张、否认与抗辩的行为,导致无法准确把握举证责任转换的节点。以最常见的民间借贷纠纷为例,A主张B向其借款未还,现要求B还款,那么A应就双方之间存在借贷关系的事实承担举证责任。如果B否认借款,则不需要承担举证责任;如果B抗辩已经偿还,该抗辩相当于在否认A主张的同时提出自己的新主张,则B应就其抗辩事实承担举证责任,这一抗辩行为导致了证明责任在A和B之间发生转移。

(二) 举证责任的一般规则

“谁主张,谁举证”这一源自罗马法的举证责任分配规则,被我国1982年《民事诉讼法》所采用并沿用至今,成为目前举证责任分配的一般规则。《民事诉讼法》第67条第1款规定的“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据”,是我国民事诉讼立法中关于“谁主张,谁举证”的直接体现。该条规定解决了当事人对其主张的证明义务,但却未涉及待证事实真伪不明时“应当由谁主张”“未主张”“未举证”的法律后果即举证责任分配问题。

在吸收前期理论研究成果并结合司法实践的基础上,《民事诉讼法解释》第91条借鉴大陆法系通行的“法律要件规范说”,对分配举证责任的一般规则作出明确规定。人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担,但法律另有规定的除外:其一,主张法律关系存在的当事人,应当对产生该法律关系的基本事实承担举证证明责任;其二,主张法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的当事人,应当对该法律关系变更、消灭或者权利受到妨害的基本事实承担举证证明责任。

相比较其他学说而言,“法律要件规范说”分类的要件更容易掌握,以此为依据的举证责任实务操作性更强,因此,在民事实体法律规范所蕴含的举证责任分配“法律要件规范说”也得到推广应用。实践中,审判人员就个案具体运用该规则时,要精准有效的识别法律中的权利义务规范内容与要件事实。例如,依据《民法典》第557条规定,有下列情形之一的,债权债务终止:债务已经履行;债务相互抵销;债务人依法将标的物提存;债权人免除债务;债权债务同归于一人;法律规定或者当事人约定终止的其他情形。合同解除的,该合同的权利义务关系终止。本条为权利消灭规范,债权人一方主张债权存在并已经证明了债权的发生,债务人若以此条抗辩,则应对其主张的抗辩事由(如债务已经履行)承担举证责任。

(三) 举证责任的特殊规定

“谁主张,谁举证”是举证责任的一般规则,而举证责任倒置则是这一规则的例外,是举证责任的特殊规定,两者共同组成举证责任分配制度。举证责任倒置是指,通常情况下就已方所主张的某种事实应承担举证责任的一方当事人,基于法律的特别规定

而不承担举证责任,转而由对方当事人承担该事实存在或不存在的举证责任。如果对方当事人未能尽到该举证责任,则推定该主张成立的一种证明责任分配制度。^①

随着《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)的修改和《民法典》的颁行,举证责任倒置基本从程序法中脱离,逐渐形成以实体法规范为主的操作规则,主要体现在《民法典》中关于环境污染等侵权纠纷、《专利法》中关于新产品制造方法发明专利纠纷、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》(以下简称《劳动争议解释(一)》)中关于用人单位作出开除、辞退、减少劳动报酬等决定引发的劳动争议等案件。

举证责任倒置具体适用时,应重点注意举证责任倒置的举证主体并非对全部事由承担举证责任,而是仅对法定的免责事由或法律构成要件承担举证责任。以常见的举证责任倒置案件为例(见表1),此类案件的被告仅就该法律关系中某个或某几个法定事由承担举证责任,其余事项则仍应由原告按照“谁主张,谁举证”的原则举证。

表1 常见举证责任倒置案件类型

法律条文	案件类型	举证责任倒置的具体情况
《民法典》第1239、1240条	高度危险作业致人损害	过错:由行为人就受害人故意或者不可抗力承担举证责任
《民法典》第1230条	因环境污染引起的损害赔偿	因果关系:行为人应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任
《民法典》第1253条	建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落致人损害	过错:由所有人、管理人或使用人对其无过错承担举证责任
《民法典》第1245条	饲养动物致人损害	过错:由动物饲养人或者管理人对其无过错承担举证责任
《劳动争议解释(一)》第44条	劳动争议	由用人单位对劳动者具备被“开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等”条件以及用人单位作出决定符合法定程序承担举证责任
《专利法》第66条第1款	侵害发明专利权纠纷	由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法的承担举证责任
《公司法》第63条	以公司为主体的相关合同纠纷	由一人有限责任公司的股东就公司的财产独立于股东自己的财产承担举证责任
《消费者权益保护法》第23条第3款	因特定商品或服务引起的质量瑕疵纠纷	法定期限内出现的耐用商品或装饰装修等服务的瑕疵,由经营者承担举证责任

四、谨慎启动与合理适用司法鉴定程序

鉴定是诉讼中对案件事实涉及的专门性问题所采取的辅助审判人员发现案件事实

① 参见王利明:《论举证责任倒置的若干问题》,载《广东社会科学》2003年第1期。



的手段,经过专业鉴别和判断后形成的鉴定意见,往往具有较强的证明力,故而司法鉴定程序的规范有序亦是关乎司法公正的重要环节。

(一) 司法实践中鉴定程序存在的问题

鉴定意见与其他证据一样均是法定的证据形式,其是否被采信并作为认定案件事实的依据,需要经过质证与心证过程。审判实践中,部分审判人员由于缺乏专业知识储备、片面追求办案效率、责任心不强,对待鉴定意见往往存在以鉴代审、一鉴了之的现象。

1. 对是否启动鉴定的必要性审查不足。一些审判人员认为鉴定系因当事人申请而被动启动,完全放弃审查职权,导致一些原本通过举证、质证即可得出结论的问题却被冠以有待鉴定才能查明的专门性问题。例如,在某建设工程施工合同纠纷案中,工程量会签单内容明确具体,除涉及部分修补的单价不能确定外,其他项目均可根据合同价格确定相应的工程款,无需司法鉴定即可依法判决。然而,一审法院以未经鉴定为由驳回诉讼请求,二审庭审调查后予以改判。

2. 鉴定材料审查不当。按照法律规定,所有证据必须经过庭审质证,未经质证的证据不得作为定案依据。同样,作为鉴定资料的相关证据亦应经过庭审质证认证后,有效部分才能交鉴定机构作为鉴定材料。实践中,一些审判人员图省事,对当事人提交的鉴定材料不审查、不质证、不认证甚至不接收,一揽子将所有材料作为鉴定材料全部提交给鉴定机构,以鉴代审现象严重,导致鉴定结论出现偏差,甚至出现鉴定机构在对鉴定材料无法取舍时作出两种鉴定意见的情况。

3. 过度依赖鉴定意见。在医疗损害纠纷、建设工程施工合同纠纷、机动车交通事故责任纠纷等案件中,甚至出现“无鉴不审”的现象。据学者对广州地区的调研统计,100%的法官对医疗损害案件的审理依赖医疗损害鉴定意见,高度依赖的比率为71.93%,中度依赖的比率为28.07%。^①

4. 鉴定结论质证走过场。由于知识结构所限,审判人员很难对鉴定结论进行专业性、实质性的审查判断,绝大部分审判人员对鉴定意见的审查和质证流于形式。一些审判人员对鉴定人作出的鉴定意见“言听计从”,在当事人对鉴定意见有异议时,不进行实质性审查,以无相反证据推翻等理由直接驳回,或者让渡审判权给鉴定机构,将异议交给鉴定人,并将鉴定人给出的答复意见作为驳回当事人异议的理由。更为甚者,出现未经质证而将鉴定意见作为认定事实的证据予以采信的情形。

5. 鉴定人良莠不齐。首先,我国鉴定人的鉴定资格与管理制度的尚未统一,^②主要分为行政主管部门管理的专业类机构(如司法部《司法鉴定程序通则》对四大类进行规范,

住建部《建设工程造价鉴定规范》对工程造价鉴定进行规范)、行业协会管理的专业类机构(如价格鉴证评估机构则实行行业协会自律管理,由中国价格协会和省行业协会分级分类管理)和无行政部门或行业协会的专业类机构,各机构水平参差不齐。其次,法院对于专业机构从事司法鉴定工作登记准入审查,大多是围绕执业范围、鉴定资格、资质证书有效期等形式方面,对于专业能力、从业经验、业内评价等实质内容的审查欠缺。再次,部分审判人员对于鉴定人员是否出庭、何时出庭把握不准,特别是对于鉴定人出庭的两种情况理解错误,存在当事人对鉴定意见的内容提出异议,但审判人员认为没有出庭必要,而不通知鉴定人出庭作证的情况。

(二) 司法鉴定程序的规范运用

1. 初次鉴定启动要全面审查。当事人的鉴定申请只是引发鉴定启动的前提条件,并不必然产生鉴定启动的法律后果,鉴定的启动应以审判人员查明案件事实的需要为前提。启动鉴定程序应当全面审查鉴定申请与案件待查明的事实之间的关联性、是否必须通过专门的鉴定技术和方法才能确定、鉴定材料是否真实充足等,以明确鉴定的必要性、鉴定的范围。

司法鉴定意见本质上属于证据的范畴,原则上受到当事人举证范围的限制,除涉及《民事诉讼法解释》第96条规定的法院应当依职权查明的事实,其他均应按举证责任分配规则确定启动主体。法院审理案件过程中,确有必要对鉴定事项释明时,应遵循举证责任分配规则询问当事人,并按照《证据规定》第30条、第31条,向其明确鉴定申请期限及逾期未申请或不预交鉴定费用的法律后果。

2. 鉴定范围需准确把握。鉴定范围的确定属于法院司法审判权的内容,应以现有证据为审核基础,结合双方当事人的争议范围与鉴定申请意见来确定。建设工程类案件作为专业性较强的案件,实践中因工程总量、工程价款、工程质量等问题产生争议并申请鉴定的频率较高。基于此,《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释(一)》第31条对有争议时如何确定鉴定范围作出规定,总体理解为:当事人对部分事实有争议或者根据现有证据能够确定争议范围的,则应仅对有争议的事实进行鉴定;当事人对于请求全部鉴定无异议,或争议范围不能确定的,则应对全部事实进行鉴定。

上述条文确定的鉴定原则是鉴定范围的慎重审查,重心是在强调“非必要,不全部鉴定”,同时“但书”部分也对当事人的自主意思表示予以尊重。虽然该条文是在建设工程施工合同领域规定的鉴定原则,但从鉴定的作用与目的来看,该鉴定原则对于其他类型民事案件鉴定范围的确定,可同样适用。

3. 审判与鉴定合理衔接。司法鉴定程序中,法院与鉴定机构的职能分工不同,鉴定机构负责对司法鉴定的对象进行专业性分析,而鉴定对象成为鉴材前的质证工作则

^① 参见肖柳珍:《医疗损害鉴定一元化实证研究》,载《现代法学》2014年第4期。

^② 参见陈彦、戴晓华:《民事诉讼中司法鉴定问题研究》,载《中国司法鉴定》2022年第5期。



是法院的工作职责, 鉴材经过当事人质证、审判人员甄别, 确认能够作为待证事实定案依据的资料方可提交鉴定机构。比如, 建设工程施工合同纠纷案件中, 涉及工程价款的评估时, 法院要对当事人提交的涉及工程量变更、人工和设备的窝工及相关零星工程量的确认等现场签证进行质证。

4. 鉴定意见应合理采纳。鉴定意见与其他法定证据一样, 是否被采信并作为认定案件事实的依据, 仍需要经过一定的认证。所谓认证, 就是审判人员在案件审理过程中, 对与待证事实有关的证据加以审查认定, 以确定是否作为定案依据的过程。鉴定意见的认证过程主要包括鉴定程序的审查和鉴定结论的审查两个方面。

鉴定程序的审查主要包括鉴定人员的资质, 鉴定的申请、委托、实施等程序, 鉴定材料的提取、保管、送检等规范; 鉴定结论方面, 则主要是当事人对于鉴定报告的质证意见, 鉴定参照的标准、计算方法是否恰当, 鉴定结论是否唯一等实质性内容。只有全面认证的鉴定结论才能作为审判人员认定案件事实的依据。

5. 重新鉴定应谨慎审核。司法实践中, 近年来频发的鉴定争议主要源自当事人与为法院提供司法鉴定意见的社会鉴定机构及其鉴定人之间,^① 申请重新鉴定则成为当事人对鉴定争议寻求合法救济的重要途径。根据《证据规定》第40条规定, 当事人申请重新鉴定, 只有在鉴定人不具备相应资格、鉴定程序严重违法、鉴定意见明显依据不足或者鉴定意见不能作为证据使用的其他情形时, 法院方能准许。对于鉴定意见的瑕疵, 可以通过补正、补充鉴定或者补充质证、重新质证等方法解决的, 不予重新鉴定。鉴定意见不明确时, 审判人员应先依据《证据规定》第39条要求鉴定人出庭, 若鉴定人拒不出庭作证, 则可依据《证据规定》第81条之规定启动重新鉴定程序。

鉴于司法鉴定成本高、周期长及重新鉴定的“替代性”效力, 审判人员应限缩重新鉴定或者补充鉴定的范围。2016年最高人民法院《第八次全国法院民商事审判工作会议(民事部分)纪要》第35条规定, 当事人对鉴定人作出的鉴定意见的一部分提出异议并申请重新鉴定的, 应当着重审查异议是否成立; 如异议成立, 原则上仅针对异议部分重新鉴定或者补充鉴定, 并尽量缩减鉴定的范围与次数。比如, 在某建设工程施工合同纠纷案件中, 原告(承包方)申请法院委托鉴定后, 鉴定机构按照双方签订的合同、工程图纸及其他相关资料对案涉1#、2#、7#、8#楼的工程款项进行评估, 后被告(发包方)对于结算报告中涉及的鉴定方法和程序、2#楼的实际施工情况等提出异议并申请重新鉴定, 后经现场实地测量, 发现双方提供的2#楼图纸与现场不符, 在法院审查认为鉴定方法恰当、鉴定程序合法的情况下, 鉴定机构仅需对2#楼进行重新鉴定即可。

^① 参见陈如超:《鉴定纠纷及其解决机制——基于民事司法鉴定的实践逻辑》, 载《证据科学》2017年第2期。

6. 鉴定人的规范与管理。关于鉴定机构, 准入时建议增加鉴定机构的参与评估项目及设备配置、鉴定人员的从业经历等实质性审查内容; 在后续监督管理考核过程中, 考虑依当事人、法院等主体的相关评分, 划分等级或分数段, 根据考核结果, 要求排名靠后的机构限期整改。

关于鉴定人员, 根据民事诉讼法的规定, 鉴定人出庭作证的情况有两种: 一是当事人对鉴定意见有异议, 二是人民法院认为有必要。鉴于民事诉讼立法规定的鉴定人出庭的触发条件即启动门槛较低, 《证据规定》第37条第3款进行了便于操作的细化: “对于当事人的异议, 人民法院应当要求鉴定人作出解释、说明或者补充。人民法院认为有必要的, 可以要求鉴定人对当事人未提出异议的内容进行解释、说明或者补充。”对于当事人提出的异议, 不应当直接启动鉴定人出庭, 而应当了解异议的具体内容, 鉴定人出庭主要解决鉴定意见所涉内容的科学性, 对鉴定程序、鉴定人员资质等并非针对鉴定书内容的异议, 应由审判人员进行法律审查。在当事人仅对计算价款的标准等简单问题提出异议时, 司法实践的惯有做法是安排鉴定人以书面方式回复异议, 在一定程度上提高了诉讼效率。值得肯定的是, 这种做法并未对当事人申请鉴定人出庭的诉讼权利进行限制。另外, 在条件允许的情况下, 可征求当事人是否同意鉴定人员以庭审视频等其他方式出庭作证。

关于专家辅助人, 我国民事诉讼制度中关于专家辅助人的规定, 最早出现在2001年的《证据规定》之中。现行的《证据规定》第83、84条新增了对专家辅助人参与诉讼活动的操作性规定。与鉴定人承担审判人员“专业助手”职责不同, 专家辅助人的功能主要是通过提供专业知识辅助当事人进行诉讼, 其在法庭上就专业性问题提出的意见, 应视为当事人陈述。鉴于专家辅助人的职责功能, 在鉴定人员出庭时, 如果当事人缺乏专家辅助人的协助, 难以保证鉴定质证的高质量。以笔迹鉴定为例, 当事人与审判人员基本是通过肉眼分辨笔迹是否相似或相同, 即使鉴定人出庭向当事人解释书写的起笔、运笔、连笔、断笔、间距、形态、临摹及套摹等, 他们也不一定理解, 又何谈有效地发表质证意见。因此, 当事人申请鉴定人出庭的, 审判人员可提示当事人聘请专家辅助人出庭参与询问鉴定人及相关专门性问题的质证活动。

五、适时有度准确行使释明权

(一) 释明权的缘起

当事人主义模式的预设前提是当事人及诉讼代理人能够正确认识、行使及处分自己的权利。然而, 就目前而言, 我国民众的法律素养整体偏低, 诉讼代理人的专业素质参差不齐, 相当一部分案件当事人及其诉讼代理人不能正确认识案件性质或不能提



出恰当的诉讼请求，没有能力收集必要证据、行使诉讼权利，法院如果消极无为，仅就当事人的主张作出形式合理的判决，往往违背实质正义。^①

为确保诉讼中准确查明事实，释明权作为当事人主义模式下扩张审判人员诉讼指挥权制度逐渐确立并完善。在2002年实施的《证据规定》第35条中，虽然没有直接使用“释明权”的概念，但却首创性地规定了释明制度。此后出台的司法解释及相关会议纪要中，陆续对不同问题的释明内容、行使方式等作出相对具体的规定。

（二）释明权的基本内容及行使

在民事诉讼和行政诉讼中，经常遇到当事人确实遭受了损害但是诉讼请求不当而无法得到救济的情形。这种情况下，能不能在双方当事人及律师均在场的情况下，就应当提起的案由、适用的程序等，听取双方意见，提出最有利于公正高效解决问题的建议方案，供当事人选择？为维护当事人诉讼地位平等，尊重当事人诉讼权利，笔者认为，审判人员应当公开恰当行使释明权，引导当事人正确行使诉讼权利，不让诉讼程序走偏。

1. 释明诉讼主体以防止程序空转。诉讼主体方面，主要是针对诉讼主体不合格。若审判人员发现诉讼主体不当或者有遗漏，应当行使释明权，告知其追加、更换当事人，及其不追加、不更换可能面临不利的法律后果。《民事诉讼法》和《民事诉讼法解释》分别对必要共同诉讼和存在必要诉讼主体的情况作出了原则性与具体性规定，在对必要共同诉讼主体认识不一致时，法院应当释明，避免遗漏权利人或义务人。

2. 释明诉讼请求以实现实体正义。由于当事人通常并非法律专家，其提出的诉讼请求可能含糊不清和易生误解。^②在当事人诉讼请求不明确、不适当、相互矛盾，影响庭审范围确定或可能增加当事人诉累时，审判人员应对诉讼请求的明确、增加、减少、变更进行释明。例如，2019年最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》第36条规定了双务合同不成立、无效或者被撤销时人民法院如何行使释明权的问题。根据上述规定，以房屋买卖合同纠纷为例，在买受人仅起诉确认合同无效时，法院应核实买受人是否已支付房款，如果已经支付了相应的房款，应向其释明，告知其增加请求返还房款、承担违约责任等相应的给付之诉内容，以确保诉讼经济目的的实现。

