

■专栏：《民法典》的理解与司法适用

- 《民法典》动产抵押权的制度创新及其适用 / 石佳友 曾佳 1
- 优化营商环境立法与《民法典》的互动 / 张平华 石文静 14
- 不可抗力与情势变更的关系原理及司法适用 / 刘经靖 高艳 29
- 被动辞职中诚实信用原则的司法适用及审查标准 / 蒋力 49

■专栏：破产审判问题研究

- 我国关联企业实质合并重整适用标准研究 / 丁燕 60
- 破解破产案件审判疑难问题的进路探究
——以济南破产法庭为分析样本 / 山东省济南市中级人民法院课题组 73

■专栏：人民法庭在加强和创新基层社会治理中的职能作用研究

- 人民法庭参与乡村治理的功能定位与路径选择 / 山东省高级人民法院课题组 83
- 马锡五式人民法庭：人民法庭参与社会治理实证研究 / 王斌通 98
- 马锡五式广场化司法活动范式在人民法庭工作中的应用路径研究
/ 山东省淄博市中级人民法院课题组 107

■专栏：民事诉讼“送达难”问题研究

- 民事诉讼送达地址的法律拟制思考
——以当事人受送达义务的“射程”设定为视角 / 付金良 120
- 直接电子送达的基础证成与实现进路
——以微信、支付宝为电子送达接收端的应用图景 / 杜伟杰 133

■民事司法

- 论数据驱动型经营者集中的反垄断规制 / 于耀东 孙亚荔 146
- 认知科学视野下法官裁量偏差的思辨与控制策略 / 刘盛炅 杨富元 160

■调查研究

- 刑事再审检察建议的实证考察及效能提升
——基于对 J 省 H 市 2016 年至 2020 年刑事再审检察建议案件的分析
/ 解思辛 黄璐 173
- 以审判为中心的刑事诉讼制度改革落实机制优化研究
——以 D 省调研为基础 / 张震 184
- 《山东法官培训学院学报》2021 年总目录 / 194

《民法典》动产抵押权的制度创新及其适用

石佳友 曾佳^{*}

内容摘要:《民法典》将动产抵押权朝着功能主义的方向改变了既有的交易规则。《民法典》动产担保物权制度方面的一些革新包括规定统一的动产担保物权优先受偿顺位规则以及预留了统一的动产/权利担保登记制度的空间。价款抵押权超级优先和正常经营买受人规则是动产抵押权制度的两项新发展。“超级优先权规则”的正当性在于为担保人提供再融资渠道。在法定期限内进行登记的价款抵押权优先于所有在先设定的意定担保物权,还可以对抗宽限期内产生的执行债权人和破产管理人,但不得对抗留置权人和出卖人的抵押权人。作为同样以购置物作为担保的所有权保留和融资租赁,在顺位规则上应与购置物抵押权做统一解释。第406条是抵押物转让的一般规则,第404条专门针对正常经营活动中的买受人,两者构成一般法与特别法的关系。正常经营活动买受人这个概念具有严格的规范意义,需要从严把握。

关键词:动产抵押权;浮动抵押;价款抵押权;正常经营买受人

中图分类号:DF521 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2021)06-001-013

引言

习近平总书记曾指出,着力解决中小企业融资难问题,为中小企业融资提供可靠、高效、便捷的服务,是当前要着重解决的问题。长期以来,世界银行将财产登记作为衡量营商环境的重要指标之一,诸多国际组织对统一担保立法的推动,激发了各国对担保立法的高度关注,将其作为评价营商环境的重要因素。在经营性资产产权中,担保物权是增强交易信用的法律制度工具,在现代商业社会是最具活力和发展空间

^{*} 石佳友,中国人民大学民商事法律科学研究中心研究员,教授;曾佳,中国人民大学法学院民商法专业博士研究生。

基金项目:本文系国家社科基金重大项目“健全以公平为原则的产权保护制度研究”(20ZDA049)的阶段性成果。



的物权制度,是保护投资者和融资者的重要法律制度。^①我国立法与司法一直致力于为社会主义市场经济提供高效、科学、合理的法律机制,为债权人提供有效的担保方式从而拓宽市场主体的融资渠道。因此,我国《民法典》规定了较为丰富的动产担保物权类型,并结合我国实际情形进行了相应的本土化改造。

在市场经济高速发展的当今时代,金融极其重要,但没有担保就没有金融。在担保交易中,一个比较大的或者核心的资产应该是动产。如果我们还将大部分的重心放在不动产、土地使用权等方面,会使融资受到很大限制。现代社会财产形态多样化《民法典》继承编遗产的范围不再采用列举式的方法,^②就是对这一趋势的回应。担保法的制度创新已尽极大可能增加了动产财产作为担保标的,创设了各种新型动产担保制度,体现了在市场经济发展过程中,金融创新在民法制度中的展开。尤其是考虑到广大中小企业和创业型企业往往没有不动产(办公楼、厂房、大型机械设备等),可以用于融资的资产往往是动产(如原材料、半成品和产品等)或权利(如债权、知识产权、股权等),因此动产担保制度的改革对于这些中小企业就尤其具有特殊的重要价值。事实上,2007 年《物权法》在承认动产抵押时,已部分吸纳了美国的功能主义担保观念,《民法典》在此基础上又大幅迈进,在担保制度的体系构建上采取了形式(结构)主义与功能主义相结合的立法理念。^③这一立法方式体现在《民法典》整个动产担保的结构中:在物权编抵押权一节中规定了价款债权超级优先权以及正常经营买受人规则等动产抵押权制度。而所有权保留、融资租赁等具有担保功能的非典型动产担保延续了《民法典》颁布之前的制度体系,仍作为合同编的组成部分。我国《民法典》在形式上表现出的依然是过去结构主义的担保理念和体系,《民法典》第 388 条、第 414 条第 2 款又体现出鲜明的功能主义担保理念风格,使得所有权保留、融资租赁、保理与动产担保物权适用统一的规则成为可能。

《民法典》动产担保物权制度方面的一些革新包括规定统一的动产担保物权优先受偿顺位规则(第 414 条)预留了统一的动产/权利担保登记制度的空间(删除了《物权法》关于登记机构的规定)。统一动产担保物权优先受偿顺位规则对动产担保物权的实现具有重要意义,保障担保秩序中当事人的合理预期,鼓励积极参加市场交易。而最具变革性意义的改动在于将各种具有实质担保功能的交易均纳入调整范围,回

① 参见石佳友、高郦梅:《民法典 对产权保护的完善与发展》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2021 年第 3 期。

② 《中华人民共和国继承法》第 3 条规定:“遗产是公民死亡时遗留的个人合法财产,包括:(一)公民的收入;(二)公民的房屋、储蓄和生活用品;(三)公民的林木、牲畜和家禽;(四)公民的文物、图书资料;(五)法律允许公民所有的生产资料;(六)公民的著作权、专利权中的财产权利;(七)公民的其他合法财产。”《民法典》第 1122 条规定:“遗产是自然人死亡时遗留的个人合法财产。依照法律规定或者根据其性质不得继承的遗产,不得继承。”

③ 参见高圣平:《动产担保交易的功能主义与形式主义——中国民法典的处理模式及其影响》,载《国外社会科学》2020 年第 4 期;刘保玉:《民法典担保物权制度新规释评》,载《法商研究》2020 年第 5 期。

应了实践需求。此外《民法典》未对动产担保物权的登记作出统一规定,但删除了《物权法》中关于权利质押登记部门的一些规定。在动产抵押领域,《民法典》第413条也没有对登记机关做出明确的规定。在当前电子信息时代的背景下,相信在不久的将来会实现动产担保物权登记机构的统一。

总体来说,就动产抵押权的制度创新,有两个重要的变革值得注意。其一,《民法典》第416条为新增动产价款债权设定抵押时的超级优先权,来源于美国《统一商法典》。该制度规定只要在期限内办理抵押登记,价款债权人可以获得超级优先权。即价款债权人优先于所有在前的意定担保物权。其二,《民法典》第404条“正常经营活动中的买受人”也来自于美国《统一商法典》,便利债务人本身的正常生产经营活动。这两项动产抵押权制度的新发展均涉及动产担保物权的受偿顺位,担保物权的最重要价值即在于获得更优先的受偿顺位,公平可预期的动产担保物权竞存优先顺位判定的规则体系,不仅成为《民法典》分则之担保物权部分的重要课题之一,同时也关乎市场经济的活力和产权的有效保障。为使这些制度创新能有效实施,最高人民法院又适时发布了《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《民法典担保解释》)。基于法律适用的现实考虑,有必要立足于解释论视角针对《民法典》及司法解释所构建的价款抵押权超级优先、正常经营买受人规则展开全面系统地分析检视,以便实现准确的司法适用。

一、价款抵押权超级优先顺位规则

《民法典》第416条新增为动产价款债权设定抵押的超级优先权。购买价款抵押权超级优先是指,价款债权人只要在期限内以买卖交易的标的物办理抵押登记,价款债权人的抵押权可以获得超级优先顺位,即价款债权人在买受人到期不清偿债务时,可就抵押物优先于所有在前的意定担保物权而受偿。超级优先权规则旨在鼓励赊销和库存融资,因此在许多法律制度中都得到认可。^①超级优先权本来仅适用于浮动抵押,《民法典》将其扩展适用至所有类型的动产抵押。^②

《民法典》第416条的规范意义在于在担保物权制度中确立购置融资担保这种特殊的交易类型。购置融资担保是国际动产担保制度中普遍认可的一种特殊担保类型,用担保物本身来担保购置款债权的实现。优势在于不需要借助其他担保物就可以实现购置融资的目的。这种购置融资担保对于担保物不足的中小微企业融资具有十分重要的意义。购置融资担保通常适用于出卖人提供的商品信贷,出卖人和买受人双

① 参见中国人民银行、世界银行集团、国际金融公司中国项目开发部编:《中国动产担保物权与信贷市场发展》,中信出版社2006年版,第115页。

② 参见石佳友:《解码法典化:基于比较法的全景式观察》,载《比较法研究》2020年第4期。



方交易结构中。另外也适用于债权人提供的金钱信贷,前提是贷款人提供的信贷确实用于商品的购置。

(一)《民法典》第 416 条的理解与适用

1. 对购买价金抵押权超级优先顺位的限制

赋予价款担保权人超级优先权虽然具有合理性,但是对于非购置物抵押权人而言,超级优先顺位构成一个巨大的威胁。所以有必要对价款担保权超级优先顺位进行限制。限制的方式就是为价款担保权超级优先顺位设置一定的要件。价款担保权人要获得超级优先顺位,首先要满足登记要件,这是动产抵押登记对抗规则在购置款抵押权上的应用。从我国登记机构的职能、效力以及第 416 条的文义来看,应该理解为 10 天内只要提出登记申请,都应赋予购买价金抵押权以优先权。

除此之外,对登记时间也有要求。比较法上有两种模式,分别针对不同的担保物。比如,当购买者手里的被出售财产是库存时,美国《统一商法典》第 9-324(a)规定的 20 天宽限期不予适用。^①我国立法者没有区分担保物类型,采纳统一的宽限期登记模式。购置款债权人无须在交付标的物之前或交付标的物的时候办理登记,只需在标的物交付 10 天内登记即可,是为了符合交易实践的需要。因为在交易实践中,大量存在先交付标的物后办理登记的情况。如果法律强行要求先办理或者交付时办理登记,不利于交易的顺利进行。宽限期的设置在本质上是对购置款债权人的优待,使其不必着急进行登记。但是宽限期的设置不能太长,否则其他的担保权人就会越多,不利于交易安全的保护。我国规定 10 天相对而言较短,^②这背后体现的是立法者对其他债权人的保护。作为宽限期起算时点的交付应该采用第三人标准,同样是为了保护其他非购置款债权人的利益。当然此处的交付不包括试用买卖的交付。

购买价金抵押权的主债权一定是购买抵押物本身的债权。从这个角度来说,债权人包括两种:一种是出卖人,即出卖人通过赊销的方式将标的物出卖给买受人;第二种债权人是金融机构,比如一件标的物,销售商提供 50% 的赊购款,银行等金融机构提供 50% 的贷款。在动产价款债权人既包括出卖人,又包括银行等金融机构的情况下,如果二者的价款担保权都在期限内进行了登记,何者优先?我国《民法典》没有对此进行规定。多个购置款抵押权人之间按照什么标准确定顺位,在比较法上是不同的,比如美国法律规定出卖人的优先权优先于其他。在美国法上,不论是不动产还是动产价款担保权,卖方的权利都优先于银行的权利,原因在于如果债务人无法履行债务,若不优先保护出卖人的利益,卖方失去的是标的物,而银行失去的只是金钱。^③我国

① 参见董学立:《美国动产担保交易制度研究》,法律出版社 2007 年版,第 152 页。

② 美国《统一商法典》9-324(a)规定这一期间为 20 天。

③ 参见高圣平《美国统一商法典及其正式评述》,中国人民大学出版社 2006 年版,第 237 页;潘琪:《美国统一商法典解读》,法律出版社 2020 年版,第 711 页;董学立:《美国动产担保交易制度研究》,法律出版社 2007 年版,第 150 页。

有学者认为按照登记时间先后确定。^① 登记时间具有随机性,谁先达成合意谁先去登记,间接变成债务人控制时间。多个购置款抵押权人对购置融资交易的发生同等重要,缺一不可。如果按照登记先后确定顺位,会产生问题。比如后面一个购置款债权人在登记时发现前面已经有了一个购置款抵押权登记,会降低提供融资积极性、提高利率或者停止放贷。这样也会提高融资成本,所以考虑融资比例受偿,相同的购置款债权人之间也会有一个限制。《民法典担保解释》第57条规定以登记时间先后作为确定优先顺位的标准。^②

2. 价款抵押权的效力

在法定期限内进行登记的购买价金抵押权优先于所有在先设定的意定担保物权,包括两种:浮动担保权人和固定担保权人。在英美法上,购买价金担保权最早来源于不动产,后美国将其扩展至动产。^③ 英美法中的这种设置来源于非常朴素的公正观念。最早是1631年英国的一个案例,在这个案例中,债务人以赊购的方式购买了一套房屋,后来债务人陷入不能清偿的状态,很多债权人申请拍卖这套房屋。卖方的抵押权虽然没有登记,法院依然判决卖方优先于所有其他担保权人受偿。理由在于,卖方如果不采取赊销的方式将房屋卖给买受人,买受人的责任财产就不会包括这一房屋,如果让出卖人的抵押权和其他债权人的担保权处于平等的清偿顺位,无异于使其他债权人发了一笔意外之财。债务人原来没有这一财产,因为出卖人给予的赊购便利拥有了这一财产,如果给予出卖人的抵押权和其他债权人的担保权以平等的清偿顺位,对出卖人非常不公,也会产生一个直接的负面影响,就是因为债权实现的风险非常大,将没有人愿意以赊销的方式出卖标的物。对已经有很多负债的债务人来说,再融资将非常困难。^④

如果购置款抵押权按期登记,首先它可以对抗在先登记浮动抵押权人。除此之外,还可以对抗宽限期内在先办理登记的固定抵押权人,还可以对抗宽限内产生的执行债权人和破产管理人。第一项是超级优先权的固有之意,第二、三项是设置了宽限期后获得的扩展。购置款抵押权可以对抗宽限期内在先办理登记的固定抵押权人和宽限内产生的执行债权人和破产管理人,可以通过购置款抵押权登记对抗效力的后及性以及顺位效力规则的体系性得到解释。购置款抵押权只要在宽限期办理登记,则其对抗效力始于购置款抵押权设立之时,对抗效力具有溯及性,溯及至抵押权设立之时,可以对抗在宽限期内设立的在先办理登记的固定抵押权人。

① 参见房绍坤:《论购买价款担保权的超级优先效力》,载《学习与实践》2020年第4期;董学立:《美国动产担保交易制度研究》,法律出版社2007年版,第151页。

② 《民法典担保规则解释》第57条第3款规定:“同一动产上存在多个价款优先权的,人民法院应当按照登记的时间先后确定清偿顺序。”

③ 参见谢鸿飞:《价款债权抵押权的运行机理与规则构造》,载《清华法学》2020年第3期。

④ See Robert M. Lloyd, Refinancing Purchase Money Security Interests, 53 Tennessee Law Review (1985).



购置款抵押权即使办理了登记,还有一些主体不得对抗:一是留置权人。理由是留置权是法定的,更深层次原因是,留置权在原始价值基础上进行增值和保值。具体而言,购置款抵押权对购置款债权人而言,是具有对应关系的,即没有购置款债权,也就不会有购置物本身。所以用法定优先意定来说明购置款优先权的效力来源不够充分。购置款抵押权是第一次的增值,是原始增值,留置权是在原始增值上的再一次增值,所以留置权优先于购置款抵押权。二是出卖人的抵押权人。出卖人的所有权本来就是负担抵押权的,不会因为转让抵押物而可以对抗原来的抵押权。

(二) 价款抵押权超极优先的正当性分析及其对交易安全的影响

价款抵押权超极优先的设立,使得以赊销方式销售产品的出卖方、为购买财产提供贷款的债权人更愿意为债务人提供融资,债务人也因此获得更多的融资机会。假设一个案例,在浮动抵押情形中,甲企业计划进行融资,2021年1月以浮动担保形式,把现有以及将有财产都抵押给A银行。后来甲生产经营状况不良,为了摆脱困境,拟购进一套生产设备进行产品升级,向B银行贷款,并将新购的设备抵押给B银行来担保债务的履行,该抵押于2021年5月登记。若A的抵押权优于B的抵押权,B将不敢给甲企业提供贷款,因为B银行的抵押权将总是劣后于A银行。如果没有一项特殊制度向B银行的利益进行倾斜,一旦设定浮动抵押,这个企业几乎丧失再融资的能力。

美国《统一商法典》规定价款抵押权超极优先有必要性,根据其规定,浮动担保权人享有的担保权具有十分强大的效力。一是体现在担保物上。比如,A银行可通过浮动担保协议锁定甲企业的所有财产,甲企业现有以及将有财产都属于A的担保物。二是体现在债权方面。担保权人在债权方面也会做一个安排,即债权人现在对债务人的债权以及将来对债务人的债权都必须以债务人的全部财产做担保。也就是说,有两个现在和未来:现在的财产和未来的财产作抵押物,以及现在的债权以及未来的债权都以甲企业的财产做担保。由此产生的一个可怕的现象是,在先的浮动担保权对债务人的担保产生非常强烈的垄断,完全排斥甲企业之后再进行的任何形式的融资。换言之,浮动抵押设定后,在后流入的财产都将自动成为其标的,如果不保护在后的出卖人的价金请求权,则抵押人将可能无法继续购买商品,其生产经营将严重受到影响。在此情况下,法律为在后的出卖人创设超级优先权制度,允许其就所售标的物可优先于在先的浮动抵押权人受偿,作为按“时间优先”(first-in-time)规则的例外,确有其合理性,因为超级优先权担保的是本来不属于浮动抵押担保物范畴的新的财产,是嗣后流入的所谓“新钱”(new money);这是这一制度正当性的重要基础。^①所以,尽管价款抵押权突破了《民法典》第414条规定的担保物

^① 参见石佳友:《解码法典化:基于比较法的全景式观察》,载《比较法研究》2020年第4期。

权优先顺位的一般规则,给予价款担保权以后来居上的地位,最大的出发点在于实现多赢的结果:对债务人来说,不仅没有任何损失,还获得了融资;对A银行来说,在先的浮动担保几乎没有受到影响,因为法律如果不赋予价款债权人以优先担保权,甲企业将很可能不会增加这一新的责任财产,因为不会有B银行贷款给甲企业或者出卖人赊销给甲企业的情况,甲企业就没有钱去购买设备;对B银行来说,因为甲已经在当前所有以及将有财产上设定浮动抵押,B银行融资给甲企业的风险很大,有了超级优先权,B银行收不回贷款的风险大大降低。如此一来,各方的利益都没有受损,反而有部分人的利益得到了提升,所以美国法承认了价款担保权超级优先这样一个制度。

动产的种类相当多,但我国并未像美国《统一商法典》或者其他国家《动产担保法》那样对动产做进一步区分(如区分一般动产与处于变动之中的存货),可能产生一些问题。就上述例子而言,甲企业把现有以及将有财产都抵押给A银行,甲企业在运行过程中,会不断购买存货、原材料、半成品等,并且甲企业以存货为B银行提供担保申请贷款。对A银行来讲,当甲企业向A银行再次申请贷款购买存货,A银行因为看到甲有这么多存货,以为甲企业经营效益较好,没什么风险,于是A银行又给甲企业提供了贷款。A银行过了一段时间发现,甲企业增加的存货是使用B银行提供的贷款购买的,在存货交付的10天内,B银行办理了登记,这样就会损害A银行的利益。在甲企业对A银行隐瞒的情况下,A银行没有办法调查这件事情。因此若不对存货与其他一般动产做出区分,对在先的担保权是有风险的。因此,这要求浮动抵押人要及时了解债务人的实时财产变动情况,或者对抵押人嗣后的过度处置行为设定某些限制。另外,简单将超级优先权从浮动抵押扩张适用至所有类型的动产抵押,还可能会造成对善意权利的“误伤”。例如,消费者A以消费信贷方式向汽车经销商B融资购买汽车后,第三天将该车抵押,向朋友C借款并办理了抵押登记。而第九天B公司才办理抵押登记。根据超级优先权制度,B的抵押权虽然登记在后,但应先于C而受偿,因为其所担保的是抵押物的价款;但C在设立抵押时,B尚未办理登记,机动车登记证书上未有任何记载,因此C毫不知情,其完全可能是善意状态。在这样的情况下,简单赋予B以超级优先权,无疑会对C这样的善意抵押权人造成“误伤”。正是鉴于这些可能引发的争议,《民法典担保解释》第57条将其主要适用于商事主体之间的动产浮动抵押及融资租赁的典型场景,这一谨慎立场显然是值得肯定的。

(三) 价款抵押权与其他动产担保物权竞存时的优先顺位

区分价款融资担保与非价款融资担保的主要意义体现在竞存上。换言之,当价款融资担保与非价款融资担保在同一担保物上竞存时,前者优先于后者。例如,一家具生产商,在现有以及将有的动产上为银行设立了浮动抵押权并办理了登记。因



业绩逐渐攀升,家具厂希望购置一些生产设备以扩大生产经营,可能出现以下几种融资的案型。案型一:A与B达成购货协议,根据协议,B将设备交付A,但在价款付清之前,B保留对设备的所有权。案型二:假设案型一中的出卖人不同意赊销,A找到C达成融资租赁协议,根据协议C从B处购买设备,出租给A,租期两年,A需要在租期内支付月租,租期内C保留设备所有权,租期结束后A仅需向C支付象征性价款即可获得设备所有权。案型三:A找到出卖人D,购买协议约定设备所有权转移给A,A在设备上给D设定一个抵押权作为价款的担保,假如D也不同意赊销,这种情况下A找到银行E达成协议,依据协议,A从E处获得购买设备的贷款,但是为了担保贷款的归还,在设备上给E设立抵押权。在上述三种案型中,虽然A采取的交易形式不同,但都实现了融资购置设备的目的。共同的特点是A没有提供任何已有的担保物,为购置融资提供担保的恰恰是将要购置的设备。

BCDE在担保物上均享有担保物权,这个担保物权可以是非典型担保,比如所有权保留、融资租赁,也可以是典型担保,比如价款抵押权。第416条规定的权利仅是案型三中的抵押权。案型一、二的所有权在法律体系中仍然规定在合同编买卖合同章以及融资租赁章当中。但是形式上的分离不代表实质上存在区别,恰恰是BCDE享有的四种权利在功能上都是为购置融资提供担保,都是一种购置款担保权。所以这四种权利根据相同性质相同对待的基本要求,在法律上应当受到同等对待。

价款抵押权对其他非典型价款担保权有吸收作用和辐射作用。吸收作用是指案型一、二中的所有权完全可以转化为三中的抵押权,辐射作用指如果当事人在实际生活中仍然采用案型一、二中的交易结构,但在法律上应当准用案型三价款抵押权的规则。尤其应当准用价款抵押权关于顺位实现上的规则。统一对待不同的购置融资款提供者所享有的权利的好处是可以在购置融资提供者之间形成良性竞争,最终有利于降低债务人的融资成本,优化营商环境。

借助于第416条规定的价款抵押权可以对动产担保物权做一个重新分类,这种分类打破了动产抵押权和动产质权的分类,还打破了典型担保与非典型担保的区分,取而代之的是一种价款担保权和普通担保权的划分。^①价款抵押权是一种在特殊担保物上设立的担保特殊债权的具有特殊效力的动产抵押权。首先,担保物是买受人交易的购置物,所有可以作为买卖合同标的物的有形动产都可以作为购置物。《民法典》第399条规定,公益法人拥有的公益设施不得作为抵押物,这一规定应做限缩解释,不当适用于购置款抵押权。道理在于,比如机器设备既然可以作为融资租赁的客体,就没有理由来否认它可以作为购置款抵押权的客体。其次,担保的债权必须是价款债权。价款债权分为两种类型,分别是出卖人的价款债权和贷款人的

① 参见李运杨:《民法典 中购置款抵押权之解释论》,载《现代法学》2020年第5期。

价款债权,分别对应案型三中的债权。最后,价款抵押权必须是用购置物担保因该购置物产生的债权,即作为担保的购置物与所担保债权之间必须存在一个内在对应关系。如果发生担保物的附加或者所担保债权的附加,虽然不影响价款抵押权的身份,但是对于超过对应关系的部分不具有优先顺位。同样的规则也适用于两个价款抵押权发生交叉担保的情况。融资租赁因为实践中的形式比较多元,从担保视角来看,应该类型化处理。比如对于回购型融资租赁,就不是购置款抵押权,而是普通担保权。区分的意义在于当价款抵押权与普通动产担保物权发生冲突时,前者优先于后者。不论是典型还是非典型的价款担保权都应当适用第416条的规定。非价款担保权应当适用优先顺位的一般规则,即第414、415条的规定。

二、正常经营买受人规则

如果每个交易都进行登记可能导致社会交易成本过高,潜在的交易方都需要去查询登记。如果登记具有更优先的受偿顺位的话,意味着潜在交易方都要去进行查询,由此产生查询成本。针对这一问题,一是电子化的登记方式使查询成本大大降低;二是《民法典》设置了许多降低成本的制度,如“正常经营活动中的买受人”制度。比如消费者在超市进行购物,若超市已在存货上设置了担保物权,虽然查询成本较低,但是仍然没有让消费者负担这一成本,由此正常经营买受人规则应运而生。

(一) 正常经营买受人规则的体系化定位与效力

《民法典》第396条和第404条与《物权法》第189条相比,将第189条第1款和第2款拆成两条。原来第189条第1款的概括式的以将来和现在全部财产去设定概括浮动抵押保留了下来。但是与第189条相连接的第2款正常经营规则,在《民法典》第404条中独立出来。第404条的独立意味着正常经营规则的适用范围大大增加,原来的辅助概括式浮动抵押的规则变为现在动产抵押的一般规则。从第404条的变化来看,原来的正常经营买受人规则只能适用于概括式的浮动抵押,现在这个规则既可以适用于浮动抵押也可以适用于固定抵押。

正常经营买受人规则与抵押物转让一般规则的关系在于,《民法典》第406条是抵押权具有追及效力的一般规定。对于实行登记要件主义的不动产抵押权,在适用上没有疑义。但对于动产抵押权,我国《民法典》第403条统一采用了登记对抗主义的规则。如此,在抵押人转让抵押的动产时第三人善意购买的情况下,未登记的动产抵押权自然不具有追及效力。即使是登记的动产抵押权,其追及效力也会受到一定的限制。考虑到存货抵押中,抵押人时时有处理产品、半成品的正常需要,如果在此类交易中一概课以交易相对人查询抵押登记的义务,势必影响交易的效率,不当限制了正常的经营需要。因此,我国《物权法》第189条借鉴了美国《统一商



法典》中创设并已经被普遍接受的“正常商业经营活动中的买受人”规则，规定动产浮动抵押权不得对抗正常经营活动中已支付合理价款并取得抵押财产的买受人。《民法典》第 404 条又将此规则予以扩展，使其成为了动产抵押权效力的一般规则。“正常买受人”规则的本质在于豁免交易第三方的登记查询义务，以阻断登记动产抵押权的对抗和追及效力，降低交易成本。应当说明的是，本条规定只是对动产抵押权追及效力予以限制的特别规定，而不能将其理解为“动产抵押无追及效力”；结合第 406 条关于抵押权追及效力的一般规定，对于不符合第 403 条适用条件而擅自转让动产抵押物的，动产抵押权亦有追及效力。第 406 条是抵押物转让的一般规则，第 404 条专门针对正常经营活动中的买受人，是非常特殊的规则，这两者应该构成一般法与特别法的关系。

需注意的是，《物权法》中的正常经营规则只能适用于浮动抵押，上升为一般规则之后，债务人财产流入和流出的范围大大扩张。在原先概括浮动抵押模式下，特定财产流出后，通常有特定财产加入担保人的责任财产中，即便没有新的替代财产，抵押人的其他财产仍然是抵押财产。第 404 条作为独立条款后，引起一系列体系效应。当在特定财产上设定抵押后，按照第 404 条正常经营规则卖出后，这个时候抵押权人的抵押权如何追及于流入的其他财产？《民法典》对此没有规定，美国《统一商法典》规定了可识别收益。^①如果没有特别规定，抵押人就不能像浮动抵押那样对抵押人的其他财产附着抵押权，这种情况下就会使得原来设定的担保权落空。概括抵押的第一种情形是物品流出，然后有物品流入，第二种情形是卖出物品，价款流入。即使没有价款或者应收价款进入担保人责任财产范围内，还有原材料、半成品、成品。只有这些东西全部没有进入抵押人的责任财产，抵押权人的财产才会受到损失。现在的情况是抵押人就不同的财产分别向不同的人分别设定抵押，抵押权人只能就分别的不同财产主张抵押权。根据第 404 条，抵押物卖出后，获得应收账款和现金，但即便有财产流入，其仍然不是抵押物的替代物，这是在立法中没有明示的情形。

还有一种情况，把动产出租，租金能否被与应收账款或现金做同等对待。如果应收账款被支付到抵押人账户中，和抵押人已有资金发生混合，抵押权人能否对账户金额主张抵押权？在现实生活中，原有担保物发生物理形态的变化非常常见。原材料、半成品被加工为成品后，抵押权人的利益如何维护？经济生活过程中，生产过程仅仅是其中的一个环节。抵押人可能是中小企业主，收到应收账款时，可能用于扩大再生产。原材料的生产、加工、出售是在经济运行过程中不停发生的循环。对这种反复循环的过程，抵押权人是否要在每次的循环过程都要设立担保？根据我国目前的法律规定，并没有动产担保物权延及收益的相关规则，在未

① 参见庄园园：《动产担保物权的默示延伸》，载《法学研究》2021 年第 2 期。

来或可予以补充。

(二) 正常经营买受人规则的理解与适用

“正常经营活动中的买受人”制度中，“已支付合理价款”应理解为已实际支付；“取得”应该理解为不仅包括取得所有，也包括取得占有。《物权法》第189条考虑到债务人本身还要生产经营，以及债权人可以预见到这样的情况，所以专门规定正常经营买受人规则。《民法典》第404条对《物权法》第189条的改动是实质性的，将适用范围从浮动抵押扩大到一般的动产固定抵押，在所有的动产抵押中，抵押权人都不得对抗正常经营活动中的买受人。“正常经营买受人”的界定规则十分复杂，容易引发争议。^①因此《民法典担保解释》第56条从两个角度对“正常经营买受人规则”的适用进行了限制：一是买受人角度，将购买数量过大、购买标的为生产设备、订立合同目的为担保、买卖双方存在控制关系等几种情形下的买受人排除出“正常经营买受人规则”的适用范围之外；二是出卖人角度，出卖人需满足营业执照明确记载的经营范围，且持续销售同类商品的条件。^②

“正常经营买受人”规则在适用时，应注意其限定条件：首先，“正常经营活动”是指向出卖人的正常经营活动，而非指向买受人；其次，所交易的担保财产，应为出卖人通常销售之物，即只限于“库存”这一类担保物，其他类型的动产，如机器设备等，则不在此范围；再次，就交易方式而言，经营者出售标的物的行为，必须符合自身或所在行业的习惯性做法；最后，标的物已经交付给买受人且买受人已经支付了合理价款。^③

不得对抗正常经营活动买受人规则不仅适用于动产抵押，而是应适用于所有动产担保；至少应扩张适用于所有权保留。融资租赁出现这种情形较少，因为其一般为金融交易，较少为日常经营活动。把“正常经营活动中的买受人”制度从浮动抵押扩大到固定抵押，可能会对抵押人产生较大的风险。明确界定“正常经营活动”的范围，对于准确适用《民法典》第404条有重要意义，可以明确不受约束的处分抵押物的情形。“正常经营活动中的买受人”制度的适用范围在中国法上扩大后，与美国《统一商法典》不同的是，这里没有提到善意买受人，而是直接规定为买方。也就是说，只要是买受人，都能对抗动产抵押权人，不论是浮动抵押权人还是固定

① 参见石佳友：《解码法典化：基于比较法的全景式观察》，载《比较法研究》2020年第4期。

② 值得注意的是，《民法典担保解释》第56条第5款“买受人应当查询抵押登记而未查询的其他情形”作为兜底条款，在措辞上使用了“买受人应当查询抵押登记而未查询”似有不妥，因为这一表述容易让人以为买受人对动产上所设定的抵押有“查询义务”；而抵押对于动产而言仅是选择性的对抗要件，非为生效要件，原则上第三方买受人并无查询义务。

③ 参见董学立《论“正常经营活动”中的买受人规则》，载《法学论坛》2020年第4期；纪海龙、张玉涛：《民法典物权编（草案）中的“正常经营买受人规则”》，载《云南社会科学》2019年第5期；龙俊：《物权变动模式的理想方案与现实选择》，载《法学杂志》2019年第7期；李运杨：《评析物权法第189条第2款》，载《甘肃理论学刊》2010年第2期。



抵押权人。美国《统一商法典》中的善意包括两种情形。一是不知道购买的物品上设定了抵押；二是虽然已经知道标的物上设立了抵押，但是出卖方本来就是出卖该标的物的正常经营主体。那么不构成善意的情形是，买受人不仅知道购买的标的物抵押出去了，还知道出卖人和抵押权人合同中约定了出卖人不能对外转让抵押物，这时候买受人利益不受保护。^①

在中国法上，应在担保权人和第三人利益之间进行较为妥善的均衡。《民法典》扩大正常经营条款的范围，从浮动抵押扩大到整个动产抵押领域。但不能过分扩大，否则会使登记带来的担保权人的安全性受到损害，所以要对正常经营活动进行狭义理解。如果构成美国法上的恶意抵押，明知会使债权人的利益受到损害，依然规定买受人权利优于抵押权人将有失公正性。因此在中国法中，如果纳入对买受人善意的思考，只能在“正常经营活动”中的“正常”两个字上想办法。

根据一般人的经验，无论是民事主体还是商事主体的经验，如果卖方卖这个产品的行为属于其正常的经营活动，那么就保护买受人。如果这个经营对卖方来说不太正常，那么买受人就不能取得优先于动产抵押权人的权利。在判断的过程中应该避免比较机械的标准，比如从经营范围来认定，如果某经营电器的商店以八折卖一批家具，正常消费者会知道经营电器的商店不卖家具，在这种情况下，从经营范围来看，经营电器的商店的经营范围不包括卖家具，卖家具就不是正常经营，那么买受人就不能对抗抵押权人。在我国，经营范围一般都可为公众所获知，除非一些非常特殊的经营范围。另外，不能仅简单认为卖家具不是电器商店正常经营范围，就判断这一交易行为不是正常经营活动，还需要结合价格进行判断，如果价格显著低于正常市场价格，在这种情况下可以认为买方可以意识到这是一个不正常的经营活动。

正常经营活动买受人这个概念是有严格的规范意义的，大量的主体不属于正常经营活动买受人。比如担保交易的主体，即所有权保留，使用买受人形式做担保，就不属于正常经营活动买受人。再比如说大宗交易，如果所购买标的物达到对方拥有全部存货的一半以上的话，购买人也不是正常经营活动买受人。在以上两种情况下，即使买受人不知道所购买标的物上存在抵押权并且已经进行登记的事实存在，也仍然不构成正常经营活动买受人。所以正常买受人的范围存在着很严格的限制，以担保为目的的买受人、大宗交易的买受人、购买标的并非存货的买受人等均不属于正常经营活动买受人。

^① 参见董学立：《美国动产担保交易制度研究》，法律出版社 2007 年版，第 165-166 页。

结 语

关于担保物权的规范表达,《民法典》物权编以现行民事法律规范的系统整合、修改完善为基础,不仅要适应中国特色社会主义发展要求、符合我国国情,而且在法典的立法技术上还要做到“体例科学、结构严谨、规范合理、内容协调一致”。系统整合我国现行担保物权制度是《民法典》完善担保物权制度体系的逻辑起点,通过《民法典》编纂技术实现担保物权制度体系的科学表达则是《民法典》完善担保物权制度的目的,以满足现代商业社会对担保物权制度的期待。总体上,《民法典》按照党中央提出的完善产权保护制度,健全归属清晰、权责明确、保护严格、流转顺畅的现代产权制度的要求,结合现实需要,进一步完善了物权法律制度。《民法典》第404条将《物权法》第189条适用于浮动抵押的“正常买受人”概念,扩张适用于所有的动产抵押。第416条规定了货物价款抵押的超级优先权。并补充规定了动产担保物权的清偿顺序,尝试建立动产担保物权的统一登记制度,为建立统一的动产抵押和权利质押登记制度留下空间。对于抵押权的物权效力的制度重构、解释和适用,其制度完善的意义显著。

需要注意的是,在中国法上,无论是《物权法》还是《民法典》均把能够作为动产抵押的财产扩大到无所不包的程度。即但凡法律、行政法规没有禁止的动产,除了法律明确作为质押标的的权利之外,所有财产都可以做抵押。所以仍待考量的问题是,在未来立法上动产抵押与权利质押应该如何区别。如果在不久的未来,动产担保的登记机构完全统一的话,动产抵押和权利质押是否还存在实质性差异?对这一问题的解答将使我国担保法律制度产生一系列体系上的问题。另一个仍待考量的问题是,在信用体系尚不发达的情况下,动产的可识别性问题将成为动产抵押权发展的一大阻碍,登记的抵押动产和现实的抵押动产如何一一匹配?如何证明抵押的某一动产就是抵押登记簿上记载的动产?如何预防债务人和第三人的恶意串通?这一问题在信用制度不发达的情况下会被放大得十分明显,甚至影响抵押权人接受动产抵押的信心。如果未来技术的发展能够解决法律解决不了的问题,将极大推动动产抵押交易现实落地和运行。《民法典》动产抵押权制度的许多细节问题仍需要随着实践的发展不断统合与重构。

(责任编辑:李宁)



优化营商环境立法与《民法典》的互动

张平华 石文静*

内容摘要：《民法典》与优化营商环境立法关联紧密，既可以置身于营商环境之外，成为优化营商环境的目标要求，又可以构成营商环境的一部分，践行《民法典》也就是在优化营商环境。优化营商环境立法与《民法典》在制度功能和调整方式上互通，但这并不意味着优化营商环境立法能够被体系替代。其具备政策与法律并存、公私法交融等整合性立法特征，可以构成对《民法典》的有效补充。因此，整合性的营商环境立法也应与《民法典》良性互动。

关键词：优化营商环境；民法价值；法律互动

中图分类号：DF51 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)06-014-028

优化营商环境作为一个时代命题，不仅仅是营商环境立法自身的任务和使命，还是传统部门法面对具象事物的制度延伸和聚焦。其中，优化营商环境立法所恪守的私权保障理念是民法的根基，这意味着优化营商环境立法与民法之间必然存在紧密的互动与衔接：通过优化营商环境可以实现民法价值；通过《民法典》可以调整优化营商环境；具备整合性立法特征的营商环境立法应当与《民法典》实现有效互动与融通。

一、通过优化营商环境实现民法价值

营商环境立法明确规定了恪守社会公德和商业道德、诚实守信、公平竞争等基本原则，而这些原则同时也为民法所遵循。优化营商环境的具体制度围绕着自由、平等、公平、诚信、效率、自治等私法基本价值而展开。这些价值往往两两结合，分别具有手段和结果、个体和整体意义。其中，被视为手段、个体意义的是自由、平等、诚信，而反映结果、整体意义的则有效率、公平、自治，对后者的重视反映了优化营商环境的大局观，也决定了营商环境立法多层次的立法需求及其内在的有机整体性。

* 张平华，山东大学法学院教授，博士生导师；石文静，山东大学法学院博士研究生。
基金项目：本文系“《山东省优化营商环境条例》立法后评估项目”的阶段性成果。

(一) 自由、效率

1. 自由理念渗透于企业生存发展的全过程

营商环境立法以实现自由竞争为基本目标,既要求政府简政放权,减少对法律行为的约束,又要求市场主体依法享有经营自主权,可以不受干预地自主决策依法由其参与的各类事项。可见,自由理念渗透于企业生存发展的全流程。

首先,设立自由。简化企业设立手续,降低企业开办成本,促进实现企业设立自由。压缩企业开办时间,优化企业设立事项的办理流程,通过加强电子证照的推广应用、实行容缺受理制度等,^①方便企业设立。

其次,营业自由。通过建立“证照分离”制度、^②施行“一业一证”改革、^③简化登记事项、^④完善工程建设项目审批制度改革,^⑤加快了行业准营进程,有效解决了企业“可入不可营”的实践难题。

最后,市场退出自由。提升企业注销便利度,强化税务、社保、金融、市场监管等环节协同办理,扩大简易注销范围,让市场主体进得来、退得出。^⑥《北京市优化营商环境条例》界定了应当为企业办理注销登记的具体范围。^⑦深圳、上海、江苏等地推行网上注销制度,建立市场主体注销网上服务平台,实现市场主体注销全流程网上办理;扩展简易注销范围,明确市场主体未发生债权债务或者已将债权债务清偿完结的,可以按照简易程序办理注销登记。^⑧《市场监管总局、国家税务总局关于进一步完善简易注销登记便捷中小微企业市场退出的通知(国市监注发〔2021〕45号)》进一步推出个体工商户简易注销登记制度、建立简易注销登记容错机制等,^⑨保障市场退出自由。

2. 个体自由将提升整体效率

为实现个体自由的举措转而发展成为流程再造,集约高效的机制。

① 参见国务院《优化营商环境条例》第37条;《山东省优化营商环境条例》第28条。

② “证照分离”指工商部门颁发的营业执照和各相关行业主管部门颁发的经营许可证审批的改革。2015年12月16日,国务院常务会议审议通过了《关于上海市开展证照分离改革试点总体方案》,决定在上海市浦东新区率先开展“证照分离”改革试点。2018年2月,国家工商总局表示,将全面推开“证照分离”改革,推动“照后减证”,大幅减少行政审批,着力解决“准入不准营”问题。11月10日起,在全国对第一批上百项涉企行政审批事项推进“照后减证”。2018年10月10日,国务院发布《关于在全国推开“证照分离”改革的通知》(国发〔2018〕35号)。

③ 参见《国务院关于在自由贸易试验区开展“证照分离”改革全覆盖试点的通知》(国发〔2019〕25号)。

④ 参见《市场主体登记管理条例》第15条。

⑤ 国家发改委、国土部、环保部和住建部四部委2014年联合下发《关于开展市县“多规合一”试点工作的通知》。2018年国务院办公厅发布《国务院办公厅关于部分地方优化营商环境典型做法的通报》(国办函〔2018〕46号),多规合一是其中规定的28项典型做法之一。构建“多规合一”的“一张蓝图”是《国务院办公厅关于全面开展工程建设项目审批制度改革的实施意见》(国办发〔2019〕11号)中统一审批管理体系的具体要求。

⑥ 参见《国务院办公厅关于印发全国深化“放管服”改革优化营商环境电视电话会议重点任务分工方案的通知》(国办发〔2020〕43号)第2条第10项。

⑦ 参见《北京市优化营商环境条例》第26条。

⑧ 参见《深圳经济特区优化营商环境条例》第25条;《上海市优化营商环境条例》第43条;《江苏省优化营商环境条例》第33条。

⑨ 参见《市场监管总局、国家税务总局关于进一步完善简易注销登记便捷中小微企业市场退出的通知》(国市监注发〔2021〕45号)第2、4条。



一是推行“一窗受理,一次办好”制度,以推进政务服务标准化、智能化和便利化。政务服务类事项一般应当进驻政务服务大厅统一办理,同时创造条件将分设的服务窗口整合为综合窗口以提供一站式服务。对口岸和国际贸易领域相关业务施行“单一窗口”办理。推行不动产登记、交易和缴税一窗受理、并行办理。^①在简化获得电力方面,北京、上海等地要求不动产登记部门应当与公用事业单位、金融机构等加强协作,逐步实现电力、供排水、燃气、网络过户与不动产登记同步办理;市政公用企业直接上门提供免费服务;加强对供电企业年供电可靠率的监督等。这些集约高效的便民化做法值得借鉴。

二是提倡“互联网+政务服务”模式,将一体化政务服务从“一窗”拓展到“一网”,有利于推动实现行政审批和公共服务从线下到线上的“大转移”。国家加快建设全国一体化在线政务服务平台,推动政务服务事项在全国范围内实现“一网通办”。^②依托市场主体维权服务平台、登记公示系统、监管系统等一体化在线平台,推动政务信息系统整合,优化政务流程,促进政务服务跨地区、跨部门、跨层级数据共享和业务协同。

三是实现政务服务“标准化”,具体包含标准化的工作流程、监管的标准化、收费的标准化、政务服务评价机制标准化等。^③

(二) 平等、公平

1. 无差别对待的主体地位平等

优化营商环境立法须保证主体的平等地位,确保个体于形式上无差别的待遇,鼓励竞争。为此,《优化营商环境条例》设立负面清单管理模式,市场准入负面清单以外的领域,各类市场主体可以平等进入。^④一是内外资企业的准入平等,保障外商投资企业的公平待遇,提高对外开放水平;^⑤二是各类所有制经济主体的准入平等。保障各类市场主体依法平等使用各类生产要素和公共服务资源,招标投标和政府采购时也应当平等对待各类所有制和不同地区的市场主体。^⑥

2. 个体衡量的公平

公平是对照不同个体的正当处置,是竞争从过程到结果公正、实质意义上的权利义务对等。这要求为中小企业等弱势群体给予特别保护。

一是促进中小企业融资。国家强调拓宽市场主体融资渠道,支持符合条件的民营企业、中小企业依法发行股票、债券以及其他融资工具,扩大直接融资规模。地方则积极建立健全省级企业融资综合服务平台、政府性融资担保体系、加强和完善社会评

① 参见《优化营商环境条例》第36、45、47条。

② 参见《优化营商环境条例》第37条。

③ 参见《优化营商环境条例》第26、28、43、35、52、55条。

④ 参见《优化营商环境条例》第20条。

⑤ 参见《优化营商环境条例》第6条;《国务院办公厅关于聚焦企业关切进一步推动优化营商环境政策落实的通知》(国办发〔2018〕104号)第2条第5项。

⑥ 参见《优化营商环境条例》第12、13条。

估机制、强调知识产权的金融服务功能等方式为中小企业融资提供便利。^①建立多元、便捷、统一的担保制度,切实化解融资难的问题。

二是对中小企业投资进行特殊保护。中小投资者群体庞大,决定经济活跃度,但其缺乏足够的风险意识和维权能力,需予以特殊保护。为此,国务院制定专门文件,从实体权利确认、权利救济、程序保护、公法监管、政策优化等多个方面进行综合性保护。^②国务院和地方营商环境条例也多从权利确认的角度明确保障中小投资者的知情权、参与权、表决权、收益权和监督权等,^③以提升中小投资者维护合法权益的便利度。

(三) 诚信、自治

优化营商环境立法致力于营造诚信的营商环境,高度倚重信用机制发挥其市场规制作用。

一是建立信用制度,推行信用贷款。信用制度既是优化营商环境的社会基础,也是其目的所在,《优化营商环境条例》以信用制度为基础,“鼓励、引导其增加对民营企业、中小企业的信贷投放,并合理增加中长期贷款和信用贷款支持,提高贷款审批效率”。^④上海、深圳、江苏等各地亦强调为中小微企业提供信用贷款服务,提供良好的融资环境。^⑤

二是设立信用监管模式。告知承诺制是信用监管的典型模式,旨在实现事前阶段的信用监管,实现由“重审批轻监管”向“轻审批重监管”的转变。《优化营商环境条例》第19条确立了行政审批的告知承诺方式,但未明确适用范围。国务院办公厅《关于全面推行证明事项和涉企经营许可事项告知承诺制的指导意见》(国办发〔2020〕42号)具体设立了适用告知承诺方式的积极和消极条件;部分地方立法在采纳中央原则性立法的基础上,还列举了适用告知承诺制度的具体事项,形成“原则性立法+具体规定”的立法模式。^⑥告知承诺制度降低了事前监管成本,提高了企业的自律和诚信。

三是推行失信联合惩戒制度。失信联合惩戒适用于重点领域和严重失信行为,^⑦被执行失信联合惩戒的行为主体将受到诸多行政性或市场性约束和惩戒。地方营商环境立法结合其本地实际情况,探索建立政府采购领域的联合惩戒机制、^⑧知识产权失信主

① 参见《优化营商环境条例》第27条;《江苏省优化营商环境条例》第31条;《山东省优化营商环境条例》第17条等。

② 参见《国务院办公厅关于进一步加强资本市场中小投资者合法权益保护工作的意见》(国办发〔2013〕110号)。

③ 参见《优化营商环境条例》第16条;《上海市优化营商环境条例》第16条;《山东省优化营商环境条例》第21条。

④ 《优化营商环境条例》第26条。

⑤ 参见《上海市优化营商环境条例》第17条;《深圳经济特区优化营商环境条例》第93条。

⑥ 参见《深圳经济特区优化营商环境条例》第42、53、71、73条;《北京市优化营商环境条例》第31、37条;《上海市优化营商环境条例》第34条。

⑦ 参见《国务院关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》(国发〔2016〕33号)第3条第9项。

⑧ 参见《上海市优化营商环境条例》第56条第2款。



体联合惩戒机制等特色领域的惩戒机制。^①

四是完善信用修复制度。信用在多个领域被用作约束或激励手段，在关注信用信息的同时，还应防范“泛信用化”问题，加强对信用信息的保障。建立健全信用修复制度对保障当事人信用信息权益尤为必要，为此，一是要强调信用修复的联动性和及时性。《市场监督管理信用修复管理办法》即系统规定了不同情形下申请信用修复的条件、信息修复的对应方式和修复时间等内容，以高效准确实现信用信息修复。二是要拓展创新信用修复方式，如主动自新的社会鼓励与关爱机制、接受专题培训、提交信用报告、参加公益慈善活动、社会公益服务等多种灵活方式开展信用修复。^②

对信用制度的重视可以最大限度地激发自治，放松公共管制，形成更为有序的市场交易。

优化营商环境制度功能的全局观，不仅有利于实现对市场主体的私权保护，同时还为调整民商事法律关系提供了优化路径，即从原先的局部治理到全过程治理：从注重形成民商事法律关系后的地位平等转化为保障进入民商事关系的资格平等；从放任竞争结果的形成到重视竞争结果的公平；从鼓励公平竞争到重视设计高效退出的管道。

二、通过《民法典》调整优化营商环境

权利的有效实现是权力配置和制度建构的出发点和落脚点，营商环境立法以市场主体权利确立合作治理根基。^③而服务于权利的私法秩序本身就有助于营商环境优化，特别是，通过明确权利类型和边界确认权利；依法律行为行使权利；依侵权行为或违约行为实现权利救济。

（一）权利确认

1. 优化营商环境立法中的权利确认

《优化营商环境条例》中直接规定保护民事权益的条文有：国家依法保护市场主体的财产权和其他合法权益（第14条）；市场主体应当履行劳动者权益保护、消费者权益保护等方面的法定义务（第9条）；国家保障中小投资者的知情权、参与权，提升中小投资者维护合法权益的便利度（第16条）。《江苏省优化营商环境条例》第12条、《广州市优化营商环境条例》第8条在保护企业经营者财产权和自主经营权的基础上，同时明确了企业经营者的人身权。《广州市优化营商环境条例》第26条还特别规定了数据产品所有人、使用人依法获得数据产品的合法权益。

2. 《民法典》中的权利确认

权利确认是私法调整的前提，以《民法典》为代表的私法架构起鲜明的权利体系，助力实现优化营商环境。

① 参见《广州市优化营商环境条例》第74条第2款。

② 参见《国务院关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》（国发〔2016〕33号）第4条第21项；《北京市优化营商环境条例》第54条等。

③ 参见石佑启、陈可翔：《合作治理语境下的法治化营商环境建设》，载《法学研究》2021年第2期。

(1) 扩充人格权类型,丰富了人格权内容。承认一般人格权(《民法典》第990条);规定声音权,明确人格权许可使用制度(《民法典》第1023条);规制性骚扰,对用人单位课加预防义务(《民法典》第1010条)。隐私权的内容丰富,涵盖了一切自然人不愿意为他人知晓的私密信息、私密空间、私密活动(《民法典》第1032条);个人信息得到充分保护,涵盖了生物识别信息、行踪信息、健康信息等(《民法典》第1034条)。

(2) 构建多元、开放、统一的物权制度。在担保物权制度方面,扩大担保物的范围,土地经营权、海域使用权可以抵押,现在和未来的应收账款债权可以质押;扩充担保方式,承认所有权保留、融资租赁、保理、让与担保等非典型担保;承认流押、流质的优先受偿效力,而非原先的绝对禁止规则,缓和了让与担保的行为效力;^①对动产抵押、权利质押统一适用登记对抗效力;明确了多种担保物权同时并存时的受偿顺序,创设了购买价款超级优先权,以促进融资;^②规定抵押物可以自由流转,提高了抵押物的利用率。^③

在用益物权制度方面,不同类型的土地承包经营权人可以以不同方式流转土地经营权;符合特定条件的集体经营性建设用地使用权可以入市交易,以此确认了多项用益物权,扩大了农民的融资渠道,有利于实现乡村营商环境的优化。

(3) 明确禁止权利滥用原则。在明确个人权利的同时,《民法典》还确立了权利行使的边界,规定禁止权利滥用原则(《民法典》第132条),实现了个人权利至上向团体本位的过渡,助力营造安全稳定的营商环境。

在具体制度设计上,明确不得滥用法人独立地位(《民法典》第83条);不得滥用地役权(《民法典》第384条);赋予违约方以合同解除权,以防止守约方滥用权利,陷入合同僵局(《民法典》第580条);规定诈害债权行为可撤销,在债务人为个别债权人清偿债务损及其他债权人平等受偿权益时,限制其自由处分财产(《民法典》第539条);严格规制高利贷,限制当事人订约自由(《民法典》第680条)。

(二) 法律行为

市场交易的基本载体是法律行为,许多营商环境立法需要落实于法律行为。例如,“负面清单”规定了禁止或限制市场主体进入的领域,实践了“法无明文禁止即为自由原则”,市场主体可以依法律行为创设各式法律关系,与私法调整方式完全一致。^④以《民法典》为中心的私法领域建立起完善的法律行为规范体系,营造良好的营商环境。

1. 优化营商环境立法中的法律行为

优化营商环境立法本身须借助法律行为而实现。一是政府购买服务制度。在某些

① 参见《民法典》第401、428条。

② 参见《民法典》第416条。

③ 参见《民法典》第406条。

④ 参见王利明:《负面清单管理模式与私法自治》,载《中国法学》2014年第4期。



领域,政府作为单一主体提供公共服务无法满足广大民众的现实需求,为实现高效便捷的政务服务,须调动多方主体参与,实现服务合力。为此,国家推行政府购买服务制度,为扩大政府服务范围或提高服务质量,通过合同或协议的方式委托其他社会主体提供公共服务。^①政府购买服务合同应遵循最基本的民事规则,如政府购买服务合同的签订、履行、变更等应当遵守《民法典》合同编的有关规定;合同约定的服务内容应当具体明确,包括各方权利义务事项和违约责任等内容。^②二是科技成果转化机制。促进科技成果转化立法秉持民法的基本原则,依法律行为调整科技成果转化过程中的权利义务关系。《促进科技成果转化法》第3条规定,科技成果转化活动应当尊重市场规律,发挥企业的主体作用,遵循自愿、互利、公平、诚实信用的原则,依照法律法规规定和合同约定,享有权益,承担风险。科技成果转化活动中的知识产权受法律保护。对于一些有利于促进民生福祉的科技成果转化项目,国家还可以采取政府采购方式投入研发。^③三是供水、供电、供气、供热等公用企事业单位须依法与市场主体订立合同,为其提供安全、便捷、稳定和价格合理的服务。

2.《民法典》中的法律行为

(1) 限缩合同无效事由。一是审慎认定违反强制性规定的无效民事法律行为。^④二是明确未办理批准等手续影响合同生效的,不影响合同报批义务及相关条款的效力(《民法典》第502条)。三是不能仅以超越经营范围而确认合同无效(《民法典》第505条)。四是确认自己代理和双方代理为效力待定的民事法律行为。考虑到自己代理、双方代理只是代理人使用代理权不当的结果,因此法律规定,如果自己代理或者双方代理中的本人事先同意或者事后追认该代理行为,补足了代理权的瑕疵,法律也承认自己代理或双方代理的效力(《民法典》第168条)。

(2) 细化规定合同成立及履行制度。一是明确认可预约的效力,规定违反预约的违约责任(《民法典》第495条),从而保障磋商阶段当事人的合法权益,增强交易信任;二是系统完善了格式条款规则,明确订立格式条款一方的提示和说明义务、格式条款无效以及解释规则(《民法典》第496条、497条、498条),给予弱势一方当事人特别保护,以实现公平交易;三是增加合同履行中的环保义务(《民法典》第509条),营造良好的生态环境;四是明确后合同义务,包括通知、保密、协助、旧物回收等义务(《民法典》第558条),鼓励诚信营商;五是更新情势变更制度(《民法典》第533条),在继续履行将显失公平与合同变更或解除之间增加了协商环节,鼓励继续交易。

(3) 新增典型合同类型。《民法典》新增多种典型合同,其中保证合同能够增加债务人信用,保理合同构成新型融资担保方式,皆能有效扩充私权自治,以激发市场

① 参见陈华:《放管服改革背景下政府购买服务的边界识别》,载《甘肃社会科学》2021年第2期。

② 参见《政府购买服务管理办法》第22、23条。

③ 参见《促进科技成果转化法》第12条。

④ 参见《民法典》第153条;《全国法院民商事审判工作会议纪要》(法〔2019〕254号)第31条。

活力、促进市场交易。

具体而言,保证合同通过以下规则发挥了增信功能:一是以“负面清单制”界定保证人主体范围(《民法典》第683条)明确除机关法人、以公益为目的的非营利法人、非法人组织不能成为保证人外,其他主体皆可以成为保证人;二是明确保证合同无效时的责任承担(《民法典》第682条);三是改变担保法做法,将约定不明的保证推定为一般保证而不是连带保证(《民法典》第687条)。

保理合同作为新型融资担保手段,发挥了扩充意思自治的重要作用。依据《民法典》第761条,保理合同的标的是现有或将有的应收账款,再次呼应了担保客体范围扩张的规定(《民法典》第440条)。

(4) 建立合理的法人类型。《民法典》建立合理的法人类型以规范法人行为。一是承认营利法人和非营利法人这一基本分类,禁止非营利法人分配营利;二是承认农村集体经济组织和合作经济组织的特别法人地位,使其运行更为规范合理,助推农村法治营商环境建设;三是明确捐助法人制度,规定社会服务机构可以成为捐助法人,有利于政府采购服务制度更为规范地运行,促使政府与捐助法人主体更好地参与民生活。

(5) 严格限制市场管理。《民法典》赋予了市场主体广泛的行为自由,从而充分发挥各类市场主体在国家治理体系中的作用。但在某些特殊情形下市场主体将受到司法介入、国家任务等限制。不过,相关限制应恪守比例原则,以市场监管为例,行政机关介入管理市场主体间订立的合同须受到严格的条件限制:一是监督处理的对象是利用合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为,行政机关无权干涉当事人合法的合同权利;二是有关部门须依照法律、行政法规处理,即部门处理应严格遵守法律保留原则,只有相关法律、行政法规就监督处理事项作出具体规定的,部门才能进行监管(《民法典》第534条)。

(三) 权利救济

1. 优化营商环境立法中的权利救济

营商环境的立法任务需要通过权利救济实现。其中,适用侵权救济的主要有:(1) 知识产权侵权的惩罚性赔偿制度。^①(2) 环境污染与生态破坏侵权。《国务院关于推进国内贸易流通现代化建设法治化营商环境的意见》(国发〔2015〕49号)具体规定了废弃商品回收中的责任承担问题,强调推动绿色循环低碳发展模式创新,研究建立废弃商品回收的生产者、销售者、消费者责任机制。此处的“责任”既包括产品责任,又包括环境污染与生态破坏责任。(3) 信用侵权。《深圳市条例》规定了不当采取失

^① 参见《国务院办公厅关于聚焦企业关切进一步推动优化营商环境政策落实的通知》(国办发〔2018〕104号)第5条第16项;《优化营商环境条例》第15条;《江苏省优化营商环境条例》第31条;《上海市优化营商环境条例》第22条;《深圳经济特区优化营商环境条例》第118条;《国务院关于推进国内贸易流通现代化建设法治化营商环境的意见》(国发〔2015〕49号)第3条第10项等皆明确提及实行知识产权侵权惩罚性赔偿制度。



信联合惩戒措施时的民事赔偿责任,该赔偿责任一般可以被认定为侵害市场主体信用信息的侵权责任。(4)停止供电等服务的侵权。《重庆市优化营商环境条例》《广州市优化营商环境条例》等皆规定了违法停止供电时相关企事业单位的法律责任承担,该法律责任包含侵权损害赔偿责任,因停止供电而造成侵权损害的,可以向责任主体请求承担侵权责任。(5)企业恶意退出市场的侵权。有关利害关系人可以向恶意利用企业简易注销程序逃避债务或侵害他人合法权益的投资人主张相应民事责任,^①这里的“民事责任”指为投资人恶意退出市场而造成债权人纯粹经济损失的侵权责任。

适用违约救济的主要有:(1)政府与市场主体间的违约行为。中央与北京、上海、江苏等多个地方条例皆规定了政府不得违反与市场主体依法订立的各类合同,否则须承担违约责任。《深圳经济特区优化营商环境条例》第21条对此类合同约定的内容作出进一步限制。(2)市场主体之间的违约行为。《江苏省优化营商环境条例》强调尊重和保护市场主体之间的意思自治,慎重审查各类交易模式,依法合理判断合同效力,向各类市场主体宣示正当的权利行使规则和违反义务的法律后果,强化市场主体的契约意识、规则意识和责任意识。^②

2.《民法典》中的权利救济

权利救济和权利行使相互依存,形成私法运行机制的两个基本面向。为此,《民法典》强化人格权救济,规定了人格权请求权、创设人身安全保护令;承认违约中侵害人格权的精神损害赔偿等。完善违约救济,吸收《担保法》中的定金规则(《民法典》第586条、第587条),扩张违约责任的赔偿范围,承认违约精神损害赔偿(《民法典》第996条)。完善侵权责任规则。明确知识产权侵权、产品侵权、环境和生态侵权三类侵权行为的惩罚性赔偿制度,强调对这些领域的严格规范(《民法典》第1185、1207、1232条);新增生态修复责任,实现对生态环境的优化保护(《民法典》第1234条);明确用人单位替代责任的追偿权,实现劳务环境中矫正正义与分配正义的衡平(《民法典》第1191条第1款、第1192条第1款);完善网络侵权救济机制,明确其过错归责的一般原则、优化侵权救济流程、明确网络侵权中帮助侵权的行为构成等,以优化网络环境(《民法典》第1194—1197条)。

三、整合性的营商环境立法与《民法典》的互动

优化营商环境与《民法典》的制度功能趋同、调整方式可以相互借鉴,但这并不意味着营商环境立法可以被体系替代。无论从法律渊源还是调整方式上,优化营商环境法治都具有公私法交融整合的特点。既要遵循民商事基本法,又要制定特别法,构建

① 参见《工商总局关于全面推进企业简易注销登记改革的指导意见》(工商企注字〔2016〕253号)第2条第3项。

② 参见《江苏省优化营商环境条例》第74条。

完备的法律体系;既须坚守法律规则之治,又离不开政策导向和政策手段。整合性营商环境立法需要处理以下两方面问题:其一,在强调社科法学研究方法的同时,应坚守法教义学的思维模式,严格遵守实定法规范和实定法秩序;^①其二,基于营商环境法治的私权保护目的,整合性营商环境立法应做到与私法制度有效衔接。

(一) 法律政策互动

1. 政策与法律的良性互动

优化营商环境立法的规范表达、术语厘定具有明显的“政策法”特点,动摇了其裁判法地位,天然要求建立“法律政策互动机制”。优化营商环境立法集中表达了民法的政策目标和政策手段,可以催生民事法律制度。例如,按照《优化营商环境条例》第3条的要求;“降低交易成本”应成为制定完善民法的政策目标;按照第47条的规定,民法须建立“统一的动产和权利担保登记制度”。从体系安定性看,民法要避免直接接纳优化营商环境政策为法律渊源,不过,营商环境公共政策涵盖政务关系、社会服务、法治服务各个方面,具备抽象性、变动性,可以被民法一般条款所吸纳。积极适用政策导向式的法律思维,有助于通过裁判优化营商环境。

2. 政策与法律的异化

政策与法律规范相辅相成,政策制定的灵活性、及时性能够动态调整营商环境实践中复杂的法律关系,但政策在规范性、稳定性方面不及法律。所以一方面,政策有必要与法律长期共存;另一方面,政策中明确设置的规则内容也须落实进入法律规则层面。^②在政策的立法转化过程中,须特别关注政策概念与法律规范表达之间的差异,以防止概念套用对法律规范性的削弱。同时须注意减少宣示性的行为规范,以发挥营商环境法治的实际效用。

一是显性融合。在体例上《优化营商环境条例》中“市场主体保护”“市场环境”“政务服务”三章具备政策特征,而“监管执法”“法治保障”则法律属性明显。许多制度指向政策,形成了法律中融合了国家政策、地方政策的现象。相关条文涉及:政府的政策制定权和义务(第7条);各类市场主体依法平等适用国家支持发展的政策(第12条);完善创业创新扶持政策(第23条);国家减税降费政策(第24条);政府履行政策承诺(第31条);加强政策宣传(第38条);政府评估政策效果(第65条);制定或实施政策措施不依法平等对待各类市场主体、不履行向市场主体作出的政策承诺的责任承担(第69条);值得指出的是,国务院条例于政务服务一章规定了政策的宣传舆论(第38条),明确其属于营商环境优化措施。而一些地方条例甚至将其提升至总则处(《山东省优化营商环境条例》第8条)这一突出强化,降低了立法的严肃性,也容易导致优化营商环境中的党政不分。

二是隐性结合。如果将被法律明确规定下来的政策称为显性政策,那么未提及“政

^① 参见刘剑文:《论领域法学:一种立足新兴交叉领域的法学研究范式》,载《政法论丛》2016年第5期。

^② 参见陈小君:《论土地经营权的政策意蕴与立法转化》,载《新疆社会科学》2021年第1期。



策”字样但实际具备显明政策特征的即为隐性政策。隐性政策更为常见,例如,营商环境立法上的企业破产要求政府和法院协调工作、信息共享,构成法律 and 政策的隐性结合(第33条)。

三是术语结合。法律与政策术语结合的制度有:“国家……提升中小投资者维护合法权益的便利度”(《优化营商环境条例》第16条),“维护合法权益”和“便利度”相结合;国家机关、事业单位不得违约拖欠……账款”,其中的“违约”和“拖欠”(第32条);优化市场主体注销办理流程中的“注销”和“办理流程”(第33条),等等。未来修改法案时,应注意在制度细节设计方面避免过多的政策导向。

法律与政策的混用造成规制重复、无法实现与其他政策或法律的有效衔接。首先,政策与法律各有分工,对于在政策或其他法律上已有规定的具体措施,无须优化营商环境立法赘述。比如“及时依法处置,保障正常的生产经营秩序”^①原本便是公安机关的职责,无须再次宣示。其次,政策与法律不应构成替代关系,而应协同发展。营商环境立法中存在诸多转介或引致条款,以期实现私法的协同治理,但因政策法律化的过程中存在术语混用等情形,导致其与《民法典》相关规则的衔接适用不畅。以违约的行为表现为例,《优化营商环境条例》规定“不履行……依法订立的各类合同,或者违约拖欠……”^②的行为须承担责任,一些地方营商条例规定“拒绝履行、不完全履行或者迟延履行”^③“不履行、不完全履行或者迟延履行约定义务”^④。但问题是,其用语并不符合《民法典》合同编有关合同解除或违约责任承担等相关规则的表达方式,^⑤进而导致营商环境的公法举措找不到落脚点,公私法协同治理的效果大打折扣。

