



ISSN 1674-3156
CN 37-1430/D

《国家哲学社会科学学术期刊数据库》全文收录期刊
《中国核心期刊(遴选)数据库》全文收录期刊
《北大法宝法学期刊数据库》全文收录期刊
《人大报刊复印资料数据库》收录期刊

山东法官培训学院学报

二〇二二年第02期

第三十八卷

总第二六五期

山东省高级人民法院

山东法官培训学院 学报

Shandong Judges Training
Institute Journal



第38卷
总第265期

2022 02



微信公众号

ISSN 1674-3156



9 771674 315080



主管

山东省高级人民法院

主办

山东法官培训学院
(国家法官学院山东分院)

编辑

《山东法官培训学院学报》编辑部

地址：济南市山大南路5号

邮政编码：250013

电话：(0531) 68887685

86323237

传真：(0531) 86323237

E-mail: sdsp9827@163.com

出版日期：双月20日出刊

刊号：ISSN 1674-3156
CN 37-1430/D

印刷：山东黄氏印务有限公司

定价：20.00元(全年120.00元)

本刊已许可中国学术期刊(光盘版)电子杂志社(中国知网)、万方数据、北大法宝、人大报刊复印资料和中国社会科学院图书馆在其系列数据库产品中,以数字化方式复制、汇编、发行、信息网络传播本刊全文。上述产品著作权使用费与本刊稿酬一并支付。如作者不同意文章被收录,请在来稿时说明,本刊将做适当处理。

山东法官培训学院学报

双月刊

Shandong Judges Training Institute Journal

编委会主任：张甲天

副主任：刘义生

委员：(按姓氏笔画排列)

山莹 马莉莉 王平

王世心 王启江 王春田

刘念虎 刘振会 刘晓华

阮久红 杜少琴 张传毅

欧阳明程 孟健 侯勇

侯希民 徐清霜 高红霞

崔勇 鲁统民 谢萍

戴磊

主编：刘义生

副主编：杜少琴

编辑部主任：李宁

责任编辑：王文斌 杨军 郝晓越

崔婷婷

《山东法官培训学院学报》征稿启事

《山东法官培训学院学报(山东审判)》是由山东省高级人民法院主管、山东法官培训学院主办的应用法学研究双月刊,国内外公开发行。面向新时代,本刊确立了“立足审判实践、面向全国法院、连接学术前沿”的新定位,在栏目设置、稿件内容等方面全面转型升级,加强对审判实践疑难复杂问题和法学理论前沿问题的研究,着力打造应用法学研究特色品牌。现将征稿事宜说明如下:

一、选题要求

本刊设刑事司法、民事司法、行政司法、专题策划、司法综合、调查研究与案例评析等栏目。提倡和鼓励开展理论与实务结合类选题研究,特别是当前理论界和实务界广泛关注的热点、难点问题。文章应坚持问题导向,观点鲜明,论证严谨,说理充分,避免纯工作介绍类文章。

二、格式要求

1. 字数。字数以10000—15000字为宜,特别优秀稿件,字数不限。
2. 摘要和关键词。每篇文章附中文内容摘要和关键词。摘要要准确反映论文主旨内容,一般不超过300字。关键词要符合规范要求,以3—5个为宜。
3. 注释体例。文中注释号用序号“①、②、③……”编排,注释均置于页下,每页单独编号。引注体例请参照中国法学会期刊研究会推荐的“法学引注手册”。

三、其他事项

1. 来稿请以Word文档发送至编辑部邮箱sdsp9827@163.com。
2. 来文请注明作者简介,包括单位、职务(如X级法官或法官助理)、职称(教授、副教授或讲师,博士生导师或硕士生导师)及联系电话。
3. 本刊发表前如已在其他公开出版物或者互联网上发表,请务必及时告知本刊。
4. 来稿如系基金项目资助范围内的文章,请在作者简介后,注明项目类别、名称和批准号等。

真诚欢迎广大法学理论和实务工作者不吝赐稿!

■ 专家论坛

“骗取国家税款”要素与虚开增值税专用发票罪的出罪

——兼论行政犯的刑事违法性判断问题

/ 王志祥 徐嘉崎 1

环境公益诉讼惩罚性赔偿制度适用研究

——兼评《最高人民法院关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》

/ 张锋 孙萧宇 19

■ 类案检索与类案同判

司法裁判回应类案参照诉求的审视与完善

/ 王雨田 何伦波 33

类案事实相似性判断中“类”之确定性考量

/ 张夔 程财 44

民事裁判回应类案检索报告的现状检视与程序构建

/ 赵霏 李安国 55

■ 社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理研究

诚信价值证成裁判结论的路径

/ 乌日力嘎 温知晗 70

社会主义核心价值观融入民事裁判文书说理的样式构建

/ 袁菁 83

■ 居住权的法律适用问题研究

居住权合同纠纷裁判规则探析

/ 唐静静 95

强制执行中居住权与抵押权的冲突与平衡

/ 孙昂 曹军宇 107

居住权与抵押权的权利冲突及规则准用

/ 曹腾 118

■家庭暴力的认定规则研究

家庭暴力情节司法认定规则研究 / 张维娟 王卉 陈蒙 127

家庭暴力事实构成司法认定的现状审视与标准重塑 / 赵忆雪 139

■行政司法

行政规范性文件一并审查制度研究 / 河南省平顶山市中级人民法院课题组 152

行政协议司法审查法律适用路径探析 / 朱秀华 169

■刑事司法

醉酒型危险驾驶出入罪的司法困境与路径优化
——基于两省近四年 1353 份判决书的实证分析 / 邹雪 178

电信网络诈骗犯罪指定管辖问题研究 / 刘开元 192

“骗取国家税款”要素与虚开增值税专用发票罪的出罪

——兼论行政犯的刑事违法性判断问题

王志祥 徐嘉崎*

内容摘要：《刑法》第 205 条没有明文规定“骗取国家税款”的要素。司法实践中，虚开增值税专用发票罪的出罪路径集中在“骗取国家税款”要素的判断。无论该罪的立法沿革，还是所要保护的法益，都证明了“骗取国家税款”要素在本罪犯罪构成中存在的正当性。基于本罪的目的犯属性，在判断行为是否构成虚开增值税专用发票罪的基本犯时，应当着重考察行为人主观上是否具有骗取国家税款的目的。至于行为是否造成国家税款的实际损失，则是本罪加重犯成立的判断中需要考量的问题。对于行政犯的刑事违法性判断，宜采取“刑事法定性，刑事法定量”的判断标准，避免“前置法定性”的弊端，坚持刑事违法性判断的独立性。

关键词：虚开增值税专用发票罪；目的犯；法秩序统一

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156 (2022) 02-000-000

在我国，对于虚开增值税专用发票罪，司法实践的出罪路径集中在“骗取国家税款”要素的判断。对于这一要素在《刑法》第 205 条中的地位，理论上存在不同的观点。本文以 20 例虚开增值税专用发票案的无罪裁判文书所反映的司法现状为切入点，明晰“骗取国家税款”要素在虚开增值税专用发票罪中存在的正当性及其具体地位，讨论虚开增值税专用发票罪的出罪路径，并在此基础上附带讨论行政犯的出罪路径。

一、虚开增值税专用发票案无罪裁判的现状

近些年，最高人民法院、最高人民检察院不断强调，成立虚开增值税专用发票罪，

* 王志祥，北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师；徐嘉崎，北京师范大学刑事法律科学研究院 2021 级硕士研究生。

基金项目：本文系国家社会科学基金项目“形式理性与实质理性的关系在刑法学中的展开研究”（21BFX009）的阶段性成果。



行为人应当具有骗取国家税款的目的。^①但是,仅仅依据《刑法》第205条的规定进行文义解释,难以得出虚开增值税专用发票罪的犯罪构成包含“骗取国家税款”要素这一结论。^②

通过对虚开增值税专用发票案的裁判文书进行检索,到2020年12月31日为止,虚开增值税专用发票案的无罪案例为20例。^③通过对这20例无罪裁判文书进行分析,笔者发现,凡是从实体法的角度判处被告人无罪的案件,法院均依据被告人不具有“骗取国家税款”的情节对被告人作无罪宣告。通过筛查,在这20例案件中,被告人基于实体法的原因被宣告无罪的,有10例案件。在其中的6例案件中,被告人被判无

① 如2001年最高人民法院在答复湖北省高级人民法院《关于湖北汽车商场虚开增值税专用发票一案的批复》中认为,被告单位和被告人虽然实施了虚开增值税专用发票的行为,但主观上不具有偷骗税款的目的,客观上亦未实际造成国家税收损失,其行为不符合刑法规定的虚开增值税专用发票罪的犯罪构成,不构成犯罪。2001年,最高人民法院在答复福建省高级人民法院请示的泉州市松苑锦涤实业有限公司等虚开增值税专用发票一案中指出,被告单位不以抵扣税款为目的,而是为了显示公司实力以达在与外商谈判中处于有利地位的目的而虚开增值税发票,其行为不构成犯罪。2015年,最高人民法院研究室在答复公安部经济犯罪侦查局的《关于如何认定以“挂靠”有关公司名义实施经营活动并让有关公司为自己虚开增值税专用发票行为的性质》征求意见的复函中指出,行为人利用他人的名义从事经营活动,并以他人名义开具增值税专用发票的,即便行为人与该他人之间不存在挂靠关系,但如行为人进行了实际的经营活动,主观上并无骗取抵扣税款的故意,客观上也未造成国家增值税款损失的,不宜认定为《刑法》第205条规定的“虚开增值税专用发票”;符合逃税罪等其他犯罪构成条件的,可以其他犯罪论处。最高人民法院(2016)最高法刑核51732773号刑事裁定书指出:被告人张某强以其他单位名义对外签订销售合同,由该单位收取货款、开具增值税专用发票,不具有骗取国家税款的目的,未造成国家税款损失,其行为不构成虚开增值税专用发票罪。某州市人民法院认定张某强构成虚开增值税专用发票罪属适用法律错误。据此,最高人民法院裁定:不核准并撤销某州市人民法院一审刑事判决,将本案发回重审。该案经某州市人民法院重审后,依法宣告张某强无罪。2018年12月4日,最高人民法院发布第二批人民法院充分发挥审判职能作用保护产权和企业合法权益典型案例,其中“张某强虚开增值税专用发票案”中明确指出:不具有骗取国家税款的目的,未造成国家税款损失,其行为不构成虚开增值税专用发票罪。2020年7月24日最高人民检察院发布的《关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》指出:“对于有实际生产经营活动的企业为虚增业绩、融资、贷款等非骗税目的且没有造成税款损失的虚开增值税专用发票行为,不以虚开增值税专用发票罪定性处理,依法作出不予起诉决定的,移送税务机关给予行政处罚。”

② 《刑法》第205条规定:“虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处二万元以上二十万元以下罚金;虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金;虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处五万元以上五十万元以下罚金或者没收财产。”“单位犯本条规定之罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处三年以下有期徒刑或者拘役;虚开的税款数额较大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑;虚开的税款数额巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。”“虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票,是指有为他人虚开、为自己虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开行为之一的。”

③ 笔者以“中国裁判文书网”作为数据库,将案由设置为“刑事案由”,结束时间设置为“2020年12月31日”,全文搜索条件设定为“虚开增值税专用发票罪”,共检索出虚开增值税专用发票案的案例数量为35801例。在此基础上,将刑罚类型设置为“无罪”,共检索出27个案例。其中,1个案件一审认定无罪,二审认定有罪;1个案件经二审裁定发回重审,重审结果尚不得而知;5个案件仅仅在裁判结果中提到“无罪”的关键词,实质上仍是有罪判决。最终得到的有效无罪裁判文书的数量为20份。具体案号如下:(2019)云29刑初100号、(2020)吉0122刑初104号、(2019)鲁02刑再11号、(2019)皖0402刑初415号、(2019)豫0225刑初34号、(2018)湘05刑初8号、(2018)冀11刑终229号、(2017)粤06刑初32、33号、(2017)沪刑终7号、(2018)冀0602刑初23号、(2018)黑0102刑初700号、(2018)黑0127刑初99号、(2018)冀0705刑初128号、(2017)云0323刑初148号、(2016)滇0132刑初155号、(2017)赣0481刑初5号、(2017)鲁02刑再2号、(2017)冀01刑终334号、(2015)西刑初字第00083号、(2014)澄刑初字第0595号。

罪的原因皆系行为人的虚开行为不具备“骗取国家税款”要素。^①在另外4例案件中,虽然法院系基于“挂靠无罪”和“对虚开行为不知情”的原因宣告被告人无罪,这实质上也是因为行为人不具备“骗取国家税款”要素而被宣告无罪。这是因为,就“挂靠无罪”类案件而言,挂靠方挂靠的原因在于其不具备开票资质,因此只能由具有开票资质的被挂靠方为其开具增值税专用发票,“骗取国家税款”并不属于挂靠人行为的特质。不过,也有法院指出,在存在挂靠关系的场合,代开行为并非是一律合法的,而是要考察开票双方是否按照实际交易产生的相应数额进行开票。如果开票双方不按照实际交易开票,导致发票不能反映出双方应纳税款的真实情况,客观上造成损失,即使存在挂靠关系,在满足本罪的构成要件时,亦应按照本罪追究行为人的责任。^②所以,对于“挂靠无罪”类案件,认定无罪的关键不在于交易双方之间的挂靠关系,而是行为人是否存在骗取国家税款的具体情节。至于“对虚开行为不知情”的案件,由于行为人对虚开行为都不知情,在虚开之后才能实施的骗取国家税款行为就更是无从谈起。由此可见,凡是基于实体法的原因而被判无罪的案件,其无罪原因都是行为人不具备“骗取国家税款”要素。

但是,对于“骗取国家税款”这一要素,不同法院对于其在本罪犯罪构成中具体地位的理解也有所不同。有的法院认为“骗取国家税款”是一种主观要素,有的法院认为“骗取国家税款”是一种客观要素,有的法院则认为“骗取国家税款”兼具主观要素与客观要素的双重属性。在认为“骗取国家税款”属于主观要素的法院中,有的法院认为其以目的要素存在于《刑法》第205条之中,由此要求行为人的行为构成本罪,需要具备“骗税的目的”。例如,淮南市大通区人民法院认为,被告人不具有骗税目的,其行为不应以虚开增值税专用发票罪中的“虚开”论处。^③也有法院认为,“骗取国家税款”系以意志要素存在于本罪之中,由此要求成立本罪,行为人需要具备“骗税的故意”。例如,青岛市中级人民法院认为,在被告人不具有骗税故意时,将第三人如实代开发票的行为认定为犯罪行为,不符合立法原意。^④而主张“骗取国家税款”既是主观要素,也是客观要素的法院则认为,行为人只有具备“骗税的目的或故意”,同时“造成国家税款的损失”时,才能成立本罪。但是,也有法院认为,即便在造成国家税款损失的情况下,行为人的行为也不一定构成虚开增值税专用发票罪,而可能成立逃税罪。该院认为,国家税款损失的结果只能证明行为人具有帮助他人逃税的目

① 此处之所以称之为“骗取国家税款”要素,而不是使用故意要素、目的要素或损失要素的称谓,是因为笔者认为故意要素、目的要素、损失要素存在明显区别,不同的称谓对法院认定有罪所提出要求的程度有所不同,故在此统称为“骗取国家税款”的要素。而就虚开增值税专用发票罪的构成要件所包含的究竟是故意要素、目的要素还是损失要素而言,将在后文予以详细阐述。

② 参见来某某、杨某某虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪案,云南省高级人民法院(2018)云刑终629号刑事裁定书。

③ 参见福州铸诚联合管道有限公司、福州市昊天顺贸易有限公司虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪案,安徽省淮南市大通区人民法院(2019)皖0402刑初415号刑事判决书。

④ 参见崔某某虚开用于抵扣税款发票罪案,山东省青岛市中级人民法院(2017)鲁02刑再2号刑事判决书。



的,不能证明行为人具有骗取国家税款的目的。因此,在行为人不具备骗税目的时,其导致国家税款损失的行为只能成立逃税罪。^①

综上所述,虽然部分法院认为,不能以行为人不具有“骗取国家税款”要素作为将行为人的行为予以出罪的理由,但是,在所有实体法意义上的无罪案件中,法院在宣告被告人无罪时,无一例外地考虑到了行为人是否具有“骗取国家税款”这一要素。由此引发出该要素与虚开增值税专用发票罪出罪的关系问题。

二、“骗取国家税款”要素的考量在虚开增值税专用发票案无罪裁判中的正当性

如上所述,“骗取国家税款”要素在虚开增值税专用发票案无罪裁判中具有举足轻重的地位。对于“骗取国家税款”要素的考量在虚开增值税专用发票案无罪裁判中的正当性,可以从虚开增值税专用发票罪的罪名沿革、虚开增值税专用发票罪社会危害性的评价及虚开增值税专用发票罪的刑法规范保护目的这三个方面进行阐释。

(一)“骗取国家税款”要素的考量与虚开增值税专用发票罪的罪名沿革

我国的税制改革是虚开增值税专用发票行为入罪的大背景。1994年国务院出台的《中华人民共和国增值税暂行条例》建立了增值税制度。但是,由于当时防伪水平有限,增值税发票皆由人工手写开票,伪造成本极低。为此,许多犯罪分子利用虚开发票来骗取国家税款,其犯罪数额能达到上千万甚至上亿元。然而,1979年《刑法》并没有对虚开增值税专用发票行为作出规定,但虚开增值税专用发票骗取国家税款行为的严重危害性表明对其本身具有予以刑法规制的必要性。因此,在没有明确罪刑法定原则的年代,最高司法机关发现投机倒把罪与虚开增值税专用发票的行为有所关联,便将后者纳入前者的处罚范围。^②但是,投机倒把罪涉及的倒卖发票的行为与虚开增值税专用发票行为存在相当大的区别,将虚开增值税专用发票的行为解释为倒卖发票,难免有类推解释的嫌疑。1995年,全国人大常委会颁布了《关于惩治虚开、伪造和非法出售增值税专用发票犯罪的决定》(以下简称《决定》),由此,虚开增值税专用发票的行为被明确规定为犯罪。而全国人大常委会在将虚开增值税专用发票行为入罪时,并没有将“骗取国家税款”要素纳入进来。^③笔者认为,这并不是《决定》的纰漏,而是因为在增值税刚刚出台的年份,利用增值税判断企业营收的相关制度还未建立。为非骗税目的而虚开增值税专用发票的行为,是随着经济发展、商业交易习惯的变化而出现的虚开行为的类型。因此,当时的人们还没有发现增值税发票在虚增业绩、

① 参见刘兵:《虚开增值税专用发票案例司法观点与案例解析》,法律出版社2021年版,第43页。

② 依据1994年6月3日最高人民法院、最高人民检察院印发的《关于办理伪造、倒卖、盗窃发票刑事案件适用法律的规定》,以营利为目的,非法印制(复制)、倒卖发票(含假发票)或者非法制造、倒卖发票防伪专用品,情节严重的,以投机倒把罪追究刑事责任。以营利为目的,非法为他人代开、虚开增值税专用发票抵扣税额累计在10000元以上的,以投机倒把罪追究刑事责任。

③ 参见陈兴良:《虚开增值税专用发票罪:罪名沿革与规范构造》,载《清华法学》2021年第1期。

融资、贷款等方面的效用。在全国人大常委会将虚开增值税专用发票行为予以入罪阶段，犯罪分子虚开增值税专用发票就是为了骗取税款，这也是最高司法机关在制定关于虚开增值税专用发票罪的司法解释的时候，并没有明确规定“骗取国家税款”这一要素的原因。就像诈骗罪不需要法律明文规定以非法占有为目的，但实务中法官判断行为人的行为是否构成诈骗罪的时候，都会考量行为人是否具有非法占有目的一样，在立法者将虚开增值税专用发票行为作犯罪化处理时，采用了同样的逻辑：在当时的社会背景下，虚开增值税专用发票就是为了骗取税款。因此，立法者认为没有必要多此一举，为虚开增值税专用发票罪明文规定“骗取国家税款”这一要素。

随后，1997年《刑法》修订时，虚开增值税专用发票罪被规定在刑法分则第四章“破坏社会主义市场经济秩序”的第六节“危害税收征管罪”中，与其同类的犯罪有逃税罪、抗税罪、骗取出口退税罪等一系列与税收征管有关的犯罪。从体系解释的角度考虑，本罪的保护法益不仅包括增值税发票的管理秩序，还包括了国家税收征管秩序，而且，后者属于主要客体。同时，1997年《刑法》第205条第2款的规定，也意味着本罪的构成要件实际上包含了骗税要素。^①虽然2011年2月25日通过的《中华人民共和国刑法修正案（八）》（以下简称《刑法修正案（八）》）删除了第205条第2款的规定，但是，这只是出于废除死刑的目的，并不意味着立法者认为将“骗取国家税款”要素规定在《刑法》中存在不当之处。因此，虽然修正后的《刑法》第205条所规定的虚开增值税专用发票罪并不明确包含“骗取国家税款”要素，但实际上这一要素是以隐形的方式存在于条文之中，因而需要通过刑法解释将其阐释出来。

（二）“骗取国家税款”要素的考量与虚开增值税专用发票罪的社会危害性的评价

刑法保护的法益应当以保护人的利益为基础和目标。保护发票管理秩序并不是《刑法》第205条的最终保护目的，保护国家税收征管秩序才是最终目的。个人的经济生活依托于整个市场的经济安定与繁荣。通过保障国家税收征管秩序，维护社会主义市场经济秩序，保障整个经济生活的稳定与繁荣，才能使得个人的经济权利得到自由广泛的行使。《发票管理办法》中的虚开行为可以分为两类：具备骗税要素的虚开行为和不具备骗税要素的虚开行为。后者可表现为如实代开、挂靠虚开和为融资、虚增业绩、贷款等目的虚开，就不具有“骗取国家税款”要素的虚开增值税专用发票行为而言，一方面，其不会对国家税收安全造成影响；另一方面，此类行为不仅不会有害于市场经济秩序，反而在一定程度上促进了经济的发展。以如实代开行为为例，此类行为以大宗商品交易为基础，通过个人或集体成立的小型团队，如小型车队、小型施工队，完成大型公司不愿意涉足的边角工作。这类行为的典型特征是，行为人一方不具备一般纳税人的资格，但与其交易的主体是一般纳税人。由于一般纳税人可以通过增值税

^① 1997年《刑法》第205条第2款规定：“有前款行为骗取国家税款，数额特别巨大，情节特别严重，给国家利益造成特别重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。”



专用发票抵扣进项税，因此，其在交易中往往会要求交易对方开具增值税专用发票。为了促使交易达成，避免失去潜在的客户，不具备开票资质的小规模纳税人首先会寻求挂靠第三方，让被挂靠人为其出具增值税专用发票。值得注意的是，这种挂靠关系需要小规模纳税人缴纳一定的挂靠费用。然而，大部分的小规模纳税人并不具备相当的经济能力，所以，大多数行为人的做法是选择冒一定的风险，寻求具有开票资质的第三方为其如实代开增值税发票。通过虚开增值税专用发票，小规模纳税人获取到更多的交易机会，实现经济利益的最大化。且由于增值税专用发票的税率为17%，而普通发票的税率为4%至5%。这样，在某种意义上，国家的税赋就实际上得到了增长。^①而如果认定如实代开行为构成虚开增值税专用发票罪，首先就不利于市场自由贸易的发展。部分小规模纳税人即便具有相当品质的货物或劳务，也会基于对刑罚的恐惧而不敢进行交易，由此在市场交易中就会失去机会与地位。由于小规模纳税人从事的行业对于大型公司来说不具有经营利润，因此，如果不允许小规模纳税人从事相关领域的货物出售或劳务提供，就会出现有能力开具增值税专用发票的大公司不进行交易，而成本低的小规模纳税人由于不具备开票资质而被排除在交易之外，进而导致无人交易的现象。即便有部分小规模纳税人铤而走险，一旦东窗事发，就将面临最高无期徒刑的刑罚。这种严苛的刑罚将导致其他小规模纳税人对交易失去信心，某种程度上不利于社会经济的发展。

不具备“骗取税款要素”的虚开增值税专用发票的行为不具备成立虚开增值税专用发票罪所要求的社会危害性，甚至可能有利于经济发展。实际上，在《刑法修正案（八）》实施后，本罪的最高刑为无期徒刑。贯彻罪责刑相适应原则，要求刑罚的轻重与行为的社会危害性相当。如果将没有具备成立虚开增值税专用发票罪所要求的社会危害性甚至有利于经济发展的行为认定为构成虚开增值税专用发票罪，就明显不符合罪责刑相适应原则。《刑法》之所以规定虚开增值税专用发票罪，归根到底是为了防止国家税收秩序遭到破坏，维护国家税收安全。税务机关如果认为如实代开行为会对国家的发票管理秩序造成影响，正确的做法应当是完善小规模纳税人开具增值税专用发票的救济体系，而不是通过认定为构成虚开增值税专用发票罪的途径解决这一问题。

（三）“骗取国家税款”要素的考量与虚开增值税专用发票罪的刑法规范保护目的

刑法中的虚开行为要求行为人的行为具备“骗取国家税款”要素，而行政法中的虚开行为并不要求行为人的行为具备“骗取国家税款”要素。除不具备“骗取国家税款”要素的虚开行为不具有成立虚开增值税专用发票罪所要求的社会危害性之外，刑法中的虚开行为要求行为人的行为具备“骗取国家税款”要素的另一原因，是因为刑法与行政法不同的规范保护目的。刑法侧重于保护法益，而行政法侧重于维护行政管理秩

^① 参见刘绍彬、杨艳霞：《虚开增值税专用发票犯罪若干问题研究》，载《兰州大学学报（社会科学版）》2003年第5期。

序。司法实践中，就虚开增值税专用发票案，国家税务总局与最高人民法院、最高人民检察院对何为虚开行为秉持着不同的立场。在对虚开行为采用不同判断标准的前提下，就相似案例，审判机关往往会援引不同的规范性文件，进而出现同案不同判的现象。

一方面，部分审判机关认为刑事违法性的判断应当依据前置法的规定，故参照国家税务总局的观点，认为本罪的构成要件不包含“骗取国家税款”要素。其具体依据是国家税务总局发布的《关于纳税人对外开具增值税专用发票有关问题的公告》（以下简称《公告》）。在《公告》中，国家税务总局指出，纳税人的行为只有在满足了以下三个条件的情况下，才不属于虚开增值税专用发票：纳税人提供了相应的劳务或服务、受票人基于该劳务或服务向纳税人提供相关款项、纳税人以合法形式开具与上述交易内容相符的发票。^①

另一方面，部分审判机关认为刑事违法性的判断应当独立进行，故参考最高人民法院、最高人民检察院的观点，认为本罪的构成要件中包含“骗取国家税款”要素。其根据在2004年《全国法院经济犯罪案件审判工作座谈会综述》中，当时与会代表认为，正确认定虚开增值税专用发票犯罪的客体是最终确认该罪定罪标准的关键。对此，倾向性观点认为，该罪侵犯的是复杂客体：一是增值税专用发票管理秩序，二是国家税收征管制度，二者缺一不可。其中，根据《刑法》第三章第六节的规定，国家税收征管制度应当属于主要客体，如果虚开行为仅仅破坏了增值税专用发票管理秩序，但未实际危及国家正常的税收活动，只能属于一般的行政违法行为。同样地，如前所述，最高人民检察院在2020年发布的《最高人民检察院关于充分发挥检察职能服务保障“六稳”“六保”的意见》中强调，如果行为人的虚开行为没有对国家税款造成损失，不能认定行为人构成虚开增值税专用发票罪。

以上两种立场的差异在于，国家税务总局是行政机关，而最高人民法院、最高人民检察院属于司法机关。因此，对于虚开增值税专用发票的行为，国家税务总局系出于行政管理的目的出台《公告》，其规定的是行政法上的虚开行为。而最高人民法院、最高人民检察院则是从刑法角度，出于维护国家税收征管秩序的目的出台相关司法文件。然而，许多法院忽视双方在立场上的差异，无视刑法与行政法在保护法益上的差别，将行政法规制的虚开行为等同于刑法规制的虚开行为。实际上，在审理具体案件时，不能直接依据行政法对于虚开行为的界定来认定刑法上的虚开行为。

应当注意到，不同部门法在法体系中的作用有所不同。在同一法体系中，不同

^① 2014年8月1日起施行的《公告》指出：“纳税人通过虚增增值税进项税额偷逃税款，但对外开具增值税专用发票同时符合以下情形的，不属于对外虚开增值税专用发票：一、纳税人向受票方纳税人销售了货物，或者提供了增值税应税劳务、应税服务；二、纳税人向受票方纳税人收取了所销售货物、所提供应税劳务或者应税服务的款项，或者取得了索取销售款项的凭据；三、纳税人按规定向受票方纳税人开具的增值税专用发票相关内容，与所销售货物、所提供应税劳务或者应税服务相符，且该增值税专用发票是纳税人合法取得、并以自己名义开具的。受票方纳税人取得的符合上述情形的增值税专用发票，可以作为增值税扣税凭证抵扣进项税额。”



部门法之间的关系不总是相互协调的，而可能各自具有自己独特的规范保护目的。因此，即便双方的规制范围发生重叠，在进行违法性判断时，也应当根据不同部门法的规定进行违法性的独立判断。前文已述，刑法与行政法的规范保护目的并不相同。刑法侧重于保护法益，行政法的规范保护目的则是实现行政机关的社会管理，具体到涉及增值税专用发票的行政法规范，即是维护发票管理秩序；而虚开增值税专用发票罪属于破坏社会主义市场经济秩序的犯罪，以危害税收征管秩序为前提。对于是否将“骗取国家税款”这一要素纳入《刑法》第205条所规定的虚开增值税专用发票罪的范围，应当从刑法本身的规范保护目的进行考量。从本罪在刑法中的位置可以看出，本罪保护的法益不仅包括发票管理秩序，更重要的是要维护国家税收征管秩序，保护国家的税收安全。然而，虚开增值税专用发票的行为并不必然危及国家税收安全，只有在行为人利用虚开增值税专用发票骗取国家税款时，才会危及国家税收征管秩序。故刑法应当对行为人的虚开行为作出区别对待，在行为人的行为没有危及到国家税收安全的情况下，即便其行为侵犯到发票管理秩序，也不应当追究行为人的刑事责任。国家税务总局之所以认为虚开行为不需要包含“骗取国家税款”这一要素，是因为税务机关适用《公告》时，出于加强发票管理和财务监督的目的，而非为了维护国家税收征管秩序。因此，从不同法的规范保护目的进行考量，刑法中的虚开增值税专用发票罪应当包含“骗取国家税款”这一要素，而就行政法中的“虚开”而言，仅看行为人有无虚开行为即可，并不需要进一步讨论行为人的行为是否具备“骗取国家税款”这一要素。

综上所述，虽然《刑法》第205条没有明文规定“骗取国家税款”要素，但是，通过从虚开增值税专用发票罪的罪名沿革、虚开增值税专用发票罪的社会危害性的考量以及虚开增值税专用发票罪的刑法规范保护目的这三个方面来看，应当明确，“骗取国家税款”这一要素是以隐性的方式存在于本罪的犯罪构成之中的，该要素的考量在虚开增值税专用发票罪的无罪裁判中具有正当性。

三、“骗取国家税款”要素在虚开增值税专用发票罪犯罪构成中的具体地位

（一）“骗取国家税款”不应当被认为是虚开增值税专用发票罪的客观要素

关于“骗取国家税款”是否属于虚开增值税专用发票罪的客观要素，学者间存在不同的主张。有学者认为，骗税要素应当是结果要素，成立本罪，必须造成国家税款的实际损失。“刑法将本罪纳入规制范围主要是基于骗取国家税款的现实危害性，而单纯的虚开行为并无骗取国家税款的现实危险。行为人构成本罪必须具备骗取国家税款的目的，并造成国家税款的损失。”^①张明楷教授认为，《刑法》第205条原第2款规

^① 李营、张云瑞：《论虚开增值税专用发票罪的结果犯属性》，载《中国检察官》2021年第13期。

制“骗取国家税款数额特别巨大，情节特别严重，给国家利益造成特别重大损失”的虚开行为，这表明如果行为人虚开增值税专用发票，骗取国家税款，没有达到数额特别巨大，仍然要适用第1款。第205条第1款包含了国家税款实际损失的要素，而《刑法修正案（八）》删除第2款是出于废除死刑的需要，因此，原骗取国家税款数额特别巨大的情况，现在也应由第1款进行规制，故本罪属于实害犯。^①也有学者认为，本罪属于抽象危险犯，立法规定本罪是因为虚开行为会造成国家税款损失的风险。“立法惩罚本罪，不是因为本罪行为违反了发票管理法律法规、扰乱了国家对发票的管理秩序，而是因为本罪在客观上具有导致虚开的发票被人利用于逃税或者骗税，从而导致国家税款或国家财产损失的危险，是为了预防逃税或者骗税行为，才提前处罚为逃税或骗税准备工具、制造条件的虚开发票行为。”^②而主张虚开增值税专用发票罪是行为犯的学者则认为，只要行为人实施《发票管理办法》中规定的虚开行为，凡达到一定数额，即构成既遂。^③实践中，税务机关通常采用行为犯的观点，强调量变引起质变，只要行为人的虚开数额达到一定程度，便应当承担刑事责任。

笔者认为，虚开增值税专用发票罪的基本犯应当是抽象危险犯，其成立不要求造成国家税款的实际损失。当行为人的行为导致国家税款严重损失时，可以成立本罪的加重犯。

如上所述，本罪的成立要求行为人的虚开行为具备“骗取国家税款”这一要素，而持“行为犯说”的学者从根本上否定了该要素存在的正当性，将不具备该要素的虚开行为纳入刑法的处罚范围，由此不当地扩大了刑法的处罚范围，所以“行为犯说”并不能成立。值得注意的是，依据张明楷教授的主张，本罪属于行为犯或抽象危险犯意味着，行为人的虚开行为一旦完成即构成本罪，不论行为人是否抵扣增值税，其受到的刑罚都是相同，这并不符合罪责刑相适应原则，因此本罪应属于实害犯。笔者认为，贯彻“行为犯说”，的确存在上述违背罪责刑相适应原则的问题。由于“行为犯说”不区分行为人虚开行为的种类，将不具有骗税危险、不具备虚开增值税专用发票罪的成立所要求的社会危害性的虚开行为也予以入罪处理，所以会导致违背罪责刑相适应原则的问题。对此，正如2015年最高人民法院研究室在答复公安部经济犯罪侦查局《关于如何认定以“挂靠”有关公司名义实施经营活动并让有关公司为自己虚开增值税专用发票行为的性质的复函》所指出的，虚开增值税专用发票罪的危害实质在于通过虚

① 参见张明楷：《刑法学》（下），法律出版社2021年版，第1059页。

② 周铭川：《论虚开增值税专用发票罪的抽象危险犯本质——兼与陈兴良教授和张明楷教授商榷》，载《上海政法学院学报（法治论丛）》2020年第1期。

③ 参见王旭霞、刘娟：《办理虚开增值税专用发票案件应注意的几个问题》，载《人民检察》2003年第10期。依据2004年《全国法院经济犯罪案件审判工作座谈会综述》，最高人民法院于2004年11月24日至27日在苏州市召开了全国部分法院经济犯罪案件审判工作座谈会，与会代表的一种观点认为，《刑法》第205条规定并未将行为人具有偷、逃税目的作为虚开增值税专用发票犯罪构成的必要要件，因此，只要行为人着手实施犯罪并达到法律要求的程度就是完成了犯罪行为。至于行为人有无偷逃税的目的，以及行为人有无实际骗取、抵扣税款，并不影响犯罪的认定。由此可见，该罪属于行为犯而不属于目的犯。



开行为骗取抵扣税款。对于有实际交易存在的代开行为，如行为人主观上并无骗取扣税款的故意，客观上未造成国家增值税款损失的，不宜以虚开增值税专用发票罪论处。虚开增值税专用发票罪的法定最高刑为无期徒刑，系严重犯罪。如将该罪理解为行为犯，只要虚开增值税专用发票，侵犯增值税专用发票管理秩序的，即构成犯罪并要判处重刑，并不符合罪责刑相适应原则。然而，贯彻“抽象危险犯说”，则并不会造成上述违背罪责刑相适应原则的问题。立法之所以规定本罪，是因为行为人的虚开行为有造成国家税款损失的可能性。通过审查“骗取国家税款”要素，可以对行为人的虚开行为进行甄别，使得不具有虚开增值税专用发票罪的成立所要求的社会危害性的虚开行为被排除在刑法的处罚范围之外。由于国家税款损失的危险性会对国家税收秩序、经济安全造成严重影响，甚至动摇经济的稳定发展，所以，这种危险性足以使行为人的虚开行为得以入罪，这样就不会出现上述贯彻“行为犯说”会造成的罪责刑不适应的情况。由此，不能从罪责刑相适应的角度否定“抽象危险犯说”的主张。而就本罪到底属于抽象危险犯还是结果犯而言，应当从本罪规制的行为种类及保护法益出发进行考量。

抽象危险犯与结果犯的区别在于对危害结果的要求有所不同。抽象危险犯的成立仅仅要求国家税款有遭受损失的抽象危险，而结果犯的成立则要求造成国家税款的实际损失。

一方面，认为虚开增值税专用发票罪的基本犯属于抽象危险犯，意味着《刑法》第205条第1款规制的行为只包括虚开行为。虚开行为本身并不会造成国家税款的流失，而只有受票人利用虚开的发票去抵扣税款，才会使国家税款遭受损失。基于此，如果主张本罪的基本犯是结果犯，那么，就本罪基本犯的成立而言，不仅需要包括虚开行为，还需要包括骗税行为。张明楷教授指出，《刑法》第205条所规定的虚开增值税专用发票、用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪不仅包括虚开增值税专用发票的行为，还包括了骗取出口退税的发票。《刑法》第204条对骗取出口退税的行为予以单独入罪处理，却没有将骗取增值税的行为规定为犯罪。如果想要规制骗取增值税的行为，就只能适用《刑法》第205条，这证明本罪属于实害犯，而不是抽象危险犯。^①由此可见，张明楷教授实际上认为，《刑法》第205条并没有明确规定成立虚开增值税专用发票罪，需要实施骗取国家税款的行为。如果认为虚开增值税专用发票罪是结果犯的话，唯一的解释路径就是将骗取国家税款的行为解释为虚开行为。前田雅英教授指出，当行为的处罚必要性增大时，就可以偏离词语本身的通常语义，扩大解释的容许范围。^②据此，骗取国家税款行为具备可罚性，这种处罚的必要性使得可以接受的解释范围增大，因此可以将骗税行为解释为虚开行为。但是，实质解释更重要的一

① 参见张明楷：《刑法学》（下），法律出版社2021年版，第1059页。

② 参见张明楷：《实质解释论的再提倡》，载《中国法学》2010年第4期。

点就是要坚持罪刑法定原则。对于具有可罚性的行为，如果法律没有将其规定为犯罪，即使其可罚性程度再高，也不应当将其作为犯罪予以处理。虚开行为与骗税行为是两个截然不同的行为。虚开行为本质上是骗税行为的预备行为，如果将虚开增值税专用发票罪认定为结果犯，就意味着将法定的作为实行行为的虚开行为解释为预备行为。这显然是不妥当的。因此，从《刑法》第205条规制的行为来看，不应当将虚开增值税专用发票罪理解为结果犯。

另一方面，在“为自己虚开”的场合，行为人是票据关系的受票人；是否利用票据去抵扣税款的决定权在行为人手中，行为人能够支配危害结果的发生与否。然而，在“为他人虚开”的场合，危害结果的发生与否是由他人掌控的，本罪的行为人对于国家税款损失的结果不具备支配力。一旦开票行为完成，行为人的使命即告终结。对于他人是否实施骗税行为抵扣税款，行为人不具有控制力的。这样，如果虚开增值税专用发票罪的成立包含骗取国家税款的结果的话，实际上就是要求开票人掌控受票人的行为，这并不符合现实。而且，如果认为只有在结果发生时才能追究开票人的责任的话，就会不当地缩小刑法的处罚范围。例如，行为人明知他人会实施骗税行为，仍然为其虚开增值税专用发票，在受票人还未来得及实施骗税行为时，行为人的虚开行为便被税务机关发现。此时，如果认为只有国家税款遭到实际损失才能成立本罪的话，就不能追究行为人的刑事责任。但是，行为人的行为已经造成了国家税款流失的危险，对国家税收征管秩序已然造成威胁。因此，出于对国家税收征管秩序的保护，也应当将本罪认定为抽象危险犯。

实际上，在“为他人虚开”的场景中，行为人具备的是一种监管义务。行为人在开票时具备的审慎注意义务要求在受票人可能实施骗税行为时，行为人应当拒绝向受票人开具增值税专用发票。这种注意义务的正当性来源于对国家税收征管秩序予以保护的必要性。通过法益衡量，国家的税收利益要高于行为人在违法领域的交易自由。国家税收一旦遭受损失，就会影响到整个社会的市场经济秩序、社会经济生活的稳定，而这种法益保护的紧迫性迫使开票人、介绍人必须对受票人的开票目的进行审查。虚开行为本身就是一种违法行为，行为人应当预料到自己的虚开行为会被不法分子利用，进而造成损失。如果行为人没有采取积极的措施避免危害结果的发生，而是持放任的态度，那么，其行为就具有可能造成国家税收损失的危险，行为人就需要对此承担刑事责任。

综上所述，虚开增值税专用发票罪的基本犯应当是抽象危险犯，就其成立而言要求虚开行为有导致国家税款损失的危险。通过对《刑法》第205条进行文义解释，虚开增值税专用发票罪规制的行为是虚开行为而非骗税行为，虚开行为实际上是骗税行为的预备行为，虚开行为本身并不会造成国家税款流失的结果。虚开增值税专用发票罪的基本犯将预备行为予以实行行为化，系出于对导致国家税款损失的危险的防控而非避免造成实际损失。无论是“为自己”还是“为他人”虚开，行为人的虚开行为一旦完成，就具



有被自己或他人利用抵扣税款，进而导致国家税款损失的危險。虽然“结果犯说”所主张的骗取国家税款的实际结果在司法实践中也多有发生，但是，从构成要件要素的角度看，国家税款遭受实际损失并不为虚开增值税专用发票罪的基本犯的成立所必须具备。而在出现国家税款的实际损失时，可以成立虚开增值税专用发票罪的加重犯。^①

(二)“骗取国家税款”应当被认为是虚开增值税专用发票罪基本犯的特定的目的要素

在刑法理论中，犯罪目的有两种表现形式：一种是犯罪故意中的意志因素，一种是故意犯罪中的主观超过要素，二者的区别在于目的的内容是否反映在危害行为之中。^②如果认为“骗取国家税款”是主观超过要素，骗税行为的实施与否不影响虚开增值税专用发票罪基本犯的成立，行为人主观上仅具备骗取国家税款的目的即可，那么骗税行为与虚开行为之间就是并列关系。如果认为骗取国家税款属于意志因素，就意味着行为人不仅需要实施虚开行为，也需要实施骗税行为。这样，将骗税作为意志要素，便要求本罪基本犯的罪状描述中包含了骗税行为。^③但是，如上所述，本罪的基本犯仅规制虚开行为，不能将骗税行为解释为虚开行为。因此，就“骗取国家税款”的主观要素地位而言，其就只能是目的要素而非意志因素。但是，也有学者对于目的犯的观点进行批驳，其认为在“为他人虚开”的情境中，多数行为人的目的不是为了骗税，而是出于虚开增值税专用发票以牟利的目的。^④据此，以牟利为目的的虚开行为同样会导致受票人利用增值税专用发票抵扣国家税款，使得国家税款遭受损失。因此，如果将虚开增值税专用发票罪认定为目的犯，将无法规制以牟利为目的而虚开发票的行为，从而不当地缩小了刑法的处罚范围。

笔者认为，在“为他人虚开”的情境中确实会存在上述情况，但是行为人这种牟利的意图只是其犯罪动机而非犯罪目的。犯罪动机与犯罪目的的区别在于，前者强调的是行为人实施犯罪的原因，后者强调的是行为人实施犯罪行为希望达到的结果。^⑤一方面，在“为他人虚开”的情形中，受票人虚开的原因可能是为了虚增公司业绩，有可能是为了牟利，也有可能是为第三人提供犯罪工具。在为了牟利的场合下，虽然行为人实施开票行为系基于受票人支付一定的报酬，但是，行为人在开票时，能够认识到受票人可能利用虚开的增值税专用发票骗取国家税款，其对于国家税款可能遭受损失的危險采取了放任的态度。因此，牟利只解释了行为人虚开增值税专用发票的原

① 虚开增值税专用发票罪的加重情形中除“虚开的税款数额较大”“虚开的税额数额巨大”的加重要素之外，还包含了“有其他严重情节”“有其他特别严重情节”的加重要素。造成国家税款的实际损失的情形可以因符合“有其他严重情节”“有其他特别严重情节”的要求而成为虚开增值税专用发票罪的加重要素。

② 参见王志祥：《犯罪既遂新论》，北京师范大学出版社2010年版，第278页。

③ 如上所述，2015年最高人民法院研究室在答复公安部经济犯罪侦查局的《关于如何认定以“挂靠”有关公司名义实施经营活动并让有关公司为自己虚开增值税专用发票行为的性质》征求意见的复函中将“骗取国家抵扣税款的故意”纳入到虚开增值税专用发票行为人的主观故意要件之内涵中，这实际上是将“骗取国家税款”当作虚开增值税专用发票罪的犯罪故意的意志因素加以对待。

④ 参见马春晓：《虚开增值税专用发票罪的抽象危险判断》，载《政治与法律》2019年第6期。

⑤ 参见梅传强：《双重视野中的犯罪目的》，载《现代法学》2004年第3期。

因,却不能解释行为人的这种放任心理。另一方面,犯罪目的不仅仅是为自己的利益,也可以是为第三人的利益。对于为他人虚开的行为人,其本身也许并没有骗取国家税款的目的,但是其知道受票人具有骗取国家税款的目的,并放任了受票人骗取国家税款的行为。这种放任的态度证明了其具有帮助第三人骗取国家税款的目的。

对于间接目的犯而言,目的的实现尚需实施一定的行为,但这种行为并非构成目的犯的必要条件。^①虚开增值税专用发票罪的基本犯即属于间接目的犯。就其成立而言,主观上要求行为人具备骗税的特定目的,而骗税行为的实施与否则无关紧要。

综上所述,“骗取国家税款”要素应当作为目的要素存在于虚开增值税专用发票罪基本犯的犯罪构成中。

四、从“骗取国家税款”要素看虚开增值税专用发票罪基本犯的出罪路径

通过将“骗取国家税款”这一要素纳入虚开增值税专用发票罪基本犯的构成要件中并将其界定为特定的目的要素,其出罪路径也渐渐得以明晰。虚开行为与骗税行为之间存在一种牵连关系,刑法对于前者的规制实质上是对后者规制的前置化。行为人实施虚开行为并不一定会进一步实施骗税、逃税行为,但当利用增值税发票骗税、逃税行为发生时,虚开行为必定已发生。在判断行为人的行为是否构成本罪时,其行为除满足《发票管理办法》关于虚开行为的规定之外,还应当考察行为人是否具有骗税目的。凡以骗税为目的的虚开行为均能够成立虚开增值税专用发票罪的基本犯。

不具有骗税目的的虚开增值税专用发票的行为不构成虚开增值税专用发票罪,那么其能否构成其他犯罪呢?对此,陈兴良教授指出,虚开行为只要没有被《刑法》第205条规定为犯罪,那么虚开所涉及的发票都属于《刑法》第205条之一的规制范围。^②因此,虽然不以骗税为目的的虚开增值税专用发票行为不构成虚开增值税专用发票罪,但是可以构成虚开发票罪。^③笔者认为,这一观点是值得商榷的。从体系解释的角度分析,《刑法》第205条之一的规定所涉及的发票只是将第205条没有规定的普通发票类型包含在内。结合虚开发票罪在《刑法》分则中所处的位置,国家税收征管秩序是本罪的保护法益。立法者认为,不仅只有为骗取国家税款而虚开增值税专用发票的行为才具有社会危害性,虚开普通发票骗取国家税款同样具有社会危害性。为了更加完善地保护国家税收征管秩序,应当扩大发票的规制范围,将普通发票涵盖进来。因此,《刑法》第205条之一的规定所涉及的发票应当是《刑法》第205条规定的三种发票以外的发票。至于两个法条

① 参见王志祥:《犯罪既遂新论》,北京师范大学出版社2010年版,第279页。

② 《刑法》第205条之一规定:“虚开本法第二百零五条规定以外的其他发票,情节严重的,处二年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处罚金;情节特别严重的,处二年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。单位犯前款罪的,对单位判处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依照前款的规定处罚。”

③ 参见陈兴良:《虚开增值税专用发票罪:性质与界定》,载《政法论坛》2021年第4期。



所规定的发票犯罪的法定刑轻重不同,则是由于不同税种在我国税收制度中的重要性有所不同。增值税税收占据我国税收的首要地位。为了维护增值税税收管理秩序,才对虚开增值税专用发票罪的法定最高刑规定为无期徒刑。故将不具备骗税目的的虚开增值税专用发票行为纳入《刑法》第205条之一的规制范围内,明显违背立法原意。

综上所述,虚开增值税专用发票罪基本犯的出罪路径就在于对“骗取国家税款”这一要素的审查。本罪基本犯的成立要求行为人具备骗取国家税款的目的,当行为人的行为导致国家税款重大损失时,涉及本罪的加重犯的成立问题。就不具备骗取国家税款目的的行为人而言,即使实施虚开行为,不成立虚开增值税专用发票罪,也不应当成立虚开发票罪。

五、从“骗取国家税款”要素在虚开增值税专用发票罪基本犯出罪中的地位看行政犯的判断标准

虚开增值税专用发票罪司法认定中之所以存在诸多争议,是由于司法机关对于《刑法》第205条的解读不到位。不少司法机关考虑到刑法条文规定了虚开行为,就当然地认为《刑法》中的虚开行为等同于前置法中的虚开行为,因而凡虚开发票的数额达到入罪数额要求,就对行为人予以定罪处罚。虚开增值税专用发票罪司法异化的原因,不仅是因为立法者在《刑法》第205条没有明文规定“骗取国家税款”这一要素,更大程度上是因为我国司法实践中对于行政犯长期以来坚持“前置法定性,刑事法定量”的判断标准。司法实践中存在大量行为人的行为本不构成犯罪的行政犯案件,基于“前置法定性,刑事法定量”的刑事违法性判断标准而被认定为刑事案件。这种判断标准严重影响到了公众对于刑法的信任感及刑法公平正义价值目标的实现。

众所周知,行政犯具有二次违法性,即既具有行政违法性,也具有刑事违法性。可以肯定的是,行政犯的成立,以行为具有行政违法性为前提。可以说,不具有行政违法性,就不可能具有刑事违法性。那么,具有行政违法性,是否就意味着具有刑事违法性呢?对此,依据“前置法定性,刑事法定量”的刑事违法性判断标准,刑事违法性的判断不具有独立性,而是依附于行政违法性的判断。这在近年来几起受到社会广泛关注案件的定性中得到了充分的体现。

比如,就王力军非法收购玉米案而言,根据案发时具有效力的《粮食收购条例》,只有具有特许经营资格的国有粮食收储企业才可以从事粮食收购活动。王力军并没有获得粮食收购许可,因此其行为违反了《粮食收购条例》,应当承担行政责任。但这并不意味着其行为同时触犯了刑法。非法经营罪保护的法益是合法的市场秩序,放在本案中即为粮食流通管理秩序。随着科学技术的进步,近些年粮食逐年丰收,为了避免粮食价格走低,国家已经逐步开放粮食收购和销售市场,案发时《粮食收购条例》

已经因不符合时代发展的要求而丧失了规范基础。基于当地的交易习惯，王力军的行为不仅没有破坏粮食流通的主渠道，反而在一定程度上促进了当地的粮食流通，为粮民与粮库搭建起桥梁，根本不具备与非法经营罪相当的社会危害性，其行为也没有侵犯到刑法所保护的粮食流通管理秩序。在此种情况下，一审法院忽视刑法与行政法在保护法益上的差别，仍然依据《粮食收购条例》的规定，认定王力军的行为属于非法收购玉米，对其追究刑事责任，而不考虑其行为在刑法上是否具有实质的可罚性，这明显背离了刑法所保护的规范目的。^① 再审法院对本案改判无罪，不仅证明行政法与刑法规范保护目的的不同，在一定程度上也反映出“前置法定性，刑事法定量”立法模式的弊端，间接证明对于刑事违法性的判断不应完全依照前置法。^②

在陆勇非法代购药品一案中，通说认为，生产、销售假药罪的法益是复合法益，即国家对药品的管理秩序及不特定多数人的生命健康安全。^③《刑法》维护药品管理秩序的目的在于维护不特定多数人的生命、健康安全，维护药品管理秩序只是刑法维护生命、健康安全法益的手段。就这两者而言，生命健康法益应当是主法益，药品管理秩序法益应当是次法益。然而，人民群众的生命健康保护与药品管理秩序之间并不总是完全一致的。尽管行为人的涉案行为在刑法层面侵害了药品管理秩序，但未必会对群众的生命健康权造成危险。故在认定某一行为是否属于生产、销售假药罪时，不仅要考虑到行为人的行为是否侵犯药品管理秩序，还要看他的行为是否危害到人民群众的生命健康安全。在陆勇案中，陆勇代购的药品具有治疗白血病的药效，只是因为我国原《药品管理法》规定“没有药品批准文号的药品属于拟制的假药”，因而侦查机关认定其代购的药品属于假药，进而将其代购行为认定为销售假药行为。但是，陆勇代购的药品是具有真实效用的，由此其行为不仅不会对人民群众的生命健康造成损害，在正版药价格高昂的背景下，反而因为其低廉的价格能够被更多病人购买，有利于疾病的治疗。因此，陆勇的行为根本没有侵犯刑法所保护的人民群众的生命健康安全法益，不应当被认定为构成生产、销售假药罪。

就赵春华非法持有枪支案而言，《刑法》并未对非法持有枪支罪中枪支的含义作出界定。在本案中，法院认为应当依照行政法的规定界定枪支的含义。根据《公安机关涉案枪支弹药性能鉴定工作规定》的标准，当持有枪支的发射弹丸的枪口比动能大于、等于 1.8 焦耳 / 平方厘米时，对于行为人的持有枪支行为，一律认定为犯罪行为。赵春华持有的 6 支枪支的比动能在 2-3 焦耳 / 平方厘米，超出了公安部制定的枪支标准。

① 参见王力军非法经营罪案，内蒙古自治区巴彦淖尔市临河区人民法院（2016）内 0802 刑初 54 号刑事判决书。

② 参见王某某非法经营再审改判无罪案，内蒙古自治区巴彦淖尔盟中级人民法院（2017）内 08 刑再 1 号刑事判决书。

③ 参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社 2019 年版，第 370 页。



法院根据这一判断标准,认定赵春华构成非法持有枪支罪。^①但是,从法益保护的角度考量,涉及枪支的行政法规侧重于对枪支管理秩序的维护,而非法持有枪支罪属于危害公共安全犯罪,其保护法益是公共安全。虽然赵春华的行为违反了枪支管理法规的规定,但是其持有的枪支不同于通常意义上具有杀伤力的枪支,尚不足以对人体造成直接伤害,并不会对公共安全法益造成实质性的危害或具有造成实质性危害的可能性。因此,将赵春华持有枪支的行为认定为构成非法持有枪支罪,并不符合《刑法》第128条的规范保护目的,一审法院此举不当地扩大了本罪的处罚范围。2018年3月8日最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》(以下简称《批复》)也在一定程度上回应了对本案的上述质疑。考虑到上述公安机关对枪支范围的规定过于宽泛,《批复》明确指出,对于以压缩气体为动力且比动能较低的枪支,应当综合评估社会危害性,以确保行为人罪责刑相一致。由此,以往客观机械的标准得以修改。这一变化也间接证明,对于行政犯,应当坚持刑事违法性的独立判断,而非完全从属于前置法。

回归到虚开增值税专用发票罪,尽管最高司法机关不断强调本罪的保护法益是国家税收征管秩序,行为人不具有骗取国家税款目的,不构成本罪。然而,在相当多的案例中,即便当事人不具有骗取国家税款的目的,税务机关仍然依据国家税务总局的规定,认为虚开行为的保护法益是发票管理秩序,将其虚开行为移送司法机关处理。应当注意到,国家税务总局系出于行政管理的目的,为了维护发票管理秩序,才将虚开行为纳入行政法的规制范围,而刑法着重保护的是国家税收征管秩序,二者的保护法益并不相同。因此,将行政违法行为直接认定为犯罪行为,忽视了行政法与刑法在保护法益层面的差别。

通过对于上述案例的总结可以看出,我国司法实践中长久以来一直存在着对行政犯的刑事违法性该如何判断的问题。针对这一问题,学界存在诸多的讨论。例如,田宏杰教授主张“前置法定性,刑事法定量”。她认为,对于行政犯,行为的刑事违法性取决于行政违法性,行为在行政法与刑法上的区别只是量的区别。^②行为的前置法所保护的法益,是决定行为刑事违法本质的关键。“所有犯罪,均具有双重违法性即前置法违法性和刑事违法性的统一,不仅行为之前置法违法性的具备是行为之刑事违法性得以产生的必要前提,而且行为之前置法不法实质或者说前置法之法益侵害实质,更是决定行为之刑事违法本质的关键所在。”^③对此,周光权教授提出质疑。他指出,违反前置法的行为,不一定是犯罪行为。^④“要有效限定处罚范围,就必须承认,刑法

① 参见赵某某非法持有、私藏枪支、弹药罪案,天津市河北区人民法院(2016)津0105刑初442号刑事判决书。

② 参见田宏杰:《行政犯的法律属性及其责任——兼及定罪机制的重构》,载《法学家》2013年第3期。

③ 参见田宏杰:《以前置法定性与刑事法定量原则判断行为性质》,载《检察日报》2019年5月24日,第3版。

④ 参见周光权:《质疑“前置法定性刑事法定量”的观点》,载《法治日报》2021年4月7日,第9版。

上的违法性判断是相对独立的。那种主张刑法在质上从属于前置法，仅仅在量上相对独立于前置法的‘前置法定性、刑事法定量’的主张并不具有合理性。”^① 据此，对于行政犯，应坚持“刑事法定性，刑事法定量”的判断标准，强调刑事违法性的相对独立判断。然而，无论采用哪种判断标准，其背后的原理是统一的，即对于各部门法的衔接问题，是否应当坚持法秩序统一。

针对前置法与刑法的衔接问题，理论上存在着违法一元论、违法多元论和缓和的违法一元论等不同学说。违法一元论最早的提出者是木村龟二，他强调违法性在整个法秩序中是统一的，不同部门法的违法性在“质”和“量”上都是相同的，因此行政违法的行为一定也是刑事违法的行为。^② 违法一元论虽然强调法秩序的根本统一，但是，从规范保护目的的角度观察，不同法域的功能及法律责任是存在差异的，例如民法更加强调保障个人生存与自由所依赖的物质条件，刑法则更侧重于保护法益，因此，违法多元论的思考路径得以出现。所谓违法多元论，就是认为刑法和前置法的违法各不相同，对二者应该予以区别对待。^③ 与违法多元论相近的理论是缓和的违法一元论。该学说一方面主张应当坚持法秩序的统一，进行“一般违法性”的严格判断；另一方面又认为违法在不同法域存在不同的表现形式和不同的目的，在“一般违法性”外强调“可罚的违法性”。^④ 违法多元论与缓和的违法一元论的区别在于，是否认为前置法与刑法的违法存在重合的部分，违法多元论认为二者完全不重合，而缓和的违法一元论认为二者存在一定程度的交叉重合。

以行政法与刑法的衔接问题为例，刑法作为最严厉的制裁手段，更有利于对法益的保护，刑法作为事后法，是其他法律的后盾法。所以，刑事处罚的范围必须在最小的范围内得以实施，对刑罚权的行使必须保持谨慎态度。刑法与前置法的规范保护目的是存在重合的可能性的。因此，对于行政犯的刑事违法性判断问题，应当坚持法秩序统一的立场，坚持缓和的违法性一元论。在行政法与刑法的立法目的相同时，原则上刑事违法性的判断应当参照行政违法性。但是，当二者的立法目的相反或者仅存在部分重合时，刑事违法性应当独立于行政违法性进行独立判断。^⑤ 具体而言，对于行政法认定的不具有违法性的行为，《刑法》不应当将其作为犯罪行为加以处理；对于行政法认定的具有违法性的行为，《刑法》同样不应当直接将其认定为犯罪行为，而应当从行政法与刑法的规范保护目的进行考量，对于刑事违法性进行独立判断。这是因为，从违法性角度考察，即便经过审查后，刑事违法性与前置法的违法性相一致，也只是二者在该领域保护法益存在重合，而不是意味着刑法从属于前置法。换言之，

① 周光权：《法秩序统一性原理的实践展开》，载《法治社会》2021年第4期。

② 参见郭研：《行政犯刑事违法性独立判断之提倡》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2021年第4期。

③ 参见王充：《刑民交叉三论》，载《华东政法大学学报》2021年第6期。

④ 参见于改之：《法域冲突的排除：立场、规则与适用》，载《中国法学》2018年第4期。

⑤ 参见于改之：《法域协调视角下规范保护目的理论之重构》，载《中国法学》2021年第2期。



刑事违法性的判断不能超出前置法的范围,但是,这并不意味着刑法划定的违法性的范围必须与前置法完全一致。^①因此,对于行政犯,应当坚持刑事违法性独立判断,坚持“刑事法定性,刑事法定量”的判断标准。

同时,罪刑法定原则是刑法的帝王原则。任何行为如果没有被刑法规定为犯罪,就不能予以定罪处罚。行政犯“前置法定性,刑事法定量”的判断标准虽然考虑到了行政犯的双重属性,但也意味着将刑法决定何种行为属于犯罪行为的权力下放给了前置法。这一做法显然突破了罪刑法定原则的界限。应当注意到,虽然《刑法》中存在着空白罪状,对于具体行为应当依照前置法的规定进行界定。但是,就前置法中的何种行为属于犯罪行为而言,应当由刑法予以决定,即由刑法决定适用前置法的范围,而不是前置法反过来决定犯罪行为的性质及处罚范围的大小。对此,郭研博士指出:“空白罪状的立法是刑法基于规范的目的以及保护法益进行的价值选择,刑事违法性如何依据行政法的规定划定规制范围是刑法的价值判断。”^②行政法出于规范社会秩序的目的,其具体内容会随着社会发展状况的变化而变化。社会的飞速发展要求行政法规的改变是迅速的、及时的,而刑法要求稳定性与可预测性。如果坚持行政犯“前置法定性,刑事法定量”的判断标准,将突破罪刑法定原则,民众将难以预测自己行为在《刑法》上应受的刑罚,不利于社会的长治久安。

综上所述,对于行政犯的刑事违法性应当坚持“刑事法定性,刑事法定量”的判断标准,坚持刑事违法性的独立判断。

结 语

增值税是我国最重要的税种。《刑法》对于虚开增值税专用发票行为的规制不仅仅是因为虚开行为违反了发票管理秩序,更重要的是因为国家税收的稳定与安全受到威胁。通过分析虚开增值税专用发票罪的罪名沿革,并基于对虚开增值税专用发票行为的社会危害性、刑法规范目的的考量,“骗取国家税款”这一要素在虚开增值税专用发票罪构成中具有存在的正当性。在判断行为人的虚开行为是否构成虚开增值税专用发票罪时,必须考虑到“骗取国家税款”这一要素的重要性。当行为人不具备骗取国家税款的目的时,就应当对其予以出罪处理,至于其虚开行为则至多受到行政法的处罚。虚开增值税专用发票罪的司法认定问题不是个例,应当透过现象观察到我国行政犯“前置法定性,刑事法定量”判断标准的弊端。对于行政犯,只有坚持“刑事法定性,刑事法定量”的判断标准,主张刑事违法性判断的独立性,才符合罪刑法定原则的要求。

(责任编辑:李 宁)

^① 参见郭研:《行政犯刑事违法性独立判断之提倡》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2021年第4期。

^② 郭研:《行政犯刑事违法性独立判断之提倡》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2021年第4期。

环境公益诉讼惩罚性赔偿制度适用研究

——兼评《最高人民法院关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》

张锋 孙萧宇*

内容摘要：《民法典》第 1232 条的颁布使惩罚性赔偿正式进入环境领域，然而该法条在制度设计上仅是原则性规定，司法适用中存在难点和疑点。经过一定的司法实践和探索后，《最高人民法院关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》进一步细化了制度要素，在生态环境侵权领域惩罚性赔偿制度的理解适用和裁判尺度上进行了指导。聚焦司法解释中新增设的法律条文，按照适用范围、适用条件、责任竞合等内容对司法解释中新增设条款的重点问题一一展开释义和评析，使惩罚性赔偿制度在实践中得到准确适用。在此基础上，构建劳务代偿执行制度，完善资金管理使用以及风险分担的配套制度，使惩罚性赔偿更好地应用于环境公益诉讼，实现其惩戒预防的制度价值，维护环境公共利益。

关键词：惩罚性赔偿制度；环境公益诉讼；司法适用

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)02-000-000

引言

2017 年中共中央、国务院印发的《生态文明体制改革总体方案》中提出健全民事公益诉讼，坚持损害严惩、责任追究制，着力解决违法成本过低问题。2020 年施行的《民法典》第 1232 条确立了环境领域适用惩罚性赔偿制度。2021 年最高人民法院发布《关于新时代加强和创新环境资源审判工作，为建设人与自然和谐共生的现代化提供司法服务和保障的意见》，践行“用最严格制度最严密法治保护生态环境”，提出要统一环境资源审判法律适用，明确惩罚性赔偿的适用范围。《民法典》第 1232 条自出台后便

* 张锋，山东师范大学法学院教授，博士生导师；孙萧宇，山东师范大学法学院硕士研究生。



引起学界热议,惩罚性赔偿能否适用于环境公益诉讼中歧见仍频。与此同时,我国司法实践已将惩罚性赔偿应用于环境公益诉讼中,2021年江西省浮梁县人民法院宣判的浙江海蓝化工集团有限公司环境污染责任纠纷案是我国首例环境公益诉讼惩罚性赔偿案件(以下简称“浙江海蓝案”),^①引发社会广泛关注。在此基础上,2022年1月出台的《最高人民法院关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》(以下简称《解释》)针对此前学界对环境民事公益诉讼能否适用原属私法领域的惩罚性赔偿制度的争议作出明确回应,对实践中存疑的惩罚性赔偿适用范围、构成要件、金额计算基数和倍数等具体问题予以统一规范。值得研究的是,在《解释》背后体现了怎样的制度意旨?在环境公益诉讼司法实践中对惩罚性赔偿适用的未明内容应如何处理?此外,对于环境公益诉讼适用惩罚性赔偿制度的配套制度应如何构建?

