

■ 专家论坛

面向当下与未来的民事诉讼法

——关于进一步修改完善民事诉讼法的对话 / 张卫平 张海燕 王德新 1

■ 专栏：指导性案例的专题化研究

指导性案例推进环境治理的方式及其完善 / 孙光宁 21

公平原则在合同法指导性案例中的运用及其改进

——以指导性案例 108 号为分析对象 / 王楚雅 苏新建 38

漏洞补充在指导性案例 164 号中的运作及其超个案效力 / 王义凤 49

■ 《民法典》的理解与司法适用

动态质押中的质权设立标准问题研究 / 山东省高级人民法院民二庭课题组 62

习惯法源条款适用的检视与修正 / 秦金星 王美阳 76

买卖型担保规则的检视与重构 / 李迎春 陈茂华 88

■ 民事诉讼法与民法典的协调和对接问题研究

民事诉讼法与民法典协调对接的基本理念与方法 / 常淑静 庄雪莉 99

论民法典诉讼时效制度在民事案件审理中的适用 / 李敏 115

■ 在线诉讼问题研究

人民法院在线诉讼中数据安全风险的反思与防控 / 刘畅 126

■ 刑事司法

高空抛物罪的实践审视与疑难探究 / 吴允锋 吴祈沅 138

庭审翻供问题研究 / 冯丽萍 151

■ 司法综合

判决理由遮断后诉的实践思考及认定路径 / 费鸣 杨兴龙 徐丹阳 161

法院诉讼服务中心公共法律服务功能优化研究
——基于组织效率边界分析 / 宫凡舒 175

民间借贷行为可税性研究 / 殷勤 张娟娟 189

面向当下与未来的民事诉讼法

——关于进一步修改完善民事诉讼法的对话

张卫平 张海燕 王德新*

内容摘要：全国人大常委会于2021年12月完成了《民事诉讼法》的第四次修改，这是一次针对“繁简分流”改革试点经验的专项修改，对于其他众多亟待解决的问题未能兼顾。在民事诉讼法法典化的宏观视野下，至少以下11个重要议题都应当及时纳入修法议程，包括“案多人少”的应对、民事诉讼法的法典化、民事诉讼法与民法典在实施中的协调与对接、民事诉讼当事人制度的发展与完善、民事诉讼证据制度的发展与完善、民事裁判制度的发展与完善、民事执行立法进展与执行制度的完善、民事诉讼保障程序的完善、在线诉讼制度的完善、审级制度与再审制度的完善和涉外民事诉讼程序的完善等。遵循体系化思维对民事诉讼法诸多亟待修改的问题一揽子解决，在现阶段可以先分别立法或修法、然后汇编成民事诉讼法典，也可以统筹谋划民事诉讼法典的一次性编纂完成。

关键词：案多人少；繁简分流；民事诉讼法；法典化；体系化

中图分类号：DF72 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)03-001-020

2021年12月24日全国人大常委会作出了《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》，修改后的《民事诉讼法》已于2022年1月1日生效实施。这是1991年《民事诉讼法》施行以来的第四次修改，新增7个条文，修改调整26个条文，其中20处与民事诉讼程序繁简分流改革试点相关。此次修法是一次小型、专门化的修法活动，是在“案多人少”背景下对2019年以来全国法院系统“繁简分流”改革试点经验的总结和立法固化，但对于民事诉讼法领域其他众多亟待解决的问题未能兼顾。这次修法结束不久，2022年4月“民事诉讼法”的修改和“民事强制执行法”的审议再度被

* 张卫平，烟台大学黄海学者特聘教授、清华大学教授、中国法学会民事诉讼法学研究会会长；张海燕，山东大学法学院教授；王德新，山东师范大学法学院教授。



纳入“全国人大常委会2022年度立法工作计划”之中。与此同时，受《民法典》成功编纂的激励，各部门法领域的学者相继掀起了法典化的大讨论。在此背景下，有必要关注《民事诉讼法》的进一步修改与完善的问题。本刊编辑部特邀中国法学会民事诉讼法学研究会会长张卫平教授，以及山东大学法学院张海燕教授、山东师范大学法学院王德新教授，由王德新教授客串主持人，围绕“案多人少”的应对、民事诉讼法的法典化、民事诉讼法与民法典的协同实施等11个重要的修法议题进行笔谈。

一、“案多人少”的应对

2021年12月全国人大常委会对《民事诉讼法》进行了修改，意图通过“繁简分流”实现审判资源的优化配置和民事诉讼的“提速增效”。这次《民事诉讼法》修改的背景是什么？除了“繁简分流”的制度供给之外，还可以从哪些方面进一步提升民事诉讼效率？

张卫平：2021年年底我国《民事诉讼法》完成了第四次修改，本次修改突出了提升诉讼效率的主题。将提升诉讼效率作为本轮《民事诉讼法》修改的主题和中心，出发点是为了应对法院审判工作中遭遇的“案多人少”问题，尽管诉讼效率未必能够与“案多人少”问题形成完全对应。最高人民法院院长周强就《中华人民共和国民事诉讼法（修正草案）》向全国人大常委会所作的说明中，未直接说此次修改就是为了应对“案多人少”问题，而是表述为因为“矛盾纠纷数量持续高速增长，民事审判工作形势发生深刻变化，现行民事诉讼法有些规定已经不能完全适应人民群众对公正、高效、便捷解纷的司法需求，有必要予以完善”^①。但修法的实质原因是，由于案件数量的增加，在现行民事诉讼法的框架下无法实现更效率的审判，与诉讼公正并没有直接关系。可以理解的是，如果将修法目的表述为应对“案多人少”问题，则可能触及“人少”这一较为敏感的话题。

在应对“案多人少”问题方面，除了本轮修法涉及的扩大独任制适用范围、提高小额诉讼的适用性外，还可以将视野放得更开阔一些，从诉讼体系化的视角予以综合考虑、全面布局。在民事诉讼制度层面，一方面既有的诸多诉讼制度（共同诉讼、第三人诉讼、代表人诉讼等）在诉讼效率方面还有“挖潜”的空间，尚未完全发挥其在提升诉讼效率方面应有的机能；另一方面，还有一些有助于提升诉讼效率的制度还没有得以建立，如集团诉讼等解决群体性纠纷的诉讼制度等。在审判方式或审判方法上，也可以通过对原有的方式或审判方法进行调整，实现效率的提升。^②具体到诉讼制度层面，提升效率的基本作业可以包括两个方面：其一是通过诉的合并（包括诉的客观

① 周强：《关于〈中华人民共和国民事诉讼法（修正草案）〉的说明——2021年10月19日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十一次会议上》，载《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2022年第1期。

② 参见张卫平：《民法典的实施与民事审判方式的再调整》，载《政法论坛》2022年第1期。

合并和诉的主观合并)提升诉讼效率,以应对“案多人少”问题;其二是通过改进诉讼审理方法缩短诉讼周期,以应对“案多人少”问题。然而,在这两个方面的实践运用和研究都还有很大的空间。另外,对电子信息技术在诉讼领域中的应用,也应作出相应的程序安排,使其在法律框架或诉讼价值引导下,充分发挥应有的作用。

张海燕:针对“案多人少”问题,中央层面提出了诉源治理改革方案,涵盖预防纠纷、避免纠纷形成诉讼、促进涉诉纠纷诉外化解三个层面。但方案实施并未完全达到预期效果。针对当前实践中的问题,提升诉源治理实效性的方法包括:第一,强化多元解纷机制的社会化建设。在当下的诉源治理过程中存在着“法院中心主义”现象,表现为“法官驻村”、未经立案即委托调解等。法官包揽纠纷解决不仅加剧了“人少”的困境,也与非诉解纷机制的目的相背离,甚至容易产生损害法官中立地位的伦理风险。在法院系统解纷责任和治理负担日益沉重的背景下,激活社会组织的活力,引导公共主体参与治理,鼓励市场化力量和专业团队的介入是应然之策。第二,强制调解制度的尝试。强制调解不是强迫调解,它所强调的是法官依据法律授权强制性地启动调解程序,但当事人仍然享有随时退出调解程序或达成调解协议的自主决定权。强制调解的优势在于提升案件分流率、有效提高调解率、纯化审判权运行等等。具体而言,可以法院委托调解为载体,通过设置正面清单与负面清单的方式厘清具体适用范围。此外,挖掘现有程序的分流功能也是颇为高效的途径。例如激活“休眠”中的督促程序。督促程序旨在于当事人无实质争议纠纷中,让债权人以简速程序获得具有执行效力的支付令。该程序在大陆法系运行良好,极大降低了诉讼成本,在我国却近乎休眠。实证研究表明,民间借贷、金融借款合同和信用卡纠纷中有大量符合督促程序适用条件的案件进入了诉讼程序。因此,如果能够通过规则的调整将现有程序成功激活,也可以有效缓解案多人少的审判压力。

二、民事诉讼法的法典化

我国《民法典》编纂的成功,催化了其他部门法领域法典化的热烈讨论。《全国人大常委会 2021 年度立法工作计划》提出,要“研究启动环境法典、教育法典、行政基本法典等条件成熟的行政立法领域的法典编纂工作”。在此背景下,推动民事诉讼法的法典化是否有必要,是否可行?

张卫平:“法典化”近来在学术圈成为了热门话题。法典化成为学术上的热点与《民法典》的颁布和实施有直接关系。《民法典》编纂的成功从实践证明了民法典推进民法体系化的有效性。正是法典化对法律制度体系化的这种作用给予了其他法律领域制度体系化极大的启示。民法法典化所显现的这种“法典化效应”,深深地刺激了其他实体法领域,例如环境法、行政法、劳动法、知识产权法等。

无论民法典,还是其他部门法学者主张的环境法典、行政法典、劳动法典,均为实



体法领域，也有其法典化的充分理由，但作为与民事实体法领域对应的民事诉讼法更有理由实现法典化。推行法典化，民事程序法领域的法律体系化尤显重要。民事诉讼法涉及的领域广泛，包括民事管辖、民事证据、民事审判程序、民事协商解决程序、民事程序保障、民事裁判、民事涉外司法、民事执行、仲裁、公证等，这些领域中的程序规范都需要通过法典化的统合作用加以协调，使之成为一个自治协调的程序法体系。就我国民事程序法的立法历程来看，碎片化、分散化的制度建构特征比较明显。仲裁法、人民调解法、破产法、公证法等完善和发展都存在各自为政的现象，即使在传统的民事诉讼法领域中，碎片化的调整也极大地影响了民事诉讼法的体系化。因此，在民事程序法领域，通过法典化统合民事程序法的发展很有必要。应当充分地意识到，程序法治是我国法治的另一个“车轮”，没有民事程序法治的协调发展，必然影响我国私法法治的实质性发展。因此，民事诉讼法法典化是与民法法典化配套的基本作业。在民法典实施后，作为民法典实施的基本配套措施就是民事诉讼法法典化，这是当务之急。

民事诉讼法典应遵循“与实体法契合，内部关系自治、相互关系统合”原则要求，将民事诉讼法的基本价值追求以最佳衡平方式置于法典的各个规范体系之中，并将已经单行的民事程序法规范重新统合进民事诉讼法典之中，以期结合我国的国情形成具有我国特色的民事诉讼法典。

王德新：谈及法典化，不免让人回忆起民法学界围绕“松散式、联邦式”思路、“理想主义”思路和“现实主义”思路而展开的旷日持久的论战。^①对于民事诉讼法的法典化，必然也会引发激烈的观点争鸣。现阶段推进民事诉讼法的法典化有其必要性：

第一，在有法典化传统的大陆法系国家，向来存在民法、商法、刑法、民事诉讼法和刑事诉讼法等五大法典。我国延续了大陆法系成文法的传统，但现行《民事诉讼法》远未达到“法典”的标准，总共只有 291 条，仍是 20 世纪 90 年代“立法宜粗不宜细”的立法方针下的产物。甚至作为各种审判程序参照“标杆”的第一审普通程序也只有 39 条，“普通程序简易化”向来被诉讼法学界诟病。比较而言，《法国民事诉讼法》有六卷 1582 条，《德国民事诉讼法》有十编 1066 条，《俄罗斯民事诉讼法》有七编 446 条。

第二，体量极其庞大的碎片化的程序立法和司法解释，有必要在体系化思维下整合进民事诉讼法典之中。据不完全统计，现行有效的民事程序法有 10 余件，民事程序司法解释有 130 余件，条文多达数千条，时间跨度约 40 年，不仅碎片化严重，而且不乏条文重复、矛盾，甚至涉嫌逾越立法权的问题。例如，现行《民事诉讼法》有关证据的立法条文只有 19 条，而仅在最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》和《关于民事诉讼证据的若干规定》中就有 135 条，司法解释条

^① 参见徐国栋：《中国民法典起草思路论战：世界民法典编纂史上的第四大论战》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 137-183 页。

文是立法条文的 7 倍多。更为关键的是，有关“证据裁判原则”“自由心证原则”“法定证明标准”“证明责任分配原则”“非法证据排除规则”等本应属于立法权限的关键性证据制度，目前都是通过司法解释确定的，其权威性、正当性、合法性基础存疑。解决前述立法和司法解释中碎片化、矛盾、重复的最佳途径，就是法典化。

第三，我国的政法传统是将民事诉讼作为矛盾纠纷化解的一个环节对待，民事诉讼从来不是孤立的，而是与人民调解、行业调解、仲裁等分工协作共同构成一个完整的纠纷解决系统。实践中，一个纠纷解决部门对应一部法律的现象造成立法的“条块分割”，难以在矛盾纠纷化解中综合发挥作用。特别是党的十八大以来，关于矛盾纠纷的多元化解、关于诉源治理、关于诉调对接、关于破解“执行难”、关于家事审判方式和工作机制改革、关于人民陪审员制度改革等一系列重大民事司法改革，无不牵一发而动全身，涉及民事诉讼法与相关程序立法的综合协同。基于“重大改革先行试点”“试点成功经验进入立法”的科学立法理念，构建“非诉程序法—争讼程序法—非讼程序法—民事证据法—民事强制执行法—涉外程序法”于一体的民事诉讼法典，也是中国特色社会主义立法思想的时代要求。

张海燕：德新老师就我国制定民事诉讼法典的必要性进行了分析，下面我从域外法典化经验与我国学者关于立法体例的讨论两方面谈一下我国制定民事诉讼法典的可行性。

首先，关于民事诉讼法典化的域外经验。美国与法国可作为不同法系立法体例的示例。美国 1848 年纽约州《菲尔德法典》和 1938 年《联邦民事诉讼规则》分别是美国历史上两次民事诉讼法典化运动的代表成果。其采取分立式的立法体例，从体系上看，不但没有仲裁程序、非讼程序和涉外民事诉讼程序，且执行采行混合立法体例，这与大陆法系国家“大一统”的立法体例存在明显不同。通过考察两次法典化运动的背景与过程可以发现，美国民事诉讼程序思想循沿着由权利救济程序观向实用主义程序观变迁的路径。该法典编纂思想的转变，目的在于平衡社会多方面的价值需求。与美国类似，法国也经历了 1806 年拿破仑时代的“旧民事诉讼法典”制定与 1975 年第五共和国时代的“新民事诉讼法典”两次法典化运动。1806 年的旧法典分为上下两卷，分别是“法院程序”与“各种诉讼程序”，共计 1042 条。这是世界上第一部民事诉讼法典，对后来德国、瑞士、意大利等国的民事诉讼法典编纂产生了重要影响，法典中所体现出的彻底当事人主义更是成为了近代民事诉讼法的精神内核。而 1975 年的新法典则加入了更多“协同主义”因素，体现了法国民事诉讼理念的两个主要特征：一般规定与特殊规定的区分、程序规则与实体规则的区分。

其次，关于我国民事诉讼法典化的立法体例。学界对于该问题的讨论大致分为两种观点：一是建议采行“大法典化”的立法体例，将非讼程序、执行程序等内容全部吸纳进民事诉讼法典之中；二是建议采行“基本法+单行法”的立法体例，即民事诉讼法典以民事诉讼程序为核心进行纯化。尽管两种立法体例都有相对应的域



外法典例证,但我个人认为第二种观点更具可行性。第一,“大法典化”尽管具有法体系统一完善的逻辑美感,但立法技术难度极高。原因在于,广义的民事诉讼概念包括民事诉讼程序、民事非讼程序、民事执行程序等,但三者之间的程序原理并不一致,如果将其强行统一在一部法典之中,则总则部分的编写难度极大。第二,面面俱到势必限制规则细部的周延展开。民事诉讼法内容繁多,如果采取“大法典化”的立法体例,则会限制整个民事诉讼法的篇幅和内容,使本应充实、富有可操作性的证据、执行、审理等重要内容十分原则、概括,不仅不利于保障当事人的程序权利和实体利益,也会影响民事诉讼实务和研究的发展。第三,从无到有的强制执行法尚需积淀经验,不宜径行“大法典化”。我国目前已将强制执行法纳入人大立法规划,对于非讼程序法和家事程序法的编纂,学界与实务界也已展开了持续而深入的讨论,如果此时坚持“大法典化”的立法体例,则可能使目前已经做出的诸多立法努力付之东流。

三、民事诉讼法与民法典在实施中的协调与对接

从立法史看,新中国第一部《民事诉讼法(试行)》先于《民法通则》颁布实施,但此后民事立法的重大进展总会引起民事诉讼法的修改作业。在我国《民法典》已于2021年施行的背景下,如何做好民事诉讼法与民法典的协调与对接?

张卫平:民事诉讼法与民法典的协调方面,主要涉及到以下两个大的方面:其一,尽快修订《民事诉讼法》,使得民事诉讼法,包括各种民诉法司法解释在规范的表述上与民法典保持一致。《民法典》生效的同时,《婚姻法》《继承法》《民法通则》《收养法》《担保法》《合同法》《物权法》《侵权责任法》《民法总则》同时废止。因此,民事诉讼法以及民诉法司法解释中的表述也就要相应进行调整。其二,实现专有概念上的一致性。在应然层面,许多专有概念的使用上实体法和程序法应当是统一的。但实际上,两者的封闭发展,就可能导致两者在本应统一的概念上形成差异。这就需要考虑,现行的民事诉讼法在概念上如何与民法典的规定协调一致。法典中的概念均有特定的含义,只要是在同一含义上适用,则在概念表述上就应当与其保持一致,避免出现歧义,产生法律适用上的混乱。

民事诉讼法与民法典的对接,是在承认民事诉讼法的独立存在之前提下,从民法典规范实现的程序路径和方法角度予以的考量。民事诉讼法与民法典的对接,还包括在程序上需要设定或建构一些新的程序以实现民法典关于权利义务的规定。作为民事司法程序,根据权利义务争议的裁判、非讼事项的确认以及权利义务的强制实现三大类情形分为民事诉讼程序、非讼程序和民事执行程序。无论哪一种程序,其程序的具体设置都与民法典的实体规定有直接的关系。民事程序——无论诉讼程序还是非讼程

序都有两个基本的维度需要考虑，一个是实体法维度，一个是程序法维度。^①所谓根据民事纠纷的特点，实质上就是基于实体法维度的考量。而程序法维度，则是考量如何有利于案件事实的揭示、程序公正的实现、程序效率的提升、纠纷解决的便捷以及程序资源的有效利用等问题。

张海燕：民事诉讼法与民法典的协调与对接无疑是一项系统工程，其中实体法制度在诉讼程序中的实现尤其值得民事诉讼法学者关注。下面，我就禁令制度的程序实现问题作一简单讨论。一方面，民事诉讼法需回应《民法典》第997条建构人格权禁令程序。这一问题已引起学界的广泛探讨，成果渐呈争鸣之势但尚未达成通识。主要观点大致可分为诉讼程序说与非讼程序说。前者支持以程序规则相对简化的准诉讼程序进行审理，在程序保障充分的基础上适度提升效率；后者则认为应将非讼程序扩大适用于人格权禁令审理，在突显效率的同时，借助一定程度的程序保障确保基础的公正价值。采取诉讼或非讼程序的方式各有利弊，相较而言非讼程序说更符合实现人格权请求权预防性救济功能之需。另一方面，以人格权禁令的建立为契机，需进一步深入考虑的问题是禁令制度的系统建构问题。长久以来，“禁令”并非实定法意义上的民事程序，在我国语境下杂糅了TRIPS协定临时措施、知识产权行为保全、英美法系禁令制度、大陆法系假处分制度等众多概念与内涵，既有碍于现行行为保全制度形成清晰的学理基础，也不利于相关司法程序与制度的系统发展。因此，重新考虑我国本土环境下禁令制度的破与立是一个极具理论与实践价值的命题。

王德新：在民事权利的司法救济场域，民事诉讼法和民法典都是裁判规范，二者的关系总体上可概括为“四性”：一是衔接性，如民事主体资格与诉讼当事人资格的衔接、民法请求权与诉讼标的的衔接、民法连带关系与共同诉讼制度的衔接等。二是交融性，如民事行为方式与证据方式、民法上的推定与诉讼中的事实认定、恶意诉讼的民事责任等几乎是同一事物的两个“面孔”。三是竞争性，如请求权竞合问题，民法典上设置有请求权竞合解决条款，但诉讼法学者认为两个请求权发生竞合的根据在民法领域，不过只有在请求权人寻求司法救济时才会显现其解决的必要性，运用诉的预备合并理论予以解决是更优方案。^②四是互补性，这在非讼事件和非讼程序方面表现尤其突出，如民法上规定了宣告（死亡、失踪）制度、行为能力制度、监护制度、撤销权制度等，但其落地实施最终需要依赖审判权和诉讼程序。

四、民事诉讼当事人制度的发展与完善

主体理论是整个法律理论体系的核心，成熟的法律理论和科学的法学研究首要的

① 参见张卫平：《双向审视：民事诉讼制度建构的实体与程序之维》，载《法制与社会发展》2021年第2期。

② 参见王德新：《民法典中请求权竞合条款实施研究》，载《法学杂志》2021年第5期。



是对法律主体的研究。根据我国实践发展的需要，对诉讼当事人制度还需进行哪些方面的完善？

张卫平：在当事人制度方面，主要推进制度的体系化。例如，当事人适格制度（正当当事人制度）、共同诉讼人制度、第三人制度、诉讼代理人制度、集团诉讼制度等的完善和建构。

在广义的当事人制度中，问题比较突出的是第三人制度。我国现行诉讼第三人制度在基本结构上一个突出特征是，以是否有独立请求权为根据，将参加诉讼的第三人分为有独立请求权第三人和无独立请求权第三人，并以此界定其相应诉讼第三人的诉讼地位。然而，这种基本结构与我国诉讼第三人的实践，与第三人制度设置的目的、作用是不一致的，在实践和理论中都呈现出无法协调的矛盾。应当对现行诉讼第三人制度的基本结构进行调整，不再按照有无独立请求权对第三人加以界定，而是按照第三人参加诉讼的实际地位和作用对第三人予以界定。将其分为独立第三人和非独立第三人两大基本类。独立第三人在诉讼中具有当事人的诉讼地位；非独立第三人不具有当事人地位。独立第三人包括在实体上享有独立请求权的第三人，也包括虽然实体上不具有独立请求权，但具有阻止不利裁判利益的第三人——损害阻止第三人。非独立第三人在诉讼中处于辅助人的地位。这样的结构性调整使得第三人的诉讼地位能够与第三人参加诉讼的目的、作用以及应有的诉讼地位更好的契合，达至协调一致。

张海燕：当事人制度一直是学界关注的重点内容，近些年研究成果丰硕，研究深度大幅提升。接下来我主要谈一下关于代表人诉讼制度激活问题的想法。1991年《民事诉讼法》就规定了代表人诉讼，但尴尬之处在于此后二十多年的时间里，该制度一直处于被束之高阁的状态，成为实质意义上的“僵尸条款”。但2020年《最高人民法院关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定》这一司法解释，为代表人诉讼的激活提供了契机。目前来看，证券纠纷代表人诉讼采取的是普通代表人诉讼与特别代表人诉讼并行的双轨制模式。相较于《民事诉讼法》第53、54条之规定，证券纠纷代表人诉讼的程序规定在制度规则供给方面已经向前推动了一大步。比如，在权利人范围确定问题上，其一改民事诉讼法先公告后审查模式，转为裁定先行公告后置模式，一定程度上解决了代表人诉讼门槛过低导致审查难度过大的问题。需要特别指出的是，裁定先行带来的结果是权利人的范围被较早固定，从而使得潜在的投资者难以在代表人诉讼中主张自己的权利，也无相应的救济。该问题的解决应通过提高裁定作出程序的程序保障水平来完成，即根据异议的实际情况，通过书面审、询问甚至听证等多元程序机制加以保障，使得裁定对权利人范围的确定尽可能与实际权利人范围相同，使得对实体问题的认定能够有与之匹配的程序保障水平。当然，仅仅如此肯定不足，未来民事诉讼法还需要思考，如何通过普通代表人诉讼与特别代表人诉讼的衔接与配合，进一步激发代表人制度的活力。并以此为范本，使代表人诉讼能向其他领域进行样本拓展与延伸。

王德新：在《民法典》实施的背景下，完善诉讼当事人制度的一个要点，就是做好诉讼当事人资格与民事主体资格的衔接工作。例如，《民法典》规定的民事主体类型是“自然人、法人、非法人组织”，《民事诉讼法》规定的却是“公民、法人、其他组织”，二者是否需要统一？再如，《民法典》第 16 条规定“涉及遗产继承、接受赠与等胎儿利益保护的，胎儿视为具有民事权利能力”，问题是，胎儿此际是否具有诉讼当事人资格？为了处理此类衔接性问题，将来修改《民事诉讼法》时可以借鉴德国、日本立法经验，遵循诉讼当事人资格与民事权利能力统一性原理。比如，可修改设置两个条款：“有权利能力者，有当事人能力。”“涉及胎儿利益保护的事项，胎儿视为无民事行为能力人，准用本法有关监护的规定。”

五、民事诉讼证据制度的发展与完善

最高人民法院于 2019 年 10 月修改了《关于民事诉讼证据的若干规定》，标志着我国民事诉讼证据制度的发展进入一个新的阶段。当前，我国民事诉讼证据制度还存在哪些问题需要进一步完善？

张卫平：现行民事证据制度存在的问题比较多，因此，我国民事诉讼法完善的一个重要方面是证据制度的完善。主要涉及这么几点：其一，如何防止和避免伪证行为。我国民事诉讼中，伪证是一个比较突出的痼疾，对正确认定案件事实造成了极大的妨碍。我主张加大对伪证行为的制裁，其中也包括严重的伪造证据的行为应予归罪。在现实情形中，对于伪造证据的行为几乎没有追究任何法律责任，仅仅对伪造证据作无效处理。在实践中最突出的是伪造书证的行为，尤其是伪造私文书的行为，实际上伪造私文书的行为只要具有较大危害性就应当与伪造公文书一样予以严厉的制裁。其二，书证制度的完善。书证有民事证据之王的说法。书证制度的完善包括明确公文书与私文书的不同证明效力和不同质证方法。文书提出义务的法定化、电子文书的质证规则等。其三，证人证言制度的完善。证人证言制度中主要问题是证人伪证和证人出庭的问题。只要证人能够出庭往往证人伪证的问题也就比较容易解决。证人伪证是当下民事诉讼中常见的违法行为，但现行制度没有相应的预防和制裁机制。应当明确对于故意的虚假证言予以制裁，如果不痛下决心予以制裁，证人伪证将无法避免。

王德新：如果说证据法领域有一个最经久不息的热点问题，那就是证明责任。下面就证明责任的制度化谈两点看法：

第一，证明责任及其分配该不该由立法解决，该由哪一部法律解决？目前，这在中国成了谜一般的问题。从最高人民法院 2002 年《关于民事诉讼证据的若干规定》第 2 条到 2015 年《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 90、91 条，遵照大陆法系证明责任分配“规范说”是司法解释起草者的一贯立场。这一共识能否



通过民事诉讼法的修改而进入立法？2012年民事诉讼法修改时，全国人大常委会法制工作委员会民法室在《民事诉讼法立法背景与观点全集》一书中表达了一个立场，“举证责任的分配主要通过实体法来规定，民事诉讼法不宜做过细规定”^①。民法典编纂过程中，我曾提出在民法典中设置有关“证据”的专门章节的设想。^②但是，最终颁行的《民法典》不仅未设置有关证据的专门章节，而且也没有关于证明责任分配的一般规则，原《物权法》《民法通则》等民事单行法中存在的“正反表述”“悖理式表述”等问题也没有从根本上得到纠正。

第二，从比较法看，证明责任规范的立法配置有哪几种模式？其一，在诉讼法典中配置证明责任分配规范，如《俄罗斯联邦民事诉讼法典》第50条、《爱沙尼亚民事诉讼法典》第91条；其二，在证据法典中配置证明责任分配规范，如美国《加州证据法典》第50条、菲律宾《证据规则》第131条等；其三，在民法典中配置证明责任分配规范，如《瑞士民法典》第8条、我国《澳门民法典》第335-337条。法国民法典和民事诉讼法典兼有规定，德国民法典和民事诉讼法典均无明确的证明责任条款，但民法典的编纂贯彻了证明责任分配规范说。鉴于我国《民法典》未考虑证明责任一般规则的配置，司法解释具有随时修改的流动性特征，在司法界未能像德国那样形成理论共识的情况下，未来修改民事诉讼法时纳入证明责任条款是必要的。

六、民事裁判制度的发展与完善

审判权的本质是裁判权或判断权，裁判制度是关系“诉讼终点”的制度。近年来，学术界围绕裁判的类型、裁判的效力、裁判的救济等议题进行了较为深入的研究，但理论研究成果融入立法的还不多见。我国民事裁判制度存在哪些问题亟需完善？

张卫平：裁判制度体系化意味着判决、裁定、决定等裁判方式从原则、形式、客体、根据、程序、效力、救济（补救、纠错）方式等各个方面形成一个统合、自洽的体系。在这些方面，需要完善、协调、建构之处还有很多。

比较突出的是判决的既判力制度，涉及既判力的主体范围、客体范围和时间范围，既判力制度没有法定化必然导致判决制度无法协调、整合。第三人撤销之诉就面临这样的问题。关键是必须确立既判力相对性原则。按照既判力理论，终局判决一旦获得确定，该判决针对请求所作出的判断就成为规制双方当事人今后法律关系的规范，双方当事人对同一事项（请求或被请求的事项）再度发生争执时，将不允许当事人提出与该判断相矛盾的主张，而且当事人也不能对该判断进行争议，法院也不能作出与此相矛盾或抵触

^① 全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《民事诉讼法立法背景与观点全集》，法律出版社2012年版，第63页。

^② 参见王德新：《民法典中证据规范的优化配置》，载《河南社会科学》2019年第2期。

的判断。这种对双方当事人以及对法院所具有的约束力就是所谓的既判力。既判力存在的根据在于保障审判制度能够有效地发挥解决纠纷的作用。没有既判力，法院对争议纠纷所作出的确定判决将会被推翻，纠纷将无法得到终极解决。除此之外，由于民事诉讼程序各种具体的制度安排给予和保障了当事人双方对争议事项进行辩论的权利和机会，在给予当事人双方充分的程序保障的情形下，当事人也应当对其诉讼结果承担自我责任。由此，既判力作为一种国家强制力也就具有了正当化根据。因此，完善裁判制度中最迫切的就是明确既判力相对性原则，并在此基础上确立既判力制度。

张海燕：张老师主要从宏观视角探讨了既判力相对性的功能，我以第三人撤销之诉为例谈谈如何使既判力相对性原则落地。第三人撤销之诉是 2012 年民事诉讼法修改时为了遏制虚假诉讼而新设立的制度，该制度甫一确立便引发学界广泛争议，而争议的原因之一即在于人们有可能从中推导出我国不存在既判力相对性约束的结论。因为如果存在判决效力相对性的约束，那么在一般意义上就没有必要设置第三人撤销之诉来维护第三人的实体权益。通过既判力相对性原则，一方面法院可以审查前诉裁判是否实际损害第三人利益从而过滤不必要的诉讼；另一方面亦可赋予权益实际受损的第三人以另行起诉或提起第三人撤销之诉的程序选择权。基于此，我个人认为，第三人撤销之诉应在肯定既判力相对性原则的前提下而存在。第三人撤销诉讼的“简易”特质，既能够直接除去前诉判决本身，又能使第三人与前诉双方当事人的纠纷在一次诉讼程序中得到解决，因此第三人撤销诉讼可作为依既判力相对性另诉的补充救济方法。

王德新：一个奇怪的现象是，无论私法、还是公法上，都有民事行为或行政行为的成立、生效问题，唯独诉讼法上不关注诉讼行为的评价问题。法院的裁判也是一种行为，也存在事实评价和效力评价问题。第一，对法院的裁判也可以做成立或不成立的评价。有权代表法院的审判组织，在办理案件过程中制作的判决，自依法宣告时成立，否则在法律事实评价上不存在一个判决。第二，对法院的裁判也可以做有效或无效的评价。审判组织不合法、违反评议规则、缺乏管辖权、判决内容不明确或违反公序良俗等，都是判决无效的理由。不过，与民法上“以绝对无效为原则、以相对无效为例外”的无效制度相反，无效裁判须经责问才归于无效、而不是当然无效，须经撤销才归于无效、而不是自始无效，导致无效的瑕疵可以补正、而不是确定无效。^①通过构建法院裁判成立与否、有效与否的评价体系，可推动民事裁判制度向精细化方向发展。

七、民事强制执行立法进展与执行制度的完善

民事强制执行立法可谓一个“老大难”问题，自 2001 年以来学术界完成了多个“民

^① 参见王德新：《民事诉讼行为理论研究》，中国政法大学出版社 2011 年版，第 307-315 页。



事强制执行法（专家建议稿）”，最高人民法院起草的“民事强制执行法草案”已更新至第七稿，全国人大常委会曾多次将“民事强制执行法”列入年度立法计划，但由于多种原因而搁置。2022年4月，“民事强制执行法审议”再度被纳入《全国人大常委会2022年度立法工作计划》。当前，民事强制执行立法有哪些值得关注的重点？

张卫平：制定强制执行法是学界多年的共识，强制执行法不仅在于提高执行效率，主要在于防止执行乱，防止和减少执行中的违法行为。强制执行法制定最重要的是基本实现执行法的体系化。这包括执行程序、执行根据、执行措施、执行争议解决、执行救济、各项制度相互之间的整合、正确处置另案裁判与本案执行的关系以及各制度自洽等问题。例如，关于执行救济制度的体系化问题。由于我国民事执行的制度建构是在民事执行实践中，不断摸索逐渐形成的，基于实践和观念上的局限，执行救济制度的现实与人们对于更有效地解决执行乱，维护其合法权益的要求，尚有一定的距离，在权利实现与权利救济方面存在不均衡的状态。要进一步完善民事救济制度，就需要从体系化的角度系统地研究和考虑民事救济制度体系的基本因素，并在此基础上，调整、补充和完善各具体民事执行救济制度，实现各制度之间的整合与协调。执行中实体问题与程序问题的界分是民事救济制度体系化的基本考量因素。根据执行中争议对象的不同性质，构建不同的救济路径是民事诉讼与民事执行不同职能分工的必然要求。因此，我国民事执行救济制度的体系建构必须响应这一要求，并将实体问题与程序问题的界分作为一项一般原则，从而形成实体上的执行救济制度与程序上的执行救济制度相配合的二元构造。

张海燕：自2001年至今，我国《强制执行法（草案）》已有七稿，制定强制执行法已成为学界与实务界的共识。这一点前面张老师已经提到。接下来我主要谈一下域外强制执行法的体例结构情况以及我国最新的强制执行法草案框架下的四个具体制度。

从比较法的视角来看，域外强制执行法立法体例主要分为三种模式：以日本、韩国为代表的单行法模式、以印度、西班牙为代表的吸收模式和以德国、意大利为代表的混合模式。具体到强制执行法的内部结构，又可以区分为混合式、并列式和总分结合式三类。在我国，基本可以确定单行法模式将成为强制执行法的立法选择。就《强制执行法（草案）》（第七稿）而言，共分五编二十六章，总体上采取了总分结合式的内部结构，较之以往几稿草案未做较大变动，在维持稳定性的同时草案内部逻辑结构更加合理自洽。

在《强制执行法（草案）》（第七稿）的框架之下，我想就以下四项具体执行制度的完善做简单讨论：第一，第五章“执行当事人”中的变更、追加当事人制度。变更、追加执行当事人所涉及的一个核心问题是执行法院有无权限对实体问题进行审查。其一，执行法官行使的执行审查权与审判法官行使的审查判断权无本质差异，包括对实体事项的审查；其二，现行某些法规范的内容已暗含执行法院有权对实体问题进行审查判断，例如最高人民法院出台的《变更追加当事人规定》中被追加人可以提起执行

异议之诉的六种情形均涉及法院对实体问题的判断和认定。因此应肯定执行法院对实体问题享有判断权。在此基础上，制度完善重点应当转向对执行当事人的程序保障。第二，第七章“执行救济”中的仲裁裁决不予执行制度。2018年，为规制虚假仲裁现象，最高人民法院出台司法解释创设案外人申请不予执行制度。这里可能存在的问题有二：其一，不予执行的事由是针对仲裁裁决本身的合法性，增设案外人申请不予执行制度可能会增加法院滥用实体审查的情形，进而对“审执分离”的执行体制改革形成阻碍；其二，如果承认生效仲裁裁决的既判力以及秉持既判力相对性理论，则直接损害案外人利益的仲裁裁决的数量并不多，对于少数侵害其利益的仲裁裁决，保证案外人另行起诉即可，无需增设新的制度。第三，第十四章“制裁措施”中的失信被执行人名单制度。失信被执行人名单制度作为一项新兴制度在解决“执行难”问题中发挥了重要作用，但实践中也存在着对失信被执行人隐私权及个人信息疏于保护的现象，这一问题在《个人信息保护法》施行后显得更为突出。一方面，需要对失信名单公布内容进行规范化，例如对被执行人的照片应当不予公布或模糊化处理后公布，对于被执行人的身份证号在向社会公布时应当屏蔽部分数字；另一方面，参考欧盟、美国的被遗忘理论，适当放宽失信名单的删除条件，明确删除信息的具体期限。第四，第十九章“变价”中的网络司法拍卖问题。网络司法拍卖早在2010年即在司法实践中出现，2016年最高人民法院出台专门司法解释予以体系化规范。目前，网络司法拍卖在实践中仍存在问题亟待解决。例如，破产财产的网络拍卖是否应当遵循有别于执行财产的特殊拍卖规则、网络司法拍卖辅助服务缺乏完整制度规范、网拍机构设置和职责分工不统一、网拍竞买悔拍情况频发等等。

八、在线诉讼制度的完善

网络信息技术的发展，促进了智慧法院和在线诉讼制度的发展。最高人民法院于2021年6月制定了《人民法院在线诉讼规则》，全国人大常委会接着在2021年12月修改了《民事诉讼法》，在修改后的民事诉讼法第16条明确了“在线诉讼规则”。在此背景下，我国在线诉讼制度还有哪些方面需要进一步完善？

张卫平：新《民事诉讼法》对在线民事诉讼的规范有两个基本的特点。其一，通过线上民事诉讼行为与线下民事诉讼行为的等效方式，承认线上民事诉讼行为的合法性（即所谓“等效原则”）。其二，在线诉讼程序的适用以当事人双方的同意为条件（即所谓“同意原则”）。《民事诉讼法》之所以采用等效原则的方式，是因为现行的《民事诉讼法》是以传统的线下民事诉讼为规范对象，调整的是诉讼主体在线下民事诉讼活动所发生的社会关系。也可以说，现行的《民事诉讼法》就是一部“线下”民事诉讼法。采用等效原则能够达到尽量简化在线诉讼规范建构的目的。也正是考虑到《民



民事诉讼法》没有或者说还来不及对在线民事诉讼程序作出全面和详细的规定，所以采用了“当事人同意”作为适用在线民事诉讼的前提条件。

今后，在线诉讼制度还可以从以下三个方面进一步完善。第一，打造和完善统一诉讼平台，为在线诉讼提供可靠支撑。如何在法律上规范诉讼平台使其能够更好服务于在线诉讼是当前需要解决的问题。新《民事诉讼法》虽然使用的是“信息网络平台”这一含义更为宽泛的概念，但由法院统一打造的诉讼平台是在线诉讼实施的基础和平台。诉讼平台不仅是一个技术服务系统，也是一个规范系统。第二，在线民事诉讼的特有原则。在线民事诉讼既要服从于民事诉讼法的基本原则，如处分原则、辩论原则、平等原则、诚实信用原则，还应当遵守具有自己特点的程序原则。这些特有原则可以概括为“方便原则”和“安全原则”。所谓“方便原则”是指在线诉讼的适用应当以当事人的方便为原则。如果当事人认为在线诉讼尽管有利于提高诉讼效率，但对自己并不方便，即可不适用在线诉讼，而是适用传统诉讼。“安全原则”则突出地反映了在线诉讼规范的特殊要求。主要针对的是在线诉讼中技术及技术运用与人的关系问题。各类信息技术的运用需要符合司法规律和技术伦理、保障数据信息安全、防止信息泄露侵害个人隐私。第三，在线庭审的规制问题。在线庭审应当是在线诉讼中最为复杂的环节。因为要求法院与当事人共同“在场”，以满足审判中的直接言词原则，对互联网技术、移动通信技术和当事人的技术应用也有了更高的要求。互联网诉讼实践中采用的非同步审理方式在线上诉讼中能否普遍推广，是一个需要认真研讨的问题。如果承认非同步审理方式，则意味着庭审中的同时“在场”就可能实际被取消，庭审中的举证、质证、人证环节都可能不再是面对面进行，这种情形也必然对传统中的直接言词审判原则形成挑战。

张海燕：在线诉讼制度在一定程度上重塑了传统民事诉讼程序与传统民事诉讼理论，我就在线质证环节于实践中存在的一些问题做简单讨论。第一，在线质证突破了最佳证据规则，存在真实性确认难题。最佳证据规则的表现之一是原始文件优于其复制件，目的在于保障证据的真实性。但于在线质证环节，当事人往往事先通过照片、视频、3D建模等方式固定证据，线上提交。由于无法与证据进行物理接触，当事人无法就其中可能存在的瑕疵提出实质性意见，而转由法院进行核实也存在审判风险增加、产生中立性质疑等问题。第二，在线质证弱化了直接言词原则的运用效果。一方面，由于证人与法官所在的法庭处于不同的物理空间，缺少了零距离面对面交流的机会，在此情境下，对证人的心理压迫感也会相应降低，与此同时，证人提供虚假言词证据的概率也会有所提高。另一方面，由于目前科学技术尚未达到能够确保最佳传输效果的要求，当事人与法官很难通过观察证人的细微情态以洞悉其心理状态，而从线下到线上的诉讼情景的转变加剧了这一点。第三，在线诉讼改变了集中对审的审理方式，质证质量难以保证。相较于线下诉讼，线上诉讼多采取异步审理的模式。异步审

理模式一方面弱化了质证环节的对抗性、即时性，给当事人留出了虚假陈述、与证人串供的空间；另一方面则冲击了集中审理原则，使法官对证据以及案件的印象因为时隔太长而变得含混不清。

王德新：此次修改后的《民事诉讼法》增设了第16条“在线诉讼规则”，其中第1款确立了“同意规则”，第2款确立了“等效规则”。对于庭审之外、甚至庭审中的“证据调查”之外的诉讼环节，该规定不存在重大问题，但对于庭审中“证据调查”环节来说，该条款仍然存在三个正当性疑问：

第一，当事人同意是否建立在充分知情的基础上？实践中，法院通常在审前准备阶段征求当事人是否同意的意见，此时，当事人不一定对庭审阶段在线进行证据调查的消极影响有完全、充分、理性的认知，不排除有重大误解的情形。因此，在事关证据调查的重大问题上，除了事先“同意规则”外，还应赋予当事人庭审进行中针对某些证据在线调查的“异议权”。

第二，当事人同意是否足以为在线证据调查赋予正当性？法庭审理中的“证据调查”极为强调当事人在场的“亲历性”，中国2000多年前就确立的“五声听讼”制度，现代诉讼法上的庭审“直接言词原则”、书证物证“原件规则”、证人“传闻排除规则”等基础性诉讼法理无不建基于此。可以说，“亲历性”是当事人有效辩论的基础，也是法官发现事实疑点、根据证据合理形成心证的基石。基于处分权法理的当事人同意，在与审判质量和司法公正发生冲突时，不能赋予在线证据调查以正当性，除非坚持宁可牺牲公正也要追求效率的诉讼价值观。

第三，同意规则与等效规则叠加，法院还能否有效辨识虚假诉讼、恶意串通、诉讼欺诈等不当诉讼活动？不能仅将诚实信用原则作为事后救济手段，即便当事人同意，为了防范不当诉讼也要建立“等效规则”的例外情形，这与线下诉讼不应当有本质的区别。

九、民事诉讼保障制度的完善与发展

诉讼程序的有序运行有赖于诉讼保障制度的完善程度。2007年以来，围绕行为保全、强制措施、电子送达等已经对《民事诉讼法》进行了多次修改。在现阶段，诉讼保障制度还有哪些地方需要进一步完善？

张卫平：民事诉讼保障制度包括证据保全、财产保全、行为保全、妨碍民事诉讼强制措施、送达、期间、诉讼费用等保障民事诉讼和执行能够顺利进行的若干制度。我在这里主要谈与保全制度有关的内容。

在财产保全（包括诉前和诉中保全）制度的实践中最突出的问题是保全申请的条件。条件设置是否合理直接关系到保全制度的意义和目的能否达成的问题。民事诉讼法没有就条件作出具体规定，按照现行的司法解释，申请财产保全的条件之一是提供



“明确的被保全财产信息或者具体的被保全财产线索”，不能提供的，则驳回保全申请。如被保全的财产为存款时，所谓明确的被保全财产信息或线索就是指相应的开户银行及账号，但在实践中，权利人通常不可能知道义务人的开户行和账号，也就使得保全措施实际上无法实施。问题在于，关于像银行账户账号这样的信息，法院实际上可以通过有关系统查到，无需申请人提供（建立这样的信息系统在技术和法律上并没有障碍）。当事人只需要提供户名即可。有人担心如此容易导致保全的滥用。保全滥用的防止关键在于把握基础法律关系是否存在，同时还因为在一定条件下的保全担保、诉讼费用负担作为保障，担心是没有必要的。另一个问题是保全担保的问题，目前存在的问题是，几乎所有的保全申请都需要担保。事实上是否需要担保需要视具体情况而定，例如争议关系的类型、保全财产的性质等。由于一概要求提供担保，担保公司这样的盈利机构也就应运而生，并从中盈利。这些问题是当下亟需通过完善制度加以解决的问题。解决这一问题，首先应当明确的是保全制度的基本取向问题，即条件怎样设置才更有利于权利人实现权利，而不是相反。

张海燕：张老师谈到了保障性程序中的财产保全，那么接下来我想以行为保全制度的完善为引，探讨当下两个与之相关的热点议题。

第一，以提前结束诉讼的功能进行知识产权诉前行为保全制度的完善。这在我国实现创新型国家转型背景下具有战略层面的独特意义。目前，尽管法官对知识产权诉前行为保全个案支持率较高，但整体适用比例极低。结合知识产权案件的重要竞争意义，不难推断该适用率不符合权利人制度运用及诉讼策略的应有逻辑。该问题的成因多元，可从以下两方面进行制度完善。其一，以行为保全功能挖潜为起点，激发当事人主动适用的积极性。即通过制度规则的重构使行为保全由避免损害向提前结束诉讼的功能扩展，使诉前行为保全成为当事人从源头上避免知识产权诉讼“周期长、成本高、赔偿低”等痼疾的程序选择，进而焕发司法适用活力。其二，重视对程序分化理念的运用。一方面要认识到知识产权纠纷复杂性对诉前行为保全审查的特殊需求；另一方面要重视行为保全与财产保全的程序差异。对知识产权诉前行为保全采取言词审理并适度延长审查期限。

第二，人格权禁令程序的建构不宜直接适用行为保全规则。原因在于：其一，二者差异不容否认。人格权禁令案件具有独立性，禁令裁判是当事人请求权的司法实现，不以后续人格权纠纷诉讼的提起为必须。而诉前行为保全不是独立案件，其程序设计以服务于本案诉讼为基调，是诉讼程序的辅助性程序，并非当事人实体权利的实现程序。其二，人格权禁令直接适用行为保全程序不具有突出的立法效率性。基于二者差异，不进行任何规则改造的直接参照适用欠缺基本的合理性。因此对现有行为保全规则的重构在所难免，且会导致人格权禁令程序建构的复杂化。较为合理的路径应是以人格权请求权制度机理为出发点，在行为保全程序之外另起炉灶进行规则设计。

王德新：关于诉讼保障制度，我比较关注行为保全制度创设之后，与财产保全、先予执行和人身安全保护令的功能重叠和适用混乱问题。第一，财产保全与行为保全的重叠问题。立法机关认为，行为保全与财产保全的区别主要在于申请目的和执行措施，即财产保全措施指向财产，目的在于保证将来判决的执行；行为保全措施指向人的行为，目的在于保护权利人免受损害。但是，对于诉讼中责令当事人及时处理不宜长期保存的物品、通知产权登记部门不予办理财产转移手续、裁定案外人不得对本案债务人清偿等措施，究竟是作出财产保全裁定，还是行为保全裁定，区分依然困难。第二，行为保全与先予执行的重叠问题。这主要涉及《民事诉讼法》第109条第3款和《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第170条，在需要立即停止侵害、排除妨碍，或者需要立即制止某项行为时，可以作出先予执行裁定，但是，法院在此情形下也完全可以作出行为保全裁定。第三，行为保全与人身安全保护令的关系问题。在《民事诉讼法》2012年修改增设“行为保全”制度之后，全国人大又于2014年审议通过了《反家庭暴力法》，该法第四章专门规定了“人身安全保护令”制度。在家事案件中二者是否是一回事，有待探讨。

以上问题是由于我国立法在对大陆法系假扣押、假处分制度和英美法系强制令、人身保护令制度双重借鉴而未能很好地本土化的结果。在未来修法时，基本思路是财产保全用于“保障将来判决的执行”、行为保全用于“预防和制止致害行为”、先予执行用于“金钱给付之诉中的先行给付”，但对于行为保全与实体法规定的人身安全保护令、人格权禁令、知识产权禁令的关系仍需进一步研究。

十、审级制度与再审制度的完善

根据全国人大常委会的授权，最高人民法院自2021年9月以来开始在全国范围开展为期两年的“四级法院审级职能定位改革试点”。试点工作的目的，就是要进一步“明确四级法院审级职能定位，加强审级制约监督体系建设，实现依法纠错与维护生效裁判权威相统一，推动法律正确统一适用”。在审级制度改革过程中，有哪些问题值得特别重视？

张卫平：审级制度与再审制度有关联关系，这次四级法院职能定位改革也涉及这一方面的问题。在民事诉讼的实践中，判决的终局性（既判力）与再审救济一直存在冲突和紧张关系。我国民事再审申请一直居高不下。这与审判的各个环节都有一定的相关性，与法官专业素质参差不齐有关，同时也与我国的审级制度和再审事由的设置有关。

我国在传统上一直坚持诉讼程序的简易化，两审终审的设置是其重要体现。随着



社会的发展,社会经济关系日益复杂,法律关系也日趋复杂多样,传统的两审终审制度未必与其发展相适应。两审终审在涉及到一些复杂的法律问题时就可能因为不能有效解决其争议,而将争议压力转移给再审,使再审率居高不下。再审率的提高又进一步冲击判决的既判力,冲击裁判的终局性,从而直接影响裁判的权威性。因此,我一直主张对于某些关系重大的案件涉及法律问题的可以设置法律审作为第三审,如此,既能更充分吸收不满,也有助于司法的统一,减轻再审的压力。个别或特殊情形下法律问题与事实问题区分难的问题完全可以交给法院裁量处理,或宽或严依照情形酌定。

张海燕:关于审级制度,张老师就我国设立三审终审制进行了一个宏观概述,下面我就确立三审终审制的现实合理性与可能遇到的瓶颈进行分析。就设立三审终审制的现实合理性而言,第一,三审制是民事诉讼制度发展的客观趋势。当今世界绝大多数国家采用的都是四级三审或三级三审制,该制度的比较法经验是其制度优势的客观证明。第二,三审制有助于再审制度功能校正。我国再审制度功能偏向于维护裁判的稳定性,大量再审申诉案件难以进入再审程序,错误真正得以纠正的案件更是少之又少。对此,有必要将法律审作为第三审予以确立,通过常态化的程序设置畅通当事人救济渠道,同时有利于再审制度功能的复位。第三,三审制是调整四级法院职能价值的有力支撑。根据最高人民法院调研报告,两审终审制不利于充分发挥四级法院的整体功能和实现四级法院各自不同的价值目标,具体存在上诉条件过于宽泛导致诉讼资源的浪费、终审法院级别过低,难以保证司法的统一性、两审终审使上诉审的纠错功能明显降低等缺陷。但不可忽视的是,确立三审终审制在我国也面临着众多阻碍。其一,立法成本过高。两审终审制作为我国民事诉讼法的基本制度之一,如果要进行变动则将引发连锁反应,整部民事诉讼法乃至三大诉讼法都将面临大幅调整。其二,冲击现有的法院组织与案件结构。增设法律审为第三审可能会产生增加法院人员编制的要求,同时在客观上产生大量三审案件,这无疑会使法院目前面临的“案多人少”困境进一步加剧。其三,与四级法院审级职能定位改革产生冲突。如果增加第三审则可能会使高级人民法院与最高人民法院的审级职能定位进一步发生变化,这将放大审级制度调整的整体不确定性。

王德新:在这次最高人民法院部署的“四级法院审级职能定位改革试点”工作中,虽然未明确提及三审终审制是改革目标,但这在学术界和司法界却是一个长期存在广泛共识的改革议题。^①不论是否推进三审终审制改革,再审制度都还仍有继续存在的必要,但有必要进行重大改造。第一,即便在三审终审制下,第三审也主要是便于较高层级的法院发挥统一法律见解的审级功能;而再审制度的功能,则是在兼顾程序公正与实体公正的基础上追求恢复司法公信力。第二,冲破法院生效裁判的既判力的再

^① 参见最高人民法院民事诉讼法调研小组编:《民事诉讼法程序改革报告》,法律出版社2003年版,第170-209页。

审，应当包括功能各异的三重机制。一是当事人申请再审，侧重于保障当事人的重大程序和实体利益（理由限于受到诉讼欺诈，新获得了决定性意义的证据，原判决依赖的证据被认定为伪造）；二是第三人撤销之诉，侧重于保护未受诉讼程序保障的案外第三人的利益；三是省级以上检察机关的抗诉，侧重于维护宪法秩序和重大公共利益。第三，再审之诉诉讼化，且应在一定期限内（比如自知悉事由之日起2个月）行使，而且只能行使一次。

十一、民事诉讼法涉外部分的修改和完善

习近平总书记在中央全面依法治国工作会议上要求：“要坚持统筹推进国内法治和涉外法治。”近年来，涉外民事诉讼中出现了“长臂管辖”“禁诉令”等一系列热点问题。在此背景下，应当从哪些方面重点完善涉外民事诉讼程序？

张卫平：我国民事诉讼法从1991年制定至今，已经进行了大小四次修改，但都没有涉及民事诉讼法涉外部分。与三十年前相比，我国与世界各国的经济关系已经有了很大的变化，国际经济、政治的格局也有了深刻的变化，涉外法律关系也随之相应变化，因此，应对这种新格局、新变化的法律制度也应当有相应的变化。在这种形势下，仅仅依靠司法解释是不够的。如果说民事诉讼法的修改和完善，实际上涉外编的修改应该是最为迫切的。在涉外民事诉讼制度中修改和完善的重点主要有以下几点：第一，完善民事涉外管辖制度。在这方面，总的趋势是适应对外法律关系的发展，维护我国国家、社会及当事人的合法权益，适当扩大和丰富我国法院的管辖根据，例如当事人的协议、被告人的应诉、与案件的实际联系都可以作为管辖根据。并相应扩大专属管辖的范围，以便与协议管辖、应诉管辖制度协调配套。第二，确立不方便法院原则。不方便法院原则是法院涉外管辖体系中十分重要的协调机制。在扩大管辖根据情形下，如果没有该原则予以调整必将不利于我国对涉外民事案件的审理。第三，明确有条件的平行诉讼制度。只要我国法院拥有管辖权，在某些情形下并不因为当事人一方向国外法院起诉就一定排斥我国法院对同一纠纷的实际管辖。平行诉讼有利于维护我国当事人的合法权益。第四，明确规定禁诉令制度，并将禁诉令与行为保全制度脱钩，使之成为独立的一种制度。第五，完善涉外送达方式。主要是明确增加电子送达，使其送达更为便捷，提高诉讼效率。第六，进一步明确和完善域外判决、仲裁裁决的承认与执行制度。在这一方面，主要是细化不予承认与执行的事由。现有的规定过于抽象和概括不利于实际适用和操作。涉外民事诉讼与国内民事诉讼有很大的不同，涉及许多单纯法律之外的因素，因此其法律规范的设置需要考虑有较大的政策调整余地，既要考虑国际惯例、通行的做法，又要考虑坚持我国司法主权利益，从而形成具有我国司法话语特色的涉外民事诉讼制度。



张海燕：禁诉令制度应完成从顶层设计到具体制度与规则的系统建构。禁诉令最基本的功能在于阻止国际平行诉讼，以降低当事人诉讼成本并防止冲突判决。随着全球知识竞争与贸易摩擦升级，禁诉令制度建构需求尤为迫切。第一，在顶层设计上，应将禁诉令制度作为我国深度参与国际经济交往的保障程序而非特殊领域的被动反制程序。因此一方面需考量其在各领域案件国际平行诉讼中的适用，另一方面应一并拓展对“反禁诉令”规则同步建构。第二，在具体制度与规则上，应辩证对待禁诉令程序在国际法属性与民事诉讼国内法属性间的关系。禁诉令在程序启动、申请形式、证明标准、审查方式等方面可以适当借鉴国内民事程序规则，但在要件审查上存在有别于民事程序传统理论的特殊性，比如对国际平行诉讼主体与诉讼标的的判断等。由于程序缺失，我国当前的应急之策是借助行为保全制度提供临时救济，其无疑极具填补空缺的实用价值，但并非长久之计，学界对于禁诉令制度的研究范围也应由对行为保全的聚焦逐渐发散、扩充。

结 语

全国人大常委会于2021年12月完成对《民事诉讼法》的第四次修改，旋即又于2022年4月将“民事诉讼法修改”和“民事强制执行法审议”纳入《全国人大常委会2022年度立法工作计划》之中。可以预见，“四级法院审级职能定位改革试点”的经验有可能被吸收进立法，而《民事强制执行法》被审议通过也不会太遥远。从“矛盾纠纷多元化解”到“诉源治理”，从“繁简分流”到“四级法院职能定位”改革试点，从“人民调解法”“仲裁法”到“民事强制执行法”，近年来我国民事程序法领域改革不断、立法不断、修法不断。大量的改革试点、司法解释和立法文件的出台，预示着我国民事程序法体系日渐成熟。不论是选择民事程序法分别立法的老路，还是走民事诉讼法法典化的新路，中国民事程序法治建设不平凡的时代已经到来！

（责任编辑：李 宁）

主持人语：指导性案例的专题化研究

随着案例指导制度的持续运行，指导性案例在数量上不断增加，对其研究可以专题化的方式展开：一方面，对不同批次的类似指导性案例进行集中分析，可以发现相关指导性案例的遴选、发布和适用的趋势与规律；另一方面，最高人民法院更多地以专题的方式集中发布类似或者相关的整批次指导性案例，这种方式有利于集中展现特定领域中指导性案例对审判实践的重要意义和价值。因此，从个案研究扩展到专题化的群案研究，将成为指导性案例的理论分析与实践应用的重要方式。《指导性案例推进环境治理的方式及其完善》一文以第 24 批指导性案例为分析对象，探究指导性案例在推进环境治理方面的意义和价值；《漏洞补充在指导性案例 164 号中的运作及其超个案效力》和《公平原则在合同法指导性案例中的运用及其改进》分别从 164 号和 108 号出发，扩展到对类似指导性案例的分析。期待以专题化方式研究指导性案例的更多成果出现。

指导性案例推进环境治理的方式及其完善

孙光宁*

内容摘要：指导性案例在推进环境治理方面有着独特的价值和优势：在总结个案的基础上与时俱进地提供环境法裁判规则或者审判思路；特别关注环境治理的实际效果，包括当前效果和预期效果；有效突显和实现环境法基本原则和立法目的；通过零敲碎打的方式精准处理环境审判疑难问题。以此为基础，欲继续提升通过指导性案例推进环境治理的效果，最高人民法院应当从以下几个方面对指导性案例进行完善：根据环境治理的特点，提高发布指导性案例的频次；提供更加丰富多样的指导性案例类型及其处理方式；通过细致编辑指导性案例的文本，有效阐释裁判要点和裁判理由之间的关系；引入多种论据对既有的环境法规范进行创造性扩展、细化和补充。

关键词：指导性案例；案例指导制度；裁判要点；环境治理

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)03-021-037

* 孙光宁，山东大学（威海）法学院教授，博士生导师。

基金项目：本文系国家社科基金重大专项“社会主义核心价值观背景下的案例指导研究”（19VHJ004）、山东省高等学校青创科技计划“司法工作全面贯彻习近平法治思想研究”的阶段性成果。



生态文明建设在现代国家中占据着十分重要的地位,环境治理是其中的基本内容,需要借助立法、司法和执法等多种法治治理手段。相比于立法,司法治理需要动态处理有限的法律规定与无限丰富的案件事实之间的关系,这一点对于环境治理而言尤其突出。2020年初,中共中央办公厅、国务院办公厅发布的《关于构建现代环境治理体系的指导意见》在健全环境治理监管体系部分专门强调要完善监管体制,加强司法保障。在司法治理的诸多方式中,案例指导制度是比较新的方式,最高人民法院可以通过发布指导性案例的方式为处理类似案件提供抽象规则或者审判思路。从2010年底的《关于案例指导工作规定》开始,最高人民法院逐渐积累着指导性案例的发布数量。但是,在前126个指导性案例中,仅有指导性案例75号为环境法案例。在2019年底,最高人民法院集中发布了第24批共13个环境法指导性案例,全面展示了指导性案例在环境治理方面所发挥的作用及其方式。

本文以涉及环境治理的指导性案例为主要分析对象开展相应的分析,主要是基于以下几个方面的考虑:(1)在环境法发展的对策研究中,诸多学者热切呼唤发挥指导性案例的作用。以最高人民法院集中发布环境法指导性案例为契机,对此进行深入分析可以展示相应指导性案例中包含的审判技术和方法。(2)在我国环境审判日益专业化、专门化的背景下,很多相应的环保审判机构从地方到最高人民法院都已经设立。但是,审理环境法案件的法官在业务能力和素质方面还需要进一步提高,指导性案例能够在这个方面以生动活泼的方式提供重要帮助。(3)虽然最高人民法院意图通过指导性案例来推进环境问题的司法治理,但是,现有的这些指导性案例还存在着一定缺陷,也需要引起相应的重视,为将来发布更多更优质的指导性案例积累经验,以期实现环境问题的有效治理。(4)基于环境问题的高度复杂性及其对特定地理的依赖性,环境法审判活动与传统的民事、刑事和行政审判有着较大不同,利用传统的司法分析工具未必完全有效对其展开研究。在国内现有相关研究成果较少的情况下,集中分析具有代表性的环境法指导性案例能够为司法理论研究的本土化提供重要参考。基于以上考虑,本文将首先梳理相关指导性案例如何具体论证裁判理由并最终形成裁判结论,其后再分析指导性案例在推进环境治理方面的优势,最后提出相应的改进和完善方向。

一、指导性案例推进环境治理的主要方式

案例指导制度的运作全程包括指导性案例的遴选、发布、参照适用等阶段,其中参照适用的情况直接反映了指导性案例参与环境治理的效果。从既有的实际效果来看,指导性案例从发布到被裁判文书直接参照适用,往往需要一个较长的过程。^①首个环

^① 参见《最高人民法院指导性案例司法应用研究报告》(第二版),北京大学出版社2019年版,第9-12页。

境法指导性案例 75 号于 2016 年底发布, 根据笔者在中国裁判文书网上的检索, 截止 2019 年底也仅有两份判决书直接援引了该指导性案例。当然, 审判实践中存在着大量“隐性参照”的情况, 法官在实质意义上参考了相应的指导性案例却并没有在裁判理由部分明示。^① 这种方式难以准确揭示指导性案例的实效, 并不值得提倡。在第 24 批环境法专题指导性案例刚刚发布的背景下, 目前还无法直接确定这些指导性案例被参照适用的情况。相应地, 细致分析这些环境法指导性案例的裁判思路、风格、技术和方法, 不仅能够看到最高人民法院将其遴选为指导性案例所包含的意图, 更可以为将来在类似案件中进行准确参照适用做好充分准备, 进而有效发挥指导性案例对环境治理的推动效果。对于环境法案件审判的个案而言, 总体步骤可以分为定性和定量这两个阶段, 前者确定后者的基础和方向, 后者是前者的细化和落实。

(一) 定性方式: 扩张解释规范与准确推定事实

虽然我国在环境立法方面有着巨大成就, 但是, 现有的法律规范仍然不能与复杂的环境治理问题完全对接, 过于宏观、粗糙、滞后、矛盾甚至空白给法官处理个案带来了不少困难。面对这些审判实践中的疑难问题, 最高人民法院通过指导性案例的方式提供了很多直接的裁判规则或者审理思路。

例如, 在指导性案例 75 号中, 原告中国生物多样性保护与绿色发展基金会的起诉资格问题是整个案件的焦点之一。《环境保护法》第 58 条对此有专门规定, 《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第 4 条细化了相应的判断标准: “社会组织章程确定的宗旨和主要业务范围是维护社会公共利益。” 虽然原告中国生物多样性保护与绿色发展基金会的章程中并没有直接提及维护社会公共利益, 但是, 指导性案例 75 号的裁判理由认为: “对于社会组织宗旨和业务范围是否包含维护环境公共利益, 应根据其内涵而非简单依据文字表述作出判断。” 进而, 法官肯定了原告的起诉资格。最高人民法院案例指导工作办公室对此的解读也认为: “从实践情况看, 社会组织章程所规定的宗旨和业务范围往往涵盖面较广, 如果要求社会组织只能从事维护环境公共利益的活动, 标准过于严苛, 不利于充分发挥环境公益诉讼的制度功能。”^② 质言之, 指导性案例 75 号并没有局限于《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第 4 条关于社会组织自身章程表述的规定, 而是将其扩展到实际上参与环保公益事务的范围, 不仅仅审查原告的章程规定, 更注重其实际行动。

再如, 在指导性案例 127 号中, 被告主张其排放的污水中所包含的铁含量, 并没有专门的国家标准来确定构成污染损害。对此, 该案的裁判理由认为, 虽然现行的《渔

^① 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。

^② 最高人民法院案例指导工作办公室:《〈中国生物多样性保护与绿色发展基金会诉宁夏瑞泰科技股份有限公司环境污染公益诉讼案〉的理解与参照——社会组织是否具备环境民事公益诉讼原告主体资格的认定》, 载《人民司法·案例》2018 年第 23 期。



业水质标准》和《海水水质标准》对海水水质的评价标准中的确并不包含铁物质，但是，这些标准已经长期未修订，无法有效涵盖现有的污染物类型；同时，基于《海洋环境法》和《侵权责任法》的概括性推定，裁判理由部分并没有将铁物质排除到污染物范围之外。因此，法官最终判决被告败诉。虽然专门处理海水污染的两部下位法都没有直接将铁物质纳入到污染物之中，但是，指导性案例 127 号却直接适用了上位法的概括性规定，将水质污染物的范围进行了与时俱进地扩展。该案例曾经在 2017 年 6 月被最高人民法院发布为环境资源刑事、民事、行政十大典型案例。审理该案件的二审法院“分别通过对法律条文的目的性解释、对环境标准内容与效力的动态评价、对证据证明力的辩证分析等严谨的方法，得出了具有公信力的结论”^①。与之类似的是指导性案例 137 号。一些环境法律规范针对行政机关的职责缺乏明确规定，例如《排污许可管理办法（试行）》第 52 条就没有明确究竟哪些情形属于“不依法履行监督职责或者监管不力”，导致对相应人员的责任追究落空。^②而指导性案例 137 号则明确了审查行政机关是否履行法定职责的标准，对《森林法》及其实施细则中的不明之处进行了有效填补，实质上也是对现有的法律规范进行了细化和扩展。

以上对特定法律规范的含义进行扩张解释，在其他指导性案例中也有所表现。例如指导性案例 6 号，将案件所涉及的“没收较大数额的财产”也纳入到《行政处罚法》第 42 条中的“等”字之中，作为应当告知听证权利的行政处罚事项。^③这种做法也是在实质上扩张了相应法律规范的涵义。从法律适用方法的角度来说，能够形成扩张解释效果的方法是“目的性扩张”，总体上属于针对法律漏洞适用的具体方法。“目的性扩张，系透过其包括作用，将原须涵盖的部分并入，使该法律无形中达到原规范意旨之目的。”^④这种方法强调的是基于相关的法律目的而对特定法律规范进行扩张解释。例如，针对指导性案例 6 号对“等”字的处理，最高人民法院认为：“对相对人产生重大影响的行政处罚决定当然不仅限于行政处罚法第 42 条所明文列举的三种，还应该包括其他与该三种行政处罚类似且对相对人权利义务产生重大影响的行政处罚。其实这也是行政处罚法设立听证程序的立法本意所在。”^⑤具体到环境治理而言，指导性案例 75 号的直接目的是降低环保公益诉讼原告的认定标准，使得更多社会组织参与环保公益诉讼；指导性案例 127 号的直接目的则是与时俱进地将更多造成污染的物质纳入到污染物的范围；指导性案例 137 号的直接目的是准确认定环保行政部门履行法

① 《环境资源刑事、民事、行政典型案例》（二），载《人民法院报》2017年6月24日，第3版。

② 参见谢伟：《论我国排污许可证的执行》，载《法学论坛》2018年第6期。

③ 参见孙光宁：《法律规范的意义边缘及其解释方法——以指导性案例6号为例》，载《法制与社会发展》2013年第4期。

④ 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第155页。

⑤ 最高人民法院案例指导工作办公室：《指导案例6号〈黄泽富、何伯琼、何熠诉成都市金堂工商行政管理局行政处罚案〉的理解与参照》，载《人民司法·应用》2012年第15期。

定职责的认定标准。以上诸多指导性案例的最终目的仍然是通过司法的方式有效推进环境治理。对于环境法的目的,指导性案例 132 号直接在裁判理由部分强调了《环境保护法》第 1 条、第 4 条和第 5 条的规定,用于明确作出裁判的原则性法律依据。

除了进行目的性扩张解释之外,对于环境法律规范所确定的各种要件事实,相应的指导性案例还通过推定的方式进行有效确定。例如在指导性案例 135 号中,被告无法说明污染物的去向,法官基于原告提供的有力证据最终判决被告按照全部污染物数量进行相应赔偿。这一结论的主要依据是《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》第 13 条中关于“推定”的规定。在此条款的实际应用不多的背景下,指导性案例 135 号的独特之处在于“顶格”处理,为以后裁判类似案件的法官提供了重要依据甚至信心。

