

**■民事司法**

- 《反不正当竞争法》一般条款的适用边界 / 徐清霜 1
- 医师外出会诊侵权责任的承担规则  
——《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十条的理解与适用 / 陈龙业 王芳 12
- 建设项目压覆矿产资源财产损害赔偿纠纷疑难法律问题研究 / 张传毅 21
- 基层人民法院民事诉讼调解生效模式适用研究 / 李宁 穆春燕 30
- 合同解除裁判进路的规范和统一  
——以《合同法》第96条第1款为切入 / 洪泉寿 43
- 新旧动能转换背景下破产审判工作的改进路径 / 孙永一 李毅斌 53

**■行政司法**

- “拆违拆临”程序保障探析 / 吴大平 赵雯 61
- 行政规范性文件的司法审查  
——以新旧动能转换为背景 / 杨蕾 70

**■专题策划：刑事诉讼程序问题研究**

- 刑事案件证人、鉴定人出庭实证分析 / 山东省高级人民法院课题组 81
- 从理念重塑到制度构建：假释审判构造之检醒与变革  
——以行刑社会化趋势下的权属辨析及主体复位为视角 / 丁瑶 张燕 96
- 数罪何以难并罚  
——以诉讼程序中移送规则的缺失为视角 / 方燕 108
- 认罪认罚从宽制度的衔接与完善 / 徐伟刚 119

■司法综合

新型办案机制下基层法院案件分配制度改革刍议 / 山东省高级人民法院课题组 127

监察留置程序“二阶分法”监督机制的构建

——以程序再造和双重外部监督的衔接为内核 / 杜茜 138

准用性法条适用的法律论证

——兼论其适用的程序规范 / 李勰 150

司改语境下法官庭审话语权研究 / 詹王镇 谷元元 162

案外人执行异议之诉审查标准冲突与弥合进路选择

——以“双阶+双标”模式的思辨为视角 / 张维娟 169

民事诉讼律师费转付制度之适用路径探析

——以补偿性赔偿和惩罚性赔偿为视角 / 朱秀明 184

■调查研究与案例评析

船员侵权时如何适用雇主责任

——以个人雇佣关系为视角 / 赵斐 194

# 《反不正当竞争法》一般条款的适用边界

徐清霜\*

---

**内容摘要** 《反不正当竞争法》一般条款向知识产权专门法扩展应受限制。《反不正当竞争法》一般条款的适用对知识产权保护具有补充作用，但一般条款的适用不能介入于知识产权法明确保护的领域，更不能侵入知识产权法明确放弃保护的部分，否则会牺牲掉知识产权法立法平衡。知识产权法律规定本身不周延或者因立法滞后性没有规定时，才可适用《反不正当竞争法》一般条款提供补充调整，但是否适用一般条款还需要进行正当性判断。

**关键词** 《反不正当竞争法》一般条款 知识产权保护 补充保护

中图分类号：DF523 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)03-001-011

---

近几年，司法实践中出现了诸如“《此间的少年》”案、“欢乐颂五美案”等涉及“同人作品”的不正当竞争案件。法律适用的共同特征是，根据现行知识产权专门法难以做出权利保护，对是否可以借用《反不正当竞争法》一般条款加以禁止性保护存在争议。司法裁判中随之出现了不同认识，倾向性做法是通过适用《反不正当竞争法》一般条款，绕过知识产权法保护桎梏，间接扩大知识产权专门法的保护范围，这一现象可称之为一般条款的“侵入现象”。这一法律适用的后果是将与知识产权专门法存在冲突，打破后者自身内在的立法平衡。出现一般条款“侵入现象”深层次的原因是，法官对反不正当竞争法与知识产权专门法之间关系的认识存在偏差。

本文主要围绕与反不正当竞争法关系密切的著作权法、商标法、专利法展开讨论，研究反不正当竞争法与其他知识产权专门法适用范围，形成明确的“边界观”：一是“不冲突规则”，即《反不正当竞争法》一般条款适用对知识产权保护具有补充作用，但不可侵入知识产权法明确放弃保护的领域；二是“补充保护规则”，即《反不正当竞争法》一般条款的适用空间主要在于调整新型商业竞争领域。由此，才能发挥《反不

---

\* 徐清霜，山东省高级人民法院三级高级法官，香港城市大学法学博士研究生。



正当竞争法》独立于知识产权专门法的独特价值。

## 一、涉及《反不正当竞争法》一般条款适用之司法案例梳理

### (一) 知识产权专门法有明确规定情形下的司法裁判

#### 1. 涉及是否突破法定保护期限给与保护的裁决

案例1：“晨光外观设计多重保护案”。<sup>①</sup>原告生产的K-35型中性笔外观设计曾获得专利权，现专利已经失效，被告生产的681型水笔与K-35型中性笔外观构成相似。本案的争议问题是专利保护期届满后，是否可以转而由反不正当竞争法对同一客体再行提供保护？一审法院判决认定被告行为构成不正当竞争，肯定了多重保护。二审法院维持了一审法院判决。

最高院提审了本案。虽然在再审过程中，双方和解，但最高院在再审裁定中明确了对于本案的基本观点：“在知识产权领域内，一种客体可能同时属于多种知识产权的保护对象，其中一种权利的终止并不当然导致其他权利同时也失去外观设计专利权终止后，该设计并不当然进入公有领域，在符合反不正当竞争法的保护条件时，它还可以受到该法的保护。具体而言，由于商品的外观设计可能同时构成商品的包装或者装潢，因而可以依据反不正当竞争法关于知名商品特有包装、装潢的规定而得到制止混淆的保护。”

最高法院在本案中提出了一个很重要的问题，即专利法设定的保护期限到期后能否给与专利技术以反不正当竞争法的保护？进一步，在这个问题上外观设计专利是否有其特殊之处能否特殊处理？

#### 2. 涉及是否突破知识产权法保护客体规定给与保护的裁决

##### (1) “同人作品”案件

法院在如何判断“同人作品”在竞争领域合法性边界问题上出现不同认识。金庸诉江南关于“《此间的少年》”案件，法院适用《反不正当竞争法》一般条款保护了原告的商业利益；“欢乐颂五美”案件中，法院则以公共文化理念和不构成“混淆”具体理由相互结合，否定了原告商业权益在竞争法意义上的保护。

案例2：金庸诉江南“《此间的少年》”案件。<sup>②</sup>《此间的少年》是2010年华文出版社出版的网络小说，主要讲述汴京大学中乔峰、郭靖、令狐冲等大侠们的校园故事。作家查良镛（笔名“金庸”）起诉杨治（笔名“江南”）侵犯著作权、构成不正当竞争。

法院认为，被告行为不构成著作权侵权，但构成不正当竞争。主要理由是：《此间的少年》并没有将情节建立在金庸作品的基础上，基本没有提及、重述或以其他方

<sup>①</sup> 原告上海中韩晨光文具制造有限公司起诉宁波微亚达文具有限公司，参见最高人民法院（2010）民提字第16号民事裁定书。

<sup>②</sup> 参见广州市天河区人民法院（2016）粤0106民初12068号民事判决书。

式利用金庸作品的具体情节，是创作出不同于金庸作品的校园青春文学小说，故《此间的少年》并未侵害查良镛所享有的改编权、署名权、保护作品完整权。但《此间的少年》借助金庸作品整体已经形成的市场号召力与吸引力提高新作的声誉，可以轻而易举地吸引到大量熟知金庸作品的读者，并通过北京联合、北京精典的出版发行行为获得经济利益，客观上增强了自己的竞争优势，同时挤占了查良镛使用其作品元素发展新作品的市场空间，夺取了本该由查良镛所享有的商业利益。

案例 3：“《欢乐颂》五美”案件。<sup>①</sup>原告东阳正午阳光影视有限公司是《欢乐颂》的制作单位及出品方，该电视剧以五位主要女性人物角色的个性化塑造为创作基础，五位女性角色又被称为“五美”。原告认为，太平人寿公司在未经许可的情况下，撰写了两篇题为《跟着 欢乐颂 “五美” 选保险》的宣传文章，使用涉案电视剧的剧名《欢乐颂》、“五美”人物设置以及部分剧照为素材，以“五美”人物设置为参照，对太平人寿公司的保险产品进行类型划分，构成不正当竞争。

法院认为，被告行为不构成不正当竞争。涉案电视剧尽管是正午阳光公司的作品，但一旦将其投放市场，其同时也成为公共文化生活的一部分。涉案电视剧人物角色在涉案文章中仅仅起到划分职场人群类型、容易让消费者感同身受地理解、容易使信息更简便高效地传递的作用，这正是利用了涉案电视剧的公共文化功能。该种使用行为不会给正午阳光公司造成损害，其也不应当从该种使用行为中获得市场利益。

## （2）聚合平台案件

涉及聚合平台的案件判决引起了一些争议。“视频聚合网站”一般是指采取不跳转至视频来源网站，而在本网站页面播放来自其他网站视频的网站。从司法实践来看，大多案件对信息网络传播权的侵权判定仍采用了“服务器标准”，而聚合平台所播放的文件由于并未存储于该平台的服务器，而是存储于被链接的来源网站服务器中，故难以认定聚合平台的行为直接侵犯了涉案作品的信息网络传播权。在这些案件中，著作权人选择以信息网络著作权为由提起诉讼的案件，大多没有胜诉。然而，北京知识产权法院仍在其他以反不正当竞争法为依据的案件中，认定被告的行为应予禁止。因此有人质疑，面对同样的行为，法院援引反不正当竞争法和著作权法分别给出不同的判决结果，是否意味着《反不正当竞争法》一般条款在此处的适用有“过度”之嫌？

案例 4：“电视粉”案件。<sup>②</sup>北京我爱聊网络科技有限公司与央视国际网络有限公司侵害著作权及不正当竞争纠纷上诉案。被告提供歌华有线电视平台上的“电视粉”客户端软件，并通过该软件向用户提供 CCTV1、CCTV5、CCTV22 等电视频道节目的深层链接服务，该案涉案内容为伦敦奥运会相关电视节目。法院认定，被告在歌华有线电视平台上提供链接，并同时进行宣传，该行为分流了原告的目标群体，减少了点击

<sup>①</sup> 参见北京市朝阳区人民法院（2017）京 0105 民初 10025 号民事判决书。

<sup>②</sup> 参见北京市第一中级人民法院（2014）一中民终字第 3199 号民事判决书。



量，对原告造成损害，具有不正当性，属于《反不正当竞争法》第二条所禁止的行为。

### （3）专利技术方案

例5：“络筒机”案件。<sup>①</sup>原告系瑞士公司，其与被告均生产纺织机器，原告的PW2等型号精密数码卷绕络纱机（又名“络筒机”）生产销售以来，一些报刊对其进行了报道。原告技术方案随其产品宣传销售进入公有领域而没有获得专利权保护。被告生产的WF-50精密络筒机与原告的系争产品均由机头箱和机身组成，机头箱的造型、颜色、结构相似。原告诉被告构成不正当竞争。

法院经审理后判决驳回原告全部诉讼请求。主要理由是：各知识产权专门法都有其各自的立法政策、保护对象及保护条件。凡是在专门法中已作穷尽性保护的，不能再在反不正当竞争法中寻求额外的保护。原告自身怠于以实用新型或专利形式保护权利，应承担相应后果，不能因为没有及时按专门法的规定获得专有权即转而寻求反不正当竞争法的保护。

### （二）知识产权专门法未涉及，竞争法调整较为适当的情形

2014年之后，出现大量网络不正当竞争，难以在知识产权专门法领域找到相关立法规范，行为竞争属性较强但同时《反不正当竞争法》具体规定滞后性非常明显，法官在裁判一些新类型不正当竞争纠纷案件中，不得不大量求助于一般条款。这些案件具有极强的竞争领域行为特色，是比较典型的竞争纠纷，《反不正当竞争法》一般条款在这些领域得以充分发挥其价值。

例如，在金山诉合一因优酷网歧视性对待猎豹浏览器的不正当竞争纠纷案中，优酷网对带有猎豹浏览器标识的浏览器进行针对性设置，无法播放优酷网的视频，法院适用一般条款认定构成不正当竞争。在爱奇艺诉UC浏览器广告屏蔽不正当竞争一案中，爱奇艺主张UC浏览器快进广告，破坏其“广告+免费视频”的经营模式，法院也适用一般条款认定不正当竞争。又如，新浪微博诉脉脉网络信息抓取案件不正当竞争案中，法院仍然适用一般条款认定不正当竞争。在百度诉搜狗关于手机浏览器与搜索引擎发生冲突引发不正当竞争案件中，法院也适用一般条款认为搜狗公司的该行为，给了用户更多的选择机会，未支持百度公司的该项主张。

以上情况，司法裁判出现了不同认识甚至众多疑问的原因，应归责于我们对于反不正当竞争法与知识产权专门法之间关系的把握不够准确，在适用《反不正当竞争法》一般条款解决涉及知识产权问题时，没有处理好法律之间的关系。法律之间的边界也是法律适用的边界，反不正当竞争法与知识产权专门法之间关系是影响《反不正当竞争法》一般条款适用边界的核心因素。

<sup>①</sup> 参见上海市浦东新区人民法院（2013）浦民三（知）初字第746号民事判决书。



## 二、反不正当竞争法与知识产权法关系理论

不正当竞争法与知识产权的关系错综复杂，很难从单一角度进行定性，了解二者关系还应当从反不正当竞争法的产生说起。不正当竞争规则最初是用于辅助工业革命后不久制定的商标法和专利法的。为了保证工业产权保护的周延性，1900年修订《巴黎公约》时将制止不正当竞争纳入公约的框架之内，反不正当竞争保护自此就包含在工业产权概念之中。后来《建立世界知识产权组织公约》及TRIPs协定将制止不正当竞争纳入知识产权范围。由于这些公约的纳入，制止不正当竞争成为知识产权保护的重要组成部分。制止不正当竞争只是衔接和补充工业产权的保护，也即构成工业产权的外围保护。<sup>①</sup>但随着历史的发展，不正当竞争法与知识产权的关系愈发错综复杂，反不正当竞争法在一定程度上是知识产权法的补充，但自身又存在独立的调整空间。

### （一）反不正当竞争法对知识产权法的补充性

知识产权保护领域，《反不正当竞争法》一般条款对具体知识产权法的补充，主要体现在禁止仿冒行为、禁止借助他人品牌商誉领域。在这些领域中，二者承担着共同的目标，源于共同的原则<sup>②</sup>，可以视为一定程度的一般法与特别法的关系。基于此，反不正当竞争法与知识产权法在具体适用上表现为两种补充关系：当具体知识产权法存在疏漏需要完善时，或者出现新的权利尚未被知识产权法所吸收调整时，可以适用反不正当竞争法加以补充调整。此外，《反不正当竞争法》一般条款的补充作用主要体现在与《反不正当竞争法》第五条标示类仿冒行为相关的领域中。<sup>③</sup>商标制度主要保护注册商标利益，反不正当竞争法主要对未注册的普通商标和驰名商标提供补充保护，防止贬损品牌商品（商品诋毁），或者防止不适当利用其商标声誉。对于外观设计专利，如果市场上出现模仿其独特外形的竞争行为，反不正当竞争法即辅助专利法对技术内容进行保护。

### （二）反不正当竞争法相对知识产权法的独立性

除去与其他知识产权法在调整范围上千丝万缕的关系，反不正当竞争法还存在自己独立的调整空间。郑成思先生对此类问题的看法是：“有人认为，如果把专利法、

<sup>①</sup> 参见[美]弗雷德里克·M.阿伯特等《世界经济一体化进程中的国际知识产权法》(下册),王清译,商务印书馆2014年版,第906页。

<sup>②</sup> 参见韦之:《论不正当竞争法与知识产权法的关系》,载《北京大学学报(哲学社会科学版)》1999年第6期。

<sup>③</sup> 经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易,损害竞争对手:(一)假冒他人的注册商标;(二)擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢,或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢,造成和他人的知名商品相混淆,使购买者误认为是该知名商品;(三)擅自使用他人的企业名称或者姓名,引人误认为是他人的商品;(四)在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志,伪造产地,对商品质量作引人误解的虚假表示。



商标法、版权法这类知识产权单行法比作冰山，那么反不正当竞争法就如冰山下使其赖以漂浮的海洋。担心‘反不正当竞争法的附加保护’会把整个反不正当竞争法划入知识产权法的范围，其实是误以为该三座冰山下的水就是全部海洋。其实，简明地讲，对知识产权给予‘反不正当竞争的附加保护’，只是要求反不正当竞争法中订有足够的条款（那怕这部分条款只占全法很小一部分）去补知识产权单行法之‘漏’。至于反不正当竞争法在此之外还应当有什么其他内容，则是知识产权法不加过问，也不应过问的。”<sup>①</sup>

在某些领域，反不正当独立和并存于其他知识产权之外。反不正当竞争法旨在促进公平和不受扭曲的竞争，与各类工业产权保护的着眼点和基本原理并不相同，这主要体现于商业贿赂、商业诋毁、商业秘密保护等领域。我国法院近年来依据《反不正当竞争法》第2条所裁判的大批量涉互联网等新兴市场的新类型不正当竞争行为，基本上都涉及与知识产权保护无关的竞争行为，也主要属于反不正当竞争法的独立领域。

### （三）反不正当竞争法与知识产权法的竞合性

二者在一定范围内又存在并列适用关系，可以由当事人选择适用，这主要表现在：反不正当竞争法与具体知识产权法均有明确规定，针对其中内容交叉部分，存在竞合选择适用的关系，可以由当事人选择适用。以著作权法与反不正当竞争法的关系为主要体现，对于使用其他企业的产品照片为自己企业进行广告宣传，原告一般既主张侵犯其著作权，又主张被告的虚假宣传行为构成不正当竞争，法院通常认为既构成侵犯著作权，又构成不正当竞争。

## 三、《反不正当竞争法》一般条款适用中的“补充但不冲突”规则

《反不正当竞争法》一般条款适用时应当遵循的规则，首先源于反不正当竞争法与知识产权法的关系。不正当竞争法与知识产权法的多重关系，决定了《反不正当竞争法》一般条款的适用应遵循“补充但不冲突”规则。

### （一）“不冲突”规则

1. “知识产权法律规定优先适用”：知识产权法有明确规定的，应适用该规定，不能以《反不正当竞争法》一般条款替代知识产权法的适用。

（1）规则含义：在涉及反不正当竞争法与具体知识产权法关系的案件中，《反不正当竞争法》一般条款提供保护不可进入其他具体知识产权法的保护领域。对同一被诉行为，应首先考虑相关知识产权法中是否有具体规定，在具体知识产权法将所涉某项权利法定化的情况下，具体知识产权规定应优先于反不正当竞争法一般条款的适用。

<sup>①</sup> 郑成思：《反不正当竞争与知识产权》，载《法学》1997年第6期。



(2) 合理性 :反不正当竞争法的调整范围虽然也包括与知识产权相关的领域,但并不包括《著作权法》等专门立法已经予以保护的领域。对于著作权、商标权等已被单独立法予以保护的知识产权,反不正当竞争法仅提供补充的保护作用,其在前述领域的适用范围应为与各类知识产权有关但相关专门法律、法规等不能适用的范围。此外,凡是法律已经通过特别规定作出穷尽性保护的,不宜再适用《反不正当竞争法》的一般规定予以调整。具体知识产权法已经对于侵权构成、法律后果均有明确界定,此时适用知识产权法具体规定则是最佳方案,符合法律的确定性和司法的可预测性。从适用后果上看,如果纳入具体知识产权法律调整范围之行为,根据依据知识产权法的规定在结果上不能认定被诉行为违法即未为知识产权提供保护的,也不应转而从《反不正当竞争法》一般条款中寻求对行为不正当性的认定,否则必将造成知识产权法律权威和效力的“软化”。

2. “一般条款适用不得破坏知识产权制度平衡” :《反不正当竞争法》一般条款提供保护不得过度,不得与其他知识产权专门法、反不正当竞争法立法目的相矛盾,不能打破知识产权制度在保护客体、保护期限等方面的平衡性设定。

### (1) 规则内容

知识产权制度的立法平衡,是通过既规定明确保护范围,又规定合理例外情形实现的。在保护期限、保护客体、权利行为上的例外规定,使得知识产权保护有一定界限,从而达到立法成本与收益之间保持平衡。属于这些例外范围的行为,根据知识产权规范不应视为侵权的行为,也不应转而从反不正当竞争法一般条款中寻求对行为不正当性的认定。这种例外限制达到的平衡,主要表现于“三个维度”:在客体维度,没有或无法被具体界定的创造对象及不具有明显区分性的标识被排除在保护范围之外;在行为维度,对知识产权产品的合理使用、法定许可、实验性及描述性使用等行为不被权利所覆盖,从而大大降低了观察者(使用者、交易者和改进者)的信息成本;在时间维度,法定的著作权、专利权和商标权存续期届满,知识产品即进入公有领域。<sup>①</sup>

### (2) 合理性依据

《反不正当竞争法》一般条款可以在具体知识产权法规定的领域内,对具体知识产权法提供补充保护,但法律适用时不可与其他具体知识产权法的立法目的相抵触。在具体知识产权法因为立法滞后或漏洞等因素,不能对有关权利实行全面保护时,需要借助于反不正当竞争法来提供补充保护,但这种补充保护不是“扩大”保护,不能突破原知识产权法的保护范围,否则就不是对原知识产权法的补充保护。使反不正当竞争法成为扩张保护知识产权的“后门”,可能导致违背专门法的立法精神,变相地授予专有权或者不适当扩张专有权的保护范围,导致侵占公有领域和妨害创新,或者

<sup>①</sup> 参见杨红军:《反不正当竞争法过度介入知识产品保护的问题及对策》,载《武汉大学学报(哲学社会科学版)》2018年第4期。



削弱专门法的法律调整功能。

## (二)“补充”规则

“《反不正当竞争法》一般条款对知识产权法的补充作用”：知识产权法律规定本身不周延或者竞争领域出现新的竞争行为知识产权法难以涵盖时，可适用《反不正当竞争法》一般条款提供补充调整，但是否适用一般条款需要进行正当性判断。

### 1. 规则含义

(1)“一般条款主要调整未预见性市场行为”：《反不正当竞争法》一般条款可以对立法未预见的商业行为进行调整，实践中大量《反不正当竞争法》第二条的适用，出现在具体法律规定不周延或立法时未预见到的竞争领域，无论是立法者考虑不周还是社会发展阶段所限，总之在实践中主要表现为新型竞争行为伴随社会发展产生。受知识产权现行立法所限，需要判断其在竞争中的正当性是否达到应当禁止的地步。

(2)在具体知识产权法律、反不正当竞争法具体规定中存在明显不周延或存在其他漏洞时，《反不正当竞争法》一般条款可以提供补充调整。

(3)上述情形下，《反不正当竞争法》一般条款提供补充调整，但不意味着在结果上一定认定行为的正当性。可以用反不正当竞争调整仅是解决了能否适用该法加以调整的问题，但能否认定正当性，则取决于反不正当竞争法规定其他因素。

### 2. 规则合理性

在知识产权领域，由于技术进步的巨大作用，社会变动性与法律稳定性之间的矛盾尤其突出。反不正当竞争法具有显著的原则性和抽象性，这既增加了该法的适用难度，又留有大量的创造性适用余地。同时，正是由于反不正当竞争法这类原则性法律规范的存在，才使得知识产权法得以应付社会现实的剧烈变动和科学技术的飞速发展，并在司法实践中不断成长。当新的商业竞争行为出现，反不正当竞争法具体规定往往不能涵盖并及时地加以调整，此时只能运用《反不正当竞争法》的一般条款对这些新型商业行为加以调整。反不正当竞争法在知识产权法的发展中起到了重要作用，使该法能够及时延及新领域(如立法时尚未出现的互联网及其他新兴市场领域)和规范新行为。

在知识产权与商品标示性竞争相联系时，反不正当竞争法与具体知识产权法双方便承担起共同的目标，源于共同的原则<sup>①</sup>，前者对后者具有补充作用。反不正当竞争法与知识产权法都保护经营者用以从事市场活动的必要元素(工业要素)，即商号、商标、产品设计、商誉等元素，所以，反不正当竞争法与商标法具有同源性。从商标法产生的历史来看，商标保护来源于保护消费者免受缺陷产品困扰和保护集体商誉与行会垄断的监管措施。<sup>②</sup>而商标法关于商标侵权的规定有限，反不正当竞争法会对于商标法

<sup>①</sup> 参见韦之：《论不正当竞争法与知识产权法的关系》，载《北京大学学报(哲学社会科学版)》1999年第6期。

<sup>②</sup> 转引自 Frank I. Schechter, The Rational Basis of Trademark Protection, 40 Harv. L. Rev. 813, 819 (1926-1927)。

具有更明显的补充作用。反不正当竞争法关于商业标示的保护体现在第 5 条，但该条同样没有对商业标识进行开放式的列举，因此对许多没被列举的商业标识假冒、仿冒导致的混淆行为应当由《反不正当竞争法》一般条款加以解决。由于技术发展尤其是互联网技术的发展和广泛应用，市场混淆行为借助网络新型载体有了新的表现形式，如将他人注册商标、商号、企业名称注册为域名主体部分；网页图标或网页其他主要部分设计中使用他人的商标、商号，知名商品特有或近似的名称、包装、装潢；在网络链接中，擅自将他人的注册商标、字号、商品以及服务名称作为链接标志等。尽管技术革新的原因使得有些网络市场混淆行为的表现形式很快被新的形式取代，因此不宜过于具体地规定市场混淆行为，然而这类行为在网络环境下发展很快，实践中纠纷迅速增加，仍应依靠一般条款加以解决。

对于具有竞争属性的行为，知识产权法难以覆盖，反不正当法的补充作用具有新的含义。2017 年新修正的《反不正当竞争法》增加了网络不正当竞争专项规范，这些规定均来源于司法实践对于一般条款的适用。除此而外，若干新型网络不正当竞争行为并未被立法所明确，仍然需要一般条款的调整。

#### 四、《反不正当竞争法》一般条款具体适用的边界

##### （一）在专利技术领域中的适用

就技术领域的法律保护而言，知识产权与反不正当竞争功能上具有差别，价值取向、保护角度并不完全相同。正因为两者的诸多不同，才有了各个法律之间存在的必要性。知识产权法侧重于保护权利人合法权益、鼓励技术创新，其最终目标是促进社会的技术进步。正因如此，“专利权为代表的创造性成果类知识产权领域有一个重要的‘公共领域’理论，即此类知识产权虽然授予了对某项成果短期的专有权，但其目标是为了增进知识的公共领域”。在专利权保护期限之外或者地域范围之外，发明技术进入公共领域，作为公共知识被自由使用。<sup>①</sup>这种理论的存在，使得坚持专利保护的期限性和地域性局限具有了更深刻的意义。知识产权法与反不正当竞争法在一定程度上具有相同的理念，前者从正面对权利的存在、内容、保护等诸多方面给出积极的保护，后者从反面对知识产权提供一种消极的、被动的保护，对各种不正当的行为作进行规范，两种制度之间必然存在一定的衔接，所以对于被知识产权单行法“漏”掉的客体，反不正当竞争法必然担当起补充保护的重任，但这种补充保护应当是与知识产权法保护根本目标具有一致性。从技术角度，如果将使得社会上现有的已公开的未申请专利的技术方案和设计始终处于不稳定的状态，导致其他经营者无从划定行为边

<sup>①</sup> 参见刘丽娟：《论知识产权法与反不正当竞争法的适用关系》，载《知识产权》2012 年第 2 期。



界，无法判断哪些已经处于公有领域的技术方案和设计可以利用，哪些不可以利用，将会阻碍技术的进步和合理的市场竞争。

但值得注意的是，最高法院“晨光外观设计”案中却提出了另外一个适用法律的意见，对于非专利保护期内的外观设计给出了不同的保护思路。本人认为，在外观设计专利案件中，最高法院的意见有一定可取性，因为外观设计此时与商业标识具有强联系，可以考虑适用反不正当竞争法的具体条款，但这一观点不适用于《反不正当竞争法》一般条款的适用。也就是说，如果在《反不正当竞争法》具体条款中找不到明确规定，此时最高法院的意见就不能扩展到一般条款的适用上。具体而言，首先，在反不正当竞争法中有相关具体规定时可以延伸至反不正当竞争法，但非依靠一般条款。因为《反不正当竞争法》第5条第2项的保护实际上是商标意义上的保护，是对未注册商标的保护，商标法与反不正当竞争法两类法律体系的保护方向是一致的，保护功能是互补的，目的是使商业标识的保护体系更周延，非但不是为了限制商业标识过多过长的保护和防止商标资源的垄断，反而是一种范围延展性的互补保护，因而两者之间不是相互对立的。其次，正如法院在判决中提到的这种情况仅限于“外观设计”保护，而不应扩大到其他发明专利，可能产生以反不正当竞争法延长技术垄断权的后果，且《反不正当竞争法》具体规定中对发明技术的保护是以“商业秘密”的保护为选择的，对公开的技术发明没有规定，这种情况下则应选择尊重专利法表达的立法者的意图，法官不能凭借反不正当竞争法一般条款禁止对已过有效期的技术发明的模仿。专利法明确规定发明专利的保护期限长于外观设计为20年，20年之后，该技术应进入公有领域，且《反不正当竞争法》第2章对已公开的技术发明没有规定，此时应尊重专利法表达的立法者的意图，法官不能再借助《反不正当竞争法》一般条款禁止对已过有效期的技术发明的模仿，否则会造成对专利法立法目的的破坏。

## （二）在著作权保护问题中的适用

以同人作品为例，要看到此作品对于丰富文化市场的积极作用。一般条款适用的边界，应当是是否足以造成商业竞争上的“混淆”或误导，仅客观上具有“攀附”尚不足以构成不正当竞争。

“同人作品”一般是指使用既有作品中相同或近似的角色创作新的作品，若“同人作品”创作仅为满足个人创作愿望或原作读者的需求，新作具备新的信息、新的审美和新的洞见，能与原作形成良性互动，亦可作为思想的传播而丰富文化市场。如果作品构成元素因不符合著作权保护条件，本身尚不构成著作权保护客体。任何作品除了是权利人的私人财产外，其同时也具有公共属性。如果他人对该作品中相关元素的使用有利于消费者利益，又不会给权利人造成损害或者损害过于轻微，也不至于损害到竞争秩序，那么就应当允许该种使用行为，充分发挥该作品的公共属性功能，促进市场竞争自由。竞争利益的边界应当顾及到公共利益、消费者利益和竞争自由。认定



是否构成不正当竞争要考量鼓励创作、繁荣文化与保护既有利益之间的平衡，此时要充分考量社会公众利益，不能过度限制公共资源的利用，抑制竞争自由。

鉴于此，本文认为，“五美案件”案件中，涉案电视剧人物角色在涉案文章中仅起到划分职场人群类型、容易让消费者感同身受地理解、容易使信息更简便高效地传递的作用，这正是利用了涉案电视剧的公共文化功能。该种使用行为不会给正午阳光公司造成损害，其也不应当从该种使用行为中获得市场利益。“此间的少年”案件中，法院的判决实际上是拓展了著作权的保护范围。法院认为，杨某作为读者“出于好玩的心理”使用原告大量作品元素创作《此间的少年》供网友免费阅读，在利用读者对原告作品中武侠人物的喜爱提升自身作品的关注度后，以营利为目的多次出版且发行量巨大，其行为已超出了必要的限度，属于以不正当的手段攫取原告可以合理预期获得的商业利益，在损害原告利益的前提下追求自身利益的最大化，对此杨某用意并非善意。本文认为在竞争市场内，是否应当用竞争法去禁止，还应当分析被告的行为是否在利益攫取上具有不正当性，不能仅以取得利益便认定不正当竞争。当然，如果被告构成“混淆”则另当别论，但本条恰恰是没有构成“混淆”，也就不存在判决书中所讲的“攫取原告可以合理预期获得的商业利益”，判决书所述“原告可以合理预期获得的商业利益”指的仍然是著作权对完整权、改编权的侵害，而这在判决中已经加以否定。

## 结 语

对于《反不正当竞争法》一般条款适用范围的研究，既要立足于反不正当竞争法本身，也要立足于与反不正当竞争法有密切关联的知识产权专门法。从法律之间以及法律规定之间的关系入手，在适用一般条款时，尊重本法立法目的，也要尊重其他法律的明确规定，不产生与其他法律相冲突的后果，同时又要找到自身的适用领域。

《反不正当竞争法》一般条款适用范围首先是应当以限制为主，不能超越边界：当知识产权专门法或反不正当竞争法有明确规定时，应当首先适用该规定，不能架空具体规定；当依照知识产权法规定不能对权利给以保护或明确放弃保护时，不得转而寻求反不正当竞争法的变相保护。换言之，反不正当竞争法一般条款的适用不能介入于知识产权法明确保护的领域，更不能侵入知识产权法明确放弃保护的部分，否则会牺牲掉知识产权法立法平衡；知识产权法律规定本身不周延或者因立法滞后性没有规定时，可适用反不正当竞争法一般条款提供补充调整，但是否适用一般条款需要进行正当性判断。

（责任编辑：李宁）





# 医师外出会诊侵权责任的承担规则

——《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第二十条的理解与适用

陈龙业 王芳\*

**内容摘要** 对于医师外出会诊过程中因过错诊疗行为导致患者损害的情形,《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》明确规定邀请医疗机构承担相应侵权责任。邀请医疗机构承担医疗损害责任须以满足独立的医疗损害责任构成要件为前提,其中违法诊疗行为这一要件事实明确限定为该医师在对患者进行诊疗的行为。会诊医疗机构存在其他过错诊疗行为的,应根据是否符合相应的侵权责任构成要件来判断其责任的承担与否。远程医疗的情形也应当适用邀请医疗机构承担侵权责任的规则,这时医疗机构之间的协议约定可以作为确定内部责任及追偿权的依据。

**关键词** 医师外出会诊 替代责任 诊疗过错 远程医疗

中图分类号:DF529 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)03-012-020

《医师外出会诊管理暂行规定》(以下简称《会诊规定》)第二条规定,会诊是指医师经所在医疗机构批准,为其他医疗机构特定的患者开展执业范围内的诊疗活动。会诊因能方便群众就医,实现医疗资源优化配置、提高医疗服务水平而成为当前医疗实践中普遍存在的一种现象。但在会诊过程中,由于涉及发出邀请的医疗机构(以下简称“邀请医疗机构”)、接受邀请的医疗机构(以下简称“会诊医疗机构”)、会诊医师和患者四个主体,一旦造成患者损害,如何确定侵权责任,缺乏明确的法律规定,

\* 陈龙业,最高人民法院研究室民事处副处长,法学博士;王芳,潍坊工业学校技工部副主任。

学界对此也鲜有研究，亟需明确法律适用标准。在深入调研、反复论证的基础上，《最高人民法院关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《医疗损害解释》）对这一问题作了明确，其第二十条规定：“医疗机构邀请本单位以外的医务人员对患者进行诊疗，因受邀医务人员的过错造成患者损害的，由邀请医疗机构承担赔偿责任。”下面笔者将围绕这一规定对医师外出会诊有关侵权责任的法律适用规则作一解读。

## 一、医师外出会诊法律关系的基本内容

通常情况下，医师外出会诊时，会诊医疗机构与患者之间未建立医疗服务合同关系，会诊医疗机构安排医师到邀请医疗机构会诊是基于后者的邀请。患者仅与邀请医疗机构存在医疗服务合同关系。<sup>①</sup>在会诊法律关系中存在四个主体，形成了较为复杂的法律关系。义务的违反意味着责任的承担，基于对侵权责任承担规则探讨的需要，本部分将主要探讨有关责任主体的义务性内容，涉及邀请医疗机构、会诊医疗机构和会诊医师会诊法律关系中的义务。

### （一）关于邀请医疗机构的义务

在会诊法律关系中，邀请医疗机构承担的义务主要有：

其一，依照相应程序邀请会诊医师。《会诊规定》第四条规定，在诊疗过程中需根据患者的病情需要或者患者要求等原因，需要邀请其他医疗机构的医师会诊时，经治科室应当向患者说明会诊、费用等情况，征得患者同意后，报本单位医务管理部门批准；当患者不具备完全民事行为能力时，应征得其近亲属或者监护人同意。从患者的角度讲，即意味着患者或者其近亲属对于会诊享有知情同意权。

其二，书面邀请的义务。《会诊规定》第五条规定，邀请医疗机构拟邀请其他医疗机构的医师会诊，需向会诊医疗机构发出书面会诊邀请函。内容应当包括拟会诊患者病历摘要、拟邀请医师或者邀请医师的专业及技术职务任职资格、会诊的目的、理由、时间和费用等情况，并加盖邀请医疗机构公章。用电话或者电子邮件等方式提出会诊邀请的，应当及时补办书面手续。

其三，禁止性情形。《会诊规定》第六条明确规定，有下列情形之一的，医疗机构不得提出会诊邀请：（1）会诊邀请超出本单位诊疗科目或者本单位不具备相应资质的；（2）本单位的技术力量、设备、设施不能为会诊提供必要的医疗安全保障的；（3）

<sup>①</sup> 参见沈德咏、杜万华主编：《最高人民法院医疗损害责任司法解释理解与适用》，人民法院出版社2018年版，第347页。



会诊邀请超出被邀请医师执业范围的 ;(4) 省级卫生行政部门规定的其他情形。

其四，其他程序性义务。如《会诊规定》第十三条规定，会诊结束后，邀请医疗机构应当将会诊情况通报会诊医疗机构。医师应当在返回本单位 2 个工作日内将外出会诊的有关情况报告所在科室负责人和医务管理部门。

### (二) 关于会诊医疗机构的义务

在会诊法律关系中，会诊医疗机构承担的义务主要有：

其一，及时安排医师外出会诊的义务。《会诊规定》第七条规定，会诊医疗机构接到会诊邀请后，在不影响本单位正常业务工作和医疗安全的前提下，医务管理部门应当及时安排医师外出会诊。会诊影响本单位正常业务工作但存在特殊需要的情况下，应当经会诊医疗机构负责人批准。

其二，会诊医疗机构不能派出会诊医师时，应当及时告知邀请医疗机构。但对于何为及时，《会诊规定》并无具体规定，需要结合患者具体伤病情况和有关诊疗规范予以综合判断。

其三，禁止性情形。《会诊规定》第八条明确规定，有下列情形之一的，医疗机构不得派出医师外出会诊：(1) 会诊邀请超出本单位诊疗科目或者本单位不具备相应资质的；(2) 会诊邀请超出被邀请医师执业范围的；(3) 邀请医疗机构不具备相应医疗救治条件的；(4) 省级卫生行政部门规定的其他情形。

### (三) 关于会诊医师的义务

在会诊法律关系中，会诊医师应当承担对于患者如同非会诊关系中相同的诊疗义务，即当时诊疗水平下的诊疗义务。具体到而言，《会诊规定》第二条、第十条、第十一条及第十二条明确规定会诊医师应当承担的主要义务：

其一，应当详细了解患者的病情，亲自诊查患者，完成相应的会诊工作，并按照规定书写医疗文书。

其二，应当严格执行有关的卫生管理法律、法规、规章和诊疗规范、常规。

其三，未经所在医疗机构批准，不得擅自外出会诊。

其四，在会诊过程中发现难以胜任会诊工作，应当及时、如实告知邀请医疗机构，并终止会诊。医师在会诊过程中发现邀请医疗机构的技术力量、设备、设施条件不适宜收治该患者，或者难以保障会诊质量和安全的，应当建议将该患者转往其他具备收治条件的医疗机构诊治。

在此需要注意的是，上述会诊法律关系中医方义务的违反，有时可能仅仅产生行政管理方面的责任，并不一定产生医疗损害责任。判断医疗机构是否承担侵权责任，需要以会诊中有关诊疗行为是否符合医疗损害责任的构成要件为基本判断标准。比如上述邀请医疗机构程序性义务的违反，可以认定为该医疗机构在会诊法律关系中存在

过错，但这一过错行为如果与患者损害没有因果关系，则无需承担侵权责任。

## 二、确定医师外出会诊侵权责任承担规则的主要考虑

### （一）理论和实务上的不同认识

依据《会诊规定》第十四条的规定：“医师在外出会诊过程中发生的医疗事故争议，由邀请医疗机构按照《医疗事故处理条例》的规定进行处理。必要时，会诊医疗机构应当协助处理。”该条对于会诊导致患者损害的责任承担并没有具体规定。在实务中，关于因会诊医师在诊疗中出现过错造成患者损害时，如何确定侵权责任的问题，主要有两种观点：一是共同侵权责任说，即由邀请医院与会诊医院对患者承担侵权责任，因为会诊医院与邀请医院都负有对会诊医师的监管义务，故两者都应负责。这又分为两种主张：（1）连带责任说，即邀请医院与会诊医院承担连带责任；（2）按份责任说，即邀请医院和会诊医院依各自的份额承担侵权责任。连带责任说认为，由双方承担连带责任可以更好地救济患者，并有助于增强医院的责任意识，有利于减少损害事故的发生。二是单独侵权责任说，这也分为两种主张：（1）由会诊医院承担侵权责任；（2）由邀请医院承担侵权责任。会诊医院负责说认为，会诊医院选派会诊医师，具有人事管理权，应当由会诊医院负责。<sup>①</sup>

### （二）《医疗损害解释》确定的规则及主要理由

上述观点都有一定道理，但考虑到医师外出会诊过程中导致患者损害的情形也是医疗损害责任纠纷案件的一种类型，在责任形态上属于替代责任，即因该会诊医师过错诊疗行为导致的损害应该由相应的医疗机构承担责任。上述不同观点在这一问题上并无争议，但是在由会诊医疗机构承担责任还是邀请医疗机构承担责任，或是他们共同承担责任的问题上存在明显分歧。审判实践中，有的地方法院对此已经做了有益探索，明确规定：“因医院间的会诊行为，导致患者损害的，患者或赔偿权利人请求诊疗医院承担赔偿责任的，人民法院应予支持。因会诊医生的过错导致患者损害，诊疗医院承担赔偿责任后，可以向会诊医院追偿。”<sup>②</sup>《医疗损害解释》在综合各方意见的基础上，最终确立了由邀请医疗机构承担侵权责任的基本规则。主要理由如下：

第一，由邀请医疗机构承担侵权责任更符合会诊制度的基本目的。一般而言，会诊制度的目的主要有两个：一是为了方便邀请医疗机构所在地的人民群众就医，满足当地的医疗需求；二是为了促进医学交流与发展，提高医疗服务水平，优化医疗资源

<sup>①</sup> 参见柳芃：《医师外出会诊致人损害的侵权责任研究》，载《医学与哲学》2015年第8A期。

<sup>②</sup> 对于这一规定中的追偿权问题，目前法律上并无明确规定，还需要实践中进一步探索，本文最后部分阐述的协议确定追偿的规则即是一个路径。



配置。充分发挥会诊制度的功能,除了有益于患者外,对于邀请医疗机构也大有裨益:一方面,会诊可以加强邀请医疗机构与其他医疗机构的交流,提高其自身的医疗技术和服务水平。另一方面,通过会诊,患者往往不再需要转院治疗,客观上增加了邀请医疗机构的经济收入。实践中,邀请医疗机构一般是县乡级及其以下的基层医疗机构,或是地处落后边远地区或是医疗技术服务水平较低的医疗机构,因此,会诊制度具有社会公益目的。如果会诊医院承担过重责任,可能会对会诊医院产生阻碍作用而拒绝会诊邀请,不利于患者利益的实现和边远落后地区的医疗发展。<sup>①</sup>因此,从更有利于实现制度设计的目的出发,由邀请医疗机构承担责任而不由会诊医疗机构承担责任,对于促进医学交流与发展,提高社会整体医疗水平,方便群众就医,保护患者合法权益具有积极意义。

第二,由邀请医疗机构承担责任,符合替代责任的基本要求。在替代责任中,替代责任人都处于一种特定地位之中。这种特定地位,表现为替代责任人在其与加害人的特定关系中所处的带有支配性质的地位。它决定了替代责任人为加害人造成的损害后果负责的义务的产生。考察为加害人的损害后果负责的责任人地位,主要是看:双方有无确定特定关系的事实或合同;加害人是否受责任人的报酬;加害人的活动是否受责任人的指示、监督或监护等约束;加害人是否向责任人提供劳务。当责任人处于这种特定地位时,责任人应当为加害人造成的损害后果负责。<sup>②</sup>在邀请其他医疗机构医师会诊的情况下,该会诊医师虽然接受外出会诊的指示是来自会诊医疗机构,但接受该指示后从事的诊疗活动已经属于邀请医疗机构的工作事务范畴,受到该邀请医疗机构的指示、监督,他也往往会因该会诊行为从邀请医疗机构获得一定的报酬。这些都符合替代责任的上述法理,故在责任后果上自然应当由该邀请医疗机构承担。

第三,由邀请医疗机构承担责任,符合诊疗关系相对应的主体要求。从诊疗关系的主体看,无疑邀请医疗机构是与该患者形成诊疗关系的主体,且该邀请医疗机构能够从会诊行为中获得相应的利益,比如患者支付的医药费。由邀请医疗机构承担会诊过程中诊疗过错行为导致患者损害的责任,符合权责利相统一原则的要求。会诊医疗机构与患者之间并没有建立诊疗法律关系,因此不宜由该会诊医疗机构承担责任。

第四,由邀请医疗机构承担责任,也便于纠纷的一揽子解决。实践中不少会诊致损的医疗损害责任纠纷并非仅有会诊医师的过错诊疗行为,还存在邀请医疗机构的其他医务人员的过错诊疗行为,甚至有违反医疗机构内部管理规定而导致患者损害的情形,这时确定由邀请医疗机构作为责任承担主体,可以避免法律关系过于复杂化,也

<sup>①</sup> 参见柳芑:《医师外出会诊致人损害的侵权责任研究》,载《医学与哲学》2015年第8A期。

<sup>②</sup> 参见杨立新:《侵权法论(第五版)》,人民法院出版社2013年版,第647页。



能将邀请医疗机构的其他过错行为一并予以考虑，从而方便快捷的彻底解决纠纷。

实践中也有意见认为，会诊中因医师的过错造成患者损害的，由邀请医疗机构承担侵权责任，会诊医疗机构有过错的，承担相应的补充责任。<sup>①</sup>这一观点有一定道理，类比侵权责任法第三十四条第二款关于劳务派遣的规定所作的规定，外出会诊与劳务派遣有一定的相似性，但是由于外出会诊与劳务派遣在制度设立目的上有着根本不同。后者情形比较普遍存在着劳务派遣单位与接受劳务派遣单位均因该劳务派遣获得相应经济利益的事实，属于典型的双方获利行为，该劳务派遣单位承担补充责任具有合理性。但在外出会诊中，该行为本身具有典型的公益性，对于提高相对落后地区医疗机构的医疗水平具有重要意义，这时仅要求该邀请医疗机构承担责任，无疑更有利于鼓励和促进会诊医疗机构积极外派会诊医师，从而进一步发挥会诊制度的功能价值。此外，补充责任的一个重要功能就是为了充分救济受害人，但在医疗损害纠纷审判实践中，通常不会存在对受害人救济不能的风险。由会诊医疗机构承担补充责任不仅不便于实务操作，可能会导致法律关系复杂化，且会加重会诊医疗机构负担，不利于推动会诊医疗事业的开展。

### 三、医师外出会诊侵权责任承担规则的具体适用

准确适用《医疗损害解释》第二十条规定的医师外出会诊侵权责任承担规则，有必要注意以下问题。

#### （一）关于邀请医疗机构承担医疗损害责任的构成要件

作为医疗损害责任的一种，外出会诊医师过错诊疗行为导致患者损害的责任构成应当符合《侵权责任法》第五十四条的一般规定，即需要满足损害事实、违法诊疗行为、因果关系、主观过错四个要件。这四个构成要件的判断标准与一般的医疗损害责任构成并无区别。但需要注意的是，这里的违法诊疗行为仅是指该医师在对患者的诊疗过程中的过错诊疗行为，并不包括邀请医疗机构的其他过错诊疗行为，比如该医疗机构的护理人员违反护理规范造成患者损害、该医疗机构超资质进行诊疗等情形，也不包括会诊医疗机构存在过错，且该过错行为与患者损害有一定原因力的情形。这些过错行为是否要承担侵权责任，也要以符合相应的侵权责任构成要件为判断标准。

#### （二）厘清与其他会诊纠纷不同的法律适用规则

《医疗损害解释》第二十条规定的医师外出会诊侵权责任承担规则并非涵盖全部与会诊有关的医疗损害责任纠纷。对于本条的适用，要注意区分本条的调整范围和其

<sup>①</sup> 参见柳芑：《医师外出会诊致人损害的侵权责任研究》，载《医学与哲学》2015年第8A期。



他与会诊有关的医疗损害责任纠纷在法律适用上的不同。至于前述邀请医疗机构的其他过错诊疗行为与会诊医师存在诊疗过错并存的情形，可以直接适用本条规定和侵权责任法第五十四条的规定，并不影响该邀请医疗机构的责任承担规则，只是该医疗机构存在数个过错诊疗行为而已。至于会诊医疗机构存在其他过错行为的情形，这时要看该过错行为与损害后果有无因果关系以及原因力的大小来确定该会诊医疗机构的责任大小。比如，在宋某某等与南京某某医院、某人民医院医疗损害责任纠纷案中，南京某某医院于2006年6月2日11:42开出会诊单，会诊单上标明“急”字样及患者病情状况，某人民医院在会诊单上加盖了医务处的印章（该医院在上述期间陈述13:30分同意接受会诊）。宋某某陈述，其当天中午拿着会诊单到某人民医院办理了交纳会诊费等手续后，按照该医院写的地址找会诊医生，后听医务人员讲“医生已经去了”，以为会诊医生已去会诊，即自行回到南京某某医院，会诊单未交至会诊医生手中。被告某人民医院会诊医生在中午接到医务处电话通知会诊，但其一直未等到会诊单送来。17:00点左右，医务处又电话通知会诊，并告诉了具体的病床号。会诊医生于下午17:20左右赶至南京某某医院会诊。患者最终死亡。法院经审理认为，某人民医院对人民医院自13:30同意会诊至17:20左右才到邀请医院会诊，造成对患者诊治的迟延，构成医疗过失，而会诊的迟延，也造成患者可能存活的机会丧失。故在综合考虑各种因素的基础上，法院判决某人民医院承担赔偿责任35%的数额。<sup>①</sup>

本案中，法院依法认定南京某某医院怠于治疗的行为是患者死亡的主要原因，应该承担主要赔偿责任；某人民医院迟延会诊的行为则使患者进一步丧失了及时获得救治的存活机会，应承担次要责任。<sup>②</sup>在此要注意的是，本案例中并不存在会诊医师在会诊过程中的过错诊疗行为，而是会诊医疗机构派出会诊医师不及时存在过错的情形。因此，本案例属于与会诊有关的纠纷，但并非《医疗损害解释》第二十条所列的会诊医师的过错诊疗行为导致患者损害的调整范围。当然，实务中如果出现会诊医疗机构会诊不及时的过错与会诊医师存在过错诊疗行为并存的情形，则应当按照多因一果下的原因力规则来确定该会诊医疗机构与邀请医疗机构的责任份额。有争议的是，如果是会诊医疗机构已经及时派出会诊医师，但该医师因为个人原因未及时到达邀请医疗机构时如何确定责任的问题。笔者认为，在这一时间段，该医师仍处于会诊医疗机构指示的状态下，这时的责任主体应该是会诊医疗机构，即由该会诊医疗机构承担相应的过错责任。这也与本条所规定的会诊医师在对患者的诊疗过程中存在诊疗过错导致

<sup>①</sup> 参见江苏省南京市鼓楼区人民法院（2006）鼓民三初字第413号民事判决书，江苏省南京市中级人民法院（2007）宁民一终字第741号民事判决书。本案判决两被告承担60%的赔偿责任。因与本文探讨主旨联系不大，本案其他案件事实及裁判不再详述。

<sup>②</sup> 参见王静：《会诊纠纷中共同过错责任的承担》，载《人民司法·案例》2011年24期。

患者损害的情形并不冲突，若两种情形并存，也应该按照比较过错和原因力的规则来确定会诊医疗机构与邀请医疗机构之间的责任大小。

### （三）患者直接邀请医师进行诊疗情形下的责任承担

在《医疗损害解释》起草过程中，也有意见建议对患者自身邀请医师诊疗的法律适用规则予以明确，本解释最终对此并未规定。这一问题可以通过运用侵权责任法和《医疗损害解释》的既有规定来解决。对此需要根据患者邀请医师进行诊疗的情形是否经过医疗机构委派或者同意、是否存在其他医疗机构邀请等不同情形而适用不同的法律规则：

其一，医师外出对患者进行诊疗经过该医疗机构的同意，且不存在邀请医疗机构邀请的情形。这时因该医师的过错导致患者损害的，该医师所属的医疗机构应当承担替代责任，这属于通常的医疗损害责任纠纷范畴。

其二，医师擅自接受其他医疗机构邀请外出会诊的情形。依据《会诊规定》第二条第二款的规定，医师未经所在医疗机构批准，不得擅自外出会诊。这时如果存在其他医疗机构的邀请，该医师系在邀请医疗机构的指示下进行诊疗活动，则按照上述替代责任的法理，这时应当由该邀请医疗机构承担侵权责任。

其三，医师擅自外出进行诊疗，既无所属医疗机构同意也无其他医疗机构邀请的情形。这应属于典型的非法行医的情形，不能适用《医疗损害解释》的规定，而应适用非法行医的相应规则。目前通行的做法是适用侵权责任法第六条第一款关于过错责任的一般规则。<sup>①</sup>

### （四）远程医疗情形下的责任承担规则

当前，为顺应深化医药卫生体制改革的需要，优化医疗资源配置，实现优质医疗资源下沉，提高医疗服务能力和水平，各地正在有序推动远程医疗服务的持续健康发展。这在很大程度上方便了人民群众的看病就医，由此也会伴生一些医疗损害纠纷案件，出现法律适用上的问题。依据《国家卫生和计划生育委员会关于推进医疗机构远程医疗服务的意见》（国卫医发〔2014〕51号）以下简称《远程医疗服务意见》的规定，“远程医疗服务是一方医疗机构（以下简称邀请方）邀请其他医疗机构（以下简称受邀方），运用通讯、计算机及网络技术（以下简称信息化技术），为本医疗机构诊疗患者提供技术支持的医疗活动。医疗机构运用信息化技术，向医疗机构外的患者直接提供的诊疗服务，属于远程医疗服务。远程医疗服务项目包括：远程病理诊断、远程医学影像（含影像、超声、核医学、心电图、肌电图、脑电图等）诊断、远程监护、远

<sup>①</sup> 至于文中第二、三种情形下有关行政责任的承担问题，应依据《会诊规定》等相关规定处理，这与民事责任有根本不同，自然应当另当别论。



程会诊、远程门诊、远程病例讨论及省级以上卫生计生行政部门规定的其他项目。”

依据《远程医疗服务意见》的规定，“在远程医疗服务过程中发生医疗争议时，由邀请方和受邀方按照相关法律、法规和双方达成的协议进行处理，并承担相应的责任。医务人员直接向患者提供远程医疗服务的，由其所在医疗机构按照相关法律、法规规定，承担相应责任。医疗机构和医务人员在开展远程医疗服务过程中，有违反《执业医师法》、《医疗机构管理条例》、《医疗事故处理条例》和《护士条例》等法律、法规行为的，由卫生计生行政部门按照有关法律、法规规定处理。”可见，远程医疗行为也属于医疗机构正常从事的诊疗行为，由此引发的纠纷与一般的医疗损害责任纠纷并无不同，在法律适用上也应当适用有关医疗损害责任的规定。远程医疗与会诊的情形存在很大相似性，某种意义上讲，远程医疗其实就是会诊医疗机构的医师无需现实的到邀请医疗机构而是运用现代化信息技术手段的“远程会诊”。因此，对于远程医疗的情形，应当适用有关会诊责任的承担规则。而且适用《医疗损害解释》确定的由邀请方承担责任的规则也有利于推动远程医疗行为的开展。上述《远程医疗服务意见》中提出的有关发生医疗争议时，由邀请方和受邀方可以按照双方达成的协议进行处理的做法，有一定合理性。但考虑到侵权责任是一种法定责任，邀请方医疗机构与受邀方医疗机构达成的纠纷处理协议系他们当事人之间的内部协议，按照合同相对性的基本原理，该协议只能在该当事人之间具有法律拘束力，故在对患者医疗损害责任的承担上，宜首先依照法律或者司法解释规定承担责任，邀请方医疗机构与受邀方医疗机构达成的纠纷处理协议可以作为他们之间内部责任划分或者行使追偿权的依据。

进而言之，这一通过协议确定邀请医疗机构与会诊医疗机构之间责任的做法，对于通常情形下的医师外出会诊纠纷的内部责任划分以及追偿权的行使也具有参照和借鉴意义。但此必须仅限于两个医疗机构内部责任承担的情形。当然，如果患者与两个医疗机构之间对于责任承担也有协议，则从医疗服务合同的角度出发，似也可以适用约定优先的规则。

（责任编辑：李宁）

# 建设项目压覆矿产资源财产损害纠纷 疑难法律问题研究

张传毅\*

---

**内容提要** 建设项目压覆矿产资源导致的财产损害纠纷利益关系较大、法律关系复杂，已经成为当前矿产资源开发、建设项目管理和司法实践中需要研究解决的难题。针对法律规定不明确的实际情况，文章通过提炼分析裁判文书网上公布的具体案例，对压覆矿产资源补偿还是赔偿、补偿或赔偿的范围、损失计算的时间点、侵权责任的承担方式和利益平衡等一些疑难法律问题作出初步探讨，提出了意见和建议。

**关键词** 建设项目 压覆矿产资源 财产损害

中图分类号：DF461 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)03-021-029

---

土地是最重要的自然资源，土地的利用可以分为地面利用和地下利用，地面上可以进行种植、养殖，也可以进行建设；地下的利用可以建地铁，也可以进行采矿等。由于土地资源的有限性，同一地块地上和地下的使用者可能会同时拥有合法权利，也有可能发生权利冲突。实践中出现比较多的就是建设项目压覆矿产资源导致的财产损害纠纷，这类纠纷往往利益关系较大、法律关系复杂，处理起来有一定的难度。本文结合裁判文书网上公布的具体案例，对若干疑难法律问题作出初步探讨。

## 一、压覆矿产资源补偿还是赔偿

压覆矿产资源是指因建设项目实施后导致的矿产资源不能开发利用的情况，压覆矿产资源的行为直接表现为压覆矿业权，导致矿业权人无法开采矿产资源，应按照国家规定开展处置，矿业权人有权索取赔偿。<sup>①</sup>一方面，从宪法和法律规定来看，我国

---

<sup>①</sup> 参见雷岩、王卓、王希：《刍议建设项目压覆矿产资源处置》，载《中国国土资源经济》2016年第10期。





的矿产资源属于国家所有；另一方面，国家鼓励矿产资源勘查、开发，实行探矿权、采矿权有偿取得的制度，依法保护开采主体的合法权益。对于矿产资源被压覆的矿业权人主张权利的依据，一般实务工作者认为是《矿产资源法》第33条和《矿产资源法实施细则》第35条的规定。《矿产资源法》第33条规定：“在建设铁路、工厂、水库、输油管道、输电线路和各种大型建筑物或者建筑群之前，建设单位必须向所在省、自治区、直辖市地质矿产主管部门了解拟建工程所在地区的矿产资源分布和开采情况。非经国务院授权的部门批准，不得压覆重要矿床。”《矿产资源法实施细则》第35条规定：“建设单位在建设铁路、公路、工厂、水库、输油管道、输电线路和各种大型建筑物前，必须向所在地的省、自治区、直辖市人民政府地质矿产主管部门了解拟建工程所在地区的矿产资源分布情况，并在建设项目设计任务书报请审批时附具地质矿产主管部门的证明。在上述建设项目与重要矿床的开采发生矛盾时，由国务院有关主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府提出方案，经国务院地质矿产主管部门提出意见后，报国务院计划行政主管部门决定。”严格来讲，上述规定只是关于建设单位在建设前履行了解、报批义务的规定，不能作为矿业权人主张权利的法律基础。笔者认为，矿业权人在矿产资源被建设项目压覆后，主张权利的依据是《物权法》和《侵权责任法》的相关规定。《物权法》第123条规定：“依法取得的探矿权、采矿权、取水权和使用水域、滩涂从事养殖、捕捞的权利受法律保护。”《侵权责任法》第2条规定：“侵害民事权益，应当依照本法承担侵权责任。本法所称民事权益，包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身、财产权益。”矿业权作为一种用益物权<sup>①</sup>，受到侵害的，可以依据侵权法的规定寻求权利救济和保护。

实践中，比较容易产生争议的一个问题是：建设单位对压覆矿产资源是承担补偿责任还是赔偿责任？因为缺乏法律规定，建设方往往主张只承担补偿责任，或者不承担责任，而矿业权人往往会主张建设方承担赔偿责任。《物权法》第121条规定：“因不动产或者动产被征收、征用致使用益物权消灭或者影响用益物权行使的，用益物权人有权依照本法第四十二条、第四十四条的规定获得相应补偿。”虽然上述规定与压覆补偿并不完全吻合，但因压覆行为导致矿产资源不能开发利用的情况，矿业权人的勘查、开采权益受到不同程度的限制，可以参照征收征用获得相应补偿。《国土资源部关于进一步做好建设项目压覆重要矿产资源审批管理工作的通知》（以下简称《国土部压覆通知》）从行政管理的角度对做好压覆补偿工作作出了规定，实践中往往也作为要求补偿或赔偿的依据。我们通过两个案例来分析一下压覆补偿和赔偿问题。

<sup>①</sup> 矿业权规定在《物权法》用益物权编，但有学者认为由于矿业权须经行政特许方能设立，故又称为“特许物权”。参见江平主编：《中国物权法教程》，知识产权出版社2007年版，第304页。

### 案例 1 :兴平砖厂诉中信沪渝公司财产损害赔偿纠纷案<sup>①</sup>

原告兴平砖厂诉称，被告中信沪渝公司修建高速公路后，导致原告采矿区域与由被告中公路边缘间距达不到公路安全标准，故重庆市巴南区安监局责令其止生产作业，不再换发安全生产许可证。根据《侵权责任法》及相关法律的规定，被告应当予以赔偿。被告辩称不存在侵权行为，不应承担民事责任。法院经审理认为，兴平砖厂合法生产经营在先，中信沪渝公司修建沿江高速公路在后。中信沪渝公司修建沿江高速公路后，致兴平砖厂合法开采的矿山与高速公路间距不足进而造成兴平砖厂停产，造成损失，二者之间存在因果关系。中信沪渝公司修建沿江高速公路取得了相关合法手续，并且《公路安全保护条例》系在修建过程中出台，兴平砖厂矿区未被纳入压覆矿产资源之中与其原采矿许可证的拐点坐标不准确有关，故中信沪渝公司对兴平砖厂的停产并无过错。兴平砖厂合法开采，对其停产亦无过错。但兴平砖厂的停产确与中信沪渝公司修建公路具有因果关系；工程总投资也将相关补偿列入预算；根据庭审调查情况，中信沪渝公司事实上也对兴平砖厂相类似企业进行了补偿；兴平砖厂对其损失亦实难找寻其他途径进行救济。综上，中信沪渝公司应当参照类似受影响企业的补偿方式对兴平砖厂进行补偿。

### 案例 2 :咸丰县小模硫铁矿厂诉湖北高路鄂西高速公路有限公司财产损害赔偿纠纷案<sup>②</sup>

原告咸丰县小模硫铁矿厂诉称，被告湖北高路鄂西高速公路有限公司在修建恩黔高速公路咸丰县段项目时对硫铁矿厂的采矿区域造成部分压覆，依法应承担赔偿责任。被告辩称，原告采矿权项下矿藏客观上不能开采，被告不构成侵权，不应当赔偿损失。法院审理认为，从侵权责任的构成要件看，咸丰县小模硫铁矿厂依法先取得由湖北省国土资源厅颁发的采矿许可证，其用益物权应予保护。被告取得相应建设用地使用权在后，其压覆行为和损害结果客观存在，且在压覆前没有按行政程序办理压覆审批登记手续，存在过错，压覆行为与硫铁矿厂用益物权受损有因果关系，被告应承担侵权赔偿责任。

从上述案例来看，对于建设行为导致的矿产资源压覆损失，建设单位与矿业权人对补偿问题无异议的，建设单位应当按照协商一致的结果履行补偿义务；如果对具体补偿的数额或者范围达不成一致，矿业权人可以向法院提起补偿之诉。根据《矿产资源法》第 33 条和《矿产资源法实施细则》第 35 条的规定，建设单位要按行政程序办理了解可能压覆矿产资源情况，依法履行压覆审批登记手续。虽然上述法律法规并未明确建设单位的补偿义务，但《国土部压覆通知》规定，建设项目压覆已设置矿业权矿产资源的，新的土地使用权人还应同时与矿业权人签订协议，协议应包括矿业权人同意放弃被压覆矿区范围及相关补偿内容。

<sup>①</sup> 参见（2013）渝五中法民初字第 00725 号。

<sup>②</sup> 参见（2017）鄂民终 637 号。



对于矿业权人主张建设单位承担赔偿责任的，需要考虑是否构成侵权行为。《侵权责任法》第6条规定“行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任”，一般侵权责任的构成必需具备的法律构成要件包括：行为、损害事实和因果关系、过错四个构成要件。此类案件中应该重点审查两个方面：一是权利取得的先后顺序。压覆补偿的前提是矿业权取得在先，否则不存在补偿问题，更谈不上赔偿问题。二是建设单位是否进行了压覆了解、查询以及报批。根据《矿产资源法》第33条、《煤炭法》第54条及《国土部压覆通知》第4条的规定，建设单位应当在项目可行性研究阶段进行压覆查询，提出压覆矿产资源申请，报省级以上国土资源主管部门批准同意后，由建设单位或者新的土地使用权人与采矿权人签订补偿协议并报批准压覆的部门备案，采矿权人据此及时到原发证机关办理相应的矿区范围变更手续。建设单位在项目建设过程中，是否进行压覆查询、有无依法办理压覆矿产资源审批手续并与矿业权人协商变更采矿权范围及补偿事宜，是否已尽到合理注意义务，是认定建设单位建设行为是否合法、是否存在过错的主要考量因素。

压覆查询和审批方面容易产生一个争议是，《国土部压覆通知》规定，凡建设项目实施后，导致其压覆区内已查明的重要矿产资源不能开发利用的，都应按本通知规定报批。未经批准，不得压覆重要矿产资源。有些建设单位就据此提出，压覆的不是重要矿产资源的，既不需要报批，也不需要补偿。《山东省建设项目压覆重要矿产资源管理办法》也是针对压覆重要矿产资源审批和补偿问题作出规定。上述办法第27条规定，压覆已查明非重要矿产资源或者压覆范围内已设探矿权尚未查明资源储量的，由建设单位和矿业权人自行协商解决。笔者认为，上述规定只是从行政管理的角度对压覆审批范围和补偿问题作出规定，不影响矿业权人要求补偿的民事权利，如果建设单位的压覆行为给矿业权人带来损失，即使压覆的是非重要矿产资源，矿业权人也应当有权主张。

## 二、压覆矿产资源补偿或赔偿的范围

法律法规对压覆矿产资源补偿或赔偿的范围没有明确规定。《国土部压覆通知》第4条第3款规定，补偿的范围原则上应包括：1. 矿业权人被压覆资源储量在当前市场条件下所应缴的价款（无偿取得的除外）；2. 所压覆的矿产资源分担的勘查投资、已建的开采设施投入和搬迁相应设施等直接损失。《山东省建设项目压覆重要矿产资源管理办法》第22条规定，建设项目压覆重要矿产资源补偿应遵循自愿、合法、平等的原则，由建设项目法人与矿业权人之间自行协商，签订压覆矿产资源补偿协议。补偿方式参照以下原则确定：（一）有偿取得矿业权的，补偿矿业权人被压覆区域内保有的已查明重要矿产资源在当时应缴纳的价款和勘查投资。（二）无偿取得矿业权

的，只补偿矿业权人被压覆区域内的勘查投资。（三）压覆采矿权范围内已建的开采设施投入和搬迁相应设施的，补偿直接经济损失。（四）由于建设项目压覆需关闭矿山的，应开展资源和资产评估。资源评估指剩余资源储量价款评估；资产评估包括井下资产和地面资产。《山东省建设项目压覆重要矿产资源管理办法》第 23 条规定，建设项目压覆重要矿产资源补偿双方协商有争议的，由双方共同认可的评估机构进行评估，评估结果可作为补偿依据。上述规定表明，建设项目压覆补偿首先由双方协商，如果协商不成的，补偿范围为直接损失，并不包括企业经营利润等间接损失。为保证补偿的客观公平，双方也可以选择专业的评估机构进行评估，作为协商补偿的依据。司法实践中，有的法院参照上述规定的精神确定补偿或赔偿的范围，有的法院采取市场化的方式进行计算。我们通过几个具体案例来分析补偿或赔偿的范围问题。

案例 3：乐山鑫达置业有限公司诉国网四川省电力公司财产损害赔偿纠纷案<sup>①</sup>

鑫达置业公司向法院起诉认为，被告国网四川省电力公司在原告探矿权区域内修建 37 座基铁塔侵犯了原告的探矿权，要求被告赔偿原告因不能爆破作业导致无法探矿继而取得采矿权造成的损失。被告辩称，鑫达置业公司在压覆范围内未查明矿产资源，建设单位构成压覆且压覆的是采矿权的，才应与采矿权人签订补偿协议进行补偿，本案为探矿权，按规定无需补偿。法院审理认为，由于探矿权不等同于采矿权，其经济价值依赖于勘探所取得的成果，而能否通过勘探取得成果具有较大的不确定性、风险性。虽然鑫达置业公司依据川西北地质队出具的地质报告委托四川省地平线矿产资源咨询有限责任公司进行损失评估，但勘探成果尚不明确，评估报告依据的推断的内蕴经济资源量（333）和预测的内蕴经济资源量（334）资源量不可信，评估结果不予采信。因无法认定案涉探矿区域内可供开发利用的矿产资源及其经济价值，也就无法认定被告建设案涉基铁塔和输电线的行为构成了对案涉探矿权的侵害，判决被告不承担赔偿责任。