一、《解释》亮点解读

《解释》共14条,主要包括生态环境领域惩罚性赔偿制度适用原则、适用范围、提起诉讼请求的时点、构成要件、金额计算、责任竞合以及环境公益诉讼的参照适用等内容。该《解释》的发布解决了目前理论上和实践中对于环境公益诉讼适用惩罚性赔偿的较大争议问题,在适用主体范围、构成要件、金额计算以及责任竞合的处理方面有其亮点。其中,《解释》的立法本意也值得深入分析解读,以便日后更准确地环境公益诉讼中适用惩罚性赔偿制度。

(一)厘清惩罚性赔偿适用主体范围

《民法典》第1232条肯定了惩罚性赔偿的环境侵权纠纷解决方式,但并未明确规定其权利主体。环境侵权诉讼包括受到环境侵权影响的直接受害人提起的环境私益诉讼和维护环境公共利益的检察机关和社会组织提起的环境民事公益诉讼,法条中将适用范围限定在“被侵权人”,此处的“被侵权人”除环境侵权的直接受害人之外,是否还包括代表环境公共利益的检察院和社会组织?目前的司法实践显示,惩罚性赔偿已经适用于环境公益诉讼中,以浙江海蓝案为例,法院根据《民法典》第1232条作出了惩罚性赔偿的适用决定。

《解释》对适用范围进行了明确厘定,为环境公益诉讼适用惩罚性赔偿提供了法律支撑。《解释》第2条规定,因环境污染、生态破坏受到损害的自然人、法人或者非法人组织作为被侵权人可以提起惩罚性赔偿诉求,第12条赋予国家规定的机关和法律规定的组织作为被侵权人代表提起惩罚性赔偿的原告资格,明确环境公益诉讼和生态损害赔偿诉讼中的参照适用规则。在适用主体范围上,检察机关和环保组织在环

^① 参见浙江海蓝化工集团有限公司环境污染责任纠纷案,江西省浮梁县人民法院(2020)赣0222民初796号民事判决书。

境公益诉讼中提起惩罚性赔偿有其合理性。^①

在体系解释层面,《民法典》第1234条和1235条规定了环境民事公益诉讼的相关条款,与第1232条同属《民法典》第七编第七章,环境民事公益诉讼具有准用同章相关条款的适用空间。因此检察机关和环保组织有权在诉讼中提起惩罚性赔偿。于目的解释层面,惩罚性赔偿是为提高环境侵权违法成本,以威慑和阻遏环境破坏行为的实践需求产物。在环境侵权直接利害关系人无法明确或无力提起诉讼时,由环保组织和检察机关作为环境民事公益诉讼诉讼担当,提起惩罚性赔偿,与惩罚严重的生态环境污染破坏行为,威慑恶意侵权行为人以达到预防效果的立法目的相符。于制度要求层面,故意污染环境、破坏生态造成严重后果的,不啻侵害直接利害关系人利益,更会侵害社会公共利益。当群体利益受损难以统一进行救济,恶劣的环境侵权行为无法受到惩罚时,向检察机关和环保组织配置惩罚性赔偿请求资格既是理论自洽的选择,也是民法典法律框架下的最优解。^②在传统的民法补偿性救济无法填补环境侵权损失的态势下,在环境公益诉讼中适用惩罚性赔偿,以惩罚和遏制环境侵权行为是必然要求。

(二) 细化惩罚性赔偿适用的构成要件

1. 主观方面

《民法典》第1232条将侵权人的主观故意作为惩罚性赔偿适用的认定标准。环境领域一般适用无过错归责原则,侵权人主观心理状态不影响侵权责任的认定,但惩罚性赔偿的适用对行为人主观心理状态提出更高要求。如果法律强行要求主观上不是出于高度恶意的侵权人也承担无过错高额惩罚性赔偿责任,守法成本无法保障,违法成本反而提高,现实中未必能阻却违法行为的发生,与惩罚性赔偿威慑预防犯罪的制度预期相悖。

主观要件适用进一步限缩于故意范围内。《解释》第6条从侵权人的职业经历、专业背景或者经营范围的个人背景因素,到因同一或者同类污染环境、破坏生态行为受到行政处罚或者刑事追究的情况,再到污染物的种类,污染环境、破坏生态的方式等客观外在要件,既有现实判定又有对侵权人的主观心理状态的综合考量,规范了统一裁判尺度。

《解释》第7条列举了“故意”的九种典型适用情形,将侵权人的主观心理状态以客观行为外化,以“明知且实施”“明知且放任”“恶意违反法律规定”的直接故意心理状态,从《环境保护法》《野生动物保护法》《矿产资源法》中选取侵权人具有明显主观故意的典型情形,为审理环境侵权案件提供规则参考,增强惩罚性赔偿适用于环境领域的可操作性。

^① 《最高人民法院关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》第2条规定:“因环境污染、生态破坏受到损害的自然人、法人或者非法人组织,依据民法典第一千二百三十二条的规定,请求判令侵权人承担惩罚性赔偿责任的,适用本解释。”第12条规定:“国家规定的机关或者法律规定的组织作为被侵权人代表,请求判令侵权人承担惩罚性赔偿责任的,人民法院可以参照前述规定予以处理。”

^② 参见苏伟康:《公害惩罚性赔偿及其请求权配置——兼论《民法典》第1232条的诉讼程序》,载《中国地质大学学报(社会科学版)》2021年第4期。



2. 客观要件

《民法典》第1232条规定客观行为要件为“违反法律规定”。行为违法性将其适用范围限定在违反法律规定的环境侵权行为，排除了合法行为造成的生态环境严重损害，如合法未超标的排污行为或者已取得相关许可证的开采行为等，只需承担补偿性赔偿责任，从而平衡侵权人和受害人利益，防止惩罚性赔偿的滥用，使环境保护与经济发展间达到动态平衡。

《解释》第5条进一步明确了适用范围，使司法判定依据由狭义的全国人大及其常委会制定的法律，扩大至行政法规、地方性法规等，在必要时可以参照规章的规定。^①我国环保标准分为国家和地方两级垂直体系，地方政府可以在国家标准的基础上针对地域环境敏感程度制定更加严格的法律规章，在高位阶法律法规未明确规定时，可以参照地方性法规、规章对其进行惩罚性赔偿的违法性认定。

3. 结果要件

对于是否造成严重后果，需要确立判定的参考因素和标准，统一裁判尺度。当前实践中大多参照最高人民法院、最高人民检察院《关于办理环境污染刑事案件适用法律若干问题的解释》前三条关于刑事案件中严重后果的规定。在民事侵权方面，则通常依据《环境损害鉴定评估推荐方法》《突发环境事件应急处置阶段环境损害评估推荐方法》，但该两项文件都不具备强制性，且文件中的损害认定方法大多将损害后的环境状况与一般基线水平作对比，与环境真实损害程度可能存在出入。

《解释》第8条综合损害多方因素对判定行为人是否造成严重后果进行考量。后果严重性的判定需要考虑范围和程度两个层面。在损害范围层面：其一，行为人造成的环境损害范围大，受害人数众多，造成大规模环境侵权，社会危害性大；其二，行为人造成的社会影响恶劣，破坏社会秩序，造成公众恐慌。在损害程度层面：其一，行为人的违法行为对他人生命权、健康权和财产权造成重大损害；其二，行为人的违法行为造成了无法修复或修复成本过高的生态环境损害，如造成环境污染的介质和要素严重超标，污染持续时间长，生态服务功能减损或丧失，生物生存特性发生较大改变等生态环境损害，难以恢复原状甚至难以修复至基线标准。符合以上情形的环境违法行为，其造成环境危害的盖然性超过了一般标准，具有强烈可归责性，法官可以酌情判定行为人造成严重后果。

（三）明确惩罚性赔偿适用数额标准

《解释》在确定惩罚性赔偿适用的数额标准时，采用明确数额设定方式，结合自由裁量因素等，多角度对法官的自由裁量权进行约束和指引。

1. 基数设置

^① 参见《最高人民法院关于审理生态环境侵权纠纷案件适用惩罚性赔偿的解释》第5条：“人民法院认定侵权人污染环境、破坏生态的行为是否违反法律规定，应当以法律、法规为依据，可以参照规章的规定。”

表1 惩罚性赔偿基数设置

	部门法	法条	数额规定
固定倍数式	《食品安全法》	第148条第1款	价款10倍或者损失的3倍,最低标准1000元
	《消费者权益保护法》	第55条第1款	商品价款或服务费用的3倍,最低标准500元
倍率数距式	《商标法》	第63条第1款	实际损失或获取利益的1—5倍
	《反不正当竞争法》	第17条第3款	
	《专利法》	第71条第1款	
	《著作权法》	第54条第1款	
倍率封顶式	《消费者权益保护法》	第55条第2款	所受损失2倍以下

环境公益诉讼在适用惩罚性赔偿时应当以实际损失为赔偿基数(见表1)。目前可适用于环境公益诉讼惩罚性赔偿的基数设定包括实际损失和违法获利两种方式。环境侵权人的经济人属性使其通常因巨大利益诱惑实施违法环境侵权行为,若以违法获利为基数,最终惩罚性赔偿数额易导致侵权人过度负担。惩罚性赔偿作为补偿性赔偿之外的附加责任,是威慑补强措施,故以实际损失为基数与制度目的相契合。

2. 倍数设置

《解释》采用倍率数距式进行数额设定。因环境公共利益受到侵犯时,涉及范围通常较大,且影响具有潜在性,区域范围影响易扩散,惩罚性赔偿无法采用简单的固定倍数模式。惩罚性赔偿的立法初衷是针对违法行为人实行个别化的具有威慑力的惩罚,数值数距式和倍率封顶式的计算方式设定了数额和最高限值,因主体间财产状况和个案中侵权程度不同,对惩罚性赔偿金进行数值和倍率的固定限制无法达到最优威慑效果。由此,弹性较强、适用范围较广的倍率数距式惩罚性赔偿数额限定最具可操作性和个案适配性。

《解释》将惩罚性赔偿金额倍数设定在人身损害赔偿金、财产损失数额的二倍以内。考虑到生态环境损害涉及的赔偿金额较大,且企业的承受能力有限,在谦抑原则下控制倍率范围,既可提高违法成本,有效威慑环境侵权行为,又不会因过度惩戒影响经济发展,从而使惩罚性赔偿制度达到最优威慑水平。司法实践中对于两倍以内的区间范围适用,可结合个案情况,取数值间的小数倍数以确定合理数额。

3. 考量因素

在确定惩罚性赔偿基数和倍率后,《解释》中规定由法官综合考量以下因素进行个案自由裁量:第一,侵权人主观恶意程度,即行为可责难性,是惩罚性赔偿适用的最重要因素;第二,侵权人的客观违法情节,包括侵权人在实施生态环境损害时的违法程度、违法行为持续时间、侵权人的违法历史等;第三,侵权人因污染环境、破坏生态行为所获得的利益,不仅包括违法利益收入,还应考虑其因违法行为而节约的守法成本;第四,侵权人所采取的修复措施及其效果,进行惩罚性赔偿金额测算时可以



结合修复措施和修复效果酌情考虑削减金额。

（四）理顺责任性质及适用顺位

《解释》第10条第2款明确了惩罚性赔偿金与行政罚款、刑事罚金之间不能相互代替。在环境民事公益诉讼中，侵权人在承担民事责任时，往往也会伴随着公法责任的前置承担。在此情况下，作为对被侵权人的填补性赔偿的惩罚性赔偿的私法路径，和对侵权人进行刑事或行政制裁的公法路径发生混同。虽刑事罚金、行政罚款和惩罚性赔偿在法律外观上存在一定的相似之处，都对侵权人课以金钱义务以惩罚和威慑其环境违法行为，但两种公法路径在实质上无法完全替代惩罚性赔偿的作用。由于三者之间法律责任的性质不同，判断规则和判断标准存在差异，导致对同一行为的判断并非相互排斥关系，而可能是同时存在、并列（或者先后）进行的关系。^①惩罚性赔偿作为民事责任，具有补偿被侵权人损害和治理环境污染的填平性功能；刑事罚金处于刑事责任的范畴内，重在对环境违法犯罪行为的制裁；行政罚款作为行政执法手段的责任承担方式，则更注重对违法行为的惩罚和遏制以稳定社会秩序，后两者都无法达到填补损失的效果。

于刑事责任而言，我国刑法第六章中每一种环境犯罪的刑罚处罚方式都规定了罚金为主的财产刑。然而环境犯罪刑事罚金的数额确定、考虑因素等适用细则尚未明确，法官自由裁量空间大，且刑事罚金作为一种公权力制裁方式，财产最终上缴国家，无法对环境犯罪的受害方起到填补损失的作用，和惩罚性赔偿有着本质区别。

于行政责任而言，虽然近年来我国环保立法提高了行政罚款的额度，规定了按日计罚的制度，产生了一定的威慑效果，但在制度实践中，也存在仅适用于企业不履行义务的违法排污行为。对非法开采等生态破坏现象无法处罚的问题，环境处罚仍没有达到以重罚主义威慑违法行为的效果。我国《行政处罚法》中确立了二元财产罚架构，不仅对违法行为人处以行政罚款，还要没收其违法所得，^②但目前环境领域的处罚中却仅有罚款一种方式。此外，行政罚款是出于维护公共秩序的目的，罚款由行政机关统一管理使用，对环境公共利益损失的填补和救济功能有限，行政罚款亦无法替代惩罚性赔偿。

由此，当公法程序前置环境公益诉讼中时，不影响惩罚性赔偿责任的后续适用，不违反“一事不二罚”原则，三者并用，互为补充。惩罚性赔偿和行政执法、刑事制裁三种规制手段之间无法互相替代，环境侵权人被处以行政罚款或刑事罚金后也应继续承担惩罚性赔偿责任。

《解释》第11条不仅明确了惩罚性赔偿责任与行政、刑事责任之间发生非冲突性法律规范竞合时的优先承担顺位，还辨明了民事责任内部的位序。侵权人应在优先承担普通民事责任的基础上承担惩罚性赔偿责任，惩罚性赔偿责任在内的民事责任优于

^① 参见时延安：《论刑事违法性判断与民事不法判断的关系》，载《法学杂志》2010年第1期。

^② 参见《行政处罚法》第28条第2款：“当事人有违法所得，除依法应当退赔的外，应当予以没收。违法所得是指实施违法行为所取得的款项。法律、行政法规、部门规章对违法所得的计算另有规定的，从其规定。”

行政和刑事责任的承担。

侵权人的财产不足以支付全部责任的，优先承担补偿性责任以填补损失，充分保护被侵权人利益，实现对民事权利的优先救济。侵权人应先承担补偿性责任后再履行惩罚性赔偿责任以完成民事责任承担。而民事责任优先于公法责任承担则是私权优先理念下民事赔偿优先原则的体现。对被侵权人的民事权利救济价值高于政府的罚没收入价值，民事赔偿责任优先的法律效果更佳。

二、环境公益诉讼适用惩罚性赔偿的规则细化

环境公益诉讼作为环境侵权中的一类特殊诉讼，与私益诉讼存在诉讼目的和主体等差异，故环境公益诉讼虽然在举证责任等方面可适用一般环境侵权诉讼的规则，但仍需细化环境公益诉讼惩罚性赔偿的部分适用规则，吸收公共利益保护的特殊需求，填补权利救济的真空地带。

（一）适度扩大主观要件构成

《解释》中将惩罚性赔偿适用的主观要件限定在“故意”范围内，并且列举了九种具体故意情形和一个兜底条款——其他故意情形。“其他故意情形”中是否包括重大过失？在惩罚性赔偿中是否应当适用重大过失作为其主观要件？

过错根据严重程度作降次排列，可以分为：恶意、一般故意（故意）、重大过失、一般过失（过失）和轻微过失。^①但是在目前的立法中并未对其有明确的界定区分，尤其是故意和重大过失难以区分，两者存在一定的重叠：其一，故意和重大过失都具有高度可责难性。故意中的间接故意一般指侵权人明知其行为会损害生态环境仍放任违法行为的发生。重大过失是行为人在生态环境相关领域中，对于该行为会破坏环境已是经验性常识，或者普通人都能够预见到该行为会造成生态环境破坏，但是侵权人却未能采取合理措施避免该风险。虽然主观上出于过失，但在漠视法定义务上与故意具有恶性相当的可责难性。高度可苛责性通常表现为两类行为：一是故意实施的不法行为；二是具有重大过失的不法行为，即加害人对于其行为可能发生的危险具有主观上的认知，或者应该有所认知却不顾他人安危，导致他人受损的行为。^②其二，故意和重大过失的过错心态中都承载较强的主观恶性。在美国，有16个州对惩罚性赔偿的适用要求行为人主观存在恶意，而8个州仅要求被告具有重大过失即可判决惩罚性赔偿金。^③罗克辛认为，重大过失是一种“有意识的过失”^④，重大过失行为人作为应尽但未尽义务者，主观不作为同样是恶性行为。惩罚性赔偿所要惩罚的重点则是明知不

① 参见张新宝：《侵权责任构成要件研究》，法律出版社2007年版，第441页。

② 参见方明：《论惩罚性赔偿制度与现代侵权法功能的嬗变》，载《学海》2012年第2期。

③ 参见陈聪富：《侵权归责原则与损害赔偿》，北京大学出版社2005年版，第222-223页。

④ [德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法学总论》，王世洲译，法律出版社2005年版，第731页。



可而为之,明知应为而不为的主观恶性行为,由此,在环境公益诉讼适用惩罚性赔偿时,应将重大过失纳入主观方面的范围内,对行为人进行制裁和教育,同时警示潜在行为人谨慎履行注意义务,减少环境损害的发生。

(二) 确立证据证明标准

《解释》中因果关系证明责任分配回归规范说的一般原理,由提出惩罚性赔偿责任请求的被侵权人提供证据证明被告违法行为和严重后果,即证明行为和损害结果间的因果关系。关于主观过错的证明责任归属,由侵权行为人负担,显然不具有期待可能性,基于诉讼程序控辩双方的“两造平衡”原则,结合环境公益诉讼原被告诉讼能力实际情况,原告承担因果关系、损害结果、主观过错证明责任,使诉讼主体惩罚性赔偿权责分配更均衡。在证明标准上,由于惩罚性赔偿是更为严厉的责任承担方式,其证明标准应当比补偿性赔偿的标准更高。美国《模范惩罚性赔偿法》调整了惩罚性赔偿的证明标准,必须达到“明确且令人信服的证据”这种中间标准。^①在环境公益诉讼适用惩罚性赔偿责任时,应在传统的“优势证据”标准上适用更高的举证标准,坚持规则法定原则,采用高度盖然性的证明标准,在审判时应严格遵守《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的相关程序,^②发挥司法能动性,使司法认定事实尽可能接近客观事实。

(三) 明晰金额确定细则

1. 规范基数评估方式

《解释》第12条在规定环境公益诉讼参照适用惩罚性赔偿的数额时,采取《民法典》第1235条中关于生态环境损害赔偿的五类损失和费用中的前两类损失作为基数,^③即生态环境受到损害至修复完成期间服务功能丧失导致的损失、生态环境功能永久性损害造成的损失数额。然而在实务中,生态环境服务功能损失因鉴定困难无法精准计算,缺乏有效准确的计算评估方法。

《生态环境损害鉴定评估技术指南总纲》《突发环境事件应急处置阶段环境损害评估推荐方法》中推荐了基于生态环境恢复成本的替代等值分析方法和以虚拟成本治理法为代表的环境价值评估方法。^④我国环境公益诉讼中部分法院在案件审判中将测算生态环境损害的虚拟治理成本法所得结果直接等同于生态环境服务功能损失,显然背理失宜。虚拟治理成本法根据不同环境要素类别适用不同的环境资源经济价值评估方法,且根据不同受损环境功能敏感系数适用弹性区间,评估结果具有不确定性。其一,

^① 参见周珂、王玉楠:《环境损害的惩罚性赔偿研究》,载《人民法治》2018年第4期。

^② 参见《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第88条:“审判人员对案件的全部证据,应当从各证据与案件事实的关联程度、各证据之间的联系等方面进行综合审查判断。”

^③ 参见《民法典》第1235条:“违反国家规定造成生态环境损害的,国家规定的机关或者法律规定的组织有权请求侵权人赔偿下列损失和费用:(一)生态环境受到损害至修复完成期间服务功能丧失导致的损失;(二)生态环境功能永久性损害造成的损失;(三)生态环境损害调查、鉴定评估等费用;(四)清除污染、修复生态环境费用;(五)防止损害的发生和扩大所支出的合理费用。”

^④ 参见吴卫星、何钰琳:《论惩罚性赔偿在生态环境损害赔偿诉讼中的审慎适用》,载《南京社会科学》2021年第9期。

生态环境损害的聚合性使生态服务功能损害严重,受影响的环境要素或生物要素多样,使用虚拟治理成本评估生态环境服务功能时应避免要素经济价值的重复计算;其二,该评估方法在确定最终损害结果前已经对侵权人过错程度、受损功能敏感系数进行了弹性考量,以此为依据确定的生态服务功能损失在作为惩罚性赔偿基数时,应将以上惩罚性因素考虑在内,倍率系数需据此调整,否则对同一行为的重复评价会导致惩罚性赔偿金额与实际损失相去甚远。

在确定生态环境服务功能损失过程中,应采取多部门协作,专家辅助的方式,对评估测算结果进行实质性审查,减少评估结果与实际损失间的误差,结合《突发环境事件应急处置阶段环境损害评估推荐方法》《突发生态环境事件应急处置阶段直接经济损失核定细则》等法规,灵活运用虚拟治理成本法进行合理规范的测算,在此基础上平衡生态价值和经济价值,保证惩罚性赔偿金额确定的公正合理。

2. 确定金额应考量侵权人经济能力

惩罚性赔偿制度设立初衷是对侵权行为人进行威慑,从而预防恶性行为再次发生。在设定惩罚性赔偿金额时,需要考虑当事人的经济状况和可负担能力,避免过度威慑。查究国外经验,澳大利亚以不法行为为中心,被告的行为主观恶性和惩罚性赔偿金额成正比,综合被告的获利程度和赔偿能力等因素进行最终判定。美国在确定惩罚性赔偿金额时也以侵权人经济能力为重要参考因素。在我国,侵权人经济状况参差不齐,而惩罚性赔偿金额巨大,在实现制度惩罚功能的同时,应结合侵权人财产状况、经济条件,参照比例原则的基本原理进行个案衡量,但不能因此对经济负担能力强的被告过高判罚,也不能因被告财产状况较差就从轻处罚,应在违法情节法定范围内进行倍率的适度调整,在一定程度上既可避免法院执行不能,又可减少社会不稳定因素,平衡经济自由与消除违法可能性。

(四) 健全责任竞合金额抵扣程序

《解释》中对惩罚性赔偿责任与公法责任产生竞合时的责任顺位进行了详细规定,并且提出在确定惩罚性赔偿数额时可以综合考虑公法责任的承担情况,赋予法官较大的自由裁量权。在个案裁判时应当进一步明确抵扣细则,理清诉讼程序,确定相对统一的裁判尺度。

在环境公益诉讼司法实践中,基于行政手段的主动性和执行性,行政制裁手段往往前置于诉讼程序,抵扣程序较为清晰。《行政处罚法》中规定了行政罚款和刑事罚金相抵扣,^①解决了公法责任之间的顺位关系,也为后置民事责任的解决提供了借鉴思路。在检察机关或环保组织提出的独立的环境公益诉讼中,当侵权人承担行政罚款后,在确定惩罚性赔偿数额时应予以抵扣削减。

^① 参见《行政处罚法》第35条第2款:“违法行为构成犯罪,人民法院判处罚金时,行政机关已经给予当事人罚款的,应当折抵相应罚金;行政机关尚未给予当事人罚款的,不再给予罚款。”



在刑事附带民事环境公益诉讼中，出于提高诉讼效率的目的，通常采用刑事优先的模式进行审理，即由刑事部分先行确定犯罪事实，审理明确后再进行民事诉讼的审理。在实践中，由于刑事审判的诉讼期间较短，环境民事公益诉讼对环境损害进行评估鉴定和证据采集方面所需时间更长，存在部分检察机关对刑事案件先行判决，民事公益诉讼程序后置的现象。刑事诉讼和环境民事公益诉讼分别起诉，不仅无法保证民事责任的优先承担，还打破了刑事附民事公益诉讼的逻辑前提，将两个诉讼间的实体关联性分割，造成管辖分离，浪费司法资源，给被侵权人平添诉累。因此，应适用刑事程序、民事责任优先的方案，由刑事程序先行确定犯罪事实，后由民事程序确定民事惩罚性赔偿数额，扣除民事惩罚性赔偿金额后如仍有必要，再处以刑事罚金。被告承担惩罚性赔偿责任的行为可作为一种从轻量刑情节，在原定刑事罚金的基础上进行部分或全额抵扣，这既能更好地落实宽严相济的刑事司法政策，又能在尽可能减少责任竞合，避免过度威慑环境侵权人的情况下充分保护环境公共利益。

三、环境公益诉讼适用惩罚性赔偿的配套制度构建

有效实现惩罚性赔偿功能需要以制度推动落实。环境公益诉讼适用惩罚性赔偿的后续执行和惩罚性赔偿资金的管理使用以及风险分担机制仍是当前的难点，亟待构建合理的配套制度，以实现环境公共事务的长效治理。

（一）惩罚性赔偿执行劳务代偿

环境民事公益诉讼适用惩罚性赔偿需要跨越的一大实践难题是执行难。环境一旦被破坏，对公共利益损害较大，环境民事公益诉讼中的被告人除了要承担侵权赔偿费用，通常还须承担高昂的环境修复费用和生态环境服务功能丧失费用等，加之环境问题专业性较强，在诉讼中聘请专业机构和专家等进行司法鉴定的费用也较高。经济能力有限的环境侵害者在未被判定惩罚性赔偿的情况下难以负担诉讼赔偿责任，案件执行结果难以保证。

在我国目前的消费公益诉讼惩罚性赔偿中，主要执行方式仍是金钱给付。对应至环境领域，由于金钱赔偿的便利性，自然成为惩罚性赔偿的第一选择。然而当环境侵害者无力给付巨额赔偿时，即使法院对其惩罚性赔偿责任进行认定，也会陷入执行困境，使诉讼裁判结果流于形式，无法实现对环境损害进行补偿修复的本质目标，甚至引发社会问题，与维护公共利益的初心背道而驰。单一的惩罚性赔偿执行方式亟待改进，需要在保证其惩罚性和威慑力的基础上，兼具减轻违法行为人经济负担的作用，提出更为多样化和可操作的惩罚性赔偿执行方式。在此情况下，替代性执行方式是有效的破解之道。在美国环保实践中，因破坏环境被处罚的企业可以申请以替代性的环境保护项目，向受影响的环境提供切实的环境或公共卫生利益。企业自愿同意执行替

代环境项目（SEP）^①可以作为减少金钱处罚的考察因素。为保证惩罚的威慑性，目前的环境保护署政策规定，一般情况下替代环境项目最高抵扣罚金率为80%。^②通过考察美国的经验，我们可以探索替代性执行方式的应用，如承担生态环境的补救和修复责任，或以劳务代偿等方式承担责任。当前我国的环境单行法中作出了补救措施的相关规定，如《森林法》中责令违法行为人补种；《水土保持法》中责令违法行为人恢复植被；《海洋环境保护法》中责令违法行为人消除污染、限期改正等，在环境公益诉讼涉及环境单行法条时可以适用相应的执行方式。适用时应在尊重环境公益诉讼被告人主观意愿的情况下，根据被告人替代执行的能力和生态环境恢复的难度进行个案裁量，以生态环境的补救和修复责任抵扣部分金钱给付责任。

在恢复成本明显超过收益和违法行为人的经济承受能力，或者生态环境遭受永久性损害，且违法行为人无能力实施替代性修复或没有合理替代方案的情况下，生态修复的替代执行方式便难以适用。^③此时可以采用劳务代偿的方式承担部分责任，在青岛市人民检察院起诉崂山区某中心非法收购、出售珍贵、濒危野生动物民事公益诉讼一案中，^④首次在《民法典》实施后适用劳务代偿的方式折抵惩罚性赔偿金，由被告在进行损害赔偿的基础上，通过参与法治宣教活动向市民群众普法，向崂山区辖区范围内其他餐饮机构发放宣传单，广泛宣传禁食野生动物主题，普及野生动物保护法律知识等环境公益劳动的方式承担部分惩罚性赔偿。青岛市的劳务代偿模式通过普法活动和法制宣传的方式，不仅减轻了环境违法行为人的经济压力，也对社会公众起到了警示作用。^⑤在劳务代偿方式具体适用时，要健全监督机制，避免劳务代偿敷衍塞责。在法院判定以劳务代偿方式抵扣惩罚性赔偿后，应将劳务代偿的具体事宜进行公告，并对劳务代偿的实践效果进行全过程评价和监督，并在违法行为人履行完毕后进行验收，细化完善劳务代偿监督评价机制，保障惩罚性赔偿的惩罚性和威慑力，达到惩罚和教育并行的双重效果。

（二）惩罚性赔偿资金管理使用

确立科学合理的分配和管理环境公益诉讼惩罚性赔偿金制度，是确保其发挥制度功能的关键因素。2020年出台的《生态环境损害赔偿资金管理办法（试行）》规定了环境民事公益诉讼损害赔偿资金的归属问题，赔偿金统一收缴国库并纳入一般公共预算管理，^⑥也规定了赔偿金的管理和使用模式，按照预算管理和国库集中支付的方式进

① SEP：英文 Supplemental Environmental Project 的缩写，指美国的替代环境项目。

② See U.S. Environmental Protection Agency Supplemental Environmental Projects Policy 2015 Update Page1.

③ 参见谭冰霖：《环境行政处罚规制功能之补强》，载《法学研究》2018年第4期。

④ 参见山东省青岛市人民检察院诉青岛市崂山区某空间艺术鉴赏中心非法收购、出售珍贵、濒危野生动物及制品民事公益诉讼案，山东省青岛市中级人民法院（2021）鲁02民初69号民事判决书。

⑤ 参见卢金增：《山东青岛：惩罚性赔偿劳务代，“样板”案件这样办》，载《检察日报》2021年3月4日，第8版。

⑥ 参见《生态环境损害赔偿资金管理办法（试行）》第6条第2款：“生态环境损害赔偿资金作为政府非税收入，实行国库集中收缴，全额上缴赔偿权利人指定部门、机构的本级国库，纳入一般公共预算管理。”



行资金的支出。由政府部门统一管理的方式虽能在一定程度上保证环境公益诉讼损害赔偿资金的公共用途，但损害赔偿资金纳入一般公共预算管理后，管理的行政属性往往取代专业性，无法确保资金使用完全用于生态环境修复，容易形成新的寻租空间，滋生腐败。另外，在惩罚性赔偿资金的分配全部收缴国库的情况下，对于已经判处环境侵权人惩罚性赔偿的环境公益诉讼，因同一行为受到损害的生态环境被侵权人提起环境私益诉讼时，对被告而言是否构成重复赔偿？如果不对被告重复收缴赔偿金，被侵权人的利益又该如何补偿？对此，环境公益诉讼惩罚性赔偿金在分配和管理时，可以采取分立式赔偿金管理制度。

第一，将一定比例赔偿金用于生态修复和环境保护，收归国库。环境公益诉讼惩罚性赔偿金涉及社会公益，应当用于环境公共利益的维护，由国家行政机关进行宏观调控，进行治污、环保、修复等工作，更高效率和更大程度地修复因侵权人恶意而造成的环境破坏。山东省出台《生态环境损害赔偿资金管理办法》，规定环境赔偿金的缴纳、审批、拨付、监督等职责明确到各相关部门分工负责。^①由各部门在其专业职权范围内进行统筹使用，提高资金使用效率。为保证资金使用的透明性，不仅要增强内部监督，严格审查用于生态修复的资金使用预算计划，严格执行验收标准，还要保证外部监督，对惩罚性赔偿金用于生态修复的全过程向社会公开，将资金使用计划、资金阶段性使用情况、生态修复的最终验收情况进行公示，使环境公益诉讼惩罚性赔偿金归于公益。

第二，将一定比例的赔偿金存入环境公益诉讼基金。目前我国进行了设立环境公益诉讼基金的相关探索。比如，贵州省与中国绿色发展基金会合作，设立了专项基金账户管理环境公益诉讼资金；昆明市设立了环境民事公益诉讼专项救济基金，给予环境公益诉讼资金支持等。在国外也存在类似的司法实践，在美国的佐治亚州、印第安纳州以及爱荷华州，规定原告要将其惩罚性赔偿的75%交给州立基金，而密苏里州则要求惩罚性赔偿金的50%上交给州立信托基金，^②用于公共利益的维护。弥补公共机构管理效率不足的缺陷，是在环境保护领域中引入私人执法制度和惩罚性赔偿的重要目的，此目的应当贯穿于整体制度构建和运行的始终。^③资金管理利用高效的环境公益诉讼基金无疑是惩罚性赔偿金的另一个选择路径。在我国，可以将一部分惩罚性赔偿金存入环境公益诉讼基金，基金资金既可以用于生态修复，维护生态环境，也可以对环境公益诉讼案件进行救济和援助，起到正向激励的作用。另外，基金还可以用于

① 参见《山东省生态环境损害赔偿资金管理办法》第5条第2款：“赔偿权利人可以根据部门职责指定自然资源、生态环境、公安、住房和城乡建设、水利、农业农村以及其他相关部门、机构统一负责生态环境损害赔偿具体工作。”

② 参见王泽鉴：《损害赔偿》，北京大学出版社2018年版，第372页。

③ 参见周晓然：《论环境民事公益诉讼中惩罚性赔偿制度的构建》，载《中南大学学报（社会科学版）》2018年第2期。

对同一环境侵权行为侵犯的人身权和财产权施以经济救济。由于环境问题的潜伏性和复杂性，环境侵权人在承担前置的惩罚性赔偿之后可能难以负担对私益主体的后续补偿救济，可以在惩罚性赔偿金中划定部分金额用于填补对被侵权人的损害，既达到了惩罚性赔偿的威慑效果，又实现了民事赔偿的填补功能。在实践操作中，在具体的直接利害关系人不明确的情况下，为保证救济时效，检察机关可先行提出概括性的惩罚性赔偿诉讼请求，在胜诉后将惩罚性赔偿金存入环境公益诉讼基金，保留受害人的相应份额，再进行二次清算，在此可参照代表人诉讼中的公告登记制度予以实现。在提起环境公益诉讼惩罚性赔偿诉讼后，由法院发布诉讼权利登记公告，设定合理的登记期间，因同一环境侵权行为而利益受损的私益被侵权人可以提出赔偿请求，人民法院在登记期间届满后一定期限内对登记的权利人进行审核，符合条件的被侵权人则可以向环境公益诉讼基金管理机构申请支取赔偿金。由此，在维护社会公共利益的同时也保证了个体利益的补偿救济。

（三）惩罚性赔偿风险分担

经济状况有限的侵权人面临高额惩罚性赔偿金可能难以足额支付甚至破产的困境，在惩罚性赔偿金额确定时考量相关因素之后，如何使责任风险被合理分担，保证侵权人被惩罚而不“致命”呢？环境污染责任保险作为填补性损害赔偿的风险分担的重要途径，能否在惩罚性赔偿中适用？仍需进一步探析。

在保险利益原则下被保险人恶意制造保险事故不具有可保险性。^①惩罚性赔偿制度适用的基本要件即侵权人对其生态环境破坏行为具有高度主观恶性，涉及高度道德危险，与保险制度的正向社会功能相悖。且环境污染责任保险如果将保险范围扩大至惩罚性赔偿，被保险人将风险转嫁给保险人，惩罚性赔偿通过提高侵权人成本产生威慑力的制度功能则分崩瓦解。如何在尊重保险规则框架的前提下既能实现救济环境损失，分担侵权人风险的效果，又能达到对侵权人的环境侵害行为的预期威慑的理想状态呢？从理论上分析，大致有两条途径：

途径一，建立高风险强制投保机制。划分高风险企业名录，强制名录内环境污染责任承担风险较高的企业购买环境责任保险，不购保的企业应提供财务担保，保证其有充足的环境侵权事故备用补偿性资金，否则由负责人承担不利责任。在污染事故发生后，由保险人支付合法排污行为所引起的生态环境损害的基础修复费用，保障环境损失得到救济。同时，实行企业环境风险综合保险费率制度。保险人在承保前对投保企业进行保前调查，考察投保企业的综合环境风险，包括设备运维状态、污染处理设施、企业生产规模、历史环境事故等因素，以高风险高费率的原则确定保费，提高保险人对风险程度的预见能力，推进成本与收益相对平衡，激励保险市场发展，并在一定程

^① 参见《保险法》第28条第2款：“投保人、被保险人或者受益人故意制造保险事故的，保险人有权解除保险合同，不承担赔偿或者给付保险金的责任，除本法第六十五条第一款另有规定外，也不退还保险费。”



度上倒逼企业增强自身污染处理能力，提高风险意识。

途径二，使被保险人部分暴露于环境侵权损害惩罚性赔偿责任中，保留责任制度的一定威慑力。^①由于惩罚性赔偿中侵权人的主观恶意所导致的惩罚性赔偿责任属于除外不保事项，侵权人风险无法转嫁，重新暴露于惩罚性赔偿责任中，不仅可能会引发无法填平补偿性损失的修复资金缺口，还可能产生资不抵债的个人危机及相应社会压力。由此，可以针对该情形设立新型险种，增加保险主体的可处分范围。购买该类型环境责任保险的被保险人在被判处惩罚性赔偿后，基于保险利益原则，保险人同样不承担赔付责任，但如果被保险人无力负担全部民事责任，可以向保险人提交资产证明，由保险人在保险责任限额范围内垫付生态修复费用，请求致害人承担终局责任，将该部分赔偿责任转化为保险人与被保险人之间的债权，后续由保险人进行追偿。而在补偿性金额之外，基于当事人主观恶性判定的惩罚性赔偿金额应由被保险人自行承担。该路径使侵权人在承担惩罚性赔偿责任与大量资金缴付之间建立了一个缓冲地带，既保留了惩罚性赔偿制度的威慑力，使环境损害得到充分及时的救济，又避免了侵权人超额负担、濒于破产从而引发新的社会不稳定因素。

结 语

惩罚性赔偿制度能否适用于环境公益诉讼，自从《民法典》颁布以来存在诸多理论争议。通过《解释》，分析惩罚性赔偿在环境领域的适用范围、适用条件、责任竞合等法条设计，探寻其背后的制度意旨。基于环境民事公益诉讼的特性，提出适配于公益诉讼的惩罚性赔偿细则，适度扩大主观要件构成，将重大过失纳入认定范围内，确立高度盖然性的证据证明标准，通过规范基数评估方式以及考量侵权人经济能力从而明晰金额确定细则，健全责任竞合时特别是刑事附带民事公益诉讼中的金额抵扣程序。构建惩罚性赔偿执行中的劳务代偿制度，资金管理使用制度和风险分担制度，使理论指导司法实践。推动惩罚性赔偿的威慑预防效果与环境公益诉讼的救济保护功能相契合，实现社会整体利益最大化。

（责任编辑：崔婷婷）

^① 参见竺效：《试论环境侵权损害赔偿责任的可保险性——对当前构建环境责任保险制度的若干对策建议》，载《中州学刊》2007年第3期。

司法裁判回应类案参照诉求的审视与完善

王雨田 何伦波*

内容摘要：有效回应诉讼参与人的类案参照诉求是当前贯彻落实最高人民法院类案检索制度要求和实现司法公正公信的重要现实问题。在类案检索制度运行实践中，当事人类案参照诉求普遍回应不足，呈现出“不用不说”“用而不说”“说而不细”三种与诉求相背离的典型样态。“轻视回应”“回避论证”“不会说理”“约束不足”是导致类案参照诉求普遍回应不足的重要原因，具体表现为：回应理念滞后导致习惯性遗漏；现实动机考量导致目的性回避；回应技术缺失导致粗放式操作；制度约束不足导致任性式回应。破解上述难题，需要从技术、场域、规制三个维度切入，探寻类案参照诉求的有效回应模式。通过构建诉求“三段七步”回应法补足技能缺陷，拓展回应场域，拓宽类案参照诉求实现场景，完善回应类案参照诉求保障机制强化约束，是类案参照诉求的有效回应模式。

关键词：类案参照；诉求回应；裁判说理

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)02-000-000

引言

最高人民法院出台的《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》（以下简称“《类案检索指导意见》”）对增强司法裁判可接受性、促进法律适用统一、规范法官自由裁量权、实现司法公正公信发挥着重要作用。^①随着类案检索的广泛应用，当事人、公诉人、法定代理人、委托诉讼代理人、辩护人等其他诉讼参与主体（以下简称“诉讼参与人”）应用指导性案例等类案的频率已远远高于法官。^②但在司法实践中，诉讼参与人的类案参照诉求却得不到有效回应，呈现出普遍回应不足的现状，这不但

* 王雨田，湖南省郴州市中级人民法院院长，法学博士；何伦波，湖南省郴州市永兴县人民法院综合办公室副主任。

基金项目：本文系最高人民法院2021年度司法统计分析重点课题“类案与关联案件检索及深度应用对审判工作影响的实证分析”的阶段性成果。

① 参见刘树德、胡继先：《〈关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）〉的理解与适用》，载《人民司法》2020年第25期。

② 有研究显示，在应用频率上，法官只占比24%，而法官以外的诉讼参与人占比76%。参见郭叶、孙妹：《最高人民法院指导性案例2019年度司法应用报告》，载《中国应用法学》2020年第3期。



影响了司法裁判的可接受性,也妨碍了类案检索机制在事实认定、法律适用、诉讼程序方面发挥应有的价值。如何健全完善类案检索机制有效回应参照诉求,俨然已成为当下亟需解决的重要现实问题。

一、检视:类案参照诉求普遍回应不足

根据最高人民法院《类案检索指导意见》第10条的规定,对诉讼参与人的类案参照诉求应当进行回应。虽然司法实践中超过90%的法官有参考案例的习惯,但普遍对诉讼参与人的类案参照诉求回应不足,呈现出回应与诉求相背离的样态。^①据实证调查发现,司法实践中大部分启动类案检索程序的案件并未将类案检索结果在裁判文书中予以披露,即便部分裁判文书在说理部分介绍了案件的类案检索情况,也存在论证简单、回应不足、表述混乱等现象。^②具体而言,根据法官在裁判文书中对诉讼参与人类案参照的诉求回应、采纳和说理程度可以分为“不用不说”“用而不说”“说而不细”三种典型样态。

(一)“不用不说”:无视类案参照诉求

“不用不说”是指在司法裁判过程中对诉讼参与者提出的类案参照诉求既不回应也不释明或者说明理由,予以忽略、回避。司法实践中这种“不用不说”的回应方式,显然与审判实质公开要求“通过法官心证公开来提升个案裁判说服力”的目标不符,影响了诉讼参与者“了解其提交的类案在裁判过程中所发挥作用”的知情权。^③“不用不说”在司法实践中大致有三种具体表现形式。

1. 绝对的“不用不说”。在部分案件中,法官对当事人的类案参照诉求既不在当事人诉求部分进行摘录,也不在文书说理中进行回应,对参照诉求直接采取“屏蔽”处理方式。^④比如河北省高级人民法院(2021)豫民申900号民事裁定书,诉讼参与人在一审、二审、再审程序中都提出了类案参照诉求,但一审、二审、再审的裁判文书中对该诉求均未给予以任何回应。另据调查数据显示,有69.86%以上的诉讼参与人的类案参照诉求没有得到司法裁判的摘录和明确回应。^⑤司法实践中法官对于诉讼参与人所提交的类案检索报告大多是呈现出“选择直接忽略”的状态。

① 参见胡云腾主编:《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究》,人民法院出版社2019年版,第599页;程财等:《指导性案例司法应用的检视与完善》,载《司法改革评论》2019年第2期;方乐:《指导性案例司法适用的困境及其破解》,载《四川大学学报》2020年第2期。

② 参见杨涛、左一凡:《类案裁判如何说理——以329份裁判文书说理为视角》,载《山东法官培训学院学报》2021年第5期。

③ 参见毕玉谦:《论庭审过程中的法官心证公开》,载《法律适用》2017年第7期。

④ 参见临清市城市环境卫生服务中心诉宋桂云劳动争议案,山东省临清市人民法院(2021)鲁1581民初1135号民事判决书;胡某、张某非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪案,广东省深圳市龙岗区人民法院(2020)粤0307刑初1950号刑事判决书;许某帮助信息网络犯案,河南省鹿邑县人民法院(2021)豫1628刑初89号刑事判决书。

⑤ 参见程财等:《指导性案例司法应用的检视与完善》,载《司法改革评论》2019年第2期。

2. 实质的“不用不说”。在作出回应的部分裁判文书中，法官只是对诉讼参与人的类案参照诉求进行了摘录，却未在说理部分进行实质性的说理回应，即使控（诉）辩双方就提交的类案适用问题产生了实质争议。^① 根据我国诉讼法的规定，对于诉讼参与者提出的控（诉）辩意见等理由，法院应当认真听取并作出判断。当前，诉讼参与者自发运用类案已对我国司法模式产生了深刻影响，且为运用以往司法智慧和司法经验解决疑难、复杂、新类型的待决案件起到了积极作用。然而，这种现象却未得到法院应有的重视。正如有学者所言：“尽管诉讼参与人在控（诉）辩理由中引述了指导性案例，但法官在裁判文书的说理部分并未给予回应、分析或评说。”^②

3. 狭义的“不用不说”。在部分案件中，法官明确否定了当事人的类案参照诉求，拒绝适用其提交的类案，但却未说明否决理由。在运用类案检索结果时，当发现实质类案的裁判规则确实不宜适用于待决案件的，需要予以排除适用时，要给出“更强的论证理由”。^③ 然而，司法实践中大多数司法裁判并未充分阐述排除适用的理由，多以“与本案无关”“不具有相似性”“不具有关联性”“不属于证据”等简单笼统的理由予以排除适用，且对于排除理由疏于解释。^④ 以诉讼参与者提交指导性案例作为参照类案为例，法官在排除适用时有超 65% 的没有给出“丝毫理由”。^⑤

（二）“用而不说”：对诉讼参与者提交的类案隐性参照

司法实践中，对类案参照诉求还存在大量“用而不说”的隐性参照情况。比如，有的将“当事人提交的已生效裁判文书大多用于裁判思路，阅后放入卷宗，并未引证或予以回应，更未在待决案件裁判文书中进行明示回应或者针对性说理论证”，有的则是“在事实上援引了指导性案例但却未在裁判文书的写作上体现出来”，还有的是“在裁判文书中并未直接提及指导性案例编号、标题、裁判要点等内容，但裁判结果却与指导性案例的精神一致”。研究显示，以指导性案例为例，法官隐性参照占比为 57%，其中法官被动援引时隐性参照的数量为明示参照的两倍。^⑥ 这表明，目前司法实践中隐性参照适用类案仍占据着主流地位，甚至有演变成一种类案适用“潜规则”的倾向。

① 参见罗某诉张某某民间借贷纠纷案，广西壮族自治区柳州市中级人民法院（2020）桂 02 民终 4768 号民事判决书；人民财保吉安公司诉郑某机动车交通事故责任纠纷案，江西省吉安市中级人民法院（2020）赣 08 民终 1902 号民事判决书。

② 石磊等：《指导性案例参照情况的实证分析》，载《人民司法》2015 年第 23 期。

③ 参见王雨田、何伦波：《提升类案检索能力 确保法律适用统一》，载《人民法院报》2021 年 5 月 21 日，第 2 版；孙跃：《案例指导制度的改革目标及路径——基于权威与共识的分析》，载《法制与社会发展》2020 年第 6 期。

④ 参见刘贵祥主编：《审判体系和审判能力现代化与行政法律适用问题研究》，人民法院出版社 2021 年版，第 725 页；李某、芦某诉东营市公安局交通警察支队道路行政允诺案，山东省东营市东营区人民法院（2015）东行初字第 5 号行政判决书。

⑤ 参见孙光宁：《指导性案例如何参照：历史经验与现实应用》，知识产权出版社 2020 版，第 101 页。

⑥ 参见孙海波：《指导性案例的隐性适用及其矫正》，载《环球法律评论》2018 年第 2 期；郭叶、孙妹：《最高人民法院指导性案例 2019 年度司法应用报告》，载《中国应用法学》2020 年第 3 期。



(三)“说而不细”：对类案参照诉求回应说理简单

“说而不细”是指法官对于诉讼参与人的类案参照诉求，虽然在裁判文书中进行了回应，但回应时说理简单，惯用一句话或者几个词语进行说理回应，缺少必要的论证过程。对诉讼参与人提出的类案参照诉求，没有根据待决案件的个案特点进行针对性的说理论证，采用的是一种粗放式的说理回应态度。^①实证调查数据显示，对于诉讼参与人的类案引证诉求，司法实践中只有20.8%的裁判文书在“本院认为”部分作了回应，且回应理由都很简单。^②这种过于简略的回应说理，一方面难以对适用类案检索的正确性进行检验，另一方面也容易引起诉讼参与人对类案参考正当性的质疑。^③

二、透视：类案参照诉求回应不足的成因

从以上实证分析结果来看，当前司法实践中对于诉讼参与人的类案参照诉求普遍不足，“轻视回应”“回避论证”“不会说理”“约束不足”是导致类案参照诉求回应不足的重要原因。

(一)轻视回应：回应理念滞后导致习惯性遗漏

受“裁判结果主义”司法理念影响，当下我国司法裁判者仍侧重于怎样得出公正的裁判结果，而轻视对裁判结果的释法说理。王利明教授对5万份裁判文书的研究表明：从篇幅上来看，说理部分文字占裁判文书总字数20%以下的，占比56%。^④另有实证研究显示：因存在说理问题而上诉的案件中，只有3.67%的案件在二审中就该问题作出了实质性回应。^⑤笔者通过在中国裁判文书网检索文书发现，司法实践中，有不少案件因类案参照诉求回应问题而提起上诉，有的甚至因此申请再审。^⑥

笔者认为，“轻视回应”的根源在于长期以来形成的对裁判说理的认知偏差，其实质是办案人员的司法理念滞后。正是因为这种长久的回应理念滞后，演变成了对诉讼参与人类案参照诉求的习惯性遗漏。

(二)回避论证：现实动机考量导致目的性回避

根据诚信裁判理论的要求，司法裁判不仅要用充分的理由对裁判结果加以证成，还

① 参见韩某诉重庆市永川区公安局请求履行法定职责案，重庆市高级人民法院（2020）渝行申110号行政裁定书。

② 参见谢奕：《在先案例的参照困境与识别适用路径构建》，载《法治论坛》2020年第3期。

③ 参见杨涛等：《类案裁判如何说理——以329份裁判文书说理为视角》，载《山东法官培训学院学报》2021年第5期。

④ 参见王利明：《裁判说理论——以民事法为视角》，人民法院出版社2021年版，第123页。

⑤ 参见宋菲：《裁判说理的可接受性及其实现》，华东政法大学2020年博士学位论文。

⑥ 参见长城资产江苏分公司与徐州铜山国有资产公司金融借款合同纠纷案，最高人民法院（2020）最高法民申6162号民事裁定书；周大军等与北京京开方盛公司租赁合同纠纷案，北京市高级人民法院（2020）京民申5606号民事裁定书；龙信公司与大连雨生公司建设工程施工合同纠纷案，辽宁省大连市中级人民法院（2021）辽02民终5059号民事判决书。

要对整个司法推理的全过程加以论证。基于此,对于诉讼参与人提出的类案参照诉求,无论待决案件最终是决定予以参照还是不予适用,都必须给出相应理由并加以论证。司法实践中,有部分法官出于害怕承担责任或减轻职业压力等方面的考虑,对诉讼参与人的类案参照诉求选择“视而不见”,导致出现了目的性回避。^①从而催生了司法实践中类案参照中“隐性参照”方式的盛行,其实质是法官回避参照类案所带来的说理论证负担。有关调查数据显示,司法实践中80%被调查者(办案法官)认为采用“隐性适用”可以避免司法论证负担。^②实行立案登记制以后,虽然大力推进诉源治理工作,但随着我国经济快速发展和民众法治意识的不断增强,法院面临的人案矛盾依然突出。^③基于“缓解决案压力”的考量,回避说理论证负担,成为了办案重压之下法官们的无奈选择。

(三) 不会说理: 回应技术缺失导致粗放式操作

除“轻视回应”和“回避论证”外,回应技术的缺失更是让办案法官在面对诉讼参与人提出类案参照诉求时无所适从,出现“不会说理”的现实困境。^④其中最为突出的就是,不知如何在裁判文书中围绕类案相似性及异同点比较展开说理论证。虽然如何判断两个案件之间具有相似性目前仍是学术界和实务界面临的重要难题,但也是个无法绕开的现实问题。^⑤

如何对诉讼参与人的类案参照诉求进行说理回应,目前没有形成可推广、可复制的具体范式。一方面,从制度规范的层面来看,从最高人民法院出台的《类案检索指导意见》等规定及地方层面出台的细化操作指引中,均无法得出类案检索是否需要释明、释明方式的标准范式;另一方面,由于我国法官长期以来接受的是演绎推理思维的训练,缺乏类比推理思维方式的训练,导致对于类案识别的类比推理存在技能方法上的真实困境。^⑥再加上现行指导性案例援引规定缺乏操作可行性,导致实践中出现“想回应而不知如何回应”的尴尬局面。基于此,法官在面对诉讼参与人的类案参照诉求时采取“简单说理”的粗放式操作。

(四) 约束不足: 追责机制欠缺导致任性式回应

当前的《类案检索指导意见》只是要求在诉讼参与人将提交的类案作为控(诉)辩理由时,法官要在司法裁判中进行说理回应或者释明,但未明确规定不回应类案参照诉求或者不参照类案作出裁判时,法官是否应当承担责任或者面临案件被上诉、申

① 参见王利明:《裁判说理论——以民事法为视角》,人民法院出版社2021年版,第124页。

② 参见孙春华:《指导性案例的隐性适用及其矫正——从指导案例1号的适用切入》,载《山东法官培训学院学报》2019年第2期。

③ 参见最高人民法院《2021年全国法院审判执行工作运行态势情况》,载《审判管理动态》2022年第1期。

④ 参见孙春华:《指导性案例的隐性适用及其矫正——从指导案例1号的适用切入》,载《山东法官培训学院学报》2019年第2期。

⑤ 参见孙海波:《重新发现“同案”:构建案件相似性的判断标准》,载《中国法学》2020年第6期。

⑥ 参见杨涛等:《类案裁判如何说理——以329份裁判文书说理为视角》,载《山东法官培训学院学报》2021年第5期。



请再审的风险，也无其他法律或者规范性文件对此予以规定。^①正是因为当前的类案检索制度刚性约束不足，法官对于是否回应类案参照诉求具有较大自由裁量权，才导致实践中频频出现诸如“与本案无关”的任性式回应。

现行类案检索制度的运行现状表明，制度刚性约束不足不但导致回应不足，而且已经影响了类案检索机制效能的发挥。因此，裁判文书“应回应未回应”的法律后果亟待明确，及时补足诉讼参与人类案参照诉求回应的制度缺漏。

三、建构：司法裁判有效回应类案参照诉求的完善路径

（一）技术之维：用“三段七步”诉求回应法补足技能缺陷

“人民法院未来改革的方向，或许是将类案与关联案件检索的做法体现在判决书中。”^②破解类案参照诉求普遍回应不足的关键在于弥补类案参照诉求回应技术方法不足的缺陷，通过在裁判文书中全面回应当事人的控（诉）辩意见来增强文书说理。为此，我们需要遵循裁判文书的逻辑顺序结构，在司法裁判中构建起“摘录类案参照诉求→说理回应‘是否构成实质类案’→论证回应‘怎样形成同判’”的类案参照诉求“三段七步”回应法（见图1）。

1. 摘录类案参照诉求。司法裁判能否让案件当事人信服的关键在于裁判文书能否对其进行理性说服，而理性说服的内在要求是，司法裁判应当对类案参照诉求进行明示回应和显性参照。因此，在类案参照诉求回应中的首要步骤，就是摘录类案参照诉求：第一步，摘录诉讼参与人的类案参照诉求。根据我国裁判文书制作规范，当事人提出的类案参照诉求应当在裁判文书的事实部分中的当事人主张理由部分、公诉机关指控意见部分进行摘录，后续的说理回

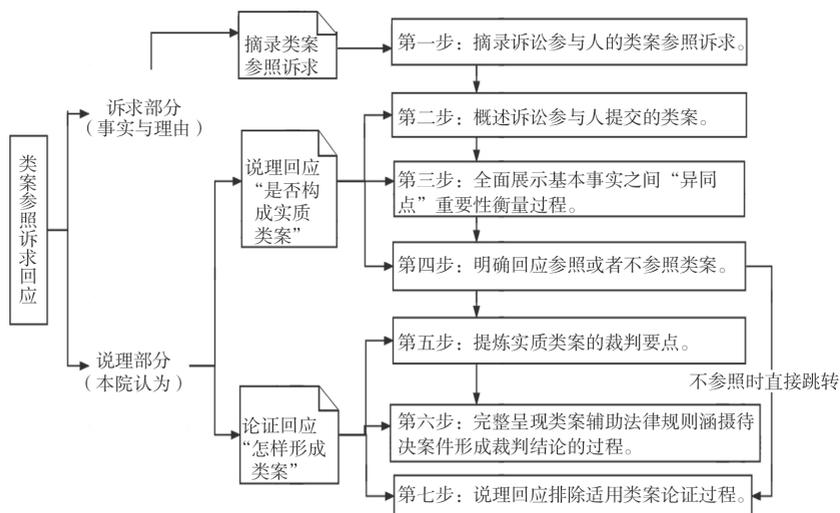


图1 类案参照诉求“三段七步”回应法流程图

① 参见刘树德、胡继先：《关于类案检索制度相关问题的若干思考》，载《法律适用》2020年第18期。
② 侯猛：《司法的运作过程——基于最高人民法院的观察》，中国法制出版社2021年版，第129页。

应内容则应在“本院认为”部分进行表述。^①司法实践中的广东省河源市中级人民法院（2018）粤 16 民终 597 号民事判决书等裁判文书可以作为参考借鉴。

2. 说理回应“是否构成实质类案”。根据受众理论，裁判文书只有进行针对性说理才更具说服力。因此，在裁判文书说理部分，司法裁判应当对当事人提交的类案与待决案件是否具有相似性，即“是否构成实质类案”进行针对性说理回应。这部分主要分为三个具体步骤：

第二步，概述诉讼参与者提交的类案。在围绕“是否构成实质类案”进行说理回应时，首先需要对诉讼参与者提交的类案进行概述，主要是概述案件的基本事实、争议焦点、法律适用争议等影响类案识别判断的关键性问题。主要包含两方面内容：一是要梳理归纳争议焦点，包含事实争议和法律适用争议两部分；二是要提炼基本事实。识别类案与待决案件之间的基本事实（关键事实）是否具有相似性，已成为案件相似性的判断标准。^②将类案中的基本事实概述出来，是便于比较后续与待决案件的基本事实，为类案识别判断奠定基础。

第三步，全面展示基本事实之间“异同点”重要性衡量过程。类案参照适用规则的核心在于使用“区别技术”找到实质类案。两案之间是否具有实质相似性，其核心点在于两案在基本事实上的相关相同点和不同点何者更为重要。^③若经过判断确证两案的相关相同点的分量压倒相关不同点，则两案件具有实质相似性；反之，则两案不具有实质相似性。因此，梳理出待决案件与诉讼参与者提交类案之间在基本事实上的共同事实和不同事实，再作“异同点”重要性衡量比较，是判断两案之间是否构成实质类案的必要步骤（见表 1）。

表 1 案件基本事实之间“异同点”重要性衡量过程

步骤	操作要领	具体操作
第一步	分别列举出待决案件和提交类案的基本事实构成要素	如列举类案的基本事实构成要素包含事实特征 X、Y 和 Z、W，列举待决案件具有基本事实构成要素包含事实特征 X、Y 和 C、D
第二步	梳理总结相同点和不同点	梳理出待决案件与提交类案在基本事实构成要素上的相同事实为 X、Y，不同事实为 Z、W 和 C、D
第三步	异同点重要性衡量	经过判断在类案中 X、Y 比 Z、W 更重要，在待决案件中 X、Y 也比 C、D 更重要，则类案与待决案件在基本事实上具有实质相似性；相反，则不具有相似性

① 参见雷槟硕：《如何在裁判文书中援引指导性案例》，载《法律方法》2019 年第 3 期。

② 参见于同志：《论指导性案例的参照适用》，载《人民司法》2013 年第 7 期；孙海波：《重新发现“同案”：构建案件相似性的判断标准》，载《中国法学》2020 年第 6 期；孙光宁：《指导性案例如何参照：历史经验与现实应用》，知识产权出版社 2020 版，第 164—166 页。

③ 参见孙海波：《重新发现“同案”：构建案件相似性的判断标准》，载《中国法学》2020 年第 6 期。



第四步,明确回应参照或者不参照类案。详细而全面表述基本事实相似性比对结论是裁判文书参照类案的有效实体内容之一。当类案与待决案件之间进行基本事实比对后,识别判断结果为两案以相似性为主时,类案即可适用于待决案件;识别判断结果为差异性大于相似性时,基于类案参照区别技术待决案件应排除对类案的参照援引。^①因此,在回应了“异同点”重要性衡量比较结论后,应当进一步作出对诉讼参与人提交的类案是否予以参照适用的结论性意见。

3. 论证回应“怎样形成同判”。这部分是回应类案参照诉求的主要环节,具体分为如下三个步骤:

第五步,提炼实质类案的裁判要点。所谓“裁判要点”,其实就是类案(案例)的裁判规则。它是类案在审判实践中发挥作用的核心,实现类案同判的关键在于正确表达、妥当运用类案中的裁判规则。^②因此,先要提炼类案的裁判要点,为形成同判提供指引。司法实践中,指导性案例、公报案例等通常在公布时就自带“裁判要点”“裁判要旨”内容,因此无需再另行提炼。而对于诉讼参与人提交的其他已生效裁判,则需要提炼裁判要点。在论证回应时,只需简明扼要地对类案的裁判要点进行规范表述即可。提取类案裁判要点需要考察该案件对要件事实的查明、争议焦点的说理过程。通常争议焦点、裁判理由和裁判结果能够构成类案的“个案规则”,也可表述为“法律规则=事实构成+法律结果”。^③鉴于裁判要点的重要性,在提炼类案裁判要点时应遵循个案分析原则,即具体案件具体分析,谨慎地对裁判理由包含的法理、公共政策选择和价值权衡进行个案分析、取舍。

第六步,完整呈现类案辅助法律规则涵摄待决案件形成裁判结论的过程。主要包含外部证成和内部证成两个部分。首先,要呈现制度规范与裁判要点有机融合构建裁判规则的外部证成过程。这个呈现过程需要法官将适用的相关条文进行融汇贯通,并在此基础上与类案的裁判要点进一步融合,形成针对待决案件的裁判规则,作为裁断待决案件的基本依据。其次,要呈现裁判规则涵摄案件事实形成裁判结论的内部证成过程。具体而言,就是要以前述形成的裁判规则为推理大前提,以本案的具体事实为推理小前提,用裁判规则涵摄本案具体事实推出裁判结论。这个说理过程是裁判文书说理回应诉讼参与人类案参照诉求规范表达的重要内容。

第七步,说理回应排除适用类案论证过程。对识别后虽然属于实质类案,但出现“发现案例规则存在缺陷时,应当设法避开对该案例的参照”情形的,应当对诉讼参与人提交的类案予以排除适用,并结合待决案件的具体情况作出差异化的裁判。^④对于这

① 参见贾建军:《论裁判文书参照指导性案例的规范方式》,载《法律方法》2019年第2期。

② 参见张骞:《论案例裁判规则的表达与运用》,载《现代法学》2020年第5期。

③ 参见郑永流:《法律方法阶梯》,北京大学出版社2015年版,第46页。

④ 参见于同志:《认真对待案例——基于法院审判的认知与思考》,载《法律适用》2021年第1期。

种差异化的裁判，当事人可能难以理解和信服，这时就需要用更充分的裁判说理让当事人信服。因为如果法官的差异化裁判并无充分的理由或根据，或者未能以明示的方式进行充分地论证，就会被认为是不正当的，当事人会以此为由提起上诉。需要注意的是，此处的“更充分的裁判理由或根据”不是简单出自制度上的效力性依据，而是详细而缜密的论证分析。因此，在排除适用诉讼参与人提交的实质类案时，更应进行说理回应，且要详细阐述不宜予以参照的理由。可以从参照适用提交的实质类案会导致当事人双方之间利益严重失衡，或会与社会发展、公序良俗、社会主义核心价值观、国家公共政策等相违背的角度去论证待决案件为何要作出差异化的司法裁判结论。

（二）场域之维：拓宽类案参照诉求的实现场景

虽然回应的主要场域是在裁判文书说理中，但根据司法实践还需要吸纳其他场域作为补充回应场域。对于《类案检索指导意见》第10条中规定的“释明等方式”该如何理解的问题，目前最高法院及地方各级法院没有具体的、可操作的、可参照的详细规定。笔者认为，结合司法实际，至少还应增加庭前审查、庭审释明、判后答疑等三个场域，与裁判文书一起构建一个全流程类案参照诉求实现场景。

1. 通过庭前审查回应类案参照诉求。主要有两种途径：一是庭前会议审查回复；二是庭前书面审查回复。也即通过在审前程序中，合议庭（独任法官）对控（诉）辩双方提交的类案检索报告或者其他生效裁判进行审查核验，从类案来源、真实性、全面性、是否发生法律效力等方面对提交的类案进行“复盘”检索，再进行识别、判断，甄别是否属于实质类案，作出判断结论，并进行分类处理。对于组织召开庭前会议的，一般应当在庭前会议上对类案识别判断结果进行反馈，并反馈参照与否及理由；对未召开庭前会议的或者庭前会议未能当场回应的，可以通过“通知书”等书面形式，对诉讼参与人提交的类案参照诉求进行回复。

2. 通过庭审释明回应类案参照诉求。对于未在庭前程序回应当事人类案参照诉求，或者当事人在庭审时提交类案的，以及确有必要在庭审中进行回应的，应当在庭审中通过释明的方式进行回应。在进行庭审释明时，重点是对诉讼参与人提交的类案与待决案件是否构成实质类案以及对于待决案件审理是否具有参照意义两个方面进行阐明。此外，对于诉讼参与人将检索到的类案作为证据进行提交的，庭审中应当释明诉讼法关于证据的相关规定，并将类案在法庭进行开示，询问其他诉讼参与人的辩论、质证意见，并根据庭审情况最终确定、反馈是否参照适用类案。在庭审中，应当将庭审释明情况进行详细记录，并且入卷入档、留存备查。

3. 通过判后答疑回应诉求参照疑虑。判后答疑被认为是裁判说理的延伸，有利于提升民众对司法裁判的接受度和认同感。司法裁判作出后，类案参照诉求的提出方或者对方当事人仍有疑虑来访的，案件承办法官应当就当事人对类案参照诉求回应中的



疑惑向来访当事人解释和说明，让当事人明白司法裁判是“如何识别类案、取舍参照类案、得出裁判结论”的，进一步增强当事人对裁判文书的理解和认同，提升司法裁判的可接受性和说服力，真正做到使当事人服判息诉，实现案结事了。

结合上述内容，《类案检索指导意见》中类案参照诉求回应场域相关内容条款可以修改完善。首先，第10条的内容可修改为：对于诉讼参与者提交的类案参照诉求，人民法院应当予以明确回应。公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人等提交指导性案例作为控（诉）辩理由的，人民法院应当在裁判文书说理中回应是否参照并说明理由；提交其他类案作为控（诉）辩理由的，人民法院可以通过庭前审查（庭前会议）、庭审释明、判后答疑等方式予以回应。其次，相应增加三条内容。第1条的内容为：公诉机关、当事人及其辩护人、诉讼代理人提交检索案件作为控（诉）辩理由的，合议庭（独任法官）可以自行识别、比对；或者视案件办理需要，组织控（诉）辩双方交换检索到的案件，要求诉辩双方在指定期限内就提交的案件与待决案件的识别、比对、参照适用以书面形式发表辩论意见；或者组织控（诉）辩双方交换检索到的案件后，在庭前会议、开庭审理时要求诉辩双方发表辩论意见。第2条内容为：诉讼参与者提交的作为诉辩意见类案，人民法院应当归入案卷卷宗的正卷；诉讼参与者就类案识别、适用辩论的情况应当记入庭前会议记录、庭审笔录，书面辩论意见应当存入卷宗。第3条内容为：合议庭（独任法官）应当依照法律规定，对控（诉）辩双方就类案的识别、比对和参照适用发表的辩论意见进行审查核实，审查核实结果应当向当事人反馈。

（三）规制之维：完善诉求回应保障机制强化约束

针对当前类案检索制度刚性约束不足问题，应当通过“程序制约、强化考评、加强监管”三项具体措施来提升类案检索制度的刚性约束力，倒逼审判主体自觉落实类案同判责任，切实有效回应类案参照诉求。

1. 设定程序保障救济权利。如前所述，当前《类案检索指导意见》对审判主体不参照类案、不回应类案参照诉求该承担何种责任未作明确规定，这不但导致对审判主体刚性约束不足，还引发了诉讼参与者权利无法获得救济的问题。当前，全国人大常委会已授权最高人民法院和北京等12地法院开展“建立当事人和其他诉讼参与者反映人民法院法律适用不一致问题机制”试点工作。^① 诉讼参与者向法院提交类案作为上诉理由，正是其“反映人民法院法律适用不一致问题”的重要方式之一。因此，类案检索等制度应当明确规定，司法裁判若对诉讼参与者的类案参照诉求不予回应，特别是当事人提交指导性案例请求参照而原判决不予参照或者参照不当的，当事人可以以此为理由提起上诉或者再审，上级法院也可以将其作为二审、再审改判的理由，推

^① 参见周强：《对〈关于授权最高人民法院在该院和部分地区的四级法院审级职能定位改革试点工作的决定（草案）〉的说明》，载《人民法院报》2021年8月21日，第1版。

翻原判决。^①即通过将该情形纳入上诉程序,用审级监督来保障当事人的救济权利。当前学界是如此呼吁的,司法实践中当事人也都以司法裁判未回应其类案参照诉求为由提起上诉要求予以纠正。^②

2. 强化质量考评提升回应自觉。从说服心理学角度看,回应好诉讼参与人的类案参照诉求,更有利于其对司法裁判产生内心认同,进而增强司法裁判的说服力,最终让案件当事人服判息诉。司法实践中,为提升裁判文书说理质量和保障诉讼参与人的诉权,司法裁判不回应类案参照诉求的情况已被纳入案件质量评查范围,作为否定性评价事项,且将评查结果作为法官业绩考评的直接依据。^③因此,应当完善案件质量评查制度,通过强化案件质量考评来提升审判主体的类案参照诉求回应自觉。

3. 加强监督问责倒逼责任落实。回应好类案参照诉求是审判主体履行类案同判责任必然要求,《类案检索指导意见》也已初步构建类案参照诉求回应机制。院庭长作为监督主体,应当强化履职监督,用监督管理督促审判主体切实履行回应责任,主动回应诉讼参与人的类案参照诉求。对于审判主体不履行类案参照诉求回应义务的,现已被认为应当作为违反审判职责情形依法追究违法审判责任,且有的地方人民法院已出台司法文件进行规定。^④因此,应当建立类案诉求回应监督问责机制,用加强监督问责来倒逼审判主体落实回应责任。

结合上述内容,可以在《类案检索指导意见》中增加类案检索监督相关内容条款。增加第1条:各级人民法院应当将类案参照诉求回应情况、依职权开展类案检索等类案检索制度落实情况纳入案件质量评查内容,评查结果应当作为法官业绩考核直接依据。第2条:对案件负有审判监督职责的院庭长应当对承办人、合议庭的依职权开展类案检索情况、类案参照诉求回应情况进行监督。第3条:因应当检索类案未检索、应当回应诉求未予回应,或者类案检索、应用、类案参照诉求回应错误,造成不合格案件或者错案的,依照程序追究相应的审判责任。

(责任编辑:崔婷婷)

① 参见杨涛等:《类案裁判如何说理——以329份裁判文书说理为视角》,载《山东法官培训学院学报》2021年第5期。

② 参见谢新竹等:《类案参照不当的救济路径》,载《山东法官培训学院学报》2021年第1期;胡云腾主编:《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究》,人民法院出版社2019年版,第626页;郭叶、孙妹:《最高人民法院指导性案例2019年度司法应用报告》,载《中国应用法学》2020年第3期。

③ 参见《江苏省高级人民法院〈关于建立类案强制检索报告制度的规定(试行)〉》,载腾讯网, <https://new.99.com/omn/20200717/20200717AOQ7PK00.html>。

④ 参见《湖南省高级人民法院〈关于规范法官自由裁量权行使保障裁判尺度统一的实施意见(试行)〉》,载湖南省高级人民法院网, <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1675611453000418408&wfr=spider&for=pc>。



类案事实相似性判断中“类”之确定性考量

张龔 程财*

内容摘要：类案同判除了着眼于类案制度机制的外在保障，还应关注对法律统一适用具有内在约束力的法律方法。以类案同判的前提“事实相似性”为坐标考察，法官在类案对比中存在核心事实认定失度、对比标准选择失界、边际事实评估失位、相似性判断论证失范等问题，反映出类案确定中事实识别标准模糊、判例区别技术不足、相似性判断方法不统一的困境。从机理剖析，既要筛除边缘事实，识别核心事实的相似性，也要区别边际事实的不同情境因素；从方法推演，事实相似性判断应当遵循“类比—分析异同权重—边际事实逆向检验”的推理范式。在此基础上，合理规划法官的自由裁量权，实现类案同判、异案异判。

关键词：类案；事实相似性；边缘事实；核心事实；边际事实

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)02-000-000

近年来，最高人民法院为解决法律适用分歧、统一司法裁判尺度提出了一系列改革措施。2020年7月27日，最高人民法院印发《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》，将“基本事实、争议焦点、法律适用问题等方面具有相似性”作为类案的识别要素。何为类案？如何确定不同案件的异同点？如何识别案件基本事实等问题？司法实践中都存在模糊认识。类案同判既需要指导性案例、审判监督管理、类案检索及其程序规范的外在约束机制，更依赖于裁判者对法律统一适用形成内在约束的共同裁判思维、司法价值观和法律方法。^①选择事实相似性判断作为视角的主要理由在于：一是事实相似性判断是已决类案得以适用的前提，具体个案之间由各种“交叉重叠”的相似性关联组成一系列“案件群”，两个案件之间的事实相似性程度决定了前案裁判要旨的适用与否；二是事实相似性判断涉及法官类案裁判的思维范式、价值判断和法律推理等

* 张龔，江苏省高级人民法院研究室司改调研组组长、四级高级法官；程财，江苏省南京市中级人民法院知识产权法庭一级法官。

① 参见房文翠、陈雷：《法律适用的内在约束力研究——以法律方法为视角》，载《法制与社会发展》2011年第4期。

技术运用。从类案运用中的事实相似性判断切入，探究法官在办案过程中适用类案的问题与方法，为识别在法律上具有比较意义的事实勾勒谱系并提供可操作性指引。

一、事实在类案确定中的影响

随着指导性案例发布、裁判文书上网公开机制的推行，诉讼参与者运用判例支撑和强化诉讼主张的现象悄然勃兴。案件事实比较点的选择应有法律依据，并受方法论规程的约束。^①司法实务中，类案的参考性通常基于特定案件的具体情形、法官对法律的理解以及据此形成的心证不同而各异。在中国裁判文书网以“指导案例”“类案(不)同判”为关键词搜索相关案件作为样本，对事实在类似案件确定中的描述如下：

(一) 核心事实认定失度

【案例 1】原、被告签订的合作协议显示，原告按照被告合作平台关于订单配送的流程和结果标准开展送餐服务，送餐所需车辆等由原告自行购买。美团骑手 App 由原告扫码注册，上线、下线、接单及转单等操作均由原告在 App 上完成，原告可在美团 App 选择上下线时间，选择是否承接订单，也可进行订单的转单操作。原告报酬按照接单数量核算。法院判定，原、被告之间并不具有劳动关系的本质属性。^②

【案例 2】被告的经营范围为代购服务、取送货服务、代缴费服务等，被告在经营期间与美团合作并签订《美团外卖配送服务协议》，后被告于 2018 年 12 月 5 日招用原告从事美团外卖送餐工作，工资由被告核实后按单计酬并发放。在原告工作期间，双方未签订书面劳动合同。原告于 2019 年 4 月 9 日发生交通事故，被告于 2019 年 6 月 1 日出具务工证明，证明其单位员工刘淑贤自 2018 年 12 月 5 日至其单位工作，该员工因发生交通事故自 2019 年 4 月 9 日起一直未到单位上班，其单位未发放请假期间工资，该员工在职期间每月工资为 3500 元以上。法院判定，原告与被告存在事实劳动关系。^③

评析：案例一和案例二均涉及外卖骑手与互联网平台之间的关系认定，基本案情一致，但法院作出了截然相反的结论。在案例一中，法院认为原、被告签订的合作协议非劳动合同，双方并没有达成建立劳动关系的合意；从实际合作模式看，劳动者和用工单位之间无人身依附性。在案例二中，法院认为被告与原告虽未签订书面劳动合同，但原告系被告招用并受其的管理，从事按单计酬的美团外卖送餐工作，该工作是被告业务的

① 参见王彬：《案例指导制度下的法律论证——以同案判断的证成为中心》，载《法制与社会发展》2017 年第 3 期。

② 参见邱龙诉天津吉城美家信息技术有限公司劳动争议案，天津市第一中级人民法院（2020）津 01 民终 3721 号民事判决书。

③ 参见刘淑贤诉葫芦岛市连山区飞毛腿便民服务有限公司劳动争议案，辽宁省葫芦岛市中级人民法院（2020）辽 14 民终 1558 号民事判决书。



组成部分，务工证明也佐证原告系被告公司员工。因此，原、被告已构成事实劳动关系。

司法实务中，人格的从属性、经济的从属性和组织的从属性是认定劳动关系的核心事实要素，以某一要件不具备就否定劳动关系或以具备某一要件就将用工关系认定为劳动关系均有失公允。

（二）对比标准选择失界

【案例3】指导案例24号确定了受害人特殊体质不属于减轻赔偿责任情形的“蛋壳脑袋”规则，包括特殊体质、非过错认定、事故责任、因果关系、案件性质等多个裁判比较点。在禹伟华与王海瑞健康权纠纷案^①中，法院认为审理侵权责任纠纷案件不仅应分析责任成立因果关系，还应分析责任范围因果关系，禹伟华在事故发生时即患有“左膝关节退行性变”（左胫骨髁间隆突变尖、髌韧带骨化等），事故损伤是在原有疾病的基础上发生的损伤，为次要或轻微作用，只起到加重作用，此与指导案例24号的情况不同（见表1）。

表1 案例三与指导案例24号比较点对比

对比标准	指导案例24号	后案判决（案例三）
案件性质	机动车交通事故责任纠纷	健康权纠纷
事故责任	受害人无责	受害人无责
特殊体质	受害人年老骨质疏松	受害人既患有左膝关节退行性变
因果关系	不具有法律上因果关系	既考虑责任成立因果关系，又考虑责任范围因果关系
非过错认定	受害人没有过错	没有证据证明受害人存在过错

评析：比较点是法官基于对法律规范或裁判规则的理解而在基本案情中提取的关键事实，类比的有效性取决于比较点的选择，以比较点为基准区分待决案件事实与已决案件事实之间的相同点和不同点，是判断相似性的事实基础。^②司法实践中，比较点自由裁量空间过大，不同的法官可能基于利益权衡、法律理解等因素择取不同的比较点进行论证或对相同的比较点进行不同解读，由于释法个体差异的不可调适性可能导致类似案件定性分歧或裁量偏差，类案同判似乎成了一个“虚构的法治神话”。^③

（三）边际事实评估失位

【案例4】于欢故意伤害案的一、二审判决差异显著，其原因就在于一审判决未能完整地考虑边际事实，对非法讨债行为的性质定性出现偏差，二审判决基于被害人实施严重贬损他人人格尊严或者亵渎人伦的不法侵害行为，以防卫过当予以改判，实现了天理、国法、人情的有机融合（见表2）。^④