3. 宣示性行为规范削弱私权保护力度

在整合性立法鲜明的营商环境法治中,具宣示性意义的行为规范多于裁判规范。据不完全统计,《优化营商环境条例》采用7个“鼓励”,9个“推进”,28个“提升、提高、促进、推动”,3个“营造”,8个“实现”,8个“完善”,至于如何鼓励、怎么样具体实现、推进落脚于何处,等等,却不得而知。这种表述增强了法律的政策色彩,使得营商环境立法仅停留在宣示性立法一层,降低了法律的操作性。审判实践中虽然存在诸多与营商环境优化相关的案件,但鲜有法院直接适用《优化营商环境条例》的有关规定。即使适用,也多向原则性规范逃逸。个别适用营商环境立法的情形主要集中在以下几种:

一是从原则或传递立法精神的角度出发援用《优化营商环境条例》。比如,“行政管理机关、人民政府应该注意行政信赖利益保护原则,依照《优化营商环境条例》的规定,做好‘六稳’工作,落实‘六保’任务,实事求是,公平公正,依法解决民营企业经营困难,妥善化解行政争议,维护自然资源行政管理机关、人民政府的公信

① 参见《山东省优化营商环境条例》第47条。

② 《优化营商环境条例》第69条第7项。

③ 《广州市优化营商环境条例》第52条。

④ 《天津市优化营商环境条例》第29条;《山东省优化营商环境条例》第41条。

⑤ 《民法典》第563、577、578条。

力。”^①“根据国务院《优化营商环境条例》的相关精神,以及最高院《关于在执行工作中进一步强化善意文明执行理念的意见》的相关规定,在执行中应文明执法,在查清事实的基础上,合理选择执行财产,严禁超标的查封,灵活采取查封措施。”^②

二是在裁判理由中援用条例充当对当事人诉辩的回应。比如,“北京市优化营商环境条例颁布后,申请人向市场主体登记机关申报住所基本信息,就产权权属、使用功能及法定用途作出符合事实和规定的承诺,登记机关依申请人承诺,对申请人提交的住所证明材料实行形式审查,目前是非住宅类,承诺就可以办理……”^③这是对《北京市优化营商环境条例》第12条有关政府部门应当采取措施简化市场主体注册登记手续规定的适用。又如,“随着改革向纵深推进,取消建筑企业养老保障金制度,符合社会经济发展的实际,也符合《优化营商环境条例》明确的‘没有法律、法规或者国务院决定和命令依据的,行政规范性文件不得减损市场主体合法权益或者增加其义务’的规定。”^④这是对《山东省优化营商环境条例》第51条有关保护市场主体合法权益规定的适用。值得指出的是,上述裁判文书中未提及条例对应的具体条文,不构成裁判依据,只是裁判说理的依据而已。

(二) 公、私法互动

营商环境法治作为整合性立法,还发挥着检视传统部门法中相关制度是否协调适配的重要作用。

1. 刑法与私法

刑法是营商环境法治中最具刚性的环节。营商环境立法不能直接规定、修改刑法,但从优化营商环境的角度出发,刑法中存在一些不符合民商事立法和最新政策要求的罪名,限制了企业经营自由,应予以修改完善。其一,修订后的《公司法》已经将公司注册资本实缴制改为认缴制,取消了最低注册资本限额规定,《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第一百五十八条、第一百五十九条的解释》明确了虚报注册资本罪只适用于依法实行注册资本实缴登记制的公司,眉山市天姿娇服饰有限公司及张建清、袁红军、刘雪云虚报注册资本无罪案等诸多案件都因在审期间《公司法》修订而改判。其二,未来刑法上要取消国有企业和民营企业定罪差异,避免同样行为罪名不一、处罚不同。例如,同样是侵吞财产的行为,若对象是公共财物、国有财物,构成贪污罪,最高可判处死刑;若对象是“公司、企业或者其他单位”的财物,则构成职务侵占罪,最高刑为十五年有期徒刑。一定程度上,社会存在歧视民

① 咸丰县金鑫塑料厂诉咸丰县自然资源和规划局、咸丰县人民政府土地行政管理案,湖北省恩施土家族苗族自治州中级人民法院(2020)鄂28行终226号行政判决书。

② 河南润泰纺织服饰有限公司建设工程合同纠纷执行审查类执行裁定书,河南省周口市中级人民法院(2020)豫16执复19号执行裁定书。

③ 韩桂芬与北京大昆仑房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷案,北京市第二中级人民法院(2020)京02民终10907号民事判决书。

④ 山东天宝建设集团有限公司诉平阴县住房和城乡建设局等给付建筑企业养老保障金纠纷上诉案,山东省济南市中级人民法院(2020)鲁01行终477号行政判决书。



营企业的观念,认为与国有企业相比,其管理不够规范,容易引发犯罪。基于此,部分司法机关存在对民营企业选择性司法的倾向,导致不该定罪的定罪,不该处罚的处罚,不该强制的强制。其三,由于立案标准、工作程序和认识分歧等原因,有些涉民营企业刑事案件逾期滞留在侦查环节,既未被撤销,又未被移送审查起诉,形成“挂案”,导致民营企业及企业相关人员长期处于被追诉状态,严重影响企业的正常生产经营,破坏当地营商环境,也损害了司法机关的公信力。因此,对于立案后久侦不结的“挂案”,检察机关应当向公安机关提出纠正意见。^①

2. 行政法与私法

行政法是营商环境法治的核心。因为只有简政放权、强化约束才能维系公权力和私权利的平衡,切实保障营商主体的权利。为此,营商环境立法尽管以私法为基础性制度,但首要的是严格规范行政权力。一是下放或取消行政审批事项。推行“证照分离”制度,^②加快行业准营进程。二是健全政务公开。规定“各级人民政府及其部门应当坚持政务公开透明,以公开为常态、不公开为例外,全面推进决策、执行、管理、服务、结果公开”^③,建立了全面公开政务服务信息原则。在市场监管领域实行部门联合“双随机、一公开”监管。推进行政执法透明、规范、合法、公正。三是行政强制必须依法、适当。行政强制措施“应当限定在所必需的范围内”、对于限制人身自由的强制措施进行了严格的限制,^④这些都体现了法定原则、比例原则的要求。其次,创新监管模式,强化对行政权力行使的约束。依托新兴技术实现非现场化监管(《优化营商环境条例》第56条);为鼓励创新,对新技术、新产业、新业态、新模式等实行包容审慎监管(第55条);建立了“预防—服务”在先,“检查—处罚”在后的监管服务模式,有利于有效消除被监管单位的抵触情绪,破解监管难题。最后,明确行政机关优化政务服务的义务,全面推进“互联网+政务服务”。一是创新政务服务模式。对企业登记全程网上办理,实行一次认证、全网通办;企业注销“一网通办”;政务服务事项网上办理。二是建立大数据管理平台和信息共享机制。国家加快建设全国一体化在线政务服务平台,推动政务服务事项在全国范围内实现“一网通办”。国家依托一体化在线平台,推动政务信息系统整合,优化政务流程,促进政务服务跨地区、跨部门、跨层级数据共享和业务协同。一体化在线平台包含市场主体维权服务平台、登记公示系统、监管系统等。

① 参见检例第91号 温某某合同诈骗立案监督案,《最高人民检察院公报》2021年第3号(总第182号)第9-11页。

② “证照分离”指工商部门颁发的营业执照和各相关行业主管部门颁发的经营许可证审批的改革。2015年12月16日,国务院常务会议审议通过了《关于上海市开展证照分离改革试点总体方案》,决定在上海浦东新区率先开展“证照分离”改革试点。2018年2月,国家工商总局表示,将全面推开“证照分离”改革,推动“照后减证”,大幅减少行政审批,着力解决“准入不准营”问题。11月10日起,在全国对第一批上百项涉企行政审批事项推进“照后减证”。2018年10月10日,国务院发布《关于在全国推开“证照分离”改革的通知》(国发〔2018〕35号)。

③ 《优化营商环境条例》第3条第2款。

④ 参见《优化营商环境条例》第14条。

对于兼具公法与私法特征的营商环境立法而言,值得注意的是:其一,营商环境行政立法应对立法权保持克制,避免随意僭越,而有些规定出现对立法权的规制。比如《食用农产品市场销售质量安全监督管理办法》第28条规定,贮存服务者必须查验所储存人的营业执照或者身份证明和食用农产品产地或者来源证明、合格证明文件,并建立进出货台账,不履行该义务可能给予相应的行政处罚。但是,相关上位法并没有为食品贮存服务者设定相应义务。因此,依据《立法法》第80条,上述监督管理办法构成对立法权的僭越。^①这种违反上位法规定,对市场主体苛以更为严格的义务的行为同时构成对私权的侵害。其二,具体的措施应指明实施主体,避免执行主体异议或相关部门推诿责任。以企业融资规范为例,尽管相关规范中对融资收费、奖补资金等提出监管要求,强调监管对融资政策落地的重要价值,同时分别提出内部与外部监督并存、监督合力、跟踪式监督等多种监督方式,^②但并未细化明确具体事项的监督主体以及监督失职的法律后果,这将直接导致实践中部门之间相互推诿,影响监督实效。其三,从公法角度所做规定能否直接适用成型的私法制度有待进一步解释。例如,“因国家利益、社会公共利益需要改变政策承诺、合同约定的,应当依照法定权限和程序进行,并依法对市场主体的损失予以补偿。”(《优化营商环境条例》第31条)前者,依法定权限和程序变更合同是否适用私法上的情势变更?后者,应当依法补偿市场主体的损失是否属于私法上的损害赔偿?一方面,私法上的损害赔偿不需要“依法”为前提;另一方面,私法上是弥补损害的全面赔偿,而非“补偿”。

3. 程序法规则与私权保护

仅仅通过限制公权、保护私权的实体规则还不足以动态保护市场主体的合法权益,应同时辅之以程序上的规范运行。

首先,注重设计权利行使程序。《优化营商环境条例》规定变更政策承诺或合同约定的,应当依照法定权限和程序进行(第31条);保障企业退出自由:“对设立后未开展生产经营活动或者无债权债务的市场主体,可以按照简易程序办理注销”(第33条);要求执行行政强制时坚守比例原则,严禁违反法定程序对市场主体的企业经营者个人财产采取查封、冻结、扣押等行政强制措施(第14条),以及违法实施上述行为的责任承担(第69条)。

其次,优化破产企业救治和退出程序。一是优化破产企业救治。地方条例具体规定了重整企业识别审查机制,对具有挽救价值的企业进行破产重整,对没有挽救价值

① 参见张治宇:《行政法视角下的营业自由权保障研究——兼论《优化营商环境条例》的不足与完善》,载《江海学刊》2021年第3期。

② 参见《关于支持商业银行进一步改进小企业金融服务的通知》(银监发〔2011〕59号);《中国银行业监督管理委员会关于支持商业银行进一步改进小型微型企业金融服务的补充通知》(银监发〔2011〕94号);《中国银保监会、工业和信息化部、发展改革委、财政部、人民银行、市场监管总局关于进一步规范信贷融资收费降低企业融资综合成本的通知》(银保监发〔2020〕18号);《财政部、工业和信息化部关于继续实施小微企业融资担保业务降费奖补政策的通知》(财建〔2021〕106号);《中国银保监会、国家知识产权局、国家版权局关于进一步加强知识产权质押融资工作的通知》(银保监发〔2019〕34号)等。



的企业进行破产清算。^①二是完善“僵尸企业”退出机制，简化公司注销登记程序。明确建立企业破产和退出状态公示制度。破产申请受理后，通过全国企业破产重整案件信息网向国家企业信用信息公示系统推送有关企业破产程序启动、程序种类、程序切换、程序终止、管理人联系方式等信息，实现企业破产状态及时公示。^②提高破产案件处理效率。实行简易破产案件快速审理机制；^③建立执行与破产衔接机制^④。优化市场主体注销办理流程，推行简易注销、及时注销；^⑤在企业注销前，应健全破产案件债权人权益保障机制。^⑥对于利用破产程序，逃避债务的行为，法院应重点审查债务人是否具备破产原因，打击假破产真逃债行为。对于确实具备破产原因而申请破产清算的企业，应重点审查其破产申请受理前一年中，是否存在无偿转让财产、以明显不合理的价格进行交易、对没有财产担保的债务提供财产担保、放弃债权等逃避债务的行为，切实保护债权人利益。

最后，兼顾权利保护与多元纠纷解决机制。《上海市优化营商环境条例》第 16 条在明确保障中小投资者的知情权、表决权、收益权和监督权的同时，规定中小投资者服务机构应发挥其在持股行权、纠纷调解、支持诉讼等方面的职能作用。《优化营商环境条例》在权利确认的基础上亦原则性规定了调解、仲裁、行政裁决、行政复议、诉讼等有机衔接、相互协调的多元化纠纷解决机制（第 66 条）。

结 语

优化营商环境不仅仅是信息时代的新课题，也一直是传统民法的使命和追求。优化营商环境立法通过限制公权来保障私权，彰显自由竞争，发挥市场在资源配置中的主导地位，实现市场主体的平等参与、公平竞争，与民法的制度功能相通；优化营商环境立法动态化、全程化的治理模式构成对民法静态治理的有效补充。优化营商环境立法贯穿着私法的调整方式，而以私权保护为核心的民法本身便可以通过权利确认、法律行为、权利救济调整优化营商环境。可见，优化营商环境立法与民法在制度功能和调整方式上实现了有效的互动与融通。但这并不意味着营商环境立法失去独立存在的价值，其具备鲜明的政策法属性和公私法交融的特点，还承担着补正乃至催生民事法律制度的功能。因此，整合性营商环境立法也应注意与民法的互动与衔接。

（责任编辑：王文斌）

① 参见《山东省优化营商环境条例》第 25 条；《上海市优化营商环境条例》第 73 条。

② 参见《发展改革委、高法院、财政部等关于推动和保障管理人在破产程序中依法履职进一步优化营商环境的意见》（发改财金规〔2021〕274 号）第 3 条第 1 项。

③ 参见《江苏省优化营商环境条例》第 32 条；《上海市优化营商环境条例》第 70 条。

④ 参见《广州市优化营商环境条例》第 86 条。

⑤ 参见《优化营商环境条例》第 33 条。

⑥ 参见《上海市优化营商环境条例》第 78 条。

不可抗力与情势变更的关系原理及司法适用

刘经靖 高艳*

内容摘要:《民法典》第533条的出台打破了不可抗力与情势变更间的互斥格局,从立法层面上为不可抗力与情势变更的协调适用提供了可能。但二者关系纷繁交错,不可抗力通过连锁反应形成情势变更、不可抗力的边缘情形与情势变更存在交叉复合、情势变更矫正手段的扩张与不可抗力形成一定的制度融合,这种关联和交错增加了二者之间的区分和适用难度。为避免制度混淆导致“同案不同判”,需厘清二者间的关系原理,明确混合状态下不可抗力规则及不可抗力条款与情势变更产生交叉时的司法适用规则,建立动态视角下不可抗力与情势变更兼容适用的规范性区分模式,以解决二者混合状态下的合同解除、违约责任及损害赔偿等实务问题。

关键词:不可抗力;情势变更;交叉混合;制度矫正

中图分类号:DF525 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2021)06-029-048

引言

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》(以下简称《合同法解释(二)》)在引入情势变更制度后,不可抗力与情势变更一直被定位于泾渭分明的区分并立关系。《民法典》第533条关于情势变更原则的修正删除了“非不可抗力”的限制性条件和“不能实现合同目的”的法律后果,意味着两种制度走向了“兼容立法”的新模式。但兼容模式在消弭对立性争议的同时也在一定程度上造成了二者之间的理论模糊,尤其是“新冠疫情”以来,大量合同履行障碍纠纷在不可抗

* 刘经靖,烟台大学法学院教授;高艳,烟台大学法学院19级硕士研究生。

基金项目:本文系国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观融入司法裁判的理论基础与实施对策研究”(19VHJ019)的阶段性成果。



力与情势变更之间如何选择，成为司法适用中面临的疑难问题。

那么，在兼容模式下，两种制度在民法体系中如何定位？其关系是并行、包含、因果抑或交叉？在不可抗力与情势变更产生交叉情形下应如何进行规则的区分适用？混合状态下的合同解除、违约责任承担与损害赔偿机制有何特殊性？在当事人约定的不同类型（扩张型、限缩型、排除型）不可抗力条款与情势变更发生混合时，又会产生何种“化合反应”？针对上述问题，本文拟在实证研究的基础上总结不同时期的裁判规则导向与法律适用困境，分析不可抗力与情势变更的关系及衔接适用问题。进而从立法体系、具体构造以及混合状态下的法律适用问题入手，明确构成履行障碍的不可抗力和情势变更之间的定位模式与功能区分，以求对处于不可抗力与情势变更交叉场合下的法律选择与裁判标准提供指引，消解现有法律的模糊性，为司法实践中更好地把握法律适用的边界和司法裁判的统一性提供应对方案。

一、基于司法案例的实证考察：不可抗力与情势变更的规则冲突

我国情势变更制度在确立之初就与不可抗力存在区分。《合同法解释（二）》第26条明确将“非因不可抗力”作为情势变更的要件之一，使不可抗力和情势变更因对立关系而排斥适用，最大影响便是致使不可抗力事由引发的合同履行困难陷入法律适用的僵局。而司法裁判中针对不可抗力与情势变更的事实认定和法律适用也存在显著分歧，“同案不同判”现象十分突出。

（一）纵向比较：不可抗力与情势变更的事实与法律之困

以“黄铁军、袁妙芳买卖合同纠纷案”为例，^①黄铁军与漯河双汇食品销售有限公司在买卖合同履行过程中，因突发非洲猪瘟，政府进行疫情管控下发封锁令禁止出货，导致合同无法履行，双方就23吨板油产品的认定问题及合同是否应当继续履行发生争议。本案在事实层面构成不可抗力还是情势变更，在法律层面是单一适用还是交叉适用都存在突出争议。

1. “不可抗力事由”与“情势”界分模糊

在本案中黄铁军认为，在非洲猪瘟已经消除的情况下，漯河双汇应当继续履行发货义务。漯河双汇则在一审与二审的抗辩中均主张“因突发猪瘟疫情，政府管控政策系不可抗力导致不能继续履行合同，若继续维持合同原有效力则显失公平，应当援引情势变更”，其在认为已经构成不可抗力的同时又提出援引情势变更，显然是将不可抗力与情势变更进行了混用。此后漯河双汇在再审中又提出“沈阳发生非洲猪瘟疫情，

^① 参见黄铁军、袁妙芳等诉漯河双汇食品销售有限公司买卖合同纠纷案，河南省高级人民法院（2020）豫民再479号民事判决书。

政府动检部门下发封锁令,不准许出货,形成情势变更”,明确提出政府疫情防控政策属“情势变更事由”,以此主张解除合同。可见在同一案件中,针对“合同基础发生变化”的同一事实究竟属于不可抗力还是情势变更,当事人之间及当事人自身在不同时段下的认识都存在显著分歧。对此,不同审级的法院认识也差异较大,一审和二审法院皆认为,当地发生非洲猪瘟疫情,动检部门禁止出货的政策导致合同履行不能,应适用情势变更,^①而再审法院则认为涉案的23吨板油产品未能按时发货的原因是疫情管控,是双方订立合同时无法预见的情形,属于不可抗力事由。显然,就非洲发生猪瘟动检部门进行疫情防控导致合同不能履行这一客观情况所发生的“重大变化”究竟属于“不可抗力之事由”还是“情势变更之情势”存在根本性的分歧和认识模糊。

2. 不可抗力规则与情势变更规则适用之困

在不可抗力和情势变更分别独立适用的区分立法下,问题的焦点主要集中在如何建立法律事实与制度之间的选择对应关系,但在特殊情况下,区分甄别和择一适用在司法实践中存在相当的困境。在本案中,与一二审法院所持的“情势变更”立场不同,再审法院在认定非洲猪瘟导致疫情管控属于“不可抗力事由”的基础上,认为因板油产品的市场价格至今已涨幅数倍,现继续履行双方利益失衡,故对黄铁军主张继续履行的诉讼请求不予支持。法院在不可抗力事由的基础上认为继续履行导致双方利益失衡而驳回当事人继续履行的请求,却非基于不可抗力导致合同不能履行进而作出解除合同的判决,本质是建立在不可抗力基础之上对情势变更的“关联递进”式适用模式。这一模式在最高院审理的一起采矿权纠纷案中也出现过,^②此种联动组合适用模式究竟是制度错位还是应然选择不无疑问。不仅如此,因“情势变更规则的适用应由高院审核,必要由最高院”审核这一特殊要求,在实务中许多法院为避免麻烦,虽在裁判理由中认定案件构成情势变更,却在形式上援引《合同法》第94条第(5)项规范的“法律规定的其他情形”^③,或直接依据《合同法》第94条第1项规定(援引不可抗力),^④以判决解除合同。在此背景下,符合不可抗力构成要件的案件被判为“情势变更”,而符合“情势变更”构成要件的又被认定为“不可抗力”或“其他情形”,法律的规制作用愈发显得可有可无。

① 参见黄铁军、袁妙房诉漯河双汇食品销售有限公司买卖合同纠纷案,河南省漯河市召陵区人民法院(2019)豫1104民初2800号民事判决书。

② 该案中,法院将出现“36年未遇的低水位”这一客观情况的变化认定为不可抗力,也在判决中转用了情势变更原则对合同条款进行变更。参见成都彭伟实业有限公司诉江西省永修县人民政府、永修县鄱阳湖采砂管理工作领导小组办公室采矿权纠纷案,最高人民法院(2008)民二终字第91号民事判决书。

③ 叶某诉潘某房屋买卖合同纠纷案,上海市松江区人民法院(2011)松民三(民)初字第1526号民事判决书。

④ 参见戴丽华诉王丽英租赁合同纠纷案,辽宁省建昌县人民法院(2011)建民一初字第00021号民事判决书。



（二）横向比较：标准不一导致的“同案不同判”

不可抗力与情势变更的适用困境不仅体现为个案中不同层级法院之间在裁判上的分歧，在历史维度中进行横向透视和比较，也很容易发现类似的冲突。以非典和新冠疫情为例，这两种疫情都造成了较大范围和较长时间的社会影响，从而导致大量合同履行障碍纠纷，法院在此类案件的司法适用中也表现出不同的倾向。

1. 非典下的各类合同履行障碍司法解决方案

2002年非典侵袭导致大规模合同履行障碍，以物业租赁合同纠纷司法裁判为观察对象，可以发现法院在不可抗力、情势变更以及公平原则之间进行了多样化的选择。如山西省长治市中级人民法院在处理该类案件时认定由非典引发的合同履行障碍属“不可抗力”，并认为停业期间承租人没有经营收入，依法免除了停业期间全部租金。^①而在“白俊英诉土默特左旗人民政府承包合同纠纷案”中，最高院虽然认为非典属于“不可抗力”，但对因非典造成的停业损失，并未完全免除，而是基于公平原则判令双方各承担50%。^②上海市第一中级人民法院则试图摆脱不可抗力和情势变更的束缚，在类似判决中认定“非典疫情并非法律所界定的属于不可抗力”的情形，并对非典时期的租金依据公平原则酌情减免^③。而烟台市中级人民法院则径行采用了“情势变更”立场，认为非典疫情系不可预知的灾害导致的承租宾馆停业，应适用情势变更原则适当减免部分租赁费，^④这一立场摆脱了不可抗力在解决此类纠纷中的限制，在损害分担层面获得了更大的司法裁量空间，但其排除不可抗力的正当性是否充分尚不无疑问。以上案例中，均是因为政府部门的停业通知导致合同履行障碍，司法裁判却分别作出属于“不可抗力”“情势变更”“适用公平原则”的不同处理方式且租金的减免也认定不一，这意味着在不可抗力与情势变更案件中“同案不同判”的矛盾一直存在。

2. 新冠疫情下的不可抗力与情势变更司法适用困境

2020年新冠疫情爆发后，疫情对社会造成的深度、持续、动态影响导致了大量形态复杂的合同履行障碍纠纷，如何解决复杂履行障碍情况下的合同利益安排，尤其是如何协调不可抗力和情势变更在解决此类问题中的关系再次成为司法适用中的焦点，为此，各省法院在相关意见中阐明了立场。其中内蒙古高院明确指出，因疫情构成不可抗力的，原则上不再适用情势变更原则；^⑤湖北省高院将新冠疫情认定为不可抗力，

① 参见襄垣县五阳新世纪有限责任公司、王树文诉郭宏伟租赁合同纠纷案，山西省长治市中级人民法院（2018）晋04民终2272号民事判决书。

② 参见白俊英诉土默特左旗人民政府承包合同纠纷再审案，最高人民法院（2016）最高法民再220号民事判决书。

③ 上海亿大实业有限公司诉上海翊宇工贸有限公司租赁合同纠纷上诉案，上海市第一中级人民法院（2004）沪一中民二（民）终字32号民事判决书。

④ 参见李培艳诉莱州市永安路街道西关居民委员会追偿权纠纷案，山东省烟台市中级人民法院（2018）鲁06民终268号民事判决书。

⑤ 参见内蒙古高院《关于审理涉新冠肺炎疫情民商事案件相关问题的指引》第13条。

并指出其不属于《合同法解释(二)》第26条的适用范围,但因“情形类似”可类推适用情势变更规定,并依据公平原则决定如何变更;^①江苏高院明确可以适用情势变更;^②浙江高院倾向于通过公平原则进行认定。^③可见,一种法律事实引发了“不可抗力论”“情势变更论”等多种司法立场,甚至出现了一般条款(公平原则)逃逸的倾向,最高院的司法意见虽隐含了关联适用的立场,^④但不可抗力与情势变更的理论关系仍然存在模糊,法律适用困境并未消除,这对于限制“同案不同判”、维护司法裁判的权威性与稳定性构成了客观障碍。

二、关系之争:不可抗力与情势变更的关系原理

围绕不可抗力与情势变更的各种理论争议和法律适用困境,其根源在于二者制度内涵的边界模糊和关系交混。因此,需从《民法典》的实定基础出发,立足于解释论,厘清《民法典》背景下不可抗力与情势变更的关系原理,探求最符合我国司法实践需求的合同履行障碍制度体系化构造,塑造规范有序的体系效应。

(一) 比较法视野下的情势变更与不可抗力规范模式

厘清不可抗力与情势变更间的关系,需从宏观角度就二者的立法模式进行探析。学界将不可抗力与情势变更区分的立法模式称为二元化规范模式,统一立法的模式称为一元化规范模式,^⑤各立法模式有何优劣,何者更符合我国司法的现实需求是研究不可抗力与情势变更制度需要解决的最根本的问题。

1. 域外参考:“一元化规范模式”与“二元化规范模式”

以英美法系国家的“合同目的落空”理论与《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称CISG)的“障碍概括型”模式可视为一元化规范模式的典型代表。英美法系在采纳“严格责任”原则的基础上所提出的“合同目的落空”理论分为目的受挫、履行不现实、履行不能,^⑥其无需考量发生重大变化的事件性质为何,只要缔结合同的基础动摇或丧失,就允许当事人解除合同。同样CISG规定“若一方当事人的不履行是障

① 参见湖北高院《关于审理涉及新型冠状病毒肺炎疫情商事案件若干问题的解答》第6条。

② 参见江苏高院《关于为依法防控疫情和促进经济社会发展提供司法服务保障的指导意见》第5条。

③ 参见浙江高院《关于规范涉新冠肺炎疫情相关民事法律纠纷的实施意见(试行)》第2条第2款。

④ “疫情或疫情防控措施直接导致合同不能履行的,依法适用不可抗力的规定,仅导致合同履行困难的,能够继续履行的,人民法院应当切实加强调解工作,积极引导当事人继续履行。当事人以合同履行困难为由请求解除合同的,人民法院不予支持。继续履行合同对于一方当事人明显不公平,其请求变更合同履行期限、履行方式、价款数额等的,人民法院应当结合案件实际情况决定是否予以支持。”参见《最高人民法院关于依法妥善审理涉新冠肺炎疫情民事案件若干问题的指导意见(一)》第3条第2款。

⑤ 参见韩世远:《不可抗力、情势变更与合同解除》,载《法律适用》2014年第11期。

⑥ 参见孙美兰:《英美契约受挫制度研究》,载《法学》2003年第1期。



碍所致,障碍期间可免除履行和责任”^①。该条款中出现的被免责的“障碍”,在国际主流上认为不仅规范“不可抗力”,也规范“情势变更”,即无论障碍的性质,只要导致无法履行的障碍即可免除责任;第二种立法体系是大陆法系中以“交易基础丧失”理论与“不预见”理论为代表的二元化规范模式。法国、德国等国家都是先行确立了不可抗力制度,之后为扩大合同矫正制度的覆盖范围,形成了情势变更制度——“已经成为合同基础的情势发生重大变化”或“出现无法遇见的情势变化”发生时可对合同进行调整,通过赋予当事人在交易基础丧失下的合同变更权,以增加合同矫正制度的市场适应能力。

就以上两种立法体系而言,英美法中的“合同落空原则”虽相当于不可抗力和情势变更的结合体,但其法律后果仅包括合同解除权。^②相较而言,情势变更制度在功能上具有更大的张力,其作为弹性司法手段往往赋予裁判者根据实际情况和诚实信用原则对合同双方当事人的权利和义务进行变更的权力,可以使契约更好地履行、实现公平价值,具有制度的不可替代性。因此创设“不可抗力”和“情势变更”两大合同矫正制度的二元化规范模式,不仅成为国际上更加通行的立法例,在司法适用上也更加符合我国的现实要求。

2. 我国的立法发展:从“二元对立”到“兼容并立”

纵观我国不可抗力与情势变更立法的发展历程,经历了从最初不可抗力的单一适用到《合同法解释(二)》的“二元对立”,再到《民法典》的“兼容并立”。在《合同法》时代,我国仅在相对严格的范围内规定了不可抗力制度,考虑到情势变更与商业风险界分存在困难、情势变更范围缺乏可操作性的界定以及强化合同严守原则及交易信用等多种因素,情势变更并未纳入我国立法。2002年非典疫情与2008年美国次贷危机导致合同履行障碍纠纷激增,2009年颁布的《合同法解释(二)》第26条初步规定了情势变更制度,塑造了与不可抗力制度“二元对立并行”的合同矫正制度体系。但立法层面的清晰区分并未获得司法实践层面的对应投射,相反,司法实践中不仅二者的区分存在较大分歧,任何一种制度在解决合同履行障碍中也都存在短板和不周延性。这一问题随着“新冠疫情”的爆发更为突出,当新冠被定位为“不可抗力”后,因疫情引发的履行困难便失去法律适用的空间。

基于制度反思和修正,我国《民法典》采取了“兼容并立”的立法模式,既保持

① CISG 第 79 条第 1 款规定:“若一方当事人的不履行是‘障碍’(impediment)所致,且障碍为该当事人无法控制将会被免除货物买卖合同下的义务,不可能合理地期待该当事人避免或克服障碍或其后果。寻求免责的一方当事人必须在其知道或应当知道障碍的合理时间内对障碍向另一方当事人进行通知。临时的障碍只在障碍的优先期间内免除履行。”

② 参见马俊驹:《我国债法中情势变更原则的确立》,载《法学评论》1994 年第 3 期。也有学者认为解决的问题有所不同,美国虽包括“能履行但失衡”但不仅仅于此,英国则不包括“能履行但失衡”。参见胡启忠:《情势变更案件处理的路径与策略》,载《现代法学》2003 年第 5 期。

了不可抗力和情势变更两项基本制度,又在第533条情势变更规则中做了两项调整,一是删除了“非不可抗力”之限定条件,二是删除了情势变更原则中“不能实现合同目的”的结果要件。由此一方面意味着原有的“互斥”格局发生了重大变化,不可抗力与情势变更的分离对立关系彻底结束,消除了过去基于制度二元对立产生的实践矛盾。但另一方面也带来了新的问题——“兼容式立法”一定程度上扩大和加深了不可抗力与情势变更两种制度混合状态的范围和深度,而民法典时代的不可抗力和情势变更究竟是何种关系?实践中是择一适用还是混适用?《民法典》颁布后,这一问题的分歧逐渐放大。

(二) 当下不可抗力与情势变更关系原理的学说与评价

目前,针对民法典背景下的不可抗力和情势变更的关系界定主要有“竞合择一论”、“一体化应对机制”和“包含因果关联论”三种观点,其中一体化与竞合择一理论较为极端,而包含论与因果论虽有一定进步意义但也存在局限性。

1. 以对立区分论为基础的“竞合择一论”

不可抗力与情势变更皆属合同有效期内发生的当事人无法预见的客观情况的变化,当出现极为典型的纯粹型不可抗力与纯粹型情势变更的情形自可独立适用某一规则制度。但不可否认的是二者间会产生“交集”,进而出现“规范竞合”的状态,择一适用是否可行、应如何选择法律也成为两规则争论的焦点。其中《国际商事合同通则》(以下简称PICC)所采取的是当事人自行选择的解决方式;^①而在我国,有学者认为应优先适用关于不可抗力的规定,理由在于:既然客观情况的变化可以构成不可抗力,即使情势变更所拥有的更为宽泛的基础范围可将其涵括,也仍应优先适用不可抗力解除合同或免除给付义务、损失赔偿责任,无须经由法院变更或解除合同。并指出在审判实践中,法院将可以构成不可抗力的客观情况变化当作情势变更的判决实为法律适用错误;^②还有学者认为竞合择一状态下应当优先适用情势变更原则,理由在于情势变更原则的适用需经法院裁判并层报最高院审核,其适用程序上要严格于不可抗力,考虑我国法规制定者将情势变更场合的解除设计成形成诉权的特别考量,可将情势变更作为特殊法、不可抗力作为普通法,依“特殊法优先于普通法”的规则,得出应当适用情势变更的结论。^③

对于竞合择一论的观点,首先就PICC提出的“当事人自行选择法律适用”的解

① 《国际商事合同通则》第6.2.2条注释6规定:“根据本《通则》对艰难情形和不可抗力(参见第7.1.7条)分别所作的定义,实践中可能会出现同时被视为艰难情形和不可抗力的事实情况。如果出现这种情形,应当由受到这些事件影响的一方当事人决定究竟采取何种救济措施。”

② 朱广新教授认为前述在最高院所作的“采砂权纠纷”的判决中,当事人在履行合同过程中遭遇的“36年未遇的罕见低水位”,完全可以构成不可抗力,应依据不可抗力相应地部分免除义务(支付采砂权出让金),而非适用情势变更。参见朱广新:《合同法总则研究》,中国人民大学出版社2018年版,第478页。

③ 参见韩世远:《不可抗力、情事变更与合同解除》,载《法律适用》2014年第11期。



决方案看,若当事人援引不可抗力,那么其目的是为不履行合同免责;若当事人援引的是艰难情形,其目的首先是要对合同条款重新谈判,以便使合同依经修改的条款继续有效。而当一方主张不可抗力,另一方主张情势变更,在二者效果存在差异时,哪种主张胜出仍无定论。就我国学者所提出的优先适用不可抗力或情势变更的择一观点而言,其“优先”的理由无法与制度的构成要件形成对应,而且在竞合择一论模式下,两种救济模式呈现出非此即彼的关系,然而由于两者之间制度构造和法效果的差异,尤其是不可抗力规则无法实现变更、情势变更制度无法适用免责制度,交叉状态下的择一适用不仅存在选择标准的模糊,也很难实现利益救济的结果周延性。

2. 以彻底混合不区分为基础的“一体化应对机制”

面对择一论的区分困难,有学者从相反方向提出了“一体化”的观点,认为二元择一机制虽然简明但并不适合应对复杂的现实,若直接将新冠疫情的法律性质明确界定为不可抗力,将无法完整评价疫情的动态变化及造成的差异性后果。相比下运用一体化机制将不可抗力与情势变更进行融合,能够契合重大疫情事实的复杂性,有利于克服现有法律的模糊性。^①一元化规范模式优点在于其包容性,可以避免在两种制度之间做出单一选择,从而在最大程度上契合了疫情的复杂性和不确定性。^②

“一体化应对机制”不再评价法律事实是否构成不可抗力或情势变更,而是将两种情况都置于相同的规定之下,根据情形适用已有的不可抗力或情势变更规范。其本质是立足结果论的一种一元化机制,需要变更即采用情势变更、需要解除即采用不可抗力。这一观点看似适用简洁明晰,但也存在突出的问题:首先,在双方诉求不一致的情况下,究竟适用不可抗力还是情势变更,最终决定权仍需依赖于法官的自由裁量权,这种极强的主观性和随意性必然导致更多的“同案不同判”。其次,一体化机制存在弊端的深层原因在于其忽略了两制度间的差异。就立法功能而言,不可抗力作为合同履行不能的免责事由,制度的核心在于免除或减轻债务人的责任和免除履行义务。^③而情势变更的重心在于维系合同履行与利益平衡,保障合同的实质正义。就构成要件而言,不可抗力的适用条件要比情势变更严苛,且一般认为情势变更的预见可能性要高于不可抗力,^④可履行性也更高。就法律后果而言,不可抗力所产生的法律后果即合同解除,当事人不仅享有法定解除权,还可减免违约责任。而情势变更所产生

① 参见张平华、王晖:《新冠疫情背景下的“不可抗力/情势变更”一体化应对机制》,载《法律适用》2020年第13期。

② 参见林燕萍、朱玥:《突发性重大传染病疫情下CISG第79条的适用及其启示》,载《华东政法大学学报》,2021年第4期。

③ See Michel G. Rapsomanikas, “Frustration of contract in International Trade Law and Comparative Law”, 18 Duquesne Law Review 551-605 (1970-1980).

④ 参见王利明《情势变更制度若干问题探讨——兼评 民法典合同编(草案)(二审稿)第323条》,载《法商研究》2019年第3期。

的法律后果仅包含合同的变更或解除,并未解决当事人违约责任的承担问题。^①以上差异决定了两种制度在各自的功能定位下发挥着不同效用,也证实我国以二元化规范模式为基础进行立法的必要。这也决定了我国很难回到一元化的规范模式中,而强行的一体化式的融合不仅缺乏法理依据、可操作性不强,也容易带来适用上的混乱。

3. 以包含或因果为基础的“关联论”

不同于择一论与一体论,还有部分学者认识到不可抗力和情势变更之间既非完全对立,也非完全统一,而是一种更加复杂的关系状态,进而提出了包含关系论和因果关系论。

(1) 包含关系论

包含关系论认为,广义上的情势变更可以覆盖不可抗力,即情势变更是不可抗力的“上位”概念,而不可抗力则是情势变更制度的具体化表现。^②崔建远教授在包含论下提出不可抗力与情势变更存在三种关系(见图

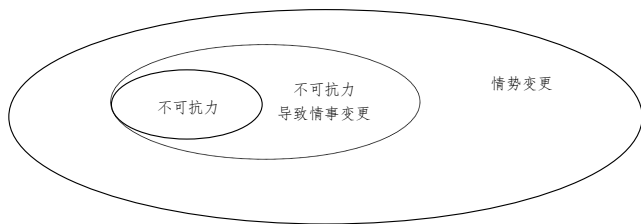


图1 包含关系

1),认为不可抗力属于情势变更原则中“情势”的构成元素,当不可抗力导致合同履行显失公平时,应适用情势变更而非不可抗力。^③此种划分理念将不可抗力纳入“情势”范围内,本质上是建立在“大情势说”^④的基础理论上,从而推导出不可抗力导致情势变更的结果(履行困难)应适用情势变更规则的结论。包含论虽然在逻辑上较为合理地解释了不可抗力导致合同履行困难何以援用情势变更规则,但其建立在将不可抗力要件嵌套入情势变更要件的包含论基础上,一方面导致了“情势”内涵和要件的扩张性异化;另一方面也未考虑民法典框架下情势变更导致的合同履行不能及其他存在边缘交叉的情形。就此而言,将不可抗力与情势变更的关系界定为包含论并不能准确揭示二者之间的关系。

(2) 因果关系论

在探讨不可抗力与情势变更关系的过程中,部分学者考虑到二者的关联进而提出了“因果关系论”,认为不可抗力作为原因事实要件,搭配情势变更这一结果事实要件,

① 参见姚辉、阙梓冰:《论情势变更与不可抗力的交融及界分——以新型肺炎疫情防控与疫后重建为契机》,载《中国政法大学学报》2020年第3期。

② 参见邹艳珏:《不可抗力与情势变更原则在房屋买卖纠纷处理中的适用探析》,载《仲裁研究》2010年第2期。

③ 参见崔建远:《情势变更原则探微》,载《当代法学》2021年第3期。

④ “大情势说”认为突发战争、自然灾害、罢工、政策法律变动、经济危机、货币价值异常波动、汇率发生大幅波动等都属于情势变更的范畴。

使二者间的因果关系假设得以证成。^①因果关系论从一个侧面说明,不可抗力与情势变更并非一元互斥关系,而是可能存在某种因果关联性,在因不可抗力导致合同履行困难的情况下,直接适用情势变更制度具有一定的合理性,但简单以因果关系概括二者间的关系显然过于片面。

首先,不可抗力与情势变更间并非简单的“一因一果”关系。不可抗力不一定引发情势变更,情势变更也不一定由不可抗力引发,不可抗力作为原因可以引发情势变更制度、法定解除制度、法定免责事由、风险分担规则、诉讼时效中止制度等多种结果的发生(见图2),因此不可抗力之“因”与情势变更之“果”并不存在直接比对关系,当然也就无法得出以情势变更排除不可抗力的结论。^②

其次,将不可抗力仅界定为一种“原因”严重误解了不可抗力的本质——不可抗力是履行障碍的一种系统性的解决方案,而不只局限于“原因”层面。在不可抗力情形下,即使引入情势变更制度以实现利益衡量的合理性,也只是一种补充,而不是取代。

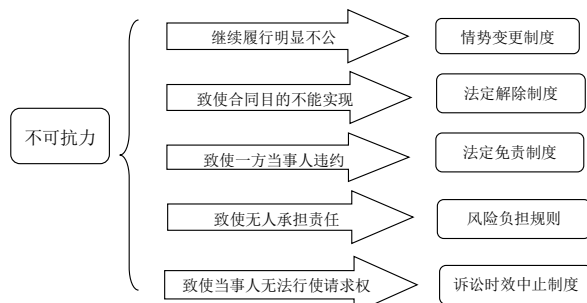


图2 因果关系

再次,基于不可抗力边缘情形与情势变更形成交叉复合、情势变更矫正手段的扩张与不可抗力形成一定的制度融合,立足于合同履行障碍情况下的利益均衡,两种制度在坚持一定的制度构成独立性的前提下,在手段层面建立一定的互补和拆借机制,具有结果意义的正当性,但这显然并非因果论所能解决的。

(三) 不可抗力与情势变更关系的理性界定:适度混合论

如上所述,无论将不可抗力与情势变更的关系界定为绝对的对立区分还是一体混合都过于极端,而包含论和因果论也同样存在不够周全的局限性。因此,对不可抗力与情势变更的关系必须重新厘定。笔者认为,以“小情势说”^③为基础,客观而言,两种制度既有其各自独立的一面,又存在一定程度的交叉混合,因此,对于不可抗力与情势变更的关系必须进行分类评价,以此为基础,可以将二者的关系确定为“适度混合”(见图3),即分为“纯粹的不可抗力”、“纯粹的情势变更”和“二者交叉混合”三种形态。

① 参见李俊晔《疫情引发合同履行障碍之不可抗力与情势变更类案辨析》,载《法律适用》2021年第6期。

② 参见王轶:《新冠肺炎疫情、不可抗力与情势变更》,载《法学》2020年第3期。

③ “小情势说”认为情势变更仅包括货币贬值、物价、汇率的异常波动等与经济直接相关的事实的变化,而诸如突发战争、自然灾害、罢工、政策法律变动等直接引起客观情况发生巨变的事实仅是产生不可抗力的原因,不属于情势变更的范畴。

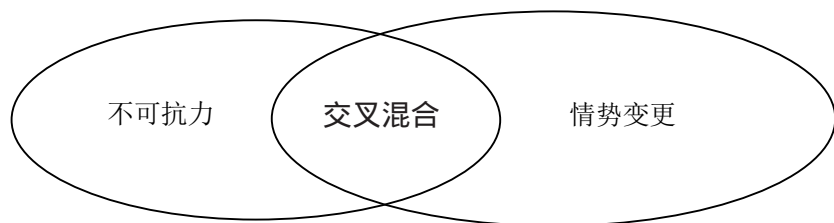


图3 适度混合关系（一）

1. 不可抗力与情势变更的纯粹形态与区分适用

不可抗力与情势变更并非完全混合而不能区分，在某些情况下，完全可以进行区分，并通过单一的制度对履行障碍进行充分救济。我们可以将这种轮廓清晰、制度解决流畅的不可抗力与情势变更称为纯粹不可抗力和纯粹情势变更。纯粹不可抗力和纯粹情势变更可以通过以下两种方式进行区分和界定。

（1）纯粹不可抗力和纯粹情势变更的常规界定方式

在常规情况下，根据二者客观构成要件的范围差异，通过对引起合同交易基础丧失的事实的客观定性，分离出符合法律不能、事实不能的纯粹型不可抗力与造成经济不能的纯粹型情势变更这两种基本类型。例如，当出现洪水、旱灾、台风、地震、泥石流等自然灾害或因政策变化，导致事实上的履行不能或法律上的履行不能时，按照不可抗力规则的适用标准，判断其是否导致了履行不能的结果，两者间是否存在因果关系，当事人是否尽到了合理的义务，决定是否解除合同减免责任；而在金融危机、货币贬值、通货膨胀等经济层面客观基础变化的客观事实，又符合发生在合同成立后履行完毕前的时间要件、情势变更不可归责于当事人的责任要件、当事人缔约时无法预见的主观要件，以及发生履行困难的结果要件时，可纯粹适用情势变更原则，无需考虑不可抗力。上述两种情形下，不可抗力和情势变更存在较为清晰的区分，司法实践也积累了丰富的识别经验。

（2）纯粹不可抗力和纯粹情势变更的特殊界定方式

因不可抗力规则与情势变更的适用具有一定模糊性，通过审查二者的构成要件不能直接判断其属于纯粹型不可抗力和情势变更的情况下，可以通过“因果关系”与“类型化”技术进一步进行纯粹型不可抗力和情势变更的分离。

第一，因果关系区分规则。若事件对合同的影响为直接因果关系则适用不可抗力，若影响为间接因果关系，则适用情势变更。例如，疫情初期，医用物资供不应求，许多医疗器具制造厂间被政府征用，导致无法履行原订单合同。此时卖方与买方间订立的买卖合同无法履行，直接原因是政府的疫情防控政策所致，政府政策与无法供货为直接因果关系，可适用不可抗力的规定；而当疫情防控导致医疗器具尤其口罩等物资



短缺带来不可预见性的成本提高、价格飞速上涨时,供货方虽有能力继续履行义务,但按约定价格出售会给她带来巨大损失,合同履行显失公平。此时买方与有关厂家原来的供货合同因价格规定过低而需要变更或终止,该疫情对该合同的影响则为间接因果关系,即疫情造成医疗物资短缺、价格大幅上升而使原合同约定的价格显失公平。因此应适用情势变更的规定,不能适用不可抗力。

第二,类型化合同区分规则。若合同为短期合同,短时间内无法实现合同目的可以解除合同,若是长期合同,因其时间因素与当事人利益关联紧密,当事人之间的信任基础、风险偏好程度及风险规避预设较高,则应通过情势变更解决相关问题。以有偿合同或无偿合同为基点,对于无偿合同,原则上不必适用不可抗力或情势变更;有偿合同建立在公平对价的基础上,视影响程度决定适用不可抗力抑或是情势变更。以财务合同、劳务合同进行区分,财务合同中金钱债务不发生不可抗力,但可适用情势变更延长期限等方式;劳务合同中当事人若能提供足够证明符合不可抗力则可适用,若不能证明因果关系则不适用不可抗力。

2. 不可抗力与情势变更的交叉混合

除了较为典型、清晰和争议不大的纯粹性不可抗力和纯粹性情势变更之外,存在一类较为模糊的类型,此类情形要进行不可抗力或情势变更的辨识较为困难,辨识成本高,裁判效果分歧大,结果修复的难度和误差率都比较大。这实际上是实践中的难点,也是本文涉及争议的核心内容。

当前对于二者关系或法律适用大多基于不可抗力与情势变更的形态或结果进行区分。^①然而从形态论出发,不可抗力与情势变更在概念界定范围上存在交叉;从结果论出发,两者的履行障碍结果之间存在混合,两种维度均能阐释不可抗力与情势变更间存在交叉混合的客观原理与表现形式。

(1) 不可抗力与情势变更交叉混合的基础之一:形态的不可区分性

形态论是指从事件本身的形态入手,认定其属于情势变更还是不可抗力。通说认为,不可抗力包括自然灾害、政府行为与社会异常事件三大类,其中政府行为导致合同履行障碍的争议最大。如政府颁布征收令、限购令,下发暂停营业、交通管制、禁止野生动物交易等大量政策,使诸多合同履行陷入僵局……在以上合同中都涉及政府的决定,应如何适用合同履行障碍制度?域外法中,《美国统一商法典》第2-165条承认政府行为可作为不可抗力。对此,我国部分学者认为,符合不可预见性、不可避免性和不可克服性的行政行为均可以成为不可抗力,^②但也有学者认为,将频繁的行政

^① 参见侯国跃:《新馆肺炎疫情下的合同之维:不可抗力还是情势变更》,载《中国检察官》2020年第5期。

^② 参见韩世远:《合同法总论》,法律出版社2018年版,第485页。

行为认定不可抗力容易导致对不可抗力制度的滥用,不利于契约精神的坚守。^①关于政府行为的性质不仅在学界上意见无法达成统一,在司法实务中也争议颇多。如前文中提到的关于非洲猪瘟疫情政府部门禁止出货的通知,一审和二审法院将其认定为情势变更,再审法院将其认定为不可抗力。而在另一案件中,法院又将政府下发锅炉拆除通知导致不能继续履行合同这一政策性原因,认定为适用情势变更。^②不同的理解与考量导致了司法实践中相关案件的处理成为困扰法官的难题。

除政府行为外,某些社会异常事件也无法得到清晰的认定,如罢工、骚乱等,该类事件的出现均为当事人所无法预见的情况,又该将其列入不可抗力还是情势变更?而对于大规模公共卫生事件如非典、新冠,此类事件或被定义为不可抗力或被定义为情势变更,同一事件甚至可能因存续时间的长短从不可抗力转变为情势变更。以上情况表明,对于众多复杂的合同履行障碍原因究竟属于不可抗力还是情势变更,理论和实务层面都存在区分成本过高,区分效果不佳的情况。

(2) 不可抗力与情势变更交叉混合的基础之二:结果的不可区分性

有学者建议从履行障碍对合同履行所造成的实际影响程度差异出发,对不可抗力和情势变更进行选择适用,^③对造成合同履行不能结果的情形适用不可抗力,对造成合同继续履行困难结果的则适用情势变更。^④这种基于合同履行结果角度的区分被称为结果论。结果论能对不可抗力和情势变更提供一种简单直接的区分方式,但却忽略了合同能否履行、履行是否困难仅是不可抗力或情势变更适用的结果而非适用条件,“结论倒推”模式不仅在逻辑上存在显著瑕疵,还容易导致法官自由裁量权过大。尤其重要的是,不可抗力和情势变更不仅存在形态构成上的区分困难,即使以结果为导向进行检视,同样存在突出的混合性(见图4)。具体情形如下:

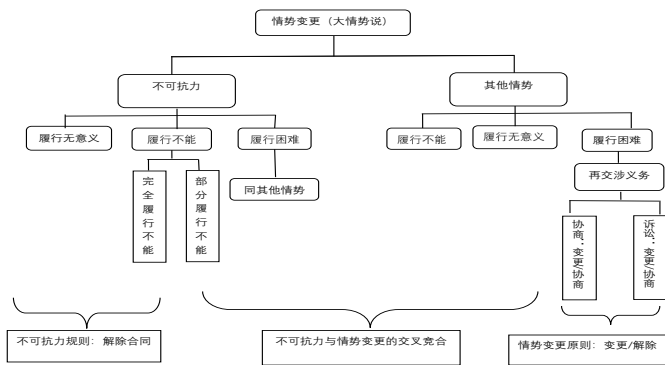


图4 适度混合关系(二)

第一种情况,不可抗力事件如灾难性事件等会引发“经济不能”最为典型,合

① 参见刘凯湘、张海峡:《论不可抗力》,载《法学研究》2000年第6期。

② 参见山西丰蕴热力有限公司诉太原狮头有限公司合同纠纷案,山西省高级人民法院(2020)晋民终856号民事判决书。

③ 参见曹守晔:《最高人民法院 关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)之情势变更问题的理解适用》,载《法律适用》2009年第8期。

④ 参见王文卿、惠文文:《民法典视野下情事变更规则的发展与适用》,载《中国国情国力》2021年第2期。



同得以履行但会导致经济成本大幅上升导致合同显失公平,此时涉及到不可抗力与情势变更的重叠与混合;第二种情况,不可抗力导致的不能履行除了完全履行不能,还包括一时履行不能、部分履行不能以及瑕疵履行等多种情况。上述情况既可以将其纳入“履行不能”通过不可抗力规则来解释,也可以通过情势变更原则对履行期限、合同标的等进行变更使合同得以继续履行,此时不可抗力和情势变更的界分标准十分模糊;第三种情况,情势变更导致的合同障碍原为显失公平或目的不达,但《民法典》第533条删除了情势变更导致“合同目的不能实现”这一结果要件,仅保留“继续履行合同对于当事人一方明显不公平”的构成,意图从履行结果对不可抗力与情势变更进行区分。此项修改忽视了纯粹“情势”下的客观变化即使引发履行不能或履行无意义也无法适用不可抗力的前提,又将此类情形剔除于情势变更制度之外,反而扩大了不可抗力与情势变更的交叉范围,当情势变更的“基础事实”与不可抗力的“障碍结果”相交叉,应如何适用法律?

综上,无论从形态构成还是结果角度来看,不可抗力与情势变更都存在显著的区分难度,因此,客观正视二者之间的模糊或混合状态,并建立相应的混合交叉型制度安排是解决二者关系问题的必然选择。

(四) 特殊考量:不可抗力约款与情势变更规则的排异效应

不可抗力的范围由法定不可抗力规则和约定不可抗力条款两部分组成,^①经论证,常规下法定不可抗力规则与情势变更的关系可定位为“纯粹型不可抗力、纯粹型情势变更、不可抗力与情势变更交叉混合”的三分模式。在此基础上还需考虑一种特别情形即“约定不可抗力条款”与情势变更之间的关系,思考当事人对不可抗力的约定能否对情势变更制度产生排除适用的影响?三分模式又能否在此种特殊情形下继续适用?

1. 不可抗力条款的意思自治空间

不可抗力条款是当事人为明确特定交易中不可抗力的范围,就不可抗力事件的类型和免责范围作出的约定,^②主要包括扩张型、排除型和限缩型三种情形。而对于其效力,我国民法理论上存在有效说、无效说和折中说三种观点。有效说认为法定的不可抗力规则并非强制性规范,当事人可以对免责事由作出特别规定。^③无效说认为,法定的不可抗力规则为强制性规范,当事人的约定往往无效。^④折中说则认为,法定的

① 《中华人民共和国涉外经济合同法》第24条第3款规定:“不可抗力是当事人在订立合同时不能预见,对其发生和后果不能避免并不能克服的事件。不可抗力事件的范围,可以在合同中约定。”

② 参见王轶:《新冠肺炎疫情、不可抗力与情势变更》,载《法学》2020年第3期。

③ 参见朱广新:《合同法总则研究》,中国人民大学出版社2018年版,第772页。

④ 参见江平主编《中华人民共和国合同法精解》,中国政法大学出版社1999年版,第98页;王利明《合同法研究》(第二卷),中国人民大学出版社2015年版,第540页;刘凯湘、张海峡:《论不可抗力》,载《法学研究》2000年第6期。

不可抗力规则属于混合型规范,在不可抗力约款不违背强制性规范的情况下,应认定其有效。^① 本文赞成折中说的观点,从意思自治角度分析,只要约定条款不存在影响合同条款效力发生的法律障碍(如侵犯弱势群体的权益),进而影响社会公共利益,则应当承认约定不可抗力条款的效力。总体上看,不可抗力条款并非全部无效,在有效条款的基础上,探讨其与情势变更规则的关系也极为必要。

2. 不可抗力条款下情势变更规则的适用空间

在狭义的扩张型不可抗力约款的情形下,如果当事人约定了超出法定范围内的某些事项为不可抗力,这些增加的不可抗力事项是否有适用情势变更原则的空间?王轶教授认为导致继续履行发生困难的不可抗力仅限于法定不可抗力规则规定的事项,因此约定增加的不可抗力事项不得主张情势变更的适用。即使当事人做出“扩张事项亦可适用情势变更”的约定,该约定也仅系当事人间的协商,若协商成功,应按《民法典》第543条或562条所规定的“当事人协商一致,可以变更或解除合同”,若协商不成功,法院也不得扩张事项援引情势变更原则变更或解除合同。^② 李昊教授对此观点持反对意见,其指出如果当事人约定增加的不可抗力事项仍属于客观情况,并且符合情势变更原则的其他适用条件,适用情势变更原则当无疑义。^③ 笔者同样认为,约定增加的不可抗力事项若发生情势变更的结果,并不必然导致情势变更的排除适用。例如当事人约定将发生金融危机视为不可抗力,而当金融危机未导致履行不能而是出现履行困难,按基本的情势变更制度,其完全符合情势变更原则的其他适用条件。现在却以约定的不可抗力事项超出了法定不可抗力事项范围而排除情势变更的适用,反而剥夺了使用情势变更规则的救济权。此时便出现了法律适用困境,出现既无法适用不可抗力,又无法适用情势变更的尴尬局面。

在限缩型或排除型不可抗力条款中,若当事人约定的不可抗力事件中被限缩或排除部分发生,是否排除情势变更原则?王轶教授基于法定不可抗力事项产生情势变更原则适用的因果关系理论,指出不可抗力规则的排除直接产生了情势变更规则排除的法律后果。^④ 但此观点并未成为主流观点,梁慧星教授提出,此类约定排除了不可抗力规则适用,意味着排除了债务人对于不可抗力的免责适用,但并不意味着也排除了情势变更原则的适用。情势变更原则为诚实信用原则的具体运用,目的在于消除合同因情势变更所产生的不公平后果,因此情势变更原则的适用具有强制性,违反则无效。^⑤ 从逻辑上讲,因果关系论下不可抗力导致情势变更排除的观点可以简化为:A可推导

① 参见王雷:《新冠肺炎疫情防控的民商法应对之策》,载《西南政法大学学报》2020年第3期。

② 参见王轶:《新冠肺炎疫情、不可抗力与情势变更》,载《法学》2020年第3期。

③ 参见李昊、刘磊:《民法典中不可抗力的体系构造》,载《财经法学》2020年第5期。

④ 参见王轶:《新冠肺炎疫情、不可抗力与情势变更》,载《法学》2020年第3期。

⑤ 参见梁慧星:《中国民法经济法诸问题》,中国法制出版社1999年版,第170页。



出B,排除A,即可得出排除B的结论,但该逻辑应在“一因一果”的前提下适用。而面对不可抗力与情势变更“多因多果”关系,当A/B/C均能推导出D(情势变更),但排除的A(不可抗力)可能还归属于B/C的范畴,因此排除A并不能得出D也被必然排除的结论。故从法律逻辑上讲,当事人约定排除的不可抗力事项也不必然导致情势变更的排除适用。

综上,若当事人约定了不可抗力事项,不论是扩张型不可抗力条款还是限缩型不可抗力条款,扩张部分或限缩、排除部分并非会直接产生排除情势变更规则的法律后果。而此类约定部分在不可抗力规则与情势变更规则的适用空间内,同样会出现三种法律后果:或完全符合不可抗力的构成要件成为纯粹型不可抗力,或完全符合情势变更的构成要件成为纯粹型情势变更,抑或在形态或结果上产生不可抗力与情势变更的混合适用,而混合状态下的解决方案则可参照不可抗力规则与情势变更交叉的解决方案进行关联适用。

三、交叉混合:重叠范围下的不可抗力与情势变更的关联适用

前文基于两者间的差异,阐述了不可抗力与情势变更交叉混合理论下的客观原理及表现形式,以及不可抗力与情势变更法律适用的三种基本轮廓形态:纯粹型不可抗力、纯粹型情势变更、不可抗力与情势变更的交叉混合。前两种形态可按照制度构成要件进行对应适用,尚无较大争议,然而混合状态下制度的区分适用仍存在很大的法律空缺。本部分将着重探讨混合状态下法律适用及合同解除、违约责任、风险负担等问题,并从形态与结果两个维度对混合状态下不可抗力与情势变更的关联适用提出解决方案。

(一) 不可抗力规则与情势变更规则交叉适用的共性问题解决

在不可抗力制度中,无论是法定不可抗力规则还是不可抗力条款,均会与情势变更制度产生交叉混合,而混合状态下应如何解决合同的解除、违约责任的承担以及损害赔偿的风险负担,是司法实践中需要解决的重要问题。

1. 不可抗力与情势变更交叉场合下合同解除

立足于中国法,不可抗力采取的解除方式为通知解除,情势变更采用法院裁判解除。当不可抗力与情势变更产生“交集”,应当如何适用法律?参考《国际商事合同通则》,其规定“由受到这些事件影响的一方当事人决定究竟采取何种救济措施”,赋予了当事人自行选择的权利,但当二者主张不同的解除方式产生纷争时,何者主张能胜出便具有实际意义。有学者提出,同样都是可以使合同解除的法律规范,情势变更在构成要件上需经法院裁判解除,比不可抗力要更为严格。因此可以将前者作为特别

法,后者作为普通法,依照特别法优先适用的原则,通过诉讼由法院裁判是否解除。^①对于不可抗力与情势变更,其不仅在逻辑上具有普通与特别的关系,其同时被规定为不同的法律规范并存,符合普通法与特别法的要求。以上述学者所提观点为基础,不妨以情势变更为特别法,优先适用其解除方式,即由法院或仲裁委员会决定是否解除。

2. 不可抗力免责制度与情势变更规则

从不可抗力与情势变更的制度定位分析,情势变更关注的是合同的走向,不可抗力适用的结果主要是合同终止后的利益调整 and 责任的减免。如前文所述,当出现不可抗力与情势变更间相互转化的事实时,则涉及到违约责任的认定问题,而现行司法框架下无法实现对违约责任的适用又会导致司法裁判中实质上的不公平,因此需要对情势变更不承担违约责任的法理基础进行探讨。有观点提出,可以通过赋予受不利益方“中止履行”的抗辩权,以解决违约责任的负担问题。^②但应明确的是,变更或解除的后果只能通过当事人协商决定或法院作出裁判,在此之前合同当然未失去效力,实行中止履行抗辩权并不具有法律基础。还有观点提出,若我国立法及学理就不可抗力及情势变更采取的是像 CISG 那样概括立法,自可借助《民法典》第 590 条对情势变更或者艰难情形发挥规范功能,进而解决情势变更的违约责任问题。但此观点未考虑到我国不可抗力与情势变更的立法模式及二者间存在的诸多差异,并不具有实行的客观基础。

显然以上两种路径都无法合理解决情势变更下当事人违约责任的承担问题。对此,本文认为,《民法典》533 条使情势变更得以对不可抗力进行兼容,意味着承认了两者之间的兼容关系,两制度在发挥各自作用的同时,可以寻求功能上的互补。^③当不可抗力事件引发情势变更导致合同需要变更或解除,可以通过不可抗力免责规则作用于情势变更制度终止后,根据不可抗力的影响确定违约责任的免除。而当情势变更中的客观情况,引发类似于不可抗力情境下的“不能履行”时,仍可將不可抗力免责规则嫁接到情势变更制度当中,适用原因比例原则确立违约责任的承担。使两者达到功能上的互补,为解决合同纠纷提供更多补充机制。

3. 不可抗力损失赔偿机制与情势变更规则

在不可抗力中,若导致全部不能履行,会导致合同解除。那么不可抗力项下的合同解除是否需要承担损害赔偿?谭启平教授根据损害赔偿程度所提出的两种标准更为合理,一是违约中的损害赔偿,当事人因违约所失的期待利益;二是基于合同解除时赔偿当事人的信赖利益。^④不可抗力所致的合同解除可以引发关于信赖利益损害赔偿

① 参见韩世远:《情势变更若干问题研究》,载《中外法学》2014 年第 3 期。

② 参见韩世远:《合同法总论》(第四版),法制出版社 2018 年版,第 512 页。

③ 参见吴一平:《情势变更原则法律适用比较分析》,载《江苏社会科学》2013 年第 3 期。

④ 参见谭启平:《不可抗力与合同中的民事责任承担》,载《河北法学》2020 年第 3 期。



的免除。而情势变更在客观情况发生变化的过程中,如何处理违约损害赔偿?在《合同法解释(二)》的框架下,适用情势变更而解除合同后,如果需要赔偿的,法院可能基于公平原则,酌情分配相关损失,^①也可能直接依据《合同法》第97条判决赔偿损失。但在《民法典》颁布后,情势变更具有了兼容性,适用情势变更而解除合同需要赔偿的,裁判者在依据《民法典》第566条判决损失数额时,可以尝试采取不可抗力损失承担规则,免除信赖利益的损害赔偿,也可直接根据不可抗力免责规则,结合合同履行的障碍程度判决免除或部分免除赔偿义务,^②以解决混合状态下利益失衡问题。

(二) 不可抗力规则与情势变更规则交叉适用的特性解决方案

无论是约定不可抗力条款还是法定不可抗力规则,均有可能出现不可抗力与情势变更混合适用的情形,除在共性层面解决混合时的合同解除方式、损害承担、违约责任等问题,还需探讨形态与结果两个维度下所产生混合适用的各具体类型提供具体解决方案。

1. 不可抗力与情势变更形态交叉下的解决方案

形态论下,因无法辨析政府通知、罢工、疫情或某种事件的性质,但事件的发生又兼具不可抗力或情势变更的属性时,可适当往客观基础变化导致的履行障碍结果倾斜,原则上履行不能以不可抗力规则适用为主,履行困难以情势变更规则适用为主。但以某一制度为主线条进行适用时,仍需考虑不可抗力规则与情势变更的关联合并适用,关联的重心在于“手段”——即解决问题的手段可以拆借互补,即运用情势变更制度对合同进行修正、运用不可抗力规则的风险赔偿机制解决损失承担与违约责任问题相结合。

2. 不可抗力与情势变更结果交叉下的解决方案

在不可抗力与情势变更的履行障碍结果出现交叉混合,因而出现不可抗力导致部分履行不能、瑕疵履行、一时履行不能,不可抗力导致履行困难及情势变更导致履行无意义或履行不能三种形态时,择一适用机制或惟结果导向的一元化机制显然无法满足合同履行障碍纠纷多元化的需求。为避免不可抗力与情势变更的规则适用往极端方向发展,应根据履行障碍的具体情形,以一种规则为基准,同时引入另一种规则作为补充,通过关联模式构建更合理的互补性规则配置。

(1) 不可抗力事件导致迟延履行、瑕疵履行、部分履行。一方当事人主张适用不可抗力免除责任,另一方当事人主张适用情势变更制度对合同进行变更时。从两制度

① 参见上海拍谱娱乐有限公司诉上海新黄浦(集团)有限责任公司房屋租赁合同纠纷上诉案,上海市第二中级人民法院(2004)沪二中民二(民)终字第354号民事判决书。

② 参见丁宇翔:《疫情不可抗力的司法认定及与情势变更的衔接》,载《人民司法》2020年第10期。

的规范模式来讲,不可抗力的适用更加规范化,且程序简单,无需像情势变更层报高院,由最高院进行审核,因此法院可将以上情况扩大解释为不能履行,免除当事人一方迟延履行、不适当履行或不完全履行的违约责任,但合同仍有继续适用的空间,可在双方当事人产生合意的情况下,借情势变更的“变更”功能对合同主体予以修改,继续履行剩余合同。

(2) 不可抗力事件导致履行困难。双方因此产生争议诉至法院,对于不可抗力与情势变更规则适用的选择问题。因《民法典》533条已将情势变更则做出了对不可抗力的兼容式修改,此类情况可照情势变更规则进行法律适用。但因“不可抗力”的属性仍掺杂在内,而“不可抗力”作为阻却违法性事由自然排除违约责任,此时不可抗力免责机制与损失赔偿机制可嵌套于情势变更规则之后。

(3) 情势变化导致合同不能履行或履行无意义。在《合同法解释(二)》的规制下其自然归属于情势变更制度,但《民法典》意图从结果区分不可抗力及情势变更,即合同目的无法实现采用不可抗力,履行困难采用情势变更。这一立法变化反而使不属于不可抗力的“情势”所致的合同目的无法实现情形陷入两制度的交叉地带。考虑到“情势”的基础范围,其很难纳入不可抗力制度中,因此建议仍以情势变更制度为基础,对合同进行变更或解除。但因其结果要件又符合“不可抗力”,因此仍如上所述,将不可抗力规则介入到情势变更后,通过不可抗力免责规则和损失负担原则,可根据原因比例原则承担责任、赔偿损失。

表1 不可抗力与情势变更解决路径一览表

不可抗力类型	构成条件	解决方案	法院控制	免责问题	损害赔偿问题
纯粹不可抗力	不能预见、不能避免、不能克服的客观情况——导致合同不能履行。(客观表现例如地震、台风、洪水、海啸、旱灾等自然灾害,也包括社会事件,如战争、暴动等。)	解除合同	当事人享有法定解除权,通知解除即发生合同解除之效力	部分或全部免除违约责任	免除信赖利益的损害赔偿
纯粹情势变更	无法预见的客观情况发生重大变化——导致合同履行困难,继续履行显失公平。(客观表现意外事件、社会经济形势的急剧变化、物价飞涨、货币严重贬值、金融危机等)	解除/变更合同	当事人协商不成的需由法院或仲裁机构裁决变更或解除	仅解决合同是否继续履行的问题,不涉及的违约责任的免除	不涉及损害赔偿解决问题