案例 4：登封市华冠商贸有限公司诉河南高速公路发展有限责任公司探矿权纠纷案<sup>②</sup>

登封市华冠商贸有限公司起诉称，被告河南高速公路发展有限责任公司修建高速公路压覆其取得在先的探矿权，根据一审法院委托的鉴定机构出具的鉴定报告，损失价值为 2983 万元。被告辩称，建设行为合法，不存在侵权赔偿。对于补偿的数额应当以直接投入法计算，评估报告不能作为依据。法院审理认为，压覆矿产资源的补偿范围为应缴价款及直接投入损失，评估报告采用收入权益法，依法不予采信，判决被告补偿华冠公司在压覆区域内的价款及直接投入损失为 200891 元。

<sup>①</sup> 参见（2017）川民终 196 号。

<sup>②</sup> 参见（2018）豫 01 民终 5156 号。





### 案例5：成黔公司诉贵州高速公路集团有限公司财产损害赔偿责任纠纷案<sup>①</sup>

原告成黔公司诉称，被告修建兰海高速扩容工程建设压覆原告采矿权矿区范围内的铝土矿资源，直接导致无法开采，原告作为被压覆的损失者有权索取补偿。请求被告补偿被压覆铝土矿资源损失、地质工作勘查投资损失。被告辩称，涉案工程项目是对基础设施、公益项目修建，被压覆铝土矿资源应以成本价格为补偿依据。补偿范围应为原告在当前市场条件下应缴纳的价款及已建的开采设施、勘察投资等直接损失。法院经审理认为，采矿权属于用益物权，权利人有占有、使用和收益的民事财产权利。权利人因征占丧失采矿权这一民事财产权利时，应当获得相应价值的补偿。该相应价值不应当以行政机关确定的缴纳标准为依据，而应当量化为市场经济价值，即权利人因丧失采矿权而未获得的财产性收益，该收益为必然可得收益。

从案例3来看，压覆矿产资源补偿或赔偿的对象是矿产资源还是矿业权存在争议，从《国土部压覆通知》规定来看，补偿的对象是压覆的“矿产资源”，而非矿业权，所以在案例3中，法院审理认为，虽然原告拥有探矿权，但未探明矿产资源，因此被告无须补偿或赔偿。按照《铁、锰、铬地质勘查规范》DZ/T0200-2002的界定，探矿权有预查、普查、详查、勘探等不同的阶段。理论上讲，探矿权阶段越高，价值越大。探明资源量依据是勘查报告，反映资源量的指标有预测的资源量（334）、推断的内蕴经济资源量（333）、控制的内蕴经济资源量（332）、探明的内蕴经济资源量（331），一般认为，资源量指标为332和331会被认为达到了探明储量的程度，但是对于探矿权人勘查出何种程度的资源量才属于应当补偿的探明资源量，实践中认识并不一致。

从案例4与案例5来看，对于补偿的范围，有的法院遵循《国土部压覆通知》规定的补偿的范围，补偿勘探投入、搬迁费用等直接损失，也有的法院并没有遵循行政机关提出的直接损失的范围界定，而是判决建设单位补偿或赔偿权利人因丧失采矿权而未获得的财产性收益，该收益为必然可得收益。

笔者认为，压覆矿产资源补偿一般要考虑投入成本、探明的资源储量，根据所处的勘察阶段合理确定压覆损失，不能完全按照资源本身价值来确定补偿数额，也不能等同于勘查投入成本。一般可以由当事人双方或者法院委托选择专业的评估机构进行评估鉴定。实践中，对于采矿权予以补偿争议不大，但是对于探矿权是否应该补偿争议较大，有的当事人主张不应该补偿，也有的法院判决支持不予补偿<sup>②</sup>。但是，笔者认为，矿业权补偿不应该仅仅针对采矿权，对探矿权也应该补偿，只是计算损失的方式不同。对于没有探明储量的矿业权可以补偿实际投入损失。

<sup>①</sup> 参见（2017）黔民终542号。

<sup>②</sup> 按照《矿产资源法实施细则》第6条的界定，探矿权，是指在依法取得的勘查许可证规定的范围内，勘查矿产资源的权利。虽然探矿权人还不能开采矿产资源但也有一系列权利，包括优先取得勘查作业区内矿产资源的采矿权。因此，不能单纯把探矿权作为一种行政特许权，探矿权也具有用益物权的属性，应按照《物权法》给予保护。



### 三、压覆矿产资源损失计算的时间点

物品的价格以一定的时间为条件，总是根据市场供求变动的。压覆矿产资源损失计算的时间点不同，往往会得出不同的结果。时间点的确定还起到鉴别矿业权人勘查投资及勘查成果能否纳入到补偿范围的作用，时间点之后的投入和成果不应作为补偿的内容。由于法律法规和《国土部压覆通知》对补偿损失计算的时间点并未作出明确规定，实践中，有的双方协商确定，有的将压覆报告批准日，也有的政府部门要求矿业权人停止作业时或者不予延续许可时作为计算损失时间点。在压覆矿产资源补偿或赔偿诉讼中，时间点的确定就更为复杂，很多案件当事人之间就补偿或赔偿问题长期达不成一致，时间越久，差别越大。有的法院以压覆时，也有的以起诉时，还有的以实际给付时作为补偿或赔偿损失的计算时间点。下面我们通过几个具体案例分析一下损失时间点的确定。

案例 6：福建省永定增瑞矿业有限公司诉龙岩双永高速公路有限责任公司财产损害赔偿纠纷案<sup>①</sup>

原告福建省永定增瑞矿业有限公司诉称，2008 年被告建设双永高速公路横穿压覆原告的矿区核心区域，至 2015 年原告起诉，被告一直未予合理补偿，请求判决被告赔偿经济损失 61767032 元。被告辩称，原告要求补偿的金额巨大，但却不能提供相应证据支持其补偿要求，依法应予驳回。法院审理过程中委托鉴定机构以 2008 年 11 月 24 日为评估基准日，被压覆范围“按双永高速公路道路中心线两侧外延 200 米”确定的探矿权评估价值为 472.75 万元。法院以评估结果判决被告补偿原告 472.75 万元。因原告与被告协商多年仍未能就补偿数额问题达成一致的协议，致使压覆补偿款未能及时支付，由此蒙受利息损失，双方均具有过错，考虑到补偿公平合理性，酌定以 472.75 万元为基数按贷款基准利率计算利息的 50% 作为利息损失。

案例 7：神池县神河石料厂诉神华集团准池铁路有限责任公司侵权纠纷案<sup>②</sup>

原告神池县神河石料厂 2016 年 1 月向法院起诉称，原告 2010 年 12 月 31 日取得了忻州市国土资源局签发的《采矿权许可证》。2012 年 7 月被告修建铁路途经原告石料厂，被告在未与原告进行任何协商的情况下，距离原告 674 米处修建铁路线，导致原告停工停产，2015 年 7 月原告申请采矿权延续未获批准，被告拒绝给与原告补偿，请求法院判决被告赔偿因侵权行为造成的原告的经济损失 5422831 元。被告辩称，被告修建铁路联络线手续合法，未侵害神河石料厂的权益，原告要求被告赔偿其经济损失无法法律依据。诉讼过程中，经原告申请，山西嘉信司法鉴定中心作出晋嘉司鉴【2016】

<sup>①</sup> 参见（2015）岩民初字第 212 号。

<sup>②</sup> 参见（2016）晋 0927 民初 18 号。



资评字第93号司法鉴定意见书,评估基准日2016年6月22日神河石料厂的评估价值为5422831元。法院经审理判决被告给付原告神池县神河石料厂经济损失3614021元。

从上述案例来看,虽然公开的判决书中没有明确提及基准日是如何确定的,但根据案情可以看出,案例6的评估报告确定的时间点为2008年,大致在压覆行为发生时,而案例7中确定的基准日并非修建铁路压覆时,而是诉讼过程中的某时间。实践中,不同时间点的确定有一定的合理性,但也有一定的随意性。

《侵权责任法》第19条规定:“侵害他人财产的,财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他方式计算。”因侵权行为引起的赔偿纠纷,应当按照损失发生时确定赔偿计算的时间点。虽然立法上作出了基本规定,但是有些赔偿会因为侵权人的原因或者其他原因导致长期延迟,实际的后果是受害人得不偿失,有失公平。从案例6来看,法院在判决建设单位补偿评估价值的同时,考虑到补偿公平合理性,酌定按贷款基准利率计算利息的50%作为利息损失,比较好地保护了被侵权人的合法权益。

#### 四、矿产资源压覆侵权责任的承担方式和利益平衡

《侵权责任法》第15条规定:“承担侵权责任的方式主要有:(1)停止侵害;(2)排除妨碍;(3)消除危险;(4)返还财产;(5)恢复原状;(6)赔偿损失;(7)赔礼道歉;(8)消除影响、恢复名誉。以上承担侵权责任的方式,可以单独适用,也可以合并适用。”矿产资源压覆侵权责任的承担方式主要有停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失等。其中以赔偿损失最为常用。

根据宪法和法律的规定,我们国家土地属于国家或集体所有,建设项目需要使用集体土地的,也需要征收为国有。矿产资源也属于国家所有。因此,修建公路、铁路等大型基础设施等,虽然一般会有一个营利法人单位负责,但建设行为具有一定的公益性质。矿产资源虽然归国家所有,但企业和个人可以依法取得矿业权,建设项目压覆行为必然会导致个人利益和国家利益、社会公共利益的冲突,处理这类纠纷不能简单地以公益优先或私益优先作为纠纷处理的原则,而要充分考虑和平衡各方的利益。我们通过具体案例来加以分析。

案例8:平定县冠山镇北暂石宝鑫建材厂诉阳黎高速公路建设管理处侵权责任纠纷案<sup>①</sup>

原告平定县冠山镇北暂石宝鑫建材厂向法院起诉请求判令被告阳黎高速公路建设管理处立即迁移距离原告矿区边界500米范围内的电力设施,赔偿因妨害开采给原告造成的经济损失。被告阳黎高速公路建设管理处辩称,高压线路建设项目合法建设,

<sup>①</sup> 参见(2016)晋0321民初981号。

原告的诉讼请求不成立。法院审理认为，原告依法取得采矿许可证和安全生产许可证，被告架设的某隧道的高压线从原告矿区附近经过，该电力设施距原告矿界不足 500 米，违反了电力法相关规定，且对原告开采经营会造成妨害，判决被告将影响原告安全生产的电力设施予以移除，排除妨害。

案例 9 :云和县土岩岗头庵叶腊石矿与国网浙江省电力公司矿产压覆侵权纠纷案<sup>①</sup>

原告云和县土岩岗头庵叶腊石矿起诉称，被告国网浙江省电力公司擅自在原告的矿区建立电线支桩和架设电线，导致原告不能正常爆破作业开采矿石并构成重大危险，已构成侵权，请求判决被告立即拆除建立在原告采矿区内的电力设施。被告答辩称，输变电工程系国家重点工程，该工程涉及国家、社会重大利益，且已投产，不符合排除妨害构成要件。法院经审理认为，涉案电力设施系经国家发展和改革委员会依法核准批复、依法建设的国家重点工程，投资巨大且已竣工并正式投入运营，如拆除将会给国家利益、社会公共利益造成重大损失，故对云和县叶腊石矿的诉讼请求不予支持。云和县叶腊石矿如认为国网浙江省电力公司架设电线给其造成损失，可另行协商或者通过诉讼途径解决。

从上述两个案例来看，案情基本相似，均是电力设施建设妨碍了矿业权人的生产，裁判的结果却完全不同，案例 8 中法院支持了原告的诉讼请求，判决被告将影响原告安全生产的电力设施予以移除。而案例 9 中，法院判决驳回了原告的诉讼请求，理由是电力设施拆除将会给国家利益、社会公共利益造成重大损失。虽然案例 9 被最高法院作为典型案例发布，但判决本身存在一些值得探讨的问题。<sup>②</sup> 首先，在“典型意义”部分法院认为，建设单位在采矿权人矿区范围内建设工程，压覆矿产资源，侵害了矿业权人的合法利益，但是一、二审判决书中并没有作出认定，只是认为判决拆除电力设施会损害国家利益、社会公共利益，并没有指出建设单位已经构成侵权。虽然法院告知矿业权人可以另行主张赔偿，但本次诉讼矿业权人已经承担了较大的诉讼支出，法院不对侵权作出认定，驳回了其诉讼请求，对矿业权人保护明显不力。其次，经过利益衡量选择最优的责任承担方式并无不妥，但不能简单地以电力设施拆除将会给国家利益、社会公共利益造成重大损失为由而驳回原告诉讼请求，而是要对两种利益进行细致地分析比较，否则给人以大欺小、为了国家利益和社会利益就可以放弃对私益保护的不良印象。

(责任编辑 :李宁)

<sup>①</sup> 参见 (2014) 丽云民初字第 324 号。

<sup>②</sup> 《最高人民法院关于依法审理矿业权民事纠纷案件典型案例》，载最高人民法院网：<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-23431.html>，2016 年 7 月 12 日发布。



# 基层人民法院民事调解生效模式 适用研究

李宁 穆春燕\*

**内容摘要** 诉讼调解生效模式的适用是体现民事诉讼调解制度优势的重要方面。现行民事诉讼调解生效模式适用主要以一般生效模式为主,特殊生效模式为辅,调解反悔权制度也被广泛应用。S省P县2015-2018年司法数据表明,这给法院调解工作带来了诸多困惑,并给执行工作带来了诸多困难。尊重当事人意思自治基础上,为提高基层法院及基层法庭调解效率,尝试性地对《民事诉讼法》第98条第1款第4项“其他不需要制作调解书的案件”的规定进行积极探索,将受理的传统民事案件纳入特殊生效模式的范围内,以探索建立以特殊生效模式为主、一般生效模式为辅的原则,并严格限制调解反悔权制度的适用,将会对调解制度在基层法院的运用大有裨益。

**关键词** 民事诉讼调解 生效 反悔权

中图分类号:DF714 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)03-030-042

## 引言

深入推进多元化纠纷解决机制改革是人民法院司法改革的重要目标之一,是实现司法为民公正司法的重要举措之一。人民调解协议的司法确认作为调解与诉讼两种争议解决方式顺利对接的一个关键环节,是纠纷解决机制多元化的一个重要方面。但是2012年修改的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第97条、

\* 李宁,山东法官培训学院副教授,山东省高级人民法院法官助理,法学博士;穆春燕,山东省平原县人民法院研究室法官助理。

基金项目:山东省社会科学规划·审判研究专项(项目批准号:18CSPJ13)的阶段性研究成果。

第98条、第99条规定了民事诉讼调解的三种生效模式（即诉讼调解的一般生效模式、特殊生效模式以及调解反悔权制度）在实践中给基层法院带来很多困惑，造成司法适用混乱的同时，给法院和当事人带来不便，调解制度的经济、高效、便利之优势没有被充分发挥。加之近年来社会信用体系建设没有跟上经济体系建设的高速发展，调解协议履行情况受到很大影响。调解这一传统纠纷解决方式的运作遭遇瓶颈，调解工作“定纷止争”的功能开始减弱。

## 一、民事诉讼调解协议效力研究

调解制度在我国由来已久，是诉讼外解决矛盾纠纷的重要手段，是我国特色民事审判活动的重要组成部分。在民事诉讼制度中，诉讼调解是我国民事审判工作的优良传统和成功经验，是实现社会效果与法律效果统一的有效路径。对此，《民事诉讼法》第9条将这一我国特色制度用法律条文固定下来，并将自愿、合法进行调解确定为一项基本原则。

### （一）民事诉讼调解协议的程序性效力

民事诉讼调解协议的程序性效力主要是指调解协议是否具有强制执行力，其是由调解人的地位决定的，与调解协议的内容没有关系。目前我国法律并没有直接规定诉讼调解协议可以作为申请强制执行的依据。根据《民事诉讼法》第97-99条的规定，诉讼调解协议一般情况下必须制作成调解书送达当事人后才会具有强制执行力。在无需制作调解书的情况下，当事人和司法工作人员在调解协议上签字或者盖章即可具有法律效力。在调解协议达成后调解书送达前，当事人有反悔的权利，若当事人反悔则调解协议和调解书并不生效。

诉讼调解协议程序性效力的另一个方面是当事人行使反悔权，调解协议或者调解书不生效的，法院应当及时作出判决。诉讼调解是为当事人提供解决纠纷的一种机制，是否接受调解，是否达成调解协议以及达成的调解内容等都是由当事人自主、自愿决定。当调解协议无法达成时，法院则应按照诉讼的程序对纠纷进行处理。

### （二）民事诉讼调解协议的实体性效力

关于诉讼调解协议的实体性效力，目前学界未达成一致，主要存在两种相反的看法：一种观点认为，诉讼调解协议究其本质是民事合同，应当具有合同确定的拘束力；<sup>①</sup>另一种观点则是持“调解协议不属于民事合同”，调解协议的对象是当事人之间

<sup>①</sup> 参见黄忠顺：《诉讼外调解协议自愿性的司法审查标准》，载《东方法学》2017年第3期；程黎明、徐建春：《应取消调解中的反悔权》，载《人民法院报》2004年7月2日第05版。





存在争议的法律关系，该法律关系是由先前的侵权行为或者未履行的特定义务而产生的，通常当事人之间已经存在一定的基础性法律关系。<sup>①</sup>笔者认为，诉讼调解协议作为在法院或法官主持下当事人双方就纠纷解决达成的方案或协议，不能简单归为民事合同或者非民事合同。诉讼调解协议具有民事合同的一般特征，具有合同的拘束力，该种拘束力包括形式拘束力和实质拘束力。但是诉讼调解协议不同于一般的民事合同，即调解协议是在法院或法官主持下双方当事人达成的，性质上属于诉讼契约。诉讼契约也称为“诉讼上的合意”，是指以产生诉讼法上的效果为直接目的的当事人之间的合意。<sup>②</sup>同民事合同相同的是，基于双方当事人自愿、合法基础上达成诉讼调解协议，只要不违反法律、法规强制性规定，原则上对双方当事人产生拘束力；同民事合同不同的是法院作为调解纠纷的公权力机关，在其主持下达成的协议还应当具有准司法效力。

## 二、与民事诉讼调解生效模式相关的几个问题

《民事诉讼法》第97条、第98条、第99条分别规定了三种民事诉讼调解生效模式。具体个案诉讼活动中，调解书、调解协议、调解笔录具有不可分割的联系。

### （一）调解书、调解协议、调解笔录的区别与联系

调解书，是法院生效裁判文书的一种。根据《民事诉讼法》规定，同判决书、裁定书一样，调解书作为民事裁判文书的基本样式可直接作为当事人申请强制执行的依据，具有司法效力。调解协议，是在民事诉讼调解过程中，当事人在法院或法官的主持下，在自愿、合法的基础上就纠纷的解决而达成的协议，一般以文字作为其载体表现形式。调解笔录，是相对于法庭笔录而言，适用于民事诉讼中的调解程序，是记录双方当事人解决纠纷进行调解过程的文字记载媒介。

具体个案诉讼活动中，调解书、调解协议、调解笔录具有不可分割的联系。进入诉讼程序的案件若采用调解的结案方式，则调解的过程必须以调解笔录的形式在案卷中佐证。调解笔录记录了法院主持下调解协议达成的整个过程，其地位相当于法庭笔录，是作为法院卷宗材料的内容而留存入档。调解协议在调解的过程中非常重要，调解达成的协议内容通常在调解笔录中都有记载。一般而言，当事人为确保在法院主持下达成的调解笔录中记载的协议内容与送达的调解书记载的内容一致，会向法院要求

<sup>①</sup> 参见江伟、廖永安：《简论人民调解协议的性质与效力》，载《法学杂志》2003年第2期；林义全：《人民调解协议效力我见》，载《现代法学》1988年第6期；张宝成：《论调解协议司法确认案件的执行依据》，载张卫平主编：《民事程序法研究》（第十六辑），厦门大学出版社2016年版，第74-77页。

<sup>②</sup> 参见张卫平：《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》，载《中国法学》2004年第3期。

另行制作纸质调解协议书。

调解书的制作是以调解笔录和调解协议为基础的。根据现行法律规定，调解书与调解笔录、调解协议最主要的区别在于调解书具有司法效力，可直接作为当事人申请强制执行的依据。

## （二）民事诉讼调解生效的三种模式

根据我国目前法律的相关规定，诉讼调解协议的效力取决于调解书签收与否。《民事诉讼法》第97条规定了民事诉讼调解生效的一般模式，即达成调解协议——制作调解书——送达调解书——签收调解书——调解生效。<sup>①</sup> 该种模式下诉讼调解的生效时间发生在当事人签收调解书之时。

《民事诉讼法》第98条规定了调解生效的特殊模式，该条文规定的调解生效条件为达成调解协议——签名或盖章——调解生效。该种生效模式下，调解生效时间为当事人和审判人员等在调解协议签名或盖章之时。<sup>②</sup>

《民事诉讼法》第99条规定了调解生效反悔权制度，即“调解未达成协议或者调解书送达前一方反悔的，人民法院应当及时判决”。该规定是在调解生效的一般模式下，调解书送达前当事人可以对先前达成的调解协议反悔。

## 三、民事诉讼调解生效模式适用的困境——以S省P县法院为例

公正与效率是21世纪人民法院的工作主题。相对于诉讼，法院调解程序灵活简易，有利于节约司法及社会资源。调解与诉讼等各种纠纷解决方式的有效配合衔接，将能有效解决各种民事纠纷，及时维护当事人权益，并能提高司法公信力。但是实践表明《民事诉讼法》规定的三种民事诉讼调解生效模式给基层法院调解工作带来了诸多困难，民事诉讼调解制度适用情况难言满意。

### （一）民事诉讼调解生效一般模式的实践困境

S省P县法院下辖5个派出法庭，地理位置上距离院机关较远，平均距离在20公里以上。法庭工作人员每天基本上在院机关和法庭之间往返一趟，中午自行准备午餐。派出法庭受理的民事案件多以调解结案。（见表一）P县法院裁判文书使用的公章由院机关专门的科室管理，公章的使用需要备案登记，因此通过法庭调解结案制作的调解书通常无法即时送达当事人。

<sup>①</sup> 参见李旭：《法理学视角下诉讼调解生效制度研究》，载《天津师范大学学报（社会科学版）》2011年第5期。

<sup>②</sup> 参见李旭：《法理学视角下诉讼调解生效制度研究》，载《天津师范大学学报（社会科学版）》2011年第5期。



表一 2015-2018年P县法院派出法庭民事案件调解结案情况

派出法庭	结案总数(件)	调解结案数(件)	调解率
A法庭	1798	409	22.75%
B法庭	1204	258	21.43%
C法庭	969	193	19.92%
D法庭	566	335	59.19%
E法庭	894	216	24.16%

通过对P县法院派出法庭2015年至2018年民事案件调解情况的分析,可以看出5个派出法庭三年来结案的案件中有将近1/3是通过调解方式予以结案的,调解率平均达到29.49%。派出法庭所受理案件一般为所辖村庄、社区居民的传统民商事案件,一般争议不大。为维护和谐稳定的社会关系,法院会选择方便、快捷的纠纷解决方式,当事人也通常会基于经济成本的考量,积极选择调解的方式解决纠纷。因此,诉讼调解的生效模式在案件调解中将会凸显非常重要的作用。就基层法庭而言,采用一般生效模式的诉讼调解囿于现实条件限制,不可能在调解当天将调解书送达当事人,达成调解协议与调解书的送达会有时间差。对当事人来说,当调解协议已经达成,尤其是拿到纸质调解协议以后,能否领取或者接收法院制作的调解书往往不能确定。在基层群众的认知范围内,往往会将调解书与调解协议书等同起来,对法院制作的调解书的实际效力并不清楚。所以,对于基层法庭来说,调解的案件在当事人已拿到纸质调解协议书的前提下,调解书的送达往往成为很头疼的问题。

(二) 民事诉讼调解生效特殊模式的实践困境

表二 2015-2018年P县法院派出法庭调解结案案件类型

派出法庭	民间借贷	家事纠纷	土地纠纷	其他类型	前三类占比
A法庭	78	168	25	138	66.26%
B法庭	39	122	18	79	69.38%
C法庭	30	120	5	38	80.31%
D法庭	65	78	8	184	45.07%
E法庭	25	102	2	87	59.72%

基层法庭调解结案的案件类型大部分为传统民事案件。调解结案的方式更适应以乡规民俗约束的乡土社会状况,案件类型多集中在民间借贷、家事纠纷、土地纠纷等方面(见表二)。根据《民事诉讼法》关于诉讼调解特殊生效模式的规定,该种模式适用范围包括的案件类型有调解和好的离婚案件、维持收养关系的案件、即时履行的

案件。虽然《民事诉讼法》关于诉讼调解生效的特殊模式适用中有一个兜底条款，即“其他不需要制作调解书的案件”，但是实践中这条规定缺少针对性和可操作性，法官在案件调解过程中为保险起见往往仅会将《民事诉讼法》第 98 条前三款的规定作为无需制作调解书的情形，剩余的所有情况会归类到调解生效的一般模式中。

表三 2015-2018 年 P 县法院派出法庭适用调解生效特殊模式案件情况

派出法庭	调解和好离婚案件	维持收养关系案件	能够即时履行案件 <sup>①</sup>	三类案件占 调解案件总数比例
A 法庭	61	0	15	18.58%
B 法庭	19	0	20	15.12%
C 法庭	38	0	18	29.02%
D 法庭	39	0	92	39.10%
E 法庭	18	0	23	18.98%

表三数据表明，调解和好的离婚案件、维持收养关系的案件以及能够即时履行的案件在基层法庭调解结案的案件中所占比例并不是很高。司法实践中，调解和好的离婚案件往往不会采用调解生效的特殊模式，更多情形下采用的方法是做通原告当事人的工作，由原告提出申请撤诉作为结案方式。调解生效特殊模式真正适用的案件类型是维持收养关系的案件和即时履行的案件。通过表三的统计可以知道这两类案件在 P 县法院 5 个派出法庭中占调解案件的比例为 11.91%。调解生效的特殊模式没有按照法律的预设司法实践中得以适用。

### （三）反悔权制度与诉讼契约的冲突

《民事诉讼法》第 99 条规定了调解生效反悔权制度，允许调解协议达成后调解书送达前一方可以反悔，调解反悔的，法院应当及时判决。反悔权制度是在调解生效一般模式下产生的，反悔权制度在实践中被广泛运用，影响了诉讼调解的实际效果。调解反悔权制度违反了《民法总则》第 136 条的规定，“民事法律行为自成立时生效，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。行为人非依法律规定或者未经对方同意，不得擅自变更或者解除民事法律行为。”调解协议是双方当事人为妥善解决纠纷而在意思表示真实的基础上自愿达成的一种协议。这种协议的性质未能在民事诉讼法上得到肯定性确认，因而导致实体法与程序法规定不协调。由于调解协议不具有确定的法律属性，当事人达成的调解结果不具有稳定性，也导致相当一部分当事人不重视

<sup>①</sup> 即时履行的案件，结合 P 县法院基层法庭的特点，笔者将即时履行的案件界定为：标的额较少的给付之诉以及停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、赔礼道歉等可于调解当时或当日履行的民事责任承担方式。



调解，不愿意采取调解这种审理方式，而宁愿选择判决这种结案方式。

对调解协议的反悔会使诉讼中达成的调解协议归于无效，进而又回到审判程序中，使诉讼程序继续进行。这种反悔的无因性，导致许多当事人无视诉讼中达成的协议，随意反悔使前期已做了大量工作的调解归于无效，既不利于审判效率的提高，又造成相对紧缺的司法资源的浪费，还有损于司法公信力。《民事诉讼法》规定反悔权制度对当事人调解过程中草率随意行为起到一定鼓励作用，违背了诉讼效率与效益原则。

调解反悔权遭到学界诟病的原因之一就是与法治社会、契约社会所倡导的诚实信用原则背道而驰。诚实信用原则要求当事人不欺不诈、履行诺言、尊重他人利益，以符合社会经济目的的方式行使权利。诉讼调解达成的协议作为诉讼契约，是法院审判权和当事人处分权相结合的产物。调解的成功与否取决于当事人的意愿，究其根本还是当事人的处分权占据主导地位。<sup>①</sup>因此，在达成调解协议的过程中诚实信用原则凸显得尤为重要。反悔权制度是对调解协议达成后的调解生效制度的破坏，与和谐社会所追求的诚实信用的价值和目标背离。

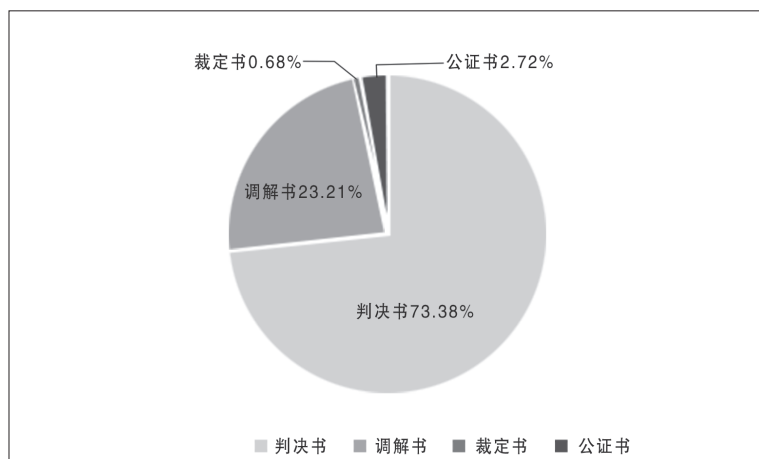
#### （四）调解生效模式带来的执行问题

执行是裁判文书实现司法权威的具体表现。没有执行作为保障，法院的裁判文书仅是一纸空文，难以影响当事人实际的权利义务关系。《民事诉讼法》规定的三种调解生效模式往往使得当事人无所适从。如前所述，诉讼调解生效的一般模式和特殊模式，以及反悔权制度的不同规定会使当事人无法识别和分清调解书与调解协议书的效力，随意适用反悔权制度。尤其当调解案件的当事人不能自觉履行义务，案件需要进入执行程序时，会给当事人和法院带来很多麻烦，大大降低法院效率。

如表四，以调解书作为执行依据的案件在P县法院占到23.21%，

表四 2015-2018年P县法院执结案件执行依据情况

执行依据	判决书	调解书	裁定书	公证文书
案件数量	2130	674	20	79



<sup>①</sup> 参见杨贝：《论我国民事诉讼调解的诚实信用原则》，载《理论月刊》2010年第5期。



几乎占据执行案件总数的 1/4。据初步估算，在以调解书作为执行依据的案件中大约有 15% 是当事人未及时领取调解书或者丢失调解书持调解协议书来申请强制执行的。这不仅给法院的执行工作造成困扰，也给当事人的申请执行增加了诸多难题。P 县法院针对此种情况，一般是告知当事人持本人有效身份证件到该院的案卷保管处查阅卷宗，复印案卷的调解书并加盖档案保管的公章。无论当事人是故意或过失未领取调解书或是丢失调解书，若要申请执行，解决此类问题的办法只有用加盖档案保管公章的调解书复印件方可。法院强制执行的依据必须是有效的裁判文书，在现有法律体系框架下，诉讼调解结案的案件若要申请强制执行，必须以调解书作为依据。对于调解结案的案件当事人而言，必须拿到调解书并且不能丢失，才能为今后可能带来的申请执行提供可能。

#### 四、民事诉讼调解生效模式选择适用的可行性与必要性

##### （一）符合现行《民事诉讼法》的基本规定

《民事诉讼法》第 97 条、第 98 条、第 99 条规定的三种民事诉讼调解生效模式仍然对司法实务中的民事诉讼调解生效问题具有根本性、原则性的指导意义。在不改变现有法律规定的条件下，在司法实务中结合具体案情和具体法院的基本情况对民事诉讼调解生效模式进行灵活掌握，因案因地因时的变通适用，具有现实性与可能性。我国国土面积幅员辽阔，人口分布不均匀，各个地区的发展也不平衡，东中西地区法院的基础建设各具特色，每个法院的硬件设施配备也不尽相同，硬件设施较好的法院自不必说，在诉讼调解生效模式上按照现行《民事诉讼法》的基本规定即以调解生效的一般模式为主，特殊生效模式为辅。对于广大的中西部地区来说，法院的信息化建设程度较低，智慧法院建设无法和东部地区相比，且中西部地区多为山区和经济发展比较落后的地方，结合基层法院和基层法庭的具体情况变通适用诉讼调解的生效模式具有现实意义。

##### （二）节约司法资源和降低诉讼成本

在不改变现行《民事诉讼法》规定的三种诉讼调解生效模式条件下，结合具体案件和法院自身实际情况选择性的适用诉讼调解生效模式，不仅可以提高法院的调解效率，避免从调解协议到调解书的制作过程中出现变故而导致调解失败再次回到诉讼程序，还可以降低当事人因为调解书盖章问题而来回奔波领取调解书付出的诉讼成本。

以 S 省 P 县法院为例，目前 P 县法院案件中调解结案的案件占比约为 45%，在其下辖的基层法庭案件调解比例更高。倘若所有的调解案件按照一般生效模式，P 县法院与下辖的基层法庭平均距离为 20 公里，往返一趟大概需要 30 分钟，对法院来说不



仅需要专门的人员送达文书，公务用车消耗的油费、办案人员与当事人等待的时间、甚至法院与当事人还得承担调解协议可能被任何一方当事人“撕毁”的风险。这些隐形的沉没成本不会因为调解成功与否而消失，仅仅因为给制作的调解书盖章而往返于法院机关和基层法庭之间这一个交通行为将会付出大量的人力、物力、财力，这既耗费法院和当事人大量的诉讼成本也浪费了司法资源。诉讼调解生效模式适用的改变将会扭转这种局面，促使诉讼调解朝着节约司法资源、降低诉讼成本的方向发展。

### （三）有利于提高调解工作效率

在目前案多人少的司法环境大背景下，对诉讼调解生效模式的灵活掌握适用，可以大大提高法院的调解效率，尤其是提高结案率。从调解协议到调解书的制作需要一个过程，存在时间空隙，任何一方在调解书未送达当事人手中时都可以对协议的内容反悔，所以对于法院来说，大部分案件的调解成功与否不在于调解协议是否达成，在调解协议上签字不等于案件的成功调解，只有调解书送达双方当事人后案件的调解才算成功。民事诉讼调解根据双方当事人内心确信，在自愿、合法的基础上达成协议就可以结案，诉讼调解生效模式适用的改变可以将案件调解成功与否的时间提前，大大提高了案件调解成功率，提高了法院的工作效率，缩短了案件的办理时间，对缓解目前法院案多人少的困境大有裨益。

### （四）促进诉讼诚信氛围的形成

诉讼调解生效模式中一般生效模式容易导致当事人在调解协议到调解书的制作过程中发生反悔，不利于双方当事人调解达成合意的稳定性和诉讼诚信氛围的形成。调解反悔权的产生也是由于一般生效模式的广泛适用，使得当事人从法律制度中找到漏洞，对诉讼中的调解出尔反尔、反反复复，是对诉讼诚信的巨大挑战，也使得诉讼调解程序在一定程度上不严肃、不庄重、不利于诉讼调解协议的达成。若是直接赋予调解协议法律效力，那么就会避免调解协议被“毁约”的状况，双方当事人在诉讼调解达成过程中对自己的决定更为慎重、考虑的更为周全，对诉讼调解制度的良性发展起到促进作用。从更广的意义上说，对于“基本解决执行难”和诚信社会的形成都会起到良性示范作用。

## 五、民事诉讼调解生效模式适用的路径选择

造成上述困扰的根本原因在于法院因未真正把握民事诉讼调解的价值而桎梏于第98条前3项规定之中，没有真正发挥第98条第4项的作用，而且反悔权制度适用过多。对此，应适当扩张第98条第4项的适用。

### （一）民事诉讼调解生效模式适用的价值取向

民事诉讼调解生效模式的价值取向应当是对调解价值的诠释，应当体现调解本身所追求的终极目标。调解生效模式所追求的价值可以从以下几方面理解：

1. 自由价值。诉讼调解从本质而言是以当事人合意为核心要素的纠纷解决方式，以自愿原则为根基。从理想的状态来说，调解追求的最核心价值是自由。只要纠纷解决的结果充分体现了当事人的意志，法院就应赋予其类似判决的效力，体现国家对人民自由意志的尊重。这也符合私法领域当事人意思自治原则。诉讼调解制度不仅保障了当事人的程序选择权，也对当事人实体权利进行了有效保障。在处理诉讼调解生效模式的时候应当考虑这些因素，调解协议亦或调解书都是在尊重当事人意愿的前提下形成的。笔者认为直接赋予调解协议司法效力的生效模式更能直接体现法院对当事人意志自由的认可和尊重。

2. 效率价值。调解的效率性是判决无法比拟的，主要优势体现于以下三方面：迅速性——以解决诉讼迟延问题；便捷性——以解决诉讼程序繁琐问题；经济性——以解决诉讼成本问题。<sup>①</sup> 诉讼调解应当是高效率的，容不得半点拖沓和迟延，“正义被耽搁等于正义被剥夺”，必将导致非正义的结果。在诉讼调解生效模式的选择上，应当将上述要点考虑在内，三种生效模式对应不同类型的调解案件，无论选择哪种模式都应当利于法官掌握和方便当事人，体现调解制度的简便、快捷、经济的特征。

3. 秩序价值。秩序价值是调解制度所追寻目标的应有之义。诉讼调解制度产生的土壤是为维护和谐稳定的人际关系和社会秩序，在其具体的适用过程中也应当确保纠纷主体财产和心理的安全性。通过调解所达成的秩序并非单纯的恢复到当事人权利义务关系未受损害之前的初始状态。调解所追寻的和谐秩序指基于对受损法律权利义务关系的修复或回复，综合运用习俗、政策、情感与道德伦理等非法律调整手段，达成当事人之间情感的沟通、关系的和谐、利益的衡平等，凸显的是秩序的和谐。<sup>②</sup> 诉讼调解生效模式应当遵循调解对和谐秩序的价值追求，并将和谐秩序纳入自身的价值体系中，在诉讼调解生效模式的适用选择上充分考虑秩序和谐的应有之义。

### （二）规范适用诉讼调解生效一般模式和特殊模式

虽然《民事诉讼法》对诉讼调解生效的一般模式和特殊模式有明确规定，但是在司法实践中，地方法院对调解协议和调解书的处理仍然会有所变通。例如，当事人发现法院制作的调解书内容与自己所达成的调解协议不一致时，法院该如何处理？依据《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》（以下简称《民事调解规

<sup>①</sup> 参见尹忠显主编：《法院工作规律研究》，人民法院出版社2003年版，第33页。

<sup>②</sup> 参见杨素云：《论民事调解的价值生态合理性》，载《政治与法律》2013年第8期。



定》)第16条之规定,当调解协议与调解书内容不一致时,当事人提出异议,还是有可能以调解协议的内容为准。从双方当事人达成协议的角度来说,较之调解书,调解协议的内容更直接体现当事人的真实意思表示。

另外,《民事调解规定》第13条在一定意义上已经允许调解协议的生效情形可以由当事人约定,只是这种协议是经法院审查确认而生效的。在当事人拒收调解书的情况下,调解协议的效力并不会受到影响,但是申请执行时还是需要法院制作调解书,并以此为准。上述司法解释在目前条件下依然有效。

民事诉讼调解生效的一般模式和特殊模式应在尊重现有立法原意的条件下在司法实践中进行调整:司法实践应改变以调解生效一般模式为主,特殊生效模式为辅的格局。针对基层法院,尤其是基层法庭,结合其案件特点、当事人群体、现实条件等因素,宜采用以特殊生效模式为主、一般生效模式为辅的方式。尝试性地对《民事诉讼法》第98条第1款第4项“其他不需要制作调解书的案件”的规定进行积极探索,将基层法庭受理的传统民事案件纳入特殊生效模式的范围内。既能解决基层法庭制作调解书程序繁琐问题,还能有效避免调解程序结束后调解书送达难问题。在采用特殊生效模式的情形下,当事人若申请执行可根据已达成的诉讼调解协议请求法院另行制作调解书,这不仅可以使当事人申请执行过程出现的尴尬现状有所缓解,也可在一定程度上避免一般生效模式下当事人不及时领取调解书或丢失调解书情形下的困境。当然,诉讼调解生效的特殊模式和一般模式具体于个案只能适用其一。适当扩大特殊生效模式的适用范围,不仅解决了目前其适用范围和案件类型狭窄的问题,也尊重了诉讼契约本身的内在价值和调解生效模式追寻的目标。

如前所述,采用以特殊生效模式为主,一般生效模式为辅的方式也有其现实依据。《民事调解规定》已经有先行的相关内容为指导,实践中也不缺乏现成的经验和做法,作为适用调解结案方式最多的基层法院和基层法庭,应当进行有效的尝试和探索。调解作为具有中国特色的纠纷解决方式,应当根植于中国本土的实际情况;诉讼调解生效模式的适用选择也应结合乡土中国的特点有所调整。在基层法院和基层法庭适用特殊生效模式为主、一般生效模式为辅的方法,一定程度上也限制了调解反悔权的滥用。

### (三) 限制适用调解反悔权制度

诉讼调解协议具有诉讼契约性质。所谓诉讼契约是指以产生诉讼法上的效果为直接目的的当事人之间的合意。<sup>①</sup>调解是本着双方互相体谅的精神进行的,当事人应诚信对待调解这一法律活动。在调解过程中如果一方不愿意调解可随时终止调解转为审

<sup>①</sup> 参见张卫平:《论民事诉讼的契约化——完善我国民事诉讼法的基本作业》,载《中国法学》2004年第3期。



判活动，因此在调解没有违反原则的基础上，调解协议一旦作出并经双方签字后，调解协议原则上应该生效，只有限制当事人的随意反悔权，才能增强调解的法律权威。调解反悔权在基层法院及基层法庭适用广泛，这与当事人的知识水平、自身素质以及诚信意识的多寡密切相关。限制调解反悔权的适用对双方当事人来说，不仅节省了诉讼时间和诉讼成本，而且一定程度上确保了当事人行为的可信性。

笔者以为，现阶段取消调解反悔权是不现实的，毕竟实践中依然存在强制调解的情况。赋予当事人反悔权能有效保护当事人的诉权，及时撤销违背自愿原则达成的调解协议。调解反悔权制度究其根本是诉权保护与诚实信用原则在民事诉讼调解过程中博弈的结果。在调解制度尚不完备的条件下，调解反悔权制度可以有效弥补调解过程中出现的瑕疵，虽然会对诚实信用原则形成冲击，但是假以时日随着调解参与人素质的提高、调解环境的改善、法治社会的健全，反悔权制度必将会退出历史舞台。

反悔权制度目前虽有存在的必要，但对其适用应当加以严格限制。反悔权的行使条件应当具体化、明确化，摒弃其“无因性”、“任意性”。调解协议的达成只要程序上没有违反自愿原则，内容上没有违反法律规定，当事人就应限制行使反悔权。建立以调解生效特殊模式为主、一般模式为辅的适用原则，一定程度上也可以减少反悔权适用的概率。

#### （四）设立生效调解协议瑕疵补救措施或者程序

民事诉讼调解生效模式适用的改变尽管为诉讼调解工作带来很多便利，不断推动诉讼调解制度走向完善，但是直接赋予调解协议法律效力也会带来其他不可预料的问题。例如针对当事人双方达成的已经生效的调解协议，若是调解协议中存在瑕疵，调解协议的效力如何？双方当事人该如何面对这种存在瑕疵的调解协议？法院该如何处理存在瑕疵的生效调解协议？理论界和实务界对此类情况也有过探讨<sup>①</sup>，但是针对这种情况的研究和讨论并不多，笔者大胆对此作如下尝试：设立生效调解协议瑕疵补救措施或者程序。

由于诉讼调解的程序相对灵活，要求双方当事人在这种灵活的程序中达成的调解协议是基于当事人全面、周详的考虑是不可能的，也是不现实的。因此，倘若对赋予调解协议法律效力的生效模式进行大面积的推广，总会出现笔者提出的这种问题。对此，笔者认为可以进行这样的制度设计：

1. 对生效调解协议瑕疵的“认定问题”。对于已经生效的调解协议，如果认为存在瑕疵必须得到双方当事人和法院的共同认可。诉讼调解本质上是调解，既然是调解就得在双方当事人自愿、合法的基础上。调解协议的瑕疵，尤其是生效调解协议的瑕

<sup>①</sup> 参见詹有平《关于改进完善我国民事诉讼调解制度的几点思考》，载《理论导刊》2009年第8期。





疵更应该得到双方当事人的认定，只有双方当事人都认为调解协议存在瑕疵的才能称之为生效调解协议的瑕疵。此外，这种瑕疵还需要法院的认可，虽然调解是双方当事人自愿达成的，但是也会存在双方当事人通过法院诉讼调解达成损害国家、社会、集体或者他人利益协议的情况。比如司法实务中的虚假诉讼常常会通过调解的方式结案，如果不经过法院的审查，这种虚假诉讼的调解往往会“得逞”。同理，生效调解协议的瑕疵也必须经过法院的审查确认才能确定瑕疵的“真实存在”。

2. 对生效调解协议“瑕疵”的认定问题。既然是瑕疵就说明并不影响调解协议的性质即已达成的调解协议内容不会发生显著的改变。需要说明的是，一定要将“瑕疵”与“错误”分开，“瑕疵”是不影响调解协议性质即不影响当事人权利义务的不明显、细小、微小事项的改变，而“错误”则是会改变调解协议性质，显著影响当事人权利义务的事项。如果是生效调解协议发生“错误”，那么应该做的是对调解协议效力的否定；如果是出现“瑕疵”，则应该慎重处理已经发生法律效力调解协议。

3. 对生效调解协议瑕疵的处理措施或程序。首先需要肯定的是“瑕疵”的出现不应该也不能影响调解协议的法律效力；其次，是如何处理调解协议中“瑕疵”的问题。笔者认为，对于已经生效的调解协议，如果出现了“瑕疵”，为慎重对待此类问题，不应该再由当事人就这类“瑕疵”在法院的主持下另行达成补充协议来纠正；而应该由双方当事人就出现的“瑕疵”共同申请法院，由人民法院经过审查并得到双方当事人的确认后，出具补正裁定送达双方当事人。对生效调解协议的“瑕疵”利用补正裁定的方式处理，既是对已生效调解协议效力的肯定与尊重，也是对调解协议中“瑕疵”的严格认真纠正。若是当事人申请执行，则需要生效的调解协议和法院出具的补正裁定二者结合方可；若当事人只出具带有“瑕疵”的生效调解协议则法院只依据该调解协议进行执行，不利的后果由申请执行人自行承担。

## 结 语

民事诉讼调解生效模式的选择与适用应当服从于调解制度的定位和目的。三种生效模式在司法实践中各有优点，但如何具体适用应当结合法院实际情况、案件具体情况、以及调解环境好坏。在充分尊重当事人意思自治与限制法院强行调解基础上，为提高基层法院办案效率，提高司法公信力，在《民事诉讼法》制度框架内，民事诉讼调解宜采用以特殊生效模式为主、一般生效模式为辅，并限制适用反悔权制度的方式。

（责任编辑：冯艳楠）

# 合同解除裁判进路的规范和统一

——以《合同法》第96条第1款为切入

洪泉寿\*

---

**内容摘要** 审判或仲裁实务存在以通知为前置条件、否定职权解除的逆向理解、以判决解除为必要、以审查确认为要件等四种差异化的裁判进路。在遵从合同解除法律规范和维护当事人民事权利的双重价值取向前提下，根据以审查确认为要件及以通知为前置观点的要求，提出合同解除仲裁程序或一审程序在实务中的四种合理裁判进路，确立以通知解除方式为裁判基本导向，并将合同解除之诉界定为确认之诉。

**关键词** 合同解除 乱象检视 裁判进路 价值回归

中图分类号：DF525 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)03-043-052

---

现实生活中，因当事人权责观念及法律认知能力的差异，出现了大量的合同分歧，若当事人不能协商一致，必然会形成争端。有权利便有救济，争端进入法院或仲裁机构就产生了诉争。因此，对合同的诉讼或仲裁解除程序进行深入分析和探寻，进而建构一套科学的审判或仲裁机制就显得极为必要。但相对于范畴宏大的合同解除问题，本文仅探寻审判或仲裁实务中急需化解的统一和规范解除合同裁判进路的问题。

## 一、现实困境：解除合同理论与实务的悖逆

在众多弥合解除合同争端的路径中，由于法院或仲裁机构具有裁判终局性，能够有效化解争端，保障市场交易安全，所以大多数当事人往往选择以审判或仲裁方式解除合同以平息矛盾。不过，鉴于当前学界对合同解除问题各执一端，作为理论延续，审判或仲裁实务中也显示出差异化的裁判进路。

---

\* 洪泉寿，广东省湛江市中级人民法院研究室法官助理。



1. 以通知为前置条件 :主张法院或仲裁机构不能直接受理合同解除诉请或仲裁请求。依《合同法》第96条第1款规定,一方当事人解除合同必须(而不是“可以”)先行以通知形式送达,也即解除权人解除合同须以有效送达含有解除合同意思表示的通知给相对人为前提条件。通知义务作为当事人解除合同的法定义务,在未履行通知义务情形下,当事人径行起诉或申请仲裁,因与法律规定的审判或仲裁程序规则不相符,法院或仲裁机构对该请求应不予支持或驳回请求。

典型案例 :2002年,原告浙江某厂与被告黄某订立合同,约定由被告黄某为其定作一套磨具。随后,原告向被告支付了定金,但被告并未依约交付磨具。因此,原告以此为由诉请法院判决解除合同……

法院经审理认为,在被告超期未交付磨具后双方合同解除条件已成就,原告已具有合同解除权,但其并未按法律规定以书面形式告知对方,表达解除合同的意思表示,故应认定合同继续在履行,原告现已丧失合同解除权。据此,判决驳回原告解除合同请求。<sup>①</sup>

2. 否定职权解除的逆向理解 :主张从法律字义上逆向理解《合同法》第96条第1款规定内容,也即审判或仲裁机构无权解除或确认合同解除。所以,当事人不仅不能提起合同解除的形成之诉,而且也无权提起合同解除的确认之诉。但确认合同解除诉讼或仲裁能由异议方提起,因为第96条已明文认可收到解除合同通知的相对人存“有异议的,可以请求法院或者仲裁机构确认解除合同的效力”的权利。

典型案例 :甲公司是原告乙公司全资设立的子公司。2005年2月,原告与被告丙公司订立合同,约定原告转让给被告其所持有的甲公司90%的股权。后来,因被告未按合同约定支付全款,原告遂诉请法院解除股权转让合同。

经审查,法院认为合同解除权系单纯形成权,即无需提起诉讼,于权利人解除合同之意思表示到达相对人时发生效力,法院不能依职权干预,故驳回原告诉请。<sup>②</sup>

3. 以判决解除为必要 :主张法院或仲裁机构有权直接裁判合同解除。一般而言,合同解除权人应以诉讼或仲裁途径实现合同解除效力,因此法院或仲裁机构就必然掌控着直接裁判合同解除的权力。此外,该观点主张诚信方在长时间内未向相对方送达含有解除合同意思表示的通知,现通过诉讼或仲裁的途径请求法院或仲裁机构裁判合同解除,合同解除的效力应以裁判生效之日为起算点。

典型案例 :原告建设公司与被告丽超中心订立《租赁合同》,将其所有的土地出租给被告使用。但该块土地性质为耕地,不得用于养殖,而被告违反合同约定改变土地用途,擅自将该地转租他人用于养殖,故原告请求解除双方签订的《租赁合同》。

<sup>①</sup> 参见潘幼亭 :《论合同司法解除的路径选择》,载《司法体制改革与民商事法律适用问题研究》,人民法院出版社2014年版,第1012页。

<sup>②</sup> 参见陶向阳 :《试析合同解除的方式》,载《人民法院报》2007年5月3日第6版。

法院经审理认为，被告违反合同禁止转租的约定且改变涉案土地农用地用途，已构成根本违约，故判决解除原、被告间签订的《租赁合同》。<sup>①</sup>

4. 以审查确认为要件：主张当事人行使解除权是合同约定或法律赋予的权利，该权利可具体划分为当事人的诉讼或仲裁权利，但并非法院或仲裁机构的裁判权可替代。因而，该观点认为法院或仲裁机构可以审查解除合同诉请或仲裁请求，但没有权力直接裁判合同解除，只能审查确认合同当事人行使解除权程序合法与否、送达有效与否等问题，并作出确认或驳回请求的裁判。一旦合同生效，就表示合同内容要件已具有法律强制效力，包括当事人、国家公权力在内的任何人或职权部门均不能随意变更已确定的合同，且合同解除规则亦不能例外。

典型案例：原告瑞邦公司通过招标采购程序竞得涉案土地，并为该土地的开发建设作出积极准备，但被告至今未能交付符合拍卖和开发条件的涉案土地，故原告根据合同约定向被告发出解除合同通知，后又起诉至法院要求解除合同。

法院经审理后认定被告经催告后仍延期交付土地，该行为已促成合同约定解除条件成就，故对原告发出解除合同通知效力予以确认……<sup>②</sup>

若上述典型案例不具代表性，那么中国裁判文书网收录的巨量司法判例就足以证明，笔者以合同解除为关键词进行检索后获得了 6239 件相关裁判文书，其中判决解除合同 4429 件，占 71%，确认合同解除 1123 件，占 18%，确认合同解除无效 126 件，占 2%，其他类型 561 件，占 9%。

而更具权威性的是，最高法院每月编印的公报中的示范性案例<sup>③</sup>，更加凸显出有关解除合同主张的裁判类型，如判决解除合同 11 件，占 96%，确认合同解除 1 件，占 1%，确认合同解除无效 1 件，占 1%，其他类型 3 件，占 2%。

从上文可看出，解除合同理论的差异引致了审判或仲裁裁判进路的差异。这一差异体现在法院或仲裁机构裁判当事人合同解除主张的分歧，也体现在裁判方向上的明显差异。这导致了当事人利用合同标的物获取最大利益的机会存有差异，也反映出审判或仲裁尺度的不统一，从而对审判或仲裁权威性和统一性形成负面影响。

## 二、乱象检视：解除合同裁判困境的缘由剖析与价值之辩

### （一）缘由剖析：解除合同立法规则的疑惑

尽管学界对解除合同裁判理念争议不断，审判或仲裁实务中有诸多疑难，但依然

① 参见北京市大兴区人民法院（2013）大民初字第 5392 号民事判决书。

② 参见四川省高级人民法院（2014）川民初字第 84 号民事判决书。

③ 《最高人民法院公报》2005 年第 1 期 - 2016 年第 12 期有关合同解除案例共 16 件。



不能脱离对当前解除合同相关立法规则的路径探寻。目前,我国关于解除合同的立法规则主要集中在《合同法》第93条至96条中。这当中,当事人协商解除和约定解除合同的规则分别体现在第93条第1款和第2款,而法定解除合同的情形则体现在第94条及第95条,第96条则是约定解除及法定解除的法定程序。这些规则显示出国家对民事私法自治精神的尊重和保护,即解除合同效果应以当事人明确的解除主张为必要条件,以解除主张有效到达相对人为充分条件。

不过,当前大部分合同类司法解释均明文规定了与合同解除立法精神不相吻合的裁判规则。如《最高人民法院关于审理融资租赁合同纠纷案件适用法律问题的解释》第11条规定,出租人或者承租人请求解除融资租赁合同的,法院应予支持。又如,《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第3条规定,出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移,买受人要求出卖人承担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的,法院应予支持。这类规定,比比皆是。但值得关注的是,这类司法解释事实上已让众多审判、仲裁人员或当事人对合同解除立法规则产生了曲解,即合同民事主体间出现争端欲解除合同的,必须向法院或仲裁机构起诉或申请仲裁,由法院或仲裁机构裁判后才能实现合同解除的效力。这显然有着逾越权限行使立法权力之嫌,且与我国合同法立法目的及有关解除规则相悖。但解读相关司法解释的具体条文,从中可看出经最高法院适用性司法解释后,裁判解除模式在审判或仲裁实务中已被我国合同解除规则所接纳。<sup>①</sup>

所谓通知解除方式,亦称之为行为解除方式,指唯有合同解除权人有权确定合同解除效果,也即解除权人解除合同的真实主张有效送达相对人时即发生合同解除的效果。这一方式的典型规范体现在我国台湾地区、德国等国家或地区的民法中。在这一方式中,审判或仲裁程序并不是确认合同生效的要件,而且合同解除的真实主张并不依赖于解除权的附加原因,即便附加原因存有错误,也未能影响真实主张的效力。

而裁判解除方式,指合同法规定的法定解除情形中,只要法定解除条件成就时,合同诚信方即可行使解除合同权,但只有通过审判或仲裁裁判程序才能实现合同解除的效力。法国民法典相关条款为裁判解除方式的典型代表。<sup>②</sup>该方式关注的是,合同解除权人应当通过诉讼或仲裁路径行使解除权,解除仅能由法院或仲裁机构依职权行使。

在以上两种认定方式中,解除权人行使合同解除权的成本和进路有较大差别,凸显了立法理念的迥异,亦显示出合同立法规范渐进完善的发展历程。而正由于当前我

<sup>①</sup> 参见孙瑞玺:《论合同解除权行使的方式》,载《苏州大学学报》2012年第2期。

<sup>②</sup> 参见尹田:《法国民法中合同解除的法律适用》,载《法商研究》2013年第6期。



国立法与司法解释相关内容发生规范性衔接断裂，致使在审判或仲裁实务中产生诸多疑问：一是当事人发生争端需解除合同时，是否仅能由法院或仲裁机构确认合同解除？二是诉讼或仲裁解除合同的具体时间可否为审判或仲裁裁判生效之日？这些微乎其微且易于被遗忘的问题，在事实上引致了实务中裁判进路的冲突及造成当事人合同利益的巨大损失。

## （二）理论辨析：探索解除合同裁判规则的价值判断

1. “否定职权解除”与“以通知为前置要件”的观点本质上是审判权或仲裁权的不在位。该观点均没有法律依循，理由是解除合同权系法律明文赋予当事人享有的一项民事权利，且诉权或仲裁权是合同各方当事人启动法律救济的一项非实体性权利，法院或仲裁机构作为裁判机构，只要合同当事人的起诉或仲裁申请符合相关法律规定，就必须立案审理或仲裁并作出相应裁判。缺乏诉权或仲裁权的权利并非完整的法定权利，但诉权或仲裁权归根结底是寻求法律强力保护的权利。解除权作为法律赋予合同当事人的一项基本权利，其必然获得国家公权力的强力保障，而诉权或仲裁权显然属于公权力强力保障的范围。假若不确认合同当事人起诉或仲裁主张合同解除或确认解除合同效力的权利，或一味强调合同当事人先行通知而诉讼或仲裁在后，那么合同当事人的解除权就难以实现法律意义上的维护。因而，不确认合同当事人可以自主选择提起合同解除诉讼或仲裁的思维与不支持合同当事人解除主张的裁判路径当然无事实和法律依据，实为审判权或仲裁权的不在位。

2. “以判决解除为必要”的观点本质上是审判权或仲裁权的越位。该观点虽然认可了法院或仲裁机构可以审理或仲裁解除合同，但仍有一些问题：

（1）法院或仲裁机构直接裁判解除合同与合同立法规范相违，极易引致立法、司法或仲裁和现实之间的悖逆。虽然《合同法》第96条第1款对通知解除合同规则作出了明确规定，但现实中，合同解除权人向法院或仲裁机构主张解除合同后，相对人已通过接收上述机构送达的含有主张合同解除的诉状或仲裁申请书明晰了当事人合同解除的真实意思，按照法律规定此时合同已解除。然而，法院或仲裁机构经过一定期限的审判或仲裁程序进而作出合同解除的生效裁判文书，事实上就产生了一个近乎荒诞的情形：即有效合同被重复解除。对此，法院或仲裁机构难以给出满意的解释，亦无法回应实践中的诸多窘况，因为审判权或仲裁权确实不受约束地跑出了制度的“笼子”。

（2）法院或仲裁机构裁判合同解除容易挤占或替代了合同当事人基于合同的自主权利，这既无助于争端的迅速化解，也不利于维护合同权益人的合法利益。合同解除权作为形成权的一种形式，仅能为合同民事主体所专有。而当事人是否具有合同解除资格，以及是否具备行使解除权的条件并不依法院或仲裁机构的裁判生效与否为转移，它们是客观真实的。法院或仲裁机构以公权的方式径行裁判合同解除，显然存在着以



维权为名、行夺权之实的嫌疑。<sup>①</sup>

实践中，当事人行使合同解除权通常是合同目的已无法实现，且为蒙受或行将蒙受损失的诚信方，其寄望于通过审判或仲裁程序尽快解除合同，实现损失挽回并获得相应赔偿。但在法院或仲裁机构裁判解除合同并以裁判生效之日作为解除合同的具体时间的境况下，合同相对人很有可能以鉴定申请或反诉等方式拖延审判或仲裁程序，并在裁判生效前的诉讼或仲裁程序中通过营运合同标的物获取更多不当利益；相反，具有合同解除权的诚信方却并未因此获得倍增收益。所以，此举与审判或仲裁的权利救济价值和功能不相符，也难以获得合同解除权人的真心理解和认同。

尤值关注的是，在“以判决解除为必要”观点的导向下，实务中往往会出现这样的尴尬：即作为合同自由范畴内的法律事实的解除合同的具体时间问题，常常随着案件审理或仲裁程序的延长而变得飘忽不定，常常伴随案件是一审或仲裁生效，或是二审、再审程序而不断变化。甚至由于争端审理或仲裁期限漫长，导致争端可能还处于审理或仲裁阶段，但当事人双方合同的权利义务已终止（如履行期限届满等事由），在这种情况下，当事人即便主张解除合同，也是于事无补了。

可以说，在“以判决解除为必要”的进路下，合同解除具体时间确定问题，在审判员或仲裁员的裁判权力和审判或仲裁程序面前，总是在潜移默化中处于被不断替换或剥夺的境况，也让审判或仲裁面临诸多非难和质问，这无助于构建科学系统合理的审判或仲裁机制。

### 三、路径选择：合同解除权的价值回归和规范弥合

要厘清上文诸多疑问，或者说要有效矫治上文差异化司法或仲裁裁判和重新弥合规范冲突，必须正确理解和认知合同解除权。

#### （一）应然价值：解除合同的进路导向

1. 权利主体方面：合同解除权并不属于法院或仲裁机构，而只能由当事人行使。合同解除，从行为过程看，是合同签订立的逆向行为，合同签订是使当事人间的权利义务得以确立，而解除则使当事人间的权利义务关系终止，但不管是合同签订还是解除，它们均属于私法自治范围，都是当事人对自主权利的择取，且与他们的真实意思表示相关。

而《合同法》第93-96条规定合同解除权行使的不同情境，其功能主要为尽快实现合同目的、维护市场经济有序运转而赋予合同当事人解除权。但从行使解除权主体

<sup>①</sup> 参见郑静春：《合同解除的若干问题研究》，载《四川理工学院学报》2012年第1期。

看,《合同法》第93条确认了合同当事人的协商或约定解除权,规定当事人协商一致或事前约定可赋予一方或多方行使解除权,而第94-96条则是在当事人就解除权未达成合意的状况下通过立法的形式确立一方当事人的单方法定解除权。

可以说,不管是立法规范还是理论探索,均一致确认了合同解除权属于合同当事人所有的具有排他性的自主权利,而包括法院或仲裁机构等在内的外部权力是不能随意介入的。

2. 权利属性方面:理论通说认为,解除权属于形成权。<sup>①</sup>一般情况下,形成权自相对人收到权利人有效意思表示时即发生法律效力,既无需向法院或仲裁机构提出请求,亦无需申请强制执行,更无需对方当事人同意,只有在权利效力存异议的状况下才需通过审判或仲裁途径来解决。换言之,解除权行使无需他人合意或法院、仲裁机构裁决,只要当事人经合法程序主张即可解除。可见,合同解除权与形成权的属性相吻合。在我国实行当事人以通知解除为前置的境遇下,立法仅确立了合同当事人具有协商解除或通知解除的权利,并没有明确规定法院或仲裁机构具有裁判解除权。概言之,法院或仲裁机构并无法律依据直接裁判解除合同,当事人是否享有约定或法定解除权才是它们审查的范围。<sup>②</sup>

3. 权利行使程序方面:由于我国采用“受信主义”原则,即送达生效。<sup>③</sup>所以,只要当事人有效主张合同解除后即发生相应的法律效果,讼争只是确认合同解除的效力。而且,基于合同私法性质,解除合同行为应是合同当事人的自主权利,所以合同解除权人行使解除权既可提起诉讼或仲裁,亦可通过协商解除等非诉形式。《合同法》第96条第1款并未赋予法院或仲裁机构依法律依职权裁判解除合同,仅是明确规定其确认解除合同的效力。因而,当事人在起诉或仲裁时明确表示要解除合同,并使用了“请求法院或仲裁机构裁判解除合同”等类似表述,审判或仲裁机构仍应认定当事人已向相对人为合同解除的意思表示的有效主张,诉请或仲裁申请是要求相对人履行合同解除后的相应法律义务,或者是确认解除合同后双方基于合同的权利义务关系的终止。

从以上三个视角看,解除合同诉讼或仲裁并非形成之诉,其实质为确认之诉。即合同解除权人请求合同解除诉讼或仲裁真实意思是请求法院或仲裁机构审查确认其以起诉或仲裁(含通知)形式解除合同的效力。毕竟,尊重和保障民事主体的合同自由,是我国合同法必须遵循的基本价值,也是审判或仲裁机构在解除合同裁判中应守持的

<sup>①</sup> 参见冯慧波:《论合同解除权的行使》,载《探索社会主义司法规律与完善商事法律制度研究》,人民法院出版社2011年版,第916页。

<sup>②</sup> 参见王兵《对〈合同法〉第96条第1款规定“应当通知对方”的正确理解与适用》,载《法律适用》2008年第12期。

<sup>③</sup> 参见杜晨妍、孙伟良:《论合同解除权行使的路径选择》,载《当代法学》2012年第3期。



价值取向。

## （二）制度对接：解除合同立法规则与司法解释的二次弥合

当前,《合同法》规定当事人行使合同解除权的程序是较为精致和完善的。一面赋予当事人合同解除的行使权,一面又严格要求他们在法定或约定期限内遵循既定的方式和程序行使权利。可以说,在合同法明确规定以通知方式解除合同的契约自由架构内,亦涵括审判或仲裁介入解除合同的规则,这彰显了合同法所守持的国家干预与私法自治所显示出的基本价值和功能的迥异。

不过,鉴于立法的高度概括性,相关司法解释在审判或仲裁实务中被不断优先适用,要建构科学的解除合同的裁判规则就不能对弥合相关司法解释与立法间存在的规范冲突视若无睹。且这种重新弥合必须充分考量高位阶法律的严肃性、立法与司法解释间的衔接性、规范自身的稳定性及司法运转的高效性等多重因素。因而,建立在以裁判解除为必要基础上的相关司法解释,其相关条款往往容易使大部分裁断讼争的审判或仲裁人员顾名思义地断定,只要合同当事人请求或主张解除合同的,法院或仲裁机构经审查后依法依职权给予合理支持的方式就是判决或裁定合同解除,并一以贯之,自以为是,使自己在无形中成为以裁判解除为必要观点的坚定践行者和宣扬者。

因而,在遵从合同解除法律规范和维护当事人民事权利的双重价值取向的前提下,有关解除合同的立法或司法解释条款的衔接可进行以下两种类型的修订:

### 1. 现有立法文本类型:

第\*条 有下列情形之一的,当事人可以解除合同……

修订后的相应司法解释条文:

第\*条 有下列情形之一的,当事人请求解除合同的,人民法院或者仲裁机构应予支持,并裁判确认合同已解除……

### 2. 现有立法文本类型:

第\*条 当事人根据本法的相关规定主张合同解除的……可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

修订后的相应司法解释条文:

第\*条 有以上情形之一的,当事人主张合同解除的,人民法院或仲裁机构应当依法确认当事人合同解除行为的效力,并裁判合同已解除。

## （三）制度设计：解除合同规范的裁判进路

如上文所述,以审查确认为要件及以通知为前置的观点可以全面展现合同自由的基本价值和功能。继续守持以判决解除为必要的做法,实质上是在摒弃整体利益下让渡给审判或仲裁人员极大的解除合同裁量权,其本质上是维护权利为幌子,固守本位主义,满足小圈子利益,其结果既悖逆合同意思自治原则,又可能会引起二次讼争。



在审判或仲裁实践中，由于合同法并没有对当事人通知解除合同具体方式予以明确规定，因而可灵活掌握通知解除合同的具体方式，以有明确的解除合同意思表示的通知和有效送达为判断准则。因而，将当事人提交诉状或仲裁申请书并经由法院或仲裁机构向相对人的送达行为视为当事人向相对人送达了有效的合同解除通知。法院或仲裁机构经审查确认当事人解除合同的法定或约定条件成就时，则诉状或仲裁申请书副本送达相对人之日为合同解除的时间。<sup>①</sup>对起诉或仲裁之前当事人已向相对人发出有效解除通知的，则合同解除的时间可追溯至当事人通知解除之日。只有这样，才能有效应对实务裁判与立法、司法解释间的冲突带来的新的裁判不公问题。

概言之，根据以审查确认为要件及以通知为前置观点的要求，合同解除仲裁程序或一审程序在实务中的合理裁判进路可以划分为以下几种情形：

情形之一：当事人在有效送达解除合同通知后提起诉讼或仲裁请求解除合同或主张合同已解除的，法院或仲裁机构应审查当事人合同解除行为的合法性，并合议是否作出确认合同通知解除效力的裁判；有效通知的，合同解除日为解除合同通知到达相对人之日。这因为依法行使解除权的解除权人的有效解除合同通知到达相对人时，合同即发生事实上的法律效力，产生合同解除的效果，审判或仲裁机构仅能确认通知解除合同行为的效力。

情形之二：在解除合同条件成就时，当事人未经通知解除合同即直接诉讼或仲裁请求解除合同的，法院或仲裁机构应审查当事人合同解除条件是否成就，并合议是否作出确认合同解除的裁判；合同解除条件成就的，合同解除时间上溯至相对人收到法院或仲裁机构送达载有当事人请求解除合同请求的诉状或仲裁申请书副本时。这是因为依法行使解除权的解除权人虽未经诉前或仲裁前通知解除程序，但其向法院或仲裁机构起诉或仲裁，本身即表达了真实的解除合同的意思表示。当事人递交请求解除合同的诉状或仲裁申请书并经法院或仲裁机构向相对人有效送达的行为具备了有效通知相对人解除合同的效力。