3. 释明诉讼证据以查明案件事实。案件裁判过程中，查明事实的基础是有效的证据。然而，由于举证责任分配、举证内容与范围等方面把握不准确，当事人应当举证未举证，或误认为自己提供的证据已经充分的情况时有发生。为解决因诉讼能力导致的诉讼不平衡、事实查不清等问题，司法解释及相关法律规定中涉及证据问题的释明越来越多，其中《证据规定》的条文较为集中：第2条第1款规定了审判人员对当事

人举证责任的总体释明；第4条对拟制自认的释明问题作出了规定；第30条则规定，人民法院审理案件过程中，认为待证事实需要鉴定的应予释明并限定提出鉴定申请的时间；等等。

4. 禁止性释明以确保司法中立。释明权的行使应当中立且合法，既不能对禁止性规定违法释明，也不能替代当事人的处分权。《最高人民法院关于审理民事案件适用诉讼时效若干问题的规定》第2条对审判人员就诉讼时效的释明进行了约束，此为我国现行法律及司法解释中关于禁止释明的唯一规定。

六、用好依职权调查取证行为

（一）依职权调查取证之现状考察

完全消极的司法是不存在的，这也正是对程序本身的尊重。^①法院依职权调查取证是职权探知主义在民事诉讼中的运用，是审判人员根据查明案件事实的需要进行的职权调查，与当事人自行调查取证相比，法院依职权调查取证更加凸显了司法的能动性。

根据《民事诉讼法》第67条第2款之规定，法院依职权调查取证的范围主要包含两部分：一是当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，该类证据系经当事人申请后法院依职权调取；二是人民法院认为审理案件需要的证据，该部分则是人民法院主动依职权调查取证的范围。《民事诉讼法解释》第94条与第96条分别对上述两部分证据范围进行了细化与明确，两者稍有不同，第96条规定的“人民法院认为审理案件需要的证据”范围无兜底条款。

法院依职权调查取证有助于提升诉讼效率，发现案件事实。然而，从实践来看，在如何把握法院中立地位与正确适用调查取证权方面仍然存在一些问题。一是怠于履行调查取证的职责。虽然法律已经对法院依职权调查取证的范围作了较为明确的限定，但是从实践运行情况来看，审判人员对条款的适用普遍比较谨慎，特别是主动依职权调查取证的案件并不常见。二是调查取证过程容易影响审判人员内心确信的形成。审判人员往往对于依职权调查收集的证据更确信，容易产生先入为主的观念，尤其是法院主动依职权调取的情况下，判决时存在更加依赖的情况，可能会影响公正审判。三是缺少对审判人员依职权调查取证的监督。审判人员依职权调查取证系当事人举证的一种补充救济方式，但司法实践中，缺少对调查取证过程中审判人员滥用或者玩忽职守行为的内部监管机制。四是当事人滥用申请调取证据权。自然人当事人特别是没有

^① 参见张力：《阐明权研究》，中国政法大学出版社2006年版，第1112页。

^② 参见任重：《我国民事诉讼释明边界问题研究》，载《中国法学》2018年第6期。

^① 参见沈志先：《民事证据规则应用》，法律出版社2010年版，第154页。



委托诉讼代理人时,对于何种情况下应当申请法院调查取证不清楚或者不知道,存在滥申请或者不申请两种极端。例如,在某中院审理的一起离婚案件中,上诉人主张被上诉人存在转移财产的行为,但并未申请法院调取被上诉人的银行交易明细。相反的是,被上诉人为证明不存在上述行为,在可以自行出示交易明细的情况下,却申请法院到银行调取。

(二) 法院依职权调查取证之规则优化

收集证据,是法院行使审判权的一种重要的、不可或缺的方式。^①司法公正的根基在于发现真实,而法院依职权调查取证正是以发现真实为目的的制度,是追求公正的必然选择。法院依职权调查取证则是法院依法查明案件事实中的一项重要权力,是司法公正的重要手段。由于经济社会发展不平衡,一些当事人缺乏诉讼知识及诉讼能力,在涉民生案件中尤为突出,审判人员完全消极被动,不能实现准确查明事实的目的。因此,探索构建科学合理的法院依职权调查取证制度,是证据制度完善和司法改革不可回避的问题。

1. 依职权调查取证的应用把握。《民事诉讼法解释》第96条对法院主动依职权调查证据的范围作出限定,不同款项的适用应根据案件特点具体把握。首先,对于可能损害国家利益、社会公共利益的情况,即便当事人已经自认,法院也依然享有对该事实是否真实予以职权调查的权力。其次,关于“当事人有恶意串通损害他人合法权益可能”,此处的“可能”应是审判人员对此已经形成了一定的心证基础,即有一定证据或线索表明该事实的认定与他人合法权益有关。再次,对于“涉及身份关系”的案件,依法取证的范围应从宽把握。

2. 依职权调查证据的证明力确定。庭审质证是法庭审理的关键一环,民事诉讼法对于质证作出的根本性规定是证据应当在法庭上进行质证,法院依职权调查收集的证据也属于证据,亦应与其他来源的证据一样接受质证,若当事人对该证据的真实性、合法性、关联性提出疑问,法院核实发现证据本身或者收集证据的方法确实存在问题,应当主动排除。

3. 探索建立取证与审判分离制度。为保持司法审判的公正性,笔者认为,在司法实践中可探索调查取证与审理裁判的职能主体分离机制,提供两种方式可供参考:一是由不同的法官实施,即将调查取证的工作交由审前程序或者执行程序的专门法官负责,且负责取证的法官不享有对该证据质证、认证的权力;二是由法官助理等司法辅助人员实施调查取证工作,且调查取证的法官助理不再参与该案其他审理环节。取证与审判的分离,从根源上有效预防了审判人员先入为主观念的产生,避免了审判人员

因情感倾向导致审判不公。

结 语

规则之治强调依法治国,通过制定和执行公平正义的法律法规,保障社会秩序的稳定和公共利益的最大化。规则之治的实施,使得社会秩序更加稳定,人们的行为更加可预期,为社会的发展提供了有力保障。在法律实施过程中,程序公正要求司法机关依法确保每个人都能在公正的庭审环境中行使自己的权利,使得社会成员在法律实施过程中能够享有平等的权利和机会,避免了权力滥用和不公正的行为。规则之治和程序公正相辅相成,共同构建了一个公平、公正的社会治理体系。只有依法治国,才能保障社会秩序的稳定和公共利益的最大化;只有程序公正,才能保障每个人的平等权利和机会。在司法责任制改革大背景下,立足规则之治,推动程序公正,加强庭审,重点把握准确查明案件事实的关键规则,有效固定案件事实与争议焦点,公正高效地实质性化解纠纷,在案结事了上求实效,才能无愧于人民法院的时代使命。

(责任编辑:崔婷婷)

^① 参见李浩:《回归民事诉讼法——法院依职权调查取证的再改革》,载《法学家》2011年第3期。



家事调查员制度的事实调查功能障碍及优化路径

王晓桐 孙冰*

内容摘要：家事审判的专业化与社会化改革催生了家事调查员制度。当前，我国家事调查员制度在各地试点法院均得到了广泛的推广与应用。由于相关法律规范的缺失以及传统民事审判模式的影响，家事调查员制度在实践中面临诸多挑战。为解决这些问题，需明确家事调查员制度的事实调查功能与适用范畴，明确家事调查员作为司法辅助人员的身份，健全家事调查程序运行规则，廓清家事调查报告的证据属性及类型。唯有如此，才能切实发挥家事调查员制度的特殊功能，并实现我国家事审判专业化及其社会化改革的初衷。

关键词：家事调查员制度；家事调查员；家事审判；家事调查报告

家庭是人类生存的基础和避风的港湾。由家庭关系引发的纷争，表面看似简单，但实质上往往牵涉复杂的人际关系与社会公共利益。因此，“家事纠纷如果得不到及时合理的解决，往往会酿成个人、家庭乃至社会的悲剧”^①。遗憾的是，由于我国奉行民事家事合一的立法模式，至今既没有制定独立的家事诉讼法，也没有在《民事诉讼法》中专门对家事诉讼程序进行规定。这也使得家事案件长期被淹没在普通民商事审判程序中，不仅家事审判难以得到各地法院的充分重视，甚至有些法院故意忽视家事案件的独特性，一定程度上背离了维系婚姻家庭和谐安定的目的。

为妥善解决家事纠纷，最高人民法院于2016年4月、2018年7月发布了《最高人民法院关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》《最高人民法院关于

于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）》（以下简称《深化家事审判意见》），先后明确“引入家事调查员制度”与“发挥家事调查员事实调查功能”的规定。由此可见，在家事审判中引入家事调查员协助法官对案件中的特定事实进行调查，确实具有独特的价值与意义。但同时应当看到，由于我国家事调查员制度尚处于起步阶段，在运行中暴露出一些亟待解决的问题。

基于上述背景，本文从各地试点法院家事调查员制度的实践探索出发，剖析家事调查员制度面临的实践困境，提出相应对策，以确保家事调查员制度能够充分发挥其内在功能。

一、家事调查员制度的运行现状

在家事审判改革的背景下，家事调查员制度在各个试点法院得到了有效的实施和应用，并取得显著的改革成效。

（一）家事调查员的主要来源

当前，各地试点法院家事调查员主要来源于社会各个单位，少部分是由法院内部人员予以担任。虽然绝大多数家事调查员都是由各试点法院从社会中选任，但其具体来源渠道略有不同。例如，福建省泉州市鲤城区人民法院家事调查员主要来自团委、妇联、民政、司法等部门；广东省深圳市宝安区人民法院则将选任重心放在团委、妇联、民政、司法等部门及基层群众组织中；浙江省宁波市海曙区人民法院家事调查员主要来源于海曙区关心下一代工作委员会、婚姻家庭服务中心以及宁波大学法学院的学生志愿者。相形之下，具备法律知识背景已经成为一些法院遴选家事调查员的关键要素。例如，浙江省丽水市青田县人民法院对于家事调查员的任用，比较偏重具有法律从业经历或法学专业背景的退休法官、检察官以及基层法律服务者等专业人员。除了注重法律知识背景以外，有些试点法院还扩大了家事调查员的选任渠道。例如，江苏省徐州市贾汪区人民法院家事调查员主要由妇联、司法、公安等家事调解委员会成员单位推荐以及向社会公开选聘；江苏省南通市崇川区人民法院与本地仁爱社会工作发展中心达成合作，主要向其向法院提供社会服务，并对婚姻家庭、子女抚养及老人赡养三类案件开展事实调查。^①

另外，有部分试点法院为使家事调查员的身份得到当事人的认可与信服，委托本院的人民陪审员、法官助理、书记员等来担任家事案件的调查工作。可见，上述人员通常具备较高的学历背景与丰富的法律知识，故而更容易得到当事人及相关利害人的

* 王晓桐，曲阜师范大学法学院讲师，法学博士；孙冰，淄博市周村区人民检察院一级检察官。

基金项目：本文系国家社会科学基金项目“个人信息侵权损害赔偿诉讼法律适用问题研究”（项目编号：22BFX051）的阶段性成果。

① 孙永军：《非讼法理在诉讼程序中的适用》，东南大学出版社2018年版，第113页。

① 参见刘敏主编：《当代中国的家事司法改革：地方实践与经验》，法律出版社2020年版，第17页。



信任。例如，根据《无锡市中级人民法院家事陪审员工作规程（试行）》第 7 条规定，人民陪审员的主要职责是在家事审判中利用自身专业知识和社会经验开展家事调查工作；甘肃省庆阳市华池县人民法院选任的家事调查员主要是由该法院法官助理及书记员担任；山东省青岛市即墨区人民法院的家事调查工作主要由该院法官助理予以开展和配合。

（二）家事调查员的主要职责及调查范围

1. 家事调查员的职责定位。《深化家事审判意见》第 15 条规定，为更好地查清争议事实，人民法院可以委托家事调查员进行调查。据此，最高人民法院引入家事调查员的目的主要是在探明家事案件争议焦点的基础上合理解决该类纠纷。因此，家事调查员的职责应界定为事实调查。

不过，有原则就有例外。有一些试点法院针对家事调查员的职责范围进行了扩展。例如，《南京市中级人民法院关于建立家事调查员参与调查和调解家事纠纷工作制度的意见》（以下简称《南京中院家事调查员工作意见》）第 2 条规定，人民法院可根据家事案件审理需要，从推荐名录中指派二至三名家事调查员共同完成调查和调解工作。可见，实践中南京市两级试点法院选任的家事调查员，其不仅需要承担家事调查工作，同时还可能肩负家事调解任务。《西安市新城区人民法院家事调解员、调查员管理办法》第 6 条规定，家事调解员、调查员负责对家事案件进行调解、调查，并将调解、调查情况及时向法官报告。可见，实践中西安市新城区人民法院家事调查员也需要承担一部分家事调解工作。另外，德州市武城县人民法院家事调查员除了承担家事调查工作以外，同时也需分担必要的家事案件回访及帮抚工作。

2. 家事调查员的主要调查事项及范围。当前，各试点法院主要是对家事调查员的调查事项进行了列举，不仅未明确家事调查的具体案件类型，也未对调查事项的性质进行明确划分（见表 1）。

表 1 各地试点法院家事调查员的调查范围

地区	人民法院	家事调查事项
深圳市	宝安区人民法院	各方当事人或关系人相关情况、子女抚养现状
南宁市	良庆区人民法院	当事人相关情况；子女抚养现状、老人的赡养情况
柳州市	中级人民法院	各方当事人或家庭成员相关情况、子女抚养现状
德州市	武城县人民法院	各方当事人或关系人相关情况、子女抚养现状
徐州市	贾汪区人民法院	当事人或关系人相关情况、子女抚养现状、老人赡养情况
盐城市	中级人民法院	涵盖所调查事项的周边事实
马鞍山市	雨山区人民法院	当事人相关情况、未成年人抚养状况、老人的赡养状况

（续表）

地区	人民法院	家事调查事项
宁夏回族自治区	西吉县人民法院	当事人或关系人相关情况、子女抚养现状、老人的赡养情况
兰州市	榆中县人民法院	相关人员的情况或针对法官指定的特定事项进行调查
呼和浩特市	新城区人民法院	当事人相关情况、未成人的抚养及教育情况、老人的生活及赡养情况

从表 1 可以发现，家事调查员的调查范围主要是以当事人、未成年子女、老人三方为划分主体的事项。由此表明，实践中各地试点法院几乎没有对家事调查员调查的具体案件类型作出明确划分。不仅如此，除了家事案件以外，实践中检察机关在办理未成年人犯罪案件中，为督促涉案未成年人的家长能够更好地履行其监护职责，有时也会与家事调查员一起或委托家事调查员对未成年人的家庭关系、居住环境、生活状况、受教育情况等事项开展社会调查，保障未成年人在刑事司法领域中的各项权益。然而，从比较法考察，日本家事调查官的调查范围，主要是根据不同类型案件开展相应调查，并且不涉及未成年人刑事案件。相形之下，目前我国家事调查员的调查范围更具灵活性和符合基层司法实际，从而使社会调查工作更具价值。

（三）家事调查程序运行情况

1. 家事调查的启动与开展情况。家事调查的启动与开展，是指在家事审判中，家事调查员如何介入家事案件并开展事实调查的。根据《深化家事审判意见》第 15 条，人民法院可以委托家事调查员介入家事案件开展相关调查。该规定赋予法院委托家事调查员开展事实调查的权限，也暗含了家事调查主要由法院委托家事调查员而开始。一些地方司法文件基本上遵循《深化家事审判意见》第 15 条的意旨，对法院委托家事调查员调查案件相关事实或特定事项作出规定。^①总体上，家事调查员对于家事案件的着手，主要是由各试点法院依职权启动家事调查程序，但也存在例外。例如，根据《西安市新城区人民法院家事调查员管理办法》第 9 条规定，家事法官和当事人都可以启动家事调查程序，甚至当事人协商一致，还可以聘请其他家事调查员。可见，该法院十分尊重当事人的意愿，甚至还赋予当事人与法院同等启动家事调查程序的权限。

2. 家事调查委派程序。家事调查的委派应当是公开、透明的。实践中，很多地方司法文件明确规定“人民法院应当向家事调查员签发正式的委托调查函”。例如，《广州市中级人民法院家事调查工作指引（试行）》第 6 条规定，家事审判庭委托家事调

^① 参见《盐城市中级人民法院家事案件调查工作规则（试行）》第 1 条、《马鞍山市雨山区人民法院家事调查员工作规范（试行）》第 5 条、《武城县人民法院家事调查员工作规程（试行）》第 2 条、《南宁市良庆区家事案件调查工作规则（试行）》第 1 条、《西安市新城区人民法院家事调查员管理办法》第 9 条。

查员进行调查的,应当出具《家事案件委托调查函》;《南京中院家事调查员工作意见》第10条规定,人民法院委托家事调查员应签发委托调查函,由家事调查员持调查函前往调查;《榆中县人民法院家事调查员工作规范(试行)》第6条规定,对符合启动家事调查的案件,家事法庭应当向家事调查员出具委托函。可见,实践中确实有一部分试点法院已经注意到委托调查程序的重要性,但同时应当看到,仍有很多试点法院并未及时向家事调查员发放正式委托调查凭证,从而使得一些当事人对家事调查员的身份产生怀疑。

(四) 家事调查报告适用情况

家事调查报告作为家事调查员履职的最终凭证,其在一定程度上可以协助法官及时厘清案件的争议焦点问题,提高诉讼效率。但综合来看,目前实务界对于家事调查报告的具体适用及其法律效力尚未形成一致意见(见表2)。

表2 司法文件中关于家事调查报告的适用情况

范围	司法文件	公开程度	认定规则
全国	《最高人民法院关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见(试行)》	向当事人告知	作为参考依据
广东	《广东法院家事调查员工作规程(试行)》	当事人可对家事调查报告进行质证	可作为证据
广西	《家事案件调查工作规则(试行)》	当事人可对家事调查报告进行质证	可作为证据

从表2可以发现,实践中一些试点法院已经明确家事调查报告可以作为证据使用。更重要的是,有的法院还赋予当事人对家事调查报告的异议权。不过,尽管许多试点法院已经肯定家事调查报告具备证据属性,但对于家事调查报告到底属于何种法定证据类型还是存在较大争议。

不仅如此,各地试点法院对于家事调查报告形式和内容的要求也尚未统一。比如,马鞍山市雨山区人民法院将书面调查报告、具体调查方式、被调查对象、当事人具体态度以及家事调查员自身感受与所得等纳入提交范围。相形之下,盐城市中级人民法院对于家事调查报告的完整性要求更加具体、详细,并着重强调一般事项的调查报告应包括六项内容。^①另外,西安市新城区人民法院只要求家事调查员完成调查后,应向家事法官告知调查结果。由此表明,该试点法院对于家事调查员是否必须出具书面调查报告并不作硬性规定。

^① 调查报告主要包括调查方式;未成年子女、受监护人的意愿、心理、情感状态、学习状态、生活状态、沟通能力及其他必要事项;评估当事人间关系修复的可能性;进行亲子关系辅导的必要性;进行心理咨询、辅导或其他医疗行为的必要性;可请求协助的行政机关、福利机构或社会团体。