不可抗力类型	构成条件	解决方案	法院控制	免责问题	损害赔偿问题
交叉混合模式	形态论——概念界定范围上的重叠(例如政府行为) 结果论——履行障碍结果中的重叠(例如不可抗力导致部分履行不能或履行困难,“情势变化”导致合同履行不能或履行无意义)	约定不可抗力条款与情势变更发生混合——看扩张、限缩及排除部分自身是否属于情势变更决定是否排除情势变更的适用 法定不可抗力规则与情势变更发生混合,采用不可抗力与情势变更的关联适用(不可抗力免责机制、损害赔偿机制介入情势变更,或变更制度介入不可抗力)	情势变更要比不可抗力多出一项请求法院解除要件,将前者作为特别法、后者作为普通法,依照特别法优先原则。应通过诉讼由法院或仲裁委裁判解除	将不可抗力免责规则作用于情势变更制度终止后,根据不可抗力的影响确定违约责任免除	采取不可抗力损失承担规则,免除信赖利益的损害赔偿。也可直接根据不可抗力免责规则,视不可抗力对合同履行的影响情况而判决免除或部分免除赔偿义务

结 语

不可抗力与情势变更是解决合同履行障碍纠纷的主要工具,但理论基础的模糊和规则的冲突导致其在司法适用中存在分歧。通过厘清不可抗力与情势变更的关系原理,可以确悉二者绝非互相排斥的对立关系,但因其制度上的差异也无法回到“一元化”的模式中,对不可抗力与情势变更定位最准确的应是二者可以在特定条件下相互转化的“适度混合关系”。辨清二者关系不仅需从其形态入手,亦要结合其所导致的结果,因此单纯的形态论和结果论都无法完整地两制度进行辨析。应在基本形态的基础上正向分析两制度所导致的不同结果,交叉状态下可结合不可抗力规则与不可抗力条款与情势变更相混合的情况分析,以在制度的衔接适用上明晰违约责任、合同解除、损失分担等层面所出现的问题,力求达到个案的平衡。

(责任编辑:王文斌)

被动辞职中诚实信用原则的司法适用及审查标准

蒋力*

内容摘要：基于劳动关系的从属性，强制性规范处于优势地位的用人单位的法定义务，同时被动辞职为权利遭受侵害的劳动者提供立即辞职及取得经济补偿金的制度保护，但法律的单方限制助长了劳动者不诚信行为，进而导致过分保护劳动者带来的权利失衡。诚实信用原则作为劳动法的基本原则，对用人单位和劳动者具有双向调整作用，有利于更好平衡劳雇关系。根据依诚实信用原则确立的用人单位和劳动者双向“主观善意”“客观适当”的评价标准，可分解检视司法实践中常见的“未及时足额支付劳动报酬”“未依法为劳动者缴纳社会保险费”“用人单位调岗调薪”等情形的理解与适用标准。

关键词：被动辞职；诚实信用原则；主观善意；客观适当

中图分类号：DF472 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)06-049-059

一、问题的提出

劳动者被动辞职制度，是劳动法的特别制度，设计目的是为了保障劳动者在用人单位存在严重违法行为时，为保障权益免受损害而被动采取的自我保障措施。由于劳动者在被动辞职中不仅有权立即辞职还可以获得用人单位支付的经济补偿金，因此劳动者辞职后与用人单位发生的被动辞职经济补偿金纠纷较为常见。我国被动辞职制度规定于《劳动合同法》第38条，“用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（二）未及时足额支付劳动报酬的；（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；（五）因本法第二十六

* 蒋力，天津市滨海新区人民法院泰达金融中心法庭三级法官。



条第一款规定的情形致使劳动合同无效的 ;(六)法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。《劳动合同法》第38条采用列举+一般兜底条款的立法模式,列举方式便于法官精准适用法律,并加强用人单位依法履行合同的引导作用。但值得注意的是,《劳动合同法》第38条在单纯强调用人单位的单方限制,而忽略了劳动者的诚实信用义务要求。结构性的权利失衡扰动着现实生活,劳动者辞职时有违诚信原则的情况时有发生。面对劳动者不诚信行为,司法实践中反映出不同的态度,同质化的案件出现截然相反的裁判结果。

以劳动者自愿放弃用人单位缴纳社会保险,事后以未缴纳社会保险为由解除劳动合同关系并要求支付经济补偿金案件为例。在陈某银与蕲春县某棉纺有限公司劳动争议再审案件中,法院认为《劳动合同法》第38条的规定系基于用人单位恶意不履行为劳动者缴纳社保的义务而作出的惩罚性规定,陈某银自愿放弃参加职工社会养老保险,不愿交纳社会保险个人应承担部分,导致用人单位无法为其缴纳社会保险费用,陈某银现再以此为由要求用人单位支付解除劳动合同的经济补偿金,明显有违诚信原则,因此对于陈某银经济补偿金诉讼请求不予支持。^①而在北京市某物业管理有限公司与王某菊劳动争议再审案件中,法院认为,用人单位负有自行申报按时足额缴纳社会保险费的法定责任,劳动者应当缴纳的社会保险费由用人单位代扣代缴。用人单位与劳动者约定不向社会保险经办机构缴纳社会保险费的行为无效。因此导致劳动者提出解除劳动合同的,用人单位应当向劳动者支付经济补偿。^②

在吴某湧与某百货公司劳动争议二审案件,法院判决用人单位应当支付劳动者工资差额但未支持经济补偿金的请求,理由为劳动法律的目的是促使劳动合同双方当事人诚信履行劳动合同,用人单位存在主观恶意、违背诚信原则拖欠或者拒付劳动者工资报酬,才是法律所遏制的对象,在用人单位并非恶意拖欠的情况下,不支持劳动者经济补偿金的请求。^③与前案结果相反的是,李某与深圳某实业公司劳动争议纠纷案件中,用人单位因调整工资结构导致工资迟延发放7天,李某据此提出解除劳动合同关系并要求支付经济补偿金,仲裁及两审法院认定,用人单位存在拖欠、克扣贺某工资情形,其被迫解除劳动合同符合《劳动合同法》第38条的规定,判决用人单位支付贺某经济补偿金15750元。^④

分析矛盾的裁判结果,其根本分歧在于法院采纳的审查标准,是仅审查用人单位的行为是否符合《劳动合同法》规定的形式标准,还是同时兼顾劳雇双方诚实信用的双向审查标准。从文意解析《劳动合同法》第38条的列举项目,我国被动辞职采取

① 参见陈来银诉蕲春县蕲州棉纺有限公司劳动争议案,湖北省高级人民法院(2017)鄂民申3353号民事裁定书。

② 参见北京市爱心自强物业管理有限公司诉王梅菊劳动争议案,北京市高级人民法院(2021)京民申3465号民事裁定书。

③ 参见吴海湧诉新世界百货集团上海汇雅百货有限公司劳动合同案,上海市第一中级人民法院(2020)沪01民终2950号民事判决书。

④ 参见蒋四清:《被迫辞职的认定》,载《中国劳动》2015年第5期。

的是对用人单位的单向形式审查标准,“单向”是指仅审查对象限定于用人单位,不对劳动者辞职行为是否符合诚实信用原则进行判断;“形式标准”是指对用人单位审查范围仅限于用人单位在客观上是否实施了违法或违约行为,而不考量用人单位的主观故意或违法或违约程度。以上案例反映出对用人单位进行单向形式审查的不足:第一,列举式规范缺乏弹性。《劳动合同法》第38条列举了用人单位违法行为情形但是忽略了用人单位主观恶意、违法程度的审查,当用人单位采取的程度轻微、对劳动者权利影响不大或者因不可抗力采取的调整性措施时,承担经济补偿的责任过于严重,导致双方权利的失衡。第二,单向审查过于片面。对用人单位的单向审查忽略了劳动者需履行的诚实信用义务,劳动关系虽具有从属性特征,但劳动合同本质上仍是调整劳雇双方权利义务的双务合同,由用人单位承担全部审查义务不符合公平的价值取向。第三,向社会传递错误导向。机械适用《劳动合同法》第38条带来的反面示范效果,进一步加剧劳动者为获得经济补偿金而在辞职时采取不诚信行为,影响劳动关系的稳定性。解决上述问题的根本路径是确立诚实信用原则作为被动辞职一般性审查原则并依据诚信原则建立兼顾劳雇双方利益的双向审查标准。不可否认诚实信用原则在调整平等主体的民事法律中地位卓然,但在以倾斜性保护劳动者为原则的劳动法领域是否仍具有同样的普适性是本文的逻辑起点。

二、诚实信用原则作为被动辞职一般性审查原则的法理基础及功能

诚实信用是市场经济活动中形成的道德规则,它要求人们在市场活动中讲究信用,恪守诺言,诚实不欺,在不损害他人利益和社会利益的前提下追求自己的利益。^①诚实信用原则作为道德准则,在社会变化使原有的法律秩序出现问题时,作为消除社会矛盾、平衡利益的手段介入法律。18世纪、19世纪个人主义的哲学思潮和自由主义的经济思想,导致法律片面强调当事人意思的自治,而契约制度所强调的当事人意思自治具有“先天的不足”,为解决契约没有约定或约定不能适用的僵化性问题,大陆法系国家引入“道德法律技术化”的“诚实信用原则”,对意思自治加以限制和保护。诚实信用原则最初适用于民法中的债法领域。《德国民法典》第242条规定“债务人负有义务依诚实和信用,并参照交易习惯,履行给付”,其要求债权人行使权利以及债务人履行债务过程中应遵守诚实信用的准则。王泽鉴教授认为,在德国民法中,尽管诚信原则在体系上规定于债篇之中,但实际上它是一项基本的法律,不仅要适用于民法,而且公法与诉讼法也要受其支配,所以诚实信用实际上被称为“帝王条款”,君临法域。

从19世纪的个人本位过渡到20世纪的社会本位,由于市场经济迅速发展的结果导致贫富分化,劳资对立,人们之间的利益冲突愈加复杂,单纯强调个人本位、意思

^① 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社2001年版,第288页。



自治只会加剧矛盾,因而民法思想由极端强调个人自由变为重视社会福利,要求民事主体进行活动时,不仅要顾及双方当事人的利益,还要照顾到社会利益,这正是现代诚实信用原则的内容。^①随着劳动关系的发展,劳动法从民法中分化,国家公权力更多介入以弥补劳动契约中双方的实质不平等,并确立了劳动法的倾斜性保护原则。劳动法也因此兼具私法及公法的双重属性,但是劳动合同主要是调整当事人之间的劳动关系,本质上是一种契约,私法属性是其主要特性。

从私法属性看,无论劳动合同如何特殊,其本质仍然是合同,劳动合同依然要遵循合同制度的基本共性。意思自治作为合同的精髓及核心所在,必然贯穿于劳动合同运行始终,诚实信用原则作为与其桴鼓相应的“帝王条款”,亦当然适用于劳动合同。从公法属性看,诚实信用原则对倾斜性保护原则具有发展和限制的双重作用,一方面劳动法通过对用人单位的诚信义务的法定化与类型化,强化了国家公权力对劳动关系的干预,弥补劳动者一方的弱势地位;另一方面诚实信用原则作为道德价值的法律化,内含倾斜保护“度”的标准,有效防止干预过度或不足。从法的共性价值看,诚信原则之所以能为立法所采纳并作为一项重要的法律原则成功运行至今,其背后还有一个重要原因,即从介入法律之初,诚信这种道德标准就是以一种普遍的、平等的要求对陷于权利义务纠纷中的各方当事人进行评价,这种道德的普遍评价,其最终的目的仍在于努力探寻各方当事人的真实意思表示,所以其既不会因为当事人的身份或社会地位不同而区别对待并展开片面评价,也不会破坏现有的法律秩序,从而成功实现了社会大众对于公平正义的价值追求,强调了社会妥当性价值,体现了社会的实质正义。^②

我国劳动法律立法采纳了诚实信用原则。《民法典》第7条规定:“民事主体从事民事活动,应当遵循诚信原则,秉持诚实,恪守承诺。”由此确立了诚实信用原则在民事实体法的基本规范地位,劳动法律亦对诚实信用原则予以确认。《劳动合同法》第3条规定:“订立劳动合同,应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。”该条款明确了在劳动合同订立阶段双方所应当遵循诚实信用基本原则。如果结合《劳动合同法》第29条“用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定,全面履行各自的义务”进行体系解释,可发现立法者已尝试将诚信原则纳入劳动法律中作为劳雇双方行使权利、履行义务的基本准则。^③诚实信用原则亦当然适用于《劳动合同法》第38条——劳动者被动辞职制度。同时,部分地区的司法实践已明确诚实信用原则的适用性,例如上海市高级人民法院《关于适用劳动合同法若干问题的意见》涉及劳动者被动辞职条款理解规定:“法律规定的目的就是要促使劳动合同当事人双方都诚信履行,无论用人单位还是劳动者,其行使权利、履行义务都不能违背

① 参见曹艳春:《论劳动合同法中的诚实信用原则》,载《法制日报》2005年9月18日,第3版。

② 参见董保华:《劳动立法中道德介入的思辨》,载《政治与法律》2011年第7期。

③ 参见曹艳春:《论劳动合同法中的诚实信用原则》,载《法制日报》2005年9月18日,第3版。

诚实信用的原则。”

《劳动合同法》中确立的诚信原则应当与民法中确立的诚信原则具有同样的内涵，具有确立行为规则、填补法律和合同漏洞、衡平、解释、降低交易费用和增进效率的功能。^①具体到被动辞职制度，诚实信用原则具有以下功能：

1. 确立行为规则

诚实信用原则确立行为规则的功能，即指导用人单位和劳动者合理行使权利、履行义务的功能，在劳动关系中具有双向调整作用，用人单位及劳动者均应诚实信用履行各自义务，即劳动者对用人单位负有忠实义务，用人单位对劳动者负有保护义务。两项对称性义务的正当履行共同构成了被动辞职制度的基础。诚实信用原则一方面要求用人单位尊重劳动者的人格尊严，提供体面劳动的环境，保护照顾劳动者的身心健康，及时完全地支付劳动报酬，提供社会保障，用人单位违反诚实信用原则恶意实质性地损害劳动者合法权益时，用人单位有义务支付劳动者被动经济补偿金。另一方面要求劳动者对用人单位负有忠实义务，在劳动合同履行期间忠诚、勤勉履行职责并合理容忍用人单位的经营管理行为，劳动者在采取辞职行为时亦要遵循诚实信用原则。被动辞职适用诚实信用原则审查的主要作用是促进劳动者合理行使辞职权，及时履行告知义务，合理规制任意辞职权行使，避免被动辞职权利的滥用。简言之，诚实信用原则要求劳雇双方“主观善意”“客观适当”地履行劳动合同。

2. 衡平劳雇双方利益

劳动合同实际上是一种不对等的从属性契约。^②正是基于实质平等的价值，劳动法确立了倾斜保护劳动者的原则，并相应地在制度设置方面体现了对劳动者的倾斜保护。^③然而，过度的倾斜保护会损及用人单位的自主经营权并削弱市场竞争力，诚实信用原则有助于平衡用人单位自主经营权与劳动者权利之间的“度”。《劳动合同法》第38条规定了被动辞职对用人单位的单方形式审查，将审查重点限制于用人单位是否存在违法行为的单一标准。这种简单机械的审查标准忽略了用人单位行为主观认识、严重程度等内容，极大限制了用人单位的经营自主权，从权利保护边界角度看过分偏向于劳动者。诚实信用原则作为被动辞职审查原则，标志着审查标准从用人单位违法行为的单向审查转向兼顾劳动者辞职行为是否符合诚实信用原则双向审查，有助于权利保护边界进入合理范围内，从而平衡用人单位与劳动者利益。

3. 填补列举式立法不足

由于诚实信用原则的普适性，在法律规则和合同用语较为模糊的情形下，发挥解释性适用的重要作用，有利于填补被动辞职制度列举式立法的不足。一是扩大了被动辞职

① 参见王利明：《民法总论》（第二版），中国人民大学出版社2012年版，第55-57页。

② 参见黄越钦：《劳动法论》，台湾政治大学劳工研究所1994年版，第90页。

③ 参见林嘉：《劳动法和社会保障法》，中国人民大学出版社2013年版，第23页。



适用范围。当用人单位实施了列举项目外但严重侵害劳动者权利的行为时,诚实信用原则具有更加灵活的适用空间。司法实践中较为突出的用人单位调岗调薪引发的劳动者辞职引起关注,随着劳动力市场的发展、劳动法律不断完善及劳动者维权意识的增强,强迫劳动、不提供安全生产条件等明显违法行为已经鲜见,而方式更加隐蔽的不合理或歧视性的调岗调薪行为呈现增加态势。如果机械地理解第38条规定,即便调薪可以被纳入调整范围,而单纯调整工作岗位、工作地点也无法被纳入劳动法保护。歧视性调整工作岗位或恶意违背劳动者生活便利的调整工作地点的行为都可以被视为违反诚实信用原则,劳动者有权立即辞职并获得经济补偿金。二是拓展了评价用人单位行为适当性的空间。被动辞职涉及工资报酬等全方面权利,法院不可避免地干涉用人单位薪酬管理、岗位调整等经营管理权。司法机关并非市场经营主体,缺乏商业逻辑运行规则的理解,作为公平正义实现的最终救济手段,司法权力应避免过分干预市场主体的自主经营,只有在用人单位行为违反诚实信用原则严重损害劳动者权利情况下才应介入。

诚实信用原则对被动辞职中劳雇双方起到更好的平衡和规制作用,但由于诚实信用原则的高度概括性增加了司法审查的随意性风险,因此亟待确立明确的具体审查标准。

三、诚实信用原则在被动辞职中的具体审查标准

由于诚实信用原则是抽象性和概括性规则,且具有道德规范和法律规范合为一体的双重调节功能。实践中法院对于诚信原则具体内涵与运用上的阐释往往仍相当简短,各地方关于被动辞职的诚实信用原则适用条件和标准不尽相同。为摆脱困境,需要不断地结合案件事实对法律理念进行具体化,以诚实信用原则双向调整作用为基点,以“主观善意”“客观适当”为解释路径,实现一般诚实信用原则适用向司法类型化审查标准的构建。

(一) 用人单位违法行为具有主观故意

用人单位违法行为具有主观故意,指用人单位在履行劳动合同过程中故意损害劳动者合法安全保障权、报酬权、社会保障权利等劳动者基本权利,以达到降低成本支出或恶意排挤、清退劳动者的目的。《劳动合同法》第38条缺乏用人单位主观的认定标准,但最高人民法院《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释(一)》(以下简称《劳动争议司法解释(一)》)(法释〔2020〕26号)第45条仍沿用了《关于审理劳动争议案件适用法律问题的解释》(法释〔2001〕14号)第15条在关于被动辞职经济补偿金的规定,条文中“克扣”“无故拖欠”工资的表述强调用人单位的主观故意。上海市高级人民法院《关于适用〈劳动合同法〉若干问题的意见》也规定,用人单位因主观恶意而未及时、足额支付劳动报酬及未缴纳社保金的,可以作为劳动者解除劳动合同的理由。但对确因客观导致计算标准不清楚、有争议,导致用人单位未能及时、足额支付劳动报酬及未缴纳社保金的,不能作为劳动者解除劳动合同的依据。该规定强调了

适用被动辞职的前提条件是用人单位的故意行为,对于过失性或者因客观原因导致计算争议的情况则予以差别对待。但是,单独采用主观判断标准会加重司法审判人员在认定主观过错上的负担,仍要通过用人单位外在表现的客观行为,结合以下因素判断用人单位的主观态度:1. 严重违法行为可直接判定用人单位故意,对于未能提供法定劳动条件或强迫劳动等严重违法行为可以直接认定为用人单位存在恶意;2. 考虑客观外部经济环境产生的突发性影响,拖欠工资、社保等违法行为是否因外部客观的不可抗的经济形势变化(例如疫情影响导致的突然的暂时性经营困难)导致还是用人单位主观原因导致;3. 考虑用人单位行为持续性和偶发性,用人单位拖欠工资是因用人单位与劳动者之间发生争议或纠纷(例如违反公司规章制度而导致的扣发工资)可以认定为恶意,但故意长期按低于法定标准执行则推定为主观故意。

(二) 用人单位的行为严重损害劳动者利益

用人单位的行为应遵循诚实信用原则,不得损害或破坏作为劳动关系基础的用人单位与劳动者之间的相互信任和信赖,当用人单位行为足够达到损害双方劳动关系的信赖基础,并导致劳动者不得不做出立即辞职的选择时,才能构成被动辞职的前提条件。诚实信用原则同样要求劳动者善意履行劳动合同,对用人单位负有一定的容忍义务,当用人单位行为严重损害劳动者权利,突破劳动者容忍边界时,劳动者才有权立即辞职。劳动者“客观适当”标准与用人单位“客观适当”标准本质上是一体两面的问题,共同的目标是确定劳动者与用人单位的权利边界。由于被迫辞职的认定与经济补偿金的赔偿直接相关,如果用人单位拖欠劳动者的工资金额远远小于经济补偿金的数额,劳动者选择辞职方式便违背了诚实信用义务之下的容忍义务。一旦大量被克扣或者拖欠小额工资的劳动者选择辞职并要求用人单位赔偿经济补偿金,必然造成劳雇双方利益失衡。被迫辞职制度的目的在于保护劳动者的劳动权,维护劳动关系,而非促使劳动者通过该制度获得利益,破坏劳动关系。^①

劳动法保证劳动者在自由、工作、安全和有尊严的条件下获得体面的工作机会。^②体面劳动权利体现在保障劳动报酬、社会保障、劳动安全、不受歧视地工作等多个方面,当用人单位违反劳动合同项下义务且达到严重有损劳动者体面劳动权利程度时,劳动者有权立即辞职并获得经济补偿金。严重性的判断同样也是客观标准,根据个案具体情况分析,需要结合劳雇双方的合同约定及履行情况综合确定。

(三) 劳动者需及时提出辞职并明示辞职事由

劳动者“主观善意”是指劳动者确实由于用人单位违法行为而选择辞职,这也体现了被动辞职制度的“被动性”或“被迫性”特征。衡量劳动者“主观善意”与否需要具备两个重要条件:

1. 劳动者明示用人单位法定违法事由并以此作为辞职理由。诚实信用原则要求劳

^① 参见伍奕:《被迫辞职之被迫性认定的司法实证分析》,载《河北法学》2018年第10期。

^② 参见胡永霞:《劳动合同法法律问题研究》,武汉大学出版社2016年版,第17-18页。



劳动者内心意思与外在表示一致,劳动者不仅要具有因用人单位不法行为而导致劳动者辞职的内心意思;另一方面要为此内心意思做出外在表示,通过明示用人单位法定违法事由并以此作为辞职理由是劳动者获得经济补偿金的必要条件之一。通常而言,劳动者首次提出辞职时所述理由是劳动者自然状态下的真实想法,事后变更往往是为了博取经济补偿金而刻意为之,变更行为违背内在意思表示与外在意思表示相统一的信赖原则,有违诚实信用原则,除非劳动者有证据证明辞职申请书存在欺诈、胁迫、重大误解等意思表示瑕疵的情形。该审查标准已经在多地司法文件中予以确认,^①但举证责任的分担问题尚不明晰。《劳动争议司法解释(一)》(法释〔2020〕26号)第44条规定,因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议,用人单位负举证责任。基于劳动法倾斜性保护原则,由具有管理权的用人单位承担合理的举证责任是恰当的,但该条款并非确立了举证责任倒置的原则,更不能作为由用人单位承担劳动者被动辞职争议的举证责任依据。与《劳动争议司法解释(一)》第44条的法理基础不同,被动辞职争议中的劳动者为积极行为方,用人单位为消极行为方,劳动者在客观上更加有条件对积极事实加以证明,因此仍应当遵守“谁主张、谁举证”的举证责任原则,不应扩大化理解《劳动争议司法解释(一)》第44条的规定。

2. 劳动者及时提出辞职。劳动者不能因为用人单位确有违法行为而持续享有被动辞职的权利,经过合理期限仍不行使,则劳动者丧失了被动辞职正当性基础。用人单位的违法行为是否得到纠正是重要审查标准,持续性损害劳动者权利行为不因劳动者沉默而丧失权利,劳动者处于天然的弱势地位,基于倾斜性保护劳动者的基本原则,持续性违法行为不能认定为劳动者的默示认可,劳动者有权在违法行为持续发生的任何时间提出辞职。一旦用人单位违法行为终止或者得到纠正,则劳动者被动辞职权利正当性基础丧失,劳动者必须在权利停止侵害的合理时间内及时主张被动辞职。判断及时与否仍需根据个案具体情况确定劳动者审慎做出辞职决定的期间,置于最长时限可参考解除权除斥期间理论确定最长保护期限,当劳动者遭受的待遇符合被动辞职的条件,必须及时行使劳动合同解除权,以使损失降到最低,这属于合同法中的减少损失原则。^②同理,用人单位的违法或者违约行为给劳动者造成损失,劳动者应及时行使被动辞职的权利,可以参考一年时限作为提出辞职的最长合理期限。

① 《北京市高级人民法院、北京市劳动争议仲裁委员会关于劳动争议案件法律适用问题研讨会会议纪要(二)》第39条规定:“对于劳动者提出解除劳动合同的,应以劳动者当时实际解除劳动合同时提出理由作为认定案件事实的依据,劳动者以《劳动合同法》第三十八条规定之外的情形为由提出解除劳动合同,在仲裁或诉讼阶段又主张是用人单位存在前述法定情形迫使其解除劳动合同,请求用人单位支付经济补偿金或赔偿金的,仲裁委、法院不予支持,但劳动者证明在解除劳动合同时,存在欺诈、胁迫、重大误解等违背其真实意思表示的情形的除外。”《深圳市中级人民法院关于审理劳动争议案件的裁判指引》第81条规定:“劳动者以用人单位存在《劳动合同法》第三十八条第一款情形为由提出解除劳动合同的,应当在解除劳动合同时明确告知用人单位解除事由。劳动者在解除劳动合同时未明确告知用人单位解除事由,后又主张系被迫解除劳动合同,要求经济补偿的,不予支持。”

② 参见王晓萍:《推定解雇制度研究》,中国社会科学院2014年硕士学位论文。

诚实信用原则运用于被动辞职制度,从而形成规制用人单位及劳动者的一般性行为准则,这些共性标准可适用于被动辞职的各种情形,由于劳动者主张的辞职前提情形较为多样,各有特征,仍需要进一步细化适用标准。

四、诚实信用原则针对被动辞职具体情形的适用标准

司法实践中,劳动者主张用人单位支付经济补偿金的理由主要为“未及时足额支付劳动报酬”“未依法为劳动者缴纳社会保险费”“用人单位单方调岗调薪”三种情形。以诚实信用原则为基础确定的审查标准作为共性的审查标准适用于此类案件,但由于三类案件各自特征及实践争议焦点不同,因此需要从诚实信用原则出发进一步细化与阐释具体适用标准。

(一)“未及时足额支付劳动报酬”的理解与适用标准

用人单位应诚实信用履行义务,及时足额支付劳动者报酬。“及时”指按照约定或法定时间支付劳动报酬;“足额”指依法发放全部劳动报酬。司法实践中关于“及时”“足额”衡量标准存在差异,重点考察行为严重程度标准、量化程度标准。劳动者享有最低工资保障权,最低工资标准是国家为了保护劳动者的基本生活,在劳动者提供正常劳动的情况下,而强制规定用人单位必须支付给劳动者的最低工资报酬。最低工资标准是用人单位行为的红线,用人单位未按照薪酬周期支付最低工资标准的行为属严重违法行为,劳动者有权立即解除劳动合同。

除此以外,法院可以结合案件具体情况确定迟延的时间、未支付工资的性质、数额,对比劳动者正常收入比例判断劳动者生活影响程度。关于迟延发放问题,《最高人民法院关于审理拒不支付劳动报酬刑事案件适用法律若干问题的解释》第3条第(一)项规定“数额较大”的入罪标准为“拒不支付一名劳动者三个月以上的劳动报酬且数额在五千元至二万元以上的”,该条款采用“期间+数额”模式。欠付劳动报酬的期间为通用标准,可作为确定及时性的参考标准。但不同地域、不同行业的劳动者的劳动报酬差距悬殊,数额标准不宜确定统一标准,根据劳动者具体劳动报酬数额、范围、比例,根据是否实质性影响劳动者生存综合确定。在涉及劳动者过错给用人单位造成损失的,按照《工资支付暂行规定》第16条规定,每月扣除部分不得超过劳动者当月工资的20%,但不得低于最低工资标准。

关于“劳动报酬”范围,依照国家统计局《关于工资总额组成的规定》第4条规定,“劳动报酬”的范围具体包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、加班加点工资、特殊情况下支付的工资。上述项目内容均属于劳动报酬,均应归于本条款中“劳动报酬”的范围。但加班费性质在司法实践中存在不同观点,有观点认为从体系解释角度看,劳动报酬与加班费并非包含与被包含的关系,加班费不属于《劳动合同法》第38



条规定的劳动报酬范围,劳动者因拖欠加班费而主张经济补偿金,不予支持。^①但是,加班费是劳动者通过延长劳动时间向用人单位提供劳动而取得的劳动报酬,是劳动者向用人单位出卖劳动力而获取的等价报酬,符合劳动关系的本质特征,与劳动报酬内涵并无差别。同时,《劳动争议司法解释(一)》第45条将“拒不支付劳动者延长工作时间工资报酬的”情形明确为支付经济补偿金的法定情形,故加班费应纳入“劳动报酬”范围,要结合用人单位未及时足额支付的主观过错及程度判定用人单位是否应当支付经济补偿金。应休未休年休假工资、防暑降温费、冬季取暖补贴及集中供热采暖补助费等法定福利待遇,系政策性规定应支付给劳动者的福利费用,未明确规定纳入劳动报酬范围,且福利待遇发放具有时节性,不对劳动者的生存权造成根本影响,不应纳入“劳动报酬”范围。劳动者主张的未足额支付劳动报酬的差额系未签订书面劳动合同,二倍工资是劳动法对未签订书面劳动合同的用人单位的惩罚性规定,劳动者未实际提供劳动亦无关劳动者生存权,故同样不应纳入“劳动报酬”范围。

企业因不可抗拒原因导致的经营困难情况以致于工资发放迟延,经法定程序后,劳动者因迟延或减少劳动报酬而辞职的,不应支付经济补偿金。《对工资支付暂行规定有关问题的补充规定》第18条规定,所称“无故拖欠”系指用人单位无正当理由超过规定付薪时间未支付劳动者工资。不包括:(1)用人单位遇到非人力所能抗拒的自然灾害、战争等原因、无法按时支付工资;(2)用人单位确因生产经营困难、资金周转受到影响,在征得本单位工会同意后,可暂时延期支付劳动者工资,延期时间的最长限制可由各省、自治区、直辖市劳动行政部门根据各地情况确定。2020年新冠疫情发生后,人力资源社会保障部《关于做好新型冠状病毒感染肺炎疫情防控期间稳定劳动关系支持企业复工复产的意见》规定,支持困难企业协商工资待遇,对暂无工资支付能力的,要引导企业与工会或职工代表协商延期支付,帮助企业减轻资金周转压力。司法实践中对企业经营困难归入为非恶意拖欠劳动报酬,不予支持经济补偿金,^②但前提条件为经过法定的程序要求,征求全体劳动者意见,不能强制性因企业经营困难而降低及延迟发放劳动报酬,如未经民主程序达成合意,则仍认定为未及时足额支付劳动报酬,应支付经济补偿金。

① 参见王林清:《劳动纠纷裁判思路与规范释解》(第三版),法律出版社2016年版,第470-471页。成都市中级人民法院:《成都法院劳动争议白皮书及10大典型案例》,载微信公众号“成都市人民法院”,2020年4月29日。案例8四川某人力资源有限公司与晏某劳动争议案,晏某以未足额获得加班费为由要求支付经济补偿金,法院认为《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第(二)项、第四十六条第(一)项的规定,劳动者以用人单位未及时足额支付劳动报酬为由解除劳动合同,用人单位应当支付经济补偿金。同时,《中华人民共和国劳动合同法》在第八十五条中对劳动报酬与加班费从概念上作出了明确的区分,即劳动报酬与加班费并非包含与被包含的关系。因此,在实践中,应当从体系解释角度认定《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第(二)项中的劳动报酬不包含加班费。故而,劳动者以用人单位未支付加班费为由解除劳动合同不属于《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条第一款第(二)项、第四十六条第(一)项规定的用人单位应当支付经济补偿金的情形。

② 参见陶琛《疫情期间员工因绩效工资减少辞职,能否获得补偿金?》,载《人民法院报》2021年5月8日,第3版。

(二)“未依法为劳动者缴纳社会保险费”的理解与适用标准

用人单位应当诚实信用履行责任,为劳动者依法缴纳社会保险,未依法缴纳社会保险费主要分为未缴纳社会保险费及未足额缴纳社会保险费两种情形。《社会保险法》赋予社会保险行政部门承担征缴责任,审理经济补偿金争议的难点是区分司法权力与行政权力的界限。未缴纳社会保险可以根据保险记录外观判断,但对未足额缴纳社会保险的情形下主张经济补偿金需要以行政部门对未足额缴纳事实的认定为前提条件,未经行政部门认定直接以未足额缴纳社会保险而主张经济补偿金,人民法院无法对事实进行司法审查,故对于经济补偿金的请求不予支持。

劳动者主张辞职经济补偿金应当遵守诚实信用原则,在同意放弃社会保险而事后又以未缴纳社会保险为由主张经济补偿金的情况下,虽然用人单位存在过错应当依法承担补缴责任,但由于劳动者事前同意,不再构成其辞职理由,劳动者以此为由主张辞职,违反诚实信用原则,不应支持经济补偿金。如劳动者在履行合同过程中变更意思表示明确要求用人单位缴纳社会保险,而用人单位仍拒绝缴纳导致劳动者辞职的,用人单位仍应支付经济补偿金。

(三)“用人单位调岗调薪”的理解与适用标准

《劳动合同法》第38条并未明确用人单位调岗调薪导致劳动者辞职可以获得经济补偿金补偿,诚实信用原则弥补了法律列举的不足,将其纳入被动辞职制度调整范围。司法实践中将其中涉及工资调整的案件归入“未及时足额支付劳动报酬”一类予以审查。根据用人单位调整岗位及薪酬待遇的合理性、合法性综合判断,平衡用人单位经营管理权与劳动者权利的冲突。对于不涉及薪酬变化仅是工作岗位、内容或地点的变化亦应当纳入被动辞职争议审查。用人单位为实现排挤劳动者的不法目的而恶意调整工作岗位的行为,违背善意履行合同的义务,则应当支付劳动者经济补偿金。

用人单位调整工作岗位或工作地点应当遵循“主观善意”和“客观适当”的准则,即善意合理地行使经营自主权。结合具体案件,重点考察以下方面:是否符合劳动合同约定;是否经过双方协商;是否符合规章制度以及规章制度是否合理并经过法定程序;是否符合用人单位生产经营的客观需要;岗位是否具有可替代性;是否具有歧视性或侮辱性;工资标准是否降低以及降低工资标准是否协商或经过职工民主程序讨论;对劳动者生活便利程度影响。通过对上述内容的考察综合判断用人单位行为是否符合诚实信用原则,违反义务的用人单位应当向劳动者支付被动辞职经济补偿金。

诚实信用原则作为普遍的道德准则,具有旺盛的生命力,向劳动法律领域扩张性适用,化解了《劳动合同法》第38条列举式规范带来的弊端。准确理解诚实信用原则对劳雇双方的双向调节作用,有利于化解因用人单位责任法定化和类型化而带来的劳雇双方利益过分倾斜的矛盾,不仅在被动辞职纠纷个案中实现利益平衡,更重要的是引导劳雇双方诚信、善意履行劳动合同,有利于构建和谐和谐的劳动关系。

(责任编辑:王文斌)



我国关联企业实质合并重整适用标准研究

丁燕*

内容摘要：通过实证研究检视我国关联企业实质合并重整适用标准存在的内在缺陷，究其根因在于我国现行企业破产法律制度相关立法规则之空白，从而导致各地法院在司法裁判中存在不统一、不规范等诸多问题。从比较法视角分析联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》、美国和日本理论与实务界关于实质合并重整适用标准的具体内容，提炼总结域外法之共性规则，提出完善我国关联企业实质合并重整适用标准的立法建议，如构建利益衡量方法论框架内的多元化标准规则，确立以“法人人格高度混同”标准、“债权人受益”标准与“信赖利益”标准为核心的判断原则，适度吸收“区分成本过高”标准与“重整需要”标准，同时倡导采用“协同重整”之创新方法灵活应对与处理。

关键词：实质合并；人格混同；债权人受益；信赖利益；协同重整

中图分类号：DF411.92 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2021)06-060-072

关联企业实质合并重整是将多个债务人企业的破产财团予以合并，各合并债务人企业的财产被整合为一个破产财团进行重整，各合并重整债权人的所有债权从该破产财团中获得清偿。立法者认为，将不同但相关的破产财团予以合并重整是一个有助于实现破产重整制度价值目标的重要工具。实质合并重整有助于解决债权人重复申报债权、各合并债务人之间的互负债务等问题，节约重整成本和费用，提高效率，提升重整成功率，但实质合并重整会令单个债权人对表决结果的影响力因统一投票而改变，甚至有时会对特定债权人的利益有所损害。鉴于实质合并重整所发生的法律效果与巨大影响，故探讨实质合并重整的适用标准至关重要。首先从规范性文件、司法数据和指导案例等实证方面检讨我国关联企业实质合并重整适用标准存在的缺陷，其次从比较法视角分析联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》、美国和日本理论与实务界关于实质合并重整适用标准的具体内容，提炼总结域外法之共性规则，最后提出完

* 丁燕，青岛大学法学院教授，青岛大学破产法研究中心主任，青岛市法学会破产法研究会会长。

善我国关联企业实质合并重整适用标准的具体建议,以期对我国未来企业破产法修订工作有所裨益。

一、实证视角:我国关联企业实质合并重整适用标准之检讨

(一)司法能动性背景下相关规范性文件述评

虽然《中华人民共和国企业破产法》(下文简称《企业破产法》)对关联企业合并重整未明文规定,但随着企业集团经营模式的普遍性,我国实践中关联企业合并重整的需求日益增多,法院已不再仅仅停留在对个案的探索与创新层面,更倾向于系统梳理并研究出台相关规范性问题,体现了较强的司法能动性,有助于促使我国破产法律制度对社会需求与变革做出积极回应。

最高人民法院和一些地方法院先后出台了相关规范性文件,对关联企业实质合并重整予以明确规定,具有代表性的是2018年3月4日最高人民法院印发的《全国法院破产审判工作会议纪要》(下文简称《会议纪要》),《会议纪要》设专章规定了关联企业破产问题,其中第32条和第33条为关联企业实质合并重整提供了明确的依据。第32条规定了适用标准“三要件”,即关联企业成员之间存在法人人格高度混同、区分各关联企业成员财产的成本过高、严重损害债权人公平清偿利益。但“三要件”之间是并列关系抑或递进关系?每一要件自身判断标准以及是否可以独立作为适用标准?《会议纪要》对此并未明确。《会议纪要》第33条进一步规定,人民法院在审查实质合并申请过程中,可以综合考虑关联企业之间资产的混同程度及其持续时间、各企业之间的利益关系、债权人整体清偿利益、增加企业重整的可能性等因素。从语义解释和体系解释角度出发,第33条强调了“三要件”的适用,同时在此基础上又增加了“重整需要”等标准。

《会议纪要》印发之后,一些地方法院也先后出台了相关工作指引,大体可以归纳为两种类型:第一类基本对《会议纪要》有关实质合并重整的适用标准吸收采纳,如2019年5月云南省高级人民法院《破产案件审判指引(试行)》第37条、2019年9月河北省高级人民法院《破产案件审理规程(试行)》第11条、2019年9月山东省高级人民法院《企业破产案件审理规范指引(试行)》第199条、2020年1月南京市中级人民法院《关于规范重整程序使用提升企业挽救效能的审判指引》第33条、2021年10月20日青岛市中级人民法院《关联企业实质合并破产工作操作指引(试行)》第5条等。第二类是结合本地司法实践经验,对《会议纪要》规定的内容进行了细化与补充,增加了可操作性,如2019年3月深圳市中级人民法院《审理企业重整案件的工作指引(试行)》第45条—第54条、2019年3月四川省高级人民法院《关于审理破产案件若干问题的解答》、2021年5月10日山西省长治市中级人民法院《关于关



联企业实质合并破产工作操作指引(试行)》第2条等规定。

第一类规定虽然仅重复了《会议纪要》规定的适用标准,但对指导本省或本市关联企业实质合并重整审判工作发挥了重要功效;第二类规定则明显增加了可操作性,且具有一定的创新性。如深圳市中级人民法院《审理企业重整案件的工作指引(试行)》第45条—第54条涉及实质合并破产,对实质合并的适用标准、法人人格高度混同的判断标准、举证责任的分配、实质合并的审查等进行了全面规定。四川省高级人民法院《关于审理破产案件若干问题的解答》,强调实践中应当注意区分控制程度较高的关联企业与法人人格高度混同情形的区别。山西省长治市中级人民法院《关于关联企业实质合并破产工作操作指引(试行)》第2条强调适用关联企业实质合并破产方式时应结合2019年9月11日《全国法院民商事审判工作会议纪要》(下文简称《九民纪要》)和《山西省高级人民法院关于法人人格否认案件的审理规范》进行实质审查,审慎适用。总之,各地相关规定不一致,一定程度上影响了司法的统一性与权威性。

(二) 法院裁定关联企业实质合并重整文书的实证分析

1. 《会议纪要》生效后的裁判文书分析——以山东省为例

本文以“全国企业破产重整信息网”作为案例数据库,以2018年3月4日《会议纪要》发布之日至2021年11月7日(本文完稿日)为时间段,输入“合并重整”关键词,检索结果显示共计380条案例,对其逐一筛选,将属于山东地区法院的案例选取出来,并删除重复的案例,最终有效检索的山东地区法院作出的合并重整裁定书为28份。这28份中,合并重整的关联企业数量为5家以上(含5家)的有12个案例,^①占比约43%,5家以下的有16个案例,^②占比约57%。在28个案例中,裁定实质合并重整的法院层级为基层法院的有26个案例,占比约93%。28份裁定文书中法院提及的法律依据通常包括《中华人民共和国民法总则》《中华人民共和国民事诉讼法》《中华人民共和国公司法》《企业破产法》的相关规定,但有一些案例的裁定文书除了提及上述法律依据之外,还明确提及《会议纪要》的规定,尤其重点提及第32条的规定,如山东大海集团等五十七家公司实质合并重整案、烟台渤海制药等四家公司合并重整案等。

① 山东金地集团等十五家公司合并重整案、山东大海集团等五十七家公司合并重整案、山东华金集团等八家公司合并重整案、山东长江汇泉集团等六家公司合并重整案、山东樱花集团等六家公司合并重整案、山东贵和集团等十二家公司合并重整案、山东洁昕纸业等十家公司合并重整案、山东裴堂瓶业等二十家公司合并重整案、山东盛达等五家公司合并重整案、山东玉玺集团等六家公司合并重整案、山东新安凯动力等十五家公司合并重整案、邹平县三利集团等十八家公司合并重整案。

② 山东兖州合金钢等四家公司合并重整案、山东翔宇与宏福公司合并重整案、山东科大鼎新电子等四家公司合并重整案、山东华康食品等四家公司合并重整案、山东盛基投资等三家公司合并重整案、山东制动与陕西制动公司合并重整案、山东龙翔实业等三家公司合并重整案、山东华驰等四家公司合并重整案、滨州海得富莱与海得曲轴公司合并重整案、山东永乐食品等四家公司合并重整案、诚航新能源车辆等四家公司合并重整案、烟台渤海制药等四家公司合并重整案、邹平县长山型材与山东齐瑞公司合并重整案、山东创佳与美尔佳公司合并重整案、山东莱州市百货大楼等四家公司合并重整案、淄博市临淄育新实业与砂浆公司合并重整案。

在 28 份裁定文书中,说理部分在阐述实质合并重整适用标准方面呈现出两种类型:第一类仅采用了法人人格高度混同标准作为单一标准;第二类是依据《会议纪要》第 32 条、第 33 条的规定,采用多种标准予以综合判断。但无论单一抑或多种标准,都存在对法人人格高度混同情形的论证缺陷,如有的裁定文书对高度混同的审查标准过低,甚至达不到公司法审判实务中关于法人人格混同的审查标准,无形中降低了实质合并重整的门槛;有的裁定文书虽然详细论证公司法人人格高度混同的情形,但具体阐述时往往将财务、资产、业务、人员、办公场所等多种混同情形全部论及,并未聚焦于财务和资产混同这一核心内容。而那些表面看似采用多种标准的案例中,大多数裁定文书仅论证法人人格高度混同要件,对于其他要件则一语带过,并未进一步展开相关论证。由此看出,在《会议纪要》出台后,地方法院的大多数法官在形式上严格遵守《会议纪要》第 32 条和 33 条的规定,尤其是对第 32 条规定的“三要件”,基本都适用,但是由于《会议纪要》对相关标准之间的关系并未明确,如何进一步综合判断也未予以明确,导致实质合并重整裁定文书的说理部分存在诸多问题,进而有损对实质合并重整适用标准的正确理解与统一适用。

2. 最高人民法院指导案例 163 号的裁判文书分析

最高人民法院指导案例 163 号“江苏省纺织工业(集团)进出口有限公司及其五家子公司实质合并破产重整案”虽然是最高人民法院于 2021 年 9 月 14 日才正式发布的,但实质合并重整裁定文书于 2017 年 9 月 29 日作出,在《会议纪要》印发时间之前。

在该案中,首先,法院认为关联企业成员之间的法人人格高度混同情形主要表现为住址混同、人员交叉任职混同、财务混同、业务交叉混同、存在大量关联债务及担保等情形,从而认定江苏省纺织工业(集团)进出口有限公司及其五家子公司是一个高度混同的经营体,客观上导致六家公司收益难以正当区分、各公司的资产不能完全相互独立,债权债务清理极为困难。其次,法院对单独重整与实质合并重整的损害进行了比较权衡,从而认为在关联企业存在人格高度混同及不当利益输送的情形下,不仅严重影响各关联企业的债权人公平受偿,也严重影响了社会主义市场经济的公平竞争原则,从根本上违反了企业破产法的实质精神。在此情形下,对人格高度混同的关联企业进行合并重整,纠正关联企业之间不当利益输送、相互控制等违法违规行为,保障各关联企业的债权人公平实现债权,具有相应的法律依据。法院认为,合并重整有利于公平保护江苏省纺织工业(集团)进出口有限公司等六家公司债权人的合法权益。就普通债权人而言,在分别重整的情形下,各关联企业中的利益实质输入企业的普通债权人将获得额外清偿,而利益实质输出企业的普通债权人将可能遭受损失。因此,在关联企业法人人格高度混同的情况下,单独重整将导致普通债权人公平受偿的权利受到损害。进行合并后的整体重整,部分账面资产占优势的关联企业债权人的债权清偿率,虽然可能较分别重整有所降低,使其利益表面上受损,但此种差异的根源



在于各关联企业之间先前的不当关联关系，合并重整正是《企业破产法》公平清理债权债务的体现。就有财产担保债权人及其他债权人而言，因其就担保财产享有优先受偿权或享有其他法定的优先受偿权利，其合法权益并不会因合并重整而受到损害。

可见，该案法院主要采取了法人人格高度混同标准、债权人受益标准，并重点权衡比较单独重整与实质合并重整的各自损害后裁定实质合并重整。但该案所确立的司法裁判标准与《会议纪要》以及各地法院颁布的规范性文件所规定的相关标准规则之间是何关系？各地法院究竟应如何理解关联企业实质合并重整适用标准？上述疑问亟待我国《企业破产法》从立法层面给予足够的关注和回应。

鉴此，通过考察规范性文件、司法数据和指导案例，可以发现我国关联企业实质合并重整适用标准存在的问题很突出。由于我国《企业破产法》对关联企业实质合并重整规定存在立法空白，各地法院在司法能动性背景下出台的规范性文件又极不统一，法官在个案中的理解与适用也大不相同，导致法院在关联企业实质合并重整适用标准方面自由裁量过于宽泛，从而遭受越来越多的批评。批评者认为，我国关联企业实质合并重整适用标准不统一、不规范，导致该制度在实践中被异化甚至被滥用，因此有必要从比较法视角梳理各国相关规则并予以借鉴，完善我国现有立法规则，力图构建相对统一且具有可操作性的适用标准。

二、比较视角：国外关联企业实质合并重整适用标准之启示

并不是所有国家都认可实质合并重整制度，如德国就不认可。德国破产法上没有关联企业合并破产制度，但在修订破产法时，政府于2014年1月30日向联邦议会提交了《简化康采恩破产解决立法草案》，立法者就选择关联企业实质合并抑或程序合并抑或程序协调展开了激烈的论战，最终选择了程序协调，而放弃了实质合并。^①笔者主要介绍联合国国际贸易法委员会编著的《破产法立法指南》、美国和日本理论与实务界关于实质合并重整适用标准的相关规则等内容，并从比较法视角分析归纳其共性规则，从而获得启示。

（一）联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》关于实质合并重整的适用标准

2004年12月2日联合国大会通过了国际贸易法委员会编著的《破产法立法指南》，该指南第二部分“有效和高效率的破产法的核心条文”中仅简单涉及对破产中公司集团的处理问题。但随着世界经济日益一体化，国际国内企业集团开展公司业务越来越普遍，需要提供一套专门针对企业集团破产的制度，以确保能够便利而不是阻碍破产程序迅速高效地展开。于是2010年12月6日联合国大会通过了《破产法立法指南》第三部分“破

^① 参见葛平亮：《德国关联企业破产规制的最新发展及其启示》，载《月旦财经法杂志》2016年第38期。

产企业集团对待办法”,全面详细规定了处理企业集团破产的国内、国际问题。

《破产法立法指南》第二部分强调破产制度评估有关集团对外部债务的责任问题时,需要考量一系列因素,如集团交易中的欺诈所造成的任何损失、公司的管理、业务和财务相互交织的程度;债权人是否旨在与一个经济实体而不是集团内两个或更多的公司发生往来;破产能在多大程度上归因于集团内相关公司的行为。根据这些考虑,法院可以决定公司集团在多大程度上作为单一企业运作,从而裁定实质合并重整。同时还强调法院的另一个重要考虑是实质合并重整对债权人的影响。破产制度在力求确保对债权人整体的公平的同时,必须调合与两个(或者更多的)独立公司发生往来的两组(或者更多组)债权人的权益。如果各公司的合并资产不足以清偿所有债权,这些集体权益将发生冲突。如发生这种情况,集团内资产基础雄厚公司的债权人所持的资产将因集团内另一家资产基础薄弱的债权人的债权而减损。处理这一问题的一种做法是考虑对债权人集体而带来的节省程度是否将超过对个别债权人附带造成的损害。当两家公司都破产时,若不予以合并而进入两个互不关联的破产程序的做法是否将会增加程序的费用和时间,耗费本可提供给债权人的资金,以及造成公司集团中某些公司的股东受益获得回报而牺牲集团中其他公司的债权人的利益。申请人必须使法院相信不实质合并重整而对债权人造成的损害将大于因实行实质合并重整而对异议债权人造成的损害。^①

《破产法立法指南》第三部分“破产企业集团对待办法”第112条、第113条和第114条明确规定了对实质合并重整的适用标准。^②首先,第112条指出,问题要害在于如何权衡考虑各种要件以做出公正和公平的决定;任何一个要件都不一定是结论性的,特定案件中不一定存在所有要件。这些要件包括:出具集团有合并财务报表;集团所有成员合用一个银行账户;集团成员之间利益和所有权的统一;对个别资产和负债进行分离的难度;集团不同成员分担间接费用以及管理、财务和其他相关费用;存在集团内贷款以及贷款的交叉担保;集团成员为图方便不遵守适当手续而彼此转移资产或调拨资金的程度;资本的充足情况;资产或经营业务的混合;指定共同的董事或高级管理人员和举行董事会联合会议;共同营业地;与债权人的欺诈交易;鼓励债权人将集团视为单一实体的做法,使债权人不清楚同其打交道的究竟是集团的哪些成员,或者使集团成员间的法律界限模糊不清;以及实质性合并究竟是为了便于重整,还是为了债权人的利益。其次,第113条强调了法院应重点考察的几个重要因素,如集团成员的事务是否高度混同以致只有付出高昂的费用并耗费大量的时间才能分清资产和负债,或集团成员是否从事欺诈或没有合法商业目的的活动等。最后,第114条

① 参见联合国国际贸易法委员会:《破产法立法指南》(中文版),2006年版,第247-248页。

② 参见联合国国际贸易法委员会:《破产法立法指南》第三部分“破产企业集团对待办法”,联合国维也纳办事处英文、出版和图书馆科2012年版,第62-63页。



阐述了欺诈标准的内容，即此处所谓欺诈，并非是指公司日常经营中发生的欺诈，而是指其活动根本没有正当的商业目的。如债务人几乎将所有资产转移至某个新设立的实体或其自身拥有的不同实体，目的是为了自己的利益而保全和保留这些资产，对其债权人进行阻挠、拖延和欺诈等等。此外，《破产法立法指南》第三部分建议第 237 条还创新性地规定了协同重整计划^①，主要指对于不符合实质合并也不符合程序合并的案例，破产法应允许通过涉及若干成员的单一重整计划或通过每个成员大体上类似的协调一致计划对债务人进行重整。

综合《破产法立法指南》第二部分与第三部分的内容，联合国国际贸易法委员会已经构建了实质合并重整的统一适用标准，主要是宏观层面的利益衡量原则，微观层面的欺诈标准、集团成员事务高度混同标准以及债权人受益标准等，同时还创新性地规定了协同重整计划。

（二）美国衡平法上的实质合并重整适用标准

美国联邦破产法典对实质合并的条件和法律效力并无规定，主要由法院根据其衡平法上的权力发展起来的。尽管美国学者仍在就实质合并究竟是仅仅适用于极少数特殊的案件，还是应当遵循常规做法进行讨论，尤其是 Jonathan Landers 教授主张对该规则的常规适用，而 Richard Posner 法官反对，争论曾到达顶峰。多数法院都认为由于实质合并会对一些债权人产生潜在损害，因而仅能将其看作一种特殊的救济手段并谨慎适用。然而，也有一些法院开始意识到，随着公司集团模式在商业中的广泛运用，过去那种过于谨慎的态度或许可以放开一些了。法院是否作出实质合并重整的裁定主要取决于利益衡量的结果，法院需要对实质合并重整带来的损害和案件继续分别进行将产生的损害进行权衡。换句话说，只有无担保债权人整体将因实质合并重整而获得净收益时，才可以实施。严格地说，只有当利益衡量的结果明显倾向于实质合并重整之时，才应进行实质合并重整。

法院为此归纳出了若干在利益衡量中应予考察的因素：第一，各关联债务人之间是否合并财务报表；第二，在所有关系和其他利益上是否具有一致性；第三，是否存在内部的相互担保；第四，资产和负债的混同程度；第五，是否进行了不顾公司独立人格的财产的移转；第六，财产和业务是否存在混同；第七，在同一法院合并审理的益处。实质合并重整并不需要上述所有因素都成立。事实上，在实务中，法院将上述因素根据其特征归纳为两类，一类是所有债权人在与各相关债务人进行交易时都将他们当作单个经济上的主体，并且在拓展信用时并不存在对他们的独立人格的信赖；另

^① 参见联合国国际贸易法委员会：《破产法立法指南》第三部分“破产企业集团对待办法”，联合国维也纳办事处英文、出版和图书馆科 2012 年版，第 82 页。

一类是各债务人的事项过于混同,实质合并重整对所有债权人都是有利的。^①由此可见,美国作为实质合并重整制度的发源国,主要采取的是利益衡量原则以及债权人受益标准、信赖利益标准等。

(三) 日本理论与实务界关于实质合并重整的适用标准

日本现行破产立法对实质合并重整虽未明确规定,但在实务中予以认可。理论界对此仍存争议,代表性学说是伊藤教授的“肯定说”与松下教授的“否定说”。^②“肯定说”强调为了利益相关方的公平需要实质合并重整,而“否定说”认为应尽可能强调与实体法律秩序的连续性和债权人的可预见性。

日本实务中关于认可实质合并重整的适用标准主要包括:第一,法人格否认的事实存在;第二,关联企业之间在事业、资金、经营等方面的不可分割性;第三,关联企业之间资产与负债的混同情况;第四,对企业集团信用的一体化评价,尤其是分析债权人是否以个别企业的信用水平为前提进行交易。当符合上述标准时,如果不实施合并重整,而是单独重整,单独制定重整计划,则可能出现无法保证债权人实质平衡的情况。

在具体认可实质合并重整及其法律效果方面,目前主要两种类型:一种是严格认定实质合并重整的要件,其效果是对清偿率相同、重复债权的一体化、内部债权的消灭这三者的效果全部认可;另一种是根据集团企业的实际情况,根据个别具体案例,为了实现债权人之间的实质平衡在必要的范围内认可其所需的效果。对于第一种类型,从要件上来说,由于集团企业之间的资产及负债有明显的混同,每个企业个别地开展程序将造成过高的程序成本,由此导致对于债权人全体而言清偿率比实体合并时更低,或者存在适用法人人格否认的事实,且对于普通债权人而言应否定个别企业责任财产的独立性。但对于上市公司之类的集团企业,通常不存在财产和负债明显混同难以个别开展程序的困难情况,并且也往往不具备适用法人人格否认的事实,所以鲜有满足上述要件的。对于第二种类型,即根据集团企业的实际情况,为了谋求债权人之间的实质公正、平衡,认定不同的效果,或者使清偿率相同,或者使重复债权一体化,或者使内部债权消灭,或者使内部债权劣后等。尤其对于像已经上市的集团企业,存在集团企业之间的不可分割性或是对企业集团信用的一体化评价的情形,此类案件虽然尚不能适用法人人格否认,或是不能认定其资产与负债有明显混同等,但也应当认可实质合并的部分乃至全部效果。在日本实践中,较为普遍是按照后一种类型来予以适用。由此可见,在日本破产实务中更倾向于对实质合并重整适用标准采取更为灵活的处理方式,即根据关联企业各成员之间的具体情况,确定与其相适应的实质合并重整之法

① 参见【美】查尔斯·J·泰步:《美国破产法新论》(第3版),韩长印等译,中国政法大学出版社2017年版,第265-266页。

② 参见金春:《集团企业破产程序中的实质合并之试论》,载《民事诉讼法杂志》2016年第62卷。



律效果，其中所蕴含的实质公平正义理念尤为突出。

综上，考察联合国国际贸易法委员会《破产法立法指南》、美国和日本理论与实务界关于实质合并重整适用标准，三者虽存差异，但其共性更为明显，即利益衡量原则下的多元化裁定标准。鉴此，未来我国《企业破产法》修订时，应当立足实践，适度借鉴域外法之共性规则，构建符合现实需求的适用标准。

三、功能视角：我国关联企业实质合并重整适用标准之完善

（一）构建利益衡量方法论框架内的多元化标准规则

在二十世纪六十年代中期，日本学者加藤一郎主张“获致结论，并非透过法规，而是基于利益衡量之实质的妥当性，并将此结论透过法规等予以构成其理论”之利益衡量论，星野英一主张“作成解释所决定的根据，必须判断今日有怎样的价值，要如何予以实现；怎样的利益，应如何加以保护”之利益考量论，此等观点的提出几乎成为当时民法的解释方法的重心。事实上，利益衡量论不仅限于民法学，而且扩及整个法领域，对裁判实务及法律学研究均有广泛的影响。加藤教授与星野教授所提示之解释方法及基本的立场，虽均号称利益衡量论，彼此间仍有相当大的差异。例如从二者对解释顺序言，加藤教授对具体的纷争解决之法的适用，虽一直存在心中，但其系将法规排除在外之利益衡量，其解释之顺序可以排列为结论→依据法规之理论构成→依利益衡量所得结论之修正及变更。相对于此，星野教授则主张在对具体的事件适用以前，应将法的解释存于心中，首先透过条文的文义解释、论理解释及探究立法者的意思，得出结论，并根据结论之妥当性予以利益考量及价值判断，加以检讨，如认为有必要时则修正或变更其结论，为其解释之顺序。此外，关于利益衡量及价值判断的标准，加藤教授及星野教授都认为，希冀从某些实质的原理基准，立即导出民法等法律解释具体的价值判断的想法，不但不可能且亦不确切。同时，加藤教授为某对立的利益或利益的均衡，系采取以实现社会的最大值为目标的功利主义，将其重点集中在专注利益衡量此一点上。而星野教授在采取新自然法论的立场，强调不能仅依利益考量来决定结论，最后仍由承担责任者来做价值判断。^①

虽然加藤教授与星野教授的利益衡量论存在不同，但两者不乏共性，即均期待并信赖法官能够发挥积极主动性，实现“法官造法”，以确保判决之具体的妥当性。破产审判法官采用利益衡量方法论综合考察多种标准与因素，从而对实质合并重整与否作出价值判断，并非易事。在破产重整制度中，存在的利益相关方众多，债务人、原股东、债权人、投资人等各方利益错综复杂，而破产程序作为概括式的集体清偿程序，

^① 参见杨仁寿《法学方法论之进展——实践哲学的复兴》，三民书局有限公司2013年版，第443-444页。

将债务人与债权人之间二元对立的传统模式转换为多方利益冲突与协调的新模式。在关联企业破产程序中,各关联企业债权人之间的矛盾冲突更为显著,实质公平正义仍是价值判断的第一要义,因此,虽然是对多种标准、要件与因素予以综合判断,但其本质依然是追求与实现债权人利益的实质公平正义。

(二) 多元化标准规则的体系构成

国内外理论与实务关于多元化标准的内容主要包括法人人格混同标准、欺诈标准、重整需要标准、债权人受益标准、区分成本过高标准、信赖利益标准等等。在我国现行法律体系框架内,应采纳具有包容性的多元化标准规则,与此同时,系统构建三大核心标准,即法人人格高度混同标准、债权人受益标准、信赖利益标准。

1. 法人人格高度混同标准的认定

《九民纪要》第 10 条专门对法人人格混同的内容做了详细规定,特别强调认定公司人格与股东人格是否存在混同,最根本的判断标准是公司是否具有独立意思和独立财产,最主要的表现是公司的财产与股东的财产是否混同且无法区分。考察域外法,法人人格高度混同是判断实质合并重整的基本要素,采用该标准可以吸收“区分成本过高”标准,并可对是否需要将关联企业中的非破产成员纳入程序作出合理解释。

法院在审理案件时,关键要审查资产和负债是否构成人格混同,而不要求同时具备其他方面的混同。在一些案例中,申请人往往提供评估机构出具的关于资产混同的专项报告和审计机构独立作出的关于财务混同的审计报告,对于上述报告,法院不能过于依赖或者简单采信,判断是否构成人格混同,应严格按照《九民纪要》的规定对相关系列证据材料进行综合审查与判断。《会议纪要》对人格混同的表述是“高度混同”,所谓“高度”,无疑是对混合程度的要求,对此,法院需要结合混同的各项要素、混同持续的时间,以及区分成本过高,从而对混同程度作出判断。由于混合程度难以量化,通常申请人会将其描述为没有希望或实际上不可能将资产、债务等分开;或者分清关联企业成员的相互关系和资产的所有权所需时间和费用与结果不相称;或者所需的时间和费用非常多以致危及债权人任何净资产的变现。鉴此,在此类案件中,实质合并重整恐怕是唯一现实的选择,法院不得不实施实质合并重整。由此可见,区分成本过高不是独立判断标准,而是高度混同的主要体现或必然结果。

但需要注意,人格混同并不必然导致适用实质合并重整,只有高度混同导致区分成本过高,严重损害全体债权人利益,才会触发实质合并重整要件。为避免对实践中控制程度较高的关联企业滥用关联企业实质合并制度,四川省高级人民法院印发的《关于审理破产案件若干问题的解答》特别强调,实践中应当注意区分控制程度较高的关联企业与法人人格高度混同情形的区别,控制程度较高的关联企业运营中的一些共性特征如资金的统一调拨使用、财务印章的统一管理等,不能简单将其作为判断是否构成法人人格高度混同的标准;法人人格高度混同的认定标准需是达到关联企业的资产



及负债无法区分或区分成本过于高昂,且将严重损害债权人公平清偿利益的程度。

与此相关的另外一个重要问题是,法人人格高度混同标准决定了并入实质合并重整程序的关联企业成员范围。司法实践中各方曾对未达破产界限的关联企业成员是否能被并入程序产生较大争议,但如果深刻理解法人人格高度混同的本质内容,此问题将迎刃而解,因为对其进行判断的标准就是考察是否构成人格高度混同。如果某些成员企业财务状况很好,但有可能是由于人格高度混同而转移掏空其他成员企业所致,则将未达破产界限的成员企业并入实质合并重整范围具有正当理由。

2. 债权人受益标准的衡量

债权人受益标准包括“全体债权人受益”标准与“债权人整体受益”标准,前者是指实质合并重整将使所有债权人都受益,后者是指从整体来看,实质合并重整所带来的整体利益大于给部分债权人造成的损害。该标准可以适度吸收“重整需要”标准,并且为了实现实质公平正义,有必要建立受到损害的债权人的补偿机制。

从理论上说,如果实质合并重整使所有债权人都受益,那适用实质合并重整不应存在任何障碍,但是由于实质合并重整是即将进行的未来状态,使所有债权人都受益的评估与论证也是在模拟状态下展开的,因此在现实中总是会有异议债权人主张自己的利益受到损害,此时“全体债权人受益”标准往往向“债权人整体受益”标准转换。简言之,债权人受益标准其实本质上就是债权人整体受益标准。

此时,需要引入法经济学的有关“成本收益”研究范式来比较实质合并重整所带来的整体利益与给部分债权人造成的损害之间的大小与多少。首先,计算实质合并重整所带来的整体利益,即计算“收益”,包括但不限于如下内容:一是合并重整不仅能增加重整可能性,更能增加重整成功性,可以提升整体营运价值,实现债务人财产价值最大化,从而使普通债权人的清偿率提高;二是实质合并重整的法律效果主要体现在内部债权债务关系消灭,减少各项成本,如撤销权的行使、财务调账等,债权也无需重复申报,降低债权审核工作量,制定与适用统一的重整计划方案,可以提高效率、降低成本,从而产生较多利益,这是单独重整不可能具备的优势。其次,计算实质合并重整给部分债权人造成的损害,即计算“成本”,主要指单独重整程序下部分债权人得到的清偿额减去合并重整程序下该部分债权人得到的清偿额。最后,需要比较收益与成本,计算并论证收益远远大于成本。此时存在计算方面的技术难题,即债务人财产价值最大化,整体营运价值提升依然是模拟估算之数值,即使在评估机构与审计机构的专业协助下进行估算与核算,依然具有不确定性,因为商业活动原本就很难预测与评估,更遑论未来的商业活动。这种不确定性无疑增加了法官裁定实质合并重整的审查难度,也增加了申请人举证并说服法官的难度。

鉴于此,如果有证据表明债务人企业占关联企业成员的人格发生高度混同,需要实施实质合并重整以避免某些损害或实现某种利益时,法院就会推定应进行实质合并

重整。此时,举证责任就转移给了反对实施实质合并重整的当事人,他们需证明实质合并重整将带来的损害,通常,他们需要证明实质合并重整将减损其原本可得的分配。反对实质合并重整的当事人若能证明这一点,则只有当利益衡量的结果明显更倾向实质合并重整时,法院才会裁定进行实质合并重整。但应强调的是,有必要建立受到损害的债权人的补偿机制。所谓补偿机制主要是指赋予因实质合并重整而受到损害的债权人在财产分配中的优先顺位。受到损害的原因可能是该债权人原来的债务人具有更强的清偿能力,或者是担保债权人因为实质合并重整而丧失了担保。^①

3. 信赖利益标准的考量

信赖利益包括两个截然相反的维度:一是债权人对债务人企业独立人格的信赖利益,二是债权人对关联企业整体作为经济上单一主体的信赖利益。从裁定实质合并重整角度分析,法院采纳的是关联企业整体作为经济上单一主体的信赖利益标准。信赖利益来自于民法中的损害赔偿理论。损害赔偿系民法之核心。损害赔偿之发生,有基于侵权行为,亦有基于法律行为。就后者而言,其损害复可分为信赖利益及履行利益之损害。信赖利益者,指当事人相信法律行为有效成立,而因某种事实之发生,该法律行为(尤其是契约)不成立或无效而生之损害,又称为消极利益之损害。^② 信赖利益标准旨在考量债权人与关联企业成员交易时,是将关联企业作为整体对待并出于对企业集团的信赖与之交易,还是仅仅出于对单个成员的信赖情况。此标准在联合国国际贸易法委员会编著的《破产立法指南》以及美国判例法与日本破产实践中都已经被确立。