情形之三：当事人先行发出解除合同通知，相对人有异议，向法院或仲裁机构起诉或仲裁请求确认通知解除合同行为无效，并请求继续履行合同的，法院或仲裁机构应审查确认当事人通知解除合同行为的效力及相对人异议理由是否成立，并据此作出支持或驳回相对人诉讼或仲裁请求的裁判。这因为根据《合同法》第 96 条第 1 款的规定，法院或仲裁机构仅能审查当事人解除通知行为的法律效力以及相对人异议程序的合法性，并据此作出相应裁判。

<sup>①</sup> 参见杨永清：《合同法第九十六条中的“通知”包括通过法院通知》，载《人民司法·应用》2008 年第 19 期。





情形之四：当事人因履行合同引致纠纷，诉至法院或仲裁机构时未主张解除合同，而是径直主张相对人承担违约责任或请求合同解除后的违约赔偿事宜的，法院或仲裁机构在审查案情后，认为相对人的违约行为构成根本违约，应主动行使释明权，向当事人释明是否请求裁判解除合同，并据此作出支持或驳回诉讼或仲裁申请的裁判。在实务中，当事人因缺乏法律知识而越过作出解除合同的意思表示，直接要求相对人承担合同解除违约责任或请求合同解除后的违约赔偿事宜的情形，因此，审判或仲裁人员应审查违约行为是否构成根本违约<sup>①</sup>，并据此决定是否应当向当事人释明请求裁判解除合同及作出相应裁判。

从上述几种情形看出，合同自由（涵括缔约自由和解约自由）的价值是维护市场交易主体的合法利益，注重的是效益和成本的均衡，而国家介入的基本功能是保障市场经济的良性高效运转。而以通知为前置的裁判规则彰显了国家对合同自由价值的尊重和保护，其在以法院或仲裁机构名义确认当事人具备合同解除行使资格的同时，亦有效化解了裁判解除方式致使解除合同具体时间的不确定性及因此引致的当事人权责分配极不稳定的审判或仲裁困境。

当前，解除合同的立法规则已为当事人解除合同制订了较为健全合理的程序和行使方式，但有关解除权的审判或仲裁实践却相悖于立法的基本价值，解除权的审判或仲裁化趋势在被不断放大和异化。这种裁判价值导向无正当合理性，实质是审判权或仲裁权的越位，应当“退其权力”“归其位置”，确立以通知解除方式为裁判基本导向，并将合同解除之诉界定为确认之诉（而非形成之诉），从而真正构建起系统完备理性的合同解除裁判机制。

（责任编辑：冯艳楠）

<sup>①</sup> 参见彭贵：《论人民法院在合同解除之诉中的释明义务》，载《法律适用》2010年第21期。

# 新旧动能转换背景下破产审判工作的改进路径

孙永一 李毅斌\*

**内容提要** 新旧动能转换已成为事关山东省经济发展全局的重要战略。破产清算程序、重整程序、和解程序与新旧动能转换关于“腾笼换鸟”“凤凰涅槃”的内在要求是十分契合的。破产审判工作在新旧动能转换中发挥着改善营商环境、淘汰落后产能、优化要素配置和释放矛盾风险的重要作用。完善新旧动能转换背景下破产审判需要落实以下工作：加强破产审判队伍、机构、制度建设，探索完善管理人选定、考评等机制，积极建立健全府院联动机制，重视和合理利用重整、和解程序。

**关键词** 新旧动能转换 破产审判 破产程序

中图分类号：DF716 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)03-053-060

2014年3月6日，习近平总书记在参加广东省代表团审议时提出“腾笼换鸟、凤凰涅槃”要求着力推动产业优化升级，充分发挥创新驱动作用，走绿色发展之路。<sup>①</sup>2015年10月，李克强总理在谈到当时中国经济形势时说：“我国经济正处在新旧动能转换的艰难进程中”，<sup>②</sup>自此“新旧动能转换”开始正式出现在国家领导人讲话中。2018年1月3日，国务院正式批复同意山东省设立我国第一个新旧动能转换综合试验区，这是十九大后获批的第一个区域性国家发展战略，也是全国首个以新旧动能转换为主题的区域发展战略。2018年2月27日，山东省属企业新旧动能转换重大工程建设誓师大会在济南召开，吹响了全省新旧动能转换工作新征程的号角。2019年2月11日，在山东省“担当作为、狠抓落实”工作动员大会上，刘家义书记在讲话中将新旧动能转换列为山东省“八大战略布局”之首。

\* 孙永一，济南市中级人民法院副院长；李毅斌，济南市中级人民法院民二庭副庭长。

① 参见《腾笼换鸟 凤凰涅槃》，载《人民日报》2015年8月31日第05版。

② 《李克强对当前中国经济的6点判断》，载中国政府网 [http://www.gov.cn/xinwen/2015-10/16/content\\_2948459.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2015-10/16/content_2948459.htm)，2018年10月16日访问。



在新旧动能转换已成为事关山东经济发展全局重要战略的新形势下，认真把握新旧动能转换的内在要求与破产审判工作的关联，充分认识破产审判工作在新旧动能转换中的重要作用，提出新旧动能转换背景下完善破产审判工作的对策，有着重要的时代意义。

## 一、新旧动能转换与破产审判工作的内在关联

新旧动能转换中的“转换”二字，从字面来理解是“转化”和“更换”的意思，这种转换不是割裂的、孤立的，而是联通的、连续的，是充满智慧的起承转合。新动能是踩在旧动能肩膀上出现的，新动能的产生和发展离不开旧动能发展过程中积累的经验乃至失败教训。旧动能“被转换”为新动能注定不会是一蹴而就的过程，必须付出执着的探索和艰辛的努力。进而言之，就新旧动能转换的内在要求而言，“转化”对应的就是“凤凰涅槃”，是一种“进化”式的转换，是在不完全否定旧动能的基础上完成的质变和迭代。“更换”对应的则是“腾笼换鸟”，是一种相比而言更为激进的转换，是在淘汰旧动能的基础上完成的筛选和扬弃。就山东省而言，新旧动能转换的核心是发展新技术、新产业、新业态、新模式“四新”经济。目前传统产业在全省经济态势总量中仍占绝对优势，因此，传统产业在一段时期以内仍然是支撑经济社会发展的最重要的基础性力量。但与此同时，在新旧动能转换的持续刺激作用下“四新”经济不断涌现，加之传统产业通过创新经营模式等方式不断转化为“四新”经济，“四新”经济将逐渐成长壮大为经济社会发展的全新驱动力量。只有在“四新”经济发展壮大为可以与传统产业相提并论甚至超越后者的时候，“四新”经济和传统产业这“两只手”都足够强壮，山东省的经济发展才能够拥有健康的体魄和不竭的动能，才能够持续超越自我，在全国的经济发展洪流中不断搏击，奋勇前进。

破产审判工作的作用与新旧动能转换的内在要求十分契合，且环环相扣。破产审判中的清算程序起到的就是“更换”的作用，就是要“腾笼换鸟”，即在市场的指引下，通过司法途径淘汰旧动能，引入新动能，引导市场资源进行优化配置。而破产重整、和解程序起到的则是“转化”的作用，就是要“凤凰涅槃”，即通过债权人和债务人达成谅解，引入新的经营策略、新的技术方案乃至新的投资主体，最终创造“浴火重生”的崭新局面。由此不难看出，新旧动能转换与破产审判工作具有内在关联性：一方面破产审判工作密切响应新旧动能转换的内在要求，有助于新旧动能转换顺利进行；另一方面破产审判工作本身也是新旧动能转换的突破口，是新旧动能转换的重要抓手。因此，随着新旧动能转换不断走向深入，破产审判工作的重要性会日益凸显，它将在新旧动能转换的新形势下发挥不断增强的积极作用，同时也会获得越来越良好的发展空间。

## 二、破产审判工作在新旧动能转换中的重要价值

新旧动能转换的重点就是把握经济结构调整和发展方式转型，而通过破产审判淘汰旧动能、导入新动能是经济结构调整和发展方式转型的重要路径，因此，破产审判工作事实上已经成为新旧动能转换工作中的关键一环，在新旧动能转换中有着重要的价值：

### （一）助力改善营商环境

营商环境是指伴随企业活动整个过程的各种周围境况和条件的总和。<sup>①</sup>在社会主义市场经济条件下，营商环境对于地方经济发展和动能培育具有非常重要的作用。<sup>②</sup>优良的营商环境能够为新旧动能转换提供有力保障。营商环境的优劣足以对国家及地区的就业、财税乃至经济社会发展产生重大影响，已经成为评测国家或地区核心竞争力以及可持续发展能力的重要依据。优良的营商环境足以为企业的创新及发展提供强大助益，有助于经济结构调整和转型升级，以形成新的发展动能。新的发展动能壮大之后，将发挥示范带动作用，并产生集群效应，又有利于营商环境的进一步优化。可见，优良的营商环境与新旧动能转换之间能够形成正相关的积极促进作用，而低劣的营商环境则恰恰相反。世界银行对于营商环境的10项评价指标中就包括“办理破产”。近年来，全国法院致力于为改善营商环境提供优质司法服务，其中破产审判工作取得了显著成效。根据世界银行2017年对全世界190个经济体营商环境的测评，我国破产处理情况位列第53位，比2013年的第82位上升29位。<sup>③</sup>2019年3月28日施行的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（三）》同样是最高人民法院为充分发挥司法职能作用，营造优良营商环境而采取的重要举措。以上事实和数据充分说明了破产审判工作对于营造良好营商环境所起到的重要作用。

### （二）加速淘汰落后产能

相关数据显示，2015年山东省管企业2/3的利润被僵尸企业吃掉了，<sup>④</sup>这充分说明淘汰落后产能在新旧动能转换中的必要性和重要性。僵尸企业往往处于产业中低端，新旧动能转换需要削“低”拉“高”，以匹配消费市场的转型升级。此外，僵尸企业

<sup>①</sup> 参见吴学军：《新旧动能转换背景下济南市营商环境的优化探析》，载《中共济南市委党校学报》2018年第1期。

<sup>②</sup> 参见高中东：《从深圳经验看山东新旧动能转换》，载《理论学习》2017年第9期。

<sup>③</sup> 参见罗书甄：《破产审判“妙手”促“生病企业”回春营商环境评测我国破产处理情况全球上升29位》，载《人民法院报》2017年12月26日第01版。

<sup>④</sup> 参见尹明波《山东新旧动能转换不仅仅是“僵尸企业”出清和“混改”——经济学家常修泽的“新旧动能转换”经济学思考》，载《中国经济导报》2017年7月1日B03版。



大都集中在产能过剩行业，新旧动能转换又需要去过剩产能去库存，因此，依法处置僵尸企业已成为执行新旧动能转换战略的必然选择。而要依法处置僵尸企业，通过破产审判工作推动优胜劣汰机制的进一步健全和落实至关重要。法院以市场化的选择为基础而“因案施策”，能够重整的就进行重整以促进落后产能向先进产能转化，不能重整的则进行清算。“腾笼换鸟”，切实减少无效供给、化解过剩产能、释放生产要素、降低企业杠杆率，确保市场资源流向新的先进产能。破产审判工作的目标是把产能落后的僵尸企业挤占浪费的资源盘活和高效利用，为新旧动能转换做好甄别过滤和优胜劣汰工作。2018年底，济南市中级人民法院顺利完成了7家市属国有困难企业的破产清算工作，累计安置职工21000余人，配合政府发放安置资金5.4亿余元，处理债权总额58.1亿元，在破产财产处置后释放出市区中心地段土地1000余亩。经测算，预计带动投资近千亿元，为促进济南地区经济社会发展、推动国有企业有效推陈出新做出了贡献。

### （三）科学优化要素配置

僵尸企业占用大量劳动力、土地、资本等重要资源却不产生或很少产生实际效益，降低甚至抑制了资源的配置和使用效率，严重束缚了生产力中最活跃的劳动力因素，强制性扭曲了市场正常发展的轨迹，造成市场失灵；同时还会对代表生产力和新动能发展方向的新型企业产生“劣币驱逐良币”效应，严重阻碍社会经济发展。<sup>①</sup>新旧动能转换要求提高资源利用效率，优化市场要素配置。破产审判工作能够积极响应新旧动能转换的上述要求，发挥完善优胜劣汰的竞争机制，调整经济产业结构，优化社会资源配置使用等作用。<sup>②</sup>例如，僵尸企业进入破产重整程序后，新资本必然会选择果断淘汰落后产能，集中注入最为先进、最具活力的生产项目，以最优化地激活和发挥各种生产要素的积极作用，尽快产生经济效益，恢复盈利能力，确保重整计划得到顺利实施，最终实现企业的涅槃重生。进而言之，僵尸企业重整所具有的上述积极作用，还会向其上下游产业蔓延扩散，有利于更大范围内的资源优化配置和生产要素效能发挥，产生积极正面的“蝴蝶效应”，保障和促进市场经济持续健康发展。济南第七棉纺织厂是济南市陷入危困局面的老国有企业，在对其进行破产清算基础上，新建10万锭的棉纺项目，采用国内领先的设备生产高附加值产品，实现了扭亏为盈，上缴利税逐年上升。该案也被山东省高级人民法院评选为服务保障新旧动能转换重大工程十大典型案例。

<sup>①</sup> 参见尹明波《山东新旧动能转换不仅仅是“僵尸企业”出清和“混改”——经济学家常修泽的“新旧动能转换”经济学思考》，载《中国经济导报》2017年7月1日第B03版。

<sup>②</sup> 参见王欣新：《论破产法在市场资源配置中的重要作用》，载《中共杭州市委党校学报》2014年第6期。



#### （四）有效释放矛盾风险

新旧动能转换在淘汰旧动能、培育新动能的同时，也不可避免地影响到经济社会的方方面面，可能引发各类矛盾风险。这些风险如果得不到妥善预防和处理，可能会对经济社会发展产生一定的乃至重大的冲击，因此必须加以审慎处理。例如，众多僵尸企业已成为金融风险高地，大部分僵尸企业除资不抵债外，往往还涉及到众多银行呆账坏账，形成银行不良贷款潜在风险。正如诺贝尔经济学奖获得者罗伯特·恩格尔教授所指出，银行向僵尸企业提供的巨额贷款已经构成中国潜在的巨大金融风险。<sup>①</sup>此外，僵尸企业涉及到职工就业、产业上下游企业以及关联企业等方方面面，如果得不到妥善破产处理，不仅会继续挤占其他企业的资源和机会，破坏市场公平竞争和自由选择机制，还可能引发诸如信访、区域经济衰退乃至崩盘等涉及社会稳定的风险问题。《最高人民法院关于进一步加强金融审判工作的若干意见》指出，通过破产审判可以依法审慎处理可能引发金融风险、影响社会稳定的破产案件，特别是涉及相互、连环担保以及民间融资、非法集资的企业破产案件，避免引发区域性风险和群体性事件。此外，在破产程序中，可以通过政府与法院的联动，以及采取或清算或重整和解的妥当破产程序，及时处置企业资产，妥善安排企业职工，清偿职工和债权人债权，提振区域经济形势，有效缓解社会矛盾和化解经济风险。2017年9月，山东省商河县人民法院裁定批准济南浙鲁盛业房地产开发有限公司重整计划，标志着这起重大涉民生房地产烂尾工程破产案件圆满重整成功。该工程涉及535户居民，是一项涉众重大民生工程。此案的圆满审结最大限度地保护了各类债权主体的合法权益，有效消除了一起重大社会矛盾隐患，为该县的社会经济发展大局营造了良好的司法环境。

### 三、新旧动能转换背景下破产审判工作的改进路径

面对新旧动能转换提出的更高的工作要求，破产审判工作显露出问题和不足。如破产审判队伍人员缺乏，专业化程度不够，难以适应新旧动能转换工作发展的需要；破产管理人队伍良莠不齐，相关制度建设运作不畅，对破产审判工作开展屡有掣肘；法院与政府部门的联动协作力度不足，面对诸多破产工作困难独木难支；对清算与重整、和解程序判别启动的针对性不强，难以充分发挥破旧立新的理想效果，等等。破产审判工作应当针对以上问题寻求解决方案：

#### （一）提升破产审判工作的专业化和规范化水平

“破产法不独包括民法、商事法、民事诉讼法、强制执行法，亦包括刑事法规及

<sup>①</sup> 参见唐焯《罗伯特·恩格尔：“僵尸企业”背后的金融风险》载《解放日报》2015年12月3日第06版。



行政法规。换言之，破产法为上述诸法之混合法，错综而研究之，其难自不待言。”<sup>①</sup>破产审判工作涉及诸多审判领域，内容错综复杂，培养一名成熟高能的破产法官绝非一朝一夕之功，就山东省而言，新旧动能转换的任务要求更凸显了破产审判力量的捉襟见肘。人民法院应当针对破产审判工作难度大、专业性强的特点，从提高破产审判队伍整体力量 and 专业化水平的角度出发，将纪律意识强、业务素质好、综合能力高的商事审判法官选拔配备到破产审判岗位，努力做到破产审判力量配齐配强的制度化和常态化，确保形成老中青相结合、人员配置合理的审判力量梯队。应当学习北京、上海、深圳设立破产法庭的先进经验，倡导各中级人民法院设置专门的破产审判庭。大力推动在全省范围内开展对破产审判服务于新旧动能转换先进经验的交流和推广，以促进全省破产审判工作质效整体水平的显著提高。进一步加强对破产法官、法官助理及其他审判辅助人员的业务培训，重点培养和提升破产法官适用法律、解读政策、理论调研、综合协调等能力，以不断适应破产审判工作任务的需要。应当根据破产案件的审理特点，科学制定绩效考核机制，“不仅充分反映出相关法官破产案件办理的效率与质量，还应当反映其所付出艰辛劳动与承担的各种压力，并以此作为破产法官年终考核、评先评优以及晋级晋职的客观依据”。<sup>②</sup>应当加强风险防范，确保司法廉洁，筑牢拒腐防变的防线。特别是要加强对破产财产管理、变现和拍卖等重点环节的监督，堵塞管理漏洞，以制度管人，按程序办事，以廉政建设的成效确保破产审判工作的健康顺利发展。

## （二）完善破产管理人选定与考评制度

新企业破产法实施后的十余年间，破产管理人队伍已经从无到有，逐步发展壮大。破产管理人作为破产具体事务的执行人，在破产工作中发挥着重要作用，其素质能力的高低，直接影响到破产审判工作的质量和效果。如果说在破产审判为新旧动能转换提供优质司法服务工作中，人民法院起到的是战略指引和把控全局的作用，管理人则肩负着确保诸多战术目标实现的任务。因此，人民法院应当下大力气做好对管理人的指导和管理的工作，积极探索和完善相关机制，进一步明确管理人工作职责，理顺管理人工作规范，切实发挥管理人在破产案件审理中的职能作用，为新旧动能转换提供更强助力。要加强对管理人的监督指导，法院有效的监督手段是法律赋予法院在破产程序中实施强制措施的权利。<sup>③</sup>要明确法院监督和管理人履职的边界范围，理顺法院与管理人之间的关系和职责分工，切实保障管理人依法履行职务的独立性，发挥管理人在债权申请登记、债务人财产管理、追收、变价、分配等事务中的主导作用。要

<sup>①</sup> 吴传颐：《比较破产法》，商务印书馆2013年版，第86页。

<sup>②</sup> 赵树文、王嘉伟：《僵尸企业治理法治化保障研究——以破产法及其实施机制的完善为研究路径》，载《河北法学》2017年第2期。

<sup>③</sup> 参见叶军：《破产管理人制度研究》，中国人民大学2003年博士论文，第185页。

完善合理有效、规范具体的管理人指定程序，充分运用市场化原则，兼顾多方利益需求，建立随机、轮候与竞争相结合的管理人指定模式，结合企业类型、规模、案件复杂程度等因素来决定管理人的产生方式，筛选出能力强且效率高的破产管理人参与到破产工作中来。要推进社会中介机构管理人的适用，引导担任破产管理人的传统中介机构吸收具有专业技术知识、企业经营能力的人员，探索法律问题与社会问题分别处理机制，促进管理人工作的专业化和职业化，不断提高管理人做好复杂工作的综合能力。要完善管理人资格准入、年度考评和淘汰机制，探索建立管理人履职评价档案，作为管理人晋级、降级、淘汰的依据，根据考核评价结果，定期对管理人名册进行更新，以进一步调动管理人履职积极性，激励管理人主动提高自身业务知识和综合能力。要完善事后责任追查制度，倒逼管理人依法规范有序行使职权，有效防止管理人越位、渎职乃至权力寻租，切实保护债权人和债务人等各方利益主体的合法权益，确保破产程序依法顺利推进。

### （三）健全政府与法院联动工作机制

在审理破产案件工作中，既涉及到以破产手段有效化解过剩产能、提高资源配置效率，进而恢复现有产业和企业发展动能，又关系到妥善处理企业退出和产能化解所引发的国有资产保护、金融安全维护、职工安置和再就业保障等一系列问题，涉及面广、影响重大，仅靠法院的一己之力难以解决所有的破产难题。因此，落实好政府在企业破产法实施过程中的公共服务和社会管理职能，建立健全府院联动机制，畅通行政权和司法权的衔接协调，是破产审判工作顺利开展的重要保障。应当建立有政府相关部门参加的联席会议制度，一方面，能够及时直接地了解政府部门关于新旧动能转换等工作的现实需求，以便于更加有的放矢地调整优化破产审判工作的发展方向，做好相关司法服务；另一方面，采取协调相关部门集中解决困难和攻克重点难题等工作措施，积极争取政策倾斜，统筹解决企业破产工作中出现的职工安置、土地证照不全、破产财产难以变现以及企业职工集体上访等工作困难，确保多元化破产联动协调工作机制发挥重要积极作用。此外，还应当建立诸如破产联动办公室之类的常设机构，吸收政府相关职能部门人员参加，办公室成员各司其职，各负其责，协调配合，形成合力，妥善处理破产案件审理过程中涉及的受理前业务指导、信息搜集提供、破产财产变现、分配等工作，以显著提高破产案件审判质量和效率，有力保障破产审判工作有序开展、稳妥推进。济南市中级人民法院早在 2012 年即建立了以法院为主导，以国资委、工商、税务等政府相关职能部门为主体的破产联动办公室，经过数年的协同配合，府院联动工作成绩斐然，前述 7 家市属国有困难企业的破产清算工作顺利圆满完成即是该办公室取得的工作成果之一。



#### （四）充分利用重整与和解程序

重整、和解制度不是简单地将破产企业“归零”，而是立足于破产企业实际，穷尽法律手段以促其重生，集中体现了破产法的拯救功能，相较破产清算制度而言，是更为和谐柔性的拯救企业的手段，体现了现代破产法的发展趋势。加强重整、和解制度建设，是人民法院服务和保障新旧动能转换、促进现代化经济体系建设的重要任务。应当树立重整、和解程序优先的理念，充分认识、高度重视重整与和解程序的功能作用，妥善审理破产案件。要“坚持把救治生病企业放在首位，以市场化为导向，探索完善破产企业识别机制，根据破产企业自身经营情况和市场前景决定是对症施治还是依法出清”。<sup>①</sup> 在新旧动能转换背景下，建立破产清算、重整、和解的识别分类机制，综合考虑国家产业政策、优化资源配置、市场发展前景等因素，在僵尸企业进入破产程序后，根据企业陷入破产原因、实际资产、债务数量类型、职工安置等状况进行评估分类、分别处置，对于严重不符合国家产业结构调整政策、已经丧失拯救价值的产能落后企业，坚决进入破产清算程序，尽快完成市场出清；对于由于陷入担保圈等原因导致经营管理困难，但仍具有运营价值和盈利能力的破产企业，积极通过破产重整、和解程序化解企业债务危机，调整经营思路，培育新型动能，释放生产潜力，优化资源配置，帮助企业及时走出困境，重新轻装上阵。需要注意的是，破产清算、重整、和解三程序均是化解过剩产能、培育新型动能的有效途径，三程序各有其适用条件和适用对象，不当不顾破产企业实际情况，出现对重整、和解两程序的过度依赖和不加甄别地盲目适用的不良倾向，这将对破产审判工作效能发挥产生十分不利的影响。因此，要加强对破产三程序的灵活运用，以充分发挥破产审判促进新旧动能转换的职能作用。

#### 四、结语

加强新旧动能转换，是党中央、国务院科学研究我国社会经济发展规律后所做出的战略抉择，同时也是赋予山东省的一项光荣使命。破产审判工作的功能与新旧动能转换的内在要求存在着天然的契合，因此，破产审判要更新观念、放眼长远，富有前瞻性和针对性地开展工作，要强化自身素质，加强破产审判工作全面建设，练好基本功；要找准切入点，聚焦关键点，明确目标，精准发力，借好外力；积极适应新形势发展的任务要求，为新旧动能转换提供优质司法服务。

（责任编辑：旷翔宇）

<sup>①</sup> 郁琳、谢勇：《尊重企业自主兼并重组 建立市场导向破产制度》，载《人民法院报》2016年9月19日第04版。



# “拆违拆临”程序保障探析

吴大平 赵雯\*

**内容摘要** 拆违拆临涉及对土地法、城乡规划法、行政强制法等多部法律的理解适用以及复杂的实务操作，各地做法不一，相关纠纷多发频发。本文从减少纠纷，为依法拆违拆临提供程序保障的角度进行了探析，主要内容分为四方面：一是阐述了对土地法、城乡规划法、行政强制法等关于违法建设的界定、认定主体、认定标准和认定程序等相关规定的理解，分析了拆违拆临所涉法律中不明确、不一致的规定，并提出相应的理解适用观点和程序设置，以促成执法共识；二是梳理了拆违拆临基本流程，明确相关纠纷及行政诉讼风险；三是分析了多地拆违拆临工作中存在问题和纠纷；四是在借鉴拆违拆临实务经验的基础上，提出了保障拆违拆临顺利进行的建议。

**关键词** 违法建筑 拆违拆临 程序 行政诉讼

中图分类号：DF74 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)03-061-069

大量违法建设破坏城乡规划，侵犯人居环境，成为许多城市的痼疾。要维护城市规划，提升城市形象，必须拆违控违。网上资料显示，2010年前后，拆违拆临的信息逐渐增多，2013年前后，拆违拆临集中行动在多地展开，如上海、南昌等地。今年1月24日，济南市委市政府下发了《中共济南市委办公厅济南市人民政府办公厅关于全面拆除违法建设的通知》和《济南市拆违拆临行动方案》，宣布用三年左右的时间，实现拆旧控新，深化治理的目标，全面强力实施“拆违拆临”行动。目前，行动取得明显成效。许多存在多年的临街房棚、烧烤摊点等相继被拆，居民普遍感到街道宽敞顺畅了，环境整洁安静了。据近期济南市统计局社情民意调查中心进行的济南市民拆违拆临行动民意调查显示：市民对“拆违拆临、建绿透绿”行动知晓率达73.55%，赞

\* 吴大平，山东省济南市中级人民法院审判管理办公室三级高级法官；赵雯，山东省济南市中级人民法院审判管理办公室四级高级法官。





成率高达 96.92%，对违法违章建筑及广告牌拆除整治普遍持支持态度。另一方面，拆违拆临毕竟动了违法建设和超期临时建筑物当事人的“奶酪”，是一项对抗性很强的工作，有的当事人不理解或不接受，无理阻碍拆除，无端诉讼或信访，也是各地拆违拆临工作中普遍面临的问题。为支持行政机关依法拆违，保护当事人合法权益，本文试从程序保障角度，对法律适用和工作实务进行分析，并在此基础上提出相关建议，以期对拆违拆临行动的顺利进行有所裨益。

## 一、拆违所涉法律规定的理解与适用

关于违法建筑物的处理，涉及土地法、城乡规划法、行政强制法等多项法律法规和司法解释，而且许多规定不尽一致，如何适用相应的法律，直接关系到拆违的重要程序设置。因此，在相关法律的理解适用上统一尺度，形成共识，是保障依法拆违的基础。

### （一）关于违法建筑及其认定

根据土地管理法和城乡规划法的规定，违法建筑包括三种：一是违反土地管理法律法规，未经合法有效的批准而占用土地进行的建设，即违法占地的建筑；二是违反城乡规划法和村庄集镇规划建设管理条例，未履行规划审批手续而进行的建设，包括在城市规划区内违建和在村庄集镇规划区内的违建，即违反规划的建筑；三是既违反土地管理法律法规，又违反城乡规划法律法规而进行的建设，即“双违”。其相同点都是未履行审批手续进行的建设，不同点是违反的法律不同，认定的主体不同。

1. 明确认定主体。违法占地的建筑由土地行政主管部门认定查处，违反规划的建筑由规划（建设）行政主管部门认定查处，“双违”建筑则土地、规划行政主管部门均可认定查处。违法广告牌的认定，根据《城市市容与环境卫生管理条例》的规定，由市容环境卫生行政主管部门会同规划行政主管部门认定。在专项行动中，市县府通过一定的形式，将土管、规划、卫生等相关职能部门组织起来，在各自的职责范围内，集中统一审核认定，既符合法律关于认定主体的规定，也符合行政效率原则的要求。但集中统一审核不同于另设立组织审核。有的地方政府另设城市管理行政执法局或城市管理监察大队等综合性执法部门对违法建筑物进行认定和处罚。这些部门以自己的名义向当事人送达违章通知、强制拆除决定书，该行为没有法律的授权，违背了“法无授权即禁止”的行政法理念。<sup>①</sup>

2. 统一认定标准。统说应按程序性标准，就是判断建筑是否依法取得了相关的土地、规划行政许可。即土地使用方面是否依法经过有权审核的政府批准；规划方面，

<sup>①</sup> 参见上海市闵行区人民法院课题组：《法律视角下的拆违和环境整治研究》，载《人民司法·应用》2016年第34期。

在城市规划区内，是否取得了城市规划行政主管部门核发的建设用地规划许可证或建设工程规划许可证；在村庄和集镇规划区内进行建设，是否取得了县级政府建设（规划）行政主管部门或乡镇政府出具的选址意见书。

此外，有观点主张实质认定标准，以建筑物是否妨害公共利益来判断。<sup>①</sup>妨害公共利益的，应认定违法建筑，否则不予认定。公共利益则可根据环境保护法、防洪法和铁路法等法律规定综合确定。该观点虽然从理论上讲更符合建筑是否违法的实质要求，但标准主观性较强，实务操作弹性较大，容易因人因事而异，使相关公众无法获得明确的预期和具体的指引，不宜采用。

## （二）关于行政复议或行政诉讼程序是否前置

对违法建筑限期拆除决定，当事人申请行政复议或提起行政诉讼时，是否需等待行政复议或行政诉讼程序的结果再决定是否强制执行，城乡规划法和行政强制法对此问题的规定存在冲突。据城乡规划法第64条和第68条的规定，未取得建设工程规划许可证或未按照建设工程规划许可证进行建设，无法采取改正措施消除影响的，由规划部门作出责令限期拆除行政处罚决定书，行政相对人逾期不拆除的，建设工程所在地的县级以上人民政府可以责成有关部门强制拆除。而根据行政强制法第44条的规定，对违法的建筑物、构筑物、设施等需要强制拆除的，应当由行政机关予以公告，限期当事人自行拆除。当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼，又不拆除的，行政机关可以依法强制拆除。即对违法建筑需要强制拆除时，按城乡规划法的规定，不需要等申请行政复议或提起行政诉讼的结果，而按行政强制法的规定则需要等待上述程序的结果，才能决定是否实施强制拆除，即复议和诉讼程序成为强制拆违的前置程序。

对此冲突，应根据立法法关于法律规范适用规则的相关规定判断处理。根据立法法第79条和92条的规定，<sup>②</sup>规范性文件不一致时，适用原则为高位法优于低位法，特别法优于普通法，新法优于旧法。据此分析，城乡规划法与行政强制法，从法律位阶上，二者都是全国人大常委会制定的法律，法律位阶相同；从调整强制执行的范围上，城乡规划法是规范违反城乡规划管理的违法建筑的强制执行行为，行政强制法是规范所有行政强制执行行为，前者应属于特别法，后者应属于普通法；从制定时间上，城乡规划法虽于2007年10月28日通过，但于2015年4月24日修正，行政强制法于2011年6月30日通过，修正后的城乡规划法相对属于新法。因此，关于违法建筑强制执行应根据特别法优于普通法、新法优于旧法的原则，适用城乡规划法，不受当事

<sup>①</sup> 参见程恩和：《关于强制拆违中违法建筑物的认定与处理探析》，载《门窗》2016年第9期。

<sup>②</sup> 《中华人民共和国立法法》第79条规定：“法律的效力高于行政法规、地方性法规、规章。行政法规的效力高于地方性法规、规章。”第92条规定：“特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定；新的规定与旧的规定不一致的，适用新的规定。”



人是否申请行政复议和提起行政诉讼程序的限制。

### （三）关于限期拆违决定的作出

土地管理法和城乡规划法都有对违法建筑作出限期拆除决定的规定，应当适用哪项法律规定作出限期拆除决定，决定了该基础行政决定适用法律是否正确，必须推敲分析。

从立法目的和适用对象上，土地管理法的适用范围是围绕土地的利用和保护而展开，针对的是违反土地利用总体规划的行为，主要体现在该法第76条、第77条规定的行为：对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的、对未经批准或者采取欺骗手段骗取批准非法占用土地建设住宅的，责令拆除建筑物，恢复土地原状。城乡规划法的目的是加强城乡规划管理，协调城乡规划布局，针对是违反城乡空间规划违法建造行为，主要体现在该法第64条至第68条规定的行为：对未取得建设工程规划许可证、乡村规划区内未依法取得乡村规划许可证的，以及未按照上述许可证进行建设的，对未经批准临时建设、未按批准内容进行建设或临时建设超过批准期限的行为，责令限期改正、限期拆除等。

从作出限期拆除决定的主体上，对上述违反土地管理法的行为，县级以上人民政府土地主管部门有权责令退还非法占用的土地，限期拆除所建的建筑物。对违反上述城乡规划法的行为，有权作出限期拆违决定的行政机关包括乡镇人民政府、县级以上人民政府城乡规划主管部门。

从强制执行权设置方面，根据土地管理法第83条的规定，对土地行政主管部门的限期拆除决定，地方政府没有强制执行权，需要强制执行的，由作出决定的机关申请人民法院强制执行。由城乡规划行政主管部门作出的限期拆除决定，根据城乡规划法第68条的规定，县级以上人民政府对该决定有强制执行权。

关于违法广告牌体的拆除，所依据的是《城市市容与环境卫生管理条例》第37条的规定，由城市人民政府市容环境卫生行政主管部门会同城市规划行政主管部门，对不符合城市容貌标准、环境卫生标准的建筑物或设施，有权责令限期改造或者拆除，如未改造或拆除的，经县级以上人民政府批准，由城市市容环境卫生行政主管部门或城市规划行政主管部门组织强制拆除，并可处罚款。

因此，责令限期拆违、强制拆违决定的作出，必须根据不同的违法情形，由不同的行政机关，根据不同的法律规定作出，如适用法律错误或主体不合格，将无法执行。如果违法建筑涉及“双违”，则建议由城乡规划行政主管部门作出限期拆除决定，因为县级以上地方政府对其有强制拆除权，在拆违拆临行动中实施强制执行更为便捷。

### （四）关于强制拆违的催告和公告程序

根据行政强制法第35条规定，行政机关作出强制执行决定前，应当事先催告当事人履行义务，催告应当以书面形式作出。根据该法第44条规定，规定对违法建筑

需要强制拆除的，应当由行政机关进行公告，限期当事人自行拆除。这两条法律规定涉及“催告”和“公告”两个拆违程序，二者有何区别，是否都是强制拆除违法建筑前的必经程序，公告的形式和主体如何确定等，制定机关没有明确释法说明，学界和实务界对此也尚未形成统一意见，而此事关拆违程序设置和行政诉讼中司法对拆违的合法性审查，值得深入探讨。

1. 催告和公告能否相互替代。从文义解释的角度，结合上述两法条的规定，可以看出，二者均有告知并督促当事人自动履行义务的含义，但公告还含有“广而告知”之义，除指向当事人外，还有向社会宣示国家机关对违法建设的态度，以警示他人，因而不能相互替代。从法条的排序和规定内容来看，二者均在行政强制法“行政机关强制执行程序”一章的“一般规定”一节里，应均属于强制执行的共性要求。催告位列该节第2条，针对所有的行政强制执行程序；公告位列该节最后一条，针对违法建筑的强制执行。应理解为，针对违法建筑的强制执行除需遵守一般行政强制执行程序要求的催告程序外，还有公告的特别要求。因此，二者均是行政强制拆违的必要程序，作用不同，不能互相替代。

2. 公告的目的、形式和内容。公告是国家机关对外发布的公文，以公开告知当事人和社会公众相关事项和要求，宣示国家机关相关态度，故形式应当符合国家公文的格式和要求，内容包括发布公告的理由、公告的事项及要求、公告机关和公告日期等，强制拆违公告还应包括当事人的相关权利告知。有观点认为，强制拆违公告应载明下列事项（1）履行义务人的姓名或名称、违建物地址（2）强制拆违的理由和依据（3）强制拆违的时间和方式；（4）申请行政复议或提起行政诉讼的途径和期限；（5）强制拆违主体的名称、印章和日期，<sup>①</sup>可供拆违实务提供参考。公告的范围应保障当事人和相关公众在通常情况下能够知晓，如在违建物上张贴，在报纸、电台、网络上公布等等。公告的时间不宜太短，应在法律规定的时间内尽可能长时间发挥作用。

3. 催告和公告的时间顺位。根据前述行政强制法第35条规定，催告应在限期拆除决定后、强制执行决定前作出。该法第44条对公告时间未作明确规定，但从该条规定公告需要有限期当事人自行拆除的内容，可以推断公告应至少于强制拆除前作出，与限期拆除决定书同时作出也在上述法律规定的期间内。

上述规定表明，“两告”作出的时间要求是一个期间，即只要在该期间内作出，就符合法律关于作出时间的规定。据此，拆违实务中，催告可以在限期拆除决定书作出后，在该决定书载明的当事人自行拆除的期限届满前作出，将催告载明的督促履行期限的终点与限期拆除决定书要求当事人自行拆除期限的终点一致。同理，公告也可在催告后、限期拆除决定书载明的当事人自行拆除的期限届满前作出，或与限期决定

<sup>①</sup> 参见丁晓华《强制拆除违法建筑行为定性规范——基于对行政强制法第44条的解读》载《法学》2012年第10期。





书同时作出，将公告载明的督促履行期限的终点与限期拆除决定书要求当事人自行拆除期限的终点一致。这个时间既符合法律规定，又能将催告的履行期限、公告的督促时限与限期决定书限定的履行期限重叠，从而加快拆违进程。

如果在限期拆除决定书限定的自动拆除期限外，还有催告和公告又相继额外确定的自动履行的期限，则使前一个限定自动拆除的限期失去限期的意义和作用，当事人是否在该期限内自动拆除违建并没有影响，反而不利于当事人自动履行。

4. 作出催告和公告的主体。根据行政强制法第35条“行政机关作出强制执行决定前，应当先催告当事人”的规定，可以推断出，作出催告的主体是作出强制执行的行政机关。对于作出公告的主体行政强制法第44条没有规定，但从公告“公开告知”的特点和公告位于行政强制执行程序这一章中，可以推断出公告应当是强制执行程序中的一个步骤，因而应由有权实施行政强制拆违的县级以上地方政府或其责令实施强制拆违的部门。

## 二、拆违流程梳理与行政诉讼风险

在统一法律理解和适用的基础上，明确合法的拆违的步骤和程序，对避免和减少涉拆违行政诉讼至为关键。这些步骤和程序非常繁琐，分布在土地管理法、城乡规划法、行政强制法等相关法律与司法解释里。根据上述法律规定结合拆违实务进行梳理，合法的拆违一般经过五个基本步骤：

### （一）作出限期拆除决定书

该决定由土地、规划等职能部门依据其权限作出，是对建筑违法性认定，并给行政相对人在规定期限内履行的行政义务。这是拆违的前提和依据，主要依据是土地管理法第76条和第77条、城乡规划法第64条至66条。为此，执法主体需要开展行政调查，根据调查的事实完成违法建筑的认定，然后告知当事人进行行政处罚的决定、事实和理由。在此基础上，执法机构需要听取相对人的意见或举行听证，然后将信息送达相对人，并且告知其救济途径。

### （二）作出催告通知书

根据行政强制法第35条的规定，由具有强制执行权的政府、受政府责令实施强制拆违的部门以书面形式作出。内容包括：1. 自行拆除的违法建筑；2. 自行拆除的时限；3. 相对人的陈述、申辩权；4. 不自动履行的后果。

### （三）发布公告

根据行政强制法第44条规定，由具有强制执行权的政府、受政府责令实施强制拆违的部门发布。除再次督促当事人在规定时间内自行履行拆违决定相关要求外，还要公开宣示政府对拆违人的态度和决心。



#### （四）作出强制执行决定书

根据城乡规划法第68条、行政强制法第37条，对经催告、公告程序，相对人仍不履行限期拆除决定书的，由县级以上地方政府作出强制执行决定书，并载明：1. 当事人的姓名或者名称、地址 2. 强制执行的理由和依据 3. 强制执行的方式和时间 4. 申请行政复议和提起行政诉讼的途径和期限；5. 行政机关的名称、印章和日期。

#### （五）强制拆除

由县级以上地方政府责成有关部门组织实施拆除行为。根据土地管理法第83条的规定，对土地行政主管部门的限期拆除决定，人民政府没有强制执行权，需要强制执行的，由作出限期拆除决定的机关申请人民法院强制执行。行政强制法在第五章专门对“申请人民法院强制执行”作了规定。人民法院对行政机关强制执行的申请，经审查符合法律规定，应当自受理之日起七日内作出执行裁定。因情况紧急，为保障公共安全，行政机关可以申请人民法院立即执行。经人民法院院长批准，人民法院应当自作出执行裁定之日起五日内执行。

实务中，违建拆除特别是违建强拆的法定程序是十分繁琐的，各个阶段相互独立又相互关联。上述五个基本流程内的每一个步骤都有相应的法律程序和要求，如送达，如不得在夜间或法定节假日强制拆除等。这些步骤、程序和要求中，都隐含着行政相对人提起行政诉讼的理由。可以说，每一个环节，都是行政诉讼产生的风险点，应当依法规范开展相关工作。

### 三、拆违行政诉讼的实证分析

分析拆违行政诉讼案件情况，能够总结拆违实务经验。从全国相关地市法院及济南市两级法院审理的拆违类行政案件分析，该类案件呈现的特点及反映出的问题主要有：

#### （一）乡镇政府被诉比例高

被诉行政机关主要有规划委员会、乡镇政府，区县政府、市政府、城管执法监察局、国土局等，其中乡镇政府占比高。这说明，郊区近年来经济发展较快，违反规划管理的现象也较多；乡镇政府与国土局、规划委员会等部门相比，有对违法建筑进行强制拆除的权力；乡镇政府拆违工作规范性不高，在查处及强制拆除违法建筑的过程中没有处理好公正与效率的关系。

#### （二）被诉行政行为类型集中

主要对限期拆除决定、强制拆除决定、强制拆除行为等三种行为，有的起诉其中一个行为，有的同时或先后起诉其中两个甚至三个行为。

#### （三）行政赔偿案件较多

凡是起诉时涉案违法建设已被拆除的，相对人基本都会提起行政赔偿之诉。因为



承担赔偿责任是行政行为违法的逻辑结果，也是行政相对人诉讼的最终目标。从赔偿请求的内容来看，名目繁多且数额较大，有的达到近几千万元。<sup>①</sup>

#### （四）拆违不为之诉开始出现

有的群众以其合法权益受到违建影响为由，要求行政机关查处，在对行政机关处理不满的情况下，对行政机关不履行查处违法建筑的职责提起行政诉讼。有的群众向有关职能部门提出拆除违建信息公开，因行政机关未答复或对答复不满意而提起诉讼。这类案件说明，违建对居民的生活造成了不利影响，群众对拆除违建愿望十分强烈，对行政机关拆除违建的要求日趋增高。

#### （五）程序违法问题突出

如强制拆违前未作出行政决定、未履行政府批准手续、未经过催告程序或公告程序、未履行告知陈述申辩权、行政决定未依法送达、强制拆除时未制作现场笔录、没有强拆权的行政机关强拆未向法院申请强制执行等。

#### （六）越权拆违

如在镇规划区内未依法取得建设工程规划许可证或未按许可证的规定进行建设的，应由国土资源主管部门申请法院强制执行或者由县级以上地方政府责成有关部门强制执行，而有的乡镇政府却组织了强制拆除，超越了法律规定的权限。

#### （七）拆违手段违法

如通过断水、断电、停燃气等方式迫使当事人履行相关行政决定；有的拆违过程中对当事人违建内的合法财物未采取适当的保护与保管方式，造成损害；有的强制拆除主体对当事人违建物的残值物料擅自进行处分等，侵害了当事人的合法权利。

### 四、依法拆违建议

由适格的主体遵循法定的步骤和程序，依法规范拆违，是拆违拆临顺利进行的保障。就目前情况而言，建议拆违工作重点加强以下几方面的工作：

#### （一）职能部门建立拆违沟通机制

拆违的程序和要求需结合土地管理法、城乡规划法等多部法律的推敲理解，加之法律间诸多不尽一致的规定，行政机关各职能部门之间、行政机关与人民法院之间，对相关规定的理解和适用不一致必然无法避免。因此，拆违职能部门之间有必要建立一种常态化的沟通机制，如工作联席会议制度，防止因法律理解与适用不一致而导致的冲突。如前述行政复议或行政诉讼程序是否前置问题，催告与公告确定的督促时限与限期拆除决定确定的督促时限能否重合问题等，行政机关与人民法院应当充分沟通，

<sup>①</sup> 参见张美欣、蔡英伟《强拆违法建筑应注意的法律事项》，载《中国国土资源报》2016年12月24日。

否则对拆违程序的合法性执法标准不一，直接影响拆违进程。

### （二）高度重视法定程序

现代社会，程序的独立价值日益凸显，是公权力正当行使的体现。拆违的程序复杂繁琐，稍有疏忽就可能在程序问题上使拆违功亏一篑。拆违行政诉讼中，绝大多数确认违法案件均系程序原因。<sup>①</sup>因此，规范遵守法律规定的催告、公告、送达等程序要求，是拆违工作应对行政诉讼的头等要事。同时，被执行人对执法机构有天然的对抗和不满，规范的拆违程序使这种情绪被不断地缓解和稀释。因而，走好程序不仅是法律的规定和要求，也是拆违工作的性质特点的需要。

### （三）效率与质量并重

效率优先原则是行政行为的重要的原则，作为党委政府的专项行动，拆违拆临行动必然将拆违任务在时间节点及数量范围层层分解，各行政机关在强压下，非常态执法，应特别防止片面追求效率，将“拆违”变成“违拆”情况的发生。据统计，行政机关在执法过程中过于追求效率而忽视证据收集，因事实不清、证据不足而败诉的案件占全部案件的62.27%。<sup>②</sup>因此，行政行为所认定的违建定性和拆违处理做到证据充分，事实清楚，程序规范，充分保障当事人的陈述权、异议权、救济权等各项权利，保证执违工作质量。

### （四）积极应诉

诉讼是法治社会正常的纠纷解决方式，拆违拆临涉及当事人的重要利益，行政相对人提起行政诉讼表达诉求将是常态。行政机关应克服怕当被告、怕败诉的思想，积极应诉。一方面，在庭审前，确保拆违行为实施与证据收集同步进行，健全执法档案管理机制，在执法过程中形成的档案一律入卷归档。另一方面，提高应诉能力，委托了解案件情况、具备法律专业知识及出庭经验的工作人员或委托专业律师出庭应诉，用专业的技能确保行政机关的合法权益。

## 五、结语

违法建设侵害公共利益，影响市容市貌。济南作为省会城市，应大力践行省党代会关于“强化济南核心城市功能作用”、“提高省会城市首位度”的要求，依法规范拆违控违，提升城市形象，成为区域政治、经济、文化的中心。

（责任编辑：郝晓越）

<sup>①</sup> 参见张美欣、蔡英伟《强拆违法建筑应注意的法律事项》，载《中国国土资源报》2016年12月24日。

<sup>②</sup> 参见满先进等《行政机关败诉原因分析及新行政诉讼法释义下的对策》，载《行政法学研究》2015年第5期。



# 行政规范性文件的司法审查

——以新旧动能转换为背景

杨蕾\*

**内容摘要** 山东建设新旧动能转换综合试验区，成为全国第一个以新旧动能转换为主题的区域发展战略。新旧动能转换的顺利推动必须完善法治化、国际化、便利化的开放环境，构建开放型经济发展新体制。而行政规范性文件的清理、制定、修改成为建立法治保障体系关键环节，发挥法院的行政审判职能作用，加强相关行政规范性文件的附带性审查，有利于为新旧动能转换的良好运作提供有力的司法保障。因此，需要准确把握司法服务保障新旧动能转换的切入点，积极探索完善行政规范性文件附带性审查的完善路径，全方位助力新旧动能转换。

**关键词** 新旧动能转换 行政规范性文件 司法审查 附带性审查

中图分类号：DF3 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)03-070-080

## 引言

“我国目前的新旧动能转换已经上升为国家战略，通过依法治国、依法执政和依法行政共同推进，从而实现产业转型升级”<sup>①</sup>。我国学者围绕“新旧动能转换”的产业定位、产业类型、路径选择等不同层面进行了研究<sup>②</sup>，但是针对新旧动能转换综合试验

\* 杨蕾，山东建筑大学法学院教师，法学博士，美国佛罗里达大学访问学者。

基金项目：山东省社会科学规划·审判研究专项“新旧动能转换综合实验区行政法律适用问题研究”（项目批准号：18CSPJ22）的阶段性研究成果。

① 余东华：《新常态下如何推动新旧动能转换》，载《天津社会科学》2018年第1期。

② 如林毅夫等：《产业政策总结、反思与展望》，北京大学出版社2018年版；马化腾等：《数字经济：中国创新增长新动能》，中信出版社2017年版；余典范等：《中国产业发展报告：新旧动能转换》，上海人民出版社2017年版；李晓华：《新经济与产业的颠覆性变革》，载《财经问题研究》2018年第3期；张文等：《我国新旧动能转换的路径选择》，载《东岳论丛》2017年第12期；滕泰等：《供给侧改革的经济学逻辑》，载《兰州大学学报》2018年第1期；等等。

区建设中如何制定实施行政规范性文件、健全法治保障体系以及行政规范性文件司法审查的研究尚不足。

行政规范性文件司法审查的深入探讨，能够满足新旧动能转换以及综合试验区建设的司法需求，加强新旧动能转换行政规范性文件的审查和清理整顿，监督行政机关依法行政，提供规范性文件司法审查的理论依据与具体对策，为新动能加速成长、新旧动能转换提供坚实的司法保障。

## 一、行政规范性文件的司法审查回应新旧动能转换的司法需求

### （一）行政规范性文件成为主要的行政管理手段

新旧动能转换大力推动战略性新兴产业发展、引导新型的产业发展模式、加快旧产能的淘汰升级，寻找经济社会转型升级的新动能，除了充分发挥市场机制的支配作用，运用行政规范性文件等行政手段进行引导和规范也势在必行。“无论是落后产能的淘汰，还是优质产能的引入，必须灵活充分运用市场手段、经济调节方式和法治途径，才能够为经济社会发展注入新动能。”<sup>①</sup>

在新旧动能转换过程中，行政规范性文件成为占主导地位的行政管理手段之一，其优势在于具有普遍约束力、能够反复适用，迅速回应社会需求，提升行政管理的效率。然而行政规范性文件的影响范围广、专业性强，防控行政自由裁量权的滥用势在必行。正如学者总结的那样：“抽象行政行为大量存在，且往往是具体行政行为做出的基础和依据，同时目前抽象行政行为所生成的规范性文件质量不高，影响依法行政水准。”<sup>②</sup>

### （二）新旧动能转换呼唤司法机关加强对行政规范性文件的司法审查

新旧动能转换一方面需要充分发挥行政规范性文件在提升政府职能的效率和法治化方面的积极作用，另一方面需要防范行政规范性文件的负面效应，加强监督与制约。如果行政规范性文件存在违法或者不合理的情形，必须通过法定程序进行纠正，否则将会影响新旧动能战略的顺利实施。同时，法治的核心在于加强对公民合法权利的保障，行政规范性文件的司法审查能够从根本上解决新旧动能战略转换过程中出现的行政纠纷，防止行政权的滥用，保障行政相对人的合法权益。

总体而言，行政规范性文件的司法审查对新旧动能转换的推动作用体现在以下四个方面：一是依法保护新型的产业模式及人工智能、绿色能源、高端海洋装备等新兴产业，同时积极引导创新创业<sup>③</sup>；二是依法限制污染、低质、低附加值的产能扩张；<sup>④</sup>

① 黄少安：《新旧动能转换与山东经济发展》，载《山东社会科学》2017年第1期。

② 杨伟东：《行政诉讼制度和理论的新发展——行政诉讼法修正案评析》，载《国家检察官学报》2015年第1期。

③ 参见林毅夫等：《产业政策总结、反思与展望》，北京大学出版社2018年版，第76页。

④ 参见王辉龙等：《创新发展与绿色发展的融合》，载《江苏行政学院学报》2017年第6期。





三是严格市场准入，依法禁止不具有经济价值的市场主体和模式产能进入市场；四是依法塑造规范透明、高质高效、具有活力、可持续增长、法治化的市场经营环境。

因此，应当立足于新旧动能转换重大工程实施规划和综合试验区建设，构建完善的规范性文件附带性审查制度，发挥审判职能作用，做到依法审理，加强对新兴经济模式的鉴别与保护，积极保护引导创新产业发展。同时构建运转良好的司法与行政互动机制，更好地服务于新旧动能转换。

## 二、新旧动能转换背景下规范性文件的司法审查存在缺陷

新《行政诉讼法》规定了行政规范性文件的受案范围、审理方式、司法建议等内容，为行政规范性文件的司法审查奠定了基本框架。根据新《行政诉讼法》第五十三条的规定，如果行政相对人在提起行政诉讼时，可以同时要求法院对行政行为依据的部分规范性文件进行司法审查。这标志着我国行政规范性文件的司法审查正式步入司法实践阶段。附带性审查以及司法建议制度如何在司法实践中准确适用，从而有效的促进新旧动能转换的顺利实施；哪些行政规范性文件能够接受司法审查，为新旧动能转换创造良好的市场准入等基础性条件；规范性文件司法审查的制度设计仍存在审查主体不明晰、审查范围狭窄等问题，不利于新旧动能转换的顺利实施。这些问题都亟待研究和探讨。

### （一）行政规范性文件的合理性难以审查

根据《行政诉讼法》第五条的规定，法院审理行政案件，主要审查行政行为的合法性。这意味着即使是行政规范性文件已经在司法审查范围内，如果涉及的是合理性问题，一概不予审查。“该条应与行政行为的审查标准合并，而不能用于确定受案范围。”<sup>①</sup>如果新旧动能转换中行政规范性文件出现合理性问题，法院无法进行审查监督。

行政规范性文件的合理性不予审查，使得法院能够受理的行政规范性文件相对狭窄，出现大量的灰色地带。例如某项行政规范性文件规定对当地具有环境污染的企业实施行政处罚措施以及限制钢铁行业的产能扩张，但是罚款的数额明显超出了合理的范围。即使受处罚的企业就该行政规范性文件提起诉讼，也因为属于合理性问题，法院无法进行审查以及为行政相对人提供充分的救济。

行政规范性文件的合理性无法纳入司法审查范围，短期将损害新旧动能转换的具体工作，“长此以往，当事人合法的救济途径被人为限制，将损害行政诉讼制度的公信力，严重危及社会稳定。”<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 章剑生：《论行政诉讼中规范性文件的合法性审查》，载《福建行政学院学报》2016年第3期。

<sup>②</sup> 江必新：《完善行政诉讼制度的若干思考》，载《中国法学》2013年第1期；何海波：《困顿的行政诉讼》，载《华东政法大学学报》2012年第2期；莫于川：《我国行政诉讼法的修改路向、修改要点和修改方案》，载《河南财经政法大学学报》2012年第3期。

## （二）行政规范性文件的审查方式不够全面

行政规范性文件的审查方式为“附带性审查”模式。法院只能就具体的行政争议以及部分规范性文件进行审查。如果当事人没有针对具体行政行为提起诉讼，法院就无法审查规范性文件，违法问题没有得到根本解决，行政行为违法的情况将会反复重复发生。

行政规范性文件的实施前审查能够迅速的解决争议问题，从而减少实施阶段的行政纠纷的出现几率，为行政规范性文件的顺利实施奠定基础。行政规范性文件直接审查能够减少当事人（包括行政机关在内）的诉讼负担，迅速解决新旧动能转换中出现的行政纠纷，有利于提高行政诉讼效率，从而为新旧动能转换营造高效的纠纷解决途径。“如果行政规范性文件进入实施阶段，法院通常对行政裁决进行审查，需要在多个地区法院进行，耗时费力。”<sup>①</sup>

## （三）行政规范性文件的司法审查标准存在缺陷

我国行政诉讼合法性审查的标准主要体现在《行政诉讼法》第 54 条，但是行政规范性文件没有单独的审查标准。第 64 条虽然规定了“规范性文件不合法”，但却缺乏如何判定“不合法”的具体标准和依据。2018 年《行政诉讼法司法解释》第 148 条规定，人民法院对规范性文件进行一并审查时，可以从规范性文件制定机关是否超越权限、未履行法定程序或者严重违法法定程序、违法增加行政相对人义务或者减损行政相对人的合法权益、与上位法相抵触等五个方面进行。<sup>②</sup>这在一定程度上弥补了《行政诉讼法》行政规范性文件司法审查标准缺乏的遗憾。但是，2018 年《行政诉讼法司法解释》第 148 条只是重申了合法性审查标准，并未完整地构建行政规范性文件司法审查的全部标准。

首先，行政规范性文件的司法审查未区分法律问题和事实问题。新旧动能转换的法律问题应当进行全面审查，防止行政机关超越职权和滥用职权。新旧动能转换中的大量立法事实问题，如新兴产业的判断与旧动能的升级等，法院对行政机关认定的事实持尊重态度。

其次，行政规范性文件事实问题的全面审查标准存在缺陷。我国行政规范性文件的审查标准问题并未单独规定，仍然沿用了“全面审查”标准。<sup>③</sup>“全面审查标准”的

<sup>①</sup> Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act, Pub. L. No. 104-121, § 242, 110 Stat. 857, 865-66(1996)。

<sup>②</sup> 参见 2018 年最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 148 条规定：“人民法院对规范性文件进行一并审查时，可以从规范性文件制定机关是否超越权限或者违反法定程序、作出行政行为所依据的条款以及相关条款等方面进行。有下列情形之一的，属于行政诉讼法第六十四条规定的‘规范性文件不合法’：（一）超越制定机关的法定职权或者超越法律、法规、规章的授权范围的；（二）与法律、法规、规章等上位法的规定相抵触的；（三）没有法律、法规、规章依据，违法增加公民、法人和其他组织义务或者减损公民、法人和其他组织合法权益的；（四）未履行法定批准程序、公开发布程序，严重违反法定程序的；（五）其他违反法律、法规以及规章规定的情形。”

<sup>③</sup> 有学者根据行政诉讼法的规定，将审查标准总结为 7 个，这个观点被很多学者赞同。参见罗豪才主编：《中国司法审查制度》，北京大学出版社 1993 年版，第 369 页。也有些学者认为行政行为的审查标准为合法性和合理性标准。胡建森主编：《行政诉讼法学》，法律出版社 2004 年版，第 196 页。



含义是：法院不仅要审查立法事实和行政规范性文件之间是否符合合理性，而且要审查立法事实是否正确。我国法院不仅审查行政规范性文件涉及到的法律问题，也审查事实问题。结合《行政诉讼法》第33条证据种类和证据审查的规定，所有的证据必须经过法院判断属实。<sup>①</sup>最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第五十三条和五十四条也规定，法院需要根据证据，准确判断行政案件的事实问题。<sup>②</sup>所以我国法院对行政规范性文件事实问题的审查标准为全面审查标准<sup>③</sup>，即法院对于起诉到法院的行政行为进行全面审查，并依职权进行调查取证，能够用法院调查认定事实取代行政机关认定的原有事实。全面审查标准不利于发挥法院和行政机关的专业和特长。通常认为法院是处理法律问题的专家，而行政机关则是行政管理领域的专家，行政规范性文件的大部分立法事实专业性较强，由行政机关来判断更为适合，而法院应当将主要精力用于处理法律问题，而不是代替行政机关来调查取证。

再次，行政规范性文件法律问题的审查标准存在缺陷。在正确性标准之下，法院在审理活动中，独立决定所有的法律问题，用自己认为正确的意见代替行政主体的意见。如果法院和行政机关对法律的解释或者适用不同，法院最终根据自己的判断来审查行政行为。“正确性标准导致两个不良后果：法律法规的行政解释无法获得合理的尊重；加重了法院的审查负担，违反了法官的中立地位。”<sup>④</sup>

#### （四）行政规范性文件司法审查的结案方式亟需完善

按照新《行政诉讼法》的规定，行政规范性文件附带性审查的结案方式是司法建议<sup>⑤</sup>。《行政诉讼法》第九十六条规定了接受司法建议的机关，应当根据有关规定对行政规范性文件进行处理，并将处理情况告知人民法院。2018年《司法解释》则规定了接收司法建议的行政机关应当在收到司法建议之日起六十日内进行答复，而且答复必须采取书面形式。情况紧急的，人民法院还可以建议制定机关或者其上一级行政机关立即停止执行该规范性文件。

以司法建议的处理方式结案，难以真正实现新旧动能转换的司法保障力。“司法

<sup>①</sup> 《行政诉讼法》第33条规定：“证据包括：书证；物证；视听资料；电子数据；证人证言；当事人的陈述；鉴定意见；勘验笔录、现场笔录。以上证据经法庭审查属实，才能作为认定案件事实的根据。”

<sup>②</sup> 《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第53条规定：“人民法院裁判行政案件，应当以证据证明的案件事实为依据。”第54条规定：“法庭应当对经过庭审质证的证据和无需质证的证据进行逐一审查和对全部证据综合审查，遵循法官职业道德，运用逻辑推理和生活经验，进行全面、客观和公正的分析判断，确定证据材料与案件事实之间的证明关系，排除不具有关联性的证据材料，准确认定案件事实。”

<sup>③</sup> 参见徐继敏《我国行政诉讼全面审查制度再思考：法院对行政机关认定事实的态度分析》，载《现代法学》2004年第6期；刘东亮：《行政诉讼中的法律问题和事实问题》，载《浙江学刊》2006年第2期。

<sup>④</sup> 黄学贤《行政规范性文件司法审查的规则嬗变及其完善》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2017年第2期。

<sup>⑤</sup> 新《行政诉讼法》第64条规定，法院可以对不合法的规范性文件，向制定机关提出处理建议。2018年《司法解释》第149条规定，做出生效裁判的人民法院应当向规范性文件的制定机关提出处理建议，并可以抄送制定机关的同级人民政府、上一级行政机关、监察机关以及规范性文件的备案机关。

建议是指法院在审理行政案件过程中对行政机关做出的建议”<sup>①</sup>。司法建议制度极具特色，能够协调法院和行政机关之间的对抗关系，顺利解决司法纠纷。但是司法建议并不具备强制性，法院缺乏主动参与的机制和方式，行政机关是否接受取决于自己的选择，难以保障司法建议的实际效果。同时，司法建议的具体制度不够完善，更加剧了法官对规范性文件审查的回避心态，并减弱了规范性文件附带审查的实际效果。<sup>②</sup>新《行政诉讼法》以及2015年《若干问题的司法解释》、2018年《司法解释》对于司法建议制度的规定非常概况，具体的制度细节尚未建立：

一是司法建议的名称、具体内容、送达方式等应当进一步明确。法院向制定机关提出的处理建议应当采取司法建议的一般形式，还是其他名称。处理建议如何根据行政规范性文件违法的具体情形有针对性地提出处理措施也没有规定。例如，在行政规范性文件出现何种违法情形的时候，法院可以建议制定机关撤销或者废止；在出现什么情况下，法院可以建议制定机关对行政规范性文件进行部分修改等。

二是司法建议的法律效力缺乏明确规定。在法院审查认定行政规范性文件违法后，司法建议的法律效力如何，对行政规范性文件的制定机关是否具有法律约束力，司法建议的反馈程序以及不修改或者停止执行规范性文件的法律后果等问题，皆未进行规定。从目前的情况来看，除非有法律特别规定，法院发出的行政规范性文件处理建议，对制定机关并不具有强制约束力，只具有指导和参考意义。

三是司法建议的抄送部门不完整。2018年《司法解释》第149条将司法建议抄送的机关进行了扩展，除了可以抄送规范性文件的制定机关的同级人民政府、上一级行政机关外，可以抄送给监察机关以及规范性文件的备案机关。学者们提出司法建议抄送忽视了立法机关对行政规范性文件的监督，因此司法建议还可以抄送制定机关的其他监督部门，例如本级人民代表大会常务委员会、行政规范性文件的备案审查部门、同级的政府法制工作部门等，以便更好的监督制定机关。

### 三、新旧动能转换背景下行政规范性文件司法审查的完善路径

#### （一）主动参与行政规范性文件的论证清理等工作

新旧动能转换战略背景下，法院积极参与行政规范性文件的论证、清理、制定、修改等工作，主动提供司法意见和法律咨询，对不符合新旧动能转换形势要求的行政规范性文件，及时提出相应修改意见的司法建议。

在行政规范性文件颁布后，司法机关的提前介入则能够通过司法机关专业人员的

<sup>①</sup> 参见吴宇龙：《论规范性文件审查的相对独立性》，载《人民司法·应用》2016年10期；章志远：《我国行政诉讼司法建议制度之研究》，载《法商研究》2011年第2期。

<sup>②</sup> 参见卢超：《行政诉讼司法建议制度的功能衍化》，载《法学研究》2015年第3期；黄学贤、丁珏：《行政审判中的司法建议制度运行分析——以江苏法院为视角》，载《行政法学研究》2011年第3期。





审查,纠正行政规范性文件在制定主体不符合法定授权,或者内容和程序违法等问题。根据行政行为的效力理论,行政规范性文件颁布后还未实施之前,当事人的权利就会受到侵害。例如,我国的药品监督管理部门颁布一则通知,要求所有的药品生产单位和医疗单位必须改变原来的药品标注方式。某药品生产企业在部门规章颁布之前印刷的所有药品标签和说明书将全部无效,遭受严重的经济损失。

行政规范性文件实施之前给当事人造成的损失难以得到救济,行政机关的违法行为也无法得到及时纠正。如果缺乏有效的救济途径,行政相对人只能被迫自己承担损失。司法机关主动参与行政规范性文件的清理以及论证工作,能够最大程度地节约司法资源,也会减轻行政机关的诉讼负担。

### (二) 适当增加行政规范性文件的直接审查

按照行政行为的效力理论<sup>①</sup>,行政规范性文件的法律效力产生的时间,开始于行政规范性文件颁布的那一刻。法院从行政规范性文件颁布之日起,启动司法监督,没有任何的理论障碍。“应当建立行政规范性文件的独立审查制度,即允许符合当事人在符合法定条件的情况下,对规范性文件独立提出司法审查的请求。”<sup>②</sup>

新旧动能转换过程中,为了加强对行政规范性文件的司法审查,应当有条件地引入行政规范性文件的直接审查。具体而言应当建立行政规范性文件的直接审查制度,允许符合当事人在符合法定条件的情况下,对规范性文件独立提出司法审查的请求。规范性文件直接审查的适用情形,应当明确启动直接审查规定法定情形:行政机关是否选择了适当的制定程序;规范性文件是否有足够的行政记录进行支持。

### (三) 区分行政规范性文件司法审查的法律和事实问题

新旧动能转换过程中,确定行政规范性文件的司法审查标准,要深入探讨行政规范性文件在新旧动能转换中的重要作用。

法院司法审查最重要的目的是审查行政规范性文件的合法性,所以法院应当将法律审查作为核心。对于立法事实的审查,法院应当采取更多的尊重。“行政行为的事实问题实质上是合理性问题,法院不能够简单的将自认正确的事实代替行政机关认定的事实。”<sup>③</sup>因此,对行政规范性文件的立法事实部分,法院应当对行政机关的事实认定保持一定的尊重。

### (四) 健全行政规范性文件的司法审查标准

总结分析并重新构建行政规范性文件司法审查的标准和审判规范,从行政规范性文件法律问题的授权审查、行政规范性文件事实问题的合理性审查、行政规范性文件

<sup>①</sup> 行政行为具有公定力作为一般规则,并由公定力派生出确定力、拘束力、执行力,四者既相互联系,又相互独立,各有其不同的内涵和效用。

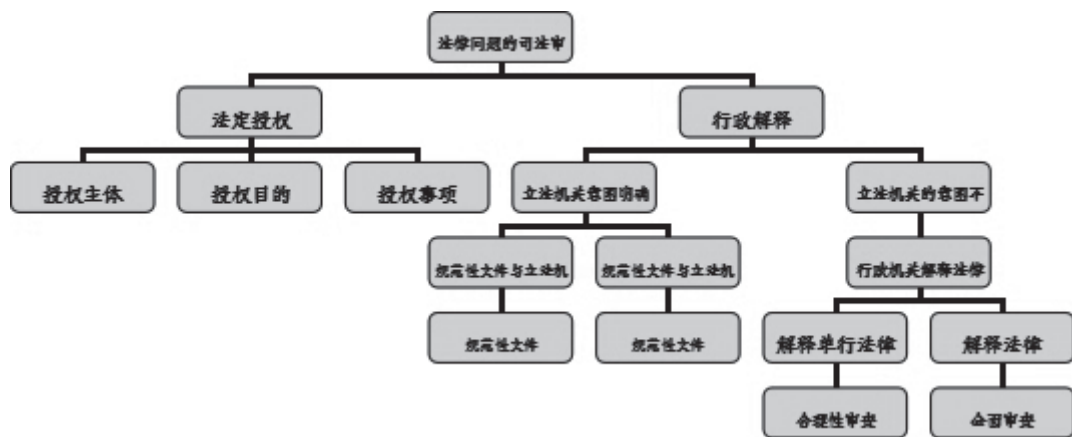
<sup>②</sup> 余凌云:《论行政诉讼法的修改》,载《清华法学》2014年第3期。

