

■ 专家论坛

合同法律适用规则的溯及适用问题探讨

——以违约责任为典型

陈龙业 谢冠东 1

■ 专题策划：认罪认罚的理论与实践

论认罪认罚从宽与减刑的制度衔接

周维明 曾娇艳 16

认罪认罚案件“不利被告之再审”的检视与重塑

胡维潇 30

■ 专题策划：司法裁判援引司法政策研究

司法裁判援引司法政策的思辨与规范

——基于《人民法院报》63个典型司法政策文件的分析

詹亮 吴广哲 43

刑事裁判说理何以适用司法政策

——以“张志军故意杀人案”展开

张庆庆 吴涛 57

■ 刑事司法

流量造假行为的刑法规制

蒋太珂 70

“隔空助力”他人自杀行为的司法认定

孔祥燕 88

刑事间接证据证明标准的规范化路径探析

——基于毒品犯罪案件的实证研究

路凌志 100

刑辩实质化与当事人权益最大化的困境与实现

赵树芬 钟春雷 116

■ 民事司法

私刻公章表见代理的司法逻辑厘定

宫凡舒 128

争点整理程序规范适用探析

王璐 140

实用艺术作品著作权保护要件的重构

——基于区别特征理论对作品概念的厘清

王文洁 赵耀彤 155

■行政司法

违建强拆行政赔偿案件中信赖保护原则的适用

曹 慧 172

行政公益诉讼中履行法定职责判决的反思与重构

——从具体法益修复迈向秩序公益维护

高 慧 张晓阳 185

合同法律适用规则的溯及适用问题探讨

——以违约责任为典型

陈龙业 谢冠东*

内容摘要：合同法律适用规则的溯及适用涵盖《民法典》及相关司法解释。对于前者，须坚持法不溯及既往的基本原则，例外情形包括有利溯及和空白溯及；后者则可以溯及适用至其解释对象的法律施行之日，至于该法律施行前能否溯及适用，则遵循上述法律规定的溯及适用规则。此二者都遵循溯及力优于既判力和程序从新的规则。违约责任法律适用规则的溯及适用亦遵循上述规则，对于持续到《民法典》施行后的履行行为则采取分段适用的规则，但该持续履行行为并非等同于债务不履行状态的持续。若导致该债务不履行的状态产生的违约行为发生在《民法典》施行前，则适用当时法律、司法解释规定；《民法典》施行后违约行为导致的债务不履行，适用《民法典》及相关司法解释规定。

关键词：合同 违约责任 履行行为 溯及适用 司法解释

法的溯及力涉及在处理相关纠纷时应当适用新法还是旧法的基础问题，直接关系到适用法律是否正确。当前，理论和实务对于民事法律规范的溯及力问题日益重视，特别是《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》（以下简称“《民法典时间效力规定》”）的施行，对于解决《民法典》与《合同法》《物权法》等法律的新旧衔接、统一法律适用尺度等方面发挥了重要作用。然而，由于以往对民事法律溯及力问题的研究相对薄弱，在一些具体适用的场景，有些民事法律规定能否溯及适用的问题仍需进一步研究论证和积累实务经验，其中违约责任的溯及适

* 陈龙业，最高人民法院研究室民事处处长，法学博士；谢冠东，广东省东莞市中级人民法院民五庭庭长，四级高级法官。

基金项目：本文系国家自然科学基金重大项目“运用司法解释弘扬社会主义核心价值观研究”（批准号：19VHJ002）的阶段性成果。



用问题就较为典型。与此同时，就民事司法解释的溯及适用问题的研究更是薄弱。而实务中，就数量最多、体量最大的合同案件而言，因涉及具有“对立”利益关系的双方当事人之间的平衡问题，故有关溯及适用问题需要更加审慎和精细。以往的司法解释如《民法典时间效力规定》主要从合同履行方面对法律规定的溯及适用问题作了规定，并没有专门对违约责任问题作出规定，也没有具体涉及司法解释规定的溯及适用问题。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则若干问题的解释》（以下简称“《民法典合同编通则解释》”）对于包括违约责任在内有关合同编通则中的若干问题作了细化规定。在该司法解释施行之初，探讨有关溯及适用的问题对于促进新旧法有机衔接、法律适用前后统一具有积极意义。有鉴于此，本文从民事法律溯及力的一般规则出发，结合对《民法典合同编通则解释》第69条第2款的规定与《民法典时间效力规定》的相关规定精神的理解，按照体系化适用的逻辑，对《民法典合同编通则解释》的具体规定乃至违约责任有关规定的溯及适用问题进行探讨。

一、《民法典》规定能否溯及适用的一般规则

（一）“法不溯及既往”的一般原则

依据《立法法》第104条规定，法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章不溯及既往，但为了更好地保护公民、法人和其他组织的权益而作的特别规定除外。该条款构成了探讨法律溯及力问题的普遍依据。法不溯及既往作为法治的一项根本原则，其理论基础根植于对信赖利益的保护之上。普遍而言，过往行为不受后来法律的约束，按照昨天的法律行为，由此形成的法律关系被今天的法律所否定，则不利于信赖利益保护，也对社会关系的稳定性构成威胁，更不利于维护法律权威。《民法典时间效力规定》是我国第一部系统规定民事法律时间效力的司法解释，该司法解释以法律事实的发生时间作为确定法律适用的基本依据，在遵循《立法法》第104条规定精神的基础上，以法律事实发生时间作为判断是否适用《民法典》的基准点，明确规定了“法不溯及既往”的基本原则以及“溯及既往”的有限例外。

法律事实，本文即民事法律事实，是指依法能够引起民事法律关系产生、变更、或消灭的客观现象。^①《民法典时间效力规定》将法律事实发生时间分为三类情形：第一类是法律事实发生在《民法典》施行之后；第二类是法律事实发生在《民法典》施行之前；第三类是法律事实发生在《民法典》施行前并持续至施行后。对于《民法典》施行后的法律事实引起的民事争议，应适用《民法典》的规定，这是《民法典》施行

^① 参见王利明：《民法总则》，中国人民大学出版社2017年版，第84页。

后自然产生的法律效果；对于《民法典》施行前法律事实引起的民事争议，一般应遵循当时的法律、司法解释的规定，这是“法不溯及既往”基本原则的体现。当然，“法律、司法解释另有规定的除外”，这是基于社会关系的复杂性考量，为与其他法律、司法解释规定做好衔接，也为保持相应的前瞻性，为将来规定预留必要的空间。《民法典时间效力规定》第2条关于有利溯及适用规则以及后面与之衔接的细化具体规定和第3条关于新增规定溯及规则的规定即是典型。对于第三类情形，也即跨越《民法典》施行前后延续的法律事实，《民法典时间效力规定》已作出清晰界定，一般要统一适用《民法典》的规定。这一做法的缘由如下：首先，处理持续性法律事实的衔接适用须兼顾法律事实发生的时间节点和当事人合理预期保护两项要素。维护当事人的预期基于一个预设，即当事人了解法律的规定，并根据法律规定形成行为后果的预期，任何人不得以不了解法律规定作为抗辩的理由。其次，适用新法是贯彻实施《民法典》的必然要求。《民法典》施行后对其所有的调整对象均发生效力，而持续性的法律事实自然就归入《民法典》施行后要调整的范畴，这是《民法典》时间效力逻辑上的自然延伸。^①比如，就合同履行行为“跨法”的情形，《民法典时间效力规定》第20条规定了依照法律规定或者当事人约定该合同的履行持续至《民法典》施行后的分段适用规则。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉时间效力的若干规定》（以下简称“《公司法时间效力规定》”）第3条延续了《民法典时间效力规定》的做法，^②对持续性法律事实的法律适用之溯及力进行规定。《公司法》施行前订立的与公司有关的合同，合同的履行持续至《公司法》施行后，因施行前的履行行为发生争议的，适用当时的法律、司法解释的规定；因施行后的履行行为发生争议的相应情形，适用《公司法》的规定。

在处理涉及《民法典》生效前后“跨时段”的持续性法律事实时，需采取合理精准的实践分析方法。民事法律事实可按其存在方式可细分为瞬间性法律事实和持续性法律事实，瞬间性法律事实发生的时间类似于“点”，持续性法律事实发生的时间是一条不断延伸的“线”。^③比如，简单的交付行为就属于瞬间性法律事实，而持续一定时间的拘禁就是持续性法律事实。当然，持续性法律事实不同于多次重复发生的相同法律事实，持续性法律事实是一个法律事实，而多次重复发生的相同法律事实则是多

^① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室：《〈最高人民法院关于适用“中华人民共和国民法典”时间效力的若干规定〉的理解与适用》，载《人民司法·应用》2021年第10期。

^② 《公司法时间效力规定》第3条规定：“公司法施行前订立的与公司有关的合同，合同的履行持续至公司法施行后，因公司法施行前的履行行为发生争议的，适用当时的法律、司法解释的规定；因公司法施行后的履行行为发生争议的下列情形，适用公司法的规定：（一）代持上市公司股票合同，适用公司法第一百四十二条第二款的规定；（二）上市公司控股子公司取得该上市公司股份合同，适用公司法第一百四十一条的规定；（三）股份有限公司为他人取得本公司或者母公司的股份提供赠与、借款、担保以及其他财务资助合同，适用公司法第一百六十三条的规定。”

^③ 参见杨登峰：《新旧法的适用原理与规则》，法律出版社2008年版，第122-123页。



个法律事实。比如，侵权行为人在一定时间内实施的多次殴打行为，这些侵权行为并非一个持续性的侵权法律事实，而是间隔时间短的反复性侵权法律事实。

（二）有利溯及适用规则

《民法典时间效力规定》第2条主要规定了民法典有利溯及的适用规则。^①《立法法》第104条明确将“为了更好地保护公民、法人和其他组织的权利和利益而作的特别规定”作为“法不溯及既往”的例外情形，即为“有利溯及”的规则。这一规则在刑法领域的适用比较明确，即“从旧兼从轻”，然而，在民事领域往往涉及各方当事人的权益平衡，有的还涉及公序良俗的遵循问题，如何确定有利溯及的具体标准就成为一道难题。在此之前，司法解释、规范性文件对民事法律的具体有利溯及规定并不多见。一般认为，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》（以下简称“《合同法解释（一）》”）第3条、^②《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称“《九民纪要》”）第4条，^③关于无效合同转换为有效合同的规定意味着国家对法律行为效力干预的减少，更加符合当事人意思自治原则，属于有利溯及的典型情形。在法理上，某一法律规范有利溯及改变了当事人的预期但仍然让其溯及适用，其理由应在于此溯及适用更加有利于保护当事人利益。需要注意的是，有利溯及的标准必须严格限定，以避免对“法不溯及既往”的基本原则造成冲击，防止给对方当事人利益乃至交易秩序的稳定、法律秩序的统一造成不测妨害。

据此，经过广泛调研、反复研究，《民法典时间效力规定》以不打破当事人合理预期、不减损当事人既存权利、不冲击既有社会秩序为出发点，严格遵循《立法法》第104条“但书”规定，充分依据《民法典》第1条关于立法宗旨的规定，结合审判实际作了进一步细化解释，将更有利于保护民事主体合法权益、更有利于维护经济社会秩序，更有利于弘扬社会主义核心价值观的“三个更有利于”作为判断《民法典》

①《民法典时间效力规定》第2条规定：“民法典施行前的法律事实引起的民事纠纷案件，当时的法律、司法解释有规定，适用当时的法律、司法解释的规定，但是适用民法典的规定更有利于保护民事主体合法权益，更有利于维护社会和经济秩序，更有利于弘扬社会主义核心价值观的除外。”

②《合同法解释（一）》第3条规定：“人民法院确认合同效力时，对合同法实施以前成立的合同，适用当时的法律合同无效而适用合同法合同有效的，则适用合同法。”

③《九民纪要》第4条规定：“根据‘法不溯及既往’的原则，民法总原则上没有溯及力，故只能适用于施行后发生的法律事实；民法总则施行前发生的法律事实，适用当时的法律；某一法律事实发生在民法总则施行前，其行为延续至民法总则施行后的，适用民法总则的规定。但要注意有例外情形，如虽然法律事实发生在民法总则施行前，但当时的法律对此没有规定而民法总则有规定的，例如，对于虚伪意思表示、第三人实施欺诈行为，合同法均无规定，发生纠纷后，基于“法官不得拒绝裁判”规则，可以将民法总则的相关规定作为裁判依据。又如，民法总则施行前成立的合同，根据当时的法律应当认定无效，而根据民法总则应当认定有效或者可撤销的，应当适用民法总则的规定。在民法总则无溯及力的场合，人民法院应当依据法律事实发生时的法律进行裁判，但如果法律事实发生时的法律虽有规定，但内容不具体、不明确的，如关于无权代理在被代理人不予追认时的法律后果，民法通则和合同法均规定由行为人承担民事责任，但对民事责任的性质和方式没有规定，而民法总则对此有明确且详细的规定，人民法院在审理案件时，就可以在裁判文书的说理部分将民法总则规定的内容作为解释法律事实发生时法律规定的参考。”

有利溯及的标准。在具体适用时，符合“三个更有利于”标准的才能作为有利溯及规则予以适用。

（三）新增规定的溯及适用规则

《民法典时间效力规定》第3条规定了新增规定的适用规则。新增规定的溯及适用是在长期司法实践和相关司法解释基础上发展而来的溯及适用类型，学界将此界定为“空白溯及”。^①例如，按照《合同法解释（一）》第1条规定，针对在《合同法》生效前订立且后续引发争议并诉至法院的合同，若当时缺乏相应的法律规定，则可援引《合同法》的相关条款进行裁决。这一原则历经多年司法实践，已广泛获得公众及司法界人士的认可与采纳。在编纂《民法典》的过程中，基于对过往审判经验的综合考量，新增了一系列规定。对于《民法典》生效前发生的法律事实所触发的民事纠纷，若彼时既有的法律及司法解释未予明确，则适用《民法典》中的新增条款，能够为相关案件的司法裁决提供清晰无误的法律指引，有助于约束法官的自由裁量权，确保司法裁决标准的一致性。

在《民法典时间效力规定》中，“新增规定”主要侧重于法律规则层面的扩充，具体而言，如合同编内新增的关于债权债务具体分类的规定，以及关于保理合同的具体规定等，均落入《民法典时间效力规定》第3条所涵盖的调整范畴。至于那些表面看似在条文表述或文字形式上呈现“新增”特征，而实质上是对既有法律规范的构成要件、法律后果等内容进行增补的规定，则应当被视为对原有法律规定的“修改”或“改变规定”，而非单纯的新增。这类规定实质上调整了原有法律框架内的具体条款，实现了法律内容的更新与完善，以及原有司法解释已有规定而后上升为《民法典》规定的情形，也不属于《民法典时间效力规定》第3条所调整的范围。例如，《民法典》第595条关于预约合同的规定，^②在《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释〔2012〕8号）第2条已经作了规定，^③虽然从《民法典》与《合同法》规定看属于“新增”，但是因原有司法解释已有规定，对此应当适用原来的规定，即使新的规定对原来内容有改变，也应属于“改变规定”而非“新增规定”。

为了进一步界定并规范新增规定的溯及力适用标准，确保司法审判的准确性与公正性，《民法典时间效力规定》详细阐明了新增规定不得溯及既往的具体情形。对于新增规定的溯及适用问题，虽然不再以“对当事人更有利”为唯一考量，但任何显著

① 参见王利明：《一部及时配合民法典实施的重要司法解释——评最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》，载《人民法院报》2021年1月2日，第3版。

② 《民法典》第595条规定：“买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。”

③ 该条规定：“当事人签订认购书、订购书、预订书、意向书、备忘录等预约合同，约定在将来一定期限内订立买卖合同，一方不履行订立买卖合同的义务，对方请求其承担预约合同违约责任或者要求解除预约合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。”



侵害当事人合法权益、无端增加其法定义务，或严重违背当事人合理预期的新增条款，均不得追溯适用，以防过度影响当事人的权益与预期安排。有观点担忧，新增规定的溯及适用可能会颠覆当事人的合理预期。对此，《民法典时间效力规定》第3条已明确通过“但书”条款，排除了那些与当事人合理预期明显相悖的新增规定。同时，从更广泛的角度看，多数新增规定在溯及适用时，非但不会打破当事人的合理预期，反而有助于统一司法裁判标准，维护社会秩序的稳定。首先，法律旨在保护的当事人预期，是基于其对行为发生时的法律环境的信赖所形成的。若当时相关法律尚未出台，当事人及社会公众对于法律后果并无明确且统一的预期，因此，也就无从谈起因适用新法而破坏原有预期。其次，法律保护的是当事人的合理预期。在缺乏法律明文规定的情况下，当事人可能形成错误的、不合法或不合理的预期，这些预期自然不受法律保护。再者，法律规则的缺失往往导致司法裁判的不统一。而《民法典》中的新增规定，是对以往合理实践经验的立法确认。当事人的“合理预期”理应符合公平正义与日常经验法则，这与新法所总结的具体规则不谋而合。最后，鉴于《民法典》的权威性与公信力，对于其施行前的法律事实，若当时法律或司法解释存在空白，适用《民法典》的新增规定，无疑能够统一裁判尺度，实现公平正义，同时也有利于促进社会的和谐与稳定。^①此外，还应当遵循《民法典时间效力规定》第5条关于“既判力优于溯及力”的规定。^②

二、司法解释规定的溯及适用问题

（一）司法解释规定具有溯及适用的效力

关于司法解释的溯及力问题，理论和实务中有不同认识。一种观点认为，司法解释属于裁判规范而非行为规范，适用于被解释法律施行后的法律事实发生的纠纷，属于司法解释的当然效力，与溯及力无关。^③另一种观点认为，根据《立法法》规定，法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章均有溯及力问题，司法解释是审判工作中具体应用法律的有权解释，适用于其施行后尚未终审的案件，意味着司法解释具有溯及力。^④还有观点认为，司法解释具有引导、规范人们行为的作用，影响当事人行为预期和实体权利义务，甚至存在弥补法律空白、解决法律滞后等功能，应当

① 参见郭锋、陈龙业等：《〈关于适用民法典时间效力的若干规定〉的理解与适用》，载《人民司法·应用》2021年第10期。

② 《民法典时间效力规定》第5条规定：“民法典施行前已经终审的案件，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用民法典的规定。”

③ 参见麻锦亮：《论民法典〈担保制度司法解释〉的时间效力》，载《法律适用》2021年第6期。

④ 参见最高人民法院研究室编著：《最高人民法院民法典时间效力司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第86页。

纳入法不溯既往基本原则规制的范畴。^①笔者认为,上述观点都有一定道理,其中第一种、第二种观点角度虽然不同,但并无实质冲突。司法解释适用于被解释法律施行后的法律事实引起的、施行时尚未终审的民事纠纷案件并非因为司法解释属于裁判规范,而是属于司法解释作为被解释法律的有权解释的适用效力问题,并非司法解释本身溯及力的范畴。综合考虑已有司法解释的规定、司法解释的功能属性、当事人行为预期的保护、法律秩序统一等因素,笔者倾向于认为,司法解释属于根据法律授权的有权解释,是对法律的有权解释,同时司法解释又具有行为规范和裁判规范的双重效力,故也会涉及溯及力问题,这其中既有在规则属性上与法律本身的共通之处,又有与其解释对象密切相连的自身特点。对此,《最高人民法院、最高人民检察院关于适用刑事司法解释时间效力问题的规定》第1条具有充分的参考借鉴意义。依据该条规定,司法解释是最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题和最高人民检察院对检察工作实践中应用法律问题所作的具有法律效力的解释,其效力适用于法律的施行期间。以《民法典》施行之日作为该司法解释本身溯及既往截止的基本时间基准,其规定内容可以溯及适用至《民法典》施行之时,这也就承认了司法解释的有限溯及适用的规则。

(二) 司法解释规定溯及适用需要注意的问题

概言之,就司法解释规定的溯及适用问题,需要区分以下情况:

一是从司法解释所解释的法律的角度言之,司法解释的内容属于其解释的法律规范本身的细化完善或者说是题中应有之意,也就是说在法律施行以后,应具有溯及到该法律施行之日的效力,但不能简单认为可以溯及到该法律施行之前,即司法解释可以有限溯及其所解释法律的施行之日。但是,在个别情况下,比如涉及填补漏洞需要而创设规则的情形,则涉及是否背离当事人合理预期的问题,基于对当事人信赖利益保护的必要,也有必要考虑“法不溯及既往”原则的适用。对此,比较典型的例子就是《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(法释〔2002〕16号)第5条规定:“本批复第一条至第三条自公布之日起施行,第四条自公布之日起六个月后施行。”而第4条即为建设工程承包人行使优先权六个月期限的规定,这实际上是限定了该优先受偿权期限规定的溯及适用问题,考虑的就是对当事人合理预期的保护。又如,在某电气公司、某风能公司诉某银行上海分行质押合同纠纷案中,法院生效裁判认为,某风能公司的章程明确载明对外担保需要股东决议,作为该风能公司唯一股东的某电气公司也出具了股东决定(担保)并加盖了公章,某电气公司并未否认

^① 参见张新宝、王伟国:《最高人民法院民事司法解释溯及力问题探讨》,载《法律科学》2010年第6期;刘哲玮:《论民事司法解释的时间效力规则——从〈民间借贷司法解释〉的两次修订展开》,载《现代法学》2021年第2期。



公章真实性，其虽称该股东决议中公章系违规加盖，但并未提交任何证据予以证明。某银行上海分行根据当时的法律及司法解释相关规定，审核了某风能公司的公司章程，并要求其唯一股东某电气公司出具了关于同意质押行为的股东决定（担保），某银行上海分行已经尽到形式审查义务，属于善意相对人。^①而《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》（以下简称“《民法典担保制度解释》”）第9条规定属于规则创制性质的广义法律解释，^②若将《民法典担保制度解释》第9条规定的相对人审查义务，适用于《民法典》施行之前上市公司控股子公司签订的担保合同，即对某银行上海分行与某风能公司在《民法典》施行之前签订合同的行为，如果依据《民法典担保制度解释》第9条判定合同无效，则明显背离当事人缔约时的合理预期，增加其法定责任。因此，本案不宜采用该条款，更恰当的做法是回溯至法律事实发生时的法律、司法解释规定。

二是不能一概否认该司法解释对其解释法律以前法律事实的适用问题，这一溯及情形应当与该解释所对应的具体法律规范能否溯及适用的问题同规则、共命运。同时，考虑到《民法典》编纂这一情形，《合同法》《物权法》中大量规则被《民法典》所沿用，如果司法解释所解释的《民法典》中条文规则与以往规则相同，这时虽然在裁判援引时不予承认该司法解释条文的溯及力，但仍可以将其作为裁判说理中的重要参考理据。由此，对于司法解释能否溯及到该法律施行之前的情形就不能再一揽子概括某个司法解释整体的溯及力问题，而是要区分司法解释的某个具体条文的不同情形来确定其溯及力。具体而言，其一，新司法解释所涉内容系对《民法典》中既存规则的重申或未做修改，则该司法解释原则上具有溯及既往的效力，即能够回溯至该规则最初施行之时。然而，若在实际案件中需依据旧法进行裁判，新司法解释的规定虽可作为加强判决论述的逻辑支撑和理论依据，但不得直接作为判定案件结果的法律依据。例如，《民法典合同编通则解释》第60条、第61条有关可得利益损失的计算以及持续性定期合同中可得利益的赔偿问题的规定，但此作为违约损害赔偿的计算问题在《合同法》第584条中就有规定，因此，尽管《民法典合同编通则解释》是根据《民法典》制定的，但上述这两条规定也可以作为理解和适用《合同法》关于违约损害赔偿计算问题的理据。其二，当新司法解释触及《民法典》中有所修改的规则时，其是否具备

^① 参见（2021）沪74民初1195号。

^② 《民法典担保制度解释》第9条规定：“相对人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，相对人主张担保合同对上市公司发生法律效力，并由上市公司承担担保责任的，人民法院应予支持。相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，上市公司主张担保合同对其不发生效力，且不承担担保责任或者赔偿责任的，人民法院应予支持。相对人与上市公司已公开披露的控股子公司订立的担保合同，或者相对人与股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司订立的担保合同，适用前两款规定。”

溯及既往的效力,需依据《民法典》中对应新规则是否具有溯及力来决定,只有在《民法典》这一新规则有溯及力时,相关的新司法解释条款才同样具备溯及力,否则就没有溯及力。例如,《民法典担保制度解释》第13条关于共同担保人之间相互追偿的规定,^①就应区分共同保证和混合共同担保:如果是共同保证,因《担保法》及其司法解释与《民法典》的规定不一致,且《民法典》就这一问题的规定不具有溯及力,故《民法典担保制度解释》就不具有溯及力;但是对于混合共同担保,因原《物权法》与《民法典》的规定并不冲突,《民法典担保制度解释》自然可以溯及到《物权法》施行之时。^②

三是准确把握“既判力优于溯及力”的原则。既判力优于溯及力原则强调的是新法可以溯及适用的情形不得适用于已经终审的案件,即使新法溯及适用的情形只是一种例外,这一例外规则也不得适用于已经终审的案件。如果允许再审案件适用新法,一方面将会导致再审案件的大量出现,不利于纠纷的化解和社会关系的稳定;另一方面,将造成判决毫无稳定性可言,也不利于维护司法的权威性和公信力。对于已终审的案件,其裁判结果已具备既判力,标志着案件在法律程序上的终结。当面临新法的溯及既往问题时,必须明确,即使当事人对此类案件提出了再审申请,也不能让新法的规定回溯性地影响已决案件。这是因为审结的案件已经产生了既判力。如果由于《民法典》的新规定就要重新审理,则势必会在一定程度上动摇法的安定性和生效裁判的权威性、公信力。^③因此,《民法典时间效力规定》第5条明确了裁判的既判力优先于溯及力的规则,即不得以判决的个案解释不同于民法典的规定为由推翻已经生效的判决。而且如果承认民法典的溯及力优于既判力,还可能会引起大量的生效判决被推翻,从而给司法裁决的权威性带来负面影响。^④这一规则同样适用于司法解释规定的溯及适用问题。其实,已经终审的案件不适用新法这也是民事司法解释一贯的基本立场。例如,《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第26条第2款规定:“本解释施行后尚未终审的案件,适用本解释;本解释施行前已经终审,当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件,不适用本解释。”《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第26

① 《民法典担保制度解释》第13条规定:“同一债务有两个以上第三人提供担保,担保人之间约定相互追偿及分担份额,承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照约定分担份额的,人民法院应予支持;担保人之间约定承担连带共同担保,或者约定相互追偿但未约定分担份额的,各担保人按照比例分担向债务人不能追偿的部分。同一债务有两个以上第三人提供担保,担保人之间未对相互追偿作出约定且未约定承担连带共同担保,但是各担保人在同一份合同书上签字、盖章或者按指印,承担了担保责任的担保人请求其他担保人按照比例分担向债务人不能追偿部分的,人民法院应予支持。除前两款规定的情形外,承担了担保责任的担保人请求其他担保人分担向债务人不能追偿部分的,人民法院不予支持。”

② 参见刘贵祥:《关于当前民事审判工作的几点思考》,载《中国应用法学》2023年第6期。

③ 参见最高人民法院研究室编著:《最高人民法院民法典时间效力司法解释理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第74页。

④ 参见王利明:《一部及时配合〈民法典〉实施的重要司法解释——评〈最高人民法院关于适用“中华人民共和国民法典”时间效力的若干规定〉》,载《人民法院报》2021年1月2日,第3版。



条规定：“本解释施行后尚未终审的案件，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的案件，不适用本解释。”有些司法解释虽然仅规定了司法解释的实施日期，但是在具体适用中也应遵循既判力优于溯及力的规则。

四是“程序从新”的规则。法谚云：“实体从旧、程序从新。”学界也通常认为，“实体法以不溯及既往为原则之一。但程序法无此原则，与此相反的是，在新程序法生效时尚未处理的案件，均应采取程序从新原则，依照新程序法处理。”^①实体法溯及既往可能影响法的安定性和民众对于旧法的信赖利益，而程序法溯及既往反而可能有助于新法迅速妥适地适用。^②《最高人民法院关于修改后的民事诉讼法施行时未结案件适用法律若干问题的规定》即按照“程序从新”的要求作出一般性规定，对2013年1月1日修改后的民事诉讼法施行时未结的民事案件，适用修改后的民事诉讼法。“程序从新”的规则其实也是完全符合当事人预期的，因为程序规则针对的是诉讼过程中的一些事项，其调整的时间点并非“行为时”，而是“诉讼时”。因此，在诉讼前已经有新的法律、司法解释对于有关诉讼程序规则作了修改、调整，此后当事人进入诉讼的，当然适用上述新的规定。换言之，就诉讼规则仅是调整诉讼时的行为而言，其对于诉讼前的行为并非是溯及适用的问题。

三、《民法典合同编通则解释》规定的溯及适用问题

在总结以往经验，综合各方意见的基础上，《民法典合同编通则解释》第69条第1款规定了该司法解释的施行日期，即自2023年12月5日起施行。第2款则对该司法解释的溯及力、溯及力与既判力之间的关系作了规定：“民法典施行后的法律事实引起的民事案件，本解释施行后尚未终审的，适用本解释；本解释施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用本解释。”根据概况规定，结合上面论述，就《民法典合同编通则解释》规定的溯及适用问题，需要注意以下几个方面：

一是《民法典》施行后的法律事实引起的民事案件，《民法典合同编通则解释》施行后尚未终审的案件，适用《民法典合同编通则解释》的相应规定。对此需要把握的是，有关溯及的时间限制问题，和上述规则一致，即限定在《民法典》施行后的法律事实引起的民事案件；在案件类型上强调的是“尚未终审的案件”，这也符合上述

^① 卓泽渊主编：《法学导论》，法律出版社2000年版，第20页。

^② 参见胡建森、杨登峰：《有利法律溯及原则及其适用中的若干问题》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2006年第6期。

的司法解释惯常做法。例如，关于违约金的司法调整问题，《民法典》第585条第2款将《合同法》第114条第2款规定的“当事人可以请求人民法院或者仲裁机构”修改为“人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求”，更加突出了违约金司法调整的启动来自于当事人请求的规则，一定程度上具有改变原有规则的属性，对于《民法典》施行前的法律事实引发的此类纠纷在《民法典》施行后尚未审结或者新受理的，应当适用《合同法》的规定。

二是对于《民法典合同编通则解释》施行前已经终审，当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的，不适用《民法典合同编通则解释》的规定。这就属于上述的既判力优于溯及力规则的范畴。^①法院就当事人之间有争议的民事权利义务关系或法律关系作出判决后，一经生效，当事人原则上不得就该诉讼标的重新向法院提出争议，这种判决的不可争性，也就是所谓的既判力。^②承认司法解释有溯及力，但针对的必须是尚未终审的案件，如果是已经终审、产生既判力的裁判，即便当事人对此提起了再审，也应按照既判力优于溯及力的原则，适用当时法律和司法解释的规定。^③

三是关于《民法典》施行前发生的法律事实能否适用的问题。对此，应当依据《民法典时间效力规定》，明确法不溯及既往的一般原则。同时，《民法典合同编通则解释》及其配套的解释条文，在适用上可追溯至《民法典》施行前发生的、由相关法律事实引发的纠纷案件。具体如下：

首先，对有利溯及规则的适用。如上所述，《民法典时间效力规定》第2条规定了有利溯及，第8条作为典型的有利溯及情形，规定“民法典施行前成立的合同，适用当时的法律、司法解释的规定合同无效而适用民法典的规定合同有效的，适用民法典的相关规定”。对于《民法典时间效力规定》第8条的情形，在溯及适用民法典相关规定时可以同时溯及适用本解释有关合同效力的规定。需要说明的是，有利溯及适用有严格的限制。《全国法院贯彻实施民法典工作会议纪要》第18条规定了有利溯及的层报程序，人民法院在审理有关民事纠纷案件时，认为符合《民法典时间效力规定》第2条有利溯及情形的，应当做好类案检索，经本院审判委员会讨论后层报高级人民法院。高级人民法院审判委员会讨论后认为符合该条规定的“三个更有利于”标准，报最高人民法院备案。

其次，对新增规定溯及适用规则的适用。对于符合《民法典时间效力规定》第3条及相应具体规定的情形，在溯及适用民法典相关规定的同时可以溯及适用本解释对

① 参见最高人民法院研究室编著：《最高人民法院民法典时间效力司法解释理解与适用》，人民法院出版社2021年版，第74页。

② 参见刘颖：《既判力标准时后的形成权行使的规制路径》，载《现代法学》2022年第3期。

③ 参见最高人民法院民二庭、研究室编著：《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》，人民法院出版社2023年版，第772-773页。



相应条文的解释规定。例如，依据《民法典时间效力规定》第10条规定，《民法典》施行前，当事人一方未通知对方而直接以提起诉讼依法主张解除合同的，适用《民法典》第565条第2款的规定。如果某案件空白溯及适用《民法典》第565条关于合同解除的规定，《民法典合同编通则解释》第54条关于撤诉后再次起诉时合同解除时间确定的规定也可以一并溯及适用。

再者，个别涉及衔接适用的情形。严格来说，衔接适用不完全属于溯及适用的范畴，而是属于衔接过渡的规定。就合同编的规定内容而言，最为典型的是《民法典时间效力规定》第20条规定的民法典施行前成立的合同，依照法律规定或者当事人约定该合同的履行持续至民法典施行后，因民法典施行前履行合同发生争议的，适用当时的法律、司法解释的规定；因民法典施行后履行合同发生争议的，适用民法典第三编第四章和第五章的相关规定。对于合同的履行持续至民法典施行后的民事纠纷案件，在分段适用民法典有关规定的同时，可以一并适用《民法典合同编通则解释》对相应条款进行解释。

最后，要遵循“程序从新”的规则。如上所述，诉讼程序并不直接为当事人创设实体上的权利义务关系，也不存在影响当事人对实体权利义务合理预期的问题，而且，新的诉讼程序往往更有利于诉讼质量、效率的提升，对于从旧法时开始持续系属的案件，原则上适用新法。^①因此，《民法典合同编通则解释》的一些条文属于典型的诉讼程序规则，例如第35条关于债权人代位权诉讼管辖的规定，第37条关于代位权诉讼中的当事人及合并审理的规定，第47条关于债权债务转让纠纷中的第三人，等等，对于本司法解释施行时尚未审结的民事纠纷案件，可以直接适用。

四、违约责任规定的溯及适用问题

由于违约责任的承担在合同领域适用的普遍性，加之其又与合同履行密不可分，理论和实务中对有关违约责任法律、司法解释的有关规定能否溯及适用的问题，探讨较少，笔者拟尝试对这一问题做一专门分析。

（一）违约责任对于溯及适用规则的适用

对就违约责任相关规定的溯及适用问题，应以适用上述规则为一般遵循。结合违约责任的新旧规定，以下实体法规则的溯及适用问题需要予以注意：

一是《民法典》合同编有关违约责任的规定能否溯及到《民法典》施行前的问题。对此，应当直接适用《民法典时间效力规定》规定的法不溯及既往的基本原则和有利

^① 参见 [白] 新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第47页。

溯及、新增规定溯及适用等具体规则来确定。例如,《民法典》第580条第2款有关合同僵局的规定、^①《民法典》第581条关于替代履行的规定、^②第589条关于拒绝受领和受领迟延的规定,^③都属于较之《合同法》规定的新增规定,可以适用新增规定溯及适用的规则,但必须遵循《民法典时间效力规定》第5条关于既判力优于溯及力的规定。至于合同僵局的问题,《九民纪要》第48条也有规定,^④在涉及《民法典》第580条第2款的溯及适用时,对于此二者并不冲突的内容,《九民纪要》第48条当然可以作为裁判说理的重要依据予以援引。

二是《民法典合同编通则解释》有关违约责任的规定,作为对《民法典》合同编通则中有关违约责任的规定,自然可以溯及适用至《民法典》施行时,但基于既判力优于溯及力的规则,溯及适用也仅限于尚未终审的案件,对于再审案件不能适用该司法解释的相关内容。但是对于原来一审、二审中依法适用《民法典》合同编有关内容的情形,在此案件再审过程中当然可以继续适用《民法典》合同编的相应规定。对于《民法典》施行前发生的法律事实能否溯及适用的问题,则要与其解释的《民法典》合同编关于违约责任的具体规定能否溯及适用相一致。

(二) 关于违约事实持续至《民法典》施行后的法律适用问题

就违约责任的溯及适用问题,实务中较有争议的是有关违约行为持续至《民法典》施行后如何适用法律的问题。对此,一种观点认为,应当直接适用履行行为跨越本解释施行前后的合同履行的衔接适用规则。对此,《民法典时间效力规定》第1条第3款规定,民法典施行前的法律事实持续至民法典施行后,该法律事实引起的民事纠纷案件,适用民法典的规定,但是法律、司法解释另有规定的除外。需要注意的是,在合同领域,对于履行跨越《民法典》施行前后的合同,适用《民法典时间效力规定》第1条第3款的“但书”条款,^⑤即不能适用《民法典》,而应适用《民法典时间效力规定》第20条的规定,“民法典施行前成立的合同,依照法律规定或者当事人约定该合同的履行持续至民法典施行后,因民法典施行前履行合同发生争议的,适用当时的

① 《民法典》第580条第2款规定:“有前款规定的除外情形之一,致使不能实现合同目的的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系,但是不影响违约责任的承担。”

② 《民法典》第581条规定:“当事人一方不履行债务或者履行债务不符合约定,根据债务的性质不得强制履行的,对方可以请求其负担由第三人替代履行的费用。”

③ 《民法典》第589条规定:“债务人按照约定履行债务,债权人无正当理由拒绝受领的,债务人可以请求债权人赔偿增加的费用。在债权人受领迟延期间,债务人无须支付利息。”

④ 《九民纪要》第48条规定:“违约方不享有单方解除合同的权利。但是,在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中,双方形成合同僵局,一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同,有时对双方都不利。在此前提下,符合下列条件,违约方起诉请求解除合同的,人民法院依法予以支持:(1)违约方不存在恶意违约的情形;(2)违约方继续履行合同,对其显失公平;(3)守约方拒绝解除合同,违反诚实信用原则。人民法院判决解除合同的,违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。”

⑤ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组办公室:《〈最高人民法院关于适用“中华人民共和国民法典”时间效力的若干规定〉的理解与适用》,载《人民司法·应用》2021年第10期。



法律、司法解释的规定；因民法典施行后履行合同发生争议的，适用民法典第三编第四章和第五章的相关规定”。有观点认为，这一规定在文义上已明确限定为履行合同的情形，并不涉及违约责任的问题；在体系上也明确要适用《民法典》合同编第四章和第五章的规定，也不涉及第八章违约责任的内容。因此，对于违约状态持续至《民法典》施行之后的情形不宜适用该条规定。笔者认为，这一观点有一定道理，这也是延续了《合同法解释（一）》的做法。但是，结合《民法典时间效力规定》第20条的规定内容，需要把握两点：一是该条规定确定的是分段适用规则，如果履行合同的争议发生在合同之后，应适用《民法典》的有关规定，这也就意味着如果违约事实发生在《民法典》施行以后，当然也要适用民法典有关违约责任的规定。二是违约状态持续从违约责任构成要件的角度看，值得再斟酌。违约责任的构成与侵权责任构成不同，侵权责任构成中至少有侵权行为和损害后果等要件，就侵权行为而言，就有持续性侵权行为的类型；而违约责任的构成，就需要违约行为的发生这个要件，至于损害后果的存在或者一直处于债务不履行的状态，并非违约行为的持续，因为从法理上讲，一旦发生违约行为，即应承担违约责任。其一直没有承担违约责任的“状态”与一直没有承担侵权责任的“状态”是一样的，这并不影响适用行为时的法律确定相应的责任承担。

此外，《公司法时间效力规定》在涉及有关公司合同履行行为的分段适用方面，作了进一步探索，明确了合同履行行为发生在《公司法》施行之后，由于旧《公司法》未否定相关合同的效力，而新《公司法》作了禁止性或者限制性规定，故当事人有权主张解除合同，对于主张承担违约责任的，人民法院不予支持。但是，因一方当事人迟延履行导致履行行为发生在公司法施行后的，应根据过错认定当事人各自承担相应的民事责任。^①另有观点认为，合同订立在《民法典》施行前，但违约行为持续到《民法典》施行后，应当适用《民法典》还是《合同法》。这就涉及《民法典时间效力规定》第1条的理解与适用。笔者认为，合同成立是发生合同关系的法律事实，而违约并非引起合同关系的法律事实，因此合同纠纷案件的审理原则上还是应当适用合同成立时的法律。当然，根据《民法典时间效力规定》，如果《民法典》的相应规定具有溯及力，则应当适用《民法典》的规定；^②如果符合分段适用规则的，则应当分段适用。

进而言之，因履行行为发生的争议包括拒不履行、迟延履行、瑕疵履行等，这些作为或者不作为一般会伴随合同解除和违约责任的法律后果，因履行产生的合同解除和违约责任争议属于“履行合同发生的争议”，但不能将拒不履行视为一种“状态”

① 参见高晓力、麻锦亮、丁俊峰：《〈关于适用公司法时间效力的若干规定〉的理解与适用》，载《人民司法》2024年第19期。

② 参见刘贵祥：《关于当前民事审判工作的几点思考》，载《中国应用法学》2023年第6期。

的持续或者跨越。拒不履行是一种不作为,从拒不履行开始,法律后果已经产生和确定,不能认为一直处于拒不履行的状态。违约责任从违约行为发生时就已经确定,也不能认为一直处于“违约状态”。^①迟延履行、瑕疵履行的认定时间节点也要遵循同样的思路予以认定。简言之,对于合法有效的合同,当事人违反该合同约定即要承担违约责任,而该违约责任一直持续到《民法典》施行后,在本质上系该当事人应当承担的责任一直没有承担,这是法律适用意义上的责任持续没有承担问题,而非法律事实方面的状态持续。因此,就有关违约责任的承担所适用的新旧法问题,应当适用其违约责任构成时即违约行为发生时的法律。当然,对于分段履行跨越《民法典》施行时的,则应采取分段适用《合同法》或者《民法典》的规定。

结 语

民事法律及司法解释的溯及适用问题,属于民法“法理学”范畴,具有一定的复杂性和抽象性。《民法典时间效力规定》在总结以往理论和实践经验的基础上,以法不溯及既往为原则,例外规定有利溯及、空白溯及以及“跨法”适用等内容,对于细化完善民事法律溯及力规则、促进新旧法有机衔接适用、加强相应的学理研究都颇具意义。司法解释规定本身也有溯及适用的问题,实务中对此也多有经验总结,其既有与法律规定溯及适用的共通性内容,也有基于自身性质而产生的“自带”溯及适用的特点。《民法典合同编通则解释》对自身的溯及力问题作了规定,同时也明确了既判力优于溯及力的规则。违约责任法律适用在合同领域居于非常重要的地位,对其溯及适用问题的探讨,对于依法妥善解决涉及新旧法律适用规则衔接适用问题的纠纷案件的公正处理、促进法律适用的连续性、稳定性具有积极意义。由于合同理论博大精深,合同纠纷复杂多样,本文的阐释也许仅仅是打开了合同法律适用规则溯及适用的一扇窗。对于这一问题的研究,尤其是对如何实现溯及适用与当事人合理预期保护、促进法律规则有力贯彻实施之间的最佳平衡抑或动态平衡的理论探索与证成还一直在路上,当然,这也恰恰说明了对此进行研究的价值和意义所在。

(责任编辑:李 宁)

^① 参见最高人民法院民二庭、研究室编著:《最高人民法院民法典合同编通则司法解释理解与适用》,人民法院出版社2023年版,第777页。



论认罪认罚从宽与减刑的制度衔接

周维明 曾娇艳*

内容摘要：认罪认罚作为衡量犯罪人人身危险性降低的依据，需要以其从审判到执行阶段的一贯表现作为支撑。立足刑事一体化的视角，整合影响犯罪人刑罚裁量的各种因素，将认罪认罚确立为判定犯罪人减刑幅度的独立考量情节，并将“量刑协商”转变为“减刑协商”。这样不仅能在实体上给认罪认罚的犯罪人更多优待，而且能在程序上实现检察机关减刑协商权、审判机关减刑裁量权与刑罚执行机关减刑撤销权之间的有效配合与制约，并通过减刑撤销机制确保认罪认罚的犯罪人在刑罚执行阶段保持良好表现。

关键词：减刑 认罪认罚 减刑情节 减刑协商 减刑撤销

2018年修订的《刑事诉讼法》正式确立了认罪认罚从宽制度。从刑事一体化的角度来看，认罪认罚从宽制度的进一步完善不可能仅通过改革实现，而是要关注和协调与其他制度之间的衔接。^①学界对认罪认罚从宽制度与其他制度如何实现有效衔接展开了探讨和深入研究。有学者提出“建立刑法与认罪认罚从宽制度的衔接”，^②也有学者提出“刑事速裁程序与认罪认罚从宽制度的衔接”，^③还有学者提出“认罪认罚与监察法的制度整合”。^④然而，认罪认罚从宽制度与刑罚执行制度，尤其是减刑制度的关系却鲜有关注。事实上，侦查、起诉、审判与执行是相互联系、相互制约的有机整体，脱离了刑罚执行制度的变革与支撑，侦查、起诉、审判领域的司法改革必定会遭遇瓶颈。

* 周维明，中国应用法学研究所副研究员；曾娇艳，浙江省宁波市中级人民法院法官。

基金项目：本文系北京市社会科学院一般课题“网络诈骗被害叠卷效应研究”（编号：2022C7364）的阶段性成果。

① 参见周维明、赵晓光：《分化、耦合与联结：立体刑法学的运作问题研究》，载《政法论坛》2018年第3期。

② 参见周光权：《论刑法与认罪认罚从宽制度的衔接》，载《清华法学》2019年第3期。

③ 参见艾静：《刑事案件速裁程序的改革定位和实证探析——兼论与“认罪认罚从宽制度”的理性衔接》，载《中国刑事法杂志》2016年第6期。

④ 参见林艺芳、张云霄：《监察法与刑事诉讼法衔接视角下认罪认罚从宽的制度整合》，载《甘肃社会科学》2020年第2期。

实现认罪认罚从宽与减刑制度的有效衔接，不仅有利于解决认罪认罚从宽制度所面临的疑难问题，亦能减少当前减刑制度适用过程中的一些弊端。

一、认罪认罚从宽与减刑在理念与功能上的互通

厘清认罪与认罚在认罪认罚从宽制度与减刑制度中的内涵以及二者之间的关系，有助于认识认罪认罚从宽与减刑在基本理念上的关联性，从而确认二者制度衔接的必要性。

（一）认罪与认罚在两项制度中的基本内涵

《刑事诉讼法》第15条规定：“犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，承认指控的犯罪事实，愿意接受处罚的，可以依法从宽处理。”在认罪认罚从宽制度的语境中，何谓认罪？它是否要求犯罪嫌疑人、被告人承认自己供述的行为构成犯罪以及指控罪名？何谓认罚？认罚是否要求犯罪嫌疑人、被告人同意案件适用速裁程序、简易程序等简化程序进行审理？又是否要求被告最终接受法院判处的刑罚，从而放弃上诉权？^①减刑假释适用的前提条件是罪犯“确有悔改表现”，根据现行的司法解释，确有悔改表现的要件之一是罪犯认罪悔罪。那么，在减刑假释制度语境中，何谓认罪？何谓悔罪？悔罪的内涵与认罪认罚从宽制度语境中的认罚有何相通之处？关于这些问题，学界存在明显的认识分歧。笔者结合学界的有关争议，根据认罪认罚从宽制度和减刑、假释的相关法律、司法解释的规定，对认罪认罚在这两项制度中的基本内涵进行系统解读。

1. 认罪认罚从宽制度语境中的认罪

关于认罪认罚从宽制度中的认罪，学界主要存在三种观点，一是“认事说”。即自愿如实供述自己的罪行（简称“认事”），认罪的实质或核心要素是客观供述所犯罪行，认罪即认事或承认犯罪事实，除此之外，不应给认罪附加任何冗余的内容。^②认罪实质上就是认事，即承认指控的犯罪事实，这里的犯罪事实应指主要犯罪事实。犯罪嫌疑人、被告人对指控的个别细节有异议或者对行为性质的辩解不影响认罪认定。^③二是“认事+认罪说”。即认罪的概念核心是如实供述自己的罪行，也即被追诉人既要承认“行为”，也要承认“犯罪”。^④三是“认事+认罪+认罪名说”。被告人认罪是指被告人对检察机关指控的犯罪事实和罪名给予认可。^⑤以上三种观点均未完

① 参见孙长永：《认罪认罚从宽制度的基本内涵》，载《中国法学》2019年第3期。

② 参见黄京平：《认罪认罚从宽制度的若干实体法问题》，载《中国法学》2017年第5期。

③ 参见胡云腾主编：《认罪认罚从宽制度的理解与适用》，人民法院出版社2018年版，第77-78页。

④ 参见陈光中、马康：《认罪认罚从宽制度若干重要问题探讨》，载《法学》2016年第8期。

⑤ 参见陈瑞华：《“认罪认罚从宽”改革的理论反思——基于刑事速裁程序运行经验的考察》，载《当代法学》2016年第4期。



整揭示认罪认罚从宽制度语境中认罪的内涵。事实上,认罪认罚从宽制度语境中认罪具有实体法、程序法和证据法上的不同效果,因此其不同诉讼阶段的侧重点各不相同。在侦查和审查起诉阶段,认罪的侧重点是“自愿如实供述自己的犯罪事实”;在公诉阶段,认罪的要求是认可检察机关指控的犯罪事实及罪名;在审判阶段,“认罪”主要表现为认可认罪认罚具结书。^①

2. 减刑制度语境中的认罪

刑罚执行阶段的认罪是犯罪人得以减刑的重要依据,参照2016年《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》(以下简称“《减刑假释规定》”)第3条的规定,主要是指“确有悔改表现”。确有悔改表现的要件之一则是“认罪悔罪”。其中认罪主要是指承认自己的罪行,它侧重于犯罪人的主观态度,是指对法院刑事裁判的认可,包括承认法院审理查明的犯罪事实、认定的罪名及判处的刑罚。与考察认罪认罚从宽制度语境中的认罪不同,考察减刑制度语境中的认罪,应当从以下两个方面着手:一是罪犯确实有罪。如果司法机关不能确保案件定罪量刑的绝对准确,确保冤假错案的绝对不发生,却要求罪犯一定要认罪,不仅有强人所难之嫌,在司法实践中也容易引发各种问题。^②二是有一个相对科学合理的方法和手段判断罪犯的认罪态度。

3. 认罪认罚从宽制度语境中的认罚

关于认罪认罚从宽制度语境中的认罚,学界主要有以下四种观点:第一种观点认为,认罚是指犯罪嫌疑人、被告人在认罪的基础上自愿接受所认之罪在实体法上带来的刑罚后果,包括同意检察机关提出的量刑建议并达成协议、同意退赔退赃和简化诉讼程序。^③第二种观点认为,认罚是“被追诉人对于可能刑罚的概括意思表示。……被追诉人在侦查阶段的‘认罚’是对未来可能刑罚的接受;被追诉人在审查起诉阶段的‘认罚’是对检察机关处理结果的接受,如不起诉或者量刑建议等;被追诉人在审判阶段的‘认罚’是对裁判结果的认可。被追诉人的‘认罚’体现其悔罪性,而主动退赃退赔作为悔罪性的体现,是被追诉人‘认罚’的一种特殊表现”^④。第三种观点认为,

^① 参见孙长永:《认罪认罚从宽制度的基本内涵》,载《中国法学》2019年第3期。

^② 减刑案件审判只能对罪犯在刑罚执行期间的改造表现进行判断,不可能也无权力对该案前期侦查、公诉、审判的整个过程进行审查,因此并无把握判断该罪犯是否确实有罪但拒不认罪。但如果不考虑该罪犯的认罪态度,给予减刑,似乎也不妥当。因为罪犯是否无罪,需要有相关事实和法律依据的支撑,在没有经过再审确认无罪之前,该罪犯就应当被认定为有罪,以维护法律与判决的权威。该罪犯对原审判决、裁定认定的事实不服,拒不认罪,就不符合减刑的基本条件。由此,案件的处理便陷入了两难的境地。虽然2012年《减刑假释规定》中明确,对罪犯在刑罚执行期间提出申诉的,要依法保护其申诉权利,对罪犯申诉不应不加分析地认为是不认罪悔罪。但如何对申诉进行分析也是一个很棘手的问题。而且,如果罪犯是作无罪申诉,其一方面要通过正当的法律途径为自己作无罪辩解,另一方面,又会基于功利的目的,在减刑案件审理中表示认罪,实在是被迫做“两面人”之嫌。参见曾娇艳:《减刑案件中认罪悔罪的判断与处理》,载《人民司法·案例》2016年第20期。

^③ 参见陈卫东:《认罪认罚从宽制度研究》,载《中国法学》2016年第2期。

^④ 陈光中、马康:《认罪认罚从宽制度若干重要问题探讨》,载《法学》2016年第8期。

认罪首先表现为自愿接受所认之罪带来的刑罚后果，并积极退赃退赔；同时，认罪还要最终表现为接受法院判处的刑罚，因为如果不接受法院判处的刑罚并提出上诉，那就不是真正的认罪。^①第四种观点认为，认罪有广义与狭义之分。狭义认罪是指犯罪嫌疑人、被告人同意量刑建议，签署具结书，即对检察机关建议判处的刑罚种类、幅度（包括刑期幅度或确定的刑期）及刑罚执行方式没有异议。广义认罪就是以狭义认罪为基础的民事赔偿和解。其中的民事赔偿和解，就是犯罪嫌疑人、被告人与被害方（被害人或者其代理人）就案涉民事赔偿等事项达成和解协议。^②上述观点无实质性争议，核心内涵均为“愿意接受处罚”，从内容而言包括“接受刑罚处罚、主动退赃退赔、积极赔偿被害人损失同被害人和解、预交罚金”^③等。认罪在不同的诉讼阶段有不同的体现：在侦查阶段表现为表示愿意接受处罚；在审查起诉阶段表现为接受人民检察院拟作出的起诉或不起诉决定，认可人民检察院的量刑建议，签署认罪认罚具结书；在审判阶段表现为当庭确认自愿签署具结书，愿意接受刑罚处罚。认罪考察的重点是犯罪嫌疑人、被告人的悔罪态度和悔罪表现。

4. 减刑制度语境中的认罪

减刑制度语境中的认罪主要通过犯罪人在服刑场所的一贯表现来考量，包括“遵守法律法规及监规，接受教育改造”“积极参加思想、文化、职业技术教育”“积极参加劳动，努力完成劳动任务”等。如果说认罪认罚制度中的认罪侧重犯罪人的主观态度，减刑中的认罪则侧重犯罪人的客观改造表现。如果犯罪人逃避民事赔偿义务，或有财产履行能力而不履行财产性义务的，或不认真接受教育改造，则可将其判定为不认罪而对其不予减刑或者扣减减刑幅度。

（二）两项制度中认罪认罚的区别与互通

从以上论述可以发现，认罪认罚的涵义在认罪认罚从宽制度语境与减刑制度语境中并不完全相同：在前者中，认罪认罚是犯罪嫌疑人、被告人自愿供述或者承认有罪事实，认可自己行为的犯罪属性，并明确表示接受相应的刑事处罚的表现；在后者中，认罪认罚的具体内涵并不清晰，大致相当于“认罪伏法”，对此应当从主客观相结合的角度进行理解，即服刑人主观上有改恶向善的意愿，客观上还要“确有悔改表现”。两者的价值和功能也不尽相同，认罪认罚从宽制度中的认罪认罚有利于司法机关提高司法效率，节约司法成本，实现案件的繁简分流，是我国宽严相济刑事政策中宽缓一面的体现。^④减刑中的认罪认罚是对犯罪人适用减刑的重要依据，不仅有利于刑罚执行机关减轻监管压力，节约监管成本，亦有利于刑罚执行机关对犯罪人开展教育、矫

① 参见朱孝清：《认罪认罚从宽制度中的几个理论问题》，载《法学杂志》2017年第9期。

② 参见黄京平：《认罪认罚从宽制度的若干实体法问题》，载《中国法学》2017年第5期。

③ 胡云腾主编：《认罪认罚从宽制度的理解与适用》，人民法院出版社2018年版，第78页。

④ 参见熊秋红：《认罪认罚从宽的理论审视与制度完善》，载《法学》2016年第10期。



正工作。

认罪认罚从宽制度中的认罪认罚与减刑中认罪认罚内涵虽有不同，基本理念却高度相似。犯罪后的态度，反映犯罪人人身危险性的大小和改造的难易程度，因此，从有利于刑罚目的的实现出发，这一事实情况应在量刑时予以考虑。现代社会的核心特性即在于其具有的高度适应性，延伸至刑罚适用领域，刑罚确定性和刑罚灵活性是其基本特性，刑罚适应性则为其核心特性。^①要实现刑罚的适应性，一方面需要打通刑罚制定、刑罚裁量和刑罚执行各个环节，另一方面必须实现刑罚个别化。^②而认罪认罚从宽与减刑，作为刑罚裁量和刑罚执行环节的重心，本质上均体现了现代社会刑罚执行的个别化需要：首先，无论是认罪认罚从宽制度中对认罪认罚的犯罪人予以量刑减让的优惠，还是减刑制度中对认罪认罚的犯罪人给予减少原判刑期的奖励，刑罚减让的正当性依据都是犯罪人人身危险性的降低，使得刑罚惩罚的必要性减少。其次，刑罚的教育、改造和感化功能，不可能在审判阶段一判了之，而是需要审判阶段直至刑罚执行阶段的通力协作，通过庭审过程和减刑、假释等刑罚执行制度，教育、改造和感化才能逐步体现和实现。由此可见，认罪认罚从宽与减刑有相同的理念基础，均体现了现代社会刑罚适应性的趋势，都服务于刑罚个别化的需要。为了刑罚目的与功能的进一步实现，有必要冲破认罪认罚从宽与减刑之间的藩篱，实现制度衔接。

二、认罪认罚从宽与减刑制度衔接的必要性

可以认罪认罚从宽与减刑制度在理念与功能上的互通性为基础，建立刑罚执行与认罪认罚从宽相衔接的制度激励机制，从而为这一制度注入新活力，进一步完善认罪认罚从宽制度。

（一）认罪认罚从宽吸引力不足

认罪认罚从宽制度作为一项量刑激励机制，刑罚减让的力度越大，激励作用就越充分。然而，在司法实践中，认罪认罚只是从轻处罚情节，不是减轻处罚情节，其从轻幅度不得超过基准刑的30%，^③对于一些犯罪数额刚达到量刑起点的被告人而言，量

^① 参见于阳：《刑罚适应性的确立与确证研究》，载《政治与法律》2022年第7期。

^② 刑罚个别化，是指法官在将刑罚适用于犯罪人时，要以其人身危险性为重要依据。在考量罪人人身危险性程度的基础上对其适用与之相适应的轻重有别的刑罚，以期达到教育、改造犯罪人的效果，使刑罚的特殊预防目的得以实现。参见于阳：《刑罚适应性的确立与确证研究》，载《政治与法律》2022年第7期。

^③ 最高人民法院、最高人民检察院《关于常见犯罪的量刑指导意见（试行）》规定：“对于被告人认罪认罚的，综合考虑犯罪的性质、罪行的轻重、认罪认罚的阶段、程度、价值、悔罪表现等情况，可以减少基准刑的30%以下；具有自首、重大坦白、退赃退赔、赔偿谅解、刑事和解等情节的，可以减少基准刑的60%以下，犯罪较轻的，可以减少基准刑的60%以上或者依法免除处罚。认罪认罚与自首、坦白、当庭自愿认罪、退赃退赔、赔偿谅解、刑事和解、羁押期间表现好等量刑情节不作重复评价。”

刑优惠显得微乎其微。例如，在浙江地区，诈骗10万属于“数额巨大”，量刑起点在三年以上，如果被告人的诈骗数额恰好是10万，则即便是认罪认罚，如果不符合缓刑的适用条件，亦无相应的刑罚减让空间。对于一些公安机关尚未掌握关键性证据的犯罪案件而言，量刑协商的幅度则更显“吸引力”不足。^①如此，不仅客观上弱化了认罪认罚从宽制度带给刑事诉讼职能部门的效率红利，同时也影响了对被追诉人实体权利的有效供给。如果将认罪认罚从宽制度研究的目光仅局限于前期诉讼阶段，则这个问题难以在现行法律框架下解决。

在现代刑事法治社会的背景下，刑罚所追求的最根本的价值目标是刑罚的公正（报应刑，满足民众报应心理）和效益（预防刑，预防犯罪）。^②这一刑罚理念贯穿于刑罚裁量与执行阶段，只是侧重点各有不同。在刑罚裁量阶段，报应刑是量刑的基准和主要依据，预防刑仅起调节作用；在刑罚执行阶段，预防刑尤其是特殊预防是刑罚执行变更的主要依据，报应只是在必要限度内起限制作用。如前所述，认罪认罚在侦查、起诉、审判等阶段的要求和表现形式虽然各不相同，但都体现了犯罪人的罪后态度，因此属于预防刑的范畴。预防刑在刑罚裁量阶段只是刑期的调节依据，不可能对最终刑期产生重大影响。因此，从宽“吸引力”不足的问题是认罪认罚从宽制度与生俱来的特质，难以在刑罚裁量阶段解决。而在刑罚执行阶段，认罪认罚是犯罪人获得减刑的主要依据，被判处管制、拘役、有期徒刑的犯罪人可以在原判刑期的二分之一以内获得刑罚减让的优惠。因此，将认罪认罚从刑罚裁量阶段延伸到执行阶段，就可以有效地解决认罪认罚从宽制度供给不足的问题，充分发挥认罪认罚的激励作用。

（二）犯罪人“认罪悔罪”认定存在争议

认罪认罚从宽制度的正当根据之一是“对某项罪行真正悔过的犯罪人将比在不真心悔过的情况下犯下类似罪行的可能性较小”^③，从而使刑罚惩罚的必要性减少。对认罪认罚的犯罪人给予量刑减让的承诺，既是优化诉讼资源的需要，也意在鼓励犯罪人认罪悔罪，及早回归社会。然而，对犯罪人人身危险性的考量需要一个过程，仅凭审判阶段刑罚减让所鼓励的认罪未必是真诚的认罪悔罪。^④“如果只是为了认罪而认罪，犯罪人的人身危险性和再犯可能性并没有因此而降低，量刑的减让反而会助长犯罪人日后的再犯。”^⑤因此有必要对认罪认罚获得从宽处罚的犯罪人设置一定的考验期，以

① 参见王敏远：《认罪认罚从宽制度疑难问题研究》，载《中国法学》2017年第1期。

② 参见王牧：《论刑罚概念：从“本质”到“意义”》，载《当代法学》2018年第2期。

③ Steven Keith Tudor, Why Should Remorse be a Mitigating Factor in Sentencing?, 2 Criminal Law and Philosophy 244(2008).