对于该标准的适用,法院考察的对象是债权人的信赖利益,如果实质合并重整申请人举证证明债权人在与关联企业成员进行交易时是将关联企业整体当作经济上的单一主体,并且在向他们拓展信用时并不信赖他们的独立人格。在这种情形下,实质合并重整不会对债权人构成不公,因为这些债权人不仅没有对关联企业成员的独立人格产生信赖,还在事实上将他们视为一个整体。相反,当债权人在对关联企业成员提供信贷时对他们的独立人格存在信赖时,法院在决定是否实质合并时就需要相当谨慎了。为判断是否构成这种情形,有些法院采用了举证责任转移的方法。如果有证据大体上表明债务人企业与关联企业成员的人格发生高度混同,需要实施实质合并重整以避免某些损害或实现某种利益时,法院就会推定应进行实质合并重整。此时,举证责任就转移给了反对实施实质合并重整的当事人,他们需证明他们对债务人企业的独立人格存在信赖。

(三) 第三种路径之探索——协同重整

所谓“协同重整”主要指协同重整计划,如前所述,联合国国家贸易法委员会编

① 参见【美】查尔斯·J·泰步:《美国破产法新论》(第三版),韩长印等译,中国政法大学出版社2017年版,第263页。

② 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究(第五册)》,中国政法大学出版社1997年版,第212页。



著的《破产法立法指南》第三部分建议第237条规定,破产法应允许在企业集团两个或多个成员的破产程序中提出协同重整计划。协同重整计划是指通过涉及若干成员的单一重整计划或通过每个成员大体上类似的协调一致计划对债务人进行重整。这类计划有可能节省整个企业集团破产程序的费用,确保以协调一致的方式解决集团的财政困难并实现债权人价值的最大化。当关联企业各成员之间既不符合实质合并又不符合程序合并标准时,《破产法立法指南》给予的重要启示是采取协同重整计划。

单一重整计划或协调一致的计划要求在各个程序中,必须针对计划所涉集团成员编拟和核准相同或类似的重整计划。将针对各成员逐一考虑核准这类计划,由集团各成员的债权人按照单一债务人计划所适用的表决要求进行表决;不应考虑以集团为基础整体核准,也不应允许多数成员的多数债权人强迫核准针对所有成员的计划。这类重整计划必须考虑到不同组别债权人的不同利益,包括考虑在某些情况下宜向集团不同成员的债权人提供不同回报率的可能性。^①

在我国实践中,采取程序协调方式的代表性案例为天津渤海钢铁案,渤钢系48家企业虽为关联企业,但并未构成关联企业之间法人人格高度混同,最终经法院协商后决定采用程序协调方式对48家企业破产案件所涉债权分别予以确认,但统一确定同一管理人,统一召开债权人会议,统一制定重整方案,确保了全体债权人实质公平受偿和重整方案的切实可行性。^②在我国一些关联企业破产案例中,尤其是关联企业中的上市公司成员与其他成员之间既不符合实质合并又不符合程序合并要件时,法院可以考虑运用协同重整思路,统一制定单一重整计划或协调一致的计划,探索有效路径,破解实践难题。

(责任编辑:郝晓越)

① 参见联合国国际贸易法委员会:《破产法立法指南》第三部分“破产企业集团对待办法”,联合国维也纳办事处英文、出版和图书馆科2012年版,第80页。

② 参见《2019年人民法院十大商事案件》,载《人民法院报》2020年1月18日,第4版。

破解破产案件审判疑难问题的进路探究

——以济南破产法庭为分析样本

山东省济南市中级人民法院课题组*

内容摘要：破产制度作为市场主体退出及挽救机制，具有畅通市场主体退出渠道、规范低效无效市场主体退出、促进市场主体优胜劣汰和资源优化配置、推动经济高质量发展的功能和价值。济南破产法庭成立以来，通过加强组织领导、健全工作机制、提升审判质效、强化自身建设等务实举措，完成了营商环境指标评价、“僵尸企业”快速出清、降低企业破产成本、助力产业优化转型等工作。但破产审判工作还面临着法律依据不足、程序衔接不畅、协作效率不高等诸多问题。通过实证分析，以工作成果、问题检视、措施建构为切入点，对济南破产法庭成立一年多以来的工作情况进行深入调研，并以此为基础，结合相关理论和学说以及其他地区法院的经验力争为推进破产审判工作专业化建设提供切实可行的意见和建议。

关键词：破产案件审判；营商环境；破产法庭职能作用

中图分类号：DF411.92 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)06-073-082

2020年4月15日，济南破产法庭正式挂牌成立，成为山东省内首家挂牌成立的破产法庭，为助力济南营创市场化、国际化、法治化营商环境提供了强有力的司法服务和保障。一年多来，济南破产法庭工作有序开展，持续强化审判专业化和体系规范化，在推动省会经济社会高质量发展进程中发挥了优化营商环境、淘汰落后产能、培育新动能、优化要素配置、释放矛盾风险等重要作用。本文结合济南破产法庭成立以来的工作情况，总结以往经验，审视问题不足，提出措施方案，力争为持续推进破产审

* 课题主持人：张爱云，山东省济南市中级人民法院党组书记、院长。课题组成员：严琳琳，山东省济南市中级人民法院破产审判庭庭长；李富建，山东省济南市中级人民法院研究室主任；李毅斌，山东省济南市中级人民法院破产审判庭副庭长；孙兆全，山东省济南市中级人民法院研究室综合二科科长；乔斌，山东省济南市中级人民法院研究室法官助理。



判专业化建设、不断优化法治化营商环境提供有益借鉴。

一、实证分析：破产审理工作的基本情况

（一）工作总体概况

济南破产法庭成立以来，全市法院共受理破产案件 317 件，审结案件 298 件，召开债权人会议 241 次，组织网络拍卖 215 次，清理资产总额 38.89 亿余元，盘活土地 1738.86 亩、房产 59.48 万平方米，处置债权总额 763.53 亿余元，安置职工 3512 人，有力改善了市场环境，释放了市场资源。^①

济南破产法庭着力加强破产审判工作规范化建设，制定出台了《关于破产案件简化审理程序的操作规程（试行）》，区分破产案件的性质和难易程度，明确适用简易程序审理破产案件的程序步骤。对于需要破产重整的案件，研究制定了《关于破产案件预重整操作指引》，推动预重整制度与庭外重组制度、司法重整制度有效衔接。针对破产案件涉及主体较多的现实情况，推动建立完善府院联动机制，加强司法与行政的协调配合，加大对破产企业及企业主逃废债行为的打击力度。持续优化管理人工作机制，先后制定《破产管理人工作指引》《管理人工作评价办法》《破产财产网络拍卖规程》《破产案件指定管理人工作规程》等规范性文件，形成以轮候选任为主、竞争选任为辅的选任方式，积极探索债权人和债务人推荐、债权人和相关部门联合选任管理人的创新型机制。积极参与世界银行营商环境指标评价工作，研究制定《营商环境评价“办理破产”指标工作指导意见》。在此意见指导下，顺利完成 2020 年度国评、省评填报，济南入选全国“办理破产”指标标杆城市，在 80 个城市中位列第 11 位。

（二）破产案件特点

破产案件涉及资产重组、职工安置、社会稳定等一系列问题，利益错综复杂，审理难度颇大。梳理分析济南破产法庭成立以来的破产案件，现阶段济南地区破产审判工作主要存在以下特点：

1. 案件数量大幅度上升。2016 年，济南中院成立破产审判庭。成立以来至 2019 年底，全市法院共受理破产案件 252 件，年均收案 63 件。审结破产案件 164 件，年均结案 41 件。2020 年，济南破产法庭正式挂牌成立。成立以来，全市法院共受理破产案件 317 件，审结 298 件。济南破产法庭成立之后的收案数量，超过 2016-2019 年收案数量之和。受供给侧结构调整和新冠疫情因素影响，通过申请破产寻求司法保护的现象增多，破产案件受理数量增幅明显。

2. 破产企业涉及行业类型、企业性质相对集中。当前，破产的制度价值和社会价值已被各行各业所认可。从全市法院受理的破产案件情况来看，共涉及《国民经济行

^① 数据来源于济南破产法庭案件信息管理系统，截至 2021 年 9 月 30 日。

业分类》(GB/T4754-2017)规定的20个门类行业中的15个,其中所涉行业居前五的为制造业(64家)、批发和零售业(59家)、房地产业(29家)、建筑业(25家)、信息传输、软件和信息技术服务业(13家)。从企业性质来看,受理国有企业破产案件169件,占受理案件总数的53.3%;民营企业破产案件148件,占受理案件总数的46.7%。上述数据分布与济南市的经济结构和产业占比息息相关。比如,在七家市属国有困难企业破产清算工作中,涉案破产企业多为从事棉布印染、制造电子配件的劳动力密集型企业,该类企业构成了济南传统企业类型的重要拼图,曾在一定历史时期为济南经济发展作出突出贡献,但随着科技发展以及产业环境的变化,传统型制造业现大多处于停产状态,该类案件在济南地区受理的破产案件中占比较大。

3. 债务人为破产程序的主要启动者。从统计情况来看,济南破产法庭成立以来,债务人作为申请主体的案件为196件,占受理案件总数的61.6%;债权人作为申请主体的案件为97件,占受理案件总数的30.6%;其他24件,占受理案件总数的7.8%。随着社会公众对破产制度价值及司法功能的深入了解,生产经营困难的企业主动申请进入破产程序的积极性明显增加。一方面,在企业确实无法继续经营,不能清偿到期债务的情况下,债务人可以通过破产程序进行债务清算,合理安置职工;另一方面,部分债务人试图通过破产程序,整合资源,引入外部力量,实现企业重生。因此,债务人申请启动破产程序的主动性较高。而债权人,由于对企业的生产经营情况不了解,无法知晓企业是否已经到了破产的境地,加之通过申请破产而最终受偿的债权比例较小,因此大多不愿主动启动破产程序,出现了债务人作为破产申请主体多于债权人的情况。

4. 破产重整、和解案件占比相对较低。破产重整、和解程序在提高债权人清偿率、恢复企业经营能力、维护社会和谐稳定等方面发挥着重要作用。破产法庭成立以来,全市法院共受理破产重整、和解案件6件,占受案总数的2.0%;审结5件,占结案总数的1.7%。进入破产重整、和解的企业,大多需要政府部门和社会力量的合力扶持才能获得重生,由于缺乏有效的各部门协调配合机制,破产企业大多没有继续投资或者整合的潜在价值,因此该类案件占比较低。但济南破产法庭立足审判职能发挥,努力争取政府和社会支持,还是审理了一批社会效果较好的典型案例,如济南某公司合并和解案以及一批破产重整案,不仅使企业获得新生,而且有效解决了债务重组、项目盘活、烂尾楼续建等难点问题,平等保护了债权人、企业职工、购房人等多方利益主体的合法权益。

5. 破产案件审理周期明显提速。据统计,2016年至2019年,全市法院破产案件的年均审限接近或低于《2020年营商环境评估报告》中国“办理破产”时间指标的1.7年。破产法庭成立以来,全市法院认真贯彻落实党中央关于“繁简分流、轻重分离、快慢分道”的部署要求,适用简易程序快速审结了一批破产案件,办案周期有效提升。严格执行“破风行动”任务要求,加快推进省属、市属“僵尸企业”出清。其中,在处置5家省属企业破产案件中,从立案受理到终结破产程序最短用



时39天,最长用时43天,平均用时40.8天。该系列案件入围全省法院优化营商环境十大典型案例,相关做法被省高院在全省推广。

二、现状检视:破产审判工作中遇到的困难及问题

找准破产审判的“堵点”“痛点”,是推进破产审判工作的重中之重。通过调研发现,破产审判工作中仍存在以下困难和问题:

(一) 破产企业土地使用权处置难

“破产企业土地使用权的处置,是破产案件中一个较为复杂的问题。”^①破产企业的地上建筑物所有权与土地使用权分离致使破产财产无法变现,是阻碍破产案件审理进程的一大“拦路虎”。当前受制于“房地一体”原则,地上物不可能单独变现,需要一并处置土地。但是老旧国有企业和集体企业破产案件中,土地使用权性质一般为划拨,并不属于可以处置的破产财产,这就导致地上建筑物作为破产财产无法在清算程序中变现。如果通过土地收储变更土地性质的方式加以解决,因其属于自然资源和规划部门职能,需要遵循相应程序进行,且受制于政策调整和市政总体规划等因素,往往短期内无法解决,而清算程序不可能无限期等待下去。如果单独拍卖地上建筑物,购买人办理产权过户往往无法得到妥善解决,这就给破产案件审理留下了后患。

(二) 与职工切身利益相关的债权清偿难

“职工债权的保障对于维护职工权益、弘扬公平正义理念、保持良好经济秩序和维护社会稳定具有重要意义。”^②在破产审判中,职工债权清偿难问题较为突出。第一,社保滞纳金属于普通债权,往往不能获得全额清偿,由此产生的后果是社保费用没有得到全额支付,社保部门因此拒绝为企业办理减员等手续,或者拒绝为解除劳动合同的职工办理失业手续,职工权益得不到充分保障。第二,破产法规定对特定财产享有担保权的权利人,对该特定财产享有优先受偿的权利,在企业主要财产设定有抵押权,该财产变价后尚不足或仅能清偿担保债权的情况下,企业职工债权完全得不到清偿,《破产法》第132条规定只适用于《破产法》公布之前产生的职工债权。第三,个别县城没有办理住房公积金的相关部门,在破产财产分配中,虽经管理人与市级住房公积金管理部门多次沟通协调,始终未能提出有效的解决办法,致使已提取的职工住房公积金无法纳入职工个人账户。对此,职工强烈要求将该部分住房公积金以现金形式予以发放,但因住房公积金属社保资金范畴,作出发放决定缺乏法律依据,导致已提取的职工住房公积金无法落户,影响了法院终结破产程序的进度。

① 王欣新:《论破产案件中土地使用权的处理原则》,载《甘肃政法学院学报》2005年第5期。

② 王欣新、杨涛:《破产企业职工债权保障制度研究——改革社会成本的包容和分担》,载《法治研究》2013年第1期。

(三) 破产重整制度效用发挥不明显

“利用破产重整制度推进我国去产能、调结构的经济体制改革,不仅具有市场化的引领作用,更是一种法治文明的彰显。”^①但在现阶段,破产重整制度并未真正发挥出其应有的效用。当前,破产重整的困难主要集中于重整计划执行过程中。一般而言,破产企业的资产重整价值往往必须通过受让股权得以实现。实践中,部分重整企业的股权被其他法院查封或用以质押,根据现行法律规定和市场监督管理局规定,破产法院和管理人难以通过批准重整计划的生效裁定解封或解押,导致重整投资人的投资利益不能及时实现。与正常运营的企业股权不同,破产企业已资不抵债,股权价值缺失,如继续按原有方式处理,可能导致本可通过重整程序走出困境的企业失去重生的机会,损害广大债权人的利益,甚至造成不良社会后果。

(四) 破产管理人相关制度有待健全

在管理人选任方面《最高人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》(法释〔2007〕8号)中明确对指定管理人规定了轮候、抽签、摇号和采取竞争方式等选任方式。实践中,通常采取摇号方式选取管理人,虽然实现了机会公平,但“随机方式针对性不强,选出的管理人往往不符合个案的专业需求”^②,无法保证管理人履职能力与案件复杂程度相匹配,对债权人、债务人推荐选任管理人方面缺少法律规定及程序保障。同时,在管理人聘请审计、评估机构方面,2019年《全国法院民商事审判工作会议纪要》第116条规定:“破产程序中确实需要聘请中介机构对债务人财产进行审计、评估的,根据《企业破产法》第28条的规定,经人民法院许可后,管理人可以自行公开聘请,但是应当对其聘请的中介机构的相关行为进行监督。”该规定为人民法院和管理人根据案情需要公开聘请审计、评估机构,灵活推进破产案件审理提供了依据,但此会议纪要的层级较低。并且,该会议纪要精神与2018年《全国法院破产审判工作会议纪要》第11条的规定不一致,^③管理人员聘用其他人员的许可权和费用如何负担问题,需要在法律层面上予以确认。

(五) 府院联动机制运行不够顺畅

府院联动机制虽然已经建立,但在机制落实中,政府部门的参与积极性不高,“对而不接、联而不动”现象仍然存在,联动机制的保障作用有待进一步发挥。究其原因,目前府院联动机制仅见于中央部委及地方政府的文件规定,政府部门在府院联动机制中的职责未纳入其法定职责范围,导致部分单位在配合法院抓好工作落地落实方面缺乏积极性,联动机制的运行仍停留在面上。

① 邹海林:《供给侧结构性改革与破产重整制度的适用》,载《法律适用》2017年第3期。

② 陆晓燕:《破产管理人制度中司法控制与当事人自治之间的制衡——破产管理人选任制度价值探究》,载《人民司法·应用》2015年第1期。

③ 2018年《全国法院破产审判工作会议纪要》第11条规定:管理人聘用其他人员费用负担的规制。管理人经人民法院许可聘用企业经营管理人,或者管理人确有必要聘请其他社会中介机构或人员处理重大诉讼、仲裁、执行或审计等专业性较强工作,如所需费用需要列入破产费用的,应当经债权人会议同意。



（六）破产重整企业的信用修复不够及时到位

破产重整企业原有的失信记录，特别是留存在银行和市场监督管理部门的失信记录得不到及时修复，导致重整后的企业仍然无法克服融资困难，阻碍了重整企业的重新发展，并使重整投资者的利益受损。某种程度上，“信用修复的优与劣，事关企业破产重整的成功与否，事关企业破产重整前后的存亡和发展。”^① 如何对破产重整企业进行信用修复，铺平破产企业转变为正常经营企业的“最后一公里”，需要法院与相关部门进行有效沟通和协商，也是破产重整程序中面临的重要课题。

（七）办案质效与社会期待仍有差距

破产案件由于债务金额高、适用法律和政策问题复杂，导致案件审理周期普遍偏长。实践中，主要有以下几方面原因：一是现行企业破产法对快速简易程序没有规定，导致破产案件的繁简分流标准不清、程序不明，对市场主体的出清速度较慢。二是涉及刑事程序的破产案件，在刑事案件未终结的情况下，能否将破产程序单独推进，现行法律没有明确规定，影响了办案质效。三是部分破产企业财务资料缺失导致破产案件无法深入推进，而由于现行法律对财务会计账簿缺失的责任主体、责任内容、免责事由等认定均无明确规定，法院很难行使自由裁量权进行追责，该种被动局面难以得到扭转。四是债务人不配合导致管理人工作进展缓慢，特别是债务人的法定代表人和其他高级管理人员消极应对甚至阻挠管理人，造成管理人接管企业、清点财产、核实账目等工作困难重重，管理人职责得不到有效发挥。

三、进路探究：进一步提升破产法庭职能作用的措施建构

当前，全国破产审判工作正在稳步、有序、提速推进，破产审判给市场经济带来的活力和价值正被社会各界广泛认同。通过此次调研，针对盘点检视出的问题，进一步梳理破产审判工作发展思路，努力通过提升破产法庭职能作用，促进破产审判工作科学发展。

（一）坚持理念跟进，准确把握破产审判制度的功能和价值

破产是解决企业深层次矛盾、优化市场资源配置的重要法治途径，既是一种合法的市场退出机制，也是一种合法的企业拯救机制，是促进市场吐故纳新、维护社会稳定的有效方式。破产审判工作必须认真贯彻落实新发展理念，坚持以市场化、法治化作为新时代破产审判的价值导向。一要准确把握破产审判制度的功能，在以往重视破产清算程序的基础上，更加充分地重视破产重整制度的适用，形成“有破有立、既破又整”的新发展格局。尤其是面对破产重整适用率较低的情况，要创新审判机制，规范重整情形，加快推进企业重获新生，最大限度维护企业的合法权益。二要善于发挥

^① 宋玉霞：《实施破产重整企业信用修复制度》，载《人民法治》2016年第9期。

市场的力量,充分发挥市场配置资源的决定性作用,持续推进预重整工作,着力构建起投资人、债权人、困境企业、职工、股东等各方利益主体的洽商谈判平台,通过庭外各方博弈形成重整方案的基本框架,有效提高重整成功率。要坚持破产保护和挽救的破产法意旨,把促进社会公平正义作为核心价值追求,把保障人民安居乐业作为根本目标。尤其是在疫情防控常态化机制下,要注意甄别区分企业陷入困境原因,将服务“六保”实现“六稳”作为破产审判工作的重要方向,“避免使相关市场主体短期内大量涌入破产清算,是后疫情时代人民法院服务社会经济发展的客观需要”^①。

(二) 坚持多措并举,着力解决破产企业管理混乱造成资产和负债清理难问题

1. 紧密结合企业现状,有针对性地开展破产清算工作。法定代表人、股东及相关管理人员下落不明,财务账册、重要资料等缺失,导致破产案件无法清算的,法院可以破产企业无财产可供分配为由终结破产清算程序,同时告知债权人另寻法律途径追究股东及相关人员的法律责任。破产企业有关人员隐匿财产,拒绝配合,不予移交相关证照、财务资料的,法院应指导管理人向债务人或其上级主管部门书面发函,取得上级主管部门支持,敦促债务人限期交接,仍不配合的,及时依法追究相关人员的法律责任。

2. 积极保护破产财产,努力实现破产财产保值增值。破产企业存在账目内部管理混乱情况的,督促管理人在接管破产企业后,尽快调查债务人资产状况,制作财产状况报告,对厂房、机器设备等实物资产,由管理人安排专人进行清点造册和看管维护,防止财产丢失和毁损。破产企业存在财产安全隐患的,及时采取补救措施,已发生财产被盗丢失情况的,全力配合警方追回。此外,对于破产企业有资质类无形资产的,要广泛联系招募意向投资人,同时及时办理资质续期手续,确保资质价值存续,以利于后续开展重整、和解工作。

3. 多方联动,合力打击逃废债行为。“当前我国司法实践中虚假破产罪的入罪率处于低迷状态,主要源于虚假破产行为的认定存在缺陷。”^②因此,应通过府院联动机制协调开展依法打击逃废债工作。要积极协调公安机关加大对与破产企业有关的挪用资金、职务侵占、虚假诉讼、隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿、妨害清算等犯罪行为的立案、侦查以及对破产企业股东、经营管理人员相关情况的协查力度。要积极协调人民银行指令金融机构配合司法部门做好涉破产企业的银行账户查控工作,确保打好“组合拳”,形成打击逃废债行为的整体合力。

(三) 坚持群策群力,着力解决破产企业职工安置难问题

1. 采用多种途径,弥补劳动人事资料缺失带来的调查职工债权难问题。在保护职工合法债权方面,法院要指导管理人一方面向社保局查询破产企业在社保局的社会保

① 郁琳、樊星:《常态化疫情防控中破产审判的法律适用问题》,载《法律适用》2020年第15期。

② 付中华:《虚假破产罪的补辑路径——以“虚假破产行为”认定为中心》,载《中国政法大学学报》2020年第4期。



险缴纳及劳动合同备案情况，调查职工债权的初步线索；另一方面利用能联系上的员工去联系其他员工，通过“熟人圈”查清职工债权。在此基础上，积极帮助申请职工债权的债权人查找和提供能证明劳动关系及欠付工资的证据，以切实保护相关职工的合法权益。

2. 规范解决方式，让职工问题的解决有章可循。针对企业破产过程中出现的需协同解决的共性问题，法院要积极与人社部门座谈沟通，出具相关司法建议或实施意见，推动形成统一的解决路径和办理方式。对于案件中的个性问题，要根据案件实际情况，积极进行个案协调处理。

3. 加强沟通配合，积极疏导化解职工矛盾。要严格落实属地管理稳控责任，协调地方政府或者破产企业上级主管部门在破产立案时作出维稳承诺，对破产程序中可能引发的职工上访等不稳定问题进行兜底。对于职工欠薪和就业问题突出、职工矛盾尖锐的敏感破产案件，积极协调通过政府设立的维稳基金或鼓励第三方垫款等方式，优先解决破产企业职工的安置问题。“为保障职工权益最大化考虑，职工相关权益应当纳入劳动债权的优先序列受偿。”^①政府或第三方就劳动债权的垫款，可以在破产审理中通过一定程序使其按照职工债权的受偿顺序优先获得清偿。

（四）坚持灵活操作，着力解决破产财产处置变现难问题

1. 严格区分破产财产种类，以灵活方式处置破产财产。一是根据破产财产性质，差异化制定变价方案。对于破产财产中的划拨土地，建议由政府收回划拨土地使用权，与地上建筑物一并转让，转让所得价款优先支付出让金，受让人获得出让土地；或者管理人单独转让地上建筑物，划拨土地使用权由受让人承接并承担风险。对于破产财产中的村集体企业，指导管理人与村集体协商，由竞买人重新与村集体签订租赁等相关合同或者由政府通过征用变更土地性质为国有，再通过法定程序进行土地出让。对于存在租赁等权利负担的土地，以利益最大化为原则，指导管理人依法决定是否行使合同解除权，因解除合同而产生不当得利债务的，将该债务作为共益债务随时偿还。二是化整为零，最大限度提升破产财产价值。对具备独立分宗条件的土地，经自然资源、建设等相关部门审核，报当地政府批准后，允许分割转让，以降低大宗土地、房产处置难度。对于整体处置拍卖难度大或者难以分割的破产财产，可以根据财产状况进行房地产、机器设备分开处置。对于拍卖、变卖不成的破产财产，可以在破产分配时进行实物分配或者由管理人将破产财产租赁给他人，所得租赁收入用以清偿破产费用和破产债权，待变现时机成熟时再变现。对于催收成本过高或者收回可能性小的债权，指导管理人向债权人会议作出说明，引导债权人表决放弃债权，避免人力、财力等不必要消耗。对于生产中的破产企业，可以由管理人申请法院许可破产企业继续营业，一方面，有利于机器设备的维修保养、保值，进而有利于破产企业的财产处置；

^① 范志勇：《国有企业破产法律制度构建探析》，载《兰大法律评论》2020年第1辑。

另一方面,“营业是转让型重整程序的对象,此类程序以拯救有继续经营价值的营业组织为主要目标”,^①使得“营业的转让”成为“特殊变价工具”。并且,在破产企业继续经营期间,为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用等列为共益债务,有利于职工权益保障。三是利用网络拍卖信息平台,提高破产财产处置成功率。倡导管理人在淘宝、京东等平台发布拍卖信息,扩大拍卖信息受众覆盖面,吸引最大范围内的潜在竞买人参与竞拍,最大限度提高破产财产处置成功率。同时,网络拍卖既可以有效降低拍卖佣金,减少破产费用的支出,维护债权人权益,更便于社会各界加以监督,使拍卖程序更加公开透明。

2. 建立府院常态化沟通机制,合力破解破产财产处置难题。要充分发挥府院联动积极作用,积极协调政府部门和金融机构简化破产财产过户、权属证书办理等事项,畅通破产财产处置路径。对于大体量的、存在权属与政策障碍的资产,推动成立由国土、税务、规划等部门参加的联动工作平台,协调处理破产财产处置面临的难题。要加强法院、破产管理人与金融机构的沟通配合力度,协调金融机构优化内部规定和审批流程,协同加快推进企业破产程序。要协调金融机构加大对购买破产财产投资者的信贷支持,将信贷支持提前至资产处置中释放,以拟处置破产财产作为抵押担保物,配套提供相应的融资产品,降低买受人融资难度,增加破产财产吸引力,促进交易成功。要积极争取政策扶持,通过府院联动机制,制定相关税费缓减免政策,破除破产企业重整、和解障碍。要及时对重整、和解成功的破产企业进行信用修复,助力破产企业获得新生,切实将府院联动工作成效转化为破产制度的价值成果。

(五) 坚持培育管理,着力解决管理人作用发挥不到位问题

1. 完善管理人选任机制。管理人能力和职能的发挥,直接影响到破产审判工作的质量和效率。因此,应针对破产案件的具体情况,结合破产企业的行业特点、破产原因、财产状况等,差异化确定管理人。对于重大疑难案件,应及时采用竞争方式选任管理人,择优使用,以促进破产案件的顺利推进。

2. 建立切实有效的管理人履职评价制度。“管理人作为破产程序中独有的制度设计,集中体现了破产程序对债务人财产保全、管理以及促进债务人复兴等制度功能。”^②人民法院可要求管理人定期述职,以了解破产案件进展情况,并敦促管理人积极开展工作。在此基础上,可采取个案打分和年度评价相结合的方式对管理人能力进行评价,将评价结果与管理人报酬相挂钩,切实提高管理人履职的积极性和自觉性。对于评分较低的管理人,建议对其实施降级直至不再列入管理人名册之中,营造管理人良性竞争的工作环境,反向激励管理人规范、积极履职。

① 马哲:《“营业”的破产法意义——兼论对我国企业破产法的完善建议》,载《中国政法大学学报》2021年第4期。

② 郁琳:《破产程序中管理人职责履行的强化与监督完善——以管理人的法律地位和制度架构为视角》,载《法律适用》2017年第15期。



3. 积极设立破产费用保障资金池。努力争取政府财政拨付专项保障基金,并通过管理人报酬提留等方式建立破产案件援助基金,不断充盈破产费用保障资金池,切实解决破产案件中管理人报酬不足以及破产案件经费匮乏导致案件久拖不决的问题。要制定周密详尽、公开透明、监管有效的资金制度,严格执行国家有关财务制度,对保障资金的使用实行单独核算、专款专用。对违规使用和骗取援助、保障基金的行为要严肃处理,依法追究相关责任人和机构的责任,确保保障资金发挥积极作用。

(六) 坚持考核激励,着力提升破产案件办理质效

1. 加强破产审判队伍建设。定期组织破产审判专题会、座谈会,邀请破产审判经验丰富的法官分享案件办理心得,研究讨论关联企业破产、房地产企业破产、破产衍生诉讼等疑难复杂案件的审理路径,学习交流破产案件简易审理、管理人选任、个人债务清理等先进工作经验,分析总结经验教训,切实提高破产审判人员的能力水平及办案质效,促进专业素养的提升。

2. 加强对管理人的培训和沟通。通过开展富有针对性的业务培训,加强法院和管理人之间的交流,推动管理人取长补短,精进业务水平,提升实务操作能力。此外,有条件的法院应定期与破产管理人协会就重大案例或者疑难问题组织研讨,着重加强对破产管理人的业务指导,引导破产管理人中介机构吸收具有专业技术知识、企业经营能力的人员,提升其应对复杂案件及独立办案的综合能力。

3. 建立完善业绩考核机制。结合破产审判工作的特点,制定科学的考核标准,综合考量破产案件债权人人数、职工人数、资产复杂情况、债权数额、衍生诉讼数量及预判可能解决的诉讼、执行案件数等情况,确定合适的权重系数,最大限度地反映破产案件的审理特点和人员劳动付出情况,提升法官和其他审判辅助人员审理破产案件的积极性。

(七) 坚持数字赋能,着力推动破产案件办理流程再造

坚持将信息化、专业化作为推进破产审判工作科学发展的重要抓手,将大数据和信息技术切实融入人民法院的破产审判实践,持续优化破产审判工作的质量与效率。要有效利用破产重整案件信息平台,重视基础数据的采集和录入,继续大力推进网络债权人会议的适用率,全面公开企业信息,有效吸引投资者。要充分发挥网络拍卖处置方式的优势,规范完善破产财产网络拍卖制度,建立起信息共享、业务协同、公开透明的信息平台。要深化智慧法院成果应用,研究开发破产案件监督管理系统,进一步利用大数据技术构建破产案件司法综合指数体系框架,让平台可以涵盖破产事项“全流程线上办理”、破产流程“全节点实时管控”、破产主体“全方位智能服务”,实现将案件办理“放在网络”、会议约谈“挂在云端”、证据材料“存在链上”,有效降低破产成本,提升破产案件当事人、管理人参与破产程序的便捷度,真正实现对于破产案件的全流程监督管理。

(责任编辑:郝晓越)

人民法庭参与乡村治理的功能定位与路径选择

山东省高级人民法院课题组*

内容摘要：人民法庭作为扎根基层的司法据点，在乡村治理体系中占据重要位置。当前，受纠纷类型复杂化、审判和治理职能冲突、治理体系零散化等因素影响，人民法庭暴露出多元解纷机制适应性差、诉源减量效果不彰、与群众诉求差距大等问题。对此，从参与乡村治理角度，界定人民法庭职能应当回归历史本源和基层治理运行规则。人民法庭作为乡村治理体系中的专业化法律治理主体，承担着提供社会服务与重构法律正义秩序规则等功能。人民法庭参与乡村治理，加强自身信息化诉讼服务建设，强化与其他治理主体联合，增加对乡村的辐射力和影响力。

关键词：人民法庭；乡村振兴；社会治理

中图分类号：DF822 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)06-083-097

引言

乡村振兴战略是全面建设社会主义现代化国家的重大历史任务，法治是保障和服务乡村振兴的重要手段，《中华人民共和国乡村振兴促进法》明确提出要推进法治乡村建设要求。人民法庭作为扎根乡村的司法据点，在乡村治理体系建设中占据重要位置。有学者将人民法庭的司法活动定性为乡土司法，人民法庭的功能不仅局限于纠纷解决，更在于政府权威及乡村秩序的构建^①，有学者认为应提升人民法庭的地位与功能，

* 课题组成员：刘念虎，山东省高级人民法院研究室主任，三级高级法官；李延禹，山东省高级人民法院研究室综合调研组组长；李璐璐，山东省高级人民法院研究室数据调研组组长；苏晓阳，山东省淄博市淄川区人民法院法官助理。

基金项目：本文系最高人民法院2021年度司法研究重大课题“人民法庭在加强和创新基层社会治理中的职能作用研究”的阶段性成果。

① 参见高其才：《乡土社会中的人民法庭》，载《法律适用》2015年第6期。



把增加人民法庭的设置布局和审判职能作为主要内容与路径,^①还有学者从文化与传统方面剖析了人民法庭参与乡村治理的局限,推行礼法结合的治理机制。^②但目前关于人民法庭如何有力地参与乡村治理,特别是人民法庭如何与其他治理主体实现协同治理的研究较少。本文将通过分析人民法庭参与乡村治理的逻辑定位探索一套适合当下的共治路径,形成相对完整的治理规定,从而指导人民法庭治理工作,服务和保障乡村振兴。

一、人民法庭参与乡村治理的现实困境

我国95%的人民法庭在农村和偏远地区,^③可以说人民法庭的治理场地就在乡村。近些年,人民法庭为了应对乡村治理服务需求,在机构设置、人员编制、具体审判流程等方面的改革确实取得了一定的成效,但在新形势下,人民法庭开展乡村治理工作中也出现了一些新的问题。以S省人民法庭工作的整体情况来看,人民法庭不仅有历史遗留的老旧问题需要改善,而且在乡村社会发展的过程中,还产生了纠纷类型发生变化、政策指导不明等诸多新型问题。人民法庭在乡村治理方面的张力不足,其治理现状与整个中国社会治理的全局要求之间差距依然明显。

(一) 乡村新型纠纷类型涌现,人民法庭治理对象改变

目前的乡村社会除了传统的农地、家事、乡邻纠纷之外,新型纠纷类型不断出现。这代表着乡村治理问题的复杂化、多样化,尤其是农村产业的发展,引发了一系列买卖合同纠纷。通过S省617个人民法庭(其中419个乡村人民法庭)2020年的案件受理情况看,数量占据前几位的案由已经与传统意义上的乡村纠纷大不相同,民间借贷纠纷、金融借款合同纠纷、买卖合同纠纷、劳务合同纠纷等诸多新型非乡土纠纷类型出现,并且数量庞大(见图1)。这是在新时代乡村出现的新问题,此类新型纠纷和涉众纠纷的出现,使得人民法庭原本的审理方式和结构受到挑战。

① 参见顾培东:《人民法庭地位与功能的重构》,载《法学研究》2014年第1期。

② 参见龚浩鸣:《乡村振兴背景下人民法庭参与社会治理的路径完善》,载《法律适用》2018年第23期。

③ 参见赵志:《人民法庭参与社会治理创新的范例分析——现实与制度构建》,载《法律适用》2018年第2期。

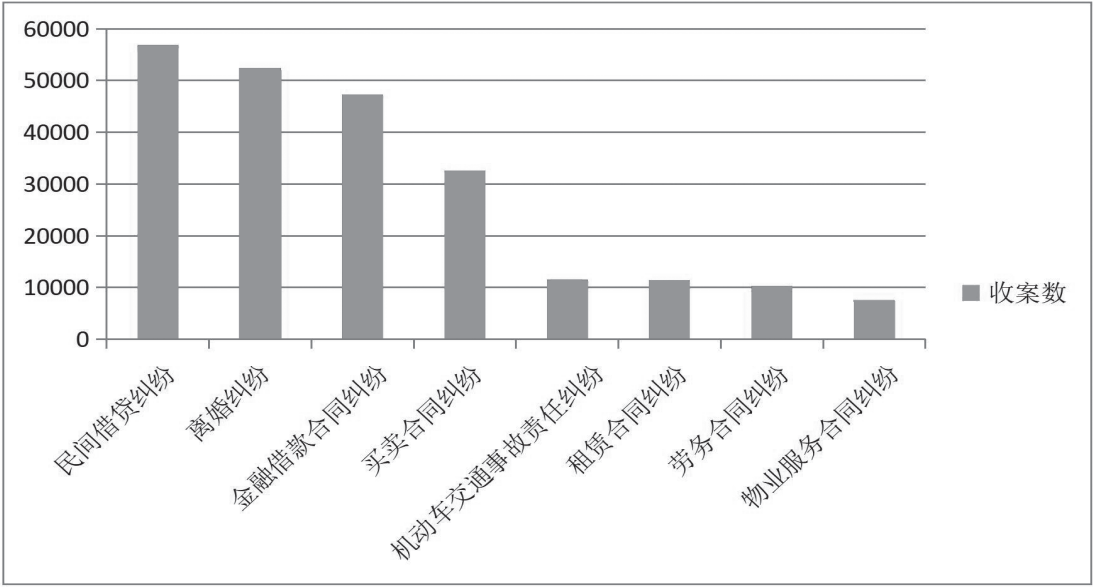


图 1 S 省人民法院 2020 年收案案由明细

（二）人民法院审判工作始终繁重，人民法院治理职能弱化

人民法院设立的初衷，决定了人民法院不是单一化地履行审判上的便民诉讼服务职能的机构，同时还担负着基层社会治理的职能，而当下的人民法院确实呈现着一种职能弱化的趋势。

1. 人民法院办案压力依然巨大，治理职能受制

人民法院直接面向群众，拥有充分的群众基础的同时也吸纳着数量巨大的基层矛盾纠纷。在乡村地区，村民对于司法的接受度日益增加，从原来的规避官司到目前的积极维权，带给人民法院的是急剧增长的案件数量。但是人民法院对乡村社会的治理影响力并没有如同人们所希望的那样同步增长，法官总是疲于办案，因此会影响人民法院基层治理功能的实现。

表 1 S 省各市人民法庭员额法官人均办案数量表

地区	数量	2018 年 -2020 年年均案件数量	员额法官人数	人均办案数量
A 市		52046	132	394
B 市		63918	162	395
C 市		20241	86	235
D 市		9266	52	178
E 市		10710	32	335
F 市		20320	86	236



地区	数量	2018 年 -2020 年年均案件数量	员额法官人数	人均办案数量
G 市		34697	129	269
H 市		31044	96	323
I 市		19036	80	238
G 市		12328	46	268
K 市		12696	41	310
L 市		66637	161	414
M 市		18774	81	232
N 市		26501	84	315
O 市		12261	43	285
P 市		29390	107	275

从表 1 中能够看出，S 省人民法庭员额法官的人均办案数量普遍在两三百件左右，数量多、压力大，必然会挤压法官参与治理的时间，法官无暇顾及乡村社会的治理。

2. 人民法庭辖区矛盾纠纷数量无实质减少，无法印证治理成效

案件数量的变化情况是一个地区治理情况最好的印证表现，而对人民法庭建设的种种资源和技术加持却并未达到预期效果，案件数量仍呈增长态势，真正的治理问题并没有得到进一步的解决。

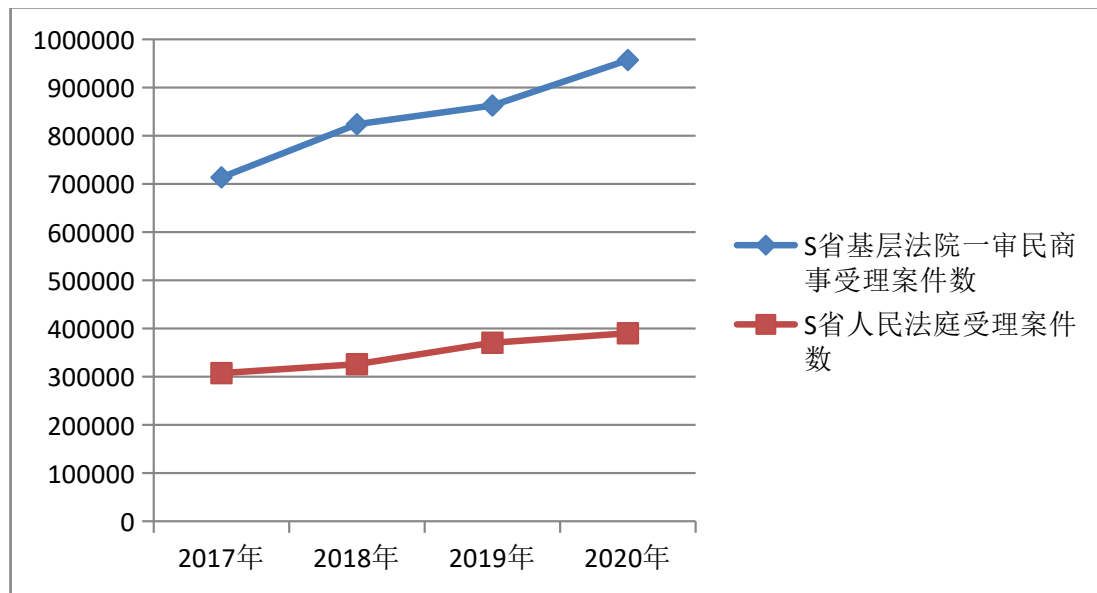


图 2 2017-2020 年 S 省基层法院及人民法庭案件受理数量

自 2017 年起, S 省人民法院的机构设施基本上在不断地翻新, 人民法院人员的配置也在改善, 但是人民法院的案件数量并没有明显的下降, 这种变化趋势完全体现不出治理效能的提升。

(三) 多元解纷机制适用不足, 人民法院治理效益递减

人民法院参与社会治理的途径和所投入的资源看似增加了, 但是实际收益不大。应当前治理任务的要求, 治理资源向基层下沉成为了一种趋势, 这种资源的下沉, 与现今乡村治理的程度相对照, 可以说并没有完全实现治理成果的有效增长。

1. 多元解纷方式的适用力不足、支持力不够

非诉讼纠纷解决机制应是人民法院在案件的审理和区域治理中广泛应用的方式, 通过其他治理主体的努力, 将乡村社会纠纷化解在诉讼之外, 让乡村社会的多元解纷机制真正地活跃起来, 避免司法成为唯一的治理方式。然而, 现实情况是, 通过 S 省人民法院的相关质效情况看, 自 2017 年开始民事案件的调解率和撤诉率始终在 20% 左右, 大部分案件靠判决, 明显与目前的治理要求相悖。

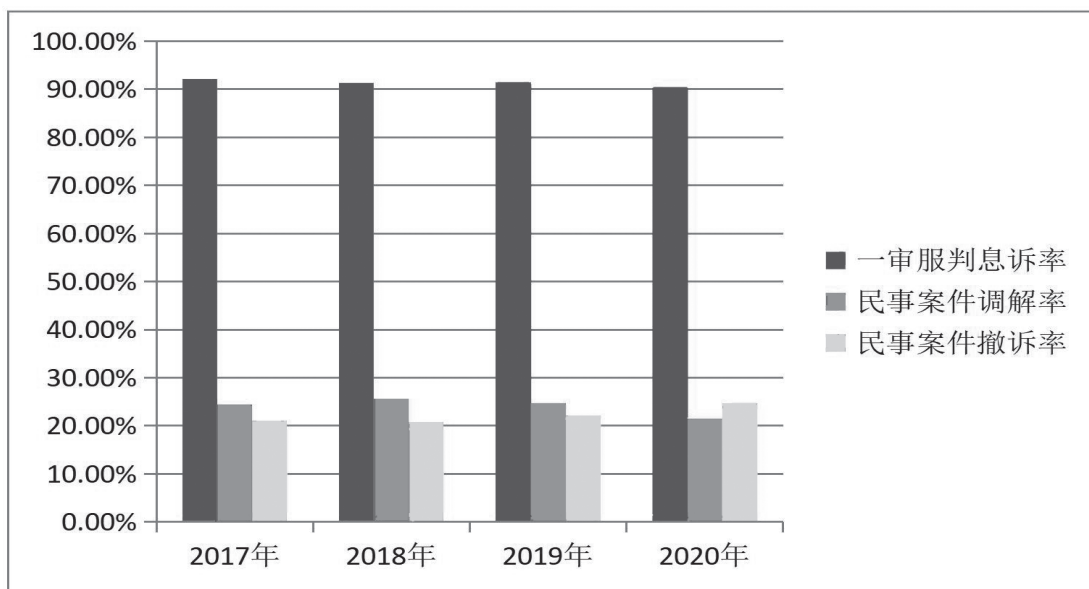


图3 2017-2020年S省人民法院的案件质效情况

2. 人民法院所提供的治理功能与村民需求不相吻合

受纠纷过程的参与程度所限, 人民法院对村民的需求只能针对诉讼行为提供相关的法律知识, 而无法判定其真实的需求。在审理过程中, 经常会遇到标的非常小的案件, 这类案件大多伴随着双方当事人强烈的情绪冲突, 通过询问了解到村民的诉讼目的大多为了争一口气。一般来说, 此类“争口气”的案件矛盾产生时间长, 处理起来棘手,



人民法庭想要单纯的通过法条裁判是无法满足村民真实需求的，除了法律之外，此类纠纷更需要落脚在道德甚至情理方面。

（四）治理规范指导要求不明，人民法庭治理制度滞后

我国现行的规范文件对于人民法庭治理职能的相关事项并没有做出明确具体的规定，无论是人民法庭参与乡村治理的方式、要求，还是与其他治理主体如何配合、人民法庭在治理体系中的定位等，都很难找到一个内容详实，具备操作性的纲领性规范文件（见表 2）。司法实践中各地虽然探索出了诸多工作方法，但是缺少理论上的支持和规则层面的指导，人民法庭参与乡村治理的制度并未真正确立起来。

表 2 我国人民法庭治理职能相关纲领性文件规定对比

	《最高人民法院关于人民法庭若干问题的规定》（1999）	《最高人民法院关于全面加强人民法庭工作的决定》（2005）	《最高人民法院关于进一步加强新形势下人民法庭工作的若干意见》（2014）	《人民法院第五个五年改革纲要（2019-2023）》
法庭治理职能的规定	可以参与社会治安综合治理	维护社会稳定、化解和调处矛盾纠纷、促进经济和社会发展、维护社会稳定	积极参与基层社会治理是人民法庭的重要职能	依法促进基层社会治理
涉及的其他治理主体	人民调解委员会	司法行政部门、人民调解委员会	其他国家机关、群众自治组织、人民调解委员会	未作规定
法庭参与治理的方式	审判案件、调解指导、开展法制宣传教育、提出司法建议	审判案件、调解指导、进行司法确认、培训人民调解员法律业务	审判案件、调解指导、民事纠纷先行调解	未作规定
法庭参与治理的要求	未作规定	未作规定	发挥桥梁纽带和司法保障作用，为其他机构组织化解纠纷提供司法保障；要借助乡规民约，尊重善良风俗和社情民意	充分发挥人民法庭面向基层、面向群众和便利群众诉讼、便利法院审判的优势，依法促进基层社会治理

二、人民法庭参与乡村治理的逻辑进路

要破解人民法庭的治理难题就必须辨明人民法庭的定位。人民法庭首先是一级政权组织，人民法庭的历史是一种国家政策驱动下富有司法理性的“权力下乡”进程；人民法庭的模式是一种以司法技术追求政治理念的权力网络交织方式；人民法庭的审判是一种国家意志依靠法律载体在乡村融入再现的过程；人民法庭的治理是一种国家政权建设的触角在乡村延伸的途径。人民法庭的乡村治理职能既是一种司法的延伸，同时也是国家政权的下沉，是公权力依法介入乡村社会的一种实践，合乎逻辑也合乎

法理。

(一) 人民法庭历史:政策驱动下富有司法理性的“权力下乡”

纵观我国人民法庭的历史沿革,可以发现人民法庭实际上是一种公权力在基层运行手段。其以对农村社会和农民需求为回应对象,无论在司法技术还是诉讼环节等方面都更加偏向于一种政策变通,是一种实践理性。^①这类司法实践在最初是土改、“三反”、“五反”、普选等政治实践,之后是经济发展过程中的各类社会关系所引发的纠纷处理,人民法庭解决的是实践中的社会问题。另一方面,人民法庭特有的司法技术难以脱离人民法庭所在乡村地区特定的地缘范围,这些技艺因人而异、因地制宜,充分体现了司法理性的实践性特点。^②进入新时代,人民法庭更是体现社会共享共治共建的窗口门户,以体现法治精神的司法理性为主导的治理,更是在乡村场域取代了以技术主导的治理。

(二) 人民法庭模式:以司法技术追求政治理念的权力网络交织方式

作为当前司法改革过程中司法活动的样本模式,马锡五审判方式表达出的是中国司法的基本政治理念诉求,^③是将司法技术与权力网络结合在一起而产生的新的权力组织技术。^④从这一角度出发来分析其所催生的我国政法传统,就能看到法律是一种技术手段,是实现乡村社会治理法治化的一种方式。法律制度功能的发挥依赖于社会治理整体定位,与西方单独分立的司法权不同,我国司法与行政本来并非割裂,体现在社会治理上两者更是有着殊途同归的追求。而在实现乡村治理这一目的上,要解决两个难题:一是国家概念这一意识形态在乡村社会的认可程度的提高;二是国家法律与乡村习惯冲突后,新秩序规则的重新树立,后者的相互融合会提升前者的认可程度。

(三) 人民法庭审判:国家意志依靠法律载体在乡村融入再现的过程

人民法庭的审判工作是将作为国家意志载体的法律和政策,在乡村社会,通过直观的方式完成的实践,同时也是国家政权正当性、合法性的再现。

1. 乡村传统文化与国家法律意志通过人民法庭审判相互融合共生

我国法律制度中来自于西方的移植痕迹明显,内外法律文化的冲突强烈,这就导致“国家法律”与“乡土意识”之间存在着语境的差异,审判的落脚点在于通过司法活动消除国家与乡村间的文化思想上的冲突对立。人民法庭处于国家权力与农村基层社会的交汇点,司法审判活动在传递法律的同时,又与地方性的习俗、惯例产生一

① 参见韩登池:《司法理性与理性司法——以法律推理为视角》,载《法学杂志》2011年第2期。

② 参见刘岩、杜晨妍:《论司法理性》,载《法律适用》2008年第1期。

③ 参见魏治勋:《司法现代化视野中的马锡五审判方式》,载《新视野》2010年第2期。

④ 参见强世功:《权力的组织网络与法律的治理化——马锡五审判方式与中国法律的新传统》,载《北大法律评论》2000年第3卷。



定的弥合。政策、法律融入地方，与乡村传统习俗互融共生，乡村治理也在这一过程中基本上被纳入到国家治理的轨道。有学者将乡村人民法庭的活动称之为“乡土司法”。^①“乡土”一词本身就包含着一些值得考量的因素，于是，乡村治理与乡村法治在某种程度上实现了彼此的融合。

2. 乡村司法与权力下沉过程在人民法庭审判中循环交互进行

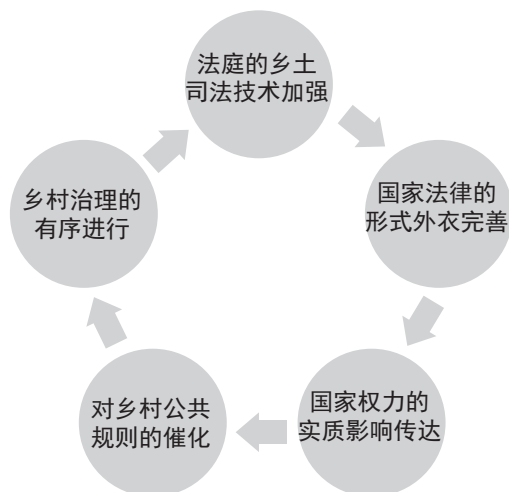


图 4 乡村司法与国家权力的交互过程

人民法庭通过本土化的话术将法治的规范传达给乡民，让政策、法律首先在形式上符合乡村的体系，随后在实质内容上对乡村公共规则进行引导、催化，通过潜移默化的方式使乡村社会的期待与国家的法律匹配起来，最终实现治理的有序。这意味着，人民法庭的审判职能与人民法庭的治理职能实质上是一体两面的关系。现代国家政权在法律规则的约束下伸入乡土社会，通过法律的运作实现权力的合法性。正因如此，在今天对乡村法治的要求前所未有提高，人民法庭的便民诉讼服务承载了更多法律之外的因素。

3. 乡土价值规则与国家社会规则在人民法庭审判中不断修正重合

乡民的法治意识淡薄，村规民约可以称之为乡土价值规则较为正式化的反映，村规民约代表的是转型中乡村对良序的一种期许。它将过去的乡土道德和正义习俗，转换成了具有法雏形的行为准则。虽其自身也存在缺陷、问题，如村规民约的背后是农民在乡村社会关系中权利义务的具现，然而这些权利义务却无法保障本身的可诉性。^②通过人

^① 参见高其才：《乡土社会中的人民法庭》，载《法律适用》2015年第6期。

^② 参见郭剑平：《乡村治理背景下村规民约民事司法适用的理论诠释与优化路径》，载《西南民族大学学报》2020年第8期。

民法庭审判,能够将符合国家法治理念的民俗加以正向强化,让普遍的社会规则与乡村的价值选择相协调,并不断纠正乡村价值规则中落后的不适应现代法治的内容,从而推动乡村法治建设的落实。

(四) 人民法庭治理:国家政权建设的触角在乡村延伸的途径

国家政权在乡村社会的介入并构建合法性的过程,本身就是国家政权建设的过程。

1. 人民法庭治理是我国政法传统的赓续,政治属性始终如一

人民法庭是国家对基层社会渗透的产物,也是国家对乡村社会进行控制的重要途径。人民法庭的设立初衷就是为了服务于政治任务,具有鲜明的政治性色彩这一点不容置疑。之后综合治理的任务提上议程,^①人民法庭也逐渐从对敌人的专政工具嬗变为社会治理的重要手段。但是人民法庭作为政法机构的政治属性并没有发生改变,基层司法组织的司法活动须服从于党治理社会的目的,实质是法律的“治理化”。^②司法权力介入基层治理作为国家政权建设对地方进行直接治理的一种覆盖手段,是强化国家基础权力的应有之意,其合法性成为必然。

2. 人民法庭治理削弱了乡村的非正式性权威,推进法治化建设

国家建设除了权力的向下渗透和向上集中之外,法治化建设也是绕不开的一面。在乡村地区,国家建设的步伐主要被非正式化的地方权威所阻碍。尽管土地改革与公社运动已经将宗族、士绅等乡村非正式权威瓦解,但是这一过程并不彻底,乡村社会依旧长久地处于法律的权威性之外。究其原因,当前法律制度和社会规则等主观意识形态制约了国家政权建设的末端延伸。由此可见,现代国家的建设更是公共规则的建设,^③人民法庭行使司法权的过程就是国家政权建设的过程,因此代表国家权力的人民法庭入驻乡村开展社会治理就是国家建设的一种体现,是公权力在乡村中的合法延伸。

三、人民法庭参与乡村治理的功能架构

人民法庭的国家政权属性意味着司法作为一种嵌入乡村治理体系的手段,虽不具唯一性但是有特殊性,人民法庭治理的功能导向与其他主体不同:在治理功能上,人民法庭把为乡村治理塑造法律专业化的治理主体作为功能定位;把为乡村治理提供异质性整合的社会服务供给作为目标追求;把为法治乡村建设重构法律正义的秩序规则作为价值导向。

① 1991年,《中共中央、国务院关于加强社会治安综合治理的决定》和《全国人民代表大会常务委员会关于加强社会治安综合治理的决定》先后出台。

② 参见郑智航:《新中国成立初期人民法院的司法路线》,载《法制与社会发展》2012年第5期。

③ 参见刘晓勇:《乡村人民法庭研究》,武汉大学2011年博士论文。



（一）职能定位：为乡村治理塑造了法律专业化的治理主体

人民法庭的治理能力的变化受到来自客观和主观两方面自变因素的影响，正是这两方变量推动了人民法庭治理的法律专业化定位的树立。

1. 制约人民法庭治理功能的客观变量：纠纷数量与密度增长

一方面，在当下乡村社会中，矛盾纠纷的数量持续增长，纠纷容量不断扩大，人民法庭在近几年中接收的案件数量比起过去不可同日而语，人民法庭法官的人均办案数量普遍在三百件左右。纠纷容量的增长导致人民法庭工作量的剧增，不断地冲击着人民法庭的承受屏障。另一方面，纠纷密度也在不断扩大，体现在两个方面：一是涉众类型案件纠纷增长明显，各纠纷之间联系关系加剧；二是新型案件在乡村地区的出现，逐渐取代了传统案件类型，带来了新的治理功能偏差。

2. 制约人民法庭治理功能的主观变量：乡村集体意识退缩

乡村社会的集体意识是在道德基础上诞生的“民俗”“民约”等非正式制度，近些年随着社会的变迁也在不断地退缩。法治改革发展中普法宣传的普遍化和国家法律向下渗透，使得村民的权利意识不断觉醒，传统习俗等社会共识在与个人利益的碰撞中不得不作出让步。村民权利意识的增长并没有带动乡村社会共识的周延，相反，个人权利意识使国家法律在乡村变得模糊化。村民只是模糊认识到其应当有一定权利，并不会去主动探究正当化标准是什么。^①

3. 主客观变量的合力推动了人民法庭的法律专业化治理

在客观与主观因素的合力推动下，人民法庭与各治理主体之间的异质性更加明显，这种不同主体间的差异促进了社会分工的不断细化和发展。人民法庭在当下参与乡村治理中应该依据其职业伦理的要求去界定自己的专业化角色位置。目前以及未来的时期内，人民法庭因法律的职业化而形成的专业化，应该成为人民法庭参与乡村治理中功能的基础。人民法庭参与乡村治理的行为规范应该视作审判职能或者人民法庭司法权的延伸，它发源于审判实务，从审判行为中衍生而来，不得超越突破审判权限。

（二）目标追求：为乡村治理提供了异质性整合的社会服务供给

乡村矛盾化解的实现绝不是在纠纷产生的某个部分单独完成的，也无法依靠单独的某个主体来完成，特别是关于农村的新型纠纷。分工并非意味着割裂，专业也并不是孤立，多元主体的参与在于主体之间的联动性。

1. 基于不同专业分工的治理主体间形成新的治理合力

分工所带来的治理主体间的相互依赖与合作的强化，为新的社会整合的形成提供了基础。自多元化解纠纷机制建立以来，已取得了良好的治理成效，然而随着社会变

^① 参见刘新星：《论调解困局与权利意识——在人民法庭场景中展开》，西南政法大学2013年博士论文。

迁深化,乡村社会的矛盾纠纷也比之以往更加复杂、所涉利益众多,纠纷化解主体却是一种局部参与局部脱离的现象。人民法庭依靠与乡镇党委和社会组织达成联系,形成“分工—合作”的关系行为体,实现不同特质的治理主体间的整合团结。同时也使人民法庭从浩如烟海的繁琐乡村治理中保持独立,确保正常司法活动的开展,避免法官困于社会事务。

2. 人民法庭通过辅助其他主体完成法治乡村建设目标

法治乡村建设社会治理目标的实现,离不开司法活动和司法机关的辅助,但又不能仅靠人民法庭的审判和治理职能来支撑。人民法庭可以配合其他两大治理主体,扩大乡村治理的范围,促进法治理念的生成和法治秩序的定型。但是,人民法庭始终都不应该也不可能成为乡村治理的“主角”和“中心”。这一方面是由司法机关的性质所决定;另一方面也是因其本质上依旧处于纠纷演进的尾部过程所限制。毕竟,法治精神生长的主要场所在于农村的生产生活中,不管我们如何倡导预防性治理和诉源治理,人民法庭直面乡村矛盾依旧是诉讼,新型乡村治理合力的形成必然需要多方合作。

(三) 价值导向:为法治乡村建设重构了法律正义的秩序规则

新时代的乡村治理所追求的不再是单纯的解决问题,而是进一步树立规则、维护秩序、实现法律正义的乡村法治。社会的转型作为外力推动着乡村的转型,而在这一过程中,乡村内在原生力的不足导致了传统乡土规则的松弛无力,农民的不在场使得乡村治理和建设难以推进,城乡二元的僵化实则堵塞了乡村发展的前进出路。这些由来已久的问题最终引发了乡村秩序在内外冲突融合之中的混乱和崩塌,混乱、不稳定的乡村必然会削减自身防范风险的能力,失去敏锐性与柔韧性。乡村秩序的重新建立是推进乡村振兴的有效内部支撑,乡村原有的内生秩序正因混乱而走向衰颓,动力已然不足,必须辅之以外部的推动引导,司法的介入将成为当下乡村秩序重构的有力推手。

四、人民法庭参与乡村治理的路径选择

人民法庭的乡村治理方式需要在原有基础之外另辟蹊径。对于民众而言,多元化的纠纷解决机制只是提供了更多的选择方式,既不能更直接化解矛盾,也无法从源头上预防纠纷。^①矛盾纠纷的每个过程都有不同主体、不同程度地参与,处于纠纷末端的人民法庭想要介入治理源头性的问题,就需要找到一个能够介入关联的联结点,突

^① 参见梁平:《正式资源下沉基层的网格化治理》,载《法学杂志》2017年第5期。



破口在于建立“联系”——将人民法庭工作的影响力辐射出去。

（一）微观层面：人民法庭自身信息化诉讼服务建设

就微观层面的人民法庭而言，人民法庭是每一个诉讼案件的直接接触者，第一手信息是人民法庭的资源优势，在一定程度上，整体治理是从技术角度来理解的，技术要求从分散走向集中，从破碎走向整合。^①依托于智慧法院等大数据平台的便利，现代诉讼的信息可及性前所未有的增加，人民法庭应建立案件的信息化机制。

1. 归集信息数据，健全人民法庭立案预警机制

信息化手段是人民法庭发挥治理作用的一个关键。在当前的司法实践中，已有法院建立了数据化的诉源信息平台，对收案案由、当事人信息等自动采集，根据区域、分布状况进行自动归类，并且自动计算、自动生成相应的数据。此类的信息化平台需要进一步完善，并且大范围推广。囿于目前的机构设置，部分人民法庭并不直接接收立案诉求，通常是由法院的立案部门统一受理，而人民法庭需要先与立案部门进行对接，才能够实现数据的共享与反馈，这是不适合对乡村地区的治理职能发挥的。对此应该建立人民法庭直接立案制度，由人民法庭直接对口乡村纠纷进入司法的第一步，及时把握纠纷，建立立案预警机制。特别针对辖区涉征地拆迁、土地流转、借款融资、物业房产等群体性、涉众型矛盾纠纷，提前研判风险、预警联动，确保辖区重大风险源头化解，将调解工作摆在前面，暂缓立案，以乡村本土化的司法手段化解矛盾，同时记录相关数据。

2. 建设共享数据库，完善人民法庭服务平台搭建

人民法庭要建立自己的数据库，对辖区内的案件进行归类处理，建立健全“E+”巡回智慧人民法庭等诉讼服务平台，搭建矛盾纠纷线索归集系统，实现数据共享、会商研判、分流转办、沟通协调机制。在这方面，人民法庭的做法是要将自身从一个独立的审判个体，拓展为与其他部门机构和社会组织联系的一个“节点”，一方面将诉讼相关信息进行隐名和脱敏处理，及时掌握辖区内纠纷的动态发展变化，从而汇集成为具有共享价值的大数据；另一方面形成本庭的文书样板，对于有规律性共同性的同类纠纷，依照模板套入，促进简易案件的简化和快速处理。

（二）中观层面：其他治理主体的外部支持激励

1. “首尾衔接”：强化与党委政府的联治

（1）预测性分析报告预防，提前定位诉源。人民法庭分析这些数据，并具备相关的敏锐性，将可能出现类案聚集、反映重点治理问题的案件汇成正式的系统报告，与乡镇政府领导及时联系，共同商定处置方案和配合实施。预测性分析报告以针对特定

^① 参见竺乾威：《从新公共管理到整体性治理》，载《中国行政管理》2008年第10期。

纠纷的分析研判为主,主要是一种预防性的手段,主要包括案件情况、所涉乡村情况、纠纷发展可能性、区域内影响程度、预防性处理意见等等。除此之外,此项机制还侧重于随时性,即要随时发现随时报告。

(2) 司法建议善后,引导社会规则树立。如果说预测性分析报告是站在预防的角度来定位诉源,那么司法建议则可以视为善后式的规则引导。人民法庭在审理结束后,总结出规律性、引导性的乡村普适的社会规则,将其规整成为司法建议送交相关的乡镇党委,进行相关的总结反馈与矛盾控制,从而找到治理的重点方面。这是人民法庭与政府的一种规范化、正式化的良性互动。政府从司法裁判中获取相关的社会管理信息,应成为一种常规性的思维定势。^①同时,人民法庭需淡化司法建议的落实回馈工作,^②即要遵循司法逻辑。

(3) 考核激励指标同步推进,强化联合力度。有效合作离不开良好的激励手段,对相关乡镇、村居单位治理工作的考核评价中,不妨加入相关的诉讼指数作为指标。以诉讼主体数量为基础的“万人成讼率”是一种有效的激励手段。其以案件中原告、被告、第三人按户籍或住所地分别归属至各村居,与村居中的总人口数比较得出相关的诉讼指标,相关数据由各人民法庭收集,法院统一报送相关部门,作为对乡镇治理工作考核的数据指标。

2. “分而化之”:推进与社会组织的联处

(1) 推动行业分流,实现诉前专业化预调。社会组织的优势在于其灵活性和多样性,近些年乡村涉及群体和行业的批量纠纷成为治理的重点。发生在此类群体中的纠纷不仅带有群体性,而且有一定的技术和市场的专业性,此时人民法庭通过与相关的综治中心联系,将纠纷统一对接入行业协会,进行预调解,避免进入诉讼。通过政府购买服务,人民法庭与各社会组织展开对接,在诉前调解阶段及时将纠纷转移给相应的组织团体,由此将纠纷分流出去,避免因专业性壁垒导致人民法庭调解流于形式。人民法庭与行业协会、商会、企业联合会等共同建立行业调解中心,聚焦交易成讼风险、行业监管漏洞等,指导规范合同行为、重塑行业规则、加强自我管理,从源头预防矛盾纠纷进入诉讼渠道。

(2) 加强调解法律指导,人民法庭提领法治精神。“熟人社会”的形态普遍存在于中国的乡村地区,不论是人民调解委员会、还是司法所、抑或其他社会组织主持的调解工作,其原则精神都是不与现行之良善之法向悖逆的,法律是提领着调解规则的。^③

① 参见刘思萱、李友根:《社会管理创新为何需要司法建议制度——基于司法建议案列的实证研究》,载《法学家》2012年第6期。

② 参见郑智航:《法院如何参与社会管理创新——以法院司法建议为分析对象》,载《法商研究》2017年第2期。

③ 参见曲广娣:《调解纳入法治途径的法理探析》,载《社会科学论坛》2021年第1期。



人民法庭所负担的任务是对其他组织的调解工作做出法律层面上的指导,在调解工作中合法性加速推进纠纷的解决。此层面上的法律指导,主要包括相关的法理依据、法条支援、权利说明等原则性问题。人民法庭在指导人民调解组织工作时,按照“不缺位、不错位、不越位”的原则,加大指导民调工作力度,通过个案指导、定期培训、庭审观摩等方式,帮助人民调解组织加强调解力量、提高解纷水平。

(3) 积极开启司法确认,强化非诉解纷的执行力。司法确认所具有的再诉禁止的效力,能够通过确认程序赋予裁判之外的调解协议执行力,^①倘若没有终结诉讼的有效手段,那么多元解纷机制意图实现“定纷止争”的设立目的就难以实现。司法确认制度确实有很大的适用性,一方面非诉程序更加容易被村民接受,非诉解纷方式有更广泛的适用范围,人民法庭衔接公证仲裁机构,在金融、物业、房地产等领域,强化对债权文书公证、仲裁保全申请、仲裁裁决执行的司法保障,积极鼓励相关主体选择公证、仲裁等方式解决纠纷;另一方面,通过行使司法权力对乡村个体间达成的调解内容进行确认,实质上是对协议所反应的伦理价值的肯定,这种伦理往往是内生秩序的前身。

(三) 宏观层面:法治精神网络化覆盖广泛村居

在宏观层面上的治理目标是增加人民法庭对整个乡村的辐射力和影响力,即通过横向的“党—庭—社—居”多元治理体系,纵向的“县—乡—村”行政治理体系,相互交叉实现法治意识在乡村的扎根覆盖,内生现代化的乡村秩序。乡镇党委发挥总揽全局的领导治理与治理核心作用;人民法庭依靠审判专业,为乡村治理提供法律指导和风险预警;社会组织充分发挥分工细化的差异性特点,通过政府购买提供社会公共服务,发挥地域或行业优势进行调解;村居通过网格员与党、庭、社直接对接,或者是第三团体介入的间接对接,使得法治思想和法治行为方式融入乡村生活。