除了推定客观的案件事实之外,聚焦于环境治理的指导性案例还利用推定的方式明确污染者的主观状态。例如,在指导性案例 130 号中,具有排污许可证的被告藏金阁公司将排污业务委托给另一被告首旭公司,焦点问题是如何认定两被告之间具有共同侵权的故意。该指导性案例的裁判理由从以下几个方面推定了共同侵权故意的存在:(1)藏金阁公司在近两年时间内未对首旭公司进行监管,此项法定义务不能基于二者之间的民事协议而免除;(2)藏金阁公司改造废水调节池时未封闭暗管且无合法合理理由,首旭公司通过该暗管非法排污;(3)藏金阁公司知道自身需要排污的废水量,且通过缴纳排污费而知道合法排污量,进而了解两个数据之间的差距即为首旭公司偷排废水量,但继续委托后者排污,形成了默契。以上几个方面,两被告无法举出有力反证。因此,指导性案例 130 号认定共同侵权故意的存在。认定主观状态是环境侵权案件中棘手的问题之一,难以通过直接证据获得有效证明。法官在指导性案例 130 号中也是通过大量间接证据形成了完整的证据链,共同指向最终肯定的结论。这种证明方式已经达到了民事诉讼中高度盖然性的证明标准,虽然比较繁复,但是却能够帮助后案法官确定共同侵权故意。

针对难以直接确定的主观状态,在其他指导性案例中也有所表现,比较典型的是指导性案例 68 号。在本案中,法官通过众多与普通商业交易习惯大相径庭的行为(包括人员、资金往来、借款的时间和目的等等)以及对第三人的不利后果,确定了原被告之间的主观状态为恶意串通。指导性案例 68 号和 130 号都列举了大量的间接证据,为形成有效推定提供了坚实的基础,当然同时也对主审法官提出了更高的要求。

(二) 定量分析:精准定量与模糊定量的有效结合

在为案件确定基本性质的基础上,如何准确(甚至是精确)计算出相应的赔偿或者补偿数额,对于审理环境法案件的法官来说比较困难。因为环境因素带有很强的复杂性和不确定性,而且随着相关科学认知的变化而变化,即使是业内专家也未必有把握提供准确的数据,遑论作为环境科学外行的法官。这种情况也意味着,现有的正式



法律规范所提供的诸多计算方法，也大多是一种参考，法官在如何计算相关数额方面有着较大的自由裁量权，也迫切需要以指导性案例为代表的多种资料的辅助。

在第24批的13个环境法指导性案例中，第130、131、133、135号在案件事实或者裁判理由部分专门提供了精确的计算公式。特别是指导性案例133号提供了多个计算公式，为最终判决赔偿酸洗危险废物处置费、生态损害修复费等数额提供了精确的依据。除了在微观层面上使用计算公式之外，聚焦环境治理的指导性案例还普遍采用了“虚拟治理成本法”。

“虚拟治理成本是指工业企业或污水处理厂治理等量的排放到环境中的污染物应该花费的成本，即污染物排放量与单位污染物虚拟治理成本的乘积。单位污染物虚拟治理成本是指突发环境事件发生地的工业企业或污水处理厂单位污染物治理平均成本（含固定资产折旧）。……利用虚拟治理成本法计算得到的环境损害可以作为生态环境损害赔偿的依据。”^①虚拟治理成本法是《环境损害鉴定评估推荐方法（第Ⅱ版）》收录的正式计算方法，在司法实践中获得了广泛的认可和接受。《关于虚拟治理成本法适用情形与计算方法的说明》确定的主要计算公式为：污染物排放量 × 污染物单位治理成本 × 受损害环境敏感系数。在第24批指导性案例中，明确使用虚拟治理成本法的案例就包括从130号到135号的六个案例，所占比重是首屈一指的。比较典型的是指导性案例131号，针对涉案的污染物——二氧化硫、氮氧化物和烟粉尘，分别计算了虚拟治理成本。在经济分析方法在法学研究中获得重要认可的背景下，环境法案件应用这种成本收益分析的方法也很容易得到明显的重视。虚拟治理成本法更加关注的问题是如何对已经造成的环境破坏进行治理，如何保持环境安全的长久维护，与传统意义上民法的赔偿原则有着很大差异，显示出环境法案件的特殊之处。借助于精确的公式，法官在以上指导性案例中确定了多种费用（尤其是治理费用）的数额，经常远远超越了既存损害的数额，体现了环保法一直强调的保护和发展并重的原则。其中诸多公式的运用，尤其是相关比例系数的确定，以具体直接的方式给审理类案的法官提供了可参照、可复制的样本。

虽然环境法案件中需要精确计算，但是，这种计算也经常带有个案色彩，环境法的指导性案例还提供了另外更具普遍性的计算方式——模糊计算。这种计算方式强调的是在案件性质基本确定的基础上，对特定的污染主体所应当承担的相应法律责任数额进行“适当”的倾向性调整。例如，指导性案例132号针对污染者主动投入巨资更新设备进行污染防治、降低污染及其风险的行为，在综合考虑的基础上确定减轻其赔偿责任，这一判决结论充分体现了环境法的预防作用和导向作用。与之相反，在指导性案例133号

^① 环境保护部政策法规司编：《新〈环境保护法〉及配套文件汇编》，中国环境科学出版社2015年版，第167页。

中, 虽然被污染水域具有自净功能, 会逐渐恢复水质, 但是, 法官认定污染者所应当承担的责任却并不能因此而减轻。这种正反两个方面的案例展示, 说明指导性案例在参与环境治理方面会全面考虑行为的性质、后果以及相关的因果关系之后做出评价。当然, 其中“适当”减轻或者增加, 并没有具有严格的公式, 难以进行十分精确的计算, 主要是法官根据个案情况在自由裁量权范围内酌情决定。简而言之, 精确计算的优势在于明确基本的法定数额, 而模糊计算则可以在此基础上结合个案情形进行妥当浮动, 二者的结合能够在环境法案件中保证合法性基础, 又增加了灵活和机动。

从以上的分析中可以看到, 涉及到环境法的指导性案例在技术层面上运用了多种法律适用方法, 比较全面地展示了参与环境治理的司法实践。需要说明的是, 虽然前述分析是分别论述了定性分析和定量分析, 但是, 实际上, 同一个环境法指导性案例往往综合运用了两种分析方法, 在明确是非曲直的基础上准确核定涉案数额和处理方式。以上所列举的仅仅是环境法指导性案例中比较具有普遍性和代表性的法律适用方法, 另外还有一些其他法律适用方法。例如指导性案例 128 号中, 在光污染缺乏明确规定的情况下, 法官通过组织当事人现场感受、咨询专家等方式, 综合考虑了大众的认知规律和切身感受、专家意见、日常生活经验法则等等因素, 形成了最终的裁判结论。这种法律适用方式已经不属于扩张解释了, 而带有一定的造法因素, 虽然没有直接提供抽象规则, 但是却提供了审判此类问题的思路, 为将来涉及到光污染问题的后续细致立法规定, 积累了十分有益的司法经验。

二、指导性案例推进环境治理的特点与优势

在推进案例指导制度方面, 最高人民法院总体上采取了一种比较审慎和稳妥的方式。在 2010 年底的《关于案例指导工作规定》之后将近一年, 才出现了第一批指导性案例。鉴于环境治理问题的复杂、多样和长期, 最高人民法院在案例指导制度运行近十年的时候才集中发布了专题批次的环境法指导性案例, 这也是以上审慎和稳妥方式的延续和展现。虽然集中出现的时间较晚, 但是, 这些环境法指导性案例却很具有代表性, 涉及到与环境治理相关的多种诉讼类型, 也兼顾了多种法律责任形式, 还覆盖了多种自然资源的保护。更重要的是, 这些环境法指导性案例有着独特的、同时具有普适性的法律适用方法, 对于推进环境治理有着重要特点和优势。

首先, 指导性案例具有鲜明的及时性, 在总结司法个案经验的基础上能够与时俱进地提供裁判规则或思路。《关于案例指导工作的规定》及其实施细则并没有规定发布指导性案例的固定时间, 从现有的实际情况来看, 只要经过正常的遴选程序, 最高人民法院可以随时发布指导性案例, 而且在数量上也不会受到限制。环境治理具有复杂多变的



特点,相应的环境法适用也需要根据特定的环保形势进行调整,通过指导性案例的方式就能够在时间上及时跟进环境治理的现实需要。相比于制定抽象规则所需要的系统和完整,聚焦于个案或者特定问题的指导性案例在发布频次上更加自由和灵活,无需漫长的积累和探讨。作为首个环境法指导性案例,指导性案例75号出现的背景是相关诉讼法的修改,降低了对社会组织提起环保公益诉讼的门槛。从环境治理的普遍经验来看,引入非政府组织的社会力量能够大大提升治理效果。“生态文明建设既然需要公众参与,就不应当对提起公益诉讼的主体资格作过多限制。……应当降低对社会组织的限制,只要是依法成立的专职从事环境保护公益工作的组织,都应当能够作为原告。”^①指导性案例75号的出现正是顺应了这一趋势,通过“观其言、查其行”的方式降低了提起环保公益诉讼的原告资格标准。“法治历史比较悠久的西方工业发达国家一直把公民环境诉讼的活跃程度和法院适用环境法判决案件的多少作为判断环境法实施程度的标志。……环境公益诉讼的发展,不仅给环境NGO组织提出了参加和推动环境公益诉讼的新任务,也使环境NGO组织找到了参与环境资源生态保护、维护环境公共利益的有效武器和有效途径。”^②指导性案例75号最初为最高人民法院直接提审的案件,这一案例进一步明确了《环境民事公益诉讼司法解释》中社会组织主体资格的审查标准,是环境公益诉讼主体范围不断扩大的重要表现。^③虽然该指导性案例被裁判文书直接援引的次数不多,但是,其示范作用和宣传效果还是非常值得肯定的。指导性案例130号、131号、132号、134号的原告或者共同原告都是社会组织,这已说明赋予更多社会组织以原告资格所取得的积极效果。在发布指导性案例75号之后,最高人民法院又发布了多个环境治理的典型案,更加注重了环境诉讼的特殊性,并在实质上推动了其类型化的进程,具体来说主要表现在以下几个方面:环境民事案件的裁判要素更加明确,环境行政案件的样态趋于清晰,环境刑事案件的类型更为细致,矿业权纠纷凸显环境资源案件特性,环境公益诉讼规则不断完善。^④这些典型案件及其影响为后续发布的正式指导性案例进行了有效铺垫,有些典型案例直接被遴选为指导性案例,继续推动着环境治理的进程。有实证研究表明,以环保法庭为代表的环境司法专门化改革能够推动环境纠纷司法处理水平的提升,弥补污染治理中环境司法不力的“短板”。并且,环境法治强化能够提高地方政府的治污能力和公众的环保参与。^⑤换言之,在目前的阶段中,审理环境案件的法官更需

① 魏胜强:《论绿色发展理念对生态文明建设的价值引导——以公众参与制度为例的剖析》,载《法律科学(西北政法学报)》2019年第2期。

② 蔡守秋:《从综合生态系统到综合调整机制——构建生态文明法治基础理论的一条路径》,载《甘肃政法学院学报》2017年第1期。

③ 参见江必新:《中国环境公益诉讼的实践发展及制度完善》,载《法律适用》2019年第1期。

④ 参见吕忠梅、张忠民:《环境司法专门化与环境案件类型化的现状》,载《中国应用法学》2017年第6期。

⑤ 参见范子英、赵仁杰:《法治强化能够促进污染治理吗?——来自环保法庭设立的证据》,载《经济研究》2019年第3期。

要在环境法的具体适用问题上获得帮助,而第 24 批环境法专题指导性案例就能够在这方面提供有效帮助。

其次,指导性案例特别注重环境治理的实际效果,包括当前效果和预期效果。环境问题的复杂多变使得现代环境法越来越“臃肿”,具体的环境立法数量不断增加。但是,即便如此也难以有效跟进最新的环境问题,其中的弊端日益明显,一种为环保法做减法的倾向开始初步显现。这种“环境法减法时代”,旨在通过法典高度的简约性、便捷的适用性、严密的逻辑性和适度的稳定性,来消解环境法律复杂化及其附带的复杂性机能障碍。^①在既有的环境法律规范已经比较概括和笼统的情况下,对其进行的精简将赋予法官更多的自由裁量权。法官就不能仅仅满足于实现合法性的底线裁判要求,更要关注环境治理的合理性和实际效果。与传统部门法审判优先考虑法律效果不同,环境法案件的裁判更推崇在环境治理方面实际产生或者将要产生的实际效果,这一点在现有的环境法指导性案例中有着明显表现。例如前述指导性案例 128 号处理光污染问题,就特别强调原被告双方都到现场的具体感受,在正式文本中有着“即使还未出现可计量的损害后果,即应承担相应的侵权责任”这样的表述。再如,指导性案例 129 号,针对污染者需要逐步展开污染处理,法官并没有要求污染者一步到位地承担生态环境损害责任,而是允许其提供担保后分期支付赔偿费用,这种循序渐进的方式能够更加稳妥地推动污染者积极履行环保义务,不至于被一次性的高额赔偿费用过于消耗,无力完整完成环境治理工作。与之类似,在指导性案例 134 号中,在污染者已经停止侵害的背景下,法官不允许污染者复工生产,必须等待相关文件的审批和设备的验收,这种判决可以防止有治理能力的污染者“边生产、边污染”的情况,其正式文本中甚至直接出现了“防患于未然”的表述。而指导性案例 137 号则直接将是否有效保护了国家利益或者社会公共利益,作为对环保行政部门是否切实履行职责的审查标准。同样是行政法案件,指导性案例 139 号处理了两部环保法规定之间的责任竞合情形,否定了污染者提出适用较轻处罚的请求,而肯定了环保部门给出的较重行政处罚,更有利于保护大气环境。在以上这些指导性案例中,法官所给出的并不是“唯一正确答案”,在符合相应环保法律规定的基础上存在着很多裁判方案或者结论。但是,注重环境治理的实际效果或者预期效果,是所有这些指导性案例裁判结果所特别着重考虑的内容。

再次,指导性案例能够有效突显和实现环境法的基本原则和立法目的。在环境法的具体规则存在空白或者疏漏的情况下,回溯或者递归到环境法原则,是裁判特定个案的重要途径,在处理疑难问题时表现得尤其突出。如前所述,很多指导性案例对法律规范进行扩张解释,背后的重要指向就是环境法的基本原则,在更深的层次上也是

^① 参见何江:《为什么环境法需要法典化——基于法律复杂化理论的证成》,载《法制与社会发展》2019 年第 5 期。



为了实现环境法的立法目的。《环境保护法》第1条规定了环境法中的基本立法目的,在整体上侧重于保护社会公共的环境利益。“社会环境公共利益,具体表现为适合人们生产和生活活动的良好自然环境,……关系人类维系生存和发展的根本利益,是人类生存和发展不可或缺的物质基础或基本条件,不仅与当代人的根本利益,并且与后代的根本利益密切相关。其重要性明显大于其他社会公共利益。”^①有学者甚至主张应当以“法益”为中心重构我国环境损害救济逻辑。^②可以说,对社会环境公共利益的维护,也是环境治理的基本目标。但是这一目标并没有通过司法治理获得理想的实现。“环境污染受害人在维权时面临过高的交易成本,包括无法获得充分的赔偿,难以停止侵害行为导致污染持续存在,诉讼耗时过长导致救济失去意义等。这些负面感受必然影响到当事人及社会公众对司法体系的感知与信任,导致司法公信力不彰。”^③而针对具体疑难问题的指导性案例,则能够在一定程度上有效提升处理以上利益关系的积极效果。在环境法基本原则和立法目的的指引下,审理环境案件的法官在实践中对具体规则的运用进行大量扩展、细化和延伸,其中相对成功的个案被遴选为指导性案例,以扩展成功经验的普遍效果。比较明确的例证就是指导性案例132号和134号都在裁判理由部分直接援引了立法目的作为论证理由(“出于对重点环境保护目标的保护及公共利益的维护”),而指导性案例131号和137号则更是在裁判要点部分直接出现了“社会公共利益”。环境侵权的复杂性及环境利益的损失,加大了环境损害范围确定及损害结果的计算难度,是环境权益保护的的特殊性对传统司法理论的重大挑战。^④对社会环境利益的保护,可以通过利益衡量的方法在指导性案例中得到具体展现。“针对审判实践中面临的生态利益衡量难题,研究生态环境利益和价值纳入案件衡量之后带来的利益平衡困难、裁判标准难以把握等问题,坚持环境资源案件审理的环境保护优先原则,重新确立不同利益冲突的优先顺位和衡量标准,通过司法解释、指导案例逐步推进环境资源案件裁判标准的统一,向社会集中展示环境司法的价值理念和目标追求。”^⑤每个环境法案件都是在处理复杂的利益问题,而法官必须秉持社会环境利益的基本立场才能准确适用环境法。应从生态利益与经济利益的冲突、生态利益诉求层次拓展的司法回应等两个方面展开利益衡量。^⑥“司法的一个基本面向是通过司法技艺固定处理特殊问题的方式,并将之一般化,形成价值调适和利益平衡的操作清单。

① 王树义:《论生态文明建设与环境司法改革》,载《中国法学》2014年第3期。

② 参见唐瑯:《环境损害救济的逻辑重构——从“权利救济”到“法益救济”的嬗变》,载《法学评论》2018年第5期。

③ 陈海嵩:《环境侵权案件中司法公正的量化评价研究》,载《法制与社会发展》2018年第6期。

④ 参见刁晓东、黄秀蓉:《论中国特色社会主义环境法学理论体系》,载《法制与社会发展》2014年第6期。

⑤ 吕忠梅、刘长兴:《环境司法专门化与专业化创新发展:2017-2018年度观察》,载《中国应用法学》2019年第2期。

⑥ 参见张璐:《环境司法专门化中的利益识别与利益衡量》,载《环球法律评论》2018年第5期。

所以, 基于个案的指导和司法解释是推动治理型环境司法走向精细化、一体化的必要程式。”^① 在立法层面上确定的环境法基本原则, 带有明显的理想色彩, 虽然不能完美地在实践中满足, 但是, 借助于法官在司法案件中的持续贯彻, 还是能够推动环境治理的。而相关指导性案例的发布和适用, 是加快和提升这一进程的重要手段。

最后, 指导性案例能够针对环境审判中的疑难问题进行准确处理, 通过零敲碎打的方式实现以点带面的效果。在前述环境法的基本原则与立法目的指引下, 每一个指导性案例独立针对具体疑难问题展开, 虽然涉及的范围较小, 但是却能够明显突出“精准打击”的特点, 能够适应环境审判的实际需要。每个指导性案例最初都是地方法院中的普通案件, 包含着法官来自于环境审判实践的经验和智慧; 最高人民法院将这些普通案件遴选为指导性案例, 充分尊重并在更大范围内扩展了这些经验和智慧。这种地方法院和最高法院的“合作”, 体现了环境治理中的司法能动主义。“大量生态法律空白、法律漏洞、法律宽泛和法律模糊问题需要法官依据法律原则、法律规则、自身经验甚至道德原则做出能动性解释或新规定创设建议, 以增强每个案件审判的合理性和公正性。”^② 能动不是乱动, 法院审判环境案件并不能过于能动和灵活, 否则会产生不少弊端。^③ 法官在审判环境案件时发挥司法能动主义, 也需要基于规范的依据, 指导性案例就是其中之一。指导性案例目前已经成为司法过程中补充法律漏洞的重要方式之一,^④ 能够针对审判中的不少疑难问题统一法律适用。例如最高法院在评论指导性案例 21 号时就承认“本指导案例的指导意义就在于堵塞法律漏洞, 约束建设单位在建设保障性住房时依法修建防空地下室, 防止其逃避法定义务”^⑤。具体到环境问题的司法治理来说, 环境审判涉及大量公私利益的混合状态, 现有的诉讼类型从各自机制出发处理公益和私益, 二者之间存在着不少龃龉之处。“面对同一环境侵害引发的环境公私益损害, 简单的依照公私益保护分野原理一分为二式分离诉讼, 使环境问题未能有实质性的交互整合, 这不仅有悖于环境问题一体化解决原则, 且对生态整体保护主义也是一种疏离。……公私益概念描述基础上的环境民事公私益诉讼分离模式和现实生活事实不相契合。近年, 我国法院不乏针对案件事实, 将环境公益诉请和私益诉请合并进行审理实例, 其处理效果也很好。”^⑥ 指导性案例 130 号和 136 号就是其中比较有代表性的案例: 在前一案例中, 行政机关和社会组织分别提起生态环境损害赔偿诉讼和环境公益诉讼, 二者针对的是相同的污染行为和同

① 杜辉:《环境司法的公共治理面向——基于“环境司法中国模式”的建构》,载《法学评论》2015年第4期。

② 黄爱宝:《司法机关应对政府生态责任追究的职能解析与优化》,载《东南大学学报(哲学社会科学版)》2019年第4期。

③ 参见方印:《人民法院环境司法能动论纲》,载《甘肃政法学院学报》2015年第4期。

④ 参见刘作翔:《司法中弥补法律漏洞的途径及其方法》,载《法学》2017年第4期。

⑤ 最高人民法院案例指导工作办公室:《〈内蒙古秋实房地产开发有限责任公司诉呼和浩特市人民防空办公室人防行政征收案〉的理解与参照》,载《人民司法·案例》2014年第6期。

⑥ 张旭东:《环境民事公私益诉讼并行审理的困境与出路》,载《中国法学》2018年第5期。



一污染者，诉求也非常相似，因此合并审理；在后一案例中，检察院针对同一污染行为提起环境行政公益诉讼和环境民事公益诉讼，采取了分别立案、一并审理、分别判决的方式处理。在同时涉及公共利益和私人利益的复杂关系时，法官应秉持环境治理中的整体主义立场。这些指导性案例在现有诉讼类型还没有相关细致明确规定的背景下，合并处理的方式非常符合这一立场，很大程度上弥补了现有法律的漏洞，取得了较好的社会效果。质言之，即使面对法律规范中的漏洞，指导性案例都能够提供有针对性的抽象规则或者审判思路，帮助法官解决实际困难，遑论法律规范过于概括或者存在矛盾的问题。加之现在逐步推广的类案检索机制，一旦检索结果中出现相应的指导性案例，法官就有义务去参照指导性案例形成裁判结论。当众多环境审判中的疑难问题逐渐被指导性案例解决的时候，环境审判的整体效果就会明显提升，这就是以点带面形成的结果。简而言之，在推进环境治理方面，指导性案例既能够遵循和体现环境法的基本原则和立法目的，又能够在其指引下准确处理具体审判难题，具有将宏观理念和微观处理相结合的优势。

三、指导性案例推进环境治理的完善方向

在案例指导制度出台之前，来自于理论界和实务界的呼唤声音早已存在，但是，被寄予厚望的案例指导制度并没有全面实现其应然价值。在制度初创的几年中，指导性案例不仅在裁判文书中很少被直接援引，在司法实务部门的影响力也十分有限。通过案例指导制度现有的运行状态可以预见，环境法指导性案例从发布到全面发挥环境治理的实际影响，也很可能面临着类似的经历。而最近两年中指导性案例被援引参照的频次逐渐上升，法官对指导性案例更加认可和接受，在很大程度上说明案例指导制度的实效正在改善，这种背景也有助于加快环境法指导性案例推进环境治理的速度。在明确了指导性案例的特点和优势之后，最高人民法院还应当采取多种措施，继续完善指导性案例推进环境治理的效果，具体来说至少应当包括以下几个重要方向。

首先，最高人民法院应当根据环境治理的特点，加大及时发布指导性案例的力度。遴选和发布是指导性案例被参照和援引的前提条件，也是发挥环境治理功能的起点。截止2020年初，最高人民法院在案例指导制度运行将近10年的情况下仅仅发布了百余个指导性案例。在生态文明建设相当紧迫、环境治理亟待司法发挥作用的背景下，以上的发布频次显得过于保守。进而言之，没有相当数量上的积累，指导性案例就无法形成规模效应而成为法官审判环境案件的路径依赖。由于环境审判中的新问题层出不穷，整体立法难以随时跟进，所以，聚焦于特定具体难题的指导性案例更应当有所作为。虽然最高人民法院集中发布了第24批环境法指导性案例，但是，相对于随时发生新问题的环境案件审判工作来说，仍然是远远不够的。在指导性案例第24批出

现之前, 最高人民法院也已经发布了多个相关典型案例, 但是这些案例存在着不少问题, 包括格式并不统一、代表性不足、系统性考量欠佳以及编写相对粗糙等。^①更重要的是, 典型案例并不具有指导性案例那样的正式效力, 对环境治理的推进作用是非常有限的。从现有环境法指导性案例发表频次来看, 最高人民法院仍然不习惯于通过案例指导的方式, 对于司法实践中的迫切需要, 更多地还是通过司法解释或者其他规范性文件的方式发挥审判职能作用。例如, 针对新冠肺炎疫情期间的防控工作, 最高人民法院出台了多个文件, 内容涵盖在线诉讼、审判执行、保障医务人员安全和维护医疗秩序、妨害防控违法犯罪等。另外, 最高人民法院也发布了若干典型案例, 但是, 没有通过指导性案例的形式为疫情期间的审判工作提供参照。相比而言, 最高人民检察院则迅速及时地推出了多批“全国检察机关依法办理妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例”, 在一定程度上发挥了案例指导的作用。就环境治理来说, 最高人民检察院早在 2017 年初和 2018 年底分别公布了第八批和第十三批检察机关指导性案例, 都是环境法专题批次, 比最高人民法院更早地使用集中发布的方式; 这些批次的指导性案例推进了公益诉讼检察工作, 集中反映了公益诉讼检察工作新理念, 回应解决了公益诉讼中的法律适用疑难问题, 通过以案释法的方式开展了普法宣传教育。^②从以上的情况可以看到, 最高法院在及时公布指导性案例方面, 在很大程度上没有满足环境案件审判的实际需要, 与有效推进环境治理的目标还有不少差距。在各地环境审判的专业化程度越来越高的背景下, 指导性案例有着非常充分的来源, 只要通过正常的推荐和遴选程序, 针对环境审判疑难问题的案件就能够成为指导性案例。最高人民法院应当更加关注这种必要性与可能性, 以第 24 批指导性案例为契机, 更加及时地发布相应的指导性案例。

其次, 环境治理方面的指导性案例在基本类型和处理方式上应当更加丰富和多元。由于环境诉讼经常涉及到多种利益关系, 相应地经常通过多种诉讼类型来全面处理, 前述指导性案例 130 号和 136 号的合并审理就是典型例证。但是, 现有的环境法指导性案例大多是以民事诉讼和行政诉讼的形式展现的, 很少直接涉及到刑事诉讼。包括指导性案例 75 号和第 24 批指导性案例, 其中仅有指导性案例 130 号涉及到污染环境罪, 但是, 其裁判要点和裁判理由主要围绕着对共同侵权的故意展开, 几乎没有对定罪量刑方面展开分析。在以往的刑事指导性案例中, 也仅有指导性案例 13 号涉及到环境治理问题, 该案例聚焦于氰化钠是否属于《刑法》第 125 条第 2 款规定的“毒害性”物质, 法官给出了肯定的答案, 主要理由是氰化钠易致人中毒或者死亡, 对人体、环境具有极大的毒害性和

① 参见张忠民:《典型环境案例的案例指导功能之辨——以最高人民法院公布的 23 个典型环境案例为样本》, 载《法学》2015 年第 10 期。

② 参见万春等:《最高人民法院第十三批指导性案例解读》, 载《人民检察》2019 年第 3 期。



极度危险性,极易对环境和人的生命健康造成重大威胁和危害。与本文第一部分列举的定性裁判方式类似,指导性案例13号也是基于特定法律规范的条款目的,对毒害性物质的范围进行了扩张。因为该案例“对促进危险化学品的依法安全生产、经营和管理,防范和遏制安全事故发生,防治环境污染,保障社会公共安全,具有重要现实意义”^①。据统计分析,生态司法的刑事管辖涵盖危害公共安全、破坏社会主义市场经济秩序、侵犯财产、妨碍社会管理秩序、渎职等五类犯罪,涉及林木、野生动植物、土地、矿产资源等犯罪,包括41个罪名、29条刑法条款。近年来,国家通过立法解释、司法解释,为生态刑事司法专门化提供法律支撑,不断加强打击生态犯罪的力度。^②《关于构建现代环境治理体系的指导意见》也强调:“强化对破坏生态环境违法犯罪行为的查处侦办,加大对破坏生态环境案件起诉力度,加强检察机关提起生态环境公益诉讼工作。”“生态法益作为人对生态环境具有正当合理需求的权利或利益,是环境犯罪所侵害的实质客体。建设生态文明保障的刑法机制,需在刑事立法机制与刑事司法机制两个主要方面着力。”^③换言之,涉及环境治理的指导性案例类型中,刑事案例偏少,并不符合现有刑事立法中对生态犯罪的重视程度,也不利于通过司法的方式遏制环境污染、促进环境质量的改善。另外,在定量分析方面,现有的环境法指导性案例仅仅使用了“虚拟治理成本法”这一种方法,显得过于单一。在《环境损害鉴定评估推荐方法(第Ⅱ版)》中,生态环境损害评估方法包括替代等值分析方法和环境价值评估方法,而虚拟治理成本法仅仅是后者的一种具体方法,后者包括的其他具体方法还有内涵资产定价法、避免损害成本法等。近年来一些比较热点的环境法案例,基本上都没有优选替代等值分析方法,而大多选择虚拟治理成本法,而且并没有严格按照要求对案件情况是否符合该方法的适用前提进行说明。更重要的是,以上这些方法与传统民事理论对民事责任的理解都有一定的差距;即便只考虑环境损害的评估技术,直接适用“虚拟成本治理法”的做法也是不够规范合理的。^④从现有的部分案例分析中可以看到,虚拟治理成本方法也有一定的局限性,包括生态修复费用的确定过多依赖专家意见,虚拟治理成本与实际治理成本存在冲突,法官在“敏感系数”的确定上存在较大的自由裁量权等等。^⑤甚至来自于官方的解读也认为该方法存在着一定不足。^⑥对于环境案件,“法官应当审慎地对待各种技术方案、评估报告,对其进行合法

① 最高人民法院案例指导工作办公室:《指导案例13号〈王召成等非法买卖、储存危险物质案〉的理解与参照》,载《人民司法·应用》2013年第15期。

② 参见姚毅奇:《生态司法专门化下之司法权与行政权关系分析》,载《海峡法学》2017年第2期。

③ 焦艳鹏:《生态文明保障的刑法机制》,载《中国社会科学》2017年第11期。

④ 参见林潇潇:《论生态环境损害治理的法律制度选择》,载《当代法学》2019年第3期。

⑤ 参见孙洪坤、胡杉杉:《环境公益诉讼中虚拟治理成本法律适用的认定》,载《浙江工业大学学报(社会科学版)》2017年第4期。

⑥ 参见环境保护部环境应急指挥领导小组办公室编:《突发环境事件应急管理制度学习读本》,中国环境科学出版社2015年版,第202页。

性审查,在妥当衡量其技术性与法律性的关系后再加以采纳。”^①从以上分析可以看到,虚拟治理成本法并不应当成为环境审判中的唯一测算方法,但是,现有指导性案例过于偏重这一方法会对实务中类似案件的处理造成一些不当影响。环境法指导性案例应当提供更加多样和丰富的审理方式方法来应对相应的疑难问题。

再次,环境法指导性案例应当注重正式文本的编辑,细致阐释裁判要点与裁判理由之间的关系,以提升审判环境案件的能力与素质。根据《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》第9-11条的规定,裁判要点是法官在裁判文书中唯一可以直接援引的指导性案例正文。这就明显突出了裁判要点的地位。但是,从内容上来看,裁判要点为法官处理类似案件提供了直接概括的抽象规则,这一点与司法解释并没有实质意义上的区别。在司法解释已经在审判实践中占据明显优势的情况下,案例指导必须与之错位发展。指导性案例明显区别于司法解释的关键之处在于裁判理由部分对案件事实与法律规范之间的关系进行了详细论述,而司法解释只是提供系统全面的抽象规则。通过裁判理由部分的详细阐释,后案法官不仅能够了解裁判理由部分如何展开对裁判要点的论述,更能够了解审判活动中疑难问题的来龙去脉。相比于司法解释直接提供的答案,指导性案例还能够提供答案背后的原因,是一种“知其然也知其所以然”的过程。换言之,最高人民法院在编辑指导性案例的正式文本时,一定要细致地论证说理,尤其是要关注解释裁判理由部分与裁判要点之间的关系。在现有的环境法指导性案例中,正式文本的论证说理方面有比较成功的例证,如指导性案例130号针对《鉴定报告书》的内容认定是否准确的问题,和两被告是否构成共同侵权问题,展开了丰富而细致的论述,尤其对后者从四个方面详加分析。其他进行定量数据计算的多数指导性案例也详细说明了相关的计算方法和计算公式。但是,也有反面的例证,如指导性案例137号在裁判要点部分确定了审查行政机关是否履行法定职责的三方面标准,但是,仅有500余字的裁判要点几乎没有涉及到对以上标准的评价,也没有涉及其在本案例中与案件事实之间的关系,裁判要点与裁判理由部分之间明显存在着割裂。如前所述,指导性案例137号带有一定补充法律漏洞的色彩,涉及的是环境审判中急需获得指导的疑难问题,仅仅依靠裁判要点只能获得初步的甚至是粗浅的认知。“在指导性案例的参照适用过程中,既要受到抽象裁判要点的拘束,但不能完全地为裁判要点所限,应当结合基本案情的描述和裁判理由的详尽展开,结合案情深入透彻地理解要点,尤其是要理解裁判理由的论证过程。”^②案例指导制度在环境治理方面发挥最优效果,需要对遴选、编辑到参照适用的各个环节进行细致设计和操作,正式文本的编辑连接着前后两个方面,起到承上启下的重要作用。从指导性案例文本的说理论证中,法官能够

① 吕忠梅、窦海阳:《修复生态环境责任的实证解析》,载《法学研究》2017年第3期。

② 林维:《刑事案例指导制度:价值、困境与完善》,载《中外法学》2013年第3期。



逐渐了解疑难问题的处理方式和方法，并在类似案件中进行参照。这个过程同时也是法官将指导性案例的精神主旨和操作方法进行内化的过程，实质上同时提升了法官的业务素质和能力。“推进案例指导制度的发展和提高国家司法治理能力是可以结合在一起的，它们的交集就是要求法官以指导性案例为榜样，在疑难案件中进行必要的说理，并将说理的成果总结为可以借鉴、参照和传承的法律规则。”^①法官有效处理疑难案件并详细说理的能力，并不是凭空产生的，而是需要经过长期的实践和研习获得的，指导性案例及其说理就是非常理想的研习对象。简而言之，无论是从方便法官透彻理解指导性案例的角度，还是从长远提升法官素质和能力的角度，都要求最高人民法院认真对待指导性案例文本的编辑，细致阐释裁判要点和裁判理由之间的关系。

最后，环境法指导性案例应当更具有创造性因素，综合引入多种论据对法律规范进行扩展、细化和补充。环境案件涉及多种利益，与科技因素密切相关，随时可能出现新情况新问题，与传统部门法有很大差异，难以完全套用既有的分析框架，这些都对法官形成妥当的裁判结论提出了不小的挑战。《关于构建现代环境治理体系的指导意见》强调“在高级人民法院和具备条件的中基层人民法院调整设立专门的环境审判机构，统一涉生态环境案件的受案范围、审理程序等”。这种对各个层级的法院提出设置专门环境审判机构的要求，也是基于以上原因。指导性案例要真正发挥实际作用，不能定位为普通案件或者典型案件，而应当体现出创造性。现有的指导性案例可以分为宣法型、释法型和造法型，^②后两种类型更能够解决环境审判中的疑难问题，更能够满足环境治理的需要。具体来说，环境法指导性案例所针对的重点疑难问题应该包括：环境利益与经济利益的权衡与选择问题，举证责任倒置规则的适用问题，因果关系的认定和污染损失大小的衡量问题，责任的衡量与分担问题等等。^③以上部分疑难问题可以通过现有的指导性案例解决，但是，更多的疑难问题还有赖于后续的创新性指导性案例。出于案例指导制度运行初期的稳妥考虑，最高人民法院并没有明显强调指导性案例的创造性，很多指导性案例是对现有法律法规、司法解释或者实务界共识的重复。在环境治理问题日益复杂、对环境审判提出更多挑战的背景下，指导性案例的创新性必须得到进一步加强。仅仅依靠最高人民法院出台相应的规范性文件，并不能很好地推动法官参照适用指导性案例，迫于行政化压力产生的动力最多推动参照指导性案例上的“形式主义”。“强化指导性案例的形式效力，是以忽视指导性案例实质合理性为代价的，其难以满足我国地方性、差异化的司法需求，影响指导性案例的品质和供给，弱化其他具有指导意义案例的价值，

① 李红海：《案例指导制度的未来与司法治理能力》，载《中外法学》2018年第2期。

② 参见资琳：《指导性案例同质化处理的困境及突破》，载《法学》2017年第1期。

③ 参见刘莉、焦琰：《环境司法中利益衡量的规范化进路——以中国特色案例指导制度为基点》，载《甘肃政法学院学报》2016年第4期。

进而造成指导性案例‘适用难’的困境。”^① 质言之,要切实通过案例指导来提升环境治理的效力,归根结底还依赖于指导性案例自身的质量,也就是通过其对法律规则的创新来有效回应环境审判中的实际难题。环境审判的难题多是由于既有法律规范的模糊、概括、矛盾、空白或者滞后造成的,因此,指导性案例要解决这些难题就需要超越这些存在一定缺陷的法律规范,通过“法外求法”的方式获得相应的解决方案。《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》第 13 条对此有所提示:在抽象的法律规则之外能够作为论据加强论证的材料包括指导性案例;非司法解释性质的规范性文件;公理、情理、经验法则、交易惯例、民间规约、职业伦理;立法说明等立法材料;采取历史、体系、比较等法律解释方法时使用的材料;法理及通行学术观点;等等。前述分析的指导性案例 128 号就充分利用了多种论据(如公众容忍度、专家意见、现场感受、日常经验法则等)来论证裁判结论。“指导性案例需要对现有的环境法律和环境法律原则进行正确的解释,只有符合正确适用法律,又有解决环境立法规定不清的新方法的案件才能成为指导性案例。……既符合立法原意,又能解当下司法实践的燃眉之急。”^② 即使以“解释”为名,只要能够结合多种材料对现有法律规则进行创新,满足司法实践的需要,这种指导性案例就能够真正发挥推动环境治理的作用。

结语:作为公共产品的指导性案例

现代社会中,最高司法机关普遍带有公共政策的功能,我国最高人民法院也不例外,而指导性案例则是其发挥公共政策功能的重要方式。^③ 最高人民法院周强院长也认为:“人民法院审理各类案件形成的案例,是向社会提供的公共服务产品,是人民法院适用和解释法律的鲜活载体和历史记录,具有重要的法治、文化和史料价值。推进司法案例研究,深入发掘案例的法治价值,充分发挥案例的指导作用,是完善中国特色案例指导制度,促进中国特色社会主义司法制度发展进步的重要方面。”^④ 就本文主题而言,良好的生态环境也是一种特殊的公共产品,通过指导性案例的方式推进环境治理,表明两种公共产品之间不是非此即彼或者此消彼长的竞争关系。虽然环境治理并不仅仅依靠指导性案例,但是,作为一种新的司法治理形式,指导性案例在推进环境治理方面有着独特的价值和优势,值得引起实务界的高度关注,最高人民法院也应当在多个方面继续完善案例指导制度,尽可能提升指导性案例在推进环境民 治理方面的积极效果。

(责任编辑:杨 军)

① 刘克毅:《论指导性案例的效力及其体系化》,载《法治现代化研究》2017年第5期。

② 孙洪坤、胡杉杉:《环境公益诉讼案例指导制度研究》,载《山东法官培训学院学报》2019年第5期。

③ 参见李超:《指导性案例:公共政策的一种表达方式》,载《法律适用》2014年第6期。

④ 周强:《构建司法案例研究大格局开创司法案例应用新局面》,载《法律适用》2017年第16期。



公平原则在合同法指导性案例中的运用及其改进

——以指导性案例 108 号为分析对象

王楚雅 苏新建*

内容摘要：法律原则的适用需要经过细致论证，目前我国适用原则的法律方法研究已经可以为适用原则的司法实践提供指引，而指导性案例的发布则为该实践提供了范例。在指导性案例 108 号中存在规则与原则的冲突，适用公平原则为规则创制例外需要符合三个标准：穷尽规则、更强理由、论证责任规则。指导性案例 108 号已经初步达到原则适用的上述标准，但论证过程稍显粗糙。对该案论证可以继续完善和补强，具体内容包包括援引立法解释、国际惯例、法律一般原理等渊源。在需要适用法律原则时，合同法指导性案例应当注意明确原则适用具体方式类型，尽量充实和丰富判决论证理由，而且适用原则的论证责任应当由法院承担，以当事人主张相关事实为基础。

关键词：法律方法；公平原则；指导性案例

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)03-038-048

引言

二十多年前的四川泸州遗赠案中，法律原则直接作为裁判依据被适用，引发了学界对法官滥用裁量权的担忧。因为我国对法律原则的研究一直带有强烈的实践面向，由此带来两个影响：其一，研究对象（对原则的界定）要比国际学术界具体得多。比如德沃金就说“我刚刚谈到‘原则、政策和其他各种准则’。在大多数情况下，我是概括地使用‘原则’这个词汇，用以指法律规则之外的其他准则的总体”^①。我国法律实践中使用的以及

* 王楚雅，浙江工商大学法学院法理学专业硕士研究生；苏新建，浙江工商大学法学院教授，博士生导师。
基金项目：本文系山东省高校“青创科技支持计划”项目“司法工作全面贯彻习近平法治思想研究”（批准号：2021RW001）的阶段性成果。

① [美] 德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，上海三联出版社 2008 年版，第 41 页。

学界讨论的原则通常指法律明文规定的原则,这是原则的典型示例,其本质上区别于规则并以衡量的方式被适用,已经是理论上的共识。其二,研究目标是明确的:约束法官适用原则时的自由裁量。^①反过来也可以总结为法官如何将适用原则的裁量正当化。这种目标与德沃金的原则理论、阿列克西的法律论证理论是一致的。基于以上两个研究方向上的特点,也得益于学界多年以来的努力,目前法律方法的研究已经可以为适用原则的法律实践提供指引。

广义的原则适用问题包括纯粹的原则之间的冲突和规则与原则的冲突。纯粹原则冲突领域的研究对原则的界定比较广泛,一般将原则理解为利益的规范形态。“……也有纯粹的原则的冲突适用情形。如果我们像阿列克西那样把宪法上的许多权利规定看成原则,那么可以说,这种情形就有可能典型地表现在宪法领域。”^②这种研究在我国实践中尚无运用的可能,因此本文关注的是涉及规则的原则适用问题。如何解决规则与原则的冲突,这个问题有两种基本思路:一种是将规则与原则的冲突,抽象为原则之间的冲突并通过平衡解决。^③但是持这种观点的学者认为,基于原则的推理不可避免地包含主观判断,而且这种主观判断无法被评价。因此笔者支持另一种思路,即不对规则进一步抽象,而是讨论规则与原则的冲突。通过梳理国内现有研究成果,可以得出三个适用原则的基本论证规则、标准或称步骤:穷尽规则、更强理由、论证责任。这种思路虽然也认为原则的适用包含法官的主观判断,但是通过这三个标准,可以为主观判断找到客观依据,使得论证充分可靠。“个案正义”^④和“原则的具体化”^⑤也是两个常见的适用原则的标准,但由于其含义重复本文没有采用。

法律原则的适用理论是实践理论,结合具体案件的分析是最佳研究方式。作为研究范本,指导性案例几乎是不二之选。首先,指导性案例的文本是统一并且公开的,为研究提供可能和方便。同时,指导性案例又是最高法院编辑发布的,其内容不但具有相当的理论水平,而且还具备应当参照的正式效力,因此不但能与研究者产生对话,还能对司法实践产生较为直接的影响。最后,指导性案例的数量已经得到一定积累,仅以合同法方面的指导性案例为对象,也有足够的素材研究公平原则的适用。

① 参见葛洪义:《法律原则在法律推理中的地位和作用——一个比较的研究》,载《法学研究》2002年第6期;庞凌:《法律原则的识别和适用》,载《法学》2004年第10期;胡玉鸿:《法律原则适用的时机、中介及方式》,载《苏州大学学报》2004年第6期。

② 参见林来梵、张卓明:《论法律原则的司法适用——从规范性法学方法论角度的一个分析》,载《中国法学》2006年第2期。

③ 参见王夏昊:《法律规则与法律原则的抵触之解决——以阿列克西的理论为线索》,中国政法大学出版2009年版,第75-84页;陈林林:《法律原则的模式与应用》,载《浙江社会科学》2012年第3期。

④ 舒国滢:《法律原则适用中的难题何在》,载《苏州大学学报》2004年第6期。

⑤ 庞凌:《法律原则适用的方法及其限制》,载《苏州大学学报》2004年第6期。



一、公平原则在指导性案例 108 号中的运用及不足

指导性案例 108 号的裁判理由变现了法院对论证责任的承担，其思路可大致划分为从穷尽规则到更强理由的逻辑步骤。下文将首先介绍原则适用三个标准的含义，因为在相关研究成果中，有的研究用相同概念表达不同意思，有的研究用不同概念表达相同意思，还有一些适用规则在学者之间产生了争议。因此在实践这些操作步骤的时候，不仅要了解其名称，还要特别注意其内涵。

（一）指导性案例 108 号对“穷尽规则”的论证

“穷尽规则”还可表达为“禁止向一般条款逃逸”，其要求就是把原则的适用限制在法律规则出现漏洞的情况下，它不会对裁量的过程产生实质性的约束，只是在限制原则适用的范围。有学者在提出穷尽规则标准时描述：“当出现无法律规则可以适用的情况下，法律原则才可以作为弥补‘规则漏洞’的手段发生作用。”^①这一界定容易引起误解，不管是穷尽规则还是法律漏洞，都不能以字面意思加以理解。比如，针对某一情形 A，规则 R 未规定。一方面，“规则 R 未规定”可能表达了立法者对 A 不予调整的态度；另一方面，“规则 R 未规定”并不是穷尽规则或法律漏洞的本质，其本质主要指现有规则无法为待决案件提供恰当的解决办法，或称违反计划的不圆满性，而判断是否恰当、是否违反计划的标准是立法目的（有客观主义和主观主义两种解释途径）。^②从类型上看穷尽规则主要包括三种情况：原则适用的事实性依据，它包括法律规则穷尽意义下的规则空缺、规则冲突和规则悖反；^③对应法律漏洞来说，规则的漏洞主要包括明显漏洞和隐藏漏洞。总之，通过“穷尽规则”这一标准，法律原则的适用被限定在疑难案件中，并不鼓励法官在每个案件中都适用原则。

指导性案例 108 号“浙江隆达不锈钢有限公司诉 A.P. 穆勒 - 马士基有限公司海上货物运输合同纠纷案”属于典型的规则悖反。本案的争议焦点有二：第一，托运人是否有权变更运输目的地；第二，承运人是否尽到了管货义务。又因为第二个案件焦点的讨论以前一焦点为基础，所以本案最重要的争议就是判断托运人是否有变更解除权。在《海商法》没有规定的情况下，该案的法律事实落入《合同法》第 308 条^④的涵摄范围，依据该规则托运人有权在货物交付之前变更运输合同，这一点也得到了判决的认可：因

① 舒国滢：《法律原则适用中的难题何在》，载《苏州大学学报》2004 年第 6 期。

② 参见孙光宁：《中国司法的经验与智慧——指导性案例中法律方法的运用实践》，中国法制出版社 2018 年版，第 310、313 页。

③ 参见陈林林：《基于法律原则的裁判》，载《法学研究》2006 年第 3 期。

④ 《合同法》第 308 条现规定于《民法典》第 829 条，为了指导性案例文本保持一致，本文仍使用《合同法》第 308 条指代此条文。

《海商法》未就航程中托运人要求变更运输合同的权利进行规定, 本案可适用《合同法》第 308 条关于托运人要求变更运输合同权利的规定。但是最高法院法官认为, 在该案中适用第 308 条将违反公平原则(即存在规则的漏洞), 所以排除了该规则的适用。

对于“《合同法》第 308 条没有排除本案的情况属于规则的隐藏漏洞”这一判断, 指导性案例 108 号从《合同法》的角度提供了论证理由, 证明第 308 条托运人变更权的规定, 应当排除案涉情形的适用而未排除。为了说明第 308 条出现了违反计划的不圆满性, 判决首先明确《合同法》的目的之一是要求“双方当事人仍要遵循《合同法》第 5 条规定的公平原则确定各方的权利和义务”; 其次本案的特殊情况在于“海上货物运输具有运输量大、航程预先拟定、航线相对固定等特殊性质, 托运人要求改港或者退运的请求有时不仅不易操作, 还会妨碍承运人的正常营运或者给其他货物的托运人或收货人带来较大损害”; 最后得出结论: 若在本案中适用第 308 条将违反公平原则, “在此情况下, 如果要求承运人无条件服从托运人变更运输合同的请求, 显失公平。”

(二) 指导性案例 108 号对“更强理由”的论证

“更强理由”这一标准源于阿列克西, “解决既有规则与原则发生冲突的法律途径是, 把支持规则适用的实质原则及形式原则加总后与反对规则适用的实质原则进行衡量。”^① 本文用 R 表示规则, Pr 表示支持 R 的实质原则, P 表示反对 R 的实质原则, Pf 表示支持 R 的形式原则, 则更强理由可表达为 $P > Pr + Pf$ 。形式原则追求的是法的安定性价值, 具体的形式原则比如“由权威机关所设立之规则具有确定性”。要做到在运用原则突破规则时兼顾法的安定性, 就不能让价值判断停留在个人价值判断的层面, 而是为其找到法律依据。“法律论证的特性在于其受现行有效法的约束(尽管这种约束照旧有待确定)。”^② 接下来的问题就是如何论证这种判断不仅仅是个人判断。陈景辉教授提出了三个必须同时满足的标准: 1. 普遍性条件。证明只要在某种情况下, P 普遍性地优先于 Pr。2. 比例原则。包括适切性、必要性、狭义比例原则。3. 符合法律的体系性要求。法律是一个体系, 只有借助体系性特征, 才能完全明了个别规范的含义。^③ 对于第二个标准, 王夏昊教授有着更深刻的认识: “法律原则的本性意味着比例原则……法律原则的证成就必然地是证成它是合比例的。”^④ 这是因为根据阿列克西的定义“原则是要求在法律和事实可能的范围内得到最大实现的最佳化命令”, 适切性、必要性可看作是事实上的最佳化; 狭义比例原则可看作是法律上的最佳化。可见比例原则的标准与原则适用过程是融为一体的。第一个标准和第三个标准其实可以合并。

① 彭诚信:《从法律原则到个案规范——阿列克西原则理论的民法应用》, 载《法学研究》2014 年第 4 期。

② [德] 阿列克西:《法律论证理论》, 舒国滢译, 商务印书馆 2019 年版, 第 259 页。

③ 参见陈景辉:《原则、自由裁量与依法裁判》, 载《法学研究》2006 年第 5 期。

④ 参见王夏昊:《法律规则与法律原则的抵触之解决——以阿列克西的理论为线索》, 中国政法大学出版 2009 年版, 第 147 页。



因为普遍性条件主要是在寻找或确立一种条件式的优先关系，即相对于对立原则而言某一原则在特定情形中普遍地、非个案化地保持优先地位，而这种优先关系的寻找必须回到法体系中。

在论证了《合同法》第308条存在隐藏漏洞、本案属于规则穷尽的情况之后，指导性案例108号通过公平原则为第308条创制了一条例外：“如果变更运输合同难以实现或者将严重影响承运人正常营运，承运人可以拒绝托运人改港或者退运的要求，但应当及时通知托运人不能执行的原因。”并且将“不能执行的原因是否成立”的最终判断权留给法院。这段论述基本符合了原则具体化的要求，即“当法律原则适用于待决案件时，必须先具体化为一个个案法律规则”^①。该判决没有适用公平原则直接得出判决结论，而是根据原则创制了一个规则的例外：在“变更运输合同难以实现或者将严重影响承运人正常营运的”情况下，承运人可以拒绝托运人行使变更权的请求。

（三）指导性案例108号中论证责任的承担

在阿列克西提出的法律论证理论中，无论是实践论辩还是法律论辩，都包含论证责任及其分配问题。^②但是论证责任的负担问题并没有引起我国学者的普遍重视，论证责任的分配是法律原则在实践中得以有序应用的一个重要规则，它关系到由谁来启动关于原则适用的论辩、一方提出以后他方是否应当作出回应等问题。这种论证责任分配的基本规则，类似于程序法中证明责任的分配。最基础的论证责任规则主要包括：主张适用原则（排除规则适用）的一方，应当负有论证责任。如果主张适用原则的一方没有完成相应的论证（即穷尽规则与更强理由），那么他方则无法对主张者的观点形成有效的回应，主张者的观点也无法被接受。

“论证责任”在指导性案例108号中并未发挥显著作用，这是因为本案中公平原则的适用得到了相对充分的论证。一方面本案一审、二审、再审判决显示，“适用《合同法》第308条违反公平原则”的观点是法院在再审判决中提出的，并进行了说理论证；另一方面在于本案中的承运人，其已经提交了相关事实证据及法律抗辩，证明自己没有义务改港或退运，只是没有明确提出规则违反公平原则。

综上所述，“指导性案例108号应当适用公平原则”的命题由法院提出并进行了相对充分的论证。然而指导性案例108号的论证仍存在一些不足。从逻辑上说，论证“本案属于穷尽规则的情况”有两种路径：一是从《合同法》的角度展开，需论证第308条托运人变更权的规定，应当排除案涉情形的适用而未排除，属于隐藏漏洞；二是从《海商法》的角度展开，需论证《海商法》没有与一般法相异的规定是立法疏漏。这两种路径在本案判决中均有提及，裁判理由提到：《合同法》第308条适用于海运合同时，

^① 陈林林：《法律原则的模式与应用》，载《浙江社会科学》2012年第3期。

^② 参见[德]阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，商务印书馆2019年版，第241、336页。

既要受“合同法总则规定的基本原则”约束,又要受“海商法基本价值取向及强制性规定的限制”约束。但是裁判理由并未在文中展开路径二的论证。若能通过对海商法的考察,得出与合同法一致的结论,自然可以使穷尽规则的结论更加牢固。再者,裁判理由在适用公平原则时,虽然对原则进行了具体化、创制了规则的例外,但是并没有证明这一例外具有普遍性、符合法体系的要求。因此,指导性案例 108 号对更强理由的论证也需要补强。

二、对指导性案例 108 号运用公平原则的补强与充实

通过对裁判理由的分析,可见 108 号指导性案例在适用原则时已经初步具备了适用原则的论证步骤,但是论证过程尚显粗糙。下文将从不同角度对指导性案例 108 号的论证进行丰富和完善,展现法律方法在具体案件中如何运用。

(一) 对“穷尽规则”的补强

指导性案例 108 号主要从合同法角度展开对穷尽规则的论证,证明《合同法》第 308 条存在违反立法计划的隐藏漏洞。在论证法律的目的时,裁判理由忽略了第 308 条的规则目的,直接引用了合同法目的。而立法解释表明,《合同法》第 308 条在赋予托运人变更解除权时,本身就排除了托运人的指示无法执行的情况。在全国人大常委会法工委编撰的法律释义中,就对第 308 条的权利行使进行了限制:“如果托运人或者提单持有人的指示不能执行的,承运人应当立即通知托运人或者提单持有人。”^①并且该限制被民法典的释义所继承。^②该裁判理由对公平原则的解释过于宽泛。《合同法》第 5 条规定:“当事人应当遵循公平原则确定各方权利和义务。”对此理解包含两个方面:一是合同双方当事人的权利义务是否对等:海运不同于一般的运输合同,因为海运易受天气、地理等因素影响,改变运输计划容易导致翻舱捣载。这些情况只有海运的承运人最了解,如果赋予托运人绝对的变更权确实会使承运人负担过重的义务,即违反公平原则。二是“各方”应解释为限于合同相关的主体,如收货人。裁判理由在分析权利义务时,还提到了(同船)其他货主,这就扩大了主体范围。由于合同的相对性,很难解释为什么双方当事人在确定相互权利义务时,还要考虑合同对合同之外的主体是否公平。其实禁止托运人发出影响其他货主利益的指示,这主要是对交易安全的保护,而不仅仅是为了维护其他货主的经济利益。如果把对其他货主的保护也解释为公平原则的含义,那么公平的含义几乎已经与“正义”等同了,这样就使得公平原则难以与其他民法原则保持逻辑上的并列关系。

① 全国人大常委会法制工作委员会编:《中华人民共和国合同法释义》,法律出版社 2009 年版,第 472 页。

② 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》,中国法制出版社 2020 年版,第 1101 页。



除了合同法的论证思路之外,我们还可以从海商法的角度展开论述,论证《海商法》没有与一般法相异的规定是立法疏漏。如果其结论与前者一致,那么“本案符合穷尽规则的标准”这一结论将被确立得更加牢固。《海商法》没有作出与《合同法》第308条有区别的规定属于明显法律漏洞,理由有二:

其一,历史解释。2008年12月11日联合国大会通过了《联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》(又称《鹿特丹规则》)。该公约在第十章首次建立了海运中的货物控制权制度。根据这一公约,货物控制权基本被定义为“在运输合同下向承运人发出有关货物指示的权利”,并且发出指示的人被规定为控制方(不限于托运人)。通过这一定义可知,本案事实大体属于货物控制权调整范围。而我国《海商法》是1992年发布的,从历史解释的角度来讲《海商法》没有规定货物控制权属于明显漏洞。“我国的《海商法》,在立法之时基本上是以《维斯比规则》为基础,并借鉴了《海牙规则》和《汉堡规则》的部分内容,因此,受历史条件的局限,也不可能涉及货物控制权问题。”^①

其二,国际惯例。从法律渊源的角度来讲,我国虽然没有加入《鹿特丹规则》,但是根据《海商法》第268条规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”因此,国际通行的货物控制权制度完全可以成为本案的法律渊源。根据学者对货物控制权制度的研究可知,该权利的基本行使规则为“货物控制权人应向承运人证明其身份,控制方发出的指示在其到达执行该项指示的人时应合理、合法、可能,货物控制权的行使不得妨害承运人的正常运输作业和其他货方的利益”^②。因此,可以得出结论:根据历史解释以及对国际惯例的引用可知,《海商法》没有规定对托运人变更权的限制,并非是有意与《合同法》保持一致,而是一种违反计划的法律漏洞。

(二)对“更强理由”的补强

指导性案例108号在论证了本案属于规则穷尽的情况之后,判决通过公平原则为《合同法》第308条创制了一个例外,但是创制例外的理由不够充实。下文对此进行补充论证,证明该裁判创制的例外不是基于法官的个人判断。

其一,对托运人变更权的限制符合海运合同的本质。国际惯例对托运人享有的变更权是普遍设置了限制的,允许变更的内容根据运输方式不同而不同。规范航空运输的《华沙公约》规定可变更的内容包括:在起运地或目的地提回货物、中途停运、更换收货人、退回起运航空站;规范公路运输的条约CMR规定可变更的内容包括但不限于中途停运、改变交货地点或收货人;规范铁路运输的条约CIM1999规定可变更内

^① 傅廷中:《对货物控制权制度若干法律问题的解读》,载《中国海商法年鉴》2009年第19卷。

^② 向力:《论货物控制权》,载《武大国际法评论》2010年第12卷。

容包括:中止运输、迟延交货、改变收货人或收货地点。^①但是规范海运的《鹿特丹规则》禁止“中止运输权或者将卸货港改为原定挂靠港以外的其他地点”^②。也就是说,根据运送方式的不同,托运人的变更权范围会随之变化,铁路运输、公路运输托运人可变更的范围最大,空运的变更权范围居中,海运的变更权范围最小。

这种变化产生的原因在于运输方式影响了该种运输合同的基本义务。史尚宽认为运送人依托运人指示为处分的义务系就运送物以运送契约为基础而存在,如其指示使运送人之义务本质上发生变更,则无服从之义务。^③即对托运人变更权设置的各种限制,归根结底就是防止具体运输合同的义务本质或称根本义务发生变化。关于什么是运输合同的根本义务,可通过比较解释得出结论。德国在没有独立运输合同的时期,多适用承揽合同的规则调整相关事务,这是因为“无论是人员运送还是货物的运送都是以一定的工作成果为目的的,即以地点的变化为目的,而不是仅仅以付出劳动为目的”^④。我国《海商法》第 41 条对海上货物运输合同的定义也持类似观点。^⑤也就是说,运输合同的本质义务在于人或物由 A 地到 C 地的地点变化这一成果。以中止运输为例和变更目的地为例,假设 B 地为 A、C 之间的某地,由于铁路运输和公路运输比较灵活,中止运输方便,所以对于承运人来说“A 到 C”和“A 到 B”没有本质区别。但是空运和海运就不够灵活,尤其是海运。

海上货物运输分为公共海上货物运输和私人海上货物运输。前者又被称为班轮运输、提单运输(本案当事人采取的运输方式)。班轮运输具有一定的公共属性,因为其船舶、船期和航线都是预先确定,然后托人才决定是否填报订舱单;而且班轮运输所依赖的港口、航线属于比较有限的公共资源。^⑥因此班轮运输合同的本质义务固定性较强,就像公交车一样,变更目的地很可能引发合同根本义务的变化。但是不管哪种运输方式,从运输合同的原理上说不管是变更合同还是解除合同,都不包含送回出发地的内容。因为“回到 A”明显对合同本质义务“A 到 C”进行了根本性的改变,换言之,已经构成了新合同。综上所述,依据运输合同的本质,变更权的行使不得从根本上改变合同签订时双方约定的“由 A 到 C”的义务。本案中运输方式(班轮)具有一定公共属性,因此托运人改港、退运的要求均超出了海运合同的基本义务,所以不应得到支持。

其二,对托运人变更权的限制符合合同变更的一般原理。由于我国对于托运人变更权的规定,没有根据运输方式、运输是否跨境等因素进行区分,所以我们亦可从《合

① 参见向力:《论货物控制权》,载《武大国际法评论》2010年第12卷。

② 参见傅廷中:《对货物控制权制度若干法律问题的解读》,载《中国海商法年鉴》2009年第19卷。

③ 参见史尚宽:《债法各论》,中国政法大学出版社2000年版,第604页。

④ [德]梅迪库斯:《德国债法分论》,杜景林、卢湛译,法律出版2007年版,第412页。

⑤ 《海商法》第41条规定:“海上货物运输合同,是指承运人收取运费,负责将托运人托运的货物经海路由一港运至另一港的合同。”

⑥ 参见韦经建:《寻找流失的契约自由》,吉林大学2007年博士学位论文。



同法》一般原理的角度进行解释。托运人的变更权属于一种法定变更权，其行使要符合变更合同的一般成立条件。“合同内容的变更是在保持原合同效力的基础上，再形成新的合同关系，这种新的合同关系应当包括原合同的实质内容。”^① 所以是否允许变更权行使，关键在于判断什么是原合同的“实质内容”，这就要结合具体案情进行衡量。上文所论述的班轮的公共属性，以及裁判理由所提到的“海上货物运输具有运输量大、航程预先拟定、航线相对固定等特殊性质”，正是为了证明在本案中托运人改港、退运的要求构成对原合同实质内容的改变。如果我们抽象到价值层面来看，法律赋予托运人变更权，是宣示了相关权利主体对货物处分的自由，然而这种自由在法体系中从来都不是无限的，基于公平原则，这种自由至少不能侵犯相对人签订合同的自由（如果允许对合同基本义务变更，那么相当于强迫相对人签订新合同）。综上所述，本案判决中对托运人变更权规则创制的例外，是运输合同本质义务的要求，能够得到以及合同变更一般原理的支持，符合普遍性、法体系性的标准。

三、公平原则在合同法指导性案例中运用的改进方向

上文虽然分析了指导性案例 108 号适用原则的不足，但在所有适用原则的合同法指导性案例中，指导性案例 108 号的论证充分、生动地展示了规则与原则的冲突应当如何解决。因此，指导性案例 108 号的不足是具有代表性和启发性的，这些经验可以为公平原则在合同法指导性案例中的运用提供参考。

（一）明确原则的适用方式

在合同法指导性案例中（尤其是当事人提出的论证理由），经常出现对公平原则的一种错位适用——本来有相应的规则予以救济，当事人却直接引用公平原则。例如指导性案例 72 号，一方当事人认为“双方签订的商品房买卖合同存在显失公平、乘人之危的情况”，而法院认定商品房买卖合同符合公平原则的要求，是“实现双方权利义务平衡的一种交易安排”。该当事人希望产生显失公平的法律后果，但是又未按照该规则的要素进行论证，其论证法律依据是规则还是原则不清不楚，因此法院作出相应的认定就无可非议。

正常情况下，有规则存在时原则就没有适用的余地。如果规则是决定行动的一阶理由，那么原则就是决定规则的二阶理由，因此在许多具体制度和规则中，我们都可以看到原则带来的影响。易军教授曾细致分析哪些民法制度体现了公平原则，典型的如显失公平制度、格式条款的效力判断标准和情势变更制度等。^② 通过该文章的分析我们可以看到，公平原则是立法者制定这些规则的理由。但是“法律主张正当性权

^① 王利明：《合同法》（上），中国政法大学出版社 2021 年版，第 220 页。

^② 参见易军：《民法公平原则新论》，载《法学家》2012 年第 4 期。

威不仅主张法律规则是行为的理由, 它还主张法律规则是忽视不服从理由的排他性理由”^①。即在决定如何行动时不再进行个人衡量, 而是服从规则的要求。既然要适用规则, 就要分析规则的要件再进行涵摄, 也就是进行演绎推理。

只有在特殊情况下我们才会适用原则, 比如指导性案例 108 号中规则悖反的情况以及指导性案例 64 号中规则模糊的情况。在指导性案例 64 号中不存在规则与原则的矛盾, 原则发挥了为法律解释提供基础的作用, 展现了与指导性案例 108 号不同的原则的另一适用方式。在进行论证的时候要明确我们所依据的到底是原则还是规则, 然后严格遵守相应的适用方式和论证步骤, 这样才能使论证清晰并具有说服力。

(二) 丰富判决的论证理由

判决理由尽量充分细致, 这不仅仅是一个技术问题, 更深层的基础在于对法院如何树立权威的认识。法院是适用法律的机构, 但这并不意味着法院的权威完全依赖于法律。因为法律条文与现实之间是有距离的, 需要法官发挥主观能动性进行填补, 这一过程依赖于理性。解决纠纷的途径是多样化的, 从结果或功能上看案件的审判与其他方式并无不同, 都是定纷止争。而司法途径的独特之处就在于其依据客观的法律法规和理性论证。“无论如何, 理由论证都是法院的灵魂。所以我们把法院称为‘理性的殿堂’, 也就是理性权威的化身。”^②

尽管理性贯穿整个司法过程, 判决却是理由论证最终且最集中的载体。然而在司法实践中, 判决的说理受到很多客观因素的制约, 比如案多人少、法官素质、案件类型(简单或疑难)等。所以我国一直强调要加强裁判的释法说理, 更加突出法院理性权威的特点。指导性案例从遴选到发布有专门的工作组负责, 说理论证工作的质量、相关人员素质相对有保证。而且指导性案例通常是经过层层筛选的疑难案件, 也具备说理的需求和空间。因此, 指导性案例是最应当展现也最能够代表我国判决论证说理的最高水平。

目前指导性案例的论证说理确实比普通判决细致, 但仍然有很大提高的空间。以指导性案例 108 号为例, 法律渊源包括立法解释、国际惯例、法律原理等多种非正式法源; 法律解释方法使用历史解释、比较解释进行了补充论证。在具备正确结论和基本论证步骤的基础上, 指导性案例的论证应当向着精雕细琢的方向努力。

(三) 准确分配适用原则的论证责任

适用法律原则的时候论证责任的承担是一个被忽视的问题, 然而这一问题却直接影响原则适用的法律实践。规则与原则的关系在逻辑上分为两种: 规则 R 符合原则 Pr; 规则 R 违反了原则 Pr。论证责任的分配根据这两种情况而略有不同。

① [英] 约瑟夫·拉兹:《法律的权威》, 朱峰译, 法律出版社 2021 年版, 第 36 页。

② 季卫东:《论法制的权威》, 载《中国法学》2013 年第 1 期。



指导性案例 108 号最核心的命题是“适用《合同法》第 308 条违反公平原则”，这一命题的论证责任毫无疑问地应当由法院承担。众所周知，得出判决的基本逻辑是“大前提—小前提—结论”的演绎推理。当事人有主张事实、证明事实的义务，对应三段论中的小前提。而对法律规则的解释则属于大前提的范围，这里有一个基本的原理就是“法官知法”，因此法院有义务对《合同法》第 308 条（托运人的变更权）的含义进行充分的说理论证。这样的论证责任分配方式，在指导性案例 108 号中体现的非常明显。根据该案的再审判决书记载，该案承运人在再审中主张“在班轮运输的方式下，托运人行使中途停运权将侵害同船其他货主的权益，也不具有实际可操作性……”，这一事实的主张和证明是重要的，至于法律意义上涵摄为中途停运权、托运人变更权并非当事人的论证责任，也不影响案件的最终判决。

规则 R 符合原则 Pr 的情况一般不会出现涉及原则的论证。这是因为规则是具备排他性和权威性的一阶理由，而原则是二阶理由，因此除非特殊情况，一般推定为规则 R 符合原则 Pr 而无须论证。但对于规则符合原则进行论证的情况，在指导性案例中也并非无迹可寻。比如指导性案例 72 号、166 号，分别有当事人主张合同、和解协议显失公平。法院则使用排除的逻辑方法，在论证合同条款不违反法律法规强制性规定后，得出“双方权利义务平衡”的结论。由此可见，规则存在时一般不涉及法律原则的论证，如果当事人对规则产生异议需要主张、证明基本事实，而适用原则的论证责任属于法律问题时应当由法院承担。

结 语

最高法院遴选的指导性案例一般都相对成熟，裁判结论也相对保守。尽管开始在裁判中适用原则，但无论是原则的识别还是所谓“创制规则的例外”，都已经具有充足的法律依据。这种实践再一次向我们证明完美的规则体系只是神话，法律漏洞是不可避免的，法律漏洞之下的裁量是必需的，这种情况下的裁量绝不等于恣意裁量。因此，作为法律人不能迷信规则的确定性，不应对原则的运用持有一种不加反思的批评态度。但是我们必须对原则的运用给予高度的重视和谨慎，这尤其体现在判决的说理论证上。规则之所以珍贵不是因为它完美，而是在于其带给人们的可预期性，因为可预期是人们安定生活的基础。当法官适用原则填补漏洞，尤其是创设现存规则的例外时，要格外注重保护法律的可预期性，因此必须严格遵守适用原则的限制条件。

（责任编辑：杨 军）

漏洞补充在指导性案例 164 号中的运作及其超个案效力

王义凤*

内容摘要: 指导性案例 164 号涉及到的关联企业实质合并破产重整和投资人试生产等问题在相关的法律及司法解释中没有规定。最高法院对实质合并破产重整做出的解释是对相关法律抽象规定的具体化和对法律漏洞的填补。关于投资人试生产的问题,最高法院采取类似习惯在司法中得到认可的进路,证明试生产具有习惯效力。通过指导性案例的发布,使试生产具有超个案效力,但是对试生产习惯效力证成存在缺陷。因试生产具有的强烈个案色彩、特殊性和背景,使指导性案例 164 号对后案的拘束力存在瑕疵。对于漏洞补充在指导性案例 164 号中作用的发挥和对于后案的参照作用,需要结合其特点进行分析。在指导性案例中统一漏洞补充适用的方法及步骤,有利于推动司法实践与立法活动产生良性互动。

关键词: 破产重整; 试生产; 习惯; 漏洞补充; 超个案效力

中图分类号: DF82 **文献标识码:** A **文章编号:** 1674-3156(2022)03-049-061

引言

最高人民法院于 2021 年 9 月发布了第 29 批指导性案例,均为实质合并破产重整类案例,表明对于破产重整类案件的重视。这也与 2018 年最高人民法院印发的《全国法院破产审判工作会议纪要》(以下简称《会议纪要》)的通知(法〔2018〕53 号)以及发布的破产重整类典型案例相呼应,形成了循序渐进推进司法实践中破产重整类案件审判的发展脉络。通过对发布的第 29 批指导性案例进行分析之后发现,最高法院在第 29 批指导性案例中均对相关法律漏洞进行了漏洞填补,但是在具体表述以及

* 王义凤,山东大学法学院(威海)硕士研究生。

基金项目:本文系 2019 年国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观背景下的案例指导研究”(批准号 19VHJ004)的阶段性成果。



是否承认漏洞存在和在多大程度上存在漏洞，最高法院却进行了不同的处理。特别是指导性案例164号，对于《企业破产法》中的法律漏洞和在关联企业实质合并破产重组中采取的“试生产”等漏洞补充方式，能够体现漏洞补充在司法实践中的具体运用和最高法院对于漏洞补充采取的方法。但是，由于漏洞补充本身存在的争议以及维护法律权威的考虑，漏洞补充在指导性案例中的表现形式具有隐蔽性，常表现为形式上的法律解释而实质上的漏洞补充。

本文将指导性案例164号作为切入点，分析漏洞补充在该案例中的实践运作及其超个案效力，进而探求在破产重整类案件中漏洞补充的适用限度以及在指导性案例背景下，指导性案例164号的示范意义。此外，对指导性案例164号采用的漏洞补充方法进行分析，发现最高法院漏洞补充时所采取的方式及进路，探究指导性案例中漏洞补充存在的说理论证问题，如对“试生产”合法性及合理性论证不足和不充分等，以加强未来指导性案例的论证说理。在法律漏洞难以避免的情况下，对漏洞补充采取更强有力的论证，增强指导性案例的文理性。最后，漏洞补充如何在法律存在漏洞时做到统一适用、同案同判，可以通过指导性案例164号中漏洞补充的适用及不足，总结经验和吸取教训。选择指导性案例164号的原因有二：一是在同批发布的指导性案例中，指导性案例164号所涉及的问题能够涵盖指导性案例163号、165号所涉及的关联企业实质合并破产重整，具有代表性；二是因为指导性案例164号具有特殊性，其涉及到了另外两例指导性案例都未涉及到的“试生产”。关于“试生产”在指导性案例164号中如何定性以及对于后案具有何种启示作用，需要对指导性案例164号进行细致分析。

一、指导性案例164号中法律漏洞的发现与确认

漏洞补充的前提条件是存在法律漏洞，且通过法律解释等方法不能解决案件涉及的问题，即需要对法律漏洞进行填补。因此，漏洞补充的第一步是对于法律漏洞的发现以及确认，而不是仅通过文义解释、体系解释等法律解释方法就可以解决的法律概念的模糊问题。对指导性案例164号进行分析之前，需要对案情做一个简单的了解，以便更好理解漏洞补充在该案例中的实际运作以及所具有的超个案效力。

（一）案情简介

江苏苏醇酒业有限公司（以下简称苏醇公司），是江苏省睢宁县唯一一家拥有酒精生产许可证的企业，由于企业盲目扩张、经营管理不善等原因，导致企业生产经营陷入严重困难。徐州得隆生物科技有限公司、徐州瑞康食品科技有限公司系苏醇公司关联公司。三家公司分别向江苏省睢宁县人民法院申请破产重整。法院在审查之后，裁定对三家公司进行实质合并破产重整。重整期间，投资人徐州常青生物科技有限公司在进场调

查之后提出由重整投资人先行投入部分资金恢复企业部分产能的方案。睢宁法院在综合考虑各种因素之后,同意了管理人先行投资试生产的申请,最后苏醇公司重整成功。

(二) 法律漏洞的发现和确认

在发现法律漏洞并且对漏洞进行填补前,需要了解什么是法律漏洞。杨仁寿先生认为法律漏洞是不可规避的现象,漏洞既可以是立法者有意识为之,也可能是立法者无意而为之。^①王泽鉴先生认为,法律漏洞是关于某一个法律问题,法律依其内在目的及规范计划,应该规定但是没有规定。法律漏洞的特征就是违反计划。^②法律漏洞不仅包括违反计划的不圆满性,也包括计划安排的不圆满性。^③有人则认为,法律漏洞包含规范漏洞、法律漏洞、冲突漏洞和领域漏洞等。由于法院有义务在对争议的事实没有得到相应法律予以规定时对待决案件做出裁判,因此,漏洞必须填补。我们认为法律漏洞是指法律应该规定但是由于立法当时没能预见或者由于时代的发展,对于应该规定的问题法律上没有规定而造成的于法无据的情形。法律漏洞按照漏洞产生的时间可以分为自始漏洞和嗣后漏洞。按照产生漏洞需要补充的原因不同,可以分为“开放式”(明显漏洞)和“隐藏式”(隐含漏洞)漏洞:针对某一案件,应该利用法律规则对其进行调整,而法律规则没有规定,这就是开放式漏洞;针对某一案件,存在可以进行调整的法律规则,但是该法律规则适用于案件并不合适和不能起到相应的调整作用,此时的法律漏洞为隐藏的法律漏洞。^④梁慧星教授对法律漏洞进行了更为细致的划分,将前者分为授权型漏洞、消极型漏洞和预想外型漏洞;将后者分为白地规定型漏洞、冲突型漏洞和预想外型漏洞。^⑤指导性案例 164 号中涉及到的实质合并破产重整、试生产等问题,《企业破产法》及相关司法解释没有规定。《会议纪要》涉及到企业实质合并破产重整,该《会议纪要》第六部分、第 32-39 条对关联企业实质合并破产做出了规定。但是《会议纪要》并不具有法律效力,更多的体现为一种指导性或提示性意见。^⑥关于“投资人试生产”的问题,相关法律和法规没有做出规定,上述会议纪要也没有对该问题做出规定,指导性案例 164 号中存在法律漏洞。至于该漏洞是需要采取法律解释还是漏洞填补,除取决于法律本身是否有规定之外,还需要依赖法官的专业能力。法律解释与漏洞补充之间的界限经常高度流动,常常很难清楚地进行区分。^⑦指导性案例 164 号涉及的核心问题包括涉案企业是否满足实质合并破产重整的条件?是否允许苏醇公司投资人进行试生产?