<sup>③</sup> 朱新力:《论行政诉讼中的事实问题及其审查》,载《中国法学》2009年第4期。



程序合法等三个方面进行完善。

首先，行政规范性文件法律问题的审查应当以法定授权为主要内容。新旧动能转换过程中，制定行政规范性文件主要分为解释性和补充性立法。主要是在有上位法的情况下，根据新旧动能转换的要求，行政机关可以对上位法的内容进行解释或者补充。行政规范性文件是否符合法定授权，是最重要的法律问题，本不具有制定行政规范性文件的权限，或者超越权限，均会被法院认定缺乏授权，判定行政规范性文件违法。因此，法院的审查重点应当集中在两个方面，一是行政规范性文件是否符合法律授权；二是行政机关对法律的解释能否获得法院尊重。在理论上，法院可以审查行政规范性文件涉及到所有的法律问题，而且进行高强度的审查。但是在实践中，法院在一定程度上尊重行政机关对法律问题的决定，这主要是体现为对行政解释的尊重。法院需要审查行政规范性文件的授权主体要求、授权目的和授权事项。行政机关在行政规范性文件制定过程中，应当公开授权内容，即“行政主体对法律、行政规范性文件、行政规章和其他规范性文件的含义、界限所作的说明；对法律概念、法律原则、规则、立法意图所作的说明，对事实所作的说明等”。<sup>①</sup> 违法其中任何一项要求，行政规范性文件就应当是违法的，丧失法律效力。法律授权的审查内容为：规范性文件的制定主体是否有立法权限；内容和目的是否符合授权；授权事项是否超越授权范围。有条件允许行政机关进行法律解释，在法律规定模糊，授权机关未明确禁止的情况下，允许行政机关进行法律解释，但是法院享有最终的决定权。法律问题的审查结构见下图：



其次，确定行政规范性文件事实问题的合理性司法审查标准。新旧动能转换应当充分发挥市场机制的支配作用，运用行政规范性文件等行政手段进行引导和规范也势在必行。新旧动能转换过程，行政规范性文件立法事实往往具备宏观性和概括性。与此同时，我国行政机关享有广泛的行政规范性文件制定权限，合理性判断问题也极为

<sup>①</sup> 高秦伟：《行政法规范解释论》，中国人民大学出版社 2008 年版，第 31 页。



重要。因此，行政规范性文件的司法审查对事实问题应主要采取合理性标准。适用合理性审查标准时，在新旧动能转换事实问题上行政机关能够排除合理怀疑便可以。在行政规范性文件的司法审查中，证明标准高于民事案件而低于刑事案件。行政机关必须为行政规范性文件的事实问题提供证据，证明行政规范性文件与新旧动能转换事实之间符合合理性，法院可以要求行政机关详细说明法规制定目的和法律依据。行政机关在制定程序中必须进行公开说明，并提供证据支持。法院可以评估行政机关在制定行政规范性文件时，是否考虑了所有相关的事实因素。

再次，制定行政规范性文件程序问题的司法审查标准。完备的程序规定提高行政规范性文件的立法效力，同时保证利害关系人的参与权利，法院也能依据详细的程序规定进行司法审查。重视司法权和行政权的关系，将法院在行政规范性文件司法审查中发现的程序问题和解决途径，纳入行政程序的立法中。新旧动能转换过程中，法院应积极推动行政规范性文件的立项、制定、公众参与、清理等程序制度。司法审查增加行政机关和司法的互动，能够促进行政程序的发展。行政规范性文件的制定者拥有宽泛的自由裁量权，可以自行决定行政规范性文件的制定原因和依据、制定程序和制定内容等，其制定过程未能充分实现公开、透明和民主，尤其是大量的非正式程序立法，行政相对人的知情权、参与权等程序权利未受到足够重视。

因此，应当加强行政规范性文件的程序研究，并明确规定司法审查的程序标准，推动行政程序统一立法的进程。完善行政法规的听证、草案的公开、公众参与、协商、公布等程序设计，保障行政相对人的知情权和参与权，实现行政程序对事实问题的过滤，减轻法院对立法事实问题的审查压力。

#### （五）完备行政规范性文件司法审查的结案方式

如果法院经过审查后，如果认为行政规范性文件无效应该如何进行处理？对于这个问题的解决存在争议。从世界范围来看，法院对于行政规范性文件的司法审查处理方式，主要包括三种方式：一是通过审查宣布规范性文件违法无效，从而不在案件中加以适用。美国就采取了这种模式，被法院宣告无效的行政法规实际上丧失普遍的法律约束力，将不能再适用。第二种方式是只能拒绝适用违法的规范性文件，但是法院没有权力撤销该规范性文件或宣告无效。<sup>①</sup>第三种处理方式法院的权限最弱，只能在案件审理中拒绝适用该规范性文件，可以向制定机关发出处理的司法建议。“提出司法建议是通过行政机关内部的上下级监督以及专门的监察监督机关，敦促行政规范性文件的制定机关及时修改或者撤销违法的规范性文件。”<sup>②</sup>我国采取的正是第三种方案，意味着法官在审查后认为抽象行政行为违法，但是没有法定权限进行直接处理。“这

<sup>①</sup> 参见翁岳生：《行政法》（上册），中国法制出版社2002年版，第177页。

<sup>②</sup> 陈运生：《行政规范性文件的司法审查标准——基于538份裁判文书的实证分析》，载《浙江社会科学》2018年第2期。

表明我国法院对规范性文件的审查效力仅及于个案，不具有对世效力，更不会涉及撤销后效力溯及的问题。”<sup>①</sup>

根据2018年《行政诉讼法司法解释》第149条的规定，法院必须在案件审理中，经过审查并确定规章及其他规范性文件是否符合法律和行政法规的规定。行政规范性文件司法审查的结果，通常以下两种情形：一是确认行政规范性文件的合法性。合法的行政规范性文件能够作为论证行政行为合法的依据。对于合法有效的规范性文件，法院一般会在判决书中直接确认该规范文件的合法性和有效性，并作为案件处理的参考依据。二是行政规范性文件不合法，不能作为认定具体行政行为合法的依据。法院无权直接宣布行政规范性文件无效或者撤销违法的行政规范性文件，只能够在案件审理中不予适用，并在判决书的裁判理由中予以阐明，同时可以向行政规范性文件的制定机关提出司法建议。然而新《行政诉讼法》以及2015年《若干问题的解释》、2018年《行政诉讼法司法解释》对于司法建议制度的规定非常概括，具体的制度细节尚未建立，亟待完善。

一是明确司法建议的适用情形。借鉴美国行政法规的司法审查，归纳整理行政规范性文件应当被撤销或者修改的具体法律情形。借鉴美国《1946年联邦行政程序法》的规定以及法院的判例，结合我国行政规范性文件的具体情况，行政规范性文件出现以下五种法定情形，应当被撤销或者修改：第一种情形是行政规范性文件的制定缺乏立法机关的法律授权或者法律授权存在缺陷，或者行政规范性文件的主体缺乏法定权限或者超越权限，法院应当提出撤销建议。在我国，因为没有明确授权而制定行政规范性文件的情况也普遍存在。第二种情形是行政规范性文件的上位法依据已经不存在，失效或者被撤销，因此行政规范性文件丧失根本依据，法院应当提出撤销建议。第三种情形是行政程序存在重大违法或者缺陷，并最终影响到行政规范性文件的合法性，法院可以提出撤销建议或者修改建议。第四种情形是行政规范性文件的制定目的不符合正当性与合理性，法院应当提出撤销建议。第五种情形是行政规范性文件的部分条款与上位法冲突或者部分条款明显不合理，法院可以提出修改建议。

二是完善司法建议的提出方式和具体内容。建议行政规范性文件的处理建议采取特定的司法建议形式，由最高法院具体制定该司法建议的名称和具体内容，从而统一规范司法建议的名称和文书形式。一般而言，法院向行政规范性文件的制定机关提出处理建议的司法建议，内容应当包括：被附带性审查的行政规范性文件的案件事实、行政规范性文件的违法原因以及法院对该司法建议进行撤销或者修改、废止的处理意见，同时附生效判决一并送达。

三是建立司法建议的答复和反馈制度。由于司法建议对行政规范性文件的制定机

<sup>①</sup> 王红卫、廖希飞《行政诉讼中规范性文件附带审查制度研究》载《行政法学研究》2015年第6期。



关并不具有强制性的法律约束力，因此如果缺少完备的答复和反馈制度，司法建议就是缺少利齿的老虎，难以真正实现对行政规范性文件的监督效果。因此，应当建立详细的书面答复和反馈制度，同时明确规定违反制度所要承担的法律后果。《行政复议法》对行政规范性文件的处理方式就是很好的借鉴。2018年《行政诉讼法司法解释》在《行政诉讼法》的基础上，增加了行政规范性文件的答复和反馈制度的部分具体内容：一是制定机关的答复必须采取正式的书面形式。二是规范性文件的制定机关在收到司法建议后，应当在六十日内进行答复。然而，2018年《行政诉讼法司法解释》中司法建议的反馈制度仅仅指规范性文件的制定机关应当在六十日的法定期限内进行答复，至于是否按照司法建议的内容对规范性文件进行处理，如何处理则缺乏相关规定。

建议在《行政诉讼法》修改或者司法解释中，增加以下内容：属于有权处理的，制定机关应当在六十日内处理违法或者合理性存在严重问题的行政规范性文件。制定机关在收到法院的处理建议后，属无权处理的，应当在七日内转送有权处理的行政机关依法处理；法院提出修改或撤销行政规范性文件的建议，制定机关应当将是否采纳以及部分采纳处理建议、采纳或者不采纳的理由和法律依据、行政规范性文件是否撤销或者修改等处理情况反馈给提出司法建议的法院。同时，如果制定机关在法定期限内不进行处理，则有权的行政机关（如上级行政机关或者同级人大常委会）应当在六十日内依法处理行政规范性文件。对于在法定期限内，既不处理行政规范性文件也不做答复的制定机关，建议追究制定机构及其工作人员的责任。

## 结 论

行政规范性文件的司法审查，立足于新旧动能转换，全方位提升服务保障新旧动能转换的能力，弥补新旧动能转换政策先行而理论滞后缺陷，完善具体行政审判制度促进理论与实践的发展。针对新旧动能转换相关案件的特点，应当完善行政规范性文件司法审理的标准、事实与法律的区分、结案方式等具体制度，加强行政规范性文件合法性、合理性的审查力度，统一对新旧动能转换案件的处理，确保司法公信力。通过行政规范性文件的司法审查，依法审查行政规范性文件的事实、法律和程序问题，从而规范行政机关的行政行为，提升行政职能行使的法治化，为新旧动能转换创造良好的法治环境。

（责任编辑：旷翔宇）

# 刑事案件证人、鉴定人出庭实证分析

山东省高级人民法院课题组\*

**内容摘要** 证言书面化、证人出庭率低是制约我国刑事司法公正的重要难题。随着以审判为中心的刑事诉讼制度改革的推进，各地法院从完善刑事庭审证据调查制度、推动证人出庭作证等多个角度开展试点工作，取得了许多成果。但由于部分法官、检察官对证人、鉴定人出庭态度消极；律师申请证人、鉴定人出庭的主动性、有效性有待提升；证人、鉴定人出庭缺乏激励和保障等多方面原因，证人出庭情况仍然不容乐观。对此，应当从完善输入系统——明确证人、鉴定人出庭范围；规范处理系统——提升证人、鉴定人出庭质证效果；健全输出系统——从需求倒推供给等三个方面入手，构建证人、鉴定人出庭的三元系统，有效提升证人、鉴定人出庭率和出庭效果。

**关键词** 证人 鉴定人 直接言词原则 强制出庭 出庭保障

中图分类号：DF73 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)03-081-095

证言书面化、证人出庭率低是制约我国刑事司法公正的重要难题。随着以审判为中心的刑事诉讼制度改革的推进，完善证人、鉴定人出庭制度，提高证人、鉴定人出庭率作为实现庭审实质化的一大载体而成为改革的重要内容。各地法院从完善刑事庭审证据调查制度、推动证人出庭作证等多个角度开展试点工作，取得了许多成果，但仍然没有形成普遍趋势，证人出庭情况仍然不容乐观，证人出庭范围、出庭保障等问题亟待研究和解决。课题组以山东法院近三年（2016年至2018年）审结的刑事案件<sup>①</sup>为样本，对证人、鉴定人出庭情况进行专题统计分析，从实证的角度探讨完善证人、鉴定人出庭制度，推进庭审实质化的可行路径。

\* 课题主持人：吴锦标；课题组成员：鲁统民、冯艳楠、余晓龙、李璐璐。

本文系2018年最高人民法院司法统计分析重点课题阶段性成果。

① 包括一审、二审及再审刑事案件，不包括减刑假释案件及强制医疗等特别程序案件。





## 一、数据检视：刑事案件证人、鉴定人出庭现状及特点

2016-2018年山东法院审结的刑事案件中，证人、鉴定人出庭案件共693件，<sup>①</sup>出庭证人、鉴定人1255人，其中证人1026人，鉴定人229人。证人、鉴定人出庭率仅为0.32%，整体较低。

### （一）改革后证人、鉴定人出庭案件数有所增长

以审判为中心的刑事诉讼制度改革以来，各地法官在案件审理中有意识地落实庭审实质化的要求，证人、鉴定人出庭案件数有所增长。2017年证人、鉴定人出庭案件数比2016年增长21.8%，而2018年增长幅度放缓，仅为2.5%，低于同期刑事案件结案增长率。山东法院2016-2018年审结的刑事案件中，证人出庭案件数分别为153件、198件、196件；鉴定人出庭案件数为47件、49件、56件；证人、鉴定人均出庭案件数为3件、7件、6件。证人、鉴定人出庭问题仍未显著改善，改革政策的“落地”情况不容乐观。

### （二）法院对申请证人、鉴定人出庭的同意率及实际到庭率偏低

《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》）第205条赋予了法院对是否同意证人、鉴定人出庭申请的决定权，司法实践中存在大量法院对当事人或辩护人、诉讼代理人的证人、鉴定人出庭申请不予准许的情形。统计数据显示，2016-2018年山东法院审结的刑事案件中，申请证人、鉴定人出庭的共1572件，法院同意出庭的仅占申请总数的59.5%，证人、鉴定人实际到庭案件（包括部分被申请证人出庭案件）的占申请总数的45.1%，同意出庭率和实际到庭率都偏低。<sup>②</sup>

法院对证人出庭申请不予准许的理由：（1）证人证言对被告人的定罪量刑无重大影响，侦查机关的取证程序合法，证人无出庭必要；（2）证人庭前多次证言稳定，与其他在案证据能够相互印证，没有出庭必要；（3）现有证据确实、充分，足以认定，法庭不再通知证人出庭。法院对鉴定人出庭申请不予准许的理由主要是从鉴定意见的内容形式、鉴定程序是否合法角度加以论述，如侦查机关依法委托，鉴定机构及鉴定人具有相应资质，鉴定程序合法，鉴定结论真实有效。

### （三）证人、鉴定人出庭案件类型相对集中

2016-2018年山东法院审结的证人、鉴定人出庭刑事案件中，约1/3的案件罪名为刑法第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪，其次是第八章贪污贿赂罪，占18.9%。其中，证人出庭案件数量最多的三个罪名依次为：故意伤害罪、贪污罪、受贿罪，共

<sup>①</sup> 其中16件案件中证人、鉴定人均出庭。

<sup>②</sup> 同意出庭率 = 法院同意证人、鉴定人出庭案件数 / 申请证人、鉴定人出庭案件总数；实际到庭率 = 证人、鉴定人实际到庭案件数 / 申请证人、鉴定人出庭案件总数。

占证人出庭案件总数的 39.5% ,鉴定人出庭案件数量最多的三个罪名则为 :故意伤害罪、交通肇事罪、过失致人死亡罪 ,共占鉴定人出庭案件总数的 59.9%。虽然故意伤害案件证人、鉴定人出庭的数量较多 ,但出庭率却仅排第 5 位 ,排在前 4 位的依次为贪污罪、受贿罪、职务侵占罪和挪用公款罪。

#### (四) 证人、鉴定人出庭启动方式多样但相对集中

通常来说 ,按照申请主体不同 ,证人、鉴定人出庭的启动方式分别为 :依被告人(上诉人)或其辩护人申请、依检察机关或自诉人申请、依被害人或其近亲属申请、法院依职权决定。2016-2018 年山东法院审结的证人、鉴定人出庭刑事案件中 ,四种启动方式均有发生 ,其中 ,由被告人(上诉人)或其辩护人申请出庭的占大多数 ,被害人或其近亲属申请出庭的最少 ,而由检察机关或自诉人申请出庭的也仅占不到一成 ,可见 ,检察机关在证人、鉴定人出庭问题上未发挥应有作用 ,其积极性、主动性有待提高。

#### (五) 证人、鉴定人出庭效果整体较好

证人、鉴定人出庭对查明案件事实、促进司法公正、防范冤假错案具有重要意义 ,但由于证人作证能力、证人与法庭之间信任关系等因素的影响 ,实践中证人、鉴定人出庭的效果难以一概而论。2016-2018 年山东法院审结的证人、鉴定人出庭案件中 ,62.5% 的证人出庭证言被法庭采信 ,71.3% 的案件承办人认为证人出庭有助于查明案件事实 ,90.2% 的鉴定人出庭案件相应鉴定意见被法庭采信 ,证人、鉴定人出庭整体效果较好 ,但仍有提升空间。比较而言 ,庭前未作书面证言的证人及二审新证人的出庭证言采信率较低 ,仅为 53.1%。另一方面 ,证人翻证导致案件事实难以认定的现象也值得注意。2016-2018 年东营地区有证人出庭的 37 起案件中 ,有 6 起因证人出庭改变庭前书面证言或提供新的证言而使该起犯罪事实没有认定 ,有 2 起因证人出庭改变庭前书面证言导致案件因事实不清、证据不足而发回重审 ,有 2 起因证人翻证导致证据不足宣告被告人无罪。同时 ,全省 27.4% 的证人出庭案件承办法官认为证人出庭显著影响了庭审效率 ,成为影响证人出庭率提升的一大因素。

通过分析 ,证人当庭作出的证言未被采信的主要理由是缺乏印证 ,包括 :(1) 证人推翻庭前证言 ,不能作出合理解释且当庭作出的证言缺乏证据印证 ;(2) 证人与当事人有利害关系且当庭作出的证言与其他证据相互矛盾 ;(3) 证人当庭作出的证言模糊不清或自相矛盾 ;(4) 证人所作证言与待证事实缺乏关联性。

## 二、证人、鉴定人出庭率低的成因剖析

通过分析可知 ,2016-2018 年山东地区不仅证人、鉴定人出庭率较低 ,证人、鉴定人出庭申请率、法院同意出庭率、实际到庭占申请出庭的比例都较低 ,体现出刑事



诉讼各方主体在证人、鉴定人出庭问题上均有所不足，未能形成共识和合力。

### （一）部分法官、检察官对证人、鉴定人出庭态度消极

通过对215名律师、检察官和刑事法官开展问卷调查，有11.1%的刑事法官表示其办理的案件中从来没有证人、鉴定人出庭，检察官则有7.7%，同时，办理的案件中证人、鉴定人出庭数量很少的刑事法官、检察官占74.1%，进一步显示出证人、鉴定人出庭情况不容乐观。深入分析相关统计数据可以看出，受办案习惯、观念以及办案压力等因素的影响，部分法官、检察官对证人、鉴定人出庭缺乏积极性。

1. 办案习惯和观念的桎梏。相关法律和司法解释赋予了法院审查证人、鉴定人出庭必要性的裁量权，而长期以来卷宗中心主义的工作模式使法官和检察官更习惯于审查证人的书面证言、鉴定意见，不愿意接受证人、鉴定人出庭可能带来的庭审秩序紊乱、失控导致难以驾驭和应对等挑战和风险，对证人、鉴定人出庭存在消极应对甚至抵触心理。同时，由于法律并没有限制庭外书面证言的使用，只有在对书面证言的真实性产生怀疑时，法官才有意愿通知证人出庭，大多数情况下法官并不认为证人有出庭的必要，即使通知证人出庭，也对证人出庭的实际作用持悲观态度。部分法官对出庭证人，尤其是被告人或其辩护人申请并协助出庭的证人缺乏信任，抱有“前见”，同时过多地考虑到证人证言因时间的推移造成记忆模糊而证明力降低的问题。而对鉴定意见，由于缺乏相关专业知识的部分法官对鉴定意见存在盲目的信任和依赖，认为鉴定意见是专业、科学的判断，可以直接使用，并且认为鉴定人往往是一定领域内有名望的专家，对鉴定人的品格高度信任，认为其主观上不会弄虚作假，同时也由于诉讼各方鉴定专业知识的缺乏，不能真正通过鉴定人出庭实现有效质证，因此，部分法官认为鉴定人没有出庭的必要。

2. 司法效率和司法成本的考量。除办案习惯和观念的影响外，繁重的办案压力和公、检、法三机关配合有余、制约不足的制度现状也使法官缺乏同意证人、鉴定人出庭的有效动力。统计数据显示，除威海地区外，近三年法官人均办案总数在200件以上的法院，证人、鉴定人出庭率普遍较低。在办案压力较大的情况下，从司法效率和司法成本的角度考虑，法官更倾向于审查书面证言，不愿“节外生枝”，以此推断，检察官也难免有类似心理。同时，部分法官在案件审理中过于依赖公、检、法三机关之间的相互配合，影响作为裁判者的中立性，甚至有的法院在审查是否同意辩方提出的控方证人出庭申请时要听取检察机关的意见。这种倾向使法官更信任侦查机关、检察机关取得的书面证言，并以更为严苛的态度审查被告人及其辩护人的证人、鉴定人出庭申请。

### （二）律师申请证人、鉴定人出庭的主动性、有效性仍有待提升

尽管统计数据显示，在2016-2018年山东地区审结的证人、鉴定人出庭案件中，

被告人或其辩护人是最主要的启动主体，辩护律师申请证人、鉴定人出庭的积极性远高于检察机关，但从申请证人、鉴定人出庭的绝对数量来看，辩护律师的主动性仍远远不够。在问卷调查中，33.9%的律师表示其办理的案件中从来没有证人、鉴定人出庭。即使存在申请证人、鉴定人出庭而未被准许的情况，这一数据也反映出了部分辩护律师仍未将申请证人、鉴定人出庭作为有效辩护手段。经过调研分析，制约辩护律师申请证人、鉴定人出庭数量的原因主要有两个方面。

一方面，律师行业水平参差不齐，一些律师因经验和能力不足，仅满足于通过阅卷提出辩护意见，不擅长行使申请调取新证据或申请证人、鉴定人出庭等权利。统计显示，在各类犯罪中，贪污罪、受贿罪、职务侵占罪等职务和财产犯罪的证人、鉴定人出庭率排在前列，究其原因，与当事人的经济能力和律师的辩护能力不无关系。职务犯罪对证人证言的依赖性较强，实物证据有限，证人证言易成为争议的焦点，同时，职务犯罪被告人的受教育水平较高、经济能力较强，自我辩护的能力较强，且有条件委托收费较高的辩护律师，而律师的收费水平通常和其辩护能力直接相关，更能够有效运用各种辩护手段。

另一方面，较低的法院同意出庭率以及证人、鉴定人实际到庭率挫伤了律师申请证人、鉴定人出庭的积极性。法院对是否同意证人、鉴定人出庭具有自由裁量权，较低的同意出庭率降低了申请证人、鉴定人出庭这一辩护手段的有效性，促使辩护律师改变辩护策略，从其他角度寻求突破。同时，最高人民法院《关于全面推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的实施意见》第14条明确规定，控辩双方申请证人出庭的，人民法院通知证人出庭后，申请方应当负责协助相关证人到庭。这种“谁申请谁协助”的制度进一步影响律师申请证人出庭的主动性。

此外，辩护人妨害作证罪的潜在威慑也使辩护人对申请改变证言的证人以及作出对被告人有利证言的新证人出庭作证心存顾虑。尽管实践中确实存在缺乏职业道德的辩护人与当事人一道威胁、引诱证人的情形，司法机关对辩护人积极寻求对被告人有利的证据与证人的做法仍应当持鼓励和支持的态度。

### （三）证人、鉴定人出庭缺乏激励和保障

尽管法律和司法解释规定了通知以及强制证人出庭的情形，但并未规定证人不出庭的法律后果，同时，法庭对侦查机关取得的书面证言有充分的信任和偏好。除了制度本身的缺陷外，从证人的角度来说，许多证人尚且心存顾虑，存在避重就轻、含糊其辞的现象。有观点认为，“怕麻烦”“怕损失”“怕报复”的“三怕”心理是证人缺乏出庭积极性的关键原因。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 参见欧秀珠：《刑事案件证人出庭作证实证研究》，载《人民检察》2018年第2期。





1. 从经济分析的角度，出庭作证难以成为理性人的选择。对证人、鉴定人而言，出庭作证既要付出时间成本、经济成本、人力成本还要付出巨大的心理成本，获得的收益却十分有限。尤其对证人，作证更多维护的是公益，是社会公平正义，是通过打击犯罪维护社会安全、社会秩序，虽然和每个人息息相关，但属于隐形收益，容易使证人产生自己的作用微不足道，“不差我一个”的心理。还有一些证人出庭可能是出于和当事人的“亲密”关系，出于人情的考量，因而有人情收益。相比社会收益，人情收益对证人的激励往往更为突出。但“人情”因素又常常影响证人证言的客观性，损害出庭效果，而在排除人情收益后，证人出庭的激励明显不足。

2. 保护措施不力，难以消除证人、鉴定人的心理负担。《刑事诉讼法》第63条规定了对证人及其近亲属的安全保障制度。第64条则规定了多种具体保护措施，但规定的保护范围、保护方式、保护期限、保护主体等仍不甚明确，给具体实施带来困难。据统计，2016-2018年山东法院审结的证人出庭刑事案件中，对出庭证人采取保护措施的占9.1%，保护措施主要为不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息以及禁止特定的人员接触证人两种，在保护范围较小的同时，这些保护措施的作用也较为有限。对证人的保护存在两大困难，一方面对所有出庭证人给予长期保护无疑会给司法机关增加过重的负担而缺乏可行性；另一方面司法人员难以准确判断证人出庭可能带来的人身、财产风险，因为有些报复可能在时隔多年后发生。从实践来看，证人怕受到报复的顾虑并非杞人忧天，打击报复证人的案件时有发生，证人作证需要承担风险，出庭作证直面当事人的“怨恨”更可能增大这种风险。

3. 证人、鉴定人补助制度落实不到位，部分证人、鉴定人因经济成本不愿出庭。《刑事诉讼法》第65条规定了证人作证补助制度。但该制度的落实情况较差，据统计，2016-2018年山东法院审结的证人出庭案件，给予证人相关补助的不到3%。目前，许多法院缺乏统一的证人补助报销制度，对证人补助实行个案审批，手续较为繁琐，同时，补助的标准不确定，除交通、住宿、就餐凭发票等实报实销外，还有一些证人申请误工补助，而误工费是否应当列入补助范围、应当按照何种标准给予补助缺乏统一的规定。对鉴定人而言，由于经济发展和科技水平的地域差异，高端鉴定设备、专业人员往往集中在经济较发达的城市，与许多案件的开庭地点相距较远，相关补助制度不完善的情况下，交通、食宿费用也是鉴定人出庭的一大障碍。

4. 强制证人出庭制度形同虚设，法院对证人不出庭缺乏有效制约。《刑事诉讼法》第193条明确了法院对经通知没有正当理由拒不到庭的证人可以强制其到庭，也可以给予处罚，但实践中该规定较少实施。据统计，2016-2018年山东法院审结的证人出庭刑事案件中，强制证人到庭的仅有1件，而对其他法院通知证人出庭而证人不愿出庭的案件，法院均认定不属于应当强制出庭的情形，强制证人出庭制度的实施情况由

此可见一斑，究其原因，主要是大多数法官认为，强制证人出庭未必能达到预期目的。证人所掌握、支配的案件信息具有主观性，在证人缺乏出庭作证意愿的情况下，仅靠“强力”“威慑”可能无法获得真实有效信息，使出庭沦为走过场。

### 三、完善路径：构建证人、鉴定人 出庭的精准输入、规范处理、需求输出“三元”系统

从技术层面而言，庭审是一个相对集中的场域，诉讼各方主体需要在有限的时空内展示全部案件信息供法官审查、认定，证人、鉴定人作为信息的直接提供者，参与庭审接受各方质证并产生影响案件事实认定的最终效果，是一个从输入到处理再到输出的三元系统。完善证人、鉴定人出庭制度，提升证人、鉴定人出庭率和出庭价值也应当从三个方面入手。

#### （一）完善输入系统：明确证人、鉴定人出庭范围

##### 1. 细化证人、鉴定人应当出庭的具体情形

在以查明案件事实为证人、鉴定人出庭主要作用的功能定位下，出于诉讼效率的考量，即使对案情重大、疑难、复杂的案件，要求所有证人及鉴定人出庭也无甚必要。《刑事诉讼法》第192条第1款将证人出庭作证的条件规定为“公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有重大影响，人民法院认为证人有必要出庭作证”。诸多理论研究和实务规范通常将证人出庭的情形概括为证人证言具有“争议性”、“关键性”和“必要性”三点。

“争议性”包括矛盾和异议两方面，矛盾是指证人证言前后矛盾或证人证言与其他证据相互矛盾。异议是指对证人证言的取证合法性提出异议或被告人不认罪并对证人证言真实性提出异议。“关键性”，即“证人证言对案件定罪量刑有重大影响”有两层含义：一是证人证言证明的内容是有关案件定罪量刑的事实；二是证人证言的证明作用重大。对于第一层含义，从体系解释的角度，《刑诉法解释》第64条第1款规定的“应当运用证据证明的案件事实”都属于案件定罪量刑事实，能够证明这些事实的证人证言都符合对案件定罪量刑有影响的条件，而“重大影响”则可以理解为证言的“不可或缺性”或“难以替代性”。“不可或缺性”是指证人证言影响证据链的完整性，缺少该证言，某项待证事实将无法证明；“难以替代性”也就是唯一性，指现有其他证据无法替代该证言的作用。例如，没有现场监控视频的故意杀人案件中的唯一目击证人。换言之，证人证言是否对定罪量刑有重大影响，不仅要看证言内容本身是否关涉罪与非罪、此罪彼罪、量刑区间及轻重，还要考察是否有其他证据印证该证言。印



证该证言的证据越多越强，该证言对定罪量刑的影响越被削弱。<sup>①</sup>当然，从促进和鼓励证人出庭的角度，对“重大影响”的解释应相对放宽。实践中对“必要性”的判断主要是在印证证明方法下展开。印证证明方法强调证据之间的印证关系以及证据链的完整性、一致性，对矛盾证言，包括与其他在案证据相互矛盾和前后自相矛盾的证言，通过证人出庭接受各方质证的方式审查其真实性是较科学合理的方法。一般而言，没有受过专业训练的人很难在法庭的整体压力和各方多角度的诘问下说谎而不露马脚。

## 2. 夯实证人强制出庭制度

(1) 强制证人出庭的应然与实然。从应然的角度，强制证人出庭具有理论和法律依据，《刑事诉讼法》第193条第1款已经作出了相应规定。但从司法实践来看，强制证人出庭制度基本处于休眠状态。2016-2018年山东法院审结地刑事案件中，强制证人出庭的仅1起1人。许多证人对法院的出庭通知置之不理，拒绝出庭，以“因工作原因无法出庭”等理由拒绝出庭的比比皆是。一方面是因为在制度上对证人应当出庭及强制证人出庭的情形缺乏可操作的具体标准；另一方面是因为法律并未排除庭外书面证言的适用，法官缺乏启动强制程序的动力。在调研中，甚至有检察官提出应废除强制证人出庭制度，避免证人因该规定而心存顾虑，拒绝在侦查阶段作证，这显然是舍本逐末，没有真正理解刑事诉讼“以审判为中心”的含义。从根本上来说，证人履行作证义务是因为作为一个社会共同体，个人有维护社会公共利益的义务，“国家有权获得任何人的证据”。而在诉讼中，证人作证的对象是法庭而不是侦查机关，是否出庭是作证方式的选择问题，证人出庭是法治进步的必然，不能因可能存在的困难而否定改革的正确方向。

(2) 强制证人出庭的例外。为维护特定价值和保障人权，一些特殊证人不能适用强制出庭的规定。《刑事诉讼法》第193条将被告人的父母、配偶、子女排除在强制出庭的范围之外，被认为是古代亲亲相隐制度在刑法中的具体体现。<sup>②</sup>另一方面《刑事诉讼法》规定的作为强制出庭例外的亲属范围过于狭窄，没有包括同胞兄弟姊妹以及祖父母、外祖父母等直系亲属和公婆、儿媳等直系姻亲，不利于家庭关系的稳定，甚至可能对被告人将来回归社会造成不利影响，因此，建议扩大强制出庭适用除外的亲属范围。此外，应当将特定职业关系人员排除在强制出庭的范围之外，例如律师和委托人、心理医生和病人。对在执业活动中获悉委托人有关情况和信息的律师、心理医生，不能被强制出庭，以保护特定职业关系的信任基础。当然仅仅规定不被强制出

<sup>①</sup> 参见孙志伟：《关键证人出庭作证的欧洲模式及其借鉴意义》，载《重庆大学学报（社会科学版）》2017年第2期。

<sup>②</sup> 参见余福明：《论亲亲相隐制度的理性回归——以强制证人出庭的例外情形为视角》，载《人民司法》2013年第9期。

庭和真正的免证权之间有巨大差异，相关证人仍然有作证的义务。《刑诉法解释》第206条第1款规定可法院准许证人不出庭的情形。该条在实践中常被扩大解释，使诸如“因工作原因无法出庭”成为不出庭的理由。对此，在实践中应积极探索该条第2款规定的通过视频等方式远程作证。

(3) 强制证人出庭的具体操作。在强制证人出庭的具体操作程序上《刑诉法解释》第208条规定，强制证人出庭的，应当由院长签发强制证人出庭令。但由于强制证人出庭令法律性质不明，是《刑事诉讼法》规定的五种强制措施之外的强制手段，如何执行并不明确。实践中极少的强制证人出庭案例，有的法院以传唤通知书的形式强制证人出庭，有的甚至拘传证人到庭，相关法律文书的签发主体也不尽相同。2017年《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》第15条规定，强制证人出庭的，应当由院长签发强制证人出庭令，并由法警执行，必要时，可以商请公安机关协助执行。该规定使强制证人出庭的操作有所细化但对能否使用械具仍不明确。同时，将强制证人出庭的决定权和签发权赋予院长，体现了对实施强制出庭措施的慎重态度，但也可能造成该制度的适用更加困难，实践价值进一步缩小。至于《刑事诉讼法》第193条第2款规定的对没有正当理由拒绝出庭或者出庭后拒绝作证的证人处以拘留措施，更是从未被唤醒的休眠条款。

### 3. 完善证人、鉴定人权益保障制度

(1) 证人、鉴定人补助制度。证人权益保障制度主要包括两个方面：证人补助制度和证人保护制度。《刑事诉讼法》第65条规定了证人作证补助制度，各地法院的相关文件也规定对交通、住宿、就餐费用给予补助，但不少法院并未直接列明误工费属于补助范围。从司法实践来看，大量证人属于没有固定工作单位的个体经营者或工资日结的务工人员，对其因出庭而造成的误工费，应当给予补助。但是，对被强制到庭的证人或到庭后拒绝作证的证人不应给予出庭补助。对证人的经济补助标准和相关程序应当在通知证人出庭时告知，增加证人出庭积极性的同时充分保障证人的知情权。

对鉴定人的权益保障同样包括出庭经济补助和鉴定人保护两个方面。在鉴定人出庭补助的问题上存在不同认识，考察各省的相关规定，有的规定为视情况参照证人的补助标准，有的直接与证人并列规定在同一条款。在统计的2016-2018年山东法院鉴定人出庭刑事案件中，给予证人补助的仅占17.3%，且补助的标准不统一，有的按照固定数额给予300-1200元/人次不等的补助，有的按照公务员出差补助标准给予补助，有的甚至根据鉴定人要求的数额给与补助。这种混乱的状况急需改变，对于公职鉴定人，出庭是其工作职责的一部分，可以由其所属单位依照单位所属地的同级机关差旅费有关规定和标准执行，其他单位鉴定人参照差旅费报销标准给予补助。

(2) 证人、鉴定人保护制度。《刑事诉讼法》第64条规定了多项证人、鉴定人保





护措施，且不限于出庭的证人、鉴定人。但该规定存在多方面的问题，比如部分措施影响质证效果、各部门的分工不明确、对保护的期限缺乏明确等。对此，完善我国的证人保护制度，一方面要制定具有可操作性的证人保护规范；另一方面应借鉴法治发达国家的做法，建立专门的证人保护机构，由受过专门训练的警务人员执行对证人、鉴定人的保护。除事前的保护外，还应当建立专项基金，对因作证而受到打击、报复，遭受人身、财产损失的证人给予补偿，缺乏相应条件的，可以通过司法救助制度对其给予救助。

## （二）规范处理系统：提升证人、鉴定人出庭质证效果

### 1. 建立证人、鉴定人服务制度

（1）完善权利义务告知及解释程序。在通知证人、鉴定人出庭的同时应明确告知其享有的权利和应履行的义务，包括获得经济补助和申请保护的權利以及如实作证的义务等，并安排相应的人员以适当的方式对证人的疑惑和顾虑给予解答，使其充分了解出庭作证的重要意义，这一过程可同时与和证人沟通协调或进一步说服教育相联接。实践中，部分法官对证人、鉴定人出庭持消极态度，即使迫于申请人——通常是被告人或辩护人的压力通知证人、鉴定人出庭，也对其是否实际出庭持可有可无甚至希望其不出庭的想法，自然不会向证人、鉴定人详细告知和解释相关的权利义务。对此，需要从制度上给予明确规定。

（2）作证指导。为发挥证人、鉴定人出庭效果，应当对证人、鉴定人出庭给予作证指导，告知其法庭询问的规则以及如何更好地配合法庭作出如实陈述等，包括通过向其介绍法庭的席位摆设、装修风格、各参与人所坐的位置等减轻其心理压力。在具体的人员上，结合当前审判团队分工，该项工作应当由法官助理完成，或者通过购买社会服务的方式，由受过相关培训、考核的人员专门负责。

（3）心理疏导。证人、鉴定人出庭普遍面临心理压力，一般在普通人可承受的范围内，但对一些特殊证人，如未成年人、女性被害人、有生理缺陷的人等，心理更为脆弱，对外界环境的刺激更加敏感，需要专业人士给予心理疏导。美国建立了专门针对儿童证人的服务机构，他们聘请与此案无涉的专业儿童心理咨询师在与儿童建立情感心理上的信任后，免费为儿童提供从开庭前一直到审理后的心理疏导。因此，法庭应根据证人年龄、精神状况等情况的不同，合理判断证人出庭前的心理动态，聘请专业心理专家有针对性地开展庭前疏导，提高出庭效果的同时，维护证人的心理健康，保障证人的权益。

### 2. 优化质证模式，提高质证技术

从现有规定看，我国借鉴了交叉询问的部分规则，但与典型的交叉询问制度仍存在区别：首先，交叉询问的前提是询问主体的控辩二元制，而我国询问证人、鉴定人

的主体是多元的，除辩护人和公诉人可以询问证人、鉴定人外，被告人、被害人及其诉讼代理人也可以询问证人、鉴定人，容易造成争点的分散。其次，由于法官承担查明案件事实真相的责任，需要运用职权查清案情，因此法官可以根据进一步查清案件事实的需要向证人进行补充询问，这与对抗制审判下的交叉询问不同。第三，英美法系国家在庭审中由控辩双方各自申请传唤对己方有利的证人，因此证人具有明显的控辩属性，根据交叉询问规则，要求由传唤方发起和终结询问，但由于在我国并不是所有的证人都出庭，申请证人出庭也并不局限于对己方有利的证人，比如，辩护人申请证明被告人有罪的关键证人出庭，根据我国的询问规则，由辩护人首先询问证人，而在英美法系国家，这属于典型的应由控方申请传唤的控方证人，主询问应由控方发起，主询问和反询问所遵循的规则不同。第四，《刑诉法解释》第213条规定，不得以诱导方式向证人发问，并不区分主询问和反询问。诱导性询问（leading question）是询问者提出的问题中含有他想要的答案，并暗示被询问者按照他想要的答案进行回答的提问方式。<sup>①</sup>英美法系交叉询问一般禁止在主询问中进行诱导性提问，对反询问则不加限制。

实践中，对出庭证人、鉴定人的询问较为混乱，没有摆脱规范化不足、有效化欠缺的窠臼。<sup>②</sup>首先，在法官是否让证人做叙述性陈述上做法不统一，有的案件主审法官在各方询问前首先让证人做叙述性陈述以完成最为广泛的审查，有的则没有这一环节。事实上，叙述性陈述能够让证人更为自由化地叙述其所知，解释其所想，证人证言原本就有的连续性得以很好地保全。<sup>③</sup>但同时可能因证人的表达水平而使叙述冗长、缺乏重点，影响庭审效率。其次，禁止诱导性发问的规则没有真正得到贯彻。各询问主体，尤其是被告人、被害人或附带民事诉讼原告人等缺乏专业训练，发问带有极大的随意性，甚至有些被告人将发问和自我辩解混杂在一起，影响询问的效果。对鉴定人的询问主要表现为缺乏专业性，各方诉讼参与人缺乏鉴定技术专业相关知识，对鉴定人的发问带有明显的“外行”质疑“内行”特点，经过鉴定人的解释和回答后，当事人常常并不理解和接受，又无法提出切中要害的质证问题，造成许多案件的质证基本上流于形式。<sup>④</sup>除对鉴定主体的资格、鉴定程序的合法性展开询问外，对鉴定方法科学性的提问常常缺乏专业性、有效性，比如询问鉴定人通过鉴定能不能有效区分陈旧伤和新伤，被鉴定人的伤情是外力所致还是自己跌倒所致等。除询问规则不清外，根据对2016-2018年东营地区证人出庭案件的统计，法庭各方对63.9%的证人只进行

① 参见陈卫东《反思与建构：刑事证据的中国问题研究》，中国人民大学出版社2015年版，第408页。

② 参见左卫民：《地方法院庭审实质化改革实证研究》，载《中国社会科学》2018年第6期。

③ 参见龙宗智：《证据法的理念、制度与方法》，法律出版社2008年版，第358页。

④ 参见陈邦达《鉴定人出庭作证制度实证研究》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2016年第6期。



1轮询问,而有16.4%的证人辩护人或公诉人中有一方未发问,整体发问数量不足。这一方面体现了出庭证人的证言争议性和关键性不足;另一方面也体现出控辩双方询问技巧的缺乏。

询问证人规则和技巧的缺乏使法官无法通过庭审质证确认证言的真实性,尤其在证人推翻庭前书面证言的情况下,法官的审查方向侧重于当庭证言与书面证言两者与其他在案证据的印证关系,通过对是否有其他证据相印证的审查确定是否采信,在实质上跳过了单一证据的真实性判断。而西方法治发达国家的经验已经证明,通过科学严密的询问规则和专业的询问技巧,通常情况下法庭能够判断出证人是否说谎,证人证言是否真实可靠及证明力大小,从而发现案件真实。对此,首先需要完善证人询问规则。

完善证人询问规则,应当确立交叉询问为主、法官询问为辅的证人询问机制。(1)由证人就自身所感知和了解的案件情况向法庭做叙述性陈述,使各方明确证人的立场,避免证人——尤其是原本的控方证人推翻庭前证言成为敌意证人,令公诉人措手不及。(2)取消由申请方先发问的规则,改为由法官根据证人陈述确定主询问方,因为在我国并不是各方申请对自己有利的证人,而一般是谁对证言有异议谁申请(新证人除外)。主询问方应当是辩护人或者公诉人,没有辩护人的被告人也可作为主询问方。主询问禁止诱导性发问,一般采用开放式的问题,目的是获取更多的信息。交叉询问(反询问)则可以采用封闭式问题,确认相关事实,可以采用是非问句或者选择性问句的形式提问。(3)交叉询问应在两方之间展开,其他当事人或诉讼参与人等应在交叉询问后进行补充询问,包括被告人、诉讼代理人和法官,避免打乱询问的逻辑,分散争点。(4)对违反规则的不当询问和无关询问,对方可以提出异议,由法官作出判断,要求对方重新发问等,对方不提异议时,法官也可对不当询问和无关询问及时制止。

当然,长期以来证人不出庭的司法现状使各方主体对证人、鉴定人的询问技巧均缺乏经验和锻炼,因此,优化质证模式,提高质证技术需要加强对辩护律师、检察官及法官交叉询问技能的培训,提升证人出庭的实质效果。同时,提高鉴定人的出庭效果还应完善并推动有专门知识的人出庭制度,鉴定意见的有效质证需要普通人并不具备的专业知识,只有借助同样具备相关知识的有专门知识的人的力量,才能实现“势均力敌”的质证,而不是由鉴定人唱“独角戏”。

### (三)健全输出系统:从需求倒推供给

#### 1. 限制和规范庭外书面证言的使用

如前文所述,检察官和法官对申请或通知证人出庭缺乏积极性,究其原因,主要是因为法律并未限制庭外书面证言的使用,公诉机关和法院对证人出庭缺乏“需求”。证人的庭外书面证言属于传闻证据,仅仅强调证人、鉴定人出庭作证而不限制传闻证据的效力,并不能真正实现庭审实质化。以审判为中心的刑事诉讼制度改革要求贯彻直接和

言词原则，但从目前的法律规定和司法实践看，我国目前并没有确立直接言词原则。

根据我国《刑事诉讼法》的规定，对于不出庭的证人、鉴定人，可以通过当庭宣读证言笔录、鉴定意见的形式进行质证，庭外书面证言的证据能力并未受到否定。对于经法院通知拒不出庭的鉴定人，其鉴定意见不得作为定案的根据，但对经法院通知拒不出庭的证人，法律并未做此限制，依然可以采信其庭前书面证言作为定案的根据，只有当法院审查认为庭前证言的真实性无法确认时，才不得作为定案的根据。即使证人出庭作证，也并不排除庭前书面证言的使用，而是通过相关证据的综合审查确定采信的证据。可以说，当前我国的证据审查、采信方法是个体与整体交叉判断，而不是严格先个体再整体地判断，且在很多情况下以对证明力的审查判断代替对其证据能力的审查判断，尤其对言词证据的采信，体现出对庭前书面证言的极大依赖。完善证人、鉴定人出庭制度，从司法制度的长远发展看，应当适当限制和规范庭前书面证言的使用。

(1) 允许具有必要性、重要性、可信性的书面证言作为证据使用。对因死亡、重病等客观原因无法出庭的证人，倘若其证言对认定案件事实十分必要，且其书面证言具有可信性保障的，该书面证言可以作为证据使用。其中，可信性保障包括但不限于配有全程录音、录像，有中立的见证人在场等。同时，对因被告人或其相关人员的威胁、胁迫而无法出庭的证人，其庭前书面证言得作为证据使用，以保证被告人不能从违法行为中获益。

(2) 法官庭外询问证人形成的书面证言可以作为证据使用。实践中，法官庭外调查一定程度上缓解了证人不出庭的矛盾，庭外调查证人证言成为解决庭审证人不出庭作证时，法官核实案件事实的重要方式。<sup>①</sup>法官庭外询问证人应尽可能通知控辩双方参与，控辩双方不参与的，应尽可能同步录音、录像。法官庭外询问证人制作的书面证言可以在庭审中宣读、质证。这是对法官中立性的信任，但也可能使法官更多地选择采用庭外调查的方式核实证言，而不是通知证人出庭作证。

(3) 明确无异议使用原则。为节约司法资源和提高司法效率，对公诉人、当事人、辩护人、诉讼代理人同意使用的书面证言、鉴定意见，证人、鉴定人可以不出庭且庭前书面证言、鉴定意见经法庭质证可以作为证据使用。这里的无异议并不是对证言的内容无异议，而是对证言的示证形式无异议，即同意其作为传闻法则的例外。这需要在庭审前确定出庭证人及法庭上宣读的书面证言目录，一般可以在庭前会议环节确定。

(4) 证人出庭作证的，庭前证言原则上不得作为定案的根据。根据直接言词原则，证人出庭作证的，其庭前证言主要起提示、唤醒证人记忆或者弹劾证人当庭证言真实

<sup>①</sup> 参见李锟：《论刑事法官庭外调查的失范与规范》，载《新疆大学学报（哲学·人文社会科学版）》2018年第5期。





性的作用，是否具有证据能力因陈述对象的不同而有所不同。在日本，证人在法官面前所作的不一致的庭前陈述具有当然的证据能力，在检察官面前做的不一致的庭前陈述只有存在庭前陈述更可信的特别情况时才可以作为证据，但不允许采纳在警察面前所做的不一致的庭前陈述。<sup>①</sup>在我国，根据《刑诉法解释》第78条的规定，证人出庭作证的，其庭前证言仍然可以作为证据使用，实践中，法庭通常在控方出示并宣读书面证言后，根据申请方的申请传证人到庭，而控、辩双方经常在庭审中直接询问证人其在侦查阶段的证言是否属实。根据东营地区的统计数据，这一比例达到31.1%。《人民法院办理刑事案件第一审普通程序法庭调查规程（试行）》第25条第1款规定：“证人出庭作证的，其庭前证言一般不再出示、宣读，但以下情形除外：（一）证人出庭作证时遗忘或者遗漏庭前证言的关键内容，需要向证人作出必要提示的；（二）证人的当庭证言与庭前证言存在矛盾，需要证人作出合理解释的。”该规定可以理解为证人出庭作证的，其庭前证言一般不得作为证据使用，因为未经出示、宣读的书面证言不得作为定案的根据。

## 2. 建立污点证人作证豁免制度

2012年《刑事诉讼法》修改确立了不得强迫任何人证实自己有罪原则，以遏制刑讯逼供等非法取证行为，抵制司法专横。在国外的司法实践中，不得强迫自证其罪原则也适用于证人，即不得强迫证人提供可能使自己受到刑事追诉的证言。但实践中，对一些隐蔽性较强、取证困难的重大犯罪，如有组织的犯罪、恐怖犯罪、职务犯罪、毒品犯罪等，为提高案件侦破、指控效果，有效打击犯罪，公安机关、检察机关需要“说服”“策反”一些了解案情但涉嫌犯罪的人作证，也就是污点证人。我国目前并未建立污点证人制度，仅通过立功、重大立功等制度对检举、揭发他人犯罪的犯罪嫌疑人、被告人给予量刑上的从宽，在应对手段日益隐蔽、技术愈加高超的犯罪形势上略显不足。

研究发现，证人出庭对贪污贿赂案件的审理影响较大，证人推翻庭前证言的比例较高。一方面是因为贪污贿赂等职务犯罪对言词证据的依赖性较强；另一方面是因为贪污贿赂犯罪中的许多证人同样涉嫌违法甚至犯罪，尤其是受贿案件中的行贿人。这些证人由于担心作证后对自身产生不利影响，通常不愿作证，甚至与被告人达成“攻守同盟”，为取得相关证言，侦查机关通常会和行贿人达成非正式的交易，以不追究其法律责任为条件换取其指证受贿人的证言。但证人出庭常常翻证，主要是因为证人心存顾虑，担心作证会对自己不利，对侦查机关的非正式承诺缺乏信任，一旦脱离独自面对侦查人员的高压环境，抗拒心理重新占据上风，当庭翻证的不在少数，这也是

<sup>①</sup> 参见史立梅：《庭审实质化背景下证人庭前证言的运用及其限制》，载《环球法律评论》2017年第6期。

贪污贿赂案件中，公诉机关不愿意证人出庭的主要原因。可以说，这种缺乏信任基础的非正式交易使公诉机关和证人都陷入经不起检验的不确定状态，影响案件事实的认定。对此，应当借鉴国外的相关实践经验，建立污点证人作证豁免制度。污点证人作证豁免制度是指国家为取得某些重要的证据或比较重大案件的证据，或者为追究首恶分子的严重罪行，对同案或其他案件中罪行较轻的罪犯作出承诺，如果他们放弃拒证权而提供某些关键的证据，将不再对其进行刑事追究。这是面对复杂多变的犯罪形势，在更大的社会整体利益和个体正义之间利益衡量的结果。

污点证人作证豁免分为两种，一种是起诉豁免，即对证人在证言中涉及的犯罪行为不再进行追诉；另一种是证据使用豁免，即不得将证人提供的证言或由此证言获得的其他信息在正在进行或随后进行的任何刑事诉讼中，作为不利于该证人的证据使用。较之起诉豁免，证据使用豁免并未完全清除犯罪污点，当公诉机关掌握了其他独立来源的证据后，仍可对其追诉，因此证据使用豁免对部分污点证人缺乏吸引力，不能有效解决部分案件侦查、取证困难的问题。但另一方面，起诉豁免有放纵犯罪的嫌疑，不符合我国刑事诉讼一贯追求实质正义的价值理念，可能不为公众所接受，容易引起质疑。因此，我国在污点证人的责任模式上不宜做单一选择，在考虑我国司法传统的同时，也必须认识到面对侦、诉机关的强势地位，为取得污点证人的信任，应当给予其较大的利益让步。

建立污点证人作证豁免制度有利于解决贪污贿赂案件、毒品案件等重大复杂案件中，被告人及其辩护人有强烈的证人出庭意愿而检察机关不愿证人出庭的矛盾，在一定程度上缓解证人证言反复多变带来的指控效果难题，有效提升公诉机关申请证人出庭的积极性和主动性。同时考虑到污点证人身份的特殊性，应当加强对污点证人的保护，进一步消除其后顾之忧。

（责任编辑：王文斌）



# 从理念重塑到制度构建：假释审判构造之检醒与变革

——以行刑社会化趋势下的权属辨析及主体复位为视角

丁瑶 张燕\*

**内容摘要** 近年来，假释面临适用率接续低位徘徊、司法审查趋于形式化且话语力度势弱、适用易受监狱部门钳制、优势效能发挥受阻等现实困境。反思假释提请中罪犯地位客体化、假释司法审查程序中诉讼构造机械化、假释适用条件中“没有再犯罪危险”存在内部逻辑冲突等原因，揭示目前假释中监狱管理部门权力未予有效制衡之实质。基于假释本质、权力属性等基本理论，罪犯人权保护系现代刑罚理念之应有之义，假释应当成为罪犯再社会化改造的应然权利和重要途径，罪犯应当享有假释提请权，而假释决定权之性质应属行刑权要素中的程序性行政权力。笔者认为，应跳出传统假释“奖励性”的认知和架构，拓展监禁刑的开放执行方式，在思辨的权力（权利）归属基础上构建科学的刑罚执行程序。建议赋予罪犯假释提请权，构建由假释委员会决定是否假释、法院提供司法救济、检察机关全程监督的模式，实现人权保护、权力制衡和刑罚效能有机统一的假释制度价值。

**关键词** 假释 司法审查 假释委员会 职权重构

中图分类号：DF73 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)03-096-107

“目前我国监狱假释罪犯的比例明显偏低，只有约2%的假释罪犯，今后要大幅度提升”。<sup>①</sup>假释制度将成为刑罚执行的重要改革方向，而日渐成熟的社区矫正制度亦将

\* 丁瑶，华东政法大学2019级经济法博士研究生，山东省济南市槐荫区人民法院法官助理；张燕，新疆警察学院法律系副教授。

① 参见2018年3月3日司法部部长张军在“两会”的“部长通道”上接受媒体采访时的讲话。

给此项改革以有力支撑。然而，假释作为关涉法院、监狱管理部门、检察院以及罪犯等多方主体的制度设计，其改革必然牵一发而动全身。考察目前刑罚执行过程中存在的减刑与假释适用倒挂、法院对假释审查的作用虚化等问题，有必要对假释程序中各方角色、假释制度的应然效能等进行反思，理顺其中涉及的权利要素与权力配置，以实现人权保护、权力制衡与教育改造效果相统一的制度价值。

## 一、问题检视：假释审查与适用之困境

### （一）假释适用率接续低位徘徊

假释适用率畸低的问题一直备受关注。因假释与减刑在适用条件、适用对象、适用程序、底线刑期等方面皆具有相似性，在适用率方面有一定可比性，故笔者分别考察S省、Y省<sup>①</sup>2015年至2017年近三年减刑、假释案件数量如图1、图2所示，并计算两省近三年减刑、假释案件数比率如表1所示。

图1 S省2015年至2017年减刑、假释结案数

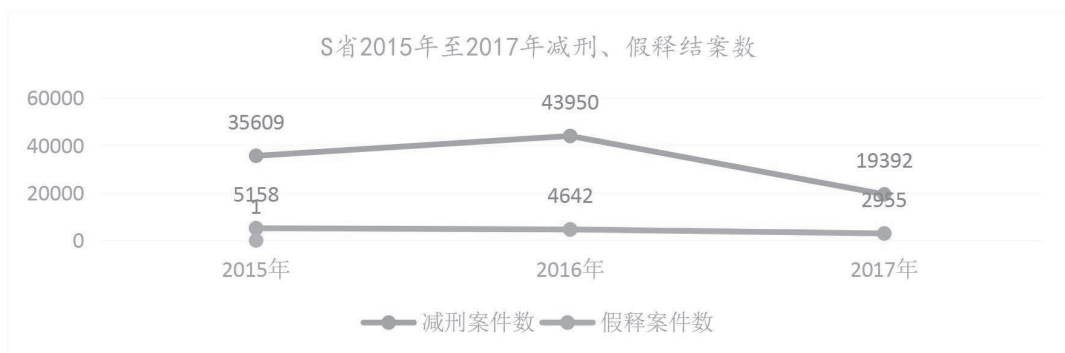
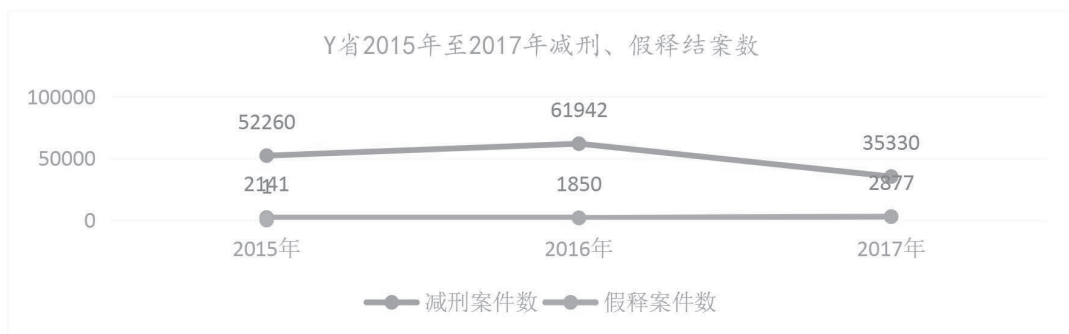


图2 Y省2015年至2017年减刑、假释结案数



<sup>①</sup> S省系我国东部沿海大省，Y省系我国西南部大省，选取两省进行考察，可减轻地域性因素带来的偶发性，增强数据的代表性。



表1 S省、Y省近三年减刑与假释案件数比率(倍数)

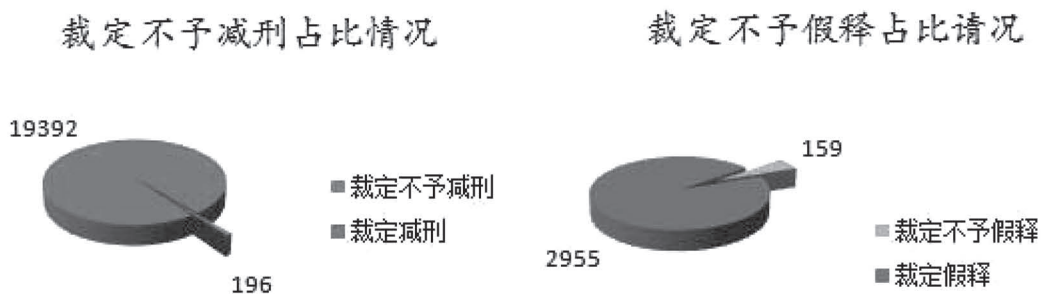
	2015年	2016年	2017年
S省	6.9	9.5	6.5
Y省	24	33.5	12.3

可见两省减刑案件数皆多倍于假释案件数,尤其Y省2016年减刑案件数高达假释之33.5倍,S省2017年的减刑假释相比倍率最低,但也高达6.5倍。古罗马法学家乌尔比安在《论尤里亚和帕比亚法》中曾说“已决案被视为真理”,<sup>①</sup>减刑适用率如此之高,屡次在实质上缩短原判决确定的刑种或刑期,在一定程度上实则系对司法既判力的挑战。减刑、假释在教育、激励罪犯改过自新方面都有激励效能,而在防止再犯、帮助罪犯回归社会方面,后者发挥的作用更加显著。但是,实践中却存在减刑适用率远高于假释适用率的倒挂现象,该问题应深度反思。

## (二) 司法审查形式化且话语力度势弱

笔者考察S省2017年裁定不予减刑、假释的占比情况如图3所示,同时考察Y省2015年至2017年对“三类罪犯”<sup>②</sup>的假释情况如图4所示。由图3可见,监狱管理部门提请减刑的数量远高于假释的数量,且对于监狱管理部门提请的减刑与假释,法院的核准率分别高达99%和94.9%;而图4更加直观地展现:即使对从严控制假释的“三类罪犯”案件,法院近三年对其假释核准率亦分别高达87.9%、98.0%、89.1%

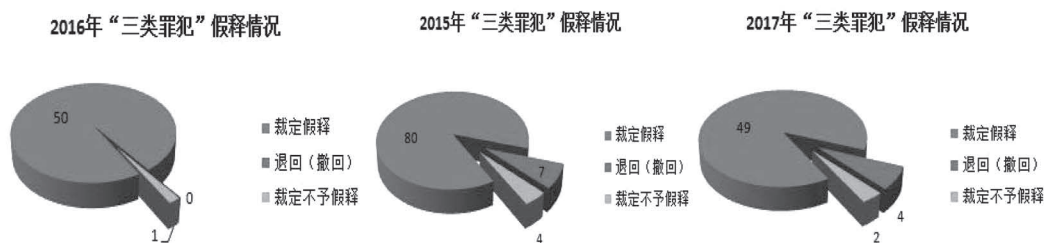
图3 S省2017年裁定不予减刑、假释的占比情况



<sup>①</sup> 转引自张建伟:《刑事司法体制原理》,中国人民公安大学出版社2002年版,第377页。

<sup>②</sup> “三类罪犯”系指职务犯罪、破坏金融管理秩序和金融诈骗犯罪、黑社会性质组织犯罪,根据《最高人民法院关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》,该三类罪犯之假释应当从严控制。

图 4 Y 省 2015 年至 2017 年“三类罪犯”假释情况



结合上述数据分析可见，现阶段假释司法审查中实质性审查缺位、庭审程序虚化。除依照《最高人民法院关于减刑、假释案件审理程序的规定》等必须开庭审理的情形外，法院多仅根据刑罚执行机关提交的书面材料进行形式审查，对罪犯是否符合假释要求并无直观性、亲历性感受，裁定不予减刑、假释占比较低。囿于异地服刑等现实条件制约、审查模式形式化等程序失灵之弊端，法院对监狱管理部门之提请给予否定性回应的事实依据不易获取，从而导致假释申请不免沦为从法院“走过场”之嫌疑，假释源头的权力松动甚至腐败问题得以掩盖、责任被多方主体分担而难以追究始作俑者。法院在刑罚执行过程中的话语权未与其职责相当，该司法审查模式不但未能起到制衡监狱管理权力之制度初衷，反而可能成为监狱管理机关权力异化之“保护屏障”。

### （三）假释之优势效能发挥受阻

现行刑法执行模式对罪犯改造并非成本效果之最优。一方面，减刑指向完全自由状态而假释指向相对自由状态，对于自由的理智人而言，减刑相比假释的直接激励性刺激较强，但对仍处于监禁状态的罪犯而言，其激励作用的差异并不明显。故只要设定的目标足以起到激励效果即可，在监禁刑的教育、改造制度设计上不必舍本逐末——以牺牲司法既定效力和减刑后再次犯罪的社会风险作为“认真遵守规训、接受劳动改造”的奖励对价；相反，只要有相对完全监禁刑而言的“准自由”状态之激励，如假释制度之有考验期的自由、美国归假制度<sup>①</sup>之暂时自由，都可激励处于监禁刑之罪犯认真改造。另一方面，减刑意味着罪犯从完全封闭的监禁状态直接到恢复自由状态，其间无任何监督或者再社会化的过渡期，其再犯风险将大大提高。据统计，天津市2005年、2006年、2007年释放后一年内重新犯罪人数占有重新犯罪人数的比例分别为29.8%、26.9%、38.5%。<sup>②</sup>而运用美国爱荷华州社区矫正人员重新犯罪风险评估表对上海市三个区的社区矫正人员进行重新犯罪风险评估，结果显示接近八成社区矫

<sup>①</sup> 美国于20世纪60年代确立罪犯归假制，即给与符合相关条件的罪犯48小时或72小时之归假机会使其逐步适应社会生活。

<sup>②</sup> 参见王志强：《重新犯罪实证研究》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2010年第5期。



正人员无重新犯罪风险，接近两成的社区矫正人员风险很小，仅有2.8%的人有中度的重新犯罪风险。<sup>①</sup>可见，释后“安全阀”的监督对罪犯本人和社会公共利益都是一种必要保护，但现状却并非如此。

## 二、追根溯源：假释制度适用不畅之原因

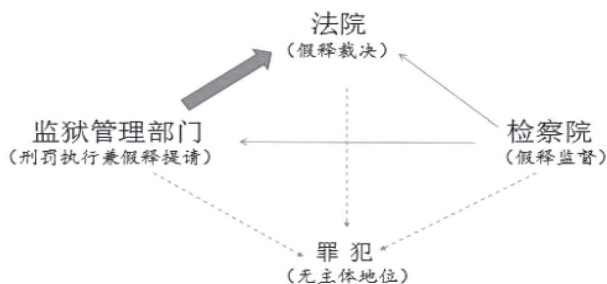
假释适用率缘何持续低迷，既有立法价值指引偏向、适用标准可量化程度、配套制度依赖性及完善程度等外部性因素，亦有假释提请、审查、审判构造等结构性因素。考虑到前者已有诸多研究成果，且囿于篇幅所限，本文着重选取后者为研究重点。

### （一）假释提请——罪犯地位客体化

现行模式下，假释由刑罚执行机关作为程序发起主体向法院提请。罪犯无提起假释申请的权利，而是由监狱管理部门依照各省制定的罪犯奖惩办法等，根据罪犯的劳动改造表现计分后向法院提请，是否“认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现”完全通过刑罚执行机关根据量化后的计分标准以罪犯的行为进行判定。罪犯对假释程序的启动无主动性可言，在司法审查视野中亦无争取其权利之话语地位，完全成为程序客体。一个人在国家裁判机构对其作出有利或不利裁判时，应当至少能够处于可与裁判者就如何对待他的问题进行理性地协商的地位，使其作为人的尊严得到充分尊重。<sup>②</sup>而现有模式下，罪犯作为假释制度的直接利害关系人，在该程序中却无任何理性对话的主体地位，审判构造主体设计与价值对象不匹配，罪犯的基本人权保障难以体现。

### （二）假释司法审查——诉讼构造机械化

目前的假释庭审构造存在结构性缺陷，其系由刑罚执行机关申请、法院裁判、检察院监督，三方共同决定罪犯能否适用假释、罪犯无诉讼主体地位的无对抗式“非典型线性结构”庭审模式<sup>③</sup>。现行假释审查审判构造如图5所示：



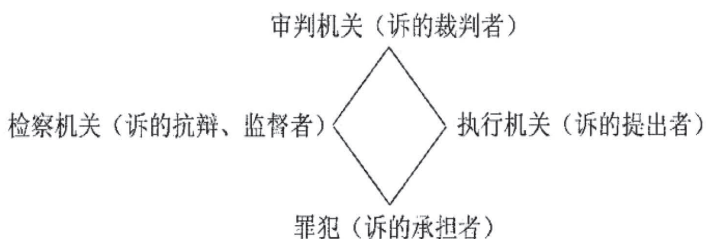
<sup>①</sup> 参见李光勇《社区矫正人员重新犯罪风险评估与预防——基于上海市三个区的问卷调查》，载《中国人民公安大学学报（社会科学版）》2013年第5期。

<sup>②</sup> 参见陈瑞华：《程序正义论》，载《中外法学》1997年第2期。

<sup>③</sup> “线性结构”实际上是将诉讼视为一种“双方组合”，一方是作为整体的国家司法机关，另一方为被告人（罪犯），各司法机关一体化，积极、主动地推进司法活动。（参见杨建广主编：《刑事诉讼法》，中山大学出版社2001年版，第89-90页。）笔者将其称为“非典型线性结构”原因在于罪犯在此审判构造中并无直接诉讼主体地位。

有学者评价该模式为：类似于我国古代的“三司会审”，是古代官员断狱的模式，缺少起码的抗辩，还谈不上现代诉讼，庭审难免流于形式。<sup>①</sup>虽然假释案件从立案、庭审到文书全程公开，对审查过程中的渎职甚至腐败现象有明显遏制作用，但由刑罚执行机关提请、法院审查、检察院监督的非对抗式假释庭审模式，并没能发挥各方应有的作用，结果往往是刑罚执行机关的假释意见多被法院采纳，法院陷入判而无审、错位担责的尴尬局面，检察院“旁观”庭审、很难也几乎不提出异议。为解决上述问题，其设计如下如下审判构造模式，如图 6 所示。