1. 人民法庭助力完善村规民约

村规民约作为村民普遍认可并遵守的成文规则,是法治乡村精神的内生着力点。一套富有法治内涵的村规民约代表了自治、德治与法治在乡村治理领域的良好融合,更是一种现代化的乡村秩序。在这种秩序的构建过程中,人民法庭必不可少,要深化人民法庭、村居结对共建,帮助完善乡规民约,依靠人民法庭当中的员额法官与法官助理等审判人员的司法活动,同时继续坚持自治、德治与法治相结合,帮助完善本村的乡规民约、村民习俗惯例等基层社会规范,发挥村委会等基层社会组织在矛盾纠纷化解中的基础性作用。建立人民法庭法官常态化走访制度,主动对接、融入“相关部门入驻、社会资源联动处置”的大综治平台,依托基层村居、网格员、人民调解员等社会资源,建立“法网融通”“庭村直通”“多元联通”等渠道,通过微信群联络、

^① 参见胡军辉、赵毅宇《论司法确认裁定的既判力范围与程序保障》,载《湘潭大学学报》2018年第4期。

定期走访等方式，实现法官联镇、进村、入网常态化。

将法治思维和法治观念融入乡村生活领域，使得原本刚性的人民法院审判职能辐射进入乡村社会治理，产生更加显著的潜移默化的内化效果。这种以外源力量的推进带动内生乡村现代化法治秩序的演化，因其较为循序渐进和根植于固有土地，从而避免了外力强行秩序变迁所带来的混乱和迷茫。特别要基于“人民法院E+”巡回智慧人民法院，抓好便民联络员的选任、培训、指导工作，切实发挥好便民联络员在纠纷预警、就地化解、协助立案等方面的作用。要切实规范制度建设，建立完善与行业组织联处、与社会力量联建、与镇办部门联合、与村居网格联动的“人民法院+”四联工作机制，依靠人民司法不断地向乡村地区传播法律意识、法治精神，引导村民改变陈规陋俗。

2. 人民法院深入乡村法治宣传

法治精神对乡村的另一个渗透方式在于人民法院所开展的普法宣传工作。人民法院创新普法宣传形式，深入乡村引导村民学习现行的国家法律法规，可以选取土地承包、婚姻家庭、邻里纠纷以及换届选举中的典型案例，以这类适合乡村地区，与村民生活息息相关的案件类型为依托，构建普法宣传平台建设，提供庭审直播、以案释法等点单式服务。也可以结合所在辖区实际，每月开展一次有针对性的法制宣传活动，及时为人民群众提供法律服务，化解矛盾纠纷，消除不安定隐患。达到“审理一案、教育一片”的效果，提升乡村司法活动的社会效果。落实“人民法院开放日”等“阳光司法”工作机制，积极开门纳谏，让人民群众从更多的层面和渠道了解、信任、支持人民法院工作。

结 语

现代乡村的治理问题是特定社会变迁时期内外环境和矛盾对冲之下的产物，是新时代的重要变局。当前，人民法院、乡镇党委政府、社会组织团体三大主体构成了不可分割的治理整体，人民法院的乡村治理体系建设，为乡村纠纷的治理提供了一种外源性的新途径，能够有效解决当前人民法院的治理困境，产生新的充满法治意味的现代乡村秩序。这种新秩序的构成富有中国特色，能够积极回应乡村现代化建设和乡村振兴的要求，也是现代化治理能力和治理体系的有益添附。

（责任编辑：杨军）



马锡五式人民法庭：人民法庭参与社会治理实证研究

王斌通*

内容摘要：“马锡五式人民法庭”是人民法院系统学习借鉴“马锡五审判方式”，传承红色基因，弘扬人民司法优良传统，结合人民法庭参与社会治理以及依法化解社会矛盾纠纷、维护民众合法权益的需要，进行的具有中国风格、时代特色、司法特点的品牌创建活动。它与“枫桥式人民法庭”具有内在的一致性。淄博法院进行的一系列探索与实践，为“马锡五式人民法庭”的创建提供了样本。提升“马锡五式人民法庭”的治理效能，需要做到基因传承与锐意创新协调并重、以人为本与科技支撑紧密结合、实效考核与经验总结协同并进、自主发展与多元共建有机统一。

关键词：马锡五审判方式；枫桥经验；社会治理；诉源治理

中图分类号：DF822 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)06-098-106

党的十九届四中全会通过的《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》中提出了“加强和创新社会治理，完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、公众参与、法治保障、科技支撑的社会治理体系”^①的重要任务。党的十九届六中全会通过的《中共中央关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》高度评价了党领导社会治理的做法及成效，指出：“党的十八大以来，我国社会建设全面加强，人民生活全方位改善，社会治理社会化、法治化、智能化、专业化水平大幅度提升，发展了人民安居乐业、社会安定有序的良好局面，续写了社会长期稳定奇迹。”^②社会治理是国家治理的重要内容，多元主体群策群力参与其中，实现“共建共享共治”，打破传统的单一主体主导下的建

* 王斌通，西北政法大学马锡五审判方式研究院副院长，法学博士。

基金项目：本文系最高人民法院 2021 年度司法研究重大课题“人民法庭在加强和创新基层社会治理中的职能作用研究”的阶段成果，系陕西省“三秦学者”创新团队支持计划“西北政法大学基层社会法律治理研究创新团队”研究成果。

① 《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，载《人民日报》2019 年 11 月 6 日，第 2 版。

② 《中共中央关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》，载《人民日报》2021 年 11 月 17 日，第 2 版。

设与治理,是社会治理区别于社会管理的重要表现。在社会治理现代化进程中,人民法庭不仅是推动社会治理法治化的关键主体之一,也是加强法治保障、促进基层良法善治不可或缺的优势力量。目前,各地人民法庭在参与社会治理过程中,自觉将传承红色法治文化、弘扬人民司法优良传统与人民法庭内涵式建设及社会治理创新结合起来,产生了一系列卓有成效的工作做法,其中,“马锡五式人民法庭”从诸多实践中脱颖而出,既为“马锡五审判方式”在新时代的传承与发展注入了新的动力,也为人民法庭参与社会治理提供了样本参考。

一、“马锡五式人民法庭”创建的现实意义

当前,“马锡五式人民法庭”在山东、广东、云南等地均有创建,而“马锡五审判方式”发源地陕西省、甘肃省和“枫桥经验”的发源地浙江省等更是将传承和弘扬“马锡五审判方式”与“枫桥式人民法庭”创建结合起来,进一步丰富了“马锡五式人民法庭”创建的内涵。不仅如此,许多地方也将“马锡五式人民法庭”创建与司法实践层面正在如火如荼开展的诉源治理有机融合,形成了社会治理现代化中一道独特的“人民司法风景线”。概括起来,“马锡五式人民法庭”创建的现实意义表现如下:

(一)“马锡五式人民法庭”是传承“马锡五审判方式”的生动实践

“马锡五审判方式”被誉为“人民司法的一面旗帜”“沟通传统法与现代法的成功范例”^①,是党领导人民司法优良传统的集中体现。抗战时期,陕甘宁边区陇东专署专员兼陕甘宁边区高等法院陇东分庭庭长马锡五发扬苏区时期形成的巡回审判的优良作风,经常有计划下乡,深入调查研究,及时纠正冤假错案,解决了许多缠讼多年的疑难案件,使违法者受到制裁,无辜者获得解脱,有效保护了人民群众的合法权益,因而受到上至中央领导下至普通民众的广泛赞许和热烈拥护。1944年3月3日的《解放日报》报道了《马锡五同志的审判方式》,率先提出了“马锡五审判方式”,并采取以案说法的方式,将“马锡五审判方式”的核心概括为“充分的群众观点”。此后,“马锡五审判方式”得到大力推广,对边区司法理念和方式的进步起到了积极作用。张希坡教授将“马锡五审判方式”概括为四点:“(1)一切从实际出发,客观、全面、深入细致地进行调查研究,重证据不轻信口供,证据口供都要经过核实。就是要使人民的审判工作牢牢建立在科学的基础上。(2)认真贯彻群众路线,依靠群众讲理说法,实行审判与调解相结合,司法人员与人民群众共同断案。就是要在审判工作中贯彻民主的精神。(3)坚持党性原则,忠于职守,以身作则,严格依法办事。就是要在审判工作中始终坚持法制原则。(4)实行简便利民的诉讼手续,全心全意为人民服务。就是要在审判工作中执行利民的方针。”^②

① 刘全娥:《陕甘宁边区司法改革与“政法传统”的形成》,人民出版社2016年版,第105页。

② 张希坡:《马锡五与马锡五审判方式》,法律出版社2013年版,第198页。



可见,马锡五审判方式的精髓在于贯彻党的群众路线,坚持司法为民、利民、便民。无论是巡回审判、就地审判、精简程序、调解与审判相结合等,均是其精髓的外在表征。也正是由于马锡五审判方式在本质上与中国共产党所主张的“全心全意为人民服务”和以人民为中心的发展思想高度吻合,在实践上做到了传承中华优秀传统文化与发展红色法治文化有机融合,在形式上做到了法官主导与群众参与相辅相成,在逻辑上实现了人民法院对公正司法的要求与人民群众对案结事了期待相互统一,因此,“马锡五审判方式”不局限于一个代表人民司法进步性的符号化的象征,而是历久弥新的、可以不断指导司法实践并在实践中日渐丰富的开放式的典型经验。“马锡五式人民法庭”则是人民法院系统在新的历史背景下,聚焦社会治理现代化、法治化,立足人民司法优良传统的传承与弘扬,紧抓“马锡五审判方式”源于基层、扎根基层、服务基层的本色,根据“马锡五审判方式”所传递的群众路线和为民、利民、便民的精髓,结合司法参与社会治理工作实际所进行的创造。

(二)“马锡五式人民法庭”与“枫桥式人民法庭”具有内在的一致性

“枫桥经验”是中国共产党领导人民群众创造的预防调处化解社会矛盾卓有成效的治理方式,其内涵为:“坚持和贯彻党的群众路线,在党的领导下,充分发动群众、组织群众、依靠群众解决群众自己的事情,做到‘小事不出村、大事不出镇、矛盾不上交’”^①。随着“枫桥经验”连续写入党的十九届四中全会通过的《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》、十九届五中全会通过的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》和十九届六中全会通过的《中共中央关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》以及一系列中央文件,并在全国得到普遍而有力的推广,包括“枫桥式人民法庭”在内的各类“枫桥式”创建层出不穷,这些创建使“枫桥经验”在社会治理的框架下向各部门、各行业、各领域拓展,并且实现了由政法领域向社会领域的转型升级。尤其是在司法层面,创建“枫桥式人民法庭”被赋予了人民法庭深度参与社会治理、完善社会矛盾纠纷预防多元调处化解机制、加强现代化诉讼服务体系建设的使命,成为“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”的重要路径。

需要注意的是,“马锡五式人民法庭”创建和“枫桥式人民法庭”创建在价值追求、社会基础、实现方式、治理成效等方面,具有高度的相似性。在价值追求上,二者均重视坚持群众路线,维护最广大人民群众合法权益,使人民群众对公平正义的渴望在个案的处理中得到有效回应,让每一起案件的审理都成为提升人民群众获得感、幸福感、安全感的基本载体。在社会基础上,“法庭”的根基在基层,在广大城乡社区,“马锡五审判方式”和“枫桥经验”亦是如此,因而,二者均体现了浓郁的乡土特色,

^① 习近平:《习近平谈治国理政》(第三卷),外文出版社2020年版,第222页。

最能激发、凝聚并体现基层群众的智慧和创造力。在实现方式上,二者均注意发挥人民司法的基本职能,并重视与时俱进,为群众通过线上与线下相统一、形式多样、高效便捷的纠纷受理渠道,灵活运用巡回审判,坚持调解与审判相结合,让法官通过数据平台等走进百姓院落和田间地头,就地化解矛盾。在治理成效上,二者均注意通过人民群众的参与合情合理合法的调解或裁判,达到“审理一案,教育一片”的社会效果。以上因素交相辉映,互为补充,使“马锡五式人民法庭”创建和“枫桥式人民法庭”创建在本质上具有一致性,即二者均是人民司法贯彻群众路线,积极呼应人民群众需求,紧贴基层社会治理实际,以人民群众喜闻乐见的方式有效化解矛盾纠纷,实现社会公平正义的重要做法。

(三)“马锡五式人民法庭”创建是加强和完善诉源治理的一大创举

《最高人民法院关于深化人民法院司法体制综合配套改革的意见——人民法院第五个五年改革纲要(2019—2023)》率先提出“诉源治理”,要求“创新发展新时代‘枫桥经验’,完善‘诉源治理’机制,坚持把非诉讼纠纷解决机制挺在前面,推动从源头上减少诉讼增量。”中央全面深化改革委员会第十八次会议审议通过了《关于加强诉源治理推动矛盾纠纷源头化解的意见》,正式将“诉源治理”列入中央文件标题,显示出对这一问题的高度重视。从“诉源治理”的政策要求和具体实践来看,诉源治理广泛存在于全国法院系统,是以各级法院及法官为主体,以涉“诉”纠纷为对象,以“源”头化解为重点,以体现多元主体、多种举措、多方资源的“治理”为手段的人民司法参与社会治理的重要机制。这一机制强调人民法院应在社会治理的框架内发挥依法调处及裁判各类基层纠纷的作用,力求实现从源头上减少诉讼增量。经过诉源治理,许多存在激化苗头的民事纠纷均得到及时妥善地处理,人民群众依法维护切身权益的需要也得以满足,诉讼的存量和增量尤其是因民事争议处理不好而转化为刑事案件的比例大幅减少。可以说,诉源治理既是一项以法治力量助推社会治理的成功机制,也是一件司法为民、利民、便民的民心工程。

“马锡五式人民法庭”创建深深嵌入基层社会治理之中,与坚持和发展新时代“枫桥经验”、推动更多力量向引导和疏导端用力的要求相吻合,是在基层、一线贯彻源头治理、综合治理、系统治理、依法治理思维,加强矛盾纠纷源头预防和前端化解、从源头上减少诉讼增量的制度体现,因而亦成为诉源治理的有机组成部分。需要指出,尽管“马锡五式人民法庭”特色分明,成效显著,但其与诉源治理是部分与整体的关系,而不是非此即彼的替代关系。诉源治理是一项覆盖面广、包罗万象的系统工程,不仅包括一线法庭的前端用力,也包括以人民法院为主导建立和完善的诉外矛盾纠纷源头化解机制,还包括人民法院在诉讼内推动形成的以“集约高效、多元解纷、便民利民、智慧精准、开放互动、交融共享”为目标的一站式多元解纷和诉讼服务体系。因此,不能把“马锡五式人民法庭”创建作为诉源治理的全部内容来认识,而应把“马锡五式人民法庭”创建作为实现诉源治理的重要载体或路径加以理解。将基层推行的“马锡五式人民法庭”与



人民法院推进的各项工作相统一，更有助于实现内外相维、上下联动、调解与审判相得益彰、非诉过滤和诉讼分层并重的社会矛盾纠纷多元调处化解机制，推动基层治理有效。

二、“马锡五式人民法庭”创建的时代样本——以淄博法院为例

自“马锡五审判方式”提出以来，以马锡五为榜样、以“马锡五审判方式”为标准的创建活动长期持续，完整覆盖抗日战争时期、解放战争时期、新中国成立后的各个阶段，而由于各个历史阶段政治经济社会及文化基础的不同，“马锡五审判方式”的推广也表现出鲜明的时代特征。尤其是习近平法治思想提出以来，各地掀起了学习贯彻习近平法治思想的热潮。而汲取红色法治文化精华，坚持以人民为中心，弘扬“马锡五审判方式”，创建“马锡五式人民法庭”，正反映出新的历史背景下司法机关学习并践行习近平法治思想的行动自觉。在全国各地的探索与实践中，山东省淄博市法院系统有关“马锡五式人民法庭”创建的制度化程度最高，成效也最为显著。

（一）重视顶层设计，提升指导性政策文件的科学性和针对性

创建“马锡五式人民法庭”并非一蹴而就，如何认真传承红色法治文化以及人民司法优良传统，让“马锡五审判方式”不再局限于形式方面的照搬照抄而是深入到精神层面的灵活运用，并且与当前经济社会发展和人民群众需求有机结合，既是传承“马锡五审判方式”的时代命题，也是任何“马锡五式人民法庭”创建需要理性面对并科学回答的重要课题。2020年底，经过调研考察和扎实研讨，淄博市中级人民法院正式提出了建设新时代“马锡五式人民法庭”的构想，这一提议受到淄博市各界的大力支持，写入人大报告并列入司法规范化建设工作重点。2021年6月，淄博市中级人民法院印发《关于加强新时代马锡五式人民法庭建设的意见》，明确了“马锡五式人民法庭”创建的指导思想、基本原则和主要任务。在“意见”中，淄博市中级人民法院提炼概括出以“坚持党的领导、就地化解矛盾、手续简便利民、依靠群众办案、严格秉公司法”为内容的马锡五司法精神，使创建活动摆脱了以往只重视形式推广而忽略精神传承与创新的窠臼，为各人民法庭充分发挥自主性与能动性创造了充分空间。与此同时，淄博市中级人民法院为加强创建活动的科学性与针对性，相继出台《关于建设新时代马锡五式人民法庭的考核办法》《关于全市人民法庭职能优化和布局调整工作方案》《关于新时代马锡五式人民法庭规范建设意见》《关于在全市法院建立“法庭E+”巡回智慧法庭的意见》以及《关于成立“新型马锡五审判方式”人民法庭建设工作领导小组的通知》等系列文件，做到政策实施、考核与优化创新紧密衔接，有力提升了“马锡五式人民法庭”创建的顶层设计和制度供给水平。

（二）重视内涵建设，促进特色创建与职能发挥有机统一

人民法庭作为人民法院最基层单位，担负着司法为民、化解矛盾的一线任务，由于身处社会治理的前沿地带，人民法庭也成为当之无愧的巩固基层政权、维护社会稳定、

促进乡村振兴、实现良法善治的重要力量。为了深化内涵建设，推动法庭职能在创建活动中充分发挥，淄博法院系统创建的“马锡五式人民法院”呈现出以下特色：一是构建“三型”（规范型、服务型、量化型）党建统领体系，将人民法庭建设成为巩固基层政权、服务乡村振兴的“先锋队”；二是构建“四优”（优化“家门口”法庭布局、优化“全要素”职能配置、优化“一门清”便民服务、优化“调解为主、速裁支撑、精审兜底”办案模式）诉讼服务体系，将人民法庭建设成为联系服务群众、公正高效办案的“第一线”；三是构建“四联”（党委政府联治、村居网格联动、行业组织联处、社会力量联建）诉源治理体系，将人民法庭建设成为参与基层治理、化解矛盾纠纷的“桥头堡”；四是构建“四强”（持续做强法庭队伍、持续做强法庭管理、持续做强法庭装备、持续做强法庭文化）基层保障体系，将人民法庭建设成为彰显司法公信、弘扬法治精神的“主阵地”。若果说“先锋队”“第一线”“桥头堡”“主阵地”是对人民法庭参与社会治理的重要地位的反复申明，那么，“三型”“四优”“四联”“四强”则是对人民法庭职能的准确诠释，这些内容共同构成了“马锡五司法精神”与人民法庭基本职能相结合的组合拳，为形成、发展并完善“马锡五式人民法庭”淄博版奠定根基。

（三）重视与时俱进，推动巡回审判与智慧法院高度融合

在大数据时代，“让数据多跑腿”，通过数据终端及时回应群众诉求，化解矛盾纠纷成为智慧政务、智慧法院、智慧检务等平台的重要追求。正如“枫桥式人民法庭”创建重视智慧法院建设，推出契合群众需要的“网上枫桥经验”一样，淄博法院系统的“马锡五式人民法庭”创建也着重强调“法庭E+”巡回智慧法庭建设，完成大数据、智慧法院等信息化平台与传统的巡回法庭、就地审判等方式无缝衔接，形成了富有时代特色且践行“群众路线”的新型“马锡五式人民法庭”。“法庭E+”巡回智慧法庭与传统的人民法庭相似，有着明晰的服务范围，一般设在乡镇综治中心、重点村居园区，通过移动微法院、微信群等方式构建的“家门口的法庭”。不同的是，“法庭E+”巡回智慧法庭更具综合性、系统性。“E”表示巡回智慧法庭是依托互联网构建的，不占用人员和大量物质资源。“+”体现了法庭主动延伸司法职能，责任法官与兼职便民联络员互联，建立常态化走访、全方位代办、例会式研判、信息化管理“四项机制”，实现日常联络、网上办案、联动调处、指导民调、完善民约、法治宣传“六项功能”。可见，“法庭E+”巡回智慧法庭无论对人民法院调解平台、山东法院电子诉讼服务平台以及淄博市博山区人民法院智慧庭审平台等信息化司法资源的融通，还是实现与基层组织的资源整合及多元联动，都实现了对传统法庭治理资源协调能力的超越，更有助于在智慧支撑层面实现共建、共治、共享。

（四）因地制宜，鼓励各人民法庭切合实际自主创新

尽管同一区域的风土民情、经济水平、文化背景等存在诸多共性，但毋庸置疑的是，作为一个下辖五区三区、人口达470余万的大市，淄博市的城区与郊区、市区与乡村仍存在不同程度的发展差异，不同年龄、不同职业城乡居民之间对法律法规及村规民



约、社区公约、行业章程等规范的知晓度和理解能力也存在一定的差距,信息化的发达也造成许多矛盾纠纷由传统领域向电信领域转型,这就意味着“马锡五式人民法庭”创建的政策、思路更具指导性、示范性、前瞻性和引领性,而非强制性和单一性,同样意味着各人民法院需要实事求是,充分领会“马锡五审判方式”和“马锡五司法精神”的真谛,结合治理需要,将自身特色融于创建活动之中,形成百花齐放、百家争鸣之势。例如,博山区人民法院开发区(域城)人民法庭积极建设诉讼服务站和“上门诉讼服务队”,使矛盾纠纷源头治理关口前移,将“一站式”诉讼服务下沉至辖区企业,与白塔镇综治中心共同打造出矛盾纠纷“门前清”的诉源治理模式;周村区人民法院在辖区创建多个“E+巡回微法庭”,各“微法庭”成立临时党支部,强化信息化平台升级更新和物质装备配套完善,努力形成党建引领下的“多元多点智慧巡回法庭”;桓台县人民法院各法庭秉持“调解为主、速裁支撑、精审兜底”审判理念,优化诉调并重、诉调对接机制,在提升审判质效的同时不断释放诉源治理效能;沂源县人民法院各法庭提出“新时代、馨法庭、心服务”标准,提倡智慧支撑、送法上门、乡贤调处、全民参与,有效破解了山区地域广、人口多、纠纷复杂的难题。

三、提升“马锡五式人民法庭”治理效能的思考及对策

自“马锡五式人民法庭”创建以来,淄博市各人民法庭结案率显著提升,人民群众对案件处理结果的满意度明显增强,全市收案数量大幅下降。这就表明,“收案下降”与“质效提升”同步发生;“马锡五式人民法庭”的社会治理效果得到实践和人民的检验。然而,人民法庭参与社会治理是一个长期而艰巨的事业,既关系到人民司法优良传统的传承和发展,也关乎群众切身利益能否得到依法维护和保障。“马锡五式人民法庭”创建,如同“马锡五审判方式”的推广一样,依然存在一些现实或理念层面的局限性,如何做到创建活动贴合实际,顺应人心,真正发挥人民法庭助推社会有效治理的功能,仍需注意以下方面:

(一) 坚持基因传承与锐意创新协调并重,实现“推陈出新”

红色法治文化尤其是人民司法优良传统最大的贡献在于,开创了现代法治建设的本土化道路。“马锡五审判方式”作为人民司法优良传统的代表,其形成正是马克思主义理论中国化的必然产物,既遵循法治基本规律,又切合实际需要,无论是作为核心要素的群众路线,还是在技术上强调贯彻灵活、简便两大原则,在目标追求上寻求法律效果和社会效果的统一,在方式方法上重视巡回审判、就地审判、调解与审判相结合、情理法相统一等,均表现出内在的逻辑自洽性。尤其是“马锡五审判方式”对司法为民、便民、利民坚持,使其虽历经沧桑却历久弥新,在任何历史阶段都能顺应司法保护人民群众合法权益的需要,从而迸发出朴素而耀眼的法治之光。这恰恰是凝结在“马锡五审判方式”中的红色基因的最佳反映。恰如陕甘宁边区时期司法界对

如何学习“马锡五审判方式”的呼吁,“我们提倡马锡五审判方式,是要求学习他的群众观点和联系群众的精神,这是一切司法人员都应该学习的;而不是要求机械地搬用他的就地审判的形式。因为任何形式是要依具体情况和具体要求来选择的。”^①当前创建“马锡五式人民法庭”,也需要在把握“马锡五审判方式”精神实质的基础上结合基层社会治理创新、市域社会治理现代化、诉源治理、乡村振兴等有利条件,做出富有针对性、创新性、开拓性的尝试和探索。如此,方能促成红色基因完全熔铸于新时代社会治理,使群众路线和人民司法优良传统在人民法院系统的特色创建活动特别是人民法庭参与社会治理过程中熠熠生辉。

(二) 注重以人为本与科技支撑紧密结合,实现“形神兼备”

强调以人为本,以“联系群众”为总的精神,^②使“马锡五审判方式”具有与以往任何形式的司法审判模式形成强烈对比的群众基础,也使人民司法无论是理念还是实践层面均实现了巨大的变革和进步。正基于此,在诉讼程序中便利群众,在个案裁判中倾听民意,在审理过程中重视调解手段的应用等优秀因素才得以大行其道,并综合性地迸发出以司法修复人际关系、弥合社会关系裂痕、维护社会公平正义的治理效能。这些也被“马锡五式人民法庭”完整继承。当前,各种充满时代感和先进性的法治类数据终端纷纷融入社会生活,但是仍需看到科技的局限性和人的重要性。一方面,科技发展的根本目的在于实现人的全面发展,以人为本、司法为民始终是牢不可破的法治原则,不能过分夸大人工智能、大数据等对司法的影响而单纯追求设配更新等形式主义,忽视以人民为中心的法治初心。因此,以人为本应该成为“马锡五式人民法庭”在信息化时代坚守的底线。另一方面,现阶段大量的农村地区仍长期生活着尚未进城务工的老人和儿童,这一群体对数据终端的认知和接受度与城区居民差距较大,许多老人仍习惯于以“老人机”为代表的通讯平台,而且城区居民的老龄化也加剧了老年人群体对先进科学技术的接受难度。这就表明,城乡地区相当数量的人民群众对简约化治理特别是司法服务的简约化有着迫切需求。这一问题的解决,亟需从“马锡五审判方式”崇尚简约、方便、利民的一面汲取智慧,并在“马锡五式人民法庭”创建中一以贯之,确保数据终端简单便捷地为群众服务。

(三) 促进实效考核与经验总结协同并进,实现“理实并重”

“马锡五式人民法庭”治理成效的取得,除了建立在扎实调研与精心谋划基础上的顶层设计,以及各人民法庭的稳步推进,也离不开淄博市中级人民法院自上而下推行的各项考核。根据《关于建设新时代马锡五式人民法庭的考核办法》,考核内容涵盖“党的建设、诉讼服务、审判质效、诉源治理、基层保障”五个方面,完整对接人民法庭参与社会治理的各环节、各领域、各方面。在考核标准的激励下,以民为本、问题导向、效果导向得到有效贯彻,“法庭E+”巡回智慧法庭网上咨询、调解、立案、

① 《王子宜院长在边区推事审判员联席会议上的总结报告》(1945年12月29日)。

② 参见汪世荣等:《新中国司法制度的基石》,商务印书馆2011年版,第221页。



开庭等功能作用发挥明显,以“党建耀天平、公正铸忠魂”党建品牌为引领打造的具有地域特色、红色基因、文化底蕴的法庭特色品牌成熟发展,凡此种种,均反映出考核对标准化推进“马锡五式人民法庭”创建工作的积极作用。此外,淄博法院系统也十分重视对实践经验的总结,不仅与西北政法大学马锡五审判方式研究院形成协同创新关系,也指导各法庭提炼、总结、宣传一系列行之有效的的工作方法,这就使得理论与司法实践之间产生良性互动,形成实现基层良法善治的内生动力。值得一提的是,考核环节在明确职责的同时,也需与为基层减负相适应;理论提升在辅助实践的同时,还需与司法实际相吻合,惟其如此,以“马锡五式人民法庭”创建为代表的人民法庭参与社会治理才会有特色、接地气、入人心。

(四) 推动自主发展与多元共建有机统一,实现“共治共享”

基层社会治理是一项触及各个社会单元细枝末节的庞大工程,人民法庭是社会治理的重要主体,但并非单一抑或全部主体,在共建共治共享的基层社会治理格局下,人民法庭更多地是与党委、政府、社会团体、人民群众等多元主体形成治理合力,并坚持源头治理、系统治理、综合治理、依法治理思维,切实发挥法治保障和司法服务作用。“马锡五式人民法庭”创建,也需要协调好与其他主体之间的关系。例如,与乡镇(街道)综治(矛调)中心共同建立社会矛盾纠纷诉前过滤、分流机制;指导辖区完善村规民约、社区公约、行业章程,推动辖区村居、行业组织等建立诉前预警、诉前调解、司法确认与诉中委托调解机制;指导金融、物业、建筑等行业组织制定示范性合同,设立仲裁、公证债权文书等多元解纷机制;与各乡镇(街道)合作,共同指导城乡社区创建“熟人社区”“无讼社区”,等等。如此一来,“马锡五式人民法庭”更能承载新时代人民法庭面向农村、面向基层、面向群众进行自主发展的使命和责任,更好地融入党组织领导下自治、法治、德治相结合的基层治理体系,释放预防、调处、化解矛盾纠纷的效能,实现“服务全面推进乡村振兴、服务基层社会治理、服务人民群众高品质生活需要”的目的,使“法治建设既要抓末端、治已病,更要抓前端、治未病”^①和“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”^②真正落地生根,人民群众的法治获得感大幅提升。

“马锡五式人民法庭”贯彻了党的群众路线,坚持司法为民、利民、便民,坚持实事求是、与时俱进,积极推动了红色法治文化的创新发展,对坚持和发展新时代“枫桥经验”,加强和完善诉源治理,以司法进步促进社会治理现代化提供了有益参考。

(责任编辑:王文斌)

①《习近平主持召开中央全面深化改革委员会第十八次会议强调:完整准确全面贯彻新发展理念,发挥改革在构建新发展格局中关键作用》,载《人民日报》2021年2月20日,第1版。

②《习近平在中央全面依法治国工作会议上强调:坚定不移走中国特色社会主义法治道路,为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》,载《人民日报》2020年11月18日,第1版。

马锡五式广场化司法活动范式在人民法庭工作中的应用路径研究

山东省淄博市中级人民法院课题组*

内容摘要：司法的广场化既是一种符号学意义上的学理划分，更是一种在不特定的开放空间内进行，依靠灵活程序组织，通过法官和非诉解纷主体深度互动裁断矛盾纠纷的司法活动范式。马锡五审判方式所蕴含的司法活动范式是广场化司法活动范式的一种子类型。这一活动范式因其具备顺应司法工作发展的新趋势、增进司法权威、节约司法成本等时代价值，在基层司法办案、社会治理和传统民事纠纷处断方面有着广阔的应用前景。淄博法院“法庭E+”巡回智慧法庭经验是对这一司法活动范式的创新实践。通过淄博经验，揭示出在当代司法实践中践行马锡五式广场化司法活动范式，需要把握认知转变、常态化的诉非联动、严格的流程把控、最低限度的合法性审查等应用要点，强化“前重后轻”的资源配置和以群众工作能力、调查研究能力、纠纷调解能力等为内容的个性化司法能力建设，将之有机嵌入基层司法办案流程。

关键词：马锡五审判方式；司法的广场化；人民法庭建设

中图分类号：DF822 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)06-107-119

司法的广场化是一种人人直接照面的、没有身份和空间间隔、能够自由表达意见和情绪的司法活动方式。^①马锡五审判方式是广场化司法的典型代表，从司法活动范式的维度剖析马锡五审判方式，既是丰富广场化司法理论内涵的需要，更能够对拓展

* 课题组成员：张敦金，山东省淄博市高新区人民法院副院长；王惠越，山东省淄博市中级人民法院研究室副主任；刘雪丽，山东省淄博市中级人民法院民三庭法官助理；刘健，山东省淄博市张店区人民法院三级法官。

基金项目：本文系最高人民法院2021年度司法研究重大课题“人民法庭在加强和创新基层社会治理中的职能作用研究”的阶段成果。

① 参见舒国滢《从司法的广场化到司法的剧场化——一个符号学的视角》，载《政法论坛》1999年第3期。



马锡五审判方式在当代司法中的创新应用路径提供助益。本文立足个案应用视角,依托文献分析和实证分析方法,探究马锡五式广场化司法活动范式的当代价值,并就其应用路径提出了系统构想。

一、马锡五审判方式中的广场化司法元素归纳

(一) 广场化司法与剧场化司法行为范式解读

司法的广场化和司法的剧场化既是一种符号学意义上的学理划分,更代表了两种具备对应特性的司法活动组织范式。即决定着法官需要以什么样的形式来组织审判活动,怎样控制解纷活动的走向,依据哪些因素来决定纠纷的处断结果。可以从以下几项要素分析。

1. 司法活动开展的空间要素。剧场化司法是指在以“剧场”为符号意象的人造建筑空间内进行的司法活动类型,首先表现为活动开展于专门设立的、固定的场所。广场化司法则发生在广场或其他公共空间,如古代的“游街示众”、近现代的“公审大会”等,其依存的场所具有临时性、随意性的特征。

2. 司法活动的开放性要素。剧场化司法存在的“剧场”不是任何人在任何时间都可以进入的无间隔、透明空间。尤其是通过剧场,司法活动被分割为“庭审活动”“庭外活动”两部分,隔绝庭审活动与庭外的交流,特别是庭外活动对庭审走向的干预。^①而广场化司法则不存在上述可触及性(accessibility)障碍,露天广场没有专为司法特设的营造之物,如固定的坐席、隔离的区域、境界的护栏等,任何人可以依照不同的路径自由进入和参与到司法广场。身处司法广场的个体不存在因不了解专业知识形成的陌生感和异己感。

3. 司法活动的主体要素。剧场化司法活动由职业化的法官主持。法官发挥着维护公平正义的功能,并通过专业化的法律技术和能力进行司法审判活动,由此产生了专业化的司法。^②而在司法广场中,由于缺乏空间间隔,身处司法广场的个体,尤其是司法活动的主持人与听众之间并不存在身份差别。因此,广场中所有个体会形成一个公共主体,使广场化司法成为一项公共活动。

4. 司法活动的互动性要素。在边沁比喻下的“司法剧”之中,法官、律师、当事人、证人、旁听人等在剧场中扮演不同角色,“舞台”与“看台”之间具备严格的距离界限和区域界限,观众不可能进入舞台,其意愿更不可能影响“演员”的表现。法官需要与法庭内外的主体保持适度的空间距离,必须且只能“以法律的立场和姿态”来处

① 参见魏爱慈:《司法的剧场化效应与广场化挑战》,上海师范大学2019年硕士学位论文。

② 参见汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第395-396页。

断纠纷。而广场作为一个透明无隐的公共活动之地,身处其中的主体间人与人直接照面,表演—观看界限被模糊。广场化司法成为“每一个人对每一个人表演”的场所。^①由此,各方主体之间保持着不间断的意见互动和相互影响。

5. 司法活动的程序性要素。剧场化司法更加强调秩序的意义,主张“正义必须用看得见的方式伸张”。^②要求审判过程严格遵循法律程序和司法仪式,剧场中任何违反程序和规则的行为,都会受到法官的警告甚至处罚。同时,还具有高度发展的现代司法仪式,如统一制式的法官服装、法袍、法槌使用规范、庭审规范等。而广场化司法则更加倾向于“实质正义”,更多通过浅白平直的日常生活语言、惯习来裁断矛盾纠纷,在司法活动的组织上呈现出随意性的特点。

6. 司法活动的裁判依据。剧场化司法活动作为社会高度分工和专业化发展的产物,在纠纷处断逻辑上尤其强调严格遵循统一规范的程序法和实体法,杜绝来自政治、经济、道德舆论等社会因素的干扰。广场化司法的裁判依据则具有非法律性的特征,广泛吸收并参照神权、行政权、公众意志、社会惯习等非理性因素,把裁判结果诉诸于人们直观、感性的正义观念或道德情感,而疏于严谨复杂的法律逻辑和程序规范。

7. 司法活动结果的产生过程。法官作为“法律帝国的王侯”,在司法剧场中具有绝对的话语权威,疏离于社会意志之外,严格依据法律规定得出裁判结论。正如卢梭对古罗马广场集会的描述,“罗马人民不仅行使主权的权利,而且还行使一部分政府的权利……全体罗马人民在公共会场上几乎往往同时既是行政官又是公民。”^③广场化司法的纠纷处断过程渗透着参与群众的集体意志,对于当事人乃至旁听“观众”的意志表现出高度的回应性。

基于前述分析,可以将广场化司法互动范式归纳为在不特定的、自由开放的公共空间内进行,依靠高度灵活的程序组织,通过法官和身处广场的受众共同参与和深度互动,并依据法律规定以及行政权、公众意志、社会习惯等因素裁断矛盾纠纷的个案纠纷裁断模式。

(二) 马锡五审判方式的个案活动范式归纳

“马锡五审判方式”是抗日战争时期陕甘宁边区政府实行的一套“从群众中来,到群众中去”的审判制度,是新民主主义革命时期党领导下的法治建设的代表性成就。相关研究将其内涵表现总结为:其一,从实际出发,深入基层群众进行细致深入的调查研究,为客观公正裁判奠定基础;其二,走群众路线,将审判与调解相结合,关注群众的呼声,在司法中贯彻民主精神;其三,坚持原则,严格依法办事,始终坚持边

① 参见朱学勤:《道德理想国的覆灭》,上海三联书店1994年版,第134页。

② 伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,三联书店1991年版,第48页。

③ 卢梭:《社会契约论》,何光武译,商务印书馆1982年重印本,第119页。



区法制各项规定；其四，服务民众，诉讼手续简便利民。^①上述论述是立足方法论维度对马锡五审判方式的宏观概括。围绕个案的审理，组织一次马锡五式审判则需要从以下几方面开展。

1. 强调在纠纷发生现场办案。“携卷下乡，深入群众、调查研究、巡回审判、就地办案”是马锡五审判方式最为显著的外在表现，被评价为当代巡回审判制度的实践源起。^②这一现场办案的审判模式目的是：一方面通过简化诉讼程序和主动司法行为实现诉讼成本转移、减轻当事人负担的效果；另一方面在于通过在纠纷发生现场展开调查研究，了解案件的第一手资料信息，弥补当事人举证能力、法官事实查证能力的不足，改善事实认定效果。

2. 强调在纠纷处断过程中整合多种社会权威资源。1944年，《解放日报》刊登的奥海清审判事迹的报道中描述了马锡五审判方式的实践原型：两户人家发生地界权属纠纷，法官召集当地乡长、村主任、邻居及两家当事人约二十余人，现场勘察地形后，就地打起一堆火，一边烤火抽烟，一边议论地界，不过两个小时就把问题解决了。^③同年，边区高等法院进行的审判方式调研中，将审理方式归纳为三类：（1）法庭判决多少？（2）在群众中公开判决多少？（3）经过群众判决（即马锡五审判方式）多少？^④可见，群众参与判决，即引导与案件相关的基层干部、乡里长者、邻居等共同参与纠纷调处才是马锡五审判方式最具标志性的行为范式。依靠整合各级行政资源、民间的话语权威、血缘亲情、人之常情等，^⑤使行政力量、习惯力量及舆论导向等共同作用于纠纷化解，成为多元化纠纷解决机制的原始形态。

3. 强调调判结合。谢觉哉在《边区政府关于普及调解、总结判例、清理监所的指示信》中指出：“判决与调解解决，即马锡五同志的审判方式。”^⑥要求针对不同的案情，审判与调解相结合，尤其注重调解。通过调解缓和法律规范与民情风俗之间的张力，转化当事人之间的对立情绪，使纠纷在合意的基础上快速且彻底解决。

4. 强调法官的“主持人”作用。对于马锡五在具体个案中如何开展审理工作，在以封捧儿与张柏婚姻纠纷案为原型创作的《刘巧儿告状》文艺作品中有着生动体现。庭审中，马锡五以主持人的身份宣布“今天开这个会，是为尊重乡亲们意见”，以商谈者的身份询问参加庭审的群众代表：“你们大家看这个问题怎么解决？”以调解者的身份与当事人对话，“你们两个遂了心愿，可是两家老人打架，又吃了官司，两

① 参见张希坡《马锡五审判方式是人民司法的一面旗帜》，载《人民法院报》2009年8月11日，第5版。

② 参见刘方勇、廖永安《回归价值本源：巡回审判制度的考证与思索》，载《湘潭大学学报》2013年3月刊。

③ 参见张世斌主编：《陕甘宁边区高等法院史迹》，陕西人民出版社2004年版，第59页。

④ 参见《陕甘宁边区高等法院边区高等法院关于搜集召开推事、审判员联席会议所需材料的指示和子长、甘泉县政府等的材料》，全宗15-67。

⑤ 参见刘全娥：《陕甘宁边区司法改革与“政法传统”的形成》，人民出版社2016年版，第116页。

⑥ 张希坡：《马锡五与马锡五审判方式》，法律出版社2013年版，第192页。

亲家关系搞不好,这可怎么办呢?”^①尤其是在解纷方案的决议阶段,马锡五通过不断提出可能的纠纷化解方案,引导群众判断试错,使当事人、参与纠纷化解的群众在讨论过程中发现自身原有意见的荒谬之处。同时,引导当事人“不断转变角色”,在自我教育的过程中引导当事人逐渐趋向认同最佳纠纷处断方案。^②可见,虽然马锡五召集司法机关以外的社会力量参与案件审理,并吸纳和回应其出于政治、社会舆论、传统习俗等方面的解纷意见,但是真正掌控庭审节奏并决定纠纷处断结果的仍然是法官。这要求法官在这一多方参与的司法活动中成为真正的控场者。

5. 强调对法律权威的维护。马锡五指出,我们尊重群众的意见,但也认识到群众不是法律专家,所以对群众的意见不是无条件采用,必须以政策法令为依据,看其是否与之相合。^③因此,马锡五审判方式以“坚持原则、严格依法办案”作为基本内容。吸收但是并不以社会舆论、群众意见作为案件审理的最终依据,法律规定始终是矛盾纠纷处断最主要的标尺和底线。

(三) 马锡五审判方式中广场化司法特性的提炼

马锡五审判方式所蕴含的司法活动范式是广场化司法活动范式的一种子类型,立足于前述个案活动范式分析,可以发现其存在着不同于传统广场化司法活动的显著特性。

从空间要素看,应用马锡五审判方式的司法活动不但场所是非固定的,而且呈现出强调接近纠纷发生地的“在地化”特征。从司法活动的开放性要素看,应用马锡五审判方式的司法广场面向社会公众的开放存在一定的过滤性,即注重挑选对纠纷化解具备影响力和关联性的人群,如基础政权组织成员、德高望重者、乡邻等。从司法活动的程序性要素看,虽然应用马锡五审判方式的司法广场不具备规范的组织流程,但是需要法官充当隐形的“导演”真正主导司法活动走向。从司法活动的互动性要素以及解纷结果的产生过程看,应用马锡五审判方式的司法活动虽然吸纳来自法官之外主体的解纷意见,但是真正决定纠纷处断结果的是法官。从司法活动的裁判依据看,应用马锡五审判方式的司法活动广泛吸收并参照行政权、公众意志、社会惯习等非理性因素,但是法官有责任确保活动过程及结果始终不得背离法律规定的原则和导向,也即司法的权威在解纷活动中要更加彰显。

① 袁静:《刘巧儿告状》,东北书店1947年版,第39页。

② 参见刘星:《马锡五审判方式的“可能”的运行逻辑:法律与文学》,载《清华法学》2014年第4期。

③ 参见张希坡:《马锡五与马锡五审判方式》,法律出版社2013年版,第194页。



表 1 三种司法活动范式的差异表现

司法活动范式 广场化司法元素	剧场化司法	广场化司法	马锡五式
空间要素	固定场所	临时性场所	纠纷发生地
开放性要素	封闭	开放	选择性开放
主体要素	法官与听众有身份差别	法官与听众无身份差别	法官充当 隐性“导演”角色
互动性要素	无互动	存在意见互动和相互影响	法官主导活动走向
程序性要素	注重程序正义	注重案结事了	注重案结事了
裁断依据	以法律规定为依据	吸收并参照行政权、公众 意志、社会舆论等因素	回应行政权、公众意志、 社会舆论，但始终以法律 规定为底线
裁断过程	法官为主	当事人、旁听“观众” 参与决策	以法官意见为主，吸收当 事人、旁听“观众”意见

二、马锡五式广场化司法活动范式的当代价值及前景分析

作为一种司法活动范式，广场化司法和剧场化司法均存在各自的优势和局限。诚然，近现代司法制度发展历程表明，由广场化向剧场化演进代表了司法专业化的发展趋势。但是，广场化司法活动范式在当代司法实践尤其是人民法庭中依然富有生命力。

（一）广场化司法活动范式的当代价值

1. 立足新时代，广场化司法因应司法工作发展的新趋势。不可否认，广场化司法活动因其场域的开放性、组织流程的非制式化及注重实质理性轻视形式理性等特性，不能完全适应现代法治之复杂性、专业化需要。^①但是，司法作为一种社会控制手段；“审理”与“治理”是其肩负的两项基本职能。尤其中国司法必须回应中国问题，当代中国必须有效回应当代中国问题，任何国家的司法必须分担国家治理的职责。^②党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，明确提出“推进多层次多领域依法治理……推进基层治理法治化”的要求，指明了司法在新时代社会治理中的定位和功能。广场化司法所具备的特性使其能够有效回应社会治理需要，并在个案中灵活整合各方治理资源，高效达成纠纷化解和风险防范效果，反而成为剧场化司法所不具备的独特优势。

2. 立足于社会结构现状，广场化司法对司法权威存在着强化而非消解的实质影响。重纠纷解决、轻规则治理是广场化司法不可忽视的缺陷。但是，广场化司法活动范式

① 参见舒国滢《从司法的广场化到司法的剧场化——一个符号学的视角》，载《政法论坛》1999年第3期。
② 参见朱苏力：《关于能动司法与大调解》，载《中国法学》2021年第1期。

的应用并不必然导致司法权威的消解。回溯陕甘宁边区时期,马锡五审判方式的产生初衷即在于与以“六法全书”为代表的国统区司法争夺法治话语权和制度正当性,并且获得了边区群众的实际拥护。当代中国的宏观政治背景、经济社会构成和发展现状已经迥然于陕甘宁边区时期,但是从社会结构、治理体系、基本规范、思维方式等方面进行整体衡量,当代中国社会尤其是基层乡村从本质上仍然为乡土社会。^①马锡五审判方式所依存的环境并未发生根本性变革,遑论我国中西部地区,以山东省沂源县为例,全县近58万人口,手机(包含非智能老年机)保有总量尚不足50万台;乡村人口构成普遍呈现“3860”结构(绝大部分人口为留守妇女和老人)。在边远乡村和基层社区,广场化司法所特有的主动亲民而非高高在上的法官、简易直接而非“繁文缛节”式的解纷流程、多元高效而不晦涩难懂的解纷方案,更容易让当事人对法律和司法机关产生基于信赖亲近的信任感,而非“敬而远之”式的畏服。

3. 立足于纠纷化解全流程,广场化司法更具成本集约效果。如前文所述,马锡五式广场化司法活动强调简化流程,让法官前出到纠纷发生现场办案。立足于具体个案的办理环节和应用此种司法工作模式的法官视角,无疑是将当事人的诉讼成本转嫁给司法机关承担。但是立足于该起纠纷化解的全流程和宏观司法体系的视角,应用广场化司法活动范式处断矛盾纠纷则是节约司法成本的有效途径。首先,通过到纠纷发生地现场办案,能够弥补当事人、法官调查能力的不足,提升案件事实认定效率;其次,通过营造司法广场引入社会权威力量介入纠纷化解,在法官与非诉解纷主体之间实现了纠纷调处工作量的均担;再次,习近平总书记强调,法治建设重在抓前端、治未病,我国国情决定了我们不能成为“诉讼大国”。通过多元调解达成更加贴合当事人需要的解纷方案,能够在一审乃至诉前实现案结事了,对于人民法院是一种减量减负的整体利好。

(二) 马锡五式广场化司法活动范式的应用场景

不可否认,广场化司法活动范式相较于剧场化司法范式存在固有的局限性。需要在限定的应用场景内,才能更好发挥出其效用价值。

1. 以社会治理为主要应用领域。基于场域开放性、程序灵活性等特点,马锡五式广场化司法活动与强调理性、规范的审判程序存在紧张关系,但是应用于诉讼程序开始之前的社会治理领域则不会受此限制。且马锡五式广场化司法活动注重与多方解纷资源互动、注重矛盾纠纷实质性化解的趋向与社会治理理念高度吻合,天然肩负司法治理职能的有效载体。

2. 以传统民事纠纷为主要治理对象。广场化司法产生于社会关系和专业化分工相

^① 参见高其才:《乡土社会中的人民法庭》,载《法律适用》2015年第6期。



对简化的前现代社会，并不足以胜任强调专业化和技术性的商事审判、具有重大社会影响和利益关涉的疑难复杂案件的审理。将之限缩于标的相对简单、争议焦点不脱离生产生活常识、与当事人日常环境和社会惯习差异性不大的传统民事案件，能够有效规避其在领域专业性和程序规范性方面的缺陷。

3. 以基层司法机构为主要应用场所。“接近群众”是马锡五审判方式的典型特征。当前，现代市域社会治理体系和诉讼服务体系覆盖相对薄弱的是边远乡村，传统民事纠纷相对集中的是基层社区。因此，在人民法庭、基层人民法院应用马锡五式广场化司法活动范式，更有利于发挥马锡五审判方式主动、开放的司法服务效能，更有利于法官查明案件事实、整合基层解纷力量，更有利于解矛盾于萌芽、终矛盾于始发。

三、淄博地区人民法庭创新应用马锡五审判方式的实践检视

2021年，淄博中院立足学习贯彻习近平法治思想，在全市开展马锡五式人民法庭建设。围绕继承“坚持党的领导、就地化解矛盾、手续简便利民、依靠群众办案、严格秉公执法”的马锡五司法精神，提出“三型”党建、“四优”诉服、“四联”治理、“四强”保障的人民法庭建设体系。尤其是通过“法庭E+”巡回智慧法庭这一创新办案平台的应用，将马锡五式广场化司法活动范式有机融合到人民法庭的审判和治理工作体系。1-9月份，全市人民法庭办理民商事案件数量在全市一审民商事案件总量的占比超过60%，全市法院收案数量同比下降17.69%，实现“收案下降、质效提升”的效果。

（一）“法庭E+”巡回智慧法庭机制概况

目前，该院在全市乡镇综治中心、重点村居园区建设有57处“法庭E+”巡回智慧法庭，是实践马锡五审判方式的主要创新载体。“E”表示巡回智慧法庭是依托互联网构建的，不占用专项人员和物质资源。“+”体现了法庭主动延伸司法职能。将广场化司法活动范式具象化为六项任务。

1. 诉讼代办。聘请村居书记、人民调解员、网格员等兼任“法庭E+”便民联络员，负责与人民法庭日常联络，指导、协助辖区内群众办理网上立案，执行协助送达、执行等审判辅助事务。

2. 网上办案。依托“法庭E+”在线诉讼系统，对不方便到庭的当事人，开展互联网视频调查、调解、开庭等诉讼活动，把庭审现场设置到企业车间、农忙地头、棚户街区口和困难当事人家中，实现当场立案、线上开庭、即时缴费、立出文书、直接送达。

3. 联动调处。对群体性、突发性事件及时预警、会商研判、联动调解，把矛盾纠纷发现在萌芽、化解在基层。

4. 指导民调。指导民间调解组织开展工作，通过庭审观摩、定期培训、法官说法、总结典型案例等方式，开展个案指导，增强调解能力。

5. 完善民约。通过微法庭微信群，帮助乡村社区完善乡规民约、社区公约等基层社会规范，发挥基层社会组织在矛盾纠纷化解中的基础性作用。

6. 法治宣传。依托设置在基层网点的远程视频端口，提供巡回审判、庭审直播、以案释法等服务，实现在线法律咨询点单服务，涉民生权益典型案例点单观看。实现巡回审判入户、庭审直播到村、以案说法下乡。

（二）“法庭 E+”的个案审理样态

案例一：李某等与陈某劳动纠纷。该市某区法院在区工会职工维权中心设立“劳动争议微法庭”，通过线上线下融合的解纷渠道，开展劳动争议纠纷的化解工作。2021年9月，该平台受理李某等与陈某劳动纠纷。李某等五名辅导老师曾长期在陈某开办的培训机构从事舞蹈、钢琴、架子鼓等培训工作。近两年因疫情影响，陈某拖欠李某等人劳动报酬4万余元。李某等催要未果后到工会寻求帮助。工会受理咨询后，依托“法庭 E+”平台对接劳动争议微法庭的速裁法官。法官将案件导入诉前调解程序，启动一案一群聊模式，与工会派驻劳动争议微法庭调解员开展联动调解。法官通过群聊，引导当事人充分交流各自诉求、申明案件事实，并向当事人释明法律规定和诉前调解不收取诉讼费等快捷、零诉讼成本的优势，指导调解员优化纠纷化解方案。经指导法官和工会派驻劳动争议微法庭调解员的共同调解下，陈某与李某等五人达成限期支付的协议，并明确约定：如未按协议约定履行金钱给付义务，自愿接受人民法院强制执行。当场由双方当事人、指导法官、人民调解员署名，并利用“法庭 E+”智能巡回审判设备加盖法院公章，现场向当事人送达司法文书，实现当场调解、当场出具调解协议、当场制作送达法律文书、当场结案的一站式解纷效果。

案例二：谢某甲与谢某乙、候某某法定继承纠纷一案。被告谢某乙、候某某系原告谢某甲祖父母。2017年，谢某甲父亲去世，未立遗嘱亦未签订遗赠抚养协议。原被告双方就谢某甲父亲遗产继承以及谢某乙、候某某赡养问题产生纠纷，诉至法院。因二被告年过八十且患有疾病，承办法官应用“法庭 E+”智能巡回审判设备在二被告家中开庭。当事人所在村委书记及调解委员会主任同时到庭审现场共同参与调解。经过承办法官、村委书记、调解委员会主任多方调解，双方就遗产继承和赡养问题一并达成调解协议，纠纷得以圆满化解。

（三）“法庭 E+”的实践启示

在“法庭 E+”平台的应用过程中，通过在纠纷发生地和网络端设置司法广场，引导村居书记委员、网格员、调解员参与纠纷化解，广泛应用司法确认程序，有效改善了司法活动的可触及性、场域开放性和解纷实效性。这一实践样态在证明马锡五式



广场化司法活动范式应用于当代司法活动的可行性和优越性的同时,更揭示出其应用要点:

1. 广场化司法活动范式的应用实质是对治理工作模式的重构。从马锡五携卷下乡、现场调解到“法庭E+”法官依托微信群聊开展多元解纷,其工作形式均脱离于以审判为中心的司法业务范畴。因此,应用广场化司法活动范式本质是系统化履行社会治理职能的表现。从工作理念上,需要法官接受走进开放场域、以无差别化的身份与非诉解纷主体协同办案的环境转变。从工作模式上,需要法官突破程序限制、让渡一定权威、更加深度地在解纷方案中回应非法律要素的影响。而达成这一转变的前提是需要法官在自我认知上将“治理”与“审理”并列视为本职和本分。

2. 广场化司法活动范式的应用伴生着对司法资源配置格局的重整。虽然相较于广场化司法,司法的剧场化本质上是一种成本昂贵的司法活动方式。^①但是,立足于淄博经验,对司法广场的营造更加需要法院在纠纷发生的前端投入充分的资源。尤其是对于强调在纠纷现场办案的马锡五审判方式,法官以更加主动的姿态融入社会生活的同时,需要人民法院营造更加多元而非制式的工作平台、投入更多精力整合非诉解纷工作力量。否则,将会因人民法庭和一线办案节点工作压力陡增而难以为继。

3. 广场化司法活动范式的应用离不开对司法能力的重塑。巡回审判、谈话式审理、实地调查研究是马锡五式广场化司法活动范式的表现形式,支撑马锡五审判方式应用效能的核心是人格魅力型法官的存在。尤其是“法庭E+”的实践表明,基于解纷场域的高度开放和意见互动的频繁性,决定了在广场化司法活动尤其是马锡五审判方式的应用过程中,法官不仅要承担“演员”的角色,更要肩负起“导演”的职责。这一职责既体现在对解纷进程的把控能力,更体现在对解纷资源的整合能力以及对法治精神的诠释能力上。因此,广场化司法活动范式的应用对法官的综合素质有着相较于司法剧场更高的要求。

四、马锡五式广场化司法活动范式在人民法庭的应用路径构想

马锡五式广场化司法活动范式在人民法庭参与基层社会治理实践中有着广阔的应用前景。将之嵌入基层司法办案流程需要把握应用要点,并强化资源配置和能力建设等系列配套措施。

^① 参见舒国滢:《从司法的广场化到司法的剧场化——一个符号学的视角》,载《政法论坛》1999年第3期。

（一）“前重后轻”的工作力量和资源配置是应用前提

有选择性开放的司法广场的营造和前出到纠纷发生地的办案模式所需要的工作力量和资源整合能力是当前人民法庭、速裁团队等一线办案节点所不具备的。因此，需要以工作力量和资源配置向基层和纠纷萌发的诉前阶段倾斜为应用前提。

1. 推动办案力量下沉。根据法庭E+经验，每处人民法庭原则上不少于2名法官、2名法官助理、3名书记员、3名人民调解员或者特邀调解员、1名司法警察。且人民法庭庭长、办案团队长由政治强、业务精、善协调、懂管理的优秀法官担任，确保人员配备与其职能和办案任务相匹配。同时，实行面向人民法庭的个性化考核机制，将辖区的诉源治理工作情况准确折算入考核指标，全面反映人民法庭干警的工作绩效。

2. 推动办案职能下沉。人民法庭要对其管辖的案件，承担起诉前调解、协助立案、保全鉴定、繁简转换、审理送达、判后答疑、灵活便捷缴费退费等“接办一体”职能。可以探索在人民法庭设置法庭案件派驻执行团队，就近办理传唤、调查当事人等执行业务，构建法庭直接执行机制，使基层的司法广场具备满足矛盾纠纷化解全流程需要的能力。

3. 有机嵌入基层社会治理网络。在当前党委政府推动乡镇社区综治中心实质化建设的背景下，可以通过将法院的诉源治理平台整体入驻社会治安综合治理中心，或引导调解机构、调解组织入驻法院两种形式，搭建起联络基层村居书记、网格员、调解员的渠道，将之作为开放式司法广场的常驻力量，为应用马锡五审判方式提供前提条件。

（二）把握四项要点是应用关键

“法庭E+”的实践亦表明，马锡五式广场化司法活动范式有着不同于普通广场化司法的特殊性，在实践应用的过程中需要重点把握四项要点：

1. 以认知转变摆正在司法广场中的角色定位。《关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》提出“完善党委领导、政府负责、民主协商、社会协同、法治保障、科技支撑的社会治理体系”，明确了法治力量在社会治理格局中的任务和职责。周强院长同时强调，“要深刻把握人民法庭处于服务群众、解决纠纷第一线与守护公平正义最后一道防线的辩证统一关系，有效发挥桥梁、窗口作用，贯通化解矛盾纠纷、守护公平正义的各条‘防线’。”以法治力量参与社会治理的宏观政策导向来关照微观个案审理，可以明确法官在司法广场中扮演的角色是“导演”而非“主演”。即法官在司法广场中的主要职责在于引导当事人进入司法广场、整合非诉解纷力量参与纠纷调处、为当事人的自助解纷行为提供法律指导，在广场上的解纷活动进行到末端时入场，提供司法确认、诉调对接等托底支持。



2. 以前置常态的诉非联动保证司法广场的开放性。作为一个兼具多项治理功能的开放性场域,司法广场是要依附于法官、非诉解纷力量、不特定当事人的联动关系而长期存在的。矛盾纠纷的高效化解以法官与村居、调解组织的长期联动为必要前提,诉非联动并不是空耗工作时间和司法资源的虚功。需要法官把司法介入的节点提前到矛盾纠纷产生之前,以“无处不在、不事不扰”为原则,通过入网格、加微信群、进工作站等形式,搭建与村居两委书记、驻村法律顾问、网格员等工作力量的常态联络渠道。依托诉源态势信息共享、支持调解、指导制定乡规民约,确保非诉解纷力量真正参与到司法广场之中。

3. 以严格依法的流程把控保证法官对司法广场的主导权。“当事人说事、乡里说理、法官说法”是马锡五式广场化司法活动范式的核心环节。“法官说法”的要点在于:第一,主持解纷程序,把控司法广场活动的节奏和走向;第二,释明纠纷所涉及的法规、法理,引导当事人明确各种行为选择将要面临的法律后果,确保解纷方案严格规范、不违反公序良俗、不背离法律规定;第三,在认定事实的基础之上,结合善良风俗、乡规民约,以乡音土语讲清依据法律规定预设的权利义务分担方案,引导当事人服判息诉,实现法律效果和社会效果的有机统一。

4. 以最低限度的合法性审查引导案件实质性化解。依托司法广场推动矛盾纠纷实质性化解,需要法官充分尊重和保障当事人在多元解纷活动中的意思自治,在从事多元解纷活动中秉持最低的形式理性,对当事人的协商结果保持最低限度的合法性审查。即参照《民法典》对民事法律行为效力的规定,对当事人达成的调解协议,仅审查是否违反法律、法规的禁止性规定,是否损害社会公共利益和他人的合法权益,是否属于当事人处分权范畴等情形。同时,在不违背法律的原则性规定的前提下,应赋予非诉解纷机构对司法广场内的既有规则进行灵活解释和创新适用的自主权,尤其是对送达方式、解纷形式、解纷流程、能够进行司法确认的和解协议条款范围等解纷环节形成非正式的规则、惯例,法官要相应减少对解纷活动操作流程的程序性约束。

(三) 个性化的司法能力建设是应用保障

马锡五强调,“要把案情的始末与因果得到透彻的了解,并不是轻而易举的事情。”“司法干部必须有宽大的胸怀,冷静的头脑和艰苦的作风。”^①人民法庭的案件审理有着不同于机关庭室的案件审理风格,传统民事纠纷具有不同于商事纠纷的裁断重点,这是基层司法的普遍规律。应用马锡五式广场化司法活动范式,除基本的司法职业素养外,需要法官尤其是人民法庭法官具备三种个性化职业能力:

^① 张希坡:《马锡五与马锡五审判方式》,法律出版社2013年版,第191页。

1. 群众工作能力。依托一线岗位锻炼、法官教法官、法官结对子等形式，确保人民法庭的法官掌握能听善讲乡音土语的能力、引导和掌控谈话节奏的能力、探究乡土人情和案件背景情况的能力、与基层干部打交道的能力，做到能说当事人听得懂的话语、能讲当事人可接受的道理、能找到当事人可信服的解纷助手、能摸清当事人的真实心思，熟悉驻地民风习俗，掌握驻地辖区社情民意。

2. 调查研究能力。当事人法律意识和行为能力薄弱始终是需要基层法官长期面对的现实国情。这进一步要求法官摒弃主观主义审判作风，立足具体案件审理需要、立足当事人诉讼能力和诉求，结合音、视频技术手段，对一些重大案件，主动依职权到案发地调查研究，通过了解案件背景信息和周边群众意见，找准化解矛盾纠纷的突破口。尤其需要利用指导诉前调解的有利时机，主动探究案件背景信息，提前固定案件事实，辅助形成内心确认。

3. 纠纷调解能力。要把马锡五强调的“调解优先、调判结合”作为法官的基本工作能力，在依法自愿的前提下，将调解作为民事案件审理的前置程序和必经程序，贯穿于立案、审判、执行全过程，让当事人真正服判息诉。

结 语

早在新民主主义革命时期，司法工作就在党的领导下创造出“马锡五审判方式”这一“东方审判经验”。立足新发展阶段，因应“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”这一目标要求，当代司法工作尤其是基层人民法庭理应突破“坐堂问案”的司法剧场，在更加开放的司法场域内满足人民群众的个性化、多元化司法需求。马锡五式广场化司法活动范式是从个案解纷维度对“马锡五审判方式”应用价值的一种解读，也是对当代人民法庭传承创新人民司法红色基因的实践检视。淄博地区人民法庭建设经验，印证了马锡五审判方式所蕴含的广场化司法活动范式在新时代基层司法实践中具有的强大生命力，不断探究广场化司法活动范式的实践路径，有利于提升基层司法效能，强化个性化司法能力建设。

（责任编辑：杨军）



民事诉讼送达地址的法律拟制思考

——以当事人受送达义务的“射程”设定为视角

付金良^{*}

内容摘要：“送达难”已经成为制约民事诉讼的主要问题，设立法定送达地址制度是解决送达难的有效手段，但这一制度的前提在于必须明确受送达人接受送达具有义务属性。司法实践中的探索逐渐为当事人设定了接受送达义务，但仍没有形成完整的受送达义务体系。对此，应当基于程序法、实体法、主体法的法理以及诚实信用原则合理设定当事人受送达义务的“射程”范围，并根据不同范围的义务强度设定法定送达地址，对受送达义务程度强的送达地址可以直接适用，对受送达义务程度相对较弱的送达地址则引入公权力的保护。

关键词：民事诉讼；送达；受送达义务；法定送达地址

中图分类号：DF72 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)06-120-132

送达是民事诉讼中的重要环节，是否能够送达成功直接关系到当事人的实体权利能否得到保障。司法实践中“送达难”“送达乱”等问题屡见不鲜。在解决这一问题之前，应当对当事人接受送达的性质作出判断。

一、受送达的权利义务性质演变

当事人接受送达的权利义务属性在我国法律中并未明确规定。为追求保障当事人参加诉讼发现真实的利益，送达人将受送达人接受送达视为一种不证自明的权利。文书自然需要送达，这是受送达人一项不可剥夺的权利。但作为受送达人是否存在接受送达的义务，法律规定和司法实践有着不同的理解。

^{*} 付金良，山东省无棣县人民法院鲁北经济开发区人民法庭庭长，一级法官。

(一)《民事诉讼法》的立场

《民事诉讼法》中对于当事人接受送达的性质并未作出明确的规定, 但为送达人设立了严格的规定。我国1991年《民事诉讼法》规定“必须有送达回证”(第77条), “应当直接送交受送达人”(第78条), 拒收文书时“应当邀请有关基层组织或者所在单位的代表到场”(第79条), 并规定了穷尽送达方式后的“公告送达”的条款(第84条), 而对当事人不接受送达时的责任几乎未涉及。时至今日,《民事诉讼法》已几经修改, 对于送达的规定除增加了严格的电子送达规定(需经受送达人同意), 相对减轻了受送达人拒收时送达人的证明责任(将“应当邀请”修改为“可以邀请”并增加了电子留痕规定)外, 并未突破法院负责“送”并承担不能“达”之风险的基本框架,^① 对受送达人强保护的立场并没有实质改变。

权利似乎应当是一种主动的行为, 是一种“可以为或不为”或者“可以要求他人为或不为”的许可、认定或保障。接受送达是一种被动的行为, 从这一角度讲当事人不可能存在何种“权利”。但送达过程中广泛存在着送达人与受送达人的博弈, 如一方面严格要求送达人必须尽到“穷尽所有送达手段”的义务; 另一方面受送达人可以消极对抗送达人的送达而无需承担对应的责任。从这一点看,《民事诉讼法》的规定显然赋予当事人接受送达以更强的权利属性。这样的规定一方面是基于防止送达人权力的滥用, 显示限制送达权的立法意图; 另一方面, 一方起诉后, 另一方出于维护自身利益积极出庭抗辩似乎是一种不证自明的事实, 立法者因此更加侧重当事人之间实体权利碰撞的规则设定而忽视了对权力碰撞入口的设计。这样规定在义务本位的法理念、法现实和传统的职权主义诉讼模式下尚没有太多问题, 但随着权利意识的觉醒, 有的当事人从民事诉讼伊始就充分利用了法律明确规定或默许的权利, 这种“受送达权”逐渐成为制约送达的桎梏, 由此引发了许多问题, 如“粗疏送达问题”及公告送达适用过高的问题。^②

(二)司法实践的突破与不足

人民法院在长期的司法实践中逐渐认识到了“受送达权”对民事送达带来的不利影响, 并尝试对《民事诉讼法》确定的当事人在接受送达时保护主义立场进行了修正, 转而而为当事人设立了受送达义务。2004年10月9日最高人民法院通过的《关于以法院专递方式邮寄送达民事诉讼文书的若干规定》(以下简称《邮寄规定》)为当事人设定了提供送达地址的要求, 并设定了推定送达地址文书退回的视为送达的规则, 首次明确当事人提供送达地址后应承担的责任, 从而使受送达具有了义务属性。该义务在2017年7月19日《关于进一步加强民事送达工作的若干意见》(以下简称《送达意见》)中得以进一步