① 参见禹伟华诉王海瑞健康权纠纷案，辽宁省高级人民法院（2019）辽民再31号民事判决书。

② 参见张骥：《论类似案件的判断》，载《中外法学》2014年第2期。

③ 参见周少华：《同案同判：一个虚构的法治神话》，载《法学》2015年第11期。

④ 参见于欢故意伤害罪案，山东省高级人民法院（2017）鲁刑终151号刑事附带民事判决书。

表2 于欢故意伤害案一、二审事实比较

	核心事实	边际事实	法律效果
一审	a. 伤人故意; b. 捅刺行为; c. 致一人死亡、二人重伤、一人轻伤	a. 不当讨债方式引发; b. 人身自由被非法限制; c. 被侮辱谩骂	不具有正当防卫意义上的不法侵害前提
二审	a. 伤人故意; b. 捅刺行为; c. 致一人死亡、二人重伤、一人轻伤; d. 不法侵害	a. 催逼高息借贷引发; b. 实施了非法拘禁行为; c. 被侮辱、推搡、拍打、卡项部等; d. 报警后未摆脱,言语挑衅并威逼; e. 存在亵渎人伦的辱母行为	属于防卫过当

评析：法律上不存在可以严格涵射事实的规范，审理案件不仅要准确认定案件的核心事实，还要注意把握案件中出现的对法律适用具有直接或间接影响的社会背景、前因后果、传统文化、民情风俗等边际事实。边际事实作为价值判断的“因子”，是评判社会效果不可忽视的因素，通过边际事实的认定，可使裁判说理与社会公众形成共识。实践中，法官在类案认定过程中更关注待决案件与已决案件之间的单向核心事实比对，较少关注能够反映矛盾纠纷性质、社会影响程度、公众道德评价等边际事实。

（四）事实相似性判断论证失范

1. 回应规则混乱

【案例5】上诉人主张，本案与最高人民法院（2014）民申字第1363号民事裁定属于同类案件，案情也高度相同，一审法院作出的审判结果与该生效民事裁定确定的法律适用原则和标准存在明显分歧，一审法院应当向最高人民法院审管办提出法律适用分歧解决申请，待最高人民法院审判委员会对法律适用分歧做出决定后参照执行，或依据最高人民法院生效裁判确定的法律适用原则或者标准判决。法院认为，（2014）民申字第1363号民事裁定书以及（2013）皖民一终00089号、（2012）亳民一初字第00029号、（2012）盐商终字第0165号、（2011）响商初字第0342号民事判决书均系法院裁判文书，其认定事实及裁判结果均与本案事实无涉，上述证据与本案不具有关联性。^①评析：该类情形中，当事人及其诉讼代理人往往将在先判例作为证据或者法律适用的参考资料提交法庭，法官通常不对在先判例的参考价值发表意见，或者运用证据规则予以排除适用。当事人提供的类案虽以“证据”形式提供，但本质上并非证明案件事实的材料，对其不进行事实比对，而仅以证据规则予以否定，有失偏颇。

2. 缺乏必要论证型

【案例6】上诉人主张，根据最高人民法院（2019）最高法民申1451号案例裁判规则，

^① 参见东阳市海强电声配件有限公司诉杭州再博贸易有限公司、贾冯祥、中国人寿财产保险股份有限公司瑞安市支公司、刘家超、刘力、谢玉标机动车交通事故责任纠纷案，浙江省金华市中级人民法院（2019）浙07民终6783号民事判决书。



本案系建设用地使用权纠纷，非民间借贷法律关系，双方对违约金的约定具有督促守约和惩罚违约的功能，同时体现了国家维护国有土地交易市场正常秩序的意志。因此，上诉人要求被上诉人按照日缴纳违约金于合同有约、于法有据，一审法院认定违约金过高并予以调整是认定事实错误。法院认为，（2019）最高法民申1451号民事裁定书并非是指导案例，不能作为裁判规则使用。同时，本案的事实，即合同内容与最高人民法院裁定一案的合同内容并不完全相同。因此，该裁定的结论意见亦不能作为本案的证据案例使用。^①

评析：该类情形中，不论是参考还是排除类案适用的案件中，法官大多没有运用法律推理方法对适用或偏离裁判要点予以阐明，或者对解释对象与推理方法的选择和运用差异，影响了类案同判的实际效果。

二、类案确定中事实相似性判断差异的成因

（一）事实识别标准模糊

一方面，案件事实本身具有不确定性。司法裁判过程中的案件事实并不是生活事实，而是无限接近生活事实的具有法律规范意义的裁判事实，如民事侵权案件中的因果关系、主观过错等核心事实，刑事案件中决定行为性质和影响量刑结果的事实。包括指导性案例在内的判例并没有明确案件的核心事实及具体的事实要素，比对哪些事实需要法官进行识别和提取，案件事实之间相似处和相异处的重要性取决于法官的自行决断。因此，事实相似性识别必定带有法官主观判断因素。从认知心理学视角分析，事实判断本质上是对案件所有信息进行裁剪的过程，法官已有的司法理念、知识结构和生活经验等前见都可能在裁判事实建构过程中产生偏差，^②故对类似案件的认定产生分歧。另一方面，每个案件除了涉及法律规定和逻辑之外，都具有各自不同的社会结构。^③不同的社会背景下，案件所蕴含的时代意义、利益诉求、道德评判不同，故需要法官考虑案件产生的价值理念、政策背景以及裁判结果可能产生的社会评价等情况。

（二）案例区别技术不足

案例区别技术在相似性判断中发挥着“支点”作用，“类案同判”也意味着“不类似案件差异裁判”，区别技术要求法官在选取案例与待决案件事实比较点的基础上进行比对，在符合相似性要求的情况下，提取在先判例中的裁判规则处理待决案件的问题；反之，根据不同的事实及情境因素，作出差异化判决，并给出差异化判决的实

① 参见大石桥市自然资源局诉营口弘泰祥格房地产开发有限公司建设用地使用权出让合同纠纷案，辽宁省营口市中级人民法院（2020）辽08民终1188号民事判决书。

② 参见资琳：《案件事实认定中法官前见偏差的修正及控制》，载《法商研究》2018年第4期。

③ 参见[美]唐·布莱克：《社会学视野中的司法》，郭星华译，法律出版社2002年版，第5页。

质理由。尽管我们已推行指导性案例制度，并建立了类案检索和法律适用分歧解决机制，但缺乏辅助相似性判断与规制法官自由裁量权的配套规定。案例区别技术在司法实践中的运用仍处于自发探索阶段，对于如何比较待决案件和类案判例的相似性、如何区别案件核心事实与边际事实、如何对案件相似性展开说理和论证、如何提炼和援引先例裁判规则等问题，实务界尚未达成共识，给裁判者留下了自由操作空间。^①在当事人、诉讼参与者提交的类案范围较广，参考价值亦不明晰的情况下，法官普遍不愿意释明对相关案例的真实意见。

（三）事实相似性判断方法不统一

事实相似性判断并不是单纯的事实比较，而是在事实与规范之间循环往复的逻辑作业。这一过程往往是多种法律方法的融贯性运用，包括类比推理、归纳推理和演绎推理三个阶段。类比推理即确认待决案件与已决案例之间事实的相似性和相异性，并比较相似与相异的重要性；归纳推理即从先例中提炼出裁判规则；演绎推理即将相关裁判规则适用于待决案件。^②先例裁判规则和核心事实之间的连接并不简单而明确，需要法官在司法过程中对事实与规则之间的连接因素进行法律论证和推理。这一过程体现了法官的主观能动性和个体价值判断，如果不遵循一致性的思维规则、共识性的法律知识、规范化的法律技术去识别案件事实与解释法律适用，就会出现不确定的裁判结果。

三、事实相似性判断的可视化解析

“类案同判”由判断待决案件与已决案件是否属于“类案”这一认识活动和对待决案件作出与已决案件“同判”这一实践活动共同组成。在此意义上，对于“类案”的识别和确定尤为重要。通过解析案件事实的显现状态，可以为类案中的“类”之确定性提供基础。

（一）机理剖析：类案中的事实识别标准

类案中的事实判断是一个多维度解构过程，一般涉及三个层次：首先，需要法官从包含诸多事实的基本案情中筛除对案件不会产生影响的边缘事实；其次，提取与案件所要解决的争议相关、被已决案件证成裁判规则的核心事实作为类案判断的基准；最后，识别对案件裁判有影响的边际事实，逆向推理排除疑似案件（见图1）。

1. 边缘事实的筛除。案件中的事实要素涉及方方面面，有些事实要素的替换并不改变裁判结论，类案判断要选取与案件争点具有相关性的事实要素。^③因此，事实

① 参见孙光宁：《区别技术在参照指导性案例之司法实践中的应用及其改进》，载《法学家》2019年第4期。

② 参见刘风景：《司法案件间“家族相似”理论述评》，载《法律方法》2014年第2期。

③ 参见高尚：《司法类案的判断标准及其运用》，载《法律科学》2020年第1期。

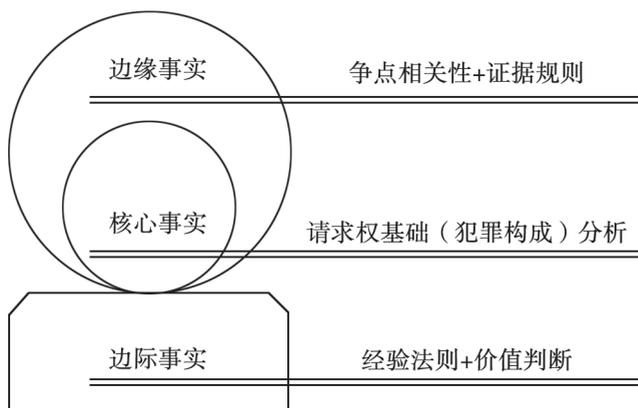


图1 类案中的事实多维度解构

识别首先需要剥离对案件不会产生影响边缘事实，包括受当事人情绪影响的主观判断、局部和枝节意义的争议等。可以采用从客观事实、待证事实到证据事实的识别过程。其中，客观事实是事件发生时所有客观存在的事实，包括纠纷来龙去脉的所有事实；待证事实是案件当事人陈述的事实，包括当事人提出

的“奇葩诉求”和“冗繁叙事”；证据事实主要是法律规范所规定的、裁判需要确认的、有证据能够证明的事实。在这一过程中，使用法律构成要件的标准，对不需要采用法律或不适宜采用法律来规范的自然事件和生活事实予以剥离；使用证据规则对没有证据证明的非证事实不予认定，仅留下证据事实。

2. 核心事实的提取。根据司法“三段论”模式，法律规范构成要件所描述的事实类型是核心事实，如果案件事实能够归属于核心事实的特定类型，则发生该核心事实所特定的法律效果（权利的发生、妨碍、消灭、阻止）。^①核心事实是通过对事物本质的提取建构的类型化事实，是判断法律规则所评价事实与具体案件事实的参照系。核心事实关系到已决案件的裁判规则在什么样的事实样态下应当被参照，是案件后续演绎分析、法律解释的基础。因此，核心事实必须是与争议问题不可分割、具有内在结构性联系的要件事实，能够被涵摄进“三段论”之小前提，并对裁判规则适用产生实质影响。^②例如，汽车、火车、飞机等属于不同的交通工具，但均可以抽象为物权法中的特殊动产；债务人的死亡赔偿金能否清偿其生前债务，即是从各类案件中提取出的核心事实。

3. 边际事实的识别。事实相似性判断模式的重点在于审查类似案件中如何权衡事实与法律、价值的关系。边际事实作为法律规范之外的考量因素，多存在于公众关注度高的情理型疑难案件中，更依赖于经验法则和价值判断。在判断待决案件是否与当事人提供的同类案件相类似时，要对影响个案裁判结果和效果的边际事实充分考虑，比对逻辑证成，运用后果考量的逆向思维检验裁判结果的实质正义性和社会接受度。因案件中的共性因素变化导致判决结论异化时，法官可采用后果考量对裁判标准予以

① 参见黄泽敏：《案件事实的归属论证》，载《法学研究》2017年第5期。

② 参见上海市第一中级人民法院课题组：《司法责任制背景下统一法律适用标准研究》，载《中国应用法学》2020年第5期。

调适，增强裁判的说服力，以使判决结果与社情民意相契合。

（二）方法推演：事实相似性的判断

在事实进行上述识别后，相似性的判断可以分为如下三个步骤：首先，比较已决案件与待决案件核心事实之间的相似处和相异处，这一过程属于类比；其次，分析待决案件与已决案件核心事实之间相异特征和共性特征各自的权重；最后，如果待决案件与已决案件核心事实之间的共性特征在整体上压倒相异特征，再通过边际事实逆向检验是否需要排除事实相似性的认定。概括来说，事实相似性判断可以归纳为“类比识别+分析异同权重+边际事实逆向检验”的范式（见图2）。

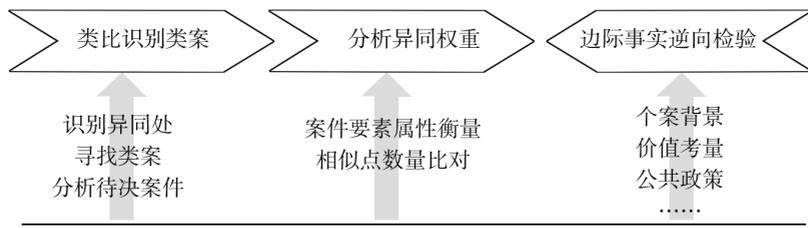


图2 事实相似性判断过程概览

1. 类比。虽然案件事实类比是以类比推理为其主要判断方法，但案件事实类比并不是一个简单的逻辑推理过程，不能僵硬地套入推理公式，而是要在推理的过程融入习惯、伦理道德、司法常识进行综合判断。需要指出的是，在对比较复杂的类似案件事实判断的时候，需要借助一定的推理规则来辅助类案事实的判断。

消费者在超市购物时，将皮包存放于超市的自助寄存柜中，购物出来后发现存放于自助寄存柜中的皮包消失。超市对消费者寄存于自助寄存柜中的丢失物没有失职疏忽的责任，消费者也不存在疏忽。争议的问题是：消费者将自己的财物存放于超市设置的自助寄存柜中，其与超市形成的是何种法律关系？

两案相似点：一是主体均是需要存包的消费者。超市存包案中，消费者将贵重物品存放于自助寄存柜中；宾馆存包案中，消费者也就是房客将贵重物品存放于房间里。二是两案均存在合同关系。不同点：双方在是否达成保管合同的意思表示上不一致。超市存包案中，超市提供了两种寄存方式，一种是人工寄存，一种是自助寄存，自助寄存柜中印制着“贵重物品不得寄存”等字样，这表明超市不愿意对柜中物品进行保管。

2. 分析权重。权重的衡量主要有三种方法：第一，通常两个事物的相同属性越多，它们就越相近，推出结论的可靠性就越高。在事实比对的情境下，两个案件事实相似点越多，给出相同裁判结论的可能性就越大。第二，前提事物的属性与其推出结论的联系越密切，目标事物推出相应结论的可靠性就越高。如果已决案件中类似要素与裁判结论的联系越紧密，待决案件获得同样处理的可能性就越高。第三，可以通过发现和结论相矛盾的属性，以预防不正确结论的得出。如果待决案件中存在某个否定结论的要素，那



么类似结论也就不能被推导出。其中，第一点在于相似点数量上的比对，第二点侧重于案件要素实质性质的衡量，第三点主要涉及下文的边际事实的逆向检验。相同点和不同点的权重衡量，不能单纯以数量的多寡来认定，有关的比对识别无不是将案件事实投射于法律规范之上，从法律适用意义和价值判断角度进行甄别。案件并非事实的简单叠加，司法裁判亦不似烹饪般只需要加入食材和配料就可以成就一道菜品。某些事实之所以成为核心事实是因为其被法律规范、已决案件、法律原则和规则等赋予了法律上的意义，而核心事实相同点及不同点重要性的比较亦体现了法律价值判断上的取舍。

因而，需要对类比之后得出的共性特征和相异特征进行分级。可以在共性特征和相异特征内部分别再细分核心要素和非核心要素。结合类案识别的特定需求，核心要素在识别匹配的次序上应当优先于非核心要素。以“无效保证合同是否适用保证期间”这一法律争议为例，核心要素应为裁判法律依据及案由之类似，在此时的事实相似性判断中，一个在裁判文书说理、法条援引部分中体现了裁判依据事实相似的类似案件，即与保证期间适用相关的事实，其匹配程度远远优先于一个在非核心要素部分类似的事实，如保证合同无效的事实等。如果待决案件与已决案件核心事实之间的共性特征在整体上胜过相异特征，则进入边际事实的逆向检验；如果待决案件与已决案件核心事实之间的相异特征在整体上胜过共性特征，则可以判断待决案件和已决案件并不属于同类案件。

以指导案例 24 号及其后判案件为例。在徐银花、林芬芬等诉胡鹏、郑小珍等机动车交通事故责任纠纷一案中，胡鹏驾驶郑小珍所有的轿车与林法根驾驶的电动三轮车发生碰撞，造成林法根受伤，交警认定双方对事故负同等责任。林法根入院诊断显示：胫骨骨折、血吸虫肝病、门静脉高压、脾脏切除术后等。后医院对其实施骨折复内固定术，术后因暴发性肝功能衰竭、弥散性血管凝血死亡。林法根家属起诉胡鹏等人及保险公司要求赔偿。被告辩称交通事故导致的外伤对林法根的死亡系诱因，主要是其自身疾病及医疗过错造成，应适用参与度减轻被告责任。^①

该案与指导案例 24 号核心事实的相同点有：一是均为交通事故；二是受害人个人体质对损害后果造成影响。两案的不同点是：一是指导性案例中受害人无过错，徐银花案受害人对交通事故负有 50% 的责任；二是徐银花案受害人在治疗过程中发生了医疗损害。因此，法官认为：被告胡鹏的侵权行为及林法根在交通事故中的违法行为均与林法根的死亡存在因果关系，被告应承担相应的赔偿责任；医院的医疗损害行为亦与林法根的死亡存在因果关系，故医院依法应当承担赔偿责任（双方已调解）；林法根生前患有血吸虫肝病、门静脉高压，脾脏切除，该特殊体质确与其死亡产生作用，但其特殊体质并不属于侵权责任法中的“过错”，是受害人身体的一种客观情况，不

^① 参见徐银花、林芬芬、林奋飞诉胡鹏、郑小珍、中国人民财产保险股份有限公司衢州市分公司机动车交通事故责任纠纷案，浙江省衢州市柯城区人民法院（2014）衢柯交民初字第 82 号民事判决书。

能认定为一种应受谴责的主观心理状态，在法理上与其死亡不具有因果关系，因此根据医疗损害及林法根交通事故中的过错对被告赔偿责任比例予以扣减。尽管法官没有在裁判理由中明确对指导案例 24 号进行援引比对，但可以看出，该案与指导案例的两处不同至关重要，与损害结果之间构成了法律上的因果关系，阻断了类似于指导案例的被告承担全部责任的裁判结果。当然，如果仅从个人体质对损害后果的影响上看，该案事实上又遵循了指导案例的裁判规则。

3. 边际事实逆向检验。判决不是法律的精准复写，司法过程也不是三段论的简单操作，事实和法律都因主体的因素而变得复杂和多元。司法现实主义要求对以往生效裁判中形成的审判经验、价值考量、公共政策等因素进行参照。^①因此，需要建立边际事实的逆向排除规则，对不同要素进行分析，确保不存在推翻类案识别特征等足以排除适用的情形。如果存在边际事实，或者存在其他因素需要排除类案适用，则需要充分说理以提高裁判说服力和可接受性。

（三）实例演示：“类比 + 分析权重 + 边际事实逆向检验”

上述事实相似性判断可视化如下图所示 3：

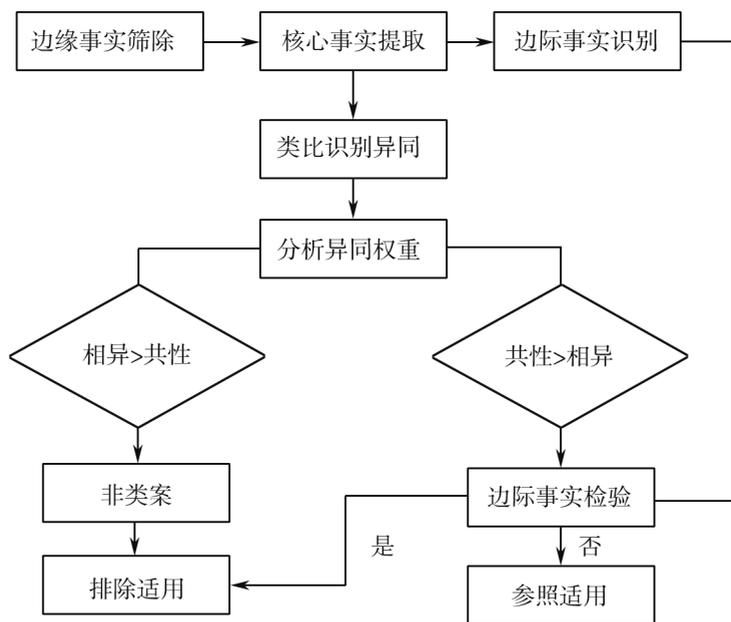


图 3 事实相似性判断可视化解析图

对于事实相似性判断，以指导案例 24 号与后判案件杨福生、王淑华诉刘静、中国人民财产保险股份有限公司柳河支公司、柳河县公路运输工程总公司机动车交通事

^① 参见胡田野：《论司法案例研究与法官裁判思维的养成》，载《人民司法·应用》2018 年第 13 期。



故责任纠纷案（以下简称“王淑华案”）之比较作为实例。

在王淑华案中，刘静雇佣的司机因夜间驾驶没有保持安全车速，撞到杨福生、王淑华，并导致两人伤残，交警认定司机承担事故全部责任。经鉴定，王淑华为三级伤残、伤残等级及交通事故受伤参与度为 25%、护理依赖程度为大部分护理依赖，损伤参与度为 25%。与指导案例 24 号有关的争议焦点是：王淑华的身体状况是否属于减轻侵权人赔偿责任的法定情形。^①两个案件有关事实列举比对如下（见表 3）：

表 3 王淑华案与指导案例 24 号事实比对

法律事实	王淑华案	指导案例 24 号
损害原因	交通事故	交通事故
被告身份	侵权司机的雇主	侵权司机
受害人数量	两人受伤	一人受伤
受害人有无过错	王淑华无过错	荣宝英无过错
损害后果	颅脑损伤三级	骨折十级、左下肢九级
个人体质状况	原患有脑血栓	年老骨质疏松
损伤参与度	25%	75%

可以看到，围绕案件争议焦点和指导性案例裁判要点的核心事实有交通事故、受害人无过错、受害人存在个人体质因素、个人体质影响到损害后果。至于具体侵权人的身份、受害人人数、具体损害后果等与该争议焦点及裁判要点无关，因此不属于核心事实。对两个案件核心事实进行比对发现，交通事故、受害人无过错两项事实相同。不完全相同的是，两案中受害人个人体质对损害后果分别有 25% 及 75% 的影响；受害人中一个是年老骨质疏松，一个是原患有脑血栓。如果这两个事实判定为相似或非关键事实，则王淑华案应参照 24 号指导案例。在指导案例 24 号中，不论是裁判要点还是判决理由，均未提到个人体质对损害后果的具体影响比例，仅提出个人体质对损害后果存在影响。因此，个人体质具体影响比例非关键事实。关于脑血栓与年老骨质疏松是否相似的问题，换句话说就是受害人原有疾病是否属于个人体质的问题。本文赞同王淑华案二审判决及再审审查裁定中的观点，即受害人原有疾病发生在交通事故之前，是其身体的一种客观状况，与其主观心理状况无关。因此，在法律事实上，原患有脑血栓和年老骨质疏松类似，两案关键事实均类似，王淑华的身体状况不属于减轻侵权人赔偿责任的法定情形。

（责任编辑；郝晓越）

^① 参见杨福生、王淑华诉刘静、中国人民财产保险股份有限公司柳河支公司、柳河县公路运输工程总公司机动车交通事故责任纠纷案，吉林省通化市中级人民法院（2016）吉 05 民终 1078 号民事判决书，吉林省高级人民法院（2017）吉民申 274 号再审审查与审判监督民事裁定书。

民事裁判回应类案检索报告的现状检视 与程序构建

赵霏 李安国*

内容摘要：当事人提交类案检索报告作为类案检索制度的重要内容应引起关注。但是制度缺位导致类案检索报告案件范围、辩论程序、识别方法、回应方式与内容存在诸多分歧，引发当事人质疑。当事人提交类案检索报告制度是当事人需求与法官需求的契合，制度的设计应保障当事人诉讼权利平等，兼顾法官成本与收益的考量，同时应考虑裁判文书不同面向价值功能的实现。概言之，当事人提交的检索报告应符合形式要求，按照“提出—辩论—审查—回应—归档”五步流程应对检索报告，完善回应报告的文书框架结构，最后应搭建激励和保障机制，以完成当事人提交类案检索报告的司法应对。

关键词：类案检索报告；权利平等；民事审判回应；程序构建

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)02-000-000

2021年9月27日，最高人民法院印发《关于完善四级法院审级职能定位改革试点的实施办法》（以下简称《试点实施办法》），再次明确要实现法律正确统一适用。当事人提交类案检索报告是统一法律适用、实现同案同判的重要途径和方式之一。此前，最高人民法院印发的《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》（以下简称《指导意见》）第10条规定：“公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人等提交指导性案例作为控（诉）辩理由的，人民法院应当在裁判文书说理中回应是否参照并说明理由；提交其他类案作为控（诉）辩理由的，人民法院可以通过释明等方式予以回应。”这为

* 赵霏，北京市昌平区人民法院三级法官助理；李安国，北京市昌平区人民法院三级法官助理。



当事人提交类案检索报告提供了基本遵循,却仅为原则性规定,尤其在民事案件中,^①对当事人提交类案检索的处理和回应涉及到平等原则、辩论原则等民事诉讼最基本的原则。是理论及实务界对该制度的认识存在分歧,且实践中对此处理不一,在个别案件中成为当事人上诉和申请再审的理由,不仅不利于司法权威的形成,也对当事人提交类案检索报告的积极性造成打击,更不利于同案同判、统一法律适用目的的实现。

一、问题切入：类案检索报告的处理分歧

由于现有法律及司法解释对当事人提交类案检索报告规定较为粗线条,实践中虽然各省市不同层级法院对民事审判回应当事人提交类案检索报告也在进行回应,但是对理论界定和程序设置,如检索报告的性质、当事人提交报告的启动程序和方式、法院的回应内容和方式等问题,仍存在较大分歧,直接影响当事人提交类案检索报告的效果。

对比一：拒绝提交与要求提交

【案例1】陈某再审申请称二审法院剥夺了当事人的辩论权利,陈某向二审法院提交了类案检索报告与法律法规检索报告,二审法院拒绝陈某将此作为证据提交。陈某以此为理由申请再审。^②

【案例2】甲公司与乙公司买卖合同纠纷一案中,桐乡法院在该案件的审理过程中,发现该案件争议较大,法官在审理过程中向双方当事人送达《类案文书通知书》及《类案文书内容及要求》,双方当事人依照要求提供了相应的类案文书,并就对方提交的类案文书发表了书面意见。^③

小结：案例1中当事人主动提交检索报告,但是法院却拒收,且未就原因进行任何方式的说明,当事人以此为由申请再审。案例2法官主动释明当事人提交类案检索报告。那么,何种情况下当事人需要提交类案检索报告、何种情形下法官可以要求当事人提交类案检索报告以及何种情形下法官可以拒绝接收当事人提交的类案检索报告,这些问题在目前尚无明确规定。现行制度中法官的职责和权力界限并不清楚,易引发当事人的质疑。

对比二：采信与不采信

【案例3】上诉人丙公司在举证质证阶段提交证据4类案检索报告,拟证明A公

① 最高人民法院对类案检索报告制度的建立并未对民事案件、刑事案件、行政案件的审理进行区分,本文认为民事案件相较于刑事案件、行政案件更具有双方当事人平等对抗的特征,对双方当事人诉讼权利的平等保护更具典型特征,所以本文将论述范围限定在民事案件的审判中。

② 参见陈大明诉陈素芬合同纠纷案,湖北省高级人民法院(2020)鄂民申4713号民事裁定书。

③ 参见《桐乡法院发布首个类案文书当事人提交制度》,载微信公众号“桐乡市人民法院”,2021年1月5日。

司与 B 公司的情形符合人格混同的条件，应认定人格混同，两公司应对债务承担连带清偿责任。被上诉人 A 公司质证称，对该证据三性不予认可，与本案无关。法院认为，检索报告系另案判决，不能作为本案认定事实的依据，本院对此不予采信。^①

【案例 4】李某申请再声称提交了三份类案检索报告，二审法院未按照指导意见第 10 条的规定进行释明。法院认为，其提交的类案检索报告与本案的基本事实存在差异，且不属于指导意见第 10 条规定的类案范围，对本案不具有参考性。^②

小结：上述两个案例中，当事人均向法院提交了检索报告，但是案例 3 中法院认为检索报告不是证据，直接不予采信；案例 4 认为类案事实与本案事实存在差异，不具有参考性。那么当事人提交的类案检索报告到底性质为何？当事人需要什么阶段提交？法院采信与不采信的标准又如何进行界分？均是需要明确的问题。

对比三：回应与不回应

【案例 5】庭审中，丁公司代理人当庭向法庭提交类案检索报告一份，对同类型案件的法律适用予以参考。该案中，对方当事人未对该检索报告发表意见，裁判文书亦未进行回应。^③

【案例 6】某公司上诉称一审判决其承担损失比例高达 80%，根据同期类案检索报告原则上是减免 30%，最多不超过 50%。二审法官认为，应变更为原约定租金的 50%。但是未对类案检索报告及所涉内容进行回应。^④

小结：案例 5 法院对类案检索报告未回应；案例 6 虽采纳了类案检索的意见，对类案未进行识别和回应。对于当事人提交的类案检索报告应以何种方式进行回应，不回应会导致什么法律后果，目前并无详细统一的规定。

二、实证检讨：类案检索报告处理乱象分析

笔者在裁判文书网共搜索到 53 份文书作为样本，^⑤进一步对类案检索报告处理产生的乱象进行分析，对类案检索报告案件范围、辩论程序、识别方法、回应方式与内容进行检讨。

① 参见四川双龙飞祥鞋材有限公司诉成都市金加鞋业有限公司买卖合同纠纷案，四川省成都市中级人民法院（2020）川 01 民终 12418 号民事判决书。

② 参见李昊诉抚顺银行股份有限公司一般人格权纠纷案，辽宁省高级人民法院（2021）辽民申 1171 号民事裁定书。

③ 参见贵州通美建筑节能材料有限公司诉四川省阿尔文建设有限公司贵州时骏房地产开发有限公司买卖合同纠纷案，贵州省毕节市七星关区人民法院（2020）黔 0502 民初 18034 号民事判决书。

④ 参见北京诺凡商贸有限公司诉杨析房屋租赁合同纠纷案，北京市第一中级人民法院（2021）京 01 民终 992 号民事判决书。

⑤ 以“类案检索报告”为关键词，限定案件类型为民事案件，2021 年 5 月 25 日搜索并剔除重复或无内容的文书。



(一) 案件范围检讨

类案检索制度作为司法改革背景下一项新型的制度，尚处探索阶段，加之我国是成文法国家，法官裁判主要依据规则而非判例，对于类案参照、识别等裁判方法接纳程度不高，类案检索制度在诉讼法及《人民法院组织法》等法律层面并未进行规定。作为类案检索制度重要内容的当事人提交类案检索报告也没有全国性的、专门性的规则文件，仅出现于《指导意见》第10条。部分中院、高院虽然针对该《指导意见》进行了细化，但是对当事人提交类案检索报告的情形却鲜少涉及（见表1）。甚至有当事人以最高人民法院的意见“具有参考价值，不属于法律规定”^①的观点来回应另一方当事人的类案检索报告。

表1 指导意见配套文件制定发布情况统计^②

序号	制定发布法院	文件名称	涉及当事人提交类案检索报告内容
1	最高法院	《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》	公诉机关、案件当事人及其辩护人、诉讼代理人等提交指导性案例作为控（诉）辩理由的，人民法院应当在裁判文书说理中回应是否参照并说明理由；提交其他类案作为控（诉）辩理由的，人民法院可以通过释明等方式予以回应
2	北京高院	《北京市高级人民法院关于规范民事案件自由裁量权行使保障裁判尺度统一的工作意见（试行）》	对于当事人提交的类案检索材料显示可能涉及自由裁量权行使不统一问题的，法官应认真甄别是否可作为裁判参考，无需在裁判文书中回应的，应在合议笔录或工作记录中载明。法官认为有必要的，可释明当事人提交类案检索结果作为裁判参考
3	北京高院	《北京市高级人民法院关于类案及关联案件检索实施办法（试行）》	当事人、诉讼代理人提供类案及关联案件检索报告的，法官应当综合所提交的案件与审理中的案件是否属于类案及关联案件、是否具有参考价值、审理法院是否具有审级监督关系、检索报告是否全面准确等因素决定是否在审理中的案件中参考，可以在合议笔录或工作记录中载明，必要时在庭审、裁判文书中就检索结果明确的法律理由、所适用的法律条文进行回应。法官认为有必要的，可以释明当事人、诉讼代理人提交类案及关联案件检索报告
4	江苏高院	《江苏省高级人民法院关于建立类案强制检索报告制度的规定（试行）》	无
5	北京二中院	《北京市第二中级人民法院类案回应工作规则（试行）》	该工作规则较为详细地规定了类案回应的条件、措施及配套制度等内容
6	南京中院	《关于引导律师进行类案检索的操作指引（试行）》	律师提供类案生效裁判或者类案检索报告的，承办法官应当进行类案检索。律师提交指导性案例作为诉辩理由的，承办法官应当在裁判文书说理中回应是否参照并说明理由；律师提交其他类案作为诉辩理由的，承办法官可以通过释明等方式予以回应

① 参见蒋静诉牛肖辉、殷小国建设工程施工合同纠纷案，河北省衡水市中级人民法院（2020）冀11民终2056号民事判决书。

② 因条件及搜索手段所限，该统计为不完全统计。

由上可见,各级法院的规定没有对案件范围进行明确。从抽样的案件来看,法官未对此发表意见,类案检索报告主要取决于当事人基于自身诉讼利益主动提交,少部分案件中法官要求双方当事人进行提交。

(二) 辩论程序检讨

虽然没有全国性、专门性的法律或司法解释对当事人提交类案检索报告的制度进行规定,但是依照我国先行先试,形成成熟经验再全国推广的改革经验,我们完全可以对该制度的程序进行设计,然后再行规定在法律或者司法解释当中。但是,该制度目前尚在探索阶段,诸多问题仍有待厘清,对于当事人在民事审判中提交类案检索报告后应如何处理应对更是少有规定,对该制度运行的程序尚存许多疑问,在实践中处于缺位状态。主要包括:

1. 是否需要辩论存在分歧。调查样本中,在17份案件中对方就当事人提交的检索报告发表了意见,占比32.08%;有36件未发表意见,占比67.92%。结合笔者的司法实务经验,未发表意见的通常有如下原因:(1)法官认为当事人提交的类案检索报告属于当事人单方面意见,系当事人向法官提交的陈述,主要用于法官裁判及文书说理进行参考,无需对方当事人发表意见;(2)当事人提交类案检索报告时,法庭辩论已经结束,法官不再重新组织辩论。该分歧直接影响了当事人辩论权利的行使。

2. 辩论内容存在分歧。辩论内容关系到对类案检索报告性质的认识,也关系到当事人辩论权的行使。在17件发表意见的案件中,有10件案件因当事人在举证质证阶段提交类案检索报告,对方当事人按照证据的属性发表意见。其余7件案件中,当事人就类案检索报告内容发表意见。

3. 对不组织辩论后果认识不同。样本案例中,有当事人认为法院未组织辩论影响当事人辩论权的行使,构成其上诉或者申请再审的理由,二审法院^①和再审法院^②对此持否定态度。

(三) 识别方法检讨

类案识别是类案检索报告制度的核心内容。《〈最高人民法院关于案例指导工作的规定〉实施细则》将基本案情和法律适用作为类案的识别要素;《指导意见》认为类案是由基本事实、争议焦点与法律适用等构成了类案的识别要素,同时“等”也留下了一定的空间。北京高院《关于类案及关联案件检索实施办法(试行)》规定是否属于类案及关联案件、是否具有参考价值、审理法院是否具有审级监督关系、检索报告是否全面准确等因素决定是否在审理中的案件中参考,但对具体的识别方法未予规定。

① 参见蒋静诉牛肖辉、殷小国建设工程施工合同纠纷案,河北省衡水市中级人民法院(2020)冀11民终2056号民事判决书。

② 参见陈大明诉陈素芬合同纠纷案,湖北省高级人民法院(2020)鄂民申4713号民事裁定书。



样本中对识别方法也有所体现,例如有法院认为“该案案情与本案案情并不一致,本院对泰成公司该上诉理由不予采纳”^①,也有法院认为“类案检索报告所述的两案,在案件争议事实、对案涉合同效力的认定上,均与本案不相类似,不足以推翻二审判决”^②,但是鲜有判决书在说理部分对类案的识别方法进行详细说明和论证,也未体现出统一的识别方法。

(四) 回应方式检讨

《指导意见》和北京高院对回应方式进行了规定,共同点在于认为并非当事人提交的检索报告都需要在裁判文书中回应。但是以下问题仍有待统一和明确:

1. 区分标准有待统一。针对这一问题一般有两种观点,观点一以类案是否为指导案例为标准,^③这种标准便于操作。但是否合理有待商榷,最高法院发布的指导性案例遍布各领域,但是并非所有案件争议都较大、当事人提交类案检索报告是其诉讼权利,是否所有以指导案例为类案的都有必要在裁判文书中进行回应仍然有待探讨。观点二以法官认为必要为标准,^④标准较为灵活,但是赋予法官过大的自由裁量权、不具有操作性,且未设定任何限制,容易限制和侵犯当事人的诉讼权利,一定程度上也与类案检索制度限制法官自由裁量权的制度目的相悖。

2. 回应方式有待明确。《指导意见》第10条为回应方式提供了两种思路,即裁判文书回应和释明方式回应。裁判文书回应较为明确;但是“释明”内涵并不清晰,比如是否需要组织双方当事人到庭、是否需要双方当事人均陈述意见、是否需要在裁判文书中进行回应,如果不需要在裁判文书中回应时需要“释明”,但是“释明”的内容是什么、如何进行“释明”。且“等”字本身含义并不明确,是虚词还是存在其他回应方式的可能尚有待解释。

(五) 回应内容检讨

按照裁判文书对类案检索报告的回应方式和回应内容,可以将调查样本的文书进行如下分类(见图1):

1. 视而不见型。此类文书中法院仅对当事人的类案检索报告内容以及对方当事人的意见进行列明,但是对类案检索报告的相关内容没有任何涉及,也没有任何论述及回应,从裁判文书中无法看出法院对当事人类案检索报告的态度,无法得知是否采信,也无法得知类案检索报告对法官自由心证和裁判的作用。

① 广东泰成逸园医疗养老有限公司诉梁钻英委托合同纠纷案,广东省广州市中级人民法院(2020)粤01民终25497号民事判决书。

② 广州市天河重亮娱乐有限公司诉林泰松租赁合同纠纷案,广东省高级人民法院(2019)粤民申12501号民事裁定书。

③ 这种标准体现在《指导意见》第10条。

④ 如北京高院出台的《关于规范民事案件自由裁量权行使保障裁判尺度统一的工作意见(试行)》《关于类案及关联案件检索实施办法(试行)》采用此种观点。

2. 简单回应型。部分裁判文书对类案检索报告简单进行了回应，未进行展开论述。如“案情与本案案情并不一致，本院对泰成公司该上诉理由不予采纳”^①。

3. 详细回应型。此类文书对类案检索报告进行了较为详细的回应，对类案与本案的关系进行了分析、回应了当事人对争议问题的观点、说明法院采信何种观点及理由。^②

《指导意见》第10条分类是周延的，即最高法院认为当事人提交的类案检索报告均应回应，只是回应方式有所区别。但是因为区分标准不尽合理导致对回应方式的区分在实践中操作不强，其次，对回应的内容未进行规定导致实践中存在适用分歧，进而一定程度上影响了当事人提交的检索报告对民事裁判作用的发挥。



■ 未(明确)回应 ■ 简单回应 ■ 详细回应

图1 裁判文书对检索报告的回应情况

三、理论基础：类案检索报告回应的价值面向

当事人提交检索报告的处理不仅涉及到当事人诉讼权利的行使、双方当事人权利的保障、法官与当事人之间的关系，还关系到裁判文书的功能。厘清回应当事人提交的类案检索报告理论面向对该制度的规范有着重要的现实意义。

(一) 协同：当事人需求与法官需求的契合

当事人提交检索报告实现了当事人需求与法官需求的契合，这也符合协同主义诉讼模式下共同作业体角色协同发现案件事实，促进诉讼进行的要求。^③

1. 当事人需求实现的可能性。如同向法院提供证据是为了证明己方主张事实为真一样，当事人提交类案检索报告是为了对法官产生说服作用，^④以促使法官采纳己方主张，增加胜诉的几率。如今，“互联网+”时代到来，裁判文书上网的井喷式增长为当事人进行类案检索提供了海量素材，加之诉讼当事人诉讼能力的提高、律师代理案件

^① 广东泰成逸园医疗养老有限公司诉梁钻英委托合同纠纷案，广东省广州市中级人民法院（2020）粤01民终25497号民事判决书。

^② 参见南京五星高能房地产开发有限公司诉南京庆盛房地产开发有限公司商品房预售合同纠纷案，四川省绵阳市游仙区人民法院（2021）川0704民初87号民事判决书。

^③ 参见杜国伟、杨红妆、高娟：《类案强制检索机制的程序化构造——基于协同主义诉讼模式的视角》，载《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究——全国法院第30届学术讨论会获奖论文集》（上），第622-623页。

^④ 参见傅郁林：《在案例中探寻裁判的逻辑》，载《人民法院报》2012年2月1日，第8版。



数量增多等因素,都增加了当事人向法院提交检索报告的可能性。当事人为了说服法官采纳自己的主张对提供检索报告有强大的驱动力。科学设置对当事人提供类案检索报告的回应方式,可以有效提升当事人进行类案检索并提交的积极性,对法律的正确统一适用具有积极意义。

2. 法官对类案检索报告的需求增强。虽然裁判文书的井喷式上网为检索带来了极大便利,同时最高人民法院和各级法院都致力于研究更为精准的类型检索系统,但是不得不承认还有很长的路要走。^①传统模式下的类案检索和推送途径已经无法满足法官的办案需求,法官自行检索并制作一份报告需要投入的时间精力较多,加之案多人少矛盾的日趋紧张,面对大量案件的审判压力,法官自己进行类案检索的动力不足。但是面对某些案件,法官又急需一份针对待决案件的精准的类型检索报告,满足其在审判的不同阶段对类案的需求,节省自己在待决案件的投入时间,提升审判质效。

而当事人基于自身利益的诉讼需求提交的类案检索报告势必比任何类案检索系统更加精准,此时,当事人的需求与法官的需求出现了契合,通过类案检索报告,可以减少由待决案件复杂性、新颖性所带来的审理困惑,缩短法官认知、理解和判断的过程。^②类案检索报告在不同阶段都可以节省法官时间,使法官更快速准确地进行裁判,也符合当事人对公正效率的追求。

(二) 平等:当事人武器平等的程序保障

在民事诉讼中,双方当事人处于对抗地位,即当事人的双方被置于相互对立、相互抗争的地位上,在他们之间展开的攻击防御活动构成了诉讼程序的主体部分。^③理想的诉讼制度期待当事人完全平等,法官居中做出公正裁判。

但是实践中的诉讼构造并非完全理想,诉讼能力不同、信息不对称等都会导致当事人行使诉讼权利的差异,所以不能期待双方当事人同时向法院提交质量相当的类案检索报告。此时,当事人诉讼权利的平等行使需要法院介入。程序保障意味着让双方都互相知道对方的主张及举证,并提供充分的反驳机会。^④基于平等原则和辩论原则,一方当事人在提交检索报告后,法官向对方当事人开示,并告知其也享有该项权利,同时履行对对方当事人意见的反驳义务。双方当事人均提交类案检索报告后法官应组织双方进行辩论,使双方的诉讼武器至少在形式上达到平等,以避免自己陷于某一方当事人精巧美观的检索报告而做出不公正的裁判结果。

① 参见周莉、成文武:《“案”以类聚: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》,载《山东法官培训学院学报》2021年第1期。

② 参见郑通斌:《类案检索运行现状及完善路径》,载《人民司法·应用》2018年第31期。

③ 参见王亚新:《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2010年版,第51页。

④ 参见[日]谷口安平:《程序的正义与诉讼》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社1996年版,第55页。

（三）平衡：法官成本与收益的考量

“经济人假设”理论的作用无处不在，法官的审判行为也概莫能外。根据“经济人假设”理论，理性人会做出让自己利益最大化的选择。按照“经济人假设”理论，法官的最终行为将决定于风险和收益的大小对比。^①法官对类案检索报告的处理模式也必然考量“风险”与“收益”的对比（见图2）。

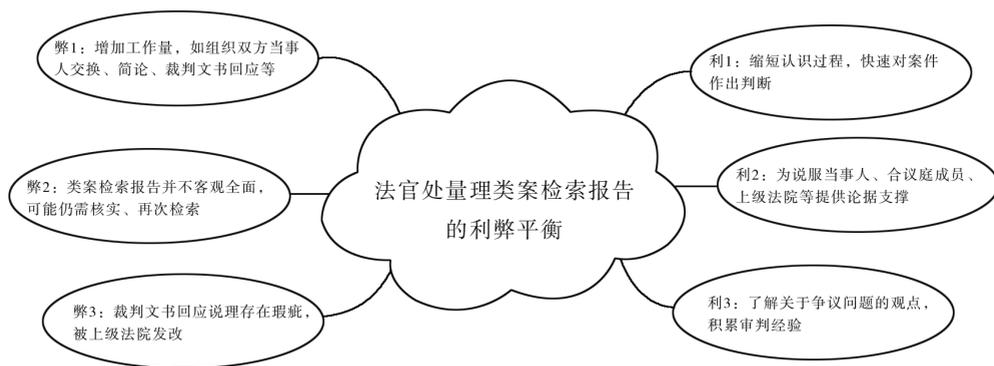


图2 法官处理类案检索报告的利弊平衡

法官对类案检索报告的处理行为会产生不同的风险和收益，客观而言，确实缩短了法官的认识过程，帮助法官节省了时间，为法官说服当事人、合议庭成员、二审法官提供了论据支撑，为法官职业提供“避风港”。^②但同时也增加了法官的工作量，法官要组织双方当事人就报告进行交换、开示、辩论，并且需要在裁判文书说理部分进行回应。如果对类案检索报告的说理存在瑕疵，还可能面临被当事人指摘、二审法官发改定错等责难。所以，该制度设计时需要充分考虑成本与收益的关系，才能实现法官积极利用和回应当事人类案检索报告，最终实现法律统一适用的效果。

（四）回归：裁判文书不同面向的价值

裁判文书是法院审判工作的“最终产品”，是全部诉讼活动的重要载体。^③对当事人而言，裁判文书是法官与其沟通的重要途径，当事人需要通过裁判文书明了法官对其观点的判断和回应，了解法官对己方的诉求、观点的判断和评价；对二审法官而言，需要通过裁判文书了解诉讼进程和法官内心确信形成过程，以便作出决定；对社会公众而言，需要通过裁判文书划定自己的行为范围、确定行为预期和行为规范。所以裁判文书必须对当事人提交的检索报告进行回应和说理，同时也是对案件争议问题的集中回答。

在裁判文书中公开回应当事人提交的类案检索报告，归纳双方时间的诉讼争议焦

^① 参见付悦余、宣海林、高翔：《合议庭少数意见公开：行走在价值与现实的结合点》，载《法律适用》2009年第2期。

^② 参见于同志：《我们为什么要重视司法案例》，载《人民法院报》2017年8月2日，第2版。

^③ 参见李冬青：《司法公信力目标下司法透明度建设的方向探索》，载《广西社会科学》2018年第12期。



点，展示当事人对争议问题的不同意见、检索报告的情况及法院的处理方式、法官对不同观点的判断和评价是裁判文书功能和价值的回归，且裁判文书的回应和公开也是该制度运行并促进其日臻完善的重要途径。

四、制度完善：类案检索报告的流程设想

全国性制度的缺失、各地规范的不统一，导致司法实践的处理不一，严重影响了司法公信力，也影响了当事人提交类案检索报告的积极性。笔者认为，有效推进当事人提交类案检索报告制度的运行，制度建设和处理流程构建同样重要。对此应从以下方面进行完善：

（一）切入点：报告应符合形式要求

一份合格的类案检索报告需要对检索到的原始案例进行二次人工筛选、识别及比对，而非向法院呈现原生态的案件裁判文书。只有这样才可以起到类案检索的效果，否则将大打折扣。当事人提交的类案检索报告的质量直接影响法官回应的质量，进而影响类案检索报告效果的实现。本文认为，类案检索报告主要包括的核心要素有（见图3）：

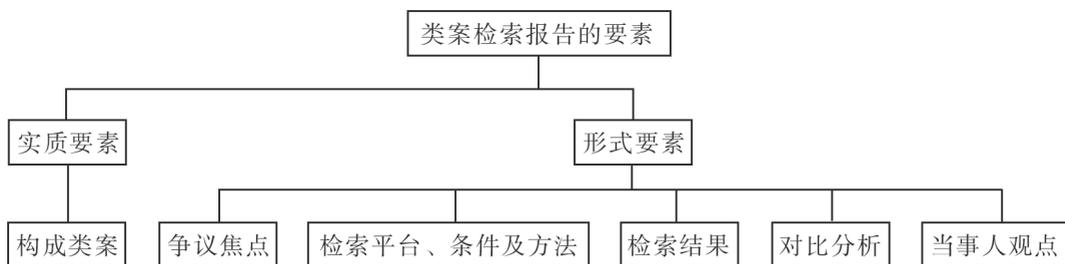


图3 类案检索报告的要素

1. 争议焦点。并非所有案件都需要进行类案检索，实践中大部分的案件可以通过法律知识、经验法则等进行裁判。类案检索的必要性在于待决案件有争议，该争议可能是法律适用问题、可能是事实认定问题或者是程序问题，总之是当事人之间或者当事人与法官之间对某种问题形成了争议。争议焦点的部分要写明案件的争议焦点，让受众一目了然。

2. 检索平台、条件及方法。类案检索报告应该包括类案检索的平台、条件和方法，便于报告的使用者“复核”使用。为了报告使用者的方便，应该最大限度还原检索的过程，如使用的平台、检索时设定的时间范围及关键词等。检索应紧紧围绕争议焦点进行，最大限度寻找与待决案件争议焦点一致的类案。

3. 检索结果。检索结果应尽可能客观全面，实践中大部分案件的当事人提交的检

索报告仅提供支持己方观点的类案，本文认为这种认识是错误的。因为真正的说服不是仅仅向受众展示有利于己方的观点，而是在充分对比分析后让别人信服并采信己方观点。存在争议的问题往往有两种以上的观点，一份优质的类案检索报告应该将全面客观的检索结果呈现在使用者的面前。

4. 对比分析。该部分是类案检索报告的核心部分，报告的提供者应该清晰明确地对存在争议的观点进行对比分析，并辅之以类案作为论据进行论证，对待决案件的争议焦点与在先案例进行对比分析。该部分一定要建立在素材全面、逻辑完满的基础上，应将不同观点的类案对比呈现，避免选择性忽略。^①

5. 当事人观点。该部分是报告的结论性部分，需要简明清晰地陈述己方的意见，便于法官快速明确报告的意见。

（二）着手点：五步流程化程序构建

类案检索报告处理流程主要包括四个阶段：提出—辩论—审查—回应—归档。

1. 报告提出：报告的提出是该制度的启动条件，主要应明晰：

（1）提出主体：提交报告的主体不限于当事人主动提交，法官认为有必要的，也可以释明当事人提交。协同主义模式下，当事人与法官并非绝然分离，均对诉讼的进行有促进义务，是为了同一个目标努力。^②前文已经分析法官和当事人的需求在类案检索制度中可以达到契合，因此法官和当事人都可以作为程序启动的主体。

（2）案件范围：当事人基于论证自身主张的需要，可以在任何案件中提交类案检索报告作为佐证自己观点的论据，因此在当事人主动提交的情形下不存在适用案件的范围问题。该问题主要存在于法官释明当事人提交的情形，本文认为主要有以下几种情形：一是拟提交专业（主审）法官会议或者审判委员会讨论的；二是缺乏明确裁判规则或者尚未形成统一裁判规则的；三是院长、庭长根据审判监督管理权限要求进行类案检索的；四是其他需要进行类案检索的。该范围与“指导意见”第2条的规定契合，本质上在于法官认为案件争议较大，需要当事人提交更加有利的论据说服法官形成自由心证的，即属于法官释明当事人提交类案检索报告的范围。

（3）提出时间：当事人提交类案检索报告应在法庭辩论终结前向法院提交，否则法院不予采纳，但是当事人有充分理由证明对案件有实质性影响的除外。如此可以避免案件程序反复，同时，可以与法庭辩论环节融合，避免司法资源浪费。法官释明当事人提交类案检索报告的不受此限，但是需保障当事人辩论权的行使。

2. 报告辩论：当事人应就检索报告内容进行辩论，这直接关系到当事人的基本诉讼权利。

^① 参见北京市三中院课题组：《类案检索报告制作和运用机制研究》，载《法律适用》2020年第12期。

^② 参见[日]谷口安平：《程序正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社1996年版，第138页。



(1) 辩论程序：当事人提交合格的检索报告后，法官向对方出示，并告知其亦享有提交报告的权利，法官组织双方当事人对报告进行交换和辩论。具体程序为：总结争议焦点—原告发表观点，并结合类案检索报告阐述理由—被告进行反驳，被告发表观点并结合类案检索报告阐述理由—双方自由辩论—法官总结（见图4）。该程序在审判实践中一般包含在法庭辩论环节，例外情形下当事人在法庭辩论终结后提交检索报告并被法院允许的情况下，法院应单独按照上述顺序组织辩论。此外，此处的辩论不限于当面的口头辩论，双方当事人向法庭提交书面意见也属于对检索报告进行辩论。

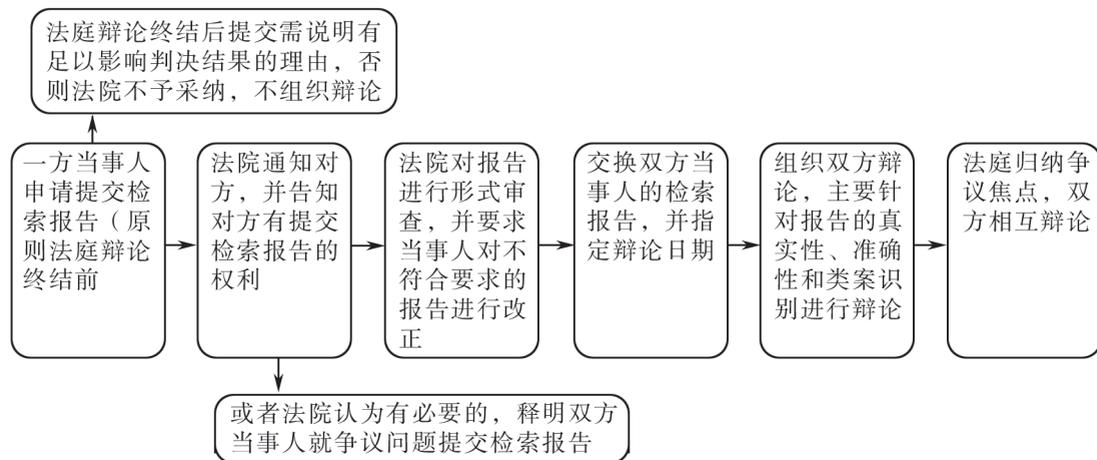


图4 组织辩论流程图

(2) 辩论内容：当事人应就案件争议问题从检索报告角度进行充分辩论，这是保障当事人辩论权的需要，同时坚持详略得当的原则。另一方当事人可以向法庭提交支撑己方观点的类案检索报告。双方当事人得就报告的真实性、准确性，案例的出处、来源以及是否构成类案进行全面辩论，对双方争议问题进行充分辩论。

3. 报告审查：为保证公正行使审判权，法院应就当事人提交的类案检索报告进行审查，主要包括形式审查、实质审查、合议评议。

(1) 形式审查：法官应对报告进行初步形式审查，看是否符合法院对类案检索报告的形式要求。如不符合要求，则告知当事人修改，逾期未做修改的法院不予采纳，并将告知相关情况形成笔录以附卷备查。此外，法院还应对报告及类案的真实性、准确性进行审查。

(2) 实质审查：类案识别是类案检索报告的核心内容，也是法院对当事人提交的类案检索报告进行回应的核心内容，是裁判文书说理的关键所在。法院采信类案检索报告并参照类案进行裁判的前提是类案与待决案件构成类案，因此类案识别是类案检索报告制度的核心内容。本文同意“指导意见”的观点，认为类案识别要素包括基本

事实、争议焦点与法律适用。

案件事实是类案识别的重要基础，也是识别和比较的基本对象。并非所有的案件事实都是类案识别考量范围的事实，只有与法律适用相关的关键性事实才是类案识别的考查范围，此类事实也可以称为“主要事实”“关键事实”。

争议焦点主要是在案件事实归属到法律规范过程汇总产生的难点。^①争议焦点连接了事实认定和法律适用，凝结了当事人争议的核心问题，也是法院在裁判文书中必须回应的核心问题。争议焦点存在是类案检索制度成立的前提条件，如果两个案件争议焦点不相似，那么就没有办法认为两个案件属于相似案件，也就没有适用类案检索制度的空间。

除此之外，法律适用也应相似，如果两个案件的法律适用不同，即法律关系不同、请求权基础不同，无论如何难以认定为类案。类案应从法律规范进行评价，即从法律规范的场域而言，两个案件可以做出相似性评价，从而构成类案识别的要素之一。

争议焦点作为争议的集中体现，凝聚了案件事实和法律适用，是类案识别需要首要考量的核心要点。如果争议焦点不同，即使在基本事实和法律适用上构成类案，亦无进一步考察的必要。

当然，类案的具体判断和识别是一个高度依赖人类理性的实践活动，^②必须依赖于法官基于其对案件事实和法律适用的认定、审判经验等综合考虑，无法依赖任何智能系统进行判断。这一点已经有法官率先认识到：“首先，对案件进行裁判时要兼顾判决之间的平衡，尽量统一裁判尺度，但我国并不是判例法国家，不能因为类案存在适用缓刑的情形，便对其适用缓刑。在具体量刑时应考虑个案中被告人犯罪的情节、认罪悔罪表现等综合予以判断。”^③

(3) 合议评议：庭后的评议合议是法官之间相互辩论说服，形成内心确信的重要环节。法官或者合议庭之间应结合当事人提交的类案检索报告，针对案件争议焦点，对是否构成类案、是否参照类案、参照何种观点及其理由进行充分合议评议。合议庭成员形成一致意见、不存在争议的，可以直接作出裁判结果。合议庭内部争议较大或者偏离类案观点或者类案之间存在分歧的，应按照规定提交专业法官会议、审委会进行评议。合议评议应如实记录，立卷备查。

4. 报告回应：法官应就当事人的争议焦点进行回应，其中必然包含对当事人提交的检索报告的回应，当事人的类案检索报告通常就是己方对案件争议焦点的论据的呈现，因此法官也必须对当事人提交的类案检索报告进行回应。

① 参见黄泽敏：《案件事实的归属论证》，载《法学研究》2017年第5期。

② 参见孙海波：《反思智能化裁判的可能及限度》，载《国家检察官学院学报》2020年第5期。

③ 孙昊、卜建宇走私贩卖运输制造毒品容留他人吸毒罪案，山东省日照市东港区人民法院（2020）鲁1102刑初860号刑事判决书。该判决书为刑事判决书，不属于本文讨论的民事案件的范围。但是笔者对法官观点深表赞同，因此放在文中供读者参考。



(1) 回应方式：指导意见将回应方式分为裁判文书回应和释明回应。裁判文书回应的方式较为明确，但“释明”的含义有待澄清。释明的方式较为灵活，法官可视类案检索报告的形式和内容在任何阶段对类案检索报告进行释明，如报告形式不合格，法官可以释明进行更正；不构成类案，法官也可以进行释明等等。但是，法官所有针对当人类案检索报告的回应均应记录在案。

(2) 回应内容：法官对检索报告回应的核心在于是否构成类案。构成类案，法官理所当然应该适用在先案件的裁判规则，对待决案件进行裁判；如果不构成类案，法官则无需适用。法官应该从案件事实、争议焦点和法律适用三方面对是否构成类案在裁判文书中进行说明。

裁判文书说理应该遵循繁简适度的原则。实践中，多数案件属于简单案件，法官依据既有知识、现行的法律规则就可以进行裁判，此时实际上没有参考检索报告的必要，甚至当事人提交的类案法院裁判的共识，此种情形下应该简化说理；但是对于案件疑难、双方争议较大、适用普通程序、具有社会导向性的案件应该强化说理。说理的内容应该包括对报告的认定、是否采用、采用与否的原因。尤其法官认为待决案件与类案存在不一致、不构成类案时，更应详细说明理由。

(3) 不回应的后果：仅因不回应报告内容的，不构成法定程序的违反，不足以成为当事人上诉或者申请再审的理由，但是构成裁判文书说理的瑕疵，二审法官或者再审案件法官应指出并更正。

5. 附卷备查：类案检索报告、辩论笔录等作为诉讼材料应归入正卷，对当事人提交的类案检索报告合议庭进行合议或评议笔录应归入副卷，以备查看。

(三) 落脚点：完善裁判文书框架结构

正文理由部分是回应当事人意见，释法说理，公开法官自由心证的重要部分，也是法官与各方主体沟通的主要“阵地”。因为需要在裁判文书中详细回应的都是当事人争议较大、存在重大法律适用分歧或者目前法律规则存在空白的案件，因此，裁判文书对类案检索报告的回应尤为重要。在现有裁判文书的结构之下，应首先对当事人争议焦点进行归纳，然后阐明法院组织双方交换和辩论的情况，再详细说明当事人双方所持观点和理由，最后说明法院观点。具体可采用如下表述模式：“本案的争议焦点为……。针对该争议焦点，双方当事人提交类案检索报告，本院组织双方当事人交换报告并进行辩论。双方当事人对争议问题形成以下两种不同观点：第一种观点：……。 (概述第一种观点的理由) 1.……；2.……；3.……。第二种观点：……。 (概述第二种观点的理由) 1.……；2.……；3.……。本院同意第一种观点。关于第二种观点，本院认为，(论述反驳第二种观点的理由) 1.……；2.……。故第二种观点不正确。关于第一种观点，本院认为，(论述支持第一种观点的理由) 1.……；2.……。综上，本院依

第一种观点进行裁判。据此,依照《中华人民共和国……法》第×条、……(写明法律文件名称及其条款序号)之规定,判决如下:一、……;二、……。”

(四) 回归点:搭建激励和保障机制

当事人提交报告的初衷是说服法官采纳己方意见,客观上对统一法律适用有促进作用。对于类案检索报告的运用不应局限在待决案件,而应该对后续案件的裁判同样起到指导作用,这是类案检索制度最终的目的,也是我们终极的追求,即“同案同判”的实现。

1. 指导案例撰写,创设效力更高的在先案例。一般而言,检索到效力层级高的在先案例后便不需要检索效力层级低的其他在先案件。因此,类案检索报告适用的案件应该依据其典型性撰写指导案例,为后续案件的裁判创造效力等级更高的在先案例,为之后的裁判提供参考和指引。

2. 规则漏洞填补,出台类案裁判规则统一适用。法院应对典型案件形成该类案件的裁判思路,制作专门性的裁判规则指导文件,并在辖区内定期发布,明确裁判规则,指引法官对后续案件的裁判,使民众对该类问题形成稳定心理预期。

3. 相关制度衔接,畅通法律适用分歧解决机制。当事人提交检索报告的主要原因之一就是法律适用存在分歧。法官通过当事人提交报告发现存在法律适用存在分歧的,应按照最高法院印发的《关于建立法律适用分歧解决机制的实施办法》解决。对此,《试点实施办法》中也有相关规定,如提级管辖等。

4. 相关配套制度建立,激励法官恰当处理和回应当事人提交的类案检索报告。第一,建立统一类案检索报告系统。当事人提交类案检索报告后,法院在对当事人回应后转化为法院内部的类案检索报告,形成统一的类案检索报告系统,形成对该类问题的统一处理规则、形成共识。系统中对法官名字的展示无形中也是一种荣誉。第二,建立奖励激励机制。借鉴对优秀案例撰写的奖励机制,对撰写和提交优秀类案检索报告的法官进行物质奖励。第三,建立考核监督机制。将对当事人提交类案检索报告后的处理和回应作为监督和考核的内容之一,在评优评先和法官助理入额时作为优先考虑因素。第四,建立免责制度。适当时期内可以建立法官对当事人类案检索报告的处理和回应不恰当时期的免责制度。当事人提交的类案未必是真实且结论正确的案件,未必适合待决案件作出地区的实际情况,未必可以达到社会效果和法律效果的真正统一,甚至面对同一问题全国范围内未必有统一认识,即使有统一认识,也很有可能在未来产生变化,这些因素都可能导致因为回应和分析当事人类案检索报告导致法官在裁判文书说理和裁判结论作出方面产生瑕疵,如果因此认定案件存在差错或者对法官进行追责,将会严重影响法官回应当事人类案检索报告的积极性,所以应该建立法官免责制度,至少在一定时期内应该对法官责任进行豁免,鼓励和激励法官正确恰当进行回应。

(责任编辑:杨军)



诚信价值证成裁判结论的路径

乌日力嘎 温知晗*

内容摘要：诚信价值作为社会主义核心价值观的核心范畴，在法律上能够具化为诚信原则。以诚信价值为内核的诚信原则在司法裁判中具有证成功能，特别是在漏洞补充的场合，诚信价值（原则）能够直接作用于裁判大前提的建构。但是，通过考察我国指导性案例，发现诚信价值的证成功能并没有得到充分发挥。比如，指导性案例45号和58号中，法律规则缺失，法官径自依据诚信原则的初显优先性作出裁判，忽略了原则和价值需要以权衡的方式适用，裁判理由中也没有为诚信原则的适用提供更多的实质内容。为了更好地发挥诚信价值的证成功能，法官有必要通过权衡方法确定证成的形式，并在多个不同但有关联的价值和原则间进行重力的衡量，同时还需要在法律原则体系、法律共同体的思维体系和社会主义核心价值观体系内进行实质理由的证成。

关键词：诚信原则；社会主义核心价值观；指导性案例；权衡

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)02-000-000

最高人民法院《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》强调，要将社会主义核心价值观作为理解立法目的和法律原则的重要指引，作为检验自由裁量权是否合理行使的重要标准。诚信是社会主义核心价值观的核心范畴之一，它在法律上主要表现为诚信原则。^①也就是说，诚信价值融入裁判文书，主要依赖诚信原则的司法适用。而在司法过程中，以诚信价值为内核的诚信原则具有广

* 乌日力嘎，山东大学（威海）法学院博士研究生；温知晗，四川大学学生。

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

① 参见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2011年版，第41页；梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第266页。

泛的证成功能，可以用来解释法律、补充法律乃至修正法律。^①因此，诚信价值及其转化而来的诚信原则可以证成法律的适用。从判决修辞的角度来看，结合诚信等核心价值观进行说理，也能够起到良好的证成作用。因此，诚信价值对于司法裁判，尤其是裁判大前提，具有良好的证成作用。但实践中，诚信价值的证成功能并没有得到充分发挥。指导性案例代表我国最为优质的裁判文书，它被期待能够统一法律适用，为各级法院提供审判疑难案件的思路或者结论。^②可事实上，指导性案例的论证情况与其被赋予的意义期待存在着较大出入，这在补充适用问题上体现的最为明显。因此，本文选取指导性案例45号和58号作为分析样本，在分析指导性案例的证成问题的基础上，从方法论的角度，为阐发诚信价值的证成功能建构一条适当的路径。

一、诚信价值的证成功能未得以充分发挥

指导性案例45号和58号是两起涉及不正当竞争侵权诉讼的案件，诚信价值被具化为了《反不正当竞争法》中的诚信原则。指导性案例45号中，诚信原则作用于侵权责任成立的判断；指导性案例58号中，诚信原则作用于侵权责任不成立的判断。一正一反，体现了诚信价值支持不同法律结论的可能性。然而，诚信价值在上述两个案件中均没能有效支持其裁判结论，在论证的形式和实质上都存在缺陷。

指导性案例45号中，百度公司起诉奥商网络公司、联通青岛公司和联通山东公司通过技术手段，在联通青岛公司提供互联网接入服务的范围内，弹出与百度搜索关键词紧密相关的广告页面，损害了百度公司的商誉和商业利益。法院认为，互联网服务的经营者以不正当的方式妨害其他经营者经营，并对后者的合法权益造成损害的，应当根据《反不正当竞争法》第2条有关诚信原则和公认商业道德的规定，承担不正当竞争的法律責任。

指导性案例58号中，“同德福 TONGDEFU 及图”的商标所有权人成都同德福公司，起诉了与“同德福”老字号具有历史渊源关系的重庆同德福公司及其经营者余晓华，主张侵犯其注册商标专用权，构成不正当竞争。法院认为，不正当竞争的判断关键在于老字号的登记使用是否违反诚信原则。重庆同德福公司源于“同德福斋铺”，在上个世纪二十年代至五十年代具有较高的商誉。余晓华本人作为“同德福斋铺”开创者的直系后代，将“同德福”登记为企业字号，并在相关的产品包装上使用，并未违反

^① 参见[日]山本敬三：《民法讲义I》，解亘译，北京大学出版社2004年版，第401-408页；梁慧星：《民法总论》，法律出版社2011年版，第271页；徐国栋：《民法基本原则解释：诚信原则的历史、实务、法理研究》，北京大学出版社2013年版，第12页；韩世远：《民法基本原则：体系结构、规范功能与应用发展》，载《吉林大学社会科学学报》2017年第6期。

^② 参见孙光宁：《法律解释方法在指导性案例中的运用及其完善》，载《中国法学》2018年第1期。



诚信原则，不构成对成都同德福公司商标专用权的侵犯，不需要承担不正当竞争的法律責任。

指导性案例45号和58号均是在规则意义欠缺时，依据诚信原则作出裁判的典型案列。在这两个案件中，由于不能直接涵摄，出现了法律的漏洞，想要证成裁判结论的正当性无疑是有难度的。^①它需要法官在法律规则之外寻求其它证成裁判结论的工具。法律原则就可以承担这一功能。具体而言，指导性案例45号的生效裁判及其遴选发生在《反不正当竞争法》修订之前，当时利用网络进行生产经营活动尚未被纳入到具体反不正当竞争行为的范畴之中，因此法官求助于原则性的规定。《反不正当竞争法》第2条表明，经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。依据这一规定，与实体经济中的竞争活动相同，从事互联网业务的经营者也需要诚信经营，公平竞争，需要在不损害其他竞争者，不损害社会公益和市场道德秩序的前提下，追求自己的利益。^②也就是说，不能利用经营者的竞争优势，通过技术手段对其他经营者的服务内容进行人为的干预，否则将会违反诚信原则中有关“恪守信用、尊重交易习惯”^③的要求。

这种原则性的规定或许容易被法官所识别，但其作用于案件事实却远没有这么简单，原则与事实之间存在比较大的评价空间。诚信原则具有内涵抽象、外延模糊的特点，它的实质是授予法官以自由裁量权。^④这导致诚信原则的司法适用具有较高的难度，并且总是带有一些疑问。比如，诚信原则如何发挥其方法论价值？是由法官依据裁量权进行自由地评判，还是需要遵循一定的方法规则？从抽象大前提中推导出的结论要如何保证其有效性、合理性？尤其是用诚信原则补充法律规则的漏洞时，因直接缺乏相关联或者相对应的具体规则，司法者的裁量空间进一步扩大，相关的疑问也随之增多。

回到指导性案例45号，被告在提供互联网服务时，弹出与百度搜索关键词紧密相关的广告页面，到底是诚信还是不诚信呢？网络活动中经常出现弹窗，是否认为涉案弹窗行为属于网络活动当中的常见活动？百度公司的利益即使稍有减损，也应当予以忍受？还是说弹窗行为确实侵犯了百度公司的重要权利，需要法律予以纠正？这里必然需要一个逻辑上的推导过程。诚信原则的要求不是针对某一方的，而是针对双方的。如果认为奥商网络公司等的弹窗行为违反了社会秩序，不具有正当性，则自然违反诚信原则，构成侵权。如果认为涉案弹窗行为是普遍的、正当的经营行为，百度公司应当予以忍受，则同样可以认为百度公司提起诉讼的行为是不诚信的。那么法官缘

① 参见曹磊：《法律漏洞的司法识别》，载《济南大学学报（社会科学版）》2020年第3期。

② 参见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2011年版，第40-41页。

③ 张新宝：《民事活动的基本原则》，法律出版社1986年版，第27-31页。

④ 参见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2011年版，第41页；郭明瑞：《民法总则通义》，商务印书馆2018年版，第26页。

何得出了“弹窗行为是不正当、不诚信的竞争行为”这一裁判大前提呢？

类似的疑问也存在于指导性案例 58 号。在指导性案例 58 号中，法官选择了反面推论，认定涉案行为正当，不违反诚信原则。在修订前的《反不正当竞争法》中，其第 5 条第 2 款明确禁止使用与知名产品相似的包装和名称，但对不知名商标的近似使用没有作出规定。此时法院依据该法第 2 条关于诚信价值的规定，认为重庆同德福公司使用近似商号完全是出于善意，不存在搭便车的情形。作为商号的传承人，正当行使自己的权利，^①没有弄虚作假，符合主观诚信的要求。^②因此“同德福 TONGDEFU 及图”商标的权利人需要容忍对方使用同德福老字号的行为。那么与上文同样的问题是，为何指导性案例 58 号中诚信原则不是支持构成侵权的结论，而是支持不构成侵权责任的结论呢？

由此可见，规则欠缺时找到原则依据，并不意味着“大功告成”，其后对原则的解释证成才是真正的难点所在。诚信原则不会当然支持某一种裁判结论，事实上其他可能的裁判结论背后也有法律原则作为支撑。正如德沃金、阿列克西等人指出，法律原则在结构上呈现为一种最佳化的命令，应当在事实和法律可能的范围内尽最大可能被实现，但其中法律上的可能性需要通过相对立的法律原则来确定。^③因此法官在适用法律原则时必须要考虑围绕特定法律问题存在的多个相关原则，继而在这些原则当中作出决定，而不是径自认定其中一个“有效”。^④法官如果没有在不同的裁判结论之间进行细致的衡量，没有提供具有说服力的衡量理由，证成的结构和内容都将是不完整的。因此以诚信原则充当法律依据，支持裁判大前提，需要以完整的证成结构和证成内容作为后盾。

而继续分析指导性案例 45 号和 58 号的裁判理由，可以发现，诚信原则的适用并没有得到有力的证成。指导性案例 45 号中，法院指出未经他人许可、利用他人的服务行为或市场份额进行商业运作并从中获利的行为违反了诚信原则，但是完全没有提及与诚信原则相关的法律原则，在论证过程中也看不到不同的结论之间的理性权衡。指导性案例 58 号中，法院也没有在相关结论之间进行权衡，而是直接依据诚信原则的初显优先性作出了裁判。此种简化的适用过程可能会导致诚实信用这一“帝王原则”的滥用。不仅如此，指导性案例 45 号和 58 号也没有进一步为诚信原则的适用进行更深层次的证立。在漏洞补充的案件当中，法律原则确实可以充当法律依据，但也不能

① 参见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 128 页。

② 主观诚信主要是指行为人确信自己未侵犯他人权利的心理状态，参见徐国栋：《民法基本原则解释：诚信原则的历史、实务、法理研究》，北京大学出版社 2013 年版，第 43-46、59-65 页。

③ 参见[德]罗伯特·阿列克西：《法：作为理性的制度化》，雷磊编译，中国法制出版社 2012 年版，第 149 页。

④ 参见[美]罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，上海三联书店 2008 年版，第 107 页。



仅仅依靠法律原则。法律原则本身需要更多的内容作为支撑。哪怕仅仅将诚信原则作为修辞的手段，对其引用也不是随意的，需要和案情以及裁判理由进行有意义的结合。就指导性案例而言，对证成理由的着重强调更不为过，因为参照指导性案例的法官群体的法学素养是参差不齐的，他们在实践中可能会滥用诚信原则所赋予的自由裁量权，任意权衡。指导性案例45号和58号没有围绕诚信原则给出更多的实质理由，单单依靠诚信原则支撑裁判大前提，事实上是远远不够的。

以上问题可以分别归结为证成的形式问题和实质问题两个层面。这些问题被指导性案例所忽视，使得诚信原则的补充适用不是很有说服力，经不住理论的反驳和推敲。对此，代表最优审判的指导性案例应当予以足够的重视，并逐步地解决。考虑到诚信原则是诚信价值的具化，诚信价值又是社会主义核心价值观的重要组成部分。因此，诚信原则在指导性案例中的说理论证，实际上关系着社会主义核心价值观如何融入裁判文书释法说理。在这个意义上，诚信原则证成问题具有比较广泛的辐射影响。

二、以权衡方法确定诚信价值的证成形式

作为社会主义核心价值观的诚信，要对司法发挥影响，无疑要转化为法律价值或法律原则。这也是《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》所要求的。在不同的法律领域中，诚信价值可能转化为法律原则，也可能转化为法律价值，但其实质内容都是相同的。尤其对于明确规定诚信原则的法律部门而言，如民法、反不正当竞争法、消费者权益保护法、商标法、保险法等，其对诚信价值的体现更是应当直接通过诚信原则。因此，要探讨诚信价值在司法中的证成功能，离不开诚信原则。

（一）权衡是原则和价值的适用方法

上百年来，法学研究已经就原则的适用问题发展出了一系列的理论，其中最为经典的就是权衡理论。该理论认为，与规则的涵摄适用方式不同，原则是以权衡的方式被适用的。通过原则与原则之间的权衡比较，得出可资适用的裁判规则，进而由获得原则支持的裁判规则来具体完成对案件事实的涵摄。在具体的权衡方式上，有利益法学派提出的利益衡量，也有评价法学派提出的法益衡量，还有在法律衡量基础上的重力公式等等。这些权衡方法之间具有学术上的传承关系。并且，原则权衡中的“原则”，并不限于被法律所明确规定的基本原则，而是包含价值、目的等其他的实质性内容。原则权衡理论在形成时，法律规定当中并没有可以被称之为基本法律原则的事物，所谓“原则”，实际上统称着与规则相对的抽象实质标准。因此这里虽然以诚信原则为模板讨论原则的证成问题，但实际上，对于诚信价值也是一样适用的。

原则权衡的理念最早发端于利益法学派的利益划分方法。菲利普·黑克指出，利益法学是一种实用法学的方法论，它要确定的，是法官在判决时应该遵循的原则。^①尤其在法律规定存在空白的场合，法官可以“通过有条理地使用利益分析方法来填补法律漏洞”^②。利益分析中的“利益”一词不仅包括各种生活要求，还包含有“人类的最高利益以及道德和宗教的利益之意”^③，比如平等、自主、尊严、尊重父母、自力更生、诚实、安全、自由、团结等等。^④在这个意义上，利益就如法律原则般蕴含着“指导人类生活的一切理想”^⑤，是在法律规则缺失时可以帮助法官进行评价的实质标准。利益划分方法用于补充法律漏洞的主要方法为：首先探究对法律漏洞而言重要的利益冲突；其次考察法律是否以事实构成的形式决定了同样的利益冲突；最后当法定的利益评价缺失时，主要以法官自己的生活利益评价来裁决冲突。^⑥

评价法学将补充漏洞的基准从利益进一步推向了法益。法益是法律所承载的价值，是包括原则、权利、利益在内的开放的体系。它既具有事实的面向，也具有规范的面向，是相对于利益而言更为深层的东西。在对相冲突的法益进行衡量时，评价法学认为，司法裁判根据它在具体情况下赋予各该法益的“重要性”，来从事权利和法益的衡量。^⑦这样一种“个案中之法益衡量的方法”，被拉伦茨用来解决原则之间的冲突：首先，依据基本法的价值秩序判断法益之间的优越程度；其次，如果法益处于相同位阶或者因歧义无法进行抽象比较，则取决于应受保护的法益的影响程度和对立法益的受害程度；最后适用比例原则、最轻微侵害手段等判断对法益的侵害是否超越了必要限度。^⑧

利益法学的利益衡量和评价法学的法益衡量在解决原则冲突问题时，存在一定的不足：首先，利益法学欠缺一套利益评价的优先顺序，评价法学也无法建构一个由所有法益及法价值构成的阶层秩序，导致原则背后的利益和法益无法衡量时，会出现“评价的自由”。其次，利益衡量方法和法益衡量方法都只能在个案层面进行判定，具体情况发生变化时衡量的方法也需要进行变动，缺乏具有一般性的衡量方法。最后，衡量方法较为粗糙，依赖法官个人的价值判断，方法的可操作程度、理性程度、事后可审查程度较差。

① 参见[德]菲利普·黑克：《利益法学》，傅广宇译，商务印书馆2016年版，第8页。

② Jacco Bomhoff, *Genealogies of Balancing as Discourse*, 4 *Law & Ethics Human Rights*. 108 [2010].