图 6 假释开庭“菱形结构”之审判构造模式



笔者认为，上述审判构造只是为迎合诉讼之对抗特征，将假释涉

及的各方“机械组合”为对抗模式，忽略刑罚执行机关作为罪犯的管理部门，并非“假释诉请”之根本权利方，亦无提出诉请之原动力，“程序参与者如果缺乏立场上的对立和竞争，选择只意味着对一种方案的选择时，就有悖正当程序的本性，程序的设置就毫无意义”，<sup>②</sup>故其与检察机关并不能构造真正意义的诉讼对抗。相反，二者在一定程度上实为“统一战线”，作为国家强制力或公共利益的代表，共同对犯罪进行打击或对罪犯进行改造，故该种模式只会导致“有形无实”。现行假释审查模式导致诸多职能因权力归属未予理顺而被架空，原因并不在于法院或检察院未尽职责审查，笔者亦无意倡导法院应驳回刑罚执行机关的假释意见或检察院应尽可能多的提出异议。痼疾更多在于假释庭审格局的三方并非相互制约、抗衡的利益主体，假释功能与庭审价值的指向不同轨，故而应回归程序设计的本源——对现行假释审查模式的适格性进行重新考量。

### （三）假释条件——“没有再犯罪危险”内部逻辑冲突

首先，“人身危险性”和现行假释适用条件之“没有再犯罪危险”系两个不同范畴，以后者为标准确定假释期间与假释制度本身之价值追求相矛盾。<sup>③</sup>一方面，前者系对罪犯犯罪前的影响因子、刑罚改造表现中以及假释后预测等全过程进行整体性、动态可量化之评定，对据以判定罪犯能否被假释以及假释期限等有决定性作用；而后者更

① 参见刘天响：《减刑、假释开庭审理形式化之检讨》，载《中国刑事法杂志》2011年第11期。

② 参见张文显：《法理学》，高等教育出版社1999年版，第138页。

③ 参见柳忠卫：《假释本质研究——兼论假释权的性质及归属》，载《中国法学》2004年第5期。



偏重对结果的定性，有静态化、固化、难以量化等操作性弊端。另一方面，且不论有无再犯罪危险的衡量标准是否可靠或可量化，单就该条件的设定而言，即存在逻辑上的悖反。若罪犯有再犯罪的危险，自然不应当将其假释；而既然罪犯已被假释，其应当满足无再犯罪危险之前提，而设定假释考验期的初衷之一——防止再次犯罪将丧失依托。故“没有再犯罪危险”不应成为假释制度的前提条件，而应当作为假释的价值追求，相应地，“人身危险性”之高低应成为是否假释以及假释期限之衡量标准。

其次，由司法认定“没有再犯罪危险”，面临操作层面和实践结果的双重挑战。即便“没有再犯罪危险”这一标准具有可量化性，假若某罪犯直至刑罚执行期满仍有再犯罪的危险，则假释制度对其无任何意义，假释社会化改造等价值落空；若某罪犯经考核认定已无再犯罪危险而被假释，但假释期间又犯新罪，则“没有再犯罪危险”考量标准和法院作出的假释裁判将都面临质疑和动摇。

假释之最直接获益者罪犯无权提请，假释司法审查易被架空，对假释的适用率高更低更多地受监狱管理部门提请权钳制。这亦是监狱管理部门权力异化的重要因素。综上，如何实现权力有效制衡、罪犯权利保障与刑罚效果的有机统一，应回归权力（权利）源头进行归位分析。

### 三、理论追踪：本质回归下的假释权属性质

有学者认为目前假释适用率低主要系该制度的结构性缺陷所致，通过听取检察机关、刑罚执行机关、被害人以及罪犯等方面的意见以加强言辞审查，从而增进法院审查实质性与反腐败机能。<sup>①</sup>因而近几年最高法院、最高检等纷纷联合发文，纠正减刑、假释形式化的种种弊端。<sup>②</sup>但笔者认为，增进法院审查的实质化举措只是在现有制度框架内开展的符合现代刑事诉讼理念的实然性优化改造，并未触及制度的应然层面，即从其本质属性出发进行结构性反思。

#### （一）罪犯人权保护：现代刑罚理念下假释本质之应有之义

对假释本质认识的偏差会导致假释运行机制不畅，影响假释功能的有效发挥，进而妨碍刑罚目的的顺利实现。<sup>③</sup>这是假释程序构造的理论依据，也直接关系到假释的提请权、决定权等由哪方行使。

<sup>①</sup> 参见陈永生：《论减刑、假释裁决权之归属》，载《中国刑事法杂志》2007年第4期。

<sup>②</sup> 如最高人民法院《人民检察院办理减刑、假释案件规定》；最高人民法院《关于减刑、假释案件审理程序的规定》《关于办理减刑、假释案件具体应用法律的规定》等。

<sup>③</sup> 参见柳忠卫：《假释本质研究——兼论假释权的性质及归属》，载《中国法学》2004年第5期。



关于假释本质的学说探讨有恩惠说<sup>①</sup>、刑罚执行方式说<sup>②</sup>、刑罚消灭形态说<sup>③</sup>、假释权利说等。上述学说产生于不同的时代与历史背景，囿于现实需求及观念视野，各具其合理性。但随着国家法治文明、现代刑法思想及人权保障理念的发展，刑罚报应论难以涵盖所有刑罚目的，故恩惠说与刑罚消灭形态说已不符合现代法治理念要求，国家对罪犯的刑罚观念由已绝对的“命令——服从”关系嬗变为相对的“权利——义务”关系。<sup>④</sup>国家对罪犯有剥夺、惩罚的权利，也有教育、扶助的义务，正如我国台湾学者张甘妹所言：“从前的假释具有恩典的性质，即对于一定期间能保持优良成绩者予以假释的恩惠。但在今日，假释已被视为受刑人之权利。”<sup>⑤</sup>相比而言，我国假释制度目前仍处于“恩惠说”的理念构架下，该模式与现代刑罚理念尤其对罪犯人权保护及刑罚改造效果等已不相适应。至于“刑罚执行方式说”，“这种解释是对假释制度法律特征的一种描述，这种特征描述从立论、解释等方面看是很有见地和说服力的。但制度的特征与制度的本质是两个不同的范畴”。<sup>⑥</sup>但从另一方面，该说从特性角度论证了假释决定权的归属问题。

## （二）再社会化改造：目的论导向下假释制度之应然走向

刑罚对罪犯的最初功能在于惩罚与报应。随着刑罚功能的演进，教育、改造罪犯上升为刑罚之目的，惩罚仅作为手段，刑罚的执行实为从对罪犯施予强制惩罚向引导罪犯自觉接受改造的过程，这一观点逐步成为理论共识。<sup>⑦</sup>假释制度的确立也是顺应教育、改造目的论之产物。正如高铭暄教授所言，1979年《刑法》正式确立假释制度，“是为了达到有效改造罪犯的目的”。<sup>⑧</sup>但是，随着罪犯释后重新犯罪问题凸显，人们对矫正效果提出了质疑，20世纪60年代，美国总统约翰逊提出建立犯罪控制问题专门研究小组，该小组提出了应重视帮助服刑人员重返社会的意见，于是“重返社会理论”成为刑罚理论发展的进一步深化。<sup>⑨</sup>重返社会理论相比传统的教育改造理论有显著不

① 恩惠说认为假释如同赦免一样，是国家对受刑人的恩典，即对于服自由刑的受刑人，如果在服刑期间长期保持良好的行为状态，则由国家赐与其在刑期届满前提前释放，以作为对其良善行为的一种奖赏。参见许福生主编：《刑事学讲义》，台湾国兴印刷厂2001年版，第147页。

② 刑罚执行方式说把假释当作自由刑的执行方式，指国家为减轻监狱人口压力，使自由刑的受刑人不致因拘禁而产生与社会脱节的负面影响，因而采用假释制度，让在监狱服刑表现良好的受刑人回到正常社会中继续执行未执行完毕的刑期，以符合社会内处遇的理念。参见许福生主编：《刑事学讲义》，台湾国兴印刷厂2001年版，第147页。

③ 刑罚消灭形态说认为假释与缓刑在性质上是相同的，缓刑。对犯罪人全部刑期的缓期执行，假释可以视为对受刑人部分刑期的缓期执行，其差异不过是刑罚的“部分”或“全部”刑期的缓期执行而已。参见许福生主编：《刑事学讲义》，台湾国兴印刷厂2001年版，第147-148页。

④ 参见张绍彦：《刑罚实现与行刑变革》，法律出版社1999年版，第30页。

⑤ 张甘妹：《刑事政策》，台湾三民书局股份有限公司1979年版，第180页。

⑥ 柳忠卫：《假释本质研究——兼论假释权的性质及归属》，载《中国法学》2004年第5期。

⑦ 参见王利荣：《行刑法律机能研究》，法律出版社2001年版，第162页。

⑧ 高铭暄：《中华人民共和国刑罚的孕育诞生和发展完善》，北京大学出版社2012年版，第71页。

⑨ 参见翟中东：《矫正的变迁》，中国人民公安大学出版社2013年版，第105页。



同。前者主张通过帮助罪犯适应社会,以渐进释放、社区帮扶、职业技能培训等方式,促使其融入社会;后者侧重于矫正犯罪人的犯罪习性,通过思想教化、强制劳动等方式,使罪犯悔改、无再犯罪危险。<sup>①</sup>

故传统的报应刑或教育刑理论侧重于对罪犯的惩罚、思想教化,但对长时间处于监禁状态的罪犯而言,其与社会的隔离必然导致作为常人之社会属性的丧失。正如边沁曾经指出:“一个罪犯在服完监禁期后,不应该未加监视和考验地重返社会。将其突然从一种监管与囚禁状态转向无限自由状态,抛入孤立个人的欲望与需求之中,处在由无限私欲浸透的诱惑里,这是一种应该引起立法者关注的粗心与残忍。”<sup>②</sup>对罪犯的再社会化改造,不仅是罪犯的应然权利、现代法治国家的义务,也是社会稳定之必然要求。而假释则是顺应这一现实需求的最佳制度选择。就目的论而言,假释的价值指向和效能优势更侧重于罪犯的再社会化改造,进而达到预防重新犯罪的效果。就罪犯权利而言,随着人权保护进入刑罚执行视野,罪犯应享有通过正当程序获取再社会化改造的提请机会。

### (三) 假释决定权:行刑权要素中的程序性行政权力

关于假释决定权的归属存在较大分歧,有观点认为应属司法措施由法院行使,<sup>③</sup>这是大陆法系国家的法律传统;有观点认为应属行政措施而归刑罚执行机关行使,<sup>④</sup>这是英美法系国家的普遍模式。笔者认为,且不论诸多学者据引论证的假释权主动性、效率优先性、非交涉性等区别于审判权的被动性、公平优先性、交涉性等论据,就笔者前文论述的假释制度的权利——义务性之本质、刑罚执行方式之特性以及再社会化改造之目标等,亦可表明该制度应归属于刑罚执行体系,而非审判权属性或审判权的延伸。刑罚权包括制刑权、求刑权、量刑权和行刑权,法院的量刑权在刑事裁判文书生效之时即已完成,假释不涉及对既定刑罚的变更,而是行刑权即监狱管理过程中有关执行方式的程序性权力,其本质是一种行政管理活动。而“刑事诉讼是一种以解决被告人刑事责任为目的的诉讼活动”,<sup>⑤</sup>故是否适用假释无需由法院进行判断,否则只会徒增审判权的泛化,不仅被实践证明其对权力制约失灵,反而造成职权分散、权责不匹配。故将假释决定权交由刑罚执行机关更为妥当。至于假释决定权的性质,应将其归结为行政活动。正如陈兴良教授所言:“行刑是一种司法行政活动,因而行刑权属于行政权的范畴而不具有司法权的性质,这也是行刑活动与定罪量刑审判活动的根本

① 参见张亚平:《减刑、假释的目的反思与制度变革》,载《现代法学》2015年第6期。

② [英]吉米·边沁:《立法理论:刑法典原理》,李贵方等译,中国人民公安大学出版社2004年版,第204-205页。

③ 参见张亚平:《法国减刑、假释程序司法化之演进及其启示》,载《法商研究》2014年第5期。

④ 参见马进保:《减刑假释归属问题研究》,载《中国刑事法杂志》2005年第1期。

⑤ 陈瑞华:《法律程序构建的基本逻辑》,载《中国法学》2012年第1期。

区别之所在。”<sup>①</sup>

综上，笔者认为，从现代刑罚目的之再社会化改造、罪犯权利之假释制度本质以及假释决定权之行政属性可知，再社会化改造是刑罚执行过程中的应有之义，系罪犯之固有权利，罪犯应享有将该权利实然化之主体地位；而对罪犯是否以及如何进行再社会化改造，在刑罚执行体系内即可达至，无需审判权进行判断。

#### 四、假释程序中的职权重构与权能配置

针对目前刑罚执行过程中存在的问题，结合上述分析，笔者认为应当赋予罪犯以假释提请权，并构建由假释委员会决定是否假释、法院提供司法救济、检察机关全程监督的模式，在思辨的权力（权利）归属基础上构建科学的刑罚执行模式。

##### （一）设立假释委员会：假释决定权之职权重构

根据权力的运行规律和特征，保证权力运行的制约与高效，建议在司法部门归口下设假释委员会。国家级假释委员会为司法部下与监狱管理局、社区矫正局相配套的司局机关，主要负责制定假释审查规则和程序，审查少数需要由其作出决定的案件；省级部门以下假释委员会负责其所在行政区划内的假释审查、决定与撤销，并对此负责。

假释委员会通过审查罪犯服刑期间的改造情况，综合考虑其所在社区意见、被害人意见、家庭状况、社会关系、经济状况等，确定是否达到假释条件以及何时适用、适用限度等。假释委员会对罪犯的改造情况审查以实质审查为主、书面审查为例外，通过假释听证、实地问讯罪犯本人、随机问讯同监人员、向狱政管理工作人员征询情况、审核服刑期间的表现等书面材料等方式，综合审查罪犯是否符合假释条件。若罪犯在服刑期间或假释考验期内有违法违规行为，假释委员会应依职权撤销对罪犯的假释批准。通过这一程序理顺，将罪犯的服刑监管、教育改造、再社会化矫正、刑满释放等一系列刑罚执行统归司法部下属的各刑罚执行部门负责，一方面便于程序的衔接配合，不同部门负责刑罚执行之各阶段，亦能起到权力监督、制约之效能；另一方面亦使权责更加明晰，避免了目前法院形式化审查、错位担责的现实困境。

针对目前我国采用的酌定裁量假释单轨制，为扩大假释的适用范围，可将假释区分为法定假释与酌定假释。法定假释即罪犯服刑达到一定条件后，无需假释委员会进行实质性审查即可获得假释的制度。<sup>②</sup>通过法定假释的设立，减少决策者主观任意性

<sup>①</sup> 陈兴良：《陈兴良刑法学教科书之规范刑法学》，中国政法大学出版社2003年版，第254页。

<sup>②</sup> 参见刘政：《扩张非监禁刑视野下的假释政策宽缓化初探》，载《法学论坛》2016年第2期。



或刑事政策不稳定性对罪犯假释权利的戕害。

另外，检察机关应发挥假释程序中的监督作用，假释决定权归口刑罚执行部门，亦便于检察机关有针对性地进行集中监督。而为保持生效裁判的权威性与稳定性，减刑职权仍应归法院行使，并严格谨慎适用。

## （二）假释权利之复位与理顺

### 1. 假释提请权之主体

在许多国家，假释提请权已为罪犯所普遍享有，且其提请程序已日臻完善。如在美国等假释适用率高的国家，多数罪犯在刚入狱时即在工作人员的指导下制定假释计划。<sup>①</sup>笔者认为，应当赋予被判处一定刑期有期徒刑的犯罪分子假释申请权。假释不当然适用于所有被判处有期徒刑的罪犯，依法不允许假释的，因其人身危险性等因素不宜进行假释，但可选择较假释更严格的再社会化改造方式；被判处刑期较短的罪犯，因其与社会隔离时间较短，亦无需进行假释改造。罪犯通过服刑期间的考核，达到一定标准者可向假释委员会提交假释申请书。假释提请权在服刑期间可多次行使，且不以假释委员会已审批通过的次数为限，但不应突破法定底线刑期的限制。以此增进罪犯的改造积极性，增强假释制度的弹性。

确立罪犯在假释提请中的主体地位，不仅给予罪犯实体与程序的双重权利，亦可对监狱管理部门的权力形成制约，使监狱管理部门专司监禁刑管理，至于刑罚执行中的实体性、程序性决定事项，应进行彻底的权力剥离。

### 2. 假释代理与狱政管理部门代管之提请双轨制

为畅通罪犯假释提请权之行使空间，一方面可由罪犯自行经由监狱管理部门向假释委员会提起假释申请，另一方面在刑罚执行阶段可引入律师代理制度，并建立相应的法律援助机制。律师的代理范围包括但不限于假释代理申请，服刑期间的假释计划制定、假释考验期内的矫正与咨询、对罪犯的改造情况出具法律意见书等，都可进行法律服务。相应地，律师对其提供的法律服务尤其对出具的法律意见书，应承担相应法律责任。罪犯有权获取律师的假释法律帮助，激励罪犯积极在法律的框架内进行改造，律师对其假释代理行为负责，亦形成一种对罪犯和律师的双向约束机制。

## （三）假释权利之司法救济

对于假释权利有无救济之权能，学者有不同观点。有观点认为，从权利的权能构成及应然层面看，应当赋予被假释者假释权利撤销的正当程序性权利救济。<sup>②</sup>而亦有观点认为，即便在认可假释决定权为行政性权力的语境下，应适用行政法中“特别权

<sup>①</sup> 参见战玉祝：《扩大假释适用的理论正当性分析》，载《山东审判》2018年第2期。

<sup>②</sup> 参见朱伟临：《论“假释权利说”导向下的假释撤销程序》，载《法学》1997年第1期。



利关系”理论<sup>①</sup>，罪犯与行刑机关存在着因自己的犯罪行为而产生的强制性管理与被管理关系，罪犯不应享有假释司法救济权。<sup>②</sup>

笔者认为，有权利必有救济。对假释权利的侵害涉及假释提请审批环节和考验期内的假释撤销：对假释委员会作出的假释决定不服的，虽然罪犯与监狱管理部门存在强制性管理关系，但二者并无人身关系隶属性，而罪犯与假释委员会更无管理关系，故罪犯有权寻求司法救济。对于假释的撤销，罪犯因适格于假释条件而获得假释权利，其即实际享有相当宽泛的自由，此为法律所赋予的刑罚教育、矫正之内蕴。“我们无法想象更不会同意：公民（即使他是罪犯）面对一旦成立即会剥夺其原依法所享有的权利（即使它是不完全的）的指控，……仅仅只是一个被动的无任何法定司法抗辩地位和权利的待决客体的司法程序是合适的和公正的”。<sup>③</sup>故对假释之撤销，罪犯亦可寻求司法救济。而在假释权利司法救济程序的设计方面，应由罪犯和假释委员会作为诉讼两造，由法院对假释委员会作出的决定进行程序性和实体性审查。法院有权对是否假释或撤销假释作出司法裁判，同样，当事人若对一审裁判不服，亦有上诉的权利。

## 结 语

在国家对罪犯的刑罚观念向相对“权利——义务”关系嬗变的趋势下，在重返社会理论为刑罚执行注入新思路的时代背景下，对国家权力与公民权利进行平衡，赋予罪犯主体地位，跳出对假释方式、价值的传统认知，填充以行刑社会化新内涵，该改革思路可资借鉴。回归属性本质审视裁判权与执行权的分离与制衡，明晰刑罚执行之权能分配及假释责任归属，畅通部门衔接，罪犯的再社会化改造与再次犯罪预防之效能将得到彰显；且在社区矫正等配套制度日益完善的现代法治社会，其可行性将进一步提升。

（责任编辑：王文斌）

<sup>①</sup> “特别权利关系”理论起源于德国，其核心内容是：基于行政机关与管理相对人之间存在特殊的管理与被管理关系的，免于司法救济。

<sup>②</sup> 参见潘法律：《假释权性质的新认识与行使机关改革》，载《学术研究》2003年第5期。

<sup>③</sup> 朱伟临：《论“假释权利说”导向下的假释撤销程序》，载《法学》1997年第1期。





# 数罪何以难并罚

——以诉讼程序中移送规则的缺失为视角

方燕\*

**内容摘要** 数罪并罚作为对一人犯数罪行为予以并案处罚的刑罚制度，适用前提是并案审判；而并案审判的前提，则需要首先解决案件、行为人如何移送、谁向谁移送的问题。司法实践中，由于移送规则的空白，经常出现被告人的多个犯罪案件移不出去、也不愿接收的现象，以致基层法院审理的绝大部分案件很难完成数罪并罚。法院在受理案件时，经常发现侦查机关消极等待行为人服刑完毕，再以单独案件起诉从而将数罪并罚虚置化的变通做法；在审理案件时，也经常因被告人被异地立案侦查起诉，正审理的案件只能采取将数罪并罚协商化的办案模式。由于数罪并罚案件缺少重要的诉讼程序环节——移送规则，以致他罪追诉机关、审判机关在办理跨省、市、区的一人多罪案件时，享有广泛的移送与否、接收与否的自由裁量权，这对于打击犯罪、保障人权和维护司法权威、提高司法效率与司法公信都是极为不利的。本文通过访谈法、案例分析法等，比较在便宜行事规则下，将数罪并罚虚置化和协商化两种变通办案模式的成本收益，最终得出以数罪并罚根本落实为出发点，兼顾法的公正与效率要求，实行分案审理和制定移送实施细则相结合的解决路径，并提出了审判中心主义原则下由法官保障数罪并罚制度落实的赋权设计。

**关键词** 数罪并罚 分案审理 移送规则

中图分类号：DF613 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)03-108-118

近年来，基层法院受理同一被告人跨省市流窜作案、取保候审期间或缓刑执行期间又犯新罪案件比重不断增加，对此被告人进行数罪并罚时必然面临案件的程序流转问题，但当前我国刑法理论体系和实务研究中没有关于并罚案件、被告人的移送、

\* 方燕，山东省威海市环翠区人民法院法官助理。

流转的相关规定。<sup>①</sup> 由于移送规则的空白，司法实务中无法解决案件、行为人如何移送、谁向谁移送这些程序问题，以致经常面临案件移不出去、也不愿接收的现实难题。为完成一人多罪案件的办理，在移送程序缺失的情况下，司法实践中出现了将数罪并罚虚置化和可协商化的变通做法。运用法经济学中成本收益分析方法进行研究，发现两种变通做法均不可取，但有一定的借鉴意义。对于如何更好地落实数罪并罚制度，并兼顾公正与效率的司法要求，笔者首先提出要在审判中心主义原则下由法官保障数罪并罚制度落实的赋权设计；其次，实行分案审理与制定移送实施细则两步走的路径设计。

## 一、移送规定缺失下数罪并罚案件的现实难题

近两年来，基层法院刑事法官在受理案件时，经常发现侦查机关消极等待行为入服刑完毕再以单独案件起诉的情况；在审理案件时，也经常发现被告人被异地立案侦查起诉审理的情形，这些审前或审中发现的被告人因在多地存在多个犯罪事件或又犯新罪的情形，对其进行刑事处罚，就涉及并案审判、数罪并罚问题。

### （一）需移送的数罪并罚案件数量增多

刑事法官在反映审判实践难题时，多次提及受理的因被告人在取保候审期间被发现在异地有漏罪或又犯新罪的案件不断增多。根据现有法律规定，被告人被异地侦查机关采取强制措施后，本院正在审理的案件就需要等待异地涉及被告人的案件侦查完毕后，对被告人的数罪进行并案审理，实现数罪并罚，因此，案件极难在二至三个月的审限期内结案，有些案件因为等待时间过长超过6个月或12个月就会被列为长期未结案件予以通报。以W市H区人民法院为例，2016年共受理刑事案件650件，其中因被告人在异地有漏罪或犯新罪需移送的数罪并罚案件有4件；2017年受理刑事案件581件，其中需移送的数罪并罚案件有9件；今年上半年，受理刑事案件255件，其中需移送的有7件，此类案件数量在刑事案件收案数量上的占比从0.6%上升为2.7%，可见其上升趋势明显，已成为基层刑事法官面临的不可忽视的现实问题。

### （二）应移送的数罪并罚案件难以移送

案例一<sup>②</sup>：2017年3月份，被告人林某因涉嫌危险驾驶罪被公诉至S省W市H区人民法院。林某取保候审期间被S省Q市G区公安机关立案侦查并依法逮捕，W市H区人民法院法官得知这一情况后立即中止案件审理，与Q市G区公安机关进行联系，后得知案件进入Q市G区检察院后又多次与检察院联系，欲向G区公安、检察机关移送案

<sup>①</sup> 通过万方数据搜索近两年有600余篇数罪并罚的实体文章，其中张明楷教授专门发表《数罪并罚的新问题——刑法修正案九第4条的适用》一文，就量刑、折抵、缓刑等进行详细阐述并一一举例说明，然程序性文章同种方式搜索仅显示有3篇章，展开阅读并没有可操作性的程序性规定。

<sup>②</sup> 参见山东省威海市环翠区人民法院（2017）鲁1002刑初195号刑事案卷。



件但对方表示无法接收，H区的案件就无法移送，一直处于中止状态。

被告人不到庭案件无法继续审理或宣判；无正当理由案件亦不能退回检察院；法官发现被告人有漏罪，需要进行并案审理。而并案的前提就需要完成案件、被告人的移送工作，但法官在准备案件移送时却发现当前我国法律法规、规范性文件中均没有成文的移送细则，此时，法官如何完成案件的移送就成为无法逾越的程序性障碍。为此，法官多抱着工作需要，希望对方多加关照的心态，积极联系对方公安、检察机关或法院，希望能将手中的案件移送出去，但在联系过程中法官普遍发现无论是外地侦查机关还是法院均对自己的移送请求置之不理，答复多为没有此项职能、没有移送规定、手续无法办理等，因此，在异地侦查、审判机关不配合时，案件就无法移送出去。当前，有案难移的现象已成为基层法院刑事法官的常见难题。

### （三）对移送来的数罪并罚案件不愿接收

案例二<sup>①</sup>：2017年8月份，被告人杨某、李某等三人因涉嫌故意伤害罪被公诉至W市H区法院。案件审理期间，W市J区公安机关发现被告人杨某有漏罪需侦查起诉，因此要求H法院等待他们侦查完毕后移送至H法院一并审理，但H法院案件已经开庭完毕，法官面临案件审限届满且其他被告人需尽快判决，被害人强烈的追诉请求，故对J区公安机关的移送请求表示无法接收。

法院不能直接受理异地公安机关移送的案件，即使案件到了法院阶段，也只能参照指定管辖的方式来选择并案审理的法院，这种做法操作起来较为复杂，尤其是跨省的犯罪行为，得层层报送，通过最高院指定，此种做法缺乏可操作性且案件的审限会被无限拉长。对于被移送来的案件，接收案件的法官往往面临：审限的计算是以本案受理时间开始还是以移送后的时间重新计算？等待侦查的时间内如果出现被告人找不到、意外死亡等不可控局面，案件如何进行等一系列审判前问题。审判过程中，法官若发现证据不充分，要由谁补充侦查？对侦查机关来说，案件应该由犯罪地侦查，毕竟要侦破刑事案件，取得充分证据，当地机关侦办起来要容易得多。而且，当前也没有移送的成文规定，没有成文规则的约束，相关机关便会认为接收案件不是己方之法定职责。因此，针对请求移送的案件司法实务中没有人愿意接收。

## 二、移送规定缺失下数罪并罚案件的变通做法

在移送规定空白的当下，如何解决被告人数罪并罚的问题，司法实践中探索出了不同的应变之道，其背后出发点均为便宜行事<sup>②</sup>。

<sup>①</sup> 参见山东省威海市环翠区法院（2017）鲁1002刑初238号刑事案卷。

<sup>②</sup> 便宜行事，出自《史记·萧相国世家》，“即不及奏上，辄以便宜施行，上来以闻”。意思是自行决定适当的措施或办法，或根据实际情况斟酌处理的变通行事方法。

### （一）将数罪并罚虚置化

案例三<sup>①</sup>：被告人陈某因犯诈骗罪被重庆市第二中级人民法院判处有期徒刑一年九个月，于同年5月24日刑满释放。因涉嫌犯诈骗罪（后改为掩饰、隐瞒犯罪所得罪）于同年5月24日归案，现羁押于威海市看守所。

案例四<sup>②</sup>：被告人王某因犯盗窃罪被荣成市人民法院判处有期徒刑一年，2017年11月2日刑满释放。2017年11月2日因涉嫌犯盗窃罪被刑事拘留，现羁押于山东省威海市看守所。

根据案例中起诉书上被告人基本信息清楚显示：被告人前一罪名执行完毕之日，异地地方的公安机关即将被告人抓获归案，进行拘留或逮捕，然后按照单一案件进行侦查、公诉。实践中，公安机关在接到案件线索后，经过前期侦查可能发现涉案嫌疑人已经在其他地方被起诉，此时犯罪嫌疑人已被关押或服刑，进一步的侦查活动不得开展，故出现了等待行为人服刑完毕立即将犯罪嫌疑人羁押侦查，然后以单独案件提起公诉的做法，这样办理案件即避开了移送难题，在实践中成为优先选择的做法。该做法实际上是虚置数罪并罚要求，将符合并案审理的案件拆分为单一案件。

鉴于法院的职权及办案模式，法官在审理前即使发现存在将数罪并罚虚置化的行为，也不能采取任何措施，只能对检察机关公诉到法院的单个案件进行审理、判决。此外，即便在案件审理过程中，法官发现被告人有其他违法行为待侦查起诉，但是如果侦查机关选择等待而不将案件移送过来，法官只能在审限时间内将已受理的案件进行及时宣判，至于未侦查起诉的其他案件法官则无权干涉。

### （二）将数罪并罚协商化

案例五<sup>③</sup> 2017年10月份，W市H区法院受理了一起涉嫌寻衅滋事罪的案件，被告人杨某在该案取保候审期间又因涉嫌聚众斗殴罪于2018年3月份公诉至W市J区法院，H区法院法官得悉该情况后作出案件中止审理的裁定，随后开始与J区法院进行了两个月的协商，最终案件参照指定管辖的规定，H区法院向上级法院递交了《关于被告人杨某寻衅滋事一案移送审理问题的请示报告》，内容为：被告人杨某现涉嫌两罪，存在并案审理的问题，特向贵院请示，是否可以将我院审理的杨某寻衅滋事一案移送至J法院审理，并与检察机关协调。W市中院作出《指定管辖决定书》，H区法院据此向H检察院发文《案件移送函》，载明：“……经上级法院协调，本案移送J区法院合并审理。现将该案移送你处，请查收。”

案例五能够移送成功，办案法官坦言是因为案件在宣判之前，被告人被其他法院

① 参见山东省威海市环翠区人民法院（2016）鲁1002刑初427号刑事判决书。

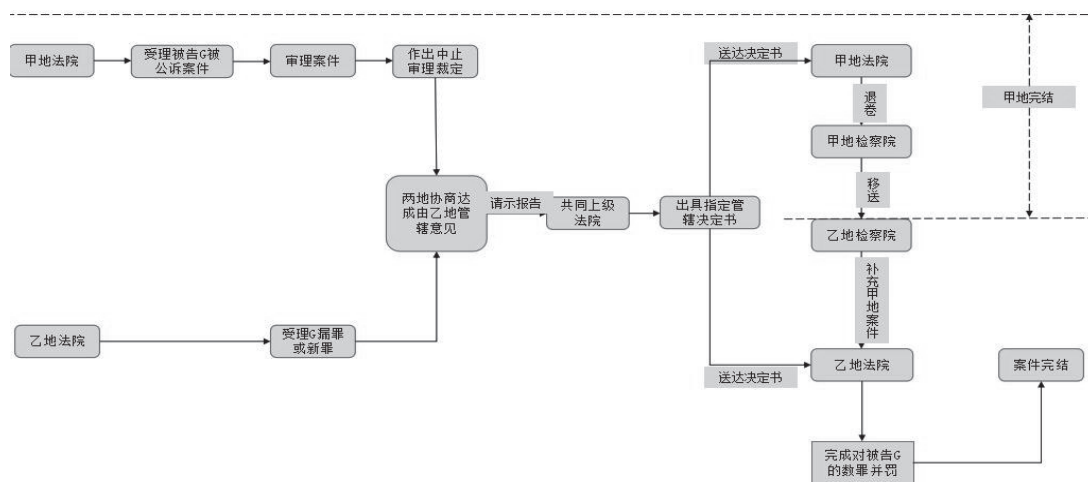
② 参见山东省威海市环翠区人民法院（2018）鲁1002刑初81号刑事判决书。

③ 参见山东省威海市环翠区法院（2017）鲁1002刑初479号刑事案卷。



或侦查机关采取了强制措施，此种情况下法官属于明知必须进行数罪并罚的情形，若继续审理或置之不理的宣判，势必违反法律规定，需承担司法责任，因此，在没有移送规定的情况下，案件在协商一致的基础上实现移送。进而完成数罪并罚的做法实属当前司法实践中法官的无奈选择。其办案流程以被告人G为例，以协商乙地法院管辖为进行展示，详见图一。

图一：数罪并罚协商化的办案流程简图



此办案模式能否移送成功，协商一致至关重要。在没有移送规定的情况下，法官为完成数罪并罚，花费大量时间、精力进行同级、上下级之间的协商，协商一致后参照指定管辖的方式办理，而刑法规定的指定管辖旨在解决人民法院因为管辖界限不明出现争议或推诿，或者有管辖权的法院不宜行使管辖权的现象，而需数罪并罚的案件与指定管辖的目的显然是不同的，因此该做法有待商榷。

### 三、移送规定缺失下数罪并罚案件变通做法的成本收益比较

数罪并罚适用中在实体上不存在任何障碍，而案件的移送实属一个小的程序问题。有学者主张，一项刑事审判程序设计的愈繁琐、复杂，法官所受到的限制则愈多，审判过程中的经济耗费也就愈大，因此，刑事审判程序应力求简捷便利，以节省不必要的耗费。<sup>①</sup>而变通做法及成功案例也似乎说明制定专门的移送细则无关紧要。然而评

<sup>①</sup> 参见马贵翔：《刑事诉讼结构的效率改造》，中国人民公安大学出版社2004年版，第193页。

价一项制度，需要全面比较其成本与收益之间的关系，毕竟“国家投入刑事诉讼的司法资源总是有限的”<sup>①</sup>，因此，衡量变通举措的成本投入与效益产出，有助于我们找到以最低成本投入解决数罪并罚适用难题的对策方案，毕竟随着社会发展和进步，合目的性的实现正义及诉讼经济的追诉思想在刑事诉讼中愈加重要。

### （一）数罪并罚的法定性价值高于个案审结的诉讼收益

数罪并罚其刑法地位和意义要求只要符合数罪并罚条件的必须进行数罪并罚，作为维护法律权威、法律规定实行者的公检法工作人员必须遵守并实行，且有法必依也是我国依法治国的前提要求。将一人犯数罪的行为按照一罪一罚的虚置化做法，明显违背了数罪并罚制度的设计初衷；而法官无奈采取的协商式处理方式，则将数罪并罚的司法权威大打折扣，成为附加人情、关系的可协商条款，明显违背了刑法乃至宪法精神。

交通的便利、人口流动性的增强、犯罪分子躲避侦查能力的提高，使需要实行数罪并罚的案件数量随之增加，两种变通做法一定程度上避免了移送难题，办结或移送成功了部分案件，然而该少部分案件的诉讼效益是以牺牲数罪并罚应有的不可忽视的法定性要求为代价的，纵容了社会漠视法律的不良倾向，也不利于法律公正价值的实现。

### （二）办案流程的效率收益高于个案正义的形式价值

案例五形式上遵守了数罪并罚的规定，实现了形式上的正义，然其价值仅仅体现在形式上。该案件 2017 年 12 月底进行的庭审，被告人在庭审中认罪态度良好，案件事实清楚，本可以一周内宣判，但因被告人又犯新罪，H 法院无法向 J 地的公安、检察院、法院进行移送，也不能退回检察院，案件只能进入中止程序，法官向本院院庭长汇报，院、庭长再与 W 市中院领导汇报，市中院再与 H 检察院和 J 法院、检察院协商，各部门协商一致后再参照指定管辖办理，花费了三个多月的时间，这还是同一市区的协商，不论熟识程度还是联系方式比起跨市乃至跨省均有无可比拟的优势。

大部分案件尤其是通过省高院协调的案件，涉及多部门、多环节的沟通协调，必将花费更多的时间。将数罪并罚虚置化和协商化的办案方式，无论是等待行为人刑期执行完毕，还是等待协商一致的结果，都需要花费巨大的司法资源，占用相关工作人员的较长时间，诉讼效率明显低得多，因此缩短办案各环节所花费的时间，提高诉讼效率就显得尤为重要。

### （三）兼顾当事人各方利益的收益高于弥补程序漏洞的成本支出

以剥夺行为人人身自由权利的刑事处罚，要求刑事审判公正、量刑准确，做到罪责刑相一致，然而如果被告人的多个犯罪行为均系涉嫌诈骗罪、盗窃罪等与诈骗数额、

<sup>①</sup> 樊崇义：《诉讼法学研究》（第 1 卷），中国检察出版社 2002 年版，第 34 页。



盗窃金额有重要关联的行为，按照被告人的数额分别量刑，则极有可能会出现一案一罚加起来的总刑期超过数罪并罚确定的刑期的局面，就会侵害被告人的合法权益。此外被告人长期处于被羁押状态，判刑时有可能出现“关多少判多少”的情形。对于被害人来说，“被害人在刑事审判中一般拥有强烈的追诉愿望，他愿意看到被告人被迅速定罪并处以刑罚，这种愿望如果得不到及时满足，他所受到的精神创伤就无法得到愈合”。<sup>①</sup>两种变通做法无一例外的都存在拖延诉讼的情况，因为缺少移送程序规定，致使案件无法快速审结，司法机关无论是无权干涉还是无奈之举虽然一定程度上弥补了办案程序上的不完善之漏洞，但是却侵害了被告人和被害人双方当事人的合法权益。

相比较而言，虽然制定数罪并罚案件的移送实施细则是一项涉及公安、检察院、法院等多部门、多内容的系统的、繁琐的大工程，若完整的设计出一整套操作细则必将花费巨大人力物力精力，但与当事人各方利益的保护相比却是极为划算的。

通过成本收益比较可以得出：有效率的实现数罪并罚制度，避免诉讼拖延，最大程度的兼顾被告人、被害人等各方的合法利益，实现刑罚目的，是新时代下数罪并罚制度的应有之义。

#### 四、解决数罪并罚制度适用程序难题的对策建议

在审判中心主义原则下，由法官保障数罪并罚制度的落实，就需要给予法官一定的监督权利，在此基础上，实行分案审理与制定移送实施细则两步走的对策出路，可有效解决数罪并罚制度在适用中的系列难题。

##### （一）程序保障：赋予法院监督建议权

以审判为中心的司法裁判规则及公检法的分工职权，界定法官诉什么审什么的居中裁判地位，因此对于法官在阅卷和审理案件时发现的侦查机关无视数罪并罚情形，为避免麻烦将数罪并罚虚置化的做法无能为力，不能采取任何措施，只能按照单个案件进行审理、判决。此外，即使制定出完善的操作流程，数罪并罚在实体和程序上都不存在漏洞和瑕疵，但如果侦查机关仍然存在不作为的情形，此时，赋予法官一定的监督建议权就显得尤为必要，法官对于怀疑性超过50%的可能需进行数罪并罚的案件应移送而未移送的情形，可以要求侦查机关公诉人书面说明情况，进而决定案件的继续审理方向，以此来形成相互制约和监督的良性机制。

##### （二）对策建议第一步：实行分案审理

迅速审判原则<sup>②</sup>要求案件没有合理理由应不间断办理，在我国的刑事诉讼法典中，

<sup>①</sup> 陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》（上册），中国人民大学出版社2016年版，第195页。

<sup>②</sup> 参见宋英辉：《刑事诉讼原理》，法律出版社2003年版，第143页。

各种审理制度几乎完全是针对单一犯罪而设定，面对数罪并罚此类复杂刑事案件的合并与分离处理基本上没有任何规定，<sup>①</sup>而详细考究，就会发现分案审理可以很好地解决当前数罪并罚案件中的一些难题。本文中分案审理的内涵和设想是对需要进行数罪并罚的案件，按照一案一审的原则，将犯罪事实已经查清的被告人分案审理，由最后完成审理的法院将之前其他法院认定的罪名、量刑按照数罪并罚的要求进行最后评价，决定被告人最终执行刑期的一项制度。分案审理的实施在法律上及实践中都具有一定的基础，不会存在阻碍性事由，且可以最大程度的解决当前实施数罪并罚的困境。

### 1. 分案审理的可行性分析

(1) 理论支持。基于对司法体系存在的基本合理性的确信，“理论上无论在哪个法院审理案件都是公正的”，<sup>②</sup>我国台湾学者杨建华也认为，“无论任一法院裁判，均适用相同之法律，就理论上而言，裁判结果应无不同”。因此，被告人的犯罪在有管辖权的法院进行一案一审并无不妥。法的核心价值是追求正义并兼顾效率，而目前数罪并罚制度因没有移送制定操作规程，法的效率性要求无从体现，最终亦对法的正义性形成伤害。分案审理制度要求最后审理案件的法官对被告人的其他经审理认定的罪名和量刑，与最后案件在定罪量刑时进行并罚，保障了数罪并罚的制度价值，实现了罪责刑相统一的刑法目的。

(2) 实践基础。用最短的时间、最少的司法资源公正解决最多的案件纠纷，是理性人的必然选择，除非是一个案件的处理结果必须以另一个案件的判决结果为前提，否则只是为规避移送问题，长期拖延是不经济的。实行分案审理，公安机关不必等待被告人刑期执行完毕进行侦查，其接案后就可以进行侦办，对于取保候审或执行缓刑的犯罪嫌疑人进行讯问、要求指认犯罪现场等都不存在侦查难题，而对在异地羁押或正在服刑的犯罪人的侦查，可以利用现有的提审规范和现代科学技术予以解决。

### 2. 分案审理的具体适用情形

分案审理可以有效保证跨省市区的数罪并罚案件得到及时侦查、及时追诉，避免诉讼拖延，而对于当前并案集中审判更有助于统筹全案情况进行裁量刑罚的观点，笔者认为分案审理与之并不冲突，只要进行类型化区分处理就可以了。

#### (1) 被告人异种罪名的分案

对于行为人跨省市所犯的数罪，若涉嫌的罪名不属于同种罪名，即可直接按照一案一审的办案方式进行办理。不同罪名在犯罪构成要件上存在明显不同，其追诉量刑标准也存在显著差异，因此各地追诉机关、审判机关不必长时间等待，可以根据现

<sup>①</sup> 参见张泽涛、崔凯《刑事案件合并与分离审理立法梳理及法理评析》，载《政法论坛》2013年第5期。

<sup>②</sup> 陈宝军：《民事诉讼移送管辖的程序运作解释论》，载《法律方法》第21卷，第384页。





实条件将办理的案件进行不间断侦查、公诉或宣判，且一案一审是刑事诉讼中最基本的诉讼制度，绝大多数案件均为一案一审，故将数罪并罚的案件先期进行分案审理，按照行为人所涉嫌罪名在当地进行侦办、审判，由最后进行裁判的法院运用数罪并罚原则对行为人所有犯罪行为做出最终的量刑裁判结果，既避免了移送也提高了办案效率。

## （2）被告人同种罪名的分案

对行为人多个违法行为涉嫌罪名为同种罪名的数罪并罚案件，因被告人被追诉的罪名在犯罪构成要件上一致，故客观上存在分案审理与并案审理的裁判量刑结果不一致的情形，因此，对被告人同种罪名的分案审理也需区分不同情形。

一是以犯罪数额确定量刑幅度罪名的分案。犯罪数额的多少作为直接影响量刑幅度的该类型犯罪，按照一案一审的分案要求进行公诉、审理、裁判，量刑结果极易出现与集中审理的结果相比过轻或过重的差别，与刑法罪责刑相适应的要求相悖，也会让当事人对法律适用产生怀疑，此时分案审理只是作为原则上的要求，要求相关部门在办理案件时不要消极等待，要迅速侦查、迅速审判，侦查和审判的内容要迅速集中到一个法院，由其做出最终裁判结果。

二是以犯罪次数确定量刑幅度罪名的分案。以犯罪次数来确定量刑幅度的类型案件，与以犯罪数额作为量刑幅度的类型犯罪情形相似，且该类型犯罪的次数还具有构成罪与非罪的巨大差异，因此，该类型案件进行并案审理较为妥当，分案只是原则上的要求，目的是杜绝虚置化的办案模式，在分案要求的基础上结合移送实施细则及时移送案件，最终实现数罪并罚，对被告人做出合乎法律规定的裁判，方为最优出路。

三是以犯罪行为、情节、结果等影响量刑幅度罪名的分案。除去上述以犯罪数额和犯罪次数来确定量刑幅度的两类案件，其他如行为犯、累犯、情节、年龄、结果等被告人在多地点所涉嫌的罪名，均可以直接适用分案审理来解决，因为犯罪人的漏罪、新罪，上述各内容在一案的审理中均可以查清、准确量刑，按照一案一审进行案件办理，由最后审理的法院进行综合的定罪量刑，即可实现刑罚目的，而集中审理则会严重拖延诉讼进程。

对于分案审理，张泽涛教授提出了在我国设置分案审理程序的立法构想。<sup>①</sup>对于跨省市区的数罪并罚案件，分案审理可及时进行侦查、公诉，对案件事实已经查清的被告人，快速作出判决，由最后做出判决的法院将被告人被其他法院认定的罪名、刑期与本院确定的罪名、刑期进行一并处理，合并执行。这样既实现了数罪并罚的法律要求，提高了办案效率，也避免了因对某个被告实行数罪并罚，让同案其他被告人的

<sup>①</sup> 参见张泽涛《刑事案件分案审理程序研究——以关联性为主线》，载《中国法学》2010年第5期。

审判长期处于一种不确定状态下的难题。

### （三）对策建议第二步：制定移送实施细则

分案审理可以解决大部分数罪并罚案件诉讼拖延和办案不规范问题，但有人提出实行分案审理，会出现被告人的某个判决已生效、另一个还未宣判的情况。上述情形确实会出现，但案件审理或宣判必然被告人到场，被告人的总刑期是由最后审理的法院综合确定的，无论之前的判决生效与否，被告人最终被执行的总刑期是不变的，也就不会存在判决不公等问题。但法院作出的判决必须向最后的法院进行移送，笔录、卷宗、被告人在某些情况下也必须移送，而已犯罪数额、犯罪次数来确定量刑幅度的案件也需要移送，因此，为切实全面解决落实数罪并罚的前提障碍，在分案审理制度基础上仍需要制定移送的实施细则，让案件的移送在各环节得以畅通，扫除制约数罪并罚的程序性障碍，方能真正实现数罪并罚。

1. 移送的主体。在刑事公诉案件中，刑事诉讼活动不限于审判活动，还包括立案、侦查、起诉等其他活动，<sup>①</sup>案件办理需公检法三机关的相互配合，且嫌疑人一人犯多罪、发现漏罪、又犯新罪的情形无法预知何时何地何地被举报、被发现、被实施，嫌疑人处于何种法律地位，因此，移送的主体有公安机关、检察机关、法院。在审理案件、侦查起诉阶段发现行为人的多个违法行为应当进行数罪并罚的，一律需按照数罪并罚要求对行为人的违法行为进行定罪量刑。鉴于犯罪嫌疑人有可能是在被采取强制措施的情况，故移送的主体还涉及到看守所、监狱等部门。

2. 移送的范围。刑罚体系中的移送包括卷宗移送、案件移送、人的移送、管辖移送等不同内容，而数罪并罚制度落实中需要移送的内容，包含向异地法院移送生效判决书，对于特别复杂的案件，还需要移送案件和被告人。各机关对符合移送条件的案件一律进行移送，对异地移交的案件必须接收，违反级别管辖或专属管辖的除外。

3. 移送的形式。移送属于诉讼程序范畴，但也含有效率上的要求，因此，移送时可按照我国刑法起诉法定主义的要求进行全案的移送，也可利用现代高科技手段实行电子卷宗移送、扫描件传输等。对异地羁押的嫌疑人，侦查机关、法院依据提押手续完成嫌疑人的移送或利用远程视频等技术手段进行侦查讯问或庭审宣判。对于宣判的一般案件，通过扫描、传真、邮寄等方式可向异地正在审理案件的法院完成判决书的移送，异地法院根据本院案件审理情况，综合它院判决书中认定的罪名和刑期对被告人完成数罪并罚。

4. 移送的流转。各机关在侦查、审理案件时要严格审查嫌疑人是否在异地存在被立案侦查、诉讼的情形，充分利用信息平台、科技手段查询相关涉案信息，并书面记

<sup>①</sup> 参见陈卫东：《以审判为中心：当代中国刑事司法改革的基点》，载《法学家》2016年第4期。

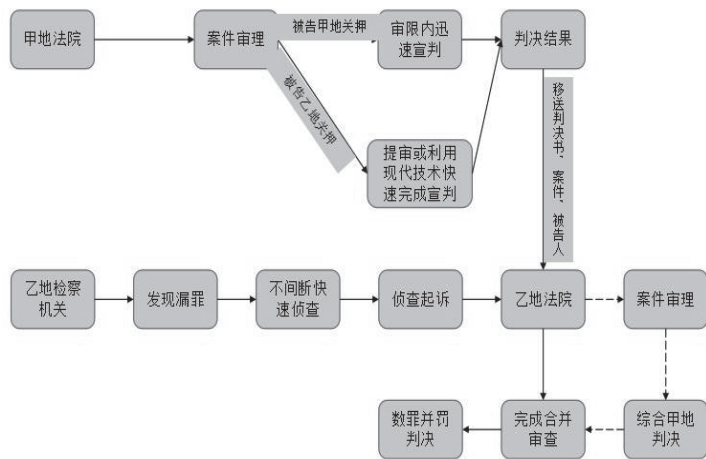


录在案。因为移送涉及部门多，故衔接性是否流畅是决定移送是否迅速的重要环节，因此，制定移送规则时要详细规定各移送机关、各接收移送机关的职责权限、时间节点等，各部门要安排专人负责案件移送和接收移送案件的沟通联系、信息登记、手续办理等事宜，保证移送和接收工作十日内办理完毕。

5. 移送的保障。将各机关采取移送或接收移送办理的案件数量，折抵成办案人员的办案数量，纳入年底考核、个人业绩等考核内容中，提高办案人员对案件移送和接收的积极性。对移送过程中发生的违法违纪事件，各地法院应严厉查处。对不落实数罪并罚制度，不遵守移送规则的办案人员，依法追究相关法律责任，对其部门负责人和分管领导追究相应的领导责任，真正实现移的去、接收过来的移送程序设计之初衷。

实行分案审理可以迅速的办结一大批案件，制定移送细则保障了数罪并罚的真正落实，两步走方案衔接运用，即可有效率的实现数罪并罚，其办案流程见图二。

图二：完善程序设计后数罪并罚的办案流程简图



### 结 语

数罪并罚因在诉讼程序中缺少移送这一环节，以致司法实践中难以得到落实。该问题鲜少被司法实务界和学术界提及，笔者从司法实践出发，提出了实行分案审理和制定移送细则两步走的解决方案，分案审理理论的系统性和完整性囿于篇幅限制本文论证尚需完善，移送细则关乎公检法多部门的配合与分工，具体详细的操作规范有待进一步调研。本文提供了一个路径设想，抛砖引玉，以期能有更多的人关注和研究，进而尽快出台程序规定。

(责任编辑：王文斌)

# 认罪认罚从宽制度的衔接与完善

徐伟刚\*

**内容摘要** 修正后的《刑事诉讼法》汲取此前试点过程中的经验，对刑事诉讼各阶段认罪认罚进行了规定，为认罪认罚从宽制度顺畅运行提供了保障。但是，认罪认罚从宽在实体法层面的衔接以及在程序法层面的完善仍有进一步探讨的必要和空间。就制度本身而言，应当对认罪及认罚的内涵、从宽的类型及程度予以明确。与刑事实体法的衔接层面，应当理清认罪认罚与《刑法》总则自首、坦白及分则相关规定的关系。刑事程序法的完善方面，应当保障被害人参与认罪认罚，正确处理认罪认罚上诉案件。通过实体法、程序法的双重建构，使认罪认罚从宽制度在司法实践中日趋完善。

**关键词** 认罪认罚从宽 实体法衔接 被害人 刑事和解

中图分类号：DF73 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)03-119-126

2018年10月26日，十三届全国人大常委会第六次会议通过了《刑事诉讼法》修改决定，认罪认罚从宽制度结束了先前试点状态，正式作为刑事诉讼的一项制度运行。新法对刑事诉讼各阶段认罪认罚作了规定，为认罪认罚从宽制度的顺畅运行提供了保障。从司法实践情况来看，认罪认罚案件已成为人民法院刑事审判的重要组成部分，其比例已达到法院同期审结刑事案件的45%。<sup>①</sup>其中，某省两地法院截至2018年8月共适用认罪认罚从宽制度审结案件11490件、12280人，占同期审结全部刑事案件数量的57.20%，部分基层法院适用率已突破90%。但是，为保证认罪认罚从宽案件的正确审理，认罪认罚从宽制度本身、与刑事实体法的衔接及其在刑事程序法中的完善仍有进一步探讨的必要和空间。

\* 徐伟刚，中国政法大学刑事司法学院诉讼法学专业硕士研究生。

<sup>①</sup> 参见最高人民法院、最高人民检察院《关于在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作情况的中期报告》。





## 一、制度本身仍需进一步明确

审理认罪认罚案件，被告人符合认罪及认罚的要求是对其从宽处罚的前提，而如何从宽则是审理的重点。因此，对认罪、认罚、从宽的正确理解是法官正确处理此类案件的保障。

### （一）如何理解“认罪”

认罪，应当指被追诉人如实供述犯罪事实并且认可被指控的罪名。如实供述犯罪事实并不要求供述与犯罪有关的所有事实，向办案人员供述了与定罪量刑有关的基本犯罪事实即可。认可被指控的罪名是成立认罪的另一要求，原因在于根据修正案的规定，认罪认罚要求被追诉人同意人民检察院的量刑建议，若其对指控罪名尚有异议，同意量刑建议便无从谈起。同时，要求被追诉人认可指控罪名有利于人民法院对检察机关量刑建议进行监督制约。虽然修正案规定人民法院审理认罪认罚案件原则上应当采纳检察机关指控罪名及量刑建议，但也赋予了法院在指控罪名与审理认定的罪名不一致、被告人违背意愿认罪认罚等情形下审查量刑建议的权力。在认罪认罚的特定语境下，若不要求被追诉人认可指控的罪名，可能导致追诉机关滥用权力的制度风险。例如，按照本应成立的罪名被追诉人若不认罪认罚将被判处五年有期徒刑，但检察机关为降低办案压力促使被追诉人认罪认罚并以更重的罪名起诉，再适用认罪认罚从宽的规定，最终被告人被判处的仍为五年有期徒刑甚至更重的刑罚。另外，罪刑法定原则是我国《刑法》的基本原则，其要求成立犯罪以行为触犯《刑法》规定的某一个或某几个罪名为前提，只有犯罪成立时，公安司法机关才能对行为人进行追诉，行为人才有认罪认罚的基础。若不问具体罪名便认罪认罚，在认罪认罚从宽制度中的律师帮助尚不充分的情况下，无辜的人便有可能不得已“认罪”以尽早摆脱诉讼，而这与认罪认罚的自愿性要求相悖。

### （二）如何理解“认罚”

修正后的《刑事诉讼法》第173条规定，人民检察院应当告知被追诉人涉嫌的犯罪事实、罪名及从轻、减轻或免除处罚等从宽处罚的建议。第174条规定，犯罪嫌疑人自愿认罪，同意量刑建议和程序适用的，应当签署认罪认罚具结书。由此可见，认罚不仅包括被追诉人自愿接受法院裁判，还要求同意人民检察院量刑建议中的刑种、刑期等内容。

### （三）如何理解“从宽”

#### 1. 量刑激励的类型

笔者认为，认罪认罚案件的从宽理解为“应当型”较为妥当。首先，若认罪认罚“可以”从宽，则被追诉人能否得到从宽处理取决于司法机关的决定，其对诉讼结局无法

形成明确预期，将导致被追诉人认罪认罚的动力不足。因此，人民法院对被追诉人认罪、认罚进行确认后，就应当兑现一定的从宽承诺。只有量刑激励具有确定性，才能让被追诉人形成合理预期。<sup>①</sup>其次，从《刑法》对自首、坦白的规定来看，也应当采取必减主义。一方面，自首与坦白采取可减主义，认罪认罚与自首、坦白关系密切，但自首与坦白仅涉及认罪，认罪认罚除认罪外还包括认罚的内容，被追诉人人身危险性更小，理应得到更大的从宽幅度。另一方面，采取必减主义有利于使坦白、自首、认罪认罚形成从宽阶梯层次，鼓励被追诉人认罪认罚。对此，Q市中级人民法院的做法值得借鉴。该院对认罪认罚的被告人首先通过自首、坦白等情节在调节基准刑时体现认罪从宽，另在确定宣告刑阶段利用20%的裁量空间调整拟宣告刑，以对认罚体现从宽。

## 2. 从宽程度

(1) 从宽是否受量刑幅度约束。新法第173条将“从宽”明确为从轻、减轻及免除处罚。若将从宽限于从轻处罚，在被追诉人的行为刚好达到入罪门槛的情况下，法院判决便不存在从轻的空间，此时认罪认罚对判决结果将不产生任何影响，显然不利于认罪认罚从宽制度的实施。若规定认罪认罚的一律免除处罚，又可能轻纵犯罪，违背罪刑相适应原则。对于认罪认罚的被追诉人采用何种从宽方式，不应一概而论，应当根据犯罪情况、认罪认罚情节等因素综合考量以确定从宽程度。

(2) 从宽是否受《量刑指导意见》约束。《量刑指导意见》对人民法院审理常见犯罪的量刑认定及处理提供了标准。应当明确，认罪认罚从宽不受《量刑指导意见》约束。《量刑指导意见》是实体法上的从宽，认罪认罚是程序法上的从宽，是“折上折”，是为了节约司法资源向被告支付的代价。

## 二、认罪认罚从宽与刑事实体法的衔接

《刑法》总则、分则中均有若干量刑情节与认罪认罚有关。如何理解其与认罪认罚的关系，多情节并存时如何处理是法院审理认罪认罚案件的重点和难点。

### (一) 认罪认罚与《刑法》总则部分自首、坦白的关系

《刑法》总则刑罚裁量制度中涉及认罪认罚的主要是对自首及坦白的规定，其与认罪认罚联系密切，但又有所不同。笔者认为，认罪认罚与一般自首为交叉关系，与特别自首为并列关系，与坦白的关系则因诉讼阶段而有所不同。

认罪认罚与一般自首为交叉关系。犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的，是

<sup>①</sup> 参见王瑞剑《认罪认罚从宽制度的衔接问题探究——以侦查阶段的认罪认罚从宽为视角》，载《四川警察学院学报》2016年第6期。



一般自首。根据司法解释规定,对行为性质的辩解不影响一般自首的成立<sup>①</sup>,因此对罪名的认可不是一般自首的必备要素。认罪认罚则要求如实供述罪行并认可被指控的罪名。因此认罪认罚与一般自首可以并存,二者在如实供述这一要件上相重合,但又有各自独特的要件,即一般自首要求自动投案,认罪认罚要求承认被指控的罪名。若行为人一般自首后又认罪认罚,二者可以同时成立,但在确定对行为人的从宽幅度时,“如实供述”这一情节只能评价一次。相关判决也印证了二者关系。在“李涛寻衅滋事上诉案”<sup>②</sup>中,两上诉人主张其除了认罪认罚外还具有一般自首情节,原审对其分别判处有期徒刑一年八个月、一年五个月量刑过重。二审法院对上诉主张予以采纳,分别改判二上诉人有期徒刑一年四个月。

认罪认罚与特别自首为并列关系。特别自首是指被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行。特别自首与认罪认罚的关系有两种情形。第一,被追诉人对司法机关已经掌握的本人罪行没有认罪认罚,但如实供述尚未被掌握的本人其他罪行并认罪认罚的,直接适用认罪认罚与一般自首的关系处理即可;第二,被追诉人对司法机关已经掌握的本人罪行认罪认罚,并如实供述尚未被掌握的本人其他罪行的,既成立特别自首也成立认罪认罚,二者并列,可分别适用给予被追诉人双重从宽处理。

认罪认罚与坦白在侦查与审查起诉阶段为包容关系,审判阶段无法适用坦白只允许认罪认罚。坦白是在不构成一般自首与特别自首的情况下,犯罪嫌疑人如实供述自己罪行的行为。坦白的主体仅包括犯罪嫌疑人导致坦白只能在侦查与审查起诉阶段适用,《量刑指导意见》也将坦白排除在审判阶段之外。<sup>③</sup>应当指出,审判阶段虽不构成坦白,但仍存在认罪认罚的适用空间。修正案将认罪认罚从宽设置在基本原则一章,而基本原则是贯穿刑事诉讼全过程并且具有普遍指导意义的基本准则,审判作为刑事诉讼的主要阶段之一也不例外。在侦查与审查起诉阶段,坦白完全被认罪认罚包含,成立认罪认罚必然成立坦白,成立坦白却未必成立认罪认罚。因此,既如实供述所犯罪行,又认可被指控罪名的,按照认罪认罚处理,坦白不再予以评价和体现;如实供述所犯罪行,但对指控罪名有异议或不同意量刑建议的,虽不构成认罪认罚,但可适用坦白的规定予以从宽处理。

## (二) 认罪认罚与《刑法》分则部分规定的关系

除总则外,《刑法》分则的若干规定也与认罪认罚从宽制度有着密切联系。

① 《最高人民法院关于被告人对行为性质的辩解是否影响自首成立问题的批复》(法释[2004]2号)。

② 参见山东省济南市中级人民法院(2019)鲁01刑终19号刑事判决书。

③ 最高人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》第6条规定,对于当庭自愿认罪的,根据犯罪的性质、罪行的轻重、认罪程度以及悔罪表现等情况,可以减少基准刑的10%以下。依法认定自首、坦白的除外。

### 1. 对非国家工作人员行贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪

《刑法》第164条第4款规定，行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可减轻或免除处罚。第390条第2款规定，行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可从轻或减轻处罚。犯罪较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或有重大立功表现的，可减轻或免除处罚。第392条第2款规定，介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的，可减轻或免除处罚。从立法表述来看，只有在“被追诉前”交待犯罪行为的，才能适用上述从宽规定。立案是刑事诉讼追诉活动的起点，因此上述规定的适用时间为立案前，而认罪认罚从宽作为刑事诉讼的一项原则，必须在立案后才有适用基础。据此，认罪认罚从宽与上述规定的适用时间并无交集，若行为人在追诉前主动交待了上述犯罪行为，且诉讼过程中认罪认罚的，可参照一般自首与认罪认罚的关系处理。

### 2. 贪污罪、受贿罪

《刑法》第383条第3款、第386条规定，犯贪污罪、受贿罪，在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，避免、减少损害结果发生的，可从轻、减轻或免除处罚。笔者认为其与认罪认罚从宽的关系可再细分为两个阶段。在立案前具有上述情形并在诉讼过程中认罪认罚的，参照一般自首与认罪认罚的关系处理。在立案后、提起公诉前具有上述情形并认罪认罚的，先判断其构成一般自首还是坦白，再认定与认罪认罚的关系。

## 三、认罪认罚从宽的程序法完善

### （一）保障被害人的参与

修正案对认罪认罚从宽在刑事诉讼各阶段的运行作了详细规定，但对被害人在认罪认罚案件中的地位却少有提及，被害方的意见无论在法律规定上还是实践中，对人民法院审理认罪认罚案件都没有约束力。<sup>①</sup>笔者认为，保障被害方的参与是认罪认罚从宽未来在《刑事诉讼法》完善时需要重点解决的内容。

#### 1. 被害人参与认罪认罚的必要性

（1）被害人是刑事诉讼当事人，是犯罪行为的直接受害人。被害人作为犯罪行为直接侵犯的对象，其人身、财产权益遭受了直接损害。被害人需凭借自身力量控诉犯罪，在职权主义诉讼模式下其权利则由公诉机关代为主张，受集体主义思想影响，个体的权利便容易被忽视。认罪认罚从宽制度试点过程中，也存在“被害人的利益由代表国家行使追诉权的检察官代为主张，防止因被害人主观情感变化导致协商过程随意变更损害诉讼程序的确定性，因此被害人不宜作为参与主体对协商过程产生实质影响”<sup>②</sup>的

<sup>①</sup> 参见《被害人坚持不谅解认罪认罚也可从轻》，载《法制日报》2019年3月3日第006版。

<sup>②</sup> 陈卫东：《认罪认罚从宽制度研究》，载《中国法学》2016年第2期。





观点。最高人民检察院副检察长孙谦也指出，认罪认罚案件处理不能受被害人意志左右，防止出现被害人漫天要价。<sup>①</sup> 这从侧面反映出认罪认罚追求诉讼效率的提高却未对被害人权益的保障与恢复引起足够重视的问题。

(2) 认罪认罚从宽的正当性基础是被追诉人人身危险性的降低，而非减轻办案压力、提高诉讼效率。“认罪认罚必须经过预防必要性的检测才能成为从宽的依据”，<sup>②</sup> 对认罪认罚要进行实质审查，切实防止仅因形式要件的满足便从宽处理。有被害人的案件中，若不保证被害人参与，不要求被追诉人对被害人赔礼道歉、赔偿损失，遭受犯罪破坏的社会关系无法修复，被追诉人是否真诚悔罪也无从得知，“甚至可能出现，认罪的被告人极有可能是知道接受协商后可得到较轻量刑，所以为得到较轻量刑而接受协商向法院认罪，事实上毫无悔意”。<sup>③</sup> 威海市环翠区人民法院审理的一起案件中，被害人向法官反映被告人一直对其威胁、恐吓，但被告人在庭审中表示认罪，法官据此仍对被告人从宽处罚。<sup>④</sup> 更为极端的案例中，被告人入室杀死一人，为保住性命以便刑满释放后杀死被害人家里其余四人而积极认罪认罚。<sup>⑤</sup> 要求被追诉人对被害人进行赔偿，一方面可以使被追诉人通过感知因犯罪付出的代价促使其彻底悔过，从而降低刑罚特殊预防的必要；另一方面，取得被害人谅解并赔偿是对犯罪行为的否定评价，使社会公众认识到犯罪后刑罚与赔偿不可避免，从而对潜在的危险分子和不稳定分子形成震慑，使其不敢以身试法，刑罚一般预防的必要性也得以降低。如仅根据被追诉人表示的态度和公安司法机关的裁量便认定被追诉人符合条件予以从宽，被害人因犯罪遭受的损失暂且不论，认罪认罚将有异化为被追诉人对司法和被害人愚弄的风险。对被追诉人而言，获得从宽处理的成本不过是花言巧语的“口舌之功”而已。

(3) 被害人参与认罪认罚不同于刑事和解。《刑事诉讼法》2012年修改时新增了“当事人和解的公诉案件诉讼程序”这一特别程序（简称刑事和解）。或有观点认为，没有必要保障被害人参与认罪认罚、要求被追诉人赔偿道歉，被追诉人积极赔偿被害人的按照刑事和解处理即可，无需在认罪认罚中作重复性规定。但是，刑事和解与认罪认罚是两项不同的制度，主要差异有二：第一，并非所有刑事案件都存在被害人，刑事和解只适用于有被害人的案件，而认罪认罚既适用于有被害人的案件，也适用于没有被害人的案件；第二，刑事和解的适用范围有限，仅在因民间纠纷引起，涉嫌《刑法》分则第四、五章规定可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件及除渎职外可能判处七年有期徒刑以下刑罚的过失犯罪案件中得到适用，而从修正案的规定来看，认罪认

<sup>①</sup> 参见《认罪认罚从宽贯穿整个刑事诉讼程序》，载《法制日报》2018年12月13日第003版。

<sup>②</sup> 朱春莉、简琨益《认罪认罚从宽制度风险的刑法学控制》，载《认罪认罚从宽制度的理论与实践——第十三届全国高级检察官论坛论文集》。

<sup>③</sup> 程兰兰：《认罪认罚从宽制度与实体法的冲突及解决》，载《学术交流》2017年第3期。

<sup>④</sup> 威海市环翠区人民法院（2015）威环刑初字第163号刑事判决书，转引自王瑞君：“认罪从宽”实体法视角的解读及司法适用》，载《政治与法律》2016年第5期。

<sup>⑤</sup> 参见张明楷：《责任主义与量刑原理——以点的理论为中心》，载《法学研究》2010年第5期。



罚没有范围限制，原则上不分罪名及轻重，可适用于一切刑事案件。二者的区别决定了在任何一项制度中排除被害人的参与都将对被害人权利保障体系造成缺漏。若刑事和解不允许被害人参与将从根本上不成其为制度，认罪认罚排除被害人的参加则会使不属于刑事和解适用范围的认罪认罚案件中被害人权益无从保障。

## 2. 制度操作与风险防范

笔者认为，检视被追诉人是否成立认罪认罚时，应当根据案件有无被害人分别讨论。

不存在被害人的案件中，无法要求被追诉人赔礼道歉、取得被害人谅解。但并不意味着此类案件中，被追诉人仅需作出认罪认罚的意思表示即可获得从宽处理。诚然，确认被追诉人真诚悔过是认定认罪认罚最稳妥、也最符合制度初衷的标准，然而，被告人的心理状态很难证明是不争的事实，解决特定案件中主观要件的证明困难便要回归客观行为的审视。<sup>①</sup>即使不存在被害人，也应尽可能给予客观要素较大比重，审查被追诉人有无前科、认罪认罚的阶段及主动性、避免或减少损失的积极性等，在此基础上结合被追诉人的主观态度作出是否从宽、在何种程度上从宽的决定。