④ 在此，日本首例判处未成年人死刑的“光市母女被杀案”可以作为一个典型例证，犯罪人福田孝行在受审时“对于被害人深感抱歉流下眼泪”，但在23封写给友人的信件中却毫无反省之意。

⑤ 何群、储槐植：《认罪认罚从宽制度的实体法解读：从刑事一体化的视角》，载《中南民族大学学报（人文社会科学版）》2018年第6期。



确保从宽效果。而刑罚执行既是惩罚犯罪人，实现刑罚报应功能的过程，亦是考量犯罪人人身危险性的消减变化，实现刑罚特殊预防的过程。认罪认罚的犯罪人在刑罚执行阶段能否认真遵守监规，接受教育改造正是其是否“确有悔改表现”的具体表现。若能通过减刑与认罪认罚从宽制度的有效衔接，构建起以减刑撤销为导向的反向制约机制，必能进一步确保减刑裁定的正确性，增强认罪认罚从宽制度助力犯罪人及早回归社会的刑罚效果。^①

司法实践中，被告人一审认罪认罚后又上诉的，往往被认为“认罪动机不纯”，也是认罪认罚从宽适用中最具争议性的问题之一。本文在此不对这一问题作孰是孰非的评判，仅从认罪认罚从宽与减刑的制度衔接上提出解决这一问题的另一种思路。相当一部分被告人一审认罪认罚后又上诉，无非心存侥幸，企图获得较一审更轻缓的刑罚而已。既然如此，对认罪认罚被告人上诉权的行使与其压制不如因势利导，即对于认罪认罚又愿意放弃上诉权的被告人在刑罚执行阶段给予更大幅度的刑罚减让，从而激励认罪认罚的被告人主动选择一审终审。^②同时，因认罪认罚所获得的减刑从宽幅度均以犯罪人在刑罚执行阶段保持良好表现为前提，若其不能认真遵守监规，接受教育改造，亦可由刑罚执行机关向法院报请撤销减刑。

三、认罪认罚从宽制度与减刑制度衔接的法理基础

（一）贯彻宽严相济刑事政策：认罪认罚从宽与减刑激励的协同作用

刑罚发展到现代社会，适用的目的已从原来的惩罚走向了矫治。量刑与行刑虽然发生于刑事诉讼的不同阶段，但二者浑然一体共同追求惩罚与矫治的目的，二者需要相辅相成方能有效解决当前认罪认罚从宽制度存在的诸多问题。一方面，当前对侦查、起诉、审判阶段认罪认罚的犯罪人主要采取量刑减让的方式来实现激励，然而这种未经过刑罚执行阶段改造检验过的认罪认罚未必是真心的认罪认罚，实践中不乏认罪认罚的犯罪人在获得量刑减让的优惠后又投机上诉的情形，^③不仅使认罪认罚从宽制度节约司法资源、提高诉讼效率的制度设计初衷大打折扣，亦使得非真实认罪认罚的被告人获得了本不应获得的较轻刑罚，损害了认罪认罚从宽所依托的

^① 只有更加注重审查判断罪犯的主观悔罪心态，做到主客观相统一，才能准确查明罪犯是否确有悔改表现这一案件事实，才能作出正确的减刑裁定。参见罗智勇、董朝阳、孙自中：《〈关于加强减刑、假释案件实质化审理的意见〉的理解与适用》，载《中国应用法学》2022年第3期。

^② 目前，检察机关制约被告人认罪认罚后又上诉的手段是立即提出抗诉要求加重刑罚，如果采取本文的观点，那这种极具争议性的手段就似乎显得没有必要。

^③ 比如，被告人如果想要最大限度地争取轻刑，可通过形式上的认罪认罚，骗得检察官的信任并签订具结书，获得较轻的量刑建议。在一审判决后又提出上诉，并以上诉不加刑维持至少不超过一审刑罚的裁判结果。参见毛羽翔：《从 United States v. Erwin 案反观我国认罪认罚后上诉案件的应对》，载《中国检察官》2020年第4期。

诚信基础，也间接放纵了犯罪。^① 如果将对犯罪人在诉讼阶段认罪认罚的考察和奖励延伸至刑罚执行阶段，不仅能对投机型上诉形成有效地制约，亦能对犯罪人在刑罚执行阶段的改造形成更有效的激励。对于认罪认罚的犯罪人而言，如果其在刑罚执行阶段不能认真遵守监规，接受教育改造，则前期认罪认罚获得的刑罚减让的奖励亦可能被扣减，若其在刑罚执行阶段认真遵守监规，积极改造，则相比在诉讼阶段不认罪认罚的犯罪人获得更大幅度的减刑奖励。另一方面，将对认罪认罚犯罪人的刑罚减让奖励延迟至刑罚执行阶段，有利于突破当前重刑犯认罪认罚后从宽力度不足的瓶颈。认罪认罚作为犯罪人的罪后态度只是量刑的调节依据，若给予过大的量刑减让幅度，势必打破报应与预防的平衡，难以体现司法公正；若量刑减让的幅度过小，对重刑犯而言，则会形成激励不足的困境，同样难以实现认罪认罚从宽制度节约司法资源，提升诉讼效率的目的。然而，如果将兑现认罪认罚红利的时间一直延迟至刑罚执行阶段，此时犯罪人在侦查、起诉、审判阶段的认罪认罚经过了刑罚执行阶段认真遵守监规，接受教育改造的检验，已经由一种量刑依据转化成了减刑依据，在《刑法》第78条规定的“减刑以后实际执行的刑期不能少于原判刑期的二分之一”的幅度内可以获得更大的刑罚减让空间。

（二）坚持罪刑相适应原则：量刑与行刑的有机统一

减刑是我国一项非常重要的刑罚执行变更制度。虽然在美国、英国、法国等国家实行假释为主、减刑为辅的制度，德国、日本实行单一的假释制度，俄罗斯实行假释为主、易科减刑为辅的制度。^② 但是，我国却是典型的以减刑为主、假释为辅的国家，减刑案件占减刑、假释案件总数的90%以上。^③ 在我国，犯罪人的实际执行刑期可以说是由量刑与减刑共同决定的。如果说量刑是刑罚的第一次裁量，减刑可谓刑罚的第二次裁量，二者共同决定了犯罪人的最终刑期。然而，当前量刑与减刑之间并没有一个有效的衔接机制，使得刑罚裁量要素在量刑与减刑阶段重复考量，产生了“同案不同减”的问题。根据相关司法解释的规定，犯罪人的减刑幅度由犯罪人犯罪的性质、情节、社会危害程度及交付执行后的一贯表现等因素综合确定。^④ 在司法实践中，法官对犯罪人减刑幅度的确定一般是先将犯罪人在服刑场所获得的表扬个数折算成基本减刑幅度，再根据犯罪人犯罪的性质、情节、财产性判项履行情况等酌情决定减刑幅度。这就意味着犯罪前科、犯罪次数、犯罪手段等因素不仅是影响前期量刑的因素，亦是影响后期减刑的因素。比如，某犯罪人有过两次盗窃前科，量刑时根据这两次盗

① 参见毛羽翔：《从 United States v. Erwin 案反观我国认罪认罚后上诉案件的应对》，载《中国检察官》2020年第4期。

② 参见刘京华：《减刑假释制度的发展趋势和利弊》，载《北京政法职业学院学报》2005年第2期。

③ 参见黄晓丰：《论减刑裁判标准的统一暨减刑规范化体系的建立——基于全国350份减刑文书中不予减刑理由的差异性分析》，载《法律适用》2017年第3期。

④ 参见《减刑假释规定》第2条和第5条的规定。



窃前科增加基准刑的10%，减刑时再在犯罪人考核分所对应减刑幅度的基础上进行扣减。换言之，该犯罪人的这两次盗窃前科，对其刑罚量所产生的影响是量刑时增加的基准刑的10%和减刑时被扣减的减刑幅度。显然，同一要素在诉讼的不同阶段对犯罪人作出两次不利评价有违罪刑相适应原则。减刑制度是报应刑框架下容纳了目的刑的产物，刑罚减让裁量的依据是犯罪人改造后人身危险性的消减，而不是犯罪人改造后人身危险性的大小。如果说犯罪人的人身危险性是100%，经过一段时间的劳动改造后，人身危险性消减了10%，那么确定减刑幅度的依据是10%的人身危险性的消减，而不是剩下的90%的人身危险性。如果将在刑罚裁量阶段已经对犯罪人做过不利评价的刑罚因素，又作为扣减犯罪人由于人身危险性的消减而获得的减刑幅度的依据，等于间接增大犯罪人的刑罚量，不符合“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应”的基本原则。且由于减刑扣减属于司法自由裁量权的范畴，在当前尚无减刑规范的情况下，不仅各地做法各异，即便同一个法院的各个审判员之间也可能因为理解不同而作出不同的扣减结果，从而呈现出“同案不同减”的局面。^①

当前，量刑与减刑无论是理论研究还是制度设计，均各自为阵，亦导致一些实践问题的司法应对难以兼顾公正与效率，如量刑阶段的立功评价与减刑阶段的立功评价难以协调的问题。《刑法》第68条规定，犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》规定，侦查机关出具材料，表明在三个月内还不能查证并抓获被检举揭发的人，或者不能查实的，人民法院审理案件可不再等待查证结果。实践中，对于刑事案件审理期间被告人提供的立功线索，如果这些立功线索在审理期间三个月内无法查实，判决生效后却被查证属实，司法机关是通过审判监督程序还是通过减刑程序兑现《刑法》第68条对犯罪分子从轻、减轻或免除处罚的承诺，目前面临难以兼顾公正与效率的窘境。一方面，如果通过减刑程序解决，则犯罪人只能接受更小的量刑减让幅度。根据《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律的补充规定》第2条第2款的规定，确有悔改表现或者有立功表现的，一次减刑不超过六个月有期徒刑；确有悔改表现并有立功表现的，一次减刑不超过九个月有期徒刑；有重大立功表现的，一次减刑不超过一年有期徒刑。而根据最高人民法院、最高人民检察院联合印发的《关于常见犯罪的量刑指导意见（试行）》（以下简称“《量刑指导意见》”）的规定，一般立功，可以减少基准刑的20%以下；重大立功，可以减少基准刑的20%至50%；犯罪较轻的，减少基准刑的50%以上或者依法免除处罚。可见，同样的立功表现，作为量刑情节相比作为减刑情节，犯罪人能获得更大的从宽幅度。另一方面，

^① 参见曾娇艳：《简论减刑、假释裁判文书的基本要素》，载《人民司法·应用》2015年第5期。

如果启动审判监督程序，将该立功表现评价为量刑情节，则不仅于法无据，亦有徒耗司法资源之嫌。^①因此，有必要将影响犯罪人刑罚量的因素进行整合，以体现刑罚的严肃性与公正性。例如，根据《量刑指导意见》，累犯可以增加基准刑的10%~40%，犯罪前科可以增加基准刑的10%以下，那么在减刑阶段，累犯与前科应当对犯罪人的减刑幅度产生多大程度的影响亦应当予以明确。

值得注意的另外一个问题是，受报应文化与重刑主义思想的影响，当前司法机关只是在犯罪人已然的事实中选取表征犯罪人人身危险性大的因素作为扣减犯罪人减刑幅度的依据，却并未选取表征犯罪人人身危险性小的因素作为增加犯罪人减刑幅度的依据，在充分彰显减刑从严刑事政策精神的同时，却在客观上削弱了减刑的激励功能。事实上，减刑从宽未必是司法恣意的表现，减刑从严亦未必能确保司法公正，防止司法腐败。科学合理地设计减刑制度，实现量刑与行刑的有机统一，方能实现刑罚立足正义、追求功利的目的。在整合影响犯罪人刑罚量的要素过程中，不仅要整合增加犯罪人刑罚量的要素，而且要整合减少犯罪人刑罚量的要素。正是基于此种考量，完全可以将认罪认罚对犯罪人刑罚量的影响推迟至减刑阶段兑现，通过减刑制度这一载体充分实现认罪认罚从宽制度节约司法资源，提升司法效能的目的，亦能更有效地激发减刑制度的激励功能。

四、认罪认罚从宽与减刑制度衔接的具体制度设计

在我国，犯罪人的实际服刑刑期由量刑与减刑共同决定，认罪认罚的内涵与从宽的正当性依据在量刑与减刑阶段存在相似性与交叉性，这为二者的衔接适用提供了理论前提；认罪认罚从宽制度的适用瓶颈与减刑制度的实践弊端凸显了二者衔接适用的现实紧迫性；我国裁量型减刑模式为二者的衔接适用提供了制度上的可行性。具体而言，在构建相应的衔接机制时，应着重考虑以下三个方面：

（一）认罪认罚是一个独立的减刑情节

1. 认罪认罚以真心悔过为前提，是不同于自首、坦白、当庭认罪等法定从宽情形的独立减刑情节。认罪认罚的内涵与自首、坦白、积极退赃、赔偿等从宽情节存在一定程度的重合，由此产生了一个问题，认罪认罚是依附于自首、坦白等实体从宽情形的一种“依附型”量刑情节，还是一种独立于自首、坦白、积极赔偿等实体从宽情形之外的“独立型”量刑情节。如果立足刑罚减让的正当性依据，认罪认罚作为一种罪后态度，是推定犯罪人人身危险性降低的表征，并依此作出刑罚减让的裁量，那么认罪认罚作为一种预防型情节，在刑罚裁量阶段只能对由责任刑决定的基准刑起调节作

^① 参见曾娇艳：《量刑与减刑的一体化研究有待加强》，载《上海法治报》2023年4月12日，第B6版。



用,如果给予过大的从宽幅度,势必违背罪刑相适应原则。如果立足国家与犯罪人的博弈,认罪认罚从宽是国家换取犯罪人认罪认罚的筹码,则从宽的力度越大,越能发挥该项制度的激励功能,国家降低司法成本、节约司法资源的功利追求越能实现。于是司法实践中,对认罪认罚从宽的适用出现了两个极端,一是独立于自首、坦白、积极赔偿等实体从宽情节之外的认罪认罚获得从宽处理的空间非常狭窄。^①二是与自首、坦白、积极赔偿等实体从宽情节综合考量的认罪认罚存在量刑畸轻或司法恣意的风险。事实上,无论是将认罪认罚当作一种“依附型”量刑情节还是当作一种“独立型”量刑情节,都难以实现该项制度正当性与功利性的有机统一。反之,若将认罪认罚视为一个独立的减刑情节,认罪认罚是犯罪人获得减刑的主要依据,则可以在推进减刑规范化的同时,有更为充分的正当性依据让认罪认罚的犯罪人获得更大幅度的刑罚减让。

2. 认罪认罚是在减刑基准刑的基础上增加减刑幅度的依据。当前我国对减刑幅度的确定是根据犯罪人在服刑期间的考核分确定减刑的基准刑,根据犯罪人已然犯罪事实中表征犯罪人人身危险性大的各种因素及财产性判项的履行情况酌情扣减减刑幅度,最终确定减刑的宣告刑。将认罪认罚作为一种独立的减刑情节后,认罪认罚是在减刑基准刑的基础上增加减刑幅度的依据,而已然犯罪事实中表征犯罪人人身危险性大的各种因素在刑罚裁量阶段已被考量,在刑罚执行阶段再藉此作出不利于犯罪人的评价,有违罪刑相适应原则,因此,本文不主张再根据犯罪性质、情节、手段等因素扣减犯罪人的减刑幅度,但如果犯罪人不履行认罪认罚具结书的承诺,在刑罚执行阶段不服判息诉,或者不积极履行财产性判项,则可以扣减犯罪人因认罪认罚获取的相应的从宽减刑幅度。

3. 将认罪认罚由“量刑情节”转变为“减刑情节”,有利于在检察权、审判权与刑罚执行权之间构建起有效的制衡机制。其一,减刑协议的合理性受审判机关的制约。认罪认罚成为一个独立减刑情节的情况下,检察机关与犯罪人就认罪认罚可以换取的减刑从宽幅度进行协商,达成减刑协议,审判机关对减刑协议进行审查,并最终确定犯罪人因认罪认罚可以获得的减刑从宽幅度。其二,减刑协议的终局性受到刑罚执行机关的制约。减刑协议的内容能否兑现,最终还取决于犯罪人在服刑期间的表现,用实际行动表明真心悔过,若犯罪人在服刑期间不认真遵守监规,接受教育改造,或者确有履行能力而不积极履行财产性义务,则刑罚执行机关有权向审判机关申请撤销该犯因认罪认罚所获得的减刑从宽幅度。由此,在检察机关的减刑协商权、审判机关的减刑裁量权与刑罚执行机关的减刑撤销权之间构建起有效的配合与制约机制。

(二) 建立控辩平等的减刑协商机制

与量刑协商就量刑的种类和幅度进行协商并最终达成量刑建议不同,减刑协商

^① 参见吴雨豪:《认罪认罚“从宽”裁量模式实证研究——基于部分城市醉酒型危险驾驶罪的定量研究》,载《中外法学》2020年第5期。

的内容并不是犯罪人在刑罚执行阶段可以获得的最终减刑幅度，而是犯罪人因认罪认罚可以获得的减刑“从宽幅度”。由于犯罪人最终可以获得的减刑幅度是由犯罪人在刑罚执行阶段积极改造累积的考核分所对应的减刑基准刑加上其因认罪认罚所获得的“从宽幅度”共同确定，犯罪人最终能获得的减刑结果依赖其在刑罚执行阶段的改造表现，因此诉讼阶段的减刑协商结果只是其所获得的减刑从宽幅度，而不是其最终减刑结果。具体而言，减刑协商机制的确立需要注意以下几个方面：

1. 刑法有必要明确认罪和认罚可以获得的具体减刑幅度。明确性是法的基本特征和要求，明确减刑从宽标准可以增强控辩双方协商的平等性，让犯罪人对自己认罪认罚的后果有相对明确的预期，亦能约束检察官自由裁量权的恣意。具体而言，可以分别从认罪认罚的时间和程度两个维度确定认罪认罚从宽的幅度和比例。其一，就认罪的时间维度而言，可以参照现行司法实践中的做法，根据其在侦查阶段、起诉阶段与审判阶段等不同诉讼阶段的认罪确定“三二一”式的从宽减刑幅度；^①就认罚的程度维度而言，可以设立参照自首型认罪、坦白型认罪与当庭自愿认罪的类型设置从宽减刑幅度。其二，就认罚的时间维度而言，当前判前认罚是一种正向激励模式，判后认罚则更多是一种负向倒逼模式。如财产性义务在判前履行，可以获得量刑减让的优惠，在判后履行，则不能获得刑罚减让的优惠，且若不履行会被限制减刑或者扣减减刑幅度。^②在认罚作为一种独立减刑情节的情况下，可以采取信用从宽模式。即推定认罪且愿意接受处罚的犯罪人会实际认罚，并给予一定的从宽减刑幅度，若犯罪人在判决生效后不认罚，如不兑现承诺履行财产性判项，则扣减相应的信用减刑从宽幅度。同时对于判前主动履行财产性义务的犯罪人可以相比判后履行给予更大的从宽幅度，包括在刑罚的执行方式上给予更多的优惠。就认罚的程度维度而言，财产性义务全部履行的可以相比部分履行给予更大的从宽幅度。

2. 减刑亦可以引入辩护人制度。一直以来，我国的辩护人制度只适用于量刑，未曾适用于减刑，其中的重要原因在于减刑一直被视为国家对犯罪人的奖励或恩惠，而不是对犯罪人权利的剥夺，因而在减刑阶段无从找到引入辩护人制度的有效切入点，虽然司法实践中偶尔会有律师参与减刑案件办理的现实案例，^③但并不普遍，且难以找到这一做法的正当性根据。而将认罪认罚作为法定的减刑从宽情节，在减刑协议达成后，犯罪人有获取减刑从宽幅度的权利，有权利就有救济，此时在减刑阶段引入辩护人制度方为可能。易言之，认罪认罚从宽制度的适用应当贯穿于刑事诉讼与刑罚执行

① 作为比较法上的参考资料，在2012年对北莱茵—威斯特伐利亚州的190名刑事法官、68名检察官和76名辩护律师所做的实证调研显示，在协商程序中，刑罚较之未协商案件减轻了1/4至1/3。参见周维明：《德国刑事协商制度的最新发展与启示》，载《法律适用》2018年第13期。

② 2012年《减刑假释规定》第2条第3款首次从法律层面确立了减刑假释与财产性判项联动机制。

③ 参见许梅：《律师出具意见书后，小宋小胡获得了减刑——律师参与办理减刑假释案提高了司法公信力》，载《浙江法制报》2016年9月27日，第1版。



的始终，在诉讼阶段强化辩护权，为犯罪人提供有效辩护，以便犯罪人可以获得合理的减刑从宽幅度；而在减刑阶段引入辩护人制度，能防止刑罚执行机关或审判机关随意扣减犯罪人的减刑幅度，让犯罪人所获得的减刑从宽承诺得以有效实现。

（三）建立减刑撤销制度

科学构建认罪认罚从宽制度，不仅可以通过减刑来释放制度红利，以充分发挥认罪认罚从宽制度的激励功能，亦应当构建起相应的反向制约机制，以倒逼认罪认罚的犯罪人真心认罪悔罪。目前，关于我国是否应当建立减刑撤销制度，理论界存在支持与反对两种观点。^①笔者认为，减刑的正当性根据是犯罪人人身危险的消减，如果犯罪人减刑后有证据证明犯罪人的人身危险性并未消减，则撤销减刑乃是应然之意。当前我国减刑撤销制度的阙如，不仅增大了刑罚执行机关的监管压力，^②亦因一些犯罪人获减刑出狱后再次实施犯罪行为而严重冲击刑罚执行的公信力。^③因此，构建减刑撤销制度有其理论上的正当性与实务操作层面的必要性。^④司法实践亦对减刑撤销有了初步的探索，例如，《最高人民法院关于罪犯因漏罪、新罪数罪并罚时原减刑裁定应如何处理的意见》明确指出：“犯罪人被裁定减刑后，因被发现漏罪或者又犯新罪而依法进行数罪并罚时，经减刑裁定减去的刑期不计入已经执行的刑期。”《减刑假释规定》第32条第2款规定：“再审裁判改变原判决、裁定的，原减刑、假释裁定自动失效，执行机关应当及时报请有管辖权的人民法院重新作出是否减刑、假释的裁定。”这些都是对刑罚执行期间减刑撤销的探索与实践，为我国构建完整的减刑撤销制度提供了宝贵的司法智慧和实践经验。在本文看来，减刑是“权利”与“奖励”的结合体，确有悔改表现的犯罪人应当享有减刑请求权；对没有悔改表现但有重大立功表现的犯罪人可以给予减刑的奖励。同时，犯罪人的减刑权与生命权、健康权不同，它不是一种与生俱来的自然权利，而是一种附条件的法律权利，即犯罪人只有符合减刑的法定条件时才有减刑的权利，而国家则负有对符合减刑条件的犯罪人兑现减刑承诺的义务；同理，如果犯罪人不符合减刑条件，则国家亦有剥夺犯罪人减刑权的权力。减刑给予与减刑撤销两架马车并驾齐驱，方能充分发挥减刑制度的激励功能。在减刑与认罪认罚从宽制度的衔接中，同样需要减刑撤销机制来反向制约认罪认罚的犯罪人在刑罚执行期间保持良好表现，以倒逼其真心认罪悔罪。

^① 反对的观点，参见陈敏：《减刑制度比较研究》，中国方正出版社2001年版，第125页；赞成的观点，参见宋高初：《论减刑撤销》，载《中国法学》2014年第6期。

^② 有学者经调研后发现，监狱干警反映最为普遍的是：在申报减刑期间罪犯表现都很好，却总有部分罪犯一旦减刑裁定生效，就松懈改造自觉性，甚至出现很大的反常表现。参见王志刚：《我国减刑程序之反思与完善》，载《湖北社会科学》2009年第7期。

^③ 典型的如孙小果案、郭文思案、巴图孟和“纸面服刑”案，罪犯违规减刑出狱后又实施了严重犯罪行为，造成极为恶劣的社会影响，严重冲击了刑罚执行公信力。

^④ 世界上大多数国家和地区均有减刑撤销制度。参见肖爽：《减刑假释制度适用中存在的问题与完善》，载《人民检察》2017年第19期。

结 语

认罪认罚从宽是2018年《刑事诉讼法》确立的一项新型诉讼制度，它的形成虽然遵循司法推进主义路径，来源于司法实践的长期探索，但仍需进一步改革和完善。虽然认罪认罚从宽制度适用于侦查、起诉、审判阶段的犯罪人，减刑制度适用于刑罚执行阶段的犯罪人，但二者存在千丝万缕的联系。犯罪人的实际服刑刑期一般是由量刑与减刑共同决定的，认罪认罚的内涵与从宽的正当性依据在量刑与减刑阶段存在相似性与交叉性，这为二者的衔接适用提供了理论前提；认罪认罚从宽制度的适用瓶颈与减刑制度的实践弊端是二者衔接适用的现实需要；我国裁量型减刑模式为二者的衔接适用提供了制度上的可能。以减刑制度的改革为切入点，实现减刑与认罪认罚从宽制度的有效衔接，不仅可以通过减刑来释放认罪认罚从宽制度的红利，以充分发挥认罪认罚从宽制度的激励功能，亦应当构建起相应的反向制约机制，以倒逼认罪认罚的犯罪人真心认罪悔罪，促进犯罪人积极改造，同时也为司法机关提供更为精准、高效的量刑、减刑依据。未来司法改革应继续深化对这一制度衔接的探索与实践，构建更加公正、合理的刑事诉讼体系。

（责任编辑：崔婷婷）



认罪认罚案件“不利被告之再审”的检视与重塑

胡维潇*

内容摘要：在“实事求是、有错必纠”的司法政策指导下，我国刑事再审程序的设计更多侧重个案实体公正，“不利被告之再审”较为常见。认罪认罚案件中，由于再审启动主体多样化、事由宽泛化、不利变更普遍化等原因，导致被告人陷入因同一行为受到重复追诉与审判，甚至是加重刑罚的双重危险境地，从而丧失认罪认罚时理应获得的司法机关已认可的从宽处罚利益，这有悖认罪认罚从宽制度的多元价值目标。在认罪认罚从宽制度语境下，刑事再审程序应当秉持特殊救济之功能定位，从有错必纠转向有限纠错，以必要性和有限性标准对“不利被告之再审”的启动事由和启动时效作严格限制，谨慎通过再审程序对认罪认罚被告人刑罚作出实质不利变更。

关键词：认罪认罚 再审 不利被告 禁止双重危险原则

引言

长期以来，我国刑事司法体系在再审程序中秉持“实事求是、有错必纠”的政策理念，以确保司法公正与准确。然而，在认罪认罚案件的特定语境下，其应用面临更为复杂的考量。认罪认罚案件，作为司法实践中的一类特殊案件，其处理过程融合了控辩双方的量刑协商、被告人的自愿认罪与具结书签署，以及人民法院的最终审查确认，这一系列程序性安排体现了对司法效率与被告人权益保障的双重追求。

面对此类案件中可能因司法机关审查不周而产生的“错误”，是否应无差别地适用“有错必纠”原则，进而启动可能不利于被告人的再审程序，从而剥夺其先前通过

* 胡维潇，山东省泰安市中级人民法院刑三庭法官助理。

认罪认罚所获得的从宽处罚利益？这一问题触及了深层次的 legal 价值冲突，即如何平衡被告人与公诉机关经协商合意并由法院确认的权利性利益，与刑事诉讼追求绝对真实的核心价值之间的紧张关系。

当前，学界与实务界对于认罪认罚从宽制度的研究，大多聚焦于其前端运行过程，即如何在裁决过程中有效适用该制度以实现司法公正与效率的提升。相对而言，学界对于审判监督程序在认罪认罚案件中的运行机制构建研究较少，且多侧重于认罪认罚从宽制度本身的分析和完善，而对于认罪认罚案件在再审阶段可能面临的特殊问题与挑战，尤其是如何保障被告人权益与确保裁判公正性之间的微妙平衡，则显得研究不足。因此，探讨如何在“裁判正当性”与“裁判确定性”之间找到合理的平衡点，不仅是对认罪认罚从宽制度能否全面、深入实施的重大考验，也是推动刑事诉讼制度进一步发展完善的重要课题。这就意味着既要坚守司法公正的核心价值，又要充分考虑认罪认罚案件的特殊性，确保制度运行既能有效打击犯罪，又能充分保障被告人的合法权益。本文通过实证考察，对再审程序视野下的认罪认罚案件进行分析，进而从法定性、诉讼效率提升、司法宽容等价值维度对认罪认罚案件“不利被告之再审”程序进行体系化重塑。

一、认罪认罚案件“不利被告之再审”的实践考察

（一）个案引发的反思

案例一：赵某盗窃罪案，检察机关以“主刑量刑明显不当”提起再审抗诉，法院加判一年二个月刑期。赵某多次入户窃取私人财物，共计 5.15 万元，检察机关建议判处有期徒刑二年十个月，并处罚金人民币 6 万元，赵某自愿认罪认罚并签字具结。后检察机关以“盗窃罪情节严重应处三年以上十年以下有期徒刑，一审判决适用法律错误致量刑明显不当”为由提起再审抗诉，法院支持抗诉意见，改判有期徒刑四年，罚金人民币 6 万元。^①

案例二：朱某买卖国家机关证件罪案，检察机关以“附加刑适用不当”提起再审抗诉，法院加判 1000 元罚金。朱某以牟利为目的贩卖特种行业作业证，朱某自愿认罪认罚，原审法院采纳检察机关的量刑建议以买卖国家机关证件罪，判处朱某拘役六个月，宣告缓刑六个月。案件生效后，检察机关以“未对朱某判处附加罚金刑”为由提起抗诉，法院支持抗诉意见，改判朱某拘役六个月，缓刑六个月，并处罚金人民币 1000 元。^②

案例三：张某某危险驾驶罪案，检察机关以“遗漏量刑情节”提起再审抗诉，法

^① 参见（2021）辽 12 刑再 3 号。

^② 参见（2020）沪 01 刑再 1 号。



院裁定维持原判。被告人张某某醉酒驾驶无号牌二轮摩托车，与驾驶三轮汽车的被害人王某相撞致王某受伤，经鉴定，张某某静脉血中乙醇含量为196.6mg/100ml，承担事故主要责任。案发后张某某与王某针对民事赔偿问题达成调解协议。被告人张某某自愿认罪认罚，法院采纳量刑建议判处张某某拘役三个月，缓刑五个月，并处罚金人民币1万元。案件生效后，检察机关以“原判决遗漏张某某无证驾驶的量刑情节”提起再审抗诉，法院审理后认为原审量刑整体适当，裁定维持原判。^①

案例四：张某等开设赌场罪案，法院自行启动再审程序撤销缓刑。张某等人以营利为目的，在网上开设赌场，抽头渔利，各被告人到案后均自愿认罪认罚，原审法院采纳检察院量刑建议对各被告人判处缓刑。后张某以量刑过重为由提出上诉，二审法院认为张某在开设赌场犯罪中系主犯，且系在取保候审期间犯新罪，不符合适用缓刑的条件，遂在二审案件生效后自行启动审判监督程序，改判有期徒刑三年。^②

上述四个案例存在一系列值得思考的问题。其一，旨在节约司法资源、提高诉讼效率的认罪认罚案件，需历经再审程序才得以终结，是否有违制度设立初衷？其二，认罪认罚案件出现的所谓“裁决错误”，已由检察机关和法院在先前的诉讼程序中予以双重确认，并已形成被告人因认罪认罚获取的从宽处罚利益，案件生效后，公权力机关能否随意启动再审程序进行不利益变更？其三，是否只要存在错误，不论错误严重程度、形成原因、纠错成本，均需启动再审程序予以纠正？面对检察机关提起的不利被告之再审抗诉，法院是否需要一律改判加重被告人刑罚？

（二）认罪认罚案件再审中的问题量化分析

尽管认罪认罚从宽再审案件整体上呈现低位运行态势，但认罪认罚案件进入再审程序的司法现象却在全国范围内均有出现，^③其中，“不利被告之再审”较为常见，对认罪认罚从宽制度内在价值产生较大冲击。为全面反映认罪认罚案件“不利被告之再审”的实践现状，笔者通过法信平台裁判文书库，以“认罪认罚”“刑事再审程序”“抗诉”“改判”等为主要案件特征，对2019—2023年间的再审刑事裁判文书进行筛选，选出300份再审理事由和再审结果“不利于被告人”的认罪认罚案件作为分析样本，对启动主体、启动事由、启动时间、再审结果等进行全面考察。

1. 启动主体多元化。300件样本案件中，检察院抗诉启动再审程序的案件187件，占比62.3%，法院主动启动再审程序的案件113件，占比37.7%。其中，法院自行启动再审程序具体分为以下几类：一是二审法院在审理上诉案件过程中发现一审法院判

① 参见（2021）鲁1103刑再2号。

② 参见（2021）渝02刑再4号。

③ 通过检索法信平台裁判文书库，2019—2023年间，公开的认罪认罚案件再审刑事裁判文书共有680份，分布在江苏、山东、湖南、黑龙江省等30个省、市、自治区，地区分布及案由分布广泛，能够全面客观反映认罪认罚案件再审程序的现状。鉴于本文重点探讨现行再审程序主要是“不利被告之再审”对认罪认罚从宽制度内在价值的冲击，故本文选取的300份认罪认罚再审样本案件中，程序启动主体均为司法机关，不涉及当事人或其近亲属申诉启动再审程序的情形。

决确有错误，囿于上诉不加刑原则对相关判项未予纠正，二审裁判生效后自行启动再审程序；二是检察机关通过再审检察建议或公函等，建议法院自行启动再审程序予以纠正；三是看守所、监狱等非法定启动主体发现再审启动事由引发法院启动再审程序。

2. 启动事由宽泛化。在深入分析 300 份认罪认罚案件的再审裁判文书后，对其中涉及的原审裁决错误的具体原因进行了系统归纳与总结，发现认罪认罚案件的再审事由主要可划分为以下五大类别：

一是量刑从宽突破法定刑限制。在认罪认罚案件的审理中，存在量刑从宽处理超越法律界限的现象，具体表现为：其一，突破法定量刑幅度。例如，被告人周某某多次向多人贩卖毒品，应处三年以上七年以下有期徒刑，但原审法院在无减轻情节的情况下作出有期徒刑八个月的判决，造成量刑畸轻。^①其二，突破刑罚种类。例如，销售有毒、有害食品罪，法定最低刑期为有期徒刑，并无拘役的刑罚种类，但法院却作出拘役五个月的判决。^②其三，突破缓刑考验期限。例如，被告人杨某因犯帮助信息网络犯罪活动罪被判处有期徒刑六个月，缓刑六个月，违反《刑法》第 73 条关于有期徒刑缓刑考验期最低为一年的规定。^③经统计，样本中因量刑突破缓刑考验期最低期限而予以再审改判的案件有 59 件。

二是遗漏被告人前科信息。此问题涉及被告人故意隐瞒前科记录及侦查机关未能全面查证的情况，导致法院在量刑时未能正确评估累犯等从重情节。此外，还包括侦查机关在指控时未能识别出被告人在缓刑考验期内再犯新罪、前罪未执行完毕又犯新罪或前罪被遗漏等需合并评价的情形。此类案件在判决生效后，常因“有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误”而启动再审程序。

三是错误评价或遗漏评价量刑情节。在量刑过程中，既存在对立功、自首、刑事责任年龄、取得被害人谅解等法定、酌定从宽处罚情节的错误评价，也有对多次、多人、数额巨大等应升格法定刑的情节遗漏评价的情况，这些均导致了量刑的不当。

四是刑罚适用错误。此类错误涵盖罚金刑适用不当、未依法宣告禁止令或从业禁止、刑罚执行起始时间计算错误，以及在未进行充分社会调查司法评估或评估意见反对社区矫正的情况下，错误地作出缓刑判决。

五是遗漏涉案财物处置。其主要表现为判决书未对已扣押的赃款赃物作出明确处置，未依法判决继续追缴违法所得、责令退赔或赔偿被害人损失，这些遗漏严重影响了判决的完整性和执行效果。

3. 启动时间随意化。从 300 件样本案例来看，原审判决生效至再审程序启动之间的时间跨度显著不一。具体而言，有 197 件案件在原审判决生效后的一年内即启动了

① 参见（2021）云 23 刑再 3 号。

② 参见（2021）豫 1202 刑再 3 号。

③ 参见（2022）京 02 刑再 4 号。



再审程序，占据了总数的65.7%；另有80件案件在判决生效后的一至二年间启动了再审，占比26.7%；而间隔超过二年才启动再审的案件23件，仅占7.6%。进一步观察与再审启动时间紧密相关的被告人刑罚执行状态，发现有82件案件是在被告人原审所判刑罚（包括主刑及附加刑）已全部执行完毕后才启动了再审程序，这一比例达到了27.3%。这一数据揭示了再审程序启动时机与被告人刑罚执行状态之间的复杂关系。

4. 再审结果不利变更普遍化。考察发现，检察机关在行使法定监督权提起再审抗诉时，多倾向于以实现加重刑罚为目的。《刑事诉讼法》明确规定，除检察院抗诉外，再审程序一般不得加重原审被告人的刑罚，但实践中，法院自行启动再审程序并直接加重刑罚的情况仍较为常见。在300件认罪认罚再审案件样本中，涉及主刑变更（包括主刑刑期的增加、缓刑考验期的延长等）的案件共有185件，占据总数的61.7%，显示出主刑调整在再审案件中的高发性；变更附加刑的案件为50件，占比16.7%，这类变更更多涉及罚金数额不符合法律规定或应当适用附加刑而未适用的情况；此外，还有34件案件涉及刑罚执行方式的变更，主要是撤销缓刑，占比11.3%；再审过程中加判职业禁止或禁止令的案件有10件，占比3.3%，显示出对特定被告人行为限制的加强；最后，其他类型的变更，主要是涉案财物的处置，共21件，占比7%，体现了再审案件处理的多样性。这些数据全面反映了认罪认罚再审案件在刑罚不利于被告人变更方面的实际情况。

二、认罪认罚案件“不利被告之再审”的法理检视

实证考察发现，在“实事求是、有错必纠”这一传统司法理念的影响下，当前认罪认罚案件的再审程序展现出较为强烈的权力导向性特征，其中，“不利被告之再审”现象尤为突出。具体而言，再审启动主体的多元化，导致再审程序的发起缺乏统一的标准与限制；再理事由的宽泛化，使得一些轻微瑕疵或争议也可能成为启动再审的理由；再审启动时间的随意化，反映出程序启动的灵活性与规范性之间的失衡。此外不利变更的普遍化，即再审结果往往倾向于对被告人作出更为不利的裁决，这些都与认罪认罚从宽制度的立法初衷及追求的多元价值目标形成了鲜明的对比与冲突。

（一）实体真实追求与诉讼效率提升之间的平衡

在刑事诉讼领域，认罪认罚从宽制度的设立，“以犯罪嫌疑人、被告人的自愿认罪认罚为前提，建立刑事案件的繁简分流机制和全程快速办理机制，从而在保证司法公正的前提下最大限度地节约司法成本，提高司法效率”^①，体现了“正义不仅应得到实现，而且要以看得见的方式迅速实现”的理念。

然而，在长期以来“重打击、轻保护”的诉讼传统影响下，刑事诉讼领域尚未完

^① 孙长永：《认罪认罚从宽制度的基本内涵》，载《中国法学》2019年第3期。

全摆脱“一切为了并服从于惩罚犯罪的一元目的观”^①。公权力机关往往倾向于维持诉讼程序的稳定性，以防止案件偏离既定轨道。在此背景下，刑事再审程序的功能被过度强调为发现客观真实、纠正裁判错误，过度追求个案的实体公正，而忽视了程序效益与被告人人利益的保护。再审程序的启动标准模糊，次数与时间无严格限制，导致司法资源因再审的随意启动而被无谓消耗，与认罪认罚从宽制度所追求的司法资源节约与效率提升目标相悖。

（二）实体真实探索与法律安定性维护的权衡

认罪认罚从宽制度通过量刑减让的激励机制，引导被追诉人自愿接受简易程序审判、放弃进行无罪辩护的权利，及时息诉服判，从而降低上诉率及申诉率，加速诉讼终结，促进法律安定性的实现。^②同时，认罪认罚从宽制度促进被追诉人与国家及被害人和解，及时修复破损的社会关系，有效化解罪犯再次犯罪以及与被害人之间因矛盾未化解而发生的相互侵害风险，实现社会内生稳定。^③

然而，在程序安定性已确立的情况下，若将再审程序无差别地作为纠正司法错误的唯一手段，不顾错误性质、纠错成本及成因，一律启动重复审判，将严重破坏生效裁判所确立的法律安定性。这不仅使被追诉人面临因同一行为遭受重复追诉甚至加重刑罚的风险，也损害了司法公信力与权威。“作出裁判的法院否定自己的判决时，公众极少为有错必纠的勇气欢呼雀跃，反而质疑公正判决的可信度，进而怀疑整个司法权威。”^④

（三）压制性司法向协商性司法转型的挑战

认罪认罚从宽制度标志着我国刑事司法治理模式由“国家独断型”向“协商决定型”、由“对抗性司法”向“合作性司法”的转变。该制度强调通过合作与协商解决纠纷，尊重当事人的诉讼主体地位与权利。在此框架下，公权力机关应充分保障被追诉人在认罪认罚过程中的各项诉讼权利，如量刑协商与从宽处罚等。

尽管被追诉人被赋予了更多权利，但我国认罪认罚从宽制度中的“协商性司法”仍具有较强的司法机关主导色彩。检察机关作为关键枢纽，不仅掌握着程序的启动权，还享有对法院具有法律约束力的量刑建议权，甚至对认罪认罚后的上诉行为进行“跟进式”抗诉。这种权力配置模式使得司法机关在裁决生效后仍有可能通过再审程序对被追诉人进行不利变更。被追诉人在认罪服判并已获得从宽量刑处遇的现实情境下，不得不从“协商者”再次被迫走向防御的“对抗者”，此种权力扩张逻辑下的“反悔”

① 卞建林、田心则：《中国刑事诉讼制度科学构建论纲》，载《北方法学》2009年第1期。

② 最高人民法院工作报告显示，2023年认罪认罚案件一审服判率为96.8%，高出未适用该制度案件36个百分点。参见应勇：《最高人民法院工作报告——2024年3月8日在第十四届全国人民代表大会第二次会议上》，载最高人民法院网，<https://www.spp.gov.cn/gzbg/202403/t20240315-649603.shtml>。

③ 参见胡云腾：《正确把握认罪认罚从宽 保证严格公正高效司法》，载《人民法院报》2019年10月24日，第5版。

④ 乔溪：《超越个案公正——新〈刑事诉讼法〉再审程序的转型与完善》，载万鄂湘主编：《建设公平正义社会与刑事法律适用问题研究——全国法院第24届学术讨论会获奖论文集（上册）》，人民法院出版社2012年版，第721页。



不仅背离契约当守的诚信要义，虚置认罪认罚具结书所承载的利益预期，^①认罪认罚从宽制度所欲实现的协商性程序正义也因此受到严重折损。正如法谚所称“如果检察官和法官同为一人，只有上帝才能充当辩护人”。^②

（四）有错必纠与宽严相济之间的平衡

作为一种实体法规定之外的宽恕事由，认罪认罚从宽的正当性基础在于，犯罪嫌疑人在自愿认罪认罚的过程中，主动进行悔过并积极赔偿损失，社会危害性和人身危险性明显降低，刑罚教育和矫正的目的已经提前实现，此时给予其从宽处罚的待遇，可以节约国家司法资源，而刑罚目的却并未减损。^③可以说这是宽严相济刑事政策在诉讼制度中的具体回应，其背后体现的是化解社会矛盾、修复社会关系、减少社会对立面的恢复性司法价值本质。

然而，在“有错必纠”理念之下，“我国对于公正的评价体系仍然是一个带有强烈道德谴责色彩的机制，其背后蕴含了对有罪必罚、勿枉勿纵的崇尚，所指向的是刑事治理的高效性与严苛性”^④。“既然是有错必纠，那么，错误属于什么性质、发生于什么时间，对纠正来说，都不可能是一种限制的理由。”^⑤难道只要存在“错误”，公权力机关就可以随时启动再审程序对被追诉人进行重复追诉，并可以对其刑罚作出不利变更？这与认罪认罚从宽制度所蕴含的“司法宽容”的价值定位是相冲突的。

同时，如果生效判决可以轻易被司法机关推翻，试图通过“让个人付出权利再次被限制的代价，来转嫁其应就司法错误而承担的责任”^⑥，那么再审程序无疑将被扭曲为公权力机关事后弥补自身过错的工具，这一过程不仅削弱了司法裁判的权威性与终局性，还无形中加剧了普通刑事诉讼程序对再审程序的过度依赖，同时也可能助长办案人员在初次审理过程中的思维惰性和责任心缺失。若对原审普通程序中已经暴露出的关键问题，如量刑建议的精准度不足、量刑协商的形式化而非实质化等选择性地忽视，仅仅依赖再审程序作为事后补救措施，这非但不能从根本上解决问题，反而可能陷入一个“纠正即再错，再错再纠”的恶性循环之中。长此以往，将严重损害司法公正与效率，影响公众对司法体系的信任与尊重。

三、认罪认罚案件“不利被告之再审”的多维度权衡

刑事司法中的利益保护和价值追求往往是诸多利益和价值要素的集合体，诸如惩

① 参见步洋洋：《认罪认罚从宽制度下上诉权与抗诉权的关系论》，载《法学杂志》2021年第4期。

② 参见龙宗智：《认罪认罚案件如何实现“以审判为中心”》，载《中国应用法学》2022年第4期。

③ 参见杨静、李理：《认罪认罚从宽制度适用解读》，载《法律适用》2019年第19期。

④ 吴思远：《反思认罪认罚从宽的路径依赖》，载《华东政法大学学报》2021年第4期。

⑤ 王敏远：《论我国检察机关对刑事司法的监督》，载《中外法学》2000年第6期。

⑥ 邢鑫宇：《有利被告的当下中国程序话语——兼及〈刑事诉讼法〉相关规定之评价》，载《环球法律评论》2015年第6期。

罚犯罪与保障人权、实体公正与程序公正、司法公正与司法效率等，认罪认罚从宽制度设立的逻辑归因亦在于此。因此，应当借助于利益衡量和价值判断等工具，兼顾惩治犯罪和保障人权的目标追求，在对立的多种双重范畴中找到平衡点和统一性。^①

具体而言，应以是否有利于被告人为出发点，将认罪认罚案件的再审程序区分为有利被告之再审与不利被告之再审，前者以发现实体真实为重，坚持有错必纠，以避免刑罚权的不当行使；后者以维持法安定性为优先考量，坚持有限纠错，设定严格启动条件和程序规则，防止已形成的法律安定地位以及被追诉人因认罪认罚已获取的从宽处罚利益随意受到不利变更，避免过度侵害人权。

（一）加强人权保障的应有之义

刑事诉讼作为国家公权力为维护公共秩序而行使刑罚权的过程，其本质在于对犯罪行为的惩罚。与国家职权所具备的显著优势相对照，私权利在刑事诉讼中往往处于相对弱勢的地位。因此，程序立法必须以确保被告人权益为基石，旨在防止公权力对私权利的过度侵扰，从而在惩治犯罪与保障人权之间达成微妙的平衡。在这一背景下，刑事诉讼中的再审程序，其核心价值在于作为特殊救济机制存在，其设立初衷并非普遍减少错案，而是侧重于为被告人提供针对一审中不利裁决的救济途径，彰显了对作为弱勢一方的被追诉人权利的深切关怀，而非通过延长刑罚权的行使来加剧其不利处境。

同样，在刑事诉讼法的框架下探讨的认罪认罚从宽制度，也深刻体现了国家对被告人权利保障的坚定立场。从加强值班律师的协助作用，到对认罪认罚行为的自愿性、真实性及合法性的严格审查；从检察机关在办理认罪认罚案件时同步录音录像以确保听取意见的公正性，到法院在量刑建议上的普遍采纳原则，这一系列措施无不彰显了国家对于认罪认罚被告人权利保护的明确态度和积极行动。因此，从加强人权保障的视角来看，认罪认罚从宽制度与刑事再审程序在目标追求上殊途同归，共同致力于构建一个更加公正、更加人性化的刑事司法体系。

（二）禁止双重危险原则的机理约束

禁止双重危险原则是指不得对任何人就同一行为进行再次追究和惩罚，此规则已被规定在联合国《公民权利与政治权利国际公约》。其中第14条第7款规定：“任何人已依一国的法律及刑事程序被最后定罪或者宣告无罪，不得就同一罪名再予审判或惩罚。”它明确规定了禁止双重危险（Double Jeopardy）或一事不再理（Non Bis in Idem）的原则，即个人不应因同一行为或罪名受到两次或多次的审判或惩罚。^②其核心要义在于，防止国家滥用追诉权以维护程序安定性和裁判既判力，从而保证被追诉

^① 参见殷耀刚、李君：《以审判为中心诉讼制度改革背景下刑事再审抗诉制度之完善》，载《中国检察官》2021年第1期。

^② 参见陈光中：《刑事诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2021年版，第430页。



人的利益关系能够尽快得以确定、不至于长期处于身心焦灼状态。

我国《刑事诉讼法》虽并未明确规定禁止双重危险原则，但该原则的精神已经部分体现在相关司法解释之中。2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称“《刑诉法解释》”）第219条规定：“人民法院对提起公诉的案件审查后，应当按照下列情形分别处理：（六）依照本解释第二百九十六条规定裁定准许撤诉的案件，没有新的影响定罪量刑的事实、证据，重新起诉的，应当退回人民检察院。”该条规定与禁止双重危险原则反对公权力机关对被追诉人无休止进行追诉的立场是相一致的。

当前，检察机关作为追诉方，享有向法院提请抗诉以启动再审程序的权力，这一现状在客观上赋予了检察机关一种近乎无限制的、能够持续对被告人发起追诉的权力。更为关键的是，再审程序的启动标准并未明确区分“有利于被告”与“不利于被告”的情形，只要生效裁判被认定为与客观事实存在不符，不论这种“错误”的严重程度如何，司法机关都将依法启动再审程序，意图通过“推倒重来”的方式捍卫司法公正。然而，这种无差别的再审启动机制，很可能导致判而不决、终审不终的局面，使被告人不幸陷入因同一行为而遭受重复追诉和审判的双重危险之中。对于已经认罪认罚并据此获得从宽处罚的被告人而言，其既得利益将重新置于不确定的状态，这无疑是对其实体合法权益的极大侵害。因此，以“禁止双重危险”原则为基石，对“不利被告之再审”进行必要的限制，是保障认罪认罚被追诉人合法权益的迫切需求与当然手段。通过明确再审的启动条件，确保仅在特定且必要的情形下才对被告人发起不利再审，从而有效避免其因同一行为而遭受不必要的重复追诉和审判，维护司法公正与人权保障的双重目标。

（三）禁止不利变更原则的内在意蕴

禁止不利变更原则也称不利变更禁止原则，是指在诉讼程序中，如果仅由被告人，或者由检察院或其法定代理人为被告人利益提出抗诉或上诉时，上诉法院不得作出不利被告的变更。^①其核心要义在于，不能因“为被告人利益”之上诉或抗诉而使被告人处于比原审判决更为不利的境地，旨在防止被追诉人因惧怕不可预估的裁判后果而怯于申请司法救济，体现保护被追诉人合法程序性权利的司法理念。

《刑诉法解释》第401条将二审程序上诉不加刑原则中的“不得加重被告人的刑罚”修改为“不得对被告人的刑罚作出实质不利的改判”，鲜明体现出禁止不利变更原则的精神要求。对于再审程序，《刑事诉讼法》虽未明确规定“禁止不利变更”，但《刑诉法解释》第469条规定除人民检察院抗诉，再审一般也不得加重原审被告人的刑罚，从法秩序内概念的一致性和体系的融贯性而言，“禁止不利变更”原则应同样适用于再审程序。

^① 参见潘金贵、熊用坪：《刑事禁止不利变更原则的中国法检视与重塑》，载《河南财经政法大学学报》2022年第5期。

实证考察发现，现行认罪认罚案件再审程序并未区分是否有利于被告人，检察机关提起的再审抗诉多系“为被告人不利益之抗诉”，法院主动提起的再审程序，在罪名不变的情况下直接改判加重刑罚并不鲜见，“一般不得加重原审被告人刑罚”的规定流于形式。与二审直接加刑相比，轻易启动的再审程序除了增加司法资源的大量、重复消耗外，同样会使被告人产生不敢通过新程序维护自己权益的畏惧心理，导致禁止不利变更原则在再审程序中被架空。^①如此一来，认罪认罚从宽对被追诉人的激励效能和政策感召力必然大为降低，进而损害司法的公信力。

（四）“以审判为中心”的必然内涵

“以审判为中心”的刑事诉讼制度改革，核心在于构建并实践一个以审判为枢纽和终局的刑事诉讼体系。这一要求具体体现在两个层面：一是强调审判对案件的终局裁判功能，确保审判对裁决作出起到决定性和最终性的作用；二是强调审判对侦查、审查起诉等诉讼活动的引导和制约功能，确保其他诉讼活动按照审判标准和要求进行。^②

在认罪认罚从宽程序中，“以审判为中心”的原则同样适用且尤为重要。这要求法院在处理认罪认罚案件时，不仅要尊重控辩双方的合意，更需对案件事实与法律适用进行独立、全面的审查与判断，确保量刑建议的采纳是基于案件实质的考量，而非机械执行。例如，《刑事诉讼法》第201条关于量刑建议的规定，即“一般应当”采纳的表述，既体现了对控辩协商成果的尊重，也强调了法院的独立审查权，避免“形式化”采纳。

此外，检察机关在行使“审判监督”职能时，通过抗诉方式提出对被告人不利的意见，本质上仍系“检察机关不接受法院的生效裁判而提起的申请再审的请求”^③，并不具有直接改变原审裁决的法律效力。再审程序中，检察机关的量刑建议仍属求刑权范畴，是否采纳及如何改判，均需由法院依法独立作出裁决。如果再审判决与抗诉意旨不符，对于检察机关而言，或许在情理上难以理解与接受，但在法理上，法院依法裁决与再审抗诉作为刑事裁决监督方式的根本目的相符，^④也是深化“以审判为中心”诉讼制度改革、强化审判终局性和权威性的必然要求。

四、认罪认罚案件“不利被告之再审”的路径重塑

作为一项独特的刑事诉讼制度，认罪认罚从宽制度承载着特定的价值追求与构建逻辑。因此，在构建认罪认罚案件的再审程序时，必须紧密关联该制度的核心价值导向、

① 参见牟绿叶：《刑事程序禁止不利益变更原则及其中国化》，载《中外法学》2022年第2期。

② 参见于同志：《深化以审判为中心的刑事诉讼制度改革》，载《中国应用法学》2023年第3期。

③ 刘计划：《检察机关刑事审判监督职能解构》，载《中国法学》2012年第5期。

④ 参见刘计划：《抗诉的效力与上诉不加刑原则的适用——基于余金平交通肇事案二审改判的分析》，载《法学》2021年第6期。



既定目标以及内在的运行机制，从而确保再审程序的设计既符合制度本源，又能在实践中展现出“共存有据、限制有理”的合理性。^①为了实现这一目标，可以从法安定性、诉讼效率提升、司法宽容这三个核心价值维度出发，对认罪认罚案件中可能涉及的“不利被告之再审”程序进行体系化重塑。

（一）必要而非全部：基于法安定性的再审理由

在认罪认罚从宽制度的框架下，如果“不利被告之再审”的启动毫无限制，无疑将严重损害该制度所追求的“诉讼及时终结”与程序安定性，导致司法判决的稳定性遭受冲击，判决结果的不确定性增加，不仅加重了当事人的诉讼负担，也削弱了司法权威与公信力。因此，构建“不利被告之再审”的启动事由时，应以“必要性”为标准对“不利被告之再审”的启动事由进行限缩，既能够对再审的提起进行周密的限制，以维护法的安定性，又能够对于审判结果的重大错误进行纠正，以保证法的真实性，实现法的真实性与安定性的有机统一。^②

审视现行法律及相关规范性文件，不难发现“必要性”的考量已深深嵌入其中。2021年6月15日，党中央印发《中共中央关于加强新时代检察机关法律监督工作的意见》，要求检察机关“综合运用抗诉、纠正意见、检察建议等监督手段，及时纠正定罪量刑明显不当、审判程序严重违法等问题”。根据该规定，检察机关的纠错重点在于“定罪量刑明显不当”“审判程序严重违法”等重大错误。《人民检察院刑事抗诉工作指引》第3条规定：“提出或者支持抗诉的案件，应当充分考虑抗诉的必要性。”《刑法解释》第401条第7项则规定“原判判处的刑罚畸轻，必须依法改判的，应当在第二审判决、裁定生效后，依照审判监督程序重新审判”，这一规定将再审的启动严格限定在纠正实质性重大错误的范畴内，而非泛泛地针对所有“确有错误”的判决。

综上所述，构建“不利被告之再审”的启动事由时，应当紧密围绕“法安定性”这一核心价值，遵循必要性原则，通过精细化设计，确保再审程序的启动既能够有效纠正重大司法错误，维护公平正义，又不会轻易动摇生效裁判的权威性与稳定性，从而实现认罪认罚从宽制度与再审制度的良性互动与协调发展。具体如下：

1. 定罪方面。涉及罪与非罪的认定，若争议仅限于此罪与彼罪之区分，且未对量刑产生实质性不当影响，则不应纳入再审范围。此处的罪与非罪判定，需基于犯罪事实已达到“确实、充分”的法定标准，且应被追诉而实际未被追诉的情形，排除因证据不足或证据存疑形成的“疑罪”案件。

2. 量刑方面。主刑方面，若主刑刑罚种类选择错误或量刑突破法定档次，应启动再审。对于在同一量刑档次幅度内的量刑差异，原则上不予再审，但若裁决结果与已生效的同案或类案处理存在显著不一致，则例外处理。附加刑方面，若主刑量刑适当，

① 参见步洋洋：《认罪认罚从宽制度下上诉权与抗诉权的关系论》，载《法学杂志》2021年第4期。

② 参见张建良、胡子君：《我国刑事再审事由设置的反思与重构》，载《法学评论》2005年第1期。

仅因漏判附加刑或附加刑（如罚金、没收财产）数额不符合法定限额或倍数要求，通常不启动再审。但若主刑量刑明显不当，可一并对附加刑进行调整。

3. 证据方面。被告人因证据不足被判无罪后，若新发现证据足以证明其犯罪行为的，应启动再审；原审裁决依据的对被告人有利的证据系被告人故意伪造、变造，导致错判无罪或罪名认定错误进而量刑明显不当的，亦应再审。

4. 审判程序违法与司法不端方面。因侦查、检察、审判人员严重违反诉讼程序，或存在贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判等司法不端行为，导致被告人被错判无罪或罪名认定错误致量刑明显不当的，应启动再审程序。

5. 刑罚执行方式及非刑罚措施适用。缓刑适用不当且因主刑改判导致缓刑基础丧失的，应再审。缓刑考验期限错误属单纯法律适用错误，不启动再审。禁止令、从业禁止等非刑罚措施适用不当，原则上不启动再审，但若不适用将严重侵害特定群体（如教职员工性侵未成年人案件中未适用从业禁止）的特殊权益，则例外处理。

6. 涉案财物处置。对于未处置已扣押赃款赃物、遗漏判决没收违法所得、继续追缴、责令返还、退赔被害人等财物处置问题，鉴于其对被告人定罪量刑无实质性影响，且再审纠错价值与司法资源耗费、当事人诉累增加及法安定性损害相比明显不均衡，一般通过内部程序纠正或在案件执行程序中补正，不启动再审程序。

（二）有限而非无限：基于诉讼效率提升的启动时效机制

认罪认罚从宽制度的核心程序动因在于优化司法资源配置，实现案件处理的繁简分流，从而在确保司法公正的前提下，最大限度地提升诉讼效率。从这一全流程效率提升的视角出发，认罪认罚案件对于诉讼效率的追求应当贯穿整个诉讼程序，防止后续程序的随意启动削弱先前程序所累积的效率价值。

鉴于此，对于确有必要通过再审程序予以纠正的认罪认罚生效案件，为确保诉讼效率与程序正义的平衡，司法机关在生效判决、裁定作出后应设定明确的启动时效。具体而言，原则上应在生效后的三个月内启动再审程序，至迟不得超过六个月，且每案再审启动次数应严格限制为一次。特别地，针对因证据方面错误而需启动再审程序的情形，鉴于证据审查的复杂性和对案件结果的关键性影响，应给予相对宽裕但仍具紧迫性的时间限制。因此，在此类情况下，再审程序的启动应在原审判决生效后一年内进行，以确保有足够的时间进行深入的证据复核与评估，同时也不致过分拖延，影响诉讼效率。

（三）适度宽容：基于司法宽容的结果效力机制

在犯罪轻刑化治理的宏观背景下，认罪认罚从宽制度不仅体现了司法体系对矛盾化解、社会损失弥补、关系修复以及减少社会对抗的考量，更彰显了司法宽容的核心理念与价值取向。因此，在针对不利被告启动再审程序时，应确保对被告人认罪认罚情节的正面评价得以延续，同时贯彻宽严相济的刑事政策。如此，才能更好保障认罪认罚实体从宽效果的实现，发挥认罪认罚从宽制度对犯罪嫌疑人的正向激励功能，使



认罪认罚从宽制度更好符合轻罪时代刑事犯罪治理的要求。

具体而言，构建适度宽容的再审结果效力机制应涵盖以下几个方面：

1. 实质性审查与必要再审。对于检察机关提出的不利被告再审抗诉，法院应秉持严谨态度进行实质性审查。对于确有必要通过再审程序予以纠正的案件，应依法启动再审，确保司法公正与权威。同时，在再审审理过程中，法院应全面审视案件事实、证据及被告人认罪认罚情节，依法作出维持原判或改判的裁决，坚决避免案件因程序反复而增加当事人负担。

2. 禁止发回重审，确保程序效率。对于进入再审程序的认罪认罚案件，法院在再审后应直接根据审理结果作出裁决，禁止将案件发回原审法院重新审理，以减少程序性拖延，提高司法效率，避免当事人陷入无尽的诉讼循环中。

3. 非必要错误或瑕疵的纠正方式。对于经审查认为不属于必须通过再审程序纠正的错误或瑕疵，法院可采取裁定方式予以快速处理。特别是当纠正结果可能对原审被告产生实质不利影响时，该裁定应明确其效力不溯及原终审裁判，仅作为统一案件法律适用和裁判标准的参考，以维护司法稳定性和被告人权益。

4. 强化认罪认罚情节的考量。在再审程序的各个阶段，法院均应充分考虑被告人认罪认罚的自愿性、真实性及其对案件处理结果的积极影响。对于已经认罪认罚并因此获得从宽处理的被告人，除非有新的、足以推翻原认罪认罚决定的证据出现，否则应审慎对待再审申请，避免对认罪认罚从宽制度产生不当冲击。

结 语

对认罪认罚案件的裁决错误，避免一律以有错必纠为由，让天然处于弱势地位的被追诉人承担不利变更之后果，这既是刑事再审程序特殊救济的应有之义，亦是认罪认罚从宽制度多元价值目标得以实现的必然要求。故认罪认罚案件再审程序应区分有利被告之再审与不利被告之再审，对不利被告之再审，应以必要性和有限性标准对启动条件作严格限制，谨慎通过再审程序对被告人刑罚作出实质不利变更。此外，办案机关应更为谨慎、客观地适用认罪认罚从宽制度，尊重“以审判为中心”的程序法理，避免诉讼效率与实质真实主义之间的冲突，确保提高诉讼效率的同时不牺牲案件的实质公平。如此，作为中国特色社会主义法治制度的创新，认罪认罚从宽制度才能真正行稳致远。

（责任编辑：杨 军）

司法裁判援引司法政策的思辨与规范

——基于《人民法院报》63个典型司法政策文件的分析

詹亮 吴广哲*

内容摘要：司法政策作为国家公共政策的重要组成部分，是党和国家意志在司法领域的直接体现与深化。实证研究发现，法官在司法裁判中适用司法政策较为普遍，在民商事案件、刑事案件和行政执行案件等裁判中发挥着重要作用，但实际应用中亦暴露出若干问题，诸如司法政策的援引力度整体偏弱、当事人与法官在适用态度上存在明显分歧、适用方式缺乏统一规范、司法政策的参照质量未达预期等。从实践层面来看，司法裁判援引司法政策能够进行法律解释、填补法律漏洞、在特定情境下创制裁判规则。为充分释放司法政策在司法裁判中的潜在价值，需构建司法政策应用的制度体系，具体应从司法政策自身、实施主体、适用方法和机制建设等四个方面进行构建和完善。

关键词：司法政策 司法裁判 司法适用 制度体系

在2024年1月14日召开的全国高级法院院长会议上，最高人民法院院长张军要求人民法院要注重发挥司法政策作用，强化司法政策供给和运用的政治自觉，敏于对接其他政策，善于通过个案办理传递司法政策导向，实现司法政策与其他政策协同发力。然而，与司法政策在司法实践中日益凸显的重要性相比，关于司法政策的理论与实务经验总结却显得相对不足。当前，学术界对于司法政策的研究多侧重于理论层面的探讨，如司法政策的概念界定、内涵解析及其价值功能等，形成了丰富的理论争鸣。然而，这些研究往往停留于“应然”层面的构想，缺乏对司法政策在“实然”

* 詹亮，西南政法大学行政法学院博士研究生，重庆市渝中区人民法院特邀调研咨询专家；吴广哲，重庆市第五中级人民法院四级高级法官，法学博士。

基金项目：本文系2020年国家社科基金重点项目“法治与德治的治理机制研究”（编号：20AFX002）的阶段性成果。



运行中的深入剖析与反馈。鲜有研究能够基于司法政策在司法裁判中的实际应用情况,进行“反哺式”的实证研究,从而准确把握司法政策在司法实践中的普适特质、功能表现及存在的问题。鉴于此,本文选取最高人民法院单独或联合其他部门发布的63个典型司法政策性文件作为分析样本,对司法政策在司法裁判中的适用现状进行考察,在类型化分析的基础上反思司法政策适用实践中的普适特质及其功能样态,对司法政策在司法裁判中适用存在的问题进行分析,在对司法裁判援引司法政策的正当性进行证成的基础上,提出构建司法政策应用制度体系的建议,推动实现司法政策理论价值和实践价值的统一。

一、司法裁判中司法政策应用的现状考察

2010年至2021年《人民法院报》连续评选发布“十大司法政策”共计140个(有些年份评选的是十大类司法政策),其中,司法解释77个、司法政策63个。本文重点关注这63个司法政策性文件,旨在通过实证分析,探索其在司法裁判中的具体应用与影响。将这些文件作为分析样本,依据其涉及的审判领域,划分为民商事、刑事以及行政执行三大类,在中国裁判文书网上分别以“司法政策全称+民商事/刑事/行政执行一审、判决书、重庆市”为综合关键词,进行全文检索,最终获得有效样本。

(一) 直接援引:司法政策在裁判中的显性应用

1. 民商事司法政策。在63个样本文件中,民商事司法政策共计11个,其应用特征如下:第一,既涉及具体条文的援引,亦涉及文件精神的应用。以《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“《九民纪要》”)为例,有的案件直接援引具体条文作为裁判说理依据,例如在杨某诉重庆某酒店管理公司房屋租赁合同纠纷案中,法官即是根据第47条的规定,对原告要求解除合同的请求不予支持。^①有的案件则根据文件精神,例如在唐某、李某诉重庆某咨询公司房屋租赁纠纷案中,法官则根据《九民纪要》精神,针对不同时间段依法调整利息计算标准。^②第二,在案件审判中的功能作用呈现明显的多元性。有的解释法律概念,例如在重庆某物业公司诉刘某抵押权纠纷案中,法官援引前述《九民纪要》第53条之规定对“职业放贷人”进行解释。^③有的作为说理依据,例如在王某、李某等知识产权合同纠纷案中,法官即依据最高人民法院《关于全面加强知识产权司法保护的意见》第3条规定,对“原告存在违法诚实信用原则,存在恶意抢注商标的行为”进行论证说理。^④有的则作为判决依据,以《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》为例,在绝大部分适用简易程序审理或普通

① 参见(2021)渝0112民初8185号。

② 参见(2021)渝0112民初23584号。

③ 参见(2021)渝0117民初2959号。

④ 参见(2021)辽0192民初3533号。

程序独任审理的案件中，第12条和第16条均被直接作为裁判依据使用。第三，司法政策的适用集中于规定更为明确的条款。一方面，集中于特定的司法政策。诸如适用次数排名前三的《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》、最高人民法院《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》和《九民纪要》，而其他样本文件的适用均甚少。另一方面，集中于某一或小部分具体条文。例如，《关于依法妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》主要集中于第11条和第12条，而《关于进一步加强金融审判工作的若干意见》等文件则仅限于个别条款。可以看出，法官依然习惯于法条主义的裁判进路并保持对司法政策适用的审慎态度。

2. 刑事司法政策。在63个样本文件中，刑事司法政策共计21个。整体而言，刑事与民事司法政策在适用上存在共性特征，但亦呈现独特属性：第一，用司法政策创制法律概念。创制法律概念是一个从无到有的过程，是涉及法律概念的生成过程。以“两高两部”《关于办理恶势力刑事案件若干问题的意见》为例，该文件在《刑法》及司法解释未规定恶势力犯罪的情况下，于第4条和第11条分别创设了“恶势力”和“恶势力犯罪集团”的法律概念，并明确规定了相应的认定规则。例如，在徐某、田某等强迫卖淫罪案中，法官即是依据前述意见，依法认定三被告人为“恶势力”。^①第二，用司法政策为犯罪行为提供入罪标准。法官在进行罪与非罪判定时，特别是在法律和司法解释未有明确规定时，即会依据司法政策的规定标准区分罪与非罪。以“两高一部”《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》为例，该文件第2条明确了利用电信网络技术手段实施诈骗的入罪标准。在安某、陈某诈骗罪案中，法官直接根据前述意见认定二被告人骗取他人42500元，属于犯罪数额巨大，构成诈骗罪。^②第三，适用司法政策更注重其论证说理作用的发挥。刑事案件审理对证据审查及案件事实的认定更加严格。实践中，法官在依据法律及司法解释的基础上，往往会借助司法政策为证据采信和事实认定提供客观支撑。以“两高三部”《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》为例，在姚某故意杀人罪案中，法官认为“现有在案证据无法证实姚某在主观上具有故意杀人的动机和目的”，为论证前述意见，其援引第5条进行论证补强，认定本案现有证据不能得出被告人具有故意杀人的唯一排他性结论，被告人致人死亡行为系“过失犯罪”。^③

3. 行政执法司法政策。在63个样本文件中，行政执法司法政策共计4个，其适用呈现两个特点：一方面，适用进行论证说理居多，甚少作为裁判依据，以最高人民法院《关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见》为例，该意见相关条文在242份行政判决书中均有体现，但仅有13件案件（占比5.4%）适用前述文

① 参见（2019）藏04刑初3号。

② 参见（2020）渝0108刑初649号。

③ 参见（2012）市中刑初字第561号。



件的规定进行论证说理，特别是没有任何案件将其作为案件裁判依据予以适用。另一方面，援引行政司法政策作为裁判依据时与法律法规呈现明显差别。在适用法律法规时，通常表述为“依据××”或“根据××”，而适用司法政策时则一般直接注明“参照××”且作为法律法规的补充。比如，在杨某诉鹤壁市人民政府行政复议案中，法官首先是依照《行政复议法》第17条第1款规定，而后参照适用了《关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见》第12条和第13条的规定，作出“被告应不予受理原告的行政复议申请”的认定。^①前述涉及对行政司法政策的引用，可以作如下界定：其一，行政司法政策在我国法律体系中的效力与地位是低于法律和行政法规的，其适用必须不能与法律和行政法规的规定和精神相抵触。其二，行政司法政策可以在行政裁判中适用，但不能作为直接法律依据，其仅能作为辅助性依据，对行政行为合法性认定起辅助性、补充性作用。

在上述司法政策类型之外，还有部分涉及服务保障、改革规划及内部管理等综合性司法政策，共计24个。以前述综合性司法政策的文件名称为关键词，在中国裁判文书网中进行全文检索（截至2022年12月22日）并作如下分析：第一，综合性司法政策较少在司法裁判中适用，甚少作为说理或裁判依据使用。在24个分析样本中，仅有4个文件援引较多，其他20个文件则较少被适用，其中7个文件在检索时间段内从未被援引。在此基础上，被法官作为裁判说理或依据适用的文件则更少。其一，在裁判文书援引较多的文件中，多系案件当事人主动提请适用，最终被法官采纳的较少。例如，最高人民法院《关于为实施乡村振兴战略提供司法服务和保障的意见》被援引案件数量118件，但作为说理或裁判依据的7件，占比仅5.9%。其二，在裁判文书援引较少或未予援引的文件中，因其总量较小或基数为零，作为说理或裁判依据的文件比例自然受到较大限制。例如，最高人民法院《关于推进司法公开三大平台建设的若干意见》等14个司法政策性文件，从未被作为说理或裁判依据适用。第二，综合性司法政策作为说理或裁判依据适用呈现高度集中性。适用的“集中性”特质在综合类司法政策的适用中更加明显。以《最高人民法院关于人民法院进一步深化多元化纠纷解决机制改革的意见》为例，被援引适用的数量19006件，而被作为说理或裁判适用的数量亦达16722件，但具体适用条文主要集中在第38条的规定。第三，法官对综合性司法政策的适用除有明确条文规定外，倾向于根据文件精神和原则进行说理或将其作为裁判依据。例如，在刘某、张某非法捕捞水产品罪案中，法官直接依据司法政策性文件精神，责令被告人进行生态修复并分别作出书面保证。^②对司法政策进行概括适用而非具体适用的原因可以归结为以下三个方面：其一，因司法政策性文件没有具体条文规定而作出的退让选择；其二，认识适用司法政策的不是“找法”，

① 参见（2018）豫05行初86号。

② 参见（2018）川1523刑初147号。

而是为裁判提供政策方向的最新指引；其三，纯粹对司法裁判的技术性处理。

（二）间接影响：司法政策在裁判中的隐性渗透

实践中，法官也会采用隐性的运用方式，将司法政策的精神及相关条文内容与裁判说理糅合在一起。一是通过使用“根据司法政策的规定”或“违反了相关司法政策”等进行提示，但并不涉及具体的司法政策名称和条文规定。例如，在中航科工集团某中心诉上海某钢铁公司等企业借贷纠纷案中，法官认为，第三人的行为违反了金融法规及司法政策的规定，前述各方之间以买卖形式实际形成的借贷关系应认定为无效。^①二是没有任何关于司法政策适用的提示性语言，直接将司法政策的相关规定深度融合在裁判说理当中。例如，在李昌奎故意杀人、强奸罪案中，综合各方披露信息，二审改判的核心依据是《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》，所涉及具体规定为“对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪，适用死刑一定要十分慎重，应当与发生在社会上的严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪案件有所区别”。然而，二审判决文书中并未直接体现前述具有司法政策性质的“纪要”文件的相关规定。

二、司法裁判援引司法政策的现实障碍

（一）援引力度不足：最高人民法院司法政策在裁判中的弱势地位

1. 司法政策性文件闲置情况较为突出。在63个参考样本中，引述或参照的44个，其他19个未被作为说理或裁判依据援引适用，占比超过三成。在未被援引适用的文件中，刑事类5个，行政执行类1个，综合类13个。对前述统计可以作如下分析：其一，相当一部分司法政策性文件处于“闲置状态”，并未被应用到司法裁判当中，且未真正发挥既定的指导功能，仅在较大意义上发挥政治宣示或价值宣传的作用。其二，在未被援引适用的19个司法政策性文件中，刑事类和综合类占据了绝对多数，合计占比73.7%，特别是综合类占比将近七成。其三，司法政策性文件适用数量整体偏少，亦侧面反应了当前法官对文件的了解、接受程度和适用态度，相比较法律规范和司法解释而言，司法政策除位阶劣势外，基本停留在工具性适用层面。

2. 被引述或参照的司法政策数量明显不足。在63个参考样本中，被法官援引适用司法政策性文件的共计37个，占比58.7%。整体来看，被引述或参照的数量和比例均明显较少，作为说理或裁判依据超过100件的司法政策性文件共计9个（检索案件3774件，援引案件2250件），占比仅24.3%。在30件以上100件以下的，仅3个司法政策性文件（检索案件737件，援引案件224件），占比亦最低，仅8.1%。前述援引情况相较于全国四级法院近九年（2013—2021年）年均2337万件的受理案件数量

^① 参见（2018）沪民初86号。



微乎其微。

3. 引述或参照司法政策的条款较少且过分集中。除少部分司法政策性文件的适用涉及多个条款外，其他大部分被法官援引作为说理或裁判依据的司法政策性文件，仅限于个别条款或极少数条文内容。其中，适用司法政策性文件规定超过4条以上不同条款的共计10个，仅占全部37个参考样本的27%，不足三成。综合类文件条款集中适用情况突出，在24个参考样本中，扣除14个未被援引或参照的文件及2个虽被适用但不涉及具体条款的文件，除2个条款外，其他剩余6个司法政策性文件均系集中援引同一个条款。

（二）态度反差：司法实践中对司法政策的不同接受度

实践中，案件当事人和法官虽然同作为诉讼参与主体，但两者对司法政策的适用态度存在较大的反差，其中前者积极追求，后者则明显缺乏偏好。

1. 当事人积极追求司法政策适用。为了支持其诉辩意见，案件当事人往往会主动提请适用司法政策性文件的规定并将其作为“法律依据”。以综合类司法政策为例，在24个参考样本中，当事人主动提请适用的17个，占比70.8%，若剔除因涉及法院内部管理和工作规划而当事人未予援引的4个文件，所占比例将提高至85%。虽然该比例并非能够代表全部，但其确系案件当事人对司法政策适用偏好的最强佐证。具体到当事人提请援引司法政策的案件中，当事人往往将司法政策作为强有力的论据支持其诉讼主张，或者补强说理，或者视为法律依据，或者仅作为政策宣示，即使存在理解与适用瑕疵，也依然不能减弱当事人对司法政策的适用偏好。

2. 法官对司法政策参照意愿较低。与案件当事人对司法政策援引的强烈期待相比，法官对适用司法政策的诉求关注不够，或者不予理会或者简单应付。以最高人民法院《关于为实施乡村振兴战略提供司法服务和保障的意见》为例，当事人提请援引该司法政策性文件所涉案件共计118件，而法官最终援引适用的仅7件，占比仅5.9%。为深入论证法官对司法政策的参照意愿及其深层次的原因，笔者对C市三级法院中随机确定的60名法官进行问卷调查和选择性访谈，得出以下结论：其一，部分法官认为除少部分司法政策性文件与业务紧密程度较高外，其他文件的实施更加偏重行政事务，与一线办案法官关系不大；其二，部分法官认为法官主要或者就是依据法律、行政法规和司法解释进行裁判，在必要时亦会参照指导性案例，在此以外属于法官自由裁量的范围；其三，部分法官认为应当更加关注上级法院的裁判指引、倾向性意见和已经生效的判决，不仅可以避免案件被改判或发回重审的风险，亦能避免因对司法政策性文件的理解偏差而导致错判的风险。

（三）规范缺失：司法政策适用方式的非标准化

最高人民法院作为司法政策的制定机关，并未对司法政策的援引适用规则予以明确。

1. 司法政策适用说理方式简单化呈现。一是利用司法政策进行裁判说理欠缺充分。有的法官并不总是具体到前述文件的具体条款规定，其有时亦会采用概括式的表述方式。例如，在孟某等污染环境罪案中，到底是司法政策性文件的哪个条款做了相关规定？前述应予援引条款的具体内容是怎样的？法官均未进行明确具体的说明。^①二是利用司法政策进行裁判说理存在模板化问题。“模板化”主要表现为“说理方式格式化，千篇一律，缺乏个案特征”^②。在相当一部分侵害商标权纠纷案件中，法院判决确定经济损失和合理维权费用的理由均是：根据最高人民法院关于“加强知识产权保护”“加大对知识产权侵权行为的惩治力度”等规定，酌定因本案侵害商标权行为造成的经济损失及为维权所支出的合理费用。^③

2. 裁判理由部分未对当事人应用司法政策的请求进行回应。裁判文书具有对话的性质，^④即要求法官在进行裁判文书说理时要对当事人之间无争议问题进行确认，对存在争议的部分进行全面的回应和评价，讲清楚当事人的哪些诉求和理由应当采纳或者不予采纳，为什么应当采纳或者不予采纳，特别是对于不予采纳的要重点予以阐述。在司法政策的应用实践中，部分法官对案件当事人提出适用司法政策性文件的请求并未能给予正面回应。例如，在中国太平洋财产保险公司某分公司诉博罗县生态环保局等环境污染责任纠纷案中，答辩人就提出了对司法政策性文件的适用请求，且存在对司法政策性质认定错误，但法官在裁判文书中并未对其请求进行回应，亦未对答辩人将司法政策认定为司法解释的错误进行释明和纠正，仅在裁判文书中简单列明意见。^⑤

3. 援引司法政策的具体范式欠缺统一。其一，援引适用司法政策仅列明文件名称。该种援引范式主要表现为“依照某司法政策性文件精神”或“根据某司法政策性文件的要求”等，如深圳宏茂达石油配送公司诉广州盐海物流公司、张某等借款合同纠纷案。^⑥其二，援引适用司法政策仅列明文件名称和条文。该种援引范式并不涉及司法政策性文件具体条款的内容，如李某猥亵儿童罪案。^⑦其三，援引适用司法政策的名称、条款及具体内容均未列明。该种援引范式属于比较典型的概括适用方式，如黄某与被告邵某民间借贷纠纷案。^⑧

