

■ 专家论坛

网络犯罪空间化视阈下“刷单炒信”出入罪标准之辨析

——基于 1879 件“网络平台刷单案”法律文书刑事裁判结果不同违法制裁的均衡度
分析 / 杨凯 1

■ 专题策划：“枫桥经验”在法院的实践与运用研究

刑事裁判可接受性的“合情理”路径

——枫桥经验中的情理观及其启示 / 崔志伟 16

“枫桥经验”在刑事司法审判中的适用研究

——以 xz 市法院轻伤害案件审判为蓝本 / 何秀娟 秦瑞东 薛传耀 32

多元解纷 + 多维解纷 新时代“枫桥经验”升级问题研究 / 刘源 41

新“枫桥经验”语境下基层法院“诉调对接”机制的改革与探索

/ 蒋梦娴、曹丹 52

■ “审判理论与实践”专栏

不离其宗：矛盾化解的经济分析方法论

——以房地产纠纷量化调解互动博弈为参照 / 李俊晔 61

■ 理论争鸣

论夫妻共有财产的公示与处分

——兼议《物权法》与《婚姻法》的冲突和协调 / 孙超 71

跨辖区刑民交叉案件管辖权冲突研究

——以民事欺诈与刑事诈骗互涉类案件为切入点 / 刘文斌 孟健 79

车位权属问题研究

——以“帝景豪苑”车位纠纷案为例

/ 张梦奇 陈佩彤 92

认罪认罚从宽制度的改革进路

——以反悔机制的构建为视角

/ 徐远太 黄美容 103

实务求真

关于房地产合同效力认定的若干问题

/ 王永起 118

论环境民事公益诉讼之诉讼请求

/ 李丽峰 乔茹 133

建设工程领域因挂靠关系引发的民事责任问题研究

/ 史智军 142

刑事二审发回重审制度运行失灵之审视与破解

——以刑事司法场域中法官行为策略为视角

/ 唐红 151

激活盲点：汽车合格证让与担保的检视与应变

——基于 300 份民事裁判文书样本的分析

/ 杨富元 166

调查研究

关于涉众型经济犯罪案件审理情况的调研报告

/ 山东省滨州市中级人民法院课题组 181

案例评析

权利保护顺位的确定与民事责任承担

/ 王华栋 194

网络犯罪空间化视阈下“刷单炒信” 出入罪之标准辨析

——基于 1879 件“网络平台刷单案”法律文书刑事
裁判结果不同违法制裁的均衡度分析

杨凯*

内容摘要 从网络案件发展的阶段性来看，单纯性的以刷单行为造成的危害性为评价对象，而不是将其作为其他犯罪工具评价的情境下，对于“网络刷单”的单纯评价，才是今后的刑事案件发展的难点。信息时代的犯罪定性定量基础以“双层社会”为背景，要求犯罪的定性和定量标准，都必须考虑到网络空间行为的新型定量参数的实际影响和作用。定性上要重视现实社会和网络空间的衔接、互动和并列关系。我们需要结合具体案情和具体规范对于抽象危险的正当性进行分析，并借助所有违法制裁手段系统论体系，对“网络刷单”引起的刑事、民事、行政责任在统一制裁体系中考察其制裁手段的均衡性，通过司法解释和司法示范性案例将网络秩序违反的行政犯进行入罪化解释。一方面，在行政和民事制裁不利时及时进行刑罚制约的入罪功能；另一方面为了平衡行为与结果的一致评价，更重要的是抽象危险犯应当同时通过系统化刑法体系的视角，不论是构成要件还是量刑要件，将网络空间属性一致贯彻发展到底，并在主体制裁体系中体现刑罚力度的均衡性以及行刑二法的无缝衔接。

关键词 网络犯罪 违法制裁 抽象危险犯 刑罚制约 均衡度

中图分类号：DF62 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)04-001-015

* 基金项目：最高人民法院 2017 年度司法案例研究课题“三大诉讼裁判文书风格与案例要旨接轨机制研究”（课题编号：2017SFAL012）的阶段性研究成果。

杨凯，华中师范大学法学院教授，应用法学与法治社会研究院院长，全国审判业务专家，湖北省武汉市中级人民法院原审判委员会委员、研究室主任。



引言

过去20年,中国网络在犯罪中的地位伴随着网络的代际演变经历了同步演变,经历了从“犯罪对象”、“犯罪工具”发展到“犯罪空间”的三个阶段。^①在当前,第三阶段“网络空间”意义上的信息犯罪,具有了不同于传统社会的犯罪特征,尤其是在犯罪行为方式的具体表现、危害后果等方面发生了巨大的变化。但是由于刑法的滞后,并非同类型行为被给与同等违法评价。“刷单”,是指反复大量在网络交易平台上进行虚假交易并给予好评,误导和欺骗买家的操作行为。“刷单”行为本身有时可以伴有取得其他利益的目的,但是“刷单炒信”是指不以其他目的,而是为了迅速提升网络店铺的销售量和信誉等,或者迅速打击竞争商业对手的信誉而进行的反复操作。由于网络交易日益占据生活消费的重要组成部分,近年来为了以示惩戒,各地纷纷出现了“刷单入刑第一案”、“反向刷单入刑第一案”、“电商平台起诉刷单平台第一案”等首案。在这些首案出现后,理论界纷纷提出分歧观点。在审判实践中,这些质疑的声音在我国刑法理论的法教义学知识体系下,在刑事司法功能论和“法院与法学院各行其是”的运行轨迹下,很容易被淹没。本文之所以关心这一现象是出于网络空间问题的范化以及不可避免性。随着刑法修正案八、九的实施,都明显出现了行政违法犯罪化现象,出现了大量新的行政犯,最为显著的危险驾驶罪和环境犯罪的司法解释。这一现象是伴随着风险社会的全球化思潮而来,为了抵制过多地将违法行政秩序的问题纳入刑罚调整,又出现了非罪化思潮,刑事审判一直不断受到刑事政策的引导。

法官作为司法实践中裁判者,面对刑事政策以及理论界和法学界的各种思潮应当保持独立的理性,这是法官独立思考的实质化表现。为此,本文的写作思路放弃了传统的:问题提出→构成要件分析→举例的路径,而是从:问题提出→实在观察(实在法的规范体系和行为体系观察)→理论检视(刑法教义学理论)→实践检测(在应用于司法实践场景难题的问题化解)的一条在规范逻辑与司法经验之间顾盼往返的路线,并试图藉此通向刑法教义学和刑事审判实践的司法哲学统一之境。

一、“网络空间”意义上的刷单炒违法评价

(一) 基于1879起“涉网络刷单案”违法评价的多样性分析

对于刷单行为本身的主要法律规制,是《反不正当竞争法》这类市场管理法律规范,以及《网络交易管理法》这类行政法规,具有明显的行政违法性质,但司法实践中的处理结果却远非如此。2018年7月12日,在中国裁判文书网以“刷单”为关键

^① 于志刚、郭旨龙:《网络刑法的逻辑与经验》,中国法制出版社2015年版,第7页。

词搜索到有关裁判文书 1879 件，其中刑事 1086 件，民事 782 件，行政 11 件。其中，在民事裁判文书 782 例中，485 起为合同、不当得利纠纷，知识产权与竞争纠纷 148 件，侵权责任纠纷 23 件，余下为其他纠纷。在 11 例行政裁判文书中，4 例为质量监督行政处罚案件，7 例为因为刷单虚假宣传导致的商标评审争议。在 1087 例刑事案件中侵犯财产类犯罪 693 件（包括诈骗罪 638 件，盗窃及其他犯罪合计 55 件），破坏社会主义市场经济秩序类犯罪 287 件（其中侵犯知识产权 180 件，扰乱市场秩序 55 件，同时扰乱市场秩序犯罪中包括了 39 件为非法经营罪）、其他非妨害社会管理秩序类犯罪 20 件，侵犯公民人身、民主权利 5 件，危害公共安全罪 2 件。其中排序在前两位的是侵犯财产类犯罪，占全部的 63.8%；第二位的是破坏经济秩序犯罪，占全部的 26.4%。在具体罪名中，第一位的是诈骗罪，占 58.7%，第二位是侵犯知识产权犯罪，占 16.6%，第三位是非法经营罪，仅占 3.4%。从以上可以看出，“刷单炒信”在案件中，单纯以对于计算机网络的侵害为对象的是极其少见的，一般多是以获得经济利益或其他利益为目的，例如刷单行为作为网络诈骗和盗窃的工具进行违法评价，即属于第二阶段“工具意义”的网络犯罪；以损害财产权利和交易平台的秩序为目的进行违法评价则属于第三阶段“空间意义”的网络侵害。

（二）“三起刷单首案”示范性违法评价的困惑

近两年，针对长期存在的网店刷单的痼疾，不论是淘宝交易平台，还是政府及司法机关都报以必须治愈的决心，以各种形式广泛发布案例以示惩戒。其中包括“刷单入刑第一案”^②、“反向刷单入刑第一案”^③、“电商平台起诉刷单第一案”，另外最高人民法院发布的第 87 号指导性案例，在裁判要旨中还将刷单作为量刑辩解意见的举证责任划分子以示范。与此同时，笔者所在法院也出现了涉及刷单情节的案件。但是在打击网络空间犯罪同时，除了惩戒的决心，也出现了极大困惑。

名称	案件情节	裁判理由	结果	作用
案例 1：李某建立刷单平台非法经营、侵犯公民个人信息案（2017 年全国十大刑事案件第 9 号案例）	李某通过创建“零距网商联盟”网站，利用 YY 语音聊天工具建立刷单炒信平台，制定刷单炒信规则与流程，会员通过该平台发布或接受刷单炒信任务，提升自己淘宝店铺的销量和信誉。李某共收取平台管理维护费、体验费及任务点销售收入至少 30 万元，另收取保证金 50 余万元。还查明，李某曾因侵犯公民个人信息罪，被判处有期徒刑 9 个月，并处罚金两万元。	李某建立刷单炒信平台，吸纳淘宝卖家注册账户成为会员，组织会员通过该平台发布或接受刷单炒信任务，提升会员淘宝店铺的销量和信誉，欺骗买家。	浙江省杭州市余杭区法院以非法经营罪、侵犯公民个人信息罪判处李某有期徒刑五年零九个月，并处罚金 92 万元。	侵害了网络空间秩序

^② 徐芬、沈艺婷：《组织刷单炒信触犯法律底线——浙江省杭州市余杭区检察院办理全国首例组织刷单炒信案纪实》，载《人民检察》2017 年第 18 期，第 67 页。

^③ 扬子晚报：《淘宝店主恶意刷单让对手降权 成反向炒信第一案》，<http://www.chinanews.com/sh/2016/12-28/8106823.shtml>，于 2018 年 7 月 12 日访问。



名称	案件情节	裁判理由	结果	作用
案例2: 董某、谢某犯破坏生产经营罪一案(反向刷单入刑第一案)	董某某雇用指使大学生谢某某以同一账号恶意大量购买北京某科技公司淘宝店铺的商品,总数达1505单,买完后立即退货。北京某科技公司遭到了淘宝网的降权处罚。侦查期间董某某赔偿了被害人15万元。 一审认定造成损失159844.29元。二审中,董某某提出,取保候期间其委托公证处公证其又在一家淘宝店铺中购买了1000余单商品,测试结果显示,并未导致该店铺被淘宝降权处罚,用来证明淘宝的降权规则具有任意性。 二审发现,董某某购买的“全面测试大量购买导致的行为”,其商品类目为“邮费”,按淘宝公司规定,邮费链接无评价入口不计销量。另外,二审重新认定损失为10万余元,	董某某等两人刷单的行为,属于破坏生产经营罪中规定的“以其他方法破坏生产经营”,其欲达到的让被害单位搜索流量减少的目的,也属于法条中规定的“个人目的”。	南京市中级人民法院二审认定董某某、谢某某构成破坏生产经营,判处董某某有期徒刑一年、缓刑某一年,谢某某免于刑事处罚。	侵害了网络空间秩序
案例3: 阿里巴巴起诉杭州简世网络科技有限公司(简称“简世公司”)侵权损害赔偿案(“电商起诉刷单平台第一案”)	简世公司成立傻推网,商家在此平台上发布刷单任务,商家支付给“刷手”费用的20%,作为傻推网佣金。负责人是90后杨某,由于“刷单业务”覆盖所有电商平台,除杨某本人获利36万元外,其余刷手合计获利超180万元。2016年杭州市市场监管局查处了傻推网,收缴设备、账簿。根据《网络管理交易办法》处以10余万元罚款。阿里也对涉案的平台商家做出严厉处罚,包括交易量清零、永久关闭店铺。此后阿里巴巴向法院起诉,提出:淘宝网所建立的评价体系是网站的核心竞争力之一,平台数据“污染”、竞争力受损的经济损失216万元。	被告简世公司经营的傻推网组织刷单,显然违背了公平、诚实信用原则和公认的商业道德,影响淘宝网、天猫两大平台的信用评价体系,从而破坏原告努力营造的公平、透明、诚信的网络购物环境,损害了原告的利益。	浙江省杭州市余杭区人民法院依照《中华人民共和国反不正当竞争法》,一审判决被告赔偿原告经济损失20.2万元。	侵害了网络空间秩序
案例4: 郭明升等人假冒注册商标案(最高人民法院发布的指导案例87号)	被告人郭明升为谋取非法利益,伙同被告人孙淑标、郭明锋在未经三星公司授权许可的情况下,批发假冒三星手机裸机及配件进行组装,在淘宝网店进行“正品行货”宣传,以低于市场价格公开销售,共计销售假冒三星手机20000余部,销售金额2000余万元,非法获利200余万元。被告人对其销售假货的犯罪事实无异议,但对非法经营额、非法获利提出异议,辩解称其淘宝网店存在请人刷信誉的行为,真实交易量只有10000多部。	假冒注册商标犯罪的非法经营数额、违法所得数额,应综合被告人供述、被害人陈述、网络销售电子数据、账户记录、送货单等证据认定。被告人辩解称销售记录存在刷信誉的不真实交易无证据证明的,对其辩解不予采纳。	江苏省宿迁市中级人民法院刑事判决被告人郭明升犯假冒注册商标罪,判处有期徒刑五年,并处罚金人民币160万元	犯罪工具
案例5: 胡燕文诈骗案	被告人胡燕文经营“四阿哥”服装假交易,承诺完成交易后返还全部货款,骗得被害人实际支付价款并“确认收货”后,携款逃匿。根据提现金额,扣除退款金额,认定被骗的总计735169.40元。	胡燕文借助天猫平台,完成了大量虚假交易并实现对款项非法占有,且迅速转移,刷客明知刷单,但其借助刷单形式的深层目的不得而知,在小利诱惑下将财物转移于被告人占有构成诈骗罪,且数额特别巨大。	H省W市Q区人民法院以诈骗罪判处有期徒刑十四年五个月,并处罚金三万元;赃款继续予以追缴。	犯罪工具

以上图表案例 1：2017 年全国十大刑事案件第 9 号案例——李某在淘宝网建立刷单平台非法经营、侵犯公民个人信息案，被称为“电商刷单入刑第一案”^④。案例 2：董某某反向刷单破坏生产经营罪被称为“反向刷单获刑第一案”。案例 3：阿里巴巴起诉杭州简世网络科技有限公司（简称“简世公司”）侵权损害赔偿案，被称为“电商起诉刷单平台第一案”。案例 4：郭明升等人假冒注册商标案是最高法院发布的第 87 号指导性案例。案例 5：胡文燕诈骗案是笔者所在法院审理的一起普通刷单相关案件，但是鉴于涉及刷单情节的案件，在实践中大量处以诈骗罪，因此该案虽然不具有示范性异议，但是具有一定代表性，在此以供本案中对比分析。以上案例 1、2、3、4 虽然仅有案例 4 具有指导性案例的效力，但是案例 1、2、3 也被作为具有示范性意义的案例被广泛报道。刷单行为对于电商交易平台的正常秩序造成了严重危害，但是“刷单”这种行为本身，是否值得用刑罚制裁手段，其在网络空间治理中多处的作用影响，在刑法理论界和司法实务界引起了广泛争议。^⑤以上案件也揭示了网络平台刷单在案件审理中的三种地位：1. 是构成违法行为的构成要件本身（案例 1、2、3）；2. 是违法行为的工具（案例 5）；3. 属于量刑情节（案例 4）。其中案例 4、5 体现了第二阶段网络犯罪的工具性，是其他违法犯罪目的的附属情节。案例 1、3，上述两起“首案”案件并没有指出案情存在其他的违法故意和不良后果，仅是对网络交易平台规则的违反。其损害后果是不可以具体测量的，但是其发展态势已经威胁到了商业交易平台的生存发展，因为对其违法性、可罚性引起了巨大争议，因此属于第三阶段“网络空间”意义上的违法形态。两个“首案”反应了对于“刷单”这一行为本身的违法评价迥异，且违法成本与后果明显失当。案例 2 反向刷单被认定为破坏生产经营罪，但刷单手段本身并不具备第一阶段的直接指向计算机和网络硬件等设备、介质、系统等功能破坏，是因为采用目的解释才纳入破坏生产经营的涵摄范围，其本身的目的和案例 1 和 3 同属于利用网络平台的自治规则造成不正当竞争。处于工具意义上的刷单行为，可以通过传统罪名的构成要件涵摄来解决，例如，以刷单为理由以获得刷手的自愿交付财物为目的，认定为诈骗犯，或者是利用刷单外挂小程序在网络客户随意无意思表示的点击是利用恶意软件盗取银行资金的认定为盗窃罪，这些由于存在侵犯财产利益的目的，虽然以刷单为手段，但仍符合主观与客观方面的一致性原则。而单纯的以虚假增加或减少为目的的“刷单炒信”，不管是正向的刷单还是反向刷单，其获得财产利益和其违法评价之间往往存在鸿沟。

^④ 前引②，第 67 页。

^⑤ 新浪司法：《电商平台起诉刷单平台案胜诉系全国首例》，网址 <http://news.sina.com.cn/sf/news/ajjj/2017-11-17/doc-ifynwnty3864634.shtml>，于 2018 年 7 月 12 日访问。



二、刷单炒信违法评价与违法成本不均衡性分析

在对于网络空间危害的意义上，以非法经营定罪的刷单案件占据的总数比例小，单纯作为侵权纠纷处理的民事案件也没有占据案件数主流，行政案件里面也是如此，但从网络案件发展的阶段性来看，单纯性的以刷单行为造成的危害性为评价对象，而不是将其作为其他犯罪工具评价的情境下，对于网络刷单的单纯评价，才是今后的刑事案件发展的难点。因此，案例1、2、3具有同质性，都是对于网络交易平台规则和竞争秩序的破坏，是属于第三阶段网络空间意义上的违法评价，此本文下面以案例1、2、3为重点分析对象，才能在一个平等基础上作出违法评价均衡度衡量。

（一）问题焦点：三起案件违法成本与违法责任后果的不均衡

下文将介绍三起情节近似的刷单案件中存在刑事、民事及行政三种不同的违法责任，并且存在四种不同归责结果——非法经营罪、破坏生产经营罪、行政违法责任、民事侵权责任。

名称	犯罪行为手段	违法数额	违法责任及成本	行为定性
1. 李某非法经营案	组织利用“YY语音”为平台组织给淘宝网的店铺刷单增加信誉	80万元	刑罚责任：有期徒刑五年九个月，并处罚金92万元。	非法经营罪
2. 董某某等破坏生产经营案	利用淘宝交易平台反向刷单造成精准对手被降权使信誉受损	10万元	刑罚责任：有期徒刑一年，缓刑一年。主动民事赔偿15万元。	破坏生产经营罪
3. 阿里巴巴起诉简世公司侵权案	组织利用傻推网为平台为包括淘宝在内的电商平台店铺刷单，在受到行政处罚10万元后，被阿里巴巴公司起诉	216万元	行政处罚+民事侵权：行政罚款10万元+民事侵权赔偿20.2元	行政处罚和民事侵权赔偿

最终违法所得：案例1最终结果所得为-12万元（80万元-92万元），并继续退赃；案例2违法所得为-5万元（假如将造成对方经济损失视为符合行为目的的收益，则10万元-15万元），案例3的违法所得为179.8万元（216万元-10万元-20.2万元）。最终非经济成本：案例1为有期徒刑五年九个月；案例2为有期徒刑十四年五个月；案例3为行政处罚停产停业，收缴违法生产工具。因此，案例3的违法所得最高，但是违法成本却最低。以上案例，三起刷单案件的行为手段相同，但是从案件生效裁判的结果看，不仅行为性质认定大相径庭，且违法收益与违反成本之间的比例极不均衡违法成本与违法责任后果也大相径庭。其中案例1违法所得最少，但获刑最重（且不考虑后续追赃数额），案例3简世公司违法所得最高，但违法成本最低（且不考虑案例1、

2 的被告人实际上同样会被网络平台禁止营业)。

1. 实然中的规范分析

之所以在刑事案件审理实践中,出现不同的认定结果和刑罚幅度,往往因为规范的目的及其外观与诉讼参与人的主观诉讼目的不统一,才会导致案件结果的不均衡和过罚失当。

(1) 网络空间行为规范的阶层及其性质分析

关于网络刷单行为规制的相关规范

名称	性质	内容
《中华人民共和国刑法》	法律	第 225 条:非法经营罪,是指违反国家规定,有下列非法经营行为之一的犯罪。(一)未经许可经营法律、行政法规规定的专营、专卖物品或其他限制物品的;(二)买卖进出口许可证、进出口原产地证明以及其他需经经营许可证或者批准文件;(三)未经国家有关主管部门批准,非法经营证券、期货或者保险业务的,或者非法从事资金结算业务的;(四)从事其他非法经营活动,扰乱市场秩序,情节严重的行为。
最高法、最高检《办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件若干问题的解释》	司法解释	第 7 条:违反国家规定,以营利为目的,通过信息网络有偿提供删除信息服务,或者明知是虚假信息,通过信息网络有偿提供发布信息等服务,扰乱市场秩序,具有下列情形之一的,属于非法经营行为“情节严重”,依照刑法第 225 条第(四)项的规定,以非法经营罪定罪处罚。
《反不正当竞争法》 第 24 条	法律	第 17 条:经营者违反本法规定,给他人造成损害的,应当依法承担民事责任。因不正当竞争行为受到损害的赔偿数额按其所受到的实际损失确定;实际损失难以计算的,按因侵权所获利益确定。赔偿数额还应当包括为制止侵权行为所支付的合理开支。 第 24 条:经营者违反本法第十二条规定妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的,由监督检查部门责令停止违法行为,处十万元以上五十万元以下的罚款;情节严重的,处五十万元以上三百万元以下的罚款。 第 27 条:经营者违反本法规定,应当承担民事责任、行政责任和刑事责任,其财产不足以支付的,优先用于承担民事责任。
《网络交易管理办法》	行政规章	第 19 条:不得以不正当竞争方式损害其他经营者的合法权益、扰乱社会经济秩序。不得利用网络技术手段或者载体等方式,从事下列不正当竞争行为:……(四)以虚构交易、删除不利评价等形式,为自己或他人提升商业信誉;(五)以交易达成后违背事实的恶意评价损害竞争对手的商业信誉;……。 第 20 条:违反本法第 12 条规定妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的,由监督检查部门责令停止违法行为,处十万元以上五十万元以下的罚款;情节严重的,处五十万元以上三百万元以下的罚款。



名称	性质	内容
《淘宝规则》	民间自治性规则	第28条：为了确保评价体系的公正性、客观性和真实性，淘宝将基于有限的技术手段，遵循《淘宝网评价规则》的规定，对违规交易评价、恶意评价、不当评价、异常评价等破坏淘宝信用评价体系、侵犯消费者知情权的行为予以坚决打击，包括但不限于屏蔽评论内容、删除评价、评价不计分、限制评价等市场管理措施。

从规范体系来分析：第一阶层法律，第二阶层是行政法规及规章，第三阶层是网络平台自治性规范。网络交易平台中的刷单行为并没有直接在《刑法》分则中予以规范。之所以被认定为非法经营罪是由于该罪名第（四）项存在兜底条款，是因为经过司法解释的解释过程被纳入了该兜底条款的范围之内。“将刷单行为定罪，是将立法没有犯罪化的行为通过个案处理予以刑罚制裁，是一种司法犯罪化。”^⑥根据《刑法》225条第（一）-（三）项的罪状描述，三种行为共同特点仅仅为均需通过专营许可或者批准的经营，而根据刑法谦抑性原则，对于兜底条款应当进行同质解释，那么正向的刷单炒信就无法解释为须经过许可的经营行为，同样，对于反向刷单进行同质化解释无法解释为破坏生产经营工具的行为，其不会造成计算机硬件、软件、平台系统的障碍，仅是被平台运营商处罚。同样，也没有在《侵权行为法》规定，“电商平台起诉第一案”判决书援引的是《反不正当竞争法》的侵权责任规定。对于其中《淘宝规则》虽然不属于法律规范意义上规范的性质，但是从规范本身出发，在一定范围内受到自治性组织规范调整的行为也产生拘束力，这种规范的拘束力来自于经过双方的网络契约或者全体网络社区的“公投”取得授权，但是其已经超越了私权利主体契约上的效力，在网络空间范围内产生抽象的拘束力。因此，从规范角度，单纯性质的刷单行为，既非故意诈骗也非针对知识产权等财产权益，仅仅是为了刷信誉的行为，本质上是一种典型的行政犯，是在行政处罚手段已经不足以遏制违法的情况下，出现的犯罪。网路空间的治理主体是对其进行规制的最合适的主体。

（2）不同违法构成要件分析

违法责任	构成要件
1. 非法经营罪	<ol style="list-style-type: none"> 1. 客体：本罪侵犯的客体是市场管理秩序。 2. 客观方面：违反国家规定，非法经营，扰乱市场秩序，情节严重的行为。 3. 主体：一般主体，个人和单位均可构成本罪的主体。 4. 主观方面：由故意构成，即行为人明知其行为会扰乱市场秩序而进行非法经营。过失不构成本罪。

^⑥ 叶良芳：《刷单炒信行为的规范分析及其治理路径》，载《法学》2018年第3期，第177页。

违法责任	构成要件
2. 行政违法	1. 客体方面：既有管理秩序也有财产利益 2. 客观要件：采取非法的或者有悖于公认的商业道德的手段和方式，存在不正当竞争行为（行为违法）。损害了其他经营者的合法权益（违法结果）。 3. 主体要件：经营者 4. 主观要件：行为主体存在主观过错。
3. 民事侵权	1. 客观方面：行为具有违法性、有损害事实的存在、加害行为与损害事实之间有因果关系四个方面。 2. 主观方面：行为人主观上有过错。 3. 客体：侵犯了平等主体民事权益
4. 违反自治规则秩序	1. 主观方面：通过电子契约或者参与平台规则的“公投”知晓其内容。 2. 客观方面：实施了违反规范的行为。 3. 主观方面：以获得信誉增加或者评分鼓励等利益，以及造成对手收到平台处罚的后果。 4. 客体：侵犯了公共管理秩序

从以上规范形态和行为目的，刷单炒信本质上是行政违法行为，而行政违法达到一定程度，可能升格为行政犯。

（二）实然中的诉讼参与人的行为分析

1. 空间秩序侵害还是财产侵害：三案的违法行为人行为分析

三起案件刷单的作案行为手段的异同：1）三者主要行为方式均为“刷单”，进行虚假交易。2）三者发的空间载体都存在“利用网络平台”进行“组织行为”，其中，李某是利用“YY语音”为组织平台，胡某是以QQ群为组织平台，简世公司为利用傻推网组织刷单。三案违法行为人的主观状态：李某、胡某、简世公司负责人主观方面均具有利用网络交易平台进行虚假买卖获取不正当利益的故意。因此三案被告人主观状态在“刷单”行为范围内均为明知故意。但不同的是，案例2中的被告人虽然初期仅仅以刷信誉为目的，并未为了套取“刷手”资金为目的，但是后期由于经济问题发生了犯意转化，才是导致其被认定为诈骗罪的关键要素。

2. 规制违法还是填补损害：三案的受害人的维权目的分析

由于受害人的主观状态是否存在过错，会牵涉到行为的“可答责任性”，因此，我们有必要分析是否因为三案的受害人主观状态存在差异造成案件的归责结果不同。同时，受害人维权目的不同也会造成不同结果。

案例1：受害人为买家，买家对于被告人的刷单也是明知且积极参与其中的，不同的是胡某案中，受害人即买家支付价款后预期退款并获得赠品，部分买家的经济损失为出乎意料之外的“不退款”。因此，受害人对于刷单行为明知且参与了。

案例2：受害人为卖家且是竞争对手，其对刷单不明知。



案例3：受害人为交易平台经营管理者——阿里公司对于被告的违法行为积极进行处理，除向行政机关举报之外，还提起了民事赔偿诉讼。主观上原告不存在过错。

虽然三起案件中，受害人都不存在过错，但是需要我们注意的案例1、2受到损失是行为过程导致的直接经济损失或者经营损失，但是案例3平台经营者本身也是平台管理者，虽然其诉讼主张为由于影响了信誉评价机制造成交易平台经济损失216万元，但是由于其经济损失的不具备民法侵权损害的“可预见性”，因此法院判决认定的金额并非根据其损失或者非法所得额计算，本质上还是针对被告违法行为的一种惩罚措施。且网络平台经营者，本身同是犯罪网络空间的提供者和管理者，具有对于被告行为管理的义务。而寻求民事诉讼救济，实质上使其平台管理“失灵”后，需求行政处罚规制依然“失灵”采取的最后规制惩罚措施。其目的不在于普通民事侵权纠纷中的填平损失，而在于规制和预防。

（三）应然中的刑法理论分析

1. 刷单炒信与行政犯

我国行政违法和刑事犯罪并存的二元违法体系下，不应将行政犯升格成与之违法要件不同的刑事犯罪。^⑦电商平台应是治理刷单的首要主体，刑罚手段在民事、行政手段和其他治理手段用尽之前先动用是不合适的。电商平台处于与政府、企业、媒体多元共同治理的生态体系中，在众多治理主体中，最有效的治理主体应当是电商平台。

在近年来，对规制与社会治理研究中，“规制治理”更强调多元主体工具。“规制”不再定位于政府部门法治手段，而是“公共机构对那些社会群体重视的活动所进行的持续集中的控制”以实现公共政策目标，包括设定规则、收集信息、建立反馈或者监督机制，并设立纠正违反规范的回应机制。“治理”主体也不限于国家，更强调国家与非国家主体之间相互作用，以网络治理等方式去实行相应行政任务^⑧。事实上，刷单炒信破坏的是淘宝平台的信用评价机制，是一种非政府的评价治理标准。非法经营罪是法定犯，具有二次违法性。^⑨根据兜底条款同质解释规则，两高《信息犯罪司法解释》是一种类推解释，且违反了禁止不利于被告人的类推规则。

2. 刷单炒信与抽象危险犯

“抽象危险”是指的法律拟制的危险，无论是正向刷单还是反向刷单，不是现实危险。破坏生产经营罪指的是一种现实危险，现实危险与抽象危险区别在于因果关系中，行为与结果的联系紧密程度不同，如果将行为与结果分为四个等级：1. 造成；2. 引

^⑦ 叶良芳：《刷单炒信行为的规范分析及其治理路径》，载《法学》2018年第3期，第185页。

^⑧ [英]科林·斯科特：《规制治理与法律：前言问题研究》，安永康译，宋华琳校，清华大学2018年版，第6页。

^⑨ 郑伟、葛立刚：《刑行交叉视野下非法经营罪法律责任厘定》，载《法律适用》2017年第3期，第72页。

起；3. 相关；4. 增加风险。当满足抽象危险犯中已成文的构成要件，就推定侵害法益的结果存在。但是在实践中，什么是危险，什么是抽象的危险，都是存在模糊的，德国 Gramer 教授提出“不能未遂”的判断标准，“不能未遂犯”之所以被看做是对法益的攻击，并非因为行为存在具体危险，单纯的刷单炒信行为与污染环境行为一样，仅仅单次行为本身不足以产生严重损害或者损害的威胁，但是反复大量多次的行为可以造成犯罪后果，因此网络交易刷单所构成的非法经营罪具有累积犯特征。刷单炒信行为造成的侵害是破坏信用机制，由于网络的可复制性，一旦刷单成功事后删除恢复评价，由于网络的传播性、信息的可复制性，也将受到不可以估量的影响。其主要是使电商平台特有的诚信机制失灵，其与无数潜在买家是否出于认识错误购买商品服务，不需要必然联系，仅仅是为了加速店铺信誉评价增值速度，而信誉评价是一种民主投票方式。淘宝、京东等网络交易平台存在的价值，不在于其商品独立性，在于其建立的特有信誉机制和交易秩序规则，给客户带来的安全信赖感和秩序感，其信誉评价机制是一种无须达成共识基础的去中心的评价机制。因此，对于信誉的危险可能是相关或增加风险，是一种弱联系。

3. 抽象危险犯中的累积犯

抽象危险犯根据其所控制的社会学风险类型，具体分为三个犯罪类型：1) 具体危险犯，即禁止行为存在对于极其重要的法益不能控制的典型化风险，《刑法修正案(八)》确立的危险驾驶罪则属于具体危险犯。2) 累积犯罪，累积效应的现实犯。污染环境罪经过刑法修正案及司法解释和具体案件中的刑法解释的共同作用结果具备了累积犯的特征。3) 可能起到犯罪预备作用的事物具备明显的犯罪关联性。在虚假诉讼罪的构成要件中，由于其要件采取存在提起虚假诉讼的行为和造成他人财产损失复合型构成要件，因此在前一个虚假提起诉讼的构成要件符合的具体案件中则可能接近于预备型危险犯。

刷单炒信是抽象危险犯中的累积犯，累积犯的影响不是一次侵害行为能达到，但是侵害行为能够造成累积性长远影响，例如环境污染行为，一次性超标排污到水域，可能随着流水稀释很快淡化，但其对于地球生态累积性影响是难以估量的。刷单行为也是一样，一次交易或者10次交易刷单，根本不会造成威胁，但是入罪要求的刷单所得数额也不能视为造成危害结果，累积犯的构成要件中，须单个累积行为达到不法程度具备“最小自重”，至于最小自重是点击量，还是非法所得额，都不是行为后果，因为累积犯的行为与损害后果之间的关联性本身是较弱的。网络犯罪空间中存在着双重社会，现实社会和网络社会，现实社会中的所有法益侵害都可能在网络空间形成复制。而网络空间中的秩序，依然是社会秩序，累积达到最小自重就会发生量变到质变的转化。



(四) 网络犯罪空间中的刷单炒信与非法经营罪的涵摄关系

无论是从实在的规范性质还是行为人行为目的的分析,还是当前的刑罚理论,都同样指出网络平台刷单炒信的本质属于行政违法,作为犯罪处理是行政规制不利时寻求刑法制裁的表现。但是,虽然非法经营罪也是行政犯罪的一种,并都具有维护对于经济活动的行政管理秩序的目的,但是其既有的规范表述指向了前三项情节中经营行政许可的构成要件是刷单炒信不具备的,那么经由援引两高《网络信息犯罪解释》第7条将其作为非法经营罪涵摄范围,是否违反了刑法解释的禁止不利类推,以及谦抑性?信息时代“双层社会”的形成与“场域”的延伸,网络空间如微博成为了与现实社会衔接、互动和并列的另一“场域”。网络空间已经成为人类活动的“第二空间”,几乎和现实空间一样给人们提供了相同条件的活动场所,网络空间不仅实际地成为人类活动的“第二空间”,也成为供公众从事社会生活的重要场所。2013年《网络诽谤解释》第5条第2款规定:“编造虚假信息,或者明知是编造的虚假信息,在信息网络上散布的,依照刑法第293条以寻衅滋事罪定罪处罚。”它最大的贡献在于尝试通过对“公共秩序”的扩张解释,为全面承认网络空间秩序的“现实性”迈出了一大步。但是在定量的解释中却背离了网络行为的逻辑。如果在网络社会立场上将所有网络犯罪比照现实社会犯罪的危害进行打击又容易出现过罚失当。

三、整体制裁体系下抽象危险犯作为行政犯出罪标准的功能分析

风险刑法存在必要性社会学知识和法哲学上的安全与秩序并不能替代任何一个属于风险刑法的具体刑法规范的正当性分析^⑩,因此,我们需要结合具体案情和具体规范对于抽象危险的正当性予以分析,并借助所有违法制裁手段系统论述。网络刷单引起的刑事、民事、行政责任在统一制裁体系中考察其制裁手段的均衡性。

(一) 风险社会背景下制裁体系中行政刑罚的保障功能

日本佐伯仁志教授在《制裁论》中将制裁制度在法理学意义上一般性地讨论违法行为的制裁,而将其中的刑事违法制裁作为一个分支,将刑事制裁作为与行政制裁、民事制裁的一个体系整体化考虑。笔者认为,刑罚论的体系化视角,更有利于实现整体性的出入罪机制的合理化,及量刑的均衡化。刑事制裁也不再是仅仅包括刑罚。制裁制度无法离开一个国家的法律语境。日本对行政违法的制裁,包括刑事罚、秩序罚、课征金等。其中刑事罚指的行政刑罚,因为行政犯引起的刑罚,其他都属于非刑事罚。日本由于非刑事罚手段较为薄弱,导致过度依赖于刑罚,或者放纵行政违法。因此,

^⑩ 徐凯:《抽象危险犯正当性问题研究——以德国法为视角》,中国政法大学出版社,2014年版第196页。

提倡建立合理、有效的行政制裁措施，推进行政犯罪非罪化。行政刑罚是对行政义务违反科处的刑罚，与传统的刑法犯的反社会性不同，行政犯是为了实现一定的行政目的而设置。除此外，对于违反秩序的行为，采取的是秩序罚课以“过料”（类似于罚金），其中作为秩序罚的过料也可以适用在地方公共团体中，对团体长官决定科处，但必须实现给予辩解机会。行政犯大多以获取利益为目的。20世纪90年代后由于兴起的规制缓和犯罪化运动，许多规制目的的刑法被取消。^①我国刑法研究是在犯罪论知识体系基础上，而在日本犯罪体系完备，逐渐将关注移动到刑罚论体系。在系统制裁论之下，行政刑罚是保障行政规范实施的最后一道防线，其以民事和行政制裁无法发挥作用为适用前提。

（二）风险社会背景下抽象危险犯的出罪功能

20世纪下半页开始从德国刑法典兴起的抽象危险犯罪是在社会学家贝克提出的“风险社会”的基础上，刑法学者相应在刑法学中使用了“风险刑法”的概念，而抽象危险犯又是“风险刑法”的主要形式。其主要目的是为了将刑罚的预防效果提前，更好地实现法益保护功能。最近几年，“风险刑法”概念已经逐渐进入了我国刑法学者的视野中^②，在立法中也导致抽象危险犯的立法力度加大。“风险刑法”与“风险社会”相互呼应，是为了预防社会性风险尽可能最大化刑法的预防效果。抽象危险犯与侵害犯和具体危险犯相比，其更深层次地参与了人们行为模式和社会管理。但是在预防社会风险的同时，其也伴随着刑罚范围扩大化的风险，因此对于抽象危险犯的适用必须采取“限制性刑法解释”，只有在不侵害“个体正当权利”的前提下，抽象危险犯的设置才具有正当性。^③因此，正当性事由的存在是这类风险行为纳入刑罚规制的边界。同一个社会公共秩序管理的行为对象，有可能就会因此形成构成犯罪、行政违法、民事侵权三种不同归责结果。抽象危险犯也被作为可以启动《刑法》13条但书予以出罪的类型特征之一。综上，我们可以借由刷单炒信行为本身行政违法性来安排制裁手段的先后顺序，以及出入罪判断的事由。

四、整体化制裁论与抽象危险结合运用的“出入罪标准”路径

信息时代的犯罪定性定量基础以“双层社会”为背景，要求犯罪的定性和定量标

① [日]佐伯仁志：《制裁论》，丁胜明译，北京大学出版社2018年版，第9页。

② 劳东燕：《公共政策与风险社会的刑法》，载《中国社会科学》2007年第5期；刘艳红：《“风险刑法”理论不能动摇刑法谦抑主义》，载《法商研究》2011年第7期；陈兴良：《“风险刑法”与刑法风险：双重视角的考察》，载《法商研究》2011年第7期。

③ 徐凯：《抽象危险犯正当性问题研究——以德国法为视角》，中国政法大学出版社，2014年版第180页。



准，都必须考虑到网络空间行为的新型定量参数的实际影响和作用。定性上要重视现实社会和网络空间的衔接、互动和并列关系。在定性上，必须根据信息社会的时代特征，重视现实社会和网络空间的衔接、互动和并列关系。在定量上，要符合网络行为的实践。

第一，行政犯应采取民事和行政规制手段不能抑制违法才能启动刑罚程序。

我们来回顾前面案例1和案例3，都是正向刷单，但是案例3除去行政罚款和民事赔偿之后仍然有盈利，显然民事和行政制裁不足以抑制违法。但是在案例2中，反向刷单造成损失10万元，在很侦查阶段已经自动予以赔偿（参照一审鉴定认定损失可以推测出大概因为侦查阶段认定损失15万元左右），其在被提起公诉前已经自动采取民事赔偿方式填补个体的损害，并且其反向刷单对象具有确定性，与具有不确定性的正常的正向刷反业务有区别。因此，在移送审查起诉时，不仅类推适用了破坏生产经营的规范，也没有把量刑情节全面考虑进去。而其打击对象的经营信誉是可以恢复的，不具有不可恢复性，因此可以按照《刑法》第13条但书条款作为“显著轻微危害不大”出罪。

第二，犯罪数量计算应当符合网络行为现实状态。

《网络诽谤犯罪解释》中个人非法经营数额在五万元以上，或者违法所得数额在二万元以上的；单位非法经营数额在十五万元以上，或者违法所得数额在五万元以上的。实施前款规定的行为，数额达到前款规定的数额五倍（75万元）以上的，应当认定为刑法第二百二十五条规定的“情节特别严重”。其中，其入罪标准个人5万元，单位15万元，本身低于行政处罚的最高幅度。这不利于与行政处罚完整衔接。另外根据一事不二罚原则。如果之前处以行政罚款的，应当在刑罚责任中抵扣，但民事赔偿采用有限且不抵扣原则处理。在网络犯罪空间化发展的态势下，由于刑法的滞后性不可能跟上网络犯罪形态的发展，由于网络空间带有双重社会性特征，作为一个犯罪获得空间，现实社会的犯罪危害在网络社会都可能出现，因刑法的客观主义和刑事兜底条款同质化的立场，就会出现对于网络空间犯罪打击失灵，但是如果没有将网络空间的双重社会性评价贯穿一致则会在刑罚体系内部出现错裂。

对于网络犯罪的数额计算，不仅可以考虑所得与损害金额，往往还要考虑点击量、流量、传播速度、有效与无效点击率等现实状态。我们来回顾前面案例1（第一刷单入刑案）认定非法经营罪的数额，包括了30万元的刷单提成，还有50万元是保证金性质，对于保证金按照被告人陈述其没有占有该保证金不予归还的故意，这种情况下如果控方认定该笔款项为非法所得应负担举证证明其非法占有不予返还的举证责任，但是即使证明了这一点，那本该行为则转化为同案例2的诈骗罪。因此，非法所得额应当扣除50万元，为30万元，

另外，关于举证责任的分配，有罪证据的举证责任仍是由控方主要承担。同时，

处理违法所得数额外，还应该考虑刷单本身的业务数量影响，评价加分影响等现实有关联性的情节评价。

第三步，识别刷炒信的转化形态和举证责任。

在案例5中，体现一些平台可能以刷单为收入来源的同时再进行其他交易途中，发生了犯意转化。根据案例5的情节描述，应当此前有一部分赠品和退费依照双方达成的协议按期返还给了刷手，到了后来资金链断裂，之后拒不退回保证金的客观行为印证其内心开始出现占有款项的故意，则转化为了诈骗行为。另外，在举证责任上。如果将存在刷单行为视为犯罪行为的金额认定中常见的抗辩事由，根据双方的案情及诉讼行为能力判断，结合其累积犯的特征，在累积犯罪达到最低个体自重即为最低入罪起点，那么这个数额通常是一个入罪和罪重的证明对象。因此，将数额和点击数量、成交量等涉及定罪金额由控方承担主要举证责任、

余论

在网络犯罪走向空间化背景下，会大量涉及刑法条文未述明的罪状，以及行政、刑事二法衔接的犯罪形态。本文期望借助刷单案件的视角为这一类因为网络犯罪双重社会性质造成的刑法评价不均衡问题得到一个结合刑法教义学思想和刑事审判实践进路的研究方法，涉及如下一种可以面对该类问题通用的推理公式：个案主要情节——个案违法基本属性——个案对应的基本属性中特征类型——根据违法性类型决定违法性评价适用的先后顺序——根据个案的类型化特征来进行出入罪裁量和数额计算。通过司法解释和司法示范性案例将网络秩序违反的行政犯进行入罪化解释，即是立法没有及时跟进时的一种妥协的办法。一方面，在行政和民事制裁不利时及时进行刑罚制约的入罪功能；另一方面为了平衡行为与结果的一致评价，更重要的是抽象危险犯应当同时通过系统化刑法体系的视角，不论是构成要件还是量刑要件，将网络空间属性一致贯彻发展到底，并在主体制裁体系中体现刑罚力度的均衡性以及行刑二法的无缝衔接。

（责任编辑：李宁）



刑事裁判可接受性的“合情理”路径

——枫桥经验中的情理观及其启示

崔志伟*

内容摘要 当下一系列引发争议的刑事案件显示, 裁判令人难以接受的最直接原因是情理的缺失。在刑法教义学层面, 如何恰当地运用价值判断使刑事裁判最大程度地符合公众的情理便是摆在刑事司法面前的一个重要课题。在对枫桥经验中的情理司法进行借鉴之时, 不应局限于民事领域, 而应尝试将这种司法能动延展至罪刑规范的理解与适用, 其主要功用在于检视裁判结果的正当性, 以实现依法裁判与处罚实质合理性的统一。具体而言, 构罪评价中情理的作用可分为三层模式: 坚持“人本法益”立场, 单纯触犯前置法的管理秩序而对个人权益没有形成威胁的行为, 应当通过目的性限缩解释排除构成要件该当; 在违法性层面中引入“社会相当”, 如果某一行为已经取得了广泛的公众认可, 则需要借此适当降低甚至取消违法性评价; 承认违法性认识以及预防性因素在责任评价中的应有地位。构成要件的实质化、违法性衡量的开放化以及功能责任论中责任要素的多元化, 很大程度上能够弥补刑事裁判与情理间的分歧, 进而增强裁判的可接受度。在说理上, 不宜铺陈以情, 或者简单以“情节显著轻微危害不大”代替, 而应借助刑法教义学的体系化以及与刑事政策的贯通性, 进行相应的说理论证。

关键词 刑事裁判 可接受性 情理 枫桥经验 人本法益

中图分类号: DF82 文献标识码: A 文章编号: 1674-3156(2018)04-016-031

一、问题的提出: 刑事裁判缘何令人难以接受?

在我国当下刑事司法中, 一些严重脱离公众认知的判决不断出现, 个案的累积不

* 崔志伟: 华东政法大学刑法学博士研究生、德国奥斯纳布吕克大学访问学者。
本文获第十三届中国法学青年论坛“新枫桥经验与社会治理创新”主题征文活动一等奖。

断侵蚀着公众对公正司法的信赖，不禁让人生疑：我们的刑事司法怎么了？过度批判立法效用不大，况且，对于公众而言，法律的生成过程过于遥远，人们直接接触的是由刑事裁判呈现的具体案件。但是，现实中，由于司法者解释法律的惰性，将不合理现象的原因推卸给立法，“法律就是法律，在任何情况下，遵守形式的法律标准是司法人员法定的义务”，成为我国刑事实务界根深蒂固的一种观念。^①如在卢氏兰草案中，审理者就表示，“国家的法律规定就是如此，判决结果是有些不近人情，但也没办法。”^②这种思维往往导致用刑机械化，即严守罪状中描述的法律概念以及形式逻辑推理，而对作为大前提的法律条文的规范目的、实质内涵以及处罚正当性根据不予深究。但是，普通人都能明显察觉出有失妥当的裁判，难道司法者本人没有觉知吗？有学者将此类现象归结为司法良知的缺失。^③2014年习近平总书记在中央政法工作会议时也指出，“执法不严、司法不公，一个重要原因是少数干警缺乏应有的职业良知。许多案件，不需要多少法律专业知识，凭良知就能明断是非，但一些案件的处理就偏偏弄得是非界限很不清楚。”^④而情理所代表的正是中国式的良知。^⑤

例如，对于赵春华非法持枪案，天津市河北区人民法院副院长坦言，“从这个案子本身来讲，法律的这种审判依据，应该是没有问题，但是是否从情理上怎么考虑，怎么更好地适应社会效果，从当时判的时候可能想的没那么多。”^⑥王力军收购玉米案，有学者认为，正是由于现存制度和社会发展的脱节，导致王力军无证收粮行为合情却不合法，出现法律与情理间的冲突。^⑦再如，对于非遗传承人非法制造爆炸物案，有媒体人士称，法院的处理虽说合理合法，但未对文化、人情的特殊性进行充分考虑，“法律有理无错，但‘情理’二字不可强行拆开。”^⑧同样，兰草案也受到了“不顾情理”“法律违背人之常情”的批评。^⑨由此观之，在这些富有争议的案件背后，都面临着一种情与法的关系危机，裁判令人难以接受的最直接原因便是情理的缺失。在刑法教义学

① 劳东燕：《法条主义与刑法解释中的实质判断——以赵春华持枪案为例的分析》，载《华东政法大学学报》2017年第6期。

② 《河南采“野草”获刑农民：不服判决 无钱请律师上诉》，网易新闻，<http://news.163.com/17/0421/16/CIHDSI2S0001875P.html>，2018年4月1日访问。

③ 参见刘艳红：《“司法无良知”抑或“刑法无底线”？——以“摆摊打气球案”入刑为视角的分析》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2017年第1期。

④ 中共中央文献研究室：《十八大以来重要文献选编（上册）》，中央文献出版社2014年版，第718页。

⑤ 陈林林、王云清：《论情理裁判的可普遍化证成》，载《现代法学》2014年第1期。

⑥ 《法院谈射击摊大妈获刑：判决时从情理上考虑得不多》，中国日报网，http://cnews.chinadaily.com.cn/2017-01/18/content_27993029_2.htm，2018年4月1日访问。

⑦ 《内蒙古农民王力军无证收购玉米案引发法律界讨论》，新华网，http://www.nmg.xinhuanet.com/xwzx/2017-02/20/c_1120495630.htm，2018年4月1日访问。

⑧ 《非遗继承人免罚：法律有理更要有情》，中国网，<http://media.china.com.cn/cmssp/2017-12-31/1199708.html>，2018年4月1日访问。

⑨ 《野草案、玉米案、鹦鹉案、仿真枪案，还有多少荒唐案？》，搜狐网，http://www.sohu.com/a/159145414_752455，2018年4月1日访问。



层面,如何恰当地运用价值判断使刑事裁判最大程度地符合公众的情理直觉便是摆在刑事司法面前的一个重要课题。

时下有学者认为司法上情与法处于一种不可调和的矛盾之中。“如果‘严格依法’的法治原则不能在每个具体情境中得到贯彻,法治就只能是一个令人陶醉的目标,一个可望而不可及的理想。但是要在这些具体情境中贯彻法治,就必定会和中国人习以为常和赖以为生的人情事理发生冲突。如果法律每当此时都要给情理让位,那就仍然不是‘法治’,而是‘人治’,不是‘法律主治’而是‘人情政治’。以为法律和情理总能彼此调和,只能是逃避问题的鸵鸟政策。”^⑩这种说法过于绝对,笔者对此并不赞同。中国人思维中的“情理”固然有私情、潜规则等贬义成分,但不可否认的是这种情理裁判思维并非一无是处。我们当下需要做的就是挖掘传统法律文化中的情理内涵,并恰当地作用于当下的刑事司法实践。

二、枫桥经验中的情理观及其对当下刑事司法的启示

2013年,时任中央政法委书记孟建柱在纪念毛泽东同志批示“枫桥经验”50周年大会的讲话中曾指出,要着力研究解决影响司法公正、制约司法能力的深层次问题,下大气力解决群众反映强烈的执法司法突出问题,让人民群众对公正司法充满信心。^⑪以此揭示了枫桥经验与司法公正的内在关系。对于枫桥经验的法治价值总结,以往大都偏重于民事调解、犯罪改造以及社会综合治理,^⑫尚未有结合刑事实体法的适用所进行的学理阐述。

枫桥经验应有内涵之一便是妥善解决好情理法关系,^⑬尤其在民事调解中,注重充分运用情和理来感化、劝导,使矛盾软化。^⑭这与我国的传统司法文化密切相关。日本学者滋贺秀三对中国明清法律制度研究之后指出,与重罪案件的立案判决必须严格地依据法律进行适用,民事案件基本都是根据“情理”寻找妥当的解决方案,几乎完全不受法律拘束。^⑮这容易给人造成一种误解,刑事案件的审理都是按照既有的成文法律进行,而基本没有“情理”因素的发挥余地。也确有观点认为在不同的领域,情、理、法的作用是不同的,在刑事领域,国家法律实际上是天网恢恢、疏而不漏,但在

^⑩ 凌斌:《法律与情理:法治进程的情法矛盾与伦理选择》,载《中外法学》2012年第1期。

^⑪ 孟建柱:《加强和创新群众工作,为全面建成小康社会创造和谐稳定的社会环境——纪念毛泽东同志批示“枫桥经验”50周年》,载《求是》2013年第21期。

^⑫ 参见谌洪果:《“枫桥经验”与中国特色的法治生成模式》,载《法律科学》2009年第1期。

^⑬ 蒋熙辉:《“枫桥经验”对创新社会管理的启示》,载《学习时报》2013年9月2日。

^⑭ 于语和、潘天驹:《“枫桥经验”的解纷功能简论》,载《湖南警察学院学报》2014年第5期。

^⑮ 【日】滋贺秀三:《明清时期的民事审判与民间契约》,王亚新、梁治平等译,法律出版社1998年版,第13页。

民事领域则允许以情理、道德加以调整。^{①⑥}甚至会出现“民事裁判·情理”与“刑事裁判·法律”两种对立模式。^{①⑦}“公序良俗”作为民事裁判的一项基本原则，已然吸收了“情理”的成分，因此，在民事案件中缘“情”断案是非常正常且合理的。关键是分析以及如何看待“情理”在我国刑事司法中的运用模式。

《周礼》云：“以五刑听万民之狱讼，附于刑，用情讯之。至于旬，乃弊之，读书则用法。”郑玄注解：“故书‘附’作‘付’。讯，言也，用情理言之，冀有可以出之者。”郑玄又继续释曰：“云‘读书则用法’者，谓行刑之时，当读刑书罪状，则用法刑之。”“死者不可复生，断者不可更续，是其不可变也。故君子尽心焉，不可滥。此释用情讯之也。”^{①⑧}这很好体现了古代统治者慎刑、恤民、人道的一面。即在审理刑案时，固然需要注重“读书”以免刑而无据，但并非完全持有一种“必罚主义”的心态，而是以“情理”作为衡量因素，审视是否存在出罪（“出之者”）之情形。这种思想，对当下的用刑机械化现象实有借鉴的必要。

元张养浩也告诫说，“人之良，孰愿为盗也，由长民者失于教养，动馁之极，遂至于此，要非其得已也。尝潜体其然，使父饥母寒，妻子愠见，微负旁午，疹疫交攻，万死一生，朝不逮暮，于斯时也，见利而不回者能几何？人其或因而攘窃，不原其情，辄置诸理，婴笞关木，彼固无辞，然百需丛身，孰明其不获已（不得已）哉！古人谓‘上失其道，民散久矣。如得其情，则哀矜勿喜。’呜呼！人能以是论囚，虽欲惨酷，亦必有所不忍矣。”^{①⑨}

由此观之，在我国的传统刑事司法中，“缘情断案”也是一种常态，并非一味讲求“必轨于法”、不折不扣地适用刑律。“不原其情，辄置诸理”“如得其情，则哀矜勿喜”明显是强调以“情”调剂“理”之刚性。“未必皆其民之罪”更是要求统治者探求行为人犯罪背后的社会原因，对其抱有“哀矜”的心态，而非“喜己之有能”、一概追求案件量的上升或无罪结案率的控制。

在对枫桥经验中的情理司法进行借鉴之时，也不应局限于民事领域，而应尝试将这种司法能动延展至罪刑规范的理解与适用。与此同时，需要澄清以下几点。

其一，情理并不能等同于所谓的民意。枫桥经验在司法、执法乃至社会治理上讲求民意为先，^{②⑩}但是，司法实践表明，民意总是与司法独立存在或大或小的冲突，转换为“情理”这种语境或许更加合适。情理的基本语义为，人的常情和事情的一

^{①⑥} 黄月平、金一驰：《法与情、理关系辨析》，载《北京日报》2014年12月15日。

^{①⑦} 徐忠明：《明清刑事诉讼“依法判决”之辨正》，载《法商研究》2005年第4期。

^{①⑧} 李学勤主编：《周礼注疏》，北京大学出版社1999年版，第913页。

^{①⑨} 《牧民忠告·卷下·慎狱第六·存恕》。

^{②⑩} 郭坤泽、詹肖冰、谢佳：《“枫桥经验”50载：扎根群众沃土，呼唤人民伟力》，载《人民公安报》2013年10月11日。



般道理,^①也有学者将其界定为“常识性的正义衡平感觉”^②“道德伦理和常识”^③等,均指向民众共识和普通人的法感情。“情”虽具有主观性,但由于受到“理”约束,就不再是一种个体感受、因人而异,而是具有一定的普适性和规律性。“民意”虽然也可能代表了一般大众的朴素情感,但往往也具有缺乏理性、盲从性的一面,^④并且,司法者总是处于民意的“外围”。但“情理”作为“事情的一般道理”,司法者是置身其中、概莫能外的,法官对此具有与普通公众趋于一致的认知,即“是非之心,人皆有之”“良知之在人心,不但圣贤,虽常人亦无不如此”。^⑤

其二,情理在刑事司法中的主要作用在于检视裁判结果的正当性,以致实现依法裁判与处罚实质合理性的统一。所谓的“用情讯之”“如得其情”,其中的“情”自然有案情、实情等案件事实因素,但也有良知、社会认可或法感情、公正等价值因素。当依据现有的规则和理论得出的刑事处罚结论,与包括司法者在内的公众的共识相悖时,即处罚了不当罚的行为。“有时候,从先例中可能推出苛刻或荒诞的结论,与社会需要相冲突……在不通人情的逻辑刀锋下,法官似乎没有选择余地,经常会得出冷酷无情的结论。……如果更合理地分析法律的成长,更深入、真实地理解法律的方法,使祭师们聆听到不同声音的呼喊,会发现这些牺牲许多都是无谓的。……随着不断出现的众多新事务或新事件,迫切需要追寻令人确信不疑的公正,这要求我们涂抹规则、修正规则、限制规则,甚至删去规则,尽管它们墨迹未干。”^⑥“修正规则”“删去规则”属于立法论范畴,“限制规则”则属于教义学范畴。刑法中的构成要件由于语言固有的抽象性、一般性,涵摄的情形可谓千姿百态,“有时构成要件的表述要比立法者意图适用的情形宽一些,在这种情形下解释者的任务就是通过目的性限缩(teleologische Reduktion)来谋得法律的真实意志。”^⑦以此,防止刑法适用的无谓扩张以及处罚不当罚现象。

在此方面,依法治国十六字方针的变化也可以为我们带来有益的启示,即从“有法必依”“违法必究”到“公正司法”的转变,不再偏重于法律适用上的必然性、严厉性,而是司法效果的公正性,“由于公众认知代表的是一般人的正义感与价值判断,而对

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》,商务印书馆2012年版,第1062页。

② 前引①,第13页。

③ 徐公喜:《宋明理学法顺人情论》,载《船山学刊》2014年第3期。

④ 参见【法】古斯塔夫·勒庞:《乌合之众》,冯克利译,广西师范大学出版社2007年版,第45页~74页。

⑤ 《王阳明全集》(卷一·知行录之二·传习录中·答陆原静书)。

⑥ 【美】本杰明·N·卡多佐:《法律的成长:法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版,第38—39页。

⑦ Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, D&H, 1996, § 17, S.160.