二、家事调查员制度运行中存在的问题

为深入了解我国家事调查员制度背后的隐忧,笔者分别以“家事调查员”“家事调查官”为关键词,以“判决书”“裁定书”为文书类型,检索日期为2016年4月21日至2023年7月21日,在“威科先行·法律信息库”依次检索出判决书74件、裁定书2件。经过人工查阅筛选,排除1件错误案例、1件重复案例,共得到有效文书74件。对74件文书进行实证分析,可以发现,家事调查员制度在实践运行中仍面临诸种挑战。

(一) 家事调查员制度适用的范围不清

家事调查员制度应当限于家事案件的范围。但问题在于,实践中仍有一些试点法院扩大家事调查员制度适用的范围。可见,这不仅偏离家事调查员制度运行的轨道,还不利于家事调查员队伍专业化、职业化建设。家事调查员制度设置的根基在于家事案件案的独特性,由此,家事调查员的主要任务是协助法官妥善处理家事案件相关事宜。然而,通过对74件样本文书进行整理分析,可以发现,当前各地试点法院不仅将家事调查员引入家事纠纷审判,还广泛将其配置到储蓄存款合同纠纷、房屋买卖合同纠纷以及共有纠纷等非家事案件争议解决程序中(见图1)。

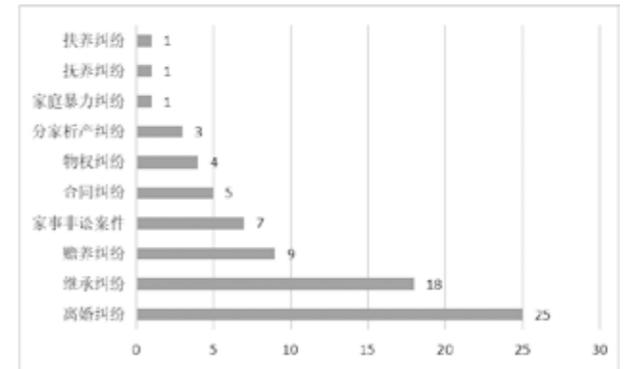


图1 裁判文书中案由的具体分布情况(单位:件)

例如,在何某1、高某某等与何某2房屋买卖合同案一审民事判决书中,“本院为核实该撤诉申请是否为金培育真实意思表示,委托家事调查员李萍、赵冬梅赴金培育住所进行了调查金培育与何峰是自愿将晏公庙新村5幢208室转让给被告何敏昌,何峰在南京市房屋权属登记申请书(存量房交易类)上的签字系其本人所写”^①。可见,该案件属于房屋买卖合同纠纷,但法院委托家事调查员对案件相关事实进行调查,应属不妥。又如,在汤某1与汤某2共有纠纷一审民事判决书中,“本院委托家事调查员向案涉房屋的征收拆迁人建湖县高新区房屋征收办公室调查,案涉房屋征收补偿费包含被征收房屋评估价值、装饰装修费用、腾空奖、按期丈量奖、按期签协议奖、搬

^① 何某1、高某某等诉何某2房屋买卖合同案,江苏省南京市玄武区人民法院(2016)苏民初2061号民事判决书。



迁费、临时安置费等均系依据案涉房屋有效面积84平方米为基础结算而来”^①。可见，该案例显属物权纠纷，也非家事纠纷的范围。也许，在上述案例中存在家庭成员之间的争议，但从案由看，该类争议应不属于案件的争议焦点问题。如此，逻辑上上述法院启动的家事调查应属不当。

（二）家事调查员的角色地位不明

1. 家事调查员身份界定存在争议。家事案件的特殊性催生了家事调查员制度，由此，家事调查员在顺利履职的前提下，也应及时明晰其自身的角色与地位。但遗憾的是，当前司法实务部门对于家事调查员角色及其职责的定位仍不够明确。例如，西安市新城区人民法院与西安市鄠邑区人民法院选任的家事调解员，同时还是民情调查员。这不仅混淆家事调查员与家事调解员之间的角色身份，甚至还极大地削弱了家事调查员制度的应有价值。

在闵昌树诉谢军、谢正康、杨友琼分家析产纠纷案二审民事判决书中，“诉讼中，经一审法院多次主持调解，并委托芦山县龙门镇家事调查员和家事调解员调解，但因双方分歧较大无法达成一致意见”^②。该案家事调查员与家事调解员一起承担调解任务。诚然，家事调查员在实地走访、调查当事人居住的社区、工作单位过程中，确实更容易获得第一手案件资料，也便于开展调解。但问题在于，家事调查员本质上是协助法官进行事实调查，若家事调查员承担过多本职以外的工作，不仅其扮演的调查角色值得怀疑，甚至还难以培养高素质的家事调查员队伍。

2. 家事调查的事项凌乱不一。家事调查事项应限于与家事案件争议焦点存在紧密联系的内容，可以说，家事调查员的要务是对家事案件中具有重要意义的争议焦点进行调查。^③这不仅源于家事审判的必然要求，还与家事调查员兼具的专业知识与实践技能密切相关。从司法文件看，我国家事调查员的调查范围主要集中于当事人的身份、家庭、亲属关系以及未成年子女抚养等四大类型。实践中各地试点法院委派家事调查员开展的事实调查理当围绕上述类型开展。但从上述裁判文书可以发现，当前各地试点法院家事调查员的调查事项已然涉猎广泛，不仅包括当事人的自身经历与生活状况、未成年人抚养教育以及老年人赡养等事项，还频繁涉及与家事案件争议焦点联系不大的诸多内容。

在方艳玲诉林丽珍、祁建庭分家析产纠纷案一审民事判决书中，“根据本院委托的家事调查员作出的（2021）东二法委调字第3号《家事案件调查报告》显示，广东

省东莞市××××××的厂房分成两间出租，分别为门牌号（大湾路9号、大湾路9号101）已有租客承租。从2019年1至2021年4月，每月租金6000多元，租金均由林丽珍一人以现金方式收取”^①。该案法院委托家事调查员从事的事实调查与当事人的自身经历、生活状况等事项毫不相干，可以说，家事调查员就是对案件中的财产性情况进行调查。又如，在赵某诉庄某、张某等分家析产纠纷一审民事判决书中，“本院随即走访南通市运输管理处进行咨询，并委托家事调查员对目前本市出租车辆对外交易行情及营运收入的相关情况进行了调查并出具了调查报告”^②。可见，与前一案例相似，该法院委托家事调查员从事的事实调查也已然超越家事案件争议焦点的常态化事项。

（三）家事调查的启动与委派程序运行不一

1. 家事调查启动程序运行不一。家事调查员的基本职能是协助法官调查家事案件中的特定事实状况，因此，家事调查员介入家事审判的逻辑起点应当是法院依职权启动委托程序。然而，从前文案例分析可以发现，实践中并非只有法院才可以委托家事调查员对特定事项进行调查，当事人等非法院主体也可以聘请家事调查员开展家事调查。^③这不仅严重背离构建家事调查员制度的最初目的，甚至还扩大了家事调查员辅助对象的范畴。

2. 家事调查委派程序运行不一。家事调查委派应当是公开的，换句话说，法院委派家事调查员从事调查的同时，应当向其出具正式的委托调查凭证。但通过梳理上述裁判文书，可以发现，实践中仅有一小部分文书明确列明了“法院出具了委托调查函”，而其他试点法院是否遵循公开、透明的委托程序犹未可知。例如，在黄炳炎诉黄玉芳离婚纠纷案二审民事判决书中，“本院于2018年6月13日出具（2018）粤14法委调字第1号《家事案件调查委托函》，委托家事调查员对以下事项进行调查……”^④。可见，该法院在启动家事调查程序之前，明确向被委托主体送达了委托函。由此表明，该法院家事调查委派程序是比较规范的，而这一点对于法院最终认定、采纳家事调查报告也极为重要。

另外，根据《深化家事审判意见》第19条，具体案件中家事调查员应不少于两人，且当事人对于家事调查员的人选享有程序异议权。然而，反观上述裁判文书，有的试点法院确实严格遵守上述规定，在文书中明确写明家事调查员的姓名、工作单位以及具体人数，但仍有大部分试点法院只是进行概括列明。不仅如此，当前很多试点法院

① 汤乃明诉汤乃胜共有纠纷案，江苏省建湖县人民法院（2020）苏0925民初3819号民事判决书。

② 闵昌树诉谢军、谢正康等离婚后财产纠纷案，四川省雅安市中级人民法院（2019）川18民终900号民事判决书。

③ 参见李喜莲、王晓桐：《我国家事调查员制度职能异化及其矫正》，载《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2022年第6期。

① 方艳玲诉林丽珍、祁建庭分家析产纠纷案，广东省东莞市第二人民法院（2020）粤1972民初15977号民事判决书。

② 赵某诉庄某、张某等分家析产案，江苏省南通市崇川区人民法院（2016）苏民初2263号民事判决书。

③ 参见李某诉张某某离婚案，山东省武城县人民法院（2017）鲁民初410号民事判决书。

④ 黄炳炎诉黄玉芳离婚纠纷案，广东省梅州市中级人民法院（2018）粤民终647号民事判决书。



习惯委派一名家事调查员从事调查,甚至还有法院直接忽略告知程序,在当事人不明所以的情况下便开展家事调查工作。

(四) 家事调查报告的形式与内容欠规范

1. 家事调查报告的呈现形式各异。梳理上述裁判文书,可以发现,一些试点法院引用家事调查报告的形式过于凌乱,甚至一些案件中是否存在书面调查报告都犹未可知。例如,在姜甲诉姜乙、姜丙继承案一审民事判决书中,“审理中,为了解被继承人生前的精神状态和行为特点,本院委托家事调查员对被继承人居住地的居委干部及周边邻居进行调查,反馈为……”^①。可见,该案家事调查报告被称为“反馈”。但问题在于,该“反馈”是否以书面呈现,或者其是否达到一般家事调查报告的标准和质量,这些都有待商榷。又如,在谭桂英诉黄小萍、黄东宁赡养案一审民事判决书中,“本院委托家事调查员周曼丽、饶保祥对……等内容进行调查,家事调查员通过走访方式向原告、该生活区值班门卫了解情况,于2018年1月5日向本院出具《家事调查报告》,内容为……”^②。相形之下,从规范角度,该案中的家事调查报告可能更符合立法与司法实践的需求。

2. 家事调查报告的具体内容参差不齐。根据《深化家事审判意见》第23条,家事调查报告应当包括调查事项,并可以包含家事调查员的分析或建议。然而,纵观上述裁判文书,有些家事调查报告却远远没有达到上述标准。一方面,大多数家事调查员基本上都对法院委托事项进行调查,且一般不会附加对调查事项的个人分析与建议;另一方面,仍有一些家事调查报告只包含家事调查员对调查事项作出的个人分析与建议。例如,在张甲诉严乙离婚案一审民事判决书中,“本院受理本案后,委托家事调查员调查,家事调查员分析认为原告张某离婚意愿比较强烈。”^③可见,该案家事调查员并未严格按照法律行事,其出具的家事调查报告不仅尚未达到法定要求,还不利于法官获知案件真相。

(五) 家事调查报告的法律性质不明

有学者认为,家事调查员从事的事实调查是社会调查,而非法院依职权调查取证的行为,由此,家事调查报告只能作为法院处理家事案件的参考。^④还有学者认为,家事调查员从事的事实调查属于法院职权探知行为的延伸,家事调查报告应当被纳入法院依职权调查取证的范畴。^⑤另外,尽管一些司法文件已经明确家事调查报告可以

作为证据使用,^①但剖析上述裁判文书可知,司法实务部门对于家事调查报告法律性质的认定仍未统一。在74件裁判文书中,52件文书明确肯定家事调查报告具备证据属性与效力;21件文书显示,试点法院将家事调查报告作为参考;另外2件文书无法探明家事调查报告的使用情况。由此表明,虽然实践中家事调查报告的证据属性已经占据主导地位,但家事调查报告的法律定性仍未能达成共识。这势必会在一定程度上限制家事调查报告内在功能的运用与发挥。

三、家事调查员制度的优化策略

为了解决家事调查员制度的实践困境,亟需明确家事调查员制度的功能与适用范围,确定家事调查员的身份地位,健全家事调查的运行规则以及廓清家事调查报告的法律属性。

(一) 明确家事调查员制度的功能与适用范围

1. 明确家事调查员制度的司法辅助调查功能。我国家事调查员制度法律属性的界定主要包括“社会调查说”与“司法调查说”两种争论。“社会调查说”认为家事调查员制度的启动虽源于法院委托,但家事调查员从事的事实调查不同于法院的司法调查权,故而家事调查员出具的调查结果应属于社会调查的范畴。^②“司法调查说”认为家事调查员从事的事实调查是根据法院指令与自身职责进行的,故而出具的调查结果理应属于司法调查权的范畴。^③

相形之下,笔者更倾向“司法调查说”。理由是,家事案件源于亲属之间的爱恨纠葛与家庭琐细,即便法官身为法律专家也难免感到力不从心。为妥善解决家事纠纷,在家事审判中,适时引入具有心理学、社会学、教育学等专业知识与背景的人员来协助配合法官调查案件相关事实与特定事项尤为必要。基于此,家事调查员制度的设置在一定程度上是为了弥补法官的能力短板与缺陷。换句话说,家事调查员从事的事实调查应属于法官的职责,只是法院受制于自身能力而无法顺利施展。因此,逻辑上,家事调查员制度之介入应界定为职权探知主义在家事诉讼程序中的具体体现,^④亦即家事调查员制度应当具备司法辅助调查功能。

2. 明确家事调查员制度专用于家事案件。从前文案例分析可知,一些试点法院已经将家事调查员制度引入到合同、物权、民间借贷等非家事案件争议解纷程序中。然

① 姜甲诉姜乙、姜丙继承案,上海市虹口区人民法院(2017)沪民初20560号民事判决书。

② 谭桂英诉黄小萍、黄东宁赡养案,广西壮族自治区南宁市江南区人民法院(2017)桂民初3968号民事判决书。

③ 张甲诉严乙离婚案,广东省惠东县人民法院(2018)粤民初1338号民事判决书。

④ 参见刘敏:《论家事司法中的家事调查员制度》,载《法治现代化研究》2020年第4期。

⑤ 参见王晓桐:《家事调查报告的证据效力——基于2016—2022年61份裁判文书的实证分析》,载《昆明理工大学学报(社会科学版)》2022年第5期。

① 参见《广东法院家事调查员工作规程(试行)》第10条;《广西壮族自治区高级人民法院家事案件调查工作规则(试行)》第9条。

② 参见任容庆:《论家事诉讼中家事“三员”协作体系的构建》,载《法律适用》2017年第19期。

③ 参见傅向宇:《家事审判中职权探知的限度》,载《中外法学》2021年第1期。

④ 参见陶建国:《家事诉讼比较研究:以子女利益保护为主要视角》,法律出版社2017年版,第8页。



而必须注意的是，家事调查员制度设置的根源主要在于家事案件本质特性，因此，家事调查员制度应当专用于家事案件。也许，有些案件涉及家庭成员之间的利益纷争，但若该争议并非案件的争议焦点，就不应将家事调查员制度引入其中。一方面，家事调查员制度是家事审判专业化的重要表现形式，应当明确家事调查员制度引入的初衷及其核心要义；另一方面，若任意扩大家事调查员制度引入的案件范围，那么，不仅会增加家事调查员的工作负担与压力，同时也难以培养出高素质、职业化的家事调查员团队。

有鉴于此，家事调查员制度还是应当紧扣家事案件，决不能为了提高诉讼效率而任意扩大其适用范围。需要说明的是，我国家事案件尚未同大陆法系国家一样进行类型化区分，故而法官对于家事案件的把握可能存在偏差。因此，各地试点法院在大力推行家事调查员制度的同时，也应与时俱进学习其他国家和地区家事案件类型化划分的经验，以尽快厘定我国家事案件的性质及类型。

（二）明确家事调查员司法辅助人员的身份

为使家事调查员制度的司法辅助调查功能得以充分发挥，首要就是及时厘清家事调查员扮演的角色。当前，学界对家事调查员的角色定位主要存在三种观点，即家事调查员是法官或者当事人的助手，以及家事调查员是中立的个人管理员。相形之下，笔者更倾向将家事调查员界定为法官的助手。司法资源毕竟属于稀缺资源，若一味要求法官亲自进行调查取证，那么不仅会过度花费法官的审判时间与精力，甚至还可能降低诉讼效率，引致当事人的不满与抱怨。另外，从程序正义角度，法官亲自进行调查取证确实会对裁判者的中立地位和形象造成重大冲击。如此，在家事审判中引入具有心理学、社会学、教育学等专业知识的第三方人员协助法官调查收集事实与证据，势必可以大大缓解“案多人少”与“审者兼诉”的实践难题。

从比较法经验看，日本家事调查官是与家事法官、书记官等共同组成家事法院的司法人员，其一般被定位于法官在事实方面的辅助人员。韩国家事调查官包括专职和兼职两种类型，前者是通过大法院录用且具有法院正式编制的司法工作人员，其主要根据裁判长的指令进行事实调查。^①反观我国，家事调查员的身份地位依然处于不明确状态。

综上，我们应立足司法实践并以域外先进经验为借鉴，明确家事调查员司法辅助调查人员的身份，并将其定位于法官事实发现的审判助手。如此，法官不仅可以名正言顺地委派家事调查员从事调查，同时还可以有效维护其中立形象，以实现家事纠纷的公正裁断。

^① 参见张丽：《韩国家事调查官制度》，载《人民法院报》2021年2月26日，第8版。

（三）健全家事调查程序运行规则

1. 统一家事调查启动程序。家事调查员承担的是司法辅助性质的调查职能，因此，在家事审判中，家事调查员应听命于法官并为其提供服务。在此基础上，家事调查程序的启动，应是法官依职权委托家事调查员介入。然而，反观上文案例分析，仍有一些家事调查员并非是由法院依职权委任，而是一些当事人自行聘请家事调查员开展调查。当然，该方式可以提高诉讼效率，但同时不可避免地背离了家事调查员制度的基本法律功能。因此，为充分发挥家事调查员制度的功能，由当事人等非法院主体委托或聘请家事调查员的情形应当予以限制。

从比较法经验看，日本与韩国，都是由法官发出调查命令，随后家事调查官按照法官的指令对案件开展调查。不过，我国台湾地区“家事事件法”中规定，家事调查官除了法官依职权指令以外，当事人也可以向法院申请启动家事调查程序。^①相较而言，我国台湾地区家事调查启动更具包容性，但同时难免增加家事调查官的负担。

综上，我们不妨在一定范围内赋予当事人启动家事调查程序的权限，即相关立法可以规定，法院可以依据职权或者当事人的申请委托家事调查员，但当事人申请委托家事调查员需经过法院的审查。如此，不仅可以扩大家事调查员的适用范围，还有助于法官酌定是否应当启动家事调查程序。