（四）效能有待提升：最高人民法院司法政策的参照质量未达预期

实践表明，最高人民法院司法政策对于司法裁判产生了积极作用，但其适用质量和效果距离预期尚有一定的差距。

① 参见（2018）川0182刑初126号。

② 于洋：《论社会主义核心价值观的司法适用》，载《法学》2019年第5期。

③ 参见（2021）闽06民初358号、（2021）闽06民初528号、（2021）闽06民初454号、（2021）闽06民初154号、（2020）闽06民初301号等。

④ 参见张骞：《论裁判文书的对话性》，载《中国应用法学》2022年第1期。

⑤ 参见（2015）惠中法民一终字第101号。

⑥ 参见（2013）深福法民二初字第6965号。

⑦ 参见（2020）川0180刑初641号。

⑧ 参见（2020）苏0412民初7338号。



1. 司法政策的拘束效力弱化。根据《最高人民法院司法责任制实施意见（试行）》第70条的规定，“各审判业务庭室包括巡回法庭代拟司法解释……及其他司法政策文件等，应当层报审判委员会讨论决定……”。据此，司法政策的制定与司法解释流程相同，均需要经过审判委员会讨论决定。按此标准，其效力当属于类似司法解释的“硬指标”。^①实践中，部分法官直接援引文件作为裁判理由和依据，或者直接援引文件的精神及相关要求，其对司法政策性文件拘束效力给予肯定性认可。然而，部分法官对当事人适用司法政策性文件的适用效力作出否定性评价。例如，在淳靖股份有限公司诉唐纳森（中国）贸易有限公司等侵害发明专利权纠纷案中，法官认为原告所引的最高法院文件仅是政策性指引，不能作为确定司法管辖权的具体依据。^②

2. 司法政策的功能发挥尚存空间。考察发现，司法政策的法律解释、弥补法律漏洞和创制法律规则等相关功能并未能够完全发挥。其一，在进行法律解释层面，司法政策因其抽象性和原则性的特质，其不管是对法律概念的解释和对法律条文的解释均无法提供更为具体化的依据。如此，可能导致法律概念的厘定及法律具体条文的理解依然存在多种选择性，甚或更为模糊不清。其二，在弥补法律漏洞层面，司法政策具有较为突出的现实回应性和针对性，在短期内能够填充法律漏洞并推动纠纷的化解，但其亦呈现明显的不稳定性，可能会因为情势变化或者阶段性任务完成等，虽情况相同但处理结果却存在差异。其三，在创制法律规则层面，除了《九民纪要》等少数司法政策性文件外，“大多立足于对现行司法解释的重申，既没有突破成文法的规定，也没有对司法解释带来实质性的改变”^③。

三、司法裁判援引司法政策的正当性

司法政策是党和国家政策在司法领域的直接体现与深化，其因应司法实践之需，反哺实践之要，从而彰显司法政策的实践品格。

（一）进行法律解释

法律之所以需要解释，其缘由在于人类创造的法律先天存在着诸多不足。^④如此，司法政策作为既定有效的解释工具即派上用场。一是运用司法政策对法律概念进行解释。法律概念并非一成不变的，其必然伴随经济社会发展而被赋予新的内涵和外延。司法政策作为国家政策在司法领域的具体化，往往反映了国家在处理司法问题时的最新导向、立场和态度。司法者运用司法政策对法律概念进行解释并作出裁判结论，能够更好地将国家大政方针和时代需求融入司法审判工作当中。如“两高一部”《关于

① 参见牟绿叶：《论指导性案例的效力》，载《当代法学》2014年第1期。

② 参见（2019）京73民初170号。

③ 陈兴良主编：《中国案例指导制度研究》，北京大学出版社2014年版，第67页。

④ 参见魏志勋：《为什么法治必然要求法律解释》，载《求是学刊》2016年第6期。

依法适用正当防卫制度的指导意见》，该文件对“防卫行为”和“相互斗殴”的法律概念进行了明确解释，区分三种不同情形对“防卫行为”作出界定。二是运用司法政策对法律条文进行解释。法律条文含义的确定，不仅与法律概念密切相关，也与词语组合及法体系密切相关。^①运用司法政策解释法律条文主要是对法律进行文义解释。例如，《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》第13条对“造成重大损害”的认定，即是对《刑法》第20条第2款规定的“正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的”中“重大损害”所作的文义解释。

（二）填补法律漏洞

在我国，对法律漏洞的补充方法较多，诸如制定司法解释、出台司法政策、发布指导性案例等，但制定司法解释的程序和标准较为严格，指导性案例亦仅具有参照适用效力。因而，在出台司法解释条件尚不成熟或者司法解释未予规制时，最高人民法院借以制定发布系列司法政策，填补法律的漏洞，为解决司法现实问题提供参考依据。例如《九民纪要》，即是在《民法典》尚未出台且亦未制定相关配套司法解释情况下，对涉及公司人格混同、股东出资加速到期等共计130个前沿疑难争议问题作出的裁判思路和标准的统一。在此过程中，司法政策不仅有“救急”的功能，还可以发挥“试验”的作用，即通过司法政策的实施，可以为后续制定司法解释乃至修改和出台新的法律积累经验。^②事实上，《民法典》颁布实施后，最高人民法院在其配套实施的担保制度司法解释中即吸收了《九民纪要》中关于担保的具体规定。

（三）创制裁判规则

有学者认为，我国法律并不允许地方法院和法官拥有规则创制的权力。^③法律具有明显的滞后性与先天性缺漏，使得法院在适用法律时必须进行某种程度的法律规则变通甚或改变。司法政策在创制法律规则方面能够发挥重要作用：其一，直接创制新的法律规则。此种创制方式往往发生在党和国家对司法工作提出新要求而当前法律确实没有相关规定的情势下。例如，《刑法》并未对恶势力犯罪作出规定，而“两高两部”《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》则创设了关于“恶势力”和“恶势力犯罪集团”的认定规则。其二，间接创制新的法律规则。此种创制方式主要发生在既有的法律规则与当前现实要求不相契合而不能直接适用时。例如，最高人民法院《关于充分发挥审判职能作用为企业家创新创业营造良好法治环境的通知》第5条规定：“对商业银行、典当公司、小额贷款公司等金融机构以不合理收费变相收取高息的，参照民间借贷利率标准处理。”该条从实质上是对商业银行等收取利息行为裁判标准的间接改变，属于对裁判规则的间接创制。

^① 参见彭中礼：《论法律学说的司法运用》，载《中国社会科学》2020年第4期。

^② 参见李红勃：《通过政策的司法治理》，载《中国法学》2020年第3期。

^③ 参见郑智航：《党政体制塑造司法的机制研究》，载《环球法律评论》2020年第6期。



四、司法裁判援引司法政策的规范构建

（一）政策文件层面：强化直接规范效力

1. 明确司法政策的法律地位及适用效力。首先，需确立司法政策的法律基础，即通过宪法或至少全国人大及其常委会制定的相关法律（如人民法院、人民检察院组织法），将司法政策的概念正式纳入法律体系，使之成为具有法律效力的概念。此举旨在确保司法政策在制定与实施过程中有法可依，提升其权威性与正当性。^①其次，明确司法政策的效力范畴。条件具备时，以适当的立法明确“最高人民法院有权制定并发布司法政策”。当然，必须确保决策过程的民主性与科学性。最后，制定“关于司法政策工作的规定”，参照司法解释与案例指导制度，明确司法政策的“附条件”法律效力。具体而言，各级法院在司法裁判中可引述司法政策作为裁判理由，但原则上不得直接作为裁判依据。然而，在法律及司法解释存在规制空白或不足时，司法政策可作为案件处理决定的直接依据，以弥补法律漏洞，保障司法公正。

2. 增强司法政策的规则产出。一是增强司法政策规则的直接产出。在制定司法政策时，对于法律和司法解释未规定或规定不明的，应当增加具有明确指导性和操作规范性的规定，提供相对具体的规则和标准。这有助于在司法实践中总结经验，为后续的司法解释和法律规范制定奠定基础。二是增强司法政策规则的间接产出。增强司法政策规则的间接产出，亦即增强司法政策的指导性。具体而言，其一，政治方向的指导性。制定司法政策应当充分反映“当前形势下”国家的目标任务和方针政策的变化及要求，将党和国家的任务和方针政策要求转化为司法审判工作的具体要求。其二，法律解释的指导性。司法政策要对法律概念进行科学合理的界定，“根据具体法律规定的目的、意义与体系地位对之进行解释”^②，尽可能清晰、准确的厘清其内涵和外延。对法律条文的适用情形尽可能地进行明确，尽可能消减不同语境下理解存在的差异性甚至歧义性。其三，社会控制的指导性。司法政策要对社会主流民意进行充分考量并予以制度化，诸如关于正当防卫、高空抛物等司法政策性文件均是民意引入司法政策的典型。同时，要充分体现社会主义核心价值观的内容和要求，从而为个案裁判提供价值判断的方法指引。

3. 推动司法政策精神要求向法律规范转化。司法政策性文件通常是服务于特定时期的特定目标，具有灵活性和较为突出的阶段性。然而，其对国家大政方针的贯彻落实，对司法裁判的个案指导具有可复制性。因此，应在实践检验的基础上，经由法定程序，将司法政策性文件的精神和要求，特别是实践总结提炼的裁判规则指

① 参见谢晖：《论司法政策及其法治使命》，载《法学杂志》2022年第3期。

② 陈禹幢：《刑事违法性判断必须遵循法秩序统一性原理》，载《检察日报》2023年2月8日，第3版。

引转化为最高人民法院的司法解释，甚至进一步转化为法律规范，赋予其直接的法律效力。

（二）实施主体层面：促进自觉适用意识

1. 矫正法官的裁判思维与观念认知偏差。一方面，矫正法官的“找法”习惯。在严格依法审判原则下，法官要形成对司法政策的考量自觉，特别是在法律和司法解释尚未作出明确规定时，更应主动从司法政策的具体规定中寻找说理和裁判依据，从司法政策的精神和目的中固定价值指引的标准和自由裁量的合理范围。同时，尽可能避免直接向上级法院请示以获得案件办理的倾向性意见或指导建议，自觉维护案件当事人的审级权益，切实发挥上级法院裁判监督职能作用。另一方面，矫正法官“全有全无”观念。尽管《民法典》的颁布使得司法政策不再具有正式法源地位，但这并不意味着否定了其在调整法律关系和司法裁判中的作用。法官不能因此对司法政策避让甚至排除适用，而应在法律规范的框架和逻辑下，以司法政策为指引，对现有的模糊规定进行合理解释，甚至针对没有规定的内容创新裁判规则和标准。

2. 注重法官个体价值观的养成。对法官个体价值观的养成应当作为司法政策个案适用的前提和基础性保障。一方面，加强司法政策性文件的专项性和系统性培训，确保法官对文件的内容、要求及出台的背景和目的等充分理解和准确把握，具备根据司法政策的精神和要求进行法律规范解释并将其合理融入个案裁判的能力。另一方面，加强对个案适用司法政策性文件的引导，增强其应用司法政策性文件引领个案裁判的行动自觉。让法官认识到相对于个体价值理性，司法政策性文件凝聚了更多的集体智慧，其所蕴含的价值理性更具普适性，借以司法政策对个体价值理性的补强和矫正，所作的个案裁判更具社会认同。

3. 克服绩效考评下案件裁判的功利化趋向。其一，坚持结果考核与过程考核并重。对“发改率”等的评估考核不应仅仅关注裁判结果，还应当关注案件审理和裁判过程中法官的行为表现，包括证据审查、事实认定、法律适用和释法说理等。坚持结果与过程并重的绩效考评模式，能够较大程度地解决法官“唯结果论”的功利性趋向，推动法官将更多精力和智识投入到案件审理和裁判的过程当中，且致力于确保裁判结果是裁判过程的必然反映。其二，对考核指标的运用要区分不同情形。具体而言，对于发回重审或改判案件不应全部做否定评价，要区分上级法院发回重审和改判的原因，是因为发现了新证据，还是因为事实认定和法律适用存在错误。

（三）适用方法层面：推动规则续造模式

1. 将裁判结论融入司法政策进行验证。一方面，将裁判结论融入司法政策进行政治效果的验证。就是要在遵守法律规则的基础上，对裁判结果是否符合司法政策中政治形势的分析和判断，是否符合司法政策中政治目标和政治需要的定位及要求，是否正确体现了司法政策中政治价值的导向等进行检视和论证，确保司法裁判的政治正确



性。^①另一方面,将裁判结论融入司法政策进行社会效果的验证。就是要将“包括利益衡量、社会共识、伦理道德、社会政策、人情常理等”^②要素纳入司法裁判的考量范畴。实践中,前述非法律规范要素可能会超越规则限制,甚至导致司法裁判存在“脱法审判”的现象。如此,在运用司法政策进行社会效果验证时,要确保在法律规制框架内考量非法律要素并追求社会效果,“只有在特殊情况下,并在严格的规则和程序导向下才可以为实现社会效果而变通适用法律”^③。

2. 在司法政策适用中催生新的裁判规则。其一,在试点改革中推进规则续造。试点改革往往是由问题倒逼而产生的,其目的系立足现有操作规则之上,探索总结更加科学有效且符合时代和社会要求的新的尺度和标准。在试点改革中推进规则续造,必须是被实践证明是有效且可复制的规则创造,而非仅限于试点地区或试点领域,且应当仅限于对成功结果中的规则进行法律规范的转化,对于不成功的或者需要继续试点的,则继续维持现有裁判规则。其二,在个案裁判指引中推进规则续造。一方面,根据司法政策的精神、目的和具体要求,对现有的法律概念和法律条文进行限缩或扩张解释,并固定形成最能体现正义要求的裁判规则 and 标准。另一方面,在法律和司法解释均未作出规定时,如果司法政策中存在相对具体的规定和标准,可以将其作为裁判依据,但若司法政策亦未有明确的可操作标准,则应结合立法精神和目的创新裁判标准。其三,在应用评估中推进规则续造。对于经由评估认为适用效果较好的规则,应当及时推进向法律和司法解释转化;对于法律和司法解释未有规定,但规则创制能力不足的司法政策要进行调整,加强对裁判规则和标准的生成及实践验证;对于经实践检验,尚不成熟的裁判规则和标准应及时废止或进行修改。

3. 对司法政策的应用保持必要的条件和限度。一方面,司法政策性文件的适用必须在法律许可的框架下进行。应当坚持法律规则优先,结合司法实践,对于存在生效法律规范或者司法政策已经转化为法律规范时,则优先适用,而对于尚未转化的司法政策,只有在特定情形或满足严格条件时才能适用,即“其在司法裁判中的适用只能限于填补法律漏洞的需要;其适用必须不会构成对公平、正义等社会价值、法治价值的威胁和损害;其只有在不违背现有法律规范以及法律授权其自由裁量权目的的情况下始得适用”^④。另一方面,司法政策的适用应当进行充分论证。具体而言,“法官需要对为什么要适用司法政策、司法政策对本案的可适用性等方面提出充分的、让人信服的理由”^⑤。其中,对为什么适用司法政策进行充分论证,包括适用条件和适用目的的正当性;对司法政策对个案的可适用性进行充分论证,主要体现为司法政策与个案裁

① 参见江必新:《司法审判中非法律因素的考量》,载《人民司法·应用》2019年第34期。

② 胡田野:《论“三个效果”有机统一的司法理念与裁判方法》,载《中国应用法学》2022年第3期。

③ 江必新:《严格依法办事:经由形式正义的实质法治观》,载《法学研究》2013年第6期。

④ 袁明圣:《公共政策在司法裁判中的定位与适用》,载《法律科学》2005年第1期。

⑤ 李红勃:《通过政策的司法治理》,载《中国法学》2020年第3期。

判所存在的实质关联性和交叉关系，包括司法政策是否对个案裁判具有现实指导性和行为规范意义，以及个案中的待决事实是否反映和体现了司法政策的内容和要求且需要援引司法政策进行裁判指引和说理补强等。

（四）制度机制层面：构建系统规范的应用体系

1. 司法政策适用的程序规则的规范化。首先，规范启动程序。当事人对于是否运用司法政策享有自主选择权和处分权。但是，法官作为居中裁判者，其应当主要是依职权启动对司法政策的适用，即便是当事人已经提请适用某个司法政策，且要求法官对其诉求进行回应，但最终确定是否运用司法政策则需要满足前文所述的相应条件。其次，建立审查程序。一方面，对当事人提请援引适用的审查。主要审查当事人所提请适用的司法政策的性质和效力。另一方面，对依职权决定援引适用的审查。这里主要涉及对司法政策适用条件进行审查，包括关联性审查、正确性审查和正当性审查三个方面。最后，建立回应和论证程序。在司法裁判中，对于当事人提请适用司法政策支持其诉请的行为，应当予以关注并从程序上作出回应。同时，不管是当事人还是法官在援引适用司法政策时，均要对其所适用的司法政策与本案的关联性进行论证阐述。

2. 建立司法政策应用的监督激励机制。一是对于当事人提请适用司法政策性文件的，原则上法官均应在裁判文书中作出回应，因未适用司法政策性文件或者未将已生成裁判结果带入司法政策中进行验证而导致案件裁判错误的，或者对于当事人的适用诉求未予回应而最终案件裁判错误的，应当作为绩效考评负面评价项目。同时，如若上级法院将明显偏离司法政策要求作为适用法律错误的参考要素，势必大幅增强法官适用司法政策的主动。二是法官在进行案件审理和裁判时，如果作出了与司法政策的精神和要求不相一致甚至相冲突的判决结果的，除了在裁判文书中充分说理和论证外，“应当向本院审委会作出书面报告和说明，并将裁判结果及理由层报上级法院至最高人民法院备案”^①。三是建立司法政策适用的激励机制。各级法院应当及时发现并积极培育援引适用司法政策进行个案审理的典型案例，特别是明确援引司法政策指导案件裁判并充分论证说理，或者对当事人援引适用司法政策请求给予充分回应的案件，由所在法院层报最高人民法院遴选确定为典型案例甚至指导性案例统一发布。同时，加大正向激励，对于政治效果、法律效果和社会效果较好的案件进行重点宣传推介，充分发挥典型示范和引领作用。

3. 司法政策应用评估机制的引入。其一，评估主体。对司法政策应用情况进行评估的主体应当系最高人民法院，而评估工作可以交由最高人民法院政策研究部门具体组织和实施。其二，评估内容。对司法政策评估的内容包括援引数量及适用效果。其中，

^① 詹亮、张庆庆：《从“适用不足”到“充分适用”：刑事指导性案例司法适用的困境与突破——以56份涉“指导性案例”刑事判决书为分析样本》，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327页。



对司法政策适用效果的评估包括是否通过对法律概念和法律条文的解释确保了法律的正确理解和适用；是否发挥了司法政策精神、目的和条文规定的指导作用并有效弥补了法律漏洞；是否创制新的裁判规则 and 标准为案件审理和裁判提供依据等。其三，评估程序。司法政策应用的评估程序具体包括评估启动程序、评估实施程序和评估结果生成程序。其中，评估启动程序由最高人民法院依职权启动，其他层级法院及相关部门、社会公众可以提出评估申请，由最高人民法院确定。评估实施程序，包括评估信息的收集及对应性的整理和分析。在信息收集时，要注意信息来源的广度和深度，同时要注意信息来源的可靠性和完整性。^①在信息整理和分析时，“要对评估信息进行真实性、可适用性进行验证，……进而得出有效的评估结论”^②。评估结果生成程序，评估完成后应当形成司法政策应用情况评估报告，集中反映所评估的司法政策的适用情况、存在的问题及完善意见建议等。评估结果应当报告最高人民法院分管副院长或院长，必要时需向审判委员会报告并经确认后向社会公布。其四，评估结果的运用。通过评估能够确认哪些是司法政策自身的问题，哪些是司法政策适用中的问题。对于前者，适时启动制定、修改或废止的相应工作，以确保司法政策的科学性、合理性和适应性，从而不断提升其质量，并推动其有效实施。对于后者，则应当通过规范和完善司法政策援引适用的程序和配套制度机制予以解决。

结 语

司法政策作为当代中国司法体制中一个特殊的制度设置，属于中国法治命题，其具有独立的品格属性和价值功能。实践表明，司法政策在案件审理和裁判中具有不可忽视的地位，诸如解释法律、弥补漏洞和创制规则等功能及为其存续正当性作出最强佐证。然而，整体来看，司法政策在司法裁判中的实施效果并没有达到预期，对个案裁判的指导和规范作用并未有效发挥，诸如司法政策“虚置”或“泛化适用”等问题亟需予以关注和解决。司法裁判援引司法政策是当前司法改革背景下强化裁判说理、增强裁判信任和可接受性的一项颇具价值的制度。在此情势下，应当客观理性地对待司法政策在司法裁判中的适用，在分析司法裁判援引司法政策实践及其困境的基础上，从建构论方法层面，构建系统完善的司法政策应用制度体系，从司法政策自身、实施主体、适用方法和机制建设等四个方面提供制度化和规范化支撑。

（责任编辑：王文斌）

^① 参见汪全胜：《立法后评估研究》，人民出版社2012年版，第189页。

^② 江国华、张莺：《指导性案例评估机制》，载《甘肃政法大学学报》2020年第6期。

刑事裁判说理何以适用司法政策

——以“张志军故意杀人案”展开

张庆庆 吴 涛*

内容摘要：刑事裁判说理中，司法政策被不当适用的现象较为突出，本应仅起导向作用的司法政策替代法律规范成为裁判的直接依据。司法政策的不当适用主要表现为以政策之名的“教条式”说理、依政策之义的“自证式”说理及借政策之力的“功利性”说理。这些不当适用导致事实认定因主观性介入可能无法满足客观性要求、司法政策以方向指引之名行裁判依据之实、利用司法政策抽象特质不当行使自由裁量权、法律制度及法律适用陷入松懈。克服司法政策在裁判说理中不当适用的关键在于提供行之有效的方法论指引，包括司法政策的适用应契合利益最大化要求、运用司法政策进行裁判说理应以必要为限且区分类型、司法政策裁判说理应在验证和指引中进行规则续造等。

关键词：刑事诉讼 裁判说理 司法政策 方法论指引

司法政策作为党和国家政策在司法领域的具体化，被普遍适用于包括刑事审判在内的司法裁判当中，对裁判思维、过程、行为和结果等发挥了积极作用。司法政策之于刑事裁判的功能定位本应作为导向性指引，而非替代法律成为裁判的直接依据，然而，当前司法政策在刑事裁判过程中存在不当适用现象，已对刑事裁判的公正性与权威性产生了消极影响。鉴于此，有必要立足司法实践，总结分析司法政策不当适用的具体表现及其潜在风险，在此基础上，提出有效方法论指引，规范司法政策的适用，确保刑事裁判适用法律准确、事实认定无误、程序公正，从而维护法律制度的确定性和可预测性，强化法律权威与司法公信力。

* 张庆庆，西南政法大学立法研究院讲师，法学博士；吴涛，四川省汉源县人民检察院党组书记、检察长，三级高级检察官。

基金项目：本文系国家社科基金重大项目“全面提升社会治理法治化水平研究”（编号：23ZDA080）的阶段性成果。



一、法律与司法政策的界分与融合：张志军案裁判依据的审视

（一）张志军案的基本案情介绍

2013年6月，张志军的女儿张某与邹某登记结婚，两人育有一女。张某怀孕期间，男女双方及父母之间因家庭琐事产生纠纷，一直未能解决。2018年，张某、邹某分别起诉离婚，法院判决不予离婚。2019年春节前某日，邹某的父母邹某海和杨某芬来到四川与儿子一起过春节。次日，邹某、邹某海及杨某芬来到张志军家中。期间邹某、邹某海及杨某芬因孩子抚养权问题与张志军发生争执，张志军拿出剔骨刀先后捅刺邹某、邹某海及杨某芬胸腹等要害部位，致其脏器破裂引发大出血死亡。后张志军通知张某报警并原地等待民警。2019年4月3日，张志军被检察机关批准逮捕。

（二）张志军案的判决情况分析

表1 张志军案一审、二审和再审的相关情况

审理程序	罪名认定	犯罪情节认定	量刑情节		判决结果
			从轻、减轻情节	采纳情况	
一审	故意杀人罪	犯罪手段特别残忍、后果特别严重、罪行极其严重	自首、如实供述、自愿认罪	不采纳	死立执
二审	故意杀人罪	犯罪情节恶劣、后果特别严重，依法应予严惩	自首、自愿认罪、被害人亲属谅解	不采纳	死缓
再审	故意杀人罪	手段残忍、情节恶劣、后果特别严重、所犯罪行极其严重	自首	不采纳	死立执

张志军案经过一审、二审和再审审理，从事发到案件最终裁判历经两年多的时间。通过对比分析发现：一审、二审和再审对罪名、犯罪情节和从轻、减轻情节的认定具有一致性，均认为对张志军应当依法严惩。然而，二审和再审程序的量刑却存在重大差别，反映出受案法院对法律适用及刑事政策考量的差异。一审和再审法院虽然认可张志军自首的情节，但均认为由于张志军犯罪行为之特别恶劣程度，不足以对其减轻刑罚。与此相反，二审法院在量刑情节中，除自首外增加了“被害人亲属谅解”，并借此作出一审法院对张志军量刑过重的认定，改判张志军死缓（见表1）。该二审判决作出后，引起社会各界广泛关注和激烈讨论，受害人家属要求启动审判监督程序，撤销终审判决并依法判处张志军死刑。四川省高级人民法院经再审认为，张志军虽有自首情节，但不足以对其从轻处罚，原二审判决张志军改判死刑缓期两年执行，量刑不当。遂改判张志军死刑并依法报请最高人民法院核准。经最高人民法院核准，2022年6月21日，张志军被执行死刑。

（三）司法政策“不当适用”：替代法律作为裁判依据

在张志军案中，二审法院改判张志军死缓的关键依据是对其主观恶性“极其恶劣”程度的否定，而否定的依据并非张志军具有的自首等减轻、从轻量刑情节，而是《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》（以下简称“《意见》”）中的相关规定。^①《意见》由最高人民法院于2010年2月8日发布，其中第22条规定：“对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的犯罪……因被害方过错或者基于义愤引发的或者具有防卫因素的突发性犯罪，应酌情从宽处罚。”尽管二审判决中并未直接引用上述规定，但从判决文书表述的内容来看，确系依据《意见》中关于“因家庭纠纷和基于义愤引发暴力性犯罪致人死亡”的死刑适用规定而将一审“死立执”改判为“死缓”。

如上所述，四川省高级人民法院二审改判为死缓的主要依据应当是少杀、慎杀的死刑政策，也就是说，在二审中，司法机关存在明显的“重政策轻法律”的主观倾向。“原本应退居幕后，仅作为‘向导’的司法政策在案件审理或裁判说理中成为了‘先导’甚至‘主导’，而刑法以及相关司法解释沦落成为配角。”^②诚然，张志军案中存在的司法政策“不当适用”现象，在早前的李昌奎案件中亦存在。虽然这两起案件并不能说明所有案件中均存在此类问题，但不可回避的事实是，法官在案件审理和裁判说理中已经表现出对司法政策存在过分关注和依赖的倾向。如此，司法裁判难免因法律条文和法学理论基础的缺失而削弱案件裁判及其说理科学性与正当性，最终影响司法公信力与法律权威。

二、裁判说理中司法政策不当适用的实践样态

如前所述，在张志军案、李昌奎案等一系列案件的审理和裁判说理过程中，出现了一个值得高度警惕和重视的现象：司法政策在某种程度上替代了法律、法规及司法解释，实质上成为了“裁判依据”，而非其应有的“裁判指导”角色。为了规范司法政策的适用，明确其适用的界限、程序、范围以及提供方法论上的指引，首要任务在于全面深入地了解其在实际操作中的运行状况。

（一）“教条式”适用：政策文本的机械套用

“教条式”说理是指在适用司法政策进行裁判说理时生搬硬套相关规定，没有对具体问题进行分析而对裁判结果一概而论。在价值定位上，司法政策的制定与实施在本质上是法律适用过程中融入理性思维的一种法治推进方式，但其在价值方向呈

^① 根据最高人民法院网站“权威发布”栏目对司法解释、司法文件等的分类，《意见》在性质上讲，应当系司法政策性文件，其与法律、法规和司法政策等具有明显的区别。

^② 庄绪龙：《裁判文书说理如何对待司法政策？》，载《中国应用法学》2022年第2期。



现出明显的“一元性”，此即与案件裁判中涉及因素诸如案件类型、所涉罪名、事实情节、行为程度等的“多元性”存在较大差异。如此，对司法政策的一元性与裁判说理的多元性有效融合，需要始终秉持谨慎态度。换句话说，对司法政策的理解与适用不能仅停留在形式上，更不能教条式地将其适用于全部类型的司法案件当中。

从实践来看，部分法官在适用司法政策时缺乏科学理性的理解和客观系统的解释，而仅是“教条式”地得出裁判结论。以张志军案为例，二审法院改判死缓主要依据两个理由：一个是张志军与三被害人存在特定的亲属关系，系属家庭纠纷，另一个是张志军在劝阻无效的情况下为维护自身及亲人利益和安全而实施的“激情犯罪”。二审法院首先对“事出有因”进行认定，认为张志军故意杀人的行为系因家庭纠纷引发的激情犯罪，在此基础上综合自首情节、认罪态度、被害人谅解等作出张志军可以不判处死立执的裁判结论。这是典型的对司法政策的“教条式”适用，办案法官虽准确地认定了“家庭纠纷”的性质，但其并未在《意见》所规定司法政策下对激情犯罪的认定进行科学的解释。激情犯罪之所以值得在一定程度上被原谅，关键在于被告人受到了某种“委屈”或者内心善良理念或正常情感受到了不正当、不合法、不合理的严重伤害。^① 本案中，邹某父母在传统春节到来前专程探望孙女，期间双方谈及孙女探望权问题时虽未能达成一致意见，但争议的问题根本不足以导致张志军异常激愤。即便双方发生争吵甚至抓扯，激愤情绪亦未达至通过实施暴力性犯罪宣泄的程度。综合上述对激情犯罪的界定即罪行严重程度的判断，办案法官将《意见》的规定作为依据改判张志军死缓，“缺乏了解释学上的依据，背离了刑法规定和刑法基本理论，教条地套用了宽严相济的司法政策和‘少杀、慎杀’的死刑政策，忽视了刑法解释学角度的技术性思考和规范性理解”^②。

（二）“自证式”逻辑：政策解释的自我循环

“自证式”说理是指适用司法政策进行说理的目的在于证成业已形成或者即将确定的裁判结论，这种对司法政策的适用更多涉及说理逻辑和思维层面的考量。司法实践中，办案法官养成并长期适用三段论式的演绎推理模式，“将作为‘三段论’中‘大前提’的法律规范与作为‘小前提’的待决案件事实进行对照，将案件事实成功涵摄于法律规范之下，得出‘抽象—具体’的法律评价”^③，体现“分析评价事实—寻找适用法律—得出裁判结论”的逻辑思维方式。但“自证式”说理则与此呈现较大的“逻辑思维反向性”，体现为“得出裁判结论—分析评价事实—寻找适用法律”的方式。这种“自证式”说理方式存在较大的司法裁判风险，极易导致案件审理过程流于形式，造成司法裁判结论的不确定性，严重侵害当事人的合法权益和司法权威。

① 参见夏勇：《解读中外“激情犯罪”——“药家鑫杀人案”引出的话题》，载《法学》2011年第5期。

② 庄绪龙：《裁判文书说理如何对待司法政策？》，载《中国应用法学》2022年第2期。

③ 郭琳佳：《参照指导性案例的技术和方法》，载《人民司法·应用》2014年第17期。

在张志军案中，一审法院的办案法官严格适用三段论的演绎推理模式，将关于死刑适用的法律规范与张志军暴力犯罪事实进行比对，最终判决张志军死刑立即执行。二审法院则存在“逻辑思维反向性”的嫌疑，其在案件审理判决作出前即已经明确了所应遵循的“少杀、慎杀”的刑事司法政策。以此类推，虽然不能借此确定二审法院对死刑改判死缓结果的预设，但最起码提供了合理怀疑的可能性，具体的自证场景预设如下：首先，明确死刑适用应当严格控制、慎重适用的基本原则，在判处死刑时，除了法律规定，还要依照刑事政策的指导；其次，在“少杀、慎杀”司法政策的指引下，二审法院对案件事实进行综合分析，认定张志军虽实施故意杀人的暴力性犯罪，但其激情犯罪针对的是特定对象且事出有因，其与针对不特定对象的暴力性犯罪和有组织、有预谋的犯罪应当有所区别；最后，在完成案件事实分析后，二审法院进入“找法”环节。一方面寻找《刑法》关于从轻或减轻处罚的规定，另一方面找寻关于对“事出有因”型暴力犯罪从轻或减轻处罚的规定，即是《意见》中关于“因家庭纠纷而实施暴力犯罪或者基于义愤引发的突发性犯罪，应酌情从宽处罚”的规定。自此，二审法院完成“自证”，继而得出改判张志军死缓的结论。

（三）“功利性”考量：政策导向下的结果偏好

“功利性”说理是指司法政策的适用带有明显的目的倾向性，刑事司法政策抑或相关立法、司法解释的颁布施行，通常带有一定的目的指向性和引导性，为某一类型案件、某些行为的处理机制提供依据。^①然则，在法律规范和司法政策颁行后，不少法院或者办案法官为推进法律规范和司法政策的贯彻落实，往往存在功利性倾向，以所谓的“指标达成”为目的推进办案。

在张志军案中，二审法院改判的“功利性”主要体现在以下两个方面：其一，二审法院的改判“在很大程度上就是对死刑复核控制的应对”。^②自2007年1月1日起，为统一死刑适用标准，维护程序正义性，全部死刑案件核准权均由最高人民法院统一行使，而高级人民法院仅对死刑缓期执行行使核准权。受此影响，高级人民法院失去了对作为考量死刑案件审判质量重要指标的“死刑核准率”的直接掌控，此即在客观上形成高级人民法院对下级法院判决死刑的压力。判决死刑的案件一旦不被最高人民法院核准，势必会拉低死刑核准率的指标。在此背景下，具体到张志军案中，如果排除因司法腐败导致判决不公的情形，二审法院可能更多考虑的是“如果维持中院的死刑立即执行，那就得报请最高法院核准。若将来被最高法院驳回或改判，必然影响二审判决的维持率（或改判率）。而在高院就改判死缓，则是由高院自己核准，完全无影响政绩的担忧”^③。除张志军案外，在赛某故意杀人罪案、李昌奎故意杀人、强奸罪

① 参见庄绪龙：《裁判文书说理如何对待司法政策？》，载《中国应用法学》2022年第2期。

② 王启梁：《法律世界观紊乱时代的司法、民意和政治——以李昌奎案为中心》，载《法学家》2012年第3期。

③ 王琳：《死刑到死缓距离有多远》，载正义网，https://news.jcrb.com/jxsw/201108/t20110824_5185608.html。



案中，一审法院均判决被告人死刑立即执行，但被告人上诉后二审法院均改判被告人死缓。

其二，二审法院的改判是对刑罚预防目的的过度考量。刑罚的目的并非单一而应是多维的。在张志军案中，二审法院改判的实质性依据系《意见》中关于因家庭纠纷而激愤实施暴力犯罪一般不适用死刑的规定。需要注意的是，《意见》前述条款制定的目的在于维护家庭关系和谐稳定，而家庭作为社会最小的单元，系典型的“熟人社会”圈层。^①这种特定的场域及其催生下的人际关系决定了一旦暴力性犯罪行为发生，势必仅存在于特定的主体之间，且出于特殊的原因，其暴力迫害性则轻易不会拓展至其他圈内熟人，相比较那些发生在陌生人社会中针对不特定人实施的暴力性犯罪，熟人社区内的犯罪行为不会给人们带来过分的不安全感和恐慌感。基于此，该案二审更多倾向于阻止行为人再次实施犯罪，及威慑行为人以外的潜在犯罪人实施类似的行为。“必须注意到，刑罚目的除了预防主义之外，还有报应主义的存在。”^②国家坚持“少杀、慎杀”的死刑适用政策，就是要以最严格的标准和最审慎的态度，确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子。对于类似张志军、李昌奎等犯罪手段特别残忍、犯罪情节特别恶劣、社会危害性特别严重的被告人，通过最严厉的刑罚更能公正地体现罚当其罪。

三、司法政策不当适用的负面效应

（一）事实认定主观化：客观性标准的动摇

准确认定案件事实，是依法公正裁判的前提和基础，而要确保案件事实的准确性，必须确保办案法官的认知及其分析的客观性。易言之，应当最大程度克减乃至消除主观性因素的浸入。然而，在将司法政策作为案件审理和裁判依据的过程中，司法机关借以证据材料分析而进行的事实认定则可能有失偏颇，具体来讲主要体现为因司法政策的适用而对事实进行“扩张性”解释。

以张志军案为例，一审法院和二审法院对案件事实的认定因司法政策的适用而呈现明显的差别：一审法院进行事实认定时主要依据《刑法》的规定而并未考量司法政策，认定张志军因家庭纠纷持刀实施故意杀人暴力性犯罪，犯罪手段特别残忍，犯罪后果特别严重，依法应予严惩，虽然其有自首、如实供述但自愿认罪等情节，但不足以从轻处罚。二审法院虽然也认识到张志军暴力性犯罪的严重程度和危害程度，但在《意见》中关于“因家庭纠纷实施暴力性犯罪或基于义愤引发的突发性犯罪，应酌情

^① 费孝通先生在《乡土中国》中运用理想类型的方法将农村界定为“熟人社会”，由此与作为“陌生人社会”的城市相区分。参见费孝通：《乡土中国》，香港三联书店1991年版，第8-10页。

^② 车浩：《从李昌奎案看“邻里纠纷”与“手段残忍”的涵义》，载《法学》2011年第8期。

从宽处罚”规定的影响下，二审法院认定案件事实的逻辑发生了偏离，即“张志军因家庭纠纷而激愤实施暴力性犯罪”。这里对激情犯罪的认定很明显是在《意见》影响下的扩张性解释，将本不属于激愤杀人的行为进行了错误认定。二审法院根据对激情犯罪的错误认定将一审判决改判为死缓，显然是不能令人信服的。

（二）裁判依据的混淆：司法政策的实质化

司法政策作为国家公共政策的重要组成部分，其不具有正式法源的地位。其宏观性的特点决定了在案件审理和裁判中，一般不能作为裁判理由或依据，通常情况下仅具有方向性的指引作用，且其作用的发挥应当维持在既有法律规定范围之内。“如果政策越过法律条文，直接作为裁判的主导甚至依据，势必会导致案件裁判脱离条文及其解释规则，甚至是人为制造‘先依政策定性，再找条文量刑’的逆反情境。”^①

在张志军案中，从一审法院和二审法院的判决文书的表述内容来看，两份判决对犯罪事实的认定是相同的，但二审法院除改判张志军死缓外，在法律评判上删去了犯罪手段特别残忍的评价性用语，对犯罪情节恶劣程度的判定前后亦不一致，前文表述为犯罪情节恶劣，后文则变为犯罪情节、后果均特别严重。二审法院的判决文书在法律评判上进行了删减和改动。“本案判决书中对于手段特别残忍、情节特别恶劣、后果特别严重等用语的使用，是极其随意的……在杀人事实没有变化的情况下，想删就删，想添就添，并不以一定的案件事实为基础。”^②笔者认为这一观点是值得商榷的，如前所述，二审法院之所以对法律评判作出调整系因其对案件事实的认定发生了变化，对《意见》的适用导致其对激情犯罪进行了扩张性解释。二审判决的内容与《意见》规定相呼应，而删减“手段特别残忍”及对“情节恶劣程度”作降级评价，则为死刑改判死缓提供了法律评价支撑。故此，实质而言二审判决书并非无章的删减，而系依据司法政策作出的判决结果的对应性处理。因此，在张志军案中，性质为司法政策的《意见》实质上已经成为二审法院改判的主要依据。

（三）自由裁量权的滥用：司法政策的抽象性适用

司法裁判活动应坚持“以事实为依据，以法律为准绳”，这是依法裁判原则的最直观表达。^③司法实践中，依法裁判始终是法官应当坚守并贯彻的重要信条，除特殊情况外，法官不能轻易跳出法律规则和法律原则的规制范畴作出裁判。但事实上，在法律规则和原则之外，还存在一种更高层次的存在，“它具有更高的抽象性和实质性，当法官在既有的规则和原则规范中难以寻找到妥适法源时，便可以到具有极大包容性的该种存在中寻找裁判依据”^④。司法政策相比较法律规则和法律原则而言，即是该更

① 庄绪龙：《裁判文书说理如何对待司法政策？》，载《中国应用法学》2022年第2期。

② 陈兴良：《故意杀人罪的手段残忍及其死刑裁量——以刑事指导案例为对象的研究》，载《法学研究》2013年第4期。

③ 参见孙海波：《裁判运用社会公共道德释法说理的方法论》，载《中国应用法学》2022年第2期。

④ [德]卡尔·施密特：《论法学思维的三种模式》，苏慧婕译，中国法制出版社2012年版，第51-62页。



高层次的存在。如此，法官在法律规则和原则中不能找到相关依据时，可以适用司法政策作出裁判。然而，司法政策受其制定方式的影响，具有“一定的弹性、一定的可选择性，还有可变通性”^①，此即为司法裁判者的适用提供了自由裁量空间。如此，案件审理和裁判即不可避免地受到裁判者的价值判断、理解角度、基本立场等主观因素和个人倾向的影响，导致不当行使自由裁量权的结果发生。

在张志军案中，二审法院改判的依据实质上是《意见》中关于对因家庭纠纷引发暴力性犯罪或基于义愤实施突发性犯罪从宽处罚的规定，该规定并未对激情犯罪的界定标准作出细化，此即为二审裁判留有自由裁量的空间。法院认定张志军系因被害人不法刺激而激愤杀人，导致张志军犯罪行为的可谴责程度降低，未达到不杀不足以平民愤的情形。事实证明，法官在主观倾向过多干预的情况下，行使自由裁量权作出的判决难免不被公众接受。

（四）法律体系的松动：制度效力的削弱

司法裁判是适用法律解决纠纷的活动。这里的“法律”应当作具体化的理解，即“法律规则”，而诸如司法政策、公序良俗等一般法律原则仅具有辅助性效用。换句话说，在案件审理和裁判时，如果同时存在法律规则和一般法律原则，法律规则具有天然的优先适用性，一般法律原则不能僭越法律规则而成为裁判依据，否则，将导致“向一般条款逃逸”而削弱法律权威并使其陷入松懈和软化。以张志军案为例，根据《刑法》第48条和第49条的规定，^②死刑适用的条件应同时满足“罪行极其严重”和“手段特别残忍”。其中，“罪行极其严重”应当理解为犯罪性质和犯罪情节极其严重，而且犯罪分子的主观恶性也极其严重，^③而“手段特别残忍”则更多的体现为“对于善良风俗和底线伦理的严重侵犯，以及对于作为‘仁之端’的人类恻隐心的极端挑战”^④。依此规定，张志军的犯罪行为从犯罪性质与情节等各方面考虑，均已同时满足了前述死刑适用的标准。然则，二审法院并未据此判决张志军死刑立即执行，而系在“少杀、慎杀”死刑政策的指引下，径直且机械地适用《意见》的规定作出改判。很明显，二审法院在案件审理和裁判依据的适用上发生了“向一般条款逃逸”的现实问题，其本应优先适用《刑法》的具体规则，但却在“自证式”和“功利性”说理方式的影响下选择“教条式”说理，对激情犯罪的标准未加具体分析即认定张志军符合“慎用死刑”的政策要求及“可不立即执行死刑”的标准。此种以司法政策替代刑事法律规定而进行裁判的现象，势必导致法律规范的权威性和稳定性受到削弱，进而可能引发司法实

① 江必新：《司法政策的功能、维度与具体把握》，载《特区法坛》2017年第10期。

② 《刑法》第48条规定：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。”；第49条规定：“犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。审判的时候已满七十五周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外。”

③ 参见高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第225页。

④ 车浩：《从李昌奎案看“邻里纠纷”与“手段残忍”的涵义》，载《法学》2011年第8期。

践的混乱和不确定性。

四、规范裁判说理中司法政策适用的方法论指引

克服裁判说理中司法政策“不当适用”的关键，在于构建并应用一套科学有效的法律方法。尽管导致裁判说理中司法政策“不当适用”的原因多种多样，包括裁判者主观上的功利性驱动、为论证预设结果而寻求客观依据的需要，以及规避裁判风险的现实考量等，但这些问题均有望通过法律方法的精心设计与恰当运用来得到妥善解决。

（一）司法政策的适用应契合利益最大化要求

司法政策是社会各阶层司法利益主张的集中化体现，其一边连接着司法，一边连接着政策，中间穿插着社情民意。如此，在案件审理和裁判的过程中，刑事法官在适用司法政策时应当进行利益衡量和价值选择，最终作出能够实现社会利益最大化的裁决。而此效用最优模式形成的基础性前提是，“各方利益至少应获得最低限度的满足，各方主体利益诉求应在妥协的范围内实现‘各取所需’的目标”^①。具体而言，主要包括以下三个方面：

其一，充分保障受害人的正当诉求。根据《刑法》规定，刑罚的目的在于“惩罚犯罪，保护人民”，单就此而言，受害人及其亲属的报应诉求与实施刑罚的目的相契合。易言之，司法裁判者对于犯罪者要给予“惩罚”，只是惩罚的方式存有差异，或者金钱惩罚，或者自由惩罚，更或者剥夺生命惩罚。需要注意的是，虽然刑罚作出的依据是法律而非受害者或其亲属的主观诉求，但刑罚结果在某种程度上确是对受害者或其亲属正当诉求的公正回应。因此，在依照法律裁判的前提下，司法政策的适用“应当首先考虑被害人及其近亲属的利益诉求，将其符合法律规定的正当性诉求作为衡量政策适用的首要标准”^②。否则，司法政策的适用将会陷入自证式说理的“寡头逻辑”。

其二，认真对待被告人的应有权利。相对于保护被害人及其亲属的权利，被告人的权利同样需要保护。这里需要注意，保护被告人的权利，特别是在严重暴力性犯罪的审理和裁判中，要在保持对被害人及其亲属正当性诉求进行优先评价的基础上，认真对待被告人的各项合法权利，特别是程序性权利，不因其犯罪恶性及后果严重程度而有所区别甚至变相剥夺。当然，认真对待被告人的应有权利并不意味着对其犯罪行为的放纵，而系让有罪者罚当其罪，让无罪者不受刑事追究。基于此，司法政策的适用应以实质正义和程序正义为支撑，不能为实现其功利性目的而强行施加，导致对被告人合法权益的保护滑向非理性和极端化。

其三，理性回应社会的主流民意。相较于法官独特的法律理性和裁判思维方式，

^① 庄绪龙：《裁判文书说理如何对待司法政策？》，载《中国应用法学》2022年第2期。

^② 庄绪龙：《裁判文书说理如何对待司法政策？》，载《中国应用法学》2022年第2期。



社会民众在评估具体案件的审理和裁判时，往往并不注重证据和逻辑，亦不习惯通过法律程序进行思考。他们更倾向于从自身的经验阅历、情感认知、道德品性和价值理念等出发，以“情理法”作为衡量和评判行为是非曲直的标准，对于具体案件的审理和裁判，其“追求的是解决个案，而不关心法律通过个案判决对将来的示范作用，重视个案结果的实质正义，而很少考虑法律程序本身的意义和价值”^①。基于此，司法裁判若要无限接近甚或达至“同时让作为内行的法律人和作为外行的社会公众满意”的理想状态，必须要将民意作为一个重要考量因素纳入司法政策的适用当中。一方面，司法政策的适用要适当考量主流民意。这主要指当主流民意与司法政策的精神和规定出现冲突时，“司法政策的运用要保持克制和冷静，不能偏执性的违反平等原则将不利的结果强加于一方当事人”^②。虽然“民意往往会折射出价值观的不确定、冲突甚至紊乱”^③，但案件的审理和裁判并非在真空中进行并完成，裁判者不可能自动屏蔽社会公众的意见建议。如此，裁判者在适用司法政策时，应当在充分运用法律专业知识和职业理性与思维之同时，自觉运用生活常识、经验法则、道德情感等法律规则之外的因素去感知和评价“民意”的正当性，吸收其中的合理成分并借以法律职业式表达纠正司法政策之于具体案件适用的谬误。另一方面，司法政策的适用不必刻意迎合民意。司法政策的适用虽然要求将民意作为一项必要考量因素，但并非要求司法裁判去刻意迎合主流民意，“如果我们要求审判为迎合民意而丧失法律职业的专业判断能力的话，那么这无疑是要退回到‘舆论法庭’的公众狂欢时代”^④。具体来讲，裁判者在进行案件审理和裁判时，应当坚守司法相对民意的独立性，确保裁判结论在依法裁判的前提下和法官自由裁量的范围内作出，在此意义上，社会公众对裁判结果虽然可以从情感层面进行批评或者提出质疑，“但是在法治的形式上必须学会接受它并尽可能尊重其内容”^⑤。当然，司法裁判者不能刻意迎合民意，但其应当通过隐藏在民意中的正当的道德主张和利益诉求去检验裁判结果的正确性，并“在判决书中通过法律推理、法律论证、法律解释、价值衡量、漏洞补充等具体的法律方法，将对民意的实质考量转化为法律的要求”^⑥。

（二）运用司法政策进行裁判说理应以必要为限

在广泛意义上，司法政策可以被视为一种软法或法的非正式渊源，它在具体案件中发挥辅助性、补充性作用。^⑦从实践来看，司法政策对具体案件审理和裁判的影响，

① 周国兴：《审判如何回应民意——基于卢埃林情景感理论的考察》，载《法商研究》2013年第3期。

② 庄绪龙：《裁判文书说理如何对待司法政策？》，载《中国应用法学》2022年第2期。

③ [法]达尼洛·马尔图切利：《现代性社会学——二十一世纪的历程》，姜志辉译，译林出版社2007年版，第5页。

④ 周国兴：《审判如何回应民意——基于卢埃林情景感理论的考察》，载《法商研究》2013年第3期。

⑤ 杨兴培：《李昌奎案：本不应轻启刑事再审程序》，载《东方法学》2011年第5期。

⑥ 周国兴：《审判如何回应民意——基于卢埃林情景感理论的考察》，载《法商研究》2013年第3期。

⑦ 参见李红勃：《通过政策的司法治理》，载《中国法学》2020年第3期。

有时是显性的，司法政策直接作为裁判依据和说理理由；有的则是隐性的，裁判文书中虽然并未直接援引司法政策的相关规定作为裁判依据或说理理由，但案件裁判结果的生成实质上受到司法政策的较大影响，甚或作为裁判结论的直接依据。然则，无论是显性影响抑或隐性影响，司法政策的适用是有条件和要求的，其应当维持在必要的限度范围之内，基于特定的情况和充分的理由才能进入案件审理和裁判当中。

其一，司法政策适用应当满足“必要条件”。司法政策的非法源地位及其之于个案裁判的辅助性功能定位决定了其适用的局限性：一方面，司法政策的适用应当坚持法律、法规及司法解释的优先适用性。在法律有明文规定的领域，没有司法政策的合法基础。^①只有在相关法律规定缺漏或者法律自身规定模棱两可时，才能适用司法政策进行案件审理和裁判，且司法政策的适用应当与立法的精神与目的相一致。另一方面，司法政策的适用不得损害公平正义。公平正义是司法工作的生命线。适用司法政策进行案件审理和裁判应当以实现具体个案裁判公正为目标，而非在特定利益考量支配下的“功利性”适用。在张志军案中，二审法院适用司法政策改判死缓即是对公平正义目标要求的严重偏离，司法政策的适用仅仅服务于其阻止再次犯罪的功利性目的。诚如博登海默所言：“公共政策这一非正式法律渊源在实在法表示出模棱两可或沉默时法官可适当地使用，但如果执行公共政策与正义的基本标准发生冲突，那么法官应有否决的权力。”^②其二，司法政策的适用应当以充分论证为基础。法官进行案件审理和裁判时，均应当提供充分的依据和理由，这是对其最基础的要求。如果裁判文书仅呈现是非判断及其对应的结果，并无理由支撑或者虽有理由但不够充分，则该裁判的合法性和权威性势必遭到严重克减。同时，与依据法律规范进行的案件审理和裁判相比较，适用司法政策具有更大的自由裁量空间，此即决定了无论对裁判系显性影响，还是隐性影响，司法裁判者均应围绕司法政策的适用进行充分说理。具体而言，“法官需要对为什么要适用司法政策、司法政策对本案的可适用性等方面提出充分的、让人信服的理由”^③。

（三）适用司法政策进行裁判说理应区分类型

从发布目的和实践功能层面，可以将最高人民法院发布的司法政策性文件划分为政策规划类、操作规范类和试点实施类三种类型。其中，政策规划类文件主要是最高人民法院为贯彻落实国家大政方针和中心工作各项要求而作出的司法回应与工作规划，是人民法院政治立场和责任担当的直接体现，如《最高人民法院关于全面加强环境资源审判工作为推进生态文明建设提供有力司法保障的意见》（法发〔2014〕11号）、《最高人民法院关于人民法院为“一带一路”建设提供司法服务和保障的若干意见》

① 参见袁明圣：《公共政策在司法裁判中的定位与适用》，载《法律科学》2005年第1期。

② [美]埃德加·博登海默：《法理学——法律哲学和方法》，张智仁译，上海人民出版社1992年版，第422页。

③ 李红勃：《通过政策的司法治理》，载《中国法学》2020年第3期。



(法发〔2015〕9号)。操作规范类文件是最高人民法院为规范人民法院相关工作事项而作出的规定,目的在于对某一特定工作开展提供可遵循的规范性操作指引,如《最高人民法院关于加强新时代未成年人审判工作的意见》(法发〔2020〕45号)、《关于依法适用正当防卫制度的指导意见》(法发〔2020〕31号)。试点实施类文件实质上是具有司法政策属性的文件,是试点地区调整适用法律的依据,如《民事诉讼程序繁简分流改革试点方案》(法〔2020〕10号)、《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》(法〔2020〕11号)及《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》(法〔2021〕242号)。

可以看出,司法政策性文件的发布基于目的和功能的不同定位而呈现明显的差异。鉴于此,在案件审理和裁判中,裁判者应当根据其所欲达至的目的和功能预期区分司法政策的具体类型而进行适用:其一,政策规划类司法政策的适用。该类司法政策性文件的功能主要表现为价值宣示,裁判者在适用该类司法政策时应当基于对特定价值进行宣扬而并不涉及对具体法律问题的分析,对裁判结果的生成亦不具有证成之效用。其二,操作规范类司法政策的适用。该类司法政策性文件的功能主要表现为补强证成或者说理依据,裁判者在适用该类司法政策时应当据其对裁判文书论证说理进行补强,确保裁判结果的正当性和可接受性,或者在法律规则未有明确规定时作为支持其裁判主张和结论的明确依据。其三,试点实施类司法政策的适用。该类司法政策性文件的功能主要表现为对现有法律规则或裁判标准进行调整,裁判者在适用该类司法政策时应当将适用范围限定在试点事项和区域范围之内,以新裁判规则和标准的适用来进行试点效果检验。实际上,试点实施类司法政策的适用可以融入前述两种司法政策性文件的适用当中。若裁判者欲以试点实施类司法政策进行价值宣示,则试点实施类司法政策的适用可归入政策规划类司法政策的适用中;若裁判者欲以试点实施类司法政策确定的新规则和标准进行论证补强或作为说理依据,则试点实施类司法政策的适用可归入操作规范类司法政策的适用中。

(四) 司法政策应在验证和指引中进行规则续造

司法裁判者往往习惯于“以规则为依据”的裁判推理模式,但“法官依法审判和法律局限性似乎永远存在着矛盾”^①,相关法律法规较多存在规则表述不清、模棱两可甚至缺漏的现实,特别是在大多数疑难复杂案件和新类型案件中尤为明显,此即为司法政策作为拓展型法律渊源进行裁判说理提供了现实必要性。实践中,司法政策在个案裁判中的适用主要呈现单独适用和复合适用两种方式。其中,“法律规范+司法政策”“法律规范+司法政策+其他规范”“司法政策+其他规范”等复合适用方式占据绝对多数,但无论哪一种适用方式,司法政策之于个案裁判而言应主要作为“指引和验证装置”发挥效用。一方面,司法政策首先是政策性的,具有及时、灵活的特质,

^① 郭忠:《法律发现与法律渊源》,载《天中学刊》2007年第6期。

系党和国家政治意志和中心任务在司法中的最新体现和要求，在法律规范因其滞后性而不能适应当前经济社会发展形势，或者适用现存法律规范进行裁判可能导致明显不公正时，需要适用司法政策对裁判行为和规则标准进行指引。另一方面，在法律规范不存在规制缺陷或者时效滞后等问题时，适用司法政策能够立足法律规范制定的精神目的、逻辑价值和运行规律等更深层次去验证司法裁判者对法律条文内涵理解的准确性、行使自由裁量权的合理性及在此基础上所生成裁判结果的正当性等。可以看出，前述司法政策的指引和验证功能虽然在形式上存异，但在“借以对裁判规则和标准的规范与矫正，确保获得当事人接受和社会公众信服的裁判结果”上呈现高度一致性。同时，鉴于司法政策适用的特定条件和限度要求，其适用的过程应当更多地体现“找法—规则续造”的过程，“这其中就会涉及对法律的解释和澄清工作，而解释的过程就是通过提供理由使得法律清晰化和确定化”。^①具体来讲，在个案裁判过程中，对能够通过司法政策指引和验证而获得相对清晰且确定的裁判规则和标准的，以发布司法解释的形式予以固定，赋予其强制执行力，而对于尚不能予以明确但已经获得共识性基础的裁判经验，可以暂时发布操作规范指引，待条件成熟后进行规则转化。

结 语

伴随着全面依法治国深入推进，中国特色社会主义法律、行政法规和地方法规体系不断完善，其系统性、及时性、针对性和有效性不断增强，法官可以依据法律规范作出个案裁判。然而，受制于社会经济发展迅速及快速转型下法律规范的回应滞后，法律的相关规定可能存在缺失或规定较为模糊的问题。此时，法官在个案裁判中可以借助司法政策补强法律规定的缺陷，司法政策往往被作为说理依据在司法裁判中进行适用。实践证明，司法政策对刑事裁判说理在不同方面发挥了积极作用。诸如增强文书的说服力及裁判结果的可接受性，将司法政策作为裁量基准依据以确保法律效果与社会效果的统一，将司法政策与法律、司法解释等复适用，共同作为裁判规则依据等。基于此，有必要从一般方法论的层面对司法政策如何融入刑事裁判说理进行系统性反思，从而提供具体有效的路径和方式方法指引。这样，不仅可以避免司法政策“不当适用”现象的发生，更能激活司法政策在刑事裁判说理中的功能效用，通过司法政策阐明裁判结论的形成过程和正当性理由，提高刑事裁判的可接受性，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

（责任编辑：刘 昭）

^① 参见孙海波：《裁判运用社会公共道德释法说理的方法论》，载《中国应用法学》2022年第2期。



流量造假行为的刑法规制

蒋太珂*

内容摘要：确立刑法对流量造假行为规制的立场，且明确区分流量造假的行为类型，是刑法有效介入并规制此类行为的前提。流量造假行为包括流量造假的帮助行为、手段行为及目的行为。流量造假的帮助行为主要涉及技术支持、信息提供及平台帮助；手段行为包括利用信息手段操纵流量和利用侵入性技术手段造假；获取财产利益和不正当竞争优势，则是流量造假行为追求的主要目的。鉴于不同形态的流量造假行为侵害的法益不尽相同，仅仅依赖侵犯计算机信息系统安全罪已不足以有效规制流量造假行为。因此，需综合运用经济犯罪、妨害社会秩序犯罪、财产犯罪及人身犯罪的刑法条款，以实现流量造假行为的有效法律规制。

关键词：流量造假 帮助行为 目的行为 犯罪竞合

引言

“在互联网时代，流量是网络用户访问网络服务时产生的数据交互量，主要表现为用户点击量、浏览量、下载量、活跃用户量。”^①在数字经济时代，流量所体现的关注度、热度，可以在一定程度上转化为市场竞争优势地位。正因如此，在电子商务领域，滋生了通过人工作弊或者机器作弊的方式，提升网站的访问量、视频播放量、广告展示量和点击率、搜索引擎关键词排名、电商店铺人气和商品浏览量的流量造假行为。^②流量造假行为“不创造任何社会价值，反而会使经营者不关心产品创新而热衷于虚假

* 蒋太珂，华东政法大学刑事法学院副教授，上海铁路运输检察院副检察长（挂职）。

基金项目：本文系2021年度最高人民检察院检察理论研究课题“流量造假行为的刑法规制研究”（编号：GJ2021C33）的阶段成果。

① 钱海玲、张军强：《流量劫持不正当竞争行为的司法规制》，载《法律适用》2018年第22期。

② 参见张雯、颜君：《“刷流量”网络黑灰产业的监管与规制——以司法纠纷解决路径为切入点》，载《中国应用法学》2019年第5期。

刷量，造成‘劣币驱逐良币’的恶性竞争”^①。如何规制流量造假行为，以优化数字经济的法治环境，是法学研究和法治实践面临的新问题。

在相关的司法实践中，流量造假行为往往被视为违约行为^②或不正当竞争行为，并据此通过民法或反不正当竞争法进行规制和处理。^③为了应对网络直播营销领域的数据造假问题，2021年出台的《网络直播营销管理办法（试行）》明确禁止网络直播营销中虚构或者篡改交易、关注度、浏览量、点赞量等数据流量的行为。中国广告协会等相关的行业协会的自治规范也指出，在网络直播营销活动中禁止实施“扰乱网络直播营销活动秩序，如数据造假或作弊等”。

相关法律规范对流量造假的规定，都属于前置法的规定，并未触及流量造假行为刑法评价的问题。现实中流量造假行为涉及众多的行为类型，如何有效评价这些行为是刑法理论和司法实践中具有争议的问题。本文认为，需在区分流量造假的帮助行为、手段行为以及目的行为等不同类型的前提下，立足于刑法规范体系，针对不同的流量造假类型，充分运用相关法律规范予以系统规制。

一、刑法规制流量造假行为的立场和类型

流量造假是对现实中存在的各种各样的流量劫持、反向刷单或者其他虚假交易行为的概称而非特定的法律概念。明确刑法规制流量造假行为的立场及流量造假现象的行为类型，是刑法规制流量造假行为的前提。

（一）流量造假行为刑法评价的基本立场

流量造假并非法律概念，刑法中缺乏直接规制流量造假行为的明确条款。正如在刑法中不存在套路贷概念，但对套路贷行为同样可以通过刑法加以规制一样，流量造假不是刑法概念，并不意味着刑法对流量造假行为的规制缺位。在现行刑法框架内，可以充分利用刑法的功能和原则，有效规制流量造假行为。

第一，在坚持罪刑法定原则的前提下，通过对刑法规范进行柔性解释的方式，有效规制流量造假行为。刑法难以直接规制流量造假行为，并不意味着对该类行为，刑法应当采取放任态度。刑法规范具有一般性，刑法规范的一般性，能保证刑法规范的相对包容性。刑法规范，应适当保持开放性，以适应时代发展的要求。“在我们所处的高科技时代里，互联网科技是处于最领先地位的科技，它以泛在的网络推动人类社会生活方式全方位改变以及由此导致（刑）法学理论的变革。”^④在坚持罪刑法定原则的前

① 高艳东：《别让流量造假摧毁数字经济》，载《中国品牌》2020年第11期。

② 参见（2018）浙01民终7505号。

③ 参见（2017）沪73民终198号。

④ 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。



前提下,依法适当对刑法进行柔性解释,以增强刑法的适应性,从而回应时代发展的需要,^①是刑法规制流量造假行为必须坚持的基本立场。

第二,归纳分析流量造假的各种行为类型,以便准确评价流量造假行为。流量造假只是对虚增流量的各种现象的概况总结,其并不具有特定的规范内涵,因此流量造假难以提供准确的刑法评价对象。如不能准确把握流量造假的特征,将导致刑法对流量造假行为的规制很容易陷入盲目规制的境地。为了有效规制流量造假行为,应当立足于司法实践,通过归纳分析司法实践中存在的各种流量造假的行为类型,在区分出各种行为类型异同的基础上,明确可能受刑法规制的流量造假行为以及不应当受刑法规制的行为类型。如此,才能确保刑法定性的准确性,同时避免刑法的过度扩张。

第三,在坚持罪刑法定原则的前提下,应当充分利用既有刑法规范,避免出现刑法规范供给不足的情形。“刑法典所创设的刑法规范体系形成了刑法规范供给,而现实案件是否有必要通过刑法加以规范,则可谓是对刑法规范的需要。”^②由于流量造假包含各种各样的行为类型,依靠单一罪名或者某类罪名规制流量造假行为,既不现实也不是有效的规制策略。为了有效规制流量造假行为,应当立足于既有刑法规范体系,以形成规制不同样态的流量造假行为的网结,从而避免出现规范供给不足的局面。

(二) 司法实践中流量造假行为的主要类型

流量造假行为的规制不仅涉及直接实施流量造假的行为,也包含其他与流量造假行为存在密切关联的行为,缺乏对关联行为的规制,对于流量造假行为的规制必然陷入规制不足的局面。通过归纳概括司法实践中的各种流量造假现象,可以将涉及流量造假的案件区分为三种类型:

一是为流量造假行为提供相应帮助的流量造假帮助行为。流量造假通常要依赖一定的技术、信息或者平台才能实现。在一定程度上,离开了相应的帮助行为,流量造假行为将难以实施。司法实践中流量帮助行为主要包含三种类型:提供相关技术支持的帮助行为、提供相关信息支持的帮助行为、提供相关中介平台支持的帮助行为。

二是流量造假的手段行为。流量造假的手段行为也就是我们通常所说的流量造假行为。这类行为的根本特征是,行为人利用一定的技术或者信息,直接实施了虚增流量的行为。司法实践中流量造假的手段行为主要包含两种类型:单纯利用相关信息实施的流量造假行为以及采取侵入性手段实施的流量造假行为。

三是流量造假的目的行为。司法实践中流量造假的目的行为主要包括以获取财产利益为目的的流量造假行为和以获取不正当竞争优势为目的的流量造假行为。

^① 参见张明楷:《网络时代的刑事立法》,载《法律科学》2017年第3期。

^② 付立庆:《刑法总论》,法律出版社2020年版,第36页。

二、流量造假帮助行为的刑法评价

流量造假的帮助行为具有多样化的表现形式，不同类型的帮助行为往往侵害不同的法益，因而可能涉及不同的罪名。因此，无法仅凭单一罪名全面规制所有类型的帮助行为，而应针对不同类型的帮助行为，适用不同的罪名予以规制。

（一）提供相关技术支持的帮助行为的刑法评价

实施流量造假行为，离不开相关技术或者技术设备、软件的支持。实践中，提供相应的技术帮助，是流量造假的最主要的帮助行为。刑法规范中，提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪和帮助信息网络犯罪活动罪，都是规制相应网络违法犯罪的技术帮助行为的犯罪。根据帮助者提供的技术支持是否具有侵入性特征，对提供技术支持帮助行为，应当分别予以不同的评价。

其一，提供侵入性技术支持的帮助行为，可以构成提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪。成立该类犯罪，要求行为人提供能够“侵入、非法控制”计算机信息系统程序的技术支持。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》的规定，《刑法》第285条规定的“专门用于侵入、非法控制计算机信息系统的程序、工具”，是“具有避开或者突破计算机信息系统安全保护措施，未经授权或者超越授权获取计算机信息系统数据的功能的”工具。因此，凡是提供的技术工具，具有规避或者突破网络安全监管或者防护措施，从而实现未经授权或者超越授权就能进入计算机信息系统的，都是具有侵入性质的工具。^①至于行为人是否利用相关技术实施数据获取行为或者控制计算机信息系统行为，并不影响该罪之成立。以蔡某某提供侵入计算机信息系统程序罪案为例，被告人蔡某某开发“星援”APP，利用非法的技术手段获取了微博的密钥，还获取了微博账号的唯一身份标识（UID），并破解了加密算法，伪装成不同手机硬件设备，最终实现不登录新浪微博客户端而只登陆星援APP手机客户端就能够绑定大量微博账户、设置参数、实现批量转发。最终蔡某某因提供专门用于侵入计算机信息系统的程序构成提供侵入计算机信息系统程序罪。^②

其二，提供非侵入性技术支持的流量造假帮助行为，可以构成帮助信息网络犯罪活动罪。《刑法》规定的帮助信息网络犯罪活动罪是网络犯罪帮助行为的正犯化。成立该罪要求行为人“明知他人利用信息网络实施犯罪”，而为其提供相应的帮助行为。比较有争议的是此处的“明知”是否包括“应知”，以及作为明知对象的他人“利用信息网络实施犯罪”的“犯罪”是限于不法意义上犯罪还是仅要求构成要件该当性意

^① 参见（2019）京0106刑初1813。

^② 参见（2019）京0106刑初1813号。



义上的犯罪。^①对于“明知”的内涵的问题,必须区分实体问题和证据问题。也就是说,由于该罪是故意犯罪,因此,明知不包括“应当知道”,否则将混淆故意犯罪和过失犯罪的区别。然而,作为诉讼证明问题,作为主观要素的“明知”必须通过客观事实加以证明,因此,在证据法意义上,只要根据证据推定行为人“应当知道”,并且达到能够排除合理怀疑的程度,即可肯定行为人具有故意。此外,作为明知对象的他人“利用信息网络实施犯罪”,不当限于不法意义的犯罪。因为,在互联网时代,网络帮助行为具有弥散化或者一对多的特点,这使得网络帮助的社会危害性远高于传统意义的帮助行为。因此,不应用物理空间意义上的帮助行为的成立要件,限制该罪的成立范围。否则,就不能准确反应该罪的社会危害性。

可见,帮助信息网络犯罪活动罪的成立,只需要行为主体提供相应的网络帮助即可,并不要求其提供的网络帮助具有“侵入、非法控制”计算机信息系统程序、工具的功能。因此,只要流量造假行为客观上构成犯罪行为,^②同时提供相应技术的帮助者主观上具有“明知”,即可肯定提供非侵入性技术支持的流量造假的帮助行为,可以构成帮助信息网络犯罪活动罪。王某1等帮助信息网络犯罪活动罪属于该类情形。陈某某的公司需刷流量,王某1和王某2为之提供服务器和互联网接入及服务器托管,随后又将相关服务器权限转移给陈某某用于流量造假。王某1、王某2因明知他人利用信息网络实施犯罪,仍为其犯罪提供互联网接入、服务器托管等技术支持,情节严重,构成帮助信息网络犯罪活动罪。^③

(二) 提供相关信息支持的帮助行为的刑法评价

提供相关信息支持的帮助行为的典型特征是,行为人提供使用相关技术或设备所必须的信息。用于流量造假的相关技术设备或者软件的使用,通常需要一定的账号信息,在这种意义上,提供用于流量造假的账号及其关联信息的帮助行为,对于实施流量造假极其重要。

在司法实践中,提供相应信息支持的帮助行为通常被评价为侵犯公民个人信息罪。以宁某某非法获取公民个人信息罪案和韩某某侵犯公民个人信息罪案为例,宁某某非法购买380余组含有他人淘宝账号、登录密码及支付宝账号、密码、支付密码、实名身份证号码的信息和160余组他人姓名与身份证号码,并使用该成组的淘宝账号信息为电商刷单收取佣金。^④在另一个案件中,韩某某指使他人通过添加微信信号的方式,每天为全民娱乐赌博类诈骗网站“上粉引流”。法院认为,淘宝账号、微信账号关联

^① 参见黄忠军、张占营:《帮助信息网络犯罪活动罪的规范解析与司法适用》,载《人民检察》2021年第23期。

^② 根据《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》的相关规定,在无法查证被帮助对象是否达到犯罪程度时,并不当然适用疑罪从无原则,而是根据帮助行为涉及的资金额度或者造成的损害程度,决定是否追究相应的刑事责任。