特定法条的理解与适用势必需要尊重这样的正义感与价值判断。”^⑳

其三，合情理性的审视是具体的，不宜一般而论。枫桥经验对于处理基层民间矛盾提供了有益的启示，即坚持“矛盾不上交”，尽量避免因司法处理加剧矛盾恶化。但是，对于这种经验的理解不宜理解为一种抽象规则，而需具体而论。例如，1999年最高人民法院印发《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》中强调，“对故意杀人犯罪是否判处死刑，不仅要看是否造成了被害人死亡结果，还要综合考虑案件的全部情况。对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪，适用死刑一定要十分慎重，应当与发生在社会上的严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪案件有所区别。对于被害人一方有明显过错或对矛盾激化负有直接责任，或者被告人有法定从轻处罚情节的，一般不应判处死刑立即执行。”对于因民间矛盾引发的故意杀人案件，一般双方均存在一定程度过错，有着长期积淀的纠葛，为了维护农村稳定，该纪要具有一般合理性。但是，司法实践中越来越将此规定视为一种普适性的准则，对于被害人对矛盾引起明显没有过错的情形，也适用此规定，起到的司法效果便适得其反。

问题暴露最为明显的莫过于众所周知的李昌奎案，云南省高级人民法院刑四庭负责人赵林认为，根据相关的刑事政策，对民间纠纷产生的一时激愤杀人，对象明确，一般要慎用死刑，这与药家鑫案针对社会上的陌生人是有不同的。^㉑对此，需要反思的是，不予限定地运用“民间矛盾”为个案中的死刑限制做背书真的合适吗？将孤立的、无干被害人过错的“民间矛盾”作为从轻依据，进而形成针对“熟人社会”的故意杀人与针对陌生人的明显反差，也是使民众产生“赛家鑫”质疑的主要原因。就此看来，这一因素的冒然适用可能挑战公众对公正司法的内心期待。并且，这并非个案，这种审判思维也明显体现在了《刑事审判参考》所刊载的张栓厚故意杀人案、^㉒张杰故意杀人案、^㉓李飞故意杀人案^㉔当中。这些案件的共同点是：被告人积极主动挑起了矛盾，被害人只是被动参与，本身没有过错。^㉕将这种为了实现农村维稳而作出的“民间矛盾”解释运用到具体案件中，如果缺乏细致的说理，极易给公众造成的印象是：乡村发生的命案不如其他命案中的被害人生命值得保护。由此反而容易背反解释的初

^⑳ 前引①。

^㉑ 参见《新闻1+1：李昌奎案：情与法罪与罚》，搜狐网。<http://tv.sohu.com/20110909/n318898758.shtml>，2018年4月3日访问。补充说明，云南高院之所以申明这样的刑事政策，一则这确实是其判处李昌奎案死缓的重要依据之一，二则为了回应社会公众对“赛家鑫”的质疑。

^㉒ 参见最高人民法院刑事审判一、二、三、四、五庭编：《刑事审判参考》第41号。

^㉓ 参见最高人民法院刑事审判一、二、三、四、五庭编：《刑事审判参考》第42号。

^㉔ 参见最高人民法院刑事审判一、二、三、四、五庭编：《刑事审判参考》第737号；最高人民法院第12号指导案例。

^㉕ 需要说明的是，本人并非否定此类案件中的死刑限制，而是不主张以“民间矛盾”作为限制事由，应当转寻其他方面的从轻减轻依据。



衷，不利于稳定局面的实现。^{③④}因此，在借鉴枫桥经验的有益理念时，要注重个案适用效果的具体合（情）理性，而非泛泛而论。

总结上述，在挖掘枫桥经验对当下刑事司法的有益经验时，应保持其理念的开放性以及与时俱进的姿态，完全可以将其中蕴含的“合情理”用于刑事个案的检测。

三、构罪评价中情理作用的三层模式

以上主要论述了枫桥模式中的情理司法经验，属于一种宏观的理念介绍和法理论证，如何具体实现这种情理作用，就需要结合犯罪构成体系本身。

（一）“人本法益”及其指导下的构成要件实质解释

在概念和体系的构建上，刑法教义学不仅需要形式上的法学逻辑，还需要从保护法益推导出的实体逻辑，这种实体逻辑包含了从价值秩序引申出的实体裁判理由，该理由从正义以及刑事政策合目的性的角度来看，应当是正确的或者至少是有理的（vertretbar）。^{③⑤}也就是说，对刑法保护法益的认识很大程度上决定着刑事正义的实现。现实中不断出现的、引发舆论质疑的刑事案件，“生动地反映了我国当前司法实践中形式主义的司法逻辑，并由此而与社会公众的常识形成深刻的对峙。”^{③⑥}因此，在形式逻辑之外，通过刑法特定罪名的保护法益，实现合目的的解释，对克服用刑机械化、实现刑事裁判与情理的对接，就显得格外重要。

枫桥经验的核心思想在于其人本主义，始终围绕“人”做文章，^{③⑦}这也是“情理”的应有之意。^{③⑧}这对于在刑事司法中、在刑法规范目的的认识上，贯彻人本型法益观，具有一定的启示意义。通过对这些引发公众热议的案件进行类型化总结，可以发现，很多案件的共同症结是，在刑法规范的具体适用上没有以这种人本型法益指导构成要件的解释，从而导致了刑法适用的扩张。

如在【案例一】赵春华非法持有枪支案中，传统理论认为本罪的侵犯客体是社会的公共安全和国家对枪支的管理制度，^{③⑨}但是这两种客体并非在任何情况下都是能够统一的，即有可能出现这种情形：所持枪支违反了前置法的枪支管理规定，但对公众安全却是没有实际威胁的。^{④①}本案便属于这种情形。类似的还有新近报道的网购火柴

^{③④} 孙万怀、崔志伟：《故意杀人案中认定“民间矛盾”的规范性事实》，载《净月学刊》2017年第4期。

^{③⑤} 前引②，§6，S.42。

^{③⑥} 陈兴良：《刑法教义学的逻辑方法：形式逻辑与实体逻辑》，载《政法论坛》2017年第5期。

^{③⑦} 金伯中：《论“枫桥经验”的时代特征和人本思想》，载《公安学刊》2004年第5期。

^{③⑧} 参见肖群忠：《中庸之道与情理精神》，载《齐鲁学刊》2004年第6期。

^{③⑨} 高铭喧、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2014年版，第349页。

^{④①} 需要说明的是，即便将本罪理解为抽象危险犯，也并非完全不需要认定危险的存在与否，当能够从反面论证说明不存在危害可能时，应当否定抽象危险的存在。

枪被入罪等等^④。这些案件背后共同的逻辑就是，因为所涉“枪支”符合了公安部门关于枪支的认定标准，就符合构成要件该当，又没有明显的阻却犯罪事由，顺理成章便是犯罪。本案一审中，法院认为赵春华违反国家枪支管理制度，非法持有枪支且情节严重，成立犯罪；二审法院在维持这种基本定性的基础上，根据行为人的主观目的等因素从宽适用缓刑。^⑤但是，“这一判决结果，仍然是难以令人满意的。”^⑥因为，二审虽然一定程度上回应了公众的质疑，但仍未解决一个关键的、具有普遍适用性的问题：是否违反了枪支管理制度皆应成立犯罪？答案显然是否定的。

“公众对枪支的常识是有一定程度的哪怕是极其轻微的杀伤力。”^⑦在个案审理中，脱离了“公共安全”这个核心标准，反而硬性地以是否违反枪支管理制度为终极指标，是造成赵春华案合法却不合情的关键。在涉及非法持有枪支的规制上，枪支管理制度明显属于行政管理制度的—种，单纯违反该制度的行为显然只能列入行政规制之列；作为保障法的刑法，理应有着与前置法不同的规范保护目的。行政性法律偏重于维护秩序的有效性和制度的严肃性，虽然这种枪支管理法律法规最终目的也在于维护公共安全，才设定了如此低度的枪支认定标准，但是这种目的更近似于一种立法初衷、立法愿景或者“假定前提”，标准一旦厘定，就不可违反，在具体案件中，只要违反了相关规定，均系违法，不再与对公共安全的实际威胁与否挂钩。这正是出于权益保护的周全性、确定性以及提前性考虑，“通过严格地控制枪支的流转与分布，而将枪支威胁社会治安的危险扼杀在萌芽状态”。^⑧但在刑法中，则不宜过度强调这种预防功能，而应在此之外实际判断对公共安全的危害，否则刑法便失去了其独立性，沦为前置法的纯粹的情节或结果加重犯。因此，所谓的枪支管理制度理应是前置法的规范保护目的，而刑法的规范目的在于切实维护公众的人身安全，如果正向或反向^⑨否定了这种危害存在，便不应认定为犯罪。

相同的问题也出现在【案例二】王力军无证收购玉米案当中。二审法院认为，王力军无证收购玉米的行为违反了当时的国家粮食流通管理有关规定，但尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度，不具备与非法经营罪相当的社会危害性和刑事处罚的必要

^④ 《男子150元网购玩具火柴枪因非法买卖枪支获刑2年》，中华网，<http://news.china.com/social/gd/10000169/20180326/32228635.html>，2018年4月1日访问。

^⑤ 参见天津市河北区人民法院刑事判决书（2016）津0105刑初442号；天津市第一中级人民法院刑事判决书（2017）津01刑终41号。

^⑥ 前引^⑤。

^⑦ 刘艳红：《“司法无良知”抑或“刑法无底线”？——以“摆摊打气球案”入刑为视角的分析》，载《东南大学学报（哲学社会科学版）》2017年第1期。

^⑧ 前引^①。

^⑨ 如果将本罪理解为具体危险犯，就需要正向证明存在个案中的具体危险；如果理解为抽象危险犯，被告人如有证据证明或者一般人能够明显发现不存在侵害公共安全的实际可能，也不能认定为犯罪。



性，不构成非法经营罪。^{④7}这种无罪改判结果固然回应了公众的正义感和法感情，问题是，进一步深究会发现其中的思维逻辑是：无证收购玉米行为扰乱了市场秩序但未达严重的程度。但是，严重与否如何判断呢，是根据涉案数额呢还是所涉地域大小、对象多少呢？如果王力军收购的辐射面大到一定程度，是否仍会有入罪的可能呢？其实，在普通公众看来，该案不应入罪的朴素情理依据在于该行为有益无害，而非所谓的扰乱秩序。即，将这种“无害”的、即便违反秩序的行为入罪化，不论涉案数额多么巨大，都是与民众共识相悖的。由此可见，判定此类行为是否成立非法经营罪的重心应该在于是否“有害”，而不在于“严重扰乱市场秩序”，在解释这种罪刑条款时，不宜以是否违反国家有关管理秩序或制度为排他性标准。“即使认为王力军的行为侵害了粮食收购秩序这一公益法益，也需要进一步判断，这种法益能否还原为个人法益”，^{④8}即个体或集体的人身、财产权益。如果结果表明没有这种侵犯的实际可能，即便违反了前置法规定，也不属于刑法规制之列。

由此可见，以上两案裁判结果的失当均由于对特定罪名保护法益的误读。在此类违反秩序型犯罪中，刑法的规范目的绝不应止于秩序维护，而是保护秩序背后的与个人相关的具体权益。如果某一罪名意在保护一种与个人法益无必然关联的抽象性法益，势必会造成刑法保护内容上的空洞化，在具体适用中也难免会出现与民众认知的割裂、难以经得起情理的质疑。因为，除了对行政命令的违反之外，民众从中看不到任何危害性的事实依据。这就要求，在刑事司法中，对保护法益的认识不宜脱离“人本”要求，尤其是在秩序或制度与个人权益能够分离开来的时候。无论在刑事立法过程中，还是司法运作上，刑法的目的均在于保护个人权益，而非维护一种前置法意义上的行政管理秩序，单纯触犯前置法而对个人权益没有形成威胁的行为，应当通过目的性限缩解释排除构成要件该当。

这种“以人为本”的法益观也可以运用到其他违反秩序型犯罪。在【案例三】朱某伪造居民身份证一案中，被告人因遗失居民身份证，为了能在补办新证的空档期证明自己身份，提供了本人照片和身份证复印件给制假不法分子，并出资让不法分子为其伪造了与其身份证资料相符的假居民身份证1张。二审法院认为，朱某雇佣他人伪造居民身份证中的信息与其真实身份信息相符，不存在因使用该证实施违法行为后无法查找到违法人的可能，其行为虽然违法，但未对社会造成严重危害，属于情节显著轻微危害不大，不能认定是犯罪。^{④9}传统理论认为，本罪侵犯的客体是国家对居民身

^{④7} 《王力军收购玉米被判非法经营罪一案再审改判无罪》，中华人民共和国最高人民法院，<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-36262.html>，2018年3月1日访问。

^{④8} 张明楷：《避免将行政违法认定为刑事犯罪：理念、方法与路径》，载《中国法学》2017年第4期。

^{④9} 朱某伪造居民身份证罪二审刑事裁定书，（2014）穗中法刑一终字第290号。

份证的管理制度，^{⑤0}诚然，国家设立身份证管理制度在于维护公民的合法权益，但是反映到个案中，并非每个侵犯这种管理制度的行为均会对他人具体权益造成威胁，本案就是适例。如果进一步分析，会发现，本案的裁判思路正是以“他人社会生活的安全”作为认定犯罪的核心，是践行人本型法益观的案例典范。

通过以上三则案例的正反对比可以发现，在刑法规范的具体适用上，如果脱离人本法益的指导，便容易导致构成要件适用范围的扩张，以致出现刑法与前置法的过度重叠，以刑法处罚违反行政命令的行为，通常会背离公众的法感情和情理；相反，以人本法益为指导，则会实现构成要件的规范化限缩，排除单纯违反秩序的行为，有助于缓和法理与情理间的关系危机。

（二）公众认可与二元性违法评价中的“社会相当”

枫桥经验在司法方面非常注重审判的群众基础，^{⑤1}这势必会要求从整体上评估失范行为的民众反应度与裁判结果的可接受度。这显然不应仅限于民事领域，在刑事领域也有其存在的法理基础。刑法规范并非脱离民众生活的独立存在，而是对能够从道义上加以非难的行为类型的抽象和总结，这就意味着历史习惯、社会风俗等对刑法规范的形成乃至适用至关重要。这就是 Welzel 所主张的，处于共同体生活的历史形成之社会道德秩序之内的行为，都是社会相当的行为。^{⑤2}对此理论，否定者有之肯定者也有之，在肯定论中，对于其体系定位也存在争论。在笔者看来，德国学者所举的诸如正常的交通驾驶、医疗实验等能够完全取得国民认可的行为类型，是完全具备社会相当的，明显能够阻却构成要件该当；但现实中，一眼就能看出处于社会相当的情形毕竟属于极端个例，对于难以认定完全符合社会相当、僭越程度却又不明显的情形，则应当归入违法性评价之列，即影响违法的程度。在日本刑法理论中，对违法性程度（可罚的违法性）的评价便受到脱离社会相当（行为无价值）以及威胁法益（结果无价值）两个维度的共同影响。^{⑤3}因此，公众认可度可以成为评估违法性大小的因素之一。^{⑤4}

这在【案例四】非遗传承人非法制造爆炸物案当中体现非常明显。^{⑤5}按照认定犯罪的三阶层逻辑，首先需要审查的是构成要件该当，这里牵扯烟花是否属于“爆炸物”的问题。2012年“两高”联合公安部、国家安监总局出台的《关于依法加强对涉嫌犯罪的非法生产经营烟花爆竹行为刑事责任追究的通知》指出，非法生产、经营烟花爆竹及相关行为可能涉嫌非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸物罪、生产、销售伪

^{⑤0} 前引③9，第527页。

^{⑤1} 参见马新岚：《弘扬“枫桥经验”坚持司法为民》，载《人民法院报》2013年11月13日。

^{⑤2} 转引自陈璇：《社会相当性理论的源流、概念和基础》，载《刑事法评论》第27卷。

^{⑤3} 参见甘添贵：《可罚的违法性之理论（上）》，载《军法专刊》第38卷第6期。

^{⑤4} 这并非赞同民意审判，而是尊重为社会共同体所共同接受的有关正义、公平等方面的主流价值。

^{⑤5} 《古火烟花非遗传承人为何会因制作古火烟花获刑？》，南方周末，<http://www.infzm.com/content/125734>，2018年3月12日访问。



劣产品或不符合安全标准产品罪或者非法经营罪，其中构成非法制造、买卖、运输、邮寄、储存爆炸物罪需要行为涉及非法制造、买卖、运输、邮寄、储存黑火药、烟火药。通过对该通知的体系化解读可以得出，这里的“涉及……黑火药、烟火药”应当是指作为一种制作原料意义上的火药，而非烟花爆竹里内含的火药，否则，所有涉及非法生产经营烟花爆竹的行为均会构成非法制造、买卖、运输、储存爆炸物罪，就完全不需要交代涉嫌非法经营等罪。因此，对本案中行为人的本罪认定就需要以其是否参与火药的制造、买卖、运输等为依据，如果其并未参与火药的制作过程而仅是用现成的火药制造烟花，则不应成立非法制造爆炸物罪。但由于火药是制造烟花的必要材料，其仍会涉嫌非法买卖、运输、邮寄、储存爆炸物罪，并且对周边居民安全的抽象危险也是存在的，由此符合构成要件该当。但在违法性的评价上，就不仅是“有无”的问题，还是“多少”的问题，其中，客观呈现的法益侵害大小自然是关键因素，但也不能忽视行为本身对法规范、社会秩序的背反程度，即应当引入社会相当的评价。

在本案中，只有综合评价二元性违法才能真正实现罪责刑的适应。本案之所以引起舆论的广泛关注和质疑，是因为，在公众认知中，为当地政府长期认可且形成一种民俗文化的行为不应成为犯罪，可见这种质疑是就行为本身的负价值展开的。社会相当与否是以国民认可或者说公众姿态为认定标准的，^{⑤6}如果某种行为，能够一定程度为公众接受甚至都已习以为常，脱逸社会相当就不明显，行为本身的负价值就相应降低。“古火”既已成为一种民间风俗，说明是长期为人们所接受的，这种制造、经营行为不能与未经批准私自制造烟花爆竹的地下作坊相提并论。再加上，行为人制造烟花的动机是传承文化遗产，并非用于不当营利，对法规范也没有明显的敌对心理，可责难性降低。在这种违法、责任均明显较低的情况下，完全可以借用但书的“情节显著轻微危害不大”而出罪。

同样，在王力军案中，即便仍坚持传统的秩序型法益立场，也可以在既有框架下实现出罪。因为，收购粮食在普通民众看来是非常正常的，即便国家层面没有完全放开，无证经营的行为对社会相当的僭越也是非常微小的，加上行为人主观目的在于促进粮食流通、并不具备扰乱市场秩序的主观明知，也完全可以运用但书规定出罪。结合这种主客观方面的分析说理，相较单纯的“尚未达到严重扰乱市场秩序的危害程度”更有说服力。并且，司法实践中，已有案件在“情节显著轻微”的认定中加入这种社会相当评价。如在鲍某等人非法运输珍贵野生动物案中，二审法院便考虑了行为客观上系传统民间艺术这一因素。^{⑤7}

^{⑤6} 参见于改之：《我国当前刑事立法中的犯罪化与非犯罪化——严重脱逸社会相当性理论之提倡》，载《法学家》2007年第4期。

^{⑤7} 参见黑龙江省林区中级人民法院刑事判决书，（2014）黑林刑终字第40号。

因此，在违法性的评价中，应当更加开放，不仅应当容纳超法规的违法阻却事由，还应考虑虽不能完全阻却违法但能影响违法程度的因素，尤其应当积极回应社会通念、公众认可，如果某一行为已经取得了广泛的公众认可，则需要借此适当降低甚至取消违法性的评价。

（三）功能责任论中的实质可责性与预防性因素的引入

责任实际上是建立在不尊重被保护的法益基础之上的，^{⑤⑧}并且责任与不法一样都是一种能够量化的概念，^{⑤⑨}也就是说责任要素既可能影响责任的有无也可能影响责任的程度。对于责任的认识经历了从心理责任论向规范责任论的嬗变，不再一味强调以心理事实作为责任要素，而是进行对行为人态度的一种规范评价。并且，不仅不再对故意、过失进行纯事实上的理解，而且在此之外发展出违法性认识、期待可能性等责任评价要素。罗克辛则在此基础上进一步发展出答责性（Verantwortlichkeits）概念，将传统的规范性责任定义为罪责，前者在后者之外增加了刑事政策预防性的考虑。^{⑥⑩}这样，最终的答责与否就取决于两个因素：罪责和预防需要。罪责仅是决定刑事答责性的因素之一，在具有相同罪责程度的情况下，有关预防的观点也决定着需罚性。^{⑥⑪}不过，这种预防的必要性只能在罪责的限度内发挥作用，即如果没有预防（包括一般预防和特殊预防）的必要性，可以减轻甚至免除刑罚，但不能以预防需要性大为由突破罪责的上限。由此，预防性也成为影响责任程度的因素。

在笔者看来，在我国当下刑事司法实践当中，基本还是奉行着心理责任论，即只要具有主观上的可预见性就追究故意或者过失责任，几乎没有违法性认识以及期待可能性的作用空间。相较期待可能性，违法性认识问题在现实中更为普遍，尤其伴随着法定犯的扩容。在自然犯占主导的过去，人们通过行为本身便能认知到该行为是被法秩序所否定的，不知法不免责具有其合理性；但在当下社会，法律规范错综复杂、不断推陈出新，刑法中越来越多的罪名罪状需要援引前置法，诸如枪支的认定标准、边缘化物种的受保护范围，^{⑥⑫}法律行业人士都难以做到一一尽知，要求普通公众有知法的义务近乎苛刻，“绝对的知法推定已然难以彰显刑法的正义与公平”，^{⑥⑬}这就需要承认违法性认识在责任评价中的合理性。

^{⑤⑧} 前引②，§ 38, S.422.

^{⑤⑨} 前引②，§ 39, S.426.

^{⑥⑩} Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, C.H.Beck, 2006, § 19, Rn.1-14.

^{⑥⑪} [德]克劳斯·罗克辛：《刑事政策与刑法体系》，蔡桂生译，中国人民大学出版社2011年版，第42页~43页。

^{⑥⑫} 边缘化物种是就明显受保护物种（如大熊猫、中华鲟等）而言的，如麻雀、癞蛤蟆、兰草等等，对于这类物种的受国家保护性，需要一段时间持续的普法，针对其实施的猎捕、采摘行为的违法性认识也需要一个过程，刚开始很多人实际上对这些行为的违法性没有认识。

^{⑥⑬} 屈学武：《中国刑法上的免责机制反思——从违法性认识错误切入》，载《法治研究》2018年第1期。



以【案例五】卢氏农民采摘兰草案为例，依照普通民众的正义直觉，“‘野草’应该不属于像老虎一样具有突出的保护特征，也没设立明显的保护标志，农民不是专家，不具有识别能力，根本不具有主观犯意。”甚至检察机关人员也表示“公民如果法律意识淡薄，一不小心就可能构成犯罪。”⁶⁴“一不小心就构成犯罪”显然不应是法治社会的应有之意。在此类案件中，除了说明行为人主观上知道所采集的野草系兰草（事实认识）外，还需要说明行为人是否知道兰草系国家重点保护植物（违法性认识），如果没有这种违法性认识，那么需要进一步考虑这种禁止错误是否可以避免。如果禁止错误无法避免，即行为人无从得知兰草系重点保护对象，便不应予以刑事归责；如果错误认识可以避免，也要根据具体情形考虑是否从轻减轻处罚。由此可见，承认违法性认识的合理性也是回应公众认知和所在社会有关正义的主流价值。我国刑事司法实践依然是坚持封闭性的刑法教义学立场，局限于对现有规定的适用而对法律明文规定之外的、合乎公众认可的情理因素置之不顾。我国刑法虽未像德国刑法那样，规定禁止错误阻却或者减轻罪责的情形，但所谓“人同此情情同此理”，我们应当坚持开放性的刑法教义学立场，积极回应民众关切。

除此之外，刑法教义学也应回应刑事政策的预防性考量，其实这在我国刑事司法解释中已有所体现，只不过未上升为一种教义学知识。例如，“最高法”《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》规定，对于偶尔盗窃、抢夺、诈骗，数额刚达到较大的标准，案发后能如实交代并积极退赃的，可以认定为情节显著轻微，不作为犯罪处理。其中“偶尔”的要求，便是基于再犯可能性（特殊预防）小的考虑。其实，在我国刑法现有规定下也能提供相关依据。但书规定中的“情节”显然可以包含影响预防性因素的情节事实。尤其是侵财类犯罪中，不等于只要达到相关数额标准就一律入罪，还需考虑数额之外的情形，如行为是否发生在亲属之间（社会相当性）或者行为人是否有积极退赃赔偿的行为（影响再犯可能性评估），如果行为人系偶犯且能够在公安机关介入前积极退赃，可以视具体情形结合“情节显著轻微危害不大”的规定而出罪。

通过以上三个阶层的依次审视，可以发现，构成要件的实质化、违法性衡量的开放化以及功能责任论中责任要素的多元化，很大程度上能够在保障一般正义的前提下实现个案正义，更有利于实际问题的合理解决，弥补刑事裁判与情理间的分歧，进而增强裁判的可接受度。

⁶⁴ 《河南农民采三株“野草”获刑：并非个案，当事人受到极大震动》，参考消息，http://www.cankaoniaoxi.com/china/20170421/1913964.shtml?sg_news，2018年4月1日访问。

四、由“铺陈以情”转向“以理说法”：刑事裁判说理的应有姿态

历史上，于成龙判冯婉姑案，由于判词体现的理念之先进、情感之盎然，而成为广为颂扬的经典。钱冯二人的情真意切、冯汝棠的贪婪、吕豹变的逼婚、冯婉姑的持刀相向，唯一能进入刑事评价视野的是最后者，但在于成龙的判词中以浓烈的“情理”气息对此化解，“吕豹变刁滑纨绔，市井淫徒，破人骨肉，败人伉俪，其情可诛，其罪难赦，应予杖责，傲彼冥顽。”整个判词，没有动用一条一款律例。有学者赞誉，“敢于依照大众情理，敢于依据男女双方的情感和意愿，作出合乎民情民心的判决。”^⑤但如果放置今天，刨除结论本身的法律正确性不论，单从说理上讲，此判决便是一种“缺憾”。裁判说理固然通俗为好，但更不能缺失的是其法律属性。“情理”本身的作用在于，在案件审理过程中，形成对罪刑规范适用上的妥当性指引，进而形成一种内心确认，而其本身并不直接适用于案件判断。刑事裁判的说理还应由“情理”返诸“法理”，由以“情理”作为“内心凭借”转为以“法理”作为“外在彰显”。冯婉姑案拿到今天，与于欢案一样，重点说明的应该是不法侵害的情形以及反击的防卫属性。

其实，古人已经认识到，“诸立议者皆当引律令经传，不得直以情言，无所依准，以亏旧典也。”^⑥即，司法者虽然可以以“情理”为指引“发现”法律，但在判决中还是要以律文为基准，不宜只陈述情理理由。在我国当下司法中，有些案件得到了“情理”的指引，但在说理上，法理运用的准确、充分程度仍有待提升。

如在【案例六】陆勇非法代购抗癌药案中，^⑦释法说理书认为，陆勇的行为虽然在一定程度上触及到了国家对药品的管理秩序，但行为对这方面的实际危害程度，相对于白血病群体的生命权和健康权来讲，是难以相提并论的。如果不顾及后者而片面地将陆勇在主观上、客观上都惠及白血病患者行为认定为犯罪，显然有悖于司法为民的价值观。^⑧其实这种说理方式还是完全基于“情理”的表达，即不应将惠及他人的行为解释为犯罪，但是这明显欠缺说理上的法律属性，更没有因此形成有效的教义学规则。在行为评价上，不应将手段本身的合理性与结果合理性混为一谈，难道主观指向和客观后果均是有益于民众的，手段本身就一定是合法的吗？如果将违反药品管理秩序认定为生产、销售假药罪实质不法的依据，结果本身的价值恐怕难以抵消行为本身的负价值。否则，劫富济贫、倒卖盗版书籍的行为均是“有利于”普通民众的，

^⑤ 范忠信：《于成龙断冯婉姑抗婚案》，载《中国审判》2006年第11期。

^⑥ 高潮、马建石主编：《历代刑法志注译》，吉林人民出版社1994年版，第121页。

^⑦ 严格来说，本案属于检察院撤诉案件，不属于刑事裁判，本文之所以选取本案说明，其一是因为本案具有很好的代表性和说服力；其二，司法系统的办案思维其实具有很大程度的相似性，这种说理模式一定程度上也折射出法院裁判说理的现状。

^⑧ 阮占江：《检察机关详解陆勇案撤诉缘由》，载《法制日报》2015年2月28日。



但丝毫不影响对抢劫、销售侵权复制品行为的定性。因此，对于本案的说理，还应回归到刑法教义学知识上来。检察机关将陆勇的行为界定为“购买”，巧妙规避了罪状规定的“销售”，但如果再出现类似的情形，只是行为人从中赚取了一部分利差，该如何应对呢。⁶⁹显然，这种裁判说理模式只能是就事论事，难以为此罪名的规范化适用提供有价值的参考。

《刑法》对生产、销售假药罪的罪状设置采取的是典型的行为犯模式，并且规定“假药”是指依照《药品管理法》的规定属于假药和按假药处理的药品、非药品。陆勇案中的抗癌药未经过相关部门检验、批准，按照前置法属于假药无疑，因此，便完全符合了此罪的形式定义。如果认为本罪侵犯的法益就是药品管理秩序，那么只要涉案药品未经批准，就违反了前置法的行政性药品管制，进而就必然触犯了这种管理秩序即违反刑法，如此，“两法”之间便缺失了一定的缓冲地带，势必会导致“两法”的重叠，再出现类似案件，依然会导致司法机关陷入尴尬局面，“情法”矛盾依然难以调和。⁷⁰刑法与行政法的立法初衷与期待的实际效果并不相同，刑法总归以保护某种法益为价值导向，而行政法力图确认的是一种管理秩序。由此，决定了刑法规范在适用中不得不考虑某种实质正当性的根据，而行政法则注重形式上法规的不可违反。因此，在刑法解释上，“假药”的判断重点不在于是否未经批准，而在于是否对人体有害（保健型药品）或者对疾病具有实际的疗效（医疗型药品），诸如本案中的抗癌药等具有真实疗效的药品不能视为刑法上的“假药”，正是一种“情理”期待。即对于假药的认定应当以人为中心，而非以秩序或制度为中心。在本罪的司法适用中，只有对其规范目的有着准确的认知，才能从根本上解决情法难调以及说理模糊的问题。

结语

鉴于传统教义学体系的封闭性以及缺乏对公正、正义等这种法律核心价值的充分

⁶⁹ 现实中，蔡某销售假药案与陆勇案十分相似。被告人蔡某为赚取差价，通过QQ与一名自称为印度人的男子取得联系，以每瓶500元~1500元不等的价格多次购进sofosbuvir（中文名索非布韦）和daclatasvir（中文名为达卡他韦）等用于治疗丙肝的药品，再以700元~1700元不等的价格将上述药物销售给王某、杨某、张某等十余名丙肝患者，有证据证明药品疗效良好。法院认为，从药品数量及销售款项上来说，已超出“少量”的范畴，应按销售假药罪追究被告人的刑事责任。蔡某生产、销售假药一审刑事判决书，（2017）豫0482刑初229号。但是，依照陆勇案的说理逻辑，对蔡某的犯罪认定明显同样有悖司法为民的价值观。可见，陆勇案的说理模式并未起到“指引性”的作用。

⁷⁰ 陆勇案之后，2014年11月“两高”《关于办理危害药品安全刑事案件适用法律若干问题的解释》第11条明确规定，销售少量根据民间传统配方私自加工的药品，或者销售少量未经批准进口的国外、境外药品，没有造成他人伤害后果或者延误诊治，情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。但是这种规定也是治标不治本的，一是“少量”难以界定，再者，按照这种逻辑，如果出现第二个陆勇案，所售药品数量较大，就依然以犯罪论处，仍然无法规避这种严重的情法矛盾。可见，唯数字论无法彻底解决处罚的合理性问题。

回应，罗克辛主张将刑事政策的目的设定转化到法律效力的框架之内。^⑦即更加注重合目的性。在康德哲学话语中，目的意指在一事物的概念（本质）中包含着它自己的内在可能性的根据。^⑧罗克辛据此构建了以刑事政策为基础的教义学体系，主张刑法上的不法，要从刑法的任务中导引出来；相反，罪责这一体系性的范畴，则要从具体的处罚目标中推导出来。^⑨其中，刑法的任务在于保护法益，因此，不法的根据在于创造对于受刑法保护的法益而言不被容许的风险；刑罚的目标在于预防犯罪，由此将预防性因素植入责任评价当中。两者的出发点均是合目的性。由此，教义学向刑事政策完全敞开，使前者能够回应后者刑事处罚必要性、合目的性的考量。至此，刑法教义学不再是僵硬的教条，而是以能够恰当解决具体问题为依归的，也不再满足于一般正义的实现，而是更加关注个案正义实现与否。

对于刑事司法实践中的情法冲突，正是教义学知识封闭性以及适用刑法机械性的体现，应当引起实务界乃至学界的足够重视。刑事裁判之所以令人难以接受，在于挑战了所在社会的法感情即情理，而一旦发生这种抵牾，民众会毫不犹豫地站在情理一边，甚至质疑司法公正。这些引发争议的热点案件绝非出自偶然，而是有其深层次的刑法适用方法论背景，即较为普遍的用刑机械化。变动中的枫桥经验可以为此提供一些“本土化”启发，诸如刑法保护法益的人本化、公众认可对违法性“量”的消抵以及民众反应强烈的违法性认知，均是一种情理呼唤。这种情理本身的功用主要在于检视刑事裁判正当、合理与否，如果按照既定的法律条文和逻辑规则推导出的处罚结论与情理难符，就需要返诸大前提本身，反复寻觅出罪或者降罚的契机。但在说理上，就不宜铺陈以情，或者简单以“情节显著轻微危害不大”代替，而应借助刑法教义学的体系化以及与“以惩治犯罪的必要性、合目的性为归依的刑事政策”的贯通性，^⑩进行相应的说理论证。

（责任编辑：郝晓越）

⑦ 前引⑥，第49页。

⑧ 张贤根：《论康德的合目的性原理》，载《学术论坛》2001年第1期。

⑨ 前引⑥，第70页。

⑩ 陈兴良：《刑法教义学与刑事政策的关系：从李斯特鸿沟到罗克辛贯通》，载《中外法学》2013年第5期。



“枫桥经验”在刑事司法审判中的适用研究

——以 xz 市法院轻伤害案件审判为蓝本

何秀娟 秦瑞东 薛传耀*

内容摘要 “枫桥经验”是我国基层社会综合治理的成功经验和典型，其具有多维的理论内涵。笔者认为，在刑事司法视角下，“枫桥经验”是中国基层社会不断对刑事政策理论的具体实践，与我国刑事政策理论具有内在统一性，“枫桥经验”也一直被适用于刑事司法实践中。本文中，笔者将阐述刑事司法视角下“枫桥经验”的理论内涵，论述“枫桥经验”适用于刑事司法审判中的路径选择，并以 xz 市法院轻伤害案件审判为蓝本，提出“枫桥经验”指导下的轻伤害案件刑事审判建议。

关键词 刑事司法视角 枫桥经验 轻伤害案件

中图分类号：DF82 **文献标识码**：A **文章编号**：1674-3156(2018)04-032-040

一、刑事司法视角下“枫桥经验”理论内涵

1963年2月，中共中央决定在全国农村开展社会主义教育运动，经毛泽东批示，公安部主持起草了《诸暨县枫桥镇社会主义教育运动中开展对敌斗争的经验》，即“枫桥经验”，其主要内容是：坚持少捕人，矛盾不上交，依靠群众，以说理斗争的形式把地主、富农、反革命分子、坏分子改造成为新人。^①1964年也成为新中国建立以来捕人、杀人最少，治安情况最好的一年。^②70年代中期，因为“文化大革命”带来

* 何秀娟，江苏省徐州市中级人民法院法官助理；秦瑞东，最高人民检察院公诉二厅检察官助理；薛传耀，江苏省徐州市云龙区人民法院审判员。

本文获第十三届中国法学青年论坛“新枫桥经验与社会治理创新”主题征文活动一等奖。

① 杨张乔、王羽中：《枫桥经验：中国乡镇犯罪预防与矫治的社区模式》，载《社会科学》2004年第8期。

② 石小忠：《公安群众工作需统筹“五大关系”解决“五大问题”》，载《公安学刊》2013年第4期。

的影响，青少年违法犯罪行为在当时成为严重的社会问题。面对这种问题，枫桥镇的干部和群众逐渐形成就地改造、教育流窜犯的做法，并在此基础上，积累和传授强调发挥人本思想的教育、感化、挽救的“枫桥经验”，旨在帮教失足青少年和一般违法犯罪人员，对于这类违法犯罪人员，立足于教育改造，让其重返社会。1985年11月，浙江省公安厅在诸暨县召开违法人员排查管理现场会，总结了枫桥镇前五年把预防、打击犯罪同教育、挽救违法行为人员结合起来的经验。^③2013年10月11日，习近平总书记纪念毛泽东同志批示“枫桥经验”50周年大会上就坚持和发展“枫桥经验”作出重要指示，充分肯定了“枫桥经验”的历史贡献和时代内涵，并强调当前适用“枫桥经验”应适应时代要求，创新群众工作方法，善于用法治思维和法治方式解决涉及群众切身利益的矛盾和问题，应根据形势变化不断赋予新的内涵，让“枫桥经验”成为全国政法综治战线的一面旗帜。

从我国50多年的社会发展变革中，“枫桥经验”早已摆脱了阶级斗争的色彩，其原初的精神内核得到了传承，并被不断丰富与发展。“枫桥经验”创立、发展和成熟的进程也正是我国刑事政策理论运用于实践、指导实践的写照，“枫桥经验”是中国基层社会对刑事政策理论的具体实践，为中国特色的刑事政策理论提供了丰富的乡土资源和实证素材。^④“枫桥经验”基本精神体现了社会主义法治理念，展现出以人为本的、全面系统的、宽严相济的刑事政策观，其提出最大限度的预防和减少犯罪、化解社会矛盾的要求、与中国和谐社会建设步调一致，具有先进性和普适性，对构建社会主义和谐社会意义重大。^⑤笔者认为，在当代刑事司法视角下的“枫桥经验”的理论内涵应是以人为本、依靠群众为核心，化解矛盾、预防犯罪为目的，教育为主，惩罚为辅为理念。

二、“枫桥经验”适用于刑事司法审判的路径选择

（一）刑诉法的任务和原则

《中华人民共和国刑事诉讼法》第2条规定，中华人民共和国刑诉法的任务，是保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争，维护社会主义法治，尊重和保障人权，保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利，保障社会主义建设事业的顺利进行。《中华人民共和国刑事诉讼法》第6条规定，人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须依靠群众，必须以事实为根据，以法律为准绳。

③ 潘金贵：《轻微刑事案件快速办理机制研究》，中国检察出版社2015年版，第122页。

④ 汪世荣：《枫桥经验：基层社会治理的实践》，法律出版社2008年版，第151页。

⑤ 朱祖洋：《“枫桥经验”指导下刑事和解的实践与制度架构》，载《公安学刊（浙江警察学院学报）》2013年第3期。



对于一切公民,在适用法律上一律平等,在法律面前,不允许有任何特权。

“枫桥经验”的核心是以人为本、依靠群众,刑事诉讼的任务和原则对此也提出同样要求,因此,“枫桥经验”适用于刑事司法审判具有坚实理论依据和法律基础。近年来,人民群众对法治和司法的关注度逐年提高,关注主体更加多元,关注焦点更加多样,保护自身安全的诉求已经逐步上升到维护人格尊严的高度。面临新形势、新情况,刑事司法工作必须继续坚持“谦抑、审慎、宽容”的刑事司法理念,坚持尊重和保障人权原则、坚持走群众路线的优良传统。

(二) 刑事和解制度

“枫桥经验”以化解矛盾、预防犯罪为目的,其积累的中国社会基层和解经验,是我国刑事和解制度探索的一个缩影,并成为刑事和解制度成功的典范之一。虽然“枫桥经验”并不是刑事和解的历史渊源,但是“枫桥经验”中的刑事和解是从基层社会现实需要中来设计要求的,是从维护社会和谐稳定的整体格局中逐步总结提炼出来的,经过实践的检验,并在实践中不断创新完善。^⑥就构建社会主义和谐社会的宏观战略而言,“枫桥经验”内含的化解矛盾、预防犯罪目的,也与我国政法机关工作的重点目标一致,即“化解社会矛盾”。^⑦2013年1月1日修改实施的《中华人民共和国刑事诉讼法》在第5编第227条至279条规定了刑事和解的制度。刑事和解,又称当事人和解的公诉案件诉讼程序,是指在刑事诉讼运行过程中,加害人(犯罪嫌疑人、被告人)与被害人及亲属以认罪、赔偿、道歉等方式达成谅解与协议以后,国家专门机关不再追究加害人刑事责任或者对其从轻处罚的一种案件处理方式。

刑事和解为加害人、被害人以及办理案件的司法机关带来利益,从而在实践中获得强大的生命力。一方面,刑事和解以被害人的利益保护为核心,对被害人、加害人及公共利益的全面保护为基本内涵,其目的是为了恢复被加害人破坏的社会关系,弥补被害人所受到的损害以及恢复加害人与被害人之间的和睦关系,并使加害人改过自新、回归社会。另一方面,司法机关以较小的司法资源耗费,提高了工作效率,最大限度地减少不和谐因素,使之取得良好的处理效果。

(三) 认罪认罚从宽制度

在2014年10月,党的十八届四中全会审议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“完善刑事诉讼中认罪认罚从宽制度”。7月22日,中央深改组第26次会议通过6项内容,其中包括《关于认罪认罚从宽制度改革试点方案》;9月3日,全国人大常委会审议通过了《关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》,授权在北京等18

^⑥ 前引⑤。

^⑦ 潘金贵:《轻微刑事案件快速办理机制研究》,中国检察出版社2015年版,第161页。

个城市开展试点。我国刑事司法中的认罪认罚从宽制度是建立在侦控机关指控犯罪嫌疑人、被告人有罪的基础上的一种制度延伸，它适用于任何案件性质、诉讼程序类型，广泛存在于刑事诉讼过程中。^⑧在现行法律中，认罪认罚从宽的精神在定罪、量刑、行刑等环节均有体现，例如自首、坦白、缓刑情节等。

“枫桥经验”中教育为主、惩罚为辅的理念，强调对人的思想教育和改造，让犯错者“知错必改”，帮助人性的回归，体现对生命、自由的尊重，从而实现教育人、挽救人。而认罪认罚从宽制度正是以“枫桥经验”的理念为指引，践行宽严相济刑事政策的客观要求，呈现当代司法宽容精神的实体价值。一方面，认罪认罚制度通过协商而不是对抗的手段来解决问题，有利于化解社会矛盾，有助于公正惩治犯罪，维护和谐稳定的社会秩序；另一方面，认罪认罚从宽制度的适用通过鼓励引导犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述罪行，可以防范办案人员通过刑讯逼供等非法手段获取认罪口供，迅速查明案件事实，及时惩治矫正犯罪，有效实现司法公正。

（四）非监禁罪犯的社区矫正制度

《中华人民共和国刑事诉讼法》第258条规定了社区矫正制度。最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《社区矫正实施办法》第9条规定：“司法所应当为社区矫正人员制定矫正方案，在对社区矫正人员被判处的刑罚种类、犯罪情况、悔罪表现、个性特征和生活环境等情况进行综合评估的基础上，制定有针对性的监管、教育和帮助措施。根据矫正方案的实施效果，适时予以调整。”2014年11月，司法部等六部门联合出台《关于组织社会力量参与社区矫正的意见》，首次指出要充分认识到社会力量参与社区矫正工作的重要性，进一步鼓励引导社会力量参与社区矫正。即“鼓励引导社会组织参与社区矫正工作，发挥基层群众性自治组织的作用，鼓励企事业单位参与社区矫正工作，切实加强社区矫正志愿者队伍建设以及进一步加强矫正小组建设。”^⑨

从“枫桥经验”创设之初的“帮教感化”到非监禁刑的社区矫正制度，一直体现了中国人的善意和人本关怀，社会力量参与社区矫正工作的重要性，更体现出司法智慧。社区矫正的理念使刑罚不仅是排害之器，而且成为致善之道。社区矫正制度有利于犯罪分子的改造和回归社会，更有利于实现对犯罪分子“特殊预防”的目的。

三、“枫桥经验”在刑事司法审判中的具体适用分析

笔者认为，“枫桥经验”在刑事司法审判中的适用具有必要性和普适性。随着我

^⑧ 陈卫东：《认罪认罚从宽制度研究》，载《中国法学》2016年第2期。

^⑨ 吴玉芳：《社会力量参与社区矫正的路径探索——以浙江省“关心桥驿站”共建试点为视角》，载《中国司法》2017年第8期。



国改革开放、经济发展、城乡结构变动，利益格局深刻调整，社会中人与人之间的各种矛盾交织多发，催生了各种违法犯罪活动，尤其值得注意的是，司法实践中轻微刑事案件尤其轻伤害案件数量高居不下且有继续增长势头。“枫桥经验”源于中国传统法律思想，源于村镇经验，其注重良好的人际关系的建立，注重和谐村落的建立，强调仁爱、强调群体、强调包容，彰显中国传统文化中“以和为贵”的理念。^⑩而轻伤害案件由于社会成员个体之间的矛盾冲突所致，其案件特征突出反映中国社会尤其是基层社会在时代变迁中社会秩序以及成员之间关系变化、暴力冲突而导致的犯罪案件。因此，笔者选取xz市法院三年来（2015年—2017年）轻伤害案件审判情况，研究刑事审判中的存在问题以及“枫桥经验”指导下的轻伤害案件刑事审判建议。

（一）xz市法院轻伤害案件审判情况

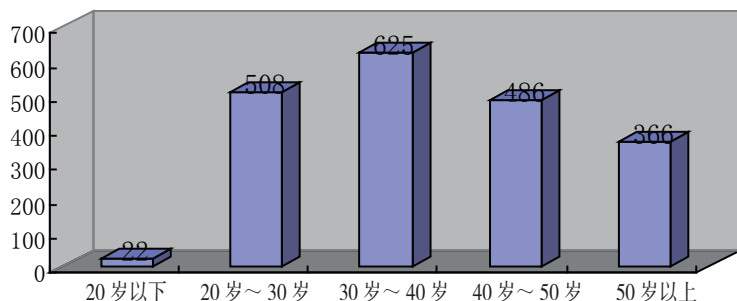
轻伤害案件，指故意伤害他人身体，致人轻伤，构成故意伤害罪的案件。故意伤害罪侵害的客体是他人的身体健康权利，即公民保持自身人体组织的完整和人体器官的正常机能活动的权利。

1. 轻伤害案件高发。由于受地理、文化、人口性格的影响，xz市的轻伤害案件历来是常见高发的刑事案件，近三年（2015年—2017年）全市基层法院审结的轻伤害案件数量分别为527、541、613件，呈逐年递增趋势，近两年增长率分别为2.66%、13.31%。三年来共审理1681件，占全市总刑事案件数量的8%。

2. 农民及劳务工、无业者占比较大，部分被告人有前科劣迹，40岁以下的被告人居多。近三年轻伤害案件的犯罪行为人中，年龄在40岁以下的被告人居多，农民及劳务工、无业者占比较大，有较为固定工作的占比较小，为13%。初中以下文化程度的占78%。被告人中383人有前科、劣迹（56人有侵犯人身权利类犯罪前科），占比19%。

如下图示：

近三年本市轻伤害案件犯罪主体年龄分布图



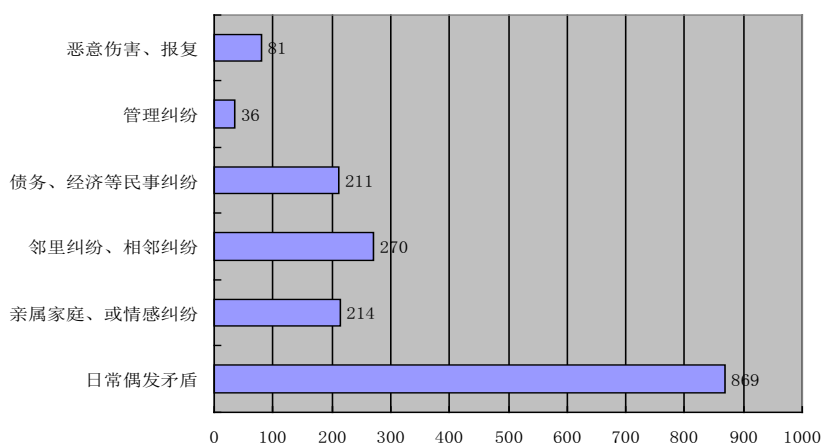
3. 因日常偶发矛盾引发的案件占比较大。日常偶发矛盾是当事人之间因日常琐事

^⑩ 余钊飞：《“枫桥经验”与中国传统法律文化》，载《法律文化周刊》第382期。

引发纠纷,当事人不能控制情绪、正确处理纠纷,导致发生口角或争执,造成矛盾激化。主要集中于轻微交通事故引发、酒后言语不和引发、日常消费引发(商场、市场购物讨价还价过程中引起)、娱乐活动引发(县区主要是牌局赌博、市区主要是KTV),而且若案发当事人互相认识(多为同事、同村),则往往二人之间存在旧怨、积怨,内在矛盾较深。此外,因亲属家庭矛盾、感情纠纷引起和邻里纠纷、相邻纠纷引起的轻伤害案件也较多,这两类案件数量在县区尤为突出。亲属家庭类矛盾主要发生于姻亲之间(翁婿、亲家之间),且多涉及财产纠纷,感情类纠纷则主要是由于不正当男女关系引发。邻里纠纷、相邻纠纷引发的案件县区占较大比重,主要有以下几种情形(按案件数量大小排列):妨碍通行引发、建房导致妨碍采光及增加危险引发、侵占邻地引发、排污引发。民事纠纷引发的轻伤害案件主要是存在债务纠纷,在讨债过程中引发,另外,在县区中常发生的土地承包经营权纠纷也占有很大比重。管理纠纷矛盾则主要发生于城市管理和物业管理过程中。这两类案件较容易判断当事人之间的过错程度。

如下图示:

近三年轻伤害案件案发原因分布图



4. 伤害后果较轻。轻伤二级的占比较大,伤情类型较为固定。近三年轻伤害案件的受伤害情况,造成一处轻伤的占比为87%,二处或二人及以上轻伤的占比为13%。关于伤情等级方面,轻伤一级的占比为18%,轻伤二级的占比为82%。

5. 调解、和解及最终谅解的案件数量占比较大。近三年轻伤害案件最终调解、和解,取得谅解共1178件,占轻伤害案件总数的70%。被告人自愿认罪的情况普遍,认罪率高达91%。赔偿到位率高,赔偿数额在5万元以下的占比较大,但赔偿数额在10万元以上的也占有一定比例。平均赔偿数额每年递增。

6. 缓刑适用率高、免于刑事处罚低。从xz市法院审理的近三年轻伤害案件的缓刑、



管制、免于刑事处罚适用情况来看,判处缓刑的案件共1054件,平均缓刑适用率为62.7%。免于刑事处罚的轻伤害案件共19件,除此之外,全市还有判处管制的轻伤害案件共28件。

(二) 刑事审判中存在的问题

轻伤害案件属于社会危害性相对较小的轻微刑事案件,有较大的适用缓刑、免于刑事处罚的空间。从xz市审理的轻伤害案件看出,刑事和解案件占比大,被告人认罪情况普遍,缓刑适用率较高,这与“枫桥经验”的价值理念相符,与刑罚集社会化、个别化、人道化于一身的基本量刑趋势相符。但在刑事审判实践中也存在以下问题:

1. 适用免于刑事处罚的比例极低。根据刑法第37条的规定,对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的,可以免于刑事处罚。从法律条文本本身来看,情节轻微的刑事案件中,免于刑事处罚适用的条件比缓刑适用条件更宽松。但xz市人民法院审判实务中轻伤害案件适用免于刑事处罚的比例极低,一些基层法院仅在被告人意见较大或是社区矫正调查后不符合社区矫正条件的情况下才予以适用。一些基层法院在制度上对免于刑事处罚的适用人为设置了很多障碍,例如前述在适用条件上要求被告具有适用缓刑的条件(认罪、悔罪等)等。造成很多情节轻微的轻伤害案件不恰当地加重了处罚,违反了刑法的罪责刑相一致的原则。

2. 被害人的个人意见影响缓刑、免于刑事处罚的适用。轻伤害案件侵害公民个人的权益,因此案件被害人的感受及诉求对被告人的处罚有相当的作用。而被害人作为犯罪行为的受害者,身心均受到了严重损害,往往情绪激动,提出高额赔偿要求,或者不肯原谅被告人。更有甚者,凭借被告人对刑事处罚的畏惧心理,借机要挟解决其与被告人的债权债务等财产权纠纷。被害人的这些不理智、不合理的要求及潜在的信访隐患在司法实践中常常左右审判人员的裁决处理,有悖于司法公正的要求,也不利于社会矛盾的化解。

3. 刑事附带民事调解情况下的量刑问题。实践中法院处理轻伤害刑事附带民事案件的调解原则是一次性履行完毕了结,但某些案件中被告人经济能力较低,无法一次给付完毕,但双方当事人能够自愿达成分期履行协议,个别法院采用刑事附带民事调解书的形式处理附带民事部分,虽然符合刑事诉讼法的规定,但此种情况下对被告人的量刑存在疑问,毕竟被告人有违反约定不能按时履行之虞,判处缓刑、免于刑事处罚后却不能因此而撤销,造成被告人从其不当行为中获益。就审判情况来看,绝大部分采用非即时履行方式调解解决附带民事部分的案件都未适用缓刑。

4. 被告人的前科劣迹、审前羁押情况对量刑有直接影响。对于被告人有前科、劣迹的轻伤害案件能否适用缓刑司法实践中的认识差别较大,部分法院认为无前科劣迹是适用缓刑的必要条件,部分法院则认为有前科劣迹不影响缓刑的适用。造成上述现

象的根源在于缓刑适用条件中“没有再犯罪危险”的理解，前科劣迹一定程度反映了行为人的再犯可能性，有前科劣迹者有较高的再犯罪危险。但另一方面，单纯地将前科劣迹排除在适用缓刑之外，不利于被告人改过自新及社会关系的修复，因为大部分的轻伤害案件的发生具有一定的偶然性，一些案件犯罪情节确实轻微，危害不大，被害人具有过错，如果被告人知道自己有前科无法判处缓刑，赔偿意愿大大降低，无调解积极性，被害人的损失无法充分弥补。

5. 决定逮捕强制措施的不适当运用。一些案件没有处理好司法强制措施与当事人意思自治的关系，把逮捕作为促成调解的手段。对于一些因当事人双方调解意见暂时存在差距的案件，刑事部分的强制措施强行介入附带民事部分的处理，虽然在结果上有利于调解成功、最终对被告人适用缓刑，但会造成当事人之间矛盾的加深，而且强制措施运用不当会使被告人难以感受到司法公正。频繁变更强制措施也造成司法资源的浪费与司法行为的不严肃。

（三）“枫桥经验”指导下的轻伤害案件刑事审判建议

笔者认为，在刑事司法实践中，法院审理轻伤害刑事案件时应当贯彻“枫桥经验”，执行宽严相济刑事政策，根据具体案件的犯罪事实和情节区别对待，合法、合理、合情做出恰当处理。

1. 确立适用缓刑、免于刑事处罚的一般原则

在轻伤害案件中，伤害后果和赔偿谅解情况是对被告人量刑的重要依据，但在具体案件中，还需要根据：（1）案件起因，（2）行为人的目的、动机，（3）当事人之间的关系，（4）案件发生时当事人之间的行为互动程度、伤害的手段，（5）过错程度，（6）当事人认罪、悔罪态度，（7）社会影响等情节，综合考察行为的社会危害性、刑事违法性和应受惩罚性，判明情节的轻重程度，以确定是否需要对其适用缓刑及免于刑事处罚。具体而言：因日常生活琐事偶发矛盾纠纷、一般民事纠纷及因主张合法权益而引发，行为人因不能控制情绪、一时不冷静，不能正确处理纠纷，尤其在被害人有过错的情况下，应当尽可能对被告人从宽处罚，为其悔改留下余地。因婚姻家庭、感情、邻里、工作等民间矛盾引起的轻伤害案件，除个别的是突发性外，大多数当事人都在案发前就已存在着较深的矛盾，有的甚至长期积怨，由于得不到化解而转化成报复伤害案件。对此类案件，审理时应当坚持先化解矛盾、后分清责任的原则从根本上化解矛盾，确保案结事了，杜绝就案办案。

2. 正确认识被害人谅解与量刑的关系

笔者认为，被害人谅解并不是判处缓刑、免于刑事处罚的必要条件，而应当综合考量案件的发生发展过程、案件的事实、情节、适用缓刑的法律规定等。在对轻伤害案件进行处理时，经过充分地组织调解，仅因被害人漫天要价无法调解或和解，如果



具备判处缓刑、免刑的条件,可以考虑被害人的实际物质损失,要求被告按照实际损失一定倍数缴纳赔偿款(一般为2倍左右),进而认定积极赔偿,作出合理的判决,避免被被害人左右造成量刑失衡。但如果被害人构成一定程度的伤残,有后续治疗费用,影响今后工作、生活的,不认为是情节较轻的刑事案件,一般不适用缓刑。笔者认为,在诉讼程序中,预缴赔偿款时应当要求被告或其亲属书面写明自愿将所缴全部款额赔偿被害人的意思表示。判决后若被害人同意领取,则将全部款项发还;若被害人仍然拒绝领取,应当告知被害人领取将退回的法律后果并形成笔录,将超出判决的部分退回缴款人。

3. 辩证分析被告人前科、劣迹对适用缓刑的影响

被告人的前科、劣迹反映了被告人的社会危害性和再犯可能性,对缓刑的适用有一定影响,但不能片面地认为有犯罪前科或者劣迹就无法对被告人适用缓刑、免于刑事处罚,具体要考查前科劣迹的性质、次数、罪行的大小,执行完毕后至再犯罪时间的长短,综合判断被告人的再犯可能性。一般而言,前科犯罪单一、性质不严重、不属于人身伤害类犯罪、刑罚执行完毕距轻伤害犯罪时间超过3年的,或者劣迹系偶发违法行为的(因吸毒、盗窃、寻衅滋事等行政违法行为与个人习性有关,有较大复发性)、非殴打他人的,不影响缓刑、免于刑事处罚的适用。

4. 对不能即时履行赔偿义务的被告人科学选择适用缓刑

笔者认为,刑事附带民事调解,不能即时履行完毕的轻伤害案件,一般不适用缓刑。但对于经济能力确实较差,暂时无力赔偿的被告人(在被告人有足额担保的情况下),被告人与被害人自愿达成调解协议,取得被害人谅解,在对被害人充分释明不利后果的情况下,符合缓刑适用条件的,可以对被告人判处缓刑。

结语

“枫桥经验”是实事求是、与时俱进、科学发展的理论,具有强大的生命力,在诸多方面对当下基层社会综合治理都有很重要的启示,有重要的借鉴意义。在刑事司法审判实践中,审理案件要充分学习、借鉴、运用和创新“枫桥经验”,实现案件效果达到法律效果、政治效果、社会效果的有机统一。

(责任编辑:郝晓越)

多元解纷 + 多维解纷 新时代“枫桥经验”升级问题研究

刘源*

内容摘要 近年来，随着发展进入转型期、改革进入攻坚期，各种利益深度调整，各种诉求加速汇聚，各种矛盾明显加剧，社会纠纷呈现出易发、多发的特点，给社会治理带来新的挑战。当前，如何有效解决新形势下的各类矛盾纠纷，成为势在必行的时代命题。“枫桥经验”经过历史和实践检验，具有旺盛的生命力，在社会治理的方方面面都发挥着积极的作用。新形势下，“枫桥经验”的推广及作用发挥也面临时代的挑战，需要进一步升级。本文在对山东、江苏等部分地区实地调研的基础上，运用社会学、经济学相关知识通过理论阐述以及比较分析等方法，对升级“枫桥经验”进行必要性分析，针对发现的问题，研究借鉴国内外先进经验，进而对如何升级“枫桥经验”提出合理化建议，将社会矛盾化解模式由“多元”，即多主体参与，提升到兼顾“多元+多维”，即不仅要多主体参与，还需要政治、经济以及科技等多维要素共同介入。

关键词 枫桥经验 多元解纷 多维解纷

中图分类号：DF82 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)04-041-051

一、新时代升级“枫桥经验”必要性

诞生于20世纪60年代的“枫桥经验”，以“发动和依靠群众，坚持矛盾不上交，就地解决”著称，且历久弥新。习总书记在新时期对“枫桥经验”的重要指示，凸显了其与时俱进的优势。“枫桥经验”作为化解社会矛盾的维稳器，^①在社会治理的方方面面发挥了不可替代的作用，但随着经济发展进入新常态，改革进入攻坚期，整个社会和每个个体都在发生着深刻变化，“枫桥经验”在实践中面临诸多挑战。

* 刘源，山东省莱州市人民法院法官助理。

本文获第十三届中国法学青年论坛“新枫桥经验与社会治理创新”主题征文活动一等奖。

① 卢芳霞：《从‘社会管理’走向‘社会治理’——浙江‘枫桥经验’十年回顾和展望》，载《中共浙江省委党校学报》2015年第6期。



（一）多元化纠纷解决机制运行效果不理想

在社会转型、矛盾复杂多发的时期，法律稳定性相对较差，仅凭严格执法、司法，社会治理的效果未必能达到最佳，人民调解、行业调解、行政调解等多种调解组织有效沟通，与仲裁程序和诉讼程序有效对接，与民间组织、各类社会团体紧密配合，有利于形成良性的纠纷化解体系。^②然而从目前各地多元解纷的实践来看，在部分地区，各调解组织之间缺乏配合和沟通，调解体系与诉调对接体系缺少一个强力的统筹主体，容易造成调解组织功能减弱。还有部分调解员能力不足，解纷效率低下，导致许多当事人仍然将纠纷起诉到法院，纠纷化解在诉讼阶段。以东部沿海某县级市为例，该市多年来积极学习“枫桥经验”，不断完善多元化纠纷解决机制建设，成绩位于全省前列，具有很强的代表性，但其诉前调解解纷效果仍然不够理想。表1是近年来该市法院民商事案件诉前分流情况统计表，该院受理民商事纠纷，诉前成功化解率不超过20%，绝大多数案件依然进入诉讼程序处理。

表1 近三年某市法院诉调中心工作情况表

年度	民商事收案总数	诉前分流	调解成功数	调解成功数占民商事案件百分比
2015	7040	921	921	13.10%
2016	6412	3522	1040	16%
2017	7089	3873	1289	18.20%
合计	20541	8316	3250	12.80%

（数据来源：该市法院诉调对接中心数据）

（二）“诉讼爆炸”问题严重

随着改革开放的不断深入和社会经济的迅速发展，社会经济成分、组织形式及利益的分配方式等更加多样化，各种社会矛盾层出不穷，呈现新特征。^③比如主体多元化，矛盾纠纷由原来单纯的公民个人的线性模式转化为个人、企业、行政组织等主体混合交叉的网状模式。虽然各地不断丰富和完善矛盾纠纷化解方式，以枫桥经验为典型的多元解纷模式日益成熟，但诉讼案件仍然大幅度增加，大量积案随之产生，成为各地法院沉重的压力。虽然2017年全国各级法院的收案数有所减少，结案数增加，但仍然有大量案件没有审结，法院压力依然很大。

二、“枫桥经验”面临新挑战的原因分析

（一）社会学原因分析

“枫桥经验”存在的社会基础主要包括乡土亲邻关系为核心的人口社会要素、

^② 朱瑞娜、周伯煌：《新常态下社会矛盾的多元解决机制的重塑》，载《法制博览》2016年第11期。

^③ 周望主编：《社会治理创新的地方经验研究》，中国法治出版社2014年版，第17页。

“软性管控”的经济发展要素以及“摆事实，讲道理”为运行实践内核的政治生态要素。^④各地学习“枫桥经验”是在坚持矛盾普遍性与特殊性相统一的基础上，立足当地实际进行创新性的借鉴吸收。因“枫桥经验”植根于中华民族深厚的历史文化背景，各地适用“枫桥经验”的社会基础有很大的相似之处，如今面临许多共同的挑战。

一是人口迁移削弱了“枫桥经验”的社会基础。亲缘邻里关系是居民之间在长期的共同生产、生活中形成的信任关系，是“枫桥经验”赖以维系的人口社会基础。无论是基层政府部门、村两委成员、“权威人物”在社会治理中的主导作用，还是基层民众自愿参与社会治理，本质上都离不开基于“熟人社会”而形成的信任关系，这种信任关系，既包括群众对基层政府、村两委成员的信任，也包括群众内部的相互信任。著名政治学家罗伯特·帕特南在《使民主运转起来》一书中提到“信任水平越高，合作的可能性就越大”，枫桥地区在总结经验时，也强调因为基层群众的信任和支持，该地区综治组织以及政法干警队伍能及时参与纠纷化解，促进了社会治理的良性运转。然而，近年来，全国范围内人口流动愈加频繁，中西部向东南沿海，欠发达地区向发达地区流动趋势明显，使后者的人口结构被动重构，东南沿海市郊及乡镇农村地区集聚了大量外来务工人口，部分地区外来流动人口数量甚至超过了常住人口，当地的亲缘邻里关系受到极大程度的冲击。欠发达地区大量青壮年搬离故居，大量的农村、乡镇出现“空心化”，使得原本基于乡土关系形成的“熟人社会”后继无人。^⑤高频度、跨地域性的人口流动模式不断冲击着“枫桥经验”有效运行的人口社会结构，更削弱其社会信任基础，外出务工人员社会挫败感、权利意识以及抗争意识的不断增强，一定程度上加剧了干群矛盾，进一步冲击基层社会治理的信任基础。下图是中国人民大学“中国综合社会调查”对4537个有效样本调研得出的一份数据统计，反映出有超过30%的受访者对乡政府存有不信任或者怀疑态度。^⑥

表2 对本级政府的信任度^⑦

本级政府（乡政府）信任度	人数	百分比（%）
完全不可信	228	5.03
比较不可信	538	11.86
居于可信与不可信之间	745	16.42
比较可信	1728	38.09
完全可信	1298	28.61
合计	4537	100

④ 中共浙江省委党史研究室主编：《当代浙江概览》，当代中国出版社2012年版，第36页。

⑤ 赵义主编：《枫桥经验：中国农村治理样板》，浙江人民出版社2008年版，第53页。

⑥ 参见毛启蒙：《坚持和发展‘枫桥经验’的社会基础分析及其启示》，载《浙江警察学院学报》2016年第1期。

⑦ 前引⑥。



二是经济发展削弱了“枫桥经验”的合法性认同基础。随着经济的发展，基层社会的治理格局发生改变，多元经济组织与乡土亲缘关系并存的格局代替了原来乡镇农村治理机制，“枫桥经验”的社会基础由“邻里关系”向“邻里群体关系”转变，基层社会形成了两种群体关系，一种存在于本地居民内部，另一种存在于企业等经济组织内部，企业特别是外来投资企业能够在其内部进行有效的社会微治理，与当地的社会治理制度化联系不多。所以，升级“枫桥经验”，不仅需要依靠本地群众，也需要积极争取当地企业等经济主体参与。^⑧同时，随着居民经济收入的不断增加，其教育程度、民主观念以及权利意识不断提升，导致其一定程度上降低了对当地政府、村居两委以及“权威人物”的信任和遵从。^⑨

（二）经济学原因分析

“枫桥经验”之所以历久弥新，经济学原因就是其不仅节约社会成本，更重要的是其处理纠纷便捷高效。在市场化背景下，现有的解纷模式几乎没有引入市场机制，特别是市场竞争机制，没有发挥市场在社会治理资源配置方面的基础性作用。“枫桥经验”在演化过程中，政治观念在强化，经济观念在淡化，^⑩在投入持续增加的同时，一些压力日益增长，边际成本持续上升，仅仅运用行政、司法手段加以干预、扶持和指导，不能解决一些解纷主体安于现状，在提升工作效率方面缺乏内生动力的问题，通过政策扶持成本高，增加了财政负担。运用经济手段增强解纷主体的危机意识，催生各调解组织提质增效的内生动力，降低解纷边际成本的方案亟待出台。同时，在市场经济背景下，随着律师队伍的进一步壮大，律师对案源的需求进一步增长，据不完全统计，目前我国某些东部发达地区约有一半以上的诉讼案件有律师或者法律工作者代理，枫桥模式的推广与律师职业在一定范围内存在竞争，影响部分律师的经济收入，一定程度上被作为法律职业共同体成员的部分律师所抵触。

三、国内外经验分析

升级“枫桥经验”，要正视目前存在的短板，国内外对于矛盾化解均进行了不懈的努力和探索，提供了可资借鉴的经验。

（一）山东经验

近年来，山东始终把支持和指导人民调解作为践行“枫桥经验”，推动多元化纠

^⑧ 卢芳霞：《中国农村社会管理创新之路径与模式初探》，载《中国杭州市委党校学报》2016年第5期。

^⑨ 前引⑥。

^⑩ 姚先国：《社会管理的效率原则——‘枫桥经验’的经济学视角》，载《浙江警察学院学报》2013年第3期。

纷解决机制建设的重要抓手，在法院和司法局的协助配合下，按照“织网、垒台、架桥、合体”的工作思路，不断强化措施，完善机制，着力构筑“镇村人民调解员+特邀调解员+法官”的解纷联盟，同时，积极探索律师调解，充分发挥律师在多元解纷中的积极作用，既化解了矛盾纠纷，又缓解了诉讼压力。其主要做法主要体现在如下方面：

一是协调推动，织密人民调解网。人民调解是多元解纷的第一道防线，人民法院是定分止争的最后一道防线，两道防线只有相互衔接、支持，才能实现矛盾纠纷的有效预防、梯次化解。为此，山东法院与司法局联手，密织了以司法局、法院为轴，镇街调解中心为点，片区联调室为线，村居调委会为面的人民调解网。一方面，推动调解组织建设。将各镇街的司法确认数、万人起诉率纳入政府考核，倒逼镇街抓调解。许多街道形成了“镇街有调解中心、片区有联调室、村庄有调委会”的组织体系。另一方面，实施“千员联调”工程。在每个村居选取一名调解能手作为特邀调解员，发挥乡土优势，协助法官办案调解，帮助法院送达执行，效果显著。

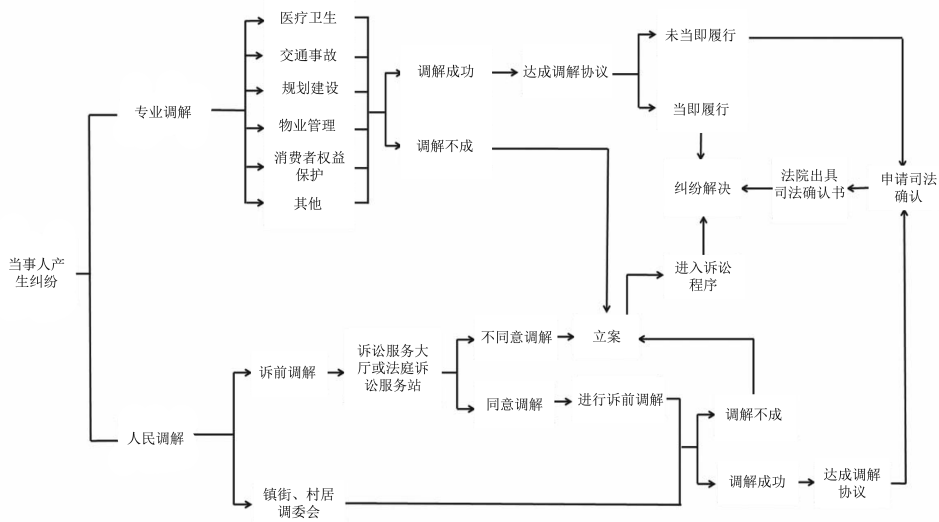


图1 山东地区多元解纷示意图

二是主动作为，垒起诉调对接台。结合人民调解组织建设，在各级法院设立“诉调对接中心”，在各人民法庭设立诉调对接工作站，在片区中心村设立法官工作室，作为对接指导、调处纠纷、宣传法制的重要场所，形成了“法院有对接中心，法庭有对接站，村居有工作室”的三级对接体系。推行法官与调解组织“一对一”联系制度，开通短信互动平台、“e调解”微信群，实现了诉调对接的规模化、系统化和常态化。

三是完善机制，打造多元融合体。建立工作例会制度。成立诉调对接工作领导小组，定期召开会议，听取意见建议。诉调对接中心每月对诉调工作实行监督，协调解决存在的问题，保证了对接工作推进。建立司法辅导机制。法院每年对辖区调解组织



轮训,向调解组织发放《典型案例指导》;每季度在法庭的“法德讲堂”为辖区调解人员集中授课;每月联络法官与各调委会召开例会,每周通过短信、微信的方式,通知特邀调解员陪审或观摩庭审,以庭代训,促进了调解组织健康发展。建立考评激励机制。对特邀调解员实行固定补助与绩效激励相结合的有偿服务,切实增强了特邀调解员的责任感和使命感。

四是充分发挥律师在解纷中的积极作用。许多法院和司法行政单位推动各律师事务所成立调解组织,积极探索律师调解收费制度。在立案庭设置律师调解办公区,积极邀请律师调解组织驻院办公,在法律允许范围内,提供力所能及的帮助和服务,定期以业务交流的方式共同研讨工作中存在的问题并研究应对举措。

(二) 香港经验

伴随着《调解条例》等一系列关于调解法规的出台,香港的调解制度日趋完善,并呈现“柔性强制”的特征。^①在香港,法庭有义务通知当事人在案件进入诉讼程序前,可以考虑通过替代纠纷解决方式化解矛盾,即使案件进入诉讼阶段,法庭也会在各个环节鼓励当事人进行调解。香港的调解虽然以当事人自愿为基本原则,但是仍然会通过调节诉讼费用来鼓励当事人进行调解,使以不合理理由拒绝调解的当事人,承担不利的诉讼费后果。当事人还应该在提交诉状、答辩状等材料后,向法庭提交“调解证明书”。香港的调解模式可以概括为:“两强制、两自愿”。两强制是指强制法官调解和强制转介调解,两自愿是指自愿法官调解和自愿转介调解,在任何情况下,法官均应该保持绝对中立。明确某些涉及公共利益纠纷不准进行调解,避免给公共利益带来损害。同时,香港为了通过对某些案件的司法判决给社会公众起到导向作用,也不允许这类案件进行调解。香港出台的《调解条例》等法律规定,仅规定了调解的原则,对程序等没有进行详细规定,目的是为了保证调解程序的灵活性。^②香港十分重视调解员素质的提升,明确规定调解员必须取得资质认证后,才能进行案件调解,进一步规范了调解员准入门槛,充分保证案件调解质量。

(三) 美国经验

美国是发达国家,也是典型的陌生人社会,同样受到“诉讼爆炸”的挑战。上世纪七十年代,伴随着美国经济进入高速发展阶段,民事纠纷案件数量增长迅猛且日益复杂,法院案件严重积压,诉讼拖延问题频发,纠纷化解周期变长,成本加大,以人身伤害案件为例,从提交答辩状到开庭审理,在新泽西州要等2年,在费城要等超过4年,美国公民通过法院解决纠纷的诉求越来越得不到满足,社会稳定形势不容乐观。在此背景下,美国通过司法改革,引入ADR纠纷化解模式。

^① 胡楠楠:《香港特别行政区调解制度的路径选择与启示》,载《教育发展纵横》2016年第5期。

^② 前引^①。

一是公益性调解组织。具体包括社区调解、法院调解和政府调解。社区调解在美国起步较早，上世纪六十年代后开始在社区纠纷化解方面被广泛运用，最初，美国政府为了化解房屋租赁、消费者等纠纷，并为民众提供免费或者较少费用的调解服务，资助了“邻里正义中心”项目，后来，许多地区的该类项目逐渐制度化，成为ADR模式的重要组成部分，其中有一些发展为独立的非营利性机构。截止上世纪末，美国成立了近600家邻里正义中心。美国的法院调解分为审判法官调解和法院附设调解两种，前者类似于我国的司法调解，后者是由法院指派非案件审判法官调解。美国国会于1998年通过了《ADR法案》，允许联邦和地方法院决定当事人进入诉讼程序前必须接受调解。在附设调解积极作为的基础上，主审法官也积极促进当事人实现和解，ADR成为美国民事诉讼的重要组成部分。^⑬进入上世纪九十年代，美国政府更加积极的参与纠纷调解，内容涉及种族、性别、残疾人生活保障等方方面面。仅2000年，美国联邦政府就投入3500万美元及400多个全职工作岗位和不计其数的兼职工作岗位从事ADR项目。^⑭

二是市场化调解组织。美国在进行司法改革的同时，还兴起公共行政改革，将纠纷管理主导权由国家转移到社会，市场机制被引入纠纷调解领域，公司化运作的调解组织应运而生，美国也成为全世界首个具有公司化运作调解组织的国家。美国公司化运作调解组织的典型代表是JAMS公司，一方面，该公司向当事人提供调解服务并收取服务费，是盈利性组织。另一方面，因调解服务属于社会公共服务，该公司也具有公益属性。该公司拥有300多名全职调解专家，近30个境内纠纷化解中心和一些境外纠纷化解部门，处理各类民商事纠纷，每年受案超过三万件，收益额近一亿美元。JAMS公司在培养专业化、职业化和专门化的调解员的同时，要求调解员在调解过程中，始终坚持严格保密、尊重市场规律和当事人自治原则。为了保证公司化运作调解组织出具的调解协议的效力，美国法律赋予这类调解协议与法院判决相同的效力。^⑮从1963年到2002年，美国通过ADR模式的有效运作，使全面庭审（trial）的绝对数量下降了60个百分点，其中，民事案件的全面庭审绝对数下降了84个百分点，开庭审理前撤诉或者调解的案件从20%上升到68%。在调解效果方面，作用也很明显。康涅狄格州一份针对调解离婚与诉讼离婚比较的调查研究表明：调解离婚不仅节省费用，还能节省约25%的时间，在经济结果和解纷效果上都优于诉讼程序，其他多数类型案件亦是如此。

（四）德国经验

德国调解文化当初并不发达，一直以来，民众乐意通过诉讼途径解决矛盾纠纷。

^⑬ 王亚明：《中美调解机制比较再探》，载《海峡法学》2016年第9期。

^⑭ 谢敏、李光：《美国调解制度简介及其启示》，载《前沿》2013年第16期。

^⑮ 刘静、陈巍：《美国调解制度纵览及启示》，载《前沿》2014年第4期。



德国ADR兴起，一方面是因为民主德国和联邦德国统一，诉讼案件迅速增加，法院不堪重负，迫切需要纠纷解决替代机制的出现；另一方面，国际社会，特别是英美等国家ADR经验的成功实践以及德国本国调解实践证明了解决纠纷的优越性。虽然起步较晚，但其一些先进做法仍然值得借鉴。2012年，德国出台《促进调解及其他诉讼外冲突解决程序法》，规定在调解的全过程都要坚持自由处分原则，强调让当事人自主寻找双方利益共同点，目的是保证当事人纠纷解决自愿性。^{①⑥}调解能否成功，关键是看当事人能否积极探索矛盾解决方案，并主动承担相应后果。设定公正的调解程序，采取引导、听取各方意见、澄清冲突形成解决方案和矛盾化解五步法，目的是鼓励当事人积极参与调解程序，激发其化解矛盾的积极性。德国并不将调解作为司法手段实现工具，也不将其作为诉讼程序的替代品，其最大目的是实现“维护法和平”，是回应型法中协商和调整的表现。^{①⑦}德国客观地划分了调解的界限，对于不适合调解的案件坚决不适用调解程序，对于明确表示不愿意调解的当事人，不强制进行调解，将界限原则很好地贯彻，诉讼中，坚持“能调则调，当判责判”。德国的ADR模式不仅仅是为了应对诉讼案件增长，更是为了解纷的便捷和高效。