③ [德]菲利普·黑克：《利益法学》，傅广宇译，商务印书馆2016年版，第14页。

④ See Joshua B. Shiffrin, *A Practical Jurisprudence of Values: Re-Writing Lechmere, Inc. v. NLRB*, 41 *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*. 177, 188 (2006)

⑤ Philipp Heck, *The Jurisprudence of Interests: An Outline*, in *The Jurisprudence of Interest: Selected Writings of Max R ü melin, Philipp Heck, Paul Oertmann, Heinrich Stoll, Julius Binder and Hermann Isay*, 29, 33 (M. Magdalena Schoch ed. & trans., 1948).

⑥ 参见[德]菲利普·黑克：《利益法学》，傅广宇译，商务印书馆2016年版，第30页；吴从周：《概念法学、利益法学与价值法学：探索一部民法方法论的演变史》，中国法制出版社2011年版，第299-303页。

⑦ 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第279页。

⑧ 参见[德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第285-286页。



为了尽量避免上述问题,阿列克西提出了程式化的原则权衡方式——重力公式。重力公式是在法益衡量、比例原则的基础上建构的数理公式,是为了以有序、清晰并且可检验的方式确定原则之间的权衡关系。“在两个原则 P_i 与 P_j 发生冲突时,由于一个原则的适用是以消耗另一个原则为基础的,所以必须在它们之间划定一条合乎比例的分界线。”^① 这一分界线事关法律原则的侵害密度、经验性前提的确定性程度和抽象重力,可分别表述为 I 、 S 、 G 。^② 两个原则间三种要素的比较会导向一个基本的法律判断:“一个原则的不满足程度或受损害程度越高,另一个原则被满足的重要性就必须越大。”^③ 如果将其表述为一种商公式,^④ 可以得到如下公式:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot S_i \cdot G_i}{I_j \cdot S_j \cdot G_j}$$

重力公式的理性程度主要取决于三种要素之间的清晰、严密的逻辑关系。侵害密度指的是法律原则在具体案件中受到的侵害程度,比如受到了“轻、中、重”三个程度的侵害,对此可以依几何序列可表述为 2^0 、 2^1 、 2^2 ; 经验性前提的确定性程度指的是根据社会经验事实,具体侵害密度的可确定性程度,比如存在“确定的”“可成立的”“非明显错误的”三种度量值,可依次表述为 2^0 、 2^{-1} 、 2^{-2} 。由此可以发现,经验性前提的确定性程度和侵害密度存在正相关的关系,对原则的侵害程度越大,在经验上可确定的程度就应当越大。两者相结合,可以确定法律原则的侵害程度。其中不同几何数值的选取,是考虑到了不同等级的侵害程度之间不应当是简单的等额递增的关系,而是一种几何式的增长,它所表明的是对原则的侵害力度越大,原则就会获得越来越多的力量。^⑤ 第三个要素是原则的抽象重力,这是阿列克西对法益衡量理论的一种继受,意指受到侵害的原则在抽象的价值序列中居于何种地位。但因为此种序列无法确定,所以除非是法律上可以明确的最优价值、最优原则,其他时候原则之间的抽象重力多是相互抵消的。

(二) 通过重力的权衡确定诚信价值的证成形式

诚信价值(原则)的权衡适用结构可以依据重力公式确定。这是因为诚信价值的适用首先会化解为特殊案件情形下法律原则的紧张关系,继而其适用的核心就表现

① 雷磊:《为权衡理论辩护》,载《政法论坛》2018年第2期。

② 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,中国法制出版社2012年版,第165-175页。

③ [德]罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,中国法制出版社2012年版,第150页。

④ 根据雷磊教授的编译,重力公式被表述为 $G_{i,j} = I_i \cdot G_i \cdot S_i / I_j \cdot G_j \cdot S_j$ 。本文在参考王夏昊教授翻译的基础上,将相对重力确定为 $W_{i,j}$,以避免与抽象重力相混。同时也对因数的顺序进行了调整。但这些调整对公式本身及运算结果均无实质性影响。

⑤ 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,中国法制出版社2012年版,第167页。

为法律原则间的重力衡量，最后再根据“相互竞争的法律原则的法则”（即权衡法则）确定特定案件裁判的大前提。^①由此，依托权衡法则的数学化表达——重力公式，诚信价值的适用结构得以明确化，论据要素之间的关系也得以清晰化。

重力公式中，作为分子的是原告所依据的法律原则的重要程度。它可能是诚信原则，也可能是与此相关的原则。法律原则的重力需要通过该原则的侵害程度来体现。也就是说，法官在这里需要进行一个逆向思维，假如法官做出的裁判没有支持该法律原则，将会对带来何种程度的损害。作为分母的是被告所依据的法律原则的重要程度，其重要性同样是通过侵害程度来体现。^②

在指导性案例45号当中，诚信价值和经营自由存在紧张关系。原告百度公司秉持的是诚信经营的理念，认为众被告对百度搜索结果的人为干预违反了诚信原则，影响了百度公司正常业务的开展（付费搜索业务和推广业务）。而被告所依据的是经营自由的理念，认为经营者有权根据意愿从事以营利为目的的经济活动，有权决定自己的经营范围和经营方式。^③在核准登记的网络技术应用服务的经营范围內，经营者也可以提供广告弹窗或者广告拦截服务。在诚信经营和自由经营这对相互对立的范畴当中，法院如何选择，取决于哪一种价值更值得保护。

假如法院允许非正当弹窗广告的存在，其对诚信价值预计会造成中等程度的侵害，这是因为诚信价值要求市场经济的参与主体不得以自己的活动损害第三人利益和社会利益，不可以为损人利己的行为。^④而故意设置的弹窗广告势必干扰其他经营者的正常经营，减少其通过广告业务可能获得的商业利益。并且对广大的网络用户而言，普通的弹窗广告就已经影响到了其上网的体验，违背了网络用户的自由意志，更何况此种广告商联合通讯公司对用户进行的过度投放广告的行为，给网络用户带来的干扰更大。同时因为缺乏平台的审查规制，也容易对网络用户形成错误的引导。根据社会经验，这些损害几乎是可以确定的。无论是社会统计数据还是新闻报道，都明明白白地表明了泛滥的、不受规制的弹窗广告正在影响着各方主体的上网权益。由此可以认为，如果法院不禁止这些广告，对诚信价值的侵害密度（ I_i ）预计为 2^2 ，经验性前提的确定性程度（ S_i ）预计为 2^0 。

如果法院反其道而行之，完全禁止了非正当弹窗广告的存在，其对经营者的经营自由只会造成轻度的损害。这是因为现代经济法的产生就是为了解决自由竞争所带来的市

① 参见王夏昊：《法律规则与法律原则抵触之解决——以阿列克西的理论为线索》，中国政法大学出版社2009年版，第219-220页。

② 参见[德]罗伯特·阿列克西：《法：作为理性的制度化》，雷磊编译，中国法制出版社2012年版，第161页。

③ 参见符启林、刘继峰主编：《经济法学》，中国政法大学出版社2016年版，第47页。

④ 参见马俊驹、余延满：《民法原论》，法律出版社2011年版，第40页。



场失灵问题，包括不公平或不正当的竞争、信息偏在等。^①完全自由的竞争会导向经济危机，而市场的自我调解却无法克服此种危机，由此就需要国家进行适当的干预。从这个意义上讲，法院禁止被告的非正当竞争行为，并不会对自由竞争造成大的损害，甚至此种损害本身就是被允许的，是可以成立的。此时，如果法院禁止这些广告，对经营自由的侵害密度（ I_j ）至多是为 2^0 ，其经验性前提的确定性程度（ S_j ）为 2^{-1} 。

此外，考虑到诚信原则是民商事活动的基本原则，而且在众多基本原则中被公认为“帝王条款”“现代民法的最高指导原则”^②，因此其抽象重力（ G_i ）的数值可以比经营自由的抽象重力（ G_j ）高出一个度量值，分别表示为 2^1 和 2^0 。此时，诚信价值和经营自由的权衡结构为：

$$W_{i,j} = \frac{2_2 \cdot 2_0 \cdot 2_1}{2_0 \cdot 2_{-1} \cdot 2_0} = 16$$

根据重力公式所显示的结果来看，两个机制之间的相对重力为 16，这意味着作为分子的诚信价值的重力要远高于作为分母的经营自由的重力。由此，诚信价值更应当得到保护，法院需要作出支持诚信价值的判决，即禁止非正当的弹窗广告。

如果以相同的方式来建构指导性案例 58 号的权衡结构，可以发现本案是诚信价值和注册商标专用权发生了冲突。原告诉争的依据是注册商标专用权原则。商标是企业经营之标徽，具有高度的经济价值。^③保护商标是商标法的核心内容和重要环节，是商标法的立法宗旨之一。^④原告认为，被告使用近似的“同德福”商号，将引起相关公众误认，损害其商标权。被告答辩的依据在于诚信价值，主张自己是百年商号的传承人，使用在先，经营过程中没有弄虚作假，没有搭载注册商标的商誉便车，符合诚信经营的要求。对此，法官在抉择时，可以以原告主张的注册商标专用权及其侵害程度为分子，以被告依据的诚信价值及其受侵害程度为分母，得出如下计算公式：

$$W_{i,j} = \frac{2_2 \cdot 2_0 \cdot 2_1}{2_0 \cdot 2_{-1} \cdot 2_0} = \frac{1}{8}$$

在这一案件中，注册商标专用权的受侵害程度为轻，并且假如法院认定侵害存在，也只能说是“非明显错误的”。这是因为：一方面注册商标权会受到商标先用权的限制；^⑤另一方面，注册商标还未达到驰名商标的程度时，即便商标近似也不会导致社会公众的误认，因此对原告的财产利益影响较小。而如果法院认为被告侵害了商标权，对诚

① 参见张守文：《经济法原理》，北京大学出版社 2013 年版，第 25 页。

② 朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社 2013 年版，第 508 页。

③ 参见汪渡村：《商标法论》，五南图书出版股份有限公司 2012 年版，第 8 页。

④ 参见吴汉东主编：《知识产权法》，北京大学出版社 2014 年版，第 236 页。

⑤ 参见吴汉东主编：《知识产权法》，北京大学出版社 2014 年版，第 313-314 页。

信价值会造成中度的侵害，相较而言，此种侵害是更能够成立的。因为被告作为先用权人在主观上没有侵害他人商标权的恶意，在行为上也完全符合客观诚信的要求。所以，假如法官作出有利于原告的判决将会在事实上侵害诚信价值。重力公式的计算结果也表明了这一点，作为分子的注册商标专用原则的重力要远小于作为分母的诚信价值的重力，所得比值小于1，因此被告不违反诚信价值的行为更值得保护。

对指导性案例45号和58号的权衡分析，其实是对价值（原则）权衡进行的一次理论上的建构。这样一种公式化的呈现，可以具体表明法官权衡时主要考量的因素。总体而言，法官在适用诚信价值补充法律漏洞时，有必要结合相关的价值来确定权衡的三要素，再通过赋值在可能的裁判结论之间进行权衡，进而确定证成的形式结构。如此一来，法官的权衡思维更加清晰明了，更符合客观理性的标准。当然，此种结果还应当是事后可检验的，这就涉及对权衡结构的实质证成。

三、以融贯和共识确定诚信价值的证成内容

重力公式只涉及论证的形式问题，它可以用来确定诚信价值补充适用时的权衡结构，但是无法解决权衡结论的实质正确性问题。“权衡只是一种论证形式，它的作用在于使得产生于特定前提的论据之间形成理性关系。在具体个案中，一个具体结论的理性或正确性既取决于产生它的论证形式，也取决于论证所采纳的前提。而前提的理性就取决于实质论证”^①。简言之，对适用结论的证成，很大程度上依赖于对适用大前提的实质证成。也就是说，以诚信价值补充指导性案例的规则漏洞后，还需要进一步对这一推论命题提供实质理由的支持，一方面是因为诚信价值的内涵外延不固定，不能仅依靠法官的形式裁量做出决定；另一方面是因为指导性案例并非简单案件，简单的司法三段论无法满足疑难案件的论证需求，还需要进一步就推论前提本身进行正当性的证成。此时的证成可以通过真理的标准来完成：共识和融贯。^②

（一）以融贯标准确定诚信价值的证成内容

一些原则支持着另一些原则，并因此使它们融贯。德沃金曾以赫尔克勒斯来形容一个全知全能的法学家，认为他必须建立一个抽象原则和具体原则相结合的体系，这个体系可以为所有普通法的先例提供一种前后一致的论证，从而使他们可以得到原则的、宪法的和法规条款的论证。^③而当法学家在完成这一原则体系的建构后，法官就应当根据这一原则体系，论证某一特定法律命题在原则体系内的融贯性。

^① 雷磊：《为权衡理论辩护》，载《政法论坛》2018年第2期。

^② 参见王夏昊：《法律规则与法律原则抵触之解决——以阿列克西的理论为线索》，中国政法大学出版社2009年版，第248页。

^③ 参见[美]罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，上海三联书店2008年版，第161页。



通说认为,诚信原则和禁止权利滥用原则之间存在种属关系。“权利滥用禁止的原则源于诚信原则,并受其支配”^①,权利滥用属于诚信价值的次级规范。^②由此,大部分学者在论及诚信原则的具体内容时会表明,当事人必须“以符合其社会经济目的的方式行使自己的权利”^③，“禁止滥用权利,造成对他人的损害”^④。而在少部分的学者的研究中,诚信原则和权利滥用原则虽然不存在种属关系,但是也承认诚实信用是判断权利行使行为是否构成滥用的重要标准。^⑤也就是说,民法对于权利滥用的限制是通过诚信原则的适用来进行的。^⑥因此从总体来看,诚信原则和禁止权利滥用原则共同构成了一个有关权利行使的原则体系,诚实信用是从正面规定权利行使,禁止权利滥用则是从反面规定权利行使的限制。可以说两种原则之间相互支撑,彼此融贯。并且根据通说的观点,禁止权利滥用作为一种概念,可以为诚信原则提供比较强的支持。

指导性案例45号和58号中诚信价值的补充适用,就可以通过禁止权利滥用原则进行进一步的证成。指导性案例45号中,奥商网络公司等被告的行为,显然是一种滥用自由经营权的行为。它的行为已经超越了法律赋予的意思自由的边界,完全以损害百度公司、众多网民利益的方式营利,违反商业道德,违反诚信经营的宗旨,应当受到诚信价值的规制。而指导性案例58号中,被告重庆同德福公司并没有滥用自己的在先使用权,其对商号权利的行使出于善意,诚信经营,并非为了搭便车,不满足“权利滥用以当事人有损害他人或社会利益的故意为要件”^⑦。由此,被告并不构成权利滥用,进而也不存在有违诚信的情形。这些判断基于一个基本的支持结构:如果并且只要命题P1属于一系列命题S,命题P2可以逻辑的从S中得出,那么命题P1就支持命题P2。换言之,禁止权利滥用原则可以视为诚信价值的一部分,因此“被告行为(不)违反禁止权利滥用原则”的命题可以用来支持“被告行为(不)违反诚信价值”的命题。

综上所述,诚信价值的权衡适用不仅涉及到与此对立的原则间的重力博弈,还涉及到与此统一的原则间的融贯证成。包括指导性案例在内的所有裁判,应当在形式和实质、抽象和具体层次上安排原则的论证,如此一来才能够为诚信价值的权衡适用提供充足的论据。

(二) 以共识标准确定诚信价值的证成内容

法律共同体是一个知识共同体、价值共同体,经由专门的法学教育而形成。这一

① 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第138页。

② 参见王泽鉴:《民法总则》,北京大学出版社2009年版,第437-438页。

③ 马俊驹、余延满:《民法原论》,法律出版社2011年版,第40页。

④ 王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2012年版,第128页。

⑤ 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,杜景林、卢谌译,法律出版社2013年版,第114页。

⑥ 参见尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2018年版,第118-119页。

⑦ 梁慧星:《民法总论》,法律出版社2011年版,第274页。

共同体内部有着专门的法律知识体系、独特的法律思维方法和普遍的社会正义感,^①这使得其独立于其他社会群体而自主存在。尤其是其中的法律思维方法和法律价值体系,与其他学科有着鲜明区别。包括法官群体在内的法律人,一方面是在“有意无意地依赖于自己从法律共同体继承的关于法律的理解”^②,捍卫着法律共同体的价值;另一方面,作为个体的法律人其实也持续受到法律共同体的保护,使其所作出的法律判断可以相对独立于个别非理智的质疑。这意味着,法律共同体内部可以达成共识,用以证成裁判结论。

法律共同体内部共享的价值中包含诚信,这是毋庸置疑的。无论对律师的诚信职业的要求,还是司法公信的要求,都和诚信的价值紧密相连,并且他们对诚信的法律化形式——诚信原则的价值和意义也不存在争议。但此处的问题在于,对诚信价值的适用不能仅依据其初显性价值,认为诚信价值如此之重要以至于非常有必要实现,而是说要根据法律共同体所具有的法律思维方式进行深度的证成。这样一种法律思维方式包括法律发现、法律解释、法律论证、判例推理等等,可以说,这些方法才是“法律科学教育的真正目的”^③。

前文针对指导性案例45号和58号提出了诚信价值的权衡结构,这是在形式推理的基础上建构的权衡法则,属于法律思维方式的范畴。但是,法律适用的过程并非停留在简单的推理模式上,而是需要对能够推导出结论的前提进行论证。其中对作为法律命题的大前提的论证属重中之重。在指导性案例45号中,法官对诚信价值进行了一定的证成。裁判结果表明,对于没有被具体列举为违反不正当竞争法的行为,比如互联网经营中的竞争行为,可以依据原则性的规定作出审判。在提出论证理由时,法官对传统企业的经营模式和互联网经营企业的经营模式进行了简单的类比,认为两者虽然在商业模式上存在较大差异,但是一样需要遵循诚信经营、公平竞争的宗旨。这样一种对传统经营企业和互联网企业进行的相同法律评价,其实也是对诚信价值进行的外部证成,表明了以诚信价值评价互联网经营行为有其合理性。而指导性案例58号却恰恰缺乏了此种论证,法官没有明确表明《反不正当竞争法》禁止的是知名商标的近似使用,而不是不知名商标的近似使用。其中的区别在于知名商标的近似使用会使相关公众混淆,而不知名商标则不会有此种效果。因此否定的法律评价不应该及于后者,被告的行为确实没有违反诚信价值。除此之外,遵循先例的方法也可以提供一

① 参见强世功:《法律共同体宣言》,载《中外法学》2011年第3期。

② Joshua P. Davis, Cardozo's Judicial Craft and What Cases Come to Mean, 68 New York University Law Review 777, 815 (1993) .

③ Josef Redlich, The Common Law and the Case Method in American University Law Schools ,24 (1914) . Seen From Kurt M. Saunders & Linda Levine, Learning to Think Like A Lawyer, 29 University of San Francisco Law Review 121, 125 (1994) .



定的理由支撑。两个指导性案例均涉及诚信价值的补充适用,而作为在后发布的指导性案例58号,应当尊重指导性案例45号的裁判逻辑,进行实质上的推理,以证明其思维方式与先例也具有融贯性,表明法院提供了前后一致的论证。

这种共识的彰显还依赖于修辞方法,法官有必要借助更核心的价值理念来进行积极的修辞论证。指导性案例45号中,诚信价值遭受到了损害,这样一种损害是为社会公平、诚信理念所不容的,是为社会主义核心价值观所否定的,是与国家整体的法治建设进程相悖的。被告的行为不仅违反了诚信经营价值,也违反了根本的社会诚信价值。与此相反,指导性案例58号中被告的行为没有违反诚信价值,但此处法官仍然需要表明,诚信价值融入法治建设不仅在于对违反诚信的行为进行处罚,更重要的是为诚实守信的行为提供法律的保护。法律不仅不会随意处罚符合道德伦理的行为,并且对一些具有高尚情操的行为,还应当通过诸如指导性案例、典型案例的形式予以弘扬。

结 语

诚信价值的司法适用面临诸多难题,人民法院需要去发现诚信价值背后隐藏的一般法理和社会价值,并以规范的法律思维进行细致的建构。也就是说,司法裁判不仅需要适用诚信价值,而且还要为其找到社会诚信价值的依托,使其做出的价值判断,符合更为抽象、位阶更高的价值观念。^①因此,诚信价值的适用并非简单的援引,而是需要与规则、原则、共识等进行深层次的证成。不只诚信价值,社会主义核心价值观中的其他价值都存在被法院理解和适用的现实需要,都有必要转化为法律的价值和原则。王泽鉴教授曾指出,法院有发展法律原则体系的任务。^②法律原则是法律发展的动力,是构成裁判理由的根本论据。重视对法律原则的探索发展,司法才能免于僵化。社会主义核心价值观和法律原则颇有渊源,将社会主义核心价值观解释为法律原则和法律价值,是法院无可回避的职责。通过司法裁判对社会主义核心价值观进行解释和补充,法律原则体系得以丰富,而规范和充实的法律原则体系又能进一步为裁判文书说理提供更加有力的支持。只有在此种良性循环模式下,社会主义核心价值观才能整体性地融入司法。

(责任编辑:崔婷婷)

^① 参见尹田:《民法典总则之理论与立法研究》,法律出版社2018年版,第109页。

^② 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》,北京大学出版社2015年版,第227页。

社会主义核心价值观融入民事裁判文书说理的样式构建

袁菁*

内容摘要：从示范文书的向度考察社会主义核心价值观融入司法适用的实践样态，发现核心价值观已逐步成为司法活动中的独特场景。尤其在论证说理的过程中，司法者借助社会主义核心价值观的价值判断、价值选择功能实现“事理”“情理”“法理”“文理”的有机结合。通过对示范文书的多维透视，司法者在优化社会主义核心价值观适用的操作中，应瞄准“听众、论证、信息”三个维度。落实到逻辑再造的具体路径，司法者应当综合考量社会主义核心价值观与法律规范、案件事实之间的意义勾连，在充分展开法内叙事与法外叙事的基础上，借助语义修辞的运用实现“逻辑涵摄”与“内部正当”的二阶证成。从“事理”“论理”“尾部”入手，初步构建社会主义核心价值观融入文书说理的样式。

关键词：社会主义核心价值观；示范文书；民事裁判；文书说理

中图分类号： 文献标识码：A 文章编号：1674-3156（2022）01-000-000

论证说理是裁判结论形成有效说服力的决定性因素。社会主义核心价值观作为“公民多元价值的引领性理念”融入文书说理，无论对阐明事理、释明法理，还是就讲明情理、讲究文理都具有重要的导向意义。综观现有研究，社会主义核心价值观融入司法的优化适用多围绕其融入司法裁判的理论基础，以及在司法裁判适用中的问题分析而展开，^①需要适时的经验总结与思考。本文通过分析示范文书样本中社会主义核心价值观这一法外因素融入论证说理的样态，借此思考如何进一步优化细节，以构建社会主义核心价值观融入文书说理的样式。

* 袁菁，山东省乳山市人民法院法官助理。

^① 参见陈金钊：《法源的拟制性及其功能》，载《清华法学》2021年第1期；于洋：《论社会主义核心价值观的司法适用》，载《法学》2019年第5期。

一、示范文书中社会主义核心价值观适用的样态展示

2016年12月,中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于进一步把社会主义核心价值观融入法治建设的指导意见》,详细阐述社会主义核心价值观与法治的关系。2021年2月,最高人民法院印发《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》,进一步

规范社会主义核心价值观的适用方式。核心价值观融入司法适用,尤其融入说理论证俨然成为常态。那么,引入社会主义核心价值观的文书是否有独特的判断属性抑或明确的价值特征?我们不妨从122份示范文书中寻找答案(见图1)。

(一) 事实层次性与情理要素化的联结

裁决理由中的“事实”是一般意义上的事实、法律以及价值的“综合产物”,即将事实命题区分为“初始事实”“次生事实”“关键事实”三类层次。无论认定哪一层次的事实,借助社会主义核心价值观的价值判断作为裁决结论与案件事实的中间项,有利于夯实裁决结论阐明的说理基础。某种意义上,社会主义核心价值观的要素化引入使得个案案情更为丰满。

样本一:高某翔专职侍奉生病的祖父母多年直至老人病故,使老人得以安享晚年,高某翔几乎尽到了对高某启、李某两位被继承人生养死葬的全部扶养行为,这正是良好社会道德风尚的体现,并足以让社会、家庭给予褒奖。^①

司法者在认定“初始事实”时充分考量基本人物关系:高某翔作为孙子女没有赡养的法定义务,以充分阐发“自愿赡养”的次生事实。在认定“关键事实”时,援用已要素化分析的社会主义核心价值观所蕴含的“好的道德风尚”正面评价当事人的行为,虽未直接点明案涉核心价值观的具体内涵,但亦结合了《继承法》的相关规定给予高度肯定,夯实结论阐明的说理基础——高某翔享有继承权。即司法者在该案中尽最大可能对事实描述进行逻辑展开,袒露符合“法定继承”构成要件的隐含成分,搭建起“被论证的可接受规范大前提与小前提之间的形式关系”^②,实现继承法规范与客观事实的价值等置。

- 最高人民法院发布的典型案例
- 省高级法院发布的典型案例
- 市中级法院发布的典型案例
- 区县基层院发布的典型案例
- 挑选自裁判文书网的优秀案例

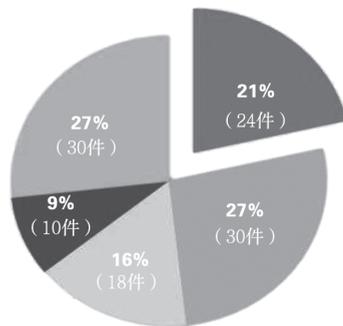


图1 122份示范裁判文书的组成

^① 参见《自愿赡养老人继承遗产案》,载中国法院网2020年5月13日, <https://www.chinacourt.org/index.php/article/detail/2020/05/id/5214745.shtml>。

^② 陈金钊:《法律论证的理论探寻》,载《东岳论丛》2005年第1期。

又如在一起邻里纠纷中，司法者借助社会主义核心价值观丰富了“次生事实”：

样本二：当事人因房屋渗水自行协商并请求社区工作人员协调，期间，董某、宋某在起诉后撤回起诉，甄某积极对渗水部位进行维修，均体现双方为和谐邻里关系所作出的努力，应予充分肯定。^①

该案属损害赔偿责任纠纷的范畴。司法者根据侵权责任法的一般原理，已在“初始事实”中充分论述房屋渗漏、物品受损及其内在逻辑，仅剩余对过错的界定。即应当对原告主张的过错尽最大逻辑可能展开论述，如“此处的过错都包含哪些方面”“是否是故意所为，或重大过失”“是否是疏忽大意或过于自信的过失”等。

结合样本二中对“次生事实”的细化范式，司法者通过修辞方式充分阐述“积极维修”“想办法解决问题”，肯定双方为邻里和谐所作的努力，并借助“和谐”内涵对双方的行为进行评价，以推导出本案的“关键事实”——当事人本身并无明显过错。这一过程系事实命题之间的推导，借助已要素化的社会主义核心价值观尽可能明晰含糊不清的“过错”因素，寻找裁判结果涵摄的中间项，实现从事实到事实的演绎。

（二）法律关系框架性论证的圆融

样本三：我国社会主义核心价值观将“诚信”作为个人层面的一个基本准则，原、被告在日常行为中，理应守法、守约。同时，我国《民法典》亦规定，依法成立的合同，自成立时生效，受法律保护，并对当事人具有法律约束力。当事人应该按照约定全面履行自己的义务。^②为进一步对比以彰显社会主义核心价值观融入的优化样态，另选择一例类似案情的纠纷进行对比。在林某与张某房屋买卖合同纠纷案中，司法者采用较为“传统”的论证手法：对买卖协议进行文义理解后，结合相应的法律规范规范对案涉的房屋买卖法律关系进行分析。虽然搭建起了各部分之间的有机联系，但因集中关注说理的共性规范而忽视个性表达。^③

通过对比清晰可见，样本三中，司法者以“被告构成违约”作为展开修辞论证“开题”的“题头”进行多层论证：将“诚信”要素作为第一分论点实现“破题”，依次分析法律规范、协议文本、契约精神等数个分论点，后又回归社会主义核心价值观的价值定位，结构紧凑，说理详实，将“诚信”这一具体内涵与《民法典》中的守约规定相结合，实现各证立要素之间的连接，达致融贯的裁判理由。

按照法教义学的一般原理，逻辑演绎的“三段论”通常是证成裁决结论合理性、正当性的重要途径。但司法裁判并不仅仅是纯粹的演绎过程，更需要植入价值判断，

^① 参见甄敬芝诉董华弘相邻关系纠纷案，河南省许昌市中级人民法院（2021）豫10民终992号民事判决书。

^② 参见马雷诉王杰、刘晔房屋买卖合同纠纷案，江苏省淮安市清江浦区人民法院（2021）苏0812民初1号民事判决书。

^③ 参见林剑平诉张福民房屋买卖合同纠纷案，新疆维吾尔自治区塔城市人民法院（2021）新4201民初1217号民事判决书。



以达到司法者与双方当事人均认可的说理契合点。此时，社会主义核心价值观无疑便是最佳选择。

样本四：英雄烈士是国家的精神坐标，是民族的不朽脊梁。英雄烈士董存瑞舍身炸碉堡，黄继光舍身堵枪眼……体现了崇高的革命气节和伟大的爱国精神，是社会主义核心价值观的重要体现。被告瞿某作为中华人民共和国公民，不得侮辱、诽谤英雄烈士的名誉。^①

司法者在撰写样本四判决书时，契合“为尽量避免司法裁判对社会潜在伤害，裁判中的最佳选择便是确保裁判范围窄而浅”^②的理念，巧妙地将“爱国”内涵体现的精神融入法律规范的大前提中作为分论点，补强证成结论；具体罗列案件事实的小前提以满足大小前提价值同一性的要求；着重陈述英雄烈士的精神气节，凸显出“爱国”精神的重要性，营造当事人因行为不当而应承担对应责任的应然氛围，以确保推断结论实质的可靠性。

（三）受众多元主体的容纳

因王某的房屋漏水致使楼下陈某的房屋内物品受损，司法者在该纠纷的二审判决中论述如下：

样本五：双方本属邻居，理应遵循“友善”的社会主义核心价值观，和谐相处，反目成仇非人生处世之道。常言道：“邻睦风亦暖”“你容我，我容你，天宽地阔；你敬我，我敬你，亦显德高”。相邻而居是缘，不是传说中的千年等一回，而应是双方的福分。双方应搁置争议，友善相待，握手言和，化干戈为玉帛。^③

说理不仅仅是法律条文、法学理论的堆砌，更需要司法者用社会公众能够理解的语言表达其具体内容，因为说服受众无处不在。在样本五中，基于多维度的受众视角，司法者援引了几句“常言道”的俗语，生动形象，不经意间拉近当事人、社会公众与司法者的距离，搭建司法活动主体与判决受众之间的互动关系；借助“友善”内涵的修辞化，作出有效注解，加强裁判结果的论证关系，受众被自然的导向“友善相待、握手言和”的良好社会风尚，有效避免裁判说理的过度技术化。

样本六：本案上诉人与被上诉人系同村同宗堂兄弟，一个年逾花甲，一个年近耄耋，且都已子孙满堂，却因日常恩怨吵架互殴，其行为既有悖于社会主义核心价值观，又难以为子孙后代作出表率。^④司法者从当事人的“同村同宗堂”兄弟关系出发，在

① 参见《董存瑞、戚继光英雄烈士名誉权纠纷公益诉讼案》，载中国法院网2020年5月13日，<https://www.chinacourt.org/article/detail/2020/05/id/5214644.shtml>。

② [美]桑斯坦：《就事论事：美国最高法院的司法最低限度主义》，泮伟江等译，北京大学出版社2007年版，第22页。

③ 参见陈德平诉王凤彩相邻关系纠纷案，湖南省常德市中级人民法院（2021）湘07民终798号民事判决书。

④ 参见王正宝诉王正田生命权、身体权、健康权纠纷案，山东省枣庄市中级人民法院（2021）鲁04民终756号民事判决书。

简短的总结其身份关系、社会关系之后，围绕社会主义核心价值观作出评价，不禁引起双方对纠纷发生原因的反思。

信息的传播需要受众，判决作为一种语言信息的表达与输出，当然也存在多元受众。在样本五、样本六中，司法者作为具有能动性的人，均尽量避免晦涩难懂的法律术语，注重修辞，利用社会主义核心价值观与法律条文、法学理论之间存在的内在关联性，充分向多元受众阐述案涉事实并展示论证的全过程，为技术化、专业化的司法裁量补强说理。

二、文书说理援用社会主义核心价值观的多维探析

透过对示范文书的剖析发现，司法者需要通过说理回应大众的普遍诉求，尤其是回答大众对案情的裁判预期，故文书说理涉及“谁在说”“向谁说”“说什么”“如何说”的内容。文书说理引入社会主义核心价值观应基于以下维度进行考察：

（一）听众维度：“语用—论辩”进路

司法作为一种话语权，应当在听众中得到认同。针对不同纠纷所面临的不同听众，应当视具体情况采用恰当的说服方式。这正是论证的论辩实质，这种论辩在语言学上的语用性质便是“语用—论辩”^①，即立足个案纠纷的特定语境，通过对不同主体身份、地位的把握，进行针对性的说服，以消除论辩主体之间的意见分歧，获得主体间的共识。

1. “自我听众”：前提性“独白”的达致

司法者说服的听众包含其自身。因为在面临利益失衡以及对立的价值理念时，法律论证虽然能够提供一定的技术性支撑，但不能解决道德或者价值冲突的两难问题，更不可能代替法官作出价值选择或判断。如“江苏无锡冷冻胚胎案”，由于冷冻胚胎的法律属性定位尚未在彼时的法律规范中进行明确，司法者便面临着裁判标准抉择的两难困境。

“法官最好是将他们的工作理解为在每一个案件中努力获得特定境况中最合乎情理的结果。”^②“最合乎情理”意味着司法者需要确立起一以贯之的价值取向。在本文所研究的文书样本中，司法者便借助社会主义核心价值观的多重维度将其自我抉择过程进行了展示：充分阐述“事实为何是这样”“缘何援用该法律规定”“是否蕴含某种价值问题”等，以此达致前提性“独白”，解决“谁在说”的初始问题。

2. “既定听众”：目的性论辩的展开

裁判文书的说理，双方当事人是既定的“听众”。从功能性的视角出发，司法者往往基于某一目标，通过解释某一规则在司法实践中具有可接受性继而作出判决，该

① 熊明辉：《语用论辩术——一种批判性思维视角》，载《湖南科技大学学报》2006年第1期。

② [美]波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第165页。



目标通常表现为“被说服”。然而司法实践中，司法者长久以来基于“说多必错”的纠结心态，不愿在文书中过多展露涉及价值衡量的自我内化解释，担心招致听众群体的质疑。南京“彭宇案”即是明证。

裁判文书作为回应公民诉求的外在表现形式，若从目的论辩的方向展开，更能够向既定听众自证结论具备可接受性。假如，张三在现实生活中以“价值”一词作为其女儿的姓氏上户口，是否具有可行性呢？“北雁云依案”给出了回答：司法者通过深入分析子女承袭父母姓氏的目的——承载伦理观念及符合主流价值观念，以否认该行为的合法性。该解答实质上正是将社会主义核心价值观的价值判断目的化融入裁判依据，形成多重分论点，在逻辑推理的基础上进行理性分析，在论辩的基础上解决疑问，实现以既定听众为代表的大多数说服。

3. 普遍听众：“辐射效应”的传送

在司法信息愈益公开的当下，基于“司法裁判具有的信号示范效应”^①，社会公众同样也会成为说理的对象。因为有着专业思维的司法者与以大众思维为特征的普通听众，可能会因依靠专业思维的裁决理由与结论产生冲突。如“电梯劝烟案”的一审判决已引发社会热议，若二审坚持简单适用法律规范说理，则有可能出现如“彭宇案”一样的不良“辐射效应”。

基于普遍听众这一因素的考虑，为充分发挥司法裁判的引领功能，将社会主义核心价值观融入司法对个案的裁判，尤其是融入依靠专业思维得出裁决结论的论证过程，通过社会主义核心价值观的要素化表达，论析裁决结论的正当性、有效性；借助核心价值观蕴含的道德底线思维，回应公众由普遍价值激发的情感，破解论辩主体的意见分歧，以个案的圆满解决促行司法社会功能。

（二）论证维度：逻辑分析进路

在达致言说者与听众共同认可的出发点后，便需要我们关注“论证维度”。传统法律形式主义观念认为，法官作为“自动售货机”，吐出来的是一张写满了法条的纸。^②但司法从来都不是简单的逻辑演绎，其作为社会生活的一部分往往受到个体经验、社会共识等多重因素影响。进言之，法律论证不是作出司法裁决，而是证立司法裁决的过程。由此，便需要引入逻辑分析进路以解决“说什么”来证立的关键问题。

在法学领域，逻辑一直起到一种“固法”作用。说理逻辑作为司法者展开说理活动的具体指引，应当涵盖如主体、听众、评价、要求、目标等多维度具体要素。此时社会主义核心价值观作为道德判断因素，既可以分论点的形式，亦能够以评价标准、

① [美]波斯纳：《法律与社会规范》，沈明译，中国政法大学出版社2004年版，第12页。

② 参见[德]马克思·韦伯：《论经济与社会中的法律》，张乃根译，中国大百科全书出版社1998年版，第355页。

价值目标等方式作为中间项，勾连事实、规范以及多个论证理由，服务于裁决结论之证成。如“泸州遗赠案”之所以被众多学者引为反面教材，系因为直接将违背公序良俗作为评判遗赠行为无效的一般性标准，致使“规则逃逸”。实际上，我们不妨将“公序良俗的违背”视作分论点，在现有法律规则的形式原则下，借助社会主义核心价值观评判“向情人遗赠”行为的正当与否，论证基于公序良俗原则所衍生出的某具体的下位原则，从而创设涉案赠与行为无效的规则。

（三）信息维度：议题修辞进路

之所以提出信息维度，是因为说理终需借助文字的表达方式，涉及“怎么说”才能完全传达司法者的内心本意。基于文字信息传达的双向性，接收信息的一方在实践过程中往往会因为信息的非技术转换，出现“词不达意”的情况。如在认定工伤的类型纠纷中，司法者在判决书中阐明的“上下班途中”等不确定型法律概念便可能会因信息的不对称，引起当事人的异议，如用工单位认为上下班途中顺路接送孩子发生工伤并不属于“上下班途中”的范畴。

此时便需要议题修辞进路的引入。就方法论的角度而言，法律修辞作为一种话语表达方式，体现说理人在实现说服过程中的思维方式和思维过程。^①在面对不确定性法律概念时，司法者应充分考虑听众群体的社会关系、因身处该关系而可能感悟到的含义，正确选择语言体系中的成分做出合理解释。如“上下班途中”的概念解释，在充分考虑听众们的理解后，引入社会主义核心价值观中的某一要素再造概念含义，弥补文字解释和推理的机械被动或价值缺位。

三、社会主义核心价值观融入文书说理的逻辑再造

社会主义核心价值观司法适用存在的诸类问题已被学者进行了充分的论证，在此不予赘述。本文意欲借助示范文书的多角度特征总结、多维度援引透视得到的样本启示，重构规范化的逻辑方式。

（一）事实认知：叙事逻辑的重构与展开

在传统证据法学看来，事实认定是通过当事人举证、质证的法定程序重塑案件真相的逻辑过程。但事实的逻辑化处理会因脱离社会语境而成为孤立的法律事件。示范文书中展示的叙事逻辑便是解决这一困境的最佳选择。因为在叙事逻辑看来，裁判事实的认定是法内叙事与法外叙事的融合。通过叙事策略和修辞技术对原本的事实进行重构，把案件事实放置于一个由道德和情感构筑的“生活世界”中呈现至听众面前。

^① 参见焦宝乾：《法律论证的几个基本理论问题》，载《比较法研究》2005年第6期。

此时的社会主义核心价值观作为一种天然的道德因素，当然可以成为听众们认识客观世界已发生事件的“桥梁”。如上文提到的“无锡冷冻胚胎案”二审判决中，司法者从生命伦理、情感抚慰等价值判断因素出发界定胚胎的法律属性，把已浸染道德观念的法内叙事呈现在听众面前，潜移默化地引导听众重构案件事实，从而得出言说者所希望的结果。

同一证据经过不同言说者的叙述可能会产生不同的结果，因为言说者对事件的发生存在不同的诠释。^①故司法者在文书中阐述事实时应当尽最大可能展开，运用叙事逻辑将客观事实分层次和角度展现，不仅要充分挖掘符合某一规范的事实构成要件，更要合理运用社会主义核心价值观的要素对案件事实进行价值预设，尤其预设案涉事实是否与该相关规范背后的价值因素

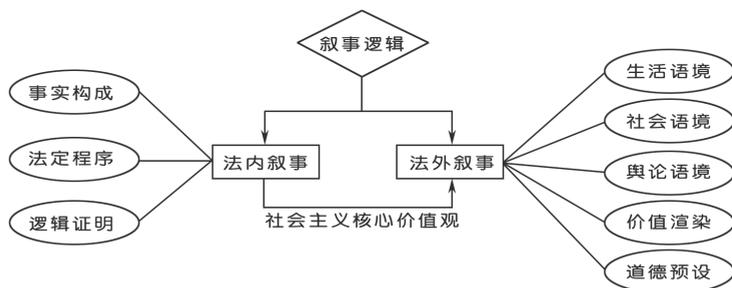


图2 核心价值观融入叙事逻辑的展开

具有同一性，以明晰含糊不清的事实要素（见图2）。

通过将上述过程进行梳理与重构，结合叙事逻辑的形式展开事实诠释，形成蕴含情理的融贯一致的“故事”，从而引发听众群体的普遍认同，毕竟此时的道德预设与价值渲染已经将听众对公正的期待渗透到叙事中。

（二）二阶证成：“逻辑涵摄”与“内部正当”相融洽

纠纷解决的成功与否在于裁决可否被接受以及多大程度被接受。基于此，司法者需通过法律论证的方法尽最大努力说服听众群体。麦考密克关于内部证成与外部证成的一般原理为核心价值观在裁判中的释法说理提供了方法论借鉴。^②该原理反映到此处的二阶证成，则表现为“逻辑涵摄”与“内部正当”（见图3）。

落实到具体操作，社会主义核心价值观通过逻辑涵射证成案涉法律关系是否符合行为规范（强调社会主义核心价值观的行为规范），从

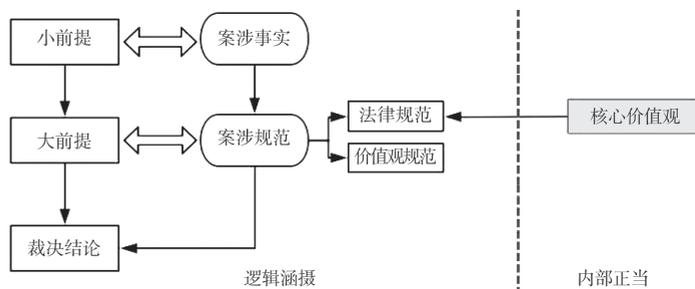


图3 逻辑涵摄与内部正当的逻辑结构

① 参见王彬：《裁判事实的叙事建构》，载《海南大学学报（人文社会科学版）》2013年第3期。

② 参见[英]尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社2011年版，第114-119页。

而建立规范与事实的一一对应关系。因为在涵摄模式看来,法律命题的证立意味着将事实命题涵摄于规范文义的射程内,实现自上而下的逻辑推断。该过程可口语表达为:

第一,对于任何一个案件事实 X 而言,若 X 满足构成要件 T (T = T1 法律规范 + T2 价值观规范),则可实现法律效果 R;第二,个案 a 满足构成要件 T;第三,效果 R 适用于个案 a。

需要注意的是,类似于“中海公司应向郑某支付案涉货款以符合社会主义核心价值观”^①的整体论证是不恰当的,司法者应指明案涉行为违反社会主义核心价值观的具体内涵,确保听众能够理解事实命题与规范文义的逻辑联系。

外部证成关涉两个最基本的维度:法律论证的正当性与法律论证的可接受性。因后者在听众维度处已进行充分讨论,此处不再赘述。社会主义核心价值观代表着一种价值判断,因其各要素与法律体系的内部价值相协调,且能够为论证依据提供制度性论据的支持,故更符合论证法律的正当性。第一,根据案件事实 X 所选择的法律规范 T1,若符合社会主义核心价值观 M 的价值尺度,则可被用作裁判依据;第二,某个案 S 所选择的法律规范 T1 合乎社会主义核心价值观 M 的价值判断;第三,法律规范 T1 可以适用于该个案 S 的裁判依据。比如,侵犯英雄烈士的名誉权纠纷论证可这样展开:英烈精神是爱国主义精神的重要体现,保护英雄烈士的名誉等民事权益是每一个公民的重要义务。被告的行为违反了《英雄烈士保护法》第 22 条之规定,背离了社会主义核心价值观的基本要求,依法应当追究其民事责任。

(三) 信道畅通:语义修辞的识别与适用

语义修辞作为独特的一类修辞手法,着重于强调修辞表达的搭建系通过词汇的语义变异来实现,明显区别于强调结构形式的如排比、对仗等修辞方式。比如,“会当凌绝顶,一览众山小”中将众山之矮比对泰山之高,无限夸大泰山的高度。进言之,可以更详细地描述语义修辞为“基于语义变异,搭建起分属于两个语义领域的实物之间的特殊关系”^②。

之所以将语义修辞援用到畅通信道的路径中,是因为语义关系的建立是在意向性的主导下,以相邻或相似关系为中介,尽可能提取内涵—外延特征。这正与我们关注信息维度的目标一致。如“上下班途中”概念的释明,还应当充分考虑语义修辞适用背后的构成要件:通过我国劳动法的立法原意——保障劳动者的合法权益理解意向性,以基于“合理时间”“合理路线”引发“敬业”内涵的标注作为理解“顺路”的中介,提取最有可能的“合理性”“必然性”特征。通过以上三方面的语义解释充分阐发“上下班途中”的概念,冲破劳动法文本中专业性术语的樊笼。

① 郑新金诉蔡金久买卖合同纠纷案,安徽省滁州市中级人民法院(2021)皖11民终506号民事判决书。

② 廖巧云:《语义修辞的识解机制》,载《现代汉语》2018年第1期。

社会主义核心价值观作为价值判断的标准构成，其所具备的包含当前社会公众普遍接受的行为合理性标准的特质，因更贴合于“相邻或相似关系”的提炼，当然可以运用到语义修辞中。然因社会主义核心价值观的外延范围过广，我们需明确适用的具体语境，以确保适用的社会主义核心价值观与案件事实及规范相关联，避免庸俗的法律实用主义。^①

社会主义核心价值观的各层具体内涵均有其适合的语境。如诚信内涵多用于合同之债中，既惩戒违约方的失信行为又保护守约方的合法权益，倡导当事人在交易活动中谨遵诚实守信；友善多

用于家庭纠纷（如继承纠纷等）以及邻里纠纷（如相邻关系等）等紧密的刚性社会关系产生的矛盾中，恢复被破坏的社会秩序；文明、和谐作为全社会的整体价值追求，多被援用以阐述某种行为有助于或不利于社会文明、和谐

的实现，从而或肯定或批判该行为（见图4）。

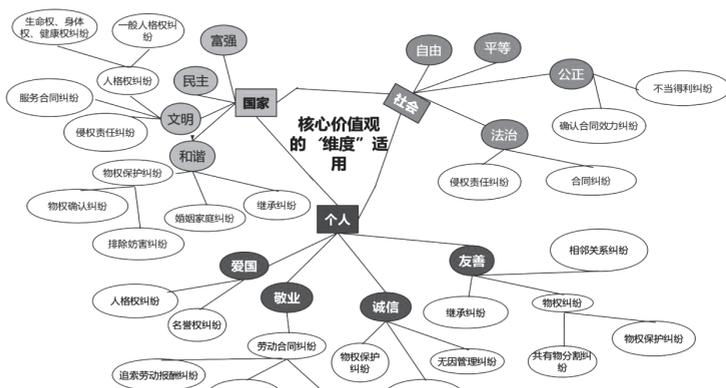


图4 提炼核心价值观具体内涵适用的语境

四、初步构建社会主义核心价值观融入论证说理の様式

裁判说理推崇精致性的法律论证，但基于司法裁判的“严密性”特征，论证并不能恣心所欲，社会主义核心价值观融入论证的路径亦然。故司法者要想准确把握运用之道，便应当尊重严整的论证逻辑，从“事理”“论理”“尾部”入手探寻基本的样式。

（一）社会主义核心价值观融入“事理”的样式

尽管司法者已经基于双方当事人的举证、质证尽可能还原案件事实，并在裁判文书的“经审理查明事实”部分进行详细阐述。但在运用核心价值观进行论证分析之处，亦可通过穿插进具体的案件事实，尽量避免社会主义核心价值观说理变成空洞的说教，从而使得说理更加生动且具有感染力、说服力。此处构建样式的“事理”部分也指的是融入进社会主义核心价值观论证说理部分的事实。

“事理”往往不应当仅就案件事实叙述，而应当结合涉案纠纷的基本人物关系、家庭关系、社会关系等，借助社会主义核心价值观充分阐述其中蕴含的情理内涵，甚至可以

^① 参见江必新：《社会主义司法基本价值初探》，载《法律适用》2009年第12期。

客观地对双方当事人的行为进行评价，即通过叙述逻辑的展开实现法内叙事与法外叙事的融合。因为符合社会主义核心价值观意味着符合主流的价值理念，这一行为应当具有一定程度的合理性与可接受性，并不会让听众群体产生明显的抵触性、矛盾性的一般情感。

特别是在一些涉及婚姻家庭事、伦理道德等类型的案件中，基于家事案件的特殊性——诉争焦点关涉社会风俗与伦理道德以及裁决结果影响社会和谐，若处理不当很有可能引起道德风险。此时，司法者在通过建立证据间的链条形成法内叙事的基础上，运用社会主义核心价值观还原当事人的日常生活语境，如是否实施某种不当或不合法的行为，借事件的情节发挥和情节剪裁建立事件之间的因果关系，充分释放法律意义和事实意义，以避免陷入伦理与道德的循环论证中。

（二）社会主义核心价值观融入“论理”的样式

根据文书说理的依据是否唯一，可以将社会主义核心价值观的适用方式划分为单独适用与复合适用。^①单独适用是指裁决结论的唯一依据便是社会主义核心价值观。如在邓某与缪某健康权纠纷案一审中，司法者依据尊老爱幼的传统美德和核心价值观，认定被告殴打原告致伤的行为成立。^②该判决理由仅强调了尊老爱幼的传统美德是社会主义核心价值观所应倡导的准则，而未明确指明健康权所涉及的法律规范，说理重点着眼于行为的社会效果，忽略了法律关系的阐述。

基于此，调整后的民事判决书在论证说理部分，应进行层次划分。即结合具体案情，在找寻案涉纠纷是否有对应的法律规范作为裁判依据后，进行分情况处理（见图5）：

第一，若尚不存在规范性法律文件作为裁判依据，则结合案件事实 X 重点审查当前适用的语境，并借助已经选择的核心价值观的具体内涵 M_x 对案情进行语义描述、分析与论证，从而得出裁决结论 C。即 $X : M_x \rightarrow C$ 。

第二，若存在规范性法律文件作为裁判依据，则在详细阐述裁判结果所依据规范 T1 的基础上，着重审查案涉法律关系指向的核心价值观内涵 M_x ，并结合对案件事实 X 的阐述，获得裁决结论 C。即 $T1 + (X : M_x) + X \rightarrow C$ 。

在上述邓某某与缪某健康权纠纷案中，司法者在分析案涉法律关系——侵权责任后，便应找寻是否有相应的规范性文件支撑裁决依据。此时侵权责任编中过错责任的对应规范正是此处的规范性法律文件，故应当在详细阐明该条规范的基础上，结合本案指向的“友善”内涵的社会主义核心价值观对具体案件事实进行逻辑涵摄，从而获得本案的裁决结论。

当然，在上述逻辑涵摄的全过程，社会主义核心价值观亦作为裁决依据的正当理由与合理解释贯穿于内部正当证成的始终。

^① 参见周尚君、邵珠同：《核心价值观的司法适用实证研究》，载《浙江社会科学》2019年第3期。

^② 参见邓某某诉缪某健康权纠纷案，甘肃省环县人民法院（2021）甘1022民初317号民事判决书。

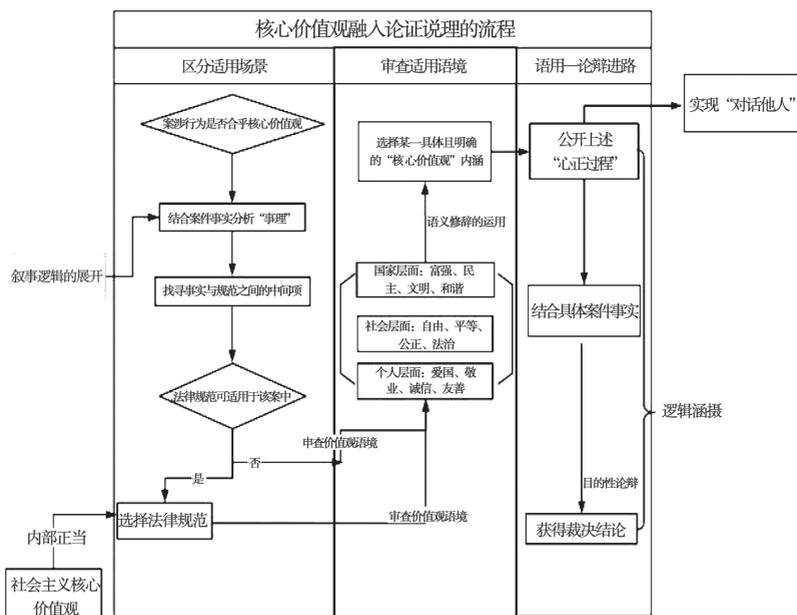


图5 核心价值观融入论理部分的样式

(三) 社会主义核心价值观融入“尾部”的样式

尾部（裁判文书中陈述援用法条之前的位置）尽管不是民事判决书论证说理的主要阵地，但在尾部添加司法者结合社会主义核心价值观对于个案的评析可以视作说理的自然延伸，通过寄托司法者的道德情怀与司法期许以推动说理完善。

例如，程某诉某科技公司不当得利纠纷案判决书的尾部如是写道：“作为直播平台的经营者，亦应担负起与其盈利相对等的社会责任，加强对未成年人或其他无民事行为能力、限制民事行为能力人的保护，注重传递社会主义核心价值观。”^①此时在裁判文书尾部的阐述，可以看作司法者以文书为载体，对该文书的听众们作出明确的行为指引，发挥社会主义核心价值观价值引导、情绪疏导的积极效用，实现教育功能，即借用社会主义核心价值观的政治话语力度增强文书的说服力。当然这里的听众不仅仅意指案涉纠纷的“既定听众”，还包含所有在网上浏览该份裁判文书的“普遍听众”。

另外，考虑到社会主义核心价值观在文书尾部应发挥的正面引导作用，不宜采用类似于“在他人出殡现场以闹场和阻挠出殡的方式获取债权凭证，违背了友善、和谐的社会主义核心价值观，本院予以谴责”^②等否定性评价话语。

（责任编辑：王文斌）

① 程某诉北京陌陌科技有限公司不当得利纠纷案，浙江省金华市中级人民法院（2020）浙07民终4515号民事判决书。

② 张浦龙、张玉琴诉郎晚胜民间借贷纠纷案，山西省晋城市中级人民法院（2021）晋05民终727号民事判决书。

居住权合同纠纷裁判规则探析

唐静静*

内容摘要：《民法典》在我国法律体系中首创了居住权制度。作为一种用益物权，居住权遵循物权法定原则，不能任意根据当事人意志创造或确定。居住权合同是设立居住权最普遍的方式，但居住权合同的自由性及个性化特点导致当事人在采取以居住权合同形式设立居住权时，极易突破《民法典》对居住权制度的限制。司法裁判具有规则引领和价值导向作用，因此通过法院对居住权合同纠纷案件审理形成的司法裁判，可以对民事主体订立居住权合同的行为起到指引的作用，从而促进居住权合同更好地为实现居住权制度的价值和功能服务。

关键字：居住权；居住权合同；裁判规则

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)02-000-000

引言

创设居住权是我国《民法典》的一大亮点,《民法典》物权编第十四章用六个条文(第366-371条),分别从居住权定义、居住权合同、居住权设立、居住权变更、居住权消灭及以遗嘱方式设立居住权六个方面规定了居住权的相关内容,正式确立了我国的居住权制度。但《民法典》出台后,理论界和司法界对居住权制度的评价褒贬不一。总体来说,各方观点一方面肯定居住权制度的创设是必要的、进步的,称赞居住权制度回应了民生的热点问题,解决了法律的真空困境。但另一方面,理论界也有不少学者认为《民法典》对居住权制度的规定存在诸多不足之处,法条化限制了居住权在当今社会的权利价值。

签订书面的居住权合同是设立居住权的主要方式。居住权合同遵循自由原则,当事人可按照自己的意志自由协商合同内容。而居住权遵循物权法定原则,前述六个条文对居住权的目的、主体、客体、创设方式、内容、变更及消灭等进行了严苛的限制。因此充分利用居住权合同的自由原则和个性化约定可以最大限度发挥居住权制度的功

* 唐静静,北京市第一中级人民法院立案庭法官助理。



能价值。但居住权合同的个性化、自由性也导致法院在审理居住权合同纠纷案件时困难重重，加之《民法典》对居住权合同规定的不足、以往案例素材的缺失、理论成果的匮乏等，更是给法院审理此类案件带来了巨大的挑战。

一、居住权合同纠纷案件的实证透视与困境分析

（一）逻辑起点与先天缺失：法院审理居住权合同纠纷无法可依

就居住权的设立而言，其基础法律关系既可以是居住权合同关系，也可以是基于遗嘱、遗赠而产生的遗产分配关系。^①《民法典》规定了以居住权合同方式或遗嘱方式设立居住权。居住权合同是设立居住权最普遍的方式，它能够适用的领域不局限于婚姻家庭，更具灵活性，能满足人们对住房利用形式的多元化需求，^②且法定居住权中当事人也可以居住权合同形式规定具体的权利义务内容。借合同自由原则和居住权合同的个性化约定，可以最大限度地发挥居住权制度的投资性功能，使其满足社会经济发展的需要。因此，采取居住权合同形式是当事人设立居住权的最普遍的方式，也是促使居住权制度发挥投资性功能的最主要的手段。

但《民法典》对居住权合同规定存在严重不足，将居住权合同规定在物权编而非合同编，且仅在物权编第367条第2款对居住权合同的一般条款进行了规定。除此之外，《民法典》各编对居住权合同再无只言片语。《民法典》合同编第467条第1款虽规定，没有明文规定的合同适用合同编通则的规定，并可以参照适用典型合同或其他法律最相类似合同的规定。但居住权合同作为一种创设物权的合同，在参照适用合同编通则和其他典型合同、最相类似合同的规定时，在缔约自由、类型强制与内容固定方面受物权法定原则的规制，不能仅根据一般非典型合同的适用规则参照适用。《民法典》中涉及居住权合同的规范缺失严重，存在大量法律漏洞。^③由此可知，民事主体在设立居住权时更倾向采取居住权合同的形式，但《民法典》对居住权合同规定不足导致法院在审理居住权合同纠纷案件时没有可以直接依照的法律规定。

（二）现状调研与未来预测：法院审理居住权合同纠纷无案可从

在《民法典》实施前，我国法律体系中没有居住权制度，自然也没有居住权合同的概念。虽然当事人有居住权方面的相关诉求或争议，但都零星夹杂在其他纠纷案件中。以“民事案件”“判决书”“居住权”为关键词在中国裁判文书网进行检索，共检索到案件46590件。^④其中，从判决年份上看，2014年到2020年判决的居住权案件数量（件）

① 参见申卫星、杨旭：《中国民法典应如何规定居住权？》，载《比较法研究》2019年第6期。

② 参见申卫星：《视野拓展与功能转换：我国设立居住权必要性的多重视角》，载《中国法学》2005年第5期。

③ 参见汪洋：《民法典意定居住权与居住权合同解释论》，载《比较法研究》2020年第6期。

④ 2021年5月6日检索。

分别为 2813、3178、4834、5396、6812、8037、7602；从地域及法院上看，居住权案件发生较多的法院为北京、上海、江苏、山东、河南，数量（件）分别为 5680、4828、3661、3278、3015，而居住权案件发生较少的法院为西藏、青海、宁夏、新疆、甘肃，数量（件）分别为 4、117、178、224、364；从涉及的关键字上看，居住权案件涉及较多的关键字为“合同、所有权、离婚、不动产、继承、合同约定”，数量（件）分别为 12825、10932、7830、6944、5420、3430。这些数据表明，除 2020 年受新冠疫情影响外，近年来我国居住权案件的数量呈较快的增长趋势；居住权案件的发生与地域经济的发达程度和人口数量有关，经济越发达、人口越密集的地区居住权案件的数量越高；居住权案件中很大一部分涉及到合同纠纷，占全部居住权案件的比例高达 35%。

前述从 2014 年到 2020 年的案件中，按裁判日期倒序的方式选择 100 件案件一一进行分析，涉及居住权问题的案由则比较分散（见图 1）。虽然当事人主张或辩称中涉及居住权问题，但法院在审理此类案件时大多从所涉具体案由相关的法律关系上进行审理，对居住权少有论述（无一件涉及到居住权合同），因此能够得出的裁判规则也较为零散、有限（见表 1）。

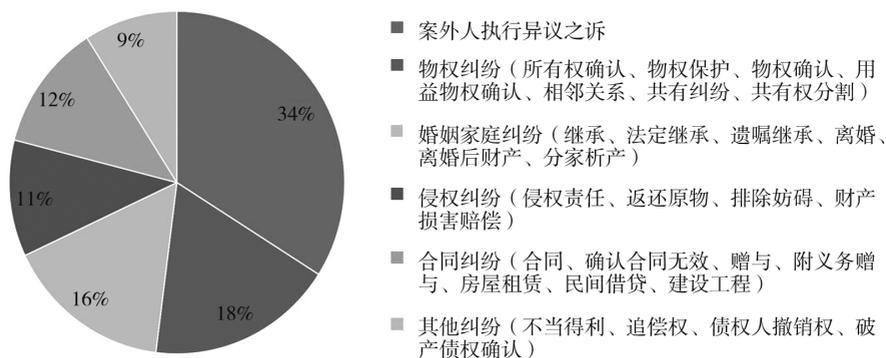


图 1 居住权问题涉及的案由

表 1 民法典出台前居住权相关问题的裁判规则

案号	案由	法院认为或判决
(2020)浙 04 民终 2893 号	所有权确认纠纷	虽约定“居住”但不是居住权，而是对所有权的处分
(2020)沪 0114 民初 5761 号	分家析产纠纷	享有居住权
(2020)云 0421 民初 1263 号	房屋买卖合同纠纷	约定购买终身居住权，属于买卖合同纠纷解决的范畴
(2018)京 0105 民初 97581 号	排除妨碍纠纷	对房屋享有居住权，不属于侵权
(2020)鲁 0214 民初 16899 号	物权确认纠纷	按照约定及赡养义务，应保证第三人的居住权
(2020)粤 0883 民初 2260 号	房屋租赁合同纠纷	存在非婚生子女主张居住权无法律依据
(2020)沪 0101 民初 4688 号	共有纠纷	无法基于婚姻关系及居住事实取得涉案房屋居住权
(2020)京 02 民终 11680 号	房屋买卖合同纠纷	所有权已经登记为他人，无法恢复居住权



续表

案号	案由	法院认为或判决
(2020)沪02民终9083号	共有纠纷	户籍迁入不当然取得居住权
(2020)浙01民终9937号	继承纠纷	应保障居住权
(2020)沪02民终10987号	合同纠纷	房屋出售后,依附于房屋上的居住权消失
(2020)湘0104民初16145号	共有物分割纠纷	第三人居住权,不得分割
(2020)鲁0105民初6871号	物权保护纠纷	无所有权,终身居住权不成立
(2020)鲁0305民初6270号	共有物分割纠纷	对居住权期限作出约定,合法有效

《民法典》创设居住权后,《民事案件案由规定》也对此进行了相应的修改,关于居住权案件的案由有两个,分别是用益物权纠纷案由下的“居住权纠纷”和合同纠纷案由下的“居住权合同”纠纷。对于二者的区别,《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》也有明确的规定。^①《民法典》实施后居住权案件只能以居住权纠纷或居住权合同纠纷出现,二者在居住权案件的审理中同等重要、不分伯仲。可以预测,随着我国经济发展和城镇化进程的加速,居住权案件数量会持续增加,相当一部分居住权案件涉及到居住权合同纠纷,但法院在审理居住权合同纠纷案件时,将没有同类案件、类似案件进行检索、参考和参照。

(三) 内部纷杂与外部促狭:法院审理居住权合同纠纷无理可用

一方面,居住权合同遵循的是合同自由原则,当事人可以根据自己的意志进行约定,如对设立居住的价款、期限、条件、要求、各种费用的负担、消灭事由等进行个性化的约定。但居住权合同又不能以合同约定突破居住权物权法定原则,因此对居住权人、居住权设立人、设立居住权的住宅、居住权设立目的等有明确的限制。另外,居住权合同在参照适用合同编通则、其他典型合同、相类似合同或《民法典》其他各编相应规定时,能否适用以及如何适用,也非简单一言两语可以概括、厘清。因此,居住权合同纠纷本身的多样性、复杂性造成法院审理居住权案件的难度非同小可。

另一方面,理论界和司法界目前关注的方向主要集中在居住权的性质、功能、类型、主客体等居住权制度本身的相关问题上,而对居住权合同方面的研究少有涉猎。笔者在中国知网上进行搜索,^②在“题名”处以“居住权”为关键词进行检索共得到491条结果,再以“居住权合同”为关键字进行检索,只得到2条结果。^③目前学术界对居住权合

① 根据《通知》规定,当事人诉争的法律关系性质涉及物权变动原因的,即因债权性质的合同关系引发的纠纷案件,应当选择“居住权合同纠纷”案由,当事人诉争的法律关系性质涉及物权变动结果的,即因物权设立、权属、效力、使用、收益等物权关系引发的纠纷案件,应当选择“居住权纠纷”案由。