^③ 参见(2018)沪0104刑初91号。

^④ 参见(2017)赣0430刑初9号。

着被害人的各种相关信息，因此，非法获取并出租相关信息帮助他人流量造假的行为，构成侵犯公民个人信息罪。^①

在上述两个案例中，法院的考量是综合而全面的。其一，案例中相关信息不具有技术特征，提供信息的行为没有侵犯计算机信息系统安全或者网络安全秩序法益。涉计算机犯罪保护的法益是计算机信息系统安全或者网络安全秩序法益。单纯提供相关信息的行为并不会直接侵害相关法益。^②其二，提供信息支持的行为，不属于提供程序或者工具的行为，也不属于提供互联网接入、服务器托管等服务的行为。因此，其不构成提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪和帮助信息网络犯罪活动罪。其三，案例中相关信息本质上属于个人信息。一方面，侵犯公民个人信息罪的保护法益是公民的信息自决权。信息自决权的“核心内容是同意权即允许他人对本人个人信息的知悉、使用、传播等”。^③另一方面，相关司法解释也将前述信息视为公民个人信息，例如，《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》明确规定：“‘公民个人信息’，是指以电子或者其他方式记录的能够单独或者与其他信息结合识别特定自然人身份或者反映特定自然人活动情况的各种信息，包括姓名、身份证件号码、通信通讯联系方式、住址、账号密码、财产状况、行踪轨迹等。”而淘宝账户和微信账户是公众进行交易或者社交活动的重要网络平台。这些平台通常关联着行为人的姓名、地址、银行卡甚至其他个人隐私事项。因此，提供该类信息以服务于流量造假的行为，构成侵犯公民个人信息罪。

（三）提供相关中介平台支持帮助行为的刑法评价

提供相关中介平台支持帮助行为的典型特征是，行为人创设的相关平台，为流量造假提供了信息或者技术或者人力资源的沟通渠道。比如，行为人为炒信双方搭建联系渠道，并组织淘宝卖家通过该平台发布、传播炒信信息，引导部分淘宝卖家在淘宝网上对商品、服务作虚假宣传，并以此牟利。以张某楠、郭某结非法经营罪案为例，被告人组建网络刷单平台，通过在网络上发布招聘信息，招引有兼职刷单意愿的刷手及有刷单需求的电商，由刷手为电商提供刷单服务，以赚取佣金。^④在李某某非法经营罪案中，李某某创建零距网商联盟网站，并利用该网站和YY语音聊天工具建立了“刷单炒信”平台，招揽淘宝卖家注册为会员，制定“刷单炒信”规则和流程，组织会员通过该平台发布或接受“刷单炒信”任务，从中收取提成。^⑤

笔者认为，相较于将该类行为评价为非法经营罪，非法利用信息网络罪或者拒不

① 参见（2021）赣10刑终115号。

② 参见王立志：《非法经营罪之适用不宜无度扩张——以零售药店向医疗机构批量售药之定性为视角》，载《法学》2016年第9期。

③ 参见冀洋：《法益自决权与侵犯公民个人信息罪的司法边界》，载《中国法学》2019年第4期。

④ 参见（2018）粤0514刑初413号。

⑤ 参见（2016）浙0110刑初726号。



履行信息网络安全管理义务罪更为妥当。理由如下：

首先，非法经营罪的相关规定具有兜底条款性质，将相应的中介行为视为非法经营罪，很容易导致兜底条款的滥用。其一，非法经营罪保护的法益是“市场准入秩序”，原则上，经营行为构成非法经营需要存在与之对应的正当的交易市场。流量造假行为属于违法行为，并不存在与之相对应的正当交易市场。其二，将该类行为视为非法经营罪的根据是非法经营罪第4款的规定，而该规定属于兜底条款。在存在其他相关可供适用的罪名的情形下，应优先适用其他罪名而非兜底条款。

其次，将提供平台的中介行为评价为非法利用信息网络罪具有妥当性。非法利用信息网络罪的三种行为类型“本质均是借助网络平台发布信息”。^①其第一种类型是“设立用于实施诈骗、传授犯罪方法、制作或者销售违禁物品、管制物品等违法犯罪活动的网站、通讯组”。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理非法利用信息网络、帮助信息网络犯罪活动等刑事案件适用法律若干问题的解释》第7条规定，此处的“等违法犯罪活动”不限于前述立法者明确列举的犯罪行为，还“包括犯罪行为和属于刑法分则规定的行为类型但尚未构成犯罪的违法行为”。由于流量造假行为属于违法行为，且同时可能触犯刑法分则中规定的其他相关罪名。因此，通过创建相关网络平台，为流量造假提供中介服务的行为，属于“设立用于实施……违法犯罪活动的网站、通讯群组的”行为，理应构成非法利用信息网络罪。

最后，设立的相关平台，被用于从事流量造假的中介服务的，平台管理者可能构成拒不履行信息网络安全管理义务罪。《刑法》规定的拒不履行信息网络安全管理义务罪是纯正的不作为犯。其成立要件包括：网络服务者不履行法律、行政法规规定的网络安全管理义务、经监管部门责令采取改正措施而拒不改正、造成相应的后果。网络平台的创设者提供了网络连接服务与内容服务，具有相应的法律义务。例如，《全国人民代表大会常务委员会关于加强网络信息保护的決定》第5条规定了“网络服务提供者应当加强对其用户发布的信息的管理，发现法律、法规禁止发布或者传输的信息的，应当立即停止传输该信息，采取删除等处置措施，保存有关记录，并向有关主管部门报告”。^②有观点认为，立法者“为网络中介服务者设立的信息网络安全管理义务的核心应当是‘信息传播治理’”^③。因此，网络平台创设者若发现存在流量造假行为，但其拒不履行相关义务，并且经相关部门责令履行仍然拒不履行的，将构成拒不履行

① 参见张尹：《非法利用信息网络罪的司法适用》，载《法律适用》2019年第15期。

② 《关于加强网络信息保护的決定》第3条和第4条的规定也明确了严格保密义务和采取必要措施的义务：“网络服务提供者和其他企业事业单位及其工作人员对在业务活动中收集的公民个人电子信息必须严格保密，不得泄露、篡改、毁损，不得出售或者非法向他人提供。”“网络服务提供者和其他企业事业单位应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止在业务活动中收集的公民个人电子信息泄露、毁损、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、毁损、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。”

③ 敬力嘉：《论拒不履行网络安全管理义务罪——以网络中介服务者的刑事责任为中心展开》，载《政治与法律》2017年第1期。

信息网络安全管理义务罪。例如，“先恶意注册账号，获取滴滴快的公司发放的优惠券，然后虚构交易，从滴滴快的公司套取现金，属于恶意刷单”的网约车通过刷单套现的行为，在这类案件中，提供犯罪方法的网络服务提供者，如果经监管部门责令改正而拒不改正，相关网络服务提供者也可能构成犯罪。

三、流量造假手段行为的刑法评价

流量造假行为具有鲜明的技术特征。根据流量造假利用的技术属性的不同，流量造假手段行为主要有两种类型：采取非侵入性措施（利用相关信息）和采取侵入性措施的流量造假行为。这两种流量造假手段行为可能涉及不同罪名。

（一）单纯利用相关信息实施流量造假行为的刑法评价

实践中，采用非侵入性措施实施的流量造假并不少见。比如，利用自己的淘宝账号或者微博账号进行的流量造假；租借他人淘宝或者微博账号实施流量造假；购买他人淘宝或者微博账号进行流量造假；通过租借服务器或者获取其权限的方式进行流量造假。由于用于实施流量造假的程序或者社交平台，多带有一定的交易、评论或者转发功能，通过获取相关程序或者社交平台的账号或者信息，伪造交易量或者进行虚假评论、虚假转发量，客观上能够提升商业信誉、热度或者关注度。因此，单纯利用相应信息即可实施流量造假行为。对于规模小、资金少、实力较弱的经营者而言，因难以获取其他技术手段，或者使用其他技术手段进行流量造假的成本较高，利用相关账号或者信息进行流量造假，成为最常见的流量造假手段。

首先，单纯利用相关信息为自己刷单或者制造虚假流量的行为，原则上不构成侵犯计算机信息系统的犯罪。其一，淘宝电商等利用自己注册的淘宝账号及其亲朋好友的淘宝账号实施相应的刷单行为，不应构成侵犯计算机信息系统的犯罪。因为，成立非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪，要求“获取计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，或者对该计算机信息系统实施非法控制”情节严重的行为。利用自己淘宝或者微博等账号实施的流量造假行为不涉及前述情形。其二，利用他人账号实施流量造假之际，由于行为人一般并未“获取计算机信息系统中存储、处理或者传输的数据，或者对该计算机信息系统实施非法控制”，原则上不构成前述犯罪。其三，构成破坏计算机信息系统罪要求行为人对“计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰，造成计算机信息系统不能正常运行”。而单纯利用相关账号进行流量造假的行为，一般只实施虚假交易、虚假关注、虚假登录或者转发等行为。这些行为不涉及对“计算机信息系统功能进行删除、修改、增加、干扰”，故而不构成破坏计算机信息系统罪。

其次，行为人利用相关账号或者信息为他人刷单，可能构成非法利用信息网络罪。



该罪是立法者将利用信息网络实施的犯罪预备行为的实行化。如前所论，如果行为人单纯建立相关信息中介平台，而不直接提供流量造假服务，在行为人的行为符合《刑法》第287条之一非法利用信息网络罪第1项的规定时，属于他人实施流量造假行为的帮助行为。然而，如果行为人同时提供相应的刷单服务，则相应的行为可以被评价为该罪第2项和第3项规定的发布相应违法信息的行为。其一，流量造假本质上属于数据造假。流量本质上属于数据或者是数据承载的信息，^①流量造假是对信息或者数据造假。其二，流量造假是一种“发布”虚假信息的行为。流量造假的目的是增强对潜在的消费者或者其他用户吸引力，其客观表现为通过公开的方式，对造假者所服务的网站或者产品的虚假宣传。因此，造假行为可以被理解为“发布”行为。因此，实施流量造假行为属于《刑法》第287条之一非法利用信息网络罪第2项和第3项所规定的为违法行为“发布”虚假信息的行为。事实上，相关司法实践也将该类行为评价为非法利用信息网络罪。例如，在谢某某等非法利用信息网络、侵犯公民个人信息罪案中，被告人谢某某通过网络向他人非法获取公民个人信息1696条，用于其经营淘宝店铺刷单。这些公民个人信息为淘宝购物订单信息，包含买家姓名、收货地址、联系电话、购买商品详细信息、价格等。最终谢某某的行为构成侵犯公民个人信息罪和非法利用信息网络罪。^②又如，在张某、谭某某、秦某某非法利用信息网络罪案中，被告人通过“阿里旺旺”向不特定的淘宝用户发送表面上看是广告推广，但实际上属于诈骗信息的广告推广信息。被告人利用“阿里旺旺”这一网络通讯工具大量群发信息，系直接非法利用信息网络的行爲，与“广告推广”等帮助信息网络犯罪的行为相比，有着“非法利用信息网络”的特殊性，最终构成非法利用信息网络罪。^③

（二）利用侵入性技术实施的流量造假行为的刑法评价

利用侵入性技术实施的流量造假行为通常表现为通过侵入计算机信息系统，修改或者删除相关数据的方式，实施流量造假行为。这些流量劫持行为原则上可能构成计算机犯罪。在现实司法实践中，该类行为主要涉及非法获取计算机信息系统数据、非法控制计算机信息系统罪以及破坏计算机信息系统罪等罪名的认定。

首先，通过获取存储于计算机信息系统中相关数据的方式，实施侵入性的流量造假行为，可以构成非法获取计算机信息系统数据罪。非法获取计算机信息系统数据罪，指的是行为人非法侵入国家事务、国防建设、尖端科学技术领域的计算机信息系统以外的系统，获取该系统中储存、处理或者传输的数据的行为。其中“非法侵入的手段”是指未经他人授权或同意，违背他人意愿，通过技术手段进入他人计算机信息系统。^④

① 参见崔国斌：《大数据有限排他权的基本理论》，载《法学研究》2019年第5期。

② 参见（2017）闽0802刑初422号。

③ 参见（2018）苏13刑终203号。

④ 参见刘畅、吴倩：《非法控制计算机信息系统罪的构成》，参见《人民司法·案例》2021年第23期。

总之,“非法侵入”强调的是在违反被害人意志的前提下,通过相关技术措施侵入计算机信息系统。相关技术措施主要包括“在计算机信息系统中利用网站漏洞植入木马、吸引用户访问并利用客户端漏洞在用户访问时移植事先挂好的木马程序、在互联网上传播捆绑木马程序或通过他人网上认证信息进入系统等”^①。因此,只要行为人“违反他人意志,获取他人计算机信息系统中存储、处理或者传输的部分数据或者全部数据的,均属于本罪的‘获取’行为”^②。例如,为了获取QQ用户的Cookies数据,唐宏宇等根据雷波等人的具体要求,使用自己编写的程序,读取存储在SQLSERVER数据库上的QQ用户的Cookies数据,实现在QQ用户不知情的情况下被加入指定的群、在QQ用户不知情的情况下在其QQ空间内发布包含淘宝商品链接的“说说”等。^③被告人未经授权侵入相应的计算机信息系统获取相关的数据实施流量造假行为,构成非法获取计算机信息系统数据罪。

其次,通过控制计算机信息系统的方式,实施侵入性的流量造假行为,可以构成非法控制计算机信息系统罪以及破坏计算机信息系统罪。司法实践中,可以构成前述罪名的流量造假行为,主要是流量劫持行为。无论是非法控制计算机还是破坏计算机,很大程度上都是通过对计算机信息系统中的相关数据进行增、删或者修改的方式实现的。^④行为构成非法获取计算机信息系统数据罪,通常也需要行为人对相关计算机信息系统的数据库做相应的修改。而无论流量劫持是域名劫持还是链路劫持,本质上都是通过修改域名或者相应的域名解析配置文件等方式达到流量劫持的目的。^⑤因此,在司法实践中,流量劫持行为或者被评价为非法控制计算机信息系统罪或者被评价为破坏计算机信息系统罪。例如,在高某甲、李某甲、施某等非法控制计算机信息系统罪案中,被告人施某接受李某甲的邀约,利用其职务便利,进入xxxx的DNS系统修改域名解析配置文件,致使在用户访问被劫持的网站时,强行跳转到另外的页面。法院以非法控制计算机信息系统罪对被告人施某等定罪处罚。^⑥在李某某非法破坏计算机信息系统罪案中,被告人李某某骗取网站域名解析服务管理权限,修改该网站子域名的IP指向,使其连接至自己租用境外虚拟服务器建立的赌博网站广告发布页面,致使该网站长时间不能正常运行。其行为最终被认定为破坏计算机信息系统罪。^⑦

最后,通过数据劫持的方式实施侵入式流量造假的行为,究竟构成非法控制计算机信息系统罪还是破坏计算机信息系统罪,取决于行为人的行为是“控制”行为还是

① 刘畅、吴倩:《非法控制计算机信息系统罪的构成》,载《人民司法·案例》2021年第23期。

② 张明楷:《刑法学(下)》,法律出版社2021年版,第1372页。

③ 参见(2016)渝0106刑初1393号。

④ 参见李刚、李涛:《非法控制计算机信息系统罪与破坏计算机信息系统罪之辨析——以短缩的二行为犯为视角》,载《中国检察官》2021年第14期。

⑤ 参见叶良芳:《刑法教义学视角下流量劫持行为的性质探究》,载《中州学刊》2016年第8期。

⑥ 参见(2015)渝北法刑初字第00666号。

⑦ 参见检例第33号“李丙龙破坏计算机信息系统罪案”。



“破坏”行为。如前所述，非法控制计算机信息系统罪和破坏计算机信息系统罪具有共同的技术特征。因此，二者在客观方面存在竞合的情形。问题的关键是如何区分，传统观点认为，区别二者的关键在于行为人实施的相应的技术措施是否导致“系统功能实质性破坏或者不能正常运行”。相关指导性案例明确指出：“虽对目标服务器的数据实施了修改、增加的侵权行为，但未造成该信息系统功能实质性的破坏，或不能正常运行，也未对该信息系统内有价值的数据进行增加、删改，……应认定为非法控制计算机信息系统罪。”^①

然而，前述区分标准，尽管在概念层面非常清晰，但在实践层面仍然面临着适用上的难题。“控制”和“破坏”虽然是日常用语，但传统学说多将之限于物理意义上的“破坏”或者“控制”。对于计算机信息系统而言，由于欠缺相应的物理存在形态，对于其“破坏”或者“控制”的理解不得不取向于功能的维度。然而，正如故意毁坏财物中的“毁坏”取向于功能主义理解，很容易侵犯罪刑法定原则一样，对于计算机类犯罪，取向于功能主义解释的方案，存在同样的风险。事实上，即使我们将“造成系统功能实质性破坏或者不能正常运行”作为“破坏”的核心内涵，^②对于功能意义上的“破坏”的实质涵摄范围，相关司法实践也未必达成一致见解。例如，前文提及的两个案件同样采取了强流量劫持行为，但一个被评价为“控制”另一个被评价为“破坏”。因此，对于该问题，仍然需要在累积相关案例的基础上，建构更为具体的区别标准。

四、流量造假目的行为的刑法评价

流量造假者并非为了流量造假而造假，其通常会追求其他非法目的。这些追求其他目的的行为，往往超出了计算机信息系统类犯罪的规制范围。司法实践中流量造假的目的行为分为追求相应的财产利益的流量造假和旨在获取不正当竞争利益的流量造假。

（一）以获取财产利益为目的的流量造假行为的刑法评价

以获取财产利益为目的的流量造假的目的行为具有两个典型特征。第一，行为人基于非法占有目的，实施流量造假行为。第二，作为流量造假行为犯罪对象的流量，不是非法占有目的对象。非法占有目的的对象是被害人的财产。为了准确厘清相关行为的特征，必须区分两种流量：一种是移动公司的流量包，该种流量包含着特定的上网服务，可以成为财产犯罪的对象；^③另一种则是本文所指的流量，亦即相应视频、网站的关注量或者点击量等流量。后者虽然可以为流量造假者带来一定的经济效益，

①（2019）苏01刑终768号。

② 参见张明楷：《刑法学（下）》，法律出版社2021年版，第1372页。

③ 参见（2014）二中刑终字第515号。

但是其并非是刑法意义上的财产。理由在于：其一，流量自身不能为行为人带来直接的财产价值，行为人是通过流量造假获取竞争优势，进而利用该竞争优势，获取相应经济利益，而且后续经济利益的获得也不具有确定性。其二，对被劫持流量的网络用户而言，其被劫持的流量亦非财产，因为其只影响到被害人的上网服务体验。

第一种情形，以进行广告宣传为名，通过流量造假的方式，实施欺诈行为。该行为类型通常表现为，行为人同被害人签订相应广告推广合同，并根据推广效果计算报酬，而行为人通过流量造假的方式履行合同。例如，在廖某某等合同诈骗罪案中，廖某某分享一下公司与深圳天游公司签订《信息服务合同》，约定由深圳天游公司为分享一下公司推广“秒拍”等软件，并以用户下载量或用户激活量为基础进行结算。在履行上述合同的过程中，廖某某等虚增“秒拍”“小咖秀”和“一直播”的软件用户数量，骗取分享一下公司推广费用共计人民币1247万余元。^①该类流量造假的目的行为直接指向合同相对人之财物，同时其使用的是流量造假这种欺诈方式，使得相对人陷入错误认识，并处分了相应财产，进而遭受了财产损失，因此可以评价为合同诈骗罪或者诈骗罪。

第二种情形，利用相应的规则漏洞，通过虚假刷单的方式，获取相应的财产利益，该类行为构成诈骗罪。例如，利用淘宝退款规则漏洞，获取财物。被告人喻某联系网店经营者从事“刷单”业务，其间在收取网店经营者支付的商品价款及刷单佣金后，利用网购平台的退款规则对部分订单恶意申请退款，并以商家未付款为由拒不支付其下家刷单员部分商品价款及佣金，致使下家申请退款。法院认为，被告人喻某以非法占有为目的，骗取他人财物，数额较大，其行为已构成诈骗罪。^②在上述案例中，行为人利用相应的规则漏洞，使被害人陷入认识错误，进而基于此处分了相应的财产，从而遭受了财产损失，应当被评价为诈骗罪。

第三种情形，通过威胁、恐吓假流量需求方的方式索取财物。在刘某敲诈勒索案中，被告人刘某在淘宝交易平台以虚假账号购买淘宝商家指定的商品，替淘宝商家刷单。在帮淘宝商家刷单过程中，被告人刘某在收到淘宝商家返还的商品价款及佣金后，多次以未收到货物为由，要求商家退款，如商家不同意退款，则以给商差评、店铺攻击、请求淘宝交易平台封商家店铺等威胁淘宝商家，淘宝商家怕差评影响店铺的销量，只能同意退款给刘某。法院认为，被告人刘某以非法占有为目的，采用威胁方法，多次索取他人财物，其行为构成敲诈勒索罪。^③在该行为类型中，存在两种情形。第一种情形，行为人虚构没有收到货物的事实已经被商家识破，但商家担心会被行为人举报，而不得不给予财物。在这种情况下，行为人交付财物的行为，并非因陷入错误认识，而是

^① 参见（2019）京刑终20号。

^② 参见（2018）粤2071刑初1358号。

^③ 参见（2016）桂0922刑初101号。



基于恐惧心理交付，因此构成敲诈勒索罪。另一种情形是商家并未识破行为人的骗局。在这种情况下，行为人处分财物的行为，可能被骗或被敲诈勒索，行为人从而构成诈骗罪或敲诈勒索罪。

（二）以获取不正当竞争优势为目的的流量刷单行为的刑法评价

网络流量虽然不具有直接的财产价值，但相关经营方通过流量造假的方式，可以获取相应的关注，从而间接获得相应的竞争优势。因此，很多商家基于获取不正当竞争优势的目的，实施流量造假行为。获取不正当竞争优势的方式不同，导致流量造假行为可能构成不同的罪名。

第一，通过流量造假影响他人生产经营的方式，获取不正当竞争优势的行为，可能构成破坏生产经营罪。反向流量刷单是最为典型的事例。在董某某、谢某某破坏生产经营罪案中，被告人通过对竞争对手的店铺进行刷单，多次以同一账号恶意大量购买被害人淘宝网店铺的商品，从而让浙江淘宝网络有限公司认定被害人淘宝网店铺从事虚假交易，并对该店铺作出商品搜索降权的处罚，导致的订单交易额损失为人民币159844.29元。法院认为，被告人的行为构成破坏生产经营罪。^①在钟家杰破坏生产经营罪案中，被告人钟某某为打压竞争对手王某1经营的天猫浪莎薇拉菲网店，雇佣梁某召集淘宝刷单人员恶意在被害人王某1经营的天猫浪莎薇拉菲网店进行刷单，造成天猫浪莎薇拉菲网店直接经济损失人民币4万余元，并使该店铺面临违规处罚、搜索降权、被封店的可能，给该店造成了较大的损失。最终法院认定行为人的行为构成破坏生产经营罪。^②

对于应否借助破坏生产经营罪的规定来规制相应的行为存在争议。持支持意见的学者认为“即使被告人所实施的行为并未像毁坏机器设备或者残害耕畜那样从物理形态上损毁他人的生产资料，但被告人所实施的行为导致了被害人的网店被降权处罚，经营活动遭受严重阻碍，整体财产法益受损”，应当构成破坏生产经营罪。^③持反对意见的学者则认为，肯定该类行为构成破坏生产经营罪，将导致破坏生产经营罪“所传达的行为规范的内容就只剩下‘禁止破坏生产经营’，公众根本不会从本罪中预见自己行为方式的后果，行为规范会变得越来越不明确”^④。笔者认为存在构成破坏生产经营罪的余地。

其一，在坚持罪刑法定原则的立场上，法律解释活动应当保持适当的柔性。立法者在确定破坏生产经营罪的具体行为样态时，主要立足于农业社会和工业社会的典型情形。因此，立法者明确规定了农业社会和工业社会中“毁坏机器设备、残害耕畜”

① 参见（2016）苏01刑终33号。

② 参见（2018）浙07刑终602号。

③ 参见李世阳：《互联网时代破坏生产经营罪的新解释——以南京“反向炒信案”为素材》，载《华东政法大学学报》2018年第1期。

④ 冀洋：《谨防网络时代破坏生产经营罪“口袋化”》，载《检察日报》2018年8月15日，第3版。

等具有代表意义的犯罪对象。如果立足于立法者的规范意思，在信息社会中，立法者同样会将信息这种信息社会中具有重要意义的生产资料作为犯罪对象。事实上，在其他一些案件中，相关司法实践已经将“信息”作为财产犯罪的对象。例如，在孙某破坏生产经营罪案中，被告人孙某使用管理员账号登录公司储存源代码的SVN服务器，将SVN服务器内的源代码下载至移动硬盘中，随后将SVN服务器内的源代码予以删除。之后，公司向孙某提出解除劳动合同，孙某在与公司交接财物时，以删除私人资料为由，将公司配备给其工作使用的笔记本电脑、台式电脑全部资料作格式化处理，导致公司无法正常从SVN服务器下载产品源代码，影响了公司正常的生产经营活动。最终其行为被定性为破坏生产经营罪。^①

其二，从文义解释的角度看，存在将反向刷单行为解释为破坏生产经营罪的余地。立法者对破坏生产经营罪设置了兜底性规定，亦即除了“毁坏机器设备、残害耕畜”的破坏生产经营的方法外，还可以“以其他方法破坏生产经营”。而“其他方法”在语义上明显可以涵盖反向刷单的行为。问题的关键在于，将反向刷单行为视为“其他方法”，能否满足同类解释规则的要求。如果反向刷单行为造成的影响与“毁坏机器设备、残害耕畜”具有等价性，那么，将反向刷单行为评价为破坏生产经营的行为，就具有实质正当性。

其三，通过流量造假影响他人生产经营的方式，与传统破坏生产经营方式具有构造上的相似性。有观点认为，反向刷单的流量造假行为只是为获取竞争优势的不正当竞争行为。然而，前述竞争优势之实现，建立在被害人陷入违规处罚、搜索降权、被封店等客观经营困境的前提之上。换言之，行为人通过影响被害人的生产经营的方式，获取不正当竞争优势，亦即“反向刷—搜索降权、被封店—无法生产经营”。而在传统观点下，破坏生产经营罪的构造是“毁坏机器设备、残害耕畜—无法从事生产—影响生产经营”。可见两者在构造上也是类似的。

第二，通过流量造假提升商业信誉的方式，获取不正当竞争优势的行为。该种流量造假行为的典型特点是，合同主体与另一方主体签订了相应的服务协议，而相应服务的内容就是流量造假或者说是虚增流量。有学者认为，该类行为仅构成不正当竞争，不构成犯罪；也有学者认为，该类行为构成虚假广告罪。^②相关司法实践遵循了前述入罪路径。例如，在李某某非法经营罪案中，李某某创建刷单炒信平台，组织及协助会员通过该平台发布或接受刷单炒信任务，通过与发布任务的会员在淘宝网上进行虚假交易并给予虚假好评的方式，提升自己淘宝店铺的销量和信誉，欺骗淘宝买家。^③又如，在罗某某、阮某某非法经营罪案中，被告人罗某某、阮某某根据商户的需求刷单，每

^① 参见(2017)粤03刑终51号。

^② 参见王华伟：《刷单炒信的刑法适用与解释理念》，载《中国刑事法杂志》2018年第6期。

^③ 参见(2016)浙0110刑初726号。



次访问费3元、每单的佣金3元。^①可见,该类流量造假行为是受商家的委托对商家的店铺或者产品进行刷单,从而“通过虚假交易和虚构评价的方式虚构商家信誉,以间接影响消费者的购买选择”^②。这种流量造假行为本质上属于一种信誉或者说信用欺诈行为,司法实践中相关案例将这种欺诈行为评价为虚假广告罪。例如,在王某某、罗某、张某某等虚假广告罪案中,被告人王某某等成立刷单团队,为网络电商提供刷单服务,以虚假交易的方式,提高店铺的交易量及好评度,以虚假宣传提升店铺信誉,促进店铺成交量。法院认为,被告人王某某等违反国家规定,为网络电商提供刷单服务,组织虚假交易、进行虚假宣传,其行为均已构成虚假广告罪。^③再如,在张某某虚假广告罪案中,被告人张某某为朱某等不特定的淘宝店主提供刷单服务,以此提升淘宝店铺的信誉,促进淘宝店铺的成交量。法院认为,被告人张某某作为广告经营者,违反国家规定,利用广告对商品作虚假宣传,情节严重,其行为已构成虚假广告罪。^④笔者认为基于以下三点理由,将前述刷单行为评价为虚假广告罪的裁判立场,值得赞同。

其一,该类流量造假行为具有广告宣传的实质特征。广告实质上是一种针对相关产品或者服务的一种宣传方式。而经营网店的电商为了提高网店等级以获取更大的经营权限,或者增加所售商品的声誉以扩大产品的销售数量,便通过刷手的虚假购买或评论,制造一种产品畅销且服务良好的假象,^⑤其就是一种广告宣传行为。

其二,相关行政法律规范肯定该类刷单行为属于广告行为。专门规范网络直播营销活动的《网络直播营销管理办法(试行)》第11条规定“直播营销平台提供付费导流等服务,对网络直播营销进行宣传、推广,构成商业广告的,应当履行广告发布者或者广告经营者的责任和义务。”第19条也同时规定“直播间运营者、直播营销人员发布的直播内容构成商业广告的,应当履行广告发布者、广告经营者或者广告代言人的责任和义务。”而《网络直播营销管理办法(试行)》第18条明确禁止在直播营销中“虚构或者篡改交易、关注度、浏览量、点赞量等数据流量造假”的规定也表明,相关规范也是承认交易、关注度、浏览量、点赞量等数据流量客观上是起到宣传和推广作用的营销手段,因而属于广告。可见,根据前述规定,网络直播营销中的宣传和推广活动,可以构成广告行为。

第三,将反向刷单的流量造假行为视为虚假广告行为,不会导致法秩序冲突。《刑法》第222条将虚假广告罪的主体限制为“广告主、广告经营者、广告发布者”。有观点指出,此处的主体认定应当遵循《广告法》的相关规定,而流量刷单中的刷单者

① 参见(2020)湘0524刑初361号。

② 马永强:《正向刷单炒信行为的刑法定性与行刑衔接》,载《法律适用》2020年第24期。

③ 参见(2021)浙1102刑初69号。

④ 参见(2020)闽0304刑初95号。

⑤ 参见(2018)粤0514刑初413号。

不能被归类为《广告法》意义上的主体。^①换言之,《刑法》中的“广告主体”的范围应当与《广告法》保持一致,否则将违背法秩序统一性原则。然而,这种观点对法秩序统一性存在误解。其一,法秩序统一性仅要求违法性判断的统一性。流量造假行为属于违法行为,影响其违法性的关键在于,其一方面违反了诚实信用原则,另一方面是不正当竞争行为。换言之,该类行为之所以违法,与行为主体的性质并无关联。因此,即使肯定流量造假者属于“广告主、广告经营者、广告发布者”,对违法性有无不产生影响。其二,法秩序的统一性不禁止法律概念的相对性,对于同一概念完全可以基于相应法条所诉求的规范目的进行相对化的解释。

五、流量造假关联行为竞合的处理

流量造假的帮助行为、流量造假的手段行为以及流量造假的目的行为之间,通常存在犯罪竞合关系。为了准确评价相关流量造假行为,需要厘清犯罪竞合时的处理规则。

(一) 流量造假的帮助行为与相关实行行为的竞合处理

流量造假的帮助行为主要涉及侵犯计算机信息系统安全的犯罪、侵犯公民个人信息的犯罪。

第一类是涉计算机安全的犯罪,如提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪、非法利用信息网络罪、帮助信息网络犯罪活动罪。该类罪名的实行行为,实质上是为其他违法或犯罪行为提供帮助的帮助行为。因此,即使立法者不创设相应的罪名,根据刑法总则关于共同犯罪的相关规定,也能处罚该类行为。换言之,前述罪名属于共犯行为的正犯化。^②由此导致这些罪名与其帮助行为涉嫌的共同犯罪构成犯罪竞合关系。基于如下理由,对于该类犯罪竞合关系,应当按照处罚较重的罪予以处罚。其一,前述竞合关系,是由行为人实施一个帮助行为同时触犯了两个罪名造成的,属于想象竞合。根据想象竞合犯的处罚规则,应当按照处罚较重的罪予以处罚。其二,我国立法对该类犯罪竞合关系,规定为择一重罪处罚。例如,对于非法利用信息网络罪,立法者规定“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”;对于帮助信息网络犯罪活动罪,规定“同时构成其他犯罪的,依照处罚较重的规定定罪处罚”。

第二种类型是,流量造假的帮助行为既构成侵犯公民个人信息罪、非法经营罪,也构成其所帮助的犯罪的帮助犯。该类犯罪竞合的评价涉及的第一个问题是,导致犯

^① 参见高艳东、李莹:《数据信用的刑法保护——以“流量黑灰产”为例》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2020年第3期。

^② 参见陈兴良:《共犯行为的正犯化:以帮助信息网络犯罪活动罪为视角》,载《比较法研究》2022年第2期。



罪竞合的行为是一行为还是数行为。换言之，如果侵犯公民个人信息罪、非法经营罪及相应的帮助犯分享同一行为，则属于想象竞合，原则上按照想象竞合犯罪的惩罚规则予以处罚。如果相应的犯罪是由行为人的数行为引起的，此时存在将之评价为数罪的余地。例如，在胜某等非法获取计算机信息系统数据、侵犯公民个人信息罪案中，在胜某等人通过网上搜索等方式获取他人身份证号进行注册，并将获取的上千组支付宝账户信息分类标价，通过网络出售、提供给王某等人用于转卖或淘宝刷单，以非法获取计算机信息系统数据罪、侵犯公民个人信息罪被判处刑罚。^①在该案中，行为人先实施了非法侵犯公民个人信息的行为，随后又实施了为流量造假行为提供信息帮助的行为，应当数罪并罚。

（二）流量造假行为与流量造假的目的行为的竞合评价

流量造假手段行为与流量造假目的行为产生竞合关系的情况，主要涉及两种不同的类型。

第一种类型是，流量造假手段行为仅是实现相应犯罪目的的中介行为，犯罪目的的实现尚需依赖于行为人进一步实施流量造假的目的行为。其主要存在于，行为人以获取相应财产为目的的流量造假的行为类型中。由于行为人实施流量造假手段行为的目的是为了进一步实施相应目的行为创造条件，因此，两者之间属于牵连关系。“刑法总则没有明文规定牵连犯的处罚原则，刑法理论上一般认为，对牵连犯应当从一重处罚，或者从一重从重处罚。”^②

司法实践中，有部分案件是直接按照一罪论处的。在赵某、陶某等破坏计算机信息系统罪案中，被告人赵某以建立相应网站和QQ群的方式，发布并销售其设计编写的“XY修改器”程序。该软件结合新的手机号码和新的支付方式，骗过拉扎斯网络科技有限公司的首单减免审核机制，使不符合新用户标准的用户被认定为新用户并获得首单优惠补贴，给拉扎斯网络科技有限公司造成损失。最终，法院认定赵某犯提供侵入、非法控制计算机信息系统程序、工具罪。^③对于该案，司法判决将评价重点聚焦于行为人实施的侵犯计算机信息系统的行为。这种处理方式忽视了被害人财产损失，因为该类行为对被害人财产造成的重大损害，才是被害人最为关切的核心利益。刑法的目的是保护法益，行为人所侵害的利益与被害人所遭受的利益损失，本质上应当是统一的。然而，前述评价实际上将评价重点置于手段行为所侵害的集体利益。由于手段行为代表的集体法益对于个人而言只是一种反射性利益，即使集体法益受到侵害，并不意味着被害人的利益遭受到损失。因此，仅重视对流量

① 参见《靖江法院发布典型案例，为公民个人信息上牢“安全锁”》，载微信公众号“澎湃新闻”，2021年11月2日。

② 张明楷：《刑法学（上）》，法律出版社2016年版，第491页。

③ 参见（2018）苏0902刑初655号。

造假手段行为的刑法评价，会忽视其他值得保护的法益。

其二，流量造假行为不是实现目的行为的中介行为，而属于目的行为的实行行为。这种行为主要涉及以获取不正当竞争优势为目的的流量造假行为。对此，《刑法》第287条规定“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。”由于该条规定属于注意规定，不但“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚”，对于利用计算机实施其他类型的犯罪的，同样也应当根据《刑法》的相关规定定罪处罚。《刑法》第287条的规定只是明确了如果同时构成其他犯罪，依照本法的有关规定定罪处罚。对此可以有两种解释方式：同时触犯其他犯罪的，只依照其他犯罪论处；同时触犯其他犯罪的，依照相应犯罪定罪，按照数罪并罚处罚。行为人只实施了流量造假的手段行为，而该手段行为因侵害了数个法益而触犯了数个罪名，属于想象竞合犯的情形。根据想象竞合犯的处罚规则，原则上应当从一重罪处罚。

结 语

流量造假往往通过虚假的数据和评价来误导消费者，使其对商品或服务产生错误认知，从而做出不利于自身的消费决策。对于企业和行业而言，流量造假使得一些企业通过不正当手段获取竞争优势，破坏了市场经济的公平竞争原则，扭曲了市场资源的配置，扰乱了市场秩序。面对现实生活中以各种形态存在的流量造假行为，需在厘清流量造假行为的不同类型的基础上，基于既有刑法规范，依法惩治流量造假行为，并通过不断完善法律体系，明确流量造假的法律责任和处罚措施，提高违法成本，形成有效的法律震慑。与此同时，加强对网络空间的监管，提升政府部门的治理能力和水平，从而推动社会治理体系的不断完善和发展。

（责任编辑：杨 军）



“隔空助力”他人自杀行为的司法认定

孔祥燕*

内容摘要：“隔空助力”他人自杀行为能否被纳入刑法规制，在学界和实践中均存在较大争议。此类行为发生场域跨越虚拟网络空间和现实生活空间，表现出不同于传统帮助自杀行为的特点。在进行刑事违法性判断之前，有必要先对其刑事违法前置性基础即社会危害性进行分析。该类行为对整体社会利益和既定社会秩序造成损害，对法益产生现实的危险，可涵摄至故意杀人罪构成要件之下。该认定是形式正义与实质正义的平衡，兼具行为治理和一般预防的双重考量。个案审查时，以被告人为主兼顾被害人情况，当被告人对被害人自杀提供实质帮助，并具有实质推动作用时，应认定系故意杀人行为。对此类行为规制未超出刑法干预边界，具有一般预防的理论基础和现实需要。

关键词：“隔空助力”自杀 刑法规制 司法进路

司法不能等待“最优的法律解决方案”出台，而应当不断往返于规范和事实之间，在现有规范内合法且审慎地寻求具有司法智慧的答案。当前，网络群组、论坛社区成为人们输出信息的重要场域，不良信息的生产、传播迅速蔓延，如“约死群”、自杀讨论贴层出不穷，“隔空助力”他人自杀的行为也屡见不鲜。当线下的教唆、帮助自杀行为尚存“有罪说”和“无罪说”的极端对立时，“隔空助力”他人自杀行为能否纳入刑法规制、入罪的合理性根基更加存在争议。面对学界的争论，同时伴随着现实生活中该类行为的高发频发及其恶劣影响，司法实践中如何正确认识、有效规制并厘清其规制根基是应当且必须正视的问题。对该问题的讨论，不仅关乎“隔空助力”他人自杀行为的治罪路径探索，亦是网络空间治理的重要探索。

* 孔祥燕，山东省济南市中级人民法院刑一庭法官助理。

基金项目：本文系2021年度国家社科基金项目“裁判文书援引社会主义核心价值观说理的路径与方法”（编号：21BFX164）的阶段性成果。

一、“隔空助力”他人自杀行为剖析

传统意义上的帮助他人自杀行为，通常表现为行为人向具有自杀意愿的主体，面对面且实时性提供物理上的帮助或者心理上的强化与推动。司法实践中，多见于行为人为具有一定亲密关系的主体实施自杀，帮助购买自杀工具、提供行为辅助等表现形式。“隔空助力”他人自杀行为，通常表现为通过信息网络平台等方式向具有自杀意愿的对象传授自杀方法、强化自杀意愿等行为，是传统帮助他人自杀行为在网络空间上的延伸，呈现出虚拟网络空间和现实生活空间的交互式影响，并发展出不同于通常帮助行为和犯罪认定模式的特征。本文认为，首先应阔清“隔空助力”他人自杀行为的特征，以对该类行为进行精准识别，为破解理论争议和实践难题奠定基础。

（一）行为特征

1. 帮助对象的“非不法性”

帮助行为的概念往往出现在共同犯罪问题的探讨中。我国《刑法》中并没有帮助犯明确概念，通说认为，帮助犯就是帮助正犯的人，^①或是使已经有犯罪决意之人实施实行行为更容易的人。^②无论是“犯罪的共同”抑或“行为的共同”，其本质上均指向帮助对象的不法性。就“隔空助力”他人自杀行为而言，其帮助的主体对象是存在自杀意愿的“受害人”，帮助的行为对象是自杀者实施的自杀行为。法律“家长主义”认为因生命权益的至高无上，所以自杀者实施自杀是违法的观点，以及在法解释学角度下将故意杀人解释中涵盖杀害自己的观点，二者都是为了将已经具有法益侵害类型化风险的帮助他人自杀行为纳入刑法规制所作的路径探索。

首先，从权利保护上看，主体能够对个人权利自主处分，这是“自己决定的自由”的体现，法律必须保障这样的个人自由。^③自杀者对生命权益的放弃是个人权利的放弃，除非其对生命权益的放弃将对他人权益产生侵害，否则难以认为是违法的。其次，无论从犯罪构成角度分析，还是法秩序统一性考虑，行为犯罪性的考量应当立足于行为本身刑事违法的分析与判断。其中，本质上就是关注行为对特定法益的侵害，且其不法程度已经值得科处刑罚。^④帮助对象的合法性与否不是该类行为是否具有构成要件符合性的绝对前提。最后，从常识常理常情出发，将自杀行为认为是违法行为，自杀者实施自杀是故意杀人，难以符合社会公众朴素的法情感。因此，不同于通常帮助行为面对的帮助对象的不法性，“隔空助力”他人自杀行为的帮助对象具有“非不法性”。也正是因为所谓实行行为的非不法性和帮助行为的不法性之间的割裂，使得学界对此

① 参见马克昌：《犯罪通论》，武汉大学出版社1997年版，第542-549页。

② 参见陈子平：《刑法总论》，中国人民大学出版社2009年版，第582页。

③ 参见王钢：《自杀行为违法性之否定——与钱叶六博士商榷》，载《清华法学》2013年第3期。

④ 参见张明楷：《公共法益与个人法益混同立法例下的刑法解释》，载《比较法研究》2024年第4期。



类行为应否入罪存在较大争议，司法实践中需要准确界定和慎重考量，将真正达到犯罪性的此类行为纳入刑法规制。

2. 帮助行为的非直接性

网络空间的发展不仅改变了犯罪的形态，也重塑了犯罪参与结构的表现形式。当前，必须正视的是，网络行为在推动犯罪构成事实方面所呈现出的变化。通常情况下，刑法意义上帮助行为的表现形式多是直接性的，如为盗窃行为“望风”、为故意伤害行为提供协助等。即便是心理性帮助，也表现为面对面、即时性对行为人实施犯罪行为意念强化，且因难以把握心理性帮助对行为实施的推动程度，即因果关系认定的困难，司法实践中对心理性帮助的判断具有较高的认定标准。而“隔空助力”他人自杀行为，通常表现为通过网络平台为他人自杀提供帮助，行为人的帮助行为通过线上方式进行，与被害人没有实质性的物理性接触，心理性帮助也不一定是即时性的。与通常帮助自杀行为的表现形式相较，“隔空助力”自杀行为通常表现为自杀方法的详细传授、自杀意愿的线上持续性强化，而非协助购买自杀工具、提供行为辅助等直接性帮助。“隔空助力”自杀案件中，帮助自杀者和自杀者，不仅空间上存在距离，在时间上有时会出现错位。因为该类行为没有直接性的物理性帮助，亦可能出现帮助效果的非即时性，这也是其是否属于刑法意义上的帮助行为、能否纳入刑法规制存在争议的原因之一。

需要注意的是，“隔空助力”自杀行为虽然通常在网络空间中实施，但其与网络犯罪帮助行为不能等同。网络犯罪是一个外延极为广泛的概念，其既包含新型网络犯罪，也包含传统犯罪“触网”。^①而网络犯罪帮助行为的表现形式都是直接性帮助，或是新型网络犯罪的重要环节，或是为网络空间上延伸的传统犯罪提供帮助，如为电信网络诈骗转移犯罪所得、支付结算等，即便存在虚拟性，与上游犯罪也存在密切联结。与网络犯罪帮助行为对比，“隔空助力”自杀行为的发生场域虽是网络空间，但提供的帮助是非直接性的，这也导致司法实践中难以认定其帮助行为对自杀者实施自杀产生的影响程度；与传统侵犯人身权益的帮助行为相较，除了具有空间距离，也表现为线下人身权益的侵害和线上提供帮助行为的分隔性。

3. 主体关系的陌生性

帮助自杀行为通常发生于特定关系主体之间，基本是“熟人”关系，如自杀者的亲朋，面对的情况通常是具有自杀意愿的主体在经受病痛等身体折磨时，帮助行为人出于帮助自杀者结束肉体折磨的意愿而提供辅助行为。而“隔空助力”他人自杀行为，突破了帮助者与自杀者主体间关系的密切性，对象主体可以是完全陌生、毫无特定关系的，此外亦具有较大的随机性。基于主体关系的陌生化带来的影响，有时难以说明

^① 参见甄航：《网络犯罪帮助行为的样态变更及其刑法应对》，载《中国刑事法杂志》2024年第3期。

帮助自杀者提供帮助行为的主观意图。司法实践中,以“相约自杀”为诱饵,以为了帮自杀者结束痛苦进行辩解,实则诱导自杀意愿原本不强烈的主体实施自杀的情况时有发生。甚至其提供帮助行为后,将自杀者的死亡作为自己的“成功示范”,在其他网络群组中再向他人传播自杀方法、继续诱导其他人实施自杀。主体关系的陌生化,不仅使得双方对于对方真实情况少有掌握,具有自杀意愿的主体难以对信息进行有效判断,易受对方的欺骗和蛊惑,同时增加了帮助自杀行为人对其个人行为后果和影响的漠视程度,并为公安机关的侦查制造困难,甚至难以发现自杀者自杀背后的介入因素。

4. 私权领域的突破性

在生命权益本身就是他人人身权利中的绝对和最高禁忌的前提下,帮助他人自杀行为的影响范围也是有限的,其帮助主体较为特定、影响范围较为局限,仍在私权领域侵犯的范围内。然而,“隔空助力”他人自杀行为有着鲜明的时代特征,其发生场域是网络空间,常常突破对私权领域的侵犯而走向公共空间,其影响程度的广泛性应当引起重视。首先,该类帮助行为的对象可以同步实现“一对多”的帮助,帮助行为人可以同步向网络群组、论坛中的多个对象提供自杀帮助,且多个对象之间可以产生交互式影响。其次,其帮助行为的影响对象一般不发生在熟人之间,其对象是不特定的,其所提供的帮助行为又实际作用于哪些主体,司法实践中难以逐一识别和侦查。再则,其在线上进行的帮助行为可以通过互联网进行广泛传播,影响范围亦难以控制。此外,“隔空助力”自杀行为往往具有传播速度快、传播渠道广泛、传播成本低、影响范围广、负面影响持续久的特点。不仅如此,由于帮助者与自杀者在空间上和时间上的错位,提供帮助者难以消除其行为的后续影响,即使想要停止帮助行为和消除行为后果,也难以及时阻止自杀者实施自杀,难以消除其传播内容的附随影响。

(二) 理论争议:罪与非罪

关于自杀行为的法属性,学界有三种学说,即合法说、违法说和法外空间说。持法外空间说的学者认为,自杀并非合法行为,但也无法确定为违法,其处于法所不予评价的空间内。虽法不予评价,但因其不能被评价为违法,故除非增设相应罪名,不然就目前的立法体例来说,自杀参与行为不能以故意杀人罪处以刑罚。^①学界虽存在法外空间说,但在面对现实案件办理时,司法人员不存在不予评价或者搁置评价的选项。“隔空助力”他人自杀行为的具体判断,只存在有罪或者无罪两种选择。即使是同一的有罪论或者无罪论,其内部也存在理论根基的不同选择。

1. 行为无罪说

主张“隔空助力”他人自杀行为无法纳入刑法规制的,大致有三类观点。其一,

^① 参见周光权:《教唆、帮助自杀行为的定性“法外空间说”的展开》,载《中外法学》2014年第5期。



自杀行为属于被害人的自我答责，对生命权益真正产生实质风险的亦是“被害人”本人，不能对提供帮助的人施加刑罚。有人认为，被害人可以完全预估行为对自己造成危险却轻率选择实施该危险行为，此时应当由被害人自己负责该行为带来的损害结果。即使他人参与其中，因为并未对被害人的自由产生侵害，因此不应对被害人的损害结果承担责任。^①其二，从法益侵害角度出发，自杀是为了通过放弃生命来摆脱自身艰难困苦的处境等原因实施的，是对生命进行的自主支配与使用，帮助他人自杀的行为不具有实质上的法益侵害性。^②其三，从共犯从属性角度出发，帮助自杀行为不存在“正犯”，在缺少正犯的情况下，将共犯行为纳入刑法规制将对共犯理论产生巨大冲击。主张无罪说的观点本质上可以归结为两类，一类是认为该类行为不具有法益侵害性，一类是在生命权益的绝对保护和公民自由及人格尊严间的评价取舍。

2. 行为有罪说

主张“隔空助力”他人自杀行为可以纳入刑法规制的，主要有三类观点。其一，出于对生命权益的绝对保护，认为生命权益是实现个人各项权利的基础，同时将生命权益视作社会得以运行的保障，哪怕是个人，也不得轻易放弃生命权益，否则也是对抽象出来的生命权益的侵犯。正如有学者所说，相对于自杀者的自杀意思，其生命的绝对价值更有保护的必要。^③而帮助他人自杀行为，虽然其中存在自杀者对个人生命权益的自主性放弃，但是出于对生命的绝对保护，这种放弃是无效的，帮助他人自杀行为因为介入其中理应受到刑法规制。此外，即使存在自杀意愿，也难以说明帮助者在其中发挥的作用，甚至存在形式上的“自我答责”和实质上的“间接正犯”情况的存在。其二，从法解释学角度出发，对故意杀人概念进行解释，认为“故意杀人”的规范表述中，并未要求故意杀害的必须是“他人”，因此自杀者杀害自己的行为具有构成要件符合性，仅从有责性上予以出罪，并以此作为帮助自杀行为入罪的基础。除了证立帮助自杀行为所依附的正犯行为的构成要件符合性以外，没有其他途径可以确定帮助自杀行为的违法性，且将自杀认为是杀人的一种并没有超出社会公众的预测可能性。^④其三，基于对通说共同犯罪理论本身的质疑而提出的，认为当前以正犯论为中心的共犯体系中，未能以实质化标准认定正犯，而是采用形式客观说。然而，这种做法忽视了行为评价的宣示意义，机械地依照肢体作用来区分正犯和共犯，以至于将本应以间接正犯或共同正犯定罪的行为人认定为共犯，无法发挥构成要件的预防机能。^⑤在该类行为入罪的观点中，也存在对共犯理论的质疑，认为对此类行为的规制，应当突破共犯从属性限制，或者采用单一正犯体系进行评价，以纳入刑法规制范围。

① 参见冯军：《刑法中的自我答责》，载《中国法学》2006年第3期。

② 参见王钢：《自杀的认定及其相关行为的刑法评价》，载《法学研究》2012年第4期。

③ 参见钱叶六：《参与自杀的可罚性研究》，载《中国法学》2012年第4期。

④ 参见王海军：《教义学视角下教唆、帮助自杀行为的刑法处断再认识》，载《政法论丛》2017年第6期。

⑤ 参见杨建民：《双层区分制的理论反思与共犯体系模型的再建构》，载《环球法律评论》2024年第2期。

在有罪说的内部大致分为两种观点，一种仍然将自杀行为违法作为帮助自杀行为入罪的前置条件，从共犯从属性等突破或者通过法律解释方法探索该类行为入罪的途径，一种认为该类行为具有独立的法益侵害性，对其应作独立的刑事违法性判断。

二、“隔空助力”他人自杀行为的刑法规制基础

“隔空助力”他人自杀行为不得当然排除在刑法规制范围之外，当该类行为发展到一定程度，具有纳入刑法规制的应然性，亦具有进行刑事处罚和一般预防的现实需要。以自杀者具有自杀意愿、对生命权益产生类型化侵犯的是“受害者”本人而不具有法益侵害性，不予纳入刑法规制的观点，忽视了该类行为对自杀者生命权益介入的实质；基于共犯从属性理论，认为因为不存在实施杀害他人生命的正犯，故该类行为即使某种程度侵犯了生命权益，也不应进行刑事处罚的观点，是桎梏于理论而忽视行为违法性的实质判断。因为该类行为并非通常性犯罪构成要件行为，亦具有极大的理论争议，所以有必要厘清纳入刑法规制的基础，梳理其可罚性依据，为后续其行为定性奠定基础。

（一）具备成立刑事违法性的社会危害性基础

通常情况下，在判断行为是否应纳入刑法规制时，只需要就刑事违法性进行判断，而不需要深究其背后依据。然而，当出现新类型、非通常性规范表现行为时，有时难以直接适用规范，甚至是否纳入刑法规制均存在争议，此时有必要进行前置判断，即对行为是否具有社会危害性进行判断。因为，社会危害性是犯罪构成的立法依据。^①某类行为应首先具有社会危害性，刑法对社会危害性行为再进行遴选并设立犯罪构成。^②鉴于“隔空助力”他人自杀行为在直接适用具体刑法规范及是否构成犯罪的问题上尚存在争议，故判断其是否具有社会危害性是必要的。社会危害性行为的本质，是对国家整体社会利益和既定社会秩序的伤害。其实，这与刑法目的的本质“法益保护说”抑或“规范违反说”也是相通的。“法益保护说”认为，刑法整体目的的变易性很小，刑法目的在任何时候都可以归纳为保护法益。^③“规范违反说”认为，刑法目的在于稳定规范、证实规范的效力。^④因此，重视规范有效性至关重要，对于违反规范的行为，动用刑法并非为了证明其微不足道，而是强调需要遵守规范。本文认为，该类行为对整体社会利益和既定社会秩序均存在损害，具有构成犯罪行为的前置社会危害性基础。

① 参见杨兴培：《犯罪构成原论》，北京大学出版社2017年版，第141页。

② 参见杨兴培：《犯罪构成原论》，北京大学出版社2017年版，第140-141页。

③ 参见张明楷：《刑法目的论纲》，载《环球法律评论》2008年第1期。

④ 参见周光权：《论刑法目的的相对性》，载《环球法律评论》2008年第1期。



1. 该类行为损害社会整体利益

首先要明确的是，即使行为针对个体对象实施，但如果侵犯的是公共意志认可的利益，因其将公共认可利益置于不安全状态，也是对社会整体利益的侵犯。反对“隔空助力”自杀行为具有社会危害性的观点认为，自杀是自己处分自己的生命法益，根据法益保护原则，难以认为自杀行为符合故意杀人罪的构成要件。^① 本文认为，公民生命权的实现，不仅包括公民的生命权益不受侵害，亦包括公民可以完全出于本人意愿、自主的、独立的、不受任何干涉的处置自己的生命权益，也包括对于拟放弃生命权益的人，在实施自杀前的任何一瞬间，可以独立选择停止对生命权益的放弃。也就是说：法律保护公民的生命权不受侵犯，保护公民在不影响他人权益的基础上独立决定如何处置自己的生命权，也应保护可以自主判断是否放弃对“生命权的放弃”，这是此类利益的完整体现。相关案件的行为表现中，行为人虽然没有实施直接侵害自杀者生命权益的行为，但其推荐自杀方法，详授用法用量、操作步骤，推动自杀者实施自杀行为，持续强化被害人自杀意愿，在被害人想实施自杀前，仍通过视频确认操作步骤是否正确，深度介入了被害人理应独立判断、不受他人干涉的决定如何处置生命权益的过程，实质上对被害人的生命权益实施了侵犯。其行为将社会成员普遍认同的生命利益至于不安全状态，损害了社会整体利益。此外，也应当认识到，该类行为已经不完全归属于私权救济模式就能消除影响的范畴，其已经走向了需要公权力介入来应对和救济的范围。

2. 该类行为损害既定社会秩序

社会利益需要在公众普遍认同、遵循的社会规范下有序运行并得以实现。犯罪通过侵害个别化的生活秩序，对社会中存在的规范秩序产生破坏，从而使整个社会陷入现实及未来可预估的危险。^② 刑法通过对违反规范的行为人施以刑罚的方式提出反对，说明规范的效力是牢不可破的，同时指向所有规范对象者，它包含了这样一个信息，即规范是有效的，继续遵守规范是正确的。^③ “隔空助力”他人自杀行为，行为人对被害人实施的具体行为推动了自杀进程，是对被害人个人生活秩序的伤害，亦侵犯了公众对该类规范不加干涉的普遍认知。在一些案件中，行为人通过网络空间先后向百余人发出相约自杀的虚假信息，向多个有自杀意愿的人推荐自杀方法，在被害人死亡后，甚至将被害人的死亡作为“成功范例”向其他网友推荐。面对此类行为，如何将其排除在刑罚范围之外？在此，并非将对公共秩序的影响纳入个案行为入罪与否的考量因素之中，而只是提出应当正视此类行为的社会危害性。司法实践中，要充分结合案情，分析判断行为是否违反社会公众所普遍认同和接受的规范、是否损害了既定社会秩序，

① 参见陈洪兵：《共犯的处罚边界》，载《北大法律评论》2005年第16卷第1辑。

② 参见周光权：《论刑法学中的规范违反说》，载《环球法律评论》2005年第2期。

③ 参见〔德〕乌尔斯·金德霍伊泽尔：《法益保护与规范效力的保障》，载《中外法学》2015年第2期。

如果不加以干涉,是否会因对行为人造成处罚漏洞,无法通过对行为人施加后果来震慑并阻止现实和潜在的行为人,无法对社会公众的行为进行有效的预防和引导。

(二) 具有进行刑法规制的刑事违法性基础

肯定行为具有社会危害性,不代表该行为具有刑事违法性。只有当社会危害性达到一定程度,才能进入刑法规制视野。“隔空助力”自杀行为,通常表现为自杀者提供如传授自杀方法、具体操作步骤等帮助,因此需要对该类行为的帮助程度进行剖析,据以判断是否可以进入刑法规制。帮助行为有时是有形的,有时是无形的,可以是物理上即技术上的助力,也可以是精神上即心理上的支持。^①“隔空助力”他人自杀行为与一般帮助他人自杀行为相较,其特殊性在于行为人并未面对面且即时性提供物理或者精神上的帮助。本文认为,帮助行为的认定,应当从行为本身性质去判断,不能因为时空距离就排除在帮助行为之外。此外,亦不能因空间距离就认定此类行为均是精神性帮助,应当从其帮助内容表现去判断,如自杀工具购买渠道的直接推荐、操作步骤的详细阐述系物理性帮助,对自杀者自杀意愿的强化系精神性帮助。在此基础上,应当结合个案情况,当其帮助行为客观上达到有效、具体、深入,具有实质性作用,主观上知道被害人有自杀意愿及其帮助行为可能造成被害人死亡,仍对死亡结果的发生持希望或放任态度时,应当认定其行为存在刑事违法性。

1. 客观层面:帮助行为是否具有实质性

从客观层面出发,着重分析行为人的行为是否具有实质作用,可以从以下几个方面进行考量:一是其帮助行为的有效性,如传授的自杀方法是否有效即自杀死亡结果是否归因于行为人传授的自杀方法。二是其远程帮助行为的具体程度,如仅粗略告知自杀者操作步骤还是详细释明操作流程。三是其远程帮助行为的深入程度包括提供帮助的持续时间、频率等。比如,行为人与自杀者仅极短时间一次性接触,还是集中时间内多次联系提供帮助等;其与自杀者的沟通内容,如是否多次鼓励实施自杀、美化自杀死亡是对被害人的解脱等,判断其对自杀者实施自杀行为的精神推动程度。总之,通过综合分析行为人所提供的帮助行为是否有效、具体、深入,是否达到与面对面提供物理性和精神性帮助并无区别,从而判断对自杀行为是否具有实质作用,对自杀意愿是否进行持续强化,使得自杀者的生命权益陷入更加紧迫的危险中并存在死亡结果。判断形式上符合构成要件的行为实际是否具有违法性时,要审查行为是否能对该构成要件所具体规定的法益产生侵害或者危险,以实现积极的价值。^②此外,还应当考虑其提供的帮助是否属于正常业务行为,避免打击面不当扩张。“隔空助力”他人自杀的行为,有时无异于“面面相授”,行为人对于自杀方式、所需工具、用法用量等内容的详细传授,相当于将自杀工具等亲手递到自杀者手中,并告知其如何有效操作才

^① 参见张明楷:《刑法学》,法律出版社2011年版,第384页。

^② 参见钱叶六:《刑事违法的内涵与判断逻辑——基于违法多元论的立场》,载《法学》2024年第7期。



能真正实现死亡结果；行为人实施的反复催促自杀进程等心理推动，无异于面对面持续强化自杀者的自杀意愿，这类帮助行为在客观上具有明显的实质作用。

2. 主观层面：实质帮助的不法性

当行为人提供的帮助行为确系实质性帮助时，要从主观方面分析行为人帮助行为的不法性。行为人的主观方面应限定为故意，继而从行为人的认识要素和意志要素两方面进行判断。

认识因素的审查包括认识内容和认识程度两方面。其中，认识内容包括危害行为、危害结果、行为与结果之间的因果关系等客观方面的所有事实。^① 考量“隔空助力”他人自杀行为人的认识内容时，应当进行双重考量，一是行为人是否认识到对方有自杀意愿；二是其是否认识到自己提供的帮助行为对推动他人顺利实施自杀起到客观促进作用，即认识到其在提供帮助自杀行为、对方可能实现死亡结果、其帮助行为与死亡结果之间具有因果关系。考量认识程度时，把握标准为“知道”。即行为人知道、认识到、预见到，并不限于确切知道或者确定性认识，这里的预见并不是臆想，而是根据经验法则、事物的发展规律预料到将来会发生的事情。^② 帮助自杀行为人知道自己的行为将发生或者可能发生自杀者的死亡结果。意志因素，是指行为人对其行为所产生的危害结果所持积极追求或者放任发生的心理态度。“隔空助力”他人自杀行为人，既可能对被害人自杀并死亡的结果是积极追求的直接故意，也可能是对自杀者是否会死亡持漠不关心的态度。司法实践中，要结合在案证据，充分证明行为人明确认识到被害人的自杀意愿、被害人通过其帮助自杀行为极大可能产生死亡结果。同时，要结合双方聊天记录、被告人供述等证据，判断行为人对被害人死亡结果追求或放任的意志因素，以认定其实质帮助行为在主观上的不法性。

三、“隔空助力”他人自杀行为定罪的司法进路

（一）行为可涵摄至故意杀人罪构成要件之下

行为是定罪的核心，对行为的分析应着眼于实行行为的本质，而非身体动作。实行行为本质上是对法益侵害具有现实的、定型的危险性行为。^③ 对“隔空助力”他人自杀行为纳入《刑法》规制的批评之一，认为此类案件缺乏实行行为或者不能将“隔空助力”他人自杀解释为杀人。然而，这类行为发展到一定程度，具有明显的法益侵害性时，如果《刑法》置若罔闻，不符合刑法的目的。涵摄是一种推论过程，指将特定的案件事实归属在法律规则的构成要件之下，从而得出法律后果。^④ 涵摄是否成功，

① 参见高铭暄、王作富主编：《新中国刑法的理论与实践》，河北人民出版社1988年版，第240-242页。

② 参见张明楷：《故意犯罪中的“明知”》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2023年第1期。

③ 参见何荣功：《轻微暴力引起被害人死亡的刑法学分析》，载《法学》2024年第2期。

④ 参见王泽鉴：《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》，中国政法大学出版社2001年版，第200-201页。

取决于构成要件的定义能否涵盖个案事实。^①因此,对故意杀人罪的构成要件进行正确解读是十分重要的。故意杀人指非法剥夺他人生命的行为。行为的主体是一般主体,主观要件为故意,客体为他人生命权益,客观要件是非法剥夺他人生命的行为。其中,解释的重点在于客观要件“非法剥夺他人生命”。由于刑事制裁是最严厉的制裁方法,所以应当遵循严格的文义解释。严格解释原则要求应从《刑法》文本所使用的词句中寻找立法者的意图,对“不利于被告人的刑事禁令”不能超出文本的含义进行解释。^②因此,需对“非法”“剥夺”“他人生命”重要词语含义进行严格明晰。

“非法”从字面上理解,就是为法律所不允许,即在法律上予以否定性评价,“剥夺”在字典上的含义为强制夺去,“他人生命”即为字面含义。就“隔空助力”他人自杀行为来看:首先,关于“非法”,该类行为的社会危害性、刑事违法性已在上文中详细释明,属于在法律上进行否定性评价的行为;其次,关于“剥夺”,其本身代表着一种强制性,根据上文分析,当该类行为发展到一定严重程度,深度介入了他人对生命权的自由决定意志,推动他人结束生命,虽然非亲手实施结束他人生命的行为,亦不可否定其对他人生命权益的剥夺性;最后,“他人生命”即他人的生命权益,即自杀者死亡结果的存在。因此,该类行为可涵摄至故意杀人构成要件之下。

法律解释面对的始终都有法律的稳定性和现实生活的变动性之间的平衡,再结合个案事实的特殊性,如何真正实现法律解释的意旨、如何平衡成文法的稳定性和社会的未知性。这个矛盾或落差是人力所无法改变的,即便随时修改法律,但新形成的法律仍会不可避免地面对未知,因为人类面向未来生活,是这个世界的给定条件之一。^③鉴于此,司法者在面对法律解释时,要始终做好形式解释和实质解释的平衡,解释的结论要始终在规范所使用的语言含义范围内,而且,应当立足于社会生活的实际,不能为了解释而解释,而应当考虑立法目的、融贯法秩序,结合法律解释的目的真正探索法条的意涵。本文认为,“隔空助力”他人自杀行为可以涵摄至故意杀人构成要件之下,所做解释没有超出故意杀人罪的语义范围,也是立足于不断变迁的生活实际进行的必要的鲜活解释,更不会冲击社会公众的普遍认知。

(二)“隔空助力”行为对自杀的实质推动

判断这类行为与自杀者死亡结果的因果关系至关重要。反对将该类行为认定为故意杀人行为的原因之一,就包括认为自杀者死亡结果的产生掺杂了自杀者本人的意愿,帮助行为本身也不能等同于杀人行为,此时难以判断帮助自杀行为与自杀死亡结果之间的因果关系。实际上,被害人自杀意愿的存在不能完全、当然地中断帮助自杀行为与自杀死亡结果之间的关系。正如罗克辛认为,之所以将帮助自杀行为犯罪化处理,

^① 参见舒国滢、王夏昊、雷磊:《法学方法论前沿问题研究》,中国政法大学出版社2022年版,第206页。

^② 参见郑永流:《法律方法阶梯》,北京大学出版社2015年版,第22页。

^③ 参见陈景辉:《什么样的“法律”才配得上“解释”》,载《中国人民大学学报》2024年第4期。



主要原因之一是很难证明死者结束自己的生命是出于自我决定，此外，应当将他人的生命视为“禁忌”，这是生命保护规范所要求的。^① 本文认为，要通过对行为人的行为、自杀者的综合情况等方面进行全面分析判断，据以确定“隔空助力”行为对死亡结果产生的原因力。

本文这一观点在相关案例中也可以得到支持，如《刑事审判参考》第746号刘祖枝故意杀人案，法院认为，行为人明知他人存在自杀的强烈倾向，仍通过语言和行动在客观上强化对方的自杀意愿，并提供自杀所用工具或者帮助完成自杀行为，应当认定存在刑法上的因果关系。在第810号邓明建故意杀人案中，法院亦肯定邓明建对自杀者的帮助行为与自杀者死亡结果的因果关系。虽然这两个案例中，被告人提供的均是面对面的物理性帮助，但根据上文的分析，这类“隔空助力”他人自杀行为虽有时空距离，亦不能据以否定其物理性或精神性帮助的实质。这也是传统犯罪的网络化在相当程度上改变了传统犯罪的不法属性与不法程度，从而带来的刑事归责困难。^② 在判断原因力时，除了上文所述考量行为人的帮助行为是否具有实质作用，也应对帮助行为对自杀行为助推程度进行考量，当其行为对被害人实施自杀行为具有实质的推动作用时，应当肯定其行为与自杀者死亡结果之间的因果关系。

（三）形式正义和实质正义的平衡

对“隔空助力”他人自杀行为可以纳入刑法规制的判断，并非基于实质正义的绝对立场，而是在罪刑法定原则之下进行的。对其解释和规制路径的探索，司法者须严守立法者事先确定的语言，保留着司法的克制，没有无视立法用语去追逐所谓的实质正义。^③ 形式正义和实质正义从来不应当是绝对对立的，而是对立统一的。形式正义为实质正义的实现框定合法的边界，实质正义帮助形式正义实现其追求的内在价值。“隔空助力”他人自杀行为虽然可以涵摄至故意杀人罪构成要件之下，但在面对具体案件时，仍应当结合个案情况进行充分的考量，不可机械地直接适用故意杀人罪定罪处罚。这是司法者面对个案时进行的“必要加工”，更是在面对新类型案件时要着重注意的。司法者不能桎梏于理论而机械司法，应当合法、审慎、灵活地适用法律，当罚则罚。形式正义和实质正义的平衡，除了法律解释方法上形式解释和实质解释的考量，成文法规定和社会实际的考量，个案犯罪行为治罪和一般预防目的性考量，也需要立法和司法协同发力。尤其是在互联网时代，法律的演化需要立法与司法两驾马车共同驱动。对网络犯罪的未来规制，甚至有必要坚持司法为主立法补强的路径。^④

在审查“隔空助力”他人自杀个案时，除了对犯罪构成要件要素深入具体审查外，

① 参见杨春然：《论划分刑法边界的标准》，载《中国刑事法杂志》2012年第8期。

② 参见梁根林：《传统犯罪网络化：归责障碍、刑法应对与教义限缩》，载《法学》2017年第2期。

③ 参见罗翔：《轻罪时代刑法的解释立场——以竞合论为视角》，载《比较法研究》2024年第4期。

④ 参见喻海松：《立法与司法交互视域下网络犯罪规制路径总置评》，载《政法论坛》2023年第1期。

构成要件外边际事实的辅助作用也应当纳入司法者视野。在此类案件中，不仅要帮助自杀者主体进行分析，也应当对自杀者主体情况进行司法考量。司法实践中，可以从以下几个层面展开：一是自杀意愿的强烈程度。对此可以通过自杀原因、自杀意愿持续时间、个人性格和承受能力、过往是否有过自杀行为等因素进行分析。二是自杀者的年龄因素。通常情况下，未成年人认知尚未完全成熟，不能确保有独立判断的能力，此因素需要结合自杀者的社会经历等因素综合判断。三是自杀者的心理状况。具有自杀意愿的人常伴随一定程度上的心理健康问题，通过其心理疾病的类型、程度等情况分析其受他人意愿影响的程度。四是自杀者的社会生存环境。对此可以考虑其家庭情况、社会关系等，综合判断通过家庭、社会关怀重新树立生存意愿的可能程度。在办案过程中，应当结合个案情况进行具体分析，通过帮助自杀者的主客观表现和自杀者情况两个层面，分析判断行为人对自杀者自杀意愿的干预程度。当帮助自杀者对自杀者自杀意愿确有实质强化并推动实施的作用时，应当肯定因果关系的存在。在此基础上，当“隔空助力”他人自杀行为人明知对方具有自杀意愿，仍提供有效、具体且深入的自杀帮助，不断强化自杀者的自杀意愿，对实施自杀行为具有推动作用。后自杀者通过其帮助实现死亡结果时，应当认定其行为系故意杀人行为。

结 语

刑事裁判的最终目标是实现公平正义，不能因理论桎梏而搁置对具有法益侵害性行为的处置，更不能因此否定行为的法益侵害性。司法者不仅仅是“法律的代言人”，也是与立法者“分工协力”确定什么样的行为可罚。^①罪刑法定原则不代表法律没有对某类特殊行为设置专门罪名，或者纳入刑法规制会造成理论矛盾时就不能入罪，而要在有限的规范内，通过对个案的综合考量，在规范与事实之间不断往返，对应当纳入刑法规制的行为选择适用恰当的规范。这就需要在法律方法的引导下，克服形式正义思维模式的僵化滞后，限制实质正义思维模式的破坏预期影响，实现裁判结果的合法合理合情。“隔空助力”他人自杀行为，其危害程度有时不亚于“面面相授”的教唆，特别是利用网络等公共空间提供的自杀帮助，往往造成的社会影响更为恶劣。司法实践中，要结合个案情况在证据裁判的基础上对被告人处以刑罚，对该类行为的规制，没有超过《刑法》的干预边界，具有一般预防的理论基础和现实需要，亦是与社情民意、与常识常理常情的同频共振。