四、“枫桥经验”作用目的及阈值分析

通过上述分析，不难发现，综合运用政治经济等多种手段促进“枫桥经验”升级势在必行，但是升级“枫桥经验”有两个前提：一是明确将工作重心由社会管理时代的维稳，

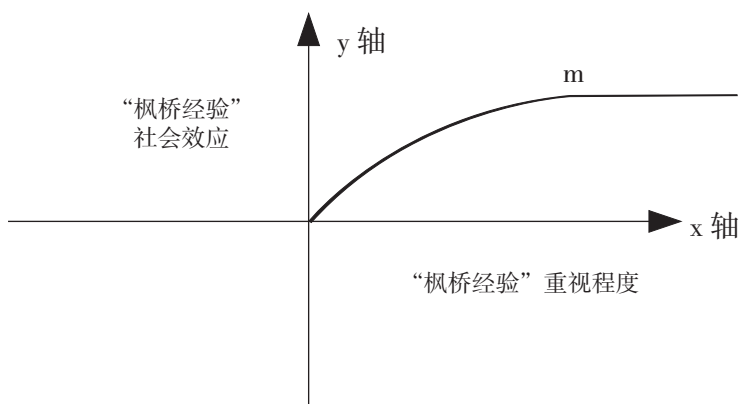


图2 “枫桥经验”社会效应分析示意图

转变为新时期社会治理时代的维权，只有群众的权利得到充分维护，维稳工作才能有序开展，社会才能长治久安。二是充分认识到社会治理是一项综合治理，单单依靠枫桥经验解决不了全部社会问题，全社会不能形成对“枫桥经验”的过度依赖。在升级

^{①⑥} 何光铭：《德国〈促进调解法〉对我国人民调解的启示》，载《法制博览》2017年第7期。

^{①⑦} 龙柯宇：《德国调解制度的路径选择与反思》，载《法治研究》2013年第4期。

枫桥经验的过程中，注意谨慎进行外延扩展，避免对现有制度的实质性冲击，例如某些行政纠纷，刑事纠纷以及需要通过法院判决树立观念导向的领域等，必须严格依照法律程序处理，不能融入多元的解纷方式。^⑮图2是“枫桥经验”社会效应分析示意图。当对“枫桥经验”的重视达到一定程度，社会效应达到M点时，其作用已经达到最大值，如果需要继续提高社会治理水平，需要综合运用其他社会治理手段实现。社会治理效果达到M值，就是在新形势下，各类矛盾纠纷梯次过滤，有序化解，群众的权利得到充分维护，大的矛盾冲突、群体性事件在矛盾纠纷中所占比例极小。

五、对策建议——既要“多元”，又要“多维”

新形势下，实现“枫桥经验”升级迫在眉睫，不仅要通过政治手段进一步完善多元解纷机制建设，还要通过经济手段，充分发挥市场作用，增加纠纷化解的动力，更要充分借力现代科技手段，提升纠纷化解保障，真正构建起“多元解纷+多维解纷”

的体系。还要充分考虑各地的实际情况，因地制宜地丰富和完善“枫桥经验”，实现社会治理工作的新跨越。当然，有些地区社会矛盾并不复杂，法院受理的案件相对较少，但从“居安思危”的角度

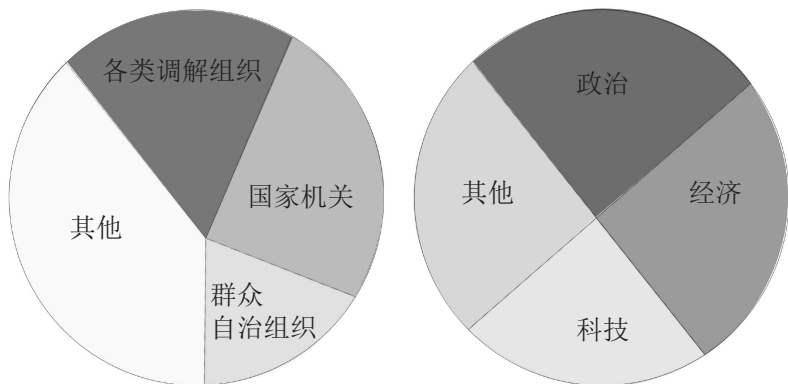


图3 多元解纷主体（左）与多维解纷要素（右）组成图

或者从节约解纷成本，实现解纷资源优化配置的角度考虑，也应该积极学习和借鉴外地先进经验，构建多元、多维的科学解纷模式（如图3）。

（一）构建矛盾纠纷多元化解府院联动机制

府院联动就是指有解纷职责的行政机关和司法机关密切合作，成立由政府一把手任组长，司法机关及政府各职能部门一把手作为组员的领导小组，定期召开联席会议，解决各调解组织各自为战的问题，形成多元解纷合力。同时，要充分发挥该机制的作用，

^⑮ 参见马永定、戴大新：《当前乡村治理存在的问题及对策研究》，载《绍兴文理学院学报》2017年第3期。



重点解决如下问题：一是着力应对人口流动对纠纷化解的影响。政府及各职能部门负责通过引导外来务工人员积极参加当地社会治理，创造条件，加强其与当地居民的沟通联系，加大对外来居民的关爱力度，使其尽快融入当地生活圈，积极参与社会治理，努力提升各级政府公信力，促进良性社会生态的形成。二是着力应对经济发展对纠纷化解的影响。牢固树立顺应经济发展形势理念，进一步转变工作思路，顺应经济发展潮流，将依靠公权力为中心的治理转为依靠基层社会多元参与自主治理模式，实现由“凭人治理”向“依法治理”转变。^①三是进一步强化政府公信力建设，充分发挥基层政治精英群体作用，加强基层政治生态建设，打造良好地政治生态基础。

（二）深入开展调解员素质提升工程

调解员作为解纷主体中的绝对主力，在“枫桥经验”作用的发挥中起着关键作用。调解员队伍的高低，很大程度上决定了“枫桥经验”社会效应的高低，也影响着当事人调解积极性，必须深入实施调解员素质提升工程。在加强对各类调解组织调解员培训的同时，充分发挥府院联动机制作用，推动全国范围内成立调解员行业协会，负责组织调解员准入资格考试，要求不同调解组织调解员必须考取相应资格。根据各地经济发展水平不同，确定不同调解组织成员的准入资格（参考表3）。例如，考虑实际情况，规定西部地区人民调解组织的调解员暂时不需要资格证书。提高调解员素质的同时，充分满足各地需要。调解员行业协会每年安排各调解组织调解员进行继续教育类培训，对通过资格考试的调解员参照中国注册会计师协会对中国注册会计师管理办法进行管理。

表3 不同调解组织成员的准入资格参考

证书类别 适用地区	A级证书	B级证书	C级证书
东部地区	律师调解组织	行业调解组织	人民调解组织
中部地区	暂时不需要	律师调解组织 行业调解组织	人民调解组织
西部地区	暂时不需要	律师调解组织	行业调解组织

（三）成立市场化运作的调解组织

运用经济手段、市场化模式，鼓励有能力的组织或者个人成立以营利为目的的市场化运作的调解组织，该类组织成立初期，考虑其兼具公益性质，可以将其组织机构设在法院或者司法局，由法院或者司法局给予其软硬件方面的支持，使其尽快成长起来。在收费上，假设诉讼案件的诉讼费为 m ，律师代理费为 n ，对调解成功的案件初步设定收费区间为 $[100, m)$ ，对调解不成的不收费或者只收取低廉的费用。待成熟后，通过出

^① 前引⑥。

台相应法律法规对收费标准加以明确，如确定收费标准为 $[200, n/2)$ ，或者制定更加详细的收费标准，要求该类调解组织完全以公司化形式运营，自负盈亏，必要时，由法院或者司法行政机关给予其必要的业务指导或政策扶持，还要畅通市场化运作调解组织出具调解协议的司法确认渠道，确保后续程序，如申请法院执行渠道顺畅，较为便捷的做法就是将该类调解组织纳入人民法院特邀调解组织范围，通过上述举措，实现公益性的调解组织与市场化的调解组织并存，让当事人有充足的选择自由。

（四）充分发挥科技手段作用

首先要开发多功能诉讼风险评估系统。目前各级人民法院已经安装诉讼风险评估机供当事人使用，但其功能还不够完善。开发全新的多功能诉讼风险评估系统，需要在保留现有功能的基础上，实现系统的更新换代，新系统要包含模拟立案、模拟开庭、模拟判后答疑、模拟执行等功能板块，通过行政机关或者司法机关自行研究或者通过招标、购买服务的方式，由民间组织承担该项任务，最后经法院和司法行政机关验收合格后推广使用，不仅在法院、司法行政部门设置自助终端，各派出法庭，各司法所，甚至村居都要设置自助终端，让当事人可以方便地进行诉讼风险评估，避免不必要的诉讼。开发调解工作智能辅助系统，在各类调解组织推广使用，该系统应该包含相关法律知识培训、调解案例指导、法院裁判案例指导等功能板块，使调解员和广大群众可以随时学习，掌握必要的知识，积极主动的参与解纷。

新时代社会矛盾纠纷呈现新的特点，给社会治理带来了新的挑战，各类社会因素、经济因素、法治因素变化带来一系列新情况。为有效应对这些新情况，作为社会治理宝贵经验的“枫桥经验”，应当在经济社会发展的同时坚持与时俱进，实现升级。国内的山东、香港等许多地区以及国际上美国、德国等国家给社会治理提供了可资借鉴的经验。在升级“枫桥经验”的过程中，首先要明确社会治理的目的是为群众维权，同时，要正确认识“枫桥经验”的作用，不能盲目夸大。在具体做法上，一是完善多元纠纷化解机制建设，通过构建府院联动机制，补齐适用“枫桥经验”中的短板，通过提升调解员素质提升化解纠纷水平。二是努力构建“多维解纷”体系，充分发挥政治、经济、科技等手段作用，与多元解纷机制共同发挥作用，实现“枫桥经验”的真正升级。

（责任编辑：王文斌）



新“枫桥经验”语境下基层法院“诉调对接”机制的改革与探索

蒋梦娴 曹丹*

内容摘要 积极破解人案矛盾依然是新时代人民法院的首要任务，“枫桥经验”作为中国本土探索化解基层社会矛盾并取得成功的典范，对于基层法院人案矛盾破解路径的设计具有重要的借鉴意义。完善案件繁简分流机制是缓解当前法院积案压力的重要手段，其目的是通过将简单案件和复杂案件分流至不同的诉讼审理渠道，从而实现依法快速审理简单案件，严格规范审理复杂案件，以最大限度优化审判资源配置，提升审判质效。本论文将结合借鉴“枫桥经验”化解基层矛盾的做法，以如何通过“诉调对接”多元化功能释放，促进完善民商事案件繁简分流机制为题，从剖析诉调对接机制的运行现状入手，以充分发挥“诉调对接”功能为设想基础，从诉调对接的理论界定、制度设计、配套资源设置等各方面探寻完善案件繁简分流机制的途径。

关键词 枫桥经验 诉调对接 繁简分流 多元化纠纷解决

中图分类号: DF718 **文献标识码**: A **文章编号**: 1674-3156(2018)04-052-060

一、“诉调对接”与“枫桥经验”的传承关系

(一)“枫桥经验”的时代内涵

今年是毛泽东同志批示学习推广“枫桥经验”55周年，“枫桥经验”虽然经过半个多世纪的变迁，但其“依靠群众、化解矛盾、维护稳定”的精神内核却始终不变，并在不同历史时期被赋予不同的时代内涵。

中国特色社会主义进入新时代，我国社会主要矛盾已经转化为人民群众日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾。这就需要我们积极探索多元化

* 蒋梦娴，上海市宝山区人民法院研究室副主任；曹丹，上海市宝山区人民法院研究室法官助理。本文获第十三届中国法学青年论坛“新枫桥经验与社会治理创新”主题征文活动一等奖。

解矛盾纠纷新机制，全面提升社会风险防控能力。作为中国本土探索化解基层社会矛盾并取得成功的典范，“枫桥经验”再次被赋予新的时代内涵。新时代的“枫桥经验”更加注重以人民为中心的发展理念，以人民为中心要求把人民对美好生活的需求作为奋斗目标，运用法治思维和方式化解群众矛盾，努力让人民群众在每一个案件中感受到公平正义，这正是“枫桥经验”的根本出发点和落脚点。

（二）“诉调对接”制度的来源及实施现状

近年来，人民法院收案量呈持续大幅增长态势，“案多人少”的矛盾日益突出。据统计，自1978年至2015年，全国法院收案量已从61万件暴涨至1,952万件，增幅达30多倍；与此同时，全国法官人数仅仅从1978年的6万人增加至20万人，增幅仅为3倍多，与案件增长幅度相比显然不成比例。^①

在确保办案质量的前提下，如何以高效、便捷的方式化解纠纷，建立公正高效、运行良好的审判机制，是当下包括上海各级人民在内所有法院面临的重要课题。“一个富有活力的制度应该包含一种节俭使用诉讼资源的机制，以保证所利用的诉讼程序与特定的案件需要相符合。”^②

完善案件繁简分流机制是缓解当前法院积案压力的重要手段，其目的是通过将简单案件和复杂案件分流至不同的诉讼审理渠道，从而实现依法快速审理简单案件，严格规范审理复杂案件，以最大限度优化审判资源配置，提升审判质效来满足不断扩张的司法需求。推进案件繁简分流工作的核心价值及其所倚赖的相关措施，与当前上海率先开展的司法体制综合配套改革息息相关，案件繁简分流机制必将成为深化司法体制改革、优化审判权运行方式的重要路径。

1. 诉讼案件的剧增和司法资源短缺的矛盾，激发了法院推动“诉调对接”机制的客观需求

社会转型期亦是矛盾多发期，伴随着我国经济领域的快速发展，以及生活领域的快速扩张，各种类型的社会矛盾日渐增长。日益增长的社会化解纠纷的客观需求，与司法资源的严重不足形成了尖锐的矛盾。

目前，我国大部分基层法院均设有诉讼服务中心，并下设诉调对接中心。诉调对接中心以诉讼外调解为主要功能，通过与相关调解组织联合设立调解工作室，依托法院工作平台与配备专业调解人员来办理法院委派或委托调解的案件。当前上海的司法实践中，民事案件起诉人诉至法院后，获得“诉调”案号。诉调案件先行进入“诉调对接中心”、诉讼服务中心等类似部门，进行诉前先行调解，对一定期限内无法调解

^① 胡仕浩、刘树德、罗灿：《〈关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见〉的理解与适用》，载《人民司法》，2016年第28期。

^② 朱元曼：《英国民事诉讼改革》，叶自强译，国家行政学院出版社2000年版，第234页。



成功的案件登记立案，获得正式案号。诉讼对接、诉前调解程序的设计初衷是为了给当事人提供更多可供选择的多元化纠纷解决方式，通过调解等方式尽快化解矛盾、降低诉讼成本，减少进入正式诉讼程序的案件数量，为当事人提供各项诉讼服务、为正式立案后的诉讼阶段提供便利。

2. 诉讼外纠纷解决力量的逐渐壮大，为构建“诉调对接”机制提供了社会基础

诉调对接中心作为连接社会各类民商事纠纷与法院诉讼的中间平台，使得人民法院与社会调解组织之间形成了职能上的良性互动和功效上的优势互补。诉调对接中心的运作实现了诉前调解机制、民商事案件速裁机制与传统审判机制的纵向对接，亦实现了非诉调解协议司法确认与各类社会解纷资源的横向结合，从而优化整合各类解纷资源，丰富了立体化纠纷多元解决机制体系的层次和内涵，为深化司法体制改革，解决“案多人少”矛盾提供助力。

3. 各类客观因素，影响甚或制约了诉调对接的功能释放

由于案件量日益快速增长、诉调对接中心等部门的人力配置困难、经费保障不足等主客观因素，实际上无法保证所有甚至大部分案件在诉前都能获得调解成功。诉调对接平台以及诉前先行调解程序很大一部分的功能，客观上却异化成为了法院调节收案数的重要“阀门”和工具，它所应有的调解功能、服务审判功能等重要功能均未得到充分发挥，地位颇为尴尬，且容易降低当事人及诉讼代理人对司法的体验感和获得感，引发不满情绪。

（三）新“枫桥经验”语境下探索完善“诉调对接”制度的思考

如前所述，“枫桥经验”自诞生之日起的50多年来，不断在实践中得到传承和发展，从一个乡镇的经验演变推广成一个市、一个省乃至全国的经验，为新时代法治中国、平安中国的建设，为我国多元化解纠纷机制的构建提供了有效路径。因此，“枫桥经验”所蕴含的理念、做法对于基层法院“诉调对接”制度的改革和完善具有重要的借鉴意义。

1. “枫桥经验”之“四前”和“四早四先”工作机制

“枫桥经验”的一个重要特征就是“预防教化，情理调解”。调解是枫桥当地部门化解矛盾纠纷的主要工作方式，而其中所创设的“四前工作法”和“四先四早”工作机制对于法院的“诉调对接”制度的构建具有重要的参考意义。相应的，基层法院的核心功能在于化解矛盾、定纷止争，而诉前调解机制的创设通过实现诉讼调解的前置能够最大程度地将矛盾纠纷化解在基层，对于缓解人案矛盾具有重要的作用。而诉前调解制度的构建关键在于建立科学合理的纠纷分流体系，也即笔者后文将详细论述的诉调对接的案件繁简甄别功能。对此，笔者认为诉前案件繁简分流机制的构建要参考“枫桥经验”，最大限度地回应社会与群众对纠纷解决路径的不同需求。“枫桥经验”作为一种社会治理方式，其在当下多元利益交织与冲突的社会背景下面临着诸多新挑

战，社会对纠纷解决的方式、程序和结果的诉求都日益呈现个性化的特点，对此应予以充分关注。

2. “枫桥经验”之大调解机制

“枫桥经验”的另一重要特征就是大调解机制。枫桥镇先后建立了镇、管理处、村（居、企）三级人民调解组织网络，形成了党政领导、部门参与、上下联动、优势互补的“大调解”格局和机制。在对群众矛盾、民生矛盾和发展矛盾的预防化解方法上进行了积极探索，总结出了“镇村联动、分级调处群众矛盾；部门协动、联合调处民生矛盾；党政齐动、统筹调处发展矛盾的工作方法。”鉴于此，笔者认为“诉调对接”机制的构建可以借鉴“枫桥经验”的大调解机制，将司法调解和社会调解有机结合，充分调动其他社会组织 and 人员的力量参与到诉前调解中来，并针对不同性质和特点的案件类型配备来自不同职能部门和社会组织的调解力量，以充分提升诉前纠纷化解的效率和质量。

二、理论视野下的思辨：“诉调对接”是案件繁简分流机制的重要依托

（一）诉调对接的诉前先行调解功能

最高人民法院院长周强在全国法院多元化纠纷解决机制改革工作推进会上强调：“在立案登记制改革的大背景下，多元化纠纷解决机制建设只能加强，不能削弱。”诉前调解机制作为近年来人民法院参与社会管理构建多元化纠纷解决机制推行的重要改革之一，是解决民商事纠纷的一种及时、有效的创新方式，是司法调解的派生，诉讼调解的前移。

诉调对接模式中最重要的一项功能正是诉前调解功能，系在对案件登记立案前，由法官或法官助理主持，或邀请人民陪审员或社会人士参与，组织纠纷双方调解，既有利于克服诉讼对抗所造成的资源浪费，又有利于维护和睦、诚信的市民社会秩序，还有助于缓解法院工作压力，这亦与《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》以下简称《意见》第20条中提出的完善多元化纠纷解决机制相辅相成。

（二）诉调对接的案件繁简甄别功能

诉调对接模式在对案件进行诉前调解或庭前会议的过程中，已与原被告双方进行了较多的接触，听取了双方的诉辩称意见，甚至已获取了双方提供的证据。因此，即使部分案件无法达成成功的诉前调解，但从事诉调对接的工作人员已可以通过整个过程，对案件的主要争议焦点进行了初步了解，并可以对案件的繁简情况获得了初步判断，这个判断具有了较高的精确度和准确性。因此，诉调对接的另一项重要功能是案件繁简甄别功能。诉调对接过程通过对个案及双方当事人的接触，相较于立案部门，



可以形成对案件更为细致和正确的繁简甄别结果，有助于在接下来的审理过程中根据案件繁简程度的不同进行区别化处理。

（三）诉调对接的服务审判功能

正如上文所言，诉调对接的功能定位不应当仅仅在于“调”即调解，更应当在于“对接”，即对于无法组织调解的案件如何使其以更事宜、更完备的“姿态”进入诉讼，以便于此后诉讼程序便捷、高效地开展。

2015年2月4日起施行的《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》增设了庭前会议制度，打破了我国原先一步到庭的审判模式。庭前会议制度不仅仅可以适用于从立案后到开庭前的中间过渡阶段，也应当充分适用于立案前的诉调对接阶段。通过诉调对接的庭前会议，可以从以下几个方面为案件做好庭前准备，从而实现服务审判功能。

1. 向当事人送达功能

送达作为民事诉讼中沟通法院与当事人的重要纽带，起着有效推动诉讼进程和维护当事人诉讼权益的重要作用。然而送达难，送达耗时长，诉讼成本高等困境一直是各级法院尤其是基层法院面临的“老大难”问题，也是影响诉讼效率的关键点之一。通过诉调对接程序，在诉前调解阶段先行解决当事人送达问题，确定各方当事人的有效诉讼地址；对确无法送达的当事人，在诉前调解阶段穷尽送达方式，在立案后可直接予以公告送达。将大大节约案件正式立案后的审理周期、减少审判人员的工作量。

2. 指导当事人诉讼功能

对于庭前会议中发现的原告诉讼请求不明确、请求权基础存在重大风险，被告答辩意见不明确，以及诉辩双方重要证据缺失等情况的，诉调对接工作人员可对诉辩双方进行必要的诉讼指引，指导当事人如何固定及明确诉讼请求、如何有针对性地发表答辩意见、如何针对争议焦点进行举证等，有利于今后正式庭审高效进行。

3. 解决可能导致庭审中断的申请和异议

在诉讼中，当事人可能提出各种申请和异议，如增加、变更诉讼请求、提起反诉、申请调查收集证据、鉴定、保全等。对于上述申请或者异议，如果庭前缺乏必要的处理程序而直接“一步到庭”，就可能导致庭审被迫中断，影响庭审的质量和效率。在诉调对接阶段通过庭前会议为当事人搭建解决该类申请或者异议的平台，在诉前集中解决上述问题，确保庭审顺利进行。

4. 交换和固定证据，整理和确定争点

诉调对接阶段的庭前会议通过当事人之间进行磋商、交换证据，实现对案件事实和争议焦点的过滤和整理，可以让今后审理案件的法官把握双方分歧的症结、找到解决纠纷的重点，从而有计划地准备案件庭审活动，保证庭审的针对性、充分性。

（四）诉调对接的诉讼指引功能

诉讼实践中，涉众型、群体性案件较为多见，相关案件具有高度的相似性。对于涉众型、群体性案件，诉调对接阶段可以先行挑选其中一个典型个案进行诉前调解、庭前会议，运用示范模式化解群体性诉讼，寻求用个案的示范诉讼来带动同类批量案件的统一裁判或调解处理，以使得群体性纠纷处理的法律效果和社会效果最大化。

（五）诉调对接的法官助理培养功能

诉调对接中的诉前调解和庭前会议等程序作为案件正式立案前的审判辅助工作，可以由法官助理在法官的指导下进行。相关工作虽然并非案件审理阶段的实质性工作，但该项工作直面当事人、直面案件，对法官助理的调解纠纷能力、庭审把控能力等均是一种挑战。法官助理可以通过在诉调对接程序中大量接触案件和当事人快速得到锻炼和培养，为今后正式担任入额法官作好各方面的充分准备。

三、实战视域下的设计：“诉调对接”怎样做？

案件繁简分流机制的源头在于如何实现案件繁简的甄别，由此构建出分层递进、层层筛选的分流漏斗。

（一）程序启动：诉前“先行调解”与否？

根据《意见》第2条的规定，应推进立案环节案件的甄别分流，即各级法院应根据本院受理案件的实际情况，科学制定需要诉前调解和不需要诉前调解的案件的区分标准和分流规则，以大部分案件移送诉前调解为原则、以特定案件不移送诉前调解程序为例外。

为了节约诉讼成本，对于案件事实和法律问题极为简单、但实际上一次调解成功率不高、而经一次正式开庭可以审结的案件，无须进入诉调对接平台的诉前调解程序，可以直接移送速裁团队进行及时审理。对于案件需紧急处理或当事人坚持不同意进行诉前调解的，也应当根据案件实际情况、尊重当事人的真实意思，不再进入诉前调解程序。对于其他案件，原则上应当移送诉前调解程序进行处理。由此，立案庭收到案件后，仅需要根据案件的案由或诉讼标的金额等客观情况进行简单的甄别即可。

（二）繁简甄别：如何细化案件分流？

对于进入诉调对接平台的案件，应当充分利用现有规定所赋予的2个月的诉前调解期限，原则上每个案件均应当做到对遗漏的当事人进行追加、各方当事人送达程序穷尽、至少组织一次庭前谈话及调解。通过诉调对接程序，对案件实体争议进行初步掌控后，科学区分案件的繁简程度并在卷宗中予以标记。对于可以在诉调对接平台中进行委托鉴定、评估、审计的案件，在各方当事人同意的前提下，应当尽量在该阶段



中予以完成。

（三）“要素式问询表”：诉前调解中如何巧用一张纸？

“要素式问询表”是由法官根据每个案件的实际情况，在庭前先行制作、并指导各方当事人填写的要素式表格，根据案情需要，问询表内容可以包括当事人的诉辩主张、案件的各个事实要素、对于证据的相关意见等。针对不同的案件类型和不同的案件事实，乃至针对不同的原被告，“要素式问询表”可以有千姿百态的式样和内容。要素式问询表的价值和功能在于：

1. 指引当事人诉讼

审判实践中我们发现，许多当事人诉讼能力有限，无法形成清晰、有逻辑的诉辩意见，无法在庭审中围绕案件争议开展庭审活动，甚至无法说清完整、全面的案件事实，严重影响了庭审节奏。庭前指导当事人填写“要素式问询表”是方便群众诉讼的有力举措，通过问答式的填表方式，有助于指导各方厘清思路，固定、明确诉讼请求、有针对性地发表答辩意见，有利于今后庭审高效进行。

2. 尽快固定无争议事实

“要素式问询表”中涉及案件相关事实的相关问题，对各方无争议的要素予以书面确认并记录，有利于简化有关庭审环节，提高庭审效率。

3. 尽早发现案件争议焦点

通过对各方填写的“要素式问询表”内容进行比对，有助于法官快速发现案件争议焦点。在庭审时即可重点围绕争议的要素进行举证、质证、辩论等，并在法律文书制作中、对有争议的要素抓住要点说理，让当事人一目了然。

“要素式问询表”最适宜使用在以下两类案件中：第一种系群体性诉讼案件。群诉案件数量大、涉及当事人人数多。群诉案件虽然有基本相同的背景事实、基本类似的诉讼请求或答辩意见，但每个个案都有自己特殊的故事和不同的争议。每个当事人都是独立的个体，每个人的诉求和意见都值得法官用足够的耐心去倾听，不能因“群诉”而抹杀了个体所应感知到的程序正义。让每个案件的当事人各自填写“要素式问询表”，正是细致、充分、详尽的庭前工作的一部分，既有助于逐一梳理案件事实、便于诉讼的开展，更有助于让每一个当事人获得司法的尊重感和仪式感。第二种系审理要素相对统一、明确的部分案由。我们在案件审理中发现，虽然每个案件各有不同，但在很多情况下，一种案由、一类案件总有其相对统一、系统且明确的审理思路和审理要素，大多有“审判套路”可循。对于此类案由、此种案件，可以制作格式版本的“要素式问询表”。如今后对于某个个案，有需特别问询的要素，可在格式版本上进行添加。

四、配套资源的配置：人员与科技的力量支持

（一）审判团队的建设：繁简分流的人员配备

1. 对诉调对接及简案快审部门进行人力资源的优化配置

在简案快审和繁案精审之间，繁简分流机制的主要矛盾和问题应当在于前者。与原有的不分繁简的办案模式不同，繁简分流机制的有效运行很大程度上依赖于承担较大工作量的诉调对接平台及承办大量案件的速裁办案团队。因此，科学测算全院符合诉调对接及速裁条件的案件数量，以此为依据配备相应数量的审判团队并为其配强审判辅助人员，并在人力资源的分配过程中对从事诉调对接及简案快审的部门进行政策性倾斜，争取用少量的审判资源办理占较大比例的简单案件，并动态调整不同审判部门间的审判力量尤为关键。

2. 审判团队的建设 and 培养

在审判团队的建设 and 培养上，应当从有利于推进案件繁简分流的角度出发，从案件类型、难易程度和人员结构等实际情况出发，组建灵活多样的办案团队，实行扁平化管理，从而实现提升审判质效的目的。对于审判经验有待加强的年轻法官及法官助理，应当更多地纳入诉调对接平台及速裁团队，并建立速裁团队定期轮换机制，通过快节奏、高工作量的审判工作使得年轻法官及助理快速得到锻炼与成长。对于复杂案件的审理，应当成立一定数量的专业化合议庭或审判团队，保障审理思路及裁判尺度的统一，推进办案标准化建设、健全案例工作制度。

3. 法院业绩考评制度的完善

运用大数据分析技术，改变以单纯案件数衡量工作量的传统模式，科学建立案件权重系数体系，对法官员额、法官工作饱和度、法官业绩评价等进行定量分析，使考核数据化、精确化、可视化，形成奖勤罚懒、优胜劣汰的用人导向。

（二）外部资源的整合：案件繁简分流的有效借力

案件繁简分流机制的有效运行，不仅仅需要对法院内部资源进行深入挖掘，还需要外部资源的借力，充分调动各方可以调动的自愿，从而形成一股合力，从而有效地预防及化解矛盾纠纷

1. 完善多元化纠纷解决机制

在诉调对接平台中，应加强对当事人的引导工作，多鼓励及劝导当事人选择非诉纠纷解决方式，最大限度地将纠纷分流到人民调解等非诉解决渠道中，减少进入诉讼程序的案件量。此外，还应当积极吸纳退休法官、法律工作者、人大代表、政协委员等进驻诉调对接平台及诉讼服务中心等开展诉前和诉中调解，联合化解社会矛盾纠纷。

2. 充分发挥律师在诉讼中的作用



支持律师依法职业，保障律师执业权利，重视律师对案件繁简分流和诉讼程序选择的意见，推动律师积极参与调解、代理申诉等相关工作。

（三）智慧法院建设：案件繁简分流机制的技术支持

“智慧法院”目前并没有通行的定义，但它的本质是以大数据、物联网技术为基础，与互联网实现完全对接融合，并与其他外部网络系统在云平台上进行和谐高效地协作，最终实现运用其“智慧”为法官和当事人提供便捷服务。^③

伴随着信息技术的迅猛发展，覆盖了“互联网+”、网络化、大数据等现代科技的信息化建设将给法院工作带来前所未有的技术支持。智慧法院的建设，不仅仅是具有服务审判功能，更有服务群众诉讼功能，为案件繁简分流机制的运行提供审判体系和审判能力现代化的保障。

1. 通过信息化建设破解“送达难”

民事案件的送达，贯穿于立案至执行的全流程诉讼环节，在民事诉讼过程中具有其独立的程序性意义。送达难是造成大量案件无法及时审结的一个重要原因。《意见》第3条倡导积极运用电子方式送达，即当事人同意电子送达的，应当提供并确认传真号、电子信箱、微信号等电子送达地址。信息化建设所搭建的电子送达平台所带来的送达即时性和便利性优势将大幅度降低法院在送达上所耗费的人力成本。

2. 人工智能分案辅助系统

利用现代科技将大数据、人工智能等技术与法院分案机制、诉讼程序转换机制等流程节点进行深度融合，以更好地实现案件繁简分流机制效能的发挥。笔者建议探索开发人工智能分案辅助系统，将经甄别后的案件繁简分流信息嵌入审判流程管理系统，从而实现立案后自动分流的目的，此举将大幅度减少分案人员的工作量。

（责任编辑：李宁）

^③ 王克照：《智慧政府之路》，清华大学出版社2014年版，第2页。

不离其宗：矛盾化解的经济分析方法论

——以房地产纠纷量化调解互动博弈为参照

李俊晔*

内容摘要 民事案件中大部分的争议焦点围绕经济利益展开，利益冲突化解。尊重规律、因势利导，是矛盾化解多元路径的核心要义。实践中的经济利益冲突往往突出表现为经济理论两个最重要的假设，即资源稀缺与理性行为。本文研究如何借助“多轮博弈”“帕累托最优”“卡尔多—希克斯标准”等经济学方法实现矛盾有效化解，形成以事实查明为依托的量化调解、纠纷解决路径选择的量化调解、能动引导纠纷解决路径改进的量化调解等科学化、可操作化方法论。

关键词 经济分析 经济利益 博弈 帕累托最优

中图分类号：DF72 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)04-061-070

绪言：矛盾调和的经济分析视角

在当前司法改革的推进阶段，多元化解路径探索成为矛盾纠纷解决机制这一主题下的热词。多元化解，是一个扩张的思维方式，以审判为核心探索审判以外的其他纠纷化解程序。当我们专注于开拓思维的疆域、扩展制度半径的同时，是否可以冷静思考一下解决纠纷的内在规律？多元化解，殊途同归。化解纠纷，是多元路径的最终“罗马城”。“罗马城”是多元路径的最终指引，在这其中必然有一条万变不离其宗的规律。

案件是经济社会的缩影。“天下熙熙，皆为利来；天下攘攘，皆为利往。”^①市场经济条件下，民事案件争议焦点大多围绕经济利益展开，其冲突类型有二：一是陌生人之间，基本上可归为纯经济利益冲突；二是熟人之间，除经济利益之争，仍存亲朋

* 李俊晔，北京市第二中级人民法院审判管理办公室副主任，中国社会科学院法学研究所副研究员、博士后，中国应用法学研究所博士后。

① 司马迁：《史记·货殖列传》。



父子之情，然一旦对簿公堂，则往往“匹夫亲朋道义因财失，父子情怀为利休”，^②化解经济利益冲突仍为弥合亲情之要。可见，有效化解纠纷须正视并重视当事人的经济利益期待与冲突。

实现利益冲突化解结果的公平正义是纠纷化解的最终追求。该追求当以科学性为核心，科学性即符合规律、方法得当。如何尊规律而利导？大量案例中经济利益冲突显现出经济理论两个最重要的假设，即资源稀缺与理性行为。首先，资源稀缺是纠纷发生的经济根源，诉讼是典型的资源争夺的表现形式。其次，经济学中“理性人”的“基本特征就是：每一个从事经济活动的人都是利己的”，^③诉讼活动中的人往往较日常经济活动更为利己、更为谨慎。

由此可见，“上善若水，水利万物而不争。”^④调和经济冲突，亦如水，当因势利导。能动调解须自觉运用经济规律与方法对当事人的利益诉求因势利导，以期调解工作从自发到自觉、从经验到科学的升华。

利益分歧如何产生？依审判经验判断，主要有事实扑朔迷离（本文第一部分）、两造各有所需（第二、三部分）两大原由，以下将研讨对症下药之策。

一、科学调解须以深入质证为核心引导多轮博弈

（以事实查明为依托的量化调解实证研究）

（一）以客观真实为依托实现调解结果水到渠成

庭审查明事实的过程也是两造博弈的过程。当事人均希望对己方有利之事实被查清，而不利事实反之，甚至以各种手段干扰法官查清事实。固然，诉讼过程不能如影像回放再现事实，但即使调解，亦不应放弃“客观真实”之追求，否则“裁判的艺术家”将沦为“和稀泥的工匠”。因此，能动调解须以“客观真实”为依托。调解结果公平正义的基础在于案件事实的清晰。由此，当事人才会信服。

做好举证、质证、认证，有助于促进当事人调整诉讼策略，自然形成调解方案。某法院提出科学切实的工作要求：“要善于做出适当认证，对证据效力已确定的，要敢于当庭认证，加强释法说理，使案件的法律适用、责任承担、裁判结果达到‘呼之欲出、水到渠成’的境界。”^⑤能动巧妙的当庭认证、释法说理可促使当事人放弃基于还原事实认知局限而生的侥幸或不合理期待，从而水到渠成促成调解。

② 前引①。

③ 高鸿业主编：《西方经济学（微观部分）第四版》，中国人民大学出版社，第18页。

④ 老聃：《道德经》第八章。

⑤ 北京市第二中级人民法院：《关于印发院党组书记、院长朱江在2012年度全院工作会议上所做工作报告及相关会议材料的通知》（京二中法发〔2012〕7号）。

下面链接一则案例，并结合该案例解说法院调解中能引导质证、论证的重要性、科学性，进而总结相应实践方法。

陈某于2004年以108万元价格购买诉争房屋，定金3.5万元，首付款50万元，余款以贷款方式支付。当年，诉争房屋登记至陈某名下。瑞麟公司称当时其尚未成立，故三股东协商一致，以陈某名义购房用于公司办公。为此诉至法院，要求确认诉争房屋归其所有。陈某则认为系其自行购房。

一审中，瑞麟公司提交《合伙人协议书》（落款日期为2004年12月15日）约定：甲方周某、乙方陈某、丙方王某自愿合伙成立瑞麟公司，注册资金100万元，周某出资51万元，陈某出资33万元，王某出资16万元，利润按股权比例分配；100万元均由陈某实际出资；陈某名下的诉争房屋，包括在100万元投资金内，产权为公司所有。该协议书有三方签字。陈某不认可“陈某”、“王某”签字真实性。经鉴定，系本人书写。另，双方认可首付款50万元系陈某支付，贷款还款情况有争议。

一审法院判决支持瑞麟公司之诉请。陈某上诉。经二审法院调解，双方达成案外和解协议：1. 陈某撤回上诉；2. 瑞麟公司补偿陈某140元；3. 陈某配合瑞麟公司将诉争房屋转移登记至该公司指定的人名下；4. 陈某将其持有的瑞麟公司33%的股权转移给周某。后陈某依约撤回上诉。

（二）当事人博弈策略与法官认证释法的互动模型

诉讼活动是典型的博弈。“博弈的标准式表述包括：（1）博弈的参与者，（2）每一参与者可供选择的战略集，（3）针对所有参与者可能选择的战略组合，每一个参与者获得的收益。”^⑥科学的博弈须以法官为主导，以深入质证为核心。

审判中极少出现一次博弈即达均衡的情况，大多需多轮博弈才可能达到均衡，或根本无法达到均衡而只能判决。实践中，完整的多轮博弈如下图：

当事人举证或陈述→对方质证或回应→法官追加询问→当事人做出解释→法官认证、释法→当事人调整策略→当事人举证或陈述→（当事人举证或陈述→……）

法官当庭认证、释法说理与当事人诉讼策略调整相互影响。优秀的法官当善于能动引导博弈走向，促使当事人调整策略后达成均衡。如上图所示，经举证、质证，或经当事人陈述与对方回应后，法官可就相关问题追加询问，要求当事人做出合理解释。经上述环节后，法官形成心证，对明确的问题，应敢于能动地进行心证开示并加以释法说理。经此，当事人结合对其自身言辞的合理性评价，相应调整诉讼策略，进而提出新证据或者陈述新意见，引发新一轮博弈。

^⑥【美】罗伯特·吉本斯：《博弈论基础》，高峰译，中国社会科学出版社1999年版，第3页。



(三) 以多轮博弈互动模型塑事实、促调解之实践应用

1. 第一轮博弈（诉辩开始，未深入举证、质证）

瑞麟公司起诉要求确认诉争房屋归其所有。该房屋建筑面积 183 余平方米，二审期间同户型单价 2.2 万元左右^⑦；据此，诉讼请求价值估算为 408 万元。减去购房时价格 108 万元，升值部分 300 万元的归属是本案确权纠纷真实争议。瑞麟公司提出调解方案是在房产确归其所有前提下补偿陈某 60 万元；陈某提出房产确归其所有可补偿对方 120 万元。

将双方预期自己的胜诉概率设为 R （原告瑞麟公司）、 r （被告陈某），列博弈矩阵描述如下^⑧（单元：万元）：①陈某坚持抗辩：瑞麟公司坚持诉求、提出调解、同意调解均为 $(300r, 300R)$ ；②陈某提出调解：瑞麟公司坚持诉求、提出调解均为 $(300r, 300R)$ ，同意调解 $(180, 120)$ ；③陈某同意调解：瑞麟公司坚持诉求 $(300r, 300R)$ ，提出调解 $(60, 240)$ ，同意调解（无）。

如此，①若陈某坚持抗辩，均须判决结案，瑞麟公司策略选择结果无差异；②若陈某提出调解，瑞麟公司认为拒绝其方案更划算，说明瑞麟公司认为 $300R > 120$ ，故 $R > 0.4 = 40\%$ ；③若陈某同意调解，瑞麟公司认为其的调解方案更划算，说明其认为 $300R \leq 240$ ，故 $R \leq 0.8 = 80\%$ 。综上，瑞麟公司预测其胜诉概率接近 80%，但绝不低于 40%。同理，分析陈某策略选择，可知其认为胜诉概率接近 60%，但绝不低于 20%。

此轮博弈后，未达均衡，不存在让双方都觉得划算的方案。双方均认为自己胜率较高，反映出总有一方不合理期待利益过高，这是未成均衡的根源。为此，当事人调整策略，进入第二轮博弈。

2. 第二轮博弈（质疑《合伙人协议书》）

陈某以笔迹鉴定程序不当为由强烈要求重新鉴定；另提出其给公司的出资不包括房产，且对方无法证明以房产出资事实，故诉争房屋并非公司资产。鉴于重新鉴定存在风险，且除协议书确无其他证据佐证房产计入出资，瑞麟公司调解方案补偿数额提高到 200 万元，除去认可返还陈某已付房款 50 万元和 33 万元股权，计 117 万元，为估算方便列为 120 万元。博弈矩阵变为（单元：万元）：①陈某坚持抗辩：瑞麟公司坚持诉求、提出调解、同意调解均为 $(300r, 300R)$ ；②陈某提出调解：瑞麟公司坚持诉求、提出调解均为 $(300r, 300R)$ ，同意调解 $(180, 120)$ ；③陈某同意调解：瑞麟公司坚持诉求 $(300r, 300R)$ ，提出调解 $(120, 180)$ ，同意调解（无）。

^⑦ 此数据系从网络交易平台查询。

^⑧ 对应博弈的标准式表述，“参与者”瑞麟公司“战略集”为 { 坚持诉求，提出调解，接受调解 }，陈某则为 { 坚持抗辩，提出调解，接受调解 }；双方选择一种战略后的收益为（陈某收益，瑞麟公司收益）。

^⑨ 前引^⑧，前为陈某收益，后为瑞麟公司收益。

以前述推算方法，可推算双方认为自己胜诉概率均接近60%，但绝不会低于40%。瑞麟公司因胜诉期待有所下降，妥协后陈某仍不同意和解。

3. 第三轮博弈（计算草纸之辩解）

二审承办法官经仔细阅卷，发现两份财务手续移交清单后附有一张并不引人注意的计算草纸，有陈某和瑞麟公司法定代表人周某签字。其中两个算式引起注意。

“642773.71+3556608.03=999381.74”（算式一）

“1000000-999381.74=618.26”（算式二）

法官要求双方做出合理解释。瑞麟公司称：陈某与公司商量退出经营时签署两份财务手续移交清单，第一份包括首付款等房屋买卖相关费用共计642773.71元，第二份是其他支出共计3556608.03元，两项合计999381.74元，与100万元做减法，用以计算陈某100万元义务完成情况；既然算式为了算出资，且包括房产，说明房产已计入出资，为公司资产。陈某明确称无法解释，并因此表示可以考虑对方的和解方案，但此时瑞麟公司提出只能补偿150万元，折算认可返还陈某已付房款50万元和33万元股权，计67万元。博弈矩阵变为（单元：万元）：①陈某坚持抗辩：瑞麟公司坚持诉求、提出调解均为（300r, 300R）；②陈某同意调解：瑞麟公司坚持诉求（300r, 300R），提出调解（67, 233）。

法官对计算草纸的询问结果，佐证协议书中房屋归公司所有的约定。陈某因此放弃不合理利益期待，认为选择同意调解更划算，即认为 $300r < 67$ ，可见其自认的胜诉概率r已小于22.33%，胜诉可能不大，得到一些补偿更明智。（67, 233）即为纳什均衡。法官以深入质证和释法明理为手段，对互动博弈的能动引导已见功效。

（四）小结：多轮博弈能动调解操作关键与实践启示

1. 端正调解率功利主义，以引导深入质证，敢于认证为能动调解的基础

认证与释法未必以说教方式进行，巧妙询问对难以做出合理解释者内心触动更为强烈，而直接说教易引发当事人对立情绪。

2. 估算预期胜诉率，排除不合理利益期待

估算预期胜诉率是法官引导调解的实用心理量化方法。上述分析可见，当事人预期胜诉率与调解策略互为因果表里。预期胜诉率影响调解策略，而调解方案可直观计算得出预期胜诉率。法官可通过引导质询诱使当事人改变策略，通过多轮博弈不断降低预期胜诉率不合理利益部分，直至调解水到渠成。

二、寻找帕累托最优方案实现当事人利益最大化

（事实查明基础上纠纷解决路径选择的量化调解实证研究）



（一）信息不对称等缺陷需法官居中调和

上节论述主要针对事实层面，通过多轮博弈使法律事实接近于客观真实，进而影响当事人利益诉求的变更。然而，事实清楚仍未能迎刃而解的情形下，双方利益诉求相异，仍存在复杂经济利益冲突。如何面对？如房屋买卖，一方要求履行合同，一方要求解除合同，互不相让。

审判中常发现，当事人与法官因诉讼地位之异，产生不同思维方式。法官力求居中衡平，当事人和律师则有时表现出片面性，究其因：

首先，两造信息不对称。法官由于居中有优越性，享有更加完全的信息。当事人则有时一叶障目，不见泰山。

其次，参与目标各分歧。诉讼双方以经济利益最大化为诉讼参与目标。而法官则力求利益冲突边界的重新确定。

再次，诉讼心态有差异。当事人由于互相丧失信任且情绪对抗，有时很难理性行事。法官则无关利害，平和处之。

由此而生，当事人与律师有时很难自发找到冲突的最佳解决路径，法官则更具优势为两造寻找最佳的冲突化解方案。跳出诉讼请求是否成立这一思维，从经济利益冲突本身审视，可能发现多种冲突调和路径。法官须尽可能掌握全面的案内信息与案外信息，为当事人能动地设计多条路径，寻求最佳方案。下面引一真实案件解说。

宋某（买受人）通过链家公司居间，与孙某（出卖人）签订房屋买卖合同，约定：总价333万元，拟贷款130万元，双方在出卖人收到银行放款后自行办理物业交割。合同签订后，孙某收取定金5万元，并配合宋某进行了商业贷款评估。后宋某欲将商业贷款改为公积金贷款，双方未重新进行贷款评估。为此，宋某起诉至法院，认为孙某通知其不再履行合同属违约，要求孙某支付违约金并继续履行合同，配合办理房屋评估、贷款。一审法院判决驳回宋某的诉讼请求。宋某上诉。经二审法院主持调解，双方达成如下协议：①解除房屋买卖合同；②孙某返还宋某购房定金3万元（已执行）；③链家公司已收取居间服务费不予返还，另为宋某提供一次居间服务，不收取居间服务费。

（二）整合信息，以当事人视角寻找冲突解决路径

在上述案件调解过程中，通过与当事人充分沟通及经济背景分析，法官了解到如下信息：①出卖方更希望不再履行合同，倾向享有房产，若继续履行合同，则需要买受人给予补偿；②买受方没有特别倾向，履行合同或解除合同均可，若解除合同则要求出卖方支付中介费；③签订合同时到二审诉讼中房屋价格基本持平，且房地产市场变化趋缓。对上述信息进行综合处理，可归纳履行合同与解除合同两种路径。

（三）以帕累托标准能动引导当事人选择解决路径

对于合同与解除合同两种路径，何者更优，须在法官发挥居中协调能动性基础上

寻求帕累托最优。所谓“帕累托标准”，可描述为：“如果任何一个社会成员较之社会状况 y 更偏好 x ，或者对两个都没有偏好，但至少有一个社会成员更偏好 x ，则社会状况 x 较之 y 更受偏好。满足这些条件的社会福利决策称为帕累托最优决策或者帕累托改进。”^⑩

上述案件中，法官与当事人沟通，进一步了解其心态。下面根据双方意愿等因素对履行合同与解除合同两大路径解析出若干分支路径加以分析。（以 $>$ 、 $<$ 、 $=$ 表示优劣意愿）

1. 履行合同：[1.1 继续履行合同] 出卖人意愿“拒绝”；买受人意愿“履行 $>$ 解除”；[1.2 继续履行合同 + 买受人支付补偿] 出卖人意愿“履行 $>$ 解除”；买受人意愿“拒绝”。

2. 解除合同：[2.1 解除合同 + 返还房款] 出卖人意愿“履行 $<$ 解除”；买受人意愿“拒绝”；[2.2 解除合同 + 返还房款 + 出卖人支付中介费] 出卖人意愿“拒绝”；买受人意愿“履行 = 解除”。

在履行合同路径选择中，出卖人的态度是拒绝，只有买受人支付补偿款才认为可接受，但仍不认为比解除合同更好；买受人坚决不同意支付补偿款，愿继续履行合同。故双方意愿难以调和。

在解除合同路径选择中，出卖人愿解除合同，但不同意支付中介费；买受人只有得到中介费补偿才认为可接受，但仍不认为比履行合同更好。对于中介费，双方不得调和，但通过法官的进一步调解，居间方链家公司同意免费为买受方继续提供房源。由此，买受方放弃中介费补偿要求。在此情况下，出卖人认为：履行 $<$ 解除，买受人认为：履行 = 解除。解除合同较履行合同而言，符合帕累托标准，双方由此达成调解。

（四）小结：帕累托最优思维下能动调解操作方法启示与建议

上述调解过程充分体现了法官利用其诉讼中相对优越地位，能动地居中沟通协调，最终帮助当事人实现帕累托最优的调解方案。法官运用帕累托最优思维进行能动调解，归结而言，可以三步走方式为之。

第一步：全面、深入了解案内信息与案外信息。

案件事实准确认定之基础上，法官须对当事人的真实意愿、经济状况、性格心态等因素以及与案件相关的经济社会因素全面、深入地了解。在此基础上才可归纳出可行性路径。

第二步：归纳可行性冲突解决路径。

归纳不必拘泥诉讼请求本身，可结合以下两因素考虑：一是各方之间现有法律关系各种变动方式及后果，二是上步工作了解到的全面信息。

^⑩ 【德】汉斯-贝恩德·舍费尔、克劳斯·奥特：《民法的经济分析（第四版）》，江清云、杜涛译，法律出版社2009年版，第22页。



第三步：寻求帕累托最优方案。

在归纳若干路径后，须与当事人进一步沟通，了解其选择偏好。若发生意愿难以调和的情况，通过对路径的协调与修正，力促当事人达成共识，筛选出帕累托最优。

三、通过补偿衡平实现利益最优安排的帕累托改进

（能动引导纠纷解决路径改进的量化调解实证研究）

（一）关注案内、外信息变化对利益冲突的影响

上节案件之能动调解，通过三步走即可找到帕累托最优路径。然而，有些案件较复杂，若判决，不论谁胜谁负均无良好的社会效果，由于诸多复杂因素介入，调解难度增大。据经验分析，将影响调解工作的复杂信息因素类型化如下：

主观信息：（案内信息）当事人主观意愿、诉讼能力、对诉争经济利益的心理预期等；（案外信息）当事人特别需求、特殊困难、经济能力、情绪态度、文化水平、教育背景等。

客观信息：（案内信息）案件事实、证据采信等；（案外信息）市场变化、国家政策、舆论导向、社会风气等。

若以判决方式结案，一些信息虽可考虑，但对裁判结果的推理并无直接关系。但是在调解过程中，诸多案内外信息直接作用，不得不予考虑。案件从起因到诉讼的时段内，诸多案内外信息发生变化，对经济利益冲突影响直接且重要。在此情况下，可能无法直接找到帕累托最优，而需要借助“卡尔多—希克斯标准”帮助当事人实现“潜在的帕累托改进”。“潜在的帕累托改进允许存在受益者与受损者，但要求受益者的收益要大于受损者的损失。如果这种情况出现，理论上讲，受益者可以弥补受损者的损失同时自己还有剩余。”^①下面一则真实案例是运用帕累托改进的成功典型。

卡某（外籍）与许某是夫妻关系。诉争房屋系许某于婚前购得，并于婚后取得所有权证。许某与白某签订房屋买卖协议，约定成交价106万元，合同签订次日支付房款50万元，过户当日支付余款。合同签订后，白某支付房款50万元并入住。

此后，卡某以其与许某系夫妻关系共享房屋所有权、许某无权在其不知情的情况下与白某签订房屋买卖协议为由，要求确认该买卖协议无效。一审法院判决驳回卡某诉请。卡某上诉。二审中，经法院调解，双方达成如下协议：1. 解除房屋买卖协议；2. 卡某、许某返还白某购房款50万元（已执行）；3. 卡某、许某给付白某补偿款114万元（已执行）；4. 白某腾退诉争房屋。

^①【美】罗伯特·考特、托马斯·尤伦：《法和经济学（第五版）》，史晋川、董雪兵等译，格致出版社·上海三联书店·上海人民出版社2010年版，第39页。

（二）综合案内、外信息寻找利益衡平补偿方案

在调解中，卡某、许某坚决不同意继续履行合同，对他们来说，解除合同优于继续履行，即履行 < 解除。白某依据合同履行，入住诉争房屋，且已对房屋进行装修，对他而言，选择继续履行合同更好，即履行 > 解除。据此，似乎不存在帕累托最优。但通过进一步沟通，了解到与案件并无直接关联的如下信息：

卡某、许某：①签订合同后，国家实施房地产调控新策，其夫妻一个是外国人，另一个没有北京户口和完税、社保证明，均无在京购房资格，如继续履行合同则将名下无房，意在保住此唯一住房；②卡某系西班牙高档酒店厨师，许某经营贸易公司，二人经济状况较好。

白某：①房价在签订合同后大幅上涨，但二审中房地产市场基本趋缓，可考虑在获得房屋差价补偿情况下解除合同；②房价预期不会上涨且房地产市场正处供大于求，可用退回房款加补偿款另购住房。

直接来看，解除合同的状态未见优于履行合同，但根据进一步沟通获得的信息，对双方在两种状态下的经济利益状态进行比较，也许可以找到“潜在的帕累托改进”。

1. 履行合同的利益状态

A. 卡某、许某：获得购房款 130 万元，减去其付出的成本即签约时的房屋价值，收益为 0。

B. 白某：获得房屋价值，因房价上涨且已装修，故白某在履行合同后保有的价值 = 签约时房屋价格 + 房屋升值 + 装修价值。根据调解协议确定的“房屋升值 + 装修价值”114 万元，白某在合同履行状态下房屋总价值为 244 万元。该 244 万元价值减去价款成本 130 万元（包括购房款 50 万元及未付房款债务 80 万元）及装修款（折旧后酌定为 4 万元），收益为 110 万元，即房屋增值。

2. 解除合同的利益状态

A. 卡某、许某：获得房屋总价值为 244 万元，减去应返还购房款 50 万元及放弃未付房款债权 80 万元，最终收益为 114 万元。需注意，卡某、许某称因新政实施致其不能另行购房，故诉争房屋之边际效用大大提升，即新政使其取得该唯一住房之效用比新政实施前更大。考虑额外增加的边际效用 X，其最终收益应为（114+X）万元。

B. 白某：收回购房款 50 万元及豁免 80 万元未付款债务，减去应支付成本即房款 130 万元及装修价值 4 万元，收益为 -4 万元。

双方收益情况如下（单位：万元）：履行合同：卡某、许某 0，白某 110；解除合同：卡某、许某 114+X，白某 -4；解除后损益：卡某、许某 114+X，白某 -114。

庭后了解到，双方均认可一审判决结果（继续履行合同）。只有调解方案对双方均优于一审判决结果，当事人才可能接受。据上，在履行合同之状态过渡到解除合同



之状态，卡某、许某获益 $(114+X)$ 万元，足以弥补白某的损失114万元，且有剩余。因此，“潜在的帕累托改进”得以发现，调解方案得以达成。

(三) 小结：“卡尔多—希克斯标准”调解实践操作启示与建议

1. 须以前节所述寻找“帕累托最优”三步走为前提。当“帕累托最优”无法直接找到时，则考虑是否可以“受益者补偿受损者”的方式实现“潜在的帕累托改进”。

2. 在考量补偿问题时，须考虑“边际效用”^⑫与“边际效用递减规律”。^⑬此问题在生活中并不陌生。上述案件中，增加一套房产的效用在政策实施前后，之于有无购房资格，给当事人带来的效用可感而知！参数 X 表达了边际效用的增量。房屋价款同理，卡某、许某经济条件较好，那么其每增加1万元现金给其带来的收益就远不如给经济条件一般的白某带来的收益。因此，上述调解结果中，房屋调整给没有购房资格的卡某、许某效用更大，金钱补给经济条件较差的白某效用更大。其实，“边际效用”问题并非玄妙，但须法官有所察觉；边际效用经初步估算后在与当事人沟通中一试验知，可在沟通中不断修正估算。

3. 建议矛盾调解中做到“四个关注”：关注社会经济发展与市场变化形势；关注利益冲突产生与演化的背景；关注诉争标的物价值变化及对于各方当事人的不同效用；关注当事人利益需求在纠纷演化过程中的变化。

(责任编辑：姜燕)

^⑫ “边际效用是指消费者在一定时间内增加一单位商品的消费所得到的效用量的增量。”前引^③，第72页。

^⑬ “边际效用递减规律的内容是：在一定时间内，在其他商品的消费数量保持不变的条件下，随着消费者对某种商品消费量的增加，消费者从该商品连续增加的每一消费单位中得到的效用增加量即边际效用是递减的。”前引^③，第74页。

论夫妻共有财产的公示与处分

——兼议《物权法》与《婚姻法》的冲突和协调

孙超*

内容摘要 夫妻财产共有,是我国夫妻财产制的基本形态与核心内容,其处于身份法与财产法的交界地带,因此与一般财产共有相比,表现出诸多不同之处,但这并不足以使其脱离物权法的调整范围。对于《婚姻法》与《物权法》间的抵牾,应在保护夫妻平等的财产权与保护交易安全之双重价值目标的指引下,限制物权公示原则在夫妻财产共有领域的适用,或将其变通适用,以维持法律体系的和谐一致。对夫妻单方处分共有财产行为的效力,应作出类型化分析,分别适用家事代理、表见代理、善意取得等规则,以保护善意第三人之利益。

关键词 夫妻财产共有 婚姻法 物权法 公示 善意取得

中图分类号:DF55 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2018)04-071-078

尽管人们坚信“从身份到契约”是人类社会的一大进步,但婚姻及以此为基础的家庭仍坚守着市民社会的最后一个身份王国。在法律领域,婚姻家庭法也从未被物权法、债权法等财产法完全吸收和同化。具体到夫妻的财产共有关系,其虽然与民法中的财产法律制度有着更为密切的关联,但“又不完全相同于物权法上的共同共有及债法上的合伙关系,用普通物权法或债法的有关规定来调整以身份为基础的夫妻财产关系尚嫌不足”。^①另一方面,婚姻家庭法毕竟属于民法的重要组成部分,如此婚姻法中的夫妻财产制又应与物权法、债权法中的基本规则保持一致,以避免在民法典中出现体系违反和规则冲突。与其他国家以夫妻分别财产制作为原则不同,我国《婚姻法》以婚后所得共同制为法定财产制,使得夫妻财产共有关系在现实生活中占据主导地位。这必然引发共有财产应否公示及如何公示,共有财产单方处分后第三人能否善意取得

* 孙超,最高人民法院执行局综合室副主任,法学博士。

① 戴炎辉、戴东雄:《中国亲属法》,台湾顺青文化事业有限公司2000年版,第170页。



等复杂问题。本文通过研究物权法中的相关规则与夫妻财产制度尤其是夫妻共有财产制之间的内部关联,希望能对法律制度的完善和司法实践中相关问题的处理有所助益。

一、夫妻财产共有财产的公示问题——内部关系的视角

物权公示原则是物权法的基本原则之一,理论上任何物权均需要通过公开的、易于查知的方式对外展现,以保障交易安全。但鉴于夫妻主体身份的特殊性,该原则能否绝对适用于夫妻财产关系?若仅为相对适用,其适用的限度又应在何处划定?尚须探讨。

(一) 夫妻财产共有权取得时间之界定

依法定财产制,若夫妻双方无特殊约定,婚姻关系存续期间一方或双方所得之财产原则上归夫妻共有。此为夫妻基于特殊的身份结合而取得的财产共有权,无须另外履行登记或交付等物权变动形式,这也是各国婚姻法普遍采取的做法。我国《物权法》第9条与第32条分别规定,“不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生法律效力,但法律另有规定的除外”,“动产物权的设立和转让,自交付时发生法律效力,但法律另有规定的除外”,确立了物权变动的公示原则。为使《婚姻法》与《物权法》能够在体系上融会贯通,在解释论上,宜将夫妻财产共有权的取得解释为“法律另有规定”的情况,与基于法院判决、继承、事实行为等非法律行为产生的、不具备法定外观,但为法律保护的物权并列,再借助“非经登记,不得处分”之规范,使未经登记的共有权不能任意进入流通领域,以保护交易安全与秩序。例如,依《婚姻法》第17、18条规定,夫妻一方因继承所得的财产,除非被继承人指定财产只归一方所有,当然属于夫妻共有财产范围。据此,如无相反证据,夫妻一方因继承取得的房屋,另一方当然享有共有权,无须继承人的转让等行为,也无须登记另一方的权利。只是在对外关系上,夫妻任何一方均不得擅自处分此类财产,否则会引发登记公信力的适用及不动产善意取得等诸多复杂问题。

依约定财产制,夫妻双方可以于婚前或婚后约定婚前财产归共同所有,即选择一般共同制。那么婚前个人财产转化为夫妻共有财产的时间应如何确定?是在婚姻关系缔结(婚前约定)或者夫妻财产制契约订立(婚后约定)之时?还是婚前的不动产及动产于婚后作出变更登记或移转占有之时?有学者以分析夫妻财产约定行为的性质为切入点,指出婚前之一般共同制约定属物权契约,婚后当然发生物权变动效力,无须另行经过物权变动程序。^②本文认为即使将夫妻财产制契约界定为物权契约,也不能

^② 许莉:《夫妻财产归属之法律适用》,载《法学》2007年第12期。

当然得出物权变动“无须另行经过物权变动程序”的结论。因为物权行为本身即内含形式主义的要求，登记或交付应为物权契约之成立或生效要件。问题的关键并不在于夫妻财产制契约的属性应如何界定，而在于其主要内容仅止于规范与调整夫妻内部的财产关系，一经成立并生效，夫妻双方便应受其拘束，在婚姻关系内部单独所有权由此消失，而夫妻共有权取而代之。这也应是我国《婚姻法》第19条第2款“夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力”的真实含义。又由于夫妻财产制契约应以有效婚姻为其特殊的生效要件，所以婚前约定的，于婚姻缔结时产生共有权；婚后约定的，于书面协议订立时产生共有权；婚姻关系无效或被撤销的，单独所有权即随之复归。

然而，与上述法定财产制类似，此种约定的共有权因为未经公示，在对外效力上是极不完整的。根据《婚姻法》第19条第3款确立的一般规则，上述一般共同财产制的约定能否对抗第三人，取决于该第三人对该约定的内容是否明知，亦即取决于第三人的主观心态为善意还是恶意。可见，在婚姻关系外部，夫妻双方约定之共有权至少在一定程度上是不具有对抗力之物权。

（二）真实权利与登记权利不一致时之解释规则

在我国现行法上，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》（以下简称《解释（二）》）第19条规定，由一方婚前承租、婚后用共同财产购买的房屋，房屋权属证书登记在一方名下的，应当认定为夫妻共同财产。与上述的确权规则相符。我们认为这并非是对物权公示原则的悖离，而只是在其确立的基本框架之下选择的一种变通性策略，以与主体的特殊身份契合。因为物权公示尤其是不动产登记的核心功能在于保护交易安全，当夫妻共有之不动产远离流通领域，也就意味着不动产的归属与第三人之信赖利益及交易安全无涉，此时以保护动态安全为主要目的之登记的确权功能隐藏于幕后，而应直接依法律规定将婚姻关系存续期间所得之不动产确定为夫妻共有财产，以实现保护静态安全的价值取向。在此也可借助“法律物权（形式物权）与事实物权（实质物权）”的分析框架来解释这个问题。对于夫妻共有的不动产物权，虽然未经登记或只登记在一方名下，即未用法定的公示方法表现，但作为一种事实物权，并不会危害社会公共利益和交易秩序，法律也就不能排斥或保护这种权利。且在不存在交易第三人的情况下，事实物权有对抗形式物权之效力。^③即未登记一方在法定范围内可任意行使自己的共有权，而无须经过登记方的同意。

当然，对《解释（二）》第19条采反对解释，由一方婚前承租、婚后用个人财产购买的房屋，房屋权属证书登记在一方名下的，应当认定为夫妻个人财产。这是因为

^③ 常鹏翱：《物权的展开与反思》，法律出版社2007年版，第152-153页。



用个人财产购置的财产，只是转化了原个人财产的外在形式，并没有改变财产的法律性质，自应属于原权利人所有。但在双方对房屋是由共同财产还是个人财产购买纠缠不清时，实体规则便遭遇到程序规则，即应由哪一方来承担举证责任以证明不动产之归属。在物权法中，不动产登记具有推定力，登记名义人一般被推定为真实的所有权人。此种推定不仅免除了权利人的举证责任，而且给提出异议者施加了举证责任，换言之，这种推定“在程序法上建立了确定权利的负担和举证责任倒置制度”。^④《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释（一）》第2条也是将不动产登记簿记载的权利与真实权利不一致的举证责任分配给真实权利人。那么依此规则，登记在夫妻一方名下的不动产首先应推定为此方所有，若另一方主张共有权，应由其举证证明该不动产是由夫妻共同财产购置而来。然而这种处理方式显然与夫妻共同财产制的初衷相违背，在实践中也不利于保护弱势一方的利益。本文认为，在调整夫妻财产关系的法律体系中，《婚姻法》属于特别法，《物权法》属于一般法，而根据特别法应优先适用的基本原理，《婚姻法》中所确立的“婚姻关系存续期间所得财产属于夫妻共同财产”的规则应优先适用。即只要系争房产的权利取得时间在婚后，即使登记在夫妻一方名下，也应首先推定为夫妻共有财产。但如配偶一方能够举证证明该房产系以其个人财产购买所得，且房产登记在其名下的，法院即可认定该房产属于个人财产。此种举证责任的分配规则，包括不动产登记的推定功能在这个领域受到阻滞，归根结底都是由共有主体之间存在的特殊的身份关系决定的。

最后需要探讨的是，一方父母出资为已经结婚的子女购买房屋，而夫妻离婚进行财产分割时，一方主张房屋系父母赠与，属于夫妻共同财产，因此应予分割；而另一方主张父母只是将其房屋出借给夫妻使用，属于夫妻共同债务，离婚时房屋应予返还。本文认为父母与婚姻共同体的诸种关系已属于外部关系，与夫妻间特殊的身份无关，因此应严格坚持物权变动的公示原则。即父母出资购买的房屋已登记在配偶双方名义下的，一般应成立赠与关系，除非明确表示赠与一方，否则应视为夫妻共同财产；如果房屋仅登记在子女一方名下的，应首先推定为房屋归该子女单独所有，除非另一方能够证明父母有赠与双方的意思表示；如果房屋仍登记在父母自己名下，则其将房屋交付夫妻使用的行为应视为使用借贷契约，夫妻双方应付共同返还之义务。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（以下简称《解释（三）》）第7条规定，婚后由一方父母出资为子女购买的不动产，产权登记在出资人子女名下的，可视为对自己子女一方的赠与，应认定为夫妻一方的个人财产。虽然从整体上遵循了物权公示原则的要求，但“视为”即为“认定”之意，配偶另一方并无

^④ 孙宪忠：《论物权法》，法律出版社2008年版，第683页。

举出相反证据而推翻该“认定”的权利,并不妥当,因此在立法论上“视为”修改为“推定”为妥。另外,现实生活中有夫妻为了避日后发生的过户税费以及将来可能施行的遗产税等,将共有之不动产直接登记于其子女名下。司法解释虽对此未明确规定,但根据同样的逻辑,此时不论夫妻行为的动机何在,即无论是赠与还是单纯借名,抑或将来为真正的死因赠与,都应根据物权变动的公示原则,确定不动产于变更登记时脱离共同财产而转归其子女所有。

二、夫妻共有财产的处分问题——外部关系的视角

夫妻财产共有属于共同共有,而根据《物权法》第97条的规定,处分共同共有的不动产或动产,应经全体共有人同意。但实践中配偶一方未经他方同意处分共有财产的情况比比皆是,为了在财产权保护与交易安全之间达成平衡,《物权法》第106条规定的善意取得制度无疑是一个重要工具。但善意取得与无权处分恒相对应,若细加分析,会发现夫妻共有财产单方处分这类行为并非能与无权处分完全划上等号,而是有进一步类型化的必要。由此亦决定了善意取得必须与民法中其他保护善意第三人的制度,如家事代理、表见代理等共同协力,才能更好地完成保护交易安全之重任。

(一) 善意取得与家事代理、表见代理之关系定位

1. 善意取得与家事代理

家事代理权亦称日常家事代理权,是作为身份权的配偶权中的一项重要内容,它是指夫妻一方在因家庭日常事务而与第三人为一定的法律行为时,享有法定的代理配偶他方的权利。此项制度的主要目的即在于保护无过失第三人的利益,并保障交易的动态安全。我国最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(一)》(以下简称《解释(一)》)第17条第1项明确了因日常生活需要而处理夫妻共同财产的,任何一方均有权决定,此条可解释为对家事代理权的规定。因其特别法的地位,在适用中应优先于《物权法》第97条的规定。家事代理权之核心,在于配偶一方根据法律规定,在一定范围内和一定条件下当然地获得代理另一方及夫妻共同体进行交易的权利。换言之,在日常家务范围内,任何一方以自己名义、另一方名义或夫妻共同体名义处分夫妻共有之财产,均为有权处分,因此不论第三人的主观心态如何,是否知晓实际物权人,其均可确定取得标的物之所有权。可见,家事代理与善意取得、表见代理相比,虽然在功能具有同一性或相似性,但在达成目的之路径的选择上却大有差异。前者直接使共有财产的单方处分行为转变成有权处分,因此其重点不在于判断第三人的善意与否,亦不在于是否已取得他方同意,而在于“日常家事”的范围之确定;后两者则是通过对善意第三人信赖利益的保护而达到维护交易安全的目的。



