

山东法官培训学院学报

二〇一九年
第01期

第三十五卷

总第二四六期

山东省高级人民法院



ISSN 1674-3156
CN 37-1430/D

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

山东法官培训学院 学报

Shandong Judges Training
Institute Journal



第35卷
总第246期

2019 01

- 黑社会性质组织犯罪中涉案财物处置的诉讼化审思 李富建 尹逊航
- 如何以反不正当竞争法推动文化创意产品保护 王锐
- 从“专业法官会议”到“专业法官会诊”：论审判咨询机制之突破完善 时芸芸
- 信息网络对司法的挑战与应对 范明志
- 民间借贷纠纷类案证明标准研究 山东高院审管办



微信公众号

ISSN 1674-3156



9 771674 315080



山东省高级人民法院 主管



主 管

山东省高级人民法院

主 办

山东法官培训学院
(国家法官学院山东分院)

编 辑

《山东法官培训学院学报》编辑部

地 址：济南市经十路 9977 号

邮政编码：250101

电 话：(0531) 68887665

86323009

传 真：(0531) 68887604

E-mail: sdsp9827@163.com

出版日期：双月 20 日出刊

刊 号：ISSN 1674-3156

CN 37-1430/D

印 刷：山东黄氏印务有限公司

定 价：10.00 元 (全年 60.00 元)

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

山东法官培训学院学报

双月刊

Shandong Judges Training Institute Journal

编委会主任：张甲天

副 主 任：李 勇 吴锦标

委 员：(按姓氏笔画排列)

马莉莉 王中山 王世心

王永起 王启江 朱海舰

阮久红 孙冠进 李 军

李 峰 吴 靖 陈兴东

贡绍海 欧阳明程 孟 健

赵国滨 侯希民 黄明春

崔 勇 韩成峰 谢 萍

主 编：吴锦标

副 主 编：赵国滨 赵 峰

编辑部主任：陈希国

执行编辑：冯艳楠

责任编辑：旷翔宇 姜 燕 王文斌

余晓龙 郝晓越 李 宁

冯艳楠

特邀编辑：王 磊 刘旭阳 陈东强

康 靖 刘晓华 山 莹

徐兴军 李 超

■ 刑事司法

黑社会性质组织犯罪中涉案财物处置的诉讼化审思 / 李富建 尹逊航 1

刑事二审抗诉的非谦抑性及其应对

——以 200 件刑事二审抗诉案件为分析样本 / 刘庆伟 11

从“口袋化”到“去口袋化”：非法经营罪兜底项规制范围的司法限缩

——基于刑法第 225 条第 4 项运行样态的分析 / 潘 娟 22

以危险方法危害公共安全犯罪认定的规范与完善

——基于对 1124 份相关判决的考察 / 江珞伊 徐宇翔 33

■ 民事司法

“开放式”判决方式之理性思辨与规则探索 / 荣明潇 张 玺 49

以反不正当竞争法推动文化创意产品保护

——基于《人再囧途之泰囧》案的分析 / 王 锐 60

■ 专题策划：专业法官会议问题研究

从“专业法官会议”到“专业法官会诊”：论审判咨询机制之突破完善 / 时芸芸 70

咨询制度语境下专业法官会议的价值回归

——以 T 市中院 126 次会议记录为分析样本 / 吴宏文 蔡斌航 83

专业法官会议议事规则探析

——以价值回归和制度设计为视角 / 黄 兴 93

■ 司法综合

信息网络对司法的挑战与应对 / 范明志 107

审判案件权重系数“两步走”评估法之探析

——以 S 省 R 市 L 区法院 2018 年审结的 492 件案件为样本 / 张 萌 120

检视与重构：裁判文书瑕疵的“补正”与“更正” / 厚德顺 穆春燕 王 涛 132

我国建立飞跃上诉的正当性逻辑与制度设计

——以提高审级效能和统一法律适用为视角 / 叶伶俐 145

司法审判如何对接道德方能让群众信服之冷思考

——从于欢案“官民”互动和江歌案的中日舆论反差说起 / 孙振庆 155

■ 调查研究与案例评析

民间借贷纠纷类案证明标准研究

/ 山东省高级人民法院审管办课题组 164

银行卡盗刷类案证明标准研究

/ 山东省高级人民法院民二庭课题组 182

论共同犯罪中犯罪中止的构成

——由一则案例引发的思考 / 詹孟欣 195

黑社会性质组织犯罪中涉案财物 处置的诉讼化审思

李富建 尹逊航*

内容摘要 由于黑社会性质组织犯罪涉案人数众多、财产数额巨大、利益纷繁复杂，涉黑财物处置既具有刑事涉案财物处置的共性问题又具有自身独特的价值冲突。本文对相关案例、统计数据进行归纳梳理，提出审判阶段涉黑财物处置的诸多问题，从法律文本模棱两可、诉审关系现实桎梏、财产属性黑白难辨、财权保障付之阙如等方面进行处置乱象的原因剖析，在“以审判为中心”新型诉审关系建构背景下，从审前程序监控的准司法化、法庭调查程序的强化、审后救济程序及时跟进等方面对涉黑财物处置进行诉讼化改造，坚持以法院为主导的全面司法审查原则，面向审判，延展审判功能，透过司法程序的特有属性实现涉黑财物在范围认定、处置顺序、具体分配环节上的公正，并区分不同情况提出涉黑财物处置分配方案。

关键词 黑社会性质组织犯罪 涉案财物处置 诉讼化 司法审查

中图分类号：DF626 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)01-001-010

随着新一轮扫黑除恶专项斗争的开展，涉黑财物的认识廓清与良性处置对于实现铲除黑恶势力的社会治理目标和刑事政策要求具有重要意义。涉黑财物处置应在以审判为中心新型诉审关系建构下进行诉讼化改造，从法律规定和司法实践中归纳出涉黑财物的认定标准，并从实体公正与程序公正的角度对具体涉黑财物的处置顺序提出可行性方案，力求实现打击犯罪与保障人权并重的利益平衡与价值旨归。

* 李富建，山东省济南市中级人民法院四级高级法官；尹逊航，山东省济南市中级人民法院法官助理。

本文系山东省社科规划审判研究专项“审判中心主义下刑事庭审规范化研究”的阶段性研究成果，项目批准号 17CSPJ19。



一、困惑：基于审判实践的考察

（一）生效判决中的未决项

笔者通过中国裁判文书网，使用高级检索功能，依次设置检索条件为“刑事案件”“组织、领导、参加黑社会性质组织罪”“二审”“判决书”，得到检索结果 51 个。从生效判决的表述看，涉黑财物处置方式差异很大，判决主文表述不规范。

案例 1：李某波等 9 人犯组织、领导黑社会性质组织罪。^① 现暂存于某县公安局的作案工具 ×× 依法没收上缴，现暂存于某县公安局的防刺衣、长砍刀等依法没收销毁；随案移送的现金人民币 ×× 元或物品退还被告人 ××；随案移送的笔记本、收款收据等证据材料附卷保存。

问题：此案对随案移送的财物进行了处理，有没有未随案移送的财物，判决生效后未随案移送的财物又该如何处理？

案例 2：胡某某等 16 人犯组织、领导、参加黑社会性质组织罪。^② 作案工具 ×× 轿车，予以没收；对该组织的违法所得，由侦查机关继续追缴。

问题：此案例中，判决确定的违法所得由侦查机关继续追缴却无具体的财产范围，侦查机关后期追缴所得该如何处理，缺少中立机关参与、监督，“涉案财物处置的决定权与执行权由同一办案机关行使，该如何防范自己决定、自己执行的权力不被滥用？”^③

案例 3：董某某等 7 人组织、领导、参加黑社会性质组织罪。^④ 对董某某为首的黑社会性质组织和组织、领导、参加黑社会性质组织的犯罪分子聚敛的财物及其收益及用于犯罪的工具等，依法予以追缴、没收。

问题：此案判项照搬司法解释的规定，过于笼统简略；未列明追缴没收的特定财产或者金额；是否有查扣的物品，判项中亦未具体列明。

案例 4：马某林等 13 人犯组织、领导黑社会性质组织罪。^⑤ 作案工具枪支、刀具等予以没收；犯罪所得予以追缴，并继续追赃。

问题：“继续追赃”的责任主体是谁？一直以来意见分歧较大，随着中共中央办公厅、国务院办公厅《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》（以下简

①（2016）云 04 刑终 170 号判决书。

②（2014）川刑终字第 131 号判决书。

③ 唐世银、奚玮《论扣押程序的正当化与域外财物追回机制》，载《中国社会科学院研究生院学报》2011 年第 5 期。

④（2015）榕刑终字第 445 号裁定书。

⑤（2016）川刑终 151 号裁定书。

称“两办”《意见》) 出台, 此问题貌似迎刃而解, 即由人民法院负责执行, 其他司法、行政机关予以配合, 但实际执行效果如何, 在后文统计数据中可见一斑。

除此以外, 还有相当一部分裁判文书未在判决主文中提及涉黑财物处置的问题。该犯罪经济特征的证成中涉案财物多寡是重要考量因素, 如果说这些裁判中没有涉案财物显然是有悖常理的, 那么另一种可能的解释就是, 涉案财物在进入庭审程序之前就被提前处置了。

《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》(以下简称《刑事裁判涉财产部分执行若干规定》) 规定, 人民法院对涉案财物的处理决定属于应当裁判的内容, 要体现在刑事裁判主文中, 也就是说无论何种处理结果, 均须在判决书中予以明确表述。裁判文书是刑罚执行的依据, 如果判项不规范, 案件进入执行程序后将难以执行, 也容易导致执行的随意性, 进而引发相关权利主体的异议。^①

(二) 法律文本中的模糊项

《刑法》《刑事诉讼法》以及相关司法解释只确立了刑事涉案财物处置的基本框架, 却未明确规定涉案财物的具体内涵。涉案财物并非严格意义上的法律术语, 相关规定散落在刑事立法的个别条款之中, 条文过于简约, 规定不够系统, 内容原则抽象,^② 制度应有的规范性与约束力尚显不足。司法实践中, 为克服不易操作的难题, 侦控机关从各自办案需要出发制定实施细则来具体把握涉案财物范围, 但由于法律位阶过低及各机关职能定位的局限, 使得这些规定不具有普适性, 实际执行效果不佳。最高法院司法解释及与检察院、公安部、司法部联合出台的座谈会纪要等规范性文件将涉黑财物范围界定在聚敛的财物、获得支持的财物、主动资助的财物等方面, 这仍然是从外延上框定涉黑财物的范围, 高度概括又缺少规范化的解释或限制、禁止性规定。两高两部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》(以下简称《2018 指导意见》) 明确要求公检法三机关对涉黑财物的来源、性质、用途、权属及价值大小应当全面审查并收集相关证据, 但其甄别标准不易把握, 决定采取强制措施的对象和范围由各机关自行认定, 这种处置方式既容易侵犯被告人及其他单位和个人的合法财产权, 又容易引发社会公众对司法活动的合理质疑和负面评价。^③

(三) 执行程序中的少数派

随着《刑事裁判涉财产部分执行若干规定》“两办”《意见》的相继出台, 刑事裁判涉财产部分执行情况成为考察刑事涉案财物处置的重要一面。笔者对 2017 年以

^① 刘贵祥、闫燕:《关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定的理解与适用》, 载《人民司法·应用》2015 年第 1 期。

^② 龚举文:《论扣押、冻结款物强制性措施的司法控制》, 载《中国刑事法杂志》, 2009 年第 8 期。

^③ 李奋飞:《处置“涉黑财产”的法律之思》, 载《法制日报》2011 年 7 月 6 日第 010 版。



来J市法院受理的相关案件进行了统计，新收案件类型包括罚金、没收财产、附带民事赔偿、责令退赔、追缴违法所得五类，新收案件数量分别为2026件、47件、94件、21件和16件，结案率分别为69.80%、35.87%、53.34%、64.53%和40.95%。刑事裁判涉财产部分执行案件数量不多、结案率不高，尤其是判决追缴违法所得的案件更难以执行。

二、溯因：处置乱象的多元求证

涉黑财物处置工作的运行陷入难以落实的困境，显然有违各类规范性文件的制定初衷。而考察何以造成审判环节的尴尬局面，应当成为我们思考和解决问题的逻辑起点。

（一）利益混同——财产属性黑白难辨

黑社会性质组织的敛财方式多种多样，有的通过合法经营的方式将违法所得漂白，由于合法经营与违法犯罪活动的主体重叠，犯罪收益的形态不断变化，合法经济利益与非法经济利益相互混同而难以区分。从纵向发展看，黑社会性质组织所获取的经济利益存在性质转变的起始点，该点以前获取的经济利益是合法的，该点以后获取的则是非法的。该组织何时实现由“恶”到“黑”的质变，司法机关难以发现这个嬗变的初始点，也就难以划清合法经济利益与非法经济利益之间的界限。从横向发展看，有的涉黑组织将非法经济利益与合法经济利益通过合伙、入股或者承包经营等方式投入到正规公司，除非被告人主动供述，司法机关基本无法厘清投入的经济利益的性质。有的组织成员将非法经济利益转移到他人名下，与他人合法财产混同，从占有的权利外观上看为合法占有，如果没有当事人的供述，司法机关无法对同一主体占有的经济利益作性质上的区分，也很难调查取证证实财产的性质。

（二）机制隐喻——诉审关系现实桎梏

实践中，公安机关可以根据自己的认知和判断决定追缴违法所得和犯罪工具的范围。随案移送的作为证据使用的物品附卷保存，但不作为证据使用的涉案财物，公安机关掌握实质性处置的决定权，只需向法院送交执行回单即可，法院无法参与处置过程，没有能力评价涉案财物的法律性质，哪些财物应当上缴国库，哪些应当返还被害人均由实际控制涉案财物的公安机关自行决定。在侦查中心主义的诉审关系中，公安机关处置涉案财物享有高度的自由权，采取强制措施无须其他机关审批，不受其他机关监督，被追诉人及相关利益主体无法在中立司法机构的主持下行使权利、发表意见，对于侦控机关认定的结论缺乏参与诉讼的程序性保障，也就无法在实体处理上获得有效的司法救济。

（三）理念制约——财权保障付之阙如

从国家预防犯罪的角度，彻底消灭黑社会性质组织的经济实力是防止其死灰复燃的重要途径。为此，在处置涉黑财物时，凡是有助于铲除该犯罪组织经济基础的强制措施都将用尽。通过扩大化地处置涉案财物，体现“严厉打击、黑恶务尽”的刑事政策要求和社会治理的特殊管控。现代刑罚制度中，“对于犯罪嫌疑人、被告人的处置，罪刑法定、疑罪从无、程序公正等法治理念已深入人心，但对于涉案财物的处置却大而化之，司法实践中重人身权保护、轻财产权保护，强调定罪量刑的公正性、忽视财物处置的合法性的现象十分突出。”^①也就是说，在处置涉黑财物的过程中，即使当事人认为被采取强制措施的财物与案件无关，也没有途径进行抗辩。

三、求解：涉黑财物处置程序的诉讼化改造

涉黑财物关乎多元主体的重大法律利益，应当由具有中立地位的司法机关进行全面司法审查，以解决实践中涉案财物审查程序正当性缺失问题，切实保障诉讼各方合法财产权益。

（一）审前程序监控的准司法化

“强制侦查的司法审查制度不仅是一种刑事诉讼制度，而且是一种宪法制度，是宪法原则的组成部分。如果没有审前程序中对限制人身自由权、财产权等基本人权的强制措施司法审查制度，就不可能有最终的公正审判制度。”^②涉案财物处置的乱象以及较高的侵权风险表明对物的强制措施具有司法规制的必要性。

1. 检察机关地位重塑。检察机关作为法律监督机关在刑事诉讼中处于承上启下的关键环节，“其具有司法机关和审前主导机关的属性，对侦查机关的整个侦查活动负有监控职责，建构对物强制性侦查措施的司法控制和监督机制为题中应有之义。”^③笔者认为，侦查机关在对涉案财物采取强制措施前应向同级检察机关提出申请，申请书要注明采取措施的理由或根据，拟采取措施的范围和时间，预期达到的侦查效果等内容，检察机关在收到申请书后原则上以书面审查的方式，作出准许或不予准许的决定并说明理由，对于检察机关的决定，侦查机关应当执行，但同时应当赋予侦查机关对决定不服可以向同级或上级检察机关提起复议权或申请复核权。

2. 恢复侦查预审程序。随着刑侦体制改革，侦查、预审机构合二为一，预审程序名存实亡。侦查机关囿于人力物力的问题，对于黑恶势力犯罪等重大刑事案件，通常

^① 熊秋红：《刑事诉讼涉案财物处置程序检视》，载《人民检察》2015年第13期。

^② 熊秋红：《刑事诉讼涉案财物处置程序检视》，载《人民检察》2015年第13期。

^③ 王玉良、韩东、郝静等《对搜查、扣押、冻结等强制性侦查措施检察监督有关问题研究》，载《法学杂志》2011年第2期。



以分组方式调查取证，对侦查后取得的多方面证据串并梳理不够，造成有的证据之间不能相互印证，证据相对杂乱；该调取的证据没有调取而贻误了最佳调取时间；有些证据由侦查机关的不同职能部门出具，“证出多头”甚至还存在互相抵触的情况，等等，合格有效的证据无法通过诉讼链条传递到审判终端，影响了犯罪打击力度。基于此，笔者建议恢复设立侦查预审程序，在审前程序中把好证据收集关、核实关。

3. 审判机关的“位”与“为”。“推进以审判为中心的诉讼制度改革，实际上是要实行以司法审判标准为中心。”^①在法律规定层面，证明标准是统一的，但在实际执行层面，各机关却有不同理解和把握。“严格证明标准，既直接关涉案件的实体处理，也与犯罪嫌疑人、被告人的权利保障紧密联系。”^②笔者认为，基于司法权为判断权的专有属性和审判活动终局性的特点，由法院牵头制定办案指引或调查取证标准等指导性意见或规范性文件，引导侦控机关“统一按照能经得起控辩双方质证辩论、经得起庭审标准检验的方式去开展调查取证、公诉指控等诉讼活动”，^③加强审判程序对审前程序的有效制约。

（二）法庭调查程序的强化

1. 法庭调查环节的实质化。经调研，在司法实践中，庭审重点围绕被告人的定罪量刑展开，作为证据使用的物品在查明犯罪事实时可能会有所涉及，但对其他涉案财物基本上不进行专门调查，有时只是例行宣读一下查扣物品清单及相关权属，关于其是否与犯罪有关、是否归属于他人则没有查明。笔者认为，在案的涉黑财物及其孳息情况复杂、种类繁多，法庭审理事项应当包括涉黑财物处理事实和被告人财产状况，以便诉讼参与人能够充分发表意见、举证质证，明确财物性质和权属，弱化涉案财物处理过程中合议庭“闭门造车”现象。一般黑社会性质组织犯罪审理时间较长，可能需要多次开庭审理，但是对涉黑财物的审查应当一次集中进行，防止因为案件审理程序的迟延而延误涉黑财物认定、追缴和处置的最佳时间，影响所有权人对合法财产的使用收益权。

2. 各方利益主体的有效参与。“受程序结果影响的人应当有权富有意义地参与该程序，这不仅是程序本身公正的基本要素，也是程序结果公正的保障。”^④在涉案财物处置中，对被追诉人而言，侦查机关在对犯罪财物采取强制措施前，应当提前将查封、扣押、冻结涉案财物的范围及对象告知犯罪嫌疑人及其律师。侦查机关对涉案财产采取强制措施时应当允许犯罪嫌疑人及其近亲属、律师对强制措施的合法性、必要性以及合理性进行书面答辩或口头抗辩，明确告知其提交财产来源、权属关系等相关证明

① 沈德咏：《推进以审判为中心的诉讼制度改革》，载《中国法学》2015年第3期。

② 卞建林、张璐：《我国刑事证明标准的理解与适用》，载《法律适用》2014年第3期。

③ 沈德咏：《推进以审判为中心的诉讼制度改革》，载《中国法学》2015年第3期。

④ 吴光升：《刑事涉案财物处理程序的正当化》，载《法律适用》2007年第10期。

文件。对案外人而言，在法庭审理过程中对已采取强制措施的涉案财物具有提出权属异议的权利。侦查机关应当在涉黑犯罪所影响或控制的地域、行业内发布财物查封、扣押、冻结公告，及时查找发现与涉案财物具有利害关系的案外人并告知其及时参与诉讼，充分发表意见。

3. 财产来源不明的推定证成。“立法者决定在某种案件中适用举证责任倒置的理由包括司法证明的需要，各方举证的便利，以及反映一定价值取向的社会政策性考虑。”^① 基于涉黑财物与合法财物易于混同的情形，由检察机关证明财产来源非法困难异常，由被告人说明其财产来源合法则较为容易，笔者认为，涉黑财物属性的认定可以借鉴巨额财产来源不明罪等涉众型、复杂型经济犯罪案件的举证责任分配方式，采取举证责任倒置，若被追诉人不能证明其财产及其收入来源合法，则推定其为违法犯罪所得。

（三）事后救济程序的及时跟进

对于已经参加到诉讼中的诉讼各方，对涉案财物处理决定不服，就财物处理部分享有上诉权或请求检察院抗诉权。对于未能参与诉讼程序的案外利害关系人，则可以在案件执行程序中涉案财物主张实体权利，由法院执行部门作为执行异议案件进行审查，对审查裁定不服，案外人有权向上一级人民法院申请复议。司法实践中遇到比较棘手的问题正如前文案例所述，如果刑事裁判文书主文对于涉案财物如何处置的表述较为粗糙或应予认定而未认定，则直接导致难以执行或无法作出正确的异议审查结果。涉及赃款赃物认定问题的，由刑事审判部门出具认定意见，如果涉案财产未被刑事判决认定为赃款赃物，可以先由刑事审判部门裁定补正，无法补正的，再按审判监督程序处理。由此可见，涉案财物是否已被刑事判决认定为赃款赃物，将影响到案外人的权利行使方式和人民法院所应适用的处理程序。在前文的案例 4 中，关于判决继续追赃责任主体的问题，笔者认为，法院“继续追赃”实际执行效果并不理想，而公安机关对于案件发生地、涉案财物状况更为了解，侦查手段更为丰富，在法院穷尽追缴措施后，可以与公安机关协商，将仍具备追缴条件的案件移送公安机关继续追缴。

四、探觅：涉黑财物处置的公正性考量

涉黑财物处置突出表现为国家利益、公共利益和个人权益的均衡保护，如何实现权利冲突与价值冲突的弥合消解，应坚持以审判为中心的改革方向，借助司法程序的特殊功能实现司法公正的最终追求。

^① 何家弘：《刑事诉讼中举证责任分配之我见》，载《政治与法律》2002 年第 1 期。



（一）财物范围认定体现公正性

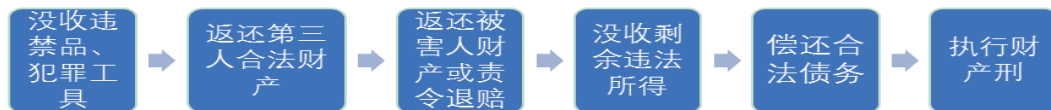
对涉黑财物的认定应从形成时间和特殊属性两个层面把握。

1. 涉黑财物的形成时间。可分三个层次依次审查判断。一是根据成立仪式的时间确定。如以被告人陈某某为首的黑社会性质组织，^①所有组织成员一般要敬茶、敬酒、封红包、拜老大，仪式性活动的出现说明恶势力团伙发展到了比较成熟的阶段，黑社会性质组织的影响力和非法控制状态初步形成。二是根据标志性事件的时间确定。如在上述案件中，被告人陈某某砍伤原“飞鸿帮”大哥“飞鸿”后声名鹊起，树立领导地位，终审法院即以此“标志性事件”来认定以该组织犯罪的时间起点。三是根据首次实施有组织犯罪活动的行为的时间确定。违法犯罪行为的组织性越强，犯罪组织的社会危害性就越大，首次实施有组织犯罪活动的行为的时间起点亦是该犯罪组织聚敛经济利益的开始。在黑社会性质组织的形成过程中，虽然犯罪时间的认定并不能减轻犯罪分子的刑事责任，但却对涉案财物范围的界定有着重要影响。

2. 混同财物的范围界定。可从三个方面进行审查判断，一是从资金来源和资金流向上看，若公司企业设立的初始资金主要是通过违法犯罪手段或其他不正当手段获取的，获利后的资金亦流向非法领域，可以将涉黑企业的财物认定为“黑财”。二是从涉黑企业设立的目的上看，为实施违法犯罪活动而开办的公司，其实质是利用公司、企业合法经营的形式从事违法犯罪活动，不论其投资来源是否合法，涉黑企业的财物应视为“黑财”。三是从涉黑企业的非法控制性上看，多数与传统的暴力犯罪和非法经营活动关系密切，最终也都要通过排挤竞争对手，实现对一定地区或行业的非法控制，围绕其形成的“非法控制”范围去认定涉案财物。

（二）财物具体分配体现公正性

对涉黑财物的具体分配顺序应当分为几个层次递进式完成，处置顺序大致如下图所示：



涉黑财物具体分配方案如下：

1. 无关财产的及时发还。在调查核实涉案财物性质和权属的前提下，只要其与犯罪事实无关，就应当及时发还所有权人。如果强制性侦查措施给财产所有权人造成了损失，应由办案部门给予必要补偿或一定赔偿。

^①（2012）深中法刑一初字第227号判决书、（2013）粤高法刑四终字第175号判决书。

2. 违禁品、犯罪工具予以没收。黑社会性质组织犯罪常与吸毒、贩毒、赌博、走私等违法犯罪活动交织存在，因此，违禁品在该组织犯罪中出现的频率较高，有时可能构成其实施的犯罪案件的赃物。对该组织及其成员非法持有的违禁品应当依法予以追缴、没收。犯罪工具必须是专门用于犯罪或主要用于犯罪活动的物品，^①对于犯罪工具，应当区分不同的所有权人，如为罪犯所有并供犯罪所用，应予以没收，如为罪犯所盗用或骗用，财物所有人没有参与涉黑犯罪活动，应当将该财物返还给财物实际所有人。如上文所述，黑社会性质组织为实施违法犯罪活动而开办的公司，此种模式下，公司本身就是犯罪的载体，公司内的所有财物均应整体作为犯罪工具，不宜再区分其具体性质和权属。

3. 第三人合法财产及时返还。涉黑犯罪中涉及案外第三人财产权的现象比较常见，一种情形是骗用或盗用第三人的财物作为犯罪工具实施犯罪活动的；另一种情形是违法所得已用于清偿债务或转让他人的。在第一种情形下，前文已述及，在保证刑事诉讼活动能够顺利进行的前提下，在查清犯罪事实的基础上，可以将诉讼活动不再需要的“供犯罪所用的本人财物”返还给实际权利人。第二种情形则要区分第三人的取得是恶意取得还是善意取得，若具有《2018 指导意见》第 28 条所规定的“恶意取得”的四种情形，应当依法追缴，若为善意取得，则应依照该意见第 29 条的规定，可以追缴、没收其他等值财产。

4. 清偿被害人损失。要区分不同情况采取不同的处理方式。

第一种情况是可以审前返还，但有除外情形，且应慎重适用。根据《刑事诉讼法》、“两办”《意见》的有关规定，对于权属明确、返还不损害他人权益、不影响诉讼正常进行的涉案财物，经被害人申请，可以审前返还，但权属有争议的除外。我国刑事诉讼中规定审前返还程序主要是出于诉讼经济和物尽其用的考虑，笔者认为，涉黑财物处置应慎重适用审前返还程序，主要因为，一是黑社会性质组织犯罪是一种复合型犯罪形态，其构成要件和所涉及的法律关系复杂且涉案财物经多次流转权属难分、黑白难辨，需要经过审理程序予以确认；二是该犯罪组织活动方式日益隐蔽化，涉黑财物查控、追缴困难，无法使全部受害人均能得到公平赔偿；三是由于长期滋事威慑，社会影响恶劣、群众积怨极深，稍有处理不慎，就会导致上访信访甚至引发群体性事件。

第二种情况是适用刑事附带民事诉讼的方式解决。《2018 指导意见》第 29 条所规定的“黑财”存在价值灭失、他人善意取得、财产混同无法分割等情形时，应当由被告人的其他等值财产来赔偿，用责令退赔的方式替代追缴，被害人可以通过提起刑事

^① 吴成杰：《刑事涉案财物的审查认定及处理》，载《人民司法·应用》2014 第 13 期。



附带民事诉讼主张权利，由法官在刑事判决中一并解决。

第三种情况是刑事返还程序与民事返还程序的衔接。被害人因刑事追缴或责令退赔仍未能弥补直接损失的，可以另行提起民事诉讼。由被告人在违法所得等值财产范围内予以赔偿，该赔偿优先于其他民事债务。“对于民事判决已经处理的部分，在刑事诉讼中不再作出责令退赔，避免产生重复处理甚至刑民判决之间存在冲突的问题”。^①如果被告人已经丧失赔偿能力，被害人的民事诉讼就会存在诉讼风险，除非发现新的财产线索，否则判决将难以执行。

第四种情况是被害人间接损失的民事救济程序。当前涉黑犯罪出现一些新的演化态势，通过非法放贷、合谋实施“套路贷”等翻新形式实施犯罪，先与借款人签定阴阳借款合同，后雇人通过言语威胁、故意伤害、非法拘禁等方式要挟，达到非法占有钱款目的，这就出现刑民交叉问题。涉黑案件诉讼周期长，若赃款赃物隐匿、转移或挥霍一空，被害人受偿的可能性就很小。被害人的直接损失可以通过刑事退赔实现，合法利息等间接损失则应当通过另行提起民事诉讼的方式，以被告人的合法财产来清偿，并且可以与刑事诉讼同时进行，避免因刑事诉讼程序未完结而错过合法民事权益的保护时效。

5. 剩余违法所得予以没收。追缴的涉案财物不仅包括直接违法所得还包括衍生所得，在返还第三人和被害人合法财产、赔偿被害人直接损失后，如果还有剩余部分，应当由法院决定予以没收，上缴国库。

6. 执行财产刑。黑社会性质组织犯罪规定了财产刑，应当在被告人的合法财产中予以执行。

结 语

“探究是为了找寻一个普适性的原则，不论其植根于历史还是哲学，不论其植根于对实然的研究，还是对应然的纯理论努力。”^②涉黑财物处置离不开良好的刑事立法和刑事司法的背景支撑，需要法律作出明确无误的指引，本文所提到的各项法律法规、司法解释、会议纪要均是可遵循的思维逻辑，引导裁判者去应用刑法之规。涉黑财物的处置必须在刑事诉讼程序中进行，以审判为中心赋予涉案财物处置公正的内涵。

（责任编辑：冯艳楠）

^① 吴成杰：《刑事涉案财物的审查认定及处理》，载《人民司法·应用》2014年第13期。

^② [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158-159页。

刑事二审抗诉的非谦抑性及其应对

——以 200 件刑事二审抗诉案件为分析样本

刘庆伟*

内容摘要 深化国家监察体制改革对刑事抗诉工作带来较大影响。2017 年全国检察长会议明确提出“要构建以抗诉为中心的刑事审判监督格局”。这一趋势必将给法院刑事审判工作带来较大影响，刑事二审抗诉的非谦抑性更加突出即是其中之一。部分检察机关在不合理考核指标导向下，片面追求抗诉数量和抗诉意见被法院采纳，既浪费司法资源，影响法检关系、上下级法院之间的关系，也无助于尽快修复破损的社会关系。刑事二审抗诉非谦抑性较强的现象应当予以反思和改进。建议“两高”联合出台文件对“量刑明显不当”的认定标准进行明确和细化；建立刑事二审抗诉案件抗前沟通机制，减少法检之间误会和隔阂；改进刑事法官教育培训机制，突出法学理论素养提升；完善检察机关多元化法律监督机制，充分发挥检察建议、纠正违法通知书等经济有效替代手段作用，以减少必要性不大的抗诉。

关键词 抗诉 非谦抑性 抗前沟通 法律监督

中图分类号：DF73 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)01-011-021

一、引子：从三则真实案例谈起

案例 1^①：被告人高某（男）与被害人王某（女）2012 年 7 月认识并发展成男女朋友关系。5 个月后王某提出分手，高某不同意，遂将王某骗出，用车将王某带至宾馆，

* 刘庆伟，山东省泰安市中级人民法院一级法官。

① (2013)泰刑一终字第 67 号判决书。



对王某进行殴打，并实施强奸。当天，王某报警称被高某强奸。第二天，高某投案，供述了殴打王某经过。案件审理中，高某家人赔偿王某8万元，王某表示谅解并请求对高某从轻处罚。X市法院认为高某已构成强奸罪，但鉴于高某与王某原系男女朋友关系，高某家人已赔偿被害人并取得谅解，被告人主动到案并认罪悔罪，对被告人可酌情从轻处罚，遂以强奸罪判处高某有期徒刑三年缓刑五年，禁止高某接触被害人王某及其近亲属。X市检察院以一审法院对高某适用缓刑不当为由提起抗诉，二审法院驳回抗诉、维持原判。