首先,涉案企业是否满足实质合并破产重整的条件?其一,根据最高法院对于指

① 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社 2013 年版,第 185 页。

② 参见王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社 2009 年版,第 196-202 页。

③ 参见孔祥俊:《法律方法论》(第三卷),人民出版社 2006 年版,第 1389-1398 页。

④ 参见[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 254-255 页。

⑤ 参见梁慧星:《民法解释学》,法律出版社 2015 年版,第 249-315 页。

⑥ 参见王华:《关联企业实质合并破产的裁定标准》,载《山东法官培训学院学报》2020 年第 6 期。

⑦ 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)》2021 年第 3 期。



导性案例164号的阐释，裁定关联的三家公司实质合并破产是依据《会议纪要》第32条的规定，但是，在本案相关法条部分并没有涉及到上述内容。这从侧面印证了《会议纪要》非正式法源的观点。形式上，指导性案例164号裁定企业实质合并破产重整是根据《企业破产法》的原则性规定和程序性规定具体化的结果；实质上，最高法院利用《会议纪要》对于《企业破产法》中存在的法律漏洞进行了填补，得出了裁定关联企业实质合并破产的做法具有合法性的结论。

具体来看，关联企业实质合并破产属于破产重整方式中的例外适用。公司法人人格独立制度是从商事法中经过长期的实践演变而来，对于最大限度保证市场健康运行、保障股东的合法权益具有重要作用。企业破产重整也以单个企业破产为原则，关联企业实质合并破产重整为例外。指导性案例164号中例外适用关联企业实质合并破产重整，是对公司法人制度的突破，应该详细论述关联企业如何混同，在哪些方面混同。如同批发布的指导性案例163号和指导性案例165号均对满足实质合并破产重整的条件进行了详细论述。反观指导性案例164号，对于裁定关联企业实质合并破产重整仅简单论述为：“三家公司在经营、财务、人员、管理等方面出现高度混同，且区分各关联企业成员的财产成本过高。”不知最高法院是否意识到了指导性案例164号对于关联企业实质合并破产重整论证欠缺的问题，因此在同批发布的指导性案例163号和指导性案例165号中，对于关联企业实质合并破产重整需要满足的条件进行了详细论证与说明：包括如何证明公司之间存在关联关系；关联关系可以从实际控制人、生产经营场所、人员、主营业务、资产及负债、股权情况等方面论证；灵活设计清偿方案等。漏洞填补需要详细论证进行填补的方式、内容及满足填补的情形。指导性案例164号在发现法律漏洞并且确认法律漏洞的过程中，存在步骤跨越和逻辑跳跃的问题。

其次，在本案中是否允许投资人进行试生产？最高法院在指导性案例164号中明确表明关于是否允许投资人进行试生产的问题，相关法律及司法解释没有规定，即最高法院直接表明关于该问题存在法律漏洞。结合《企业破产法》和《会议纪要》发布的时间可以得出该法律漏洞属于嗣后的法律漏洞，是由于经济社会的发展出现了许多立法时没有预见到的情况导致的漏洞。但是在该案的裁判要点中，最高法院仅对于试生产的好处及可以适用的情形进行了说明，并没有提到试生产适用的背景是因为在本案中法律没有规定，导致需要对于试生产适用的必要性、合法性和正当性进行详细论述。同时也需要对于法律漏洞的产生进行阐释。

最后，在对指导性案例164号涉及的两个核心问题及其存在的法律漏洞进行确认之后，最高法院将注意力集中放在了投资人试生产这一措施上，对于企业实质合并破产重整和试生产适用的论证，在指导性案例164号中体量并不对应、内容论述程度也存在较大差异。

二、漏洞补充在指导性案例 164 号中的具体运作

因为法官不能以没有法律依据为由拒绝裁判,在发现法律漏洞并且确认漏洞存在时,法官需要利用现有的资源对漏洞进行填补。漏洞填补的方式包括体制内填补和体制外填补。体制内填补是指利用法律体系本身的规定如法律原则和法律目的等对法律漏洞进行填补;体制外填补是指利用习惯、价值、伦理道德等对法律漏洞进行填补。^①具体到指导性案例 164 号,最高法院认为本案的核心是关于实质合并破产企业投资人试生产的问题。这一点《企业破产法》及相关司法解释并没有直接的规定。最高法院首先对试生产适用的必要性进行了论证,证明利用试生产对法律漏洞进行填补的必要性。其次,利用衡平原则即利益衡量原则对合理性进行论证。再次,论证试生产适用是在法律允许的范围内进行的,该填补要素具有合法性。最后,利用该案产生的效果,即对于试生产的社会可接受性进行了正面评价。最终得出了本案适用试生产对法律漏洞进行填补合理、合法、符合市场经济发展规律、满足社会期待、取得良好社会效果的结论。然而,上述方法的采用能否以及能在多大程度上完成指导性案例 164 号漏洞填补的任务是值得怀疑的。

首先,一方面,对于新产生的事物在法律上的论证,在论证逻辑上应先满足合法性条件,再论证其合理性及必要性。不能因为在指导性案例 164 号中引入投资人试生产必要,才论证该要素的使用具备合理性。指导性案例 164 号对于试生产要素的论证逻辑上本末倒置,具有较强的实践主义色彩,缺乏强有力的论证说理。另一方面,关于投资人试生产这一实践色彩较强的操作行为在法律上的定位及效力,指导性案例 164 号并未进行阐释。漏洞补充比较常用的方法为类推和目的性扩张或目的性限缩。类推是一种从特殊到特殊的适用方法,根据当前案件与另一案件的相似性做出裁判。^②投资人试生产这一做法在指导性案例 164 号中属于首创,目前尚不存在可以类推适用的情形。指导性案例 163 号和指导性案例 165 号也存在实质合并破产重整中利用具有创新性做法的情形,但是,两案例的创新性做法不属于首创,在其他类型的实质合并破产重整中有过类似做法。指导性案例 163 号和指导性案例 165 号对于案情的强调,重点放在了关联企业实质合并破产重整应该满足的条件方面。因此,类推适用的漏洞补充方法无法在指导性案例 164 号中得到运用。

其次,指导性案例 164 号对于目的性扩张的使用。目的性扩张是指为了贯彻立法

^① 参见陈金钊等:《法律方法论研究》,山东人民出版社 2010 年版,第 539-552 页;纪海龙:《法律漏洞类型化及其补充——以物权相邻关系为例》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014 年第 4 期。

^② 参见孙光宁:《漏洞补充的理论定位——法律方法的视角》,载《法律方法》2010 年第 10 卷;杨仁寿:《法律方法论》,中国政法大学出版社 2013 年版,第 142-157 页。



目的,对法律条文进行超出文义的解释,使其囊括在原本没有的文义解释范围内。^①最高法院在裁判要点中阐释为“该试生产申请符合破产保护理念”,实质是利用目的解释对企业破产法原则性规定进行了目的性扩张,将原本没有为《企业破产法》涵盖的目的,即试生产有利于恢复破产企业的持续经营能力、有利于保障各方当事人的利益等,涵盖在了企业破产法的原则性规定中。形式上为将原则性规定具体化,实质上是利用漏洞填补中的目的性扩张,将试生产这一行为囊括在《企业破产法》第1条和第2条中,使试生产适用具备了合法性。

再次,指导性案例164号利用法的价值进行漏洞填补。其一,指导性案例164号的裁判理由部分提及,在进行利益衡平时,一些核心的价值理念是需要考虑的:公平与效率。公平与效率是大部分法规范追求的价值,特别是参与市场经济运行的《民法典》等。在进行利益衡量时,提及公平与效率是为了填补破产重整这一做法的合理性问题。利用公平与效率,论证关联企业实质合并破产能够保护各方债权人的债权,关联企业之间的债权债务因实质合并破产重整而合为一体,各债权人享有相同的清偿顺序。这就避免了关联企业之间利用母子公司关系或是某企业对另一企业的实质控制关系,导致处于劣势企业的债权人清偿顺序处于劣势,从而影响债权的有效清偿。其二,最高法院利用效率价值,论证采取实质合并破产重整的原因之一为各关联企业之间人格高度混同,将各关联企业之间的债权债务分离需要耗费大量的人力、物力,与市场经济追求的效率原则不符。将各关联企业视为一个整体从而进行实质合并破产能够在最大程度上节省司法成本和资源,满足效率原则。因而对关联企业采取实质合并破产重整这一做法具有合理性。指导性案例164号中,公平与效率是在进行利益衡量时予以考量的,其实是利用利益衡平对指导性案例164号中《企业破产法》没有涉及到的企业实质合并破产重整进行漏洞填补,与目的性扩张异曲同工。不同之处在于,指导性案例164号在利用利益衡平原则时,更多的侧重于合理性,并且利益衡量是处理案件的一种价值判断与选择的方法,而非裁判结论得出的方法,即利益衡量并非法律解释或漏洞补充方法。^②利用目的性扩张进行解释时,论证的重点是合法性。

最后,利用当事人期待及社会效果对法律漏洞进行填补。其一,在指导性案例164号中,当事人期待是指破产企业的投资人、债权人、管理人等对于关联企业实质合并破产重整成功的期待。该期待促使投资人、债权人和管理人就相关协议达成一致意见,并且对于企业破产重整保持高度的关注与积极的态度。这一期待也促使投资人愿意先行投资帮助企业进行试生产。这一期待也使法院在考察及同意投资人试生产要求和管理人申请时,具有一定程度的前瞻性,能够采用更加具有创新性的做法和创新

^① 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,法律出版社2007年版,第499页。

^② 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社2013年版,第185-226页。

性的思维去解决指导性案例 164 号中的问题。其二, 法律效果和社会效果的统一是司法裁判的价值追求。即裁判在满足良好法律效果的同时, 也能取得良好的社会效果。指导性案例 164 号的裁判理由部分, 利用判决产生的社会效果, 来论证采用关联企业实质合并破产重整和投资人试生产的重要意义。不仅在法律层面满足合法性要求, 也在社会效果方面也体现了法院的担当, 同时帮助了破产企业重生, 从而提出对于投资人试生产及企业实质合并破产重整这一实践做法予以提倡。裁判理由最后部分的陈述, 是指导性案例 164 号超越个案, 获得超个案效果的重要体现。

三、指导性案例 164 号中漏洞补充的作用限度

综上, 指导性案例 164 号对于漏洞补充的运用存在不足。包括形式上将漏洞补充与文义解释进行混淆运用, 内容上混淆具体习惯与创新做法之间的界限, 将不满足习惯条件的“试生产”, 通过指导性案例的形式, 赋予了其类似习惯的效力, 从而使漏洞补充不能在指导性案例 164 号中发挥积极作用, 也影响了后案对于漏洞补充的正确使用。明晰漏洞补充与其他法律解释方法的界限, 能够将漏洞补充去神秘化, 推进漏洞补充在指导性案例说理中的运用。

(一) 形式上的法律原则具体化, 实质上的漏洞补充

指导性案例 164 号识别、确认了法律漏洞的存在, 最高法院根据制定法之内的原则和制定法外的原则对该漏洞进行了填补。^① 制定法内的原则是根据《企业破产法》第 1 条和第 2 条^② 认定破产管理人关于破产企业试生产的申请符合破产保护理念, 即有利于保护债权人和债务人的合法权益, 维护市场经济秩序, 从而决定通过管理人对于破产企业试生产的申请。然而, 法律原则需要在穷尽一切规则、更强理由和适用规则会导致个案极端不公等情形下适用。在指导性案例 164 号中, 最高法院没有论证其已穷尽一切规则, 而是直接表述为“为了实现破产法的拯救功能”, 但是对于拯救功能没有详细说理, 从形式上看是对于《企业破产法》的适用, 实质上系漏洞补充行为。

(二) “试生产”习惯效力论证不足

首先, 试生产习惯做法效力欠缺, 不能满足习惯通过司法确认从而具有法律效力的条件。指导性案例 164 号对于试生产的适用, 其实质是赋予了试生产习惯的效力。习惯是指在某区域、范围、行业内, 基于长期的生产生活实践而为社会公众所广泛接

^① 参见郑永流:《法律方法阶梯》, 北京大学出版社 2020 年版, 第 196 页。

^② 《企业破产法》第 1 条:“为规范企业破产程序, 公平清理债权债务, 保护债权人和债务人的合法权益, 维护社会主义市场经济秩序, 制定本法。”第 2 条:“企业法人不能清偿到期债务, 并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的, 依照本法规定清理债务。企业法人有前款规定情形, 或者有明显丧失清偿能力可能的, 可以依照本法规定进行重整。”



受和遵守的社会准则和行为方式。^①在存在法律漏洞的情况下，可以利用习惯对法律漏洞进行填补。利用习惯对于法律漏洞进行填补的行为属于制定法外寻求的法律填补。习惯与习惯法的区别为是否获得国家认可，获得国家认可的习惯具有法源上的正式法律效力，成为习惯法。习惯成为习惯法需具备以下几个条件：一是需人人确认其为法律；二是须在一定期间内，对于同一事项，有反复使用的效力，即具有法的普遍性；三是习惯所规定的事项，需为目前法律尚未规定的事项；四是需不违背社会公共利益及公序良俗。^②指导性案例164号中，关联企业实质合并破产重整和试生产可以形成关于习惯在司法实践中运用的对比论证。

其一，关于关联企业实质合并破产重整在破产类案件中存在司法实践广泛运用的情形。以实质合并破产重整为关键词在中国司法案例网中进行检索，时间跨度为2010年至今，共检索到有效结果40个。企业实质合并破产在2018年印发的《会议纪要》中做出了规定，说明在实践中趋于成熟的关联企业实质合并破产重整获得了司法机关的认可。《会议纪要》对实质合并破产的条件做出了规定。抛开《会议纪要》的法律属性之争，关联企业实质合并破产重整满足运用习惯进行漏洞填补的条件。此外，司法实践认为关联企业实质合并破产重整这一做法具有普遍性，可以在相关案件中进行推广。如指导性案例163号、指导性案例165号均涉及关联企业实质合并破产重整的运用。同样以试生产为关键词在中国司法案例库中进行全文检索，除指导性案例164号以外，没有检索到其他有效结果。在检索破产重整类案件和对最高法院公布的企业破产重整及清算十大典型案例分析后发现，除了检索到指导性案例164号和指导性案例164号在未成为指导性案例之前的原始案例适用了试生产之外，并无其他破产类案例明确适用了试生产。进一步说明了试生产在企业破产重整中的做法并不具有普遍性及习惯效力。在指导性案例164号中，不具有普遍性和习惯效力的试生产被用于填补存在的法律漏洞，没有满足习惯的实质要求，即对同一事项具有相同反复的行为，并且人人确信为法。

其二，最高法院对于试生产习惯适用的论证存在不足。对照上文提及的习惯法四要件，首先，试生产没有满足人人信以为法的条件。严格来说试生产不具有规范属性，在指导性案例164号中，是为了实现关联企业实质合并破产重整目的而采取的具体做法，是一个涉案事实行为，不具有法律属性。其次，就指导性案例164号对于试生产采取类似习惯的漏洞填补方式来说，试生产不具有在一定时期内对破产类案件反复适用的前提条件。最后，在指导性案例164号中，最高法院仅对于试生产系法律所未规定之事项和采取试生产做法没有违背公共秩序及利益进行了论证，论证说服力不足且不能成立习惯的漏洞填补。

^① 参见王利明：《法律解释学》，中国人民大学出版社2016年版，第386页。

^② 参见王利明：《法学方法论》，中国人民大学出版社2011年版，第58页。

其次,在不能强有力论证试生产适用具备漏洞填补功能属性的情况下,对于试生产适用采取指导性案例 164 号的形式予以发布,在指导性案例 164 号裁判要点中对试生产适用进行了描述。而指导性案例的裁判要点对于指导性案例 164 号之后的案件具有应当参照的约束作用。简而言之,试生产适用在不能满足成为习惯的背景下被采取类似习惯漏洞填补的方式在指导性案例 164 号中得到了适用,并且以指导性案例的形式发布,赋予了试生产适用在司法实践中的约束力。这一做法跨越了论证逻辑上环环紧扣的步骤,也未能形成强有力的说理,实践中对于后案的指导效果目前也尚未得知。其是否能处理不同场景中试生产适用差异化的问题也尚不清晰。此外,该案具有强烈的特殊性与独特性,其产生的背景也值得我们关注。一是该案涉及到的破产重整类企业为酒精类企业,且该企业是当地唯一一家拥有酒精生产许可证的企业;二是该案破产重整期间正好遇上了新冠肺炎疫情在国内的爆发及全球的大流行,社会对于酒精消毒类产品及医疗急救用品的需求猛增和生产的匮乏之间存在强烈矛盾。该特殊背景导致在该案中试生产适用显得十分必要和迫切。如果不是在此特殊背景下,试生产是否会在本案中适用和得到提倡,难以得知。因此,指导性案例 164 号应该在裁判要点或者关键词部分,将此案产生的特殊背景予以重点阐释,而不是在裁判理由的结尾部分一笔带过。这样才能够在未来新冠疫情消失或者缓和的背景下,使指导性案例 164 号仍然具备指导意义。

最后,指导性案例 164 号所采用的试生产措施具有的极强的个案色彩与指导性案例对后案具有的普遍参照效力产生了冲突。漏洞填补中的类推适用是漏洞填补经常采用的漏洞补充方式,类推适用是从特殊到特殊的推理方式,即从一个特殊的个案推理到另一个特殊的个案,证明在前一个特殊个案中适用的情形在后一个特殊个案中也同样适用。指导性案例 164 号因其自身具有的矛盾冲突性,导致后案进行类推适用存在可能。类推适用时案件之间的相似性判断十分重要。最高法院将指导性案例 164 号的个案色彩弱化,突出强调其创新性和对重整企业的良好影响,这对于后案判断案件之间的相似性造成了障碍。对于高度抽象、概括性的利益衡平,最高法院没有进行详细的论述。究竟是整体债权人的收益都得到了增加?还是增加部分的债权人收益总和大于损失部分债权人的总和?究竟是在成本为多少的区间内采用了试生产,导致了收益提升到多少的效果?这一部分利益衡平需要进行细致的说理。因为利益衡平不单单是自由裁量权的问题,还涉及到具体的收益与亏损,这也是企业破产重整所追求的现实目标,只有将损失与收益量化,才能真正在经济层面论证投资人试生产这一做法具有的利益衡平价值,也能进一步强化试生产做法的合理性。指导性案例 164 号投资人试生产具有极强的个案实践性,是本案具体情况具体分析下充分发挥创造性的产物。同时因其具有习惯的特性,从而能够接受实践的检验。因为在法律的语境中习惯或者惯例比具体情况具体分析具有更强的规范意味。



四、指导性案例164号中漏洞补充的超个案效力

指导性案例164号中的“试生产”和“关联企业实质合并破产重整”因以指导性案例的形式发布，从而对后案具有某种程度上的约束力，也就具有了超个案的效力。漏洞补充方法因其所具有的工具属性，可以在指导性案例中得到应用。但是，对漏洞补充方法的不当使用会造成对法律的错误解释与填补，并且会破坏法律的安定性与权威性。如指导性案例164号对“试生产”适用论证不足可能对后案参照使用产生错误的引导。因此，漏洞补充如何在指导性案例中得到使用，是指导性案例164号所具有的超个案层面的价值和意义。通过对目前已经发布的178例指导性案例中是否涉及到漏洞补充的运用进行分析，发现漏洞补充在指导性案例中的运用具有适用比例低、跨部门、跨法院层级、隐性适用、间接适用、无统一适用方法与步骤等特点。通过对相关特点的梳理与进一步分析，发现在司法实践中，相关法律规定越发趋于完善，漏洞补充适用在进一步降低。但是，作为法律方法的重要组成部分，漏洞补充能够在未来面对错综复杂的疑难案件时，对弥补法律的滞后性具有重要作用。分析漏洞补充在指导性案例中所具有的特点，厘清当前漏洞补充适用存在的混乱之处。明确漏洞补充在指导性案例中适用的标准、方法、步骤，发挥指导性案例164号中漏洞补充的超个案价值。

（一）漏洞补充方法超个案适用特点

虽然漏洞补充方法在指导性案例164号中得到明确、直接的运用。但在已经发布的178例指导性案例中，漏洞补充的适用存在诸多不尽如人意之处，导致漏洞补充不能正确发挥作用，无法推动相关法律通过漏洞补充发现不足。通过对178例指导性案例进行分析，发现漏洞补充在指导性案例中的运用具有以下特点：

1. 适用比例低且多为间接、隐性适用

刑事案件由于严格遵守罪刑法定原则，基本不存在漏洞补充的情形；行政类案件由于具有的公法属性，导致在实体层面也基本不存在漏洞补充的适用；程序层面往往涉及程序合法性和时效问题，与漏洞补充无关。指导性案例中占比最大的民商事案件，由于涉及到的具体情况较复杂，是漏洞补充适用的主要场域。通过对178例指导性案例进行分析，可以发现指导性案例涉及到的法律规定不明确的情形越来越少。从最开始的指导性案例1号涉及居间合同报价请求权问题，在已经颁布的《民法典》新增第965条中得到了积极回应——通过利用中介提供的信息后跳单应支付中介报酬的内容规定，表明了《民法典》对于指导性案例1号所涉及司法经验的吸收与积极回应。指导性案例24号涉及的蛋壳脑袋理论在司法中的认定问题和指导性案例23号涉及的消费者知假买假身份认定问题，到现如今的关联企业实质合并破产重整和“试生产”适

用问题等。^① 法律规定越来越明确及完善,对于相关法律漏洞的回应也更加积极和自信。指导性案例 164 号中对于目前破产类法律存在的法律漏洞的直接表述就是对法律漏洞的直接回应。

指导性案例中明确表明法律存在漏洞并且对漏洞进行填补的案例只有指导性案例 164 号, 比例为 0.56% (这也表明指导性案例 164 号的特殊性所在)。间接适用漏洞补充方法的为指导性案例 24 号, 通过对相关法律进行目的性扩张和目的性限缩、对法律原则进行具体化是指导性案例中常用的漏洞补充合法化方式。在此, 需要厘清漏洞补充适用的情形: 法律存在漏洞, 对相关问题没有规定或者相关规定不能适用于当前案件。指导性案例 128 号、147 号是在事实认定环节对于证据的适用和相关损害没有法定标准及国家标准, 导致事实认定环节出现问题, 无法确认是否存在损害, 进一步导致法律适用困难, 不属于严格意义上的法律漏洞。^② 此外, 指导性案例 61 号 (马乐利用未公开信息交易案) 中, 裁判理由部分明确表示, 此案涉及对相关法律的理解问题, 不属于法律规定不明确的情形, 即否认相关法律存在漏洞。上述 5 例指导性案例笼统来说属于涉及漏洞补充元素, 或者说存在漏洞补充适用可能性的案例。其在目前发布的指导性案例中仅占 2.8%。

2. 无统一的适用标准、方法、步骤

漏洞补充涉及到漏洞的发现和确认问题, 关于法律是否存在漏洞理论上尚有争议。通过对指导性案例中漏洞补充的运用进行分析可以发现, 当前指导性案例对于漏洞补充适用没有统一的方法及步骤。在成为指导性案例之前的普通案例中, 对于漏洞补充也不存在统一的方法及步骤。因此, 通过对指导性案例 164 号中漏洞补充方法运用步骤进行分析, 能够借助指导性案例 164 号的参照效力, 使漏洞补充方法的适用及步骤在司法实践中趋于统一。这也是指导性案例 164 号适用漏洞补充方法的另一价值所在。

关于漏洞补充方法尚不存在统一的适用标准、方法、步骤, 原因有很多: 一是源于我国是成文法国家, 严格遵循以事实为依据、以法律为准绳的审判原则, 案件的裁判需要依据现有法律法规做出; 二是我国法官只拥有适用法律及解释法律的权力, 不存在创造法律的权力, 也就导致了存在造法元素的漏洞补充在案例中往往会遭到法官们的排斥或者是审慎运用; 三是因为我国裁判文书中对于说理论证不够重视, 导致作为法律方法重要组成部分的漏洞补充, 不能得到正确适用和充分的说理等。导致了漏洞补充方法在指导性案例中得不到广泛运用, 无法在指导性案例中形成关于漏洞补充适用的标准、方法及步骤。

^① 指导性案例 24 号, 该案主要涉及在交通事故中被害人自身体质对于损伤参与度如何认定的问题; 指导性案例 23 号, 该案主要涉及消费者知假买假身份如何认定和是否适用十倍的损害赔偿数额的问题。

^② 指导性案例 128 号, 该案主要涉及光污染损害的确认和认定问题; 指导性案例 147 号, 该案主要涉及对于名胜古迹的损毁程度的鉴定, 鉴定的程度涉及到定罪量刑的问题。



(二) 漏洞补充方法超个案适用流程

随着立法的完善，立法要求与司法具备更多的互动性，通过司法在实践中发现立法存在的问题，达到对立法进行完善的目的。此外，我国越来越重视案例的作用，通过漏洞补充适用方法及步骤的明确和统一，也能够加强案件的说理，提升裁判的可接受性。

在最大限度保证法律安定性与稳定性的情况下，又能够充分发挥法官的自由裁量权，实现同案同判和统一法律适用。本文尝试提出在指导性案例中漏洞补充运用的可操作性流程（见图1）。首先，案件进入法院系统先对其进行分流，简单案件由于案件事实清楚，证据充分，争议往往不大。本文讨论的是以指导性案例为例的疑难案件。其次，当案件定性疑难案件后，面临事实认定和法律适用的难题。其一，需要判断是否存在法律漏洞，即是否有相关法律对于案涉问题做出了规定；其二，在发现法律漏洞存在的情况下，要对漏洞进行确认。确认漏洞的存在需要将漏洞和其他通过法律解释方法等就能解决的情形区分开。再次，在确认存在法律漏洞的情况下运用目的性限缩、目的性扩张、法律原则、法理学学说、类推、习惯、指导性案例等方法对法律进行填补。^①最后，当利用漏洞补充方法对于法律漏洞进行填补之后，需要对整个漏洞补充进行核验与审视。核验的重点在于漏洞补充是否违背公序良俗、是否满足适用的

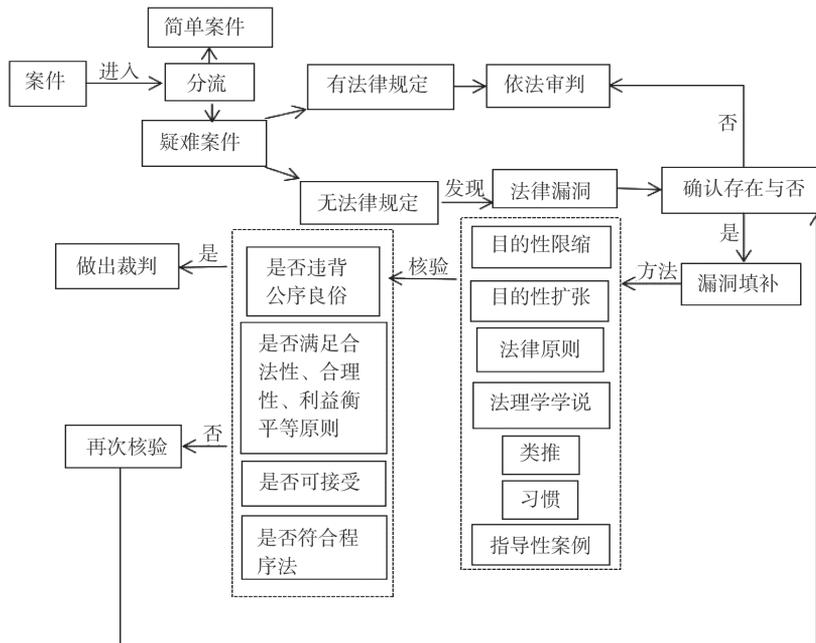


图1 漏洞补充适用流程简图

^① 在此需要说明的是关于漏洞补充的方法尚未达成统一的共识，本文仅提出几种较为广泛适用且成熟度较高的方法以供参考，具体运用时，需要进行详细、充分的说理论证，对漏洞补充方法的适用进行证成。

合法性前提、当前案件进行漏洞补充是否合理且必要、相关各方的利益及诉求是否得到了充分的考虑与平衡等。上述所有环节都必须满足程序性要求,这是漏洞补充的合法性前提。在满足上述条件后,相关疑难案件的漏洞补充完成,需采用合理的形式展现出来,谨防法官超越权限直接造法,最终作出具有说服力、可接受性强的裁判。反之,如果不能进行漏洞填补,或者漏洞填补不能满足合法性、公序良俗等条件,则证明漏洞补充的运用存在问题,需返回漏洞的发现与确认阶段,再次确认是否存在漏洞,否则可径直根据法律作出裁判。

结 语

法律漏洞的存在和对于漏洞的填补,在某种程度上会削减法律的权威性,并且法律漏洞的各种补充方法之间存在模糊和混乱之处。但是,法律漏洞的补充具有必然性,法律漏洞的补充能够带来立法与司法之间的良性互动。关联企业实质合并破产重整在《会议纪要》中得到规定就是一个例证:从满足实践需要并且在实践中得到广泛适用,到在《会议纪要》中得到司法实践的认可,可以预见在不远的将来可能会被纳入《企业破产法》的修改之中。指导性案例 164 号在裁判过程及结果中都出现了漏洞补充,但却没有出现当事人认为法官没有按照法律裁判,进而不接受裁判结果的情形发生。这一点与破产案件具有的特殊性有关,破产重整类案件,虽然债权人与债务人是対立的,但是在帮助企业破产重整,使企业恢复清偿能力这一点上,双方的利益是趋同的,这也就导致了在此类案件中,虽然缺乏相应的法律法规对每一个案中的创新性做法做出规定,但是当事人仍然能够接受法官在案件中进行创新和漏洞补充。因此,需要充分认识漏洞补充的优、缺点,漏洞补充与其他法律方法往往在一个案件中融贯使用,以达到良好的论证效果。在最高法院要求统一法律适用,规范裁量权的背景下,漏洞补充如何在兼顾统一法律适用的同时,弥补法律的漏洞,指导性案例又如何发挥其创新性,都需要实践不断的摸索。

(责任编辑:杨 军)



动态质押中的质权设立标准问题研究

山东省高级人民法院民二庭课题组*

内容摘要：动态质押并非传统意义上的质押模式，其具有的独特动态属性为开拓中小微企业融资渠道、盘活资产起到重要支持作用。同时，动态质押面临法律层面的挑战也十分明显，其中质权设立与质权范围是司法裁判中面对的首要难题。司法裁判往往以尊重既成事实，认可权利设置为原则，但该思路并非基于法学理论与司法裁判的考量，而仅是迎合纠纷现状与个案中的利益衡平，由此产生的裁判文书说理逻辑错误、质权设置标准不统一、质物权利表象缺失等问题也就十分明显。鉴于此，从基础理论与审判实践两个层面对质权的设立标准与司法审查标准进行探析，以对举证责任分配、裁判文书制作等提出相应举措。

关键词：动态质押；质权设立标准；权利表象；裁判文书说理

中图分类号：DF521 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)03-062-075

当前，中小微企业在发展过程中遇到的资金需求急与融资成本过高之间的矛盾一直是阻碍其快速发展的难题，助力中小微企业快速健康发展，解决融资难融资贵的问题是在营造良好的营商环境中所面对的主要难题。近年来，以物流金融为基础，以“动态质押+第三方监管”模式为运作方式的新型动态质押融资业务蓬勃开展，不仅为解决中小微企业融资难提供了一条新颖的解决路径，也为银行开拓了新的业务范围。但是，动态质押不同于传统意义上的质押，其不仅在理论上与实践上都存在“是否能够设定质权”的争议，由于采用“监管输出”模式对质物行使占有，还难免使得质物的物权表象与其实际情况有所出入。山东省高级人民法院民二庭在研判裁判文书的基础上，从基础理论与司法实务两个角度入手，对银行动态质押业务中质权设立的合法性进行讨论，并据此对司法裁判中反映的问题提出相应建议。

* 课题组成员：徐清霜，山东省高级人民法院民二庭庭长，三级高级法官；张亮，山东省高级人民法院民二庭副庭长，三级高级法官；王子杰，山东省高级人民法院民二庭法官助理。执笔人：王子杰。

一、山东省动态质押审判实践呈现的问题

在中国裁判文书网上检索山东省 2016 年至 2018 年已公开的关于银行为质权人的动态质押纠纷裁判文书，共 311 篇，剔除重复及与本次调研无关的文书后，^① 共计 96 篇文书（以下称样本案件）。综合分析样本案件的事实认定和文书说理部分，发现山东法院关于动态质押纠纷的裁判文书在事实认定和说理部分都存在问题。

（一）关于事实认定部分存在的问题

表 1 质物存放位置统计表

单位：件

	法院认定事实中约定的质物存放位置				总计
	出质人	监管人 / 质权人	第四方	未涉及	
质权设立	18	45	3	26	92
质权未设立	1	0	0	2	3
未处理质权	1	0	0	0	1
总计	20	45	3	28	96

从裁判结果看，法院认定质权成立的情况为大多数（见表 1）。在样本案件中确认质权设立的 92 件案件中，出质人未对出质行为（包括质物权属、交付过程等）提出异议或未到庭答辩的情况有 82 件。在综合分析该 82 件判决的事实认定内容后，发现主要存在三个问题：一是绝大多数文书并未涉及质物交付的具体事实内容，仅对“合同约定”进行审理，从表 1 数据看，超过四分之一的案件甚至没有涉及约定质物存放地点的认定，更没有关于质物实际存放位置的内容；二是在载明银行（质权人）提交证据的案件中，^② 无论质物存放于何处，均未有监管人的监管记录；三是全部 82 件案件认定的事实均不包含监管人在质物上张贴公示标志等内容，^③ 即是否在质物上设定公示标识并非法院的审理焦点。简言之，在当事人不明确提出异议的情况下，法院判决认定的事实仅有各方签订合同的过程，并无符合《民法典》规定的“交付”质物的事实认定。这就使得法院在作出质权是否设定的判断时缺乏依据，也使得后续的文书说理部分缺乏法律事实的支持。

① 如动态质押中不涉及质权设立问题，仅是关于监管合同的纠纷即为与本文无关的文书。

② 由于案件审理阶段与适用程序不同，只有部分案件列明银行提交的证据，其余案件并未在判决书中涉及具体证据及内容。

③ 全部样本案件中仅山东省高级人民法院（2017）鲁民终 607 号民事判决书对公示标识问题进行审查，但由于该案中的当事人对质权设立提出异议，故不在此 82 件案件的范围内。



(二) 关于文书说理部分存在的问题

表 2 认定质权是否设立的说理逻辑统计表

单位：件

	物权逻辑	债权逻辑	总计
质权设立	89	3	92
质权未设立	3	0	3
总计	92	3	95

以样本案件判决书的说理部分为基础，结合上文所述事实部分的瑕疵，我们认为主要存在以下问题：

第一，如上文所述，由于样本案件认定的事实大都不包含质物实际交付的事实，故在此基础上直接判断质权是否设立缺乏事实依据。进一步分析样本案件发现，产生该问题的原因可能并非法院疏于审查质物交付事实是否存在，只是没有将审查结果置于判决书应有的位置。详细查阅表 2 中 95 份判决文书及对应的卷宗材料，发现大部分案件在实际审理过程中专门对质物的交付事实进行审查，且有 92 份判决的说理逻辑严格遵循了质权设立的物权逻辑，即“出质人实际交付了质物，故质权依法设立”或“出质人未实际交付质物，故质权没有设立”。因此，大部分判决并非没有审查质物的交付事实，只是将其置于错误的位置——如将该事实的认定与依据该事实的论述一并在裁判文书说理部分体现——或实际审查了该事实但在判决书中出现遗漏的情况。只是，无论是错置还是遗漏，该问题均会影响到司法文书说理的逻辑性、法理性与充分性，值得引起足够的注意。

第二，个别案件说理逻辑存在问题。从表 2 看，有 3 份判决书在论述质权设定方面使用的是债权思路。该 3 份判决书的论述逻辑基本为“质权人有权依据其与出质人签订的动产质押合同取得质权”，其中 1 份更是认为“质权人有权依据其与出质人、监管人签订的监管合同取得质权”。虽然是个别情况，但其中的逻辑显然违背了物权法定原则，损害了判决书说理的逻辑性与法理性。

二、动态质押的基本运作模式

法律的调整对象是社会关系，脱离社会关系的法律不过是空中楼阁。因此，在探讨动态质押的法律问题之前，有必要先对动态质押的基本运作模式予以了解。

以银行办理的动态质押业务为例，在正常情况下，银行与出质人、监管人之间的合作模式一般如图 1 所示，具体流程为下列方式：

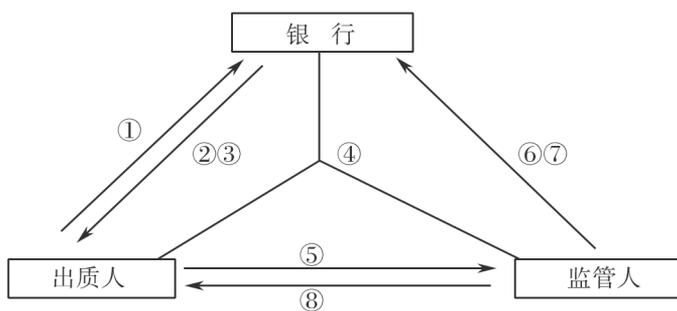


图1 银行办理动态质押业务流程图

- ①出质人向银行提交动态质押业务授信申请；
- ②银行对出质人提供质物的权属进行审核并对其进行价值进行评估；
- ③审核通过后，银行与出质人签订动产质押合同；
- ④银行与出质人、监管人签订监管协议；
- ⑤出质人向监管人交付质物；
- ⑥监管人在接收质物后，向银行提供入库清单（也可能为银行、监管人、出质人三方共同确认的入库清单）；
- ⑦监管人对质物进行动态监管，并在此基础上依据监管协议约定向银行提供监控信息；
- ⑧主债权清偿后，监管人返还质物。

从上述流程可以看出，银行虽为质权人，但并不直接占有质物，而是基于监管协议由监管人实际占有质物。因此，该模式实际上包含两个法律关系：银行与出质人之间物权性质的动产质押关系以及银行与监管人之间债权性质的委托占有关系。由于监管人是否能够按照监管协议约定有效履行监管义务直接决定银行是否占有质物，故而两个法律关系均实质影响到质权的最终设立。

三、动态质押的理论争议

“动产质权系属所谓‘占有担保物权’，即以标的物（动产）移转占有为其成立及存续要件，此为动产质权法律结构及规范设计上的基本问题”^①，故而动产质权的设立标准是质物的交付。因此，关于质权是否成立的判断应当从“质物”和“交付”两方面进行考量。不过，在动态质押中，“质物”与“交付”在理论与实务中均存在较大争议。从质物方面来看，虽然可进行质押的动产范围广泛，但从物权基础理论角度分析，尚

① 王泽鉴：《民法物权》（第二版），北京大学出版社2017年版，第396页。



有动态质押中的质物是否满足“特定物”属性和是否违反“一物一权”原则的理论争议；从交付方面来看，在占有与公示两个要件中也均有较大争议。因此，讨论动态质押的合法性，就必然涉及两个问题：“质物是什么”和“交付是什么”。

（一）质物是什么——质权客体的理论争议

传统质押中的质物始终保持“静态”，即从设定质权时至实现质权时均保持不变的状态。但动态质押中的质物并非如此，而是在出质期间可以根据约定出旧补新，因此有观点认为其属性突破了《民法典》中关于物权规定的框架。关于动态质押中质物是否是适格的质物，主要存在两种争议：一是动产质押的质物是否符合物权“特定物”属性；二是动产质押的质物设置方式是否违反“一物一权”原则。我们认为，动态质押中的质物符合一般质权关于质物的要求，在其上设立的质权符合《民法典》规定的标准。

1. 质物是否符合物权法意义上“特定物”属性

物权系以直接支配特定物为其内容，质权作为担保物权，当然不能例外，故质物应为特定物。^①在此基础上，有观点质疑动态质押中质物是否符合“特定物”属性。从目前讨论情况看，虽然支持动态质押可以设定质权的观点为主流观点，但无论是实务界还是学术界，在关于“特定物”属性问题的论述中均认为动态质押的质物应当突破“特定物”属性限制，进而主张质权可以被设定。持有该观点的学者主要有两种理由：一种是以论证“改变担保物权标的物的特定性”为出发点，认为在流动性的质物上设立物权符合经济发展需求；^②另一种是认为在质权实现之前的期间内，“质物是否特定、是否因替换而变动，并不影响质押担保功能的实现，不应成为限制质权设定的条件”^③，因此质权依然能够设立。但是，上述两种观点实际上并未从物权法意义上的“特定物”角度分析动态质押中质物的性质。

其实，上述关于质物是否符合或应当突破“特定物”属性论述的主要依据的观点为“物权的标的是特定物。仅以数量和种类约定的物，只可以成为债权的标的，而不能成为物权的标的”^④，在此基础上，进而认为种类物不可以作为质物，再进一步分析认为动态质押中的质物大多为种类物，从而形成上述两类观点，即从对作为质物的种类物应当突破“特定物”属性和种类物在特定时间点——如质权实现时符合“特定物”的属性两个角度加以分析。^⑤我们认为，上述分析逻辑实际上混淆了物权法意义上“特

① 参见王富博、李明卉：《质物监管纠纷中的法律争点及解决路径》，载《人民司法·应用》2019年第19期。

② 参见黄盛秦：《动态质押的法律属性界定与内部关系厘清》，载《西部法学评论》2018年第4期。

③ 王富博、李明卉：《质物监管纠纷中的法律争点及解决路径》，载《人民司法·应用》2019年第19期。

④ 梁慧星主编：《中国物权法草案建议稿》，社会科学文献出版社2000年版，第100页。

⑤ 需要说明的是，此处的“特定物”实际上并非指物权法意义上的“特定物”，仅是持有该两种观点的学者的表述方式。

定物”与债权法意义上“特定物”的含义。

第一,从民法的基础理论角度看,物权法意义上“特定物”与债权法意义上“特定物”的含义并不相同。由于物权法与债权法定义两个“特定物”的前提不同,其内涵和外延存在较大差异,物权法意义上的“特定物”与债权法意义上的“特定物”的内涵并不一致。

物权法意义上的特定物是指“物权的客体必须为现已存在的特定物”^①。根据《民法典》第114条第2款的表述“物权是权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权”,此处“特定的物”既是“特定物”在物权法意义上的含义,强调的重点其实是“现已存在”的有体物。需要注意的是,此处的“特定物”并无“种类物”的对应概念。

债权法意义上的特定物是指“具有独特的标记、形状、特性、质地、颜色以及地点等,可与其他物相互区别的物”^②。此处的“特定物”一般与种类物相对应,强调的是物的不可替代性。我国现行法律体系多将“种类物与特定物”置于债权法中的“有形财产”范畴内进行讨论。^③

有学者指出:“民法上‘特定物’与‘种类物’之分,完全是针对债权关系(主要是契约关系)而设。”^④由于在讨论作为担保物权的动态质押时,定义“特定物”的前提是物权法范畴,故而债权法意义上的“特定物”不应被采纳。进而,在讨论质物的具体情形时,也完全没有必要在基本属性上排斥债权法中的“特定物”的对立面,即否定种类物作为质物的可能性。相反,正是由于种类物具有的可替代性,才得以使传统质押模式中出质人无法在出质期间实现质物的利用价值这一弊端得以弥补。

第二,从现行物权法律体系看,法律在一定程度上允许“特定化”的种类物作为质物。换言之,现行法律体系对质物的要求没有将债权法意义上的“种类物与特定物”做为划分标准,而是将“特定的物”作为质物的标准。比如《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》第85条规定“债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后,移交债权人占有作为债权的担保,债务人不履行债务时,债权人可以以该金钱优先受偿”。因此,动态质押作为设定担保物权的方式之一,其客体若符合“特定的物”的标准,则当然可以设定有效的质权。

2. 动态质押中的质物是否符合“一物一权”原则

在审判实务中,曾见过部分同仁对动态质押的质物是否符合“一物一权”原则提

① 梁慧星、陈华斌:《物权法》(第二版),法律出版社2015年版,第8页。

② 王明锁:《对物权客体——物的含义与种类的新解读——就物权立法的新建议》,载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第6期。

③ 参见全国人大法工委编:《中华人民共和国合同法释义》(第三版),法律出版社2013年版,第29页。

④ 尹田:《物权法理论评析与思考》,中国人民大学出版社2004年版,第15页。



出质疑,即基于动态质押中的质物有出旧补新的特点,认为动态质物不能作为一个整体来设定一个质权。我们认为,该观点是对动态质押模式能否设立质权的质疑,但并不会妨碍质权的合法设立。

从物权基本概念看,虽然“一物一权”原则是对物权客体的基本要求,但该原则仅是在所有权范畴讨论的原则。具体来说,一物一权包含两方面的意义:一是指在一物上只能成立一个所有权,因此物的一部分不能成立所有权;二是指一个所有权的客体,只能是一物,因此数个物不能成立一所有权。^①概言之,所有权的客体与物是一一对应的关系,故“一物一权”原则是针对所有权而言的。担保物权属于定限物权,其是以确保债务清偿为目的的物权。虽然担保物权的设定、实现等均受限于所有权,但其也是一项独立的物权,具有自身的特性。因此,仅就“一物一权”原则而言,担保物权并不受此限制,关于“一物一权”的质疑与动态质押并非同一范畴的讨论内容。

其实,关于对违反“一物一权”的质疑并非指在一个质物上设立多个物权,而是质疑动态质押模式下的“动态”的质物是否能作为一个物权的“一物”,实质上依然属于对“种类物”能否成为质权客体的质疑。我们认为,《民法典》中并未对质权的客体做出“一个客体”的限定。相反,以质权的设定标准为视角,依双方约定实际交付的物即可设立质权。动态质押的“动态”体现在质物的“替换”过程,该“替换”以交付为标准。也就是说,虽然动态质押中的质物处于不断变化的状态,但无论在哪一个特定的时间点,处于“已交付”状态的质物始终是明确且固定的,故而“已交付”的质物便是质权的客体,特定的时间点便是实现质权前的具体时间点,质物的具体范围实际上是相对固定的,且不会出现歧义。

3. 动态质押中质物的合法性

由于动态质押中的质物并不完全符合传统质押模式中质物的特点,因此有观点认为动态质押是一种走在法律前面的实践。但是我们认为,并非必须将“动态质押”在法律中明文规定,甚至必须对何种模式属于动态质押作出明确说明,才算是“法有明文规定”,这样做既不利于充分发挥法律的作用调整社会秩序,又人为强化了法的僵化性。何况,动态质押的质物符合现行物权法律制度的规定。

第一,我国现行法律并未禁止现行动态质押模式中的质物客体形式。《民法典》第426条以禁止性规定方式明确了质物的范围,但也仅限于“法律、行政法规禁止转让的动产不得出质”,因此可以作为质物的动产范围是相当广泛的,以“种类物”为主要形式的动态质押模式并没有被现行物权法律体系所禁止。

第二,动态质押的质物具备物权法意义上“特定物”的属性。首先,动态质押的

^① 参见[日]铃木禄弥:《物权法讲义》,创文社1994年版,第349页。

质物是现已存在的有体物。虽然在设定质权的环节中，动态质押合同可以对包括物权法意义上的特定物与非特定物约定设定质权，如可约定对正在酿造中的某品牌红酒设定质权，但由于质物须交付才产生质权的设定效果，该红酒的质权实际上并未设立，如主债权在此时发生清偿，则出质人须承担的是依据动态质押合同产生的合同责任，并非物权责任。因此，若要质权设立，出质人交付的必须为现已存在的有体物，否则权利人将无法支配并享有相应的物权权利。其次，动态质押的质物在出质期间的任一时刻都是特定的。以种类物作为质物，必然使动态质押成为可能，即质物在出质期间具有可替代性并实际发生替换与变动。但是，这并不妨碍质物范围的确定性与特定性。从质权的设定角度看，上文已述，在出质期间的任何一个特定时刻，“已交付”的质物都是特定的；从质物价值角度看，动态质押合同一般都会对质物价值的下限作出约定，出质人即使需要替换质物，也须保证处于监管的质物价值不低于约定的限额，即监管人始终会占有不低于一定价值的有体物，故而该有体物在任一时刻都必须是确定的，否则无法对该时刻质物的价值作出评估。因此，动态质押的质物始终都满足“特定化”的要求，即《民法典》中“特定的物”的要求。

第三，动态质押模式中的质物客体形式符合动产质押中质物的基本要件。一般而言，动产质押的质物应当具备三个条件：从担保主债权实现的目的来看，质物必须具有交换价值；从质权的生效要件来看，质物必须具有可让与性；从质物移转占有角度看，质物必须为特定物。动态质押模式中的质物完全满足上述要求：首先，出质人提供的质物均是生产原料、欲出售的商品等种类物，这些质物本身就是具有单独出售并可换取对价的属性，故当然具有交换价值；其次，动态质押模式中的质物属于动产，也是出质人通过动产交易买卖方式取得或欲通过动产交易买卖方式售出的动产，当然具有可让与性；再次，关于质物“特定物”的属性，上文已进行讨论，即该“特定物”实际为“特定的物”，故在此处不多赘述。因此，动态质押模式中的质物符合一般动产质押中质物的条件。

（二）交付是什么——如何设立质权的标准明晰

学界通说认为，为了保障质权的留置效力，质物的交付应当为现实交付，即将质物实际交由质权人占有。实务界亦认可该观点，并在司法解释中予以明确。^①因此，“交付”其实与“占有”这种客观上的事实状态密不可分，而“占有”必然涉及物权公示方式。

从占有人是否直接控制标的物的角度看，占有可分为直接占有和间接占有。由于动态质押的基本模式是质权人委托监管人代为占有与监管质物，故质权人只能以间接占有模式占有质物，监管人才是质物的实际占有人。因此，监管人与出质人关于质物

^① 例如，根据《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》第87条、第88条的精神，简易交付和指示交付都可构成实质上的交付，但占有改定不被法律所认可。



的交接过程与效果直接决定了质权是否设定。以质物实际储存地点为标准,动态质押可分为三种模式:质物存放于监管人处、质物存放于出质人处、质物存放于第四方处。我们认为,这三种方式皆可成为设立动态质权的方式,但需要满足的条件却不尽相同。

1. 质物存放于监管人处是最典型的“动态质押+第三方监管”模式

从监管方面看,该模式中的质物实际交付给监管人,存放于监管人的仓库中,监管人即已取得了对质物实际且直接的占有。因此,在监管人正常履职的情况下,出质人已经不具有随意处理质物的可能,质权人实现了间接占有质物的目的。从举证方面看,一般而言,只要质权人提供监管方出具的有效质物入库清单,且该清单中载明的质物范围与质押合同中载明的质物相同,即可认定质权人享有质权。由于该模式中质物的物权表象与其实际状态相符,故而无需讨论权利公示的问题。

2. 质物存放于出质人处是最难以实际监管的模式

由于动态质权的设置须符合现实经济利益,不能因质物替换行为而增加出质人额外的运输成本,“就地出质”必然成为交付质物的方式之一。但是,从占有的表象看,这种出质方式无法直观得出质物脱离出质人实际控制的结论。因此,在实践中,监管人虽然会采用派员到出质人处的方式对质物进行监管,但因出质人强行出货或善意案外人行为等原因导致质物灭失的情况时有发生,故而质权的设定标准应当采用较为严格的标准。我们认为,由于质物并不发生空间上的位移,该模式下的“交付”应当同时满足“实际监管”与“公示”两个要件,才可认定质物实际交付。其中,“实际监管”是为了满足质权人应当实际控制质物的要求,“公示”是为了在此特殊情况下进行物权公示。由于在实践中,“实际监管”更多的是监管人的履职能力及出质人的诚信问题,而“公示”则少有涉及,故在此主要对“公示”的必要性进行讨论。

从司法层面来看,公示的目的在于推定案件中相对人对权利的“明知”。王泽鉴教授认为物权“其得丧变更须有足由外部可以辨认之象征,始可透明其法律关系,避免第三人现实遭受损害,保护交易安全”^①,梁慧星教授也认为“要发挥物权的排他作用,防止人对物的争夺、对他人财产的侵犯,法律必须设立物权公示制度及公示方法”^②,故物权公示制度对于维护物的占有秩序和交易安全,具有重要的意义。因此,物权的公示不仅是宣誓物权的方式,也是维护市场交易安全的重要方式。

由于传统意义上的动产物权公示制度其实就是动产交付制度,因此在解决了交付问题后,本无需另行对公示问题进行讨论。但是,由于质物存放于出质人处的模式具有特殊性,其占有的事实与模式并非基于质物的实际移动产生,故若无明确标识,其他主体无法通过传统意义上占有的表征识别物权状态。因此,我们认为,此处强调质

① 王泽鉴:《民法物权》,台北三民书局1992年版,第75页。

② 梁慧星:《中国物权法研究》,法律出版社1998年版,第193页。

权的公示有三重意义：一是相对于质权本身而言，公示可以弥补质物存放于出质人处模式中缺乏正确的权利表象的缺点，完善质权的权利外观，进而使得质权的物权效力得以充分发挥；二是相对于出质人而言，公示是质权人对质物的持有状态的标识，目的在于提醒出质人质物的权属状态，若出质人与主债务人为同一人，还可起到督促其按时还款的效果；三是相对于其他人，即案外人或关联交易的交易方而言，公示是质物已设定质权的标识，既是对质物物权现状的明示，也是在司法审判中推定其他人是否为善意的重要依据。从上述三重意义看，公示实际上具有对内的标识与对外的标识两重作用：前者是基于债权——质押合同的标识，旨在约束出质人不得以内部管理、疏于管理等理由随意处置质物，侵犯质权人的权利；后者是基于物权——质权的标识，旨在对外公示质物现状，提示交易风险，维护交易安全。

3. 质物存放于第四方处是具有独立性的交付模式

有观点认为，质物存放于第四方处与存放于监管人处的模式并无不同，从效果看都使得质物实际脱离了出质人的实际控制范围。我们认为，从质物权属角度看，该模式具有其独立的意义，应当单独进行分析。由于在该模式中，质物实际被第四方占有，故而质物既可以脱离出质人的控制并被运送至指定地点为由，认定出质人完成了交付义务，又可减少监管人的负担，无需特别设立公示标识以宣示质物的实际物权情况。但是，由于该模式中的质权人和出质人均不直接占有质物，应当直接占有质物的监管人也是通过租用第四方场地，以控制质物进出库的方式间接占有质物，故而第四方基于实际占有的事实，会产生一定的权利表征，可能出现其他两种模式中不会产生的纠纷。在实践中亦出现过第四方据此主张质物所有权的情形。^①因此，该模式中质权设立标准具有独立讨论的意义。我们认为，该模式中是否额外设置公示标识实际上并不妨碍质权的设立，但于其他人，尤其是实际占有质物的第四方而言，设置公示标识是明晰产权的必要手段。

（三）质物权属的审核责任分配

实践中，关于质权设立尚存在另一种常见的争议，即因对质物权属发生争议导致质权没有有效设定时，对质物权属的审核义务应由哪一方主体承担的争议。这种情况下，作为质权人的银行往往会主张已通过委托他人——大多数情况下主张委托监管人——对质物权属进行审核，故自己尽到了审核义务。在此，我们认为银行对于出质人是否有权处分质物负有完全的审核义务，并应在此情况下承担直接责任。

一方面，从时间节点上看，监管人不会介入质物权属审核环节。从图1中动态质押的基本模式可以看出，质物权属的确认环节出现在出质人向银行提交动态质押业务

^① 参见山东省高级人民法院（2017）鲁民终607号民事判决，该案最终以监管人通过加贴标识、上锁等方式实施监管等理由驳回第四方的权利主张。



授信申请环节之后,此时监管人并未介入,因此监管人不可能对权属审核产生义务。银行若要委托专业机构对质物对权属进行调查与审核,则也须在此时间节点进行委托,并根据受托人提供的报告决定是否签署动产质押合同。若在动产质押合同签订后再行核查质物权属的,无论银行自行调查还是采用委托专业机构调查的方式,由于此时动产质押合同已经签订,其都应对自己未履行审核义务承担相应责任。不过,监管人并非对质权设立不承担任何责任,其负有的相应义务是保证质物交接时,其接收的质物与监管协议中载明的质物“单货相符”,否则应对相应的质物减损等承担责任。

另一方面,从责任的承担看,银行直接对质物权属审核的后果承担责任。在质权因质物权属问题未能设立时,银行此时须承担的损失其实是以质押合同为基础发生的损失。若银行以其委托调查质物权属的受托人未尽职为由主张赔偿的,则是以委托合同为基础产生的追偿权利。上述两种情形均属于合同之债,且有逻辑上的先后顺序。也就是说,受托人承担的是基于委托合同产生的责任,并非基于质押合同产生的责任,更非因质权未设立造成的直接损失,而只有银行才是质权未设立责任的直接承担者。

四、关于审判实务中质权设立标准的建议

“人民法院在社会管理创新过程中从未缺位,包括商事审判在内的全部审判活动本身即具有参与推进社会管理创新的内在属性,审理案件的过程也可以说是参与推进社会管理创新的过程,商事审判推进社会管理创新的重点在于规制经济秩序。”^①在动态质押纠纷中,银行向法院诉请实现质权,实质上包含对物权——质权的确权之诉。因此,法院应当对该诉求的成立与否,即质权是否设立进行严格审查。

(一) 质押合同效力

虽然动态质押中的质物并不完全符合传统质押模式中质物的特点,但依然符合现行物权法律制度的规定。因此,在对质押合同效力进行认定时也应采取与普通质押合同趋同的裁判标准——若动态质押合同并非违反法律或行政法规禁止性规定,则不宜认定该合同无效。各方当事人之间若因动态质押产生争议,质押合同中的相应条款依然应当为认定各方当事人责任的主要依据。

(二) 质权是否设立的举证责任分配

质物权属的审核义务主体应当为质权人,因此质权是否设立的举证责任当然也应当为质权人。但由于动态质押的特殊性,质物始终处于变动状态,其实际价值也同样处于变动状态,故而设定质权之时质物的具体状态与价值必然与质权人主张实现质权

^① 胡道才:《发挥商事审判的规制指引功能,推进社会管理创新》,载《人民司法·应用》2011年第1期。

之时存在差异，后者的具体情况也就构成新的需证明事实。因此，基于监管协议，监管方对于该事实负有提交相应证据的义务。

需要注意的是，监管方在物权争议，即因质权是否设立产生的争议中，所负的责任是辅助责任，其义务来源主要为监管协议的约定以及与特定侵权行为相关的法律规定。监管方若未能履行其应负的举证责任或违反相关义务，进而导致不能证明质权合法设立的，质权未能设立所产生的法律后果依然归于质权人负担。质权人可因此情形享有依据监管协议约定或相关侵权法律条款，追究监管方相应责任的权利。

（三）质权设立的形式要件审查标准

交付与占有密不可分，因此在关于质权设立的形式要件中，质物的实际交付方式与占有状态必须同时具备。动态质押中质权的设立应保证权利表象与实际状态的统一，即质权设立标准应同时满足权利公示与有效监管两个要素。因此，在实践中，应同时审核监管人是否有效控制质物，或者是否存在有效的权利公示行为。具体而言，在本文区分的三种模式中，质权设立的形式要件应符合下列标准：

第一，质物存放于监管人处的模式。一般而言，只要质权人在该模式中证明其实际监督了出质人交付第一批货物，且监管人提交的证据能够证明其实际履行了监管义务，则可认定对应货物已设定了质押权，质权人对其享有质权。若监管人怠于履行自己的义务，构成违约或侵权的，则应承担相应的违约责任或侵权责任。

第二，质物存放于出质人处的模式。由于质物实际存放地点受出质人控制，监管人的实际管控能力较弱，且质物权利归属表象与未出质状态趋同，故质权人应对质权设立、质物监管等作出严格约定，法院在裁判时亦应严格审核。因此，该模式下应同时审核监管人对质物的有效控制与质物是否存在有效的权利公示两个要素。其中，对质物的有效控制应以监管人是否实地派人监管、是否完全掌握库存货物的数量与价值、是否形成有效进出仓管控机制等为标准；权利公示要素应以是否设立明确标识、该标识是否醒目且持续等为标准。

第三，质物存放于第四方处的模式。由于质物已实际脱离出质人控制，故其权利表象与出质状态相同，质权人与监管人仅需提供自己已实际监管质物的证据即可认定质权已经设立。但需注意的，虽然该模式下不必对权利公示要素进行单独审核，但该要素系善意相对人主张质物所有权时所必须审核的要素，故在特定案件中——如第三人撤销之诉纠纷，仍须对此进行审查。

（四）强化裁判文书说理

从本文对裁判文书的分析可已看出，动态质押裁判文书的说理存在一定问题，而强化裁判文书说理的作用在于：一方面，严格掌握质权的设立标准不仅能增强裁判文书的说理性，提高司法权威，还可以通过司法判决的形式直接介入社会管理，参与动



态质押的制度探索与建设；另一方面，法院可以通过规范动态质押制度的方式，督促各商事主体在完善动产物权表象与实质的统一，达到规范市场交易秩序，营造良好、诚信的营商环境的目的。

1. 强化规范裁判文书说理，确立动态质押质权设立标准

法院参与社会管理的主要方式是司法裁决，以“说理+责任认定”模式，通过裁判文书的表述内容促进相关习惯、行业规范的形成与建设。细化判决书的说理过程，实际上包括三部分内容：认定事实、适用法律和判决结果。这三个部分是按照“三段论”模式设计，具有逻辑上的严谨性：适用法律是对“大前提”（现行法律）与“小前提”（法律事实）之间关系的论述过程，而判决结果则是“结论”。法院在审查动态质权是否设立时，除必须严格遵守物权法定原则，依据《民法典》的规定对质权的设立与否进行判断外，还应当严格按照裁判文书设计的样式，将审核的过程体现在判决书的说理过程中。这样才能充分发挥法的引导作用，引导银行、监管人、中小微企业等商事主体形成合乎法律要求的动态质押交易习惯。针对样本案件中发现的问题，我们建议在以下两个方面加强说理：

第一，细化判决书中“事实认定”部分的内容。只有认定了质物已实际交付给监管人的事实，才能认定质权已经依法设立，故法院应当主动审查质物的交付事实。在审查过程中，法院应当要求银行提交能够证明质物已经交付的证据，以证明包括质物存放地点、交付时间、监管过程中的出入库情况等事实。在质物存放于出质人处的模式下，还应当要求提交已在质物上张贴公示标识的证据。在对银行提交的证据进行审核后，法院应当在事实认定部分载明对质物的交付与监管过程的审查过程和认定结果，以作为判决书适用法律部分的依据。另外，关于质物交付的事实应当以可反映物权变动的证据——如出入库清单、监管报告、现场照片等为准，而不能仅凭当事人自认或监管协议类的债权性文件，就笼统地对质物的交付事实作出认定。

第二，规范判决书中“法律适用”部分的逻辑。从样本案件可以看出，虽然仅是个案，但以债权逻辑论述物权设立的思路仍然是存在的。这种“文不对题”的思路会使银行、监管人、广大中小微企业及其他商事主体在办理动态质押业务时产生模糊感和不确定性，不利于营商环境的营造。因此，在对“质物是否已交付”的事实作出认定的基础上，法院应当以物权逻辑，即严格依据《民法典》之规定，对质权是否设立加以论证。

2. 明晰权利表象，规范质权“表里如一”