（责任编辑：杨 军）

^① 参见 [德] 洛塔尔·库伦：《罪刑法定原则与德国司法实践》，载梁根林、[德] 埃里克·希尔根多夫主编：《中德刑法学者的对话：罪刑法定与刑法解释》，北京大学出版社 2013 年版，第 124 页。



刑事间接证据证明标准的规范化路径探析

——基于毒品犯罪案件的实证研究

路凌志*

内容摘要：刑事诉讼法司法解释采用“结论唯一性”的表述对间接证据作必然性限定，旨在对排除合理怀疑作进一步细化和延伸。然而，实践中法官在适用该证明标准时过于追求结论唯一性的绝对真实，背离了排除合理怀疑的法律真实。基于毒品犯罪案件的实证研究发现，法官在对间接证据证明标准的适用过程中过于追求证据的客观化与绝对化，混淆了客观真实与主观认知标准的差异。鉴于此，应将结论唯一性与排除合理怀疑作同一理解，动态审查其关联性和系统性，通过统一的证明标准，结合主观和客观的角度，以正向和反向的方式对待问题，正确地运用逻辑推理和经验法则来降低结论的不确定性，最终实现对间接证据认定案件主要事实准确性的提高。

关键词：排除合理怀疑 结论唯一性 证明标准 毒品犯罪

引言

随着 2023 年《全国法院毒品案件审判工作会议纪要》的发布，我国毒品犯罪领域的司法实践与理论探索被赋予了新的视角与要求。纪要针对当前毒品犯罪的总体态势与主要特征，不仅重申了认定间接证据的重要性，还明确提出在适用死刑时应持审慎态度，这一立场契合了宽严相济的刑事政策及治罪与治理并重的现代司法理念。然而，部分法官在毒品犯罪案件的审理过程中，仍倾向于过度追求案件事实的“结论唯一”，这种倾向不仅在一定程度上模糊了毒品犯罪事实认定的界限，也偏离了刑事证明标准中排除合理怀疑的核心理念，忽视了司法公正与程序正义的内在要求。

* 路凌志，山东省汶上县人民法院行政庭法官助理。

现有学术研究对结论唯一性与排除合理怀疑之间证明程度的探讨虽不乏见，但大多局限于理论层面的对比分析，鲜有深入剖析其背后成因及提出系统性纠正方案的尝试。本文通过分析当前毒品犯罪案件中间接证据运用的现状，揭示法官在追求“结论唯一性”过程中可能因心理偏差导致的适用尺度不一问题，并指出这一做法实际上忽视了证据认定中的盖然性与或然性，影响了案件审理的全面性和公正性。因此，本文认为，在毒品犯罪案件的审理中，应明确区分客观真实与主观认知标准，倡导运用专业知识、常识判断与人文关怀相结合的方式，努力还原案件真相。同时，从证据审查的严格性、印证模式的创新以及逻辑推理的严谨性等多个维度出发，以弥补现有规则体系中的不足，从而有效回应理论与实践中的双重挑战，推动毒品犯罪案件审判工作更加科学、公正、高效。

一、刑事间接证据证明标准之辨：排除合理怀疑与结论唯一性

在刑事司法领域，结论唯一性与排除合理怀疑作为两种主要的证明标准，各自具有其独特的价值与适用场景，但也伴随着理解与应用挑战。司法实践中，对于该规范存在着多样化解理解，需要进一步阐释。

（一）结论唯一性的精细引入

2010年“两高三部”联合发布《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》（以下简称“《死刑案件证据规定》”），其中第33条对死刑案件中依据间接证据定罪的证明标准作出了单独规定，其要点是“依据间接证据认定的案件事实，结论是唯一的，足以排除一切合理怀疑”，这一表述后来被称为“结论唯一性”标准。2012年《刑事诉讼法》修订之后，2013年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第105条沿用了《死刑案件证据规定》的间接证据定罪标准，只是把上述文字表述修改为“足以排除合理怀疑，结论具有唯一性”。对证明标准的要求进行修改，使其适用范围从仅限于死刑案件扩大到包括所有刑事案件，在语义上减弱了证明标准的严格性。^①

申言之，过度强调证据裁判要件，对证明标准的过度客观化有附带效应，对证据概念的形式化界定和列举式的法定证据种类等制度进一步加大了证明手段匮乏和证据数量不充分等实务性难题。^②为了突破证明难题并超越“证据至上主义”的束缚，实践领域开始探索并采纳多样化的证明手段，这些手段已不局限于法定的证据类型范畴，逐渐减少对法定证据种类的单一依赖，并适度放宽对证明流程的严格性要求。传统证据法理论认为，刑事诉讼的证明目的是实现案件的客观真实性，在运用证据来确定案

^① 参见周慕涵：《印证原理的知识论诠释：理论纠偏与认知重构》，载《法制与社会发展》2022年第6期。

^② 参见陈瑞华：《刑事证明标准中主客观要素的关系》，载《中国法学》2014年第3期。



件事实时，必须得出确凿无疑的结论，即唯一的结论。具体而言，一方面，这种追求结论唯一性的“铁案”认定理念意味着法官在案件认定时必须排除其他可能性。^①对于法官而言，追求结论唯一性的事实认定理念也意味着承担巨大的错误判决责任。另一方面，证据裁判原则的确立是刑事审判的根基。我国传统的诉讼认识论体现了辩证唯物主义哲学观，追求“发现客观真实”成为基本的事实认定理念。^②在此背景下，证据裁判原则呈现出浓厚的客观主义色彩，即强调必须以证据作为认定案件事实的唯一证明手段，与此同时，定罪与刑罪所依赖的证据达到“确实充分”，尤其是在死刑案件的审理中更应遵循这一原则。^③

（二）结论唯一性是排除合理怀疑的规则延伸

众所周知，仅凭口供不能认定被告人有罪并判处刑罚，《刑事诉讼法》第55条也有明确体现。以毒品犯罪案件为例，2008年《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》规定：“有些毒品犯罪案件，往往由于毒品、毒资等证据已不存在，导致审查证据和认定事实困难。……仅有被告人供述与同案被告人供述作为定案证据的，对被告人判处死刑立即执行要特别慎重。”这是否意味着在毒品实物不存在的情况下只有口供不仅可以定罪，而且还可以判处死刑。2023年《全国法院毒品案件审判会议纪要》删除了仅有口供就可以判处死刑的规定，取而代之的是“全案未查获毒品的，一般不判处被告人死刑”，进一步缩减了运输毒品可以判死刑的情形，并进一步强调了主观明知的认定首先要看证据，适用推定必须慎重。^④因此，唯有确保主要事实的证明具有唯一性结论，才能确保裁判所认定的案件事实与客观事实相符合，使得案件经得起法律和历史的验证，以最大程度地避免冤假错案的发生。^⑤

此外，排除合理怀疑与结论唯一性的关系在于，结论唯一性是排除合理怀疑的一个关键组成部分。在刑事案件中，要求根据证据得出的结论必须是唯一的，即除了被告人犯罪的事实之外，没有其他合理的解释或可能性。这种要求意味着所有的证据都应当相互印证，排除其他所有的合理解释，从而使裁判者能够排除所有合理的怀疑，得出唯一的结论。在司法实践中，排除合理怀疑并不意味着要求证据达到绝对的确定性，而是要求裁判者在考虑了所有可能的解释和怀疑后，仍然确信被告人有罪。这要求裁判者在评估证据时，必须考虑所有可能的解释，包括那些可能支持被告人无罪的解释，并且只有当这些解释被充分排除后，才能确定被告人有罪。根据《最高人民法

① 参见王星译：《刑事证明标准的规范偏移与校正——从“刑事诉讼法解释”第140条切入》，载《法学研究》2022年第6期。

② 参见纵博：《论证据推理中的间接相关证据》，载《中国刑事法杂志》2015年第5期。

③ 参见何家弘、吕宏庆：《间接证据的证明方法初探》，载《证据科学》2021年第3期。

④ 参见纵博：《刑事证据规则的解释原理与路径》，载《法学》2022年第3期。

⑤ 参见潘金贵、赵飞龙：《刑事补强证据规则的样态、问题与完善——以836份刑事判决为样本》，载《证据科学》2020年第5期。

院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》规定，在缺乏直接证据的情形下，倘若间接证据能够彼此验证，不存在难以消除的矛盾和无法解释的疑问，形成严密的证据链，并且根据证据认定案件事实足以排除合理怀疑，结论具有排他性，那么可以认定被告人有罪。这表明在没有直接证据的情况下，通过间接证据的相互印证和排除合理怀疑，可以达到结论唯一性的要求。

（三）排除合理怀疑与结论唯一性的逻辑差异

印证是达到结论唯一性的途径之一。通过证据之间的相互印证，可以增强证据的可信度和说服力，帮助裁判者形成对案件事实的内心确信。然而，印证并不总是能够达到结论唯一性，因为可能存在多个相互矛盾的证据集合，每个集合内部的证据都能相互印证，但指向不同的结论。在这种情况下，裁判者需要综合考虑所有证据，运用逻辑分析、经验法则等方法，以确定哪个结论更具有唯一性和排他性。综上，印证与排除合理怀疑之间在逻辑关系上是充分且必要的，然印证与结论唯一性之间仅是必要的。^①具体而言，法庭上所追求的“真实”与绝对真实或客观真实有所不同，它更多被视为一种人为设定的相对真实，即“法律真实”。尽管在目标上，结论的唯一性与排除合理怀疑追求的是一致性的状态，但两者在逻辑上存在一定的差异。排除合理怀疑强调的是一种综合性的证明过程，其实就是“正向证真、反向证伪”的高度统一，在综合全案过程中对将要认定的事实产生疑惑，具体表现为将要认定的事实不具有唯一性。^②相比之下，结论唯一性则更侧重于结果上的确定性。它要求案件认定的结论必须是唯一的，且能够排除一切合理怀疑。

根据刑事证明标准中的印证原理的知识论诠释，认定案件事实的必要阶段是各种间接证据相互印证的证据，而印证机制本身具有固有的可能性。司法实践中，印证呈现出两种形式，即“内容同一”的印证和“指向同一”的印证。^③“指向同一”的印证具有三个特征：证据之间相互支持、一致地指向犯罪事实、没有无法解释的矛盾”。这些特征与“融贯主义”^④的基本特征相契合，展现了浓厚的融贯主义色彩，即印证不仅缺乏客观性，在主观层面上也无法实现排他性和唯一性的确认，无法达到“结论唯一性”的程度。由于“基础主义”与“融贯主义”各自存在的局限性，印证难以单凭自身解决信念来源的真实可靠性问题，无论是基于“内容同一”的印证，还是依赖于“指

① 印证是在诉讼中采用不同证据内含信息的统一性来证明待证事实的方法。排除合理怀疑是刑事诉讼中普遍适用的证明标准，而结论唯一性更多地适用于缺乏直接证据的案件，需要通过间接证据来构建案件事实。

② 参见江必新主编：《最高人民法院刑事诉讼法司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第46页。

③ 参见何家弘：《司法证明模式的学理重述——兼评“印证证明模式”》，载《清华法学》2021年第5期。

④ 融贯主义（Coherentism），是一种强调整体性、内在关系和融贯度的哲学和知识论方法论。它反对将某个理论或信念的有效性简单地归溯到某个终极的基础或原点，而是认为其有效性取决于它与一个整体性的系统或信念体系的内在关系。在法律论证等领域中，融贯主义具有重要的应用价值。



向同一”的印证，均无法单独用来推出一个唯一性的结论。

司法适用中的结论唯一性理念催生了证据印证链的构建标准，这一标准在一定程度上引导法官形成了较为聚焦而又相对封闭的裁判思维，每个环节都围绕着一个事先设定的目标。这也意味着司法证明努力追求的是确定的结果，司法解释关于结论唯一性的相关规定似乎没有给裁判者留下怀疑的余地，导致法官根据证据得出的事实结论要么是“全部存在”，要么是“全部不存在”，从而导致极端情形的出现，即法官对该事实所形成的内心确信是“要么真实、要么虚假”。因此，法官自然会忽视证据与事实之间的推论关系以及司法证明的普遍性，并片面追求证据之间表面上的印证关系，错误地限制了证明方法的应用。^①

二、排除合理怀疑与结论唯一性证明标准的耦合与抵牾

尽管结论唯一性作为法律推理的一种理想状态，其追求是必要且合理的，但这种理念若被绝对化，则可能误导公众认为所有案件都能达致一个无懈可击、唯一确定的结论，从而忽视了司法实践中复杂多变的现实情况。在缺乏直接证据的案件中，法官会适时调整证明标准，在不违背法律基本原则的前提下，适度降低对某些证据的证明要求，以确保案件能够得到及时、有效地审理。事实上，法官对排除合理怀疑与结论唯一性的理解并不统一，存在进一步解读和阐释的必要。

（一）排除合理怀疑陷入“客观性迷思”

1. 排除合理怀疑的文书适用率低

以毒品犯罪为例，公开的裁判文书显示，法官在形成内心确信及撰写文书时对“排除合理怀疑”的引用比较少见，仅个别裁判文书中提到了该标准。自从“排除合理怀疑”于2012年被正式写入《刑事诉讼法》以来。从上述数据中可以看出，刑事判决书中“排除合理怀疑”一词的出现频率呈现上升趋势，但仍相对较低。大多数判决书并未明确提及这一概念，即便在一些判决书中提到了“合理怀疑”，其论证过程也往往过于简略，缺乏深度。有时，即使辩护律师在庭审中指出案件存在合理怀疑，判决书也未能对此进行充分回应。只有极少数判决书对合理怀疑的存在与否进行了详尽的分析和论证。这反映出法官在运用排除合理怀疑时存在一定的犹豫和保留，这可能源于对合理怀疑理解的不深入。^②

此外，本文从《刑事审判参考》中选取了数件毒品犯罪案件进行分析，发现审判实践中存在一些问题。法院判决被告无罪的关键依据在于，证据之间的逻辑推理未能符合法定的论证规则，这导致案件结果存在可能由其他未知因素或他人行为引起的合

① 参见郭天武、严林雅：《间接证据质证问题研究》，载《政法学刊》2017年第4期。

② 参见陈瑞华：《认罪认罚从宽制度的若干争议问题》，载《中国法学》2017年第1期。

理怀疑。具体而言，当证据链无法紧密连接，以至于无法排除其他合理的解释或可能性（比如存在他人作案的嫌疑或外部因素的介入导致因果关系不明确），那么所得结论便非唯一且无法达到排除合理怀疑的标准。进一步观察类似案例可以发现，法官在裁决时会严格审查证据的全面性和说服力，只要案件中存在无法排除的他人作案可能性或因果关系链条因他因介入而断裂的疑虑，证据本身就会被认为是真实性不足，从而认定不能排除合理怀疑。长期以来，审判人员习惯于依赖客观证据进行定罪量刑，这在一定程度上忽略了从主观角度全面审视案件、深入分析证据与疑点的重要性。因此，在判决形成过程中，尽管法律要求法官就案件是否达到排除合理怀疑的标准作出结论，但部分办案人员可能因缺乏主观层面的深入思考及严谨的逻辑论证，而倾向于使用套话式表述草率结案，这不仅削弱了判决的说服力，也影响了法律适用的准确性和公正性（见表1、表2）。

表1 法院认为足以排除合理怀疑的案件

裁判文书号	案名	被告人辩护意见	法庭审理认为
(2018)赣刑终40号	龚某故意杀人、贩卖毒品案	本案中没有人 and 证据证明张某具有犯罪动机，没有直接证据予以证实	据以定罪的证据已形成闭合的证据链，证据之间是符合印证的规则，并不存在无法解释之情形，证据的推理符合生活经验，足以排除合理怀疑
(2018)苏刑终34号	欧某非法持有毒品案	法院据以定罪量刑的证据不构成闭合证据链，且在此基础上得出的结论也不唯一	证据之间符合逻辑印证规律，且证据间能相互印证，得出唯一性结论，排除合理怀疑
(2017)赣刑终181号	刘某贩卖、运输毒品案	本案不排除有其他人介入或他人作案的可能，结论不唯一	被告人供述稳定，相关疑点可通过解释排除，证据间的推理符合日常经验以及逻辑论证规则，足以排除合理怀疑
(2016)浙刑终296号	郭某贩卖、运输毒品案	本案证据与被指控行为之间无直接因果关系，证人证言之间相互矛盾	所供与在案其他证据能相互印证，综合在案证据指向一致，且证据间无实质矛盾，能排除合理怀疑

表2 法院认为不能排除合理怀疑的案件

裁判文书号	案名	被告人辩护意见	法庭审理认为
(2019)甘刑终157号	巴某走私毒品案	本案事实不清，检察院认为被告人构成犯罪与案件事实不符	证据不能相互印证，未形成闭合证据链，不能排除合理怀疑
(2017)京刑终94号	李某贩卖、运输毒品案	原案据以定罪的证据不足，不存在其他证据相互印证，没有口供，案发现场没有遗留指纹，不能得出唯一性结论	法院认定李某犯罪事实成立的证据为单独证据，没有其他补充和论证，不排除其他可能性



(续表)

裁判文书号	案名	被告人辩护意见	法庭审理认为
(2013)渝四中刑初字第00007号	刘某贩卖、运输毒品案	在综合证据和事实进行考量时，内心证成的过程，不符合逻辑和经验	认定犯罪事实成立的证据指向不唯一，案件存在的问题和合理怀疑均未得到排除
(2015)京刑再第4号	谢某贩卖、运输毒品案	供述系非法取得，间接证据也无法相互印证，证据指向不具有同一性	不能与被告的有罪供述相互印证，证据之间的推挤不符合逻辑论证的规则，逻辑证成结果不唯一，不能排除合理怀疑

综上所述，造成上述状况的原因可归结为两大方面：其一，尽管排除合理怀疑作为刑事证明标准的核心要素之一已被引入我国法律体系，但关于合理怀疑的具体定义与适用范围，尚缺乏明确、细化的法律规范，这导致法官在司法实践中对该标准的理解与适用存在主观偏差，进而可能使其在案件审理时趋于保守，不轻易采纳此标准。其二，我国现行的刑事证明标准构建于对案件事实的客观证明之上，虽然在构建过程中亦考虑到排除合理怀疑的必要性，但在实际操作层面，对于案件事实与证据的确认往往过分侧重于客观层面的考察，而在主观层面对合理怀疑的排除不够充分和深入。

(二) 存在间接证据案件的无罪判决理由分析

在案件处理过程中，法官对于间接证据的结论唯一性存在误解，过于依赖直接证据，不擅长根据间接证据进行推理。同时，对于结论唯一性的标准也存在过于严格的看法，缺乏对于该标准的充分认识。并不是所有案件都需要以相同的结论唯一性标准进行审判。因此，有必要具体分析这些无罪判决案例的判决理由，详见表3。

表3 存在间接证据的毒品犯罪无罪判决案件

裁判文书号	案名	间接证据情况	法庭审理认为
(2018)粤刑终637号	叶某走私、贩卖、运输、制造毒品案	制毒现场烟头上叶某的基因分型，叶某家查获与制毒现场相同的制毒原料和工具	证据存在瑕疵，定案依据单薄，证据存在缺陷或矛盾，现有间接证据无法形成完整证据链，尚未达到确实、充分的证明标准
(2017)粤刑终937号	黄某走私、贩卖、运输、制造毒品案	证人证言、黄某与证人的通话记录、黄某处发现甲基苯丙胺且尿检呈阳性、黄某的疑似毒品交易内容	间接证据不充分，不能形成完整的证据链，综合全案证据尚未达到确实、充分的证明标准
(2020)豫17刑终310号	廉某走私、贩卖、运输、制造毒品案	到案经过、手机截图、支付宝转账记录、通话记录、受案登记表、辨认笔录等	证据内在联系割裂，没有共同指向同一特征事实，存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问，不能环环相扣形成完整闭合的证据链，不足以排除合理怀疑，得出的结论不具有唯一性

(续表)

裁判文书号	案名	间接证据情况	法庭审理认为
(2019)琼0108刑初222号	谢某贩卖、运输毒品案	证人证言、户籍信息、吸毒人员管控信息、刑事判决书、强制戒毒决定书、毒品检验报告及小区物业的情况	证据之间相互矛盾、缺乏其他相互印证的证据，全案不能形成完整、有效的证据链，不能排除合理怀疑

观察上表，在无罪案例中，法院的主要判决理由主要是证据的充分性不足，即不能排除合理怀疑，结论不具有唯一性。“唯一性结论”“确实、充分”等表述虽然表面上是在坚守实质客观主义、预防冤假错案和保护人权的原則，但过度强调客观化的刑事裁判理念已经导致了许多问题的出现。^①

(三) 毒品案件“结论唯一性”的认识误区

1. 过分依赖直接证据

法官往往更习惯依赖直接证据，而不太善于将间接证据与情理、常识与科学结合起来认定案件事实，存在“孤证不能定案”的刻板认知。例如，在叶某制造毒品案中，法官认为全案没有直接证据能够证明其制造毒品，而认为作为间接证据的烟头是孤证、单证，这体现了一种极强的证据评价整体化倾向。具体而言，法院显然是将孤证不能定案的规则适用于被告人无罪的情形，这种行为实则违反了无罪推定原则。^②诚然，我国的刑事证明标准与孤证不能定案规则存在密切关联，然而，将孤证不能定案原则用于被告人无罪辩解时实际上意味着被告人需要承担证明自己无罪的责任，^③并需要满足达到“定案程度”的要求。

2. 适用标准过于严苛

一些法官对证明规律和要求的理解不充分，对于证据组合的完整性也没有足够的重视。例如，在郭某、蔡某走私、贩卖、运输、制造毒品案中，一审法院认定蔡某的行为构成制造毒品罪，判处无期徒刑。二审法院则认为案涉证据不能得出蔡某实施本案犯罪的唯一结论，最终改判蔡某无罪。^④另外，法官容易轻视当事人的辩解，仅运用现有证据进行简单的推论，不针对辩解进行取证核实。以表3中的廉某案为例，廉某收到的微信支付款项并非来自毒品交易，而这一辩解将对确认毒品贩卖事实产生直接影响。侦查机关认为已经存在的其他证据证实了这一事实，因此法官根据此点直接认定林某的辩解明显是“为了逃避法律追究”。

① 参见周莹莹：《刑事证明标准实现过程研究》，吉林大学2023年博士学位论文。

② 参见(2018)粤刑终637号。

③ 参见孙远：《刑事证明标准层次性理论之适用问题研究——以〈刑事诉讼法〉第55条第2款之解释为视角》，载《法学家》2019年第5期。

④ 参见(2016)浙刑终296号。



3. 法官易形成“隧洞视野”

法官在办案过程中往往受到结论唯一性理念的影响,努力收集证据,以确保证据与待证事实之间的直接联系。在这一过程中,法官可能忽视了主观经验的应用,转而过度依赖直接证据,形成了所谓的“隧洞视野”。受“隧洞视野”影响的办案人员,可能会在证据尚未充分的情况下过于自信地确定某人系犯罪人,然后将调查重点放在该犯罪嫌疑人身上,努力搜集能证明其有罪的证据,而忽视或者故意隐藏能证明其无罪的证据,那些与他们观点不一致的证据则往往被认为与案件事实不相关而被舍弃。在这种情况下,办案人员实际上已经失去了开放和客观的心态,直接把犯罪嫌疑人当成了罪犯。^①在决定案件的间接证据应用方面,被告人的不良品格证据及之前的类似行为都被视为重要的考虑因素。在蔡某贩卖毒品案中,法官基于“愿意去相信有罪证据而不去收集无罪证据”的心理,认定了蔡某构成此罪。后经二审法院发现蔡某在侦查阶段受到了刑讯逼供进而不得已签署了违背自己真实意愿的笔录。^②

在“隧洞视野”的影响下,被告人、辩护人和法官可能忽视搜集到的有利于被告人的间接证据。这种忽视在间接证据数量较少的案件中尤为明显,因为它可能导致法官在没有充分证据的情况下就作出判决。然而,值得注意的是,在无法退回继续补充侦查或重新侦查的情况下,法官往往不会仅凭主观经验就轻易宣告当事人有罪。尽管他们可能受到“隧洞视野”的影响,但在面对证据不足的情况时,他们通常会更加谨慎,避免在没有确凿证据的情况下作出有罪判决。

三、内因外力的多重推动与思维观念的桎梏限制

法官对结论唯一性标准产生的认知偏差与错误适用,缘起于长期重视直接证据的法官还停留在绝对真实而非法律真实、绝对客观而非主客观兼顾的传统思维,^③归根到底,还是证据层面与事实认定层面出了问题。当然,证明标准的确立可以通过规范心证的形成过程来实现。心证的形成既是自由的,同时也需要遵循适当的逻辑规则和经验法则。如果心证形成的过程更加明确,同时也更充分地符合经验法则的评价,也就意味着证明标准所具备的可靠性更高。

(一) 规范层面:排除合理怀疑的界定不明确

由于排除合理怀疑这一证明标准依赖于法官的自由心证,难以直接量化为数字概率,因此对于法官来说,需凭自己的专业和职业素养以及多年的司法实践来进行适用才能有所作为。然而,每个人的专业素养和实践经历各有不同,不同的人对“排除合

① 参见周洪波:《中国刑事印证理论的再批判与超越》,载《中外法学》2019年第5期。

② 参见(2016)浙刑终296号。

③ 参见陈虎:《制度角色与制度能力:论刑事证明标准的降格适用》,载《中国法学》2018年第4期。

理怀疑”的理解也各有不同。法官在适用过程中更倾向于强调“排除”，而往往忽略了对“怀疑”的合理性进行分析和判断。因此，应将排除合理怀疑的推论过程完整地呈现在判决书中，否则会导致一系列适用问题的产生。如果不能明确界定该标准的具体含义，同样会引发问题。

剖析印证与证明标准在信念强度上的细微差异，有助于更清晰地理解两者之间的内在联系。在探讨印证的过程中，需警惕两大认知上的偏误。其一，将印证错误地视为采纳庭前证言及供述的绝对依据，这一观念忽视了印证作为证据评估工具时的复杂性和条件性。其二，在构建证据体系的过程中，将“被告人有罪”与“被告人无罪”这两种根本对立的证明标准相混淆，这不仅影响了对不利于被告人言辞证据的合理评估，导致对这些证据的信任度不合理地下降，进而放宽了对公诉定罪所需证明标准的严格性；同时，这种混淆还因设立了完全相悖的采信标准，使得被告人在庭审中的翻供几乎无法得到公正的考量与采纳。

（二）客观层面：证据的质量与数量无法保证

审查和判断证据的过程可以分为两个层面，即单个证据的审查判断及综合全案证据的审查判断。对证据进行审查和判断需要考虑两个方面的因素：质量和数量。质量指的是单个证据对事实主张的覆盖程度，即该证据能够支持多少个事实主张；数量指的是单个证据对事实主张的证实程度或概率大小，即该证据能够证明事实主张的确定性程度。就整个案件的证据来说，证据的质量表示该案件的证据涵盖了所有事实主张所需的信息。证据的数量表示事实认定结论不仅考虑了正向证据信息，还排除了反向证据信息的影响。在缺乏直接证据的场合，利用间接证据认定案件事实是司法实务中的一项难题。^①

近年来，毒品犯罪的隐蔽性和复杂性给证据的收集与审查带来了前所未有的挑战。在互联网和社交媒体的推动下，毒品交易手段日益翻新，使得毒品证据的获取变得愈发困难。这种困难不仅体现在证据的数量上，更体现在证据的质量上。一方面，毒品交易的买卖双方往往采用“人货分离”等隐蔽手段，使得毒品与毒资在时间和空间上实现错位，从而增加了证据收集的难度。这种交易方式不仅使得直接证据难以获取，还使得链条上游的共犯证据更加难以追踪和确认。这种情况下，证据的数量和质量都受到了严重影响。另一方面，毒品案件中常见的“幽灵抗辩”也给证据的审查和判断带来了困扰。犯罪嫌疑人往往会就主观犯意、免责事由或客观犯罪事实进行抗辩，这些抗辩往往缺乏直接证据支持，但却又可能对案件的认定产生重大影响。这种抗辩的存在使得证据的质与量更加难以保证，因为即使收集到了一定的证据，也可能因为抗

^① 参见杨波：《我国刑事证明标准印证化之批判》，载《法学》2017年第8期。



辩的存在而使得证据的证明力受到质疑。

（三）主观层面：认定案件事实的自由心证不足

心证的形成过程是一项格外复杂的思维活动，证据之间的关系往往并非一条直线式的“锁链”，而是一个错综复杂的证据网络。以表2中谢某贩卖、运输毒品案为例，此案运输故意存疑，疑点重重。具体而言，起初，谢某独自长途驾驶，也许是个性孤僻，也许精力充沛，抑或是想避开人群的目光。其次，谢某选择回避高速公路，绕道而行。这显示出他可能喜欢安静，抑或是避免触犯一些禁忌。这两个行为的结合，似乎显示他刻意回避监控，好像有些事情在隐藏之中。接下来，在安检时谢某表现得惶恐不安，这可能是因为回忆起了某些事情，或者看到了某个人，或者内心充满忧虑。被逮捕后谢某放声大哭，这可能说明他受到了刺激，抑或是释放内心的压力。这又与之前的行为相结合，显示出他之所以紧张恐慌，确实有一些东西藏匿在他的内心深处。最后，谢某否认知道麻古的味道，却忽略了账户中大量的资金转账，以及毒品包装上存在他的指纹。这一系列的迹象表明，谢某明知道这是毒品，并故意进行运输。由于推理过程的复杂性，现行法律规定和学术研究缺乏涉及证据评价的规则，法官在处理疑难案件时往往陷入混乱，造成主观归责和事实误判。

1. 证明思路的迥异和证明环节的缺失

通过分析那些成功判定被告人有罪的案件，可以发现，利用间接证据构建案件的关键在于如何彻底消除合理怀疑并构建一个完整且严密的证明体系。实践中，常见的证明模式遵循着“识别争议核心→应对争议核心→完成证明”的逻辑链条。然而，这一看似流畅合理的证明路径实际上却暴露出缺乏统一且系统的证明逻辑的问题。一方面，这种“发现问题、解决问题”的思维方式显得过于宽泛，不同案件的性质、具体情节以及证据的搜集方式等因素，使得利用间接证据进行证明的路径呈现出多样化的特点，缺乏必要的内在一致性。另一方面，证明活动过于聚焦于疑点的消除，却在一定程度上忽视了推论的形成过程以及推论体系的建构，导致原本应严谨遵循的“间接证据→形成推论→构建推论体系→排除合理怀疑→确认案件核心事实”的完整链条被简化为“排除合理怀疑→确认案件核心事实”的简化流程。这种证明路径的差异以及关键证明步骤的缺失，无疑削弱了最终证明结论的说服力。^①

2. 重视正面论证而忽视反面论证

法官对于证明被告人有罪的正面论证特别重视，但往往忽略可能表明被告人无罪的反面论证。证据之间存在相互印证关系，证据所指向的结果是唯一的，从而导致法官作出被告人有罪的判决。这种证据印证本身就有倾向性，倾向于支持犯罪事实成立的

^① 参见胡常龙：《走出刑事证明标准的几个理论误区——兼论刑事证明标准的设立基准》，载《法学论坛》2009年第5期。

证明论证。例如，在刘某运输毒品案中，法院在当时作出有罪判决，是基于正面论证的依据。各项证据之间存在逻辑上的印证规律，且没有无法解释的情况，能够排除合理怀疑，依此确认两名被告人犯罪事实成立。^①

四、间接证据证明标准的规范化进路

如前文所述，虽然“结论唯一性”的表述在理论层面是必要且合理的，但法官在具体案件适用排除合理怀疑标准时却陷入了“客观性迷思”。为了给法官指导证据审查、逻辑推理和证明标准，有必要明确客观真实和主观认知标准之间的差异。

（一）“结论唯一性”应理解为主观意义上的法律真实

尽管2021年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第140条刻意强调了搜集证据的真实性，即“据以定案的间接证据已经查证属实”和“据以定案的间接证据之间相互印证，不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问”，但这里的“唯一性”指的是法官主观认知的标准。^②在表3叶某走私、贩卖、运输、制造毒品案中，证明被告人有罪的主要证据是侦查人员在制毒现场提取到了犯罪嫌疑人的脚印以及在制毒工具上的指纹。由于制毒现场处于郊外的破旧厂房中，平日无人问津，因此法官推断现场脚印和指纹是被告人实施毒品犯罪时所留。这个事实认定包含了如下的推理：大前提——凡是在制毒现场中心部分留下新鲜脚印或指该地位置极为罕见的人就是制造毒品或运输毒品的人；小前提——本案被告人在制毒现场留下脚印和指纹且该位置是位于郊外的罕见地段；结论——本案被告人就是实施毒品犯罪的人。

在演绎推理过程中，重要的是大前提的可信度。尽管前文中的大前提是根据逻辑常识与实践经验得出的，但它并非绝对真实。它是一种基于经验总结的演绎推理大前提，属于“或许成立”的情况。此外，新鲜的脚印和指纹并没有一个确切的定义。法官未能确定那些指纹遗留的准确时间，也从侧面印证了间接证据认定案件事实存在一定偶然性。在前文的有罪判决案例中，可以将认定结论的确定性程度分为二级。第一级是确定性很高的案件。此类案件的间接证据包括被告人遗留在制毒现场的指纹脚印等痕迹物证、被告人处查获的制毒工具。第二级是确定性较高的案件。这类案件的间接证据包括被告人与同案犯的带有毒品犯罪敏感词汇的短信、录音或视频资料，以及被告人到案前后不明来源的高额收入。在这类情形中，法官如果综合全案证据情况，能够排除“被告人未参与毒品犯罪”的合理怀疑，那么仍然可以达到“唯一性标准”，相反作出有利于被告人的认定。申言之，虽然确定性程度有时不同，但若法官在判

^① 参见（2013）渝四中刑初字第00007号。

^② 参见周洪波：《刑事证明标准问题之争中的四大误区》，载《清华法学》2008年第5期。



定被告人有罪时能排除合理怀疑，就可以认为“结论具有唯一性”。^①

（二）动态审查间接证据的真实性与关联性

刑事案件尤其是毒品刑事案件的证据审查不能仅停留在证据种类的静态审查，即对物证、书证以及电子证据是否真实与合法所进行的审查，应转向证据推理的动态分析进路。法官首先要审查间接证据的真实性，对戴着伪科学帽子的证据要认真审查，辨别真伪。具体而言即应分析间接证据是否存在矛盾，简单可以概括为：相互矛盾必有一假、与众证矛盾多为假证、与事实矛盾定属假证，要达到自身统一、相互统一和全案统一。^②

在事实认定的严谨流程中，首要的是确保遵循证据裁判的严格要求，这就依赖于完善的证据规则和程序规则所提供的检验机制。无论是直接证据还是间接证据，只要它们被选定为案件裁判的依据，都必须经过法庭调查这一关键环节。在这一环节中，控辩双方会展开充分的示证、质证以及辩论，以此对证据进行全面而深入的检验。为了进一步增强证明标准的实践应用性和可操作性，可以探索采用更加参与式、直观化的诉讼证明程序。这样的程序不仅能够促进诉讼过程的透明度，还能有效提升事实认定的准确性和公正性。另外，基于证据的真实性，法官不能局限于单个证据的证明力，而应综合评价全部证据特别是主要证据的完整性。在涉及毒品的案件中，即便毒品本身未被实际查获，毒品相关事件发生时也必然会在环境中留下其他痕迹或信息。依据“证据之镜原理”，每一条作为证据的信息，都如同一面镜子，能够反映出毒品要件事实中的某个局部情况或片段。当收集到的信息量足够丰富，形成了足够清晰且详尽的片段图像时，这些片段就有可能相互关联、相互印证，共同构建出“毒品要件事实”的完整图像。这一构建出的图像与过去实际发生的客观事实之间的吻合程度，不仅依赖于证据的数量、相关性及其质量等内在因素，还受到认定者如何采信或排除证据的主观态度的影响。此外，认定者的逻辑推理经验以及将各个片段图像综合起来以还原事实的综合判断能力，也是决定图像准确性的重要因素。^③

综上，在没有明确证据可以充分证明某一关键事实的案件中，法官可以综合审查所有的证据，并根据证据组合的整体证明力来作出有罪或无罪的判决。

（三）统一直接证据与间接证据的证明标准

在判定被告人是否有罪的过程中，一个至关重要的环节是确认间接证据是否达到我国刑事诉讼所规定的证明标准。然而，在阐释间接证据使用规则时，发现对证明标准的理解存在偏差，这恰恰是造成利用间接证据定案面临挑战的一个关键原因。鉴于

① 参见据明亮：《证明困难视阈下的事实认定与刑事推定》，载《政治与法律》2020年第2期。

② 参见杨淮陌：《刑事诉讼中事实认定的逻辑思维及应用》，载《法律适用》2018年第11期。

③ 参见包涵：《运输毒品罪的立法扩张与司法限制》，载《中国刑事法杂志》2021年第1期。

此,亟需重新审视并明确间接证据定案规则中的证明标准。现行规定对证明标准的把握给出了多重视角:不仅从客观的角度要求证据的数量和质量,而且主观上将排除合理怀疑作为客观标准的把握尺度,应当从主观和客观、正向和反向两个方面来理解现有的证明标准。旨在改变案件认定中双重证明标准所依据的直接和间接证据,以更高的证明要求运用间接证据定案。除考虑间接证据证明内容的局限性和证明过程的复杂性外,主要是出于对推论环节的不信任,对可能引发事实认定错误的推论的担忧。无论是依靠间接证据还是直接证据进行认定,事实认定错误的风险都是存在的,并不因为有了直接证据而减少。^①

实际上,在众多冤假错案中,直接证据往往成为问题的症结所在。因此,为了破解间接证据定案规则适用困境,亟需统一依靠间接证据和一般证据的定案标准,力求减少误判的发生。为了发挥间接证据独立定案的功能并解决间接证据定案的困难,必须突破传统的印证证明模式的限制,深入理解间接证据的本质,充分发挥推论在运用间接证据定案中的作用,采纳更符合间接证据证明特性的体系证明模式。^②

(四) 运用逻辑经验推定事实

为了有效发挥间接证据在独立定案中的作用,并克服其在定案过程中的困难,必须摒弃传统的印证证明模式,深入探索间接证据的本质特征。这要求充分认识到推论在运用间接证据定案中的核心价值,并采纳一种更加贴合间接证据证明特性的体系证明模式。一方面,需要对每个间接证据进行深入分析,明确它们各自所能证明的间接事实。在这一过程中,应通过证明或推论来建立这些间接事实与案件要素事实之间的逻辑联系,从而逐步推导出案件的主要事实。在当前现实环境下,很难完全忽视或否定间接证据在定案中的重要作用。另一方面,在构建“推论”模式时,“推论链”的概念尤为关键,它紧密契合了利用间接证据证明案件主要事实的过程。可以先以各个要素事实为基础,构建一系列推论短链。随后,通过进一步的推论,将这些短链连接起来,形成对案件主要事实的完整推论长链。此外,也可以直接从某个要素事实出发,构建多条关于案件主要事实的推论长链。在构建完成后,对这些长链进行对比分析,并根据实际情况进行调整,最终确定一条最为完整且合理的推论路径。

1. 证明规则缺失与模态推理

所谓“模态推理”^③,在毒品犯罪法律应用中主要涉及对案件事实的逻辑分析和法律规范的解释。在毒品犯罪案件中,证据的收集、分析和逻辑推理对于确定犯罪事实和适用法律至关重要。模态逻辑扩展了经典逻辑,增加了模态运算符来表达命题的模

^① 参见刘晓丹:《刑事证明标准的维度分析》,载《中国刑事法杂志》2016年第3期。

^② 参见张喜、郭洁璐:《刑事间接证据定案功能研究》,载《人民检察》2015年第20期。

^③ “模态推理”是陈述事物情况必然或可能性的推理,分为必然肯定、必然否定、可能肯定、可能否定推理。存在上反对、下反对、矛盾、从属四种关系。



态特性。

以李某制造毒品案为例，该案中共查处 5000 克毒品，同案交代李某还曾 4 次贩卖毒品共计 2000 克，但李某却坚决否认称其均不在场。^①此案，可以先从命题着手，步步着实：首先，赵某的证人证言→李某与毒品杨某商议拿货事由→王某供述→李某多次向杨某购买毒品。上述二者前后衔接，可推知李某“可能多次贩卖”的命题为真；既然可能 P 与必然非 P 构成矛盾关系，前者为真后者为假。所以，“可能多次贩卖”是真必然可以推出“必然多次未贩”为假；其次，李某与同案犯频繁联络，同案供述李某多次指示购买运输，二者相互印证。加上李某因涉嫌贩毒被抓，可以推定“可能多次贩卖”是假。同理，可能非 p 与必然非 P 构成矛盾关系，前者为假后者一定为真，由“可能多次未贩”是假，推知“必然多次贩卖”为真。最后进行反向验证。必然 P 与可能 P、可能非 P 与必然非 P 均属从属关系，前者为真后者定真，后者为假前者亦假。上述“必然多次贩卖”与“可能多次贩卖”同真，后者为假前者亦假。上述“必然多次贩卖”与“可能多次贩卖”同真、“可能多次未贩”与“必然多次未贩”是假、“可能多次贩卖”为真与“可能多次未贩”是假，没有逻辑冲突。^②

2. “主观恶性”的演绎推理

在探讨刑罚裁量时，“主观恶性”作为重要的考量因素，往往需要通过详尽的客观细节来推导。以下通过唐某运输毒品案和周某制造毒品案，详细展示这一过程。

唐某案中，唐某声称其受杜某指示运输毒品，并有酒店住宿记录作为佐证，这增强了其因受雇而外出运输毒品的合理性。进一步，唐某提到杜某承诺支付其高额的 1000 元作为辛苦费，这在当时的社会背景下实属不菲，进一步支持了唐某可能因经济诱因而受雇犯罪的推断。再者，唐某在到达目的地后迅速计划离开，且期间与杜某无频繁联系，这不符合典型“贩卖毒品”模式中的紧密联系与持续沟通，从而削弱了唐某直接参与贩卖活动的嫌疑。^③综上所述，通过这些客观细节的演绎推理，可以推断唐某在本案中的“主观恶性”相对较低，更可能是一个受雇运输者，而非直接参与贩卖的主犯。

又如黄某制造贩卖毒品案。黄某举报刘某制毒，而刘某到案后供述均由周某策划。其一，涉及租赁厂房的事项。证人证实郑某通过介绍帮助租借了马某的宅院，并且支付了租金。其二，涉及购买车辆的情况。证据包括证人证言以及车辆转让协议，郑某黄某与他人联系并出资购买了车辆。其三，涉及原料的采购。证人证言及购货清单白条可以证明黄某亲自去验货并付款提取了原料。其四，涉及招聘人员的情况。证据证

① 参见 (2017) 琼 96 刑初 21 号。

② 参见罗维鹏：《论刑事证据的概率分析》，载《证据科学》2023 年第 2 期。

③ 参见肖先华主编：《毒品犯罪办案指引》，中国检察出版社 2022 年版，第 475 页。

实黄某与证人见面后承诺了支付工资的事宜。其五，涉及存储成品的事项。记账纸片、提取笔录、扣押物品清单以及黄母的证言都证明了黄某全部收到了毒品并将其隐藏以待出售。^①综上所述，黄某全身心地参与且紧密连接着犯罪的每个环节。尽管每个阶段的任务不同，但周某一直都是不可或缺的存在。如果没有周某，则缺少了原料、人员及销售渠道，那么毒品制造过程将无法进行。因此，黄某是整个制毒过程中的关键人物，其制毒事实是确凿无疑的。通过对两个案例中客观细节的深入分析和演绎推理，可以清晰地看到不同犯罪嫌疑人在案件中的“主观恶性”差异，从而为刑罚裁量提供更加科学、合理的依据。

结 语

在新型毒品种类层出不穷、运输方式日新月异的背景下，毒品犯罪司法实践中间接证据占据了举足轻重的地位，法官在面临毒品“不在场”证据及“主观明知性”的认定时，面临着前所未有的挑战。“结论唯一性”作为一种理想化的证明标准，其初衷在于为法官提供更为清晰、明确的思维路径，以确保证明过程的严谨与结论的确定性。然而，实践中却出现了将该标准过度拔高，甚至误用为绝对化要求的倾向，这不仅未能有效辅助法官作出公正裁决，反而可能限制了其合理判断的空间。通过实证分析，发现部分法官在运用间接证据认定毒品犯罪事实时，过分拘泥于客观层面的绝对真实，忽视了间接证据本身的特性及其相互间的逻辑关系，未能充分发挥间接证据在构建案件事实中的重要作用。因此，应转变理念，重新审视“结论唯一性”与排除合理怀疑之间的关系，将其视为相辅相成的证明标准，显得尤为重要。具体而言，法官在毒品犯罪案件的审理中，应首先树立动态审查的观念，不仅关注间接证据本身的真实性，更要注重其关联性、系统性和逻辑性，通过全面、深入的审查，构建起完整、连贯的证据链条。其次，法官应善于运用逻辑推理、常识判断及情感共鸣等多种手段，对间接证据进行综合分析，以最大限度地还原案件事实真相。最后，在自由心证的运用上，法官应秉持公正、客观、理性的原则，确保惩治犯罪与保障人权、公正与效率的有机统一。

（责任编辑：王文斌）

^① 参见（2019）渝06刑初97号。



刑辩实质化与当事人权益最大化的困境与实现

赵树芬 钟春雷*

内容摘要：在刑事诉讼中，辩护旨在确保当事人获得最有利的刑事评价，全面维护其合法权益。然而，实践中存在辩护人辩护能力差异大、对审前辩护重要性认识不足，以及辩护人与当事人间信息不对等问题。这些问题导致审前辩护被轻视、律师职业伦理出现异化、当事人对辩护目标的决定权未获尊重，进而削弱了刑事辩护在保障当事人权益方面的实质作用。鉴于此，司法体系需为当事人权益最大化提供更多支持，构建辩护人有效辩护机制，加强控辩双方互动，并推行分层次的有资质律师参与辩护制度；完善当事人充分参与辩护的机制，强化其自主辩护权，确保其对辩护方向的决定权；同时，建立辩护人退出机制、当事人权利司法救济机制及不合格律师惩戒机制，以拓宽当事人权益的救济途径。

关键词：刑事诉讼 刑辩实质化 当事人权益最大化 权益救济

引言

在刑事诉讼的框架内，探究当事人（本文仅指犯罪嫌疑人、被告人）权益的本质及其最大化实现路径，是法学理论与实践亟需回应的议题。现行法律体系虽未对当事人权益最大化原则作出直接而详尽的规范表述，但学界对此问题的探讨却源远流长，自1979年《刑事诉讼法》颁布之初，便有学者前瞻性地倡导被告人合法权益的保障。^①此后，关于刑事辩护中当事人权益的研究蓬勃发展，形成了多元化的理论视角与实务探讨，有

* 赵树芬，山东省青州市人民检察院第二检察部主任，检察委员会委员，一级检察官；钟春雷，山东省青州市人民检察院第二检察部检察官助理。

① 参见吴磊：《划清有利被告论和保护被告人的合法权利》，载《法学》1984年第2期。

学者通过利益衡量原则提出当事人权益是独立化结构化的利益实体,^①也有学者提出对被追诉人进行权利救济。^②然而,相较于民商事领域对当事人权益的深入剖析与广泛研究,刑事领域内的相关文献多侧重于理论层面的价值探讨,而在概念界定、规范分析及制度构建方面则显得相对薄弱。

从目的解释来看,当事人权益实为“人权”在法律领域的具体体现与延伸,其根基深植于《刑事诉讼法》所确立的打击犯罪与保障人权双重目标之中。该法通过一系列具体条款,如第14条对辩护权及其他诉讼权利的保障,以及第37条对辩护人职责的明确界定,彰显了国家对于刑事程序中当事人权益的高度重视与切实维护。同时,从文义解释角度观察,当事人权益的最大化实现依赖于辩护人勤勉尽责的辩护行为,以及司法机关对当事人行使辩护权利的充分保障。“最大化”一词在此语境下,不仅象征着一种价值追求,更蕴含了事物发展的动态过程与辩证逻辑,即要求通过刑事辩护的实质化运作,促进控辩双方的良性互动,进而使当事人在刑事诉讼中获得最为有利的法律评价。这一过程跨越了刑事诉讼的各个阶段,尤其是以审判阶段为中心,但又不局限于庭审环节,而是贯穿于侦查、起诉、审判乃至执行的全过程,体现了对当事人权益全方位、多层次的保障。

近年来,我国司法改革持续深化,特别是在刑事辩护领域。2022年,“两高两部”《关于进一步深化刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的意见》要求进一步深化刑辩律师全覆盖制度,加强刑事案件犯罪嫌疑人、被告人人权司法保障。2023年,最高人民检察院、司法部、中华全国律师协会联合印发《关于依法保障律师执业权利的十条意见》,要求从加强接待律师平台建设等方面依法保障律师执业权利,从控辩互动角度为辩护人保障当事人权益提供了方向。这些举措不仅为辩护人履行辩护职责提供了更为坚实的制度支撑,也为当事人权益最大化原则的实现指明了方向。然而,实践中仍不乏刑事辩护虚化与异化的问题,亟需通过深化刑事诉讼制度改革,优化辩护职能的发挥,将“辩”与“护”紧密结合,真正实现当事人权益的最大化保障。

一、刑辩实质化在当事人权益最大化过程中的现实困境

刑事诉讼的各个阶段对辩护人的角色定位及其辩护要求呈现出显著差异。在审查起诉阶段,辩护人与检察机关的关系更倾向于一种协作与对话的模式,双方共同致力于案件事实的查清与法律适用的确定。然而,一旦案件进入法院审理阶段,辩护人与检察机关则明确地分立于控辩双方,与中立的审判机关共同构成传统意义上的控、辩、审三方格局。在此架构下,辩护人要充分发挥其刑事辩护职能,以最大限度地保障当事人的合法权益。然而,值得注意的是,辩护人在任何一个诉讼阶段的不当行为,都可能削弱其

^① 参见宁松、白彦:《刑事被告人基本理论研究》,中国检察出版社2007年版,第17-53页。

^② 参见屈新:《被追诉人的人权保障研究》,中国政法大学出版社2008年版,第9-23页。



辩护效果，导致当事人的利益无法得到充分保护。在实务操作中，存在着审前辩护力度不够、律师职业伦理被异化、当事人对其辩护目标决定权被不当干涉等问题。

（一）审前辩护的形式化

案例一：但某某开设赌场罪案。被告人但某某认罪认罚，辩护人作罪轻辩护。辩护意见如下：其一，但某某系初犯；其二，但某某认罪、悔罪态度良好，如实供述犯罪事实；其三，被告人但某某的经营场所是有营业执照的，经营范围是包括棋牌、餐饮；其四，该场所一直处于亏损状态，但某某及其妻子以用信用卡套现来维持经营；其五，但某某家庭经济困难，父母都患有疾病，女儿刚出生，需要其照料。综上，希望法庭对但某某从轻处罚。法院认为，被告人但某某的行为符合相关司法解释的规定，属于“提供棋牌室等娱乐场所只收取正常的场所和服务费用的经营行为”，其行为并不具备法律所规定的开设赌场罪的社会危害性、刑事违法性和刑事处罚必要性，故不构成开设赌场罪。综合全案，检察院指控被告人但某某犯开设赌场罪，罪名不成立；辩护人的辩护意见是基于被告人但某某构成犯罪为前提作出的；法院认为被告人但某某的行为不构成犯罪，故对辩护人的辩护意见不予评价。^①

该案暴露出审前辩护阶段存在的问题。首先，辩护人在审查起诉阶段未能充分履行其职责，缺乏深入会见当事人、细致审阅卷宗、积极调查取证以及全面了解相关法律与案例分析的必要步骤。这种对案件细节和当事人真实意愿的忽视，导致辩护人在法律意见书中的表述显得空洞且缺乏针对性，仅简单附和检察机关的指控并强调认罪认罚的态度，未能有效展现辩护的独立性与专业性。其次，庭审阶段，辩护人的辩护策略同样显得苍白无力。面对指控罪名，辩护人既未对罪名的成立提出有力质疑，也未就侦查、审查起诉过程中的程序正当性提出异议，更未对证据收集的合法性进行必要的核实。其辩护内容多限于重复起诉书中的既有情节，缺乏深度剖析与独特见解，使得辩护过程显得机械且缺乏实效。更为严重的是，这种审前辩护的形式化倾向，削弱了辩护本身的功能与价值，损害了当事人的合法权益。辩护工作本应贯穿于刑事诉讼的全过程，各阶段相互衔接，共同构建起保障当事人权利的必要防线。然而，当审前辩护被忽视或流于形式时，后续阶段的辩护工作便难以在坚实的基础上展开，难以实现当事人利益的最大化。

有学者在北京地区调研发现，在会见权上，仅有不到60%的律师行使会见权，有些律师只是选择性使用会见权，会见部分当事人，甚至不会见当事人，只有不足10%的律师经常会见当事人。在调查取证权上，进行全案调查的律师不足13%，调查案件流于形式，不调查、基本不调查、很少调查的竟高达70%以上。^②

（二）律师伦理的异化

案例二：李某伪造证据、妨害作证罪案。李某作为某案件被告人的辩护律师，在诉

^① 参见（2019）粤0606刑初789号。

^② 参见马明亮、张星水：《中国刑事法律援助的实证分析——兼述法律援助对现代诉讼制度的影响》，载陈瑞华主编：《刑事辩护制度的实证考察》，北京大学出版社2005年版，第168页。

讼过程中涉嫌伪造证据、妨碍作证罪。法院一审判处李某有期徒刑两年六个月，李某上诉，认为其行为不构成犯罪。二审开庭前，李某与两辩护人就行无罪辩护达成一致。然而，二审开庭李某突然认罪，服从一审判决，辩护人仍继续为李某做无罪辩护，并提出数个无罪辩护的意见。法院认为：辩护人辩护意见均不能成立，不予采纳；一审判决认定事实清楚，证据确实、充分，定罪准确，审判程序合法；二审中，上诉人李某尚能认罪，考虑到其认罪态度，依法可予从轻处罚；维持原判定罪部分，撤销原判量刑部分，判处李某有期徒刑一年六个月。^①

该案中，一个显著的法律伦理困境被凸显出来。当李某在庭审过程中突然认罪，与庭前与辩护人共同确定的无罪辩护策略相悖时，辩护律师未能及时调整辩护策略或申请休庭以重新评估辩护方向，而是坚持进行无罪辩护。这一行为不仅反映出辩护策略灵活性的缺失，更深层次地触及了律师伦理的核心——即对当事人忠诚义务的坚守。在此情境下，辩护人的持续无罪辩护不仅可能被视为对当事人当前意愿的忽视，更可能被视为对当事人权益保护责任的背离，甚至可能引发对辩护人是否故意将当事人置于不利境地的质疑。

尽管独立辩护理论为律师提供了在法律框架内自由表达观点的空间，但这一理论不应成为辩护人与当事人意见相左时坚持己见的绝对理由。律师作为当事人的法律代理人，其核心职责是确保当事人的合法权益得到最大程度的保护，而非脱离现实追求法律真实或公共利益。当辩护人的独立辩护观点与当事人当前利益产生直接冲突时，应优先考虑当事人的即时意愿和权益，这是律师职业伦理的基本要求。

因此，本案中的情况揭示了一个重要的伦理议题：如何在维护法律公正与尊重当事人权益之间找到平衡。过分强调辩护人的独立性，而忽视了与当事人之间的紧密联系和忠诚义务，可能会导致律师角色的异化，即从当事人的忠实守护者转变为某种意义上的法律裁判者，这显然违背了刑事辩护制度的初衷和律师职业伦理的基本原则。

（三）当事人辩护目标决定权的受限

案例三：高某某危险驾驶罪案。辩护律师欲劝高某某作无罪辩护，但高某某考虑到自己是知名人物，因而拒绝律师作无罪辩护而认罪，律师便作罪轻辩护。法院以危险驾驶罪判处高某某拘役六个月，并处罚金人民币4000元。^②

在高某某危险驾驶案中，当事人权益主体性的重要性及其辩护目标决定权的不可或缺性得以体现。当事人作为独立的权利主体，其诉讼地位决定了其有权自主决定辩护策略，这一权利不仅体现了刑事诉讼程序的公正性，也是实现当事人权益最大化的基石。本案中，尽管辩护律师基于专业判断认为存在无罪辩护的可能性，但高某某作为当事人，根据自身综合利益的考量，选择了认罪并接受罪轻辩护的策略，这一决定体现了他对社

^① 参见（2010）渝一中法刑终字第13号。

^② 参见高晓松危险驾驶案，载中国法院网2015年9月22日，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2015/09/id/1711443.shtml>。



会公众形象维护的优先考虑，而非单纯追求法律上的无罪判决。这一过程揭示了辩护人与当事人之间在辩护目标上的互动与协商机制。辩护人虽然拥有专业的法律知识，但其职责核心在于为当事人提供法律帮助，而非替代当事人作出决定。充分告知、尊重并征得当事人同意，是辩护人在提出辩护意见时应当遵循的基本伦理和程序要求。这不仅体现了对当事人主体价值的尊重，也确保了辩护活动的有效性和正当性。

此外，该案还揭示出律师与当事人之间的辩护目标可能存在差异，这源于他们对案件后果及其影响的不同理解。辩护人可能更注重法律层面的利益最大化，而当事人则可能从更广泛的社会、经济和个人形象等角度进行考量。因此，在刑事辩护过程中，确保当事人的知情权、参与权和决定权，是实现当事人权益最大化原则的关键所在。只有在充分尊重并保障当事人主体地位的基础上，才能确保辩护活动的有效性，促进司法公正的实现。

二、当事人权益最大化实现的障碍

保障当事人权益，有赖于庭审实质化，而庭审实质化的真正实现，则依赖于辩护人提供的高效、专业的法律帮助。然而，审视当前现状，存在多重因素阻碍了有效辩护的实现。辩护人的辩护水平参差不齐，缺乏对不尽职辩护的惩戒方式，辩护人对于刑事诉讼程序不同环节的重视程度存在偏差，当事人对自身所处境遇的认知不全面均导致预期的辩护效果难以实现。

（一）辩护人的能力和水平参差不齐，辩护质量有待提高

在刑事辩护律师已实现全面覆盖，且认罪认罚从宽制度广泛实施，其适用比率远超90%的当下，^① 辩护人应如何发挥辩护职能？伴随着法治社会的发展，我们已不再满足于每案有律师的基本配置，而是在实质上要求律师尽职尽责地完成有效辩护。然而，从刑事辩护面临的困境所反映出的律师辩护现状来看，如果不实质性提高律师辩护水平，通过庭审实质化保障当事人权益将难以真正实现。一方面，辩护人专业训练的不足使辩护效果存在差异。律师担任辩护人，只需要一年的律师事务所实习，取得执业证书后便可以接受委托独立地成为一名辩护人，相较于检察官、法官员额制度，辩护人的培养方式过于简单，缺乏大量的法律实务锻炼。即便辩护人主观上忠诚敬业，也难掩其在应对某些复杂案件时的捉襟见肘，无法找到案件可能存在的问题，更遑论说服检察官、法官接受其辩护意见。同时，这种辩护人培养方式在大规模适用认罪认罚从宽制度的背景下，使得辩护人倾向于认同检察机关的认罪认罚具结书，而不去深入挖掘案件中的疑难点和漏洞，以换取案件的快速处理。另一方面，律师惩戒制度不完善使得辩护人不尽责辩护难以被反制。虽然《律师法》对律师乱收费、不正当接触检察官、法官建立了明确惩戒

^① 数据显示，目前我国刑事诉讼中超过90%的犯罪嫌疑人在检察环节认罪认罚，一审服判率96.8%，高出未适用该制度案件36个百分点。参见《2024年最高人民法院工作报告》。

机制,但对于辩护人在案件中没有行使会见权、阅卷权、调查权导致辩护流于形式等行为现象未建立相应的惩戒规则,为部分辩护人的“道德滑坡”提供了空间。保障当事人权益的核心在于确保辩护人有效参与和深度介入各阶段的辩护,保障律师在疑难复杂案件中的辩护水平,同时,在律师出现不当辩护时能够及时进行有效司法救济,通过惩戒反制律师不尽责行为,以程序公正保障当事人权益。

(二) 辩护人对审前辩护价值的认知存在偏差

法国社会学家皮埃尔·布迪厄认为,每一个场域都是具有自身逻辑和必然性的客观关系,有自身的规则。^①刑事辩护并不局限于庭审环节,刑辩实质化的实现依赖辩护人、检察机关、审判机关在刑事辩护场域的合作与对抗。刑辩实质化要求辩护人深刻理解检察机关的职能,做好控辩双方的互动。如果辩护人思维偏执,未能充分理解“庭审实质化”“以审判为中心”的内涵,忽视审前辩护的功能和作用,在审查起诉阶段就可能难以认真行使会见权、阅卷权、调查权,未能提出合理的辩护意见,在检察机关适用认罪认罚从宽制度时未履行协商的义务,出现检察机关在适用认罪认罚案件时定性不准,量刑不当等风险,导致审判机关没有采纳其量刑建议。这可能导致当事人通过认罪认罚获得从宽处理的目的难以实现,也会让案件有走向延期审理、变更起诉之虞,延长案件进程,损害当事人的程序利益。

控辩平等理论认为,在刑事诉讼中,被告人作为当事人,在诉讼地位上不仅具有主体地位,而且在诉讼力量上应能与检察机关相抗衡,因此,在诉讼权利上两者应处于平等对立的地位。^②在司法权配置中,唯独检察权覆盖刑事诉讼各个阶段,制约侦查,启动审判。检察机关处于程序的关键节点,在法理层面上隔断了侦查机关与审判机关的直接联系。针对侦查部门,检察机关能够发挥逆向作用,促进与辩护意见相关的问题回溯至侦查阶段进行进一步审查与确认;面向审判部门,检察机关通过灵活调整对侦查活动的监督力度,能够引发不同的程序效应,进而调控进入审判阶段信息的品质与数量。此外,检察机关在内部还肩负着决定是否提起公诉及提出量刑建议的重要职责。^③辩护人如果过度重视法庭审理环节,成为了辩护人不实质参与审前辩护的借口,审前辩护失当,刑辩实质化就可能成为空谈,当事人不得不承受审前辩护流于形式的后果。辩护人从单一关注“以审判为中心”到重新认识检察权的价值,并转向对当事人权益最大化的实现至关重要。当事人权益最大化的实现需要刑事诉讼纵向各阶段的程序共同发挥作用,而作为控辩双方之一的检察机关系三机关中唯一在不同环节扮演不同角色并发挥不同功能的主体。“检察官既不是一个偏袒者,也不是一个超然的法守护者,而是案件结果的塑造者。”^④因此,辩护人应认识到检察权在审前阶段对庭审环节的重要塑造作用,通过审前

① 参见[法]皮埃尔·布迪厄、[美]华康德:《实践与反思:反思社会学导引》,李猛、李康译,中央编译出版社1998年版,第134页。

② 参见冀祥德:《控辩平等论》(第二版),法律出版社2018年版,第74页。

③ 参见许身健:《认罪认罚从宽制度中的诉辩伦理》,载《中国政法大学学报》2023年第5期。

④ 参见[德]托马斯·魏根特:《检察官作用之比较研究》,张万顺译,载《中国刑事法杂志》2013年第12期。



辩护,启动检察权的不同程序,避免陷入案件的“同一条河流”,实现当事人的个案利益。

(三) 信息不对称与沟通障碍

知情权的充分保障是确保当事人能够衡量自己下一步辩护目标的前提。鉴于大多数当事人受限于文化水平,对自身涉嫌罪名及处境只有大致的了解。当事人的知情权有两大来源:一是检察机关的告知义务。检察机关有义务明确告知当事人认罪认罚的程序及其相应后果,根据相关法律依据向被告人告知认罪认罚背景下的量刑建议,使其对整个程序完整知情。二是辩护人的积极作为。辩护人的充分行使权利,确保当事人清醒认知到自己处境,尊重当事人的辩护目标决定权。在审查起诉环节,往往是检察官在受理案件后,依照程序进行若干次讯问,后预先拟定好案件的罪名和量刑建议,再征求当事人的意见,询问其是否同意。如果当事人不同意,则检察官可能会提出更重的量刑建议。在这种心理压力下,如何保障当事人能够从检察机关这里完整了解到其案件的情况以及自身处境?通常而言,当事人更加依赖辩护人,正如忠诚义务理论强调辩护人对当事人保持积极的尊重,保障当事人对于案件进程知情权,维护其利益,包括案件方面与非案件方面,及时有效地告知辩护思路,并就辩护观点进行协商和讨论,对于当事人不切实际的辩护目标或不合理行为进行劝导,在审查起诉阶段积极代表当事人与检察机关沟通,实现有利于当事人的认罪认罚。^①如果辩护人不认真履行审前辩护相关义务,律师伦理无法实现,导致当事人知情权无法保障,那么当事人的辩护目标决定权将形同虚设。

三、刑辩实质化在保障当事人权益最大化中的实现策略

司法实践中,贯彻当事人权益最大化原则需要从提高刑事辩护人有效参与辩护水平、保障当事人本人辩护参与、完善当事人权益救济等三个层面进行规范。

(一) 构建辩护人有效辩护机制

1. 分层次地贯彻有资质的刑辩律师全覆盖机制

当事人权益的最大化实现与辩护律师的专业能力紧密相关,刑辩律师全覆盖制度虽有效解决了当事人因经济困难或其他原因而缺乏律师辩护的问题,但尚不足以确保每位当事人都能获得高质量的辩护服务。鉴于此,在全面推行刑辩律师覆盖的基础上,应进一步探索并实施针对特定案件的资深刑辩律师全覆盖机制。2021年颁布的《法律援助法》,明确将可能被判处无期徒刑、死刑的被告人,以及死刑复核案件的被告人作为优先享受资深刑辩律师援助的对象,并规定指派律师需具备三年以上相关执业经验,这一规定为提升辩护质量树立了标杆。随着国内辩护律师群体的日益专业化和专注于特定案件类型的律师事务所数量的增长,逐步拓宽资深刑事辩护律师的服务范围显得尤为必要。首要步骤是将其覆盖范围扩展至由中级人民法院担任一审的案件,并赋予法院对当事人自选

^① 参见郭恒:《辩护律师忠诚义务论》,对外经济贸易大学2019年博士学位论文。

辩护人的资质进行审查的权力，旨在保障辩护服务的质量。此外，这一模式应进一步推广至中级人民法院及以上层级法院依据审判监督程序审理的案件，以及上诉至这些层级法院却缺乏有效辩护的案件。

此扩展策略基于两大核心考量：一方面，我国多数刑事案件在基层法院完成审理，而中级人民法院审理的案件往往案情错综复杂，社会关注度更高。在这些案件中实现资深刑事辩护律师的全覆盖，有助于实现案件的繁简分流，从而优化司法资源的配置效率。另一方面，中级人民法院一审、二审及再审的案件，不仅案情重大复杂，事实争议频繁，且量刑结果往往更为严厉。将这些案件交由具备深厚经验和卓越专业能力的资深刑事辩护律师代理，不仅能更有效地维护当事人的合法权益，还能确保宝贵的高素质刑事辩护资源得到最为合理的分配，最终实现辩护效果的最大化。

2. 打造控辩两造的良性互动关系

“无论从哪方面讲，公诉人与律师都不是简单的控辩关系、对抗关系。”^① 在审前辩护中，作为法律职业共同体的成员，控辩双方在价值目标上具有共同性、一致性，都追求个案公平正义。因此，控辩双方存在对话与合作的基础。^② 对辩护人而言，庭审的本质不是保护当事人权益的“开始”，而是审前辩护成果的“再确认”。因此，辩护人对于控辩互动的认知转向对在审查起诉阶段维护当事人权益的实现至关重要。检察官立场使得控辩双方在“刑事辩护权是当事人人权的必要延伸”的观念上达成一致，可以形成“对抗不对立，交锋不交恶，质证而不争执”的良性互动关系。^③ 因此，在审查起诉阶段，辩护人充分行使其权利，以增强审前程序的对抗性，并确保当事人在充分了解情况的基础上，积极参与案件进程。辩护人积极与检察机关沟通案情，致力于构建一个实质上侦辩双方平等对抗的平台，确保检察机关保持中立立场，有效连接侦辩双方。在此基础上，检察官能够在充分听取辩护人意见后，做出更为公正合理的判断。同时，进一步细化值班律师的帮助制度。即便是在签署认罪认罚具结书的过程中，值班律师也会与当事人进行深入沟通，充分了解其真实意愿，避免仅凭认罪认罚具结书“一面之词”做出决定。此外，将可能引发量刑争议的问题提前至审前程序中进行讨论和解决。辩护人在此阶段主动发挥作用，努力推动被害人谅解、达成调解协议等从宽情节的尽早实现，从而降低对当事人适用有期徒刑的可能性，并破解逮捕社会危险性中的刑罚条件，即通过降低刑罚条件对逮捕适用的决定性作用，从而降低犯罪嫌疑人因可能判处徒刑以上刑罚而被逮捕的风险。这一举措有助于减少不必要的审前羁押，为公诉裁量权的行使减轻负担，同时也为当事人争取更多权益提供了空间和可能。

（二）强化当事人辩护充分参与机制

当事人作为案件的直接涉事者，不仅是案件真实情况的首要知情者，也是自身利

① 王治国、郑赫南：《着力提升公诉理念 充分发挥公诉职能 维护国家安全稳定 促进严格公正司法》，载《检察日报》2015年6月5日，第1版。

② 参见兰跃军：《刑事辩护全覆盖背景下新型侦辩、诉辩和审辩关系》，载《学术界》2018年第6期。

③ 参见卫跃宁：《庭审实质化的检察进路》，载《中国政法大学学报》2016年第6期。



益最直接的关切者与最佳判断者。与当事人的交流越充分，辩护人所作出的辩护策略也就越能最大限度地维护当事人的权益，深化和完善当事人充分参与机制的重要性不言而喻。

1. 完善当事人的自主辩护权

当事人的自主辩护权和辩护人辩护权相对应，互为补充且不可替代。^①为改变当事人在辩护过程中常处于被动地位的现状，应赋予并鼓励当事人积极行使其“第一性辩护权”。以会见权为例，在传统程序中，当事人若欲主动行使会见权，需先通过办案机关或监管场所向辩护人传达会见意愿，以便双方安排会面。针对此现状，制度设计上应有所革新，将会见权不再视为辩护人的专属权利，而是允许当事人在提出申请的基础上同样享有。在行使时间的界定上，自当事人首次接受侦查机关讯问或被采取强制措施之日起，即应赋予其行使会见权的权利。此时，侦查机关有责任告知当事人其有权委托辩护人，并有权主动要求会见辩护人。同时，办案机关、监管场所等需积极为当事人的会见申请提供便利，包括代为通知辩护人及时到场，确保会见过程的顺利进行。当事人主张自主性辩护权，辩护人拒不履行该对应的法定义务时，辩护人的行为足以构成违约或者职业失信行为，^②为当事人后续解约、投诉乃至请求重新审理提供依据。

2. 强化当事人对辩护方向的主导权益

在独立辩护理论的背景下，辩护人有时可能过度认为自己是当事人权益的最佳守护者，忽视了当事人的主观意愿。为反驳这一偏见，可以借鉴医患关系中的知情同意原则，即医生必须全面告知病情并评估多种治疗方案，未经患者或其监护人同意擅自决定治疗方案可能面临法律责任。将此原则类比至辩护人与当事人的关系，可以发现，以当事人缺乏专业知识为由剥夺其作出利益最大化决定的能力是站不住脚的。辩护人应转变为案情沟通者、策略规划者、方案评估者以及当事人所选辩护方向的忠实执行者。在辩护初期，双方就应明确辩护思路的决定权归属，以减少后续可能出现的观点分歧。