案例2^①：2016年10月31日是农历十月初一，被告人王某欲进入被害人王某甲之子承包的旧学校院内上坟烧纸，王某甲阻拦，二人发生口角，继而相互厮打，王某甲倒地身亡。案发后，被告人王某回到家中。出警人员到王某家中口头传唤王某至派出所接受讯问。经鉴定，王某甲系在原有陈旧性心肌梗死、冠状动脉粥样硬化性心脏病基础上因与他人争吵、打斗、情绪激动、活动量增大等因素诱发急性心肌梗死死亡。N县法院认为王某的行为已构成过失致人死亡罪，但主动赔偿被害人损失，且有自首情节，以过失致人死亡罪判处王某有期徒刑一年六个月，缓刑二年。N县检察院提起抗诉，认为王某不构成自首，应构成坦白，一审量刑过轻，不应适用缓刑。T市检察院支持王某构成坦白而不是自首的抗诉意见，但认为一审法院量刑适当，可以适用缓刑。二审改判支持了王某构成坦白的抗诉意见，在刑期上相应增加了两个月，仍然适用缓刑。

案例3^②：2017年2月12日23时30分，X市公安局某派出所民警岳某等到某村刘某甲家依法查处赌博行为时，遭到刘某甲等四人辱骂、殴打，致岳某等轻微伤。刘某甲主动投案并如实供述妨害公务的犯罪事实。X市法院认为刘某甲等四人以暴力手段阻碍公安机关工作人员依法执行职务，并致三人轻微伤，其行为均构成妨害公务罪，依照《中华人民共和国刑法》第277条第1款等规定，判处四被告人七至九个月不等有期徒刑。X市检察院提起抗诉，认为一审判决没有适用《中华人民共和国刑法》第277条第5款，属适用法律错误；四被告人犯罪情节较重、社会影响较大，一审量刑明显不当。T市检察院仅支持X市检察院关于未适用《中华人民共和国刑法》第277条第5款属适用法律错误的抗诉意见。二审法院改判，支持了一审法院未适用《中华人民共和国刑法》第277条第5款属适用法律错误的抗诉意见，但量刑未作改变。

上述三个案例一审均定罪准确，量刑适当或存在小的瑕疵和失误。案例1一审定

① (2017)鲁09刑终144号判决书。

② (2017)鲁09刑终225号判决书。

罪准确，对被告人适用缓刑有利于实现法律效果与社会效果的有机统一；案例 2 将依法应认定为坦白的情节错误认定为自首；案例 3 本应适用《中华人民共和国刑法》第 277 条第 5 款而没有适用。案例 1 维持，案例 2、案例 3 改判。后两个案例中一审法院的失误，可能是真的失误，也可能是有意为之，因为不管是案例 2 将坦白认作自首、还是案例 3 将《中华人民共和国刑法》第 277 条第 5 款适用成第一款而没有适应。倾向于对被告人判处更轻的刑罚，而由此得出的量刑结果也是符合罪责刑相一致原则的。

检察院对上述这些定罪无问题、量刑无问题或问题很小的案件是不是一定要提起抗诉？这样的抗诉到底有多大实际意义？有没有其他替代途径？一、二审法院对该种情形案件有没有需要反思和改进之处？这些问题都值得我们认真思考。

二、问题的提出：刑事二审抗诉非谦抑性的涵义及表现

前述三则案例并非个案，从 2011 年至 2017 年 S 省 T 市中院审理的 59 件刑事二审抗诉案件和从全国法院随机抽取的 141 件刑事二审抗诉案件来看，相似情形的案件占相当比例。其所反映出的共性问题：部分刑事二审抗诉具有一定的非谦抑性。

（一）刑事二审抗诉非谦抑性的涵义

谦抑是指缩减或者压缩，与此相反的是扩张。^①刑法上的谦抑性概念较早是由日本的平野龙一先生提出的，他认为行为人的行为危害他人利益时，不是必须直接动用刑法，而是可以采用其他社会统治手段替代刑法，只有当其他社会统治手段不能发挥作用，或是其他社会统治手段过于严厉，有超越刑法之嫌时，才可以动用刑法。^②随着理论和实践不断发展，谦抑性逐渐成为一项重要的公法原则，其核心理念在于强调以最小的公权力行使成本来实现最大的社会效益。

非谦抑性，即不符合谦抑性原则。刑事二审抗诉案件的非谦抑性，就是指部分刑事二审抗诉并没有正确理解和遵循刑事案件抗诉的范围和条件，对于一些一审存在瑕疵或小的失误，定罪无问题，量刑不存在问题或问题很小，没有必要启动抗诉的案件，依然提起抗诉的现象。

（二）刑事二审抗诉非谦抑性的具体情形

从前述 200 件案件来看，刑事二审抗诉案件的非谦抑性大致表现为以下几种情形：

一是有些案件一审中被告人与受害人达成调解协议，被害人对被告人表示谅解，原审法院对被告人从轻判处，取得较好效果，检察院仍以量刑畸轻为由提起抗诉，针

^① 陈兴良：《本体刑法学（第二版）》，中国人民大学出版社 2011 年版，第 60 页。

^② 张明楷：《外国刑法纲要（第二版）》，清华大学出版社 2007 年 2 月版，第 7-8 页。



对该种情况，二审法院一般予以维持。

二是有一审法院定罪和主刑量刑无问题，罚金或没收财产数额错误，检察院提起抗诉，针对该种情况，二审法院一般仅就财产刑部分判项进行改判。

三是一审法院适用量刑情节错误，最常见的是将坦白情节认定为自首，也有个别案件将自首情节认定为坦白，检察院以量刑情节认定错误导致量刑畸轻为由提起抗诉，针对该种情况，二审法院一般予以改判，在法律适用上支持抗诉意见，在量刑上倾向于支持原判，即使改判，量刑幅度增加也很小，一般是提高几个月，最少的一起仅增加拘役十五天。

四是一审法院适用法条错误，但量刑结果问题不大，检察院提起抗诉，针对该种情况，二审法院一般予以改判，前述案例3即属该种情形。

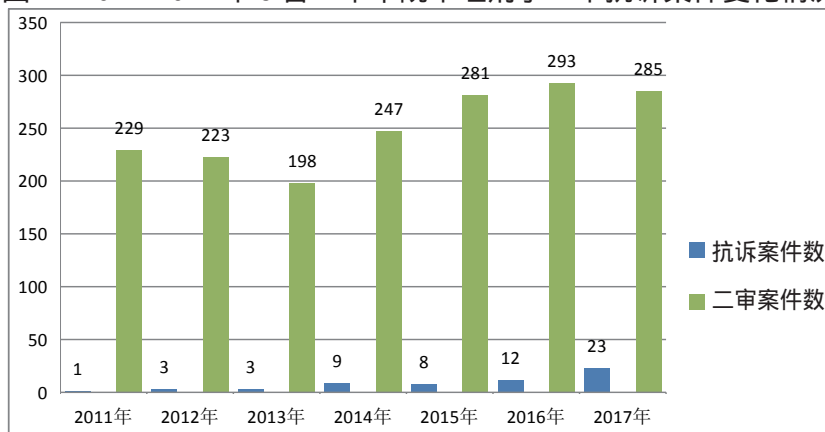
五是一审法院定罪无问题，量刑宣告缓刑，但存在瑕疵，量刑稍重，双方当事人均服判息诉，特别是被告人认罪伏法，检察院提起抗诉，针对该种情况，二审法院一般改判，但量刑降低幅度很小。

（三）刑事二审抗诉非谦抑性的整体体现

除去上述具体表现，刑事二审抗诉案件的非谦抑性还在整体上有以下体现：

一是抗诉案件数大幅增长。近年来，随着量刑规范化的推开，一审刑事审判质量在整体上是稳步提高的。2011年以来，刑事二审案件数量整体较为平稳，增长幅度不大，这说明上诉的刑事二审案件基本平稳。而抗诉案件数增长幅度较大，从全国法院看，2013—2016年，审理刑事二审抗诉案件分别为5445件、5207件、6591件、7185件。具体到S省T市中院，由2011年的1件增长到2016年的12件，2017年进一步由2016年的12件增长到23件，几乎是成倍增长，见图1。

图1 2011-2017年S省T市中院审理刑事二审抗诉案件变化情况



二是抗诉之后量刑结果变化并不大。从200件案件的二审裁量结果看，92件改判，

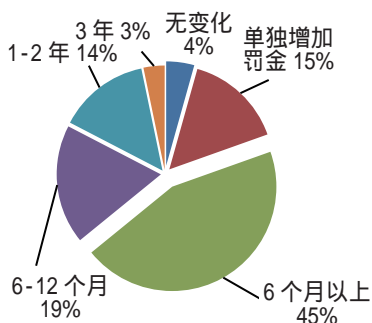


图2 改判案件改判后量刑变化情况

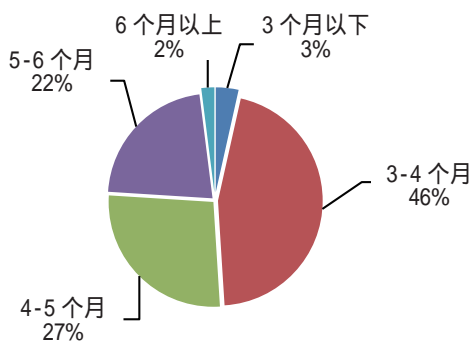


图3 一审结案至二审结案花费时间情况

37件发回重审,59件维持,12件撤诉或按撤诉处理。而92件改判的案件量刑变化也不大。抗诉后量刑变化在一年以下的约占62%,有的只增加了罚金,个别的甚至量刑无变化,见图2。

三是司法资源投入较多。从时间上看,200个案件从一审结案到二审结案大部分花费3至6个月不等的的时间,见图3。这些花费的时间不少已经超过了二审后增加的量刑幅度,尤其是对于一、二审均宣告缓刑的案件,实际上变相延长了被告人的缓刑考验期。此外,抗诉案件必须开庭,法院、检察院、当事人在案件上也投入了大量时间和人力。

三、问题的展开：刑事二审抗诉非谦抑性的利弊

加强和改进刑事抗诉工作,对于维护司法公正,保护诉讼当事人合法权益,实现社会公平正义,促进社会和谐稳定,树立和维护法治权威具有重要意义。部分刑事二审抗诉案件呈现出非谦抑性,初衷是为了加强和改进刑事抗诉工作,加强法律监督,但没有把握好违法与瑕疵的界限标准。该现象虽具有督促法院提高刑事审判质量、平复被害人一方情绪等积极意义,但从整体上分析是弊大于利的。

(一)不利于节约诉讼资源。波斯纳所指出:“正义的第二种涵义——也许是最普遍的涵义——是效益。”^①随着近年来案多人少矛盾日益凸显,刑事诉讼的效益观逐渐普及,这就要求“使投入的司法资源能够得到最大程度地节约,或者说尽量减少司法资源的投入量”^②。提起必要性不大的抗诉案件将浪费大量司法资源。对检察院来说,对不必要提起抗诉的案件提起抗诉,要投入力量阅卷、提审、撰写抗诉书、向上级检

^① [美] 理查德·A·波斯纳《法律的经济分析》(上),蒋兆康译,中国大百科全书出版社1997年版,第1页。

^② 刘广三:《犯罪控制视野下的刑事诉讼论纲》,载《中国法学》2004年第4期。



察院汇报，上级检察院也要阅卷、提审，还要出庭支持抗诉，影响办理其他案件的时间和精力；对法院来说，抗诉案件原则上必须开庭，不少案件需要押解犯人，有的案件还要提交专业法官会议讨论或提交审委会研究；对当事人来说，需要聘请律师、来回奔波，投入更多的时间、精力、财力。刑事抗诉案件的二审程序所消耗的司法资源甚至超过一审。但这样大的投入，换来的如果只是一审存在瑕疵或小的失误，定罪不变、量刑微调或不调，又有何经济性可言？

（二）不利于维护一审既判力。既判力是现代诉讼的基础性理论之一。刑事既判力指刑事既决事由所创设的稳定诉讼状态，包括既决事项的实质确定力和程序结果的自缚力，刑事既判力具有程序安定、诉讼经济、权利保障等价值。^①因而，应当注重维护一审刑事裁判的既判力。只有当一审判决在事实认定、法律适用等方面确实存在错误需要纠正时，才提起抗诉。否则，应尽量不再变动一审裁判。刑事二审抗诉的非谦抑性，导致事实上扩大了可以提起抗诉的案件的范围，恰恰是与维护一审刑事裁判的既判力相违背的。

（三）不利于上下级法院之间以及检法之间正常沟通联系。上下级法院之间是监督与被监督的关系，法院与检察院在刑事诉讼中是分工负责、互相配合、互相制约的关系，上下级法院之间、法检之间加强正常的沟通联系非常必要。但刑事二审的非谦抑性却扰乱了上述正常联系。从上下级法院关系来说，只是因为瑕疵或小的失误就对一审进行改判，而改判与业绩考核进而与奖励、晋升等直接挂钩，一审法院承办法官意见较大。从法检关系来说，对于瑕疵或小的失误也提起抗诉，未免有些“吹毛求疵”，一审法院和承办法官对检察院的意见也很大。二审法院本来审判压力就不小，还要审理实际意义并不大的部分抗诉案件，也有一定意见。

（四）不利于维护社会和谐稳定。虽然被害人一方往往存有重判被告人的期许，但一审结果出来后，经过一审辨法析理，大部分逐渐接受一审判决，因为案件遭受的创伤逐渐随着岁月的流逝而淡化、愈合。检察院提起抗诉，再一次点燃了被害人一方的希望，快要愈合的伤口再次被撕开。被告人一方也再次被拉回诉讼当中，掀过去的一页又翻回来。双方的对立情绪再次激化。而由于一审定罪量刑问题不大，最终不管改判与否，一审的量刑结果基本不变。被害人一方重点关注的是量刑结果，而不是一审是否存在瑕疵或失误，看到抗诉后量刑变化不大，被害人一方由失望到希望最后又回到失望。可见，刑事二审抗诉的非谦抑性并不利于修复破损的社会关系和维护社会和谐稳定。

^① 施鹏鹏：《刑事既判力理论及其中国化》，载《法学研究》2014年第1期。

四、问题的剖析：刑事二审抗诉非谦抑性的原因

刑事二审抗诉非谦抑性的原因，大致有以下三个方面：

（一）立法方面

一方面，抗诉标准规定不具体。2012年，《刑事诉讼法》及《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》均进行了修订，修改完善了很多条文，但关于刑事二审抗诉标准的规定一字未变。《刑事诉讼法》第217条规定：“地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误的时候，应当向上一级人民法院提出抗诉。”《人民检察院组织法》《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》的规定与此基本一致。其中，《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第582条规定：“人民检察院依法对人民法院的判决、裁定是否正确实行监督，对人民法院确有错误的判决、裁定，应当依法提出抗诉。”第584条从认定事实、定罪、量刑、程序等方面列举了提起二审抗诉的六种情形。上述规定存在的主要问题一是表述过于模糊，到底何为“确有错误”、何为“适用刑罚明显不当”并没有明确的标准，导致实践中很难把握。二是只有“质”的规定没有“量”的规定，是只要有错误，不管错误大小，都提出抗诉，还是错误须达到一定程度才提出抗诉？没有明确。这使得检察院在是否提出抗诉上有很大的可灵活掌握的空间。三是个别用词不是很科学，“认为”使得抗诉标准过于主观性，而“应当”则使得抗诉标准过于绝对性。

另一方面，一些法律规定不明确，法检两家在认识上存在分歧。1981年全国人大常委会颁布的《关于加强法律解释工作的决议》奠定了由最高人民法院和最高人民检察院两个司法机关进行司法解释的两元一级司法解释模式。由于法律规定具有概括性、滞后性，加之法院和检察院担负的法律职能不同，不可避免会在对一些问题的认识上存在差异，当法检两家对个别一审刑事案件适用法律的认识不一致时，检察院很有可能“认为”人民法院的判决或裁定“确有错误”，进而提出抗诉。^①

（二）法院方面

从一审法院来看，部分一审刑事案件质量确实有待提高。如果一审没有任何失误或瑕疵，检察院不可能提起抗诉。随着刑事法律法规体系日臻完善、司法体制改革深入推进、法官综合素质不断提升，基层法院一审刑事案件质量整体上不断提高，但由于案多人少等种种主客观原因，部分一审刑事案件的质量确实有待提升。以S省T市法院为例，2017年该市基层法院一审刑事案件发改率同比提升13.52个百分点。从发改原因看，有的是因为二审被告人主动赔偿得到被害人方谅解，有的是因为案件事实

^① 贺恒扬：《刑事抗诉制度的立法完善》，载《西南政法大学学报》2007年第1期。



没有查清，有的是因为违反法定程序，也有很多是因为低级错误，如“案例1”本来构成A量刑情节错误认定为B量刑情节，“案例2”本来适用A款规定错误适用了B款规定，这些完全可以避免。有的一审刑事案件虽然未被提起抗诉，但也存在当事人名称错误、数额计算错误、法条引用错误等低级失误。

二审法院虽然与刑事二审抗诉非谦抑性没有直接关系，但也存在着间接关系。跳出S省T市法院，从普遍意义上讲，二审法院还有一些地方需要完善。首先，对下指导工作需要进一步加强。检察院容易抗诉的案件有不少共同之处，如果前期注重总结刑事二审抗诉情况，发现一审共性问题并相应加强业务指导的话，可以避免和减少一些抗诉。其次，对基层法院的支持力度需要进一步加强。面对检察院对一审法院小的失误或瑕疵的抗诉，绝大部分二审法官选择了支持检察院的抗诉意见，只有极个别的

二审法官坚持支持一审法院裁判结果，见图4。长期如此，也给检察院传递了一种错误信号：只要检察院抗诉意见成立，不管对量刑是否有影响、影响大还是小，基本上能通过改判或发回重审予以支持，这无疑鼓励和促进了刑事二审抗诉的非谦抑性。当然，也不能说二审法官缺乏替一审担当的精神，因为抗诉之后，诉讼资源已经投入了，如果换作在检察院准备抗诉之时，相信大部分二审法官也不支持检察院对一些案件的抗诉。

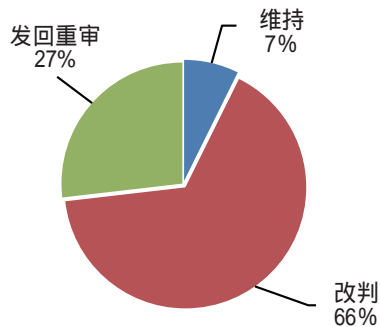


图4 二审法院对一审存在小的错误或瑕疵抗诉案件的处理情况

精神，因为抗诉之后，诉讼资源已经投入了，如果换作在检察院准备抗诉之时，相信大部分二审法官也不支持检察院对一些案件的抗诉。

(三) 检察院方面

检察院对刑事二审抗诉认识的偏差，以及由此导致的相关考核内容、考核标准设置的不合理，是造成部分刑事二审抗诉具有非谦抑性的重要原因。

一般认为，“刑事抗诉具有实现对人民法院的审判活动进行法律监督、实现被害人权利救济、实现诉讼经济效益三重价值功能，刑事抗诉的价值追求就是把三重价值功能有效地发挥出来。”^①但也有不少观点对刑事二审抗诉在认识上存在偏差，过于强调其监督功能和救济功能，而忽视了其实现诉讼经济效益的功能。如有观点就认为：“检察机关应当以抗诉为重点加强刑事审判监督，面对以审判为中心带来的审判监督难度加大的情况，积极拓展抗源、找准抗点。对法院错误适用法律及重大程序违法等

^① 余德峰、王建荣：《刑事抗诉运行机制实证分析》，载《中国刑事法杂志》2009年第11期。

具有示范意义和导向作用的案件，即使量刑没有明显不当，也要依法提起抗诉。”^① 检察机关持类似观点的不在少数，其反映到司法实践中就是对一审刑事案件“能抗则抗”，从而导致部分刑事二审抗诉呈现出非谦抑性。

对刑事二审抗诉认识上的偏差，导致相关考核内容和标准不尽合理。在检察机关的考核中，普遍将人均抗诉数和抗诉意见被采纳率作为对抗诉进行考核的重要指标，只要抗诉，不管是否抗对，就能多得分，而如果抗诉意见被采纳，则另外再多得分。即对检察院而言，抗诉成功并不意味着必须抗对。而考核结果又与各种物质和非物质利益直接挂钩。这种考核设置，必然引导检察机关加大抗诉力度，以越来越严格的标准检视每一起一审刑事案件，只要有失误和瑕疵，哪怕是很小的失误和瑕疵，也要提起抗诉。因此，检察机关的抗诉活动经常变成一种“以追求胜诉为目标的抗诉”，与检察机关诉讼监督的职能背道而驰。^②

此外，法检两家之间的沟通交流也不够及时、全面和充分。没有固定的沟通交流机制，往往是遇到具体问题时才在个别人员层面进行沟通交流。交流的内容也仅仅局限于个案，为了解决具体问题，头疼医头、脚疼医脚，对彼此整体工作情况交流沟通很少。

五、问题的解决：刑事二审抗诉非谦抑性的应对

为减少和避免刑事二审抗诉非谦抑性，就完善相关法律规定、健全相关制度机制等提出如下建议：

（一）“两高”共同出台规范性文件对“量刑明显不当”进行细化明确

司法实践中很多刑事二审抗诉案件的抗诉理由都是“量刑畸轻”或“量刑畸重”，亦即“量刑明显不当”，为便于实践操作，应从刑罚的种类和幅度等方面对“畸轻”“畸重”进行明确界定^③。“量刑明显不当”可大致作如下界定：

一是适用刑罚种类存在错误的，即罚金、管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑等刑罚中，该适用 A 刑罚错误适用了 B 刑罚。

二是宣告缓刑存在错误的，该宣告缓刑判处了实刑，该判实刑宣告了缓刑。

三是量刑幅度存在错误的，判处罚金误差金额超过所判罚金二分之一；判处管制误差六个月以上；判处拘役误差两个月以上；判处两年以下有期徒刑误差六个月以上；判处两年以上五年以下有期徒刑误差一年以上；判处五年以上十年以下有期徒刑误差两年以上；判处十年以上二十年以下有期徒刑误差三年以上；判处二十年以上有期徒

① 陈国庆、周颖：《刑事公诉制度改革十大趋势》，载《人民检察》2016年第12期。

② 陈瑞华：《诉讼监督制度改革的若干思路》，载《国家检察官学院学报》2009年第3期。

③ 杨飞、李志婷：《刑事抗诉中如何界定“量刑明显不当”》，载《检察日报》2012年6月4日第3版。



刑误差五年以上。

此外，建议修改刑事二审抗诉的相关概括性规定，将现行《刑事诉讼法》第217条中的“认为”二字以客观性表述替代，同时加上反应“量”的内容，修改后的法条可以为：“地方各级人民检察院对于本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误且有抗诉必要时，应当向上一级人民法院提出抗诉。”《人民检察院组织法》《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》据此作相应修改。

（二）建立刑事二审抗诉案件抗前沟通机制

根据前文分析，刑事二审抗诉案件之所以具有非谦抑性，与法检两家缺乏深入沟通交流、对一些问题认识不同甚至存在隔阂有很大关系。为此，建议建立刑事二审抗诉案件抗前沟通机制，作为提起刑事二审抗诉的前置程序。

刑事二审抗诉案件抗前沟通机制，是指检察机关对拟提起刑事二审抗诉的案件，在正式提出抗诉之前，与原审法院先行进行沟通的一项工作制度。具体内容设计如下：一是关于沟通时间，为检察机关审查案件结束后，决定提起抗诉前。二是关于沟通内容，主要是原审裁判是否符合抗诉条件，提起抗诉是否具有必要性。三是关于沟通方式，主要为检察人员与一审承办法官进行沟通。四是关于沟通期限，为检察机关审查案件结束后10日内。五是关于沟通效力，沟通过程应全程记录，沟通记录存入案卷。经沟通，检察机关认为不需要继续提起抗诉的，经检察院分管领导批准后，不再提起抗诉；检察机关仍然认为有必要提起抗诉的，继续提起抗诉。六是沟通结果不作为检察机关业绩考核内容。

此外，法院应加强与检察院多层次的沟通联系，建立由法院刑事审判人员和检察院公诉人员等参加的联席会议，定期召开联席会议，互相通报工作情况，针对对方工作中存在的问题积极提出意见建议。^①加强个案沟通交流。针对法检分歧较大的一审刑事案件，应通过召开庭前会议、公诉机关提出量刑建议、邀请检察机关列席审委会、宣判后向公诉机关解释裁判依据等多种形式，进行充分沟通交流，避免因分歧、隔阂引起不必要的抗诉。特别是针对类案的同罪不同罚、量刑不均衡及适用宽严相济刑事政策标准不统一等问题，更应当充分交换意见。

（三）完善检察机关多元化法律监督机制

抗诉工作不能为了抗诉而抗诉，应当有其价值考量，必须考虑有没有必要性。准确把握抗诉的必要性，不仅是提升刑事抗诉采纳率和改判率的重要前提和基础，而且能够有效避免抗诉审程序启动的随意性，节约司法资源。^②

实际上，检察机关对法院的法律监督不只抗诉一种手段，还有提出书面纠正意见

^① 孙孝海、王丽杰：《吉林市检察机关刑事抗诉实践分析》，载《中国刑事法杂志》2010年第8期。

^② 赵晶、杨红梅：《三措并举提升刑事抗诉质效》，载《中国检察官》2016年第2期。

等其他手段^①，这些非抗诉监督方式诉讼成本更低，期限更短，如果适用得当，也可发挥巨大作用。必须综合运用抗诉和非抗诉的法律监督方式，以抗诉为中心，以非抗诉手段为补充，充分发挥检察建议、纠正违法通知书等其他方式的监督效能，努力实现刑事审判监督质量、效率、效果三者的有机统一。^②

检察机关还应修改完善不合理的考核指标。不能绝对化地考核抗诉数量，抗诉是检察院的一项重要职能，抗诉数量多应当作为一个加分项目，但同时也要避免片面追求抗诉数量，如可以规定抗诉错误的，抗错一件扣减相当于抗对两件的加分值，引导公诉部门谨慎抗诉。

（四）改进刑事法官教育培训机制

就目前来看，对刑事法官的教育培训不可谓不多，但培训内容主要是刑事政策、新颁布法律法规、新类型案件等，这是远远不够的。应改进对刑事法官的教育培训机制，重点强化法学理论和责任心两个方面。

加强对刑事法官的法学理论培训。因为从 2011 年至 2017 年检察院抗诉案件情况看，检察院检视一审刑事案件的视角早已超越了基本的法条，很多已经涉及更深层次的理论问题，最常见的是某一量刑情节是构成坦白还是自首的问题，也有主犯与从犯的认定、一罪与数罪的认定、牵连犯的认定等问题，加强刑事理论教育培训很有必要。

加强对刑事法官的责任意识培训。从 200 件案件看，不少属于很低级的错误，有的忘记考虑前科，有的漏判罚金，有的罚金计算错误，有的法条都引用错了。检察院没提起抗诉的一审刑事案件，也有不少存在瑕疵，写错人名、金额计算错误等也经常出现。这些失误反映的不是能力问题，而纯粹是责任心问题。本轮司法改革核心就是落实司法责任制，作为一审刑事法官，必须强化责任意识，一丝不苟、事无巨细地做好案件审理的各项工作，避免不必要的抗诉，对法律负责、对自己负责。二审法官也应强化责任意识，敢于替一审法院担当。对于一审只存在小的瑕疵或失误且对定罪量刑影响不大的案件，应敢于对抗诉机关“说不”，在本院认为中可以点出一审存在的瑕疵或失误，同时指出这些瑕疵和失误对定罪量刑影响不大，依法驳回抗诉、维持原判，长此以往，给检察院传递一种信号，逐渐形成良性循环，减少和避免刑事二审抗诉的非谦抑性。

（责任编辑：冯艳楠）

^① 陈光中：《刑事诉讼法》，北京大学出版社、高等教育出版社 2017 年版，第 106 页。

^② 杨子鹏：《构建以抗诉为中心的刑事审判监督格局》，载《中国检察官》2017 年第 8 期。



从“口袋化”到“去口袋化”： 非法经营罪兜底项规制范围的司法限缩

——基于刑法第 225 条第 4 项运行样态的分析

潘娟*

内容摘要 王立军收购粮食案早已尘埃落定，但是理论界与实务界对非法经营罪兜底项的热议一直在进行，通过对适用兜底项进行裁判的文书分析，发现涉案行为类型泛化到与许可无关的经营行为、空白罪状的指引规范“国家规定”形同虚设、无罪辩护不力与有罪说理不足的辩审异状、类案中罪与非罪、此罪与彼罪的双向偏离，以上表征充分折射出兜底项规制范围不断扩张甚至异化。究其根源，先天不足与后天发育不良只是兜底项持续膨胀的诱因，国进民退到国退民进的市场体制转轨、最后一道防线到第一道防线的刑罚依赖、诉讼收益与成本博弈的理性选择才是背后的现实动因，加上失衡的诉讼模式阻却了法官慎用兜底项罪状的可能性，以及长期以来存在的有罪推定思想、参考先决案件的思维定式、偏好不充分的文书说理惯性等因素的共同发酵，兜底项不可避免落入口袋化的窠臼。故法官解读兜底项构成要件时要将自己的先前判断置于同类解释规则、二次违法性理论、刑法谦抑性理念的检验之下，如不相符，说明已经偏离了该罪的设置意图。在上述三重考量主导的限缩思维下构建出四阶段层层收缩式的操作进路：条款之内看兜底项 刑法之外看兜底项 刑法之上看兜底项 文书之中看裁判结果的说服力。

关键词 非法经营罪 兜底项 口袋化 司法限缩

中图分类号：DF623 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)01-022-032

* 潘娟，济南铁路运输中级法院二级法官。

引言

若想了解一项法律行为，应该避免抽象的论述，转而从实例入门。对非法经营罪第 225 条第 4 项所涉及的口袋化问题，亦应如此。笔者在中国裁判文书网上以“案由非法经营罪、裁判日期为 2015 年 1 月 1 日至 2017 年 12 月 31 日”为关键词进行筛选，从中挑选出适用兜底项的裁判文书 2649 份（包括没有直接写明适用兜底项，而是笼统适用刑法第 225 条的案件），选取的样本在时空维度的分布上具有广泛性与代表性，足以勾勒出兜底项的实然运行图景。

一、出题：兜底项从扩张到变异的口袋化表征

（一）涉案行为类型泛化到与许可无关的经营行为

1. 案件量多少呈现与经济发展水平正相关的地域性聚合分布。统计区间内，一审案件总量排前三位的是浙江、福建、广东，案件量分别为 574 件、443 件和 437 件，而案件量排后三位的是新疆、蒙古、青海，仅有 2 件、2 件、1 件，经济发达地区案件数多，欠发达地区案件数少，两级分化的趋势明显，充分彰显了非法经营罪作为经济犯罪的属性。

2. 经营对象具有广阔的涵射性。样本中三种行为方式所占比重较高，经营“六合彩”等彩票 1489 件，占 56.2%；经营外汇 43 件，占 16.3%；经营生猪屠宰 325 件，占 12.3%；其他 308 件涉及类型多达 35 种，包括特种设备、黑车队、房地产开发和商品房预售、典当、保健品、电子垃圾、墓地、收割机、纯净水、垃圾场、钢管脚手架扣件等，几乎涵盖了经济生活的任何一个领域。

3. 调控范围扩张至司法解释未作规定的领域。统计文书中依司法解释裁判的行为对象有彩票、外汇、生猪屠宰，非法出版物、网络服务场所、电视网络接收设备、具有赌博功能的游戏机。在司法解释外开拓新类型 192 件，包括旅客运输、培训学校、对外劳务中介、游戏外挂等，而其中的私人侦探业务、考试作弊器材是不允许被商品化，不存在许可合法经营的可能。

（二）空白罪状的指引规范“国家规定”形同虚设

1. 未表明援引的国家规定。根据最高院《关于司法解释工作的规定》第 27 条的要求，如果将司法解释作为裁判依据，应当在司法文书中援引。但是依照司法解释裁判的 2457 份判决书中只有 283 份援引了相关司法解释，援引率仅有 11.5%。而没有司法解释作为裁判依据的 192 份判决书，只有 15 份援引了国家规定，占 7.8%。入罪



的前提要件“违反国家规定”沦为摆设。

2. 参照国家规定的方式五花八门。有的只是一揽子指出“违反国家关于XX的规定”，有的明确指出所参照国家规定的具体内容，有的参照的国家规定实则未出台。

3. 援引国家规定的效力位阶参差不齐，既包括法律、行政法规、也包括部门规章、部门规范性文件、部门工作文件、地方性法规。^①

（三）无罪辩护不力与有罪说理不足的辩审异状

1. 异化甚至失灵的辩方意见。样本案件中，1242名被告人委托了律师，律师参与率41.9%。从辩护意见的分类来看，定性辩护154次，占29%；量刑意见辩护1734次，占71%。采纳率较高的为控辩双方没有实质争议的酌定从轻量刑辩护，而控辩双方有实质争议的对无罪与指控事实不成立的辩护意见采纳率畸低。在律师参诉度不高，关乎无罪的定性辩护意见鲜有提及的情况下，诉讼程序对兜底尺径扩大的制约功能失效。