② 2021年5月7日搜索。

③ 一篇为汪洋的《民法典意定居住权与居住权合同解释论》,一篇为吴丹的《居住权合同公证研析——以民法典居住权制度为切入点》。

同的研究力度不够，研究成果也相当匮乏。因此，法院在审理居住权合同纠纷案件时难度很大，但学术界却没有提供足够的理论观点和学术成果可供支撑。

二、居住权合同纠纷案件的裁判原则和审理路径

在居住权合同纠纷案件中，主要对居住权合同是否成立、是否有效、是否履行、有无违约、违约后如何进行补救或赔偿等问题进行审理，居住权合同是审理居住权合同纠纷案件的关键证据和核心要素。从这个角度来看，居住权合同能够自由约定的范围，就是法院在审理居住权合同纠纷中将予以积极肯定的范畴，居住权合同不能自由约定的内容，就是法院在审理居住权合同纠纷中将予以消极否认的部分。因此，居住权合同的自由与边界，就是确定居住权合同纠纷案件裁判原则和审理路径的出发点和落脚点。

（一）裁判的目的：用居住权合同的自由约定促进居住权制度投资性价值最大化

居住权制度的功能不仅可以解决弱势群体的住房问题，实现我国住房政策由“居住有其屋”向“住有所居”转变，还可以更好地体现所有权人的意志，丰富用益物权的体系，为经济发展与社会变迁提供法律管道。^①但从《民法典》对居住权的定义来看，我国法律侧重强调居住权制度的第一项功能，割舍了居住权制度的第二项功能。这一立法选择不仅引起理论界的众多质疑，也难以满足实践中经济主体的现实需要。^②要缓解居住权法律条文的僵化与保守，扩大居住权的适用场景，让居住权制度发挥更大的价值和作用，就要充分利用合同自由原则对居住权的定义重新进行解释。在审理居住权合同纠纷案件时，就要把握这一裁判的目的，不能望文生畏，不合理限制居住权合同自由的范围，将居住权合同自由约定的个性化内容作为违反法律法规强制性规定的情形并对其作出否定性评价。

（二）裁判的制约：恪守物权法定原则依法界定居住权合同的边界

在我国的用益物权体系中，多数的用益物权不是通过合同设定的，只有居住权和地役权的内容中有“合同约定”的要素。^③但与地役权合同不同，虽然居住权可以源于“合同约定”，但居住权合同中的意思自治不是完全的意思自治。这是因为地役权的种类多样、灵活，地役权合同内容上给予当事人最大的意思自治，而居住权最基础的内容

① 参见申卫星：《从“居住有其屋”到“住有所居”——我国民法典分则创设居住权制度的立法构想》，载《现代法学》2018年第2期。

② 参见申卫星、杨旭：《中国民法典应如何规定居住权？》，载《比较法研究》2019年第6期。文章认为在我国当前语境下，居住权类型不仅包括基于家庭关系和住房保障的社会性居住权，还包括兼具社会性的投资性居住权、走向统一居住权市场的投资性居住权和商业领域的投资性居住权。

③ 参见肖俊：《居住权的定义与性质研究——从罗马法到民法典的考察》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2020年第12期。



已经由法律进行了规定，这些内容不由居住权合同当事人自由决定或变更，否则就会违反物权法定原则，架空其他相关法律制度，甚至成为规避法律的非法行为。违反民法典居住权制度规定的合同约定，就是居住权合同的边界。因此，在审理居住权合同纠纷案件时，若居住权合同的形式或约定的内容突破了居住权合同边界之一，将不按照当事人的意思发生法律效力，而是根据法院裁判结果发生效力。

（三）裁判的路径：寻找全面、精准的准据法为居住权合同裁判规则提供法律支持

居住权合同可以参照适用合同通则和最相类似的其他典型合同的有关规定。“参照适用”一般没有直接纳入法律调整范围内，但是又属于该范围逻辑内涵自然延伸的事项，实质上是一种法律明文规定或明文授权式的类推适用。^①法院在审理居住权合同纠纷案件时，在秉持最大限度地发挥居住权制度价值的目的及恪守物权法定原则底线的基础上，最关键的就是要全面、精准地找出与居住权合同有关的其他准据法（见表2），并依据准据法的相关规定及精神构造居住权合同纠纷的裁判规则。

表2 居住权合同准据法

准据法	具体条文	选择的原因
总则	第154条等	居住权合同是一种民事法律行为，适用总则编规定
居住权	第366-371条	居住权合同不能违反居住权制度的相关规定
合同通则	第490、501、511、658、663、664、666条	没有明文规定的合同，适用合同编通则规定
租赁合同	第712、713、715、726-729、732条	居住权合同关于维修义务、添附内容等与租赁合同相似
买卖合同	第612、622条	居住权设立人提供的住宅要能满足生活需要，该义务与买卖合同住出出卖人的瑕疵担保义务相似
涉第三人的合同	第522、523、524条	为第三人设立居住权的合同与向第三人履行的合同相似
共有制度	第300、301条	是否可以在共有住宅上设立居住权应参照适用共有制度关于共有物处分的规定
预告登记	第221条	在将来取得所有权的住宅上设立居住权，可以参照预告登记制度保障居住权人的权利
婚姻编 继承编	相关条文	当事人可以采取居住权合同形式对法定居住权的具体内容进行约定
其他法律	相关条文	居住权合同可适用的其他场景

三、居住权合同纠纷裁判规则的归纳与生成

（一）归纳：居住权合同的自由与边界

如前所述，审理居住权合同纠纷案件就是对居住权合同的相关情况及约定内容进行评价。因此要确定居住权合同纠纷案件的裁判规定，就应对居住权合同的自由和边

① 参见王泽鉴：《民法学说与判例研究》（重排合订版），北京大学出版社2015年版，第82页。

界进行清晰的归纳和总结。

1. 居住权合同当事人的自由与边界

(1) 居住权人。法人和非法人组织没有生活居住的需要，因此居住权人仅限于自然人，不包括法人和非法人组织。自然人作为居住权人则无限制：一是居住权人数量不受限制。居住权合同可以约定数人同时享有居住权。数人享有居住权，其中有的居住人死亡但其他居住人未死亡时，以最后死亡的自然人的生存期限为居住权的存续期限。^①二是居住权人是否另有住宅不受限制。只要设立居住权的目的是为了生活需要，不论居住权人是否有住宅，都可对他人的住宅享有居住权。三是居住权人与居住权设立人之间是否有特定的人身关系不受限制。有观点认为，居住权人应当与设立人或所有权人具有一定的人身关系。^②笔者不赞成这种观点。限定居住权人必须与居住权设立人之间有特定的人身关系，实际上是将居住权制度限制在婚姻家庭领域，限制了居住权制度功能的发挥。四是居住权人可能不是居住权合同的当事人。居住权合同当事人可以为第三人设立居住权，此时居住权人并非居住权合同当事人，而系第三人。值得注意的是，与居住权人有密切关系的家庭成员、护理人员和保姆是居住权人的同住人，不是居住权合同当事人或居住权人。前述人员虽实际居住在房屋内，但其实际居住的权益是依附于居住权人的，居住权人丧失居住权利后，实际居住人亦无法再继续居住在房屋内，且居住权人的家属范围是可变化的，^③因此居住权人的家属以及提供医务或家务等服务的人员作为实际居住人，是居住权的间接受益人，而不得直接将其认定为居住权人。^④

(2) 居住权设立人。法人、非法人组织虽不能成为居住权人，但可成为居住权设立人，这从《民法典》对居住权合同一般条款的规定就能看出。司法实践中法人或非法人组织设立居住权的情形并不少见，如单位采取设立居住权的方式为员工提供住宿，地方政府为引进人才提供其一定年限内可供居住的住房，养老营利机构在购买房屋后为出卖人设立居住权等。居住权设立人的限制更少：一是居住权设立人数量不受限制。如在共有住宅上设立居住权，此时全体共有人为居住权设立人。二是居住权设立人设立居住权后自己是否还有自有住处不受限制，即可约定在自己唯一的住宅上设立居住权。三是居住权设立后居住权设立人状况发生变化，如自然人死亡、公司注销、公司变更名称等均不影响居住权的效力。但与居住权人不同的是，居住权设立人必须是居住权合同的一方当事人，否则相当于居住权合同当事人约定居住权人对合同外第三人的住宅享有占有、使用

① 参见钱明星：《关于在我国物权法中设置居住权的几个问题》，载《中国法学》2001年第5期。

② 参见辜明安、蒋昇祥：《我国民法典设立居住权的必要性及其制度构造》，载《西南民族大学学报（人文社会科学版）》2020年第2期。

③ 参见曾大鹏：《居住权的司法困境、功能嬗变与立法重构》，载《法学》2019年第12期。

④ 参见曾大鹏：《居住权的司法困境、功能嬗变与立法重构》，载《法学》2019年第12期。



的权利,这种合同属于客观履行不能的合同,自然无法设立居住权。

(3) 居住权人与居住权设立人的关系。一般来说居住权合同当事人就是居住权人,但居住权合同当事人也可为第三人设立居住权(此类合同即为第三人利益合同),此时第三人而非居住权设立人为居住权人。与一般情况相比,为他人设立居住权时居住权人具有以下特殊性:一是第三人是否具有民事行为能力不影响居住权合同效力及居住权的设立;二是合同不得约定第三人承担义务,除非第三人明确表示同意承担该义务;三是第三人的居住权受他人行为的影响,如为其设立居住权的合同当事人未支付约定的费用后,居住权设立人起诉主张解除居住权合同,并据生效判决申请注销居住权的登记。^①

2. 居住权合同标的(住宅)的自由与边界

(1) 住宅性质。虽然实践中非住宅性质的房屋可改为住宅使用,但根据《民法典》的规定,居住权是对他人住宅享有占有、使用的权利,因此非住宅上不得设立居住权。设立居住权的住宅无需及于住宅全部,可及于其中一部分。^②当事人可以约定在住宅的某一部分或数部分上设立一个居住权或数个居住权,该一个或数个居住权可由一个居住权人或数个居住权人享有。居住权合同约定设立居住权的住宅在性质上没有限制,包括商品房,也包括享有所有权的其他性质的房屋,如可约定在经济适用房、两限房、已购公房等政策性房屋上设立居住权,也包括共有房屋。

(2) 住宅权属。《民法典》规定居住权设立在他人住宅之上。“他人住宅”的第一层含义是指非居住权人自己的住宅,但当事人可以约定居住权人在目前属于自己而将来属于他人的住宅上设立居住权,如所有权人在出售房屋前为自己或第三人设立居住权。所有权人在自己的房屋上设立居住权的目的是为了满足现时的生活居住需要,而是为了满足将来生活居住需要。^③“他人住宅”的第二层含义是指居住权设立人所有的住宅,而非第三人所有的住宅,如租赁、借用、无权占有的房屋、公租房、廉租房等系第三人或国家所有的住宅,因此不能在住宅上设立居住权。“他人住宅”的第三层含义是指被法律认可、依法进行登记并享有所有权的住宅,包括在农村宅基地上建设的住宅,但未取得所有权证或宅基地使用权证的房屋,如小产权房、违法建筑等上不能设立居住权。这里的享有所有权可以是已经取得了所有权,也可以是将来取得所有权的住宅。约定在后者上设立居住权的,可以参照《民法典》第221条规定的预告登记规定保障居住权人的权益。“他人住宅”的第四层含义是住宅的权属是确定的、无争议的,如住宅权属处于诉讼纠纷中,则不得在以居住权合同形式在其上设立居住权。

① 本文如无特殊说明,一般仅指居住权合同当事人与居住权人一致的情形,不包括为第三人设立居住权的情形。

② 参见刘淑波、李雨旋:《论居住权制度——以民法典编纂为视角》,载《通化师范学院学报(人文社会科学)版》2020年第1期。

③ 参见房绍坤:《论民法典中的居住权》,载《现代法学》2020年第4期。

(3)住宅状态。首先,设有担保物权的住宅上可以设立居住权。居住权设立在先的,担保物权的实现不能排除居住权。担保物权设立在先的,在设立居住权时需要对房屋进行评估,看住宅上设立居住权后其价值是否仍可满足担保物权的实现,因设立居住权而不足以担保原债务的,由居住权设立人提供其他相等价值的担保或由居住权人承担连带责任。其次,已经出租的房屋上可以设立居住权,但居住合同约定的居住权的期限与租期不能重合。居住权能否对抗租赁权?根据买卖不破租赁规则,所有权的变动不影响租赁合同的效力,举重以明轻,作为用益物权的居住权自然也不能对抗在先的租赁关系。第三,住宅处于保全、执行状态的,不得以居住权合同形式设立居住权。《民法典》出台后债务人可能会选择具有对世性和排他性的居住权来对抗强制执行。在未来的执行程序中,当执行行为前进的步伐“路遇”居住权时,可能会因没有具体的裁判规则,而使这类案件“迷失方向”。^①因此从居住权合同角度来看,住宅已经处于保全、执行状态的,不能再以合同形式设立居住权。

3. 居住权合同约定内容的自由与边界

(1)合同目的。居住权设立的目的是为了生活居住的需要,因此居住权合同订立的目的就是为了满足居住权人的生活居住。对生活居住含义的理解要坚守本质特征。将住宅作为睡眠休息之地是生活居住,将住宅作为个人绘画、写作、运动、冥想等之地也是生活居住,但生活居住不包括将住宅作为经营场所使用。实践中在生活居住的同时,也在住宅内存在一些经营行为的,也视为符合居住权设立的目的。

(2)居住权期限。理论上,居住权合同当事人可自由约定所设居住权的期限范围。如双方可约定居住权人终身享用居住权,居住权人享有居住权的起止时间,居住权人每年享有居住权的固定时间或固定天数等。但当事人约定的居住权期限过长,比如在居住权人死亡后约定的居住权期限尚未届满的,居住权自居住权人死亡时消灭;若居住权系有偿设立的,居住权人的继承人有权要求居住权设立人退还剩余居住权期限的相应价款。对于既没有约定也未登记居住权期限的,应当认定居住权的期限为居住权人的终身,确保能够满足居住权人长期稳定居住的需要。^②

(3)居住权价款。居住权合同必须以书面形式订立。《民法典》规定居住权合同当事人另有约定可以有偿设立居住权,这里的“另有约定”并非必须在书面的居住权合同中约定,也可以是当事人以口头形式、行为习惯等方式进行约定。司法实践中法院在认定当事人是否系有偿设立居住权时,应将当事人之间是否具有某种人身关系作为重要的依据,如当事人之间不具有某种人身关系,应由居住权人举证证明双方约定居住权系无偿设立,反之亦然。

^① 参见李亚彬:《试论居住权排除执行的裁判规则》,载《人民法院报》2020年7月9日,第8版。

^② 参见孙茜:《民法典视野下居住权制度的理解与适用》,载《法律适用》2020年第21期。



(4) 居住条件和居住要求。居住的条件是居住权设立人对居住权人的义务,居住权设立人应保障居住权人对住宅能够满足一般生活居住的需求,因所有权人过错导致房屋灭失或被第三人善意取得时,所有权人负有赔偿义务。^①除此之外双方还可以对住宅的装修标准、家居家电、生活设备等进行特殊约定;居住的要求是居住权人对居住权设立人的义务。居住权人除了合理、善意地占有使用、妥善维护住宅外,当事人还可以对住宅、附属设施及家居家电的自然损耗负担、维修费用、装修费用、水电物业热力费用等进行约定。另外,当事人还可以约定居住权人在共同管理权利上享有对涉及自身利益部分发表意见的权利。但是否可以约定居住权人同住人的范围?对居住权人的同住人的范围进行约定不能影响居住权人正常的居住需求,否则该约定不产生法律效力。如约定仅居住权人一人在住宅内居住,按照常理理解,居住权人肯定有与其共居亲属共同居住的生活需求,该约定就属于影响了居住权人的正常居住需求,不能对居住权人产生拘束力。

(5) 居住权行使方式。《民法典》规定居住权不得转让、继承,除另有约定外不得出租。有学者认为,此种立法限制了居住权的移转,强调了居住权的人役权属性,但此种立法选择的利弊得失殊值检讨。^②首先,在能否出租的问题上,“另有约定”包括当事人以居住权合同形式进行约定,也包括口头形式、签订补充协议、事后追认、知道或应当知道出租后默认等其他约定的形式。其次,在居住权转让的问题上,虽然民法典规定禁止居住权转让,但禁止转让无法实现居住权的交换价值,房屋的整体效用也因此受到减损。^③因此可借鉴罗马法学家做法,用益权虽不能转让,用益权的行使可以转让,既可以由本人对用益物实现收益,亦可以通过债权性合同让与给他人收益。^④如约定居住权人可以与他人签订居住权转让合同,将居住权的行使而非居住权本身转让给他人。最后,不能约定居住权转让,是指导致居住权人发生变更的所有情形,如约定居住权可以买卖、质押、出资、入股、赠与、互换,这些形式可能导致居住权人变更,故不得约定居住权可以以前述形式行使。但约定居住权人可将住宅与他人住宅互换居住,或将住宅暂时出借他人居住等则不受限制,原因是这些方式不会导致居住权人变更。

(6) 居住权消灭事由。除居住权人死亡导致居住权消灭外,居住权合同还可以对居住权的消灭事由进行约定,合同约定的消灭事由发生时,当事人可办理居住权注销登记手续或请求法院确认居住权消灭。居住权合同标的灭失是否导致居住权消灭?

① 参见刘淑波、李雨旋:《论居住权制度——以民法典编纂为视角》,载于《通化师范学院学报(人文社会科学版)》2020年第1期。

② 参见聂圣:《〈民法典〉居住权规范之省思——兼议居住权规范的司法解释》,载《太原师范学院学报(社会科学版)》2020年第4期。

③ 参见申卫星、杨旭:《中国民法典应如何规定居住权?》,载《比较法研究》2019年第6期。

④ 参见汪洋:《民法典意定居住权与居住权合同解释论》,载《比较法研究》2020年第6期。

居住权的客体是他人的房屋，如果该房屋灭失，居住权将无所依托，也应当消灭。^①虽双方当事人可约定住宅灭失后居住权设立人另行提供住宅供居住权人居住，但这属于新设居住权，与之前的居住权并非同一个。

（二）生成：居住权合同纠纷裁判规则的构造与建议

从以上对居住权合同自由与边界的归纳和总结，可以从是否成立、若成立是否有约定、若有约定如何发生效力三个层面对居住权合同纠纷案件裁判规则进行构造（见图2）：

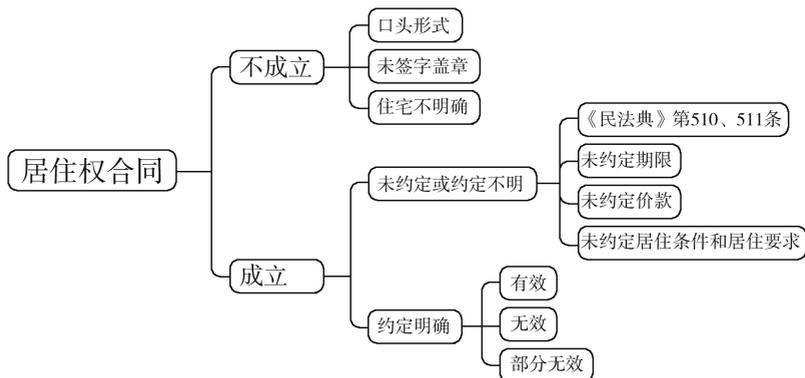


图2 居住权合同裁判规则构造图

1. 先判断居住权合同是否成立。居住权合同采取口头形式订立的，或一方当事人尚未签字或盖章的，居住权合同未成立，但一方已经履行主要义务，比如住宅已经被居住权实际占有、使用的，居住权合同成立；居住权合同对住宅未进行明确，视为当事人未进行有效的要约、承诺，居住权合同未成立。

2. 居住权合同成立的，对居住权合同没有约定或约定不明的内容进行确定。对于既没有约定也未登记居住权期限的，应当认定居住权的期限为居住权人的终身，确保能够满足居住权人长期稳定居住的需要；^②当事人约定有偿设立居住权，但约定的具体价款不明时，可以根据《民法典》第510、511条的规定确定，但在具体案件中应根据双方当事人之间的人身关系、居住权人的经济条件等综合进行考虑；对于居住条件和居住要求没有进行约定的，居住权设立人应提供可供正常生活居住的住宅，居住权人应合理、善意占用、使用住宅。

3. 居住权合同有约定的，对约定内容进行评价。符合前述居住权合同自由的范围的约定内容，按照合同约定发生法律效力。约定超出了前述居住权合同边界的，不按照当事人的约定而是按照司法解释规定和法院裁判结果发生法律效力（见表3）。

^① 参见申卫星：《从“居住有其屋”到“住有所居”——我国民法典分则创设居住权制度的立法构想》，载《现代法学》2018年第2期。

^② 参见孙茜：《民法典视野下居住权制度的理解与适用》，载《法律适用》2020年第21期。



表3 居住权合同纠纷裁判规则

约定内容	裁判规则	理由
非为生活居住需要	居住权合同无效	居住权的目的是生活居住需要
为法人、非法人组织设立居住权	居住权合同无效	居住权人只能为自然人
居住权合同生效之日起居住权设立	该约定无效	物权自登记时设立
在非住宅上设立居住权	居住权合同无效	居住权的客体只能是住宅
在他人住宅上设立居住权	居住权合同有效但履行不能	居住权设立人日后取得该住宅所有权的，居住权合同可正常履行
在未取得所有权或建设用地使用权的住宅上设立居住权	居住权合同有效但居住权无法登记设立	当事人可通过法院裁判获得居住权
在已设立担保物权的住宅上设立居住权	居住权合同有效	居住权的设立不能影响担保物权人的权益，设立居住权后导致担保物权价值减少的，由居住权设立人或居住权人增加其他担保形式
在已出租的住宅上设立居住权	居住权合同有效	租期内居住权人不能主张行使居住权
在处于担保、执行状态的住宅上设立居住权	构成恶意串通的，居住权合同无效	根据《民法典》第154条规定，故意在处于担保、执行状态的住宅上设立居住权给对方造成损害的，应承担赔偿责任，居住权人知道或者应当知道该情形的，与居住权设立人承担连带责任
居住权期限不因居住权人死亡而无效该约定无效	该约定无效	居住权人死亡的，居住权消灭
排除居住权设立人保障住宅符合一般居住条件的义务	该约定无效	《民法典》第612、622条关于出卖人质量担保责任的规定
居住权人不能有同住人	该约定无效	违反正常生活居住需要
居住权可买卖、质押、出资、入股、赠与、互换、继承、遗赠	该约定无效	居住权不得转让、继承等
住宅灭失后居住权人仍享有居住权	该约定无效	居住权设立人应向居住权人提供其他住宅，或向居住权人进行赔偿

结 语

“安得广厦千万间，大庇天下寒士俱欢颜”，唐代诗人杜甫早在一千多年前就发出了关涉居住权之问。《民法典》对居住权的规定是具有划时代意义的一次的创设，它适应了我国现阶段民众的居住需要，也丰富了用益物权的体系。但也因为这一“新”，司法实践中人民法院对于居住权案件特别是居住权合同纠纷案件的审判经验及裁判规则还相当欠缺。本文从居住权合同纠纷案件审判实践的角度，试图归纳、总结出居住权合同的自由与边界，并在此基础上构造和生成居住权合同纠纷的裁判规则，希望对司法实践审判工作有所裨益。

(责任编辑：郝晓越)

强制执行中居住权与抵押权的冲突与平衡

孙昂 曹军宇*

内容摘要：在处置涉居住权及抵押权的不动产时，居住权与抵押权可能因设立顺位的差异出现不同冲突。执行法官综合考虑案件情况、类案经验确定“居抵”优先级，可能产生人为制造虚假冲突，使执行程序中“居抵”设立顺位下后设权力出现异化，表现为部分抵押人与案外人通过倒签合同的方式设立虚假居住权，或无权处分人抵押他人不动产导致抵押权善意取得影响居住权人利益。其中既有涤除程序同质化，居住权实体审查范围缺位的原因，又有不动产抵押权善意证明标准不一等因素的影响。为平衡强制执行中“居抵冲突”，以利益衡量为机制完善居住权涤除与救济制度，明确审查范围与善意取得基准，改良公示制度与确定对抗机制，以期保障弱势群体权益和维护法律公平正义。

关键词：强制执行；居住权；抵押权；租赁权；权力冲突

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)02-000-000

在司法实践中，时常会出现被查封财产存在租赁或抵押的情形，在居住权作为新型用益物权被写入《民法典》的背景下，同样也会存在被查封的财产存在居住权的情形，这就导致可能出现居住权与抵押权的冲突愈渐激烈的情况。因此，若人为制造虚假冲突，致执行程序中“居抵”设立顺位下后设权力异化，如何正确保障弱势群体的生存权，又避免出现执行困局是需探讨的问题。

一、执行程序中“居抵冲突”困境之肇始

（一）居住权与抵押权的平衡之路

居住权入典是从法律角度加强和巩固民生基本保障，让住宅归位于其本身性能与价

* 孙昂，江西省萍乡市中级人民法院刑一庭法官助理；曹军宇，江西省芦溪县人民法院立案庭法官助理。



值的重大举措。居住权的设立在保障弱者基本生活需要的同时,兼顾了法律应有的社会功能。同时,抵押权是重要的融资手段,人们为实现利益最大化,在同一不动产上设立抵押权、居住权、租赁权等多种权利的现象比比皆是。一般情况下,因居住权属于用益物权,居住权人对住宅享有占有、使用的权能,而抵押权属于担保物权,抵押权人并不实际占有抵押物,因此在同一住宅之上的抵押权与居住权可以并存。但因居住权人能排他地占有、使用抵押物,作为抵押物的住宅上有居住权的负担,抵押权人也难以实现其抵押权,于是抵押权与居住权的冲突逐渐凸显。

从司法实践来看,抵押权与租赁权的冲突一直以来是我国执行程序中的问题,然而自正式确立居住权制度以来,“租抵”冲突出现断崖式的减少,“居抵”冲突大量增加。通过检索“中国裁判文书网”2018年1月至2021年7月的执行案件,涉及到抵押权与居住权的案件有807件,尤其是2021年1月至7月达到221件;涉及到抵押权与租赁权的案件虽有4937件,但2021年1月至7月,案件数骤减至410余件,与最高年份2020年整年度相比减少了近4倍。究其原因,有以下两个方面:

一方面,解决抵押权与租赁权冲突的法律法规日益完善。如2021年1月1日实施的《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第31条对同时存在租赁权与抵押权的财产的拍卖做了详细规定。此外,《物权法》第190条的规定、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》、《合同法》等法律法规对租赁权与抵押权的冲突做了详尽的法律规范性指引。法律法规的不断完善,尤其是如何处理存在“租抵”冲突的财产的拍卖问题的法律完善,使租赁权与抵押权的冲突出现断崖式的减少。仅存的410件涉及到抵押权与租赁权的案件中,81.4%的案件仅涉及承租人的救济程序、依申请或者依程序等细节纠纷。随着法律的完善,针对抵押权与租赁权的效力位阶问题逐渐明晰。

另一方面,《民法典》物权编仅用6个法律条文规定了居住权,其他配套法律规定也尚未针对在执行程序中居住权与抵押权发生冲突的效力位阶问题做出详尽说明。在上述涉及到抵押权与居住权的案件中,75%的纠纷涉及到了合同是否真实的问题,而执行审查程序中对合同的识别、排除的比例仅仅占21%。大多数审查程序中的案子中对居住权合同是否真实、合法不做实质审查,而仅仅对其现状进行评估。这可能导致合同的真假及法律效力无法认定,执行后风险完全由买受人承担。

综上,在“租抵”冲突逐渐弱化的趋势下,日后“居抵”冲突将成为执行案件中新的突出问题。根据对某市辖区法院141件附租约案件样本的统计分析,36.5%在执行程序中实施“现状拍卖”,即在拍卖时,统一评估租约现状,披露可能存在的问题,但不确认租约的法律效力;19.4%认为在执行审查程序中进行形式审查足以分辨租赁权是否可以对抗执行;22.3%在认定租赁权不足以对抗执行后,会对该不

动产进行价值评估，如果该不动产的价值能完全满足租方与抵押权人的利益时，则选择带租约进行拍卖。^①居住权与抵押权的冲突，则可能出现法院为了不影响执行效率，直接认定居住权不得对抗执行，从而直接剔除居住权或不公开居住权合同启动评估拍卖，或者在认定居住权不足以对抗执行后，不引导案外人走执行异议之诉，直接对标的物进行评估，如果标的物的价值能够满足各方的利益，那么将带租拍卖，否则将直接剔除居住权。因此，执行法官在执行程序如何确定效力位阶，成为解决执行困局的关键。

（二）抵押权与居住权在执行程序中冲突情形

在《民法典》颁布之前尚未正式确立居住权制度，遇到居住权与抵押权的冲突时，参考最高法院发布的交通银行股份有限公司陕西省分行与张雯执行异议之诉再审案件，法官认为应参照适用价值衡量机制平衡双方的利益。^②那么，在居住权制度设立之后，其与抵押权的效力位阶未定的前提下，对于有争议的房屋上居住权和抵押权并存时，是否还参照适用价值衡量机制？有学者依据上述再审案例认为在《民法典》颁布后，在居住权与抵押权的冲突时，可参考价值衡量机制，直接得出居住权效力优先性的结论。^③但笔者认为若不区分情形直接得出结论，有损抵押权人的权利，也不利于最大限度兼顾双方利益。故通过类比租赁权与抵押权的法律关系，对实践中可能出现的问题归纳出以下情形：

1. 设立在前的抵押权与设立在后的居住权冲突

根据《民法典》第368、402条的规定，抵押权和居住权的设立均以登记为设立要件。根据“物权优先效力”，在抵押权先设立的情况下，即使后设立的居住权人不知情，也可对抗后成立的居住权。因抵押权合法公示，其可通过查询不动产登记簿了解住宅上是否有其他权利的存在，此情况下视为居住权人知道或应当知道该住宅上存在抵押权的事实，若仍设立居住权，应推定居住权人愿意承担不利后果。因此若在医院执行拍卖抵押物时，即使居住权人的居住期限未至，抵押权人欲实现其抵押权也可排除居住权的效力。

2. 设立在前的居住权与设立在后的抵押权冲突

根据《民法典》第405条的规定可知设立在后的抵押权无法对抗设立在先的租赁权，类比到抵押权与居住权的关系上，居住权作为法定的用益物权，效力高于作为债权的

① 参见陈明灿：《从博弈到共存：执行程序中租赁权的保护范围及限度——以善意执行视角下利益衡量论为视角》，载《法律适用》2020年第21期。

② 参见交通银行股份有限公司陕西省分行诉张雯执行异议案，最高人民法院（2018）最高法民申1463号民事裁定书。

③ 参见马明明：《居住权与抵押权之顺位冲突》，载《平顶山学院学报》2021年第1期。



租赁权，举轻以明重，在先设立的居住权的效力也应优于在后设立的抵押权。^①况且居住权具有强大的对世效力，甚至能对抗房屋所有权人，更何况房屋抵押权人。这就在抵押权人、居住权人与法院三者之间产生了矛盾，居住权的对世效力使得抵押权人的权利无法得到实现，为了防止该情况影响法院执行的效率，司法实践中往往采取“折中”的办法，预先对不动产的价值进行评估，如果该不动产的价值能同时满足抵押权人和居住权人的利益，那么将“带居拍卖”。但上述方法实际操作性却很低，一方面，人们往往介意不动产上并存另一权利，导致竞拍人数不足甚至直接流拍；另一方面，“带居拍卖”本质上不同于“带租拍卖”，对于承租人来说，出租人的改变可能对生活没有较大的影响。而对于居住权人来说，其权利设立的初衷仅是满足基本住房需要，往往由其亲属设立，这就导致了“带居拍卖”虽然使居住权人的权利没有遭到实际损失，但在现实生活中所有权人的改变会对居住权人的生活产生较大影响。

（三）执行程序中“居抵”设立顺位下后设权力之异化

如前文所述，执行程序中居住权与抵押权的冲突类似于租赁权与抵押权的冲突，存在“先居住后抵押”或者“先抵押后居住”的情形。执行法官也会综合考虑案件情况、类案经验确定不同顺位冲突下权力实现的优先级。而这往往为人为制造虚假冲突提供条件：部分抵押人与案外人通过倒签合同的方式设立虚假居住权影响抵押权的实现或者无权处分人抵押他人不动产导致抵押权善意取得影响居住权人利益。

1. 抵押人设立虚假居住权影响抵押权实现

一方面，“使用”一词在居住权的相关规定中未明确其界限是限于权利人单方面使用，还是允许其与该不动产所有权人一起使用。有学者主张这取决于居住权合同的约定或遗嘱的意思表示。^②同时，法律上对居住权人是否为了满足生活需要实际利用了该不动产难以把握，这就为虚假居住权的设立提供了条件。此外，夫妻离婚后，允许一方为另一方设立居住权，可能会导致“假离婚、真逃债”现象的出现，夫妻双方通过假离婚，将财产划归到一方名下，既合理合法地设立了居住权保障另一方的生活需要，又使得该不动产难以被强制执行。另一方面，既然不动产所有权人将不动产的全部或者部分设立了居住权，那么原则上对不动产上存在居住权的部分不能进行出租。但依照意思自治的原则，当事人可以依据真实意思表示约定将该不动产的全部进行出租。因此，当事人不仅可以通过设立居住权的不动产保障基本的生活，还可以利用其获得利益。如果这样，居住权就无审查的必要，也无需表明权利人需要用该不动产保障生活，对居住权设立的真实意图更加难以琢磨。对于部分抵

^① 参见郭孝林：《以执行异议与执行异议之诉为视角：居住权与其他民事权利效力冲突类型化研究》，载百度文库网2020年12月16日，<https://wenku.baidu.com/view/e57eda42b80d4a7302768e9951e79b8969026817.html>。

^② 参见崔建远：《物权编对四种他物权制度的完善和发展》，载《中国法学》2020年第4期。

押人而言,在其上设定一个虚假的居住权不仅不会影响房屋的价值,还可以对抗执行,阻碍抵押权的实现。

综上,如果抵押人在抵押不动产之前,在该不动产上设置虚假居住权,这样的居住权表面上具有强大的对世效力,抵押权人的权利很难得到兑现。这就需要严格的审查程序对虚假居住权予以涤除,如果仅仅凭借形式审查轻易认定其居住权合同能够对抗抵押权人,则抵押权人及抵押物的受让人的法律地位类似于先租后抵场合下抵押权人及抵押物受让人的法律地位,即抵押权人不得主张涤除居住权协议后拍卖,通过拍卖取得抵押物所有权的买受人亦有义务协助案外人办理居住权设立登记手续,这样将严重影响抵押权的实现以及抵押物受让人的交易安全。

2. 抵押权善意取得影响居住权人利益

根据我国《物权法》的规定,无权处分人将他人房屋抵押于第三人,如果第三人受让不动产时具备以下条件,推定其为善意取得,所有权人不能对被抵押的不动产进行追回:一是权利人取得不动产抵押时具备善意;二是不动产必须以市场上的合理价格予以转让;三是不动产须依法依规完成登记。换言之,不动产抵押权的善意取得应符合以下构成要件:一是抵押人在权利登记簿上的主体适格;二是抵押权人取得抵押权时为善意;三是抵押权人有偿取得抵押权。

参照倪某某诉唐某某和中国银行宝山支行虚假贷款案,唐某某通过伪造虚假交易合同、不动产购置证明等虚假文件,在不动产登记交易中心办理了不动产(该不动产系公有住房,从2003年以来将其提供给倪某一家用于生活性暂住)产权登记,之后又将该不动产以其名义抵押给了宝山支行并就该抵押事项签订了合同,以此向银行贷款,并就该不动产办理了抵押登记。之后唐某某因伪造合同等行为入罪,且倪某某就该不动产签订了房屋买卖合同并缴纳了房款。2011年5月,倪某某取得了该不动产的产权并做了登记。之后其请求宝山支行注销其之前取得的抵押权;中国银行宝山支行则主张对该不动产上抵押权善意取得。^①

从该案例中可以看出,通过伪造的住房出售合同、个人购房交款凭证等证明文件,取得了不动产的产权登记,后当银行通过完成抵押登记对抵押人发放贷款,之后获得该房屋不动产的人声称该抵押权无效,银行在取得相关法律资格的前提下,可适用善意取得制度取得该抵押权,从而对抗真正的权利人。虽然这一制度保障了抵押权人的利益,但是对该不动产享有居住权的人来说,面临着居住权被涤除的处境,其满足生活的需要无法得到满足。

^① 参见倪文培诉中国银行股份有限公司上海市宝山支行、唐永平抵押合同案,上海市浦东新区人民法院(2011)浦民六(商)初字第5406号民事判决书、上海市第一中级人民法院(2012)沪一中民六(商)终字第39号民事判决书。



二、执行程序中“居抵失衡”的原因

（一）涤除程序“同质化”致使利益衡量机制呈现“疲软”状态

根据上文数据可知，在居住权设立之前，租赁权的存在就已对实现房屋价值最大化造成巨大负担，产生了大量抵押权与租赁权冲突的执行案件。在居住权设立之后，因其设立的目的是为了满足不同居住权人的基本生活需要，则居住权与抵押权的冲突更为凸显。因此对查封的房屋进行强制执行时，应权衡附着于查封房屋之上的各类权益。不同法律关系的冲突容易造成法官运用利益衡量机制时出现偏差，容易走向简单粗暴偏袒一方的处置方式。上文中笔者提到有学者的观点是依据最高人民法院的判例，直接按照利益衡量得出房屋上既有居住权又有抵押权时居住权效力优先的观点，并没有考虑“居抵冲突”的具体情形，以至于法官最终对案件进行裁判时出现同案不同判的现象。

原初设想对存在虚假居住权或无对抗效力的真实居住权进行涤除，这也是抵押权对居住权的“有力反击”。对于涤除虚假居住权笔者无异议，但对于无对抗效力的真实居住权是否也直接移除值得研商。参考《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第31第2款规定，即租赁权在抵押权之后设定，租赁权也不一定会被涤除，除非该租赁权的设置导致该不动产上的抵押权难以实现。若居住权参照适用“居住权影响抵押权实现”需如何界定？试想若被抵押的房屋上存在居住权，虽在执行拍卖阶段不置可否地会影响竞拍积极性，也有可能因为价值折损或流拍等情况影响抵押物的拍卖，但最终成交的价格因素是会受市场、地理位置等多因素影响，并不必然是居住权影响了抵押权的实现。何况根据“生道执行原则”^①，对于善意的居住权人唯一住房仅满足基本住房需要，若直接予以剔除，不利于保障生存权，^②而若选择“带居拍卖”，不动产所有权人的改变可能会直接影响居住权人的生活。因此，对于属于生存权的居住权来说，^③虽然“带居拍卖”是综合各方利益后的选择，但是对居住权人可能带来无法预测的后果，这既不符合居住权设立的根本目的，利益衡量机制更无从谈起。

（二）居住权实体审查范围“缺位”致使抵押权利益受损

在执行程序中对居住权进行适当的实体审查是毫无争议的，原因在于登记行为的

① 生道执行原则：人民法院的强制执行不得侵害被执行人的生存权。

② 参见胡玉鸿：《习近平法治思想中生存权理论研究》，载《苏州大学学报》2021年第2期。

③ 参见代贞奎、蒲宏斌、何小兵：《居住权保留条件下可执行被执行人唯一住房所有权》，载《人民司法·案例》2016年第8期。

做出与否是由当事人根据自己真实意愿决定的，并且自愿承担该登记行为带来的负面影响，登记机构无权予以干预，这就导致实践中形式审查为主、实体审查为辅的登记审查标准渐居主导。

当事人根据自己真实意愿决定居住权合同的设立、变更和终止，机构原则上不予干预。登记机构是否需要审查合同主体的适格问题，是否需要审查不动产用于满足日常生活居住，目前都未予以明确。如小产权房所有权人通过设立居住权的方式实现合法销售等问题。这就导致居住权由无偿设立转变为有偿设立，极有可能演变成为一种非典型担保，而相比于租赁担保，居住权登记后的对抗效力和期限的弱约束性都更好。形式审查为主的审查模式在上述问题出现时就略显乏力，致使执行法官在审理不动产上存在居住权的类案时无法准确把握居住合同内容、签订时间等要素，进而将目光转向程序，将实体纠纷交由诉讼程序予以裁决。故当一处不动产上存在抵押权时，后设立的虚假居住权对抵押权的实现较之于虚假租赁权危害性更大。

（三）不动产抵押权“善意”证明标准不一致使居住权利益受损

目前，立法对抵押权善意取得的评价标准还有待完善，对金融机构来说，抵押贷款时是否提高审查的标准及严控贷款流程，是判断其是否善意的标准。^①而实践中，金融机构与普通民事主体相比，其善意的审查标准并无较大差别，导致银行放松对疑点信息进行进一步审核。而且在将审查标准降低的情况下，银行能轻易的行使抵押权而获取抵押的不动产，降低自身权益受损的可能性。基于上述问题，如果银行等金融机构无外力予以制约，便没有动力严格审核抵押的贷款信息，那么在不动产上先于抵押权设立的居住权及其权利人将因此遭受利益损失。

不动产所有权善意取得中的“善意”，其含义是指无权处分人处置他人不动产，表现形式上具有合法性，受让人根据一般社会经验合理信赖无权处分人的处分行为。那么不动产抵押权人的“善意”，也可理解为无权处分人抵押他人不动产，因表现形式具有合法性，故受让人对其处分行为具有合理信赖。

从我国审判实践来看，不动产抵押权善意取得之“善意”的判断，各地法院做法不一。对于不动产抵押权是否成立，有些法院认为受让人应实地勘验被抵押的房屋。^②不过也有法院持相反意见，认为只要进行书面审查就可以，因为不动产登记的公示具有公信力，受让人根据登记簿上记载的权利证明受让被抵押的房产，其可以被认为具

^① 参见崔德隆诉中国工商银行股份有限公司北京亚运村支行确认合同无效纠纷案，北京市第三中级人民法院（2015）三中民终字第15483号民事判决书。

^② 参见李格、中国邮政储蓄银行股份有限公司武汉市洪山区支行诉胡小平、王枫霞等人买卖合同纠纷案，湖北省武汉市中级人民法院（2015）鄂武汉中民终字第00208号民事判决书。



有善意。^①还有法院认为，抵押权人在基于善意的前提下合法取得被抵押的房产时，不必审查抵押人是否存在违法或者违规的行为。^②由此可知，目前我国实务界尚未对合理谨慎的注意义务形成一致的判断。

“善意”判断标准的不同，会导致在执行程序中法官在对相关法律法规、司法解释进行理解适用时因主观差异出现偏差，例如，在拍卖被执行人的不动产时，其上还存在着已设立的居住权，而该涉居财产上还存在着冒名设立的抵押权，并且该不动产抵押权符合一般性善意取得的构成要件。执行法官在未有明确规范指引的前提下，往往会根据自己的主观判断来区分个案中的“善意”，甚至不经过利益衡量就涤除不动产上的居住权，这种固化的办案思维往往会导致法律适用层面上的混乱。

三、执行程序中“居抵平衡”规制构建

（一）司法审查：明确审查范围与善意取得基准

1. 明确执行程序中居住权实体审查范围

实践中债务人故意签订虚假的租赁合同对抗抵押权的情形时有发生，而如上文所述，居住权作为一种法定用益物权，可以登记但期限无法律规定予以规制，与租赁权相比，其对抗性和公示性更为优越，抵押人与案外人恶意串通虚构居住权的可能性也更大。参照李建俊、赵文萍诉郑旭合等借款合同纠纷案件申请执行监督一案中的观点，该案中的案外人赵永明对被执行的房产声称具有二十年的租赁期限，并以此提出了执行异议。一般情况下，对于涉及案外人实体利益的案件，应当启动执行异议程序对争议事实予以核查。然而，法院没有启动执行异议程序审查“以债抵租”的合同，而是对租赁事实是否存在予以审查，最后认定租赁权有效并赋予其对抗抵押权的效力，属程序违法，应予纠正。^③

审理该案例，应结合举轻以明重的原则，对居住关系进行谨慎的审查，不论在执行或审查中都是关键所在。《最高人民法院关于办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第31条着重强调对未实际用于居住使用的出租房屋不能排除执行，“买卖不破租赁”是针对弱势群体的保护规则，如果承租人未实际使用该房屋或者将其转租，那么可以证明其未将基本生活需求寄托于该出租房，不属于弱势群体，因此不适用“买

① 参见徐红章诉丘保明、李璧妍、丘济平股权转让纠纷案，广东省梅州市中级人民法院（2016）粤14民终94号民事判决书。

② 参见中国银行股份有限公司南通港闸支行诉陆建国借款合同纠纷案，江苏省南通市中级人民法院（2009）通中民二终字第0452号民事判决书。

③ 参见李建俊、赵文萍诉郑旭合、临汾市尚霖投资有限公司、王荣华借款合同纠纷案，最高人民法院（2017）最高法执监335号执行裁定书。

卖不破租赁”规则。^① 类比“买卖不破租赁”对弱势群体保护的宗旨，居住权设立之初的目的也是满足居住权人的基本生活需要。执行过程中，应当首先对某些显而易见的实体性问题进行评判，排除其中一些明显不合理的诉讼请求。之后可对合同进行初步的形式审查，若合同能直接认定为虚假，那么无需进行实体审查，否则应进行实体审查，将执行异议程序的效果最大化。在实体审查的内容方面，需要全面审查合同约定的居住期限、所有权人的使用方式、占有状况、签订的时间等等，并在此基础上进行利益平衡。若权利人并未实际利用该住宅进行生活，则证明该居住权存在虚假设置的可能性，此种情况下该居住权的对抗效力是否有效应予考察。对高度怀疑“名为居住，实为借贷”的关系，应提高审查的积极性，重点审查其真实性。

2. 提高抵押权善意取得审查基准

研判上文提及的倪某某诉唐某某等人虚假贷款案可知，评判金融机构可以适用善意取得制度善意取得抵押物时，重点在于抵押权获取是否具备善意性。

在民法中，于普通主体而言，抵押权人因合理信赖不动产登记而进行交易，在没有相反证据予以推翻的前提下，法律推定其为善意。^② 因此，在不动产登记簿上出现不真实的权利记载时，由真实权利人承担债权人取得权利时不具备善意的证明责任。但对银行等金融机构，应适用更高的善意评价基准：其一，银行是否合理谨慎审查抵押物的权利归属。对于不动产抵押，银行应当谨慎审查抵押物的权利归属：外在表现形式的合法性；具体手段包括审查主体身份的适格性，合同文件的完整性等。金融机构的善意的外在表征主要体现在：审查抵押人对抵押物的处分权是否完整、合法。其二，银行是否履行了审慎经营义务。^③ 在认定银行善意与否时，应与放款行为结合起来一并考察，银行等金融机构发放贷款时应全面核实借款人和担保人的资信状况。加强与客户的沟通，通过面对面的交流，甄别信息的客观性。对客户提供的抵押物，除实地考察外，还应与有关登记部门核对情况，充分尽到谨慎审查的义务。

（二）利益衡量：完善居住权涤除程序

利益衡量规则是主观上结合了具体的个案对利益进行分配的行为。在不动产上的抵押权和租赁权产生矛盾的时候，按照《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》（以下简称《规定》）进行处理，即“不动产上存在的租赁权不会受到强制执行拍卖的影响，但该租赁权的存在影响了先前存在的抵押权或者其他优先受偿权的实现，执行法院应当将其涤除”。此规定充分考虑到了承租人的利益，在保障

① 参见宋帅堂、杜崇：《论以租抵债协议的法律性质及其效力认定》，载《福建金融管理干部学院学报》2019年第3期。

② 参见程啸：《论不动产抵押权的善意取得》，载《财经法学》2017年第1期。

③ 参见陈丽华金融借款合同纠纷案，江苏省无锡市中级人民法院（2014）锡商再终字第0002号民事判决书。



了抵押物的交换价值的同时，也兼顾了抵押物的使用价值，其规定了只有在租赁权的存在影响到了同一不动产上预先设立的抵押权的实现时，才会选择启动涤除程序，做到了二者之间的平衡。司法实践中，愈来愈多的法院在执行过程中，没有机械化地一律涤除执行标的物上的租赁权，往往采用带租评估的方式，统筹考虑该执行标的物的价值是否能够实现承租人与抵押权人的双方利益以及租赁权对买受人的影响，在征询抵押权人的意见之后，考虑是否启动“带租拍卖”，实现了良好的社会效果。当被执行的不动产上存在居住权时，法院也应慎重经审查后做出是否涤除居住权的裁定。在相关规范未明确是否移除居住权后再行拍卖，可以借鉴各法院在租赁权与抵押权发生冲突时的做法，结合对个案的研判，在评估执行标的物的基础上，对利益轻重进行分配。具体操作中应当注意以下两点：其一，居住权的本质是为了满足居住权人的基本生活需求，相比与租赁权而言，居住权的社会属性更加明显，是居住权人的生存性权利。这就使得“带居拍卖”不同于“带租拍卖”，在对居住权进行初步审查之后，应综合考虑不动产所有权的变更对居住权人的影响，并根据居住权人的具体情况，对竞拍人设定准入门槛，同时还应当适当考虑居住权人的意见，以保障居住权不被虚化。其二，一般情况下，法院应当依照抵押权人的申请选择是否涤除居住权。如果法院依职权涤除居住权，那么将违反私法自治原则，况且只要不涉及到公共利益，法院也无依职权启动涤除程序的必要。此外，《规定》明确要求不动产在查扣完成前进行出租才能排除执行。抵押权以实现物上的交换利益为内容，而居住权的设立损害了不动产上的交换利益，因此后设立的居住权不能对抗先设立的抵押权。

（三）规制改造：改良公示制度与确定对抗效力

1. 改良公示制度

执行程序中对于“买卖不破租赁”存在的困难，有学者指出需对现有的公示机制加以调整，以租约期限确定要不要适用强制备案登记。如三年以下的租赁期限，承租人可自行选择是否适用备案登记。居住权亦可分为长期居住权和短期居住权，并细化其规则。长期居住权具有可转移性，不限于特定的居住权人，可进行特定目的的合理运用。^①长期居住权虽然能够在满足生活需要的同时发挥不动产的剩余价值，但是相较于短期居住权，长期居住权会使得不动产交换价值遭到极大的损害，影响不动产所有权流通性，在“名为居住，实为借贷”的掩护下为法院执行带来极大的阻碍。因此可以通过规制长期居住权，避免上述负面影响的出现：一是将居住权按照居住时间的长短区分为长期和短期；二是确定二者对抗善意抵押权人的条件，如短期居住权以登记为对抗要件，一经登记即发生对抗效力。目前，关于以遗嘱继承方式设立的居住权

^① 参见申卫星《视野拓展与功能转换：我国设立居住权必要性的多重视角》，载《中国法学》2005年第5期。

的登记效力主要有两种说法：其一、居住权登记为“宣示登记”，产生登记处分的登记效力，未经登记的居住权不具有公示效力和公信效力，无法对抗善意第三人。^①其二，遗嘱生效后居住权未登记者，不产生相应的法律后果。^②笔者认为，我国立法使用遗产继承宣示主义，^③根据《民法典》第230条的规定，居住权如果以遗嘱方式设立，继承开始时，遗嘱继承人即取得居住权。而这种物权的变动，是由非法律行为引起的，可以不用进行登记即产生登记效力，仅仅是无法对抗效力。但是，基于居住权的人身性，居住权人不能处分该权利，故实践中居住权人怠于居住权登记的情况多发。因此，要以立法规范居住权的登记制度。另外，长期居住权的居住期限若超过了三年，那么除完成登记行为外，还要使抵押权人获知期限的具体时间，方能取得对抗善意第三人的效力。

2. 确定居住权不同的对抗效力

一是当事人在两个以上的不动产上拥有不同的居住权或者当事人拥有固定的住处，那么居住权不具备排除执行的效力。根据立法原意，居住权设立的目的在于保障当事人的生活所需，若该当事人的居住权不止一个，那么其目的就不会只为保障生活所需。二是具有特定义务的当事人之间设立的居住权，对其效力予以限制。如有学者主张父母与子女之间因不动产的赠与而设立居住权以保障赠与人的生活需要，体现了具有抚养义务的当事人之间因为某些事由在不动产上设立居住权的必要性。^④该居住权在其法定的效果上还存在着道德层面的伦理亲情，一旦该居住权人被限制居住，居住权人便可以通过法律途径维护居住权人的权益，且依据民法意思自治的原则，该种居住权应得到法律的认可，一经登记即具有法律效力。但因该种居住权的基础是特定义务关系人之间的权利义务关系，例如抚养关系、扶养关系等，如果承认该居住权具有对抗抵押权的效力，那么特定义务人即抵押人，便可以凭此抵押将一部分的义务嫁接于抵押权人之上，既损害了抵押权人的利益，又破坏了原有的社会伦理秩序，故该种居住权不应具有对抗抵押权的效力。

（责任编辑：杨 军）

① 参见高富平：《物权法原论》，法律出版社2014年版，第698页。

② 参见中国审判理论研究会民事审判理论专业委员会编著：《民法典物权编条文理解与司法适用》，法律出版社2020年版，第386页。

③ 参见刘耀东：《论基于继承与遗赠发生的不动产物权变动——以〈物权法〉第29条为中心》，载《现代法学》2015年第1期。

④ 参见王利明：《论民法典物权编中居住权的若干问题》，载《学术月刊》2019年第7期。



居住权与抵押权的权利冲突及规则准用

曹腾*

内容摘要：《民法典》关于居住权制度规范较为原则而缺乏具体的可操作指引，导致司法实践中出现不一致的裁判结果。基于居住权的性质，就同一物上居住权与抵押权之冲突为视角，参照适用租赁合同关系对居住权的规则准用，结合比例原则及物权顺位就该准用目的的适当性及准用结果的正确性，续造利益衡平，以搭建权利冲突时的解纷模式雏形。概言之，结合《民法典》，通过制度准用为司法实践中的权利优先级问题提供解决思路，以期更好挖掘居住权与他物权的共存之道。

关键词：居住权；抵押权；权利冲突；参照适用

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)02-000-000

自2002年《物权法（征求意见稿）》首次提出居住权概念后，历经18年，居住权第一次以专章的形式被纳入《民法典》用益物权编，充分展现了中国特色社会主义法治体系下“让人民群众住有所居”“增进民生福祉”的发展理念。但居住权以其极为有限的法律条款，在面对与抵押权的诸多权利冲突时，如何在社会生活中实现其制度价值，构建权利间的冲突解决机制，展现与之功能相匹配的强大生命力，仍有待司法实践进一步探索。

一、居住权与抵押权冲突的实证分析

近年来，住宅居住权的设立与抵押权实现之间的冲突，以及因居住权制度缺失导致裁判结果不一等问题日益凸显，对审判执行造成一定困扰。尤其在居住权作为一项用益物权被纳入《民法典》物权编后，如何有效化解矛盾冲突，亟需厘清问题成因，进一步探索权利行使的边界。

（一）历史演进：居住权现状分析

罗马法构建了人役权（servitutes personarum）制度，并将同样具有人役权性质的居住权（habitation）作为用益权（ususfructus）的衍生性权利纳入其中，其与婚姻家庭

* 曹腾，浙江省海宁市人民法院审管办法官助理。

和继承法律关系相辅相成，持续发挥社会保障等职能作用。罗马法中居住权是指非所有人居住他人房屋之权利，^①其价值在于为弱者的生存利益设立基础性保障，体现了法的人文关怀和契约精神。

我国在2002年《物权法（征求意见稿）》中即引入居住权概念，但限于当时的立法条件、经济生活需求等因素未被采纳，直至2020年《民法典》首次将居住权制度以用益物权形式纳入物权编范畴，这是居住权制度中国化的首次有益探索，也是贯彻党的十九大提出“加快建立多主体供给、多渠道保障住房制度”的有力实践。^②事实上，居住权及其相关概念此前已在法律规范及裁判文书中频繁出现，如《合同法》第234条对共同居住人居住权益的保障，《婚姻法司法解释（一）》第27条在离婚时以设立房屋居住权形式为生活困难者提供帮助等规定。

结合案例统计，笔者以“民事案由”“居住权”关键词通过中国裁判文书网进行交叉检索发现：2014年以来，全国涉居住权纠纷增势迅猛，至2020年达到峰值9491件（见图1）。

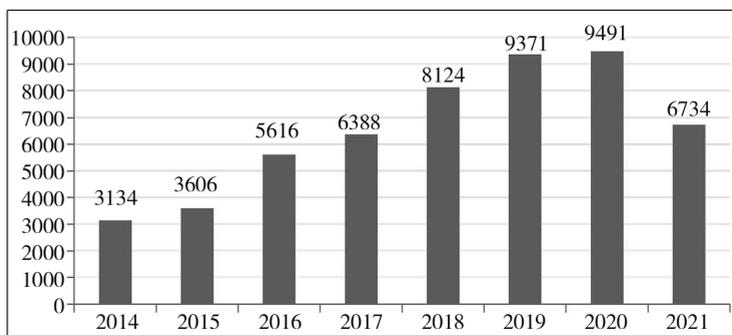


图1 2014-2021年全国涉居住权案件数汇总

以2021年浙江为例，全年涉居住权案件163件，主要案件类型：房屋买卖、借款合同等合同纠纷，婚姻家庭、继承纠纷，物权保护纠纷，合计136件，占比已达83.4%。聚焦裁判文书，当事人虽然多主张其居住权的设立等事实，但大多因缺乏必要登记手续，对权利的设立时间、权利行使范围等问题难以确认。

（二）冲突与困局：价值追求及制度缺失

《民法典》施行后居住权经由登记生效，其作为用益物权是否仍可与抵押权设立于同一物上？笔者拟从立法目的、权利性质、行使方式等角度作简要分析：

以立法目的为视角，居住权制度满足了特定人群的居住需要，并为公租房和老年人以房养老提供法律保障；抵押权设立目的则在于促进资金融通，保证债权实现。

根据权利的性质分析，居住权系用益物权，是对“住有所居”的回应，其独立于所有权存在，一定程度上限制并排斥所有人对标的物的占有；^③抵押权为担保物权，系从权利，以所担保的债权存在为前提，一旦债权灭失，则抵押权灭失。

① 参见汪洋：《从用益权到居住权：罗马法人役权的流变史》，载《学术月刊》2019年第7期。

② 参见申卫星、杨旭：《中国民法典应如何规定居住权？》，载《比较法研究》2019年第6期。

③ 参见肖俊：《“居住”如何成为一种物权》，载《法律科学》（西北政法大学学报）2019年第3期。



从权利的实现方式看，居住权登记生效，权利行使方式为对房屋的占有使用，居住权为既得权，即权利人取得居住权时即可实现其权利；抵押权区分动产与不动产，分别适用登记对抗及登记生效制度，抵押权为期待权，其权利的行使表现为享有抵押物处置后所得价款的优先受偿权。

故综合分析二者权利属性，双方并无权利上的直接冲突，依据“法无禁止即自由”的私法精神，结合《民法典》第241条规定，同一房屋上居住权与抵押权的共同设立并无阻滞，而权利的无碍共存也正是充分构建住宅价值体系的必要基石。

然而，在权利的设立层面二者虽可并行，但经实践分析，在权利实现过程中，所有权人将大概率面临抵押权的实现与居住权人持续占有房屋的冲突，而《民法典》并未就居住权与抵押权实现的效力优先级进行规定，质言之，我国现有法律体系中未设立针对用益物权与担保物权制度冲突的解决机制。以上问题虽属“法无明文规定”，但在民事审判活动中法院亦不得以此拒绝裁判。因此该问题有赖于司法实践探索及法学理论体系的智识创制，作为弥补法律滞后的有力保障。

（三）偏差与错位：纠纷的多样性和裁判的不统一

居住权与抵押权在同一物上的共存无疑为冲突埋下伏笔，《民法典》施行前，权利冲突在司法实践中已频频发生，且存在裁判结果不一现象。

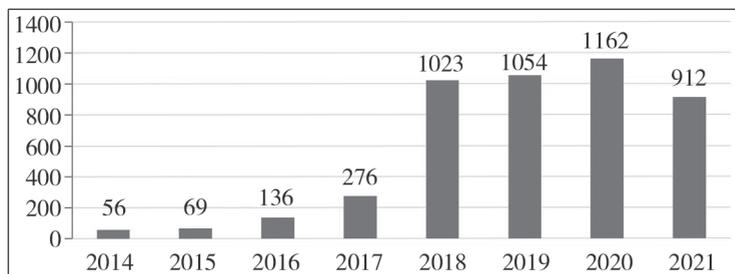


图2 2014-2021年全国同时涉居住权及抵押权案件数

经统计分析，个案中同时关联居住权与抵押权的案件数日趋上升，在2017年连翻两番后趋于平缓，并于2020年达到峰值1162件，占当年居住权案件总量的12.2%

（见图2）。

以数据样本最充足的2020年浙江省为例，全年涉居住权案件（民商、执行）396件，同案关联居住权与抵押权案件48件，占比12.1%。其中发生权利冲突案件39件，主要案由依次为合同纠纷、执行异议之诉、借款合同等，占比82%。经案情分析，以上案件均为一方当事人或案外人主张以居住权对抗抵押权之实现，但基于居住合同的债权属性及权利人较弱的证明能力，获法院支持案件仅为3件，占比7.7%，而剩余多数判决认为居住权未经登记生效，不得排除已具备公示效力的抵押权。诚然，彼时居住权尚未以物权身份纳入我国民法体系，但司法判决的示范效应同样会成为诉讼中可预见的有效指引。

随着《民法典》的施行，居住权被赋予登记生效的物权效力，其与抵押权的共存与冲突较之过去发生了巨大变化，2021年以来，涉居住权与抵押权权利并存等问题案件已超1000件，因现阶段居住权登记制度尚未完全落地，物权性质的居住权仍少有

纳入裁判文书视野。^①但不可否认的是,二者权利产生冲突的问题在将来司法实践中将愈发凸显,而司法裁判结果更有待进一步统一。

(四) 路径与重构:法律漏洞及漏洞的填补

参看域外立法例,不难发现大陆法系民法典大多对居住权作出了相关规定。从章节编写体例看,居住权一般位于用益物权及使用权之后,因而,基于法典结构的凝练以及用语的体系化,相关立法往往仅就居住权区别于其他人役权制度的内容作出专门规定,其余制度以“准用”用益物权条文予以实现。德国民法关于居住权与用益权的规定极其相似,因用益权的重点也在于排除所有权人之使用,^②故《德国民法典》第1093条列明了一系列居住权可准用用益权之规定;^③《法国民法典》也在财产编中作出“使用权及居住权依用益权同一的方法设定与消灭”^④等相似规定。

我国《民法典》未就居住权权利属性及法律准用作出规范,也并未区分法定与意定居住权的权利运行规则,^⑤仅凭有限条文应对纷繁复杂的社会现状尚显捉襟见肘,不可避免会出现法律漏洞。拉伦茨在《法学方法论》中将法律漏洞表述为法律存在违反计划的不圆满性,而抵押物的拍卖与物上居住权负担之间的,基于各自权能实现而产生的权利冲突,即典型的因异种他物权设立而产生不圆满的自始漏洞,亟需补缺。

针对以上漏洞之填补,笔者以为应不限于制定法内的法律补充,同时也包含制定法外的,即可由司法机关在法律适用中作出的填补。《民法典》第467条规定:“本法或者其他法律没有明文规定的合同,适用本编通则的规定,并可以参照适用本编典型合同或者其他法律最相类似合同的规定。”以上“参照适用”正是对相近行为法律后果的参照援引,通常适用于未纳入法律调整范围,但又属于该法律调整逻辑内涵的自然延伸。^⑥据不完全统计,《民法典》出现28处“参照适用”,相较原部门法有明显增加,参照适用规则本身并不排除事物间的差异,仅就为某类情形规范的适用提供指引,其具有更高的灵活性,体现出民事立法技术的进步与精简,也有助于解决因社会生活高速迭代引起的“超纲”问题。因此,针对以上权利冲突,基于类似性考量,笔者拟就参照适用最为近似的典型合同——租赁合同关系,以弥补效力冲突纠纷解决的缺失。

二、构建权利冲突的有效化解模式——参照适用

根据《民法典》第405条规定,抵押权设立前,抵押财产已经出租并转移占有的,

① 截至2022年3月17日,通过中国裁判文书网检索获取案件数为1173件。

② 参见[德]《联邦最高法院民事判例集》第46卷,第253、259页;《联邦最高法院民事判例集》第59卷,第51页。

③ 参见陈卫佐译著:《德国民法典》,法律出版社2020年版,第448-449页。其中有关于居住权规定,并同时规定有限制的人役权。

④ [法]《拿破仑法典》,李浩培、吴传颐、孙鸣岗译,商务印书馆1979年版,第93页。

⑤ 参见谭启平、付一耀:《〈民法典〉居住权制度体系及其实现路径》,载《江西社会科学》2020年第12期。

⑥ 参见张弓长:《〈民法典〉中的“参照适用”》,载《清华法学》2020年第4期。



原租赁关系不受该抵押权影响。该条款本质上是对已完成交付使用的在先租赁权的保障，其论证思路即为债权的物权化或者当事人地位的法定转移。^①结合居住权及租赁关系的性质对比，从房屋占有及使用方式分析，居住权与租赁权在发挥房屋基本功能、实现权利途径等方面高度重合，二者均以满足需求人对房屋之占有以及获得房屋使用权为目的而订立合同，其区别主要表现为使用的有偿性及修缮义务的分配等。^②因此，面对居住权与抵押权之冲突，笔者拟从以上两项权利设立之先后，参照适用“抵押不破租赁”的制度理念进行如下分析：

（一）居住权先行设立，构成受限的抵押

1. 关于居住权与抵押权的先后设立。居住权自设立之初就具备发挥社会保障职能的重要作用，《民法典》也将居住权功能属性定位为“满足生活居住需要”，因此，法律应当根据其权利登记提供必要司法保护。实际上，居住权需经登记生效，抵押权人在办理登记前应尽审慎检查义务，其有义务确保接受抵押的不动产已完成他物权之涤除，若抵押权人明知存在居住权仍办理抵押登记的，应视为认同居住权效力之优先性，此时可借鉴租赁合同规定的“原居住权关系不受在后成立的抵押权影响”。有区别的是，居住权的设立须经登记生效，而登记作为不动产物权的公示方法，具有权利正确的推定效力，故无需参照租赁关系再以占有转移形式完成公示，仅以权利人在权利登记簿上完成居住权的首次登记，即享有不受抵押权影响之效力。而以上关于在先居住权优先的构想，在司法审判中已有先例印证。以本次检索案件为例，虽案件当事人未完成居住权登记，但法院在查明事实基础上仍对在先居住权予以保护：在申请执行人绍兴A银行与被执行人绍兴B公司、包某金融借款合同纠纷一案中，案外人柳某、陈某向法院提出书面异议。经审查，法院认为，被执行人包某取得涉案房产单独所有权来源于其与柳某之间签订的《离婚协议》，而该《离婚协议》中明确约定“女方同意此房给男方父母居住到有生之年”，被执行人包某理应遵守。因上述离婚协议签订时间早于案涉抵押登记，故法院在处置房产时对案外人的合法居住权亦予保护。^③

2. 关于抵押权的实现方式。前述已提及抵押权之实现不得影响在先设立的居住权。则当抵押权实现时，抵押权人是否以及应如何申请法院强制执行？笔者以为，居住权的存在本身并不直接影响抵押权的实现，二者互不存在排他性权利冲突，故不得草率以在先居住权直接否定抵押权的实现途径。但需要注意的是，抵押权实现应以保证居住权的正常行使为限，抵押权人即便需将案涉房屋拍卖、变卖，亦不应采取强制腾退、限期搬离、限制出入等对居住权产生实质影响的措施，即该抵押权实际可被视为“受限的抵押权”。因此，如需通过法院处置设有在先居住权的抵押房屋，虽可参照《最

① 参见张双根：《谈“买卖不破租赁”规则的客体适用范围问题》，载《中德私法研究》（第1卷），第5页。

② 参见王利明：《论民法典物权编中居住权的若干问题》，载《学术月刊》2019年第7期。

③ 参见浙江绍兴恒信农村商业银行股份有限公司镜湖支行诉绍兴凡妮莎贸易有限公司、包燕等金融借款合同纠纷执行审查案，浙江省绍兴市越城区人民法院（2020）浙0602执异24号执行裁定书。

高人民法院关于人民法院网络司法拍卖若干问题的规定》第6条实行网络司法拍卖,但阻却了拍卖中以腾房形式确定拍卖财产价值的操作方法,因此可借鉴司法实践中“带租拍卖”模式。抵押物的“带租拍卖”一般应符合如下要求:(1)租赁合同签订日期在抵押权设立前;(2)租赁合同已在相关部门完成登记备案;(3)承租人已实际占有并使用房屋。^①同时符合以上情形,司法拍卖亦不得涤除租赁权,仅以保持租赁关系的形式实现房屋过户。参照适用“带租拍卖”制度,设有在先居住权的房屋实现抵押权过程,也可以“带居住权拍卖”形式实现,而其构成带居住权拍卖的要件则更为单一,即办理合法有效的在先居住权登记手续。

(二) 抵押权先行登记, 排斥后物权之妨碍

1. 关于居住权的倾斜保护。根据《民法典》的立法旨趣,居住权设立目的在于保障居住的基本需求,^②而抵押则是在市场经济中为确保债务顺利履行而实施的担保制度。由此产生疑问,是否应当强化基本居住需求的保障,以设立在后的居住权限制抵押权的实现?有观点持肯定态度,认为抵押权对嗣后居住权同样不享有对抗力,即便具备对抗力,也不应强于对租赁权的对抗。持此观点者,多参引交通银行某省分行与张某执行异议之诉一案说理,认为从价值衡量角度,房屋购买者的居住权与抵押权相比,居住权具有优先性,即使权利人在房屋上设定抵押权,对房屋亦不能强制执行。^③然则该案办理时间为2018年,其居住权之概念仅限于房屋购买人所享有的居住权益,明显有别于民法典视野下的居住权之设立目的及设立规则,且倾斜保护的理念一定程度上是以公序良俗原则发挥法律漏洞填补之功能,存在“向法律原则逃逸”的风险。而现行居住权更注重其意定属性,因此,对于倾斜性保护,笔者持否定意见。同时,从利益衡平角度出发,抵押权人作为民商事主体,其应当具备对担保行为设立的风险认知,但不应苛责其承担抵押设立后的注意义务及抵押权贬损风险。因此,未经抵押权人同意,在已抵押住宅上再行设立居住权,可视为“足以使抵押财产价值减少”的行为,如尚未办理居住权登记的,抵押权人有权请求抵押人停止行为,如已登记完毕,应由抵押人重新提供价值相当的担保。抵押人不提供担保,抵押权人有权请求债务人提前清偿。

2. 关于抵押权的实现方式。抵押权的实现是否导致居住权灭失?有学者认为当抵押权实现时,在抵押物上设定的利用关系自当失去效力。^④也有学者认为,所谓利用关系不得对抗已登记的抵押权,限于因利用权影响到了抵押物交换价值的实现,当利用关系无损于抵押权实现时,不必然导致利用关系消灭。^⑤笔者赞同后者,以带租拍卖为例,当抵押权实现时,房屋查封、评估等法定流程自当依法办理,但是否确需腾

① 《民法典》第405条规定:抵押权设立前,抵押财产已出租并转移占有的,原租赁关系不受该抵押权影响。

② 参见沈春耀:《在十三届全国人大常委会第五次会议关于提请审议〈民法典各分编(草案)〉议案的说明》。

③ 参见再审申请人交通银行股份有限公司陕西省分行与被申请人张雯、一审第三人陕西瑞麟置业有限公司执行异议之诉再审查案,最高人民法院(2018)最高法民申1463号民事裁定书。

④ 参见王利明:《物权法研究》(下卷),中国人民大学出版社2016年版,第1238页。

⑤ 参见崔建远:《物权法》,中国人民大学出版社2014年版,第468页。



空房屋则有待商榷。因腾空房屋行为实际排除了居住权的占有与使用权能,但《民法典》并未在此类情形下赋予抵押权人法定解除权。结合《民法典》规定并参照物权基本理论,居住权消灭原因主要可包括:(1)法定消灭原因即居住权期限届满以及居住权人死亡。(2)其他消灭原因。可基于住宅灭失、被征收而失去居住权;因居住权人自愿放弃或与所有权混同而消灭;因居住权人滥用权利归于消灭。^①综上,居住权消灭的原因中并无因抵押权冲突导致权利灭失的情形,故在居住权并未有害于先抵押权时,不得基于抵押权之实现而直接排除居住权。^②因此,司法拍卖不必然导致已设立的居住权灭失。

(三) 居住权与抵押权利之益平衡

参照适用规则虽可指明裁判方向,但仍不足以解决实质纠纷,因此结合租赁制度通过司法续造赋予居住权制度更丰富的内涵,正是现代纠纷实质性化解的有效途径。

1. 建议赋予抵押权人、买受人法定撤销权。据前所述,居住权未因在先抵押权的实现而灭失,故司法拍卖后物权的变动亦不影响居住权的物上追及力。需注意的是,依据参照适用规则,不动产抵押权登记生效,其在先设立仅产生居住权不得对抗抵押权行使的效力,但并不意味着,抵押权的实现一定不受在后居住权任何影响,因居住权自设立起的存续状态本身就是导致房屋拍卖价值贬损的重要原因,以上贬损风险由抵押权人承担实为不当。因此,笔者拟建议赋予先抵押权人或买受人以撤销在后居住权合同的权利,此举亦可应对买受人在房屋购入后可能面临的占有落空风险。笔者拟对撤销权设想作两种不成熟的情境分析:

方案一,赋予抵押权人撤销权。其利在于:在司法拍卖过程中,抵押权人可通过撤销居住权合同的方式要求居住权人注销登记并涤除抵押物上负担,确保抵押房屋价值的优化,以获得完整清偿能力。其弊在于:因抵押权的实现存在不确定性,嗣后设立的居住权居住期限难以保障,无法实现稳定的居住使用功能,当事人或基于不稳定预期而避免设立居住权,未实现物尽其用。

方案二,赋予买受人单方解除权。其利在于:房屋买受人可根据自身需要选择是否解除原居住权合同,如购买人仅以投资为目的而无居住要求,则无需行使解除权,尤其针对有偿的投资性居住权,买受人仍可获得固定报酬。^③其弊在于:因撤销权利的后置,使得抵押权人在实现抵押权时属于“带居住权拍卖”情形,其房屋拍卖价值因受居住权限制而产生贬损。

笔者倾向于方案一,因嗣后设立的居住权,根据不动产登记制度当然推定其明知在先抵押权,应承担抵押权实现带来的不利益,赋予抵押权人撤销权有助于让无过错方的债权获得清偿保障。

① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第890页。

② 参见《最高人民法院关于人民法院民事执行中拍卖、变卖财产的规定》第28条规定,体现了对用益物权相同理念的制度保障。

③ 参见汪洋:《民法典意定居住权与居住权合同解释论》,载《比较法研究》2020年第6期。

2. 建议创设居住权人缓期交付及优先购买制度。在赋予法定撤销权的基础上,同时兼顾居住权人的权益保护。

一方面,可在居住权领域充分借鉴并采取《日本民法典》第395条关于租赁制度的缓期交付规则,^①即在居住权因抵押权之实现而被撤销的6个月内,居住权人可暂缓搬离。但暂缓居住期间,因其居住权的灭失须向房屋买受人比照租金标准支付占有对价。如居住权人不支付该对价达1个月以上,且在买受人催告后的合理期限内拒不支付,即失去缓期交付利益。此举既强化了买受人的利益预期,也赋予居住权人寻求新居所的缓冲时间,可有效化解权利冲突。而作为居住权人的损失,则可通过评估、询价、协商等途径,根据同类房屋租金剩余居住期限的标准,结合双方各自过错,向原住宅所有人主张。

另一方面,意定设立的居住权,其权利的取得主要基于社会保障属性或近亲属身份,故针对有意向购房的居住权人,为避免权利的“两失”,可参照适用租赁合同中关于承租人优先购买权的相关制度,即通过赋予居住权人同等条件下债权性质优先购买权,以满足抵押权的有效实现,同时也避免权利人居住需求的落空。在竞拍成功后,其住宅上的居住权负担则将随着所有权之转移而灭失。

三、参照适用的法律证成

文明的互鉴是历史发展的大势所趋,而法学理论与实践的互鉴则是制度革新的必由之路。针对以上制度准用的粗浅构想,笔者拟通过物权顺位、比例原则作进一步论证。

(一) 参照适用之结果证成——物权顺位的印证

关于物权顺位可见诸《民法典》第409、414、415条,其中顺位一词出现在第409条:抵押权人可以放弃抵押权顺位。抵押权顺位又称抵押权次序,是指数个抵押权并存于同一抵押物上时,各抵押权存在优先的顺序,即抵押权之间的相互关系。^②因此,物权顺位实质上是物权在不动产登记簿上依设立时间先后排列的顺序。任何一项不动产均可设立多项他物权,此类限制物权行使所遵循的原则实质上就是顺位所指向的调整内容。

结合顺位所展现的特性及《民法典》第414条“其他可以登记的担保物权,清偿顺序参照适用前款规定”,顺位不仅可存在于同种他物权之间,也可存在于多个不相冲突的异种他物权之间,亦应包括用益物权与担保物权。根据2019年修正的《不动产登记暂行条例实施细则》,不动产施行统一登记制度。因此,当两种以上他物权共存时,不动产他物权的支配秩序应当由不动产登记簿记载的顺位决定,即针对登记在前的限制物权,法律应当保证其优先顺位权利的在先实现。居住权与抵押权虽然分属用益物权与担保物权,但其权利的设立均需通过权利人与所有人协同办理登记并完成权利之公示,因此,以登记顺位来确认权利优先级的操作模式符合物权顺位的内涵,后顺位人不得为损

^① 参见常鹏翱:《先抵押后租赁的法律规制》,载《清华法学》2015年第2期。

^② 参见江必新、夏道虎:《民法典重点条文实务详解》(上),人民法院出版社2020年版,第118页。



害优先顺位权利人利益的行为, 当后物权有害于先物权时, 应受先物权之施行而被排斥。

参看国外立法例, 德国《住宅所有权法》设有长期居住权, 该权利区别于地上权之处在于权利的设立不必以第一顺位为限。由此在强制拍卖时, 顺位在后的长期居住权或将面临权利消灭之危险。对此, 该法意图通过强化意定沟通的形式寻求折中之法, 以避免长期居住权的灭失。^① 由此窥之, 域外立法例同样通过他物权设立之顺位来确认权利行使顺序。物权顺位概念与抵押不破租赁的制度准用虽在法律依据上不尽相同, 但其达到的效果仍是殊途同归。

(二) 参照适用之目的证成——比例原则的检视

参照适用的纠纷化解模式是否符合目的正当性及合理性? 笔者拟通过比例原则寻求法益平衡之道。比例原则的内核在于强调干预的适度性, 旨在达成“禁止过度”之效果, 以维护法律实质正义,^② 其不局限于行政法律规范, 其同样可作为一项实质性评判标准应用于司法实践。将适当性、必要性、均衡性的特征融入权利衡量过程, 以客观、理性的标准维护法律保障的权益, 可最大限度避免法官因其主观臆断导致的司法偏颇。

结合阿列克西比例原则对基本权利冲突所作的分析, 我们可以将法益衡量的合理性与必要性以简易模型构建方式再现: 关于居住权(habitation)“H”与抵押权(mortgage)“M”的权利冲突化解方式。两项法益的衡量首先应当遵循措施的合理、必要性原则。即当存在两种措施 m1 与 m2, 试图以干预 M 的方式来实现 H 的权能。如果 m1 与 m2 均无法达到实现 H 的效果, 则以上措施不应被采取; 如果两种方式均得以相同程度地实现 H 的权能, 但对另一 M 权能而言, m1 相较于 m2 将对 M 产生更为轻微的干预, 那么按照 H 与 M 都应尽可能以最大限度被实现的要求, 则不应采取 m2 这项措施。^③ 阿列克西以一则消费者保护案件对该模型进行解析。为保护消费者免于购买某种外观上近似巧克力的仿制食物, 可以采取绝对禁止生产、销售该产品的手段(m1), 也可以要求在该产品上印有清晰标识(m2), m2 干预职业自由(H)的程度显然较 m1 更低, 但 m2 同 m1 一样可以达到保护消费者的目的(M), 因此在以 M 为目的下 H 的实现不允许采用 m1, 在同等目的下 m1 的实施对 H 而言并非必要的手段。

由此可以得出结论: 在居住权与抵押权实现的过程中, 以一方物权的存在直接对抗另一物权的实现不应成为冲突化解之首选条件, 即若存在其他不影响在先权利实现的多个措施时, 应首选对在后权利干预最为轻微解决方式。换言之, 居住权与抵押权均基于当事人意定设立, 故以上权利应当被实现且应当在各自意思自治的范围内最大程度地被实现。参照适用目的, 实质上正是通过对租赁与抵押之关系分析, 尽可能减少对权利双方的规范限制, 以更好达成各自物权实现的一种初步探索, 符合冲突化解的比例原则。

(责任编辑: 王文斌)

① 参见[德]鲍尔施蒂尔纳:《德国物权法》(上册), 张双根译, 法律出版社2004年版, 第661页。

② 参见郑晓剑:《比例原则在民法上的适用及展开》, 载《中国法学》2016年第2期。

③ 参见钱福臣:《解析阿列克西宪法权利适用的比例原则》, 载《环球法律评论》2011年第4期。

家庭暴力情节司法认定规则研究

张维娟 王卉 陈蒙*

内容摘要：家事纠纷公益与私益兼备、法律与伦理交集。家庭暴力以权力和控制为核心、恐惧与屈从为表象，其证据形成于隐蔽空间，作为一类特殊侵权行为尚缺失民事侵权法独立之价值评价。家庭暴力情节认定密切关涉家事纠纷当事人身份关系、财产分割等实益，司法实践中之所以低概率认定，既源于规范层面要件事实简化模糊，更囿于司法证明形成的路径依赖。采用对家庭暴力基础规范要件递进式“三层识别”标准即“程度+频率+兜底”，运用间接证明方法并借助区分要件和诉求的类型化规则张力以减轻证明责任，秉承职权探知倾向，兼顾当事人主义，构建与家暴特殊性和重要性相匹配的规则体系，是修正规范适用路径从而走向良性循环的因应之策。

关键词：家暴；路径依赖；证明标准；司法认定

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)02-000-000

从行为本身的属性看，家庭暴力不论针对人身抑或精神，都是一类侵权行为。但作为一类侵权行为缺失民事侵权法独立之价值评价，在实践层面，鲜见以家庭暴力为侵权事实诉求损害赔偿的侵权责任纠纷或人格权纠纷。立法和司法对家庭暴力的评价显著体现于婚姻家庭纠纷中作为衡量夫妻感情破裂与否判定身份关系应否解除的法定要件、共同财产分割中无过错方财产权益倾斜的事由。而婚姻家庭案件审理受传统文化、审判经验传承等影响形成的家庭暴力认定规则（或称裁判习惯）体现司法过度谦抑，加之新近立法对家庭暴力构成要件规定不甚明确及证据方面的客观障碍，使得家庭暴力司法认定沿着原有的做法得到强化而导致经司法认定的家庭暴力与诉讼相应的客观事实相距甚远，这是路径依赖理论的体现。从当前家庭暴力本身及其引发其他社会问题的危害性、法律规范司法适用及其他规制途径的运行效

* 张维娟，山东省淄博市中级人民法院民一庭法官；王卉，山东省淄博市中级人民法院立案信访局法官；陈蒙，山东省淄博市中级人民法院民一庭法官助理。



果看，证明规则亟需完善。

一、从证据到证明：家庭暴力司法认定之困境

以“家暴”为关键词,在把手网搜索2020年1月至2021年5月的民事裁判文书共697份,其中共有296份裁判文书体现了家暴情节认定的相关内容(见表1)。当事人诉争法律关系所涉事实涉及家庭暴力显著集中于离婚纠纷案件,该类纠纷家庭暴力事实主张与诉讼请求依存关系主要为:第一,家暴是夫妻感情破裂的原因。根据法律规定,实施家庭暴力或虐待、遗弃家庭成员,经调解无效的,应当准予离婚。第二,家暴是认定过错的事由。根据法律规定,实施家庭暴力,导致离婚的,无过错方有权请求损害赔偿。当事人据此在离婚诉讼中主张损害赔偿。第三,家暴是解除或确立某种人身复合型关系的事实依据。如主张因家暴受胁迫而签订离婚协议,请求撤销离婚协议或不履行相关财产分割内容等。

表1 样本案例情况简析

案件类型	离婚纠纷(218份)、离婚后财产纠纷(28份)、婚约财产(37份)、同居关系纠纷(11份)、抚养权纠纷(1份)、赡养纠纷(1份)
审结期限	2020年(255份)、2021年(41份)
审级情况	一审(228份)、二审(68份)

从样本文书看,家庭暴力司法认定存在以下问题:

(一) 裁判文书鲜见对家庭暴力构成认定的阐释说理

《中华人民共和国反家庭暴力法》(以下简称《反家庭暴力法》)第2条规定:“本法所称家庭暴力,是指家庭成员之间以殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等方式实施的身体、精神等侵害行为。”该定义性条款既涵盖了家庭暴力行为的法律性质,亦概括了行为外延。当事人以家庭暴力作为支持其诉讼主张的事实依据时,家庭暴力是作为诉讼请求所涉法律关系对应基础法律规范要件事实,是主张权利一方当事人需要证明的内容;作为“三段论”裁判方法的小前提,是法官应当进行审理和作出认定的事实。但在裁判文书说理的重要性和应然性被不断凸显的当下,无论对家庭暴力予以认定或不予认定,样本文书鲜见据前述定义性法律规范进行的详细阐述。这难以将裁判者文书说理能力作为重要影响因素,因为婚姻家庭案件往往为裁判者情理法结合说理提供较大发挥空间。应当反思的是:该定义性法律规范对家庭暴力内涵和外延的规定是否足以使裁判者对相应事实认定形成一定标准。

(二) 家暴情节缺乏直接强效证据导致难以认定

证据少，种类单一；直接证据少，间接证据多；证明伤情证据多，证明因果关系证据少。主张家暴当事人只能提供伤情照片、医疗诊断书、投诉报警记录等证据，对致伤原因通常只是自述。因系间接证据，即使看似形成完整证据链可证实行为、结果及其之间的因果关系，但司法实践中一般不予认定。在样本中，认定家暴的裁判文书占比 10.8%；而 49.3% 的裁判文书以证据不足以认定家暴行为的存在或者致伤原因无法认定从而不予认定家暴。经统计，对家暴事实认定仍存在证明效力比较高的证据，比如公安机关出具的家暴告诫书或行政处罚决定书、法院生效判决或人身安全保护令，强证明效力的原因不仅在于其系基于《反家庭暴力法》第 20 条规定可认定家庭暴力的证据，亦因于《民事诉讼法》和《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》所规定的）证据认证规则。

（三）审判的能动性在家暴事实证明中阙如

从司法证明过程层面看，主张家庭暴力事实的当事人通常提供伤情照片、诊断书及微信聊天记录、保证书等低效力证据，行政处罚、伤情鉴定、人身安全保护令等强效力证据均系在公权力介入情形下形成的证据材料。因此，法官在认定家暴事实方法即家暴的司法证明方法运用上，不应当严格局限于证明的一般原则。但是，从样本案例看，法院职权主义在家暴事实认定中却无用武之地，无明显踪迹可寻；在举证责任分配上，将家暴等同于一般侵权行为，遵循“谁主张、谁举证”；证明标准上，仍然以当事人提交“充分有效”证据为完成证明之表述，及采用“高度盖然性”的一般证明标准。

从心证形成角度看，司法对当事人家庭暴力事实主张存技术性回避。在样本案件中，对当事人主张的家暴事实，司法实践中多将当事人之间具有侵害性的行为定义为“肢体冲突”“扭打”等夫妻之间矛盾争执的行为。但不论社会学抑或法律意义上的家庭暴力行为与夫妻之间日常矛盾、冲突是有界限的。家暴实施行为一方利用了其力量和精神上的优势，侵害行为是单方向的；而家庭冲突常常是日常争执或口角，并未侵害人身安全、人身自由等人身权利，即使双方有肢体冲突，也是相互作用的。另外，司法的回避还体现在对当事人家暴事实的主张不予回应，样本文书中有 118 份，占比 39.86%。相关文书中，法官以其他法定情形认定当事人感情破裂准予离婚，系因家庭暴力事实认定更偏向于法官自由心证的主观范畴，而重婚、感情不合分居满两年等事实客观性较强。

二、从客观到主观：路径依赖理论下家庭暴力认定难之成因

路径依赖是指在制度变迁中，存在报酬递增和自我强化机制，这种机制使制度变迁一旦走上某一条路径，它的既定方向会在往后的发展中得到自我强化，其他潜在的



(更优)体系实际很难对它进行替代。^①在家庭暴力的认定中,传统文化“以和为贵”观念、民事案件证明的一般规则,导致家庭暴力司法认定的过度谦抑,规范层面对构成要件简单化规定、证据单一低效强化了路径依赖,导致民事审判通过对行为的否定评价修正个体行为、引领社会风尚的作用弱化。

(一) 对家庭暴力构成要件规定不明晰

《反家庭暴力法》第2条对家庭暴力概念的规定是用生活化语言定义家庭暴力构成,文义并不深奥,但对司法适用不甚明晰。首先,殴打、捆绑等针对人身的损害行为是否以次数、持续性、周期性为必要。从其后对谩骂、恐吓等精神损害方式明确规定以“经常性”看,前者不受多次、持续性限制,但亦应区分家暴与家庭成员之间偶发的人身伤害行为之性质。其次,民事案件中家庭暴力应当达到何种程度方能得以确认?再次,尽管损害后果不再作为家庭暴力认定的要件,但此前司法解释关于损害后果规定的司法惯性延续导致实践中添加要件、增设前提、限缩解释等作法。另外,如前所述,家暴与家务纠纷的区分界定模糊,公安机关处警亦多倾向按家庭矛盾处理。

(二) 低效力证据与高证明标准之间难以调和

1. 在证据固定和获取上,公权力秉持保守之姿。公安机关出具的家暴告诫书或行政处罚决定书、法院生效判决或人身安全保护令等能够直接证明家暴事实的有效证据难以形成,无论公安机关抑或司法机关,在作出相应行政行为或司法裁决时总是保守克制的。在样本文书中,仅14份文书依据公安机关出具的家暴告诫书或行政处罚决定书、法院生效判决或人身安全保护令认定家暴情节。在司法审理阶段,尽管《关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见(试行)》强化法官家事案件中的职权探知,但实践中,在长期当事人主义影响下,法院在职权调查方面表现出一定的惰性。因此,主张家庭暴力的当事人往往只能提供低效力证据。

2. 严格证明标准下,认定门槛过高。在难以获得较高证明效力的证据情形下,即便采用民事案件一般证明标准即高度盖然性,亦难以获得心证。正如一位法官所说:“懂得收集证据的受害者已经不多了,好不容易收集到的证据能用的没几个,再要求她们用‘寥寥无几’的证据证明家庭暴力的存在有高度可能性,确实太难了……严格的家庭暴力证明标准为家暴受害人解除婚姻设置了重重障碍,其不符合现代婚姻法无过错离婚制度的发展趋势,试图挽回一个充斥暴力的婚姻绝对不是一个明智之举。”^②

(三) 特定司法环境下法官沿袭克制心理

文化传统、意识形态等精神领域的因素是制约路径优化的根本性因素。不可否认,我国民事案件裁判中,包括夫妻身份关系的家事案件的处理原则和方式深受传统文化“以

^① 参见徐爱冰:《中国文化传统与法制变迁的路径依赖》,载《西部法学评论》2011年第4期。

^② 刘淑芬、李琼宇:《二元家庭暴力证明标准初探》,载《中华女子学院学报》2012年第3期。

和为贵”“宁拆一座庙不毁一桩婚”“清官难断家务事”等观念的影响。当前审判实践中，针对原告离婚的诉讼请求，除存确实证据或者被告同意离婚外，首次起诉一般判决不准离婚，即受到上述传统观念的影响；而在判决离婚的法定情形“夫妻感情破裂”的数种具体情形中，重婚或者与他人同居、赌博吸毒等恶习屡教不改、感情不和分居满二年均系客观情形，能够通过书证、当事人陈述或证人证言等予以较为准确地认定。家庭暴力，因其大多发生于私密空间、限于婚姻当事人之间，如前所述，本身存在证明上的困局，而其在认定为法律事实方面又偏主观。传统观念影响的离婚诉讼裁判实践路径，受到对高效、稳定和安全追求的强化，法官更多考虑用最稳妥方式结案。如有其它充分事由可供选择，便无自冒风险涉及家庭暴力的必要。证据欠缺和法律规定模糊，必须让位于维护关系稳定安全，最终不断被边缘化，家暴的掌控被忽略或淡化，暴力事件被表述为“关系型的而非犯罪性的”。^①在法无明文规定情形下，法官自身本无意愿亦无激发之外在动力使其突破民事证明一般标准而主动降低证明标准，则只能依靠法官的逻辑和智慧使用证明技巧认定事实。至于依职权调查，本就面临无据可查的尴尬。

三、从明晰到修正：家庭暴力司法认定规则之设计

当制度变迁沿着原有路径被强化为一种低效甚至无效的状态时，在无内外部支持下，直接或全盘改变成本过高。因此，根据内外因素不断修正，调整制度方向，使之走向高效是可行之径。家庭暴力的司法认定规则应当从家庭暴力三个层次识别基础上，借助间接证明方法、区分诉求和要件之类型关联，减轻证明责任，构建具有操作性的证明规则体系。

（一）明确家暴的构成要件——廓清待证对象

1. 设定家暴行为“三层识别”标准。在《反家庭暴力法》取消了《婚姻法司法解释（一）》对于家庭暴力损害后果的要求情况下，家暴认定的重点应从后果转向对行为本身的规制，另结合以“递进式”标准认定的暴力行为程度明确家暴的构成要件。

所谓递进式标准具体为“三层识别”标准即“程度+频率+兜底”：第一层采单次暴力看是否达到轻微伤标准，即不因仅实施一次而否定暴力的存在。如未达到轻微伤标准，则采第二层考察暴力实施频率，在单次均未达轻微伤程度，但累计实施多次，亦符合家暴标准。通过“程度叠加频率”的方式，既能够弥补仅凭暴力伤害程度片面判定的缺陷，也兼顾了暴力行为实施特征，更契合连续多次发生或间隔多次发生或偶发突发的多种样态。第三层作为兜底，考虑到情感因素的抽象性与极强主观性，尤其

^① 参见贺欣：《司法为何淡化家庭暴力》，载《中国法律评论》2019年第4期。



是离婚纠纷中感情是否破裂是当事人主观感受,家暴仅一次便可致精神和情感上的致命伤害。因此,如果当事人极其在意与重视,一次暴力也能使其对婚姻失去信心,司法裁判也不应僵化认定。

2. 合理区分家暴与家务纠纷的界限。家暴与家庭纠纷在外观上高度相似,在无明确统一规范指引时易生混同。但从内在特性看,与因生活琐事偶然、小频次发生,且不以真实伤害与控制为目的的家务纠纷相较,家暴特征明显。它可能是以强力直接实施人身伤害的硬暴力,也可能是以压制为目的施加致对方恐惧恐慌的精神软暴力,具有一定的积蓄—爆发—平静的周期性特征。因此,当加害人具备以暴力行为控制受害人使其产生恐惧并屈服的主观意图,冲突争执超出必要限度,侵犯人格权、人身权益时应认定为家暴,不可用家庭纠纷概念予以评断。当暴力情形已达到轻微伤标准时应认定为家暴。

(二) 破解证明难题——降低区分要件+区分诉求模式下的证明标准

证据规则是认定法律事实的前提,是司法活动的根基,属于诉讼法范畴。无论实体法抑或程序法,都应当遵循体现法的价值和基本原理或法律原则。在证明评价和对证据规则适用过程中,存在民事法律原则对举证责任分配价值引导的作用空间。法律原则的抽象性、非决断性决定了其只有通过具体法律技术应用才能得到个案转化。法律适用公正性以事实清楚为前提,在真伪不明的场域,法官不能简单依据证明规则的法条文义分配举证责任后作出裁判,而应当探知证明规则背后之法理基础,合理分配举证责任,综合考虑各种因素形成心证,从而使作为裁判基础的法律事实最大可能趋于真相,裁判对实体法上法律责任的适用才最接近准确。

1. 要件区分:家暴事实证明标准由“一元”向“二元”转变。降低证明标准是通过降低待证事实的证明尺度从而认定案件事实的法律技术方法,降低后的标准也应达到盖然性占优,从而压缩事实真伪不明的适用范围。其主要基于经验法则并结合已经查实的证据进行逻辑推理,推认有关待证事实的成立,尤其是在证明的要求看来无法实现时。^①在侵权法律关系中其他构成要件已经明确的情况下,因果关系的证明场合完全有必要适当降低证明标准。但是此种证明标准的降低有严格的要求:首先,限于侵权法律关系的个别要件,当所有要件事实均处于真伪不明状态时,不能适用证明标准的降低;其次,该法律规范中的其他要件事实需达到高度盖然性标准,并与因果关系的待证要件事实具有牵连,才能够降低该要件事实的证明标准。所运用的经验法则也需具有高度盖然性而达到令人信服的程度。对于程序性权利的要件构成应适当降低证明标准,按照盖然性占优的标准对诉争事实确定特别证明标准。

家暴认定标准的把握,不宜采取单一的高度盖然性的一般证明标准,可以区分不同

^① 参见孙泳、王旺:《证明过程中证明责任减轻的适用及规范》,载《人民司法·应用》2019年第28期。

证明要件。区分要件，就是在行为、损害后果方面需要受害人提交证据证实达到高度盖然性的证明标准，对行为人与损害后果的因果关系，可以在穷尽心证基础上，适当降低因果关系的证明标准至盖然性占优。因大陆法系国家明确规定证据判断适用法官自由心证原则，证明度的判断与法官心证密切关联，为限制这种主观随意性，应当相对固化心证，使其接受外在标准的限制。为使这种“高度盖然性”具体可操作，德国、日本和我国的学者分别提出了刻度盘理论、四级心证和三个盖然性区间理论，以固化证明判断的主观方面；英美法系则试图使证明标准外在化、量化，借助统计学和概率理论计得某种事实发生的可能性。其中的“比例认定理论”，即法官并不要求当事人的证明度达到百分之百，只要达到70%即可以作出相应认定。但并非对主张事实的认定，而是作为裁判责任的比例依据。例如关于事故与当事人后遗症之间因果关系的认定，如果法官对因果关系的认定只有70%的心证时，就认定70%的损害赔偿数额。^①这对于涉家暴家事案件，特别是离婚无过错方损害赔偿认定因果关系和确定赔偿比例具有一定借鉴意义。

2. 诉求区分：三种类型下的举证责任分配与证明责任承担。从司法实践中呈现的案件类型，以及家暴要件事实所链接的法律规范看，分为身份类家暴案件、财产类家暴案件和混合类家暴案件（见图1）。在身份类案件中，法院依职权调取证据的范围较宽且力度较大，这在某种程度上挤压了主观证明责任分配的适用空间，主观举证责任理论在走向协同主义及加强法官诉讼指挥权之情形下，已失去意义。^②在强调法院职权探知背景下，实质上淡化了当事人证明责任的不利后果，其对于利己案件事实揭示与证明的责任无从强化。如法院已履行职权调查取证后案件仍处于真伪不明状态，则可适用客观证明责任，由负有证明责任的当事人承担于己不利的后果。因为客观证明责任功能价值即用以克服事实真伪不明的状况，不只是对于采取当事人主义的诉讼程序而言有此种举证责任，即使在职权主义之诉讼程序中亦有此种举证责任。所以在身份类案件中，客观证明责任的分配仍应由主张家暴事实的当事人对该事实真伪不明承担败诉风险。

与身份类案件不尽相同，在财产类案件中，以当事人主义为主导，当事人承担提供证据的责任，原则上法院不依职权主动介入。若当事人在未能就待证事实提供充分证据，且此时又不符合法院依职权取证法定情形，经法院释明后如当事人仍未能补充提交证据，致使待证事实处真伪不明状况，法院可直接以其未尽证明责任为由，判定其承担于己不利的法律后果。

混合类家暴案件，复合人身与财产属性，且往往以身份关系的解除作为主张财产权益的先决要件，由职权介入以探知案件客观真实，保证实质正义对于弱势当事人权益保护确有裨益。但在解决身份关系后，具体财产权益的主张仍由当事人提交证据证

^① 参见张卫平：《民事证据法》，法律出版社2017年版，第245页。

^② 参见张海燕：《家事诉讼证据规则的反思与重构》，载《政治与法律》2018年第11期。

实,并承担真伪不明时的败诉风险。

(三) 促使心证形成——证明方法多元化适用

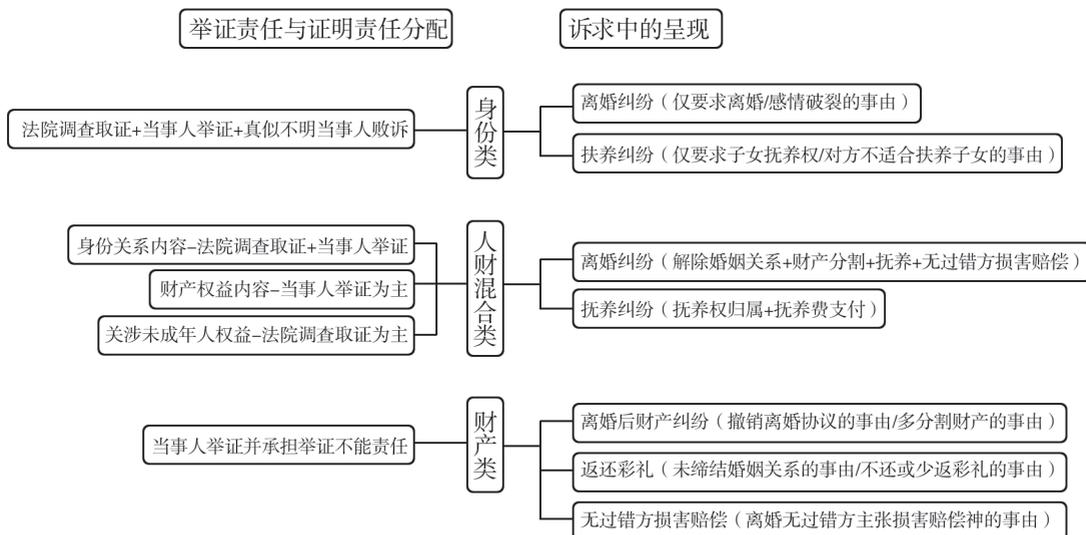


图1 区分诉求类型下举证责任的分配

我国民事实体法律规范中虽隐含实质价值追求,但规范结构设计往往不会预设证明责任配置问题,需借助证明责任减轻填补形式标准的不足。家事案件中家暴认定不能囿于证明形式标准做一刀切和粗线条处理,要构建符合家事案件特点,充分保障家暴案件受害人合法权益的证据制度和规则体系。针对举证和证据认定的难点,明晰待证要件事实和范围,充分发挥职权探知作用,确保案件事实尽力查证,综合全案证据大胆采用逻辑推理,对关联性辅助事实、间接事实、辅助证据、间接证据充分查证,强化和验证心证结论。在法官穷尽智虑用尽心证查证事实后案情仍真伪不明时借助法律技术方法减轻当事人证明责任。

1. 采用推定方法填补事实罅隙。以基础事实推断未知事实,其功能是明确或转移举证责任的分配。推定就是依据已知事实推断未知事实的一种方法,是在信息不完全的情况下,法律所提供的一种暂时填补事实罅隙的方法和对策。^①根据这一推导的依据和来源,区分为基于经验法则的事实推定和基于法律明文规定的法律推定。而事实推定方法的适用达到一定的普遍程度且获得经验及理性之一再确认和验证,则有可能获得法律上的肯定,从而成为证据法上的法律推定。通过在司法解释中总结提升,直接规定相关推定内容,间接改变证明责任承担方式和承担主体。

鉴于家暴行为隐秘性、突发性、反复性和人伦情感交织的复杂性,相关证据的留存

^① 参见易延友:《证据法学:原则规则案例》,法律出版社2017年版,第512页。

收集存在客观困难，诉讼中受害者所呈送证据多为伤情损害后果照片、诊断证明等，对于致害后果与施暴行为因果关系的证据仅有单方陈述或间接证言等，效力薄弱。鉴于此，可在已知事实基础上，通过对因果关系的推定、不利事实的推定确定暴力事实是否存在。

(1) 对因果关系成立的推定。在特定诉讼中，只要待定事实能够成立，就应当认定损害结果与该特定事实之间存在因果关系。^① 受害人提供证据证明受侵害事实及伤害后果并指认是对方所为的，举证责任相应转移。对方虽否认侵害由其所为但无反证的，可以推定其为加害人，认定家庭暴力存在。其暗含的前提是受害人与被指控施暴者基于特殊家庭身份关系、生活中的密切接触联系和所受伤情的时效性，受害人存在侵害事实情况下，首先推定该指控的因果关系成立，但这种推定是可反驳的。被指控者如果能够提交相应的不在场证明、身体状况证明等否定加害行为由其实行的可能性，甚至进一步提交证据证实伤害后果系他人或受害人自身所致，则实现证明责任的往返和转换，以合理分配举证责任，查明法律事实。当事人主张遭受家庭暴力，应提供书面或口头陈述、病历、伤情照片、带威胁内容的手机短信、录音、对方出具的具结悔过书和保证书，公安处警记录、告诫书、伤情鉴定意见书等予以证明，如果其仅能够提供书面或口头陈述、伤情照片、病历等，法院结合受伤事件、地点以及日常经验法则，认为存在家庭暴力可能的，可以要求对方举证证明未实施该家庭暴力行为。例如，在薛某诉陈某离婚案中，薛某所受伤害系事发当天与陈某发生争吵，继而薛某报警，并及时进行门诊治疗和法医检验，一连串证据足以证明加害人为陈某。陈某否认殴打薛某，但不能提供证据。从事发经过的连续性和时效性上，先将陈某推定为加害人，假设因果关系成立，在陈某无反驳证据的情况下，由陈某承担不利的证明责任。^②

(2) 证明妨碍下不利事实的推定。一方持有有关涉某特定事实的证据，经对方请求或法院通知后拒不提交的，应当就该事实做不利于该方当事人的推定。^③ 这是《证据规定》第95条证明妨害规则的体现，即不负有证明责任的一方当事人通过作为或者不作为阻碍负有证明责任的一方当事人对其事实主张的证明。审判实务中存在证据偏在现象，有关事实和证据材料分布不均衡，出现事实和证据材料不掌握在举证人一方或者不在其支配范围，由此导致掌握证据材料和事实的当事人往往采取不当措施妨碍举证人举证。此种情况下如果机械适用证明责任原则作出判决使负有证明责任的当事人败诉，显失公平。应以证明妨碍为杠杆来开发“避免通过证明责任作出裁判”的法律技术，成为一般证明责任的补充，基于公平原则对负有证明责任的当事人举证责任

① 参见易延友：《证据法学：原则 规则 案例》，法律出版社2017年版，第525页。

② 参见薛琦诉陈琳离婚纠纷案，载《人民法院指导案例裁判要旨汇览》（婚姻家庭·继承卷），中国法制出版社2014年版，第55页。

③ 参见易延友：《证据法学：原则 规则 案例》，法律出版社2017年版，第512页。



的减轻。^① 推定可以避免待证事实因证据欠缺产生程序上的僵局，缓解某些事实证明上的困难，公平分配举证责任，实现诉讼经济目的。

家暴案件中施暴方可能实施阻碍受害方证据收集或毁灭、隐匿证据、妨碍证人出庭作证等逃避法律制裁的行为，致受害方举证不能，使家暴事实真伪不明。因此，在家暴案件中，如果存在阻碍受害者举证的有关故意妨害、破坏举动，比如施暴者掌控的实施经济控制、精神暴力、性暴力等的视频资料、电子数据证据等，其面对家暴指证完全有能力提交以自证清白，仍无正当理由拒不提交，或妨害对方提交，应产生推定对其家暴指证主张成立的法律后果。

2. 表见证明：借助对另一基础事实的证明链通待证事实的迂回进路。表见证明是法院基于一般生活经验而推得的典型事实经过，由某一客观事实（不争执或已得完全确信者），推断另一于裁判具重要性特征事实之证据提出过程，从而解决直接证据欠缺时的证明困境问题。^② 如果某些证明案件事实的直接证据已无获得可能，但能够收集到与之相关的证据，这些证据虽对待证事实无法直接证实，但能证明与待证事实相关的另一基础事实，裁判者依据基础事实和待证事实之间客观存在的某种联系，在该常态联系的涵摄下由基础事实直接推导出待证事实。^③ 这种常态联系或者说高概率联系虽无法达到严格证明标准，但相较于机械适用证明责任的裁判结果更趋于对客观事实的反映。表见证明由存在“典型的事实经过”和呼应于典型事实经过的经验法则构成。

经验法则是人们所归纳出来的知识，在很大程度上反映了事物的性质和状态，是一种事物的常态，反映了事物之间联系的高度盖然性，将其作为推定和认定事实的根据具有正当性。当事人无需对特定的过去时间的细节予以证明，只需要典型事实经过经常发生以致本案发生同一情形的盖然性非常高即可。^④ 表见证明总是与高度盖然性的经验法则相联系，经验法则因其具备高度可验证性和欠缺相反理由，足以促使法官形成完全内心确认，适宜作为表见证明的推定根据。在表见证明下，当事人对得出典型事实经过的事实进行证明，而无需对待证事实进行证明，因前者比后者更易证明，对当事人而言产生了证明减轻的后果；但并未改变证明责任和证明标准，对方只需提出存在其他非典型事实经过的重大可能性而不必具有高度盖然性，即可动摇法官心证，按照原来所分配的举证责任，由负举证责任的当事人想方设法继续举证。

家庭暴力因其隐蔽性、私密性，相关暴力证据多为间接证据，缺少证明暴力实施者的直接证据。按照表见证明理论，受害者举证证实基础事实存在，如载明殴打、威

① 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院新民事诉讼证据规定理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第829页。

② 参见姜世明：《举证责任与证明度》，厦门大学出版社2017年版，第207页。

③ 参见任凡：《民事诉讼中家庭暴力的证明困境及其化解》，载《法治现代化研究》2020年第4期。

④ 参见周翠：《从事实推定走向表见证明》，载《现代法学》2014年第6期。

胁、砍伤、捆绑等行为的出警记录、公安机关告诫书、伤情鉴定报告、医疗诊断证明等，或邻居看到施暴人持凶器追及受害人、听到受害人在家中求助的哭喊声的证人证言等，即无需提供施暴者直接击打、砍伤等暴力行为的直接证据，如果法院认为受害人对基础事实初步证明尚未达到证明责任所需高度盖然性要求，无法形成家暴的内心确认，应依职权探知。根据被指施暴方提交反驳证据的情况，对反驳不能的，在基础事实前提下运用经验法则，由被指控方承担败诉后果。例如，在王某诉蒋某离婚案中，王某主张其左手伤残系蒋某故意以菜刀砍伤所致，蒋某称系其不小心用菜刀划伤。因王某左手面弧形伤疤不符合划伤所特有的鱼尾痕迹，且两名证人也一致证实蒋某用菜刀砍伤王某左手，故对蒋某持刀伤害王某的事实予以认定。^①

因表见证明涉及经验法则的运用和法官心证的结合，需要统一尺度，明确自日常生活中总结提炼的经验哪些能够上升为高度盖然性的经验法则，将运用表见证明的心证过程公开，通过案例的积累予以裁判指引。

（四）家暴认定的司法倾向——职权探知的边界与谦抑

法官作为中立裁判者，虽然不得也不能提出诉讼请求，不承担主张和证明的责任，但在家暴案件审判中，法官遵循职权探知主义所承担的责任，并非主张和证明责任，而是法院作为国家机关承担的维护公共利益的职责，以公共利益维护者身份进行调查的义务。对案件事实和证据不能由当事人随意处分，也不能由当事人作出虚假陈述或者自认，更不能放任当事人提供伪证，法官可在一定范围程度以公共利益维护者身份，按照职权探知主义查明事实。

1. 职权主义的适用倾向。相对于普通民事法律关系，家庭纷争更易受到个人情感、生活环境、社会伦理等多重因素的影响，无法仅以严格法条衡量，故法官裁判时应享有一定的自由裁量权。家事案件类型众多，案件的构成要件事实比较抽象，无法在法条中详细规定各种具体情形，立法上多采抽象性法律概念的立法方式，授权法官于具体个案中视个别情形来处理。因此，法官在审理家事案件过程中，既要遵循婚姻法、继承法、收养法等法律规定，还应尊重社会风俗、宗族、家庭习惯，参照当事人的身份、地位、经济情况、教育程度、生活情形、当事人意愿及态度等，针对具体个案情况进行适当的裁判。

2. 与当事人主义的碰撞与调和。家事纠纷案件审判中，加强对职权探知主义的适用，在一定程度上限制当事人主义的适用，并不意味着排除当事人的积极能动性，而是确立以职权主义为主导，当事人主义为辅助的混合诉讼模式。当事人主义能够得到普遍应用，是因为其具有能够更好地保障当事人诉权、增强当事人信任感、调动当事人诉讼积极性等诉讼优势，对于提高工作效率、制约公权力滥用、保护弱势群体权益

^① 参见王兰英诉蒋福才离婚纠纷案，载《人民法院指导案例裁判要旨汇览》（婚姻家庭·继承卷），中国法制出版社2014年版，第53页。



具有重要意义。家事纠纷虽然不同于普通民事纠纷，但毕竟属于民事纠纷的范畴。民事诉讼的目的在于解决民事纠纷，原则上应由当事人自主解决，遵循私法自治原则，公权力只能在当事人不能解决的限度内介入。

当事人主义和职权探知主义的混合适用主要体现在对案件事实的查明和证据收集上的权限分配，并体现出交错适用的特点，二者并不相互排斥，而是互为补充，共同达到致力于发现真相、解决纷争的目的。在家暴案件诉讼模式构建中，应当有选择性地保留当事人基本举证义务、辩论原则、直接言辞原则等当事人主义的诉讼制度精华作为职权探知的有益补充，形成更加科学合理的诉讼模式。在关于施暴人、伤情等要件事实上，当事人自身仍负有相应举证责任。适度限缩当事人主义，赋予法官职权探知权并保障当事人各项诉讼权利。

3. 对依职权取证行为的规范。(1) 启动条件的明确界定。在家暴案件中明确哪些因素是必须依职权探知的，哪些是可以依职权探知的，哪些是不能依职权探知的。其确定原则应当是依与身份关系相关联的紧密程度而定，密切程度越高，职权主义适用就越必要。比如，在适用当事人主义达不到该目的时应尽可能发现的重要事实；涉及他人、社会、国家等公共利益的事实；涉及人身关系等特殊诉讼标的需要查明的事实；与特殊利益的保护相关的事实等等。对于未成年人利益的特殊保护，在未成年人作为家暴受害人的情况下，法院职权介入的优势和必要性更加凸显。

(2) 当事人主义的兼顾。在适用职权探知主义审判中，当事人不能通过自认排除法院依据证据作出对事实的认定，也不能随意放弃或承认诉讼请求，但当事人应享有起诉（即是否要求裁判）的权利和确定审判对象（即对什么进行裁判）的权利，也应赋予当事人就其权益和主张进行充分攻防的对等地位和机会。应根据不同的情形，让当事人就法院依职权调查的事实和收集的证据发表意见，避免对当事人造成“诉讼突袭”或“诉外裁判”，保障当事人对裁判结果的诚服和司法公信力。

(3) 依职权探知适当修正当事人主义的适用。案件审理所需要的事实证据虽然应由当事人提出，但对其提出的证据是否采信需要法官借助间接事实、辅助事实、经验法则、逻辑推理等对证据进行审查、判断，并运用自由心证作出裁判。在家事纠纷案件审判过程中，为了保护公共利益的需要和发现案件真实的目的，还要主动收集证据以查明事实。

（责任编辑：王文斌）

家庭暴力事实构成司法认定的现状审视 与标准重塑

赵忆雪*

内容摘要:通过对 534 份离婚案件民事判决书实证研究发现,由于《反家庭暴力法》及其他相关法律文件未对不同类型家庭暴力行为的事实认定标准作出明确统一的规定,实务中家庭暴力事实构成司法认定存在“同案不同判”的现象。探究成因,结合现状,应重塑家庭暴力事实构成司法认定标准:针对身体暴力行为适用“程度+频率”二元认定标准;针对精神暴力行为适用“状态+病理”认定标准;针对法律尚未规定的性暴力和冷暴力两种新型家庭暴力行为进行实质审查和类型化认定,将性暴力的实施手段和伤害后果作为身体暴力事实认定的加权因素,将冷暴力纳入精神暴力范畴予以分析认定。

关键词: 离婚诉讼; 家庭暴力; 事实构成

中图分类号: **文献标识码:** A **文章编号:** 1674-3156 (2022) 02-000-000

2016年3月1日,《中华人民共和国反家庭暴力法》(以下简称《反家庭暴力法》)正式施行,弥补了多年来防治家庭暴力的法律条文分散在各部门法中的立法缺陷,为我国家庭暴力防治工作提供了法律保障。作为我国第一部针对家庭暴力的专门法律,其在立法理念和制度措施上有一定创新,但在家庭暴力行为类型、事实认定标准等方面仍有待进一步完善。薛宁兰教授指出,在列举常见的家庭暴力行为方式和两种主要暴力类型后,《反家庭暴力法》第2条分别用两个“等”字,予以兜底,这为今后执法和司法时根据具体案情认定家庭暴力,留出了解释和裁判的空间。^①然而,《反家庭暴力法》并未规定统一明确的家庭暴力事实构成认定标准,导致实践中“同案不同判”

* 赵忆雪,山东省嘉祥县人民法院法官。

① 参见薛宁兰:《反家庭暴力法若干规定的学理解读》,载《辽宁师范大学学报》2017年第1期。



现象时有发生。

一、离婚诉讼中家庭暴力事实认定现状

根据中国裁判文书网统计数据,山东省各基层法院2018年以来共作出646份离婚诉讼民事判决书,其中涉家庭暴力离婚诉讼民事判决书共534份,有17份认定存在家暴事实,家庭暴力认定率3.2%。

(一) 家庭暴力的类型及认定情况

534起涉家庭暴力离婚案件中均存在身体暴力行为,其作为独立的暴力形式共出现530次,占比99.25%,可见身体暴力是家庭暴力最主要的表现形式,性暴力、冷暴力偶尔会作为身体暴力的一种附带行为出现。尽管《反家庭暴力法》仅以列举的方式将身体暴力和精神暴力两种行为纳入家庭暴力行为范畴,排除了性暴力、冷暴力、经济控制等行为模式,但当事人依然会在提起离婚诉讼时将上述行为进行控诉,立法空白与实践需求之间的矛盾也因此暴露。例如,在李某与孙某离婚纠纷案中,原告李某陈述被告以武力方式强行与其发生性关系致其怀孕,认为孙某的行为构成性暴力;^①在李某与梁某离婚纠纷一案中,原告李某陈述被告经常不回家、电话不接、信息不回,认为梁某的行为构成冷暴力。^②

(二) 涉家暴离婚案件中当事人的举证及认定情况

1. 当事人举证情况

在534起涉家暴离婚案件中,仅89起案件中的受暴者提供了除当事人陈述以外的其他证据,其中书证占比极大,如出警记录、医疗记录、照片、施暴者出具的保证书、行政处罚决定书等。

《反家庭暴力法》规定公安机关在出警处理家庭暴力报案时有调查取证、协助受暴者就医、鉴定伤情的义务,对于未违反治安管理的行为应当出具告诫书。但告诫书作为当事人提交法院的证据仅出现1次,而当事人提交的其他公安机关出具的接处警记录、出警证明等其他公安机关出具的证明材料则有45次,即使不是每次出警都一定出具告诫书,但依然能够反映告诫书出具比例低、告诫书制度未实际发挥其价值的客观现状。

2. 法院对证据的认定情况

在72份当事人提交证据但未认定家庭暴力的判决书中,不予认定家庭暴力的原因可以归纳为以下三个方面:一是当事人提交的证据不能相互印证,法官以证据不足

^① 参见李某诉孙某离婚纠纷案,山东省青岛市黄岛区人民法院(2019)鲁0211民初7367号民事判决书。

^② 参见李某诉梁某离婚纠纷案,山东省费县人民法院(2019)鲁1325民初5435号民事判决书。

为由不予认定；二是当事人提交的证据比较充分，但法官认为无法证明暴力行为与损害后果之间的因果关系，因此不予认定；三是从法律意义上讲，“家庭暴力”作为法定离婚条件，法官是否明确有无“家庭暴力”将会对离婚诉讼的结果产生重要影响——在起诉离婚时候如果当事人的理由是“家庭暴力”，那么在“家庭暴力”这四个字的时候，法官实际上是可以依法不判决离婚的，^①因此除非当事人提交的证据十分充分且能够相互印证，或是双方当事人对家庭暴力行为不存在争议的情况下，法院会认定家庭暴力事实的存在，否则绝大多数情况下，法院则倾向于适用证据规则中的相关规定排除当事人的主张。

值得一提的是，在（2020）鲁1702民初5206号民事判决书杜某与秦某离婚纠纷案中，杜某除了提交照片、出警记录等常规证据外，还将秦某与前妻进行离婚诉讼时的庭审笔录作为证据提交法庭，以此证明施暴者的暴力行为具有长期性，该证据属于品格证据，我国立法尚未将其纳入法定证据类型，但在本案中被法官采纳。

（三）家庭暴力事实构成司法认定现状

如前文所述，在534份判决书中仅17份对家庭暴力予以认定，认定率仅3.2%。为进一步分析实务中家庭暴力事实认定情况，特对534份判决书围绕三个变量进行分类并作类型化分析：受暴者是否提交证据、法官是否对家庭暴力情节进行分析讨论和法官最终是否认定家庭暴力。

1. 涉家庭暴力离婚案件分类

将534份样本判决书按照受暴者是否提交证据、法官是否对家庭暴力事实进行分析讨论、是否认定家庭暴力三个变量为划分标准进行分类，可分为以下六种类型：

- （1）TTT：受暴者提交了证据，法官对家庭暴力情节进行讨论并予以认定；
- （2）TTF：受暴者提交了证据，法官对家庭暴力情节进行了讨论，但未予认定；
- （3）TFF：当事人提交了证据，但法官未对家庭暴力情节讨论和认定；
- （4）FFF：当事人未提交证据，法官未对家庭暴力情节进行讨论，也未予认定；
- （5）FTF：当事人未提交证据，法官对家庭暴力情节进行了讨论，最终未予认定；
- （6）FTT：当事人未提交证据，法官对家庭暴力情节进行讨论并予以认定。^②

2. 家庭暴力事实构成司法认定现状的类型化分析

（1）在TTT类案件中，受暴者提交的证据足够充分且相互印证，形成完整的证据链条，以完成家庭暴力行为存在、产生行为后果及两者间因果关系的证成，家庭暴力事实得以认定。

^① 参见张剑源：《家庭暴力为何难以被认定？——以涉家暴离婚案件为中心的实证研究》，载《山东大学学报》2018年第4期。

^② 参见刘晓庆：《离婚案件中家庭暴力的认定研究》，青岛科技大学2020年硕士学位论文。



(2) TTF类案件是本文研究的重点,在当事人提交了与TTT类案件中同等证明效力、同种法定证据并完成举证责任的前提下,却未能使家庭暴力行为成功得以认定。以山东省威海市环翠区人民法院于2018年和2020年作出的两份判决书为例,前者认为家庭暴力应是持续性、经常性伤害身体及心理的行为,因此尽管该案中施暴者的行为已经造成受暴者轻伤的伤害结果,法院依然未对家庭暴力情节予以认定。^①从《反家庭暴力法》的规定可以看出,“家庭暴力”是在程度上尚未达到治安管理处罚标准的暴力行为,“轻伤”已达到刑事认定标准,远超“家庭暴力”的程度,不予认定有失偏颇。后者则认为,家庭暴力并不以实施次数进行考量,郑某某因殴打杨某某被处以行政处罚,其殴打行为构成法律规定的家庭暴力,因此认定郑某某存在家庭暴力,并支持了杨某某的精神损害赔偿请求。^②这反映出因缺乏明确统一的认定标准,法官在对家庭暴力事实是否存在作出认定时极易产生观念分歧和裁判偏差,造成“同案不同判”的结果,对司法公信力产生不利影响。

(3) TFF类案件的出现令笔者颇感意外,当事人提交了证明家庭暴力存在的证据,无论该证据能否证明待证事实的存在,法院都应当予以讨论并作出认定,而非忽视当事人诉求,对其主张不予回应。但样本中46份判决书却并未体现对家庭暴力事实的分析和认定过程,反映了法官在审理涉家庭暴力离婚案件中对家庭暴力事实认定的回避心态。

(4) FFF类案件共计383起,占比72%,此类案件中受暴者没有提供当事人自身陈述以外的其他证据,家庭暴力自然无法得到认定。此类案件数量较多的一大原因是当事人在提起离婚诉讼时采用了起诉状模板,但由于家庭暴力行为的特殊性,依然应该得到法官的重视。即使当事人陈述无法作为直接证据单独证明家庭暴力事实存在,法院在审理离婚案件的过程中仍然应当就当事人主张的家庭暴力事实进行法庭调查并在裁判文书中有所体现。

(5) 与FFF类型案件相反,FTF类案件体现了合规合法的案件审理裁判过程。在此类案件中,尽管受暴者只是在诉状或答辩意见中提及家庭暴力情节,未提交其他证据予以佐证,甚至在庭审中再未主张,但法官依然在证据分析、事实认定和判决依据中对家庭暴力情节作出正面回应。虽然只是寥寥数语,最终也未予认定家庭暴力,但是体现了法院对当事人诉讼请求的全面审查,彰显了实质正义与程序正义并重的基本司法原则。

(6) FFT类案件仅有1起,应是判决书公开模板简略造成的数据误差,不再进行分析。

^① 参见单某某诉闫某离婚纠纷案,山东省威海市环翠区人民法院(2018)鲁1002民初1809号民事判决书。

^② 参见杨某某诉郑某某离婚纠纷案,山东省威海市环翠区人民法院(2020)鲁1002民初2455号民事判决书。

二、家庭暴力事实构成存在司法认定困境的原因

通过对样本判决书进行分类得知，在534份样本判决书中，有90份判决书所涉当事人提交证据证明自己遭受家庭暴力，但仅14份判决书对家庭暴力事实构成予以认定，30份判决书对家庭暴力事实不予认定，46份判决书对家庭暴力事实未予讨论，认定率仅15.56%。显然，家庭暴力事实构成存在司法认定困境，而这种困境则是多方面原因共同作用下的结果。下文将从传统与现代观念冲突、裁判者的结果导向思维与现行立法的缺陷三个方面对司法实践中面临家庭暴力事实构成认定困境的原因进行分析论证。

（一）传统思想观念与现代权利意识的冲突

近年来，伴随着私人领域不可侵犯的权利意识觉醒，女性社会地位不断提高，存续千年的男权制度遭受到前所未有的冲击，这种冲击和挑战体现在越来越多的家庭暴力受暴者对施暴者的控诉上。尽管如此，根深蒂固的传统思想观念仍难以在短期内被撼动和改变，这种观念也会在司法实践中不同程度地左右法官对家庭暴力事实的理解和认定。

1. 夫权思想和男权文化的延续阻碍家庭暴力事实认定

我国两千多年的封建文化中包含着“三从四德”“夫为妻纲”的夫权思想和男权文化，女性在我国传统文化中只是被视为男性的附属物，不具有独立的人格，针对女性和孩子的家庭暴力在漫长的封建体制下一直被认为是合理的。

家庭作为社会构成的基本单位，其完整性、稳定性与和谐性对社会长治久安和经济发展意义重大。中国传统观念导致大多数法官在审理涉家庭暴力离婚案件时，疏于考虑受暴者遭受暴力的痛苦，仍然采取“劝和不劝离”的处理方式，更多地考虑家庭完整性对子女成长的影响、家庭稳定性对社会环境的影响，并没有严格根据客观事实和当事人提交的证据对家庭暴力进行认定，使得遭受家暴的受害人难以通过离婚诉讼摆脱家暴困境，甚至可能遭受二次伤害。

2. 私权特别是女权意识觉醒对传统家庭观念的冲击

公共领域和私人领域的二分，是当代西方法律观的基本特征。“风可进，雨可进，国王不可进”的法谚，深刻表达了这种两分的不可逾越属性。现行司法权介入家庭暴力低效甚至失效的原因，即在于传统司法理论诸如诉讼调解、不告不理、诉讼证明以及正当防卫等理论依然坚持着传统法律关于性别的公共领域与私人领域的二元对立划分，顽强地阻碍着司法制度给予家庭暴力受害人以充分的救济。

这种公私领域绝对分割、国家公权力和家庭自治绝对二分现象随着福利国家及



“法律父爱主义”理念的深入，而出现了碰撞、融合的趋势。^①女权意识的觉醒和法律知识的普及促使越来越多沉默的家暴受害者选择向社会组织、公安机关和人民法院寻求帮助和权利救济，当事人权利意识的觉醒与法院裁判理念的滞后在司法实践中产生的矛盾冲突在家庭暴力事实认定困境中得以显现。

（二）法官在判决结果导向下的反向事实认定思维

尽管离婚纠纷法律关系单一、案情较为基础简单，但其往往涉及情感关系、监护权、夫妻共同财产等多方面的认定，法官除了要就夫妻双方感情是否确已破裂进行法律上的判断外，对于准予离婚的案件还要介入家庭内部行使司法权，对子女抚养、财产问题进行裁判。在涉家庭暴力离婚案件中，对家庭暴力事实进行认定意味着离婚的判决结果。此外，施暴者作为过错方还应当少分夫妻共同财产，并在离婚时对受暴者进行离婚损害赔偿，这就导致司法实践中部分法官为规避离婚结果或复杂的财产分割问题，选择对家庭暴力事实不予认定甚至予以忽视。

1. 司法调解对家庭暴力事实的选择性忽视

离婚案件的调解结果分为三类：主动撤诉、调解和好及调解离婚。在司法实践中，前两种情况一般都以原告撤诉的方式结案，家庭暴力无疑是被忽视的。由于双方当事人仍属于同一个家庭，无需分割夫妻共同财产或争夺子女抚养权，法官自然无需对家庭暴力事实作出认定。在调解离婚的案件中，为取得调解结果，法官需要维护一种较为和谐的调解氛围，因此不想触及受暴者主张的家庭暴力情节。即便法庭调查中已经提出、讨论并确认了家庭暴力事实的存在，但在法庭调解环节中常被忽略。当法庭调查环节审查家庭暴力行为时，双方当事人会激烈对峙，当事人之间相互指控、侮辱和否认是常态。如果法官仍然纠缠在家庭暴力问题上，可能会损害和解的氛围而无法成功达成协议。^②

2. 为规避实体法后果对家庭暴力事实不予回应

从当事人的角度看，当事人请求法庭认定存在“家庭暴力”往往同自身的诉讼请求紧密相连，例如为了就家暴行为请求赔偿、请求离婚，或者离婚后由于财产纠纷要求重新分配财产等。然而，司法实践中法官存在避免认定家庭暴力情节以规避产生实体法上后果的倾向。我国《民法典》婚姻家庭编规定，家庭暴力是判决离婚的法定条件之一，因实施家庭暴力导致离婚的，无过错方有权请求损害赔偿。因此，法官一旦对家庭暴力事实予以认定，就意味着法官要对财产分割、子女抚养权等实体问题进行裁判，加深了法官的畏难情绪，使法官产生了不判决离婚的心理预期，导致家庭暴力

^① 参见李春斌：《论性暴力是家庭暴力的行为类型——以〈反家庭暴力法（草案）为例〉》，载《妇女研究论丛》2015年第5期。

^② 参见贺欣：《司法为何淡化家庭暴力》，载《中国法律评论》2019年第4期。

事实难以被认定。即使法官最终判决准予离婚,也一般为多次起诉、长期分居或其他证明夫妻感情确已破裂、再无和好可能等情形,而非基于认定存在家庭暴力事实而满足离婚的法定条件。

此外,“一审不判离”的“潜规则”使得法官在审理离婚案件时已经形成惯性裁判思维,在庭前阅卷时预设判决不准予离婚的裁判结果,在起草裁判文书时机械化地套用“不准予离婚”的文书模板,形成本末倒置的案件审理流程,从裁判结果出发倒推证据分析认定和说理过程,以简单潦草的说理敷衍了事,裁判文书的说理性、可接受性和信服力大打折扣。

(三) 现行立法在家庭暴力行为事实构成界定上的缺陷

《反家庭暴力法》规定了身体暴力和精神暴力两种家庭暴力行为类型,并列举了数种侵害行为方式予以明确限制,在立法上存在规定的模糊性、列举的限制性、行为类型的狭窄和司法认定标准的空白等缺陷。

1. 家庭暴力行为方式界定模糊

《反家庭暴力法》第2条列举了殴打、捆绑、残害、限制人身自由以及经常性谩骂、恐吓等身体、精神暴力行为方式。但家庭暴力行为发生在家庭成员之间,具有隐蔽性、私密性、长期性和反复性的特点,这使其区别于一般的暴力行为。我国现行立法中列举的家庭暴力行为方式多为常见的一般暴力行为,但兜底条款模糊的规定并不利于家庭暴力司法认定。对精神暴力行为类型则仅规定经常性谩骂和恐吓两种方式,难以对应复杂多变的客观现实情况,无法满足司法现实需求。

2. 家庭暴力类型范围界定狭窄

《反家庭暴力法》明确列举了身体暴力和精神暴力两种家庭暴力类型,如肉体伤害、语言威胁、侮辱谩骂、言语打击等,对于性暴力、冷暴力、经济控制等暴力行为类型则以两个“等”字对法条进行兜底,导致法官在司法实践中面对形形色色的案情和形式多样的家庭暴力行为举步维艰,给家庭暴力事实认定带来了艰巨的考验。本文选取的534份民事判决书分析样本中,未见有经济控制这一家庭暴力类型,经济暴力目前也尚未得到学界的一致认可,其主要表现为对配偶财产权益和经济自由权的损害,由于夫妻共同财产的混同很难进行界定,且其造成的损害后果更是难以证明,故现在并不是将其纳入家庭暴力范畴的成熟时机,而性暴力和冷暴力则是我国未来家庭暴力领域立法活动应考虑的重中之重。

(1) 立法应当对家庭性暴力进行单独规制

性暴力是侵害性自主权和其他性权利的暴力行为,一般表现为性虐待、猥亵、攻击性器官、未经同意的其他性接触等形式。性暴力已经被多个国家及国际组织的法律予以认可,我国也应当对其进行单独规制。深究其原因,依据权利不得滥用的原则,性



暴力不仅侵害家庭成员身体健康,还损害其人格尊严,违背权利不得滥用原则。由于家庭暴力的私密性和社会道德舆论的影响,受害者对来自亲密关系的伤害存在更大程度的容忍度,如果性暴力未被纳入家庭暴力,婚内强奸的受害人的权利得不到有效救济,尤其对于离婚诉讼的受害人来讲,其性权利无法得到保障。^①

性暴力直接侵犯的是人的性自主权,与身体暴力行为侵犯的身体权、健康权同样都属于自然人所享有的基本权利,且侵害性自主权的同时往往伴随着对身体权、健康权同样的侵害。而性自主权作为人格权中的性权利,更注重人对自身精神领域的支配权、决定权与获得满足的权利,这就意味着性暴力行为造成的损害后果还伴有精神危害性的特征。即性暴力的伤害后果其实是综合了身体暴力行为和精神暴力行为对受害人身体、健康、自由、名誉等权利造成的复合伤害结果,但身体权、健康权、名誉权等权利又无法完全概括性利益所涵盖的特定内容与独特价值。即使性暴力与身体暴力、精神暴力造成的伤害后果存在一定相似度甚至重合,也不能够被后者所囊括,应当从立法层面进行单独规制。

(2) 立法需回应现实对冷暴力的惩治需求

家庭生活不是简单的同吃同住和财产混同,其和谐体现在家庭成员之间的体谅包容和相互扶持上。尽管冷暴力行为未对家庭成员的身体造成实质性伤害,也不同于常见的谩骂、侮辱等精神暴力行为,多表现为敷衍冷落、漠视忽略等不作为形式,但显然与设立家庭的初衷和其基本功能价值不符,违背了家庭成员之间的基本扶助义务。冷暴力相关立法的缺失导致我国对家庭冷暴力的讨论研究尚且停留在学理阶段,正是由于这种缺失,使得家庭冷暴力的施暴者因自恃不会受到法律制裁而日益肆无忌惮,遭受家庭冷暴力的受暴者求助无门,关于冷暴力的立法需求正随着现实生活中冷暴力现象的频发和伤害后果的严重性而变得愈发迫切。只有针对冷暴力进行明确立法规制,才能为裁判者提供法律依据,为受暴者提供维权指引,对实施冷暴力的行为进行惩罚。

3. 家庭暴力行为程度界定不明

《反家庭暴力法》将广义的家庭暴力分为未达到治安管理处罚标准的家庭暴力、违反治安管理的家庭暴力以及家庭暴力犯罪。在处理涉家庭暴力案件时,后两种家庭暴力较容易认定,我国《刑法》和《治安管理处罚法》分别对其认定标准和法律责任作出了明确规定。针对狭义的家庭暴力即未达到治安管理处罚标准的家庭暴力行为程度和构成要件,我国立法或司法实践中尚缺乏明确统一的标准,法官在认定家暴行为时对于受害者被家暴次数、家暴行为持续时间的长短以及仅一次施暴行为是否构成家暴存在个体认知和理解差异,形成同案不同判的现象。

^① 参见黄炎:《国际人权法视角下我国反家庭暴力的立法与实践》,载《青少年犯罪问题》2016年第4期。

《反家庭暴力法》不仅扩大了家庭暴力的外延，而且不需要考虑损害后果，这就导致法官在离婚案件中认定家庭暴力存在两个标准，处于两难状态。^①由于立法未对构成家庭暴力的行为程度设置明确标准，有些法官在认定家暴事实时存在过于关注暴力行为的结果而忽略暴力行为本身的情况，在审理涉家庭暴力民事案件时适用了刑事证明标准，从而加重了受暴者的举证责任。

三、家庭暴力事实构成司法认定标准的重塑

家庭暴力的认定是施暴者承担法律责任的基础。只有家庭暴力事实得到有效司法认定，才能根据家庭暴力情节的不同程度适用不同的法律，使施暴者承担相应的法律责任。明确家庭暴力的事实认定标准，统一法官裁判依据，是破解家庭暴力事实构成司法认定困境的良策。

（一）对身体暴力适用“程度+频率”的二元认定标准

法官在认定身体暴力行为时通常会考虑家暴次数、家暴行为严重程度及单次施暴行为是否构成家暴等因素，但却缺乏可供参考的法律依据。采取“程度+频率”二元认定标准，综合考虑暴力行为过程中的其他因素，可以形成明确统一的身体暴力事实认定标准（见图2）。

1. 以轻微伤为标准界定单次暴力行为

对于单次身体暴力行为以轻微伤为程度标准进行界定，将狭义的家庭暴力划分为达到轻伤标准的家庭暴力犯罪和达到轻微伤标准的家庭暴力行为，不再保留《反家庭暴力法》中“达到治安管理处罚标准”这一程度标准。如此一来，法官在处理涉家暴离婚案件时对于单次家暴行为就可以依据明确统一的轻微伤标准进行认定，避免“类案不同判”。

2. 单次暴力行为未达轻微伤标准时计算其发生频率

对单次暴力行为其伤害程度未达到轻微伤标准时，可计算其发生频率，进行累加计算，即对于施暴者的数次施暴行为，若每一次的施暴行为均未达到轻微伤标准，但施暴次数累加到一定数量则应认定其已达到轻微伤标准构成家暴行为。^②笔者认为对于发生频率的认定以月为单位，每月实施两次及以上未达到轻微伤标准的伤害行为即可认定构成家庭暴力。

“程度+频率”的二元认定标准既考虑到了单次家庭暴力行为的伤害程度，又兼顾了家庭暴力持续性、反复性的特征，比单纯以伤害后果或次数为标准的单一认定方式更加科学严谨，为法官认定家庭暴力提供明确的裁判依据。

^① 参见涂恩：《认定标准不一 家暴主张难获支持》，载《人民法院报》2016年8月15日，第6版。

^② 参见申腾：《家庭暴力的认定困境及对策研究》，甘肃政法学院2019年硕士学位论文。

3. 综合考虑暴力行为其他因素

暴力行为的伤害程度和发生频率因其可证明性和可量化性，应当是认定是否构成身体暴力行为的首要关键因素。除此之外，施暴者实施身体暴力行为时是否使用武器、暴力行为施加的身体部位等现实因素

能够从一定程度上反映出施暴者的心理状态、主观恶意和悔改诚意。法官在认定暴力行为是否存在时应当对上述因素进行综合考虑，或据此判断双方当事人陈述的真实性，以辨明事实真伪。

4. 不以伤害后果为认定要件

暴力本身就具备一定的程度范围和后果，这也是家庭暴力行为与“推搡”“拉扯”等动作的区别所在。从《反家庭暴力法》关于家庭暴力的规定来看，并未要求多次侵害行为才能构成家庭暴力，家暴次数与认定没有直接关系，只要有家暴行为，即构成家庭暴力。同时，家庭暴力的认定也不以造成伤害后果为要件。^①在对家庭暴力事实是否存在进行认定时，不需过分关注受暴者因遭受家庭暴力行为的侵害是否产生损害结果或产生了何种损害结果，而应当重点关注施暴者是否确实实施了侵犯身体或精神权益的暴力行为，家庭暴力行为论不仅符合《反家庭暴力法》的立法本意，也能充分发挥法律保护受暴者、惩罚施暴者的现实功能。家庭暴力行为是否产生损害后果或损害结果的严重程度则是施暴者应当承担何种责任的判断标准，不应和家庭暴力事实的认定混为一谈。

（二）对精神暴力适用“病理+影响”的二元认定标准

精神暴力通常指施暴人以威胁、恐吓、胁迫、跟踪、限制人身自由等手段制造恐惧从而迫使受害者服从施暴者的行为模式。相对于身体暴力，精神暴力虽然不直接伤害躯体，但会给受害者造成严重的精神伤害后果。即使时过境迁，受害者躯体创伤痊愈了，心理创伤的痊愈和情绪的调整，仍需要专业的心理帮助和受害者长期不懈的努力才有可能痊愈。^②

并非所有可能造成精神伤害的行为都必然构成家庭暴力，但只要是出于主观恶意

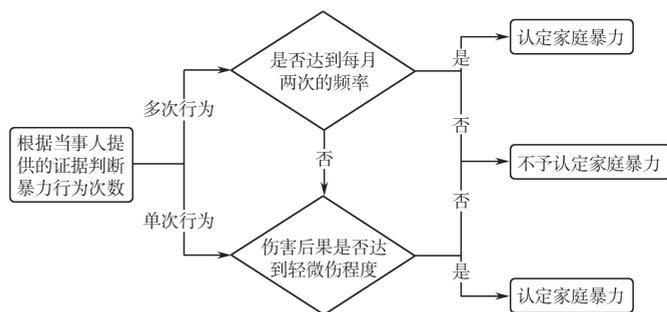


图2 身体暴力事实认定流程

^① 参见孙春梅：《离婚案件中家庭暴力的认定》，载《宿迁日报》2017年12月22日，第A4版。

^② 参见陈敏：《对谩骂和恐吓的分析、认定和应对——以反家庭暴力法为视角》，载《人民司法·应用》2018年第4期。

造成对方严重精神伤害和长期心理负担的伤害行为都可能构成精神暴力，并不拘泥于其实施手段和表现形式。精神暴力甚至能够以不作为的方式进行，这就导致其造成的损害后果具有隐蔽性、长期性和难以量化的特征。法院在对精神暴力进行事实认定时既要综合运用心理学、医学领域的专业知识和情理原则，又要对受暴者表现出的精神状态进行细致观察和客观分析。对于精神暴力，尤其是不作为的精神暴力，应当对其加以一定的主观要件、时间和后果限定，即只有那些施暴者故意、长期实施，并且造成一定伤害后果的精神暴力才可以认定为家庭暴力。^①

1. 伤害后果达到病理标准的以专业诊断证明结论为标准

受暴者承受的心理压力、遭受的精神创伤难以具体量化，一旦其心理状态、精神状况发生医学意义上的病变，则可以通过精神病学科专业临床诊断作出医学诊断或评估结论，如不同程度的抑郁倾向乃至抑郁症、躁郁症等。在受暴者举证证明或施暴者自认存在精神暴力行为的前提下，法院应当以受暴者提交的精神诊断证明为主要证据对精神暴力进行事实认定，必要时可以通知出具诊断证明的医生、专业人员到庭接受询问，证明受暴者的病理精神状态与施暴者的精神暴力行为之间的因果关系。

2. 伤害后果未达到病理标准时以是否影响受暴者正常生活为标准

对于受暴者未提交医学诊断证明或其精神状态确未达到病理性标准的情况，法院应当对受暴者诉讼过程中表现出的精神状态进行实际观察并作客观分析，同时依职权对受暴者的亲朋、邻居或同事进行调查，了解受暴者遭受精神暴力行为前后的精神状态和行为模式有无变化。比如，是否因精神压力过大而无法正常工作、是否在日常生活中出现自残自杀行为、是否存在情绪极端不稳定的情况等。需要强调的是，以是否影响受暴者正常生活为标准并非指受暴者的精神状态必须达到完全无法正常工作生活的严苛标准，而应当以受暴者遭受精神暴力前的状态为基准，与其主张对方实施精神暴力时的现状进行比较认定。比如，受暴者原本性格温和、热爱生活，在遭受精神暴力后时常出现不明原因的情绪失控，甚至表现出厌世情绪，即使其依然能够维持日常生活，但也应当认定精神暴力存在；相反的，如果受暴者原本就有自残行为或自杀倾向，即使其提起诉讼时精神状态确实与正常状态有所差异，也不宜认定其不良精神状态与对方的行为存在法律上的因果关系。

（三）家庭性暴力事实构成认定标准及其现实意义

性权利本身具有身体与精神双重属性。“性暴力”通过暴力强制、胁迫等方式，干涉、侵害或者破坏受害人按自己的意愿作出性方面的选择，损害了受害人的人格利益，使受暴者在遭受身体和精神双重折磨的同时饱受屈辱，甚至会造成比身体暴力和精神暴

^① 参见郝佳：《家庭暴力行为的法律解构与重构》，载《新疆大学学报》2016年第1期。



力更加严重的损害后果。将性暴力作为家庭暴力的行为类型是法学、医学、临床心理学等不同学科的共识。在法学领域，性暴力在一系列关于家庭暴力的实证研究中都是重要的变量。^① 尽管《反家庭暴力法》未将性暴力纳入家庭暴力范畴，实务中针对当事人提出的性暴力指控也不能回避了事，而应该根据婚姻状态、当事人陈述和提交的证据对是否存在性暴力事实作出不同认定，并以性暴力实施手段、伤害后果作为身体暴力和精神暴力事实认定标准的加权因素。