的。前者的适用使得无权处分、无权代理这些不正常的现象在夫妻共有财产的处分上大量减少，从而又压缩了后两者适用的空间。

2. 善意取得与表见代理

表见代理以无权代理为前提，其最典型者乃于日常家事范围之外，配偶一方在未得到另一方授权或同意的情况下，以另一方的名义为法律行为，处分另一方之个人财产。如实践中配偶一方骗取他方的房地产证书，借用或偷拿他方的身份证件并伪造授权委托书及其他书面文件，甚至雇请他人假冒配偶一同办理房屋的转让、抵押事宜，骗取第三人和登记机关的信任，而将他方个人所有之房屋予以处分。因其系以真正权利人之代理人的身份而为意思表示，故应构成无权代理，第三人信赖其身份和代理权而与之进行交易行为的，应依《合同法》第49条表见代理规则处理。可能有争议者，是配偶一方在未经他方同意的情况下通过明示或默示的方式以夫妻共同的名义处分共有财产，究竟应界定为无权处分还是无权代理？与之相关的是《解释（一）》第17条第2项关于“夫或妻非因日常生活需要对夫妻共同财产做重要处理决定，夫妻双方应当平等协商，取得一致意见。他人有理由相信其为夫妻双方共同意思表示的，另一方不得以不同意或不知道为由对抗善意第三人”的规定，属于善意取得还是表见代理？有学者认为共同共有不动产交易中的善意取得之“善意”包括两个方面：一是买受人对不动产为共同共有财产的事实不知情，将共同共有财产认作个人所有财产；二是买受人知其为共同共有财产但对其他共有人不同意出让不知情。^⑤但本文认为，此种观点并不妥当，理由如下：

首先，根据《物权法》第106条的规定，善意取得的适用是以无权处分为前提的。而所谓无权处分，是将他人财产或共有财产宣称为自己所有而加以处分。但在配偶一方以夫妻名义处分共有财产的情况下，其并没有先将共同财产“据为己有”后再行处分的意思，也并未隐瞒被处分财产的真实权属状况。只是通过伪造另一方同意处分的书面文件或授权委托书等手段虚构了自己享有代理权限的假象，因此属于《合同法》中规定的无权代理行为而非无权处分。^⑥

其次，善意取得“必须依据一个外部的标记，而这个标记在动产物权中就是占有，在不动产物权中就是土地登记簿之登记状态”，^⑦即善意取得适用的前提条件之一是登记或占有之权利外观的存在，第三人正是基于对登记簿的虚假记载或占有之假象的合

^⑤ 杨立新：《共同共有不动产交易中的善意取得》，载《法学研究》1997年第4期。

^⑥ 根据《民法通则》及《合同法》的规定，这种无权代理行为也可分为三类，即自始无代理权（如一方从未被授权，但伪造另一方的授权委托书处分共同财产）、超越代理权（如妻授权夫处分5万元以下的共同财产，而夫擅自处分价款高于5万元的财产）和代理权已终止（如妻曾授权夫处分共同财产后又撤回授权，但未及时收回授权委托书）。

^⑦ 【德】鲍尔、施蒂尔纳：《德国物权法（上册）》，张双根译，法律出版社2004年版，第64页。

理信赖而获得保护。而《解释（一）》中的“善意第三人”完全是对夫妻双方“共同意思表示”或是对另一方已授权之信赖，且并不以权利外观的存在为前提。以共有房屋的单方处分为例，若登记簿上已正确记载该房屋属于夫妻共同财产，那么第三人不可能以善意取得为依据获得保护；若登记簿上错误的记载该房屋属于一方所有，那么在该方以夫妻名义出卖房屋的情况下，第三人同样不能依善意取得而获得保护，因为第三人已明知该登记错误，不能构成善意取得中的“善意”。当然，这都不妨碍第三人依上述《解释（一）》及《合同法》对表见代理的规定而取得房屋的所有权，只要其能证明自己“有正当理由相信行为人有代理权”。其实，在这种情况下善意第三人信赖者本质上乃为配偶一方对夫妻共同体的代理权，而并非对物权公示所展示出的权利外观的信赖，因此应归类于表见代理。

最后，对两者加以清楚的界分在司法实践中具有重要意义。第一是诉讼程序中举证责任的配置不同，在善意取得，由于权利外观的推定功能，应由事实权利人来证明第三人之恶意；而在《解释（一）》中确立的以表见代理为基础的善意第三人保护规则，应按谁主张谁举证的一般规则，由第三人证明自己有正当理由相信行为人对夫妻共同体享有代理权，即对财产的处分是夫妻双方共同的意思表示。第二是构成要件上的不同，表见代理并不要求处分行为是有偿的，即使一方以夫妻共同的名义将财产赠与给第三人，也有适用表见代理的可能性。第三是法律后果上的不同，若构成《解释（一）》中的表见代理，将会使得买卖合同直接对夫妻双方产生约束力，其要按照合同约定履行交付动产或变更不动产登记的义务；而善意取得中第三人必须待动产已交付或不动产变更登记后方能取得相应物权，在此之前其法律地位处于不安定之状态。

（二）善意取得的具体适用

夫妻一方处分共有之动产，一般适用上述家事代理的规则，应视为有效。但对于价值较大或对夫妻共同生活具有重要意义的动产，其单方处分就不属于家事代理权的范畴，应有动产善意取得之适用。由于其与一般动产善意取得规则的适用并无实质差别，在此不予赘述。但《物权法》将善意取得的适用范围扩及于不动产领域，不动产善意取得的构成要件之一为登记错误（包括登记的权利人并非真正的权利人或者仅为共有人之一等情况），而现实生活中确实存在不少将夫妻共有之不动产登记于一方名下的情况，加之由于不动产价值巨大，其转让与设定抵押的行为均被排除在家事代理的范围之外，因此实践中的争议多集中于不动产的善意取得。但正如上述，作为善意取得之前提的无权处分，应是发生在配偶一方以自己名义处分属于夫妻共有但却登记于自己一人名下的不动产，并向第三人隐瞒婚姻关系与夫妻共有的事实这种情况下，如出具虚假的未婚证明等。与之相应，第三人信赖的内容仅限于不动产属于登记名义人个人所有。若第三人因与交易的对方有亲属、同事、朋友等关系而知其有配偶，交



易的财产也应属于夫妻共有，则属于明知登记错误的恶意第三人，不受善意取得制度的保护；至于其有理由信赖配偶一方的处分行为已获得了另一方之同意，则属于前面所说的表见代理的规则适用问题，也不应再适用善意取得的规定。在制度体系上，《解释三》第11条第1款关于“一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋，第三人善意购买、支付合理对价并办理产权登记手续，另一方主张追回该房屋的，人民法院不予支持”的规定，应属于房屋善意取得的规定，其与《解释一》第17条第2项相结合，共同承载着保护交易安全的功能。

善意取得对交易安全的保护是以牺牲真实权利人的利益为代价的。因此，如何界定交易中第三人善意的标准、如何既维护物权登记的公信力又要照顾到夫妻共有关系中未登记一方（隐名共有人）的权利保护，达至财产秩序的动态安全与静态安全之协调，是建构相关制度中必须考虑的问题。而对于这一问题，理论和实践中是有不同意见和做法的。一种意见主张，婚姻关系存续期间夫妻双方所取得的财产通常为夫妻共同财产，这作为一种社会观念、一种常识，交易第三人应当知道。所以第三人与登记名义人进行交易时，对于标的物是否属于夫妻共同财产，应依社会一般观念承担一定的注意义务与调查义务，未尽到此种义务者即应认为有重大过失，不构成善意，因而不受保护。实践中，个人以不动产作抵押向银行贷款时，银行除了查阅登记簿的记载外，往往还要求申请人提供婚姻状况证明，也正是其承担注意义务的体现。但本文认为，物权登记具有公信力乃物权制度之基础，不能轻易动摇；法律上也有共有财产应当共同申请登记的要求，因婚姻关系当事人的原因造成将共有不动产登记于一人名下的，其可能产生的风险应自己承担，而不应由交易中的第三人承担，否则将会导致登记的权利外观被空虚化，第三人由此负担的信息收集成本随之扩大；法律上另外还有更正登记和异议登记制度可资对隐名共有人予以救济，已经对夫妻财产的共有人予以了较为妥当的保护；且在西方国家的影响下，我国适婚人员选择单身或离异后不再婚的已不鲜见，有婚姻关系者保有单独所有的不动产（婚前个人所有、婚后约定归个人单独所有）或者依原始所有权人的意愿而单独继承、受赠的情况亦时常有之。此外，随着我国不动产登记制度的不断完善及人民法治意识的不断提高，共有财产登记在一方名下的情况将逐步减少，都为登记公信力的贯彻奠定了坚实的基础。因此应当侧重于信赖登记而不知真情的交易第三人权益的维护，对其“善意”的构成，不应设置异于寻常的较高标准，自也不必使交易中的第三人承担调查出卖人夫妻财产关系的义务。由此也有利于从激励夫妻将共有房产登记为共有财产，减少实践中名不副实的情况，反过来进一步加强了对交易安全的保护和财产秩序的维护。

（责任编辑：李宁）

跨辖区刑民交叉案件管辖权冲突研究

——以民事欺诈与刑事诈骗互涉类案件为切入点

刘文斌 孟健*

内容摘要 跨辖区刑民交叉案件管辖权冲突由多重因素引发,认知差异及立法语境局限是思想根源,多地管辖权与标的资源“多对一”映射不对等现象以及法律空白是直接原因。该问题容易导致异地强制措施监管缺位、民事诉权与刑事替代性救济机制局部冲突、民事取证权与侦查权之间逻辑困扰、额外增设行政确认与诉讼等问题。建议研发跨辖区刑民交叉案件信息互联共享系统,构建“大立案”多方协作管辖格局,通过完善公示告知与诉讼时效制度,加强跨辖区刑民交叉案件过渡转换期当事人诉权保障。通过明确刑民互转标准、建立动态评估机制、坚持定性定量统一、把握转换时间节点等途径,促使国家法益具体化、抽象法益实体化,实现公权与私权、私力救济与公力救济、民事诉权与刑事侦查权、跨辖区司法机关组织架构等方面,协同一体、和谐有序的跨辖区刑民交叉案件管辖机制。

关键词 刑民交叉 跨辖区 管辖权冲突 公权与私权 刑民互转

中图分类号:DF71 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2018)04-079-091

刑民交叉问题因其前沿性和复杂性而长期备受各界关注,但传统研究路径多侧重案情分析,落脚点多集中在界定法院到底有无民事管辖权以及与刑事问题的解决顺位等方面,例如不少论文围绕“同一法律关系”的界定展开论述,而较少从程序转化衔接本身进行研究。近些年无论在频次还是深度方面,刑民交叉问题呈现远比改革开放早期法院在“审理经济纠纷过程中发现实属犯罪”^①等情况更为复杂的局面。当今互联网经济空前活跃的背景下,因法律模糊与信息时差的客观存在,以及组织文化、办

* 刘文斌,四川省社会科学院研究人员;孟健,山东省高级人民法院三级高级法官、刑三庭庭长。

① 1985年《最高人民法院关于审理经济纠纷案件发现违法犯罪必须严肃执法的通知》。



案成本、涉案细节、定性标准等问题的地域差异,使跨辖区刑民案件管辖权冲突成为发生率较高的前沿问题,从而对传统建立在同一辖区线性排他管辖权组织框架下的刑民交叉问题研究思路提供新语境、提出新挑战。

一、跨辖区刑民交叉案件管辖权冲突的研究背景

基于刑事与民事案件的本质差异,在运行规则与救济理念方面,两者几乎呈现一定逻辑顺位性,传统“先刑后民”惯性思维正是这一特征的典型放大。实践中,一旦有些案件“涉嫌”刑事,许多基层法院习惯当即终结民事程序,或中止审理或裁定驳回起诉,全案移送本地公安机关。至于“涉嫌”的依据五花八门,标准存在较大差异。公安机关正式通知、当事人起诉状描述的事实倾向、涉案纠纷人数等事实都可能成为刑事问题的“涉嫌”判断标准。无论“民转刑”的依据还有哪些,只要公安机关接收法院移送的案卷材料,就被从事实上推定由公安机关代表国家公共利益,对失范秩序进行矫正,并对受害人进行公法层面的刑事替代性国家救济,^②似乎这样更能有力震慑犯罪,维护人民群众切身利益。如果说类似处理习惯在面对传统发生在基层有限地域范围内的刑民交叉案件时,具有一定可行性,而且操作难度可控,那么这种基于“线性分工”架构的纠纷解决模式很可能因互联网、物联网等贯通全国各司法辖区的“点状”社会经济生活辐射状连接结构而相形见绌。

随着近年互联网经济兴起,发生在全国范围内的跨辖区民事纠纷甚至涉嫌刑事犯罪案件层出不穷,这些案件的共同特点是被告(嫌疑人)在某地拥有固定营业场所、员工、正规营业执照和税务凭证,并通过互联网面向全国提供服务,一旦当事人之间因后续“履行不能”而发生纠纷,尤其出现“跑路”情况时,往往很难区分相关案件究竟属于民事合同纠纷还是涉嫌刑事诈骗,于是很容易造成公安机关和法院相互推诿的情况,即使在公安机关系统内部,也可能存在不同辖区公安机关之间以及同一辖区公安机关内部不同支队(刑侦、经侦、网侦)之间基于罪与非罪或者犯罪性质的不同认识,从而导致消极或者积极争抢管辖权行为,进而为当事人维权及刑民交叉问题的有效解决再添新挑战。^③

以一事不再理原则(禁止双重危险)及审判权一次用尽原理为立论前提,同一案件究竟属于刑事还是民事案件并最终由哪一法庭做出裁决,都体现最终定性上的逻辑

^② 万毅:《刑事被害人诉讼权利保障若干问题研究》,载《兰州学刊》2016年12期。

^③ 发生在审判实践中的类似案件不仅引起了笔者的注意,也引发了媒体关注。近期一则题为“陕西榆林:法院判了无权管的案子,如何收场”的报道,清晰揭露出公安与法院以及各自系统内部的刑民交叉案件跨辖区管辖权冲突问题。参见:<http://www.infzm.com/content/136549>,2018年6月27日访问。

唯一性、互斥性，并产生具有权威约束功能的“既判力”。^④基于国家权力与社会法益的习惯优位价值预设，两者似乎不存在冲突可能，然而事实并非如此。实践中无论从刑事案件转为民事案件，还是从民事案件转为刑事案件，其衔接机制都经常存在一个模糊的时空“间隙”，并非“非黑即白、非此即彼”，且案件发展方向也未必都按理论假想推进。换言之，并非每个案件在初始阶段就能取得和法院最终定性一致的“唯一排他”逻辑结果，否则大可省略侦查与审查监督等环节。由于案件定性标准差异以及转化衔接机制不畅，管辖权的积极或者消极冲突都成为现实可能，由此带来证据提取和保全、诉权保障等问题上的不确定性，甚至可能造成当事人（受害人）难以挽回的经济损失，从而加剧民间对司法的不信任感，因此研究刑民交叉案件异地管辖权冲突具有理论和现实意义。

二、跨辖区刑民交叉案件管辖权冲突及影响

（一）认知主体分歧：法院与公安机关及后者系统内法律定性认识差异

以涉嫌网络金融诈骗类案件为例，由于涉案嫌疑公司（或个人）往往从外观上符合工商注册登记与市场监管要求，与当事人之间存在正式合同，其交易内容往往又不违反国家禁止性规定，所以在发生“资金困难”或者“失联”事件时，司法机关之间容易围绕民事与刑事、罪与非罪等定性问题发生认识分歧。同时，因每个辖区当事人（受害者）提供证据的能力以及“受害”数额与细节描述的差异，很可能获得不同公安机关受案、立案、不受理、不立案等处理结果。习惯上即使公安机关不受理、不立案的，一般也会建议报案人通过民事诉讼途径维权。

除法律定性的认识分歧外，导致刑民交叉案件管辖权冲突的许多潜在驱动因素还有地方保护主义、部门利益、社会舆论影响等。由于欺诈与诈骗互涉类跨省刑民交叉案件，具有涉及人数多、社会影响大、受害者可能采取极端方式维权、新闻舆论容易炒作等惯常特征，同时还面临揭开公司有限责任面纱及探寻挂名法人幕后真正支配犯的深层犯罪问题，^⑤社会舆论压力和办案技术难度明显，无论法院还是公安机关都可能在对待“烫手山芋”的态度上趋于保守。而异地某些具体当事人（受害者）所在辖区公安机关一般很少有那样的顾虑，反而容易采取积极态度，这样也会导致不同辖区司法机关之间管辖权冲突。

（二）应然与实然的分野：平行管辖权与被告可支配资源存在“多对一”映射不对等性

^④ 陈瑞华：《刑事诉讼中的重复追诉问题》，载《政法论坛》2002年5期。

^⑤ 克劳斯·罗克辛、劳东燕：《正犯与犯罪事实支配论》，载《刑事法评论》2009年2期。



依然以民事欺诈与诈骗互涉类案件为例,从运营模式来看,涉案嫌疑公司(或个人)往往以某一固定办公场所为辐射点,跨司法辖区面向全国开展交易,这一特点的客观存在,使得无论从民事角度之“债的相对性、相容性、独立性”原理来看,还是从各地公安机关对当事人(受害者)“报案权”的平行管辖角度,都使当事人(受害者)与涉案嫌疑主体之间形成诉讼法律关系或言应然层面的“多对一”映射关系。不同省区的当事人(受害者)可以并行不悖起诉涉案公司(个人),多地公安机关也可以同步分别在各自受害人所在辖区内立案。在办案结果的最终承受方面,却在特定时空内呈现现实层面的有限“一对一”映射关系。比如常见的经济类犯罪,往往出现受害者“赃款被挥霍”的情况,嫌疑人有限的赔偿能力与众多受害者(即先起诉与后起诉者之间、已起诉者与未起诉者之间)的平等诉权产生冲突,或者在众多有管辖权的公安机关中,存在“抓人、扣物”方面的“先到先得”问题。从现实发展过程来看,这类刑民交叉案件更像“庞氏悖论”,其最终结果往往是先行维权或者管辖机关可以拿到个人相应的本金甚至赔偿金,而后维权或者管辖的主体往往面临一个被“掏空”的涉案嫌疑公司躯壳,这就为管辖权的进一步落实,比如证据资源与涉案财物在时间、地域和维权渠道等要素之间的合理配置埋下隐患。^⑥

(三)管辖权启动环节的私权与公权局部差异:民事取证权与纯正刑侦技术的矛盾

刑事证据法强调程序正义,而在我国特定司法语境下,不允许“私人侦探”对刑事案件进行取证,从这种意义上讲,涉及证据“合法性”的逻辑前提或隐含属性是取证主体的“身份”或“资格”纯正性,^⑦即使拥有法定刑事取证权的公安机关工作人员一旦违反技术规程,很可能都面临证据失权等程序性制裁,何况在证明标准和证据规则都不及刑事高标准的情况下,民事诉讼主体所提交的证据材料就更需要被谨慎对待,这必然存在一个类似行政执法与刑事诉讼证据衔接的难题。刑民交叉案件中,在当事人或者法院先以民事途径对被告(嫌疑人)进行取证的前提下,后介入公安机关如果直接把前环节民事证据作为刑事诉讼证据使用,无疑等于变相默许了公民个人或者民事法庭的“刑事取证”主体资格和权能,而假如后介入公安机关坚持刑侦技术的纯粹性和刑事取证主体身份的纯粹性,那么又容易和证据资源的稀缺性之间产生现实矛盾,将面临“少证可取”的可能。另外,如果站在纯正刑侦技术角度来看,基于洛卡德“物质交换原理”,某个刑事案件发生后,第一要务是保护现场(封闭现场),防止场内外人员和物资相互扰动,尽最大可能保持案发现场原貌,以方便现场勘验。^⑧

^⑥ 可能影响有关司法机关预期办案成效,甚至不禁令人怀疑在本段所述相关资源分配不均的情况下,案件最终会不会沦为“拖案”、“死案”、“群体性事件”并影响政绩考核,进而反过来影响有关司法机关通过接收案件获取管辖权的积极性。

^⑦ 万毅:《取证主体合法性理论批判》,载《江苏行政学院学报》2010年5期。

^⑧ 参见周应德:《犯罪侦查学概论》,中央广播电视大学出版社1987年版,第278-282页。

所以从这个意义上讲,部分刑民交叉案件前环节的民事取证很可能造成“扰动”所谓“案发现场”的情况,从而给后续刑侦带来逻辑难题,这也在本质上反映出私权利与公权力的局部矛盾。

(四) 历史与现时的语境时差:立法过去式与司法进行时的矛盾

虽然早在1985年《最高人民法院关于审理经济纠纷案件发现违法犯罪必须严肃执法的通知》(尚未失效)就规定:“人民法院在审理经济纠纷案件中,发现经济犯罪,特别是严重经济犯罪,必须追究刑事责任,不能只当作经济纠纷案件来处理,放纵了犯罪分子。”但当时立法语境具有时代局限性和司法权设计的逻辑局限性,毕竟刚开始出台该规定时,市场经济发育不充分、信息网络不发达、人员流动性有限、行政计划色彩强、刑民交叉问题频次及复杂程度有限等,再加上司法工作长期受“政法传统”影响,^⑨当相对较小地域内的司法机关管辖权发生冲突时,可以基于“讲政治”的不成文规矩在政法委的牵头下获得及时迅速解决。当时跨省经济犯罪的种类和金额都有限,刑民交叉问题不如现在复杂。

时至今日,我国统一大市场高度发育,人员物资与信息流动频繁,政法传统逐步让位于审判中心主义及法律理性,基于司法辖区的相对独立性,各自所辖区域受害者被骗金额和情节的差异性,各地对“大案要案”的定性不同以及上报必要性有不同认识,再加上制度设计初公检法三家线性流水式运作结构^⑩的潜在语境是“同一辖区”,一旦发生刑民交叉案件跨辖区、跨级别、跨公务组织系统尤其是出现跨省管辖权冲突时,相关法院往往面临以下现实困惑:1. 法院认为涉嫌刑事犯罪的前提下,是否可以通过本辖区内同级公安机关(也认为涉嫌犯罪)平级移送异地(外省)先受理或立案的基层公安机关? 2. 法院认为涉嫌刑事犯罪的前提下,是否应当层报上级法院甚至政法委,由省级司法机关之间会商并逐级下放移交外省基层公安机关? 3. 法院认为涉嫌刑事犯罪的前提下,是否可以引用“人民法院审理经济纠纷时发现犯罪线索的应当移送公安机关”之规定,实现跨省跨辖区直接移送? 4. 尤其尖锐的问题是,当法院同辖区内基层公安机关不认为涉嫌犯罪并不予立案的,法院是否依然有权或者有义务强制将案件移送认为涉嫌犯罪的外辖区基层公安机关? 5. 假如法院所在地为主要民事纠纷或被告所在地(主要涉嫌犯罪地),外省个别原告(受害者)所在辖区基层公安虽然认为涉嫌犯罪的,是否有必要主动将该案件通过前述法院移送与该法院同级同辖区基层公安机关? 6. 如果不同辖区公安机关之间发生罪与非罪的认识分歧,尤其是和法院同级的本辖区基层公安以“保障人权”“证据不足”“无罪推定”原则坚决不立案的,不论外地公安机关如何定性,前述法院是否应基于同一辖区内的线性分工合作的不成

^⑨ 侯猛:《政法传统中的民主集中制》,载《法商研究》2011年1期。

^⑩ 参见陈卫东:《刑事诉讼法学研究》,中国人民大学出版社2008年版,第360-362页。



文“规矩”，继续按民事纠纷处理？

（五）存在漏洞的异地监管：轻型刑事强制措施异地执行漏洞与民事诉权的冲突

以有些较为复杂的网络金融刑民交叉案件为例，一些异地公安机关虽然率先立案，却可能面临因取证、法理依据不足而导致撤销案件或对所谓“嫌疑人”采取取保候审、监视居住等强制措施的局面。尤其在“犯罪嫌疑人”所在辖区公安机关不认为构成犯罪的情况下，如何具体落实“被取保候审人居住地相关派出所负责监管”^①的立法设计成了现实难题，基于不同辖区公安机关之间管辖权的平等性，衍生出法律判断与适用权的平等性，先立案公安机关自然无权要求其他同样拥有管辖权的公安机关必然也做出“有罪”判断，而事实上在证据不足、法理缺失的前提下，无罪推定和保障人权原则反而处于优先地位。这样异地先立案公安机关采取的所谓“取保候审”等强制措施容易事实上名存实亡，与百姓眼里的“放人”效果无异。但与纯正刑满释放或者无罪释放等正式“放人”制度相比，这种变相“放人”的做法容易对当事人（受害者）民事诉权造成以下行使障碍：

1. 变相导致“立案难”。由于现实中法院普遍习惯将被告是否“正在被采取刑事强制措施”作为判断某一案件是否涉嫌刑事的依据，于是立案庭就很自然地把“取保候审”作为其他公安机关“正在行使刑事管辖权”的标志，从而导致当事人（受害者）的民事诉讼请求依然被法院以裁定不予立案等方式驳回的尴尬局面。而所谓“嫌疑人”却事实上处于监管不力状态，很可能乘机指使其亲属转移财产并进一步销毁证据，使得后续的刑事侦查更加变得不可能，这种制度漏洞反而成了让被告（嫌疑人）获得喘息机会的“生存夹缝”。类似问题的客观存在，不仅变相剥夺了当事人的民事诉权，相当程度堵塞私权救济渠道，而且容易滋生司法公信力问题。

2. 诉讼时效的不确定性、风险性。因为类似问题的朦胧性，使诉讼时效面临继续计算还是中止、中断的困境。剩余诉讼时效如何计算？诉讼时效何时消灭，何时适用六个月时效保护制度？类似问题不明确，很可能在我国现行司法语境下，导致当事人（受害者）因诉讼时效届满而丧失胜诉权。^②由于跨辖区刑民交叉案件全国信息互联互通机制的缺位，当被告（嫌疑人）事实上正在接受刑事调查，有些外地法院“找不到人”又对前述事实不知情时，相关案件就可能沦为“拖案”，在找不到法定依据的情况下，诉讼时效继续处于流逝状态。也有的学者认为，刑事程序结束为“不可抗力”消除之日，剩余时效不足六个月的按六个月计算。笔者对此表示质疑，一是在目前信

^① 《公安机关办理刑事案件程序规定》：“公安机关决定取保候审的，应当及时通知被取保候审人居住地的派出所执行。必要时，办案部门可以协助执行。”

^② 朱晓喆：《诉讼时效完成后债权效力的体系重构——以最高人民法院〈诉讼时效若干规定〉第22条为切入点》，载《中国法学》2010年6期。

息不对称以及标准不明确情况下，如何界定与证明“刑事程序结束”？二是民事当事人或许已经经历了漫长的刑事调查结果等待过程，期间充满变数，身心俱疲，突然迎来的六个月是否确保时间足够充分，以便民事诉讼各方及时找到被告（嫌疑人）并充分准备诉讼甚至寻找和通知其他相关利害关系人？

3. “无法送达”的困扰。诉权的具体化、可视化现实展开，使当事人有义务向法院提供适格材料，为保证司法文书准确送达、杜绝证据突袭以及防止虚假诉讼侵害被告合法权益，民事起诉的必填资料之一是《送达地址确认书》，原告能否准确提供相关地址成为事实上影响立案成功率的一个决定因素。就在跨辖区刑民交叉案件当事人（原告、受害者）尚在对异地公安机关的下一步处理决定焦急观望时，由于取保候审决定地公安机关与被告（嫌疑人）居住地公安机关的定性分歧，在使“取保候审”疏于监管而名存实亡的同时，被告（嫌疑人）走出看守所后，几乎失去行踪，导致当事人因为无法在《送达地址确认书》上准确提供被告现住地址，而被法院变相拒绝立案或拖延立案。在当事人向多地公安机关寻求提供被告（嫌疑人）去向线索时，一方面，取保候审决定地公安机关以“由被执行人居住地公安基层派出所负责”为由进行搪塞，另一方面，理论上所谓的“被执行人所在公安机关”更是一个可能子虚乌有的“虚拟主体”，相关辖区公安机关往往以“不认为构成犯罪，无管辖权”为由声明对所谓的“被执行人”表示不知情。由此可见，在被执行人“居住地”如何得到落实问题上，多地公安机关时常面临“说不清”或“有苦难言”的尴尬局面。面临这些理论上“有解”但实际“无解”的司法难题，民事起诉人却无法找到应有的程序救济而可能最终在“诉累拖延”中放弃维权，反而有可能助长个别人利用这一“漏洞红利”实施新犯罪。

（六）管辖权归属问题的法外界定：隐形的行政确认，可能抬高的维权成本

经营主体资格界定问题属于经济类刑民交叉案件经常面临的基本问题，如果某些经济主体缺乏特定行业行政准入资质，可能面临民事主体不适格问题，一旦相关经营主体发生了履行能力困难等情况，当事人往往以此作为“虚构事实、隐瞒真相”等商业欺诈行为的判断依据而提起民事诉讼，如果涉及人数众多、社会影响较大的，公安机关也可能以刑事问题进行处理，但反之，如果数额和影响力都没有上升到社会普遍范畴的，再加上相关主体没有前科以及部分事实履约等情况，则可能会被公安机关认定为民事纠纷并被建议起诉至法院，也可能被认为属于行政问题而由行政机关管辖，个别法院也倾向类似处理办法，从而暂缓民事立案。起诉人（受害人）可能面临被公安机关和法院建议先去相关行政管理部门进行“主体资格”确认，并要求开具有无“营业资质”“超范围经营”等相关证明材料，如果经工商证明不存在“超范围经营”问题，自然不存在主体资格方面“骗”的逻辑基础，在司法机关初步审核环节就可能遭到驳回，而有些习惯事先实质审查的法院也可能不予立案。对此，笔者认为应辩证看待：



首先,类似做法具有一定积极意义。在公检法“案多人少”的现实国情下,让争议焦点明确并可以通过有关部门行政确认方式解决的案源分流出来,可以客观上减轻司法机关的办案压力,并且优化公权资源配置,通过灵活调剂余缺形成合力,共同防范和化解社会纠纷,而且行政管理机关本身就有部分调解权和处罚权,大量本来可能最终不以刑事与民事问题立案论处的经济纠纷,在工商等行政管理部门获得了低成本、时效快、高产出的处理结果,体现了法律效果与社会效果的统一。

其次,如果运用不当,很可能反而加重当事人诉累,不利于民事诉权及刑事追诉权的实现。法治社会中,法律对行政处于优位,^⑬司法机关做出的裁决,理应获得包括行政机关在内的国家公法人、私法人与自然人尊重,把司法问题行政化,有司法行政混同之嫌,把本来可以交由司法裁决的问题低位分流给行政机关解决,不利于发挥法的说理性和社会规则输出中心的配置功能。更为严重的是,假如民事当事人对有关主体的行政确认结果不满,则还可能涉及提起行政诉讼等问题,受“民难告官”传统文化理念负面影响,以及行政诉讼现实胜诉率低迷等情况下,^⑭想要从行政机关开具令当事人满意的“行政确认”材料并非总是轻而易举的事,所以在这类情况下,司法机关将管辖权推诿给行政机关的做法涉嫌变相剥夺当事人诉权,也不利于惩罚犯罪理念的贯彻落实,并在民间造成被告(嫌疑人)“制度躲债”的负面舆情,不利于百姓正面司法感受的实现。

最后,在司法机关自身就有权对包括经营主体资格在内的问题进行法律化评判,即在通过释明、依职权调查取证等方式都可以解决的背景下,如果转移给有关机关行政确认,还涉嫌对部分实体事实提前进行庭外预断,不利于庭审实质化和以审判为中心的诉讼制度改革推进。所以应在看到这一实践做法积极面的同时,重视其法理缺憾和现实阻滞因素,在未来可能的立法完善中扬长避短,通过制度创新实现突破。

三、跨辖区刑民交叉案件管辖权冲突的解决意见

(一) 研发跨辖区刑民交叉案件信息互联共享系统

导致跨辖区刑民交叉案件管辖权积极冲突的重要原因之一是,各法院与公安机关之间信息闭塞、论证不充分导致多头管辖。有可能上演“法院前去调查,发现人已经被外地公安抓走,才知道发生跨辖区刑民交叉案件管辖权冲突”问题的尴尬局面。建议未来跨辖区刑民交叉案件信息互联共享系统按以下思路予以构建:全国民事刑事立

^⑬ 例如我国宪法规定,全国人大是最高权力机关和立法机关,国务院由全国人大产生,并对它负责。

^⑭ 参见梁潇:《中国行政诉讼的法律实效研究》,西南政法大学出版社2016年版,第68-72页。

案数据库实现互联互通，先立案司法机关必须清楚标明承办单位、联系方式、案由、涉案人及其基本识别代码、情节、金额、财产固定和保全情况、基本证据材料获悉情况以及上传相关电子版等甄别信息，后立案机关可以便捷通过输入涉案人员或单位身份证号码或统一信用代码进行管辖权冲突检测，明确下一步工作方向。此外，与跨辖区刑民交叉案件信息互联互通系统相匹配的是，还应构建常态化会商协调机制。笔者认为在跨辖区尤其是跨省刑民交叉案件办理过程中，不同辖区平级法院与公安机关之间不能直接移送，而应分别上报各自辖区最高专门领导机关例如政法委或联席会议等机制来协调衔接细节。

（二）构建跨辖区刑民交叉案件“大立案”多方协作管辖格局

为响应和贯彻落实中央关于“有案必立”、减轻办事群众负担等政策文件精神，跨辖区刑民交叉案件之任意有管辖权主体在接到群众起诉、报案、投诉等维权请求时，如果法院、公安机关、行政执法机关等因案情复杂无法一时决定是否立案或者由办理单位作为主承办单位，可以先予登记，再将相关信息上传到“跨辖区刑民交叉案件信息互联互通系统”由各相关机关进行综合分析评判，如果初步分析涉嫌刑事案件几率高，则进一步由各有关管辖机关按单位级别、主要犯罪地、犯罪后果地、社会影响力较大地、主要资产所在地等公安机关相互协商，确定最终统一集中立案管辖单位，其他原平行管辖权主体不再分别立案，而只协助主承办机关立案并方便群众就近提交材料以及就地展开辖区内侦查。如果多地司法机关就罪与非罪产生重大认识分歧的，在各方充分说明理由并附证据材料的前提下，依然无法解决的，统一上报共同会商机构协调解决。如果经查民事案件几率高，则包括公安机关在内的原可能管辖权主体应将案件属性变更为民事案件，并在“跨辖区刑民交叉案件信息互联互通系统”内做可视化处理，其他有管辖权的法院（多数为被告所在地法院）看到系统状态更新后，应及时通知当事人继续进行民事诉讼，此时包括公安机关在内的可能管辖权实施主体必须在不予立案通知书上指明有管辖权的法院及其联系方式，方便当事人减轻诉累，缩短维权周期，而不是按以往习惯以“不属于我局管辖”生硬结尾。

此处应注意的是，法院与公安机关之间的移送具有单向不对称性，因为刑事案件一直被认为侵害的首先是国家法益，基于国家机器一体性和政策工具一致性，法院有权也有义务向公安机关移送相关材料，但基于民事案件的公民个人法益突出性、诉权的私人可处分性、民事案件纠纷机制的多元化路径等特征，公安机关不宜直接向法院移送“刑转民”案件材料，同时也有防止法院先入为主、提前对被告做出负面社会影响力等方面的不利推定。所以，笔者认为公安机关宜为原报案人指明管辖法院及联系方式，而不宜代为“移送”相关材料，必要时也可以与司法局、律师协会等合作，为跨辖区复杂刑民交叉案件当事人比如“血本无归”的经济困难家庭提供免费法律援助。



(三) 加强跨辖区刑民交叉案件过渡转换期当事人诉权保障

1. 案件管辖进展的利害关系人通告制度。为防止跨辖区刑民交叉案件转换过程中出现的“朦胧期”给当事人维权带来的不确定性，保障当事人知情权、参与权，杜绝司法腐败和暗箱操作，有必要引入案件管辖进展的利害关系人通告制度。对于检察院认定证据不足、指控犯罪不成立，多次补充无果而异地采取取保候审等强制措施甚至无罪释放的，做出决定的公安机关必须考虑社会效果和政治效果，将被告（嫌疑人）所在的具体位置、联系方式、放人理由等事项告知民事利害关系人以及其他有管辖权的人民法院，防止因“秘而不宣”而有协助被告（嫌疑人）转移资产躲避起诉之嫌，近而引发群众“不作为”“乱作为”等质疑。同时这也有助于解决民事立案阶段送达确认书上“无地可写”的尴尬局面，切实保障当事人民事救济权落实到实处。即使最终按刑事问题处理的，建议参照多数人之诉设计理念，统一刑事管辖主体后，向社会公告，不得因为部分“受害者”信息不畅、不知情或者因遵守合同时效等情况，而产生赔偿问题的“先到先得”功利化、生硬化差别对待，从而保障先后受害者的平等求偿权，彰显公平正义，维护基层社会和谐稳定。

2. 促使诉讼时效制度对民事诉权的支持效能最大化。考虑到跨辖区刑民交叉案件的不确定性和程序繁琐性，基于诉讼成本和风险增大的现实，为确保债权人利益最大化，体现诉讼人文关怀，诉讼时效宜中断，而不能在公安机关“介入”后（事实上可能被有意无意拖延时间），相关民事诉讼时效被恶意计算或放任自流，这对于起诉时所剩时效利益不多的当事人而言尤为重要，防止因法律漏洞而导致群众民事诉权被变相限制甚至剥夺。

3. 赋予部分轻微刑民交叉案件当事人救济程序选择权。随着刑罚谦抑性、诉讼人权保障、酌定不起诉制度、大调解等非诉讼低成本多元纠纷解决机制理念和实践的兴起，面对“案多人少”的捉襟见肘以及监狱等固定执行场所的改造弊端，国家开始按社会矛盾纠纷的性质、行为人主客观因素细节及可塑性、社会影响等诸多因素对司法案件进行梯度分流，试图扭转刑事案件“高求刑率”局面。以此为契机，为有效解决长期积压在刑民交叉问题中的“以刑阻民、刑民不分、以罚代赔”等弊端，化解民间积怨，真正做到司法为人民，让人民群众在每一个司法案件中都能感受到公平正义，笔者建议在刑民交叉案件双向转化初始阶段，对部分社会负面影响轻微、后续改造可控、当事人愿意调和、对国家经济政治安全等利益没有直接影响等性质和情节较轻的刑民交叉案件适用“立案管辖选择”制度，赋予民事当事人救济程序选择权，从而在一定程度上体现以当事人意思自治和程序性协商为价值取向的新型办案理念，既有效缓解司法机关“案多人少”的矛盾，又能尊重人际心理学客观规律，通过调动非暴力类经济案件被告（嫌疑人）的主观积极性，而使双方获得以下双赢格局：一方可以拿到

退款甚至赔偿金,另一方打消“以坐牢代替还债”“牺牲一人造福全家”等消极推脱情绪,阻断双方各自家属后续暴发二次矛盾的可能,也可以有效制约公权力,防止发生跨辖区异地执行监视居住等强制措施时,因公权力有意无意利用法律漏洞,不作为、乱作为而助长被告借“刑事掩护”变相转移资产或销毁民事证据的倾向。同时也可以对侦查和审判阶段形成有效监督制约,防止个别司法机关以“经查挥霍一空”为借口,发生公权寻租和异化等问题。

(四) 国家法益具体化, 抽象法益实体化

导致以往刑民不分、以刑阻民、以罚代赔、“凡涉嫌必移送”等问题的重要思想根源在于对“国家利益”认识的空泛化、绝对化,对“涉嫌”的解释有不当扩大化倾向,从而非常容易导致国家刑罚权扩张。^⑮一般认为公法益优于私法益,刑事犯罪首先是对国家和社会利益的侵害,其次才对个人造成了具体损失。受害人往往地位不高,处于依附性、被吸收等从属地位,一般只被认为用来协助公权力打击犯罪,个别司法机关更喜欢在“经查挥霍大半”的情况下“以罚代赔”,虽然犯罪分子受到了“制裁”,让受害者感受到法律的威严,但可能并未感受到切身经济利益方面的人文关怀。因此,必须扭转“国家主义”被无限扩大解释的泛滥倾向,改变“凡涉嫌必移送”的绝对化处理方式,综合考虑当事人具体利益与抽象国家法益的关系,树立部分刑民交叉问题上的“直接法益”或“法益最近”原则,做出具体甄别,引导刑民交叉问题真正从法律效果与社会效果统一的方向发展。^⑯在个别对国家政治经济利益并未构成直接挑战而主要对公民个人造成重大损害的案件上,无论采取哪种救济方式,尽量体现“民生导向”原则,而不能基于抽象“国家利益”通过“打击”得到了满足,用“以罚代赔”的方式机械收场而忽视了受害人权益保障。只有区分具体情况妥善处理刑民交叉问题,两种法益并重,才能避免人民群众产生“国家主义”与民争利或“重国轻民”的负面观感。同时,“国家法益”解释的具体化、限缩化带来的另一个好处是有助于约束司法机关,防止公权力寻租通过“以罚代赔”“因刑不赔”侵害群众合法权益。

(五) 明确跨辖区刑事民事案件互转时间节点

对于最终刑事定性概率较大的跨辖区刑民交叉案件,笔者认为,如果客观上“基于同一法律关系”或“同一法律事实”^⑰不适宜再按民事案件进行处理的,可以移送公安机关,但必须把时间节点定位于公安机关“已经侦查完毕”,毕竟此时嫌疑人的

^⑮ 乌尔弗瑞德·诺伊曼、冯军:《国家刑罚的法哲学问题》,载《法哲学与法社会学论丛》2000年卷。

^⑯ 此外,正如有些民警在对待民事欺诈与刑事诈骗互涉当事人的报案问题上建言:“如果人还能找到,可以先走民事诉讼试试,刑事途径周期长而且也不一定能要到钱。”

^⑰ 在刑民交叉案件的分合标准上,究竟采“同一法律关系说”还是“同一法律事实说”,各界认识分歧较大。



犯罪可能概率比“受案”“立案”之时都高很多，而且证据体系支撑力度也很大。基于公权力发动的审慎原则，法院宜同步将“侦查完毕，移送检察机关”作为界定民事转刑事案件的时间节点。不得随意以“中止审理”“裁定驳回”“不予受理”“裁定不予执行”等方式剥夺当事人迅速有效行使民事诉权的基本合法权益。在刑事侦查权与民事取证权的冲突可能方面，应具体问题具体分析。由于民事当事人往往只能提供自己手头所有的资料，而一般无法调取被告（嫌疑人）诸如存款、通话、交易记录等可能涉及个人隐私与商业机密的材料，从而一般不会对证据材料的原始性、完整性构成扰动，所以大可不必一律剥夺当事人民事诉权即通过自行举证实现私权救济的可能。

四、结语及余论

跨辖区刑民交叉案件管辖权冲突既是传统刑民交叉问题的延续，又是其具体突出表现形态，在解决思路上既存在个性，又依赖对原有问题的新解决思路，尤其是要适时更新立法语境，超越传统同一辖区多司法机关之间的线性权力分工与合作模式，正视跨辖区点状权力与权利分布格局，积极考虑现行司法环境与上世纪八十年代最初立法时的经济与信息等条件差异，通过公权与私权、民事诉权与刑事侦查权等方面的无缝衔接，扭转部分法院长期存在的“凡涉嫌刑事必移送”的“先刑后民”绝对化处理倾向，杜绝“国家主义”泛滥化、空洞化，对“民转刑”与“刑转民”问题一视同仁，使司法资源在动态平衡中，实现优化配置，保障司法公正，抑制“漏洞红利”，避免民事或刑事立案问题上的头重脚轻或者虎头蛇尾，真正做到社会矛盾纠纷解决机制上的刑民事互动，相得益彰。^⑮

另外，任何法律问题都是多重社会因素综合作用的结果，跨辖区刑民交叉案件管辖权冲突也不例外，除法律认知和技术适用差异本身外，社会政策、组织体系、权力与权利意识、经济利益等因素都可能对这一问题的产生和发展起推波助澜作用。在传统线性结构语境下，同一辖区公检法之间往往形成严密的组织协作体系，形成了“兄弟单位一家亲”的“合作有余、制约不足”的事实关系，所以在涉及管辖权这一公权资源的调配问题时，往往形成一种不愿冲突的默契，这也是同辖区内法院产生“凡涉

^⑮ 笔者想在此处补充一点实务问题供大家讨论。既然本文提到信息沟通不畅是引发跨辖区刑民交叉问题管辖权（启动、运行、落实和后续效应）冲突的重要原因，如果将本文所及“民事诉权与侦查权冲突”问题换一个角度来看，该如何处理侦查权的保密运行属性（国家保密法要求、公安学基本通说）与信息共享、公开需求（解决信息不畅）的客观关系？如果这个不明确，就算公安机关事实上知道已经有民事主体发动了异地诉权，但还是要默默继续将侦查工作进行下去，从而为最终管辖权的现实落实冲突埋下可能隐患。由于本文篇幅所限，在此权作抛砖引玉。（事实上，笔者就遇到过类似实务问题，侦查阶段，有受害人咨询异地公安的，被告知：“案件还在侦查中，尚未下结论，你们该走民事诉讼的可以继续。”）

嫌必移送”倾向的一个潜在组织文化根源。一旦刑民交叉案件以跨辖区形式存在，由于组织文化相对性、每个涉案人员面对的具体细节以及地方立案标准的相对差异，再加上信息沟通机制不畅，法律缺位等问题，都可能使跨辖区管辖权冲突变得不可避免。对包括跨辖区管辖权冲突在内的刑民交叉问题的处理态度，还可以折射出不同法院对自身“服务型”“管制型”“政策型”等方面定位的“配置比”认识偏差，从而也对刑民交叉案件特别是民转刑案件的发展趋向造成影响。

还应正视“宜粗不宜细”立法思维给实务造成的朦胧甚至困惑，^{①9}例如早在2004年出台的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于严格依法履行职责，切实保障刑事案件办案质量的通知》就规定：“避免因管辖混乱造成案件久拖不决”，但如何“避免”始终没有形成完整指导体系，其逻辑方式是将“已知情并协商好”作为立法预设语境，却不考虑彼此如何“知道”和“协商”的过程，而这一点正是体现立法技术细腻和司法灵活性的重要参考依据。另外一点立法粗陋之处是，对不同程序间的衔接转化缺乏“时差”和“间隙”意识，无意间造成一个法律适用和权能落实方面的“灰色地带”，从而为司法公正与当事人民事权益的合法保障制造了客观障碍。只有把包括跨辖区管辖权冲突在内的刑民交叉问题，当作一个旨在实现法律效果、政治效果与社会效果相统一的系统工程来抓，才能不仅从实体法层面，让人民群众“在每一个司法案件中都能感受到公平正义”，而且还能在程序法层面“在每一个程序中都能感受到公平正义”。

（责任编辑：姜燕）

^{①9} 徐向华：《立法应“宜粗不宜细”吗？》，载《解放日报》2007年7月23日。



车位权属问题研究

——以“帝景豪苑”车位纠纷案为例

张梦奇 陈佩彤*

内容摘要 车位权属在法学理论和司法实务中均无定论，生活中车位权属纠纷突出。《物权法》第74条确立了车位归属的“规划内”与“规划外”标准，这一标准又因须借助于车位能否办理产权登记作为前提，从而导致了相关主体间的利益失衡。从“发生学”角度观察，车位可被划分为“售前车位”和“售后车位”。“售前车位”因建设之事实行为而归属开发商，开发商对其违反规划的行为需承担相应的法律责任；“售后车位”因占用业主共有道路或其他场地则归属全体业主共有，业主可依约、依法对该部分车位进行处分。

关键词 车位归属 规划内 规划外 售前车位 售后车位

中图分类号：DF521 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)04-092-102

引言

随着我国人民生活质量和生活水平的提高，私家车的数量在过去的十年间大幅增加，小区车位则呈现出供不应求的现象。在商品房买卖的实践中，有无车位以及车位数量是否充足、位置是否便利已经逐渐成为业主购房时的重要参考指标。司法领域内有关车位权属的纠纷也层出不穷，但是无论学界还是司法实务界，对这一问题仍存有较多争议。2007年出台实施的《物权法》并没有形成清晰的判定车位权属的规则，该法第74条之规定在适用上仍存在诸多争议之处；而最高人民法院2009年颁布实施的《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）试图细化《物权法》相关规定的做法也并未一劳永逸地解决问题，现实中车位的权属纠纷屡屡出现。法院在对此类案件进行裁判时并未完全统一裁判理

* 张梦奇，中国海洋大学硕士研究生；陈佩彤，中国海洋大学硕士研究生。本文由中国海洋大学政法学院董学立教授指导完成。

由与最终结论。^①本文述及的“帝景豪苑”车位纠纷案即可作为典型案件进行分析讨论。

一、案例简介

2017 年最高人民法院公开了一则案件的再审裁定书。该案涉及的是重庆市一家房地产公司与其所售小区业主之间的车位权属纠纷。房地产开发商作为原告于 2015 年向重庆市第五中级人民法院提起诉讼，请求法院判决涉案车位所有权归其享有；一审败诉后向重庆市高级人民法院上诉；二审败诉后向最高人民法院申请再审，最高院于 2017 年作出再审裁定，裁定驳回该房地产公司再审申请，原审判决涉案车位归业主所有并无不当。^②

详细案情如下：重庆市帝景豪苑小区为重庆市豪运房地产开发有限公司（以下简称豪运公司）建造。经当地规划局核定审批，小区内共建造车位 636 个，其中地上停车位 393 个，地下车位 243 个。后小区楼房售出，业主共同成立帝景豪苑业主委员会（以下简称帝景豪苑业委会）。2015 年因豪运公司拟将部分车位出租，帝景豪苑业委会以该部分车位占用业主公共用地为业主共有为由，认为豪运公司无权对此擅自出租或出售，进而与豪运公司发生纠纷。后双方协商未果，豪运公司作为原告起诉业委会，请求一审法院判决规划内的 393 个地上停车位归豪运公司所有。

一审法院经审理查明认为，当事人双方所签订的《商品房买卖合同补充协议》中第 9 条第 3 点表述的“如果规划用于停放车辆的车位、车库、幼儿园、医务所和服务会所等归甲方（豪运公司）所有，甲方有权通过出售、附赠或者出租等方式进行处理。”表明双方并未就涉案车位的归属形成一致、肯定的认识；又因为涉案车位不能办理产权登记，本质为土地使用权，且已随商品房出售而转移给业主。涉案车位作为附属设施，属于业主共有土地使用权的范畴，故涉案车位的权益归业主共同享有。此外，一审法院根据《重庆市物业管理条例》的规定，因涉案车位未计算容积率无法办理产权登记而不能被认定为专有权客体，故其为业主共有土地使用权。豪运公司以约定方式保留该部分土地使用权于法无据，故一审法院判决豪运公司败诉。后豪运公司对一审判决不服进行上诉，二审法院认为由于涉案车位不能办理产权登记，其属于《物权法》第 74 条第 3 款规定的“占用业主共有道路或者其他场地”的车位，不归豪运公司所有，维持一审原判。之后豪运公司向最高人民法院申请再审，最高人民法院同样认为因涉案车位不能办理产权登记，依据《最高人民法院关于审理建筑物区分所有权纠纷案件

^① 有研究人员对 52 份车位纠纷判决进行类型化分析，发现不同法院判定车位权属的标准与理由不尽相同。详情参见：沈明磊、张龔《地下车位、车库归属之判定与不动产登记之完善——基于住宅小区地下车位、车库归属纠纷的类型化分析》，载《法律适用》2018 年第 1 期。

^② 该案相关裁判文书案号为：（2015）渝五中法民初字第 00826 号民事判决；（2016）渝民终 7 号民事判决；（2017）最高法民申 2817 号民事裁定。



具体应用法律若干问题的解释》第2条第1款之规定，其无法被认定区分所有建筑物的专有部分，故原审判决所认定的涉案车位属于“占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位”并无不当，从而裁定驳回豪运公司的再审申请。

笔者认为，本案的裁判过程与裁判结果颇值商榷，故作此文再予探讨，恭请方家批评指正。

二、裁判中存在的问题

2007年《物权法》颁布前后，小区车位的权属问题就已经是学界与实务界热议的话题。《物权法》起草过程中，对于该问题学界也存在诸多观点，如业主所有说、开发商所有说、国家所有说和约定归属说。^③后正式出台的《物权法》第74条第2款规定：“建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。”该款被认为对“规划内”的车位权属问题采取了“约定归属说”，即开发商与业主之间可对该部分车位以约定方式来确定其权利归属；第3款规定：“占用业主共有的道路或者其他场地用于停放汽车的车位，属于业主共有。”此款则被认为对“规划外”的车位权属采用了“法定归属说”，即归全体业主共有。此外，《解释》中也就车位权属问题做出了更为细致的规定：《解释》第2条规定了车位、摊位等特定空间构成专有部分的条件；第5条解释了何为《物权法》第74条第1款规定的“首先满足业主需要”；第6条补充说明了《物权法》第74条第3款规定的“占用业主共有道路或者其他场地”的停车位。^④

前述的“帝景豪苑”车位纠纷案就存在争议之处。结合本案的一审、二审判决与再审裁定来看，从一审法院到二审法院再到最高人民法院所共同遵循的一个逻辑是，涉案车位未计入建筑面积而不能纳入容积率计算，进而不能办理产权登记，故不能被认定为建筑物区分所有权中的专有权客体。法院据此认定，涉案车位是74条第3款所规定的“占用业主共有的道路或者其他场地”的车位，为业主所共有。这一逻辑中值得商榷的地方在于，根据物权法原理，车位作为独立的物，自建造完成后即为开发商享有所有权，应被视为区分所有建筑物中的专有部分，不应当以能否办理产权登记

^③ 参见王利明：《论物权法中车库的归属及相关法律问题》，载《现代法学》2006年第5期。

^④ 《解释》第2条：建筑区划内符合下列条件的房屋，以及车位、摊位等特定空间，应当认定为物权法第六章所称的专有部分：（一）具有构造上的独立性，能够明确区分；（二）具有利用上的独立性，可以排他使用；（三）能够登记成为特定业主所有权的客体。规划上专属于特定房屋，且建设单位销售时已经根据规划列入该特定房屋买卖合同中的露台等，应当认定为物权法第六章所称专有部分的组成部分。本条第一款所称房屋，包括整栋建筑物。

第5条：建设单位按照配置比例将车位、车库，以出售、附赠或者出租等方式处分给业主的，应当认定其行为符合物权法第七十四条第一款有关“应当首先满足业主的需要”的规定。前款所称配置比例是指规划确定的建筑区划内规划用于停放汽车的车位、车库与房屋套数的比例。

第6条：建筑区划内在规划用于停放汽车的车位之外，占用业主共有道路或者其他场地增设的车位，应当认定为物权法第七十四条第三款所称的车位。

来判断其物的属性与归属。但2009年最高人民法院出台的《解释》第2条第1款规定：“建筑区划内符合下列条件的房屋，以及车位、摊位等特定空间，应当认定为物权法第六章所称的专有部分：（一）具有构造上的独立性，能够明确区分；（二）具有利用上的独立性，可以排他使用；（三）能够登记成为特定业主所有权的客体。”该款第3项所规定的“登记要件”为法院对该案涉案车位的性质认定提供了法律依据。正是依据本条规定，法院才认定涉案车位因不能办理产权登记而不能被认定为专有部分。

笔者认为，《解释》第2条第1款所规定的前两项足以判断涉案车位是否为专有部分，第（三）项的“登记要件”在现实中更多体现为一种行政行为，并不符合物权法原理对物的性质的判断。同时，根据我国现行房地产相关法律法规及司法实践，能否为建筑物或车位办理产权登记多以容积率的计算为衡量标准。但容积率的计算所体现的是建筑物的密度，与其是否为独立的物、所有权归属等问题并无关联。车位只有在构成建筑物专有部分的情况下才具有登记的可能性，单独登记本身已经表明该车位构成了建筑物的专有部分。因此，只有在承认车位是建筑物专有部分的情况下才有登记问题，而不能以无法登记为由来否认其是建筑物的专有部分。以产权登记这一行政行为来确认物权归属的做法并不符合物权法本身的原理与逻辑，故司法解释的规定本身同样值得商榷。

笔者将以本案为线索，首先，从以下三个方面展开分析车位的法律性质：1. 车位是否为独立的物；2. 车位是否为区分所有建筑物的专有部分；3. 产权登记能否作为判断其是否构成区分所有建筑物专有部分的条件之一。其次，试图借助“发生学”的视角，对车位的类别进行更为细致的分类，即售前车位与售后车位，并结合《物权法》第74条第2款、第3款之规定详细探讨该种分类下车位在物权法上的权属问题。最后，笔者试图在恰当理解法律规定的基础上明晰车位的权属规则，以期达到定纷止争之效果。

三、车位的法律性质

想要确定车位的物权归属，首先必须厘清其法律性质。对此，学界及实务界存在不同的解读，争议主要集中在车位是属于独立的物、是否构成建筑物区分所有权的专有部分以及登记行为是否影响其性质判断这三个问题。下面笔者将依次展开讨论。

（一）车位是否是独立的物

有的学者认为，车位不具有构造上和使用上的独立性，不是独立的特定物，不能成为单独的交易客体。^⑤笔者对于这一观点不敢苟同。民法上对于独立物的判断无非是通过其构造上的独立性、使用上的独立性等标准来确定，而车位完全符合法律上“独

^⑤ 参见陈广华：《小区车位和车库权属研究》，载《河海大学学报（哲学社会科学版）》2007年第4期。



立的物”的条件。首先,就其构造上的独立性而言,车位通过划线等方式明确了具体范围,具有明显的可识别性,又因目前学界对于构造上的独立性的认识已经由具体的、现实的、外观的隔离向观念上的隔离转变,因此其构造上的独立性毋庸置疑。其次,就其使用上的独立性而言,车位的作用是为人们提供停放车辆的方便,并可以为人们所支配、利用,并且人们对车位的支配、利用无需借助其他专有部分便可直接实现,由此,毫无疑问其具有使用上的独立性。不仅如此,人们对于车位的支配、利用还是排他的。最后,车位也具有独立的经济价值,《物权法》第74条2款规定,当事人可以通过出售、附赠或出租等方式进行权利移转即是对车位的独立经济价值的确认。当然,车位的经济价值从现实中因其引发的诸多纠纷中同样清晰可见。综上所述,车位应当被视为独立的物。

如此看来,车位不能像楼梯、道路及绿地一样被视为区分所有建筑物的重要成分。重要成分是指物与物之间具有极为紧密的关系,如果分离就会使物遭受毁坏或者损失,从而丧失效用。区分所有建筑物与楼梯、道路及绿地就是这样一种不可分离的紧密关系,但车位作为独立的物,完全可以与建筑物分离使用、分别处分。因此,将车位视为建筑物的重要成分也是一种不妥当的观点。

(二) 车位是否构成建筑物区分所有权的专有部分

从上文的表述可知,车位应当被视为独立的物,那么其就具有构成建筑物区分所有权专有部分的可能性。有的学者认为,考虑车位究竟属于专有部分还是共有部分,除了考虑独立物的性质外,还需综合考虑土地使用权的状况,车位的类型、功能、以及不同利益主体间的利益平衡等。^⑥笔者对此观点并不能赞同。在判定车位是否是建筑物区分所有权的专有部分时,对判定标准进行分析覆盖即可,即满足建筑物区分所有权的专有部分构成要件。若在此基础上加之过多限制未免失之偏颇。

那么如何判定车位是否属于建筑物区分所有权的专有部分呢?理论上的通说认为其需要具备三项构成要件:一为应具有构造上的独立性,即可以与其他部分相区分、隔离,并且各国现在均认同的隔离方式是有观念上的隔离即可,由此,以划线方式隔离的车位当然具有构造上的独立性;二为应具有使用上的独立性并可排他使用,即根据建筑物的用途是否构成某种目的而独立利用的单位^⑦,车位专为人们提供停车之便利而设置且其利用排他又无需借助其他专有部分便可成就,因而其使用上的独立性可见一斑;三为能够登记成为特定业主所有权的客体,即能够通过登记方式取得法律上的独立性。这三项构成要件也被最高人民法院的《解释》第2条第1款之规定所采纳。

笔者认为,上述的第三项构成要件的要求并非是说登记之后才具有法律上的独立性,从而才可登记,而是“有获得登记可能性”即可取得法律上的独立性,因为归根结底,

^⑥ 参见王荣珍:《对〈物权法〉车位权属规则的检视与完善》,载《当代法学》2011年第1期。

^⑦ 参见高圣平:《住宅小区车位、车库的性质及其权利归属研究——兼评〈物权法〉第74条》,载《法学家》2008年第6期。

登记这一行为是对既存法律事实的确认，而非通过登记才能使得法律事实成就。那么，何为“有获得登记可能性”？这个范围是相当宽泛的，满足前述一二者皆可构成此种可能性，遗憾的是目前我国并未形成完善、统一的停车位、车库登记制度，因此诸多标准不一、有极大的改进空间。综上所述，车位是可以被认定为建筑物区分所有权的专有部分的。

（三）能否登记是否影响车位的性质

虽然在前文对车位能否构成建筑物区分所有权专有部分的论证中对“登记”字眼略有提及，但笔者认为仍有专门对其加以论述的必要，因为在司法实践中，诸多法院以“未计入容积率的建筑物无法取得土地使用权，因而无法进行权属登记”为由，进而认为车位的性质并非前文所言的构成建筑物区分所有权的专有部分。笔者认为司法实践中法院的这一认知值得商榷。

首先，在实践中给车位定性时通常使用到的概念是“容积率”，它是小区建筑面积与用地面积的比率，容积率的高低与小区居民生活舒适度息息相关，容积率高的小区因楼房之间间隔较小导致居民生活舒适度相对较低，而容积率低的小区则相反。根据我国《城市房屋权属登记管理办法》规定^⑧，能够计入容积率的建筑物才能取得相应宗号的土地使用权，从而能够进行产权登记、取得产权证明，并且该《办法》也对如何计算容积率进行了详细的规定。对此笔者认为，将容积率的计算作为产权登记的判断标准，为规范房地产市场，防止不良房地产开发商唯利是图、强钻法律漏洞，给居民提供舒适的生活环境起到了一定的保障作用。但值得商榷的是，容积率的计入与否是如何能强大到可以左右建筑物的产权证明取得与否的呢？用行政权力给当事人的权利取得设限，如此规定未免有些违背民法私法自治的原理与精神。其次，最高人民法院的《解释》对于专有部分的成就设置了“登记”这一条件^⑨，对此诸多学者如王荣珍教授、高圣平教授都认为这一规定是多余的。例如高圣平教授认为“某部分只有在构成建筑物专有部分的情况下才具有登记可能性，单独登记本身即表明登记对象已经构成建筑物的专有部分”^⑩，笔者也持此观点，如前所述，登记这一行为是对既有法律事实的认可，而并非成就法律事实的必要条件，对此现有法律的规定似有逻辑混乱、本末倒置之嫌。

^⑧ 《城市房屋权属登记管理办法》第6条：房屋权属登记应当遵循房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权权利主体一致的原则。

第16条第1款：新建的房屋，申请人应当在房屋竣工后的3个月内向登记机关申请房屋所有权初始登记，并应当提交用地证明文件或者土地使用权证、建设用地规划许可证、建设工程规划许可证、施工许可证、房屋竣工验收资料以及其他有关的证明文件。

^⑨ 《关于审理建筑物区分所有权纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第2条：建筑区内符合下列条件的房屋，以及车位、摊位等特定空间，应当认定为物权法第六章所称的专有部分：（一）具有构造上的独立性，能够明确区分；（二）具有利用上的独立性，可以排他使用；（三）能够登记成为特定业主所有权的客体。

^⑩ 前引⑦。



一言以蔽之，此处的产权登记作为一种行政行为，不应该直接影响车位的性质何如，即车位应当因其独立物的法律性质而被认定为区分所有建筑物的专有部分。行政权力的行使不应该成为当事人权利取得需要破解的枷锁。

四、“发生学”视角下的车位权属

（一）“发生学”下车位的分类

根据《物权法》第74条第2、3款的规定，车位可以被划分为“规划内”与“规划外”两种。“规划内”的车位是开发商在建造之前经规划部门批准，并于建造完成后经产权登记的车位。此部分车位会在房屋预售的沙盘或者广告中明确展示。开发商因建设这一事实行为而当然享有这部分车位的所有权。所谓“规划外”的车位，是指占用业主公共道路及其他场地而建设的车位。这一部分车位根据第74条第3款的规定，为业主共有。但是城市住宅小区内增加任何建筑都是须经城市建设部门许可后方可进行的，没有所谓的规划内和规划外之别，所有车位建设都是规划之内的。^①因此“规划内”与“规划外”的概念分类并不准确。

事实上，车位从无到有，从被销售到被使用是一个动态发展的过程。车位在这一过程中因其所处阶段不同，权属也有所区别，故不能一概而论，不能仅仅因为其呈现为占用了小区土地而将其简单归为“占用业主共有道路或其他场地”的车位。笔者认为，这种认知思路与发生学方法类似。发生学原本是自然科学领域内的概念，多用于生物科学研究领域。它主要是用于研究动植物的发育及演化问题。之后这一方法也被引入社会科学的研究领域，为历史学、政治学、经济学及法学等学科所借鉴采纳。概括而言，发生学方法是指“对历史事物的起源、发展演变过程进行研究的一种方法。”^②这一方法将对事物发展中的每一个阶段进行分析，从而总结出事物发展的规律与趋势。

笔者试图借助发生学的视角，将车位的建设及使用看做一个动态发展的过程。以小区住房的销售为时间节点，车位可以被划分为售前车位与售后车位两种类别。所谓售前车位，是指开发商在小区销售之前，根据当地规划部门的审批所建成的车位。而售后车位，是指小区开始销售以后，所占用业主公共用地及其他场地而扩建、增建的车位。这两种车位权属问题因所处销售前后阶段的不同而需要分别进行判定。

（二）售前车位权属

售前车位虽然占用了小区土地，但其是开放商根据当地规划部门的审批规划方案建设而成的。开发商依据建设这一事实行为而取得该部分车位的所有权，^③业主要

^① 参见董学立：《论物权法上车库权属的判断标准》，载《法学》2008年第3期。

^② 王海军：《发生学方法与中国法制史的研究》，载《中南大学学报（社会科学版）》2010年第6期。

^③ 我国《物权法》第30条规定：“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。”

获得该部分车位通常须经交易行为。《物权法》第74条第2款规定的“当事人通过出售、附赠或者出租等方式”约定车位的归属，正是指这类售前车位。该款规定中的当事人既可以是开发商与业主，也可以是业主与业主。同时，根据《物权法》第74条第1款的规定，在“首先满足业主需要”后，当事人还可以包括小区业主之外的车位购买者。因此，售前车位的权属应当归属于房地产开发商所有，开发商作为所有权人可根据《物权法》第74条第2款之规定与业主以合同的形式约定这部分车位的后续归属。而获得车位所有权的业主同样可以与其他业主通过约定处分其车位，例如买卖、租赁或者赠与车位等行为。

值得注意的一点是，现实中有些开发商为了追求经济利益而在售前阶段增建规划之外或者不符合规划的车位。有学者认为，由于《物权法》第74条第3款没有使用“规划用于”的表述，也就是说该款指的是规划外的占有共有道路或其他场地的车位归业主共有。^⑭同时，《解释》第6条也规定：“建筑区划内在规划用于停放汽车的车位之外，占用业主共有道路或者其他场地增设的车位，应当认定为物权法第七十四条第三款所称的车位。”因此，该部分违反规划的增建车位属于《物权法》第74条第3款所规定的“业主法定共有”的车位。对此，笔者有不同观点。在售前阶段，开发商所建设的车位即使违反相关规划，也不应因此而简单认定其占用了业主共有的道路或其他场地，进而否认开发商对违反规划的车位所享有的所有权。依照发生学视角，售前阶段的任何车位，无论是符合规划还是违反规划，其物权法意义上的所有权归属都应当因开发商建设这一事实行为而归属于开发商所有。至于违反了规划而增建的车位，因楼房尚未售出任何一栋而未形成所谓的共有关系，何来占用“业主共有道路”之说？规划审批作为一种行政行为，其目的是为了能够更好地管理开发商投资建设商品房住宅区的相关行为，并不具有物权法意义上的效力。因此，车位不符合规划违反了行政审批，开发商应当承担的是行政法律上的相关责任，但不应否认其所有权的归属。此外，开发商这一增建行为通常会违反与业主之间的购房合同，因为该部分增建车位并不会在楼盘预售的沙盘或者规划图内向购房业主展示。若业主在购得房屋后发现小区增设了沙盘中未曾展示的车位进而影响到居住环境的话，可依据购房合同向开发商主张违约赔偿，此乃合同法上的后果。开发商违反规划增建车位的行为本质上仍属于违法行为，其不应从中获利。但无论是行政法还是合同法上的责任，都不应当直接并入物权法上的所有权归属问题混为一谈。因此，售前车位无论是否符合规划，其物权法意义上的权属应当归开发商享有。

前述的讨论是在当事人之间约定明确的前提下展开的。但司法实践中常见的争议问题是在当事人之间未做约定或约定不明的情况下产生的。在这一情况下，对于售前车位初始权利归谁这一问题，法律是否有所规定呢？笔者认为答案肯定的。《物权法》

^⑭ 参见刘欢：《建筑物区分所有形态下的车位权属认定》，载《湖北警官学院学报》2013年第2期。



第74条第2款规定：建筑区划内，规划用于停放汽车的车位、车库的归属，由当事人通过出售、附赠或者出租等方式约定。这一条款采取了“约定归属”的方式，但在此，现行法律并未对“当事人”的范围予以限定，从而导致有的学者认为，此“当事人”仅指开发商和业主之间，而不能包括业主之间¹⁵；也有的学者认为，其不仅包括开发商与业主，也包括业主之间¹⁶。如前文所述，笔者认为，既然法律对此并未作出具体限制，基于鼓励市场交易与商品流通的角度考量，我们也不应对其过于苛责，只要满足“首先满足业主需要”这一条件即可，由此对于当事人的范围，可以是开发商与业主之间、也可以是业主与业主之间。那么仔细揣摩本条款语义，其潜台词便是：售前车位属于开发商所有，但是可以通过出售、附赠或者出租的方式进行处分，从而归购房者所有。若开发商不享有售前车位的初始所有权，那么其处分车位的行为就构成了无权处分。