2. 判决的刑罚“不厉”性凸显。在统计的2964名被告人被判处的主刑种类中，被判处有期徒刑的894人，占比为30.2%，被判处免于刑事处罚35人，单处罚金57人，拘役60人。被宣告缓刑者1918人，缓刑适用率高达64.7%，通过适用轻缓刑罚转嫁从严入罪的风险初显。

3. 裁判理由的阐述乏力。一是定罪事实和罪名与公诉方指控一致的情况下，以“公诉机关指控的事实与罪名均成立，本院予以支持”的表述一笔带过。二是变更指控事实的情况下，欠缺法理分析，突兀的得出结论。大部分笼统地表述为“公诉机关指控的某某的事实不清，证据不足，本院不予支持”。比如一起建筑垃圾清运案件，表述为“XX检察院指控被告人犯非法经营罪，缺乏依据，本院不予认定”。^②

针对辩护意见的回应性说理，有的格式化回应，“所提的辩护意见，与事实、法律不符，不予采纳”；有的在首部概括的辩护意见，主文中未予以回应；有的没有针对性评述，“辩护人的辩护意见与查明事实一致的部分，可予采纳，不一致的部分，不予采纳”。

（四）类案中罪与非罪、此罪与彼罪的双向偏离

1. 横向偏离，同一行为在不同地区罪与非罪的差别。对于无证施工并违规售房行为，黑龙江省某法院认为，应依照“法无明文不为罪”的原则不予认定，不构成非法经营罪^③，而在北京、江西、四川、山西、河北、新疆等地均有法院认为构成非法经营罪。对从事对外劳务中介的行为，四川省某法院认定，现行法律及有关司法解释未对该行

^① 例如法律《动物防疫法》、行政法规《道路运输条例》、部门规章《互联网出版管理暂行规定》、部门规范性文件《专用汽车和挂车生产企业及产品准入管理规则》、部门工作文件《关于开展对“私服”：外挂“专项治理的通知》、地方性法规《辽宁省河道管理条例》。

^② 参见（2015）雁刑初字第00935号。

^③ 参见（2015）里刑初字第38号。

为构成非法经营罪作出明确规定，不构成非法经营罪，^①但是福建、吉林、山东、辽宁、江苏、河南、河北等地的法院均以非法经营罪判处刑罚。

2. 纵向偏离，第一，上下级法院对同一行为的定性大相径庭。针对零售非法音像制品的行为，二审法院认为属于发行侵权作品的一种行为表现方式，应按照侵犯著作权罪定罪处罚，而一审法院认定为非法经营罪。^②一审法院认为复制发行网维大师的行为构成非法经营罪，而二审法院认定其构成侵犯著作权罪。^③第二，上下级法院对是否适用升格法定刑的认识迥异。对非法经营公墓的行为，原审法院适用升格法定刑，而终审法院认为刑法条文及相关法律文件均没有明确“情节特别严重”的具体情形和数额，故原审判决的认定缺少事实和法律依据。^④

二、审题：催生兜底项口袋化的影响因素探究

（一）兜底项口袋症状的规范肇因

1. 先天的立法缺陷。立法机关为了克服成文法的局限性和保持刑法典的相对稳定性，采取了空白罪状和弹性条款相结合的高度抽象的罪状规定模式，几乎汇集了所有与刑法的明确性特征相背离的立法方式。^⑤

这种立法模式已经导致非法经营罪“口袋性”症状初显。从结构分析法来看，兜底项的组成要素是“违反国家规定+经营行为+其他+扰乱市场秩序+情节严重”。“国家规定”本身已是一个分歧较大、文义射程不确切的宽泛概念，“经营行为、其他、市场秩序”用语的内涵与外延模棱两可，而“情节严重”没有现成可量化的标准予以参照。司法者通过这些含混不清的用语来探寻立法意图时，必然陷入歧义的泥沼不能自拔，进退维谷之时口袋化便有较大的盖然性。

2. 后天的发育不良。号称变动之王的非法经营罪自诞生以来，多个规范性文件陆续出台将一系列危害行为纳入兜底项的处罚范围（如表一所示）。

表一：涉兜底项的规范梳理

效力位阶	涉及行为对象	名称
法律	外汇	关于惩治骗购外汇、逃汇和非法买卖外汇犯罪的决定

① 参见（2016）川0781刑初354号。

② 参见（2015）惠中法刑二终字第89号。

③ 参见（2016）苏08刑终129号。

④ 参见（2016）皖04刑终208号。

⑤ 陈兴良：《刑法的明确性问题：以刑法第225条第4项为例的分析》，载《中国法学》2011年第4期。



效力位阶	涉及行为对象	名称
司法解释	外汇	关于审理骗购外汇、非法买卖外汇刑事案件具体应用法律若干问题的解释
	非法出版物	关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释
	国际电信业务或者涉港澳台电信业务	关于审理扰乱电信市场管理秩序案件具体应用法律若干问题的解释、关于非法经营国际或港澳台地区电信业务行为法律适用问题的批复
	传销	关于情节严重的传销或者变相传销行为如何定性问题的批复、关于 1998 年 4 月 18 日以前的传销或者变相传销行为如何处理的答复
	禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品	关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等刑事案件具体应用法律若干问题的解释
	哄抬物价	关于办理妨害预防、控制突发传染病疫情等灾害的刑事案件具体应用法律若干问题的解释
	彩票	关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释
	删除、发布信息等服务	关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释
	赌博功能的电子游戏设施设备	关于办理利用赌博机开设赌场案件适用法律若干问题的解释
	发放高利贷	关于被告人何伟光、张勇泉等非法经营案的批复
部门规范性文件	非法电视网络接收设备等	关于依法严厉打击非法电视网络接收设备违法犯罪活动的通知
	麻黄草	关于进一步加强麻黄草管理严厉打击非法买卖麻黄草等违法犯罪活动的通知
	外汇	关于严厉打击非法买卖外汇违法犯罪活动的通知
部门工作文件	互联网上网服务营业场所	关于依法开展打击淫秽色情网站专项行动有关工作的通知
	国际电信业务或者涉港澳台电信业务	办理非法经营国际电信业务犯罪案件联席会议纪要

规范令出多门，视角混乱。本该由立法机关进行明确的事项，司法机关主动作为，将一系列行为纳入兜底项，制成了一张从无到有、包罗万象的“入罪清单”。内容上既有将某种特定的经营行为入罪，也有将某种同时触犯数罪名的特定经营行为解释为按重罪处理，有的司法解释还展现了由肯定到否定的自我修正，比如对传销行为的定性经历了从按照非法经营罪定罪处罚到按组织领导传销罪定罪处罚的历程。

入罪的定量要素“情节严重”失范。罪量要素，是指刑法分则条文规定的、以明确的数量或其他程度词标明的、表明行为程度的犯罪成立条件。^①从已发布的司法解释看，有的包含情节严重与特别严重的标准。非法经营出版物、非法经营国际电业

^① 路军：《中国刑法犯罪量化要件研究》，法律出版社 2010 年版，第 40 页。

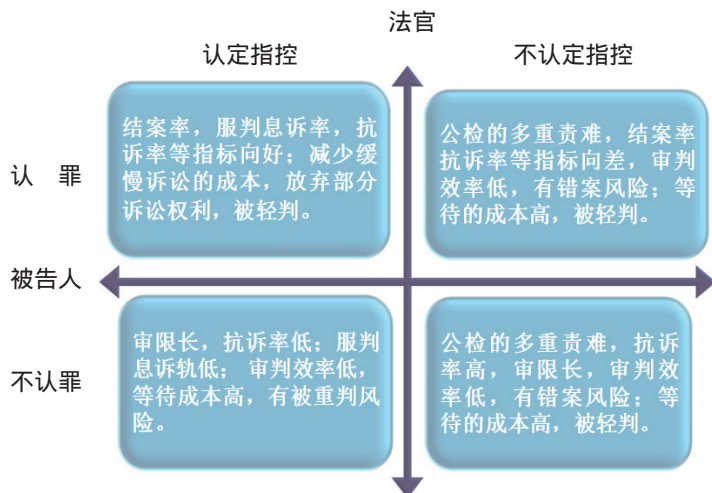
务、利用信息网络实施非法经营行为的司法解释属于此类。有的仅对情节严重作规定。比如关于骗购、非法买卖外汇的司法解释。有的对入罪标准与法定刑升格标准均无规定。例如预防、控制传染病期间哄抬物价、非法生产瘦肉精等药物及非法从事生猪屠宰、销售的司法解释。

（二）兜底项口袋化背后的现实动因

1. 由国进民退到国退民进的体制转轨。非法经营罪脱胎于投机倒把罪，本质上折射的是计划经济消退与市场经济完善的变化过程。现阶段计划经济与市场经济的双轨运行，随着有限政府理念的确立，简政放权的深化，经济政策的转变，两者管辖的领地此消彼长，行政许可涉及的领域和数量亦处在动态调整之中，此种观念无疑逐步渗透到司法工作中，刑事司法划定的犯罪圈随行政违法圈的扩大或缩小而相应调整。

2. 由最后一道防线到第一道防线的刑罚依赖。当下中国处于转型期，现代社会的风险问题渐显，民众的安全期待也在增强，对刑法的新要求、新需求已然成为新常态，“刑法变成了管理不安全性的风险控制工具”，^①当种种安全危机发生时，社会治理手段无处可循时，通过刑罚满足以刑惩恶的民意便应时而生。司法者在处置公众广泛关注的公墓、违法建房出售等行为，无法在刑法分则中找到“对号入座”的罪名时，高度囊括性的兜底项便成了首选。

3. 收益与成本动态博弈的理性选择。按照法经济学理性经济人的假设，“每个人都能够通过成本收益比较的分析方式，按照趋利避害原则，对其所面临的目标以及实现目标的手段进行优化选择。”^②在刑事诉讼场域中的参与者作为理性人，也会从“成本—收益”角度出发，选择最优策略。如图一所示，



图一：认定指控与否的矩形博弈图

在被告人认罪，法官认定指控事实的情况下，双方的收益最理想，置身于现有考核体系，诉讼收益的计算无形中为法官倾斜入罪天平加码。

^① 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3期。

^② [美]波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第476页。



（三）路径依赖下的裁判习惯症结

道格拉斯·诺思认为，“路径依赖”类似物理学中的惯性，事物一旦进入某一路径，就会对这种路径产生依赖，某一路径的既定方向会在以后发展中得到自我强化，人们过去做出的选择决定了他们现在及未来可能的选择。^①法官办案时受长期以来诉讼模式、裁判习惯、心理偏好等多种因素的影响，已形成一种稳定的路径依赖。

1. 失衡的诉讼模式阻却了慎用兜底项罪状的可能性。在公检法相互配合有余、监督不足的流水作业式诉讼模式下，“审诉辩之间的关系极易异化为审、诉双方共同居于辩方之上的倒三角格局，导致刑事诉讼实际沦为国家公权与个人之间的对抗”，^②在这种异化的诉讼格局中，诉审双方达成了有罪推定的默契。统计的 2649 份一审判决书中，变更指控事实的只有 152 件，仅有 8 件无罪判决。而辩方针对定罪依据的有效意见寥寥无几，不平衡的角力加大了兜底项的弹性空间。

2. 参考先决案件的思维定式。虽然我国不是判例法国家，但基于“类案同判”的要求，先例已然成为法官断案的重要参照。最高院刑事审判庭主办的《刑事审判参考》中刊载的案例针对性和权威性较强，在刑事法官中有较高知名度和认可度，迄今为止，刊发的 1002 个案例中与兜底项有关的案例涉及到擅自制作网游外挂出售牟利、未经审批为他人提供押车贷款服务、未经许可在城区违法搭建商铺并以招商名义收取租金、未经许可生产摩托车以及以燃油助力车名义销售摩托车。最高院对上述案例的意见默许了扩大兜底项调控范围的倾向，下级法院的法官对兜底项适用空间的拓展亦步亦趋。

3. 偏好不充分的裁判文书说理惯性。受裁判文书格式化影响，法官在制作文书时不愿意阐述法理，怕言多必失，越少反映辩护意见，被寻到把柄、受诟病的可能性越低，存在“说理不充分，实不为也”的障碍；由于案多人少的压力普遍存在，法官投入到个案中的时间精力被挤压，加上业务素质不高，撰写文书的功底有限，不知如何说理，也说不好理，存在“说理不充分，实不能也”的障碍。在“不为、不能”的说理惯性支配下，模糊犯罪要件的论证成为常态，空白罪状的制约功能丧失，兜底项不可避免落入口袋化的窠臼。

三、破题：限缩思维下解读兜底项的三重考量

（一）同类解释规则对判断类型性行为的指引

非法经营罪的罪状表述是较典型的例示性条款，司法者在适用兜底项时，并不是

^① 邓志伟、祝群、于杨宁：《论路径依赖下的法官薪酬厘定制度》，载《法律适用》2011 年第 1 期。

^② 卞建林、孙锐：《诉审关系论辩—兼论对诉审关系异化的程序性抑制》，载《环球法律评论》2006 年第 5 期。

随意解释，而受制于法条在罪状中明确列举的构成要件要素，通过同一类型推断，界定该总括性构成要件要素的内涵，从而满足刑法明确性与确定性的要求，只有在此基础上才不会违反罪刑法定原则。

如何确定待决项与列举事项属于同一类型？应当遵循体系解释中的同类解释规则，即“对于刑法分则条文在列举具体要素之后使用的‘等’‘其他’用语，要按照所列举的内容、性质进行解释”。^①司法逻辑的起点理应是立足于参照系，即兜底项与前三项明文列举的事项具有共同的外在表面特征和内在意义结构，与其基本相当的情形才可被解释到“其他”这一用语的内涵之中，不同类或不相当的其他情形或事项不包括在内。

（二）二次违法性理论对提高入罪门槛的引导

正如卢梭所说，“刑法在根本上与其说是一种特别法，还不如说是其他一切法律的制裁力量。”^②刑法作为后盾法、保障法，行政犯中行政违法性是刑事违法性的必要条件，否则刑法的干预就显得师出无名。非法经营罪是典型的行政犯，判断行为人是否构成本罪，首先应找寻前置法规范，确定行为是否违反了相应的国家规定。

任何经营行为，如果没有违反前置性的国家规定，就不能被纳入刑法规制的范畴，即使该行为特征上与非法经营罪前三项规定描述的类型相一致，也不属于刑法调控范围。另外，只有具备责任条款的国家规定，方可作为空白罪状的补充规范。但非刑事规范有没有附设“追究刑事责任”不影响其补充规范的资格，因为该行为是否入罪应依据犯罪构成要件独立判断，不能把前提性条件作为直接性结论适用。

（三）刑法谦抑性对构建刑罚该当性标准的适用

哈伯特·L·帕克曾说，过度依赖严厉的刑事制裁会造成刑事程序各阶段金钱和执法资源的大量浪费。^③但凡其他法律处理手段能起到预期效果，就不必启动刑法，只有在其他法律处理不能或者无效时，刑法才有登场必要，即刑罚的适用范围必须不大于刑事立法的规制范围。

法官在对情节严重进行价值判断时，切忌将刑法的谦抑性束之高阁，务必考量行为对法益的侵犯是否达到了值得科处刑罚的程度，防止刑罚与其他制裁手段的倒挂。在面对个案时，判决结果的论证不仅从形式理性考虑入罪该当性，更要从实质危害性的角度经出罪思维的检验，如果通过经济、行政等非刑罚制裁手段能够达到报应与预防的目的，再过度依赖刑法有违社会治理成本最优、最经济原则，有重刑主义之嫌。

^① 张明楷：《刑法学》，法律出版社 2011 年版，第 41-42 页。

^② [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1962 年版，第 63 页。

^③ [美] 哈伯特·L·帕克：《刑事制裁的界限》，梁根林等译，法律出版社 2008 年版，第 329-330 页。

四、解题：兜底项摆脱口袋化之司法进路

丹宁勋爵将法律比作一块编织物，“一个法官绝不可以改变法律编织物的编织材料，但是他可以，也应该把皱折熨平”。^①在立法修改之前，熨平兜底项褶皱的思路就应当立足于司法。只有经过以下四个步骤的评判，才可证成某一危害行为入罪之正当性（如图二所示）。

（一）条款之内看兜底项

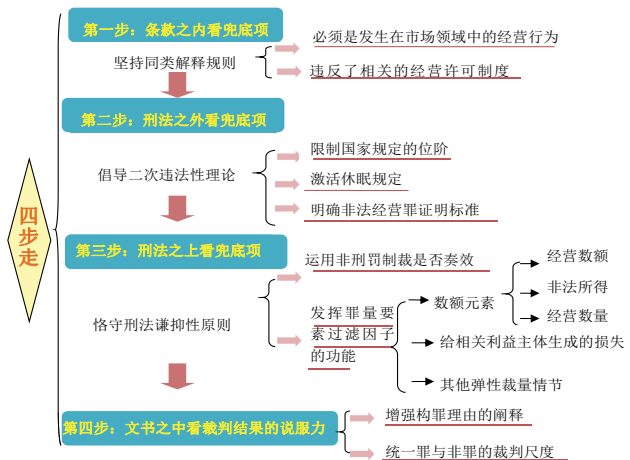
对兜底项的解释受前三项叙明罪状的限制，被刑法用语“经营”涵摄的行为应该满足以下条件。

1. 必须是发生在市场领域中的经营行为。非法经营罪的上一级类罪名是“扰乱市场秩序罪”，经营行为与市场秩序密切相关是其应有之义，而在市场中从事的行为具有复合性，包括但不限于生产、销售、买卖等领域。同时，该罪主观要件应具备以营利为目的的要件，这在刑法学界已是通说。^②

2. 违反了相关的经营许可制度。前三项叙明罪状入罪的前提是“未经许可、未经批准、买卖进出口许可证”，这三种行为的内在意义均与市场准入秩序有关，故本罪第四项保护的法益理应是市场的准入制度，即兜底项指向的行为“也必须与特定的许可证相关联”。^③只有未经许可，私自经营的行为才属于该罪的规制范围。

（二）刑法之外看兜底项

1. 限制“国家规定”的位阶。根据刑法第96条规定，国家规定的范围是立法机关制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施，发布的决定和命令，而部委制定的行政法规不在其内。在审判实践中应严格执行《关于准确理解和适用刑法中“国家规定”的有关问题的通知》（以下简称法发〔2011〕155号文），如果是以国务院办公厅名义制发的文件，只有在不抵触相关的行政法规，且经过了国务院批准



图二：兜底项去口袋化的进路简图

① [英] 丹宁勋爵：《法律的训诫》，杨百揆、刘庸安、丁健译，法律出版社2011年版，第16页。

② 马克昌：《经济犯罪新论》，武汉大学出版社1998年版，第597页。

③ 王作富、刘树德：《非法经营罪调控范围的再思考——以行政许可法若干条款为基准》，载《中国法学》2005年第6期。

或者常务委员会讨论决定，并在国务院的公告上进行了发布的条件下，才属于“国家规定”的范围，除此之外的规范性文件，均不在“国家规定”范畴之内。

2. 激活休眠规定。根据法发〔2011〕155号文的规定，如果有关司法解释对被告人的行为是否属于兜底项未作明确规定的，应当作为法律适用问题，逐级向最高院请示。该《通知》本欲以“逐级请示”的形式来限制下级法院对兜底项的滥用，具有一定积极意义，但是该通知在审判实践中知晓度极低，未得到足够重视与应用，仅是停留在纸面上，下一步应在规定落地上下功夫。

3. 明确非法经营罪的证明标准。欲扫清兜底项去口袋化的各类阻碍，就需充分激活以审判为中心的改革因子，实现应然的诉讼模式，明确非法经营罪的入罪标准：必须由控方证明涉案行为违反国家规定的名称、条款，如果不能举证证明，表明行为不符合非法经营罪的构成要件，要承担指控罪名不成立的责任。

（三）刑法之上看兜底项

1. 运用非刑罚的制裁手段是否奏效。若通过其他部门法的责任追究即可完成法的任务，则不必要运用刑罚手段进行规制，“行政犯刑事责任”的设置及其实现，非但不是对行政犯所负担的行政责任实现的取代，相反，是对行政责任的实现所致力于恢复的行政管理秩序予以力量上的补充或者功能上的救济”。^①

2. 发挥罪量要素这一过滤因子的出罪功能。第一，数额元素。现有追诉标准将经营数额、违法所得、经营数量三者作为计算单位，除了经营外汇、非法出版物、国际电信业务的定罪标准，从事其他非法经营活动的标准最低，根据有利于被告人的举轻以明重原则，被纳入兜底项处罚范围的经营行为在性质严重性上应该不低于明列的行为，且在数额方面比上述规定的门槛要高。

第二，给相关利益主体生成的损失情况。由于经营行为的对向性，非法经营者往往会给行为相对方造成损失，既包括经济损失也包括非物质性损失。比如开办培训学校，旅客营运等行为给学员、乘客造成一定损失是普遍存在的，这时损失的大小直接反映出非法经营行为的危害程度，亦可作为是否入罪的一个指标。

第三，其他弹性裁量情节。实践中常考虑的情节有是否与公职人员相互勾结利用职权进行经营、经营规模、经营区域的范围、经营时间、受行政处罚次数、对市场秩序的破坏程度、行政许可的变动情况等因素综合评价。

认真解读最高院《关于个人违法建房出售行为如何适用法律问题的答复》^②对适用

^① 田宏杰：《行政犯的法律属性及其责任—兼及定罪机制的重构》，载《法学家》2013年第3期。

^② 《答复》的主要内容：你院请示的在农村宅基地、责任田上违法建房出售如何处理的问题，涉及面广，法律、政策性强。据了解，有关部门正在研究制定政策意见和处理办法，在相关文件出台前，不宜以犯罪追究有关人员的刑事责任。



兜底项时蕴含的审慎与克制精神可见一斑。法官对具体个案亦应反复推敲，在事实与法条间多次往返流转，确保最后得出的结论慎之又慎。以王立军案为例，从第一步同类解释及第二步违反国家规定来看，王立军的行为构成非法经营罪不存在障碍，但是从第三步来看，其行为在所在地区有一定普遍性，也没有给粮食的收购秩序造成危害，反而是方便了当地群众，况且粮食收购的许可亦有变动，确是没有动用刑罚手段的必要，故再审法院基于此论断将其作无罪处理。

（四）文书之中看裁判结果的说服力

1. 增强构罪理由的阐释。如果对犯罪要件的解释不能最终落实到判决理由上，那么在先的逻辑论证便成为空谈。要求法官在阐述“本院认为”部分时不能只是概括表述行为违反了国家规定，必须具体列明违反了哪一部国家规定以及规定的哪些条款项。通过上级法院的授课、下发指导性意见等形式将上述要求落到实处，进而制约法官的恣意判断。

2. 统一罪与非罪的裁判尺度。由最高院成立非法经营罪的案例评选委员会，定期从各级法院的生效裁判中选出定罪正确、量刑公正，特别是某类经营活动认定为或不认定为非法经营罪的案件作为指导案例。鉴于案件的区域差异很大，高院可在本辖区范围内征集案例，供其辖区内法院参考，如此有利于实现最大限度的个案公正。

结 语

非法经营罪兜底项在司法实践中广泛扩张，异化为经济犯罪的“万能筐”，与作为现代刑法基石的罪刑法定原则产生抵牾。但是鉴于修改立法来祛除兜底项的扩张之魅只能是远景规划，现阶段的当务之急是如何消减司法领域的口袋化。本文提出适用兜底项时应遵循“条款之内看兜底项 刑法之外看兜底项 刑法之上看兜底项 文书之中看裁判结果的说服力”这个四阶段收缩式的入罪过滤机制，进而框定兜底项的适用边界，限缩其弹性空间，希冀由此得出的定罪结论兼具形式合理性和实质合理性，对根治兜底项的口袋症状有所裨益。

（责任编辑：王文斌）

以危险方法危害公共安全犯罪认定的规范与完善

——基于对 1124 份相关判决的考察

江洛伊 徐宇翔*

内容摘要 近年来,以危险方法危害公共安全犯罪的认定有“口袋化”的趋势,其根源在于作为兜底条款,刑法规范对本罪行为的描述过于宽泛,且具体的司法解释缺位,导致认定中标准难把握,适用难统一。为规范与完善本罪适用,笔者从本罪司法中的失范现象入手,对检索出的共 1124 份与本罪相关的判决书进行整理分析,指出样本判决中本罪认定存在的整体问题和具体表现,而后探析其失范缘由,并据此探索规范本罪认定的系统规则,分为规范梳理和路径选择两方面具体阐明。一方面,明确认定本罪的原则与方法,细化刑法第 114 条和第 115 条中“公共安全”、“其他危险方法”和“危害公共安全”的含义和判断标准。另一方面,明晰争议问题处理标准并列举典型行为处置标准;提出增设刑罚种类、细化量刑层级并综合行政、民事责任等进一步优化认定范围和责任承担;并从争点释明、文书说理、案例指导和大数据分析等认定辅助措施方面予以完善。

关键词 公共安全 不特定 行为危险 认定标准

中图分类号:DF622 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)01-033-048

《刑法》第 114 条和第 115 条对以危险方法危害公共安全犯罪的罪状,只简单规定为“以其他危险方法危害公共安全,尚未造成严重后果的”“以其他危险方法致人

* 江洛伊,北京市第四中级人民法院法官助理,北京师范大学刑事法律科学研究院博士生。徐宇翔,北京市第四中级人民法院法官助理。

本文获全国法院第三十届学术讨论会一等奖。

重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的”，因而理论和实务中对于“危险方法”“公共安全”的含义存在不同认识，致使司法实践中该罪成为“口袋罪”，存在罚及无辜和轻罪重判等问题。故笔者从1124份相关判决入手，从外在失范现象、内在失范原因、具体规范理解和整体完善路径四个方面，探索本罪认定中的问题并提出完善建议，以期为本罪的规范适用提供有益借鉴。

一、实证检视：以危险方法危害公共安全犯罪司法失范现象探析

笔者通过中国裁判文书网，以“以危险方法危害公共安全”进行全文检索，共检索出相关判决1124份^①，通过阅读整理，探析本罪认定中存在的问题。

（一）本罪司法失范整体问题

1. 行为涵摄过宽。在1124份判决中，以本罪认定的共656份，所涉行为20余种（如图1），其中包含了部分不应认定为本罪的行为，主要分为四种情况：一是认定为“其他危险方法”，但对公共安全不具有直接危险的，如盗窃消防水枪喷头等行为。二是针对特定的人实施犯罪，未危害公共安全的，如针对特定的人射击或撞击等行为。三是涉及公共安全而未构成其他犯罪，但不具有本罪行为所要求的危险性而认定为本罪的，如盗窃窨井盖等行为。四是虽危害公共安全，但未达到本罪所要求程度的，如行驶的车辆中乘客拉动方向盘或干扰司机但并未产生实质危险的行为。上述行为的认定使得本罪逐渐成为了风险社会的新生口袋罪，有学者指出，本罪中“‘其他危险方法’的扩大已经到了近乎荒唐的地步”^②。

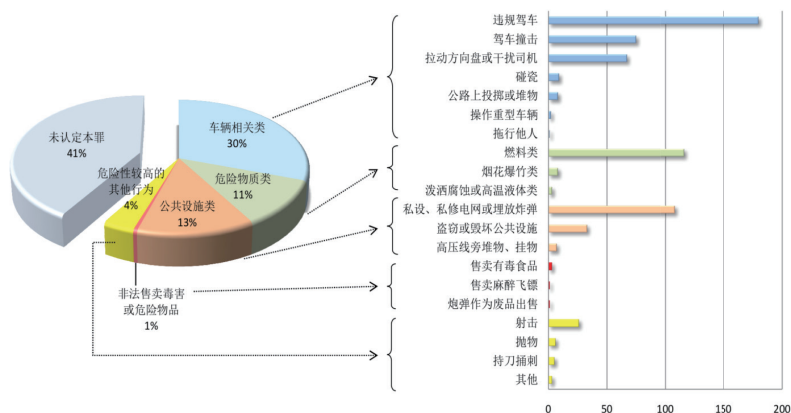


图1 1124份本罪相关判决行为分布图

① “1124份”为2018年4月26日10时32分的全部检索结果。

② 于志刚：《口袋罪的时代变迁、当前乱象与消减思路》，载《法学家》2013年第3期。

2. 同案异判频发。一方面，对于相同或相似行为，样本中存在较多对构成本罪与否或对本罪故意与过失认定不一的情况，显失公平；另一方面，在认定为本罪、结果相近且量刑情节相似的情况下，有时量刑差异也较大，如表 1 中三对判决的对比所示。

表 1 相似判决对比表

分类	案号	主体状态	行为目的	行为方式	人身损害(人)	财产损失(万)	认定罪名	量刑情节	量刑
罪名认定不一	(2017)吉 07 刑终 113 号	正常	不详	超速驾车	死亡 6+ 受伤 2	不详	交通肇事罪	从轻	六年
	(2015)穗中法刑一初字第 00403 号	饮酒	不详	超速驾车	死亡 6+ 轻伤 1	不详	本罪故意	从轻	十五年
故意过失认定不一	(2017)晋 07 刑初 18 号	正常	盈利或图方便	私设电网	死亡 1	0	本罪故意	减轻	七年
	(2016)桂 1321 刑初 133 号	正常	盈利或图方便	私设电网	死亡 1	0	本罪过失	从轻	两年
量刑不一	(2013)珠香法刑初字第 1969 号	正常	盈利	盗窃井盖	0	2.36	本罪故意	从轻	四年
	(2014)聊东刑初字第 443 号	正常	盈利	盗窃井盖	0	0.59	本罪故意	从轻	六年

3. 量刑区间集中。本罪量刑范围较宽且缺少明确的等级划分，尤其对于样本中占比 69.97% 的尚未造成严重后果的行为，入罪和量刑的标准难以把握，导致一方面，法官量刑时多在刑罚起点三年左右量刑，其他刑罚区间适用极少（如图 2），另一方面，危害程度和损害结果相差较大的案件却判处了相同或相似的刑罚（如表 2）。

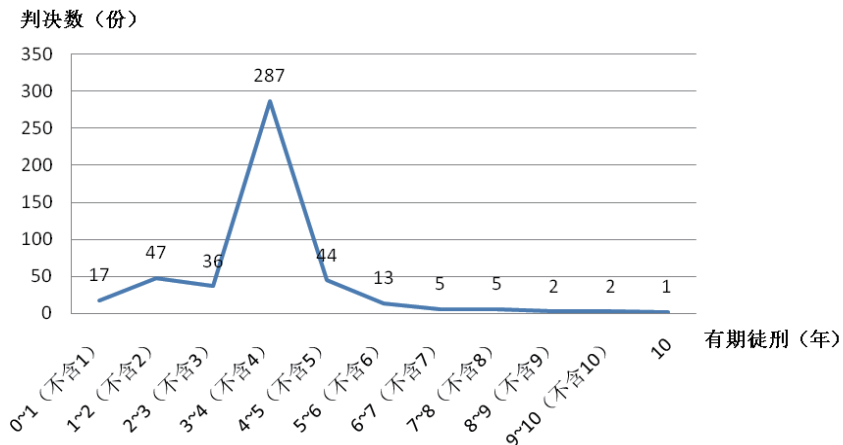


图 2 本罪故意形态尚未造成严重后果的 459 例判决有期徒刑分布图



表 2 本罪故意形态且判处三年有期徒刑部分判决对比表

案号	主观方面			客观方面			刑罚	
	主观心态	主体状态	行为目的	行为方式	人身损害 (人)	财产损失 (万)	量刑情节	量刑
(2017)苏 0205 刑初 755 号	故意	正常	泄愤	拉动方向盘 或干扰司机	0	0.00	从轻	三年
(2014)滎刑初字第 152 号	故意	正常	报复或追赶	拉动方向盘 或干扰司机	轻微伤 3	0.00	从轻	三年
(2014)博刑初字第 72 号	故意	正常	报复或追赶	拉动方向盘 或干扰司机	0	14.50	从轻	三年
(2018)鄂 0192 刑初 108 号	故意	正常	泄愤	拉动方向盘 或干扰司机 拉动方向盘 或干扰司机	轻微伤 3	9.90	从轻	三年
(2014)临刑初字第 69 号	故意	正常	报复或追赶	拉动方向盘 或干扰司机	轻伤 4	不详	从轻	三年

4. 文书说理简略。样本中多数判决的说理都不够充分、较为概括，对事实与“公共安全”，“其他危险方法”和足以“危害公共安全”的符合性常常一带而过。为展示样本中说理情况，笔者对 656 份判决样本进行系统抽样，分段间隔为 60，起始编号为 6，共抽出 11 个样本，其中有 3 份文书的说理部分只有结论，7 份文书的说理由“行为简述 + 结论”组成，另有 1 份文书在阐述被告人的主观过失后作出结论。