① 参见陈杭平:《“粗疏送达”:透视中国民事司法缺陷的一个样本》,载《法制与社会发展》2016年第6期。

② 参见陈杭平:《“粗疏送达”:透视中国民事司法缺陷的一个样本》,载《法制与社会发展》2016年第6期。



明确,在适用内容、范围和程序上,《送达意见》也做出了进一步延伸。此外,《送达意见》还对其他人民法院探索的送达地址作出了规定,如约定送达地址、自认送达地址、推定送达地址等,并规定以自然人户籍地作为兜底的送达地址。^①其他各级人民法院也都在探索法定送达地址的构建,这些尝试都在不同程度上为当事人设定了接受送达的义务。^②

送达地址制度,对解决诉讼当事人变更送达地址的消极对抗具有很强的约束力,甚至基本使已经填写送达地址确认书之当事人的送达不再成为问题。人民法院的这些探索对解决民事诉讼中的“送达难”问题无疑有很大帮助,但仔细推敲之下仍存在以下几个问题:1. 这些规定都是建立在受送达是当事人的一种义务的基础上,在无明确规定的情形下当事人缘何应负担此种义务?2. 即使不考虑受送达义务的来源,基于以上规定所设立的受送达义务也比较分散,是否能够形成较为完整的系统?3. 上述规定区分了送达地址的顺位,似乎体现了受送达义务的强度差异,但对此差异是否应该做出不同的应对?如果不考虑这些差异,一方面并不符合权利与义务相符合的原则,另一方面,以受送达人为自然人为例,在户籍地址作为送达地址的情形下,《民事诉讼法》所特别规定的公告送达已经失去了适用的土壤。以上问题都是设定法定地址不能回避的,遗憾的是相关规定并未明确。

(三) 受送达义务属性

人民法院在司法实践中的探索至少表明,将受送达作为一种义务是构建民事诉讼法定送达地址的必须。法定送达地址实质上是一种法律拟制,关键在于当事人具有“接受送达义务”,有关送达效力的推定也离不开当事人受送达义务的前提预设,否则我们很难解释当事人并未收到法律文书时为何仍要承担与实际送达相同的法律后果。司法实践中产生的“送达难”“送达乱”等问题很大程度上就源于学术界和实务界对受送达人义务认识不够以及当前受送达人义务体系上的薄弱。将接受送达视作当事人的自我责任,并不需要法律明确规定接受送达是一项义务,而是需要将其作为可普遍适用的一般性规定,以此规定为基础才可建立法定送达地址制度。从狭义而言,“法律”也是一种设立权利义务的规范,作为法定送达地址,受送达人在享有要求送达人按法律规定的方式进行送达的权利的同时,承担接受送达的义务也是题中之义。此外,受送达义务并不意味着人民法院权力的扩张,只要法律规则固守权力与权利的界限,法院在规定的范围内行使职权,就不意味着对当事人权利的干预;即使客观上可能会产生对一方当事人有利或者不利的后果,这种后果也是法律允许甚至希望达到的。^③

① 约定送达地址在最高院2016年《关于进一步推进繁简分流优化司法资源配置的若干意见》中就进行了初步规定,上海、江西、福建、北京、重庆等地高级人民法院也都进行了诉前约定送达地址的实践。

② 浙江省高级人民法院与阿里巴巴集团合作,将当事人网购时提供的收件地址作为送达地址;山东省高级人民法院联合发布《关于推进市场主体法律文书送达地址承诺确认工作的实施意见》,将企业等市场主体的登记住所确认为法律文书送达地址等。

③ 参见许尚豪《如何保持中立:民事公益诉讼中法院的职权角色研究》,载《政治与法律》2017年第9期。

“受送达”作为当事人的义务并非为解决送达问题所强行设定,而是有其法律根源的,有学者从维护民事诉讼进程、权利义务相统一、法律责任、民事送达制度的实践四个方面论证了接受送达具有义务属性。^①

二、受送达义务的“射程”体系

受送达义务从本质上来说是一种守法义务,因此非常有必要从法律规范中探寻受送达义务的渊源,并将当事人受送达义务规范整合为一个具有内在关联性的法律系统,构建完整的受送达义务射程体系。

(一) 受送达义务的程序法渊源

送达作为民事诉讼程序的重要环节,追寻其渊源时自然首先应当从程序法入手。《民事诉讼法》关于送达的规定具有明显的权利倾向,这并不代表其不存在义务的法规范,我们仍然可以从相关的规定中探寻到当事人所应当负担的受送达义务。民事诉讼的当事人必须依法行使诉讼权利,遵守诉讼秩序,履行发生法律效力的法律文书等义务,这都可以从《民事诉讼法》中找到依据。而上述义务规范从性质上来说有限权性的,旨在将当事人行使诉讼权利的范畴限制在法定范围内。当事人合理行使权利,从另一方面而言就意味着不合理的拒绝送达是不允许的。民事诉讼中产生的送达地址,当事人可以将其视为一种权利来要求人民法院按照其便利的地址进行送达,但与此同时也需要承担在此地址接收法律文书的义务,否则就是滥用诉讼权利。同时,《民事诉讼法》及相关司法解释规定了当事人禁反言义务,《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》)也规定了当事人有如实陈述案件事实的义务,程序性事实应作为事实的一种,当事人提供了送达地址即视为向人民法院作出了与己相关的陈述,如无特定理由任意违反自己的陈述则需承担法律责任。

民事诉讼中的送达地址确认,既是《民事诉讼法》限权性规范的基本要求,也是民事诉讼中人民法院与当事人形成的“诉讼契约”。在启动民事诉讼程序后,人民法院即享有了与当事人的强制缔约权;在当事人提供了送达地址时自然形成了双方的合意,即使当事人拒不提供送达地址,人民法院仍然可以突破传统契约“合意”的限制,直接为当事人设定送达地址,因为在此情形中,当事人经过人民法院的释明已完全知晓契约的内容,而且拟制的送达地点与当事人具有特定联系(通常为户籍地),因此有能力履行该契约义务,强制缔结的诉讼契约中权利义务并未失衡。契约成立后,当事人接受送达便成为诉讼契约“契约严守精神”的延续,因此当事人依照该契约承担受送达的义务仍是一项法定义务。也因为如此,最高人民法院才在相关规定中将这项

^① 参见陈莉:《民事诉讼中受送达的义务属性及其制度构建》,载《法律适用》2017年第21期。



义务明确化,使在确认的送达地址接受送达直接成为了当事人的法定义务。

(二) 受送达义务的实体法渊源

随着法学的发展,实体法上的权利义务逐渐为当事人赋权,从而具备了程序法上的特定属性。通过程序的设置把实体法上的价值纳入程序法的范畴,俨然已为国家义务的一种。实体法规范的赋权,既要保障受送达义务限制在民事诉讼法的程式之内,又要实现民法负担的公平责任的规范任务。“这一方面使得干预性的公法和落实自治的民法如犬牙交错般地共存,另一方面使得民法在功能上面临调适的压力。”^① 实体法上的权利逐渐渗透到程序法中,成为受送达义务的法律渊源。

1. 意思自治原则向程序法的传递

意思自治原则作为民法的一项基本原则,是民法最基本的精神的体现,它意味着允许当事人通过合意达成契约,无特殊情形,公权力不予干涉并给予保障。当事人既可以对民事实体权利进行约定,也可以对可能发生的纠纷从程序上作出合意,由此意思自治原则自实体法传递到程序法领域,约定管辖制度是其突出的表现。虽然约定送达地址并不如约定管辖制度那样在《民事诉讼法》中予以特别规定,但最高人民法院在《送达意见》中将其直接列为法定送达地址,仍然是尊重和坚持当事人意思自治。从形式上来说,当事人对诉讼中送达地址进行的约定属于双方合同关系的延伸,尽管合同权利义务是针对今后可能产生的诉讼问题而设立,但并不能否认当事人在订立契约时的真实意愿,按照契约将约定地址视为送达地址是公权力尊重私权利合法处置的体现。从实质而言,当事人的意志不仅是权利义务的渊源,而且是其发生根据。民事纠纷是基于民事实体法律规定产生,实体法中的一些原则在无特殊情形时也可以进入到程序法领域中。诉讼的过程虽然是通过公权力的介入来解决私权利间的纠纷,但因私权利之间产生纠纷的过程与民事实体法律规定息息相关,当事人的意思自治跨入民事诉讼法领域也在情理之中。从这一点而言,公权力如“在事件性质上没有违反对方的意思而建议命令强制之必要,或违反对方的意思之自由,依同意而构成国家与人民间一定的公法关系,亦当然不能说是违反公法关系的性质”。当事人在约定送达地址时所负有的义务虽然是一种意定,但也是法定义务的一种。

2. 公平原则的价值延伸

通常认为,实体法中的公平原则即平等主体的一切民事活动,均要在公平、诚信、自愿及等价有偿等原则下来进行,确保平等主体开展民事活动时的合法权益不受影响。公平原则要求当事人在相同的情况下应当得到同等的对待。此理念进入到程序法的送达领域,则可以赋予当事人同等情形同样对待的法定义务。当事人在复杂的社会关系中不是孤立的,必须要同其他社会主体发生各种各样的社会关系,由此也必将产生多

^① 苏永钦:《合宪性控制的理论与实际》,台湾月旦出版社股份有限公司1994年版,第21页。

种当事人提供或自认的地址。如果当事人在其他社会活动中可以通过明示或默示的地址接受送达的话,其当然也可以在该相同的地址接受人民法院的送达,因为人民法院在送达时所具有的属性与其他主体并没有本质差异,毕竟“送达作为民事诉讼中的一项重要制度,其最直接和最原始的功能是‘告知’和‘通知’”。^①即使受送达者本人并不直接居住在该地址,因为这些地址与其具有某种关联性,可以推定其可以通过寻找代收者等方式知晓受送达文书的内容,当事人权利义务的保障可以而且应当是在诉讼活动中得以真正落实。如这些地址是清晰而明确的,人民法院基于公平原则要求当事人在此地址接受送达应当也属于合理。

最高人民法院及部分高级人民法院也认识到了这一点,因此在相关规范中将受送达义务予以明确。如最高人民法院在《送达意见》中规定,当事人提交书面材料中载明的地址、一年内其他诉讼或仲裁中提供的地址及一年内进行民事活动时经常使用的地址均可以作为送达地址;浙江省高级人民法院与阿里巴巴集团合作,将当事人提供的收件地址作为送达地址,更是将公平原则的价值在程序领域进一步做了延伸。

(三) 受送达义务的主体法规范

除直接规范当事人之间权利义务的实体法外,还有一些旨在规范民事主体行为规则的法规范,在此称之为“主体法规范”。这些规范与受送达义务并没有直接关系,但通过主体法规范的相关规定可以确定民事主体的送达地址,由此为民事主体创设了一种间接的受送达义务。如《公司法》规定,公司以其主要办事机构所在地为住所,同时又规定公司营业执照记载的事项发生变更的,公司应当依法办理变更登记,由公司登记机关换发营业执照,而“营业执照记载的事项”明确包括了公司的主要办事机构所在地。《公司法》虽然并没有直接进入程序领域,但其已经为公司这一民事主体设定了公司住所地这一法定地址,人民法院依照此地址送达法律文书符合《公司法》的规定,公司通过这一主体法规范负担了受送达义务。山东省高级人民法院、山东省市场监督管理局联合印发了《关于推进市场主体法律文书送达地址承诺确认工作的实施意见》,将企业等市场主体的登记住所确认为法律文书送达地址,其依据就在于将《公司法》规定的市场主体义务确认为当事人的受送达义务。再比如,《中华人民共和国户口登记条例》为自然人设定了办理户籍、暂住、迁移等登记的责任,当事人只要严格遵守该条例的规定,人民法院完全可以通过户籍登记的信息为当事人送达法律文书。最高人民法院在《送达意见》中将自然人的户籍地作为兜底的法定送达地址,实质上也是将此条例中自然人的法定义务上升为了当事人受送达的义务。

(四) 诚实信用原则在受送达义务中的保障

诚实信用原则既是实体法明确规定的原则,同时在诉讼法中也得以明文化和法定

^① 参见陈莉:《民事诉讼中受送达的义务属性及其制度构建》,载《法律适用》2017年第21期。



化,成为普遍的法律原则,由此产生的保障义务是送达地址法定化的必然要求。随着社会经济的深入发展,城镇化建设步伐加快,生产经营地域性不断突破,“各地劳动力需求不均衡使得人口跨地域流动频繁,‘居有定所’逐步演变为‘居无定所’”,^①已经确定的送达地址可能很快产生变迁,当事人的接受送达义务始终处于不确定的状态,程序法、实体法及身份法所引申出来的受送达义务,如没有诚实信用原则作为保障,就无法对当事人产生约束力。该原则一方面相信当事人会善意、诚实地提供自己的送达地址,信赖当事人在一定时期内提供的送达地址是稳定的,即使改地址也能与当事人保持密切的联系,从而保障法定送达地址设定后不会频繁变动;另一方面,如果当事人恶意提供送达地址或者其他的对抗方式,就应当承担相应的责任。责任往往与义务是紧密联系在一起的,通过诚实信用原则的保障,以上法律规范中包含的受送达义务才可以真正成立。此外,诚实信用原则的重要意义还在于保障实体法和主体法规范产生的义务转化为程序法中的义务。

(五) 受送达义务的“射程”体系

受送达义务的法规规范可以追溯至程序法、民事实体法及诉讼主体的特别法,它蕴含着实体法与程序法的双阶构造,纯粹实体法说或纯粹程序法说均难谓恰当。通过对受送达义务的渊源分析,依据义务的射程可以构建出较为完整的义务体系。首先,送达属于民事诉讼的环节之一,《民事诉讼法》的法规规范对产生的受送达义务较之于其他法规规范更为严格。程序法总是为弥补实体法规规范的缺失而存在。因为程序法存在的首要意义在于实现实体权利,由程序法规规范产生的受送达义务无疑将处于受送达义务“射程”体系的核心位置。其次,民事实体法规规范是当事人实体权利义务的基础渊源,这些权利义务渐渐弥补甚至超越了原来的实体法属性从而形成了程序法上的特定属性。换言之,实体法规规范产生了一种程序赋权效果,赋予一方权利的同时,也意味着另一方负担了相应的义务,该义务转入程序法中将紧随程序法规规范的步伐,由此产生的受送达义务“射程”虽然次于程序法规规范,但却强于主体法规规范,只不过因实体法产生义务的规范不同,由此产生的受送达义务强度有所不同,需要进一步作出区分,如基于意思自治原则产生的受送达义务,不同于当事人直接与人民法院或对方当事人达成的送达地址契约,在适用过程中需要受到一定的限制;基于公平原则产生的受送达义务,因缺少当事人对诉讼的意思表示,其强度显然要弱于基于意思自治原则产生的义务。再次,民事主体的特别法律规定很大程度上属于管理性规定,目的是规范各主体的行为,而非要求主体承担责任,民事主体基于接受管理而产生的受送达义务更多属于一种间接义务,很难为其赋予强制力,因此该义务的“射程”最远,处于受送达义务的最边缘。诚实信用原则贯穿于实体法和程序法,其大体上可以归类为当事人

^① 陈莉:《民事诉讼中受送达的义务属性及其制度构建》,载《法律适用》2017年第21期。

真实陈述的义务、促进诉讼的义务、禁止以欺骗方法形成不正当诉讼状态、禁反言、诉讼上权能的滥用、诉讼上权能的丧失六类,这里面既有程序性要求,也有实体性要求。它并非当事人受送达义务的直接渊源,但是受送达义务形成后离不开诚实信用原则的保障,因此其也贯穿于整个受送达义务的体系中。

通过对程序法、实体法及主体法规范所产生受送达义务的系统分析,我们可以根据受送达义务的“射程”分为三个效力位阶:处于“射程”中央的是程序法规范产生的直接义务,该义务最为严格,属于法律强制的受送达义务。次一级“射程”的是实体法规范产生的受送达义务,其中基于意思自治原则产生的约定送达地址,当事人无特殊理由应当履行;基于公平原则等实体法产生的受送达义务效力次之,其自身很难产生直接强制当事人的约束力,但在诉讼进程的推进中可以为转化到体系核心提供最直接的指引。处于“射程”边缘的是由主体法规范产生的受送达义务,效力最低,只有无法通过其他法律规范确定当事人的受送达义务时才可以提供指引。而法定送达地址的构建,也应当围绕着此受送达义务体系展开。以上受送达义务体系并非一成不变的,基于实体法和主体法规范所产生的受送达义务,在民事诉讼进程中一经确认,便可以转为程序法产生的义务而进入到射程的核心。

三、义务强度与法定送达地址的适用

确定受送达义务的义务强度至关重要。在法定送达地址构建时应当明确,因其是一种法律拟制,而其所依据的当事人受送达义务强度也并不相同,故并非所有法定送达地址均可以产生“推定送达”的法律效果,只是在向较弱强度受送达义务产生的送达地址送达无效后,人民法院即可以公告送达。在构建法定送达地址时,第一个阶段是确定当事人受送达义务在“射程”体系中处的位置,第二个阶段是根据受送达义务的“射程”确定其强度,进而做出正确的法定地址认定。

(一) 直接适用:强程度的受送达义务

1. 基于送达地址确认的直接适用。送达地址确认所产生的受送达义务,处于受送达义务体系的核心,具有最强的约束力。如果当事人违反了该义务,则直接承担不利的法律后果,即可以直接推定送达成功。基于此义务产生的送达地址,应当优于其他送达地址而由人民法院直接适用。确认送达地址后,并非一概排除其他送达方式的适用,也即送达地址与送达地址确认制度是两个独立的概念。当事人提供了送达地址后,只是意味着人民法院在送达时当事人必须接受法律文书,但并不排除人民法院在其他地址直接向当事人送达文书的效力,更不能排除人民法院可以向有委托代理权限的诉讼代理人送达的法律效力。送达地址确认制度的意义主要在于为人民法院送达法律文书提供了一项基本的保障,而非唯一的规范。



通常而言,送达地址的确认应当采用明示的方式,即通过送达地址确认书或者确认笔录的方式,即使当事人拒绝提供送达地址人民法院也应当予以及时记录。但在特殊情形下,人民法院可以将强制缔约权扩张到那些未经过送达地址确认的领域,如人民法院在诉讼开始后依照其他送达地址向当事人送达法律文书后,首次送达有效或推定有效(如当事人拒收或有权利人代收)而当事人未到庭参加诉讼,且诉讼终结前当事人始终未对送达地址确认的,首次送达地址将产生当事人拟制确认的效力。这是因为当事人已经通过首次送达地址知晓了与己相关的诉讼,其抗拒诉讼的行为既违反了程序法中合法使用权利的法定义务,也违反了诚实信用原则,因此当事人的受送达义务也由其他射程转提升到射程的核心,即使按上述地址再次送达无效,人民法院可以继续送达并产生推定送达效力而无需另行寻求其他送达地址。

2. 基于诉前约定的直接适用。从当前诉前约定送达地址的实践情况来看,法院对于依据诉前约定的送达地址进行送达依旧采取的是谨慎的态度,采取的是小范围的推广模式。^①这与案件性质固然有所关联,但更主要的是受传统的送达理念影响,合理运用约定送达地址制度不仅可实现送达的最优化,还可尊重当事人的相应权利,因此应当在诉讼开始前优先适用该送达地址。不过在诉讼中,当事人享有重新提供送达地址的权利,即与人民法院另行达成送达地址契约,该契约达成后产生的义务射程高于当事人之间约定送达地址确定的义务射程,在之后的诉讼中需优于原约定送达地址适用。

约定送达地址最直接的体现是当事人在订立合同时预先约定发生纠纷时的送达地址,包括双方送达地址约定、法律后果告知、变更地址告知等内容。此外,对于合同纠纷以外的身份关系、侵权责任所引起的纠纷,虽然在实体法领域不宜采用合同形式调整,但约定送达地址对实体权利义务并不构成冲击,且此类案件中当事人对送达地址的处分权与合同案件并无实质区别,基于约定送达隐含的“契约自由”所赋予的特殊意义,对于约定送达地址可以直接适用。^②至于以“胁迫、欺诈”等危及合同效力手段达成的合同,如合同包含了诉前约定送达地址条款,不妨碍该条款的继续适用,因为人民法院享有确认上述合同无效的司法权,上述案件及时经由人民法院审理反而有助于受胁迫或欺诈当事人的利益保护。可喜的是,近年来人民法院对约定送达地址的适用已经逐步扩展到了电子送达领域,如杭州铁路运输法院(现为杭州互联网法院)直接采用电子送达方式向当事人诉前约定的电子送达地址送达除判决书、裁定书、调解书以外的诉讼文书。^③约定送达地址已经与诉中填写的送达地址确认书相互补充,成为高效解决“送达难”的有效形式。

① 参见刘学在、刘鋈:《诉前约定送达地址问题研究》,载《河北法学》2019年第1期。

② 合同实体可能因存在欺诈、胁迫或重大误解无效,但由于一般不涉及程序权利,因此本文也无必要讨论约定地址无效的情形。

③ 参见重庆市阿里巴巴小额贷款有限公司诉陈壮群小额借款合同纠纷案,杭州铁路运输法院(2017)浙8601民初943号民事判决书。

理论上讨论的约定送达地址均为当事人有明确约定的情形下展开,司法实践中当事人明确约定送达地址的数量仍不足,在此情形下,当事人“默示认同”的送达地址是否能作为法定送达地址则需纳入考量的范围。法律并不排斥非成文合同的成立,当事人依照诚实信用原则严格履行合同义务是意思自治的当然要求;合同的严格履行不仅在于实体法上权利义务的实现,还应及于纠纷发生后的处理。基于此,以一方当事人履行合同的住所作为法定送达地址,并未超出其因意思自治产生的接受送达义务范围。至于履行合同的住所则应审慎处理,并不能直接推定合同首个载明的地址是当事人自愿以此接受送达的意思表示。为平衡当事人权利义务之间的关系,对于合同履行地应赋予法官自由裁量权,既不能超出当事人依诚实信用原则所应当履行义务的范围,也不宜一概以未约定送达地址为由加重守约一方的义务,在此基础上可以合理确定“接受货币所在地”、“接受服务或货物所在地”等合同履行地作为法定送达地址。^①

(二) 合理适用:中等强度的受送达义务

基于公平原则产生的受送达义务并非直接由当事人之间的权利义务产生,更多地是由民事主体在其他社会活动中所提供,因此强度较基于契约产生的受送达义务要弱,属于中等强度的受送达义务,受送达义务确定的送达地址也可能会有多个。在确定法定送达地址时应当首先考量送达地址的来源、与当事人的密切程度以及当事人利用送达地址的时间波动等多方面因素,对受送达义务过低、与当事人关系明显不大的送达地址需严格排除。

《送达意见》第8条规定的几种送达地址规定了先后顺序,约定送达地址中受送达义务的强度高于其他,优先适用并无异议。在没有约定时,《送达意见》规定首先适用当事人书面提交材料中载明的地址,因为当事人提交书面材料时的地址是与本案关系最密切、时间跨度最短,由此产生的受送达义务强度较大,完全可以作为法定送达地址。没有当事人提交书面材料的,《送达意见》规定以一年内其他诉讼、仲裁案件中提供的地址为送达地址,没有上述情形时,以当事人一年内进行民事活动经常使用的地址为送达地址。最高人民法院如此设定,显然是基于对纠纷处理机构的信任,但如果当事人从事其他民事活动使用的地址是由自己主动提供且与当事人关联更密切、相距时间更近,受送达义务强度显然也更高,由此优先适用后者也更为合理,因此应当赋予人民法院自由裁量权,选择适用对当事人更为有利的送达地址。

(三) 慎重适用:较弱强度的受送达义务

相比较于程序法规范产生的法定受送达义务以及实体法规范产生的意定受送达义务,由主体法规范产生的受送达义务强度最弱,处于受送达义务的边缘。《送达意见》规定,按第8条规定不能确认送达地址的,自然人以其户籍登记的住所或者在经常居住地登记的住址为送达地址,法人或者其他组织以其工商登记或其他依法登记、备案

^① 此处借鉴了《民事诉讼法》及最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释中的部分规定,但其与法定送达地址并不完全重合,适用中应赋予当事人相应的举证责任及法官一定的自由裁量权。



的住所地为送达地址。山东省高级人民法院探索将企业等市场主体的登记住所确认为法律文书送达地址,对此,如果将上述地址作为送达地址并无不可,但作为法定送达地址并要求当事人承担“推定送达”的效力,则需要进一步考虑。

主体法规范对民事主体的限制主要是一种管理性的规范,民事主体违反该规范时,依据主体法规范承担相应的责任并无不妥。但主体法规范直接跨入程序法规范领域,则可能使违反管理性规范的民事主体承担程序法上的不利后果,继而对民事实体权利产生影响,这种跨越无疑太过激进。因此,主体法规范产生的间接受送达义务不宜在民事送达程序中独立适用,但可以与其他法规范(如公平原则)产生的受送达义务相互配合,确定当事人的法定送达地址;也可以作为一种辅助送达方式,在依照自然人的户籍地或经常居住地、法人或者其他组织的工商登记或其他依法登记备案地送达无效时,进一步采取公告送达方式以保障当事人权利。^①

四、法定送达地址制度的保障

民事诉讼的目的在于解决当事人之间的“私益纠纷”,如果为了私益而让国家权力广泛介入,则必使国家逾越自己权力行使的边界,且不可忘记尊重当事人也是民事诉讼法的基本价值。^②因此有必要对当事人接受送达义务作出限定,从而将公权力约束在合理的范围内。

(一) 明确当事人的证明责任

依据我国《民事诉讼法》及相关司法解释的规定,当事人起诉时需要有明确的被告。该规定虽然没有直接明确当事人需要提供被告的送达地址,但如不提供被告的送达地址,既无法明确被告身份的唯一性,人民法院也无法对案件的管辖权问题进行审核,因此提供被告的送达地址无疑是“明确被告”的隐含之意。遗憾的是该规定只要求原告提供的地址能“足以使被告和他人相区别”即可,对当事人提供的被告地址是户籍地、经常居住地抑或是其他地址并没有做出强制性的规定。在立案登记制背景下,原告通常仅含糊列明被告住某地人民法院便可立案,^③至于被告是否居住在此、该地址是否可送达,则需要人民法院立案后通过送达程序慢慢摸索,因为人的趋利性可能造成当事人对法院职权送达的过度依赖而放弃对送达地址的主动收集,这无疑也是造成送达难问题的原因之一。

① 实践中多地人民法院在依照自然人的户籍地或经常居住地、法人或者其他组织的工商登记或其他依法登记、备案地送达被退回后,继续采用公告送达的方式,而非径行开庭。

② 参见【日】伊藤真:《民事诉讼法》(第四版),有斐阁2014年版,第22页。

③ 根据最高人民法院《关于立案是否要提供被告人身份证信息的答复》,即使没有自然人被告身份证号码也应该依法登记立案,这固然方便了人民群众行使诉讼权利,但也造成了诸多问题,就送达程序而言,如何核实被告的住址成为送达问题之一。

事实上, 人民法院虽然是公权力的行使者, 但在案件审理前对当事人的详细信息无从知晓, 甚至查询当事人的户籍信息或登记信息也有赖于其他单位协助, 至于当事人之间是否有送达地址的约定更是无从知晓。由于原被告之间存在的实体法律关系, 反倒是原告对被告实际的住所地应该有更充分了解。实践中送达人员也不得不反复要求原告提供被告的信息并反复送达, 造成司法资源的浪费。《民事诉讼法》中关于“明确的被告”并非简单指被告的名称, 应当蕴含与诉讼相关的被告的全部信息, 因此要求原告将被告的住所情况在起诉时全部列明, 并非加重当事人的负担, 而是符合有利于法定送达的基本要求。

鉴于目前原告书写起诉状形成的习惯, 人民法院可以在原告立案时要求其填写被告的送达地址信息, 如约定送达地址、登记地或户籍地等, 并对此提供相应的证据。需要说明的是, 此处的“送达地址证据”并不是强制要求当事人提供, 如当事人确实无从取得上述地址, 仅以被告户籍地或注册登记地起诉的, 人民法院也应当受理, 不过在此情形中当事人应承担无法确定当事人法定送达地址所产生的成本(如诉讼周期延长)。如此要求, 与立案登记制也并无冲突。

(二) 顺位与不顺位: 推定原则及其例外

依受送达义务射程体系产生的多种送达地址, 按照前一种送达地址无法有效送达时, 是否有必要进行送达地址顺位? 从当事人实体权利保护方面来说, 穷尽一切送达方式似乎是当事人应当享有的一种权利, 但这种观念与法定送达地址的前提设定无疑是相悖的。当事人的受送达义务决定了法定送达地址是一种法律拟制地址, 它推定当事人在此地址负有接受送达的义务, 如违反此义务产生的法律后果由受送达人自行承担, 因此送达人以此地址进行送达时, 无论送达结果如何均应当产生推定送达的效果。在当事人负受送达义务时, 其已经具有了接受不利后果的预期, 如果送达人仍需穷尽其他方式保障受送达人实质上的权利, 则又回到“送达难”“送达乱”的旧路上来。

当然, 这一原则并非绝对一成不变。送达实践中通过电子送达系统送达时, 受送达人有时提出要求变更送达地址。要求变更送达地址意味着其提供了新的送达地址, 属于送达地址的诉讼确认, 由于各地法院基本都已购置配备电话录音设备, 为扩大送达地址确认制度的适用范围, 不妨将经电话确认身份、告知法律后果之后当事人提供、确认的行为视同填写送达地址确认书,^① 从而作为优于上述送达地址的新法定送达地址, 但受送达人仅以不在受送达地址居住为由拒不提供新送达地址的不在此列。

(三) 适用与不适用: 受送达义务的限制

为了推动诉讼的进程, 对当事人设定受送达的诉讼义务是程序与实体的双重要求, 不过要避免无谓地增加当事人的诉累。法定送达地址制度虽然尽可能包罗所有的可能,

^① 参见陈杭平:《“粗疏送达”: 透视中国民事司法缺陷的一个样本》, 载《法制与社会发展》2016年第6期。



但司法实践的丰富远远超出一项制度设立时所能考虑到的范围。弱强度的受送达义务固然可以通过诉讼转化为高强度的受送达义务，高强度受送达义务在一定情形下也可以转为弱强度送达义务，此时再引用高强度受送达义务规范则不符合公正原则。因此法定送达制度的构建应当考虑到当事人受送达义务的例外情形，在此情形下不宜推定当事人可以接受送达，仍应根据《民事诉讼法》的规定在其他送达无效时适用公告送达。

1. 自始无义务之例外

受送达义务的“射程”体系设定虽然尽可能包含各种可能发生的情形，但实践的复杂性与法律的滞后性决定了其不可能穷尽所有问题，无论是理论上还是实践中都可能出现自始无受送达义务的情形。在此情形中自然也无从确定当事人的法定送达地址，仍需要人民法院穷尽可能的送达手段来保障当事人权利。不过在有证据可以证实当事人以明示（拒绝确认）或默示（规避送达）等形式导致人民法院不能或无法进行确认的，属于当事人对诚实信用原则的违反，基于此产生的送达地址，人民法院可以作为法定送达地址直接适用。

2. 义务冲破之例外

当事人的受送达义务虽原本包含在义务“射程”中，但也非永久存在，在特定情形下受送达义务的强度会产生变化，由此产生的法定送达地址也应该随之调整。法律虽然不提倡当事人均通过诉讼的形式解决纠纷，但也不能无限度地保护“躺在权利上睡觉的人”。如相对人长时间怠于行使权利的，则当事人依诚实信用原则产生的保障义务将逐步减弱，最终可依照迁徙自由的权利冲破法定送达义务对其的束缚，这与实体法设立诉讼时效制度的理念是一致的。《送达意见》第 8 条中对部分法定送达地址超出时间的已作出了规定，该规定也应延伸至其他法定送达地址。此外，如当事人明知对方负有受送达义务，但诉讼过程中始终未将该义务的情形向人民法院披露，则应当视为对方受送达义务的主动放弃，需承担由此带来的时间及其他成本。

3. 公告送达的保障

“法不强人所难”，如有明确证据证实当事人确已下落不明，则当事人自始不存在规避送达的故意，其已不可能承担实体法律中产生的受送达义务。此时当事人享有受送达义务的豁免权利，人民法院应当通过公告送达的方式来对当事人权利进行保障。“受送达人‘下落不明’是一个极具弹性和裁量余地的概念”，^①《民事诉讼法》及相关的文件并没有对何种情形属于“下落不明”作出规定。受送达义务的体系或许可以为此提供依据，除了受送达义务非常严格的情形外（如送达地址确认、约定送达地址），对于较低强度受送达义务产生的送达地址，在送达不成功时应视作当事人“下落不明”的情形之一，为保障当事人权利应进行公告送达，这也应当作为法定送达地址制度的保障机制。

（责任编辑：崔婷婷）

^① 陈杭平：《“粗疏送达”：透视中国民事司法缺陷的一个样本》，载《法制与社会发展》2016 年第 6 期。

直接电子送达的基础证成与实现进路

——以微信、支付宝为电子送达接收端的应用图景

杜伟杰^{*}

内容摘要：司法实践中，被告“逃避送达”成为制约电子送达的核心症结，而《民事诉讼法》规定的“受送达人同意”也严重制约了电子送达效果的发挥。尽管目前各地法院对各种电子送达方式都进行了探索，均无法有效解决这一问题。兼具即时通讯功能和移动支付功能的微信、支付宝因为具有普遍性、准确性、可证性和安全性，对有效解决送达难具有极大价值。依托大数据技术，建立电子送达查控系统，对受送达人的信息进行大数据检索，从而准确查找出受送达人的微信、支付宝等，进而突破“受送达人同意”这一要件，实现直接电子送达的目的。同时应建立直接送达的运用规则，形成“直接完成有效送达”“视为完成有效送达”和“需受送达人同意”三个层次的送达体系，确保受送达人的知悉权和隐私权，并完善相应的配套措施，减少个人信息被不当使用的风险，确保直接电子送达发挥出最好效果。

关键词：直接电子送达；送达难；信息技术

中图分类号：DF72 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)05-133-145

引言

2012年修订的《民事诉讼法》新增了电子送达制度，随后最高人民法院出台《关于进一步加强民事送达工作的若干意见》，对电子送达的方式以及适用范围进行了拓展规定。2019年3月1日发布的《法治蓝皮书·中国法院信息化发展报告》中提到全国已经有2951家法院开展了电子送达，占全部评估对象的84.07%。数据显示，电子

^{*} 杜伟杰，河南省平顶山市中级人民法院法官助理。



送达可以让民商事案件平均送达周期缩短 43%,为法官减少 60% 以上送达事务性工作,电子送达这种高效、便捷、精准的方式远远优于传统送达方式。^①特别是 2020 年新冠肺炎疫情期间,更是凸显了电子送达便捷高效的优势,全国法院共计送达 446 万次。^②司法实践中,原告作为起诉方,对其送达法律文书较为容易,但是向被告的“送达难”问题一直是困扰法院的顽疾,无法联系被告人、逃避送达、拒收法律文书等屡见不鲜,导致原告维权困难,制约了审判质效的提升。本文以电子送达的实践困境为切入点,探寻最优化的电子送达路径——直接电子送达,以期最大程度提升审判质效、减少当事人诉累。

一、现状扫描:向被告电子送达的实践困境

我国区域经济发展不平衡,所以各地法院电子送达起步早晚、信息技术应用程度、人民群众对信息技术掌握程度都有一定差异。为了充分了解各地法院向被告进行电子送达的普遍情况,笔者选取我国东部的浙江 JX 法院、中部的河南省 PDS 法院和西部甘肃 BY 法院 2016-2020 年的一审民事案件电子送达数据作为研究对象加以剖析。^③

(一) 向被告电子送达适用率整体偏低

随着信息技术的发展以及智慧法院建设的逐步推进,电子送达作为新的便民诉讼方式开始受到重视,JX 法院在 2014 年就开始推行电子送达,PDS 法院和 BY 法院到 2017 年才开始大力推行电子送达。从收集的数据看,JX 法院 2016-2020 年向被告的电子送达适用率分别为 11.3%、17.6%、18.8%、19.7% 和 28.5%,PDS 法院 2016-2020 年向被告的电子送达适用率分别为 2.4%、9.8%、14.4%、15.7% 和 22.6%,BY 法院 2016-2020 年向被告的电子送达适用率分别为 1.8%、8.9%、13%、13.6% 和 18.9%。

可以看出,2016-2020 年选取的三家法院向被告电子送达适用率一直在提升,但是从整体上看电子送达率普遍较低,均低于 20%,并逐步趋于平缓。2020 年因为受新冠肺炎疫情的影响,法院大力应用电子送达,向被告电子送达适用率虽有所提升,但是整体上仍未超过 30%,依然处于偏低的位置。由此可知司法实践中电子送达并没有发挥出制度设计应有的效果,传统线下送达方式依然占据主流。

① 参见 2020 年《北京市高级人民法院工作报告》。

② 参见 2020 年《最高人民法院工作报告》。

③ 北京、广州和杭州互联网法院在电子送达方面的探索已走在全国前列,因所涉案件的当事人对信息技术使用较为熟练,且送达规则与普通法院不同,不能代表法院普遍的电子送达情况。而东部 JX 法院、中部 PDS 法院、西部 BY 法院为普通法院,更能代表中国大多数地方的实际情况。

（二）被告同意电子送达比例偏低

我国《民事诉讼法》要求电子送达需经当事人同意，浙江 JX 地区属于经济相对发达地区，案件当事人对电子送达接受程度高一些，但是向被告进行电子送达占比依然不高。通过对 2016-2020 年全部电子送达数据进行分析，发现 JX 法院、PDS 法院和 BY 法院被告同意适用电子送达比例分别为 9.3%、8.6% 和 6.2%。由此可知，各地被告同意电子送达的整体比例偏低，这也是制约电子送达适用率的主要因素。

（三）各类案件被告电子送达适用率普遍较低

从 2016-2020 年 JX 法院、PDS 法院和 BY 法院一审审结的民事案件中，选取合同纠纷、婚姻家庭纠纷、物权纠纷和侵权责任纠纷四类较多的案件电子送达数据进行分析。在合同纠纷案件中，JX 法院、PDS 法院和 BY 法院的电子送达适用率分别为 14%、12.3% 和 9.2%；婚姻家庭纠纷案件中，JX 法院、PDS 法院和 BY 法院的电子送达适用率分别为 20.9%、19.1% 和 17.2%；在侵权责任纠纷案件中，JX 法院、PDS 法院和 BY 法院的电子送达适用率分别为 16.7%、14.9% 和 12.6%；物权纠纷案件中，JX 法院、PDS 法院和 BY 法院的电子送达适用率分别为 17.2%、16.3% 和 14.7%。由此可以看出，合同纠纷被告电子送达适用率较低，婚姻家庭纠纷相对高一些，但是整体上徘徊在 20% 左右，普遍较低。

原告作为起诉方，对其电子送达法律文书较为容易，对被告电子“送达难”是问题关键。通过数据对比发现，无论是经济发达地区还是经济欠发达地区，婚姻家庭案件和合同纠纷案件，向被告电子送达率都普遍偏低，这严重拖延了送达时间、增加了司法成本，制约了审判质效的提升。

二、追根溯源：向被告电子送达难的原因

在实践中，被告电子送达适用率一直不高的原因是多种多样的，归纳起来，主观层面上是因为被告“逃避送达”，客观层面是因为受“受送达人同意”的法律规定的制约所导致。

（一）核心症结：被告“逃避送达”

我国《民事诉讼法》规定电子送达的前提是“受送达人同意”，这一规定制约了实践中电子送达的应用，导致向被告电子送达困难重重。根据笔者的调查，^①向被告电子送达适用率一直偏低主要基于以下四种原因：一是无法联系被告。在实践中，由于原告法律意识不强，在之前并未保留被告的重要信息，比如手机号、微信号等，或者

^① 笔者分别在 JX 法院、PDS 法院和 BY 法院随机抽取 100 名法院送达人员进行调查问卷，收回有效问卷 296 份。



被告外出打工失去联系等，导致法院无从联系被告，更无法征得被告同意适用电子送达。二是被告消极应诉，逃避送达。在很多案件中，被告知道自己被起诉，消极应诉，逃避送达情况普遍，特别是涉及财产类纠纷的案件，被告逃避送达情况突出，电话不接，短信不回，让其同意电子送达更不可能。三是被告不同意电子送达。这类情形主要是被告有应诉意愿，但因为一些原因，比如年龄太大不会使用手机、不识字等原因不同意电子送达。四是被告不知道电子送达。有些法院宣传不到位，被告不知道能够使用电子送达。这四类情形在三家法院中普遍存在，根据笔者的调查结果，JX 法院无法联系被告、被告逃避送达、被告不同意电子送达和被告不知道电子送达的占比分别为 9.2%、80.1% 和 5.7% 和 5%；PDS 法院无法联系被告、被告逃避送达、被告不同意电子送达和被告不知道电子送达的占比分别为 9.3%、78% 和 6.3% 和 6.4%；BY 法院无法联系被告、被告逃避送达、被告不同意电子送达和被告不知道电子送达的占比分别为 10.7%、77.2% 和 6.7% 和 5.4%。由此可以看出，被告“逃避送达”是制约电子送达效果的核心症结所在。

（二）法律制约：“受送达人同意”要件

送达的本质是通过一定的媒介在法院和当事人之间传递信息，进而保障当事人对诉讼相关事项的知悉权利。^①目前法院适用的电子送达方式主要包括中国审判流程信息公开网、诉讼平台、短信、电话、电子邮件、传真等。因为这些送达方式之间不具有交互性，大多数是孤立存在，在受送达人不提供具体送达方式的情况下，法院无法确定上述送达方式的准确性，即无法保证受送达人及时知悉。我国法律规定电子送达的前提是“受送达人同意”，正是基于确保受送达人的准确性以及其知悉权考虑。不过，“受送达人同意”这一要件也明显限缩了电子送达的适用范围，特别对于被告消极应诉，逃避送达的行为，在目前的电子送达规则之下，几乎无法解决。当然，除了电子送达之外，法院可以适用直接送达、邮寄送达、留置送达等传统送达方式。但是，电子送达制度设计的初衷是利用信息技术的即时性、便捷性的优势，最大程度让法官与当事人从耗时、费力的送达困境中解脱出来。^②从目前的司法实践来看，无论杭州互联网法院应用强制弹屏短信送达，还是广东法院的电子邮箱送达，抑或移动微法院平台送达等都无法突破“受送达人同意”这一要件。这也是制约目前电子送达效果的关键所在。

随着信息技术的发展，电子送达技术日趋进步。最高人民法院也意识到“受送达人同意”这一要件对电子送达效果的制约，并在《最高人民法院关于互联网法院审理

① 参见北京互联网法院课题组：《“互联网+”背景下电子送达制度的重构——立足互联网法院电子送达的最新实践》，载《法律适用》2019年第23期。

② 仅民事送达一项工作任务，就约占书记员总工作量的40%有余。由此可见，民事送达数量大、困难多的问题已十分凸显，给司法审判造成了很大的负担。参见梁峙涛：《“互联网+”时代下民事送达新路径探索——以实名制手机支付软件为核心的电子送达方式》，载《科技与法律》2019年第2期。

案件若干问题的规定》(以下简称《互联网法院规定》)第16条对这一要件进行了一定突破,即受送达人未提供有效电子送达地址的,互联网法院可以根据其日常活跃的手机号码、即时通讯账号等作为优先送达地址。2020年发布的《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》(以下简称《试点办法》)第26条对这一条款予以继承后,“受送达人同意”依然作为电子送达的前提。^①2021年最高人民法院发布《人民法院在线诉讼规则》(以下简称《在线规则》)确立了“默示同意规则”,将“同意”形式扩展至事前的约定、事中的行为和事后的认可,明确了电子送达“到达生效”和“知悉生效”两种生效标准,有效兼顾送达的准确性和效率性,促进审判提速增效。这些条款无论是技术层面还是法律层面都有着里程碑式的意义。基于互联网法院及在线诉讼受理案件类型,原、被告对于信息技术都有着较高的掌握程度以及对应诉具有较高的主动性,但对于普通法院审理的普通案件,当事人对信息技术知识掌握参差不齐以及被告多数消极应诉,决定了在现有阶段在线诉讼规则在一般案件中并不具有普适性。这也就意味着,无论《民事诉讼法》还是《互联网法院规定》,抑或《在线规则》,都需要围绕着“受送达人同意”要件为核心开展电子送达工作。

综上所述,被告“逃避送达”导致司法实践中向被告电子送达适用率一直在低位徘徊,而“受送达人同意”的法律规定又阻断了向被告直接进行电子送达的路径。在智慧法院建设的大背景下,迫切需要一种新的信息技术手段来破解这一难题。

三、青出于蓝:直接电子送达基础证成

电子送达的最终目的是传递信息,即法院把诉讼文书的相关信息传递给当事人,并且能得到反馈,法院与受送达人之间的送达即是成功的。《民事诉讼法》规定电子送达的三个要件,其中“受送达人同意电子送达”是要确保受送达人的准确性;“送达方式能够确认收悉”是确保受送达人阅读送达的信息并且可以用技术手段证明其已经阅读;“送达的文书不包括判决书、裁定书、调解书”是因为电子送达在探索阶段,技术等方面还不成熟,裁判文书具有权威性且对当事人关系甚大,在网络中传输有可能面临被篡改的风险,所以需强调其安全性。而兼具即时通讯与移动支付功能的微信、

^①《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》第26条规定:“受送达人同意电子送达但未主动提供或者确认电子地址,人民法院向能够获取的受送达人电子地址进行送达的,根据下列情形确定是否完成送达:(一)受送达人回复已收到送达材料,或者根据送达内容作出相应诉讼行为的,视为完成有效送达;(二)受送达人的电子地址所在系统反馈受送达人已阅知,或者有其他证据可以证明受送达人已经收悉的,推定完成有效送达,但受送达人能够证明存在系统错误、送达地址非本人使用或者非本人阅知等未收悉送达内容的情形除外。”



支付宝具有便捷性、即时性以及实名性,^①不仅可以打破空间地域限制,随时随地实现支付,同时兼具社交功能,这就给直接进行电子送达提供了可能。笔者尝试从送达形式的合法性、送达范围的普遍性、送达对象的准确性、送达完成的可证性与送达过程的安全性五个方面对中国审判流程信息公开网、诉讼平台、手机短信、电话、传真、电子邮件、微信、支付宝等电子送达效果进行对比分析,探讨兼具即时通讯与移动支付功能的微信、支付宝之价值优势。

(一) 送达形式的合法性

一是微信、支付宝作为电子送达接收端的合法性问题。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第135条的规定,电子送达可以采用传真、电子邮件、移动通信等即时收悉的特定系统作为送达媒介,《互联网法院规定》《在线规则》也都明确即时通讯账号可以作为电子送达地址。由此可知,微信、支付宝作为可以接受即时通讯信息的特定系统,和中国审判流程信息公开网、诉讼平台、手机短信、电话、传真、电子邮件一样,完全具备作为合法的电子送达接收端的条件。但目前的困境是微信、支付宝等作为兼具移动支付和即时通讯功能的特定系统,在未加好友的前提下,并未开通直接发送信息的权限。司法权作为中央事权,具有终局性、确定性、稳定性和强制性等诸多属性。送达作为司法权准确、公正行使的一个必然环节,也必然带有强制性的色彩,这在留置送达、公告送达中体现的更为明显。那么,从法理的角度来看,为了保障受送达人能够接收到法院的司法文书,可以采用法律强制力进行,比如当原告仅提供被告姓名、住址等有限的身份信息时,法院就可以依职权调取被告的身份证号码、手机号码等个人基本信息;从法律的实现角度来看,实现全国法院统一电子送达平台(发送端)与微信、支付宝(接收端)的对接与保护当事人隐私安全并不冲突,在技术上也完全可以实现。所以,在保护当事人个人信息的前提下,通过司法公权力与企业私权的合力完全可以合法实现全国法院统一电子送达平台与微信、支付宝的对接,实现直接电子送达的构想。

二是“直接电子送达”这一形式本身的合法性问题。目前我国尚未明确确立直接电子送达制度,但是并不代表这一形式完全不存在。从立法层面看,《互联网法院规定》《在线规则》都有“默示同意规则”的规定,其中部分规则就有直接电子送达的影子。比如《在线规则》第31条规定:“受送达人未提供或者未确认有效电子送达地址,人民法院向能够确认为受送达人本人的电子地址送达的,根据下列情形确定送达是否生效:(一)受送达人回复已收悉,或者根据送达内容已作出相应诉讼行为的,即为完

^① 微信、支付宝具有移动支付功能意味着实名制、绑定银行卡,对于电子送达验证唯一性具有重要意义。不具备支付功能的微信非常稀少,因其无法完成闭环验证,所以不在本文讨论范畴。后文所述微信、支付宝皆为兼具移动支付功能与即时通讯功能。

成有效送达；(二)受送达人的电子地址所在系统反馈受送达人已阅知,或者有其他证据可以证明受送达人已经收悉的,推定完成有效送达,但受送达人能够证明存在系统错误、送达地址非本人使用或者非本人阅知等未收悉送达内容的情形除外。”从实践层面看,法院根据原告提供的电话号码,打电话或者通过短信的方式通知被告参加诉讼在《互联网法院规定》《在线规则》出台之前就已经非常普遍,这种直接电子送达方式一直不被理论界看好是因为其缺乏保障被告能确认收悉的条件,且基于被告逃避送达、被告无法联系的情况时常出现,这种直接电子送达方式在实践中应用的范围一直有限。所以,直接电子送达虽然一直没有在法律中明确确认,但在立法层面和实践层面已经客观存在已经是不争的事实。

(二) 送达范围的普遍性

送达范围的普遍性意味着该送达方式是否能够覆盖大多数的人群,这样才能让送达的信息能够被大多数人所接收,而不至于虚置。从作为社会人的某种角度,任何人都有可能起诉或者被起诉,那么所使用的送达方式,就需要能覆盖足够大的地理区域和足够多的人群,这是作为一种优秀送达方式所应当具备的基本属性之一。^①这种基本属性就决定了受送达人需要具备一些基础的网络操作技能,这也必然导致在具体适用时的普遍性受到局限。

在各种电子送达方式中,短信送达、电话送达主要依赖于受送达人的手机号码,目前我国移动电话、短信应用的普遍性已毋庸置疑。对于微信、支付宝而言,数据显示,2020年微信月活跃账户数为12.51亿。支付宝月活用户为9.46亿,而2020年底我国16-59岁的人数为8.94亿。由此可见,微信、支付宝基本涵盖了绝大多数最有可能参与诉讼的人群,具有普遍性。而中国审判流程信息公开网、诉讼平台、传真、电子邮件等电子送达方式,因为受众面比较小,技术操作要求高,无法覆盖到大多数群体,特别是针对不特定的被告时,不具有普遍性。

(三) 送达对象的准确性

送达对象的准确性指送达对象是法律文书所指向的案件当事人或诉讼参与人,而非其他人。送达对象的准确性是保证程序公正的基础,所以准确性不能有丝毫的偏差。在电子送达时,因为没有有效的验证机制,只能在《民事诉讼法》中规定受送达人同意电子送达,即法院获取了当事人的电子接受方式才能确保电子送达的准确性。否则就算法院根据当事人的姓名或者身份证号查找到受送达人的信息,也依然无法确认该信息是否属于法院所要找的受送达人,比如盗用他人身份证办理的实名制手机号码、未实名注册微信等等。而具有移动支付功能的微信、支付宝因为天然具有实名性而具

^① 参见田桔光:《破解送达难题的信息技术革新——以居民身份证为运转核心的电子送达系统构想》,载《司法体制改革与民商事法律适用问题研究》,人民法院出版社2015年版,第9页。



有较高的准确性。但若想突破“受送达人同意”这一要件,实现送达对象百分百的准确性,在其他配套制度保障的前提下,在技术上是可行性的。以微信为例,身份证号、手机号(实名认证)、微信支付(实名认证且绑定手机号登录)、银行卡(实名办理且绑定手机号),形成“四位一体”的验证闭环(详见下文的闭环推导过程),可以确保法院电子送达对象的准确性。

(四) 送达完成的可证性

送达完成的可证性是指人民法院在向受送达人送达诉讼文书后,法院如何证明受送达人收到了所送达的法律文书,特别是受送达人没有看到或者假装没有看到的时候,法院如何自证,这是目前电子送达的一个难点。目前短信、电话、电子邮件和传真等在技术层面都可以证明送达已经完成且确保能够看到信息,比如杭州互联网法院适用的短信强制弹屏模式,受送达人必须关闭该弹屏才能继续使用手机且该法院发送的信息不能被拦截弹屏短信。^①而且受送达人点击短信中的链接时,法院的送达系统就能得到反馈,证明已送达成功。而这些信息技术层面的设计可以保障受送达人收悉,在微信、支付宝中可以借鉴应用。

值得一提的是,微信、支付宝比短信、传真和邮箱等送达方式较为优异的地方就是其应用场景的广泛性,特别是移动支付时代的来临,只需要刷脸或者指纹验证就可以轻松完成支付过程。刷脸的动态图片以及指纹信息可以保证所送达对象的唯一性,并作为送达回执成为法院有效完成送达的证据。

(五) 送达过程的安全性

电子送达的过程需要借助信息技术,其中就不排除黑客篡改裁判文书或病毒等原因影响送达的情形。^②这也是法律规定裁判文书不能适用电子送达的主要因素,毕竟裁判文书代表了法律关系的终极性认定,对当事人关系甚大。但是也有学者认为判决书等重要司法文书可以适用电子送达。^③随着信息技术的发展,送达过程的安全性已经有很大的保障,比如电子送达试点中,当事人收到电子文书信息附带数据有验证码,可以通过全国统一电子送达平台输入验证码进行验证真伪。而且《互联网法院规定》中已经明确,征得当事人同意后,法院可以电子送达裁判文书,虽然该条款是对互联网法院和试点法院的规定,但也说明在保障安全的前提下通过电子送达裁判文书是可行的。笔者认为,基于微信、支付宝等移动支付软件的电子送达安全性有保证主要基于两点:一是微信、支付宝每年用于支付的金额都是数百亿计,建立起的安全防火墙

① 参见张聪然:《送达不再难!杭州互联网法院电子送达平台上线》,载《科技日报》2018年4月12日,第2版。

② 参见吴逸,裴崇毅:《我国民事诉讼电子送达的法律问题研究——以杭州互联网法院诉讼规程汇编为例》,载《北京邮电大学学报(社会科学版)》2018年第10期。

③ 参见鞠海亭:《电子方式送达法律文书问题研究》,载《人民司法》2006年第5期。

每年都要抵挡黑客以及电脑病毒数百亿次的攻击,在安全性上有极大的保障;二是从利益的角度来讲,除非是双方当事人有极大的利益纷争,否则对裁判文书进行篡改或者进行病毒攻击毫无必要,所以形成安全隐患的几率并不高。而且目前,二维码技术已经非常成熟,并广泛应用在各个领域,甚至是电子身份证都可以用二维码替代,所以应用微信、支付宝进行电子送达时,在送达文书上附带二维码,只需要用微信、支付宝进行扫描就可以跳转到法院送达平台上验证真伪,这比目前使用的验证码要快捷方便,且能确保送达过程的安全性。

综上所述,微信、支付宝与中国审判流程信息公开网、诉讼平台、手机短信、电话、传真、电子邮件等电子送达方式相比,因其具备送达方式的合法性、送达范围的普遍性、送达对象的准确性、送达完成的可证性和送达过程的安全性,突破了“受送达人同意”的法律要件,实现对当事人进行直接电子送达,起到了对被告“逃避送达”这一问题釜底抽薪的效果,价值优势明显,发展前景广阔。

四、打破桎梏:直接电子送达的实现进路

2019年2月27日,最高人民法院发布《关于深化人民法院司法体制综合配套改革的意见——人民法院第五个五年改革纲要(2019—2023)》,其中提出要建设现代化智慧法院应用体系,搭建全国统一的电子送达平台,进一步扩大电子送达法律文书的范围。在这一背景下,可以充分利用智慧法院大数据,构建以直接电子送达为核心的送达体系。

(一) 建立电子送达查控系统

为了切实解决“执行难”,特别是应对被执行人逃避执行的问题,最高法院与金融机构总行建立“总对总”网络执行查控系统,对被执行人的户名、账号、账户状态(含已注销的账户)、余额、联系电话等信息进行查控,并可以通过该系统对被执行人采取冻结、扣划等执行措施,从而提升执行效率。电子送达查控系统可以借鉴网络执行查控系统的经验,最高法院与公安部、三大电信运营商、腾讯科技有限公司、支付宝网络技术有限公司、阿里巴巴集团、各金融机构总行等签署战略合作协议,建立以大数据抓取为中心的电子送达查控系统。电子送达查控系统可以根据当事人的姓名、身份证号码、手机号码、支付宝账号、微信号、家庭住址、淘宝收货地址等任意一个信息,对其他信息进行查询,形成一个立体的查控体系,同时可以交叉对比准确锁定受送达人,这样受送达人的准确性、唯一性就得到了确定。

功能一:查控功能,确定受送达人信息。通过自动检索功能,输入当事人身份证号码等信息,对其手机号、微信号、支付宝账号、淘宝收货地址、电子邮箱、宽带网



址等信息进行检索。同时设置高级检索功能,可以进行多种信息的交叉对比查询,特别是对原告无法准确提供被告信息的情况(比如只提供姓名、住址,未提供身份证),在对各种信息进行对比分析后,可以最大程度上确定受送达人的真实信息及有效电子送达方式。

功能二:确定受送达人与微信、支付宝的必然对应关系。假设受送达人甲的身份证为A,甲用身份证A办理了手机号B和银行卡D,甲用手机号B注册了微信号C并且开通支付功能。目前,微信、支付宝等开通支付功能必然绑定了手机号码、银行卡,那么在大数据应用时就可以做如下推导(以微信为例):身份证号码A→手机号码B→微信号C→银行卡号D→身份证号码A,而且可以互相推出形成闭环推导,形成身份证号码、手机号码、银行卡号、微信(支付宝)互相关联印证的“四位一体”,从而确保微信(支付宝)与受送达人之间的必然对应关系。甚至一些绑定电子身份证的微信、支付宝用户,可以直接锁定当事人身份以及微信、支付宝账户等。无法完成闭环推导的,则无法形成微信、支付宝与受送达人的必然对应关系,则不能适用直接电子送达。

功能三:活跃度查控及显示。对系统能够查控的电子送达方式进行活跃度查询,并对三个月活跃度、一个月活跃度、一周活跃度的数据进行显示。对于停止使用或者三个月以上没有活跃度的电子送达方式自动过滤,予以排除。

(二) 直接电子送达体系构建

修改《民事诉讼法》有关电子送达的规定,明确直接电子送达、默示同意电子送达和同意电子送达三个层次的电子送达规则。

直接电子送达的适用条件。对于直接电子送达,应较为审慎,设定一定的条件确保受送达的准确性与可证性:A:通过电子送达系统查控,能够形成闭环推导的微信、支付宝;B:查控前三十日内有活跃度。同时满足A、B这两个条件,即符合直接进行电子送达的条件。

直接电子送达的应用流程。首先,应用电子送达查控系统,准确定位到受送达人的微信、支付宝账号。其次,在全国统一电子送达平台中,端对端的直接将所送达的信息发送至受送达人的微信、支付宝中。再次,对于直接电子送达的,应当使用弹屏功能,保障受送达人能有效知悉。受送达人的微信或支付宝接收的信息会自动弹屏,在受送达人点击弹屏信息后,全国统一电子送达平台中能够反馈已阅知,或者有其他证据可以证明受送达人已经收悉的,即为完成有效送达。最后,对于没有点击弹屏信息,或者无法确认受送达人已收悉的,可以根据电子送达平台检索出的其他送达方式,采用“默示同意规则”的规定用短信、电子邮箱等方式进行电子送达。在上述情形都无法完成有效送达的,人民法院可以通过电话确认、诉讼平台在线确认、线下发送电

子送达确认书等方式,确认受送达人是否同意电子送达。

如上所述,微信、支付宝基本覆盖了大多数潜在诉讼人群,而且使用频率高,活跃度较强,大多数的案件可以通过直接电子送达的方式完成有效送达。

3. 中国审判流程系统、中国移动微法院、全国法院统一电子送达平台和电子送达查控系统等平台之间的对接。一是对于原告通过中国审判流程系统、中国移动微法院等平台进行诉讼的,在诉讼之前填写信息时,就弹出适用电子送达的页面,让原告填写电子送达方式等,这样在系统中就可以实现一键直接电子送达;二是对于在中国审判流程系统、中国移动微法院平台上一年内产生过诉讼,或者通过全国法院统一电子送达平台送达的受送达人,可对之前留下的电子送达方式进行活跃度查询,若在三个月内有活跃度的,可以直接进行电子送达。

4. 建立全国统一的电子送达信息库,方便直接电子送达。律师、行政事业单位和企业的电子送达方式稳定性强,且对于电子送达接受程度较高,可在全国统一电子送达平台中建立电子送达信息库,实现送达地址共享、智能匹配。比如北京法院2017年就率先在律师中使用电子送达,随后又与企业签署协议,在电子诉讼平台建立地址确认书数据库,与受送达人信息实现无缝对接,涉及到数据库当事人的就可以自动关联送达地址,实现“一键送达”。各级法院可以与本地律所、行政事业单位和企业进行协调沟通,建立电子送达信息库,然后汇聚到全国法院统一送达平台之中,若涉及到律师、企业和行政事业单位的送达问题,可直接实现一键直接电子送达。

5. 应用“默示同意规则”,视为完成有效送达。《互联网法院规定》和《在线规则》都明确了“默示同意规则”,即“受送达人未提供或者未确认有效电子送达地址,人民法院向能够确认为受送达人本人的电子地址送达的,根据下列情形确定送达是否生效……。”该规则是一种推定同意,这是在法院不能取得受送达人明示同意时,采取推定同意的方式先行予以送达,然后再以其行为表征进行二次确认。^①而这种推定同意对确保诉讼能够顺利进行具有极大的价值。^②这种规则可以应用在无法完全满足“送达形式的合法性、送达范围的普遍性、送达对象的准确性、送达完成的可证性与送达过程的安全性”的送达方式(短信、电子邮件等)和无法完成闭环推导的微信、支付宝之中。对于上述无法进行直接电子送达的方式,可以根据送达查控系统显示出的一个月内活跃度的排列先后顺序进行直接电子送达,受送达人回复已收到送达材料,或者根据送达内容作出相应诉讼行为的,视为完成有效送达。还有一种情形是,当事人双方在合同中已经约定发生纠纷时在诉讼中适用电子送达的,可以证明受送达人已经

① 参见北京互联网法院课题组:《“互联网+”背景下电子送达制度的重构——立足互联网法院电子送达的最新实践》,载《法律适用》2019年第23期。

② 参见胡谦:《从自我束缚到功能释放:电子送达的实现路径研究》,载搜狐网2021年6月16日,https://www.sohu.com/a/338372422_100017141。



收悉的,视为完成有效送达。

除了直接完成有效送达、视为完成有效送达的情形,其他电子送达均需受送达人同意。根据《诉讼规则》第32条的规定,人民法院可以同步通过短信、即时通讯工具、诉讼平台提示等方式进行电子送达,以最先完成的有效送达时间作为送达生效时间。当然按照上述规则穷尽电子送达查控系统检索出的所有电子送达方式后,仍无法送达的,可以进行线下送达、公告送达等。

(三) 相关配套措施构建

1. 原告原则上适用电子送达。目前,中国移动微法院已经全面建立,手机普及率逐年提升,移动网络应用度逐步深化。微信、支付宝等即时通讯软件已经基本普及。所以原告在起诉时,可以直接让其签署电子送达同意书,适用电子送达。现阶段有如下情形的,对原告可以电子送达:(1)聘请律师且委托律师代收法律文书的;(2)使用移动微法院或者其他法院网络平台起诉的。今后随着信息技术的进步,特别是当事人对网络技术熟练程度的提升,可以对所有民事案件的原告进行电子送达。但需规定以下例外情形:(1)原告不识字、无法使用智能手机、眼睛有疾病等情形且未委托律师的;(2)有其他不宜直接使用电子送达情形的。

2. 保障电子送达的安全性。一是深度应用生物识别技术保障送达成功。目前中国移动微法院已经建立,在原告起诉时填写手机号、姓名以及身份证号码后,还需要刷脸来确认本人起诉,基于刷脸以及指纹的唯一性、便捷性以及可证性,那么就可以在微信、支付宝中拓展电子送达场景,即刷脸或指纹来确认接收电子送达的法律文书,而刷脸截图或者指纹信息就可以被当做送达回执入卷。在不远的将来,还可以应用三维全息影像等技术进行识别认证。二是用二维码技术验证受送达文书的真伪。二维码的技术发展极大提升了电子信息技术传输中的安全性,对于电子送达的法律文书,建议都附带二维码。受送达人只需要进行扫描,即可跳转到全国法院统一电子送达平台验证真伪,极大方便了受送达人。三是引入区块链技术,把电子送达过程中的送达、接收、阅读、反馈等源数据全部上链,实现全流程数据的实时记录与保存,而且可以对外提供数据溯源和验证,确保送达过程真实可信。^①目前,最高法院和各地法院都在探索将区块链技术与司法场景相结合的模式,比如最高法院的“人民法院司法区块链统一平台”、杭州互联网法院的“司法区块链”、北京互联网法院的“天平链”和广州互联网法院的“网通法链”。所以,裁判文书、调解书等在保障安全以及可以便捷地验证真伪的情况下,完全可以突破“受送达人同意”这一要件,实现直接电子送达。

3. 保障大数据安全及当事人隐私。一是严格遵守国家相关法律法规,保护当事人

^① 参见苏州相城区法院:《打造电子诉讼全新方案 促进繁简分流提质增效》,载《人民法院报》2020年8月4日,第1版。

隐私与个人信息安全,通过技术手段确保法院内网与外网数据安全隔离;二是对当事人信息进行加密传输,杜绝数据外泄使用风险;三是限制电子送达查控系统的查询范围,即只能查询受送达人的身份信息、微信、支付宝账号、手机号码、宽带地址等信息,但是没有权限查询受送达人的金钱数额、消费流水等私人信息,切实保障受送达人的隐私权不受侵犯。四是操作全程留痕,且痕迹无法删改,确保数据安全,^①五是设立专业的电子送达团队,设置专人专号进行电子送达查控、送达,且查控、送达记录留痕,可以随时追溯,防止权力滥用。

结 语

电子送达作为一种新型的送达方式,具有极高的便民性,能极大节省司法资源,提升审判质效。本文结合现有的实践经验以及信息技术水平,构建以微信、支付宝为接收端的直接电子送达体系,对“受送达人同意”这一制约电子送达适用率的规则进行了一定的突破。随着信息技术的发展和5G时代的到来,微信、支付宝的应用场景将会更加广阔,在电子送达的应用中也会大放异彩。法院对于电子送达的探索不仅要具有前瞻性,更要具有实用性,如此才能更好地助力智慧法院建设,真正达到司法便民的效果。

(责任编辑:杨军)

^① 参见天津河西区人民法院:《构建“集约管理+协同运作”电子送达工作新机制》,载《人民法院报》2021年7月11日,第2版。



论数据驱动型经营者集中的反垄断规制

于耀东 孙亚荔*

内容摘要：平台经济时代，数据已经成为经济发展的要素，相应地出现了以数据集中为目标的平台企业经营者集中的现象，扰乱了公平、有序的市场竞争秩序。目前，关于经营者集中的营业额申报、相关市场的界定以及竞争评估标准等现行反垄断机制不能有效应对数据驱动型经营者集中所带来的挑战。立足于我国平台经济发展的现状，吸收借鉴欧盟地区的相关理论研究和实践经验，有针对性地探索我国应对数据驱动型经营者集中问题的可行路径，实行事前申报与事后监督双轨制，根据个案灵活界定相关市场的界限，完善竞争效果评估标准并细化行为性救济措施，以构建公平、有序、充满活力的市场竞争环境，促进平台企业的创新，推动我国平台经济的发展。

关键词：平台经济；数据驱动型经营者集中；反垄断规制

中图分类号：DF411.91 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)06-146-159

一、问题的提出

根据中国信息通信研究院监测统计，当前我国活跃的大数据企业共有 3242 家，我国 70% 的大数据企业为 10 人到 100 人规模的小型企业，大于 300 人的大型企业占比为 10.4%，^①很多初创企业和小型企业都会面临破产或被兼并的风险。根据传统的竞争理念，初创企业或小型企业被兼并对市场结构的影响很小，因为它们的市场份额很低。但是，在平台经济背景下的数据驱动型企业兼并，可能带来不同的数据访问，甚至可能形成一个大型的新数据库，增加与该市场相关的数据的集中度，从而导致“赢者通吃”的垄断局面，抑制行业创新。

* 于耀东，上海海事大学法学院副教授；孙亚荔，上海海事大学法学院海商法研究中心助理研究员。

① 参见中国信息通信研究院：《大数据白皮书（2020 年）》，第 23-24 页。

为防止垄断和鼓励行业创新，国外已经出现了数据驱动型经营者集中的反垄断案例，例如2014年Facebook收购WhatsApp案、2016年Microsoft收购LinkedIn案、2017年Apple收购Shazam案等。由于平台经济背后强大的支撑力是大数据，平台企业之间的数据竞争不可避免，尽管数据驱动型经营者集中在我国似乎还缺乏实质审查的先例，但是数据驱动型经营者集中案例在我国并不少见，例如2015年美团与大众点评兼并案、2015年赶集网与58同城兼并案、2016年滴滴与优步兼并案、2017年顺丰与菜鸟之间的数据争夺战等。

大数据企业兼并之后，一方面可以通过算法对数据进行整理、分析，掌握用户的偏好、需求和消费水平等有价值的信息，利用这些信息有针对性地制定企业的未来发展战略，为消费者提供个性化的产品和服务，给用户带来方便和体验感升级，另一方面可能会利用数据优势排除或限制竞争，提高数据市场的集中度和市场的进入壁垒，限制竞争对手对可利用数据的收集，甚至可能定向实施反竞争的歧视行为，例如强制搭售、向上下游企业延伸垄断优势实施纵向行为等混合垄断行为。^①鉴于数据驱动型经营者集中对市场竞争及消费者福利的不利影响是长期且不可逆转的，数据驱动型的经营者集中问题亟待解决，以确保平台经济的有序运转。

二、数据驱动型经营者集中对现行制度的挑战

平台经济的产生从根本上改变了商业竞争模式，数据已经成为全球经济社会发展的关键要素。^②虽然2021年2月7日国务院反垄断委员会为了预防和制止平台经济的垄断问题，印发了《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（以下简称《反垄断指南》），但是《反垄断指南》并不直接针对数据驱动型的经营者集中问题，目前我国事前申报制的实施、“相关市场”的界定以及实质性竞争评估的标准仍不能与数据驱动型经营者集中的现状相适应。

（一）事前申报制的实施受到挑战

目前，我国对于经营者集中实行事先申报制，申报标准采用的是“单一营业额量化”标准为主，辅以执法机构对未达标准但可能实质损害竞争的经营者集中进行调查的裁量控制模式。^③但是，对于数据驱动型经营者集中案件，“单一营业额量化”标准存在“营业额”界定困难和实施门槛过高的问题，反垄断执法机构的主动调查权和经营者主动申报制度作为“单一营业额量化”的辅助标准也难以达到理想效果，这样会使大量案件被排除在反垄断执法机构的管辖范围之外。

① 参见丁国峰：《大数据视角下的反垄断法修订》，载《竞争法律与政策评论》第6卷。

② 参见陈兵：《数字经济下相关市场界定面临的挑战及方法改进》，载《中国流通经济》2021年第2期。

③ 参见郭玉欣：《论数字科技企业纵向合并的反垄断法规制》，载《甘肃政法大学学报》2010年第6期。



1. “单一营业额量化”标准不合理。首先，“营业额”的界定缺乏统一的标准。《反垄断指南》第18条第1款规定经营者的“营业额”包括销售商品和提供服务所得的收入，并且规定了根据不同的情形可以区别“营业额”的计算方法。但是，这一规定较为笼统且没有清晰表述“营业额”的界定及具体计算方法，例如平台企业提供的是免费服务，尤其是在社交平台、搜索引擎平台以及购物平台上，用户下载、注册并不需要付费，但可以通过用户的使用收集到海量的个人数据，在这种情况下如果根据企业流水来计算“营业额”通常是达不到申报标准的。

其次，“营业额”门槛过高。《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第3条规定了具体的“营业额”门槛；“营业额”达到标准时经营者应该进行申报，否则不予集中。在数据驱动型经营者集中案件中，很多经营者在相关领域有较大的市场势力和影响力，由于未达到经营者“营业额”的申报标准而未被审查，但他们可能具有强大的数据价值和可观的市场潜力，在集中后可以利用数据建立起较高的进入壁垒，如果采用传统的“营业额”标准将不能实现该制度“事先防范”的目标，2016年发生在我国的滴滴与优步的兼并就是典型的案例。

2. “辅助标准”未达到理想效果。《反垄断指南》第19条第1款赋予了反垄断执法机构在未达到申报标准的案件中拥有主动调查的权力，这看似可以在一定程度上对未达到申报标准的经营者集中案件进行审查，减少不进行事前申报的“漏网”现象。但是，在实践中可能难以达到预期的效果：一是这对反垄断执法人员提出了更高的要求，执法人员要对相关案件有足够的警惕性；二是该规定比较宽泛，对反垄断执法机构如何行使自由裁量权的限制较少，容易滋生腐败问题；三是执法人员主动进行调查的积极性不高，容易产生执法人员“不作为”现象。《反垄断指南》第19条第2款规定未达到申报标准的经营者也可以主动向反垄断执法机构进行申报，但参与集中的经营者普遍存在侥幸心理，在未达到法定申报标准的前情况下不愿意主动申报。

（二）“相关市场”的界定受到挑战

在传统的反垄断执法过程中，界定“相关市场”通常是反垄断执法机构审查经营者集中案件的首要步骤。这有助于确定经营者的市场力量 and 市场份额，明确集中后实际或潜在的竞争对手以及市场的进入障碍，^①从而准确地评价经营者的垄断地位。但是，由于平台经济的双边效应、网络效应、锁定效应、用户粘性等特征，使得是否需要界定“相关市场”的概念存在争议，以及传统单边市场使用的定量测试法受到了挑战。^②

1. “相关市场”界定的必要性存在争议。在平台经济背景下，在数据驱动型经营者集中案件中，是否必须要界定“相关市场”的概念，在理论上存在分歧，在实践中

① See Koh Chun Yik, Research on Anti-Monopoly Regulation of Data Merge in the Era of Data-Driven Competition, Peking University Law Journal, 2020, p.12.