存在被害人的案件中，被追诉人向被害人赔礼道歉、赔偿损失并取得谅解原则上为成立认罪认罚的前提。同时应当指明此类认罪认罚与刑事和解的关系，被追诉人赔偿被害人成立认罪认罚的便不再适用刑事和解从宽的规定，不允许被追诉人因同一情节获利两次。具体操作上，被追诉人在刑事诉讼过程中表示认罪认罚的，办案机关应当要求其积极赔偿并取得被害人谅解，出于办案期限考虑，可指定一段时间供双方协商。当事人请求公安司法机关主持协商的，有关机关可依当事人申请居间就赔偿方式、数额主持协商，以促使和解达成。被害人接受赔偿谅解被追诉人的，可以向公安司法机关出具谅解书，请求对被追诉人从宽处理。若被害人拒绝谅解，原则上便不能再对被追诉人适用认罪认罚从宽。

尽管认罪认罚从宽需保障被害人参与，但在实际运行过程中也应当防范制度异化。首先，存在被害人的案件中，被追诉人取得被害人谅解的原则应当坚持，但也应当允许一定的例外存在，不应因被害人不谅解就一律不予认定认罪认罚。部分案件可能存在被害人以谅解为筹码漫天要价的情况，也可能被害人提出的赔偿数额确属合理，被追诉人也有积极赔偿之心，但囿于经济条件难以短时间内满足被害人的要求。对此，一方面应当明确被害人的赔偿请求不应过分高于实际损失；另一方面，若被追诉人已尽最大赔偿能力，即便没有实现被害人的要求而未能取得谅解，也视为赔偿谅解要件已经满足，在符合其它要件的情况下，可以适用认罪认罚程序从宽处理，但此时不得适用速裁程序，而应通过简易程序或普通程序审理。为保障被害人的损失得以填补，在对被追诉人从宽处理前应当要求其将现有能够赔偿的部分先行交付被害人，被害人

<sup>①</sup> 参见褚福民：《证明困难解决体系视野下的刑事推定》，载《政法论坛》2011年第6期。



发现被追诉人有可供执行财产线索的，可持生效判决申请人民法院强制执行。若双方协商赔偿款项分期支付，可以准许，但应在判决书中写明。其次，应当从制度上保障被害人谅解被追诉人的自愿性，防止办案机关为降低办案压力通过各种手段迫使、诱使被害人谅解被追诉人从而适用认罪认罚程序。

## （二）正确处理认罪认罚上诉案件

认罪认罚案件由于控辩双方已协商达成合意，法院原则上应采纳公诉机关量刑建议，因此很少进入二审程序。某省法院调研数据也显示，适用认罪认罚从宽制度审理的案件一审服判息诉率达到99.03%，少数提起上诉的案件缘于被告人希望留所服刑或认为量刑过重，此类案件检察机关也往往通过抗诉予以回应。但正是这不足1%的上诉案件成为了法院审理认罪认罚案件的难点，法官的观点也分歧较大。有的法官认为，上诉人违背先前签署的具结书而反悔，从宽事由在二审中已改变，从宽处罚失去效力，因此改判加重刑罚。<sup>①</sup>也有法官认为，尽管被告人违背了认罪认罚承诺和诚实信用原则，但其上诉权和上诉不加刑受法律保障，不能仅因上诉就予以抗诉加刑。<sup>②</sup>笔者认为，上诉权是被告人的基本诉讼权利，两审终审制是我国刑事诉讼的基本制度，认罪认罚被告人的上诉权不得剥夺。当前，法院在审理认罪认罚上诉案件时，仍应适用二审程序对案件全面审查，仅被告人以量刑过重为由反悔上诉导致检察机关抗诉的，不符合“原判有误”的抗诉前提，应坚持上诉不加刑原则。但是，认罪认罚是控辩协商的结果，给予被告人从宽处理除主观悔罪外还因其节约了司法资源，而二审程序的启动消解了资源的节约。因此，未来法律完善时，应确立认罪认罚案件上诉理由限制原则，防止被告人借制度漏洞滥用上诉权。允许被告人上诉的具体理由限于两类：一是法院判处的刑罚重于检察机关量刑建议中的刑罚；二是法院变更检察机关指控罪名而做出有罪判决。

## 四、结语

认罪认罚从宽制度虽已入法，但其作为一项新生制度仍有完善空间。通过对其内涵、从宽类型和程度予以明确，厘清认罪认罚与《刑法》总则自首、坦白及分则相关规定的关系，保障认罪认罚从宽中被害人的参与，正确处理上诉案件，紧贴立法及司法实践，认罪认罚从宽将在实体与程序的协奏中日臻完善。

（责任编辑：王文斌）

<sup>①</sup> 参见（2017）渝01刑终605号刑事判决书、（2017）渝01刑终758号刑事判决书。

<sup>②</sup> 参见《认罪认罚从宽案件上诉权的限定问题》，载《人民法院报》2018年7月19日第7版。

# 新型办案机制下基层法院案件分配制度改革刍议

山东省高级人民法院课题组\*

**内容摘要** 案件分配制度改革是司法体制改革的重要配套改革。在司法责任制改革的大背景下，随着审判组织形式、审判权运行模式以及内设机构改革逐步深入，对案件分配制度与新型审判权运行模式的兼容性提出新的要求。同时，随着新型办案机制的运行，案件分配制度的不适应性也日益凸显。为切实解决案件分配制度与新型办案机制兼容性的问题，本课题组采用实证研究方法，以我省基层法院案件分配制度为调研对象，系统梳理总结了法院案件分配制度发展的历史脉络，对新型审判权运行模式下案件分配的范围、方式、程序以及绩效激励等方面存在的突出问题进行了剖析，在此基础上提出了随机分案制度改革的思路和设想，希望对完善基层法院案件分配制度提供有益借鉴参考。

**关键词** 案件分配 随机分案 繁简分流 审判团队

中图分类号：DF8 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)03-127-137

案件分配既是诉讼程序的重要环节，也是审判管理的重要内容，对科学调配审判资源、激发法官办案活力、促进公正廉洁司法、提高审判工作效能，具有牵一发而动全身的关键作用。案件分配实质是对法官审判权利和职责分工的调配，必须与审判权运行模式相适应。随着司法责任制改革的深入推进，审判组织形式、审判权运行模式以及内设机构正在发生深刻变化，迫切需要建立一套与新型办案机制相适应的案件分配制度。

\* 课题组成员：赵国滨、鲁统民、刘念虎、陈希国、周伟；课题执笔人：周伟。本文系最高人民法院2018年度司法研究重大课题“民商事案件‘分调裁’机制研究”（山东省高级人民法院课题组）及2018年山东省社科规划·审判研究专项“新型办案机制下基层法院案件分配制度研究”（项目批准号：18CSPJ32究）的阶段性研究成果。



## 一、法院案件分配制度的历史考察

从法院分案制度改革的历史脉络看，主要经历了三个阶段，即审判业务庭庭长指定分案阶段、立案庭分案阶段、立案庭指定分案向电脑随机分案过渡阶段。<sup>①</sup>各阶段分案制度的形成，主要是由当时的审判权运行模式决定的。

五个“五年改革”纲要中关于案件分配制度改革的情况

改革阶段	审判权运行模式改革内容	分案制度改革内容
一五改革纲要 (1999-2003)	1999年底，全国各级人民法院根据明确职责、分工合理、运转高效的原则，全面立审分立、审执分立、审监分立，人民法院的立审分立，结合实际情况进行。以改革纲要的形式将立审分立原则确定下来。	没有作出规定。
二五改革纲要 (2004-2008)	改革审判委员会审理案件的程序和方式，将审判委员会的活动由会议制改为审理制。建立法官依法独立办案责任制，强化合议庭和独任法官的审判职责，逐步实现合议庭、独任法官负责制。	在考虑案件类型、难易程度等因素的前提下建立和完善随机分案制度。
三五改革纲要 (2009-2013)	对完善审判委员会讨论案件范围和程序、加强合议庭和主审法官的职责提出要求。	没有作出规定。
四五改革纲要 (2014-2018)	确立“让审理者裁判、由裁判者负责”的司法责任制改革方向，对裁判文书签发机制、完善主审法官合议庭办案责任制、健全院庭长审判管理监督机制、改革审判委员会工作机制等提出明确要求。	在加强专业合议庭建设基础上，实行随机分案为主、指定分案为辅的案件分配制度。建立分案情况内部公示制度。对变更审判组织或承办法官的，应当说明理由并公示。
五五改革纲要 (2019-2023)	落实十九大提出的“深化司法体制综合配套改革，全面落实司法责任制”的重要战略部署，进一步健全以司法责任制为核心的审判权力运行体系，就深化院庭长办案、审委会制度、审判监督管理机制、审判流程标准化建设、法律统一适用机制、专业化审判机制建设、深化人民法院内设机构改革以及完善诉讼制度体系提出新的要求。	进一步健全“随机分案为主，指定分案为辅”的案件分配机制。根据审判领域类别和繁简分流安排，完善承办法官与合议庭审判长确定机制。

### (一) 审判业务庭分案阶段

新中国成立后相当长的一段时间里，由于法院案件类型比较单一、数量相对不大，立案审查权由各个审判业务庭自己行使，实行“立审合一”的模式。与之相适应，案件分配制度实行的是审判庭庭长指定分案，即庭长享有分案权，庭长根据本庭收结案

<sup>①</sup> 这三个阶段仅仅是不同时期分案模式的大致划分，是指在某个阶段以某类分案方式为主的分案阶段划分。在不同阶段，仍然存在分案方式的混合。比如在立案庭分案阶段，仍然有部分法院先行先试，开展随机分案改革探索，采取随机分案改革方式，也存在立案庭分案与业务庭进行微调的混合模式。

和存案情况、案件类型、案件复杂程度、法官能力等各种因素，综合考虑在本庭内统筹分配案件。而且上世纪80年代到90年代初期，由于社会经济处于转型期，在政策上鼓励各业务庭和法官主动寻找案源，一度出现审判人员自立、自审、自执的办案模式，由此产生的抽屉案、关系案、人情案为社会所诟病。上世纪90年代初期各地法院设立告申庭后，立案权统一由告申庭行使，但在案件分配上仍然是由告申庭立案后转交业务庭，再由业务庭指定办案人员，有时还存在庭长授权内勤对案件进行分配的情形。案件由庭长统一分配，虽然可以实现法官能力与案件高效解决之间的有机协调，但是由于具体分案规则与客观标准的缺乏，主观随意性较大，容易导致各法官间案件分配不均、公平竞争机制失衡等状况，<sup>①</sup>分案模式的公平性往往会受到法官质疑，也容易给司法不公提供机会。这种行政化的案件分配模式，在案件数量少的情况下可以较好地实现对案件的分配与管理，但在案件数量大规模增加的情况下，一定不能发挥出良好的管理作用。

## （二）立案庭分案阶段

上世纪90年代中后期，随着法院案件数量迅速增长，案件类型越来越多，以及法院审判管理理念的进步，原来的“立审不分、审执不分、审监不分”的工作模式已经不能适应案件审理和审判管理的需要。以1996年11月全国法院立案工作会议为标志，“立审分立”进入全面推广阶段，各地法院纷纷成立专门立案机构。1999年10月，最高人民法院公布的《人民法院第一个五年改革纲要》明确提出，“1999年底，全国各级人民法院根据明确职责、分工合理、运转高效的原则，全面立审分立、审执分立、审监分立，人民法院的立审分立，结合实际情况进行。”《纲要》还提出建立“科学的审判流程管理制度”，截止2003年，“立审分立”改革基本完成，全国大部分法院设立以大立案为中心的审判流程管理制度，由立案庭专门行使立案功能以及审判流程管理功能。立案庭受理案件后，将案件录入审判流程管理系统，对所有案件进行统一的立案、排期、送达等。立案庭根据各业务庭业务分工和法官情况，将案件直接分配到承办法官，不需要通过业务庭庭长来分案。至此，立案权与审判权相分离，分案功能也从审判业务庭剥离出来，交由立案庭专门负责。立案庭分案省去了案件移送业务庭、再由庭长进行分案的时间和环节，一定程度上提高了办案效率，缩短了办案周期，实现了对案件的全流程控制。但在这一模式下，由于立案庭对各业务庭的工作情况、法官特点等了解不够，难免会存在人案不适的矛盾。因此，这种模式下，不少地方采取了立案庭分案为主、业务庭对个案进行微调的混合模式（俗称“倒排期”），以缓和立案庭与业务庭的紧张关系。上世纪90年代后期大立案改革后，一直到现在的相当长时期内，各地法院延续了这种分案模式。

<sup>①</sup> 参见王战战：《员额制改革背景下法院分案机制研究》，载《山东行政学院学报》2018年第1期。





### （三）随机分案为主与指定分案为辅的阶段

按照党的十八大关于深化司法体制机制改革的要求，2015年最高人民法院公布《关于全面深化人民法院改革的意见》（俗称“四五改革纲要”），将全国法院司法改革推向深入。本轮司法改革不是细枝末节的改革，而是对司法体制机制的深刻性、系统性、全面性变革。与之相适应，案件分配模式的重构再度被提上改革日程。

2005年10月最高人民法院公布的《人民法院第二个五年改革纲要》要求，“在考虑案件类型、难易程度等因素的前提下建立和完善随机分案制度。”首次提出“随机分案”改革方向。但是，由于当时缺乏司法责任制改革的大背景，同时对“随机分案”改革方向和具体措施规定过于笼统，改革模式事实上没有本质的变化。2015年2月最高人民法院发布的“四五改革纲要”，明确提出“在加强专业合议庭建设基础上，实行随机分案为主、指定分案为辅的案件分配制度。建立分案情况内部公示制度。对变更审判组织或承办法官的，应当说明理由并公示。”2015年9月发布的《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》对这一要求予以重申。以此为依据，各地法院结合实际，进行积极探索。<sup>①</sup>2019年2月，最高人民法院公布的《人民法院第五个五年改革纲要》继承了四五改革纲要关于案件分配的原则。

应当说，当前开展的新一轮案件分配制度改革，是因应司法责任制改革而开展的一项重要程序性改革，这一改革的基础与以往有本质的不同。从案件分配单元上看，随着基层法院内设机构改革的完成和新型办案团队的全面构建，以业务庭为单元的案件分配格局将逐步被打破，案件分配单元将由业务庭变为扁平化的审判团队；从职责分工上看，司法责任制改革后，法官将专司审判核心事务，而立案分配、排期送达等非审判核心事务，交由司法辅助人员负责，这有利于把法官从事务性工作中解脱出来；从司法责任制上看，“让审理者裁判、由裁判者负责”的改革要求，前提要保障法官裁判权来源的合法性，其中，中立的分案立场、确定的分案规则、透明的分案程序，是保障法官独立审判、保障当事人接受平等审判的前提。因此，司法责任制改革背景下，案件分配制度改革绝非小事，而是影响司法公正、效率和司法公信力的大事。当前，随着审判团队的组建和新型办案机制的运行，各地法院正在探索实行“随机分案为主、指定分案为辅”的新型案件分配制度。但是由于这是一项全新的改革，无论在思想观念还是在具体模式构建上，还存在许多需要解决的问题。

## 二、基层法院案件分配制度的现状及问题

随着新型办案机制的运行，推进基层法院案件分配制度改革已提上日程，但由于

<sup>①</sup> 比如江苏法院确立全省各级法院所有案件由立案庭随机分案为主、庭（局）长指定分案为辅的分案方式，并开发配套分案软件，自2009年12月21日起，全省法院正式施行随机分案制度。

尚在探索阶段，案件分配规则尚不完善，内设机构改革还不到位，审判资源配置没有达到最佳状态，导致案件分配制度的现状不尽人意。

### （一）分案范围的“小随机”化，难以解决“案多人少”矛盾

当前，虽然各基层法院普遍建立审判团队，但是大部分基层法院办案仍以审判业务庭为单元，导致分案范围限定于审判业务庭范围，即根据案件类型在固定业务庭范围内随机轮转确定承办法官。由于案件类型在不断变化之中，而且受政策、地域、经济、社会等方面因素的影响，不同类型案件在不同地区的比例、增长幅度也差异很大，导致这种固定式的小随机分案方式，难以适应不同类型案件办理的需要，造成分案和工作量不均衡，一定程度上加剧了基层法院“案多人少”的矛盾。

1. 各类审判工作量不均衡。通过调研发现，当前各项审判类别间工作量不均衡问题十分突出。以 S 省法院为例，全省刑事审判、民事审判、行政审判人均结案比为 1 : 2.26 : 0.42。人均结案比最高的法院，民事法官结案数量是行政法官的五倍多。这一办案比例与刑事、民事、行政案件难易程度不相匹配。

2018 年 S 省基层法院各类审判结案情况比较

	一审结案	员额法官数	员额法官人均结案数
刑事审判	63637	725	88
民事审判	739633	3713	199
行政审判	10617	285	37

2. 各业务庭工作量不均衡。不仅各项审判整体分配不均衡，而且同一法院各业务庭间分案也不均衡。以 S 省辖区 W 区法院民事审判为例，该区法院分三个民事审判庭和三处人民法庭，其中民一庭负责审理婚姻家庭、建设工程、劳动争议、医疗事故等传统民事纠纷案件，民二庭负责审理商事合同纠纷案件，民三庭负责审理民间借贷、交通事故纠纷案件，人民法庭审理普通民商事案件。同样是办理民事案件的民事审判庭，人均分配案件比例为 1 : 1.8 : 1.6 : 2.5。

2018 年 W 区人民法院民事审判庭分案情况比较

	案件类型	收案	法官数	人均分配案件数
民一庭	婚姻家庭、建设工程、劳动争议、医疗事故等传统民事纠纷	142	3	47.3
民二庭	商事合同纠纷	174	2	87
民三庭	民间借贷、交通事故纠纷	149	2	74.5
人民法庭	普通民商事案件	1501	8	188



## （二）以简单轮流为主的随机分案方式，造成分案不公现象

当前，按照最高人民法院要求，大部分基层法院积极推进分案制度改革，推行以随机分案为主的案件分配模式。但是，仍然有少部分法院采用“二次分案”模式，即立案庭根据案件性质，将案件分配到业务庭，再由业务庭庭长随机或根据各员额法官手中存案情况分配给法官，完成二次分配。以S省为例，在154家基层法院中，仍然有20%左右的法院采用“二次分案”模式。二次分案方式从本质上说是指定分案的方式，是案件分配制度改革过程中的过渡产物。随着案件分配制度改革的逐步深化，“二次分案”方式将最终被随机分案为主的案件分配方式所取代。

实践中，随机分案模式主要存在三种情况：一是简单轮流分案模式，即按案件类型和收案次序将新收案件轮流分配给承办法官。二是完全随机模式，不考虑法官办案能力、案件性质、法官存案等情况，按照案件类型在业务庭内完全以随机方式确定承办法官，比如摇号确定承办法官的方式。三是复杂随机分案模式，即兼顾法官办案个性需求、司法能力以及案件消化能力等因素随机确定承办法官。有的法院还将当事人选择作为分案的考虑因素。

其中，第一种随机模式，即简单轮流分案模式是当前基层法院普遍采用的分案模式。这种按收案次序轮流确定承办法官的模式，一定程度上实现了分案的随机性。但是这种分案模式过于机械化，对法官个体差异、案件类型、结案进度等考虑不足，法官处于“被动收案”状态，容易造成新的分案不公平，影响法官办案积极性和审判质效。第一，容易引发案件的错位处理。可能将原告或被告相同的案件或关联案件分给不同法官，不仅不利于提高司法效率，还容易造成同案不同判问题；诉前调解案件或是当事人撤诉又重新起诉的案件，也可能分配不到原调解法官手中，造成司法资源的浪费。第二，容易导致“易案扎堆”或“难案扎堆”，造成分案不平衡，影响分案效能。第三，无法彻底避免人情案。虽然轮流分案相对中立，一定程度上屏蔽人情案、关系案，但是由于分案顺序相对固定，仍有可能通过故意轮空等方式操纵分案结果，造成分案不公和司法不公。

完全随机方式分案虽然可以最大限度避免分案中人为操作，防止关系案、人情案，并吸收当事人参与，有利于提高当事人对分案公正的获得感，但是由于分案规则过于简单，同样容易造成案件错位处理、分案不均等问题，影响分案公正和效率。

相比较而言，复杂的随机分案模式综合考虑案件需求、法官需求以及当事人需求，有效平衡各方利益，通过适度对分案程序调整和干预，达到科学、合理、公平分案的目的，应该是分案制度改革的发展方向。但是从目前各地法院实践看，没有形成统一规则，相关标准、指标设置随意化，从而制约了审判工作效能。

## （三）无序化的分案程序，降低了分案效率和司法公信

作为司法责任制改革的一项配套制度，目前基层法院对案件分配制度改革的重要

性还没有引起足够重视，大部分法院没有制定专门的、统一的、规范的分案制度，分案程序随意性比较大，影响了审判效率。

1. 分案各环节期限不明确。分案制度不仅仅涉及案件分配环节，还涉及案件分流、流转等环节。从各地基层法院分案实践看，对各环节期限要求不明确，导致分案各环节间衔接不畅，造成诉讼迟延。有的从分案到具体流转到承办法官，甚至需要几个月的时间。

2. 分案信息化程度不高。目前，大部分法院分案仍然停留在手工分案的阶段，案件信息录入、案件分流、分案调整等工作全部由人工操作，既影响了分案效率，又增加了分案环节的廉政风险。即使个别法院研发随机分案软件，但是不能与全省审判管理系统对接，案件信息需要人工重复录入，造成分案环节重复劳动。同时，分案软件功能较为单一，一般仅具有自动分案功能，态势分析、信息管理、分案查询、悬赏结案等功能不足，影响软件的深层次应用。

3. 分案过程不透明。虽然大部分法院采用轮流分案的方式，但是由于分案规则不够明确具体，案件调整程序不规范，分案随意调整情况较为多见，而且未对分案调整事项进行公示，容易引发法官对分案公平的质疑。

#### （四）办案绩效与业绩考核脱钩，导致分案杠杆作用发挥不明显

案件分配制度改革，必须与法官能力、办案业绩、绩效考评等因素相适应，让能者多劳、多劳多得，发挥好案件分配制度的“指挥棒”作用。当前，与新型审判权运行模式建设相比，审判绩效考评体系建设相对滞后，大部分法院尚未建立科学、规范的案件权重系数，分案缺乏导向性。很多法院存在业绩考核“大锅饭”、平均主义的问题，影响了法官办案的积极性。而且，由于案件权重系数体系和绩效考核的滞后性，造成办理复杂案件和办理简单案件一个样、办多办少一个样，导致分案过程中存在法官挑拣案件的现象，都不愿意承担疑难复杂案件，这也是下一步改革案件分配制度需要重点解决的问题。

### 三、新型办案机制下基层法院案件分配制度改革的构想

分案制度改革是司法责任制改革系统集成的一部分。改革过程中，必须坚持问题导向，坚持统筹兼顾，形成相互协调、相互兼容的有机整体。第一，分案制度改革要与司法责任制改革相融合。司法责任制改革后，法官对案件终身负责，必须赋予法官更大的自主权。审判自主权不仅体现在实体方面，也体现在程序方面，包括对案件进程的自主安排。以往分案制度忽略法官对裁判案件进程的掌控意愿，法官处于被动接受案件的状态，法官办案的自主权难以保障，影响办案质效。推进分案制度改革，坚持人性化分案，尊重法官对办案节奏自主把握的意愿，将有利于促进审判的自主管理。





第二，分案制度改革要与审判管理扁平化相融合。新型审判权模式运行后，审判团队成为基本的办案单元，审判管理趋于扁平化。案件分配制度也应及时调整，走扁平化的道路，尽量减少分案中间环节，真正实现“分案到人”或“分案到团队”。第三，分案制度改革要与繁简分流改革相融合。繁简分流是应对诉讼案件激增、缓解“案多人少”矛盾的有效举措。繁简分流改革中速裁改革、专业化审判等举措，是分案制度改革不容回避的问题。深化分案制度改革，必须把案件分流制度改革纳入分案制度改革之中。

### （一）打破以审判庭为单元的“小随机”分案现状，实行全员全案统筹的“大随机”分案模式

一方面，以往“小随机”分案模式，是导致分案不均衡的主要因素，迫切需要取消分案范围局限性，使分案结果更加均衡。另一方面，随着司法改革的深入，基层法院审判业务庭逐渐弱化，审判团队成为基本办案、管理单元，使“大随机”分案成为可能。

在“大随机”分案模式下，审判团队是随机分案指向的基本对象。特别是在基层法院，审判团队主要以独任制团队为主。确定了审判团队，就确定了案件承办法官。审判团队以员额法官为基础，以独任制为基本形式，员额法官即为团队负责人，审判业务由分管领导统筹。案件分配将以审判团队为基本分配单元。同时，适应审判专业化改革的需要，审判团队组建应体现审判专业化，由法官自主选择专业类别。但是专业选择应避免单一化，允许法官选择多个专业，并可以跨审判类别选择专业，实现全员办案，缓解案多人少矛盾。比如，有的法院探索将办案业务分为刑事、民事、商事、行政、执行、再审、少审和特别程序八大专业，并对每类大专业细分相关专业。审判团队实行专业化分工，员额法官根据本人知识结构、专业特长，在两个大专业中分别选择两个小专业，作为自己的办案方向。法官在选择专业时，确定一个大专业为主专业（第一专业），另一个大专业为辅专业（第二专业）。这种专业化团队建制模式，不仅有利于发挥法官的专业特长，而且还能够充分体现法官办案需求和喜好，激发办案积极性。

### （二）改变以轮流分案为主的简单随机分案模式，建立“随机+按需”相结合的案件分配体系

完善随机分案制度目的是建立一个既定的规则，保障分案科学公正，减少随意性和不可预期性。但是建立随机分案制度，并不是无序分案，也不是轮流分案，而要在坚持“随机分案”的同时，做到“按需分案”。分案制度改革必须与审判需求、法官需求和结案需求相适应。第一，要充分考虑法官需求。每位法官都有自己的业务专长，完全的随机分案有时容易导致法官办理自身不擅长的案件，减低人案匹配度，不仅影响法官的办案积极性，而且还影响司法质效。因此，随机分案应尊重法官个体差



异性，赋予法官一定自主权。第二，充分考虑审判需求。随着经济社会发展，案件矛盾呈现类型化发展特点，对案件专业化审理提出新的要求，这也是司法改革的重要内容。分案制度改革必须充分考虑审判专业化的需要。《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》规定，“在加强审判专业化的基础上，实行随机分案为主、指定分案为辅的案件分配制度。”目前，很多基层法院基于审判需要，设立金融、破产、家事、环保等专业化团队。完全的随机分案，不利于分案与专业化审理的衔接。因此，随机分案应考虑专业化审理需要，考虑专业优先原则。第三，充分考虑结案需求。法官司法能力、办案风格不同，办案节奏有所差异，而且受业务培训、休假等因素影响，法官对自主安排办案时间有一定的自我需求。轮流分案忽视了法官个体能力差异和自由支配办案进度的需求。随机分案应关注法官结案的自由支配权，在分案系统中设定法官拒绝接收案件的功能，使分案更具人性化，比如某法官拟安排一段时间休假，则可以不接收案件。同时针对轮流分案不考虑法官办案差异性，容易造成案件积压的问题，应采取轮流随机和限制存案相结合的模式，为每名法官设置合理库存数，在合理库存数之内实行依收案随机分配，达到合理库存后，不再分案，防止法官过饱和状态工作，确保全院收结均衡、畅通。

案件合理库存是审判质效的调节器。合理库存过高，使法官限于“疲于办案”的境地，影响办案质量。合理库存过低，法官办案没有压力感，会影响办案效率。办案饱和度是确定合理库存的前提。具体测算公式为“办案饱和度 = 全年有效办案时间 / 个案耗时”。在确定全年有效办案时间时，应扣除普法宣传、理论调研、参加会议、业务培训等综合性工作。如果法官办案饱和度为150件，按照年结案率80%的目标，那么法官合理库存就是30件。办案合理库存与各法院案件数量、审判资源配置、司法能力等多重因素相关，与案件类型也有关系，因此不一而足。如S省L县法院确定速裁团队合理库存80件，刑事团队10件，民商事团队35件，行政团队20件，并根据结案要求和工作进度合理调整。

（三）坚持诉前分流与案件速裁的前置化嵌入，实现案件分流与分案制度的有机融合

公平正义是司法的基本价值追求。从这个角度讲，分案是手段，分流是结果，公正目标是目标。分案制度的设计，必须充分考虑案件分流的合理性、可行性，通过科学分案，促进办案各环节的有序衔接、科学分流，最终实现司法公正的终极目标。目前，在满足人民群众多元司法需求、缓解基层法院“案多人少”矛盾等方面，多元化纠纷解决机制改革、繁简分流改革的作用日益凸显。分案制度改革必须做好与诉调对接、速裁分流等环节的衔接工作，推进改革集成和制度融合，努力实现“1+1 > 2”的效果。具体流程设计应体现“三次分流”。

1. 诉前分流。在分案系统中，专门设置调解组织和调解人员数据库。对前来起诉



的当事人，由诉调中心在此对案件信息进行录入。根据案由，在纠纷受理信息当中确定相应的调解组织或人员进行调解。调解不成的，及时登记立案，系统自动提取当事人信息、调解信息，转入繁简分流模块。

2. 案件繁简分流。设立速裁团队，根据分案软件测算，确定简案与繁案，对于简单案件，进入速裁团队办理。不适宜速裁团队办理的案件、速裁团队库存数满溢出的案件、到期限（如可以设定速裁期为30日）流转出的案件再次由信息化自动分案系统按照分案规则进行分案，进入专业化审判团队审理。

3. 案件调整分流。严格限制指定分案，将案件指定分配权集中，明确院长对于特殊案件的指定权，并说明理由和予以公示。指定分案的情形主要有：承办法官因出现法定回避情形需要回避的；承办法官因健康、外出工作、学习等客观原因需要脱产时间较长的；因案情重大、疑难复杂、有重大影响或者案件相互之间关联密切等特殊情形的；其他需要更换承办法官的情形。基于同一法律事实、当事人一方分别起诉的系列案件，原则上由第一起案件随机分流的审判团队统一审理。同时，建立分案情况内部公示制度。对变更审判组织或承办法官的，应当说明理由并公示。

在“三次分流”前提下，具体案件分配应按照专业优先、辖区优先原则，以结出递补、按需分案为基本方法，随机确定案件的审判团队。一是专业优先，即对受理的案件按照审判团队第一专业类别，在具备分案条件的团队之间随机确定。二是辖区优先，即对隶属于人民法庭辖区的民事案件，在法庭具备分案案件的审判团队之间随机确定。三是结出递补。各审判团队以合理库存案件数为基数，每结出一案、递补分配一案。当审判团队库存案件数高于合理库存案件数、出现无法定事由超审限及经通知而不领取所分案卷时，不再分案。四是溢出分案。当案件按照辖区和主专业优先的方法无法分案而导致案件溢出时，进入挂牌程序，由申报辅专业符合分案条件的团队在系统中自动领取办理，且从第二日起，每在系统挂出一天增加一定分值的奖励，一定期限仍未摘取的，由入额院领导办理。

#### （四）坚持分案制度与绩效考核相挂钩，以业绩考核倒逼分案制度落地

案件分配是考核的前提，只有做到分案公正，才能做到考核公正。同时，考核是分案制度落实的保障。随机分案的一个重要特征是“结出递补”，即结案越多，后续随机分案的机会就越多。因此，分案制度的落地，收结案良性循环是关键。如果收多结少或只收不结，案件就会大量滞留审判环节，分案系统也会受到波及。严格、规范的考核是督促法官提升结案效率的有效抓手，也是分案系统设计时必须考虑的因素。基于以上原因，分案系统设计时，应为各类案件赋予一定分值，使各类案件按照同一标准赋分，并直接与法官绩效考核挂钩，倒逼法官主动加快办案节奏，促进收结案良性循环。

案件难度系数测算是进行考核的重要依据。影响案件繁简程度的因素千差万别，

即使是同一类案由的案件，由于诉讼时间、当事人性格、司法政策等因素不同，其难易程度也会千差万别。因此，有必要通过设定相应要素难度系数，对个案难度进行综合测算，以确定个案的难度系数，然后依据难度系数对案件进行随机分流。影响案件难度系数的要素主要有四种。一是基础要素，即每一案件均具备的因素，包括案由、主体、诉讼请求、法律关系、法律事实、证据种类及证据数量等。为每一项要素事先赋予一定分值，录入后通过电脑自动判断，确定基础要素分值。二是关键要素，即直接影响案件繁简程度的要素，包括发回重审、刑民交叉、特殊诉讼、关联因素。只要存在以上要素中的一种，即可确定该案为复杂案件。三是参考要素，即并非每案均具备、与案件关联度也不大、但在个案当中仍有所有影响的要素，因此分值设定均较低，包括标的额、是否公告、是否鉴定、案件来源、免证情形等。四是人工识别，即以上要素之外、个案当中仍存在其它需统筹考虑的因素，以人工识别来确定，实现人机判决的结合。

#### （五）坚持信息化智能分案原则，加快推进专门信息化分案软件的顶层设计

信息化为分案制度改革提供了技术手段，深化分案制度改革应坚持信息化自动分案的方向，依托信息技术自动选择办案团队或法官，缩短分案耗时，减少人为干预，加强分案监督，使分案过程更加公开透明、客观公正、高效便民。推动信息化智能分案应坚持顶层设计，确立统一、规范、科学的分案流程，依托信息化软件分案系统实现随机分案功能。信息化智能分案软件应具有以下功能。第一，自动分案功能。依照事先设定好的规则标准，自动进行案件分配。第二，态势分析功能。分案制度不仅是审判流程环节，更是审判管理的手段。要通过对分案环节有关因素，包括案件来源、分案走向、繁简比例等自动监控分析，助力审判管理。第三，信息嵌入功能。分案软件要与审判管理系统有机嵌入和衔接，自动读取立案信息、结案信息，并根据审判信息及时对分案进行调整。同时，结合多元化纠纷解决机制改革和繁简分流改革，统筹分案与分流关系必须解决好分案过程中纠纷外部分流软件系统和案件内部分流软件系统的有效嵌入，使诉调对接、繁简分流成为分案制度的有机部分。

（责任编辑：余晓龙）



# 监察留置程序“二阶分法”监督机制的构建

——以程序再造和双重外部监督的衔接为内核

杜茜\*

**内容摘要** 从2016年11月中共中央部署在北京、山西、浙江三地先行先试国家监察体制改革,到试点经验被固定为法律制度,历时一年有余。监察机关的重要调查手段——留置措施,其已具备高强制力特征,但却并未在涉嫌严重职务违法与涉嫌职务犯罪的被调查人之间进行区分适用,相应的外部监督机制也未有效构建,这将共同导致在留置过程中发生的监察职务侵权行为落入难以约束之境。笔者根据自创的“二阶分法”将留置程序划分为“留置分流阶段”和“正式留置阶段”,对不同被调查人区分适用不同留置期间。并基于此构建了人大过程性监督和国家赔偿监督相衔接的双重外部监督机制,以达到外部监督机制运转有效、“法法衔接”顺畅的实务操作效果。

**关键词** 监察留置措施 二阶分法 外部监督机制

中图分类号:DF73 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)03-138-149

## 导 言

《中华人民共和国监察法》(以下简称监察法)第七章专章规定“对监察机关和监察人员的监督”形式,同时第67条规定“监察机关及其工作人员行使职权,侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的,依法给予国家赔偿。”如果把对监督形式的规定内容看作是最终承担国家赔偿责任的一种必要技术性铺垫的话,那么笔者非常渴

\* 杜茜,四川省高级人民法院法官助理。

望在二者之间寻找到内在逻辑指引。然而，这并不容易。由于现行监察法和《中华人民共和国国家赔偿法》（以下简称国家赔偿法）对于何种情形下监察职务侵权行为应承担国家赔偿责任并无细化规定，所以，对于如何通过过程性监督实现风险管控、如何通过国家监察赔偿<sup>①</sup>倒逼人权保障，目前不存在任何法律指引。与此同时，让人无法忽视的一种紧迫现实却是，自2016年国家监察体制改革在京晋浙三地先行先试到固定为法律制度以来，由监察机关调查移送检察院提起公诉的职务犯罪案件短时期内数量攀升。在行使调查权过程中，具有高强制力的重要调查手段——留置措施的不当使用最可能侵犯被调查人人身权，进而引发国家监察赔偿。尝试构建合理的外部监督机制，实现有效制度衔接，正是本文期望解决的实务难题。

### 一、理论困境：固化兼异化的 留置措施与现代刑事司法理念产生激烈对冲

用监察留置措施取代“两规”措施的初衷是为了将职务犯罪的侦查前程序纳入法治化轨道<sup>②</sup>，提升职务违法犯罪调查程序的透明度，彰显现代刑事司法的人权保障理念，在反腐败斗争中贯彻自始而终的法治思维。然而，笔者在将留置措施与刑事人身强制措施的一些关键要素进行对比后发现，前者在强制力程度上趋近、等同甚至高于后者，却因为仅仅被定义为调查手段，而使得被调查人很难得到与普通犯罪嫌疑人同等的程序性保障。以下图表将展示留置措施与刑事拘留、逮捕这两种主要的刑事人身强制措施的关键要素。

表一：留置措施、刑事拘留、逮捕关键要素对比

关键要素 \ 措施	留置措施	刑事拘留	逮捕
人身自由限制方式	自由剥夺型	自由剥夺型	自由剥夺型
羁押期限	最长期限六个月	最长期限三十七天 / 十七天	最长期限七个月(单罪)
涉案要件	情形一：涉嫌严重职务违法 情形二：涉嫌职务犯罪	七种情形之一的现行犯 / 重大犯罪嫌疑人	五种情形之一的犯罪嫌疑人 / 被告人
批准 / 决定机关	监察机关	检察院	检察院 / 法院

<sup>①</sup> 由于国家赔偿法尚未增设监察机关行使职权侵权赔偿的专门内容，笔者暂将由监察机关作为赔偿义务机关的国家赔偿命名为“国家监察赔偿”，以与传统国家赔偿类型进行区分。

<sup>②</sup> 参见中共中央纪律检查委员会、中华人民共和国国家监察委员会法规室：《中华人民共和国监察法 释义》，中国方正出版社2018年版，第134页。





关键要素 \ 措施	留置措施	刑事拘留	逮捕
羁押场所	特定场所（目前多为原纪检“两规”场所）	二十四小时内送至看守所	立即送至看守所
讯问	应当全程录音录像（备查但不移送）	可以 / 应当全程录音录像	可以 / 应当全程录音录像
知情权	二十四小时内通知所在单位和家属（有除外情形）	二十四小时内通知家属（有除外情形）	二十四小时内通知家属（有除外情形）
对调查 / 侦查人员申请回避权	有，但决定前原调查不停止	有，但决定前原侦查不停止	有，但决定前原侦查不停止
法律帮助	律师不可介入	有权委托辩护律师	有权委托辩护律师
是否能变更强制措施	不可变更	可以变更	可以变更
折抵刑期	留置一日折抵管制两日，折抵拘役、有期徒刑一日	羁押一日折抵管制两日，折抵拘役、有期徒刑一日	羁押一日折抵管制两日，折抵拘役、有期徒刑一日

图表反映出：

### （一）留置措施基本样态的固化与异化

1. 留置措施被固化为高强制力的准羁押措施。如图所示，相同的是，三者均为“自由剥夺型”措施；羁押场所均为特定；留置（羁押）一日均折抵管制两日，折抵拘役、有期徒刑一日。留置接近或重于其余两者的是，留置期限最长可达六个月，非常接近逮捕的单罪最长羁押期限七个月，更远甚于刑事拘留的最长羁押期限三十七天（或十七天）。留置措施重于其余两者的是，除非解除留置，否则不能在留置阶段变更为强制力程度更低的措施；而普通刑事案件<sup>①</sup>的犯罪嫌疑人在侦查阶段存在被变更为取保候审等强制力更低措施的可能性。在最能体现强制程度的几个关键要素上，留置措施接近、等同甚至重于刑事拘留和逮捕。另，监察法对留置期间折抵刑期的规定与刑事拘留和逮捕相一致，等于间接承认了它所具有的“准羁押”性质。<sup>②</sup>

2. 留置措施被异化为低透明度的准侦查措施。一方面，说它是准侦查措施，是因为前文总结的关键要素完全符合《中华人民共和国刑事诉讼法》（以下简称刑事诉讼法）对“侦查”的定义：“依照法律进行的专门调查工作和有关的强制性措施”。留置措施正是调查职务犯罪的专责机关所采取的带有强制性特征的调查措施。另一方面，说它透明度低下，是因为相较于允许普通犯罪侦查阶段被采取强制措施犯罪嫌疑人接受

<sup>①</sup> 这里指专属于监察机关调查的职务犯罪案件之外的刑事案件。

<sup>②</sup> 参见中共中央纪律检查委员会、中华人民共和国国家监察委员会法规室：《中华人民共和国监察法 释义》，中国方正出版社2018年版，第202页。

律师的法律帮助而言，留置阶段完全排除了律师介入的可能性。并且，虽然监察法规定在留置讯问时“应当”全程录音录像，但是录音录像资料并不是随案移送负责审查起诉的检察院，而只是留案备查。在这两个关键要素上，留置措施所进行的“异化”处置，至少表明其本身是透明度低下的。

## （二）留置措施法律框定与现代刑事司法理念的冲突

由于留置措施身处的调查程序承担着向刑事诉讼程序“输送”涉嫌职务犯罪案件的职责，所以法律对这一措施的价值框定不能不遵从现代刑事司法的固有价值 and 客观规律。然而，现行法律对这一措施的规制则在一定程度背离了现代刑事司法追求的重要价值。

1. 留置程序启动随意背离现代刑法“谦抑”原则。这主要体现在对留置措施“涉案要件”的规定上。图一显示两种情形监察机关均可动用留置措施：涉嫌严重职务违法、涉嫌职务犯罪。也就是说当被调查人的行为仅仅是涉嫌严重职务违法、还够不上犯罪嫌疑的时候，这种严厉的人身自由剥夺型调查措施就已可以被动用。而刑事诉讼法对刑事拘留、逮捕这两种强制措施规定的“涉案要件”是仅针对犯罪嫌疑人。按照张明楷、陈兴良二位教授对于刑法“谦抑性”的观点，制裁方法的采用应当以足以抑制某种违法行为、足以保护合法权益为其必要限度。目前对留置措施“涉案要件”的规定则明显体现着与现代刑法“谦抑”原则背道而驰的特质，使强制措施采用与被制裁行为可责罚性之间不具备相当性。

2. 留置措施采用偏好背离刑事司法“审判中心主义”原则。监察法规定，职务犯罪调查中证据的收集标准应当与刑事审判要求的定罪标准相同，简言之就是达到“证据确实充分”标准。如果追溯这一规定的价值取向根源，我们会发现，对于调查阶段课之以同审判阶段相同的证据标准，其目的在于优化调查获取证据在审判定罪中的“成功率”。从求刑角度来看无可厚非，然而，过度强调定罪“成功率”的后果却是极易导致调查阶段偏好于采用高强制力的调查手段。这直接表现为留置措施的采用，不仅针对职务犯罪调查，还扩大适用到严重职务违法；不仅采取人身自由剥夺型手段，还不允许律师提供法律帮助；不仅被规定为羁押方式，还规定了最长可达六个月的期限。而笔者认为，具体到监察改革中，追求“审判中心主义”原则必然要求弱化“调查中心主义”。调查阶段只需把好“程序合法”这道重要“关口”，应当减轻留置手段的强制力程度，缩小留置手段适用范围，放弃对定罪“成功率”的苛求，把证据确实充分的判断权放心交给裁判者。这样，才能从根本上避免让我国的监察改革重蹈日本“检察官司法”“警察国家”的覆辙。

综上，现行监察法在对留置这种高强制力调查手段进行赋权的同时，却未能像刑事诉讼法对待它的强制措施那样进行合理配套规制，这将在高强制力赋权和低透明度



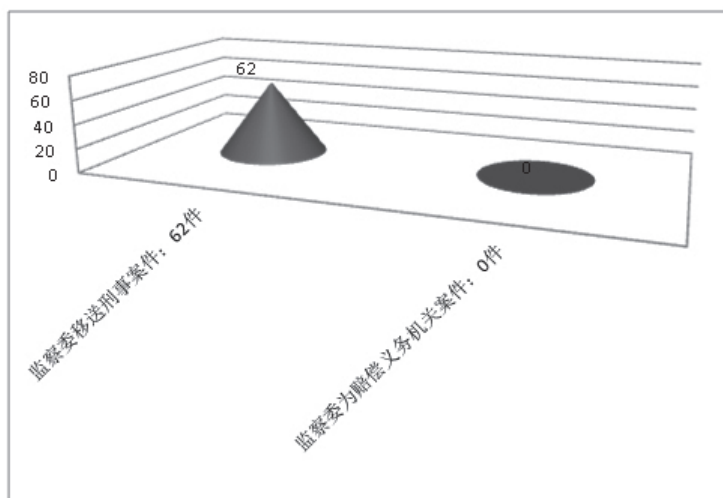
运作之间产生强烈冲突。同时，对这一手段的不当动用也极易与现代刑事司法诸多价值追求背道而驰。

## 二、现实冲突：留置程序内化行权及“法法衔接”不畅导致外部监督无法实现

如前所述，既价值根基不稳又缺乏配套制度规制的留置措施的使用难保不滋生监察权力膨胀、滥用的不良因子，导致涉人身侵权国家监察赔偿案件高发，进而引发对调查程序合法性和职权公信力的广泛质疑。在这种境况下，科学解析留置措施与其外部监督的矛盾，将为最终建立有效的源头防控机制打下基础，从而引领监察制度朝着与刑事司法制度及国家赔偿倒逼监督机制妥善衔接的方向发展。

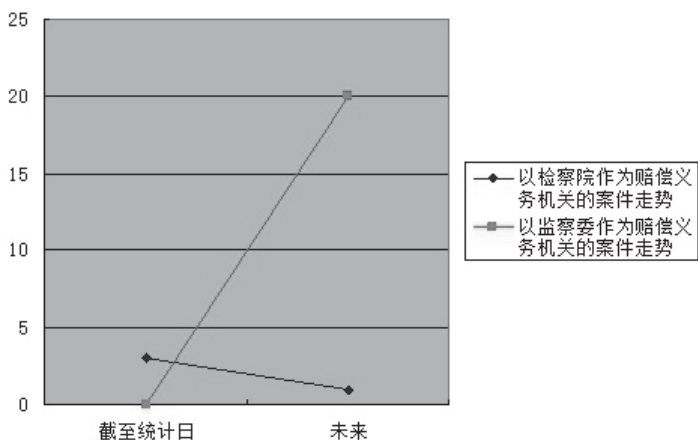
### （一）大数据反映出存在外部监督现实需求

笔者于2018年6月21日<sup>①</sup>登录最高人民法院裁判文书网，在“刑事案件”+“一审”类目下全文检索“监察委”关键词，得出62份有效裁判文书；在“国家赔偿案件”类目下全文检索“监察委”，得出裁判文书为0；分别在“国家赔偿案件”类目下全文检索“检察院”+“违法刑事拘留/超期刑事拘留/刑讯逼供致人伤亡/殴打、虐待或唆使、放纵他人殴打、虐待致人伤亡”这几种跟人身侵权赔偿有关的不同案由，得出3份有效裁判文书。以下结合图表进行说明。



图二：监察委移送及作为赔偿义务机关案件现实样态

<sup>①</sup> 选取样本为截止该搜索日期的所有已在裁判文书网上公布的有效裁判文书，排除录入重复、错误的文书。



图三 :转隶前后检察院及监察委为赔偿义务机关案件走势预测

根据图二、三数据，笔者作出以下初步判断：

1. 以检察院为赔偿义务机关的案件将逐渐减少。截至统计日，向公众公开的该类案件仅有3件，这一定程度反映出成熟的刑事诉讼制度对侦查程序合法起到的良好规制作用。当然，虽然现有监察制度并未完全排除由检察院继续行使少量反贪反渎侦查职能的可能性<sup>①</sup>，但由监察机关行使该职能的主体功能定位将使得因检察院反贪反渎侦查职务侵权而引发的赔偿案件随其职能弱化而减少。

2. 以监察机关为调查机关的刑事案件将持续增加。由监察委移送的62件职务犯罪案件已客观存在。因全面推开监察改革为时尚短，加上调查本身存在较长期限，所以已经进入刑事诉讼程序的案件相应较少。然而，因为反贪反渎调查职能的大部已归属于监察机关，这类刑事案件的增加是总趋势。

3. 以监察机关为赔偿义务机关的案件将开始出现。图示这类案件目前表现为0的现实样态，一方面是因为前序刑事案件本身基数小；另一方面则是因为现有监察制度对于国家赔偿责任的制度规制尚不明确，极有可能使得在行权过程中已客观发生的、具备国家赔偿责任承担可能性的案件，暂时成为了国家赔偿监督无法触及的“法外之域”。但可以预见到该类国家监察赔偿案件必然会随着前序刑事案件基数的稳定增长而逐渐出现。

以上对该类国家监察赔偿案件出现趋势的预测，表明未来的监察制度改革必须对外部监督机制的有效构建有所要求，而以下解析得出的却恰恰是样本所反映现实需求

<sup>①</sup> 参见《中华人民共和国监察法》第34条第2款、第47条第3款。



与现有外部监督机制的不相匹配及问题根源所在。

## (二) 留置程序的封闭性导致外部过程性监督无法奏效

《中华人民共和国宪法》(以下简称宪法)第127条对“独立行使监察权”的规定,其立法本意是强调“排除外界不当干预”,本不应被过分解读为强调监察权的内化行权方式。但由于新生的监察制度与纪检制度一本同源,其难免依赖于纪检案件办理的惯性思维模式,导致留置措施所涵盖的领域变得难以被外界监督所触碰。这种封闭定位直接导致:

1. 外在监督虚化。宪法和监察法罗列了党委监督、人大监督、监察机关内部双重领导模式监督、<sup>①</sup>与司法机关间的制约式监督、<sup>②</sup>民主监督、社会监督、舆论监督七大监督模式。党委监督是一种宏观层面的监督,不可能触及每一个具体调查措施的微观层面。民主监督、社会监督、舆论监督是一种泛化监督方式,更是无法在制度规制层面发挥常效。正如国家将监察权从行政机关分离出来以保证对行使公权力的公职人员的“异体监督”发挥实效的出发点一样,对监察机关本身的“异体监督”也是同样重要。而以上四种外在监督的虚化显然与监察制度设置的初衷大相径庭。

2. 过程监督乏力。余下能对留置程序发挥微观实效的“他律”监督有两种:人大监督、与司法机关间的制约式监督。根据现行宪法规定:监察机关、检察院、法院三家在调查、起诉、审判整个流程体现的是“有机衔接、相互制衡”,<sup>③</sup>这主要通过诉讼的程序性分工来实现。然而,因为检察院本身还承担着对职务犯罪案件的公诉职能,如再把公诉职能与法律监督职能捆绑行使,难免让外界对其产生“既是运动员又是裁判员”的质疑。<sup>④</sup>另外,监察机关调查的案件在移送检察院后,才接受证据合法性审查;在进入法庭审理阶段后,法院才进行证据“排非”、认证,法、检对监察的监督必须在后一程序启动后才能发挥“追及”功效,无法在监察职权行使中发挥过程性监督作用。再看仅存的人大监督方式,仍拘泥于事前、事后监督,具体体现在选举任免、专项报告、执法检查、询问和质询,依然延续着对其他机关那种传统监督暴露出的问题。

前述监督无法发挥过程性、外部监督实效的最严重后果就是,不仅使得封闭行权下膨胀的公权力侵权成为可能,而且因为证据收集成本巨大而给未来国家监察赔偿案件的审理带来困难。

<sup>①</sup> 参见中共中央纪律检查委员会、中华人民共和国国家监察委员会法规室:《中华人民共和国监察法释义》,中国方正出版社2018年版,第66页。

<sup>②</sup> 参见中共中央纪律检查委员会、中华人民共和国国家监察委员会法规室:《中华人民共和国监察法释义》,中国方正出版社2018年版,第67页。

<sup>③</sup> 参见王岐山《监察委吸纳反贪等部门,与执法司法机关衔接又制衡》,2016年11月到北京、山西、浙江调研监察改革试点工作时的讲话稿。

<sup>④</sup> 参见顾永忠:《检察长列席审委会会议制度应当取消——写在《人民法院组织法》修改之际》,载《甘肃政法学院学报》2017年第4期。



### （三）“法法衔接”不畅导致外部倒逼式监督难以实现

这主要表现为监察法与国家赔偿法的衔接不畅引发国家监察赔偿事实认定和法律适用之难，进而导致国家赔偿天然具有的倒逼式外部监督功能难以实现。监察法、国家赔偿法目前对侵权情形、赔偿模式均未有细化规定。同时，由于法律将留置措施定位为不同于侦查措施，将使得不能在适用法律时直接引用既有国家刑事赔偿的法律规定。此为法律适用之难。即便是将来其被纳入刑事赔偿范畴，但参照既有刑事赔偿规定，仅仅对因涉嫌犯罪而遭受羁押过程中的职务侵权才进行赔偿，并不包含对仅涉嫌违法遭受羁押的赔偿。由于现有留置措施扩大适用到了涉嫌严重职务违法的被调查人，那么，如果一个被留置调查人只是涉嫌职务违法，将不能因留置期间的职务侵权而取得国家监察赔偿。又如，起初涉嫌职务违法，到调查结案时改定性为涉嫌职务犯罪，这将使得国家监察赔偿的赔偿起算点成为难点。此为事实认定之难。

## 三、未来设想：构建基于“二阶分法”的双重外部监督机制

监察留置程序内化行权与外部监督的冲突引发的现实紧迫需要就是建立一种有效的外部监督机制。基于此，笔者提出在对留置措施重新定性的基础上，构建以“二阶分法”为基础的双重外部监督机制。充分考虑到对现有制度合理部分的保留和对实务操作可能性的兼顾，将现有留置程序划分为两个阶段，引入人大过程性监督、依托国家监察赔偿倒逼式监督，在两阶段间建立既相互衔接又彼此区分的处置模式。

### （一）构造前提：以“准侦查”“准羁押”为监察留置措施正名

这要求从法律规定上明确定性留置措施，以实现其与刑事诉讼制度、国家赔偿制度的接轨。前文所论已经表明留置措施在本质上就不同于其他11种监察调查措施，而是与刑事侦查人身羁押强制措施的强制力程度相当。只是囿于“监察机关是政治机关”以及“留置措施不同于原反贪反渎侦查强制措施”的官方解读，现有的监察法对其与刑事诉讼程序和国家赔偿程序的衔接性规定才显得语焉不详。所以，只有首先明确其“准侦查”“准羁押”的特性，才能为外部监督机制构建打下基础。

### （二）基本架构：以“二阶分法”奠定留置程序再造的基础

目前，按照官方解读，监察机关似乎在行使职权发生违法取证措施等情形下才引发国家赔偿，<sup>①</sup>即便如此，对“违法”的界定仍无细则可循。这就无法将现有国家刑事赔偿的既有规定引为参照。对于关键性的赔偿起算点等事实认定和法律适用都会

<sup>①</sup> 参见中共中央纪律检查委员会、中华人民共和国国家监察委员会法规室：《中华人民共和国监察法释义》，中国方正出版社2018年版，第66页。



产生障碍。笔者创设的“二阶分法”就是设定一个明确前提，采取初审分流的方法将留置期间划分为两个阶段，两个阶段针对不同被调查对象。明确了这种划分，就可明确国家监察赔偿的责任承担起始点。具体如下：

1. “初审”分流及期间“再造”。按照监察法规定采取留置措施的前提是已经进行了“先期调查”。这种先期调查实际上是在监察机关“初步核查程序”中进行的。尽管早在监察法草案公开征求意见阶段就有学者提出在监察调查程序中“将一般违法与职务犯罪适度分离”，<sup>①</sup>但出台后的监察法并未采纳这一建议。笔者认为原因恐怕在于这种先期调查是一种非隔离式的“有限调查”手段，<sup>②</sup>仅限于谈话、询问、要求陈述情况等，强制力不够，所以在调查效率和调查效果上会弱于留置阶段的“隔离式”调查。但这种概而处之的规定方式又将一部分本不该被采取高度人身强制措施的被调查人圈禁在了羁押式调查的范围内。这部分人一旦被不加区分地采取三到六个月期限的留置措施，不仅不符合国家强制力的比例原则，<sup>③</sup>而且极易使得留置程序成为国家监察赔偿的“重灾区”。这一点，其实在近年来超期刑事拘留赔偿案件中“最长37天刑事拘留期间的认定”之争中已经有前车之鉴。所以，笔者认为应当在留置阶段内首先进行初审分流，这第一阶段属于不区分涉嫌严重职务违法或职务犯罪被调查人的“初审分流阶段”，设置一个月留置期间。此阶段结束时对未被确定为涉嫌职务犯罪的被调查人一律解除留置措施。第二阶段则是对前一阶段结束时确定为涉嫌职务犯罪的被调查人采取的“正式留置阶段”，设置二到五个月留置期间。<sup>④</sup>这样就实现了涉嫌严重职务违法行为羁押调查必要性及强制力相称性二者间的平衡。

2. 确定两阶段“分界点”。两阶段的分界点本质上就是涉嫌严重职务违法与涉嫌职务犯罪的两种被调查人的区分点，这将对后面监督处置模式的区分和最终国家监察赔偿的涵盖准确度发生决定性影响。笔者认为，应当以涉嫌严重职务违法与职务犯罪的“区分标准”确定两阶段“分界点”，即为“监察机关已经掌握其部分犯罪事实及证据，仍有重要问题需要进一步调查”。请注意，笔者这里将监察法第22条中“违法”二字去掉，体现的是第二阶段“正式留置阶段”准入门槛的变化，产生的是不同法律效果。可能有人会问，监察法在留置中对职务违法和犯罪进行不区分化设置，正是说明二者不好区分，如此一改，会否造成实务操作的客观不能呢？其实不然。第一阶段一个月留置期间的设定已经考虑到了为区分两种被调查人而采取隔离调查的必要性需求，并且笔者修改后的规定是“已经掌握其部分犯罪事实及证据”，“部分”二字表明并不要

① 参见龙宗智：《监察与司法协调衔接的法规范分析》，载《政治与法律》2018年第1期。

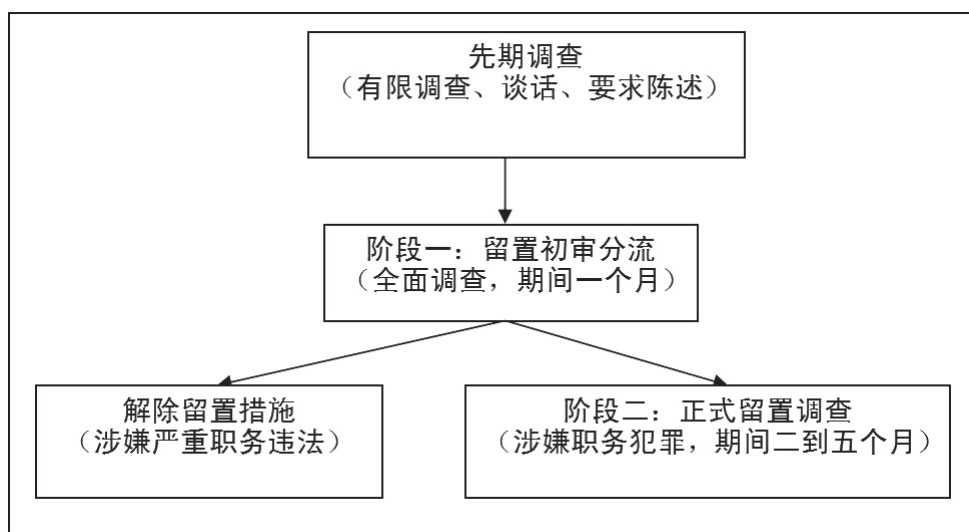
② 参见《中华人民共和国监察法》第38条。

③ 参见龙宗智：《监察与司法协调衔接的法规范分析》，载《政治与法律》2018年第1期。

④ 笔者这样设置的考虑在于不另行延展加重涉嫌职务犯罪被调查人的羁押期限，相当于仅在监察法设置的三到六个月留置期间内进行技术微调。

求达到证据确实充分的地步，只要符合刑事诉讼证据标准对于认定“涉嫌犯罪”最初步的证据要求即可。另外，监察法现有表述“仍有重要问题需要进一步调查”的表述方式也侧面印证这个“重要问题”包括两种可能，一是被调查人本人的涉嫌犯罪问题，二是其他相关人员的涉嫌违法或者犯罪问题。后者可能性更大。这样看来，就更不必为迁就对“重要问题”的调查需要，而“一刀切”地对仅涉嫌严重职务违法但尚不涉嫌职务犯罪的被调查人采取不加区分的留置措施了。

3. 流程演示。以下是笔者设计的完整流程图，以将监察机关的先期调查与笔者改造后的“二阶分法”留置程序进行区分化展示。



图四：先期调查与“二阶分法”留置初审分流流程

### (三) 监督模式：以“分段监督”确保过程性监督与倒逼式监督合理衔接

本部分是在“二阶分法”基本架构基础上针对不同阶段设置对应的监督机制，一并解决国家监察赔偿的证据留存及责任起点确定问题。

1. 在阶段一引入人大过程性监督。在“留置初审分流”阶段，笔者认为即应当引入人大过程性监督。因其本身天然具备的法律监督职能加上其身处于刑事诉讼司法流程之外的超然地位，会使其在发挥过程性监督作用的时候不易被各种客观因素“掣肘”。这同时要求人大适当突破以往的事前、事后监督方式，而转为有限制的过程性监督。具体要求：(1) 人大内设专门机构派驻监督。要实现监督的专门化与常态化运作，就要求人大派驻固定的监督工作专职人员到监察机关，对留置程序进行全程监督。(2) 秉持有限介入原则。为保证监察权独立行使，要求这种监督仅针对程序合法性事项进行，恪守保密原则，非经法定事由不启动问责程序。(3) 采取提级监督方式。监察法



第43条规定“设区的市级以下监察机关采取留置措施，应当报上一级监察机关批准”，意味着一旦产生国家赔偿，作为批准机关的上级机关才是赔偿义务机关。为考虑人大过程性监督的级别匹配性，应当设置为上级人大派驻下级监察机关进行监督。

2. 在阶段二兼顾人大过程性监督和国家监察赔偿倒逼式监督。国家赔偿程序在整个司法流程中的后置特性决定了它是一种永居于后的救济程序，但若要求它发挥实效，就必然对顺利获取被监督者的行权程序性要素提出极高要求。此时，人大过程性监督恰可发挥及时、安全保存程序要素，从而为居于其后的国家监察赔偿程序提供适用基础的作用。而本阶段两种监督衔接的优势主要体现在：一方面利用阶段一人大过程性监督排除掉监察机关对仅仅涉嫌严重职务违法的被调查人采取与之不相称的留置调查措施而引发的国家监察赔偿；另一方面则通过阶段二的人大过程性监督对涉嫌职务犯罪调查的程序合法性进行同步审查和调查资料的“提存”，并且也可改变过去传统的证据“排非”事后审查模式，解决了司法程序的提质增效问题。

3. 兼顾监察权“独立行使”与“审判中心主义”的平衡。对留置程序采取过程性监督的好处是进一步契合现代刑事诉讼对“审判中心主义”的要求，因为这种外部过程性监督可以促推调查权的行使者自然降低对证据定罪成功率的苛求，而把更多精力转移到证据收集程序的合法性关注上来。同时，又通过对过程性监督方式、手段的“克制”设置，保证其不妨害到监察权的独立行使。兼顾两种价值平衡要求在阶段一、阶段二同样注意：（1）监督资料的“提存”。人大过程性监督要求对所有监督中获取的程序性资料进行“提存”，由人大派驻机构归档备查。就如同香港廉政公署的一切调查所得资料均须交由律政司司长保存。<sup>①</sup>这种介入式资料留存方式把监察权行使中程序性资料的产生机构与资料保管机构相分离，就是为了确保外部追责一旦启动后资料获取的便利性和资料本身的客观真实，从而极大地节省对监察机关违法行权的调查成本。（2）国家监察赔偿的“启动”。参照检察院对审判活动违法情况的“庭后提出检察意见”<sup>②</sup>的监督方式，为保证对监察权独立行使的尊重与克制，提存资料的解封与赔偿程序的启动应为事后的。只有当被调查人在调查案件结束后提出国家赔偿申请，人大过程性监督所审查“提存”的资料才能解封，供国家监察赔偿案件审查之用。

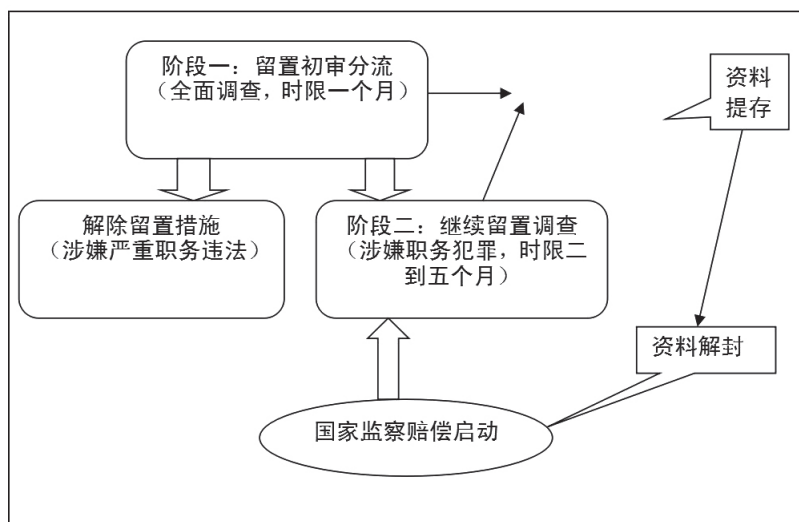
综上，这种新型监督机制秉持的实务操作理念，如同美国对审前羁押模式采取的改革<sup>③</sup>一样，主要致力于减少羁押成本、规避羁押错误风险，以及降低事后对留置程序违法进行调查的成本。以下用流程图对基于“二阶分法”的双重外部监督机制进行

① 参见马岭：《监察委员会与其他国家机关的关系》，载《法律科学》2017年第6期。

② 顾永忠：《检察长列席审委会会议制度应当取消——写在《人民法院组织法》修改之际》，载《甘肃政法学院学报》2017年第4期。

③ 参见〔美〕吉姆·帕森斯等：《试点与改革：完善司法制度的实证研究方法》，郭志媛译，北京大学出版社2006年版，第159页。

固定：



图五：基于“二阶分法”的双重外部监督机制演示

## 结 语

事非经过不知难，新制度的创设与摸索需要精密的设计、实务的检验。从监察制度试点到全面铺开，这一过程是迅速而令人赞叹的。然而，因其实践后全面效应收集的欠缺，而让司法实务者顾虑重重。为使无罪的人不必遭受羁押，使有罪的人更快进入刑事审判程序，使遭受不当羁押的人能够获得国家监察赔偿救济，笔者从现有制度设置的特点和试点经验中抽象出值得探讨的部分加以细致考量与改造，以保证监察制度的改良在顾及效率的同时关注到群体利益。希望这种渐进式的探索能为将来理论实务的双重发展作出铺垫，进而被纳入未来监察体制改革的总体框架。

（责任编辑：姜燕）





# 准用性法条适用的法律论证

## ——兼论其适用的程序规范

李勰\*

**内容摘要** 法律的健全和进步,可以类推适用作为测试的指标,并因类推适用而渐趋成熟。准用性法条实质是类推适用。准用性法条尤其是《中华人民共和国合同法》(以下简称《合同法》)第174条已在司法实践获得广阔舞台,但其在法学方法论上的研究却是乏善可陈,实践中对于准用性法条的适用表现出肆意与茫然。裁判者缺乏准用方法,只是按照自己的判断予以准用。如何使法官判断成为一项以理服人、趋于客观化的价值判断,要从准用的内部证成出发,通过构建准用前提、准用基础、准用实质、准用结果的准用逻辑程序和结构;然后通过归纳、权衡比较点对准用予以实质论证的外部证成;最后通过准用模式、举证责任、争点阐明构建其适用的程序规范。如此方能构建准用性法条适用的法律论证程式,为司法实践提供理论支持,从而使准用性法条的适用以一种理性、客观的方式达成,也为新合同类型的发展提供试验性机制。

**关键词** 准用性法条 适用 法律论证 程序规范

中图分类号:DF0\_051 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)03-150-161

准用性法条(最典型的当属《合同法》第174条)<sup>①</sup>实质是类推适用,关键是相似性判断。作为一种法条扩张技术,把既有规范扩张到相似的待决案件予以适用。“准用者,系指法律就某事项不自为规定,而明文指示准用他事项法规之立法技术,从而成为法律适用之一环。”<sup>②</sup>司法实践中适用准用性法条的案件与日俱增,但其法律论证却显混乱和不足:不仅对相似性缺乏实质论证和权衡,而且相似性的逻辑判断也是漏洞百出。准用的理性化体现在对其的证成,故要从司法实践中呈现的问题出发对准用

\* 李勰,湖南省长沙市中级人民法院法官助理。

① 本文主要是以第174条为研究对象,下文法条无特别标注均为《合同法》法条。

② 林信和《正本清源再探民法第221条准用性法条的解释和正确适用》,载《月旦法学教室》第172期。

予以法律论证，既包括相似性逻辑判断的内部证成，又包括相似性实质论证的外部证成。但法律论证只是一种外部约束，无法取代法官的价值判断，因此还要从程序上对其适用予以规范，法官必须承担具体和明晰的阐明其论证思路的义务。

## 一、问题缘起：几个案例引发的思考

案例1：“蔡佛丰与南通喜悦公司签订股权转让协议，约定蔡佛丰以120万元把喜悦公司21.9%的股权转让给喜悦公司，但有48.83万元喜悦公司一直未支付，遂发生纠纷，蔡佛丰诉至法院要求喜悦公司支付转让款和利息。”<sup>①</sup>二审法院未作任何论证，直接依据第174条准用《最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《解释》）第24条支持了原告的诉讼请求。

症结剖析：法官在此案中对准用既没有外部证成也缺乏内部证成，而且此种完全没有说理的准用方式在司法实践中并不鲜见，几乎占据了半壁江山。<sup>②</sup>“一份没有理由的判决的权威是非常弱的”。<sup>③</sup>

案例2：“冯英柱与众森公司签订订货合同，由众森公司对某防腐木廊架工程进行供货和工程施工。但余款2.8万元冯英柱未付，双方发生纠纷，众森公司诉至法院要求冯英柱支付合同款和利息。”<sup>④</sup>二审法院以订货合同是有偿合同为前提，<sup>⑤</sup>依据第174条准用《解释》第24条支持了众森公司的诉讼请求。

症结剖析：法官在此案中依据订货合同是有偿合同就把《解释》第24条扩张适用到承揽合同，说理不免过于疏略，即相似性实质论证的外部证成不精细，而且缺少准用的内部证成。

案例3：“白云公司与罗义忠签订租赁合同，但罗义忠未向白云公司支付租金，故白云公司请求解除合同，并要求罗义忠交还租赁物，缴清租金及水电费。罗义忠以白云公司没有出租权抗辩。”<sup>⑥</sup>二审法院以法律对租赁合同效力没有规定为由，<sup>⑦</sup>依据第174条准用《解释》第3条支持了白云公司的诉讼请求。

症结剖析：法官在此案中以法律有漏洞为由把《解释》第3条扩张适用于租赁合同，其并未对相似性予以任何外部证成，内部证成有涵摄失败和演绎推理，但缺乏归纳比

① 江苏省高级人民法院（2017）苏05民终1203号民事判决书。

② 笔者在北大法宝检索到适用第174条的案例有526件，没有任何说理的判决达257件，占比49%。

③ Rupert Cross, J·W·Harris, Precedent in English, Clarendon Press, 1991, p.54.