(二) 本罪司法失范具体表现

1. “参照具象”缺失。本罪是刑法分则中仅有的没有具体行为规范的罪名，虽说应比照放火、爆炸等行为予以认定，但一方面，在认定为本罪的判决中，部分判决未考虑或未谈及认定行为与所参照的放火等行为的符合性，另一方面，虽参照了放火等行为但对其特征的理解亦不统一，侧重行为危险性者有之，侧重侵害范围者有之，侧重伤亡即时性者有之。

2. “危险方法”稀释。在本罪的认定中，法官常以实际损害后果或危险之虞来反推行为的危险性，认为只要造成严重后果，行为必定符合本罪，从而忽视了对本罪“其他危险方法”的危险性的判断。行为危险性的判定被危害公共安全的结果所稀释，导致认定的行为脱离了第 114 条和第 115 条的范畴，使本罪实际上成为了整个刑法第二章的兜底条款。

3. “具体情境”脱离。本罪存在危险犯，不需造成现实损害也能入罪。很多法官对“危害公共安全”的危险直接进行推定，脱离行为发生时的具体情境，将行为抽象出来，凭主观想象评判行为的危险性，使得很多通常具备一定危险性、但在个案中并

未造成实际危险的行为被纳入本罪，这与具体危险犯的要求背道而驰。^①

（三）本罪司法失范原因剖析

1. 法律规范的“空白地”。本罪中“公共安全”“其他危险方法”和“危害公共安全”的含义都存在争议，量刑范围较宽且缺少明确等级划分，司法解释亦没有具体规定，使得法官在适用本罪时缺少“参照系”，从而导致了上述行为认定模糊、刑罚适用不均等问题。

2. 以刑制罪的“司法图式”。在适用其他罪名的量刑与行为后果难以匹配时，存在通过适用本罪来改变量刑区间的现象，由此导致刑罚与行为性质的关系逐渐疏离，而报复性刑罚的色彩愈加浓厚。如酒后驾驶引发的交通肇事案件，事故后果一般的，往往认定为交通肇事罪，造成恶性事故的，很多判决认定为本罪。

3. 司法舆论的“避风港”。近年来交通运输、食品安全等领域的案件频发，其背后都有公众对恶性案件的重刑主义诉求。而本罪规定的模糊性、危险犯的非实害性和刑罚的严厉性，使其成为了寻求重刑、疏解舆论的途径。

综上，本罪的抽象性既是其存在价值，也是其失范缘由，关键在于如何把握“抽象尺度”。针对本罪现有的司法失范现象和原因，应严格其认定标准，进一步规范其适用。

二、规范梳理：以三要素构建涵摄模型

在规范本罪适用时首先须明确认定本罪的原则和方法，这既是细化法定要素的基础，也是法官自由裁量时考量的因素。

第一，立足规范保护目的。“刑法规范包括显性的规范言语表达与隐性的规范保护目的，前者划定了规范文义，后者决定着文义射程”^②，在认定本罪时，要先判定行为是否实际危害到了公共安全，对于针对特定人或是没有造成实际危险的行为，不符合本罪的保护目的。

第二，坚持刑法谦抑原则。本罪的扩张适用使部分没有直接危险性或危险性不足以达到“危害公共安全”程度的行为被纳入刑法的调整范围，行为危险性与刑罚严厉性失衡。故在本罪认定中，应坚持刑法谦抑原则，危险性不大的可通过行政处罚或民事责任予以规制。

第三，适用只含同类规则。只含同类规则，“源自拉丁语‘eiusdem generis’，是指

^① 叶锋：《以危险方法危害公共安全罪司法适用的微观透视——以构建本罪统一的裁判规则为中心》，载《法律适用》2017年第3期。

^② 姜涛：《规范保护目的：学理诠释与解释实践》，载《法学评论》2015年第5期。

法律列举未穷尽时，若随后附有总括性规定，则对该规定的解释限于与所列举者同类的事物。”^①“其他危险方法”作为放火等行为的总括，必须与其具备相似的危险性，这样本罪才具有预测可能性。同时兼顾体系、历史等解释方法，以保证规范的内部协调。

第四，参照典型案例指导。除法国、美国外，多数国家的刑法典中都有纯正兜底犯的规定。^②各国除通过控制数量、细化规定外，司法中主要通过案例指导来限制兜底条款适用。在我国，案例指导主要指最高院、最高检发布的指导案例，认定时应参照适用，进行先例区辨。

为规范本罪适用，应以此原则和方法为基础，从统一标准、优化量刑和完善措施三个方面构建系统的认定规则（如图3），其中明确刑法规范中三个要素的含义和判断标准是核心。

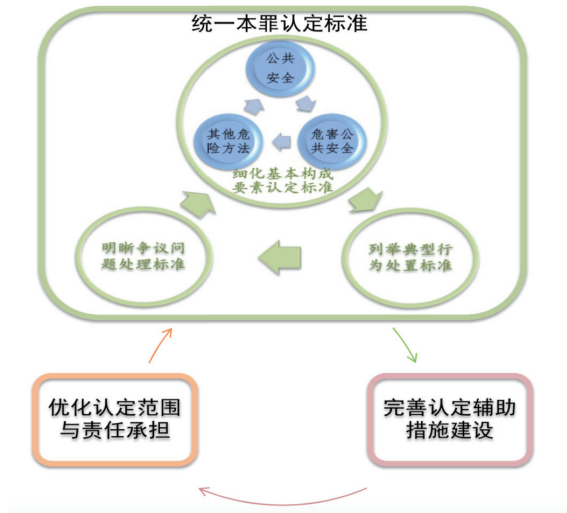


图3 本罪认定规范化整体思路图，暨本文第二部分和第三部分关系图

（一）客体要素：“公共安全”之不特定性

公共安全的界定中，三人以上可认定为多数以及重大公私财产安全属于公共安全一般无争议。争议主要集中在“不特定”的判断和其与“多数”的结合上^③（如图4）。

1. 争议焦点之一：“不特定”的判断

（1）“不特定”的判断前提

“如果只局限于结果，人是死、是伤、伤害多大，都是确定的。尽管如此，结果的现实性也不排除不特定的存在。不特定性在于特定的结果是由行为的不特

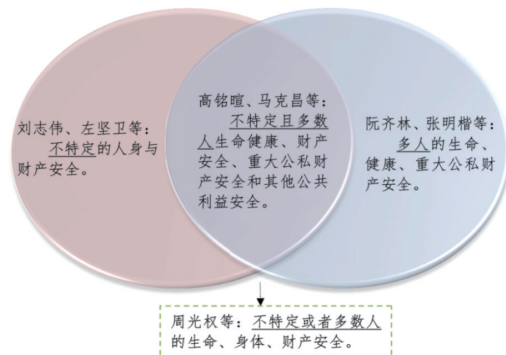


图4 公共安全界定学说关系图

① 王安异：《对刑法兜底条款的解释》，载《环球法律评论》2016年第5期。

② 白建军：《坚硬的理论，弹性的规则——罪刑法定研究》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2008年第6期。

③ 对于不特定多数人的安全属于公共安全和特定少数人的安全不属于公共安全已经没有任何异议，问题在于不特定少数人的安全和特定多数人的安全是否属于公共安全。

定可能性发展的结果。”^① 如果从结果发生后或者从“上帝视角”来看，所有的损害已然注定，因此，“不特定”应限定在以行为发生时一般人的认知水平来判断。

(2) “不特定”的判断因素

通行认为，不特定包括对象不确定与后果不确定两个要素。而笔者认为后果不确定较为赘余，原因在于：后果不确定本质上是行为指向的对象不确定；同时，后果不确定也不能明确区分不特定和特定，如枪法不准的人以伤害故意向被害人射击，在射击时行为人也无法确定后果。而对象不确定又包括两种情况：侵害指向的具体对象不确定或侵害对象的数量不确定。

(3) “不特定”的判断角度

在判决中存在较多认识错误的情况，笔者以行为人主观上和实际客观上犯罪对象是否特定为标准划分为如图 5 所示四种情况。争议主要集中在：第一，主观特定 + 客观不特定。例如，行为人意图通过点燃煤气的方式杀害某小区的甲一家人，行为人自身精通燃料使用及数学演算，自认能将伤害控制在该户范围内，但因计算失误致多人伤亡。此行为实际上危害了公共安全，应认定为故意杀人与本罪过失的想象竞合。第二，主观不特定 + 客观特定。例如：行为人通过点燃煤气的方式炸毁一家宾馆意图报复社会，但实际上这家宾馆已经倒闭，里面仅居住店主一人。此种行为类似于不能犯，没有侵害公共安全的实际危险，应认定为故意杀人罪。综上，可以将认定为不特定的情况合并为“客观不特定”。

(4) “不特定”的判断方式

对于不特定的判断，应从人员流动性和介入因素两方面来考察危害对象是

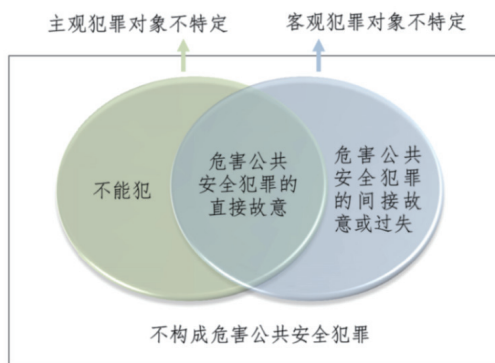


图 5 对犯罪对象特定与否出现认识错误情况下的分类认定图

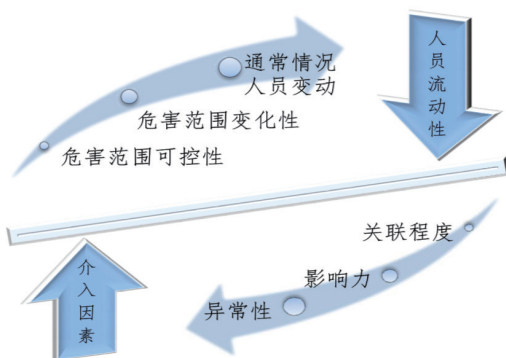


图 6 不特定判断方式中考量因素说明图

^① 陈兴良、黄镇中：《论危害公共安全罪中的不特定性》，载《河北法学》1992年第5期。



否特定(如图6)。

这里笔者提出“人员流动性”的概念,人员流动性即危害范围内的人员变动情况,应从如下方面考察:第一,危害范围的不可控性,如引燃煤气等行为,一经点燃,除非专业人士综合实际情况计算,一般人难以预料其危害范围,危害范围内的对象难以确定。当然,如野外等危害范围变化不会带来侵害对象变化的情况除外。第二,危害范围的变化性,如在工地上驾驶挖掘机冲撞,其危害范围相对可控,但驾驶过程是动态的,危害范围一直在变化,也会导致对象不确定。第三,危害范围可控而又相对静止的,则要考察其通常情况下的人员变动情况。如向一户独门独院的人家放火,想要杀害其全家,即便家中可能有其他人居住,也不能认为其犯罪对象是不特定的,因为通常一户家庭的居住人员较为固定;而如果行为人的目标是一家宾馆,就可以认定犯罪对象是不特定的。

同时,还应考虑介入因素的影响。如果导致人员流动性较大的因素十分异常,则视为特定。如上例中被害人家中来了一伙小偷,即便此时客观上的人员流动性较强,但由于介入的是异常因素,仍视对象为特定。与因果关系中介入因素类似,对“不特定”中介入因素也应考量其异常性、影响力和其与危害行为间的关联程度。

2. 争议焦点之二:不特定少数人安全的归属

案例1——王某以危险方法危害公共安全案^①:被告人因家庭纠纷,酒后至一六楼出租屋处,持菜刀将玻璃砸坏,后将两把菜刀、整箱啤酒、椅子、高压锅等物从该楼窗户扔到楼下街道,造成玻璃及轿车受损共计人民币14189元。法院审理认为:被告人明知从楼上向下投掷器物,可能造成不特定的人员伤亡、财产损失,仍从高楼层向楼下扔菜刀等物品,其行为构成以危险方法危害公共安全罪,判处有期徒刑三年。

本案中高空抛物行为危害范围有限,对象属于不特定少数人。有学者认为:应当重视本罪的社会性,公众与社会性要求多数。^②但这仅是从字面进行解释,笔者认为,不特定少数人的安全当属公共安全,理由如下:其一,只要对象具有不特定这一属性,那么多数还是少数实际上是具有一定偶然性的,例如,行为人在偏僻路段故意冲撞对面车辆,车里面搭载的是一人还是多人具有极大偶然性,如用此标准区分此罪与彼罪未免显失公平;其二,公众的核心在于“不特定”,“不特定”意味着随时有向“多数”发展的现实可能。^③其三,交通肇事罪属于危害公共安全的犯罪,而交通肇事的对象包括不特定少数人,如果将其排除于公共安全之外,将无法合理解释交通肇事罪的属性。故案例1中侵害客体为公共安全,但该行为并不具有下文所述本罪的结果危险性。

① (2014)怀刑初字第3号判决书。

② 丁慧敏:《危险驾驶罪与刑法第一百一十四条关系初探》,载《人民检察》2011年第13期。

③ 张明楷:《刑法学(第四版)》,法律出版社2011年版,第601页。

3. 争议焦点之三：特定多数人安全的归属

案例 2——汪某以危险方法危害公共安全案^①：被告人在砖厂因琐事与同事发生口角，心生愤气，驾驶装载机碰撞砖厂搭建的彩钢瓦简易房，致其部分倒塌，导致工人方某某一岁多的婴儿被砸伤。法院审理认为：其行为构成以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年。

本案中职工汪某知道简易房内人员情况，属于特定的对象。笔者认为，特定多数人的安全不应包含在公共安全之中。第一，如果目标人数较多，就可认定为本罪，那本罪与故意杀人罪的区分就仅在于人数的多少，此结论于理有悖。第二，如此判决的理由是认为多数人之中存在社会法益，超乎于个人法益之上^②。但笔者认为社会法益只是个人法益的集合，并不高于个人法益。第三，设立本罪的初衷是为了规制心怀不满、报复社会的行为，是为了保护非因自身行为招致杀意的无辜被害人的权利，这是本罪行为与故意杀害多人的区别所在。

笔者曾做过这样的假设，将“特定多数”中的“多数”扩大到一个城市，甚至一个国家，如此庞大的对象确属公共安全，因为最广泛的公共安全也无非是“特定的”全人类而已。但是，当“多数”扩展到一定程度，人员的流动性将不可避免，“特定”就会转化为“不特定”。

（二）行为危险要素：“其他危险方法”之相当性

在《刑法》第 114 条和第 115 条中，本罪与放火罪等并列叙述，表明“其他危险方法”应与放火等行为的危险性相当。这种相当性的判断实际上是对行为的抽象危险性的判断，即先不去关注实际受侵害对象的情况，而将行为抽象出来单独评价。结合放火、决水、爆炸、投放危险物质的共同特征，笔者认为相当性应当满足以下三个要件（如图 7）：

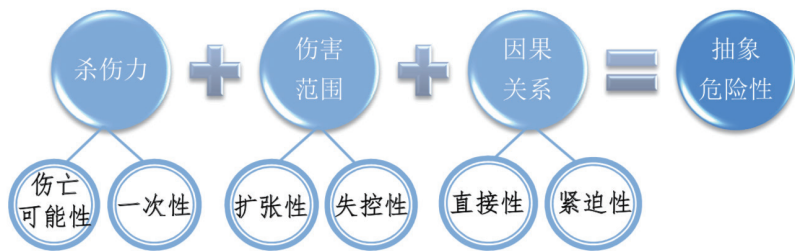


图 7 本罪抽象危险性构成要素说明图

^①（2014）临渭刑初字第 00390 号判决书。

^② 张明楷：《论以危险方法危害公共安全罪——扩大适用的成因与限制适用的规则》，载《国家检察官学院学报》2012 年第 4 期。



1. 行为危险之质：行为杀伤力

杀伤力包括致人重伤、死亡的“可能性”与“一次性”两个要素。原因在于：第一，从国民观念看，放火等行为危害极其严重，与之相提并论的“危险”自然不是普通危险，应当是“足以震动国民感情和法秩序安全感的危险。”^①第二，从法定刑来看，本罪刑罚较重，参照故意杀人、故意伤害等罪的刑罚，应对本罪进行严格解释，行为须具备致人重伤、死亡的可能性。第三，放火等行为都能够“一次性”地损害人的健康或剥夺人的生命，与分多次完成一个行为的危险性不同。

2. 行为危险之量：伤害范围

放火等行为一旦实施，损害结果呈扩张趋势，且难以控制其发展，结果的发生具有高度盖然性。故“其他危险方法”也应具备此特性，即难以预料其结果范围、损害程度及发展过程，行为一旦实施即会不断扩张且难以控制。

3. 行为危险之本：因果关系

因果关系是指行为与结果间的关联性。一方面，表现为直接性，即危险方法本身就会造成危害公共安全的后果，不需要其他因素介入。如偷盗消防喷水枪头等行为，本身并不能危害公共安全，只有在发生火灾时消防设施不能正常使用，才会产生危害，不属于“其他危险方法”。另一方面，还要求时间上具有一定程度的紧迫性，即要求行为与结果紧密衔接，包括行为后立即发生后果、不可能补救或来不及补救。

(三) 结果危险要素：“危害公共安全”之危险性

第114条规定了本罪的具体危险犯，入罪需达到足以“危害公共安全”的程度，是第115条未遂形态的一部分（如图8）。判断具体危险犯的学说主要有两种，第一种是德国学者许乃曼提出：“具体危险犯存在于危害性结果偶然没有发生的场合。”^②如采此标准，第114条3年的量刑起点显然较低，有悖于为了着重保护公共安全而设立具体危险犯的初衷。第二种是我国的通行观点，即从判断材料、判断时点和判断标准等方面来限定危险状态^③，采用等置模式为分析工具，即法官应设“身”处“地”综合判断行为危险性是否足以“危害公共安全”。

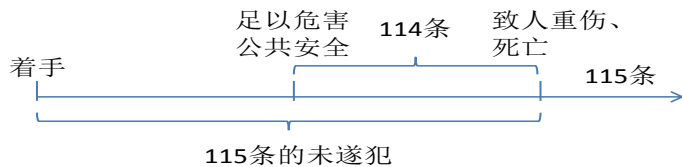


图8 刑法第114条和第115条关系图

① 高艳东：《谨慎判定“以危险方法危害公共安全罪”的危险相当性——兼析具体危险犯的可罚性标准》，载《中国刑事法杂志》2006年第5期。

② [德]克劳斯·罗克辛：《德国刑法总论》（第1卷），王世洲译，中国法制出版社2001年版，第227页。

③ 舒洪水：《危险犯中危险状态的判断》，载《法律科学》2012年第5期。

1. 理性人构建：设“身”。在评判某一未造成实害结果的行为是否足以“危害公共安全”时，法官应站在具有正常智力和知识水平的一般第三人的立场，评价行为发生时该行为对公共安全的危险性，而不能凭已发生的损害结果或自身的主观感受进行推断。

2. 场景还原：处“地”。在确定危险性时，应尽力还原行为时的现场情况，考量行为的侵害范围、侵害范围内人群密度、危险回避可能性等因素综合评判，以案例 3 为例。

案例 3——韦某某以危险方法危害公共安全案^①：被告人为尽快下车，用弹簧刀架在正在驾驶公交车的司机秦某某的颈脖处要求停车，秦某某不理睬被告人，被告人就用手拉扯秦某某驾控的方向盘，秦某某及时控制车辆，只造成车辆发生明显晃动。法院经审理认为：其行为构成以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑三年。

拉拽方向盘的行为，满足本罪行为危险所需的三个条件，但从结果危险的角度看，该行为只造成了公交车明显晃动，实际上没有产生足以危害车内及道路上人员安全的危险，未达到须以刑罚规制的程度。因为行为的危险性不能脱离具体情况而存在，如同样的挥刀动作，离被害人 20 米、2 米和 2 厘米的危险程度自然不同。

三、路径选择：以三元规范探索系统认定规则

基于对本罪的反思，笔者认为，在认定时应坚持“从严适用，统一把控”的原则，从统一标准、优化量刑和拓展方法三个方面予以规范。

（一）统一标准：细化本罪认定规范

统一认定标准，除如上所述细化三个要素的认定标准外，还应当明晰本罪相关争议问题的处理标准，同时类型化典型行为并明确处置标准。

1. 明晰争议问题处理标准：以被害人减损行为为例

本罪认定中涉及很多争议问题，以被害人减损行为为例。被害人减损问题是指在评估行为危险性和计算损害结果时，是否要考虑被害人自身减少的部分。笔者将被害人减损行为划分为应激行为和复合行为，应激行为指一般人在面对危险时身体的自然反应；而复合行为指不完全受被害人主观控制，同时受客观条件等多种因素限制的行为。

比如，案例 3 中被害人及时控制车辆是一种自然的反应行为，属于应激行为，在判断行为危险性时，应将被害人减少的部分考虑在内。因为在讨论行为的危险性有多

^①（2013）巴刑初字第 184 号判决书。

大时，是相对于侵害对象而言的，如同样从三米高的地方摔一样大小的玻璃片和铁片，对玻璃片来说足以损毁，对于铁片却没有危险。应激行为属于人类的一种固有属性，故案例3中的行为实际上并没有导致人员重伤、死亡的危险。而如果被害人的减损行为超过了一般人的限度，如故意冲撞行为中，被害人是职业赛车手，具有高超的躲避技巧，则属于偶然的介入因素，在判断时理应排除。

案例4——李某以危险方法危害公共安全案^①：被告人李某及其妻子明知所饲养的羊患有布鲁氏杆菌病而未申报检疫，将60余只羊陆续出售。至2013年11月，莘河林有11人被检查出患有该病，且患病人员均和被告人出售的羊有过接触。法院审理认为，该行为已构成以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年。

感染布鲁氏杆菌病，早期症状为发烧、乏力，晚期可能出现丧失劳动能力、卧床不起等症状，严重者可引起死亡。^②对于向公众传播早期轻微、晚期出现重伤症状疾病的行为，笔者认为，应按照晚期症状来判定行为危险性。有人认为生病了就应就医，任由疾病发展到晚期是被害人就不就医的结果，行为危险性应按照早期的发病程度来判断。但就医这一行为并不是单纯的应激行为，不完全受被害人主观所控，还受其经济情况、居住地医疗水平等多方面客观条件的限制。所以，如果认为生病就应治疗未免使被害人承担了太多的期待责任。

在计算损害结果时，则不用考虑过多因素，因为损害结果是行为实际造成的损害，自然应将已经减少的部分考虑在内，不论该减损行为属于应激行为还是复合行为，或者有无异常的介入因素。



图9 被害人减损行为在判断行为危险性和计算损害结果时的影响分类图

2. 列举典型行为处置标准：以连续多次肇事行为为例

在656份认定为本罪的判决中，所涉行为20余种，部分行为发生频率较高而成为典型行为，对该类行为的认定应当予以明晰，这里试举一例。违规驾车行为在认定

^① (2014)莘刑初字第5号判决书。

^② 刘绍军：《食源性病原微生物及防控》，中国轻工业出版社2006年版，第25-27页。

为本罪的行为中占比最高，达 27.4%，其中连续多次肇事行为争议较大。主要问题在于对本罪与交通肇事罪、危险驾驶罪关系的理解，三个罪名大致比较如图 10。

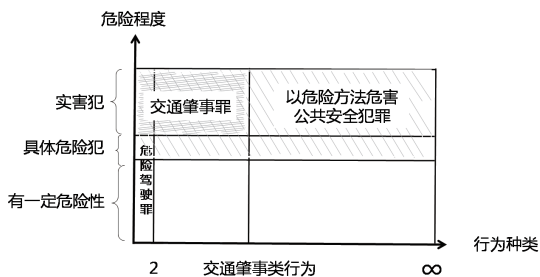


图 10 本罪与交通肇事罪、危险驾驶罪在行为种类和危险程度上的区分图

通过比较：第一，本罪只有在对危害公共安全的主观心态是过失时才可能与交通肇事罪和危险驾驶罪重叠；第二，对于交通肇事罪，其行为完全包含在过

失以危险方法危害公共安全罪中，而立法者将这一部分单列出来，规定了较低的刑罚，究其原因，是因为交通危险是工业社会高速发展所必须存在的风险，对之不能过多苛责，是一种“被允许的危险”。^①第三，阴影重叠部分的行为，应遵循特殊法优先的原则。综上，对于连续多次肇事行为，其危险性通常符合本罪行为危险要求，界限主要在于行为人对危害公共安全的主观心态，如果是故意，构成本罪，如果是过失，可能构成交通肇事罪。

问题在于此类案件中行为人多数处于饮酒、吸毒等状态，主观心态难以考察，且有时是变化的，因此需要设定客观标准。对此，《最高人民法院关于醉酒驾车犯罪法律适用问题的意见》中规定：“酒后或醉酒驾车，肇事后继续冲撞，造成重大伤亡，应依法按以危险方法危害公共安全罪定罪。”这是否可以反推其他连续多次肇事行为都只构成交通肇事罪？在对样本中出现的共性行为进行整理的基础上，参考司法解释，对连续肇事行为应参照如下顺序判断：

(1) 行为人对再肇事行为有无意识

案例 5——成某某交通肇事案^②：被告人酒后驾车，与停靠在路边陈某某的轿车相撞，随后与前方同向由廖某驾驶的轿车相撞，致该车失控后将行人朱某、雷某撞倒。此后，被告人又将停放的两辆摩托车与路人成某、曾某和彭某撞倒。经鉴定：被害人成某死亡、被害人朱某伤残十级，曾某轻伤，财产损失为 56693 元。法院审理认为：该肇事行为是一个连续的行为，公安民警赶到现场时被告人仍坐在驾驶员位置睡觉，并不是被告人肇事后逃逸，因此判决被告人犯交通肇事罪，有期徒刑一年二个月。

本案中行为人因醉酒完全丧失反应能力，这种情况下，多次肇事行为实际上是一个实行行为，且通常情况下行为人对危害公共安全持排斥心态，应推定为交通肇事罪。

^① 高艳东：《谨慎判定“以危险方法危害公共安全罪”的危险相当性——兼析具体危险犯的可罚性标准》，载《中国刑事法杂志》2006 年第 5 期。

^② (2014) 蓝刑初字第 13 号判决书。



当然，如果有证据证明行为人故意利用或放任自己无意识或意识减弱状态危害公共安全的，按本罪处。

(2) 有意识的再肇事行为是冲撞行为还是逃逸行为

案例 6——毛某某以危险方法危害公共安全案^①：被告人饮酒后驾驶小型汽车行驶时，车头部左侧撞击到沈某甲，致沈某甲受轻伤，事故发生后被告人下车察看，后驾车向北逃逸，车头部右侧又撞击被害人袁某某，致其当场死亡，事故发生后被告人弃车逃逸。法院经审理认为：其行为构成以危险方法危害公共安全罪，判处有期徒刑 6 年。

案例 7——卢某某以危险方法危害公共安全案^②：被告人酒后且无证驾驶，先追尾被害人甲驾驶的摩托车，致摩托车碰撞到前方的助力车，之后，该轿车继续高速冲撞公路边和道路上多名行人，造成四人当场死亡，多人轻伤。法院经审理认为：被告人没有采取刹车减速等措施，构成以危险方法危害公共安全罪，判处无期徒刑。

案例 6 是典型的逃逸行为，案例 7 是典型的冲撞行为。通常逃逸的目的是逃避处罚，排斥损害结果的再次发生，不应认定为本罪。在实践中，二者的区别在于行为人再肇事时是否尽己所能避免结果的发生，需考察行为人意识状态、路段车流、车速及减速、刹车等措施的采取情况，可以通过轮胎印迹、录像等方式查明。除有证据证明行为人故意利用或放任自身状态危害公共安全外，如行为人采取了与自身能力和意识状态相应的制动措施，可认定为逃逸行为，处理方式如图 11 所示：

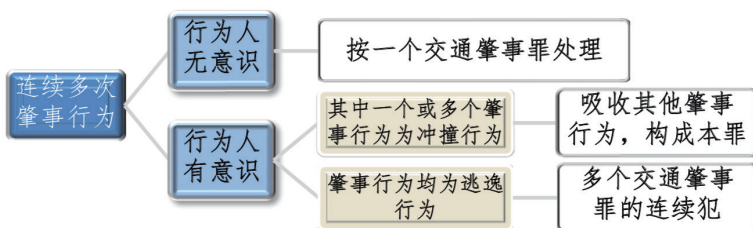


图 11 连续多次肇事行为分类处理图

(二) 科学量刑：优化认定范围与责任承担

1. 增设刑罚种类：部分应认定为本罪但情节较轻的，本罪较高的自由刑起点有时难与之匹配，故应增设罚金刑，便于此类行为的定罪量刑。增设罚金刑的原因在于：第一，从犯罪目的来看，656 份判决中贪利型占 26%（如图 12），主要表现为盗窃公共设施 and 私设电网捕猎等行为，针对贪利型犯罪应判处一定的罚金刑。第二，从再犯

① (2014) 熟刑初字第 0322 号判决书。

② (2013) 闽刑终字第 471 号判决书。

可能性来看，利己或利他、目的中性和主观恶性轻微的共占 33%，此类行为人的再犯可能性较小，可考虑采用判处罚金刑的方式减轻自由刑。第三，修八以来罚金刑的适用范围逐步扩大，罚金刑的选择适用可以打破单一适用自由刑的模式，给法官更多裁量空间。

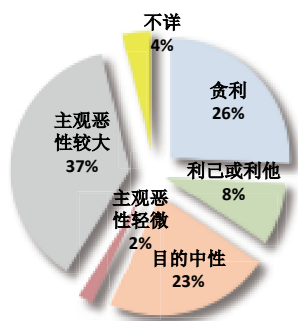


图 12 656 份认定为本案判决中犯罪目的分布图

2. 细化量刑层级：本罪现行量刑幅度较宽，入罪标准模糊，法官适用时难以把握，应予以细化。因财产损失

量刑受各地经济因素影响较大，具体幅度可由各省、市、自治区结合当地经济社会发展情况自行划定。故笔者针对本罪的人身损害后果，参考《人民法院量刑指导意见（试行）》及相关罪名的刑罚设置，提出量刑参考建议如图 13，入罪标准以下的

3. 衔接出罪责任：部分判决中认定的行为如盗窃消防喷水枪头等不符合本罪的行为危险性，又如高空抛物等行为危险性相对较弱且受具体情境影响极大，这些行为虽有直接或间接危害公共安全的潜在危险，但不足以用刑罚规制，可通过行政或民事责任予以惩戒。故可建立

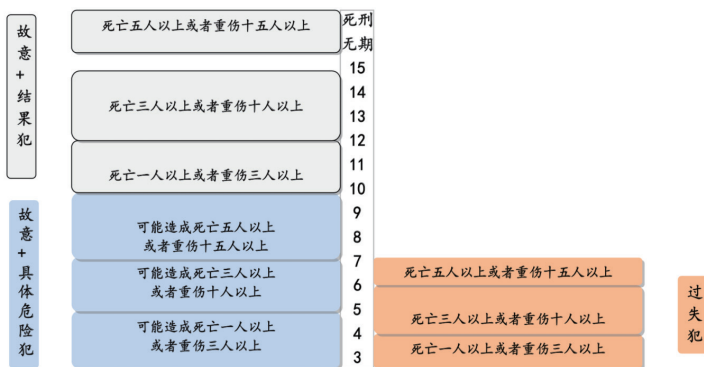


图 13 本罪自定形层级细化建议图

相应的衔接机制，在对此类行为认定为无罪或定罪免刑后，通过向行政机关寄送行政处罚司法建议函、增设当事人自愿申请的民事调解程序等方式使行为人承担行政处罚或民事赔偿的责任。

（三）拓展方法：完善认定辅助措施建设

1. 以要素为中心：因本罪缺乏明确的行为规范，在具体解释尚未出台时，应在审理过程中向控辩双方及被告人释明本罪认定的相关要素，便于在庭审时集中争点。可以在庭前会议中直接释明，也可通过发放认定要素梳理表等方式（如表 3）。

2. 以说理为保障：对于认定为本案及其他兜底罪名的判决，判决书的说理中，必



须明确要求针对兜底条款适用的要素符合性、危险相当性和应受刑罚处罚性三点进行说明。一方面，因本罪规定的概括性，更需要详细的说理向公众释明；另一方面，在解释缺位的情况下，说理也是其他法官理解本罪的资料和认定本罪的参照。

表3 本罪认定要素梳理建议表

以危险方法危害公共安全犯罪认定要素梳理表						
1、是否侵害公共安全，即客观上侵害对象是否不特定	人员流动性			介入因素		
	危害范围可控性	危害范围变化性	通常情况人员变动	介入因素异常性	介入因素影响力	介入因素与行为的关联程度
2、是否满足“其他为方法”的相当性	杀伤力		伤害范围		因果关系	
	伤亡可能性	一次性	扩张性	失控性	直接性	紧迫性
3、结合具体情况是否足以“危害公共安全”						