② 参见张志安、李辉《互联网平台反垄断的全球比较及中国治理路径》，载《新闻与写作》2021年第2期。

存在不同做法。哈佛大学卡普罗教授提出了“不界定相关市场论”，即绕过“相关市场”的界定，根据其他标准对涉案企业进行反垄断分析。^①OECD的研究认为，涉及多边平台的市场中，进行“相关市场”界定的价值并不大，应该仔细考虑进行市场界定是否必要，以及实施市场界定所耗费的资源是否合乎比例。^②在我国个别的反垄断审查实践中，也采取了如果有直接的证据能够证明经营者的市场地位及其行为对竞争的影响则不需要明确而清楚地界定“相关市场”概念的做法，例如3Q大战。^③当然，也有不少学者认为在平台经济反垄断案件中仍然应该界定“相关市场”的概念，并且《反垄断指南》在正式稿中删除了《征求意见稿》中“一定条件下可以绕开相关市场界定而直接认定垄断行为”的相关表述，这也足以说明《反垄断指南》的态度是通常情况下仍然需要界定“相关市场”。

2.“假定垄断者测试”法受到挑战。《反垄断指南》第4条规定，平台经济不管是商品市场还是地域市场，界定相关市场的基本方法还是“替代分析法”。替代分析法主要是基于商品特性、用途、价格等的需求侧替代分析、供给侧替代分析，通常采用“假定垄断者测试（HMT）”来进行测试。^④在实践中，假定垄断者测试的分析方法有多种，既可以通过数量不大但有意义且并非短暂的价格上涨（SSNIP）的方法进行，又可以通过数量不大但有意义且并非短暂质量的下降（SSNDQ）的方法进行。

“SSNIP测试”法是根据“价格”因素进行调整的，在运用“SSNIP测试”法时通常需要确定基准价格，然后进行一定比例的调价。但是，数据驱动型经营者集中是以数据集中为目的，他们提供的服务可能是免费的，在平台的产品组合中，免费产品吸聚用户端点，在此基础上对收费产品进行涨价。由于交叉网络效应以及消费者粘性的存在，用户不会轻易地放弃一个平台而转向另一个平台。^⑤平台经济关注的不是价格而是质量、创新等方面，数据驱动型经营者集中关注的更不是价格因素，因此SSNIP测试并不适合数据驱动型经营者集中案件。

“SSNDQ测试”法与“SSNIP测试”法类似，“SSNDQ测试”法是用“质量”因素进行衡量。但对于数据驱动型经营者集中的案件，“SSNDQ测试”法面临着量化困难和实操难度大的问题，因为“质量”的参数和变化幅度的调整方式与“价格”的上下调节存在较大差异，在选取质量参数时存在很强的主观性和不确定性，不同用户对“质

① 参见李凯、樊明太：《我国平台经济反垄断监管的新问题、新特征与路径选择》，载《改革》2021年第3期。

② 参见韩伟：《数字经济时代中国 反垄断法 的修订与完善》，载《竞争政策研究》2018年第4期。

③ 参见北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技（深圳）有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位纠纷案，《最高人民法院指导案例》78号，2017年3月16日发布。

④ See Koh Chun Yik, Research on Anti-Monopoly Regulation of Data Merge in the Era of Data-Driven Competition, Peking University Law Journal, 2020, p.12.

⑤ 参见张江莉：《互联网平台竞争与反垄断规制——以3Q反垄断诉讼为视角》，载《中外法学》2015年第1期。



量”的标准无法达到统一，不同的案件 also 具有很强的特殊性。^①因此，SSNDQ 测试也难以适用数据驱动型经营者集中的案件。

（三）实质性竞争评估的标准受到挑战

根据《反垄断指南》第20条的规定，国务院反垄断执法机构要结合平台经济的特点，将经营者在相关市场的份额、经营者对市场的控制力、相关市场的集中度、对市场进入和技术进步以及对消费者的影响等因素予以具体考虑。但是，由于数据驱动型经营者集中案件的“数据”因素至关重要，市场是双向的、动态的，有着很强的不确定性，因此市场份额在衡量市场力量上的重要性明显降低，平台的锁定效应和网络效应以及消费者福利原则等因素都对反垄断竞争评估标准产生了较大的冲击。

1. 市场份额的重要性降低。在传统经济中，市场份额是衡量市场力量的关键因素，但在平台经济背景下，平台竞争、创新竞争、跨界竞争等特点导致市场份额在衡量市场力量上的作用可能会有误导性。^②在数据驱动型经营者集中案件中，“数据”发挥着重要作用，某些企业的营业额可能很小，决定了这些企业的市场份额在行业内也无足轻重，但是他们所拥有的数据的商业价值却不能小觑。例如2013年Facebook兼并WhatsApp时，WhatsApp只有8.6%的份额，但是却拥有大量的用户数据。^③因此，在数据驱动型经营者集中的案件中，实现数据的集中并不一定会实现市场份额的集中，市场份额的重要性在实质性竞争评估过程中明显降低，用其作为关键因素进行衡量不能有效地鉴别经营者是否集中，甚至会出现“假阴性”的问题。

2. “锁定效应”影响实质性竞争评估标准。“锁定效应”是指不能将数据从一个网络平台复制到另一个网络平台，从而导致数据锁定。“锁定效应”会提高市场的进入壁垒，达到反竞争的目的。大数据本身无处不在，但快速收集和分析数据的能力并不是每个企业都可以做到的，市场进入壁垒也不是关于拥有多少数据，而是关于快速、有效地处理相关数据的能力，^④就像最初雅虎在搜索引擎领域拥有的数据量远超谷歌，但最终由于数据处理能力的缺乏却输给了谷歌。

数据驱动型企业是通过“访问更多数据——改善服务——吸引更多用户——获得更多的可访问数据”这种“滚雪球模式”进行发展的，集中后的企业如果拒绝合理的数据复制将建立起较高的市场进入壁垒，同时也将获得更多的投资，吸引更多的用户和获得更多的数据，从而损害市场竞争。^⑤例如：在2016年Facebook收购WhatsApp案中，欧共体认为Facebook的收购行为将会集中大量的用户数据，即使他的竞争对手能够获得类似的用户数据，也无法像合并后的Facebook一样快速地分析、处理数据，从而增

① 参见陈兵：《数字经济下相关市场界定面临的挑战及方法改进》，载《中国流通经济》2021年第2期。

② 参见吴汉洪：《互联网经济的理论与反垄断政策探讨》，载《财经问题研究》2018年第9期。

③ See Commission Decision of 10 March 2016 in Case M.7217 - Facebook/WhatsApp.

④ See Aleksandra Boutin, Big Data and Merger Control, UCL White and Case Conference, Nov. 7, 2018, p.4.

⑤ See Bundeskartellamt, Competition Law and Data, May 10, 2016, p.13.

加了市场进入的壁垒。^①

3. “网络效应”影响实质性竞争评估标准。平台经济存在“网络效应”；“网络效应”可以作为市场力量的有力证据，有助于帮助判断该行业的市场集中程度。“网络效应”又分为“直接网络效应”和“间接网络效应”。“直接网络效应”是指随着越来越多的人使用某一产品或服务，企业通过对数据进行分析而提升该产品或服务的品质，从而对用户变得更有价值，例如社交网络平台、照片分享平台和聊天应用平台。

“间接的网络效应”是指通过收集用户的平台访问和使用数据来改善其产品，从而吸引更多的用户并使现有的用户受益。^②例如搜索引擎通过用户使用获得用户数据，并对用户数据进行分析，提高搜索引擎的质量，吸引更多的用户使用该搜索引擎，从而对另一端的广告商市场提高价格。^③数据驱动型经营者集中更加容易形成网络效应，提高市场进入壁垒，因此“网络效应”会影响实质性竞争评估的标准。

4. 消费者的福利原则影响实质性竞争评估标准。《反垄断指南》开宗明义，其目的是要维护消费者利益和社会公共利益。首先，数据驱动型经营者集中会导致数据的集中，数据集中后可能会根据消费者的兴趣和心理进行画像和分组贴“标签”，搭建庞大的信息茧房，甚至会出现个性化定价的“大数据杀熟”现象。^④例如，A消费者经常在某一购物平台买a产品，而B作为新顾客第一次购买a产品，经常有消费者反映A购买的价格高于B。

其次，在数据驱动型经营者集中的案件中，消费者福利受到损害的表现不仅是价格的上涨，还有产品质量和个人信息及隐私的流失。^⑤Facebook的首席执行官马克·扎克伯格曾宣称，作为一种社交规范，隐私正在消失。^⑥在我国，平台经济飞速发展，阿里巴巴、腾讯、百度等几乎成为手机必备，消费者授权平台使用大量个人信息，甚至涉及到消费者的隐私，集中后的经营者是否会放松对用户个人信息及隐私的保护也会给传统竞争评估标准带来挑战。

三、欧盟数据驱动型经营者集中的反垄断规制

欧盟的反垄断政策一直是较为严格的，对数字领域的反垄断规制也不例外，例如

① See Commission Decision of 10 March 2016 in Case M.7217 - Facebook/WhatsApp.

② See John M. Yun, Does Antitrust Have Digital Blind Spots? South Carolina Law Review, VOL. 72 :305, p.322.

③ See Daniel Sokol and Roisin Comerford, Antitrust and Regulating Big Data, GEO. Mason L. REV. VOL. 23 :5, p.1148.

④ 参见刘柏、卢家锐：《互联网平台经济领域垄断的潜在风险及防范》，载《财会月刊》2021年第3期。See

⑤ See Daniel Sokol and Roisin Comerford, Antitrust and Regulating Big Data, GEO. Mason L. REV., VOL. 23 :5, p.1141.

⑥ See Maureen K. Ohlhausen and Alexander P. Okuliar, Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy, Antitrust Law Journal, Vol. 80, p.122.



欧盟在 2020 年 12 月发布了针对非法内容的《数字服务法案》(Digital Services Act, 简称 DSA) 和针对反竞争行为的《数字市场法案》(Digital Markets Act, 简称 DMA)。^① 欧盟注重对中小企业及市场竞争者的保护, 例如《欧盟运行条例》《欧盟小企业法案》等诸多法律法规明确中小企业对欧盟经济发展的重要作用, 因此欧盟在总体上缺乏超大型数字平台。^② 欧盟在事先申报标准、相关市场的界定以及消费者福利原则方面都有较为成熟的规制方法。

(一) 事先申报的标准

欧盟部分国家为了避免事前申报的“营业额”门槛无法适应数据驱动型经营者集中的实践而引入了“交易价值”门槛, 例如德国在 2017 年《反竞争法》第九次修订时引入了“交易额条款”, 对于交易对价超过 4 亿欧元的经营者集中, 应当事先向联邦卡特尔局进行申报。随后, 奥地利的《奥地利卡特尔与竞争案》也规定了卡特尔达到 2 亿欧元的并购业务经营者有申报义务。^③ 由此可以看出, 在平台经济背景下, 引入“交易额条款”的目的就是为了使数据驱动型经营者集中审查制度能够覆盖交易规模与营业额不对等的案件, 这一思路值得我国在应对数据驱动型经营者集中的反垄断问题上予以借鉴。^④

(二) “相关市场”的界定

从欧盟的反垄断审查实践来看, 界定“相关市场”通常也是欧盟委员会进行反垄断审查的首要步骤。首先, 欧盟委员会通常围绕平台企业所提供的服务或功能分别划分多个“相关市场”。例如在 2014 年 Facebook 合并 WhatsApp 案中, 欧盟委员会分别确定了向用户提供服务 and 向广告商提供服务的“相关市场”。在用户方面, 欧盟委员会探讨了为消费者通信服务和社会网络服务确定“相关市场”的可能性; 在广告商方面, 委员会审查了广告市场是否需要进一步划分为搜索广告和非搜索广告、移动广告和基于 PC 的广告。^⑤ 其次, 从欧盟的法律规定及反垄断审查实践来看, 单独界定数据“相关市场”的情况并没有出现, 因为平台企业的提供者使用数据只作为“输入”, 并没有向第三方出售数据, 没有交易就无法构成一个单独的数据市场。最后, 欧盟委员会在界定“相关市场”的具体操作过程中, 通常先界定一个假设的“相关市场”, 然后再根据企业集中所涉及的数据分析这些数据所服务的真正市场。^⑥

(三) 消费者福利原则

① 参见李凯、樊明太:《我国平台经济反垄断监管的新问题、新特征与路径选择》,载《改革》2021 年第 3 期。

② 参见熊鸿儒:《数字经济时代反垄断规制的主要挑战与国际经验》,载《经济纵横》2019 年第 7 期。

③ 参见方翔:《数字市场初创企业并购的竞争隐忧与应对方略》,载《法治研究》2021 年第 2 期。

④ 参见邵庆、苏厚阳:《滴滴合并优步案的反垄断分析》,载《华北电力大学学报(社会科学版)》2019 年第 6 期。

⑤ See Commission Decision of 10 March 2014 in Case M.7217 - Facebook/WhatsApp.

⑥ See Inge Graef, Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms, World Competition 38 no.4, 2015, pp.489—495.

通过对比 Google 收购 Doubleclick 案、Facebook 收购 WhatsApp 案、Microsoft 收购 LinkedIn 案这三个有代表性的案例（见表 1），欧盟在数据驱动型经营者集中的案件中关于隐私保护的态度在不同时期是有所转变的。首次对该问题进行关注的案件是在 2007 年 Google 收购 Doubleclick 案中，由于没有充分的证据，未将隐私保护问题作为审查数据驱动型经营者集中案件的考虑因素；在 2014 年 Facebook 收购 WhatsApp 时，尽管欧盟委员会承认隐私是一个重要的非价格因素，但并不属于竞争法的范围，因此欧盟委员会并没有分析这一因素，^①但是在两年后欧盟委员会发现 Facebook 对这个问题有所隐瞒且违背承诺作出数据共享行为时，立刻叫停并加以处罚。^②当 2016 年 Microsoft 收购 LinkedIn 时，欧盟委员会在新闻稿中指出，与隐私相关的问题不属于欧盟竞争法的范围，但可以在竞争评估中考虑到消费者将其视为“质量”的一个重要因素，并且要考虑经营者在这个因素上相互竞争的程度。^③通过对比可以发现，尽管数据隐私问题始终没有被普遍纳入竞争法的范畴，但欧盟委员会逐渐地承认了数据隐私在数据驱动型的经营者集中案件中是一个十分重要的非价格因素，也在个案中增添了相关的附加条件。

表 1 欧盟对于隐私保护是否可以影响数据驱动型经营者集中案件认定的态度转变^④

时间	案例	对隐私保护的态度
2007 年	Google 收购 Doubleclick 案	首次在审查时被提及，但是并没有证据证明隐私保护问题可以成为认定数据驱动型经营者集中的因素之一
2014 年	Facebook 收购 WhatsApp 案	欧盟委员会承认“隐私”成为竞争的重要因素，但是并没有成为阻碍经营者集中的因素，也没有要求其对此作出承诺
2016 年	Microsoft 收购 LinkedIn 案	欧盟委员会再次考虑该因素，并且要求 Microsoft 做出承诺，不能实施锁定用户和排除竞争对手访问权的行为，保留市场上包括用户数据隐私政策在内的选择权

四、数据驱动型经营者集中反垄断路径的探索

虽然我国并没有对数据驱动型经营者集中案件实质性地进行了反垄断审查的先例，但是从我国平台经济的发展现状以及全球经济发展的趋势来看，这将是平台经济发展过程中的普遍规律，我们要有前瞻性的眼光为平台经济的发展提供良好的市场环境。虽然《反垄断指南》的出台标志着我国在平台经济反垄断问题上的监管不断加强，但

① See Christophe Carugat, The 2017 Facebook Saga : A Competition, Consumer and Data Protection Story, CoRe, 2018, p.9.

② 参见傅晓：《警惕数据垄断：数据驱动型经营者集中研究》，载《中国软件科学》2021 年第 1 期。

③ See Christophe Carugat, The 2017 Facebook Saga : A Competition, Consumer and Data Protection Story, CoRe, 2018, p.9.

④ 参见傅晓：《警惕数据垄断：数据驱动型经营者集中研究》，载《中国软件科学》2021 年第 1 期。



仍要坚持包容审慎的执法态度,避免出现因过度干预而扼杀创新的局面,从而实现平台经济的有序发展。实际上,数据驱动型经营者集中案件的反垄断规制是一个很难平衡的问题,既要避免竞争损害问题的发生,又要给予平台企业退出市场的理想途径。因此,需要结合我国平台经济发展的现状并借鉴欧盟的理论与实践经验,积极探索对我国数据驱动型经营者集中具有现实意义的反垄断规制的路径。

(一) 实施事前申报审查与事后监管双轨制

1. 完善事前申报审查制度。首先,要调整事前申报标准。为了不再使“免费”成为规避申报的理由,可以借鉴欧盟的“交易额”模式。如果将“交易额”模式适用于我国滴滴和优步合并案中,就意味着乘客向平台支付的全部费用都计入交易额中,在此情况下,该案就需要进行事前申报并接受反垄断执法机构的审查。^①但是,在引入“交易额”模式时,也应该考虑该模式在我国可能出现的适用困难:(1)如何具体计算“交易额”没有统一的标准;(2)申报人可能通过压低“交易额”的方式来进行规避。^②因此,在引入“交易额”模式时,还需要基于我国国情制定相关细则来具体指导“交易额”的计算。

对于难以准确认定是否可能造成经营者集中的情形,反垄断执法机构可以推定平台企业可能造成经营者集中,因为经营者集中一旦发生就会对该行业造成较大的损失,所以有必要实施严格的事前申报审查机制,推定平台企业可能造成经营者集中,这有助于将举证责任转移给经营者,降低执法机关收集证据的难度,从而提高执法效率和执法的准确性。经营者要提供证据证明该合并行为是为了消费者利益、公共利益、企业创新的考虑,或者能够证明不存在其他影响市场竞争的行为。但是,必须要明确推定企业经营者集中的各项指标,保证推定结果的合理性,防止推定的任意性。

2. 加强对合并后企业的事后监管。由于平台经济的发展是动态的,反垄断执法机构要充分发挥在市场监管中的作用,加强事后监管,弥补事前审查的漏洞或不足。具体可以从以下几方面开展事后监管工作:(1)赋予反垄断执法机构合理的事后监管权力,例如:调查权、撤销允许经营者集中的决定、进行相应的行政处罚等;(2)建立企业的“事后报告制”,对合并后企业的动态进行有效监督,例如合并后的企业每年度需要向反垄断执法机构书面报告经营状况、财务状况等企业动态,并接受反垄断执法机构对相关问题的质询;(3)反垄断执法机构要加强市场调研与分析,加强对重点企业的监管,在指导企业合规竞争的同时,也促进执法工作的有效开展;^③(4)反垄断

① 参见郜庆、苏厚阳:《滴滴合并优步案的反垄断分析》,载《华北电力大学学报(社会科学版)》2019年第6期。

② 参见王健、吴宗泽:《反垄断迈入新纪元——评美国众议院司法委员会 数字化市场竞争调查报告》,载《竞争政策研究》2020年第4期。

③ 参见王先林、方翔:《平台经济领域反垄断的趋势、挑战与应对》,载《山东大学学报(哲学社会科学版)》2021年第2期。

执法机构就监督情况按照《信息公开条例》及时向社会公众反馈,提高对公众普遍关注的“热点合并”事件的回应力度,增加信息透明度,^①必要时可以组织听证会对相关问题进行说明;(5)完善公众举报渠道,对于社会公众举报的数据驱动型经营者集中案件予以重视,及时成立调查组,核实相关事实,依法依规进行处理。

(二) 坚持个案分析原则,灵活界定“相关市场”的界限

根据《反垄断指南》,通常在调查中需要界定相关市场,而相关市场的界定要坚持个案分析的原则。在数据驱动型经营者集中的案件中,间接网络效应将多边市场联系在一起,因此不能按照传统的单边市场界定的思维分析“相关市场”的界定,而是要立足于个案情形,进行全面分析。

1. 明确“相关市场”需要整体界定还是分别界定。虽然 OECD 在 2018 年发布的《多边平台反垄断工具之反思》调研报告中指出,“从竞争评估这一目的来看,只要考虑并分析了跨平台网络效应带来的影响,严格区分相关市场的整体界定还是分别界定意义不大”^②,但是鉴于双边市场可以区分为“双边交易市场”和“双边非交易市场”两类,^③在个案中还是要根据双边市场的类型确定界定一个整体的“相关市场”还是分别界定“相关市场”。

如果是双边交易市场,例如淘宝、京东这样的平台企业双边收取的是买家服务费与卖家服务费,这种情形下只需界定一个整体的相关市场;如果是双边非交易市场,例如百度、腾讯这样的平台企业,一边收取商家的广告费,另一边则免费向用户提供搜索、通讯等服务,在这种情况下就需要针对平台两边分别界定“相关市场”。需要注意的是,虽然对双边非交易市场需要分别界定“相关市场”,但是市场双边仍然是相互的,在后续的反垄断审查过程中,仍要考虑多个相关市场之间的联系。

当然,由于双边市场具有显著的网络外部性^④及交叉性^⑤;“相关市场”的界限难以清晰地划分,在必要时可以模糊处理“相关市场”的界限。随着平台经济的发展,在反垄断审查实践中也出现了淡化“相关市场”界限的案例。“奇虎诉腾讯”案的裁判文书指出,界定“相关市场”本身并不是目的,而是评估经营者的市场力量及被诉垄断行为对竞争影响的工具,如果通过排除或妨碍竞争的直接证据能够证明经营者的市场地位及被诉行为对市场的影响,则不需要在每一个案件中都清楚地界定“相关市

① 参见蒋岩波:《互联网行业反垄断问题研究》,复旦大学出版社 2019 年版,第 302 页。

② OECD, Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, OECD publishing, 2018, <http://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm>, 2021 年 3 月 29 日。

③ 参见时建中、张艳华:《互联网产业的反垄断法与经济学》,法律出版社 2018 年版,第 249-253 页。

④ 双边市场的网络外部性是指在双边市场中不同的消费群体之间相互影响,一边市场的消费者数量的变化会影响另一边市场的消费者数量变化。

⑤ 网络外部性的交叉性是指产品或服务的价值不仅受到消费该平台产品的一边市场的消费者的数量影响,更取决于消费该平台产品的另一边市场消费者的数量。



场”。^①

2. 多维度考虑“相关市场”的界定。首先,要结合该行业的特点,综合考虑影响“相关市场”界定的各个因素,重点在于网络外部性、技术创新、锁定效应、转移成本、跨境竞争、知识产权等因素。^②其次,在界定“相关市场”时要考虑数据因素,但是也要明确在我国不宜单独界定数据市场,因为单独界定数据相关市场需要存在大数据交易行为,我国的平台企业并没有向第三方进行数据交易的行为,并且我国数据产权制度尚未明确,数据所有权归属不清。因此,我国不适合将数据市场界定为独立的相关市场。

除此之外,还要考虑未来相关市场。《反垄断法》和《反垄断指南》在界定相关市场时只规定了相关地域市场和商品市场,但在大数据时代,竞争出现了“未来市场化”的特点,平台企业可以利用大数据优势发现萌芽状态的竞争威胁,从而并购未来市场中潜在竞争对手或采取措施阻碍其发展。在实际执法过程中可以将潜在竞争对手、技术等要素予以评估,对经营者在未来相关市场的竞争优势作出合理的预判,在2016年Microsoft收购LinkedIn案中,欧盟委员会就将潜在的竞争考虑在内。^③

3. 改进界定“相关市场”的分析方法。界定“相关市场”仅依靠“需求替代分析”法分析竞争关系是不够的,还需要考虑“供给替代分析”法,在具体界定时可以避开复杂的“定量分析”而选择“定性分析法”。具体而言,在分析方法上主要可以分为以下几类(1)如果双边市场是交易型双边市场,可以适用传统的以价格为基础的“假定垄断者分析”法,但要考虑到市场的双边,适用双边市场的总价格;(2)如果双边市场是非交易型双边市场,需要分别对两边的价格进行调整,同时要采用经济学方法计算出一个合理的价格调整范围,以冲抵“网络外部性”和“锁定效应”的影响;(3)针对数据驱动型企业的“免费”模式,可以采用将“免费”改成收取小额费用的方式判断用户是否发生转移;(4)结合“SSNDQ测试”法综合界定“相关市场”。如果采用“SSNDQ测试”法降低产品质量,导致用户流失到替代产品上,这也可以辅助判断“相关市场”的界定。由于数据驱动型企业的“质量”难以把控,可以用此种方法进行定性分析,作为界定相关市场的辅助方法。^④

(三)完善竞争效果评估标准

在对数据驱动型经营者集中案件的竞争效果进行实质评估时,要弱化相对静态的市场结构和市场力量分析,更加关注市场进入的难易程度或市场的可竞争性程度,^⑤不

① 参见北京奇虎科技有限公司诉腾讯科技(深圳)有限公司、深圳市腾讯计算机系统有限公司滥用市场支配地位纠纷案,《最高人民法院指导案例》78号,2017年3月6日发布。

② 参见陈兵、徐文:《规制平台经济领域滥用市场支配地位的法理与实践》,载《学习与实践》2021年第2期。

③ See Commission decision of 6 December 2016 in case M.8124-Microsoft/LinkedIn.

④ 参见汤嫣然:《互联网大数据产业相关市场界定方法探析》,载《金融法苑》2020年第7期。

⑤ 参见熊鸿儒:《我国数字经济发展中的平台垄断及其治理策略》,载《改革》2019年第7期。

能忽略平台企业的财力、技术创新能力、已掌握的客户资源等信息对市场竞争的影响,^①将数据价值、消费者福利原则纳入竞争效果评估标准中,实现竞争效果评估标准的多元化。

1. 将“数据价值”纳入竞争效果评估标准。数据分析可以帮助企业识别其在相关市场与临近市场的发展趋势,比传统市场更早地发现潜在的竞争者,从而收购有潜在竞争威胁的企业。^②“数据价值”是导致数据驱动型经营者集中的根本原因,在进行反垄断审查时,我国可以借鉴欧盟委员会的做法,将“数据价值”纳入竞争效果的评估标准中。

(1)要明确“数据价值”可以成为反垄断的竞争评估标准。国内外一直有学者认为,数据本身并不是稀缺资源,只有与创新、市场等多种因素结合起来的时候,才能实现其价值,因此不应将数据纳入反垄断的竞争评估中。^③我国《反垄断指南》的出台对此采取了开放性的态度,在认定数据能否构成反垄断的考虑因素时要综合评价,不仅要考虑其实际的、潜在的替代可能性、复制的可行性、在竞争层面的不可或缺性,还要考虑数据的技术可行性、对该平台经营可能造成的影响等因素。^④

(2)要考虑数据在企业竞争中所扮演的角色,区分涉及的数据是平台建设的基础性数据还是辅助性数据,识别出存在竞争问题的数据资产并购。并且要重点审查数据的可替代性以及数据对企业竞争的影响力,我国可以借鉴欧盟委员会的方法,根据数据所服务的市场确定真正的相关市场以及潜在的相关市场。

(3)要避免合并后的企业由于数据锁定形成阻碍其他经营者进入的壁垒,具体可以通过对企业内部的相关文件进行实质性审查的方法,因为数据驱动型经营者集中案件的外部特征越来越难以辨别,根据案件性质的特殊性对企业内部文件进行实质性审查越来越有必要,例如审查数据对企业的兼并目的、估值、定价模型的影响程度。^⑤

2. 将“消费者福利原则”纳入竞争效果评估标准。隐私及个人信息保护是消费者福利原则的重要表现形式,其是否可以被纳入竞争效果评估标准中,学界有不同的声音。有些学者提出“分离主义”的观点,他们认为这不符合反垄断法的宗旨,应该由《消费者保护法》来进行调整,如果将隐私及个人信息保护纳入竞争评估标准中则会造成混乱,因为隐私及个人信息保护难以评估量化且容易降低执法的确定性;有些学者则认为应该坚持“整合主义”的方法将隐私及个人信息保护纳入反垄断的规制范围,他们的理论基础是隐私及个人信息保护为一种重要的非价格竞争因素,提高消费者福利

① 参见蒋岩波:《互联网行业反垄断问题研究》,复旦大学出版社2019年版,第268页。

② 参见詹馥静、王先林:《反垄断视角的大数据问题初探》,载《价格理论与实践》2018年第9期。

③ See John M. Yun, Antitrust After Big Data, The Criterion Journal on Innovation, Vol. 4 :407, p.409.

④ 参见陈兵、赵青:《开启平台经济领域反垄断新局面》,载《中国价格监管与反垄断》2020年第12期。

⑤ 参见陈弘斐、胡东兰、李勇坚:《平台经济领域的反垄断与平台企业的杀手并购》,载《东北财经大学学报》2021年第1期。



的竞争不仅基于价格因素，也要基于非价格因素，由一项并购导致的非价格竞争程度的降低属于反垄断法的规制范围，这也从广义的角度解释了“质量”的概念。^①

事实上，即使消费者福利保护和竞争法服务的目标不同，但是不能将竞争政策的目标狭隘地理解成经济目标，消费者福利保护问题也不能因为其性质而被排除在竞争法的保护范围外。当用户信息对竞争产生关键性影响的时候，可以从竞争的角度考虑将消费者福利作为一项重要的非价格因素。一方面，可以判断企业集中后，消费者是否可以获得这些福利；另一方面，将“消费者福利”纳入竞争效果的评估标准可以在一定程度上越过相关市场界定、市场力量评估等疑难问题。^②但是，纯粹的隐私及个人信息保护问题不能由反垄断法进行规制，只有当隐私及个人信息保护与经营者集中的个案的反竞争效果密不可分，才能将其纳入竞争评估标准中。

具体而言，可以通过以下步骤实施：第一，明确平台企业在收集用户隐私及个人信息时做出的关于保护、使用用户隐私及个人信息的承诺；第二，评估合并后平台企业对于用户隐私及个人信息保护、使用的可能性；第三，将合并前后的行为进行对比，判断合并后是否会导致消费者福利的下降及程度。关于有些学者所担忧的隐私及个人信息具有主观性难以评估量化这个问题，反垄断执法机构可以在调查时就相关问题征求有关部门的意见，引入专家意见制度，成立专家小组进行专业化评估，以实现消费者个人利益和社会公共利益间的平衡。

（四）细化行为性救济措施的实施

根据《反垄断法》和《反垄断指南》的规定，经营者集中的救济方式主要分为结构性救济和行为性救济。行为性救济主要是通过对经营者的商业行为进行约束，从而达到反垄断的目的。对于数据驱动型经营者集中，行为性救济措施更加符合其动态市场竞争的特点，有助于灵活地在个案中具体适用。

1. 完善承诺制度。目前，承诺制度是世界各国在反垄断执法中所推崇的方式，是解决竞争问题的有效方式。承诺制度不仅可以提高执法效率、节约执法资源，还可以促进公平、有序的市场竞争环境的构建。^③国务院反垄断委员会在 2019 年印发了《垄断案件经营者承诺指南》，但是在具体操作过程中，还需要从以下几个方面完善：一是解决数据驱动型经营者集中执法中的技术复杂、事实难以调查问题；二是通过企业定期报告承诺履行情况的方式加强对企业履行承诺的监督；三是提高违反承诺的处罚力度，为此可以效法欧盟委员会的“财产罚和名誉罚”相结合的处罚方式。

① 参见韩伟：《数字经济中的隐私保护与支配地位滥用》，载《中国社会科学院研究生院学报》2020 年第 1 期。

② 参见吴家骅：《数据驱动型经营者集中实质性审查标准研究》，载《经济研究导刊》2019 年第 16 期。

③ 参见国家市场监督管理总局反垄断局：《垄断案件经营者承诺指南 解读》，http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/xwxc/202010/t20201030_322782.html，2021 年 3 月 30 日。

2. 明确和细化数据开放规则。数据驱动型经营者集中重要的反竞争手段就是“数据封锁”，要求合并后的企业在合理的条件下开放相关数据是解决这个问题的有效路径。在2016年Microsoft收购LinkedIn案中，欧盟委员会在批准收购时附加了额外条件，要求Microsoft在未来五年内要确保竞争对手也可以在Microsoft的云服务中获取应用数据。^①《反垄断指南》第21条规定了反垄断执法机构可以要求经营者开放网络、数据、平台等基础设施，但该条规定较为宽泛，难以具体实施。为了确保数据开放规则更好地发挥其预期作用，应在《反垄断指南》第21条的基础上进一步细化数据开放规则，规范开放的相关程序及收费标准等，具体而言可以根据个案情况规定以下三种数据开放模式：（1）要求集中后的经营者以公平、合理、无歧视的条件开放相关数据；（2）要求集中后的经营者以不高于集中前的交易条件开放相关数据；（3）要求集中后的经营者区分有偿和无偿开放的情形，并且公开其使用费的计算方式及收取方式等。^②

结 语

平台经济时代，数据已经成为一种创新型生产要素，数据驱动型经营者集中已经成为不可避免的问题，给我国现行制度带来了三大挑战：事前申报制的“营业额”标准不能解决相关问题；“相关市场”界定困难；动态竞争背景下如何进行实质性审查没有定论。

通过分析数据驱动型经营者集中对我国现行制度的挑战，并借鉴欧盟的理论与实践经验，提出对数据驱动型经营者集中进行反垄断规制的可行路径，并提出具体建议：第一，坚持“包容审慎”的审查理念，避免出现因过度干预而扼杀创新的局面，既要避免数据驱动型经营者集中带来的损害公平竞争问题的发生，又要给予经营者退出市场的适当途径；第二，引入“交易额”模式，并实施事前申报审查和事后监督双轨制；第三，根据个案处理原则，灵活地界定“相关市场”，改进“相关市场”界定的方法；第四，将数据价值、消费者福利纳入竞争效果评估标准中，实现竞争效果评估标准的多元化；第五，根据动态市场竞争的特点，细化行为性救济措施的实施，完善承诺制度和数据开放规则，提高执法效率，构建公平、有序的市场竞争环境。

（责任编辑：郝晓越）

① 参见傅晓：《警惕数据垄断：数据驱动型经营者集中研究》，载《中国软件科学》2021年第1期。

② 参见袁波：《大数据领域的反垄断问题研究》，上海交通大学经济法学2019年博士学位论文。



认知科学视野下法官裁量偏差的思辨与控制策略

刘盛灵 杨富元*

内容摘要：案件裁量偏差是影响司法公信力的重要本源，当传统法学方法论无法有效解决这一问题时，可从认知科学视域找寻化解之道。认知能力与业务水平、审判群体决策的沉默效应、法院外部因素干扰均是造成法官裁量偏差的司法认知因素，鉴于此并结合认知科学理论，从法官内省与思维修正、录用培训与司法责任完善等软性策略；审理监督、文书说理、案例指导、法律解释、职业保障等中性策略；排除行政权对司法裁量干涉、正确处理媒体舆论与司法裁量关系等硬性策略上着手，可有效化解当前司法裁量偏差问题，更好地回应人民群众法治诉求。

关键词：裁量偏差；认知因素；语境解析；控制策略

中图分类号：DF711 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2021)06-160-172

司法女神阿尔忒弥斯裁断是非时会用蒙眼布遮住眼睛，让纯洁理智来作出判断，而女神的蒙眼布松动则意味司法者对权力的恣意滥用，此谓阿尔忒弥斯之殇。实践中，裁量偏差会严重影响司法公信力，而传统法学理论无法有效阐释并解决此问题。“因为人类思维和认识是有限的，且认识事物的能力也是有限的，所以主体在认识事物并作出选择和判断的过程中，会发生与事物本身存在某种差别、或存在某种偏离倾向和趋势的现象，这种差别或偏离是人类认知局限、直觉、目的、情绪等多种因素造成的。”^①裁量偏差本质是思维认知偏差，裁量结果与案件客观真实不一致，才有不合理裁判结果。故摒弃“法律已有明确规定”思维模式，从认知科学视域寻找裁量偏差控制策略，在多学科综合研判高度上化解该问题是可行的。

* 刘盛灵，山东省淄博市博山区人民法院信访工作领导小组办公室副主任；杨富元，山东省淄博市中级人民法院民三庭法官助理。

① 魏景汉、阎克乐：《认知神经科学基础》，人民教育出版社2008年版，第2-3页。

一、启迪：认知科学是研究法官裁量偏差的全新视角

“认知科学着重于以人类心理为研究对象，并构建相应的有关人类认知的框架。”^①对法律思维认知跨学科研究形成的司法认知科学，具有揭示裁量思维过程及解决司法偏差的重要意义。

（一）理论意义：认知科学开拓裁判思维研究新境界

中国传统法学研究遵循“文化+知识——法学+规范”的发展进路，法学研究成为一个闭环自洽、逻辑互证且与社会现实脱离较重的文化活动，其发展的困境之一就是缺乏与自然科学的交叉研究。法经济学借用古典经济学“完全理性人假设”进行分析，行为法经济学则主张人理性有限性，提出“社会人”观点，但社会人非完全理性人，其决策时会受情绪等认知因素影响，容易出现判断失误。单纯以外观行为来分析人的理性，局限性大。对行为产生、大脑运作、精神影响、行为预测等问题，均需借助认知科学作深入交叉研究。

20世纪兴盛的认知科学，具有高度的跨学科性和高新技术性，其发展方兴未艾，目前已经囊括哲学、心理学、语言学、计算机科学、神经学等专业知识，并在上述领域中迅速显示出其理论启示与应用价值。西方社会普遍认为，认知科学等自然科学将“彻底变革法律”。尽管这种说法尚有争论，但其对于法律研究的冲击却是不争的事实，如心理学可以帮助法官来回答心证问题，并协助减轻证据规则及其应用的不确定性质疑。当然，法学与认知科学结合的过程会是一个长期且沉闷的旅途，但是只要有耐心，这样一个过程必将使法学收获丰硕成果。^②目前，法学与认知神经学、心理学的交叉研究，已开拓法官裁判思维研究新境界，如认知神经科学中脑成像等技术，能更清晰揭示人类认知活动规律，弥补传统心理学缺乏脑生理机制研究的缺陷。

（二）实践桥梁：认知科学提供裁判思维研究新方法

认知科学对司法裁量过程的剖析，既分析研判道德情感、经济社会、文化政治等外部因素的思维塑造作用，又主张人类大脑基因结构具有自主判断性，强调法官裁量“多因一果”，为研究法官裁量偏差提供新方法。以认知神经学为例，其研究“主要是借助核磁共振等仪器对人大脑进行监测，再通过计算机程序观察神经系统内分子水平、细胞水平、细胞间的变化过程，最终获得关于人脑认知过程的结论”^③。即通过神经科学中生理检测方法，对人类脑部活动加以洞察，再运用认知神经学理论对结果对比分析，以此解释法学现象问题。“比如言辞证据真实性的判断、刑事责任的认定、损害

① 魏景汉、阎克乐：《认知神经科学基础》，人民教育出版社2008年版，第3-5页。

② 参见李安：《司法过程的直觉及其偏差控制》，载《中国社会科学》2013年第5期。

③ 郭春镇：《法律和认知神经科学：法学研究的新动向》，载《环球法律评论》2014年第6期。



赔偿金额的认定等具体实际问题,或者与法律理论有关的对正义、自由的讨论。”^① 认知科学与哲学、心理学等社会科学概念循环式论证不同,其神经科学研究路径,“由于监测结果具有直观性和数量性,所以会使得理论层面的文字争议减少”^②。

在对司法经验加以跨学科研究的基础上,认知科学为法官思考和裁量提供了更优解路径,“以裁判过程和裁判行为为情境,致力于识别法官在裁判过程中的思维过程和认知模式,探求归纳可被教授的裁判认知和决策过程;并构思相应的规范与机制理性进路,为当下司法改革提供经验支撑与理论参考。”^③ 实现认知科学对法学的有机嵌入,为进一步搭建好裁判思维的外在机制框架提供合理化建议,确保制度理性。

(三) 节点重塑:认知科学揭示裁判思维研究新要素

裁量过程系思维过程,也是信息处理与问题解决的过程,存在直觉、情绪、态度等多个认知节点。

1. 司法裁量中“直觉”因素

司法主张“依法裁判”,法律现实主义者则认为“判决不是由法律产生和决定的,而是依赖于政治、社会、经济以及个人直觉、情绪、感受等一系列现实因素”^④。裁量心理过程,“首先运用的是直观感觉,法律推理和论证是在直觉判断之后进行的”^⑤。认知心理学将人类直觉分为自化逻辑与思索启发两种类型,前者是逻辑经验直接提取运作,对心理空间要求不高;后者的思维运作是在理性思考基础上进行。

(1) 逻辑生成型直觉用于简单案件处理。通过信息短时记忆,配以少量注意力和意识努力即可。裁量时法官通过视听觉等器官把存储在大脑记忆区的信息与案件事实、法律条文进行涵摄,快速得出假定结论。记忆信息因为外界信息源干扰或自身记忆衰退等因素,会发生信息排除、增减与扭曲,因而逻辑生成型直觉会有偏差性。

(2) 感悟启发型直觉负责疑难复杂案件。在信息长时记忆支援下,法官通过案件情节比对,找寻到指导性或典型案例进行裁量借鉴,并最终选择可适用法条。

总之,直觉是潜意识下的认知观感,为认知者心里明白而难以语言固化的一种瞬时思维。信息不足时,直觉是法官更为简单的选择,依赖直觉经验驱动的司法裁量,自然会伴随直觉产生判断偏差。

2. 认知顺畅性对法官裁量影响

依据温克尔曼等人“加工流畅性的情感标记”理论,^⑥ 认知顺畅性是指认知主体判断决策过程中体会到的信息处理难易程度。顺畅性高有利于认知主体积极决策,形成

① 肖杰文《法与神经科学研究述评——兼论认知科学与法》,载《河南财经政法大学学报》2013年第3期。

② 李学尧、葛岩、何俊涛:《认知流畅度对司法裁判的影响》,载《中国社会科学》2014年第5期。

③ 蔡艺生:《论经验法则在司法裁判中的运行——基于认知科学的实证研究》,载《政法学刊》2017年第3期。

④ 陈林林、张晓笑《裁判行为的认知心理学阐释》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2014年第4期。

⑤ 韩振文:《司法假定的认知心理学阐释》,载《学术探索》2015年第7期。

⑥ 参见李学尧、葛岩、何俊涛:《认知流畅度对司法裁判的影响》,载《中国社会科学》2014年第5期。

正面结果；顺畅性低则会增加结果负面机率。中基层法院“人案矛盾”突出，办案数量与压力大，但办案质效直接与法官考评升迁、物质与精神奖励挂钩，同时法官裁量还要在司法公开环境与社会媒体舆论监督压力下进行。上述压力，会让裁量顺畅性大打折扣，法官也会有沮丧等负面心理效应，裁量结果准确性无法保证。

3. 司法裁量中的态度理论

在不同情境下，人会对同一认知对象产生不同态度，即人的态度是在态度对象和态度情景影响下形成的。司法裁量中“态度”变量包括：案件事实——裁量基础因素、思维模板——法官认知情绪感受下的选择、融合度——法律事实与裁量心理相互作用。这里的态度对象是案件当事人，这里的态度情景是案件事实，都给法官主观认知过程留有发挥空间。态度理论虽有方法论短板，如无法解释法官认知形态突变等问题，但该理论在司法裁量研究上有可借鉴之处。法官裁量态度场景为案件事实部分，事实部分确定时法官会受当事人诉讼行为、态度影响，且伴随着裁量者情感性认知偏好或倾向，因此案件裁量偏差与法官司法态度息息相关。

二、检视：法官裁量偏差司法表现与认知因素剖析

（一）裁量偏差在司法领域的表现

法官的认知图式一般体现为经验法则的司法应用，即司法推理，一般有案件特征表面相似性比较的“启发推理”与案件内部结构特征比较的“类比推理”两类模式。这两类模式均可能基于认知盲点产生裁量偏差。

1. 事实认定裁量偏差

裁量偏差类型与司法裁判阶段密切相连，事实认定是司法认知偏差重灾区。搜集整理证据材料来推断还原过去事实是认定案件事实基本方式，法官囿于自身知识与社会经验，在价值观、情感态度引导下会对相同证据产生迥异认定，即事实主观性认定。错案中，法官就是坚定认为自己事实判断准确而产生裁判偏差。认知经验局限性，除身份地位、生活体验外，司法文件阅览、上下级沟通、同事交流、审判知识获取，这些不同信息源都会让法官对法律理解和运用存在较大差异，甚至发生立场冲突，有可能形成截然相反的裁量结果。第一，认知还原局限性。司法还原的案件事实仅是法律事实，其与客观真实仅能趋同，但永远不会一致，法官据此裁量肯定会有偏差。第二，认知信息局限性。人类大脑容量有限，会对接收的外部信息作区分排序，自动筛选认知模式下重要的信息进行处理。“对事物的某一方面格外关注而对其他方面进行忽略的行为即是选择性关注。”^①鉴于办案压力，法官裁量案件时，会偏向关注特定信息源，

①【美】安德鲁·杜布林：《心理学与工作》，王佳艺译，中国人民大学出版社2007年版，第27页。



一旦确定某些信息可达证明目的,其他信息均会忽略,关注特定信息必然产生偏差空间。第三,认知定式拘束也会导致认知偏差。人类总是倾向于运用已有认知经验来合理解释新问题,头脑图式形成与个人经历有关。法官裁量案件时也会依据自己图式结构得出结论,并针对性寻找信息印证。彭宇案中,一审法官基于“陌生人之间不可能无故帮助对方”的直觉认知模式所得出的裁量结论,明显主观性太强,说理论证度不足,引起社会舆论反弹。

2. 法律适用裁量偏差

适用法律过程也是一个具体法条找寻过程,在一个包罗万象的成文法体系内,法官也只能依靠认知经验来找寻贴切的法律条文。裁量案件的法条提取非全凭理性逻辑推导得出,也有直觉感悟,故而会出现法条认知偏差。具体而言,其一,资深老法官选择法律条文时考虑更全面,尽量在不同层级、部门法中选择,防止遗漏;其二,经验不足的法官面对案件时,倾向于某个层级或部门法律规范,法条统筹性较差;其三,认知思维定式会对法官裁量产生指引作用,让他们愿意直接适用已裁决类似案件法律条文;其四,法条语言复杂模糊性、生活经历、教育程度等因素均会让法官语言理解产生差异,进而出现法律解释上的偏差。于欢案中,“法官在认定案件事实时没有考虑到情理,没有设身处地思考于欢是在母亲受辱的状况下采取那种过激行动”^①。曲解立法原意,机械适用法律条文,法理与情理失衡,认知不足,自然会导致裁量偏差。

(二) 司法裁量偏差的认知因素、类型与纠偏机制

1. 偏差认知因素

“法官在司法裁判中存在偏见是不可避免的,而这种偏见主要来源于其个性差异,并会导致案件结果不同。”司法裁量偏差是法官心理决策的产物,借助认知心理学因素探析裁量偏差顺理成章。

(1) 情绪与性格。人是感情、思维、情绪的综合体,不同环境中,人的情绪变化会引发生理与认知活动变动,产生理性或极端之情形。理论上完全中立裁判者也会在具体司法活动中带有七情六欲,并受自身情绪性格影响。案件事实、证据组合、当事人言行都会或多或少地影响到法官心理活动与情绪节点,让其无法保持司法理性与中立。

(2) 能力评价偏差。法官对自身司法能力评价与其实际能力存在曲线波动,经常出现自我评价偏差,有估计过低和过高两种情形。低估情形出自年轻法官或类案出过问题的法官身上,因经验不足或惩戒原因,他们裁量时不自信或过于谨慎,容易被各种因素左右,从而导致判断力不足;高估情形表现为面对案件证据事实,老法官过于相信自己判断,高度确信自己对案件的裁量结果。

^① 魏俊斌、帅佳:《法与不法:比较法视野下的德国判例与“于欢案”一审》,载《南京航空航天大学学报》2018年第4期。

(3) 从众心理与锚定效应。囿于职业特性,特定职业群体会形成一套思维定式,如警察,医生等。鉴于司法判断权属性,即使不同地域或层级的法官在裁量思维习惯与考虑因素上有所不同,专业思维模式带来的法官行事风格也会有明显群体性倾向。锚定效应强调初始印象。当代认知心理学认为,“锚定效应”是人类决策重要过程之一。“人类总是会无意识地格外关注第一感觉,形成先入为主的判断,造成司法认知偏差。”^①人类头脑以对某个问题初始印象为“锚”,以后再遇到此类问题时便会首先下意识以它为中心进行思考。法官裁量也是在阅读案件信息基础上先得出案件初步结论,并寻找支持结论的证据。

(4) 社会媒体舆论。互联网等媒体舆论是一把“双刃剑”,虽然在司法监督方面有其功效,但也会不自觉的推高司法与公众的紧张情绪。从许霆案、于欢案所引发的舆论热议看,法官裁量中心证过程易受外界评论影响的认知困境表露无疑,特别是法官面对广受大众关注案件时,其心智、理性很难保持,裁量偏差的幅度较大。

2. 偏差认知类型

司法实践中,忽视案件类型普遍性与特殊性的差异与张力,极易引发认知偏差,即落入“概率误用”陷阱。将推定事实下前提事实发生的概率误认为是前提事实下推定事实发生的概率,提高了基础概率的存在机率。表现为:一是疏忽大意。法官应当预见到认知有偏差,因疏忽大意没有预见。特定案件中,法官固守思维模式并忽视个案特点与外部信息,仅依据部分特征的匹配性进行裁判,导致偏差。二是过于自信。法官意识到认知有偏差,却轻信偏差不会出现或易校正。员额制改革后,法官司法审判任务繁重,对某些普通案件,可能相对随意的选择认知方式,进而增大偏差风险。三是结果型评价。法官对当事人的主观状态及事件因果关系进行分析时,裁判结果会不可避免地影响法官判断,导致法官对事件发生的概率或可预见性的过度估计,形成思维定式。

3. 偏差的纠偏机制

在人类认知规律约束下,法官因思维过程受直觉经验、认知顺畅性、道德价值观、偏好度影响,可能无法作出最优判决。特别是事实认定上,认知障碍客观性会让法律事实与客观事实背离,进而导致裁量偏差严重。从法官裁判思维过程着手,在偏差幅度与程序环节上规制裁量权行使确有必要。第一,法官自省与自我修正。“因为直觉偏差的产生是不自觉的,正常情况下是没有理由对它拒绝修正的,所以只要能够从主观方面注意到偏差的形成,往往都愿意对其修正和弥补,因而法官需要不断反省和思考、不断修正自己。”^②第二,完善制度设定。健全法官职业准入与培训等制度,健全诉讼审理等机制,进一步提升司法裁量的科学性。

① 杨彪:《司法认知偏差与量化裁判中的锚定效应》,载《中国法学》2017年第6期。

② 李安:《司法过程的直觉及其偏差控制》,载《中国社会科学》2013年第5期。



三、探源：法官裁量偏差司法因素的认知语境解析

法官裁量偏差产生的原因不一而足，小至表情，大到司法环境、外部舆论，均有可能造成裁量偏差。

（一）法官认知能力与业务水平

法官内在心理思维对司法审判裁量的影响至关重要，司法裁量中的直觉思维与认知能力差距是造就裁量偏差的关键。

1. 直觉经验的隶属性因素

“直觉是大脑在面对忽然产生的问题或事物时自觉地、迅速地形成对它们的看法和理解，据此选择对应的行为模式。”^①法官司法裁量时经常先以直觉判断事实与法律，再通过理性认知来相互印证。认知心理学、神经学揭示，人类大脑有“感观直觉”与“理性研判”两套认知处理系统，“感观直觉”模式下，“信息的处理自动化、迅速，但是较易受到认知主体知识和经验的干扰，会产生判断偏差”^②。在外部信息源匮乏时，“理性研判”机制通常无法启动，法官只得先依靠经验对事实认定、法律适用进行裁量，并为后续理性分析打下基础。认知效应角度看，框架锚定、事后归纳、自我意识、代表启发等效应是导致法官裁量偏差的主要直觉问题。

另外，法官直观的司法经验具有隶属性，“法官在社会体系、司法体系中所处的位置及由此所累积的知识结构在很大程度上制约着其在司法裁判中的优势”^③。具备行政综合管理经历的审判者可依托其“人脉”，在司法裁判中得到有力的资源和信息支持，进而转化为司法质效优势。既然工作环境与过往经历对法官的直觉认知十分重要，其导致的认知内容也差异明显，因此，单纯的审判经验存量差异不是决定法官认知能力高低的主要因素，尤其是法官任职前的学习或就职的组织属性是研究法官证据分析和司法裁判认知逻辑的重要起点。

2. 道德素养与业务能力

法官个人道德品质和法律意识是有差异的。“法官的崇法精神、较高的道德素养和相当的学识是必备的。”^④但一定程度上，法官素质品格既是裁量质量的保证，也是造成裁量偏差的重要因子。首先，裁量自由是法官个人法律认知支配下的自由，家庭出身、教育背景、人生阅历与法律信仰不同，往往会使不同法官对同一事物产生迥异观点。其次，案件事实认定与法律适用亦受法官道德感与价值观的影响，裁量偏差往

① 周可真：《科学的创新思维和直觉方法》，载《学术前沿》2015年第11期。

② 杨群、邱江、张庆林：《演绎推理的认知和脑机制研究述评》，载《心理科学》2009年第3期。

③ 蔡艺生：《论经验隶属性和法治化程度对司法裁判的影响——基于认知科学角度的实证分析》，载《社会科学研究》2017年第3期。

④ 王菲：《法官自由裁量权的正当行使与合理规制》，载《法治视点》2014年第7期。

往会在一念之间作出且不易修正。最后,在某些裁判结果上,法官会渗透进自身对法律的态度、理解、思维模式等主观意识,进而产生案件独特判断。若法官缺乏职业信仰,道德素质不彰,则裁量难以守正,容易产生认知偏差。

法官业务素质无法解决裁量自由性与司法准确性之间矛盾,满足不了司法现实需要。一是招录门槛低,专业素质能力尚待提升。早期法官以行政分配或调动为主,非科班人员占据审判岗位,专业素养无法保障;特殊历史条件下,退役军人大量进院,优点是服从性强,缺点是对法律信仰不足;近年来法院也招收了通过法律职业资格考试的本科以上学历人员,遗憾的是,多数学生无实践经验,不能很快适应高强度司法裁量工作。二是一些基层法院优秀法官经常被调到上级法院,使得基层法院法官队伍的构成出现不平衡、不协调的现象,影响办案质量。鉴于学历背景和选拔来源的差异性,法官在素质水平、知识背景方面参差不齐,导致裁量偏差,影响了司法适用的统一性。

(二) 法官决策的群体影响

第一,法官群体决策表现形式是司法合议制,但合议决策也是主观决策,很容易出现“沉默”效应,导致裁量认知偏差。一是合议是法官合议,法官个体尚不能排除认知盲区,合议群体决策自然有主观因素掺杂其中,其客观性存疑。二是少数服从多数合议原则的具体实施细则不明确。“少数”“多数”针对法官数量还是意见数量,未有明确规定。“多数”情形无法确定时,案件一经提交院庭长或审委会讨论决定,审判结果的裁量偏差会更大。三是多数意见形成前后,沉默效应显现。“如果得到他人认同和附和,这类观点则会逐渐占据群体主导意见并扩散;反之,如果观点得到否认,群体成员包括赞成该观点的人则会保持沉默。”^①尤其是院庭长等高阶法官表明观点后,在科层关系与办案压力下,多数法官基于从众心理,漠视甚至反对少数法官不一致观点。“沉默”现象下,群体压力导致少数人意见受压制,进而产生偏差裁判结果。

第二,除受同侪观点的影响外,法官的司法决策也会不可避免地受到相关专业人士的影响。一是在特定司法专业领域存在知识短板的法官一定会通过与相关专业人士的交流来补强其司法裁判的理性。二是随着社会经济的发展,新类型案件层出不穷,专门的司法技能应运而生,某些重大复杂案件如民间借贷等亟需法学专家的意见或专业人员的鉴定,以支撑裁判结果。综上,纯粹法律背景的法官借助具备行政、医学、理工等经验的专业人士,可以获得司法认知意义上的助力。

(三) 外部环境中的诱导性因素

社会的法治化程度、行政权直接介入与媒体舆论影响是当前造成法官裁量偏差的外部重要诱导性因素,有时甚至会直接主导法官的裁量过程,出现明显的偏差。

^① 崔志林:《群体决策中的“沉默螺旋”现象及应对之策》,载《领导科学》2019年第5期。



1. 社会的法治化程度

从法治社会的进程看,法官的非法律工作经验与司法裁判结果的关联度应当呈现反比例关系,即“在法治发达地区,法官法律专业化工作经验往往会更有效地转换为有效的司法裁判行为,而行政管理岗位或经验的信息和资源获取优势则难以得到发挥”^①。在昌明的司法社会,案件裁判所需的信息与资源要通过规范的流程体系获得,这样就直接与法官的法律知识和技能等认知能力水平的高低相挂钩,最大限度杜绝关系化运作。若社会的法治化程度较低,无论法官的裁判技巧如何高超,也难以从认知层面中杜绝公众对证据的资格、证明力、证明标准与裁判结果权威性的合理怀疑,反而是基于关系运作的管理经验大行其道。因此,提高全社会的法治水平,将法律思维合理导入普通公众的理念之中,对法官合理利用经验优势和“关系优势”来提升司法裁判的公正性,具有突出的现实意义。

2. 行政权不当介入司法裁量

人民法院的地方化、行政化倾向已经根深蒂固,地方领导也有意将法官的司法裁量视为民意的“挡箭牌”,因此在利益纠葛下,行政权介入司法裁量,干预法官审判导致偏差的情况屡见不鲜。当前法院在财政制度和人事制度上都依赖当地政府,省级统管基本沦为空谈,无法抵御行政权对司法机制的侵袭。行政内化的管理方式也让法官对司法裁量产生顾虑,无法将焦点集中到案件本身上来,更严重的是法官对规制审判活动的行政手段习以为常,坚持自身判断的意愿也不高。另外,疑难复杂案件审理机制不合理,稍微有点难度就要请示院庭长或提交审委会,司法裁量的自由度大打折扣,因此行政色彩浓厚的司法权,也会导致法官裁量偏差。

3. 媒体舆论影响下的裁量偏差

司法信心来自于公开,鉴于网络平台意见反馈的便利性,媒体舆论报道会提升公众对案件和法律的理解,增强裁量结果的可接受性。“但有些案件舆论与司法审判的界限划分不清楚,出现了舆论严重干扰司法活动的现象。”^②合理界定舆论与司法裁量的边界,方能化解司法裁量中媒体报道的偏差,让法官基于内心良知作出合理判决。西方的谢帕德案是媒体审判的经典案例,仅依据谢帕德对妻子有不忠行为,谢帕德便成为媒体炒作的杀妻凶手,进而在汹涌的社会媒体舆论压力下,法院认定其有罪。因此,法官裁量并非坚不可摧,他们也会因媒体舆论的干预产生认知偏差,背离真实的内心判断,以致出现结果偏差。

① 徐汉明、张新平:《提高社会治理法治化水平》,载《人民日报》2015年11月23日,第7版。

② 付黎明:《司法审判与网络舆论的博弈——基于15起典型案件的实证分析》,载《淮海工学院学报》2018年第10期。

四、治本：法官自由裁量偏差控制策略

心理与生理认知所导致的裁量偏差问题，法官会深陷其中而不自知，亦难为外界所知。若任由发展，对司法公信力提升毫无裨益，所以应对法官裁量偏差加以针对性策略控制。

（一）软性策略：法官躬身思改与制度合理约束

裁量偏差中法官自身因素占据首位，提升法官对偏差现象的识别注意能力，方能提升裁量规范度。

1. 个人道德内省与认知修正

司法裁量离不开法官自律，依靠其“意志”“良心”和自身道德内省，有助于实现对裁量偏差的道德控制。同时，鉴于认知偏差多来自人的非理性思维，司法裁量过程中法官要坚守理性思维、态度的底线。第一，对法官进行专业心理分析培训，培养认知能力意识。法官要不断提高法律思维能力，扩展自身文化素养，对思维定式与盲区加以反思和检视，具体问题具体分析，尽量摆脱固化因素的约束，同时对裁量过程中的决策判断进行反馈式思考，力求及时发现并纠正偏差，引以为戒。第二，修正直觉偏差。法官以直觉自动获取的裁量结论往往存在偏差，并不十分精准。因此法官应当坚持不懈地提升认知修正能力，对直觉判断及时检测修正。而这与法官的法律素养息息相关。一方面，依托专业法律思维、扎实法学功底法官直觉才更有可能产生正确的司法判断，具备渊博理论知识和丰富审判阅历的法官也才会有较强的认知修正能力；另一方面，认知修正能力的提升，会帮助法官法律思维方法的养成，使法官在认定案件事实与适用法律上萌生更加可靠的司法直觉，在法律解释和法律推理时以直觉获得的结论也更加可信。

2. 法官录用培训与职业伦理

（1）法官准入标准严格化与遴选机制专业化

首先，严格法官准入制度，把牢法官任职资格标准，遴选法官要重点考察司法工作年限与教育背景状况，并把生活阅历、公益素质作为评判法官任职与否的重要参考因素。员额制下借鉴英日等国经验，将律师等法律工作经历作为法官入职考核指标，淡化学历标准。其次，推行法官专业遴选机构专职化，提高法官认知能力考核比重，“专业的遴选机构可以有效地保证选任法官的专业性和中立性，正确引导法官录取工作，也能在选任法官环节避免行政权力的干预”。^①最后，法官培训要专业正规。认知科学下法官培训不排斥职业化导向，采信证据、认定事实、适用法律等职业能力培养应循

^① 焦拓：《论法官职业化——从法官遴选视角制度的分析》，中国人民公安大学2017年硕士学位论文。



序渐进。借鉴美国司法培训机构与司法系统互不隶属的做法,我国法官培训机构可承担基础培训与课题研究双重职能,课本编写与成果转化二合一。除专职培训教师外,邀请资深一线法官授课。

(2) 司法职业伦理责任

错案追责的结果责任模式产生了漠视司法活动过程与法官日常生活行为监督的反向效果,限制了法官责任制的真正落实。追责程序启动难,根据《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》,追究司法责任的前提是审判裁判行为故意违反法律法规或因重大过失导致裁判错误且造成严重后果,追责后果缺乏缓冲地带,责任追究具有终身性,法官要对其裁量偏差终身负责,办案积极性无法保障。因此,按照认知规律,以职业伦理责任模式追究法官错案责任反而是一种有益尝试。一是法官惩戒机构设置专门化,组成人员多元化,除法官外要有社会各界代表;二是程序启动便利,监督主体广泛,人大政协、专门机构、律协、公民等主体均可提起惩戒调查申请;三是担责方式力求摆脱行政化,“除了免职、停职及禁止在相关机构任职等行政责任外,还可以增加罚金、自费接受教育和培训、接受私下或者公开的谴责、道歉等方式。”^①

(二) 中性策略:法官行使自由裁量权保障措施

破除导致裁量偏差的“沉默螺旋”现象,解除合议庭多数意见对法官内心真实意愿的绑架,应完善案件审理与法官职业保障机制。

1. 完善审理监督机制

(1) 保障法官在初始事实认定上的独立性,让法官接触原始证据,避免“一面之词”。首先,保证证人出庭的作证率。书面证言的效力与证人的当庭证言肯定有差距,法官在采信时自然有所取舍。证据展示时的场景也可以传递证明力大小的信息,如借款人对出借人的愧疚表情。其次,降低审委会对事实的认定权限。审委会是司法行政化的产物,“审”“判”分离让审委会委员无法了解案件信息全貌,难以做出准确认定,易导致意见偏差。最后,限制上请机制。下级法院对上级法院或同一法院内部行政层级之间的请示汇报行为,是变相的书面审理,扭曲了司法亲历性,违背了法官司法认知规律,从而导致司法偏差。除极个别案件外,应当加以严格限制。