由于动态质押的特殊模式，质物物权权属的实际状态与权利表象并不能够完全按照传统动产质押制度设计的模式实现统一。这就需要法院以司法判决的形式，对质物物权“表里如一”的标准进行客观的表述与规范。我们认为，这种表述和规范具有以下两个方面的作用：

第一，从动态质押内部关系看，可以指导银行与监管人建立合法且更为有效的监管体系。增加关于“表里如一”的要求，看似加重了银行与监管人关于“公示”的责任，但这种责任的添加实际上有助于质物物权的清晰化，其实际意义不仅在于规范银行和监管人在动产质押业务中的行为，还有助于约束出质人诚实履行自己的义务。一方面，设置公示标识可以对不诚信的出质人产生约束作用，防止欺诈等情形的发生；另一方面，及时对流动的质物设置公示标识还可以预防出质人借替换质物之名减损货物价值，甚至采用强行出库等方式损害质权人利益的情形。

第二，从动态质押外部关系看，可以明晰产权，保障案外人的交易安全。以质物存放于出质人处模式为例，若以司法判例形式确定“公示”要件的必要性，则银行为保证质权的有效设立，会要求监管人在相应质物上张贴公示标识或采取其他公示方式；监管人为履行监管合同的义务，防止发生因质权未设立而承担的风险，也会主动采取公示方式。如此能够有效解决因质物未实际发生位移而使案外人产生的物权权属表象错觉问题，实际上明晰了质物的物权权属，有利于创造良好的营商环境。

（责任编辑：王文斌）



习惯法源条款适用的检视与修正

秦金星 王美阳*

内容摘要：《民法典》第10条承继《民法总则》的规定，继续赋予习惯法源地位。但在宜粗不宜细的立法指引下，民事习惯的司法适用困境依然未解，过度援引、不顾适用条件的援引、缺乏来源和内容的援引等问题制约了其司法适用进程。其根源在于习惯与习惯法的内涵界定不清、习惯认定程序的缺失、法官的认知差异。走出困境，需要往返于能动与谦抑之间，在习惯的规范性、发展性、可诉性价值引领下，准确厘定习惯规则内涵、明晰查明程序、确立裁判适用规则，从而划定习惯的司法适用边界，避免在有法律指引时向习惯不当逃逸，充分维护“法律—习惯”二位阶法源体系的稳定性。

关键词：法源；习惯；法律价值；司法适用

中图分类号：DF51 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)03-076-087

中国历来系熟人社会，传统上熟人之间不太愿意通过“打官司”解决双方之间的争议，这就使得民间存在着很多传承已久的风俗习惯成为双方解决纠纷的依据。同时，为了提升交易便利与商事效率，也存在商事习惯规范交易主体间的行为。《民法典》第10条（以下称习惯法源条款）承继《民法总则》第10条的规定，继续赋予社会自治产物即习惯的法源地位，维持了我国民法“法律—习惯”二位阶法源体系。习惯作为法源有利于丰富民法规则的内容，使《民法典》成为与时俱进的“活法”。但习惯法源条款的适用面临着如下困惑：“习惯”的内涵应如何界定？司法应如何查明习惯？为了准确适用习惯法源条款裁判当事人之间的纠纷，本文从既有习惯法源条款适用的司法实践出发，尝试对上述困惑进行解答，探索习惯的规范化适用路径，以更好地指引司法裁判、有效发挥习惯的功能。

* 秦金星，重庆市第一中级人民法院法官助理；王美阳，重庆市第一中级人民法院法官助理。

一、习惯法源条款适用之现状

(一) 实证样本评析

因《民法典》施行时间尚短，为了全面考察习惯法源条款的司法适用，本文自民法总则确立习惯为法源时起开始搜集相应数据。在“中国裁判文书网”中分别输入“习惯《中华人民共和国民法总则》第十条”、“习惯《中华人民共和国民法典》第十条”作为关键词，共计检索出涉及适用习惯法源条款的裁判文书603件。^①立足于此603件裁判文书，习惯法源条款的司法适用呈现如下特性：

1. 案由类型多元。自《民法总则》于2017年10月1日施行以来，习惯法源条款的适用呈逐年增加的趋势，其中2017年42件、2018年124件、2019年189件、2020年208件。从案由来看：16件为物权纠纷、64件为合同纠纷、60件为侵权责任纠纷、

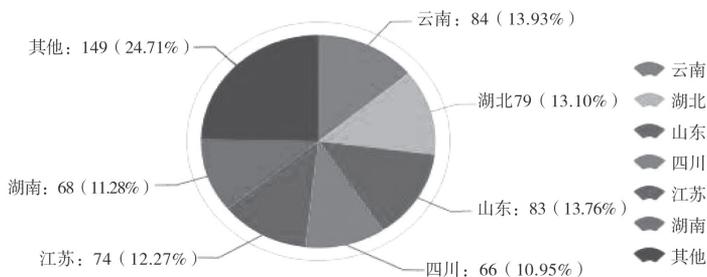


图1 样本分布区域情况

2. 分布区域广泛（见图

1）。几乎所有省、自治区、直辖市的法院均援引习惯法源条款作为裁判依据，主要集中于湖北、云南、山东、四川、江苏和湖南，其余援引习惯法源条款的裁判文书零散分布于河北、北京、黑龙江、甘肃、广西等地区。

3. 审级以基层法院为主。基层法院作为解决民事纠纷的主力军，在裁判文书中援引习惯法源条款时更为积极共计468份。相较于基层法院，中级法院（129份）和高级法院（6份）适用习惯解决民事纠纷的数量较少（最高法院0份）。

(二) 习惯法源条款适用问题

1. 过度援引习惯法源条款。部分案件中，当事人之间的争议客观上存在明确的法律规范予以评判，但法官仍然援引习惯法源条款。换言之，法官直接援引法律规范即可得出裁判结论，无需适用习惯作为裁判依据。例如，在原告徐世凤诉被告陈霞转让合同纠纷案中，案件争议焦点为双方所签的《店铺转让协议》是否有效。法官认为，双方基于意思自治签订了《店铺转让协议》，被告将其承租的店铺以及品牌经营权转

^① 数据来源：www.wenshu.court.gov.cn，检索日期为2021年4月30日，另剔除了重复及与援引习惯法源条款无关的裁判文书。



租给原告使用并由其收取转让费的行为属于租赁市场的交易习惯，该行为并未被法律所禁止，也不违反公序良俗，故依据习惯法源条款认定《店铺转让协议》合法有效。^① 本案中，法官以原《合同法》第52条关于合同效力的规定即可判断《店铺转让协议》的法律效力，无需援引习惯法源条款。这样的过度援引，使得习惯法源条款成为法官处理民事案件的“万金油”条款，所作出的裁判结果可能符合结果意义上的合理，但无法具备裁判说理的合理性和裁判依据的正确性。

2. 忽视习惯法源条款的适用条件。根据习惯法源条款的规定，法官适用习惯的前提条件为“没有法律规定”，限制条件为“习惯不违背公序良俗”。所谓“法律没有规定”是指存在法律漏洞，德国学者魏德士以全部现行法律为标准认为法律漏洞属于“违反计划的非完整性”^②，而拉伦茨认为法律漏洞属于“违反计划的不圆满性”^③。习惯法源条款明确了习惯的位阶劣后于法律，只有存在法律漏洞时，习惯才存在适用的现实可能。所谓“习惯不违背公序良俗”是指在习惯的适用过程中需要对习惯本身进行合法性检验，排除带有封建浓烈色彩等明显与社会主义核心价值观相悖的习惯。只有法官对前提条件与限制条件证成后，才具备援引习惯法源条款的正当性。例如，在练泽龙与周锋人格权纠纷案中，法官首先明确现行法律对死者近亲属就死者骨灰安葬地点、方式等未有明确规定，需要适用当地习惯，进而论述当地关于骨灰处理的习惯是否违背善良风俗。^④ 但大多数裁判文书并未像该案一样论证适用习惯是否满足前提条件与限制条件（见图2）。

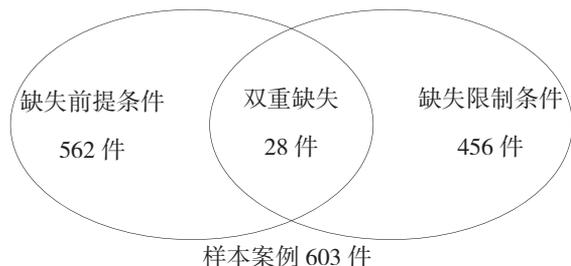


图2 忽视论证习惯法源条款适用条件的样本情况

3. 缺乏习惯来源与内容的查明。法官在裁判过程中应审查习惯是否存在、习惯的具体内容以及个案适用习惯的合理性，缺失任一步骤则会使习惯的适用过程处于“模糊状态”。但603篇裁判文书中绝大部分未能阐述习惯的来源与内容（见图3），而是对习惯的“懒惰型说明”和“积极

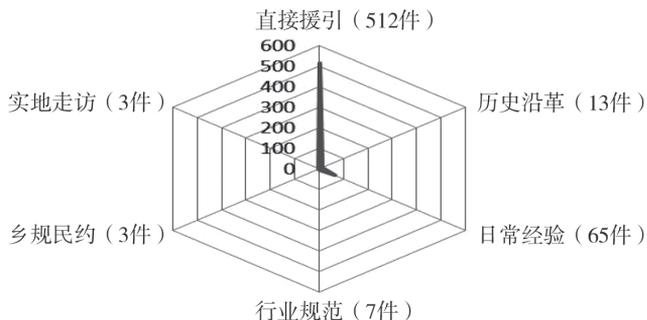


图3 习惯来源与内容的查明情况

① 参见徐世凤诉陈霞合同纠纷案，西宁市城西区人民法院（2017）青0104民初1612号民事判决书。
 ② [德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2003年版，第362页。
 ③ [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第283页。
 ④ 参见练泽龙诉周锋一般人格权纠纷案，盐城市中级人民法院（2017）苏09民终4701号民事判决书。

型应用”，导致社会公众阅读裁判文书后产生“裁判文书中的习惯到底是什么”的困惑。例如，在原告杨某 1 诉被告杨某 2、杨某 3 继承纠纷案中，原告作为女儿起诉要求被告分割父母死亡后所留的房产，被告提出“父母所留遗产由三个儿子继承符合当地的风俗习惯”。法官认为，原告系待嫁女儿未参与分家，符合 70 年代农村居民分家析产的习惯。但法官并未对分家析产的习惯以及其采信该习惯的原因进行具体说理。^①

二、习惯法源条款适用之困境

（一）习惯与习惯法混淆

通说认为，习惯法与法律规范一样，具有规则属性，能够指引行为人为或不为某种行为；事实上的习惯是一种事实状态，本质上属于人们的行为方式。从这个角度看，习惯法 = 事实上习惯 + 法的确信，^② 法的确信即不特定对象相信事实上习惯具有规范上的拘束力。一直以来，学术界对习惯法源条款所规定的习惯是否属于习惯法颇有争议。一种观点认为，作为民法法源的习惯，限于习惯法。^③ 另一种观点则与之相反，并认为习惯法已包含在现行法律之中。^④ 习惯与存在严格规范的制定程序并以书面形式向社会公布的法律规定不同。这使得习惯的内容处于相对模糊的状态，其权利与义务的边界并不清晰。另外，习惯能够发挥影响力的范围仅局限在一个特定的区域或行业内，只有该区域或行业内的成员才认同这种习惯，超出该区域或该行业的范围，习惯的影响力则会边际递减。实践中，乡村地区、少数民族地区、各个行业在发展进程中，逐渐形成了种类繁多的习惯，更使得习惯处于模糊状态，导致法官在确定习惯是否存在及具体内容上颇为困难。双方当事人之间、当事人与法官之间缺乏对于习惯内容的共同语境，无法凝聚是否存在习惯的共识。

同时，关于《民法典》物权编、合同编、人格权编规定的交易习惯、当地习惯、风俗习惯与习惯法源条款所规定的习惯是否相同（见表 1），最高人民法院在关于《民法总则》第 10 条的理解与适用中认为，作为民法法源的习惯与物权法、合同法、老年人权益保护法等法律和司法解释规定的交易习惯、当地习惯、风俗习惯有的相同，有的不同。而在最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编的《〈中华人民共和国民法典总则编〉理解与适用》中，则对这个问题予以了回避。若认为习惯法源条款

① 参见杨某 1 诉杨某 2、杨某 3 继承纠纷案，浙江省诸暨市人民法院（2018）浙 0681 民初 16188 号民事判决书。

② 参见彭诚信、陈吉栋：《论〈民法总则〉第 10 条中的习惯——以“顶盆过继案”切入》，载《华东政法大学学报》2017 年第 5 期。

③ 参见王利明：《论习惯作为民法渊源》，载《法学家》2016 年第 11 期。

④ 参见梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社 1998 年版，第 49 页；黄立：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 57 页。



所规定的习惯是指习惯法，则与《民法典》物权编、合同编、人格权编所涉及的习惯有所重合，但不完全相同。

正是由于未能对习惯法源条款所规定的习惯予以清晰界定，导致本质上属于一方当事人的生活习惯或双方当事人之间的交易习惯大量进入习惯法源条款所规定的习惯框架，客观上产生习惯法源条款的过度援引。

表1 《民法典》涉及习惯的条款

用语	条文	内容
习惯	第10条	习惯法源条款
	第142条	意思表示的解释
交易习惯	第140条	意思表示的作出方式
	第321条	天然孳息和法定孳息的归属
	第480条	承诺的方式
	第484条	承诺生效时间
	第509条	合同履行的原则
	第510条	合同没有约定或者约定不明的补救措施
	第515条	选择之债中选择权归属与移转
	第558条	债权债务终止后的义务
	第599条	出卖人交付有关单证和资料义务
	第622条	检验期限过短时的处理
	第680条	禁止高利放贷以及对借款利息的确定
	第814条	营运合同成立时间
	第888条	保管合同定义
	第891条	保管人出具保管凭证义务
当地习惯	第289条	处理相邻关系的法律依据
风俗习惯	第1015条	自然人选取姓氏

(二) 认定程序缺失

实践中，民事习惯的提出主体分为两类：一是当事人主张适用；二是法官依职权适用。当事人主张适用习惯时，法官有义务审查该习惯是否存在；当事人未主张适用习惯时，法官在发现当事人之间的争议未有法律规定但存在习惯的情况下，应依职权适用习惯作为裁判依据（见图4）。

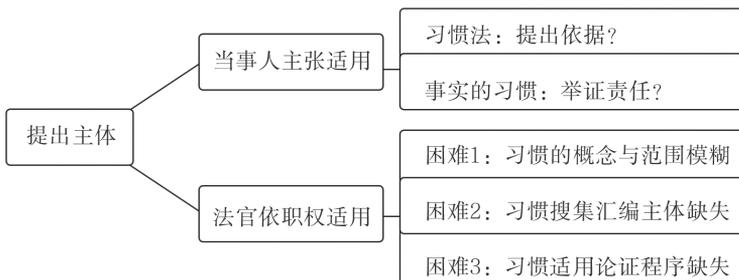


图4 认定习惯面临的困境

当事人主张适用习惯时，究竟该种主张属于当事人的举证责任还是属于当事人提出的裁判依据？这需要界定习惯法源条款所规定的习惯是否属于习惯法。如果认为习惯法源条款赋予法源地位的系习惯法，则当事人主张适用的习惯应属于其提出的裁判依据而非由其承担举证责任所证明的事实。如果认为习惯法源条款赋予法源地位的系事实上的习惯，则当事人应对其主张适用的习惯负有行为意义上与结果意义上的举证责任。

法官依职权适用习惯时面临着以下困境：首先，由于现行法律没有明确习惯的概念与范围，使得法官在遇到某种规范时无法判断其是否属于习惯；其次，由于现行法律没有明确搜集、汇编习惯的主体，使得法官无法以高效、准确的方式查找习惯；最后，由于现行法律没有明确法官以何种方式论证适用习惯的合理性，使得法官忽视对习惯是否符合其适用条件的论述。

（三）法官认知差异

与存在严格制定程序并以书面形式向社会公布的法律规范不同，习惯主要依靠口述、行为等方式进行传播或适用，这使得习惯的内容相对模糊。加之，乡村地区、少数民族地区、各个行业在历史发展中形成了纷繁复杂、种类众多的习惯，更使得法官在审查习惯是否存在以及习惯内容时面临较大困难。此时，法官个人的主观因素会融入对习惯的判断过程。现实生活中，直接违背公序良俗的习惯占比较少。一般来说，存在于各地的民俗习惯承载着当地普通百姓在较长时间形成的情感需求。虽然以理性的角度看，这些习惯可能会存在着迷信色彩，但这些习惯不能简单地予以否定。法官在价值判断过程中容易受其生活经验、社会经验的影响，导致裁判结果因人、因事、因时不同。较为明显的体现是关于“凶宅”案件的处理，部分法官认为“凶宅”系当事人的主观迷信，客观上不影响房屋的使用；也有部分法官认为，出于对我国传统风俗习惯的考虑，“凶宅”影响买受人购买房屋的心理状态与居住状态，因此出卖人隐瞒房屋系“凶宅”的事实，违背了诚实信用原则。

法官个人的主观因素不仅受法官个人成长环境、社会阅历的影响，还易受其过往所积累的审判经验与法律专业知识的影响。由于对习惯存在与否以及是否适用习惯的认知差异，不同法官可能对同一案情作出截然相反的裁判结果。例如，在原告高夫君、高夫合等诉被告高建排除妨害纠纷一案中，一审承办法官认为原告主张被告修建围墙妨碍其上坟的依据不足，遂判决驳回原告的诉讼请求。二审承办法官则认为被告在原告亲属坟墓外围搭建围墙不利于原告进行正常的祭奠活动，违反当地的殡葬风俗，遂判决被告拆除围墙。^①

^① 参见高夫君、高夫合等诉高建排除妨害纠纷案，徐州市中级人民法院（2019）苏03民终7639号民事判决书。



三、习惯法源地位的合理性

(一) 规范性：习惯法源确立的基础

虽然制定法日趋完善，挤压了习惯的生存空间，但随着社会经济的高速发展，法官面临层出不穷的新型疑难案件，而法律具有稳定性与滞后性，无法规范人们争议的所有行为，^①导致法官在裁判个别案件时“无法可依”。依照“法官不得以法无明文规定为由拒绝裁判”的原则，在法律没有规定的情况下，法官有义务找寻适用何种裁判依据解决当事人之间的纷争，因此法官援引习惯能够为当事人所接受在于习惯法源地位的确立基础即习惯的规范性。而在规范性的指引下，每个人都以一定的行为规则行事，并愿意受此约束。如果某一规范不具备规则属性，只是可为可不为的随意选择，就丧失了规范意蕴，不能纳入法源范畴。^②此种规范性虽然具有制定法的特质，但习惯法源的规范性并非来自立法的强制性，而是源于习惯群体的内在选择。纳什均衡理论指出，主体间的活动在相互间会产生影响，一方会成为他人行动的参照系，在将参照者的行为作为自己行为理由后，将反过来对参照者形成期待，期待其继续符合自己心理预期的原有行为，由此在主体间形成稳定状态。可以说，纳什均衡理论回答了人们从内心深处愿意接受某种习惯作为行为理由的原因，即主体间从期待的传递与接受中达成共识，各方愿意受此约束，使彼此间的交往更具稳定性与期待性。

人们通过对法律、法规运作效果和其亲身的观察与体会，从理性上、感性上接受相应规则，才会最终遵守相应规则。因法律保障生效裁判文书的强制执行，虽然当事人对某生效裁判文书裁判理由与结果不接受与不认可，并不会最终影响其发生法律效力，但并不能促使当事人案外遵守相应规则和在个案中感受到公平正义。社会公众通常以常理和常识为基础，对某些案件依据自己的朴素正义观进行判断。比如彩礼返还问题，若法院不考虑民间习惯的情况下，可参照赠与合同或者附条件生效合同的相关规定，裁判驳回或支持男方要求女方主张返还彩礼的诉讼请求。若按照前述方式裁判，不会使当事人认同裁判结果，也无法案结事了，可能导致当事人无休止的上访。可见，若要社会公众自愿遵守相应规则，需要他们从心理上接受相应规则，^③这种自愿接受规则的重要体现是法官适用规则裁判纠纷后当事人对裁判结果的认可度与接受度。习惯系一定时间在一定地域或行业内形成的规则，为大众所接受，因而法官适用习惯裁判案件对提升裁判结果的接受度与认可度具有重要意义。

① 参见张洪涛：《法律必须认真对待习惯》，载《现代法学》2011年第2期。

② 参见张新宝：《中华人民共和国民法总则释义》，中国人民大学出版社2017年版，第18-24页。

③ 参见刘叶深：《论习惯在实践推理中的角色》，载《浙江社会科学》2019年第2期。

（二）发展性：满足时代变迁的需求

习惯并非一成不变，它与时代的发展同向。一方面，人们赖以生存的现实世界是习惯产生和培育的基础；另一方面，一些习惯在被新时代抛弃的同时，其他习惯慢慢以新的形式彰显其生命力。因此，习惯在社会发展过程中不只有逝去的一面，也离不开再造和重生，^①而无论哪种方式，都扎根于特有的文化土壤。对此，本土资源说持相同观点，朱苏力教授把习惯法视为一种本土化资源，涵括了我国传统历史文化，内化于人的内心，外化于人的行动之中，从而对人的行为予以规范和约束。如慎终追远寄托了对去世亲人的哀思，背后正是“大孝终身慕父母”等道德伦理的支撑。^②相反，童养媳、缠足、“嫁出去的女，泼出去的水”等陋习已被废除或逐渐褪色。

（三）可诉性：习惯法源地位的司法功能

作为一种历经时间考验的行为规则，习惯虽能够在多数时候为行为提供确定性理由，但这并不意味着能逃脱不确定性的困境。习惯具有开放性，不仅存在意义确定的“中心地带”，也存在特殊情况下意义的“阴影地带”，而意义模糊之处即是争议可能发生之处。如父母在女儿出嫁时给予“压箱钱”已是持续较久的习惯，“压箱钱”的性质是否属于对女儿女婿双方的赠与，实践中极易发生争议。虽然类似争议的化解，司法并非唯一途径，但是司法的专业性、权威性增强了习惯群体的虹吸效应，推动越来越多的习惯争议涌入司法通道。此外，因习惯被违反导致权益受损需要公力救济时，司法方式往往也是当事人的重要选择。立场的非中立性和非权威性导致群体无组织的惩罚耗时耗力，私力救济又可能导致冤冤相报甚至面临法律制裁，此时具有强制性、中立性、稳定性的司法救济恰能充分满足习惯恪守方的心理期待，成为其权衡利弊后的理性选择。

四、习惯法源条款适用之规范路径

习惯法源条款所规定的习惯到底是学界所称的习惯法还是事实上的习惯，这是正确适用习惯法源条款的首要问题。然而，事实上的习惯难以作为民法法源，这不仅因为大部分事实上的习惯并不涉及不特定对象，仅是一种“私人习惯”，无法符合成为法源的标准；还因为事实上的习惯只是一种客观事实，不涉及价值的褒贬评判，难以对不特定对象的行为予以规范。因此，习惯法源条款所规定的习惯实指习惯法。若个案中出现事实上的习惯，法官可根据《民法典》物权编、合同编、人格权编所涉及的习惯条款进行裁判，而不能援引习惯法源条款作为裁判依据。回答完首要问题后，习惯法源条款的司法适用应秉持能动与谦抑并行原则，通过实体识别—程序查明—裁判

① 参见高其才：《变迁中的当代中国习惯法》，中国政法大学出版社2017年出版，第5页。

② 参见顾某1诉顾某2婚姻家庭纠纷案，上海市第二中级人民法院（2017）沪02民终11086号民事判决书。



适用一系列环节以发挥习惯的最大价值并防止偏离条款本意的援引。

（一）习惯的实体识别

习惯应包括如下构成要件：1. 客观构成要件。从时间维度看，习惯在长期的发展过程中逐步形成，具有一定的历史积淀。若某种行为模式在短时间内形成，则难以成为不特定对象的习惯。从实践维度看，习惯在一定地域或者行业范围内被普遍遵从，具有反复适用性，从而地域或行业范围内的成员自觉或不自觉地受其约束。2. 主观构成要件。德国学者拉伦茨认为，认定习惯存在与否，关键不是看实践，而是看它是否具备了法的确信，即人们是否普遍认为它是正确的。法的确信即习惯的主观构成要件，人类以法意识惯行的事实上习惯将习惯的效力建立在不特定对象的共同意志之上，缺乏不特定对象的内心确信，习惯则不会产生拘束不特定对象的效力。习惯的主客观构成要件相辅相成、相互支持，它们合在一起形成了习惯的效力来源。缺失客观构成要件，习惯则与道德规范无法区分；缺失主观构成要件，习惯就无以区分于纯粹的规律性事实。

若每一案件都要根据习惯的主客观构成要件进行认定，则会加重法官认定习惯的工作量，同时也可能因为法官的认知差异导致对同一习惯作出不同认定。可以通过法院发布个案审理中认定的习惯以及各级人大汇编整理习惯以提高习惯的识别效率。人民法院作为解决纠纷的前沿阵地，审理案件中会经常遇到各类各样的习惯（见表2）。因此，人民法院汇总并发布习惯具有得天独厚的优势。承办法官认为某种行为模式符合习惯构成要件时，应提交法官会议进行讨论表决；如多数意见认为属于习惯，则提交审判委员会讨论决定；审判委员会讨论同意后，应将该习惯在作出判决后以书面形式向社会公布。全国人民代表大会作为我国立法机关，可以借鉴清末搜集习惯的有益经验，将各地各行业的习惯进行整理汇编后形成“习惯调查报告”。法官在日常审理中通过翻阅“习惯调查报告”，有效提升识别习惯的效率。

表2 603篇裁判文书所适用的习惯

习惯类别	习惯内容	裁判文书示例
彩礼	男女双方结婚前由男方家庭向女方家庭给付数额较大的金钱或物品	(2018)甘08民终711号 (2019)闽0921民初1720号
顶盆过继	死者没有儿子，去世后由晚辈男子代为履行儿子的相关义务	(2019)晋0724民初389号 (2018)浙1081民初7116号
丧葬	死者生前没有明确遗愿的，应由近亲属在合理时间、地点将死者安葬。安葬后，死者的坟墓不宜随意迁移	(2019)苏03民终7639号 (2017)陕0430民初156号
分家析产	在见证人在场下，父母将家庭财产分给自己的几个成年儿子	(2019)浙04民终1973号 (2019)鲁1003民初5214号

（二）习惯的程序查明

作为裁判依据的习惯，与法律规范一样，不需要由当事人承担举证责任。但当事

人主张适用习惯时，其必须承担说明习惯来源与内容的义务。无论当事人主张适用习惯还是法官依职权适用习惯，法官均应将习惯存在与否、习惯的内容以及本案是否适用习惯作为裁判依据归纳为案件争议焦点。只有通过双方当事人的充分辩论与法官的适时发问，才能使法官全方位考量援引习惯法源条款的必要性与合理性。

当事人主张适用习惯时，其可以采取下列路径使法官支持其主张成立：1. 自我陈述。主张适用习惯的当事人作为习惯的知晓者、实践者，有义务向法官说明其所主张的习惯来源和内容。2. 申请证人出庭作证。在证人的选择上，应优先考虑当地熟知习惯的地方乡贤、宗族长老或行业主管部门工作人员。3. 申请专家辅助人出庭。社会学专家、民俗学专家或行业专家对其所在的领域具有较大话语权，藉由这些专家的陈述，法官对当事人主张适用的习惯更为确信。除此之外，当事人可以根据生效裁判文书、生效仲裁裁决或有效公证文书中所确认的习惯，以使自己的主张更具可信度。

法官依职权适用习惯时，应在裁判文书中注明习惯的来源，这些来源包括但不限于以下方式：一是实地走访。法院在处理如相邻关系、排除妨害、买卖合同等纠纷时，可以实地考察当地的建筑习惯、风俗习惯、交易或行业习惯等。例如，在原告吕金刚诉被告扎西多吉建设工程施工合同纠纷案中，法官通过对案涉工程的周边房屋进行实地走访，进而查明原告所主张的附加工程属于当地房屋必不可少的主体结构，故应包含在合同约定的工程范围而不应由原告另行收取劳务费。^①二是查询乡规民约。乡规民约作为基层社会成员共同制定的社会行为规范，可能包含当地持续时间较长的风俗习惯。在山东向高村，乡民之间因为林木问题、土地问题等所发生的纠纷，通常会借助乡规民约来解决——即使乡规民约的规定与国家法律的内容存在不同。三是咨询行业主管机关或行业协会。在涉及行业习惯的案件中，法官可以咨询行业主管机关或行业协会，从而根据行业习惯正确裁判当事人之间的纠纷。例如，在上诉人紫金财产保险股份有限公司诉被上诉人司少枝等保险合同纠纷案中，法官根据银保监会发布的《机动车交通事故责任强制保险承保、理赔实务规程要点》认为同一保险标的上订立两份交强险保险合同，应由在先承保的交强险保险公司予以赔偿。^②

（三）习惯的裁判适用

法官适用法律裁判当事人之间的纠纷，无需证明法律的正当性，仅需根据三段论论证规则，论证案件事实与法律规范的关系，进而得出裁判结论。而根据习惯法源条款的规定，法官适用习惯作为裁判依据时，需确认个案缺乏法律规定以及审查习惯未违背公序良俗。

^① 参见吕金刚诉扎西多吉建设工程施工合同纠纷案，新龙县人民法院（2018）川3329民初12号民事判决书。

^② 参见紫金财产保险股份有限公司南京分公司诉司少枝保险合同纠纷案，芜湖市中级人民法院（2020）皖02民终1061号民事判决书。

1. 明晰习惯的适用顺位

习惯法源条款实施后,如何协调习惯与法律规范、法律原则、当事人意思表示适用顺位(见图5)?首先,法律规范优先于习惯予以适用。无论是强制性法律规范还是任意性法律规范,都应优先于习惯进行适用,避免向一般条款逃逸。其次,法律规范

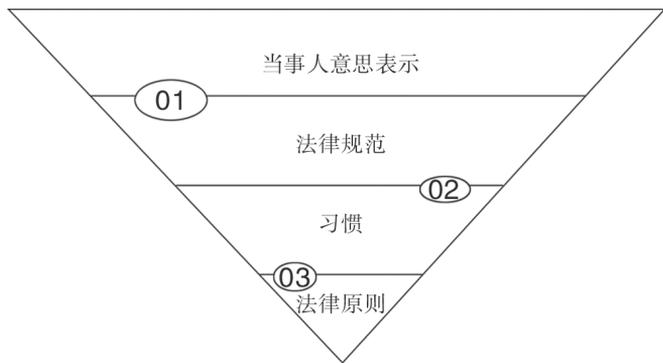


图5 习惯的适用顺位

优先于法律原则适用。法律原则体现了法的指导原理和基本精神,缺乏具体的权利义务划分,难以像法律规范一样发挥直接指引和预测作用。司法实践中,法官应穷尽法律规范方可适用法律原则,这是防止自由裁量权滥用与依法裁判的必然要求。

厘清法律规范与习惯、法律规范与法律原则适用顺位后,如何界定习惯与法律原则的适用顺位呢?首先,虽然习惯不像法律规范一样有明文规定,但二者都是明确的行为规则。参照法律规范与法律原则的适用顺位,习惯应优先于法律原则予以适用。其次,由于法律原则作为法律规范的指导性原理,几乎在任何案件的裁判结果中都有所体现。若法律原则优先适用,那么习惯作为法源的地位将被法律原则彻底架空,与立法目的相悖。最后,从裁判结果的易接受性而言,习惯作为某地域或某行业持续较久的行为规则,法官适用习惯作为裁判依据更易使双方当事人认可。如果法官适用抽象性的法律原则进行裁判,易使一方当事人认为法官运用自由裁量权偏袒另一方当事人。

至于当事人意思表示的适用顺位。若当事人的意思表示不违反法律禁止性规定,则应优先于法律规范、习惯、法律原则进行适用。与公法有所不同,在私法领域中,法无禁止即自由,因此尊重当事人的意思表示是私法自治原则的本质体现。当事人已通过协商一致对双方权利义务进行明确约定,法官审理时应予尊重,不应再适用法律或习惯予以否定。若法官僭越了当事人的意思表示,则通过公权力侵入了平等主体之间的自治领域,影响私法秩序的正常运行。例如,在练泽龙诉周锋一般人格权纠纷案中,周锋系练泽龙母亲与第一任丈夫的孙子,后练泽龙母亲与第二任丈夫结婚并生育练泽龙,第二任丈夫系“入赘”练泽龙母亲家中,练泽龙母亲曾作遗嘱将丧事料理事宜交由练泽龙负责。周锋主张当地存在“后夫系‘入赘’再婚女家中,再婚女去世后的骨灰合葬‘紧前不紧后’”的习惯。生效判决认为,周锋主张练泽龙母亲的骨灰应与第一任丈夫合葬,违背练泽龙母亲生前意愿,不予支持。^①该案正确处理了当事人意思

^① 参见练泽龙诉周锋一般人格权纠纷案,盐城市中级人民法院(2017)苏09民终4701号民事判决书。

表示与习惯的适用顺位，符合私法自治原则。

2. 明晰适用习惯的限制条件

公序良俗是公共秩序与善良风俗的简称，公共秩序系社会一般利益，在我国现行法上包括社会经济秩序和社会公共利益；善良风俗系一般道德观念，在我国现行法上称为社会公德。通过公序良俗这个媒介，法律规范与法律规范体系外的社会道德产生沟通。对于违反公序良俗的情形，日本学者我妻荣认为主要包括：违反人伦的行为、违反正义观念的行为、乘他人无思虑或危难而谋取不正当利益的行为、对个人自由的极度限制行为、对营业自由的限制行为、对作为生存基础的财产进行处分的行为、显著的射幸行为。^①我国学者认为主要包括：违反基本权利保护行为类型、危害国家公序行为类型、危害家庭关系行为类型、违反性道德行为类型、射幸行为类型、限制经济自由行为类型、暴利行为类型、违反消费者保护行为类型。^②

公序良俗这类带有不确定性的概念为法官进行判断带来一定难度，判断习惯是否违背公序良俗必须立足于本土的传统文化和风俗，不能脱离本土的实际情况进行法律移植，同时也要立足于公序良俗的时代性，不能脱离社会情势和立法内容的变更。如上文提到的练泽龙诉周锋一般人格权纠纷案，周锋所主张当地存在再婚女去世后的骨灰应“紧前不紧后”的习惯，即带有对后一任丈夫的人格蔑视，违反了当前社会的道德观念，不应作为安葬死者的束缚。为减少判断公序良俗的不确定性，法官应根据反映当前我国社会主流价值观念的社会主义核心价值观并结合案件的情况、时间、地点以及当事人的主观因素等予以综合判断。同时，在制度层面上，可以通过对存在习惯违背公序良俗可能性的案件适用普通程序并建立专家咨询制度及强制人民陪审员参与制度进行规制。

（责任编辑：郝晓越）

① 参见〔日〕我妻荣：《我妻荣民法讲义·民法总则》，于敏译，中国法制出版社2008年版，第254页。

② 参见于飞：《公序良俗原则研究》，北京大学出版社2006年版，第135-143页。



买卖型担保规则的检视与重构

李迎春 陈茂华*

内容摘要：现行《民间借贷规定》第23条“重借贷、轻买卖”的买卖型担保规则，在实务“关联性判断”的提前规避、“嵌入式法院”的消极应对以及司法定式思维的司法解释扩张中，不断被限缩、消解或异化。规则与实务的悖离，不仅可能消弭规则的统一性和权威性，更会加剧实践的混乱。因此，从法官策略型选择角度出发，对实务与规则的立论基础、发生悖离的内生因素、外部基础，进行其正当性及可行性探讨。在此基础上，基于内生因素双重性而进行双向选择，基于外在因素多样化而区别排除，基于流担保规避而优先受偿，基于信息定价激励而重新估价前置，以期进一步完善《民间借贷规定》第23条。

关键词：买卖型担保；规则；民间借贷

中图分类号：DF51 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)03-088-098

随着我国市场经济、契约自由的兴盛发展，活跃的民间融资和贸易相互交融，“名为买卖、实为借贷”的“买卖型担保”^①即为其中之一。基于选择性地认可借贷法律关系，回避买卖合同效力认定，《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《民间借贷规定》）第23条规定了“买卖型担保”的审理规则。通过实证研究发现，实务中出现了多种选择的各类路径，限缩、消解或异化了上述规则的内涵。规则与实践的抵牾不仅无助于规则的统一和权威，更会加重实践的困惑。

一、买卖型担保规则与实务的悖离和抵牾

《民间借贷规定》第23条规定：“当事人以订立买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷

* 李迎春，山东省济宁市任城区人民法院民二庭副庭长，一级法官；陈茂华，山东省济宁市中级人民法院民三庭副庭长，一级法官。

① 基于不同的角度，学界与实务界对其名称，有的置重于借贷，称买卖型担保；有的偏置于买卖，称担保型买卖。本文统称为买卖型担保。

法律关系审理。当事人根据法庭审理情况变更诉讼请求的，人民法院应当准许。按照民间借贷法律关系审理作出的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人有权主张返还或者补偿。”一般认为，该条第 1 款将各式买卖型担保的法律关系统一确认为借贷关系；第 2 款对相关债权债务以清算式清偿的模式进行处理，据此确立了买卖型担保的裁判标准，为此类案件审理争议划上了句号。笔者在审理中发现，法官们并非如此作为，而是作出了不同的解释和选择。为防止一叶障目，笔者在全国裁判文书网、北大法宝以及法信网上进行了检索，发现了同类现象。

在法信网上输入“名为买卖、实为借贷”，查找到同类案例 21522 篇，其中权威性案例 121 篇，最高法院审理 206 篇（权威性案例 24 篇），择取 10 篇公开发表在公报、期刊和审判指导与参考中最高院审理的案例进行解析（见表 1）。

表 1 公报、期刊和审判指导与参考中最高院审理的案例解析

序号	出版号	案号	当事人及案由	效力认定	裁决理由
1	《最高人民法院公报》2014 第 12 期	(2011)民提字第 344 号	朱俊芳诉山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷	有效	借款到期，借款人不能按期偿还借款。对方当事人要求并通过履行商品房买卖合同取得房屋所有权，不违反《担保法》第 40 条、《物权法》第 186 条有关禁止流押的规定
2	2014《民事审判指导与参考》	(2013)民提字第 135 号	广西嘉美房地产开发有限责任公司诉杨伟鹏商品房买卖合同纠纷	无借款合同，买卖合同无效	双方签订商品房买卖合同的目的是担保债务的履行，应当遵守《物权法》流质禁止原则，而双方借款合同没有约定履行期限，杨伟鹏亦没有请求嘉美公司履行债务并给予必要准备期限，因而其直接要求取得案涉房屋所有权的主张，违反了《物权法》的流质禁止规定，不予支持
3	《最高人民法院民事审判指导》第 4 卷	(2014)民提字第 106 号	桂林市正文房地产开发有限公司诉张建华、马榕森商品房销售合同纠纷案	有效	商品房买卖合同不完备或者履行行为的瑕疵，不能作为认定双方借贷关系成立的证据。就违约责任承担方式有选择权时，一方以行为作出选择后，不得再直接选择他种违约方式
4	2016 最高人民法院第 15 批指导案例第 72 号	(2015)民一终字第 180 号	汤龙等诉新疆鄂尔多斯彦海房地产开发有限公司商品房买卖合同	有效	双方系争商品房买卖合同是在彦海公司未偿还借款本息的情况下，经重新协商并对账，将借款合同关系转变为商品房买卖合同关系
5	《法律适用》2019 年第 2 期	(2015)民一终字第 78 号	洪秀凤诉昆明安铂房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案	有效	不宜简单否定既存外化法律关系对当事人真实意思的体现和反映，避免当事人不当摆脱既定权利义务约束的结果的出现



续表

序号	出版号	案号	当事人及案由	效力认定	裁决理由
6	《民事审判指导与参考》2017年第3辑	(2016)最高法民终369号	陈亮诉中信信托、昆山红枫房产执行异议案	应为借贷	综合房屋销售价款、回购条款等,双方的真实意思表示是建立借款关系,双方签订的买卖合同是作为债务履行的一种非典型担保方式,两者之间是民间借贷关系,驳回
7	《人民法院案例选》2017年第12辑	(2016)最高法终539号	中铁北京公司诉天津滨海公司买卖合同纠纷	应为买卖	循环贸易是否闭合,如果闭合则为民间借贷,否则为买卖合同关系。据此双方的法律关系,本案中,双方并未形成闭合的贸易关系,应为买卖合同关系,应予履行
8	《新型民事案件理解与适用》2019年版	(2017)最高法民申428号	浙江融钢公司诉济南铁路运贸公司江苏澳洋公司购销合同纠纷案	应为借贷	当事人以钢材连环购销为形式,实质形成了企业间融资借贷法律关系,具有法律效力。当事人请求与法院查明的事实不一致的情况下,应驳回其诉讼请求
9	“法信”精选案例	(2017)最高法民申520号	双辽天益公司诉李秀春、杨峰民间借贷纠纷	有效、优先	第三人与债权人签订买卖合同为债务人提供借款担保,构成让与担保,转让的不是所有权,而是物权期待权,应就未受偿部分进行拍卖折价后优先受偿
10	《新型民事案件理解与适用》2019年版	(2018)最高法民终119号	修水县巨通公司诉福建稀土公司合同纠纷	有效,非优先	以担保债权实现为目的的股权转让为股权转让与担保,债务人未能依约清偿债务的,债权人不得径行取得股权,应按照双方约定的担保实现方式予以清算确定

分析上述 10 则案例发现,《民间借贷规定》与审判实务出现了以下背离现象:

背离一:在法律关系发现和选择倾向上,《民间借贷规定》第 23 条将买卖型担保统一确认为借贷关系,但上述案例除案例 9 双辽天益案外,均为买卖合同关系。亦即其他 9 则案例转让(买卖)的标的物虽然不同,有的是房产(不动产),有的是煤炭、钢材(动产),有的是股权(权利),但案由均为“买卖合同纠纷”,而非借贷合同纠纷。这表明:买卖型担保鲜少能从民间借贷合同纠纷中发现,而应在买卖合同审理中发现;买卖型担保的规则重“借贷”,坚持借贷的“主体论”,而实务重“买卖”,强调买卖的“主体论”;规则与实务的侧重点发生了背离和断裂。

背离二:在穿透审理模式上,《民间借贷规定》明确规定穿透式审理,即要向当事人释明变更,准许当事人变更诉讼请求;实务并非此单一模式,而采取了多元审理模式。分析 10 则案例,其一,争议焦点虽均“名为买卖、实为借贷”,但最终确定为纯买卖合同的 3 则(案例 3 正文房产案、案例 4 汤龙案、案例 5 洪秀凤案),纯借贷合同的 1 则(案例 6 陈亮案),买卖型担保的 6 则,显示了法官在“关联性判断”上的分野。^①其二,在

^① 参见卢超:《规范性文件附带审查的司法困境及其枢纽功能》,载《比较法研究》2020年第3期。在该文中,作者认为法官策略性选择首先来源于“关联性判断”,本文采此观点。

确定为买卖型担保的6则案例中,5则作为买卖合同审理,1则(案例8浙江融钢公司案)确定为借款合同驳回诉讼请求,显示了实务在规则适用中综合评估了司法的政治、经济和社会稳定的“嵌入”^①因素后,作出了不同的裁断。其三,10则案例,驳回诉讼请求2则,按买卖合同审理8则,显示法官们更多选择了形式性审理,而非穿透式审判。有的案例甚至对穿透式审理作出了否定的认定,如洪秀凤案中,认为“不宜简单否定既存外化法律关系对当事人真实意思的体现和反映,避免当事人不当摆脱既定权利义务约束的结果的出现”^②,坚持了外法法律关系固化当事人意思的原则。

悖离三:在合同效力处理上,《民间借贷规定》对买卖合同效力作了回避处理,未置可否;上述10则案例中,除陈亮案之外,均对买卖合同效力作出了有效无效处理,甚至在汤龙案中,还开辟了“债的更改”处置模式,从另外一个层面肯定了买卖合同效力。这表明:规则虽对效力不置可否,实务却直面效力,作出了相应认定;且实务更多倾向于有效处理,较少作无效处理;买卖合同效力在“买卖型担保”实务中圣眷日隆。

悖离四:在标的物处理模式上,《民间借贷规定》按责任财产的普通执行清算处理,没有确定标的物的优先权;上述10则案例出现较大分化:驳回诉讼请求2例;确认买卖合同无效1例(案例2杨伟鹏案)、选择继续履行合同5例;确认清算式处理2例(其中双辽天益案享有优先受偿权,修水巨通案不享有),呈现出法官对标的物处理模式的较大分歧和不同认知。

《民间借贷规定》虽进行了整齐划一的规范,实务并不买账,而是作出了多种策略型选择,凸显出买卖“主体论”的现象,限缩了规则的适用范围,甚至消解了规则的确定性和拘束力。为此,单纯地批判、抱怨和置若罔闻,无助于事情的解决,回归本体,考察买卖型担保规则的背景和内涵,不失为找出原因,寻求解决路径的务实做法。

二、买卖型担保规则设定的内在逻辑和正当性

(一)从结构上看,买卖型担保有两个独立并存的合同

根据《民间借贷规定》和上述实务案例,买卖型担保应为如下结构(见图1):

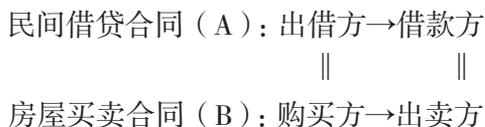


图1 买卖型担保的结构(以民间借贷合同和房屋买卖合同为例)

① 吴贵亨与贺新采用“嵌入式法院”理论模型,描绘了当代中国司法决策过程中的“嵌入式”特征,主要表现为行政、政治、社会以及经济嵌入,四项外部因素与司法决策过程之间交互使用,用于解释中国基层司法不符合西方传统法治图景的诸多现象。

② 章诗迪:《买卖抑或借款担保——洪秀凤与昆明安铂房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案评析》,载《法律适用》2019年第2期。



1.在上述结构中,民间借贷合同A与买卖合同B作为两个法律关系,并非此消彼长,而是同时存在;一般情况下,两者的主体不发生变化,也就是说A的出借方,就是B的购买方;A的借款方,就是B的出卖方。虽有闭合连环购销多份合同的情况,但仍为A、B两合同并存。

2.A的签订在前,B的签订在后,或者二者同时签订,甚或只有B合同;极少情况下,也有A终止以后,B再行签订的现象。

3.A是B产生的“因”;为保证A债权的履行和实现,双方协商形成了B。实际上,所有争议均围绕B合同的履行与效力产生。

4.如果A实现,B就不必履行,自行终止;反之,如果A不能实现,则B开始生效履行。换句话说,A履行中,B处于“睡眠”状态;一旦A不能实现,B则被唤醒,成为A的实现方式。

5.就B而言,其并非一般意义上的买卖合同,因其不存在一手交钱,一手交货的对价交付,且B的款项就是A的债权未履行(或下剩)款项的嵌套,款项的支付是隐性的,显性的内容仅为借款方(出卖方)的协助办理过户手续,因而更多地表现为单务性。

(二)从内生元素看,买卖型担保具有买卖与担保的双重性质

分析买卖型担保的结构,主要包括三元素:意思表示、行为和法律效果,而三元素均具有双重性、复合性,具体表现为:

1.意思表示。在买卖型担保中,当事人关于买卖的合意表面上属于通谋虚伪意思表示。根据《民法典》第146条的规定,应以隐藏的表示为其真实意思表示。但是,在买卖型担保中,买卖合同的生效、履行和实现并不违背当事人的意思;亦即,虽有通谋,并非“虚伪”意思表示,而具有买卖的“真实”意思。这在第三人提供买卖型担保的“双辽天益案”得到了充分体现。即,买卖合同兼具有担保债务履行和买卖的双重意思表示。

2.行为。双方“通过承诺履行买卖合同来担保债权的实现”,属于意定担保行为、债权担保行为。尽管这种担保具有中间性、过渡性和弱效性,但仍应纳入担保行为之中,是广义担保行为。同时,这种担保与不动产抵押、让与担保之间在法律内容方面并不存在实质差异,只是形式上的不同。^①正如杨立新教授所言,该行为已经达到了“物保”的实质,不仅面临着“禁止流押”的触犯,同时对于这种可以直接通过合同约定,无须进行公示达到物权转让的行为,已经对现有的抵押担保制度产生冲击。^②从这个意义上来说,买卖型担保既是债权担保行为,也是物权担保行为。

3.法律效果。根据买卖型担保的内容,双方签订买卖合同的目的在于为民间借贷提供担保,但这种担保形式并非典型的物的担保,而是通过实现买卖合同的效果,即

^① 参见董学立:《也论“后让与担保”——与杨立新教授商榷》,载《中国法学》2014年第3期。

^② 参见杨立新:《后让与担保:一个正在开成的习惯担保物权》,载《中国法学》2013年第3期。

利用买卖标的物价格的变动来达到担保债权履行的目的。同时，在民间借贷债权没有实现情况下，买卖合同的履行未设定停止条件，具有所有权转移的效果。因此，买卖型担保具有担保和转移所有权的双重效果。

（三）从规则设定考量因素看，买卖型担保始终无法摆脱效力有无的考量

综观买卖型担保的结构及内生元素，影响其效力判断应主要来源于几个方面的因素：

1. 公示的缺略。当事人只需要满足三个条件就可以设定担保物权：（1）须当事人互负权利义务；（2）债务人对标的物有处分权；（3）债权人需要有公示措施。就买卖型担保而言，B合同是当事人合约而成，其兴盛也在于便利性、隐私性和个别清偿性。公示措施无法满足，也就无法产生公示意义上的对抗性，无法达致典型担保的结构要求。也正是因为如此，有人称之为“隐形担保”——我国一直不认可的担保方式。

2. 流押的触犯。一旦认定买卖合同有效，判定卖方履行过户义务，实际就是直接通过合同约定，无需进行公示，达到直接转移所有权的效果，这不仅对现有抵押担保制度产生冲击，且将所有权确定为债务人所有，触犯了我国一直坚持的“禁止流押”原则。

3. 物权法定的违反。物权法定原则要求物权的种类、内容、效力和公示方法只能由法律规定，当事人不能自由创设。但买卖型担保的效力一旦确定，无疑会达致非典型担保的实质，变相创设了新的物权实现方式。

买卖型担保在结构上存在着借贷和买卖两个并存的合同，在内容上展现为“买卖”与“担保”的双重性质，但是由于“买卖合同”公示的缺略和重新估价的缺省，使其无法绕开物权法定、流押禁止和鼓励暴利的法理和社会预期障碍。也许正是基于这种考虑，《民间借贷规定》作出了仅认定借贷合同效力，回避买卖合同效力的命令控制型（压制型）规范，以整齐划一规则适用，减少风险的传递性。但该路径因不能自圆其说而稍显过于武断。即使如此，也并非被实务消解的正当理由。为此，我们不能困守在概念里自怨自艾，应在更广阔的背景里进行考察，以找寻现象背后的真正原因。

三、买卖型担保裁决的外部条件和可行性

规则是逻辑演绎，而演绎逻辑只能裁剪事实，无法解决逻辑前提的正当性问题，更无法解决互竞性规则的价值冲突问题。

（一）市场主体的逐利性，使经济运行实质与法律结构强制之间具备厚重张力

合约的缔结是市场资源自行配置的过程，也是交易的“理性经济人”不断博弈的过程。作为债权人的出借人而言，其获得权力越大，越愿意放贷；获得的信息越多，越愿意放贷。^① 即在市场主体意思自治方面，出借人要尽可能地做到自主选择，在信

^① 参见岳彩申：《民间借贷的激励性法律规制》，载《中国社会科学》2013年第10期。



息不对称的情势下，也要规避来自于法律强制的风险。根据法理和现行规则，以物抵债的诺成性尚未得到广泛认可，需有“物的交付”才能得到法律的追认；同样，逕行转移所有权的“流押合同”一直为法律所禁止，流押合同的签订势必面临被判定无效的风险。买卖型担保则不存在“要物”的交付内容，亦不存在直接转移所有权的“流押”约定，似乎有效避开了可能存在的上述风险，成为众多市场主体的激励性选择，这也许是导致法律规制低效率甚至失灵的重要经济和社会原因。

（二）学理见解之间的互竞性，使“买卖”与“担保”的外化空间延展

对于买卖型担保，学者们见仁见智，主要提出了以下观点：

一学说为“后让与担保”。买卖型担保是一种正在形成的习惯法上的非典型担保物权。发生担保作用的不是债权，而是债权的标的物即房屋所有权的转移。由于其与让与担保极为相似，二者仅仅是所有权转移有先后之分，因此可称为后让与担保。^①让与担保基于信托理论走出了定限物权的范畴，而买卖型担保以一纸合同直接达到转移所有权的效果，具有超“让与担保”的色彩，故不能以“让与担保”下位者限定之。

另一学说为“代物清偿预约”说与“附解除条件买卖合同”说。前者实际上是双方预先约定如到期不能清偿债务则以物抵债，其在民法概念体系中的定位应是代物清偿预约。^②后者的买卖型担保实际上是双方约定了如果民间借贷合同履行完毕，则买卖合同解除，不再履行，为买卖合同的解除设定了条件。但是，“买卖型担保”具有两层含义，包括民间借贷履行完毕则买卖合同解除和买卖合同的存在是未来担保民间借贷的履行。仅仅将该“买卖型担保”定性为附解除条件的买卖合同或代物清偿预约，只能涵盖前者（后者）的含义，对于后者（前者）的意思并未体现。^③

还有一学说为“抵押担保”说与“否定担保说”。前者的买卖型担保名为买卖，实为抵债，是当事人在债务清偿期届满前达成的债务清偿的安排，^④后者为“因为债权人要全部依靠债务人的责任财产，商品房买卖合同只是起到民事责任的担保作用，不符合担保法关于保障债权实现的规格要求，该商品房买卖合同关系人不是现行法所承认的担保”^⑤。

上述学说虽各有其合理性，但不能完备地诠释买卖型担保的性质与效力，至今未形成通说。笔者认为，基于合同目的在于保障未来债权的实现，其与直接履行买卖合同消灭债权的“以物抵债协议”存在本质区别；其本身并未约定所有权的转移，与流

① 参见杨立新：《后让与担保：一个正在开成的习惯担保物权》，载《中国法学》2013年第3期。

② 参见高治：《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》，载《人民司法·应用》2014年第16期。

③ 参见陆青：《以房抵债协议的法理分析——最高人民法院公报载“朱俊芳案”评释》，载《法学研究》2015年第3期。

④ 参见董学立：《也论“后让与担保”——与杨立新教授商榷》，载《中国法学》2014年第3期。

⑤ 崔建远：《“担保”辩——基于担保弊端严重的思考》，载《政治与法律》2015年第12期。

担保条款在法律架构上不同，不应将其纳入流担保条款的范畴予以考量，故其虽可能出现物权担保效果，但只能认定为非典型的债权担保性质。^① 债权的自由空灵特质，使其具有了更多外化外溢空间。

（三）法律解释的填平性，使互竞性规则的价值冲突不断缓和

随着社会经济和法治的发展，司法理念悄然发生了变化，主要为：

1. 让与担保出现了缓和趋势。《九民会议纪要》第 71 条首次规定了“让与担保”的内容，但走的并不远，仅是确认了合同的效力，坚持了流押禁止原则，坚定转移所有权的否定观点。《民法典》未认定让与担保的效力，但《民法典担保制度解释》第 68 条规定：“债务人或者第三人与债权人约定将财产形式上转移至债权人名下，……人民法院应当认定该约定有效。”……该规定与我国台湾地区民法第 873-1 号规定的让与担保内容基本一致，以司法解释的形式确定了让与担保的地位和效力。

2. 流押禁止出现了缓和趋势。《民法典》第 401 条“抵押权人……只能依法就抵押财产优先受偿”和第 428 条虽坚持禁止流押的规定，但没有关闭所有大门，而是将流押合同效力限缩至优先受偿权（担保权实现）范畴之内。

3. 买卖合同对抗性物权法定也出现了缓和现象。最高人民法院关于《执行异议和复议规定》第 28 条和第 29 条以执行异议抗辩成立的方式认可了普通房屋买卖合同的“物权期待权”，开辟了买卖合同对抗物权的先河，也使封闭的物权登记主义铁板为生存权留了一线窗口。该规定的出台虽不能说成为法院饱受“执行异议之诉”之苦的滥觞，却实实在在地为买卖合同的“物权期待权”确立了新的路标。

尽管买卖型担保更应是非典型的债权担保性质，但其可能存在的物权担保效果法律障碍却不断缓和，具有了更多生存认可空间和裁量解释空间。这也许是法官更多策略性选择的激励性因素。

四、买卖型担保内外因素的融合与框定

买卖型担保既是社会行为选择的结果，也是经济驱动下的市场行为，更是司法规则和实践长期分歧、争议的滥觞。因此，单一的解决模式难免出现“一禁就死、一放就乱”的司法行政管理怪圈。故从宏观上要解决其出路，应从以下三个方面进行改革：一是全面禁止此类市场行为，减少参与者的投资冲动，保持现金流；二是调整部分法律规则，设定更多较为灵活的清偿方式，给予当事人更多选择权，合理规范当事人的行为，将买卖型担保规范在一定的范围内；三是大量发行货币，从外部注入资金，增加现金流

^① 参见石冠彬：《论民法典对买卖型担保协议的规制路径——以裁判立场的考察为基础》，载《东方法学》2019 年第 6 期。



通,消解资金清偿的压力,使买卖合同不必履行。笔者认为,此类合同争议的广泛存在,使其并未能成为市场行为的通行选择,也远远达不到运用宏观手段进行规制和调整的程度,因此,现行法虽未给消除流质契约的风险提供有效的制度保障,但从尊重市场主体控制成本的意思自治和防止债权人获取暴利的价值平衡出发,妥善把握司法强制干预的力度和范围,循序渐进的放开买卖型担保的“买卖”主体之路,还市场以更多活力,应是弥合规则与实务罅隙的可行之举。

(一) 双向互竞选择:基于“等值性+双重性”内生因素

1. 交易是否公平,并非完全由社会普遍观念上的经济价值标准所决定,还需要经由当事人内心意思衡量。只要是当事人意思自治下的自我表达,即便是出于经济学视角下的不利方,亦不能成为禁止其真实意思表示生效的正当理由。故民法上基本采用所谓的主观等值原则,即当事人主观上愿以此种给付取得他种对等给付,即为已足,客观上是否相当,在所不问。^①因此,在民事法律行为仅关涉当事人间私益的常态化变动时,国家干预的冲动应受到抑制,法律行为的无效机制尚未充分其启动条件。^②《民间借贷规定》应对契约自由以必要的尊重,肯定其效力,而非避而不谈。

2. 将买卖型担保看作担保物权的逻辑链条实则只注重实现担保权利的结果,而忽视了担保权利发生作用的基础原因和当事人的合意。当事人已于买卖合同中约定了衡平双方利益的规则和方法,本应遵循之,却以法律强制的手段作为,违反了合同严守原则和诚信原则。

3. 买卖型担保是在借贷之债不能履行下的债权担保措施,是在原债权继续存在的情况下,又获得了另外一种求偿的可能性。^③这种异于原定给付的给付方式,符合新债清偿理论^④的特征。对于新债清偿而言,当事人具有选择权,其既可以选择借贷本息的偿还以消灭债务,亦可以选择买卖合同的履行来消灭债务,二者均具有合法之效力。

买卖型担保是市场主体的自主选择,在不违反法律强制性规定的情况下,应肯定其效力。基于买卖型担保的新债清偿特征以及内生的双重性,应当允许当事人对法律关系进行选择。但是,根据此消彼长的互竞关系,当事人只有一次选择机会,而不能恣意来回选择。为此,可将第23条修正为:“如果当事人以签订买卖合同的方式为民间借贷提供担保,借款到期后借款人不能还款,出借人既可以选择按照民间借贷法律关系审理,也可以选择按照买卖合同审理,但不得变更已选定的法律关系。”

^① 参见王泽鉴:《民法学说与判例研究》,法律出版社1997年版,第153页。

^② 参见杨善长:《流押条款法律效力辩——兼及法律父爱主义立法思想之取舍》,载《河北法学》2017年第3期。

^③ 参见杜景林、卢湛:《德国民法典——全条文注释(上册)》,中国政法大学出版社2015年版,第276页。

^④ 梅迪库斯认为,若具有履行异于原定给付的给付目的,那么大致会有三种含义:(1)其他标的物可以为担保而交付;(2)其他标的物可为清偿而交付;(3)其他标的物可以代物交付。参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国债法总论》,杜景林,卢湛译,法律出版社2004年版,第194-195页。

（二）定向排除识别：基于“形式性+实质性”关联性判断

对于买卖型担保，究竟以何种法律关系进行审理，在赋予当事人选择权的同时，司法规则也应有所作为。笔者认为，对买卖型担保进行概念性界定为时尚早，但对法律关系的识别可进行类型化归类，为规则的设立确定基础。总结实务经验做法，可采取以下三种识别路径：

1. 形式识别——合同优先思路。“民事立法应对当事人能用约定解决的问题保持谦抑性，如果有约定就足以自保，那么民法就不应当过分地施加保护。”^① 在存在多种法律关系认定可能的情况下，应尽可能将合同作为确定当事人法律关系的逻辑起点和基本依据。在没有充分证据证明当事人有隐藏的法律关系，并对当事人产生真实和终局的约束的情况下，“不宜简单否定既存外化法律关系”^②，而应以合同来确定法律关系性质，进而作出判断。

2. 实质识别——探寻真意思路。通过双方提交的证据，借助当事人合同约定的内容、合同履行过程、与一般交易惯例的比较，能够探明当事人的真实意思和合同的实质内容的，可以不受制于合同的外观和名称，以当事人的真实意思表示确定法律关系的性质，进而作出判断。

3. 个案识别——个别解释思路。契约应以当事人立约时的真意为准，但真意何在？常常会随着交易背景的变化而变化，产生真意“泛化”；当事人交易过程中的细节并不能都获得有效的证据支撑，无原则的采用优势证据规则，也同样会出现证据“泛化”现象。虽说事实需要以证据支持，但证据只是支持了事实，如何解释事实仍需要借助意思表示来解释规则。例如汤龙案，通过时间节点解释，确定为“债的更改”；中铁北京案，通过买卖合同闭环与否，确定是买卖还是借贷。但此类案件的适用以最高法院个案解释为准，高中基层法院不具有此类解释权。

（三）借贷合同有条件优先受偿：基于“特定性+债权性”物权期待权

1. 标的物的特定性。在买卖型担保被判断为“民间借贷”的场合，买卖合同已然成立生效，为借贷提供了担保，且担保指向的标的物即为买卖合同的标的物，亦即标的物已特定化。据此，该标的物对双方均具有法律约束力。

2. 有担保债权的确定性。学理虽对买卖型担保的性质与效力存在多种争议，但对其为“通过承诺履行买卖合同来担保债权的实现”存在共识。也就是说，买卖型担保是有担保的债权。如果不同时赋予优先受偿权，则会使债权人的债权变为无担保的普通债权，既不符合当事人的意思自治，也会造成债权人的利益失衡。

① 张淞纶：《债权人视角下的担保制度——兼论民法典中担保制度的立法构想》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2019年第6期。

② 章诗迪：《买卖抑或借款担保——洪秀凤与昆明安铂房地产开发有限公司房屋买卖合同纠纷案评析》，载《法律适用》2019年第2期。



3. 具有物权担保效力。买卖型担保的设立，旨在支配担保财产的交流价值而使债权获得清偿，而非取得担保财产的所有权，流担保条款有违担保物权的本质不应被否认。但当事人设定担保的意思表示以及合同所具备的担保功能，不受流（质）押条款的影响。^①

在买卖型担保被确定为“民间借贷”关系的场合，买卖合同本身具有意定担保的特定性，对当事人之间具有物权担保效力，故应赋予出卖人以优先受偿权。但因其不具有公示性，未经登记，不具对抗性。据此，可将《民间借贷规定》第23条第2款修正为：“当事人选择民间借贷法律关系的，若判决生效后借款人不履行判决所确定之义务，出借人可以申请拍卖买卖合同标的物的价款优先受偿，但未经登记，不得对抗第三人。”

（四）买卖合同重新估价前置：基于“约定自由+清算义务”激励机制

买卖型担保的清偿方式，应赋予当事人一定的程序选择权，可由当事人根据自身状况决定是折价变现还是实物清偿。对于前者而言，属于意思自治的范围。对于后者的认可无异于对于流担保契约的确认。实际上，我国司法实践中通过“多退少补”的方式避免当事人合意陷入无效，实质上已经变相形成对当事人“期限届满担保权人未受清偿时，担保物所有权移转为债权人所有”的强制性更改，并未真正意义上承认流担保契约的有效性。与其如此，为兼顾平衡各方利益，不免采取我国台湾地区做法，对债权人课以强制性清算义务，以规范和激励融资市场的信息定价难题。可以考虑在当事人选择买卖合同时，设置重新作价程序，从而将买卖型担保并入合法合理的轨道。为此，《民间借贷规定》第23条可增加第3款为：“当事人选择买卖合同法律关系的，应先就标的物的价格进行评估，否则不得办理过户登记手续。”

（责任编辑：郝晓越）

^① 参见郑勇：《以买卖合同担保债权实现的让与担保行为的效力认定》，载最高人民法院民事审判第二庭主编：《最高人民法院商事裁判观点（总第1辑）》，法律出版社2015年版，第91页。

民事诉讼法与民法典协调对接的基本理念与方法

常淑静 庄雪莉*

内容摘要：民法典制定之时，同步修改与之配套的民事诉讼法是最为理想的状态，以使其更好地保障民法典的实施，更充分保护人民合法权益以及贯彻以人民为中心的发展思想。然而，目前立法模式根本无法完成同步修改民事诉讼法的任务，这也就导致现行的民事诉讼法处于滞后的状态。当下需要对民事诉讼法进行全面修改，以跟上民法典发展的节奏和步伐。将民事诉讼法与民法典进行比较，从基本原则、基本精神、规范表述、专有概念等方面探寻二者之间的契合之处，并理出民事诉讼法与民法典全方位协调对接的基本理念与方法，以期对民事诉讼法的修改提供些许参考。

关键词：民事诉讼法；民法典；协调对接

中图分类号：DF72 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)03-099-0114

民法典是新中国成立以来第一部以“法典”命名的法律，是新时代中国特色社会主义法治建设的标志性成果，具有里程碑意义。^①实施好民法典是坚持以人民为中心的发展思想、充分保障人民合法权益的必然要求。然而，民法典的正确实施并不等于民法典和民事诉讼法的简单相加，^②还需要民事实体法和民事诉讼法全方位协调与对接。这项工作涉及民事诉讼法和民法典方方面面，本文仅探讨民事诉讼法在基本原则、基本精神、规范表述及专有概念上如何与民法典协调一致。

* 常淑静，山东法官培训学院教授；庄雪莉，山东法官培训学院讲师。

基金项目：本文系最高人民法院2021年度司法研究重大课题“民事诉讼法与民法典等实体法协调和对接问题研究”的阶段性成果。

① 参见周强：《以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，充分发挥审判职能作用，确保民法典正确贯彻实施》，载《求是》2020年第12期。

② 参见任重：《民法典的实施与民事诉讼目的之重塑》，载《河北法学》2021年第10期。



一、民事诉讼法应在基本原则上与民法典保持一致

在探讨“民事诉讼法与民法典协调对接的基本理念与方法”这一命题时，鉴于基本原则与精神的抽象性，需通过具体的制度规范，才能将“抽象的法律原则”转化为“具体生动的法律”。因此，有必要对基本原则和精神的基本内涵、对应的制度规范及司法适用等进行具体化、针对性的研究，旨在分析二者之间的契合与不合。在此基础上，探讨民事诉讼法与民法典在基本原则和精神层面协调对接的基本理念与方法。

（一）民法典与民事诉讼法在基本原则的价值取向上高度契合

通过比较民法典与民事诉讼法的基本原则，二者在自愿、平等、公平、诚信等方面都是相互对应的，其价值取向亦保持同步发展，并相互渗透。

1. 二者均体现了以人民为中心的发展思想

《民法典》第4条规定了民事主体平等原则，强调民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。从民法典的立法本意分析，民事主体法律地位平等是民事活动的基本制度，高于民法典规定的其他基本原则。^① 民法典总则及各编贯彻了以人民为中心的发展思想，充分体现了对生命健康、财产安全、交易便利、家庭幸福、人格尊严等方面的平等保护。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉总则编若干问题的解释》（以下简称《民法典总则编解释》）将自然人的权利保护置于核心位置，从保护胎儿利益、规范权利行使、平衡失踪人与利害关系人利益等方面做出系统规定。与此相对应，《民事诉讼法》第8条规定当事人诉讼平等原则，第12条规定当事人辩论原则。诉讼平等原则保证了当事人在民事诉讼中处于平等的诉讼地位，是程序公正的基本要求，是人民法院公正审判的先决条件，是民事主体平等原则在民事纠纷解决领域的必然延伸。^② 而辩论原则是建立在双方当事人平等的基础上，为查清案件事实，解决民事纠纷，保护当事人合法权益的必要手段，是当事人法律地位平等和诉讼权利平等的基本体现。^③ 民事诉讼法各章围绕平等保护之诉讼理念，通过各种诉讼制度，强化程序意识，确保民事程序公正；强化诉权意识，切实保障当事人诉讼权利；强化公开意识，切实保障审判公正权威；强化证据意识，规范证据的审查与运用等。因此，就人民性而言，民法典与民事诉讼法是高度契合的，二者均反映出司法为民的服务宗旨，体现了人民至上的基本立场。

^① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第49页。

^② 参见江伟主编：《民事诉讼法学》，北京大学出版社2015年版，第50页。

^③ 参见江伟主编：《民事诉讼法学》，北京大学出版社2015年版，第51页。

2. 二者均以实现公平正义为核心价值追求

《民法典》第5条规定了自愿原则，强调民事主体从事民事活动，基于平等法律地位，应当在对自身利益作出最佳判断、对自己行为后果作出合理预见并愿意承担责任的前提下，自由表示其真实意思，自主决定是否行使民事权利、承担民事责任。^①《民法典》第6条规定了公平原则，强调民事主体从事民事活动时，按照公平的理念行使权利、履行义务，并兼顾他人利益和社会公共利益。^②民法典总则及各编都充分体现了民事主体的意志自由、义务自愿、责任自担、公平公正的价值理念。与此相对应，《民事诉讼法》第13条第2款规定了当事人处分原则。根据处分原则的基本要求，在法律规定的范围内，民事诉讼当事人对依法享有的民事权利和诉讼权利有自由决定是否行使以及如何行使的权利，法院对此不得干预。回顾我国民事诉讼法的发展历程，在民事诉讼中当事人中心主义逐渐得到强化，民事诉讼契约化逐步得到肯定。2012年《民事诉讼法》将协议管辖的范围由合同纠纷扩展至其他财产权益；2021年新修改的《民事诉讼法》第16条规定，经当事人同意，民事诉讼活动可以通过信息网络平台在线进行；第161条及第162条规定，民事案件的当事人可以约定适用简易程序，也可以约定适用小额诉讼程序等。这些规定足以表明在意思自治原则的统摄下，民法典追求的自由、平等、公平、法治等社会主义核心价值观在民事诉讼法中亦有体现。