当然，对于没有约定或约定不明的售前车位的权属规则也有不同的声音。有学者认为其权属应该归业主所有，其主要理由有以下几点：第一，停车位属于小区必备的配套设施，其功能是辅助人们居住的，从其本身的经济用途便可推断其属于业主共有；第二，根据“谁出资，谁受益”原则，停车位的建设成本已平摊入建筑成本，并计入房价，房屋销售后，停车位自然由业主共同享有；第三，车位按照我国现行法律规定无法进行登记，因而无法成为建筑物区分所有权的专有部分，因此不属于开发商所有；第四，车位是在小区通用的道路上划定的，通用道路归业主共有，根据“地随房走”的原则，业主一旦购买了小区的专有部分，也便拥有了共有部分的土地使用权，车位依附于土地之上，因此当然属于业主共有。

笔者对上述观点不敢苟同。第一，车位与小区绿地、通行道路等配套设施不完全相同，车位是独立的物，具有独立的经济价值和排他支配可能性，其所有权人可自由对其进行处置，其初始所有权人即开发商，这一点上文已经进行论证，在此不做赘述，而绿地、通行道路等小区居民都可利用、都需利用且这种利用并不排他。再者，我国现行法律规定中并没有“配套设施归业主共有”的相关描述，因此上述因果关系的推断并不成立。第二，对于房价的计算方式，是由开发商根据建筑成本和市场规则确定的，一来车位成本是否纳入计算无法简单的证明确定，二来成本被业主平摊就属于业主所有这一观点仍值得商榷。譬如生产厂家会将在产品生产过程中产生的废品的成本计入产品成本，但是废品并不归购买产品的消费者所有。用价格构成解决所有权权属纠纷的观点显然不可行，笔者不能认同。第三，制度是不断发展的，现行法律规定对于车位的登记规则没有做出令人信服的详实的规定只能说明制度本身有待改进。上文笔者已经对“登记与否不应该影响车位的性质”做了论述，由此，能否登记也不应该

¹⁵ 参见王旭光、范明志主编：《物权法适用疑难问题研究》，山东人民出版社2007年版，第163-165页。

¹⁶ 参见吕伯涛：《适用物权法重大疑难问题研究》，人民法院出版社2007年版，第82-84页。

影响所有权的取得，登记这一行为本身只是对物权归属的确认，而不应成为物权归属确定的必要条件。第四，本节所论证售前车位，开发商在建设之时必然预留了足够通行的道路宽度，并没有占用所谓的“通用道路”。如前所述，其构成建筑物专有部分，与依附于土地之上的共有部分不可同日而语。因此笔者认为，售前规划车位在开发商与业主之间没有约定或者约定不明时，其初始权利应归属开发商而非业主所有。

在前述案例中，双方当事人所签订的《商品房买卖合同补充协议》即为约定方式的体现。该《协议》第9条第3点表述为“如果规划用于停放车辆的车位、车库、幼儿园、医务所和服务会所等归甲方（豪运公司）所有，甲方有权通过出售、附赠或者出租等方式进行处理。”一审法院认为此表述表明豪运公司与业主签订合同时并未对涉案车位的权属问题达成一致、肯定的认识。笔者认为，这完全可以视为约定不明的情形。依照前文所述，未约定或者约定不明的情况下，开发商对于售前车位因建造这一事实行为而取得所有权，故其初始权利应当归开发商豪运公司所有。这一结论才符合《物权法》第74条第2款“约定归属说”的内涵。

（三）售后车位权属

小区住房从开始销售至全部销售完毕同样是一个动态发生的过程。只要开发商售出一套单元住房，其与购房业主就区分所有建筑物的共有部分便形成了共有关系，二者同是共有部分的共有人。而后随着购房业主的数量不断增加，开发商逐渐退出此共有关系。在这一发生过程中，开发商若想占用小区内的公共道路或其他场地增建、扩建的车位即为售后车位。对于售后车位，开发商对其处分不能仅凭单方意志，而是要经过全体已购房业主的同意。随着住房全部销售完毕，开发商即退出对共有部分的共有关系，取而代之的是全体业主对共有部分所享有的共有权。此时，任何售后车位都是占用业主的公共道路或其他场地而建成的，其权属依据《物权法》第74条第3款之规定为业主共有。对于这一部分售后车位，开发商不能像前述的售前车位一样享有初始的权利，故不能以所有权人的身份与地位同购房业主通过约定的方式来处分该部分车位。笔者认为，既然售后车位归业主共有，在具体处分这部分车位时，业主或者业主委员会可以依据《物权法》第76条之规定，将处分行为视为该条第1款第（七）项所规定的“有关共有和共同管理权利的其他重大事项”，并经由“专有部分占建筑物总面积过半数的业主且占总人数过半数的业主同意”这一合法程序后，“或出售给个体业主，或出租给个体业主；转让或者出租的收入归全体业主共有，并可按一定的分配方法予以分配，或者列入公积金。”^①

另外，对于这一条款中提及的“其他场地”的认定，学界存在不同的观点。比如高圣平教授认为，“其他场地”首先是指建筑区划内的场地；其次不应局限于土地，在解释上与土地同义者亦属于其他场地，比如架空层；最后，“其他场地”在解释上

^① 见前引⑨。



原本不是规划用于停放汽车之用,只是由于业主占用才作为停放汽车之用。依此理解,其他场地包括但不限于以下几种:1.首层架空层;2.屋顶平台;3.人防工程。^⑮笔者认为对于此并没有过多争议的必要,因为此“其他场地”指代的便是“业主共有的”其他场地,也就是说“业主共有的”其实是“道路”和“其他场地”共同的修饰语,因此,只要该场地属于业主共有,便可适用此条款。

结语

更为值得注意的是,法院在司法实践中对于《物权法》第74条的理解与适用应当紧扣物权法之原理。最高人民法院2009年出台的《解释》第2条将“登记”规定为车位构成区分所有建筑物专有部分的要件之一,使得法院在司法实践中不得不依据车位能否纳入容积率计算以及能否办理产权登记为标准,来判定其所有权的归属。但是这一逻辑下所作出的裁判会造成开发商与业主之间的利益失衡,开发商本应享有的售前车位的原始权属会因无法办理登记而被判归业主所有,此举可能会造成开发商在售前阶段少建车位而在售后阶段增建车位进而占用业主共有道路或其他场地的负面激励,其不利后果最终会转嫁给业主承担。更为重要的是,法院在此类裁判中并未体现出清晰的物权法理论或者逻辑,而是将开发商违反行政法或者合同法所应承担的法律责任与物权法意义上的权属判定混为一谈,从而造成了《物权法》第74条适用上的窘境。

通过发生学的视角对车位权属问题的分析,我们能够建立起完整的物权法意义上的车位权属规则:第一,对于售前车位而言,无论所建车位是否符合原本的规划,开发商凭其建设车位的事实行为而取得该类车位的所有权,能否办理产权登记不影响车位权利的归属。依照《物权法》第74条第2款之规定,开发商可以与业主约定,通过出售、附赠或者出租等方式处分售前车位,业主与业主之间亦可以约定的方式对其所有的车位进行处分。开发商对于其违反规划的行为应当承担行政法或者合同法上的法律责任,但不应因此而丧失售前车位的初始权属。此外,依据《物权法》第74条第1款之规定,开发商在处分售前车位之时应首先满足业主的需要。第二,对于售后车位来说,随着开发商逐渐退出对区分所有建筑物的共有关系,其对该类车位不能享有单独的所有权,不能仅凭单方意志对其进行处分。依据《物权法》第74条第3款之规定,此类售后车位应当为业主共有,对其处分应依据《物权法》第76条之规定进行。

(责任编辑:余晓龙)

^⑮ 高圣平:《解释论视野下的车库、车位权利归属规则—以〈物权法〉第74条第2款、第3款为分析对象》,载《政治与法律》2008年第10期。

认罪认罚从宽制度的改革进路

——以反悔机制的构建为视角

徐远太 黄美容*

内容摘要 刑罚轻缓化已成为法治国家刑事司法制度的发展趋势，随着刑事审判负荷的日益严重，我国顺势提出刑事速裁程序及认罪认罚从宽制度。对案件进行繁简分流，缩短审判流程提升审判效能是制度设立的本意。而现实中司法部门对被追诉人认罪认罚自愿性审查不足的现状，导致辩诉协商不对等，社会各界亦对程序公正提出质疑。为保证司法公正与司法效率，保障被告人认罪认罚出于自愿是底线要求。但现有的单向正面的自愿性审查机制明显力不从心，无法全面保证被告人的意志自由。构建双向互补的反悔机制可对现有程序瑕疵予以补正，充分保障被告人的程序选择权。为避免反悔机制沦为形式，必须完善反悔机制的程序化设计，如反悔的提出、法定期限的设置、举证责任的明确等。并通过适用法官回避、禁止使用不利陈述、上诉权的限制等规定，让认罪认罚从宽制度更好的服务于刑事审判，体现司法的公平正义。

关键词 认罪认罚从宽制度 辩诉协商 反悔机制

中图分类号：DF82 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)04-103-117

引言

极其有限的司法人力不足以应对日益增加的案件量，一些轻微刑事案件因需满足程序合法性要求，导致审案花费大量人力物力。为将有限的司法资源集中审理重大复杂且社会关注度高的刑事案件，司法界在普通程序与简易程序之外新增速裁程序对案件进行繁简分流，并制定认罪认罚从宽制度来提升审案效率。不过学术界及律师界一直对制度提出疑义，认为存在“买卖正义”的可能和辩诉不平等造成的不公，与罪刑

* 徐远太，湖南省怀化市中级人民法院院长；黄美容，湖南省怀化市中级人民法院研究室法官。



相适应不符，社会正义无法得到伸张，凸显了刑事实体价值与刑事程序价值的矛盾。

一、认罪认罚从宽制度被告人自愿性正面审查的局限性

保障被追诉人意志自由是防止发生无辜者被迫认罪和防止权权交易、权钱交易的保证，是迅速裁判原则和诉讼经济原则的底线要求，是认罪认罚从宽制度的前提和原点。从已出台的有关刑事速裁及认罪认罚的规定来看，刑事办案效率已得到提升，^①但程序是否公正仍受社会质疑。目前学界及实务界对“自愿性”审查这一重要细节关注不够，司法传统深刻影响着认罪认罚自愿性审查的路径，被追诉人的诉讼主体地位得不到有效保证。

（一）逻辑不足的自愿性司法审查标准：“没有异议”

自认罪认罚从宽制度试行以来便强调被告人认罪认罚的自愿性，仅2016年颁布的《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的办法》（以下简称《试点办法》），全文29条就有7条规定认罪认罚需自愿，并要求人民法院审理案件时应当对自愿性进行审查。与法律应然状态相对比的是，司法实践中对自愿性缺乏系统的审查机制，司法人员对自愿性的认知出现偏差，导致审查形式化，被告人面临着可能会被迫认罪或滋生权权、权钱交易的危险。如表1所示，因《决定》《试点办法》中“对指控的犯罪事实没有异议，同意量刑建议，签署具结书，可以依法从宽处理”的规定，及《刑事速裁程序试点情况的中期报告》（以下简称《中期报告》）中“犯罪嫌疑人、被告人对指控和量刑建议有异议，不适用速裁程序”的规定，导致法官在对被告人自愿性进行审查时，以“没有异议”作为司法审查标准。

表1 有关犯罪嫌疑人、被告人自愿性审查的规定

序号	法律法规	自愿性审查内容
1	最高人民法院印发《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》的通知	1. 法庭应当告知被告人享有的诉讼权利，依法审查被告人认罪认罚的自愿性和真实性，确认被告人了解认罪认罚的性质和法律后果； 2. 法庭确认被告人自愿认罪认罚，同意适用简化审理程序的，应当落实从宽处罚的法律制度。

^① 参见《刑事速裁程序试点情况的中期报告》据抽样统计，审查起诉周期由过去的平均20天缩短至5.7天，速裁案件10日内审结的占94.28%，当庭宣判率达95.16%，比简易程序高19.97个百分点。

序号	法律法规	自愿性审查内容
2	《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》	完善刑事案件速裁程序和认罪认罚从宽制度，对案件事实清楚、证据充分的轻微刑事案件，或者犯罪嫌疑人、被告人自愿认罪认罚的，可以适用速裁程序、简易程序或者普通程序简化审理。
3	《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部 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的办法》	犯罪嫌疑人、被告人自愿如实供述自己的罪行，对指控的犯罪事实没有异议，同意量刑建议，签署具结书的，可以依法从宽处理；应当保障犯罪嫌疑人、被告人获得有效法律帮助，确保其了解认罪认罚的性质和法律后果，自愿认罪认罚；在侦查过程中，犯罪嫌疑人自愿认罪认罚的，记录在案并附卷；犯罪嫌疑人向看守所工作人员或辩护人、值班律师表示愿意认罪认罚的，有关人员应当及时书面告知办案单位。对拟移送审查起诉的案件，侦查机关应当在起诉意见中写明犯罪嫌疑人自愿认罪认罚情况。
4	《全国人民代表大会常务委员会关于授权最高人民法院、最高人民检察院在部分地区开展刑事案件认罪认罚从宽制度试点工作的决定》	对犯罪嫌疑人、刑事被告人自愿如实供述自己的罪行，对指控的犯罪事实没有异议，同意人民检察院量刑建议并签署具结书的案件，可以依法从宽处理。
5	《最高人民法院、最高人民检察院关于刑事案件速裁程序试点情况的中期报告》	对危险驾驶等 11 种犯罪以及依法单处罚金的案件，事实清楚，证据充分，适用法律无争议，经当庭确认，被告人自愿认罪，同意检察机关量刑建议并同意适用速裁程序的，进一步简化庭审，不再进行法庭调查、法庭辩论，由审判员独任审判，当庭宣判。

笔者在中国裁判文书网对刑事速裁案件进行检索后发现，截止 2017 年 8 月 15 日，全网刑事速裁判决书共 72906 份，其中一审刑事速裁判决书 2017 年为 15617 份，2016 年为 33291 份。从表 2 可知，2016 年一审刑事速裁案件中，判决书对被告人自愿认罪进行正面评价的仅占 17%，以被告人对认罪认罚无异议结案的案件数占比为 74%，至 2017 年 8 月 15 日，该趋势仍在持续。在文书说理中，法官通过强调被告人对认罪认罚无异议来体现被告人的自愿性，如王某危险驾驶罪一案，^②判决书对被告人自愿性

② 武汉市硚口区人民法院（2017）鄂 0104 刑初 13 号刑事判决书。



审查体现为“被告人王某对指控事实、罪名及量刑建议没有异议且签字具结，在开庭审理过程中亦无异议……被告人王某具有至本院审理期间自愿认罪的法定从轻处罚情节……”按照逻辑推理可知，“无异议”本身可能就是在非自愿情境下作出的。因此完全可以质疑被告人作出“指控犯罪事实无异议，同意量刑建议，签署具结书”等行为时内心可能处于不自由状态。司法实务中法官将自愿等同于无异议，明显存在对自愿性的认识不足，降低了自愿性的审查标准。

表2 刑事速裁案件分析表

	速裁案件数 (一审)	包含“自愿认罪”字样 案件数	占比	包含“没有异议”字样 案件数	占比	即包含“自愿认罪”又包含“没有异议”字样	占比
2016	33291	5604	17%	24710	74%	3702	11%
2017 (8.15)	15617	3838	25%	10554	68%	2470	16%

(二) 狭隘的依赖阅卷+形式讯问的自愿性司法审查方式

现有法规规定，人民法院审理认罪认罚案件，应当告知被告人享有的诉讼权利和认罪认罚可能导致的法律后果，审查认罪认罚具结书内容的真实性、合法性和自愿性，但未明文规定法官应如何行使告知和审查的程序。实务界通常的作法是法官庭前对具结书等材料进行阅卷，庭上对被告人进行讯问。学界对于法官通过庭前阅卷和庭上讯问便可明确被告人认罪认罚出于知情自愿持有质疑。^③如图1所示，笔者对H市50名刑事法官进行问卷调查发现，^④近75%的法官认为法庭上无需对被告人是否自愿认罪认罚进行深入讯问，因为根据检察机关移交的卷宗材料足以证明被告人的自愿性及案件具备了事实基础；另25%的法官认为，仅凭检察机关提交的认罪认罚告知书及具结书，无法直接感知被告人的真实意愿，需当庭予以详细深入讯问方可得知。法官仍受传统的“坦白从宽、抗拒从严”的思维影响，^⑤认为认罪认罚从宽系公权力给予被告人从宽量刑的机会，因此被告人在主观自愿上不存在太大问题。大多数法官因笃

③ 陈瑞华：《认罪认罚从宽制度的若干争议问题》，载《中国法学》2017年第1期。

④ 笔者对H市50名刑事法官进行问卷调查，问卷内容为法官在审判环节是否就被告人认罪认罚进行详细询问。

⑤ 熊秋红：《认罪认罚从宽的理论审视与制度完善》，载《法学》2016年第10期。

信检方材料，在庭上的讯问只是满足程序需求，对被告人自愿性的正面审查依赖阅卷，庭上讯问多是形式。

法官是否需就被告认罪认罚自愿性进行详细讯问

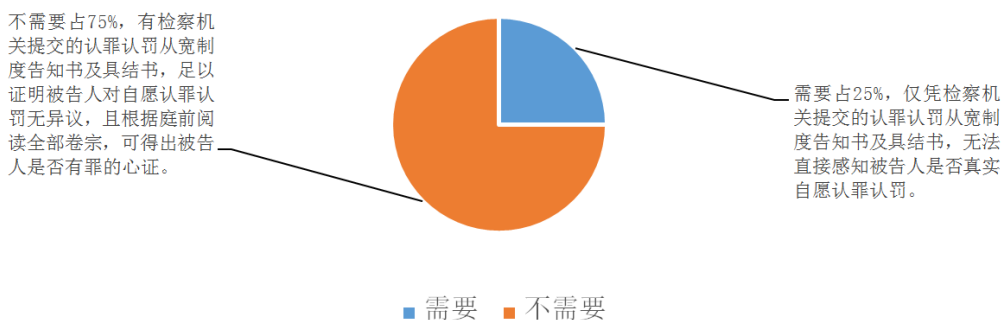


图1 庭审过程中法官是否需就被告认罪认罚进行详细讯问的调查结果

笔者查阅了C市检察机关随卷移送的《告知书》及《具结书》(如图2所示)，可知对被追诉人自愿性的程序保障上存有不足，无法确保被追诉人签署材料时的意志自由，而在书面签署具结书后，人民法院一般会采纳检察机关提交的量刑建议。首先，具结书需辩护人 or 值班律师签字方可生效，而告知书无需，因此无法确保被追诉人对认罪认罚的知悉权。其次，以上材料并未体现被追诉人及其辩护人 or 值班律师对量刑幅度的相关建议，无法体现辩方对协商程序的影响。最后，材料中规定了被追诉人对具结书拥有撤回权，但同时明确检察院将重新作出量刑建议的后果，并不对重新量刑作出限制，导致被追诉人陷入选择审判遭受更重量刑风险和承认有罪获取较轻刑罚的两难境地。此时的撤销权不仅没有带来诉讼优惠，反而对被追诉人造成心理压迫，甚至在被告人证实非自愿认罪时面临困境。且被追诉人撤回具结书后，具结书内容仍可作为其有罪供述的依据，人民法院可结合其他案件事实进行认定，造成撤回行为却不撤回行为带来的法律影响的尴尬局面，使撤回丧失法律意义。

认罪认罚具结书

- 一、犯罪嫌疑人身份信息
- 二、权利知悉：《认罪认罚从宽制度告知书》
- 三、认罪认罚内容
 1. 认罪
 2. 认罚
 3. 程序：本案适用速裁 / 简易程序
- 四、自愿签署声明

可以阅读和理解汉语；获得辩护律师 / 值班律师的法律援助并听取意见，知悉认罪认罚可能导致的法律后果；在本人知情及自愿的情况下签署，未受暴力、威胁或其他任何形式非法影响，亦未受任何可能损害本人理解力和判断力的毒品、药物或酒精物质的影响；未受具结书载明内容以外的关于案件处理的承诺。

- 五、本人签字
- 六、辩护人签字：证明犯罪嫌疑人 / 被告人自愿签署该具结书



认罪认罚告知书

- 一、适合《试点办法》的，可以试用认罪认罚；
- 二、被追诉人应当书面签署《告知书》和《具结书》，后者应经辩护人或值班律师签字确认，方为有效；
- 三、《具结书》载明的内容
- 四、就量刑幅度被追诉人、辩护人或值班律师可向检察机关提出意见；
- 五、签署《具结书》后，人民法院对人民检察院作出的量刑建议一般予以采纳；
- 六、《具结书》签署后，被追诉人要求撤回，应书面申请，失去相应幅度的从轻量刑建议，人民检察院将重新作出量刑建议；对依据《具结书》作出的起诉书提出异议或变更的，视为撤回；《具结书》不可作为认罪认罚的依据，让可能作为有罪供述的依据，由法院结合其他案件事实予以认定；
- 七、撤回后重新签署《具结书》，应重新作出量刑建议；
- 八、被追诉人有权不同意检查机关的量刑建议，不签署《具结书》

图2 某市认罪认罚告知书及具结书内容归纳图

(三) 力不从心的自愿性正面审查中各方的现状解析

因影响被追诉人自愿认罪认罚的因素颇多，导致从正面认定被告人系自愿认罪认罚难度较大，如检察官天然的对被追诉人的威慑、辩护律师的参与程度不高以及不易察觉的影响被追诉人意志自由的其他因素等。

1. 审判环节律师参与率不容乐观

速裁程序中认罪认罚具结书需被追诉人及其辩护律师或值班律师签字，因此从书面材料体现了律师对辩诉协商的参与。而审判环节，律师参与率不容乐观。《中期报告》表明，2014年8月—2015年8月，各地确定基层法院、检察院试点183个，同时期设立法律援助工作站342个，共为17177件案件提供法律帮助，值班律师参与案件数占同期刑事案件数比例为14%。如图3所示，笔者通过中国裁判文书网搜索得出2014-2015年刑事案件121637件，适用速裁程序判决的一审案件共计15933件，占同期全部刑事案件的13%。其中适用速裁程序审结的裁判文书包含“辩护人”关键词的仅1494件，占一审速裁案件的9.3%，辩护率不足一成。

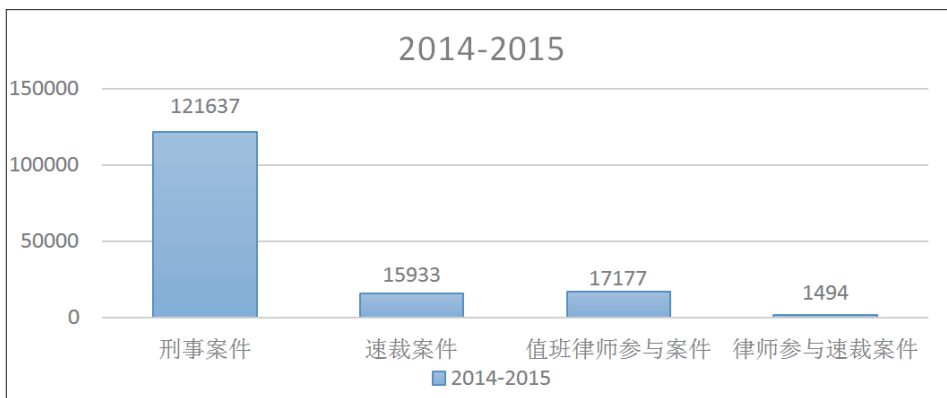


图3 速裁案件辩护人参与案件数据图

目前虽然建立了律师值班制度，但未明文规定被追诉人享有指定辩护权，而仅仅

规定值班律师应当提供法律帮助，体现为具结书需要律师/值班律师签字，却不对律师意见进行记录。现有规定可能导致检察院、法院对被追诉人进行讯问时，由被追诉人独自面对公权力，难保内心不受强制而影响真实意思表示。同时，值班律师可能并不全程参与辩诉协商过程，无法有效行使会见、阅卷和调查的权利，导致被追诉人无法与公诉方进行平等的协商和对话。因认罪认罚刑事案件的特殊性，辩护律师的作用并不仅仅体现在法庭调查和法庭辩护上，其还代表了私权与公权抗衡的可能性。

2. 辩诉协商中检察官独掌协商大权

被追诉人认罪认罚是基于可获得相对轻缓的刑罚和及早从诉讼程序中解脱。但从现有规定看，被追诉人与检察官讨价还价的空间极其有限，只能谋求检察官的合意，做出接受或不接受的决定。^⑥当被追诉人认罪认罚，虽然公安机关、辩护人有建议适用速裁程序的权利，但仅有检察机关有程序启动权。《试点办法》第10条规定“检察机关须就相关事项需听取犯罪嫌疑人或其辩护人或值班律师的意见”，但并未规定检察机关就相关意见应如何回应。程序结果上，《试点办法》第21条规定表明检察机关有量刑建议权，即便与被告人意见不一致，法官在建议检察机关调整后，仍可进行判决。检方单方面开启程序，单方面决定量刑建议，并制定格式条款具结书，都让协商未出现平等对抗的局面。且检方与辩方向的协商不够公开透明，协商过程并未要求录音录像，仅靠告知书、具结书等书面材料进行佐证。难保检方为迫使被追诉人同意协商结果，用其合法、正当的求刑权给出最高刑的量刑建议，让被追诉人难以抗拒。

3. 法庭审理变成控方主张的简略审查和确认程序

刑事速裁试行后，全流程简化的速裁程序得到推广，从审查起诉到法庭审理周期按规定不超过十日，而法庭审理时间更是被缩短到十分钟甚至更短，法官人均结案率大幅度上升。有法官表示，“快的同时，被告人的权利并不会被减少”。^⑦南京江宁法院刑事速裁改革试点工作成效之一为在集中审理速裁案件时，在开庭时或开庭前集中查明被告人身份与集中交代诉讼权利。^⑧而《试点办法》第15条规定“人民法院审理认罪认罚案件，应当告知被告人享有的诉讼权利和认罪认罚可能导致的法律后果，审查认罪认罚的自愿性和认罪认罚具结书内容的真实性、合法性”。可知法官具有通过司法审查确保被告人协商时自由意志不受侵害的义务。不论是“十分钟的法庭审理”还是“集中交代权利”，法官无法分配过多时间用于庭上对被告人自愿性的讯问。同时，法庭上法官、检察官、被害人及其代理人在场，会对被告人的心理会造成压迫，又因

⑥ 顾亚慧：《“认罪从宽”自愿性问题研究》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2017年4期。

⑦ 《广州法院试点刑事速裁程序庭审不超10分钟》，载 <http://gd.sina.com.cn/news/b/2015-09-16/detail-afxhupir7142668.shtml>，2017年7月29日访问。

⑧ 《江宁法院刑事速裁改革试点工作成效明显》，载 http://www.njfy.gov.cn/www/njfy/res_mb_a39161028105685.htm，2017年7月29日访问。



无相应程序保障，被告人多数不敢发表真实意见。当前实务中法官对于检察官的量刑建议几乎全部予以采纳，法庭审理流于形式的现象十分明显，使法庭审理变成控方主张的简略审查和确认程序，正面审查作用未得到有效发挥，更遑论被追诉人自愿性的保障。

二、辩诉协商的经验借鉴：反悔机制的必要性探析

认罪认罚自愿性表明被追诉人在程序上具有选择权，虽然外在的刺激激励会对其内心造成一定压力，但行为享有作决定的自由。2016年中央政法会议指出要在借鉴辩诉交易等制度合理元素基础上，抓紧研究试点方案。^⑨辩诉交易在普通法系刑事司法实践中十分盛行，而德国、法国等传统意义上的大陆法系国家出于诉讼效率的考虑也开始效仿普通法系的辩诉交易制度。我国认罪认罚从宽制度不同于普通法系的辩诉交易，但辩诉双方达成认罪认罚合意的过程与域外辩诉协商过程同质，对经验予以借鉴迁移或可弥补当前试点过程中暴露的不足。

（一）域外辩诉协商对被追诉人反悔权的重视

不论我国的认罪认罚还是域外的辩诉协商，都以保障被追诉人自愿性为制度公正的前提。美国联邦刑事诉讼规则提供了两种辩诉协商型态，一种是当法院不同意协商之结果时，被告无法撤回去其意思表示；另一种是法院若不同意协商之罪责，则被告将有撤回其自认有罪的意思表示之机会。如 *Santobellv.New York* 案，^⑩ 检察官许诺不向法院求刑以交换被告认罪，但事后却求出重刑。此时被告可撤回认罪请求，或由不同的法院重新量刑。格鲁吉亚的辩诉协商制度与普通法系国家辩诉协商制度相当，其刑事诉讼法典第二十一章对辩诉交易做了详细规制，要求辩诉交易各方必须平等，必须基于被告的意志自由和对被告权利的预先保全下进行。^⑪ 法典第 213 条规定，被告人有权在法庭作出判决前的任何审判阶段拒绝辩诉交易或者改变辩诉交易的条款，且无需得到辩护律师的批准。法典第 214 条一并规定一旦被告拒绝辩诉交易，禁止将来使用被告在辩诉协商期间提供的信息来对抗被告。再如大陆法系的日本在简易命令程序中规定，“被追诉人享有异议权，即便书面审查表明简易命令请求合法且有理由，也可申请撤回文书”。^⑫ 我国台湾地区“刑法”同样规定，被告可不附任何理由撤

^⑨ 《中央政法会议：或将引入诉辩交易认罪认罚从宽》，载 <http://news.21cn.com/domestic/difang/a/2016/0124/07/30528049.shtml>，2017年7月20日访问。

^⑩ See *Santobellv.New York*, 404 U.S.257 (1971).

^⑪ Colquitt, Joseph A. *Ad Hoc Plea Bargaining*, *Tulane Law Review*, Vol.75, Issue3 (February 2001), 695-776.

^⑫ [日]松尾浩也：《日本姓氏诉讼法》（下卷），张凌译，中国人民大学出版社2005年版，第324页。

回协商合意，检察官仅限于被告违反协商内容情况下方可撤回申请。^⑬

大陆法系国家虽已逐渐引进辩诉协商制度，但对制度的使用慎之又慎，因为担心认罪协商将严重侵害被告人防御权及无罪推定、公平审判的权利。^⑭根据证据裁判原则，被告人有受审判、与证人对质的法定权利，若被告人拒绝进行辩诉协商，应当准许，否则违反程序公正原则。认罪协商本质是控、辩双方合意的过程，必须保证双方享有充分的意志自由，方可实现司法公正与司法效率、惩罚犯罪与保障人权的有机统一。类似于合同生效，在辩诉协议未生效前，相对方进行反悔并无不妥。因控方与辩方先天处于不平等地位，检察官手握主动权，被追诉人根本无法轻松行使反悔权，因此需要法律进行赋权。当前我国社会舆论对速裁程序快速结案的，多疑虑会增加冤假错案的频率。^⑮之所以有此担忧，多源于忧虑被告人的个体力量难以抗衡检方的强大公权，加之我国认罪认罚实务中律师的参与率较低，更添争议。若借鉴域外法律规定，在法律所允许的期限内，赋予当事人对认罪认罚的反悔救济途径，体现其个人选择意识，体现刑事诉讼中被追诉人的主体地位，则可消除此种顾虑。

（二）双向互补的反悔机制对我国单向审查的程序瑕疵补正

各国在辩诉协商实务中都意识到，即便通过强化正面审查也难以达到保障被追诉人意志自由的效果。美国的辩诉交易强调辩护律师的参与，但无法排除被追诉人遭受辩护律师和检察官摆布的可能，尤其被告被羁押期间。美国联邦刑事诉讼规则规定，法院在接受认罪协商前必须确认被告人认罪符合自愿性要件。英国认罪制度中，治安法院在对简易程序进行量刑之前，如果被告人要求撤回其先前的认罪答辩，对于是否允许此种撤回的请求，法官享有裁量权。^⑯同时要求被告人在知道其有撤回理由时尽快以书面形式提出，并提交相关证据和证人。^⑰我国台湾地区的本土学者谈及协商程序，指责单方面将被告自由意志的论证责任交于控方，不仅存在难度和不确定性，也与最初的节约司法资源本意相背离。^⑱正面论证存在的较多问题与诸多困难，弱化了被告人的诉讼主体地位，难保协商的自愿公正。

通过借鉴域外辩诉协商的规定可知，协商具有双向的特点，须辩诉双方对协商达成合意后方可进行判决。我国速裁程序及认罪认罚试点以来，实务界及理论界未能厘清认罪认罚与自首、坦白的界限，导致矮化了认罪认罚从宽制度的法治意义。认罪认

^⑬ 杨云华：《刑事诉讼法新增协商程序之探讨》，载《月旦法学教室》第21期。

^⑭ 胡铭：《认罪协商程序：模式、问题与底线》，载《法学》2017年第1期。

^⑮ 《一天抓一天诉一天判，子弹没有多飞一会，律师真的跟不上》，载 <http://mp.weixin.qq.com/s/ZFLsJimHqK-ZvcVLgGRCvQ>，2017年8月1日访问。

^⑯ 2015年10月公布的《2015年刑事诉讼规则和刑事实践指南（The Criminal Procedure Rules and The Criminal Practice Directions 2015）》第24.10条的规定。

^⑰ 郑曦：《英国被告人认罪制度研究》，载《比较法研究》2016年第4期。

^⑱ 郭春慧：《从协商程序谈被告自由意志之保障》，“国立”成功大学法律学研究所1996年硕士论文。



罚与坦白不同之处在于，坦白一经作出便可作为定案证据使用无需撤回，而认罪认罚为诉讼协商行为，具有可变性，因此被追诉人具有选择权。上文述及，认罪认罚具结书中规定被追诉人与检察官进行协商时可撤回协商意愿，而我国现有的辩诉协商环境对被追诉人较为不利，其意志自由易受影响。且协商结果只有经过司法审查确认后方可生效，在此之前双方均可对协商意愿进行反悔，从程序意义上给予被告人充分思考的时间，方为妥速。因此自愿性更需反面论证予以加强，当被告人反悔，不涉及权利的丧失与不利因素的增加时，被告人选择认罪认罚，便足以证明自愿性未受压迫。

（三）保障程序选择权：强化我国被追诉人的反悔能力

“被告人当庭不认罪或者不同意适用简化审理程序的，应当适用普通程序审理”，是我国认罪认罚从宽制度有关反悔权规定的雏形，但并不完善。^①该规定表明被告人在庭审过程中认为量刑建议不当可以反悔，笔者认为此处存在两个问题，一是反悔的时间节点即庭审阶段对被告人不利，试想在庭审中面对法官、检察官、被害人，反悔所面临的压力之大；二是庭审阶段进行反悔违背诉讼经济原则，造成诉讼资源的浪费。天津高院关于刑事案件速裁程序试点工作的调研报告表明，“从审查起诉阶段起，被追诉人知悉并同意起诉书内容，同一天可送达起诉书副本并可开庭，不受送达期限限制。”以如此快的速度审理案件，很可能导致被追诉人在放弃诉讼权利获得量刑优惠时思虑不周。美国最高法院表明，“被告可以在接受辩诉交易的问题上具有二次思考的机会，只要说明他们在检察官提交辩诉交易提议且法官批准时，他们非常可能就会接受该提议即可。”^②不论域外的辩诉交易，还是我国速裁程序中的认罪认罚，司法效率的提高及被告人权益的保障一直处于博弈较量中，因公权私权力量的不对等，协商过程中对私权的意思表示撤回需给予特殊保护，才可彰显程序公正。因此通过强化被追诉人的反悔能力是有效保障其选择权的关键。

三、我国认罪认罚的改革进路：反悔机制的建构

在被追诉人与检察机关尚未达成协商合意，被追诉人或检察机关自然拥有撤回协商意愿的权利，此权利已被法规明确。^③本文所构建的反悔机制是在辩诉协商尚未得到司法确认前的期限内，对协商结果进行反悔的机制。并强调权利的行使不可无边界，若不对反悔权加以约束，则程序会走向冗杂的极端，违背认罪认罚节约司法资源，提

^① 参见《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》。

^② 《High Court Expands Defendants' Plea Bargain Rights》，载 <http://www.npr.org/2012/03/21/149093334/high-court-throws-out-conviction-in-bad-lawyer-case>，2017年8月8日访问。

^③ 最高人民检察院规定，协商阶段犯罪嫌疑人反悔后，在明确了诉讼权利和认罪认罚的后果后，又重新认罪认罚，仍可适用从宽制度。

升司法效率的初衷。如图 4 所示, 为避免权利的滥用, 本文对反悔机制进行了程序设计。

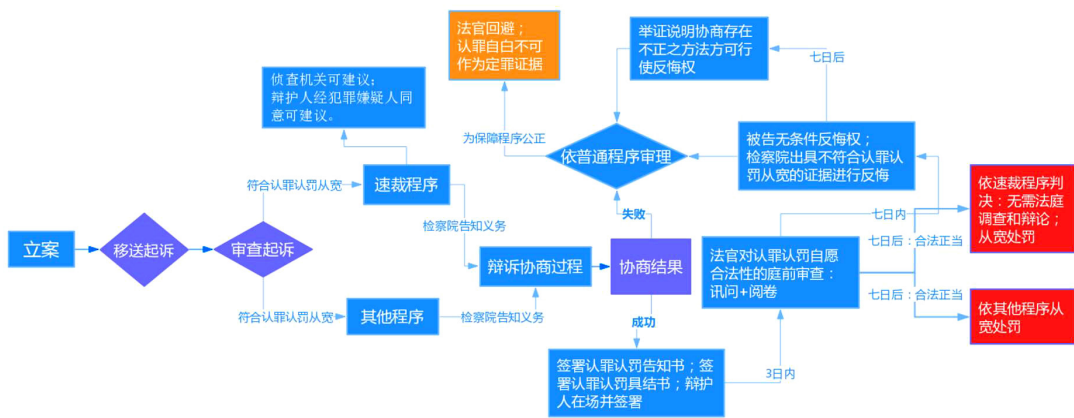


图 4 反悔机制的流程设计

(一) 反悔权的告知与提出

辩诉协商过程中, 被追诉人享有的反悔权是随认罪认罚制度相生相灭的, 因此侦查机关、检察机关及审判机关在发现案件可适用速裁程序或认罪认罚时, 应当告知被追诉人进行程序选择时拥有的反悔权利, 同时将权利不得滥用予以告知。告知应当采用口头 + 书面的形式, 一方面通过口头解释帮助被追诉人进一步了解制度, 并将告知时间记录保存; 另一方面将反悔权写入认罪认罚告知书, 一并经被追诉人及辩护律师或值班律师签字确认, 侦查机关、检察机关应当将以上材料移送法院接受司法审查。待案件移送至法院审理, 法官在告知被告人享有的诉讼权利时, 应强调反悔权及如何行使反悔权, 使被告人在接受判决前具有预测可能性。

笔者认为有权行使反悔权的主体包括检察机关、被告人及辩护人。作为辩诉协商的主体, 控方与辩方在协商上处于平等地位, 对反悔权有平等使用资格。台湾地区“刑事诉讼法”亦规定, “被告违反与检察官协议之内容时, 检察官亦得于前项程序终结前, 撤回协商程序之申请。”但在使用上应有限制, 控方的天然优势导致其不能随心所欲的行使反悔, 因为检察官容易利用认罪认罚利诱犯罪嫌疑人进行有罪自白。因此检察官进行反悔时, 必须是在发现犯罪嫌疑人存在不适用速裁程序或不符合认罪认罚情形时, 方可提出。²⁹而被告人反悔权的行使因其弱势地位可不加限制, 但必须在法定期

²⁹ 《试点办法》第 2 条规定, 具有下列情形之一的, 不适用认罪认罚从宽制度: (一) 犯罪嫌疑人、被告人是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人的; (二) 未成年犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人、辩护人对未成年人认罪认罚有异议的; (三) 犯罪嫌疑人、被告人行为不构成犯罪的; (四) 其他不宜适用的情形。



限内提出，否则容易造成程序冗长。以上规定是对公权私权的一种横平，则必须要求反悔是面对客观中立的第三方提出，即由法官来对反悔权的运行加以保障。

（二）法定反悔期限的设定

笔者认为反悔权在被迫诉人与检察机关达成协商合意后，经法官讯问但尚未确认前的期限内行使较为适宜。之所以如此规定，是因为不论速裁认罪认罚或普通认罪认罚，被迫诉人在审前均放弃了部分诉讼权利，若仅凭庭上现有的形式化权利告知和讯问，是无法察知被迫诉人的内心真实意愿的。且若检方因被迫诉人认罪认罚而盲目降低证据标准，一旦被告人庭上反悔，检察机关可能会丧失追诉条件需补充侦查，只会造成司法资源的浪费和折损司法权威。因此当被告人在庭前与法官接触后对权利有了更明确的认知，此时给予其反悔时间更为妥当。类似民事领域的附生效期限合同，通过给予被迫诉人法定期限来确保其有充足时间考虑是否认罪认罚。法定期限经过则辩诉协商生效，无法定理由辩诉双方不得违背，法官审查确认后便可作出从宽裁判。

台湾“刑事诉讼法”规定，“法院应于接到检察院协商申请后十日内，讯问被告人并告以所认罪名、法定刑其所丧失之权利。被告得于前项程序终结前，随时撤销协商之合意。”^{②③}台湾地区对反悔期限的规定并不明确，与法官告知讯问时间冗杂在一起。基于对司法审判权威的信赖，被告人在与法官对话后能进一步确定内心意愿思虑行为后果，因此法官讯问期限与反悔期限需区分开来。同时法院判决宣告前都可进行反悔，容易造成被迫诉人滥用诉讼权利并拖延诉讼。为了保证法律程序的安定性及不违背加速审判的原意，笔者认为法官应当在检察院移送起诉后三日内对被告人进行讯问和告知，三日期限结束便起算法定反悔期限，法定反悔期限以七日为界较为适合。一方面，符合速裁案件15日内审结的时间要求；另一方面，满足被告人及其律师或亲属对认罪认罚进行理性抉择的时间需求。在此期限内，被告人享有任意反悔权，可不附加任何理由以言辞或者书面方式撤销协商合意，无需法官同意便产生反悔权的法律效力。

（三）法定期限外反悔权的限制使用

法谚云，法律不保护躺在权利上睡觉的人。赋予被迫诉人法定反悔期限，能激励督促其有效行使权利。若被告人超过法定期限提出反悔，则必须具备正当理由。正当理由可从自愿性、明知性和事实性予以说明，即该理由足以使法官相信被告人在辩诉协商中丧失了意志自由；被告人在辩诉协商中未了解制度的含义、程序性后果及实体性后果；被告人的认罪自白并不符合案件的真实情况。^{②④}若检方超出法定期限提出反悔，则必须举证说明其反悔是基于案件移送法院后出现的新事实，对定罪量刑有重大

^{②③} 参见我国台湾地区“刑事诉讼法”第455-3条。

^{②④} 卢君、谭中平：《论审判环节被告人认罪认罚“自愿性”审查机制的构建》，载《法律适用》2017年第5期。

影响，方可避免检方的证据袭击，保障辩方的程序利益。

超出法定期限行使反悔权，被告方及检方均需对自己的主张进行举证。借鉴我国非法证据排除规则可知，“当被告人或法院基于合理的怀疑或理由对控诉方证据的合法性提出异议时，控方必须承担证明其证据系以合法手段取得的举证责任”。^⑤之所以如此规定举证责任，系因被告方缺少必要的取证能力，难以获得证明控方行为非法的证据，法院也因其监督者角色而难以有所作为。而刑事诉讼程序规定，控方的行为均有书面材料予以记录，由控诉方证明自身行为的合法性符合我国现行立法的基本精神。同理，被告人超出法定期限提出反悔只需提交证据使法官质疑其受到了不正方法压迫，则证明协商行为合法的举证责任转自检察官承担，这也是刑诉法朝改良式当事人主义方向进行转变的表现。

四、认罪认罚进行反悔后的法律规制

根据法律规定，被告人不认罪或不同意简化程序审理的，应当适用普通程序审理。则当被告方或检察官行使反悔权合乎法定情形时，法官即受其约束，不得适用速裁程序，而依据正常审判流程进行审理。当案件重新进入普通程序审理时，从有利于被告人原则出发，需对反悔后的法律事项进行规制，以防侵害被告人的合法权益。

（一）检察官、法官回避制度

台湾学者认为，在协商判决申请被驳回时，应当更换法官审理案件，以免法官受协商结果影响而先入为主的对案件判决做出结论。^⑥格鲁吉亚刑事法典第213条规定，“当辩诉协商遭到酷刑、不人道、有辱人格或者暴力、欺骗及其他非法承诺，则案件应当移送至上级检察院，由上级检察院选派另一个检察官参与案件审理。”^⑦法官或检察官之所以需进行回避，是为避免前见影响确保诉讼公正。笔者认为，因辩诉双方的反悔，案件回转到普通程序，更换法官或检察官并不会对案件审理产生太大波动。因此应明文规定认罪认罚一经反悔撤销，则审案法官应依职权或被告人、辩护人申请而行回避，由法院另行指派法官审理。当被告人系遭受检方不正方法压迫而认罪认罚时，检察官必须进行回避，由检察院另行指派公诉人参与诉讼。

（二）认罪自白排除规则

格鲁吉亚刑事法典第214条规定，“被告人拒绝认罪，由被告提供的证词不得对

^⑤ 陈永生：《非法证据排除规则的举证责任》，载《现代法学》2001年第6期。

^⑥ 王文：《认罪协商与有罪答辩制度之探析——评析我国刑事诉讼法新增之认罪协商制度》，载《刑事法杂志》1998年第5期。

^⑦ LAW OF GEORGIA CRIMINAL PROCEDURE CODE OF GEORGIA.



被告使用。”我国台湾“刑事诉讼法”第455-7条规定，“未进行协商判决的，被告人或其代理人、辩护人在协商过程中之陈述，不得于本案或其他案件采为对被告或其他共犯不利之证据。”以上规定为禁止使用不利陈述原则，值得我国借鉴。但反悔后，被告人所做认罪自白是否继续作为案件证据使用，应当区分对待。侦查阶段，公安机关并非辩诉协商的相对方，仅有建议权，此时被告人所做认罪自白与坦白性质相似，仍可结合其他证据进行认定，同时作为被追诉人获得量刑优惠的依据。在审查起诉阶段，辩诉协商受量刑激励，其有罪答辩客观性受质疑，且为保实体公正，应排除使用。

（三）基于反悔的部分上诉权

有关认罪协商的上诉权，各方规定不一。英国被告人认罪制度中，被告人上诉权受到限制，“只能就量刑问题上诉而不能就定罪问题上诉，除非符合法定情形”。^⑳我国台湾地区规定，“协商程序之科型判决，不得上诉”“撤销合意或撤回协商申请者”等情形可上诉，同时规定针对上诉，二审法院的调查以上诉理由所指摘事项为限，若上诉成立，则撤销原审判决，发回一审法院更为审判。^㉑如表4所示，格鲁吉亚刑事事法典对被告人辩诉交易上诉权规定较为详细，在具备表中四种情形时可向上级法院提出上诉，要求撤销法院在辩诉交易基础上作出的判决结果。

表4 格鲁吉亚被告人上诉权规定简介

	上诉情形	时间
1	诉辩交易由强迫、威胁、暴力、恐吓或欺骗而达成	收到判决结果 15日内
2	被告人的辩护权受到限制	
3	订立的辩诉交易，证据不充分以至于不经正式审理无法得出判决	
4	负责审理该案件的法院忽视了格鲁吉亚刑法和本章程规定的实质性要求	

我国当前实务中，速裁案件被告人所处刑罚较短，为了规避在监狱服刑，而选择上诉。^㉒借鉴格鲁吉亚刑事事法典规定及我国台湾地区“刑诉法”规定，笔者认为我国认罪认罚原则上不得上诉，避免造成累诉。但当被告人反悔或被告人协商非出于自愿，案件定罪缺乏事实基础，辩诉协商不公时，应当赋予被告人上诉权。上诉后，二审法院调查范围因以上诉理由为限。若上诉理由成立，则应当发回重审。笔者认为二审法

^⑳ 《2000年刑事法院量刑权限法（Powers of Criminal Courts（Sentencing）Act 2000）》

^㉑ 参见我国台湾地区“刑事诉讼法”第455-10条。

^㉒ 《天津高院关于刑事案件速裁程序试点工作的调研报告》，载 <http://eszy.hbfy.gov.cn/DocManage/ViewDoc?docId=f7dca7f4-c476-4199-b794-6527cb32e260>，2017年8月4日访问。

院不可径自改判，因为一审法院系通过认罪认罚或适用速裁程序形成判决，是在被告人丧失部分诉讼权利的基础进行的量刑，发回一审法院重新审理方可保证实体与程序的公正统一。

结语

近年来，restorative justice 即修复性司法概念在国外开始兴起，主要是关于去除刑事案件中以国家为主导的模式，开始关注受害人和犯罪人本身，对于犯罪从报应性向修复性和赔偿性过度，是一种人道主义的模式。我国认罪认罚从宽制度，基于节省、诉讼自愿、提高司法效率和回归社会等因素而提出，是受害人迅速得到正义审判的抚慰，被告人积极悔改回归社会的途径。笔者期望通过提出反悔机制，以相对周密的程序设计，让认罪认罚从宽制度在惩罚犯罪与保障人权两者之间取得应有的实效。

（责任编辑：王文斌）



关于房地产合同效力认定的若干问题

王永起*

内容摘要 房地产合同有别于普通的买卖等民事合同，在缔约能力、约定内容、形式要件等合同要素方面，不仅涉及私法规范的规制，也涉及公法规范的规制，而且房地产合同标的额大、履行周期长，其效力能否正常维护、权利义务能否正常履行对房地产市场交易安全和秩序影响甚巨。在法律适用层面，更是横贯合同法、物权法两大法域。因此，司法审判中评判房地产合同效力远比一般的民事合同要复杂，更要审慎。当前房地产合同纠纷司法审判中遇到的关涉合同效力的问题比较普遍，有些问题形成了普遍的司法共识，而有些问题仍争论激烈，如商品房售后包租合同的效力、商品房预约合同的效力、房屋被查封、抵押情形下的转让合同的效力等等，对这些房地产合同的法律效力应依据合同法、物权法的规定，结合我国房地产市场的相关政策准确作出判断和认定。

关键词 房地产合同 合同效力 公法规制 商品房预售 房屋抵押
中图分类号：DF525 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)04-118-132

合同效力的认定体现的是一种法律评价机制和功能，反映的是国家公权力对于私法自治或者民事行为的干预和评价，不论是违反法律法规效力性强制性规定的合同，还是意思表示不真实的合同，法律都要给予否定评价。对于内容违反法律、行政法规强制性规定的合同，需要对法律、行政法规的强制性规定是效力性强制性规定，抑或管理性强制性规定进行识别后对其效力进行评判，但对于法律法规的强制性规定的性质的识别和判断一直是司法实务中存有争论的难题，近几年最高人民法院颁布的相关司法解释对法律法规中部分有争议的强制性规范的性质作了明确界定，为判断合同是否违反效力性强制性规定提供了裁判依据，而更多场合尚需要法官自身结合具体个案通过对法条的理解或者法律漏洞的填补，对合同是否存在违反法律法规强制性规定的

* 王永起，山东省高级人民法院三级高级法官、审监一庭庭长，山东大学、山东师范大学兼职教授。

情形作出判断。对于意思表示不真实的合同，则需要依据民法中规定的当事人内心真意与外在表达不一致的具体表现形式，结合当事人的举证对其效力进行评判，如合同是否具有缔约能力瑕疵、心理保留、虚伪表示、缺乏真意、违反善良风俗、欺诈和胁迫、虚假法律行为等病因，当事人订立契约时内心真意表达于外存有差异的，即构成对意思自治和契约自由原则的背离和异化，不符合古典民法理论对有效契约的评判标准。

房地产合同有别于一般的买卖、承揽等民事合同，其当事人的缔约资格、约定内容、形式要件等合同要素，不仅涉及私法规范的规制，也涉及公法规范的规制，而且房地产合同标的额大、履行周期长，其效力能否正常维护、权利义务能否正常履行对房地产市场交易安全和秩序影响甚巨。在法律调整机制上，房地产合同更是兼容了合同法、物权法两大法域，涉及债权效力和物权效力的区别认定，因此，司法审判中对于房地产合同效力的评判远比一般民事合同要复杂，更需要采取审慎的态度。通常认为，在我国房地产市场中，存在着国有建设用地使用权出让、转让、合作开发和商品房买卖的三级市场。三级市场交易关系中，当事人意思自治的程度和范围是依次放宽的，反映到国家公权力对三级市场的干预程度上是依次减弱的，在房地产合同的效力把握上也要依次宽泛。^①

一、商品房预售许可证明对商品房买卖合同效力的影响

根据《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》的规定，商品房出卖人是否取得预售许可证是认定商品房买卖合同效力的必要条件，因为预售许可证主要解决的是出卖人的预售商品房进入市场销售的资格准入问题，而且房地产开发经营所需的建设用地许可、规划许可等合法开发手续都隐含在预售许可中，因此，司法解释规定出卖人预售商品房是否取得预售许可手续，是判定商品房买卖合同效力的必备条件，即是说我国现行房地产管理法律法规对于预售商品房许可的规定属于效力性强制性规定，司法实践中也是严格按照司法解释的规定评判商品房买卖合同的法律效力。但司法实务中需要注意的问题是：

（一）商品房预约合同是否须出卖人办理商品房预售许可证才有效的问题。商品房预约合同是双方当事人为将来订立作为本约合同的商品房买卖合同所作的一种承诺，而非正式的商品房销售行为。尽管目前理论界和实务界对于商品房预约合同的性质、效力和法律后果存在不同的认识，但学界通说认为，商品房预约合同不是正式的商品房销售行为，而是一种房地产开发行为，因不涉及到房地产开发企业开发建设的

^① 参见解新文：《关于当前民事审判工作中的若干具体问题》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》（第64辑），人民法院出版社2016年版，第57页。



商品房是否进入市场销售的准入资格问题，司法实务中一般认为，商品房预约合同订立前出卖人是否取得了预售许可证对预约合同的效力不产生影响。但是依据《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5条的规定，商品房预约合同的主要条款符合建设行政主管部门发布的《商品房销售管理办法》第16条的规定，商品房预约合同转性为正式的买卖合同。此时出卖人订立合同前未取得预售许可证的，是否对合同效力产生影响，司法实务存有争论。一种意见认为，当事人间的真实意思仍是商品房预约关系，不是正式的商品房市场销售行为，只不过合同内容指向的标的物比较具体明确，且是被法院裁判认定为商品房买卖合同，因而出卖人是否取得预售许可证不应对合同效力产生影响。另一种意见认为，既然被认定为正式的商品房买卖合同，不论当事人间的真实意思如何，均应按照司法解释的规定处理，即出卖人未取得预售许可的，所订立的买卖合同无效，否则将导致法律和司法解释的规定被架空。笔者认为，对该问题不宜一概而论，要以尊重当事人间的真实意思为切入点，对合同效力进行评判。如果当事人间的真实意思是订立商品房预约合同，或者合同中亦明确约定将来双方再订立正式商品房买卖合同，只是双方在磋商过程中对合同标的物数量、价格、付款方式等内容约定比较明确，而被裁判认定为预约合同满足了商品房买卖合同的主要条款，此时出卖人没有取得预售许可不宜认定合同无效，但当事人故意订立名为商品房预约合同，而真实意思为商品房买卖合同的，属于规避法律的行为，出卖人没有取得预售许可证明，应认定无效。

（二）商品房预售许可证被撤销或者过期是否影响预售合同的效力问题。商品房买卖合同在履行中，出卖人取得的预售许可证被政府有关部门撤销或者有效期超过后，是否对合同效力产生影响。一般认为，预售许可证的主要功能是国家运用公权力对房地产企业的开发行为或者商品房市场销售行为进行管控的手段，也是国家加强房地产市场管理的重要措施。房地产企业只有取得预售许可证后才能将开发建设商品房进入市场销售，因此，取得预售许可证是出卖人应负的先合同义务，只要商品房预售时，或者出卖人与买受人订立商品房买卖合同时，出卖人取得商品房预售许可证，其与买受人订立的商品房买卖合同应当是有效的，至于商品房买卖合同履行期间，出卖人因许可证期限届满或者违反行政管理法规的行为导致预售许可证超过确定的期限或者被有关部门撤销，都是属于合同履行中发生的行为，不应对商品房预售合同的效力产生影响。

（三）诉讼时预售商品房已经转化为现房的，合同效力是否仍受商品房预售许可的影响。出卖人与买受人订立商品房买卖合同时，出卖人未取得商品房预售许可证明，但起诉时预售的商品房业已竣工验收，也符合商品房交付的法定或者约定条件，合同标的物由期房转性为现房，此时合同效力是否仍受商品房预售许可证明的影响，司法

实务中各地法院的认识和做法不尽一致。笔者认为，虽然出卖人与买受人订立商品房买卖合同时未取得预售许可证明，若起诉时期房已转性为现房，且已具备了向买受人现实交付的法定或者约定条件，商品房预售许可证明所要规制的预售行为业已消失，预售许可的要件事实上得到补正，此时认定商品房买卖合同有效更为适宜，更有利于维护交易安全和市场秩序。

二、房地产合同约定改变公法规定的义务主体条款的效力问题

在房地产开发经营活动中，对于公法规定应由义务主体履行的公法义务能否通过房地产合同约定的方式加以改变，是房地产合同纠纷产生后当事人间争议较大的问题。承前所述，房地产合同除当事人意思自治的内容外，还涉及当事人应承担的一些公法规定的义务，如房地产开发商在合作开发房地产中负有消防法规定的按照规划建设消防楼梯和消防通道的义务，以及按照税法规定纳税的义务，买受人依法缴纳城市建设配套费的义务等等。对于公法规定的义务负担，当事人间能否通过私法自治的方式加以改变，即公法规定本应由一方承担的公法义务，约定由另一方实际负担，类似合同条款的效力如何认定，理论界和实务界认识不尽统一。一种观点认为，公法规范明确规定由一方当事人负担的义务是法定义务，不能通过合同约定方式改变义务负担主体，否则即违反了公法的强制性规定，应认定所涉条款无效；另一种观点认为，当事人之间的合同约定与公法规定不一致的，只要约定内容不违反法律法规的效力性强制性规定，不损害国家和社会公共利益，该约定条款不存在效力障碍，不宜认定合同无效。最高人民法院民事审判第一庭对此问题的倾向性意见认为，对于合同一方当事人应承担的公法义务，当事人间通过合同约定方式改变义务主体的，并不必然因违反了公法的强制性规定而导致无效，但前提是合同约定公法义务不能处于落空状态。^②笔者认为，该问题涉及到当事人通过意思自治约定义务与法定义务之间的关系问题，市场经济是契约经济，以契约自由和意思自治为基本遵循，对当事人自愿达成的合意应坚持有约定从约定，无约定从法定的原则，只要公法规范所确定的义务不处于架空状态，至于公法规定的义务负担主体按约定改变，不应轻易否定当事人的意思自治。如对于当事人在房地产合同中约定改变税法规定的纳税义务主体是否有效的问题，最高人民法院终审的相关案件裁判意见判决认为，我国税法明确规定税收由纳税义务人承担，但并未禁止纳税义务人与合同相对人约定由第三人或者合同相对人承担。税法对于税种、税率和税额的规定是强制性的，但对于纳税义务主体则没有强制性或者禁止性规定，

^② 参见《最高人民法院公报》2007年第3期刊登的最高人民法院（2007）民一终字第62号案。



房地产合同对于纳税义务主体的约定是合法有效的。^③

但一些当事人为逃避公法规定的义务，通过订立黑白合同等形式达成交易关系。如果当事人双方订立合同的目的在于规避公法义务，如偷逃所缴纳税款等，则表明合同内容本身具有违法性，属于以合法形式掩盖非法目的，此种合同应认定无效。

三、房地产合同所涉政府会议纪要的法律性质和效力问题

房地产开发经营活动，不单纯是当事人的行为，还涉及土地、规划、环保、建设等多方面需要政府有关部门审批或者协调的事项，特别是政府规划建设的大中型房地产开发项目，更是涉及到不同的政府主管部门的行政行为，仅靠单个部门很难独立解决，因此，为加快一些重点或者招商引资房地产项目的开发建设进程，各地人民政府往往为解决某一特定问题而召开由多方参加的政府协调会，协调推进某项具体工作。协调会属于非常规会议，一般最终形成会议纪要的形式以确定参加各方的相关权利义务。政府会议纪要形成后，有些房地产合同将纪要的内容纳入合同条款，或者当事人另行订立补充协议，有些房地产合同作为附件，还有些没有载入合同。类似政府会议纪要是否具有民事合同的性质，能否对参与各方具有约束力，司法实务中认识不一。最高人民法院有案例对此评析认为，无论政府会议纪要还是会议决定、书面报告等形式，关键是看双方当事人是否通过会议纪要等载体，明确表达出双方已达成一致的意思表示，该意思表示必须是明示的、确定的及可执行的，且会议纪要必须是参加各方签收或者当事人在会议记录上签字认可，在此情况下可以认定会议纪要对各方当事人具有约束力。也有案例的裁判意见认为，双方当事人因意见分歧引发纠纷，请求政府协调或者干预而形成会议纪要，在当事人没有明确表示依此自愿达成协议的情况下，该会议纪要不具有法律约束力。地方法院的裁判意见中对政府会议纪要的性质和效力大体也存在上述不同认识。一般而言政府以组织协调会的形式参与市场活动，介入当事人之间的合同履行，所形成的会议纪要不宜提倡作为民事合同来看待，这是当前司法实务的普遍共识，如果是在政府主持下当事人各方在合同履行中自愿达成的会议纪要，则另当别论。但应否将政府会议纪要作为民事合同，或者作为当事人间订立的民事合同的组成部分，关键在于会议纪要能否具备合同成立的基本要素，是否体现了当事人之间的意思表示一致，如政府会议纪要主要内容是围绕合同履行中的特定问题，各方当事人对此签字认可，且事后当事人各方履行了会议纪要的内容，如果具备上述要素，可以将政府会议纪要作为当事人之间的补充协议或者附件，作为确定当事人意

^③ 参见《最高人民法院公报》2011年第5期刊登的最高人民法院（2011）民一终字第45号案。

思表示的依据。

四、查封情形下订立的房屋买卖合同的效力认定

依照《城市房地产管理法》第 38 条的规定，司法机关和行政机关依法查封的房屋不得转让。该规定是效力性强制性规定，还是管理性强制性规定，直接决定了被查封房屋转让合同的效力。学界对于转让被查封房屋合同的效力存有不同看法，有绝对无效说、相对无效说、效力待定说和有效说等不同观点。无效说的基本观点认为，查封是公法上的行为，查封后房屋的权利人丧失了对查封物的处分权，其处分行为属于绝对无效或者确定无效，对任何人不会产生约束力。《最高人民法院、国土资源部、建设部关于依法规范人民法院执行和国土资源房地产管理部门协助执行若干问题的通知》第 21 条规定：“已被人民法院查封、预查封并在国土资源、房地产管理部门办理了查封、预查封登记手续的土地使用权、房屋，被执行人隐瞒真实情况，到国土资源、房地产管理部门办理抵押、转让手续的，人民法院应依法确认其行为无效”。有效说的基本观点认为，根据物权法物权变动的原因为行为和结果行为相区分的原则，在被查封物上设定负担行为或者债权行为的效力不受影响，但会影响转让被查封房屋的物权效力，即无法办理物权变动手续。尽管学界对转让查封房屋合同的效力持有不同见解，但司法实务中对于查封情形下订立的房屋买卖合同的效力予以肯定已取得普遍共识。在第八次全国法院民事商事审判工作会议上，最高人民法院指出，合同效力问题的实质是公权力对私法自治的评价。实践中，出卖人在签订房地产转让合同时未取得房屋所有权证书、未经其他共有人同意或者房产已经设定抵押或者依法查封的，房地产转让合同的效力问题争议较大。我们认为，对这类合同不宜简单认定合同无效，可以考虑根据当事人的过错程度，通过违约责任来平衡双方利益。^④最高人民法院终审的相关案例裁判意见认为，《城市房地产管理法》第 38 条的规定是针对行政管理部门对不符合规定条件的房地产在办理房地产权属变更登记问题所做出的行政管理性质的规定，即使转让的房地产被司法机关查封，按照物权法原理，出卖人与买受人订立的房地产转让合同也产生债的效力，只是房地产被查封后因无法办理房地产权属变更手续，导致转让合同无法履行。在房地产转让合同履行期间，如果司法机关或者行政机关依法解除了查封，当事人仍可以变更不动产变更手续。^⑤该裁判意见由此明确了转让被查封的房地产，其转让合同是有效的，即可以产生债的效力，但因房地产被查封

^④ 参见最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》（第 64 辑），人民法院出版社 2016 年 6 月版，第 57 页。

^⑤ 参见《最高人民法院公报》2011 年第 5 期刊登的最高人民法院（2011）民一终字第 45 号案。



导致无法办理房地产权属变更手续，即无法使转让的房地产发生物权变动，不发生物权效力。最高人民法院再审的方辉等三人与浙江五联建设有限公司、海南昌台物质燃料总公司确认土地使用权转让合同无效纠纷申请再审案的裁判意见亦认为，“法院的查封行为并不意味着土地使用权属于法律意义上的绝对不能转让，只是合同标的物因受限制不能在查封期间产生物权变动的法律效果。因而，案涉土地使用权是否被查封，不影响双方签订的土地使用权转让合同的合法成立，更不能据此作为认定合同无效的评判依据。”最高人民法院上述案例的裁判意见表明，尽管案涉房地产被采取查封等保全措施，但《城市房地产管理法》第38条的规定并非效力性强制性规范，不影响房地产权利人被查封的房地产与受让人订立的房地产转让合同的效力，但依据《物权法》第15条规定的不动产物权变动原因行为和结果行为相区分的原则，因案涉不动产被查封其权利转移受到限制，即使当事人间订立的合同有效，也不发生物权变动的法律效果。

五、商品房按揭合同中房屋回购条款的效力认定

商品房按揭合同中约定回购条款在我国现行立法中并无具体规定，实践中一般是指在商品房按揭贷款合同中买受人无力偿还银行贷款时，开发商作为连带责任保证人承担清偿贷款的责任，并由开发商对所售商品房进行回购而作的约定。

（一）商品房回购协议或者条款的性质。对商品房回购协议或条款的法律性质，学界主要有三种观点：第一种观点认为是反担保，指债务人或者第三人向债权人作出保证或设定物的担保，在担保人因清偿债务而造成损失时，债务人向担保人作出清偿。反担保不是一种独立的担保形式，商品房回购条款是否属于反担保，主要看是否具有担保功能，在商品房按揭合同中出卖人作为买受人的担保人向银行承担了保证责任，回购具有担保买受人的功能，就此而言，房屋回购条款属于一种反担保。第二种观点认为是流质条款，即商品房回购条款属于《物权法》第186条规定的流质条款，但学界一般认为，流质条款一般是以设定抵押权为前提的，将回购条款解释为流质条款比较牵强。第三种观点认为是约定解除权，即在买受人不能届期清偿银行房贷的情况下，出卖人作为担保人代替买受人清偿债务，然后将出卖给买受人的商品房回购或者收回，实质上解除了商品房买卖合同，出卖人代替买受人清偿的银行债务有权向买受人追偿。第四种观点认为是让与担保，即回购条款系购房人以商品房买卖合同项下的标的物由出卖人回购而为按揭贷款债权的担保。一般而言，回购条款本质上是以商品房买卖为按揭贷款提供担保，如果按揭人，即房屋买受人不能依约清偿按揭贷款，出卖人有权依约将出卖的商品房回购，并自行清偿按揭贷款给贷款人，而后向买受人，即按揭借

款人追偿，而出卖人（回购人）与买受人之间的商品房买卖合同解除，因此，将房屋买卖合同作为借款的一种担保方式更符合商品房按揭法律关系。按照《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24条的规定，将此担保理解为让与担保或者非典型担保更为适宜。目前司法实务中比较共识的意见是商品房买卖合同中约定的出卖人回购条款系约定解除权，在商品房按揭合同关系中，若买受人到期不能及时清偿银行按揭贷款，银行有权对按揭的商品房进行处置以清偿贷款债务，其中明确约定由商品房出卖人将商品房回购后，代替买受人清偿银行债务，则出卖人与买受人之间的商品房买卖合同关系即行解除，因此，将回购条款理解为约定的合同解除权比较符合商品房按揭合同关系的基本特征，实务中亦容易操作。

（二）商品房回购条款的效力。商品房按揭合同中约定的回购条款存在有效和无效两种不同观点。主张合同无效的主要理由是商品房回购条款是一种担保方式，而且属于一种非典型性担保方式，违反了物权法定原则和流质契约的禁止性规定；主张有效的主要理由是目前我国现行立法未禁止当事人约定回购条款，认定无效没有法律依据。司法实务中一般认为，此种商品房买卖合同中约定的回购条款只要不包含我国现行法律禁止的流质条款内容，且不具有《合同法》第52条规定的其他无效情形，原则上应认定回购条款有效。出卖人按照约定的回购条款取回出售的商品房的，出卖人和买受人之间的商品房买卖合同按照解除的法律后果处理。实务处理中，出卖人回购商品房的价格如何确定是难点问题，对于出卖人回购商品房的价格，若按揭合同有约定的，从其约定；若没有约定的，回购价格是以原价回购还是以市场价回购，实务中存在争议。笔者主张出卖人应按照回购时的市场价回购对买受人比较公平，因为回购条款履行时与订立合同一般间隔较长时间，按照时下我国房地产市场价格上扬的行情，原定价格与市场价往往存在差异，且出卖人回购后再行出售也会随行就市，因此，出卖人按照市场价回购不损害出卖人的利益，对买受人亦比较公平。

六、设定抵押的商品房买卖合同的效力问题

《物权法》第191条第2款规定，抵押期间，抵押人未经抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。通说认为，该条规定非效力性强制性规定，故抵押权存续期间，出卖人未经抵押权人同意销售商品房的，不影响商品房买卖合同的效力。^⑥《最高人民法院第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》第14条也规定，《物权法》第191条第2款并非针对抵押财产转让合

^⑥ 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《民事审判前沿》，人民法院出版社2014年版，第33页。