3. 以案例为引导：现阶段关于本罪有7件典型案例和1件公报案例，对于新型行为，最高人民法院应进一步发挥案例指导作用。一方面，针对构成本罪的类型化行为，解释认定理由，统一认定思路；另一方面，重视案例在出罪方面的示范效应，及时发布不当套用本罪的典型案例。

4. 以大数据为支撑：建立包括本罪在内的兜底条款适用的审判案例库。与兜底条款认定相关的案件，在审判系统中点击生效时，同步上传至案例库中，按照地域和认定行为种类予以划分，并提供各行为的认定比例，认定与不认定的理由等，便于法官参考。

结 语

以危险方法危害公共安全犯罪的认定不仅是具体罪名的适用问题，也是对司法实践中兜底条款的理解与适用的反思。一方面，对于兜底条款要细化法定要素的含义和判断标准，同时多角度探索其完善方法；另一方面，在处理纷繁的行为与滞后成文法的矛盾时，要严守罪刑法定基本原则，立足于规范保护目的，并明确解释与认定的方法。因此，笔者从以危险方法危害公共安全犯罪切入，探析其认定规范与完善路径，希望以此裨益本罪的司法与兜底条款的适用。

(责任编辑：冯艳楠)

“开放式”判决方式之理性思辨与规则探索

荣明潇 张玺*

内容摘要 2014年江苏省高级人民法院二审判决的泰州环境公益诉讼案从环境保护法的立法原则和立法目的出发,采取灵活的“开放式”判决方式附条件判令侵权主体可延期支付40%的赔偿款项,如侵权主体出资进行相应环保技术改造并取得成效,则可抵扣上述40%的赔偿款项。从司法角度来看,如此判决显然有别于目前我国民事诉讼中基础的“封闭式”判决方式。对于该种“开放式”判决,既不能因为民事诉讼立法的规定对审判实务中的成功判例视而不见,也不能因为既有判例取得良好效果而跟风效仿,而是应从规则与现实的碰撞中深入思辨,以实现法律效果与社会效果的高度统一为指引,以改革的思维对“开放式”判决进行合理界定并确定其适用规范。具体而言,从对基础的“封闭式”判决的法理研究与现实分析出发,通过泰州环境公益诉讼案提出对“开放式”判决问题的研究,以与“封闭式”判决对比为视角对“开放式”判决之理性逻辑进行深入思辨并最终对“开放式”判决适用路径进行规范性探索。即通过对“开放式”判决进行现实和理论的辩证分析,厘清其存在的现实基础和理论基础,并通过探寻其内在规律,最终在制度上确定其合理适用的规则体系。

关键词 “开放式”判决 “封闭式”判决 环境公益诉讼 责任履行方式 责任履行期限

中图分类号:DF72 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)01-049-059

* 荣明潇,山东省淄博市中级人民法院一级法官;张玺,山东省淄博市张店区人民法院三级法官。



一、问题的提出：作为“封闭式”判决之外的“开放式”判决

以人民法院工作为主题的影视剧《阳光下的法庭》开播后受到社会各界的广泛关注。该剧中首先出现的清水河环境公益诉讼案尤为引人注目。对于该案的处理，剧中法院从环境保护法的立法原则和立法目的出发对判决方式进行创新：对于已认定的2.11亿元的天价赔偿款项，附条件判令侵权主体可延期支付40%的赔偿款项；如侵权主体可出资进行相应环保技术改造并取得成功，则可抵扣上述延期支付的赔偿款项。当然影视剧难免存在艺术加工成分，但该剧中的清水河环境公益诉讼案在现实中确有原型，其判决方式也与原型案件的判决方式相同，而该原型案件就是江苏泰州环境公益诉讼案即江苏省高级人民法院(2014)苏环公民终字第00001号案件。诚然，这种创新的“开放式”判决方式（以下简称“开放式”判决）确实是使环境尽快恢复的绝佳补救方式，然而从目前我国民事诉讼的理论和实践来看，民事诉讼中基础的判决方式应当系“封闭式”判决方式（以下简称“封闭式”判决，其具体内涵将在下文详述）。与“封闭式”判决相比，“开放式”判决是否具有存在的理性逻辑？其如果应当存在，那么正确适用的路径应如何把握？这些问题都值得关注并深入研究。

二、审视：基础判决方式——“封闭式”判决之法理研究与现实分析

（一）基本含义：“封闭式”判决之概念界定

我国民事诉讼法尊重当事人的处分权利，即当事人有权在法律规定的范围内处分自己的相关权利和诉讼权利。^①也就是说，案件当事人作为该项权利的享有者，可以自由选择其权利行使的范畴和方向并据此提出诉讼请求。“诉讼请求是诉方当事人在诉之中提出的、请求法院为判决之具体的实体主张。”^②而法院则应根据原告提出诉讼请求的实体主张范围对案件进行审理并作出裁判。这也决定了在审判实务中，对于需以判决方式处理的案件，法院的审理及判决结果理论上应当以原告的诉讼请求内容为限。由于上述判决结果理论上应完全被封闭在原告所主张的范围之内，故此种判决方式可称之为“封闭式”判决，而这也是最为基础的判决方式。

（二）理论解析：“封闭式”判决之法理基础

从以上对“封闭式”判决概念的分析不难看出，“封闭式”判决实际以民事诉讼中的处分原则与不告不理原则为法理基础。处分原则是指当事人依自己意志寻求诉讼解决与否并有相应处分权的原则。^③“处分权是当事人尤其是原告所专有的权能，当事

^① 《中华人民共和国民事诉讼法》第13条第2款规定：“当事人有权在法律规定的范围内处分自己的民事权利和诉讼权利。”

^② 孙伟峰：《民事审判范围的扩张与限制》，载《湘潭大学学报（哲学社会科学版）》2016年第6期。

^③ 陈胜：《遵循处分原则机理的民事纠纷解决方式探析》，载《福州大学学报（哲学社会科学版）》2013年第5期。

人能通过这些对自己权利的处分行为来规定程序的进行，法院原则上必须受这些行为的约束。”^①即当事人是否提起诉讼，如何提出诉讼，需要审判权对其私权利保护的外观等均由当事人自己决定而不受任何干涉。而这也决定了法院在民事诉讼中实行不告不理原则。该原则要求“法院裁判的范围限于当事人请求的范围，即法院裁判的范围不能超过当事人请求的范围”。^②而超出诉讼请求判决的情形则属于程序严重违法并已成为应当提起再审的明确事由。^③

（三）现实分析：“封闭式”判决之重要地位

由于处分原则与不告不理原则均是我国民事诉讼的基本原则，是审判实务中所必须遵循的规则基础，故处分原则决定了原告对其民事权利寻求法律保护的途径由其自行决定；而不告不理原则规范了法院内部对于权利主张的审理范围问题。上述两个原则内外衔接，决定了依照相关法律规定法院在判决内容上必须以当事人的主张为基础，不得自行变更。故“封闭式”判决成为当前审判实务中基础和主流的判决方式。其一方面从审判权的起点处便原则性地确定了这一国家公权力行使的轨迹，是对私法自治原则的高度概括和良好延伸；另一方面其最大意义上反映了当事人的意思自治，尊重并保障了当事人的诉权和选择权，同时也可限制审判权的滥用所造成的对私权利的侵害。

三、启示：江苏泰州环境公益诉讼案所引出的“开放式”判决

（一）始末概述：江苏泰州环境公益诉讼案之基本情况

江苏泰州的六家化工企业因危险废物涉嫌造成环境污染，由泰州市人民检察院支持市环保联合会作为原告将六家化工企业起诉至法院，要求六被告赔偿环境修复费用共计 1.6 亿余元。该案经两审审理，江苏省高级人民法院于 2014 年 12 月作出（2014）苏环公民终字第 00001 号终审判决，维持了一审判令六被告赔偿环境修复费用 1.6 亿余元的判决部分，但对履行期限和履行方式作出改判：如果当事人提出申请且能在 30 日内提供有效担保的，环境修复费用的 40% 可以延期一年支付；在一年期限内，如六被告能通过技术手段改造对副产酸进行循环利用，明显降低环境风险且一年内无环境违法行为受到处罚的，其已支付的技术改造费用可以凭环保行政主管部门出具的企业环境守法情况证明、项目竣工环保验收意见和具有法定资质的中介机构出具的技术改造投入资金审计报告，向二审法院申请在延期支付的 40% 额度内抵扣。之后该案被告又申请再审，最高人民法院最终裁定驳回被告的再审申请。^④

① [日] 谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新等译，中国政法大学出版社 1996 年版，第 97 页。

② 段文波：《当事人主义：对象、方法与程序》，载《民事程序法研究》2016 年第 2 辑。

③ 《中华人民共和国民事诉讼法》第 200 条第 1 款第 11 项规定：“当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：……（十一）原判决、裁定遗漏或者超出诉讼请求的。”

④ 吕忠梅：《环境司法理性不能止于“天价”赔偿：泰州环境公益诉讼案评析》，载《中国法学》2016 年第 3 期。



（二）褒贬不一：对该案“开放式”判决之正反评价

上述二审判决作出后，其创新型的“开放式”判决确实受到好评。一是其变更了费用履行期限。即在能够保障原告债权实现的前提下推迟部分赔偿金的支付期限。该案的天价赔偿对于任何企业都是致命之击。无论是倾其所有配合执行，还是逃避义务充当“老赖”，显然都是一刀切的处理方式，这样要么阻碍当地经济发展，要么成为浪费司法资源的典型案例，均无法实现判决的最终目的。二是其变更了费用履行方式。二审充分考虑到“恢复原状”才是处理环境侵权案件的最佳救济方式，环境修复才是案件的最终奥义，故附条件地以技术改造费用抵扣延期支付的赔偿。“在赔付责任的履行方式上，这样的设计实乃法官的神来之笔，其司法效果、社会效果和环境效果令人赞赏。”^①不过理论界也存在反对之声。有人认为此种判决方式是否合法有待商榷，是一种不良倾向；^②有的学者甚至认为该种判决方式在没有法律依据且没有充分论证的情况下为了解决履行的实际困难就创造一种履行方式，司法理性不足。^③

（三）总结启示：“开放式”判决问题研究之提出

该案一审严格按照传统的“封闭式”判决对案件作出裁判，从法律角度讲本无不当。二审判决则灵活而合理地改变了判决所确定的费用履行期限和方式。从各界对二审判决的评价来看，正方多是从社会效果角度出发进行褒奖，反方则是从法律角度提出质疑。不过对该案二审判决进行深度解读后不难发现，其是在保障当事人基本权利义务的前提下，结合现实情况，在对处分原则和不告不理原则予以合理限制下，灵活对判决所确定义务的履行方式和履行期限作出变更。这虽从外表来看貌似有违处分原则和不告不理原则，但该判决方式取得的良好社会效果毋庸置疑。之后最高人民法院裁定驳回被告的再审申请，则进一步肯定了这种“开放式”判决的合法性和可行性。由此，有必要对这种“开放式”判决作进一步的总结研究和技术规范，从而使这种判决方式发挥其应有的积极作用。

四、思辨：“开放式”判决之理性逻辑——以与“封闭式”判决对比为视角

（一）基础判断：“开放式”判决之概念解读

1. 内涵解析：“开放式”判决之核心含义

“开放式”判决是相对于传统的基础性的“封闭式”判决而言的。因为“封闭式”判决的内容仅限于原告所主张的诉讼请求范围之内，而“开放式”判决的内容从形式上看未封闭于原告的诉讼请求范围。但从其判决内容的实质来看，“开放式”判决的

^① 别涛：《环境公益诉讼的成功探索——泰州“天价环境公益诉讼案”始末及评析》，载《中国环境报》2015年1月14日。

^② 刘益：《规范出发型民事审判方法的理论与实践》，华东政法大学2015年博士学位论文。

^③ 吕忠梅：《环境司法理性不能止于“天价”赔偿——泰州环境公益诉讼案评析》，载《中国法学》2016年第3期。

内容本质上并未背离原告诉讼请求所反映出的利益范畴。这也从外延上使“封闭式”判决与几种相似的情形予以区分。

2. 外延界限：“开放式”判决与相似情形之区分

(1) 与超诉讼请求判决的区分

民事诉讼中的不告不理原则决定了法院不得超诉讼请求判决。这种“超判”不仅违背处分原则设置的意义而且也违背程序公正的要求，^①属于程序违法，当然法律有特别规定的除外。^②且这种“超判”无论是从形式还是本质上来看都明显超出了原告诉讼请求的范围，超标的判决即为典型。“开放式”判决虽然从形式上貌似超诉讼请求判决，但也只是形似而非神似，即其只是形式上而非实质上的“超判”，其本质上并未背离原告诉讼请求的范畴。换句话说，“开放式”判决可以称为“活判”，但绝非“超判”。

(2) 与表示错误的区分

“民事判决中的表示错误是指受诉法院在判决形成过程中意思与表示之间的不一致。书写错误、计算错误乃典型的表示错误。”^③因此判决中出现表示错误也可能会使判决内容未封闭于原告诉讼请求范围内，但这属于因法院工作疏忽所导致的技术性错误。而“开放式”判决并不存在这样的技术性错误问题。因此二者可能会形似，但其本质属性则完全不同。

(二) 逻辑演进：“开放式”判决之正当性解析

1. 现实动因：“开放式”判决对于“封闭式”判决之效果考量

“无论是在完善的法治国家还是新兴的转型国家，司法的法律效果与社会效果之间的共存、差异与互动几乎存在于每个案件的裁判活动当中。”^④“开放式”判决之所以出现，其直接动因就在于传统的基础性的“封闭式”判决存在缺陷以及“开放式”判决自身优势的逐渐显现。而这集中体现在二者的司法效果反映上。

(1)“封闭式”判决之缺陷反思——法律效果重于社会效果

“封闭式”判决系完全按照原告的诉讼请求范围来处理案件。虽然从程序讲并无不当，但实事求是地讲，首先这要求原告的诉讼请求必须真实反映出其权利内核，而这需要原告正确认识并掌握其纠纷的客观规律并对客观事实和法律事实的差距进行科学预判，还要对法律适用熟练掌握从而选择内容合适的诉讼请求。这对于一般当事人甚至是律师都是非常高的要求。其次，即便满足了这一要求，原告所提出的诉讼请求通常也是单纯考虑己方利益而不会考虑到对方利益，若法院一味采用“封闭式”判决

^① 韩香：《论民事诉讼处分原则的限制与纠正》，载《理论界》2011年第8期。

^② 如《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）》第3条规定，人民法院受理离婚案件后，经审查确属无效婚姻的，应当将婚姻无效的情形告知当事人，并依法作出宣告婚姻无效的判决。即法院在离婚案件中经审理查明双方婚姻关系无效时，可以直接据此判决双方婚姻无效而非准许双方离婚。

^③ 占善刚：《民事判决中的表示错误及其更正》，载《法学》2017年第8期。

^④ 张文显、李光宇：《司法：法律效果与社会效果的衡平分析》，载《社会科学战线》2011年第7期。



就有可能不给被告留有喘息或缓解的时间,使被告看不到履行之希望,即使判决生效也可能出现被告逃避执行而使原告实际上赢了官司输了钱。在此情况下虽有法律效果,但社会效果难以保障。

(2)“开放式”判决之优势审视——社会效果与法律效果并重

“在司法的评判约束体系中,尽管司法的法律效果构成了基本的判准结构,但是对司法判决合理性和法律正当性的约束与评判大部分是由司法的社会效果来维持的。”^①“开放式”判决虽然从外观表现上貌似有违程序要求,但其在实质上追求实现法的适用的公正性,其法律效果不容忽视;另外,其是法院在合法前提下为实现判决的合理化而对原告诉求所进行的合理突破,其社会效果亦不言而喻。“开放式”判决实际上赋予了审判权在一定范围的灵活性,这更能符合社会主义法治体系要求下对审判权的高标准要求,确保了在合法合理范围内使法律效果与社会效果实现最大程度的统一。

2. 内在探源:“开放式”判决对于“封闭式”判决之价值考量

(1) 严格规则与自由裁量——实体运行之统一

法院的司法裁判活动实际就是对于法的适用的过程,即将立法所确定的严格规则——法律规范予以现实化的过程。对此法学界有这样一条公式:“普遍的世界—现实的世界—裁判的世界”,意思就是将普遍的法律规范应用至具体个案中来,经过判断整合最终形成“精确的判决”。^②“封闭式”判决可以说就是完全实行严格规则的产物。但是在有限的法律规则适用于纷繁复杂和不断变化的社会现实的过程中,必然会出现一定的法律漏洞甚至产生冲突。^③那么如何使这些法律规范完美地适用于那些迥异的客观事实无疑是司法过程中的难题。而法官一味机械照搬法条很难使所有个案都得到实质公正的解决。“封闭式”判决亦是如此。故法的理论理性在司法过程中势必要与裁判者的实践理性发生碰撞。碰撞的结果就是在司法过程中赋予裁判者在案件实体上以一定的自由裁量权。判决方式作为承载判决实体内容的载体,亦应属于自由裁量权所及的范畴。而这种自由裁量的产物正是“开放式”判决。当然这种自由裁量应以实现实体公正为前提。即“开放式”判决虽属自由裁量,但其实质是通过自由裁量来弥补法律这一严格规则的局限,是为了更为完美和合理地实现严格规则的要义。

(2) 当事人主义与职权主义——程序逻辑之互补

自从上世纪末开始的民事审判方式改革以来,我国民事诉讼模式已经逐步由职权主义转向当事人主义,不过却存在矫枉过正的隐患。“某些法院对当事人主义诉讼模式的适用不尽恰当甚至可以说是过度适用,例如有的法院以当事人主义诉讼模式为依据过分尊重当事人处分权,对于本该依职权进行干预的情况不予干预,凡是当事人对

① 张文显、李光宇:《司法:法律效果与社会效果的衡平分析》,载《社会科学战线》2011年第7期。

② 刘晓庆:《粗略法律与精确判决》,载《湖北警官学院学报》2012年第2期。

③ 张文显、李光宇:《司法:法律效果与社会效果的衡平分析》,载《社会科学战线》2011年第7期。

其私益的自由处分一概予以准许。而实际上,由于诸多原因影响,当事人行使处分权的行为不一定准确或者适当。”^①完全坚持处分原则与不告不理原则的“封闭式”判决即存在这一问题。在此情况下显然需要法院必要的职权干预,但这并不是对当事人主义的否定,而是通过程序上的互补来实现诉讼的程序正义。“开放式”判决正是如此,其在本质上即是由法院通过适当的职权主义来实现对当事人主义的必要修正。“实际上,纵观当今世界各个先进国家,主张采当事人主义与职权主义交错的民事诉讼模式是共同的发展趋势。”^②

(3) 形式公正与实质公正——法之价值之实现

公平正义属于法的基本价值范畴。司法裁判不仅要追求形式上的公正,更要追求实质上的公正从而实现法的这一价值追求。这也是司法所要达到的法律效果的要求。然而,“严格以法律为依据的司法突出强调法律规则的至上权威、崇尚规则之治,但以司法的法律效果为判准的‘规则中心主义’也往往使正式法律制度演变成一个‘封闭系统’,陷入脱离具体问题情景的自推自演逻辑思辨的泥潭之中,而司法裁判的正当性和实质正义问题就很容易受到社会公众的怀疑,甚至司法判决不能为社会公众心服口服,司法公信力不能得到有效保障。”^③而“封闭式”判决就属于单纯从形式上看系严格以法律为依据的司法产物,其虽“根正苗红”,但有时只能实现形式上的公正。“开放式”判决虽在形式上貌似未严格以法律为依据,但其从实质上遵循了法律的价值追求,在本质上仍是以法律为依据,并且其因此不仅能实现形式公正,更能实现实质公正。

(三) 辩证把握:“开放式”判决之应然定位

1. 对立统一:“开放式”判决与“封闭式”判决之辩证关系

尽管“开放式”判决具有前述的其内在正当性的理性逻辑,但这并不意味着“开放式”判决与“封闭式”判决的完全对立,更不代表前者应完全取代后者。从辩证法的角度来看,二者虽有对立但更应统一。“开放式”判决虽然从形式上看不像“封闭式”判决那样将判决内容限定于原告诉讼请求范围内,但其判决内容的本质并非背离原告诉讼请求之利益范畴,只不过“开放式”判决在此基础上更从实质层面实现公平正义的法之价值。亦即“开放式”判决与“封闭式”判决从价值内核来看都是为了实现公平正义;“开放式”判决是在“封闭式”判决无法真正实现公平正义时所应运而生。当然实践中“封闭式”判决无法真正实现公平正义的情况并非普遍现象,因此“开放式”判决应当是“封闭式”判决的合理有效补充。因此,两种判决方式并非此消彼长,而应是协调统一运行并共同发展。

2. 合理之视:“开放式”判决正确定位之理性归结

① 韩香:《论民事诉讼处分原则的限制与纠正》,载《理论界》2011年第8期。

② 韩香:《论民事诉讼处分原则的限制与纠正》,载《理论界》2011年第8期。

③ 张文显、李光宇:《司法:法律效果与社会效果的衡平分析》,载《社会科学战线》2011年第7期。



(1)“开放式”判决不是主流但不可或缺

从二者的特点来看,为了保障法的顺利运行,“封闭式”判决严格贯彻法律规范,属主流而基本的手段,而“开放式”判决则强调判决结论更为合理,系不可或缺的必要手段。“封闭式”判决更加贴切地贯彻了成文法的司法要求,应当是诉讼中基本和主要的判决方式,并为“开放式”判决提供基础界限,防止其任性损害当事人利益;“开放式”判决则成为“封闭式”判决的有益补充,可以弥补“封闭式”判决之不足,保障司法处理的现实效果。

(2)“开放式”判决需要相对明确的实务适用规范

从法的价值本位角度出发,相对灵活的“开放式”判决与严格遵循当事人处分权的“封闭式”判决并不矛盾。“开放式”判决之理性适用也是法之运行于审判实践的必然趋势。当然“开放式”判决的缺陷主要在于表现形式上过于“灵活”,且在审判实务中尚缺少统一的适用规范。因此对于这种“灵活”的判决方式应当加以严格和合理的限制,即对“开放式”判决在明确适用原则的基础上确定相对具体的适用规则从而予以规范,进而使“开放式”判决合法运行并服务于审判实务。

五、探索：“开放式”判决方式之适用路径

(一)基础指引：“开放式”判决之适用原则

1. 实体把握——利益实现原则

这是“开放式”判决在适用上的实体把握原则。判决方式实为对利益的保护及其保护的尺度通过文字即判决主文显示于外部的体现,其应当是对利益的实现予以价值衡量的结果。正如庞德所言:“对各种利益的承认或拒绝承认,以及划定那些得到承认的利益的界限,最终是按照一个确定的价值尺度进行的。”^①法院在对案件适用“开放式”判决时,应当首先从实体上对案件进行利益上的价值衡量。价值衡量的标准,应当以利益的可实现性为原则。即对于案件判决所要实现的利益,采用“开放式”判决所实现的可能性和有效性应当显著优于“封闭式”判决,否则就不应适用“开放式”判决。

2. 程序把握——依职权或依被告申请适用原则

这是“开放式”判决在适用上的程序把握原则。“开放式”判决从本质上看属于由法院通过适当的职权主义来实现对当事人主义的必要修正,即法院以其审判职权来对处分原则进行合理规制。因此“开放式”判决在程序上应当是法院依职权主动适用。另外从程序逻辑上而言,“开放式”判决不可能依原告申请而适用。因为如果由原告申请适用,实际上就属于原告对其诉讼请求进行变更,法院按其变更后的诉讼请求进

^① [美] 罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第42页。

行判决亦属于“封闭式”判决。但是从理论上讲，在原告不变更其诉讼请求的情况下，被告可以主张适用“开放式”判决即要求法院进行“活判”。法院经严格审查认定根据利益实现原则应当“活判”的，则可作出“开放式”判决。

3. 总体把握——严格限定原则

严格限定应当是法院对“开放式”判决在总体层面上的把握原则。该原则要求“开放式”判决不是随意适用的。“开放式”判决具有自由裁量的属性，但自由裁量并非任意裁量。其虽然在形式上未限定于原告的诉讼请求范围，但其内容不应超出原告诉讼请求所反映出的权利本质判断，一旦超出就有可能变质为违法的超诉讼请求判决。换句话说，“开放式”判决若随意适用就会导致裁判结果的范围具有随意性，这种违法的“超判”行为显然与合法的“开放式”判决背道而驰。因此总体而言对于“开放式”判决应当是严格限制适用的，应当结合案件的具体类型和具体案情严格按照利益实现原则决定能否适用“开放式”判决。

（二）规范要点：“开放式”判决适用之具体规则

1. 开放范围依法限定

“开放式”判决以合法为存在前提，其在具体运用时首先应对开放范围划定明确界限。“开放式”判决的开放范围应以诉讼请求为基准，其虽在形式上貌似超出请求范围，但其在本质上不能突破原告请求审判权所保护的私权利范围，即应以原告所主张的实体权利所反映出的利益保护范畴为限。具体到审判实务中，例如原告主张被告的行为构成侵权而要求被告承担侵权赔偿责任，判决结果不应改变原告所主张的权利种类，即不能超出侵权责任而判决被告承担其他责任；同时原告在提出诉求时会明示责任构成所要承担的结果，该结果通常以金钱赔偿的形式出现，但无论该金钱赔偿的履行方式和期限如何开放，其不应超出原告主张的责任数额。

2. 履行方式适当开放

法院的判决内容应当根据原告的请求确定责任承担的主体及该责任的实体承担范围。在保障当事人实体权利的处分权的前提下，应当考虑案件具体情况，从更有利于原告利益实际实现的角度出发，对该实体责任承担的履行方式进行适当的灵活开放处理。例如在判决被告承担赔偿责任的案件中，如果被告明显没有履行金钱义务的能力，此时为了能够实现原告的权益，若原告的赔偿内容可以以劳务形式实现的且被告亦予以认可配合的，则可考虑对此作出开放式处理，即在判决承担金钱赔偿的同时判决被告可以劳务形式对该金钱赔偿予以代替。

3. 履行期限灵活确定

作为具有确定性和执行力的判决书，其中确定明确的履行期限是基本要求。通常情况下法院在判决主文中会赋予被告以十日的履行期限，被告应在该期限内自行履行给付义务。若被告在该期限内未自行履行判决确定的给付义务，则原告可申请法院强



制执行。当然原告在起诉时通常不会要求在十日内履行而是要求立即履行，不过判决主文中直接写为立即履行显然缺少明确时限，另外事实上该“十日”的自动履行期限也非法律规定而是法院裁量的结果。根据利益实现原则，判决中可以考虑对履行期限予以适当开放，但必须依个案情况严格把握。如对于履行难度较大和履行过程复杂的案件，就可对履行期限给予合理的宽限而不是严卡“十日”标准，当然这种灵活处理一般都是与履行方式相结合的。

4. 履行方式和履行期限的灵活处理相结合

为了使“开放式”判决的适用能够达到预期目的，审判实务中的“开放式”判决通常要采取履行方式和履行期限相结合的方式，江苏泰州环境公益诉讼案中的“开放式”判决就是变更履行方式并附条件宽限履行期限的典型。当然审判实务中常见这样的情形，原告诉讼请求未变但认可被告在一定期限内履行主要义务便可免除其他附随义务的承担，只是因其他原因未能调解成功。这种案件应当对上述情况作好笔录，并据此在判决时尝试适用“开放式”判决，其中确定合理履行期限和明确责任承担：如在确定的履行期限内对主要义务全部履行则全案履行完毕；如未能按此履行则应另行承担判决确定的其他义务。

（三）类案索引：对适合运用“开放式”判决的案件情形之识别与归纳

虽然从理论上讲各类案件均可适用“开放式”判决，但根据严格限定原则和当前实践，相对而言以下几类案件中的某些具体情形较为适宜适用“开放式”判决，在此作具体解析。

1. 环境民事公益诉讼

公益诉讼在我国尚属新型诉讼，其“具有特殊的诉讼目的，促进和维护社会公共利益是一个有别于普通民事诉讼的本质所在”。^① 该类诉讼具有诉权主体的代表性、权利受众的广泛性等特点。而环境民事公益诉讼是其中的主要代表且案例众多。“救济公共利益最终目的是恢复或者还原公共利益，环境公益诉讼更强调修复环境。”^② 因此在环境民事公益诉讼中“开放式”判决的适用更为常见和有效。“环境民事公益诉讼的判决不完全限于原告的请求，法院会在诉讼过程中，基于环境治理的实际需要以及公益诉讼的性质，作出妥当性的安排。”^③ 即法院在判决时不必封闭于单纯的金钱赔偿，可以采用“开放式”判决判令责任人在确定的范围内通过其他合理方式最大程度地弥补其对环境所造成的损害，从而实现其所应承担的损害赔偿赔偿责任。

2. 物权保护案件

物权保护案件在审判实务中主要表现为返还原物、排除占有行为、消除危险等。

① 陈桂明：《谈检察机关介入公益诉讼》，载《国家检察官学院学报》2005年第3期。

② 吴俊：《环境民事公益诉讼的程序构造》，载《华东政法大学学报》2015年第6期。

③ 吴俊：《环境民事公益诉讼的程序构造》，载《华东政法大学学报》2015年第6期。

由于该类案件系权利保护类诉讼，原告的请求权通常为排除权利侵害等具体到物的保护的请求。法院通常的判决结果就是返还原物或是停止侵害行为。但对于这种简单的“封闭式”判决，若被告不配合履行则很难执行。故在该类案件的判决中可给予被告合理的配合履行期限且一并判决拒不配合履行的赔偿责任。

3. 合同案件

合同案件中的“开放式”判决主要体现在以下两个方面：一是在确定的合同给付义务的履行期限上，人民法院可以根据案件的不同情况在判项中确定不同的履行期限，可不严卡“十日”标准，但至少须以三日为限；二是在原告要求认定合同无效而合同经法院认定确属无效的情形下，从立法本意和利益实现的角度出发，即使原告在诉讼请求中未写明要求相互返还的内容，法院在判项中除写明确认合同无效外，还应主动写明双方因合同无效而相互返还的相关内容。^①

4. 侵权案件

侵权案件中的赔偿项目一般都是以金钱债务的形式予以判决。其在履行期限上也可以根据案件的不同情况在判项中确定不同的履行期限。但在被告事实上明显没有履行能力的情况下，单纯判决金钱赔偿并配以纯机械式的“生效后×日内履行”，只能让原告得到难以执行的一纸文书。对此可考虑部分费用的劳务替代履行的“开放式”判决。比如在受害人伤残程度较重而需要长期护理的侵权案件中，若被告无金钱履行能力但又认可配合，则可对后续护理费可作出开放式处理，即判决由被告方按一定护理标准对原告进行护理以冲抵该护理费用。

结 语

“开放式”判决是法院根据形势变化发展和结合案件实际而对“封闭式”判决作出适当调整的产物，其目的是能够使案件处理更加符合国情和更利于利益实现，其内在的正当性决定了产生和发展的合理性。但对此不应忽视“封闭式”判决仍是当前基础和主流的判决方式。尽管“开放式”判决在审判实务中已开始被认可和适用，但法院对此可以动而不可妄动，应在主导适用“封闭式”判决的前提下合理适用“开放式”判决，以使二者形成统一合理的判决体系，从而实现宏观层面上法律效果与社会效果的有机统一。

（责任编辑：余晓龙）

^①当然实践中也存在原告起诉要求被告承担违约责任而未要求认定合同无效的情形，此情形下法院若发现合同无效亦应依职权认定合同无效并判决相互返还。但这属于法律有特别规定的法院可超诉讼请求判决的情形，而不应归于“开放式”判决。



以反不正当竞争法推动文化创意产品保护

——基于《人再囧途之泰囧》案的分析

王 锐*

内容摘要 文化创意产业的发展离不开司法的支持与保障，传统上对文化创意产品以知识产权法为主要保护方式，但知识产权法不能完全覆盖文化产业链高端的创意产业，需要《反不正当竞争法》的介入。《泰囧》案余韵绵延，通过分析该案判决三要点，对比新旧《反不正当竞争法》的异同与变化，梳理此类案件审理思路，尤其是如何以《反不正当竞争法》为创作者提供有效救济，为法院审理文化创意产品争议案件提供建议。

关键词 《泰囧》案 文化创意产品 知识产权法 不正当竞争混淆

中图分类号：DF414 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)01-060-069

引 言

在我国，2015年《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议》将文化产业确定为我国国民经济的支柱性产业，体现了经济新常态下对文化创意产业发展的高度期许。其中创意产业脱胎于文化产业，是艺术生产的一种业态，也是文化产业发展的高级阶段。^①文化创意产业的发展离不开司法的支持与保障，传统上对文化创意产品以知识产权法为主要保护方式，但知识产权法保护范围较窄，需要《反不正当竞争法》的介入。本文以北京光线传媒股份有限公司等与武汉华旗影视制作有

* 王锐，国家法官学院副教授，法学博士。

基金项目：北京社科基金青年项目“促进数字音乐产业发展的法律规制研究”（项目编号：16FXC046）。

① 荣跃明：《超越文化产业：创意产业的本质与特征》，载《毛泽东邓小平理论研究》2004年第5期。

限公司不正当竞争纠纷上诉案^①（以下简称《泰囧》案）为例，讨论在文化创意作品争议中，《反不正当竞争法》的适用价值及适用方法，尤其是通过新旧《反不正当竞争法》之比较，明晰立法理念变迁及规则变化，为此后同类案件司法审判提供建议，以期推动司法为文化创意产业发展贡献力量。