2. 规范家事调查委派程序。家事调查程序应当是公开、透明的。秘密调查不仅会损害当事人的程序权益，甚至还可能减损家事调查的公正与权威。因此，家事调查程序在展开过程中应当是有迹可循的，这不仅是家事调查的必然要求，更是整个民事审判的逻辑起点和归宿。然而，反观上文案例分析，有的试点法院并没有向家事调查员出具正式的委托调查函。在家事调查中，当事人及利害关系人可能会对家事调查员的身份产生怀疑，甚至他们还会把家事调查员拒之门外，从而大大降低家事调查的效率。

有鉴于此，为保障家事调查程序顺利推进，法院应当向家事调查员出具书面委托调查函，不仅可以使当事人明确知晓法院与家事调查员之间的委托调查关系，同时还可以促使当事人积极配合调查，在提高家事调查效率与质量的同时，保障家事调查报告内容的全面性与客观性。

（四）廓清家事调查报告的法律效力

1. 统一家事调查报告的书面形式与具体内容。首先，明确家事调查员应提交书面家事调查报告。形式的魅力取决于它是统一性和秩序的条件，而没有形式的质料，不

^① 我国台湾地区“家事事件法”第18条规定：“审判长或法官得依声请或依职权命家事调查官就特定事项调查事实。家事调查官为前项之调查，应提出报告。审判长或法官命为第一项调查前，应使当事人或利害关系人以言词或书状陈述意见。但认为不必要者，不在此限。审判长或法官斟酌第二项调查报告书为裁判前，应使当事人或利害关系人有陈述意见或辩论之机会。但其内容涉及隐私或有不适当之情形者，不在此限。审判长或法官认为必要时，得命家事调查官于期日到场陈述意见。”



过是杂乱与暧昧不清的东西。^①在此意义上,一份形式规范的家事调查报告不仅体现家事调查员的专业素养与业务水平,同时还为法院审查并将其作为证据使用提供了充足的条件与基础。为了帮助法官更好审查家事调查报告,通常情况下,家事调查员应出具书面报告,特殊情况下可以出具电子化报告。其次,确定家事调查报告包含的具体内容。根据《深化家事审判意见》第23条、《家事案件调查工作规则(试行)》第8条以及《广东法院家事调查员工作规程(试行)》第9条,目前我国家事调查员出具的调查报告应包含调查的方式、情况、地点以及被调查人员的基本情况、家事调查员的总结与分析等事项。除此之外,实践中江苏省徐州市铜山区人民法院家事调查报告主要包括被调查人基本信息、调查方式、走访调查的具体情况以及综合评估等。山东省德州市武城县法院规定家事调查报告主要包括当事人基本信息、接受委托的时间以及调查的事项、期限、方式、内容等。

从比较法经验看,韩国家事调查报告主要包括调查结果、当事人个人信息、当事人主张及其抗辩、纠纷过程及现状、家庭环境、双方身心状态、调查官意见等。法国家事调查人员出具的社会调查报告主要包括调查人作出认定的事项以及提出解决问题的方案与建议。^②我国台湾地区家事调查官出具的调查报告要求记载调查事项、调查方式、对特定事项的调查情况以及家事调查官的分析与建议等。^③

综上,立足司法实践并以域外先进经验为借鉴,我国家事调查报告应包括以下内容:第一,被调查人员的姓名、性别、出生年月、户籍地等个人基本信息;第二,家事调查员在调查过程中采取的具体调查方式、方法;第三,家事调查报告最重要的组成部分,即家事调查员对法院委托调查事项的具体查明情况;第四,家事调查员对调查事项作出的总结、分析与建议。需要说明的是,要求附加家事调查员的分析与建议的原因在于,笔者倾向将家事调查报告界定为鉴定意见。因此,为符合鉴定意见的法定样式与形态,家事调查报告中应载明家事调查员对调查事项作出的具体分析 with 处理建议。

2. 明确家事调查报告可以作为证据使用。首先,肯定家事调查报告的司法属性。从前述裁判文书梳理可知,实践中家事调查报告被各地试点法院认定为证据的比例较高。但反观相关立法,家事调查报告法律属性依然缺乏明确定位。如前所述,理论界对家事调查报告的法律定性存在“社会调查说”与“司法调查说”两种论争,即家事调查报告属于社会调查报告,不能被作为证据;家事调查报告属于法院依职权调查收集的证据,应由双方当事人进行质证。但综合来看,家事调查报告的法律属性不应当

成为鉴别其是否可以作为证据的唯一因素。以鉴定意见为例,实践中有大量鉴定意见并非法定机构出具,即不具备合法性,但实务操作中它们仍有可能被法院认可采纳。

前已论及,家事案件的特殊性迫使法官需要家事调查员的辅助,在更好地维持其中立地位的前提下,追求实质正义。正是在这个意义上,家事调查员从事的事实调查应当属于法院依职权调查取证行为的延伸,即定位于法院司法辅助调查。家事调查报告作为家事调查员履行司法辅助调查职能的最终呈现形式,也就理所当然地具备司法权威与司法属性,它可以被归类为法院依职权调查收集相关事实与证据资料的范畴。

其次,明确家事调查报告为鉴定意见。对于家事调查报告证据类型的界定,主要存在“书证”“鉴定意见”“社会科学证据”三种观点。有学者认为,家事调查报告属于特殊书证。^④该观点不足之处在于,书证主要是指在纸面或类似材质上通过文字、图形或符号书写、记载来表达或传递有关某种已知事实信息的书面材料。^⑤由此可知,书证应当是在案件发生之前就已经形成的证据类型。相较而言,家事调查报告应当是在案件审理过程中形成的证据材料,因此,在时间逻辑上,家事调查报告的形成与书证存在显著差异。还有学者认为,家事调查报告属于社会科学证据。^⑥社会科学的研究内容常以被调查人意愿、所处生活状态及相关行为特征为基础。^⑦加之,随着社会科学研究方法的日新月异,现代法院越来越接受以实证数据为基础的证明方法。^⑧对于家事调查报告来说,其主要是由家事调查员通过实地走访、面谈交流、观察等方式对案件中特定事项进行调查所作出的最终结果。由此可见,家事调查的方式确实比较接近相关社会科学研究方法。但必须考虑到,社会科学研究基本上都是由私人主动对相关社会问题进行调查,而家事调查则是法院主动委托家事调查员对案件特定事实开展调查的解纷制度,由此,两者在启动与立场方面存在显著差异。另外,有学者也明确指出,家事调查报告不属于社会科学证据。^⑨

综上,我们可以将家事调查报告界定为法院依职权调取的鉴定意见。家事调查报告是由家事调查员凭借其自身专业知识与实践技能对争议事项进行详细勘察与记载而来的凭证。加之,由于家事调查员在调查过程中往往会身临其境,故而很多家事调查报告会附带家事调查员对调查事项作出的分析与意见。本质上,鉴定是指对经验法则本身进行报告或就经验法则指向于法院的具体资料而作出专门判断进行报告的行为。^⑩正因如此,实践中鉴定人主要对案件中专业性事实问题进行鉴定,而家事调查员主要

① 参见[德]施塔姆勒:《现代法学之根本趋势》,姚远译,商务印书馆2018年版,第101页。

② 参见《法国新民事诉讼法典》,罗结珍译,法律出版社2008年版,第1020页。

③ 参见我国台湾地区“家事事件审理细则”第38条。

④ 参见邓雪晴、李喜莲:《家事调查报告适用困境与完善路径探析》,载《荆楚理工学院学报》2022年第1期。

⑤ 参见王亚新、陈杭平、刘君博:《中国民事诉讼法重点讲义》,高等教育出版社2017年版,第77页。

⑥ 参见张丽:《家事调查员制度研究》,西南政法大学2021年博士学位论文。

⑦ 参见秦伟、吴军:《社会科学研究方法》,四川人民出版社2000年版,第62页。

⑧ 参见[美]约翰·W.斯特龙:《麦考密克论证据》,汤维建译,中国政法大学出版社2004年版,第419页。

⑨ 参见汪祖兴、宋汉林:《民事社会科学证据的中国图景》,载《现代法学》2014年第2期。

⑩ 参见[日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚、林剑锋、郭美松译,法律出版社2001年版,第210页。



是对家事案件中的特定事项进行调查，并且鉴定人与家事调查员在履职后，都需要向委托法院呈交书面调查报告，因此，两者十分相似。不仅如此，鉴定与家事调查在本质上都是辅助法院的行为，即鉴定人与家事调查员都承担了司法辅助调查职能。

结 语

家事案件涉及情感、伦理道德、社会公共利益等特殊要素，使得该类纠纷的圆满解决需要引入具有相关专业背景与丰富社会实践经验的家事调查员来协助法官进行调查取证。当前，我国正处于司法改革的大背景下，家事调查员制度作为家事审判制度必不可少的有机组成部分，在各地试点法院均得到了前所未有的重大推广与运用。但遗憾的是，由于受制于传统民事家事合一审判模式及相关家事诉讼立法的欠缺，家事调查员制度在实践探索中仍然暴露出家事调查员制度适用范围不清、家事调查员角色地位模糊、家事调查启动与委派程序运行不一、家事调查报告法律效力不明等诸多现实难题。为正本清源、破解上述窘困，更好地契合我国家事审判专业化与社会化改革的趋势，首先应当明确家事调查员制度的事实调查功能与适用范围，与此同时，相关立法也应尽快确立家事调查员司法辅助人员的身份、健全家事调查程序运行规则以及统一家事调查报告的证据属性与类型。只有建立起更加符合我国现实国情与司法实践需要的专业化与社会化水平兼具的家事调查员队伍，家事审判法官才能在家事调查员的配合下更加全面、深入、细致地审视家事纠纷，从而进一步提高家事审判质效，实现维护婚姻家庭和睦与社会和谐的最终目的。

(责任编辑：崔婷婷)

刑事“类参考性案例”司法指引功能的辨析与完善

——基于与刑事指导性案例的比较

杨 涛 左一凡*

内容摘要：《刑事审判参考》所发布的“指导案例”对刑事审判实践的指导意义不亚于“两高”指导性案例。从司法援用现状来看，无论是在裁判文书还是在检察文书中，《刑事审判参考》指导案例被直接援引的频率均高于指导性案例。然而，实践中也存在司法人员将《刑事审判参考》指导案例与刑事指导性案例混同、过期案例未被清理、大量隐性适用的问题。为更好发挥《刑事审判参考》指导案例的指引功能，需梳理《刑事审判参考》指导案例与指导性案例之间的关系，探索优秀审判参考案例向指导性案例转化的路径，明确《刑事审判参考》指导案例参考方式，建立案例的合理退出机制并完善相关配套措施，以完善刑事案例指导的参照体系。

关键词：类参考性案例；刑事审判；指导性案例；案例体系

案例是由各级人民法院生效裁判所形成的重要司法资源。最高人民法院每年以各种形式对外发布案例，除具有强制参照效力的指导性案例外，还包括各类以书刊为载体定期公开发布的案例。^①其中，自1999年起，最高人民法院刑事审判庭开始编辑以案例研究、发布为主要内容的《刑事审判参考》丛书。在形式上，丛书所发布的案例

* 杨涛，江苏省淮安市中级人民法院法官助理；左一凡，江苏省高级人民法院法官助理。
基金项目：本文系2022年国家社科基金青年项目“刑法中财产损失的真实性评价体系研究”（立项证书编号：22CFX072）的阶段性成果。

① 除指导性案例外，最高人民法院持续向社会发布的案例还包括：《最高人民法院公报》案例、《人民法院案例选》案例、《中国审判案例要览》案例、《中国法院年度案例》《人民法院报》“案例指导”专栏案例、《人民司法》案例版案例以及最高人民法院各业务部门编发的参考案例。



虽被冠以“指导案例”的称谓,但因其与各高级人民法院编发的参考性案例具有相似性,故其也被称为刑事“类参考性案例”。^①一直以来,《刑事审判参考》指导案例在审判实践中影响力大,传播范围广,具有广泛的裁判参考价值是公认的事实。^②本文对作为实践中最具影响力与代表性的刑事类参考性案例与刑事指导性案例进行比较研究。

一、刑事类参考性案例与指导性案例的共性与个性

(一) 共性：最高司法机关的规范型案例

依据案例的形成依据、定位及实际功能,可以分为规范型案例、研讨型案例与宣教型案例。^③最高人民法院指导性案例是最为典型的规范型案例,依据《最高人民法院关于案例指导工作的规定》(以下简称《工作规定》),指导性案例由最高人民法院审委会讨论决定后发布,各级人民法院在审理类似案件时应当参照。由此可以看出规范型案例的“规范”体现于案例对法院适用法律的影响,规范型案例虽然并非正式的法律渊源,但对正确解释与适用法律具有事实上的拘束力。就规范性而言,各高级人民法院编发的参考性案例也同属于规范型案例。^④对于最高人民法院各审判业务庭自行编发的审判指导与参考类案例,并无相应的司法文件对其明确性,但就实际的“规范”功能而言,其并不弱于指导性案例与参考性案例,根据对已上网裁判文书的司法统计数据,刑事审判中控辩审任意一方参考《刑事审判参考》案例的案件数量为 243 件,相同条件下参考刑事指导性案例的案件数为 282 件。^⑤因此,基于现实的规范功能,也应将《刑事审判参考》案例纳入广义的规范型案例范围内。^⑥

(二) 个性：刑事类参考性案例的发布现状探析

1. 案例基数大涉及范围广。截至 2022 年 1 月 1 日,《刑事审判参考》共发布类参考性案例 1464 件,而相应的刑事指导性案例仅有 26 件。就所涉及的问题而言,《刑事审判参考》案例不但涉及刑法总则和分则各章在内的各类实体问题,还涉及对刑事政策的理解以及各类刑事诉讼程序问题(见表 1)。

表 1 刑事类参考性案例与指导性案例的分布与数量对比(单位:件)

涉及问题	类参考性案例数量	指导性案例数量	
刑法总则	犯罪(《刑法》第 13-31 条)	71	2
	刑罚(《刑法》第 32-60 条)	134	0
	刑罚的具体适用(《刑法》第 61-89 条)	15	1
刑法分则	危害国家安全罪	1	0
	危害公共安全罪	84	2
	破坏社会主义市场经济罪	193	5
	侵害公民人身权利、民主权利罪	161	3
	侵害财产罪	191	2
	妨害社会管理秩序罪	289	9
	贪污贿赂罪	154	2
刑事政策	渎职罪	22	0
	宽严相济刑事政策理解	5	0
	死刑政策理解	37	0
刑事诉讼程序问题		107	26

2. 侧重于规则解释和裁判方法指引。刑事类参考性案例多侧重于对法律规则实践运用进行细化解,解释规则型案例占 50% 以上,典型如《刑事审判参考》第 288 号陆剑钢等抢劫罪案中对入户抢劫中“户”的认定解释、第 1312 号阳怀容留卖淫罪案中对“容留”的解释。另外,还有部分案例发挥了新类型案件空白规则补充的功能,属于填补规则型案例,占 18%,如第 1297 号胡伦霞交通肇事罪案中对行人引起交通肇事案件的定性、第 317 号潘儒岭故意伤害罪案中对法院处理公诉转自诉案件规则的填补。

此外,大部分案例是对裁判方法的指引。该类型主要是对疑难复杂以及容易产生误区的案件,在事实认定、案件定性以及精准量刑层面提供思路和方法上的指引,如第 324 号王胜平抢劫、强奸、盗窃罪案揭示如何审查判断被告人翻供理由、第 1272 号康文良故意杀人罪案中提供了审查判断 DNA 鉴定意见的具体方法。相比之下,刑事指导性案例除了对已有规则进行解释之外,大部分案例的价值在于重申规则和回应社会关注问题并进行政策宣导。例如,指导案例 11 号杨延虎等贪污罪案所涉法律问题,相关司法解释早已明确,该案例更重要价值在于向社会重申严惩腐败价值导向;又如指导案例 102 号至 106 号共 5 件破坏计算机信息系统罪案,凸显对互联网领域法治宣传与犯罪预防的作用(见图 1)。

① 参见石磊:《人民法院司法案例体系与类型》,载《法律适用》2018 年第 8 期。
 ② 参见石磊:《人民法院司法案例体系与类型》,载《法律适用》2018 年第 8 期。
 ③ 参见张骥等:《中国司法先例与案例指导制度研究》,北京大学出版社 2016 年版,第 163-164 页。
 ④ 依据《最高人民法院关于规范上下级人民法院审判业务关系的若干意见》(法发〔2010〕61 号)第 9 条规定,高级人民法院可以以发布参考性案例的形式对辖区内法院的审判工作进行指导,因此高级人民法院发布的参考性案例对辖区内案件具有参考、指导意义,可以将其归入规范型案例。
 ⑤ 相关数据所采用的统计方法是在北大法宝司法案例中以“《刑事审判参考》”“指导性案例”等为关键词进行全文检索后筛选。尽管实践中存在有的裁判对参照了相关案例却没有写明参照的情况,但由于缺乏对案例参照及参考方式的具体规定,目前尚无科学的方法来统计相关案例被参照的数据。因此,本文所采用的统计方法虽有局限性,但可在一定程度上显示出案例的实践应用情况。
 ⑥ 参见石磊:《人民法院司法案例体系与类型》,载《法律适用》2018 年第 8 期。

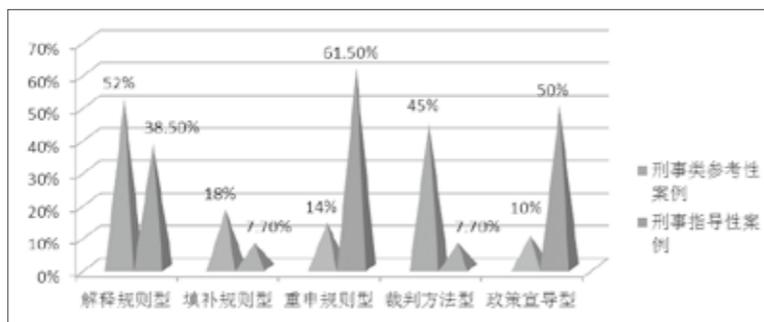


图1 刑事类参考性案例与刑事指导性案例关注点比较

3. 选编程序相对灵活。与指导性案例相比，刑事类参考性案例的选编过程更加灵活。刑事类参考性案例的选编发布无需向其他部门或社会各界征求意见，以《刑事审判参考》指导案例为例，不需要经过最高人民法院审委会讨论，经筛选投稿案例或由最高人民法院刑庭法官自行编写后再由刑庭一至两名法官编审即可定稿。另外，从横向对比来看，《刑事审判参考》指导案例不但数量多，而且在选编程序上比最高人民法院其他业务部门发布的案例更加严格，主要体现在《刑事审判参考》指导案例均经过最高人民法院法官的“再加工”，且在体例上能够自始至终保持一致。

4. 案例时效性强。基于刑事类参考性案例发布的灵活性，其能够较快地对新法条、司法解释或刑事热点问题作出案例回应，及时指导审判实践。例如，《刑事审判参考》第121集通过发布20件案例对审理妨害疫情防控类案件提供指引，第127集发布12件案例对“认罪认罚从宽”制度的具体适用进行指导。相比之下，刑事指导性案例则存在一定的滞后性（见表2）。