3. 二者均体现了诚信的社会主义核心价值观

民法典将弘扬社会主义核心价值观作为立法宗旨，从基本原则到制度规范，通篇都体现着社会主义核心价值观的要求。《民法典》第7条规定了诚信原则，强调民事主体从事民事活动，包括行使民事权利、履行民事义务、承担民事责任时，都应当秉持诚实、善意，信守自己的承诺；^③第132条规定，民事主体不得滥用民事权利损害国家利益、社会公共利益或者他人合法权益；《民法典总则编解释》第3条规定，构成滥用民事权利的，人民法院应当认定该滥用行为不发生相应的法律效力。滥用民事权利造成损害的，依照民法典第七编等有关规定处理。与此相对应，《民事诉讼法》第13条第1款规定诚信原则，第10章对违反诚信原则实施的妨害民事诉讼行为规定了相应的制裁措施。民事诉讼法司法解释进一步增加关于制裁违反诚信原则行为、虚假诉讼行为的规定，增加关于当事人和证人签署据实陈述保证书有关程序和法律后果的规定，增加失信被执行人名单制度等。至此，诚信原则从一个道德规范转化为一个法律规范，最终由适用于私法领域扩展到适用于民事

① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编：《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》，人民法院出版社2020年版，第49页。

② 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编解读》，中国法制出版社2020年版，第18页。

③ 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编解读》，中国法制出版社2020年版，第20页。



诉讼这一公法领域。因此，在推动社会主义诚信体系建设方面，二者有着统一的价值追求。

（二）民事诉讼制度与基本原则的价值追求之间存在的不合

1. 人民法院作为启动再审程序的主体违背自愿原则

如前所述，民法典中意思自治原则在民事诉讼法中即体现为当事人处分原则。即在民事审判中当事人有权自主处分其程序性权利和实体性权利。但《民事诉讼法》第205条规定，无论当事人是否愿意，各级法院均可依职权启动再审程序。虽然人民法院作为启动再审程序的主体，其目的在于实现“有错必究”。但国内多数学者认为，民事案件属私法范畴，依据私法自治的原理，只要不涉及损害国家利益、公共利益和他人合法权益，当事人就可以在私权的范围内任意地行使其处分权，公权力无须干预。如张卫平教授认为：“在民事诉讼中违反自愿处分原则的情形实际存在，并且为民事诉讼规范所实际认可。例如再审程序取消职权启动、诉讼契约的制度化等方面都未在民事诉讼法中得以实现。”^①白一好认为：“经当事人权衡诉讼成本和利益等诸多利弊后，认可生效裁判的效力，在法定范围内做出的处分行为，法院就不应干涉。”^②

2. 撤诉制度的相关规定违背自愿、平等原则

撤诉原本是当事人自愿行使终结诉讼程序的一项权利，从效果上看，可以缩短办案周期、节约司法资源，是实现案结事了极为有效的途径，且符合民事诉讼公正和效率的价值目标。但实践中经常出现一些异常现象，如法院动员原告撤诉，或经法官“协调”后原告选择撤诉。^③对于被告而言，有的只能被动接受，也有的利用诉讼和解来骗取原告的撤诉，最终达到拖延债务履行的目的，实质上并未真正实现案结事了。究其原因主要有以下两点：一是从制度层面上看，现行民事诉讼法中关于撤诉制度的相关规定，并未贯彻落实当事人处分原则和诉讼权利平等原则，给法院和当事人留存了“有机可乘”的空间；二是上级法院将撤诉率作为审判质效的考核指标，导致下级法院为追求效果指标而努力提高撤诉率，有的法院撤诉率单项指标甚至超过25%。

3. 调解制度的立法导向，极易造成调解的不当适用、过度适用，弱化了“案结事了”的功能价值

根据《民事诉讼法》第96条、第125条、第136条的规定，法院调解贯穿于民事诉讼全过程，可以在诉讼终结前的任何阶段进行。《最高人民法院关于适用〈中华

① 张卫平：《民法典的实施与民事诉讼的协调与对接》，载《中外法学》2020年第4期。

② 白一好：《中国民事再审程序启动主体制度探析》，载《法学研究》2012年第24期。

③ 参见黄慧：《高撤诉率背后的思考——对我国民事撤诉制度的检讨与完善》，载《经济与法》2011年第7期。

《中华人民共和国民事诉讼法》的解释》(以下简称《民事诉讼法解释》)第142条在《民事诉讼法》第96条的基础上又规定了径行调解制度。随着最高人民法院“调解优先、调判结合”工作原则的提出,各级法院逐步树立了“调解优先”的理念,这种立法导向导致诉讼调解中过于强调法官的主导作用。加之,调解结案可以同时使结案率、上诉率、服判息诉率、发改率等几项考核指标得以优化,有的法院能调则调,不能调的(如有的案件事实尚未查清或当事人并非自愿)创造条件也要调。实践中“空谈空调”“强调压调”的现象比比皆是。其结果是,尽管一审民事调解结案相对于判决结案具有优越性,但其“案结事了”的司法功能却出现弱化趋势。

4. 违反诚信原则之诉讼行为缺失相应的法律规制

诚信原则引入民事诉讼法后,不仅要作为民事诉讼的指导原则和诉讼理念,更重要的是应明确设立相应制度,保障诚信原则得以贯彻落实,实现其制度功能。^①虽然2012年《民事诉讼法》在第10章增加了违反诚信原则之诉讼行为的制裁措施;民事诉讼法司法解释增加了禁止虚假诉讼、规避执行的规定,并修改提高了对妨害民事诉讼行为的罚款上限,加大了制裁力度。但是,由于相关诉讼制度的不完善,仍给当事人留出违反诚信原则实施诉讼行为的空间。实践中违反诚信原则的诉讼行为时有发生,且当事人违反诚信原则的行为日渐趋于多样性和复杂性。归纳起来大致包括以下几种类型,即恶意撤诉、妨碍举证、违反真实义务、滥用管辖权异议、欺诈性诉讼(恶意诉讼)、重复性诉讼等。其中,恶意撤诉、滥用管辖权异议及重复性诉讼等诉讼行为仍缺乏相应的规制。上述当事人违反诚信原则的诉讼行为,有的造成国家司法资源的浪费、降低司法效率;有的不合理增加另一方当事人的诉讼成本,或造成其实体利益损失;有的甚至损害司法公信力。

(三) 制度补益与规范精进:力求民事诉讼法与民法典的基本原则协调一致

1. 完善人民法院启动再审程序的制度设计

现行民事诉讼法中规定人民法院作为启动再审程序的主体,是鉴于再审程序与涉诉信访的密切关系,而采取的一种具有国情特色的制度模式,亦有一定的合理性。但近年来全国法院涉诉信访数量逐渐呈下降态势,因此,民事诉讼法有必要对法院依职权启动再审程序的主体资格进行改造并逐步取消。当人民法院发现生效裁判“确有错误”时,应充分尊重当事人的意愿,发挥律师代理申诉制度的功能,“在一定时限内,由当事人根据诉讼成本和自身利益等综合因素自行决定是否申请再审”^②。

^① 参见最高人民法院民事诉讼法修改研究小组编著:《〈中华人民共和国民事诉讼法〉修改条文理解与适用》,人民法院出版社2012年版,第21页。

^② 蒲梦雪:《浅谈民事再审启动主体制度》,载《海外文摘》2020年第20期。



2. 完善民事诉讼撤诉制度

一是修改完善《民事诉讼法》第146条规定。建议对“宣判前”可以提出撤诉申请的条件加以细化,即在案件受理后至被告应诉前,原告申请撤诉,法院应予准许;在被告应诉后原告提出申请撤诉的,经被告同意后,由法院审查决定是否准许。^①二是修改完善《民事诉讼法》第148条规定。建议在“原告经传票传唤,无正当理由拒不到庭的,或者未经法庭许可中途退庭的”规定之后,增加“经被告同意后”可以按撤诉处理;以及增加规定“被告不同意的”,可以缺席判决。三是对原告撤诉后就同一事实针对同一被告再行起诉的情况作出必要的限制,对于被告应诉前撤诉,原告又起诉的,应当允许,但不宜超过两次;对于被告应诉后撤诉,原告又起诉的,可制定具体标准,同时赋予法院审查权,由法院决定是否允许原告再行起诉。^②

3. 完善诉讼调解制度,强化立案、审判、执行一体化的诉讼理念

针对法院对立、审(调)、执衔接不够重视的现象,建议立法从诉前、立案、审判、判后、执前等环节多层次、多维度强化立、审(调)、执一体化的诉讼理念。尤其在审判阶段,引导法官在审判中树立“执行思维”,在判决时充分考虑裁判结果的可执行性、可履行性。在调解时,树立纠纷实质性化解的调解理念,督促债务人当场过付或自动履行,切实发挥调解的功能优势。为避免部分法官“和稀泥”以及“空谈空调、强制调解”等现象,建议修订《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》,以规范诉前调解、诉中调解、执前调解、调解指导等工作,强化法官实质性化解纠纷的责任意识。

4. 完善当事人违反诚信原则之诉讼行为的法律规制

为了使诚信原则在民事诉讼中得以贯彻落实,引导当事人和其他诉讼参与者严格遵守诚信原则进行诉讼,立法应进一步完善违反诚信原则诉讼行为的规制措施,以保障受害人的合法权益。通过对当事人在民事诉讼中违反诚信原则之类型及损害后果进行区分和分析,基于不同类型和损害后果的综合考量,有针对性地采取不同的规制措施。

一是滥用诉讼权利扰乱诉讼秩序之法律规制。如果当事人违反诚信原则,造成浪费国家司法资源、降低诉讼效率、损害司法公信力的情形,立法应当对当事人进行处罚,包括罚款与拘留,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

二是滥用诉讼权利侵害当事人利益之法律规制。如果当事人违反诚实信用原则实施诉讼行为,导致另一方当事人的诉讼成本不合理增加的情形,法院应当判决行为人承担受害人额外诉讼成本的损失。如果当事人违反诚实信用原则实施诉讼行为,造成另一方当事人实体权利损失的情形,应当赋予受害人必要的救济权利。

^① 参见朱文涛、毛伯温:《关于民事诉讼撤诉制度的思考》,载中国法院网2011年10月26日, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2011/12/id/1472.shtml>。

^② 参见曹家东:《浅议我国民事诉讼撤诉制度的完善》,载中国法院网2005年4月8日, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2005/04/id/158510.shtml>。

二、民事诉讼法应在基本精神上与民法典保持一致

(一) 民法典与民事诉讼法的基本精神相互联系、相得益彰

通过比较民法典与民事诉讼法的核心条款，二者在保障人民合法权益、维护社会公共利益等精神层面上相互联系，相得益彰，共同践行“坚持以人民为中心，保障人民权益实现和发展”立法目的。

1. 民事主体合法权益受法律保护既是民法典的核心，又是民事诉讼法的首要任务

“民事主体的民事权利及其他合法权益受法律保护”是民法的基本精神。^①《民法典》第3条规定民事权利及其他合法权益受法律保护，民法典通篇以民事权利体系为基本构架，通过一系列制度创新，健全和充实了民事权利种类，完善和细化了权利保护的救济规则，为人民群众提供全方位权益保障。具有中国特色，体现时代精神，反映了人民意愿。可见，民法典以保护民事权利为出发点和落脚点，切实回应人民法治的需求。

《民事诉讼法》第2条规定了民事诉讼法的首要任务，即要为当事人行使诉讼权利提供可靠的法律保障，使当事人在进行民事诉讼时有法可依，明确自己在民事诉讼过程中有哪些权利和义务，以便能够充分、有效地行使诉讼权利，保护自己的合法权益。同时，人民法院审理民事案件时依照法定程序，查明案情，准确界定民事权利义务关系，制裁民事违法行为，保护当事人的合法权益。2021年新修订的《民事诉讼法》，深入贯彻落实习近平法治思想，适应经济社会发展变化，回应人民群众新时代司法需求，集中体现了司法改革试点工作的制度成果，为促进社会公平正义，保障人民合法权益，维护社会和谐稳定，服务新发展格局提供了重要的基础性法律。^②

2. 民事法律监督制度的发展完善，在保证民事诉讼活动公平公正、保障人民群众合法权益中发挥了重要作用

法律监督是重要的宪法原则，是正确实施法律、维护当事人合法权益的重要保障。2012年《民事诉讼法》修改时，在坚持法律监督原则的基础上，强化法律监督制度，在监督方式上增加再审检察建议制度。在监督范围上将检察院实行法律监督从民事诉讼活动扩大到民事执行活动。《民事诉讼法解释》进一步将民事诉讼法中法律监督的各项规定落实到实处，为指导各级人民法院依法审理各类抗诉案件，依法及时处理检察机关依照法律规定提出的检察建议提供了基本的法律保障。

① 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典总则编解读》，中国法制出版社2020年版，第9页。

② 参见《最高人民法院关于认真学习贯彻〈全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定〉的通知》（法〔2021〕341号）。



3. 民事环境公益诉讼制度为民法典绿色原则提供了宝贵的经验借鉴

2012年《民事诉讼法》确立了污染环境公益诉讼制度。《民事诉讼法解释》和《关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的规定》相应地解决了环境民事公益诉讼程序问题。近年来,由于节能减排、保护环境已经深入到国家和社会生活方方面面,对很多民事行为的评判都直接或间接地涉及经济发展与环境保护平衡问题。^① 人民法院也在不断探索建立环境修复、惩罚性赔偿、环境公益诉讼等制度。这些探索和实践为民法典绿色原则的确立提供了重要的借鉴。民法典以可持续发展理念为指导,借鉴现代人类中心主义的环境伦理观,传承我国天地人和、人与自然和谐共生的优秀文化,确立了绿色原则,将保护环境、节约资源的理念贯穿于整个民事活动中,反映了民法的价值取向。^②

(二) 民事诉讼制度与保障人民合法权益这一基本精神之间存在的不合

1. 民事诉权保护在立法上存在缺陷

诉权在许多国家已经被明确地规定在宪法中,而我国宪法对此没有规定。我国现行《民事诉讼法》中也没有关于民事诉权的明确规定,而只在第3条和第122条做出了抽象性的规定,且这些规定对诉权保障亦没有发挥应有的作用。因此,诉权未能成为我国民事诉讼法之法定权利,是立法的一大缺陷。这可能会导致司法实践中两种极端现象,一是当事人滥用诉权,此种情况举不胜举;二是当事人应有的诉权没有被确认为法定权利,如某些民行交叉案件等往往被法院裁定不予受理,使得当事人法定诉权无法转化为现实权利。

2. 再审检察建议的法律监督功能呈弱化趋势

虽然2012年《民事诉讼法》赋予再审检察建议法律效力,但并未对再审检察建议的法律地位及其强制效力作出规定,也未规定人民法院无正当理由拒不受理再审检察建议的救济程序与方式。在司法实践中,检察机关发出再审检察建议后,在法院看来,既然是建议,可以采纳,也可以不采纳,因此法院很可能没有任何反馈信息,检察机关也可能因为缺少效力依据而不再跟进,这也是导致再审检察建议提出数量不减而法院采纳率不高的重要原因。再审检察建议法律地位不明确,已经成为制约其法律监督功能的因素之一。

3. 民事环境公益诉讼制度无法满足人民群众的新需求

现行民事环境公益诉讼制度仍存在诸多不足。较为突出问题是,民事公益诉讼损害赔偿金归属、使用和监管制度缺失;环境民事公益诉讼与生态环境损害赔偿诉讼的

^① 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第80页。

^② 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典总则编理解与适用》,人民法院出版社2020年版,第77-78页。

诉讼请求高度重叠等。^①也有学者认为,公益诉讼立法供给不足,其中包括受案范围过窄,远不适应检察机关的公益诉讼实践,^②亦无法满足新时代人民群众对民主、法治、公平、正义、安全、环境以及美好幸福生活的新需求。

(三) 制度补益:力求民事诉讼法与民法典精神协调一致

1. 立法明确诉权的概念

首先,建议将诉权上升为公民的宪法性权利,以防止其他法律剥夺或限制公民诉权的情形发生。其次,在民事诉讼法中明确规定诉权及诉权保障的概念,一方面为落实当事人诉权提供制度上的保障,另一方面防止当事人违反法律规定滥诉权。

2. 完善再审检察建议制度

再审检察建议作为人民检察院充分行使法律监督权的重要方式,具有明显的司法属性。立法应明确规定再审检察建议的法律效力,即应对再审检察建议赋予一定的强制力或约束力,但此种强制力或约束力的方法和程序要科学合理,不能让其失去“建议”的属性。换言之,再审检察建议对人民法院进行监督要达到何种程度,应进行多层复合效力体系设计。唯有如此,才能使再审检察建议具有法的严肃性和权威性,进而保障其监督实效,避免流于形式。

3. 完善环境公益诉讼制度

基于环境公益诉讼范围拓展,可制定环境公益诉讼类型化规则,一方面满足环境司法专门化的需要,另一方面满足保护社会公共利益的现实需求。有学者认为,应建立完善公益诉讼相关的法律制度:一是体系层次上更加完备;二是领域范围上更加全面;三是程序设计上更加精细等。^③

三、民事诉讼法应在规范表述上与民法典保持一致

语言是有生命力的,随着社会的发展而不断丰富、变化、规范。受限于立法当时的语言环境以及立法者的认识,不少法律的表述从现在来看都不够正式、规范、准确。相较于民法通则等立法较早的法律,民事诉讼法在立法用语的规范表述上已经有了较大的进步,但是民法典颁布之后,其在规范表述上依然需要做出相应修改,以与民法典的规范表述保持一致。

① 2020年12月12日在福州召开的“构建现代化环境治理体系 推动绿色经济发展”研讨会上,中国联合国绿色环保产业发展委员会副秘书长马勇总结了目前环境公益诉讼存在的问题。

② 参见江必新、吕忠梅、张雪樵等:《关于环境公益诉讼推进过程中争议问题的讨论》,载《民主与法制周刊》2022年第1期。

③ 参见江必新、吕忠梅、张雪樵等:《关于环境公益诉讼推进过程中争议问题的讨论》,载《民主与法制周刊》2022年第1期。



（一）期限表述方式的修改变化

本次民法典制定，一个重要的变化就是期限表述方式的修改变化：一是用“日”表示三个月及以下的期限，这使得期限的计算方式更加准确和便于操作；二是将“期间”修改为“期限”，这样更能表现出时间的限定性。

1. 用“日”表示三个月及以下的期限

我国法律采用的是公历计时法来计算时间，公历计时法将一年划分为12个月份，每个月份的天数不同。对于三个月以下的较短期限，采用“日”计算更为准确和便于操作，有利于法院审判执行工作的进行及当事人权利的保护。《民法典》第145条将《民法总则》第145条中的“一个月”修改为“三十日”，第453条将《物权法》第236条中的“两个月”修改为“六十日”，第221条将《物权法》第20条中的“三个月”修改为“九十日”。需要注意的是，《民法典》依然保留了原法律中“六个月”的期限表述。为了与《民法典》相协调一致，宜将《民事诉讼法》中三个月及以下的用“月”计算期限的条文修改为用“日”计算，如《民事诉讼法》第164条、第168条、第183条，等等。

2. “期间”修改为“期限”

在《现代汉语词典》（第六版）中，“期间”的意思是（某段）时期里面，“期限”的意思是限定的一段时间，也指所限时间的最后界限。“期限”更能体现出“限定、限制在一段时间内”的意思，表述更精确。

《民法典合同编》将《合同法》中的部分“期间”修改为“期限”，如《民法典》第621条将《合同法》第158条中的“检验期间”修改为“检验期限”。此外，《民法典物权编》部分条文将“履行期间”“履行期”改为“履行期限”，如《民法典》第390条将《物权法》第174条中的“履行期”修改为“履行期限”，《民法典》第453条第1款将《物权法》第236条中的“履行期间”修改为“履行期限”，类似情况还有《民法典》第411条、第437条第1款、第454条、第698条，等等。为了与民法典相协调一致，《民事诉讼法》类似条文亦可作出相应的修改，比如，《民事诉讼法》第246条、第254条。

（二）连词的修改变化

根据《立法技术规范（试行）》的要求，民法典对立法条文中的部分连词进行了修改，使得连词的使用更加规范、严谨。

1. “和”修改为“或者”

《民法典》第3条将《民法通则》第5条中的“任何组织和个人不得侵犯”，修改为“任何组织或者个人不得侵犯”。根据《立法技术规范（试行）（一）》第13条的规定，“和”连接的并列句子成分，其前后成分无主次之分，互换位置后在语法意义上不会

发生意思变化；“或者”表示一种选择关系，一般只指其所连接的成分中的某一部分。在本条法律条文中，用“或者”比“和”更为准确。为了与民法典相协调一致，可将《民事诉讼法》条文中表示只能在两个或者两个以上中选择一个的情形，用连词“或者”来表述，比如《民事诉讼法》第6条、第52条第3款。

2. “但”修改为“但是”

《民法典》第377条将《物权法》第161条中的“但不得超过土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权的剩余期限”修改为“但是，不得超过土地承包经营权、建设用地使用权等用益物权的剩余期限”，类似的修改还有《民法典》第380条、第386条、388条，等等。根据《立法技术规范（试行）（一）》第16条的规定，“但是”与“但”二者的含义相同，只是运用习惯不同。法律中的但书，一般用“但是”，不用单音节词“但”。“但是”后一般加逗号，在简单句中也可以不加。为了与民法典相协调一致，可对《民事诉讼法》条文中的“但”进行修改，比如《民事诉讼法》第18条、第35条、第48条，等等。

（三）立法用语表述更加明确、准确

相对于民法通则、合同法等，民法典修改了部分条文的用词，使得条文的含义更加明确、准确和具有指向性，亦更符合汉语语法规则。

1. 但书条款表述方式的修改变化

《民法典》第12条将《民法通则》第8条1第款中的“法律另有规定的除外”，修改为“法律另有规定的，依照其规定”。从本条可以看出，《民法典》对法律条文的但书条款表述发生了变化，修改后的但书条款的表述指向性更为明确。“法律另有规定的除外”的表述重点在于表明“法律对于该事项有特别法规定的，不要适用本条的规定。”但到底适用哪条法律的规定，指向不明确。而“法律另有规定的，依照其规定”指向性就明确了许多，这种表述就告诉适法者，不要适用该条法律的规定，要用特别法的规定，这与“特别法优于一般法”的原则更相适应。为了与民法典相协调一致，可将《民事诉讼法》条文中但书条款的表述也做出相应的修改，比如《民事诉讼法》第18条。

2. 费用“承担”修改为费用“负担”

在《现代汉语词典》第六版)中，“负担”是动词，表示承当(责任、工作、费用等)，如，差旅费由所属单位负担。而“承担”也是动词，表示担负、担当，如承担义务。因此，具体到费用的担负问题，用“负担”比“承担”更为准确、贴切。《民法典》591条第2款将《合同法》119条第2款中的“当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方承担”修改为“当事人因防止损失扩大而支出的合理费用，由违约方负担”，更为准确。为了与民法典相协调一致，《民事诉讼法》条文中，有关费用担负的，也



应将其中的“承担”修改为“负担”，比如《民事诉讼法》第259条、第269条。

3. “对”修改为“为”

《现代汉语词典》(第六版)中,“为”是介词,表示行为的对象,比如,为人民服务、为你庆幸。“对”的用法基本上跟“对于”相同。《民法典》第1141条将《继承法》第19条中的“遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额”修改为“遗嘱应当为缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额”,这样的修改更为准确,“保留必要的遗产份额”的行为对象是“缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人”。为了与民法典相协调一致,《民事诉讼法》条文中,表示行为对象的,也应将“对”修改为“为”,比如《民事诉讼法》第11条第3款,“提供翻译”的对象是“不通晓当地民族通用的语言、文字的诉讼参与人”。

(四)立法用语表述更加书面化与正式化

民法典作为民事立法法典化最高成就的体现,其立法用语必须既简明易懂,又要体现优美、典雅和庄重。法典的很多条款应当具有哲学命题式的美感,体现优雅、精确和简明。^①

1. “几个”修改为“数个”

在民法典编纂过程中,从《民法典合同编(草案)》(征求意见稿)至《民法典(草案)》,立法者都未对《合同法》第272条做出修改。但是最终表决通过的《民法典》第791条第1款将《合同法》第272条第1款中的“发包给几个承包人”修改为“发包给数个承包人”。

就1999年《合同法》的建设工程合同部分而言,为了通俗易懂,立法条文采用了较多口语化的表述。如果在民法典中继续保留这些口语化的表述,将严重损害民法典的典雅和形式美感。因此,法典最好剔除那些过分口语化的措辞,而代之以更为典雅、庄重的立法用语。而《合同法》第272条第1款中“几个”的文字表述显然比较口语化,改为“数个”,更符合书面语的特征以及民法典作为基本法律的文字美感与严肃性。为了与民法典相协调一致,可将《民事诉讼法》条文中的“几个”修改为“数个”,比如《民事诉讼法》第22条。

2. “起诉”修改为“提起诉讼”

《民法典》第1115条将《收养法》第27条中的“可以向人民法院起诉”修改为“可以向人民法院提起诉讼”。《现代汉语词典》(第六版)中,“起诉”是动词,是向法院提起诉讼。因此,“起诉”和“提起诉讼”的含义是一样的,只不过用“提起诉讼”更加书面化和正式化。《民事诉讼法》的条文中,有的使用了“提起诉讼”,比如《民

^① 参见石佳友:《民法典与社会转型》,中国人民大学出版社2018年版,第363页。

民事诉讼法》第57条第4款、第58条、第59条，等等；有的使用了“起诉”，为了与民法典相协调一致，《民事诉讼法》条文中使用“起诉”表述方式的，可修改为“提起诉讼”，比如《民事诉讼法》第15条、第36条、第57条第1款，等等。

3. “的”字的省略用法

在汉语中，“的”字句是一种常见的省略现象，可以让句子表达更简洁，也是民法典立法用语亲民的一种表现。生活中，我们也常常用到这种省略方式，比如，用“卖水果的”指代“卖水果的人”。民法典中用“的”字句表述法律条件，省略的多是“情况”，例如，《民法典》第166条规定，数人为同一代理事项的代理人的，应当共同行使代理权，但是当事人另有约定的除外。该条的第一句的“的”后面省略的是“情况”，可以还原为“数人为同一代理事项的代理人的情况”。为了与民法典相协调一致，可以将《民事诉讼法》第58条第2款中“在没有前款规定的机关和组织或者前款规定的机关和组织不提起诉讼的情况下”修改为“在没有前款规定的机关和组织或者前款规定的机关和组织不提起诉讼的”。

4. “除……的以外”修改为“除……外”

《民法典》第487条将《合同法》第29条的“除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外”修改为“除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺外”，使条文更为简洁明了。为了与民法典相协调一致，《民事诉讼法》条文中的“除……的以外”的表述可修改为“除……外”，比如，《民事诉讼法》第65条、第137条。

5. “从”修改为“自”

在《现代汉语词典》（第六版）中，“自”和“从”均可做介词。“从”的意思是“起于”，比如，从现在起；“自”的意思是“从；由”，可以看出“自”和“从”的含义基本一致，只是使用“自”更加书面化和正式化。《民法典》第41条将《民法通则》第20条第2款中的“从战争结束之日”修改为“自战争结束之日”，为了与民法典相协调一致，《民事诉讼法》的类似条文亦可作出相应的修改，比如《民事诉讼法》第246条第2款。

（五）“签名或者盖章”修改为“签名、盖章或者按指印”

民法典中根据社会实际情况做出相应修改变化的主要是将合同法中的“签字或者盖章”修改为“签名、盖章或者按指印”。除《合同法》第32条规定的“签字或者盖章”的合同签订方式之外，《民法典》第490条第1款又增加了“按指印”的合同签订方式。

《合同法司法解释二》第5条在签字、盖章之外，承认了以按指印来签订合同的方式。之所以承认这种方式，是考虑到我国一直存在按指印的传统，这种方式在实



践中广泛存在,尤其是在广大农村,长期存在着“签字画押”的习惯。甚至很多识字的当事人也不习惯于签字、盖章,而认为,按指印更能够表明订约人的身份。从身份识别的角度考虑,按指印可以发挥与签字或盖章同等的作用,而且按指印是以生物特征来发挥身份识别作用。^①所以,《民法典》第490条吸纳了《合同法司法解释二》第5条的经验,承认按指印与签字或者盖章具有同等的法律效力。为了与民法典相协调一致,应将《民事诉讼法》中需要当事人、见证人、在场人员等签名或者盖章的条文,修改为“签名、盖章或者按指印”,比如《民事诉讼法》第69条、第83条、第87条,等等。其实在司法实践中,许多法院已经采用“签名+按指印”的方式,比如,当事人在庭审笔录上的确认签字,既需要签名,亦需要按指印。采用“签名、盖章或者按指印”的方式,更符合我国国情,也更方便当事人,尤其是不会写字的当事人。

四、民事诉讼法应在专有概念上与民法典保持一致

由于我国民事程序法和民事实体法制定修改的时间不同步,导致二者在本应统一的专有概念上形成了差异。因此,当下需要修改民事诉讼法中的专有概念,以使其与民法典保持协调一致。

(一)“公民”修改为“自然人”“个人”“当事人”

《民法典》第2条将《民法通则》第2条民事主体中的“公民”修改为“自然人”,这个变化体现了民法典修改的科学性。从上个世纪五十年代开始,中国法全面苏联化,民事立法亦无法逃过这种范式。就民事主体的立法用语和表述而言,前苏联民法中的“公民”“企业”“组织”等表达亦被我国的民事立法所采纳,成为影响至今的民事主体立法用语。

从《民法通则》“第二章 公民(自然人)”的表述就可以看出,其实当时民事主体到底使用“自然人”还是“公民”已经产生了争议,但是当时未能最终解决,最终在“公民”后面加了“(自然人)”。尽管民法通则立法者通过这种表述方法表达其立法意图,即公民就是自然人,但是这种立法方式依然存在不足,因为公民和自然人的概念和外延均不相同。这种不同体现在:第一,公民是公法上的概念,是指具有一国国籍的自然人,往往与其国家所赋予的各项政治权利有关,比如,《宪法》第33条的规定;而自然人是私法上的概念,传统民法使用“自然人”的概念,而不使用“公民”的概念。自然人亦是生物学意义上的人,是基于出生而取得民事主体资格的人。第二,自

^① 参见最高人民法院研究室编著:《最高人民法院关于合同法解释(二)理解与适用》,人民法院出版社2009年版,第53页。

自然人的外延更加广泛，其不仅包括本国公民，还包括外国公民和无国籍人。在民法中使用公民的概念，将使我国公民之外的自然人难以获得民法赋予的民事主体资格，这与现代人权观念及民事立法的趋势背道而驰。^①我国1999年颁布的《合同法》已经采用“自然人”的表述，表明了《民法通则》所使用的“公民”概念已经被“自然人”所替代。2017年颁布的《民法总则》也已经摒弃了“公民”的表述，完全采用了“自然人”的概念。为了与民法典协调一致，其他民事诉讼法法律条文中的“公民”可以视情况修改为“当事人”“自然人”“个人”，比如《民事诉讼法》第11条第1款、第22条、第256条第3款，等等。

（二）“居住地”修改为“居所地”

《民法典》第25条将《民法通则》第15条的“居住地”修改为“居所”。本条的修改使得立法用语更准确，也更符合国际法惯例，使之与涉外民事关系法律适用法措辞一致。最早在立法层面采用“居所”一词的是2010年颁布的《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，其在第11条“自然人的民事权利能力”和第12条的“自然人的民事行为能力”的规定中，使用了“居所地”一词。随后颁布的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释》第13条对居所地进行了进一步细化。其实，将之与《民通意见》第9条第1款规定的“居住地”相比，二者并无实质区别。但为了与民法典相协调一致，应将《民事诉讼法》中的“居住地”修改为“居所地”，比如《民事诉讼法》第22条、第23条。

（三）“其他组织”修改为“非法人组织”

《民法通则》第2条将民事主体规定为“公民”“法人”，而沿用2017年《民法总则》，《民法典》第2条将民事主体规定为“自然人”“法人”“非法人组织”，并在总则编第四章对“非法人组织”做了详细的规定。

准确定义民事主体的内涵和外延是公平公正处理民事法律纠纷、保障人民合法权益的基础。“非法人组织”这个概念在以前的民事单行法中从未使用过。《民法通则》第2条将民事主体规定为“公民”“法人”两类，《民事诉讼法》第3条规定了除“公民”“法人”之外的第三类民事主体，即“其他组织”，《民事诉讼法解释》第52条又对其他组织的概念做出了规定。1999年的《合同法》第2条亦将“其他组织”规定为第三类合同主体。这样其他组织就从诉讼法的诉讼主体走到实体法中，成为合同法的民事主体。这就形成了一个矛盾，民法通则规定的民事主体中没有其他组织，而合同法中规定的民事主体有其他组织。

^① 参见王利明：《民法总则研究》，中国人民大学出版社2003年版，第235页。



在我国,学者对其他组织也称非法人团体^①、无权利能力社团^②、其他非法人组织^③等,事实上,这些概念本质上没有区别,只是“其他组织”这个表述在其他立法例上比较少见而已。在制定2017年《民法总则》的过程中,有的主张将其他组织作为民事主体,^④有的主张不能将其他组织作为民事主体,而参照《德国民法典》的做法,将非法人团体作为民事主体。^⑤经人大法工委研究,我国现行法律适用较多的立法用语是“其他组织”,其范围不尽相同。在制定民法总则的过程中,经对这些法律规定的全面梳理,认为有关法律中使用的“其他组织”是适当的,但作为民事主体,统一使用“非法人组织”为宜。^⑥民事主体首先分为自然人和非自然人,非自然人的组织再进一步划分为法人和与法人相对应的非法人组织。为了与民法典相协调一致,宜将《民事诉讼法》第3条、第5条中的“其他组织”修改为“非法人组织”。

(四)“单位”修改为“组织”

《民法典》第207条将《物权法》第4条中的“任何单位和个人不得侵犯”修改为“任何组织或者个人不得侵犯”,类似的还有《民法典》第297条。将“单位”修改为“组织”,更为科学准确。因为民法典将民事主体分为:自然人、法人、非法人组织,而法人也是一种组织,组织可以涵盖自然人以外的一切民事主体。

“单位”一词在民事诉讼法里出现40次,有的表示“工作的地方”,如《民事诉讼法》第128条中的“……职业、工作单位、住所……”,还有我们常说的事业单位,如《民事诉讼法》第15条的“企业事业单位”,这两类“单位”根据使用习惯无须进行修改。民事诉讼法中,还有一类“单位”表示民事诉讼法上的“主体”,如《民事诉讼法》第120条,“任何单位和个人采取非法拘禁他人或者非法私自扣押他人财产追索债务的”。为了与民法典相协调一致,应将《民事诉讼法》条文中的表示民事“主体”的“单位”修改为“组织”,比如《民事诉讼法》第15条、第70条、第75条,等等。

(责任编辑:王文斌)

① 参见梁慧星:《民法总论》(第四版),法律出版社2011年版,第143页;王利明:《民法总则研究》,中国人民大学出版社2003年版,第212页;陈华彬:《民法总论》,中国法制出版社2011年版,第328页。
② 参见孙宪忠主编:《民法总论》,社会科学文献出版社2004年版,第148页;龙卫球:《民法总论》(第2版),中国法制出版社2002年版,第408页。
③ 参见刘凯湘:《民法总论》,北京大学出版社2006年版,第238页。
④ 参见中国民法学研究会:《中华人民共和国民法典民法总则专家建议稿》第四章“其他组织”,载何勒华主编:《民法典编纂论》第3卷,商务印书馆2016年版,第360页。
⑤ 参见梁慧星主编:《中国民法典草案建议稿总则编》;杨立新:《中华人民共和国民法总则编建议稿》,载何勒华主编:《民法典编纂论》第3卷,商务印书馆2016年版,第247页、第304页。
⑥ 参见李世时主编:《中华人民共和国民法总则释义》,法律出版社2017年版,第11页。

论民法典诉讼时效制度在民事案件审理中的适用

李敏*

内容摘要：为适应新发展阶段加强产权保护的社会需要，诉讼时效制度的价值重心已从宏观秩序维护转向民事主体权益保护。综合目的、历史、体系等整体解释方法，诉讼时效制度的保护对象是义务人因时效期间经过形成的认为权利人不再主张权利的合理信赖利益。在民事案件审理中，应当将时效期间届满权利人怠于主张权利，作为义务人时效抗辩成立的形式要件，将义务人形成合理信赖利益作为实质要件，从而确立“权利人怠于主张权利 + 义务人合理信赖”为内容的“双要件”裁判规则。

关键词：诉讼时效；合理信赖；形式要件；实质要件

中图分类号：DF51 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)03-115-125

党的十九届五中全会提出，2021年起我国进入全面建设社会主义现代化国家的新发展阶段，而诉讼时效制度^①对于新发展阶段加强产权保护意义重大。长期以来，学界和实务界对诉讼时效的研究，主要集中于理论探讨和制度构建，没有对司法裁判规则给予足够重视，诉讼时效制度在实施过程中被弱化甚至虚化。为了适应新发展阶段加强产权保护的社会需要，继《民法总则》之后，《民法典》对诉讼时效制度进行了系统规范。针对司法实务中存在的实际问题，建立合乎法理基础和制定法根据的裁判规则，是推动诉讼时效制度落地落实的有效途径。

* 李敏，山东省东营市中级人民法院民三庭副庭长，四级高级法官。

基金项目：本文系最高人民法院2021年度司法研究重大课题“民事诉讼法与民法典等实体法协调和对接问题研究”的阶段成果。

①《民法典》规定了普通诉讼时效、特别诉讼时效和最长诉讼时效三种时效期间，鉴于最长诉讼时效规则较简单，特别诉讼时效与普通诉讼时效仅有期间长短上的区别，故本文仅就普通诉讼时效进行分析论证。



一、诉讼时效滥诉之殇下的审判误区

诉讼时效制度以诚实守信为首要原则,但在民事纠纷中当事人对诉讼时效的“攻防”却几乎是所有诉辩环节中最不诚信的。义务人只要发现对方起诉超过诉讼时效期间,无论是否有中断、中止等情形,大都会提出时效抗辩。权利人明知确因自身懈怠而罹于时效,却千方百计搜罗本无关联的差旅费票据,或者找来几个亲戚朋友出庭作证,以证明时效中断。这种权利滥用现象与当事人缺乏诚信有关,但司法审判应对不力难辞其咎。笔者对近年来各地生效民事判决书进行分析梳理,发现法官的裁判理念和审理思路有多个误区有待矫正。

(一) 制度认识:对义务人正当权益的污名化

在徐慧诉肖强建设工程施工合同纠纷案中,法官认为义务人违背诚实信用原则,不履行义务却提出诉讼时效抗辩,不应得到支持。^①在蓟县第二建筑工程公司诉天津卡明送物流有限公司建设工程施工合同纠纷案判决书中,法官甚至直白地表述“义务人进行诉讼时效抗辩的目的是为了减轻或规避己方义务”。^②在学理上,诉讼时效一直被视为道德上最弱的抗辩理由,^③仅因经过一段时间就可以欠债不还,很难被民众接受。但诉讼时效制度属强制性法律规范,义务人被赋予时效抗辩权,必然有法律上的正当权益作为基础。立法者已经基于时效制度的价值和功能考量,对道德评价进行必要过滤,作为法律实施行为的司法审判不应旧事重提,再以道德标准在权利人和义务人之间进行利益衡量。

(二) 法条解读:对时效抗辩审级限制理解的刻板化

在邹平益佳进出口有限公司诉山东邹平钰科实业有限公司民间借贷纠纷案中,二审法官认为发回重审案件,只要适用一审诉讼程序,对当事人提出的时效抗辩仍可支持。^④对当事人的时效抗辩进行审级限制,是我国诉讼时效制度的创新。时效抗辩权属实体性权利,通过诉讼审级限制终局性地剥夺当事人的实体权利,应当有其法理上的正当性。只有将现行法律不允许法院主动适用和释明诉讼时效规定,与审级限制结合起来,运用体系解释方法找到二者共通的正当性根据,才能融会贯通地正确适用法律。

(三) 裁判规则:对时效抗辩要件审查的片面化

在永州市顺达住房投资建设有限公司诉永州鑫泉大酒店有限公司等租赁合同纠纷案中,法官认为保护权利人为诉讼时效制度的价值目标,在诉讼过程中,仅审查权利

^① 参见徐慧诉肖强建设工程施工合同纠纷案,广东省东莞市第二人民法院(2020)粤1972民初2266号判决书。

^② 参见蓟县第二建筑工程公司诉天津卡明送物流有限公司建设工程施工合同纠纷案,天津市宝坻区人民法院(2015)宝民初字第3386号判决书。

^③ 参见德克里斯蒂安·冯·巴克尔:《欧洲比较侵权行为法》,焦美华译,法律出版社2004年版,第655页。

^④ 参见邹平益佳进出口有限公司诉山东邹平钰科实业有限公司民间借贷案,山东省滨州市中级人民法院(2018)鲁16民终603号判决书。

人的起诉是否超过时效期间，没有将义务人有无可资保护的合法权益纳入审查视野。^①这种裁判观点深受权利人胜诉权消灭说和实质正义理论的影响。继《民法总则》之后，《民法典》明确我国诉讼时效制度实行义务人抗辩权发生主义。诉讼时效制度设计的逻辑起点不是督促权利人及时行使权利，而是保护义务人的合法权益。这种实体权益应当作为时效抗辩权成立的要件，在司法裁判规则中得以体现。

（四）责任认定：诉讼时效中断证据采信标准的言词化

中国裁判文书网共收录 2021 年一审生效民事判决书 2972322 份，其中 211975 份被告提出诉讼时效抗辩，占比 7.13%。笔者从 211975 份文书中随机抽取 800 份，其中不支持诉讼时效抗辩的 526 份，认定诉讼时效中断的 351 份，采信证人证言和当事人陈述分别为 84 份和 29 份，在时效中断文书中占比 32.19%。由于对义务人时效抗辩中的实体权益缺乏正确认识，法官对诉讼时效普遍存在排斥心理，在案件审理中不自觉地降低诉讼时效中断的证明标准，大量采信权利人提供的言词证据。在陶玉成诉芦溪县南坑南清花炮厂等买卖合同纠纷案中，法官甚至以权利人陈述曾向中间介绍人（非义务人）催要货款为由，认定诉讼时效有中断情形。^②

时效规定严，法官审查松的“折扣执行”，虽然可以使司法“尽量贴近人民质朴的法感”^③，结果却可能使遵从诉讼诚信的当事人损失了更多经济利益，以至于作伪证被越来越多的当事人效仿。以诚实守信为首要原则的诉讼时效制度实施过程却极不诚信，本为保护义务人的制度设计却遮遮掩掩甚至堂而皇之地为权利人大开绿灯。如何把诉讼时效制度“实质合理性尽可能的转化为可计量的形式合理性体系”^④，以统一、科学、合理的裁判规则指引和规范法官的裁量行为，是当前司法审判亟待解决的问题。

二、诉讼时效抗辩权“义务人合理信赖”实质要件的引入

权利是利益的法定化。作为“欠债不还”的义务人，能够经得起道德拷问并被法律赋予诉讼时效抗辩权，应当有其可予保护的实体利益。诉讼时效司法实务之所以乱象丛生，根本原因在于当事人和法官仅孤立地关注诉讼时效期间是否届满这一形式要件，忽略了实质要件——义务人是否形成了认为权利人不再主张权利的合理信赖利益。有学者提出，结合特定背景，通过运用目的、历史、体系等多种方法的整体解释，可以提炼出更符合制度要求的裁判规则。^⑤笔者借用这种方法，对如何构建符合我国实

① 参见永州市顺达住房投资建设有限公司诉永州鑫泉大酒店有限公司等租赁合同案，湖南省永州市冷水滩区人民法院（2020）湘 1103 民初 5288 号判决书。

② 参见陶玉成诉芦溪县南坑南清花炮厂等买卖合同案，湖南省浏阳市人民法院（2020）湘 0181 民初 11798 号判决书。

③ 苏永钦：《走入新世纪的私法自治》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 49 页。

④ 郑成良：《法律之内的正义：一个关于司法公正的法律实证主义解读》，法律出版社 2008 年版，第 147 页。

⑤ 参见马忠法：《论条约的整体解释法——以美日欧诉中国稀土等产品出口措施案为例》，载《当代法学》2014 年第 4 期。



实际的诉讼时效裁判规则进行分析论证。

(一) 基于目的解释：保护义务人合理信赖利益是诉讼时效制度的首要立法目的

通说认为，督促权利人及时行使权利，避免义务人举证困难，减轻法院对证据审查的负担，维护社会交易秩序是诉讼时效制度的立法目的。^①各个目的孰轻孰重，对法律实施过程中裁判规则的构建意义不同。

1. 诉讼时效的逻辑起点。诉讼时效制度“虽然从表面分析为限制权利的行使，但是究其实质，其并非否定权利的合法行使和权利本身，而是禁止权利的滥用，以保护义务人基于时间经过而享有的认为权利人不再行使权利的合理信赖利益，避免义务人受到不正当请求或者过时请求的干扰，使义务人的财产只为现在及将来的债务提供担保”^②。社会上不特定第三人也是基于对义务人不会被休眠已久的权利人突然行使权利而掏空财产的信赖，才与之发生交易。以牺牲权利人的久远权利为代价保护义务人的合理信赖利益，是诉讼时效制度维护社会债权信用体系的手段。督促权利人及时行使权利、避免义务人举证困难、减轻法院的审查负担等制度功能，说到底都是为保护义务人的合理信赖利益，维系社会债权信用体系服务的。

2. 形成合理信赖利益是义务人时效抗辩成立的必要条件。《民法典》规定，诉讼时效期间届满，义务人可以提出不履行义务的抗辩。法律采取拟制的方式，推定时效期间经过义务人即形成认为权利人不再向其主张权利的信赖利益。正是有法律的拟制事实推定，所以在案件审理中，法官一般只需要查明诉讼时效期间是否届满。但凡事都有例外，比如，在给付期限届满后，义务人以资金紧张为由请求延期给付，在双方还有其他合作项目的情况下，权利人既未同意延期履行亦未及时追索债权，以致诉讼时效期间届满。此情形下，义务人不可能产生认为权利人不再向其主张权利的合理信赖，如果仅以时效期间届满为由，驳回权利人的诉讼请求，显然有悖时效权利正当性的法理基础。因此，以目的解释分析，在特殊情形下，法官仍有查明义务人是否形成合理信赖利益的必要。

3. 引入“义务人合理信赖”要件可以弥补我国没有权利失效规则的缺憾。权利失效是由德国理论学说和司法裁判基于诚实信用原则发展起来的一项禁止权利滥用制度，现已在大陆法系和英美法系国家广泛适用。有学者认为，权利失效规则在我国尚难适用，因为可以通过时效和期限制度解决权利丧失问题。^③但事实上，如果不能在诉讼时效中引入“义务人合理信赖”要件，这样的制度设计理念难以实现。另外，权利失效与诉讼时效有本质区别。权利失效规则要求义务人基于对权利人不再行使权利的信赖调整了自己的行为，保护对象不仅是合理信赖利益，更是义务人新的法律行为。诉讼时效制度则

① 参见王轶：《诉讼时效制度三论》，载《法律适用》2008年第11期。

② 张雪樵：《诉讼时效审判实务与疑难问题解析——以〈民法总则〉诉讼时效制度及司法解释为核心》，人民法院出版社2019年版，第11页。

③ 参见王洪平：《论权利失效规则及其法典化》，载《法学论坛》2015年第2期。

仅以义务人形成信赖利益为抗辩权基础，不要求有新的法律行为。因此，即使以后规定了权利失效制度，在保护义务人合理信赖利益方面仍有诉讼时效制度的适用空间。

(二) 基于历史解释：考查义务人合理信赖利益是诉讼时效立法演变的内在逻辑主线

在我国，维护经济秩序曾是建国后较长时期内诉讼时效制度的首要价值。近年来，民法学者有了新的认识：一种观点认为，“督促权利人行使权利的功能，取代稳定社会经济秩序的功能成为诉讼时效的首要价值”^①；另一种观点则认为，应“构建以保护义务人为中心的诉讼时效根据体系”^②。虽然立论基础和表达方式不同，但着眼点已经从宏观秩序维护转向民事主体权益保护。

1. 从主动审查转向被动适用且严禁释明的裁判逻辑。服务于经济快速发展需要，人们曾普遍认为“无论当事人是否提出申请，法院都可以主动援用时效的规定”^③。各地法院曾一度将《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 153 条^④作为法院依职权主动适用诉讼时效的法律依据。2008 年最高人民法院公布《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》（以下简称“2008 年《诉讼时效规定》”），规定当事人未提出诉讼时效抗辩的，人民法院不应对时效问题进行释明或者主动适用时效规定。后来，法院不得主动适用时效规定被吸收入《民法总则》和《民法典》。从私权自治角度，在当事人没有提出相应抗辩时，法院不主动援用时效规定比较容易理解，但禁止法院对当事人的实体抗辩权进行释明，在我国制定法上是不多见的。有观点认为，禁止法院释明，是在我国诉讼时效期间较短，民众诚信意识较差的情况下，从倾向保护权利人和维护民法诚实信用原则考量作出的制度安排。^⑤根据前文分析，该观点不符合诉讼时效保护义务人的立法目的，而且《民法典》已经将 2 年诉讼时效期间延长为 3 年，与时效制度较为完善的德国新债法相一致，但经最高人民法院修正并于 2021 年实施的新《诉讼时效规定》（以下称“2021 年《诉讼时效规定》”）仍然保留了前述规定。可见，禁止法院释明并非因为我国诉讼时效期间较短，更不是为了保护权利人，而是出于司法的中立立场，考查义务人是否确已产生认为权利人不再向其主张权利的合理信赖，避免因法院释明导致义务人作出虚假陈述。同理，法院不主动适用时效规定，也是避免在义务人没有形成可予保护的信赖利益时越俎代庖。

2. 阻却事由从“实际履行”扩展到“同意履行”的法理逻辑。2008 年《诉讼时效规定》在《民法通则》规定“超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制”的

① 朱晓喆：《诉讼时效制度的价值基础与规范表达——〈民法总则〉第九章评释》，载《中外法学》2017 年第 3 期。

② 霍海红：《诉讼时效根据的逻辑体系》，载《法学》2020 年第 6 期。

③ 马俊驹、余延满：《民法原论》（上），法律出版社 1998 年版，第 318 页。

④ 该条规定：“当事人超过诉讼时效期间起诉的，人民法院应予受理。受理后查明无中止、中断、延长事由的，判决驳回其诉讼请求。”

⑤ 参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2008 年版，第 80 页。



基础上,扩大规定义务人作出同意履行义务的意思表示亦产生相同的法律效果。相应规定已被《民法典》吸收,并在2021年《诉讼时效规定》中得以完善。实务界一般将该两种情形解释为义务人对时效利益的放弃。^①但民事实体权利的放弃以当事人知道或者应当知道享有权利为前提,如果义务人不知道诉讼时效期间已经届满,实际履行或者作出了同意履行的意思表示,是不能用放弃时效利益解释的。依前述保护民事主体权益的时效制度发展脉络,将上述情形解释为义务人没有形成合理信赖利益,更符合时效制度的立法目的和法理逻辑。这种解释也可以作反向表达,即义务人对以其责任财产向权利人承担义务有合理预期,故而自愿履行或者作出了同意履行的意思表示。

(三)基于体系解释:推定义务人没有形成合理信赖利益是时效抗辩审级限制的正当性理由

根据现行规定,一审诉讼终结后,除有新证据证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间外,二审提出时效抗辩的,或者以时效届满为由申请再审或者提出再审抗辩的,不予支持。对当事人的抗辩权进行审级限制不仅在我国制定法中仅此一例,在比较法上也只有《法国民法典》规定在推定当事人已放弃时效利益时才可稍作限制。

1. 与现有观点的商榷。通说认为,我国对时效抗辩进行审级限制,主要有三点理由:一是有利于固定当事人的诉讼争点;二是与不审理一审终结后当事人增加的诉讼请求构成对等处理;三是符合“欠债还钱”的传统道德观念。^②该观点在体系解释上有不周延之处。首先,庭审程序中固定争点是为裁判实体权利义务服务的,因程序之便利而剥夺当事人的实体权利,缺乏正当性。其次,二审和再审期间对当事人增加的诉讼请求不予审理,只是程序限制,当事人可以另行起诉,而对当事人二审和再审期间提出的时效抗辩不予支持是实体处理,当事人再无救济途径,因此不能用对等原则解释。最后,如前所述,立法者已经对诉讼时效涉及的道德评价进行必要过滤,司法审判不应再基于道德标准进行利益衡量。

2. 引入“义务人合理信赖”要件可以实现体系解释的自洽。与不允许法院主动适用或释明的“矜持”态度相对应,法院对当事人二审、再审期间新提出的时效抗辩不予支持“决绝”立场,可以用考查义务人是否形成合理信赖利益进行解释。当事人未提出时效抗辩时法院不释明,是在判断其是否确已产生认为权利人不再向其主张权利的合理信赖,法院不主动适用时效规定是防止在当事人没有形成可予保护的信赖利益时越俎代庖。同理,既然当事人一审期间没有提出时效抗辩,表明虽然诉讼时效期

^① 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》,人民法院出版社2008年版,第260-281页;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总则编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第967-973页。

^② 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》,人民法院出版社2008年版,第91页。

间已经届满，时效抗辩权的形式要件已经具备，但其并未产生认为权利人不再主张权利的合理信赖，在实质要件上没有可予保护的实体利益，因此其在二审或者再审期间通过时效抗辩方式，请求法院保护其信赖利益，自然不应得到支持。引申开去，二审发回重审的案件，除在二审期间义务人基于新的证据能够证明权利人的请求权已过诉讼时效期间并提出时效抗辩外，对其发回重审期间新提出的时效抗辩，应当不予支持；再案发回重审的，义务人重审期间提出的时效抗辩也不应得到支持。

“消灭时效之要旨，并非在于侵夺权利人之利益，而是给予义务人一种保护手段。”^①以整体解释方法分析，在司法审判中，应当将义务人形成合理信赖利益，作为认定其时效抗辩成立的实质要件，将诉讼时效期间届满权利人怠于主张权利作为形式要件，确立“权利人怠于主张权利 + 义务人合理信赖”为内容的“双要件”裁判规则。

三、“权利人怠于主张权利 + 义务人合理信赖”双要件裁判规则的衔接适用

诉讼时效期间届满权利人怠于主张权利的直接效力是义务人取得诉讼中的时效抗辩权，^②如果权利人不起诉或者其虽起诉，但义务人不提出时效抗辩，就不会发生与时效届满相关的法律效果，故“权利人怠于主张权利”只是义务人时效抗辩成立的形式要件。义务人提出时效抗辩后，根据查明的案件事实，认定其已经形成了认为权利人不再主张权利的合理信赖，形式要件与实质要件结合在一起，才能产生义务人时效抗辩成立的法律效果。在具体案件审理中，是否需要两个要件逐一进行审查，如何审查，应当根据不同的案件类型作出相应程序安排，确定不同的裁量标准。

（一）适用“双要件”裁判规则的案件类型化区分

1. 常态情形：以形式要件成立推定实质要件成立。对普通案件而言，“义务人诉讼时效抗辩权的发生一般只需要权利人在诉讼时效期间内不行使权利的要件”^③。形式要件成立，在一般意义上即可推定义务人已经形成了认为权利人不再主张权利的合理信赖利益，义务人的时效抗辩成立。根据《民法典》第 188 条规定，认定“权利人怠于主张权利”形式要件成立，需要满足三个条件：（1）权利人知道或者应当知道权利受到损害；（2）权利人知道或者应当知道具体义务人；（3）权利人怠于主张权利的期间届满三年。笔者认为，应当增加一个条件：权利人能够向义务人主张权利。受主客观条件限制，在权利人于法律上或者事实上不能向义务人主张权利时，诉讼时效不应起算。关于诉讼时效妨碍制度，《民法典》第 194 条第 2 款在第 1 款时效中止的基础上，增加规定了时效不完

① [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社 2003 年版，第 91 页。

② 参见杨巍：《诉讼时效效力模式之选择及立法完善》，载《法学》2016 年第 6 期。

③ 最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2008 年版，第 25 页。



成制度，但没有规定损害事实发生时相同情形下的不起算制度。实务中，在损害发生时如果出现第194条第1款规定的情形，导致权利人不能向义务人主张权利的，诉讼时效期间不应起算，否则于权利人不公且与诉讼时效中止的法理相悖。

2. 特殊情形：形式要件成立后，还需对实质要件进行单独审查。在一般意义上，诉讼时效期间届满，即推定义务人产生认为权利人不再主张权利的合理信赖。但在特殊情形下，如果权利人有证据足以推翻上述推定，就需要法官对实质要件进行单独审查，以确定义务人是否享有诉讼时效制度可资保护的信赖利益。全国人大法工委曾指出：“在诉讼时效期间届满前，义务人通过与权利人协商，营造其将履行义务的假象，及至时效完成后，立即援引时效抗辩拒绝履行义务。这种行为违反诚实信用，构成时效抗辩权的滥用，不受保护。”^①该观点表明，特殊情形下进行实质要件审查是必要的。德国、美国等国家均有规定，因义务人的欺诈或虚假陈述诱导权利人未在时效期间提起诉讼的，义务人不得以时效作为抗辩。笔者认为，以下情形中义务人妨碍权利人及时主张权利致使时效期间届满的，可以推定其没有形成合理信赖利益，对其提出的时效抗辩不应支持：（1）义务人对权利人进行非限制人身自由的胁迫；（2）义务人对权利人进行诱导式欺诈；（3）义务人隐瞒事实拖延给付；（4）义务人与权利人存在持续性交易；（5）其他特殊情形。具体内容见表1。

表1 对实质要件进行单独审查的主要情形

情形	情形解释	义务人主观状态	典型例示	法律效果
非限制人身自由的胁迫	义务人故意预告危害使权利人陷入不敢主张权利的恐惧状态，但未采取限制权利人的人身自由以达到控制权利人主张权利导致时效中止的程度	故意逃避债务	义务人威胁、恐吓权利人，或以不再交易为由要挟权利人	权利人有证据足以证明有以上情形的，表明义务人没有形成权利人的合理信赖利益，义务人的时效抗辩不成立
诱导式欺诈	义务人故意编造虚假事实，诱导权利人暂不主张权利	故意逃避债务	义务人与权利人磋商新交易，恶意拖延原债务履行时间	
隐瞒事实拖延给付	义务人故意隐瞒与履行义务相关的事实，致使权利人本应知道权利受到侵害却没有注意到，以致超过诉讼时效期间	故意逃避债务	义务人隐瞒给付条件已成就的事实，却抗辩权利人早已知道权利受侵害	
持续交易	义务人因给付困难，不能就先前交易向权利人进行对待给付，但双方持续发生新的交易行为	非故意逃避债务	义务人因资金困难请求延期履行，权利人未明确表示同意，但双方仍持续交易	

（二）不同要件的举证责任分配和证明标准

1. 举证责任。在抗辩权发生主义法律体系下，义务人提出诉讼时效抗辩，应对“权利

^① 李适时：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第608页。

人怠于主张权利”这一形式要件负举证责任（权利人如果以中断、中止、未完成等时效妨碍事由进行反驳，应提供相应证据，自不待言）。“义务人合理信赖”实质要件，属于权利人救济事由，应由权利人负举证责任，而不应由义务人证明其已经形成并基于合理信赖对责任财产另作处分，否则将发生新的利益失衡。需要阐明的是，由权利人提交证据证明义务人未形成合理信赖利益，不是证明否定性事实，而是证明义务人对权利人意欲主张权利处于明知状态，目的是推翻以形式要件成立推定实质要件成立。2021 年新《诉讼时效规定》，保留了二审期间义务人基于新的证据，能够证明权利人的请求权已过诉讼时效期间，可予支持其二审时效抗辩的原有规定。笔者认为，该规定主要是在当事人因合并、分立、股权受让、继承等需要承担原义务人的债务，却对原债务履行情况不了解时，为新的债务承担者提供法律救济。在此情形下，应严格审查二审证据是否属于诉讼法意义上的新证据，对不属于新证据的，从“义务人合理信赖”实质要件未成立的角度考量，应当不予采信。

2. 证明标准。在过去诉讼时效期间较短的制度语境下，法官往往对义务人证明“权利人怠于主张权利”采用较高的证明标准，而对权利人证明时效中断持宽容态度，认为应“遵循民事诉讼盖然性的认定标准和优势证据规则，不应当严苛证据充分、明确”^①。《民法典》对诉讼时效制度作了较大调整，适当延长了诉讼时效期间，民众的法律素养有了较大提高，通讯方式更加便利，取证难度不断降低。在新的制度语境下，对证明标准应当进行相应调整。在“双要件”裁判规则中，“权利人怠于主张权利”属于客观事实要件，“义务人合理信赖”属于主观事实要件，客观要件的证明标准一般高于主观要件，特别是应当减少实务中时效中断言词证据的采信比重。对主观要件的判断，应采客观性标准，诉讼时效期间届满，没有证据证明义务人有隐瞒、欺诈等妨碍权利人主张权利情形的，即可推定义务人形成合理信赖利益。具体建议见表 2（有学者主张证明标准中的客观真实应为法律真实，^② 本文按现行民事诉讼法表述）。

表 2 要件事实证明标准

分类	要件基础事实		证明标准
形式要件	诉讼时效起算	权利人知道权利受到损害之日	客观真实(或称法律真实)
		权利人应当知道权利受到损害之日	高度盖然性
	诉讼时效中断	权利人向有权机关或组织请求保护；义务人同意履行	客观真实
		权利人直接向义务人主张权利	高度盖然性
实质要件	诉讼时效中止及未完成		客观真实
	非限制人身自由的胁迫		客观真实

① 最高人民法院民事审判第二庭编著：《最高人民法院关于民事案件诉讼时效司法解释理解与适用》，人民法院出版社 2008 年版，第 32 页。

② 参见毕玉谦：《民事证据法判例实务研究》，法律出版社 2001 年版，第 451 页；王利明：《民事证明制度与理论》，法律出版社 2003 年版，第 664 页。



续表

分类	要件基础事实	证明标准
实质要件	诱导式欺诈	高度盖然性
	隐瞒事实拖延给付	客观真实
	持续交易	客观真实

说明：在诉讼时效裁判规则中增加对实质要件的审查，目的是提高裁判理由的周延性和裁判结果的公正性，不应实质性地改变诉讼时效以形式要件成立推定实质要件成立的制度设计，故虽对义务人是否形成合理信赖利益采事实推定的方法，但对要件基础事实总体上应采用较高的证明标准。

（三）诉讼时效要件审查与请求权审理的程序安排

诉讼时效抗辩不同于其他抗辩之处，在于其并不否定权利人的权利，而是减弱权利的请求权效力，使其丧失强制执行力。司法实务中，因对诉讼时效抗辩权成立要件认识不足，有的法官仅审查形式要件，在权利人没有证据证明时效中断的情况下，不再对债权是否成立进行审理，径行以时效期间届满为由驳回权利人的诉讼请求。这种审理思路看似快捷，实则有违诉讼时效制度的基本法理，且容易为日后其他争议处理留下隐患。比如学界呼吁借鉴国外立法例，规定在诉讼时效期间届满前已具备抵销条件的债权，在期间届满后仍可适用于债务抵销，且司法实务中已有相关案例。^①如果该意见被普遍采纳，因受“一事不再理”原则限制，被驳回诉讼请求的权利人将丧失再次主张权利的机会，对权利人极为不利。因此在个案审理中，先就权利人的债权是否成立作出认定，在债权成立的前提下，再以“双要件”裁判规则对义务人的时效抗辩进行审理更为妥当。

四、在审判实务中推广“双要件裁判规则”的基本思路

民事时效制度起源于罗马法，发展至今已成为世界各国民事立法的通例。在我国，诉讼时效制度立法已久，民法典集中此前立法及司法智慧，进一步完善了制度设计，对维护社会债权信用体系必将发挥重要作用。但如前所述，诉讼时效抗辩的滥诉之殇一直没有消解，在很大程度上影响了制度效能的发挥，损害了司法公信力。在审判实务中，确立权利人怠于主张权利与义务人合理信赖相结合的“双要件裁判规则”，无论对社会公众还是法律共同体，都有一个逐步理解和接受的过程。为加快“双要件裁判规则”的推广应用，建议采用以下基本思路。

（一）通过裁判文书释法说理，实现“双要件裁判规则”的社会认同

2018年6月13日，最高人民法院公布实施了《关于加强和规范裁判文书释法说

^① 参见中国农业银行福建省分行营业部诉福清华信食品有限公司损害赔偿纠纷案，福建省福州市中级人民法院（2007）榕民初字第575号判决书。

理的指导意见》，对强化裁判文书说理，回应社会关切提出了明确要求。确立“双要件裁判规则”，目的是使法官对个案的裁判更符合诉讼时效制度的价值取向。在法律和司法解释没有明确规定的情况下，需要法官通过裁判文书说理，讲明该规则蕴含的法理，结合案件事实阐明事理和情理，使规则的适用“尽量贴近人民朴素的法感”，也为学界和实务界深入探讨诉讼时效制度规范，总结完善裁判规则提供有益范本。

（二）通过加强审判质量管理，提高“双要件裁判规则”的应用精度

审判实务中裁判规则的确立过程，是法官群体不断学习、交流、研讨的过程，也是一个不断试错、总结提炼的过程。基于不同的专业知识背景和对诉讼时效制度的认识理解方式，不同的法官可能会对“双要件裁判规则”采取不同的表述方式，适用不同的证据认定标准，甚至作出不同的裁判结果，从而产生新的诉讼乱象，影响司法公信力。为避免这种现象的发生，在该规则推广适用过程中，需要加强审判质量监督，通过组织交流研讨、文书备案、发改分析等方式，逐步统一法官群体的思想认识和裁量标准，既纠正失之于宽，也要防止苛之过严。

（三）通过发布指导性案例，明确“双要件裁判规则”的适用规范

“指导性案例是以案释法的新型法律形式”^①，裁判要点中总结提炼的重要裁判规则，对类似案件具有指导和启示意义。诉讼时效制度属实体性规范，实施该制度的“双要件裁判规则”具有很强的程序性规范特点，对要件事实的认定标准，有待于大量个案审理和长期司法实践的探索和总结，难以通过立法或司法解释的方式述明。但纠纷每天都在发生，前述司法实务与法律逻辑相背离的局面，迫切需要用新的规则体系统一个案裁判标准。发挥指导性案例这种新型司法解释工具的作用，应是可行性方案。

结 语

适用诉讼时效制度，是通过保护义务人的时效利益，达到维护社会债权信用体系的目的。义务人的时效利益是其基于时效期间届满而形成的认为权利人不再主张权利的合理信赖利益，该利益应当作为诉讼时效制度的保护对象而在司法裁判中予以特别关注，否则对诉讼时效抗辩的审查将变成无的放矢，既可能误伤权利人，也可能误伤义务人，更可能伤害到司法的权威和公信。当然，如果能汇聚法律共同体的集体智慧，将“双要件裁判规则”所体现的法理精神和规范表达融入司法解释，并得到立法机关的认可，将是一件值得期待且令人欣慰的事情。

（责任编辑：王文斌）

① 孙跃：《指导性案例与抽象司法解释的互动及其完善》，载《法学家》2020年第2期。



人民法院在线诉讼中数据安全风险的反思与防控

刘畅*

内容摘要：在线诉讼过程中法院不同程度地存在依赖外包科技公司提供智能化数据信息服务的情况，科技公司借机获取更多诉讼数据与当事人信息，由此引发公众对法院案件数据信息与诉讼参与人个人信息安全性问题的担忧。法律及司法解释关于在线诉讼中法院数据信息保护的内容较为原则性和倡导性，难以回应当前在线诉讼中亟须解决的安全风险问题。法院在线诉讼数据安全环境呈现平台外包化、数据共享化和网络联通化的特征，在数据收集、应用、公开等环节均不同程度地存在风险，其原因包括部分法院重业务轻技术、在线诉讼规则不明、信息化人才缺失造成运维能力配置不齐等几个方面。可从提高外包水平、完善数据安全、培养复合人才、细化平台规则等方面探寻化解在线诉讼平台数据安全风险的防控路径。

关键词：在线诉讼；数据风险；防控路径

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)03-126-137

杭州互联网法院于2017年12月首审的电商平台淘宝网诉售假卖家高某案，^①案情虽简单，但由于阿里巴巴集团与浙江高院签订了战略合作协议，为其提供信息化智能辅助外包服务，杭州互联网法院在线诉讼平台的建设亦有阿里巴巴集团参与其中，从而引发公众对杭州互联网法院所作裁判司法公信力的质疑。目前全国各级法院在建设智慧法院、发展在线诉讼的过程中均不同程度地存在依赖外包科技公司提供智能化数据信息服务的情况，公众对法院案件信息数据与诉讼参与人个人信息的安全性存在隐忧。基于此，法院须谨慎把握与第三方科技公司的关系，并为法院数据信息利用与安全保护提供有利的风险防控路径，以实现“更高水平的数字正义”。

* 刘畅，天津市红桥区人民法院三级法官。

① 参见《打假！淘宝向售假网店卖家索赔胜诉——杭州互联网法院首审淘宝打假案》，载微信公众号“浙江天平”，2018年4月20日。

一、法院在线诉讼平台的数据安全环境特征及法律渊源

互联网法院的设立使司法审判逐步从“剧场化”向“网络化”转型，不断填平互联网横亘在法院与群众之间的“数字鸿沟”。2020年突发疫情，在线诉讼借力“云端”，解决“无接触”难题，极大地迎合了时代挑战、满足了人民群众司法需求。2020年，全国法院在线立案1080万件，占一审立案量的54%，在线开庭85.6万场，电子送达2088.3万次。^①可见，在线诉讼将司法审判从法庭这一固定场域中解脱，具有广泛的应用前景。

尽管我们用了七年多的时间走过了发达国家几十年的司法信息化道路，也尚未形成成熟定型的司法与技术融合应用模式。智慧法院建设还面临着技术在司法领域应用边界不明、技术标准不一、司法数据安全保障等深层次问题，司法信息技术在开发、运用过程中仍存在失范现象，其整体性、协调性仍有待全面整合提升。特别是党的十九届五中全会以来，《数据安全法》《个人信息保护法》相继出台，倡导加快数字化发展、加强网络安全保护，法院数据信息安全和诉讼参与人个人信息保护倍受关注，亦成为在线诉讼嵌入民事诉讼研究的题中之义。鉴于此，我们有必要对全国法院在线诉讼平台环境进行分析，以查找出法院在线诉讼中数据安全风险的源与流。