一、《泰囧》案概述

2009年11月6日，武汉华旗影视制作有限公司（以下简称“华旗公司”，为一审原告、二审被上诉人）从案外人处受让后更名为《人在囧途》的故事片《我爱回家》的一切权益，2009年12月24日，华旗公司与案外人田羽生签订剧本委托创作合同，约定华旗公司委托田羽生创作《我爱回家》（暂定名）电影剧本，华旗公司享有除编剧署名权外的其他著作权。2010年5月13日，华旗公司与其他两公司联合获取了《人在囧途》电影片公映许可证》及《人在囧途》数字电影片技术合格证》。电影《人在囧途》于2010年6月公映，电影主演为王宝强、徐峥。

《人在囧途》上映后，取得极大成功，华旗公司遂筹拍《人在囧途2》。作为准备，2010年8月3日，华旗公司委托田羽生创作电影《人在囧途2》剧本，并约定华旗公司享有除编剧署名权外的其他著作权。此后，华旗公司职员将《人在囧途2》大纲告知徐峥。2010年底，华旗公司发现《人在囧途》电影的备案信息，于是提出异议，后《人在囧途》撤销备案，奇天大地公司退出。2011年5月18日，华旗公司的《人在囧途2》获得《摄制电影许可证（单片）》，但并未进行实际拍摄。

2012年8月9日，北京市广播电影电视局做出批复，同意光线影业公司电影《泰囧》片名变更为《人再囧途之泰囧》，该电影于2012年12月公映并取得巨大商业成功，主演为徐峥、王宝强、黄渤。

华旗公司主张，北京光线传媒股份有限公司、北京光线影业有限公司、北京影艺通影视文化传媒有限公司、北京真乐道文化传播有限公司、徐峥（以下简称“五上诉人”，为一审被告、二审上诉人）拍摄放映《人再囧途之泰囧》，使用与“人在囧途”特有名称相同或相近似名称，在宣传过程中明示、暗示其电影为《人在囧途》的续集与“升级版”，贬损华旗公司商誉以及电影《人在囧途》的声誉，违反了《反不正当竞争法》的公平原则、诚实信用原则与公认的商业道德，构成不正当竞争。华旗公司请求法院判令五上诉人停止侵权、消除影响、赔礼道歉、连带赔偿华旗公司经济损失及诉讼合理开支1亿元并承担案件诉讼费。

^①（2013）高民初字第1236号判决书；（2015）民三终字第4号判决书。该案二审判决于2017年12月30日作出。



一审法院北京高院认为：电影《人在囧途》为“知名商品”，而“人在囧途”构成知名商品的特有名称，五上诉人在其电影名称中使用了“人再囧途”造成相关公众的混淆误认。故此，北京高院判定五上诉人存在侵权行为，但酌情降低了五上诉人的赔偿数额。此后五上诉人不服，向最高人民法院提起上诉，最高人民法院对一审判决予以维持。

二、《泰囧》案在法律适用层面引发的问题及探讨

在法律适用层面，《泰囧》案需要回应以下几个主要问题：第一，在反不正当竞争诉讼中，适格被告应具备何种特征；第二，如何确定一项文化产品构成《反不正当竞争法》所规制的“知名商品”，进而使文化产品之名称构成知名商品的名称而受到《反不正当竞争法》保护；第三，如何认定文化产业竞争中的某一行为对公众存在误导或者混淆。以下将围绕上述三点问题，结合修订前后的《反不正当竞争法》，对《泰囧》案进行研读分析。

（一）如何确定反不正当竞争诉讼中的适格被告

在一审答辩及二审的上诉理由中，五上诉人都试图将光线传媒公司与徐峥排除在适格被告之外，并认为徐峥、光线传媒公司都不是影片《人再囧途之泰囧》的投资方、出品方，“与华旗公司不具有《反不正当竞争法》所规制的市场竞争对手的竞争关系，不属于本案的适格被告。”由此人民法院在审理中必须解决两个层面的问题：一是如何确定《反不正当竞争法》所规制的“经营者”范围；二是适格被告是否一定系与他人发生直接竞争者。

1. 对“经营者”标准的扩张适用

对“经营者”的定义在2017年《反不正当竞争法》（以下简称“新反法”）修订时进行了微调，除对1993年《反不正当竞争法》（以下简称“旧反法”）所做经营者定义中的“营利性”表述予以删除外，新反法还将“生产者”也纳入规制，^①由此呈现出对不正当竞争主体规制及法律保护范围的扩张趋势。其实，《反不正当竞争法》所规制的“经营者”，或称为“不正当竞争行为人”，应当包括参与或者影响市场竞争的任何主体。只要行为人参与或者影响了市场竞争，不管其本身是否谋取利润，都可能成为不正当竞争行为的主体。^②光线传媒公司与徐峥虽然并非电影作品的著作权人及电影的出品人，但是均参与了《泰囧》的宣传造势活动，且在活动中频繁地将《泰囧》与《人在囧途》相类比，误导公众相信两者之间存在联系，在一种程度上得到了《人

^① 2017年版本认为经营者“本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务（以下所称商品包括服务）的自然人、法人和非法人组织。”对比1993年版本：“本法所称的经营者，是指从事商品经营或者营利性服务（以下所称商品包括服务）的法人、其他经济组织和个人。”

^② 孔祥俊：《反不正当竞争法新论》，人民法院出版社2001年版，第85-88页。

在《囧途》这部中国公路喜剧片开山之作的口碑背书,取得票房佳绩。尤其是经法庭认定,徐峥系从华旗公司雇员处得到《人在囧途 2》的剧本后拍摄《泰囧》,而两部电影主题相同,^①情节相近,^②主演相近,^③故此二被告行为违背了诚信原则与起码的商业道德,损害了其他经营者利益,干扰了市场秩序,行为人应当构成《反不正当竞争法》规制下的“经营者”。《反不正当竞争法》系一部行为法,即应当依据争议竞争行为的合法性与否而非行为主体的身份决定是否适用该法。推而广之,在信息时代,任何主体都可以借助网络平台传播信息、误导公众,则只要其行为系扰乱市场秩序、损害经营者与消费者权益之行为,即应受《反不正当竞争法》规制。

2. 对“竞争对手”标准的否定

关于光线传媒公司及徐峥是否需与原告华旗公司构成“竞争对手”才能引致《反不正当竞争法》适用这一问题,应该看到,无论新旧反法,对于不正当竞争行为人与受害人之间的关系均未做任何要求,在旧反法中,反不正当竞争行为是“违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为”;对行为人与受害人并未做需同属一行业、构成“竞争对手”的限制。而依据新反法,不正当竞争行为的损害对象还包括消费者,更不必局限于与行为人构成“竞争对手”的经营者。当然,由于本案审理尚在旧反法生效期间,故此本案认定应以旧反法为准;但新反法所做修订,其背后的法理均与司法实践不断推动的审判理念演进密切相关,故此对于新反法所做修订必须予以高度关注。《反不正当竞争法》通过此次修订,意图实现从传统的经营者保护发展到现代的经营者、消费者、公共利益“三叠加”保护的职能。^④光线传媒公司与徐峥的行为,对华旗公司、消费者、乃至市场竞争秩序,都造成了负面影响,无论依据新旧反法均系适格被告。

(二) 如何确定一项文化产品构成“知名”商品

商品一词属经济范畴,马克思对“商品”的定义为:“一个商品,首先是我们外界的一个对象,它有许多性质,可以满足人类的某种欲望”。^⑤电影^⑥等文化产品正是因满足人类精神生活需求而生产出的用于交换与消费的特殊商品,并以公开放映、DVD分销、网络放映等方式进入消费与流通环节。然而,如何判断一部电影作品构成知名商品,进而使其名称可以落入旧反法第 5 条第 2 项对知名商品名称的保护范围,需要详加分析。

① 都是探讨在旅途中如何寻求心灵解放、回归家庭。

② 从始至终都包含了出身经历极其不同的“草根”与“精英”的价值理念冲突,最后都由“草根”唤起了“精英”内心深埋的真诚与悲悯情怀。

③ 两片主演均包括徐峥与王宝强,《泰囧》还引入另一演员黄渤。

④ 孔祥俊:《论反不正当竞争法的新定位》,载《中外法学》2017年第3期。

⑤ 中共中央编译局译:《资本论(第1卷)》,人民出版社1975年版,第47页。

⑥ 依据《著作权法实施条例》第4条第(11)项,“电影作品”指摄制在一定介质上,由一系列有伴音或者无伴音的画面组成,并且借助适当装置放映或以其他方式传播的作品。



1. 文化产品“知名”判断的特殊标准

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(以下简称《不正当竞争司法解释》)第1条规定,在中国境内具有一定的市场知名度,为相关公众所知悉的商品,应当认定为旧反法第5条第2项规定的“知名商品”。但如何判断文化产品是否具有一定知名度、为相关公众所知悉,其方法与对普通消费品的判断不同。普通消费品具有易损耗、经常反复购入等特征,故此判断此类商品“知名”与否的一个重要指标就是量化的销售数据,包括销售区域、销售时间、销售数量、销售金额、销售对象、销售占比等等;而文化产品具有特殊性,好的文化产品对人的影响往往“绕梁三日”、余韵延绵,文化产品中承载的智慧与精神会反复影响消费者,即使消费者不会反复消费,如多次同地游览、多次观影等。因此,对文化作品“知名”与否的衡量标准必须符合文化产业的特征。

2. 本案判决对电影作品是否构成“知名商品”的确认

一审法院对于电影这一特殊文化产品是否具备知名度、构成知名商品,并没有单独采用票房收入作为标准,而是综合采纳“电影作品投入市场前后的宣传情况、所获得的票房成绩、相关公众的评价以及是否具有持续的影响力”衡量判断,具有合理性。由于电影具备传播性,故此电影的传播途径与获奖情况等事实,也对判断知名与否具有重要参考意义。

事实上,尽管电影《人在囧途》的票房收入并非十分抢眼,但第一,作为小制作电影,其收益回报率较高。第二,其“开辟了另一条新电影类型发展路径,为公路电影在中国的创作提供了具有借鉴意义的范例,^①对此后的影视作品发挥了持续的影响力。第三,该电影在题材选择、主题内容、创作元素、人物设计和表现形式等方面进行了富有创造性的实践,其创意值得高度肯定。第四,电影名称“人在囧途”对“囧”字进行了富有创造力的运用,引发追随者以类似方式使用“囧”字,出现了电影名称“车在囧途”等。因此,在旧反法下,应当认定《人在囧途》电影“具有一定的知名度”,并为“公众所知悉”,则“人在囧途”电影名称构成旧反法第5条第2项所保护的“知名商品名称”。当然,如果在新反法下,权利人华旗公司仅需证明电影“有一定影响力”即可,故此新反法的实施大大降低了对创作人与权利人一方的举证责任要求。

(三) 如何认定五上诉人行为构成混淆

1. “混淆”认定标准的司法嬗变

“混淆”意味着对商品来源的误解。依据旧反法第5条第2项规定,“擅自使用+使购买者误认为是知名商品”构成对知名商品的混淆。但这一条款明显失之过窄,对

^① 周勇:《由“人在囧途”系列论中国公路电影创作》,载《电影文学》2014年第5期。

混淆对象(知名商品)与混淆行为要件(使人误认为是知名商品)的限缩性规定都使《反不正当竞争法》的适用范围大大受限,难以发挥其“兜底保护功能”。^①2007年《不正当竞争司法解释》第4条第1款对此予以调整,将对混淆行为要件的要求放宽,不再要求“混淆”必须导致“误认为知名商品或他人的商品”,而是“引人误认为与知名商品经营者具有特定联系”即可。新反法吸取了前述司法解释精神,以第6条对混淆行为进行了更宽泛的界定,一方面延续了司法解释对混淆行为要件的扩张性规定,另一方面将旧法所规定的混淆对象由“知名商品”扩展至“有一定影响的商品”。

2. 本案判决对“混淆”及其标准的认定

《泰囧》案中,华旗公司主张的混淆存在两个层面的支撑:一是电影构思、类型、主旨、表达方式等的近似;二是电影名称的近似。如果只是名称的近似,则对五上诉人的混淆行为认定在结果要件上稍显薄弱;如果只是构思、主旨等的近似,则能否针对五上诉人主张《反不正当竞争法》下的混淆,尚存疑问,至少此前类似案件审理中当事人多通过《著作权法》解决此类问题。因此,对五上诉人“混淆”与否的讨论,应结合两方面的相似性综合判断。

电影《人在囧途》作为具有一定口碑的“开山之作”,其创作者本可以将电影诸要素所体现的创意转化为商业利润,近年来电影多样化经营大行其道,包括电影人物的商品化经营、电影情节、桥段的再开发(如引入游戏)等等,电影内容与要素的商业价值得以凸显。同时,作为开创性作品的名称,“人在囧途”表述也与“公路+喜剧”类型电影密切相连,转化为具有明确指向性、对应性及较高商业价值的名称。而在此前的“功夫熊猫”案中,我国法院已经对电影名称的识别力及商业价值予以承认,并认为电影名称能够吸引消费群体、增加交易机会。^②应该看到,无论电影还是电影名称,其所具备的价值及其潜在商业开发可能性均来源于影片创作者的智慧投入以及制作者的财产投入,应当由创作者与制作者享有。《泰囧》案中,华旗公司及其他权利人本可以将电影诸要素及其名称所体现的创意转化为商业利润,且事实上,华旗公司也已经筹拍续集《人在囧途2》,开始对创意的持续利用与再投入。此时,五上诉人首先以违背诚信的方式获取了《人在囧途2》大纲,然后包装制作了一个与《人在囧途》诸多要素均近似的电影作品,并据此迫使华旗公司的创意商业转化历程中断,其行为构成对公平竞争秩序的损害。

具体而言,争议电影《人再囧途之泰囧》名称中包含“人再囧途”表述,与电影《人在囧途》只有一字之差,两电影类型相同,情节相近、主演相同、同样通过院线上映、吸引同样的消费群体。将“在”替换为“再”易使消费者认为前者为后者的后续作

^① 郑成思:《反不正当竞争:知识产权的附加保护》,载《知识产权》2003年第5期。

^② (2015)京知行初字第6360号判决书。



品或者取得了后者出品方的授权，因此与后者存在“特定联系”，虽然这一认知并未导致消费者对两部影片完全混淆，但确实造成部分消费者对两部片子存在关联的错误认知，使《泰囧》得以“不劳而获”“搭便车”；同时大众文化又极易陷入审美疲劳，^①同样题材与类型的产品在先面世者占尽优势，而以违背商业道德的手段抢先推出文化产品对于其他经营者的打击将十分沉重。本案中《泰囧》的公映直接导致《人在囧途2》的流产。故此，五上诉人的行为既损害了消费者知情权，也妨碍了正常市场运行秩序的建构和公平竞争地开展。对此，二审法院用以判断是否存在混淆的因素包括“相关公众的一般认识，综合考虑所涉及电影名称之间的近似程度、主张保护名称的市场声誉、使用商品的相关性、商品销售渠道、使用名称的主观意图”等，较为全面。另从域外经验观察，美国电影协会MPAA设立的仲裁机构，在对电影名称是否会构成混淆进行衡量时，通常也会全面考察所有相关因素，并重点考查如下因素：电影预算、剧本情况、已投入资金、是否接近发行、主题、情节、市场营销以及预期放映模式等。上述仲裁机构的经验在此类案件审理中也值得借鉴。

此外，本案中五上诉人之所以因“混淆”而承担法律责任，另一重要的事实依据在于，五上诉人在明知华旗公司已经筹拍《人在囧途2》并取得拍摄许可之后，仍不同场合反复强调《泰囧》与《人在囧途》的关联，在宣传造势中也以《人在囧途》的“续集”甚至“升级版”自诩，误导消费者的主观意图十分明显。不正当竞争行为之认定需要满足权益要件、行为要件、及主观要件。^②其中主观要件至关重要，最高法院在二审中也将五上诉人使用名称的主观意图纳入衡量范围。《泰囧》案与其他案件不同之处在于，很多案件中仿冒他人名称造成混淆的当事人，法官只能通过推定判断其主观存在仿冒故意。^③但《泰囧》案中的五上诉人则是主动广而告之，其作品与《人在囧途》存在关联，引人误解的主观故意十分明显。在这种情况下，应认定五上诉人行为构成混淆与不正当竞争。

三、《反不正当竞争法》和知识产权法保护文化创意产品的思维差异

事实上，华旗公司在对五上诉人主张法律责任时，有多重诉讼进路选择，既可以选择以《著作权法》主张五上诉人抄袭在先电影；又可以选择以《商标法》主张五上诉人侵犯电影名称商品化权；也可以选择以《反不正当竞争法》主张五上诉人行为构成混淆。但华旗公司排除了依据知识产权法主张权利之进路，选择以《反法不正当竞

① 姚武：《大众文化视野中的“审美狂欢”与“审美疲劳”》，载《邵阳学院学报》2006年第6期。

② 苏志甫：《“企业名称”反不正当竞争法保护的分歧、反思及建议——基于若干不正当竞争司法判例的实证研究》，载《竞争政策研究》2017年第3期。

③ 如（2014）朝民（知）初字第38801号民事判决书（2015）京知民终字第1539号民事判决书等。

争法》作为诉求之基础，是十分明智的。

（一）《反不正当竞争法》与知识产权法的异同

《反不正当竞争法》与知识产权法如《著作权法》《专利法》《商标法》虽然在保护客体上存在部分重合，但二者又大不相同。首先，知识产权法是赋权法，而《反不正当竞争法》则是行为法；知识产权法从正向对权利予以保护，《反不正当竞争法》则从反向禁止某些阻碍竞争的行为。其次，二者适用的领域不同，知识产权法适用于对人类智慧成果、技术成果、经营成果的保护，而《反不正当竞争法》则经历了由知识产权辅助保护法到竞争法功能日趋强化的非知识产权法的转变^①，新反法将广泛适用于无涉知识产权的不正当竞争行为。最后，即使在反法与知识产权法重叠的部分，知识产权法对受保护客体的要求较高（独创性），保护效力更强，保护客体范围有限；而《反不正当竞争法》则对保护客体的要求较低，保护客体范围更宽，但力度较弱，往往需要结合个案案情综合判断。《反不正当竞争法》的上述特征决定了其与文化创意产业、尤其是创意产品保护十分契合。

（二）以知识产权法保护文化创意产品存在不足

依据联合国教科文组织的定义，文化产业是“按照工业生产、再生产、存储以及分配文化产品和服务的一系列活动”，包含了游戏、动漫、文学、音乐、影视、出版、软件、时尚设计等细分行业，创意产业则是文化产业发展到新阶段的产物^②，其产品包括广告、建筑、服装、手工艺生产中的设计创意，电影与电视生产中的题材构思，出版和软件制作中的选题策划、艺术表演的导演形式，各种产成品的生产工艺与标准以及销售模式等。^③在价值链中，创意产业始终处于文化产业的上游，占据价值链高端地位。创意产业发展是西方发达国家转换和提升产业结构的战略步骤^④，保护与支持创意产业发展在各国均是文化产业向上游争取竞争力、谋求国际发展竞争优势的重要政策安排。

然而，部分创意产品在现有法律体系下不能为知识产权法所覆盖。如“人在囧途”电影名称，尽管具有相当程度的创造性，但中美两国均明确否定标题（名称）可以成为《著作权法》保护对象^⑤，我国国家版权局则认为宜由《反不正当竞争法》对之保护。^⑥

① 孔祥俊：《论反不正当竞争法的新定位》，载《中外法学》2017年第3期。

② 王海英：《文化创意产业版权保护的困境及其法律选择》，载《中共福建省委党校学报》2009年第11期。

③ 荣跃明：《超越文化产业：创意产业的本质与特征》，载《毛泽东邓小平理论研究》2004年第5期。

④ 王海英：《文化创意产业版权保护的困境及其法律选择》，载《中共福建省委党校学报》2009年第11期。

⑤ 参见《国家版权局办公室关于作品标题是否受著作权保护的答复》（权办〔1996〕59号）与《国家版权局版权管理司关于某儿童歌曲标题著作权纠纷给××市第二中级人民法院的答复》（权司〔1999〕第39号）。美国侵权法§202.1 of Copyright-General Provisions：MATERIAL NOT SUBJECT TO COPYRIGHT.

⑥ 参见《国家版权局办公室关于作品标题是否受著作权保护的答复》（权办〔1996〕59号）。



与创意性商品名称相类似，近年来关于文化作品中的人物人设、作品桥段、策划构思等创意产品的“借鉴”、复制、抄袭争议不断。在传统的“思想-表达”二分法下，由于著作权的保护仅覆盖表达，而不涉及思想与创意，导致创作人难获保护，引发恶性循环，造成我国文化创意产业低水平重复的发展现状。

应该说，司法实践已经关注到了这一问题，并尽力弥补现行法对文化创意产品保护的不足之处。此前，琼瑶诉于正案^①亦涉及作品之间“借鉴”故事背景、架构、桥段等行为，审理法官通过法律解释将《著作权法》适用范围予以扩张，认定“对人物设置及人物关系的更为具体化设计”、“具体到了一定程度足以产生感知特定作品来源的特有欣赏体验”的故事情节、“基本构成了有因果联系的连续性事件”的桥段，可以构成表达而非思想。该案一审法院明确指出：“在考虑使用特定情境、有限表达及公知素材为基础形成的作品及内容是否属于《著作权法》保护时，应重点判断作者在使用相关素材时，是否加入了具有独创智慧的表达而赋予了相关成果特定的独创意义”，此时对表达之上附加“独创智慧”的要求事实上已经脱离表达层面，而是直指作品的创意。但囿于《著作权法》的传统与现状，对“独创智慧”的保护只能以一种迂回的方式在《著作权法》下得以实现。同样，依据《商标法》保护电影名称也存在法无明文规定的风险。

四、以《反不正当竞争法》为文化创意产品提供全面保护

《泰囧》案提供了另一可能的审理进路。在《泰囧》案中，同样存在两部文化作品在作品类型、表达主旨、戏剧冲突、故事架构等思想与创意方面的相似性。对此，法院审理从行为人是否存在不正当竞争的角度切入，放弃对两部作品的细节是否可以构成表达、进而确定表达的相似性的分析；而是以相似的后一产品对前一产品构成混淆、进而损害市场公平秩序为由，依据《反不正当竞争法》为创作人提供救济。这种审理进路的优势在于以下两点：首先，可以更好保护创作人与权利人，降低其举证难度。目前我国著作权纠纷普遍存在权利人行权难的现状，主要原因之一就在于依据民事诉讼证据规则，由权利人举证主张他人产品存在复制、抄袭的难度较高；而举证证明存在混淆则不必拘泥于浩如烟海的文字、图片、画面等的对比，收集作品予人之印象的客观证据也相对更为容易。其次，法院无需冒挑战现行法律原则的风险，尤其在目前学界观点主张著作权保护范围仅限于表达的情况下；同时亦可节约对相似作品细节倾注的大量精力，有效节约、配置司法资源。在琼瑶诉于正案中，审理法官不得不精读

^①（2014）三中民初字第07916号判决书，（2015）高民（知）终字第1039号判决书。

两部争议作品以进行比较，一审判决书长达五万字，这固然反映了人民法院司法为民的理念与责任感，但个案审理对法官与司法资源的压力也不容小觑。有鉴于此，人民法院应关注以《反不正当竞争法》为文化创意产品提供保护这一审理进路。

诚然，创作者的创意与思想之所以未纳入《著作权法》保护的领域，其原因在于《著作权法》鼓励对同一创意、思想的不同阐述，以实现百家争鸣，避免思想垄断。然而，当思想垄断的可能被完全禁绝之后，快速消费时代带来的创意贫乏又引发关注，呼唤我们法治手段保障、提升文化产品创意水平。创意本身虽然难以单独达到《著作权法》保护的高度，但并不意味着创意不能在其他法律制度下获得保护，尤其当创意与其他因素相结合时。简言之，创意本身即使已经进入公共领域，但以违法或有失诚信的行为使用者需受规制。《泰囧》案中，当五上诉人选择借鉴《人在囧途》电影类型、构思、主题，而后自行创作，其行为不在法律禁止之列。但当其以违反诚信及商业道德的手段取得《人在囧途2》大纲；并在明知华旗公司已经开始筹拍《人在囧途2》后，对包括电影名称在内的电影产品的主要要素未做变更，只是进行细节的替换，创作并拍摄电影《人再囧途之泰囧》，此后又做出大量引人误解的宣传。首先，其作品并未反映出一种“独创智慧”；其次，在作品宣传推广中五上诉人频频主张与知名电影《人在囧途》存在关联；则此时，五上诉人“借鉴”《人在囧途》电影及其名称构思与创意的行为就不再游离于法律之外，而是受《反不正当竞争法》规制的不正当竞争行为。当然，对于创意的保护需持谨慎态度，需要确定不当行为人是否真正损害了对方合法权益及市场秩序，具体应结合个案案情，综合考虑原被告双方的行为及过错、损害后果、社会影响等，做出妥善判决。

结 语

《泰囧》案绝非孤例，我国文化产业长期处于低级发展阶段，创意性内容缺乏，琼瑶诉于正案、功夫熊猫系列案件、《笔仙》电影案等，因创意性内容或标题而导致的争议频发，凸显了文化产业法律治理之乱象。对于《泰囧》这样的可能规避著作权争议的文化作品，应当如何规制，才能兼顾当事人个人利益与公共利益？以《反不正当竞争法》介入是一个可以探讨的思路。思想虽可借鉴，却也有其合理界限，“借鉴”者不能违背诚信原则与商业道德，否则即应落入《反不正当竞争法》的规制范围。此外，人民法院应服务产业升级与供给侧改革大局，充分发挥司法保障与支持功能，积极保护文化创意产品，推动我国文化创意产业发展与竞争力提升。

（责任编辑：余晓龙）



从“专业法官会议”到“专业法官会诊”： 论审判咨询机制之突破完善

时芸芸*

内容摘要 自2015年最高人民法院正式提出建立专业法官会议以来，其作为实现法官独立办案并确保法律适用正确的咨询机制因在实践中规则不一、问题颇多，“咨询”功能发挥不理想。这一方面缘于专业法官会议自身设计偏差，另一方面实践滋生出“个别讨论”这一更为灵活便捷的咨询方式。因更为契合了法官需求，“个别讨论”已成为法官使用最为广泛和频繁的咨询方式。为同时确保“个别讨论”的灵活性与规范性并行，本文引入“医疗会诊”模式，通过比较分析“个别讨论”与医疗会诊的行为模式特征，在加以融合基础上，构建出一套更契合法官需要的“专业法官会诊”机制。基于需求多样性之考量，“专业法官会诊”可设置初级、中级和高级三层咨询模式，以“个别讨论”为基本形式，法官可根据案件疑难程度自主判断、开启或升级。

关键词 专业法官会议 会诊 个别讨论

中图分类号：DF813 **文献标识码**：A **文章编号**：1674-3156(2019)01-070-082

引言

党的十八大拉开司法体制改革大幕，审判权运行机制作为完善司法责任制的前提，最高人民法院于2015年正式提出由专业法官会议研究讨论合议庭提交的法律适用问题，将其确立为“咨询机构”^①，意在法官独立行使审判权的同时最大程度确保裁判准确。因该制度推行初期缺乏明确的统一规则，各地法院在实践探索过程中问题频传：价值

* 时芸芸，山东省威海市环翠区人民法院法官助理。

本文获全国法院第三十届学术讨论会一等奖。

①《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》明确指出：“专业法官会议的职能定位是“为合议庭正确理解和适用法律提供咨询意见”。其发展历程本文不再赘述。

定位不专、议事规则设计偏失、咨询效果不佳等。^①但学界对此关注严重不足，且仅针对制度设计或实践操作问题加以完善，忽视了使用者对“咨询机制”的需求，即法官们是否需要咨询，以及需要怎样的咨询机制。^②为此，本文从实证角度出发，明确现行专业法官会议制度不足的同时，考察法官应用度最高的咨询方式，立足需求侧构建一套能真正服务于法官的“审判咨询机制”^③。

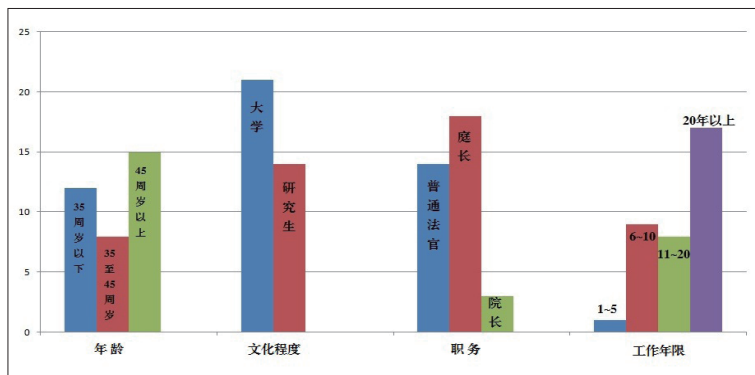
一、现状调查：专业法官会议需求侧实证分析

专业法官会议是在走向审判独立的特殊背景下，因对法官自由办案能力担心而产生的一种特殊咨询机制。^④这项制度由庭务会、院长联席会议等转化而来，随着司法责任制改革的深入，逐步打破“庭室”界限，意在为法官提供更广泛的咨询平台，以解决裁判疑难，其制度核心角色在于“法官”，制度功能实现程度则自然取决于法官的实际应用。为此，笔者以 S 省 W 市 H 区法院为样本，通过问卷调查方式考量制度使用者——审判法官——对专业法官会议的评价，以此明确该制度的运行情况及存在问题。

（一）受测法官样本介绍

W 市 H 区人民法院的案件数量、员额法官人数为 W 市基层法院之首，各项审判、改革工作成效均名列 W 市基层法院前列。2017 年，H 区法院出台《专业法官会议规则》，虽然探索实践相对较晚，但正因如此，其探索系以其他试点法院的经验做法、制度为参考，制度设计具“集大成者”的特点。基于其审判业务量、制度设计情况，以其为样本研究专业法官会议的实际运行效果具有研究价值。

2017 年，该院经员额制改革共产生 40 名员额法官，其中从事审判业务的法官 35 人，以此 35 名法官为调查对象，共发放调查问卷并有效回收 35 份。35 名法官的基本情况如图：



① 张俊文、栗正均、彭婧婕：《专业法官会议咨询服务功能的实施机制研究》，载《深化司法改革与行政审判实践研究（上）——全国法院第 28 届学术讨论会获奖论文集》，第 264 页。

② 在中国知网检索“专业法官会议”仅有文献 19 篇论文资料，数量明显过少。

③ 本文立意在于实现专业法官会议的咨询功能，而其监督功能因运行规则不同，暂不予讨论。

④ 高一飞、梅俊广：《专业法官会议制度实施情况的实证研究》，载《四川理工学院学报（社会科学版）》2017 年第 5 期。



（二）专业法官会议的价值评价

专业法官会议设立的初衷即为解决个案裁判疑难，其制度价值一方面体现在司法过程中是否存在裁判疑难，及疑难案件存在的比例大小，代表因审判产生的实际咨询需求；另一方面则体现在其使用者——法官的价值判断，包括法官疑难咨询意愿、对专业法官会议认可程度。

1. 实践咨询需求高。受测法官均表示“从事审判工作期间遇有法律适用疑难问题”，而其估算的比例大多集中于 30%-50% 之间。进一步数据分析发现，工作年限长短同疑难比例高低大致成反比。同时随着社会高度发展，其带来的纠纷多样性必然引起越来越多的法律适用疑难，疑难比例有可能进一步提升。

2. 个体咨询意愿高。就法官在面临法律适用疑难问题时的咨询意愿方面，全部法官表示“愿意倾听他人意见”；相对的，面对“咨询求助”，85.7% 的法官也“愿意通过查找相关案例或仅就自己所知范围为他人提供参考意见”，其余 14.3% 的法官则须“视其他情况^①而定”，并无法官明确表示“不愿意”提供帮助。

3. 专业法官会议价值认可度高。在逐步弱化审判委员会个案指导职能的改革形势下，确有相当数量的案件存在法律适用疑难，专业法官会议的存在价值不言而喻：85.7% 的法官认为专业法官会议的设立具有“必要性”。而在认同专业法官会议的法官中，所有法官均认可“讨论研究疑难个案”，“锻炼青年法官”紧随其后。

（三）对专业法官会议的实操评价

从宏观上看，由于专业法官会议运行情况尚无官方正式统计，可从该院近年来审判委员会讨论案件数量变化（见下表）考察专业法官会议的咨询效果。

年份	受案数	审委会讨论案件数	占比
2016	6153	61	0.99%
2017	6727	96	1.4%
2018	3756	60	1.6%

可见，虽然该院设立专业法官会议，以期在审判委员会前解决部分疑难案件，但实践中，审委会讨论案件数量与该院收案数量上升趋势基本一致，并未因实行专业法官会议制度而有明显下降，可知，审判咨询效果尚未有效发挥。