然而，强调当事人对辩护方向的主导权益并不意味着辩护人要无条件服从当事人的所有意愿。若当事人拒绝接受辩护人基于事实依据提出的合理建议，转而提出不切实际、可能损害当事人、辩护人、他人合法权益或社会公共利益的辩护思路，辩护人有责任进行劝阻并记录在案。若劝阻无效，辩护人应慎重考虑是否继续为该当事人提供辩护服务。辩护人退出辩护可以作为最后的劝阻手段，但是辩护人的劝阻义务不得成为诱导当事人作出不符合其利益最大化决策的手段，辩护人不得利用信息优势诱导当事人选择辩护人所倾向的辩护意见，也不得对案件存在的任何风险通过夸大或者隐瞒的方式欺瞒当事人，从而误导当事人的选择。^③

① 参见陈瑞华：《刑事辩护的理念》，北京大学出版社2017年版，第271页。

② 参见陈瑞华：《刑事辩护的理念》，北京大学出版社2017年版，第273页。

③ 参见吴纪奎：《从独立辩护观走向最低限度的被告中心主义辩护观——以辩护律师与被告之间的辩护意见冲突为中心》，载《法学家》2011年第6期。

（三）完善当事人权益救济机制

为确保当事人权益得到充分保障，需构建一套全面的救济体系，涵盖辩护人退出机制、当事人权益司法救济机制及不合格律师惩戒机制，以有效应对不尽责辩护带来的潜在风险。

1. 优化辩护人退出机制

在辩护律师办理刑事案件的过程中，应当防止其无正当理由随意退出辩护。当辩护人与当事人无法达成一致时，如果勉强坚持辩护，也不利于维护当事人权益，为此应完善辩护人的退出辩护机制。

第一，构建辩护人退出前的预防与调解机制至关重要。为了预防辩护冲突，应明确辩护事项决定权的归属，并建立一套机制，规定在何种特定情况下辩护人有权或应当考虑退出辩护。在庭审准备阶段，辩护人需充分履行其“指导”职责，确保当事人能够理解并配合其辩护策略，从而最大化当事人的辩护利益。若庭审过程中双方辩护意见出现严重分歧，可能削弱辩护效果或危及当事人权益时，当事人、辩护人及公诉人均有权请求法官休庭。法官亦应主动行使庭审管理权，询问当事人是否需要暂停庭审以与辩护人进一步沟通。此外，当两位辩护人之间出现意见分歧时，法官亦应征求当事人的意见，以决定是否继续当前庭审或休庭让双方重新整理辩护观点。

第二，强化辩护人退出后当事人的权利保障体系同样不可或缺。现行法律虽已规定被告人在审判过程中有权当庭拒绝辩护人的辩护，并制定了庭外拒绝辩护的相关规则，但存在待完善之处。具体而言，对于可选择是否拥有辩护人的被告人，法律限制其只能拒绝辩护两次，之后则需自行辩护；而对于必须拥有辩护人的被告人，其拒绝辩护的机会则更为有限，仅有一次，之后必须另行委托或接受指定辩护。这种规定不仅可能导致控辩双方地位失衡，还可能使辩护人在失去当事人信任的情况下继续辩护，其效果自然大打折扣。更为严重的是，这种规定还隐含着一种悖论：即必须拥有辩护人的被告人在辩护权上相较于可选择是否拥有辩护人的被告人反而受到了限制，这与他们的实际情况相悖。因此，为了保障当事人在拒绝辩护后仍能享有完整的辩护权，应取消对当事人当庭拒绝辩护次数的限制。为防范恶意拖延诉讼的行为，对于有证据证明当事人通过拒绝辩护的方式故意拖延诉讼时，法官应有权予以制止，对其拒绝辩护权的滥用进行限制，确保从严把握。^①

2. 深化当事人权益司法救济机制

“我们可能假定辩护人总是称职和勤勉的，但是这仅仅是对抗制司法逻辑的理想观念而已。在现实世界并存着律师的好与坏、勤勉与懒惰。”^② 律师不尽责的行为不一定会引起当事人拒绝辩护，但会导致当事人权益最大化原则难以在这种不尽责辩护中得到贯彻，即使案件判决得当，当事人的程序利益也会被辩护人的行为所侵害。与其借鉴无效

^① 参见吴超：《浅议犯罪嫌疑人、被告人拒绝辩护制度》，载《中国检察官》2018年第1期。

^② 参见林劲松：《美国无效辩护制度及其借鉴意义》，载《华东政法学院学报》2006年第4期。



辩护制度，将律师的辩护不力行为作为撤销原判、发回重审的条件，通过强化内部惩戒保护当事人权益，不如给刑辩律师更加“宽容”的执业环境，通过解释论的方式，对辩护人的辩护不力行为进行分类，通过对当前权利救济框架进行解释使当事人权益得以实现。

首先，由于辩护人的辩护权遭受司法机关的干预未能完全实现导致的辩护不力，如辩护人的会见、阅卷、调查权以及当事人的自主性辩护权由于司法机关的违法限制未能完全行使等，都可以根据《刑事诉讼法》第238条第3款的规定，将司法机关的行为认定为剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，撤销原判，发回重审，为当事人提供后续的程序补救。

其次，由于辩护人自身原因导致的辩护不尽责，且这种不尽责行为违反了法定程序，比如同时代理了两个利益冲突的案件、没有按照规定行使辩护权，依据《刑事诉讼法》238条第5款的规定，违反法律规定的诉讼程序的可以撤销原判、发回重审。对于违反法律规定的诉讼程序依法进行扩大解释，违法行为可以是作为的，也可以是不作为的。

再者，由于辩护人自身原因造成的辩护不尽责，导致案件事实不清、证据不足，一审法院作出了不利于当事人的判决，当事人的实体、程序利益均受到严重损害的，二审法院根据《刑事诉讼法》第236条第3款规定，可以撤销原判、发回重审或者启动庭外调查核实程序，依法改判。

最后，针对辩护人因个人因素导致的辩护失职，若该失职未触犯法定程序，也未造成案件事实模糊或证据缺失，进而未影响当事人的实体及程序权益，但辩护人可能因此构成违约。比如，辩护人主张轻罪辩护而法院最终判决无罪，此类情况可被视为辩护效果欠佳的一种体现。在此情形下，当事人有权采取两种途径追究责任：一是通过民事赔偿途径，依据双方合同中的违约条款寻求法律救济；二是启动职业纪律处分程序，鉴于辩护人未能充分履行辩护职责，未达到专业标准，司法局或律师协会可依据职业伦理规范对辩护人实施处罚。此外，为防范此类不称职辩护行为再次发生，相关监管机构可考虑建立“辩护不力律师名录”，以此作为警示，保护其他潜在当事人的合法权益不受侵害。

3. 构建与完善不合格律师惩戒机制

为了有效提升法律服务质量，保护当事人合法权益，需探索并构建一套由司法局主导、以当事人权益最大化为核心原则的律师考核评估与惩戒体系，通过全面、细致的监督与管理，确保辩护律师在办案过程中的每一步操作都能得到规范与约束。

应先将所有辩护律师的办案步骤录入律师执业信息系统，并上传经当事人签字确认的纸质或电子信息材料，以此作为律师实际履行必要职责的直接依据，并作为后续质量评估的基础材料。在此基础上，还应设立一套科学合理的考核评估指标，其中既包含常规加分项，也设定一票否决项。律师的行为一旦触及一票否决机制，便立即启动违规辩护的认定程序，并同步触发利益救济与惩戒流程的开展。

针对不合格律师的惩戒，构建多元化、分层次的惩戒机制。具体包括：

(1) 行业内部考核与惩戒。细化律师考核与惩戒的启动条件，确保考核与惩戒的公

正性、合理性与可操作性。考核与惩戒的启动既可以基于司法局的职权,也可以依据法院、检察院的正式建议,或者当事人的合理申请。对于存在一票否决行为或案件总体考核不合格的律师,在律师信息系统中予以明确标注,并依据《律师与律师事务所违法行为处罚办法》等相关法律法规进行严肃处理。对于多次出现不合格案件且造成严重后果的律师,将采取暂停执业直至禁止从业的严厉措施。

(2) 民事赔偿制度。基于合同严守的原则,若因辩护律师的个人行为导致当事人权益受损或履约不当,当事人有权依法向律师主张民事赔偿。为减轻当事人的举证负担,可依法适当倒置举证责任,确保当事人能够迅速获得应有的救济。这种快速、高效的惩戒方式不仅有助于维护当事人的合法权益,还能有效倒逼辩护律师在辩护活动中尽职尽责并妥善保存相关证据。

(3) 司法惩戒措施。在特定情况下,如因辩护律师个人原因导致法院司法救济功能受阻等,法院有权对律师进行训诫、罚款等司法惩戒,并将相关情况通报给所属律师协会,建议启动更为深入的考核与惩戒程序。这一措施旨在通过司法的权威性与强制性,进一步规范律师行业的执业行为。

需要强调的是,惩戒机制的构建与完善必须建立在合理、公正的基础上,绝不能滥用。只有当律师确实损害了当事人权益或存在明显的不尽责、违约等行为时,才能依法依规启动相应的惩戒程序。同时,也应充分尊重当事人的诉讼权利与意愿,避免因对诉讼结果的不满而随意提起惩戒请求。

结 语

党的二十届三中全会提出要坚持正确人权观,加强人权执法司法保障。本文以此为出发点,探讨了人权视角下特别是在刑事辩护实质化进程中,当事人权益在司法实践中所面临的挑战与困境。厘清成因并提出强化当事人权益的进路,既有利于强化当事人与辩护人之间的信任与配合,也有利于构建控辩双方良性互动,还能够对现有司法制度的基础上为保障当事人权益提供更多的实现方式。然而,必须清醒地认识到,实现当事人权益最大化的原则是一个复杂且持续演进的过程。从当事人有权获得辩护到当事人有权获得有效辩护,代表了刑事辩护制度发展的两个阶段,本文仅从刑事辩护角度对落实当事人权益最大化原则进行了初步构想,在具体措施的实现、机制的建设上尚需要进一步深化细化。社会科学的研究往往追求普遍适用的规律与方法,但现实世界的复杂性与多变性提醒我们,任何方法或理论都不可能一劳永逸地解决所有问题。每个历史阶段都有其独特的挑战与机遇,刑事司法活动亦不例外,不断解决新问题、提出新思路,才是刑事司法活动永不停歇的实践追求。

(责任编辑:王文斌)



私刻公章表见代理的司法逻辑厘定

宫凡舒*

内容摘要：私刻公章所引发的经济纠纷往往与表见代理相关联。当前民事法律规范及其学理解释对于表见代理的规定和阐释存在模糊之处，导致司法实践对于私刻公章是否构成表见代理的认定存在偏差，而且这种偏差逐渐演化成了一种集体行动的逻辑，使得一些企业（特别是银行）的员工可能利用这一实践逻辑上的漏洞策划骗局，利用刑事法律中对不同罪名量刑的差异、无罪推定的证据规则，以及民事审判在私刻公章表见代理认定上的逻辑漏洞，试图最大化其违法利益，进而造成国有资产的巨额流失。解决这一问题的关键在于从民事法律规范层面入手，对表见代理的概念进行更为细致的解释，并明确审判指导规则，使民事审判在认定表见代理时更加符合立法本意，以有效防范金融风险。

关键词：私刻公章 表见代理 成本较低负责原则 审判逻辑修正

私刻公章以签订经济合同的行为，是经济领域中一类复杂且敏感的交易事故。此类事件不仅引发民商事领域法律争议与纠纷，亦可能跨越法律界限，构成经济犯罪行为，从而对经济社会秩序造成冲击。尤为值得关注的是，私刻公章隐含巨大的经济交易风险，一旦爆发，往往伴随着巨额经济损失，甚至可能导致巨额国有资产流失，对国家经济安全构成严重威胁。对私刻公章经济风险的实质性防范，可从法经济学的视角出发，对这一现象进行体系性的剖析与审视，深入探究其背后的经济逻辑、法律漏洞及制度缺陷。通过跨学科的理论融合与实践探索，修正和完善当前私刻公章表见代理的司法认定逻辑，让民事审判成为防范经济交易风险及经济犯罪的一道防火墙。

* 宫凡舒，山东省威海市中级人民法院行政庭副庭长，法官。

基金项目：本文系国家社会科学基金项目“疑案裁判的法律经济学研究”（编号：23VRC054）的阶段性成果。

一、问题的提出与界定

司法的宏观功能终究是通过个案裁判这一微观载体向社会输出法治理念，个案的后果主义考量所触发的关于司法逻辑、法教义学的反思，^①往往成为法律规范完善与司法逻辑纠偏的起点，为弥补法律漏洞以及纠正裁判逻辑提供“亡羊补牢”或“防范于未然”的宝贵契机。

（一）由巨额经济纠纷所引发的思考

正如轰动案例有时会化身成司法逻辑革新的里程碑，某些巨额标的经济纠纷案件的裁判结果，也会以“火烧眉毛”之势倒逼审判逻辑的反思。以下述案件为例：

李某是A银行的中层管理人员，张某是某房地产公司法定代表人。张某联络到多家银行的主要负责人，通过私刻A银行公章签订一系列合同。合同约定这多家银行共向房地产公司直接或间接发放贷款30亿元，全部由A银行兜底。其中，直接贷款的，由A银行提供担保；借助信托通道间接贷款的，由A银行无条件受让信托资产。通过上述约定，30亿元巨额债务风险全部转嫁至A银行，A银行却毫不知情。

贷款期间届满后，某房地产公司已成空壳，30亿元贷款被张某转移并洗白。案涉多家银行要求房地产公司还贷未果，纷纷以A银行为被告，在原告其所在地法院提起民事诉讼，要求A银行履行担保义务或受让信托资产义务。一审法院均以私刻公章不妨碍构成表见代理为由，判决原告胜诉，A银行无奈之下提起上诉。二审期间，A银行发现私刻公章的事实，遂向公安机关报案，公安机关逮捕李某和张某。两人对骗取贷款的行为供认不讳。^②

该案中的违法行为人巧妙利用部门法之间的盲区或者弱视区谋划诈骗全局，借助民事审判实践对表见代理的认定逻辑，以最小的违法成本实现不法利益最大化，造成巨额国有资产流失。

（二）巨额骗局所利用的法律漏洞

巨额标的经济纠纷案件的裁判结果往往会牵连出法律的体系性漏洞。因此，需以跨部门法律关系的体系性视角才可看清案件所隐藏的骗局全貌。

1. 表见代理制度漏洞。表见代理的生成逻辑以司法裁判为起点，被法学理论接受

^① 参见桑本谦：《“过错冗余”与“有难同当”——以“江歌案”一审判决为例》，载《探索与争鸣》2022年第4期；金可可、谈天：《从“江歌案”看〈民法典〉的司法适用及其争议——兼与本案相关观点商榷》，载《探索与争鸣》2022年第4期；陈银珠：《论我国刑事司法机械化倾向——从赵春华非法持有枪支案谈起》，载《刑法论丛》2020年第2卷；黄何：《缓解定罪量刑冲突的类推方法——许霆案罪与罚的再思考》，载《法律方法》2017年第1期；曹志勋：《经验法则适用的两类模式——自对彭宇案判决说理的反思再出发》，载《法学家》2019年第5期。

^② 案例原型参见（2018）冀民初22号、（2020）最高法民终615号、（2020）吉民初35号、（2018）黑民初47号、48号、49号、50号、51号、52号、53号、54号、55号、56号、57号。



并续造发展。^①但我国表见代理的法律规范留白明显,《民法典》第172条继承了《合同法》第49条的语义模糊性,使本该清晰明了的构成要件大而化之。^②对于行为人私刻公章签订经济合同是否构成表见代理这一问题,司法裁判尺度并不统一。但是,一般来说,只要行为人确系单位员工,审判实践的集体行动逻辑表现为倾向于据此认定单位管理不当,即满足“本人可归责”要件,进而认定行为人的行为构成表见代理。尽管该实践逻辑具有明显的不合理性,但诸如此类的判决屡见不鲜,比例高达87.27%。^③正如上述案例,案涉多家银行所在地的一审法院认定这些银行有理由相信李某具有代表A银行签订担保合同及信托资产受让合同的权利外观。

2. 地域管辖的影响。就民事案件的地域管辖对案件处理结果的影响问题,有研究表明,判决结果明显会倾向与审理法院所在地一致的当事人。^④上述案例中,A银行可能正是预测到了地域管辖的影响,故其在案件审理前不断地提出管辖权异议。

3. 不同罪名的量刑差异及无罪推定的法律原则。《刑法》对骗贷罪和诈骗罪分别规定了差异较大的量刑标准,诈骗罪的最高刑期为无期,而骗贷罪的最高刑期只有七年。因此在上述案例中,张某和李某被捕后只供认骗贷的事实,未供认全部的诈骗事实。在缺乏犯罪嫌疑人供述的前提下,公安机关很难获得与诈骗全过程相关的线索与证据,基于无罪推定的原则,公安机关只能以骗贷罪立案侦查。

(三) 不同法律漏洞之间的互相强化

以割裂的视角看待上述法律漏洞,似乎不足以引发恐慌,甚至司空见惯。一旦将上述看似毫无关联的法律漏洞串联成一个整体,30亿巨额标的的骗局将不起眼的法律漏洞与审判逻辑推到风口浪尖。上述体系性漏洞何以长期存在?是否可以全面围堵?

1. 表见代理的实践逻辑削弱刑罚威慑。案例中违法行为人虽然深谙上述法律漏洞所在,但从理性行为人角度分析,犯罪收益的获取是其铤而走险甚至不惜被判处刑罚的根本原因,而这巨大的收益预期得以实现的关键在于民事审判对“表见代理”所形成的实践逻辑:单位员工通过私刻公章与相对方签订的经济合同,通常是无效的,不构成表见代理,相对人承担全部经济损失;但若私刻公章的行为人职务与合同的内容和性质相称,比如行为人系单位的主要负责人,则很可能构成表见代理,单位需承担赔偿责任;或者即使不构成表见代理,只要单位有明显过错,亦需根据过错程度承担部分赔偿责任。上述案例中,法院对表见代理的认定导致毫不知情的A银行承担30亿元的债务,以巨额国有资产为李某等人的违法行为买单,而李某和张某仅以几年的牢狱成本即可换取巨额的经济利益。如果法院在处理这类案件时作出有利于相对人的

① 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》(第6版),黄家镇译,商务印书馆2020年版,第303页。

② 参见杨芳:《〈合同法〉第49条(表见代理规则)评注》,载《法学家》2017年第6期。

③ 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》2023年第2期。

④ 参见常延龙、龙小宁、孟磊:《异地审理、司法独立性与法官裁决——基于广东省江门市司法制度改革实证研究》,载《经济学(季刊)》2020年第1期。

裁判,则会向社会和市场释放一种错误、危险的激励信号,鼓励更多人铤而走险,致使任何一个单位(尤其是银行)的内部管理形同虚设。此外,上述案件体现出表见代理的成立会影响甚至实际阻却诈骗罪的成立。只要表见代理成立,民事判决的判赔就能够成为阻挡刑事追诉的防火墙。

2. 低破案率无力透析表见代理的暗藏逻辑。诈骗罪最高刑期与骗贷罪最高刑期的巨大落差,成为违法行为人通过设计骗局攫取巨额利益的经济杠杆,即以惩罚性较轻的罪名为“阳谋”,混淆侦查人员的视听,以惩罚性较重的罪名为“阴谋”,实际获取巨额经济利益但无需承担重刑。对此,刑事侦查是否可以成为拨开迷雾的利剑?答案是不乐观的。其一,违法行为人出于趋利避害的本性,面对侦查时不会供述面临重判的诈骗罪事实,公安机关仅能依靠违法行为人关于骗贷罪的供述展开侦查。其二,无罪推定原则为违法行为人的阴谋增加了一道保险锁,侦查机关、公诉机关的刑事侦查与公诉工作受制于各种考核体系如破案率、无罪判决率,这在一定程度上造成了刑事程序的失灵。^①在缺乏违法行为人供述的情况下,以诈骗罪立案侦查的破案率低,甚至即使走到公诉环节,因刑事诉讼对犯罪行为的高证明即排除一切合理怀疑的实践标准,法院极有可能会依据“疑罪从无”的原则作出判决。而以骗贷罪立案侦查会使侦查机关获得上述考核指标的正面评价。

通过上述分析,对私刻公章经济犯罪的惩罚,并非预防或者规制私刻公章经济纠纷的最优解。那么,民事审判对表见代理的认定逻辑能否成为有效拦截风险的防火墙?

二、表见代理制度漏洞导致民事审判功能弱化

表见代理又称“权利外观授权”,我国学者通过各种解释理论的构建,力求将其成为司法实践弥合规范缺位的桥梁,为杂乱的实践音符提供尺度统一的五线谱。但在立法与司法的双重面向下,^②仅仅局限于构成要件的归纳、实证分析以及制度变迁考察的法理学理论,^③与司法实践所形成的表见代理认定逻辑形成两条平行线,在规范模糊性所不可避免的后果主义能动实践中,规范法学及相关理论构建无法实现理想的规制与纠偏。

(一) 表见代理的文本解释模糊

关于表见代理以及由此引发的责任划分,散见于《民法典》及民事、刑事相关司法解释等法律规范中。

1. 《民法典》及司法解释。《民法典》第172条规定了表见代理,第154条规定

^① 参见姜金良、江厚良:《绩效考评对刑事程序失灵的影响》,载《法律和社会科学》2018年第2期。

^② 参见李炬枫:《论德国民法中表见代理的双重面向》,载《民商法论丛》2022年第2期。

^③ 参见杨代雄:《表见代理的特别构成要件》,载《法学》2013年第2期;王浩:《“有理由相信行为人有代理权”之重构》,载《华东政法大学学报》2020年第4期;迟颖:《〈民法总则〉表见代理的类型化分析》,载《比较法研究》2018年第2期。



了恶意串通的民事法律行为效力；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》第28条对相对人有理由相信行为人有代理权的情形作了进一步规定，即存在代理权的外观以及相对人不知道行为人行为时没有代理权且无过失。表见代理的立法初衷是保护善意第三人，但善意第三人的界定却很模糊，如“有理由相信”对方有代理权，不存在“恶意串通”，“不知道”对方无代理权且“无过失”，上述文义的模糊性使司法实践无章可循。

2. 经济犯罪相关的司法解释。《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，行为人私刻单位公章签订经济合同，骗取财物归个人占有或者进行其他犯罪活动构成犯罪的，单位对此不承担民事责任，但单位有明显过错且该过错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应当承担赔偿责任。该条规定在表述上非但不够清晰，反而有歧义。根据该条规定，以下两种理解均可成立：一是行为人私刻单位公章签订经济合同给相对人造成损失的，单位原则上不承担赔偿责任，除非有明显过错，且该过错行为与相对方的经济损失之间有因果关系；二是行为人私刻单位公章签订经济合同给相对人造成损失的，单位原则上应当承担赔偿责任，除非没有明显过错，或该过错行为与相对人的经济损失之间没有因果关系。尽管这两种理解从逻辑上完全等价，但却隐含了截然相反的倾向性，足以造成司法实践的混乱。此外，该条第2款中的“明显过错”和“因果关系”在司法认定中均缺乏客观标准，导致审判实践的主观性和随意性很强，^①司法实践将“有明显过错”弱化为“有过错”，甚至将“有问题”等同于“有过错”的情况普遍存在，单位多被法院判决对外承担民事责任。这看似公正地维护了善意第三人利益，却忽视了单位其实亦是不知情的受害者。除此之外，因果关系的限定也形同虚设，而“依法应当承担赔偿责任”指的是部分责任还是全部责任，更是语焉不详。

3. 其他民事法律规范。根据最高人民法院《全国法院民商事审判工作会议纪要》第41条的规定，针对“真人假章”与“假人真章”等“人章不一致”的情况下如何认定合同效力的问题，法院应当着重审查盖章之人是是否具有代表权或者代理权，如果有，即使盖的是假章，也应当构成有权代理。^②该规定对表见代理的认定产生很大影响，将“看人不看章”的法官集体行动逻辑规则化，即只要行为人是被代理人单位的员工，则很有可能基于表见代理权的成立，认定其以私刻公章的方式签订的合同有效，这弱化了对表见代理的审查力度。

^① 参见宋健：《民事诉讼中民刑交叉问题的再检视——以加强被害人民事权益保护为视角》，载《中国社会科学院研究生院学报》2021年第5期。

^② 参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《〈全国法院民商事审判工作会议纪要〉理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第289页。

（二）表见代理的法理建构不足

一般意义上讲，法律规范的模糊性可通过法律解释得以清晰化，而法律解释对此亦无力的情况下，则需要比法律解释更高层次的法理构建予以解决。^①近年我国理论界对表见代理的研究已形成较成熟的理论，主流观点认为表见代理需满足四个构成要件：要件一，逻辑前提必须是行为人为无权代理，故应严格将其与职务代理相区分；要件二，相对人有理由相信行为人有代理权，即外观主义信赖利益保护；要件三，相对人系善意签约，即不明知且非因过失而不知；^②要件四，不可归责于本人，即本人不知情，故难以对其归责。^③但“有理由相信”“善意”“不可归责”的表述，并未使本身就模糊的法律条文变得清晰，法官如何在司法实践中将“有理由”“善意”“不可归责”的教义学解释输出为统一的裁判结果，不得不承认法理解释对此爱莫能助。表见代理的认定难度源于其深嵌于复杂的现代社会生活中，现实逻辑的复杂性导致司法审判对表见代理规范及学理解释的清晰性提出更高要求，在规范法学无法就此作出有力回应的情况下，学理解释所构建的表见代理认定逻辑无法得到司法实践的有效遵循。

（三）规范法学的无力导致民事审判激励效应受限

因表见代理规定的模糊性，法律规范与法理解释不但未对实践产生清晰正确的指引，反而使实践陷入愈规范愈模糊、愈解读愈悖反的逻辑怪圈。在规范法学难以及时跟进司法实践时，基于后果主义的司法裁判广见于私刻公章表见代理的认定实践中。司法实践对表见代理的认定逻辑存在偏差，但该偏差似乎成为“房间里的大象”，长期以来并未引起理论界以及司法实务界的重视。

私刻公章表见代理认定的复杂性体现在法官缺乏足够的理论支撑及实践勇气将交易失败的责任单独归咎于一方当事人。因此，裁判中法官的论证逻辑虽常常表现为将要件事实强行与法条相涵射，但法条语义的模糊性又使得其实际的论证逻辑通常不限于规范及法理，而系基于后果主义的考量，^④倾向于以“各打五十大板”的中庸之道处理案件。学界认为应对表见代理的构成要件进行逐项判断，但实践中法官并非逐一论证各构成要件，而是依据集体默认的定式逻辑认定表见代理是否成立，其中仅凭表象作出判断的裁判比例超过半数。除此之外，司法实践对“本人可归责”要件的审查予以有意或无意的忽略。在私刻公章表见代理的裁判实践中，法院往往粗略地以“对公章管理不善”“用人不当”等简单表述即认定单位存在过错。^⑤规范法学以及法教义学的构建难以实现私刻公章表见代理的实践纠偏，在表见代理规范与实践的平行线中，

① 参见车浩：《法教义学与体系解释》，载《中国法律评论》2022年第4期。

② 参见石一峰：《私法中善意认定的规则体系》，载《法学研究》2020年第4期。

③ 参见叶金强：《表见代理构成中的本人归责性要件——方法论角度的再思考》，载《法律科学》2010年第5期。

④ 参见凌斌：《法官如何说理：中国经验与普遍真理》，载《中国法学》2015年第5期。

⑤ 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》2023年第2期。



法经济学对表见代理的底层逻辑揭示或可成为桥梁。

三、表见代理的法经济学分析

法经济学与法教义学一样同属法学理论，但法经济学可以揭示法律背后逻辑，更具有批判性且简洁有力。^① 霍姆斯将法经济学解释视为实现理想的一个步骤，^② 即使不从高远的理想角度论述，单纯对实践而言，法经济学确实可以将看似毫无章法的疑难问题解析得清晰明了。

（一）法律背后的“成本较低负责原则”

成本较低负责原则是市场的逻辑，而法律系通过模拟市场以实现规范社会秩序的目的。“只要理解了法律的底层逻辑，理解法律通过模拟市场来管理社会，法律决策者就会获得一种联结思维，在审理案件时心明眼亮。”^③ 一般而言，法律责任的分配遵循成本较低负责原则，即谁能以较低的成本预防某个事故、解决某个问题、完成某个任务、披露某个信息、提供某个证据、纠正某个错误，或为某个意外事件提供保险，谁就承担相应的责任。^④ 无论是侵权法、合同法还是证据法，责任分配的底层逻辑均是成本较低负责原则。表见代理对应的是实质代理，即虽然实质上无代理权，但基于对有理由相信行为人有代理权的善意第三人的维护，以及出于市场交易秩序的稳定考量，法律为无实质代理权的负向情形创设了正向例外，实质是对交易事故的一种有限认可，对该交易事故的预防以及责任划分，其底层逻辑亦是成本较低负责原则。

（二）表见代理的底层逻辑

在法律经济学的视野中，表见代理的底层逻辑表现为对避免交易事故的各种成本比较，即表见代理的实质以及设置“善意”“本人可归责”等要件的底层逻辑均是成本比较。

1. 表见代理的实质是避免交易事故的成本比较。无权代理行为人签订经济合同属于一种交易事故，对交易事故的责任分配应当着眼于如何防范未来的交易事故，但事故的避免成本和事故损失此消彼长，所以责任分配的经济学目标是实现两种成本之和的最小化。与之相应，事故责任通常会分配给能以较低成本避免无权代理发生的一方当事人。就行为人无权代理签订经济合同而言，如果单位能以较低成本避免这种交易事故，则单位承担事故损失，此时构成表见代理，可认定合同有效；反之，如果相对

① 参见季卫东、舒国滢、徐爱国、桑本谦、陈景辉等：《中国需要什么样的法理学》，载《中国法律评论》2016年第3期。

② 参见[美]奥利弗·温德尔·霍姆斯：《法律的道路》，李俊晔译，中国法制出版社2020年版，第71页。

③ 桑本谦：《法律简史：人类制度文明的深层逻辑》，生活·读书·新知三联书店2022年版，第86页。

④ 参见季卫东、舒国滢、徐爱国、桑本谦、陈景辉等：《中国需要什么样的法理学》，载《中国法律评论》2016年第3期。

人能以较低成本避免这种交易事故，则相对人承担事故损失，此时不构成表见代理，可认定合同无效，这是《民法典》第172条的底层逻辑。

2. “善意”的经济学分析。如果相对人避免交易事故的成本近乎零值、等于零值或在零值以下（即朝着追求交易事故发生的方向投入成本），则可认定相对人具有恶意。民法上的恶意与刑法中的故意大致相当。恶意不限于相对人，单位与其员工也可能合谋串通，制造有权代理的假象，从而签订经济合同。如果单位避免交易事故的成本近乎零值、等于零值或在零值以下，则可认定单位有恶意。有恶意的一方当事人避免无权代理的成本肯定会低于对方当事人，这是学理解释将相对人善意设置为构成表见代理构成要件的底层逻辑。

3. “本人可归责”的成本分析。法不强人所难。表见代理关于被代理人具有可归责的构成要件与刑事犯罪构成要件之一的期待可能性相类似。“本人可归责”是与“第三人善意且无过失”相衡平的表见代理认定要件。德、日、美民法规范通说基本均肯定本人可归责的要件地位。^①但本人可归责要件的认定形成了两种不同的观点，一种认为应当根据过错原则判定是否构成表见代理并据此划分赔偿责任，一种认为风险归责原则比过错原则更为灵活。上述争论的本质逻辑实质上相一致，均是“成本较低负责原则”，即如果被代理人预测或者防范私刻公章表见代理的成本超过其预期损失，则不应当认定本人可归责，此时法官需对认定表见代理是否成立采取谨慎态度，在保持中立的前提下，司法的天平应适当向被代理人倾斜。

（三）事故责任分配的底层逻辑

如果构成表见代理，被代理人将承担全部交易事故赔偿责任，即便不构成表见代理，也会因其被认定“有过错”而承担相应责任，这是司法解释的显性规定，亦是司法实践的基本认知。但“有过错”的认定标准是什么？如果不遵循其底层逻辑，难以避免让实践走在真知的背面。

1. “过错”由避免交易事故的总成本定义。表见代理的底层逻辑使《民法典》第172条规定变得清晰，但实践却相对复杂。其一，尽管将事故责任分配给能以较低成本避免事故发生的一方当事人通常具有合理性，但有时双方负责要比单方负责更有利于降低避免事故发生的总成本；其二，事故责任分配的最终目标是 최소화事故损失和减少成本之和。因此，双方当事人的避免成本需与事故的预期损失进行比较，“过错”的概念由此而生。“过错”在传统法学上属于主观心理状态，但法经济学为认定过错提供了客观标准，即当事人是否有过错取决于三个变量之间的函数关系。假设事故一旦发生造成的实际损失为L，事故发生的概率为P，避免事故的成本为B，则当 $B < PL$ ，即避免事故的成本小于事故的预期损失（相当于实际损失和事故概率的乘积）时，当

^① 参见杜可欣：《表见代理中的本人可归责性初探》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2022年第S02期。



事人有过错；反之，当 $B > PL$ ，即当避免事故的成本大于事故的预期损失时，当事人没有过错。^①因此，有事故不等于有过错，只有发生能以合理成本避免的事故时，当事人才有过错。法律不鼓励人们以不合理的成本避免事故，这是过错责任制度的底层逻辑。

2. 过错的四种情形。当避免事故的成本需要与事故预期损失作比较时，就要区分以下四种情形：一是当一方当事人有过错而另一方当事人没有过错时，则有过错的一方当事人应承担全部事故损失，因为有过错的一方当事人避免事故的成本低于无过错的一方当事人。二是当一方当事人有过错而另一方当事人有恶意时，则有恶意的一方当事人应承担全部事故损失，因为有恶意的一方当事人避免事故的成本低于有过错的一方当事人。三是当双方当事人都有过错时，通过比较双方的过错程度（即 B 与 PL 之差）来分配事故损失。这是《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条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉有关担保制度的解释》第17条第2款的底层逻辑。四是当双方当事人均无过错时，通过比较双方的保险成本（即事故险和责任险的保险价格）来分配事故责任。民法上的公平责任原则就因为违反该底层逻辑而变成一笔糊涂账。^②

四、对基层司法表见代理审判逻辑的修正

司法现实主义者既关心个案后果亦关心系统后果，所谓的系统后果包括某教义或某决定产生的影响、对法律的可预测性，对案件总量及法院的管控度、对政府其他部门的工作量及对个人和公众的合理期待。^③“法律决策者必须考虑决策的后果，判决要创造一种对社会有益的激励”^④，而法经济学可以预测行为人将如何应对法律制裁，向遵循底层逻辑的民事审判释放正向激励信号，以法律的制裁影响社会行为，有效防范私刻公章表见代理引发的经济风险。

（一）最高人民法院判例及规范的底层逻辑揭示

经济分析的方法看似复杂，但应用到个案中的司法裁判却十分简单。一旦理解了法律的底层逻辑，法官在裁判案件时将具有拨开迷雾透视案件深层机理的能力，最高人民法院的相关判例所遵循的正是“成本较低负责原则”。

^① 参见徐爱国：《名案中的法律智慧》，北京大学出版社2016年版，第148页；桑本谦：《法律教义是怎样产生的——基于后果主义视角的分析》，载《法学家》2019年第4期。

^② 参见上海市闵行区人民法院课题组、席建林：《民法典时代公平责任的司法适用路径重塑研究》，载《上海法学研究》集刊2022年第18卷；李和平、李岩：《公平责任的滥用与〈民法典〉侵权编的应对》，载《西南石油大学学报（社会科学版）》2021年第6期。

^③ 参见〔美〕理查德·波斯纳：《波斯纳法官司法反思录》，苏力译，北京大学出版社2014年版，第7页。

^④ 季卫东、舒国滢、徐爱国、桑本谦、陈景辉等：《中国需要什么样的法理学》，载《中国法律评论》2016年第3期。

1. 最高人民法院的裁判逻辑。第一，严格认定表见代理的构成要件。在公司法定代表人私刻公章，以公司财产偿还其个人债务，使公司只承担巨额债务而不能获得任何对价的情况下，因签订的合同损害单位利益且明显超越代表权的外观，此时相对方以合同及授权均加盖公章为由主张其系善意第三人的，法院对此不予支持。^①行为人是系中层管理者、普通员工的，如果其职务不足以使合同相对人相信其有代表权限，合同相对人应当履行高度注意义务而非一般注意义务。若合同相对人对诸多明显不符合常理的事项未作基本审查的，不能认定其系无过失善意第三人，不构成表见代理。^②第二，从严划分交易事故责任。严格审查债务与担保之间的因果关系，在债权人并非善意且有与债务人恶意串通之嫌的，公司对公章的管理是否适当不应作为其承担赔偿责任的论证基础。^③

2. 最高人民法院的规范指引。最高人民法院对底层逻辑的洞悉还体现在《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2款的倾向性指引。该款规定“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。”其中，“明显过错”是个重要限定，提高了单位承担赔偿责任的标准。该条规定意味着最高人民法院已经意识到为避免私刻公章引起的交易事故，法院的裁判应朝有利于单位、不利于相对人的方向作出倾斜，最高人民法院的一系列判例亦确认了这一倾向。

3. 以底层逻辑重新审视前文案例。最高人民法院的裁判逻辑与表见代理的底层逻辑相符。以上述逻辑重新审视前文案例，李某通过私刻A银行公章与多家银行签订经济合同，显然属于无权代理，但这些银行避免类似交易事故的成本并不高昂，只需在尽职调查中保持一般程度的审慎，找到A银行主要负责人并核实合同真伪即可。考虑到合同标的额之大，且明显违反银行业管理规定，尤其更需要案涉银行高度警惕。而相比之下，A银行避免类似交易事故的成本却十分高昂，几近于无穷大。实际上无论A银行的内部管理多么严谨细致，都没法阻止个别员工在巨大利益诱惑面前铤而走险并私刻公章签订虚假合同。故关于本案中李某私刻银行公章并与案涉多家银行签订信托受益权转让合同是否构成表见代理的问题，最高人民法院认为，应当对案涉多家银行是否有理由相信李某有代理权进行重点审查。最终以一审判决违反法定程序、认定事实不清为由裁定撤销原判，发回重审。^④

① 参见（2012）民提字第208号。

② 参见（2020）最高法民申2588号。

③ 参见（2016）最高法民再207号。

④ 相关案例参见（2022）最高法民终172号、175号、176号、177号、178号、179号、180号、181号、182号、183号、184号。



（二）表见代理审判逻辑修正

在表见代理认定的底层逻辑指引下，法官运用底层逻辑办理案件，可以使司法裁判回归引导社会秩序有序形成的价值本位。但如果每位法官都熟练掌握法经济学分析方法，在办理案件时遵循表见代理认定的底层逻辑，那将是司法功能价值得以充分发挥的理想国图景。而现实情况是，对每天疲于审判事务与非审判事务双重压力之下的法官而言，向其普及法经济学的分析方法并不如向其出示裁判规则来得实际。因此，可以将法经济学理论转化为清晰的裁判规则。

《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，私刻公章签订经济合同骗取财物归个人使用的，单位不承担民事责任，该条第2款规定了“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”，单位需承担赔偿责任。考虑到金融业的特殊性，实践中基层法院对责任的分配需更加严谨。就银行而言，除非私刻公章的行为人就是银行的主要负责人，否则不应要求银行对相对人的经济损失承担赔偿责任。因此，应从实践层面将“明显过错”具体化，即审判实务中，以“行为人职务与经济合同的内容和性质明显不相称”的实践逻辑，将司法解释的规范要义转化为裁判具体规则。实践中，是否持有或者加盖合法印章并非表见代理制度适用的核心，重点在于考察被代理人是否有授权行为人持印章办理特定事项的意思表示。^①一般说来，单位对合同审批权有内部管理规定，合同标的额越大，审批权越向单位上层管理者集中。尽管不能要求相对人完全了解签约单位关于合同审批权的内部管理规定，但可以推定其获知审批权管理的一般性原则。如果合同的内容和性质与行为人职务明显不相称，那就需要合同相对人履行更审慎的调查义务，否则，法院一般不能认定行为人的行为构成表见代理。

最高人民法院对表见代理的认定虽符合底层逻辑，但并未在各级法院层面形成统一的裁判尺度。“现代大陆法系国家也越来越认识到司法判例制度的优点，于是在实践中以不同方式加以吸纳。”^②而指导性案例所起到的统一裁判尺度作用，亦可降低地方保护主义对案件的影响。最高人民法院可以通过指导案例、公报案例或出台相关意见的方式，将表见代理要件认定标准从严的司法导向规则化。

关于私刻公章表见代理的构成要件，需要明确几个关键点。第一，行为人必须是无权代理，即其并未获得合法的代理授权。第二，相对人应当对行为人所实施的具体交易行为进行审慎调查，特别是当这些行为与行为人的职务明显不相称时，相对人需要提交足够的证据来证明其已经尽到了合理的注意义务。第三，被代理人如果已经采取了通常的预防措施，比如妥善保管真实公章、建立了完善的用章审批程序，并制定了防范违规用章的内部管理规定，那么就不应轻易地将其未能有效预防私刻公章的行

^① 参见周立：《盖章与民刑交叉中的表见代理适用》，载《法律适用》2021年第11期。

^② 何家弘主编：《外国司法判例制度》，中国法制出版社2014年版，第20页。

为视为可归责的原因。第四，应严格审查被代理人是否真的有将公章交由行为人进行相关交易的意思表示。

进一步地，当行为人涉嫌私刻公章实施经济犯罪时，对于合同相对方是否构成“善意”的判定变得尤为重要。在此情境下，应着重考察两个方面。一是合同相对方是否对行为人签订合同的权限与其职务的相符性进行了审查。二是在涉及大额交易时，应用常人的标准来评估交易是否可能使被代理人获得合理的利益，以防止合同中的权利义务出现明显的失衡，这样的评估有助于法官更准确地判断合同相对方在交易过程中是否保持了“善意”。

结 语

“法律经济学集中体现了实用主义科学研究伦理在法律中的运用。”^①面对我国表见代理制度在实践中呈现出的复杂性，尤其是其实践逻辑与理论框架之间的张力，必须正视其被违法行为人利用以谋取非法利益、导致重大经济损失的严峻现实。在此背景下，深入剖析表见代理制度的底层逻辑，并以此为基础，构建更加精细、严密的规则体系，显得尤为迫切与重要。这一过程，不仅是对现行法律制度的一次深刻反思与重构，更是向经济社会传递正确价值导向、激发正向激励机制的关键一步。通过规则的明确化、透明化，能够引导表见代理的实践逻辑回归正轨，确保其在维护交易安全、促进市场效率的同时，有效遏制经济犯罪的发生，实现从源头上对私刻公章等不法行为的根本性治理，有效破解审理私刻公章表见代理案件的民刑交叉困境。

（责任编辑：刘 昭）

^① [美] 理查德·波斯纳：《超越法律》，苏力译，北京大学出版社2016年版，第14页。



争点整理程序规范适用探析

王璐*

内容摘要：争点整理程序在民事诉讼法及相关司法解释中虽有所涉及，但整体而言缺乏明确性和系统性。研究发现，实践中存在争点整理程序适用范围过大而致启动的随意性、启动方式单一而致过程的低效性、权责分配不清而致争点归纳偏离实质争议、程序推进缺乏规范而致各行其是、法律效力不明而致整理结果拘束力不足。结合现行以庭前会议为载体、以证据交换为方式、以法院职权为主导、以弱失权为督促的争点整理程序框架，可从五个方面对其进行优化：以审理程序限缩适用范围，以参与主体增设启动方式，以三方促进纠正权责分配，以争点收集、归纳、协商与固定规范阶段性程序运行，以有限失权明确整理效力。推进争点整理程序的规范适用，确保公平公正，提升司法效率。

关键词：争点整理程序 争议焦点 规范适用

一、问题的提出

随着审判工作现代化的不断推进，更新审判理念、紧跟时代步伐已成为大势所趋。其中，强化事实审的基础性作用，不仅是实现审判理念现代化、使审判过程与结果更加贴近公众认知的关键所在，也是确保公平公正、提升司法效率的基础。在审判流程的前端，即庭前阶段，精准提炼并归纳当事人的争议焦点，对于锚定庭审中的核心要件事实、促进庭审辩论的深入与高效展开具有举足轻重的意义，不仅是审判理念现代化的生动实践，也是优化司法资源配置、提升司法效能的重要途径。现行法律体系对此已有初步构建，如《民事诉讼法》第136条第4项明确了争点整理的阶段（庭前）与方式（证据交换）；《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》

* 王璐，山东省德州市德城区人民法院法官。

基金项目：本文系最高人民法院司法研究重大课题“少年法庭单独绩效考核问题研究”（编号：ZGFYZDKT202219-01）的阶段性成果。

(以下简称“《民诉法解释》”)第225条、第226条则进一步拓宽了争点整理的素材范围,将诉讼请求、答辩意见纳入其中,并强调了当事人在争点确定过程中的参与权;同时,《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称“《证据规定》”)第57条指出,证据交换应在审判人员的主持下进行,为争点整理提供了程序保障。^①

然而,在司法实践中,围绕上述法条的具体实施,争点整理程序面临着诸多困惑与挑战,主要体现在以下五个方面:一是适用范围的界定模糊,是否所有“需开庭审理”的案件均须启动争点整理程序,抑或应根据案件具体情况进行差异化处理?二是启动方式的单一性,除法院依职权要求外,是否存在其他有效激发争点整理程序的途径?三是主体权责分配的明晰化不足,审判人员与当事人在该程序中的角色定位、权利义务如何合理分配?四是程序推进的具体流程与方法缺乏细化指导,如何根据当事人的诉讼请求、答辩意见及证据交换情况科学归纳争议焦点?五是争点整理效力的确认问题,如何评估当事人意见在争点形成中的作用,以及如何界定争点一旦固定后其法律效果与约束力?

鉴于立法层面的不足、理论研究的相对薄弱及实践中的操作分歧,争点整理程序的适用效果与潜在效能未能得到充分发挥。因此,本文以现行法律规范为基础,结合司法实践中的典型案例与经验,剖析争点整理程序存在的问题,以探寻其规范方向。

二、争点整理程序实践中的问题剖析

争点整理程序旨在通过审前阶段明确并固定争议焦点,有效限缩庭审范围,同时激发当事人提交详尽诉讼资料的主动性,从而达成缩短诉讼周期及简化诉讼流程的目标。然而,该程序的整体规则尚显模糊,缺乏足够的明确性和系统性,导致司法实践中难以找到统一规范的指引,各地法院为顺应现代审判体系的需求,纷纷采取“因地制宜”的策略进行探索性实践,这一过程中不可避免地产生了适用上的分歧与差异。基于对部分地方司法文件的实证考察,^②可以将争点整理程序适用中存在的问题归纳为以下五类:

(一) 启动机制的非规范化:随意性与模糊性并存

根据《民事诉讼法》第136条第4项规定,争点整理程序的适用范围为“需要开

^① 《民事诉讼法》第136条规定:“……(四)需要开庭审理的,通过要求当事人交换证据等方式,明确争议焦点。”《民诉法解释》第225条规定:“根据案件具体情况,庭前会议可以包括下列内容:……(五)归纳争议焦点。”第226条规定:“人民法院应当根据当事人的诉讼请求、答辩意见以及证据交换的情况,归纳争议焦点,并就归纳的争议焦点征求当事人的意见。”《证据规定》第57条规定:“证据交换应当在审判人员的主持下进行。在证据交换的过程中,审判人员对当事人无异议的事实、证据应当记录在卷;对有异议的证据,按照需要证明的事实分类记录在卷,并记载异议的理由。通过证据交换,确定双方当事人争议的主要问题。”

^② 在威科先行法律信息库中以“争点整理”“庭前会议”“民事案件”为关键词,时间节点为2012年《民事诉讼法》颁布后,共检索到地方司法文件7个,排除已失效和无关联的司法文件2个,剩余5个地方司法文件为本文研究样本。



庭审理的”案件。如何理解该范围界定，实践中存在分歧。2020年《广州市中级人民法院关于民事案件庭前会议的实施意见（试行）》规定，当事人争议较大、证据材料较多、诉讼请求较多的案件可以召开庭前会议；2015年《长沙县人民法院关于民事案件庭前会议的规定》规定，除公告送达外的所有民事案件均应通过庭前会议形式整理争点；而2012年《深圳市南山区人民法院民商事案件审判流程管理规则（试行）》规定，适用简易程序审理的案件，一般不进行证据交换。当前，多数法院基于诉讼经济原则，根据案件复杂程度、争议事项数量及证据数量等要素不同程度对适用范围予以限缩。这些差异反映了各地法院关于平衡诉讼效率与公正的不同考量，但也凸显了适用范围界定的模糊性。

以茌平县多力电器商行诉青岛海鑫暖通设备有限公司建设工程施工合同纠纷案为例。茌平县多力电器商行与青岛海鑫暖通设备有限公司签订壁挂炉机管道安装合同，约定安装工程价款为130元/户，以实际安装户数数据实结算。根据双方确认的外协统计表显示完成户数为460户，原告提交的另一份外协统计表显示完成户数为567户，但被告未签字确认。一审法院在双方争议较大、证据类目繁多情况下未进行审前争点整理，导致庭审无序，举证质证流于形式，以不能查清实际安装户数为由驳回原告诉讼请求。二审认定实际安装户数567号，予以改判。^①

该案凸显了争点整理程序在复杂案件中的重要性及其缺失可能给相关当事人带来的不利后果，也反映了当前司法实践中争点整理程序启动的随意性。即便面对案情复杂、争议激烈、争点繁多的案件，部分法院并未严格遵循该程序，而是基于诉讼经济或其他考量因素，选择性地适用甚至完全忽略。这种随意性不仅影响了庭审的效率与效果，也损害了当事人的诉讼权益，有悖于程序公正的基本原则。

（二）程序运行的低效性：资源限制与主导力量失衡

《民事诉讼法》第136条及《民诉法解释》第224条明确了法官在特定案件情形下可召开庭前会议，并隐含了争点整理程序应由法院依职权启动的原则。然而，在实际操作中，法官成了启动争点整理程序的主导力量。例如，2019年山东省高级人民法院《要素式审判方式指引（试行）》和2015年《沈阳市中级人民法院关于民事案件庭前会议（争点整理）的操作规程（试行）》均体现了法官或法官助理主导庭前会议的模式。2020年《广州市中级人民法院关于民事案件庭前会议的实施意见（试行）》进行了创新尝试，允许庭前会议的启动在一定程度上根据当事人的申请，并由法官决定是否实施，这在一定程度上突破了由法院单方依职权启动的传统模式，体现了对当事人诉讼权利的尊重。不过，由于司法资源有限，即便有当事人的申请，庭前会议的召开也常因司法力量不足而受阻，未能充分满足当事人的合理需求。

以唐某某诉刘某民间借贷纠纷案为例。2012年3月5日，唐某某通过个人账户向

^① 参见（2021）鲁14民终4014号。

刘某转账 30 万元，后双方发生纠纷，唐某某以借贷关系为由诉至法院，要求被告刘某偿还借款 30 万元，被告刘某称转账款项是公司销售奖金并非借款。一审法院归纳的争议焦点为原告要求被告返还借款的事实及法律依据，而该争点未能引导当事人从是否存在借贷合意主观要件事实展开攻防。鉴于一审法院未查清款项性质，再审予以改判。^①

该案反映出当前争点整理过程中存在的普遍问题：争议焦点往往直接由诉讼请求转化而来，缺乏深入剖析和精准定位，难以全面反映双方当事人的真实争议点，也无法有效引导庭审方向，限制审理范围，从而影响了审判效率和公正性。

（三）争点归纳的偏离：实质争议被边缘化

根据《民诉法解释》第 226 条和《证据规定》第 57 条规定，证据交换由审判人员主持，归纳的争议焦点应征求当事人意见，但对当事人意见在争点形成中的作用及法官与当事人在争点整理程序中的权责划分均未界定。实践中，法官在争点整理程序中占主导地位，在争点初步确定和争点固定过程中具有决定权，是唯一能对争点整理结果产生实质性影响的主体。如山东省高级人民法院《要素式审判方式指引（试行）》规定，法官主持召开庭前会议，组织证据交换等程序性事项，总结无争议和有争议的事实，归纳争议焦点。其他地方司法文件也倾向性地将争点整理权力赋予法官，造成对另一方当事人权利的忽视。^②

以吴某某诉孙某某健康权纠纷案为例。吴某某因自家所种玉米被砍伐怀疑是孙某某所为而找其理论，双方发生争执，孙某某骑电动三轮车压到吴某某。吴某某起诉要求孙某某承担医疗费等损害赔偿责任，被告称原告故意将腿伸到三轮车车轮下，因此不应承担赔偿责任。原告和被告之间的实质争点是被告受伤是否系原告故意造成，而法官基于诊断证明记载左下肢损伤与 110 接处警记录记载右腿受伤不一致，将受伤部位归纳为争议焦点，最终以受伤部位记载不一致为由驳回原告诉讼请求。^③

争点归纳错误，法官未真正考量当事人意见，当事人难以实质参与和影响争点整理结果，导致归纳的争点偏离实质争议。争点整理过程中，法官审判权的过度扩张侵蚀了当事人的处分权，即使当事人在争点固定后提出异议，也因法官绝对性的决定权，难以实质性改变争点范围。

（四）程序推进的散乱性：标准缺失与各行其是

根据《民诉法解释》第 226 条规定，庭前会议被设定为整理案件争议焦点的关键环节，旨在提高庭审效率与针对性。庭前会议的内容广泛，涵盖了明确诉讼请求、讨论证据保全措施、进行证据交换以及尝试调解等多个方面。然而，在如此庞杂的议程中，如何有效地从当事人的诉讼请求、答辩意见以及证据交换的过程中提炼出案件的

^① 参见（2017）津民申 1108 号。

^② 参见席建林、张能：《“争点中心型”庭审方式的路径选择与制度建构》，载《中国应用法学》2018 年第 6 期。

^③ 参见（2021）鲁 1481 民初 3514 号。



关键争点,《民诉法解释》并未提供进一步的细化指导或操作规范。考察发现,各地法院在争点整理的具体操作方法上存在差异,缺乏统一的标准。这包括如何识别并界定争议焦点的范围、如何确保争点整理的全面性与准确性、以及如何在复杂的案情中迅速锁定核心争议等关键问题。同时,对于争点整理完成的判断标准,各地法院也未能形成一致的意见,导致实践中可能存在判断尺度不一的情况。此外,关于争点整理程序的终结,同样缺乏明确的操作规范。何时可以认定争点整理工作已经完成,是否需要经过特定的确认程序,以及如果当事人对争点整理结果有异议应如何处理等问题,均缺乏具体的法律指引。

例如,在王某诉刘某等机动车交通事故责任案中,争点整理程序由法官以法庭调查方式进行,经过双方当事人举证、质证、法官初步确定无争议的事实和争议焦点、争点辩论和排除、争点固定,并以庭前笔录形式记录在卷。而在宋某珍诉汤某等机动车交通事故责任案中,争点整理程序由法官助理以询问方式进行,经由原告举证、被告质证环节即结束。争点整理过程以证据交换笔录形式记录,法官通过查阅笔录形成争点,庭前不向当事人开示。^①

这两件案例表明,实践中争点整理方式较为随意多样,导致争点整理程序运行失范。散漫无序的诉答和证据交换,难言充分高效的证据调查,^②不仅导致争点整理程序混乱,也会有碍庭审效率。由于适用规范缺乏,争点整理程序具体操作大相径庭,程序推进的随意性导致争点整理效果欠佳。

(五) 结果拘束力的弱化:权威性与稳定性不足

2002年《证据规定》所确立的严格失权制度,因过于严格而对实体正义产生了负面影响,即在某些情况下,即使当事人因非故意或轻微过失未能及时提交证据,也可能面临证据被排除的严重后果,在司法实践中逐渐受到质疑并被边缘化。这一趋势不仅促使了后续《民诉法解释》对失权制度适用范围的审慎调整与限制,还影响了地方司法实践中对庭前会议制度的探索与完善。例如,《长沙县人民法院关于民事案件庭前会议的规定》《广州市中级人民法院关于民事案件庭前会议的实施意见(试行)》等地方性司法文件,均体现了对庭前会议在明确案件争议焦点、提升诉讼效率方面重要性的认可。这些文件明确规定,在庭前会议中经各方无异议确认的事项,在后续庭审中将不再重复审查,有效提高了诉讼效率。然而,在肯定庭前会议成果的同时,这些文件也凸显了一个亟待解决的问题,即对于庭前会议中固定下来的争议焦点(争点)在庭审中的拘束力及其后续处理机制,尚缺乏清晰、具体的规定。这导致在实际操作中,尽管庭前争点整理工作有助于明确审理焦点,但由于司法系统内在的追求案件真相、全面发现与降低法官审理风险的双重考量,当事人即便在庭审阶段提出新的争议

^① 参见(2020)渝03民终758号、(2021)渝01民终4136号。

^② 参见李凌:《集中审理视角下民事证据调查阶段化研究》,载《中外法学》2023年第2期。

焦点，法院也往往倾向于将其纳入审理范围。这种做法虽然保障了审判的全面性和公正性，却不可避免地削弱了庭前争点整理工作的权威性和预期效果，使得其效力表现出一定的不稳定性。此外，这种制度上的不确定性还可能进一步滋生法官和当事人对审前争点整理工作的懈怠情绪。双方均可能认为，即便庭前未能充分准备或明确争议焦点，庭审阶段仍有机会补充或修正，从而影响了庭前会议制度本应发挥的促进诉讼效率、优化司法资源配置的积极作用。

以李某诉某建筑公司、袁某劳务合同纠纷案为例。2015年6月，劳务分包人某建筑公司与班组承包人袁某签订《住宅项目工程班组协议》。李某在上述工地从事瓦工工作，因欠付工资，将某建筑公司、袁某诉至法院。因李某与某建筑公司签订过《劳动合同书》，庭前未将是否建立劳动关系纳入争点范围。庭审中，李某提交袁某出具的欠条等证据，否认与某建筑公司建立劳动关系。法院在庭审时增加争议焦点，经二次开庭查明李某是由袁某招至工地工作，该建筑公司为应对袁某拖欠工人工资风险与李某签订虚假的《劳动合同书》，双方从未建立成立劳动关系的合意，不成立劳动关系。^①

争点随意变动，无法对庭审阶段当事人攻击防御主张的提出产生阻力，^②难以阻断庭审程序的反复和迟延。考察发现，当前案件审理中法庭调查期日一般在2次以上，稍复杂的案件常出现5至6次的调查期日。^③一旦出现新的证据和争点，法庭调查便需恢复。争点整理后案件争点并未彻底消除，调查期日反复延长，争点整理程序因没有整理效力的保障未能有效运行。

三、争点整理程序的源流发展及局限

当前，争点整理程序被嵌入审前程序的庭前会议之中，形成了以证据交换为方式、以法院职权为主导、以“弱失权”^④为督促的争点整理程序框架。然而，该程序制度的核心问题在于其定位模糊，既未明确界定适用范围，也缺乏统一的操作方法指导，更未确立争点固定后的法律效力和相应后果，这直接导致了争点整理程序立法在科学性、与完备性方面的显著不足。换言之，尽管争点整理程序在形式上已具雏形，但由于上述关键要素的缺失，其在实际操作中难以发挥预期效果，呈现出“形式大于内容”的尴尬局面，难以有效促进诉讼效率与公正的平衡。因此，亟待通过立法完善，明确程

① 参见（2020）京01民终4211号。

② 参见孟醒：《争点整理实效化的模式探索与完善》，载《中南大学学报（社会科学版）》2020年第1期。

③ 参见李凌：《集中审理视角下民事证据调查阶段化研究》，载《中外法学》2023年第2期。

④ 在法律语境中，失权通常指的是当事人因某种原因（如未在规定期限内行使权利、违反诉讼程序等）而丧失某种权利或资格的状态。本文所称“弱失权”是为了强调在争点整理程序中，对于未能及时或充分参与程序的一方，采取一种相对较为温和的失权措施，以督促其积极参与并配合程序进行。这种措施并不直接导致当事人完全丧失某种权利，而是通过某种方式（如限制其后续诉讼行为的自由度、增加其诉讼成本等）来促使其履行程序义务。



序定位、细化操作规范、强化法律后果,以确保争点整理程序真正发挥其应有的作用。

(一) 争点整理程序立法现状

争点整理作为提升诉讼效率与明确审理焦点的关键机制,在司法实践中逐渐得到重视和应用,并在2012年修订的《民事诉讼法》等法律法规中得到了进一步的支持和确认。此次修订将争点整理的理念融入审前程序,标志着我国争点整理制度的初步确立,为诉讼实践中的争议焦点明确与案件高效审理奠定了一定的基础。随后,尽管《民事诉讼法》历经多次修订,但针对争点整理的具体内容与操作规范,这些修订并未带来显著变化。为进一步细化规范争点整理的实践操作,《民诉法解释》作为对法律条文的解释与补充,明确规定了争点整理的主体范围、程序流程以及内容要求。特别地,它将证据交换与争议焦点的归纳确定为庭前会议的核心任务,并赋予了当事人对争议焦点提出异议的权利,这一举措极大地增强了诉讼主体的参与性与程序的透明度。此外,《证据规定》作为专门规范证据收集、提交与审查的法律法规,对争点整理制度的实施提供了更为细致的保障措施。该规定不仅细化了逾期举证的惩罚机制,还强调了审前程序对庭审调查的约束力,以通过强化审前准备,确保庭审能够围绕已明确的争议焦点高效进行,从而保障争点整理的实际效力。

然而,尽管上述规定在一定程度上填补了争点整理制度的立法空白,但值得注意的是,当前的规定仍显抽象与笼统,缺乏具体、可操作的实施细则。这导致在司法实践中,争点整理的程序执行、效果评估及争议解决等方面仍存在诸多不确定性,距离建立一套完整、高效的争点整理程序体系仍有较大差距。

(二) 争点整理程序规范存在的局限性

其一,适用范围过大。根据《民事诉讼法》第136条第4项规定,需要开庭审理的,通过要求当事人交换证据等方式,明确争议焦点。该条规定了争点整理的适用范围,即明确对“需要开庭审理的”案件进行争点整理。^①争点整理是为庭审顺利进行做必要的准备,“必要”意味着审前准备工作应具有实质意义上的服务庭审的作用。然而,需要开庭的案件是否都要进行争点整理值得商榷,案件适用范围是否需要根据诉讼经济原则或其他要素进行限缩也应进一步考量。

其二,启动方式单一。根据《民事诉讼法》第136条第4项及《民诉法解释》第226条规定,法院“要求当事人”以证据交换方式明确争议焦点,法官根据案件情况决定是否召开庭前会议,即限定了争点整理程序由法院依职权启动。具体而言,是否需要在开庭审理前明确争议焦点、如何明确争议焦点都由法院根据案件具体情况进行判断,当事人不具有启动权。但当事人主义诉讼模式下,是否应赋予其他诉讼主体启动争点整理程序的权利,法院如何判断其他诉讼主体提出争点整理要求的合理性有必要进一步探究。

^① 参见江必新主编:《新民事诉讼法条文理解与适用》,人民法院出版社2022年版,第628页。

其三,权责分配不清。根据《证据规定》第57条和《民诉法解释》第226条规定,证据交换应当在审判人员的主持下进行,归纳争议焦点应征求当事人意见,但未对法官与当事人在争点整理程序中的角色定位和权责划分予以界定。^①权责不清会导致法官与当事人在争点整理程序中处于茫然状态,无法有效组织证据交换,确定争议焦点,难以取得程序预期效果。为此,争点整理的程序中,法院与当事人各自应当承担的角色及权利义务配置应进一步明确。

其四,程序推进缺乏规范。《民诉法解释》第226条规定了“根据当事人的诉讼请求、答辩意见以及证据交换的情况归纳争议焦点”,但既未说明什么是争议焦点,也未提示如何归纳争议焦点,争议焦点是通过证据交换的方式还是以庭前会议或其他方式收集,整理证据和固定争点是互动或交互进行,争点整理应按什么流程推进均不明确,争点整理的具体推进流程和方法应进一步细化。

其五,法律效力不明。《证据规定》第57条明确争点以记录在案的形式予以固定,当事人在审前阶段的意见在后续审理中依然有效,并规定了逾期举证的惩罚措施。但急于进行争点整理会产生何种不利后果,争点固定后于法官和当事人具有何种约束力,固定的争点对后续庭审审理范围具有何种约束力均没有规定,争点整理的法律效力需进一步规范。

(三) 争点整理程序规范问题的产生根源

梳理争点整理程序的立法演进发现,自1993年《最高人民法院关于第一审经济纠纷案件适用普通程序开庭审理的若干规定》将“争议焦点”首次写进法律条文开始,近年来对于争点整理程序的制度探索均未取得理想效果。究其原因,根本在于缺乏争点整理制度整体架构及在诉讼程序中的准确定位,诉讼理念及程序设置的双重制约,^②导致实践中适用方式混乱,适用效果乏力。

其一,程序正义理念弱化。争点整理功能发挥受限应从诉讼理念中追根溯源。长期以来,司法裁判以追求实体正义为目标,诉讼程序仅作为挖掘和发现事实的手段或工具。由于程序正义理念的相对缺失,争点整理的现实必要性难谓充分。法官进行争点整理的源动力并非程序本身的需求,更多是程序进行的形式主义和案件客观情况的驱动,行为活动的中心即为法官的需求。在复杂案件中,如果不进行争点整理,诉讼程序可能难以进行,使得争点整理成为一种必要的选择,法官归纳动力不足及当事人难以实质性参与的争点整理表现为各方主体意愿阙如,争点整理程序的价值工具性和中间性导致实践适用不足。

其二,审判体系定位偏差。我国采取两阶段分置式审前准备程序,争点整理程序

^① 参见最高人民法院民事审判第一庭编:《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第533页。

^② 参见刘韵:《精细化诉讼程序视域下民事诉讼争点整理现状及其发展——基于规则和裁判文书的实践分析》,载《法学家》2021年第2期。



在庭前会议中完成。按照理想的审判体系设计,审前程序与庭审程序应采用双向并重进路,由庭前会议解决程序性问题和实体问题的整理,庭审程序重在查清实体争议,搭建审判一体化整体框架。然而,实践中庭审程序与审前程序缺乏衔接对流,争点整理程序难以划定专属调控场域,与庭审程序有相互僭越之嫌。^①诉讼程序是由多项程序组合而成的程序体系,各程序间具有连贯性、一致性,遵循内在沟通逻辑和体系完整,某一程序的定位偏差,必然导致整体程序体系的不稳定,特别是具有基础性和过程性地位的争点整理程序。^②争点整理程序缺乏在审判体系中的准确定位,审判体系各程序间层次不明,难以发挥程序控制与实体准备功能。

其三,配套机制保障不足。民事诉讼程序的顺畅运行需要各项制度的相互配合,英美法系在事实认定和法律适用二元分置的制度设计下,强调审前程序的独立性和当事人自主性,以诉答程序、证据开示程序和审前会议等完成争点固定与简化,^③并通过强失权制裁发挥法律效果。大陆法系通常设置专门的争点整理程序以限缩争议焦点,促进集中审理,但其更强调法院的主导权,并以是否违反诉讼促进义务或是否具有逾期提出攻防理由等判定是否发生失权效果。我国现行法制度下,虽规定了审前争点以记录在案的形式予以固定、当事人审前阶段意见在后续审理中依然有效和逾期举证的惩罚措施,但存在诸多问题。一方面,我国缺乏强制答辩制度,当事人不在答辩期内提出答辩并不会产生不利后果,造成法院无法通过诉答阶段整理和明确争点;另一方面,我国尚未建立起严格的证据失权制度,“证据随时提出主义”下审前争点固定不具有实质效力。这种实践需求与配套机制不足的冲突,导致争点整理程序适用效果乏力。

(四) 争点整理程序的应然之意

其一,实现集中审理的改革目标。司法资源的有限性对审理提出了尽可能集中的要求,理想的诉讼程序是在最少的审理期限内经一次开庭审理终结,争点整理因能克服分割审理主义带来的诉讼迟延及言辞辩论虚置成为现代化审理方式的指引。^④在诉讼改革潮流下,促进集中审理和设置相对独立的审前程序已成为两大法系的发展趋势。争点整理程序从一种诉讼前置性架构发展成为一套具有独立价值的程序,^⑤其定位于辩论主义和处分权主义原则下,通过争点收集、争点固定和争点解决,最大限度保证庭审质量,提高审判效率。争点整理过程中,法院运用诉讼指挥权,助益两造限缩、撤回或避免提出无从获取实体利益或程序利益的争点,^⑥归纳案件实质争议,限定审理

① 参见汪海燕:《庭前会议制度若干问题研究——以“审判中心”为视角》,载《中国政法大学学报》2016年第5期。

② 参见段文波:《庭审中心视域下的民事审前准备程序研究》,载《中国法学》2017年第6期。

③ 参见陈元庆、邓雪莲:《我国民事诉讼争点整理制度的完善——以庭审优质化为研究视域》,载《阜阳师范大学学报(社会科学版)》2023年第1期。

④ 参见丁朋超:《论集中审理的实现路径——德国〈审判程序简化促进法案〉的分析与借鉴》,载宋晓主编:《中德法学论坛》(第17辑),南京大学出版社2021年版,第66页。

⑤ 参见齐树洁:《论我国民事审前程序之构建》,载《法治研究》2010年第4期。

⑥ 参见邱联恭:《争点整理方法论》,三民书局2001年版,第24页。

范围，从而实现集中审理的目的。

其二，实现公正与效率的程序价值。争点是法官在实体法上的“请求权基础”与程序法上的“当事人诉讼攻防”交融作用下，协同当事人从主张事实中提炼出来的主要争论点，是诉讼攻防和案件审理的关键点。因此，争点整理围绕真实的争议展开，当事人经过充足的辩论将真正的争点固定下来，^①围绕争点展开诉讼攻防，再现真实的争执，同时法官运用诉讼指挥权，交替使用争点确定、辩论主义和释明义务等制度，^②准确确定导致特定法律效果发生的要件事实，在排除合理怀疑的基础上认定法律事实，并最大限度还原客观事实，保障实体公正。同时，案件激增是世界各国面临的普遍问题，合理配置司法资源以满足社会对司法的需求，需要不断提升司法效率，这也是争点整理程序的正当性基础。争点整理通过审前固定争点使审理范围紧凑稳定，缩短案件准备和审理周期，避免审理程序阶段化、碎片化，有效整合当事人之间的争点，使具有实质争议的事项进入庭审程序，排除无关和非实质性争议，确保争议事项的审理具有秩序性、实质性和有效性，^③实现防止诉讼拖延、提高诉讼效率的价值目标。

四、争点整理程序的规范化构建

争点整理程序的建构必然是一场诉讼程序的革新，一方面要在立法层面探讨如何建立完善的争点整理程序，另一方面要在司法层面寻求规范的适用方法。针对争点整理程序运行中亟需解决的五个问题：适用范围不明、启动方式单一、权责分配不清、程序推进无序和法律效力不明，下文将逐一讨论并提出相应建议。

（一）限缩适用范围：基于审理程序的差异化设计

《民事诉讼法》第136条第4项明确，“需要开庭审理的”案件都应进行争点整理，但“需要开庭审理的”案件与需要进行争点整理的案件并不存在必然的对应关系，争点整理程序的适用范围应遵循诉讼经济原则予以适当限缩。

1. 限缩理由

需要开庭审理的案件是指在开庭前无法采取调解等方式及时解决纠纷，必须进行庭审审理的案件；而需要进行争点整理的案件是指有必要在庭前限缩、固定争议焦点，以保证庭审效率的案件。只有案情复杂、争议较大或争点较多的案件，才有必要适用单独的争点整理程序，所有“需要开庭审理的”案件都进行争点整理，必然增加当事人和法院的司法成本，不符合诉讼经济原则。考察实践发现，各地法院对适用争点整理程序的案件范围，都进行了不同程度的限缩。在案件体量过大的情况下，要求所有