1. 家庭性暴力事实构成的认定标准

性暴力是对受害者性自主权的侵犯，除强奸行为外，未经对方同意的性接触、对性器官的损害、强行观看与性有关的图片视频等行为都应被明确列入性暴力行为类型。

但因“强迫”是主观意志较为强烈的认识，来源于妻子本身感受，如果只根据妻子的一面之词，就动辄认定丈夫存在性暴力，会有“泛暴力”之嫌。^② 在对当事人提出的性暴力进行事实认定时，应当以夫妻婚姻关系存续状态为认定依据，如在夫妻关系正常存续期间的性暴力指控不宜被支持。但在夫妻分居期间、离婚诉讼期间或丈夫曾因其他家庭暴力行为被处罚的，妻子提出丈夫对其实施强制性行为或其他性暴力行为并提交相应证据的，法院应当认定性暴力事实存在。

对于不作为的性暴力，则须做严格的限定解释。不可否认的是，性生活是夫妻共同生活的重要内容，无论男女任何一方，性权利均是其配偶权利义务的重要组成部分，与此同时，这一权利义务也是为配偶所独享的。因此，不作为的性暴力实施主体应当限定为配偶。其次，从主观方面来看，不作为性暴力的实施者应当是以故意不与配偶过性生活为手段以达到伤害、折辱或者控制配偶的恶意目的，对于因存在生理、心理障碍等客观情形而无法正常与配偶为性行为的情况，则不能认定为不作为的性暴力。第三，不作为性暴力的认定应当以一定时间的持续性为前提，以确实造成配偶另一方精神上的伤害为判断依据，偶尔的拒绝或不予配合不应被认定为实施不作为性暴力行为的表现。

2. 家族性暴力事实认定的现实意义

在适用《反家庭暴力法》时，可以将残害受害者身体的性虐待作为身体暴力加以调整，将残害受害者心理和精神的性羞辱作为精神暴力加以调整。^③ 具体而言，就是将实施性暴力的强迫手段、造成的身体伤害或精神伤害后果结合案件实际情况分别作为身体暴力和精神暴力认定标准的加权因素（见图3）。如此既能有效惩治日益多发的性暴力行为，震慑潜在的暴力行为人，又能弥补目前《反家庭暴力法》在性暴力方面

① 参见李春斌：《论性暴力是家庭暴力的行为类型——以〈反家庭暴力法（草案）〉为例》，载《妇女研究论丛》2015年第5期。

② 参见张静：《家庭暴力认定问题研究》，大连海事大学2019年硕士学位论文。

③ 参见汪火良：《婚内强奸入〈反家庭暴力法〉的立法检视》，载《湖北警官学院学报》2018年第2期。

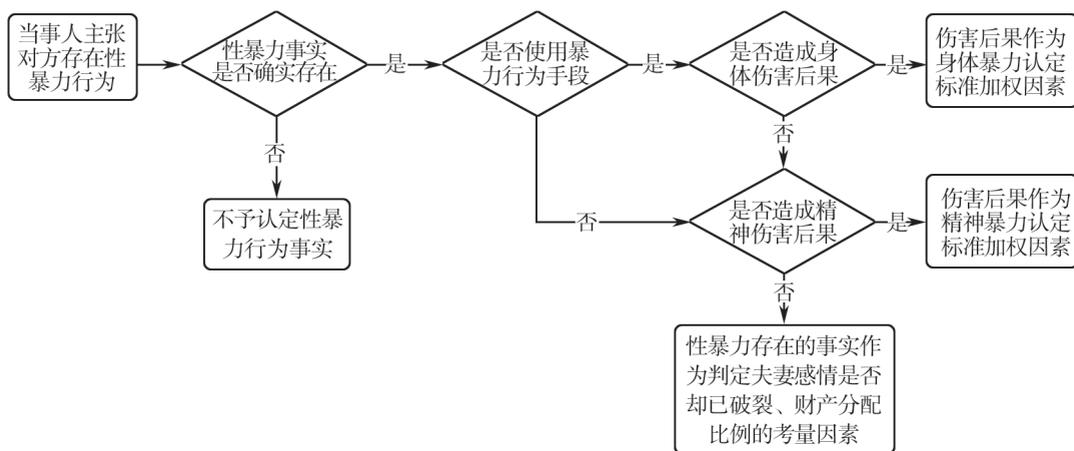


图3 性暴力事实认定流程

的立法空白，化解了法官在处理性暴力相关案件时无法可依的尴尬局面。

（四）将冷暴力纳入精神暴力范畴进行分析认定

近年来，冷暴力作为一种新出现的家庭暴力形式频繁发生，其最显著的特点是隐蔽性和“不作为性”。比如，夫妻双方发生矛盾时，不通过身体暴力方式处理，而对对方漠不关心，将语言交流降到最低程度，停止或敷衍性生活等以不作为的形式出现的隐性暴力行为，^①或者表现出敷衍、冷落、蔑视、肢体语言的侮辱等行为，从精神和心理折磨对方。家庭冷暴力具有不可忽视的精神危害性，给受害者带来精神折磨，造成受害者心理健康出现严重问题。

由于目前我国对家庭“冷暴力”的概念还存在着争议，表现形式也各有不同，而且“冷”作为一个感官名词很难通过立法对其范围程度进行界定，因此，冷暴力不宜被单独列为一类家庭暴力行为类型。但从冷暴力的特征、行为方式和伤害后果来看，将其视为不作为的精神暴力行为进行规范，适用精神暴力事实认定标准对其进行最大程度的量化是司法实践中行之有效的惩戒手段，符合我国目前在家庭暴力领域的现状。如此既可以弥补法律上的空白，又能避免冷暴力概念的滥用增加审理负担。

（责任编辑：杨 军）

^① 参见卢大振：《家庭施暴》，济南出版社2004年版，第53页。



行政规范性文件一并审查制度研究

河南省平顶山市中级人民法院课题组*

内容摘要：行政规范性文件一并审查制度对于保护行政相对人的合法权益、有效监督行政机关依法行政和实质性化解行政争议均具有重要的现实意义。由于法律规定过于笼统，且可能涉及各级行政机关，法官对于行政规范性文件一并审查普遍存在谨慎态度，在实际运行中呈现审查范围界定不明、审查标准尚不统一、审查强度弹性不足、审查结果处理方式缺乏刚性、审查效力仅限于个案等问题。究其原因，主要在于过于谦抑的司法理念、有所欠缺的管辖设计、运行失范的审查规则和术业有专攻的现实考量等。树立适度能动的审查理念、建立明确有序的审查规则、强化审查结果的效力运用、健全规范性文件一并审查配套制度，并借鉴域外司法审查经验，可促进该制度更好地发挥作用。

关键词：行政规范性文件；一并审查制度；谦抑；适度能动

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)02-000-000

2015年实施的《行政诉讼法》确立了行政规范性文件一并审查制度，标志着我国行政规范性文件的司法审查完成了从隐形到显形的制度转变。在依法治国的大背景下，确立规范性文件一并审查制度，对有效保护当事人合法权益、有效监督行政机关依法履职均具有重要的实践意义。^①这一制度赋予了行政诉讼主客观双重诉讼功能，也暗含了立法者想通过该制度制约行政权力的初衷。但囿于目前立法设计的不足及审判经验的缺乏，该制度在实际运行中存在较多问题，一直受理论界与实务界诟病。本文以裁判文书网上公布的行政规范性文件一并审查文书以及对行政审判一线的工作人员发放的调查问卷为研究基础，探析该制度的实践运行效果，以发现更深层次的问题，进而探寻切实可行的破解之道。

* 课题组成员：王辉，河南省平顶山市中级人民法院党组书记、院长；刘士浩，河南省平顶山市中级人民法院副院长；桓旭，河南省平顶山市中级人民法院研究室主任；执笔人：杜伟杰，河南省平顶山市中级人民法院法官助理。

① 参见余凌云：《论行政诉讼法的修改》，载《清华法学》2014年第3期。

一、行政规范性文件一并审查制度的实践运行

(一) 对样本案例裁判文书的分析

1. 总体情况

为了更好地探析行政规范性文件一并审查制度在司法实践中的运用情况,课题组在中国裁判文书网中以“行政诉讼法第五十三条”“行政案件”“规范性文件审查”为关键词进行检索,检索范围为2015年1月1日至2020年12月31日,共检索到裁判文书4512份。经过甄别,排除无关和重复的裁判文书后,得到有效裁判文书4204份。

从判决发布年份看,2015年至2020年的裁判文书分别为286件、478件、615件、901件、936件和988件,呈现逐年上升趋势。由此可见,2015年《行政诉讼法》施行后,随着当事人对规范性文件一并审查制度的逐步了解,在起诉时要求一并审查的比例也逐年升高。

从审判程序看,基层法院、中级法院、高级法院、最高人民法院的裁判文书分别为923件、1915件、1238件和128件

从地域分布来看,裁判文书在200件以上的有浙江省、北京市、江苏省、广东省、湖南省,分别为509件、312件、263件、247件、238件。由此可以看出,当事人提请规范性文件一并审查的案件在经济发达地区较多,一方面是因为经济发展活跃,依据规范性文件所作出的行政行为对当事人的影响范围更为广泛;另一方面也说明经济发达地区的当事人法律意识和维权意识较强。

2. 抽样分析

因申请规范性文件一并审查的裁判文书数量较多,我们随机抽取了486份裁判文书,并将其作为样本进行分析。通过对486个裁判文书进行梳理分析,发现未启动规范性文件一并审查的案件有398件,占比为81.9%;启动一并审查程序的案件为88件,占比为18.1%。

(1) 启动一并审查率普遍偏低

从法院审级来看,基层法院启动一并审查率最高,为20.8%;中级法院次之,为19.8%;高级法院和最高人民法院的启动率分别为15.5%、9.3%。从审理程序的角度来看,一审启动一并审查率最高,为26.5%;二审启动一并审查率次之,为13.9%;再审最低,为9.3%。由此可见,各级人民法院对于行政规范性文件一并审查的案件,其启动率均不高,并且随着法院审级的提高呈递减趋势。

通过对未启动规范性文件审查的裁判文书进行梳理,发现未启动一并审查的主要原因有:与被诉行政行为缺乏关联性(119件,占比29.9%),主诉不符合起诉条件(92件,占比23.1%),不属于可以一并审查的规范性文件(73件,占比18.3%),直接对规



规范性文件起诉(41件,占比10.3%),提出一并审查的时间不符合条件(21件,占比5.3%),一并审查的规范性文件不明确、不具体(15件,占比3.8%),其他(37件,占比9.3%)。

(2) 确认违法率不高

在启动审查的88份裁判文书样本中,对规范性文件是否认定合法进行了统计,发现案涉文件绝大部分被认定为合法,被认定为不合法(不予适用)的仅有4份,占启动一并审查案件总数的4.5%。

在进入审查程序后的案件中,对规范性文件一并审查可以根据《行政诉讼法》第64条和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第21条^①的规定开展,2018年的部分案件是按照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》(以下简称《行政诉讼法解释》)处理的,但是不影响处理程序以及处理结果。审查确认违法率不高是否意味着我国规范性文件的制定较为规范?或者司法审查太过谦抑?带着疑问对这88份样本进行了研读。对于规范性文件合法或有效的处理方面,法院一般是在判决中驳回原告的诉讼请求;对于规范性文件不合法的情况处理方面,法院一般是采取谨慎、回避的态度,用不予适用或者否定评述的方式予以解决。比如在确认不合法的4份样本裁判文书的说理部分中,只有在规范性文件被审查出存在制定机关无职权、文件内容与上位法存在冲突等明显违法的情形,法官才会裁决该规范性文件不符合法律规定,排除适用。

(二) 调研情况

课题组通过走访、一线座谈、电话访谈并发放200份调查问卷(收回有效问卷196份)对制度的实践运行情况进行了调研,对规范性文件一并审查在实践中的适用问题进行了深入了解。

1. 当事人对规范性文件一并审查制度不太了解。在调研中,一线法官普遍反映提请规范性一并审查的当事人对于规范性文件一并审查制度并不是很了解。在问卷调查中,法官认为当事人对规范性文件了解不深入的有181份,占比92.4%;认为不了解的有12份,占比为6%;认为了解的有3份,占比为1.6%。这也是当事人提请规范性文件一并审查的虽然很多,但是真正进入审查程序较少的原因。

2. 法律规定过于笼统影响一并审查。大多数法官认为在规范性文件一并审查实践中存在审查范围不明确(142份,72.4%)、审查标准模糊(190份,96.9%)、审查程序不完善(97份,49.5%)、司法建议效果不佳(178份,90.8%)等突出问题,主要原因在于目前的法律规定不完善,导致在具体审查中缺乏遵循。

3. 法官裁判说理普遍偏于谨慎。在调查中,大多数法官更倾向于对启动标准进行

^①《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第21条规定:“规范性文件不合法的,人民法院不作为认定行政行为合法的依据,并在裁判理由中予以阐明。作出生效裁判的人民法院应当向规范性文件的制定机关提出处理建议,并可以抄送制定机关的同级人民政府或者上一级行政机关。”

做更加严格的限定，在上位法依据不明时对行政机关予以较高程度的尊重。在电话访谈中，一些法官提到，这也是吸取了“洛阳种子案”法官的经验教训，在自由裁量的范畴内更加偏于谨慎处理这类案件，特别是裁判文书说理部分很多都是笼统地以规范性文件“并未违反上位法规定”“不与上位法冲突”“并未与法律、法规及规章相抵触”等简单说明后，就认定规范性文件合法。对不合法的规范性文件，一般也简单地以“不符合上位法的规定，不能作为认定行政行为合法的依据”予以评价。

4. 审查认为规范性文件不合法后的后续处理效果欠佳。法院对行政机关发送司法建议后，制定机关一般都进行回复，有些回复解释较为合理，但是多数回复较为模糊，甚至有些行政机关不回复，对规范性文件进行修改或者撤销的更是十分少见。调查问卷显示，有8.8%的行政机关不回复司法建议。可见，法院发送司法建议后，缺乏对行政机关的制约监督，很难促使行政机关修改、撤销规范性文件。

5. 认定规范性文件不合法后的效力问题。规范性文件被确认为不合法的，100%的法官都认为裁判对之后判决应具有普遍约束效力，对今后依据这一规范性文件作出的行政行为无需再经过审查，可以直接依据在先判决认定其不合法。但是因为目前尚未有信息共享系统，无法识别规范性文件是否被确认为不合法，所以在实践中对于当事人要求审查的规范性文件，依然按照法定程序进行相应的审查。

综上所述，尽管行政规范性文件一并审查制度已经确立，但由于规定笼统和欠缺操作性，法院对规范性文件的一并审查普遍采取谨慎、回避的态度，该制度目前运行效果不佳。从处理结果看，法院未启动规范性文件一并审查的情况占到样本案例的81.9%，即使规范性文件不合法，也仅采用不适用或者不对其进行评述的方式予以模糊处理。比如有的法院未对规范性文件的合法性进行评述。^①而且法院向行政机关发送司法建议后，因缺乏刚性，行政机关对司法建议的回复一般都非常模糊，甚至一些行政机关并未回复，导致其后续处理困难重重。

二、行政规范性文件一并审查制度的实践困境

行政规范性文件一并审查制度承载了立法者通过司法机关审查行政规范性文件制约行政权力的初衷，但在司法实践中却运行效果不佳，特别是审查范围、审查标准、审查强度、审查结果的处理及审查效果等方面还存在诸多问题，制约着行政规范性文件一并审查制度的有效开展。

^① 参见夏延忠诉西宁市社会保险事业管理局行政管理案，西宁市中级人民法院（2015）宁行终字第50号行政裁定书。在该案中，二审法院以“原审法院在审理本案时……遗漏了必须参加诉讼的当事人，程序违法”为由发回重审。



（一）界定不明的审查范围

根据《行政诉讼法》第53条的规定,可以对规章以下的规范性文件进行一并审查,其中对审查范围规定为“行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件”,但单纯的概念界定无法满足多样的司法实践需要,审查范围较难确定。实践中,规章并非都按《规章制定程序条例》规定的程序制定,而且有一些规章虽然形式上看起来属于规章,但性质上却近似于规范性文件。^①而且对于政府发布的红头文件是否属于规范性文件,就存在一定的争议。如在当事人申请一并审查景宁畲族自治县县委办公室印发的《景宁畲族自治县农民异地搬迁工程实施办法》时,一审法院就认为其不属于审查范畴,而二审法院认为属于一并审查的范畴。^②而且还有一些红头文件有明确的指向性,在外化表现上针对的是不特定对象,但实际上仅影响特定对象,该红头文件就不能等同于规范性文件。^③所以在实践中,对于会议纪要、批复、通知等诸多繁杂的文件,是否属于规范性文件并纳入一并审查的范畴,在目前没有更明确规定的情况下,对法官来讲确属难题。

（二）尚未统一的审查标准

法官对规范性文件的审查基准可以隐含在裁判文书中。以88份启动审查的样本案件的说理部分加以剖析,发现不同的法官对于规范性文件审查标准认识尚不统一,主要存在三种审查逻辑:

1. 仅审查文件内容是否与上位法相冲突。着重审查规范性文件所依据的上位法是否现行有效、行政机关所作具体行政行为是否以上位法为依据。这一审查基准所作的裁判文书通常表述为“文件的内容符合上位法相关规定,不存在与上位法冲突的情形”^④“文件为上位法实施而制订,适用该规范性文件并无不当”^⑤。此类裁判文书占样本总数的62%。

2. 在对文件内容及上位法关联性审查之前,先行对规范性文件的制定主体进行审查。先根据立法法、组织法等法律,对制定主体是否有制定该规范性文件的权限,是否越权进行合法性审查。随后对具体行政行为所依据的规范性文件与上位法之间的关系进行审查,其代表性表述为“规范性文件是制定机关在其行政职权内,根据上位法

① 参见杨如冰、宋冬梅:《完善规范性文件一并审查制度的几点思考》,载《山东审判》2016年第1期。
② 参见张盛珠诉景宁畲族自治县鹤溪街道办事处、景宁畲族自治县人民政府其他行政行为及行政复议案,浙江省高级人民法院(2018)浙11行终29号行政判决书。
③ 如某县下发了一份红头文件,要求全县范围内的化工经营企业必须办理专项生产许可证才能进行生产,但实际上,全县只有一家化工经营企业,在这种情况下,该红头文件具有明确的指向性,就不能等同于规范性文件。
④ 雷露诉郴州市道路运输管理处道路运输管理行政处罚案,湖南省桂阳县人民法院(2019)湘1021行初187号行政判决书。
⑤ 钱怡蔚、祁志云、钱瑞华诉上海市杨浦区人民政府、上海市人民政府征收决定及行政复议案,上海市高级人民法院(2020)沪行终229号行政判决书。

制定的规范性文件，合法、有效”^①。该类文书占比 25%。

3. 在第二种审查逻辑的基础上，增加对规范性文件制定程序的合法性审查。以此审查逻辑所作裁判文书说理比较全面，主要表述方式为“该规范性文件制定主体合法，已依法发布实施，程序合法，其中有关……的规定与上位法不相冲突，可以作为被诉行政行为的依据”^②，此类文书数量较少，仅为样本总数的 13%。

由前述的样本分析来看，仅在启动审查的 88 份文书样本中，就存在三种不同逻辑的审查标准，足以表明现行的一并审查标准存在分歧且处于模糊地带。法官在审查具有直接、明确上位法依据的规范性文件时，参照现行法律规定与司法解释进行审理能够平稳且高效。但在面对比较笼统的上位法规定时，法官对规范性文件的司法审查就难免无所适从，存在明显回避审查的裁判倾向。而且裁判标准的不统一，会导致同案不同判的情况，影响法院的司法权威，也不利于该制度设计目的的实现。

（三）弹性不足的审查强度

通过对裁判文书说理部分进行统计，发现未启动审查的裁判文书也存在对法律进行限缩解释的现象，导致大量的规范性文件一并审查请求被以缺乏关联性、超出诉讼范围等理由驳回，反映出弹性不足的审查强度。比如，在涉案规范性文件并非被诉行政行为的直接依据驳回起诉的案件中，部分法院存在将“依据”限缩为“引用”的现象，只注重看规范性文件是否被行政行为明确引用，很少根据行政机关的职责权限与事实为依据进行认定；再比如，有些案件因提起审查时间不当被驳回，尽管《行政诉讼法解释》将提出一并审查的时机拓展到一审开庭之前，有正当理由的，还可以在法庭调查中提出，但实践中往往对“正当理由”进行限缩或者不予判断，多以超期为由不对规范性文件进行审查，鲜有在庭审中提出的一并审查得到法院认可的情形。

（四）刚性不强的审查结果处理方式

在现有的一并审查制度的设计框架下，对规范性文件进行审查具有天然的附带性，其并非一项独立的诉讼请求。况且，法律未对审查结果的处理方式作出规定，法官对规范性文件的合法性审查终结后，仅能在裁判文书的说理部分对该文件的合法性作出阐述，并不能将法律评价具象化为具有国家强制力的判项。仅仅是在个案中判决涉案规范性文件不予适用，不能很好地保障行政相对人的合法权益。

^① 任明侠诉泉州市医疗保险管理中心、泉州市人力资源和社会保障局劳动和社会保障行政给付及行政复议案，福建省高级人民法院（2018）闽行申 33 号行政裁定书。

^② 金普华诉北京市密云区住房和城乡建设委员会房屋拆迁行政许可案，北京市密云区人民法院（2018）京 0118 行初 36 号行政判决书。



《行政诉讼法解释》第149条^①对审查结果处理方式的规定也较为疲软,仅向规范性文件制定机关提出司法建议,无法对“不合法规范文件”作出有终局性的否定评价。在88份启动审查的样本中,裁判说理部分基本都是以只言片语带过,显得过于笼统,不具有说服力。另外,在4份确认规范性文件不合法的样本文书中,判决结果均为该规范性文件在个案不予适用,并没有产生普适性法律效力。

(五) 仅限个案的审查效力

目前,规范性文件一并审查的效力仅适用于个案,法律约束力不及于规范性文件本身,这就导致司法审查的效力无法被普遍适用。《行政诉讼法》第64条规定,确认规范性文件不合法的审查结果是“不予适用+提出司法建议”模式。这是一种在个案中否定其效力、不具有普适性的谦抑性评价制度,导致在制定机关对规范性文件撤销、废止或者修订之前,不合法的规范性文件仍继续有效存在。行政规范性文件具有普遍约束力和反复适用的效力,一方面,其违法性可能继续损害其他当事人的合法权益;另一方面,当事人可能对同一规范性文件提出审查要求,不仅浪费司法资源,还可能造成依据同一规范性文件作出的类似具体行政行为受到不同的评价,这不仅不符合法安定性的要求,且有违平等适用原则。总之,若规范性文件被确认不合法后,其效力仅限于个案,不具有普遍适用效力,那将会对法的安定性及行政行为的先定力产生巨大的影响,也会使司法权和行政权之间的关系变得紧张。

三、我国行政规范性文件一并审查存在困境的原因

(一) 谦抑过度的司法理念

司法审查在其诞生之初,就存在着“反多数难题”。一个规范性文件的创设,要经过行政机关的统一决策和审批,甚至经过听证、表决,是符合大多数人利益的。有学者对司法审查权提出这样的质疑:“法官个人的有限理性与知识能保证其主张在现实上的可能性吗?法官一定能发掘出符合大众的价值观念和信念吗?法官的背景知识及成见对判决的影响如何?”^②

各国在探索司法审查制度的过程中,曾出现过一些“司法积极主义”的思潮,但是司法自制理念一直处于主导地位。无论是创设该制度的美国,还是随后引进的德国、日本等国家,自我谦抑的司法审查理念一直是主流。我国设立的规范性文件一并审查

^① 该条规定:“人民法院经审查认为行政行为所依据的规范性文件合法的,应当作为认定行政行为合法的依据;经审查认为规范性文件不合法的,不作为人民法院认定行政行为合法的依据,并在裁判理由中予以阐明。作出生效裁判的人民法院应当向规范性文件的制定机关提出处理建议,并可以抄送制定机关的同级人民政府、上一级行政机关、监察机关以及规范性文件的备案机关。”

^② 李鸿禧主编:《台湾宪法之纵剖横切》,台湾地区元照出版有限公司2002年版,第329-342页。

制度，不过多地去干涉行政、立法领域，也体现了谦抑理念。但是过度自制是否违背了司法审查的初衷？在确认规范性文件不合法可能会导致行政管理秩序受到冲击的情况下，法院为规范性文件寻找不予启动一并审查的理由，或者在难以回避时降低审查强度，或者在合法性评述过程中使用更加笼统的语言，如此以来，司法的权威性很难得到切实保障。

（二）有所欠缺的管辖设计

《行政诉讼法》第53条规定了各级人民法院对于规章以下、无论何级政府制定的规范性文件均具有一并审查权。这就意味着只要是具体行政行为的依据，基层法院可以对省政府、国家部委制定的规范性文件进行一并审查。有学者指出，如果实行对“红头文件”的“一并起诉”，那么基层人民法院对省级政府甚至国务院的文件作出是否合法的审查，并对其效力作出裁判，这是难以想象的。^①

基层法院案件数量比较多、审案压力大，案件审理质量相对不高，在审理案件时可能会受到各方面因素的影响，很难保证独立审判，这样裁判结果的公正性就容易出现問題，背离一并审查制度设计的本意。在抽样的486份原告请求对规范性文件审查的案例中，48.6%（236件）案例中一审法院的行政层级低于原告请求一并审查的规范性文件的制定主体的行政层级，18.2%（88件）案例中终审法院的行政层级低于规范性文件制定主体的行政层级，78.8%（383件）案例中法院被请求一并审查当地政府所制定的规范性文件。行政层级较低的法院去审查层级较高的制定主体发布的规范性文件，法官对制定规范性文件的背景和制度考量难以整体掌握，在审理中受到本地影响和压力可想而知，裁判的公正性难以保障。

（三）运行失范的审查规则

规范性文件一并审查范围不明确、审查标准的不统一、审查强度的弹性不足等，主要由于审查规则不够明确这一“先天跛足”所导致。现行法律对于规范性文件一并审查的规定显得过于原则和笼统，对于“审查哪些方面、用何种强度审查”等问题上的审查规则尚不明确，既缺乏对行政机关审查的刚性约束而“不愿审”，又没有具体明确的审查程序和审查标准而“不会审”，还可能缺乏坚实的立法支持而“不敢审”。

《行政诉讼法解释》相较之前的规定有所进步，用七个法条对规范性文件一并审查的管辖问题、提请审查的时间问题、审查结果的处理方式、听取制定机关意见的情形、纠错程序等内容做了更为细致的规定，但诸如诉讼主体、范畴的识别、如何认定规范性文件是否是被诉行政行为的依据等问题还没有得到妥善解决。这些问题尚未在审理规则中形成定论，也未在审判实践中达成共识。规范性文件司法审查关涉行政诉讼制

^① 参见邹荣：《“红头文件”如何接受司法监督》，载《上海法治报》2014年1月15日，第B06版。



度乃至宪制结构的调整,需要足够权威的审查规则支撑。^①

(四) 术业有专攻的现实考量

行政诉讼法未赋予法官一并审查后确认规范性文件违法,及直接对其进行撤销或变更的权利,这一制度的设计思路,也有“术业有专攻”的考量。一方面,法官在进行一并审查时,由于缺乏行政管理方面的知识和经验,也对制定该规范性文件的政策背景、出台时机等缺乏综合的考量,如果法官对此不能全面的判断,将该规范性文件变更或撤销,使其直接失去对世效力,则有可能会出现司法权侵害其他相对人权益的情况。规范性文件的制定机关具有该领域的专门知识,长期行政管理获得的经验,且规范性文件更多涉及政策问题,由制定机关自身进行修订或撤销、废止更为恰当。

另一方面,我国规范性文件较多地体现了党的政策或党委、政府的工作重点,具有更高的政治地位和经济社会功能。^②规范性文件在行政管理中发挥着重要的作用,且成为一个统一的体系,基于我国特殊的国情,为维护我国规范性文件运行的安定和统一,行政诉讼法未赋予法院对不合法规范性文件径行裁判的权利。

四、完善我国规行政规范性文件一并审查制度的路径

一项新制度的设立不能仅具有理论上的可行性,还要从应用的角度出发,在实践中具有可操作性。

(一) 树立适度能动的审查理念

各国在对规范性文件司法审查中,都遵循着谦抑的司法理念,而我国对行政权的司法审查刚刚起步,存在着明显过度谦抑的情况。针对这一现象,理论界与实务界对能动司法开展了深入的研究。在保持司法权对行政权司法审查谦抑的基础上,增强司法能动性。能动司法要求在司法实践中,法官要善于发挥自身主观能动性,在合理范畴内行使自由裁量权。特别是事实审和法律审出现行政行为交叉时,需要法官灵活加强审查力度或减弱审查强度。^③尽管目前学者对能动司法的内涵、范围、程度等有一定的分歧,但毫无疑问的是,在司法实践中,能动司法应用到规范性文件一并审查制度中适用空间广阔、实践价值突出。在规范性文件一并审查制度确立后,囿于制度的笼统与模糊,具体的审查过程以及标准把握更多依赖法官的司法智慧和创造性运用。^④而且,随着中国进入新时代,民众对公平正义的追求不断增强,积极发挥司法功能、

① 参见李稷民:《论我国行政规范性文件司法审查的构造——解读2018年〈行政诉讼法〉司法解释带来的变革》,载《学习与探索》2019年第1期。

② 参见杨士林:《试论行政诉讼中规范性文件合法性审查的限度》,载《法学论坛》2015年第5期。

③ 参见傅国云:《行政诉讼中的事实审与法律审——司法审查强度探微》,载《浙江学刊》2000年第2期。

④ 参见何海波:《行政诉讼法修改的理想与现实》,载《中国法律评论》2014年第12期。

强化司法审查力度的思想已经成为理论界与实务界的共识。过度谦抑的司法理念很可能导致司法权威的降低，而将审查理念从“过度谦抑”向“适度能动”转变可以激活法院内部的主体意识，充分发挥自身的主观能动性，在合法、合理限度内限制行政权的无序扩张，有效保障社会稳定发展。

（二）建立明确有序的审查规则

1. 从“模糊”到“明确”：框定审查范围

一是以关联性作为确定审查范围的基础。实践中，法官一般依据当事人提请审查的规范性文件是否被行政行为直接引用来进行二者之间的关联性认定，实质上限缩了规范性文件的审查进路。^①有学者尖锐地指出：“关联性判断在客观上能够起到限制一并审查请求权的法律效果，因而往往成为地方法院调控一并审查装置‘流量’的阀门。”^②将规范性文件纳入司法审查的重要目的之一就是评价其能否作为认定行政行为合法的依据，故不能对关联性判断进行过多的苛责与限缩。行政行为是动态的过程，包含职权取得、程序运行、事实认定、结果处理等诸多环节，故而只要规范性文件在实质上为具体行政行为提供合法性支撑，就应当认定是行政行为的依据。所以，对于二者的关联性认定，不应该依据行政机关的直接援引作为唯一的评判标准，行政行为的依据还应包括行政机关在庭审中援引或者提交的规范性文件。对于行政相对人申请审查的规范性文件，行政机关不认为是行政行为依据的，法院在形式审查后无法直接判断是否属于依据的，不纳入一并审查范畴。

二是以实质性作为是否纳入审查范围的依据。规范性文件一并审查制度设计之初，就肩负着从源头防治行政权失位、越位、错位的重担。《行政诉讼法》第53条仅将主体为国务院部门以及地方人民政府及其部门的规范性文件纳入一并审查范围，对于会议纪要、通知、批复、意见是否属于审查范畴没有进行细化规定。事实上，规范性文件不论是何种性质，只要被赋予行政管理权，在其行使职权的过程中势必对公民权益产生影响。如果将上述形式的规范性文件排除在审查范围之外，就不能排除行政机关利用这个方式制定、发布作为具体行政行为依据的规范性文件，从而架空《行政诉讼法》第53条的可能性。从法益平等保护的角度出发，法院不能仅从文件的形式上区分审查范围，而应从文件的实质进行甄别，即从制定主体、内容和程序等方面加以判断，对于实质上行使政府行政管理权的文件。比如，内部规范性文件外化为影响当事人合法权益的行政管理类文件，法院有必要将其纳入规范性文件的审查范畴。

2. 从“无序”到“统一”：厘定审查标准

法院在对规范性文件进行一并审查时通常采用法庭调查、证据审查等方式。法官

^① 参见王红卫、廖希飞：《行政诉讼中规范性文件一并审查制度研究》，载《行政法学研究》2015年第6期。

^② 参见李成：《行政规范性文件一并审查进路的司法建构》，载《法学家》2018年第2期。



首先明确行政行为依据的规范性文件，然后让当事人双方围绕确定的文件及条款展开辩论。在审查中，法官认为规范性文件存在违法可能性的，需要制定机构作出说明或者就具体问题进行书面答复，必要时可以要求制定机关到庭陈述意见。对规范性文件一并审查应采用合法性审查为主、合理性审查为辅的标准。在审判实务中，对于法律问题及程序问题均可进行合法性审查，主要是对制定权限、制定内容、制定程序是否合法等加以审查，若规范性文件符合上述标准，则应为合法有效。

(1) 合法性审查。一是权限审查方面。这是规范性文件是否具备合法性的前提，故首先要对其制定权限进行审查，其权限来源于宪法或其他法律、法规或规章的授权。假如制定机关越权，那么规范性文件就不具有合法性。二是程序审查方面。尽管在相关司法解释中，对于直接影公民、法人或其他组织权利义务的规范性文件制定程序作出了规定。但在司法实践中，对制定程序是否有必要审查、怎样进行审查，依然存在争议。对于规范性文件制定程序应全面审查，对于违反法定程序的，可以确认其不合法。而对于是否将制定机关参加诉讼并说明的理由纳入一并审查范畴，基于规范性文件制定机关很可能不是诉讼当事人的情况，很难将其纳入到一并审查的范畴。实践中，一些法院采取与制定机关召开座谈会等形式，可以让制定机关说明规范性文件的制定背景、过程，并提交相关佐证材料作为法院审查法律依据的材料，入卷并供当事人查阅。这一方式值得借鉴和推广。三是内容审查方面。在《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》对于被诉行政行为依据的规范性文件的具体条款不符合上位法作了较为详细的规定。^①在司法实践中，规范性文件与上位法抵触的情形主要如下：其一，规范性文件限缩了上位法规定的权利主体范围，增加了其义务，或者限制或剥夺了权利主体的权利等。其二，规范性文件扩大了上位法规定的行政主体范围或其职权范围，或简化了行政主体履职的程序等。其三，规范性文件的内容并未与上位法抵触，但改变了后者的适用条件或范围，也不能认定为合法，比如突破了上位法的处罚幅度或者强制措施适用范围等。

(2) 合理性审查。尽管规范性文件的制定一般有法律授权，但是行政机关在适用时仍存在自由空间，所以在合法性审查不足以涉及到的范畴内，有必要引入合理性审查。合理性审查重点针对行政机关的自由裁量权问题、程序问题及法律适用问题，即

^①《最高人民法院关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》第2条规定：“下位法缩小上位法规定的权利主体范围，或者违反上位法立法目的扩大上位法规定的权利主体范围；下位法限制或者剥夺上位法规定的权利，或者违反上位法立法目的扩大上位法规定的权利范围；下位法扩大行政主体或其职权范围；下位法延长上位法规定的履行法定职责期限；下位法以参照、准用等方式扩大或者限缩上位法规定的义务或者义务主体的范围、性质或者条件；下位法增设或者限缩违反上位法规定的适用条件；下位法扩大或者限缩上位法规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围；下位法改变上位法已规定的违法行为的性质；下位法超出上位法规定的强制措施的适用范围、种类和方式，以及增设或者限缩其适用条件；法规、规章或者其他规范性文件设定不符合行政许可法规定的行政许可，或者增设违反上位法的行政许可条件；其他相抵触的情形。”

应用比例原则等司法审查工具，进行深层次的审查。^①主要采用目的正当性审查（规范性文件是否契合公共利益）、适当性审查（审查手段有助于目的实现）、必要性审查（审查手段对当事人权益损害最小）、均衡性审查（考量公共利益与个人利益之间的平衡）等方式对规范性文件进行深度审查。

3. 从“机械”到“弹性”：明晰审查强度

司法权与行政权的分配体现在两个方面：横向方面是哪种行政行为属于受案范围，纵向方面是在诉讼中行政行为受到的司法审查程度，即法院如何看待行政机关在行政程序中作出的认定，能否以司法认定代替行政认定。这种司法对行政干预的纵深程度被称为司法审查强度。在现代国家权力制衡的制度设计中，司法审查的深度应当有所控制，而审查强度受控于司法审查标准。^②审查强度是“弹性尺度”，审查标准是“刚性要素”。在域外司法实践中，法院对于规范性文件一并审查一般有强尊重、尊重和弱尊重三种态度，分别对应高、中、低三种审查强度。弱尊重要求法官在行政相对人与行政机关之间，更尊重行政机关的意见，这是一并审查中最常用的态度。借鉴德国的立法经验，结合我国实际，认为规范性文件一并审查强度应根据审查标准的不同而有所区别。

（1）高审查强度：弱尊重。这种审查标准仅限于对于存在重大违法的情形，当规范性文件存在明显不合理的情形或者存在明显错误的，比如涉及侵害性行政行为或者涉及重大人身利益的规范性文件时，且没有合理的理由支持其最低限度的合法性时，该文件就应被认定为不合法。对于规范性文件的瑕疵问题，一般不能认定其不合法。

（2）中等审查强度：尊重。在对涉及普通民事权益的规范性文件进行审查时，法官需要识别其内容是否合乎事理且可支持，在这种标准下虽然支持法官进行实质性审查，而非止于“明显错误”之责难，但仍需要体现出法官对规范性文件应有的尊重。这也即是说，能够证明规范性文件在合乎常理范畴内，法院就应予以一定程度的尊重。

（3）低审查强度：强尊重。在对大多数规范性文件一并审查时，法官需要进行详细的审查，对于授益性行政行为或者专业性较强的技术性行政裁量等应进行强尊重，当法官无法确信其合法，那么就需要行政机关承担举证责任，对该文件指定的法律授权内容、范围、目的等在合理范畴内进行说明。

当然，在具体司法审查时，规范性文件类型较为复杂，法官不应机械套用审查标准，而应根据规范性文件的功能等因素，灵活适用不同的审查强度有序开展审查。

（三）强化审查结果的效力运用

1. “柔性”到“刚性”：强化审查结果

目前，我国在司法建议制度方面的落实不足，而在规范性文件一并审查的制度下，

^① 参见蒋红珍：《论比例原则——政府规制工具选择的司法评价》，法律出版社2010年版，第210-333页。

^② 参见王麟、王周户主编：《行政诉讼法》，法律出版社2005年版，第57页。



对规范性文件纠错功能的重担几乎完全落在法院的司法建议上，但是司法建议的弱强制性使得一并审查纠错功能的实现较为困难。若在一并审查中发现了违法条款，向行政机关发送司法建议，但由于缺乏强制性与惩罚机制，往往被行政机关搁置不理。这些违法的规范性文件将继续有效地存在于法秩序中，对司法的公信力和公平正义的影响可想而知。因而，及时立法，完善和规范司法建议制度，是保证一并审查制度能够真正起到监督、纠错作用的当务之急。司法建议脱胎于中国行政权与司法权微妙的关系和中国特有的法院文化之中，域外类似可参考的有法国的最高法院法官的咨询制度、英国的检察官咨询制度、美国的行政会议制度、日本的专门咨询制度，但由于各国国情不同，也不可照搬照抄。

(1) 实现司法建议规范化。《行政诉讼法》第64条和《行政诉讼法司法解释》第149条对司法建议的提出时限、对象以及制定机关的答复义务作了较为明确的规定，但其中仍有一些操作性规定需细化。首先，司法建议的内容必须是明确而且可执行的。其次，司法建议不应只是对裁判文书说理的简单重复，在宣示审查结果之后，还应载明审查原因、审查经过、审查建议以及回复要求等。最后，应按位阶原则进行司法建议发布、送达。出于公文往来的规则以及司法权威的考量，确认规范性文件不合法的司法建议应由制定机关上一级的法院发送。与此同时，可以向规范性文件制定机关的上一级人民政府和本级人民代表大会及其常务委员会提出建议。

(2) 落实反馈问责制度化。司法审查建议作为规范性文件监督方式在我国发展时间较短，还不是很成熟，需要做好与原有监督方式的衔接。行政规范性文件一并审查制度只是开启了司法对于规范性文件效力否定的可能性，而规范性文件效力的最终决定权则在司法之外。^①所以，在具体操作中，司法审查建议的落实、反馈机制就显得至关重要。法院应敦促被建议机关对违法规范性文件进行修改、废除，并要求被建议机关将相关处理结果及时反馈。

若想实现不合法的规范性文件被有效预防、合理处置的良好愿景，建立相应问责机制势在必行。对制定“不合法规范文件”的行政机关进行问责，既是对行政立法进行规制，也促进法治事业有序发展。最高人民法院可以与全国人大法工委共同探索建立科学的规范性文件违法问责机制，对责任人范围、惩罚方式、问责程度等问题进行明确，这样才能避免肆意妄为的行政立法，达到用司法权制约行政权的目的。

2. “个案”到“普遍”：增强审查效力

目前，规范性文件一并审查的效力存在于个案中，但法院裁判中对其不适用，蕴含着对其不合法的隐形评价，无形中对所有依据此条款的司法审查都形成了约束力。

^① 参见万旭：《问题与挑战：论人民法院对规范性文件的一并审查》，载《成都理工大学学报》2014年第4期。

正如有学者评价，司法机关作出不予适用的决定，可以对法规命令的制定机关产生实际的监督作用。^①这也就意味着，被法院认为不合法的规范性文件，行政机关再依照其作出行政行为，就有被法院撤销的可能性。如此，法院裁判规范性文件不合法后产生的效力如下：

一是对新行政行为产生的效力。在理论层面，行政规范性文件被认定为不合法，依据其所作出的所有行政行为都属于违法范畴。法院判决行政规范性文件不合法后，行政机关在规范性文件实施的地域范围内依据该文件作出的新的行政行为，也应被认定为不合法。但在实践中，因为行政执法者一直保持强势的执法习惯，虽然在个案中败诉，但并不影响规范性文件继续产生效力。这也意味着，假如没有正式废止或者修正行政规范性文件，其依然会对行政相对人产生效力。所以，会出现这样特殊的情形，即不合法的行政规范性文件依然作为行政行为的依据，继续对当事人产生影响。按照法学理论来讲，规范性文件经审查后，一旦被法院认定为不合法，则不能再作为作出行政行为的依据，制定机关就需要对该文件加以修订，为今后作出行政行为提供合法依据。规范性文件一并审查的效力应超越个案效力的界限，法院要用好建议权，督促制定机关及时修改或废止规范性文件。如此，就能够促使制定机关今后的制定过程中更加慎重。

二是对前后裁判产生的效力。其一，对之前依据该规范性文件作出的行政行为，法院并未裁决违法，之后其被法院作出否定评价，之前的裁判如何处理？假如规范性文件被法院认定为不合法，那么规范性文件就无法作为被诉行政行为的合法依据。这也意味着作出在先判决的依据被推翻，那么当事人可以据此提起再审。其二，判决规范性文件不合法后，在后针对该文件的行政诉讼中是否还需要再予以司法审查？法院认为规范性文件条款不合法后，在后的判决一般应尊重在先判决的效力，不能作出与在先判决相冲突的处理结果。在后的行政诉讼一般不再进行实质审查，可以直接依据在先判决的结果予以处理。^②这样做的理由主要是：基于司法公信力，法院不能作出前后两个互相冲突的判决；在后诉讼不进行实质审查能够节省司法资源，提升司法效率；反复被法院确认不合法，能够督促行政机关及时启动修改程序。

（四）健全规范性文件一并审查配套制度

1. 从“失衡”到“对等”：改变管辖模式

根据《行政诉讼法解释》第145条的规定，公民、法人或者其他组织在对行政行为提起诉讼时一并请求对所依据的规范性文件审查的，由行政行为案件管辖法院一并审查。但是基于行政审判制约、监督行政机关的职能，需要比刑事、民事审判有更多

^① 参见李震山：《行政法导论》，三民书局2014年版，第315页。

^② 参见田勇军：《行政判决既判力主观范围扩张理论探析》，载《行政法论丛》2015年第6期。



的独立性。行政规范性文件一并审查这一制度,如果运行得当,将会对清理、整顿我国当前规范性文件违反上位法的混乱状况,发挥司法的监督作用,遏制肆意扩张的行政权具有重要的意义。鉴于行政审判的特殊性,以及规范性文件一并审查的特殊性(对法官个人来讲,审查规范性文件需要比办理一般的行政案件具备更多的法律素养、办案经验、综合利益考量;对受理案件的法院来讲,需要比审理一般行政案件更多的独立性),将审理一并审查案件的审级提高或由专门法院进行审理,才能真正保证此类案件审理的公正性,实现该制度设计的初衷。

第一种方式,由中级法院管辖。通过出台司法解释的方式,将规范性文件一并审查类案件纳入为《行政诉讼法》第14条“辖区内重大、复杂的案件”的范畴,依法由中级人民法院一审。对搜集的486个一并审查类案例进行整理归类,发现被质疑的规范性文件的制定主体大部分为地市级人民政府,占比为59.5%,呈现“中间大,两头小的”橄榄式分布。因而,此类案件依法应由中级人民法院审理,尽可能减少地方干扰,提高裁判的权威性,且原告如不服一审法院的判决,还可向高级人民法院提起上诉。^①如果原告在起诉时未提起对规范性文件一并审查的申请,且该案件属于基层法院管辖,基层法院受理该案后,原告在开庭审理前又提出一并审查的申请,基层法院可按照《行政诉讼法》第23条第2项的规定,报请上级法院决定,若其申请合法,则由中级人民法院审理此案。此外,负责一审的中级人民法院可成立专门的规范性文件一并审查合议庭,由专业知识、法律素养、大局意识等方面水平更高的固定审判人员专门审理该类型案件,通过在不断审理同一类型案件的过程中积累经验,发现制度存在的问题,探索新的审判方法。

第二种方式,由异地法院管辖。根据被申请一并审查的规范性文件的制定机关所在地,移送到行政干涉较小的异地法院进行审理。但此种方式操作起来较为复杂,比如之前河南省高级人民法院决定采用“结对”和“推磨”两种办法确定异地法院审理:“结对”,即两个法院相互审理对方区域内的政府机关被告案件;“推磨”,即在3个或

^① 参见广州市番禺南英房地产有限公司诉广州市国土资源和房屋管理局、广州市国土资源和房屋管理局番禺区分局土地出让行政纠纷案广东省高级人民法院(2015)粤高法行终字第438号行政裁定书。该案中,一审中级人民法院作出不予立案的裁定,经上诉,广东省高级人民法院认为:“除了对国务院部门或者县级以上人民政府所作的行政行为提起诉讼的案件之外,中级人民法院管辖的一审行政案件还包括在其辖区内发生的重大、复杂案件。本案南英公司提起的诉讼,涉及广州市不同时期国有建设用地使用权出让金的计收标准和计收情形等问题,也即涉及广州市人民政府办公厅发布的穗府办〔2010〕35号《转发市国土房管局关于调整我市国有建设用地使用权出让金计收标准的通知》如何适用的问题,南英公司亦提出了对该规范性文件合法性的一并性审查,该案审理对象和范围将涉及到广州全市的国有建设用地使用权出让金计收问题,案情复杂。另,本案南英公司提出的返还土地出让金数额……争议赔偿数额巨大。基于上述理由,可以认定本案属于重大、复杂案件,符合上述法律规定的由中级人民法院管辖的情形。一审法院适用《中华人民共和国行政诉讼法》第十五条第(一)项的规定裁定对南英公司的起诉不予立案不当,本院予以纠正。本案南英公司提起的诉讼符合《中华人民共和国行政诉讼法》第四十九条规定的起诉条件,依法应予立案。”

3个以上的法院中，由A法院审理B行政区的案件，B法院审理C行政区的案件，C法院审理A行政区的案件，依次类推。

第三种方式，由专门法院管辖。在司法改革的浪潮中，设立跨行政区划法院已成为一项重要的改革思路，各地试点工作持续推进，也都取得了一定的成效。比如河南省高级人民法院自2015年5月12日起进行铁路法院改革，扩大郑州铁路运输两级法院案件受理范围，增加了行政类案件的受案范围。2019年8月13日河南省高级人民法院再次对铁路法院受理行政案件范围进行了拓展。^①再比如广东省高级人民法院自2015年12月25日起开展铁路法院改革，将一定行政区划的行政案件统一纳入铁路运输法院管辖。^②这类改革让对行政规范性文件的审查实现了部分跨区域审理，能够实现去地方化的效果。

以上三种方式各有优缺点。第一种方式的局限性是需要修改法律针对这类案件进行特别规定，且规范性文件的制定机关很大可能依然在本地域范围内，或者属于上一级机关，无法完全规避行政干预，且提升审级必然导致中级法院和高级法院的案件量猛增，在人员配置无法充足保障的情况下难以实现。第二种方式的局限性是采取“结对”的方式时，结对法院与法院之间、法院与行政机关之间可能会相互包庇，难以完全避免干预；“推磨”的方式虽然能够避免行政干扰，缺点是操作起来比较复杂，人力物力成本较高。第三种方式依托现有的铁路法院进行改革，可更大幅度地在节省司法资源的情况下实现独立审判。将牵扯利益众多、压力重重的规范性文件一并审查类案件统一纳入跨行政区划法院管辖的范围，是在目前制度下更能保证案件公正审理的一种方式。

2. 从“孤岛”到“互联”：建立审查信息共享机制

随着规范性文件一并审查制度的建立与不断推进，相对人要求对规范性文件一并审查的案例也会越来越多。选取的案例中，有94个案件的行政相对人对省部级主体制定的规范性文件提出质疑，其中8个案例中，不同的行政相对人对同一规范性文件提出质疑。这类规范性文件适用的范围非常广，实践中也已经出现了不同案例中同一

^① 河南省高级人民法院2019年8月13日出台《关于调整行政诉讼案件管辖若干问题的意见》，再次对铁路法院受理行政案件的范围进行调整：（1）郑州铁路运输中级法院管辖以省政府为被告的一审行政案件和对郑州、洛阳铁路基层法院一审上诉的二审行政案件；（2）原郑州铁路运输中级法院管辖的以郑州市金水区、中原区、二七区、管城回族区、惠济区、上街区六个市区人民政府为被告的一审行政案件由郑州市中级人民法院管辖。

^② 广东省高级人民法院铁路法院改革主要内容：（1）广州铁路运输法院变更为广州铁路运输第一法院，在原有管辖范围之外，增加集中管辖广州市所有的一审行政纠纷和非诉行政审查；（2）肇庆铁路运输法院变更为广州铁路运输第二法院，从肇庆迁至广州，在原有管辖范围之外，增加广东高院指定的跨地区的环境资源、重大职务犯罪等案件；（3）广州铁路运输中级法院除继续管辖原有案件外，增加集中管辖针对广州铁路运输第一法院的判决提起上诉的二审行政案件和原应由广州中院管辖的一审行政纠纷、非诉行政审查。广州中院和广州市各基层法院的行政庭并入广州铁路中院和广州铁路运输第一法院，广州中院和广州市各区法院不再管辖行政案件。



规范性文件被质疑的情况，因此如何保证裁判尺度的统一，防止同案不同判已是司法实务中的关键问题。在现有的法律框架下，对规范性文件一并审查的效力仅限个案，而该文件可以对当事人反复适用，这就意味着可能在不同地区、不同层级的法院对同一个规范性文件提请一并审查，不但会造成司法资源的浪费，还会形成“同案不同判”的风险。

(1) 建立全国统一的信息共享系统。最高人民法院完全可以牵头在内网建立规范性文件审查的信息共享系统，在法院受理对规范性文件提起一并审查的案件后，审判流程系统自动对基于同一规范性文件产生的案件进行关联标记，并提示、推送类案。各级法院应将“立案一审查一送达司法建议一制定机关的反馈”等各节点的信息及文书录入系统，其他法院在接到一并审查请求的申请后，通过对规范性文件标题或文号进行搜索，可获得该规范性文件是否被其他法院审查、审查结果如何、制定机关反馈情况如何等信息，在审查中进行参考。

(2) 建立典型案例指导制度。案例指导制度在法院审判工作中一直发挥着重要作用。通过对疑难复杂、新类型案例的发布，可规制法官的自由裁量权、统一裁判尺度、保证司法公正。规范性文件一并审查制度建立后，司法实践普遍对此类案件有着困惑和回避，法官不知道怎么判，或因为制定机关行政层级高而不敢判、不能判。通过对选取的486个案例的总结，发现被质疑的规范性文件涉及的领域分布比较集中，土地征用、房屋拆迁补偿类有208件，占到总体的42.8%，其他主要是养老保险、房屋登记、物价调节等涉及民生领域的文件。因此，最高人民法院和高级人民法院可以根据审判实践的现实需要，及时发布典型案例，指导各级法院统一裁判尺度。

3. 从“封闭”到“开放”：完善信息公开机制

司法建议书作为司法裁判的扩展和延伸，除一些不宜公开的（如相对人申请不公开，或涉及到工作秘密、内部资料等情况），应当将建议书文本、行政机关反馈的书面答复、行政机关的处理情况予以公开。同时，制定规范性文件的主体也要公开对司法建议的处理结果。当然如果受送达机关对该司法建议存有异议，也应建立相应的异议与反馈机制。这是司法公开的应有之义，也可起到对行政机关的督促警示作用。

（责任编辑：王文斌）

行政协议司法审查法律适用路径探析

朱秀华*

内容摘要：《民法典》对于合同法律制度的重大调整，使处于公私法交织境地的行政协议法律适用遇到了更多挑战，主要体现在行政协议案件是否允许变更之诉、相对人能否请求司法酌减土地出让逾期付款违约金及以胁迫手段订立的协议效力认定这三个方面。以126份援引《民法典》的行政协议判决书为样本可以看出，司法实践中既有的“行政优先”“民事优先”“同时适用”“分别适用”等路径，遵循“行政性”“契约性”“混合性”等不同的法理基础，导致了裁判理由甚至裁判结果不一致等问题。基于行政协议本质属性及法规范体系原理，运用“行政—民事—行政”方法，以查找行政法律规范为起点，再观察民事法律规范，最终通过行政法原则的检视，以解决法律适用的难题。

关键词：行政协议；司法审查；法律适用；方法论

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)02-000-000

2014年修订的《行政诉讼法》将行政协议纳入受案范围，解决了行政协议案件由法院民事审判庭还是行政审判庭审理的争议问题，但新的疑问也随之产生。《民法典》对于合同法律制度的重大调整，对处于公私法交织境地的行政协议法律适用提出了更多挑战。第一，引发行政协议法律适用是否需随之调适的问题，对“重大误解”和“显失公平”的民事法律行为，《民法典》仅允许请求撤销，舍弃了“可变更”，行政协议案件是否仍允许相对人提起变更之诉？第二，行政协议性质之争延续到司法审查的问题，如对于国有土地使用权出让协议的土地出让逾期付款违约金，能否允许相对人参照适用民事法律规范请求司法酌减，是否与行政性侧重的维护公共利益、防止国有资产流失背道而驰？第三，公私法固有的不同价值面向引发的法律适用分歧，如行政机关以胁迫手段订立补偿协议，究竟是适用行政诉讼法模糊的“重大且明显违法”认定无效，还是参照适用更为具体的民事法律规范以意思表示瑕疵认定可撤销？本文将尝试从厘清法律适用路径的角度探索解决上述问题的方法。

* 朱秀华，浙江省高级人民法院行政审判庭一级法官助理。



一、既有路径的实证考察

为考察《民法典》施行以来,行政协议案件适用行政与民事法律规范情况,^①笔者在中国裁判文书网“行政案件”中以“行政协议”^②“民法典”作为全文检索关键词,裁判年份设定为2021年,审判程序设定为行政一审,共获得144条结果。再以“民法典”为裁判理由关键词,获得136条结果,说明上述样本涉及民法典均在裁判理由中,而非在当事人、诉讼记录、事实、理由等部分。经筛除裁定书及无法正常显示的样本,最终获取有效样本126份,分布地域按数量由多到少依次为山东、河南、江苏、浙江、辽宁等12个省份,中级、基层法院样本分别为97份、29份。

(一) 实证考察

笔者分别从裁判理由和裁判依据两部分观察行政协议案件援引民法典路径情况(见表1)。

表1 行政协议裁判文书援引民法典路径情况

	适用路径	文书数量(份)
	裁判理由	行政
未援引		12
行政+民事		11
民事		7
民事+行政		3
分别民事或行政		1
行政+民事,民事+行政		1
裁判依据		行政+参照民事
	行政	16
	民事+行政	6
	行政+民事	3
	分别民事或行政	1

1. 行政优先路径。2021年的行政一审案件,以“行政协议”作为全文关键词,共检索到1284篇裁判文书,如增加“民法典”作为关键词,仅144条结果,占11.21%,可见行政协议案件对于援引行政法律规范的青睐。此次样本中近70%样本裁判理由采行政路径,所涉诉讼类型几乎均为确认协议有效案件,系因行政协议无法直接作为强制执行依据,参照民事司法确认程序为之,有的案件判决主文还载明可以申请执行,援引条款多为《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》(以下简称《行

^① 行政协议的法源包括行政法律规范和民事法律规范,包括实体法和程序法,本文仅就实体法进行探讨。

^② 自2021年1月1日施行的《最高人民法院关于行政案件案由的暂行规定》列举的二级案由为“行政协议”,如采用中国裁判文书网行政案由的“行政合同”,加上“民法典”为全文检索关键词,样本仅4件,故将“行政协议”作为全文检索关键词,最后更新时间:2021年8月31日。

政协议司法解释》)行政协议合法性审理原则,确认协议效力等。^①除却对确认有效诉讼的特殊需求,仍足以窥见对行政优先的路径依赖程度。

2. 民事优先路径。在样本中未发现纯粹的民事路径,即使裁判理由为单一民事路径,在裁判依据上仍会援引行政法律规范。比如,有案件裁判理由阐述,根据《民法典》第171条第1款规定:“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后,仍然实施代理行为,未经被代理人追认的,对被代理人不发生效力。”协议对原告不发生法律效力,却未援引行政法律规范,仅在裁判依据中依次援引《民法典》和《行政协议司法解释》。^②

3. “行政+民事”同时适用路径。裁判理由“同时适用”样本共14份,仅次于“行政优先”路径。在确认行政协议无效案件中,既要以行政诉讼法为基础,也要适用合同法规定,进行利益衡量等表述出现频率较高,如“因行政协议兼具行政性和合同性,对行政协议效力的审查,既要以《行政诉讼法》第75条关于确认行政行为无效的规定为基础,同时也要适用《合同法》第52条关于认定合同效力的规定,在依法行政与保护相对人信赖利益、诚实信用、意思自治等基本原则之间进行利益衡量。只有行政协议存在重大、明显违法,违反法律法规的强制性规定,损害国家利益、公共利益及他人合法权益时才能确认无效”^③。值得关注的是,“同时适用”的情况下,裁判依据却是“民事优先”偏多,集中在无权代理或无权处分争议。

4. “行政或民事”分别适用路径。仅1个案件通过“确认行为违法但协议有效”方式践行了该路径,对于被告与原告签订协议的行为,援引了《行政协议司法解释》第11条双重审查的规定,基于协议订立依据的批准行为已被确认违法,从而确认订立协议的行政行为违法;对于协议效力的认定,援引了《民法典》第143条规定认定为有效,进而作出双重判决:确认协议订立行为违法,驳回原告要求撤销协议的诉讼请求。^④

(二) 存在的问题

1. 同一案件法律适用路径不一,裁判说理内在逻辑不一。对于协议解除问题,先旗帜鲜明地论述对行政协议案件审查既要以合法性审查为基础,也要适用《合同法》等规定,表述为“对于解除权的行使,行政法律规范中并无明确规定。同时,解除权的行使往往涉及对当事人是否依法履行、按照约定履行协议的判断,为民事法律规范的典型领域,且与行政行为合法性要件审查规则并不匹配”,内在逻辑是“同时适用”且“行政优先”;但对于协议解除的后果却认为,无论是民事法律规范还是行政法律

^① 参见柳海英诉青岛市市北区房屋征收安置管理中心确认征收补偿协议有效案,山东省青岛市市北区人民法院(2021)鲁0203行初23号行政判决书,该判决认为“当事人应当按照征收补偿协议的约定自觉履行义务。一方当事人拒绝履行或者未全部履行的,对方当事人可以向人民法院申请执行”。

^② 参见楼英涛诉浦江县人民政府浦南街道办事处撤销补偿协议案,浙江省兰溪市人民法院(2020)浙0781行初70号行政判决书。

^③ 朱振诉淮北市烈山区宋疃镇人民政府撤销征收补偿协议案,安徽省濉溪县人民法院(2021)皖0621行初10号行政判决书。

^④ 参见吕勇水诉杭州市富阳区人民政府撤销迁建安置协议案,浙江省杭州市中级人民法院(2020)浙01行初333号行政判决书。



规范都有相关规定,先援引了合同法、民法典,后援引了《行政协议司法解释》和《行政诉讼法》,陡然换成了“同时适用”且“民事优先”的路径。^①

2. 同一争议不同案件适用法律路径不一,裁判结果不一。有12个案件对于协议是否存在无效情形,裁判理由适用路径就有4种,分别为“行政+民事”、“民事”、“民事+行政”、“民事或行政”。如对于无权代理签订协议效力认定,根据《民法典》第171条第1款规定,协议对作为被代理人的原告不发生法律效力,裁判结果为撤销协议;有裁判认为对被代理人不发生法律效力,不等同于合同无效,判决驳回诉请;有的以协议不成立为由,判决驳回诉请;有的判决确认协议对被代理人无效。^②

二、不同路径的法理基础

(一) 基于行政性的“行政优先”

行政协议虽从民事合同演变而来,但签订目的是实现公共利益或行政管理目标,通过协议的方式来实现行政管理。^③行政协议终究是行政行为,尤其是自然资源使用权、保障性住房等特定行政协议,初衷就是维护公共利益。^④所有的行政协议均可以拆分为一个个单独的行政行为,如订立协议、变更协议的行为等,行政协议应称为“协议性行政行为”^⑤。

但“行政优先”的困境在于如果对于行政法律规范是否有规定仍存争议,下一步如何行进?如变更之诉是否存在行政法律依据存在争议?有观点认为,《行政诉讼法》和《行政协议司法解释》对行政协议能否适用变更判决未予明确,《行政诉讼法》第77条所规定的变更判决仅适用于“行政处罚明显不当”和“其他行政行为对款额的确定、认定确有错误”,难以扩大解释到行政协议。亦有观点认为,《行政协议司法解释》第9条“其他有关行政协议的订立、履行、变更、终止等诉讼请求”提及了“变更”,可纳入行政诉讼法“其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误”之范畴。^⑥

(二) 基于合同性的“民事优先”

合同法经过多年发展,有较为深厚的基础和完善的法律制度,相比之下,行政协议在我国还属于较为新颖的行政实践。如果囿于公法、私法门户之见,试图抛开私法中的合同法规则,另行构建一整套独特的适用于公法合同的原理、体系和规则,既无

^① 参见栾景荣、崔仙玉诉吉林市房屋征收经办中心解除产权调换协议案,吉林铁路运输法院(2021)吉7102行初14号行政判决书。

^② 参见浙江省高级人民法院行政审判庭:《关于依法高效审理行政协议案件,完善政府守信践诺机制的调研》,载《行政执法与行政审判》2021年第82期。

^③ 参见蔡小雪:《行政行为的合法性审查》,中国民主法制出版社2020年版,第236页。

^④ 参见王学辉、邓稀文:《也谈行政协议的范围——与王利明教授商榷》,载《学习论坛》2021年第2期。

^⑤ 王学辉:《行政何以协议:一个概念的检讨与澄清》,载《求是》2018年第2期。

^⑥ 参见危辉星等:《行政判决可以直接变更行政协议——浙江杭州中院判决王忠明、陈向前诉余杭区良渚街道办事处征迁行政协议案》,载《人民法院报》2017年1月5日,第6版。

必要，也无可能。^①此种观点，最接近以英国为代表的“普通法+特别规则模式”。但由于英国是普通法国家，没有公私法概念的划分，行政机关签订契约适用一般契约法的规则，行政契约更多的是以特殊规则的形式表现出来。^②

但“民事优先”困境合法审查难以兼顾。如空白协议，从民事角度，完全民事行为为能力人在空白协议上签字视为其清楚、理解合同内容，概括性授权，愿意承担由此带来的法律后果；而对于征收补偿安置等行政协议，行政机关与相对人订立空白协议的行为合法性应予规制，如果单纯以民事路径审理，就不会再对行政机关订立空白协议行为合法性评价。而从行政路径，有案件在对相对人要求确认协议无效的请求不予支持的情况下，对于房屋补偿损失，责令行政机关应采取补救措施，协商不成，应及时作出补偿决定。^③

（三）基于双重性的“同时适用”

相较于传统民法理论以私法自治对抗或者防御行政权侵犯的经典教义，当代民法与行政法则是“同一条战壕里的战友”，仅是两种不同性质国家治理手段，两者的基础关系形态不是对抗与排斥，而是合作与协力。^④将行政协议纳入行政诉讼受案范围，目的是要将民事路径对行政协议行为合法性审查忽略的问题予以纠正，并非要弱化合约性审查，两者应予兼顾。但如果“同时适用”要求“行政+民事”，客观上并不一定两个领域均具有可供使用的法源；如果并不要求“行政+民事”，那么还是要回到前两种观点所争论的谁先适用问题。

（四）基于混合性的“分别适用”

行政协议的本质是混合契约，要先判断讼争关系性质，有的放矢。无论是“同时适用”还是“优先适用”的观点，一般都不再对涉案争议内容的性质做进一步识别。《行政协议司法解释》第27条第2款规定的法律适用前提，是将涉案行政协议所形成的法律关系一概视为公法关系。然而，这种审查方式过于粗糙，对讼争关系的公私法属性不加区分，既不符合“混合契约”特性，在法律适用上也不免无的放矢。^⑤

但“分别适用”困境是公法因素识别标准尚不成熟，难以判断争讼内容性质时，如何处理？比如，行政机关在集体土地征地过程中所签订的补偿安置协议，对于相对人合法建筑补偿、未经登记建筑折价补偿及违法建筑不予补偿均作了约定，相对人认为约定为违法建筑的部分未经有权机关认定，径行在协议中约定违法，补偿标准显失公平，请求撤销协议。如果经审查支持该请求，是适用行政诉讼法行政行为撤销，还是《行政协议司法解释》第14条“原告认为行政协议存在胁迫、欺诈、重大误解、

① 参见方昉、曾祥生：《试论公法合同的契约基础——以公法与私法的关系为中心》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》2009年第2期。

② 参见张树义：《行政合同》，中国政法大学出版社1994年版，第6页。

③ 参见郭雪、杨科雄：《行政协议判例精解与实务指引》，中国法制出版社2021年版，第409页。

④ 参见章剑生：《作为介入和扩展私法自治领域的行政法》，载《当代法学》2021年第3期。

⑤ 参见余凌云：《论行政协议无效》，载《政治与法律》2020年第11期。



显失公平等情形而请求撤销，人民法院经审理认为符合法律规定可撤销情形的，可以依法判决撤销该协议”，或是民事法律规范对于显失公平合同撤销规定？

此外，还有多重叠加路径，关于行政和民事法律规范适用，在行政诉讼中视具体情况，应采取优先、直接、补充、区别适用等不同裁判规则。总体上，尽管行政法规范通常占优先地位，但对行政法与民法关系都需遵守的一般法律规范，民法规范可以直接适用。在与行政法或行政诉讼法的强制性规定相冲突的情况下，例如法律明确禁止缔结行政协议时，可以通过援引法律保留原则限制对民法规范的适用。在属于公法和私法不同适用领域的合同约定中，行政法和民法的规范以区别的方式适用。由于行政诉讼可以援引民法规范，故保护私人利益方面不存在困难；而且行政诉讼中已有的法律规范适用的多级审查机制，更有利于法秩序统一。^①但此种观点多重逻辑架构对裁判者技术要求较高。

三、回归本质的路径

公法与私法虽有融通之处，但肩负使命不一。法律适用路径选择，影响甚至决定裁判方向。

（一）起点：查找行政法律规范

基于事物本质考量，行政性是行政协议的本质属性，行政法律规范是不可回避的路径起点。作为成文法国家，可以从行政协议概念、法规范体系等多角度追根溯源，通过各种定义来把握事物的“本质属性”。^②相对于行政合同或者协议性行政行为等概念，立法采用的“行政协议”之表述，既有别于普通的民事合同，亦有别于协议性行政行为。使用该概念决定了将行政协议完全等同于行政行为，或者完全视为民事合同，均不可取。

从法规范体系来看，《行政协议司法解释》规定“可以参照适用民事法律规范关于民事合同的相关规定”。“可以”“参照”之表述足以表明立法对于适用民事法律规范的补充、辅助态度。结合《行政协议司法解释》增加的具体规则作更贴近立法本意的解释。《行政协议司法解释》第12条规定：“行政协议存在行政诉讼法第七十五条规定的重大且明显违法情形的，人民法院应当确认行政协议无效。人民法院可以适用民事法律规范确认行政协议无效。行政协议无效的原因在一审法庭辩论终结前消除的，人民法院可以确认行政协议有效。”鲜明地诠释了行政性为主要的理念。如果行政协议已经达到“重大且明显违法”程度，应当优先适用行政诉讼法判决确认无效，隐含之义是，即使适用民事法律规范确认行政协议无效的，亦应达至“重大且明显违法”标准，以突显行政协议公法属性。

（二）中途：观察民事法律规范

1. 区分诉讼类型。诉讼类型实质是建立在公私法关系的基础之上，公私法识别技术较难，以诉讼类型区分更易于司法实践把握，亦符合《行政协议司法解释》“两分法”

① 参见耿宝建、殷勤：《行政协议的判定与协议类行政案件的审理理念》，载《法律适用》2018年第17期。

② 参见罗嘉昌：《从物质实体到关系实在》，中国人民大学出版社2012年版，第3页。

逻辑架构：对行政机关行使优益权的行政行为的行为之诉，对于不依法履行、未按约定履行行政协议等争议的关系之诉，关系之诉应更多地关注民事法律规范适用。行政协议进行效力性审查的同时，亦应当对行政机关订立行政协议等行为进行合法性审查，并作出相应裁判。

2. 防止公法任性。行政法律规范没有明确规定，民事法律规范有较为具体的规定，无正当理由，不得拒绝民事法律规范的适用；行政法律规范有抽象规定，尽可能结合具体的民事法律规范同时适用。不因行政性的优先性，而忽视民事的重要性；对于单方变更、解除行政行为是否属于行政优益权的判断，应是行政机关在合同法的构架之外作出的单方处置，只有出于公共利益考虑才单方变更或解除。如果因为相对方违约致使合同目的不能实现，行政机关完全可以依照合同法规定或者合同约定采取相应措施，尚无行使优益权的必要。^①

3. 尊重私法边界。在进行合法性审查时，只有“重大且明显违法”才转介到影响协议效力，仅一般违法时，不应直接介入协议效力。行政协议撤销基于意思表示瑕疵，行政行为撤销基于行为违法性，不宜以行政诉讼法撤销行政行为的规定径行撤销协议。只有在以行政协议表现出来的行政行为，例如征收补偿协议等，可以适用行政诉讼法撤销理由。^②

（三）终点：行政法原则检视

行政法律规范对于合同规则供给十分有限，司法审查往往在行政法律规范没有规定或者只有抽象规定时，适用更为具体的民事法律规范，减少裁量空间，增强裁判的可确定性。但却忽视了进一步检验民事法律规范具体条款与行政法原则追求是否兼容。要从深层次的价值层面检验是否水土不服，是否符合诚意原则、比例原则（适当）原则、平等原则、信赖保护原则等行政法基本原则，而非仅仅停留在“不相抵触”的浅层。最高人民法院 2019 年发布行政协议参考案例有两个分别涉及程序正当、^③ 诚实信用原则运用，^④ 2021 年发布的行政协议典型案例亦涉及公平、诚实守信原则运用。^⑤

① 参见最高人民法院行政庭编著：《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定理解与适用》，人民法院出版社 2021 年版，第 36 页。

② 参见梁凤云：《行政协议司法解释讲义》，人民法院出版社 2020 年版，第 172 页。

③ 参见最高人民法院 2019 年发布的行政协议解释参考案例，王某某诉江苏省仪征枣林湾旅游度假区管理办公室房屋搬迁协议案，“虽无直接证据证明相关拆迁人员对王某某采用了暴力、胁迫等手段，但考虑到协商的时间正处于盛夏的 8 月 4 日，王某某的年龄已近 70 岁，协商的时间跨度从早晨一直延续至第二日凌晨一点三十分左右等，综合以上因素，难以肯定王某某在签订搬迁协议时系其真实意思表示，亦有违行政程序正当原则”。

④ 参见最高人民法院 2019 年发布的行政协议解释参考案例，崔某某诉徐州市丰县人民政府招商引资案，“对于本案中丰县政府是否应当支付招商引资奖励费用的问题，要审查其行为有无违反准用的民事法律规范的基本原则。诚实信用原则不仅是合同法中的帝王条款，也是行政协议各方当事人应当遵守的基本行为准则”。