法官对该机制运行情况的实操评价也印证了上述结论：

^① 调查表明多集中于时间是否紧张、专业是否对口方面。

1. 参会积极性低。从提请召开会议的角色出发，当遇有法律适用疑难的案件时，“不倾向选择专业法官会议”或“如其他方式可解决则不考虑专业法官会议”的法官占近九成，说明通过专业法官会议得到参考意见并不是法官们实践操作中的第一选择。同样，从提供咨询意见的角色出发，对参会意愿“说不准”的法官占 71.4%，明确表明“不愿意参会”的占 17.4%，即九成法官将参加专业法官会议讨论案件当作一种“额外负担”——无论发起者或者参与者，对召集专业法官会议的态度似乎都颇为“抵触”。

2. 预判咨询效果不理想。如果说审委会讨论案件的宏观数据存在其他客观因素影响咨询效果体现，那么作为亲身参与咨询的法官们的效果预判则可进一步说明问题。本次调查将效果预判分为会议讨论“过程”与“结果”两方面：对于会议讨论过程的充分性或满意程度，法官平均打分为 2.3 分，对会议最终效果打分平均为 2.1 分（两者中间分值均设为 3 分），即总体上法官认为会议效果在“一般”以下。当将上述两项数据一一比对发现，专业法官会议中的案件能否得以充分讨论与会议咨询效果评价基本成正相关，即讨论过程，或言参会法官发言的有效性直接关系到咨询效果。

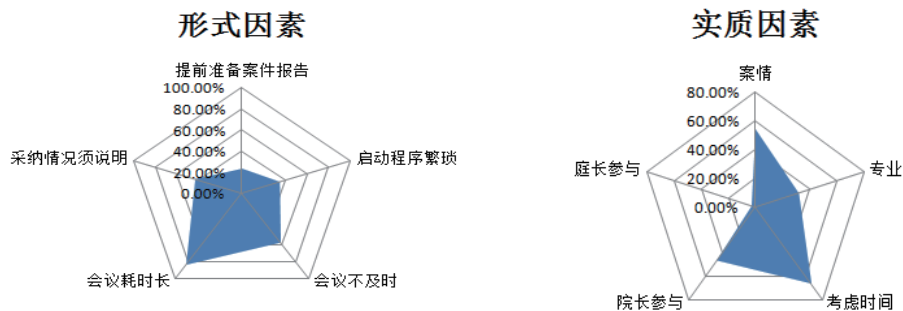
以上调查结果显示出一个“矛盾”的结论：专业法官会议价值契合了法官的咨询需求，得到高度肯定，但制度运行中却没有得到法官们的积极适用与效果认可，专业法官会议制度运行面临尴尬。

二、原因剖析：专业法官会议遇冷背后的生机

事物的发展系内因与外因共同作用的结果，专业法官会议制度亦是如此，从内外两方面着手分析，明确问题所在，是进一步完善该制度的起点。

（一）自身影响因素

如前所述，抽象提炼法官对专业法官制度实操评价——法官参会积极性低及预判效果不理想，分别对应该制度的形式因素与实质因素，为深入考察制度设计可能存在的问题，在前期与个别法官谈话摸底的情况下做了进一步调查分析，结果如下：





1. 制度形式设障。根据该院《专业法官会议规则》规定及法官个别反馈，此次调查就法官“不选择专业法官会议”研究案件的原因从召开前至结束期间一一列明，统计结果显示，“会议耗时长”“不具及时性”及“采纳情况须说明”成为影响法官选择的形式因素前三。

其中，非及时性与耗时长是由“会议”这一形式本身决定且不可回避的，因“会议”由固定多人参与方可进行，即须协调每位会议成员的时间，则一般为定期或案件数积累较多时召开，导致讨论时效性不强的同时拉长会议时间；而“说明采纳情况”则是该院人为设定，因会议规则要求会上须形成“倾向性”意见，法官（合议庭）如不采纳该意见则须向会议说明，使“咨询”制度带有些许“强制”色彩。

2. 功能实质弱化。专业法官会议的目的在于通过充分讨论、辩论为承办法官（合议庭）提供更接近正确的裁判思路，可以说，讨论过程的质量直接决定了会议功能实现程度。然而，在法官“不选择专业法官会议”研究案件的选项中，“讨论不积极”也成为其主要顾虑。进一步探究发现，参会法官对案情不了解、对所涉专业领域不熟悉成为最有可能抑制法官发言积极性或讨论效果的因素。

提前了解案情及自身具备较强专业技能是研究案件的前提条件，而由于“会议”形式的限制，会前准备不足、参会人员无针对性等对讨论过程产生负面影响；同时，居于影响因素第三位的“院长参与”，也反映会议中法官内心的“行政压力”，这与长期根植于法官内心的层级式观念相关，对上级权威存有依赖心理^①，可能使讨论过程产生“跟风”或“长官干预”等发言不充分的情形。

综上所述，专业法官会议的制度设计偏差从法官的选择结果中已初步显现：召开形式“封闭化”，会议的形式、流程、人员均是“封闭”且固定的，具有较强的行政色彩，由此导致了咨询结果“形式化”，专业法官会议在实践中与“扁平化管理、平等性参与”^②的初衷相背离。

（二）外部影响因素

对同一法官而言，工作整体环境是相对不变的，因此，影响其咨询方式选择的，更多地指向其他可替代专业法官会议的形式。通过横向比较，还可从中寻求专业法官会议制度的解围之策。

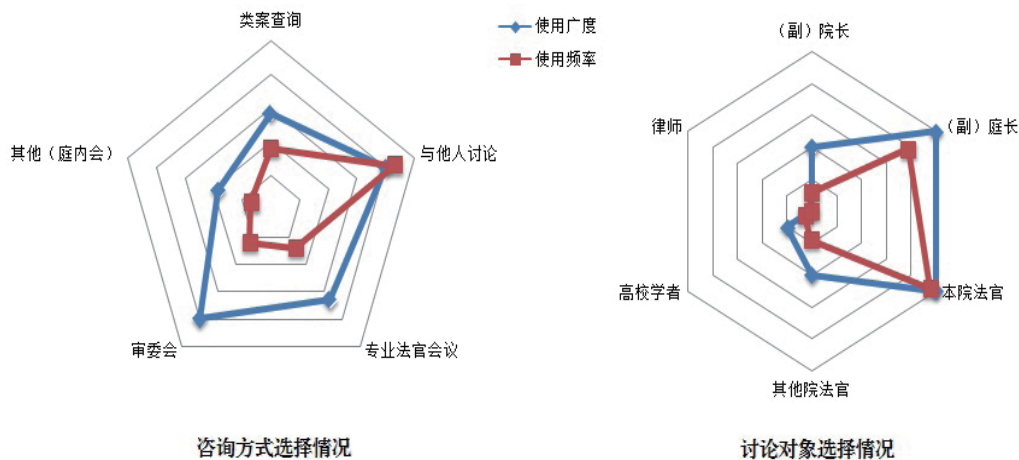
1. 实际咨询方式的多样化选择。根据前期摸底中法官反馈，此次调查设计了类案查询、与他人讨论、提交专业法官会议、提交审委会^③及其他五种解决疑难案件的形式，

^① 冯之东：《司法改革背景下的专业法官会议制度研究》，载《甘肃政法学院学报》2017年第1期。

^② 戴建军：《从行政逻辑到司法之维：法官会议制度的应然图景——由功能“弱化”与“异化”的样本说起》，载《宜宾学院学报》2018年第1期。

^③ 严格意义上，提交审委会并非咨询行为，但同作为解决疑难案件的方式之一，在此列举系因二者在制度设计上相似度较高，具有可比性。

其中与他人讨论中又将讨论对象细分，几种咨询方式的使用广度与频率如下图：



为综合两个维度考量，将使用广度与频率做一乘法简单细化，数据显示，“与他人讨论”成为当下法官们应用程度最高的咨询方式，而其讨论对象则集中于本院法官和（副）庭长（在此将这一情况归结为“个别讨论”），其次为类案查询，审委会与专业法官会议几乎并列于后。

2. 专业法官会议横向比较劣势。事实上，专业法官会议在部分地方法院已进行多年探索^①，有如此“实践基础”的制度在真正推行时仍无法得到法官的积极适用，而同作为“解决案件疑难问题方式”的“个别讨论”及“提交审判委员会”，其现实应用率更高。因此将三种方式^②横向比较，或可从中发现关键性“设计差异”。

“专业法官会议”对比“个别讨论”。结果应用相似，两种方式得到的“意见”均属于“参考”性质，即法官（合议庭）须根据自己的判断决定是否采纳，即对案件结果并无强制效力，这就将两者划归于“咨询方式”范畴；咨询形式不同，简单而言，“专业法官会议”倾向“长官制”，需要法官形成案件报告并向庭长、分管院长申请后，由后者决定并召集所有组成人员共同参与讨论，而相较之下，“个别讨论”则倾向“自发式”，咨询时间、地点、媒介等均由法官以“便宜行事”考虑而决定，并可根据案件情况而有针对性地选择咨询对象。

“专业法官会议”对比“审判委员会”。“会议”形式相似，即均需要“行政首长”许可后确定同一时间、地点召集组织所有成员集体讨论；“会议结论”应用不同，前

① 吴思远：《法官会议制度若干问题剖析》，载《中共中央党校学报》2016年第4期。

② “类案查询”为法官单方即可完成的行为，与需人际交互的咨询机制设计思路完全不同，故在此不做比较。



者作为“咨询机构”，不对办案法官形成强制约束力，其他不利因素易导致法官放弃这一咨询方式，而后者作为法院内部“最高审判组织”，对案件结果有着绝对的“决定权”^①，这也意味着法官将“审判责任”一并上交至审委会，使其成为法官规避责任的“避风港”，系其他方式不可取代的。

（三）困境与突破

专业法官会议制度的“形式封闭化”与“结果形式化”成为法官咨询选择时的“推力”，而可替代方式——“个别讨论”或审委会——则以“形式灵活性”及“结果决定性”解决了法官审判疑难问题，成为“拉力”，内外共同作用下，专业法官会议现实遇冷系必然结果。

值得注意的是，遇冷困境下暗藏着完善专业法官会议的新路径：“个别讨论”或审委会不仅是专业法官会议的替代方式，更是法官实际解决疑难问题最常用的方式，其本质上反映着法官实际咨询方式偏好；而恰恰两种可替代方式使专业法官会议制度设计上的两项偏差得到了不同方面和程度的弥补。

这为完善专业法官会议机制提供了全新思路：从替代方式入手，既是对法官需求侧的满足，亦是对现存制度偏差的矫正。但审委会的“结果决定性”是作为“咨询机构”的专业法官会议无法逾越的机制鸿沟，因此，如何发挥“个别讨论”的灵活形式成为新支点。

三、寻求突破：引入“会诊”规范审判咨询行为

“个别讨论”作为应用程度最高的咨询行为，是法官咨询需求的最佳体现，以此为“基石”完善审判咨询机制方可为法官所用。但因法官在实践中“便宜行事”之嫌；“个别讨论”的自发性和任意性必然导致其存在效率不足及无序化的弊端，须寻求与之契合的管理模式加以规范，而医疗系统内的“会诊”模式恰恰是“疑难个案研究”的成熟模式，或可为完善审判咨询机制提供有益借鉴。

（一）会诊模式简要介绍

医疗会诊，也称“医学会诊”或“临床会诊”，是指当医师碰到疑难病例或者重大手术、重大临床问题时，会邀请医院内或者院外专科专业的专家等一起进行疾病的诊断、治疗商讨、方案调整。其目的是“更快明晰患者的病情，规避病情的风险，使治疗更恰当有效”。^②

^① 曹建明主编：《中国审判方向改革理论问题研究》，中国政法大学出版社2000年版，第231页。

^② 何远学、郭玉娟、韩丽珍：《综合性医院多学科协作会诊精细化管理模式探讨》，载《海南医学》2015年第21期。

从种类来看，医疗会诊模式分为急诊会诊、科内会诊、科间会诊、院内会诊及院外会诊，层层递进式的模式划分为不同疑难程度的病例提供多重选择；从方式来看，分为直接会诊和远程会诊，其中，远程会诊系通过一定的技术手段传送病人案情资料，参与会诊的医生并不实际接触患者，而是通过病例资料提供诊疗判断。^①

虽然会诊种类和方式多样，但其中的关键节点相似：由患者的主管医师发起会诊，写明病情等基本情况，视种类不同，经科主任或上级医师确认同意后发往受邀请科室，受邀科室按申请派人参与会诊；如申请院级会诊，则须明确时间、地点，还可采用点名的方式进行。另外，同一患者若科间会诊两次后未有明确诊断，应报科主任，或可转至院级会诊。

目前，我国大部分医院已经开展了以电子病历为核心的信息化建设，并且部分有条件的医院也将会诊流程也纳入了系统设计当中，这不仅便于会诊医生提前了解患者病情，也使得会诊从开始到结束的整个流程可以有效记录。

（二）医疗会诊模式的可借鉴性

将“医疗会诊”与“审判咨询”加以对比，可发现二者具极高的相似度，正体现了医疗会诊模式的借鉴意义。

专业性相似。医学和法学都是专业性极强的学科，必须进行专门的专业学习、培训和实践后方可掌握，其工作逻辑遵循特定且相似的规律：法官对于案件的法律适用如同医生对于病人病情及治疗方案的认定，同样依循科学规范、享有一定程度的自由裁量，并依赖于一定的经验判断。

功能相似。医生的职责在于治病救人，而法官的职责在于定纷止争，二者不仅职业功能相似，其面临的现实困境亦相似：因实践的复杂性，单纯依靠个人有限的知识储备或经验，可能出现无法确定判断的病（案）情或难以做出正确的决策。“医疗会诊”和“法官会议”正是为了解决上述问题而产生，其功能或言其存在价值高度一致。

解决问题的思路相似。“会诊”解决问题的核心方式在于“借脑”，即其他医生对病例的考察判断提出意见建议，各方共同研究最佳治疗路径，这与“专业法官会议”的思路如出一辙——通过集体会商提出问题解决的最佳思路。解决问题思路的相似性，为制度的成功移植奠定了形式基础。

管理要求相似。最高院提出探索审判咨询机制，并构建“专业法官会议”制度，既出于使咨询意见更为全面科学以更好地解决疑难案件的目的，也出于管理“留痕”的考虑。而“专家会诊”做到了记录可查、考核挂钩，与咨询机制的“官方”定位吻合。

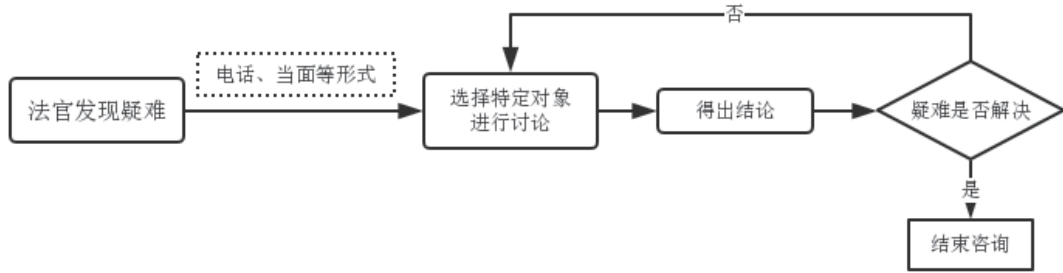
^① 马明、于翎等：《远程医学会诊的质量控制研究》，载《中国医院》2009年第13期。



(三) 以“会诊”规范咨询的可行性

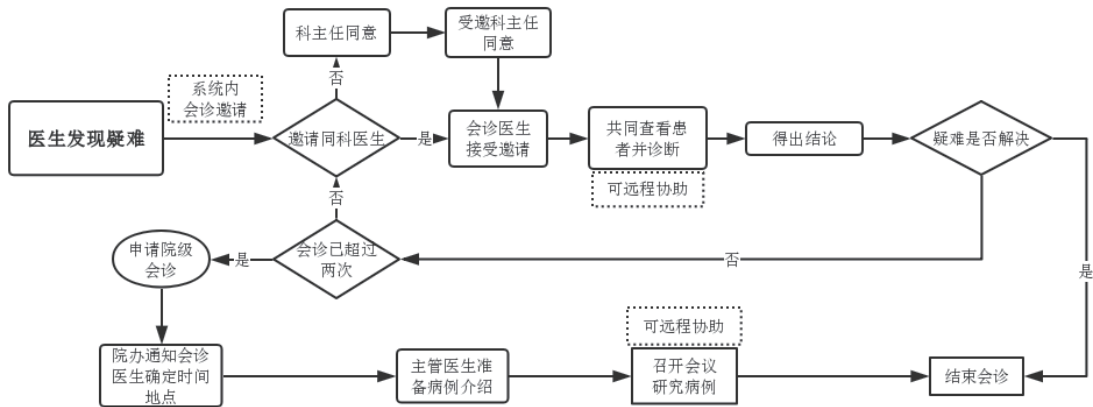
虽然医疗会诊同审判咨询在制度需求等各方面具极高的契合度，但能否将“个别讨论”这一咨询行为纳入“会诊”模式下，使其灵活性与规范性并存，仍需要从二者的行为模式特征上考量。

1. 咨询行为模式分析。将“个别讨论”的过程简化后如下图所示：



可见，“个别讨论”行为模式的主要特点包括：法官主导性，议题范围、探讨内容、咨询对象、流程启动与进展等均是靠法官自主判断并推动；流程便捷性，咨询过程系由数个“咨询单元”，即法官间一对一讨论组成，该过程形式简单，可重复组合；交流自由性，基于松散环境与对象选择自由，探讨过程完全去行政干扰^①，意味着讨论过程更自由、充分，也更可能得出正确的结论^②。

2. 会诊行为模式分析。虽医疗会诊种类较多、层级明显，但通过上文关键节点抽象分析后，可简化为“科级会诊”与“院级会诊”，具体过程如下图：



① 本文第二部分调研结果：咨询对象大多集中在普通法官或（副）庭长，而后的行政身份在讨论中并无负面影响。

② [美]约翰·罗尔斯《正义论》，何怀宏、何包钢等译，中国社会科学出版社2001年版，第316页。

进一步剥离其流程组成，可将其分解为三类行为模式：医生独立型，即医生之间通过系统自行进行联系会诊即可；领导审批型，即在跨科邀请会诊时须科主任系统内确认；集中讨论型，上升至院级会诊则转化为由院办召集的相关领域医生的研讨会议。

3. 二者的比较与融合。将上述行为模式进行对比发现，“个别讨论”几乎是医疗会诊“医生独立型”的翻版，二者行为模式特征极为吻合——同样由发起者主导，自行选择对象并启动流程，并以发起者与受邀者一对一便捷式探讨为主要形式，交流自由充分；同时，医疗会诊的“集中讨论型”更类似“资深医生研讨病例会议”，形式上同“专业法官会议”相契合，仅在讨论范围、成员组成等方面存在差异。

更引人注意的是，医疗会诊进一步明确划分了管理层级与层级衔接标准，并以信息化方式完成咨询流程记录，实现院方管理的有序性和规范性。有鉴于此，通过融合医疗会诊模式，不仅可以达到规范咨询行为的目的，还可在此模式中保留“个别讨论”这一高频咨询行为的灵活形式，并使其与“专业法官会议”相衔接，这为进一步完善审判咨询机制奠定框架基础。

四、路径构建：“专业法官会诊”机制框架设想

相较于“专业法官会议”这一单一机制，借鉴“会诊”模式以相对简化、规范的形式把握“咨询制度”的实质内涵^①，可构建一套形式灵活、层级鲜明、管理规范“专业法官会诊”机制，推动实现审判权运行机制改革的目的。

（一）基本架构

目标设定。完善咨询机制的目标在于搭建一个满足法官多元化、多层次的咨询需求的平台，使用更为开放的形式，容纳从“个人咨询”到“集体讨论”多样的咨询模式。

层级设置。借鉴医疗会诊的多个类型，将法官咨询也分为初级、中级和高级多个层次，法官可以根据需要选择一个或几个咨询对象参与一个案件的讨论，也可以在一次咨询得不到解决的情况下，发起更大范围、更高层次的咨询申请。咨询分层的根本标准为问题的疑难程度，外观标准主要在于参与人员范围与咨询形式。

主体定位。咨询的“发起者”为案件的承办法官，针对某一案件，是否开展咨询、咨询的问题以及参与人员、讨论过程和意见整理均要围绕承办法官的意志，承办法官负责主导整个流程，其法官助理因较大程度地参与案件审理，可以担任辅助角色。

技术支持。出于便利化考虑并结合无纸化办公发展方向，承载工具应当为信息化技术，可以在现有审判平台中嵌入咨询模块，与云平台数据对接，以便参与咨询的法

^① 杨丽娟：《专业法官会议运行机制“仪式化”色彩之反思》，载《民事审判参考》2016年第6期。

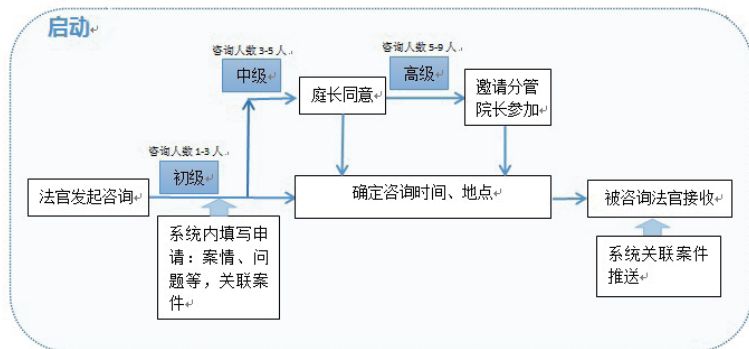


官及时获取案件信息。

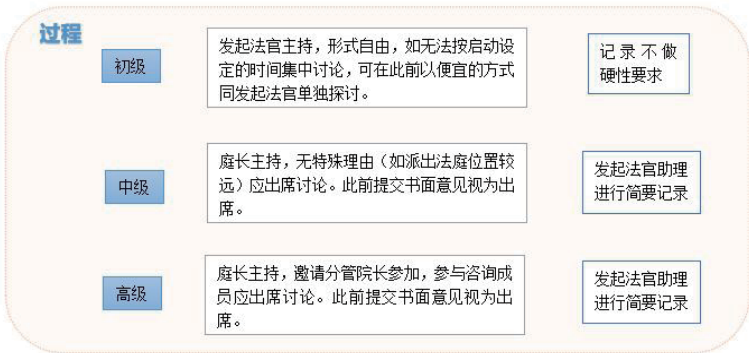
(二) 会诊流程

以初级咨询为基本模板,启动上,以需要咨询的法官(暂称其为“需方”)为起点,由其在系统内填写申请,简要列明案由、案情、问题,如法官或合议庭有初步意见也可简单说明;自主选择想要咨询的对象(暂称其为“供方”),数量上不受限制,法官作为“理性人”可以较为合理地明确供方并控制人数,提高咨询的针对性和效率;自主确定咨询的时间和地点,对于非重大疑难复杂案件,可以自由选择较为便宜的地点进行讨论,如法官办公室等,系统将自动发送至对应供方处。

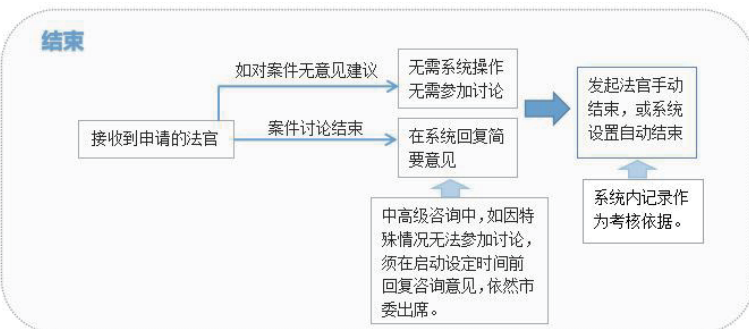
过程上,一般形式为“多方讨论”,即按需方指定的时间地点,供需双方围绕咨询问题提出意见建议,若有供方不便于参与当面讨论法人,可以选择独自与需方对话,对话形式不限制。但所有参与咨询的供方,均需在系统内回填需方的咨询申请,简要写明提供的思路或参考案例。



结果上,需方须在自己的申请流程中手动结束,也可设置系统默认,在需方设定咨询时间后的 24 小时内自动结束。供方如对咨询问题不想参与讨论,则无需操作,由需方法官结束咨询流程即可。



中级和高级咨询则在初级咨询基础上:发起时增加庭长审核同意的环节;讨论形式要求供方无特殊理由均需到场,并可申请由庭长



进行主持；供方法官范围数设定更广，并可以选择邀请分管领导共同参与研讨。

同一案件可申请多次或不同层级的咨询。

（三）关键要素说明

咨询对象范围。基于“交流自由”需求，不划定人员限制，去除行政干扰，所有员额法官，均可归入可参与咨询的行列。但可考虑通过考核选出并在系统内显示“优秀法官”，增强法官参与咨询积极性，也可作为咨询级别的人员范围考量。

咨询问题范围。除明确为“法律适用问题”外，亦不作其他限制。因咨询系统的弹性设定，对于简单问题，法官可以选择少数几人进行咨询，成本对应问题难度而言是可控的，无须担心咨询被“滥用”。

发言规则。对初级形式的咨询因其设定较为自由，一般由需方进行主持，发言规则不做限制；对于中、高级形式的咨询，一般由需方的庭长进行主持，如人员涉及较多，则可按资历从低到高顺序发言。^①

讨论记录。对于初级咨询，因基本涉及法律问题较为简单，认定系统内的“咨询申请”记录即可；对于中级和高级咨询，由需方进行记录并留存。记录形式暂不做要求，可根据情况变通，以防加重咨询负担。

结果运用。鉴于咨询的作用仅在于“提供参考”，需方仍要进行独立裁判，无论基于理论或者实践角度，需方采纳与否无须说明理由。

综上，该“会诊”机制以“个体讨论”行为模式为基本组成，以法官集中会议为最高形式，全过程由法官自主发起和控制，同时以技术手段兼顾管理、记录等要求，尤其在初级咨询模式中，基本遵循“个别讨论”的行为模式，而在中、高级咨询中因案件疑难程度及院庭长监督职责回归“会议”形式，但其启动程序、咨询对象等方面仍以法官为主导，且成员组成不固化，形式更为灵活便捷。

（四）辅助与衔接制度思考

1. 考核辅助。为法官单纯的咨询需求加上管理的“外衣”，必然造成法官一定的负担，为增强上述咨询系统的实际应用效果，参考医疗会诊付费机制，在审判咨询中亦应当辅之必要的激励机制，除上文提到“优秀法官”的选取和标注外，还可依据参与次数、发言积极性、发言意见质量等^②计入年底法官绩效考核。

2. 与法官成长机制衔接。一方面鉴于年轻法官估算的疑难比例更高及法官对专业法官会议“培养年轻法官”的价值认可，另一方面司法责任制改革下一步面临法官助理的晋升及其与员额制的衔接，需要法官助理在实践中学习成长，因此可将咨询审判

^① 徐子良、周嫣：《审判权“去行政化”改革背景下法官会议机制的功能定位与模式再构》，载《全国法院第27届学术讨论会获奖论文集》，第99页。

^② 梁桂平：《试论专业法官会议的功能定位及运行模式》，载《法律适用》2016年第8期。



机制作为培养精英法官和后备法官的途径，例如鼓励旁听高级咨询。

3. 与审委会制度衔接。专业法官会议的提出除了服务于法官裁判，也是为了削弱审委会研究个案的功能以突出其总结裁判经验的作用，如若咨询机制足够契合法官需求、解决疑难问题，将必然为审委会过滤案件，实践中，将专业法官会议作为审委会的前置程序的做法实属不必。

4. 与智慧法院建设衔接。此咨询系统的实现有赖于法院信息化建设的发展，其便捷性及管理性集中体现于该系统的自动提示、案件关联及咨询留痕等功能。而随着诉讼面临多样性、新型化发展，咨询对象需求可能更加广泛，借鉴于医疗系统中的“远程会诊”，法院系统内也可考虑将案件咨询对象扩展至包括上级法院在内的其他法院法官，进一步深化其智库咨询与适法统一之功能。

结 语

从“专业法官会议”到“专业法官会诊”，是立足审判咨询职能上的形式化探索与创新，将法官最倾向且实际应用最频繁的方式纳入到官方管理范畴，以技术支持及考核激励机制为必要辅助，使专业法官会议（诊）在讨论结果不具有终局性和决定性的情况下^①，为合议庭提供尽可能科学准确的咨询意见，此系审判权独立运行改革“活的源泉”。本文的“专业法官会诊”机制构建系基于各审判业务量与人员较为均衡的理想化法院之上，对如何满足不同层级法院需求等问题未作全面探讨，仅以此设想抛砖引玉，为实践提供有益参考。

（责任编辑：李 宁）

^① 此系审判咨询机构区别于审判委员会审判管理、审判监督职能定位的根本性特征。

咨询制度语境下专业法官会议的价值回归

——以 T 市中院 126 次会议记录为分析样本

吴宏文 蔡斌航*

内容摘要 从司法实践审视专业法官会议制度，发现其运行处于一种温吞水的状态，并未能充分实现司法改革设计的帮助法官解决疑难复杂案件的制度价值，存在功能受限、运行受阻、保障不足、法官认可度低等现象。以制度发展规律为工具进行系统地分析，原因在于对专业法官会议的应然功能不够明晰，核心功能不突出，没有充分体现群体智慧对个体司法决策咨询帮助效用，导致功能异化。建议改善制度针对性，将制度名称调整为“法官专业咨询会议”，明确审判管理或调研职能部门为运行指导责任主体，根据制度定位确定它的配载功能，根据配载功能选择它的合理运行方式，保障制度实质性运行。将其作为法院裁判决策支持内部智库的一部分加以长远规划，借助智慧法院建设，充分运用信息化工具，为法官提供更加丰富更有针对性的决策建议，使其成为法官知识与智慧共享交流的有效平台。

关键词 专业法官会议 咨议功能 咨询制度 价值回归

中图分类号：DF813 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)01-083-092

在我们的法律中记录着为理性所发展的经验和被经验所考验过的理性。^①

——庞德

* 吴宏文，江苏省泰州市中级人民法院审判委员会委员、研究室主任、四级高级法官；蔡斌航，海口海事法院审判委员会委员、三沙法庭庭长、四级高级法官。

① [美] 罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆 2010 年版，第 30 页。



作出裁判的过程有时很艰难。“当我决定一个案件时，我到底做了些什么？我用了什么样的信息资源作为指导？”^① 为了改善裁判质效，建立司法人员之间的裁判意见交流会商机制，是落实司法责任制的重要内容。从专业法官会议制度定位看，它是一项审判支持辅助制度。既然它是一项制度，我们就可以以制度发展规律为理论工具来分析它，系统地对它的生长过程进行思考，对它在司法实践中的作用进行观察，为更好地实现制度设计目的提供路径和方法的优化建议。

制度是人类设计的制约人们相互行为的约束条件。^② 制度的出现总是基于一定的背景，分析专业法官会议制度，我们需要以系统论的眼光观察，在审判权运行的大框架内研究它。为促使权力规范运行，制定各项改革辅助制度，其目的是让司法责任制能够得到正确地落实。决策理论认为司法裁判活动是处理与法律有关特殊信息的决策过程。^③ 通过咨询活动对决策产生影响属于对审判权运行的一种软约束或影响，属于管理科学中的软科学范畴。紧紧把握住这一制度的本质特征，以科学的理论和科学的方法分析它，才能找到专业法官会议正确的发展方向。

一、样本检视：对现行专业法官会议制度运行态势的观察

专业法官会议制度历经多年，一直处于温吞水的状态，始终未能充分释放其制度红利，完全达到有效辅助审判权运行的制度设计根本目的，原因在于制度的生长和发展未能有效嵌入审判权运行的链条中。功能定位多元化模糊化，在整个审判权运行流程中，表现出的价值作用有限。加之时而受到其他审判权运行因素的干扰，最终导致制度设计预期替代性功能发挥不畅，专业法官会议制度长期停留在塑形的初级阶段，未能获得充分平衡的成熟发展，在整个审判权运行体系中的地位未能彰显。

对T市中级人民法院2017年7月1日至2018年6月30日之间举行的126次会议记录进行分析：

一是以审判业务领域分类。民事专业法官会议98次；刑事专业法官会议25次；行政和其他专业法官会议15次。由于民事案件总量占审结案件较多，T市中院设立了四个民事审判业务庭，民事审判专业法官会议召开的次数较多。期间该中院审结各类案件9642件，专业法官会议讨论的案件总量相对较少，专业法官会议讨论案件数仅占同期审结案件数的3.05%。