表2 部分刑事类参考性案例与法律变化、热点问题对应关系

法律变化与热点问题	时间	对应类参考性案例	时间
《刑法修正案（五）》	2005.2	第386号张炯等妨害信用卡管理罪案——对《刑法修正案（五）》第1条的适用	2006.3
《刑法修正案（八）》	2011.5	第772号王宇走私珍贵动物制品罪案——对《刑法修正案（八）》实施后《刑法》第63条第1款的适用	2012.11
《刑法修正案（九）》	2015.9	第1146号李明辉受贿罪案——《刑法修正案（九）》施行后受贿罪财产附加刑的适用	2017.2
《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》	2016.3	第1150号耿三受贿罪案——新司法解释出台后定罪量刑标准发生变化应如何适用法律	2017.2
《刑事诉讼法》新增认罪认罚从宽制度	2018.11	第1403号—第1414号——认罪认罚从宽制度专题	2020.12
新冠疫情	2020.2	第1314号—第1333号——依法惩处妨害疫情防控犯罪专题	2020.6

5. 非强制参照的软指引效力。类参考性案例与指导性案例法律地位明显不同，《工作规定》第7条奠定了指导性案例强指引性地位，而参照高级人民法院参考性案例的指引效力，对于类参考性案例应定位于“对辖区内法院的审判工作进行指导”，即该类型案例对司法裁判仅具有参考指引的弱效力（见表3）。

表3 类参考性案例与指导性案例效力对比

	指导性案例		类参考性案例	
	内容	依据	内容	依据
效力	应当参照	法发〔2010〕51号第7条	参考、指引	参考法发〔2010〕61号第9条
适用细则	不得作为案件裁判依据，但可以作为裁判理由在文书中引述 承办人办理同类案件时应提前检索，在文书中引述时应列明案例编号和裁判要点 当事人、辩护人、公诉人等引述作为控辩理由的，承办人应在文书中回应	法发〔2015〕130号第10条 — 法发〔2015〕130号第11条	无相应规定	

二、刑事类参考性案例与指导性案例司法援用现状比较

直接援引是真正发挥案例对司法实践指引作用的最主要、最关键方式，为直观感受刑事类参考性案例的现实指引功能。笔者登陆“北大法宝网”，对刑事类参考性案例司法文书援引情况与刑事指导性案例的司法援引情况分别进行统计，对照分析，同时为进一步评估该类型案例对刑事司法全过程的影响，并将已公开上网的检察文书也纳入到分析样本中。^①

（一）在裁判文书中的援用

1. 法官主动援引刑事类参考性案例频率高。按照相关案例是否被拥有最终决定权的裁判者引用，可以将裁判援引分为主动援引与被动援引。在援引刑事类参考性案例的30件样本中，属于法官主动援引的案例样本为18件，占比60%；当事人及其辩护人援引的案例样本为4例，占比13.3%；公诉方援引的案例样本为8例，占比26.7%。相比之下，在援引指导性案例的28件样本中，属于法官主动援引案例的比重较低，为46.43%。从刑事类参考性案例与刑事指导性案例被法院主动援引的频率上来看，司法人员在实务中对于权威的参考案例同样有着旺盛的需求，法官需要借助援引最高司

^① 笔者登陆“北大法宝网”，在“司法案例”栏目下，检索条件设置为“本院认为”，同时以“刑事审判参考”为关键词，共检索出案例39例，排除引用《刑事审判参考》学术观点案例9例，共获取样本案例30例；将关键词换为“指导案例”“指导性案例”，共检索出案例48例，排除不相关案例20例，获取样本案例28例。以同样方式检索“检察文书”，获取援引《刑事审判参考》案例样本文书42份，援引指导性案例样本文书8份，援引检察指导性案例样本文书13份。



法机关的权威案例来论证或补充、补强自身观点，尤其是在强调运用类案检索处理同类案件的背景下，更为法官直接援引类参考性案例提供了支撑。

2. 条文解释型刑事类参考性案例被反复引用。从所援引类参考性案例的类型上来看，“解释规则型”与“填补规则型”案例被援引的次数最多，分别为12次和13次。其中第354号案例王春明盗窃罪案被援引6次，^①该案例确立了犯罪嫌疑人被公安机关口头或电话传唤后直接到案且如实供述罪行的可以认定为自首的规则，兼具条文解释与司法规则创制功能。

3. 不予参考理由与刑事指导性案例近似。在5例法官否定适用公诉人或辩护人提出参考刑事类参考性案例的样本中，法官否定的理由均为本案与相关案例在案情与基本事实上存在不一致性，^②未有以该类型案例不具有强制参照力进而否定适用的情况。由此也可以看出，刑事法官群体对于该类型案例权威性与参考价值的认可。

（二）在检察文书中的援引

1. 刑事类参考性案例援引频率仍高于指导性案例。从数量分布上来看，样本检察文书援用《刑事审判参考》案例共计42份，其中不起诉决定书14份，刑事抗诉书28份；而援用最高人民法院指导性案例的不起诉决定书仅3份，刑事抗诉书仅5份，另外，援引最高人民检察院指导性案例的不起诉决定书为9份，刑事抗诉书仅4份。刑事类参考性案例在检察文书中的援引频率不仅高于最高人民法院指导性案例，也高于检察系统自身所发布的指导性案例。这也显示《刑事审判参考》所提供的案例素材，亦是检察机关办理刑事案件审查起诉的重要依据和参考。

2. 援引刑事类参考性案例更易获法院认同。对于援引刑事类参考性案例的28份刑事抗诉书，经检索共获取对应二审刑事判决、裁定书18份，其中二审发回重审或改判的案件12件，抗诉申请获得二审支持率达67%，高于一般案件刑事抗诉二审改判率。^③相比而言，援引最高司法机关类参考性案例的抗诉说理更容易为法官群体所接受，因而刑事类参考性在一定程度上具有消除法、检法律适用分歧，统一司法见解的功能。

^① 参见李某某开设赌场、盗窃罪案，内蒙古自治区通辽市中级人民法院（2016）内05刑终27号刑事裁定书；高某柱诈骗罪案，甘肃省天水市中级人民法院（2019）甘05刑终8号刑事判决书；杨某铭等生产、销售有毒、有害食品罪案，浙江省安吉县人民法院（2017）浙0523刑初384号刑事判决书；安吉晟达五金制品有限公司等污染环境罪案，浙江省安吉县人民法院（2017）浙0523刑初149号刑事判决书、安吉某弹簧有限公司等污染环境罪案，浙江省安吉县人民法院（2017）浙0523刑初427号刑事判决书。

^② 参见王某聚众斗殴罪案，河南省周口市中级人民法院（2020）豫16民终505号刑事裁定书；安某华、安某雷盗窃罪案，山东省单县人民法院（2018）鲁1722刑初375号刑事判决书；蔡某军虚开增值税专用发票罪案，新疆维吾尔自治区乌苏市人民法院（2016）新4202刑初54号刑事判决书；张某平受贿、滥用职权罪案，湖南省吉首市人民法院（2020）湘3101刑初30号刑事判决书。

^③ 2022年1月至3月，全国检察机关共提出刑事抗诉1672件，法院改判和发回重审515件，占审结总数的49.5%。参见《2022年1至3月全国检察机关主要办案数据》，载海南省人民检察院网2022年4月22日，<https://www.hi.jcy.gov.cn/webSite/module/M101/view/749812/00500008>。

（三）影响力超越指导性案例的原因

刑事指导性案例经过最高人民法院审委会研究通过并被赋予了“应当参照”的效力，其权威性位列各类刑事案例之首。然而，从上述实证分析可以发现，在司法文书援引频率上，刑事类参考性案例有超越刑事指导性案例的趋势。笔者认为产生这一现象原因主要在于以下三方面：

1. 刑事类参考性案例更加全面系统。《刑事审判参考》至今已出版百余集，发布案例千余例，涉及事实认定、证据采信、法律适用、法律解释等，基本囊括各类审判难点，实用性强，也逐渐使司法人员养成查阅《刑事审判参考》指导案例的习惯。^①而到目前为止，最高人民法院发布的指导性案例仅26个，相对于实际需要而言，实为杯水车薪，且由于类型单一、应用场景有限，司法人员在处理相关案件时难以从中获得指引，久而久之在办理疑难复杂案件过程中也不会形成查阅指导性案例的惯性。

2. 刑事类参考性案例案情描述更翔实。不同于刑事指导性案例对案情描述的抽象和简化，刑事类参考性案例对于原始案例案情介绍往往更加全面，这使得可能影响案件处理结果的细节能够反映在案例中。以指导性案例12号与《刑事审判参考》指导案例第727号的对比为例，二者原始案例均为李飞故意杀人罪案，该案中“积极赔偿”是影响量刑结果的重要因素，但按照经济水平，赔偿死者家属4万元远未达到死者家属赔偿要求，难以称之为“积极赔偿”，如果仅参考指导性案例案情描述难免会让人对被告人从轻处理的理由产生困惑。然而，通过《刑事审判参考》案例的案情描述，可以看出被告人母亲虽仅赔偿4万元，已实属不易，能充分体现出被告人一方的悔罪态度，该细节为从轻处理提供了较好的注解。刑事类参考性案例较为翔实的案情陈述，能够让司法人员更准确理解、把握案例（见表4）。

表4 刑事类参考性案例与指导性案例案情描述对比

	指导性案例12号	《刑事审判参考》案例第727号
裁判要旨	民间纠纷引发的故意杀人案件如被告人家属主动协助抓捕并积极赔偿的，可以判处死刑缓期执行，并限制减刑	
基本案情	李飞与被害人徐某系恋人关系，双方因李飞工作问题发生争执，后李飞持铁锤在室内多次击打徐某及其表妹并至徐某死亡后李飞逃离犯罪现场	
从轻理由	被告人犯罪手段残忍且系累犯，论罪应判处死刑，但其母梁某知其下落后协助警方将李飞抓获，并代为赔偿死者亲属4万元	李母梁某不仅协助抓捕，还在每月只有200多元低保，经济十分拮据的情况下向亲友筹措4万余元用于补偿被害人亲属，虽未达到被害方要求，但也体现了较大悔罪诚意

^① 参见秦宗文：《刑事案例指导实证研究》，载《法制与社会发展》2015年第4期。



3. 刑事类参考性案例展示裁判思维过程。刑事审判参考案例在体例上主要包括“裁判要旨”“基本案情”“主要问题”“裁判理由”四大部分。与刑事指导性案例相比，一方面，刑事类参考性案例在结构上设有“主要问题”部分，简明扼要地对案例的争议焦点进行抽象概括，阐明该案例的指导意义之所在，方便法官快速判断其对待决案例是否具有参考价值；另一方面，与指导性案例将裁判文书中裁判理由直接复制不同，该类案例中“裁判理由”是对“主要问题”所作出的回应，更加强调说理过程的展示，如果对“主要问题”存在不同观点，“裁判理由”也会对此予以列举并具体阐述对分歧观点进行取舍的具体理由，清晰表达裁判思维过程。可以看出，指导性案例属于“结果导向”，刑事类参考性案例属于“过程导向”。“过程导向”不但更具说服力也能够让法官更充分了解在审理该案件时应关注的重点和考虑的各项因素。

三、刑事类参考性案例个案指引的隐忧

通过司法文书的援引可以看出刑事类参考性案例对于统一一个案裁判尺度，引导司法人员准确把握立法精神的重要意义，但同时也反映出类参考性案例个案指引的隐忧所在。

(一) 刑事类参考性案例与刑事指导性案例的混淆与误用

由于《刑事审判参考》所发布的案例均冠以“指导案例”称谓，常常导致司法工作者将这一类型案例与刑事指导性案例混淆，“真”“假”指导性案例的混杂，无疑影响指导性案例的权威性并导致其强制指导功能的虚化。曾有法官对某中级人民法院 10 名刑事法官就刑事指导性案例的隐性适用进行问卷调查，结果显示有 1 名法官认为《刑事审判参考》指导案例效力虽不及指导性案例但实用性更强，应当优先适用。另有 6 名法官认为两者效力相当，可视情况选择适用。通过进一步交流还发现多数法官将《刑事审判参考》指导案例误认为指导性案例，未将二者效力进行区分。^①这一结果也能够从司法文书的援引中得到印证，有文书直接将《刑事审判参考》指导案例当做指导性案例适用，还有文书认为《刑事审判参考》指导案例具有强指引效力，这种现象在法院和检察院的文书中均能够发现（见表 5）。

^① 参见林志雄、张佳佳：《正本清源：刑事指导性案例功能实现之三维路径》，载胡云腾主编：《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究——全国法院第 30 届学术讨论会获奖论文集》（上），人民法院出版社 2019 年版，第 315 页。

表 5 司法文书中对刑事类参考性案例的误用典型

案号	引用案例	文书表述	误用特征
刑事裁判文书			
(2018)川 1302 刑初 37 号	第 381 号董某卫盗窃、收购赃物罪案	例如最高人民法院公布的刑事指导案例第 381 号，该案裁判要旨……	将类参考性案例误认为指导性案例
(2014)未刑二初字第 63 号	第 709 号吴江挪用公款罪案	参考最高院第 709 号指导案例，被告人不能认定为自首	将类参考性案例误认为指导性案例
(2020)赣 0735 刑初 53 号	第 804 号萧俊伟开设赌场罪案	本院认为该指导案例……与本案具有相似性，应当参照指导案例处理	认为类参考性案例具有强指引效力
(2019)辽 04 刑终 170 号	第 1027 号沈青鼠等盗窃罪案	最高人民法院指导性案例 1027 号，倾向性的意见也是……	将类参考性案例误认为指导性案例
(2017)鲁 0902 刑初 182 号	未明确	本院认为，参照相关刑事审判指导案例，能够确认……	认为类参考性案例具有强指引效力
检察文书			
台检公诉刑不诉(2019)8号	第 351 号梁某贩卖淫秽物品牟利罪案	本院认为……应当参照《刑事审判参考》指导案例 351 号……对杨某某不起诉	认为类参考性案例具有强指引效力
潍寒检公诉刑抗(2019)1号	第 354 号王春明盗窃罪案	……最高人民法院发布的指导性案例(《刑事审判参考》354 号案例)认为……	将类参考性案例误认为指导性案例
穗南检公诉刑抗(2017)6号	第 484 号虞秀强职务侵占罪案	刑事审判参考案例 484 号明确……因此，法院判决作出明显悖于指导性案例的裁判于法无据	认为类参考性案例具有强指引效力

(二) 旧案例与新规则相冲突

《刑事审判参考》自发行以来已历经二十余年。期间，《刑法》《刑事诉讼法》均经历过数次较大修改，再加上多个司法解释的出台，法律法规的变化必然导致部分案例裁判精神与现行法律产生冲突。同时，类参考性案例自身又缺乏清理机制，这就使得部分失去参考价值的案例仍然在实践中显性或隐性地指导司法人员办理案件，可能将司法人员适用法律带入误区。

例如，《刑事审判参考》第 1054 号案例对组织卖淫罪“情节严重”情形作出了具体解释，认为累计卖淫人数超过 15 人认定“情节严重”较为适宜，而“两高”发布的《关于办理组织、强迫、引诱、容留、介绍卖淫刑事案件适用法律若干问题的解释》（法释〔2017〕13 号）第 2 条规定，累计卖淫人员达 10 人以上的即应认定为“情节严重”。又如，《刑事审判参考》第 441 号案例谷贵成抢劫罪案与第 687 号案例杨飞飞抢劫罪案均认为关于转化型抢劫罪存在未遂状态，但最高人民法院发布的《关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的解释》（法发〔2016〕2 号）已明确转化型抢劫仅存在既遂与“不认为是犯罪”两种结果。

(三) 案例在文书中直接援引受到限制

与实践中积极推动指导性案例的显性适用趋势不同，其他具有指导作用的案例在裁判文书中直接援引均受到限制。例如，最高人民法院发布的《关于高级人民法院制



定审判业务文件编发参考性案例工作的通知》(法发〔2020〕311号)就明确规定高级人民法院参考性案例不得在裁判文书中援引作为裁判依据。对于类参考性案例的援引,通常认为,尽管法官在审判案件时可以参照乃至直接借用,但在制作裁判文书时,既不得作为裁判的依据援引,也不能够作为说理的依据引用,即便是当事人主动要求参照某个具有指导作用的案例,法院对于其采纳情况也不得在裁判文书中明示。^①换言之,对于刑事类参考性案例只能采取隐性适用的方式,如在裁判文书中予以明示援引则属于“不规范行为”。仅能借助于隐性适用无疑将削减刑事类参考性案例对个案裁判的指引功能,同时隐性适用案例本身也使得法官明明参照了相关案例,却佯称裁决只是法律适用的当然结果与案例无关,这样遮蔽的方式省略了案例适用的复杂论证过程,无疑使通过案例指导统一裁判尺度和实现形式正义的预期落空,也在一定程度上违背了诚信裁判的基本要求。^②

四、刑事类参考性案例司法指引功能完善路径

刑事类参考性案例在个案指引过程中所遇桎梏反映出想要充分发挥其应有价值,一方面,需要厘清刑事类参考性案例与刑事指导性案例之间关系,保持二者之间的良性互动;另一方面,也应探索刑事类参考性案例的司法应用方式以及过期案例的清理退出机制等。

(一) 刑事类参考性案例向指导性案例转化的路径构想

为打破目前刑事指导性案例供给与需求失衡的局面,可以挑选一部分价值被充分讨论、认识的类参考性案例,将其上升为指导性案例,形成从“具有指导作用的案例”到“指导性案例”的良性互动机制。

1. 转化具备现实条件。除上文提到的《刑事审判参考》指导案例第727号李飞故意杀人罪案外,第759号王召成等非法买卖储存非法物质罪案也具有刑事类参考性案例和刑事指导性案例的双重属性。这也从侧面证明两者筛选案例方面具有相似的实质要求:其一,均要求为已生效案例;其二,均要求案例在适用法律与解释法律上精准、充分且具有良好社会效果;其三,均要求具备典型性和指导意义,即法律规定缺失或抽象、社会关注度高、新类型或疑难复杂案件。

2. 适当简化遴选程序。普通案件如想上升为指导性案例,程序十分冗杂,必须经过推荐程序、编审程序、征求意见程序和最高人民法院审委会讨论等四大程序,^③大部分案

例在推荐与编审环节即被拒之门外。相较于普通案例,刑事类参考性案例本身已经过最高人民法院刑事审判部门层层筛选,在一定程度上保证了案例法律适用和指导方向的准确性,另外案例也经由最高人民法院刑事审判庭法官编审或专业法官讨论,故在刑事类参考性案例向指导性案例转化的过程中,可以适当省略或简化推荐与编审程序。

3. 成熟的“释法型”案例优先转化。其一,案例的类型选择。应优先转化亟需以指导性案例澄清、纠正、明确或解释的特定类型案件,同时可借助于刑事类参考性案例时效性强的优势,将与同时期立法进程相适应的类参考性案件上升为指导性案例。例如,《刑事审判参考》指导案例第1399号赵强受贿罪案明确了新类型受贿形式及数额的认定标准以及认罪认罚专题系列案件,可以优先吸收为指导性案例,同时尽量减少政策宣导型与规则重申型案例的转化。其二,案例的质量标准。为保证指导性案例整体质量,被转化的案例必须满足案例指导制度的共性质量要求,不仅案例的指导价值已经充分讨论和肯定,且案例的裁判观点必须能够代表最高司法机关对该类案件成熟、统一的认识。^①被转化案例必须符合以下两个条件:一是不与现有刑事法律、法规、司法解释以及司法见解性文件(如最高人民法院办案指导意见、个案批复等)相冲突;二是不与最高人民法院今后可能制定的刑事规范性文件相冲突,即在转化时已经过审慎审查,确认正确且不会轻易被后来司法解释、指导意见等否定。