同的效力性强制性规定，当事人仅以转让抵押房地产未经抵押权人同意为由，请求确认转让合同无效的，不予支持。受让人在抵押登记未涂销时要求办理过户登记的，不予支持。该规定符合《物权法》第15条关于债权合同与物权变动相区分的原则，实务中认定出卖人与买受人订立的抵押商品房买卖合同有效不成疑问。若出卖人（抵押人）在约定的期限届满时仍未履行消灭抵押权的义务，致使买受人无法办理商品房权属登记的，买受人有权请求解除合同，并要求出卖人承担违约责任。但司法实务中遇到的难点问题是若买受人不要求解除商品房买卖合同，而是请求出卖人继续履行买卖合同，并请求出卖人办理商品房权属登记手续的如何处理，最高人民法院会议纪要未予明示。司法实务中有两种做法：一是判令出卖人在合同约定的期限内清偿债务涤除抵押权，并履行合同义务；二是对买受人进行释明，要求其变更诉讼请求，买受人坚持不变更的，驳回其诉讼请求，但买受人代为清偿债务消灭抵押权的除外。第一种做法虽然符合物权法和合同法的规定，但转让设定抵押权的商品房毕竟牵涉抵押权人的利益，判决抵押人通过清偿债务涤除抵押权往往面临着无法执行的困境。实际上此类商品房的买卖，因商品房已经设定了负担行为，且抵押权属于担保物权，而买受人依约享有的债权不能对抗该抵押权，因而应属于合同法规定的法律上不能履行的情形，故在商品房上的抵押权未涂除的情形下，买受人不得请求继续履行合同，并请求出卖人办理商品房权属变更手续，除非诉讼期间出卖人主动清偿债务涤除抵押权，因此，第二种做法具有妥当性。

七、商品房售后包租合同的效力问题

售后包租是房地产开发商为了促进销售，在商品房销售时与买受人约定，在出售后的一定期限内由该开发商承租或者以代理出租的方式将买受人购买的商品房进行出租，以包租期间的租金冲抵部分销售价款或者偿付一定租金回报的行为。根据原建设部2001年发布的《商品房销售管理办法》第45条的规定，所谓售后包租，是指房地产开发企业以在一定期限内承租或者代为出租买受人所购该企业商品房的方式销售商品房的行为。

目前我国房地产市场中，售后包租模式通常存在于买受人购买产权式商铺或者酒店的场合。产权式商铺通常是开发商将建筑物没有实际分隔成独立、封闭的物理空间，买受人虽然按照约定取得所购商铺的产权，但因商铺不具有独立使用的功能，一般须对外整体出租才能产生使用效益。买受人购买的产权式酒店，虽然是独立、封闭的物理空间，但单个的酒店房间也无法对外独立进行经营，也须对外统一出租经营才能产生效益。业界通常认为，产权式商铺或者酒店是一种所有权和使用权相分离的房地产

产品形式，买受人购买产权式商铺或者酒店，并取得商铺或者酒店的所有权后，因商铺或者酒店无法独立经营，通常与开发商或者开发商委托的经营管理公司订立售后包租合同，由开发商或者委托的经营管理公司在约定期限内对外统一出租经营，买受人依约取得租金收益。即是说，在售后包租模式下，买受人取得购买商品房的所有权后，不直接占有使用房屋，仅取得购买房屋的收益权，故一般认为，售后包租是商品房所有权与经营权相分离的一种房地产经营模式，具有房地产证券化的属性，完全脱离了买受人购买商品房用于居住的功能。售后包租是一种复合性质的法律关系，即从法律关系层面上分析，至少包含两种法律关系，一是房地产开发商与买受人间的商品房买卖合同关系，开发商为出卖人，业主为买受人；二是买受人与房地产开发商或者第三人间的商品房租赁合同关系，买受人为出租人，开发商或者委托的第三人为承租人。开发商或者其委托的第三人与买受人订立售后包租合同后，因买受人购买的产权式商铺或者酒店无法独立使用，使得其享有的商品房所有权行使受到限制，若买受人以其所有权排他性为由要求解除售后包租合同的，实务中一般不予支持。

对于商品房售后包租合同的法律效力问题，建设行政主管部门发布的《商品房销售管理办法》第11、42条明确规定房地产开发商不得采取售后包租或者变相售后包租的方式销售未竣工的商品房。由此可见，商品房售后包租行为在我国现行房地产开发政策层面是严格禁止的。但司法实务中一般认为，依据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第4条的规定，由于《商品房销售管理办法》属于部门规章，不属于法律、行政法规的范畴，因而房地产开发商与买受人订立的商品房售后包租合同不得依此认定无效。只要售后包租合同具有商品房销售和租赁的真实内容，双方当事人的意思表示真实，且不具有《合同法》第52条规定的其他无效情形，对售后包租合同的效力一般予以肯定。

值得关注的是，2011年最高人民法院发布的《关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第2条规定，不具有房产真实内容或者不以房屋销售为主要目的，以返本销售、售后包租、约定回购、销售房产份额等方式非法吸收资金的，应以非法吸收公众存款罪处罚。据此规定，司法实践中需要区分单纯的售后包租与企业以售后包租名义借贷融资的关系，纯粹的售后包租是一种正常的市场交易行为，不论商品房买卖合同还是租赁合同均应符合法律的规定，但是，名为售后包租，实为借贷融资的，即当事人订立的售后包租合同不具有房地产销售的真实内容或者不以房产销售为主要目的的，依据最高人民法院前述司法解释的规定，应认定为借贷融资关系，而非商品房买卖和租赁合同关系，此种情形下，房地产开发商的行为涉嫌非法吸收公众存款犯罪，所订立的售后包租合同应认定无效。



八、房屋租赁合同解除后转租合同的效力认定问题

房屋租赁合同履行中，承租人按照合同约定或者征得出租人同意将承租房屋转租的，在房屋租赁合同解除后，承租人与次承租人订立的转租合同应予解除，还是继续履行，理论和实务中存在两种不同意见：第一种观点认为，转租合同依附于房屋租赁合同，前手的租赁合同被解除的，次承租人丧失了继续占有、使用涉案房屋赖以存在的权利基础，转租合同也应予以解除。第二种观点认为，承租人与次承租人订立的转租合同虽然与出租人、承租人之间订立的租赁合同具有密切联系，但仍独立于前手租赁合同，其效力不受前手租赁合同解除的影响。笔者赞同第一种意见，首先，从权利来源来看，次承租人对房屋的承租权来源于前手租赁合同中承租人的权利让渡，而承租人的权利因合同解除而消失时，次承租人的承租权利自然随之消失；其次，从风险负担来看，次承租人在接受转租时应当预见到前手租赁合同一旦被解除时，可能产生的风险，对该预见的风险应由次承租人承受；第三，从权利性质来看，虽然学理上对房屋租赁权，不少学者认为具有准物权的性质，但在我国现行法规定的民事权利框架内，承租人对房屋的承租权，仅具有债权性质，在转租情形下，出租人对租赁物仍享有所有权，应当优先于次承租人的债权，因此，出租人与承租人之间的房屋租赁合同被解除，出租人有权依法收回出租的房屋，次承租人依据转租合同取得的债权不能对抗出租人的房屋所有权；第四，从实体处理来看，房屋转租合同一般是由承租人与次承租人订立的，次承租人履行转租合同约定的义务也是针对承租人的，在前手房屋租赁合同被解除的情形下，次承租人再向承租人履行支付租金的义务不利于保护房屋出租人的权益，而且现实中此种情形下的转租合同也是难以实际履行的。故在出租人与承租人订立的房屋租赁合同被解除的情形下，转租合同也应予以解除。但是，如果出租人在转租合同中作为一方当事人签字认可，或者事后对转租合同予以追认，或者重新订立租赁合同，此时的转租合同已变性为出租人与次承租人之间的房屋租赁合同，该合同效力不应受房屋租赁合同解除的影响。

九、房屋预租合同的效力问题

一般情形下，作为房屋租赁合同的标的物都是已经建成的现房或者存量房，但实践中以尚未建成的在建房屋或者增量房作为租赁合同标的物的情形在商业地产开发经营中也是普遍存在的，即所谓的房屋预租合同。何谓商品房预租，我国现行法尚缺失定义性规定，一些地方性法规规章中将商品房预租定义为，房地产开发经营企业在新建商品房未办理房地产初始登记、取得房地产权证前，与承租人签订商品房租赁预约

协议，并向承租人收取一定数额的预收款的行为。^⑦

就房屋租赁合同的固有特性而言，承租人承租房屋的目的是占有并使用房屋，房屋租赁合同订立时，房屋尚未建成承租人自然无法占有使用租赁标的物，因此，许多学者和实务工作者都认为，房屋预租合同不符合合同法规定的房屋租赁合同的基本特征，实质是房地产开发商的一种融资行为。在房地产开发经营实践中，房地产开发商经常面临开发资金不足的困境，许多开发商在取得开发土地的使用权和房地产项目后，为了适应项目商圈的市场需求，特别是为满足商圈内一些商业企业对经营性用房的特殊需要，将尚未开发或者建成的房屋采取买卖、租赁或者合作经营的方式约定房屋建成后，由合作一方所有或者占有使用，其中以租赁方式占有使用建成后的房屋，即房屋预租。房屋预租主要发生于商业地产开发经营中，特别是房地产开发商实行订单式地产开发的情形下尤为普遍，即房地产开发商按照承租人提出的设计要求、使用需要和建设标准等特定目的，在指定区域内建造特定的房屋，房屋建成之前双方订立租赁合同，承租人预付部分租金作为开发商的开发资金。虽然商品房租赁合同订立时，租赁标的物尚未建成，但从此类合同的目的分析，承租人的最终目的仍是对承租房屋占有使用 and 收益，而出租人的最终目的仍是为了取得租金收益，故双方间的主要权利义务符合房屋租赁合同的固有特征，应参照适用房屋租赁的相关规定调整双方间的权利义务关系。在民法理论上预租合同属于诺成性质的合同，双方所建立的是一种在将来履行的附条件的租赁合同关系。房屋预租在商业地产开发经营中属于一种新兴模式，目前我国民事立法中尚无对房屋预租合同的规范性文件规定，理论界对房屋预租的概念和性质也缺乏统一的界定。在一些商业地产开发比较发达的地区，地方立法中已经对房屋预租作了一些规定。如1997年、1998年上海市分别出台了《上海市外销商品房预租试行办法》《上海市商品房预租试行办法》等规范性文件，1999年上海市立法机关通过的地方性法规《上海市房屋租赁条例》也对商业地产预租作了明确规定，如其第9条规定，房地产开发企业预租商品房，应当符合商品房预租的条件，并取得商品房预售许可证明。在目前我国对房屋预租合同争议的处理尚无立法依据的情形下，上述地方性法规或规范性文件的规定具有一定的参照价值。

对于房屋预租合同的效力问题，从目前全国各地法院裁判的相关案例来看，多数裁判意见认为，房屋预租合同只要是双方当事人的真实意思表示，开发商依法取得房地产项目的合法建设等相关审批文件，一般倾向于认定为有效。如果开发商在预租或者向承租人交付租赁房屋前未取得合法建设手续，特别是未取得建设工程规划许可手续，应参照最高人民法院《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问

^⑦ 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《民事审判前沿》，人民法院出版社2014年版，第33页。



题的解释》第2条的规定，应依法认定无效。至于房地产开发商将房屋预租前，是否需要取得商品房预售许可手续，上海市等地的地方性法规规章虽然有类似规定，但立法层面上缺乏直接依据，故笔者认为，商品房预租有别于预售，不宜以房地产开发商预租房屋未取得商品房预售许可证明而认定预租赁合同无效。

关于房屋预租合同约定的租赁期限超过合同法第214条规定的20年，应否认定无效的问题，即房屋租赁合同是否适用合同法规定的租赁期限的问题，有观点认为，合同法关于20年的租赁期限不适用房屋预租的情况。^⑧笔者认为，商品房预租赁合同虽是一种房地产市场的融资行为，但本质上仍属于房屋租赁合同，也应受合同法规定的租赁期限的规制，但租赁期限何时起算值得研究。如果预租赁合同对租赁期限的起算有明确约定的，从其约定；如果预租赁合同对租赁期限的起算没有明确约定，若从合同成立或者生效时起算租赁期限，显然对承租人极为不公平，因此，笔者倾向于从出租人将租赁标的物交付，并由承租人占有使用租赁标的物时起算比较公平合理。

十、消防验收对房屋租赁合同效力的影响

在房屋租赁合同履行中，因出租人出租的房屋未经消防验收造成火灾等事故而产生的争议，在司法实务中时常遇到，此类纠纷的争点在于出租人出租的房屋未经消防验收是否对房屋租赁合同的效力产生的影响，这直接涉及到事故发生后，出租人承担责任的性质问题。对于该问题，最高人民法院曾于2004年发布了《关于未经消防验收合格而订立的房屋租赁合同如何认定效力的复函》（〔2003〕民一他字第11号），该复函就房屋租赁合同未经消防验收或者消防验收不合格是否影响房屋租赁合同效力问题，应区分不同情形分别对待：对于《消防法》第10条规定的必须经过公安消防机构验收的租赁房屋，未经消防验收或者验收不合格的，所订立的房屋租赁合同应认定无效；对不属于法律规定必须消防验收的租赁房屋，未经消防验收合格不应认定房屋租赁合同无效；租赁房屋用于开设经营宾馆、饭店、商场等公众聚集场所的，向当地公安消防机构申报消防安全检查的义务人为该企业的经营者，但租赁标的物经消防验收合格不是认定房屋租赁合同效力的必要条件。该复函因与最高人民法院下发的《关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》相冲突，于2013年4月被废止。因《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》未涉及消防验收是否影响房屋租赁合同效力的问题，故时下司法实务中对于租赁房屋未经消防验收或者消防验收不合格是否影响房屋租赁合同效力问

^⑧ 参见1998年9月《上海市商品房预租试行办法》第1条。

题，各地法院的认识和裁判标准不尽统一。就房屋租赁合同的法律而言，出租人应对租赁房屋的权利瑕疵担保责任，即出租人出租房屋前，应当根据出租房屋的性质和用途，依据相关法律规定履行相关义务，办理好出租房屋的相关行政许可手续，使得房屋满足法律规定的交付使用条件。房屋出租人未依法履行相关法定义务不应对房屋租赁合同的效力产生影响，否则不仅危及交易安全和秩序，而且损害房屋承租人的合法权益。但毕竟房屋的租赁行为不单纯是当事人间的意思表示行为，特别是利用租赁房屋从事经营性活动，涉及到社会公共利益的维护和社会公众权益的保障，因此，现行法律对不同性质和用途的房屋在使用许可上设置了不同的强制性条件，若当事人间的意思自治行为违反了法律规定的强制性条件将受到国家公权力的干预和否定性评价。因此，笔者认为，尽管《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》对消防验收是否影响房屋租赁合同的效力问题未置明文，但基于维护社会公共利益的需要，对消防法规定的必须经过消防验收的租赁房屋，未经消防验收或者验收不合格应当对当事人间订立的房屋租赁合同效力给予否定评价。对此 2008 年修改的《消防法》第 13 条规定，按照国家工程建设消防技术标准需要进行消防设计的建设工程竣工，依照下列规定进行消防验收、备案：（一）本法第十一条规定的建设工程，建设单位应当向公安机关消防机构申请消防验收；（二）其他建设工程，建设单位验收后应当报公安机关消防机构备案。该条第 2 款规定，依法应当进行消防验收的建设工程，未经消防验收或者消防验收不合格的，禁止投入使用。《消防法》第 11 条规定的应当进行消防验收的建设工程是指国务院公安部门规定的大型的人员密集场所和其他特殊建设工程。按照消防法的上述规定，对于《消防法》第 11 条规定的房屋建设工程交付使用前必须进行消防验收，未经消防验收或者验收不合格的严禁使用；其他房屋建设工程经建设单位验收后报公安机关消防机构备案。该规定应理解为消防法的效力性强制性规定，未经消防验收或者验收不合格的房屋建设工程出租的，所订立的房屋租赁合同应认定无效。

十一、划拨建设用地使用权转让合同的生效要件问题

依照《城市房地产管理法》第 23 条和《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第 11 条的规定，办理建设用地使用权的行政审批手续是划拨建设用地使用权转让合同的生效要件，未经前置审批，诉讼前也未办理合同效力补正手续的划拨建设用地使用权转让合同应依法认定无效，这是确认划拨建设用地使用权转让合同效力问题的一般原则。司法实务中经常遇到的问题是理解和适用政府行政主管部门的前置审批，对此各地政府行政主管部门的具体做法不



尽统一，有的是下发正式批准文件，有的是为受让人办理建设用地使用权出让手续或者直接与受让人订立土地使用权出让合同，还有的是直接收取土地出让金后对建设用地使用权变更登记等。对此现行法律法规及部门规章等均未置明文。笔者认为，对政府主管部门的审批手续应采取宽泛灵活的理解，除具有审批权限的政府主管部门下发批准文件属于办理前置审批手续的外，具有审批权限的政府主管部门直接为受让人依法办理了建设用地使用权出让手续或者物权登记手续，均视同政府行政主管部门批准了划拨建设用地使用权的转让行为。因为具有审批权限的政府主管部门为受让人办理建设用地使用权出让手续，等于有批准权的政府部门同意划拨建设用地使用权入市交易，划拨建设用地使用权变性为出让建设用地使用权，至于受让人是否向政府部门支付土地出让金对划拨建设用地使用权转让合同的效力没有影响；有批准权的政府部门为受让人办理物权登记手续，将划拨建设用地使用权变更登记在受让人名下，并收取了受让人支付的土地出让金，此时受让人取得的建设用地使用权性质发生了变化，满足了划拨土地使用权入市交易的条件，对转让人的处分行为视为认可。总之，在处理划拨建设用地使用权转让合同纠纷时，对法律规定的政府部门的前置审批手续不必苛求为正式的批准文件，只要是具有批准权的政府主管部门对划拨建设用地使用权的转让表态同意，且政府主管部门的同意符合法定职责的要求，均应视为履行了前置审批程序，这也是目前司法实务中的普遍做法。

划拨建设用地使用权人以划拨建设用地使用权作为出资与他人合作开发房地产的，视为划拨建设用地使用权转让的一种特殊形式，《最高人民法院关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》第16条对此种合资合作开发房地产合同的效力作了明确规定，类似合同的前置审批手续可以按照前述理解予以处理。但是实务中值得注意的一个问题是，此种合同效力受到限制应主要限于合作开发的房地产用于向社会公开销售的情形，也就是说，划拨建设用地使用权人以划拨建设用地使用权作为出资合作开发房地产，目的是通过开发建设商品房向社会销售而获得收益，违反了划拨建设用地使用权的特定用途，使用权人与他人订立的合作开发房地产合同若未取得有批准权的政府部门前置审批，应认定无效，但是，划拨建设用地使用权人以土地出资与他人合作建设的房屋非用于向社会销售，而是与开发方约定房屋建成后自行使用。笔者认为，此种情形下划拨建设用地使用权人与他人订立的合作开发房地产合同不违反划拨建设用地使用权的特定用途，建设用地使用权人也不以获得开发收益为目的，不宜认定合作开发房地产合同无效。

(责任编辑：余晓龙)

论环境民事公益诉讼之诉讼请求

李丽峰 乔茹*

内容摘要 环境公益诉讼的诉讼请求是实现诉讼目的的重要体现。通过案例分析发现,实务中环境民事公益诉讼在诉讼请求上缺乏预防性诉讼请求,对此,诉讼请求应延伸至当存在侵犯公共利益可能性之时,即可允许适格原告提起诉讼。对环境已经造成严重损害后果的行为,应该增加惩罚性赔偿来达到警诫和威慑的作用。诉讼请求唯有更好地凸显其预防功能和救济功能,才能契合环境保护的“保护优先、预防为主、综合治理、公众参与、损害担责”的基本原则,才能为建设美丽中国与生态文明体制改革提供助力。

关键词 环境公益诉讼 预防性诉讼请求 惩罚性诉讼请求

中图分类号:DF72 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2018)04-133-141

环境民事公益诉讼是现代社会对生态文明在司法领域的客观回应,是司法手段推进“美丽中国”建设、践行“绿色发展理念”的重要制度,符合“可持续发展战略”的基本要求,是生态法治建设的重要组成部分。环境民事公益诉讼现有法律依据主要来自三部法律与一个司法解释:《侵权责任法》第八章“环境污染责任”、《民事诉讼法》第55条、《环境保护法》以及《最高人民法院关于审理环境民事公益诉讼案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《环境民事公益诉讼司法解释》)。上述立法及司法解释完善了环境民事公益诉讼中诉讼请求的相关内容。

诉讼请求是权利具化产物,是诉讼目的最直观、最重要的体现。在环境民事公益诉讼中,保障“环境公益”是诉讼存在的根本。

* 基金项目:辽宁省人民政府法制办重点课题“优化营商环境下的公益诉讼请求研究”(批准号2017LNFZZX-Z12)的阶段性成果。

李丽峰,辽宁大学法学院教授,硕士生导师;乔茹,辽宁大学法学院硕士研究生。



一、环境民事公益诉讼诉讼请求之价值定位

环境民事公益诉讼的诉讼请求是指适格原告向人民法院寻求司法保护的权利要求,具备诉讼请求的基本特质。^①诉讼活动的启动、运转离不开明确的、具体的诉讼请求。环境民事公益诉讼曾被界定为“法定的组织和个人根据法律规定,为了保护社会公共环境权益,对违反环境法律、侵害公共环境权益者,向人民法院提起并要求其承担民事责任,由法院按照民事诉讼程序依法审判的诉讼”^②,除却原告适格问题,其基本价值定位是值得肯定的。正如《环境保护法》第58条规定,具有原告资格的主体在发现破坏生态或污染环境等损害社会公共利益的行为时,可以提起环境民事公益诉讼。该条与《民事诉讼法》第55条形成了实体法与程序法的衔接,在实体法层次上赋予适格主体主张环境公共利益的权利,在程序法上赋予其诉讼权利。环境民事公益诉讼诉讼请求之价值体现于具体诉讼请求之中,探寻其价值意义,可以从诉讼目的、审理范围、权利表达三个维度剖析。

首先,诉讼请求是诉讼目的的承载者。诉讼请求就是诉之目的的载体,^③是诉讼人的主观意愿的具体化,为保障其诉讼利益提供可操作性。通过精简的文字表达代替简单的诉讼意愿——获得胜诉,直接明了赋予诉讼目的的形式外衣,从而启动诉讼程序。笔者认为环境民事公益诉讼的诉讼目的并不能简单的予以“公益”或者“环境公益”代指,在此暂且不论“何为公益”“为何公益”这两个论题。^④这一诉讼目的并不是在“填平”损害或者获得补偿,而是维护“环境公益”。“环境”的解读较之“公益”更加便易,环境是需要“保护优先、预防为主”,反映在诉讼活动中亦然,所以,环境民事公益诉讼的诉讼请求理应蕴含着基本的环境保护的价值理念。

其次,诉讼请求是审理范围的有限突破者。诉讼请求直接决定着法院进行审理的范围,是法院司法裁判不可逾越的“红线”。尽管环境民事公益诉讼属于公益诉讼范畴,但在法律规定与制度建设中仍属于私益诉讼范畴,是民事诉讼制度的组成部分。在传统民事诉讼理论中,法院必须依照诉讼人所提诉讼请求依据法律阐明案件事实,最终作出裁判。但在环境民事公益诉讼案件有所突破。如“连云港市赣榆区环境保护协会与顾绍成环境污染责任纠纷案”中,法院在原告未主动要求污染者承担“环境公益劳动”之诉讼请求下主动依职权判决被告于判决生效两年内提供总计960小时的环境公益劳动以弥补损害赔偿金不足部分。^⑤笔者认为这一点是可行的。环境损害赔偿并不是目的,

① 谭兵:《民事诉讼法学》,法律出版社1997年版,第359页。

② 叶勇飞:《论环境民事公益诉讼》,载《中国法学》2004年第5期。

③ 张晋红:《民事之诉研究》,法律出版社1996年版,第116页。

④ 黄忠顺:《中国民事公益诉讼年度观察报告(2016)》,载《当代法学》2017年第6期。

⑤ 参见连云港市赣榆区环境保护协会与顾绍成环境污染责任纠纷一案一审民事判决书((2014)连环公民初字第00001号)。

公益劳动较之单纯的赔偿更有利环境的修复与治理。当然，相应的配套措施与制度机制是需要明确的，如劳务监管的方式、方法等等。

最后，诉讼请求是权利主张的表达者。环境民事公益诉讼的诉讼请求标明了原告对“环境公益”的权利主张，可以通过要求被告方承担民事责任的方式起到维护环境公共利益的作用，即通过诉讼程序让受到损害危险或者已经处于危险状态的环境实体利益得到程序法的保护。环境民事公益诉讼中权利主张的责任承担形式除却特定的适用情形、条件，主要包括停止侵害、排除妨碍、消除危险、恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉等民事责任，并不完全与侵权责任的承担方式一致。例如返还财产、恢复名誉显然不能成为环境民事公益诉讼的责任承担方式，甚至早期的学术研究中有的学者认为赔礼道歉、消除影响的承担方式并不适宜应用在环境民事公益诉讼之中。^⑥另外，修理、重作、更换，支付违约金以及继续履行等传统私益诉讼的责任承担方式亦无充足的生存土壤适用于环境民事公益诉讼之中。此外，关于赔偿损失，理论上也未达成一致。部分学者之所以认为赔偿损失并非环境民事公益诉讼的恰当责任形式，主要有以下几个理由：首先，赔偿损失是带有浓厚私益色彩的责任形式，是指向特定个体的赔偿模式，在环境公益诉讼中受害客体指向的是环境，而非个人，此时赔偿指向的是社会而非私益主体，故不适用赔偿损失这一责任形式；其次，赔偿损失与恢复原状难免发生责任竞合，因为赔偿损失的目的就是为了达到恢复恢复原状的效果；最后，环境民事公益诉讼制度旨在维护生态文明，促进人与自然和谐相处，因此，其重心更多是保护生态，以停止和排除不法行为给生态环境造成危害，而非因此产生的经济赔偿。与此同时，另一部分学者认为赔偿损失在被赋予特殊内涵——威慑侵权人与恢复治理环境，理应成为环境民事公益诉讼责任承担方式之一。^⑦

环境民事公益诉讼诉讼请求的价值定位显然是不同于传统私益诉讼，尽管环境公益诉讼在立法上并未突破传统民事私益诉讼的范畴，但传统私益诉讼中司法裁判方式、部分责任承担方式是不适宜存在环境民事公益诉讼的案件之中。

二、环境民事公益诉讼诉讼请求之实证分析

环境民事公益诉讼的诉讼请求问题不仅仅是一个理论课题，更是一个诉讼实务热点。借助真实案例进行数据剖析与案例思考，理论联系实际，从现实中寻找问题，并完善环境民事公益诉讼运行中的不足，是较为可行的方法。

^⑥ 张辉：《论环境民事公益诉讼的责任承担方式》，载《法学论坛》2014年第6期。

^⑦ 蔡守秋：《论环境公益诉讼的几个问题》，载《昆明理工大学学报（社会科学版）》2009年第9期。



(一) 数据方法介绍及结果评析

笔者于2018年1月20日在中国裁判文书网民事案由中以公益诉讼为关键词进行检索，2010-2017年共有316个裁判文书，以环境公益诉讼为检索词的文书数量为48个（收录案件数量情况如表1）^⑧。限于篇幅，笔者仅选取其中3个环境民事公益诉讼裁判文书作为素材予以列举（如表2所示）。

表1为2010年至2017年含有“公益诉讼”、“环境公益诉讼”的文书情况

	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
公益诉讼	1	1	1	8	34	34	103	134
环境公益诉讼	*	*	1	1	6	4	21	15

表2为部分环境民事公益诉讼案件的裁判文书统计样板

裁判日期	文书名称	受理法院	诉讼请求	裁判结果
2013	上诉人中华环保联合会因与被上诉人海南天工生物工程有限公司水污染责任纠纷二审民事裁定书	海南省高级人民法院	确认其具备公益诉讼的起诉资格，纠正不当的国家政策	驳回上诉，维持原裁定
2014	泰州市环保联合会与江苏常隆农化有限公司、泰兴锦汇化工有限公司等环境污染纠纷二审民事判决书	江苏省泰州市中级人民法院	撤销一审判决，驳回被上诉人的诉讼请求（污染修复费、鉴定费、诉讼费）	维持原判赔偿数额、40%的款项可以有条件的抵扣。
2017	鲍德萍、王常山环境污染责任纠纷一审民事判决书	山东省烟台市中级人民法院	消除危险；逾期不处置，承担相应处置费	支持

中国裁判文书数据信息相对有限，但在一定意义是可以反映出环境民事公益诉讼案件的一些特点：

1. 案件数量与地域分配

中国裁判文书网上，可检索到最早的民事公益诉讼案件是2010年，此后，案件数量呈逐年上升趋势。环境民事公益诉讼在整个民事公益诉讼案件中比例不高，仅有48个，占比约15.2%，且所占比例呈下降趋势。

48个裁判文书除了2016年最高人民法院受理的8起以外，环境民事公益诉讼横跨14个省市，江苏省数量最多共12个，占2010-2017年总和的25%；其次为山东、辽宁各5个；广东、福建各3个；安徽、湖北、重庆各2个；湖南、陕西、甘肃、北京、海南以及云南各1个。

^⑧ 图表显示在中国裁判文书网民事案件中，以公益诉讼、环境公益诉讼为关键词进行检索的结果。
*代表无相关数据。

2. 裁判文书类型、审判程序与法院层级

环境民事公益诉讼案件裁判文书几乎涉及到所有司法文书样式：判决书、裁定书、通知书等。其中民事判决书近七成，其次是裁定书、通知书。审判程序在法院层级上整个法院体系均有办理，从基层法院到最高人民法院，但多集中到中级人民法院进行办理。

总之，从现有的 48 个裁判文书中，不难发现案件数量呈上升趋势，但在整个民事公益诉讼案件中比重有所降低。案件的地域分配上并不均衡，诉讼制度仍在进一步探索实践中。

（二）裁判文书中诉讼请求问题分析

2012 年—2017 年环境民事公益诉讼案件中，相关诉讼请求基本包含了《环境司法解释》规定的责任承担方式。诉讼请求共 127 项，其中：停止侵害共 13 项，约占 10.2%；排除妨碍，无；消除危险共 16 项，约占 12.6%；恢复原状共 9 项，约占 7.1%；赔偿损失共 25 项，约占 19.7%；赔礼道歉 14 项，约占 11%；其他合理费用（包含诉讼费、律师费、鉴定费、交通费、差旅费等）27 项，约占 21.3%；其他（审查原告资格、设置专项基金等）23 项，约 18.1%。在以上案件中，原告单独请求；被告承担停止侵害、消除危险之情形，而是均伴随着赔偿损失等其他类型出现。案件的启动均发生于被告行为已经造成生态环境实际损害之后，这就说明实务中对环境保护仍然是事后保护为主，缺乏预防性保护。据此，笔者认为对预防性诉讼请求具有研究的意义与实践的价值。

1. 预防性诉讼请求不足

通过以上数据，我们可以看出除起诉主体被认定不具备《民事诉讼法》第 55 条规定的主体资格外，其余案件中原告（公益诉讼人）的诉讼请求大都得到了法院的支持。另外，这些案件也暴露出起诉时间均发生在污染或者破坏行为已经对公共利益造成实际损害之后。环境公益诉讼自身还承担着维护生态环境免遭破坏职能，如果能够在污染或者破坏之虞即提起停止侵害、消除危险等诉讼，则诉讼效果可能会更好。通过上述案件可以得出，污染环境或者破坏生态的行为不是瞬间产生的，通常都有一个较长的周期。例如在 2015 年的一起环境公益诉讼案件中，被告的排污行为长达三年多，如果能在行为发生之时或者行为开始后的较短时间内提起公益诉讼，则生态环境不会遭受如此严重污染或者破坏，修复周期也不会如此漫长。在污染或者破坏行为萌芽之时，便可提起环境公益诉讼，这也是公益诉讼不同于传统私益诉讼的重要体现，即一经发现社会中即将发生危害公共利益的行为时，适格主体可以提起公益诉讼，将危害情形扼杀在摇篮之中。

预防性诉讼请求，需要由具备原告主体资格的机关和组织提起。司法实践中符合《环境保护法》第 58 条规定的原告主体资格的组织数量并不多，而且实践中的生态环境问题在基层表现的尤为突出，尤其多存在于偏远乡村地区。这些地区村民权利意识薄弱，执法力度较弱，行政监管缺失……而数量过少的适格原告与分布较广的生态破



环之间的矛盾也是当下需要解决的。例如上述法院判决中华环保联合会不是符合法律规定的适格原告，故法院没有受理由其提起的环境公益诉讼。这就会导致在政府环保机构监管不利的情形下，社会组织因其“身份”原因被拒之门外，这显然不利于实现环境公共利益。

2. 惩罚性诉讼请求欠缺

虽然以上诉讼请求中均有赔偿损失的内容，但是显然是一种补偿性质的责任形式。而传统民事私益诉讼中的补偿性赔偿在环境公益诉讼中显然不能达到威慑作用，环境民事公益诉讼涉及公共利益，其不仅影响着不特定多数人的生活状况，甚至会对生态环境造成永久性损坏。民事诉讼中具有惩罚性的判决主要表现为判令被告承担惩罚性赔偿。现行民事赔偿有两种责任方式一是惩罚性质的，另一种是补偿性质的，惩罚性赔偿要求被告承担的法律责任要大大超过行为本身所导致的实际损失，不同于“填平”责任，是具备补偿、制裁、遏制等多功能于一体的赔偿措施。^⑨此外，不能简单的以数额高低认定其为惩罚性赔偿，要与实际损失为参考。例如2014年发生在泰州中院首例“天价”赔偿案，尽管涉及标的额高达过亿，^⑩高额的赔偿仅仅是生态修复的费用，所以赔偿费用的性质仍属补偿性质。

我国早期属于粗放型发展，反映在环境问题上，属于“先污染，再治理”的模式。但环境治理与生态修复的成本大大大于环境违法的成本，甚至出现为逃避环境治理自愿承担罚款。^⑪这有悖于“谁污染，谁治理；谁破坏，谁赔偿”的基本宗旨。^⑫此时就需要引入惩罚性赔偿来达到威慑作用，否则在巨大经济利益的驱使下，市场主体难免会以牺牲生态环境利益而获取更大的经济效益。在环境民事公益诉讼诉讼请求中引入惩罚性赔偿，无疑会对责任主体起到更大的警示作用，从而减少甚至避免对生态环境的二次伤害。

三、环境民事公益诉讼诉讼请求的优化完善

环境民事公益诉讼诉讼请求是环境民事公益诉讼得以开展的重要基础，是公益诉讼人权利主张的重要手段，增加了诉讼的可操作性。笔者基于责任的承担方式，从预

^⑨ Dorsey D.Ellis,Jr., Fairness and Efficiency in the Law of Punitive Damages, 56 Southern California Law Review 1 (1982).

^⑩ 参见泰州市环保联合会与江苏常隆农化有限公司、泰兴锦汇化工有限公司等环境污染纠纷二审民事判决书。

^⑪ 王文杰：《我国环境民事公益诉讼中环境损害赔偿金法律问题研究》，山西财经大学硕士学位论文，第16-17页。

^⑫ 刘丹：《谁污染，谁治理；谁破坏，谁赔偿》，<http://news.163.com/16/1109/12/C5E8UNH600014Q4P.html>，2018年7月30日访问。

防性诉讼的倡导与惩罚性诉讼请求建构，进一步优化环境民事公益诉讼诉讼环境，从而更好以司法手段回应生态文明建设。

（一）预防性诉讼请求之提倡

1. 预防性诉讼请求之根据

预防性诉讼请求并非无源之水，其存在既符合国家政策，又存在法律依据。最具代表性的是习近平总书记在党的十九大报告中指出：“加快生态文明体制改革，建设美丽中国”。这是国家层面对生态文明建设的重要指示，是保护环境基本国策的深化体现。同时，与《环境保护法》中践行的“保护优先、预防为主”的基本原则具有高度一致的价值导向。环境民事公益诉讼中的预防性诉讼请求是响应国家党政方针的实践举措，其不仅仅是与党政方针相协调的产物，更是与法律规范相契合的产物。新时代下离不开生态文明的法制化，需要环境公益诉讼更好的实现其自身价值。环境民事公益诉讼诉讼请求体现着保护生态环境的重要职能，生态环境遭受的损害具有不可逆性，诉讼请求愈凸显损害的事后救济，则愈不利于达到环境保护的最佳效果。

2015年1月6日发布的《环境民事公益诉讼司法解释》第1条规定便是预防性诉讼请求的直接根据，该规定使得环境民事公益诉讼打破了传统民事私益诉讼中的“损害乃救济之前提”的桎梏，为预防性公益诉讼诉讼请求奠定了法律基础。现今环境民事公益诉讼实践中凸显出的事后救济，效果并不理想。譬如以前文提到的1.6亿“天价环境公益诉讼”案为例，其因赔偿额之大一直备受瞩目。暂且抛开民事实务界一直存在的执行难问题，在环境民事侵权案件中，尽管法律已经向受侵害方作出了倾斜，但是证明侵权行为是否存在，证明损害后果的严重程度如何仍非易事。1.6亿赔偿额的计算方式，该数字能否得到科学论证尚且不论，鉴于生态环境损害的不可逆性，该高额赔偿能否恢复生态环境至未遭受损害前的状态，是一个问题。基于以上考虑，生态环境的保护应坚持以预防为主，保护优先的原则，反映于环境民事公益诉讼中，预防性诉讼请求将至关重要。

2. 预防性诉讼请求之内容

在环境侵害行为发生时，如何界定该行为发展到哪一阶段即可提起环境民事公益诉讼并可通过诉讼请求主张权益，是一项亟需解决的关键问题。欲通过预防性诉讼请求达到事先预防的效果，必须制定相关规则。我们无法认定行为人向土地倒一盆污水的行为就是构成对环境的侵害，并对其提起环境公益诉讼。这并不笔者所设想的，因为环境自身具有调节或者自净能力。我们通过诉讼需要达到当环境不能自然承受时，采取法律手段制止侵害行为的持续发展。一个行为达到什么阶段属于法律规制的范畴，这里我们仅需要排除“剩余风险”阶段，该阶段是环境和社会可以忍受的阶段，过度的规制会造成经济发展滞缓，社会创新力不足。除了剩余风险，一个行为可能造成损



害风险时,即可以提起预防性环境公益诉讼。

预防性诉讼请求的具体责任承担方式可能涉及到:停止侵害、排除妨碍、消除危险三种形式。停止侵害是责任主体以不作为或作为的方式所承担的一项民事责任形式,适用于侵权行为还在继续进行的情况,目的是制止侵害,防止损害的扩大化。^⑬司法实践中预防性诉讼请求,原告往往主要提起的是停止侵害,附带提起的是排除妨碍和消除危险。排除妨碍中的“妨碍”是指侵权人的非法的、不正当的行为对环境公共利益或者消费者的合法权益造成的妨碍,排除目的是使权利恢复到圆满状态。例如原告起诉某工厂要求其清理堆放在居民区的化工废料,如若仅仅提起“停止侵害”诉求,缺失了“排除妨碍”,则堆放在居民区的化工废料无法得到适当处理。另外,“消除危险”是指具有原告资格的主体可以在诉讼请求中要求侵权人采取有效措施予以消除因环境侵权导致不特定人群的“环境公益”的威胁。

(二)“赔偿损失”诉讼请求之完善建构

目前,在我国相关环境立法上已明确将“赔偿损失”作为环境民事公益诉讼请求之内容。如,《海洋环境保护法》中的第90条就有相应的规定,《环境保护法》中的第2—4条以及《环境民事公益诉讼司法解释》第18条均对“赔偿损失”提供了立法支持。但需要明确的是环境民事公益诉讼中的“赔偿损失”在实务和立法中仅包括补偿性损害赔偿(compensatory damages),即“损失多少赔多少”。环境公益诉讼中的补偿性损害赔偿引入了“生态服务功能”一词,具体要包括生态环境的供给服务、调节服务、文化服务和支持服务。^⑭与此同时,关于生态环境损害赔偿的适用范围可以参考相关的政策性文件。但关于惩罚性赔偿涉及不多。笔者立足现有的补偿性赔偿的适用到惩罚性赔偿的引入,试图完善环境民事公益诉讼中“赔偿损失”的诉讼请求。

1. 补偿性赔偿之适用

环境民事公益诉讼诉讼请求中的“赔偿损失”与传统民事私益诉讼相比,具有其自身的特殊性。第一,赔偿范围具有特殊性。根据上述法律文件之内容,可以大致概括为环境民事公益诉讼中的损害赔偿是围绕环境修复而展开的,并不涉及特定个体的私益。第二,环境民事公益诉讼中的损害赔偿金不得归属于特定私益主体。在传统民事私益诉讼中,只有权利受到损害的主体能够获得损害赔偿金,损害赔偿金也是直接归属于利益受到侵害的个体。而在环境民事公益诉讼中,损害赔偿金不得归属于特定个体,而应该归属于修复环境的职能机构或者有关组织,或者指定生态环境修复基金账户。公益诉讼的性质决定了原告不能通过公益诉讼的方式获得私益。损害赔偿金可

^⑬ 刘书俊:《基于民法的水权问题思考》,载《法学论坛》2007年第4期。

^⑭ 最高人民法院环境资源审判庭:《最高人民法院关于环境民事公益诉讼司法解释理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第305-306页。

纳入专项基金的范围，并设相关职能部门监督这部分基金的使用情况，将这笔款项运用到环境公益的维护中做好环境修复工作。

2. 惩罚性赔偿之建构

以《环境民事公益诉讼司法解释》第18条和第19条为基准，将环境民事公益诉讼之事实行为分为两类：第一类，有发生生态环境损害可能性的事实行为；第二类，已经产生损害后果或者具有重大风险的事实行为。第一种事实行为中，适用预防性的诉讼请求，前文已述，不再累赘。针对第二种事实行为，损害环境的后果已经发生或者具有重大风险的事实行为，可以推定行为主体具有严重的主观过错。在这类案件中，补偿金和惩罚性赔偿金可以同时适用。

惩罚性损害赔偿（punitive damages or vindictive damages）的根本作用在于对被告方予以超越“填平”责任的限度进行严惩威慑，防止其再犯。现行惩罚性赔偿一般不得用于合同违约行为，而是更多用于民事侵权领域。^⑮环境民事公益诉讼本质上是环境侵权引发的公益诉讼，不属于合同法的范畴。考虑到生态环境问题的严峻性，以及生态破坏难以恢复的现实困境，如果对严重损害生态环境的行为仅仅以补偿性赔偿结束，根本无法对以经济利益为导向的市场主体起到遏制作用，故应该纳入惩罚性赔偿制度来有效遏制行为主体的不法行为。

由惩罚性赔偿诉讼请求提起之后所获得的惩罚性赔偿金归属于从事环境公益的组织和机构之后，这笔款项既可以作为专项基金用于环境的修复，也可以用来预防环境问题的再次发生，比如在易发生环境污染的工厂周围安装环境污染监测设备等等；还可以用来支持相关科研机构的后续研究。在款项使用的监管方面，可以采用内部监管与外部监管相结合的方式，在内部设立监管机构，在外部可以通过网上公开资金使用明细等手段，使公众获得知情权。

（责任编辑：李宁）

^⑮ 薛波：《元照英美法词典》，法律出版社2013年版，第1120页。



建设工程领域因挂靠关系引发的民事责任问题研究

史智军*

内容摘要 挂靠作为建设工程领域常见现象,由其引发的纠纷不在少数。从民事法律事实的角度分析,挂靠人不可避免的会遭遇两种行为,即合同行为和侵权行为,进而发生合同之债和侵权之债,然而对上述债务,挂靠人和被挂靠人应当以何种形式承担责任,司法实践并不统一。合同之债中,存在挂靠人和被挂靠人承担连带责任、挂靠人或被挂靠人单独承担责任等多种观点;侵权之债中,除了上述责任形式的观点外,还存在发包人承担连带责任的观点。面对上述分歧,解决的方式也应区分合同之债和侵权之债。合同之债中,应在区分建设工程施工合同和其他合同类型的基础上,赋予因挂靠而引发的连带责任的法定身份,恪守有效合同相对方责任的原则;侵权之债中,当区分挂靠人过错造成第三人损害、挂靠人过错导致其雇佣人员损害、发包人明知挂靠等情形,进而明确单独责任或连带责任的规范来源。

关键词 挂靠 合同 侵权 连带责任

中图分类号: DF525 **文献标识码**: A **文章编号**: 1674-3156(2018)04-142-150

一、研究对象:挂靠人和被挂靠人对外承担的责任形式

就建设工程领域而言,因其建设成果时常涉及公共利益和公众安全,故我国相关法规、规章对该领域的承包方或施工方都设定了资质准入制度。在此前提下,是否具备相关资质就成了能否在建筑市场分得一杯羹的重要基础,于是在利益的驱动下,诸多有资质的企业和无资质的实际施工人(企业或个人)一拍即合,相互串通,形成了我国建筑市场的挂靠现象。在建设工程领域,所谓挂靠,简单言之,即没有资质的实

* 史智军,北京市第三中级人民法院民一庭法官。

际施工人借用有资质的建筑施工企业名义承揽工程。^①

在挂靠的背景下，虽然挂靠人自己组建施工队甚至垫付资金，但对外一般以被挂靠人的名义承揽工程、进行施工，从而形成了“表里不一”的假象。在“假象”持续过程中，从民事法律事实的角度分析，挂靠人不可避免的会遭遇两种行为，即合同行为和侵权行为，进而发生合同之债和侵权之债，然面对上述债务，挂靠人和被挂靠人应当以何种形式承担责任就成为了司法实践必须面对的复杂问题。

关于合同行为。具体而言，可大致再分为两类，其一是挂靠人参与的建设工程施工合同；其二是挂靠人从事的与施工相关的一系列辅助和衍生行为，如相关设备材料的买卖、租赁合同。对于建设工程施工合同，依据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《施工合同司法解释》）第 1 条的规定，“没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的”将导致合同无效。合同无效后，依据承发包阶段的不同，挂靠人、被挂靠人需要面临的相对人包括发包人、总承包人、分包人，面对上述相对人因合同无效产生的损失，挂靠人和被挂靠人应当承担连带赔偿还是择一主体承担？依据何在？

对于与施工相关的租赁、买卖合同，如果挂靠人以自己的名义或者被挂靠人的名义对外签订，合同的效力是否会因挂靠行为遭受否定性评价？进而，此类合同中，挂靠人和被挂靠人对于合同相对方的债权应当承担连带责任还是择一主体承担？依据何在？

关于侵权行为。具体而言，也可大致再分为两类，其一是挂靠人施工过程中造成了第三人损害；其二是挂靠人施工过程中造成了雇员损害。此时，挂靠人和被挂靠人对于受害者应当承担连带责任还是择一主体承担？依据何在？在挂靠现象大量存在的前提下，上述问题在司法实践中也颇具普遍性，然而，各地法院对此并未形成统一性的观点。

二、实践分析：裁判标准的异化和依据缺乏并存

（一）与合同行为相关的责任承担

关于建设工程类纠纷，多地高院先后颁布过一些指导性的意见，其中对于挂靠而引发的责任承担也多有涉及，总体而言，可归纳为以下三种具有代表性的意见。

第一种意见以北京为代表。《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第 20 条规定：“不具有资质的实际施工人（挂靠施工人）

^① 陈旻：《建设工程案件审判实务与案例精析》，中国法制出版社 2010 年版，第 18 页。



挂靠有资质的建筑施工企业（被挂靠人），并以该企业的名义签订建设工程施工合同，被挂靠人怠于主张工程款债权的，挂靠施工人可以以自己名义起诉要求发包人支付工程款，法院原则上应当追加被挂靠人为诉讼当事人，发包人在欠付工程款范围内承担给付责任。因履行施工合同产生的债务，被挂靠人与挂靠施工人应当承担连带责任。挂靠人承揽工程后，以被挂靠人名义将工程分包、转包给他人施工，施工人主张欠付工程款的，按照《北京市高级人民法院审理民商事案件若干问题的解答之五》第47条规定处理。”《北京市高级人民法院关于审理民商事案件若干问题的解答之五》第47条规定：“合同相对人同时起诉挂靠者和被挂靠者的，如果合同相对人对于挂靠事实不明知，由挂靠者和被挂靠者承担连带民事责任，如果合同相对人对于挂靠事实明知，首先由挂靠者承担责任，被挂靠者承担补充的民事责任；合同相对人只起诉被挂靠者，被挂靠者对外应先行承担民事责任；在被挂靠者对外承担责任的范围内，被挂靠者对挂靠者享有追偿权。”

第二种意见以江苏为代表。《江苏省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干问题的意见》第25条规定：“挂靠人以被挂靠人名义订立建设工程施工合同，因履行该合同产生的民事责任，挂靠人与被挂靠人应当承担连带责任。”

第三种意见以福建为代表。《福建省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件疑难问题的解答》第3条规定：“挂靠人以被挂靠单位的名义将工程转包或者与材料设备供应商签订购销合同的，一般应由被挂靠单位承担合同责任，但实际施工人或者材料设备供应商签订合同时明知挂靠的事实，并起诉要求挂靠人承担合同责任的，由挂靠人承担责任。”结合挂靠人和被挂靠人的经济实力，一般而言，该条规范中的“但书”情形，在实践中缺乏适用的土壤。

分析上述两种涉及连带责任的代表性意见，可见其共同的特点体现为：其一，连带责任的适用范围模糊。上述两种意见中，均提到因履行施工合同产生的民事责任或债务，由挂靠人和被挂靠人承担连带责任。然而，因“履行”施工合同而产生的民事责任（债务）的含义当如何理解？是否包括履行过程中产生的侵权之债或购买、租赁合同之债？对此，实践中当会存在不同的解读。其二，连带责任的规范性来源缺乏。与其他责任形式相比，连带责任的“波及”范围较广，故为了限制该种责任的适用范围，《中华人民共和国民法总则》（以下简称《民法总则》）在第178条第3款明确规定“连带责任，由法律规定或者当事人约定”，可见，连带责任的承担需要具有明确的“法定性”或“约定性”。然而，上述规范性文件在明确挂靠人和被挂靠人承担连带责任的同时，对其规范性来源却并未作出表述。

分析上述福建高院的规范性意见，其虽从相对性的角度明确了被挂靠单位的合同责任，然并未对相应的行为基础进行分析，进而导致如下疑问的产生：挂靠人虽以被挂靠

人的名义对外签订合同，然如果不构成表见代理时由被挂靠人承担责任的依据何在？

（二）与侵权行为相关的责任承担

挂靠人施工过程中发生的侵权行为，如上文所述，主要包括两种情形，即第三人权益遭受侵害和雇员权益遭受侵害。

针对上述情况，笔者查询发现高级法院层面的规范性意见极少，各地的裁判观点主要反应在案例当中。对于第三人权益遭受侵害的情形，主要存在两种裁判观点。第一种观点认为，由于出借资质的行为存在，被挂靠人存在过错，故对于挂靠人造成的第三人损害，二者应当承担连带责任；第二种观点认为，《中华人民共和国侵权责任法》（以下简称《侵权责任法》）第91条规定，“在公共场所或者道路上挖坑、修缮安装地下设施等，没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的，施工人应当承担侵权责任”，依照或参考上述规定，应当由实际施工人即挂靠人对第三人承担侵权责任。

对于雇员遭受侵害的情形，较为复杂，其中不仅涉及到挂靠人、被挂靠人，尚涉及到发包人。实践中，雇员为了最大限度的获得赔偿，时常会将雇主（挂靠人）、被挂靠人、发包人等一并作为被告起诉至法院，并要求承担连带责任。如果发包人对于挂靠的事实并不知晓，此时责任的承担主要存在于雇主（挂靠人）和被挂靠人之间，对此主要有两种裁判观点，第一种观点认为，雇佣与挂靠并非同一法律关系，且雇员遭受侵害与被挂靠人之间也无因果关系，所以雇员遭受侵害应当由雇主（挂靠人）承担赔偿责任；第二种观点认为，《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《人身损害赔偿司法解释》）第11条规定，“雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害，发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的，应当与雇主承担连带赔偿责任。”被挂靠人明知挂靠人不具备资质，依然同意挂靠人利用其资质从事施工行为，故参照上述司法解释的规定，应当由挂靠人、被挂靠人对于雇员承担连带赔偿责任。

三、理论阐述：挂靠关系的法律属性和责任的形成基础

（一）挂靠关系的法律属性

对于挂靠的判断，概括而言，实践中存在两个层面的认定标准。

其一是具有司法意义的认定标准，主要来源于最高人民法院的司法解释和各地高院的指导性意见，虽各地稍有差异，然大致内容趋于一致。其二是具有行政意义的认定标准，即各地的行政监管部门在查处、处罚挂靠行为时遵循的标准，其主要来源于住房和城乡建设部发布的《建筑工程施工转包违法分包等违法行为认定查处管理办法（试行）》的规定。无论司法抑或行政的标准，虽具体细节存有差异，然其核心要素都在



于实际施工人借用了其他施工单位的资质。对于上述借用导致的挂靠人和被挂靠人之间的法律属性，即当如何从法律层面判断二者之间的关系至关重要，因为其直接影响着二者的内外责任判断。对此，实践中有观点认为，挂靠人和被挂靠人之间可认定为代理关系，进而适用《民法总则》第167条的规定“代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为，或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的，被代理人和代理人应当承担连带责任”，此亦是挂靠人和被挂靠人承担连带责任规范基础。

然笔者认为，上述观点有失偏颇，无论概念属性抑或法律本质，挂靠与代理二者之间都存在诸多区别。

首先，二者的概念属性不同。代理是具有明确内涵的法律意义上的概念，是法律条文中的规范用语。而挂靠一词，并非严格意义上的法律概念，只是对当下特定领域实践的抽象化归纳。

其次，二者的发生基础不同。代理的要旨在于，行为人以被代理人的名义实施法律行为，法律效果直接归属于被代理人。^②一般而言，本人授权代理人的行为本身并不违法，只是代理人的代理行为违反了法律规定，进而构成了连带责任的基础。而挂靠关系中，挂靠人和被挂靠人之间只是为获取利益的相互利用，这种“授权”自始就是违法行为和无效行为，故而也就失去了继续判断代理行为是否合法的基础。

最后，二者的目的不同。代理人的行为本质是为被代理人服务，最终目的是为了被代理人的利益。而挂靠人需要向被挂靠人缴纳一定的管理费，进而利用被挂靠者的身份，其目的并非为被挂靠人服务，而只是为自己谋取利益。

故此，从法律属性的角度审视，挂靠者和被挂靠者的内部关系并非代理，而是形成了一种借用合同关系，借用的标的物是建筑资质。《中华人民共和国建筑法》（以下简称《建筑法》）第26条规定“承包建筑工程的单位应当持有依法取得的资质证书，并在其资质等级许可的业务范围内承揽工程。禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。”结合我国的司法实践和上述法律规定，应当认定建筑资质的借用行为违反了我国法律法规的强制性规定而无效，所以，挂靠者和被挂靠者之间就资质借用的合同法律关系也是无效。

（二）责任的形成基础

在因挂靠导致建设工程施工合同无效之后，依据进度不同，挂靠人和被挂靠人需

^② 朱庆育：《民法总论》，北京大学出版社2016年版，第328页。

要面对的债权人主要有二。其一是面对合同“上游”即发包人；其二是面对合同“下游”，即分包人。此时，发包人或分包人再主张相应的损失时，无疑已缺乏合同基础，但发包人、分包人可依照《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）的基本原理和规范内容，以缔约过失理论为基础，向挂靠人、被挂靠人主张赔偿损失的责任，只不过需要进一步探讨的是缔约过失能否产生连带责任。

关于施工过程中，挂靠人与第三人签订的相关设备、材料的买卖、租赁合同，尚需区分以下两种情形。其一，挂靠人以被挂靠人的名义签订上述合同；其二，挂靠人以自己的名义签订上述合同。对于上述两种情形，首先需要分析的是挂靠行为的存在对于合同效力本身是否产生影响。依据前文分析，挂靠对于合同效力的影响，其法律基础是《施工合同司法解释》第1条和《建筑法》第26条的规定。然而，分析上述法律规定，可见其关注角度均在于挂靠行为对于建筑工程施工合同的影响，对于挂靠人为施工需要而签订的买卖、租赁合同并未进行规制。

此外，从立法者对建筑市场挂靠行为乱象的治理目的来看，设备、材料的购买、租赁行为也非与资质相关的行政监管范畴。故此，无论从效力规范的内容还是目的，都可判断出挂靠行为的存在对于买卖、租赁合同的效力当不产生影响。故此，在合同有效的前提下，挂靠人、被挂靠人与合同相对人之间的责任形成基础在于合同法律关系。如果挂靠人施工过程中建筑倒塌，或者造成了第三人及其雇员遭受人身损害，此时挂靠人、被挂靠人与受害人之间的责任形成基础无疑是侵权法律关系，只不过需要考察侵权行为的具体构成和责任承担方及承担方式。

四、路径探索：连带责任的法定和合同相对性的恪守

（一）合同行为引发的责任承担规则

1. 建设工程施工合同。依据上述分析，建设工程施工合同因挂靠被确认无效后，合同各方责任承担的基础当在于缔约过失，具体到法律规范，涉及到《合同法》第42条和第58条，前者规定“当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任：假借订立合同，恶意进行磋商；故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；有其他违背诚实信用原则的行为”，后者规定“合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任”。^③

^③ 李中原：《缔约过失责任之独立性质疑》，载《法学》2008年第7期。



关于缔约过失引发的责任形式是否可作为侵权对待，是否包括连带，虽然理论界尚存一定争议，然立足实践，可发现我国部分法律规范对于缔约过失产生连带责任采取了认可的态度，举例如下：

其一，《建筑法》第66条规定“建筑施工企业转让、出借资质证书或者以其他方式允许他人以本企业的名义承揽工程的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，可以责令停业整顿，降低资质等级；情节严重的，吊销资质证书。对因该项承揽工程不符合规定的质量标准造成的损失，建筑施工企业与使用本企业名义的单位或者个人承担连带赔偿责任”。挂靠导致建设工程施工合同无效后，如果挂靠人的施工不符合质量标准造成了发包人财产损失，依据上述规定，挂靠人、被挂靠人需要承担连带责任，究其责任基础，无疑当是缔约过失。

其二，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第7条规定“主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部分，不应超过债务人不能清偿部分的二分之一。”担保合同无效后，担保人与债务人承担的责任性质无疑属缔约过失，且依据上述司法解释的规定，责任形式当是连带。

故此，综合上述分析，遵从同一逻辑，在建设工程领域，如果因为挂靠导致了建设工程施工合同无效，那么挂靠人和被挂靠人的串通、利用行为无疑存在过错，两者对于合同相对方因为合同无效所遭受的损失，也当承担连带赔偿责任。但同时亦需明确，依据合同无效后各自对过错承担后果的基本法理，如果发包人在订立合同时明知挂靠事实的存在，也应为此承担相应的责任。

从现有法律规定和逻辑推演的角度，上述结论应无问题，也是司法实践中诸多地方法院采取的裁判思路。然不可忽视的另一个法律前提是：虽然遵从高院的规范性文件是下级法院现实可行的不二选择，然如果从法律的角度审视，连带责任是否可基于推演或规范性文件产生？连带债务的发生根据有两类，一是约定连带债务，二是法定连带债务。^④基于此，《民法总则》第178条第3款规定：“连带责任，由法律规定或者当事人约定”。由此可见，连带责任具有一定的“严苛性”和“波及性”，故《民法总则》赋予了其法定性或约定性的身份。至于“法律”一词的具体内涵当如何理解是另外可探讨的问题，然至少在司法解释均未有规定，当事人也未有约定的前提下，直接在挂靠人、被挂靠人之间适用连带责任恐难以在规范层面自圆其说。故此，在法律逻辑和理论均无明显障碍的前提下，连带责任能否顺利以法定者的“身份”突围，依赖于司法解释和法律层面的尽快明确。

^④ 郭晓霞：《连带责任制度探微》，载《法学杂志》2008年第5期。

2. 买卖、租赁类合同。在挂靠行为对此类合同的效力不构成障碍的前提下，责任的判断基础当依据合同产生。作为材料、设备的出卖人、出租人只需要判断合同的相对人即可，至于对方是否存在挂靠的情形，并非出卖人、出租人需要考虑的范畴，对于合同的履行也不会产生本质影响。

具体而言，如果挂靠人以被挂靠人的名义签订合同，当依照《合同法》的规定，结合签订合同时挂靠人所出示或具备的书面文件、履行方式、外观宣示和合同相对方的善意与否等因素，判断交易过程是否构成了表见代理。^⑤如果构成表见代理，则当由被挂靠人承担合同责任；如果不构成表见代理，则当由实际履行方即挂靠人承担合同责任。如果挂靠人以自己的名义签订合同，则对于合同相对人而言，当严守合同的相对性原则，直接向挂靠人主张相应的权利即可。故此，此类合同中，如果让挂靠人、被挂靠人对于合同相对方承担连带责任，则不仅缺乏法律的规范基础，且从合同的角度也难以找寻依据。

由上分析可知，在合同之债中，挂靠人和被挂靠人对外承担的责任形式分为两种，一种为连带责任，一种为合同相对方责任。连带责任存在于因挂靠行为导致建设工程施工合同无效的情形中，其产生基础在于缔约过失理论，虽被实践广泛采用，然尚需法律身份。合同相对方责任存在于挂靠行为对于合同效力并不产生影响的买卖、租赁类合同中，其产生基础在于合同，具体相对方的确定依赖于表见代理的判断是否成立。

（二）侵权行为引发的责任承担

1. 挂靠人在施工过程中因为建筑物倒塌造成第三人损害。《侵权责任法》第86条规定：“建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由建设单位与施工单位承担连带责任。建设单位、施工单位赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿”，由此可见，由于建筑物倒塌对他人形成的损害，建设单位与施工单位承担的责任性质为连带。然而，需要考虑的是，在挂靠存在的前提下，施工单位应如何认定？对此，笔者认为，此处的责任承担当结合《侵权责任法》第86条和《建筑法》第66条的规定，即施工单位当包含挂靠人和被挂靠人两个主体，故对于建筑物倒塌导致的第三人损害，应当由建设单位、挂靠人、被挂靠人对外承担连带赔偿责任；对内，三方依照各自的过错程度分担责任。

2. 挂靠人在施工过程中因为施工行为导致第三人损害。挂靠人在施工过程中，由于行为不当造成第三人人身和财产损害的情况并不鲜见。此时，如果受害人要求挂靠人和被挂靠人承担连带责任能否支持？综合上述建筑物倒塌的规定，《侵权责任法》的立法逻辑当在于建筑物的倒塌后，作为建筑物的建设方和施工方，都难辞其咎，于第三人而

^⑤ 周凯：《表见代理制度的司法适用——以涉建设工程商事纠纷为对象类型化研究》，载《法律适用》2011年第4期。



言,二者对于建筑物的质量均存在过错,构成了共同侵权。遵从此一逻辑,在法律已经命令禁止出借资质的前提下,被挂靠人依然从事违法行为,进而导致挂靠人施工并发生侵权行为,故此,挂靠人和被挂靠人也当因此被认定构成了共同侵权,进而引用《侵权责任法》第8条的规定,由挂靠人和被挂靠人对于第三人承担连带赔偿责任。

3. 挂靠人在施工过程中因为施工行为导致其雇佣人员损害。挂靠人的雇员在施工过程中因施工行为遭受人身损害,此时的责任承担者如何判断,被挂靠者是否应当承担连带赔偿责任?一般而言,雇员在从事雇佣活动中遭受损害,无论依照《侵权责任法》还是《人身损害司法解释》,雇主即挂靠人都应当承担相应的责任。但被挂靠人是否应当承担连带责任,目前并无明确的法律规定,司法实践中被挂靠人承担连带和不承担连带责任的案例均大量存在。

在雇员因安全生产条件遭受人身损害时,其中重要的诱因之一当在于被挂靠人出借资质给不具备安全生产条件的实际施工人,从而将雇员置于了较为危险的建筑境地,故此,笔者认为,从法律规范对于挂靠行为的否定性评价和规范建筑市场的立法目的出发,当以《侵权责任法》关于共同侵权的规范为基础,由被挂靠人和挂靠人对雇员承担连带赔偿责任,但是从连带责任的法定身份出发,笔者更赞同在以后的司法解释或法律修正中对上述情形做出更为具体的规定。

4. 发包人明知挂靠时的责任承担。如果发包人对于挂靠情形并不知晓,发包人对于挂靠人的雇员遭受人身损害自无承担责任的法律依据。反之,如果发包人对于挂靠情形明确知晓,则对其过错难以回避。《人身损害司法解释》第11条第2款规定:“雇员在从事雇佣活动中因安全生产事故遭受人身损害,发包人、分包人知道或者应当知道接受发包或者分包业务的雇主没有相应资质或者安全生产条件的,应当与雇主承担连带赔偿责任。”

对于安全生产事故的认定,2007年10月9日,国家安全生产监督管理总局发布了《关于生产安全事故认定若干意见问题的函》,其中细化了一些有争议的认定领域,其中包括“由建筑施工单位(包括无资质的施工队)承包的农村新建、改建以及修缮房屋过程中发生的造成人身伤亡或者直接经济损失的事故,属于生产安全事故”,举重以明轻,由此可知,建筑施工过程中发生的人员伤亡当然属于安全生产事故。故此,如果发包人明知挂靠事实的存在,则必然知晓实际接受发包的挂靠者没有资质,依照上述规定,发包人应当对挂靠人雇员遭受的损害承担连带赔偿责任。当然,依据上述分析,此时被挂靠人更难逃其责。所以,此种情形下,发包人、挂靠人、被挂靠人均应当对于雇员承担连带赔偿责任。

(责任编辑:郝晓越)

刑事二审发回重审制度运行失灵之审视与破解

——以刑事司法场域中法官行为策略为视角

唐红*

内容摘要 刑事二审发回重审制度是一种典型意义的程序性制裁方式，它具有审判监督和权利救济之双重功能。然而，多年的刑事司法实践显示，该项制度被滥用的现象较为突出，其并未随新刑诉法的修订而得到有效规制。而且，该项制度运行失灵所带来的诸如致使疑罪从无原则形同虚设、原审法院发生非理性裁判以及致使被告人陷入超期羁押和重复追诉等问题仍未得到有效消解。失灵的根源不在于立法规定过于抽象、粗略的问题，而在于制度的设计并未考虑到司法过程中法官的行为策略驱动，因此，要解决该制度运行失灵之困境应须回归“司法”的道路，通过合理的司法权运行机制设计引导法官的行为策略与司法公正融为一体，将制度规范内化为法官的自主行为，从而最终实现制度与行动者的协调统一，最大限度地发挥该制度的价值功能。

关键词 刑事二审 发回重审 运行失灵 法官行为策略

中图分类号：DF73 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)04-151-165

引言：福建念斌案引发的思考

2006年7月27日，福建平潭发生投毒事件致两人死亡。念斌被认定有重大作案嫌疑，被公安逮捕，随后移送公诉。2008年2月，被念斌福州中院一审判处死刑，念斌不服并上诉。同年12月，福建高院以“事实不清，证据不足”为由撤销原判，发回重审。2009年6月，福州中院重审时再次判处念斌死刑，念斌再次上诉。福建高院

* 唐红，湖南省嘉禾县人民法院审判委员会委员，研究室主任。



二审维持了死刑判决,并将该案移送至最高法院死刑复核。2011年4月,最高法院以“事实不清,证据不足”为由撤销原判,发回福建高院重审。2011年5月,福建高院又以“事实不清,证据不足”为由发回福州中院重审。2011年11月,福州中院重审时又判处念斌死刑。随后,念斌又上诉。2014年6月,该案在福建高院再次开庭审理。两个多月后,福建高院以“事实不清、证据不足”为由判决念斌无罪。^①

设计刑事二审发回重审制度的初衷在于审判监督和权利救济,最终实现司法公正。可在念斌案的审理过程中,原本应肩负监督和救济本位功能的二审法院却采取了“踢皮球”的态度,通过发回重审程序让案件审而不终,使被告人被长期羁押和被重复追诉,从而导致被告人无从获得权利救济,该项制度功能已由救济性异化成了惩罚性。^②在司法实践中,类似念斌案中反复发回重审的司法诉讼怪圈现象并不少见,这看似合法的程序回流,实质是对二审发回重审程序价值功能的严重背离。

为解决刑事二审发回重审制度在司法实践运行中失灵的现象,2013年新实施的刑诉法对该项制度进行了修订,明确了“事实不清、证据不足”发回重审“限定一次”以及发回重审不加刑等规则,以期使其按照立法之初衷规范运行。那么,新刑诉法对该项制度修定后运行效果又如何,值得我们去探究。

一、实践审视：制度运行现状之欲喜还忧

笔者选取了某省A市基层法院2009年至2016年刑事上诉案件二审审结的情况作为研究样本,力求通过实证调查,窥视2013年新刑诉法实施后刑事二审发回重审制度运行之现状。

(一) 使用频率畸高不下,程序滥用依然严重

二审发回重审程序虽具有监督和救济功能,但随意的适用也会不同程度地弱化一审法院的司法公信力,使用频率越高负面效应越大。^③美、英、德、法等西方发达国家中的法官对发回重审程序的适用是非常慎重的,一般遵循着“适用为例外”的原则。^④一组来自美国法院的数据显示,在2001年至2015年期间,美国法院刑事二审发回重审适用率平均值仅为2.9%。^⑤而我国在2013年新刑诉法实施前二审发回重审适用率

^① 李庚强:《刑事案件发回重审范围立法之弊端与矫正——以福建念斌案的重审流程为观察视角》,载《安阳师范学院学报》2015年第4期。

^② 王超:《刑事二审发回重审制度的功能异化:从救济到惩罚》,载《政治与法律》2011年第11期。

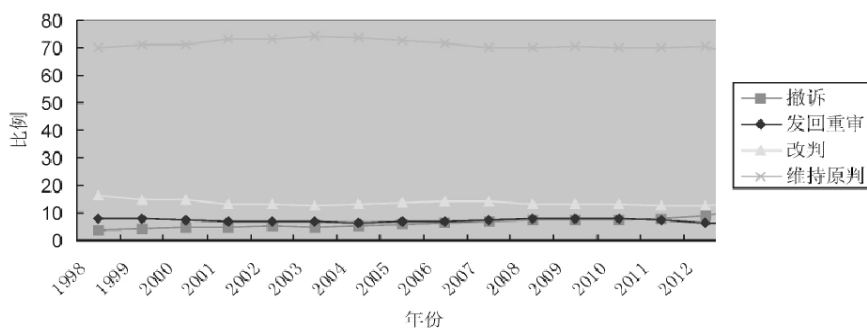
^③ 沈霞:《对我国刑事二审发回重审制度执行困境与架构重塑之思考》,载《法律适用》2013年第10期。