① 参见纪格非：《“争点”法律效力的西方样本与中国路径》，载《中国法学》2013年第3期。

② 参见黄湧：《民事审判争点归纳：技术分析与综合运用》，法律出版社2016年版，第29页。

③ 参见刘韵：《精细化诉讼程序视域下民事诉讼争点整理现状及其发展——基于规则和裁判文书的实践分析》，载《法学家》2021年第2期。



开庭审理的案件都适用单独的争点整理程序，只能使争点整理流于形式，不具有现实必要性和可行性。

2. 限缩方式

争点整理程序的适用范围应以案情复杂的普通程序案件适用为原则、以简易程序案件适用为例外，并涵括其他确有必要进行争点整理的案件类型。适用普通程序审理的案件多为案情复杂、争议较大、争点多或证据多的案件，不经审前争点整理程序直接进入庭审，会因争点不明确导致庭审中无法展开充分辩论，陷入审理上的反复和回流。^①为此，普通程序案件应强制适用争点整理程序，在庭前排除非实质性争点、限缩并固定实质争点，提高庭审效率；同时，防止法官不适用或恣意减少适用争点整理程序，导致庭审迟延。

“例外+动态”的适用补充。以简易程序案件为适用例外，以特殊类型案件为动态补充，能够消减程序价值和程序效率间的冲突。适用简易程序及简易小额程序的案件，多为事实清楚、争议不大的案件，往往不存在复杂的实质性争点，适用单独的争点整理程序反而会增加诉讼成本。但我国对于案件简单或复杂的区分，首先在立案阶段进行简单界定，而案件是否存在法律上的关系复杂或事实上的分歧较大，只能在初步诉答完成后才能确定，故如果存在证据多、分歧大等情况，法官认为确有必要或经当事人申请的，可以适用争点整理程序。对于新类型案件、敏感的案件、涉及群体性纠纷或者引发社会广泛关注的案件，因这类案件争议较大、法律关系复杂、社会影响广泛，法官可以通过庭前争点整理充分了解当事人诉求和争议焦点，对案件进行充分评估并加强与当事人的沟通，指引当事人提出攻击防御的方法，避免裁判突袭带来的司法风险，也应当适用争点整理程序。

3. 规范构想

适用争点整理程序的案件范围，应以案件审理程序为划分基础，结合案件类型、争议大小、证据多少、复杂程度等因素，区分应当适用争点整理程序的案件范围和可以适用争点整理程序的案件范围。除适用普通程序审理的案件应当适用争点整理程序外，实践中，部分案件虽未适用普通程序审理，但在案件事实、案件类型或诉讼当事人上具有一定的特殊性，也应当适用争点整理程序。一是对事实认定或法律适用存在较大争议的案件；二是在辖区内具有首案效应的新类型案件；三是当事人人数众多可能引发群体性事件或可能引发社会广泛关注的案件；四是在社会上有重大影响的案件。

另外，部分适用简易程序审理的民事案件，因个案差别，可能存在需要适用争点整理程序的情况。此时应赋予法官裁量权，决定是否适用争点整理程序。一是证据类型较多或证据数量较多的案件；二是当事人诉讼请求较多或当事人提起反诉的案件；三是可能对特定行业产业或特定群体利益产生影响的案件。

^① 参见陈桂明：《审前准备程序设计中的几对关系问题》，载《政法论坛》2004年第4期。

（二）优化启动机制：引入多元主体参与的灵活性

针对当前争点整理程序启动方式单一的问题，有必要在保持法院依职权启动的基础上，引入多元主体的参与，构建更为灵活和高效的启动机制。

1. 理论基础与必要性

首先，基于当事人主义诉讼模式核心理念，即强调当事人在诉讼中的主体地位和主动性，争点整理程序的启动应充分考虑当事人的意愿和需要。同时，借鉴域外经验，结合我国实际情况，赋予当事人及其他诉讼参与者一定的程序启动权，有利于提升诉讼效率和促进程序公正。其次，单一的启动方式限制了程序的灵活性和适应性，无法满足复杂多变的诉讼需求。通过增设依申请启动和依建议启动两种方式，可以形成法院、当事人、其他诉讼参与者共同参与的多元化启动机制，更好地适应不同类型的案件和当事人的实际需要。

2. 具体构想

除法院依职权启动之外，还应根据诉讼参与主体，增设依申请启动、依建议启动两种方式。其一，法院依职权启动。法官在案件受理后，应根据案件的性质、复杂程度、争议焦点等因素，综合判断是否需要争点整理。对于案情复杂、争议较大的案件，法官应主动依职权启动该程序，以确保庭审的顺利进行和审判质量的提升。其二，当事人依申请启动。当事人在认为案件需要进行争点整理时，可以向法院提出书面申请，并说明申请的理由和依据。法院在收到申请后，应及时进行审查，并在合理期限内作出是否准许的决定。同时，为了保障当事人的程序参与权，法院在审查过程中应充分听取当事人的意见和建议。其三，其他诉讼参与者依建议启动。除了当事人外，其他诉讼参与者如诉讼代理人、检察机关等也可以在一定条件下建议法院启动争点整理程序。例如，检察机关在支持起诉的案件中，如果发现案件争议较大、需要明确争议焦点以提高诉讼效率时，可以向法院提出书面建议。法院在收到建议后，应同样进行审查并作出决定。

（三）明晰权责划分：构建三方互动促进的整理模式

鉴于《证据规定》第57条及《民诉法解释》第226条确立的法官归纳式争点整理模式存在的局限性，即可能无法全面反映双方当事人的实质争议，本文提出通过明晰并优化法官、原告、被告三方主体的权责划分，构建一种更为高效、互动的争点整理模式。

1. 纠正理由

法官归纳式的争点整理模式即在庭前经原、被告诉答及证据交换后，法官依职权归纳整理争议焦点，当事人不实质参与争点整理过程。此种整理模式能够有效防止双方的意见陈述过于冗杂，提升审前准备程序的工作效率，预防审前过多涉及实体性审理问题，以免庭审阶段错位。^①然而，这种模式的弊端也很明显，为实现只议不审的

^① 参见钟宇晴、刘亦峰：《论庭前证据调查准备：实证考察与理论思考》，载《交大法学》2023年第3期。



程序设计，双方对系争问题交锋较少，法官根据有限的诉讼意见和资料全面、准确归纳争议焦点的难度较高，导致争点整理流于形式，无法捕捉双方实质争议。

2. 三方促进式的争点整理模式

英美法系以当事人高度互动收集争点，即当事人动议或法官裁判简化争点的争点整理方式，侧重于争点的全面收集，以强失权制度为保障，争点确定后当事人提出的新的诉讼攻防被严格限制并强制失权制裁。区别于英美法系的法院有限参与，大陆法系法院以全程介入方式完成争点整理，争点收集以争点讨论阶段为主体，并产生争点固定的法律效果。

三方促进式的争点整理模式，即由原、被告和法官经互动、协商、回应，共同商议并确认各方认可的争议焦点，促进争议焦点的形成。此种整理模式通过争议问题的提出与回应，法官的释明，三方均能有效参与，在互动中发现主张事实的差异性从而捕捉真实争点，在协商中过滤非实质性争议，通过回应梳理关键争点进入庭审调查，实现争点整理实效化。

3. 规范构想

第一，明确权责界限。细化法官、原告、被告在争点整理程序中的具体权责，确保各方在明确职责范围内有效参与。争点整理只有在当事人与法官充分意思沟通和合作下才是有效的。^①第二，强化法官释明义务。法官应主动释明法律规定、程序要求及争议焦点的确定标准，帮助当事人准确理解和把握争点整理的目的和要求。第三，优化指挥方式。法官在指挥过程中应注重方式方法，既要防止过度干预，又要确保程序的顺利进行。对于当事人能力不足或滥用权利的情况，法官应及时进行指导和纠正。此外，构建争点整理结果的反馈机制，允许当事人在一定期限内对争议焦点的确定提出异议，确保整理结果的公正性和准确性。

（四）规范程序流程：构建争点四阶段为核心的操作规程

鉴于《民诉法解释》第225条、226条在争点整理程序上的规定尚显笼统，未能为实践操作提供清晰指引，导致各地法院在执行过程中出现了流程不一、操作无序的现象。为提升争点整理的规范性与实效性，有必要明确一套以“争点收集、争点归纳、争点协商、争点固定”为核心的四阶段操作流程。

1. 规范程序的必要性

当前法律虽已引入争点整理的概念，却未细化其实施路径，各地法院虽积极探索，制定了多样化的操作规范，但这些规范往往缺乏统一的法律依据和司法解释支撑，容易超出地方司法权限，造成规定不一、执行混乱的局面，难以有效实现争点整理的预期目标。因此，亟需通过制定统一、具体的操作规程，确保争点整理程序的有序进行。

^① 参见[日]谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社2002年版，第32页。

2. 四阶段规范方法

第一，争点收集阶段。本阶段旨在全面收集案件中的争议点。通过详细审阅起诉状、答辩状及当事人对诉讼请求的增减、反诉讼请求等，引导当事人明确陈述各自在程序、证据、事实或法律上的争议。法官需在当事人说明与补充的基础上，初步确定双方无争议的事实和初步争点，并听取当事人对争点的补充与异议，为后续阶段打下坚实基础。第二，争点归纳阶段。在双向开示证据的过程中，包括书证、物证、证人证言等各类证据资料，以及经申请调取的证据、鉴定报告、勘验笔录、证据保全等材料，均需由当事人逐一展示，并由对方发表质证意见。随后，鼓励当事人自主归纳争点，为后续的协商与固定工作做好准备。第三，争点协商阶段。此阶段强调法官的释明作用与当事人的协同参与。法官需以要件事实为基础，引导当事人排除非必要的争点，提炼案件的核心争议，并发现潜在的隐藏争点。在法官的主持下，鼓励当事人就部分争点进行协商，力求通过简化或达成共识来限缩争点范围，提高审判效率。第四，争点固定阶段。法官与当事人需共同确认无争议事实、争议焦点及相关证据，并以此为基础划定庭审范围。通过固定争点，确保庭审活动围绕核心争议展开，避免无谓的争执与拖延，提升审判的针对性和效率。

具体而言，争点整理程序的操作规范，可以按照下列顺序进行：一是明确原告的诉讼请求和被告的答辩意见；二是处理当事人对诉讼请求的增减及反诉讼请求，确保所有相关诉求均纳入考虑范围；三是组织当事人提交证据并进行充分的质证，确保证据的真实性与关联性；四是展示依申请或职权调查收集的证据，并听取当事人的意见；五是由当事人初步归纳争点，法官进行必要的引导与补充；六是审理法官或法官助理对争点进行释明，帮助当事人理解争议核心；七是鼓励并主持当事人对争点进行协商，力求简化并达成共识；八是最终固定无争议事实及争议焦点，明确庭审范围。通过以上步骤，完成争点收集、争点归纳、争点协商与争点固定四阶段，实现争点有效整理。

（五）确立整理效力：建立有限失权规制的双向拘束力机制

当前法律体系对争点整理法律效力缺乏明确界定，导致其实践中拘束力不足。争点效力规则应置于真实性的基础上，^①以有限失权效力规则，兼顾程序利益和实体公正。

1. 有限失权规则的合理性

选择有限失权作为争点整理效力的核心规则，旨在确保争点一旦形成并固定，即成为推进诉讼的基石。此规则要求当事人不得轻易变更已固定的争点，且攻击防御活动需严格围绕这些争点展开，从而保障诉讼程序的稳定性和可预测性。同时，考虑到我国司法传统对事实认定统一性和稳定性的追求，以及强失权制度可能带来的不适应，有限失权规则更为契合我国诉讼文化的实际，既能有效规制当事人行为，又能避免过度干预导致的程序不公。

^① 参见纪格非：《“争点”法律效力的西方样本与中国路径》，载《中国法学》2013年第3期。



2. 有限失权的具体适用方式

其一，对当事人的拘束力。争点固定后，原则上禁止当事人在庭审中提出新的争点或证据，以维护争点整理的严肃性和权威性。然而，为兼顾实体公正，应设立例外情形，允许在特定条件下（如新证据对案件实体审理具有决定性影响）补充争点或证据。其二，对法官的拘束力。法官的审理活动应严格限定在争点整理所确定的范围内，避免职权探知过度扩张或遗漏重要争点。对于当事人无正当理由未参与争点整理的情况，法官可依据举证时限制度，对逾期提交的证据资料予以排除，以遏制恶意拖延诉讼的行为，保障诉讼效率。

3. 规制思路

其一，强化争点整理结果的约束力。在争点整理程序中，各方当事人达成一致或无争议的事实，应视为对各方均具有法律约束力，人民法院在庭审时原则上不再进行重复审查。同时，庭审应围绕争点整理后固定的争议焦点展开，对于当事人无正当理由在庭审时提出的新争议焦点，法院可视情况决定不予审查或给予适当限制。其二，灵活处理重要争点的补充。对于案件实体审理具有重要影响的争点，应建立灵活的补充机制。一方面，法官依职权应当查明的争议焦点，无论是否在争点整理阶段明确，均应作为审理对象；另一方面，对于要件事实认定具有关键作用的争议焦点，若因特殊原因未在争点整理阶段明确，也应允许当事人在合理期限内提出并补充，以确保案件审理的全面性和公正性。

结 语

争点整理旨在完成争点收集和争点析出，以揭示当事人的实质争议，切实发挥争点梳理提炼效果。规范高效的争点整理程序，不仅是对案件事实与法律适用的深度剖析，更是对司法公正与效率的理性追求。随着司法改革的深入推进，争点整理程序的重要性日益凸显，它既是庭审实质化改革的重要支撑点，也是推动民事诉讼制度现代化、精细化的关键一环。回顾近十年来的法律演进，无论《民事诉讼法》还是相关司法解释，都透露出立法机关和司法机关对争点整理程序价值的认识与重视。从制度设计到实践探索，争点整理程序在各地法院的积极尝试下，已逐步积累经验，为构建系统化、规范化的程序体系奠定了基础。其体系化建构的可行性与必要性，已不仅局限于理论上的探讨，而是成为司法实践中的迫切需求。当然，任何制度的完善都非一蹴而就，争点整理程序亦不例外。它既需法官在司法实践中探索创新，通过具体案件的审理不断检验和完善该程序；也需法学研究者深入理论探讨，为争点整理程序的优化提供坚实的理论支撑和前瞻性的思考。

（责任编辑：王文斌）

实用艺术作品著作权保护要件的重构

——基于区别特征理论对作品概念的厘清

王文洁 赵耀彤*

内容摘要：实用艺术作品的著作权保护条件一直是理论和实务界争论的焦点。争议的产生部分源于实用艺术作品本身的复杂属性，但更多归因于作品概念本身的模糊不清。问题的解决首先需要认识到传统著作权法理论中作品概念解释力的局限性，并引入区别特征理论以明晰作品的本质。在融合传统著作权法理论与区别特征理论的基础上对现有实用艺术作品保护要件体系进行重构：对实用艺术作品的认定应放弃较高艺术创作高度的要求，将可分离性作为实用艺术作品保护的资格要件，独创性作为其最终要件，以相对差异作为独创性的判断标准，并围绕表达空间和表达要素展开独创性判断。

关键词：实用艺术作品 著作权 可分离性 独创性 区别特征理论

小到饰品、玩具，大到家具、建筑，实用艺术品在日常生活中随处可见，其不仅具有服务人们生活日常的实用功能，也有着满足人类精神需要的审美意义。《著作权法》作为促进文学艺术创作的法律制度，对保护具有典型双重属性的实用艺术品表现得极为谨慎。这一方面是因为如果不当扩张了实用艺术作品的保护范围，将保护延伸到实用功能部分，则会从根本上动摇《著作权法》的一些基本理念；另一方面，如果不加限制地对所有实用艺术品进行保护，不少学者担心这将会架空外观设计专利制度。鉴于《著作权法》对实用艺术作品一直没有明确的定义，^①实用艺术作品的保护条件一直

* 王文洁，聊城大学法学院助教；赵耀彤，山东省聊城市东昌府区人民检察院三级高级检察官。

基金项目：本文系2024年度山东省自然科学基金青年面上专项“传统知识及遗传资源的产权保护赋能农业和产业发展研究”（编号：ZR2024QG237）的阶段性成果。

① 我国在《著作权法》第三次修改过程中，《著作权法（修订草案送审稿）》曾将实用艺术作品作为一种新的作品类型加以保护，并将其定义为“玩具、家具、饰品等具有实用功能和审美意义的平面或立体造型作品”，但该意见最终并未被采纳。



是理论和实务中争议的焦点。本文将我国实用艺术作品著作权保护要件的理论争议与实践分歧作为论证的前提，以作品三要件理论为基础厘清争议的来源，通过引入区别特征理论明晰《著作权法》下作品概念的本质。在融合传统著作权法理论与区别特征理论的基础上重构实用艺术作品保护要件体系与判断标准。

一、实用艺术作品著作权保护要件的理论争议与司法分歧

从宏观上来看，理论上对认定实用艺术作品的讨论主要围绕三个层面展开：一是对实用艺术作品的构成要件体系的讨论，即构成实用艺术作品需要满足什么条件。这一部分的争议焦点主要表现为可分离性与艺术性是否可以成为实用艺术作品的构成要件。二是关于各要件判断标准争议，其中独创性判断一直是著作权法领域的难解问题，可分离性要件的引入是对美国判例法的借鉴，其适用困境在我国司法实践中同样存在。而艺术性的判断又存在违背“审美无歧视”原则的嫌疑。因此，对于这三个要件的判断标准应如何定位可谓众说纷纭。三是对各要件具体的判断规则（方法）的不同认识。以独创性要件为例，不断涌现的新型作品冲击着传统的独创性判断方式。在传统主观主义和客观主义的判断方式基础上，新颖性标准、选择空间法等各种判断方法层出不穷。学术上的讨论自然会引起实践中的分歧，更加严重的是，理论上三个层面的争议在个案中交织出现，以至于实用艺术作品的司法保护现状远比想象地更加复杂，同案不同判的情况屡见不鲜。从微观上看，理论上三个层面的争议主要是围绕可分离性、独创性和艺术性这三个要件的选择、判断和定位展开。

（一）可分离性要件的选择和判断

所谓可分离性要件，只有当实用艺术作品中的艺术成分能够在物理上或观念上独立于其实用功能而存在时，著作权法才对该艺术成分加以保护。^①可分离性概念最早发展于意大利，旨在为受版权保护的实用艺术作品和不受版权保护的工业品外观设计之间明确一个清楚的界限。随着欧洲一体化的不断发展，意大利逐渐放弃这一概念，但是该概念却在美国司法实践中繁荣发展。美国自1954年“Mazer v. Stein”案中第一次提出可分离性概念以来，^②经过七十年的发展，提出了“解不开交织在一起”^③“注重创作过程的判断”^④“销售可能性”^⑤等近十种判断方法。这也使得可分离性要件的适用标准变得扑朔迷离，以至于在后期的司法实践中有法官对可分离性要件提出了质疑。

① 参见张今：《著作权法》（第三版），北京大学出版社2020年版，第44页。

② See Mazer v. Stein, 347 U.S. 201 (1954).

③ Carol Barnhart Inc. v. Economy Cover Corp., 773 F.2d 411 (2d Cir. 1985).

④ Brandir Int'l, Inc. v. Cascade Pac. Lumber Co., 834 F.2d 1142 (2d Cir. 1987).

⑤ Jane Gallano and Gianna, Inc. v. Harrah's Operating Co., Inc., 416 F.3d 411 (5th Cir. 2005).

以2017年“Star v. Varsity”案为例，美国联邦最高法院认为涉案的啦啦队服装设计应当受到著作权保护，不过大法官们却给出了完全不一样的理由，托马斯大法官认为涉案的啦啦队服装设计是实用艺术作品，应当受到著作权保护，并就可分离性要件提出了一种新的判断方法——“想象性移除法”；金斯伯格大法官却认为“本案根本就不必采用可分离性标准，因为本案争议的设计并不是实用品的设计，涉案设计本身就是受著作权保护的艺术作品，只是被复制在实用物品之上了”。^①这不是对可分离判断方法的质疑，而是对可分离性要件地位的反思。换句话说，可分离性要件是否是实用艺术作品受著作权保护的必要条件。

美国司法实践中关于可分离性要件的适用困境在我国同样存在，需要说明的是，早期我国学术界和实务界关于实用艺术作品的认定是不存在可分离性概念的。法院认定实用艺术品是否构成著作权法上的作品单纯地是从“作品+美术作品”的定义出发，围绕独创性和艺术性进行判断。^②以经典的“可高案”为例，法院认为，“实用艺术作品是指具有实用性、艺术性并符合作品构成要件智力创作成果……判断这些玩具积木块是否构成实用艺术作品的关键在于其是否具有艺术性及独创性。”^③然而，到了后期，不少学者和法官纷纷引入了美国司法实践中的“可分离性要件”，并将其作为实用艺术作品保护的前提条件。基于此，我国司法实践也借鉴了美国中关于可分离性要件判断的各种方法，但同时也有不少学者对可分离性要件本身的独立性产生了质疑。有观点认为，“可分离性要件应当是权利范围的限定准则，而非实用艺术作品的构成要件。”^④可分离性理论的引入只是为了回避直接判断“什么是艺术性”的困难，转而去间接判断“什么不是艺术”，并将“著作权法不保护实用功能”这一无可争议的理论作为支撑其判断结果的理由。^⑤可见，问题并没有真正被解决，只是换了一个不同的问法。也正因如此，即便最高人民法院在2021年发布了关于实用艺术作品的指导性案例，认为“具有独创性、艺术性、实用性、可复制性，且艺术性与实用性能够分离的实用艺术品，可以认定为实用艺术作品，并作为美术作品受著作权法的保护”，^⑥也依然有很多法院对于可分离性不予评价，直接从独创性和艺术性出发。因此，可分离性要件是否可以成为实用艺术作品的著作权保护要件，如何对可分离性进行判断是认定实用艺术作品首先需要面对的难题。

① See *Star Athletica, LLC v. Varsity Brands, Inc.*, 137 S. Ct. 1002, 1018 (2017).

② 实用艺术作品的认定存在两条路径，一种是直接从作品的一般定义出发，围绕独创性进行判断；另一种则是将其归入美术作品进行保护，按照美术作品的定义进行判断。法院大多采取第二种保护路径。

③ 参见（1999）一中知初字第132号。

④ 李岩、陈泽帆：《论我国可分离性标准的重塑》，载《电子知识产权》2024年第5期。

⑤ 参见谢晴川：《论实用艺术作品的“美”和“艺术性”要件——以适用路径的反思与重构为中心》，载《法律科学》2018年第3期。

⑥ 参见最高人民法院指导性案例157号“左尚明舍家居用品（上海）有限公司诉北京中融恒盛木业有限公司、南京梦阳家具销售中心侵害著作权纠纷案”。



（二）独创性的判断

不同于理论和实践对可分离性要件地位的质疑，独创性作为作品的核心要件，其独立性地位在理论上和实践中基本上不存在任何争议，但各界关于独创性判断标准的讨论可谓历久弥新，几乎每出现一种新型作品都会引起独创性判断的讨论。理论上对于独创性判断标准的争议大致可以划分为“最低创造性标准”和“较高创造性标准”两大阵营。以近几年发生的体育赛事直播案为例，关于“体育赛事直播画面”是作品还是录像制品的争论本质就是独创性判断标准“高”与“低”的选择。有学者、法官认为，如果我国作品独创性标准是“较高”的，涉案体育赛事直播画面的独创性很明显没有电影作品高，其自然不是作品而应作为录像制品保护。如果我国作品独创性标准是“低”的，涉案体育赛事直播画面体现了摄制者一定的个性表达，满足了作品的一般定义，可以将其作为作品保护。这种对独创性标准认识上的分歧在实用艺术作品认定中普遍存在，以张东晔与韩童著作权权属纠纷案为例，一审法院认为“涉案花束在色彩、搭配、植物线条上未能体现其独创性特点，不属于著作权法保护范围的作品”。二审法院则认为“作品独创性要求该作品能够体现作者的个性表达，但不应对创造性提出过高的要求……张冬晔对于作品的创造性，分别从色彩搭配与过渡、花材的选择等方面进行了阐释，在视觉上具备了相应的美感，满足独创性要求，能够作为美术作品受到著作权法保护”。^①可见，“高”与“低”立场的不同已经成为影响独创性判断的主要因素。同时，该案反映出司法实践中对于独创性认定的普遍现象，即对独创性判断这一重要问题大都进行模糊处理。很多法院在诠释涉案作品独创性时过于简略，经常以一句“原告作品体现了创作者个性化选择”为由认定涉案作品有独创性。这种笼统的判断方式在著作权保护司法实践中极为普遍，以至于独创性判断在很多情况下都表现得极为盲目，极大降低了司法裁判的确定性。因此，如何界定独创性的判断标准，细化独创性的判断规则是实用艺术作品认定中的核心问题。

（三）艺术性的选择与定位

有学者认为实用艺术作品需要满足“可分离性、独创性和较高的艺术创作高度”三个条件才可获得著作权保护。^②学者之所以会在作品独创性要求之外，对实用艺术作品提出了较高艺术创作高度的要求，主要是基于实用艺术作品本身的双重属性。作为一种具有“二象性”特征的智力成果，实用艺术作品与美术作品、外观设计的关系密不可分。^③首先，实用艺术作品的著作权法保护路径一般是将其归入美术作品进行

^① 参见（2017）鲁01民终998号。

^② 参见王迁：《知识产权法教程》（第七版），中国人民大学出版社2021年版，第116页。

^③ 根据《著作权法实施条例》第4条规定，美术作品是指绘画、书法、雕塑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。根据《专利法》第2条的规定，外观设计是指对产品的整体或者局部的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所作出的富有美感并适于工业应用的新设计。

保护，那么审美意义是美术作品的构成要件，现有的实用艺术作品既然归入美术作品进行保护，自然需要满足审美意义要件，即艺术性要件，同时也应该满足纯美术作品的艺术创作高度。^①其次，具有一定美感的实用品设计在我国还可以获得外观设计专利保护，但外观设计专利权的取得需要经过行政机关的审查授权，著作权则是自动取得，“如果对美感或者艺术程度较低的实用品设计都给予著作权保护，设计者将不再有力去申请外观设计专利权，所以为防止架空外观设计专利制度，应该要求著作权法下的实用艺术作品具备较高的艺术创作高度”^②。以上两点理由也成为“部分法院认为实用艺术作品应具有较高艺术创作高度”的依据。例如，在“梵华家具案”中，法院认为，“涉案家具的造型设计较为简单，并没有体现出实用艺术作品作为美术作品所需要的一定水准的艺术创作高度……如果不对实用艺术作品设置‘较高水准的艺术创作高度’的要求，则导致大量实用艺术作品受到著作权法的高水平保护。”^③然而，问题的关键是，艺术性是否可以被“较高水准”“一定高度”所衡量。前述独创性要求高低的争论已经使得对作品的判断变得扑朔迷离，在此基础上又将艺术性予以“较高”的评价，并作为实用艺术作品的保护要件，这不过是在独创性主观判断的滑块之上支起另一个滑块。而且，对艺术性进行高低的评价存在违反“审美无歧视”原则的嫌疑。^④更为重要的是，不少学者对艺术性要件是否可以成为实用艺术作品的构成要件同样存在质疑。有学者认为艺术性不应作为作品的构成要件，“审美意义只能解读为独创性概念的进一步说明和阐释，而不是立法者在独创性要件之外给美术作品附加的审美意义要件”^⑤。从司法实践来看，法官也普遍认为视觉艺术作品（美术作品）的独创性集中体现为艺术性。换句话说，针对实用艺术作品独创性的判断就是艺术性的判断，如果实用艺术作品的独创性与艺术性完全等同，那么对实用艺术作品要求“较高艺术创作高度”就是在要求具有较高的独创性，那单列“较高艺术创作高度”这一要求对实用艺术作品的认定没有任何意义。因此，艺术性是否应该成为实用艺术作品的保护要件，对实用艺术作品又是否应该要求具有较高艺术高度，这些问题的答案是解决实用艺术作品认定争议的重要一环。

（四）对现有实用艺术作品保护要件争议的反思

无论是可分离性、独创性还是艺术性，这三个概念都在试图明晰实用艺术作品的

① 参见王迁：《知识产权法教程》（第七版），中国人民大学出版社2021年版，第117页。

② 王迁：《知识产权法教程》（第七版），中国人民大学出版社2021年版，第118页。

③ （2018）沪73民终452号。

④ 美国联邦最高法院霍姆斯法官在“Blesitein v. Donaldson”案中的论述被奉为经典，“由那些只受过法律训练的人来判断美术作品的价值是危险的。一方面，有些极具天才的绘画一开始不被人们所欣赏；另一方面，有些法官看来缺乏美术价值和教育意义的作品却能够被一些民众所接受”。我国有学者将其解读为作品不仅可以是“阳春白雪”，也包括“下里巴人”。同时，这一经典论述被我国学者称为“审美无歧视”原则。

⑤ 熊文聪：《作品“独创性”概念的法经济分析》，载《交大法学》2015年第4期。



著作权保护范围。然而，司法实践中围绕这三个要件的选择、定位和判断所形成的混乱状态表明了学理上这一概念体系的脆弱性。三个描述性概念之间相互嵌套，无法被度量，使得很多时候的判断“只可意会，不可言传”，不仅法官在释法说理时难以让法律规定落到实处，更重要的是无法向社会传达清晰信号。笔者认为，要想改变司法实践中关于实用艺术作品认定的混乱状态，增加司法裁判的可预测性，深入了解争议产生的原因是解决问题的第一步。对可分离性和艺术性的独立地位产生争议，以及对独创性判断标准产生高与低的讨论，这些问题的解答需要回到《著作权法》对作品的界定之中。

二、传统著作权法理论下的作品界定

传统知识产权理论下的客体界定遵循的是要件思维，通过归纳总结不同知识产权客体的典型特征，构建出由多个描述性概念共同组成的要件体系。作品概念亦是如此，根据我国《著作权法》对作品的一般定义，^①作品是由“文学、艺术和科学领域”“独创性”“以一定的形式表现”三个要件共同限定的智力创作成果。

（一）表达形式：思想与表达二分法的存废

作品能以“一定的形式表现”是指作品必须是可被客观感知的外在表达。作品是沟通作者内心世界和客观外部世界的桥梁，思想感情如果没有通过一定的语言、艺术或科学符号形式表达出来，就无法使社会公众加以阅读、欣赏或感知，因此作品应当是能够传达一定思想情感的表现形式。在理论和实践中，讨论或者判断一项保护客体是否为著作权法意义上的表达，通常会变成对经典规则“思想与表达二分法”的运用。

思想与表达二分法是指“著作权法不保护思想，保护的是作品的表达形式”。作为著作权法领域的一项基本法律原则，思想与表达二分法的形成与发展源于国外判例，并最早成文于美国1976年《版权法》。^②对于如何区分思想与表达，美国汉德法官在1930年“尼科尔斯诉环球电影公司案”中提出的“抽象概括法”被奉为经典。汉德法官在该案中指出，就任何（有情节的）作品，尤其是戏剧作品，随着越来越多的情节被剥离出去，就会有一系列越来越抽象的模式与之对应，最后一个模式可能就是该剧有关什么的最一般陈述，有时候甚至只包括它的名称。^③“在这个逐层次的抽象概括中，存在着一个分界点，分界点以上层次的事物是不受保护的‘思想’，分界点以下

① 根据《著作权法》第3条的规定，作品是指文学、艺术和科学领域内具有独创性并能以一定形式表现得智力成果。

② 美国《版权法》第102条（b）规定：“对独创性作品的著作权保护无论如何并不及于思想、程序、步骤、系统、使用方法、概念、原则和发现，不论其以何种形式在作品中描述、说明、展示或体现。”

③ See *Nichols v. Universal Pictures Corp.*, 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

层次的事物是受保护的‘表达’。”^①虽然抽象概括法已经被我国学者和法官所熟知,但思想与表达的区分在很多时候依然显得十分困难,这主要是因为“从来没有人确立过,而且也永远没有人能够确立那个分界线”^②,而且抽象概括法是针对文字作品的判断,不同类型的作品思想和表达区分并不相同,对于文学作品而言,不受保护的思想范畴是基本情节、主题或者角色要素等,对于美术作品,线条、颜色和视角则有可能属于思想的范畴。然而,除文字作品之外,对于其他作品类型思想表达的区分方法,学理上的研究并不成熟。也正是基于区分思想与表达的困难,不少学者认为著作权法没有区分表达与思想的必要,“什么是思想,什么是表达,从来就是一笔糊涂账……应当抛弃混沌模糊的思想表达二分法”^③“哪里有独创,哪里就有著作权”^④“思想与表达的区分,仅仅是一个度的问题”^⑤。前文所提及的各式各样的可分离性判断方法其实就充分反映了思想与表达二分法在司法实践中存在的问题。可分离性概念的本质就是思想与表达二分法在视觉艺术作品上的延伸。著作权法中不受保护的思想不仅仅包括文章的主旨、题材等,而是泛指一切不受著作权保护的通用表达,比如事实、官方正式文件、功能、技术方案、操作方法等。以实用艺术作品为例,实用功能就是著作权法不受保护的思想,艺术部分就是受著作权保护的表达。之所以创造了可分离性概念,大概率是因为艺术部分所附着的作品类型(美术作品)与文学作品完全不同。此外,前文提及学术和实践中对于可分离性的独立地位认识并不统一,不少法院选择忽视对实用艺术作品可分离性的判断,本质上是在回避实用艺术作品中思想与表达的区分。思想与表达的区分在文学作品这一典型作品类型中表现得都如此困难,那么对于实用艺术作品这一特殊作品类型,回避这个问题也许就是解决这个问题的最好方式。

(二) 独创性要求:是“高”还是“低”

独创性被认为是作品的本质属性,其表征的是作品来源于作者并能体现作者个性特征。综观各国立法,鲜有对独创性这一重要概念的内涵和外延作出详细解释。通说认为,独创性可以从两方面来理解,一是“独”,指作者独立完成,不是对现有作品的复制、抄袭;二是“创”,即作品应具有最低限度的创造性并能够体现作者的个人特性。“独”的含义和判断在理论界和实务中基本上不存在争议,但何种程度的创作性才构成作品,却一直是众说纷纭。换句话说,我国学者和法官对独创性内涵的争议在很大程度上表现为对独创性要求是“高”还是“低”的不同认识。如前所述,现有关于很多新型智力创作物是否可以获得著作权保护的讨论,争议焦点都来源于此。此

① 李响:《美国版权法:原则、案例及材料》,中国政法大学出版社2004年版,第295页。

② Nichols v. Universal Pictures Corp., 45 F.2d 119, 121 (2d Cir. 1930).

③ 王坤:《著作权法科学化研究》,中国政法大学出版社2014年版,第146页。

④ 韦之:《著作权法原理》,北京大学出版社1998年版,第20页。

⑤ Paul Goldstein, Copyright, 2nd ed. (Aspen Law & Business, 1999).



外,就实用艺术作品而言,之所以有学者在独创性之外还为其设置了“较高艺术创作高度”的保护条件,就内含了这样一种假设,即我国著作权法中的独创性要求并不“高”。至少就实用艺术作品的认定而言,独创性无法对其进行全部评价。之所以产生独创性“高”与“低”的争论,很大一部分原因在于我国著作权法律制度融合了两大法系对著作权不同的认识。

著作权制度可以分为以英美国家为代表的版权保护体系和以德国为代表的作者权保护体系。英国作为版权保护制度的起源地,将版权视为一种财产性权利,并以洛克的“劳动财产说”作为著作权制度的正当性基础,认为只要是有价值的创作投资都可以获得版权保护,劳动、技巧、判断都可以是独创性的基础。即便后来美国1991年著名的Feist案否认了“额头流汗”规则,提出作品应有最低限度的创造性,单纯的体力劳动不是独创性的来源,^①但这种法律传统下的独创性高度也还是远低于作者权体系下的独创性要求。德国的作者权体系以黑格尔的“人格权说”为基础,认为著作权是人格的一种体现,作品是作者人格的外化。德国著作权法认为作品的独创性须表现为“作者个人的智力创造”,要求作品不仅要源于创造劳动,还必须体现作者本人鲜明的个性,它不应当只是一个普通的、平庸的东西,而是具有一定创作水准的个人精神创造。虽然后期欧盟为统一各成员国复杂而纷乱的保护标准而进行立法,导致德国著作权法对独创性要求有所降低。但整体来说,不同法系下独创性要求的差异依然存在。我国在1990年《著作权法》的立法过程中,对于采取“版权法”还是“著作权法”的称谓发生过激烈的讨论,尽管最终采用了“著作权法”这一名称,并在《著作权法》第51条明确“本法所称的著作权与版权系同义语”,但名称上的统一并没有真正解决引发各方争议的深层次问题,对独创性概念的不同理解就是其中典型一例。值得反思的是,我国独创性的内涵需要围绕这种法律文化所导致的差异进行讨论吗?这其实是一种倒果为因的错误,独创性要求的不同是不同法律文化产生的结果,但并不是独创性概念产生的原因。以“高低”作为独创性判断的论证前提是一种投机取巧的做法,它产生了讨论,但没有解决问题,至少从实践效果来看,指导意义都表现的非常有限。

(三) 文学、艺术和科学领域:对领域限定要件的忽视

“在我国知识产权界,对作品定义的关注主要集中在思想/表达二分法和独创性,而对‘文学、艺术和科学’这一领域限定要件研究不足。”^②“领域限定”作为作品定义的组成部分,其法律意义在于区分作品与非作品。换句话说,主要是为了划分著作权与工业产权的保护对象。“这一要件的实际意义在于,将实用性的物品从作品中分离

^① See Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340 (1991).

^② 李琛:《著作权基本理论批判》,知识产权出版社2013年版,第117页。

出去，使之成为外观设计、实用新型、发明等工业产权保护的对象。”^①人类创作的智力成果范围具有广泛性，成果的载体和形态也纷繁多样，作品作为著作权法的保护对象，其应当是文学艺术和科学领域内的创作成果。领域限定要件要求作品应是“美”的，具有欣赏价值的，不被要求是具有实用功能的。然而，在现实的具体场景中，大量作品既是实用对象，也是审美对象，实用艺术作品就是典型，它们可以获得著作权的保护就是因为它们具有独立于其实用功能的艺术美感。因此，并不是只要具有实用功能就不受保护，而是说著作权法排除了智力成果的功能部分，而保护其具有审美意义的部分。前文提到，学者们对于艺术性是否可以成为实用艺术作品的独立要件存有争议，争议的焦点在于美术作品定义中的“审美意义”是否是美术作品的特殊要件。事实上，实用艺术作品的艺术性要求并不来源于美术作品定义中的“审美意义”，而是来源于作品一般定义中的“领域限定”。当然，学者们之所以反对艺术性成为规范性要件，更多是因为“审美”或“艺术”是主观的，“什么是艺术”应是一个开放性的问题。正因为“美”是主观的，也恰恰说明人人都有审美，审美直觉性使得人们无需计算就可以判断出一个事物是“美”的。例如，古代审美观认为女子“面若银盘”是美的，而现代人更追求“小脸尖下巴”。然而，大部分人不会因为追求“小脸尖下巴”，就认为“面若银盘”是丑的。法律的判断采用的是普通人的视角，不会选择个人视角。事实上，智力创作成果只要不是完全功能性的，就可以说具有“审美意义”，具有艺术性，这是一种极限意义上的判断，是“有无”的判断而不是“高低”的判断。“审美意义”或“艺术性”的判断是主观的，这句话在很大程度上指的是“美”和“艺术”的高低难以评价，这才是“审美无歧视”原则的基本内涵。不然，无法解释为什么各国均将作品限定在文学、艺术和科学领域，领域限定要件的规范意义又在哪里。所以，艺术性可以作为实用艺术作品的独立要件，这是作品领域限定要件的体现。

三、基于区别特征理论对作品本质的厘清

通过对作品三要件的剖析可以深入了解实用艺术作品争议产生的根源，对可分离性要件的质疑其实是对思想与表达二分法的批判，不同法律文化下的客观差异导致了独创性标准“高低”的争论，对艺术性要件独立性的讨论是因为忽视了作品“领域限定”的要求，但问题并没有真正解决。可分离性要件是否可以成为实用艺术作品的独立要件，独创性判断标准是“高”还是“低”，对实用艺术作品的艺术性提出较高的要求又是否合理，传统著作权法理论下的作品概念给不了答案。因为作品三要件没有说明

^① [日] 中山信弘：《多媒体与著作权》，张玉瑞译，知识产权出版社1997年版，第19页。



什么是思想，什么是表达，什么是独创性等一系列重要问题。作品概念只是描述了早期作品的外表特征，但那并不是作品的本质。作品本质的探究需要在充分认识作品三要件理论解释局限的基础上，寻求更具一般解释力的新理论。

（一）作品三要件理论的局限

作品与其他知识产权客体有一个显著的不同，即它与文学、艺术和哲学存在着天然的联系。事实上，思想、表达、独创性等都是美学上的观念，是西方美学“表现论”中的美学观念在法律制度上的体现。作品自古有之，但作品成为一种财产是近代以来的事情。从历史角度考察著作权制度的产生，可以发现资本主义的生产方式深刻改变了作品的性质。“印刷术与资本主义的结合，带来了新的社会利益关系，资本吸纳作品，使作品从非功利的怡情悦性之物转变为功利的产业要素。”^①而选择作者（而非出版商）作为产权起点则是因为近代个人主义创作观的流行。西方美学的发展经历了一个从模仿论到表现论的历史转变过程。西方传统美学深受柏拉图“模仿说”的影响，那时的人们并不赞美“独创”，他们认为美的规律一旦被发现就只需要被重复而不是被改变。到了中世纪，“创造”专属于神学范畴，所有的事物都是神创造的。直至文艺复兴开始，人作为主体才被认识到，个人主义创造观才逐渐兴起，这种观念在18世纪开始流行，直到19世纪法国魏朗《美学》的诞生，标志着“表现论”成为西方美学理论起源之一。表现论认为艺术是人类的感受、思想和情感的共同体。著作权制度的形成与成型也正是表现论兴起的时期。法律意义上的作品被界定为“思想之表达”，独创性的标准在于“体现作者独特的取舍”，著作人格权建立在“作品是作者人格之外化”的观念之上，“表现论”的印记处处可见。即便法学家不愿意承认作品美学阐释的规范性，但依然不能忽略著作权制度的产生是以早期的美学观为基础。可以说，“近代的产业结构和文化观念分别从物质上和意识上为著作权的问世提供了条件。”^②

可见，现有的作品概念是早期立法者对一定时期现象的归纳总结，而法律又必须保持适当的稳定性，于是特定历史时期的观察和观念便沉淀下来。然而，现代社会不断涌现的智力创造成果挑战着既有的法律规则，突破了现有作品三要件的解释力。以作品领域限定要件为例，早期作品就是小说、绘画、音乐等纯艺术作品，它们属于文学艺术领域，而发明创造属于工业领域，于是按照智力成果所属领域及其本身具有的作用，就将作品限定在“文学、艺术和科学”领域，而将发明创造归属于工业领域。但是，现代立法者却将计算机程序、集成电路布图设计这些明显属于工业领域的客体规定为著作权法保护的法定作品类型。虽然有学者称其为法律拟制的作品类型，但客体本质的不同不会因为法律拟制而消解。作品概念是立法者基于一定历史时期现象

① 李琛：《著作权基本理论批判》，知识产权出版社2013年版，第58页。

② 李琛：《著作权基本理论批判》，知识产权出版社2013年版，第61页。

的归纳总结。这是一种法律形态学思维，与生物形态学思维类似。“人类早期认为海豚是一种鱼类，是因为它生活在海里，和鲨鱼很像。但是生物分类学从古老的形态学发展到现代的分子生物学，其分类的依据也从外表形态转向更微观的标准，比如染色体和血清反映等等，在这样的分类基础上，其实我们就知道海豚和猎豹更近。”^①因此，笔者认为，明晰作品的内涵需要摆脱“形态学”思维的局限，从更微观的意义上探究作品的本质，寻找组成作品的“细胞”。

（二）区别特征理论下的作品本质

“如果一个原理看起来有些模棱两可，有经验的法学家就应该知道从制度选择和制度比较的角度去寻找问题的解。”^②基于此，如果作品三要件的内涵不能在著作权法制度下被厘清，那么试着把它放在与其他知识产权客体比对的位置上，通过制度比较，也许可以看出不同法律制度下保护对象的本质。在众多知识产权客体中，作品与专利属于最为典型的智力创造成果，将二者的保护制度进行对比，可以发现制度之间巨大的差异。

作品保护和专利保护从权利取得到侵权判断都有着完全不同的规则。就权利取得而言，著作权自作品完成之时就由作者自动取得，事先无需经过审查。但专利权的取得需要申请人先撰写权利要求说明书并经行政机关的实质审查，从提交申请到最终获权，整个过程持续三年以上为常态。在侵权认定环节，对于专利侵权的认定，采用“全部要素规则”，对权利要求书中所载明的所有技术特征进行一一比对，达到“相同”或者“等同”才构成侵权。而在版权侵权认定中，涉案被诉侵权作品不会与原作品进行全部比对，并且只要与原作品构成“实质性相似”即构成侵权。规则的不同是由权利人事先的确权成本、公众预防侵权的信息成本以及审查机关的行政司法成本等共同决定的。而之所以会有这样大的成本差异，则是因为组成作品和专利的区别特征数量不一样。

区别特征理论下，任何知识产权客体，无论是技术方案还是艺术作品，从观念上都可以被视为由一个个限制性特征相互组合的产物，典型技术（专利）和典型作品在于区别特征数量的多少。^③在技术领域，纵向的继承性较为明显，绝大部分发明都是现有技术特征的组合，或者说，是对现有技术的改进。相对现有技术，发明的区别特征数量有限。与典型的技术方案不同，典型的文学艺术作品，比如，一本小说或者一幅画含有大量的限制性特征，而且这些特征大多是作者个性化选择的结果，是个性极强的区别特征。即便以创作者所接触的现有作品作为参照物，新作品的区别特征依

① 桑本谦：《法律简史：人类制度文明的深层逻辑》，生活·读书·新知三联书店2022年版，第340页。

② [美] 尼尔·K. 考默萨：《法律的限度——法治、权利的供给与需求》，申卫星、王琦译，商务印书馆2007年版，第191页。

③ 参见崔国斌：《知识产权确权模式选择理论》，载《中外法学》2014年第2期。



然数量惊人。例如，电视剧剧本和小说原件之间的关系。剧本虽然含有大量的原创信息，但同样含有无数体现编剧个性的区别特征。限制性特征的数量尤其是区别特征数量决定了一个知识产权客体到底是作品还是专利，或者说，是更像作品还是更像专利。区别特征理论解释了为什么计算机程序可以成为一种作品，因为计算机程序和小说都含有太多的区别特征。从程序语言到数据结构再到基础性的算法，创作者可以进行选择非常多。这就意味着选择专利保护非常的不经济，成为一种作品进行保护更加可行。

在区别特征理论下，“作品”其实就是达到一定数量区别特征的智力创作成果。具体而言，可以将“一定数量”简化为专利制度所能承受的极限区别特征数量，它是由上述一系列成本决定的。假设专利制度所能够承担的确权成本极限是100个区别特征，那么理论上来说智力成果至少具有101个区别特征才可以成为作品。这就解释了为什么作品定义下的三要件之间的内涵存在着重合和交叉，因为这三个要件都共同描述着一个事实，那就是超过101个的区别特征。通过引入区别特征理论，作品及其他知识产权客体都变得非常清楚。当然，该理论存在一个问题，这也是法经济学研究下存在的一个普遍问题，那就是目前尚难以具备可操作性。

（三）区别特征的多寡：实用艺术作品与外观设计的本质不同

虽然区别特征理论操作性不强，但是相较于作品三要件理论，其具有强大的解释力。在区别特征理论下，实用艺术作品与外观设计的区别变得十分清晰。实用品设计本身的区别特征处于多寡两极之间。有些工业品设计，如汽车、手机等工业品所具有的创作空间就相对较少，设计只能针对其本身的特点比如流线型等方面进行选择，这就意味着这类工业设计所含有的区别特征较少，可以选择成为一种“专利”进行保护。而有些工业品的设计，比如瓷盘、玩具、家具、建筑等，从颜色的选择、图案的组合再到造型设计，它们的可创作空间非常大，自然会具有更多的区别特征，那么这类实用品设计更适合作为作品（美术作品）进行保护。所以，工业设计本身的特点决定了有些工业设计可以作为实用艺术作品选择著作权保护，而另外一些工业设计可能更适合作为外观设计专利进行保护。

由此看来，外观设计专利制度大概率不会因为实用艺术作品获得著作权保护而被架空，因为这两种制度保护的工业设计存在本质上不同。虽然著作权是自动取得，不像外观设计专利那样需要经过繁琐的审查程序，但是否可以获得著作权保护，获得多大范围的保护在事前是不确定的。只有在诉讼这一环节，作品才会被判断。申请人为了让自己的设计获得相对确定的保护，就会去选择申请外观设计专利。选择什么样的保护，是申请人根据自己需要保护客体的特性进行的自由选择，外观设计专利制度不会因为著作权取得的方便而被闲置。

四、实用艺术作品保护要件的选择、定位与判断

强调区别特征理论本身强大的解释力，并不意味着要舍弃传统著作权法理论下的作品定义。鉴于区别特征理论在实际操作层面的应用目前尚难以实现，作品的认定仍然需要回归到传统著作权理论下的作品定义。然而，对作品本质的厘清可以更好地帮助我们运用概念去解决问题，避免陷入概念之间的循环论证。

（一）放弃对实用艺术作品“较高艺术创作高度”的要求

将传统著作权理论与区别特征理论进行融合，理论上和实践中较为流行的观点是支持“实用艺术作品应满足‘较高艺术创作高度’”，不过是理由并不充分。认为“实用艺术作品既然作为美术作品保护，那么就on应该满足美术作品的艺术创作高度要求”，但没有证据说明我国对美术作品的艺术性要求比其他作品要求更高。事实上，不管设置多少条件，都是对“至少具有101个区别特征”的表述，更何况设置的条件根本无从判断，“较高”根本没有办法被量化。而且艺术美感高低的评价违背了“审美无歧视”原则，这会让司法者真正陷入“美是主观”的评价怪圈。至于“对实用艺术作品的著作权保护会架空外观设计专利制度”也是没有根据的，前述区别特征理论已经说明外观设计与实用艺术作品的本质区别，两者的不同并不是艺术美感的高低，也无法通过艺术美感的高低来进行划分，更重要的是外观设计专利制度有其存在的价值。值得注意的是，实用艺术作品的独创性集中体现为艺术性，作品与文学、艺术和哲学存在着天然的联系，“审美进入著作权法领域并与作品独创性发生关联，具有必然性”^①，那么对艺术性“较高”的要求其实就是对独创性较高的要求，只要独创性“高低”的争论仍然存在，艺术性较高的判断就无法被解决。综上，对实用艺术作品的认定应放弃“较高艺术创作高度”的要求。

（二）可分离性应作为实用艺术作品保护的资格要件

通过前述对作品三要件的梳理，可以发现实用艺术作品可分离性要件的本质就是思想与表达二分法与领域限定要件的融合。换句话说，针对实用艺术作品这类特殊作品类型，在思想与表达二分法、领域限定要件之外，学者创造了“可分离性”概念，用以涵盖前述两个要件的内涵。这在一定程度上造成了实践中的混乱，因为大多数法官并没有意识到可分离性要件的本质。传统著作权法理论中，“思想”泛指不受著作权保护的“主旨、程序、系统、操作方法、原理”，实用艺术作品中的实用部分就是属于不受保护的思想，同时领域限定要件排除了智力成果的功能部分，即要求实用艺术作品必须具有独立于实用功能的艺术美感。因此，作品的这两个保护条件判断在实

^① 王国柱：《著作权法中作品独创性的审美逻辑》，载《法学研究》2023年第3期。



用艺术作品认定中大概率完全重合。当然这不仅是对实用艺术作品这种特殊作品类型，在其他作品类型上针对这两个要件的判断也可能存在重合。虽然传统著作权法理论中将思想与表达二分法解释为“划定作品与公有领域之间的界限”，领域限定要件是为了“划分作品与非作品的界限”，但这两种界限在某种程度上可能完全重合。区别特征理论下，“至少具有多少个区别特征”才可以成为作品，这既是作品与专利的界限，也是作品与公有领域的界限。这也很好解释了为什么司法实践中部分法院会将可分离性的判断等同于艺术性的判断。因为可分离性就是艺术性，当然也是思想表达二分法。需要说明一点的是，领域限定要件只要求实用艺术作品应满足最低限度的艺术性（审美意义），所谓的“最低限度”是对艺术性“有无”的判断而不是“高低”的判断。作品与公有领域以及非作品之间的界限客观存在，这就意味着著作权法需要在客体审查环节将大部分纯工业产品排除出保护范围之外。区别特征理论无法计算出专利制度所能承受的区别特征极限，那么就只能依据人类的审美直觉性，要求客体满足最低限度的审美意义。对于极限意义上艺术美感“有无”的判断可以借助思想与表达二分法中的“混同原则”。

思想与表达二分法在后期发展出的“混同原则”是指如果一种“思想”实际上只有一种或非常有限的表达，那么这些表达也被视为“思想”而不受保护。在实用艺术作品中，“混同”就表现为“实用品的功能只有由一种或几种设计进行体现，改变了设计就无法实现某种功能，那么此设计与功能之间无法分离”，此设计也就不能受到保护。司法实践中不少法院也是这样应用的。以“大哥大公司诉三六一度著作权纠纷案”为例，法院认为，“大哥大公司的服装具有独特的美感，但在体现美感的同时，不可避免地体现了实用功能，换言之，其美感与实用功能不可分割地交织缠绕在一起，设计者在作上述具有美感设计的过程中，无疑要有功能性考虑，所以美感无法与服装的实用功能相分离而独立存在。”^①

此外，就思想与表达二分法的存废问题，笔者认为应继续保留。不管是作品三要件理论还是区别特征理论都揭示了一个这样的事实，那就是作品中含有大量的通用表达。这些通用表达是属于公有领域的“思想”，而不是个人私有。作品的保护就是在划界，界限怎么划确实十分困难，区别特征理论也无法提供一个公式化的判断标准。但这并不能说明“提出界限的存在”就毫无意义。思想与表达二分法的实际功能在于提供了一个解释的基础，当法官经过利益衡量，认为某些元素不宜保护时，会将其解释为“思想”，反之则解释为“表达”。“概念本身说出了什么并不重要，在法律的失语处，司法者可以借助概念说出自己想说的话。这就是思想/表达的二分法的功能本质。”^②

①（2013）泉民初字第1400号。

② 李琛：《著作权基本理论批判》，知识产权出版社2013年版，第76页。

（三）实用艺术作品的认定要终于独创性的判断

独创性原理、思想与表达二分法，以及领域限定要件，都是利益的调整器，旨在划定著作权保护范围的界限，各国技术、文化等社会因素的不同，相应的利益状态和利益观也会随之变化。高与低的选择需要基于我国国情进行综合考量，这并不是一个单纯的法律问题。更何况，高或低的界定并不具有指导意义。笔者认为，独创性的判断应以“相对差异”为标准，在具体的独创性阐释论证过程中，从产品类型出发，围绕“表达空间”与“表达要素”展开独创性的论证。

1. 独创性判断应以“相对差异”为标准

独创性的本质就是“创造”，而创造的结果就是差异，不同于专利法下的创造性，著作权法下的独创性指的是相对差异，即作者创作的作品相对于他所参考的现有作品存在差异。作品三要件在理论上是存在层次的，表达形式要件与领域限定要件是作品的资格要件，“独创性作为作品的核心要件，进一步将作品划分成‘你的’还是‘我的’”^①。前两个要件都在试图寻找一个智力成果受著作权法保护的分界线，即第101个区别特征。所以在著作权保护客体审查环节，思想与表达二分法的运用与最低限度艺术性的判断可以完全等同，但独创性的判断与前两个要件则不同。客体具备了作品资格但并不意味着可以受到作品的保护，以“相对差异”作为独创性的判断标准，要求法官必须进行比对。对于涉案的创作物是否是作品存在争议，原告首先负举证责任，证明自己与自己所参考的在先作品存在差异，这在一定程度上就圈定了比对的范围。法官完全可以沿着这条路走下去，将独创性的判断呈现地相对客观化。以“景德镇法蓝瓷实业公司诉加兰德陶瓷有限公司案”为例，被告认为原告瓷餐具的设计是抄袭《Rörstrand 瓷器：新艺术杰作》的结果，不能受到著作权保护。一审法院对于涉案的瓷餐具与《Rörstrand 瓷器：新艺术杰作》进行对比，认为原告的《鸢尾花系列之一》、《鸢尾花系列之二》与《Rörstrand 瓷器：新艺术杰作》一书中鸢尾花作品相比较，不论是其艺术造型、结构，还是色彩搭配上，均有明显差异，是可以受到著作权保护的实用艺术作品。^②笔者认为，这种以差异为导向的独创性判断方式相对客观，只不过该案中的程序存在一定的问题，涉案的瓷餐具是否是作品应当由原告首先举证，这样就可以圈定独创性判断的比对范围，将整个诉讼放在有限可控的时间和空间之中。独创性的判断是事后的、个案的、被动的，只有发生纠纷才会产生作品独创性判断的需要，所以无法在事先提供一套绝对客观的判断标准。事实上，“发生纠纷的两造也不是想求得一个经科学验证的结果，如何能保证法官在作品认定这个关键问题上做到公正可信”^③才是最重要的。以“相对差异”作为独创性的判断标准，不仅更符合独创性的内

① 付继存：《著作权法上独创性概念的澄清与重释》，载《湖南大学学报（社会科学版）》2024年第2期。

② 参见（2011）闽民终字第15号。

③ 熊文聪：《作品“独创性”概念的法经济分析》，载《交大法学》2015年第4期。



涵本质，更重要的是使得独创性的判断可以相对客观化。前述案例中，法官将“相对差异”作为独创性判断的标准是可取的，但对涉案瓷盘设计独创性的论证仍稍显不足。

2. 独创性判断的论证应围绕“表达空间”和“表达要素”展开

对实用艺术作品参照美术作品的规定保护，并不意味着实用艺术作品就真的是纯美术作品。然而，法院在对实用艺术作品独创性进行阐释时，经常以美术作品的定义为依据，笼统地说明涉案实用艺术作品的“结构、线条体现了一定的美感”，这使得独创性的判断落不到实处，降低了司法判决的说服力。笔者认为，在以“相对差异”作为独创性判断标准，法官展开比对的过程中，对实用艺术作品独创性判断的论证要以产品类型出发点，围绕“表达空间”和“表达要素”展开。

（1）产品类型与表达空间

表达空间，又称选择空间，这一概念较早流行于德国和日本。在判断独创性时，日本理论界和实务界往往注重“创作余地”，即根据创作当时有无自由的选择空间做判断。任何作品的创作都受制于一定的创作空间，例如创作方法、主题、元素、受众乃至产品所服务的功能。举例来说，复刻敦煌壁画虽然极具历史价值和艺术价值，但是在复刻的过程中基本上没有个人再创造的空间，虽然人的临摹总会融入临摹者个性的因素，涉及高度个性化的选择和判断，比如力度的选择。但是这种临摹是“再现”作品，而非“再创作”，因此，精确临摹没有创造出作品。而如果只是给画家一个随机主题任其创造，那他可表达的范围就会广的多，只有在存在表达空间的情况下，创造性才可能存在。因此，实用艺术作品独创性判断的论证也可以将表达空间作为一个着力点。

实用艺术作品本质上是附着于工业品上的设计，其所涉及的产品类型十分广泛，小到饰品、玩具，大到摆件、家具。不同类型的产品有不同的特点，选择空间也是不一样的。以“歼十飞机模型”案为例，飞机模型无论如何创新，其外形结构不会脱离于机头、机翼、尾翼、机身、方向舵等细节。表达空间相对来说是有一定限度，如果在这种情况下依然选择等比例复制真实飞机或者选用一些惯常设计，独创性就会被大大降低。^①

（2）产品类型与表达元素

表达空间大并不代表创造性一定就高，在创造空间较大的情况下，作者依然选用了一些惯常设计，那么独创性也不会很高；即使创造空间相对较小，但是如果设计新颖，表达丰富，创造性也不会低。以“人体惊悚模型”案为例，虽然人的脸部、胳膊、双腿、左右肺、大肠、小肠、胰脏胆囊等器官形状、大小都是固定的，表达空间相对来说受限，在这种情况下如果等比例复制真实器官，独创性趋近于零。但涉案人体模型对脸部着

^① 参见（2017）最高法民再353号

重进行了卡通化设计；整体采用了圆润的弧形线条，呈现平滑的视觉；配色上以灰白色和粉红色为基调，各器官部件则采用红黄蓝白四色，形成鲜明对比；本体和部件组装后形成的人体模型具有惊悚感。因此，该人体模型可以认为具有独创性。^①

实用艺术作品涉及的产品类型广泛，而不同产品类型的创作方式和表达内容不同，呈现的独创性当然各有侧重，绝不是美术作品的“线条、颜色、造型”可以简单概括的。以服装设计为例，服装设计的独创性表达集中体现在款式设计、色彩搭配、面料设计。其中款式设计包括外廓设计和内廓设计，外廓式设计是指服装外部造型设计，常见的廓形设计就包括A型、H型、O型、T型、X型、S型、V型、Y型等。^②而面料设计所体现的创造性不是指对棉、麻、腈纶等服装材料的选择，而是对面料的再造，一般可以通过面料的增加、减少，改变面料的外观形态，使服装呈现出与众不同的效果。^③因此，法官在进行差异对比的过程中，可以涉案实用艺术作品的表达元素为基础，从而清楚说明实用艺术作品的独创性表达。

结 语

实用艺术作品的保护要件选择、定位与判断是一个复杂而细致的过程，在尊重传统著作权法理论的基础上，引入区别特征理论，可以更全面地理解和界定作品的本质。“我们不可能超越本我的限制而看清任何事物的本来面目，尽管如此，这却是一个在我们的能力限度之内应当努力争取的理想。”^④法经济学视角下的区别特征理论让作品概念的本质更加清晰，但在作品认定的实际操作过程中，不能忽视描述性概念本身所具有的经验能量。因此，将区别特征理论与传统著作权法理论结合，不仅可以在学理上明晰可分离性、独创性以及艺术性等概念的内涵，而且在实务中也可以将要件的判断落到实处，从而提高司法裁判的可预测性和公正性。这种结合不仅可以为实用艺术作品的创作者提供更明确的指导，让他们在创作过程中更加注重作品的独特性和艺术性。同时，也为司法实践提供了更为科学合理的判断标准，有助于提升案件办理的质效。通过这种理论与实践的有机结合，可以更好地平衡创作者、传播者和社会公众之间的利益，促进实用艺术作品领域的健康有序发展。

（责任编辑：崔婷婷）

① 参见（2019）粤知民终125-127号

② 参见余强主编：《服装设计概论》，中国纺织出版社2016年版，第322页。

③ 参见梁明玉：《服装设计：从创意到成衣》，中国纺织出版社2018年版，第108-110页。

④ [美]本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2002年版，第36页。



违建强拆行政赔偿案件中信赖保护原则的适用

曹 慧*

内容摘要: 在违建强拆行政赔偿案件中,信赖保护主张涉及多种情况,如建设工程规划许可被撤销、部分建设手续缺失、政府明确允诺但未获规划许可、执法决定反复、违建经营行为获认可及长期消极执法等。基于本土化的信赖保护原则,违建强拆中的信赖保护要件包括政府明确允诺、实施建设行为及信赖的正当性。满足这些要件的主张应当得到支持。在具体案件中,需将信赖保护原则融入行政赔偿法律规范体系,以赔偿责任构成要件为分析工具,确认违反信赖保护原则的赔偿责任。同时,运用行政行为违法性继承理论,解决强拆主体与允诺建设主体的一致性问题,阐释强拆行政主体承担信赖保护责任的合理性。

关键词: 违法建筑 强制拆除 行政赔偿 信赖保护 违法性继承

引 言

违法建筑,作为违法建设活动的产物,其形成往往需要一个复杂而漫长的过程,反映了政府审批流程的多阶段性与连贯性,包括项目立项、用地审批、规划许可、施工许可等多个关键环节。每一阶段的审批不仅相互独立,更在逻辑上构成前后相依的链条,其中前一阶段的批准往往成为后一阶段许可的不可或缺的前提。当前,实践中违法建筑的认定一般以是否取得建设工程规划许可证为标准,不符合规划的建筑可能导致被强制拆除的后果。然而,未取得建设工程规划许可证的建筑可能已经完成立项、用地许可等前期审批,或者政府在招商引资协议中以合法性暗示或默许等方式允诺可

* 曹慧,山东省济南市历下区人民法院副院长,四级高级法官。

以实施建设。此类情境下，违法建筑背后隐现对行政信赖保护的合理诉求。

信赖保护原则，作为行政法领域的一项重要原则，其在处理涉及政府行为变更导致私人权益受损的案件时，发挥着不可替代的作用。在违法建筑强制拆除所引发的行政赔偿纠纷中，越来越多的当事人开始运用信赖保护原则作为主张赔偿的理论依据，这一现象不仅反映了当事人法律意识的提升，也凸显了司法实践中对于信赖保护原则适用边界探索的迫切需求。然而，由于立法层面尚未就该原则的具体适用情形作出明确规定，加之司法实践中对此类案件的理解与把握存在差异，如何在违建强拆行政赔偿案件中合理、恰当地适用信赖保护原则，就成了裁判者所面临的“法律上的褶皱”。

具体而言，当违法建筑的建设过程中掺杂了政府的许可、允诺等前置行政行为，而后续又因故被认定为违法并面临拆除时，这实质上反映了政府对于建设许可意思表示的变更，这种变更恰恰触动了信赖保护原则的适用门槛。在此情境下，政府承担赔偿责任的逻辑起点，并非直接源于最终拆除行为的违法性，而是植根于对先前允诺稳定性的尊重与保护。鉴于作出允诺的行政机关与最终执行拆除的行政机关可能并非同一主体，因此，在判定当事人是否享有受保护的信赖利益，以及该利益是否足以要求拆除机关承担赔偿责任时，就必须借助行政行为违法性继承理论等法理工具，以确保法律适用的公正与合理。

一、违建强拆行政赔偿案件的类型

在违建强拆行政赔偿案件中，当事人基于信赖保护原则主张赔偿的，其案件类型可以归纳为以下六种类型：

（一）取得的建设工程规划许可被撤销

已经取得的建设工程规划许可证被行政机关以存在违法情形为由撤销，其后果是视为自始未取得建设规划许可，建成的建筑物被认定为违法建筑，实施强制拆除。建设人提起行政赔偿诉讼，认为在建设时已经取得规划许可，其建设行为系基于对政府颁发规划许可的信赖，政府撤销规划许可并实施强制拆除，应当对建设人的损失进行赔偿。以若水源公司诉西营街道办事处行政赔偿案为例，2005年西营镇（现为西营街道办事处）城乡建设环境委员会为若水源公司的跃龙名邸项目颁发了建设工程规划许可证。西营街道办事处于2022年9月决定撤销向若水源公司颁发的建设工程规划许可证，理由是原发证机关超越职权。2022年11月，西营街道办事处对若水源公司作出强制拆除决定，后对若水源公司建设的跃龙名邸项目实施了强拆拆除。若水源公司提起行政赔偿诉讼，要求西营街道办事处予以赔偿。^①

^① 参见（2023）鲁01行终637号。



（二）取得部分建设手续但未取得建设工程规划许可

取得部分建设手续是指已经完成建设项目立项、取得建设用地规划许可、取得建设用地使用权证书等，但未取得建设工程规划许可。行政机关依照《城乡规划法》第64条的规定，认定未取得建设工程规划许可证的建筑物属于违法建筑，并对其实施强制拆除。建设人主张其建设项目已经被政府相关部门批准，认为其建设行为出于对政府的信赖，要求赔偿因建筑物被拆除造成的损失。以金池公司诉五峰山街道办事处行政赔偿案为例。2002年金池公司取得位于五峰山街道办事处一宗土地的建设用地规划许可证，并办理了国有建设用地使用权证书。金池公司在该宗土地上建设10幢别墅，但一直未取得建设工程规划许可证。后来这10幢别墅被认定为违法建筑，由五峰山街道办事处实施了强制拆除。金池公司提起行政赔偿诉讼，主张其建设行为已经取得政府的批准，以信赖保护为由主张赔偿。^①

（三）取得政府的明确允诺但未取得建设工程规划许可

在社会经济发展的特定时期，为解决城市发展与财政紧张的矛盾，以及吸收外来投资发展本地经济，政府与投资者签订“招商引资”等各类协议，在协议中明确承诺由政府来负责协调办理各项建设手续，或约定可先行开工建设后补办各项建设手续等。因建设手续一直未能完善，招商引资的建设项目被认定为违法建筑，实施强制拆除。以群蓝宝公司诉滨州市规划局、滨州市滨州区人民政府行政赔偿案为例。滨州区政府与群蓝宝公司签订招商引资协议，协议约定群蓝宝公司可以利用尚未办理征用手续的土地一宗建设厂区，并承诺政府将积极配合办理该宗土地的征收及出让手续，确保建设用地的合法化。签订协议后群蓝宝公司在该宗土地上建设厂房，但一直未取得用地及建设手续。后群蓝宝公司建设的厂区被认定为违法建筑并被强制拆除，群蓝宝公司提起行政赔偿诉讼。^②

（四）违建执法中行政机关的处理决定反复

行政机关对于违法建筑重复执法，先后数次作出不同的处理决定。比如，在第一次执法活动中，决定责令改正并处罚款，行政机关在收取罚款后，对于责令整改的内容未采取进一步的执行措施。之后，在集中整治活动中，该建筑又被认定为违法建筑，并决定予以拆除。建设人主张曾经按照执法部门的要求缴纳了罚款，其建筑的违法性已经得到弥补，政府对同一违法行为重复执法，应赔偿给相对人造成的损失。以杨大海诉三都水族自治县住房和城乡建设局行政赔偿案为例。杨大海从案外人处受让集体土地一宗，并在该宗土地上修建了房屋。杨大海所建房屋未取得用地许可以及建设工程规划许可证。2012年11月，杨大海所建房屋被三都水族自治

^① 参见（2022）鲁01行终532号。

^② 参见（2014）鲁行终字第39号。

县住房和城乡建设局认定为违法建筑，但不影响规划的实施，故对杨大海作出处以3000元罚款的处罚决定，同时向规划与房屋管理部门发函，建议对该处房屋的建设手续进行补办。2013年3月，三都水族自治县住房和城乡建设局决定对杨大海所建房屋实施强制拆除。^①

（五）利用违建的经营行为获得认可

利用违法建筑进行经营，经营行为取得许可并正常缴纳各项营业税费，政府曾对其经营进行补助或者表彰，后违法建筑被实施强制拆除。以陈红卫诉南通市通州区张芝山镇人民政府行政赔偿案为例。陈红卫于2014年在通州区张芝山镇建设再生资源集散中心，该项目的建设取得张芝山镇政府的许可，张芝山镇政府并承诺对陈红卫予以奖励。由于该项目的建设未办理用地及建设手续，被认定为违法建筑，由张芝山镇政府实施强制拆除。^②

（六）行政机关长期消极执法

执法机关明知违法建筑的存在，但长期未进行处罚，在违法建筑建成后的若干年后，认定其系违法建筑而予以拆除。建设人认为，执法机关明知违法建筑的存在而长期未采取执法措施，应当视为对建设行为的默许，建设人已经对建筑物的继续存续产生信赖，执法部门实施强制拆除，违反信赖保护原则，对建设人的损失应当赔偿。以江门市蓬江区鸿业畜牧有限公司诉江门市蓬江区人民政府案为例。鸿业公司在蓬江区开办生猪养殖场，实际经营多年，但该养殖场并未办理建设手续，执法部门一直未予处罚。后因养殖场所在区域被划为畜禽禁养区，鸿业公司的养殖场被责令关闭。鸿业公司提起诉讼，主张对其经营活动应当予以信赖保护。^③

二、违建强拆行政赔偿案件符合信赖保护的条件

（一）信赖保护原则的源起与发展

信赖保护原则的基本含义是，政府对自己作出的行为或承诺应守信用，不得随意变动，不得反复无常。^④信赖保护原则源自德国行政法，自2000年始受到我国行政法界的关注，^⑤经过二十余载的发展，越来越多的行政法教科书将信赖保护原则列为行

① 参见（2017）黔27行赔终9号。

② 参见（2016）苏0682行赔初2号。

③ 参见（2018）粤行终1167号。

④ 参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2018年版，第75页。

⑤ 参见何海波：《通过判决发展法律——评田永案件中行政法原则的运用》，载罗豪才主编：《行政法论丛（第3卷）》，法律出版社2000年版，第437页；戚建刚：《行政主体对瑕疵行政行为的自行性撤销及其限制》，载《浙江省政法管理干部学院学报》2000年第3期；沈林荣、刘小兵：《试论具体行政行为撤销的限制》，载《行政法学研究》2000年第1期。