4. 发挥对刑事指导性案例的反哺作用。将来在刑事指导性案例的编写体例上可借鉴类参考性案例,对于重要的案件细节不应进行简约化处理,同样,对于实践中仍存在争议的法律适用问题,指导性案例在统一裁判尺度时亦应当将相反观点罗列并说明否定理由,以使司法人员能够更准确、深刻领会案例裁判精神。另外,还可以仿照类参考性案例将案例所要表达的“主要问题”予以明示,既可以单独设置“主要问题”部分,也可以在“裁判要旨”中将主要问题抛出,将其格式调整为“指导性内容分类—具体问题—案中的体现”,如“针对刑事证据运用规则中—DNA鉴定意见审查判断问题—在本案中……”。

(二) 案例称谓与定位及援引方式的协调统一

1. 从“指导案例”回归“参考案例”。在最高人民法院实行案例指导制度之前,“指导案例”“指导性案例”的称谓并未特定化,故《刑事审判参考》在1999年初次发布案例时即采用“指导案例”称谓,这一传统一直延续至今。^②这种称谓上的连贯性无疑在一定程度上让《刑事审判参考》指导案例成为“老字号”,有利于其不断累积扩充影响力,但其负面影响也可见一斑,如上文所述,称谓上的相近导致司法实践中不少法官、检察官将《刑事审判参考》指导案例与最高人民法院指导性案例混同。为此,应当改变目前

^① 参见刘静坤:《裁判文书上网与普通案例的参考功能——以刑事案件为立足点的分析》,载《法律适用》2014年第6期。

^② 参见孙海波:《指导性案例的隐性适用及其矫正》,载《环球法律评论》2018年第2期。

^③ 参见胡云腾、吴光霞:《指导性案例的体例与编写》,载《人民法院报》2012年4月11日,第8版。

^① 参见孙光宁:《热点案件遴选为指导性案例的意义与运作》,载《湖北社会科学》2020年第4期。

^② 参见石磊:《人民法院司法案例体系与类型》,载《法律适用》2018年第8期。



的“指导案例”称谓,转而回归其参考功能的本质,以“参考案例”或“刑事审判参考案例”的名义对外发布,同时为保持案例的传承性和连续性,可继续保留现有案例的编号。

2. 在裁判文书附录中披露案例参考情况。目前,司法实践中的做法可以为破解刑事类参考性案例在援用方式上进退两难的境地提供思路。例如,有检察文书没有在文书正文部分将刑事类参考性案例作为说理依据,而是在文书的附录中对所参考的案例予以提及。^①在法院裁判文书中同样可以采取这一援用方式,目前在裁判文书正文后添加附录法条解释案件法律适用情况已属于常见做法,同时附录部分并不属于裁判文书的正文。因此,在附录中披露参考案例情况,一方面不与限制非指导性案例在正文中引用的司法政策冲突,另一方面也能够让控辩双方了解法官法律适用的全景,避免隐性适用的弊端。另外,在附录中列明案例时应区别于法律和司法解释,明确表明案例适用属于“参考性”,同时考虑文书的总体篇幅可以仅保留《刑事审判参考》案例编号及该案例的“主要问题”和与之对应的“裁判理由”。

(三) 构建刑事类参考性案例退出机制

1. 确定退出机制决策主体。由于《刑事审判参考》案例在实践中的广泛影响力,大量案件的裁判结果是基于隐性参考该类型案件而产生,从维护裁判既判力的角度而言,刑事类参考性案例的清理与废止虽有必要但仍应慎之又慎。对于待清理案例的发现与提出,既可以由最高人民法院刑事审判部门定期主动筛查,也可以由下级法院、检察机关、专家学者、律师群体在司法实践中发现后向最高人民法院刑事审判部门反映。但对于待清理案例是否应当退出,最终只能由发布该案例的最高人民法院刑事审判部门在经过充分论证后进行决策。

2. 明确案例清理退出条件。针对清理条件可以参考《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》第19条指导性案例的失效情形。具体而言,满足以下任一条件可视为清理条件已成就:其一,类参考性案例作出的成文法依据丧失,继续存在已无正当理由;其二,类参考性案例与新的成文规则冲突,其裁判观点已被新的权威观点取代;其三,旧案例所蕴含裁判观点被新发布案例观点所取代,已无存在必要;其四,类参考性案例疏漏重要事实,致使法律适用出现严重错误。

3. 确立案例清理退出程序。对于刑事类参考性案例的清理应设立一套专门程序规则,大体包含以下内容:第一,由最高人民法院刑事审判部门每年度成立专门审查小组进行一次例行检查,并确定待清理案件;第二,下级法院、检察机关、专家学者、律师、人大代表、政协委员及其他社会各界人士认为类参考性案例符合清理条件的均可以向最高人民法院刑事审判部门提出,同时提供书面的废止理由;第三,最高人民法院对

口刑事审判部门召开法官会议或跨部门召开法官会议讨论研究是否废止自查或外界提出的待清理案例;第四,对于确定清理的案例,应在近期《刑事审判参考》《人民法院报》以及最高人民法院网站上公布。

(四) 刑事类参考性案例辅助机制建设

1. 案例发布平台建设。目前,刑事类参考性案例的发布渠道非常单一,《刑事审判参考》是唯一的发布平台,因此对于案例的查找只能通过查询纸质版的书籍,加之案例总体数量庞大造成案例的查询十分不便。为便于公开检索,应建立专门数据库,并配置多路径查询功能,同时为确保案例信息的完整性,还应将数据库与目前的裁判文书公开系统对接。

2. 奖励激励机制建设。为保障案例的质量,调动一线刑事法官发现、编报案例的积极性,拓展案例资源,对于编写质量高、典型价值大的人选案例作者可逐级给予精神和物质奖励,同时优先将案例推荐、转化为指导性案例。

3. 法、检会商机制建设。如上文所述,司法实践中检察机关在办理刑事案件时也十分重视参考刑事类参考性案例,为保证刑事法律规范在案例解释上的确定性和适用的统一性,对于拟在《刑事审判参考》上发布的案例,应在发布前向最高人民检察院的对口部门征求意见,如其对案例的裁判观点有不同意见的,可在案例的“裁判理由”部分予以列举并回应。

结 语

《刑事审判参考》所发布的指导案例作为最具有典型性的类参考性案例,对于刑事审判的参考价值举足轻重,因而成为法官、检察官办案决策的重要依据,影响力不亚于刑事指导性案例。为更好发挥《刑事审判参考》指导案例的指引功能,不仅需要梳理《刑事审判参考》指导案例与指导性案例之间的关系,打破目前刑事指导性案例供给与需求失衡的局面,挑选一部分被充分讨论、认识的类参考性案例,将其上升为指导性案例,形成从“具有指导作用的案例”到“指导性案例”的良性互动机制,探索优秀审判参考案例向指导性案例转化的路径。另外,应为《刑事审判参考》指导案例正名,以“参考案例”或“刑事审判参考案例”的名义对外发布,同时为保持案例的传承性和连续性,应明确《刑事审判参考》案例的参考方式,并建立起案例的合理退出机制并完善相关配套措施,以完善刑事案例指导参照体系。

(责任编辑:杨 军)

^① 参见重庆市璧山区人民检察院渝璧检刑不诉(2020)7号不起诉决定书。



民事审判中涉嫌犯罪案件的处理研究

朱 珠 郭郑超*

内容摘要：司法实践中，由于受到先刑观念、诉讼效率、法律适用、取证手段以及部门间沟通等因素的影响，在刑民交叉案件的处理中存在不予审查而径行驳回起诉、中止审理与驳回起诉争论不止、司法移送后不了了之等现象，对当事人的合法权益及司法裁判的稳定性造成了不良影响。民事审判中对涉嫌犯罪案件的处理，应在法秩序统一框架下，结合法益保护，运用体系解释，在考量各部门法的目的后对案件事实进行综合判断。理念上需重构解释方法，扩大法律适用范围，树立刑民并重思维。刑事诉讼启动前民事诉讼已终结的，分别审理；刑事案件受案在前且已审结的不予受理，已经受理的驳回起诉；刑事案件与民事案件均已受案且均未审结的，根据是否满足相关要件事实以及是否存在“以另案处理结果为依据”情形，决定处理方式。

关键词：涉嫌犯罪；民事诉讼；刑民交叉

一、问题与缘起

在民事审判中，处理当事人的某些行为可能构成犯罪的行为，对法官而言通常颇具挑战。随着经济社会进步，人与人往来频繁且民事关系日益复杂化，我国法律对此提供了一般性的判断指引。尽管如此，遇到疑似犯罪情形时，由于缺少具体的法律法规作为依据及可参考的前案，某些案件在裁判标准上出现分歧，引发了不小的争议。

（一）刑民交叉案件处理中存在的问题

所谓刑民交叉案件，又称为刑民交织、刑民互涉案件，是指既涉及刑事法律关系，又涉及民事法律关系，且相互之间存在交叉、牵连、影响的案件。^①刑民交叉案件具

* 朱珠，北京师范大学法学院刑法学硕士研究生；郭郑超，山东省汶上县人民法院法官助理。
基金项目：本文系山东法官培训学院2023年研究课题“民事诉讼中当事人陈述的类型化分析”（课题批准号：(2023)Y13）的阶段成果。
① 参见何帆：《刑民交叉案件审理的基本思路》，中国法制出版社2007年版，第25页。

有法律问题的复杂性、法律责任性质的差异性、法律程序的协调性以及法律责任的关联性等特点。司法实践中对刑民交叉案件的处理存在以下问题：

1. 不予审查径行驳回起诉：当事人诉权被忽视

实践中，有些法院不审查民刑交叉案件的具体案情而径行以案件涉及刑事犯罪为由裁定驳回原告起诉。例如，在贾某诉段某等知识产权合同纠纷案中，一审法院与二审法院均以巴林左旗公安局向一审法院发函表示案件相关当事人涉嫌诈骗为依据认定案件涉嫌犯罪，驳回了原告及反诉原告的起诉，将案件移送至公安机关处理。最高人民法院再审认为该案系履行合同产生的争议，应当由人民法院继续审理。^①又如吉林舒兰农商行诉济南农商行合同纠纷案，一审法院以济南市公安局函告称刘某某通过伪造济南农商行公章及相关资料的方式骗取舒兰农商行贷款的事实涉嫌刑事犯罪为依据，裁定驳回原告舒兰农商行的起诉。最高人民法院二审认为，该案中舒兰农商行与济南农商行之间的民事纠纷与刘某某、李某某等涉嫌犯罪的行为不属于同一法律关系，民事纠纷与刑事案件应分别处理。^②上述案例中的一、二审法院均是相关公安机关给其发函后，在没有详尽审查案件事实的前提下，径行裁定驳回原告起诉并将案件移送至公安机关。这在一定程度上造成了当事人诉权被忽视的结果。

2. 中止审理与驳回起诉的争议：影响裁判的稳定性

在民刑交叉案件处理方式上，存在驳回起诉说与中止审理说。两种处理方式的具体适用情形不明确。因法官个人的理解不同，实践中经常出现民刑交叉案件适用中止审理还是驳回起诉的争议，进而影响裁判的稳定性。例如，在沈阳市东陵区高官台地区农工商联合总公司诉沈阳市高官不锈钢交易中心等租赁合同纠纷案中，一审法院认为被告赵某某涉嫌刑事案件的处理结果可能影响到此案基本事实的认定，故本案应驳回高官台联合总公司的起诉，待该刑事案件审结后，高官台联合总公司可再行处理。据此，一审裁定驳回高官台联合总公司的起诉。如果严格依据《民事诉讼法》有关规定，此时应当裁定中止审理，待被告赵某某涉嫌的刑事案件的处理结果作出后恢复对该案的审理，而一审法院却裁定驳回原告高官台公司的起诉。二审法院裁定驳回上诉，维持原裁定。最高人民法院再审认为，高官台联合总公司的诉讼权利及保全利益应得到保护，其诉讼请求中与刑事案件未交叉的部分，应纳入民事受案范围进行实体审理，原一、二审法院适用《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第11条规定驳回高官台联合总公司的起诉，属适用法律错误，故依法予以纠正。^③

① 参见贾某诉段某等知识产权合同纠纷案，最高人民法院（2020）最高法民再346号民事裁定书。
② 参见吉林舒兰农村商业银行股份有限公司诉济南农村商业银行股份有限公司合同纠纷案，最高人民法院（2020）最高法民终733号民事裁定书。
③ 参见沈阳市东陵区高官台地区农工商联合总公司诉沈阳市高官不锈钢交易中心等租赁合同纠纷案，最高人民法院（2021）最高法民再360号民事裁定书。



3. 司法移送后不了了之：当事人权利救济缺失

虽然法院在受理民事案件后对某一法律事实是否涉嫌犯罪作出了判断并移送侦查机关处理，但侦查机关经侦查发现没有犯罪事实，作出不予立案的决定后事情便没了下文，使得当事人救济无门。例如，在吴某某诉济宁某置业有限公司与济宁某资产管理有限公司商品房销售合同纠纷案中，一审法院经审理查明被告济宁某置业公司在未取得涉案房屋所在楼的土地证的情况下，与众多买房人签订《入会协议书》的行为涉嫌犯罪，遂以被告山东某房地产开发公司涉嫌无权销售涉案房屋构成诈骗为由裁定驳回原告的起诉，将案件移送至公安机关处理。^①随后公安机关经过初查，作出了不予立案的决定并向人民法院回函。上述案件所反映出的问题在司法实践中时常发生，常因此种“扯皮”引发当事人不满，有的甚至引发信访问题。

(二) 问题之缘起

1. 先刑观念及片面提高诉讼效率的影响

与先刑后民规则不同，先刑观念实际上是一种刑事实体法思维观念，^②而先刑后民规则实际上是一个诉讼过程中的程序性原则，但两者本质上并无二致，都强调在涉嫌犯罪问题上优先考虑刑事追究。这种观念的延续导致法官在对待涉嫌犯罪的案件时会过于草率地作出移送裁定，使得当事人的民事权利得不到及时救济。这种情况下，当事人的合法权益不仅未能得到有效保护，反而造成了司法资源的浪费，最终不利于诉讼效率的提升。然而，实践中片面追求诉讼效率导致民事案件过分延迟的情况屡见不鲜，一些法院为了缩短自身平均办案天数，对本应中止审理的案件不作中止审理的裁定，而是直接驳回原告的起诉，损害了原告的程序性权利。

这种先刑偏向的观念以及相应的行为，忽视了当事人的民事权益和程序性权利的保护。司法机关应当充分认识到先刑观念的局限性，并在实践中平衡刑事和民事的关系，确保当事人的合法权益得到充分保护。同时，应加强司法资源的合理配置和案件管理，在提高诉讼效率的同时，确保程序公正和当事人权益的平衡。这需要法官具备全面的法律素养和专业判断力，以便在处理案件时能够综合考虑各种因素，作出公正而合理的裁决。

2. 相关法律在适用范围上过于狭窄

司法实践中遇到的案情种类复杂，而相关法律依据存在不足，仅在《民事诉讼法》《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》（以下简称《规定》）以及《全国法院民商事审判工作会议纪要》（法发〔2019〕254号文，以下简称《九民纪要》）中对刑民交叉案件进行了概括性表述。《规定》虽在2020年

12月23日进行了修改，但大体上仍延续了法释〔1998〕7号中的具体条文。随着经济社会不断发展，其中的局限逐渐显露。至于对《规定》的理解，其虽对关于不同的或同一法律事实引起的民事责任问题及诉讼程序问题进行了适用上的说明，但并未指出具体何种情形应适用什么样的处理方式。同时《规定》中也存在一些需要采取解释方法予以细化的问题。

3. 民事诉讼取证手段的缺乏及部门间的沟通不畅

首先，刑事诉讼中，可以采用包括讯问犯罪嫌疑人、询问证人、勘验、检查等多种措施搜集证据、认定案件事实，而在民事诉讼中一般通过询问各方当事人、审查各方当事人提供的证据以及人民法院依申请或依职权调查取证认定案件事实，调查手段较为缺乏。其次，根据民事诉讼“谁主张谁举证”的举证原则，证明涉嫌犯罪的举证责任天然分配到了受害方，而让受害方举证证明犯罪事实存在较大困难，受害方往往无法举出充分的证据，造成移送程序的启动困难。最后，因调查手段的相对缺乏，司法实践中也出现了一审法院裁定驳回起诉，将案件移送公安机关后，一方当事人不服裁定上诉，二审法院以涉嫌犯罪证据不足为由撤销一审裁定，指令一审法院重新审理案件的情况。此时，更加剧了基层法院在民事审理中遇到可能涉嫌犯罪问题上的认定标准的混乱以及移送程序更加难以启动的问题。

二、对涉嫌犯罪案件司法处理的学理思辨

针对我国司法实践中由来已久的先刑后民观念，学界对其在刑民交叉案件中的适用进行了批评和反思。大多数学者立足法秩序统一的角度，认为先刑后民不应当作为刑民交叉案件的裁判原则。

(一) 解决部门法间冲突的理论流派之分野

“所谓法秩序的统一性，是指由宪法、刑法、民法等多个法领域构成的法秩序之间互不矛盾，更为准确地说，在这些个别的法领域之间不应作出相互矛盾、冲突的解释。比如，在某一法领域中被认为是合法的行为，在其他的法领域就不能认定为违法而加以禁止，或者不可能出现与之相反的事态。”^①法秩序统一视域下，秩序的内在要求应当是统一的，在各部门法调整的社会关系中，对于某一法律事实涉及多个部门法认定问题上，各部门法应当持统一的评价。然而，如此逻辑自洽的法律原理，在现实中却也存在捉襟见肘的场域。

学界对刑民交叉中涉及刑事的评价有违法一元论与违法相对性论这两种观点。严

^① 参见吴某某诉济宁某置业有限公司与济宁某资产管理公司商品房销售合同纠纷案，山东省汶上县人民法院（2020）鲁0830民初5358号民事裁定书。

^② 参见杨兴培：《刑民交叉案件中“先刑观念”的反思与批评》，载《法治研究》2014年第9期。

^① 王骏：《违法性判断必须一元吗？——以刑民实体关系为视角》，载《法学家》2013年第5期。



格的违法一元论主张“在某一法领域违法的行为，在其他法领域不能被认为是合法的；反之，某个法领域合法的行为，在别的法领域不能作为违法行为看待”^①。即严格遵循法秩序统一，刑法领域评价某一行为为违法的，民法、行政法等领域均应评价该行为为违法；反之，若刑法领域评价某一行为合法，则民法、行政法等领域均应评价该行为合法。从严格的违法一元论来看，其太过于注重法的秩序统一而忽视了各部门法在其各自所调整领域内的作用。

对此，有学者进行了折中，提出了缓和的违法一元论，他们主张刑法中的违法具有独特性，要具备特定的“量”的违法。^②意即如果民法、行政法等领域认定合法的行为，刑法也认定其为合法的行为，但因刑法的特殊性，行为的违法性需要“量”的要求。也就是若民法、行政法等领域认定违法的行为，刑法不一定将该行为认定为违法行为。