(2) 完善案件合议中多数决策规则,让“少数”意见在裁判文书中得以体现。美国法院意见的类型有一致、多数、附随与反对意见之分,不论意见是否具备法律拘束力,均应以适当方式公开。我国应当尝试对少数意见进行逐步公开,鉴于我国不同层级法院审判能力存在的现实差异,可以先从级别高、能力强的法院开始试点,然后再逐步推广到下级法院,为公布少数意见设定一些程序和条件。这样做的合理性在于为少数意见者提供展示智力成果平台,还能起到增强裁判说理、预防司法腐败、督促法官重

^① 张莹、冀宗儒:《法官职业伦理责任制的构建——由错案责任追究制所带来的困境谈起》,载《河北法学》2019年第4期。

视等作用。

(3) 从案件监管角度看,应当规范案件审理流程。加强审判流程管理工作,从程序上限定自由裁量范围,减少司法过程的随意性,确保法官中立;鉴于内部防范比外部监管效果更显著,从强化法院内部监督等宏观层面上对司法裁量进行系统管控,如定期开展裁判文书质量评查,对存在偏差案件进行处理;完善法官道德立法,克服法官职业道德制度的缺陷,出台对违反《法官职业道德基本准则》行为的惩罚性规定,如免职、辞退、调级等处罚,对法官职业道德考核的程序、组织、结果运用等方面进行规范。

2. 强化文书说理、案例指导与法律解释机制

裁判文书是裁量结果的集中体现,文书对裁判理由充分阐述可抑制司法裁量的任意性。文书说理要重在反映论证过程,方便当事人了解裁量思维过程和理由。一是对证据目录内容、证明对象、反驳证据情况等分别加以叙明,并进行证据能力认证以构建法律事实;二是充分说明裁量论证理由,确保当事人明晰法律适用于相关案件事实的逻辑过程。

案例指导方面,完善案例发布机制,通过发布影响大、难度高、类型新的典型案例,发挥个案导向功能,规范裁量权行使;设立案例案情对比机制,区分关键与次要事实,在关键事实构成要件基本相同前提下,次要事实构成要件满足越多,案例参照性就越强;对裁判理由部分引述指导案例,确定统一参照方式与内容,对案例与裁判要点进行数字化标识。

强化法律解释工作,克服成文法的条文局限性。要对法律规范中不确定的法律术语作合理化界定,尽量明确其内涵与外延;要以司法解释方式细化裁判标准,减少法官不当法律续造行为;对某些司法问题作统一适用界定,把握好裁量基准,防止裁量标准失衡。

3. 健全法官职业保障机制

第一,推进法官人身安全保障方面的立法,“提升立法的效力等级,进一步细化相关的法律规定,建立专门机构负责法官人身安全”。^①第二,细化法官职业薪酬保障,提高员额法官工资待遇与福利水平,以比同级公务员稍高为宜。第三,探索法官身份地位保障机制,确保职业稳定性。为提升法官群体认同感和荣誉感,加大优秀法官及先进事迹宣传力度,参照退役军人服务保障模式,建立健全保障机制。

(三) 硬性策略:排除导致裁量偏差外部因素

1. 行政权对司法裁量干涉的排除

司法正义基于审判裁量独立,当前确保法官裁量自由的重点,仍旧是疏解行政权

^① 袁岳霞、关健、郑元璋:《员额制改革背景下法官职业保障机制的建立》,载《湖北文理学院学报》2018年第12期。



对司法的干预。现阶段,司法机关财政体系独立管理非常重要,可以破除司法权地方化倾向,至少缓解同级财政部门的压力。可以由中央财政统一下拨到最高人民法院和最高人民检察院,再由它们按照一定程序和标准对各个下级院进行分配。落实案件干预司法备案报告通报制度,建立信息共享平台,对党政机关、领导干部干预司法和过问案件行为,要及时的报告处置。严重时要启动干预法官办案问责机制,对干涉行为予以有力惩戒。只有这样,方能保障法官自由裁量不致出现认知偏差。

2. 正确认知媒体舆论与司法裁量的关系

公众意见是一种意向性社会认知,因而“公众意见在我国不是法律渊源,法官不能随意将其作为裁判的正当理由”^①。对案件审理中司法裁量易受媒体舆论不当影响导致法官认知偏差进而不当裁判的问题,应当进行规制。其一,“司法机关应当建立更加完善的网络舆情信息监测研判机制。”^②法院要重视公众意见与社会舆情,并加以引导,同时对合理诉求进行积极回应,一旦发现负面网络舆情,应及时采取召开新闻发布会等措施,加以合理管控。其二,持续进行司法公开,在一定前提下将公众集中关注、争议性强的案件处理情况在相关司法平台中加以公布,如案件详情、审理经过、裁判理由等。既让媒体和公众了解法官裁量过程与理由,防止司法认知偏差,确保司法审判的社会监督,又能保持审判独立性,防止社会公众与媒体舆论对法官自由裁量的纷扰,不失为司法权与媒体权互动的良性模式。其三,对媒体公开报道案件的行为要制定严格的法律规则,防止因案件过分曝光引发社会舆情,从而影响法官自由裁量,产生裁量偏差。媒体报道案件前应对刊载内容的真实客观性作初步确认,杜绝报道的随意性与商业炒作。

(责任编辑:崔婷婷)

① 陈林林:《公众意见影响法官决策的理论和实验分析》,载《法学研究》2018年第1期。

② 陈佺坤:《我国网络舆情干预司法研究》,海南大学2016年硕士学位论文。

刑事再审检察建议的实证考察及效能提升

——基于对J省H市2016年至2020年刑事再审检察建议案件的分析

解思辛 黄璐*

内容摘要：由于刑事再审检察建议具有同级性、便利性的独特优势，其逐渐成为与抗诉并列的检察监督方式。但是经实证研究发现，刑事再审检察建议缺乏明确的法律依据及相对统一的裁判标准，检察院内部考核对案件数量也有所影响，一定程度上制约着检察建议的办理质效。同时，检察建议案件数不断增加，反映出极少数法官司法能力不足、定案把关机制不严、内部纠错机制不强的问题。有鉴于此，有必要明确刑事再审检察建议的法律地位，通过统一法检两院法律适用、强化法检两院的沟通协调、提升刑事法官司法素能、完善定案把关机制、健全法院内部自主纠错机制等一系列措施，激发刑事再审检察建议的制度优势和效能，不断提升刑事裁判的权威性和公信力。

关键词：刑事再审检察建议；法律依据；裁判标准；定案把关机制

中图分类号：DF73 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2021)06-173-183

根据《民事诉讼法》第208条、《行政诉讼法》第93条的规定，检察院对于法院作出的生效民事、行政裁判，如认为确有错误，可依照审判监督程序提出抗诉，也可由同级检察院提出检察建议。在刑事诉讼领域中，《刑事诉讼法》及其司法解释只规定了以抗诉启动再审，并未规定检察建议的监督方式。但审判实务中，刑事再审检察建议已成为检察院对生效刑事裁判实行法律监督的一种重要方式，对纠正错误生效刑

* 解思辛，江苏省淮安市中级人民法院研究室法官助理；黄璐，江苏省淮安市中级人民法院审判监督庭法官助理。



事裁判、维护被告人合法权益以及促进司法公正等具有不可替代的作用。为有效发现办理刑事再审检察建议案件中的突出问题,研究总结完善检察建议审理机制、提升原审裁判质量的对策建议,J省H市中级人民法院成立课题组,对2016年至2020年H市两级法院受理的刑事再审检察建议案件进行了专题调研。

一、实证考察:J省H市刑事再审检察建议案件的审理情况

(一)基本情况

2016年至2020年,H市两级法院共新收刑事再审检察建议案件27件,而同期新收刑事抗诉案件为33件,说明刑事再审检察建议已经成为与抗诉并列的检察监督方式。按法院层级划分,中级法院8件,基层法院19件。按年度划分,其中2016年新收5件,2017年2件,2018年5件,2019年7件,2020年8件。案件主要呈现以下特点:

1. 案件类型分布较为分散。从新收的27件刑事再审检察建议案件看,检察建议针对的案件主要包括盗窃罪、诈骗罪、受贿罪、销售有毒有害食品罪、伪造国家机关证件罪、虚开增值税专用发票罪等多种类型。其中,针对盗窃罪提出再审检察建议的有8件,占该类案件总数的29.63%,占比最高。

2. 建议加重刑罚的案件数较多。新收的27件刑事再审检察建议案件中,有19件检察院建议加重刑罚,有6件建议减轻刑罚,有2件对原审被告人量刑没有影响,建议加重刑罚与减轻刑罚占比分别为70.37%和22.22%。

3. 检察建议被采纳的比率高。2016年至2020年,H市两级法院审结刑事再审检察建议案件分别为5件、1件、4件、9件、7件,合计26件。其中,采纳检察建议并裁定再审16件,不予采纳10件,占比分别为61.54%和38.46%。决定再审的16件案件中,除1件未结案外,其余15件均再审改判。而同期两级法院审结的201件刑事申诉案件中,仅有1件因当事人申诉而再审改判。

(二)具体审理情况

1. 采纳情况。审结的26件刑事再审检察建议案件中,有16件案件决定再审。其中已审结15件,结案方式均为再审改判。具体情况如下:

(1)事实认定问题。第一,“情节严重”把握失当。此类案件有3件。如张某犯掩饰、隐瞒犯罪所得罪案,张某多次掩饰、隐瞒犯罪所得且价值总额超过5万元,其行为应当认定为《刑法》第312条第1款规定的“情节严重”,但原审未予认定,导致量刑不当。第二,遗漏重要犯罪事实。此类案件有2件。如王某犯盗窃罪案,在该案审理期间,被告人另有犯罪事实但公诉机关未予追加,被告人提出两起案件合并判决,最终法院裁定再审后一并审理。

(2) 法律适用问题。第一,缓刑考验期确定错误。此类案件有3件。根据《刑法》第73条的规定,有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上五年以下,但是不能少于一年。如何某某犯生产、销售不符合安全标准的食品罪案,原审对何某某判处有期徒刑六个月,缓刑十个月,不足一年,不符合法律关于缓刑考验期限最低年限的规定。第二,数罪并罚时刑期计算有误。此类案件有2件。如陈某某犯盗窃罪案,原审对被告人数罪并罚时,将前罪已减刑期计入已经执行的刑期,违反了最高人民法院《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》的规定。第三,漏判罚金刑。此类案件有2件。如刘某犯虚开增值税专用发票罪案,被告人介绍他人虚开增值税专用发票,被判处有期徒刑三年、缓刑四年,没有并处罚金,违反了《刑法》第205条的规定。第四,从旧兼从轻原则适用错误。此类案件有2件。如赵某犯伪造国家机关证件罪案,被告人伪造国家机关证件的行为发生在《刑法修正案(九)》实施之前,根据从旧兼从轻的原则,对原审被告人不应并处罚金,而原审未适用被告人犯罪时的《刑法》,对被告人错误判处有期徒刑。

(3) 程序违法。此类案件有1件,即朱某某犯诽谤罪案。诽谤罪除严重危害社会秩序和国家利益的,均属于自诉案件。该案中,被告人诽谤他人的行为情节显著轻微危害不大,未达到情节严重,在被害人徐某未提起自诉的情况下,检察院提起公诉属于程序违法。

2. 不予采纳情况。审结的26件刑事再审检察建议案件中,有10件不予采纳,具体情况如下:

(1) 事实认定问题。第一,被告人身份认定错误但不影响定罪量刑。此类案件有3件。根据《刑事诉讼法》司法解释第473条的规定,原判决、裁定认定被告人姓名等身份信息有误,但认定事实和适用法律正确、量刑适当的,作出生效判决、裁定的人民法院可以通过裁定对有关信息予以更正。如何某华犯盗窃罪案,被告人自2005年第一次犯罪起至2018年6月因涉嫌犯盗窃罪被公安机关抓获,其如实供述自己实际姓名之前多次盗窃,均一直冒用何某国姓名等身份信息,对原审判决认定事实和适用法律及量刑未产生影响,此错误不需要通过再审程序予以解决。第二,自首情节的审查判断。此类案件有2件。如奚某某犯伪造公司印章罪案,检察院认为出现了其他盖有伪造印章的文件,证明被告人奚某某并未完全如实供述自己使用伪造的印章情况以及造成的后果,不应当认定为自首。法院审查认为被告人奚某某归案后已经如实供述的犯罪情节重于未交代的犯罪情节,应认定其如实供述了主要犯罪事实,加上自动投案情节,原审认定成立自首并无不当。

(2) 法律适用问题。第一,罪名是否适当。此类案件有2件。如何某某犯非法持有毒品罪案,检察院认为原审适用法律错误,非法持有毒品应为贩卖毒品,对被告人



定罪错误。法院经审查认为现有证据不足以证实何某某对被查获的毒品具有贩卖的行为和故意,事实证据存疑时应体现有利于被告人原则,对该起事实应认定为构成非法持有毒品罪。第二,是否超过追诉时效。此类案件有1件,即伏某某犯受贿罪案。检察院认为原审认定伏某某2002年7月之前收受谢某等四人所送价值人民币36000元财物的犯罪事实,超过追诉时效,违反了法律关于追诉时效期限规定,造成量刑明显不当。法院审查后认为类似案件是否超过追诉时效存在较大分歧。在无法律、司法解释、规范性文件明确规定的情况下,原审认定伏某某受贿的36000元超过追诉期限,不予追究刑事责任并无不当,故不予再审。第三,从旧兼从轻原则的具体适用。此类案件有1件,即王某犯利用邪教组织破坏法律实施罪案。该案中,检察院认为原审判决客观上加重了被告人的刑罚,违背了从旧兼从轻的原则。法院经审查认为原审法院对犯利用邪教组织破坏法律实施罪修改前与修改后的法条内容进行对比后,依据修改后的法律对原审被告人王某判处有期徒刑七年,并处没收财产一万元,并不存在适用法律不当的情形,也不违反从旧兼从轻的刑法适用原则。第四,罚金刑的数额判定。此类案件有1件,即仇某某犯行贿罪案。该案中,检察院认为根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第19条第2款的规定,对《刑法》规定并处罚金的其他贪污贿赂犯罪,应当在十万元以上犯罪数额二倍以下判处罚金,原审对仇某某判处的罚金数额不足十万元错误。法院认为仇某某是与邓某共同行贿,对两人判处的罚金合计已超过十万元,并不违反前述司法解释的规定。

二、规范解读:刑事再审检察建议之理论分析

(一) 检察建议的法律性质考辨

关于检察建议的法律性质,至今未有通论,学界观点大致可分三类:其一,检察建议公权属性否认说。此观点认为检察建议不属于检察院法定职权的范围,也不具有法律监督的性质。其二,参与综合治理、预防犯罪权说。此观点认为参与综合治理、预防犯罪是检察权的权能之一,检察建议是检察院行使参与综合治理、预防犯罪权的主要手段,具有法律监督性质。^①其三,检察建议双重性说。此观点认为检察建议的法律性质具有双重性,既有属于法律监督性质的检察建议,也有属于检察院参与综合治理、预防犯罪等社会活动性质的检察建议。^②具有法律监督性质的检察建议是法律监督权的组成部分,不具有法律监督性质的检察建议是检察院作为社会组织参与社会

^① 参见张新:《对完善检察建议立法的实证思考》,载《河北法学》2010年第11期。

^② 参见杨书文:《检察建议基本问题研究》,载《人民检察》2005年第9期。

综合治理的一种权利。^① 本文赞同双重性说，公权属性否认说及参与综合治理、预防犯罪权说对检察建议法律性质的分析皆未考虑不同种类检察建议法律性质存在的差异，对检察建议法律性质的分析过于片面，故两种学说皆不足取。并且，最高人民检察院2018年12月25日通过的《人民检察院检察建议工作规定》第2条规定，检察建议是人民检察院依法履行法律监督职责，参与社会治理，维护司法公正，促进依法行政，预防和减少违法犯罪，保护国家利益和社会公共利益，维护个人和组织合法权益，保障法律统一正确实施的重要方式。基于此，检察建议可以分为两类：一是再审检察建议，即人民检察院对各类案件，不采取抗诉方式启动再审程序，而是向人民法院提出检察建议，由人民法院自行启动再审程序进行重新审理。二是工作改进检察建议，即各级人民检察院对审判监督程序以外的其他审判程序中审判人员的违法行为，有权向同级人民检察院提出检察建议。经过长期的检察监督实践发展，我国的检察建议制度得以逐步完善，有效促进法律正确实施、促进社会和谐稳定。^②

（二）刑事再审检察建议的历史沿革

通常认为，刑事再审检察建议是指人民检察院发现同级人民法院已经发生法律效力的刑事判决、裁定确有错误，符合法律规定应当重新审判的情形，且有重新审判必要的，可以向同级人民法院提出再审检察建议的法律监督方式。党的十八届四中全会指出，全面推进依法治国，需要形成高效的法律实施体系、严密的法律监督体系。作为法律监督的有效形式，检察建议机制的构建与完善，是确保法治实施、完善法律监督的题中之义。2011年3月，最高人民法院与最高人民检察院会签了《关于对民事审判活动和行政诉讼实行法律监督的若干意见（试行）》，对再审检察建议与其他针对审判活动的检察建议进行了区分。2012年修订的《民事诉讼法》吸纳了前述规定。2014年修订的《行政诉讼法》第93条第2款规定：“地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第91条规定情形之一，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，可以向同级人民法院提出检察建议，并报上级人民检察院备案；也可以提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。”审判实践中，虽然有些地方检察院已将再审检察建议运用到个案的刑事审判监督工作中，并取得了良好效果，但《刑事诉讼法》始终未予明确规定该项制度。

（三）刑事再审检察建议的制度特色

刑事再审检察建议是检察建议的重要组成部分，起到了弥补刑事抗诉手段不足、提高检察监督能力的重大作用，具有以下制度特色：首先，刑事再审检察建议是一种

^① 参见万毅、李小东：《权力的边界：检察建议的实证分析》，载《东方法学》2008年第1期。

^② 参见荣晓红：《检察建议制度的细化与完善》，载《人民检察》2020年第5期。



侧重协商的监督方式。^①协商性是再审检察建议制度的灵魂，是其根本特征。协商性是指刑事再审检察建议不具有直接启动再审程序的效力，而是法、检两机关就相关案件是否存在错误、是否需要再审纠正等问题进行协商的过程。通过检、法两机关沟通协商，就具体问题达成一致意见，由人民法院主动采纳建议自行启动审监程序，从而达到监督纠错之目的。其次，刑事再审检察建议是一种偏重内部协同的监督方式。协同性是指刑事再审检察建议的运用，不单考虑人民检察院的意志，而是法、检两机关共同意志的结果；其目的也不仅是发挥检察监督之职能，而是将检察院与法院作为一个整体，共同维护司法公正与司法权威。最后，刑事再审检察建议是一种注重节约资源的监督方式。刑事再审检察建议弥补了抗诉程序的不足，变上级人民检察院向上级人民法院进行监督为本级人民检察院直接向同级人民法院提出监督，变两级检察院审查、一级法院审判的多重审查模式为检察院与法院一次协商模式，大大减少了办案环节，缩短了抗诉周期，减少了司法资源的消耗与当事人的诉累，提高了诉讼效率。

三、症结剖析：刑事再审检察建议案件审理中发现的突出问题

（一）刑事再审检察建议的法律依据缺失

刑事审判场域中，法院对生效刑事裁判启动再审主要有三种途径：当事人申诉、检察院再审抗诉或检察建议、法院自行启动再审。刑事再审检察建议因法律没有明确授权，只能依附于法院自行启动再审而存在，最终要通过法院自身启动再审。在某种程度上，其与当事人申诉一样是法院发现生效裁判确有错误从而启动再审的一个线索。^②相较于刑事抗诉，刑事再审检察建议具有同级性、便利性的独特优势，由检察院向作出生效裁判的同级法院提出，一般不涉及上级检察院和上级法院，其运行路径呈“短、平、快”特点，占用的司法资源较少，效率价值较高。^③我国《民事诉讼法》《行政诉讼法》均对检察建议作出明确规定，但当前《刑事诉讼法》及其司法解释并未将刑事再审检察建议上升为正式的法律监督方式，人民法院、检察院制定的内部规定也不健全。^④法律依据的不足必然削弱检察建议的权威，法检两院对其认同度也各有差异。司法实践中，刑事再审检察建议机制的运行是否顺畅，主要还是凭着各地检察院和人民法院各自为战的摸索，其制度功能和优势尚未得到充分释放。

（二）欠缺相对统一的裁判标准

裁判标准统一是促进司法公正、实现社会主义的前提与基础。《人民检察院检察

① 参见王士春、李国宝：《刑事再审检察建议的功能定位与制度建构》，载《人民检察》2014年第14期。

② 参见韩振标、谷林宣：《刑事再审检察建议存在的问题及对策》，载《人民检察》2013年第22期。

③ 参见莫湘益：《检察建议用于刑事个案监督论要》，载《学术月刊》2016年第3期。

④ 参见张新：《对完善检察建议立法的实证思考》，载《河北法学》2010年第11期。

建议工作规定》第8条规定：“人民检察院发现同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定具有法律规定的应当再审情形的，或者发现调解书损害国家利益、社会公共利益的，可以向同级人民法院提出再审检察建议。”从前述条款可以看出，检察院提出再审检察建议标准与法院裁判标准在原则上是一致的，即只能就“具有法律规定的应当再审情形的”生效裁判提出。但是司法实务中，检察院对于是否提出刑事再审检察建议具有较强的自主性，到底何谓“应当再审情形”由检察院自行掌握，具有一定的随意性，而法院审理中严格以《刑事诉讼法》第253条规定的事由作为决定是否启动再审的裁判标准，启动再审后无特殊情况即改判。因此，法院采纳标准高于检察院提出再审检察建议的标准。审判实践中，有的原审裁判确实存在错误，但检察院没有对错误类型进行细致区分，实际上有的错误程度不至于引发再审改判，或是完全可通过其他方式得到解决，而检察院却提出再审检察建议而非一般性检察建议。如原审被告身份信息有误但不影响对其定罪量刑的，完全可以通过作出补正裁定的形式进行更正。

（三）检察院内部考核对案件数量有所影响

在我国司法制度中，司法绩效考核，历来是实施司法管理监督，推进司法机关各项工作，加强队伍建设的重要手段。如果说司法责任制是司法体制改革的牛鼻子，那么办案绩效考核机制则是推进多办案、办好案的指挥棒，也就是深化司法体制改革的助推器。《人民检察院检察建议工作规定》第28条规定，人民检察院应当将制发检察建议的质量和效果纳入检察官履职绩效考核。检察实践中，上级检察院对下级检察院检察监督案件数量及促使原审改判案件数量下达考核指标，改判率高低直接与单位或部门工作考核挂钩，这就促使检察干警主动广泛挖掘案源，一定程度上导致了部分检察院为增加检察监督案件数量而机械、滥发再审检察建议的问题。从应然角度讲，检察院不能为了监督而监督，没有与法院进行必要的沟通就随意发出检察建议。^①此外，除常规的法律监督工作外，检察院每年会根据工作需要开展经济犯罪、生态环境、食品安全等各类专项监督活动，此类活动对法律监督案件数量的影响较大。

（四）极少数法官司法能力不足

法院的每一份判决，都关乎着人民群众的利益，关乎着社会的稳定，社会 and 人民群众对法院、法官、案件的感受，往往会转化为他们对司法权威和公信力的评判。人民法院必须通过公正、廉洁、文明、高效的司法活动，为公正司法、司法为民总体目标的实现提供有力的司法保障。法官作为法院重要主体之一，其司法能力的高低直接影响司法的公正与效率，司法的公正与效率则直接决定司法公信力的高低。2016年至2020年，绝大多数刑事案件认定事实清楚，适用法律正确，裁判结果并无不当。但还

^① 参见蓝林、潘基俊：《刑事再审检察建议相关问题研究》，载《湖北警官学院学报》2013年第7期。



是有26件案件因检察院认为生效刑事裁判错误并提出再审检察建议,其中15件案件已被再审改判,反映出极少数法官认定事实和适用法律的能力偏弱、办案质量不高,甚至极个别法官犯了低级错误。如因违反从旧兼从轻原则、已减刑期计入已执行刑期、缓刑考验期确定错误等被再审改判的案件,这些错误并非疑难复杂的法律适用问题,只要法官工作上严谨细致,完全可以避免差错的发生。

(五) 定案把关机制不严

严格的定案把关机制是确保司法裁判公正的重要保障。2016年至2020年被裁定再审的16件案件中,其中原审为独任制审理5件,合议庭定案8件,经过专业法官会议讨论2件,经过审判委员会讨论1件。经过合议庭、专业法官会议、审判委员会研究后仍出现裁判错误,说明定案把关机制未能发挥应有的把关监督作用,亟需加以有效解决。首先,独任制审理缺乏有效的指导和监管。有些案件虽然事实清楚、证据充分,但案件质量在一定程度上依赖于独任制审判员的业务水平,如果该审判员办案能力有所欠缺,简单的刑事案件亦极易出现错误。其次,合议庭职能有所虚化。8件经合议庭把关的案件均由审判员和人民陪审员组成合议庭,部分人民陪审员对于案件参与度不够高,有些案件合议内容缺少对事实问题的分析讨论,缺乏评议结果形成的论证过程。最后,专业法官会议及审判委员会未充分发挥职能作用。3件经过专业法官会议和审判委员会讨论后的案件仍有裁判错误,说明专业法官会议和审判委员会需进一步明确其职能及工作规则,提升案件讨论质效。

(六) 法院内部纠错机制不强

根据《刑事诉讼法》第227条、第252条、第254条的规定,被告人、自诉人和他们的法定代理人不服一审裁判,有权向上一级法院上诉。判决生效后,当事人及其法定代理人、近亲属不服生效刑事裁判,既可以向人民法院提出申诉,也可以向检察院申请检察监督。因此,《刑事诉讼法》赋予了当事人在法院范围内不服一审裁判逐层寻求救济的权利。一般来说,当事人不服一审裁判,可以向上级法院上诉,上级法院经审理认为一审裁判确有错误的可以改判或者发回重审。二审判决生效后,当事人也可以向法院申诉,通过审判监督程序进行救济。简言之,《刑事诉讼法》在法律框架内充分保障了当事人的诉讼权利,法院可在内部进行纠错,维护被告人的合法权益。而审判实践中,有的当事人收到法院的刑事裁判文书后,对法院产生不信任感,促使其径行向检察院申请检察监督,法院内部纠错机制发挥的作用有限。

四、对策建议：完善检察建议审理机制、提升原审裁判质量的具体路径

（一）明确刑事再审检察建议的法律地位

《宪法》规定检察院是国家的法律监督机关，是国家法律的守护人，其监督的目的是为了防止权力的滥用，保证国家法律的统一、正确实施，保证公平正义的实现。保障检察院对生效裁判的监督，就需要赋予其启动再审的权力。刑事再审检察建议作为启动再审的一种重要手段需要法律的明确规定。法律层面依据的缺失是阻碍再审检察建议运行取得实效的最大障碍，建议在修改《刑事诉讼法》及其司法解释时将刑事再审检察建议明确规定为一种监督方式，将其正式纳入刑事审判监督程序，并就运用刑事再审检察建议的具体问题进行详细阐述。在当前法律规定及其司法解释没有明确规定的情况下，人民法院和检察院可联合制定和发布具有普遍约束力的规范性法律文件，对再审检察建议的适用范围、条件、程序等各方面作出明确规定，减少再审检察建议在适用中的阻力，确保刑事再审检察建议制度落到实处、取得实效。

（二）统一法检两院法律适用

检察院不能仅根据申诉人提供的案件线索就提出再审检察建议。经系统整理，我们认为，刑事再审检察建议主要适用于以下五种情形：第一，建议意见有利于原审被告人的。《刑事诉讼法司法解释》第469条规定：“除人民检察院抗诉的以外，再审一般不得加重原审被告人的刑罚。再审决定书或者抗诉书只针对部分原审被告人的，不得加重其他同案原审被告人的刑罚。”若经检察院审查可能加重被告人的刑罚，一般不适宜适用检察建议。第二，建议意见虽然不利于原审被告人，但原判刑罚为三年以下有期徒刑、拘役等，或仅针对附加刑提出的。之所以这样规定，是因为前述情形均系较轻刑罚，运用检察建议方式更有利于提升诉讼效率，防止影响原审被告人的教育改造。第三，对于漏罪应当数罪并罚未数罪并罚的。此种情形系原审裁判未对漏罪进行审理，适用检察建议更为妥当。第四，原审被告身份信息有误，影响定罪量刑的。此种情形适用基本事实和主要证据无争议，但是原审被告人的身份信息有误并且影响定罪量刑，可适用检察建议尽快予以纠正。原审被告人的身份信息有误但不影响定罪量刑的，检察院不应提出再审检察建议。第五，其他经人民法院与人民检察院协商一致的案件。此条款为兜底条款，便于法院和检察院灵活把握检察建议的适用情形，精准选择抗诉或者再审检察建议。

人民法院审查刑事再审检察建议后，应当严格对照《刑事诉讼法》第253条及《刑事诉讼法》司法解释第457条第2款规定的法定再审事由，作出相应处理。具体而言，第一，符合《刑事诉讼法》第253条规定的重新审判条件的，应当作出再审决定书，



对案件提起再审。第二，案件存在瑕疵，但不符合重新审判条件的，可以进行裁定补正或者更正的，进行裁定补正、更正。第三，不符合重新审判条件，决定不予再审的，应当书面回复人民检察院。第四，刑事再审检察建议具有下列情形的，应当终结审查：不符合受理条件的；原审被告人下落不明或已经死亡，但是能够查清事实、确认原审被告人无罪的除外；其他应当终结审查的情形。人民检察院在人民法院作出审查决定前撤回刑事再审检察建议，人民法院应当准许。

（三）强化法检两院的沟通协调

再审检察建议是在实践中总结运用的一种行之有效的法律监督方式。^①当前实践中存在的不少问题是由于法检两院对于检察院法律监督的理念、思维、认识不一致造成的。加强法检两院的沟通联系，可以减少不当建议、无效建议。对人民法院制定的作为办案指导依据的会议纪要、规范性文件等文件精神，及时让检察院了解，尽量统一法检两院对相关法律适用问题的认识。通过法检定期工作例会、重大疑难案件共同研讨等工作制度，交流工作情况，分析问题困难，不断扩大检察监督理念的共识，减少法律适用分歧，形成法检良性互动的工作格局。及时向人民检察院反馈案件审查结果，对案件不提起再审的，向人民检察院送达不予再审的书面决定或补正裁定等相关法律文书，以其他方式结案的，应当作出书面说明。在征求检察院意见的基础上，适时出台刑事再审检察建议案件审理指南，统一裁判尺度。注重典型案例的收集和发布，以典型案例的方式对本辖区已生效的有关刑事再审检察建议案件予以整理公布，供法检两院相关业务部门参考和借鉴。

（四）提升刑事法官司法素能

刑事法官司法素能是提升刑事裁判质效的重要保障。任何一个案件的审理都是一个以事实认定和法律适用为着眼点的法律论证过程，这个过程实际上又是一个非常周密严谨的法律思维过程。因此，办好一个案件，必须具备高水准的文化素养和知识底蕴。加强教育培训工作，针对前述刑事审判领域中常见、易错的知识盲点开展专题培训，不断提高刑事法官履职能力和水平。牢固树立正确的刑事司法理念，坚持惩罚犯罪和保障人权相统一，坚持程序公正和实体公正相统一，把好案件事实关、证据关、程序关、法律适用关。强化以庭审为中心的思想意识，全面落实直接言词原则、辩论原则和公开审判原则，充分发挥好庭审查明事实、正确适用法律的功能作用。严格证据裁判、非法证据排除、疑罪从无等法律原则，保障法律正确实施。加强司法作风督查，倒逼法官养成严谨细致的办案方式方法，真正培养出扎实认真、高度负责的敬业精神。严格贯彻落实审判管理的相关规章制度，兼顾案件质量与效率，维护当事人诉讼权利。

^① 参见郑赫南：《加强和规范对刑事申诉权的保障——最高检刑事申诉检察厅负责人就复查刑事申诉案件规定修改答记者问》，载《检察日报》2014年11月21日，第2版。

（五）完善定案把关机制

刑事审判质效的提升，有赖于完备、精准、有效的定案把关机制。首先，要有效践行院庭长监督管理职责。对于重点案件、重点环节，院庭长在程序引导和工作机制上对案件质量把关，通过参加或主持专业法官会议提出意见、建议，切实保障案件质量。在保障独任审判员依法独立行使审判权前提下，加强院庭长监督指导。严格独任审判案件的流程监管，加强对简易程序适用、庭审规范、证据采信、定案把关、裁判文书说理等环节的监督，确保独任审判员公正高效审理案件。其次，要着力强化合议庭评议案件职责。明确合议庭成员共同对案件负责，严格落实合议庭流程规范和合议要求，按照证据采弃、事实认定、法律适用、裁判主文斟酌的顺序和内容开展评议，尤其是加强对争议证据、事实的讨论研究，坚决杜绝“合而不议”“简单附议”等现象。加强对人民陪审员的业务培训，提升其履职能力和水平，有效推进司法民主、促进刑事司法公正。最后，充分发挥专业法官会议及审判委员会职能。严格执行专业法官会议及审判委员会工作规则，进一步明确提交讨论的案件范围，强化专业法官会议对案件的把关作用，充分发挥审判委员会统一裁判尺度、促进司法公正的宏观指导职能。

（六）健全法院内部自主纠错机制

在刑事审判中，由于刑事案件的复杂性和司法人员主观因素的影响，再加上刑事审判活动受证明规则、诉讼期限等各种客观条件的制约，使得生效的刑事裁判存在错误难以避免。为保证刑事裁判的客观性和公正性，有必要健全法院内部自主纠错机制，提高司法裁判的权威和公信力。扎实做好刑事申诉案件的审查工作，严格审查再审事由，对于确属冤错案件的依照审判监督程序启动再审予以纠正，避免被告人长期多次申诉，有效发挥法院内部纠错机制作用。定期组织开展刑事案件专项评查活动，仔细查找裁判错误和瑕疵，发现错案依法纠正，发现瑕疵予以补正，并认真做好当事人解释工作，有效维护刑事裁判的司法权威和公信力。定期对因刑事再审检察建议被再审改判的案件进行集中通报，深入分析被再审改判的原因，就如何在依法纠错与维护生效裁判权威的平衡上提出意见和建议。各法院结合自身实际，及时组织人员集中学习讲评，有则改之无则加勉，防止类似错误再次发生。

（责任编辑：杨军）



以审判为中心的刑事诉讼制度改革落实机制优化研究

——以 D 省调研为基础

张震*

内容摘要：随着以审判为中心的刑事诉讼制度改革深入推进，在刑事诉讼过程中仍存在侦查、公诉机关以审判为中心的意识不强，审判环节对侦查、公诉的制约手段还不足、实践效果待提高，直接言词原则落实还不够有力，检察官刑事履职质量有待进一步提升，审判人员在以审判为中心的场域中庭审驾驭能力有待提高等不足。对于这些问题，应通过牢固树立以审判为中心的理念，健全并严格落实直接言词原则，积极探索审判引导制约侦查、公诉的有效举措，切实提升契合以审判为中心要求的控辩审三方能力，有效提高刑事法律援助质量等措施加以解决。

关键词：以审判为中心；刑事诉讼制度改革；庭审驾驭；证据标准

中图分类号：DF73 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)06-184-193

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，对全面推进依法治国作出了重大战略部署。其中推进以审判为中心的诉讼制度改革，直接切中了长期以来困扰我国刑事司法工作的关键性问题，为刑事司法改革指明了方向。最高人民法院《关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要（2014-2018）》（以下简称《人民法院四五改革纲要》）进一步提出，到 2016 年推动建立以审判为中心的诉讼制度。2017 年 12 月，最高人民法院印发了《人民法院办理刑事案件庭前会议规程（试行）》《人民法院办理刑事案件排除非法证

* 张震，山东警察学院侦查系主任，副教授。

据规程（试行）》和《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》，明确和细化庭前会议、非法证据排除和法庭调查等关键环节、关键事项的基本规程，致力于解决庭审虚化、非法证据排除难、疑罪从无难等问题。

对推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，理论界和司法实务界已进行了大量研究。为切实找准制约改革推进的深层次问题，有必要选取相关法院，就推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革进程中影响推进效果的因素进行实证研究，并有针对性地提出建议，为深化改革举措、提升改革实效提供思路借鉴。

一、刑事审判人员对以审判为中心的刑事诉讼制度改革的认知情况

对D省三级法院进行调研所获得的数据可以体系性反映以审判为中心的刑事诉讼制度改革的整体面貌。在调研过程中，笔者对D省三级法院的50名经验丰富的刑事审判人员进行了面对面访谈或电话访谈，选取并观看了50个刑事案件的庭审录像。在选取访谈对象时，注重涵盖各个层级的法院、不同的年龄段，特别注意选取一些曾经审理过一些重大疑难复杂案件的刑事法官。选取的50名受访对象，所在法院层级分布为：基层法院30名，中级法院10名，高级法院10名；年龄段分布为：30-40岁，20名；40-50岁20名；50-60岁，10名；受访对象中刑庭庭长、副庭长占10名，审判长10名，其他均具有5年以上审判经验，曾多次主持过重大疑难复杂案件的庭审。从办案数量看，绝大多数受访对象办理案件300件以上。选取庭审录像时，也注重涵盖不同层级的法院，特别注意选择重大疑难复杂、多被告的案件。50个刑事案件的庭审录像，法院层级分布为：基层法院30件，中级法院10件，高级法院10件；32件案件的被告人为2人以上。

关于对以审判为中心的刑事诉讼制度改革的认知，通过调研发现，尽管所有的受访者均表示，学习过以审判为中心的诉讼制度改革的相关文件，也理解以审判为中心的诉讼制度改革的目的和宏观指向。但是，当让受访者解释“什么是以审判为中心的诉讼制度改革”以及“以审判为中心的诉讼制度改革有哪些具体要求”时，虽然受访者能回答出以审判为中心的诉讼制度改革的主要内容，却表示并不能完全准确、全面地回答这一问题。当让受访者根据自己的理解尝试回答上述问题时，90%以上的受访者能说出以审判为中心就是要重视、加强庭审工作，通过庭审解决案件的定罪量刑问题等与法院审判工作紧密相关的问题，而对于审判之外的侦查、审查起诉等工作的具体要求，受访者理解得还不够全面，部分相关联的改革举措并不完全知悉。

当让受访者对以审判为中心的诉讼制度改革进行评价时，所有的受访者均表示，推进以审判为中心的诉讼制度改革是一件好事，并且有近一半以上的受访者表示，推



进以审判为中心的诉讼制度改革对于消除当事人对法院的不信任、避免暗箱操作、增强当事人对判决的可接受性等具有重要意义。其中,有80%的受访者对以审判为中心的诉讼制度改革持积极乐观的态度,15%的受访者对改革的前景持审慎乐观的态度,5%的受访者对改革的态度相对谨慎,认为公安机关、检察院的办案质量有待提高,在公检法三机关协作、制约办案的制度设置背景下,法院的审判权威还有提升的空间,对全面落实以审判为中心的诉讼制度改革要求还有一定差距。

对于当前以审判为中心的诉讼制度改革中存在的问题及改进措施,三级法院法官由于所处的审判环境不同,关注的重点也不同。基层法院法官更关注具体的审判环境问题,对于公安机关、检察机关侦办案件的质量更为关注,提出的建议也偏重于规范和提升公安机关、检察机关的诉讼行为。高级法院和中级法院的法官则将关注重心放在自身的审判程序改进方面,对于庭审实质化特别是直接言词原则的落实问题提出了改进意见。

以上调研情况表明,虽然司法人员对以审判为中心的诉讼制度改革表示支持,也认可以审判为中心的诉讼制度对于提升办案质量的重要意义,但对以审判为中心的诉讼制度改革全视角全过程的理解还有待提升;对改革的前景总体乐观,但也指出了改革过程中存在的一些阻碍因素和问题。结合这一总体上属于定性为主的调研,笔者进一步通过实地阅卷、中国裁判文书网检索等形式对于刑事案件审判中面临的一些问题进行了考察,总结了推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革面临的问题,并提出了解决意见。

二、推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革面临的主要问题与制约因素

通过观看庭审录像和深入分析、梳理对受访对象的访谈材料,发现当前推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革面临以下六个方面的问题:

(一) 侦查、公诉机关以审判为中心的意识有待加强

调研中,所有的受访者均表示,实践中,公安机关、检察院对于以审判为中心的意识有待加强,集中体现在公安机关有时未能完全按照审判标准收集、固定证据,检察院存在全面履行证据把关和补查补证义务方面的问题。在部分基层法院约10%左右的案件,在部分中级法院15%左右的案件,或多或少存在证据问题,需要进一步补查补正。在经济犯罪、职务犯罪等特定类型的案件中,补查补证比率还要偏高。实践中,对于法院的补查补正要求,个别公安机关、检察院不够重视,导致审判人员必须亲自调查取证。在极个别案件中,由于取证手段有限等因素的制约,法院根本无法完成补查补正工作,对案件顺利审理、提升案件审判质量造成了消极影响。

（二）审判对侦查和公诉的制约手段有限、实践效果有待优化

人民法院四五改革纲要强调，建立以审判为中心的诉讼制度，必须发挥庭审对侦查、起诉程序的制约和引导作用，并指出可以通过全面落实证据裁判原则、严格落实非法证据排除规则、坚持疑罪从无等手段，发挥审判对侦查、起诉的引导、制约作用。

然而，部分受访者表示，目前审判对侦查、公诉的制约手段不仅太少，而且现有的制约手段适用范围太窄，一旦使用后果过于严厉，导致实践中审判难以有效制约和引导侦查、公诉。实践中，绝大部分案件的证据问题其实是证据瑕疵问题，且主要集中于量刑证据，不符合宣告无罪、非法证据排除的适用条件，无法通过宣告无罪、排除非法证据等方式制约和引导侦查、公诉。此外，因证据瑕疵可能产生的对定罪量刑的影响，对审判人员依法裁判也产生一定压力，比如不希望仅仅因形式上的证据瑕疵放纵犯罪、因在客观上形成的对被告人从轻处罚引发的社会误解或者被害人及其家属的不满等。

（三）直接言词原则落实需要继续加强力度

《人民法院四五改革纲要》强调，建立以审判为中心的诉讼制度，必须落实直接言词原则，严格落实证人、鉴定人出庭制度。调研发现，直接言词原则落实还不够有力，集中体现在，实践中证人、鉴定人出庭仍然较少。证人庭前书面证言代替证人出庭作证、情况说明取代侦查人员出庭作证，仍是庭审的常态，影响了事实查明在法庭的实现。证人、鉴定人出庭少，一方面因为控辩双方尤其是控方申请证人、鉴定人出庭的非常少；另一方面因为法院批准证人、鉴定人的出庭申请少。调研样本中，只有30%左右的证人、鉴定人出庭申请被法院批准。实践中，有60%左右的证人、鉴定人出庭申请，被法院以“没有必要”为由未予准许；其余案件由于证人联系不上、证人拒绝见审判人员、证人怕打击报复、证人表示可以电话了解有关情况但拒绝出庭作证等原因无法实现证人出庭。对于侦查人员出庭作证问题，受访者表示，侦查人员以工作忙为由拒绝出庭作证的情况比较普遍。另外，二审开庭率不高，也是影响直接言词原则落实的一个重要因素。调研发现，省高院审理的二审案件中，除了法律和司法解释规定的死刑、抗诉两类必须开庭的案件外，其余案件的二审开庭率在50%左右。

（四）检察官履职能力有待提升

《人民法院四五改革纲要》强调，建立以审判为中心的诉讼制度，必须确保庭审在保护诉权、认定证据、查明事实、公正裁判中发挥决定性作用，实现诉讼证据质证在法庭、案件事实查明在法庭、诉辩意见发表在法庭、裁判理由形成在法庭。

公诉人全面深入地讯问被告人，对审判人员全面了解案情，实现事实查明在法庭至关重要。然而，调研中，受访者表示在部分案件中，公诉人通过庭审讯问被告人并不能全面完整地展示案件事实。主要原因在于，实践中，50%以上的应当详细对被告



人进行讯问的案件，公诉人对被告人进行概括性讯问，问得不全面、不深入、不细致；^①在没有辩护人的案件中，有的公诉人仅讯问对被告人不利的事实，对被告人有利的事实不发问，个别甚至打断被告人说出对其有利的事实；有的公诉人的发问没有条理、缺乏逻辑性，无法让审判人员清晰了解案件事实的来龙去脉。由于公诉人讯问不到位，导致实践中审判人员补充发问的比例高达 20% 以上。

公诉人的举证是否直观、全面、深入，直接影响事实查明在法庭的实现。调研中，所有的受访者表示，如果庭前不阅卷，仅靠庭审控方的举证，很难全面、准确、深入地掌握案件事实。主要原因是，在绝大多数案件中，公诉人一般都是通过摘要性宣读书证的方式进行举证，较少对证据之间的关系进行体系性说明，导致审判人员无法仅通过庭审全面掌握案件事实；有的公诉人不能围绕控辩双方的争议问题重点出示证据，导致通过庭审查明争议事实的功能难以有效实现；有的公诉人举证“重定罪、轻量刑”、“重人身处罚、轻财产处理”，导致难以通过庭审全面查清量刑事实、涉案财物的相关事实。

公诉人逻辑性强、说理充分、论证有力的公诉意见，对辩护意见的正面、有针对性的回应，对于诉辩在法庭、裁判结论形成于法庭的实现至关重要。实践中，公诉意见逻辑性不强、说理不透，公诉人对辩护意见不予正面回应、回应缺乏针对性等问题仍然存在。即使审判长总结辩论焦点并要求控辩双方围绕焦点问题进行辩论，部分公诉人仍以“坚持以前的公诉意见”为托辞，不再进一步围绕争议焦点进行辩论，导致法庭辩论难以真正有效展开。

（五）刑事辩护质量还需提高

调研发现，在部分案件中，特别是在一些复杂的案件中，并未实现律师辩护全覆盖，在没有律师参与的刑事案件中，由于被告人的法律知识、取证能力有限，很难提出有利于己的证据、事实主张和辩护意见，难以实现以审判为中心所要求的事实查明在法庭、诉辩在法庭。

调研还发现，在 D 省，律师刑事辩护质量不高的问题还没有完全解决。实践中，律师刑事辩护质量不高，原因是多方面的。有些是因为律师没有刑事辩护经验或者经验少，不知道如何进行辩护；有些是因为律师责任心不强，庭前不阅卷，只是当庭简单发表看法；有些是因为律师不注重调查取证工作，导致一些有利于被告人的量刑情节没有提出来；有些是因为律师的辩护意见缺乏证据支持，逻辑性不强、说理不够，影响了辩护意见的采纳。在至少 10% 的案件中，审判人员通过阅卷、庭审发现了有利

^① 根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第 295 条的规定，适用简易程序的案件，公诉人对被告人的讯问、发问可以简化或省略。此处所指的“应当详细对被告人进行讯问的案件”主要是被告人对有关事实情节予以否认的案件。

于被告人的量刑情节，但辩护律师却没有提出；在至少 20% 的案件中，审判人员通过阅卷发现了证据瑕疵，而辩护律师并未发现。

（六）审判人员的庭审驾驭能力尚待提高

审判人员是庭审的主持者、引导者、裁决者。审判人员的庭审主持水平、引导能力、当庭裁决能力，对事实查明在法庭、诉辩在法庭、裁判结论形成于法庭的实现有重要影响。

调研发现，审判人员的当庭引导、裁决能力还有不足，一定程度上影响了庭审功能的发挥。实践中，审判人员引导控辩双方围绕争议事实进行法庭调查、围绕争议焦点进行法庭辩论的能力还需进一步增强，庭审中控辩双方的举证、辩论重点不够突出，控辩双方各说各话的现象仍存在于一定数量的庭审之中，影响了事实查明在法庭、诉辩在法庭的实现。在调研的 50 件案件中，有 10% 左右的案件审判人员没有归纳争议焦点，或者没有引导控辩双方围绕争议焦点进行辩论。实践中，审判人员的当庭裁决能力不足主要体现在当庭认证、当庭宣判的能力不足，影响了裁判结论形成于法庭的实现。对于控辩双方关于证据的争议，审判人员一般不进行当庭裁决，多以“法庭已听清楚，在合议时予以充分考虑”予以回应，除了一些简单的案件，很少当庭宣判。

三、强化以审判为中心的理念指引与落实原则

针对调研发现的推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革面临的问题，笔者认为，首先应当强化以审判为中心的理念，并重点通过直言词原则这一庭审关键原则加以落实。

（一）直言词原则作为落实以审判为中心理念的重点

推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，是遵循诉讼规律、司法规律、法治规律的必然要求，是一场事关司法方式改进、职权配置优化的重大变革。理念是行动的先导。只有对以审判为中心的诉讼制度改革有全面、深刻的认知，并牢固树立以审判为中心的理念，控辩审三方才可能深入践行以审判为中心的刑事诉讼制度改革的各项要求，各相关机关才会积极采取措施破解改革面临的各种难题。

事实上，早在 20 世纪 90 年代的刑事审判方式改革大讨论中，理论界和司法实务界就曾提出过“审判中心主义”“庭审中心主义”的改革目标。^①比如，当时曾提出过“证在法庭、辩在法庭、判在法庭”，努力让法庭成为诉讼程序的中心，让法官成为法院的中心。在很长一段时间内，真正意义上的以审判为中心的诉讼制度和实践样态并

^① 参见孙长永：《审判中心主义及其对刑事程序的影响》，载《现代法学》2000 年第 4 期。



没有完全形成。有观点认为,主要原因在于我国实行全案卷宗移送制度。经验事实表明,这一观点是经不起推敲的。比如,法国、德国等大陆法系国家也实行全案卷宗移送制度,但却几乎没有影响到审判的中心功能。全案案卷移送制度与审判中心实际上是可以并存的。确立并严格落实直接言词原则才是问题的关键。

(二) 直接言词原则的落实要求

直接言词原则未得到全面落实,首要原因是刑事诉讼法及相关司法解释并未全面确立直接言词原则。一方面,立法及司法解释并未确立证人、鉴定人出庭的刚性规则以及违反规则的制裁措施。在部分国家,只要控辩双方对证人证言、鉴定意见有异议,法院就必须通知证人、鉴定人出庭。除非符合法律规定的例外情形,证人、鉴定人不出庭的,证人证言、鉴定意见不得作为定案证据。而我国《刑事诉讼法》第192条及《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249条规定,只有同时符合控辩双方对证人证言有异议、该证人证言对定罪量刑有重要影响、人民法院认为有必要等三项条件,人民法院才应当通知证人出庭,而且证人不出庭的其庭前证言仍可以作为证据使用;只有同时符合控辩双方对鉴定意见有异议,人民法院认为有必要这两项条件,人民法院才应当通知鉴定人出庭。另一方面,立法及司法解释并未全面确立刚性的二审开庭原则。与其他国家不同,我国实行的是二审终审制,且二审实行全面审查原则。推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革,要求二审以开庭为原则,以不开庭为例外。然而,刑事诉讼法及司法解释并未确立刚性的二审开庭原则。根据《刑事诉讼法》第234条及《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393条的规定,除了人民检察院抗诉和被告人被判处死刑的上诉案件必须开庭审理外,其他上诉案件是否开庭法院享有自由裁量权。

如果说立法及司法解释并未全面确立直接言词原则是导致直接言词原则难以落实的先天性原因,那么相关配套机制不足,则是直接言词原则难以落实的后天性缺陷。虽然2012年、2018年《刑事诉讼法》修改,采取了一系列举措解决证人、鉴定人出庭难的问题,比如规定了对证人的经济补助、证人保护制度以及强制证人出庭作证制度。但在实践中,证人、鉴定人出庭难问题并未得到根本性改观。究其原因,除了上面提到的立法及司法解释的先天性不足为审判人员拒绝证人、鉴定人出庭、二审开庭提供了条件外,与确保证人、鉴定人出庭的配套机制不完善及尚未形成常态性的证人、鉴定人出庭、二审开庭的诉讼传统也有重要的关系。同时,长期存在的“厌诉”“惧诉”和“为贵”等习惯以及不愿得罪人的考虑,也阻碍了证人的出庭。

下一步,确保直接言词原则的落实,一方面,应当进一步修改立法及司法解释,从规范性层面全面确立直接言词原则并确立违反直接言词原则的制裁措施;另一方面,应当进一步完善细化确保证人、鉴定人出庭的配套机制,大力培育证人、鉴定人、侦

查人员出庭的司法文化，逐步推动证人、鉴定人出庭、二审开庭的常态化，使证人、鉴定人出庭、二审开庭成为司法机关和社会公众的一种共识和自觉行动。

四、以审判为中心的刑事诉讼制度改革落实机制优化建议

推进以审判为中心的刑事诉讼制度，并非法院一家的事，需要各部门协同形成稳定的制度模式、操作机制。当前，应当从审判引导制约侦查、公诉，提升契合以审判为中心的控辩审三方能力以及提升刑事法律援助质量几个方面予以完善。

（一）积极探索审判引导制约侦查、公诉的有效举措

根据刑事诉讼法的规定，公检法机关在刑事诉讼中应当分工负责、互相配合、互相制约。但是，在实际执行中，三机关之间或多或少存在“配合有余、制约不足”的问题，导致司法实践中形成了公检法“各管一段”“各段继受配合”的多中心诉讼作业方式，^①并未形成侦查、公诉面向审判、服务审判的司法传统和有效措施。当前，推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，迫切需要探索建立审判引导制约侦查、公诉的有效举措，推动形成侦查、公诉面向审判、服务审判的诉讼新常态。

当前，建立审判引导制约侦查、公诉的有效举措，可以从以下两个方面入手：

一是明确证据标准，并通过一定的方式让侦查、公诉部门明确知悉审判的证据标准，严格落实证据标准。实践中，审判阶段补查补证率高，一个重要的原因是，侦查、公诉机关对审判机关掌握的证据标准并不明晰，导致其并不知道应当收集哪些证据、证据收集的标准。进一步了解得知，侦查人员、公诉人对审判的证据标准并不明晰，有的是因为，本来审判的证据标准是明晰的，但侦查、公诉机关对相关立法、司法解释缺乏学习造成的，这可以通过进一步加强培训解决；有的则是因为审判的证据标准本身并不明晰造成的，这需要人民法院建立明晰的审判证据标准，并让侦查、公诉机关准确掌握审判的证据标准加以解决。

二是建立科学的“以审判为中心”的侦查、公诉人员业绩考评机制。督促、倒逼侦查、公诉机关树立面向审判、服务审判的理念，仅靠建立明确的证据标准加以引导是不够的，还必须建立“以审判为中心”的侦查、公诉人员业绩考评机制。实践中，侦查、公诉人员对审判人员的补查补证要求消极对待，侦查人员不积极出庭履行作证义务，公诉人员庭审不积极履行举证责任，一个重要的原因是，除了宣告无罪等有限的情形，审判对侦查、公诉人员的业绩考评影响有限。所以，将侦查、公诉人员的业绩考核、能力评价、职务晋升，与其办理案件的审判结果及服务审判的情况相联系，

^① 参见龙宗智：《“以审判为中心”的改革及其限度》，载《中外法学》2015年第4期。



建立科学的“以审判为中心”的侦查、公诉人员业绩考评、能力评价机制，不失为强化公安、检察院以审判为中心的意识的有效举措。

（二）提升契合以审判为中心要求的控辩审三方能力

实现证据质证在法庭、案件事实查明在法庭、诉辩意见发表在法庭、裁判理由形成在法庭，要求控辩双方必须具备娴熟的交叉询问能力、精湛的当庭论辩能力，审判人员必须具备较强的庭审驾驭能力、当庭引导能力、当庭裁决能力。肇始于1979年刑事诉讼法，我国形成了较为显著的职权主义诉讼模式。一方面，审判人员在庭审中处于主导地位，对被告人的讯问、举证等均由审判人员主导，公诉人、辩护人处于补充者的角色，导致公诉人、辩护人当庭讯问被告人、当庭举证的能力等未在实践中得以常态化锻炼；另一方面，控辩双方的对抗性不够强，对审判人员当庭引导、当庭裁决要求不同，导致审判人员的相关能力等未在实践中得到锻炼。虽然1996年、2012年、2018年刑事诉讼法试图改变职权主义诉讼模式，明确了检察院的举证责任，但是实践中，控辩双方围绕案件事实认定、证据采纳、法律适用的实质性对抗还不够强，有时控辩双方各说各话、互不交叉，导致控辩双方的交叉询问能力、当庭举证能力，审判人员的当庭引导能力、裁决能力等不能得到实质性的提高。

当前，推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，应当按照以审判为中心的要求切实提升控辩审三方的能力。首先，将相关能力的培训作为当前控辩审三方业务培训的重要内容；其次，教育、引导、督促控辩审三方自觉通过庭审实践锻炼提升相关能力；再次，通过组织观摩庭审，加强相关能力的庭审评查，组织遴选优秀刑事庭审录像供控辩审三方观摩学习等多种渠道，让控辩审三方自我对照检查，找准短板，有针对性的学习提高。

（三）切实提升刑事法律援助质量

当前推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，最紧迫的基础性工作是提高刑事法律援助案件质量。长期以来，律师对刑事案件的参与率不高，是导致我国刑事庭审走形式的一个重要原因。但是这一状况已有根本性改观。特别是近年来，全国各地大力推进刑事案件律师辩护全覆盖，刑事案件的律师参与率获得了大幅提升。2021年8月通过的《法律援助法》，又进一步扩大了刑事案件的法律援助范围。应当说，律师参与率低，已不是影响以审判为中心的刑事诉讼制度改革深入推进的核心因素，刑事法律援助案件质量不高已成为制约改革的一个重要因素。

在提升刑事法律援助案件质量方面，有必要采取以下几个方面的措施：首先，健全刑事法律援助案件质量标准。为刑事法律援助律师开展法律援助提供指引，并设立最低服务标准。其次，建立对刑事法律援助过程监督指导机制。法律援助中心、律师事务所应当设立专门的部门或者指定专人，以现代信息技术为依托，对律师开展刑事

法律援助活动进行全程同步监督，对不当行为适时提醒，对律师的辩护适时提供业务指导，对不称职的法律援助律师及时予以更换。再次，建立为刑事法律援助律师提供免费专业资源支持的机制。由法律援助中心雇佣专职或者兼职司法鉴定人、心理学家、会计、调查人员等专业力量为刑事法律援助律师提供免费的咨询或者服务，协助法律援助律师进行有效辩护。最后，健全刑事法律援助案件质量评估机制。通过由经验丰富的律师评估、听取受援人意见、听取相关司法人员意见等方式，对刑事法律援助质量进行评估。对经评估不符合质量标准的，视情不发或者减发法律援助补贴、限期参加学习培训、在一定期限内取消其法律援助资格。

（责任编辑：王文斌）



《山东法官培训学院学报》2021 年总目录

■ 大法官论坛

新时代人民法院实现案结事了的方法路径 / 张甲天 1-1

■ 专家论坛

民事执行中财产变价程序的立法理念与规则设计 / 孙超 2-1

环境犯罪的行刑衔接 / 周长军 3-1

农村集体经济组织成员资格认定研究 / 姬亚平 聂宽 4-1

司法治理的边界 : 行政诉讼受案规则创制研究 / 赵贵龙 5-1

反面推导 : 案型相异与方法竞争 / 余文唐 5-19

关于关联企业合并破产问题的调研

——以枣庄法院近 10 年审理的破产案件为分析样本

/ 山东省枣庄市中级人民法院课题组 5-32

■ 专栏

《民法典》的理解与司法适用

民法典体系性思维在司法实践中的适用 / 郭明瑞 1-13

“自甘风险”原则的教义学结构与实践展开 / 赵耀彤 1-21

北雁云依案之方法论评析

——兼释《民法典》第 1015 条 / 曹磊 段磊 1-35

情势变更规则下重新协商的困境与出路

——以《民法典》第 533 条之适用为视角 / 邱波 杨庆堂 1-44

论司法拍卖中按份共有人优先购买权的实现 / 宋昱璇 张海燕 1-56

信息处理者安全保障义务的实践检视与规则续造

——以《民法典》第 1038 条为中心展开 / 唐墨华 苏昊 胡贤君 2-90

抵押物转让新规则释论	/ 景光强	5-45
关于建设用地使用权出让合同的若干问题	/ 王永起 柴华	5-56
共同担保人相互追偿权解释论	/ 谷昔伟 高小刚	5-77
《民法典》动产抵押权的制度创新及其适用	/ 石佳友 曾佳	6-1
优化营商环境立法与《民法典》的互动	/ 张平华 石文静	6-14
不可抗力与情势变更的关系原理及司法适用	/ 刘经靖 高艳	6-29
被动辞职中诚实信用原则的司法适用及审查标准	/ 蒋力	6-49
审判体系和审判现代化与行政法律适用问题研究		
业主的法律之门 : 涉业主共有利益行政诉讼规则研究	/ 王志来 祝文锋	1-69
预防性环境公益诉讼举证规则的厘清	/ 李红刚 肖慧 谢还英	1-79
行政审判中保护规范理论适用路径的完善	/ 宫凡舒	1-92
案例指导与类案裁判		
类案参照不当的救济路径	/ 谢新竹 赵凌峰	1-129
人工智能辅助下类案推送质量的路径优化		
——以信息维度提高用户需求为视角	/ 周莉 成文武	1-139
指导性案例对平等价值的体现及其改进提升	/ 张滕	1-151
案结事了的理论研究与实践探索		
案结事了的理论逻辑与实践探索	/ 王杏飞	2-12
马锡五审判方式在新时代的承继与创新		
——以人民法庭建设为视角	/ 梁久军	2-23
“案结事了—案结事了”: 民事再审审查程序的矛盾化解模式构建		
——以 S 省 H 市中院 2018 年至 2020 年申请再审案件为分析样本	/ 梁坤	2-35
行政法律适用问题研究		
行政决定财产保全的现实考察与完善进路		
——以 600 份行政裁定书为分析样本	/ 谢晖 黄淑娟 李伟	2-47



环境行政公益诉讼证明标准递进式之构建

——以证明评价的诠释循环思维为视角 / 肖建国 李晓霞 何晓园 2-60

过程性行政行为的可诉性证成及其实现路径 / 刘竞遥 柳砚涛 2-76

国家治理体系和治理能力现代化与行政审判的关系

村民委员会行为纳入行政诉讼受案范围相关问题研究

——以“城中村”改造的基层社会治理法治化为视角 / 侯勇 刘白鸽 3-15

多元化解行政纠纷视域下构建法院附设型 ADR 的思路

——基于行政争议审前和解中心的运行实践 / 陈磊 3-27

行政案件速裁机制的探索与构建

——以 S 省 D、Q 两市行政审判实践为样本 / 郝帅 宋冬梅 3-40

示范诉讼的司法实务与制度构建

群体性纠纷示范诉讼程序规则构建

——以重大突发事件引发群体性纠纷诉源治理为制度功能设定 / 杨凯 李婷 3-54

示范诉讼制度的本土化构建 / 王红云 3-69

智慧法院与人工智能问题研究

疑案裁判的立场、法源及其功用

——以智慧法院建设为背景 / 韩振文 3-81

人工智能参与司法裁判的实践与定位 / 张思巧 康宁 3-91

民行刑一体化司法研究

行政规范性文件的私法效力判定

——兼论《民法典》第 153 条的司法适用方法路径 / 赵元松 5-88

行政诉讼一并解决民事争议案件立案审查之模式构建 / 朱彬彬 5-101

破产审判问题研究

我国关联企业实质合并重整适用标准研究 / 丁燕 6-60

破解破产案件审判疑难问题的进路探究

——以济南破产法庭为分析样本 / 山东省济南市中级人民法院课题组 6-73

人民法庭在加强和创新基层社会治理中的职能作用研究

人民法庭参与乡村治理的功能定位与路径选择 / 山东省高级人民法院课题组 6-83

马锡五式人民法庭：人民法庭参与社会治理实证研究 / 王斌通 6-98

马锡五式广场化司法活动范式在人民法庭工作中的应用路径研究

/ 山东省淄博市中级人民法院课题组 6-107

民事诉讼“送达难”问题研究

民事诉讼送达地址的法律拟制思考

——以当事人受送达义务的“射程”设定为视角 / 付金良 6-120

直接电子送达的基础证成与实现进路

——以微信、支付宝为电子送达接收端的应用图景 / 杜伟杰 6-133

■ 案例研究

环境行政公益诉讼中“行政机关是否履行法定职责”的司法审查

——第 137 号指导性案例裁判要旨司法适用规则的构建 / 张力 黄琦 4-14

司法确认程序可执行内容要素式审查标准的建立

——以 527 份涉农案件司法确认裁定书为视角 / 许金鑫 4-27

知识产权损害赔偿中“以侵权为业”认定适用探究

——基于 133 份判决书的实证分析 / 于波 沈汪成 4-38

类案裁判如何说理

——以 329 份裁判文书说理为视角 / 杨涛 左一凡 5-115

论行政非诉不予执行裁定对行政机关的效力

/ 韩利楠 5-127



■司法综合

- 民事再审案件繁简分流制度构建探析 / 王子杰 嵇昌正 1-104
- 司法人工智能的提升路径
——以法定犯裁判事实证成智能化为样例 / 洪潇潇 1-116
- 审判程序与审判组织的“结构性”错位及其矫正
——从制度捆绑到交叉适用 / 赵维蓉 2-102
- 知觉选择性视角下案件汇报偏差之程序控制 / 宋京红 2-114
- 从“第三人”到“相对人”：民法典语境下实际出资人与名义股东债权人
执行争议的裁判路径研究 / 刘洋 3-138
- 行政非诉执行案件和解问题研究 / 夏定乾 邓朝华 3-149
- 行政诉讼遗漏第三人发回重审的反思 / 杨佳 3-163
- 院庭长审判监督管理职能下审批权运用研究
——以审批内容为视角 / 冯俊海 4-102
- 城市群视域下的山东金融法庭专门化研究 / 秦楠 4-116
- 改革后法官等级趋于集中问题反思
——完善我国法官等级晋升之实然性与应然性思考 / 刘庆伟 王伟 5-140
- 如何实现正义：司法裁量权责主体的错位认知及其矫正
——以法院整体本位为内在逻辑 / 贾升宗 5-149

■民事司法

- “德法融贯”之构造逻辑与规范表达
——以“孝道”在判决说理中的运用为视角 / 况继明 2-124
- 关于民事再审审查程序若干问题的思考 / 冯波 2-137
- 民事在线诉讼中书证原件的认定 / 项在亮 2-154
- 社会主义核心价值观融入司法裁判的法律方法 / 孙跃 陈颖颖 4-49

比例原则视域下紧急救助行为人的民事责任之判断	/ 刘宏渭 赵常伟	4-65
法医学鉴定意见的司法审查与采信	/ 孙来晶 宋连芳	4-76
私募基金单边协议的效力及规制路径	/ 高宁远	4-89
民事管辖异议程序及处理规则问题研究	/ 王颖 陈希国	5-161
证据法视野下的算法规制	/ 王士博	5-171
论数据驱动型经营者集中的反垄断规制	/ 于耀东 孙亚荔	6-146
认知科学视野下法官裁量偏差的思辨与控制策略	/ 刘盛炅 杨富元	6-160

■ 刑事司法

职务犯罪案件适用认罪认罚从宽制度问题研究	/ 吴成杰	3-110
法律学说在刑事裁判文书的适用探析	/ 李静	3-125
后疫情时期野生动物资源刑事司法保护的反思与完善	/ 汪媛媛 吴安荣	4-132
刑事远程视频庭审程序正当性思辨	/ 王进 霍丹丹	4-143

■ 调查研究与案例评析

产权平等保护与产权人差别管理的治理难题	/ 刘康磊 高加怡	1-166
文书提出命令运行中的司法乱象及反思 ——基于 609 份裁判文书的实证分析	/ 华蕴志	1-178
挂靠人欠付其雇佣人员工资时的用工主体责任承担 ——张某某诉某工程公司劳动争议案	/ 乔蓓华 徐丹阳	1-191
涉集体土地安置房上市交易问题探究 ——以江苏省无锡市的实践为样本	/ 徐振华 潘华明 王星光	2-165
检察指导性案例学习应用管理制度相关问题研究 ——基于两高指导性案例之比较	/ 张春玲 陈峰	2-179
关于发包人收到结算报告逾期未答复视为认可规则的分析	/ 柴家祥	2-193



司法治理视域下假释“再犯罪危险”的评估失范与规制

/ 邢霞 孙爱民 刘丽杰 3-176

行政协议案件裁判进路的规范

——以政府与社会资本合作协议纠纷案件的审理为切入点 / 崔兆在 3-189

关于审理涉房地产纠纷案件适用法律问题的调研报告

/ 山东省济南市中级人民法院课题组 4-154

企业担保圈风险形成原因及破解路径的调研报告

/ 山东省东营市中级人民法院课题组 4-170

多元解纷助力司法机关参与乡村振兴

——以寿光市的调研为基础 / 王茹 4-183

规范性文件附带审查的路径和裁判规则

/ 姚美科 4-194

离婚纠纷诉前调解的实践困境及出路研究

——以 2016 年至 2021 年 S 省 J 市离婚调解案件样本分析为视角

/ 邵继军 李文慧 5-187

刑事再审检察建议的实证考察及效能提升

——基于对 J 省 H 市 2016 年至 2020 年刑事再审检察建议案件的分析

/ 解思辛 黄璐 6-173

以审判为中心的刑事诉讼制度改革落实机制优化研究

——以 D 省调研为基础

/ 张震 6-184