（一）全国法院在线诉讼平台外包公司介入情况及特点

笔者对全国部分法院在线诉讼所借助平台、功能模块等情况进行统计，发现目前我国在线诉讼模式主要分四类（见表1）：第一类是三家互联网法院模式，其中以杭州互联网法院最为成熟，法院依托互联网专业通讯平台搭建的音视频实时沟通系统，其在线诉讼功能集中于本院的诉讼平台，能够实现案件的全流程在线办理；第二类是以吉林法院为代表的电子法院模式，能够实现全流程网络化，其在线庭审主要借助于视频（云）会议系统或法院与网络公司合作研发的庭审小程序，还有部分地区法院依靠腾讯云、天宇威视、华宇、新浪等公司提供支持；第三类是以浙江法院为代表的移动微法院模式，诉讼参与人可以最高法院搭建的移动微法院平台作为总入口再通过小程序跳转至各地的分平台，实现手机立案、证据交换、庭审、执行等功能；第四类是其他模式，如早在2007年1月福建沙县法院就依托QQ视频系统在线审理了跨中国和秘鲁的离婚案；2015年12月郑州中院在全国首次尝试“微信庭审询问”；2020年疫情期间，也有法院适用钉钉、云间等软件进行在线庭审。

^① 数据来源于2021年3月10日下午最高人民法院举办的2021年全国两会《最高人民法院工作报告》解读系列直播访谈第五场。



表1 在线诉讼的实践图景^①

模式	平台名称	法院	借助平台	功能模块
互联网法院模式	互联网法院 电子诉讼平台	杭互、北互、广互	互联网法院自建平台	全流程网上诉讼：案件查询平台、证据平台、智慧庭审平台、调解平台、执行平台
电子法院模式	吉林电子法院	长春市中级人民法院及下辖院	自建平台的“电子法院云会议”系统，分别有电脑PC端和手机APP端	全流程网络化：诉前准备、立案缴费、预备开庭、开庭审理、结案执行和判后工作
	北京云法庭	北京法院	自建平台的电脑端、手机APP端、微信小程序	在线庭审、上传证据并批注、查阅笔录并签名
	重庆法院易诉平台	重庆法院	自建“易诉”平台、“易法院”手机APP端	在线庭审、证据交换
	河北电子法院	河北法院	自建平台的电脑PC端、手机APP端	在线庭审、证据展示、查阅笔录签字
	广东法院诉讼服务网	广东法院	自建“诉讼服务网”、微信“粤公正”小程序	在线庭审、证据交换、查阅庭审笔录并签名
	黑龙江法院诉讼服务网	黑龙江法院	自建“网上诉讼服务”平台	在线庭审
	辽宁智慧法院	辽宁法院	自律“互联网庭审云平台”“公道互联”手机APP端	在线庭审、确认笔录、扫码签字
	上海法院12368微开庭	上海法院	电脑PC版视频客户端、微信版视频客户端	在线庭审、证据展示、查阅庭审笔录并扫码签名
	互联网法庭	天津、山西、内蒙古、河南、湖南、湖北、云南、广西、海南、宁夏、西藏法院，新疆仅在乌鲁木齐、昌吉和阿勒泰三地	云间庭审手机APP端、微信小程序端、电脑PC客户端	在线庭审、证据展示、查阅笔录并签字
江苏微法院	全国法院	与腾讯云、北明软件合作开发，微信小程序“互联网开庭”	实时开庭、预约开庭、多方禁言、在线签名、举证质证、查阅笔录、手机签名	
山东法院互联网法庭	山东法院	“山东法院互联网法庭”微信小程序或手机APP，北京天宇威视科技公司支持	在线庭审，证据交换，查阅笔录并签字	
甘肃法院“云上法庭”	甘肃法院	新浪司法频道提供技术支持手机APP端和电脑PC客户端	在线庭审、证据交换、联系法官、线索举报	
青海网上法院	青海法院	北京华宇信息技术有限公司开发的“庭审”电脑PC和手机APP的客户端	在线庭审	

^① 参见各高院官方网站及官方微信公众号，2021年6月18日访问；郑世保：《电子民事诉讼行为研究》，法律出版社2016年版，第358-361页；潘志贤：《郑州中院试行全国首例“微信庭审”》，载《中国青年报》2015年12月22日，第6版。

续表

模式	平台名称	法院	借助平台	功能模块
移动微法院模式	移动微法院“掌上法庭”	浙江、四川、贵州、陕西、福建、江西、福建、江西、安徽法院	中国移动浙江、四川、贵州、陕西、福建、江西、安徽微法院“掌上法庭”模块下的“移动庭审”	手机立案、在线庭审、证据交换、庭审、执行、联系法官、线索举报
其他模式	QQ 视频系统	典型案例：2007 年 1 月 4 日福建省沙县人民法院运用 QQ 在网上审理了原被告分别在中国和秘鲁的跨国离婚案件；2007 年 6 月 18 日江苏省金坛市人民法院运用 QQ 审理了原被告分别处于中国和日本的跨国离婚案件；2009 年 10 月 17 日由河南省濮阳市华龙区人民法院中原法庭运用 QQ 视频审理的原被告分别在中国和意大利的跨国离婚诉讼		
	微信群	郑州市中级人民法院 2015 年 12 月 17 日在全国首次尝试工“微信庭审询问”		

由此可见，在线诉讼平台在建设使用过程中，信息技术外包发挥了不可替代的作用。截至 2021 年 8 月，全国各级法院与科技公司实现战略合作的达 3200 余家，占全国法院总数的 90.5%。已实施信息化外包的法院中有超半数者与多家科技公司实施外包合作，其中科大讯飞、阿里巴巴、百度、腾讯等大公司为主要战略合作方，也有很多中小公司参与建设。在线诉讼打破了法院封闭传统，法院需向科技公司通过购买服务的方式获取技术，而科技公司也借此契机获取了更多诉讼数据与当事人信息，造成法院数据信息安全环境发生巨大变化，具体呈以下特点：

1. 平台外包化。智慧法院建设是一项系统工程，需要信息技术与法院工作深度融合才能推动智慧法院建设迭代升级。目前全国法院尤其是中、基层法院的信息化部门隶属技术处或办公室，系非主流业务部门，法院数据信息专业人才严重短缺，不得不将信息化建设转给外包公司完成，法院与科技公司通过签订战略合作协议的形式发展信息化建设成为常态。

2. 数据共享化。目前法院数据共享主要存在两种方式：一种是法院内部共享。全国四级法院案件数据自动生成、实时更新、动态分析、实时共享、互联互通。另一种是法院外部共享。即法院与其他行政部门、部分企业以及社会公众之间的信息外部循环。在通过电子诉讼平台在线传输时稍有不慎就会影响数据安全，累及法院自身。如，部分法院在线诉讼平台利用阿里巴巴技术支持建立，诉讼参与人注册平台时关联支付宝获得实名认证后，与阿里旗下相关的买卖合同、服务合同等纠纷订单会自动推送至在线诉讼平台，一旦阿里旗下企业成为诉讼参与人，原、被告间会形成巨大“数字鸿沟”难以跨越，法院中立性难以保证。

3. 网络联通化。在线诉讼平台使当事人与法院的距离缩短到鼠标的点击之间。诉前调解、立案登记均可通过互联网转递案件材料；在线庭审中举证、质证、法庭辩论甚至可通过“异步”完成；繁简分流试点地区法院的当事人甚至可享受判决书、调解书、裁定书电子送达的“福利”；执行阶段，司法拍卖与查控扣划等均可通过在线完成。

（二）以杭州互联网法院为例看外包科技公司在线诉讼案件

在线诉讼时代，法院与外包公司合作密不可分，外包公司成为该院诉讼案件当事人的情况亦屡见不鲜。以杭州互联网法院与阿里巴巴集团为例，杭州互联网法院在线诉讼平台一经上线便收录了1031条诉讼案件信息，其中超七成诉讼当事人为阿里巴巴集团旗下公司。截止2021年8月20日，笔者在中国裁判文书网检索出阿里巴巴集团旗下公司在杭州互联网法院在线诉讼平台诉讼文书共4870份（见图1），案由主要集中于买卖合同纠纷、网络服务合同纠纷等。正如引言所述的杭州互联网法院首审淘宝打假案，这些案件因原告阿里巴巴集团与审理法院杭州互联网法院有着深度的信息化外包服务合作关系而备受瞩目，阿里巴巴既是杭州互联网法院的数据服务商，又是诉讼参与人，其在举证质证方面具有天然优势，且其有能力隐秘地通过其数据资源和技术优势干扰审判，即便案件以被告受到处罚终结，但案件审理过程中折射出的外包科技公司对司法公正的影响仍值得深入思考。

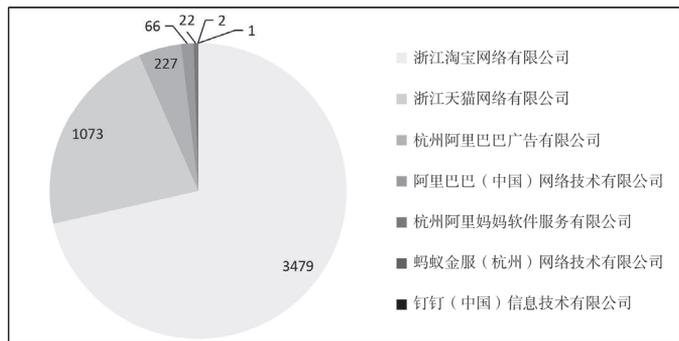


图1 阿里巴巴集团在杭州互联网法院在线诉讼平台案件情况

虚拟化的诉讼环境并非总带来司法进步，同样会对诉讼法理造成冲击。在线诉讼的广泛应用似一把双刃剑，在带来诉讼便利的同时亦存在数据信息利用与安全隐息，将平台的建设与维护一概外包给科技公司，对法院数据和诉讼参与人的隐私提出严峻挑战。

（三）我国数据安全和个人信息保护法源发展脉络

自从2016年《网络安全法》公布以来，国家对数据安全和个人信息保护从法律和司法解释的高度进行了发展完善，逐步完成从立法目的到司法价值的嬗变。2020年《民法典》将“隐私权和个人信息保护”独立成章，2020年疫情以来，最高人民法院先后出台了一系列司法解释，确立了人民法院“数据安全和个人信息保护”的目标。特别是2021年6月《人民法院在线诉讼规则》的出台，标志着人民法院在线诉讼进入2.0时代。其后，《数据安全法》和《个人信息保护法》相继施行，结合之前已实施的《网络安全法》，为公民个人信息与隐私保护、企业数据权益的信息安全上了“三把锁”（见表2）。

表2 我国数据安全和个人信息保护法源发展脉络

序号	时间	名称	要点
1	2012.12	全国人民代表大会常务委员会《关于加强网络信息保护的決定》	第2条规定网络服务提供者和其他企业事业单位在业务活动中收集、使用公民个人电子信息，应当遵守合法、正当、必要的原则

续表

序号	时间	名称	要点
2	2013.7	工业和信息化部《电信和互联网用户个人信息保护规定》	第9条强调电信业务经营者、互联网信息服务提供者在收集数据时必须遵守“知情同意原则”，强化了有关机构的数据安全保障义务，并明确了相应的责任形态
3	2013.10	《中华人民共和国消费者权益保护法》	第14条 受尊重权及信息得到保护权 第29条 收集、使用消费者个人信息 第50条 侵犯人格尊严的弥补 我国法律首次从民事权利角度对个人信息作出规定
4	2015.11	《中华人民共和国刑法修正案（九）》	第286条之一，拒不履行信息网络安全管理义务罪
5	2017.6	《中华人民共和国网络安全法》	第41条对个人信息的收集、存储、保管和使用进行全面规范
6	2018.9	最高人民法院《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》	第5条规定诉讼平台对涉案数据的存储和使用，应当符合《中华人民共和国网络安全法》等法律法规的规定
7	2019.8	国家互联网信息办公室《儿童个人信息网络保护规定》	对未成年人采取高于普通人群个人信息保护标准作出专门规定
8	2020.2	最高人民法院《关于新冠肺炎疫情防控期间加强和规范在线诉讼工作的通知》	第9条规定法官远程查阅电子卷宗、合议案件、撰写提交裁判文书等，应当严格遵循电子卷宗管理和保密工作相关规定
9	2020.5	《中华人民共和国民法典》	第六章 隐私权和个人信息保护。 这是我国立法特色。一是明确通过“可识别性”界定个人信息（第1034条第2款）；二是予以综合保护（第1034条第3款）；三是确立处理个人信息须遵循合法、正当、必要原则，将自然人知情同意作为合法收集和处理的合法性前提（第1035条）；四是建立了个人信息主体的查阅、复制、更正和删除权（第1037条）；五是明确了信息处理者的信息安全保障义务（第1038条）。此外，《民法典》还对处理个人信息的免责事由、国家机关和承担行政职能的法定机构及其工作人员的保密义务等作出了规定
10	2020.6	《中华人民共和国未成年人保护法》	第72条、第73条规定信息处理者通过网络处理未成年人个人信息的情况
11	2021.3	《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》	第十八章 营造良好数字生态；第三节 加强网络安全保护
12	2021.6	最高人民法院《人民法院在线诉讼规则》	第38条对在线诉讼数据信息保护作出专门规定，总体上确立了人民法院对在线诉讼数据信息的权利主体地位，明确了各方主体对在线诉讼数据信息的保护义务和责任追究的法律依据，切实加大对数据安全和个人信息保护力度，保障在线诉讼安全、规范、有序运行
13	2021.6	《中华人民共和国数据安全法》	确立数据分级分类管理及风险评估、监测预警和应急处置等数据安全各项基本制度，个人的数据安全保护义务，落实数据安全保护责任，明确采取维护数据安全和促进数据开放利用并重的原则



序号	时间	名称	要点
14	2021.8	《中华人民共和国个人信息保护法》	规定适用于所有公司在运营中以线上或线下方式处理的消费者用户个人信息、员工个人信息、供应商或者客户代表的信息；该法正式出台，将成为我国个人信息保护领域第一部综合性法律

由表2可见，2021年之前我国并未针对在线诉讼平台的数据安全问题作出单独专门性规定，2021年的《人民法院在线诉讼规则》第38条从总体上确立了法院对在线诉讼数据信息的权利主体地位，明确了各方主体对在线诉讼数据信息的保护义务和责任追究的法律依据，切实加大了对数据安全和个人信息保护力度。《数据安全法》《个人信息保护法》对国内外数据竞争和保护的关键问题进行了回应，对线上用户个人信息保护作出了原则性规定，明确了维护平台数据安全的各项原则。但这些法律及司法解释亟需各地法院尽快出台细化措施，加大法条的执行效力及惩罚手段，避免陷入执行不能的尴尬境地。

综上所述，由于各地法院在建设在线诉讼平台过程中技术标准不统一、平台不一致进而无法做到统一防范数据安全风险，如何保护司法数据与当事人信息的安全成为智慧法院建设在全面数字时代所必须面对的课题。

二、技术环境下法院在线诉讼平台数据风险及成因

经过近年来的探索与实践，特别是经历2020年新冠疫情“大考”的检验，在线诉讼不断提升司法质效，满足了人民群众对司法的新期待。由于在线诉讼平台所处虚拟且复杂的网络环境，易攻难守，网络安全风险成为在线诉讼面临的新型核心议题。

（一）法院在线诉讼平台数据信息在各环节存在的风险

法院在线诉讼平台在收集、运用、公开数据的各环节均存在着安全风险。

1. 收集环节存在的风险。在数据收集环节，在线诉讼平台对诉讼参与人信息的泄露有可能是全方位的。在线立案时，当事人通过人脸识别系统进入在线诉讼平台所留存的面部信息、当事人身份证号、住所地、个人偏好等海量司法大数据有可能被泄露。在线庭审中，法院工作人员未调试好设备，可能导致参与人个人信息泄露；尽管部分案件不公开审理，但由于电子化诉讼，诉讼参与人的个人信息、庭审记录、裁判结果等海量案件信息均会汇集至与法院有合作协议的平台上，在线诉讼平台中的案件信息在流转与留痕过程中，一旦因存在权限漏洞而被盗窃、泄露、非法查看、篡改、仿冒等，均会造成严重后果。

2. 应用环节存在的风险。在线诉讼中，诉讼参与人可凭借账号、密码、人脸识别等途径进入在线诉讼系统。然而，这些数据一旦被窃取，可能导致登录平台的并非真正诉讼参与人本人。即便人脸识别准确率较高，但不排除双胞胎等长相极相似的人代为诉讼，法官在网络环境中无法通过面貌、体态特征等方式把握诉讼参与人的真实性，单凭人像与证件

信息的对比准确率更低。因此，在线诉讼存在法院识别和认证诉讼参与人真伪的风险。

3. 公开环节存在的风险。科技延长了司法的触角，通过将声音、图像等综合处理的方式为司法公开提供强劲支撑，科技的深度应用让正义的实现方式看得见，通过全流程在线诉讼、庭审公开、裁判文书公开等途径，法院对案件的审判执行过程全方位暴露于社会监督之下。但在线诉讼平台在带来福利的同时亦带来无限隐患，科技让司法承受前所未有的重，信息技术的公开透明加剧了信息泄露、侵犯诉讼参与人隐私权的风险。公众通过在线诉讼平台加速了解案件审判执行全过程，并有可能充斥着各方质疑与评议，法院的案件数据与当事人信息一旦被公开，个体的在线诉讼行为易导致当事人隐私被过分挖掘，为当事人带来未知的负面影响。在线诉讼使司法公开与个人信息保护之间的博弈愈发紧张。面对科技与司法公开的冲突，法院亟需加强信息安全防护，在顺应科技进步的同时警惕科技带来的“全景敞视”风险，^① 确保司法的稳定性。

（二）法院在线诉讼平台数据安全风险的成因

“善除害者察其本，善理疾者绝其源。”技术环境下法院与科技公司间的博弈关系加剧了在线诉讼数据信息在收集、运用、公开环节存在的风险，亦加剧了科技与司法之间的冲突，因此只有理顺风险之“源”，始能探寻构建安全的在线诉讼数据环境之“路”。

1. 价值偏轨：部分法院重业务轻技术倾向。法院内部主要为法律专业的审判人员，依靠法院内部力量研发在线诉讼平台如天方夜谭，较为可行的方法是与外部科技公司达成战略合作，实现数据信息技术外包。法院为科技公司开放数据信息访问权限，外包公司收集法院提供的案件信息，获取案件数据后整理并协助法官办案，这种做法本是“各取所需”，但却为科技公司通过处理海量诉讼信息和数据的方式干扰或介入司法提供可乘之机。假设科技公司成为案件诉讼参与人，其在诉讼策略和证据方面具有普通当事人难以比拟的天然强势地位，可悄然进行隐匿、伪造、篡改相关数据，进而取得诉讼优势，造成公众对司法公信力的怀疑。对于信息化完全依赖外包科技公司造成严重的后果表现在以下两方面：一方面，法院对科技公司大数据开发原理和共享状态并不了解，难以知晓科技公司是否已遵守保密规则或是否存在擅自复制信息以谋取私利的情况；另一方面，法院掌握海量准确而详尽的当事人诉讼资料，这些数据相较于互联网上的碎片化信息更为详尽且更具隐私性，一旦这些数据被科技公司的人工智能和新算法过分挖掘，法院则会沦为互联网数据库的中介机构，严重威胁诉讼参与人的信息安全。

2. 规则缺位：技术革新下在线诉讼规则不明。我们处于“到处留痕”的大数据时代，每个人都可能成为别人研究和分析的对象。自 2015 年最高法院开始筹备智慧法院建设，电子诉讼悄然兴起，2017 年三大互联网法院的建立使在线诉讼蓬勃兴起，但在信息技

^① 参见钱锋：《现代网络科技与司法公开》，载《中国党政干部论坛》2014 年第 2 期。



术日臻成熟的当下，在线诉讼平台建设初期的规定已不能适应新形势下在线诉讼的数据安全和诉讼参与人个人信息保护的新要求。对于在线诉讼平台，我国已在法律、司法解释的层面明确了在线诉讼平台“安全可靠”的基本原则，强调保障在线诉讼数据信息安全；规定了“在线诉讼数据信息保护条款”，明确了各方主体对在线诉讼的数据安全和个人信息保护义务；明确了在线诉讼数据信息保护的追责条款，切实加大对数据安全和个人信息保护力度。实践中，部分法院建立了电子数据分级分类保护机制，保障在线诉讼的安全、规范、有序运行。但是，目前已有的配套解释仍较为原则性、倡导性，可执行性不强，未能回应目前在线诉讼中存在的安全风险问题。

3. 救济失衡：信息化人才缺失造成运维能力配置不齐。互联网时代，网络因其开放性、交互性、分布式等特点时常发生黑客侵袭、数据泄露等问题，网络信息安全成为国家安全战略之殇。部分法院信息化人才缺失造成运维能力配置不齐，使在线诉讼更易遭受黑客随时随地发起的攻击，诉讼参与人的身份信息、证据信息等均可通过互联网提交，法院的庭审笔录、裁判文书等也可通过互联网浏览、签字并送达，而一旦用于传输信息的网络的基础设施安全性建设不足，如外置存储使用不规范、杀毒软件安装不到位、病毒查杀不及时等，各种案件信息在线堆积的同时也会被置于泄露、恶意篡改、数据流攻击等风险境地。在线诉讼因其易遭受攻击的风险无法像实地诉讼平稳而有序地进行，造成其提高司法效益的福利属性大打折扣。另外，在智慧法院建设的背景下，司法审判与现代数据信息技术正进一步深度融合，但目前部分法院仍存在网络安全维护观念较为落后、数据信息安全保护漏洞明显、缺乏有利保护措施等问题，致使在线诉讼平台数据运维不当。再者，在线诉讼使法院案件数据安全与当事人个人信息保护工作贯穿全程，法院干警对在线诉讼中网络安全保密工作理念需要强化更新，无论是法院内部即时通讯软件、移动存储设备接入与流转等都有可能导致泄密。部分法院信息化建设能力薄弱，对网关安全、内网建设、数据安全的管理不足，缺乏切实有效的防止信息外泄手段。目前全国法院尚未构建统一的安全体系，也尚未建立统一的信息安全保密制度，造成中西部欠发达地区的信息安全基础设施和建设水平不足。

在线诉讼的时代已经来临，智慧法院的建设离不开信息化的支持。诚然，目前在线诉讼中法院案件数据信息和诉讼参与人的个人信息安全均存在一定程度上的风险隐患，但只要谨慎厘定科技与司法的关系，摸索出数据信息利用与安全风险的防控路径，就会对法院在线诉讼平台的安全性提升有所裨益。

三、数据安全视域下在线诉讼平台数据风险的防控

随着国家对智慧法院建设的大力投入，在线诉讼与时俱进，但学界对数据安全和个

人信息保护的研究多侧重于通讯服务、电商行业、互联网刑事犯罪等领域，对法院在线诉讼平台数据安全语焉不详。鉴于此，我们有必要及时化解在线诉讼平台数据风险，以维护审判权威，保障法院数据安全。

（一）提高法院数据信息技术外包管理水平

“不完全契约理论”（GHM理论）指出，在契约关系中，绝对完全的契约是不存在的，谁掌握契约中未提及的“剩余权利”的主动性，谁就控制了降低契约风险的关键。法院与科技公司签订的技术外包合同符合“不完全契约理论”的“不完全”特征，即合同签订时法院自身由于信息化能力薄弱，无法预测未来智能化设备的演变方向，对科技公司提供的技术信息了解程度处于劣势。双方信息严重不对称，合同内容无法涵盖可能发生的全部事项、权责分工等，有可能造成后期外包服务的成本增加、服务质量下降等情况。因此，亟需法院提升自身对数据安全的管理能力，与科技公司建立良性合作关系。

1. 增强数据信息安全管理能力。按照“不完全契约理论”的解释，当原始合同无法应对新情况新问题时，拥有“剩余权利”的一方掌握契约主动权。法院在与科技公司达成战略合作时，可通过建章立制的方式不断增强案件数据信息管理能力。一方面，成立专业信息化办公室。信息办由法院专业信息化人员、监管部门、第三方风控公司组成，对科技公司从选择到运营监管全程参与，内外结合的监督约束科技公司行为，并及时建立预测评估机构进行预警防范并自动应急处置。^①另一方面，加大对科技公司绩效考核。建立同步控制体系和信息反馈体系，跟踪检查和分析科技公司的成果与计划偏离度，并将考核结果与报酬相联系。^②

2. 与科技公司建立良性合作关系。法院与科技公司的“法企”合作关系表现为，一方面，法院信息化建设离不开科技公司专业化运营维护，另一方面，法院对科技公司的过度依赖让公众引发科技公司僭越法院独立审判权的猜想。这就要求法院与科技公司在合作时要把握好界限思维，法院作为案件信息数据的实际控制人应当对科技公司提供的司法科技服务严格把关，必要时公开双方合作细则，制订与互联网审判相适应的裁判规则，引入社会监督机制，使双方合作更加透明、合理，科技公司不得依靠与法院合作获得诉讼中的优势地位，双方互不逾矩，实现互利共赢。

（二）完善与在线诉讼数据安全相关的规章制度

在上世纪末欧洲立法通过了“被遗忘权”条款。近年来，我国维护个人信息相关的诉讼案件呈上升趋势，若想消除法院数据信息利用与安全隐患，加大对诉讼参与人的个人信息安全保护，必须不断完善与在线诉讼数据安全相关的规章制度。

① 参见李亚楠：《不完全契约理论视阈下电子政务外包风险研究及其应对措施》，吉林大学2018年硕士学位论文。

② 参见杨维芝：《基于不完全契约理论视角的外包服务商的管理》，载《哈尔滨商业大学学报（社会科学版）》2011年第5期。



1. 赋予法院绝对控制权。法院作为国家公权力机关在履行审判职责的同时获取诉讼参与人个人信息与案件数据具有正当性，在承诺不发生不当行为的同时有权获取相关信息，数据主体应予配合。法院应当审慎选择科技公司外包，对科技公司的技术水平、履约能力进行充分评估与监管，规定科技公司仅能在法律委托的范围内收集或传输案件与个人信息。

2. 建立数据风险分配机制。正确处理法院、科技公司、诉讼当事人三方收益与风险。一是人民法院应坚持公开透明原则。对于除国家秘密、商业秘密和个人隐私之外可公开的数据，应秉持开放充分、安全有序的原则，既重视公众知情权也强调国民监督权，让公众看到最本质最真实的诉讼数据，而非选择性公开。^①二是科技公司应坚持维护数据安全原则。以公共性为基准，恪守数据安全准则，以防止安全风险被扩大，对运营数据实行可视化展示，不得随意篡改数据；在存储与传输数据过程中符合技术安全与合规标准；加强风险监测并定期开展风险评估。三是尊重诉讼参与人数据安全原则。注意对诉讼参与人个人信息保护与大数据开发之间的平衡，对于海量诉讼参与人个人信息的加工运用，应以充分尊重个人信息为底线。

（三）加强法院在线诉讼平台安全防护与复合人才培养

安全可控是智慧法院建设的原则与底线，^②在线诉讼数据安全保护须与智慧法院建设同步推进。部分法院深度依赖外包公司，陷入信息化建设逐步失去主导权的尴尬境地。为避免此现象，要及时建立健全在线诉讼平台安全防护系统，注重法律科技复合型人才的培养。

1. 增强在线诉讼平台安全防护。网络安全是在线诉讼平台的外围防护盾，必须严守安全红线。落实在线诉讼平台软、硬件建设，加大资金投入，加强机房等配置上的安全自查与设备维护，防止安全隐患；改变陈旧管理理念，制定配套安全管理制度，落实安全责任。对于涉及国家秘密、商业秘密和当事人隐私的数据，要通过涉密信息系统传输。建立法院与检察机关、监察机关、行政机关信息共享机制，以方便各机关信息安全共享，防止外部网络的非法攻击。

2. 注重复合型人才培养。法院与企业合作易引发公众对在线诉讼是否存在安全风险、暗箱操作等问题的担忧，将信息化彻底外包给科技公司并非长久之计，法院需不断培养自身信息化人才。一是加强法律科技复合型人才培养。探索高校法学院与通信、计算机、人工智能等学院联合培养信息安全专业学生，培养出一批既懂法律又懂科技的复合型人才，为智慧法院建设提供后备力量。二是完善岗位招考。对法院信息化岗位的招考，增加对应试者信息技术资格的考查，考点多侧重于智慧法院建设与在线诉讼内容，逐步减

① 参见李海敏：《我国政府数据的法律属性与开放之道》，载《行政法学研究》2020年第5期。

② 参见蔡立东：《智慧法院建设：实施原则与制度支撑》，载《中国应用法学》2017年第2期。

少外包科技公司人员。三是加强法院与企业合作。法院抽调一部分干警到相关科技公司了解智慧法院建设原理与技术应用,并及时向科技公司普及审判逻辑与办案规则,方便系统设计与程序规划满足司法智能化需求,减少漏洞;科技公司定期到法院讲解如人工智能、区块链、大数据等相关知识讲座,便于干警及时发现信息化问题并反馈给科技公司。^①

(四) 细化在线诉讼平台数据与个人信息的安全规则

要实现在线诉讼技术和平台的中立性,不能简单地以追究泄露信息者相关责任的形式来实现,亟需建立有效的中立性检查与保障规则,即以外部实时监督形式实施,贯穿系统设计至运行的全流程。

1. 设立在线诉讼平台安全保障规则。为保障法院安全、连贯且有序地完成在线诉讼,可通过以下举措进行:一是软、硬件达标。规定在线诉讼需达到法院规定的硬件标准,配备保证诉讼安全有序的专业杀毒软件,各方传输、存储证据材料时,需加盖电子签名、可信时间戳等加密措施。二是建立技术故障应急机制。在线诉讼过程中出现各种故障时应确保有科技公司及时响应,将诉讼恢复至正常运行,一经查明故障为人为因素导致,应明晰责任分配。

2. 设立诉讼参与人的个人信息保障规则。禁止在线诉讼的泛化适用,对于需强化司法公开的案件,提高在线诉讼的适用程度;对于重视当事人个人信息与隐私权保护的案件,降低在线诉讼的适用程度;对于因庭审、裁判文书等司法公开而导致泄露个人信息的情况,应及时采取遮蔽、消音、从互联网上撤回等措施;对诉讼平台的个人信息、痕迹以及不公开审理的网上审判案件,应在内外网交互数据时确保安全性,规定加密举措及技术责任机制,防止大量数据传输交互过载宕机。案件流程在诉讼平台结束时,平台需将诉讼参与人使用体验及时反馈给法院。

结 语

当前,信息技术与司法审判深度融合发展,在线诉讼前景广阔。尽管实务部门真切推行和适用该种新型诉讼方式,但不可否认的是,在线诉讼在应用过程中存在着不同于传统线下审判的诸多风险隐患,因此,完善技术接入标准、健全技术应用规则、坚定技术中立、推动技术向善、厘定技术边界、保障数据安全刻不容缓。希冀本文对促进建立全国统一权威、互联互通的在线诉讼平台、防范技术过度介入司法、创造更高水平的数字正义、构建中国特色世界领先的互联网司法新模式有所裨益。

(责任编辑:杨 军)

^① 参见许建峰、黄国栋、柳叶:《全面建设智慧法院——审判体系和审判能力现代化》,载《行政管理改革》2019年第5期。



高空抛物罪的实践审视与疑难探究

吴允锋 吴祈泫*

内容摘要：高空抛物罪所保护的是与不特定对象的人身财产安全相关联的社会秩序，定性时应坚持具体危险犯的解释思路，结合特定情形判断行为的社会危害，并发挥“情节严重”限缩犯罪圈的功能，以实现合理审慎入罪。在构成要件要素方面，应当以相对高度对“高空”进行实质认定，将“抛”理解为有意引起物体掉落的行为，从物体致害可能性出发，对本罪所包含的物品进行分级分类考量。在体系性解释上，高空抛物罪与以危险方法危害公共安全罪、侵犯公民人身财产类犯罪、寻衅滋事罪等具有竞合关系，应根据高空抛物行为侵犯的法益，结合主客观方面，对罪名进行统筹和界分。

关键词：高空抛物罪；法益；情节严重；构成要件

中图分类号：DF626 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)03-138-150

一、问题的提出

“传统社会向风险社会的跃迁,空前激发了公众对于安全保障的诉求。”^①被称为“悬在城市上方的痛”的高空抛物行为,引发的风险一直受到社会各界的高度关注。为了保障人民群众“头顶上的安全”,规制日益高发、社会危害严重的高空抛物行为,《刑法修正案(十一)》新增高空抛物罪(第292条之二)。一方面,该罪的设立是预防主义刑法观的积极体现,通过刑事立法将刑法处罚的阶段前移,借助对不法行为的否定性评价,强化社会公众的规则意识,以实现高空抛物的风险防控。另一方面,该罪的设立是捍卫罪刑法定原则、增强刑法明确性的有力之举,立法者通过罪名的独立设置,纠正过往实践中泛化适用其他罪名的做法,以实现对于行为人罪责的恰当评价。

* 吴允锋,华东政法大学刑事法学院教授、博士生导师;吴祈泫,华东政法大学刑事法学院2020级硕士研究生。

基金项目:本文系国家社会科学基金重大项目“网络时代的社会治理与刑法体系的理论创新”(项目编号:20&ZD199)的阶段性成果。

① 刘艳红:《人性民法与物性刑法的融合发展》,载《中国社会科学》2020年第4期。

值得注意的是，在高空抛物罪设立的十个月内，共有86人以该罪判处刑罚。为探明这一新增罪名在司法实务中的适用情况，笔者对其中80例判决进行了逐份研究。在行为后果方面，有43个案件并无具体的损害结果，占总数的54%；有30个案件造成他人财物毁损，占总数的38%，其中较为常见的是被抛落物砸在路面停放的车辆上，导致车体受损；有7个案件导致被害人遭受轻微伤害，占总数的9%（见图1）。其次，在抛落物体的种类方面，有24个案件为行为人酒后将空玻璃酒瓶抛出，占总数的30%；有23个案件的所抛之物为菜刀斧子、陶瓷制品、石头瓦片等存在较大危险性的物品，占总数的29%；有18个案件为行为人随手将家中的锅碗瓢盆、桌椅板凳等具有一定重量的日常用品抛出，占总数的23%；有8个案件为行为人在施工过程中将水泥、板材等建筑材料抛出，占总数的10%；有5个案件为行为人为图省事将生活垃圾抛出，占总数的6%；有2个案件为行为人在躲避警方追查过程中将载有作案信息的手机、纸片等物品抛出，占总数的3%（见图2）。

在“情节严重”的认定方面，造成实际损害后果的案件有36例，占总数的45%；被抛出物体掉落至人流量较大的公共场所，险些砸中行人的案件有23例，占总数的29%；行为人多次实施高空抛物行为的案件有5例，占总数的6%；抛物行为持续时间长、所抛之物数量较大的案件有2例，占总数的3%；另有14例案件未在判决书中对“情节严重”的具体情形加以阐述，占总数的18%（见图3）。

在量刑方面，有29个案件对行为人宣告了缓刑，占总数的36%；有34个案件对行为人判处了6个月以上有期徒刑，占总数的43%，其中有9个案件法院仅对抛物行为作出认定，而未对具体情节进行说理，存在量刑畸重之嫌（见图4）。

在行为动机方面，由于家庭矛盾发生争吵，情绪激动下实施抛物行为的案件有20例，占总数的25%；酗酒后无端生事的案件有14例，占总数的18%；为图一时方便而进行抛物的案件有13例，占总数的16%；试图以抛物警告制止他人噪音干扰的案件有5例，占总数的6%；发泄心中情绪，表达对社会不满的案件有9例，占总数

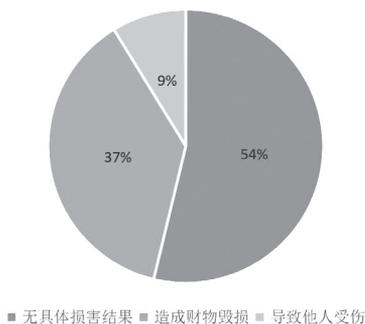


图1 高空抛物案件的行为后果占比

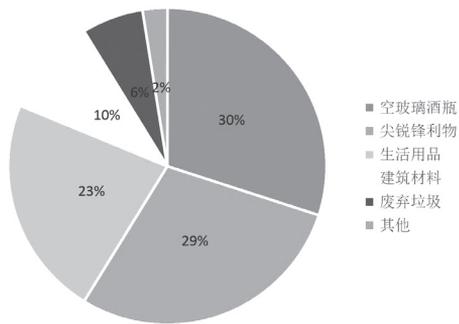


图2 高空抛物案件的物品种类分布

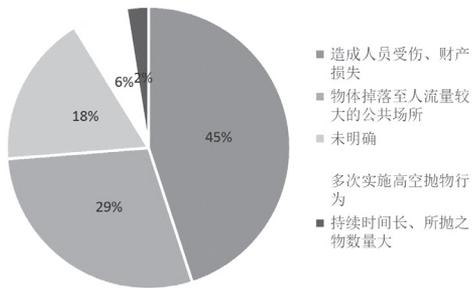


图3 高空抛物案件“情节严重”认定情况

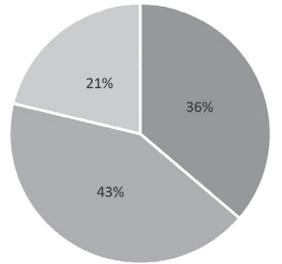


图4 高空抛物案件的量刑情况

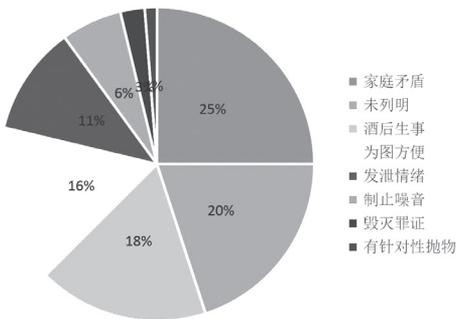


图5 高空抛物案件的动机分析

的11%；有2例案件为行为人在抗拒追捕过程中，将物证从高处抛落，意图毁灭罪证；另有1例案件，行为人欲报复特定对象，而实施了有针对性抛物行为；其余16例案件在法院的判决书中并未详细说明高空抛物发生的原因（见图5）。

从上述案例可以看出，一方面，高空抛物罪的入罪门槛较低。在当前司法实践中，一旦行为人自高空抛落物体，就径直以该罪论处，高空抛物罪中的“情节严重”要素被虚置，存在着泛化适用的倾向。产生这一现象的原因在于，对高空抛物罪所侵害的秩序法益的模糊化理解，以及对该罪“具体危险犯”判断路径的错误适用。另一方面，缺乏对高空抛物罪构成要件要素的规范性认识，实践中的部分案件在定性上存在分歧，在量刑上标准不一。高空抛物的行为多样，所导致的危害也有着一定的差异，如何理解本罪中的“物”“高空”“抛”等客观构成要件，是界定高空抛物之罪与非罪，厘清高空抛物罪与其他罪名关系的前提。由于法条用语的高度凝练性与相对模糊性，条文规范与司法实践的对接需要以法律解释为桥梁，对高空抛物罪展开解释论形塑十分重要。笔者将从高空抛物罪的定位与定性出发，阐释本罪构成要件要素的内涵，划定高空抛物行为的出入罪边界，把刑事政策的意蕴注入到法律规范之中，实现刑法法条与现实社会的良性互动。

从上述案例可以看出，一方面，高空抛物罪的入罪门槛较低。在当前司法实践中，一旦行为人自高空抛落物体，就径直以该罪论处，高空抛物罪中的“情节严重”要素被虚置，存在着泛化适用的倾向。产生这一现象的原因在于，对高空抛物罪所侵害的秩序法益的模糊化理解，以及对该罪“具体危险犯”判断路径的错误适用。另一方面，缺乏对高空抛物罪构成要件要素的规范性认识，实践中的部分案件在定性上存在分歧，在量刑上标准不一。高空抛物的行为多样，所导致的危害也有着一定的差异，如何理解本罪中的“物”“高空”“抛”等客观构成要件，是界定高空抛物之罪与非罪，厘清高空抛物罪与其他罪名关系的前提。由于法条用语的高度凝练性与相对模糊性，条文规范与司法实践的对接需要以法律解释为桥梁，对高空抛物罪展开解释论形塑十分重要。笔者将从高空抛物罪的定位与定性出发，阐释本罪构成要件要素的内涵，划定高空抛物行为的出入罪边界，把刑事政策的意蕴注入到法律规范之中，实现刑法法条与现实社会的良性互动。

二、高空抛物罪的定位与定性

（一）立法缘起及法益廓清

梳理高空抛物行为的刑法规制脉略，从2019年11月最高法院颁布的《关于依法

妥善审理高空抛物、坠物案件的意见》通过以危险方法危害公共安全罪对高空抛物行为加以惩治,到《刑法修正案(十一)》一审稿在危害公共安全罪章节中增设高空抛物罪,再到最终将高空抛物罪纳入妨害社会管理秩序罪的范畴中。自公共安全至社会管理秩序,法益的变动体现了立法者对高空抛物行为本质的认识不断深化,也是对以往司法认定不当拔高了高空抛物行为社会危害性的纠偏。

高空抛物罪保护的法益是社会的安宁与秩序,即高空抛物行为违反了人们在公共空间内必须遵守的行为规范,破坏了公众对社会生活有序运行的合理期待。公共秩序作为一个抽象模糊、涵摄范围较广的概念,通过刑事制裁手段维护公共秩序,体现了“风险社会”的时代背景中维护公众“体感治安”的活性立法倾向。在通常情况下,高空抛物不具有放火、决水、爆炸等危险方法的特点,行为一经終了,所造成的危险不会持续延展,难以达到危及公共安全的程度。根据学界通说,公共安全指不特定多数人的生命健康及财产安全,这里的不特定强调危险的不特定扩大,即随时有向多数发展的现实可能。^①实践中,高空抛物往往只会导致某个具体的对象遭受财产损失或者人身伤害,尽管行为造成的危险在事前难以预料,但不意味着损害结果具有无法控制的不特定性,故高空抛物行为侵害的法益在多数情形下与公共安全并不契合。

然而,秩序法益具有天然的扩张属性,有学者指出:“国家和社会的利益必须是因保护个人利益而存在。”^②维护社会秩序的根本目的在于保护公民的权利,只有当公共法益可以被还原为个人法益时,预防刑法才具有正当性。^③笔者对此持肯定的观点,刑法的介入需要符合最后手段的要求,在我国“行政违法—犯罪”的二元体制下,单纯的“不服从”犯倘若仅破坏了一定的社会规则,并未直接关联到秩序背后的公民个人法益,则不应纳入刑法的评价范畴。申言之,只有高空抛物的行为使社会公众承受了难以容忍的危险,可能会侵害到民众的生命健康、财产安全,具有向实际危害结果演进之现实可能性的,才能成为高空抛物罪的规制对象。因此,应当对本罪所保护的集体法益作具象化的考察,此处的“社会的安宁与秩序”要求关乎不特定对象的自由与安全,对于实践中在相对封闭的空间内实施的有针对性抛物的,虽然行为具备一定的危险性,但不会直接影响到社会公众的人身财产安全,不能构成高空抛物罪。

(二) 具体危险犯下“情节严重”的解释路径

高空抛物罪采用了“行为+情节”的立法模式,满足构成要件的行为是否具备破坏社会管理秩序的危险,需要以“情节严重”为判断标准,根据高空抛物案件的具体情形,由司法机关对行为的危险性进行具体认定,将尚未达到科处刑罚程度的行为予

① 参见张明楷:《高空抛物案的刑法学分析》,载《法学评论》2020年第3期。

② 李婕:《论抽象危险犯的法益构造与界限》,载《刑事法评论》2015年第2期。

③ 参见房慧颖:《预防刑法的天然偏差与公共法益还原考察的化解方式》,载《政治与法律》2020年第9期。



以排除。尽管高空抛物在实害结果上具有不确定性，但是该行为无疑为社会公众带来不安全感，为了加强对公共空间规则秩序的维护，刑法将防卫线前置，以规制类型化的不法行为。但若仅按照是否对秩序法益造成危险来认定犯罪，则极易导致高空抛物行为入罪的泛化。而刑法作为最严厉的社会治理手段，犯罪圈的一味扩张不利于人权的保障，故立法者选择以“情节严重”为评价尺度，将法益侵害风险较低、刑事处罚必要性不强的行为予以出罪。然而，“情节严重”这一罪量要素，常常遭受着有违罪刑法定的明确性、导致司法适用标准模糊的批评。^①基于此，笔者将围绕能够体现法秩序破坏程度的诸要素，对本罪的“严重情节”进行阐释，以更加清晰的标准全面衡量行为的社会危害性，从而合理界定高空抛物罪的归责边界。

1. 影响行为危险性大小的因素

第一，抛掷物的材质、数量、体积、质量等。不同物体在坠落过程中产生的冲击力各异，发生碰撞后的破坏力亦存在差别。比如相较于塑料制品，玻璃陶瓷等通常会因撞击发生破裂，锋利的碎片具有较强危险性，且极易因飞溅而导致多人多物受损。又如同时抛出多件物品的行为，增加了他人躲避侵害的难度，抛掷物的体积、质量越大，造成实害结果的可能性也就越高。反之，如果行为人抛掷是塑料泡沫等受空气阻力影响较大且重量略小的物，由于其破坏力有限，行为的越轨程度轻微，可以认为尚不符合情节严重的要求。

第二，实施抛物行为的时间、地点等。在时间维度方面，其一，不同时间段公共空间内的人流量大小有别，抛物行为对社会治安的破坏程度、对公众心理的消极影响存在差异。对比早晚高峰时期与凌晨午夜时分，道路中行人及车辆的数量差别明显，抛物行为对社会秩序的扰乱程度有着显著区别。例如，在句国雨寻衅滋事罪案中，检察院以事发之时为2020年1月30日凌晨，正值新冠疫情的严格防控期，小区来往人口密度低为由，提出了量刑畸重的抗诉。^②如果行为人实施抛物时，在一定区域内通常无人员流动，且行为未造成实际损害的，则可以认为不具备严重情节。其二，高空抛物持续时间的长短也反映了行为的社会危害性大小。行为人连续不断地将物品从高空抛出，由于抛物行为实施的时间较长，对他人正常生活的干扰程度较大，其可罚性也就更强，故可以将一定时间内连续进行抛物作为本罪的严重情节。例如，被告人因不满街边不锈钢加工店的噪音，将玻璃酒瓶抛出，惊吓到路人昌某，正当群众围观时，其又抛出另一玻璃酒瓶。^③行为人在一定时间内反复多次实施抛物行为，对危险的发生具有更积极的追求或更大程度的放任，客观上引发危害后果的可能性更高，对社会秩序的干扰与破坏更强。

^① 参见谭莹：《论虚开发票罪中“情节严重”的具体危险构造及其判断》，载《政治与法律》2021年第6期。

^② 参见句国雨寻衅滋事罪案，天津市第一中级人民法院（2020）津01刑终484号刑事判决书。

^③ 参见刘乐元高空抛物罪案，湖南省益阳市赫山区人民法院（2021）湘0903刑初362号刑事判决书。

在空间维度方面,其一,行为人抛掷物体的高度与行为可能造成的损害后果紧密相连,在高空的加持下,重力势能转化为动能,物体下落的相对高度越大,所具备的冲击性与致害性也会越大。其二,物体实际坠落的区域是否为公共空间与本罪的保护法益直接关联。如向人群密集的公共道路、小区广场等抛掷物品的,该行为打破了社会生活的平稳与安宁,造成了公众的恐慌与不安,不法程度相对较高,予以否定评价的必要性更强。而在野外郊区等人迹罕至的地方实施抛物行为,或者向自家庭院等非公共领域抛掷物品的,则不会导致秩序法益受损,不能认为行为符合情节严重的要求。只有具备社会公开性和交往性,即能够影响不特定对象的行为才可能对社会秩序产生侵害,^①而前述行为通常难以威胁到公众正常生活,不会造成社会秩序的混乱,与高空抛物罪的规范性保护目的不符,应当通过“情节是否严重”进行出罪。

2. 体现行为人人身危险性的因素

客观的行为人特征、主观的不法特征等个人的构成要素是进行违法性判断的重要对象。^②第一,考察实施高空抛物行为的主观目的与动机。实践中行为人高空抛物的动因多样,比如,为报复社会、发泄不满情绪而向人群中抛物,或是因家庭矛盾、出于内心愤怒而抛掷个人物品,抑或在酗酒后无事生非、为寻求刺激向窗外抛扔杂物等。尽管高空抛物行为的实施都能够反映出行为人对他人人身财产权利的漠视,对人们共同生活需要遵守的行为准则的违反。但是,不法行为的产生原因也体现了行为人主观恶性的差异,出于不同动机的高空抛物所表征出的主体之可责难程度有所差别。实践中存在着行为人为图省事从高处抛落物品的情形。行为人主观上并无对抗乱公共秩序的积极追求,只是为了个人的一时方便,向往来人员较少的地方丢弃杂物的,若客观上没有导致实际损害后果,则可以认为该行为不符合“情节严重”的要件。

第二,行为人屡教不改、反复多次进行高空抛物的。例如,在邹积民高空抛物一案中,被告人数次在家中将废弃玻璃啤酒瓶扔出窗外,造成楼下多辆小轿车受到不同程度的损坏。^③此类非偶发的高空抛物事件,反映出行为人较大的主观恶性与人身危险性,特别是经他人劝阻或批评教育后未加以改正的,这一与法秩序相背离的行为对社会的不良影响更为恶劣,予以刑事处罚的必要性较强。一旦行为人有了实施某一不法行为的惯性,则很容易出现违法犯罪递进发展的态势,^④将曾因某一行为承担民事责任、受过行政处罚后仍继续实施的,作为我国司法解释有关“情节严重”的常见情形,也是出于此种考量。

① 参见于志刚、郭旨龙:《“双层社会”与“公共秩序严重混乱”的认定标准》,载《华东政法大学学报》2014年第3期。

② 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特:《德国刑法教科书》(上),徐久生译,中国法制出版社2017年版,第327-331页。

③ 参见邹积民高空抛物罪案,大连市河口区人民法院(2021)辽0204刑初421号刑事判决书。

④ 参见姜涛:《高空抛物罪的刑法教义学分析》,载《江苏社会科学》2021年第5期。



故将反复实施高空抛物行为纳入判断本罪情节严重的要素，与民众预测可能性相契合。

3. 行为造成他人受伤或导致财产损失等实际损害结果

当高空抛物具体侵害到特定主体的人身财产权利时，行为的法律拟制风险已然转化为实害后果，抽象的集体法益受损程度得到具象化的呈现，此类结果事实作为对他人权益的直接侵害，使行为人的可苛责程度显著提升，应当属于情节严重的范畴。高空抛物行为的实施，使社会管理秩序面临着被侵犯的抽象危险，但并非任何的高空抛物行为都能构成犯罪。作为判断行为可罚性的重要尺度，情节严重发挥着限制处罚范围的作用，实践中要结合能够表征法益侵害程度的事实进行综合判断，以体现刑法作为后盾法与保障法的功能。

三、构成要件的阐释与厘清

刑法解释是成文法克服自身语义障碍回应多变现实的有效策略，在进行构成要件解释时，应当以规范性保护目的为导向。《刑法》条文对高空抛物罪客观行为的描述是“从建筑物或其他高空抛掷物品”，这一高度概括的规范构造还需要通过解释予以进一步细化。

（一）“高空”的认定规则

从高空抛物罪的立法原意来看，应当对“高空”进行适当的扩张解释。高空抛物行为的社会危害性，既体现在毁坏财物、致人伤亡等损害结果上，也体现在造成公众恐慌、扰乱社会秩序等消极后果上。被抛落物在自由落体的过程中，重力势能转化为动能，物体的相对位置越高，产生的冲击力会越大，其危险性也就越强。物体降落高度与行为的法益侵害性紧密关联，由于实务中的高空抛物常见于从楼房向地面抛掷物品，故法条采用了“高空”一词对此加以概括。但是，该罪的评价重点不在于物体是否自高空坠落，而在于物体下落的高度能否使之具备相当的破坏力，行为的危险性有无随之提升。因法条并未直接规定何谓“高空”，对其含义的理解应结合其他资料，根据国家标准化委员会2008年发布的《高处作业分级》规定，高处作业是指“在坠落高度基准面2m或2m以上有可能坠落的高处进行的作业”。有学者以之作参照，将高空抛物解释为“在坠落高度基准面2米及以上抛掷物体的行为”。^①但是此种等量齐观的做法似有不妥，《高处作业分级》有关“高处”的界定侧重于对高处作业人员人身安全的保护，而高空抛物罪中的“高空”则应反映出物体坠落后产生风险，二者规范的事项有所不同，“高空”与“高处”不能作同一理解。

^① 参见彭文华：《〈刑法修正案（十一）〉关于高空抛物规定的理解与适用》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2021年第1期。

根据住房和城乡建设部 2011 年发布的《住宅设计规范》的规定,住宅层高宜为 2.8m,即建筑物的一层楼高通常为 2.8 米。笔者认为,行为人从一楼向窗外抛掷物体的,由于物品坠落的相对高度较低,抛物行为造成损害的可能性较小,对公共秩序的破坏程度有限,故这里的高度宜略高于一层楼高。因此,可以将高空抛物理解为“在坠落高度基准面 3 米及以上抛掷物体的行为”。坠落高度基准面指可能坠落范围内最低处的水平面,即高空是一个相对化的概念,不能直接将“距离地面的绝对高度”作为其判断标准,应以“距离物体可能坠落地点的高度”为参照。一方面,需要计算物体从高处掉落至低处的实际距离,将落差小于 3 米的抛物行为予以排除。例如,为阻止被害人麦某改变雨篷方向,被告人梁某先后将瓷砖和菜刀,从 301 房窗口扔向 201 房,上述物品均落在被害人身旁。^① 尽管行为人身处较高的建筑物中,但其仅向相邻楼层抛物,自高处向下坠落并未使抛掷物的危险性显著提高,在本案中,由于物体掉落的实际距离较小,难以符合“高空”这一要件。另一方面,需要通过实质解释,将向地面以下一定空间内抛掷物品的行为纳入本罪的规制范畴。此处高空的本质并非是物体所处的高度较高,而是相对于坠落地点的落差较大,如行为人从地面向地下广场、停车场等场所抛掷物品,其行为的危险性与从高层建筑物中抛物并无较大差异,因此,为了避免遗漏评价,不应按照“距地面较高的空间”对“高空”进行字面解释,而应从相对高度的层面理解高空的含义。

(二)“抛”的内涵理解

“抛”是一种有认识、有意志的行为,应当与因过失或意外事件导致的坠物加以区分。抛有积极主动地使物品掉落之意,行为人明知高空抛落的物体会产生较大的冲击力,有对他人人身财产造成损害的可能,仍然决意实施这一危险行为,表现出其对法秩序的漠视和敌对态度,具有较大的主观恶性及人身危险性。与高空坠物不同,抛物强调物体掉落与客观行为之间的因果关系,即导致物体掉落的根本原因不是自然力或他人的活动,而是行为人出于使物体自高处落下的故意,依靠自身力量或者借助工具器械实施的行为。倘若行为人的所有物或管理物因自身缺陷或是在遭受外力后坠落,由于客观上缺乏以积极行动促使物体从高空落下的事实,应当认为此时物之坠落非由人为抛落,不能以高空抛物对其进行归责。比如,行为人将物品放置在高层建筑物的窗台边缘、禁止堆放物品的楼顶天台等危险区域,由于自然力或他人原因导致物品坠落并造成实际损害的,由于行为人没有直接实施“推”“扔”“丢”等抛物行为,不满足高空抛物罪的行为要求。但是,作为物的所有人或管理人,没有履行好妥善安放物品的义务,应当承担相应的民事责任。同时,对于行为人故意实施抛物行为导致其他物体坠落的,若其主观上可以预见到该行为的危险性,则应对其进行归责。例如,被告人自家中扔下啤酒瓶,啤酒瓶砸穿

^① 参见梁时锋以危险方法危害公共安全罪案,广东省广州市越秀区(2020)粤 0104 刑初 194 号刑事判决书。



雨棚，雨棚碎片掉落地面。^①在本案中，雨棚碎片砸向地面所造成的危害，与行为人主动实施的抛物行为具有直接因果关系，其能够预见到扔下啤酒瓶可能引发的后果，但仍对这一附带性坠物的发生持消极放任的态度，应当对相应的结果负责。

（三）“物”的范围厘定

对于本罪中“物”的范围，需要从物体致害可能性的角度出发，根据所抛之物的性质，对高空抛物罪应包含的物品作分级分类考量。笔者将本罪中的“物”分为以下三类：一是坚硬且重量大或者锋利且具有攻击性的物品，如瓷砖、玻璃、刀具、铁棍等。该类物品自身具备高度的致害可能性，即使在平面空间内进行投掷，也会导致人身或财物遭受不同程度的损害，抛掷上述物品的刑事处罚必要性较高。实践中对抛落此类物品进行惩处的争议不大。

二是本身质量有限且无较大杀伤力，但能够在重力作用下形成强烈冲击力的物品，如金属器具、小型家电、塑料制品等。上述物品在下落时能够产生一定的物理致害性，对不特定对象的人身财产权利造成较大威胁，即便抛掷此类物品尚未导致严重损害后果，但抛物行为本身具有较高的危险性，应当对其予以否定评价。高空抛物罪的设立意旨，就在于降低入罪标准，加强对抛掷此类物品行为的规制。立法者对高空抛物所产生的风险进行了拟制，但由于行为人抛出物体时所处的高度不同，物体在发生碰撞时的破坏力也有所差异。实践中可以通过侦查实验等方式进行反证，如若证明该物体不可能导致实害结果，那么这一行为不具备相应的抽象危险，因而不应对行为人加以归责。

三是对公共秩序产生干扰或造成不良影响的其他物品，如无毒害的液体及粪便等污秽物、一定数量的代金券及宣传单等。此类物品虽不会直接导致物理上的侵害，但是，向公共场所抛洒污秽物的行为，有违伦理道德与善良风俗，同样破坏了承载着文明良好风尚的社会秩序。在人群密集、车流量大的场所抛撒优惠券、广告单的行为，往往会导致公众做出一定的反应，或是回避躲闪或是上前争抢，极有可能引发交通事故、踩踏事件等恶劣后果，对表征安宁与稳定的公共秩序造成威胁。社会管理秩序的意蕴较公共安全更加宽泛，在保护法益的指引下，可以对高空抛物行为进行适当拓展，但这并非意味着本罪所包含的物品没有任何限制，行为人抛掷废纸团、轻薄衣物、小型快递盒、常温洁净水等物的，一般不会影响他人的人身财产安全，也不会导致公众产生强烈的恐惧心理，更不会使公共秩序出现明显动荡，对于这种缺乏严重社会危害性的行为，则没有必要认定为犯罪。因此，在划定本罪物品的范围时，要以社会管理秩序法益为核心，根据物体的性质、质量、大小等判定其潜在的致害可能性，结合物体下落的具体高度，综合认定抛物行为的危险性，判断其是否达到了情节严重的程度，进而合理划定违法与犯罪的界限。

^① 参见冯某元高空抛物罪案，广东省深圳市福田区人民法院（2021）粤0304刑初901号刑事判决书。

四、关联罪名的竞合与界分

在《刑法修正案(十一)》施行以前,实务中对高空抛物行为的定性存在着较大分歧,所涉及的罪名有以危险方法危害公共安全罪、故意杀人罪、故意伤害罪、过失致人死亡罪、过失致人重伤罪、故意毁坏财物罪、寻衅滋事罪、重大责任事故罪等。高空抛物罪的设立,在一定程度上化解了司法实践中的疑难问题,同时,本罪第2款想象竞合的规定也为其他罪名的适用留出了一定空间,为防止相关犯罪对高空抛物罪的架空,避免高空抛物罪对类似犯罪的僭越,有必要从解释学的角度进行关联罪名的界分。笔者将以高空抛物罪的规范保护目的为核心,从主客观相结合的角度出发,围绕行为对象、抛掷物体、危害后果、主观心态等要素,把握高空抛物罪的内在逻辑,阐释处理高空抛物行为的体系化思路,以实现轻轻重重、罪责相当的刑事政策理念。

(一) 与以危险方法危害公共安全罪关系之剖析

以危险方法危害公共安全罪强调行为手段与放火、决水、爆炸、投毒的同质性,以及导致结果扩散蔓延、波及范围广、难以控制支配的不特定性。高空抛物行为虽然在损害结果上具有较大的偶然性和随机性,但该行为的辐射范围有限,即使是一段时间内连续多次的抛物行为,也仅会侵害到某个具体的人或物,通常情况下高空抛物并不符合以危险方法危害公共安全罪的行为性质。立法者将高空抛物单独入刑,使之从危害公共安全罪中剥离,并为其设置了较低的法定刑,正是由于高空抛物与以危险方法危害公共安全在行为的不法属性与行为人的罪责性质上存在明显差别。高空抛物所导致的具体危险或损害结果往往不会持续扩大或增加,难以对不特定多数人的生命健康、重大公私财产造成现实紧迫的危险,行为人在主观上仅表现为对不确定个体人身财产权的漠视,其主观恶性相对较小,故对一般的高空抛物行为不宜过度拔高为以危险方法危害公共安全罪。通过高空抛物罪来处理此类案件,能够有效避免以危险方法危害公共安全罪的进一步口袋化,是对罪刑法定与罪责刑相适应原则的回归与坚守。^①

值得注意的是,在本罪设立以后,实务中的一部分判决仍有待商榷。例如,被告人因家庭纠纷,攀爬至窗外的空调机上,在明知楼下系居民的进出通道且有车辆停放的情况下,将一把斧子、一只塑料花瓶、一包重达数公斤的纸质材料从9层楼的高空抛出,致使在楼下停放的汽车受损,并险些砸到过路人员。审理案件的法院认为,被告人的行为客观上造成了危害公共安全的后果,在案发时间段内,小区居民活动频繁,行为人连续实施高空抛物,其抛掷的斧子等物件不仅具备极强的穿透力,并且经过高

^① 参见曹波:《高空抛物“入刑”的正当根据及其体系性诠释》,载《河北法学》2021年第2期。



强度冲击及弹跳后,还具有产生二次破坏的可能。该行为最终导致了两辆车受损,并使不特定人员承受着具体的危险,应构成以危险方法危害公共安全罪。^①笔者认为该裁判理由体现出对公共安全法益之“不特定性”的理解偏差,存在着以实害结果严重性反推不法行为危险性的错误倾向。诚然,斧子等凶器具有极大的杀伤力,连续抛物行为可能会导致数个危害结果的发生。不过,行为人所抛掷的物品并不会引发危害后果的持续扩张,高空抛物行为所针对的仅为不确定个体,不具备与危害公共安全罪中“其他危险方法”相当的社会危害性,难以达到足以危及公共安全的程度,通过高空抛物罪对不法行为进行评价已足。此类连续抛物致损的案件与随机杀人案类似,在云南暴力恐怖案件中,行为人持刀袭击人群,造成多人死亡,法院最终没有按照以危险方法危害公共安全罪认定,就是因为该行为虽针对不确定对象连续实施,但其手段的侵害范围有限,缺乏结果扩张意义上的具体危险,不符合危险方法的本质特征。

因此,对于高空抛物行为能否归属于以危险方法危害公共安全罪,应当围绕对象的不特定性与手段的危险性,结合所抛物品的属性、实施行为的时间地点等,综合判断是否达到了危害公共安全的程度。笔者认为可以从以下两个角度考察,其一,抛掷的物体是否具有特殊性,如行为人投掷有毒有害放射性物质,或者抛落具有燃烧爆炸可能性的煤气罐等危险物品。其二,抛物行为是否会引发公众实施其他危险行为,进而造成更为严重的危害后果。比如行为人向高速公路抛物,司机为紧急躲避而发生车辆连环撞击的,或者持续向人群密集处抛落具有杀伤力的物品,他人为躲闪回避而拥挤逃窜,存在发生踩踏事故可能的。上述行为引起的危险具有开放性与不受控性,足以危及不特定多数人的安全,应当成立以危险方法危害公共安全罪。

(二)对侵犯公民人身、财产权利犯罪适用之分析

社会法益是指“保护国民个人的具体利益所必要的社会利益”^②。对于公共管理秩序的危害可以具体体现在对公民个人权利的侵犯上,高空抛物所破坏的社会秩序能够被还原为他人的的人身和财产权益,其与人身、财产犯罪具有天然的亲和性。在高空抛物行为导致人员伤亡或者财物受损的情况下,高空抛物罪与此类犯罪存在竞合关系,根据《刑法》第291条之二第2款的规定,应当依照较重的犯罪定罪处罚。接下来,笔者将对高空抛物罪与侵犯公民人身、财产权利犯罪的适用展开分析。

第一,行为人单独构成高空抛物罪的情形。基于风险预防的立场,现实危险哪怕短暂存在,只要具有法益侵害的可能性,就应当作为犯罪处理。^③从立法旨趣来看,高空抛物罪具有一定的兜底功能,行为人缺乏侵害特定对象的故意,抛落的物体也没

① 参见卢永年以危险方法危害公共安全罪案,上海市静安区人民法院(2021)沪0106刑初49号刑事判决书。

② [日]大谷实:《刑法讲义总论》(新版第二版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第119页。

③ 参见刘艳红:《刑法观正当性危机的有效立法——〈刑法修正案(十一)〉生物安全犯罪立法总置评》,载《政治与法律》2021年第7期。

有造成实际损害结果，但是抛物行为带来了扰乱秩序的风险，影响着社会的平稳运行，需要通过该罪对此类行为予以否定。

第二，仅成立侵犯人身、财产权利犯罪的情形。从高空抛物罪的主观方面来看，实施高空抛物的行为人通常对损害结果具有概括的故意，即能够认识到行为可能会侵害他人的合法权益，并希望或者放任其发生。申言之，行为人存在对秩序法益漠视的心理态度，纵使其对于具体的侵害对象及造成的损害结果无准确清晰的认识，但是能够大体预知到行为的危险性，并任由此种危险出现。反之，倘若行为人虽实施了高空抛物行为，但对危险的发生仅具有过失的，则不构成本罪。例如，被告人石某与何某分工装卸货物，石某在店铺二楼将布卷从窗口扔出，何某在楼下负责提醒路人并完成装运。由于上述被告人疏忽大意与过于自信，未尽到提醒和注意义务，致使途经此地的受害人被抛落的布卷砸中头颈部。^①对于本案，尽管行为人实施了高空抛物的行为，但从他们分工负责、提示路人的举动可以看出，双方对危险结果的发生均持否定态度，主观上不具备扰乱社会秩序的故意，难以进入高空抛物罪的评价范畴中，应根据抛物行为所造成的结果，构成相应的过失犯罪。

第三，高空抛物罪与其他犯罪想象竞合的情形。从客观方面看，如若行为人为实现某一特定犯罪目的，以高空抛物为手段实施犯罪，由于该方法本身具备一定的危险性，溢出了原有犯罪的保护法益，应当同时构成高空抛物罪与相关犯罪。例如，被告人为表达对拆迁的不满，来到待拆房屋楼顶，通过高空抛物的方式，将中国铁塔股份有限公司放置此处的户外一体化电源抛到楼下毁坏，法院认为被告人故意毁坏他人财物，数额较大，应以故意毁坏财物罪定罪处罚。^②该案发生于《刑法修正案（十一）》施行之前，法院的判决并无不妥，但在高空抛物罪设立之后，应当认为该行为同时符合故意毁坏财物罪与高空抛物罪，按照想象竞合择一重罪进行处罚。行为人将他人的财物从高空抛出，不仅会直接导致物品损坏，使财产所有人遭受财产损失，还可能对不特定对象的人身财产安全造成危害，影响社会的稳定与安宁，应发挥想象竞合的明示机能，通过上述两罪名，对行为人的不法行为予以周延评价。因此，行为人实施高空抛物行为时，具有指向特定人或物的直接故意，存在实现杀人、伤害抑或毁坏财物意图的，同时成立维护社会管理秩序的高空抛物罪与保护公民人身财产权利的故意杀人罪或故意伤害罪或故意毁坏财物罪。

（三）对以寻衅滋事罪规制之反思

高空抛物罪与寻衅滋事罪在体系上同属于扰乱公共秩序类犯罪，保护法益的一致性表明二者不存在想象竞合的关系，并且，高空抛物罪不能完全涵盖寻衅滋事罪的全

^① 参见石蜡旺过失致人重伤罪案，上海市第一中级人民法院（2016沪01刑终629号刑事判决书）。

^② 参见朱亚坤故意毁坏财物罪案，浙江省乐清市人民法院（2020）浙0382刑初165号刑事判决书。



部构成要素,二者也不具备法条竞合的关系。不过,高空抛物行为与寻衅滋事罪中的“恐吓他人”“任意毁损公私财物”“起哄闹事”等情形存在一定的契合性,实务中有法院将向街面抛落物品的行为认定为寻衅滋事罪,^①然而,笔者认为对于此种以寻衅滋事罪规制高空抛物行为的现象值得警惕。

其一,在两罪的法定刑方面,高空抛物罪的法定最高刑为1年有期徒刑,明显低于寻衅滋事罪基本犯的5年有期徒刑,前者的入罪门槛较低,行为的恶劣程度较轻。罪刑关系的协调与平衡体现了立法者的价值选择,随意殴打、追逐拦截、起哄闹事等寻衅滋事行为,都是对社会治安的直接现实性破坏,而高空抛物行为仅会对社会安宁产生侵害风险,两者在行为的危害性大小上有所差异,倘若将高空抛物认定为寻衅滋事罪,则人为提升了这一行为的不法程度,造成作为轻罪的高空抛物罪被架空,使该罪的立法必要性与实践价值难以显现。其二,在两罪构成要件的定型化方面,高空抛物罪的犯罪构成明确清晰,而寻衅滋事罪具有显著的口袋化特征,将高空抛物行为单独入刑,正是出于避免寻衅滋事罪泛化适用的考量。寻衅滋事含义的宽泛性和行为方式的模糊性,与罪刑法定之明确性相背离,实践中需要审慎适用这一罪名,对于具有类型化危险的抛物行为,应当以高空抛物罪进行针对性评价,而不宜通过具有补充性色彩的寻衅滋事罪加以处罚。

结 语

高空抛物罪的设立回应了社会公众的普遍关切,满足了司法实践的现实需要,一方面,将刑事处罚的边界适当前移,通过对危险行为的规制,预防严重实害结果的发生,以维护社会秩序的平稳运行;另一方面,通过能够表征社会危害性的“情节严重”限制入罪,将情节轻微的高空抛物行为予以排除,避免给公众设置过重的负担,以保障人们的行动自由。在对本罪进行解释与适用时,要理解其规范性保护意旨,通过文义解释、目的解释、体系解释等法律解释方法,把握“高空”“抛”“物”等构成要件要素的内在涵义,既要保证行为评价的周延性,实现罚当其罪,又须防止罪名的“口袋化”倾向,在收与放中促进两者的恰当平衡。现实社会纷繁复杂,同一行为可能满足多个犯罪构成,故应在法益的指导下,根据行为手段的危险性、造成结果的严重性、行为人的主观方面等要素,对关联罪名进行统筹和界分,发挥想象竞合的明示机能,协调处理新增罪名与原有罪名间的关系,实现对高空抛物行为的体系化规制。