违法相对性论则主张“承认法秩序的多义性，将违法性在民法、行政法、刑法等领域相对或多义地把握”^③。即不同领域的法律对于某一行为性质的评价是相互独立的。根据这一理论，民法、行政法、刑法等各个领域的法律只需要按照各自领域内的评价标准来评判该行为的合法性或违法性。比如，同一个行为可能在民法领域被视为合法行为，在行政法领域被视为违法行为，在刑法领域被视为犯罪行为。根据违法相对性论，这些评价是相互独立的，各个领域的法律只需根据各自的规定和标准来评判该行为的合法性或违法性。这种观点认为，不同领域的法律有各自的目的和特点，对于同一行为的评价也会有所不同。违法相对性论的主张是为了避免将不同领域的法律混淆在一起，保持各个领域法律的独立性和专业性。然而，需要注意的是，尽管违法相对性论主张各部门法对某一行为性质的评价是相互独立的，但在实际应用中，不同领域的法律之间可能存在交叉和重叠的情况。因此，在具体案件中，法院或相关机关可能需要综合考虑各个领域的法律规定和评价标准，以便作出全面合理的判断。

（二）合目的视野下先刑后民原则之提倡

目前，在民法与刑法就某一行为的性质认定问题上，学界对适用缓和的违法一元论与适用违法相对性论仍存在不小争议，二者均是建构于法秩序统一的基础之上，均对原有论断进行了一定程度的改良与缓和，但二者的冲突与对立形式仍较为严峻。与理论界的冲突和对立截然相反的是，司法实务中，对某一行为的性质进行认定之过程中存有不同部门法间的竞合或冲突情况下应当秉承何种态度这一问题的处理上，基本原则逐渐趋向统一，即以违法相对性论作为处理刑民交叉案件的基本原则。其原因不难总结。以各级人民法院为例，除部分法院内设少年审判法庭集中统一审理涉未成年人的刑事、民事、

行政案件外，各级法院均采用单一审理制的法庭分工模式，即刑事审判庭的法官只审理刑事案件并兼审刑事附带民事诉讼案件，民事审判庭的法官只审理民事案件和部分民事诉讼特别程序案件。从法官个体角度，其在审理案件时所运用的部门法是单一的，久之对于整体法律保护原则的理解和适用将逐渐趋近于其所运用该类部门法对于法律保护的基本原则。表现在对某一行为进行性质评价时，刑事专职法官将更多地以刑罚打击的视角得出评价结果，而民事专职法官将更多地以权利保护的视角得出评价结果，这种依照各自部门法得出相对独立评价结果的情况，正契合违法相对性论的观点。如果要以全面的视角对某一行为的性质得出评价结果时，其冲突就难以避免。

从实务出发，本文认为，在尊崇“各部门法之间只有所调整对象、法目的等不同，各部门法间并非存在必然的上下位关系”这一基本观点的前提下，要正确的弥合这类冲突，就应跳脱出原有定式，在法秩序统一的框架下，结合对法益的保护，运用体系解释的方法认定行为性质，并考量各部门法调整的对象、目的及权利保护实现方式等对案件事实进行综合判断。比如，在刑法与民法之间存有冲突的场域，首先分析刑法与民法各自的目的。刑法的目的在于惩罚犯罪和预防犯罪，保护法益为一切合法利益，着重在于国家、集体和公民合法权益；民法的目的在于保护私权利主体的人身权利和财产权利，保护法益为个人私权利，从二者各自目的而言，并不存有冲突。其次，在权利保护实现方式上，刑法在惩治犯罪的同时能够有效发挥预防犯罪的作用，同时根据刑事诉讼的退赃手段仍然可以使私权利主体的合法权益得到救济。民法通过民事赔偿等方式，同时给不守约方设定与其行为过错相当的违约责任追究机制以达到维护私权利主体的合法权益的目的。最后，在保障机制上，刑法依靠国家强制力实施；民法主要依靠私权利主体的调查取证实现。以此对刑法和民法之间的比较能够表明，从保障国家利益、社会公共利益和公民个人私权利的角度，采刑法优先评价的处理方式更有利于相关主体权益的保护。因此，先刑后民原则仍有其存在的必要性和适用的合理性。

三、对涉嫌犯罪案件的司法处理构想

（一）树立刑民并重思维

所谓刑民并重，指的是刑事法律与民事法律在中国特色社会主义法治体系中的地位应当是平等的，不应刻意拔高某一部门法在调整法律关系中所起的作用。但需要说明的是，在刑民交叉案件中，仍不应完全摒弃先刑后民的做法。契约精神是民法与刑法的共有精髓，契约精神决定了刑法具有补充性和谦抑性。^①这种刑法的补充性和谦

① 吴镛飞：《法秩序统一视域下的刑事违法性判断》，载《法学评论》2019年第3期。

② 参见吴镛飞：《法秩序统一视域下的刑事违法性判断》，载《法学评论》2019年第3期。

③ 吴镛飞：《法秩序统一视域下的刑事违法性判断》，载《法学评论》2019年第3期。

① 参见李兰英：《契约精神与民刑冲突的法律适用——兼评〈保险法〉第54条与〈刑法〉第198条规定之冲突》，载《政法论坛》2006年第6期。



抑性不必然代表需要刻意拔高民法这一部门法在事实认定上的作用，即在对刑民交叉案件的处置上不应“过度民事化”。

1. 表面为刑事适法行为，实质为民事法律关系

在刑法与民法规范的保护目的相一致的场合，刑法应当绝对从属于民法，这是法秩序统一性的当然要求。^① 实践中出现如“北京天价葡萄案”等类似的案件，虽在外表上符合入罪标准，但实质上被害人可以通过民事法律体系中的具体规定向他人主张权利利用以弥补自己损失。对此类没有必要通过刑事评价解决的案件，法院应尽量在民事法律体系的框架内通过追究行为人的民事责任来填补当事人的损失。只要存在民事纠纷，就可以阻却财产犯罪，包括某些经济犯罪的成立。^② 在黄某非法吸收公众存款罪案中，黄某是某半导体公司经营者，长期以高额投资收益许诺吸引不特定的公众向其投资，黄某与投资人均签订《投资意向合同》，约定高额利息并将所得资金用于自身公司生产经营。后黄某因公司经营不善导致无法偿还与投资人合同约定的款项，众多投资人将黄某起诉至法院要求黄某依法按期偿还相关款项。非法吸收公众存款罪实质上是类比银行的吸纳存款、对外放贷而获取收益的方式。该案中黄某的行为虽然具备非法吸收公众存款的特征，但其资金去向为自身公司的生产经营，所以，吸收资金的用途是否改变并不足以影响定罪，司法上不能以此为由将合法的募集资金行为认定为非法吸收公众存款罪。^③ 故黄某与投资人签订合同行为本可以通过民事法律评价其民事责任，无需通过刑法进行判断。

2. 民事法律行为被刑事违法行为吸收

先刑后民作为一项程序性原则，不应将其束之高阁。因刑法所保护的法益是一切合法权益，立足于更好地实现预防犯罪这一刑法的目的，基于我国集体思维的考量，若在此观点上仍坚持先民后刑以保护公民私权利为主，则不利于刑法目的的实现与公共利益的保障。但需要明确的是，保护集体利益并不代表不发挥民法对私权利的救济作用。以信用卡诈骗罪为例，一般而言，对于拖欠信用卡账单款项的，银行会进行针对性催收，但如果在民事审理过程中发现行为人存在非法占有目的并恶意透支信用卡，则信用卡诈骗行为已经将民事部分的“透支信用卡但未按期还款”事实吸收，即民事事实实质上已被刑事事实所吸收且具备不可分性，出于优先保护集体利益的考量，法院应驳回原告起诉，将案件移送至侦查机关处理。

3. 刑、民表面交叉但独立可分

我国民事法律体系中存在许多当事人具有多种民事救济途径的法律关系，一般表

现为合同与从合同关系。如借款合同与保证合同、主担保与反担保、侵权中的侵权行为与保险合同关系等。对于一般的民事类纠纷，特别是当债权人向保证人主张权利及侵权人向保险人主张权利情形时，若被告一方没参与刑事犯罪，法院应当适用分别审理原则进行处理。在同时具备一方当事人存在诈骗嫌疑的情况下，当事人之间签订的合同的效力如何认定？在浦发银行乌鲁木齐分行诉新疆中泰公司、新疆七星公司、博湖苇业合同纠纷案中，最高人民法院认为就该案而言，原告要求博湖苇业偿还债务并要求七星建工、中泰公司承担最高额保证责任，此为因保理合同引发的经济纠纷，属于人民法院审理的范围。原告有权请求变更或撤销合同，如不请求变更或撤销，《保理协议书》仍应按有效处理，故即使博湖苇业或其工作人员应承担刑事责任，也不能免除博湖苇业承担还款责任。^① 从该案裁判观点来看，最高人民法院实际上肯定了事实上对合同效力问题应当从民事法律体系的范围内进行认定这一观点。从民法的角度，合同需双方当事人意思表示一致，而虽经诈骗的一方当事人的意思表示被误导，但该意思表示仍为特定情形下（诈骗事由若事实上成立）的真实意思表示，此时该合同因欺诈属于民法中可撤销的合同，并非因诈骗而必然无效。在当事人未提出请求撤销涉案合同的主张时，法院依旧可以独立审查案涉合同的效力并作出裁判。

（二）扩大法律适用范围

面对立法现状中存在的适用范围过于狭窄的问题，在启动法定修改程序前，应在法教义学框架下对我国现有法律法规进行重新审视，采取合理的解释方法扩大法律适用范围，以应对实践中复杂的案情。

1. 行为之间存在“牵连”应采体系解释

从刑法学观点来看，牵连犯属处断的一罪，实质上行为人犯罪的手段行为或结果行为已经构成其他犯罪。例如，实施伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章行为并冒充国家机关工作人员进行欺诈，按照刑法学的观点应当择一重罪处断。然而，刑法学并没有对牵连犯所犯罪行之间的牵连程度和判断标准作出统一分析。在刑法学领域，仍有一些学者持取消牵连犯这一概念的主张。本文认为，《规定》第10条的“牵连”应从民事法律范围内进行认定，即参照民事证明标准中的“高度盖然性”进行综合认定。在阴明与阴才全金融借款合同纠纷案中，最高人民法院认定该案系铁路运贸公司与牛头山公司之间的买卖合同纠纷，与马传忠涉嫌刑事犯罪案件虽有牵连，但并非基于同一法律事实和法律关系，故此案无需移送公安机关处理。又如，当事人实施非法吸收公众存款行为时，常巧立名目与受害人签订投资合同或借款合同，签订投资合同或借

① 参见于改之：《法域冲突的排除：立场、规则与适用》，载《中国法学》2018年第4期。

② 参见陈兴良：《刑民交叉案件的刑法适用》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019年第2期。

③ 参见周光权：《刑法各论》（第三版），中国人民大学出版社2016年版，第259页。

① 参见上海浦东发展银行股份有限公司乌鲁木齐分行诉新疆中泰化学股份有限公司、新疆七星建工集团有限责任公司、新疆博湖苇业股份有限公司合同纠纷案，最高人民法院（2017）最高法民申2536号民事裁定书。



款合同的行为与当事人实施非法吸收公众存款的行为具有高度关联性，此情形下民事案件与刑事案件事实认定应作统一分析。

2.《规定》的适用范围应适当扩大

《规定》规制的对象是经济犯罪，而刑法学意义上的经济犯罪，仅指《刑法》分则第三章破坏社会主义市场经济秩序罪及第五章侵犯财产罪。民事诉讼中涉及犯罪的绝大多数为合同诈骗罪、非法吸收公众存款罪等，实践中也曾出现过涉嫌暴力的犯罪。比如，张某向王某借款现金10万元，张某收到款项后向王某出具了借条，王某与张某聊天时也对张某提到借条一直放在家中抽屉内。张某因无法按期偿还借款，便持刀蒙面到王某家中威胁王某妻子交出借条，对张某的该行为应如何评价？虽张某仅仅取得了王某所保存的借条，看似未取得王某及其妻子的财物，但借条实际系财产性权利，是王某对张某10万元借款的债权凭证，张某的行为应构成抢劫罪。那么诸如此类暴力犯罪能否适用《规定》进行处理？笔者认为，应对特定用词作扩大解释，即含有侵犯财产内容的犯罪行为均可适用《规定》予以处理。抢劫罪虽规定于刑法分则第四章，但抢劫罪实质上同时侵犯了受害人的人身权利与财产权利，故应扩大解释为《规定》第1条中所规定的经济犯罪，在处理民刑交叉案件时可以适用《规定》进行处理。

（三）对涉嫌犯罪的具体认定及处理

因对法律事实进行刑事评价与民事评价的先后顺序的不同会极大影响对涉嫌犯罪案件的评价难度，也会给不同情况下各种案件的处理方式带来差异。在此，根据刑事案件与民事案件受案及审结的先后顺序不同，分为三种情形：

1. 民事案件在刑事案件受案前已审结

若刑事诉讼启动前，民事诉讼已终结，应对案件分别审理。依照我国法律规定，在前民事案件的终结与生效并不能阻却在后刑事案件的立案追责。在此情形下，在前民事诉讼的生效裁判文书不对行为人的刑事评价产生影响。

在张某某诈骗罪案中，张某某系养鸭专业户，其与吴某某签订了《契约养殖批次合同》，约定吴某某为张某某提供鸭苗，张某某向吴某某支付了部分款项。后张某某在鸭尚未成熟时低价出卖并逃匿。后吴某某找到张某某，张某某通过案外人王某某替其部分还款后再次逃匿下落不明。吴某某寻找张某某未果，向人民法院提起诉讼，要求张某某偿还其欠款，法院经审理作出缺席判决，判决张某某偿还吴某某相应欠款。因之前张某某多次采取同样方式骗取他人款项，被公安机关抓获并移送检察机关审查起诉，对张某某诈骗吴某某的行为是否作为犯罪处理，产生了争议。^①该案中，虽然张某某对吴某某应承担的法律责任已经人民法院生效民事判决予以确认，但民事判决

^① 参见高波：《刑民交叉案件：生效民事裁判能否阻止刑事追诉》，载《山东法官培训学院学报》2011年第6期。

结果并不对行为本身刑事价值判断产生影响，民事部分与刑事部分本就相互独立，各自有一套行为认定标准。故人民法院在遇到类似案件时不应过多关注在前民事裁判的结果。

同时，应注意刑事案件退赃退赔的处理。若在前民事案件已生效并经执行程序弥补了当事人的部分或全部损失，则刑事案件退赃退赔亦应遵循填平原则，对民事部分未弥补部分进行退赃退赔。此外，若在后的刑事诉讼结果对在前民事诉讼的结果产生影响，甚至实质上推翻了在前民事诉讼结果，则应依照《民事诉讼法》相关规定，对在前民事诉讼启动审判监督程序予以纠正。

2. 刑事案件在民事案件受案前已审结

若在前刑事案件与在后民事案件存在牵连关系或符合两诉当事人同一、法律事实同一，则受诉人民法院在立案时就应作出不予受理的决定，已经受理的，应裁定驳回起诉。司法实践中此种情况常见于非法吸收公众存款等涉众型经济犯罪中，我国《防范和处置非法集资条例》第25条与《九民纪要》第129条就涉众型经济犯罪与民商事案件的程序处理进行的论述中均作出了具体规定。若涉众型经济犯罪的参与者单独以个人名义提起诉讼，应当通过刑事追赃退赔的方式救济自身权利，对救济后剩余损失部分提起诉讼的，人民法院应当视情况裁定不予受理或驳回起诉。

若在前刑事案件中并未认定在后民事案件的事实，应如何处理？在双峰县华剑公司诉湖南华剑事业公司民间借贷纠纷案中，最高人民法院认为，虽然六宝公司高管田某的行为构成非法吸收公众存款罪，但刑事判决书中并未将涉案7人列入受害人名单，涉案7人的损失也未通过刑事退赔程序受偿，一审法院未驳回起诉合法。^①最高人民法院的上述裁判思路给司法实践提供了参考，当在前刑事案件中并未认定在后民事案件的事实时，出于保护合法权益、弥补损失的目的，法院应对在后民事案件正常立案审理。

3. 刑事案件与民事案件均已受案且均未审结

此种情形在司法实践中占绝大多数，也是对涉嫌犯罪案件认定困难的情形。根据案件事实涉嫌犯罪的程度对民事部分的影响大小，可细分为两种情形。

（1）案件基础法律事实涉嫌犯罪

《九民纪要》第128条、第130条及《规定》第2条至第8条均以列举和归纳方式概括了部分民商事纠纷案件应当分别审理的具体情形。综合以上规定，可以将其总结为判断是否应当对民事案件与刑事案件分别审理的两个审查要件与一个例外情形：

要件一：民商事案件与刑事案件的当事人应当同一。民商事法律规范体系中，以合同的相对性为原则，仅有部分情况下才能突破合同相对性进行处理。在叶嘉评新疆京中公司、何晓燕保证合同纠纷案中，最高人民法院认定该案当事人何晓燕、京中

^① 参见刘庭权等诉双峰县华剑置业有限公司、湖南华剑实业公司等民间借贷纠纷案，最高人民法院（2020）最高法民终633号民事判决书。



公司均不涉及刑事案件,该案的保证合同纠纷与赵新辉涉嫌诈骗案件并非基于同一法律关系,不存在必须移送公安机关处理的问题。^①民事诉讼中,除了必须依职权追加的当事人之外,法院应充分尊重当事人的处分权,若案件当事人本人不涉嫌刑事犯罪,法院应对民事部分继续审理。另外,在南充农商行与吉林舒兰农商行金融借款合同纠纷案中,对是否应当适用先刑后民原则中止审理的问题,最高人民法院基于民事与刑事法律所保护的法益进行了深入阐述。在该案中,最高人民法院认为该案民事纠纷解决的是合同的性质、效力及责任承担问题,而刑事案件解决的是犯罪嫌疑人是否构成犯罪及定罪量刑的问题,民事纠纷与犯罪行为不属于同一法律关系,二者诉讼目的、事实基础及法律依据均不相同,故而认为民事案件与刑事案件应分别处理。^②

要件二:审理民商事纠纷与涉嫌刑事犯罪所依据的案件事实不同。所谓案件事实,是指在民事诉讼中影响案件结果的主要事实。《规定》第10条、《九民纪要》第128条、第130条均提到了对“同一法律事实”的判断问题。以借款合同与保证合同为例,民事法律规范体系中,保证合同系借款合同的从合同,债权人可根据保证合同中约定的保证方式通过多种渠道实现自身债权。此种情形下,若债务人涉嫌犯罪,当债权人起诉保证人要求其承担保证责任时,刑事案件所基于的法律事实为债权人与债务人之间的借款合同关系,而民事案件所基于的法律事实为债权人与保证人之间的保证合同关系,如此即可认定该民事案件与刑事案件所依据的事实不同。

例外情形:《九民纪要》第130条所规定的民商事案件不是必须以相关的刑事案件的审理结果为依据。

当具备要件一、二其中之一时,法院对民商事案件与刑事案件应当分别审理。如若不具备二要件而符合例外情形,亦可以分别审理。在济南铁路煤炭运贸公司诉江苏银行彭城支行买卖合同纠纷案中,最高人民法院认为现有证据足以认定案涉担保书的效力和责任承担等问题,该案不属于《民事诉讼法》第150条规定的依法应当中止审理的情形,原审法院未中止审理并无不当。^③因此,当要件一、二均不具备,也不符合例外情形,则应根据案件具体情况适用驳回起诉移送案件或中止审理,等待另一案件裁判结果。