^④ 卜森:《新刑诉背景下二审“发回重审”的反思与重构》,载《湖南警察学院学报》2015年第3期。

^⑤ 统计数据来自 UNITED STATES COURTS Statistics & Reports: Statistics Tables for the Federal Judiciary, U.S. Courts of Appeals—Appeals Terminated on the Merits, by Circuit, Table B-05 (2001—2015)。

平均值却在 7% 以上（见图 1），因其适用率之高而饱受各界诟病。^⑥

图 1：全国法院 1998—2012 年刑事上诉案件审结情况对比图

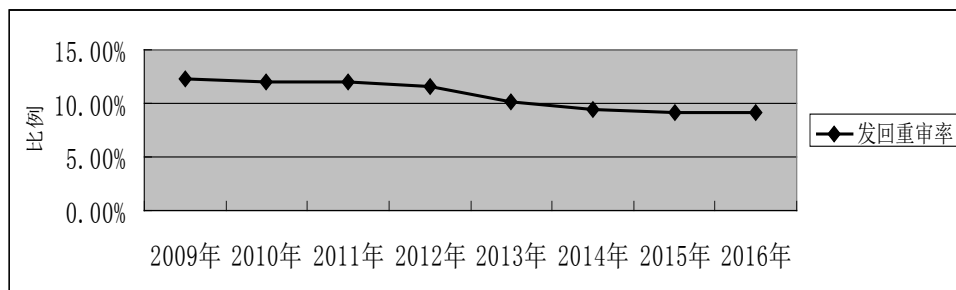


那自新刑诉法实施后，我们的刑事二审发回重审制度运行现状又如何，下面的实证调查可窥见一斑。

表 1：A 市中级法院 2009—2016 年对刑事上诉案件结案情况统计

年度	审结上诉案件(件)	结案情况								
		维持(件)	改判(件)	撤诉(件)	发回(件)	其他	维持率	改判率	撤诉率	发回率
2009年	147	106	16	7	18	0	72.11%	10.88%	4.77%	12.24%
2010年	175	126	22	6	21	0	72.00%	12.57%	3.43%	12.00%
2011年	216	152	26	12	26	0	70.37%	12.04%	5.55%	12.04%
2012年	233	161	31	14	27	0	69.10%	13.30%	6.01%	11.59%
2013年	227	164	27	13	23	0	72.25%	11.89%	5.73%	10.13%
2014年	265	197	30	11	25	0	74.34%	11.32%	4.91%	9.43%
2015年	241	177	27	13	22	0	73.44%	11.20%	6.23%	9.13%
2016年	239	176	24	17	22	0	73.64%	10.04%	7.11%	9.21%

图 2：A 市中级法院 2009—2016 年对刑事上诉案件发回重审情况对比图

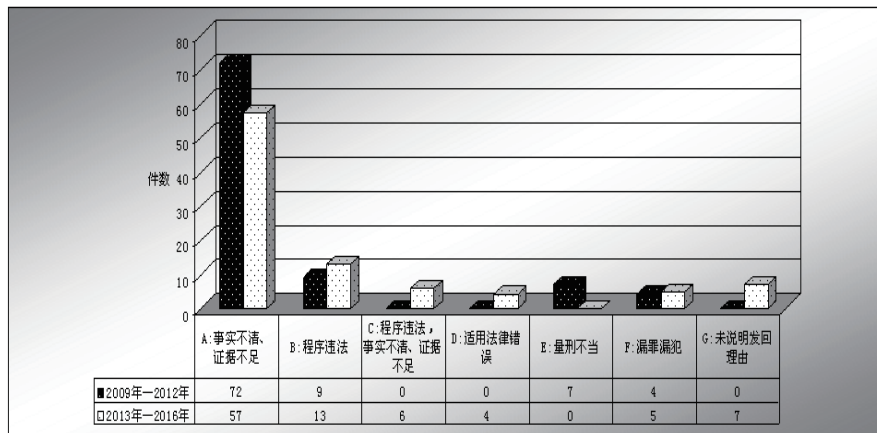


从表 1 和图 2 可知，新刑诉实施后，A 市中级法院对上诉案件发回重审适用率虽较以往有一定程度的降低，但每年的适用比例均维持在 9% 以上，二审发回重审程序的适用率仍处在高位水平，超出了合理范畴。这也正是目前我国刑事司法实践中二审发回重审程序滥用仍然严重的一个缩影。

⑥ 王宇坤：《刑事二审程序“虚置化”的迷思与匡正》，载《时代法学》2016 年第 4 期。

(二) 发挥事由推陈出新，权力恣意难以抑制

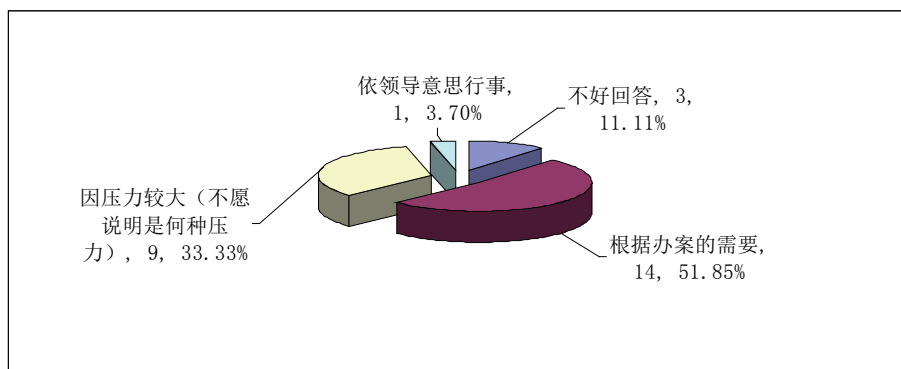
图3：2009—2016年A市中级法院对刑事上诉案件发回重审事由统计图（N=184）



根据新刑诉法的规定，二审发回重审事由仅限于“事实不清、证据不足”和“程序违法”等两种情况，但从图3可知，新刑诉法实施后A市中级法院对案件发回重审的事由较以往出现了一些新变化：一方面是新刑诉法实施后因“事实不清、证据不足”而发回重审的案件比例较以前有一定程度的降低，因“程序违法”而发回重审的比例也有较大程度的上升；另一方面是出现了“程序违法，事实不清、证据不足”的混搭型和“适用法律错误”等非法定化发回重审事由，甚至还出现了“拒不说理”这类“以权压人型”的发回重审事由。

为窥探发回重审事由呈现出新变化之缘由，笔者对图3中的B、C、D、G等四类发回重审案件的30名二审主审法官进行了问卷调查，收回有效问卷27份。而调查结果显示：“因办案压力大”和“根据办案的需要”成了发回重审事由“推陈出新”的重要诱因（见图4）。在缺乏对二审法院发回重审权行使形成有效制约的前提下，二审法官行使该项权力之恣意任性仍是难以抑制。

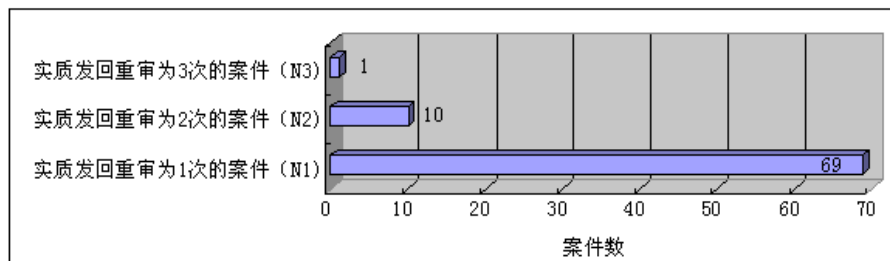
图4：作为主审法官的你，是基于何种考量决定将案件发回重审的？（N=27）



同时，笔者经深入调查发现，自2013年新刑诉法实施以来被A市中级人民法院发回重审的92件上诉案件中的部分案件存在被重复发回重审的现象，且这类案件所占比例还不小（见图5）。

图5：2013—2016年A市中级人民法院对刑事上诉案件实际发回重审次数统计图

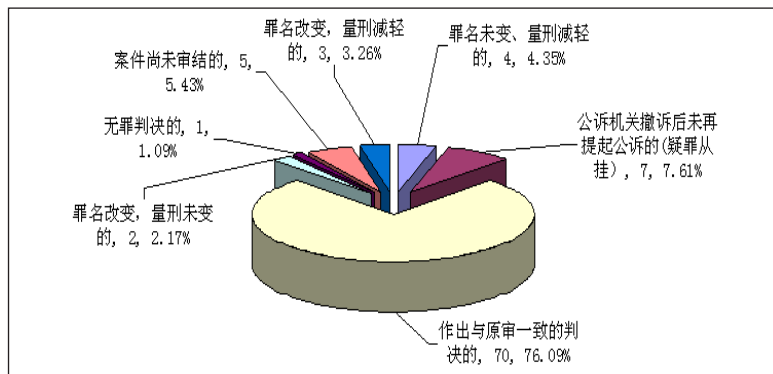
$$(N=N1 \times 1 + N2 \times 2 + N3 \times 3 = 92)$$



由上可知，在新刑诉法实施后，二审法官仍可根据办案的需要“借壳”将案件重复发回重审，从而达到规避新刑诉法第225条对发回重审作出的“限定一次”规定之目的，这也表现出了二审法院行使发回重审权的恣意任性。

（三）审级监督程序空转，功能背离积重难返

图6：2013—2016年A市基层法院对发回重审案件的实际处理情况统计（N=92）



二审法院作出发回重审裁定时一般要附“内部指导函”，为原审法院指明“出路”。而由图6可知，案件发回重审后，在5件案件尚未审结的情况下，法院重审时仍作出与原审判一致的判决的案件比例居然占到全部发回重审案件总数的76.09%，原审法院这种“拒不纠错”的态度显露于表。而这种“拒不纠错”的裁判行为实则是对二审发回重审程序监督功能的严重消解。另外图6还显示，案件发回重审时原审法院作出的无罪判决案件比例仅占全部发回案件总数的1.09%，而通过减轻处罚以及允许公诉机关通过“疑罪从挂”方式结案的案件比例总和却占到了15.22%，远高于无罪判决数。



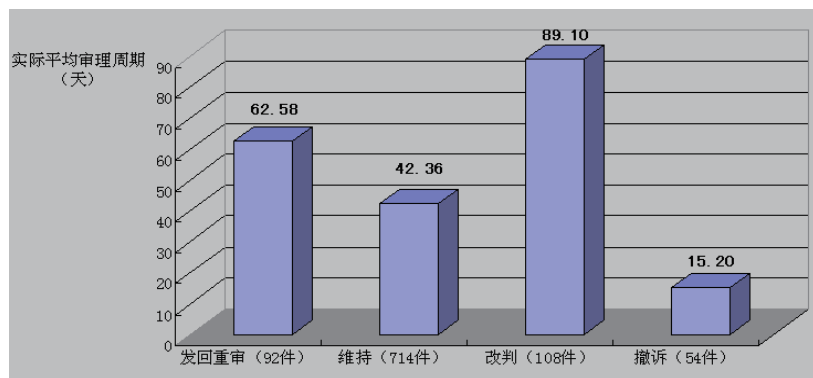
上述数据无疑反映出了刑事司法实践中这样一种“潜规则”：当上诉案件存疑时，二审法院寄希望通过发回重审来解决“疑罪从无”的问题，但冰冷的实践表明，这只不过是二审法院“一厢情愿”之事，面对二审法院“踢皮球”的态度，原审法院在现实压力之下则会通过“拒不纠错”之方式把“皮球”重新踢回给二审法院，也会通过“疑罪从挂”“疑罪从轻”等策略转移自己所承受的压力。也正是二审法院的“不愿担当”和原审法院的“不敢担当”“无力担当”，使得应适用于整个刑事诉讼流程的“疑罪从无”这项刑事司法基本原则形同虚设。近年来发生的福建念斌案、浙江张氏叔侄案、河南李怀亮案等案件均表明，上述的“潜规则”是造成冤案发生的一种重要原因。^⑦

（四）诉讼周期冗余拖沓，程序正义消弭殆尽

波纳斯曾说，“公正在法律中的第二个意义就是效益。”那实践中刑事二审发回重审制度的诉讼效率又会怎样？

图7：2013—2016年A市中级法院对上诉案件的四种结案方式平均审理周期统计

(N=968)



如图7所示，A市中级法院刑事二审发回重审案件所需平均审理周期为62.58天，虽要比改判案件审理周期短26.52天，但发回重审案件至少还需经历一个一审案件的审理周期。笔者通过对A市基层法院已审结的87件发回重审案件调查发现，超过40%以上的案件都存在延期审理的现象，而且案件审理实际经历的天数^⑧也较长（见图8、9）。

^⑦ 前引⑥。

^⑧ 原审法院重审案件时实际经历的天数也应包括自法院同意公诉机关申请退补侦查之日起到公诉机关重新向法院提起诉讼之日止的这段不计入案件审理期限的天数。

图8: 2013—2016年A市基层法院对发回重审案件审结情况分析

(N=87)

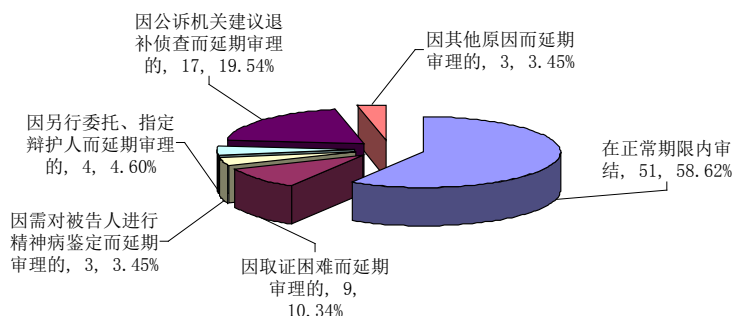
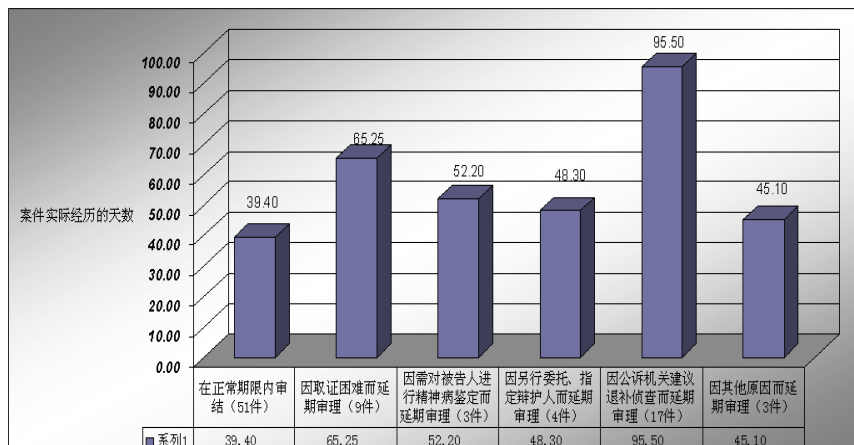


图9: 2013—2016年A市基层法院所审结的发回重审案件实际经历天数统计

(N=87)



同时，由于我国没有设立独立的羁押制度，加之对被告人羁押缺乏有效的司法监督制约机制，案件审理期限的拖延则相应增加了被告人的羁押期限。虽新刑法赋予了检察机关对羁押必要性的审查权，但在实践中基于检察机关自身的“追诉与监督”自体之间的矛盾，很难保证刑事羁押不屈从于刑事追诉活动之需要，从而导致羁押必要性审查制度难以发挥其应有的作用。^⑨图8中因退补侦查而延期审理案件所占比例较高以及图9中因退补侦查致使案件实际经历时间冗长之现象就是最好的例证。而且，超期羁押也给法官造成巨大的心理压力，为对既成现实的迁就和避免因超期羁押所带来的不利后果，公检法三家往往会协调一致采取了“将错就错”的态度，作出无罪施罚或轻罪重罚的非理性举动，使被告人陷入“无罪轻判”或“轻刑重判”的危险境地。^⑩

⑨ 刘曹祯：《逮捕羁押率偏高问题实证解析》，载《天中学刊》2015年第2期。

⑩ 邱兴隆：《罪与罚讲演录》，中国检察出版社2000年版，第44页。



上述实证分析表明，刑事二审发回重审制度运行失灵之问题并未随新刑法的实施而有较大改善，被告人也并未因法律的修订而获益，^⑪ 该项制度的总体实施效果也出乎了立法者的预料。^⑫

二、追根溯源：制度运行失灵之深层解构

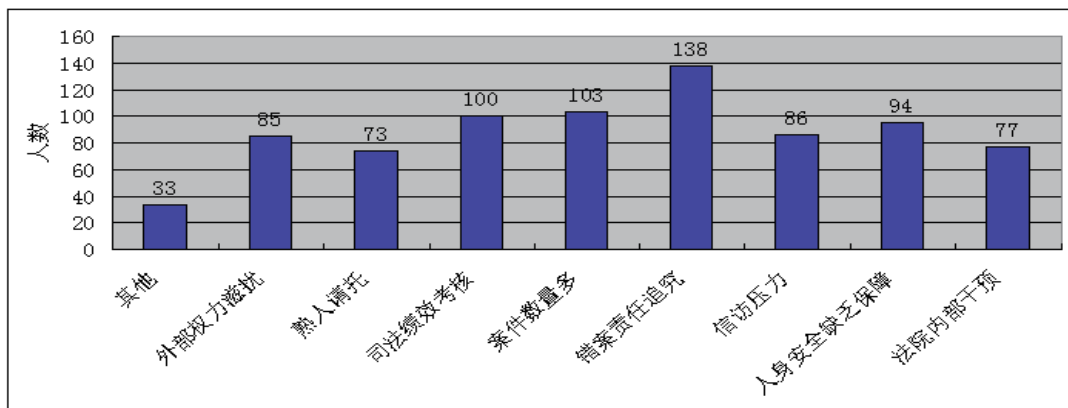
寄希望依赖立法规则修缮以解决制度运行失灵之问题的美好愿景，在司法中收获的却是“跳蚤”，究其根本原因是我们忽略了一个至关重要的因素，即刑事司法场域中运行该制度的主体——法官的行为策略，因为再完善的立法显然是不可能防止一个本未打算遵守规则的执法者去刻意规避规则的。

（一）“趋利避害”心态下的错案责任追究

现实中，法官并非大公无私的“道德人”，法官仍是特定制度下的理性“经济人”，其行为逻辑依然无法超脱对个人成本——收益的权衡。^⑬ 一份对 A 市两级法院 150 名员额法官的有效调查问卷显示（见图 10），司法错案责任追究是目前法官从业中承受的最大压力来源。而现在的司法责任追究过多强调的是对法官严苛的监督与问责，却忽视了法官职业权利保障机制的建设。^⑭

图 10 作为法官，目前你所面临的压力是什么？

(N=150, 答案内容不限)



⑪ 李华武、陈家傲：《设立审查程序：破解刑事二审发回重审难题新路径》，载《广东行政学院学报》2015年第1期。

⑫ 袁素华、王令己：《刑事二审程序司法制约的理性思考》，载《菏泽学院学报》2015年第1期。

⑬ 余枫霜：《刑事程序失灵和程序法的人性假设》，载《湖南大学学报（社会科学版）》2013年第6期。

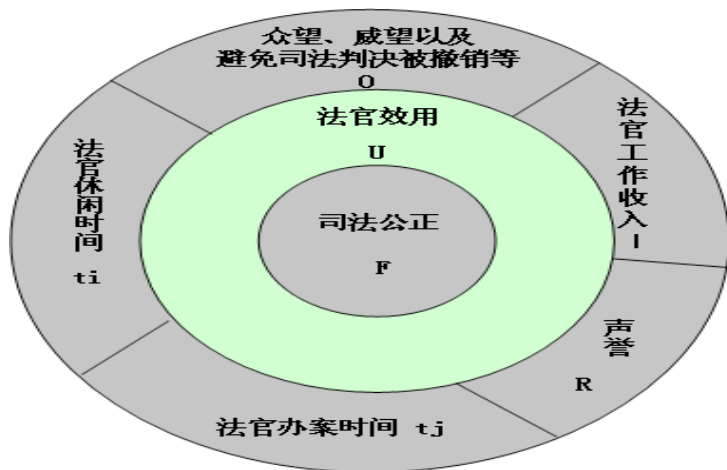
⑭ 周长军：《司法责任制改革中的法官问责——兼评〈关于完善人民法院司法责任制的若干意见〉》，载《法学家》2016年第3期。

目前,我国刑事二审的证据调查仍以书面为主,二审时证人出庭率并未随案件审级的提高而提升,从而导致二审法官同样面临一审法官证据印证不充分的困境。如二审法官要对案件进行改判,在证据印证不充分的情况下,则面临错案责任追究的风险也较大。面对改判可能带来的错案责任追究风险,在权衡“成本——收益”后,对案件的发回重审则成了二审法官的“明智”首选。^⑮而一审法院的法官同样也面临错案责任追究的压力,因此在案件发回重审后也会通过“拒不纠错”“疑罪从轻”甚至允许公诉机关“疑罪从挂”的方式来“巧妙”转移压力。可见,在非理性的错案责任追究目前,原本主持正义的法官往往沦为了实证主义者和功利主义者。^⑯

(二)“成本外化”考量下的办案压力转移

现实中,法官司法行为也受欲望驱动,也同样追求诸如收入、权力、名誉、尊重、自尊以及闲暇等他人同样追求的善品,波斯纳提出的法官效用函数对观察我国法官群体行为策略同样有借鉴观察意义。^⑰综合我国国情,我国的法官效用函数可设为: $F=f(U)$, $U=f(t_j, t_i, I, R, O)$ 。其中, F 是司法公正, U 是法官效用, t_j 是法官办案时间, t_i 是法官休闲时间, I 是法官工作收入, R 是声誉, O 代表众望、威望以及避免司法判决被撤销等等(见图11)。^⑱

图 11: 我国的法官效用函数图



进入二审程序的许多刑事案件性质比较复杂,按照庭审实质化要求,法官应在庭

^⑮ 李长城:《发回重审与程序滥用》,载《山东警察学院学报》2013年第25期。

^⑯ 牟治伟:《总理、法官与错案》,载<http://chuansong.me/n/1333274>,2017年6月28日访问。

^⑰ 余枫霜:《刑事程序失灵和程序法的人性假设》,载《湖南大学学报(社会科学版)》2013年第6期。

^⑱ 龙城飞将:《法官个人的效用函数——法运行的经济学观察》,载http://blog.sina.com.cn/s/blog_554b1e9501009faq.html,2017年7月29日访问。



审中查清争议事实，避免或减少案卷中心主义的局限甚至误导。^{①9}为此，承办法官要耗费大量的时间和精力。于此同时，承办法官因提审被告人来回奔波在一审法院辖区看守所与二审法院之间，交通时间成本和交通安全风险较高。^{②0}而与二审件的普通审理程序相比，法官通过发回重审的结案方式所耗费的时间成本和精力相对要小。在办案数量压力和司法绩效考核压力的压迫下，以及在法官效用函数中R、I等这些变量未有较为明显提高的背景下，法官受“善品”驱动，而会力求通过减少办案时间及精力消耗来完成绩效考核指标而达到一种较为惬意的工作状态。因此，二审法官“巧用”发回重审程序了结案件而顺利转移办案压力也是“人之常情”。

（三）“维稳逻辑”驱使下的正义理念失守

法官是法律世界的国王，除了法律就没有别的主上。应然的刑事司法场域是一种刚性、封闭式与独断性的演绎场域，法官因其自身拥有足够的资本总量和资本能量，而对案件拥有最终的公正处理权。^{②1}而在权威型国家管理模式下，原本以司法公正为价值追求的司法场域逻辑异化为以社会维稳为中心的治理逻辑，法院也因此成为了社会维稳大局下的国家机器的治罪工具。^{②2}在社会维稳责任压力的驱使下，二审法官往往不愿坚持疑罪从无原则，而是通过发回重审以规避放纵犯罪和打击犯罪不力的责任，避免来自政府、社会公众、新闻舆论以及受害者家属的责难。同样，原审法院在重审案件时也不能置身于社会维稳大局之外，面对权力机关的案外协调、受害者家属上访、社会公众严惩犯罪的呼声，而不敢轻易纠正本院原来一审时作出的判决，因而“拒不纠错”的态度较为坚决，这也是余祥林、赵作海、念斌等冤案屡禁不止的一个重要原因。^{②3}而且，在社会维稳和绩效考评的双重压力驱使下，检察机关也不愿承受案件被法院宣判无罪后所遭致负面评价之影响，往往会利用自身所持有的法律监督权力这一司法场域资本对法官施压，原本拥有最终话语权的法官自觉或不自觉地服从了检察机关，^{②4}因而司法实践中出现如图6中的原审法院在重审案件时与公诉机关达成“疑罪从挂”“疑罪从轻”的诉讼合意之现象也不足为奇。

（四）“角色冲突”情景下的权力寻租冲动

现实中法官除了扮演“法律人”，还须扮演“社会人”“行政人”的角色。熟人

^{①9} 龙宗智：《庭审实质化的路径和方法》，载《法学研究》2015年第5期。

^{②0} 李婷：《司法改革背景下刑事二审庭审实质化问题思考——以刑事二审审判权的运行实践为出发点》，载《法律适用》2016年第7期。

^{②1} 张心向：《论场域资本运作对刑事司法的影响——以布迪厄资本理论为分析视角》，载《南开学报（哲学社会科学版）》2009年第2期。

^{②2} 王普、王晓飞：《冤案的发生过程及其防范——以司法场域运作逻辑为视角》，载《黑龙江省政法管理干部学院学报》2011年第4期。

^{②3} 宋雪薇：《论刑事冤案形成的原因及其预防对策——由余祥林、赵作海案引出的思考》，载《楚天法治》2015年第4期。

^{②4} 陈兴良：《从“法官之上的法官”到“法官之前的法官”》，载《中外法学》2000年第6期。

社会中根深蒂固的关系、面子、人情共同构成的情理规则，造成了法官“社会人”角色与法官“法律人”角色发生的冲突；²⁵于此同时，法院科层化的管理体制以及外部官僚权力的“渗透”，使法官沦落为一种科层化的生存状态，²⁶造成了法官“行政人”角色与法官“法律人”角色发生冲突。²⁷法官多重角色间的冲突，也可能会诱使法官丧失坚守的阵地，让渡出自己权力，于此同时也会获得的一定的利益，诸如金钱、“面子”“人情”或“领导的赏识或者将来可能的关照”等个人利益。²⁸在当前的反腐高压态势面前，“聪明”的法官对权力的让渡会有一定底线的，这个底线就是一定不能触犯法律法规。²⁹

发回重审程序其本质仍是一种诉讼程序，其运行模式应当按照诉讼的模式来构建。³⁰事实上，无论是因事实不清、证据不足或是因程序违法而引起的发回重审均由法院独自作出裁决，而诉讼程序的内在制衡机制，诸如被告人的诉讼参与、检察机关的监督却不见踪影，法官几乎不受任何约束和制衡。不受制约的权力必然导致权力的滥用。在制衡机制失语和法官多重角色冲突的双重情景下，法官不免滋生利用发回重审程序这一不违背法律规定的形式迫使原审法院重审时依“内部指导函”行事的冲动。

三、进路探寻：制度运行失灵的破解之道

刑事二审发回重审制度所具有的救济、监督和独立的价值功能其他制度所不可替代的，因而被现代刑事诉讼国家普遍作为一项不可或缺的上诉审结制度。虽然目前该制度在实践运行中存在失灵现象，但可通过更新司法理念和健全司法权运行机制加以克服并实现其功能价值的本位回归，而不是因噎废食直接废除该项制度。

（一）确立程序适用例外原则

思想是行动的先导。要解决刑事二审发回重审制度运行失灵的问题，必须首先要更新司法理念。在面对事实不清，证据不足的案件时，司法裁判者往往会习惯性运用“宁枉勿纵”的思维进行裁判。³¹而疑罪从无原则是现代刑事法治的核心原则，是防范冤

²⁵ 纪伟：《正名·定分·成事——法官角色定位之于审判权独立行使》，载《全国法院系统第二十二届学术讨论会论文集》。

²⁶ 参见徐亚文、邵敏：《内涵、困境与构建：领导干部干预司法问题及其防控》，载《河南财经政法大学学报》2016年第2期。

²⁷ 瞿琨：《论法官角色与公正司法》，载《学术界》2006年第1期。

²⁸ 王亚新：《“司法腐败”现象的一种解读》，载《思想战线》2005年第4期。

²⁹ 徐琳：《基层法官的角色冲突与行为逻辑——以K市人民法院为例》，哈尔滨工程大学2012年硕士论文。

³⁰ 陈瑞华：《刑事诉讼的前沿问题》，中国政法大学出版社2005年版，第408页。

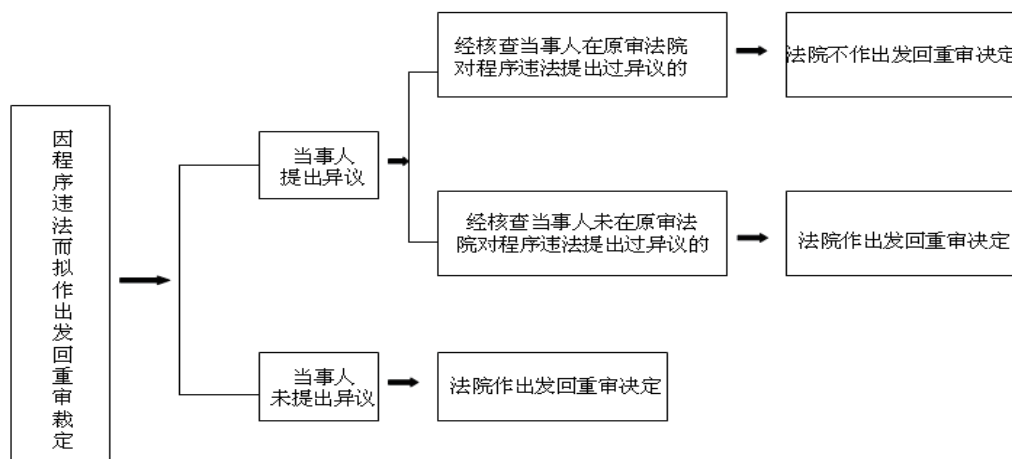
³¹ 严军：《宁纵勿枉——浅议存疑无罪案件的程序选择》，载《青年与社会：（下）》2014年第10期。

假错案的有效且唯一的选择，^{③②}贯彻落实“疑罪从无”也是现代刑事司法文明与进步的重要标志之一。在新刑法确立以尊重和保障人权为价值基础的大背景下，应牢固树立“疑罪从无”现代司法理念，避免对“宁枉不纵”的追诉偏好。为更好地贯彻落实疑罪从无原则，就应确立发回重审程序是二审裁判程序例外的原则，对确实是“疑罪”的案件依法改判无罪，而不是通过发回重审让“疑罪从无”变为“疑罪从轻”或“疑罪从挂”，从而有效消除滥用发回重审制度的思想根源。

（二）构建被告人诉讼参与机制

赋予刑事当事人诉讼参与权是刑事司法民主的必然要求。^{③③}在二案发回重审裁判程序中，被告人的诉讼参与权主要体现在被告人对拟发回重审裁定的异议权。针对被告人对程序违法属于有害错误^{③④}拟要发回重审的裁定异议，可借鉴美国、德国和日本等西方发达国家在刑事诉讼过程设立的“当时异议规则”^{③⑤}进行操作（见图12）。

图12 被告人对程序违法属于有害错误拟要发回重审裁定的异议流程图



针对被告人对除程序违法属于有害错误以外拟要发回重审裁定的异议，应采取公开的听证方式对异议进行审查^{③⑥}（见图13）。这样操作有利于防止该异议审查程序流于形式而演变成“行政审批式审查”或“二审程序的重复”。

^{③②} 武玉皎：《论“疑罪从无”在司法实践中的适用》，载正义网（2015年8月21日），2017年8月3日访问。

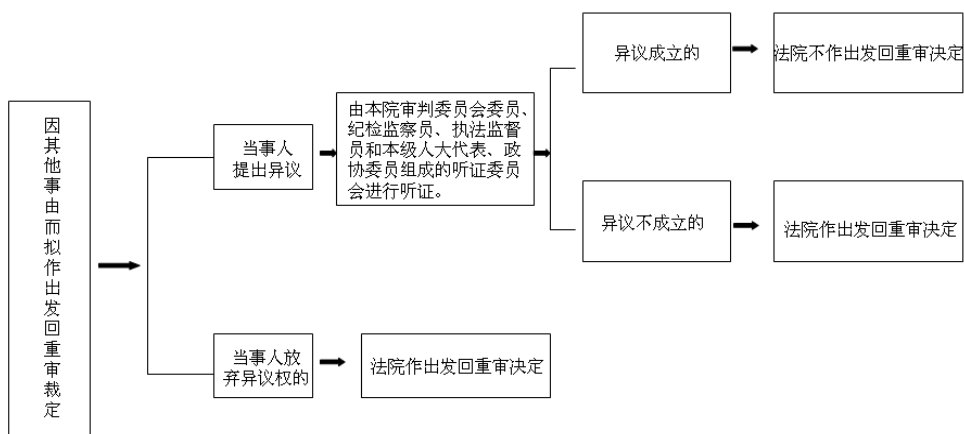
^{③③} 郭宁、石晓波：《刑事程序反向运行的法律控制研究——以审判程序为视角》，载《学海》2014年第1期。

^{③④} 程序违法属于有害错误是指，程序违法严重影响程序公正或者可能影响实体判决。

^{③⑤} 李华武、陈家傲：《设立审查程序：破解刑事二案发回重审难题新路径》，载《广东行政学院学报》2015年第1期。

^{③⑥} 前引^{③③}。

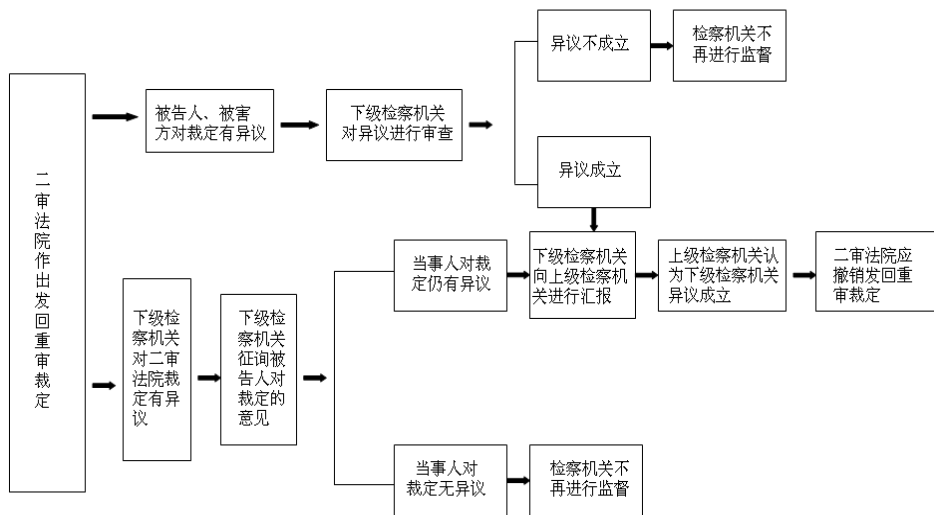
图 13 被告人对以其他事由拟要发回重审裁定的异议审查流程图



（三）建立司法监督制约机制

权力不受监督制约必将导致权力的滥用。缺少了外部权力的监督和制约，而仅靠法院内部监督，是难以保证刑事二审发回重审制度功能不出现异化。^⑤作为国家法律监督机关的检察机关对法院发回重审行为进行诉讼监督也是其履行法律监督职责的应有之义，因此，应赋予检察机关对二审法院作出发回重审裁定的法律监督权。为进行有效法律监督而又不破坏原本的审级制度和干预司法裁判，可采取以下方式和流程进行监督（见图 14）。

图 14 检察机关对二审法院发回重审裁定的法律监督流程图



^⑤ 卢迪：《论刑事二审发回重审制度之重构》，载《湖北函授大学学报》2016年第1期。



(四) 健全法官职业保障机制

1. 构建法官责任豁免机制。在当前推进的法官惩戒制度设计中不仅要体现追责的公开、透明和严密性,而且也要充分保障法官的专属权利,赋予法官免受违法追究的豁免权。目前,我国的宪法、法官法对法官责任豁免缺乏明确的规定,虽然两办颁布的《保护司法人员依法履行法定职责规定》、最高法院颁布的《完善人民法院司法责任制的若干意见》和《司法责任制实施意见》对法官责任豁免问题有所涉及,但这些规定散落在有关章节,缺乏整体性和系统性,更多时候是以一种例外、补充的形式出现³⁸,而且内容抽象含糊,法律位阶较低,难以抵御法院内部和外部权力部门对法官滥用责任追究的权力冲动和恣意。国外法治实践表明,司法权正当理性地运行离不开司法责任制的制约,更离不开法官依法履职保护机制的支撑。³⁹因此,在修订宪法和法官法时应确立法官责任豁免原则,明确法官责任豁免事项,使法官责任豁免制度具有可操作性,从而更好地保障司法和法官之独立,让法官免遭恣意追责之威胁和权力之无理诘难的困境。⁴⁰

2. 构建科学的绩效考核机制。当前法院突出对法官结案率、改判率、发回重审率等指标的考核和检察院突出对检察官无罪判决率、追诉纠错率等指标的考核不仅会导致司法的功利化,⁴¹而且也会强化法检两家内部不正常的协调配合,极易将本应是控、审之间相互制约关系演变为协商式的“流水线”运作的线形关系,使正常的诉讼结构扭曲,从而损害刑事诉讼程序价值之实现。因此,应改革法检两家对法官、检察官的刑事诉讼绩效考核评价机制,消除“司法GDP”的路径依赖,司法绩效评价应该吸收人大代表、政协委员、律师、学者、当事人等评价意见,不得以结案率、上诉率、改判率、发回重审率等单项考核指标来评价法官业绩,也不得以及无罪判决率单项考核指标来评价检察官业绩。同时,为保证实施司法绩效考评内部程序的正当化,还应当确立本级单位之间、上下级单位之间的绩效考核异议机制。

3. 科学核定法官办案数量。法官的工作强度越大,则对工作倦怠程度越高。⁴²因此,法院应当根据审判规律和法院工作实际,合理测算法官工作饱和度,科学确定法官办案数量,适时调整法官员额配置或者增补司法辅助人员。同时,在确定法官办案数量时,应对难易程度不同的案件进行科学合理折算,使其既能全面客观地评价法官的工作量,并能充分发挥考核制度对法官的激励作用。

4. 完善防范权力干预司法机制。权力干预司法是阻碍法官依法独立行使审判权的

³⁸ 武健:《法官惩戒制度的反思及构建》,载《法律适用》2017年第7期。

³⁹ 唐红:《法官责任豁免制度的理性思辨》,载《人民司法(应用)》2017年第19期。

⁴⁰ 前引³⁸。

⁴¹ 龙宗智:《审判管理:功效、局限及界限把握》,载《法学研究》2011年第4期。

⁴² 侯祯、李永鑫:《法官工作倦怠调查》,载《中国组织工程研究与临床康复》2007年第39期。

最大难关。^{④3}虽然两办出台的《领导干部干预司法活动、插手具体案件处理的记录、通报和责任追究规定》(以下简称《规定》)对权力干预司法起到了一定制约作用,但由于《规定》对权力干预司法行为缺乏严苛的责任追究,加之受科层化权力制度逻辑的影响,从而导致司法人员并不具备防抗上级官员的动力和能力,进而不敢和不愿去记录领导干部干预司法活动。^{④4}为让《规定》真正发挥作用,最大限度减少权力干预司法,可借鉴目前正在推进的法院人财物省级统管改革工作经验,在省委纪检监察部门专门设立领导干部干预司法行为监察中心,统一受理法官记录在案的权力干预司法行为并对干预者进行严格追责,让欲干预司法的领导干部“望而却步”,营造尊重司法权力和服从司法裁判的良好司法环境。

结语

刑事二审发回重审制度蕴含的价值功能其他制度不可替代的。而在司法实践中,制度运行中出现的各种弊端无不与制度运行失灵有直接关系。实证表明,制度运行失灵之根源不在于立法标准不够明确,而在于司法者的功利主义之思想和行为策略。因而,试图用“立法”的思路来解决“司法”的问题,其效果会大打折扣。要解决制度失灵问题,应回归“司法”之道,通过更新司法理念,健全司法权运行机制,让制度运行回归其价值功能之本位,真正实现其具有的程序救济、程序监督和程序独立的价值功能,进而充分有效保障被告人的合法权益,实现司法公正。

(责任编辑:王文斌)

^{④3} 黄晓云:《司改关键词之三:防范干预审判两个规定,筑起防止司法干预的“防火墙”》,载《中国审判》2015年第23期。

^{④4} 莫皓:《热与冷:领导干部干预司法活动记录、通报制度问题研究》,载《宜宾学院学报》2016年第5期。



激活盲点：汽车合格证让与担保的检视与应变

——基于300份民事裁判文书样本的分析

杨富元*

内容摘要 我国法律虽未明确规定，但民商事实践中汽车合格证让与担保已经屡见不鲜，从经济效用性与权利制约性的角度考虑，社会经济生活中不应禁止这一新类型担保存在。因担保的优先受偿性缺失与“车证分离”易致汽车落户纠纷等问题，司法中囿于合同相对性常陷入优先受偿权支持与否的窘境，学界理论研究多，但指导性不强。本文以民商事文书为实证对象，揭示此类担保纠纷现状，如纠纷数量、分布、诉讼要素、担保效力方面特点，再以制度资源考察为基础，提出相应完善对策：“查缺补漏”，明晰立法路径，探索担保的物权公示规则，增设合格证“先予执行”制度与“返还纠纷”案由，实现与法律制度的“兼容”；依据“关系—处理”的线性裁判规则，统一裁判思路，进行要素审理，提升司法效率。

关键词 担保现状 实证剖析 理性思辨 完善路径

中图分类号：DF521 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)04-166-180

引言

汽车合格证让与担保^①已经成为我国汽车行业融资的主要手段，缓解了经销商的资金压力，实现了市场主体的共赢。但这种游走于法律边缘的融资形态，既不具有法定质押担保的优先受偿性，“车证分离”的营销模式又经常阻碍汽车落户，故而合同的相对

* 杨富元，山东省淄博市中级人民法院法官助理。

① 司法实践中，汽车合格证让与担保有多种称谓，如“汽车合格证质押”“汽车合格证抵押”“汽车合格证融资担保”“新类型担保”等，为行文方便，本文统一采用“汽车合格证让与担保”这一称谓。

性能否突破与担保协议的效力认定,成为司法裁判的主要焦点问题。在样本归纳和理论分析后,本文认为,在现有法律制度框架内补强合格证让与担保的制度规则与形成审理让与担保纠纷统一的裁判思路是完善现阶段汽车合格证让与担保的有效路径。

一、现实图景:汽车合格证让与担保的实证剖析

裁判文书来源以中国裁判文书网为主,互联网、本地区裁判文书为补充,能够准确地反映我国现阶段汽车合格证让与担保的审理现状,^②经过合理标准的筛选,^③选取了300份汽车合格证让与担保的民事裁判文书作为剖析样本。样本总量具有“涵盖广泛”的特点:案由全面,包括了合同、交付、质押等涉及汽车合格证让与担保的90多个三级民事案由;地域广泛,包括了全国所有省、自治区、直辖市法院汽车合格证让与担保的民事裁判文书;审级全面,包括了一审、二审和再审的民事裁判文书;内容广泛,包括了“汽车合格证”所涉及的文书事实、理由、裁判主文部分。

(一) 汽车合格证让与担保的现状

案件数量看,从2008年开始,^④每两年的裁判文书数量分别为:2008—2009年9份、2010—2011年24份、2012—2013年42份、2014—2015年101份、2016—2017年124份。^⑤由此可见,让与担保纠纷呈现井喷状态,裁判文书数量激增^⑥;地域分布看,按我国传统地理区域划分,文书数量依次为:华东地区76份;华北地区61份;中南

^② 2017年11月2日6时30分,笔者在中国裁判文书网搜集案例,以“汽车合格证”为对象(当时的裁判文书总量共计30004744篇),采用全文搜索的方式,共搜索出案例1235篇,其中民事案由1085件,约占“汽车合格证”案例的87.94%。进一步限缩民事案件与民事案由搜索后,按关键词筛选,排名前几位的民事案件分别是合同687篇、交付624篇、质押458篇、担保408篇、所有权354篇、标的物354篇、返还332篇、买卖合同331篇等,均与汽车合格证让与担保有密切联系;按民事案由筛选,合同纠纷923篇、物权保护纠纷70篇、侵权责任纠纷64篇;按法院层级筛选,高级法院12篇、中级法院385篇、基层法院688篇;按地域筛选,涉及全国29个省、自治区、直辖市,排名靠前的省份有河北省163篇、安徽省154篇、河南省106篇、吉林省102篇;按裁判年限筛选,时间跨度为2008年至2017年;按审判程序筛选,一审程序695篇、二审程序373篇、再审程序17篇;按文书类型筛选,判决书为805篇、裁定书为280篇。

^③ 为了确保样本的真实性与代表性,对关联性案件,如浙江省东阳市人民法院的(2010)东商初字第1113—1121号、江西省上饶县人民法院的(2017)赣1121民再6—13号等,作为一个文书样本研讨,在300份文书样本中共有66件关联案件样本。关联案件最多的是吉林省四平市中级人民法院(2016)吉03民辖终13—91号,共有79件。

^④ 浙江省嘉兴市中级人民法院(2008)嘉民二终字第663号上诉人王文华、钦利明与被上诉人李坚祥、原审被告嘉兴市祥英汽车销售服务有限公司民间借贷纠纷一案,是笔者在中国裁判文书网上能搜索到的汽车合格证让与担保的最早案例。该份文书揭示了我国汽车合格证让与担保的早期形态,如汽车合格证让与担保肇始于民间借贷合同关系、担保形式为合格证质押、让与担保责任形态一般为连带保证等,这些特征也是本文实证分析的起点。

^⑤ 2016—2017年民事裁判文书统计时间截止到2017年10月18号。

^⑥ 司法实践中,汽车合格证让与担保纠纷在2002—2010年也大量存在,从OpenLaw等法律网站上均可以查询到相关案例,考虑到中国裁判文书网的权威性 & 司法研究的缜密性,本文以中国裁判文书网所能查询的案例为主展开讨论。



地区 57 份；东北地区 40 份；西北地区 35 份；西南地区 31 份。可以说，各地区裁判文书数量大体均衡，并与地区的经济发展水平状况基本适应；审级结构看，裁判文书的审级全面，一审、二审、再审均有涉及，但文书数量极不均衡，一审文书最多为 196 份，二审文书次之为 98 份，再审文书仅为 6 份。这使得让与担保纠纷的裁判文书审级数量呈现“金字塔形”；法院层级看，让与担保纠纷的裁判文书数量与法院层级呈反向关系，即法院的层级越高，案件越少。样本中，基层人民法院文书有 182 份，中级人民法院文书有 105 份，高级人民法院文书有 13 份，中基层法院是处理此类担保纠纷的主阵地。

（二）裁判文书中“汽车合格证”的态势分布

“汽车合格证”这一关键词分布在裁判文书事实、理由、裁判主文三部分。

1. 事实部分的特点

“汽车合格证”在文书事实部分出现次数较为频繁，具体分布详见下图：^⑦

审级	总数	判决	判决书事实部分	次数	裁定	裁定书事实部分	次数
一审程序	182	145	①“XXX 向本院提出诉讼请求”	37	37	①“起诉人 XXX 向本院提出诉讼请求”	12 ^⑧
			②原告的“事实和理由”	37		②原告的“事实和理由”	12
			③“XXX 辩称”或“XXX 诉 / 述称”	19		×	0
			④“对有争议的证据和事实，本院认为如下”	152		③“本案在审理过程中”	35
二审程序	96	69	①“XXX 上诉请求”与“事实和理由”	13	27	①“XXX 上诉请求”与“事实和理由”	27
			②“XXX 辩称”或“XXX 述称”	5		②“XXX 辩称”或“XXX 述称”	6
			③“XXX 向一审法院起诉请求”“一审法院认定事实”“一审法院认为”“判决：...”	69		③“XXX 向一审法院起诉请求”“一审法院认为”	21
			④“对当事人二审争议的事实，本院认为如下”	84		④“本院审理过程中”“本院审理查明”	17

^⑦ 依据最高人民法院《关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》，民事调解书一般情况下不在中国裁判文书网上公布，且民事调解行为系当事人对权利的自行处分，因此本文未截取民事调解书进行实证分析。

^⑧ 汽车合格证让与担保的裁定书数量不多，所分析的样本也多涉及程序性事项，如河南省鹤壁市中级人民法院（2016）豫 06 民终 252-261 号系列案件就是关于管辖权异议的裁定。

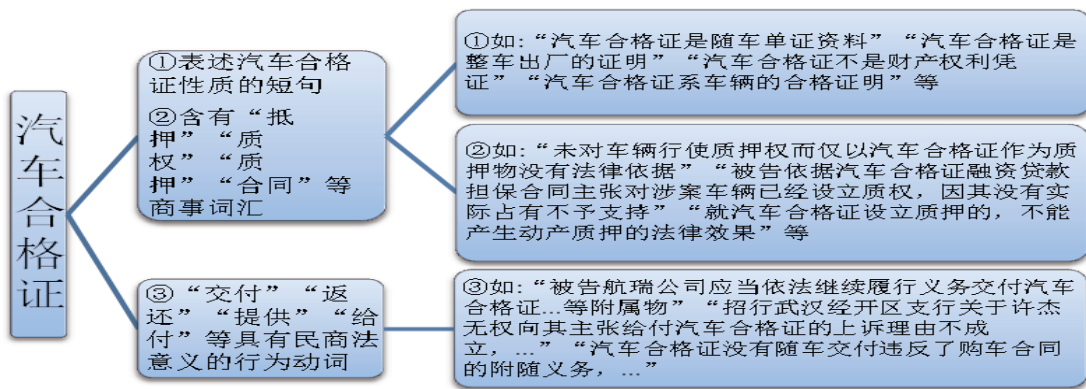
再 审 程 序	6	5	①“XXX 申请再审称”	1	1	①“XXX 申请再审称”	1
			②“XXX 辩称”或“XXX 述称”	1		②“XXX 提交意见称”	0
			③“XX 法院认定事实”“XX 法院原审认为”“XX 法院（原审）判决：...”	6		×	0
			④“围绕当事人的再审理求，本院对争议的证据和事实认定如下”	3		③“本院审查过程中”“本院再审过程中”	1

注：× 号为无对应项^⑨

事实部分中“汽车合格证”的出现具有反复性，是文书记载与论述的主要内容，具有题眼的作用，既体现了裁判文书严密的逻辑性，又反映了目前法院当事人主义的职能倾向。

2. 理由部分的特点

首先，“汽车合格证”与具有民商法意义的行为动词“交付”“返还”“提供”“给付”等联系在一起形成意思表述；^⑩其次，“汽车合格证”与表述事物性质的短句^⑪和含有“抵押”“质权”“质押”“合同”等民事词汇的语句一起出现。^⑫详见下图：



3. 裁判主文部分的特点

主文部分明显体现了对汽车买卖合同关系中消费者权益的保护，判项语句表述为固定格式。详见下图：

^⑨ 事实部分①②③④项的划分依据为最高人民法院 2016 年版《民事诉讼文书样式》中一审、二审、再审文书标准格式。

^⑩ 详见河南省平顶山市卫东区人民法院（2016）豫 0403 民初 2966 号、安徽省滁州市中级人民法院（2016）皖 11 民终 886 号、江苏省徐州市泉山区人民法院（2016）苏 1103 民初 4439 号。

^⑪ 详见江苏省南京市江宁区人民法院（2017）苏 0115 民初 5560 号、山东省泰安市中级人民法院（2016）鲁 09 民终 401 号。

^⑫ 详见湖北省黄石市下陆区人民法院（2016）鄂 0204 民初 341 号、陕西省西安市新城区人民法院（2016）陕 0102 民初 6198 号。



格式①：“被告XXX、（第三人XXX）于本判决生效之日起X日内向原告XXX（原审原告XXX）交付（返还）...汽车合格证。” ^⑬
格式②：“被告XXX、（第三人XXX）于本判决生效之日起X日内交付原告XXX（原审原告XXX）...汽车合格证。” ^⑭
格式③：“限被告XXX（第三人XXX）于判决生效后X日内向原告XXX交付汽车合格证，并协助...办理汽车挂牌手续。” ^⑮

注①：被告或第三人一般是汽车销售商、金融机构，如武义润通汽车销售有限公司、华夏银行股份有限公司重庆分行等，实际占有汽车合格证的委托保管机构特定情形下也可以作为被告或第三人；^⑯

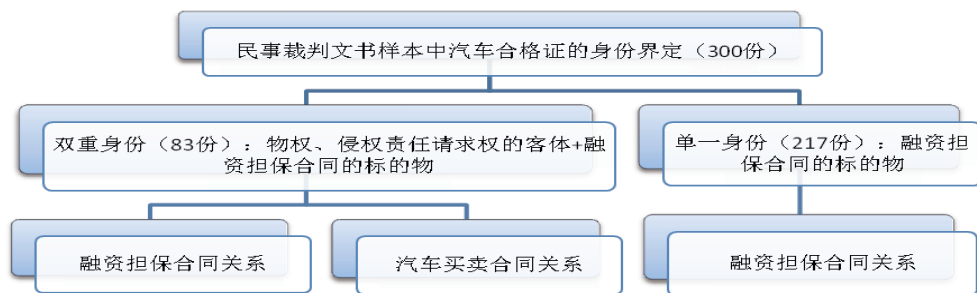
注②：原告（原审原告）一般是购买汽车的消费者；

注③：履行法院判决的时间 $X \leq 10$ 天。^⑰

（三）裁判文书样本的深层归纳

1. “汽车合格证”的身份

依据涉案合同关系的不同，“汽车合格证”在文书中有“双重身份”“单一身份”之分。详见下图：



在“双重身份”裁判文书中，消费者提起侵权或返还之诉时，汽车生产商、经销商、金融机构、借款人、委托保管机构等均可作为消费者起诉的对象。实践中，根据维权

^⑬ 如江西省上饶县人民法院（2017）赣1121民再11号案件：“二、被告华夏银行股份有限公司重庆分行于本判决生效之日起三日内向原告陈爱红、郑增平返还...汽车合格证原件；”

^⑭ 如浙江省武义县人民法院（2014）金武商初字第1212号案件：“二、被告武义润通汽车销售有限公司于本判决生效后十日内交付原告段晓婷...汽车合格证原件。”

^⑮ 如山东省济宁高新技术产业开发区人民法院（2015）济高新区商初字第840号：“限被告济宁聚源汽车销售服务有限公司于判决生效后10日内向原告交付汽车合格证，并协助原告王某办理汽车挂牌手续。”

^⑯ 如浙江省东阳市人民法院（2010）东商初字第1622号：“...第三人深圳骥达保管服务有限公司应于本判决生效当日向原告马某某交付...汽车合格证及其车钥匙一把。”

^⑰ 裁判文书判项中规定履行法院判决的时间一般为3、5、7天，也有法院判决当天履行的，最长的履行期限为10天，如河南省洛阳市瀍河回族区人民法院（2014）瀍民初字第902号：“被告洛阳天璐汽车服务有限公司于本判决生效后10日内向原告刘麦国交付...汽车合格证原件。”

需要，消费者可自行选择被告或申请追加第三人。^⑮

在“单一身份”裁判文书中，让与担保的承诺人既可以是债务人，也可以是连带保证人。^⑯汽车合格证的保管一般由担保合同各方签订《委托保管协议》来进行，既保障债权清偿，又防止债权人滥用合同权利。

2. “诉讼要素”同质化趋势明显

样本中的诉讼关系、诉讼目的、请求权内容、裁判结果等诉讼要素呈现趋同态势，详见下图：

审级	诉讼关系		诉讼目的	请求权内容	裁判结果
一审	消费者	汽车经销商、金融机构、 ^⑰ 出借人等实际占有人	汽车落户、财产赔偿	返还汽车合格证、赔偿相应损失	一般支持返还汽车合格证
	金融机构或出借人 ^⑱	汽车经销商、消费者、保证人 ^⑲	债权清偿	债权依让与担保优先受偿	支持债权，不支持优先受偿权
	汽车经销商 ^⑳	金融机构、出借人等汽车合格证实际占有人	消费者落户压力等原因 ^㉑	返还汽车合格证	一般不支持返还汽车合格证

^⑮ 山东省东营市中级人民法院（2016）鲁05民初33号案件中，消费者王永强选择了汽车经销商东营市攀登进口汽车修理有限责任公司作为起诉对象，依据案件审理的需要，依王永强申请，法院依法追加了汽车生产商中国银行股份有限公司长春汽车厂支行、运输商一汽物流有限公司、汽车经销商的汽车合格证保管人薄纯洁为本案第三人，要求协助履行汽车合格证交付义务。而本案中法院最终判决实际占有汽车合格证的一汽物流公司负有返还义务。

^⑯ 经过对样本的分析，保证人的保证形式一般为连带保证责任，在债权人起诉后，保证人以保证合同约定不明为由主张一般保证的情形，法院一般不予支持。在广西壮族自治区那坡县人民法院（2014）那民一初字第222号一案中，担保人杨帆在法庭审理时主张其虽出具了汽车合格证作为担保标的来为陈恩桃的借贷提供担保，但是合同中并无约定保证的具体方式，依据合同订立的本意，应为一般保证，由陈恩桃先以个人财产来偿还债务，法院对其抗辩理由不予采纳，仍旧判令担保人杨帆承担连带保证责任。

^⑰ 此处的金融机构应作广义理解，依据样本的考察，除银行是主要的借贷机构外，典当公司（山东省淄博市张店区人民法院〈2015〉张民初字第1100号）、小额贷款公司（广东省东源县人民法院〈2016〉粤1625民初1260号）、农村合作社（河南省扶沟县人民法院〈2016〉豫1621民初829号）等均是适格的诉讼主体。

^⑱ 此处的出借人仅指自然人。

^⑲ 金融机构及出借人等债权人的起诉对象并不固定，而是以最有利于实现其担保债权的方式来起诉，如河北省廊坊市安次区人民法院（2015）安民初字第2071号中国银行股份有限公司廊坊市永华道支行与被告郭宇（连带保证人）借款保证合同纠纷一案，原告仅起诉有还款能力的连带保证人。

^⑳ 如山东省菏泽经济开发区人民法院（2016）鲁1791民初702号，汽车经销商北方公司依据消费者的要求起诉聚兴公司，要求按照所有权将其占有的合格证返还给北方公司。

^㉑ 消费者团体购车的情况下，若缺失汽车合格证而无法落户，消费者极易上访、闹事，造成社会的不稳定，因此汽车经销商起诉还有政府维稳方面的压力。



二审	金融机 构或出 借人	汽车经销商、消费者、 保证人	债权清偿或合法 占有合格证	债权优先受偿或占有 汽车合格证合法 ²⁵	支持债权，不支持优先 受偿权或支持消费者的 合格证返还请求
再审	金融机 构或出 借人	汽车经销商、消费者、 保证人	债权清偿或合法 占有合格证	债权优先受偿或占 有汽车合格证合法	支持债权，不支持优先 受偿权或支持消费者的 合格证返还请求

如图所示，汽车合格证让与担保纠纷具有类型化的特点，司法实践中，案件审理的思路与裁判结果较为统一。

3. 让与担保协议的效力形态

裁判文书中让与担保协议的效力在“本院认为”部分呈现多种形态，详见下图：

效力形态	样本实例
违反法律、法规强制性规定，合同无效。	“根据《中华人民共和国物权法》第212条之规定，质权自出质人交付质押财产时设立。... 上诉人诺得公司提出《权利质押合同》属无效合同的上诉理由成立，本院予以支持。” ²⁶
合同订立，但内容约定不明，质押物未交付，质权不成立。	“双方虽然签订了《汽车合格证监管协议书》，但该协议除监管约定外，未约定具体的质押条款及质押标的，且未交付质押物，原告主张对质押财物变卖或折价的价款享有优先受偿权，本院不予支持。” ²⁷ 此种情形较少。
合同订立，质押物未交付，质权不成立。	“原告与被告翔远公司签订《动产质押合同》，但汽车合格证... 不具备转移占有的一般公示效力。因车辆作为双方约定的质押物并未交付，故本案质权并未设立，原告要求就涉案车辆享有优先受偿权没有事实及法律依据，本院不予支持。” ²⁸ 这是关于让与担保协议效力的主流观点。
合同订立，质押物未交付，质权不成立，担保协议具有债权性效力。	“本案中，华夏银行根据三方协议以质押的方式占有汽车合格证，未在相关部门办理公示手续，也未向消费者披露消息，故不能产生担保物权的法律效力，仅可对抗三方协议中的合同相对人。” ²⁹
合同订立并生效，质权设立，有优先受偿权，但是不得对抗第三人。	“万宝公司以其所购的汽车为中信银行长沙分行的债权设定质押，双方订立了《最高额质押合同》，该质押权依法自质押合同生效时设立。故中信银行长沙分行有权就万宝公司提供的... 汽车合格证主张优先受偿，本院予以支持，但该质押权未经登记，依法不得对抗善意第三人。”这是对担保协议效力的最大限度认定。 ³⁰

总体而言，除因担保合同自身瑕疵外，司法裁判中一般对担保协议的效力持肯定态度，但普遍不认可让与担保的合同债权具有优先受偿性。

²⁵ 如山东省济宁市中级人民法院（2017）鲁08民终1544-1549号买卖合同纠纷一案，上诉人菲亚特克莱斯勒汽车金融有限责任公司主张“一审法院判决要求菲克金融公司向富尧公司交付合格证，富尧公司再向被上诉人李锋交付车辆合格证突破了合同的相对性，也突破了一审案件的诉讼请求，属于法律适用错误”“菲克金融公司监管了部分合格证，这种监管合格证模式也是行业惯例，符合国家法律规定，且符合银监会的监管要求，在富尧公司没有偿还贷款时，菲克金融公司有权依据合同约定不交付合格证。”

²⁶ 如宁夏回族自治区高级人民法院（2016）宁民终字第198号。

²⁷ 山东省济南市市中区人民法院（2014）市商初字第1161-1164号。

²⁸ 宁波市镇海区人民法院（2009）甬镇商初字第996号。

²⁹ 江西省上饶县人民法院（2017）赣1121民再6-13号案件。

³⁰ 湖南省长沙市芙蓉区人民法院（2014）芙民初字第2662-2681号。

二、成因检视：汽车合格证让与担保的理性思辨

（一）“汽车合格证让与担保禁止理论”的不可行

近年来，消费者因缺少汽车合格证而无法落户的纠纷频现，使得禁止汽车合格证让与担保的呼声在学界与民间高涨，^①“汽车合格证融资行为并不能够平衡消费者权益或者银行利益受损的局面，所以从这个角度出发，法律应当禁止该种融资模式的存在”。^②本文认为，这种禁止理论未顾及社会经济现实需求，也未对汽车合格证让与担保的法律属性有精准的评判，殊不可取。

1. 从汽车合格证的法律性质判断，合格证载明了企业名称、标识及防伪信息，是证明汽车整车合格的唯一法定文件。汽车合格证作为一种新类型担保工具，“通过限缩债务人或第三人行使权利，增添债务人经济上的不利益，以激发债务人主动履行债务的动力，从而间接保障自己债权得以实现。”^③简言之，汽车合格证在让与担保中是一种权利限制工具，“银行以质押的方式占有合格证，其本意正是利用合格证对汽车的特殊功效来限制债务人或第三人支配和使用对应车辆，借此达到控制贷款风险，促进债权实现之目的。”^④

2. 从让与担保的经济效用判断，汽车合格证让与担保能够实现合同各方自身利益最大化和节约成本。在让与担保中，消费者分期购车时，可以凭担保获得借贷，缓解资金压力，实现对汽车的占有、使用、收益、处分；汽车经销商解决了采购新车所需的资金；金融机构或出借人通过占有汽车合格证限制债务人或第三人对汽车的支配和使用，进而控制借贷风险；汽车生产商可以及时收回投资成本，缩短利润周期。在上述环节衔接顺利、运作良好时，让与担保确能实现动产物权、融资合同的契合，最大限度利于“经济融通之必需”。

（二）汽车合格证让与担保效力与返还请求权的适用窘境

在“单一”汽车买卖合同关系中，基于合同约定，对于不交付合格证的汽车经销商，消费者可向其主张交付合格证或者解除合同、返还车款、赔偿损失，《合同法》和《产品质量法》对此均有规定。

在“单一”融资担保合同关系中，金融机构、出借人可基于融资担保合同主张债权与优先受偿的物权请求权，债权请求自无异议，焦点在于让与担保的物权效力。依据《物权法》《担保法》规定，汽车合格证让与担保不是法定的担保形式，当事人基

^① 起初银行等金融机构在融资协议中直接使用抵押或质押等法律专业术语，后为回避法律风险，而改用监管、扣押、托管、代管等非法律用语，业内俗称汽车合格证质押。

^② 吕鸣、姚治昊：《汽车合格证融资行为的法律研究》，载《经济与法制》2013年第3期。

^③ 姚志坚、樊荣禧，《汽车合格证融资担保的法律性质》，载《人民司法》2016年7月上旬刊。

^④ 详见江西省上饶县人民法院（2017）赣1121民再6-13号。



于让与担保主张的物权优先权，司法实践中一般不予支持，^⑤“承认担保的合同效力，满足了其为债权性担保的条件，但根据“物权法定”原则，并不因此承认其具有物权担保效力，不能产生物权，除了法律、法规、司法解释明确承认外，不具有对抗第三人的效力。”^⑥

在汽车买卖与融资担保“双重”合同关系中，消费者基于侵权而主张的返还汽车合格证请求权最为棘手，金融机构、出借人等实际占有人会以“占有系依据担保协议的约定，不是非法占有；双方无合同关系，消费者无权主张返还”为由进行抗辩。一般有五种裁判观点，详见下图：

裁判观点	裁判理由
根据合同相对性原则，消费者无权向融资担保合同的权利人主张。	合同具有相对性，合同当事人不能向合同之外的第三人提出合同上的请求，消费者应依据买卖合同，请求汽车经销商提供合格证或寻求其他合同救济。
融资担保合同权利人拒不返还合格证，构成侵权，应承担返还、赔偿等责任。	合格证作为汽车的附随物，理应归属消费者。金融机构、出借人在明知汽车无合格证消费者不能落户的前提下，仍继续扣留，侵害了消费者的合法权益。
依据《合同法》第52条损害社会公共利益规定，认定担保合同中监管条款无效。	汽车合格证让与担保导致待售汽车“车证分离”，消费者无法落户，应当认定无效。金融机构、出借人基于无效条款占有合格证系非法，应当返还。
依据《合同法》第52条恶意串通、损害第三人利益规定，认定担保合同中监管条款无效。	让与担保造成“车证分离”，违反《合同法》附随义务的规定，损害了不特定消费者的权益，且融资担保合同中各方当事人对这一损害事实是明知的。
根据物权优先于债权原则，债权人应返还汽车合格证。	“无论同一标的物上物权与债权的设定顺序，物权都有优先于债权的效力。” ^⑦ 消费者对汽车及随车单证的所有权效力优于金融机构、出借人的债权。

但实践中，法官的裁判进退两难：银行等金融机构基于融资担保协议占有合格证的性质与效力难以认定；消费者直接向银行等实际占有人主张请求权如何突破合同相对性原则；裁判结果上，支持消费者，则可能导致汽车行业融资模式崩溃，危及金融秩序稳定；若消费者败诉，又背离消费者权益保护的宗旨，难以承受来自公众舆论和社会维稳方面的压力。^⑧

^⑤ 2013年，湖北省高级人民法院（2013）鄂民二终字第86号民事判决书认为，银行未实际占有和控制质押物，仅占有了汽车合格证，故质押财产因未交付而质权未设立，银行对质押物不能享有优先受偿权。

^⑥ 曹士兵：《对非典型担保的司法态度》，载《人民法院报》2005年8月31日。

^⑦ 谢在全：《民法物权论》（上册），中国政法大学出版社1999年版，第37页。

^⑧ 实践中一些法院为维护稳定、缓和矛盾，还采取了一些让银行等金融机构交出汽车合格证的变通做法，如邀请政府相关部门出面协调、联系汽车生产厂家补办合格证等，少数法院在无奈之下甚至以含糊的理由作出有利于消费者的判决。

（三）汽车合格证让与担保的制度资源考察

1. 其他新类型担保的制度范式

（1）商铺租赁权

商铺租赁权是以商铺承租权为标的担保承租商户的银行贷款。承租商户拖欠贷款时，出租人可收回商铺另行出租，所得租金优先清偿银行贷款。该租赁权禁止担保期间的转租行为，权利人可在市场管理部门登记备案或由公证机构办理担保公证。^{③⑨}

（2）银行理财产品担保

银行理财产品担保是指个人或企业以在银行的理财产品为标的担保银行贷款。若债务到期不能清偿，银行有权将理财产品折价变现清偿债权，在实际操作过程中，银行通常会在理财产品的纸质凭证上加盖“质押”印章，防止借款人在担保期间再转让。

（3）房产证质押

房产证质押是指在不变动房屋产权的前提下，债务人或担保人向债权人交付房产证等产权证明担保合同的履行，债务人不履行还款义务时，债权人可自行处置房产证。“司法实践中，若没有办理质押登记，质押权不会设立，仅产生债权性担保效力。”^{④⑩}

2. 汽车合格证让与担保的域外考察

西方国家对汽车合格证融资的法律规定，既有共性之处，也有个性区别，他们的某些做法有一定的借鉴意义。

（1）德国^⑪

德国采取“严格限制”模式：法律规定详细，担保公示制度完善；严格限定融资协议的当事人资质与合同内容，禁止约定“流质条款”；采取“事前审查”“事后备案”结合的监管制度，管控金融风险；案件审理时，重视先予执行，保障消费者的合法权益。

（2）美国^⑫

美国采取“放任主义”模式：尊重金融创新，融资方式、规模由行业协会与企业自行决定；担保公示无严格要求，责任认定采用过错推定原则；通过联邦、州法院的判例设定规则，规范融资秩序；重视消费者权益保护，认定侵权后赔偿数额较大。