⑤ 参见最高人民法院 2021 年发布的行政协议解释参考案例，卡朱米公司诉福建省莆田市荔城区人民政府请求撤销征收补偿安置协议案，“如何在契约自由与公法监管之间找到最佳的平衡点，是行政协议案件审理的难点。行政机关在行政协议的订立过程中，应秉持公平公正、‘禁止不当联结’等原则，合理利用自身的资源优势，与相对人展开平等协商，达到既实现公共治理，又有效保护和实现相对人合法权益的目的”；陈佐义诉湖南省株洲市渌口区人民政府单方撤销房屋征收补偿协议决定案‘株洲县政府先委托渌口镇政府订立征收补偿协议，后又以订立协议主体不适格为由主张协议无效，有违诚信原则’”。



以本文提到三个典型难题为例,通过行政法原则检视可以解决以下问题:第一,行政协议案件是否允许变更之诉。在行政法律规范较为模糊可作不同解释的情况下,民事法律规范明确具体地舍弃了请求变更之规定,从形式上很难看出民事法律规范与基本原则相抵触,很容易按“行政—民事”路径,最终适用民事法律规范。通过原则检视,可以减少“水土不服”。第二,相对人能否请求司法酌减土地出让逾期付款违约金。有观点认为,为防止国有资产流失,应直接适用行政优先路径,不考虑民事法律规范已有的允许请求酌减违约金之规定,即省略了“行政”与“民事”往返的过程,径行适用行政法律规范。通过原则检视,可以避免陷入行政协议纳入行政诉讼受案范围之后,保护力度反而下降的窘境。第三,以胁迫手段订立的协议效力认定。在行政诉讼法模糊的“重大且明显违法”认定无效与具体的民事法律规范以意思表示瑕疵认定可撤销之间,无所适从时,通过原则检视,减少行政诉讼法“重大且明显违法”等条款适用的泛化,增强内心确信。

四、“行政—民事—行政”方法运用

“行政—民事—行政”方法,并非简单的循环,回到原来的出发点,而是理解提升到新的层次,^①是对“行政—民事”等路径的完善续造。“行政—民事”路径适用民事法律规范的前提是“不与行政法、行政诉讼法基本原则相抵触”,而“行政—民事—行政”路径却是最终通过行政法原则检视的方式,对法律适用的契合度提出了更高要求。

在查找行政法律规范、观察民事法律规范之后,运用行政法原则检视,无外乎三种结果:第一,不适,则折返。如果与行政法原则难以契合,即使民事法律规范更为具体,亦应回到抽象的行政法律规范。第二,契合,则适用。如果具体的民事法律规范契合行政法原则,则同时适用抽象的行政法律规范和具体的民事法律规范;如果行政法律规范没有规定,则适用具体的民事法律规范。第三,交叠,则权衡。在难以判断时,结合协议类型本身具备的公私法因素强度不同,权衡适用空间。

现运用该方法,尝试解决本文开篇提到的三个难题。

(一) 行政协议案件是否允许提起变更之诉

1. 起点:查找行政法律规范。《行政协议司法解释》规定,行政协议案件中,可以提起“其他有关行政协议的订立、履行、变更、终止等诉讼请求”;行政诉讼法关于“行政处罚明显不当”和“行政行为对款额的确定、认定确有错误”变更判决的适用能否扩大解释到行政协议领域,存有争议。

2. 中途:观察民事法律规范。《民法典》对“重大误解”和“显失公平”的民事法律行为,舍弃了请求变更之规定,仅允许请求撤销。

3. 终点:行政法原则检视——不适,则折返。民事法律规范舍弃可变更诉讼,主要

^① 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第267页。

考虑如允许请求变更,实际是一方当事人通过法院改变合同内容,有悖意思自治和公平原则。^①而行政协议案件相对人提起变更之诉,欲通过法院纠正行政协议安置人口认定等错误,如经审查支持其请求,不仅不违背公平原则,反而有利于保护无过错行政相对人。从行政法公平原则出发,虽然民事规范已舍弃变更之诉,但该规定适用到行政协议案件中与公平原则不符,故应折返适用行政法律规范,允许相对人提起变更之诉。

(二) 国有土地使用权出让协议能否请求酌减土地出让逾期付款违约金

1. 起点:查找行政法律规范。行政法律规范并无违约金调减规定。

2. 中途:观察民事法律规范。请求调减违约金,本质属于关系之诉范畴,应更多地观察民事法律规范。《民法典》第 585 条第 2 款规定:“约定违约金过分高于实际损失的,人民法院可以根据当事人的请求予以适当减少。”

3. 终点:行政法原则检视——契合,则适用。从行政法公平原则出发,行政协议纳入行政诉讼受案范围,坚持以强化产权保护为根本目标、以保障民营经济和社会资本合作方的合法权益为重要职责,允许适用民事法律规范请求司法酌减条款与上述原则及价值追求相契合,亦体现了行政诉讼保护不低于民事诉讼保护力度。反之,如果允许以防止国有资产流失、保护国家利益等为由拒绝适用具体明确的民事法律规范,将影响与行政机关订立合同相对人的预期,故适用具体的民事法律规范更契合行政法公平原则。

(三) 行政机关以胁迫手段订立的行政协议效力认定

1. 起点:查找行政法律规范。《行政诉讼法》第 75 条“重大且明显违法”无效,《行政协议司法解释》规定:“原告认为行政协议存在胁迫请求撤销,人民法院经审理符合情形的,可以判决撤销。”

2. 中途:观察民事法律规范。《民法典》第 150 条规定:“一方或者第三人以胁迫手段,使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为,受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”第 153 条第 2 款规定:“违背公序良俗的民事法律行为无效。”

3. 终点:行政法原则检视——交叠,则权衡。有观点认为,行政机关严重违背了良善行政的基本要求,属于行政诉讼法“重大且明显违法”情形,应认定协议无效;亦有观点认为,在民事法律规范有更为明确具体规定的情况下,应适用民事法律规范,否则将导致《行政诉讼法》第 75 条适用的泛化。从行政性的本质属性看,在行政协议领域将此种情形认定为无效,更能体现对行为合法性的审查力度,更符合行政法基本原则和价值追求。当然,若在协议履行过程中已经形成重大国家利益或者公共利益,确认无效适得其反,应运用比例原则,努力寻求国家利益与个人合法权益的平衡,根据案件具体情况作出裁判。^②

(责任编辑:郝晓越)

^① 参见蔡睿:《民法典恢复“可变更合同”规则之必要性——围绕“重大误解”与“显失公平”案件的实证分析》,载《北方法学》2020年第1期。

^② 参见梁风云:《行政协议司法解释讲义》,人民法院出版社2020年版,第173页。



醉酒型危险驾驶出入罪的司法困境与路径优化

——基于两省近四年 1353 份判决书的实证分析

邹雪*

内容摘要：醉酒型危险驾驶行为入罪十年以来，司法实务中积累了丰富的审判处理经验。但通过对山东省和浙江省 2018 年至 2021 年 1353 份判决书数据进行横向对比分析，发现存在出罪标准不一、量刑考量各异、证据规则单一等问题。鉴于此，可以抽象危险犯理论为指导，统一适用标准、明确自首认定、完善“出刑”路径、突破现有证据规则。质言之，明确醉酒型危险驾驶罪的犯罪构成及责任要素，包括机动车、醉酒、驾驶行为、道路的认定及主观故意的内容；醉酒型危险驾驶罪自首的情形和可能；针对现有“出刑”路径的缺陷，建立“附前提之相对不起诉”制度；针对证据规则单一的问题，设立反证制度，排除不存在抽象危险的醉驾行为。

关键词：醉酒型危险驾驶罪；醉驾“出刑”；被告人反证

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)02-000-000

《2021 年最高人民法院工作报告》的数据显示，2020 年全国法院审结醉驾等危险驾驶犯罪案件 28.9 万件，高居刑事案件第一位，远超排名第二的盗窃罪，连续三年成为我国犯罪数量最高的罪名。^①危险驾驶罪自 2011 年入《刑法修正案（八）》以来，经历了十余年的学术研究和司法实践探索，仍然存在诸多问题。不同省市在司法裁判时对于醉酒型危险驾驶行为的入罪、出罪及量刑标准不一致，同一地区不同法院之间定罪量刑差异较大，这些问题的存在一定程度上导致司法审判不公，司法威信下降。

* 邹雪，山东省聊城市东昌府区人民法院刑事审判庭法官助理。

① 参见周强：《最高人民法院工作报告——在第十三届全国人民代表大会第四次会议上》，载新华网 2021 年 3 月 8 日，http://www.xinhuanet.com/politics/2021h/2021-03/15/c_1127212486.htm。

因此，如何处理好醉酒型危险驾驶罪，做到罪责刑平衡就显得格外重要。

一、醉酒型危险驾驶罪之司法现状

2017年最高人民法院发布《关于常见犯罪的量刑指导意见（二）（试行）》，对危险驾驶罪采取了概括性的量刑指导，并在附则中规定“各高级人民法院应当结合当地实际制定实施细则”。该“意见”施行后，山东省、浙江省、四川省等地高级人民法院相继出台了相关的实施细则，部分省市还以“会议纪要”的形式就危险驾驶罪的量刑进行单独细化规定，导致各地在处理危险驾驶罪时出现了较大差异。区别于以单一地区裁判数据为样本进行分析的方法，本文选取了人口基数相当的山东省某市D区与浙江省某市Y区2018年至2021年1353份判决书进行数据分析。

通过中国裁判文书网检索，对D区2018年至2021年每份“危险驾驶罪”判决书进行数据摘录，将案号、被告人姓名、血液中的乙醇含量、量刑情节、判决结果等内容分类整理到表格中，排除“超载”等其他类型的危险驾驶行为，共有790份醉酒型危险驾驶罪判决书，其中2018年72份、2019年413份、2020年122份、2021年183份。通过同样的方式，整理出Y区563份醉酒型危险驾驶罪判决书，其中2018年205份、2019年201份、2020年132份、2021年25份。通过对每份判决书分析对比，总结出醉酒型危险驾驶罪在出罪、“出刑”及量刑方面的诸多问题。

（一）出罪标准不一

“出罪”在本文中指不构成犯罪或不以犯罪处理。具体的情形包括两种：第一种是《刑法》第13条规定的犯罪情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的情形，理论界多称之为“但书”出罪；第二种情形是指因不符合醉酒型危险驾驶罪的犯罪构成而不入罪情形。通过将D区和Y区1353份判决书中被告人血液中酒精含量与判决的拘役刑期进行汇总，得出如下数据（见表1和表2）。

表1 D区被告人酒精含量与拘役刑期对照案件数（单位：件）

酒精含量（mg/100ml）	一个月	两个月	三个月	四个月	五个月	六个月
80-100	43	28	6	0	0	0
100-140	27	151	37	4	1	0
140-170	0	125	43	6	1	0
170-200	1	66	56	15	4	0
200-230	0	15	48	16	5	0
230-260	0	2	25	15	4	0
260以上	0	0	19	14	10	3
总计案件数	71	387	234	70	25	3



表2 Y区被告人酒精含量与拘役刑期对照案件数(单位:件)

酒精含量(mg/100ml)	一到两个月	两到三个月	三到四个月	四到五个月	五到六个月	六个月
80-100	20	14	1	2	1	0
100-140	52	27	8	0	0	0
140-170	141	22	6	2	0	0
170-200	82	32	8	2	1	1
200-230	47	31	1	2	1	0
230-260	15	15	11	5	0	0
260以上	6	2	4	1	0	0
总计案件数	363	143	39	14	3	1

对比表1和表2可以得出,D区醉酒型危险驾驶案件被判处刑罚的被告人中,血液中酒精含量在80mg/100ml-100mg/100ml区间的有77件,占该类案件总数9.7%;Y区被判处刑罚的被告人中,血液中酒精含量在80mg/100ml-100mg/100ml的有38件,占该类案件总数6.7%。判决数据能直观反映刑罚裁判的依据,Y区判决案件中血液酒精含量在此区间的案件之所以很少,是因为2011年醉驾被纳入刑法规制以来,浙江省分别于2012年、2017年、2019年出台过三份不同的醉驾会议纪要,其中2019年浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院、浙江省公安厅《关于办理“醉驾”案件若干问题的会议纪要》明确规定,醉酒驾驶机动车,认罪悔罪,酒精含量在100mg/100ml以下,且无8种从重情节,危害不大的,可以认为是情节显著轻微,不移送审查起诉;醉酒驾驶摩托车,认罪悔罪,酒精含量在180mg/100ml以下,危害不大的,可以认为是情节显著轻微,不移送审查起诉。浙江省以会议纪要的形式将醉驾“但书”出罪的情形作出了明确规定,并直接体现在了醉驾案件从侦查到审判的全过程,因此酒精含量在100mg/100ml以下的,判决的案件较少。而处于山东省的D区,没有类似浙江省“但书”出罪的相关依据,通过检索“121309”中国检察网中的不起诉决定书,发现酒精含量在100mg/100ml以下的案件多是以“情节轻微”作不起诉处理,而并非“情节显著轻微”不作犯罪处理。

《刑法》明确规定,在道路上醉酒驾驶机动车,构成危险驾驶罪。最高人民法院、最高人民检察院、公安部《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《意见》)明确了“醉酒”的标准,即血液酒精含量达到80mg/100ml以上。据此可以理解为,血液酒精含量达到80mg/100ml以上,在道路上驾驶机动车的,构成危险驾驶罪,并没有情节严重或行为恶劣的情节要求。那么,醉酒驾驶的行为是否一律构成危险驾驶罪,还是可以根据《刑法》第13条的“但书”规定出罪,从D区与Y区的司法实践来看,标准掌握不一。

（二）量刑考量各异

1. 自首与坦白认定不一

在对 1353 份判决书进行逐一分析时发现，在自首与坦白的认定方面，D 区与 Y 区存在较大差异。D 区 2018—2021 年 790 份醉驾案件判决中，引用《刑法》第 67 条第 1 款（自首）的有 717 件，占比 90.8%；引用《刑法》第 67 条第 3 款（坦白）的有 69 件，占比 8.7%；两款均未引用的有 4 件，占比 0.5%。Y 区 2018—2021 年 563 份醉驾判决案件中，引用《刑法》第 67 条第 1 款有 25 件，占比 4.4%；引用《刑法》第 67 条第 3 款的有 523 件，占比 93%；两款均未引用的有 15 件，占比 2.6%（见图 1）。



图 1 D 区与 Y 区自首、坦白情况对比

随机抽取一份 D 区醉驾自首判决书，可总结表述为：“2021 年 10 月 3 日 23 时许，被告人酒后驾驶 ** 号小型轿车，沿……行驶被交警查获。经鉴定，被告人静脉血中乙醇含量为 242.2mg/100ml，系醉酒驾驶机动车。2021 年 10 月 25 日，被告人经电话传唤主动投案，如实供述其犯罪行为。”该案中被告人被刑事拘留的时间为 2021 年 11 月 17 日。抽取 Y 区同样情形的判决书，可总结表述为：“2021 年 1 月 30 日 1 时 7 分许，被告人饮酒驾驶至……路段时，造成车辆及隔离护栏损坏的交通事故被民警查获。经现场呼气酒精测试，酒精含量为 218mg/100ml，其随即被民警带至医院由医护人员抽血备检。经鉴定，确认被告人血液中的乙醇含量为 220.2mg/100ml。”此案中被告人于案发当日被刑事拘留，同年 2 月 5 日被取保候审，而 2 月 5 日就是判决书落款日期。

由此可以看出，D 区在被告人被查获后进行血液酒精检测，血液检测结果出来后会电话传唤被告人到案，之后视情形采取刑事拘留或取保候审的强制措施；Y 区是在被告人被查获后进行呼气式检测，随即采取刑事拘留的强制措施，对判处缓刑的被告人会在判决当日释放并变更为取保候审的强制措施。同样是醉酒驾驶被交警查获，因为执法程序的差异导致 D 区与 Y 区在自首与坦白量刑情节上产生较大差异。

2. 缓刑失衡

从缓刑适用率上分析（见图 2），D 区 2018 年缓刑适用率为 23.6%，2019 年为



40.9%，2020年为76.2%，2021年为41.6%，变化较大。关于缓刑适用裁量标准，山东省高级人民法院《关于常见犯罪量刑指导意见（二）实施细则（试行）》规定了八种从严适用缓刑的情形，该实施细则在2018年至2020年未修改，但D区缓刑适用率变化较大。Y区2018年的缓刑适用率为41%，2019年41.2%，2020年55%，2021年56%，变化不明显，主要是因为浙江省2017年和2019年的醉驾会议纪要均明确规定了禁止适用缓刑及可以适用缓刑的情形，标准相对明确，便于适用和掌握。

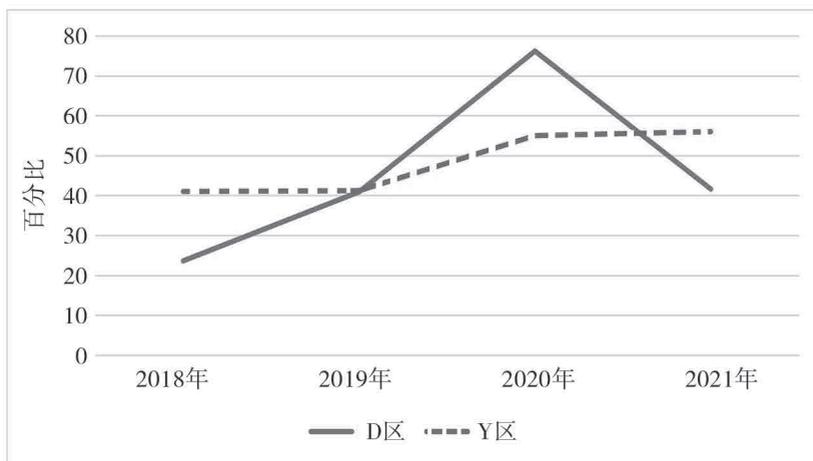


图2 D区和Y区缓刑适用率

（三）证据规则单一

1. 醉酒认定标准以血液酒精检测作为唯一依据

目前的醉酒认定标准，仍采取单一的绝对标准，即血液酒精含量达到80mg/100ml以上，就认定为醉酒。国内很多学者对我国单一的认定标准有异议，莫洪宪教授曾提出，醉酒驾驶中血液酒精含量的多少和人体意识对交通工作的操作控制之间并不存在必然的关系；^① 韦春发教授的观点是，不同的人对于酒精的抗性不同，长期饮酒的人在少量饮酒的情况下对认知及控制能力不会造成什么影响，但若进行酒精检测，可能就构成醉酒的标准，因此建议采取综合性的醉酒认定标准。^②

2. 忽视责任要素证据收集

无论D区，还是Y区，醉酒型危险驾驶判决书在论证被告人构成危险驾驶罪时采取的罪状描述方法是一致的。其核心的逻辑都是：经鉴定，被告人血液中酒精含量为……被告人构成危险驾驶罪。而犯罪构成不仅包括构成要件，还包括责任要素，即

^① 参见莫洪宪、杨文博：《刑法修正案（八）危险驾驶罪之具体认定》，载《检察日报》2011年3月14日，第3版。

^② 参见韦春发：《“隔夜醉驾”的刑法教义学解读》，载《研究生法学》2017年第4期。

行为人主观故意与过失。在对 1353 份判决进行分析时发现,没有一份判决书对被告人的责任要素进行认定和论证,在侦查阶段收集证据时对责任要素更是毫不重视,默认酒精含量达到立案标准就已经构成危险驾驶罪,均未讯问或调查行为人主观上对于醉酒及可能造成的危险状态是何种心态。

对于责任要素的证据是否应该收集,应针对不同的情形作出不同处理。对于认罪认罚的醉酒型危险驾驶罪案件,可以不对主观方面进行详细的分析论证,一方面认罪认罚的同时就意味着被告人对构成犯罪的各个要素均无异议,且愿意接受处罚;另一方面,认罪认罚案件适用的程序多数是速裁程序,而速裁程序的判决书是简化版的判决书,更不需要详细的对构成要件进行论证。但是,司法实践中仍存在一些不认罪的情况,多数判决书在分析论证时对主观罪过形式依然采取的是“避而不谈”或是推定故意的方式认定,不管被告人对责任要素作何辩解,只要酒精含量符合构罪标准,一律推定为主观方面为故意,并按有罪进行判决。

(2016)新 22 刑终 113 号二审刑事判决书^①就以一审法院忽视对主观方面的认定为由,撤销了一审判决,该判决载明“上诉人岳某某酒后休息了一个晚上,次日早晨 11 时许,在交警的指挥下挪动车辆,虽其血液中的乙醇含量刚超过危险驾驶罪的标准,但上诉人岳某某通过一夜的休息,并未意识到自己还处于醉酒状态,交警让其移车时,也没有发现上诉人处于醉酒状态,不具有危险驾驶的主观故意”。对于这类案件,责任要素的分析就有必要性。当然,对责任要素证据收集的前提是明确醉酒型危险驾驶罪的责任要素内容。

二、醉酒型危险驾驶罪之理论基础

醉酒型危险驾驶罪之所以在司法实践中存在诸多困境,一方面因为立法及司法解释有不明确之处,比如,没有明确是否存在犯罪情节显著轻微情形,对于什么是驾驶行为没有准确的界定,对于该罪的责任要素也没有明确的规定;另一方面,各省以会议纪要、实施细则等形式对该罪进行细化规定,较为混乱,部分规定突破了立法原意。除此之外,不同法院以及同一法院不同审判人员对于法律的适用有不同的理解和认定。无论从哪一方面进行原因分析,最终都离不开一个根本,即醉酒型危险驾驶罪的理论基础——抽象危险犯。也就是说,想要解决上述诸多困境,必须把抽象危险犯的问题解释清楚。

实践中有这种探讨,血液酒精含量为 81mg/100ml 的行为人甲,在道路上驾驶机动车,

^① 参见新疆维吾尔自治区哈密地区中级人民法院(2016)新 22 刑终 113 号刑事判决书,载中国裁判文书网 2017 年 1 月 13 日, <https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=8c39cfe278f748fdb5fb1cade46ca5e3>。



由于甲的酒量好，这些酒精含量对其驾驶机动车驾驶的行为影响很小。另一个血液酒精含量为79mg/100ml的行为人乙，虽然酒精含量不高，但属于酒精不耐受体质，喝完酒之后很快就出现心动过速、心律不齐、胸闷、心悸、头晕等症状。很显然乙在道路上驾驶机动车的危险性要高于甲，但是乙的行为最终会被评价为违法行为，不能被评价为犯罪，而甲的行为根据我国刑法的规定就构成犯罪。有的观点认为，这种情况的出现是因为，醉酒型危险驾驶罪在客观方面要求行为人达到醉酒驾驶的标准，而《意见》对于“醉酒”的标准界定为80mg/100ml以上，行为人乙的血液酒精含量未达到构成犯罪的标准。这种理解并没有错，这是《意见》将界定抽象的危险拟制在酒精含量上，是刑法对于危险的一个界定结果，其背后的理论支撑是危险犯的内容，体现了抽象危险犯的立法价值。

因此，抽象危险犯基本问题，是研究醉酒型危险驾驶罪的大前提，也是贯穿和指导本文关于入罪和“出刑”问题始终的理论基础。

（一）抽象危险犯的基本问题

关于抽象危险犯的概念并没有统一的说法，本文将抽象危险犯的特征组合起来进行定义，理解为：抽象危险犯是立法者将某种特定化、类型化的行为拟制为存在侵害法益的危险而犯罪化的情形。

这里需要注意三点：第一，抽象危险犯的行为是一种特定化、类型化的行为。这种行为之所以会被认定为具有很大的危险性而需要入罪，是基于大量的数据统计、实践研究和试验分析等得出的结论，这种行为存在危险的概率极高，因此需要对其进行总结，得出一个类型化的特定的行为模式，在实践中套用该行为模式的时候不应存有较大争议。比如，放火行为、销售假药的行为、醉酒驾驶机动车的行为，这种行为存在较大危险性，单就这一点看，一般社会经验和认知对此并无较大争议。第二，这种侵犯法益的危险性是拟制的危险，采取的模式是先推定后反证，即不需要控诉方去举证抽象危险是什么，但对危险有无是需要判断的。在这一观点上，张明楷教授认为具体案件如果有特殊情况，导致行为人醉酒驾驶的行为不存在任何危险，那么就不能认定为抽象的危险犯。^①同时他还以醉酒型危险驾驶罪为例进行分析，如果行为人深夜醉酒，情景又发生在没有行人、没有通行车辆的道路上，由于是不可能造成危险的情形，那么也就不能定罪。笔者认为需要补充的是，虽然特殊情况下需要认定抽象的危险是不是存在，但作为公诉机关不需要证明抽象的危险是什么，也不需要证明抽象的危险存不存在，后一事实的证明责任不应在公诉机关，而是在行为人，那么就on应该赋予行为人“反证”的权利，行为人自己拿出证据来证明个案中不可能有危险，从而证明自己的行为不具有违法性，以达到“出罪”的效果，实现司法统一认定与个案之间的平衡。如果行为人提出了“反证”，法官就应

^① 参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2021年版，第215页。

该审查和判断行为人的“反证”能否采纳。

（二）作为抽象危险犯的醉酒型危险驾驶罪

醉酒型危险驾驶行为构成犯罪是危险驾驶罪的一种类型，对于醉酒型危险驾驶罪属于抽象危险犯，学界并无争议。第一，抽象危险犯的行为是一种特定化、类型化的行为，从醉酒驾驶的立法表述看，将血液中的酒精含量特定化为80mg/100ml，将行驶的区域特定化为《道路交通安全法》中的“道路”，将驾驶的工具特定化为“机动车”，特定化之后的具体情况并不需要在司法认定过程中作价值判断，也不存在发挥主观能动性具体分析的空间，也正是如此，实践中对醉酒型危险驾驶行为的构成要件判断很少出现疑难问题。第二，醉酒型危险驾驶行为需要对一定的法益造成危险，而这种危险并没有在法律条文的表述中进行描述，没有诸如“足以……危险”“尚未造成严重后果”等字眼，说明这一犯罪行为给法益带来的危险是拟制的危险，不需要构成要件中去论证符合与否，这正符合抽象危险犯的特征。

目前，学术界对于抽象的危险是什么研究有限。通常认为，醉酒型危险驾驶行为的抽象危险是对道路交通安全造成侵害的危险，或者说使道路交通安全处于危险的状态。

三、醉酒型危险驾驶罪入罪路径优化

（一）统一犯罪构成适用标准：构成要件与责任要素

1. 明确构成要件内容

醉酒型危险驾驶罪的犯罪构成可以描述为在道路上醉酒驾驶机动车。可见构成醉酒型的危险驾驶罪，必须同时具备“驾驶人达到醉酒标准、驾驶的 vehicle 属于机动车、行驶空间为道路、行为人的行为属于驾驶”四要素，且上述要素必须同时具备、缺一不可。

关于“机动车”的认定难题主要为是否应将超标的电动自行车视为机动车，并按照危险驾驶罪入罪。超标电动自行车通常指的就是电动摩托车和电动轻便摩托车，这两种车型在技术规范上系机动车，应按照危险驾驶罪定罪量刑。

目前我国“醉酒”认定，仍采取单一的绝对标准，而大陆法系的德国、日本与我国台湾地区均采用绝对标准和相对标准相结合的醉酒认定方式。比如，德国规定了110mg/100ml的绝对标准和30mg/100ml的相对标准，行为人的酒精含量达到110mg/100ml的绝对标准之后，不用考虑其他因素，直接可以认定行为人符合“醉酒”这一情节；当行为人的酒精含量在30mg/100ml-110mg/100ml的相对标准范围之内，不能直接排除行为人犯罪的可能，需要进行类似人体平衡试验的程序，进一步判定行为人是否醉酒。笔者认为，目前我国采取的先呼气式酒精检测后血液酒精检测，最终以血液中酒精含量作为依据的醉酒认定标准，是现有科技水平下符合中国国情及执法实



际的认定途径。我国现阶段虽然无法直接建立相对标准，但是不能否认相对标准的作用，不能排除其适用，可以尝试对相对标准的建立。为控制居高不下的醉驾刑事案件，可探索将绝对值标准提高到100mg/100ml之后，对于酒精含量在80mg/100ml-100mg/100ml之间的，采取人体平衡试验，确定是否达到“不能安全驾驶”的程度，如果达到了该程度，认定为醉酒驾驶，达不到该程度的则列为行政违法行为。

危险驾驶罪中的“道路”适用《道路交通安全法》的有关规定。^①该法将道路交通管理中的道路分为三种：公路、城市道路、允许社会机动车通行的单位管辖场所，并采取不完全列举的方式列举了几个属于“道路”的区域，包括广场、公共停车场。要判断一个通行的区域是不是属于《道路交通安全法》中的“道路”，有三个可以衡量的标尺：一看是不是具备公共通行的基本属性；二看是不是有管辖的相关单位；三看该区域或设施是不是符合汽车类机动车安全通行的技术条件。根据这三个标准，为统一认识、统一裁判，可以将这些区域作以下区分：第一，农村自修自建，可以通行汽车的乡村路，可以认定为道路；第二，允许社会机动车通行的城市开放式生活小区通行区域可认定为道路；第三，机关、学校、单位大院内不通行社会车辆的区域，不属于道路；第四，油区、矿区、林区、景区自建的不通行社会车辆的专用通行区域不认定为道路；第五，封闭式小区，主要指那些只允许业主、与业主有关系、与物业有关系的车辆通行，不允许无关人员、车辆通行的小区，这种小区的通行区域不认定为道路。

关于“驾驶”的认定，主要有“运行说”和“控制说”两种学说观点。^②本文倾向于“运行说”，认为驾驶要使车辆产生位移，无论是长距离位移还是短距离位移，车辆只有动了才能产生危险。“驾驶”的认定难点在于三种特殊的驾驶行为认定：第一，进入车内，坐在驾驶座，并未发动引擎。包括两种情形，第一种是醉酒进入驾驶座休息；第二种是进入驾驶座之后开始饮酒。对于第一种，因只有醉酒，车辆未发生位移，不符合驾驶要素；第二种进入驾驶座饮酒，只喝酒没有开车的行为，车辆仍未发生位移。因此这两种情形均不属于刑法意义上的驾驶行为。第二，醉酒坐在驾驶座，发动引擎未驶出即被查获。这种情形下只是做好了驾驶的预备工作，而不能视为驾驶行为本身。第三，在道路上短距离驶出，要么是道路挪车，要么是低速短距使汽车刚发生位移，并未进入正常行驶状态。针对此种情形，笔者认为，由于汽车一旦发生位移，危险状态就随之产生，因此仍属于驾驶行为。

上述分析的“醉酒”“驾驶”“机动车”“道路”，均是醉酒型危险驾驶罪的构成要件，对于醉酒型危险驾驶行为带来的后果即抽象的危险，不属于构成要件要素，是在进行

① 参见《道路交通安全法》第119条第1项：“道路，是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方，包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。”

② 参见李朝晖：《交通犯罪论》，中国法制出版社2018年，第140页。

不法分析时的一个环节，属于结果的违法性的分析。

2. 明确责任要素内容

危险驾驶罪的主观罪过究竟是故意还是过失，一直是学界争议的焦点。笔者赞同多数观点，认为醉酒型危险驾驶罪责任要素为故意，具体是指行为人对自己酒后驾驶行为持明知故意的心态，对于给公共安全可能带来的危险结果持希望或放任的心态，即对酒后驾驶的行为是故意的，就视为对可能造成的危险也是故意的。

关于认识因素的内容，主要包括三部分：一是行为人只需要认识到自己喝了一定酒，可能处于醉酒的状态；^①二是认识到自己正在驾驶机动车；三是对于抽象危险的认识，由于这种抽象的危险是拟制的危险，那么行为人只要醉酒驾驶，必然会触发立法所拟制的抽象危险，因此不需要证明行为人对是否产生抽象的危险存有认识，直接可以推定在可能处于的醉酒状态下驾驶机动车将引发抽象的危险。

关于意志因素的内容，对结果的希望和放任都可以是故意犯罪的意志因素。对这一问题分析清晰后，便可以解决隔夜醉驾的问题。行为人在酒后的第二天，如果尚有不清醒的感觉，却驾驶机动车的，应当将这种尚不清醒状态下的驾驶行为视为放任的态度，那么对其产生的抽象危险也视为放任的态度。但如果第二天行为人感觉彻底清醒，没有醉酒的感觉，在道路上驾驶机动车，那么行为人对自己实际上系醉酒驾驶的行为既不是希望也不是放任，而是过失，就不能按照危险驾驶罪定罪处罚。

（二）明确醉酒驾驶自首的情形：强制措施之前

关于醉酒型危险驾驶罪自首的认定，争议最大的问题是该罪有没有构成自首的可能。有的观点认为，醉酒驾驶被查获根本不存在自首的时间，也就是说实施醉酒驾驶犯罪行为的时间与交警查获的时间重合，因此不存在自首的情形。笔者认为，该罪是否存在自首的可能，虽与交警执法的方式有很大关联，但仍具有理论探讨意义，倾向于认为存在自首的可能，且需要具体情形具体分析。醉酒型危险驾驶罪的自首仍需要满足“自动投案”和“如实供述”这两个要素。

以最常见的情形为例，行为人在交警设岗排查时被查获，能不能构成自首？有的观点认为，刑法中设立自首的初衷有两方面：一是使行为人停止继续犯罪，改过自新；二是促使侦查机关及时侦破案件。对于此种类型的醉酒驾驶，被查获之后行为人就没有继续犯罪的可能，呼气式酒精测试后会对行为人进行血液酒精测试，鉴定结果出来后证据就基本充足和完备了，如果此种情形认定为自首，有违设立自首的初衷，一定程度上也会导致自首的滥用。^②笔者认为，根据《关于公安机关办理醉酒驾驶机动车犯罪案件的指导意见》的规定，交警查获之后，对行为人先会进行呼气式酒精测试，

^① 参见张明楷：《危险驾驶罪的基本问题——与冯军教授商榷》，载《政法论坛》2012年第6期。

^② 参见曾丹：《醉酒型危险驾驶罪适用自首的几种情形》，载《人民检察》2019年第12期。



视情形进行血液酒精测试，经检验驾驶人血液酒精含量达到醉酒驾驶机动车标准的，一律以涉嫌危险驾驶罪立案侦查。但血液酒精检测要求送检3日内出鉴定结果。因此，血液酒精检测结果出来之前属于尚未立案的阶段，可以口头传唤其到指定地点接受调查，有条件的可以对当事人现场调查询问，对犯罪嫌疑人采取强制措施的，应当及时进行讯问。该“意见”还规定犯罪嫌疑人企图自杀或者逃跑、在逃的，或者不讲真实姓名、住址，身份不明的，以及确需对犯罪嫌疑人实施羁押的，可以依法采取拘留措施。也就是说，呼气式检测之后，血液酒精检测鉴定结果出来之前，可不对行为人讯问或采取刑事强制措施，而是电话或口头传唤接受调查，待鉴定结果出来符合刑事立案标准后再采取强制措施，因此这个时候行为人依然有“逃跑”的可能，依然可能影响侦查行为的顺利进行，这个时候行为人主动接受调查，不逃避侦查行为应视为“自动投案”，如实供述后应视为自首。D区判决中认定自首的案件，被告人就是经电话传唤到案并如实供述了犯罪事实，以自首处理符合规定。而Y区判决书93%未按自首处理，与浙江省2019年的醉驾会议纪要有关，该“纪要”规定，呼气式酒精检测只要达到醉驾标准就要刑事立案，并讯问犯罪嫌疑人及采取强制措施，因此一定程度上限制甚至剥夺了犯罪嫌疑人自动投案的机会，导致无法认定自首。

（三）完善轻微型醉驾“出刑”路径：附前提之相对不起诉

本文所指的“出刑”，是指构成犯罪但最终未被刑罚处罚的情形。此处的“刑”可以理解为“刑罚处罚”，此处的“最终未被刑罚处罚”主要有两种情形，一种是犯罪情节轻微，公诉机关相对不起诉；另一种是犯罪情节轻微，审判机关作出免于刑事处罚的情形。

1. 醉酒型危险驾驶行为不宜依据“但书”出罪

抽象危险犯的性质排除了对满足本罪抽象危险的行为仍然出罪的可能。根据抽象危险犯的性质，只要个案满足了该罪的犯罪构成要件，其具体的犯罪情节均不得成为否定本罪成立的理由。构成醉酒型危险驾驶罪需要四个要素全部具备，即行为人在道路上、有驾驶的行为、驾驶的是机动车、行为人的血液酒精含量超过80mg/100ml。这四个要素之中，如果按照但书中“犯罪情节”的表述，只有酒精含量有幅度可以衡量，但是如果超过80mg/100ml，就构成犯罪，反之就不构成犯罪。此时不能再说83mg/100ml，这是因为刚刚超过80mg/100ml，属于犯罪情节显著轻微就不构成犯罪。这就导致构罪标准的混乱，我们不能既说83mg/100ml构成犯罪，又说83mg/100ml不构成犯罪。一旦符合构成要件，就视为产生了抽象危险的后果，不存在“危害不大”的说法。

醉酒型危险驾驶行为不可以依据“但书”出罪，不代表没有出罪的可能，可依据不符合犯罪构成出罪。比如，醉酒在车内休息未启动，醉酒驾驶非机动车，在封闭小区醉

酒驾驶机动车。除此之外,还有一种情形目前尚未得到司法实践认同,但笔者认为也可作为出罪依据,即行为人提出有效“反证”足以推翻抽象危险。抽象的危险作为一种犯罪后果,虽不是构成要件要素,但是违法性分析的环节,属于论证犯罪构成的一环。危险驾驶罪是抽象危险犯,抽象危险的存在不需要司法机关去证明,醉酒驾驶机动车这一类型化的行为只要产生,就视为存在抽象的危险。但这种立法拟制在于免除司法机关的证明义务,并不能禁止个案中的行为人享有“反证”的权利。反证制度的建立,就是给予行为人一个证明的权利,证明的内容是其在个案中的行为不存在危险,如果行为人可以提出证据证明,经司法机关认定后,可以不符合违法性为由进行出罪处理。

2. 醉酒型危险驾驶行为不宜一律“入刑”

在酒文化底蕴深厚的我国,醉酒和驾驶这两个行为单独来看,都是大众行为,但不可否认的是,醉酒驾驶对道路交通安全的威胁毋庸置疑。为了降低直至消除这种危险,刑法将醉酒驾驶的行为认定为犯罪行为,而且采取了抽象危险犯的认定模式。在本罪的规制上,司法面临两种选择:一种是进行重刑治理,既然入罪了就一律判处刑罚;另一种是循序渐进,对轻微醉驾行为先入罪,然后给予“出刑”处理。多数司法机关为了便于操作统一标准,采取第一种处理方式,笔者倾向于采取第二种处理方式。

符合醉酒型危险驾驶罪犯罪构成的应一律入罪,但不必一律入刑。2021年全国“两会”之际,全国人大代表、全国人大宪法和法律委员会副主任周光权教授提出了一份《关于修改醉驾犯罪标准,有效减少社会对立面的议案》,议案指出每年30万余人打上“罪犯”的烙印,使数万家庭陷入窘境。长此以往,无论对于国家、社会还是醉酒驾驶者个人来说,都是巨大的损失,属于司法和个人的“两败俱伤”。因此,对“出刑”问题的研究也呼应了周光权教授的提议。

“出刑”的前提是“犯罪情节轻微”,综合浙江省、四川省、陕西省、上海市、重庆市等地的醉驾量刑文件,建议对于“犯罪情节轻微”可采取“正向条件”加“反向限制”的方式进行明确,即血液酒精含量在X mg/100ml以下,且无从重情节的,可以犯罪情节轻微为由不起诉或免于刑事处罚,以达到“出刑”的目的。在规定从重情节的时候,可考虑无证、造成轻伤以上后果、高速公路上驾驶、逃跑、抗拒检查、曾因酒驾受过处罚等要素。此外,这些从重情节亦可以规定为从严或禁止适用缓刑的情形,以保持较为均衡的缓刑适用率。

3. 现有的“出刑”路径及缺陷

现有“出刑”路径共有两种:一是审查起诉阶段的公诉机关不起诉;二是审判阶段判决免于刑事处罚。D区和Y区1353份醉驾判决无一例免于刑事处罚的案件。判决免于刑事处罚虽然作为醉驾“出刑”的路径之一,但是这种方式“出刑”的可能性极小。

与判决免于刑事处罚的不常见相比,自醉驾入刑以来,各地检察院多是以相对不



起诉制度实现醉酒型危险驾驶罪的“出刑”。综合考虑被告人的血液酒精含量、被告人驾驶的机动车的类型、醉酒驾驶时的速度、是不是造成交通事故、是不是认罪悔罪等情形来决定是否作出相对不起诉决定，为醉驾案件“出刑”开辟了一条实质、高效、可推广的路径。但目前的相对不起诉制度存在一定问题，对行为人相对不起诉之后，司法机关无法对其进行惩罚和约束，行为人付出的代价太小，行为人所承受的惩罚有限，不利于打击犯罪目的的实现，因此有必要在此基础上探索完善新的“出刑”路径。

4. 附前提之相对不起诉

附前提之相对不起诉并不是一种法律规定的现有制度模型，是一种为相对不起诉制度附加前提条件的制度模型探索。简言之，就是行为人只有完成公诉机关不起诉设定的前提，才能取得不起诉的资格。

第一，在前提设置上，可要求行为人写悔过书、保证书，有被害人的积极向被害人道歉。从正面分析，刑罚的特殊预防功能就是防止犯罪的人再犯罪，用刑罚的威慑和教育感化功能，使犯罪的人真诚悔罪，认识到犯罪的危害，强化对法律的忠诚信仰，从而不再犯罪。为相对不起诉设置悔过的前提，从而使非刑罚的处罚方式能达到特殊预防的目的，最大化的实现法律效果和社会效果的统一。从反面分析，如果行为人仅是犯罪情节轻微，没有悔过的意思，对这种行为人“出刑”并不符合“出刑”的前提和目的，那么就更要设置程序和条件促使行为人真诚悔罪。在前提设置上，还可要求完成一定工作量的社会公益服务。比如交通协管、禁酒驾宣传等，监督公益服务执行的机关可以是外包的第三方社会服务机构，也可以是街道或社区工作人员。

第二，达不到前提设置的要求时，应明确不对行为人作出相对不起诉决定。既然为相对不起诉设置了前提条件，就理所应当的明确达不到条件时的不利后果。附前提的意义就在于，当完成前提条件时准予相对不起诉；当未完成时，就不能准予相对不起诉，这也是对认罪悔罪及公益服务的激励和督促。

（四）突破现有证据规则：设置反证制度

前文所述，醉酒型危险驾驶罪的抽象危险结果，在犯罪构成中并非事实判断的构成要件要素，而是需要在违法性分析时进行价值判断。抽象危险犯要求有危险的存在，当然也要对危险进行判断，由于抽象的危险是拟制的危险，不需要控方像对传统的实害犯那样开展繁琐的举证工作，^①进行价值判断时不需要公诉机关去论证或举证这种抽象的危险是什么、是否存在，直接可以进行下一步责任要素的判断。但立法在拟制的时候，并不能概括现实中的一切状况，会存在个案的偏差。为了在维护立法拟制的同时弥补个案偏差，建议设置反证制度，允许行为人提出反证。反证的目的是提出行为不存在抽象危险，

^① 参见周光权：《论通过刑法减轻控方责任——兼及刑法与刑事诉讼法的协调》，载《河南省政法管理干部学院学报》2007年第5期。

将这一待证事实提交法官查明，由法官进行判断，得出结论，若法官查明事实后认为行为人的行为没有抽象的危险，行为人就可以出罪，反之要承担举证不力的法律后果。

1. 反证的内容

反证的内容，是要解决反证证明什么问题。笔者认为反证是要证明立法拟制的这种危险不存在，也就是说行为人虽然符合醉酒型危险驾驶罪构成要件，但其行为不会产生侵害道路交通安全的危险。这需要解决三方面的问题：一是判断的素材是什么？二是判断的时间节点是什么？三是判断采用认知标准？

针对第一个问题，应当以证据体现出来的“行为时行为人认识到的内容”为素材来判断行为人所述是否属实。比如，在对外开放的停车场，甲深夜三点醉酒后叫了代驾，在停车场门口等候，甲将车从停车场单行的道路开出来到停车场门口，甲上车前环顾四周，停车场空无一人。这个案例中，行为人如果提交了停车场明显的单行标志、停车场深夜三点的监控、代驾订单、代驾司机的证言等证据，法官就应该根据行为人提供的相关证据查明“行为人所述自己知道这个停车场是单行道是否可信”“其进入车内之前环顾了四周确认没有人是否真实”“代驾在门口等候是否真实”三个内容，从而认定行为人的行为是否产生抽象的危险。

针对第二个问题，判断的时间节点应是法官事后以当事人视角对行为人进行“事中判断”，也就是判断行为人醉驾时的行为是否有抽象危险，而不是事后综合各种信息以“上帝视角”感知来龙去脉。

针对第三个问题，应采取一般社会大众的认知标准来判断，而不是以行为人的认知为标准。行为人标准是以行为人本人的经验和知识水平为基础判断的，行为人认为不存在抽象危险那么就否认抽象危险的存在，这种标准显然不可用。一般社会大众的标准，要求具有正常辨别能力和判断能力的人以他们的认知标准去判断抽象危险是否存在。

综上，抽象危险的判断要基于行为人行为时认识到的事实，以一般社会大众的认识标准判断，行为人抽象危险是否存在。

2. 反证的程序

根据刑事案件的办案流程，发现犯罪行为之后，先由侦查机关侦查，移送审查起诉之后，由公诉机关审查起诉，最后由审判机关进行定罪量刑。那么，当行为人认为自己的个案行为不存在危险时，从侦查阶段就可以提起。但是，为了防止侦查机关的权力过大，侦查机关认为不构成犯罪的，应向公诉机关提交不起诉意见书，由公诉机关对因反证不移送审查起诉的案件进行法律监督和审核，审核通过的可不进入诉讼阶段。若在侦查阶段未采纳反证的证据，在审查起诉阶段，行为人依然可以向公诉机关提起，当然最终案件进入审判程序之后，也可以向审判机关提出。

（责任编辑：崔婷婷）



电信网络诈骗犯罪指定管辖问题研究

刘开元*

内容摘要：对于电信诈骗等网络犯罪案件，多地司法机关均具有管辖权，当前大多由上级机关指定管辖。从指定管辖的适用情况看，主要存在适用情形不断泛化且愈发错位、指导原则粗疏、指定管辖标准不明、公检法三机关在指定管辖中关系混乱等问题。究其原因，主要在于我国诉讼构造与管辖模式的固有缺陷以及对网络犯罪研究的相对滞后。应当进一步完善制度，兼顾公正与效率、形式理性与实质理性，限缩指定管辖适用情形的范围，规范指定管辖的程序指引，明确指定管辖的适用依据，健全指定管辖的配套保障机制。

关键词：网络犯罪；电信诈骗；指定管辖

中图分类号： **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)02-000-000

一、问题的提出

近年来,电信网络诈骗犯罪呈现多发高发态势。^①最高人民法院2019年发布的《网络犯罪特点和趋势》专题报告显示,2016年至2018年三年间,网络犯罪案件数量和占比不断攀升,其中涉及诈骗罪的案件量在全部案件数量中占比最高,达到30%,团伙诈骗的案件占比呈逐年上升趋势,电信网络诈骗犯罪涉众性特征愈发凸显。最高检察院公布的数据显示,2020年全国检察机关办理网络犯罪案件数量较上年增加54%,其中,上半年起诉利用电信网络手段实施的诈骗犯罪32463人,同比上升77.1%。在一些大中城市,电信网络诈骗发案量在刑事案件中的占比持续攀升,大案要案频发,造成民众财产损失巨大,打击治理电信网络诈骗犯罪工作形势非常严峻,完善涉及电信网络诈骗犯罪的规范迫在眉睫。

由于电信网络诈骗犯罪具有跨地域、涉众性、多层次以及非接触等特征,同一案件往往涉及众多分布广泛的犯罪嫌疑人和被害人,依据传统管辖理论的属地原则、属人原则及法律、司法解释、部门规章的规定,可供选择的管辖连接点^②众多,多地均

* 刘开元,中国政法大学刑事司法学院硕士研究生。

① 参见潘铎印:《坚决遏制电信网络诈骗犯罪多发高发态势》,载《民主与法制时报》2021年4月15日,第2版。

② 通说认为,管辖连接点是指法律所规定的管辖地,起到将办案机关与案件连接起来的作用。网络犯罪案件中常见的连接点包括:服务器所在地,网络服务提供者所在地,被侵害的信息网络系统及其管理者所在地,犯罪过程中被告人、被害人使用的信息网络系统所在地,被害人被侵害时所在地和被害人财产遭受损失地。

有管辖权进而引发管辖竞合的现象成为常态，管辖权争议接连发生，不利于及时打击犯罪和维护司法公正。因此，作为法定管辖原则重要补充的指定管辖制度的价值得以凸显，在确定管辖权的过程中发挥着重要作用。

但是，由于当前指定管辖的依据、适用情形、程序等规定均存在一定的不足和局限，涉及电信网络诈骗犯罪的规范之间存在诸多矛盾，对指定管辖制度的完善滞后于电信网络诈骗犯罪的态势变化，使得指定管辖合理配置司法资源、保障程序正义与实体正义实现的功能未能充分发挥，因此，进一步修改完善指定管辖制度，以适应打击电信网络诈骗犯罪的需要，具有很强的现实必要性。

二、电信网络诈骗犯罪案件指定管辖制度的适用

2021年4月，笔者在S省公安机关进行了调研，通过访谈等形式了解该省电信网络诈骗案件中指定管辖的情况，同时查阅了“裁判文书网”上涉及电信网络诈骗犯罪指定管辖的417件案件，对于当前指定管辖在电信网络诈骗案件中的适用情况以及存在的问题和不足进行了实证研究。

（一）指定管辖的适用要求

指定管辖的适用需要具备必要条件，遵循特定要求。

1. 适用情形。对于指定管辖的适用情形，《刑事诉讼法》规定“管辖不明”一种情形，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》（以下简称《刑事诉讼法解释》）规定“因本院院长需要回避或其他原因，不宜行使管辖权”“管辖权发生争议且协商未果”“管辖不明”“有关案件，由犯罪地、被告人居住地以外的法院审判更为适宜的”等四种情形，《公安机关程序规定》规定“管辖权不明确或有争议”“情况特殊”等两种情形，《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称《检察院刑诉规则》）规定“管辖有争议”“需要改变管辖”“需要集中管辖的特定类型的案件”“其他需要指定管辖的案件”等四种情形；《办理网络犯罪案件意见》规定“多层级链条、跨区域的网络犯罪案件”“特殊情况下由异地公安机关立案管辖更合适的跨省重大网络犯罪案件”“审查后发现受案机关没有管辖权”等三种情形；《办理电信网络诈骗案件意见》规定“产生管辖权争议且协商未果的”“在境外实施的”“多层级链条、跨区域的网络犯罪案件”等三种情形；《检察院网络犯罪案件规定》规定“因跨区域犯罪、共同犯罪、关联犯罪等原因存在管辖争议”三种情形。

2. 适用原则。对于指定管辖的适用原则，《办理网络犯罪案件意见》和《办理电信网络诈骗案件意见》规定相同，即“有利于查清犯罪事实、有利于诉讼”；《检察院网络犯罪案件规定》规定“有利于查清犯罪事实、有利于保护被害人合法权益、保证案件公正处理”。

3. 适用主体。对于指定管辖的主体，《公安机关程序规定》《办理电信网络诈骗案件意见》以及《办理网络犯罪案件意见》规定相同，即“共同上级公安机关”。其中，《办



理网络犯罪案件意见》还规定跨境案件和有特殊情况需异地办理的跨省重大案件由公安部直接指定。《刑事诉讼法》《刑事诉讼法解释》和《检察院刑诉规则》规定相同,即“上级机关”,法院为“上级法院”,检察院为“上级检察院”。《办理网络犯罪案件意见》规定:“人民检察院对于公安机关提请批准逮捕、移送审查起诉的网络犯罪案件,第一审人民法院对于已经受理的网络犯罪案件,经审查发现没有管辖权的,可以依法报请共同上级人民检察院、人民法院指定管辖。”

4. 协商要求。对于司法机关对指定管辖的协调,《公安机关程序规定》规定“对管辖不明确或者有争议的刑事案件,可以由有关公安机关协商。协商不成的,由共同的上级公安机关指定管辖”;《检察院刑诉规则》规定“对管辖不明确的案件,可以由有关人民检察院协调确定管辖”“对四类案件^①的审查起诉指定管辖的,人民检察院应当与人民法院协商一致。对需要集中管辖的特定类型的案件的审查逮捕指定管辖的,应当与相应的公安机关协商一致”;《办理电信网络诈骗案件意见》和《检察院网络犯罪案件规定》规定相同,即“公安机关或检察机关对管辖权有争议的,协商解决”,《刑事诉讼法解释》规定了协商时限,即“应当在审理期限内协商解决”。

(二) 指定管辖的司法适用

1. 指定模式。司法实践中,指定管辖的方式,在侦查阶段一般是逐级指定,如“彭丽君、王辉等诈骗案”,公安部指定浙江省公安厅管辖,浙江省公安厅指定温州市公安局管辖,而温州市公安局则指定瑞安市公安局管辖,经过三次指定后最终确定管辖机关。^②在审查起诉和审判阶段,则是“一步到位”由上级机关直到最高机关指定,如“刘长洪诈骗案”,由江苏省高级人民法院指定连云港市东海县人民法院管辖。^③再如“刘凯、乔禹诈骗案”,最高人民法院指定天津市河北区人民法院进行管辖。^④

2. 指定情形。指定管辖的适用情形在侦查阶段主要有两类:一是案情重大复杂,包括因网络交易、技术支持、资金支付结算等关系形成多层次链条、跨区域的网络犯罪案件和跨境的重大案件;^⑤二是案情特殊,包括因特殊情况需要异地指定管辖、管辖权出现争议的案件。审查起诉、审判阶段则主要适用于经审查发现本机关对受理案件无管辖权的案件,方式是报请上级机关指定管辖。

3. 指定条件。确定管辖机关的条件,侦查机关一般以侦办力量、与案发地之间的距离、办案经验、是否参与前期侦查等为考量因素。对管辖权有争议案件的指定管辖,一般根据立案先后顺序、侦查工作的进展程度、侦办力量的强弱、侦办经验的丰富程度等因素确定。针对多层次链条、跨区域或者跨境的重大案件,指定的管辖地相对分散,对管辖

^① 管辖权有争议的案件、需要改变管辖的案件、需要集中管辖的特定类型的案件和其他需要指定管辖的案件。

^② 参见彭丽君、王辉等诈骗罪案,浙江省瑞安市人民法院(2017)浙0381刑初1450号刑事判决书。

^③ 参见刘长洪诈骗罪案,江苏省东海县人民法院(2021)苏0722刑初504号刑事判决书。

^④ 参见刘凯、乔禹诈骗罪案,天津市河北区人民法院(2019)津0105刑初128号刑事判决书。

^⑤ 近年来,随着公安机关持续深入开展针对国内电信网络诈骗犯罪窝点的专项打击行动,多层次链条、跨区域的电信网络诈骗犯罪团伙开始逐渐向东南亚等地转移,因此,同一案件既符合“多层次链条、跨区域”特征,也符合“跨境”特征的情形越来越频繁出现。

权有争议的案件,指定被害人相关地^①的居多。审查起诉和审判阶段指定的管辖地与侦查阶段基本保持一致,极少出现指定侦查机关所在地以外的司法机关管辖的情况。

4. 指定协商。侦查机关系统内部指定管辖机关的协商,一般由上级机关在综合考量案情和办案力量配置等因素的基础上,与具有相同或近似条件的机关协商确定具体管辖机关。侦查机关与检察机关之间的协商,则采用口头协商与书面协商两种方式,以口头协调为基础,以书面协调为工作方式。如刘光浩、陈义、尹超超等诈骗案中,公安机关和检察机关便是在口头协调达成一致意见后由公安机关向检察机关发送商请函进行正式工作协商。^②公安机关与检察机关之间在侦查机关对不具有直接关联性的案件^③是否有权并案管辖等问题存在分歧时,公安机关一般选择直接报上级机关指定管辖。

三、电信网络诈骗犯罪案件指定管辖存在的问题

我国法律、司法解释与规范性文件对指定管辖的规定比较完善,基本可以满足一般刑事案件的需要,但是,对于电信网络诈骗犯罪案件而言,由于该类犯罪涉及地域广、人员多,情况复杂,现有立法难以满足此类案件指定管辖的需要,一定程度上影响了指定管辖在司法实践中的适用效果。

(一) 指定管辖的适用范围扩张

《刑事诉讼法》规定指定管辖适用于“管辖不明”的案件一种情形,司法解释和规范性文件则增加了“管辖权争议”“异地管辖更合适”“多层级链条、跨区域的网络犯罪案件”“受案后发现没有管辖权”等多种不同情形。而且,司法解释和规范性文件赋予了办案机关较大的自由裁量权,使指定管辖在司法实践中的适用范围越来越大。如《检察院刑诉规则》规定的“其他需要指定管辖”的情形。而且,不同法律规范的适用条件不一致甚至冲突。如司法解释和规范性文件中“管辖争议”“多层级链条、跨区域的网络犯罪案件”“在境外实施的案件”等指定管辖适用情形,与《刑事诉讼法》规定的“管辖不明”并不一致,甚至并无关联。再如《办理网络犯罪案件意见》和《办理电信网络诈骗案件意见》规定的“多层级链条、跨区域的网络犯罪案件”“在境外实施的案件”等情形具有排他性色彩,与司法解释所规定的“管辖争议”“管辖不能”“管辖不宜”存在内涵、外延上的不一致,前者强调案件的复杂性、重大性,后者则强调案件中管辖权的冲突。

(二) 指定管辖的确立依据不明

指定管辖是通过人为手段确定或者变更管辖权的一种特殊方式,是一般管辖制度

① 被害人相关地包括被害人使用的网络信息系统所在地、被害人被侵害时所在地,被害人遭受财产损失地等。

② 参见刘光浩、陈义、尹超超等诈骗罪案,安徽省宿州市中级人民法院(2020)皖13刑终219号之一刑事裁定书。

③ 对不具有直接关联性的两起案件能否并案管辖,是实践中公安司法机关面临的一大难题。所谓不具有直接关联性,是指因帮助信息网络犯罪活动行为产生关联但没有共同犯意的两个犯罪行为之间的关系,例如甲为乙实施电信网络诈骗行为提供技术支持的同时也为丙实施网络赌博行为提供了支持,此时乙与丙的两个犯罪行为之间不具有直接的关联性。



的例外和补充。其指导原则应同时契合刑事诉讼的基本价值理念、管辖的制度定位以及自身的特殊性。^①因此,应当对指定管辖作出详细具体的制度规定。但是,现有法律规定并未完全达到这一要求,主要表现为规定过于原则,程序性规定不足,可操作性不强。如《办理网络犯罪案件意见》和《办理电信网络诈骗案件意见》确定的“有利于查清犯罪事实,有利于诉讼原则”(即“两个有利于原则”)^②强调了实体公正与诉讼效率的保障与兼顾,但是未能体现电信网络诈骗犯罪的特殊性,化解电信网络诈骗犯罪指定管辖难题的针对性不强。再如,《检察院网络犯罪案件规定》规定了“有利于保护被害人合法权益”“保证案件公正处理”两个原则,增强了案件管辖确定的针对性,但是仍然过于粗疏,可操作性不强。

(三) 指定管辖程序指引性不足

现有规范的程序指引性不强,表现在启动指定管辖不规范和前置性协商机制不明确两方面,导致司法机关在指定管辖的启动时间、指定方式、协商程序等方面做法不统一。启动时间上,有的公安机关在侦查程序开始之初就启动指定管辖,有的公安机关侦查结束后才启动指定管辖。指定方式上,侦查机关和审判机关指定方式不一致,侦查机关采取逐级、多次指定方式,而审判机关则采取“一步到位”方式跨层级指定。协商程序上,现有规定过于原则,没有对协商的形式和主体,以及“应当协商”“可以协商”的适用情形和条件作出明确规定,可操作性不强。特别是,由于不同机关作出的协商规定存在抵牾,导致不同机关采取不同的协商方式,影响协商效果。比如侦查机关与检察机关之间虽然协商频繁,但不同地区、不同机关做法各异,口头协商和书面协商同时存在。

(四) 公检法在指定管辖中的关系错位

首先,法律规定与司法适用错位。《刑事诉讼法》只规定了指定审判管辖,而没有规定指定侦查管辖。据此,进行指定侦查管辖应依照指定审判管辖的规定,由法院依法确定管辖法院,公安机关根据管辖法院确定相应的侦查机关。司法实践中,侦查机关确定侦查管辖地时,审判机关并不介入,而进入审判阶段指定管辖程序时,审判机关又通常不会对侦查指定管辖的结果做出改变,^③从而使侦查机关对审判指定管辖具有事实上的预决力,法院从法律规定的主导者变成事实上的被动接受者。

其次,司法解释与规范性文件赋予公安机关指定管辖权过大。一是检察机关对公安机关监督制约规定不足。现有规范性文件仅规定公安机关“抄送”指定管辖决定书至同级司法机关,而对检察机关如何具体行使法律监督职能等未作出明确规定。二是侦查阶段指定管辖的程序约束力过大。《办理电信网络诈骗案件意见》规定:“公安机关立案、并案侦查,或因有争议,由共同上级公安机关指定立案侦查的案件,需要提

① 参见陈光中主编:《刑事诉讼法》,北京大学出版社2021年版,第119-120页。

② 潘侠:《化解网络犯罪指定管辖难题》,载《中国社会科学报》2021年2月3日,第4版。

③ 在“裁判文书网”公开的涉及电信网络诈骗犯罪的417个案例中,指定审判管辖的结果与指定侦查、检察管辖的结果均保持一致。

请批准逮捕、移送审查起诉、提起公诉的,由该公安机关所在地的人民检察院、人民法院受理。”^①根据该规定,指定侦查管辖结果对审查起诉和审判管辖具有程序约束力,事实上限制和剥夺了《刑事诉讼法解释》《检察院刑诉规则》《实施刑事诉讼法规定》赋予检察、审判机关的审查起诉、审判指定管辖权。司法实践中,对于跨地域、多层级或者跨境的案件,指定管辖成为程式化的备案,实质作用不大。近年来,公安机关办理电信网络诈骗犯罪案件时,多采用以集中行动、专项行动为主的办案模式。此时,主导侦办的是上级公安机关(以公安部、省级公安机关为主),无论是线索移交还是案件交办,均由上级机关统一部署,不会产生管辖权争议,上级机关做出指定管辖决定趋向程式化。而且,对于管辖权有争议的案件,没有严格遵循“有利于查清犯罪事实,有利于诉讼”原则,大多按照受理案件的时间先后指定报案管辖,不利于发挥指定管辖的灵活性对实体公正的保障作用,也不利于发挥刑事审判的教育、预防功能。^②

四、电信网络诈骗犯罪指定管辖存在问题的原因

电信网络诈骗犯罪案件指定管辖适用中出现的问题,与我国诉讼构造与管辖模式、指定管辖制度的不完善密切相关,具体而言可以从三个方面理解:

(一) 诉讼构造与管辖模式不协调

我国《刑事诉讼法》确定了“以审判为中心”的管辖模式,即只规定法院的管辖权,而不单独规定侦查、审查起诉管辖权。如此设定可以保障审判的中心地位和司法权威。但是,这种管辖模式的选择与我国现行诉讼构造之间存在矛盾与冲突。当前,我国虽然正在进行以审判为中心的刑事诉讼制度改革,但改革仍在进行之中,现行的刑事诉讼程序仍然是“流水作业式”的构造模式,即“侦查、起诉、审判三阶段互相平行,首尾相继”的流水线型构造。^③在这一构造中,侦查机关独立于诉讼进程之外的同时却对案件的审理结果产生重要影响,审判阶段呈现出一种“离心化”的倾向。^④因此,“以审判为中心”的管辖模式与“流水作业式”诉讼构造形成了一定的张力,导致法定的管辖模式在诉讼构造的影响下产生实际运行的异化,一定情形下侦查管辖仍具有决定作用,背离了法定的管辖要求。

(二) 指定管辖的地域标准宽泛化

网络空间是不占据实体位置,以数字化形式存在的虚拟空间。现实中的公安、检察、审判机关无法直接通过网络空间确定管辖权,必须将网络空间与现实中的地域划

① 《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》第5条。

② 参见龙宗智、白宗钊、谭勇:《刑事诉讼指定管辖若干问题研究》,载《法律适用》2013年第12期。

③ 参见陈瑞华:《从“流水作业”走向“以裁判为中心”——对中国刑事司法改革的一种思考》,载《法学》2000年第3期。

④ 参见魏晓娜:《以审判为中心的刑事诉讼制度改革》,载《法学研究》2015年第4期。



分连接起来,实现从网络空间到现实空间的转移。^①但是,梳理近年来规范的发展脉络,可以发现,受到域外“最低联系理论”^②的影响,网络犯罪管辖连接点不断泛化,诸如“服务器所在地”“计算机信息系统所在地”均被规定为网络犯罪的法定管辖地,而往往同一起电信网络诈骗犯罪案件中可能涉及分布在不同地域的多个服务器和信息系统,这就造成同一案件法定管辖地数量繁多,管辖竞合和管辖争议问题不断出现,指定管辖原则和程序指引性不足的短板被不断放大。这反映出规范制定者未能及时把握网络空间与现实之间的差别,没有把握法律对行为的规范要以人为中心的立法要求。因为,网络空间的虚拟性和现实的牵连关系主要是受到犯罪主体及其行为而非工具的影响,因此在适应网络犯罪的新变化,增加网络犯罪管辖连接点不可避免的趋势下,应注重倾向增加“人的所在地”而非“设备所在地”。

(三) 指定管辖与并案管辖不协调

电信网络诈骗犯罪呈现出跨境、跨地区、多区域的特征,对于同一犯罪案件,提供技术支持的以及帮助资金支付结算的行为可能分处各地独立进行。这是传统刑法理论中的帮助行为逐渐疏离正犯,而趋于类型化的表现。^③对此,实体法通过“帮助行为正犯化”的立法模式予以回应,起到了积极的作用。相比之下,程序法尚未予以充分回应,对此类案件可能涉及到的多个相互之间不具有直接关联的案件,仍规定由上级机关指定管辖,大大增加了办案过程中的人力成本和时间成本。对此,应当通过修改立法、司法解释和规范性文件,扩大办案机关并案管辖权,限缩指定管辖适用情形的范围。

五、电信网络诈骗犯罪案件指定管辖的完善路径

为了有效回应电信网络诈骗案件中出现的問題,促进刑事诉讼程序的科学化发展,应当从指导思想、适用情形、程序指引和制约机制等方面完善制定管辖制度。

(一) 确立指定管辖的指导思想

1. 坚持公正与效率相统一。实现公正是刑事诉讼最重要的价值,也是刑事诉讼的本质体现,^④在保障诉讼公正的同时,应当兼顾对效率的追求,促进实体正义和程序正义的实现。电信网络诈骗案件的指定管辖,应坚持程序法定原则,准确规定指定管辖的适用情形、依据和程序,严格限制指定管辖的启动,强化适用指定管辖的例外性和个别性。

2. 坚持便利诉讼。可以在法定管辖地之间选择指定的,应按照诉讼经济的要求指定法定管辖地管辖。^⑤因特殊情形需要指定非法定管辖地机关受理案件即需要进行“赋权管辖”的,应选择办案条件最有利、变更管辖最方便的地区管辖,防止因指定

① 参见孙潇琳:《我国网络犯罪管辖问题研究》,载《法学评论》2018年第4期。

② Joel R. Reidenberg, Technology and Internet Jurisdiction, University of Pennsylvania Law Review, 1951-1974(2005)。

③ 参见陈兴良:《网络犯罪的类型及司法认定》,载《法治研究》2021年第3期。

④ 参见马贵翔:《公正效率效益——当代刑事诉讼的三个基本价值目标》,载《中外法学》1993年第1期。

⑤ 参见王静:《从秩序到效率——论网络犯罪指定管辖制度的重构》,载《人民检察》2020年第11期。

管辖而增加诉讼成本。

3. 坚持形式理性与实质理性相统一。形式理性要求法律制度规定的程序应具有内在的统一性,追求确定性、可预测性以及价值判断的整合性;实质理性则要求程序应具有保障个案正义实现的功能。只有将实质合理性与形式合理性统一起来,才能最大限度地实现程序的工具价值和独立价值。要实现形式理性与实质理性的有机统一,应在依据多元价值导向构建具有法定性的制度体系的同时,给予个案中法律的具体适用者一定的灵活解释的空间。换言之,应规定在管辖法定原则的框架下给予执法者和司法者灵活适用指定管辖的自由,以此充分释放指定管辖的制度效能。

(二) 明确指定管辖仅适用于管辖权争议

将管辖权争议作为指定管辖的唯一适用情形,首先要厘清管辖权争议的内涵,排除管辖权无争议时指定管辖的适用情形。

首先,应将“不宜行使管辖权”和“不能行使管辖权”并入移送管辖的适用情形。电信网络诈骗犯罪具有跨地域、涉众性等特征,同时存在多个地域具有法定管辖权且适宜管辖的现象较为普遍,这为建立独立的移送管辖制度创造了条件。规定受案机关“不宜管辖”和“不能管辖”时,按照“主要取证地为主、被告人居住地为辅”的原则通过自行协商的方式将案件移到有法定管辖权的公安或司法机关。

其次,扩大并案管辖的适用范围。并案管辖与指定管辖均是调整管辖权的手段,且目的都是提高诉讼效率,节约诉讼资源。但二者存在明显不同,并案管辖是对管辖权的合并,将原本由不同机关管辖的多个具有关联的案件合并到一处办理;指定管辖是管辖权的确定与变更,上级机关通过指定的方式明确案件的管辖系属。司法实践中,并案管辖是法定管辖地办案机关之间自行移交,而指定管辖则需要报请共同的上级机关进行指定,且可以突破法定管辖的限制,指定原本无管辖权的机关办理案件。可见,并案管辖比指定管辖更高效更经济。因此,应当修改完善相关规范,规定对多个无直接关联的涉众性网络犯罪案件、不存在管辖权争议的跨境电信网络诈骗犯罪案件等,允许一个办案机关合并管辖。一是将《办理网络犯罪案件意见》和《办理电信网络诈骗案件意见》规定的“因网络交易、技术支持、资金支付等关系形成的多层级链条、跨区域的网络犯罪案件”和“跨境案件”两类特殊的指定管辖情形规定为并案管辖。二是将《检察院刑诉规则》《公安机关程序规定》以及《办理网络犯罪案件意见》中规定的关联案件即“一人犯数罪”“共同犯罪”“共犯实施的其他犯罪”以及“诉讼法上的共犯”^①四类案件,纳入并案管辖范围。

(三) 规范指定管辖的程序指引

首先,明确指定管辖的启动时机。由于电信网络诈骗犯罪案件案情普遍复杂,在侦

^① 诉讼法上的共犯,主要指实体法中不认为是共犯但程序法出于便利诉讼考量而视为共犯合并办理的情形,典例是具有直接关联的上下游犯罪。参见万毅:《解读“并案管辖”四个关键词》,载《检察日报》2014年3月5日,第3版。



查程序启动之始,不宜进行指定管辖,各地管辖机关应同时开展侦查,^①深挖案件线索。待案情清晰后,存在管辖权争议的,再上报上级机关指定管辖。其次,明确指定管辖的启动方式。参照司法实践中法院的指定模式,报请省级机关指定,一步到位确定管辖地和管辖机关,减少指定管辖中的程序性环节,提高指定管辖的效率,防止因多次指定导致权力滥用。^②再次,完善协商机制。一是明确协商前置要求。规定“不同办案机关对案件管辖权产生有争议的,应当先进行协商,协商之后仍有争议,可以报请上级机关指定管辖”。二是明确协商的次数。以一次为限,与指定管辖保持一致。三是明确协调时机。侦查阶段,在逮捕犯罪嫌疑人后进行协商;审判阶段,在召开庭前会议后进行协商。四是明确管辖协商期限,规定一般为一个月,以保障管辖权及时确定。五是明确协商的形式和内容。规定采用书面形式进行协商,协商文书为“协商建议书”和“协商答复书”等,协商文书内容为不能或者不宜管辖的原因等。六是明确协商的范围。既包括侦查、检察、审判机关内部的协商,也包括侦查、检察、审判机关相互之间的协商。

(四) 完善公检法三机关配合与制约机制

首先,完善以审判管辖为主指导的指定管辖。坚持“以审判为中心”的管辖模式,围绕审判管辖这一主线规范指定管辖的主体、适用情形、方式等内容。同时,在法律层面赋予侦查机关指定管辖权,规定“侦查机关之间产生管辖权争议,侦查机关存在不能管辖、不宜管辖等情形的,应报共同的上级机关指定管辖”。

其次,构建侦查指定管辖的监督制约机制。一是明确指定管辖中检察机关的法律监督权。明确规定公安机关接到上级机关指定管辖决定之后,应在三日内书面通知负责批捕和审查起诉的检察机关。检察机关认为侦查机关指定管辖决定不当的,应书面通知侦查机关变更管辖。同级侦查机关和检察机关在指定管辖问题上存在争议,经协商未果的,应报上一级公安机关、检察机关协商解决。二是明确检察机关、审判机关对上一诉讼阶段办案机关移交案件的审查权。明确规定检察机关、审判机关对于同级公安机关、检察机关移交的案件,应当按照法律规定的管辖制度,审查本机关管辖该案件的合法性和妥当性,发现本机关没有法定管辖权或者因存在回避事项不宜管辖的,检察机关应通过协商移送有管辖权的机关,法院应将案件退回检察机关。

(责任编辑:杨 军)

^① 参见潘侠:《化解网络犯罪指定管辖难题》,载《中国社会科学报》2021年2月3日,第4版。

^② 参见熊秋红、汪海燕、王军、李和仁、杨涛、刘勇:《同一刑事案件能否多次指定》,载《人民检察》2006年第1期。