④ 山东省高级人民法院（2016）鲁13民终6638号民事判决书。

⑤ 以所涉合同是有偿合同为由援引第174条的有112件，占比21%。

⑥ 广西壮族自治区高级人民法院（2016）桂02民终524号民事判决书。

⑦ 以合同或法律有漏洞为由援引第174条的有95件，占比18%。



较点和权衡比较点的步骤。

案例4：“长城公司与晶鑫公司签订债权转让合同，晶鑫公司取得债权后发现债权根本不存在，故起诉至法院请求长城公司赔偿经济损失及利息。”<sup>①</sup>二审法院认为无法准用第111条驳回了原告的诉讼请求。

症结剖析：此案所涉债权属有偿转让，与买卖合同有相似之处，且法律对瑕疵债权的违约责任未规定，本应把第111条扩张适用到债权转让合同，但由于规范意旨不同和标的物的差异，因此法官从内部证成和外部证成两个角度证明无法准用，虽略显简陋，但也为准用的证成构建了轮廓。

通过对案例的梳理和分析，可以发现法官并未对准用予以充分的法律论证，其根源在于法官缺乏精细、可操作性的准用方法。找到症结就要对症下药，下文从法律论证思维出发以准用的内部证成始，再对准用对象的相似性进行实质论证，最后予以程序规范。

## 二、准用性法条适用的内部证成：相似性的逻辑判断

准用的法律论证首先表现为通过论证程序予以理性说理的过程。因此首先要建立准用性法条适用的程序和逻辑结构，从而对其予以内部证成。内部证成是形式理性的要求，它可以借助逻辑结构和程序表现出来。第174条和《解释》第45条明确了部分准用前提和程序要求，但法官还缺乏精细化的操作规则，笔者认为，要规范和提升法官论证思维方法，需要进一步优化第174条的裁判技术对其准用进行内部证成。

### （一）准用前提：涵摄失败

准用的前提是涵摄失败，即缺乏可适用的法律规范。第174条中的字眼“法律没有规定的”明确了准用前提是涵摄失败，如果涵摄成功适用相应规范即可。如我国台湾高等法院审理的黄伟晃诉优势餐饮企业股份有限公司案<sup>②</sup>，法院可以依据第423条直接裁决该案，却还准用第354条作为判决理由。该案已经涵摄成功，在此再准用纯属画蛇添足。案例3法院就是先确认涵摄失败：法律对租赁合同效力没有规定，才准用买卖合同规定。笔者认为涵摄失败除了法律漏洞外，同时还需存在合同漏洞，也就是说合同也没有约定时方可准用。如我国台湾高等法院审理的财政部国有财产署北区分署诉将捷股份有限公司案<sup>③</sup>，被上诉人主张准用，法院以“两造间就有关物之瑕疵担保责任已为特约约定其效果”为由认为被上诉人要求准用的请求显属无据。就是因为该

① 荆门市中级人民法院（2006）荆民再终字34号民事判决书。

② 参见我国台湾地区高等法院102年度上字第1356号民事判决书。

③ 参见我国台湾地区高等法院104年度重上字第834号民事判决书。

案合同对待决事项已约定。而湖北省武汉市中级人民法院审理的武汉汉达公司与武汉方舟公司承揽合同纠纷上诉案<sup>①</sup>，法院先是确认合同未约定承揽合同的逾期付款违约责任，然后认定法律亦未规定，所以准用买卖合同规定。因此准用前首先要确认合同无约定，然后全面检索无可适用规范方可确认涵摄失败。

## （二）准用基础：存在可准用规范

准用是把既有规范扩张适用，因此必须存在可准用规范，如无可准用规范就没有准用余地，且可准用规范必须是可普遍化的。第174条中“买卖合同的有关规定”表明必须存在可准用规范。案例1、2、3都是因为存在可准用规范才予以准用，而案例4因为缺乏可准用规范导致无法准用。第262条对承揽合同的承揽瑕疵责任作了规定，但如果不符合质量要求是由于定作人原因造成的该如何处理法律并未规范。<sup>②</sup>此时就出现了法律漏洞，如合同亦未约定，则涵摄失败。但由于买卖合同不可能发生此问题，故买卖合同对该问题并没有相应规范，在涵摄失败时缺乏可准用规范，因此也无法依据第174条准用买卖合同规范。法官于此必须藉其他法律论证方法解决此问题。《商品房买卖合同司法解释》第95条是针对商品房买卖合同的特别规定，并非可普遍化规范，其他有偿合同是无法准用该规范的。福建省高级人民法院审理的林运德诉李秀成案<sup>③</sup>，法院将该条准用到股权转让合同，就是因为法院没有认识到该规范是特别规定，不具有可普遍化，导致错误准用。而安徽省高级人民法院审理的“马鞍山新东湖公司与马鞍山市天盛公司土地使用权转让合同纠纷上诉案”，<sup>④</sup>法院就拒绝了此种准用，法官对该条性质的理解可谓正确，而且对准用证成的认识也是恰当的。

## （三）准用实质：类推适用

准用的实质是类推适用。“类推适用的核心在于系争两个法律案型之间的类似性认定。”<sup>⑤</sup>而前提是比较点的归纳。故类推适用要依两个步骤进行：归纳比较点；权衡比较点。

### 1. 归纳比较点

相似性判断是对事实构成整体脉络的把握，必须归纳对事实构成法律评价最有影响的因素，包括合同性质、规范意旨、经济目的、当事人意图等，这样在判断相似性时才能全面权衡而不影响类推。当然，合同性质和规范意旨是最重要的因素。如我国台湾地区民法典第347条规定的“但为其契约性质所不许者，不在此限”就彰显了合

① 参见武汉市中级人民法院（2017）鄂01民终1029号民事判决书。

② 德国民法典第645条、日本民法典第636条对此均有规定：若定作人提供的材料有瑕疵或定作人指示不当致工作物瑕疵，则承揽人无需负责。

③ 参见福建省高级人民法院（2013）闽民申字第232号民事判决书。

④ 安徽省高级人民法院（2011）皖民四终字69号民事判决书。

⑤ 易军：《买卖合同之规定准用于其他有偿合同》，载《法学研究》2016年第1期。



同性质的的重要性。“ 契约内容本质的差异，使法律规范问题点，呈现出极不相同的面貌。”<sup>①</sup> 规范意旨同样要充分权衡，否则也可能影响类推适用。“能证立一项类比的是规范意旨而不是相似点的数量”。<sup>②</sup>

## 2. 权衡比较点

归纳比较点后要权衡比较点。如果相似点的分量重于相异点可以类推，相异点的分量重于相似点不可类推。类推适用不仅关涉到相似性的逻辑判断，更夹杂着法官的价值判断，故要对其予以外部证成，笔者将在第三部分对其予以详细阐释和充分论证。

### (四) 准用结果：演绎推出结论

《解释》第 45 条规定法院应当首先引用第 174 条，再援引买卖合同规范，这是法官在准用时必须遵循的适用顺序。法官援引第 174 条和准用规范作为案件的大前提，构成一条可普遍适用的规范，再以案件事实为小前提，通过三段论的逻辑推理得出结论。也就是说准用的内部证成最后是通过涵摄构建一条法律规范，如此就可知准用内部证成的逻辑结构图式<sup>③</sup>：

- (1)  $\&x (Tx \quad ORx)$
- (1)'  $\&x (Tx \quad Tsimx \quad ORx)$
- (2)  $\&x (Hx \quad Tsimx)$
- (2)'  $\&x (Hx \quad ORx)$
- (3) Ha
- .....
- (4) ORa (1) — (3)

其中  $\&x (Tx \quad ORx)$  表示可准用规范， $Tsimx$  表示  $x$  相似于  $T$ ， $Hx$  表示属于  $Tsimx$  的某种事实构成， $\&x (Hx \quad ORx)$  是可普遍适用规范即大前提， $Ha$  是小前提， $ORa$  是法律后果。以案例 2 为例，内部证成可以表示为：

(1) 买卖合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方法，出卖人以买受人违约为由主张赔偿逾期付款损失的，人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算。

(1)' 买卖合同或其他类似合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方

① 陈自强：《民法讲义 契约之内容与消灭》，法律出版社 2004 年版，第 165 页。

② Katya Langenbuch, *Argument by Analogie in European Law*, *Cambridge Law Journal*, Vol57, 1998.

③ See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans.by Julian Rivers, Oxford University Press 2002, pp.396-425.



法，出卖人以买受人违约为由主张赔偿逾期付款损失的，人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算。

(2) 股权转让合同属于类似于买卖合同的其他合同。

(2)'股权转让合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方法，出让人以受让人违约为由主张赔偿逾期付款损失的，人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算。

(3) 股权转让合同没有约定逾期付款违约金或者该违约金的计算方法。

……

(4) 股权转让合同出让人以受让人违约为由主张赔偿逾期付款损失的，人民法院可以中国人民银行同期同类人民币贷款基准利率为基础，参照逾期罚息利率标准计算。

归纳比较点体现归纳思维；权衡比较点体现类推思维；演绎得出结论体现演绎思维。故准用的内部证成是归纳思维、类推思维、演绎思维的混合，形成诠释循环。法官眼光要往返流转于事实和规范之间，合理运用各种思维，把握意义整体脉络，不可偏颇。

### 三、准用性法条适用的外部证成：相似性的实质论证

内部证成为准用提供了一套逻辑结构和程序，能够有效规范法条的扩张适用，不致裁判权的行使流于恣意。但“内部证成主要解决形式理性问题，<sup>①</sup>无法实现实质理性，无法为准用提供实质论证。要进行深度的证立还需要外部证成，通过对相似性予以实质论证实现实质理性，也就是对比较点的归纳和权衡。而且外部证成通过创设一条新规范作为大前提，解决了类推适用最为关切的问题。

#### (一) 归纳比较点

外部证成要对比较点进行权衡，首先要归纳比较点。“类推的本质是一种比较，这种比较在于比较点的选择”。<sup>②</sup>由于准用是将法条扩张适用到待决案件，而法条的事实构成是对生活事实的类型化和抽象化，故相似性判断是对事实构成的权衡。“同等对待的问题实质上是对事实要件的比较”。<sup>③</sup>所以比较点必须是对事实构成法律评价上有重要影响的因素：合同性质、规范意旨、合同内容、经济目的、当事人意图。其中合同性质和规范意旨是决定性因素。

#### 1. 合同性质

<sup>①</sup> 参见雷磊：《类比法律论证：以德国学说为出发点》，中国政法大学出版社2011年版，第184页。

<sup>②</sup> [德]阿图尔·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第133页。

<sup>③</sup> [德]莱因荷德·齐佩利乌斯：《法哲学》，金振豹译，北京大学出版社2013年版，第308页。



买卖合同具有有偿性、一时性、财产性、所有权转移等性质。<sup>①</sup>归纳比较点必须归纳与此相关的事实构成，既要归纳出两者相似的性质，也要归纳出两者相异的性质。因为这些性质对权衡起着至关重要的作用。而且在归纳比较点时眼光必须来回穿梭于待决案件事实和可准用规范的事实构成之间，这样才有利于从整体意义脉络归纳比较点而不至于遗漏在法律评价上的重要因素。案例1要归纳出股权转让合同具有有偿性、一时性、财产性、所有权转移等相似性质，也要归纳出合同标的物相异等性质。案例2既要归纳出承揽合同具有有偿、所有权转移等相似性质，还要归纳出其有继续性、劳务性等相异性质；案例3既要归纳出租赁合同具有有偿、财产性等相似性质，还要归纳出继续性、使用权转移等相异性质；案例4要归纳出股权转让合同具有有偿性、一时性、财产性、所有权转移等相似性质，也要归纳出合同标的物相异等性质。

## 2. 规范意旨

买卖合同法条的规范意旨可能千差万别。有的具有普遍性，可以准用于其他有偿合同，解决法条包含不足的情形。因为待决事项虽未包含在法条语义范围之内，但它潜在包含其中，应当将该事项类推适用到该规范意旨之下；有的具有特殊性，完全无法准用，因为该法条规范意旨仅针对买卖合同，法条本身不存在包含不足的情形；有的兼具普遍性和特殊性，则可部分准用，但要特别注意待决事项的特殊性从而决定何者准用，何者无法准用。案例1和案例2的《解释》第24条旨在规范逾期付款的违约金计算；案例3的《解释》第3条的规范意旨是无权处分的合同效力。这些法条的规范意旨均具普遍性，准用于其它合同自无待言。案例4的第111条规范的是违约责任的承担，有些违约方式其他合同难以准用，在该案中修理、更换、重作等方式就无法准用，导致原告诉求被法院驳回。第134条的规范意旨是出卖人保留所有权规避不能取得价款的风险，因此此条完全无法适用于租赁、借用等转移使用权的合同，因为该法条是规范所有权转移时间，对于转移使用权的合同自无用处。

### （二）权衡比较点

归纳比较点只是类推适用的起点，其归宿是权衡比较点。权衡是对论据分量的比较决定优先关系的证成方式。“原则推理和类比推理实际上并不存在明确界限，只有当存在根本性原则作为支持理由的时候，类比才是有意义的。”<sup>②</sup>相似点和相异点作为准用的理由具有分量的向度，在一个案件中同时发挥作用。比较点的权衡是准用相似性判断背后的决定性因素，它决定了相似点的分量重于相异点从而准用或者相异点分量重于相似点而无法准用。在此，笔者借鉴 Alexy 的碰撞法则并对其修正提出权衡的

<sup>①</sup> 参见王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2009年版，第119页。

<sup>②</sup> [英] 尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社2005年版，第183页。

结构形式。“以符号 p 表示优先关系，C 表示优先条件，用 P1 和 P2 表示相似点和相异点，则存在两种可能性”<sup>①</sup>：

1. ( P1pP2 ) C
2. ( P2pP1 ) C

“1 与 2 表示条件式优先关系，1 表示在优先条件 C 下 P1 优于 P2；2 表示在优先条件 C 下 P2 优于 P1。如同上述，C 表示优先条件，同时也表示个案中事实要件的结合。所以可能在具体个案 C1 时 P1 优先于 P2 即 ( P1pP2 ) C1，而在具体个案 C2 时反过来 P2 优先于 P1 即 ( P2pP1 ) C2。这种条件式的优先关系之建立是一种权衡的结果。因此比较点的权衡需要构成一个条件式的优先关系，而由这个条件式的优先关系可以导出一条规则 C → R，适用此规则得出法效果。而此法效果正是在优先条件成立时支持而出现的法效果。即：若相似点 P1 在事实要件 C 下优先于相异点 P2，即 ( P1pP2 ) C 存在，且若由 P1 在事实要件 C 下导出法效果 R，则会产生一条有效的规则，而这条规则是由 C 组成其构成要件，R 组成其法效果：即 C → R。”<sup>②</sup>

譬如案例 1，通过对案件的分析和梳理，归纳的比较点有股权转让合同具有有偿性、财产性、一时性、所有权转移等相似性质，也具有相同的规范意旨，只是合同标的物存在差异：一个是无体物，一个是有体物，且该差异在该案中并无重要意义，对事实构成法律评价上没有影响，因此对比较点予以权衡可知相似点分量重于相异点，故可准用买卖合同规范。用碰撞法则可以表达为：相似点（有偿性、财产性、一时性、所有权转移等性质，规范意旨）在该案中优先于相异点（标的物），且具有有偿性、财产性、一时性、所有权转移等相似性质和相同的规范意旨等事实构成在案例 1 导出法效果（案型相似予以准用）。因此可以产生一条有效规则（案例 1 可予以准用）。

“权衡的思维方式虽是个案式的，但它会呈现类型化效应，对同种类型的案件产生影响”，<sup>③</sup>这也是类推适用普遍化原则的体现，遇到相似的待决案件可直接予以适用这一准用结果。但由于这并不是绝对优先关系，而是初显性优先关系，因此在另一案件中可能不成立。譬如案例 4，虽然该权利转让合同也具有有偿性、财产性、一时性、所有权转移等相似性质，但由于标的物存在差异：一个是无体物，一个是有体物，且该差异对事实构成法律评价上有决定性影响，因此第 111 条的违约责任方式修理、更换、重作等无法准用，唯有退货、减少价款可准用，故晶鑫公司如选择退货这一违约责任方式就可准用第 111 条恢复债权转让前的状态。但晶鑫公司的诉讼请求是赔偿经

<sup>①</sup> Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, trans.by Julian Rivers, Oxford University Press 2002, p.44.

<sup>②</sup> See Robert Alexy, A Theory of Constitutional Rights, trans.by Julian Rivers, Oxford University Press 2002, pp.44-52.

<sup>③</sup> 李勰：《再论诚实信用原则的类型化》，载《西南政法大学学报》2013 年第 5 期。



济损失和利息，就缺乏可准用的违约责任方式。因此，法官对比较点权衡之后发现相异点的分量重于相似点，故无法准用第111条的规定。用碰撞法则可以表达为：相异点（标的物、规范意旨）在该案中优先于相似点（有偿性、财产性、一时性、所有权转移等性质），且标的物差异和不同的规范意旨等事实构成在案例4中导出法效果（案型相异不予准用）。因此可以产生一条有效规则（案例4无法准用）。

内部证成是外部证成的起点，外部证成成为内部证成提供合理前提。两者为准用的证成提供不同的论证层次，并且提出了各自的论证形式和论证规则。“两者的适用并不存在绝对固定的次序，而是可以相互转化”<sup>①</sup>，共同为准用的法律证成提供依据，如此，准用的理性化模式方构建完毕。

#### 四、准用性法条适用的程序规范

通过内部证成和外部证成的法律论证为准用提供了论证形式和规则，但这只是一种外部约束，无法取代法官的实质性判断。此种论证基础上的判断并不与理性相悖，只要其处于法律程序规范之中：法官必须把准用作为争点并且尽可能清晰和具体的阐释其论证思路。“应避免以武断、空洞之语言，擅下结论，或以笼统之概念表达未经彻底思维之判断，务求贯彻方法论上之诚实性。”<sup>②</sup>通过对我国和我国台湾地区适用准用案例的分析和梳理，归纳出程序规范可以从以下几个层次展开：准用模式、举证责任、争点阐明。

##### （一）准用模式

对我国和我国台湾地区相关案例的考察，可以发现两种不同的适用模式：当事人模式和法官模式。我国采用法官模式：几乎都是法官主张准用，缺乏当事人主动主张，即使有也是因为法官未按照法律要求准用，当事人上诉要求纠正错误准用。我国台湾地区采用当事人模式：绝大部分准用都是原告（上诉人）或者被告（被上诉人）主动准用，法官主动准用相对较少。笔者认为准用模式可类型化为：原告（上诉人）准用型、被告（被上诉人）准用型、法官准用型。

##### 1. 原告准用型

原告准用型是指原告主动适用准用性法条，请求法官准用支持自己的诉讼请求。如我国台湾高等法院高雄分院审理的太于广告股份有限公司诉高雄市公共车船管理处案，<sup>③</sup>上诉人主张依据民法第347条准用第359条的规定请求免付租金。又如我国台湾

① 雷磊：《类比法律论证》，中国政法大学出版社2011年版，第183页。

② 王泽鉴：《民法学说和判例研究》第1册，北京大学出版社2009年版，第146页。

③ 参见我国台湾地区高等法院90年度上字第85号民事判决书。

台北地方法院审理的仁宝公司诉帝马公司案<sup>①</sup>，原告依据民法第 347 条准用第 360 条规定，请求被告给付债务不履行之损害赔偿。原告主张准用是原告的权利，其可以选择准用，也可以选择不予准用。

## 2. 被告准用型

被告准用型是指被告主动适用准用性法条，请求法官准用支持自己的诉讼请求。如我国台湾高等法院台中分院审理的新光公司诉颜凡韦、颜林杏案<sup>②</sup>，被上诉人主张依据民法第 347 条准用第 359 条的规定解除系争保险契约。又如我国台湾高等法院审理的台北市政府捷运工程局诉福联盛公司案<sup>③</sup>，被上诉人主张依据民法第 347 条准用第 359 条的规定请求减少价金。与原告准用型一样，被告准用同样是被告的权利。

## 3. 法官准用型

法官准用型是指当事人并未主张准用，但法官主动适用准用性法条作出判决。如我国台湾高等法院审理的甲某某诉乙某某等案<sup>④</sup>，法院认为，两造之契约既为有偿之无名契约且属财产权之契约，性质上并无不许准用之情形，因此依据民法第 347 条准用第 373 条危险负担原则之规定，系争土地被政府征收之危险应由被上诉人负担，被上诉人自不得主张不当得利，请求上诉人返还前所支付之对价。和当事人准用是当事人权利不一样，笔者认为法官准用是法官的义务，如果确是相似案型，法官必须予以准用，这是法律融贯性的要求，“也是基于同类事物同等对待的正义原则的要求”。<sup>⑤</sup>

案例 1、2、3、4 由于对待决事项法律未规定且合同未约定导致涵摄失败，原告本应主张准用以便法院支持其诉讼请求，但遗憾的是，当事人均缺乏准用意识而未予以主张。如果在其他案件中对被告出现类似情形，被告也应主张准用以便法院支持其诉讼请求。法官遇到类似案件则有义务予以准用，如案例 1、2、3、4 法官在判决中主动准用一样。

## （二）举证责任

原告准用型模式的举证责任归属于原告，原告必须承担证明案型类似从而准用的责任，被告可以请求原告进行论证或者对原告的证成理由予以反驳，最后法官在当事人论证的基础上予以判断。被告准用型模式的举证责任归属于被告，被告必须承担证明案件类似从而准用的责任，原告可以请求被告进行论证或者对被告的证成理由予以反驳，最后法官在当事人论证的基础上予以判断。法官准用型模式是由法官进行充分和清晰的说理论证证明案型相似从而准用。如我国台湾台北地方法院审理的仁宝公司

① 参见我国台湾地区台北地方法院 103 年度诉字第 4102 号民事判决书。

② 参见我国台湾地区高等法院台中分院 98 年度保险上字第 27 号民事判决书。

③ 参见我国台湾地区高等法院 91 年度上更（三）字第 8 号民事判决书。

④ 参见我国台湾地区高等法院 88 年度上易字第 224 号民事判决书。

⑤ [德] 卡尔·拉伦次：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 258 页。





诉帝马公司案，<sup>①</sup>原告主张准用，其理据在于加盟契约是有偿财产性契约，而且被告未履行其保证的契约内容，所为之给付有瑕疵，也无契约性质所不许者。被告反驳称应先审究系争加盟契约之性质。法院认为，系争加盟契约非属民法债篇各论所列之契约，为无名契约，于契约当事人发生争议时，原则上应优先适用系争加盟契约之约定，惟因系争加盟契约未就被告违反契约义务之责任明确规范，故应视当事人争议之内容与何契约性质类似，并准用该相似之契约规定。而系争加盟契约具有委任、智慧财产权授权、买卖及继续性供给之性质，而约定的“2至4个月回本”，“提供A级商圈”内容与买卖契约之法律关系为一方转移财产权、他方支付价金的性质全然迥异，为民法第347条但书所载“其契约性质所不许”准用之情形，故原告依据民法第347条准用第360条的规定，对被告请求债务不履行之损害赔偿，洵属无据。

案例1中原告需证明股权转让合同具有有偿性、一时性、财产性、所有权转移等相似性质和规范意旨相同，被告需反驳合同标的物相异。案例2中原告需证明承揽合同具有有偿、所有权转移等相似性质和规范意旨相同，被告需反驳有继续性、劳务性等相异性质；案例3中原告需证明租赁合同是有偿、财产性等相似性质，被告需反驳有继续性、使用权转移等相异性质；案例4中原告需证明股权转让合同具有有偿、一时性、财产性、所有权转移等相似性质，被告需反驳合同标的物和规范意旨相异。

### （三）争点阐明

无论是原告准用型还是被告准用型亦或法官准用型，法官必须把其作为争点在法庭上供当事人辩论，且在判决中详细阐明其是否准用的理由，并且要受当事人辩论的制约。这样才会使准用有了被审视和对话的可能，从而使其在阳光下运作。如我国台湾台北地方法院审理的甲某某诉乙某某案<sup>②</sup>，法院先是以“系争合作协议之性质为何？被告抗辩其于99年11月29日适用或类推适用民法第549条第1项规定，合法终止系争合作协议，是否可采？”为争点，然后详细而具体地说明了其论证思路驳回了被告的抗辩。我国台湾士林地方法院审理的指南汽车客运股份有限公司诉丙某某案<sup>③</sup>，法院以“原告能否以民法第347条准用同法第349条、353条债务不履行、侵权行为、不当得利之规定，诉请被告赔偿损害，返还不当得利”为争点，再予以详细明确的说理论证驳回了原告准用的请求。

案例1、2、3、4法官都必须把“是否准用买卖合同”作为争点供当事人在法庭上阐释自己的观点和理据。而法官有义务受当事人请求权的约束。如案例4，如果原告选择退货这一请求权，法官自然可以准用第111条选择恢复原状，而由于原告是选

<sup>①</sup> 参见我国台湾地区台北地方法院103年度诉字第4102号民事判决书。

<sup>②</sup> 参见我国台湾地区台北地方法院101年度重诉字第822号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见我国台湾地区士林地方法院93年度诉字第722号民事判决书。

择赔偿损失和利息这一请求权，因此，法官就无法准用第 111 条。

当事人准用模式是准用的发展方向，它不仅能够展示不同人从不同角度对准用的认识，而且能够从程序上有效规范法官的准用，不至于流于法官的价值偏见。

结语：这只是开始……

民法典总则篇已落下帷幕，合同法篇即将大幕拉起。合同类型是制定合同法篇的焦点，而且“随着经济活动日趋多元化与细致化，各种复杂的交易型式推陈出新”，<sup>①</sup>新的合同类型必将登场，因此也将更加考验准用性法条的适用。同时，适用准用性法条的过程也是发展合同类型甚至发现新合同类型的过程。但可能使法官成为“一位随意漫游、追逐他自己美善理想的游侠”，<sup>②</sup>导致司法实践中准用问题重重。“法官虽不能完全没有价值偏见，但尽量追求客观叙述与不负责任地主观臆测还是根本不同的，前者虽不能使我们得以还原客观，但至少使我们能不断逼近客观。”<sup>③</sup>因此，法官需予以充分详实的论证，而笔者通过内部证成和外部证成两个不同层次的法律论证，同时以法律程序规范准用性法条的适用，能够使准用以理性、客观的方式达成。“通过此种论证程式使得法官通过以与立法规定相同的方式判决相似案件达到法律的内部融贯。”<sup>④</sup>因此，对于准用性法条的司法实践与理论研究应形成良性互动：司法实践为理论研究提供充分素材；理论研究以司法实践为基础构建准用性法条适用的论证程式，从而又为司法实践提供理论支持，也有助于未来合同类型制度的架构。故对准用性法条的研究远不是结束，这只是开始……

（责任编辑：郝晓越）

① 王文宇：《契约定性、漏洞填补与任意规定》，载《台大法学论丛》第 38 卷第 2 期。

② [美] 本杰明·内森·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 1998 年版，第 88 页。

③ 李颢：《诚实信用原则的司法适用——以 Alexy 的原则理论为视角》，载《人大法律评论》2013 年第 1 辑。

④ See Katya Langenbuch, Argument by Analogue in European Law, 57 Cambridge Law Journal (1998).



# 司改语境下法官庭审话语权研究

詹王镇 谷元元\*

**内容摘要** 伴随司法改革的不断深入,庭审话语权引起越来越多的社会关注。本文主要以法官为对象,通过对司法庭审话语权的实证研究,剖析了司法改革背景下法官庭审话语权的现状、问题及原因,并从理论、机制及对策三个维度出发,提出了完善法官庭审话语权的理论基础及制度构建:建立在政治合法性与法律合法性的良性互动基础上的庭审话语权的完善措施,包括提升法官素质、保障当事人话语权益、严格落实司法责任制三方面的具体措施,以期对我国司法实践起到启示作用。

**关键词** 司法改革 法官 庭审话语权

中图分类号:DF716 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)03-162-168

## 一、引言

依法治国方略贯彻实施十几年来,在党的统一领导下,各方面的法制工作均已取得了瞩目成就。作为整个政治体制改革重要组成部分之一的司法体制改革也初显成效。审判公开、司法公正的理念深入人心,公民参与司法的途径进一步拓宽,司法公信力和人权保障也比以往有了较大程度的提升。与此同时,我国司法权力运行机制也在逐步健全和完善,有关司法话语权的研究正是顺应法治建设这一需求所产生的。

近年来,司法体制改革不断向纵深发展,特别是党的十八届四中全会提出了推进“以审判为中心”的诉讼制度改革目标,要求“突出法官办案主体地位,明确法官办案的权力和责任,”强调在法院系统内部和诉讼活动中保障法官的主导地位。<sup>①</sup>这将对我国的司法体制改革工作带来深刻影响,对实现程序和实体上的公正司法有着极其重要的意义。

\* 詹王镇,甘肃省高级人民法院研究室负责人、高级法官,甘肃政法学院兼职教授、硕士研究生导师;谷元元,甘肃省兰州市中级人民法院法官助理。基金项目:2016年甘肃省哲学社会科学规划项目“司改语境下庭审话语研究——以甘肃庭审话语为例”(YB187);2017年安徽省哲学社会科学规划项目“庭审多模态互动中法官身份构建研究”(AHSKQ2017D45);2018年兰州市社科规划项目“法庭审判被告人话语研究——以兰州市中基层法院案例为基础”(18-016D)。

① 参见倪寿明:《落实法官主体地位的四个着力点》,载《人民法院报》2014年7月1日。

以庭审为中心的诉讼制度改革旨在改善司法审判地位的弱化现象，以树立司法权威，凸显庭审活动在司法审判中的中心地位为目标，通过明确控辩双方在法庭、证据出示等方面的规则，对庭审提出了更高的要求，而庭审技巧特别是庭审语言就显得尤为重要。但是在当前的中国语境中，庭审话语权的行使，面临着来自自身和外界多元话语的不同压力，庭审话语情境呈现出非理想的状态，一定程度影响到了庭审水平。因此，有必要对庭审话语权的语境进行完善，构建庭审话语权的保障机制并完善相关对策。

## 二、司法改革语境下庭审话语权的现状与问题

何谓庭审话语权？简单来讲就是各个参与主体在法院庭审过程中所拥有的关于利益表达、主张要求等内容的言说以及行为上的资格。法离不开话语，需要话语来表达，无论是法典或是法律规则、文件，还是诉讼，都依靠话语来实现。庭审话语权是针对法院司法审判的过程中各主体所拥有的言说行为权，类似于“法权”的权利与权力的统一体。根据童之伟的法权理论，法的最基本现象不是权利和义务，而是权利和权力。权力首先是指一种力量，即能够做出某种行为的能力，其次它也是一种通过影响他人而达到某种结果的能力。<sup>①</sup>权利是权力的来源和归宿，权力从属于并服务于权利。任何法权都是权利与权力的统一体，是两者之间的博弈和平衡的终点，是包括庭审话语权在内的法律领域的一切“权”。从这个意义上说，司法就是审判，司法的实质是对社会资源的权力分配，表达司法的话语就是实现这一目标的工具。

### （一）我国庭审话语权语境现状

1. 庭审话语权运行不畅。司法实践中，庭审话语权存在运行不畅的现象，导致法律适用出现偏差。近些年来，引起人们及广大舆论普遍关注的冤假错案与司法话语权语境有着密切的关系。

2. 庭审话语权的职业角色定位模糊。角色紧张是导致法官庭审话语权的职业本质变得模糊的直接原因。作为法律从业人员，法官在行使司法话语权的过程中，经常会遭遇到一种寻求社会理解与支持问题上的尴尬境地，即社会群体对法官的期望值过高并且因人而异。从人情角度来看，一般情况下当事人的司法话语权内容中体现出对法官的期许多是以自我为中心的一种判断——“法官应当为我做主，法官是代我行使司法话语权的。”法官职业角色受制于社会环境对该职业的角色期待，法官会自觉地将其对社会环境的角色期望的理解应用于自身职业角色的形成过程，并且非常努力地按照这种角色期望进行定位，以寻求最大程度上的社会认同与支持。法官必须不断面对各种各样的主张、论证及解释之间的竞争，也不断面对自我反性悖论，为了跳出这个悖论的陷阱，法官有时不得不利用裁量权自己进行决断，季卫东教授称之为“带着枷

<sup>①</sup> 参见王莉君：《权力与权利的思辨》，中国法制出版社2005年版，第13页。



锁跳舞的决断主义”。<sup>①</sup> 为我做主、为我服务、中立裁判者，我国司法话语权的语境困惑及完善对法官角色的不同期望，不可避免地形成法官角色认同的内在紧张。这种紧张必然导致法官职业角色意识的矛盾与多重取向。包青天、法律布道者、调解者、安抚者，这种一体多面的情况，导致法官司法话语权的职业本质变得模糊。

3. 行政权力影响庭审话语权的真实性。行政权在国家权利体系中位于主导地位，对司法权利的渗透影响有损庭审话语的真实性。与中国封建社会相比较，目前我国的权力体系分化程度已经有了较为明显的改善。但是，各部分权力体系仍具有高度的同构性和整合性。行政机关在国家权力体系中起着实际上的主导作用，司法权对行政权存在着较大依赖，法院用法律裁判案件的功能呈淡化倾向。当法官在情与法的冲突面前，严格执行法律程序，适用实体法，做出裁断，可能会失去各方的支持，甚至引发严重的社会后果。这些都会被视为工作失误，法官的能力、品德会遭到话语诟病，陷于媒介、行政机关、司法机关等不同主体司法话语的汪洋大海。这样法官要做的是采取一切可能采取的手段化解纠纷，谨慎行使司法话语权，对案件的处理绝不能仅仅限于法律层面，导致司法话语的真实性大打折扣。

4. 庭审话语权由法官主导。在目前实践中法官仍然是庭审话语权的主导者。法律的行为主体只有有限的资源，却对法律的执行拥有裁量权，而且在执行法律时会考虑他们自身的利益。绝对的“客观公正”在法律实践中更多是一种目标和理想，并非现实状况。<sup>②</sup> 法庭是查明事实的场所，也是争辩是非的地方。伴随着审判模式从职权主义向当事人主义的转变，庭审话语权有了明显强弱转化，法官由强变弱，当事人由弱变强。职权主义审理模式，在基层法院依然占绝对优势。对于开庭审理的案件，法官始终是几方对话的启动者。通过旁听或者查看审判笔录、视频资料，法官发言轮次占50%以上。目前，我国法官普遍受传统经验模式影响，不注重当庭审查判断证据效力，而是将全面核查证据留在草拟裁判文书时，当庭采用追问式方式反复提问当事人及其代理人，占用时间多。

5. 当事人庭审话语表达意识强烈。“正义从未呼唤任何人揭露自己的犯罪。”古罗马关于自然正义的司法原则为我们当代对话语权的讨论提供了人类早期的原初智慧。<sup>③</sup> 目前存在的职权主义庭审模式，引起当事人及其代理人的强烈反感。约占55%以上的案件当事人表述观点受到过法官制止，其中，三分之一的当事人及其代理人通过信访、上诉、举报、投诉等方式表达过意见。司法实践中，警察、法官等司法权力主体作为司法话语权的主导者，常凭借话语权的相对强势，通过显性或隐性的方式压制犯罪嫌疑人、被告人的话语权，使其不能正确地表达自己的思想和观点，控辩双方的权利出

<sup>①</sup> 季卫东：《法律议论的社会科学研究新范式》，载《中国法学》2015年第6期。

<sup>②</sup> 参见刘思达《美国“法律与社会运动”的兴起与批判——兼议中国社会科学的未来走向》，载《交大法学》2016年第1期。

<sup>③</sup> 参见谯莉：《司法语境下的话语博弈研究——兼论诉讼中弱势主体沉默权的保障》，载《西南政法大学学报》2015年第2期。



现不对等状态，从而践踏了公平正义的法治理念。

## （二）我国庭审话语权存在的问题

1. 庭审话语权分配不均衡。据统计，在话语权主体方面，90%以上的法官都没有意识限制自己的话语权。30%的法官不能及时、有效提醒制止当事人或代理人冗长、重复的发言。60%以上的庭审中，陪审员陪而不审，从始至终，不发一言。另外，在话语权程序方面，法庭调查阶段法官追问多，辩论阶段当事人及其代理人陈述多，最后陈述阶段过于简略。

2. 法官控制当事人的庭审话语权。在庭审中，法官与当事人的角色定位截然不同，导致他们之间的权力分配也是极不对称的。其中，法官是机构权力的化身，他们在法庭交际中可以控制谈话的内容、进度，而当事人尤其是被告（人）处于被动和被控制的地位，其有限的话语权不仅受制于法官，也受制于对方律师，他们以回答法官或律师问话为主；同时，其答话内容，答话方式都受到严格的限制。<sup>①</sup>法官通过控制当事人的答话信息、限制甚至打断当事人的话轮、转换话题、限制当事人的谈话空间等多种手段来控制当事人或律师的话语权。从庭审的最初阶段，法官采用封闭式问话（核查当事人身份信息），是法官话语权与当事人话语权不对称的最突出表现，法官通常是“无疑而问”，是其展示话语权的典型代表，给当事人造成一种结构上的压力。在法庭调查阶段，法官为提高庭审效率，经常会采用选择性问句对被告进行询问，或对当事人的话进行归纳总结，当事人无论做肯定或否定的回答，都是最少量的答话。在庭审过程中，法官与当事人之间具有封闭性、选择性的问答方式体现了法官作为问话人对答话人（当事人）的语言约束力。

3. 法官庭审语言过于生硬强势。主要表现为：一是庭审用语过于生硬，不够贴近群众。为保持庭审的程序性、规范性，法官多会运用专业术语。这有时会导致普通群众的理解障碍，特别是文化水平较低的群众。二是庭审用语不够规范。有的法官不能合理摆正自己在庭审中的位置，在进行有关案件本身问题或事实调查性问话时，没有根据认识事物的一般性规律，比如时间顺序、因果顺序等循序渐进地进行，而是采用“突击式”“跳跃式”等方式，随意主动庭审话语权，对于听取当事人在庭审中发表的意见往往显得不以为然；有的法官因庭前准备不充分或者驾驭庭审能力弱等原因，在庭审中出现逻辑性不强，问话内容含糊、补充过多、指代不清等情况，都将影响庭审话语权的准确表达和充分理解。甚至还出现了违反庭审纪律和法定程序的用语粗暴、带有人身攻击性、偏离庭审主体等情形，直接影响到作为法官庭审话语权的纯洁性、合法性。

4. 法官的庭审话语权失位。虽然上文中说到了法官对于庭审话语权的过分主导，但是现实中仍存在着行政权制约着法官的话语权的现象。有的案件合而不议，有的案件未议先定等情况尚在一定程度上存在。合议庭规则、员额法官会议制度、专业法官会

<sup>①</sup> 参见吕万英：《法官话语权的权力支配》，载《外语研究》2006年第2期。



议制度不完善，操作性不强，落实不到位的情况普遍存在等等。这些问题都是影响和制约法官话语权的重要问题。

### （三）庭审话语权问题原因分析

针对我国目前司法话语权语境不理想、司法权威不高的现状，究其根本，原因主要在于两个方面：一是司法的法律属性不突出。司法活动政治、社会属性与法律属性之间出现不相协调之处，一味追求表面的一团和气而忘记了司法裁判应当承载的法律引领作用，使司法话语权的表达受到内外界环境因素的过多牵制，就会导致法律适用的偏差。二是受法律传统的影响，我国在司法实践中形成的公民权利与国家权力之间关系的不平衡。譬如包括法院审判权在内的司法权力的“权力”性比当事人诉权的“权利”性呈现强势。要想实现司法话语权博弈的和谐，首要的问题就是处理好公民权利和国家权力之间的法律关系调适。因而，为了保障司法话语权对我国司法话语权语境进行完善显得尤为必要。同时，当事人的庭审话语权也受到记录速度等技术因素的影响。由于当事人语言繁琐、法官掌控庭审全局能力不强、书记员概括能力不足、记录速度过低，导致当事人的主要观点不能及时、准确记录。

## 三、司法改革语境下完善法官庭审话语权的制度构建

### （一）完善我国司法话语权的理论支撑

完善我国司法话语权语境的理论支撑，在于建立在交往理性基础上的建构政治合法性与法律合法性的良性互动，即政治合法性以法律合法性的形式建立起来：法律合法性需要政治合法性参与和提供保障，两者互为前提、相互支撑，使司法的政治社会属性与法律属性达到平衡。一旦人们对该政府产生了信赖心理，对它的信任就会形成惯性，当制定新的法律时，民众就会较少地考虑该法的实质内容，更看重的是它是否符合立法的程序。在一般情况下，一个合法的政府在建立之初，就已经为自己的存在制定了道德底线，为自己的立法做了铺垫，划出了一个基本的法治方向，这就使得他们制定的法律不会有太出格的地方，这也解释了人们对政府所制定的法律信赖的原因。

### （二）完善庭审话语权的中国语境之机制构建

完善司法话语权的中国语境需要得到实际的运作和切实保障。这就亟须构建一些诸如法律保障机制、表达保障机制、参与保障机制、协商保障机制等中国司法话语权的保障机制。

1. 法律保障机制。司法话语权作为一种法律权利，必须受到法律保护。一是要树立宪法的最高权威。宪法保障作为民主之治，一方面保障权利，另一方面制约权力。宪法是避免权力集中和专制危险的保障，意味着广泛的私人领域和个人权利的保留，意味着司法机关依法独立行使职权，不受非法干预。归根结底，宪法保障就是对权益的尊重和平等保障。树立宪法的最高权威，通过全社会的宣传教育，使宪法权威深入

人心，使普通公民、公务员、特别是司法机关工作人员以行动维护宪法权威，保护司法话语权的有效行使。二是要建立起保障弱势群体司法话语权的法律制度。弱势群体普遍缺乏话语平台，其权益受到侵害时缺乏可行的救济途径，要加快对弱势群体的相关法律制度建设，从法律上保障弱势群体的司法话语权。三是要加快建立和完善各种法律援助制度。弱势群体因其社会地位和经济能力，限制了他们寻求法律救济的能力。要建立和完善各种法律援助制度，帮助弱势群体切实行使司法话语权。四是要完善法律诉讼制度。完善的法律诉讼制度能够在弱势群体受到侵害时向司法机关提起诉讼，在诉讼中能够有效行使司法话语权表达司法话语，充分进行话语博弈，防止法院暗箱操作。同时，在诉讼过程中提高自身行使司法话语权的法律水平和能力。五是要加强法院审判程序中对弱势群体司法话语权的保护。在司法审判中，既要给予弱势群体充分行使话语权的平等机会，重视诉讼当事人及利害关系人的话语表达，又要做好庭审公开、裁判文书公开、审判流程公开等一系列司法公开工作，允许新闻媒体等社会舆论参与到案件的正面讨论中，确保审判各环节的公开、公正，促进庭审话语权实现平等、和谐发展。六是合理规制法律与民主的互动关系。司法话语权既是民主的，又是法治的。

2. 表达保障机制。表达保障对行使司法话语权具有重大意义，要有效行使司法话语权，最主要的因素是建立合理表达保障机制。表达保障包括三个内容：一是对信息和意见进行搜集和获取；二是以某种方式将所了解、判断的信息和意见进行表达；三是对形成的信息和意见进行传播。<sup>①</sup>首先，在司法活动中需要一个话语场，让一群经验、见解和诉求各异的话语主体，能够面对面磋商、辩论、行动；其次，要实现话语主体接受与表达话语权的双向互动。司法话语必须能够倾听和被倾听，这样司法话语权的行使才能被激励和吸引。再者，行使司法话语权的方式必须能在司法生活中向所有话语主体开放。

3. 参与保障机制。司法参与是司法话语表达的一个重要途径。司法参与是一种话语的交往过程，各方在交往过程中达成共识与妥协，从而使各种话语能够进入司法领域发挥作用，不管话语主体不同的地位、收入等。要保证司法参与深入广泛，就必须做到：司法参与要公正、公开。要使司法参与本身公正，就必须使整个司法参与过程公开，自始至终透明化、阳光化，只有公开司法参与才能保证司法参与的公正，以保证司法话语权的和谐博弈与良性发展。

### （三）司法改革语境下庭审话语权的完善对策

1. 提升法官综合素质，特别是庭审能力水平。一个案件的庭审体现了一个法官的道德涵养和法律素养，没有良好的道德要求和法律底蕴无法成为一名优秀甚至合格的法官。因此，要对法官加强思想道德建设，树立社会主义核心价值观理念，将司法为民公正司法的理念渗透到日常审判工作当中。法官应树立学无止境的思想，认真学习法律法规，认真学习庭审技巧，举一反三，积累经验，准确释法析理，切实保护当事人

<sup>①</sup> 参见刘卉：《我国司法话语权的语境困惑及完善》，载《江西社会科学》2016年第4期。



合法权益，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义的目标才能变为现实。

2. 规范法官用语，保障当事人的庭审话语权。法官的职业魅力不仅在于语言，更在于思考和判断。法官应树立公正审判的理念，法官应该始终保持庭审话语的客观性，不宜过早地透露自己的意见，不能过多干涉当事人的发言权利，要让当事人双方的意见、主张通过辩论以后充分显示。在审判过程中，要根据案件的特点和当事人的具体情况，让当事人具有参与程序的存在感，尽量不要随意打断当事人的讲话。比如，在刑事审判中，法官是庭审活动的主持者，可以发问、指令发言、打断发言等，其他诉讼参加人会使用正式语言和礼貌用语；律师的庭审话语权也在法官的控制之中。然而，被告人作为触犯刑法的犯罪嫌疑人，处于接受强制措施的被讯问人的地位，话语地位是最低的。因此，在这一情景之中，法官的话语权最高、公诉人其次、律师次之、被告人最弱。短板在于辩方弱小，所以要保障辩方的庭审话语权。保障辩方，既需要立法上予以规范，更要在庭审时充分保障辩护权的行使，要让代表被告人说话的辩护律师在强大的公权力面前保持话语权。法官应当认真聆听被告人说的每一句话，关注庭审时被告人的表情、神态，充分保障控、辩双方当事人的法庭辩论，以更好还原事实真相，实现庭审目的。在民事审判中，法官应知晓当地的人文传统，风俗习惯。对当事人不了解的诉讼权利、法定程序及法律适用问题，应及时做好释明工作，对当事人的困惑、疑问或者扰乱法庭秩序，打断法官说话的举动等，法官应当及时察觉并充分沟通以了解当事人的思想动态。

3. 严格落实司法责任制，保障法官的庭审话语权。严格落实司法责任制相关规定，落实合议庭职责、员额法官会议制度、专业法官会议制度和审委会规则，充分保障法官话语权，切实做到让审理者裁判，让裁判者负责。严格落实领导过问案件记录和责任追究规定及司法机关内部人员过问案件记录和责任追究规定，从机制上、制度上保障法官的独立裁判权，充分保障法官话语权的含金量。积极推进以庭审为中心的诉讼制度改革，建立审判为中心的审判理念，让审判活动成为法院工作的中心，让法官成为法院工作的主体。

## 结 语

法官的庭审话语权承载的不仅仅是适用法律、解释法律的重任，更多表现出来的是法律事实的效果，直接影响着司法为民、司法公正法治要求的贯彻落实。本文以司法体制改革为时代背景，揭示我国法官庭审话语权的现状及问题，从而为提升庭审话语权的质量，切实落实“以审判为中心”的诉讼制度改革要求，提供研究探讨的路径。

（责任编辑：姜燕）



# 案外人执行异议之诉审查标准冲突与 弥合进路选择

——以“双阶 + 双标”模式的思辨为视角

张维娟\*

**内容摘要** 执行机构运用国家公权力强制负有生效裁判履行义务的当事人履行义务时，往往基于表面权利判断规则判定权利归属。因经济活动的复杂性和物权公示制度在彰显权利归属上的局限，会发生实体意义上的瑕疵，导致侵犯案外人权益。案外人执行异议之诉作为强制执行中的救济制度，<sup>①</sup>立法上逐步构建起以异议前置程序和异议之诉的“双阶”为架构，以形式与实体的“双标”为轴心的运行模式。但从司法实践效果看，以 S 省 Z 市数据为例，“双阶”加“双标”模式，呈现出执行异议与异议之诉结果差异明显的态势。“双阶”的架构是“双标”冲突存在的框架基础和根源，而“双标”的审查原则又凸显和加剧着“双阶”架构的分立和冲突，集中体现在权利效力审查依据和审查标准两方面。尤其是审查标准上存在尺度不一、易引发裁判思维断裂等问题。为弥合冲突，在对四种进路选择思辨基础上，提出“双阶”加“双标”模式下冲突弥合的构想，即在权利效力

\* 张维娟，山东省淄博市中级人民法院法官助理。

① 2016 年 10 月 17 日，《最高人民法院关于办理财产保全案件若干问题的规定》审议通过，于 2016 年 12 月 1 日起正式施行。第 27 条将救济程序扩大和提前至保全程序，针对尚在审理过程中的财产保全裁定实施行为作为执行行为，案外人认为侵犯其实体权利的，可提出执行异议，并可提出执行异议之诉。本文截稿之时笔者所在法院刚受理第一批 40 件因对诉中保全不服，案外人提起执行异议之诉案件。上述保全新规虽规定 2016 年 12 月 1 日施行，但实践中诸地法院步调并未统一。且新规实施前财产保全能否提起执行异议和异议之诉争议颇大，多认为在未做出生效裁判未进入执行程序前尚未产生实质性财产处分的损害，应通过复议程序救济。学界和实务界也多以进入执行程序中的异议研究为重点。随着新规出台争议尘埃落定。虽然现在再来讨论将执行异议之诉救济提前至财产保全阶段，对案外人权益保护有失偏颇之嫌，已无多大意义，但对此类案件如何审理，裁判思路、标准、依据，立法尚不明晰情况下，尤其是所涉保全案件尚在同级法院一审审理过程中，而对案外人异议审查到底是就权审权即仅审查案外人对保全标的享有的权益是否足以排除执行，还是需结合对尚在审理中的另案申请保全人或名义物权人的权利予以审查比较进而做出判断。而由执行异议之诉对另案权利认定和判断势必考虑出现矛盾判决和审判独立性的问题。任何一项权利的行使和救济都有其边界和尺度。新规的突破引发的这类案件的陆续出现给审判带来极大挑战，亟待引起学界和实务界高度重视。





审查依据上参照适用有关执行规定且不严于异议审查标准的规则；在权利排除效力审查上采取事实主义与公示外观主义的渗透融合，并从执行异议应当进行适度实体审查，异议之诉审查应接受公示外观原则对事实主义渗透两方面予以阐述，为程序完善提供点滴助益。

关键词 案外人 执行异议 审查标准

中图分类号：DF718.3 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)03-169-183

## 一、案外人执行异议之诉的程序模式与司法现状

### （一）双阶程序架构 + 双标审查模式之构建历程

我国现行案外人实体救济采取案外人异议前置，异议之诉后置的双阶程序架构，异议审查采取形式审查与实质审查的双标模式。回顾这一现行制度的构建历程，在以“权力”为中心的审执分离第一次浪潮下，审判、执行权分立，实行内部分权制衡监督模式。1991年民事诉讼法应势规定案外人执行异议制度，因其时案外人实体性执行救济制度尚未有立法，其价值定位作为执行阶段程序性救济。随着对执行权认知的持续加深，在以“权利”为中心的深化审执分离第二次浪潮下，2007年民事诉讼法将实体性执行救济与程序性执行救济予以区分，确立了针对程序事项的执行异议和针对实体事项的案外人异议，清理执行与审判机构权利作用范围，完善执行当事人和案外人执行救济体系。确立案外人执行异议前置，案外人执行异议之诉后置的双阶模式。与新增关于当事人、利害关系人对执行行为的执行异议，共同构成我国民事执行救济制度的雏形轮廓。拓展了案外人和执行当事人实体权利救济途径，开启了案外人异议制度诉讼化变革的进程。2015年民诉解释首次将其从执行程序调整至二审程序之前，明确了其实体救济程序的价值定位。设置专章以13个条文（还有501条有关到期债权执行中的半条，也可称13个半条文），对起诉条件、当事人诉讼地位、具体程序、审理结果处理等事项细化，使其具备立体可操作性。同年最高院执行异议和复议规定对异议审查内容、案外人排除强制执行的情形等事项细化。鉴于执行异议作为前置程序的初审功能，及条文可操作性较强，在未有相关司法解释出台前，执行异议审查的规定，对异议之诉的审理具有参照价值，成为某种意义上的隐形裁判规则。

### （二）司法现状的累积与试水

1. 最高院司法裁判之积累。经由一系列裁判案例，借由个案累积，传递裁判总体思路。明确案外人执行异议之诉的目的，在于排除对特定执行标的强制执行。通过分析异议人和申请执行人各自权利性质和效力边界，对异议人主张权利、申请执行

人债权实现效力、被执行人针对执行标的权利作出比较，全面综合予以判断。<sup>①</sup>明确执行异议之诉的范围，根据案外人权利主张和原生效裁判之间关系，准确定位应择适的救济途径。

2. 各地制度试水。各地法院积极进行制度探索，不断积累审判经验，浙江、北京、广东、黑龙江、江苏、山东高院等先后出台相关指导性意见或规定，<sup>②</sup>以指导审判实践为导向，对案外人执行异议之诉案件审理程序和实体性问题作出指引。以S省Z市法院2015-2018上半年（统计区间2015年1月1日至2018年5月31日）执行异议和异议之诉案件统计数据为例。中院执行局受理案外人执行异议案件共计336件，其中2015年102件，2016年

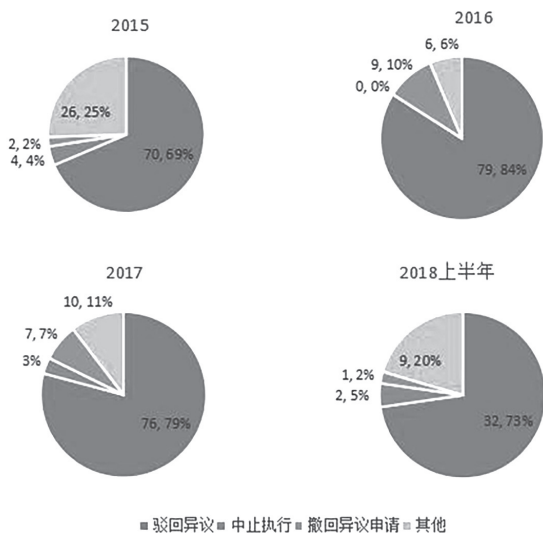


图1 S省Z市法院2015-2018上半年执行异议和异议之诉案件数据统计图

其中2015年102件，2016年94件，2017年96件，2018上半年44件。根据异议审查情况，驳回案外人异议共计257件，裁定中止执行9件，撤回异议申请17件，其他53件。

全市两级法院共受理执行异议之诉案件829件，其中基层法院463件，中院366件（含一审175件，二审191件）。中院一审175案中案外人执行异议之诉169件，占执行异议之诉绝对比重。也与执行异议处理后驳回案外人异议占绝对比重的情况相吻合。群体性诉讼占比较大（以2016至2018年间诉某农商行、某房地产开发公司等84案为代表）；以物抵债、无过错买受人物权期待权等异议事由层出不穷。案件数量稳中攀升，两级法院审理难度不断加大。

中院一审案外人执行异议之诉169案（审结162）中，经审理驳回诉求87件，不

<sup>①</sup> 参见程新文：《关于当前民事审判工作中的若干具体问题》，载杜万华主编：《民事法律文件解读》（总第134辑），人民法院出版社2016年版。

<sup>②</sup> 北京高院《关于审理执行异议之诉案件适用法律若干问题的指导意见（试行）》（2011年7月28日）；浙江高院《关于审理案外人异议之诉和许可执行之诉案件的指导意见》（2010年10月27日）；《关于多个债权人对同一被执行人申请执行和执行异议处理中若干疑难问题的解答》（2012年）；广东高院《关于执行异议诉讼案件受理与审理的指导意见（试行）》（2011年10月1日）；黑龙江高院《关于审理执行异议之诉案件若干问题的解答》（2011年11月）；江苏高院《执行异议及执行异议之诉案件审理指南（一）》（2017年12月27日）。山东高院民一庭《执行异议之诉案件审判观点综述》，对2017年下半年执行异议之诉案件研讨会精要梳理总结。

得执行61件，<sup>①</sup> 撤诉8件，驳回起诉6件。

从案外人执行异议审查结果与案外人执行异议之诉审查结果相较看，经异议审查驳回案外人异议的257件，支持案外人异议中止标的执行的仅9件。此后经审理依旧驳回的87件，仅占异议审查支持数量的三成；判决支持案外人异议诉求不得执行的达到61件，是异议审查支持案外

人异议数量的近7倍。执行审查和经由诉讼程序审查的结果对比翻盘率明显，因审执审查标准的冲突和

差距，大多案外人异议请求在执行异议审查阶段无法得到支持，主要依靠案外人执行异议之诉审查得到支持。

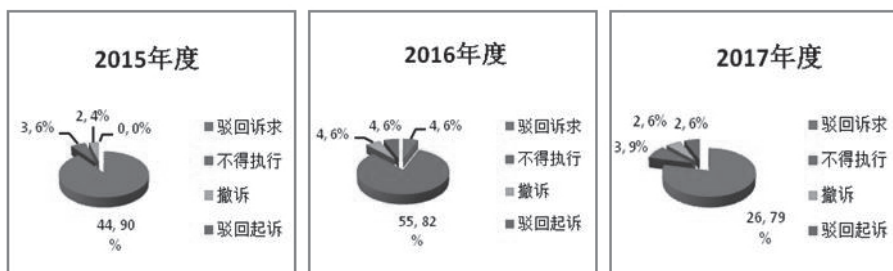
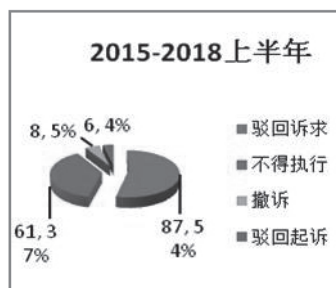


图2 S省Z市法院2015-2018上半年执行异议和异议之诉案件结案分类数据图

## 二、案外人执行异议之诉审查标准的冲突

### （一）异议审查依据之冲突

执行规定是执行异议审查依据，而执行异议之诉，涉及对实体权益的裁断，不能照搬执行阶段的审查标准。如何确定实体裁断适用规则，应将哪些因素纳入裁判考量并不明确。呈现直接适用执行规定审查实体问题，或变相审理异议事由之基础法律关系纠纷的两极状况；异议人和申请执行人各自权利性质和效力边界之确定，权利的综合比较判断，亦对裁判者对法理、法益之深刻理解与融通提出较高要求。

### （二）权利排除效力判断审查标准冲突

案外人执行异议作为案外人执行异议之诉的前置程序，只对异议作初步审查判断，价值取向上更侧重于效率。如果仅采取形式审查，则与执行过程中法院对被执行人财产权属判断标准重合，其存在并无必要性；若采取实质审查，则与案外人执行异议之

<sup>①</sup> 中院受理的前述84案中，有51案先行判决支持案外人诉求，判决不得执行标的；后执行部门针对后续业主的案外人异议均裁定支持，其余案件诉讼均为申请执行人执行异议之诉，因本文仅以案外人执行异议之诉口径作为统计标准，故61案中仅包括84案中的51案。

诉的审理标准一致，成为案外人执行异议之诉的预判，其结论的合理性正当性存疑。因此司法解释最终确定执行异议审查以形式审查为主，实质审查为辅。不同于事实主义案外人执行异议之诉的实质审查标准，形式审查主要遵循公示外观主义，其对案外人权利存否之判断，性质上仅针对执行标的物的形式物权而非实质物权，或者权利表象而非真实权利。<sup>①</sup> 投射到司法实践中：

1. 审查尺度不一。以以物抵债为例，此类案外人能否享有足以阻却执行的实体权益，最高院审判部门在多个裁判文书中予以肯定，并将支付价款、实际交付和未办理登记无过错三个要件的审查，适用于以物抵债的案外人，以界定其是否享有物权期待权<sup>②</sup>；执行部门认为对买受人物权期待权的保护，暗含的理念是物的交付的债权优先于金钱债权，而抵债协议目的是消灭金钱债权，不应优先于另一金钱债权的实现。<sup>③</sup> 最终未将以物抵债纳入物权期待权保护范围。

2. 以裁定判断实体事项易引发思维断裂。对异议前置的程序定位仍为执行程序，异议审查以裁定方式作出，在案外人异议审查程序中，审查对象是案外人提出的权属性质的争议，在作出判断后，仍要以裁定方式对实体事实作出判断，其合理性有待商榷。<sup>④</sup> 以以物抵债为例，抵债前提是存在合法债务以供抵顶，作为权益优先性判断基础，审查势必涉及以物抵债协议真伪、效力，异议审查层面和深度如何把握，如何区别于单纯审理民间借贷案件；按照执行异议和复议规定，异议审查以合法性和真实性为要求，在涉及甄别防范案外人和被执行人恶意串通，虚构权利，势必涉及对实体问题的处断，以裁定方式作出判断的法官，审查的是实体问题，如何在裁定中展现其思维过程亦导致法官裁判思维出现断裂。出于担心异议审查认定之事实或判断对后续之诉中法官的认定产生冲突，迫使异议审查法官对裁定说理采取技术化修辞，尽量避免对实体问题作出明确回应。

3. 异议审查脱缰失控。按照双阶架构的模式，异议前置程序旨在诉前截留，后续异议之诉须建立在前置程序审查之后，而不是对异议审查结果的评判，即使通过审理支持案外人异议，判决表述亦是执行异议裁定自动失效，而非变更或撤销；从案外人再审角度看，前提是案外人认为原执行依据有误，与执行异议裁定亦无关联。在此意义上，一方面双阶各自独立，执行异议结果对执行异议之诉审理并无终局性效果或羁

<sup>①</sup> 参见肖建国：《论执行标的实体权属的判断标准——以案外人异议的审查为中心的研究》，载江必新、最高人民法院执行局编：《执行工作指导》（2010年第3期），人民法院出版社2010年版，第162页。

<sup>②</sup> 最高人民法院（2016）民终113号、（2016）民申79、2023、2025号民事判决书。也有认为不能阻却的，如（2015）民提175号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见最高人民法院执行局编：《关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第428-429页。

<sup>④</sup> 参见江伟、肖建国：《民事执行制度若干问题的探讨》，载《中国法学》1995年第1期。





束力,执行异议之诉亦无需看执行异议脸色行事,<sup>①</sup> 异议审查所做裁定的作用更接近于庭前证据交换对证据、当事人主张和陈述的固定功能;另一方面异议审查虽不具有终局性,但所做论断对后续诉讼审理不可避免产生先入为主的心理暗示,无论属何种情况,在缺失制约或监督情况下,极易导致脱缰失控。

4. 公示外观与事实权利原则之碰撞。物权公示公信力保证执行效率和申请执行人权利及时得偿,现实中往往存在公示权利人与实际权利人不一致的情况,如案外人系造成外观与事实相分离虚像的重要责任人,<sup>②</sup> 如顶名买房、借名贷款等规避法律或怠于行使权利的是否应纳入保护之列值得商榷。以不动产买受人物权期待权(案外人)为例(S省Z市84案),无论从房屋尚登记于被执行人名下,还是申请执行人执行依据已确认其对涉案房产享有抵押权优先受偿权看,执行异议审查时往往单凭权利外观直接得出优先性结论;但因我国不动产登记制度不健全不完善,不动产之于普罗大众基本生活资料的地位等基本社会环境和制度基础等因素存在,非因买受人原因未办理登记的不动产,如不加区分,一律准许强制执行,势必危及社会稳定,就需突破外观公示作出优先性判断。

### 三、冲突弥合之进路选择思辨

#### (一) 进路一:双阶到单阶,异议前置程序存废的思考。

2007 民法设置异议前置程序之初,关于其存废,学界即存在诸多争论,废除派从法解释学方面论述其对程序正当性和民事诉讼基本规律的冲击,认为案外人提出排除执行的实体请求,已产生实体争议,构成独立之诉,必须给予诉讼程序救济;且从审查主体看,异议审查由执行机构进行,会导致确认实体法律关系的主体错位,违背审执分离原则。<sup>③</sup> 保留派则依据执行分权优化配置理论,认为审判权与执行裁决权界限不明显,从简化执行救济程序出发,可赋予执行机构实体审查权力。<sup>④</sup> 自制度确立至此十个年头,前置程序存在的问题仍较明显:异议审查暗含前提是对当事人所享有权利的认定和判断,实质上是执行机构通过程序审查进行实体裁断;因两种救济程序

<sup>①</sup> 最高院在海口向海娱乐有限公司清算组与冷雪钢等、第三人文昌向海娱乐有限公司案外人执行异议之诉案中认为〔(2016)最高法民终443号民事裁定〕:案外人执行异议程序虽是提起执行异议诉讼的前提,但执行异议程序中对案件的实体处理及对当事人主体资格问题的认定,对执行异议之诉程序无约束力,执行异议之诉程序中有权重新审查确定当事人诉讼主体资格。因此案外人执行异议之诉对主体资格结合当事人诉求和权利性质予以重新审查,无需受限于执行异议前置程序的预判。

<sup>②</sup> 参见楼常青、楼晋、金佳卉:《从“事实”到“登记公示”的转变——关于案外人异议之诉中审查标准的研究与思考》,载《全国法院第25届学术讨论会获奖论文集:公正司法与行政法实施问题研究》,第881页。

<sup>③</sup> 参见刘学在、朱建敏:《案外人异议制度的废弃与执行异议之诉的构建——兼评修改后的民事诉讼法第204条》,载《法学评论》2008年第6期。

<sup>④</sup> 参见百晓峰:《论案外人异议之诉的程序构造》,载《清华法学》2010年第3期。



目标的共通之处,相当于在同一审级层面创设两种服务于同一目的的救济,造成救济程序的重复,违背了裁判拘束力的程序法基本原则。<sup>①</sup>在《强制执行法草案》(第六稿)第九章执行救济中,亦未规定案外人执行异议前置程序。<sup>②</sup>废除异议前置这一进路选择,从制度设计上直接避免了执行裁量权的触角触及案外人执行异议之诉领域,克服审执标准冲突给主体认定、权利阻却执行效力等程序和实体问题带来的隐患。但同样抛却了其实践价值。

异议前置程序的设计,是基于案外人执行异议涉及问题繁简不一,审判程序往往比较复杂,有必要通过执行审查,过滤掉一大批不必进入诉讼程序的争议,减少案外人诉累,提高执行效率。<sup>③</sup>实质发挥的是类似于案件的诉前截留,和案件繁简分流模式中简单案件的分流。因此双阶模式下审执双标之冲突弥合,要跳出原有的存废之争,从制度实效性出发,以立法目的的实现为依据。从程序设置效果看,以 S 省 Z 市法院为例,2015-2018 年上半年经过案外人执行异议前置程序后进入案外人执行异议

表 1 2015-2018 年上半年案外人异议及异议之诉案情况

年份	案外人异议 审查件数	处理结果				异议之诉件数	分流率
		驳回	成立	撤回	其他		
2015	102	70	4	2	26	49	40.24
2016	94	79	0	9	6	67	28.72
2017	96	76	3	7	10	33	63.33
2018 上半年	44	32	2	1	9	20	54.54

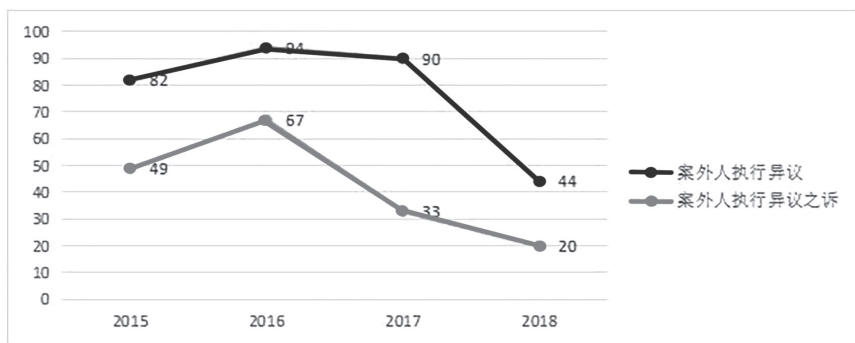


图 3 S 省 Z 市法院 2015-2018 年上半年执行异议和异议之诉分流数据图

① 参见赵秀举:《论民事执行救济》,载《中外法学》2012年第4期。

② 参见最高人民法院执行局:《强制执行法草案》(征求意见稿第六稿),载江必新、贺荣、最高院执行局编:《强制执行法的起草与论证(三)》,中国法制出版社2014年版,第580-621页。