（3）日本^⑬

日本融合美、德优点，采取“有限监管”模式：行业协会、政府部门共同制定金融政策和处罚措施；合同“事后备查”为主，尊重消费者的意思自治和缔约权；公示严格，

^{③⑨} 陈本寒：《新类型担保的法律效力认定》，载《人民法治》2015年第7期。

^{④⑩} 郑莉：《浅析以房产证作抵押的抵押合同效力》，载《法制博览》2011年第4期。

^{④①} 参见蔡玳燕：《德国汽车产业掠影》，机械工业出版社2008年版，第93-95页。

^{④②} 参见【美】保罗·英格拉西亚（Paul Ingrassia）：《美国汽车行业的新发展》，孙涤译，中国人民大学出版社2010年版，第131-134页。

^{④③} 参见关洪涛：《战后日本汽车产业的发展及政策研究》，吉林人民出版社2008年版，第177-178页。



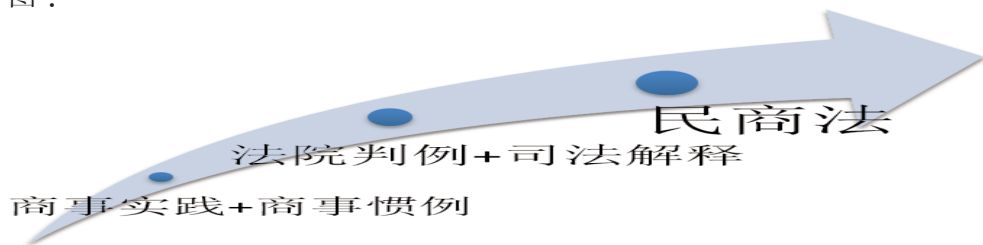
保障社会公众的知情权；青睐集团或公益诉讼，判决可类推适用，缓解当事人诉累。

三、应时而变：汽车合格证让与担保的完善路径

(一) 兼容：在现行法律制度框架内“查缺补漏”，进行补强

1. 尊重司法规律，明晰汽车合格证让与担保的立法路径

随着市场经济的多元化发展，财产资本化的趋势愈加明显，财产的价值进一步发掘和利用，让与担保标的物的范围不断拓展。民商事实践中，担保标的已不再限于动产、不动产、股权、知识产权等现行法律规定的财产权利范围。“商铺租赁权质押、出租车经营权质押、银行理财产品质押、排污权质押等新类型担保层出不穷”。^{④④}立法具有滞后性，而不断创新的市场交易方式总是在检验立法者的智慧。既然汽车合格证让与担保在市场交易中普遍存在，并已发展为行业潜规则，又因其在经济融通中的重要性，对其已无禁止的必要与可能，那么，对此种让与担保进行规则之治就成为最佳选择。首先，从民商法的角度出发，承认担保合同的效力，体现出民法、合同法的任意法本质，有利于此类担保的顺利发展，既满足实践的需要，也可为让与担保最终上升为法定的典型担保创造实践环境；^{④⑤}其次，在实践基础上引导让与担保形成民商事交易惯例；再次，由人民法院以判例的形式，承认其法律效力，明晰其适用规则，待时机成熟后，由最高人民法院出台相关的司法解释，确保各地司法适用尺度的统一；最后，以全国人大或其常委会立法的形式完成汽车合格证让与担保上升为民商法的路径选择。^{④⑥}详见下图：



2. 汽车合格证让与担保中物权公示规则的运用

物权公示是物权法的基本原则，物权只有经过法定的公示方才能产生对抗第三人的法律效力。目前，汽车合格证让与担保是非典型的质押担保，没有法定的公示规则可以遵循，其性质也不同于动产、不动产、知识产权等现行法律规定可以质押的财产权利，司法实践中对其也仅作债权性担保认定。但随着民商事交易的发展，应当创设

^{④④} 陈本寒：《新类型担保的法律定位》，载《清华法学》2014年第3期。

^{④⑤} 前引^{④④}。

^{④⑥} 参见最高人民法院民二庭新类型担保调研小组：《关于新类型担保的调研：现象·问题·思考》，载《商事审判指导》总第32辑，人民法院出版社2013年版，第221-224页。

适当的公示方式，让此种新类型担保的享有与变动为社会公众所知悉，以保护交易安全，实现“物尽其用”。

就具体的公示方式而言，不宜机械地采用不动产登记主义或动产交付主义，依据汽车合格证的性质与让与担保的目的，只要在汽车买卖合同履行过程中，采取了可取信于社会公众的外部表现方式，均可以认定汽车合格证让与担保已经进行了公示，具有一定的对世效力。如在汽博会、4S店等汽车销售场所或待售汽车上加以标牌明示；像商铺租赁权一样，在车辆生产、销售的管理部门进行登记备案，方便消费者查询；在汽车买卖合同条款中注明汽车合格证让与担保事项，警示消费者购买的风险；^{④7}在汽车合格证及相关随车单据上粘贴“核质”字样，当消费者意向购车查看相关材料时予以提示。^{④8}“动产质权的善意取得在理论和实务上均无障碍。基于占有的公信力，再兼动产质权的取得以交付为生效要件，承认动产所有权善意取得的立法必然承认动产质权的善意取得。”^{④9}本文认为，一旦汽车合格证让与担保公示规则明确后，司法裁判时，对消费者返还汽车合格证的请求权，消费者合理注意义务的履行及是否为善意第三人的认定均应依据公示规则严格把握，统一裁判尺度。

3. “汽车合格证先予执行”^{⑤0}或“返还汽车合格证纠纷”

首先，汽车合格证让与担保案件一般事实清楚，消费者起诉多是为了实现汽车落户，以期享有对汽车的占有、使用、收益、处分权益，一旦汽车落户迟延或不能，汽车将因没有合法身份而不能上路行驶，严重影响消费者的生活或生产经营，此种情形符合《民事诉讼法》第106条、107条规定的先予执行条件。因此，汽车合格证的先予执行，能确保消费者及时落户，维护其合法权益。同时，先予执行请求权在司法实践中应受到案件基础法律关系的影响，如果消费者签订的是分期买卖合同，在车款尚未付清的情况下，对汽车合格证先予执行保障汽车落户后，法院应对消费者持有合格证予以一定方式的监管，限制消费者的处分权，防止其恶意逃贷，维护债权人利益。^{⑤1}

其次，应设立单独的“返还汽车合格证纠纷”四级民事案由，方便当事人的诉讼。许多合格证让与担保案件中，获得汽车合格证实现汽车落户是原告诉讼请求权的核

^{④7} 实践中，消费者对合格证融资担保的待售汽车，并不是一概排斥，囿于资金压力，汽车经销商会释出大量的优惠红利，增加销售量，在资金回笼后，将汽车合格证赎回交与消费者，除非汽车经销商的资金链条断裂，一般也不会出现太大问题。

^{④8} 前引④6。

^{④9} 曹士兵：《物权法关于物权善意取得的规定与检讨》，载《法律适用》2014年第8期。

^{⑤0} 如河南省平顶山市卫东区人民法院（2016）豫0403民初2655-2656号。张石领、宋红豫诉平顶山市怡通汽车销售服务有限公司、河南省助业投资担保股份有限公司返还原物纠纷一案，原告为了汽车尽快落户，申请先予执行，一审法院裁定后，从河南省助业投资担保有限公司中执行回汽车合格证，帮助原告顺利落户。

^{⑤1} 实践中，贷款买车时，采取消费者先交纳一定数量的保证金取走合格证，在汽车落户后，由消费者将合格证交回汽车经销商，汽车经销商返还消费者保证金的模式。



心,因此,创设专门的司法请求权,设立“返还汽车合格证纠纷”之诉,囊括此种类案,以方便当事人起诉,理顺法官裁判思路,破解文书说理难题。如当事人返还之诉不成功,可另行提起侵权、合同之诉,也不会妨碍当事人合法权益的维护。案由内容详见下图:^{⑤2}

【案由表述】

返还汽车合格证是指汽车合格证的权利人在其汽车合格证被他人侵夺或无权占有时,该权利人有权要求无权占有人返还汽车合格证。返还汽车合格证仅指物的返还,不包括权利。

返还汽车合格证纠纷是指权利人请求无权占有汽车合格证的人返还汽车合格证而形成的纠纷。

【适用程序】

简易程序

【常用法律条文索引】

●《物权法》(2007年10月1日起施行)

第三十四条 无权占有不动产或者动产的,权利人可以请求返还原物。

【适用本案由需要注意的问题】

◆返还汽车合格证纠纷,应根据当事人产生返还请求权的基础法律关系确定管辖,如因合同关系占有动产的,按照合同纠纷案件管辖处理规定进行;

◆本案由下的请求权人必须是物权人,或者虽然不是物权人,但是法律规定的可行使返还汽车合格证请求权的人,如失踪人的财产代管人等;

◆由于权利人请求返还的是汽车合格证而非替代物,因此,返还标的必须是汽车合格证,这是适用本案由的前提。

(二)完善:统一当前汽车合格证让与担保纠纷的裁判思路

裁判文书是司法权的最终产品,文书说理的逻辑性与裁判的统一性相辅相成。本文认为,应在汽车合格证让与担保公示的前提下,依据诉讼标的、关系的不同,优化裁判思路,确立“关系—处理”的线性裁判规则,以彰显司法效率。以一审为例:

1. 消费者与汽车经销商、金融机构、出借人

(1) 消费者→汽车经销商

消费者诉汽车经销商时,请求权为返还合格证、赔偿损失,请求权类型一般为合同请求权,例外为侵权责任请求权,经销商可以合同履行不能或消费者未履行合同义务进行抗辩。此时,无论公示与否,裁判倾向应支持消费者的诉求,经销商履行返还合格证的附随义务。

(2) 消费者→金融机构、出借人

消费者起诉金融机构、出借人时,请求权同上,请求权类型为物权请求权、侵权责任请求权,金融机构、出借人可以占有系依据融资合同,为合法占有进行抗辩。此时,依据公示与否进行裁判:已公示的,消费者非善意第三人,担保因公示而产生公信力,消费者无权要求返还合格证;未公示的,消费者是善意第三人,担保不具备公信力,消费者有权要求返还合格证。

^{⑤2} 参见景汉朝主编:《民事案件案由新释新解与适用指南》,人民法院出版社2013年版,第425页。

(3) 消费者→汽车经销商、金融机构、出借人

消费者起诉汽车经销商、金融机构、出借人时，请求权同上，请求权类型为物权请求权、合同请求权、侵权责任请求权，经销商可以未实际占有，金融机构、出借人可以占有系依据融资合同，为合法占有进行抗辩。此时，已公示的，消费者不是善意第三人，担保因公示而具有公信力，消费者无权要求返还，但在特殊情况下，基于公平原则，可视情况支持消费者的返还请求权；未公示的，消费者是善意第三人，担保不具备公信力，消费者可要求返还，但金融机构、出借人非汽车买卖合同相对方，没有履行义务。

2. 金融机构、出借人与消费者、汽车经销商

(1) 金融机构、出借人→消费者

金融机构、出借人起诉消费者时，请求权为贷款清偿，请求权类型为合同请求权，消费者可以非合同相对方，产品质量不达标，合同目的不能实现等进行抗辩。此时，应对消费者的抗辩事由进行实体审查，抗辩事由不成立，无论担保公示与否，消费者作为汽车融资买卖合同债务人，应履行清偿购车合同款项义务。

(2) 金融机构、出借人→汽车经销商、消费者

金融机构、出借人起诉汽车经销商、消费者时，请求权为贷款清偿或融资担保的实现，请求权类型同上，消费者可以贷款已清偿、合同目的不能实现等事由进行抗辩，经销商可以无清偿义务、先清偿债务人资产、时效期间等进行抗辩。此时，应对经销商、消费者的抗辩事由分别进行实体审查，抗辩事由不成立，无论担保公示与否，消费者作为汽车融资买卖合同债务人，经销商作为保证方应当承担还款义务。

(3) 金融机构、出借人→汽车经销商

金融机构、出借人起诉汽车经销商时，请求权为融资担保债权的实现，请求权类型同上，汽车经销商可以无清偿义务、先清偿债务人资产、时效期间等进行抗辩。此时，对经销商的抗辩事由进行实体审查，抗辩事理不成立，无论担保公示与否，经销商作为融资担保合同融资方，应履行担保合同的还款义务。

3. 汽车经销商与金融机构、出借人、汽车生产商

(1) 汽车经销商→金融机构、出借人等合格证实际占有人

汽车经销商起诉金融机构、出借人等实际占有人时，请求权为返还合格证，请求权类型为物权、侵权、合同请求权的竞合，金融机构、出借人等实际占有人可以占有系依据融资合同，为合法占有进行抗辩。目前司法实践中，无论担保公示与否，基于合同相对性与诚信原则，汽车经销商的返还请求权一般不予支持。

(2) 汽车经销商→汽车生产商

合格证让与担保纠纷中汽车生产商的责任认定比较明晰，视其与经销商的法律关系而定。首先，代理法律关系下，汽车经销商担保行为的法律后果及于生产商，为保



护消费者权益，无论是有权代理还是表见代理，只要经销商使消费者形成了合理信赖，产生了信赖利益，汽车生产商均应在纠纷中对消费者的损失承担赔偿责任；其次，买卖合同关系下，生产商完成汽车合格证等单据的随车交付后，汽车经销商进行合格证让与担保或其他融资行为产生的法律后果均与生产商无关。一旦发生纠纷，消费者、金融机构、出借人等不能直接起诉汽车生产商。详见下图：

汽车合格证让与担保纠纷要素审理表

原告	被告	请求权内容	请求权类型	抗辩事由		公示与否	消费者+善意第三人	裁判倾向	裁判要点																																																																		
	汽车经销商	返还合格证、赔偿损失	合同请求权、侵权责任请求权	合同履行不能或消费者未履行合同义务		是	否	支持	交付合格证是完成合同附随义务，实现合同目的要求。																																																																		
						否	是			消费者	金融机构、出借人	返还合格证、赔偿损失	物权请求权、侵权责任请求权	占有系依据融资合同，为合法占有		是	否	不支持	担保因公示而产生公信力，足以对抗消费者的返还请求权。	否	是	支持	担保因未公示而没有公信力，消费者是善意第三人。		汽车经销商、金融机构、出借人	返还合格证、赔偿损失	合同请求权、侵权责任请求权、物权请求权	经销商：未实际占有	金融机构、出借人：占有系依据融资合同，为合法占有	是	否	支持	汽车销售商应履行合同附随义务，但债权人无履行义务。	否	是	支持	担保因未公示而没有公信力，消费者是善意第三人。	金融机构或出借人	消费者	清偿贷款	合同请求权	非合同相对方，产品质量不达标，合同目的不能实现等		是	否	支持	消费者是汽车贷款买卖合同中的债务人，应履行还款义务。	否	否	汽车经销商、消费者	清偿贷款、担保债权实现	合同请求权	消费者：贷款已清偿、产品质量不达标，合同目的不能实现	经销商：无清偿义务；先清偿债务人资产；时效抗辩	是	否	支持	消费者是汽车贷款买卖合同的当事人，应履行还款义务；经销商是买卖合同的保证人或融资担保的融资方，应履行还款义务。	否	否	汽车经销商	担保债权实现	合同请求权	无清偿义务；先清偿债务人资产；时效抗辩		是	否	支持	汽车经销商是融资担保合同的融资方，应履行还款义务。	否	是	汽车经销商	金融机构、出借人等占有	返还合格证	物权请求权、侵权责任请求权、合同请求权
消费者	金融机构、出借人	返还合格证、赔偿损失	物权请求权、侵权责任请求权	占有系依据融资合同，为合法占有		是	否	不支持	担保因公示而产生公信力，足以对抗消费者的返还请求权。																																																																		
						否	是	支持	担保因未公示而没有公信力，消费者是善意第三人。																																																																		
	汽车经销商、金融机构、出借人	返还合格证、赔偿损失	合同请求权、侵权责任请求权、物权请求权	经销商：未实际占有	金融机构、出借人：占有系依据融资合同，为合法占有	是	否	支持	汽车销售商应履行合同附随义务，但债权人无履行义务。																																																																		
						否	是	支持	担保因未公示而没有公信力，消费者是善意第三人。																																																																		
金融机构或出借人	消费者	清偿贷款	合同请求权	非合同相对方，产品质量不达标，合同目的不能实现等		是	否	支持	消费者是汽车贷款买卖合同中的债务人，应履行还款义务。																																																																		
						否	否			汽车经销商、消费者	清偿贷款、担保债权实现	合同请求权	消费者：贷款已清偿、产品质量不达标，合同目的不能实现	经销商：无清偿义务；先清偿债务人资产；时效抗辩	是	否	支持	消费者是汽车贷款买卖合同的当事人，应履行还款义务；经销商是买卖合同的保证人或融资担保的融资方，应履行还款义务。	否	否	汽车经销商	担保债权实现	合同请求权	无清偿义务；先清偿债务人资产；时效抗辩		是	否	支持	汽车经销商是融资担保合同的融资方，应履行还款义务。	否	是	汽车经销商	金融机构、出借人等占有	返还合格证	物权请求权、侵权责任请求权、合同请求权	占有系依据融资合同，为合法占有		是	否	不支持	金融机构、出借人占有汽车合格证系合法占有，可以对抗经销商的返还请求权。	否	是																																
	汽车经销商、消费者	清偿贷款、担保债权实现	合同请求权	消费者：贷款已清偿、产品质量不达标，合同目的不能实现	经销商：无清偿义务；先清偿债务人资产；时效抗辩	是	否	支持	消费者是汽车贷款买卖合同的当事人，应履行还款义务；经销商是买卖合同的保证人或融资担保的融资方，应履行还款义务。																																																																		
否						否	汽车经销商			担保债权实现	合同请求权	无清偿义务；先清偿债务人资产；时效抗辩		是	否	支持	汽车经销商是融资担保合同的融资方，应履行还款义务。	否	是	汽车经销商	金融机构、出借人等占有	返还合格证	物权请求权、侵权责任请求权、合同请求权	占有系依据融资合同，为合法占有		是	否	不支持	金融机构、出借人占有汽车合格证系合法占有，可以对抗经销商的返还请求权。	否	是																																												
汽车经销商	担保债权实现	合同请求权	无清偿义务；先清偿债务人资产；时效抗辩		是	否		支持	汽车经销商是融资担保合同的融资方，应履行还款义务。																																																																		
					否	是	汽车经销商			金融机构、出借人等占有	返还合格证	物权请求权、侵权责任请求权、合同请求权	占有系依据融资合同，为合法占有		是	否	不支持	金融机构、出借人占有汽车合格证系合法占有，可以对抗经销商的返还请求权。	否	是																																																							
汽车经销商	金融机构、出借人等占有	返还合格证	物权请求权、侵权责任请求权、合同请求权	占有系依据融资合同，为合法占有		是		否	不支持						金融机构、出借人占有汽车合格证系合法占有，可以对抗经销商的返还请求权。																																																												
						否	是																																																																				

注：汽车生产商的责任依据与汽车经销商的关系而定，本表不作为单独考量因素。

(责任编辑：姜燕)

关于涉众型经济犯罪案件审理情况的 调研报告

山东省滨州市中级人民法院课题组*

内容摘要 通过对全市法院 2015-2017 年三年来涉众型经济犯罪案件调查发现, 此类案件数一直在高位运行, 标的额大, 涉及当事人多, 犯罪类型多样化, 法院审理周期长, 各地量刑不均衡、判决主文对财产刑的表述凌乱, 财产刑执结率低, 承办法官压力大。造成审理中的罪名难认定、证据复杂难固定、涉案财产难追索、难处理等问题的原因, 既有社会方面的因素, 也和法院内部的审判、执行部门与公安机关、检察机关等部门未能有效衔接有关, 且相关法律、司法解释滞后, 重证据保全轻财产处置、重判决轻执行的问题一直得不到根本解决。故建议, 法院内部应做到统一相关标准, 加强部门沟通, 采取多元化的执行方式; 法院外部要加强金融监管、规范引导融资借贷, 强化准入企业的后续监管, 打击虚假宣传, 与时俱进强化网络监管, 构建完整安全防范体系; 同时公检法建立良好的沟通机制, 强化证据意识, 提高财产查控、赃款追缴效能, 多管齐下, 综合治理。

关键词 涉众型 经济犯罪 财产

中图分类号: DF62 文献标识码: A 文章编号: 1674-3156(2018)04-181-194

近年来, 在国际金融危机与国内金融政策等多种因素的影响下, 民间资金流动异常活跃, 同时由于缺乏相应的监管, 加之操作不规范以及以借贷为名的高利贷之推波助澜, 致使非法吸收公众存款、集资诈骗、组织领导传销活动等涉众型经济犯罪案件^①呈递增的态势。涉众型经济犯罪由于涉案人数众多、涉案金额巨大, 直接侵害了广大人民群众的利益, 因而对经济发展和社会稳定造成了极大的破坏。为妥善处理此类案件,

* 课题组主持人: 张树民, 课题组成员: 张耀伟、张菲雨(执笔人)。

① 涉众型经济犯罪并非刑法学上的类罪概念, 是指涉及人员众多, 特别是涉及众多不特定群体的经济犯罪。本文中主要指非法吸收公众存款、集资诈骗、组织领导传销活动等经济犯罪活动。



滨州中院成立课题组，对全市法院 2015—2017 年^②三年来涉众型经济犯罪案件的审理情况进行梳理，并归纳总结其现状和特点，分析其多发原因及审理、执行中存在的问题，提出应对建议，以求准确把握此类案件的审理情况，为日后此类案件的审判积累经验，以作出公正公平的裁决，切实维护好经济社会的和谐稳定。

一、基本情况及特点

课题组抽样查阅了 300 余份案卷材料，到 7 个基层法院调研座谈并走访了相关管理职能部门，立足刑事审判，并结合法院相关民事审判及执行部门反映出的情况，总结出滨州市涉众型经济犯罪案件呈现以下特点。

（一）受理案件数一直在高位运行，标的额大，损失大

全市法院 2015 年新收涉众型经济犯罪案件 16 件、2016 年 29 件、2017 年 28 件，数量一直在高位运行，尤其是 2016 年与 2015 年相比，上升 81.25%。与此同时，涉案标的额也越来越大，由 2015 年的 5.02 亿元增长为 2016 年的 33.82 亿元，年均增长 573.7%（见图表一）。单笔涉案金额亦随之增大，且大要案突出，涉案金额 1 亿元以上的有 7 件，其中 2 件传销案件涉案金额竟分别达到 12 亿元、17 亿元。涉案钱款无论是因持有人投资失败，还是被挥霍，均给集资参与人或被害人造成严重损失，大多血本无归。据统计，涉案钱款的退赔率仅为 36.8%。

图表一：收案数及涉案标的额情况

	2015		2016 年		2017 年	
	涉众型经济犯罪（件）	标的额（万元）	涉众型经济犯罪（件）	标的额（万元）	涉众型经济犯罪（件）	标的额（万元）
中院			1	3900		
邹平	1	36000	4	2582	8	52444
博兴	9	8654	2	3531	2	298
滨城	1	332	5	6311	7	43551
惠民	2	967	7	176341 ^③	1	22000
阳信			4	1460	5	1830
无棣	2	3239	1	19827		
沾化	1	1000	6	124272 ^④	5	29500

② 本文中数据统计为 2015 年 1 月 1 日至 2017 年 12 月 31 日的一审案件。

③ 一起组织、领导传销活动案件涉案金额达 17 亿元。

④ 一起组织、领导传销活动案件涉案金额达 12 亿元。

（二）当事人多，涉及面广

此特点是涉众型经济犯罪案件的基本特点之一。此类犯罪涉及的当事人中被告人往往多达几个、十几个，因为该类犯罪需要多人协作完成，部分属于单位犯罪；涉及的集资参与者（或被害人）更多，涉及面广，因为此类犯罪针对的是不特定的社会公众，全市法院审理的近三年涉众型经济犯罪案件参与人员达到几百万人，遍及全国多个省、市、地区，甚至波及到其他国家，包含了公务员、个体工商户、公司职员、农民以及青壮年、老年人等社会各个阶层、各个年龄的人群。其中传销案件参与人数最多，个案参与人员往往成百上千人，甚至达到几十万人乃至几百万人，如“无上商城”“贵远国际大联盟”和“百川币”三大传销案参与人员就分别高达 41 万人、99.8 万人、200 万人。

（三）犯罪类型多种，犯罪形式多样

近三年来滨州市涉众型经济犯罪的方式多种多样。在非法吸收公众存款时，除了通过签订借款协议直接吸收外，更有诸多变相吸收形式，如私自发行投资基金、项目投资、股权债权转让、商品回购、网络 P2P 借贷、出售理财产品、成立各种惠农专业合作社、吸纳有限合伙人等。同时签订各种理财协议、投资协议、债权转让服务协议，给非吸披上合法的外衣。全市审理的 73 起案件中，非法吸收公众存款与集资诈骗共计 62 件^⑤。其中以项目投资为由非法吸收公众存款的案件最多，共计 43 件，占全部案件的 69.35%；网络 P2P 借贷案件 7 件，占 11.29%；各种专业合作社案件 7 件，占 11.29%。在组织、领导传销活动案件中，传销者更是打出“互联网+”、“建立网上商城”的旗号，喊出“大众创业、万众创新”的口号，通过网上注册、扫二维码等方式吸纳会员，给人造成一种来去自由的错觉，的确有别于限制人身自由的传统传销。另外，部分非法吸收公众存款犯罪与组织、领导传销活动犯罪交织在一起，比如，非法吸收公众存款中的静态收益与动态收益，静态收益就是存款的高息，动态收益就是通过拉人头拿提成，上级吃下级，即采用了传销的手段。总之，犯罪形式更加多样化，犯罪手段更具隐蔽性。

（四）审理周期长

全市法院审结的 71 件^⑥涉众型经济犯罪案件中，审理期限 1 年以上的 9 件；6 个月至 1 年的 24 件；3 个月至 6 个月的 15 件；3 个月以内的 23 件。正常结案率（即在 3 个月以内结案）仅为 32.39%，远远低于其他刑事案件的结案率。主要原因：一是卷宗册数多，少则几十本，有的多达上百本，承办人需要一定的阅卷时间。二是涉及被

^⑤ 其中集资诈骗 7 起，集资诈骗与非法吸收公众存款交叉案件 3 起。

^⑥ 2015 年 1 月 1 日至 2017 年 12 月 31 日全市法院受理涉众型经济犯罪案件 73 件，审结 71 件，未结 2 件。



告人多，开庭时间长；涉及集资参与人（或被害人）多，需接待来访。三是案情复杂，检察机关补查证据多，虽补查以两次为限，但用尽两次加上恢复审理的时间最长可达八个月。

（五）各地量刑^⑦不均衡，判决主文表述不一致

全市法院审结的71起案件中，非法吸收公众存款54件，组织、领导传销活动11件。在审结的54起非法吸收公众存款案件中，仅有3起案件不足百万元，其余51起案件涉案金额均在100万元以上，即涉案数额均达到非法吸收公众存款罪“数额巨大”的法定刑升格标准。审结的11起组织、领导传销活动案件中，因组织、领导的传销活动人数庞大或者涉案金额巨大、造成恶劣社会影响等原因，均具备“情节严重”的加重处罚情节。但从下表的量刑看，各县区法院的量刑不均衡。（见图表二）

图表二：各地法院的主刑量刑情况

	2015年			2016年			2017年		
	3年 ^⑧ 以下(人)	3-5年(人)	5年 ^⑨ 以上(人)	3年以下(人)	3-5年(人)	5年以上(人)	3年以下(人)	3-5年(人)	5年以上(人)
中院					4	4(集资诈骗)			
邹平		1	1	2	4		8	7(1人传销)	
滨城		1		10	4	1(传销)	10(7人传销)	1	2(传销)
阳信					2	1		6	2(1人集资诈骗)
博兴	2	6	4	1		3	5(传销)		
惠民		1	1	1(传销)	6	1(传销)			1
无棣		6(5人传销)	1(传销)		1	1			
沾化			1(集资诈骗)	11(10人传销)	5(1人传销)	5(4人传销、1人集资诈骗)	8(传销)	2	

判决主文表述不一致主要表现在财产刑的处理上，均体现地方特色：对于非法吸

⑦ 因关于集资诈骗罪量刑的相关解释较为明确，本文主要指非法吸收公众存款罪及组织、领导传销活动罪的量刑。

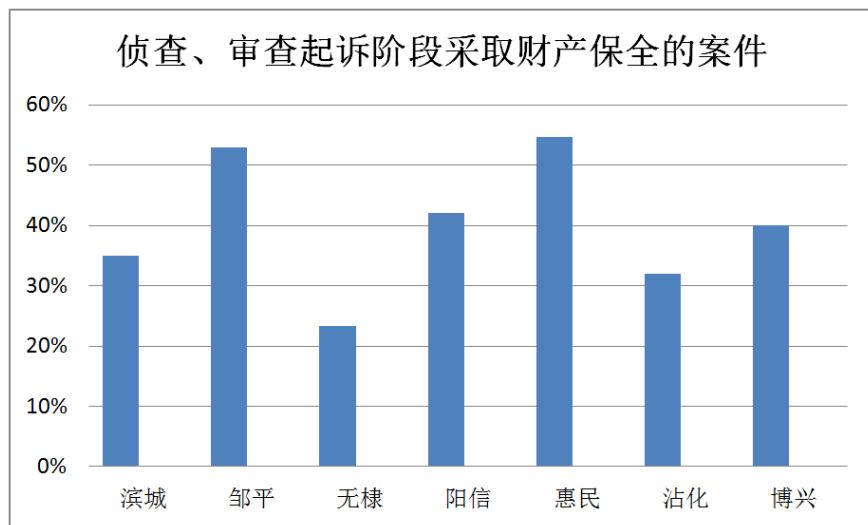
⑧ 不含3年。

⑨ 不含5年。

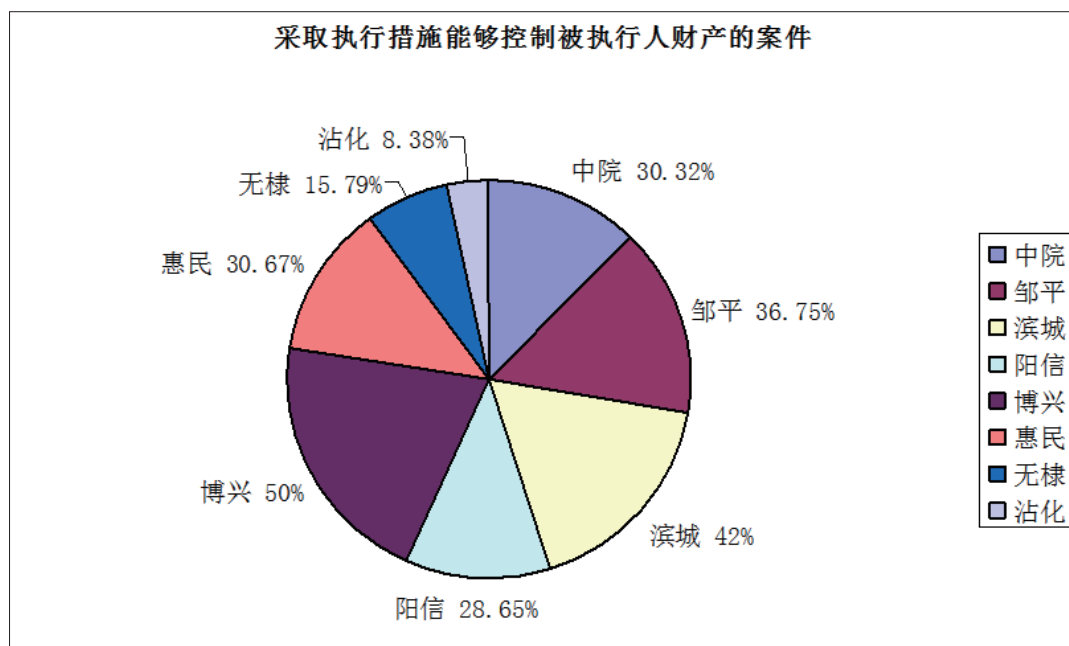
收公众存款罪，有的表述为“查扣物品由扣押机关依法处理”；有的表述为“继续追缴某某的违法所得，连同查封在案的某某的财产一并依法处理，返还集资人”；有的表述为“查封的依法处理，按比例发还被害人，不足部分继续追缴”；有的表述为“责令被告人退赔犯罪所得，归还各投资人”“依法追缴某某的违法所得”，有的只有定罪量刑，不对财产进行处理等。对参与人的称谓更是五花八门，有“被害人”“投资人”“集资人”“集资参与人”“参与人”等，对应的证据表述中有的称证言，有的叫陈述。在组织、领导传销活动案件中，有的表述为“违法所得××元及孳息，上缴国库”；有的表述为“扣押的传销资金××元，依法予以没收，上缴国库”；有的表述为“被告人某某非法获利及传销资金余额继续追缴”；有的表述为“继续追缴各被告人的犯罪所得”“扣押在案的被告人某某传销资金及违法所得款物，予以没收，上缴国库”等等，不一而足。

（六）侦查、审查起诉阶段采取保全措施案件少，能实际控制被告人财产案件更少；执结率低，有效执结率更低

进入执行程序的涉众型经济犯罪案件中，侦查、审查起诉阶段采取财产保全的案件比例及采取执行措施能够控制被执行人财产的案件比例的具体情况见图表三、四。众所周知，若在侦查、审查起诉阶段没有控制或者没有控制到被告人的财产，到了执行阶段，除了被告人近亲属主动代其缴纳的部分外，再能执行的可能性极低。



图表三



图表四

(七) 承办法官压力大

此类犯罪属信访、闹访的主要刑事犯罪案件之一，承办法官为此身心疲惫。近三年来，全市法院受理的涉众型经济犯罪案件中，参与人或受害人提出异议、要求参与庭审或旁听、提交材料的案件 19 起，占收案总数 73 件的 26.03%，处理涉众型经济犯罪案件信访 398 人次。以上数据均高于其他类型案件（具体情况见图表五）。

年份	收案(件)	参与者提出异议、申请、提交材料案件数量(件)	比例(%)	处理涉案信访(人次)
2015年	16	4	25%	75
2016年	29	9	31.03%	248
2017年	28	6	21.43%	75

图表五

二、审理中面临的困难及问题

涉众型经济犯罪案件的审理与其他案件相比，既有共性的问题，更有个性的方面。

(一) 罪名交汇难认定

涉众型经济犯罪往往涉及到非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪、领导、组织传销

活动罪、网络电信诈骗罪、非法经营罪等多个罪名。多个罪名存在交汇，如在非法吸收公众存款时，或许采取传销的手段，借用网络平台，亦可能存在非法占有的情形。司法实践中对上述几个罪名的认定存在分歧。

（二）证据复杂难固定

涉众型经济犯罪涉及人员多、记账简单或为了逃避法律的制裁不记账、资金往来方式多种多样（现金、转账、微信、支付宝、POS机等），大多借助网络手段，而网络证据大多是以光、电、磁等物理信号表示，存储于软盘、光盘、硬盘中的电子数据和文件，这些证据可能存储于不同的服务器、网址、电脑甚至外部存储器上，直观性弱，容易被篡改或破坏，从技术上难以查清，再加上被告人与集资参与人均基于利益最大化的考虑，说假话的可能性极大，还有警力资源、办案经费有限等，综合以上因素，侦查机关难以收集、固定证据，也为以后的审理工作埋下隐患。因为，到了审判阶段发现事实难以认定、证据不充分再补查时，已经事过境迁，失去查证的最好时机。

（三）刑民交叉难区分

有的刑事犯罪也涉及到刑民交叉问题，但涉众型经济犯罪尤为明显。一起案件到底属于民间借贷还是属于非法吸收公众存款、是民事欺诈还是集资诈骗，有时就是一步之遥。再者，现在的传销与传统的传销大不相同，特征不明显，比如，宣传、洗脑方式不再局限于集会、集中讲课，而是通过朋友圈、QQ语音课堂、扫二维码等；使人加入传销也不局限于限制人身自由，网络传销看似来去自由；有的也看似具备网上商城、消费积分等经营手段。以上现象到底是响应国家“大众创业、万众创新”号召经营的“互联网+”，还是“挂羊头卖狗肉”的传销，让人雾里看花，真假难辨。针对此类问题，虽有相关的司法解释或意见，但在司法实践中仍旧遇到了一些难题亟需解决。

（四）财产处理规定不具体，难追索

此类犯罪最直接的危害，莫过于集资款项在犯罪存续期内就被不法分子隐匿、转移、挥霍或者消耗殆尽，这些人即使被追究刑事责任，也往往难以弥补参与人所造成的损失，而此举极易引发群体性信访事件。如何分配已扣押财产、如何追缴剩余财产，既涉及到公检法的交接问题、也有审理与执行的衔接问题，还有如何做好集资参与人的工作问题。对犯罪物品的处理依据是刑法第六十四条，该条规定过于原则化，不具备可操作性，又无相应的具体解释，致使各法院对财产刑处理的表述不一，为追索财产埋下隐患。实践中，对非法集资参与人的投资损失如何处理，对传销资金是追缴后没收上缴国库还是返还参与人，有不同的理解。

（五）审判、执行信访难化解

近年来，涉众型经济犯罪案件中集资参与人或受害人的信访此起彼伏愈演愈烈，



已成为全市两级法院的沉重负担。在巨大的切身利益面前，许多参与人根本听不进审判、执行人员的解释，根本不考虑案件的实际情况及相关程序，案件尚未在一审法院立案，参与人员即到法院门口聚集施压；被告人刚刚上诉，参与人员已进省、进京上访。在参与人利益心态驱使下，涉众型经济犯罪案件审判尤其是执行信访的化解可谓异常艰难。

三、问题的成因

(一) 社会方面

近年来，涉众型经济犯罪多发的原因主要有以下几点：

一是投资渠道狭窄，中小微企业融资难，部分群众盲目逐利。一方面，近年来，我国经济发展迅速，民间资金的持有量不断增长。但由于存款利率低、物价上涨快、保险市场没有得到普遍认同、股票、基金等投资项目技术含量、风险过高等原因，致使民众持有大量闲散资金，却苦于投资无门，同时，部分民众投资风险意识、法律意识淡薄，一旦有高息引诱便迷失自我，蜂拥而上，这在客观上为某些以诈骗钱财为目的的涉众型经济犯罪提供了契机。另一方面，金融机构为规避风险不断提高企业融资门槛，大部分中小微企业由于实力、规模等原因，普遍存在融资难的问题。这些企业往往很难从银行获得贷款，便用高息通过民间借贷筹资，初期也准备按照约定偿还本息，但是由于约定的利息远远高于经营的利润，这种饮鸩止渴的融资方式必然导致经营恶化或感到投资实体不如将从民间借贷筹资再高息借出，让钱生钱，最终的结果都是无法偿付高额利息后跑路或演变为欺诈。

二是相关部门未能有效发挥其监管职能。主要体现在：首先，由于国家鼓励创业，公司、企业准入门槛低，工商部门疏于把关及后续管理，不法人员往往就会披着合法成立的公司外衣进行非法吸收公众存款、集资诈骗等活动，此类经营活动更具规模性、迷惑性；中小企业局、民政局等部门对惠农专业合作社等民间团体的登记审查不严，监管不力，导致一些不法分子打着干事创业、互助惠农的旗号，却做着非吸的勾当。其次，金融监管乏力。个别金融监管部门对异常资金流动报备和调查不够及时，丧失了将涉众型经济犯罪扼杀于萌芽中的最佳时机。在崔某某等人集资诈骗案中，崔某某等人以炒外汇为名，将吸收来的1000余万元资金在短短一个月内以单笔不高于5万元的方式，转移到若干二级账户，再从二级账户向其他账户转移。这种跨地域连续转账使赃款很快“化整为零”，相关金融监管部门对此亦未发觉，导致诈骗得逞。再次，网络管理存在漏洞。以P2P借贷为名的非法吸收公众存款、以虚拟货币为名的网络传销等利用网络进行的涉众型犯罪非常嚣张，而从目前来看，网络登记管理部门似乎对

此既无能为力，也无所作为。还有，媒体对广告审核把关不够严。有些媒体为谋求经济利益，社会责任缺失，对投资广告内容不进行认真审核把关即予刊登、发布。在刘某某等人非法吸收公众存款案中，刘某某与当地电视台、广播电台签订高息吸收存款的宣传合同，相关媒体竟然堂而皇之地滚动播出，刘某某最终吸收公众存款近 2 亿元。

三是未能形成监管合力。各监管部门之间缺乏紧密的协作配合，信息交流渠道不够通畅，与刑事司法对接不到位等，未能有效发挥预防作用。

（二）法院审理、执行方面

针对涉众型经济犯罪的上述基本情况、特点及问题，基于法院的原因有以下几点：

一是法院未能与公安机关、检察机关统一认识、有效衔接，审理阶段认定事实难，也在一定程度上造成了执行难。“两高三部”推出的《关于推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革的意见》已经实施，意见规定，侦查机关、人民检察院应当按照裁判的要求和标准收集、固定、审查、运用证据；人民法院应当按照法定程序认定证据，依法作出裁判。但要告别过去的“侦查中心主义”到“以审判为中心”，绝非一朝一夕就能做到，也绝非法院一己之力所能完成，同时，鉴于涉众型经济犯罪案件纷繁复杂、证据难以收集固定的特点，再加上侦查机关的实际情况，若非公检法积极配合、有效沟通，在此类犯罪中，三家机关对证据的收集、固定、审查、认定等方面很难达成一致，即便能达成一致，也非短期内所能奏效。而目前法院与公安机关、检察机关缺乏相应的沟通平台及长效机制。再者，因财产处置机制不健全，公检法各部门只负责本部门工作阶段财产的处置工作，难以做到前后呼应，难以形成合力。这种用追诉犯罪的分工方法来解决不应分割的财产处置工作，既浪费司法资源，也导致财产价值贬损。对于应该在那个阶段、由哪个部门主要去负责追赃减损，还没有统一认识，这既由我国刑法一直重打击犯罪、轻赔偿损失，没有明确规定追赃减损责任归属所致，也与部门存在保护主义，将处置财产可能性存在的风险尽量转移有关。

二是相关法律及司法解释滞后，量刑、财产处置标准笼统、缺失、不健全。在组织、领导传销活动罪中，区分罪与非罪的界限一般按照《立案追诉标准(二)》第 78 条的规定，涉嫌组织、领导的传销活动人员在 30 人以上且层级在 3 级以上的，应予立案追诉。“情节严重”，是本罪加重处罚情节。可以看出，该罪的人罪标准仅是一个参照标准，并无相关法律或司法解释的规定，效力较低，且入罪标准是人数加层级，然而，实践中，传销的组织者、领导者为了规避法律，借助新的科技手段，模糊了等级的概念。同时，加重情节中的“人数庞大”“数额巨大”“影响恶劣”难以操作。在非法吸收公众存款罪中，主刑最高法定刑为十年有期徒刑，附加刑并处罚金最低二万元，最高五十万元。从司法实践看，该罪主刑及附加刑的法定刑偏低，已经远远不能与当下非法吸收公众存款动辄上亿元的罪行相适应，起不到罚当其罪、罪责行相适应的效果。且对该罪的



自由裁量范围过大,容易导致量刑不均衡,继而致使同一地市的被告人因此产生攀比。在财产处置方面,刑事诉讼法规定查封、扣押、冻结的目的更多是为了固定证据而非处置财产,重保全证据轻财产处置的倾向性明显。同时,关于财产处置的其他规定散见于各种规定中,如《人民检察院刑事诉讼规则》《公安机关办理刑事案件程序规定》《人民检察院扣押、冻结款物工作规定》《关于适用财产刑若干问题的规定》《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》等,但总体上这些规定都是从部门自身的工作出发,既复杂也不成体系。另外,存在多名被告人共同犯罪的,向控制钱款的人追缴还是向所有人追缴?在同一案件中既有集资诈骗又有非法吸收公众存款的情形,又应该向谁追缴、责令谁退赔?上述问题均属没有规定而实践中常见的问题。

三是未能与法院内部执行部门有效衔接,执行方式僵化,造成执行不能。首先,长期以来,刑事判决中关于财产刑部分,重判决、轻执行的问题一直存在,甚至存在除刑事附带民事判决外的其他刑事判决中涉及财产刑部分迟延移送执行乃至不移送执行的情形。审判部门与执行部门对判决书“继续追缴违法所得”的判项认识一直也不统一。在被告人挥霍违法所得的情况下,即使发现被告人有合法财产,执行部门也往往认为该财产不属于“违法所得”,因此不能追缴,两部门的认识不一致有时在一定程度上损害了被害人的利益。对于继续追缴与责令退赔两种手段,审判人员认为含义相同,执行部门认为应区别使用。再加上审判部门对判决主文中财产刑处理的表述不一,有时也让执行部门无所适从。其次,近几年,与经济的发展速度相比,有关执行方面的法律相对滞后。如今的执行案件,执行标的物既有实物、金融产品,又有不动产、民事债权等,大多涉及执行股权、处置抽逃注册资金、处分房地产、抵押权、执行参与分配制度等相对复杂的法律问题,面对层出不穷的新问题与相对滞后的法律,如何正确适用、妥善执行?这是摆在每位执行人员面前的一个重大课题。与此相对应的是,部分执行人员的法律水准、文化水平等难以胜任当今执行的高要求。

四、建议与对策

(一)从法院内部来讲,当前要重点解决好以下问题

一是相关标准要统一。最高法又增加8种罪名量刑指导意见并于2017年4月1日实施,其中就有非法吸收公众存款罪、集资诈骗罪,但省高院尚未出台相关实施细则,在此之前,中院可借鉴先进地市的经验,立足实际,出台相关规定,统一本市量刑标准,同时对判决主文中财产刑处理的表述、非法吸收公众存款案件中参与人的称谓及其言词证据的表述等问题作出明确规定。另外,笔者建议对于非法吸收公众存款的法定刑应修正。鉴于非法吸收公众存款的危害性越来越大,若非法吸收公众存款数额达

到 1 亿元以上（包含 1 亿元）或者集资参与人达到 1000 人以上或者损失 2000 万元以上的，可对被告人判处十年以上有期徒刑，对于罚金数额亦应大幅度提高，使被告人在经济上得不到任何便宜。对组织、领导传销活动罪，积极推动将其纳入量刑规范化，对该罪财产刑的处理，是没收还是返还，还是部分返还的问题，积极探讨后形成初步意见，与同级检察机关沟通后，报请上级法院，适用同一标准。笔者建议，只要将案件定性为组织、领导传销活动罪，组织者、领导者均应定罪量刑，参与者虽未触犯刑法，但因其参与的是违法犯罪活动，故传销资金及相关获利、所谓投资均为违法所得理应没收，不宜区分，不应返还。

二是审、执有机结合。应当加强两部门之间的联系和沟通，在审理过程中，审理部门应从严从细地审核相关证据。对形式上有瑕疵的借据，要结合其他证据来认定事实；对现金交付的借贷，要根据交付凭证、支付能力、交易习惯、双方关系、交易细节等因素综合判断。同时，考虑执行能力，注意信息共享；在判决书的表述中，应当正确理解刑法第六十四条，对于存在被告人违法所得尚未完全追回的，应当写明继续追缴或责令退赔，且表述明确，用词及当事人称谓合法得当，不产生歧义；判决后应及时移送执行，为顺利执行打下基础。同时，执行部门也不应当僵化地理解执行依据，对于在执行阶段发现被告人有可供执行财产的，应当依法执行，优先赔偿被害人的损失。另外，对于财产处置较为复杂的涉众型经济犯罪案件，也可实行审、执人员共同“会诊立案”“会诊保全”等措施，确保最终得以有效执行。

三是执行方式要灵活。执行部门应依财产的不同类型采取多元化的处置方式：比如对于理财产品、股票等金融产品，若存在贬损风险时应及时变价，扣押相应款项；对需要缴纳较高租赁费用的大宗物品等消耗其他资源的财产要尽快变卖，防止损失进一步扩大；刑民交叉案件中被扣财产要待刑事案件判决后一并处理。另外，对于公司、企业单位犯罪或因个人犯罪涉及到公司、企业的，应因案制宜采取执行措施。对于资金周转暂时困难、尚有发展前景的，尽量采用“活扣”“活封”等诉讼保全方式，加大调解工作力度，引导借贷双方通过分期付款、减免利息和违约金等形式，实现“放水养鱼”和双赢。对资金链断裂、确无挽回可能的，则加大保全力度，最大限度保护债权人的利益；符合强制清算、破产条件的，及时启动破产清算程序。

四是加强学习培训，不断提高涉众型经济犯罪案件的审判、执行技能。打铁还需自身硬，要想在众多罪名中、在纷繁复杂的事实、证据面前、在浩如烟海的法律条文中，看得清、吃得透、拿得准，就须深入学习和领会涉众型经济犯罪案件审判、执行相关理论，熟练掌握相关法律知识。同时强化业务培训，尤其要发挥好案例指导的作用，注意总结和学习典型案例，举一反三，不断提高涉众型经济犯罪案件审判、执行质量。

（二）从法院外部来讲，当前要重点解决好以下问题



一是要加强金融监管，规范引导融资借贷。国家有必要结合民间借贷的现状和特征，制定出相应的法律法规或管理办法，以法律的形式规范民间借贷活动，保护民间借贷双方的合法权益。同时，明确民间借贷的管理机关和职责，建立民间借贷的运作机制和风险防范机制，确保民间借贷向依法、规范、安全、健康的方向发展。金融监管部门应严格执行大额交易和可疑交易报告制度，随时监控公司大额资金的流向及动态，发现异常情况及时提示公安机关立案侦查。金融企业要加大金融产品创新力度，开发符合企业、公众需求的金融理财产品，正确引导民间资金流向正规渠道。同时，改善金融服务，调整金融贷款结构，加大对小微企业的扶持力度，强化银行特别是大中型银行的社会责任。

二是严格企业准入制度，强化后续监管。国家鼓励大众创业，降低企业、民间团体准入门槛，但并非放任不管，也不是一批了之，任其随意发展。工商局、中小企业局、民政局等部门应严格执行公司注册、企业准入、民间团体审批等制度，随时关注公司的运营情况、资产状况，民间团体是否按照既定章程运营，对虚假注册、违规经营的公司、企业、民间团体，就应取缔，若发现犯罪线索，及时向有关部门通报。

三是打击虚假宣传。对于协助犯罪分子进行虚假宣传、蛊惑人心的新闻媒体，应由工商行政管理部门对其进行行政处罚。随着科技的发展，不法分子进行虚假宣传所借助的平台多种多样，比如朋友圈、QQ语音等，应加强对此类平台的监管。以上诸情形若触及刑律，应追究相关人员的刑事责任。

四是强化网络监管，有效保全财产。侦查机关可以借鉴部分发达国家的经验做法，构筑涉众型经济犯罪预警机制，对金融系统中流动的资金进行监控，及时发现、跟踪可疑资金交易，为预防涉众型经济犯罪及时提供信息。同时积极构建刑侦、治安、技侦、网监等多警种协同作战打击经济犯罪组织网络，构建大范围多层次经济安全防范体系。

（三）从法院内部与外部结合来讲，当前要重点解决好以下问题

一是与公安机关、检察机关建立良好的沟通机制，强化证据意识，提高财产查控、赃款追缴效能。建立健全公安机关、检察机关、法院之间的沟通协调机制，可通过政法委牵头召开公、检、法联席会议或案情会商等形式，就涉众型经济犯罪的态势及时交流信息、通报情况。对于重大涉众型经济犯罪个案，公、检、法要联手提前拟定工作预案，对证据的查证、认定统一到刑事诉讼法上来，追缴被告人赃款，查控被告人财产，掌握被害人动态，既要加大侦办破案力度，又要尽可能地防止涉案财产被转移、流失。

二是加大宣传教育力度，增强人们在借贷、投资过程中的法律意识。对审理涉众型经济犯罪案件中发现的问题进行深入总结、分析，借助新闻媒体、报刊杂志、网络等平台，通过发布典型案例、以案说法、司法建议等方式，将相关风险信息及时向社

会公众进行披露，加强宣传教育，提高公民的法律意识和非法集资风险意识，同时，加强对年轻人的孝道教育，让年轻人多关爱自己的老人，因为相比年轻人来讲，老年人的风险意识、法律意识更差，在一些非法集资犯罪中，老年人往往成为被骗的对象，很多是由于被告人的小恩小惠、多次上门关心服务、甜言蜜语等，使老人空虚的心灵受到慰藉，继而上当受骗。

三是加强综合治理，增强全局意识。追逐利益是人的本性，因涉众型经济犯罪案件是一个社会问题、系统工程，仅靠法院单打独斗不能有效解决，需要相关职能部门相互沟通和协调，互相合作。法院在审理涉众型经济犯罪案件时，在查明事实的基础上，根据犯罪规模的大小、参与人员的多少、对社会经济秩序破坏的程度以及各被告人所起的作用等情形，或严惩、或从轻、或教育，做到宽严相济，增强打击犯罪活动的有效性。政府各职能监管部门应切实履行监管职责，落实相关制度，因地制宜、与时俱进地提升综合监管能力，如发现存在非法吸收公众存款、组织、领导传销、集资诈骗等犯罪情形，要及时向公安部门通报情况。对此类涉嫌刑事犯罪的案件，公安机关应及时立案，尽快追赃，力争将损失降低到最小程度。只有发挥各职能部门的联动作用，全社会齐心协力、齐抓共管，才能真正收到实效，以维护社会治安局势稳定和金融秩序安全，促进经济社会健康发展。

（责任编辑：旷翔宇）



权利保护顺位的确定与民事责任承担

王华栋*

【关注焦点】

以物抵债调解书只是对当事人之间以物抵债协议的确认，其实质内容是债务人用以物抵债的方式来履行债务，不宜认定以物抵债调解书能够直接引起物权变动。应依照办理房屋所有权变更登记、合法占有房屋以及合同履行情况、买卖合同成立先后等顺序确定权利保护顺位。在人民法院确定权利保护顺位前，占有人基于调解书对涉案房产的使用善意无过错，对登记权利人要求占有人赔偿损失的主张不予支持。

【基本案情】

原告：菏泽市阳光建筑有限公司（以下简称阳光公司）。

被告：菏泽市丹阳办事处王庄社区居民委员会（以下简称王庄居委会）。

第三人：菏泽市丹阳办事处（以下简称丹阳办事处）。

第三人：山东汇邦渤海农业开发有限公司（以下简称汇邦公司）。

第三人：菏泽市牡丹区欣华房地产开发有限公司（以下简称欣华公司）。

第三人：菏泽市佳禾房地产开发有限公司（以下简称佳禾公司）。

2006年7月10日，菏泽经济开发区人民法院立案受理王庄居委会诉横店集团山东公司土地承包合同纠纷一案，案号为（2006）菏开民初字第177号。该案中，王庄居委会要求解除其与汇邦公司签订的土地租赁合同，收回租赁土地，恢复土地原状，赔偿王庄居委会还耕补偿费687852元。

2007年8月18日，汇邦公司与欣华公司签订《房地产转让合同》，约定汇邦公司将座落于菏泽市人民南路王庄东侧、王庄路北侧的房产【原称菏泽市高新技术示范园专家楼，房屋所有权产权证号为菏房权证市直字第036352号（第1-5栋）、菏房权证市直字第036353号（第6-10栋）、菏房权证市直字第036354号（第11栋）】及土地使用权转让给欣华公司，转让价格为420万元。

2007年8月23日，原告与欣华公司签订《国有土地及地上建筑物转让协议书》，约定将位于菏泽市丹阳王庄，菏国用（03）字第12017号国有土地证下的土地及房产

* 王华栋，山东省菏泽市中级人民法院法官，法学硕士。

证号为荷房权证市直字第 036352 号地上建筑物（办公楼）转让给原告，总价款为 220 万元，付款方式为：签订合同后付 200 万元，欣华公司在一个月内须将土地及地上建筑物过户到原告名下，2008 年年中付 20 万元，余款在 2008 年年底付清。另在括号中注明“以上款项欣华公司直接在佳禾支付天香广景苑 4#5# 楼工程款中扣除。”佳禾公司认可对于欣华公司直接在佳禾支付天香广景苑 4#5# 楼工程款中扣除阳光公司的购房款，佳禾公司知情且已实际履行。

2007 年 9 月 12 日，原告为佳禾公司出具收据一张，收款方式注明“转账”，金额 200 万元，事由为预付工程款。同日，佳禾公司出具情况说明称，当日给原告的 200 万元不属于工程拨款，是借用原告公司的账户，同意原告将该 200 万元转到山东齐鲁大地科技股份有限公司 150 万元，刘卫红 30 万元，李洪进 20 万元，因该 200 万元发生的一切经济纠纷、法律责任及造成的损失均属于佳禾公司，与原告无关。欣华公司同日亦出具证明称其收到原告的购房款 200 万元，同意将该款转入山东齐鲁大地科技股份有限公司 150 万元，刘卫红 30 万元，李洪进 20 万元，因该 200 万元发生的一切经济纠纷、法律责任及造成的损失均属于欣华公司，与原告无关。

2007 年 9 月 13 日，原告汇入山东齐鲁大地科技股份有限公司账户 150 万元，汇入刘卫红账户 30 万元，转入李洪进账户 20 万元。关于以上三笔款项，欣华公司称系受汇邦公司指示要求阳光公司汇款。

2007 年 12 月 21 日，原告为佳禾公司出具收据一张，收款方式注明“转账”，金额 20 万元，事由为预付工程款。原告主张加上该笔款项共计 220 万元，为抵扣的佳禾公司应支付原告的天香广景苑 4#5# 楼工程款，该款在（2010）荷民三初字第 32 号案件对账中已经扣减。佳禾公司对此予以认可。

后汇邦公司出具收据一份，注明收到银行汇款 220 万元整，落款时间为 2007 年 8 月 23 日。汇邦公司认可已收到房屋转让款 420 万元，包括涉案办公楼的房款。

2008 年 12 月 12 日，（2006）荷开民初字第 177 号案件中王庄居委会与汇邦公司、丹阳办事处、张海良签订调解协议，约定：“……二、被告汇邦公司因租赁菏泽农业高新技术示范园土地所取得的财产（详见实物明细表及财物交割清单，不包括专家楼）归第三人丹阳办事处所有，本协议生效后 30 日内交付完毕，其中张海良使用的财产（详见示范园财产清单）仍按原合同执行，待其合同履行期满后由张海良直接交付；……”各方当事人均在该协议上签名并加盖公章。

2008 年 12 月 20 日，菏泽经济开发区人民法院就原告王庄居委会与被告汇邦公司、丹阳办事处、第三人张海良土地承包合同纠纷一案，作出（2006）荷开民初字第 177 号民事调解书，就当事人达成上述协议予以确认。调解书同时附有“实物明细表”“财物交割清单”“示范园财产清单”。“实物明细表”中第 2 项为办公楼，被告称本案所



涉争议房产即为该办公楼。被告认可签订调解协议后，未与汇邦公司对应“财物交割清单”中的土地证、房权证等财产进行交接。

2008年12月31日，原告与汇邦公司签订《房地产转让合同》约定汇邦公司将座落于菏泽市人民南路王庄东侧、王庄路北侧房屋所有权证号为荷房权证市直字第036352号的房产（第1栋）及土地使用权转让给原告，汇邦公司保证该宗土地为其交纳全部土地出让金合法取得并拥有合法使用权，地上建筑物为合法所有，土地及地上建筑物与第三方不存在任何争议。转让价格为220万元，原告应于该合同生效之日，一次性交付转让款220万元。房屋自全部交付之日起原告即拥有所有权。自汇邦公司向原告交付全部房产之日计算，原告应在二个月内向房地产产权登记机关办理完房地产权属转移手续。汇邦公司给予全力配合。汇邦公司及阳光公司均认可该合同系为办理房产过户手续需要而签订。

关于涉案房产的转让，原告、第三人汇邦公司、欣华公司均认可系汇邦公司先与欣华公司签订房屋买卖合同并办理交接手续，后汇邦公司根据欣华公司的指示与原告签订房屋买卖合同并协助原告办理了过户登记手续。2009年2月27日，涉案房产登记至原告名下，房产证号为荷房权证市直字第075740号，房屋坐落为菏泽市丹阳办事处人民南路西约200米农业科技园北1号楼。

2009年4月27日，第三人丹阳办事处、被告王庄居委会就（2006）荷开民初字第177号民事调解书向菏泽经济开发区人民法院申请执行。执行过程中，丹阳办事处和汇邦公司对于“办公楼”的归属问题发生争议，汇邦公司和丹阳办事处分别出具书面情况说明。汇邦公司称：（2006）荷开民初字第177号民事调解书中送给丹阳办事处的是租赁土地上的财产，而“办公楼”是汇邦公司购买土地上的建筑物，该“办公楼”已于2007年8月卖给了阳光公司已付清价款办理了过户，已经卖出的房产不可能再调解给丹阳办事处。丹阳办事处称：调解协议已经约定“汇邦公司因租赁菏泽农业高新技术示范园土地所取得的财产（详见实物明细表及财物交割清单，不包括专家楼）归第三人丹阳办事处所有”，即专家楼除外的实物明细表和财物交割清单中所列出的所有资产，都归丹阳办事处所有，而“办公楼”恰恰在实物明细表中，没有被除外，依法应当归丹阳办事处所有。

2009年10月19日，菏泽经济开发区法院在对实物明细表中1-5项（1、专家楼，2、办公楼，3、保卫房，4、生活区围墙，5、生活区硬化路面）以外，当时存在的部分财产交接后，以“案件执行标的房产‘办公楼一幢’的所有权在两申请执行人申请执行前已经变更，已无强制执行的可能”为由，终结了该案件的执行。

现涉案房产一层由王庄居委会占有使用，二、三层闲置。被告王庄居委会称系2009年春节过后，经第三人丹阳办事处同意搬入涉案房产一层。

【裁判理由】

菏泽市中级人民法院经审理认为,根据《中华人民共和国物权法》第九条规定,不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生法律效力;未经登记,不发生效力,但法律另有规定的除外。第三十四条规定,无权占有不动产或者动产的,权利人可以请求返还原物。原告阳光公司于 2009 年 2 月 27 日办理荷房权证市直字第 075740 号房产证,取得菏泽市丹阳办事处人民南路西约 200 米农业科技园北 1 号楼所有权,被告王庄居委会占用该房产,侵犯了原告对案涉房产的所有权,故原告要求被告返还荷房权证市直字第 075740 号房产的请求应予支持。

被告称其系经第三人丹阳办事处许可使用涉案房产,第三人丹阳办事处称其依据(2006)荷开民初字第 177 号民事调解书取得了涉案房产的所有权,但该裁判文书系以物抵债性质的调解书,该调解书只是对当事人之间以物抵债协议的确认,实质内容是债务人用以物抵债的方式来履行债务,并非直接引起物权变动。第三人丹阳办事处虽然基于调解协议占用案涉房产在先,但一般应按照已经办理房屋所有权变更登记、合法占有房屋以及买卖合同成立先后等顺序确定权利保护顺位,在第三人丹阳办事处未办理不动产权属变更登记的情况下,应优先保护已办理物权登记的原告的合法权益。故对被告的答辩意见,本院依法不予采纳。

关于被告应否赔偿原告经济损失的问题。本案中,第三人丹阳办事处基于(2006)荷开民初字第 177 号民事调解书确定的权利实际占有涉案房产,原告取得了涉案房产的物权登记,原告和第三人丹阳办事处对于涉案房产存在权属争议,在本院判决确定权利保护顺位之前,应视为被告基于(2006)荷开民初字第 177 号民事调解书和第三人丹阳办事处的许可对涉案房产的使用善意无过错,故对原告要求被告赔偿经济损失的主张,本院依法不予支持。

依照《中华人民共和国物权法》第九条、第三十四条、第三十七条规定,判决:一、被告菏泽市丹阳办事处王庄社区居民委员会于本判决生效之日起十五日内将荷房权证市直字第 075740 号房产返还原告菏泽市阳光建筑有限公司;二、驳回原告菏泽市阳光建筑有限公司的其他诉讼请求。

宣判后,王庄居委会、丹阳办事处、汇邦公司不服一审判决,提起上诉。山东省高级人民法院二审判决驳回上诉,维持原判。

【裁判评析】

本案涉及民事调解书能否直接产生物权变动效力、权利保护顺位的确定以及权利保护顺位确定后相关民事责任的承担等多个法律问题,案情较为复杂,且对于以上法律问题的分析理论上存在争议,需要从民事调解书的性质分析能否产生物权变动的效力,从价值追求和利益衡量的角度分析确定权利保护顺位,从侵权行为构成角度分析



具体责任的承担, 本案对于审理类似案件在具体处理上具有参考和借鉴意义。

一、民事调解书能否直接产生物权变动效力

关于民事调解书能否直接产生物权变动效力的法律规定主要体现在《中华人民共和国物权法》(以下简称物权法)及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国物权法〉若干问题的解释(一)》(以下简称物权法司法解释)中。^①民事调解书尽管以当事人的合意为基础, 但调解书是人民法院对当事人合意的认可和确认, 是以人民法院的名义作出, 体现的是国家公权力。因此, 法院调解的属性应当定位于以当事人合意为基础的审判行为, 法院调解书与法院判决一样均属于《物权法》第28条规定的人民法院法律文书范畴内, 具备导致物权变动的公权力基础。^②但并非所有调解书均能直接引起物权变动, 例如最高人民法院研究室认为:“以物抵债调解书只是对当事人之间以物抵债协议的确认, 其实质内容是债务人用以物抵债的方式来履行债务, 并非对物权属的变动。不宜认定以物抵债调解书能够直接引起物权变动。”^③因此, 有必要对民事调解书的性质做进一步区分。最高人民法院民一庭认为, 调解书也存在着给付性、确认性和形成性之分, 如果法院调解书具有形成力, 调解书也就有了导致物权变动的效力基础, 应主要从民事调解书能否导致民事法律关系变动进行分析,^④《物权法司法解释》第7条规定在“分割共有不动产或动产”等案件中改变原物权关系的调解书属导致物权变动的法律文书。基于上文的分析, 以共有物分割为内容的调解书旨在消灭共有人的共有所有权、创设单独所有权, 消灭了共有人的共有关系, 导致了民事法律关系的变动, 属形成性调解书, 故应当属于直接变动物权的法律文书。

本案中, 丹阳办事处与汇邦公司的调解书只是对当事人之间以物抵债协议的确认, 实质内容是债务人用以物抵债的方式来履行债务, 且双方对调解协议中汇邦公司应当给付丹阳办事处的财产是否包含办公楼发生了重大争议, 王庄居委会对涉案房屋的占有使用, 并非经由法院对生效调解书的执行而合法取得。故对丹阳办事处关于依据调

^① 《物权法》第28条规定, 因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等, 导致物权设立、变更、转让或者消灭的, 自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。《物权法》司法解释第7条规定, 人民法院、仲裁委员会在分割共有不动产或者动产等案件中作出并依法生效的改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书, 以及人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、以物抵债裁定书, 应当认定为物权法第28条所称导致物权设立、变更、转让或者消灭的人民法院、仲裁委员会的法律文书。

^② 杜万华主编:《最高人民法院物权法司法解释(一)理解与适用》2016年第1版, 人民法院出版社, 第218-219页。

^③ 张军主编、最高人民法院研究室编:《司法研究与指导》2012年第2辑(总第2辑), 人民法院出版社2012年版, 第138-142页。

^④ 杜万华主编:《最高人民法院物权法司法解释(一)理解与适用》2016年第1版, 人民法院出版社, 第219页。

解书对涉案办公楼享有物权的主张不应支持。

二、权利保护顺位应如何确定

司法实践中，关于权利保护顺位的探讨主要体现在购房业主的权利与房地产抵押权、一物数卖、一房数租等问题中。关于购房业主的权利与房地产抵押权的保护顺位问题。根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》规定，承包人的优先受偿权优于抵押权，而消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人的工程价款优先受偿权不得对抗买受人，由此可以得出结论：消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，其权利优先于抵押权。关于一房数卖的合同履行问题，2016年11月30日最高人民法院第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要认为如果数份合同均有效且买受人均要求履行合同的，一般应按照已经办理房屋所有权变更登记、合法占有房屋以及合同履行情况、买卖合同成立先后等顺序确定权利保护顺位。即应优先保护办理物权变更登记人的合法权益，其次才是合法占有人的权益保护问题。需要注意的是，如此确定权利保护顺位并非基于物权优先债权的理论，而是基于物权的公示公信等原则，公示涉及的是物权变动的问题，而优先性涉及的是物权的效力进而涉及物权的属性，已经办理物权登记的便可基于公示公信原则确认物权的归属。^⑤关于一物数卖、一房数租的问题，《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》《最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》均有相关规定，本文不再赘述。

本案中，虽然王庄居委会对涉案办公楼的占有使用是基于案涉调解书及丹阳办事处的授权，但案涉调解书无法直接导致物权变动，且根据第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要的意见，应保护办理物权变更登记人的合法权益，在王庄居委会、丹阳办事处并未对房产证的变更过户提出异议或提出诉讼要求撤销，亦未举证证实存在损害国家和第三人利益而导致合同无效的情形，故应保护阳光公司已经取得的物权。

三、关于权利保护顺位确定后民事责任的承担

关于侵权责任的构成，《中华人民共和国侵权责任法》第6条、第7条规定过错责任原则、过错推定原则和无过错责任原则三种。类似案件中，在人民法院依照办理

^⑤ 王利明主编：《物权法研究》，中国人民大学出版社2013年1月版，第46页。



房屋所有权变更登记、合法占有房屋以及合同履行情况、买卖合同成立先后等顺序确定权利保护顺位后，侵权或违约责任的承担就成了不可回避的问题。实践中存在登记权利人要求实际占有人承担侵权责任的情形，该情形不同于一般侵权的是，在人民法院确定权利保护顺位确定前，各权利人的权利状态均具有合法性，即不存在占有人故意侵权或推定其有过错的情形。因为法无明文规定，也不能对合法占有人适用无过错责任原则。在没有相反证据推翻的情况下，可以认定占有是善意无过失的，在人民法院确定优先保护已办理房屋所有权变更登记人的权利前，占有对房屋的占有是合法的，不能认定其存在侵权行为。登记人的合法权益可以通过出卖人承担违约责任的途径寻求救济，虽然形式上其权利损害源于占有人的占有，但实质上源于出卖人的违约行为，应由出卖人承担相应民事责任。

本案中丹阳办事处基于民事调解书确定的权利实际占有涉案房产，阳光公司取得了涉案房产的物权登记，原告和第三人丹阳办事处对于涉案房产存在权属争议，在法院判决确定权利保护顺位之前，应视为占有人基于民事调解书对涉案房产的使用善意无过错，故对原告要求被告赔偿经济损失的主张不予支持。

(责任编辑：余晓龙)