政法的一项基本原则。^①如同民法学者认为民法中的诚实信用原则是“君临全法域之基本原则”，将诚实信用原则称为民法中“帝王条款”。^②随着现代法治文明的发展，信赖保护原则大有成为行政法领域“君临全法域之基本原则”与“帝王条款”的趋势。

我国行政法理论及司法实践中信赖保护原则已经与德国行政法领域中的信赖保护原则有了不同的面貌。表现在以下两个方面：其一，德国法上的信赖保护原则与行政行为撤销理论密切关联，并且将信赖保护原则限定在对违法授益行政行为的撤销，一般不适用于负担行为。在我国，学者普遍认为信赖保护原则应当或者已经“渗透到法律事实的认定、行政法律规范的适用及行政行为的变动等行政全过程”^③；其二，德国法上的信赖保护原则的基本价值取向是通过维持行政行为的存续，限制对行政行为的撤销，即便是违法的行政行为，在决定撤销之前也需要进行公益与私益的衡量。而我国信赖保护原则的基本面貌是，当依法行政与信赖保护发生冲突时，依法行政原则胜出，再以对行政相对人进行补偿或者赔偿的方式实现对信赖保护的救济。《行政许可法》第8条、第69条是我国首次引入信赖保护原则产生的法条，均是依法行政优先，将合法行为撤回或变更、将违法行为撤销后，对相对人进行补偿或者赔偿。

与信赖保护原则密切相关的另一个概念是合法预期保护原则。合法预期保护原则源于英国，其基本内涵是，相对人因政府的先前行为合理地产生了对政府将来活动的某种预期，可以要求政府满足此种预期，政府原则上不得拒绝，除非有充分的涉及公共利益的理由。^④在合法预期的范围上，由于英国没有行政行为的概念，先前行为不限于行政决定，其范围包括承诺、指导、行政惯例与政策等。当面临违法行政行为与依法行政相冲突的问题时，与德国的信赖保护原则不同，合法预期保护原则坚持依法行政的胜出，对于基于违法行为的合法预期，只是提供赔偿性保护，而不继续维持其效力。^⑤

因此，我国信赖保护原则虽然援引自德国，但被我国行政法理论与实务界进行了中国化的解读，展现出了不同于德国法的面貌，而此种中国化的解读又与英国法上的合法预期保护原则的基本精神契合。在术语的选择上，表述为“信赖保护原则”或是“合法预期保护原则”。名称如何无关宏旨，关键是此项基本原则的理论构造应如何满足我国法治政府、诚信政府建设的实践需要。司法实践中倾向于从更为宽泛的意义上理解信赖保护原则，“信赖保护原则作为行政法的一项基本原则，其效力应贯穿于整个

① 参见马怀德主编：《中国行政法》，中国政法大学出版社1999年版，第20页；姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社2002年版，第43页。

② 参见史尚宽：《民法总论》，中国政法大学出版社2000年版，第300页。

③ 李春燕：《行政信赖保护原则研究》，载《行政法学研究》2001年第3期。

④ 参见余凌云：《诚信政府理论的本土化构建——诚实信用、信赖保护与合法预期的引入和发展》，载《清华法学》2022年第4期。

⑤ 参见余凌云：《行政法讲义》，清华大学出版社2019年版，第112-114页。

行政管理过程中”，“不妨认为，信赖保护原则是诚实信用原则的另一个化身、另一种称谓”^①。

（二）信赖保护原则适用要件

21世纪初期，在学者首次对德国法上的信赖保护原则进行介绍时，即总结了信赖保护的三个要件，提出了比较明确的“三要件”——信赖基础、信赖行为、信赖正当，^②之后在学者的讨论中又增加了第四要件——“利益衡量”。信赖基础是指行政主体已经作出的使相对人产生信赖的行政行为；信赖行为是指相对人已经基于信赖实施了行动或者对自己的权利作出具体安排；信赖正当是指相对人应出于善意，不存在以欺诈、胁迫、贿赂等手段诱使行政机关作出行政行为；利益衡量是指对相对人个人利益与公共利益进行衡量，在维持行政行为对公共利益造成的损害明显大于撤销该行政行为对相对人个人利益造成的损害时，才能撤销行政行为。

上述四个要件与德国《联邦行政程序法》的规定较为一致。根据《联邦行政程序法》第48条的规定，信赖保护原则的一般要求是，对于已经作出的授益行政行为，如果使相对人产生了值得保护的信赖，即便该授益行政行为违法亦不能随意撤销。^③由《联邦行政程序法》所构建的信赖保护原则的具体制度，是以限制行政行为的撤销为价值追求的，其规范逻辑是“在满足若干条件时，产生不得撤销行政行为的法律后果”。因此，满足“信赖基础、信赖行为、信赖正当、利益衡量”等要件，产生的法律后果是“行政行为不得撤销”。

而在我国，信赖保护原则已经发展出与其起源地不同的面貌，在与依法行政的关系上，我国秉持依法行政优先原则，即可以撤销已产生信赖的违法行政行为，但需要对产生信赖的相对人进行赔偿。因此，在中国化的信赖保护原则语境下，讨论信赖保护的三个要件，仅应包括“信赖基础”与“信赖正当”，而不应包括“信赖行为”与“利益衡量”，因为后两者均系行政行为应当存续或不得撤销的要件，并非是更加广泛意义上的信赖保护的三个要件。

而这一点也在我国信赖保护的司法实践中得到印证。最高人民法院在相关案例中形成适用信赖保护原则的基本模式，其基本构造是“信赖基础+信赖利益”，并且以“信赖利益”为核心要件，而信赖利益由信赖基础产生，或者由信赖基础和信赖行为共同产生。在“益民公司案”中，最高人民法院认为：“按照正当程序，市计委亦应在依

① 耿宝建：《信赖保护原则的发展及在司法实践中的运用——以负担行政行为和程序行政行为的信赖保护为视角》，载最高人民法院行政审判庭编：《行政执法与行政审判（总第17集）》，法律出版社2006年版，第23页。

② 参见何海波：《通过判决发展法律——评田永案件中行政原则的运用》，载罗豪才主编：《行政法论丛（第3卷）》，法律出版社2000年版，第437页。

③ 参见赵贵龙：《论“信赖保护原则”司法审查标准的规则创制》，载《中国应用法学》2021年第5期。



法先行修正、废止或者撤销该文件，并对益民公司基于信赖该批准行为的合法投入给予合理弥补之后，方可作出《招标方案》。因此，市计委置当时仍然生效的周地建城（2000）10号文于不顾，迳行发布《招标方案》属于违反法定程序，亦损害了益民公司的信赖利益。”^①在“华侨搪瓷厂案”中，最高人民法院认为：“从监督、控制行政权，保护行政相对人合法权益的需要及信赖利益保护的原则要求考量，应当认可行政承诺的法律效力。”^②因此，司法实践的基本观点是“由于信赖保护原则出发点即在于保护公民的信赖利益，因此只要存在信赖利益，并且该信赖利益正当、合理且值得保护，就应当适用信赖保护原则加以保护，而不论该行为是受益或是负担”^③。

以“信赖利益”为核心要件的适用模式，要求相对人必须具有值得保护的信赖利益，信赖利益具体由信赖基础直接产生，或者须由信赖基础和信赖行为共同产生，取决于构成信赖基础的行政行为合法与否。信赖利益依附于信赖基础，没有信赖基础就必然不会存在信赖利益，但并非所有构成信赖基础的行政行为均会产生信赖利益。在行政行为合法的情况下，仅因行政行为的存在，或者说信赖基础的存在，就可直接产生信赖利益，不要求相对人基于对行政行为的信赖实施了行动或者对自己的权利作出具体安排。在行政行为违法的情况下，仅因行政行为的存在，不能直接产生值得保护的信赖利益，要求相对人基于对行政行为的信赖实施了行动或者对自己的权利作出具体安排，方能产生信赖利益。应该说司法实践在处理具体案件中逐步形成的，关于信赖保护原则适用的基本模式，更加符合信赖保护原则的中国化解读。另外，由于涉及的具体案件中并未出现相对人存在可归责性的因素，司法实践中未归纳出“信赖正当”这一要件。

因此，基于对理论学说与司法实践的考察，符合我国信赖保护原则基本内涵的信赖保护要件的构造应为“信赖基础+信赖利益+信赖正当”。具体来说，须具备的条件为：存在政府的先前行为；先前行为的变动将影响相对人的利益；相对人需为善意。

（三）违建强拆中信赖保护的要件

对照违法建筑强制拆除的实践，决定实施拆除的建筑之所以被认定为违法建筑，系由于最终未能或者无法取得建设工程规划许可，说明建设行为不符合规划，而对于不符合规划的建设行为给予允诺，本身即构成违法的行政行为。由于构成信赖基础的行政行为违法，而信赖利益需要由信赖基础与信赖行为共同产生，因此在违法建筑强

①（2004）行终字第6号。

② 最高人民法院行政审判庭编：《中国行政审判案例（第2卷）》，中国法制出版社2011年版，第90-96页。

③ 耿宝建：《信赖保护原则的发展及在司法实践中的运用——以负担行政行为和程序行政行为的信赖保护为视角》，载最高人民法院行政审判庭编：《行政执法与行政审判（总第17集）》，法律出版社2006年版，第23页。

制拆除案件中讨论信赖保护的要件，“信赖利益”要件含有对“信赖行为”的要求。

政府明确作出的关于可以实施建设的允诺构成信赖基础。得到建设实施允诺的相对人基于对政府允诺的信赖，实际实施了建设行为，表现为建筑材料的投入和劳务的付出。相对人基于对政府允诺的信赖实施了建设行为，即产生信赖利益。而后政府对建设行为进行否定性评价，将原本允诺实施的建设认定为违法并进行拆除，导致相对人建设投入的丧失。而信赖正当指相对人对于取得实施建设的允诺不存在可归责性。具体来说，违法建筑被实施强制拆除后，建设方主张信赖保护的，应满足以下要件：

1. 政府对相对人可以实施建设的允诺需具有明确性。政府作出的允诺应当是明确、具体的，不会产生歧义并且不附有条件，且政府对于实施建设的允诺足以使相对人产生信赖，即相信政府应当践行或者至少维持其允诺。

2. 相对人基于对政府允诺的信赖实施建设行为。相对人对于建筑物的存续具有信赖利益，政府对建筑物合法性予以否定，导致相对人信赖利益的丧失。

3. 相对人的信赖具有正当性。存在下列情形，相对人的信赖不具有正当性：一是相对人采取欺诈、胁迫、贿赂或其他不正当手段获得政府对于实施建设的允诺；二是相对人知道或应当知道政府对于实施建设的允诺存在违法或错误；三是政府已经作出声明或者警示，使相对人能够预见到政府的允诺在将来很可能会发生改变。

以上三要件中的第一、第二要件可称为信赖保护的积极要件；对于第三要件，可以表述为相对人对违建的拆除结果不存在可归责性，进而构成信赖保护的消极要件。只有在同时满足两项积极要件，且不存在消极要件的前提下，方可认定符合当事人信赖保护的要件。

依照上述判断标准，对文章开头列举的违建强拆行政赔偿案件中原告主张信赖保护的具体类型进行分析，发现所有六个具体类型均满足第二要件，即相对人已经实施了建设，因此产生信赖利益，建筑行为合法与否的评价将导致建筑物是否能够存续，从而对相对人的利益产生实际影响。同时，所有六个类型均未显现相对人存在恶意或者可归责性。因此，是否满足第一要件，即政府是否曾明确允诺相对人可以实施建设，此种允诺是否明确、清晰、具体到足以使相对人产生合理信赖的程度，决定了相对人主张的信赖保护能否成立。

已经取得建设工程规划许可证以及政府在招商引资等协议中明确允诺可以实施建设，政府对于实施建设的允诺符合明确、清晰、具体的要求，应当认定构成相对人信赖的基础，符合信赖保护的要件。在取得部分建设手续但未取得建设工程规划许可的情况下，相对人未取得建设工程规划许可证（建设工程规划许可证是政府认可建设行为合法，准予实施建设的重要标志），除非有具备实质记载规划许可内容文件，否则难以认定行政机关对于实施建设存在明确的允诺。对于行政机关重复处罚、准许经



营以及长期消极执法等三种类型，政府对于实施建设未进行明确的允诺，且政府作出处罚、准许经营以及消极执法的行为均晚于相对人的建设行为，难以认定相对人的建设行为系基于对政府上述行为的信赖，因此无法构成信赖基础，一般认为不符合信赖保护的要件。

三、违建强拆行政赔偿案件适用法律适用的困境及解决途径

（一）法律适用的困境

1. 规则缺失下法律原则的适用

“作为原则，其并非可直接适用于具体个案的规则，毋宁为一种指导思想。透过立法或者由司法裁判具体化原则的程序，或者借形成案件类型以演绎较为特定的原则，借此可以将原则转化为能被用作裁判基准的规则。”^①法律原则不是能够直接涵摄具体案件事实的法律规则，未规定当符合何种构成要件时会发生何种法律后果。与法律规则不同，法律原则不对人们的行为作出直接指示，也不能为裁判提供直接的理由。法律原则是对法律理念、目的与法律价值的宣示，表达一种理想的事态。从此种意义上来说，可以认为法律原则是一种评价规范或者证成规范，其规范的对象是法律规则，对法律规则的制定、解释、适用提供基础理念和价值指导。^②因此，由于缺乏明确的构成要件与法律后果，不具备直接适用的条件，在对具体案件进行裁判时，一般不能直接适用法律原则，只有在依据现有法律规则尚不能得出公正的裁判结论时，为弥补法律的漏洞，才能在具体案件中适用法律原则。在具体案件适用法律原则，需要完成“法律原则的具体化”，将法律原则具体化为可以涵摄案件事实的法律规则，需要以法律解释为中介。一个依据法律原则构建的法律规则，需要在复杂的逻辑推导和精致的论证基础上产生，这将给裁判者造成很重的负担。相对于裁判者，立法者更能胜任此项工作，因此最好的方式是通过立法完成从法律原则到法律规则的转型。^③

在我国现阶段，信赖保护原则属于尚未通过实在法明文规定的法律原则，属于非实定的法律原则。现行法律中与信赖保护原则有关的表述仅存在少数单行法中，例如《行政许可法》第8条、第69条以及《城乡规划法》第57条，规定了行政许可被撤回、撤销，因此给相对人造成财产损失的，行政机关应当依法进行补偿或者赔偿。但上述规定仅具有宣示性作用，并未明确规定补偿、赔偿的条件、范围和标准，且仅适用于相对人已经取得的许可行政许可被撤回或者撤销的情形。

① [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第293页。

② 参见舒国滢：《法哲学沉思录》，北京大学出版社2010年版，第138-140页。

③ 参见舒国滢：《法哲学沉思录》，北京大学出版社2010年版，第150-153页。

在违法建筑强制拆除的行政赔偿案件中，绝大多数的情况是建设人自始至终未能取得建设构成规划许可证书，只有少数案件属于已经取得建设工程规划许可证后被撤销。由于不符合《行政许可法》以及《城乡规划法》规定的适用条件，绝大多数案件难以直接援引上述法律规定。而对于信赖保护原则的具体化，无论是在理论探索或者司法实践中，尚未能提供可以直接适用于具体案件的明确规则。由于缺乏具体法律规则的指引，司法实践中对于违法建筑强制拆除引起的行政赔偿案件是否适用信赖保护原则，一直是一个颇为困扰的问题。部分裁判者持有全面否定的态度，认为违法建筑之上不存在值得保护的合法利益，也就不存在应予保护的信赖利益，因此完全排斥信赖保护原则的适用。也有部分裁判者对信赖保护原则的适用抱有较为积极的态度，但多基于感性的认识，认为在某些情况下相对人应当获得信赖保护，作出支持信赖保护的裁判，但难以提供使人信服的逻辑推演与论证。

2. 允诺建设和实施拆除的主体错位

违法建筑强制拆除由紧密联系、彼此承接的多阶段行政行为构成。根据《城乡规划法》第68条以及《行政强制法》第44条的规定，违法建筑强制拆除可以分为以下三个阶段：一是作出限期拆除决定；二是作出强制拆除决定；三是实施强制拆除。《城乡规划法》第68条规定：“城乡规划主管部门作出责令停止建设或者限期拆除的决定后，当事人不停止建设或者逾期不拆除的，建设工程所在地县级以上地方人民政府可以责成有关部门采取查封施工现场、强制拆除等措施。”因此，城乡规划主管部门负责对建筑物是否为违法建筑作出认定、作出限期拆除决定及当事人逾期不拆除时作出强制拆除决定。而实施强制拆除的主体是建设工程所在地县级以上地方人民政府责成的有关部门，现实中实施强制拆除的往往是街道办事处与乡、镇政府或者综合执法部门。根据《最高人民法院关于正确确定县级以上地方人民政府行政诉讼被告资格若干问题的规定》第2条的规定，县级以上地方人民政府根据城乡规划法的规定，责成有关职能部门对违法建筑实施强制拆除，相对人不服强制拆除行为提起诉讼，人民法院应当以作出强制拆除决定的行政机关为被告；没有强制拆除决定书的，以具体实施强制拆除行为的职能部门为被告。

事实上，强制拆除行为包括强制拆除决定行为与强制拆除实施行为，强制拆除决定属于行政决定，强制拆除实施行为属于行政强制。作为行政强制的强制拆除实施行为具有独立性，即便是在有强制拆除决定书的情况下，当事人对于强制拆除的实施行为不服的，仍可以实施强制拆除的主体为被告提起诉讼。违法建筑执法的各个阶段既互相独立又彼此关联，但最终直接导致建筑物灭失的是强制拆除实施行为，因此在违建强拆行政赔偿案件中，当事人往往将强制拆除的实施者列为被告，要求其赔偿建筑物灭失的损失，而这一做法也得到法院的普遍认可。而强制拆除的实施者也仅仅是实



施者，并非作出强制拆除决定的主体，也并非先前对实施建设作出允诺而后又收回允诺的主体。根据信赖保护原则的基本内涵，作出承诺的行政主体应当信守其承诺，如有违背则应承担责任。承担信赖保护责任的主体显然应是作出承诺的主体，信赖保护责任包括对相对人的损失进行赔偿的责任。在违建强拆行政赔偿诉讼中，直接造成相对人损失的行为主体与信赖保护责任主体之间产生错位。实施强制拆除的行政主体是否应当及为何应当为其他行政主体的承诺而承担信赖保护责任，是违建强拆行政赔偿案件需要论证的问题。

（二）解决途径

1. 行政赔偿规范体系对信赖保护原则的内化

行政法的基本原则，是基于行政立法和实践提炼和概括出的有关行政法的理论逻辑和分析框架。在通过立法转化为具体法律规则之前，基本原则对于司法的主要意义是为裁判者提供解释法律的工具和一种说理的逻辑，在适用基本原则处理具体案件时，必须将基本原则对接到成文法中具体的法律规定。^① 信赖保护原则仍未法定化，属于非实定的法律原则，更多地体现为存在于行政法领域的一种普遍的价值理念，一旦行政行为发生或者拟发生改变，则会触发信赖保护原则作用发挥机制。信赖保护原则在司法中发挥作用，需要依靠特定领域的法律规则体系，通过对法律规则进行合乎信赖保护原则的解释，完成法律规则对具体案件事实的涵摄。

违建强拆行政赔偿案件的诉讼标的是行政机关的赔偿责任，应当在国家赔偿法的规范体系框架内进行分析、论证。《国家赔偿法》第2条规定，国家机关和国家机关工作人员行使职权，有本法规定的侵犯公民、法人和其他组织合法权益的情形，造成损害的，受害人有依法取得国家赔偿的权利。因此，依据该法律条文，行政赔偿责任的要件包括：职权行为、侵犯当事人合法权益及造成损害。但对其进行进一步理论概括，可以将行政赔偿责任要件抽象为：行政行为违法、相对人利益受损及违法行为与损失存在因果关系。

首先，关于行政行为违法的问题。如前文所述，若政府明确作出了可以实施建设的允诺，相对人基于对政府允诺的信赖实施了建设行为，则对于相对人的信赖应当保护。若行政机关未能遵守允诺，对建设行为进行否定性评价，将原本允诺实施的建设认定为违法并进行拆除，违反信赖保护原则的基本要求。违反法律基本原则，当然构成“违法”，满足行政赔偿责任的第一要件。

其次，关于相对人利益受损的问题。因侵害行为导致利益受损，是以假设不存在侵害行为时受害人的权益状况为参照，如果因侵害行为的存在受害人的权益有所减损，

^① 参见叶必丰主编：《行政法与行政诉讼法》，中国人民大学出版社2022年版，第19页。

则认定其权益受到损害。行政赔偿纠纷中的侵害行为,指行政机关的违法行为,违建强拆中违反信赖保护原则的违法行为,具体指对同意实施建设之允诺的违反。因违反允诺造成相对人的损失,应当以不存在允诺或者未违反允诺时相对人的权益状况为参照。当先前允诺合法时,基于法定理由变更或者违反允诺,应当补偿相对人的损失,此时损失应当以维持允诺为参照,此时损失为房屋继续存在时的价值。当先前允诺违法时,若撤销允诺,应当赔偿相对人的损失,此时损失应当以允诺不存在为参照,此时损失为建设投入资金的损失。在认定赔偿责任时应当先行确定损失的范围,再根据因果关系等确定责任比例。

最后,关于违法行为与损失之间因果关系的问题。对于曾经明确允诺的建设行为,认定违法后实施拆除,行政行为的违法性体现在因未能遵守允诺而违反信赖保护原则。相对人的损失表现为投入建设资金的损失。两者之间的因果关系表现为,政府关于可以实施建设的允诺,直接导致了相对人进行建设资金的投入。同时,如果损害后果的产生有相对人自身的原因,则由相对人承担部分责任,从而减轻行政机关的赔偿责任。例如以下情形:一是投资建设的范围超出政府允诺实施建设的范围,相对人需对超出部分的投资损失承担责任;二是政府已预先告知存在无法办理建设规划许可的风险,相对人仍选择实施建设,相对人对损失后果应承担部分责任;三是在相对人实施建设的过程中,政府及时纠正或者撤回了实施建设的允诺,相对人未停止建设,相对人需对后续建设的投入承担责任。

2. 借助行政行为违法性继承理论

所谓“行政行为违法性继承”的问题,存在于由连续数个行政行为构成的行政活动中。当行政行为彼此之间相互关联,行政活动的整体过程是由一系列连续多阶段的行政行为构成时,先行行为中存在的违法性瑕疵,是否会影响作为结果的后续行为的合法性,便自然成为需要关注的问题。如果从肯定的角度出发,承认后续行为因先行行为而具有违法性,则被称为“违法性的继承”。^①

行政行为违法性继承理论对于司法实践的意义,主要表现在对先行行为违法是否对后续行为的合法性产生影响这一问题的认定上。行政机关先后作出两个有关联的行政行为,在先前行政行为不可诉且后续行政行为合法的情形下,原告能够在后续行政行为的争讼中主张先前行政行为的违法性,法院能否审查先前行政行为的合法性进而撤销后续行政行为,这便是行政行为的违法性继承问题。^②对于该问题存在三种不同的回答:一是否定行政行为违法性的继承;二是肯定行政行为违法性继承;三是行政行

^① 参见朱芒:《“行政行为违法性继承”的表现及其范围——从个案判决与成文法规范关系角度的探讨》,载《中国法学》2010年第3期。

^② 参见王贵松:《论行政行为的违法性继承》,载《中国法学》2015年第3期。



为违法性有条件继承。司法实践采第三种观点,认为为了给公民提供必要的权利救济及实质性化解行政纠纷,应当在一定条件下对行政行为公定力进行突破,认可行政行为的违法性继承。行政行为违法性继承的条件包括:其一,存在先行后续两个行政行为,但不要求为同一行政机关作出;其二,先行行为与后续行为存在关联性;其三,有违法性继承的必要性;其四,对于有效救济权利与实质性化解纠纷有较高的预期。^①

在违法建筑强制拆除引起的行政赔偿案件中,对强制拆除行为是否违法进行评价是判断行政机关是否承担赔偿责任的基础。违法建筑的执法活动由一系列连续的阶段构成,包括以认定属于违法建筑为前提的限期拆除决定、强制拆除决定以及强制拆除的实施,先行行为与后续行为彼此关联,在对最终行政行为的合法性进行审查时适用违法性继承理论,认定行政行为违法并以此为基础确定赔偿责任,能够使相对人的权利得到有效救济并实现纠纷的实质性化解。

依照行政行为违法性继承理论,对于最终行为即强制拆除实施行为合法与否的评价,应当包含对前期各个阶段行为的合法性评价。假设建筑物在实施建设时获得过政府的允诺,在该建筑物被认定为违法建筑物时,相对人的信赖保护原则已受到侵害,那么在违法建筑执法的起点,已可认定执法存在违法性瑕疵。该瑕疵一直对后续行为的合法性产生影响,直至最终实施强制拆除的行为。由此,最终实施强制拆除的主体并非作出并违背允诺的主体,却要承担因此产生的信赖保护责任,便可得到合理的解释。

结 语

在行政赔偿案件中适用信赖保护原则,应当在行政赔偿基本法理及赔偿责任构成要件的基本框架中进行分析。基于行政行为违法性继承理论,在违法建筑强制拆除行政赔偿案件中,法院需对行政执法的全过程进行审查,这包括对于先前允诺建设行为的变更是否违反信赖保护原则的审查,如果因政府先前行为的变更导致相对人合理预期的丧失,违反信赖保护原则,则构成广义上的违法行政,满足行政赔偿责任构成要件中的行政行为违法性要件。在对损失的承担上,应当以合法行政下的利益状态为参照,对比假设的合法行政,违法行政所造成的利益减损即为损失。在原因力的分析上,因违法建设行为被纠正所产生的损失,源于相对人的建设行为,此种建设行为可能因政府的允诺被助长,政府应当按照其对违法建设行为的参与度承担赔偿责任。

(责任编辑:刘 昭)

^① 参见最高人民法院行政审判庭编:《最高人民法院行政审判庭法官会议纪要(第一辑)》,人民法院出版社2022年版,第187-198页。

行政公益诉讼中履行法定职责判决的反思与重构

——从具体法益修复迈向秩序公益维护

高 慧 张晓阳*

内容摘要：行政公益诉讼中适用履行法定职责的判决突出了秩序公益维护功能，既满足与共同体利益耦合之需，又有协同司法权与行政权形成功能秩序之功。然而，司法实践中偏重具体法益修复而忽视秩序公益维护现象明显，具体表现在偏重个案问题修补、以“履行法定职责”将行政行为作为义务笼统概括、由具体法益侵害后果要件倒推行政不作为。这主要缘于形式主义裁判思维习惯性优先、司法惯性的消极作用、行政任务复杂属性带来挑战等。为解决上述问题，需立足客观诉讼机制，突出秩序公益维护，补齐履行法定职责判决双重功能，对行为标准适度改良的同时，准确解码各阶段行政行为法律构造并予以类型化演绎，明确行政行为静态要素规范履行判决内容，以法律现实主义裁判思维强化履行判决实践理性。

关键词：行政公益诉讼 履行法定职责判决 具体法益 秩序公益

行政公益诉讼的价值目标在于突出保护国家和社会公共利益，这一“公益”范畴广泛，既涵盖了特定领域内具体的公共利益，也涉及通过维护客观法秩序所展现的更为广泛的社会公共利益。概言之，行政公益诉讼兼具修复具体法益和维护秩序公益的双重功能。履行法定职责判决（以下简称“履行判决”）作为最常用且充满活力的判决形式，在司法实践中，偏重具体法益修复，而在维护法律秩序与公共利益的层面略显不足。学界对履行判决的探讨多着眼于适用情形分析、与其他判决形式混同、判项内容确定等宏观层面，^①基于秩序公益维护研究履行判决具体适用的制度优化尚留可探

* 高慧，山东省无棣县人民法院法官助理；张晓阳，山东省无棣县人民法院法官助理。

① 参见王明喆：《行政诉讼履行判决的类型与适用——基于“不履行法定职责”类型化的分析》，载《环球法律评论》2023年第3期；梁君瑜：《行政诉讼履行判决的构造与边界》，载《北方法学》2021年第4期。



讨空间。然而，秩序公益十分重要，是依法治国和法治建设的基础。^①作为最具生机的履行判决，对行政权的干涉面更广，若固守偏重修复具体法益的立场，显然不能满足“法治国家、法治政府、法治社会”的目标要求。基于法治建设需要及社会发展现实，顺势而为，审视并调整履行判决的功能定位，从具体法益修复回归秩序公益的维护，不仅是对行政公益诉讼制度的反思，更是推动该制度迈向更高层次、更广泛领域法治实践的攻坚之策。

一、具体法益修复型履行判决的实践考察

随着2017年《行政诉讼法》的修正，行政诉讼制度进一步强化了其纠纷解决与公民权利保护的核心功能，而行政公益诉讼作为该领域的一项重大制度创新，正式被纳入立法框架之内。司法实践中，法官倾向将审查重心聚焦于具体法益是否遭受侵害，并视受损法益是否得以修复作为衡量行政机关是否充分履行职责的关键标尺，这一趋势促成了具体法益修复型履行判决的形塑与发展。然而，具体法益修复倾向滋生了履行判决的诸多不规范问题，无益于行政公益诉讼法治秩序构建功能的实现。

（一）具体法益修复型履行判决的特征

笔者在公开的裁判文书中以“检察院”“公益诉讼”为关键词进行筛选，设置案由为“行政案由”、案件类型为“行政案件”，在判决结果中输入“履行职责”，共获得174篇法律文书，梳理出130个有效样本。经分析发现，具体法益修复型履行判决存在以下三方面特征。

1. 检察机关诉讼请求局限于具体法益修复。通过对130个案例样本的分析，检察机关在诉讼请求中明确阐述“修复”具体法益或有保证特定领域公益“不受侵害”等相似表述的案件31起，诉称中“事实与理由”部分的提出依据基本都定位于公共利益仍处于受损害状态或未得到完全修复。相较于诉讼请求的概括表述，检察建议中关于职责履行的内容更为具体。如雷山县人民检察院诉雷山县生态文明建设管理局不履行法定职责案，^②检察建议表述为“建议该局催告违法行为人履行补种树木的义务，对拒不履行的应当代为履行，并向违法行为人追偿代履行费用”，而诉讼请求简单表述为“1. 确认被告对白秀福的违法行为怠于履行职责违法；2. 判令被告依法针对白秀福的违法行为履行监管职责”。

2. 行政机关抗辩理由聚焦于行政监管行为。履行判决通常适用于行政机关不履行行为义务的情形，^③故本文将行政机关对行为义务的抗辩理由具体区分为无异议、无理由、已履行、因故不为四种类型，其中因故不为又可分为履职障碍、刑民交叉、主体

^① 参见薛刚凌：《行政公益诉讼类型化发展研究——以主观诉讼和客观诉讼划分为视角》，载《国家检察官学院学报》2021年第2期。

^② 参见（2017）黔2601行初23号。

^③ 参见郭修江：《行政诉讼判决方式的适用》，载《法律适用》2023年第6期。

争议3个子类型（见表1）。

表1 行政机关抗辩理由分类

类型	典型案例	答辩理由	裁判要点	判决结果
无异议	(2020)鄂0683行初54号	未能全面按照检察建议履职到位	被告虽下达了《责令改正违法行为通知书》，但不能说明全面依法履行监督管理职责	一、确认被告中未依法履行职责违法；二、责令被告在法律法规规定期限内依法继续履行监管职责
无理由	(2017)内0723行初8号		被告始终未依照法律规定进行植被恢复	一、确认被告未依法履行职责的行为违法；二、责令被告继续履行监管职责
已履行	(2019)内0926行初16号	已依法履行法定职责，采取了口头及书面通知多种措施	未穷尽法律手段履行职责	一、确认被告未依法履行收缴职责的行为违法；二、被告于判决生效后依法履行职责
因故不为	履职障碍 (2019)内0203行初69号	因历史原因造成的职权和职责上的履行不能	被告以没有诉讼费专项资金无法提起民事诉讼为由怠于履行法定职责，致使国家和社会公共利益仍处于受侵害状态，构成怠于履职	一、确认被告对欠缴土地租金及滞纳金未收缴的行为违法；二、责令被告依法履行职责，追缴所拖欠的土地租金及滞纳金
	行刑交叉 (2018)吉0221行初17号	行为人已经构成刑事犯罪，被告无法法律依据再进行行政处罚	被告认为违法行为已构成刑事犯罪，便不属于其查处范围的辩解无法律依据	被告依法履行职责，由其责令违法行为人在一定期限内恢复被毁坏林地林业生产条件
	主体争议 (2020)黔0522行初223号	县级人民政府是责任主体，接管部门是环保部分，被告不是责任主体	被告作为一级政府且是案涉污水处理厂的主管部门，对保障桂花乡污水处理站正常运行负有法定监管职责	一、确认被告未保障污水处理设施正常运行，造成群众生活污水直接外排的行为违法；二、责令被告依法全面履行职责，及时排查、维护现有集镇污水处理设施设备，疏通污水管网，保障集镇污水处理设施设备正常运行

通过表1可以看出，与检察机关侧重法益修复不同，行政机关抗辩理由多集中于是否已经履职、是否可以履职等行政监管行为，至于履职程度如何、法益是否得以修复并不是行政机关抗辩的重点。

3. 人民法院对检察机关“判如所请”。将法院判决与检察机关的诉讼请求、行政机关的抗辩理由进行对比，发现判决内容与诉讼请求内容不一致的案件有31件，其中有27件是因为判决内容中加入了履行期限、履行主体、具体数额等表述，但基本含义并未超出诉请，由此法院与检察机关立场相仿。与之相反，法院对行政机关抗辩理由的分析与回应相对不足：在130个案例样本中，仅有2件采纳其抗辩理由，剩余



128件均部分采纳、不予采纳甚至忽略回应,具体而言,不予采纳的110件、部分采纳的4件,忽略回应的14件。

(二) 具体法益修复型履行判决的多样形态

司法实践中,履行判决呈现出“头痛医头、脚痛医脚”的具体法益修复倾向,导致本应作为法益修复追求更高目标的秩序公益,反而成为具体法益修复的反射结果,丧失了其作为独立价值追求的应有之义。

1. 偏重个案矫正的问题修补。有学者指出,我国公益诉讼缺位是由于行政诉讼“保障和监督行政机关依法行使行政职权”的目的主要通过保护公民、法人和其他组织的主观权利实现。^①行政公益诉讼的司法实践亦是依循着“利益损害—司法救济”的传统模式,关注重点在于特定领域公共利益的救济,但深层次矫正行政不作为、祛除行政不合法进而建立稳定可期的法律秩序被忽视。履行判决受限于上述模式仍然没有逸脱行政外部管理行为,呈现出偏重个案矫正的问题修补倾向。“政府管理职能更侧重‘行政机关—相对人’的调整范式,强调外部关系,政府更多是‘管理者’身份,一切以个人为中心,无论是行为监督还是福利帮助都是直接面向个体。”^②

“个体的主观权利固然是本源价值,却必须置于‘客观法’秩序中才能得到保障和实现。”^③样本中有38%的案件针对的是行政机关未依法追缴相对人欠缴的人民防空工程易地建设费等,所指向的是国有资产等具体法益的侵害,裁判理由中对行政机关征缴程序的运行、职责履行的规范程度等着墨不多甚至并不涉及秩序公益的维护。“行政公益诉讼将国家与社会治理问题纳入法律程序进行理性处置,能够发挥对公共价值的整合、构建与引领的制度功能。”^④履行判决的实施不能简单地以完成个案匡正为任务,而是要通过个案治理“促使行政机关积极整治相同领域的违法行为,履行相应领域的监管职责”,建立长效机制,发挥公益诉讼的客观化权能以维护客观法秩序,或者是由各方诉讼主体在职权范围内围绕法治秩序的构建与形塑,协商论证,合力共建,实现秩序公益维护功能。

2. “履行法定职责”作为行政义务的概括性描述。行政公益诉讼中秩序公益维护功能的实现,不仅体现在对行政行为的合法性审查上,更体现在通过判决形式督促行政机关积极履职,这正是履行判决的活力与生机所在。司法实践中,法院所作出的履行判决,大多以具体法益是否得到实质性修复为导向,对具体行政行为的合法性予以审查,得出履行法定职责的判决结果。然而,这一过程中,法院对行政机关的履职方式、履职效果、履职基准等方面却常常缺乏关注与考量。

① 参见刘艺:《构建行政公益诉讼的客观诉讼机制》,载《法学研究》2018年第3期。

② 薛刚凌、杨璇:《论政府发展职能与行政法回应》,载《行政法学研究》2023年第5期。

③ 汪栋:《行政公益诉讼制度的客观化构建——基于司法审查法治秩序形塑功能的分析》,载《理论月刊》2022年第1期。

④ 汪栋:《行政公益诉讼制度的客观化构建——基于司法审查法治秩序形塑功能的分析》,载《理论月刊》2022年第1期。

130 个研究样本中有近七成的案件裁判结果采用了“履行法定职责”或者“继续履行职责”的表述,作出明确履职要求的履行判决仅有 41 件,明显缺乏具体履行基准。如察哈尔右翼前旗人民检察院诉察哈尔右翼前旗自然资源局不履行法定职责案,^①法院认为被诉行政机关未穷尽法律手段履行职责而判决行为违法并要求履行法定职责,行政机关具体违反了何种法律规定、履行了何种职责、有哪些法律手段未能穷尽等在判决文书中均未阐明。

分析样本案例发现,作出履行效果要求的有 9 起案件(见表 2),除(2019)吉 7504 行初 4 号案件将鉴定意见作为履行效果的标准,具备一定的现实操作性外,其他判决中的表述均较为概括;判项中明确履行时间的有 20 起,从 10 天到 6 个月不等,有个别判决要求“依照法律规定期限”履行职责;有 6 起案例中明确了行政机关具体的履行方式,但明确程度不一,如有的只是要求“对第三人违法占用行为进行处理”,有的则具体到“依法履行职责包括:(1)责令滥伐林木的行为人补种滥伐株数五倍的树木,并对其处以滥伐林木价值二倍以上五倍以下罚款;(2)对非法改变林地用途的行为人按照每平方米 50 元至 100 元的标准处以罚款”。

3. 从法益侵害后果要件倒推认定行政机关不作为。“法益中,除了侵害事态容易确定、可视的、有形的利益之外,还有抽象的、无形的利益。”^②履行判决的双层法益构建为:具体法益修复和秩序公益维护。具体法益是确定的、可视的,而秩序公益则相对抽象、概括。所以在审判实践中,基于形式主义思维模式,法官更倾向于通过易推理判断的具体法益侵害后果要件,倒推认定行政机关不作为。

表 2 履行判决中履行效果表述方式

案号	典型案例	履行效果表述
(2020)豫 1322 行初 40 号	方城县人民检察院诉方城县林业局不履行法定职责案	促使涉案林地恢复生态功能
(2020)云 2501 行初 20 号	个旧市人民检察院诉个旧市保和乡人民政府怠于环境整治、怠于清理垃圾污染不履行法定职责案	处置行为应符合环境保护和卫生要求
(2020)吉 7504 行初 4 号	吉林省敦化林区人民检察院诉吉林省黄泥河森林公安局不履行法定职责案	确保黄泥河林业局威虎岭林场 3 林班 2 小班内被毁坏的 2415 平方米国有林地恢复原状
(2019)粤 1322 行初 133 号	惠州市惠阳区人民检察院诉龙门县林业局履行法定职责案	促使涉案生态公益林恢复生态功能,直至被鉴定验收合格止
(2018)吉 0221 行初 17 号	永吉县人民检察院诉永吉县林业局不履行法定职责案	恢复被毁坏林地林业生产条件

^① 参见(2019)内 0926 行初 16 号。

^② 于润芝:《抽象危险犯的解构:从法益关联和危险控制展开》,载《南大法学》2022 年第 3 期。



(续表)

(2016)粤0308行初2376号	深圳市龙岗区人民检察院诉深圳市龙岗区城市管理行政执法局不履行法定职责案	采取有效措施恢复 GLC-020 地块原有状态和生态平衡功能
(2017)黔2625行初19号	施秉县人民检察院诉施秉县林业局未能依法履职案	直至恢复林地之日止
(2018)黔2301行初37号	望谟县人民检察院诉望谟县国土资源局行政不作为案	确保达到环保要求
(2020)豫1322行初40号	方城县人民检察院诉方城县林业局不履行法定职责案	促使涉案林地恢复生态功能

倒推认定即从仍存在公益侵害状态这一结果事实，反向认定行政机关的履职行为本身构成不作为。^①例如上文中提到的追缴人民防空工程易地建设费等案件，该类案件表现出来的即为对国有资产的保护，若相关费用未完全缴纳，基于具体法益的修复，就会反推认定行政机关履职不到位。在分析样本中，涉及到该类问题的判决有14个。以伊通满族自治县人民检察院诉伊通满族自治县黄岭子镇人民政府不履行法定职责案为例，^②法院认定行政机关履职不到位，但在事实认定部分并未提及行政机关履职不到位的案件事实，文书说理部分仅简单阐述为“在送达《检察建议书》后，被告采取了一定措施，挽回了部分损失，但仍有已发放给336户农民的209500元国家深松补贴资金至今未能被追回，国家利益仍处于受侵害状态”。

二、具体法益修复型履行判决的现实偏误

行政公益诉讼的实施逻辑在于，行政权在执法过程中偏离了法律原本的规范意旨致使公益受损，检察机关以检察建议的形式初次介入未果后诉至司法机关，司法机关以裁决的方式评价行政行为的合法性，从而实现救济和保护公益的目的。依上述逻辑，履行判决作出的目的应在于通过督促行政机关正确履职，步入依法行政的正轨，这个任务势必要依靠秩序公益的维护来完成，受损法益的修复只是完成了其中一步。

(一) 具体法益修复型履行判决的局限性

具体法益修复型履行判决是非常理想化的判决方式，它需要相对封闭的社会结构、简单的行政任务为基础的信任环境，其契合的是强调公权属性的计划经济时期。然而，随着以风险社会为代表的现代危机的到来，^③具体法益修复型履行判决在司法实践中存

① 参见刘本荣：《行政公益诉讼中“不依法履行职责”认定的实质回归及其展开》，载《行政法学研究》2023年第3期。

② 参见(2018)吉0323行初10号。

③ 参见吴锐：《论风险社会语境下司法的风险预防功能》，载《兰州大学学报(社会科学版)》2015年第5期。

在判决内容狭隘、着眼甚微等问题，限制了其在风险社会中适应司法环节所强调风险治理的功能。

1. 以损害救济为目标难逃主观诉讼窠臼。行政法学界认为应基于客观诉讼视角建构行政公益诉讼的相关机制，并不意味着行政公益诉讼的实施仅为纠正违法行为、修复行政秩序而存在，而是通过司法过程聚焦法律秩序的修复以期更有效保护公民权利、实现整体利益保障。然而，反观当前的司法实践，这一领域的探索与成效尚显不足，未达理想中的深度与广度。

“作为一种客观诉讼机制，行政公益诉讼的目的并不仅仅在于具体个案中的公益保护，更重要的是通过个案裁判去维护或修复一种客观法秩序。”^①根据上述分析，部分案件判决要求行政机关依法追缴特定资金，且系列案件特征明显，这些案件仅关连到行政机关未依法履行追缴职责的表征，内在的追缴程序是否合法正当、相关机制是否存有疏漏等问题均未得到重点关注。履行判决对行政机关履职的督促，应从个案裁判切入，以深入监督秩序行政为要义。申言之，就是在裁判说理中对行政机关未依法履职的抗辩予以回应，同时就包括程序运作、机制构成、义务设定等在内的履职合法性进行充分扎实论证，而非避而不谈。如此，行政公益诉讼才能摆脱主观诉讼“就事论事”的窠臼，回归到“恢复法理约束与程序控制”^②的诉讼实质。

2. 判决内容狭隘不足以实现公益的完整保护。在行政公益诉讼中，公益保护问题与行政行为的法律评价问题相互渗透。履行判决的作出一是为行政机关依法履职提供法律说明书，二是实现受损法益修复目标。公益的完整保护有赖于履行判决具体法益修复和秩序公益维护的双层公益构建，秩序公益不是具体法益的集合，但秩序公益的维护在一定程度上又依赖于具体法益的实现。

“按照宪法的权能区分原则，公益保护这一任务最终还是应回落到行政主体，由司法者用法律方法描绘出的公益脸谱最终还需通过行政执法予以制作成型。”^③从这个意义上讲，行政执法以履行判决为依据。相应的，若履行判决内容仅为“履行法定职责”，未考量履行措施及行为手段等的全面性、及时性和有效性，便会对履职效果产生制约。这种制约是双向的：一是行政机关后续职责履行无所适从，二是易陷入“有判决、无实效”的怪圈，行政公益诉讼目的难以实现，不足以实现公益的完整保护。如鄱陵县人民检察院诉鄱陵县人民防空办公室不履行法定职责案，在文书说理部分已经阐明“被告于2008年仅向涉案十单位作出行政处理决定书后，对未履行该处理决定的单位，并未在法定期限内向人民法院申请强制执行”，那么，法院作出的履行判决应当要求行政机关依法向人民法院提出强制执行申请，但判项仅要求行政机关继续履行职责，

① 张彬：《行政公益诉讼审理规律的三重视角——基于1683份案例样本的大数据分析》，载《武陵学刊》2023年第2期。

② 梁鸿飞：《拓展行政公益诉讼案件范围以解决实质性地方治理问题》，载《兰州大学学报（社会科学版）》2022年第4期。

③ 梁鸿飞：《中国行政公益诉讼的法理检视》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2017年第6期。



依法追缴人防易地建设费。^①然而,不同征缴阶段所对应的行政行为是不一样的,职责履行要求也应因情而变,裁判结果均笼统要求行政机关履行追缴职责,明显忽视了行政行为的动态性及公共利益的完整性。

3. 混淆监管职责与治理职责忽视履职可能性。根据我国行政体制的整体主义模式,行政主管部门履行法定职责需要在政府的统一领导下完成,行政主管部门履行的是执法监管职责,经费、人力等资源的治理职责实际均由政府掌握,部分受损公益的修复属于政府的治理职能。然而,由样本案例可知,被诉行政机关多为单一行政主管部门,地方政府作为被告的极少,即便有,级别也仅限定在乡镇政府。法院作出履行判决严格遵守“职权法定”原则,将义务主体限定为行政主管部门,未考虑行政主管部门履职的期待可能性,实际指向的是政府治理决定权,混淆了执法监管职责与治理职责的履行义务主体。换言之,履行判决的执行需要政府作为才能实现,但履行义务主体却是行政主管部门,这就导致无法达到履行法定职责的应有效果,造成程序空转。例如,湖北省房县人民检察院诉房县环境保护局不全面依法履行环境行政管理法定职责违法案,检察院以第三人污染环境,房县环境保护局未执行到位、环境污染依然存在为由提起行政公益诉讼,但环保部门辩称其已经作出责令停业整顿处罚决定,但责令关闭企业的权限在政府不在环保部门。法院虽认可环保部门所作的履职努力,但认为“环保部门未依法执行所作出的行政处罚,致使国家利益仍处于受侵害状态;房县环保局应当穷尽法律赋予的一切措施,依法全面履行职责,让环境侵害得以停止,让环境污染潜在的危险得以排除”。^②房山县政府作为企业停业整顿的决定机关,未进入诉讼,不是履行判决约束的义务人,即便法院判决环保部门履行职责,治理实效无异于缘木求鱼。

(二) 履行判决偏重具体法益修复的原因

行政公益诉讼中的履行判决整体呈现出偏重具体法益修复的状态,在现有法律规则并无具体明确指引的情况下,法官履行判决应如何作出备受煎熬,并在不同考量下得出不同裁判结果。笔者拟从影响法官裁判的因素入手,揭示作出法益修复型履行判决背后的利益衡量。

1. 形式主义裁判思维习惯性优先。法官的裁判思维模式可分为形式主义和法律现实主义两种。第一种模式以坚守法律的确信性和权威性为原则,主张审判应严格依据法律规定。第二种模式认为法官裁判不是遵循制定法行事或从现成的规则体系中寻找答案的认知活动,而是通过对法律规则外的诸多现实因素的权衡进而得出判决结果的情理活动。^③

法官作为天生的保守主义者,为了保证裁判的确定性、可预测性,在行政公益诉

① 参见(2019)豫1024行初51号。

② 参见(2017)鄂0325行初14号。

③ 参见李可:《从认知思维到情动思维——裁判思维客观过程之研究》,载《法学论坛》2012年第2期;周舜隆:《司法三段论在法律适用中的局限性——兼论法官裁判思维》,载《比较法研究》2007年第6期。

讼的履行判决中往往会优先适用形式主义裁判思维,注重和恪守法律的形式合理性。^①遍寻履行判决的法律条文,都仅仅对履行期限作出明确要求,法官也只需要按照三段论认定行政机关是否存在不履行、拖延履行等情形,判决其限期履行即可。这就不难理解,为什么履行判决倾向于作出“责令被告限期履行法定职责”的原则性判决。这种形式主义的判决方式既不僭越行政机关的行政权,亦迎合了检察机关提起行政公益诉讼高胜诉率的期待,从表面看来似乎符合法律规定也合乎情理。然而,这种裁判思维却在一定程度上违背了履行判决的作出目的,更使得秩序公益功能缺位。

2. 司法活动中思维定式的消极作用。我国并未将判例作为法的渊源,但在司法实践中,判例却不同程度地对法官判案产生影响。特别是已经发布的指导案例大部分具有填补法律漏洞或依据立法精神创制规则的功能属性,^②为法官办理相关案件提供参照指引。如果说,一般性案例在判决指引上的作用可能发挥有限,那么指导性案例和典型案例偏重具体法益修复的错误指引可能更为明显。“对司法人员而言,在长期的司法活动中所形成的思维定势,保证了其对法律规范的遵守和对已有判例的尊重,使法制的统一性和权威性得以保障。但另一方面,思维定势的消极作用同样不容忽视,由思维定势所决定的主体的需要、动机、态度(认知、情感、意向)、行为等诸方面的特殊性和稳定性,使认识主体任何试图变更特定思维模式的努力显得异常困难。”^③

表3 指导性案例与典型案例中偏重法益修复的体现

类型	案号	案件名称	裁判理由中偏重法益修复的表述	裁判结果
2019年度最高人民法院环境公益诉讼及生态环境损害赔偿典型案例	(2018)黔0626行初1号	沿河土家族自治县人民检察院诉沿河土家族自治县环境保护局环境保护行政管理公益诉讼案	乌江夹石段水环境仍遭受污染,国家和社会公共利益持续处于受侵害状态,被告继续履行其监管职责	一、确认被告怠于履行环境违法监管职责的行为违法;二、责令被告继续履行环境监管职责
2019年度最高人民检察院12起检察机关服务保障长江经济带发展典型案例	(2019)黔2631行初7号	榕江县人民检察院诉榕江县栽麻镇人民政府行政公益诉讼案	违章建筑仍然存在,国家利益和社会公共利益仍然受到侵害,被告继续履行其监管职责	一、确认被告不依法履职的行为违法;二、被告对违法行为应继续履行监管职责
最高人民法院指导性案例第24批137号	(2017)云2931行初1号	剑川县人民检察院诉剑川县森林公安局怠于履行法定职责案	被破坏林地仍未恢复原状,被告继续履行法定职责	一、确认被告怠于履行剑林罚书字(2013)第(288)号处罚决定第一项内容的行为违法;二、责令被告继续履行法定职责

① 参见孙良国:《从形式主义到实质主义——现代合同法方法论的演进》,载《华东政法大学学报》2007年第5期。

② 参见顾培东:《我国成文法体制下不同属性判例的功能定位》,载《中国法学》2021年第4期。

③ 姜保忠:《刑事司法错误与司法惯性——试论惯性在司法中的消极作用》,载《河北法学》2010年第8期。



样本案例（见表3）无一不聚焦于水污染治理、违章建筑清理、受损林地恢复等具体法益的恢复层面，其主张行政机关应履责的核心在于这些具体法益尚未修复，而非客观法秩序的破坏。这一现象深刻反映出，履行判决对于具体法益恢复的重视程度超越了形塑公法秩序，无益于秩序公益的维护。

3. 行政任务的复杂属性给履行判决的作出带来挑战。行政公益诉讼的功能在于通过个案公益保护上升到行政法秩序的维护与形塑，涉及到检察、司法、行政等多个主体之间配合与博弈，其中行政机关承担着执行行政任务、接受监督的双重压力。现代社会中，行政任务具有多元冲突、分解组合等属性，传统行政法以权力控制为目标、注重分析个案中行政行为的合法性，显然在处理风险社会中的行政关系上需要进一步革新。行政任务的复杂性、专门性和技术性不断增加，行政领域不断扩展，给习惯于拿着法的标尺、在合法与不合法的二元体系中进行非此即彼判断的法官带来挑战。

行政公益诉讼“三足鼎立”的政治框架中，需要法官判断行政行为与行政任务是否匹配，然而在现有的司法体制下行政法官并不完全具备专业的行政知识，对行政事务的审查判断往往来源于案件本身。如何在行政工作人员予以初判并说明理由和依据之后，在履行判决中作出正确的二次判断，考验着每一位行政审判法官。

三、秩序公益维护是履行判决的理性归宿

法院作出履行判决以秩序公益维护为目标和价值追求，既有督促行政机关积极履职之功，又能契合共同体利益维护之需。基于客观诉讼的逻辑起点，对客观规则运行中发现的漏洞予以填补，规范监督秩序行政，修复监督盲区，保障客观法秩序正常运行。

（一）理论根基：以客观诉讼为逻辑起点

“客观诉讼除了可救济具体受损公益之外，还具有维护法制统一的功能。”^①这与行政公益诉讼的价值目标相契合。行政公益诉讼中行政机关不作为或违法作为所侵犯的对象是公共利益和行政法客观秩序，并无直接利害关系人。通过对行政机关履行职责行为合法性审查，既实现监督依法行政的直接目的，也间接保障了可能受该行政行为影响的相对人的合法权益，进而在此过程中化解了行政争议。依上述逻辑结构，行政诉讼的功能框架依次为：“监督依法行政—保障相对人合法权益—实质化解行政争议”，但行政公益诉讼的功能架构层层递进为“实质化解行政争议—保护公共利益—纠正违法行政行为—维护行政法客观秩序”。“法院不仅要解决当事人的纠纷，而且对那些具身于宪法与法律这些权威文本中的价值给予具体之阐明，赋予其生命力。”^②

在行政公益诉讼案件中，履行判决的适用应当按照行政公益诉讼制度目的进行适当调整，突破一般行政诉讼注重纠纷解决的局限，突显行政公益诉讼监督行政机关依

① 付荣、江必新：《论私权保护与行政诉讼体系的重构》，载《行政法学研究》2018年第3期。

② 梁鸿飞：《行政公益诉讼的功能补缺：作为秩序目标的权利保护》，载《新疆社会科学》2022年第6期。

法行政进而维护法秩序统一的客观诉讼目的。^①故而，行政公益诉讼中履行判决的作出要以塑造合法性为中枢逻辑，重点应为行政行为的合法性审查，以督促行政机关依法全面正确履行行政职责，即以司法权力纠正破坏客观法秩序的行为，从而维护和构建包含公平正义等法治精神在内的行政客观法秩序。

（二）模式基础：契合履行判决的否定性评价本质

履行判决本身隐含对行政机关履职行为的否定性评价，即确认行政机关不作为或怠于履职违法。进言之，法官在作出履行判决时，首先要对行政行为的合法性予以评价，在此基础上，才能进一步对行政机关正确履行职责提出要求。反观司法实践，“确认违法+督促履行”的裁判组合成为行政公益诉讼的主流判决形式，占已有分析样本的80%以上，这反映出在法益修复导向下法官裁判忽视了履行判决已隐含否定性评价的内容，只是将履行判决作为修复公共利益的一种方式或手段。

秩序公益功能的引入，重塑了履行判决审查的框架，由侧重于损害是否已发生并实际获得救济的单一维度，转变为以行政机关是否合法行政为核心的审查重点。这一转变与履行判决中首先对行政行为进行否定性评价的内在逻辑紧密相连，不仅更为凸显履行判决潜在的合法性论证，也更符合行政公益诉讼客观化构建的需求。

（三）现实需求：共同体利益与秩序公益的耦合

履行判决适用的司法实践折射出法官整体利益观的缺乏，未以共同体视角对法益予以关怀。然而，在风险社会背景下，愈渐要求共同之整体对风险进行集体应对。^②例如，在行政环境公益诉讼中，生态环境的破坏所造成的后果是由共同体承担，而不是个体承担的。这就意味着，在关注共同体利益的当下，秩序公益的维护之于每个具体法益都至关重要。然而，秩序公益毕竟是抽象且难以具化的，从维护社会公共利益的视角来看，行政公益诉讼对秩序公益的维护必然需要一种前瞻性突出、预防效果明显的手段。

履行判决包含了督促行政机关积极履行职责和对行政行为作出否定性评价的双重含义，理所当然承担起维护秩序公益的任务。尤其是在当下，社会风险的突发性、易变性以及后果的不可控性，使得行政任务愈加复杂，对法官汲取社会知识周延性要求也更加严格，若只是简单的将目标定位于修复具体法益，难免着眼甚微，无法达到行政公益诉讼形塑法秩序的客观诉讼目的。

（四）价值追求：司法权与行政权协同构建功能秩序

行政公益诉讼并非司法机关与行政机关之间“你对我错”的零和博弈，亦非简单的“大家都对”的正和博弈，而是司法机关通过裁判的方式对行政行为进行纠偏、行政机关通过参加诉讼的方式阐述是否存在履行义务及履行的现实可能性的变和博弈。从本质上来说，行政公益诉讼是司法机关与行政机关秉持双赢、多赢、共赢的核心理念，在各

^① 参见崔瑜：《行政公益诉讼履行判决研究》，载《行政法学研究》2019年第2期。

^② 参见何群、黄雪颖：《共同体善视野下秩序法益的保护——以妨害药品管理罪为视角》，载《合肥工业大学学报（社会科学版）》2022年第5期。



自的专业领域内及权力界限内，通过积极互动、适度调整与深度融合，形成一种你进我退、相互促进的良性关系。这一过程的核心目标，是在受损公共利益得到有效救济的同时，共同推动国家治理资源的优化配置与高效利用，以实现公共利益的最大化。

行政机关是否履行职责与受损公共利益的恢复并不是完全对应的关系，受损公共利益的恢复往往更加复杂，还涉及政府的治理职责。^①若法院仍坚持“法益未修复即未履职”的传统裁判模式，将审查重点仅着眼于法益是否得到修复，未考虑到行政机关的履职可能性及可执行性，所谓的生效判决可能成为一纸空文，有损司法权威。引入秩序公益，对“法益未修复即未履职”错误裁判思维予以纠正，改变目前以修复具体法益为主的审查模式，通过对行政机关职责的重新定位将审查重点转为行政机关是否违法作为或者不作为，纠正违法行政行为，协同司法权与行政权之间形成功能秩序，以审判机关对实体问题享有相对完全处断作保障，行政机关与审判机关各司其职，实现协同治理。^②

四、以秩序公益维护为导向重构履行判决

行政公益诉讼致力于在规范主义与功能主义之间达成精妙平衡，即在监督并规范行政行为的同时，深入监督秩序行政的各个方面，以维护一个稳定且可预期的行政法秩序。这一过程中，行政公益诉讼不仅关注个体权益的保障，更着眼于通过有效的秩序维护，促进整体利益的最大化与社会发展的可持续性。那么履行判决的作出就要契合秩序公益的维护功能，以法律规则为基础，对履行判决的义务主体、期限、方式等相关因素予以明确，维护并形塑客观法律秩序。

（一）判决前提：适度优化行政机关履职行为标准

实现秩序公益维护的价值主旨，判断行政主体是否履职完毕是履行判决作出的第一步。而对行政机关履职到什么程度才能认定为履职完毕，司法实践有行为标准说、结果标准说、综合标准说等不同裁判标准，笔者认为，应在遵循司法谦抑原则的前提下，从行政行为、实质效果等方面进行综合考量。

1. 对履职行为进行定性分析。对行政机关履职行为的考察重点在于履职勤勉度，勤勉度越高，距离履行行政职责标准越接近，越能说明行政机关履行了法定职责。将履职勤勉度作为考量标准，可以激励行政机关积极履行法定职责，避免行政机关怠于履职造成公共利益损失的进一步扩大。

第一，督促行政机关积极履职。“积极履职”主要指行政机关在发现违法事实或收到检察建议后，是否第一时间采取行动防止国家和社会利益损害的进一步扩大。当

^① 参见薛刚凌：《行政公益诉讼类型化发展研究——以主观诉讼和客观诉讼划分为视角》，载《国家检察官学院学报》2021年第2期。

^② 参见胡婧：《行政公益诉讼起诉条件的适用检视与一体化重塑》，载《河北法学》2023年第9期。

然，这里的“积极”过于抽象，应遵循“法有规定依规定，法无规定适量裁”的原则，即在法律对履行期限无明文规定的情况下，宜由法官根据行政机关的作为义务、履行可能性、公共利益损害程度等情况进行综合认定。

第二，督促行政机关准确履职。履职措施应该是行政机关依照法律法规及行政规章等的明确规定所履行的监督管理职责，换言之，行政机关的履职行为应具有合法性，如根据《闲置土地处置办法》第5条的规定，土地主管部门在发现闲置土地违法行为时，具有调查核实义务，包括30天内开展调查核实、发出闲置土地通知书、要求使用权人说明。

第三，督促行政机关全面履职。穷尽法定手段是认定行政机关全面履职的重要因素。例如，在抚顺市新抚区人民检察院诉抚顺市生态环境局履行法定职责案中，被告抚顺市生态环境局对抚顺小满商砼有限公司环境污染治理实施监督管理时具有责令改正、罚款、责令停工整治或者停业整治等多种履职方式，但其仅向违法单位下达《责令改正违法行为决定书》，并未做到全面履职。

2. 对履职结果进行定量分析。如何进行诉辩对抗从来都不是公益诉讼的目标，让公共利益得到更好的保护才是诉讼的关键。国家和社会公共利益受损涵盖了处于危险状态、损害未得到及时制止、损害继续扩大的紧急状态等情形，由此对履职结果上的判定也应根据不同情形进行阶段分析。

第一，损害公共利益的行为得以停止。当违法事实发生时，行政机关应实施全面、高效的行政行为或行政决策予以有效制止，如产品销售商停止销售涉案食品、生产企业停止排放污水、破坏文物行为被制止、违法行为人停止非法采挖行为，避免国家或公共利益处于持续受损状态。

第二，依情形考量危害后果得以消除。行政机关履职的理想状态是公共利益受损情况得以完全修复，但在生态环境、文物破坏等领域，受损公共利益的修复往往是一个漫长的过程，并不会因采取某一行政行为而产生立竿见影的效果，因此，对“危害后果得以消除”的考量需要具体问题具体分析，不能简单将公共利益恢复状态与行政机关履职行为完全划等号。当然，履职的最终指向还应以此为f目标，但限定阶段性整改任务，分析行政机关在某一阶段是否穷尽法定手段达到停止侵害、消除危险的目的。

第三，对合法阻却事由进行否定评价。对行政机关依法履职的认定，要遵循主客观统一原则，不仅考虑主动履职的意愿和实际行动，还要考虑履职能否实现的客观条件。不可抗力、职责权限、客观情况等非可归责于行政机关的原因导致不能履职，都可以成为合法阻却事由，要在明确履职程度上予以考量。

（二）判决思维：秉持法律现实主义裁判理念

履行判决的作出不能忽视社会现实、价值选择等客观存在。实现秩序公益的维护，真正将行政主体拉回依法行政的正轨，应在法律规定的自由裁量范围内选择最能适应社会发展需求的解决方案，以法律现实主义裁判思维多角度考量履行可能性，才能以诉讼成本最小化实现秩序公益保护的“帕累托最优”。



1. 强调职权探知主义准确查明案件事实。行政公益诉讼程序复杂,检察机关提起公益诉讼成本偏高,法院基于公益保护的实效性及诉讼经济之理念,在适用履行判决中充分发挥司法积极作用,有利于国家治理资源之配置。^①履行判决的作出要实现秩序公益的维护,就必须适度限制诉讼主体对诉讼标的的处分权能,也就是说为切实维护公共利益,法院要主动查明案件事实,可在必要时不依赖于当事人的举证质证而主动调查取证,庭审中引导诉讼双方针对行政行为的合法性进行充分辩论,而判决的作出也要相应适度突破检察机关的诉讼请求。

2. 确定行政作为可能性合理预期。行政公益诉讼受案范围涵盖生态环境和资源保护、食品药品安全、国有资产保护、国有土地使用权出让等,这四个领域牵涉到的行政事务往往专业性强、客观限制多,履行判决的作出要保证最终能够履行,“综合考虑行政资源的可及性、充足性及其与行政任务的匹配度,确定对行政机关作为可能性的合理预期”。^②

3. 履行判决结果应诉诸实践理性。社会公众对裁判的接受往往受到法的引导但从不受法理性的约束,空洞的裁判文书并不能破解非理性质疑。在行政公益诉讼中,履行判决的作出应始终围绕着秩序公益维护的诉讼目的,保证客观秩序的安定性及可预期性。由之,在裁判结果上应诉诸实践理性,充分调节公众预期、考量社会效果,在裁判目标上兼顾“正确的裁判”与“可接受的裁判”,^③预防范恣意司法的风险,实现形式正义与实质正义的统一。

(三) 判决定位:基于行政行为动态节点的精准把握

行政机关履行行政职责并非一成不变,而是一个动态的过程,涉及相对人、社会公众等多元主体,且受到法律、情理、社会影响等多种因素的制约。基于司法权的谦抑性,法院作出履行判决不能僭越行政机关履行行政职责所考量的行为幅度、数量界限等,但对于行政机关在不同行政阶段要采取何种行政行为,并不在司法权排除适用的范围之内。由此,出于秩序公益维护的需要,有必要着眼于行政过程中各行为之间以及单一行为的各阶段之间的关联,对整体行政过程进行全面、动态的考察,准确地解码各阶段行政活动的法律构造,^④通过精准定位行政行为的动态节点,结合裁量性行政行为和羁束性行政行为,规范履行判决的原则性或具体性走向。

根据行政机关履职程度可分为完全不作为型、作为不全面型、履行未有效型,法院作出履行判决时,针对三种类型行政行为的不同节点,对履行判决中的表述进行类

① 参见汪栋:《行政公益诉讼制度的客观化构建——基于司法审查法治秩序形塑功能的分析》,载《理论月刊》2022年第1期。

② 林鸿潮:《履行行政职责的作为可能性》,载《法学研究》2022年第6期。

③ 参见唐娜、王彬:《结果导向的裁判思维——基于法官审判经验的实证研究》,载《法律适用》2020年第4期。

④ 参见江利红:《行政过程的阶段性法律构造分析——从行政过程论的视角出发》,载《政治与法律》2013年第1期。

型化区分，实现不同阶段行政作为的类型化演绎，避免同类违法行为的再次发生，以维护法律权威（见图1）。以闲置土地行政公益诉讼类案件为例，其所指向的行政作为义务包括一般监管义务、闲置土地处置义务和行政处罚义务等，若土地主管部门对涉案闲置土地违法行为已履行立案、调查核实等法定职责，但未能在法定期限内作出行政处罚决定，判决应明确要求行政主体在法律规定的期限内向闲置土地使用权人作出行政处罚决定书，不能以“履行法定职责”将行政作为义务一带而过。当然，行政处罚作为一种裁量性行政行为，其中涉及的处罚幅度等不宜再次具体。

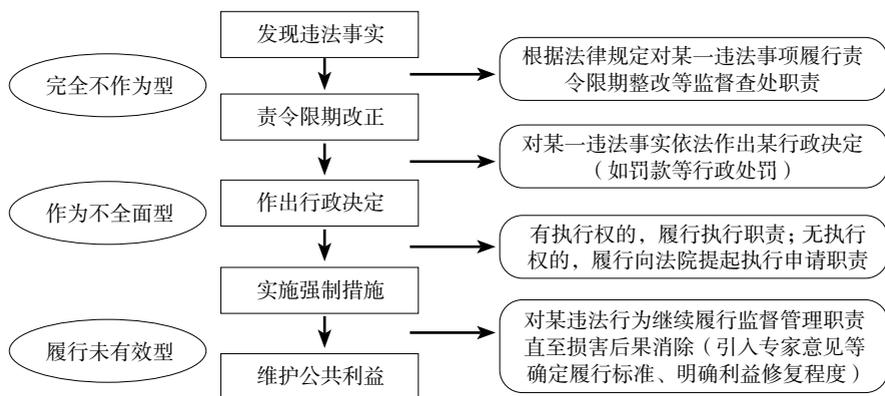


图1 不同阶段行政作为的类型化演绎

（四）判决内容：明确行政行为静态要素予以规范

秩序公益维护功能要求对行政机关的履职作出明确具体表述，而不能以“履行职责”一带而过。鉴于此，有必要在考量行政行为动态节点的基础上，结合逻辑参照明确行政行为的静态要素，规范履行判决内容。

1. 准确判断履行主体。履行主体的确定是最基础静态要素，也是首要判断依据。从已有研究样本可以看出，行政公益诉讼中涉及的履行主体不仅包括行政机关，也涉及行政相对人。以环境行政公益诉讼为例，行政机关外部管理行为都与行政相对人有关，行政机关能否履职到位很大程度上在于相对人是否能自觉履行行政义务。如方城县人民检察院诉方城县林业局不履行法定职责案，判决方城县林业局依法继续履行职责，责令违法行为人补种树木（方林罚决字〔2020〕第03-08号行政处罚决定书第一项内容）或履行代补种林木的法定职责。^①因此，履行判决中对履行主体的明确不应只包括行政机关，还应将相对人的义务明确到位，确保判决得到切实履行。

2. 合理确定履行期限。明确期限是履行判决效果得以实现的必然要求。在确定期限时，若有相关的法律规定，应依照法律规定判决。缺乏相关规定，应依据不同类型的行政公益诉讼，衡量公共利益受损状态、恢复难度等因素，根据行政机关资源控制

^① 参见（2020）豫1322行初40号。



情况、职责范围限定等充分考量履行可能性，从而实现对履行期限的综合判定。

3. 采用适当履行方式。在履行方式的明确问题上，应结合行政行为受法律的约束程度来确定履行方式的具体与否，这是实现秩序公益维护的最终保障。如泰兴市人民检察院诉泰兴市水务局履行长江采砂监督管理法定职责不当案，法院认为被告向第三人所作处罚决定中涉及的“没收当天的违法所得”“罚款10万元”两个罚项应予以撤销，而具体行政决定的作出关涉行政专业问题，属需要行政机关再次全面调查的自主决定事项，不宜由法院直接作出具体内容的判决，故判项二中为“责令被告对第三人于2015年3月期间在长江泰兴天星洲段水域的非法采砂行为进行全面调查，于本判决生效后两个月内重新作出处罚决定”。^①

结 语

行政公益诉讼作为客观诉讼，旨在通过司法审查促进行政机关依法行政，恢复并强化其正常功能，进而实现社会秩序的公共利益最大化。传统的视角往往侧重于对受损法益的修复，这固然是司法裁判的基本功能之一，但在行政公益诉讼的语境下，更应强调的是对秩序公益的维护与促进。法院在作出履行判决时，不仅要关注具体行政行为的合法性，更要着眼于整个行政管理体系的完善和社会秩序的和谐稳定，通过判决的示范效应，引导行政机关主动作为、规范执法，从根本上减少违法行政行为的发生。为此，需构建一种更加现实主义的裁判模式，要求法官在适用履行判决时，不仅要严格遵循法律规定，更要充分考虑案件的社会背景、政策导向以及公共利益等因素，以更加灵活、务实的态度处理案件。总之，行政公益诉讼中的履行判决，其价值和意义远不止于对具体法益的修复，更在于对秩序公益的维护与促进。深化对这一问题的认识和实践，有助于行政公益诉讼中履行判决的价值回归，进而更好发挥司法在社会治理中的积极作用，推动法治国家、法治政府、法治社会一体建设不断发展。

（责任编辑：刘文文）

^① 参见（2017）苏1291行初24号。