③ 参见沈德咏主编:《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》,人民法院出版社,第819页。



之诉的案件情况，<sup>①</sup>能够从一定层面反映制度设置分流效果：从分流率来看，确实起到了诉前截留效果，减少了进入诉讼程序的案件数量。尤其是2017年96件执行异议案件中，31案因查封土地为共同财产，未协议分割亦未提起析产诉讼，故而裁定驳回案外人异议，在异议前置阶段即让当事人对其主张权利的阻却效果有所预判和清晰认识，亦指明了实体性根本救济路径，该批案件均未提起案外人执行异议之诉，亦未有后续另案诉讼，收到较好的分流效果。其运行的额外收获是96案中7件因达成和解撤回异议申请，即执行异议审查发挥的和解平台作用，经由执行经验丰富的法官居中审查，案外人通过初步举证、质证和听证程序，对自身权利效力有了更为清晰的判断，从而自行权衡得失利弊，或是向被执行人施压，促成其与申请执行人和解，或主动替被执行人履行以换取涤除执行标的物的执行；因异议审查短时效限制，以真实性审查为中心，甄别和防范虚假诉讼亦有一定效果。

## （二）进路二：双阶到单阶，专业执行裁决庭的1+1=1

根据民事诉讼法基本原理，对案外人权利以诉或者非诉程序予以救济，关键在于争议对象是否涉及实体事项或权利义务。<sup>②</sup>如果涉及实体事项，按照民诉法基本原理应当通过诉讼程序解决，不能经由非诉方式解决。<sup>③</sup>但是案外人执行异议之诉中，案外人异议事由实体性特征已是共识，对基础实体权利和法律关系的识别是案外人执行异议处理难以回避的问题，而其实体和程序问题是相互伴生和依附的，难以做出明确区分，亦无法实现穷尽所有情形。立法初衷是通过非诉执行异议审查实现诉前截留，但正因为现有审查标准等制度供给不足，执行法院异议审查时不得不借由民诉程序理论进行处断，呈现立法非诉化，实践诉讼化的态势。案外人异议制度功能定位错误和制度的基本规律正当性存疑，有学者提出可借鉴法国执行法官制度，将执行异议审查权移出执行局，成立具有审判资格的执行法官组成的专门执行裁判庭，处理裁判执行中出现的所有争议事项，包括与执行有关的困难和问题，可对执行依据作出解释；还包括处理执行过程中出现的程序性和实体性争议。<sup>④</sup>

执行措施由执行机构执行实施部门采取，但是因案外人执行异议之诉的目的就是排除执行机构所采取的强制执行措施，必然会对执行行为作出结论性评断，若将执行异议审查的执行裁决权仍保留在执行局，实行执行实施权和执行裁决权并行，“本是同根生相煎何太急”，难以保证对同源的执行实施机构采取的执行措施评断的公正和客观。尤其是实践中因执行员负责执行案件，案外人异议往往先向执行员提出，经由其对案外人进行询问审查，若不服执行员所做预判，则将案件移送立案庭立案。由此

① 2015年102件中含20件裁定指定原执行法院管辖，不涉及审查，计算分流基数时扣除。

② 参见张卫平：《案外人异议之诉》，载《法学研究》2009年第1期。

③ 参见〔日〕竹下守夫《日本民事执行法理论和实务研究》张卫平、刘荣军译 重庆大学出版社1994年版。

④ 参见马登科等：《案外人救济制度研究》，法律出版社2016年8月出版，第141页。

引发两个问题：一是，在双阶+双标模式下，案外人异议极易出现实践操作中的四审终审，即执行员审查、执行异议审查、审案外人执行异议之诉和二审审查，严重背离程序设置的价值目标，其对案外人权益救济的效率堪忧。二是，执行行为实施者对执行行为作出预判，以及执行裁决机构对执行行为实施机构的行为审查的正当性、客观公正度需要检视。因此，执行裁决机构裁决权行使独立性的保证，唯有脱离现行框架。<sup>①</sup>这一进路建立在对目前审执分离体制和审执功能价值定位的重新审视基础上，将执行裁决权脱离执行局，将审查主体、审查功能二合一，进而实现审查标准的统一。但在目前审执体制下，相应配套制度的构建并不具有可操作性。

### （三）进路三：执行异议与异议之诉并存适用的1vs1双轨模式

有学者提出案外人异议以程序事项为基础，异议之诉以实体事项为基础，两者是不同救济途径，两者之间没有必然关联，案外人异议并非案外人异议之诉前置程序。即使在没有提起案外人异议或案外人异议提出后，法院裁决前，案外人也可以在具有实体事项时提起案外人异议之诉。<sup>②</sup>还有学者将执行异议和异议之诉并列设置，由当事人选择适用，并区分不当执行行为和违法执行行为，分别情况处理。<sup>③</sup>但双轨设置构想从理论前提上看，前者需要区分程序事项和实体事项，后者需要区分执行不当和执行违法行为。实践中要准确作出这一区分无论是从当事人异议提出时的意识领悟范围，还是从具体操作层面，似乎无法作出明确识别和解决。很多情况下实体程序问题是相互依附交织在一起，而不当执行行为和违法执行行为的判定标准亦并不必然明确。因此上述学者在提出该构想时，同时指出，从民事诉讼法的规定看，立法者也许认为人民在寻求救济时，往往并不考虑或不会救济方法和途径在实体和程序上的这种差异，因此设置这样的规定……<sup>④</sup>基于民众对法律知识的掌握程度，案外人在其标的物被侵害之后，很难自己断定执行机构的行为是违法行为抑或不当行为，让其在执行异议或执行异议之诉前自己认定该行为的属性不现实，案外人所能掌握的就是“我的财产被法院查封或拍卖了”……<sup>⑤</sup>

### （四）进路四：双阶+双标模式下的冲突弥合

执行异议程序中，执行机构能跨越“外观审查”对执行异议予以实质性回应，减

① 现行执行实施和执行裁决并行框架下，司法更多倾向于谈论对执行裁量权的限缩。如最高院审理无锡市贤顺贸易有限公司与李志军买卖合同纠纷案〔最高院（2016）最高法执监25号执行裁定书〕中认为，对被执行到期债权的执行，前提是第三人就债务未提异议，一旦提出，则不得对其强制执行，且对异议不进行审查，应释明申请执行人提起代位权诉讼予以救济，这是现行法律对限缩执行裁量权的制度要求。

② 参见张卫平：《案外人异议之诉》，载《法学研究》2009年第1期。

③ 参见朱腾飞：《案外人异议之诉研究》，中国政法大学出版社2016年11月出版第130页。

④ 现行执行实施和执行裁决并行框架下，司法更多倾向于谈论对执行裁量权的限缩。如最高院审理无锡市贤顺贸易有限公司与李志军买卖合同纠纷案〔最高院（2016）最高法执监25号执行裁定书〕中认为，对被执行到期债权的执行，前提是第三人就债务未提异议，一旦提出，则不得对其强制执行，且对异议不进行审查，应释明申请执行人提起代位权诉讼予以救济，这是现行法律对限缩执行裁量权的制度要求。

⑤ 参见张卫平：《案外人异议之诉》，载《法学研究》2009年第1期。



少低成本审判救济程序适用概率，降低执行救济体系整体成本。且简易高效的执行异议制度若沦为弃之不用的制度，既是对司法资源的浪费，也是对法的安定性的无宜挑战。无论单阶、双阶还是双轨，虽都论证了案外人异议存在的多种弊端，但对其作用均未予否认。从司法实践效果看，案外人异议确实起到了减少异议之诉数量，提高执行效率的切实作用，依凭概念前提的划分作毕其功于一役的制度设计，抑或单纯“一刀切”取消案外人异议，并未能够对当前执行工作和案外人权益救济更有利。本进路仍以当前程序模式为框架背景下讨论。

### 1. 权利效力审查依据应参适有关执行规定 + 不严于异议审查标准

针对司法实践中存在的处理实体问题，执行规定与实体规范混用的情况，最高院民一庭认为，案外人执行异议之诉虽为实体审理程序，但和执行异议审查程序存在关联性和共通性，<sup>①</sup> 审理此类案件时，在关于执行异议之诉的司法解释出台前，可参照适用《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条等相关条款的内容，结合具体案情，判断案外人的权利可否排除强制执行。即执行规定并非实体审查的依据，而是作参照适用。最高院在审理钟永玉与王光、林荣达案外人执行异议纠纷案中，明晰了审执审查依据的关系，<sup>②</sup> 即《执行规定》是处理执行程序中当事人提出执行异议的规定，因执行程序需贯彻已生效裁判执行力，在对执行异议是否成立的判断标准上，应坚持较高的、外观化的判断标准，这一标准要高于执行异议之诉中原告能否排除执行的判断标准。由此，上述《执行规定》第25条至第28条应在如下意义上理解，即符合这些规定所列条件的，执行异议成立；不满足的，异议人在执行异议之诉中的请求也未必不成立。应根据案件具体情况和异议人所主张的权利、申请执行人债权实现的效力及被执行人对执行标的的权利作出比较并综合判断，以确定能否排除执行。由此，基于执行规定的参照价值，及其司法实践中隐形裁判规则的作用，可以考虑在制定执行异议之诉司法解释时，将执行规定的有关内容提取梳理，置于案外人执行异议之诉的价值目标和利益考量框架下，予以调整后，转化为司法解释规范，上升为裁断实体问题的直接依据。

### 2. 权利排除效力审查标准公示外观主义与事实主义渗透融合

(1) 案外人执行异议应当进行适度的实体审查。案外人异议本身基于实体权利提起，势必承载部分实体审查职能，若执行裁决机构仅采取公示外观、形式主义审查标准，极易导致对执行程序就标的物权属外观判定标准的简单重复，失去其自身存在的制度价值。随着审执分离改革的浪潮推进，在法学理论上，审执分离原则不再如以往般绝对化，甚至出现相互渗透融合的局面。如先予执行、诉前保全等，注重的是司法

<sup>①</sup> 参见《最高人民法院民一庭对案外人执行异议之诉与案外人执行异议审查标准》，载《民事审判指导与参考》2015年第2期。

<sup>②</sup> 参见最高人民法院（2015）民一终字第150号判决书。



实践效果，而不再受到理论教条的拘束。执行实施权与执行裁决权的分野，也是法学理论界对执行权认识不断加深和发展的体现，许多程序性纠纷于执行过程中得到解决，部分实体问题也通过执行裁决部门处理，如追加、变更执行主体等。<sup>①</sup>双阶制下以审查权利真实性为中心的案外人执行异议，在司法实践中确实发挥了诉前截留、促生调解以及防范恶意串通虚构事实的重要作用，满足了案外人权益救济公正兼顾效率的需求；因异议事由多样，繁简不一，让所有案件都通过“雍容华贵”的审判程序来处断，不仅影响执行效率和提高执行成本，还会导致案外人恶意利用拖延执行。从此意义上保留异议前置程序，并调整审查标准，采取适度的事实审和实体审，最大限度发挥其制度价值。

依据《最高人民法院关于人民法院执行公开的若干规定》第12条，案外人异议等重大执行事项，一般应公开听证进行审查。事实清楚、案情简单，无听证必要的，可直接审查。听证程序一般包括准备、调查、辩论和听证裁决四个阶段，类似简易程序的庭审，而审查期限只有15天，促使其审查标准的设置上首先依据《执行规定》第24条，应对案外人权利的合法性和真实性进行审查，而非“对抗性”或“比较性”。如在审查异议事由时，对据以主张所有权的事由较易判断（如不动产登记簿的记载），涉及以租赁权、抵押权、建设工程优先受偿权、占有状态等事由，关乎权利的对抗或比较，势必涉及对法律关系事实的审查认定，可交由后续诉讼程序解决。其次，在依据明确，如法律有明确规定或业经生效裁判认定的场合，如关于生效裁判，《执行规定》第26条，案外人依据执行标的被查封、扣押、冻结前做出的另案生效法律文书提出排除执行异议，若该法律文书系就案外人与被执行人之间的权属纠纷以及租赁、借用、保管等不以转移财产权属为目的的合同纠纷，裁判执行标的物归属于案外人或向其返还执行标的且权利能够排除执行的，法院予以支持；关于法律有明确规定的，《执行规定》第28条、29条对一般不动产买受人物权期待权、商品房刚需消费者物权期待权构成要件的规定，是执行异议贯彻适度实体审查标准的集中体现。尤其是将“在人民法院查封前已合法占有该不动产”规定在审查内容中，<sup>②</sup>将审查范围从原来的不动产事实状态扩大到占有依据和原因，依据物权法第五编占有的规定，即占有要具有合同依据或法律依据。适度实体审查亦是执行规定精神的内在要求。<sup>③</sup>

## （2）案外人执行异议之诉审查应适时坚持公示外观标准。案外人执行异议之诉的

① 参见王志鹏：《对案外人异议可进行有限的实体审查》，载《人民司法》2014年第20期。

② 最高人民法院《关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》第17条规定的是“实际占有”，强调的是不动产的事实状态。

③ 在S省Z市法院受理的前述84案中，有51件先行通过异议审查，驳回案外人异议，进入诉讼程序。驳回理由仅简单载明系因涉案房现仍登记在被执行人名下，而根据案外人的证据显然符合执行规定第28条，一般不动产无过错买受人的物权期待权。51案经审理判决支持案外人异议后，执行机构方才开始在处理后续33案异议审查中支持案外人异议请求。





审查亦不能仅以实质审查和事实主义为标准，还需融入公示外观原则。较为突出的例子：如不动产买受人的物权期待权，和一般债权相比，其开始接近于物权，尤其是买受人已开始以一定方式公示自己的权利，尽管这种公示本身相较于不动产登记等法定公示方式属于弱公示，<sup>①</sup>但亦具有一定公示效果，尤其是作为不动产买受人对不动产占有事实状态亦是其作为购房人立约前审查义务及购房后享有权利的范围。无过错买受人物权期待权将对执行标的物的占有作为权利公示方式，是否完成公示的认定对于成立物权期待权至关重要。虽然占有的外观标准难以判断，亦难以量化，但占有使得该物取得与他物相区分的一定可识别性，具有向有限范围内的他人公示其状态的效果，具备一定外观属性。

再如实践中公示权利人与实际权利人不一致的情况，如顶名买房、借名办理贷款等，案外人为规避法律或逃避债务，故意将标的物登记于被执行人名下，案外人系造成外观与事实相分离虚像的重要责任人。因案外人故意积极促成物之权利公示外观与实际权利人不一致之虚像，且其明知会于未来发生纠纷之可能，仍予以放任，可以视为其默认承担由此所带来的后果和风险。不能在后续纠纷发生时，对善意申请执行人的公示信赖利益再行产生对抗力。其认为利益受损的，可基于顶名协议主张损害赔偿或违约责任，并不能借此突破公示权利阻却执行。但若是在物办理抵押后再行处分，因不动产抵押登记具有公示公信效力，买受人应尽合理注意义务，应视为其明知不动产上存在过户障碍仍予以购买，如其不能自行涤除权利上的负担，应认为系因买受人自身原因未能给办理过户，亦不产生阻却执行的效力。

### 3. 权利排除效力审查的逻辑推论

案外人执行异议之诉审查的逻辑进路，可以选择采用真实性推论法和排除性推论法，也可称为正向推论法和逆向推论法，均以两步进行。真实性推论法：第一步，审查权利是否真实存在并成立，若权利并不真实，则亦无后续权利排除效力比较和判断之必要，可以直接得出无法阻却执行之结论。排除性推论法：第一步，假设案外人据以主张的实体权利真实成立有效，进一步判断是否具有排除执行的优先性效力。若能够排除执行，则进行第二步，重新回到权利本身，审查其真实有效性。因为若即使权利真实有效，其效力自始也绝无排除强制执行之可能（如案外人以一般债权对抗抵押权执行），自然亦无审查其真实性之必要。法官可以根据案情选择适用，在权利真实性证据确实，无需较多甄别的情况下，采用排除性推论法，将裁判重点集中于审查权益相较和是否具有排除效力之上。若案件存在虚构事实，恶意串通，伪造证据的嫌疑，权利真实性尚需充分甄别的，采用真实性推论法，优先解决权利真实性问题。

按照权利审查的递进次序，真实性检视 权利是否成立 权利是否现实存在 权

<sup>①</sup> 参见范向阳：《案外人物权期待权保护制度的反思与重构——以制度的确定性为视角》，载范向阳法律评论微信公众号，2018年6月5日访问。

利是否具有优先效力 权利行使是否受到妨害 排除与否。其中权利是否现实存在，是指案外人对执行标的所享有的足以排除强制执行的权力，应以现实存在着为限。如其权利仅有实现的希望不能排除强制执行。如第三人主张的权利所附停止条件尚未成就或始期未届至，或者仅能证明或主张执行标的物非债务人所有者。<sup>①</sup> 权利是否受到妨害，需要避免的误区是将权利的优先性（或优先受偿）= 排除效力，应以“优先性 + 妨害效果 = 排除效力”。如果案外人的权利效力优先于申请执行人的债权，则要判断该执行是否会妨害案外人对该执行标的享有的权利。如不妨害，则驳回异议。例如，案外人对执行标的享有抵押权，法院对执行标的采取拍卖以所得价款对申请执行人债权予以清偿，此时，案外人只能请求就拍卖所得享有优先受偿权，或在担保债权范围内提存，而不能阻却执行。另外，案外人对执行标的享有租赁权的，根据买卖不破租赁原则租赁权相比于普通买受人权利具有优先性，但租赁权的行使不受租赁物所有权转移的影响，只要执行未对其就租赁物的利用构成妨害，就不能阻却执行。建设工程优先受偿权亦是同理。<sup>②</sup>

#### 4. 权利优先性判断方法以体系原则 + 利益衡量原则 + 权益类型化分析

案外人执行异议有别于一般诉讼的特殊之处在于，目的是实现阻却对执行标的之执行，表面上所面临和要对抗的，是法院执行公权力对生效裁判的执行，但执行实施启动背后所依据的仍是对平等民事主体之间争议评判的强制性效力。权利优先性的判断，不能通过规范本身解决，要将规范置于整个法律体系之中，坚持体系原则，通过规范之间的层级关系，运用利益衡量方法进行分析，考量背后的价值和立法目的。透过权利外观探究申请执行人据以执行的权利所源生之基础法律关系，对案外人就执行标的所享有之权益与申请执行人在执行依据项下请求权的优先效力，在权利基础层面予以比较。除所有权外，何种权利，始可排除强制执行，应依其实体法上之性质、效力、执行目的或方法定之。<sup>③</sup> 因申请执行人、被执行人于执行标的的权利相对明确固定，且以执行标的的种类或状态作分类研究，极易导致逻辑支点过于分散，故以案外人据以主张异议的权利作类型化研究和权益优先性比较，进而得出排除执行与否的结论为宜。权利同质情况下，需结合各自权利公示情况、查封时间先后，占有取得，与物之法律关系基础等因素判定。权利不同质情况下，进行权益类型分析比较。如物权期待权与抵押权。物权期待权概念为德国法学家创设，德国民法典未明确规定，仅在第 158 条对附条件法律行为的权利人给予保障，此概念以所有权保留方式出卖标的物的买主的

<sup>①</sup> 参见刘学在、朱建敏：《案外人异议制度的存废与执行异议之诉的构建——兼评修改后的〈民事诉讼法〉第 204 条》，载《法学评论》2008 年第 6 期。

<sup>②</sup> 最高法（2016）民终 193 号判决明确抵押权人对执行标的物优先受偿权不是案外人异议之诉实体权利范围。实际施工人不能以其系工程款债权人所有人为由，针对承包人到期债权提出执行异议之诉，案外人无权以其享有建设工程优先权为由提起执行异议之诉。参见江苏高院《执行异议及执行异议之诉案件审理指南（一）》和程新文：《关于当前民事审判中的若干具体问题》。

<sup>③</sup> 参见杨与龄：《强制执行法论》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 204 页。



期待权为代表。<sup>①</sup>相对于物权既得权利，它是对未来完整权利的期望，是物的受让人期待成为物的完整所有权人的权利，因取得权利之部分要件而受法律保护。<sup>②</sup>该权利虽然属性为债权，但因权利人已按合同履行所有权人所应负之义务，预期物权将确定无疑变更至其名下，赋予该权利高于一般债权的准物权性质。

表2 权利效力审查逻辑表

真实性成立	直接得出 优先性结论	法定优先性		根据法律规定的优先性得出结论看，如物权、抵押权效力优于一般债券	
	不能直接得出 优先性结论	较 益 优 先 性	权利 同质	同为物权、债权等	权利公式（含预告登记）、查封时间先后，占有情况，与物之间法律关系等因素
			权利 不同质	以物权期待权与抵押权相较为例（84案）	参照执行规定 不严于执行规定标准 权利基础相较 生存权益优先保障
真实性不成立	法定优先性			不能阻却执行	

以S省Z市法院84案不动产买受人物权期待权与申请执行人抵押权的优先性比较为例。<sup>③</sup>第一，从成立时间看（债权的成立时间虽并不影响债权的平等性，但是在若干情形下对于该债权能否继续履行以及继续履行的顺序产生影响）。案外人权益成立早于因金融借款合同纠纷形成的金钱债权。且在案外人按照与某房地产公司签订的商品房买卖合同交付购房款并实际占有使用而获取租金权益的情况下，某农商行在案外人对涉案房屋享有用益物权近五年以后，才与某房地产公司形成涉案债权并设定抵押权。因设定的抵押权在形成的用益物权之后，且抵押权优先受偿性仅是相对于相同

① 参见申卫星：《期待权研究导论》，载《清华法学》2002年第1期。

② 《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》第28条至第30条规定了一般不动产买受人物权期待权、商品房刚需消费者物权期待权、预告登记权利人物权期待权；物权法第20条规定了预告登记权利人物权期待权；最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》第7条规定了被拆迁人的物权期待权（补偿安置房被一房二卖情况下，即使买受人已具备登记、先占等公示方式，被拆迁人仍有法定优先权可对抗第三人）。

③ 上述案件实质上是案外人不动产买受人物权期待权与申请执行人抵押权优先受偿权的“软碰撞”，而非硬碰撞。因为从时间上看，案外人权利成立在先，抵押权设定在后，案外人购买和使用房屋之前及期间，虽曾出现过房屋的阶段性抵押，但均未形成连续，出现了时间上的断层，未呈现出同一时空下案外人权利与抵押权的正面冲突和较量。另外，审理中曾就案外人救济途径是执行异议之诉还是审判监督程序存在争议，因申请执行人与被被执行人之间是基于金融借款合同发生纠纷，并以涉案房屋办理抵押登记，但房屋系被被执行人开发，虽早已出售于案外人，并收到全部价款，但尚未办理过户。申请执行人据以执行的金融借款判决，对其债权和抵押权优先受偿权予以确认，但因房屋早已出售给案外人占有使用，该案审理时应否涉及抵押权设定合法性问题审查，即是否涉及到裁判依据本身是否合法的问题存有一定争议，因为案外人对裁判本身有异议的，理应通过再审程序解决。

性质的一般债权，而设定在前的是针对特定房屋的物权请求权，即物权变动登记请求权。因此，不能得出对涉案房屋优先受偿权优于案外人物权变动请求权的结论。第二，从内容看，案外人的请求权系针对涉案房屋，而某农商行的债权为金钱债权，并非指向特定财产，涉案房屋只是作为某房地产公司责任财产成为某农商行实现债权的担保。在案外人已占有使用涉案房屋多年的前提下，参照最高院《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》第10条的规定，其要求将涉案房屋的所有权变更登记至其名下的请求权，也应当优于某农商行的金钱债权。第三，从性质上看，某农商行与某房地产公司之间的金钱债权，系案外人订立《商品房买卖合同》及支付房屋对价款并占有使用涉案房屋之后发生，在该债权债务发生之时，涉案房屋实质上已经因案外人的买卖行为而不再成为某房地产公司的责任财产，未影响到某房地产公司的责任财产。在此意义上，案外人的请求权即使排除某农商行债权的执行，也并未对其债权实现形成不利影响。第四，从利益考量看，涉案房屋系面向社会公开出售的商品房，案外人作为消费者支付房款购买房屋，从功能上看，该房屋具有为其提供生活收益与保障等生存利益功能，与某农商行以获取经营利益为目的的金钱债权相比，案外人的请求权在伦理上亦具有一定的优先性。因此判决不得执行所涉房屋。由此可指引一种裁判思路，即，对于抵押权之类法定优先权而言，其是对金钱债权之担保，是债之受偿顺位，保障债权人债权之实现；对于物权期待权而言，其对应的是物之所有权，是保障物之所有权的实现，具有物权的对抗性，保障物之所有权实现。因两者权利基础的不同，导致权利对抗产生的效力不同，且要考虑生存权益优先保障原则。

## 结 语

何处有救济，何处即有权利。权利无救济，则权利无意义。案外人执行异议之诉作为民事实体性执行救济，以能否排除对执行标的强制执行为终极目的。以其对当事人实体权利予以确定的确认之诉特征，兼具排除强制执行效力的形成之诉特征的复合性功能，在案外人权益救济方面发挥着不可替代的作用。虽经历了从无到有、从简单到日益规范的立法过程，但在应对案外人与申请执行人围绕执行标的激烈对抗与博弈的场域，仍捉襟见肘。双阶+双标模式选择的思辨背后，更多的是对审执定位和功能价值的思考，是提高案外人救济效率与保护申请执行人权益之间关系的利益权衡之术。亟待司法解释乃至强制执行法的早日出台，以构建程序完善、逻辑周延、裁判规范的案外人执行异议之诉制度。

（责任编辑：郝晓越）





# 民事诉讼律师费转付制度之适用 路径探析

——以补偿性赔偿和惩罚性赔偿为视角

朱秀明\*

**内容摘要** 我国律师费负担是以各自负担为原则，败诉方负担为例外。近年来，律师费宜由败诉方承担的案件越来越多，律师费转付的适用需求有逐步扩张的趋势，实践中也出现了根据实际需要先于立法的做法。但囿于长期以来的审判理念和裁判“习惯”，律师费应否由败诉方负担及如何负担，理论界有争议，实务界对此判决标准不一、裁判结果各异。通过对现行律师费负担制度的思辨质疑及律师费转付制度的理性分析发现，将律师费转付制度扩大适用、由败诉方承担具有法哲学基础，顺应司法运行规律，符合经济成本分析原理。针对律师费转付制度在适用中存在的案件类型、费用数额、裁判标准认定与把握等难题，应以矫正正义和程序制裁理论为理论基础确定其适用范围，在裁判方法上以衡平原则为依据，以合理必要为原则，综合案件性质、难易程度、案件标的额、律师代理的工作量以及本地律师行业收费标准等因素综合考量，同时与案件结果相结合，将合理的律师费按责任比例分配，确立律师费转付制度的适用逻辑与裁判规则。

**关键词** 民事诉讼 律师费 惩罚性赔偿 诉讼成本

中图分类号：DF72 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)03-184-193

## 引言

使真正拥有权利的人可以在尽可能少的成本付出前提下实现权利，是法治社会追求的目标之一。而“无论审判能够怎样完美地实现正义，如果其实现的成本过高，代

\* 朱秀明，山东省青州市人民法院法官助理。



价过于昂贵，则人民往往是只能放弃通过审判来实现正义的希望”，<sup>①</sup>实践中，很多当事人正因为高昂的诉讼成本而对法律维权的方式望而却步。目前，在诉讼服务需求激增，诉讼成本短期内难以降低的情况下，对当事人所负担的诉讼成本予以分担、转嫁将成为让公众更接近司法的有效路径。诉讼费制度、律师费制度为调节当事人诉讼行为的两大杠杆，诉讼费用由败诉方承担已被世界各国认可且无争议，但同为救济权利而支付的律师费由谁负担，不论是理论上还是实践中都未达成共识。我国目前的律师费负担制度是以各自负担为原则，个别案件由败诉方负担为例外，但该制度设计已越来越难以适应社会发展的需要，为司法实务带来了一定的困难与问题，也引起了学界和司法界的广泛争议。因此，在司法体制综合配套改革背景下，探讨确立律师费转付制度，完善当事人诉讼成本分担机制，具有理论、立法和司法的多重意义。

## 一、实务考察：我国现行律师费转付在司法实践中的现状

民事诉讼律师费转付制度，是指法院在对案件作出判决时，一并判决由败诉方负担胜诉方为寻求司法救济而支付的合理律师费的制度。<sup>②</sup>

### （一）法律规定有限，适用范围狭窄

目前我国有关律师费转付制度的法律规定主要散见于著作权法、商标权法、专利法、反不正当竞争法、合同法、担保法及有关的法律、司法解释和会议纪要中。主要有限适用于以下几类案件：仲裁案件；恶意诉讼、虚假诉讼案件；人身侵权案件；侵犯知识产权案件；合同纠纷中债权人行使撤销权案件；担保类案件；合同约定类案件；环境诉讼公益类案件。各项法律规定“各自为战”，未能形成统一的体系，其余的民事侵权及合同违约案件等均被排除在制度之外。加之实体法规定模糊，又无明确的司法解释，使得法律在实际运用中往往被扩大或缩小解释，如，在以上的司法文件中大量出现的“合理”<sup>③</sup>一词，就具有极大的不确定性，到底哪些费用属于合理费用，多少才是合理的，判断标准如何？这都造成了司法实践中的混乱。再如，在民间借贷案件中，有的法院依据《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》第30条“出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约金或者其他费用，出借人可以

① [日] 棚濑孝雄《纠纷的解决与审判制度》，王亚新译，中国政法大学出版社2004年版，第267页。

② 参见徐莹《律师费有限转付探讨——从民事诉讼的角度》载《湖北经济学院学报》2012年第1期。

③ 《著作权法》第48条：……赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支；《最高人民法院关于审理专利纠纷案件适用法律问题的若干规定》第22条：人民法院根据权利人的请求以及具体案情，可以将权利人因调查、制止侵权所支付的合理费用计算在赔偿数额范围之内；《反不正当竞争法》第20条：……并应当承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。



选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，也可以一并主张，但总计超过年利率 24% 的部分，人民法院不予支持”的规定，将律师费归作“其他费用”一项，对总计超过年利率 24% 的部分不予支持。对此笔者认为，以上理解就是对法律的扩大性解释，该条主要是针对逾期利息与违约金的，此处的“其他费用”应是与“逾期利息与违约金”相类似的概念，而与律师费无关。

## （二）裁判标准不统一，判决结果各异

首先，是否支持律师费由败诉方承担做法不一。目前在司法实践中主要有以下几种情形：第一种情形是对有法律规定或当事人约定的案件，大部分法院予以支持，对没有法律规定或当事人约定的案件不予支持。第二种情形是没有法律规定或当事人约定，但合同案件中守约方将律师费作为一项损失要求违约方承担，或者侵权诉讼案件中受害人将律师费作为一项损失要求侵权人承担的案件，大部分法院不予支持，只有极少的法院予以支持。如上海市高级人民法院明确提出，合理的律师费亦属于损失的一部分，可以作为诉讼请求主张。<sup>①</sup>再如，最高人民法院于 2013 年 11 月 8 日发布的指导案例 19 号赵春明等诉烟台市福山区汽车运输公司卫德平等机动车交通事故责任纠纷案，人民法院判决被告赔偿原告损失中就包含律师费。第三种情形是对于律师费用的主张，均不予支持。依据是聘请律师是当事人的权利，律师费并不是必然要发生的费用，与案件诉讼并无必然的因果关系。

其次，在支持由败诉方承担胜诉方律师费的情况下，对律师费的证据审查和评判标准不统一。一种情况是有委托代理合同约定，律师实际参加了诉讼，则按照当事人主张的合同约定律师费数额予以支持。如，最高人民法院（2016）最高法民终 613 号民事判决，双方在借款合同中约定了由债务人负担实现债权的律师费等费用，依据原告与律师之间签订的委托代理协议，法院依法判决被告承担原告全部的律师费用，并不以律所是否开具发票为必须。其理由是，律所是否开具发票、委托人是否实际支付代理费与被告依约承担律师费用不具有对等关系。另一种情况是虽然支持由败诉方承担胜诉方的律师费，但法院一般对律师费的实际支付情况予以严格审查，并在综合各种因素后予以调整至合理范围内。主张律师费的一方需要提供委托代理合同、律师费发票和支付凭证，并结合当事人双方的责任划分、案件复杂程度、律师可能付出的工作量、律师费收费标准、律师收费的市场价等因素综合衡量后做出调整，支持部分合理的律师费用。如，佛山市禅城区人民法院（2016）粤 0604 民初 7401 号民事判决书认为，“涉案合同中对部分费用由被告负担已有明确约定，且原告亦提供了委托代理

<sup>①</sup> 《上海市高级人民法院关于民事案件审理的几点具体意见（沪高法民〔2000〕44号）第14条、《上海市高级人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件若干问题的解答》第2条。

协议证实其委托律师代理本案，故本院对原告的律师费主张予以支持，但对律师费的具体金额有所调整。本案案情简单，证据充分，且代理人仅为一般代理，结合被告的履约能力，原告主张的律师费过高，本院酌定为50000元”。<sup>①</sup>

综上，面对立法及司法实践中律师费转付制度的“乱象”，亟需厘清律师费转付的内在逻辑，探索建立律师费转付制度的适用路径。

## 二、欲立先驳：对律师费由当事人各自负担的质疑与反驳

### （一）律师费系败诉方给胜诉方造成的损失——对律师费性质的再认定

从律师费的产生来看，律师费是受害方在自己权利受到损害时，为实现权利救济而支出的合理费用，本质是因加害方的加害行为给受害方所造成的损失。正是由于侵权方的侵权行为，或者违约方的违约行为，才导致了受害方权利受损，受害方为寻求权利救济进而导致律师费产生，合理支付的律师费属于其损失的一部分，加害方的加害行为与受害方的律师费之间具有内在的因果关系，加害方应对受害方的损失予以赔偿，这是研究与适用律师费转付制度的前提和基础。

### （二）民法的补偿性赔偿原理——对“法律无明文规定”的质疑

反对适用律师费转付制度的一种观点认为我国法律没有明确规定律师代理费的承担原则，法院判决一方的律师代理费由另一方承担缺乏法律依据。对此，王泽鉴教授认为，“对法律未设规定之权利，并非否认该权利的合理性，关于某项特定事项，在法律未设明文规定时，在方法上可采反面推论，亦可扩张解释或类推适用其他规定，予以补充，这不是逻辑问题，而是法律价值判断问题。未设规定系法律之沉默，非问题之结束，而是问题之提出，也是法律思维和创造活动的开始”<sup>②</sup>。笔者认为，我国现行法律虽并未明确规定“律师费由败诉方承担”，但意思自治是私法的核心，“法无明文禁止即自由”，律师费的负担实质上系深层次的法理适用问题，而不是程序法问题，依据法律推理与价值判断，完全可以找到其合法性基础。律师费本质上是因加害方的加害行为给受害方所造成的损失，依据民法理论中的责任理论，加害方对受害方的损失应予以赔偿。依据我国法律规范所遵循的损失填补原则，加害方应对受害方的损失予以补偿性赔偿，这也符合《民法总则》和《合同法》精神<sup>③</sup>。

<sup>①</sup> [http://pkulaw.cn/case/pfnl\\_1970324875423129.html?match=Exact](http://pkulaw.cn/case/pfnl_1970324875423129.html?match=Exact)，北大法宝，2018年6月4日访问。

<sup>②</sup> 王泽鉴：《民法学说及其判例研究》，北京大学出版社2012年版，第206-207页。

<sup>③</sup> 《民法总则》112条“当事人一方违反合同的赔偿原则，应当相当于另一方因此所受的损失”；《合同法》第一百一十三条“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失……”。



### （三）社会学和理性经济人视角——对聘请律师并非必要的驳斥

有的学者认为“律师费在民事诉讼之中并非必要，若当事人是有理一方，律师费是否加入不会影响当事人胜诉的结果，并且律师并没有垄断诉讼代理业务，律师之外的公民也可以作为诉讼代理人，当事人对律师依赖并不高”<sup>①</sup>，因此，不能适用律师费转付制度。笔者认为，律师费原则上由当事人各自负担的制度设立之初有其深刻的历史原因和社会原因，过去的中国是熟人社会，传统的中国人并不喜欢打官司，诉讼案件少，律师代理参加诉讼的并不多。但现今中国，社会经济迅猛发展，逐步与国际接轨，人员流动加剧，案件数量激增，律师服务全面普及，原有的制度设计已经难以适应现代社会的需求。此外，“人是其自利的理性最大化者”，这是经济学理论体系得以建立的基石，也是各种环境下人类行为的真实写照。<sup>②</sup>作为理性经济人，是否选择律师代理参加诉讼，是其经济成本分析的结果。目前随着经济社会发展，人们之间的纠纷更加复杂多元，诉讼的专业化日趋明显，诉讼过程不仅涉及到案件事实的认定、法律的适用，还有严谨而复杂的程序运作，专业的法律人士尚且需要付出巨大的精力，普通人自己参加诉讼需要更多的时间和经济成本。因此，聘请具有专业知识和诉讼技巧的律师代理诉讼成为当事人维护自身合法权益的一种最优选择。笔者对所在庭室（某基层法院商事审判庭）近三年所结案件中涉及原告委托律师代理诉讼的情况进行统计，律师（包含法律工作者）参与代理的比率很高，并呈逐年上升的趋势（如下表所示），律师已经成了民事诉讼必不可少的参与者，律师费也成为当事人损失的一部分。

年份	结案数（件）	法律服务参与的案件数（件）		代理率
		律师代理（件）	法律工作者代理（件）	
2016年	528	226	104	62.50%
2017年	524	325	88	78.82%
2018年	265	165	58	84.15%

## 三、理性思索：适用律师费转付制度的合理性分析

### （一）矫正正义——律师费转付制度的法哲学基础

律师费转付制度的适用是与诉讼结果密不可分，由败诉方承担胜诉方的律师费，体现了实体正义的要求，矫正正义理论为其提供了法哲学基础。矫正正义概念来源于

<sup>①</sup> 方流芳：《民事诉讼收费考》，载《中国社会科学》1999年第3期。

<sup>②</sup> 参见[美]理查德·A·波斯纳《法律的经济分析》，蒋兆康译，中国大百科全书出版社1997年版，第176页。



亚里士多德的《尼各马可伦理学》，在该书中，亚里士多德将正义分为抽象的正义和具体的正义，而具体的正义又分为分配正义和矫正正义。分配正义涉及财富、荣誉、价值、权利等有价值的东西的分配，而与之对应，矫正正义涉及对被侵害的财富、荣誉和权利的恢复和补偿，在该领域，不管谁是伤害者，也不管谁是受害者，伤害者补偿受害者，受害者从伤害者处得到补偿，即为正义。<sup>①</sup>不同于“表现于荣誉、钱物或其他可析分的共同财富的分配上的公正”，矫正正义是“在私人交易中起矫正作用的公正”。<sup>②</sup>它们有各自独特的理论体系与精神原则，从而保证了它们在调控的社会关系领域中得以并行不悖。<sup>③</sup>分配正义遭到破坏时，矫正正义便会发生作用，力图重建被破坏的均势和平衡，即当一个人的财产、人身等权利受到侵犯时，侵犯者应当进行补偿、修复，以恢复到原始平衡的状态，从而通过这种间接的方式实现真正的分配正义。从这个意义上讲，由败诉方承担胜诉方律师费的律师费转付制度完全符合矫正正义的原则导向。首先，民事诉讼中败诉的一方，在大部分情况下是在实体上存在违约或侵权行为的，其系破坏当事人在纠纷发生之前均衡状态的一方；其次，正是由于败诉方破坏均衡状态的行为，才导致了纠纷的发生；再次，如果没有发生纠纷，胜诉方就没有聘请律师的必要。因此，胜诉方为完成诉讼所支出的律师费用，实际上是败诉方给胜诉方额外造成的一种间接损失，应当纳入赔偿的范围，最终由败诉方来承担。<sup>④</sup>律师费的这种转付作为司法救济成本的转嫁相当于使双方的状态恢复到纠纷发生之前的状态，从根本上体现了矫正正义。

## （二）程序制裁——律师费转付制度合理性的补充

“正义不仅应得到实现，而且要以人民看得见的方式加以实现”。在强调实体正义的同时更要注重程序正义，只有两者兼顾才能保证司法的公正。因此，诉讼结果的胜败，不仅要从实体层面上加以考量，还要从程序的角度加以界定。司法实践中，民事诉讼中败诉的一方，并非全都是在实体层面上破坏当事人之间均衡状态的一方，也可能非因实体上因素，仅仅是程序上的原因。比如，其诉讼请求超出了诉讼时效，或者败诉方在调查收集证据的过程中，由于取证手段不合法，某个关键的证据被依法排除；或者败诉方没有按照法律规定及时进行答辩或举证导致失权，因而要承受败诉的后果，等等。此时律师费转付制度适用仍然是正义且符合司法规律的，因为此时的律师费有限转付制度是作为程序性制裁措施而存在的。“从法理上来说，制裁问题是一个与法律失效密切相关的问题，之所以规定制裁，其目的就在于保证法律得到遵守与执

① 参见[古希腊]亚里士多德著《尼各马可伦理学》，廖申白译，商务印书馆2003年版，第136-137页。

② [古希腊]亚里士多德著：《尼各马可伦理学》，廖申白译，商务印书馆2003年版，第134页。

③ 参见《分配正义与矫正正义》，载 <http://blog.sina.cn/dpool/blog/s/blog-7a65d59d0100wryz.html>，2018年5月19日访问。

④ 参见徐舜岐、孙文胜：《律师费转付制度刍议》，载《安徽警官职业学院学报》2005年第5期。





行,就在于强迫行为符合业已确立的秩序。<sup>①</sup>民事诉讼法对于诉讼程序各个方面、环节、证明规则及裁判规则都进行了明确规定,这种规定本身就是基于对各种利益的平衡而设定的,当事人对于这些规定应当是知道且必须要遵守的,违反就要承担不利后果。而律师费转付制度惩罚性的一面正好契合了程序制裁理论,可防止原告滥诉、规范双方当事人的诉讼行为。当事人要想取得胜诉,不仅要实体上存在权利利益,在程序上也要符合法律规定,否则任何一方面的缺失都将导致权利丧失,并承担对方律师费用。

### (三) 成本分析——律师费转付制度的经济学基础

在法律经济学家科斯和霍布斯眼中,“纠纷解决就是一场交易,交易成本在交易中起到举足轻重的作用”<sup>②</sup>。而经济学中的成本效益原则规定,一项活动的收益必须大于其成本,成本和收益会影响决策。据此,面对案件纠纷的当事人,必定会首先计算自己的诉讼成本和收益,并依据计算结果进行决策。如果经计算所得,侵权或违约所获得的收益大于其所付出的成本,那么他将会选择侵权或违约。反之,他将会选择守法、守约。“从经济学角度看,纠纷解决机制的设计最为重要的是使违法者承担违法成本,而不是要求他向受害者支付损害赔偿,这就维护了诉讼的威慑效应。”<sup>③</sup>律师费转付制度的制度设计,即通过让败诉方承担胜诉方律师费的方式加大违约方、侵权者的违约、侵权成本,降低守法、守约方的交易成本和风险。从而使得当事人出于趋利避害的动机,更加尊重他人的权利、遵守诚实信用原则,积极履行法律或合同规定的义务,谨防因侵权或违约而被起诉后带来的一系列不利的法律后果。<sup>④</sup>1993年诺贝尔经济学奖获得者道格拉斯·诺斯认为,制度就是一套博弈的规则。律师费转付的制度设计就是国家、守法守约者、违法违约者等各方博弈的结果,同时又通过该规则调控当事人的诉讼行为。

## 四、律师费转付制度的适用难点及路径探析

### (一) 司法实践中律师费转付制度适用的难点

一是适用的案件类型难以把握。律师费转付制度并非毫无限制、对每类案件均适用。司法实践中具体哪类案件可以适用,哪类案件不能适用,没有法律规定,也未形

① 吕中伟、冷海涛《程序制裁:一个解读律师费转付制度的新视角》,载《延边党校学报》2013年第3期。

② 乔治·亨德利克斯:《组织的经济学与管理学:协调、激励与策略》,胡雅梅等译,中国人民大学出版社2007年版,第87页。

③ 埃莉诺·奥斯特罗姆:《公共事务的治理之路:集体行动制度的演进》,余逊达等译,上海译文出版社2012年版,第28页。

④ 参见吕中伟、冷海涛:《程序制裁:一个解读律师费转付制度的新视角》,载《延边党校学报》2013年第3期。

成统一的裁判思路，造成律师费转付制度在司法实务中无法可依，无所适从。

二是律师收费欠规范合理，律师费虚高及当事人与律师串通签订“阴阳合同”等现象导致法院对实际支付律师费的事实认定及证据审查困难，对律师收费的合理性难以认定。尤其在金融借款合同案件中，借款合同对律师费均有约定，支持律师费由败诉方承担在理论和实践中没有争议，但现实中原告诉主张的律师费往往要远远超过其实际支付的律师费。据了解，笔者所在县市，因金融借款合同案件事实清楚、案情简单，多数计件收费而不是以诉讼标的收费，每案的律师费一般在500-2000元不等，而原告实际主张的律师费均按标的收费的最高标准计算，如诉讼标的20万的案件，律师费在2万元左右，主张的律师费与实际支付成本之间相差近10倍。这成为律师与委托人谋取私利的手段，大大加重了对方当事人的负担。

三是与委托代理合同之间的冲突。一种情况下律师费是基于委托代理合同服务支付的费用，应该由委托人支付，不应该由第三方支付，对主张律师费的诉讼请求全然不支持。另一种情况下律师费转付制度与委托代理合同相冲突，若在民事诉讼中对律师代理费的负担进行判决，将来因委托代理合同产生纠纷时，可能存在委托人以法院的先行判决为抗辩，要求以法院调整后的律师费标准支付律师费的情况，对此在司法实践中存在截然不同的两种做法，一种是支持律师费转付，判决由败诉方负担胜诉方全部的律师费，一种是以防冲突对律师费转付均不予支持。笔者认为，以上两种情况均是未能理顺律师费的负担与委托代理合同之间的关系，其实两者系不同的法律关系，相互之间并不冲突，在民事案件中对律师费一并处理由败诉方负担，是基于民法的损害赔偿理论，系败诉方对胜诉方因诉讼行为所造成的损失和合理支出的补偿，而委托方向受托人支付律师费是基于双方之间的委托代理合同，两者并无关联。在数额上，败诉方对胜诉方律师费的赔偿是以补偿性为原则，仅赔偿合理的律师费支出而并非全部，而委托代理合同的履行是基于双方之间的意思自治，应严格按照合同约定来履行，与败诉方承担了多少并无关联。

## （二）律师费转付制度的适用规则设想

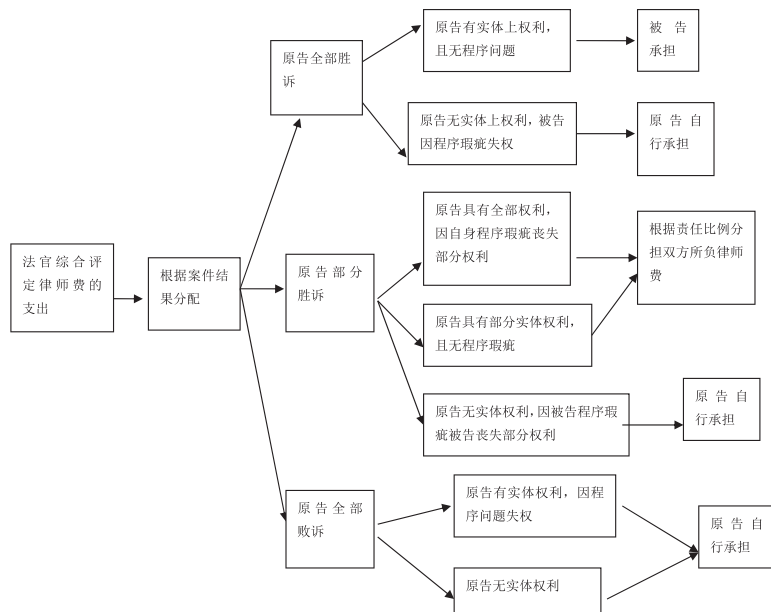
第一，适用范围限于实体上有过错的案件。基于矫正正义理论和民法的补偿性赔偿原则，律师费转付制度存在的意义在于惩罚有过错的加害方，赔偿弥补受害人的损失。有过错才有补偿，因此，律师费转付制度只能适用于有过错的案件。对于有些难以用胜诉或败诉来衡量是原告过错还是被告过错的案件，比如离婚、收养、追索赡养费、抚养费涉及身份关系、和身份关系密切联系的一些案件应排除适用。对于无过错赔偿案件，如无法证明有过错的违约、因承担公平责任而赔偿、败诉方为承担保险责任的保险机构、双方无过错的离婚等，由于这里一般没有真正意义上的有过错的行为，也应予以排除适用。



第二，应以合理均衡为判定标准。律师费转付制度的制度设计要求该律师费必须是胜诉方因伸张权利的目的而实际支出、必要且合理的费用，而不是胜诉方无原则的律师费全额。对律师费支出的事实认定及证据审查应从严把握。具体操作上，一方面，对律师费的实际发生，应由主张权利者提供法定的票据、规范的代理合同以及相应的支付凭证作为凭据。另一方面，对律师费的收费标准和合理范围界定，法官应综合案件性质、案件标的、案件的难易程度、委托代理合同的约定、律师费收费项目和收费标准、律师费实际支付情况、律师可能付出的工作量以及本地律师行业的市场行情等综合考量，最终依据公平原则确定胜诉方为达到防卫权利或伸张权利所必须实际支出的费用。对胜诉方与律师在标准范围之外协商收取的律师费应不予支持，对虚高的律师费进行调整，对不必要的部分裁决不予承担。此外，还应考量必要的影响因素，如律师数量、本地律师还是外地律师、是否为在某些法律领域享有一定声誉的具有丰富办案经验的律师等。原则上应以一名律师为必需，除非有更换律师的情况；地域上以本地律师为优先，以普通律师作为必要，当然也不排除经验丰富的精英律师。对以上因素，法院应根据衡平原则予以处理，防止对弱势当事人的诉权造成侵害。另外，对于符合规定的风险代理费，法院只能支持律师办理该案件时的非风险方式收费，超出非风险方式应付的律师费由也应由胜诉方自行承担。

第三，判定规则上以诉讼结果为依据，将合理的律师费按责任比例分配。法官确定合理的律师费数额后，还应根据双方违约及过错程度，对案件的胜负做出评判，并根据案件结果及双方的责任比例确定各自负担律师费的份额。案件的结果是律师费转付制度适用的前提，但司法实践中，除了胜败双方比较明确的情况外，还存在部分胜诉、部分败诉的情况，影响胜败的原因又是多方面的。除了受实体因素影响外，程序上的原因也可能导致权利的丧失，比如，原告诉讼请求超出了诉讼时效，或者败诉方没有按照法律规定及时进行答辩或举证导致失权，因而要承受败诉的后果，等等。此时应具体分析，对于原告全部胜诉的情形，若原告具有实体权利且未有因程序原因失权的情况存在，则合理的律师费由被告负担，若原告没有实体权利但因被告程序原因导致被告失权，被告在实体上并不存在破坏分配正义的情形，原告受损的结果与其并无因果关系，因此，并不应赔偿对方的损失。在被告实体上无过错的情况下，原告作为诉讼程序的启动一方，无故起诉被告有滥用诉讼权利之嫌，此时法院应主动审查，判令由其自行承担律师费用，这也是对原告滥诉行为的惩罚，此时对权利人实体权利的保护价值更高。对于原告全部败诉的情形，无论是无实体权利还是因程序原因，均应由其自行承担律师费用。这也符合程序制裁的原理，因为我国大多数的程序性规范是明确告知的，当事人对于这些规定是应当知晓且必须要遵守的，法律不会保护“躺在权利上睡觉的人”，否则就要承担不利的后果。对于部分胜诉、部分败诉的情况同样适用。

结论：根据以上规则设计，具体逻辑思路如下图所示：



## 结 语

道格拉斯·诺斯曾经这样说过：“说到底，制度是什么？制度就是一种激励结构，一种激励安排。……好的制度应该可以激励人们发挥他们的创造力，提高他们的生产效率”。<sup>①</sup>笔者认为，律师费转付制度就是这样一个具有激励作用的制度，其设计本身就是为了能够让人们更好地“接近正义”，增进人们对法律的信仰。该制度的构建与使用也必将对中国法治建设产生“鲶鱼效应”，激励相关制度的改进与完善。本文有关律师费转付制度的思索与探讨，仅是在借鉴他人研究成果上的刍见，希望对司法实践困境的解决与理论难点的化解有所裨益。

（责任编辑：余晓龙）

<sup>①</sup> 杨光斌：《制度范式：一种研究中国政治变迁的途径》，载《中国人民大学学报》2003年第3期。



# 船员侵权时如何适用雇主责任

——以个人雇佣关系为视角

赵 斐\*

## 【关注焦点】

在个人雇佣关系中，船员造成第三人损害的，雇主须承担无过错责任。因该责任系严格责任，其适用须有明确的法律规定和限定条件。依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》，司法实践中，适用雇主责任的要点有以下四个方面：一、当事双方存在雇佣关系；二、船员在从事雇佣活动中侵权；三、雇主赔偿份额应适用过失相抵原则分担；四、因雇员故意或重大过失致人损害时，雇主承担连带责任后，可向其追偿，但雇主承担连带责任非其行使追偿权的必要条件。

## 【基本案情】

原告：常武等五人

被告：赵锦松<sup>①</sup>

常武等五人诉称：2018年4月28日，赵锦松经营的“鲁莱渔60018”号渔船在海区作业期间，因工作纠纷，赵锦松的雇员徐才用割摆刀将常春捅伤致死。根据相关法律规定，赵锦松作为徐才的雇主，应承担赔偿责任。五原告系死者常春的亲属。原告请求法院：判令赵锦松赔偿死亡赔偿金等共计1456906元；案件诉讼费用由赵锦松承担。

被告赵锦松辩称：五原告的损失是由常春的故意行为导致，且并非是在工作期间因工作关系导致常春的损害，不同意赔偿原告损失。

## 【一审裁判】

一审法院认定事实：2018年4月29日，海警支队工作人员对赵锦松进行了询问，赵锦松称：“鲁莱渔60017/60018”号渔船于2018年4月25日20时许出海作业，“鲁莱渔60017”号渔船船长于2018年4月28日2230时使用卫星电话报告“鲁莱渔

\* 赵斐，山东省高级人民法院法官助理。

① 一审案号（2018）鲁72民初1462号；二审案号（2019）鲁民终283号。



60018”号渔船有船员打架，一名船员被刀捅伤、伤情严重，赵锦松立即要求“鲁莱渔60018”号渔船返港并报警；发生冲突的三名船员为渔捞长徐才、船员陈建东、船员常春，但冲突的原因和过程不清楚。海警支队于2018年7月2日作出鲁公（边海一）诉字〔2018〕0001号起诉意见书，认为徐才涉嫌故意伤害罪，将案件移送威海市环翠区人民检察院审查起诉。起诉意见书查明事实部分显示：2018年4月28日10时，“鲁莱渔60018”号渔船在80-3海区作业期间，徐才与陈建东因工作纠纷发生争吵并相互殴打；16时许，徐才与陈建东再次发生争吵；21时许，陈建东与常春在前住舱喝酒，二人酒后与徐才发生冲突；冲突中，徐才持割摆刀将陈建东后背和脖子划伤，随后持刀刺中常春脖子致其当场死亡。该刑事案件现已由威海市环翠区人民检察院退回海警支队补充侦查，双方当事人对此并无异议。

一审法院认为：常春、徐才在赵锦松经营的“鲁莱渔60018”号渔船从事船员工作，二人与赵锦松之间已构成事实上的雇佣关系。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《人损解释》）第9条规定：“雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。”据此，徐才作为雇员在雇佣活动中因故意或者重大过失导致常春死亡，赵锦松作为雇主应当承担连带赔偿责任。五原告向赵锦松主张权利于法有据。一审法院判决赵锦松赔偿五原告死亡赔偿金等共615583元。

### 【二审裁判】

赵锦松不服一审判决上诉请求：依法撤销一审判决第一项和第二项，发回重审或者改判驳回五原告的诉讼请求。事实和理由：一审法院认定事实不清。徐才涉嫌故意伤害常春一案已被检察院向中级人民法院提起公诉。本案在刑事案件尚未结案的情况下，一审法院仅凭侦查机关的起诉意见匆忙判决，属于事实认定不清。本案中，常春辱骂、殴打徐才在先对案件的发生有重大过错，根据法律规定，即便赔偿责任成立，常春也应当承担主要责任。

二审法院查明，事故发生当天，在常春酒后挑唆下，陈建东与徐才发生打斗。二审法院认为，本案为海上人身死亡责任纠纷，当事各方争议焦点问题为：徐才的致害行为是否是在雇佣活动中发生，赵锦松应否对该行为承担责任；常春在本次事件中是否存在过错，是否能够减轻赵锦松承担的责任。本案中，徐才受雇主指示随船出海，从事海上捕捞作业期间其处于随时待命状态，其在船即可以认定属于从事雇佣活动。在此期间徐才将常春殴打致死，属于雇员在从事雇佣活动中因重大过失致人损害的情形。根据《人损解释》第9条的规定，雇主赵锦松应当承担连带赔偿责任，其承担赔偿责任后，有权向徐才追偿。根据本院查明的事实，徐才与常春发生争执斗殴，是常



春酒后主动挑衅，常春对自己的死亡有明显过错。依照《中华人民共和国民法通则》第131条和《人损解释》第2条的规定，可减轻赔偿义务人赵锦松的赔偿责任。本院酌定常春的过错比例为30%，赵锦松对常春的死亡承担70%的赔偿责任。二审法院判决：改判赵锦松赔偿五被上诉人430908.1元，赵锦松支付完毕上述款项后，有权向徐才追偿；驳回五被上诉人的其他诉讼请求。

### 【裁判解析】

本案的争议焦点为对常春的死亡，赵锦松应否承担雇主责任以及怎样承担。本案中，徐才和常春均是赵锦松的雇员，五原告是常春的亲属，在渔船作业期间，徐才将常春用刀刺死，五原告既可从雇员受害角度请求雇主赵锦松承担责任，也可从雇员侵权的角度请求雇主赵锦松承担责任。五原告选择的是因雇员侵权请求赵锦松承担赔偿责任。赵锦松应否承担赔偿责任以及如何承担赔偿责任？笔者认为，从立法层面来看，《人损解释》第9条对雇主责任做出了规定，但是该规定过于笼统，在诸多方面存在争议和分歧。我们需要在了解雇主责任的理论基础后分析雇主责任的法律依据和适用要点。

## 一、雇主责任的理论基础和存在的争议

### （一）雇主责任理论基础

雇主责任，是一种特殊的侵权责任，又被称为替代责任、雇佣人责任或转承责任。它是令雇主对雇员因执行职务所致侵权行为而承担的赔偿责任。<sup>①</sup> 在古罗马时代，随着雇佣制度的发展产生了雇主责任。19世纪工业时代到来，雇佣活动日益兴盛，关于雇主对雇员的侵权行为承担责任问题越来越得到重视。如今，雇主责任在世界范围内已经被正式确立为一项法律制度，但学者对该制度的理论依据还未形成一致意见。在普通法国家，关于雇主责任的理论依据存在以下三种学说：英国制定的劳工赔偿法和美国的《政府雇工法》都以风险分摊说为基础。<sup>②</sup> 即若雇员在从事职务行为时侵权引起损失，可将该损失作为公司经营的成本，公司通过调整价格等经济手段把它分摊给社会全体消费者。除此之外，有控制权说，（即雇员做的事情本是雇主应做的，雇主是所有事情的起因，雇主应对雇员的侵权行为承担责任）和利益均衡说（即在损失发生后，应当权衡双方利益，根据公共政策合理分配损失）。在大陆法系国家，1804年的《法国民法典》第1384条规定了对他人的行为承担侵权责任，这是法国司

<sup>①</sup> 参见邱聪智：《民法研究（一）》，中国人民法学出版社2002年版，第103页。

<sup>②</sup> 参见李仁宇：《比较侵权法》，北京大学出版社1996年版，第208页。

法在二十世纪九十年代的重大发现。<sup>①</sup> 但就雇主责任的理论依据，学界有不同的理解。法国的大多数学者倾向于严格责任说：雇主从雇员活动中获取利益，就必须承担因此导致的风险，不论雇主是否有过错。为保护家庭和中小企业的经济负担能力，《德国民法典》持过错责任推定说，因雇主在选人用人方面有过错，才导致侵权发生的，雇主承担赔偿责任。

## （二）我国关于雇主责任的法律规定以及存在的争议

我国学者对雇主责任的归责原则争议颇大。有的主张无过错责任，有的主张过错责任，有的主张过错推定责任并以公平为补充。2004年5月实施的《人损解释》的第9条，<sup>②</sup> 正式确立了雇主责任制度，明确规定雇主承担无过错责任。2010年实施的《侵权责任法》第35条，<sup>③</sup> 相对《人损解释》来说，该条属于上位法。2015年2月实施的《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57条，<sup>④</sup> 该条回应了《侵权责任法》的相关规定，确定了雇主在雇员侵权案件中的诉讼主体地位。

笔者对近9年来山东省个人雇佣关系下船员侵权案件进行了汇总研究，在司法实践中，船员侵权时对雇主责任的适用存在以下问题，这些问题在上文案例中也有体现。首先，怎样适用《人损解释》第9条与《侵权责任法》第35条，实务界有不同的认识。其次，存在雇佣关系，是雇主承担责任的前提。从立法层面来看，法律对雇佣关系的规定不明确。第三，在雇佣关系中，用什么样的标准来判断雇员的行为是否属于从事雇佣活动，法律规定并不具体。第四，雇主承担严格责任之后，是否适用过错相抵的原则，减轻雇主赔偿额，法律并无明确规定。最后，对雇主追偿权的法律规定模糊，追偿权的实现前提和条件、范围，在法律上没有明确规定。下面笔者根据法律规定借鉴司法实践经验，为解决上述问题提供路径和方法。

## 二、船员侵权时适用雇主责任的法律依据

在船员侵权雇主责任的认定方面，《人损解释》第9条与《侵权责任法》第35条

① 参见张民安：《现代法国侵权责任制度研究》，法律出版社2003年版，第250页。

② 《人损解释》第9条规定：“雇员在从事雇佣活动中致人损害的，雇主应当承担赔偿责任；雇员因故意或者重大过失致人损害的，应当与雇主承担连带赔偿责任。雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿。前款所称‘从事雇佣活动’，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。雇员的行为超出授权范围，但其表现形式是履行职务或者与履行职务有内在联系的，应当认定为‘从事雇佣活动’。”

③ 《侵权责任法》第35条规定：“个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方因劳务自己受到损害的，根据双方各自的过错承担相应的责任。”

④ 《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57条规定：“提供劳务一方因劳务造成他人损害，受害人提起诉讼的，以接受劳务一方为被告。”



的规定有重合部分,怎样适用上述两部法律,实务界有不同的理解。一种观点认为,船员侵权的雇主责任,适用《人损解释》第9条或《侵权责任法》第35条皆可。理由是,虽然《人损解释》使用“雇佣”一词,《侵权责任法》使用“劳务”一词,但《中华人民共和国侵权责任法条文理解与适用》的作者认为:“本法实质是以‘提供劳务一方’‘接受劳务一方’‘劳务’‘劳动关系’等术语分别取代了‘雇员’‘雇主’‘雇佣’‘雇佣关系’等术语,在我国立法及司法实践中,二者的含义其实是相同的。”这种权威解释,可以作为两者皆可适用的依据。关于哪个优先适用的问题,有学者认为,相对《侵权责任法》而言,《人损解释》作为特别法应被首先适用。另有意见认为,《侵权责任法》实施时间晚于《人损解释》,作为一部新法,在时间效力上具有优越性,因此《侵权责任法》更应优先适用。笔者认为,船员侵权的雇主责任发生于雇佣关系中,故应首先适用《人损解释》。

另一种观点认为,因《人损解释》第9条与《侵权责任法》第35条有重合之处,有必要将二者的适用范围做出区分。区分的方法为,将《侵权责任法》第35条中的劳务关系做限缩解释,即“劳务关系”的本意:平等主体之间一方提供劳务给另一方的债权债务关系。劳务合同以劳务为标的。如雇佣家政打扫卫生或酒后代驾等。而雇佣关系是指雇员受雇主的授权或指示从事生产经营等活动的合同关系。雇佣活动主要为生产经营活动,为追求商业利润的活动。因此,劳务关系中的雇主责任适用《侵权责任法》的规定,而雇佣关系中的雇主责任,适用《人损解释》的规定。

笔者认为,第二种观点有其合理性。理由在于,在雇佣关系中,雇员的行为受雇主意志的支配,雇员按照雇主的指示从事的活动实际上是雇主自己实施的行为,而且雇员的行为直接为雇主创造经济利益,雇主承受该利益。因此《人损解释》规定一般情况下雇员侵权,雇主应当承担无过错责任。此举顺应世界民法潮流,其立法原意也考虑到了民法的基本精神。而劳务关系中,雇员与雇主的关系并非人身依附关系,虽然其行为受雇主的支配,但这种支配力度要小于雇佣关系中雇主的支配力。最为关键的是,劳务关系中雇员的行为并非为雇主创造经济利益。例如,雇佣家政打扫卫生,虽然家政人员的行为要听从于业主,但对打扫卫生的方式和时间,其仍有较大的自主选择权。他们的行为目的是提供打扫卫生的劳务活动而获得报酬,非创造经济利润。因此,在劳务关系中的雇员侵权,若规定此时雇主承担无过错责任,违反民法中权利义务一致的原则,理论依据不足。

### 三、船员侵权时适用雇主责任的要件

在个人雇佣关系下,船员造成第三人损害的,雇主须承担无过错责任。因该责任



系严格责任，其适用须有明确的标准和条件。结合案例具体阐述如下：

（一）事实基础：存在雇佣关系。审理雇员侵权案件的前提是确定存在雇佣关系。怎样确定存在雇佣关系，一般存在两种理论：一种是合同说，即雇员和雇主需要达成劳务合同，才形成正式的雇佣关系；一种是控制说，即雇主对雇员有控制和管理权，即构成雇佣关系。《人损解释》第 9 条规定：从事雇佣活动，是指从事雇主授权或者指示范围内的生产经营活动或者其他劳务活动。因此司法实践中，认定船员与雇主构成雇佣关系的标准，大多采用控制说。以上文案例说明：法院认为，常春、徐才在赵锦松经营的“鲁莱渔 60018”号渔船从事船员工作，二人与赵锦松之间已构成事实上的雇佣关系。即：只要双方互相认可在从事生产经营活动中，一方对另一方享有管理、监督和支配的权利，即可认定存在雇佣关系，而无需举证是否达成劳务合同或者船员是否具备证书资格。

（二）客观条件：船员需在从事雇佣活动中侵权。船员侵权时是否从事雇佣活动，判断标准有雇主主观意志说，雇员主观意志说和时间、地点客观因素说三种理论。在司法实践中，大多采用客观因素说，即只要雇员处于工作时间，处在工作地点，即认为其是从事雇佣活动。因海上作业的特殊性，船员在船的行为相比其他雇佣活动不同，船员的工作和生活都不能离船，因此，船员的工作和生活的分界不清晰。可以认为船员在船期间，是处于二十四小时待命状态，即便船员是在从事诸如睡觉、吃饭等与工作无关的事情，只要在船，就认为是在工作时间和工作地点。只要其不从事违法犯罪，就认定为其系在从事雇佣活动。

（三）赔偿原则：适用过失相抵原则分担赔偿额。《人损解释》明确规定了雇主责任系无过错责任。即，雇主应对雇员在从事雇佣活动中受伤或者致害行为承担赔偿责任，不论雇主有无过失。根据《中华人民共和国民法通则》第 131 条和《人损解释》第 2 条的规定，在承担责任后，可以适用过失相抵的原则，减轻雇主赔偿额。在（2014）青海法海事初字第 181 号案件中，法院认为：宫春林系在从事雇佣活动中遭受伤害，张春龙系在从事雇佣活动中致宫春林死亡，被告作为雇主，应当承担赔偿责任。本案中，被害人宫春林系酒后主动挑起争斗，与张春龙发生互殴导致死亡，被害人宫春林对损害的发生也有过错，应承担相应的过错责任。综合考虑本案的案情，本院酌定由作为雇主的被告王吉军承担 50% 的责任。司法实践中，适用过错相抵的原则，让过错方分担雇主赔偿责任，符合公平原则，也可以保护小微经济体的合法利益。

（四）平衡机制：雇主的追偿权。追偿制度是雇主责任不可或缺的组成部分。在处理受害人、雇员和雇主的外部关系时，由雇主承担无过错责任；在处理雇主与雇员的内部关系时，法律赋予雇主追偿权予以平衡。从雇主责任的属性来看，雇主责任是替代责任，因雇主替侵权人履行赔偿责任，雇主自然享有对侵权人的追偿权。又因雇





主系无过错责任的承担者，这种责任加重了雇主的负担，所以设立追偿权进行平衡。但雇员本身财力弱小，若其只因轻微的疏忽大意，而让其承担所有的赔偿，不仅不合理还可能激化矛盾。因此，《人损解释》只对雇员因故意或重大过失致人损害，雇主承担连带责任时，规定雇主有权追偿，对其他情形未做规定。在司法实践中，雇主追偿的案件出现较少，一般观点认为，若雇员和雇主约定了赔偿责任的分担，雇主对雇员的追偿问题可以得到解决，若双方没有约定，法院仍然可依据公平原则进行自由裁量。

《人损解释》第9条规定，雇主追偿权实现的前提是其承担连带责任，笔者认为此种规定不妥。连带责任和替代责任是两种不同的理论。连带责任因双方共同侵权而产生，替代责任无共同侵权的前提，只要系雇主，就应当为雇员侵权行为买单。雇主因替代责任而承担无过错责任，那么雇主对雇员的追偿也应是在该替代理论基础上的追偿。在司法实践中，很少发生雇主与雇员因共同侵权而雇主承担连带赔偿责任。若雇主没有共同过失而使其承担连带责任，不仅加重雇主负担，也会使雇员淡化工作中的注意义务而对自己的行为不加约束。因此，建议在该法条中删除雇主连带责任的表述，直接规定在雇员因故意或重大过失致人损害时，雇主有追偿权即可。

综上，在船员侵权时如何适用雇主责任，应当结合船员工作的特殊性、合同约定和相关法律规定综合认定。我国在雇主责任方面的立法需更加完善，才能更好地维护船员以及雇主的利益，促进社会和谐发展。

（责任编辑：姜燕）