实践中的难点问题在于表见代理产生的法律效果,《九民纪要》第41条规定了盖章行为的法律效力,综合《规定》第2条至第8条,可以得出结论:不论行为人以何

种方式取得法人公章并以法人名义对外从事民事活动,相对方在民事诉讼中将法人列为被告的,均应分别审理民事部分与刑事部分。对民事部分,则重点审查行为人取得法人公章的合法性与法人是否存在过错,以此来判断法人是否应就相对方的损失承担民事责任。通过民事法律评价,若行为人的行为构成表见代理,则法人应承担偿还借款的责任,偿还后可以向行为人追偿;若行为人的行为不构成表见代理,则法人不承担借款的返还责任,法院可直接判决驳回当事人的诉讼请求。行为人的贷款诈骗行为仅仅影响到行为人自身的刑事责任。以此来看,该类案件的民事部分与刑事部分在上下位关系上属于相互独立的同位关系,故法院对该案件所涉及刑事部分与民事部分应分别审理。

在处理方式上,不予受理与驳回起诉移送移交、中止审理实质上同属于适用“先刑后民”原则下根据同一法律事实引起的刑事诉讼与民事诉讼的各自形成先后顺序不同,依照诉讼法的具体规定所作出的不同处理方式。

其一,不予受理、驳回起诉移送移交是根据案件立案受理的前后不同所引起的两个不同的法律处理方式,即立案前适用不予受理的方式,立案后适用驳回起诉的方式,实质上都是当事人的起诉请求违反了程序性法律规定。当刑事诉讼程序尚未启动时,法院发现应当采取先刑后民原则作出处理的民事案件,且该民事案件的一方当事人应当承担民事责任时,应当裁定不予受理或驳回起诉。另外,若民事案件的当事人没有承担民事责任的可能性的,对应当采取先刑后民原则处理的,也应当裁定不予受理或驳回起诉。

在王某买卖合同纠纷案中,原告王某与他人合伙开办某公司,原告为该公司法定代表人。该公司及原告王某个人未取得《危险化学品经营许可证》及成品油仓储经营批准证书、消防检查合格意见书等专营审批手续。2013年前后,原告王某自建仓储油罐,用汽车运输后灌装在罐中,再以该公司名义进行分销。2014年4月,被告李某经人介绍开始帮原告一起分销柴油,2015年10月至2016年9月,被告在原告处购买柴油后,再行分销至其他客户,其中有多人拖欠被告柴油款合计47.5万元。2017年上半年,原告自行将仓储油库关闭,停止销售至今。后双方因上述拖欠的柴油款偿付问题产生纠纷,原告遂诉至法院要求被告支付所欠油款。^①在该案中,王某及公司销售柴油的行为构成非法经营罪,其非法所得应当予以收缴。虽然多人拖欠柴油款,但柴油款仍为非法所得,在追究王某及公司刑事责任后应当依法通过刑事程序予以收缴,该民事案件中不存在承担民事责任的主体,故法院应当驳回原告起诉。

其二,中止审理的实质是程序上的“倒位”。对什么情形下适用中止审理的问题,重点在于如何判断“以刑事审理的结果为基础”。所谓“以刑事审理的结果为基础”,就是民事诉讼形成的时机发生在刑事诉讼之前,与不予受理与驳回起诉适用情形不同,此

① 参见叶嘉诉新疆京中房地产开发有限责任公司、何晓燕保证合同纠纷案,最高人民法院(2019)最高法民申1934号民事裁定书。

② 参见吉林舒兰农村商业银行股份有限公司诉南充农村商业银行股份有限公司金融借款合同纠纷案,最高人民法院(2020)最高法民申788号民事裁定书。

③ 参见济南铁路煤炭运贸集团有限公司诉江苏银行股份有限公司徐州彭城支行等买卖合同纠纷案,最高人民法院(2018)最高法民申5994号民事裁定书。

① 参见聂婷:《民事案件审理过程中发现刑事犯罪是中止审理还是驳回起诉?》,载中国法院网2019年2月21日, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2019/02/id/3733782.shtml>。

时的刑事诉讼程序已经启动,故而应适用先刑后民原则中止民事诉讼程序。特殊情况下,法院可以依照《民事诉讼法》第 156 条的规定对民事案件中可就分别审理的部分先行判决,与刑事案件存在交叉的部分待刑事案件作出结论后再作出判决。在沈阳市东陵区高官台公司诉沈阳市高官不锈钢交易中心等租赁合同纠纷案中,最高人民法院认为原告的第一项要求解除《土地所有权入股合同》以及第 3 项中要求四被告支付 2016 年至 2020 年 1 月期间欠付土地使用费的诉讼请求与相关刑事案件无交叉,对该无交叉的部分,可以在民事范围内审理后先行判决。^① 该案例为法院处理相关案件提供了新的思路。

(2) 诉讼活动中某一诉讼行为涉嫌犯罪

民事诉讼中就伪造证据、毁灭证据等妨碍民事诉讼行为,《民事诉讼法》第 114 条明确规定了其后果。在《最高人民法院、最高人民检察院关于办理虚假诉讼刑事案件适用法律若干问题的解释》第 7 条中,也规定了民事诉讼活动中伪造证据骗取人民法院裁判文书构成犯罪的,以《刑法》第 280 条、第 307 条的有关规定追究刑事责任。在民事案件中,若当事人伪造证据等行为涉嫌犯罪,该伪造证据等行为实质意义上属于妨碍诉讼的行为,虽对民事案件程序及事实认定有一定影响,但可以通过民事诉讼处理。从这一角度来看,伪造证据等行为必然与待审理的案件事实不同一,故不影响民事案件的继续审理。因此,在法院发现当事人在民事

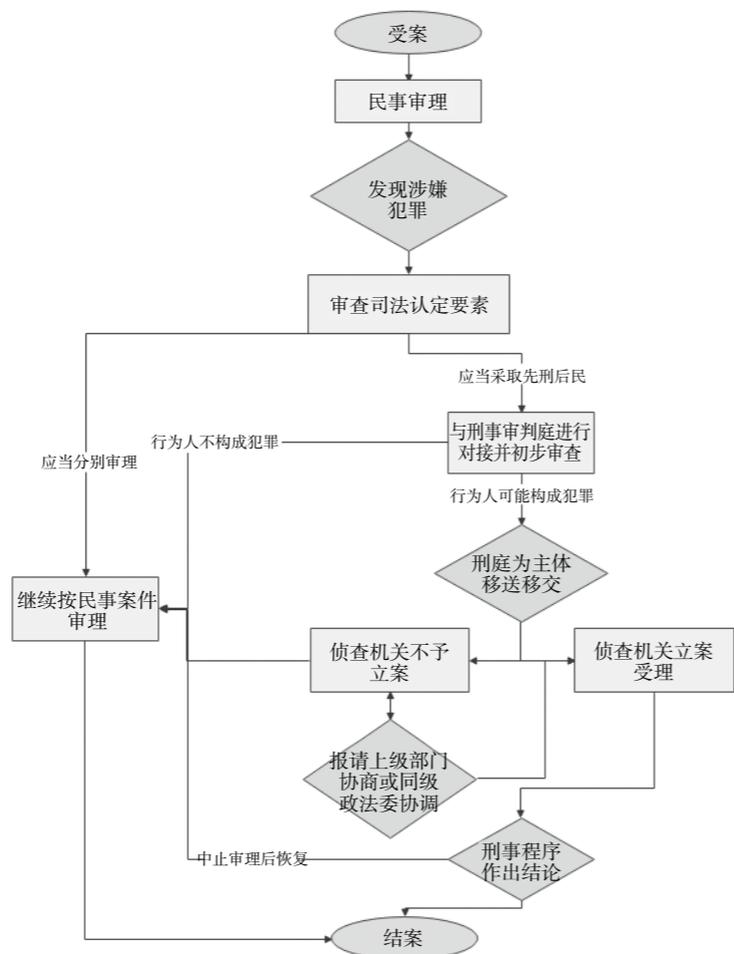


图 1 刑庭预审移送制度

案件过程中实施伪造证据等行为的,应当将案件线索移交侦查机关或检察机关予以处理,原民事案件应待民事诉讼程序排除妨碍后,继续进行审理。

4. 对司法移送案件后侦查机关不予立案情形的处理

综合上文,实践中往往出现法院向有权侦查机关移送案件后侦查机关不予立案的情况。一方面,该问题的发生是民事诉讼缺乏调查手段所导致的。对调查手段的问题,不应通过向民事诉讼“赋权”的方式解决。若赋予民事法官过大的调查权,则民事诉讼与刑事诉讼的界限模糊,更严重的会致使民事诉讼实质上发挥刑事诉讼的效果。司法实践中,有法院重新建构了一套“刑庭预审移送制度”(见图 1),取得了明显的效果,值得借鉴。

刑庭预审移送制度指民事庭室在遇到可能涉嫌犯罪问题上,先行利用民事审理手段对当事人的行为进行初步调查,再将调查结果与本院刑事审判庭进行对接,先通过刑事审判庭初步审查现有案件材料,认为当事人的某一行为有构成犯罪的极大可能性的,以刑事审判庭为主体将当事人犯罪线索向侦查机关或检察机关移送,民事审判庭视要件构成情况判断应采取驳回起诉还是中止审理。同时,建立沟通协调机制,若侦查机关或检察机关认为该行为不构成犯罪的,法院可以与相关部门协商,若协商不成,通过报请上级部门再行协商或报请同级党委政法委员会进行协调解决。该制度能够避免民事庭室承办人因对不同部门法理解不同导致的移送困境,并且能够通过协商方式解决不同机关之间的事实判断争议。

另一方面,如果侦查机关经过初步侦查发现当事人的行为没有涉嫌犯罪或者证据不足的,在接到侦查机关函件或不予立案决定书后,基于诉讼效率的考量以及保障当事人合法权益的角度,法院应当及时就原案重新立案审理。

结 语

民刑交叉案件是司法实践中的一大难点,在处理这类案件时应具体问题具体分析,重点审查《九民纪要》中明确的审理二要件标准及例外情形。同时,要结合民事事实与刑事事实的上下位关系、是否存在吸收关系方面的因素,综合案件具体事实来判断在民事案件审理过程中发现涉嫌犯罪的具体处理方式。在实践中,需避免矫枉过正,既要批判重刑轻民思想以及先刑后民原则,也要避免“一刀切”式的否定。应肯定先刑后民原则在处理保护国家利益、社会公共利益和公民个人私权利竞合情况中的积极作用。在需要优先保护国家、公共利益,需要优先动用公权力评价某一犯罪行为时,应严格贯彻先刑后民原则。

^① 参见沈阳市东陵区高官台地区农工商联合总公司诉沈阳市高官不锈钢交易中心等租赁合同纠纷案,最高人民法院(2021)最高法民再 360 号民事裁定书。

(责任编辑:王文斌)



《山东法官培训学院学报》2023 年总目录

■ 专家论坛

法定犯的刑事违法性判断	/ 王志祥 李明君 1-1
民法典二元差序化法源模式研究	/ 李 可 邓昆鹏 2-1
法律冲突基本问题疏辨	/ 余文唐 3-1
证券行政处罚的三重规范效应	
——基于中国证监会发布典型案例的分析	/ 章志远 陈劲竹 4-1

■ 专栏

◆ 企业合规问题研究	
涉案企业合规改革视域下企业合规师研究	/ 赵 恒 1-22
刑事合规视域下企业出罪化的实践考察及规范进路	
——以“法益可恢复性”为视角	/ 刘静静 1-40
◆ 个人信息的公法保护	
公民个人信息的刑法归类研究	
——基于场景理论的判断标准构建	/ 王雨田 周 明 2-17
民刑衔接下侵犯公民个人信息定罪机制的检视和调适	
——以内嵌个人法益因素为视角	/ 杨 闻 石 魏 3-33
论个人信息侵权纠纷的行政裁决制度建构	/ 沙 洲 2-47
◆ 司法裁判的政治效果、社会效果、法律效果有机统一研究	
热点案件司法回应的边界与程式	
——以全国近二十年话题讨论度超过 1 亿的热点案件为例	/ 江 帆 罗晓楠 3-20
个案司法推动社会治理法治化的可视化路径研究	
——从热点案件审判的社会效果切入	/ 张 剑 3-35
◆ 破产衍生诉讼问题研究	
无法清算破产衍生诉讼案件的裁判思路	/ 张元华 4-17
破产衍生诉讼中的证据规则适用	

——以破产债权确认诉讼为例 / 韩 荣 4-31

◆ 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 5-1
行政强拆诉讼中能动司法的展开维度与边界	/ 邵 波 孟海莲 5-14
◆ 撤除维生干预的理论与实践	
撤除维生干预的法理阐释及其实施	/ 石佳友 李晶晶 6-1
论尊严死亡的法律边界	
——以撤除维生干预为例	/ 李忠鲜 6-16

■ 刑事司法

刑事诉讼阶段性出罪的实践与制度展开	/ 拜荣静 郭未盈 1-160
“幽灵抗辩”司法应对路径探析	
——以 172 个无罪辩护案件为研究对象	/ 陈春英 赵文娟 1-172
行贿罪类型化的建构与实践应用	
——以行贿行为的主动性为变量	/ 负彦强 1-187
有组织犯罪组织的司法认定与涉案财产处置	
——以《反有组织犯罪法》的理解与适用为视角	/ 刘振会 2-61
网约车经营行为合法性问题探析	
——以网约车非法经营行为是否入罪为视角	/ 周维明 尹振国 2-81
上下游关联犯罪中掩隐罪的退赃退赔问题探析	
——以保护被害人合法权益为视角	/ 张晓娟 2-95
刑民正当防卫限度及司法适用问题研究	/ 王 玮 孙 健 3-95
毒品案件适用认罪认罚从宽制度研究	/ 裴晓倩 3-108
刑事二审程序认罪认罚从宽制度适用的失序与规制	
——以中国裁判文书网 120 份裁判文书为分析样本	/ 胡维潇 3-122
高空抛物罪“情节严重”的内涵与边界	/ 唐大利 石艳明 4-44
盗窃行为的教义学重塑：财产性利益盗窃的展开	/ 杨贤耀 4-56
“认罪越早，从宽越多”量刑理念的检视与修正	/ 李文慧 4-72



非法集资犯罪中共犯退赔范围问题探析	/ 蒋海年 宋京红 5-107
刑事“类参考性案例”司法指引功能的辨析与完善 ——基于与刑事指导性案例的比较	/ 杨 涛 左一凡 6-169
民事审判中涉嫌犯罪案件的处理研究	/ 朱 珠 郭郑超 6-182

■民事司法

民法典视域下建设工程合同十大问题研究	/ 王永起 1-61
生态环境司法中的法律责任设置	/ 宋保振 郑曙光 1-90
扼杀式并购的法律规制 ——以风险预防为视角	/ 袁瑞璟 1-104
滥用民事权利的认定与法律后果 ——《民法典总则编解释》第 3 条的司法适用	/ 蒋家棣 2-107
个人破产司法实践法律问题研究 ——基于债务人经济发展权视角	/ 宋嘉俊 刘 晗 2-118
情势变更解除规则的构造与适用	/ 刘 磊 2-133
论机会损失赔偿之确定	/ 刘承魁 孙启隆 3-137
事实认定中“证据之镜”的功能局限与弥合路径 ——基于论证与故事的混合理论	/ 张景溪 3-154
工伤认定纠纷证明责任分配法则的重构 ——以劳动争议纠纷“法律要件分类说”为镜鉴	/ 张祺炜 冯禹源 3-171
论演艺经纪合同纠纷中的违约金酌减规则 ——基于最高人民法院 189 号指导案例展开	/ 朱晓磊 3-185
地名商标与地理标志的冲突及解决	/ 王文洁 赵耀彤 4-86
彩礼返还纠纷的类案裁判规则与法律适用问题研究	/ 薛建明 4-102
论债权让与之债权变动模式	/ 杜梓潇 4-120
添附债权救济规则的实践检视与理论重构	/ 张平华 刘嘉雯 5-121
涉多家医疗机构的医疗损害责任的承担	/ 陈龙业 牛晓煜 5-134
知识产权民事诉讼中的权利滥用问题研究	/ 覃子轩 5-146

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 5-158
论绿色原则对合同解除规则的修正	/ 瞿灵敏 王忱纳 6-85
表见代理的司法认定	/ 孔祥昆 6-98
质量保修责任期间的计算争议及破解 ——以类型化认定质量保修责任为视角	/ 郑思清 6-112
远程医疗侵权责任承担规则的逻辑论证与路径设计 ——以《民法典》侵权责任规范体系为基础	/ 赵忆雪 徐 点 6-125

■行政司法

招商引资类行政协议案件审理规则探析	/ 王海燕 宋海东 4-142
-------------------	-----------------

■司法综合

完善执行审查类案件监督程序的几点思考	/ 冯 波 1-121
国家建构视角下中国法院的功能 ——兼评《当代中国法院的功能研究：理论与实践》	/ 曹永海 陈希国 1-135
审级职能定位改革视野下不当诉讼行为的审视与规制	/ 孙振庆 司涛涛 1-146
证据推理的解释属性	/ 尹洪阳 2-151
司法解释法律效力研究：法源理论、运行困境与完善路径	/ 张志远 2-165
如何推理与说理：案件事实认定的方法及路径新探 ——基于图尔敏模型对三段论的超越	/ 周天娇 2-185
刑事类案检索报告的互动与回应	/ 肖 慧 4-154
指导性案例适用及完善研究 ——基于指导性案例十年适用的实证考察	/ 王 璐 4-170
终结本次执行程序案件退出机制研究	/ 陈沫冰 4-185
类案检索同类案例的拘束力性质证成及规范路径	/ 洪潇潇 5-171
应对突发重大公共卫生事件的法治体系研究	/ 罗伯恒 5-186
以“准确查明事实”反刍规则之治	/ 胡发胜 程 慧 6-139
家事调查员制度的事实调查功能障碍及优化路径	/ 王晓桐 孙 冰 6-154



■社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理研究

- 社会主义核心价值观融入刑事裁判文书说理的检视与优化 / 王 辉 杜伟杰 3-50
社会主义核心价值观融入裁判文书说理的程式结构与养成机制 / 谢新竹 赵凌峰 3-65
社会主义核心价值观融入量刑说理之方法 / 赵艳霞 3-78

■“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 5-31
“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 5-49

■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 5-64
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 5-77
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 5-90

■调查研究

- 关于山东法院金融犯罪司法审判的调研报告 / 山东省高级人民法院刑一庭课题组 6-31
“两卡”类帮助信息网络犯罪活动罪司法厘定及裁判思路
——以济南法院 2020 年—2023 年 9 月审结案件为样本
/ 山东省济南市中级人民法院课题组 6-44

■前科消灭制度研究

- 轻罪治理视域下犯罪前科的制度重塑与消除限度 / 李永超 6-56
前科消灭制度的思辨与构建
——从“醉驾入刑”刑罚效应的过度溢出切入 / 马宗奎 李文任 6-71