(责任编辑:杨 军)

^① 参见李选育寻衅滋事罪案,海南省琼海市人民法院(2018)琼9002刑初365号刑事判决书。

庭审翻供问题研究

冯丽萍*

内容摘要:庭审翻供往往导致庭前供述与当庭供述不一致而延长审理周期,因此应注重讯问程序的合法性、讯问笔录的规范性,根据翻供的内容对被告人供述与辩解进行综合审查判断予以认定。为预防翻供发生及有效应庭审翻供,司法人员应始终坚持证据裁判、无罪推定、居中裁判等诉讼理念,持续推进以审判为中心的诉讼制度改革,强化庭审中心地位。在配套措施和规范层面,要完善同步录音录像制度、讯问时律师在场制度、确立沉默权规则等。

关键词:庭审翻供;口供审查认定;证据裁判

中图分类号:DF73 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-3156(2022)03-151-160

多年来,在刑事审判中,如何审查判断口供证据,如何应对翻供成为困扰司法人员的难题。关于翻供问题的研究,大多从侦查或审查起诉视角出发,着重分析翻供原因,所提出的建议和对策旨在筛选出适合提起公诉的口供,并形成口供与其他证据相互印证的证据体系。本文从裁判者角度出发,选取中国法院裁判文书网上公布的部分刑事案件裁判文书进行统计分析,对庭审翻供的审查判断认定方法进行总结,探寻庭审翻供的应对路径。

一、庭审翻供的司法现状

犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解是刑事诉讼证据之一,被告人供述能最全面地反映犯罪动机、目的、作案时间、地点、犯罪手段、详细过程、造成的后果等内容,可以直接证明案件事实,在刑事诉讼证据体系中作用极为重要;作为言词证据的一种,又具有不稳定性和复杂性的特点。被告人作为被追诉的对象,面对定罪处罚,心理活动非常复杂,可能基于个人利害关系,否认抵赖,或者避重就轻,意图逃避或减轻罪责,所以经常随着诉讼环节、审讯人员、讯问场所环境的变化,其供述也发生变化,而且往往供述

* 冯丽萍,山东省高级人民法院刑二庭副庭长,三级高级法官。



与翻供多次反复。囿于犯罪嫌疑人、被告人个人受教育程度、性格、感知能力、记忆力、理解力、表述能力以及其他主客观因素的影响，口供出现反复甚至虚假也是常有之事。

（一）庭审翻供事由以刑讯逼供为主

以中国裁判文书网公布的4226件翻供案件为分析样本，通过关键词检索发现被告人提出的翻供理由有刑讯逼供、诱供、指供、骗供、记忆错误等。这种关键词检索未必能准确涵盖所有的翻供案件，因为裁判文书承载的案件信息量有限，而且被告人基于法律知识的匮乏，可能不会用以上专用术语概括其翻供理由。在此只做大概分类，对于非以刑讯逼供、诱供、指供、骗供、记忆错误为由翻供的案件，归类以“其他理由”翻供案件（见表1）。

表1 被告人庭审翻供的理由、案件数及占比

	刑讯逼供	诱供	指供、骗供	记忆错误	其他理由
案件数（件）	1984	279	9	21	1963
占比	46.9%	6.6%	0.2%	0.5%	46.5%

通过以上数据可见，刑讯逼供是被告人翻供的主要理由，占了近五成的比例，因诱供而翻供的也占有一定比例。因指供、骗供而翻供的案件极少，这可能与实践中指供、骗供较难界定有关，被告人在庭审中通常不会明确提出自己遭遇了指供、骗供。因记忆错误而翻供的案件数量也很少，这可能是由于笔录多记、少记或者与犯罪嫌疑人实际叙述不一致的情形虽然存在，只要基本犯罪事实和情节记录无误，被告人一般不会以此为翻供。

（二）庭审翻供的主客观原因

实践中，被告人提出的翻供理由可能不是真正的翻供原因，比如有时被告人提出的刑讯逼供只是翻供的借口。分析被告人庭审提出翻供的现实原因，可以从主客观方面综合展开。

首先，从主观方面看，被告人翻供往往基于畏罪或侥幸心理。趋利避害、逃避惩罚是人的本能，无论犯罪嫌疑人、被告人是否有罪，都存在趋利避害的心理，实际上实施了犯罪行为的嫌疑人、被告人也往往会避重就轻供述犯罪事实。面临即将被定罪处罚，被告人可能基于个人利害关系翻供，意图逃避或者减轻罪责。有的案件，因共同作案人未到案，出于侥幸，将罪责推到未到案的共同作案人身上，以为这样就可以逃脱罪责。有的被告人经过一审庭审，听取了控辩双方提供的各种证据，参与了证据的质证辩论，了解了其他证据的情况，出于侥幸，认为如果自己翻供，案件的主要证据来源缺失，可能会引起证据不足，被告人利用这种对证据的全面了解很可能在庭审阶段抓住最后的机会，改变自己的供述以获得有利于自己的诉讼结果。

其次,被告人翻供也有不容忽视的外部客观原因。一是侦查机关先前非法获取口供。实践中,侦查人员为了快速完成侦查任务,在对犯罪嫌疑人进行讯问时,时有发生使用暴力、威胁、引诱等非法取证手段的情形。^①这些方法确实使一些真凶供出了自己实施的犯罪行为,从而使案件得以侦破,但也有可能让无辜者因身体极度痛苦或迫于巨大的精神压力或听信侦查人员所做的能获得轻罪、从轻处理的许诺而作出有罪供述。当然,还有讯问地点不合法等问题存在,比如将在看守所羁押的犯罪嫌疑人提押出看守所,到其他地点进行讯问。二是监管机关的监管工作存在漏洞。实践中,关押在同监室的犯罪嫌疑人会相互交流案情,相互之间出谋划策,这种对抗侦查性质的交流大大增加翻供的概率。^②同时被羁押的共同作案人,本来对他人的供述不了解,监管机关监管工作中的疏漏导致共同犯罪的各犯罪嫌疑人在看守所有相互交流的机会,进行串供。^③三是外界的诱导。主要是指辩护人或被被告人家属对被告人的不良影响。《刑事诉讼法》规定,除两类特殊案件外,律师在侦查阶段即可不经批准凭有效证件无障碍直接会见犯罪嫌疑人,了解案件有关情况,向嫌疑人提供法律帮助,解释实体法和程序法的相关问题,告知相关诉讼权利,这确实有助于维护嫌疑人的合法权益,同时也有可能强化嫌疑人的心理防线,使嫌疑人在犯罪调查中趋利避害,在一定程度上影响审讯效果。^④此外,犯罪嫌疑人家属通过向被害人或证人施加压力,承诺某种利益诱导或者威胁,促使被害人改变陈述,证人翻证,并利用监管工作的疏漏,通过各种途径向犯罪嫌疑人通风报信,造成其翻供。强奸案件或贩卖毒品案件中此类情形较为常见。

二、庭审翻供的审查与认定

被告人翻供后,庭审供述与庭前供述不一致情况下,需要对全案被告人供述与辩解进行审查判断、认定。对证据的审查判断,既要关联性、客观性、合法性入手加强对单个证据的判断,又要注重从全案证据材料的比对印证关系方面进行审查。

(一) 讯问程序的合法性审查

讯问必须遵守刑事诉讼法、司法解释及其他规范性文件的规定,依照法定程序进行,即讯问是否在刑事立案之后进行,讯问时间、地点、讯问人的身份、人数以及讯问方式是否符合相关法律规定。具体而言,讯问是否违反规定较长时间持续进行(是否存在疲劳讯问)、讯问过程中是否保证犯罪嫌疑人的饮食和休息时间、讯问是否在规定的办案场所之外进行,讯问人员是否少于两人,等等。

① 参见何家弘:《毒树之果》,中国人民公安大学出版社1996年版,第186-190页。

② 参见孙长永、黄维智、赖早兴:《刑事证明责任制度研究》,中国法制出版社2009年版,第297-300页。

③ 参见何家弘:《毒树之果》,中国人民公安大学出版社1996年版,第220-227页。

④ 参见龙宗智:《新刑诉法实施半年初判》,载《清华法学》2013年第5期。



其一，对于被告人翻供提出遭受刑讯逼供等非法讯问而作出的有罪供述应予排除的情形。被告人申请排除非法证据的，应当提供相关线索或材料。线索是指内容具体、指向明确的涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式等；材料指能够反映非法取证的伤情照片、体检记录、医院病历、讯问笔录、讯问录音录像或者同监室人员的证言等。关于非法证据排除，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《刑诉法解释》）吸收了两高三部《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》和《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》的相关条文，对非法口供的范围、申请排除非法口供的要求、法庭对非法口供排除申请的审查、庭前会议及庭前调查程序等作出了明确规定。如果被告人提出的翻供理由指向庭前有罪供述是侦查人员通过欺骗、引诱的方式取得，因为欺骗、引诱的含义和标准不好界定，且此类供述不属于《刑诉法解释》规定的非法证据排除的范畴，但并不意味着通过引诱、欺骗方法收集的口供能够被法庭所采纳。司法实践中，如果确属侦查人员超出审讯谋略的范畴，过度地实施欺骗、引诱，使一个没有犯罪的人承认自己犯罪，此种情形，被告人口供丧失了真实性。如果通过法庭调查能够认定口供确系侦查人员通过欺骗、引诱等手段获取，且该供述与其他在案证据不能相互印证，虽不能援引非法证据排除规则，但可以《刑事诉讼法》第50条关于“证据必须经过查证属实，才能作为定案的根据”为依据，以相关庭前有罪供述不具备真实性为由予以排除。^①

其二，对于被告人翻供提出有罪供述没有讯问同步录音录像应予以排除的情形。关于讯问同步录音录像的性质，其为证明取证合法性的证明材料，有别于证据材料。《刑事诉讼法》第123条规定，侦查人员在讯问犯罪嫌疑人时，可以对讯问过程进行录音或者录像，对于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，应当对讯问过程进行录音录像。根据法律规定，应当对讯问过程进行录音录像的案件限于可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，并非所有刑事案件。而且，法律及司法解释都没有将“未依法对讯问过程进行录音录像”或者“录音录像未随案移送”作为排除非法证据的情形。实践中，有些案件录音录像中可能涉及其他关联案件线索、国家秘密、侦查秘密、侦查策略或当事人隐私等，侦查机关未随案移送。因此，被告人仅以没有讯问录音录像印证笔录为由申请排除庭前供述的，不宜予以支持。讯问同步录音录像是证明被告人供述取得合法性的证据之一，根据《刑诉法解释》规定，还有提讯登记、体检记录、对讯问合法性的核查材料、有关侦查人员或其他人员出庭说明情况等方式可以证明被告人供述取得的合法性。被告人提出没有讯问录音录像，同时提出有非法取证情形并提供线索或材料的，经法庭调查，因未移送讯问录音录像导致被告人供述的合法性和真实性存疑的，经人民法院调取仍未移送的，应当根据《刑

^① 参见龙宗智：《我国非法口供排除的痛苦规则及相关问题》载《政法论坛》2013年第5期。

《刑事诉讼法》第74条规定采用不同的处理规则：对于被告人供述不能排除属于《刑事诉讼法》第56条规定的以非法方法收集证据情形的，应当依法排除；对于被告人供述的真实性无法确认的，不作为定案依据。

（二）讯问笔录的规范性审查

被告人当庭仅以对庭前供述记忆不清、讯问笔录记录有误为由翻供，这种情况下，应着重审查讯问笔录是否规范。讯问笔录应当客观记录侦查人员的讯问和犯罪嫌疑人的供述和辩解的情况，讯问笔录制作完成后，应当经犯罪嫌疑人核对确认，对于没有阅读能力的，应当向其宣读，记录有遗漏或差错，应当允许补充或改正。审判人员着重审查讯问笔录是否由犯罪嫌疑人签名捺印盖章、是否注明了讯问具体时间、地点、人员、首次讯问是否告知被告人相关诉讼权利和法律规定、讯问人员是否在笔录上签名等。

其一，《刑诉法解释》第94条对不得作为定案根据的被告人供述的情形作出了明确规定。如果被告人未对讯问笔录核对确认，难以保证讯问笔录记录的内容是被告人所供述，也不能保证讯问笔录记载的被告人供述的真实性，则不能作为定案依据。这里需要注意的例外情形是，被告人没有书写能力或出于不正当理由拒不签名确认，前一种情形，被告人可以捺印；后一种情形，办案人员应当在笔录材料中注明情况，有相关见证人见证，或有录音录像证明，则不影响讯问笔录的法律效力。《刑诉法解释》第94条规定的未给聋哑人提供通晓聋哑手势的人、未给不通晓当地通用语言文字的被告人提供翻译人员、未成年人法定代理人或合适成年人不在场等其他三种不得作为定案根据的情形较为容易审查，实践中也不会产生争议。

其二，《刑诉法解释》第95条对瑕疵讯问笔录作出规定。即讯问笔录填写的讯问时间、讯问地点、讯问人、记录人、法定代理人有误或者存在矛盾、讯问人员未签名、首次讯问未记录告知有关权利和法律规定的，属于瑕疵笔录，补正或作出合理解释的，可以作为定案依据。

（三）对被告人供述和辩解内容的实质审查

对被告人供述和辩解除进行合法性的形式审查，还应当对内容进行全面、实质审查。

其一，根据经验法则审查庭前口供内容是否符合常识常理常情。证据规则固然重要，但经验法则在审查判断证据时也很重要。具体来说，可从以下几个方面进行判断：一是分析有罪供述是在初次讯问时形成，还是多次、逐渐形成。实践中，侦查阶段，犯罪嫌疑人往往在意志最薄弱的时刻心理防线被突破，所以其在案件初始阶段的认罪供述大多数情况下是真实的。^①二是审查供述形成的时间、地点。如潜逃外地被网上追逃的犯罪嫌疑人，被异地公安机关抓获，第一次供述材料由被抓获地公安人员讯问制作，被抓获地公安人员没有破案压力，往往都是例行工作制作讯问材料，一般能保

^① 参见龙宗智：《试论与当庭供证相矛盾的庭前供证的使用》，载《法学》2000年第1期，第24页



证供述的自愿性,则供述真实性较大。三是审查被告人供述是否自然、连贯、完整,有细节,而且合情合理。即被告人对犯罪时间、地点、原因、动机、目的、手段、过程、后果等内容的叙述是否完整流畅;案情细节一般指只有作案人本人才知道的细节,若非作案人供述,侦查人员不会知道这些细节;最后看供述是否符合常识常理常情。

其二,根据庭前多次口供是否稳定一致进行判断。这要求侦查机关将犯罪嫌疑人的历次供述均随案移送。司法实践中,实际上有罪的犯罪嫌疑人、被告人即使供认犯罪,也往往避重就轻,而且是逐步供述其犯罪事实,伴随着翻供和辩解的情形。被告人出现庭审翻供时,首先要审查被告人庭前作过几次供述、有几次有罪供述、历次供述(包括侦查、批捕、起诉各个环节)是否均收集在案、均注明讯问时间和次数,这能够反映口供的动态变化过程,也有助于审查判断翻供的时机和辩解的实质内容。其次审查犯罪嫌疑人、被告人庭前历次有罪供述内容是否稳定一致。庭前历次供述内容稳定一致,则真实性较大。

其三,根据庭前口供与其他证据产生的先后顺序判断。即分析“先供后证”,还是“先证后供”。先供后证,即侦查人员在尚未接触到任何证据的情况下,先获取嫌疑人的口供,根据口供提取到与案件关联的物证、书证、证人证言、视听资料等证据,这种情况下,排除刑讯逼供,则口供较可靠。先证后供,即侦查人员通过侦查首先提取到关键的物证、书证等证据,这种情况下,可能会怀疑侦查人员基于破案的职责压力,运用逼供、诱供、指供等非法手段获取与以上证据吻合的口供,则口供证明力较低。

(四)对被告人供述和辩解的综合审查

根据庭前口供是否与其他证据相互印证判断,指的是把口供放到全案的证据体系中,既要看法庭前口供与证人证言、被害人陈述等言词证据是否相互印证,也要看法庭前口供与物证、书证等客观性证据以及鉴定意见等是否相互印证,是否指向明确,得出同一结论,是否存在无法合理解释、无法排除的冲突性矛盾。^①对证据间的差异性矛盾,我们应当看到,其存在具有普遍性和合理性。如果全案证据在细节上均高度一致,则显得人为印证痕迹太明显,审查判断时应当高度重视。第一,如果侦查阶段根据犯罪嫌疑人供述提取到隐蔽性强的关键证据,比如凶器、赃物、血衣等关键实物证据。这些证据除了作案人本人,外人难以得知。第二,犯罪嫌疑人供述与鉴定意见相互印证。比如,案发现场提取到犯罪嫌疑人生物物证或痕迹物证,且经鉴定与犯罪嫌疑人能作出同一认定;案发现场遗留犯罪嫌疑人的物品或衣物;犯罪嫌疑人身上、衣物及居住处等与犯罪嫌疑人关联的物品、地点提取到被害人的生物物证、痕迹物证、物品等。第三,犯罪嫌疑人供述与共同作案人供述、证人证言等言词证据是否印证。

对于庭审翻供,如果公诉机关不能提供确实、充分的证据证明庭前口供取证具有

^① 参见龙宗智:《试论证据矛盾及矛盾法》,载《中国法学》2007年第4期。

合法性，或者经法庭调查，不能排除以非法方法获取口供的情形，依法排除庭前有罪供述。实践中，法官对被告人翻供采信率极低。有学者统计，655起翻供样本案件中，只有15起案件被告人的翻供得到了法官的采信，比例为2.3%。^①当然，即使采信翻供并不意味着对案件的定罪量刑有影响。法庭依法排除庭前有罪供述后，如果在案其他证据能够形成完整的证明体系，达到确实、充分的定罪标准，依法可以认定被告人有罪；如果在案其他证据不能形成完整的证明体系，达不到确实、充分的定罪标准，则不能认定被告人有罪。因采信翻供，排除庭前有罪供述，导致定罪证据不足、改判无罪的案件更是少之又少，而且这类案件大多是因为本身的证据体系单薄（案件本身证据体系单薄的原因很多：侦查机关取证不及时，导致证据灭失或丧失鉴定条件；侦查机关取证不规范，导致证据因要件缺失而不能作为定案依据等），排除被告人供述，其他证据无法达到确实充分的标准，一旦翻供导致侦控机关构建的口供与其他证据印证关系发生变化，不能得出唯一结论或者有无法排除、不能解释的证据矛盾。这种情况下，如果被告人推翻庭前有罪供述，法院只能以事实不清，证据不足为由，作出无罪判决。但在实践中，后一种情况非常少见，而且大多经过多次审理程序。

绝大多数庭审翻供案件中，法院最后的处理结果是不采信翻供。如果公诉机关提供确实、充分的证据，证明庭前口供取证具有合法性，法庭经专门的调查程序后，确认庭前口供具有合法性。通过以上方法审查判断庭前供述及庭审供述，法庭将其庭前供述与其他证据进行综合审查，如果庭前供述与案件其他证据相互印证，并无矛盾，形成了完整的证明体系，得出的结论唯一，则不会对翻供后的供述予以采纳，而是直接采纳庭前供述，认定有罪。实践中，绝大多数翻供案件都这样处理。对于此类案件，因被告人的翻供与大量证据证实的案件事实不符，会因认罪态度差失去轻判的机会。未采信翻供的案件，部分裁判文书中表述“被告人在确实充分的证据面前翻供，认罪悔罪态度差，酌情从重处罚”。有文章认为此种说法不妥，“归案后不供述或者不如实供述，庭审中辩解、翻供，这些表现实际上都是犯罪人辩解的权利，但在法官眼里就成为一个酌定从重处罚情节”^②。笔者认为，翻供固然是被告人行使辩护权的表现，但对于有大量指向性明确的证据，被告人仍心存侥幸，庭审翻供，意图逃避惩罚，拖延诉讼，导致案件审理期限延长，极大浪费司法资源，可以认定属于被告人归案后的认罪态度不好的表现。实际上法官虽在裁判文书中表述“庭审中翻供”“庭审中不能如实供述”“当庭供述时避重就轻”“被告人的辩解系认罪态度不好，企图逃避法律制裁”“本案证据充分，被告人仍作否认”“庭审中否认犯罪事实”，但法庭在量刑时，是综合考量翻供情节及犯罪性质、犯罪手段、犯罪后果等其他情节，而非仅因翻供认罪态度不好对其从重处罚。

^① 参见张健：《非法证据排除规则实施背景下的庭审翻供问题研究》，载《暨南学报（哲学社会科学版）》2015年第4期。

^② 汪娟：《酌定从重处罚情节研究》，西南政法大学2014年硕士学位论文。



三、庭审翻供问题的应对路径

预防和应对翻供,克服翻供处理的困难,应着力于两方面的努力:减少翻供现象的发生和翻供发生后的合理应对。这不仅需要转变诉讼模式,完善相关法律规定,更要从源头上规范侦查取证行为。同时,司法人员要转变对待翻供的态度,更新司法理念,调整思维方式,强化人权保障意识和程序公正意识。

(一) 转变诉讼理念

应对庭审翻供,裁判者需要切实转变诉讼理念和办案观念,要从片面注重实体向实体和程序并重转变,从查明事实向依靠证据证明事实转变,从打击犯罪向打击犯罪和保障人权结合转变。

一是树立证据裁判意识。没有证据就没有诉讼,没有证据就没有公正。^①现代刑事诉讼证据制度以证据裁判为基石,理性审判要求证据裁判。树立证据裁判理念,法官要坚决摒弃仅凭主观推测认定案件事实,要警惕以经验法则取代证据证明,禁止在证据不足的情况下认定案件事实。在案件关涉罪与非罪的问题时,要严格执行证据裁判原则,严格把握证据确实充分的证明标准,认定被告人有罪形成的内心确信必须有确实充分的证据支撑,必须认识到证据不确实不充分时凭经验法则和主观推断形成的内心确信有可能酿成冤假错案。对被告人从重处罚的量刑事实或情节的认定也要坚持严格证明标准。任何证据(包括被告人的翻供)的采纳或者排除的依据只有是否符合证据的三要素及证明标准的要求这一法定条件。^②

二是面对被告人的翻供,裁判者坚定“无罪推定”的理念。无罪推定原则是现代法治国家通行的一项重要原则,是国际公约确认的一项基本人权。要认识到翻供是被告人行使辩护权的一种体现,不能认为翻供即是被告人意欲逃避惩罚、认罪悔罪态度差,而应秉持中立的态度,客观理性地对待翻供。依据无罪推定原则,在庭审中必须严格依据控方的证据审查,被告人不应当负有证明自己犯罪的义务。

三是树立居中裁判的理念。为有效应对庭审中的被告人翻供,法官在开庭审理前应当对被告人的历次供述的时间、地点、供述发生变化的结点了然于心,对案件的其他证据也要全面掌握,把控好控辩双方庭前证据展示、证据交换等,使双方都有充分的准备,防止证据突袭。庭审中,结合被告人的翻供理由和内容,客观、中立地引导控辩双方针对翻供展开举证、质证和辩论活动,确保控辩双方

^① 参见刘学文:《强化证据裁判意识,确保刑事案件质量》,载《人民法院报》2012年4月25日,第5版。

^② 参见褚福民:《如何完善刑事证据制度的运行机制?——“以审判为中心”的诉讼制度改革为视角的分析》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2016年第2期。

平等对抗。

（二）优化诉讼制度

一是坚持以审判为中心。党的十八届四中全会明确提出推进以审判为中心的诉讼制度改革。由此要求，优化司法权力配置，打破侦查本位主义，完善公检法的权力结构和诉讼运行机制，三机关之间相互配合、分工负责、互相制约，保障司法公正。在公检法三机关办案过程中，审判是刑事司法程序的最后一步，也是保障人权的最后一环，审判机关最终决定被告人的刑事责任，审判应居于中心地位。侦查活动必须依据证据规则的要求进行。证据才是查明和认定案件事实的唯一手段，在刑事诉讼中处于中心位置，具有决定性意义。侦查机关要树立打击犯罪和保障人权并重的理念，强化证据意识，从根本上转变破案定罪过于依赖口供的做法，坚决遏制刑讯逼供、暴力取证等非法取证行为，尽快实现侦查办案由“抓人破案”至“证据定案”的转变。

二是强化庭审中心地位。以审判为中心的改革强调庭审在审判中的核心地位，主要指审判活动要从卷宗笔录中心主义到庭审中心主义转变。这要求裁判者亲历审理和证据调查过程，依据当庭提供并经控辩双方质证的证据，在庭审过程中充分听取控辩双方的意见，特别要在重视被告人的辩解和辩护人辩护的基础上作出裁判，实现庭审实质化。要防止以庭审前或庭审外的阅卷、讨论、汇报等活动架空庭审，使庭审流于形式，以确保办案质量。庭审实质化还需要一系列配套措施，比如直言词原则的确立，持续推进刑事辩护、法律帮助全覆盖，证人、鉴定人出庭作证制度的完善等。

（三）完善配套措施

一是确立有限制的沉默权规则。虽然我国刑事诉讼法确立了“不得强迫自证其罪”，但根据《刑事诉讼法》第120条的规定，与案件相关的问题，法律规定了犯罪嫌疑人如实回答的义务，在与案件相关的事实审问上，犯罪嫌疑人没有拒绝回答的权利。为更好地保障人权，我国也可以借鉴国外的经验，结合国情，有条件地确立沉默权规则，以规范侦查机关的审讯。但沉默权制度也有固有的缺陷，因而在确立沉默权制度时可以进行一定的限制，比如规定国家安全犯罪、恐怖主义犯罪、贩毒犯罪、受贿犯罪等特殊案件的犯罪嫌疑人、被告人不享有沉默权。

二是在法律层面完善依法讯问的全程同步录音录像制度，对讯问过程进行监督与控制。录音录像是对讯问过程及口供文字记录的影像、声音记载，它对于防止刑讯逼供等非法取证行为有明显作用。《刑事诉讼法》第123条虽规定了讯问犯罪嫌疑人时应当录音录像的案件为可能判处无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，但对于录音录像与供述笔录不一致时如何处理，录音录像的程序规范均未作出规定。为有效应对以非法取证为由翻供，对于讯问应当录音录像的案件范围，可以借鉴公安部《公安机关讯问犯罪嫌疑人录音录像工作规定》第4条、第6条的规定，先行扩大到可能判处十年以上



有期徒刑的案件、黑社会性质组织案件、严重毒品犯罪案件，逐步实现刑事案件讯问录音录像全覆盖。讯问录音录像是讯问行为合法性的证据，其不能单独成为证明案件事实的证据。有观点认为，录音录像与口供笔录均为被告人供述和辩解的一种记录载体，应该和口供笔录一样，可以证明案件事实。^①关于口供笔录的内容与录音录像的内容不一致时如何处理，可以吸收《人民法院办理刑事案件排除非法证据规程（试行）》第22条的规定，对与定罪量刑有关的内容，讯问笔录记载的内容与讯问录音录像存在实质性差异的，以讯问录音录像为准。关于讯问同步录音录像的程序规范，可借鉴最高人民检察院在2014年颁布的《人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的规定》，规定讯问录音、录像的全面性、同步性和完整性；讯问录音、录像实行讯问人员和录制人员相分离，犯罪嫌疑人在看守所羁押的，录音、录像应当由看守所负责，录音、录像资料由看守所统一保管并随案移送，对其他犯罪嫌疑人的讯问，可由侦查机关的技术部门的相关人员负责录音、录像；讯问结束后，录制人员应立即将讯问录音录像封存，标明相关案件信息及讯问相关情况，当场由讯问人员和犯罪嫌疑人签字确认，出现庭审翻供情形，则当众将封存的录音录像资料拆封并进行播放；等等。

三是进一步扩大律师在刑事诉讼中的作用。侦查机关审讯犯罪嫌疑人，具有封闭性及强制性的特点，犯罪嫌疑人面对国家强大的公权力，会产生巨大的压力，如果讯问时既无律师在场又无全程录音录像，这种所谓的“密室审讯”很难让人相信保障了嫌疑人的相关权利。我国刑事诉讼法虽规定了律师在侦查阶段的辩护人地位，犯罪嫌疑人的权利保障得到加强，但对律师的辩护权还应进一步加强。我国应规定律师在侦查机关讯问犯罪嫌疑人时的在场权。辩护律师在场，既可以向犯罪嫌疑人提供法律帮助，又可以监督并遏制违法侦查行为，以保障嫌疑人的合法权益。鉴于刑诉法规定的同步录音录像制度适用案件范围有限，讯问时律师在场权应适用于犯罪嫌疑人在侦查阶段委托辩护律师以及法律规定应当指定辩护律师的所有刑事案件（涉及国家秘密的案件除外）。换一个角度来看，就侦查机关而言，由于讯问是在封闭状态下进行，一旦被告人在法庭上翻供提出侦查人员刑讯逼供，侦查机关如果没有有效手段证明讯问以合法、妥当的方式进行，如果讯问时律师在场，不仅保障了犯罪嫌疑人的合法权益，有律师签字的讯问笔录或者律师出庭作证，亦是口供获取合法性的一种有效证明方式。

被告人翻供情形复杂，任何审查判断翻供的方法和规则都有理论的缺陷，法官必须以慎之又慎的态度，客观理性地对待翻供，不能轻易肯定，也不能简单否定。翻供是被告人行使辩护权的方式，法官应当牢固树立证据裁判意识及程序意识，保障司法公正。

（责任编辑：王文斌）

^① 参见李领臣：《同步录音录像制度实施中的若干问题》，载《人民检察》2013年第20期。

判决理由遮断后诉的实践思考及认定路径

费鸣 杨兴龙 徐丹阳*

内容摘要：以裁定方式驳回当事人起诉，是法院在认定当事人的起诉属于重复起诉后通用的裁判方式，这其中涉及如何认定重复起诉的问题。传统理论认为只有针对诉讼标的的判决主文才可以产生遮断后诉的效果，即只有针对判决主文内容另行起诉属于重复起诉。为维护生效判决的稳定性，应当适度允许判决理由产生遮断后诉的拘束力。《民诉法解释》第 247 条为判决认定重复起诉提供了规范依据，在适用中应对“诉讼标的”作出相对扩大化的理解，对后诉诉讼请求实质上否定前诉裁判结果的判断可借鉴“争点效”理论。在一定情况下，诉的利益与诚信原则也可成为认定重复起诉的参考因素。

关键词：判决理由；重复起诉；诉讼标的；既判力；争点效

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)03-161-174

引言

重复起诉的禁止，是指前诉裁判对于后诉案件在程序上的拘束力，即当事人不能对已经生效的前诉裁判再行起诉，法院也不能重复受理和审判。^①对于重复起诉的认定，传统理论将其与既判力的消极作用联系在一起，认为只有针对诉讼标的的判决主文具有既判力并起到遮断后诉的效果。然而随着实践与理论不断发展，对重复起诉的认定是否仅限于判决主文引起了广泛的争议。审判实践中，对已被判决理由确定的要件事实再次提起诉讼的案件屡见不鲜。

2016 年 11 月，上海市静安区某房屋（以下简称“系争房屋”）被核准登记至王某某名下，该房屋的不动产登记簿备注栏记载：“动迁安置房，3 年内不得转让、抵押。”2016

* 费鸣，上海市第二中级人民法院审委会委员，民事审判庭庭长，三级高级法官；杨兴龙，华东师范大学法学院立法学与法治战略研究中心助理研究员；徐丹阳，上海市虹口区人民法院三级法官。

① 参见邓辉辉：《民事诉讼既判力理论研究》，中国政法大学出版社 2014 年版，第 66 页。



年12月,崔某文购买“系争房屋”,双方约定过户时间为2018年2月28日,但因王某荣一再推脱,双方并未在约定时间办理过户手续。后崔某文经查询得知“系争房屋”已因王某荣与朱某买卖合同纠纷一案败诉而被查封,故崔某文提起案外人执行异议之诉,要求解除对“系争房屋”的查封。2018年8月27日,上海市静安区人民法院作出(2018)沪0106民初25975号民事判决书,判决驳回崔某文的诉讼请求。该判决书的判决理由部分阐明崔某文与王某荣之间的房屋买卖关系“真实、合法”,但因未办理产权变更,故崔某文不享有“系争房屋”的所有权。后崔某文为了在房产登记机关强制办理房屋产权变更登记,另行起诉要求确认其与王某荣之间签订的房屋买卖合同有效。^①

该案中并不存在实质纠纷,仅仅是因为当事人意欲更便捷地办理房屋登记再次提起诉讼,浪费了司法资源,亦对前诉判决的确定性产生了不利影响,应认定为构成重复起诉。然而,是否所有的生效判决理由均可产生遮断后诉的法律拘束力?应如何在现有法律范围内找寻依据?针对生效判决理由所确认事项起诉是否属于重复起诉?本文将从法律解释的视角探寻上述问题的答案。

一、生效判决既判力客观范围的拘束与扩张

(一) 理论界对既判力客观范围限缩的反思

传统大陆法系国家大多认为既判力的客观范围仅能限于判决主文:《德国民事诉讼法》第322条第1款规定,判决中,只有对于以诉或反诉而提起的请求所为的裁判,有确定力。《日本民事诉讼法》第114条第1款规定,确定判决,只限于包括主文在内的有既判力。以德国学者赫尔维希为代表的传统理论支持者认为,判决理由不能产生既判力,其原因在于判决理由并不涉及对诉讼标的的判断,并非本诉争议的核心。倘若判决理由与判决主文一样拥有既判力,那么当事人在诉讼过程中的诉讼活动可能在之后产生本诉中预料不到的后果,从而不得不对每一个细枝末节的前提问题进行详尽的争辩,影响诉讼效率,违反了当事人处分原则,法院也有诉讼突袭之嫌,可能不当地侵犯当事人的诉权。^②

然而随着法学理论研究的深入与实践样本的丰富,关于生效判决既判力的客观范围产生了更为广泛的讨论。许多学者提出了不同的理论观点,其核心内容是将生效判决既判力的客观范围扩张至判决理由。在德国和日本这两个主要的大陆法系国家,既

^① 参见崔景文诉王志荣房屋买卖合同纠纷案,上海市第二中级人民法院(2019)沪02民终11751号民事裁定书。

^② 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第484页。

判力扩张理论有较多的讨论与发展。

早在19世纪末期《德国民事诉讼法》制定之初，萨维尼就强调判决理由和判决主文之间的相互联系，认为为了维护判决所确定的法律关系的安定性，判决理由中的法律关系构成要素也可以产生既判力。当然，萨维尼也认识到了既判力扩张可能带来的风险，并对此提出了相应的限制，即只有作为“法律关系构成要素的客观理由”可以产生既判力，且该理由应当经过了当事人的必要争执以及法院的审理认定。德国学者措伊纳在萨维尼理论的基础上提出了“意思关联理论”，认为如果后诉与前诉的主张具有目的意思上的关联，那么即便这种关联性来自前诉的判决理由，也应当赋予判决理由以既判力。德国学者亨克尔也主张判决理由中受到充分辩论的前提性法律关系应当具有既判力。^①

在日本，许多学者也在经典的既判力扩张理论的基础上作出了进一步的研究。加藤雅信提出了“同意请求权说”，认为诉讼标的在诉讼过程中是不断发展变化的，被当事人充分辩论的裁判理由也应当作为“准诉讼标的”对待并赋予既判力。兼子一则以“禁反言原则”为基础提出了不同于既判力的“参加性效力”，认为在当事人之间如有必要适用禁反言原则时，可以使判决理由中的判断对当事人产生拘束力。^②对于既判力扩张最有影响力的学说则当属新堂幸司的“争点效”理论。新堂幸司认为，在前诉中，被双方当事人主要予以争执并经法院审理判断的争点，既不允许后诉当事人提出违反该判断的主张及举证，也不允许后诉法院做出与之相矛盾的判断。^③

（二）司法实践对生效判决理由产生既判力的现实需求

在我国的司法实践中，亦有法院采纳传统观点，认为既判力范围仅限于判决主文，如在黄某军诉富星商贸广场房产开发（惠州）有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷案中，法院认为“人民法院的生效裁判具有既判力，但该效力仅限于生效裁判的判项”^④。在湖北楚立鼎置业有限公司诉武汉常博建设集团有限公司追偿权纠纷案中，二审法院援引了一审法院的裁判观点，认为“人民法院的审判对象为当事人诉讼请求的范围即诉讼标的，最终，法院围绕诉讼标的所作的结论性判断记载于判决主文中，故生效裁判的既判力，仅限于裁判主文确定的范围。裁判文书中记载的当事人诉辩主张、事实陈述和请求、判决理由不具有既判力”^⑤。

但审判实践中也有判决认为生效判决理由能够产生既判力，并以针对生效民事判决理由所确认事项起诉属于重复起诉为由裁定驳回起诉。在孙某元诉李某生股东资格

① 参见丁宝同：《民事判决既判力研究》，法律出版社2012年版，第123-126页。

② 参见邓辉辉：《民事诉讼既判力理论研究》，中国政法大学出版社2014年版，第178-181页。

③ 参见〔日〕新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第492页。

④ 黄小军诉富星商贸广场房产开发（惠州）有限公司合资、合作开发房地产合同纠纷案，最高人民法院（2019）最高法民再384号民事判决书。

⑤ 湖北楚立鼎置业有限公司诉武汉常博建设集团有限公司追偿权纠纷案，湖北省荆州市中级人民法院（2020）鄂10民终405号民事判决书。



确认纠纷案中，二审法院援引了一审法院的裁判观点，认为原告基于同一事实对已被生效判决的判决理由确定的要件事实再次提起确认之诉，违反了“一事不再理”的民事诉讼原则，从而裁定驳回起诉；^①在朱某卿与翁某燕房屋租赁合同纠纷案中，法院认为，前案的判决理由部分对相关的事实作了认定且判决已经生效，故原告针对同一事项提起诉讼违反了“一事不再理”原则，依法应裁定驳回起诉。^②最高人民法院在王某友与江苏省徐州市泉山区人民政府房屋面积认定纠纷案中就曾明确指出，虽然在通常情况下生效裁判的既判力仅限于判决主文确定的范围，但是“前诉的裁判理由，是建立在对主要法律事实和争议焦点问题判断的基础之上的，后者是前者的理由和根据，承认裁判主文的既判力，必然也要赋予裁判理由中对案件争议焦点和主要法律事实的判断以一定程度的既判力”，“只要前诉已将权利发生、变更或消灭之法律效果中直接且必要的主要事实列为案件的争议焦点，并在经过当事人质证、辩论后作出了认定，那么，该直接且必要的主要事实，即发生争点效，形成既判力”^③。最高人民法院在此行政案件中，对于判决理由也可以产生遮断后诉的拘束力予以表态。由此可见，争讼判决理由确认事项构成重复起诉具有较强的现实需求。

（三）结合我国司法实践现状的价值衡平

从节约有限的司法资源、维护生效判决稳定性的角度出发，适度允许判决理由中的部分要件事实产生遮断后诉的拘束力，更加贴合我国司法实践的现实需求。

一方面，传统既判力理论“将拘束后诉的效果局限于判决主文”的观点已经与司法实践现状产生了一定程度的脱离。判决理由作为判决书的重要组成部分，起到说理论证的关键作用，是判决主文对诉讼标的作出判断的前提和基础。判决主文往往较为简短，既判力有时会游离于判决主文之外，对于既判力客观范围的判断有时必须借助判决理由才能确定。^④倘若认为判决理由不具有遮断后诉的拘束力，那么就意味着当事人可以就判决理由中确定的要件事实再行起诉，使得前诉判决的基础产生动摇，极易产生矛盾裁判，不利于一次性解决纠纷。另一方面，司法实践中我国的诉讼程序追求“实事求是”，即在事实认定层面要尽可能地达到客观真实的标准。倘若后诉对前诉的事实认定作出了不一样的裁判，那么就意味着有一个判决存在错误，对于我国诉讼程序的权威性、确定性造成不利影响。^⑤

① 参见孙里元诉李渠生股东资格确认纠纷案，河北省邯郸市中级人民法院（2014）邯市立民终字第229号民事裁定书。

② 参见朱慧卿诉翁伟燕房屋租赁合同纠纷案，浙江省衢州市中级人民法院（2020）浙08民终738号民事裁定书。

③ 王世友诉江苏省徐州市泉山区人民政府房屋面积认定纠纷案，最高人民法院（2017）最高法行申265号行政裁定书。

④ 参见〔法〕洛洛克·卡迪耶：《法国民事司法法》，杨艺宁译，中国政法大学出版社2010年版，第515页。

⑤ 参见翁晓斌：《论已决事实的预决效力》，载《中国法学》2006年第4期。

由此可见,虽然并非所有的判决理由均可以产生遮断后诉的拘束力,但是在特定情况下,审判实践中确实出现了对判决理由重复起诉认定的现实需求。然而司法实践中对于针对已生效民事判决理由所确认事项起诉属于重复起诉的认定往往缺乏充分说理,法律依据亦不明确,这一问题亟待解决,需要通过制度构建予以回应。

二、争讼判决理由构成重复起诉的规范基础

《民事诉讼法》第124条第1款第(5)项规定,对判决、裁定、调解书已经发生法律效力案件,当事人又起诉的,告知原告申请再审,但人民法院准许撤诉的裁定除外。此处虽然明确了重复起诉,但并未明确重复起诉的认定依据和标准。而《最高人民法院关于适用〈民事诉讼法〉的解释》(以下简称《民诉法解释》)第247条则以“当事人相同”“诉讼标的相同”“诉讼请求相同或者后诉诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”为认定标准进行判断,构成了重复起诉认定的一般规范。此外《民诉法司法解释》第93条和2019年《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称2019年《民事证据规定》)第10条规定,已为人民法院发生法律效力裁判所确认的基本事实,当事人无须举证证明,但有相反证据足以推翻的除外。由此,“生效判决理由存在预决效力”这一观点在我国亦得以确立,有学者即认为预决效力也可以产生既判力的效果。下文将从我国实体法的相关条文出发,探寻争讼判决理由确认事项构成重复起诉的法律适用路径。

(一) 判决理由预决效力不能作为重复起诉的认定依据

《民诉法解释》第93条和2019年《民事证据规定》第10条规定,生效裁判所确认的基本事实当事人无须举证证明,但有相反证据足以推翻的除外——这一规定被认为赋予判决理由以预决效力。然而对于预决效力的概念、范围以及效果,学界却一直没有形成统一的意见。

有观点从民事诉讼的预决效力与既判力的关联性出发,将预决效力视为既判力客观范围的扩张:有学者认为,已为发生法律效力裁判所确认的事实,是法院确定裁判中的预决事实。确定裁判所预决的事实不必证明,归根结底取决于生效裁判的既判力。^①还有学者指出,所谓预决效力,是指“在任何情况下,后诉当事人不得对前诉已决事实再行争议,审理后诉的法院必须将前诉已决事实作为判决的前提,不得重新审理,更不得予以推翻。”^②这一观点在某种意义上已将预决效力与既判力相等同。然而由于这一理解与传统既判力理论之间存在冲突,许多学者对预决效力进行了批评,

① 参见肖建华:《民事证据法理念与实践》,法律出版社2005年版,第144-145页。

② 翁晓斌:《论已决事实的预决效力》,载《中国法学》2006年第4期。



并认为应当在立法中取消这一规定。^①

另有一种观点从事实证明的角度出发,认为“判决理由中所确认事实的预决效力是一种与公证文书相类似的强证明力,当事人对此无须举证证明,法院应当直接采用,但在对方当事人有相反证据且足以推翻的情况下,法院可以做出不同的认定”^②。这一观点将判决理由的预决效力限制在了证据层面,仅涉及事实认定问题,与既判力、遮断后诉等法律问题无关。

在审判实践中,已有法院将2019年《民事证据规定》的相关条文作为生效裁判认定事实具有既判力的法律依据。在杨某华诉农某东等房屋租赁合同纠纷案中,法院援引2008年《民事证据规定》第9条^③“对生效判决确认的事实无须举证”的规定,认为该条文表明“终审的判决具有既判力,法院不得作出与前诉相矛盾的判决”^④。然而《民诉法解释》第93条和2019年《民事证据规定》第10条对预决效力的规定是否可以成为判决理由遮断后诉的法条依据,仍然需要从解释论上予以明确。

一般认为,对预决效力的理解与适用应限于证据层面的免证效力,也即《民诉法解释》第93条和2019年《民事证据规定》第10条的规定不能成为判决理由遮断后诉的法律依据,理由如下:

首先,从文义解释出发,《民诉法解释》第93条和2019年《民事证据规定》第10条的内容只明确生效裁判所确认的事实当事人无需举证,未提及既判力、遮断后诉等问题。若强行认为该条文是对既判力的规定,就完全突破了该条文的内容,超出了法律解释的边界。其次,从体系解释来看,《民诉法解释》第93条的位置处于《民诉法解释》第四部分“证据”之中,而2019年《民事证据规定》第10条的位置则处于第一部分“当事人举证”之中,且2019年《民事证据规定》本身也是“为保证人民法院正确认定案件事实”而制定。由此可见,相关条文的制定目的就是为了使生效裁判所确认的事实在作为证据出现时具有更强的证明力,而与既判力、重复起诉问题无关。第三,倘若该条文成为针对已生效民事判决理由所确认事项起诉属于重复起诉的法律依据,那么该条文对于前后两诉的当事人是否同一,以及判决理由中的何种内容可以遮断后诉等问题均未作出任何限制,这使得既判力的范围过于宽泛,在实务中极易造成对当事人诉权的侵犯。

^① 参见曹志勋:《反思事实预决效力》,载《现代法学》2015年第1期。

^② 邵明:《论法院民事预决事实的效力及其采用规则》,载《人民司法》2009年第15期。

^③ 该案判决时《民事证据规定》尚未修改。2020年5月1日正式实施的新《民事证据规定》中,该条文由第9条变为第10条,内容未发生变化。

^④ 杨昌华诉农振东、南宁市江南区淡村村村民委员会淡村七组房屋租赁合同纠纷案,广西壮族自治区南宁市江南区人民法院(2012)江民一初字第2609号民事判决书。

（二）《民诉法司法解释》第247条构成重复起诉的规范基础

我国《民事诉讼法》第124条第1款第（5）项规定，对判决、裁定、调解书已经发生法律效力的案件，当事人又起诉的，告知原告申请再审，但人民法院准许撤诉的裁定除外。这一条文曾被视为我国司法体系中禁止对已经产生既判力的生效判决重复起诉的规定，然而该条文过于笼统，在实际适用中缺乏具体指引。^①2015年2月4日正式施行的《民诉法解释》第247条则首次明确了重复起诉的认定标准，规定同时满足“当事人相同”“诉讼标的相同”“诉讼请求相同或者后诉诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”这三个条件即构成重复起诉。2020年《民诉法解释》中并未对此标准进行修订。《民诉法解释》的该条规定实质上区分了两种重复起诉的情况：一是当事人、诉讼标的与诉讼请求均相同的“三同说”，此即为最为经典的重复起诉类型，前后两诉在实质上是同一个诉；二是当事人、诉讼标的相同，诉讼请求上虽有差异但是后诉会在实质上否定前诉判决，即存在两个不同的诉，但是基于避免矛盾判决的目的认定后诉为重复起诉，可以称之为“实质否定型”重复起诉。^②从目前我国的实体法出发，针对已生效民事判决理由起诉是否属于重复起诉也应当在《民诉法司法解释》第247条所规定的这两种情形下进行认定。

综上，《民诉法解释》第93条和2019年《民事证据规定》第10条不能够成为判断争讼判决理由确认事项是否构成重复起诉的依据，而《民诉法解释》第247条则具备成为相应依据的条件。故应当回到现有的限制重复起诉的一般规范——《民诉法解释》第247条上，以此条文之规定作为认定依据，并在此基础上寻求相应的思维体系。

三、争讼判决理由认定重复起诉的体系建构

承前文所述，《民诉法解释》第247条明确了“三同说”和“实质否定型”这两种重复起诉。由于对判决理由中内容的争议往往不会与前诉的诉讼请求直接相同，且“实质否定型”重复起诉较之于“三同说”更为复杂，对于能否认定重复起诉的争议更大，故主要探讨在“后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”这一情形下，可否将针对已生效判决理由的起诉纳入重复起诉的范畴之中。

（一）当事人相同

生效判决并不是无限制地对任何人都具有拘束力，一般认为其效果仅及于本案的

^① 参见严仁群：《既判力客观范围之新进展》，载《中外法学》2017年第2期。

^② 参见袁琳：《民事重复起诉的识别路径》，载《法学》2019年第9期；郑涛：《实质否定型重复起诉的构造与实践》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020年第6期。



当事人。同时,对于重复起诉主观范围的限制,一方面是诚信原则的要求,即当事人在实施诉讼行为时应当恪守诚信,保持诉讼行为的前后一致;^①另一方面则是处分原则与辩论原则的体现,即需要保护未参与本案诉讼并充分进行辩论的其他人的诉讼权利。需要注意的是,这里的当事人不一定仅指前诉的原告和被告,也可能涉及到其他主体,比如,在前诉中有独立请求权的第三人,以及被法院判决承担了民事责任的无独立请求权第三人。根据《民事诉讼法》第56条规定,上述主体也具有当事人的诉讼权利义务,可以对案件争点提出意见,也可以对案件判决提起上诉,故而有司法解释起草者认为这些第三人实质上具有当事人的地位,应当受“一事不再理”的约束。

(二) 诉讼标的的适度扩张——以“纠纷事实”为识别标准

对于诉讼标的的识别,向来是民事诉讼理论争议的核心问题。传统旧说认为,诉讼标的的识别标准是实体法上的请求权。但由于传统旧说难以回应“请求权竞合”等问题而受到批评。之后,又有学者提出了新说(又称“诉讼法说”),将诉的申明和案件事实作为识别诉讼标的的依据,其中又根据是否将案件事实作为识别标准分为“一分肢说”和“二分肢说”。^②从旧说与新说的对比中,我们可以看出,旧说更加倾向于对于规范要素的考察,而新说则更强调生活中事实要素对于审判实践的影响。^③欧盟法院的“核心理论”则更进一步扩大了诉讼标的的范围,认为数个权利请求如果就其核心而言属于同一生活事实,就属于同一诉讼标的。目前我国学界仍有较多学者支持在诉讼标的的识别上采取旧说的标准,比如,有学者认为旧说可以防止审判对象的过度泛化,赋予当事人更多程序上的保障,防止法院对当事人诉权的不当侵犯。^④还有学者从《民诉法解释》第247条的框架出发,认为由于该条文将“诉讼标的”与“诉讼请求”并列为对重复起诉的判断要素,那么为了防止判断要素之间的不相容或者要素重复的问题出现,该条文的“诉讼标的”应当采取旧说的理解。^⑤在实务界亦有法官认为,旧说与我国民事诉讼实践需求的契合度,是其他诉讼标的理论所无法比拟的。

然而倘若以旧说来理解《民诉法解释》第247条中的“诉讼标的”,就会造成对于重复起诉范围认定过窄,尤其是在“后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”这一情形下。由于在我国司法实践中诉讼请求与诉讼标的具有极强的关联性,故而在诉讼请求不同的情形下,依据旧说的观点往往难以认定诉讼标的相同,即便后诉的提出很明显可能造成与前案裁判相矛盾,法官也可能因为诉讼标的的标准的过于狭窄而无法

① 参见常廷彬:《民事判决既判力主观范围研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第21页。

② 参见江伟:《民事诉讼法》,高等教育出版社2016年版,第68-69页。

③ 参见[日]中村宗雄、中村英郎:《诉讼法学方法论——中村民事诉讼理论精要》,陈刚、段文波译,中国法制出版社2009年版,第158页。

④ 参见陈杭平:《诉讼标的理论的新范式——“相对化”与我国民事审判实务》,载《法学研究》2016年第4期。

⑤ 参见严仁群:《既判力客观范围之新进展》,载《中外法学》2017年第2期。

认定构成重复起诉。比如，在某一案件中，甲、乙等多人共同出资设立公司，甲乙均为公司股东，乙为公司法定代表人。后甲在查询工商登记时发现自己的股权在不知情的情况下已通过股东会决议被转让，遂提起侵权之诉请求乙赔偿损失，乙虽然在诉讼中提出“甲未实际出资，仅是名义股东”的抗辩，但法院在判决理由中认可了甲的股东地位，并最终判决支持甲的诉讼请求。后乙又提起确认之诉要求确认甲系名义股东并不实际享有股权。^①在此案中，前后诉的当事人是同一的，但是依据旧说，前诉的诉讼标的是依侵权法律关系产生的损害赔偿请求权，而后诉则是对股东地位与权利的确认，明显属于不同的诉讼标的，那么在传统旧说的框架下，就不能认定后诉构成重复起诉。然而不得不承认的是，前后两诉的争议核心实际上是一致的——对甲股东权利的争议。倘若允许后诉进入诉讼程序，将会对前诉判决的基础产生重大动摇。

由于该案发生于《民事诉讼法解释》生效之前，故法院从防止矛盾裁判的角度出发，认为后诉“基于同一事实”提起诉讼违反了“一事不再理”的民事诉讼原则，从而裁定驳回起诉的做法是值得肯定的。而在《民事诉讼法解释》生效之后，对于诉讼标的的理解应当重新审视，从而使与该案类似的案件能够融入《民事诉讼法解释》第247条的框架之中，这也就意味着在解释论上对于诉讼标的的识别需要进行适度的扩张。

为了回应司法实践中亟待解决的问题，对诉讼标的的解释应当区分不同的具体情境，即采用“相对化”的诉讼标的理论。事实上传统大陆法系国家在经历了对诉讼标的的长期论战后，为了解决诉讼标的的适用问题，都在不同程度上突破了统一的诉讼标的理论。在日本，根据不同程序场景的需要相对地把握诉讼标的的研究思路，已经成为学界的多数观点。^②通过上文的分析，在“后诉的诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”这一具体情形下，为了防止对前诉判决理由中的要件事实再行争议从而出现矛盾裁判，对《民事诉讼法解释》第247条第1款第（2）项中的“诉讼标的”应作扩大理解，即由同一“纠纷事实”所引起的争议均可视为同一诉讼标的。^③在这一解释下，前述案件前后诉都是基于“甲是否为该公司股东”这一纠纷事实，因此可以归于同一诉讼标的，从而符合《民事诉讼法解释》第247条“诉讼标的相同”这一条件。

在《民事诉讼法解释》正式生效后，最高人民法院已经多次在裁判中将诉讼标的的解释为纠纷事实。在中陕核工业集团地质调查院有限公司等诉陕西汉源巨龙矿业有限公司

① 参见孙里元诉李渠生股东资格确认纠纷案，河北省邯郸市中级人民法院（2014）邯市立民终字第229号民事裁定书。

② 参见陈杭平：《诉讼标的理论的新范式——“相对化”与我国民事审判实务》，载《法学研究》2016年第4期。

③ 参见王亚新、陈晓彤：《前诉裁判对后诉的影响——〈民事诉讼法解释〉第93条、第247条解析》，载《华东政法大学学报》2015年第6期。



侵权责任纠纷案中,^①最高法院认为“汉源巨龙公司依据同一事实理由向法院起诉宝泰公司,诉讼标的相同”。在栾某义诉哈尔滨宝捷房地产开发有限公司等物权保护纠纷案中,^②最高法院认为前后两诉系基于“相同的事实和理由”,故“诉讼标的也具有同一性”。在李某花、林某发诉北海钰鑫房地产开发有限公司等股权转让纠纷案中,^③最高法院再次指出“本案与前案均基于同一股权转让纠纷”,“其中的核心指向都在于双方之间的股权转让合同有无解除、是否有效以及相关的违约责任承担,即两案诉讼对象具有实质的同一性”。因此,法院认定前后两案诉讼标的相同。以上案例,最高法院最终通过《民诉法解释》第247条的要件考察认定构成重复起诉。

在诉讼标的“相对化”的视角下,虽然在针对已生效民事判决理由所确认事项起诉是否属于重复起诉的认定中将诉讼标的扩大为“纠纷事实”是可接受的,但是在其他情境中从保护当事人诉讼权利的角度出发,采取旧说可能更为合适,比如,有学者认为在重复起诉的认定中,若前后诉的诉讼请求相同,则应当采纳旧说;而在后诉实质上否定前诉时则采纳纠纷事实作为诉讼标的。^④

(三)对“实质上否定前诉裁判结果”的判断

对于第二种类型的重复起诉,《民诉法解释》第247条特别强调须“实质上”否定前诉裁判结果方可视为重复起诉,落回到判决理由而言,这意味着并非判决理由中的所有事实均可起到遮断后诉的效果。而从保障当事人诉权、防止重复起诉条款被滥用的要求出发,对于判决理由中可以起到遮断后诉效果的事实应当从严认定,即不仅在外形式上判断是否存在矛盾,还需要深入案情内部,对实质法律关系进行考察。^⑤对于能够产生遮断后诉效力的要件事实的具体判断,笔者从我国的大陆法系传统以及审判实践出发,认为日本学者新堂幸司的“争点效”理论可作借鉴。

在大陆法系既判力扩张的各种理论中,“争点效”可谓是最具影响力的学说之一,得到了诸多学者的支持。^⑥根据新堂幸司的表述,在前诉中,被双方当事人作为主要争点予以争执,而且,法院也对该争点进行了审理并做出判断,当同一争点作为主要的先决问题出现在其他后诉请求的审理中时,前诉法院有关该争点所做判断的通用力,既不允许后诉当事人提出违反该判断的主张及举证,也不允许后诉法院做出与之相矛

① 参见中陕核工业集团地质调查院有限公司、陕西省国土资源规划与评审中心诉陕西汉源巨龙矿业有限责任公司侵权责任纠纷案,最高人民法院(2016)最高法民辖终220号民事裁定书。

② 参见栾厚义诉哈尔滨宝捷房地产开发有限公司物权保护纠纷案,最高人民法院(2017)最高法民申4178号民事裁定书。

③ 参见李玉花诉林松发股权转让纠纷案,最高人民法院(2018)最高法民申3879号民事裁定书。

④ 参见陈杭平:《诉讼标的理论的新范式——“相对化”与我国民事审判实务》,载《法学研究》2016年第4期。

⑤ 参见郑涛:《实质否定型重复起诉的构造与实践》,载《法律科学》2020年第6期。

⑥ 参见邓辉辉:《民事诉讼既判力理论研究》,中国政法大学出版社2014年版,第185页。

盾的判断，争点判断的这种通用力，就是所谓的争点效。^①“争点效”理论虽然并未直接承认判决理由具有既判力，但实际上将既判力的一些拘束力效果扩张至了判决理由之中，从而在基本维持传统既判力理论客观范围的情况下回应审判实践中迫切需要解决的问题。在我国的审判实践中，已有法院依据争点效理论对重复起诉进行判断：在湖北楚立鼎置业有限公司与武汉常博建设集团有限公司追偿权纠纷案中，^②法院对于前诉中的判决理由是否产生“争点效”进行了较为详尽的论证。在重庆军明金属材料有限公司诉江苏恒鼎机床有限公司定作合同纠纷案中，^③法院认为只要前诉已将权利发生、变更或消灭之法律效果中直接且必要的主要事实列为案件的争议焦点，并在经过当事人质证、辩论后作出了认定，判决理由就可以发生“争点效”，产生遮断后诉的拘束力。

虽是如此，有必要对判决理由中何种要件事实能够产生“争点效”进行规范。对何种事实可以产生遮断后诉的标准，可以考虑如下归纳：

一是该事实必须是前诉判决理由中的主要争点，即要件事实。以与诉讼标的的关联性大小为标准，可以将法院在裁判中认定的事实分为要件事实、间接事实、辅助事实与背景事实。所谓要件事实，是指能够直接支持或否定诉讼请求的事实，比如，原告基于买卖合同要求被告支付价款，那么买卖合同是否合法有效就是一个要件事实；间接事实则与诉讼请求之间并无直接关联，是用于推断要件事实是否成立的事实；辅助事实与背景事实则相对而言并不十分重要，包括整个案件的前因后果、双方当事人的关系等等。就《民事诉讼法司法解释》第247条“实质上否定前诉裁判结果”这一要求来看，认定后诉对判决理由中的内容构成重复起诉，应当局限于对诉讼请求具有直接关联的要件事实的判断。

二是当事人在前诉中就该事实进行了充分的辩论。这是辩论原则所带来的必然要求。倘若某一事实在前诉中并未经过双方当事人的充分辩论，那么法院也就无从知晓案件的真实情况以及双方当事人对该事实的具体主张，也就无法做出符合客观真实的事实认定以及法律判断，为了保障审判的公正性与合理性，保护当事人的诉讼权利，对于该事实就不应赋予对后诉的拘束力。

三是前诉法院对该事实作出了实质性的判断。在民事诉讼中，根据处分原则，当事人对自己的民事权利以及民事诉讼权利可以在法律允许的范围内自由处置。^④同时，

① 参见[日]新堂幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第492页。

② 参见湖北楚立鼎置业有限公司诉武汉常博建设集团有限公司追偿权纠纷案，湖北省荆州市中级人民法院（2020）鄂10民终405号民事判决书。

③ 参见重庆军明金属材料有限公司诉江苏恒鼎机床有限公司定作合同纠纷案，重庆市第五中级人民法院（2018）渝05民终3680号民事判决书。

④ 参见李浩：《民事诉讼法学》，法律出版社2016年版，第25页。



从诉讼效率的角度出发,应当允许当事人对案件事实作出自认。然而自认作为一种当事人在前诉中的攻击或防御手段,其并不能保证自认事实的客观真实性,法院对此一般亦不会作出实质性审查。倘若允许法院未作出实质判断的事实也可以具有遮断后诉的效果,一方面不利于维持审判的客观性与公正性,另一方面将会使得当事人在诉讼中不得不对每一个事实进行无意义的严格争辩,降低诉讼效率。^①

综上,判决理由应当满足“前诉判决理由中的要件事实”“当事人在前诉进行了充分辩论”“法院作出了实质性判断”这三个要件,才可以产生遮断后诉的效果。在此基础上方可进行是否“实质上否定前诉裁判结果”的判断。

四、特殊情况下的价值考量因素:诉的利益与诚信原则

《民诉法解释》第247条为重复起诉的认定提供了“三同说”“实质否定型”两种认定标准,但在司法实践中亦有可能出现跳脱该条文的例外情况,比如,《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第6条规定,当事人在侵权诉讼中并未提出赔偿精神损害的诉讼请求,诉讼终结后又基于同一侵权事实另行起诉请求赔偿精神损害的,人民法院不予受理。此条可视为特定情形下认定重复起诉的相关规定。此情形下,从《民诉法解释》第247条的要件判断来看,虽然前后两诉的当事人相同,诉讼标的也均是基于同一侵权法律关系与事实,但财产损害赔偿与精神损害赔偿明显是不同的诉讼请求,后诉对精神损害的赔偿请求亦不会影响前诉的裁判结果,本不应属于重复起诉的范畴,却仍受到了因重复起诉而遮断后诉效果的约束。^②由此可见,《民诉法解释》第247条并不能涵盖所有重复起诉的情形,有时可能需要结合其他因素进行综合判断。结合域外的理论与实践,某些特殊情况下尚需有其他因素作为认定针对已生效民事判决理由所确认事项起诉属于重复起诉的路径——诉的利益与诚信原则。

(一)“诉的利益”对后诉的遮断

诉的利益,是指当事人所提出的诉讼请求应具有需要法院作出判决的必要性与实效性。所谓必要性,是指法院必须通过判决的方式才能解决该纠纷;而实效性,则是指法院通过判决确实可使纠纷最终获得实际解决。^③对于不同种类的诉,其诉讼利益并不相同:给付之诉分为现在给付之诉与将来给付之诉。现在给付之诉,诉的利益在债务到期时即已具备;而将来给付之诉,当债务人明确表示将来不会履行债务时,诉

① 参见邓辉辉:《民事诉讼既判力理论研究》,中国政法大学出版社2014年版,第167页。

② 参见严仁群:《既判力客观范围之新进展》,载《中外法学》2017年第2期。

③ 参见江伟:《民事诉讼法》,高等教育出版社2016年版,第64页。

的利益方得具备。形成之诉中，诉的利益是在当事人对法律关系变动的要求为法律所允许且该法律关系实际存在时即已具备。确认之诉中，诉的利益的判断则要考虑诉的客体是否为法律关系，且是否为了消除法律关系不确定的不安状态。^① 诉的利益的主要功能在于当一个诉缺乏诉的利益时，应当禁止当事人滥诉，避免对诉讼资源的浪费。^②

在涉及针对已生效民事判决理由所确认事项另行起诉的司法案件中，虽然《民事诉讼法解释》第247条可以涵盖大部分的情况，但审判实践中也存在无法通过该条文直接认定提起后诉属于重复起诉，但结合实际情况又必须认定提起后诉属于重复起诉，并驳回起诉的案件。比如，后诉对前诉判决理由中的要件事实提起的确认之诉，若后诉对前诉判决理由中认定的事实提出相反意见，尚可“实质否定型”重复起诉中的“后诉诉讼请求实质上否定前诉裁判结果”这一情形认定重复起诉，但如果后诉恰恰要求确认前诉判决理由中认定的事实，则该诉讼请求实际上是肯定而非否定前诉的裁判结果，“实质否定型”的认定标准并不涵盖此情形。然而，仅凭朴素的正义观即可明确后诉几乎毫无意义，启动该诉讼仅是当事人要求在判决主文中重复前案诉讼理由中的认定而已。在司法实践中，该类案件时有发生，本文开篇所述案例即符合此种情形。在该案中，当事人为了更便利地办理涉案房屋过户登记，对前诉判决理由中已经认定合法有效的房屋买卖合同重新提起确认之诉，要求以判决的形式再次确认该合同的效力。再比如，保险公司要求投保者必须出具司法机关的法律文书以确认相关纠纷已经结束，否则不予理赔，投保者为此不得不将已经在诉讼外和解的争议重新提起诉讼，确认其已经进行过赔偿。这类案件的共同之处是，原告要求确认的法律关系事实上并未处于不安定的状态，只是由于一些行政审批或其他方面的需要而提起诉讼，其目的仅在于取得一份法院针对该事项作出的生效判决而已。此类案件并不会导致矛盾裁判的出现，但却是对司法资源的巨大浪费。在这种情况下，由于后诉明显不具有法院审理的必要性与实效性，可以通过缺乏诉的利益认定构成重复起诉以遮断后诉。

（二）诚信原则在重复起诉中的应用

《民事诉讼法》第13条第1款规定，民事诉讼应当遵循诚实信用原则。民事诉讼中的诚信原则是指当事人在实施诉讼行为时应当遵守信义、诚实，当事人违反诚信原则进行的诉讼应当予以驳回或否定其效力。^③ 由于重复起诉本质上是对前诉诉讼活动的否定，故而是违背诚实信用原则的典型情形。^④ 在日本，已有判例及理论认可了在某些特殊情形下以诚实信用原则直接认定重复起诉从而遮断后诉。

日本最高裁判所1976年9月30日的一份判决中，原、被告双方就被征购的农地

① 参见邵明：《论诉的利益》，载《中国人民大学学报》2000年第4期。

② 参见〔日〕三月章：《民事诉讼法》，汪一凡译，五南图书出版公司1997年版，第61页。

③ 参见熊跃敏、吴泽勇：《民事诉讼中的诚信原则探究》，载《河北法学》2002年第4期。

④ 参见汤维建：《论民事诉讼中的诚信原则》，载《法学家》2003年第3期。



所有权发生争议,原告向被告提出的基于买卖合同的所有权转移请求被法院判决驳回后,又以征购处分无效为由提出转移所有权登记的后诉。日本最高裁判所认为,虽然前后诉的诉讼标的并不相同,但当事人在前诉中具有“正当解决的期待”,即虽然前诉中没有对征购处分无效及其后果这一事项作出判断,但是前诉中被告会有通过前诉判决即可解决双方之间所有权争议的正当期待,若允许原告再次提起后诉,则会使法律关系陷入长期不稳定的状态,故而依据诚实信用原则不允许原告提起后诉。^①鉴于此,日本学者新堂幸司将该判例中对诚实信用原则的适用理解为有别于“争点效”的,基于诚实信用原则的“遮断效”。当后诉的争议事项违背了前诉的“正当解决期待”而使法律关系陷入不安定时可予以适用。^②

结 语

传统理论中将既判力限制于判决主文的做法已经逐渐无法回应审判实践的需要。同时,为节约有限的司法资源、维护生效判决的稳定性,应当在一定条件下赋予判决理由遮断后诉的拘束力。《民诉法解释》第93条和2019年《民事证据规定》第10条对于判决理由预决效力的规定从解释论上仅能得出证据层面的免证效力,不能成为针对已生效民事判决理由所确认事项起诉属于重复起诉认定的法律依据。故除涉及诉的利益与诚信原则的案件外,对于针对已生效民事判决理由所确认事项起诉属于重复起诉的认定应回归到《民诉法解释》第247条所确立的“实质否定型”框架之中:在当事人相同时,应当在认定争讼判决理由确认事项属于重复起诉时对“诉讼标的”作出相对扩大化的理解,即将诉讼标的扩大为“纠纷事实”。在此基础上,若诉讼请求相同,则构成重复起诉。除此之外,对于后诉诉讼请求实质上否定前诉裁判结果的判断,从保障当事人的诉权,追求审判公正性的角度出发,还应当对判决理由中的事实进行区分,借鉴“争点效”理论,只有满足“前诉判决理由中的要件事实”“当事人在前诉进行了充分辩论”“法院作出了实质性判断”这三个条件的事实,方可进入后诉诉讼请求是否“实质上”否定前诉判决结果的判断。

(责任编辑:崔婷婷)

① 参见[日]高桥宏志:《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第550页。

② 参见[日]新堂幸司:《新民事诉讼法》,林剑锋译,法律出版社2008年版,第504-508页。

法院诉讼服务中心公共法律服务功能优化研究

——基于组织效率边界分析

宫凡舒*

内容摘要：较之公共法律服务中心功能边界窄化困境，因有限司法资源无力承担诉讼服务边界过度拓展导致的成本追加，深烙组织机构驱动模式的诉讼服务中心应警惕边界泛化风险。法院诉讼服务中心可以组织效率边界理论为指导，探索与其他机构如公共法律服务中心的协同机制。在实证分析的基础上，吸纳样本先进要素并修正实践偏差，以一体化数据共享平台为核心，从法律触达的三个层级分别细化协同事项及协同路径，通过公共法律服务合力提升纠纷避免、纠纷控制功能，以有效缓解诉源扩张与司法资源有限的结构性矛盾，实现法院诉讼服务中心公共法律服务功能升级。将法治思维和能力渗透至社会治理末梢，助力新发展阶段国家治理能力现代化。

关键词：法律触达；诉讼服务中心；公共法律服务；组织效率边界

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)03-175-188

习近平总书记关于“完善公共法律服务体系，夯实依法治国的社会基础”的论述，在理论与实践的交互渗透发展中已成为完善基层社会治理体系的指引，^①亦成为诉讼服务中心与公共法律服务中心以机制融合提升组织功能的实践课题。实践中，诉讼服务中心因组织功能边界泛化而深陷组织负功能，导致法院诉讼服务中心与其他机构的协同受阻，陷入组织负功能与机制融合梗阻的不良循环。“法治的理想必须落实到具体的制度和技术层面”^②，基于此，本文以组织效率边界理论定界，在强化一体化数据共

* 宫凡舒，山东省威海市中级人民法院三级法官。

① 参见杨凯等：《公共法律服务体系建构新视野》，中国社会科学出版社2020年版，第6页。

② 苏力：《送法下乡：中国基层司法制度研究》，北京大学出版社2011年版，第1页。



享平台核心基础上，从法律触达的三个维度分层级优化协同机制。

一、边界泛化：碎片式协同的行为逻辑与法律触达

（一）实践样本的理论检视

为探究诉讼服务中心组织负功能与机制协同不畅的深层原因，在尽力保证样本典型性与地域分布均衡性的基础上，以组织社会学视角对样本进行优劣双剖析。

1. 诉讼服务中心样本多维度检视。本文选取东、中、西部地区诉讼服务中心先进样本 14 例，从实践特色中抽象归纳深层组织行为方式与组织协同逻辑，并进一步辨析司法触达层级维度（见表 1）。

表 1 诉讼服务中心样本行为逻辑与司法触达层级

法院	特色	组织行为逻辑	司法触达层级
重庆合川	与其他调解组织站点联通	实体场域对接	纠纷控制
	调解员邀请法官、律师等参与调解	邀请第三方力量	
	自主研发平台对接	科技信息运用	纠纷解决
	自主融入社会治理	组织功能延伸	纠纷避免
安徽亳州	建立乡镇（街道）一村（社区）一片一组一邻五级组织体系，从中选配片长、组长、邻长为“三长”	调配第三方力量	纠纷避免 纠纷控制
	线上联通一站式调解平台 22 个	科技信息运用	纠纷控制
	进行“三长”法律知识、调解方法培训	组织行为创新	纠纷避免
	与心理学会共建阳光心理疏导室		
福州鼓楼	与镇党委、政府签订《诉非联动分中心战略合作框架协议》	组织外部协同	纠纷控制 纠纷解决
	发挥社区干部、网格员、志愿者作用	组织资源拓展	纠纷控制
	诉调对接单位由 14 家扩至 25 家，特邀调解员由 36 人增至 113 人		
	“指尖上的调解室”	科技信息运用	
	普法宣传	组织行为拓展	纠纷避免
河北承德	完善基础设施	实体场域完善	纠纷控制
	专职律师轮岗在诉讼服务中心值班	组织资源拓展	
	在线调解	科技信息运用	
	质效评估	组织激励	
南京海事法院	一站式解纷中心 + 二维站点布局 + 三类人员队伍，“1+2+3”多元解纷纵横网格	组织资源拓展	纠纷控制

续表

法院	特色	组织行为逻辑	司法触达层级
	主动融入基层社会治理	组织行为创新	纠纷避免
	普法宣传		
	设立5个诉源治理审务工作站	组织功能延伸	
重庆一中院	与高校联合成立调解室	组织资源拓展	纠纷控制
	根据案件类型和结构,精准对接人民调解、行业调解、专业调解等	组织行为精准化	
	“云调解”、微信小程序	科技信息运用	
内蒙古多伦县	积极争取党委、政府支持	组织外部协同	纠纷控制
	调解员常驻诉讼服务中心	组织资源拓展	
	主动融入社会治理	组织功能延伸	纠纷避免
浙江桐乡	“法官驻镇联村、人民调解驻庭”	组织双向协同	纠纷控制
	区分案件类型精准对接	组织行为精准化	
	加强法律指导	组织功能延伸	纠纷避免
江苏宿迁	争取党的领导	组织外部协同	纠纷控制
	“枫桥经验”和马锡五审判方式运用	组织行为优化	
	将聘任制书记员通过调解委员会转为驻院调解员	组织资源重组	
河北沧州	完善与乡镇、行政、行业等协作配合	组织外部协同	纠纷控制
	一体化线上对接平台建设	科技信息运用	纠纷控制
	法庭庭长与政法委体系对接	组织行为创新	纠纷解决
苏州园区	与中国人民银行苏州市中心支行等签订金融纠纷多元解纷合作协议	组织外部协同	纠纷控制
	成立金融调解工作室	组织资源拓展	
广州互联网法院	“枫桥E站”	科技信息运用	纠纷避免
	在线示范性庭审直播与专家点评讲解相结合	组织行为创新	纠纷解决
	金融风险监测防控中心站向互联网金融企业推送互联网典型案例、裁判规则、示范性庭审及司法指引性文件,引导其重视互联网金融产品合规化,减少纠纷发生		纠纷避免
广州增城	N个部门联动共建共治共享	组织外部协同	纠纷控制
	4个调解工作室	组织资源拓展	
	在线多元纠纷化解(ODR)平台+道交一体化平台	科技信息运用	
山东环翠	争取党委支持,具备独立编制	组织外部协同	纠纷控制
	选任447名街道、网格员为调解员	组织资源拓展	
	律师日常坐班服务中心		
	协助调解员考核、培训	组织行为优化	
	自主研发诉调对接信息系统	科技信息运用	纠纷解决



2. 公共法律服务中心样本多维度检视。本文选取公共法律服务中心样本 10 例，^①从组织行为方式、组织协同逻辑与法律触达维度，与诉讼服务中心作对比分析，以此探索“双中心”机制协同的关键方向（见表 2）。

表 2 公共法律服务中心样本行为逻辑与触达法律层级

地区	特色	协同行为逻辑	触达法律
广东 珠海	党委重视与支持，将公共法律服务工作作为党政、平安建设重要考核指标	组织外部协同	纠纷控制
	整合供给资源，实体中心功能枢纽化	组织资源重构	
	网络平台与实体平台衔接，以实体平台为基础，拓展“互联网+法律服务”平台、客户端建设	实体场域与线上科技平台并重	
	重心下沉基层末梢，资源向重难点倾斜	组织行为优化	
湖北 武汉	成立公共法律服务站点	组织资源拓展	纠纷控制
	建立氛围温馨的调解功能室		
	发展社区组织、志愿者力量	组织行为优化与协同	纠纷避免
	以身边案例、普法讲座、公开审判、律师参与社区自治、新媒体客户端等方式深化普法宣传 以公共法律服务为依托创新社区治理方式，如建立社会矛盾预警、多元解纷、法律求助等机制		
江苏 太仓	党委和上级司法行政机关高度重视，政府主导领导小组	组织外部协同	纠纷避免
	建设村级公共法律服务工作室，设立法律服务便民窗口	实体场域升级	纠纷避免与 纠纷控制
	吸纳专业性服务机构、专业性群众组织、网格员 504 名、网格长 152 名	组织资源拓展	
	一呼百应掌上公共法律服务平台为群众提供淘宝式法律服务	科技信息运用	
	智能科技主导的自助服务区		
上海 市	16 个区级公共法律服务中心、215 个街镇工作站、6059 个居村工作室	实体场域拓展	纠纷避免与 纠纷控制
	12348 法网网站、APP、小程序	科技信息运用	
	对接人民调解委员会 6527 家、知产金融三农等调委会 178 家	组织资源拓展	纠纷控制
	乡村“法律明白人”4 万人		纠纷避免
	示范村 80 家	组织模仿机制	
山东 省	最早出台《关于加快推进公共法律服务体系建设的意见》、出台全国第一部公共法律服务地方性法规《山东省公共法律服务条例》	以立法促进组织协同	纠纷避免与 纠纷控制
	加大经费支持，列入同级财政预算	组织资源拓展	

^① 参见中国社会科学院国家法治指数研究中心：《公共法律服务建设的珠海样本》，中国社会科学出版社 2020 年版，第 49-63 页；杨凯：《基层社会治理中的公共法律服务体系建构——以武汉市六个社区治理实践为实证样本》，载《法治论坛》2019 年第 3 期；刘玮琨、江利红：《基层公共法律服务现状分析及优化路径探究》，载《社会治理》2021 年第 6 期；杨凯：《公共法律服务元年新观察》，中国社会科学出版社 2020 年版，第 104-116 页。

续表

地区	特色	协同行为逻辑	触达法律
	三级公共法律服务中心（站）1989个		
	1万多法律服务工作者担任村（社区）法律顾问		
	建设一体的12348热线平台、整合“山东法律服务网”、开通公众号328个、APP30个	科技信息运用	
	85个县级公共法律服务中心示范单位	组织模仿机制	纠纷避免
云南省	出台《关于推进公共法律服务实体平台建设的意见》	以立法促进组织协同	纠纷避免与 纠纷控制
	建设综合性公共法律服务实体平台，整合完善现有专门法律服务实体平台	实体场域拓展	
	加大财政支持，购买服务与志愿者相结合	组织资源拓展	
	网站、微信服务模块建设	科学技术运用	
山西省	1个省级、5个市级、117个县级、1418个乡镇级、15962个村居级法律服务中心（工作室）；“12348”山西法律服务网建成	实体平台与线上平台同步建设	纠纷控制
	实施免费法律咨询便民工程	组织行为优化	纠纷避免
	开展“法援惠民生 关爱残疾人”品牌活动		纠纷控制
广东省	整合全省资源创先构建全省一体化公共法律服务运营监管信息中心，建成“法网支持平台”“运营管理子系统”，与警务110平台联动	以科技促进组织协同	纠纷控制
深圳市	探索地方立法，如《深圳经济特区矛盾纠纷多元化解条例（征求意见稿）》	以立法促进组织协同	纠纷控制
黑龙江省	出台《加快推进公共法律服务体系建设的指导意见》	以立法促进组织协同	纠纷避免与 纠纷控制
	财政预算投入6000万元	组织资源拓展	
	“线上+线下”有机结合，打造一体化公共法律服务体系网络平台	完善组织机构与科技运用	

（二）先进样本组织行为逻辑解析

“双中心”样本检视凸显组织边界理论缺失、组织协同机制不足等缺陷，但亦呈现以科技信息为核心的组织行为创新的有益探索。

1. 协同边界模糊。诉讼服务中心功能呈现边界泛化态势，组织行为未体现组织边界效率考量；公共法律服务中心服务边界窄化使其与诉讼服务中心在组织效率边界上此消彼长。“双中心”实践中凸显组织效率边界理论指导不足，未科学厘定理性协同空间。

2. 协同路径不明。诉讼服务中心多与第三方调解组织对接，而第三方调解人员薪酬发放、考核与管理等均由公共法律服务中心负责；公共法律服务中心多与律师事务所、基层法庭、高校组织及其他组织等协同，基本未以明示方式体现与诉讼服务中心的体系性协同，“双中心”机制融合实践特点为非正式性与局部性。

3. 行为方式优化。诉讼服务中心功能效果与一体化信息化平台建设水平呈正相关，



如广州互联网法院的协同深度与触达司法维度远超实体平台。公共法律服务则以传统方式与线上方式共同探索公共法律服务功能优化路径，而普法机器人、多媒体客户端、一体化平台等的建设使公共法律服务功能优化更多聚焦于“互联网+”。

（三）样本触达法律维度探析

法律及法律解释、法律适用应是人人均可随时触达的，其起始于法律规定及法律知识的普授，落脚于纠纷的司法裁判，延伸于法律规则对社会公众的法律激励。

1. 法律触达层级。具体而言，法律触达分四个层级，分别为法律状态改善、纠纷避免、纠纷控制与纠纷解决。^① 本文主要从纠纷避免、纠纷控制和纠纷解决三个层级对“双中心”法律触达实践进行分析。为便于论述，分别冠以第一层级、第二层级和第三层级序列称谓。

2. 法律触达实践层级。诉讼服务中心基本停留在以多元解纷为主要内容的纠纷控制层级，第一层级纠纷避免与第三层级纠纷解决功能较弱。公共法律服务中心在法律触达方面主要集中于第一层级纠纷避免与第二层级纠纷控制，第三层级纠纷解决方面功能发挥不足。“双中心”因功能边界缺失导致法律触达层级分工不清。

3. 机制协同的法律触达方向。“双中心”在触达法律维度呈现了各自优势，如公共法律服务中心优势在于纠纷避免与纠纷控制，诉讼服务中心优势在于纠纷控制与纠纷解决，该实践特点为下文具体融合机制的探索提供了启发。

二、实践悖论：机制融合孱弱致使组织功能堕距加深

组织效率边界不清不仅导致“双中心”机制融合不畅，更加剧了“双中心”各自组织功能弱化，陷入“边界不清→功能弱化→机制融合不畅→功能堕距加深”的恶性循环。

（一）诉讼服务边界泛化与实质功能弱化

从组织结构与功能视角分析，诉讼服务中心组织结构性功能供给不足，使其在应对日益拓展的功能范围和日渐繁重的功能任务时边际效应递减。

1. 多元解纷机制组织目标与制度供给冲突。法院主导的多元解纷机制在厘定司法功能边界、调配社会参与力量等核心问题上明显不足。从一些地区法院多元解纷源头减少诉讼增量工作调度会的情况看，多元解纷机制在诉讼总量和增量居高不下的情况下，陷入组织目标与功能堕距。本文以人员匹配与功能模块两个要素作高度抽象模拟走势分析：2015年立案登记制以登记立案数为主要评价标准，诉讼服务效能有所提升；随着2019年起诉讼服务中心的集约化建设，司法资源供给与服务需求之间的张力趋

^① 参见[英]理查德·萨斯坎德：《线上法院与未来司法》，何广越译，北京大学出版社2021年版，第64-69页。

于紧张。诉讼服务实质效能因多元评价指标尤其是诉前调解成效等主要指标的主体地位而呈现下降趋势（见图1）。

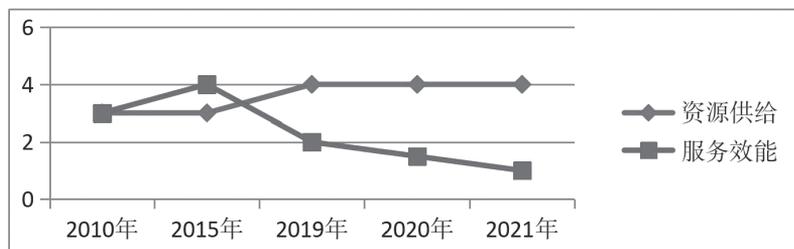


图1 司法资源供给与诉讼服务质量的二元对比走势图

2. 诉讼服务边界泛化与功能实质运行负相关。在司法资源有限性的供给结构中，诉讼服务边界泛化使需求侧无限扩张，诉讼服务供给侧与需求侧之间的矛盾陷入无法破解的困境。从诉讼服务中心场域来看，多数诉讼服务中心改造自立案大厅，即以原有场域支撑新改革机制，并无实质性拓展；从诉讼服务中心人员构成来看，多数由立案庭立案团队、外聘送达小组构成，人员匹配并无实质性增设；从诉讼服务中心功能模块来看，由之前的立案指引、诉前判后咨询答疑、材料收转、送达等拓展至多元解纷、繁简分流、立案服务、审判辅助、涉诉信访、法治宣传、答疑解惑等。易言之，诉讼服务以原场域及人员配置供给拓展后的多元功能服务需求，^①在司法资源有限性的供给结构中，诉讼服务边界泛化使需求侧无限扩张，供给侧与需求侧结构性矛盾扩张。

3. 司法功能边界模糊导致诉前调解内在逻辑悖反。司法是功能的而非万能的，一站式多元解纷机制因组织功能边界不清、与公共服务中心协同机制不健全而呈现组织运行内在逻辑悖反。在巨大的案件压力下，法院从纠纷解决体系的最后一道防线被派遣至基层社会矛盾纠纷化解一线，法院由传统办案压力增加为办案、统筹调度事务性双压力之下。^②从区域性角度看，S省2021年上半年纠纷诉前化解率为17.69%，J省2020年纠纷诉前化解率为22.66%，G省G市Z区法院2020年纠纷诉前化解率仅11.6%，^③诉前纠纷化解率均值仅为17.32%，从一定程度上反映了溯源扩张与司法供给有限性的结构性矛盾未得到有效缓解。

（二）公共法律服务中心功能边界窄化加剧组织机制边缘化

机制源发性不足与诉讼服务边界泛化的挤压，使公共法律服务中心处于功能空心化困境，其“元治理”地位缺乏制度基础与市场土壤。

① 笔者电话访谈山东、广东、江西、湖南、安徽、吉林、新疆、青海等诉讼服务中心，均反馈在功能模块增加的情况下人员总量配置不足，事务性压力增加。

② 参见杨凯：《论公共法律服务与诉讼服务体系的制度协同》，载《中国法学》2021年第2期。

③ 数据来源于司法统计报表和网站报道，该三例均系诉讼服务中心先进样本。



1. 公共法律服务中心优势不足。笔者以电话、实地采访、问卷调查等方式随机询问司法局工作人员、普通民众、律师、法官等不同群体，其对公共法律服务中心知晓度、信任度均低，部分当事人通过诉讼服务中心对接才知晓公共法律服务中心，非法律从业人员对公共法律服务中心的知晓度为零，法院内部对公共法律服务知晓度仅为17%。为数不多的知晓公共法律服务中心的被访者，首选纠纷解决方式仍集中于诉讼（占59.9%）或法院主导的调解（占28.7%）。

2. 公共法律服务中心组织空心化。与诉讼服务中心集约化、现代化、一体化高效集成的建设规模相比，公共法律服务中心在组织规模、组织结构上明显不足。与诉讼服务中心吸纳外源性人员配置以应对司法资源供给不足的实践相比，公共法律服务中心尚处于以原班匮乏人员配置供应公共法律需求的初级阶段。与诉讼服务中心功能模块拓展的发展趋势相比，多数公共法律服务中心功能局限于法律援助、法律咨询等传统内容，在多元解纷机制的理念与实践层面均无实质探索。与诉讼服务中心网络平台发展相比，公共法律服务中心在一体化平台的研发与主导对接方面亦显匮乏。

3. 考评激励体系缺失导致供给主体动力不足。人力资源社会保障部、司法部2021年7月27日颁布实施的《关于深化公共法律服务专业人员职称制度改革的指导意见》，体现了对公共法律服务考评激励体系的完善，但公共法律服务人才匮乏的根源不仅在于体制机制设计不足，更归因于边界窄化导致的组织地位不高，公众对公共法律服务认知不足。

组织边界不清导致法院诉讼服务中心与其他机构（如公共法律服务中心）的机制融合不畅，加剧组织负功能困境，与破解组织负功能困境的目标相背离。因此，以组织边界理论重塑机制融合范围，是破解组织负功能、融合受阻的关键环节。

三、边界理性：机制协同范围与层级厘定

在探定“双中心”融合最佳区域之前，应首先正确认识“双中心”各自第一效率边界与第二效率边界，在“双中心”各自组织功能的最优点（第二效率边界）之内发挥其核心功能，在边际成本大于边际收益的可替代功能区（第一效率边界与第二效率边界之间）优化协同机制，最终实现“双中心”组织功能的理性回归与理性协同。^①

（一）诉讼服务中心功能区域划分

司法权力边界与效率边界共同界定诉讼服务中心核心功能区域与可替代功能区域，核心功能区域属于司法资源应重点供给区域，可替代功能区域则属宜与公共法律服务中心机制协同空间范围。

^① 参见[美]罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学》（第六版），史晋川、董雪兵等译，格致出版社2019年版，第21页。

1. 司法效率边界分析。司法权力边界系绝对的理性边界，指法律所赋予的司法审判权力，以权力边界为依托，司法的职责边界具有延伸性，将法院审判职责外延拓展至司法服务范畴，诉讼服务中心职责定位归属于司法职责延伸的司法服务体系内。司法的效率边界系理性的综合评估概念，分第一效率边界与第二效率边界两种，第一效率边界指司法成本与司法产出恰好相等的临界点 A，跨过临界点 A 后司法产出低于司法成本，因此低于第一效率边界的事务不应由法院继续承担，如村民自治行为；第二效率边界指司法产出的最高点 B，跨过最高点 B 后即使司法成本继续追加，司法产出亦不会再有所增加（见图 2）。^①

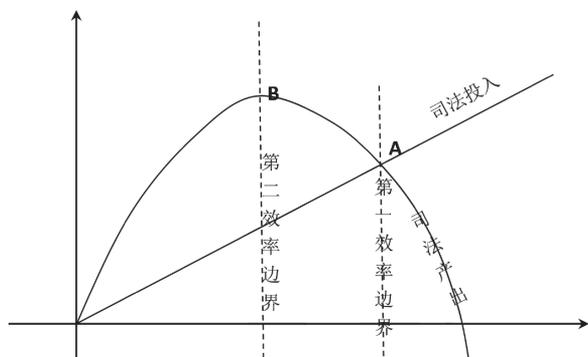


图2 司法效率边界分析

2. 司法功能区域划分。临界点 B 以内的区域为司法核心工作区域，如裁判案件；在临界点 A 与 B 之间，即司法功能的可替代区域，亦即诉讼服务功能区域，该区域事项与社会、市场或公共法律服务中心协同运行可以实现更优效果，如诉前调解、基层溯源治理等（见图 3）

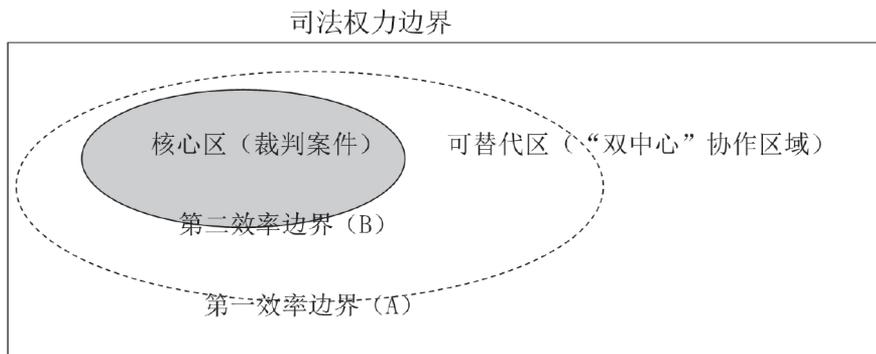


图3 诉讼服务中心的组织权力—效率边界

（二）公共法律服务中心功能区域划分

公共法律服务中心亦应区分核心功能区与可替代区功能区，以双向探索厘定“双中心”融合空间范围。

1. 公共法律服务效率边界分析。公共法律服务中心权力边界指现有法律规范所赋予的公共法律服务权力，其权力边界小于各级司法局的权力边界，但职责边界具有延

^① 参见何哲：《政府边界问题及行政体制改革的基本原则研究——基于政府权力边界、职责边界、效率边界与能力边界分析》，载《北京行政学院学报》2016年第4期。

伸性，由传统的法律援助、法治宣传等拓展至多元解纷、辅助公检法事务对接、参与社会治理等。公共法律服务的效率边界系理性的综合评估概念，分为第一效率边界与第二效率边界，第一效率边界指服务成本与服务产出恰好相等的临界点 A，跨过临界点 A 后服务产出低于服务成本，因此，低于第一效率边界的事务不应由公共法律服务中心继续承担，如犯罪惩治等；第二效率边界指服务产出的最高点 B，跨过最高点 B 后即使服务成本继续追加，服务产出亦不会有所增加。

2. 公共法律服务功能区域划分。在临界点 B 以内的区域为公共法律服务中心核心工作区域，比如法律援助等；在临界点 A 与 B 之间，即公共法律服务中心功能的可替代区域，该区域事项与社会、市场或诉讼服务中心协同可以实现更优效果，如调解可能性低的纠纷应转交仲裁或诉讼，调解案件交给第三方调解组织等（见图 4）。

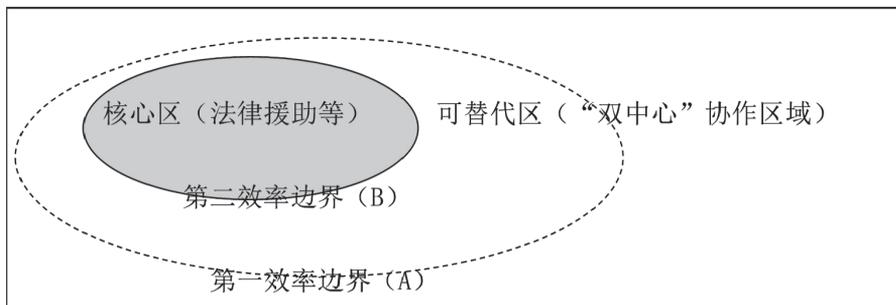


图 4 公共法律服务中心的组织权力—效率边界

（三）机制融合功能范围与层级

在厘清“双中心”各自核心功能区、可替代功能区的基础上，应从法律触达的三个层次即纠纷避免、纠纷控制、纠纷解决角度，分层设计“双中心”机制融合逻辑。

1. 协同空间厘定。“双中心”各自可替代功能区域为最佳协同空间，主要事项包括宏观普法、个案法律评估、多元解纷、诉调对接、溯源治理等，该区域协同机制的优化将使“双中心”主要组织资源回归各自核心功能区，实现各自组织功能的理性回归。

2. 协同人员调配。一是，“双中心”机制融合主体为法院与司法局，但双方需首先共同争取核心主体党委的重视与支持。二是，双方各自引领的第三方资源包括行业调解组织、人民调解组织、律师组织、行政机关、社会团体、基层组织、网格员、志愿者、高校师生以及退休法律工作者等。在具体分工方面，根据“双中心”各自的组织地位与话语权，除党委需“双中心”共同争取之外，“双中心”应各自分工，吸纳、调动第三方力量进入融合体系，其中，法院主要负责吸收退休法官、聘任制书记员转任调解员、高校师资力量以及人民调解委员会，司法局主要负责律师、其他行政机关、社会组织等的资源调配与吸纳。

2. 协同层级分析。第一层级纠纷避免：以公共法律服务中心为主，以诉讼服务中

心为辅，以宏观普法避免纠纷，以个案法律指导等方式引导当事人对纠纷后果形成理性法律认识，从而理性选择纠纷化解途径。第二层级纠纷控制：由诉讼服务中心将纠纷引流至公共法律服务中心，由公共法律服务中心吸纳调配第三方调解资源进行多元解纷。第三层级纠纷解决：以司法程序裁判案件，触达司法第一层级、第二层级功能效果越好，进入该层级的诉讼案件将越少。该层级应以诉讼服务中心为主、公共法律服务中心为辅，将诉调对接信息模式化处理输送至诉讼程序（见图 5）。

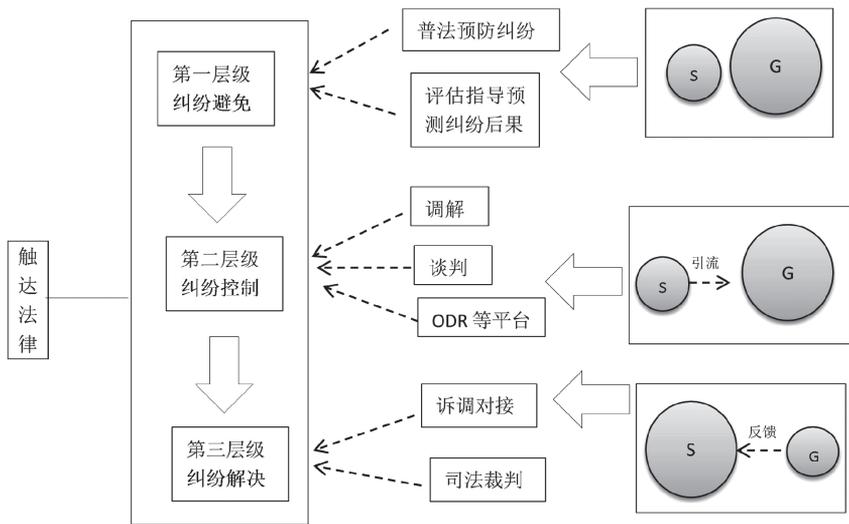


图 5 协同事项层级分布模型

四、分层协同：以线上融合为基础深化法律触达

“实际上，国家应当有责任让人们知晓与我们所有人有关的法律，不管是法律修订了还是新法律通过了。”^①但生活中不懂法律、不懂维权途径的公众仍占大多数。法院诉讼服务中心与其他机构机制协同的更高价值在于形成公共法律服务合力，延伸法律服务触角，真正实现均衡的普惠式的法律触达状态。

（一）夯实核心：一体化协同数据共享平台的整合构建

线上法院将是改善法律触达的核心方式。从广州互联网法院“枫桥 E 站”的数据共享对接经验看，线上大数据共享平台是实现“双中心”组织功能优化的核心，在无窗口、无现场坐班人员等显性组织要素的情况下，“枫桥 E 站”因深度技术融合实现线上调解、线上庭审、线上专家同步点评等的交互嵌入，“双中心”机制融合宜以一体化协同数据共享平台的整合与构建为核心。

① [英] 理查德·萨斯坎德：《线上法院与未来司法》，何广越译，北京大学出版社 2021 年版，第 132 页。



1. 研发与普及多维度一体化大数据共享协同平台。以线上同步为起点,研发推广“枫桥E站”式的网络公共法律服务平台,将庭审直播、在线调解等视频画面链接至可靠的第三方平台,或者直接将当事人、点评专家、调解人员等多线直连网络庭审与网络调解,构建多维一体的庭审、调解、专家同步点评、法官同步引导的网络纠纷化解方式。以线上异步为未来,参照ODR线上纠纷解决机制构建异步调解平台,便利当事人随时举证与发表观点。以具体应用为触达点,研发各种辅助系统软件,为双方当事人谈判、协商以及三方中立调解等提供不同的模拟工作室。当然,人工智能的运用与发展亦要防范形式主义,需遵循科技与司法发展规律脚踏实地而行。^①

2. 以阶段化发展为进路普及一体化自助终端设备。在诉讼服务中心和公共法律服务中心配备集约一体化自助终端设备,每台设备同时连接诉讼服务中心与公共法律服务中心,便利当事人一站式公共法律服务需求,即当事人在诉讼服务中心可以同时享受公共法律服务中心服务功能,如在线申请法律援助等,在公共法律服务中心可以自助实现网上立案、诉讼流程查询、文书打印等。充分发挥人工智能的核心竞争力,以“诉讼引导”智能机器人、公共法律服务百科机器人提升诉讼引导、智能问答、类案检索、法律评估等法律服务水平。

3. 以保密技术提升一体化协作平台安全性。借鉴英国法院“伙伴入口”、美国法院“电子安全协议”“电子参与人授权”等做法,在一体化数据平台入口增加安全加密程序,如个案进入一体化数据平台前,建立身份核对、安全协议签署、防止黑客数据嵌入等前置处理端口等,防范信息泄露及木马侵袭等风险。^②提升个人虚拟身份数字信任,制定关于数字身份的明确路线图以及线上虚拟身份信任服务要求。^③与信息网络犯罪惩治机制衔接,加强对数据侵入及隐私泄露风险的防范与惩戒。

(二) 优化逻辑:提升法治能力与个案预估能力以避免纠纷

“双中心”公共法律服务效能的第一层级为纠纷避免,该层级应以宏观法治能力与微观个案指导评估预测为逻辑框架展开。

1. 以分层法律服务渗透法治能力。分层服务受启发于分层传播原理,^④诉讼服务中心以调解员为受众层,加大对调解员法律素养和调解能力的司法引领;公共法律服务中心以基层社会治理为受众层,定点于村委会、居委会、街道社区、学校、企业等组织内部,网格化进行公共法律服务理念、知识的培训与传导;诉讼服务中心以公共法律服务中心为受众层,在为其提供制度供给的基础上,以公共法律服务中心为枢纽,

^① 参见张卫平:《民事诉讼智能化:挑战与法律应对》,载《法商研究》2021年第4期。

^② 参见刘满达:《论争议的在线解决》,载《法学》2002年第8期;李琰玮:《B2C网络购物纠纷在线纠纷解决机制研究》,上海师范大学2012年硕士学位论文。

^③ 参见刘茜芸:《法国网络空间安全建设特点及其对我国的启示》,载《情报杂志》2020年第10期。

^④ 参见郭庆光:《传播学教程》,中国人民大学出版社2011年版,第162页。

打通诉讼服务辐射社区治理的立体化格局,助力发挥公共法律服务中心“元治理”功能。

2. 以法律指导促使当事人形成科学纠纷法律结果预估。当损害或纠纷发生后,不懂法的当事人会错失维权机会,而懂得维权的当事人亦因对纠纷法律处理结果无客观预估而选择错误低效的纠纷处理方式,故个案法律指导与预估是引导当事人合理解决纠纷的重要关口。该层级的人工法律咨询主要由公共法律服务中心负责,建立驻村(居)法律顾问等常态化法律指导,调配第三方普法力量或购买公共法律服务。

3. 以一体化数据平台整合宏观与微观协同路径。依靠一体化数据共享平台等信息化手段进行宏观普法与微观法律指导,由“双中心”共享对接机器学习系统、小程序模拟法庭、自媒体动画普法、普法机器人智能问答等进行普法;对接线上法律指导、侵害评估系统、“方案探寻器”、嵌入提醒程序、决策树系统等提供专业法律评估,引导当事人自主选择替代纠纷解决方式,以类似“双盲出价”“智能和解工具”等系统辅助化解纠纷于诉前。^①由“双中心”根据各自协同分工进行具体模块后台维护、数据分析与服务产品研发更新。

(三) 制度供给:以考核机制与条线制度供给提升纠纷控制力

该层级的深化协同主要体现于多元解纷机制,除需配套综合背景调解员之外,更离不开综合考评体系及条线部门制度供给的强化。

1. 以当事人评价反馈为诉前调解主要考核指标。以当事人反馈结果为基础,结合调解案件的标的、法律疑难程度、协调难度等,设立金牌调解员等先进评选机制带动调解组织整体发展,但需要注意的是先进评选从社会学角度看则会产生不同的解释逻辑,如突然出现的优秀成员会增加原同质组织中的异质因素,^②故建议对金牌调解员进行特殊的组织分化,如成立金牌调解员调解室,脱离于原调解员组织体系,将有效避免对组织体系内其他调解员的负激励问题。

2. 增设司法人员平衡激励机制。当前以办案指标为核心的法院绩效考评体系,使诉讼服务工作、“双中心”融合工作无法获得与审判工作相对等的注意力资源。建议以平衡激励原则为视角,将诉讼服务中心工作、“双中心”机制融合工作纳入法院内部考核体系内,如作为绩效考核指标或者设置精神奖励政策,作为法官或法官助理的等级晋升重要指标要素,以奖惩机制的落地为“双中心”一体化融合平台的实质性、内源性、可持续性发展提供组织动力。

3. 以条线部门供给激发组织活力。科技运用与机制改革下的“双中心”离不开各自条线部门的制度供给,建议以出台内部工作分工规程、规范性文件等方式明确法院

^① 参见[英]理查德·萨斯坎德:《线上法院与未来司法》,何广越译,北京大学出版社2021年版,第109-139页。

^② 参见周雪光:《组织社会学十讲》,北京社会科学文献出版社2003年版,第204页。



各条线部门对诉讼服务中心的职责事项，严格落实分工制与问责制，建议法院以审管办为主管部门调度条线部门对诉讼服务中心的供给工作，并负责与公共法律服务中心考核部门对接，提高“双中心”各自体系内部条线部门的制度供给与资源支持力度。^①

（四）法律激励：以区块链技术精准助力纠纷解决与价值示范

经过法律触达第一层级纠纷避免与第二层级纠纷控制后，未化解的纠纷将进入法律触达的第三层级纠纷解决。“双中心”在该阶段的功能价值体现于精准对接、智能辅助、大数据分析形成科学预判及典型案例规则，以反哺法律触达第一层级与第二层级。

1. 以案件类型化为基础提升诉调精准对接。将仲裁、婚姻家庭、邻里纠纷、农村土地纠纷等法定调解前置或调解可能性较高的案件，直接分流至诉前调系统，由公共法律服务中心根据案件地域、类型精准分配至各类调解工作平台。在线上平台未普及的地区，由公共法律服务中心负责代办式调解服务。

2. 以调解程序深度供给司法程序。借助一体化数据平台固定调解阶段无争议事实，并以要素表、类案模板等对纠纷作初步的诉讼化处理，如归纳当事人诉辩理由和争论焦点，推送类案与法律条文等，将纠纷的诉讼要素提炼与固定工作前移至调解阶段，并根据案件复杂程度进行初步的繁简分流，避免在诉讼阶段重复调解阶段工作，并以调解阶段成果助推诉讼纠纷化解效率。针对已经面对面调解的简单案件，诉讼阶段将以书面审理为主，当事人要求强烈的可以线上庭审为辅，不再进一步耗费当事人诉讼成本与司法资源成本。

3. 以区块链技术提升案件预判与社会规范功能。“司法的目的不仅只是解决纠纷，还要通过解决纠纷向市场和社会释放正确的激励。”^②从实践中看，现有的“双中心”在以区块链技术进行大数据分析研判方面仍有空缺，一方面，“双中心”应以一体化数据平台为依托，通过对调解、诉讼案件数据分析，准确预判社会纠纷高发点及发展态势并予以有力应对，由公共法律服务中心牵头调配行政机关、行业组织、人民调解力量、社会志愿者等进行溯源治理，并将态势分析智能推送相关利益群体。另一方面，诉讼服务更应归纳提炼核心法律规则、事实要件涵射模型、法律后果警示等，以生动的方式将规范授之于众，消除或减少预期不明导致的危险性与不稳定性，^③实现法治理念、法治能力、法治理性的普惠式渗透。而法律触达的更高位阶在于改善法律状态，让公众享受良好的法治生态，是“双中心”乃至国家与社会需继续探寻的深远课题。

（责任编辑：崔婷婷）

^① 参见邓理、王中原：《嵌入式协同：“互联网+政务服务”改革中的跨部门协同及其困境》，载《公共管理学报》2020年第4期。

^② 桑本谦：《理论法学的迷雾：以轰动案例为素材》，法律出版社2020年版，第122页。

^③ 参见〔日〕青井和夫：《社会学原理》，刘振荣译，华夏出版社2002年版，第70页。

民间借贷行为可税性研究

殷勤 张娟娟*

内容摘要:最高人民法院通过“陈建伟案”,对税务机关的税收核定权、交易定性、滞纳金征缴等问题提出审查思路,并对税法实质主义的适用提供了司法评判标准。民间借贷行为一般具有人身和社会属性,特殊情形下也具有资本属性,对民间借贷较大金额利息收入征缴税款,宜坚持税收公平原则并保持谦抑。税务机关宜结合借贷当事人之间的关系、借贷的性质和用途、借贷金额与利息金额的大小、出借资金的来源等情况,综合判断是否符合法定的纳税条件,并衡量税收的行政效率与经济效率。同时,税务机关经调查未发现纳税人存在偷税、抗税、骗税情形,而仅系纳税义务人对相关法律关系的错误理解和认定的,税务机关在按实质课税的同时不宜一律征缴滞纳金。

关键词:民间借贷;税收核定权;经济实质;实质课税

中图分类号:DF432 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-3156(2022)03-189-200

税法上有所谓形式与实质之争,税法实质主义要求透过市场主体的交易形式,探求其实质内涵,对纳税人套取的税收利益加以否定;另一方面,完全脱离形式追求实质理性,其结果可能是个案、偶然、随机的,无助于形成统一的税收征管法律秩序,也无助于市场交易的稳定。税收法定主义意味着任何市场主体都能够信赖税法并预测和确定交易的税负,因此,税法形式主义构成了税法实质主义的基础。“只有在税法形式提供的空间范围内,实质理性才能真正实现。”^①最高人民法院裁判的陈建伟诉莆田市地税稽查局、福建省地税局税务行政处理及行政复议申请再审案(以下简称陈建伟案),通过对民间借贷行为税收核定权与可税性问题加以阐释,对税法实质主义适用提供了司法评判标准。

* 殷勤,江苏省南通市中级人民法院行政审判庭三级法官;张娟娟,江苏省南通市中级人民法院行政审判庭法官助理。

① 汤洁茵:《形式与实质之争:税法视域的检讨》,载《中国法学》2018年第2期。



一、“陈建伟案”折射出的税法实质主义与形式主义之争

涉税行政争议法律适用一般较为疑难，最高人民法院审理的此类案件较少，每一个裁判都是重要的案例样本。

（一）基本案情

2013年初，福建省鑫隆古典工艺博览城建设有限公司（以下简称鑫隆公司）因项目开发需要，与陈建伟和案外人林碧钦（另案处理）达成协议，以鑫隆公司部分房产作为抵押向陈建伟和林碧钦合计借款6000万元，月息5%，利息按月支付，期限1年。2013年3月20日，陈建伟、林碧钦与鑫隆公司签订合同时，发现鑫隆公司只能提供85坎店面，店面面积合计10008.73平方米，两人只同意借给鑫隆公司5500万元，双方签订总价为5500万元的商品房买卖合同，并到仙游县房地产管理中心备案登记。同日，鑫隆公司将多余的500万元汇还给林碧钦。2014年1月17日，林碧钦因资金周转需要从鑫隆公司抽回300万元。2014年3月19日一年放贷期满，林碧钦、陈建伟和鑫隆公司通过泉州仲裁委员会仲裁解除上述商品房买卖合同，鑫隆公司各汇还给林碧钦、陈建伟2600万元，共计5200万元。2013年3月20日至2014年3月19日，陈建伟累计取得利息收入2140.5万元（其中，2013年度为1350万元，2014年度为790.5万元）。陈建伟2013年度和2014年度取得利息收入未申报缴纳营业税、个人所得税、城市维护建设税、教育费附加及地方教育附加。2015年4月30日，莆田市地税稽查局对陈建伟作出莆地税稽处〔2015〕7号《税务处理决定书》（以下简称被诉税务处理决定），决定由陈建伟补缴：1. 营业税1070250元；2. 个人所得税4281000元；3. 城市维护建设税53512.5元；4. 教育费附加32107.5元；5. 地方教育费附加21405元；6. 加收滞纳金171781.71元，以上共计人民币5630056.71元。

（二）问题整理

从一审到再审，本案的争议焦点都非常明确：一是陈建伟与鑫隆公司之间是房屋买卖合同关系还是金钱借贷关系；二是民间借贷及利息收入是否应当以及如何征税。

一、二审法院认为，陈建伟与鑫隆公司之间的交易行为名为购房实为借贷，符合非典型性抵押担保的借贷关系。陈建伟、林碧钦支付给鑫隆公司5500万元资金为借款行为，陈建伟收取本金之外的2140.5万元系利息收入，依法属于《营业税暂行条例实施细则》规定的营业税应税劳务中“金融保险业”范围，以及《个人所得税法》规定的个人所得范围，并符合《城市维护建设税暂行条例》《征收教育费附加的暂行规定》等应税规定，且由于陈建伟未按期缴纳税款，根据《税收征收管理法》，依法责令加收相应滞纳金。因此，莆田市地税稽查局对陈建伟作出被诉税务处理决定符合法律规

定。^①

再审中，最高人民法院在裁定书中就案涉交易实质和征税问题的判定思路写道：“对同一法律关系的认定，税法与民法的规定可能并不完全一致：依民法有效之契约，依税法可能并不承认；而依民法无效之契约，依税法亦可能并不否认。因此，税务机关依据税收征收法律等对民事法律关系的认定，仅在税收征管中有既决力；公民个人将资金借与单位或者其他个人产生较大数额利息收入的，属于当时有效的《营业税暂行条例》的应税劳务。在营业税改为增值税后，单位或个人提供贷款服务取得利息收入且达到起征点的，也属于增值税应税劳务，应适用 6% 的税率征收增值税，对于小规模纳税人增值税征收率为 3%；宜结合借贷当事人之间的关系、借贷的性质和用途、借贷金额与利息金额的大小、出借资金的来源等情况，综合判断是否符合法定的纳税条件，对于亲友之间偶发的、不以营利为目的、月利息收入未达到起征点的民间借贷行为，不应征收税款。”同时在争议焦点之外，最高人民法院还认为，相较于对惯常存款人无成本资金从金融机构取得无风险利息收入征缴个人所得税而言，对具有资金融通性质、需要缴纳营业税（增值税）等税赋且可能存在资金成本和市场风险的民间借贷的利息收入征缴个人所得税，虽原理与法律规定相同，但实际征缴时仍应考量名义利息所得是否为实际利息所得、是否为应纳税所得额以及是否存在同一笔利息扣除实际支出后内部二次分配问题，并避免重复计征，以体现税收公平。^②

细酌裁判理由，以下问题值得进一步思考：

1. 税收总体上源于私人主体的市场交易行为，但是在征税环节，税务机关应当按照形式上已经确定的交易征税，还是有权突破交易的形式和法律关系，给市场交易定性并据此征税，这实际上涉及税法与私法的关系问题。

2. 民间借贷行为是较为常见的社会活动，兼有人身、社会属性和资本属性，从社会生活一般视角看，能否将民间借贷行为一概纳入《营业税暂行条例》规定的应税劳务。

3. “营改增”背景下，基于法律适用的有效衔接，民间借贷行为是否还同时属于增值税的应税范围。申言之，由于本案行政行为作出时《营业税暂行条例》仍然有效，而最高人民法院再审时国家立法已经取消营业税改征增值税，本案确认民间借贷行为是否属于应税劳务，是否仍有其实益。

4. 就征税的客体范围而言，交易定性既包括税收客体的有无即定性分析，也包括税基的确定即定量分析。在对民间借贷及利息收入征税进行定量分析时，还应当同时考虑哪些要素，以及纳税人未主动申报纳税时是否应同时征缴滞纳金，这实际上涉及

^① 参见陈建伟诉莆田市地税稽查局、福建省地税局税务行政处理及行政复议案，莆田市中级人民法院（2015）莆行初字第 296 号行政判决书、福建省高级人民法院（2016）闽行终 896 号行政判决书。

^② 参见陈建伟诉莆田市地税稽查局、福建省地税局税务行政处理及行政复议申请再审案，最高人民法院（2018）最高法行申 209 号行政裁定书。



税收公平原则的运用。

二、税法对民事法律关系的“穿透”

通说认为,税法关系是国家与纳税人之间公法上的债权债务关系,即国家赋予私人财产权并保障私人的市场交易行为,私人承认国家征税的合法性,同意由国家“分享”私人通过交换自由而取得的收益。^①因此,国家税收依存于社会财产权,通过私法确认财产权以及市场交易规则,是国家取得税收的基础和条件。但这是从国家税源的角度宏观地看待税法和私法的关系。

(一) 税法评价与民法评价方法之异同

税法系以各种经济活动或经济现象作为课税对象,但这些经济活动或经济现象,无不以私法行为进行。^②在具体的税收征纳过程中,税法由于关注私人财产权行使过程中所产生的交易行为,以及由此产生的财产利益增减或权属变动,因此必然要关注和援引民法上的概念,以描述税收的构成要件(如财产交易、利息所得)、间接形成课税的原因事实(如继承或财产转让)、课税的前提要件(如共有财产关系)等,税法概念和私法概念应保持较一致的解释立场。就私人财产权的形成而言,一般民法规范在先、税法调整在后,私法是调整私人财产权的第一顺位法律规则,税法则在私人财产权归属确定之后再作进一步调整。这意味着私法在规范私人财产权中,对相关主体、法律事实、行为及其对象必然首先作出判定,这些基本事实的判定因之成为税法进一步调整的基础。因此,基于法律秩序的统一性,税法与私法应当保持适度统一。

税法对私人财产权调整的方向和角度必然与私法有所差别。虽然税法与私法均关注商品的流通交易行为(民事法律行为),但较之私法主要关注交易安全和交易过程中的平等性和意思自治、为财产权提供积极的制度保障,税法则主要关注依私法上行为所产生的经济后果(如财产、所得等)。税法在关注市场主体、经济行为或某种经济收益时必须以可税性为考量,并关注不同的市场主体、经济行为或某种经济收益及其税收负担能力的差异,进而决定不同的税收构成要件。^③因此,税法关注的重点首先在于经济实质以及税收负担能力的差异性。在税收构成要件的相关事实认定中导入实质课税原则,即要求对有关课征税收构成要件判断及认定,应当以实质上的经济事实关系以及所产生的经济利益为准,而非以法律形式外观为准。实质上相同的经济活动所产生的相同经济利益,应当课以相同的租税。而当私法规范对私人财产权行使

① 参见李刚、丛中笑:《税法与私法关系探源》,载《法制与社会发展》2003年第6期。

② 参见杨小强:《论税法与私法的联系》,载《法学评论》1999年第6期。

③ 参见刘剑文:《私人财产权的双重保障——兼论税法与私法的承接与调整》,载《河北法学》2008年第12期。

的法律形式的认定,不足以反映经济生活实质时,税法可以穿越私法形式,直接考察财产权行使后果的实质经济内涵。

民法的核心概念为法律关系或合同性质,税法的核心概念则为交易性质。^①税法对经济实质的关注,意味着征税机关必然享有税收核定权,并且在复合交易、虚假交易、交易“名一形”冲突或“名一实”冲突等场合,也需要征税机关坚守税法的实质正义,依照实质课税原则把握交易定性。如德国《税收通则法》第40条规定,满足全部课税要素或部分课税要素的行为,不因其违反法律上的命令或禁止性规定,或者违反善良风俗的情况而妨碍对其行为的课税;第41条规定,在法律行为无效或者效力已丧失的情况下,已经发生了当事人法律行为的经济后果或者当事人的法律行为已成立者,不妨碍对其课税,但税法有明确的特别规定时不在此限。当然,基于交易实质征税是由税法的特殊规则和价值选择决定的,但税法评价和税款征纳,不当然意味着所涉交易即归于合法,其仍要基于法律法规的禁止性规定以及是否违反公序良俗原则等加以判断。同时,基于税收的法律实质主义,在税法评价时存在行政违法或无效评价,导致纳税主体应税所得额减损的,税务机关应当在税款征纳的量化计算上作出相应调整。

(二) 民事法律关系对征税事实认定的影响

最高人民法院在广州德发房产建设有限公司诉广东省广州市地方税务局第一稽查局税务处理决定再审案中,曾对税务机关的税收核定权问题详加阐述,认为国家税务总局虽然没有明确各级稽查局是否具有《税收征收管理法》第35条规定的核定应纳税额的具体职权,但征税主体查处涉嫌违法行为时不可避免地需要对纳税行为进行检查和调查,特别是出现《税收征收管理法》第35条规定的计税依据明显偏低的情形时,如果征税主体不能行使应纳税款核定权,必然会影响税收稽查工作的效率和效果,甚至对税收征管形成障碍。^②最高人民法院在陈建伟案中重申了税务机关具有对交易实质进行核查和征税的法定职权,根据《税收征收管理法》及相关规定,税务机关是主管税收工作的行政主体,承担管辖权范围内的各项税收、非税收入征管等法定职责。因此,税务机关一般并不履行认定民事法律关系性质职能,且税务机关对民事法律关系的认定一般还应尊重生效法律文书相关认定效力的羁束。但是,税务机关依照法律、行政法规的规定,征收税款系其法定职责,在征收税款过程中必然会涉及对相关应税行为性质的识别和判定,而这也是实质课税原则的基本要求。否定税务机关对名实不符的民事法律关系的认定权,不允许税务机关根据纳税人经营活动的实质内容依法征收税款,将不可避免地影响税收征收工作的正常开展,难以避免纳税义务人滥用私法

① 参见滕祥志:《税法的交易定性理论》,载《法学家》2012年第1期。

② 参见广州德发房产建设有限公司诉广东省广州市地方税务局第一稽查局税务处理决定再审案,最高人民法院(2015)行提字第13号行政判决书。



自治以规避或减少依法纳税义务，从而造成国家法定税收收入流失，而有违税收公平原则。^①

在税法与民法的关系上，陈建伟案裁判进一步指出，税法与民法系平等相邻之法域，前者体现量能课税与公平原则，后者强调契约自由。对同一法律关系的认定，税法与民法的规定可能并不完全一致：依民法有效之契约，依税法可能并不承认；而依民法无效之契约，依税法亦可能并不否认。因此，税务机关依据税收征收法律等对民事法律关系的认定，仅在税务行政管理、税额确定和税款征缴程序等专门领域有既决力，而当事人仍可依据民事法律规范通过仲裁或民事诉讼等方式另行确认民事法律关系。因而，在坚持税务机关对实质民事交易关系认定负举证责任的前提下，允许税务机关基于确切让人信服之理由自行认定民事法律关系，对民事交易秩序的稳定性和当事人权益并不构成重大威胁。当然，税务机关对实质民事交易关系的认定应当符合事实与税收征收法律规范，税务机关认为其他机关对相应民事法律关系的认定与其认定明显抵触的，宜先考虑通过法定渠道解决，而不宜迳行作出相冲突的认定。^②

三、民间借贷行为的交易定性与可税性

私人交易主体之间发生的法律关系，与税法上交易定性具有辩证关系，一般而言，在单一交易场合，民事法律的性质决定了税法交易定性，二者具有同一性，确定了民事法律关系，也就同时确定了交易性质。但是，在虚假交易等特定情况下，法律关系的性质隐藏在虚假的外观、形式、名称、结构之后，此时税法评价不应当以表面呈现的交易形式或者外观为准，而应当撇开外观、形式、名称、结构或者流程等，探求其实质内容。

（一）交易实质的判断

税法实质主义一般包括两个方面的内容，即“实质归属课税”和“实质把握课税”。前者主要用于确定纳税的主体，即坚持实质所得者课税或者实质归属者课税；后者主要用于确定税收的客体，即虽以民事法律关系为基础但又不止于法律关系的外观，通过公法权力的合法介入，判定经济交易实质和税收客体，解决税法中的“名一形”冲突和“形一实”冲突。^③比如，虚假交易是以虚假的交易形式掩盖真实的交易实质，在民法中虚假交易为无效或者可撤销的合同，但在税法中被虚假交易掩盖的实质必须

^① 参见陈建伟诉莆田市地税稽查局、福建省地税局税务行政处理及行政复议申请再审案，最高人民法院（2018）最高法行申209号行政裁定书。

^② 参见陈建伟诉莆田市地税稽查局、福建省地税局税务行政处理及行政复议申请再审案，最高人民法院（2018）最高法行申209号行政裁定书。

^③ 参见张宇润：《论税法基本原则的定位》，载《中外法学》1998年第4期。

得以挖掘和认定，且不以民法的或然无效认定为准。同时，民法或然无效的判断一般发生在仲裁或者诉讼环节，税法评价与民法判断则发生于不同程序、时点和环节中，两者以不同的规则和轨迹运行。

陈建伟与鑫隆公司虽然在外观上签订了有具体标的物指向和价款的房屋买卖合同，但实质是鑫隆公司作为房产开发公司急需资金向陈建伟拆借，并以每月定期支付履约保证金作为回报，其房屋买卖合同实为鑫隆公司借款的担保，履约保证金实为高额利息收入。在税务机关已经提交双方资金往来明细、鑫隆公司法定代表人陈述、证人证言等主要证据，并综合交易双方最初的真实意思表示和履约情况，证明双方实质交易性质系民间借贷关系前提下，陈建伟认为属于房屋买卖法律关系，应当提供进一步的证据证明其主张。陈建伟与鑫隆公司一方面不否认资金往来系客观真实发生，另一方面房地产公司逐月按特定比例给购房人支付所谓履约保证金也不符合商品房买卖交易习惯，表明《商品房买卖合同》仅系双方为保证出借资金安全而签订，具有让与担保属性，也符合借款合同法律关系实质。税务机关依据实质课税原则，根据当事人民事交易的实质，自行、独立认定实际形成民间借贷法律关系，即为依据纳税人民事交易活动的实质而非表面形式予以征税。

实践中还存在“销售一回购”方以较低价格售出约定的标的物、“购买一出售”方以较高价格在约定期限内回售，其实质为“销售一回购”方融资借款和“购买一出售”方放贷行为，中间差价即为融资的利息对价，对双方行为的税务处理和税法评价，应当为“销售一回购”方支付的差价视同利息支付。由于法律、法规未明确禁止，上述行为在私法上仍属合法有效的法律行为，但在税法评价上要穿透房屋买卖合同的形式外观，查究融资借贷的交易实质。

（二）征税范围的判断

在课税要素中，征税范围是核心要素，狭义上的征税范围即具体化的税目和税基。通说认为，国家确定征税范围时应主要考虑收益性、公益性和营利性三个要素。^①具体而言，税收活动是对社会财富的分配与再分配，而只有当存在收益时，才存在对收益的分配问题，即纳税主体存在收益，才具备纳税的能力。同时，如果某一主体的行为具有突出的公益性，是在为社会提供公共服务和产品，则即使存在收益，国家一般也不予以征税，因而公益性要素构成收益性征税的例外；反之，如果公益主体进行了一定的营利活动，即公益主体的某一行为并不具有公益性时，该相应的营利活动也应当征税，即营利性同时构成公益性要素的例外。

在抽象的征税范围上，征税与否一般首先取决于民事主体的行为是否具有收益，

^① 参见张守文：《论税法上的“可税性”》，载《法学家》2000年第5期。



或者说某一应税行为或者活动是否具备营利性。如果有收益的主体同时是以营利为目的的,则宜纳入征税范围;如果有收益的主体的行为不具有突出的营利性、经济性,而主要具有社会性、政治性或者公益性,则一般不予征税。在抽象层面明晰征税客体要素,与税收法定原则并不冲突。现代社会生活千变万化、层出不穷,而税法规定既具有抽象性、也具有滞后性,税务机关不应当也不可能仅以税法条文的文义实施征税,而应当在符合国家征税目的前提下,针对不同的应税行为和类型,作出相应扩大或者缩小解释,以使税法始终符合国家政策和社会变迁的要求。反之,则可能出现所谓“税法规定得越详细,漏洞就会越多”的困扰。^①

自然人实施民间借贷取得利息收入,争议在于“自然人借与他人资金”是否符合《营业税暂行条例》《营业税暂行条例实施细则》规定的金融保险业范围,以及此种利息收入是否符合《个人所得税法》规定的利息。从其字面含义理解,金融保险业一般主要指单位而不包括自然人,而利息收入则显然属于利息。但是,是否就据此得出自然人实施民间借贷及取得利息不应当征纳营业税,而应当征纳个人所得税?

对此,应当在“收益性、公益性、营利性”框架下,基于税收征管法律规定的合目的性解释,判断这一行为的可税性。从其对象来看,借贷行为既包括大额的资本拆借和资本利得,也包括普通小额的民间、社会性借贷和取得与同期银行存款利息相应的利息收入。前者的收益性、营利性和非公益性是显而易见的,应当认定仍属于金融保险业应税劳务和《个人所得税法》应税利息的范围;后者虽然具有一定的营利性,但同时更多具有人身性和社会属性等特点,比如,对熟人之间偶发的小额借贷,只要相应利率在法律认可的范围之内,就不应当认定为属于应税劳务和应税所得。同时,国家将营业税改征增值税之后,《营业税改征增值税试点实施办法》明确规定,金融服务是指经营金融保险的业务活动,包括贷款服务等。贷款是指将资金贷与他人使用而取得利息收入的业务活动,包括各种占用、拆借资金取得的收入等,按照贷款服务缴纳增值税。对这一规定的理解,仍应结合“收益性、公益性、营利性”,对应税行为作出扩大(如将个人实施的大额民间借贷认定为属于金融服务)或者限缩解释(如将亲友间偶发的小额民间借贷认定为不属于金融服务)。

申言之,公民个人将资金借与单位或者其他个人并产生较大数额利息收入的,即属于应税劳务。民间借贷利息收入的起征点,应当适用营业税起征点规定,即对月利息收入达到30000元(2019年1月1日小规模增值税起征免税额提高到100000元),应当征收营业税。在营业税改为增值税后,单位或个人提供贷款服务取得利息收入且达到起征点的,也属于增值税应税劳务,应适用6%的税率征收增值税,对于小规模

^① 参见[美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第73页。

的纳税人增值税征收率为3%。同时更为重要的是,税务机关在遵循税收法定原则的同时,还必须坚持税收公平和税收效率原则,既考虑税收征收的行政管理效率,避免税款收入与征收成本比例失衡,也考虑征收对经济、社会的综合影响,依法保障纳税人的基本权利,给社会以合理的预期和安全感。民间借贷行为一般具有人身和社会属性,特殊情形下也具有一定资本属性,对民间借贷行为征缴税款,宜坚持税收公平原则并保持谦抑。税务机关宜结合借贷当事人之间的关系、借贷的性质和用途、借贷金额与利息金额的大小、出借资金的来源等因素,综合判断是否符合法定的纳税条件,并衡量税收的行政效率与经济效益,以发挥税收制度调节社会生产、交换、分配和消费,与促进社会经济健康发展的功能。对于亲友之间偶发的、不以营利为目的、月利息收入未达到起征点的民间借贷行为,不应征收税款。^①

四、征收税款滞纳金的立场与方法

结合《税收征收管理法》《税收征收管理法实施细则》,关于税款追征期以及加收滞纳金有四种情形:一是因税务机关自己的责任,适用税收法律、法规不当或者违法作出行政行为,致使纳税人、扣缴义务人未缴或者少缴税款的,追征期为三年,但同时不得加收滞纳金;二是因纳税人、扣缴义务人计算错误等失误的,追征期一般为三年,特殊情况下(未缴或者少缴税款超过10万元以上的)追征期可以延长到五年,同时需要加收滞纳金;三是纳税人、扣缴义务人存在偷税、抗税、骗税情形的,追征期为无期限,同时需要加收滞纳金;四是纳税人不进行纳税申报,不缴或者少缴应纳税款的,追征期一般为三年,特殊情况下(未缴或者少缴税款超过10万元以上的),追征期可以延长到五年,需要同时加收滞纳金。

实践中,税务机关一般倾向于将税款滞纳金理解为对纳税人占用国家税款的补偿,因此对加收滞纳金采严格责任,只要不存在因税务机关自己的责任导致少缴纳税款的,在追征税款时均加收滞纳金,亦即认为上述第二、三、四种情形不存在例外。但最高人民法院近年系列裁判,总体上倾向于不完全按照《税收征收管理法》第32条规定“从滞纳税款之日起加收滞纳金”,而是认为在税务机关认定某项纳税行为存在少缴税款情况之前,如果纳税人并无违反税法规定的行为或纳税人的纳税行为是根据税务机关的合法决定缴纳的,则纳税人不承担本次认定少缴税款时点之前的滞纳金。此种解释立场,系主要基于对纳税人更为有利的原则,通过适用《税收征收管理法》第52条第1款规定,推定补缴税款属于税务机关的原因,对纳税人补征税款但不加收滞纳金,

^① 参见陈建伟诉莆田市地税稽查局、福建省地税局税务行政处理及行政复议申请再审案,最高人民法院(2018)最高法行申209号行政裁定书。



进而修正了加收滞纳金的条件及起算时点。

在清远市伟华实业有限公司与清远市地方税务局税务行政处理申请再审案中，最高人民法院认为，伟华公司分批多次购进和分别转让物业，其采取整体收入减去整体成本的方式计算营业额并进行纳税申报不恰当，稽查部门的计算方式更符合行业习惯。营业额计算方式调整后，伟华公司存在少缴税情形，稽查部门要求其补缴这部分税款并无不当。同时，伟华公司转让物业少缴税款，并非其在纳税申报时少申报或虚假申报，而是由稽查过程中改变计税方式所致，系征管部门与稽查部门两种计算方式差异造成，因此属于《税收征收管理法》第52条第1款所列的少缴税情形，按规定税务机关对有关税款不得加收滞纳金。^①

之后，最高人民法院在德发公司案中提出了对行政相对人更为有利的解释和对滞纳金问题从宽处理的思路，认为根据依法行政的基本要求，没有法律、法规和规章的规定，行政机关不得作出影响行政相对人合法权益或者增加行政相对人义务的决定。在法律规定存在多种解释时，应当首先考虑选择适用有利于行政相对人的解释，加收税收滞纳金应当符合以下条件之一：纳税人未按规定期限缴纳税款；自身存在计算错误等失误；故意偷税、抗税、骗税的。德发公司在拍卖成交后依法缴纳了税款，不存在计算错误等失误，税务机关经调查也未发现该公司存在偷税、抗税、骗税情形，因此，德发公司不存在缴纳滞纳金的法定情形。同时，还应考虑德发公司基于对拍卖行为以及完税凭证的信赖而形成的信赖利益保护问题。在税务机关无法证明纳税人存在责任的情况下，可参考《税收征收管理法》第52条第1款规定作出对行政相对人有利的处理。因此，稽查部门重新核定德发公司拍卖房产的计税价格后新确定的应纳税额，纳税义务应当自核定之日发生，其对德发公司征收该税款之前的滞纳金，没有法律依据。^②

在陈建伟案中，最高人民法院虽然基于再审裁判原则上仅对原审重大错误予以纠正，对税务机关加收滞纳金采尊重立场，但又进一步重申了德发公司案对滞纳金问题的处理思路，认为税务机关有权基于实质课税原则核定、征缴税款，但加收滞纳金仍应严格依法进行。根据《税收征收管理法》第32条、第52条规定，加收滞纳金的条件为：纳税人未按规定期限缴纳税款且自身存在计算错误等失误，或者故意偷税、抗税、骗税的。因此，对于经核定属于税收征收范围的民间借贷行为，只要不存在恶意逃税或者计算错误等失误，税务机关经调查也未发现纳税人存在偷税、抗税、骗税等情形，而仅系纳税义务人对相关法律关系的错误理解和认定的，税务机关按实质课税的同时不宜一律征缴滞纳金甚至处罚。本案中，稽查部门依据实质课税原则认定案件涉及民

① 参见清远市伟华实业有限公司诉清远市地方税务局税务行政处理申请再审案，最高人民法院（2016）最高法行申5121号行政裁定书。

② 参见广州德发房产建设有限公司诉广东省广州市地方税务局第一稽查局税务处理决定再审案，最高人民法院（2015）行提字第13号行政判决书。

间借贷关系而非房屋买卖关系，并因此决定征缴相应税款并无不当，决定加收相应滞纳金亦有一定法律依据。同时还指出，考虑到有关民间借贷的征税立法不具体，稽查部门仍宜参考《税收征收管理法》第52条第1款规定的精神，在执行被诉处理决定时予以充分考虑。^①

上述思路，也与2015年1月5日公布的《税收征收管理法修订草案（征求意见稿）》第60条第2款有关“非纳税人、扣缴义务人的过错，致使纳税人不能及时足额申报缴纳税款的，不加收税收利息”的规定趋同，即对滞纳金的加收采纳纳税人过错原则。

五、从税收法定到税收公平

随着交易的日益复杂，再精心构造的税法典也不能涵盖、涵摄或适用于新型的复杂交易类型，这就产生了税法的不周延和不确定性。^②陈建伟案即充分彰显了税法不确定性问题。一方面，税收源于市场交易，但在征税环节，税务机关是仅依名义上的房屋买卖合同征税，还是仅将交易形式和当事人主张的民事法律关系作为税收核定的基础，而据此作出实质上的核定和确认；另一方面，民间借贷行为是较常见的社会活动，能否将民间借贷行为一概纳入《营业税暂行条例》规定的应税劳务，以及将产生的利息收入纳入《个人所得税法》规定的利息所得，还是区分民间借贷的不同情形区别对待。这些都对税法的正确适用提出了挑战。

税收法定主义原则是关于课税权行使方法的原则，要求征税必须有法律依据并且依法征税和纳税，^③但由于交易的复杂性和法律本身的滞后性，完全在形式上遵守税法将带来机械执法和国家税收的流失，因而税收法定主义必然与实质课税原则相联结。实质课税原则认为税法与私法既有联系又有区别，私人的交易行为虽然形成税源，但与私法事实注重意思表示不同，税法要求依据征税事实的经济实质解释事实，即经济的实质主义才是实质课税原则的基本意旨。^④在税收法定主义和实质课税原则指导下，最高人民法院在陈建伟案裁定中尊重税务部门依据交易的实质进行征税，即突破房屋买卖合同的形式，认定自然人通过民间借贷贷款，与单位一并取得巨额利息收入的行为，属于应税劳务和利息所得。

税收公平主义原则是对税收法定主义及实质课税原则的有益补充，要求纳税人承

① 参见陈建伟诉莆田市地税稽查局、福建省地税局税务行政处理及行政复议申请再审案，最高人民法院（2018）最高法行申209号行政裁定书。

② 参见滕祥志：《税法行政解释的中国实践与法律规制》，载《北方法学》2017年第6期。

③ 参见徐孟洲：《论税法原则及其功能》，载《中国人民大学学报》2000年第5期。

④ 参见闫海：《绳结与利剑：实质课税原则的事实解释功能论》，载《法学家》2013年第3期。



受的负担应与其经济状况相适应，并使各个纳税人之间的负担水平保持均衡。^①依据税收公平主义，税务机关不仅需要主动积极地核定和实施课税，同时也要准确地认定税收的客体范围，个别地考量纳税人的真实成本和负担。这是要求税务机关在强调税收的权力性的同时，也要更加人性化执法，在增加税源的同时不能侵蚀税本。在税收公平主义原则指导下，最高人民法院虽然支持税务机关对本案民间借贷行为征税，但在税务处理之外，也明确了对于亲友之间偶发的、不以营利为目的、月利息收入未达到起征点的民间借贷行为，不应征收税款。还指出只要不存在恶意逃税行为或者计算错误等失误，税务机关经调查也未发现纳税人存在偷税、抗税、骗税情形，而仅系纳税义务人对相关法律关系的错误理解而认定的，税务机关在按实质课税的同时也不宜征缴滞纳金甚至处罚。同时，纳税义务人在税收调查、核定和征收等行政程序中，也负有主动或应要求的协助义务，并主张对其有利的扣除、充抵、减免情节，以厘清是非曲直。

“相较于对惯常存款人无成本资金从金融机构取得无风险利息收入征缴个人所得税而言，对具有资金融通性质、需要缴纳营业税（增值税）等税赋且可能存在资金成本和市场风险的民间借贷的利息收入征缴个人所得税，虽原理与法律规定相同，但实际征缴时仍应考量名义利息所得是否为实际利息所得、是否为应纳税所得额以及是否存在同一笔利息扣除实际支出后内部二次分配问题，并避免重复计征，以体现税收公平。”^②即便对民间借贷利息收入征收个人所得税，基于税收公平原则，税务机关仍应调查名义利息所得是否为实际利息所得，是否存在重复计征等应纳税所得额问题。有鉴于此，考虑到纳税人的名义利息收入与应纳税所得额的区别，实践中应避免对下线甚至下下线出借人利息所得的二次甚或三次征税。今后利息税立法，尤其是非银行金融机构存款利息税问题，应允许扣除适当的资本金成本和经营成本，并将名义利息收入与应纳税所得额相区别。

可见，在支持税务机关对本案民间借贷和利息收入征税的同时，最高人民法院借由再审裁判，一事一议，个案处理，对税法作出了多重解释。税务行政案件在行政诉讼收案中整体偏少，由最高人民法院直接作出裁判的案件更少，而陈建伟案裁判显然着墨较多，其税法评价的指引功能和填补税法漏洞的作用，亦跃然纸上。

（责任编辑：崔婷婷）

^① 参见徐孟洲：《论税法原则及其功能》，载《中国人民大学学报》2000年第5期。

^② 陈建伟诉莆田市地税稽查局、福建省地税局税务行政处理及行政复议申请再审案，最高人民法院（2018）最高法行申209号行政裁定书。