二是以参加会议人员范围分类。T市中院有员额法官64名，但基本没有参加过跨

① [美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1997年版，第1页。

② 宋妍、晏鹰：《基于个体认知演化的制度分析框架》，载《理论月刊》2012年第8期。

③ 凯宾：《从决策的观点看司法裁判活动》，载《清华法学》2011年第6期。

业务部门专业法官会议，他们对其他部门审理的案件也不关心。通过查看会议记录，参加人员以本业务庭员额法官和分管院领导为参会主体的会议 120 次，占举行的专业法官会议总次数 95.24%。会议大多数在庭内举行，极少有跨庭的。通过对会议记录的整理，跨业务庭的专业法官会议主要是院长牵头或者院长要求召开的，针对疑难复杂案件的会议。

三是以形成讨论意见的数量分类。专业法官会议讨论的 294 件案件中，形成一种讨论意见的 12 件，占 4.08%；形成两种讨论意见的 191 件，占 64.97%；形成三种讨论意见的 37 件，占 12.58%；形成四种讨论或者无最终意见的 54 件，占 18.37%。从记录看，形成两种意见的占比最高。

通过对 126 次会议讨论记录的整理和对法官的访谈，发现现行专业法官会议制度运行中存在以下特征：

（一）专业法官会议制度功能受限

1. 现行专业法官会议的制度设计供给不足。当前的改革对专业法官会议制度技术准备不够，理论和细节研究不够深入，尚没有形成完备的理论支撑。从现有研究成果看，部分研究者对法官会议与专业法官会议之间的区分都未能阐述清楚。制度通常表现为一种约束，提供咨询意见的制度性质决定了它的发展方向。专业法官会议制度建设缺乏整体规划，现行会议规则多为各自法院内部制定的规范，尚没有诉讼程序法、法院组织法层面的配套规则。在审判权运行系统中，面对错综复杂的案情，法官仅凭自身的知识和经验有时难以做出决策，需要一种辅助制度，但专业法官会议制度设计上线条粗犷，对裁判意见咨询的发起、裁判咨询意见的给出等缺乏系统的设计，致使其在司法裁判体系中分量偏轻，讨论案件数总量偏少。

2. 专业法官会议的制度运行质态不稳定。专业法官会议制度的萌芽出现虽然有审判权的自身需求因素，但其大规模设立和运行主要依靠司法改革政策推动。由于专业法官会议制度本身属于软性机制，从会议记录看，会议开与不开对裁判结果形成影响程度非常有限。影响制度运行的不稳定因素较多，如改革政策调整、法官认知差异、人员组成变动、司法行政化影响等，都会对制度的正常运行造成干扰。

3. 专业法官会议的制度监督机制缺失。目前司法责任制体系中，对专业法官制度的运行尚没有构建监督制约机制，对于其具有影响审判的制度功能而言是危险的，依赖自身内部互相制约是远远不够的，需要将其纳入审判权有效监督体系中。

（二）专业法官会议价值体现受挫

1. 在审判权运行体系中制度价值地位边缘化。专业法官会议作为审判权运行体系中的辅助制度，与邻近制度比较，制度发展相对滞后，制度成熟化程度低，其地位未能得到足够重视。没有明确的运行职能承担部门，召开会议的时间和内容难以保证。



输出的最终结果咨询意见质量不高、层次不高、系统性不强、权威性不够。而且，在法官特别需要咨询的时候，有时并不能获得想要的结果。

2. 专业法官会议制度价值尚未获得法官一致认可。目前的制度发展存在许多局限性，保障审判权正确运行的作用发挥不充分，影响力小。部分法官对其兴趣不浓，对制度价值缺乏深刻理解。有的地方发展成为“小审委会”“第二审委会”，普通法官参与程度低。有的地方陷入“开了解决不了问题”“解决不了问题不如不开”的恶性循环，个别法院甚至出现一定时期的制度停摆，偶尔开一次做做秀。难以获得法官广泛接受。

3. 专业法官会议制度体现价值的空间狭小。出于运行便利性考虑和讨论案件保守审判秘密的特殊性，专业法官会议制度多在一个专业审判庭或派出法庭等审判单元的内部运行，具有一定的封闭性，制度作用发挥仅限于狭小的空间，导致审判信息交换和传播能力受限，专业法官会议的审判辅助功能作用范围小。

（三）专业法官制度作用发挥受阻

1. 统一裁判尺度指导功能未能有效发挥。法官员额制改革后，各级领导最担忧的就是现有法官队伍素质高低不齐，尚不能完全适应改革需要，权力下放后同案异判观点迥异。管理者寄希望该制度能缓解上述现象。一方面其发生作用是间接的，并不能直接改变裁判组织的决定；另一方面会议有时会形成多种观点，给法官造成选择困难。加之专业法官会议制度这方面功能影响多为润物无声似的起效缓慢，统一裁判尺度的作用远不如指导案例和审委会纪要等其他指导方式来得便捷和范围广泛。

2. 压降审委会案件数量目标未能实现。根据现行制度设计，一些案件通过专业法官会议讨论后，能够帮助承办法官或合议庭作出最终裁判决策，不再需要提交审委会讨论。但现实中，以笔者所在省份内4个中级法院审委会运行为例，压降的数量很低。首先，三大诉讼法及配套司法解释规定的应当提交审委会讨论的案件种类还很多，有一些法院作了一些突破，如判决死缓的刑事案件不经审委会讨论决定，在诉讼法未配套修改的情况下，应当提交审委会讨论而不提交的有程序违法之嫌；其次，一些讨论过的案件讨论后依然难以决断，还有待审委会讨论决定。此时，专业法官会议讨论表现为一道徒劳无功的外挂程序，导致办案周期延长。在审判绩效考核严格的形势下，给审判工作带来不是提质增效的利器，而是程序外负担的增加。久而久之，“前置程序”成为“鸡肋程序”，专业法官会议过滤审委会讨论案件的功能逐渐消隐。

3. 院庭长监督案件功能未能全面体现。当传统的监督手段和方法不够用的时候，会寻求开辟更多的渠道来满足需要，该制度被认为是新的监督途径之一。但是专业法官会议提交讨论案件并没有强制性规定，需要监督的重点案件不一定会提交讨论，专业法官会议讨论的案件总体数量也较少，院庭长可以获得的监督信息质和量未必能达

到要求。实际发挥的监督作用远不如直接列席合议庭集体讨论案件来得方便快捷。

二、咨议功能：对专业法官会议制度应然功能的思考

从制度的生长规律看，制度总是在一定的环境中，为满足一定的功能需要发展起来的。专业法官会议制度作为一项重要的司法改革制度，根植于司法改革的土壤，发育和演化依赖于司法改革的大背景。随着人们的对司法改革要素的改革经验积累和认知过程进展，专业法官会议作为一项智库制度，^①对于预防法官认识偏差、帮助裁判者做出公正的决策的科学价值得到越来越广泛的认识。该制度具有一定的生命力。

但司法实践中，对专业法官会议制度功能赋予了较高的期望，导致其制度定位出现偏差，功能模糊。主要表现为：1. 制度功能不纯粹。赋予专业法官会议的职能种类太多，功能过于泛化，成为功能万花筒，各个子功能之间排列杂乱无序。2. 制度承载超负荷。一项制度的功能设计有其自身的规律，合理的负荷才能发挥出制度应有的功能，超负荷会对制度运行质效产生消极影响，对专业法官制度作过度的解读，寄予过高的期望值，功能叠加过多，使得功能发挥不顺畅。3. 改革功利性明显。一些法院将专业法官会议作为司法改革的业绩亮点加以宣传，对其实质作用认识尚不深入，常态化、实质化、规范化运行效果评估不够。

“如果我们根本不知道道路会导向何方，我们就不可能智慧地选择路径。”^②我们需要回归改革初衷，探寻本源，从以下几点来改进和完善它。

（一）以务实的态度重新调整专业法官会议的制度名称

目前，该制度还在初级发展中，对其制度名称还有根据实践运行情况加以修改的必要。现行的制度名称由“专业”“法官”“会议”几个关键词构成，不能完全体现它的实质内容。建议将制度名称调整为“法官专业咨询会议”。这样调整后，制度主题更加突出，明显体现出与法官会议制度的区别。制度名称与内容更加贴切，会议的内容一目了然。

（二）利用制度发展与变迁原理厘清专业法官会议的本性

专业法官会议应当确定为一项审判辅助制度。关于专业法官会议是制度还是组织，直接涉及到它的未来发展走向。依据最高人民法院的司法改革文件对它的定位，它不能视为一个常法定审判机构或组织，也不会发展成为一个常设的法定审判机构或组织。从各地法院公开的专业法官会议规则看，对它的性质确定还不一致。为深入研

^① 骆锦勇：《厘清专业法官会议功能定位》，载《人民法院报》2017年6月8日。

^② [美]本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1997年版，第61页。



究，笔者收集了全国各地部分法院的会议规则。在同一省域范围内规则基本相同。本文选取了部分高院及中院的会议规则予以分析（见下表）。从这些规则看，有的法院将其性质确定为“机构”，有的法院将其确定为“机制”，有的法院将其确定为“平台”，有的法院没有明确其性质。从最高法院编写的《关于完善人民法院司法责任制若干意见 读本》（下简称《读本》）看，其性质应当是一种“提供专业咨询服务的机制”。^①

全国各地部分法院会议规则对制度的定位

法院规则	所列功能定位	所列会议性质
江苏省高院会议规则第一条	为案件审理中合议庭或者独任法官正确理解和适用法律问题提供专业咨询意见，讨论法律适用、疑难案件分析等与审判业务有关问题	审判咨询机构
天津高院指导意见第一条	为独任庭、合议庭正确理解和适用法律提供咨询意见	未明确会议性质
陕西省高院会议规则第二条	为合议庭正确认定事实证据和适用法律提供咨询	工作机制
四川高院会议规则第一条	为案件审理中合议庭理解和适用法律问题提供专业咨询意见，讨论法律适用、疑难案件分析等与审判业务有关问题	审判咨询机构。
重庆高院会议规则第一条	发挥专业法官会议的审判服务功能	未明确会议性质
深圳中院会议规则第一条	根据审判执行工作需要设立的发挥法官业务专长、为合议庭办案提供法律意见的业务咨询和交流平台	咨询和交流平台

（三）根据改革目标导向，决定制度承载功能

咨询应当是专业法官会议的第一职能。《读本》将专业法官会议的功能做了四个配载；1. 法律咨询；2. 统一裁判标准；3. 过滤审委会案件；4. 交流信息培养能力。从功能配载顺序看，其是以法律咨询为核心向外衍生的，他们之间的排列不是并列关系。作为一项决策支持辅助制度，其首要目的是及时为法官提供所需要的相关咨询服务资料和信息，不求功能大而全，但求少而精，为法官决策切实担负起充当顾问、参谋的作用。据此配置的职能，应当与助力审判权的优质高效运行密切关联，且不能被其他方式替代。咨询一词是商量和询问的复合。它作为一项具有参谋、服务性的智力活动，

^① 最高人民法院司法改革领导小组办公室编：《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制若干意见》读本，人民法院出版社2015年版，第85页。

已成为辅助决策的重要手段，并逐渐形成一门应用性软科学。限缩专业法官会议的附带功能，能够通过其他方式实现的功能不宜加入专业法官会议功能中。应当对照改革目标调整专业法官会议制度功能设计，有针对性地配置专业法官会议制度应有功能，适当剥离其沉重的制度负担，实行简约化的专业法官会议制度。《读本》也提及统一裁判标准功能，是因为改革放权后统一裁判标准新的工作机制尚未形成，以专业法官会议帮助缓解同案不同判现象。可见，这一功能具有短期的临时性，是间接帮助作用。因此，并不能视为专业法官会议制度的核心功能。

（四）根据专业法官会议制度搭载功能，选择它的运行模式

目前的运行模式与传统的庭务会或审判长联席会议几乎雷同，变化的仅仅是制度名称以及参加人员的增加上，这一点在访谈中得到许多法官的批评。需要贴近审判实践，调整运行模式，根据运行模式完善它的操作规范，提高它的运行实效。如江苏省南通中院借鉴医院的医生会诊制度模式，设计主治医师约请、会诊（含科内、科室间、全院、院外）意见作出、反馈评价等程序规范，提高参加咨询法官的责任心。丰富专业法官会议的形式。在讨论案件或者事项时，不拘泥于表面形式，视情形采用书面沟通、电视电话、网络视频、微信讨论、个别访谈等灵活多样的形式。避免过分强调操作规范正规化而影响制度的运行效率。

（五）根据司法裁判现实需求，做优做强咨议功能

专业法官会议对法官自主办案的积极作用体现在哪些方面，就应当强化哪方面的职能，这是一个优化制度的总原则。根据这一原则，1. 做优专业知识咨询功能。作为一项辅助制度专业法官会议应当有明确的制度核心目的追求，就是根据案件承办法官或合议庭的请求，提供裁判参考咨询意见和优化方案，否则制度运行会产生方向错失。2. 建设好专业知识交流平台。法官审判经验交流，提升法官业务能力，经过讨论，对特定议题进行交流，帮助法官群体共同提高裁判决策能力。3. 减轻制度负荷。专业法官制度不是孤立的，一些功能可以卸载给其他制度，重点是剥离衍生职能，以提高制度运行效率。

（六）根据审判权运行制度分工，处理好与相邻制度的有机衔接

1. 处理好与法官会议（或法官委员会）的关系。法官会议是由一个法院的全体法官就涉及法院审判工作重大事项或法官自身重大权益保障等进行集体议政参政的一种法官自我管理的民主制度。它与专业法官会议有显著的区分。2. 处理好与合议庭的关系。合议庭不能对其产生过分依赖，不能遇到稍微有点难度的案件就发起会议。要防止不必要讨论的问题上会，让其从智囊变成了保姆，浪费司法资源。3. 处理好与审委会的关系。虽然为审委会过滤待讨论案件是其应有功能之一，但是不能对所有提交审委会的案件均提出苛刻的必经过滤讨论的要求，以免不当占用司法资源，



影响审判效率,对于讨论的案件走形式。4.处理好与其他制度的关系。在系统内部,还存在其他的业务交流制度,专业法官会议制度需要与这些制度搞好协调,互相促进,共同发展。

三、价值归位:专业法官会议制度的实质性运行

制度的完善与有效运行必须在一定的条件下展开。专业法官会议制度的有效实施,需要改变顶层改革设计者积极推动,基层一线法官消极被动应对的局面,以高效发挥专业法官会议的积极功能的实绩吸引法官,让更多的法官认可制度、接受制度,从而积极参与到制度运行中来。

(一) 加强制度建设,促进实质性运行

1. 完善立法规范,增强制度的法定性。制度保障上,现阶段只有规范性文件作为依据。从长远发展看,不利于制度的发展。应当加快制度的法治化,在制度成熟的时候,可以试行立法或者制定司法解释,将实践层面的改革成果及时上升为立法规范,为制度运行提供更高层面更强力度的支持。

2. 细化运行规范,提高制度的操作性。要进一步充实修改现有的制度规范。没有细致的管理规范,制度终究难以见效。作为一项智力型互助制度,需要完善“谁要咨询”“谁来提供咨询”等一系列规程,构建好需求方提出咨询需求后的启动模式,完善群体参与议论给出咨询意见的运行模式。以帮助法官打破思维的定式,汲取群体智慧,满足需求,让非强制性的讨论咨询义务内化成法官互助互帮的行动自觉。

3. 健全监督规范,改善制度的可靠性。制度运行是有成本的,为确保付出的成本获得相应的收益,需要对其加强运行质态的监管。提高参加会议讨论的法官责任感,将法官专业知识智慧上的互助互帮行为纳入法官的职业伦理建设范围。严格按照规程操作,把控好咨询质量,最大限度的发挥制度的积极功能。提高法官参会率,对履职情况签到考勤,不允许随意请假,无故缺席的作不履行法官职责处理。落实案件回避制度和保密纪律,预防司法腐败现象。

(二) 明确指导主体,运用现代科技保障

1. 明确专业法官会议制度的运行责任主体为审管办或研究室。从现有的规则看,牵头召集主体不明确,一般规定的是合议庭将议题提交庭长审核,再由分管副院长牵头召集。这样的召集方式有它的优点,但是主要依靠行政领导牵头的方式,会因为领导行政地位而影响会议的平权型结构,而且领导的行政和审判实务繁杂可能也会影响会议的召开,需要有一个相对固定的部门来承担统筹管理职能。在法院内部的机构中,承担综合审判职责的研究室是最佳的选择。研究室本身具有针对审判疑难问题开展司

法调研的职能，对于合议庭遇到的疑难复杂问题具有研究并提供解决方案的人力资源条件和智力资源能力。司法调研与司法实践互相融合、相互促进。在不设立研究室的法院，可以由承担司法调研职责的部门负责统筹。

2. 采用信息化工具促进操作实质化。做好专业法官会议的大数据统计和分析工作，对申请讨论、书面讨论意见、会议讨论记录、意见使用等各个流程产生的数据进行收集整理。对于需要提交专业法官会议的案件，实现办案系统自动识别，并及时弹出提示框，向法官提出建议提交专业法官会议讨论的提示。设计专业法官会议情报板，汇集专业法官会议动态和咨询需求，反馈咨询和讨论结果。以信息化手段全方位掌控专业法官会议的运行实效和发展动向。

3. 将专业法官会议讨论情况纳入审判流程管理体系。将制度运行嵌入审判系统中，实行可视化管理。做到应当讨论的必须讨论，没有讨论的需要说明理由并上传证据佐证。对会议讨论质量进行评议，将参会情况纳入法官履职考察内容。保障法官以积极、认真的态度参加专业法官会议的讨论。

（三）提高会议自由性开放性，输出更多高质量咨询意见

1. 会议召开频次节制有度讨论环境平等宽松。在案多人少的客观情况下，频繁的召开专业法官会议会占用法官过多的时间和精力，法官疲于应付，不利于提高专业法官会议的运行质效。会议宜精、案件宜少、时间宜相对固定。消除行政化色彩克服行政化影响，避免权威控制。院庭长参与会议时正确发挥引导发言点评发言的作用，不强制干预其他法官的发言，最大限度激活专业法官会议的制度活力，让咨询意见智力成果更加丰硕。

2. 扩大专业法官会议的开放性。法官自身由于个体的认识缺陷，需要突破简单封闭的环境，更大范围地听取他人的意见，拓宽视野和思路。要吸纳更多的主体参与咨询，可以引入专家学者或者人民陪审员，上下级法院的法官参加专业法官会议。必要时可以就专门问题举行专题研讨会，对涉及的法律问题进行专业论证研究。

3. 及时整理和传播专业法官会议的讨论成果。遇到疑难问题法官之间的互助是一种应当提倡的合作方式，法官以较为便利的方式获得信息帮助后，应将制度收益以积极的方式传导示范，扩大制度影响范围。对咨询信息扩大共享的范围，会后及时进行经验总结，编发专业法官会议纪要，对讨论成果在适当的时候，以适当的方式公开发布。

四、科学规划：加强以专业法官会议 为代表的咨询软科学在司法领域的运用

法院内部的审判智慧共享交流活动一直没有停止过，显示出裁判者对自身之外的



智力资源的活跃需求。群体决策的优势是“群体能够比任何单个成员具有更加广泛的知识和经验”。^①从司法实践看，小规模有庭务会、法官联席会、法官沙龙等，大规模的有各级法院组织的各类学术研讨会、经验总结交流会等。这些活动表现的都是智力成果的交流与共享，对提高法官群体的专业能力和专业素养产生了较大的帮助。各级法院都很重视外部智库建设，对专业法官会议这一开发利用的是内部智库资源的制度也不能忽视。

从制度的变迁看，制度按照一定的规律，在内外部因素共同作用下向前发展。专业法官会议制度也在按照下列规律在发展 动力(司法责任制改革) 目标(公正司法) 任务(输出优质司法产品) 措施(制定专业法官会议制度) 修正(检视制度运行) 走向完善或消亡(最终发展归属)。

为了更加有利于它的科学发展，使专业法官会议运转协调、资源共享、有机联动。需要对未来的发展做一些前瞻性规划，以进一步深化以专业法官会议制度为代表的咨询软科学的发展。笔者建议：1. 用战略的眼光规划法院内部智力交换平台建设；2. 立足满足需求，以更加务实的精神规划专业法官会议制度的未来发展；3. 满足不同层次不同专业法官的决策咨询需求，促进智慧汇集，成果共享，更好地为法院科学发展服务；4. 紧贴司法裁判实际创新，为制度的发展营造宽松的发展空间；5. 借助信息化手段提高审判智慧支援力度和效果。

专业法官会议是作为一项短期过渡性的制度还是继续发展完善，取决于司法现实需求和审判支持技术的发展。司法裁判作为一种人类智力活动，除裁判者自身不断提升专业素养外，必要的知识咨询共享交流、互利互助是裁判者必须的辅助手段。专业法官会议是一定范围一定阶段的智力咨询交流表现形式之一，它依然会在一定的历史时期内继续发展下去。期待它能以服务审判工作为重点，以做优做精司法咨询为主攻方向，以满足法官办案决策咨询需求为重点，以改革创新为动力，以信息化为技术变革，走上越来越完善的发展轨道。

(责任编辑：王文斌)

^① 杨文士等编著：《管理学原理（第二版）》，中国人民大学出版社2004年版，第116页。

专业法官会议议事规则探析

——以价值回归和制度设计为视角

黄 兴*

内容摘要 随着司法体制综合配套改革的统筹推进，作为审判专业化管理的重要一环，专业法官会议的制度价值势必得到进一步的彰显。最高人民法院《关于审判权运行机制改革的试点方案》颁布至今，各地法院普遍组建专业法官会议并制定了具体运行规范，但实践中仍然显现解决问题效率欠佳、与其他司改配套措施相脱节等问题。究其原因，专业法官会议在规则构建上的欠缺，特别是作为制度核心的议事规则的简略模糊，导致其运行效果不尽人意。本文从价值回归和制度设计的角度出发，在以实证的方法分析国内具有代表性的专业法官会议议事规则的基础上，从会前准备阶段引入上会案件繁简分流机制、会议讨论阶段保障成员平等的意见交流以及会后对观点进行制度化总结三个方面，对构建契合司法责任制改革需要的专业法官会议议事规则提出建议，并对相应配套措施的构建进行探讨。

关键词 专业法官会议 议事规则 提质增效 繁简分流 配套机制

中图分类号：DF813 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)01-093-106

在一个人民做主的国家里，很少有一门知识能像议事规则这样，只需稍加学习即可如此显著地提高效率。

—— [美] 亨利·罗伯特

* 黄兴，福建省漳州市中级人民法院法官助理。



引言

专业法官会议是一项带有中国特色的司法制度，并非直接行使审判权的审判组织，而是在法院内部由法官组成，旨在通过集体研究讨论，为合议庭提供疑难复杂案件的参考性结论的审判咨询机构。在司法体制综合配套改革的顶层设计中，会议还承载着推动审判监督管理制度转型、配合审委会制度改革等一系列功能。而议事规则作为“决策的程序和语法”，^①是制度的核心。议事规则的严谨、科学和高效与否，是衡量会议的独立性和权威性的重要指标，亦可在相当程度上折射出改革的现实成果。

议事规则有广义、狭义之分。广义的议事规则包含了专业法官会议的议事范围、召集发起程序、人员出席和回避制度以及会议讨论全过程的规范等。狭义的议事规则则专指对议题进行讨论并形成结果的程序规范。因广义的概念过于宽泛，且对召集、回避等程序的规定各地大同小异，故本文所探讨的议事规则取狭义理解。

专业法官会议运行以来，在培养法官业务能力、统一裁判尺度等方面发挥了积极作用，但不可否认的是，当前专业法官会议在实践中仍然存在功能定位模糊、法官参与积极性不高、运行程序不规范等问题。这使得专业法官会议的实际运行效果与改革顶层设计的期待仍有不小的距离，应有的制度价值未能得到充分彰显。

一、承载期待：专业法官会议的改革定位

2004年，北京市房山区法院从规范审委会功能，减少审判行政化色彩的角度，首次创造性地建立了法官联席会议，^②被视为法官会议的雏形。而对于法官会议的规定始见于北京市朝阳区法院2006年9月出台的《朝阳区人民法院法官会议制度规定》。^③朝阳区法院基于培养年轻法官、统一裁判尺度的目的，建立了法官会议制度。^④但由于当时审判权运行机制乃至整个司法体制的改革尚未走向深入，虽然部分地方法院对法官会议进行了有益的尝试，但整体上该项制度仍处于零星的自发探索阶段，并未在全国范围内推广开来。

（一）司法体制综合配套改革中的专业法官会议

继2013年10月，《试点方案》明确了专业法官会议审判咨询机构的定位后，

① [美]亨利·罗伯特《罗伯特议事规则（第11版）》袁天鹏、孙涤译，格致出版社2015年版，第6页。

② 徐晶：《审判试水法官联席会议》，载《法律与生活》2005年第3期。

③ 吴彬：《法官会议制度——北京市朝阳区法院法官培养方式的新探索》，载《法庭内外》2007年第10期。

④ 该制度虽然名为“法官会议”，但其本身是分层级的会议，包含法官大会、法官联席会议、庭内法官会议等，与司改后的专业法官会议在内涵上有所不同。

2013年11月12日，十八届三中全会通过了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，正式确立了司法体制改革的目标。此后的2014年可以被视为是我国专业法官会议制度全面启动的“元年”。据不完全统计，仅2014年一年，全国就有超过14家地方法院开始试行专业法官会议（详见表一）。

表一：2014年首次推行专业法官会议的法院^①

省份	法院名称
重庆	重庆第四中级法院、沙坪坝法院、江北区法院、丰都县法院、璧山县法院、綦江区法院、彭水县法院
黑龙江	密山县法院
江苏	江阴市法院、栖霞区法院
辽宁	葫芦岛中级法院、康平县法院、新民市法院、苏家屯区法院

2015年2月和9月，最高人民法院发布《关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要（2014—2018）》及《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》（以下分别简称《四五改革纲要》及《若干意见》），提出完善专业法官会议机制并明确地将会议的研究范围集中在法律适用上。两份文件的出台，标志着在司法体制改革的宏大叙事下，专业法官会议的制度功能从单纯的疑难复杂案件咨询，拓展为对审判权运行机制改革、审判监督管理制度转型以及司法责任制落实等司改内容的呼应和配套。这一功能定位在十九大提出推进司法体制综合配套改革后得到了进一步的加强。当前，在审判权运行与监督机制由院、庭长主导的庭务制向专业化审判转型的进程中，专业法官会议无疑承载了重大的改革期待。制度价值的深入拓展也意味着对专业法官会议议事规则及配套措施进行细化构建的必要性。

（二）专业法官会议的价值取向

“让审理者裁判，由裁判者负责”是司法责任制的价值核心。随着改革推进到综合配套阶段，专业法官会议所具有的去行政化、专业化管理等与责任制深度契合的制度价值，是其成为综合配套改革重要一环的根本原因。因此，对会议在责任制改革中应有的价值取向进行分析，有利于构建符合改革深层次要求的议事规则。

1. 以独立促公正：呼应审判权运行机制改革。司法规律以公正为核心价值。^②具体到司法实践中，这要求在审判过程中尊重承办法官的亲历性，保证法官独立办案。司法责任制改革前以庭务管理为基础的审判权运行机制，其实质是院、庭长决策，客

^① 图一数据来源于部分所列法院的官方网站、最高院网站及权威媒体刊登的消息等，由于信息公布和查询的局限，仅列出能够查明具体设立时间的法院，为不完全统计。表中所列法院系《试点方案》公布后首批推行专业法官会议的法院，也有个别法院在《试点方案》公布前已先行探索建立了专业法官会议，如上海市第二中级法院等。

^② 陈光中：《司法规律与司法改革》，载《法制日报》2015年4月1日。



观上可能造成个案审理者与最终结果的决策者相分离，影响案件审理的独立性。而专业法官会议作为一种审判咨询机构，承办法官及合议庭可以在会上充分陈述案件审理的相关问题，独立发表对案件的处理意见，会议形成的结论也仅供合议庭参考，是否采纳由合议庭自主决定。以“去行政化”的规则保障审判权的独立是专业法官会议的制度功能之一，也是其与审判权运行机制改革相契合的重要原因。故对于会议议事规则的设计，应注重保障主审法官及合议庭发表意见的独立性，避免会议讨论过程中出现行政化倾向。

2. 以讨论促监督 推动审判管理制度转型。审判权运行机制改革以来 原有的请示、汇报、签发裁判文书等行政化的监督管理模式被取消，审判权开始回归合议庭，这与司法责任制改革是相契合的。但不可否认的是，当前我国法官的职业化和精英化进程尚未完成，部分法官尤其是年轻法官还存在社会经验不足，司法能力参差不齐的问题。仅以2018年1—4月福建法院的审判质效情况为例，1—4月，全省法院一审改判发回重审率（错案率）为0.61%，虽然尚在合理区间，但较去年同期同比上升0.21个百分点，即较2017年1—4月，发改率同比升高52.5%。改判发回重审率升高的趋势在全省绝大多数地区均不同程度地存在（详见表二）。

表二：2018年1—4月福建法院一审改判发回重审率^①

地区	福州	厦门	莆田	三明	泉州	漳州
一审改判发回重审率 (错误率)(%)	0.88	0.32	0.75	0.98	0.37	0.51
同比升降	0.28	0.02	0.26	0.05	0.16	0.27
地区	南平	宁德	龙岩	海事	铁路	全省
一审改判发回重审率 (错误率)(%)	0.28	0.95	0.80	2.50	0.00	0.61
同比升降	0.08	0.61	0.24	1.18	0.00	0.21

一审发改率的数据变化显示了当前案件的审判质量仍不稳定。因此，放权不等于放任，在行政化的管理监督制度取消后，专业法官会议集体讨论、共同研究的运作形式，无疑为案件的监督管理提供了一种更为公开、透明的模式。院、庭长可以在会议上更充分地了解案件具体情况，并以审判监督者的思维和视角发表对于案件的意见。由此可见，除了固有的集思广益，“借脑”办案的咨询功能外，也不应忽视会议对于推动审判监督管理制度转型的意义，应注重发挥议事规则对平等讨论的保障作用，使得对案件的管理能够以更为科学的方式实现。

^① 数据来源：福建省高级人民法院《2018年1-4月全省法院审判质效情况通报》，载福建省高级人民法院网站。

3. 以过滤促规范：契合审委会制度改革。审判委员会是一项具有中国特色的司法制度。审委会设立之初，本意是为了总结审判经验、指导审判工作以及讨论解决少数重大、复杂案件。但随着审委会在司法实践中的不断发展，其功能越来越偏向于对具体案件作出终局性的结论，审判经验总结和类案指导功能不断弱化，导致审委会制度往往因其“判者未审”而饱受非议。针对这一问题，《四五改革纲要》明确提出，改革审委会工作机制，强化其宏观指导功能，建立审委会讨论事项的先行过滤机制。而专业法官会议因其成员的权威性和专业性，无疑是作为审委会过滤机制的最优选项。通过将部分案件交由专业法官会议讨论，可以有效减少审委会过会案件数量，有助于规范审委会的运作，促进审委会宏观指导功能的回归。这要求在专业法官会议规则的构建中注重与审委会的衔接机制，厘清二者各自的案件适用范围，对于将专业法官会议讨论的案件上报审委会研究的条件和程序作出具体规定。

二、筚路蓝缕：各地法院专业法官会议议事规则的现状透视

2014 年以来，特别是最高法院《四五改革纲要》及《若干意见》公布后，专业法官会议制度在各级法院得到了广泛的运用。但目前最高法院仅在前述文件中提出纲领性的意见，尚未制订全国性的专业法官会议运行规则。在缺乏统一规范的情况下，各地法院自行制订出台了适用于本院内部的会议实施规则，对该机制的具体运行进行了大量有益的探索。

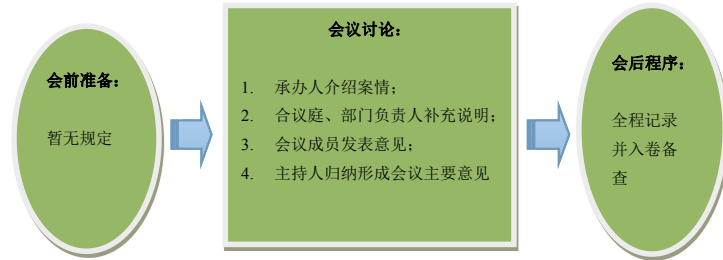
（一）各地专业法官会议的议事规则

当前，各地各级法院自行制订的专业法官会议实施规则详略不一，对会议运行各个环节的具体规定也不尽相同，不过大多都围绕会议的召集发起条件、人员构成、议事范围、议事规则等主要环节进行了制度构建。其中对于议事规则的设计，各地法院既有类似的规定，也有所区别和创新。具体而言，专业法官会议的议事规则可以分为会前、会中和会后三个阶段，主要由会前准备、人员出席与意见表达、结果形成及后续程序几个部分的规则组成。目前各地法院出台的会议实施规则数量众多，笔者选取其中具有代表性的议事规则进行比较分析。

1. 四川高院：对议事规则的概括性规定。2015 年 12 月 14 日，四川省高级人民法院印发了《专业法官会议工作规则（试行）》。^①该工作规则共 14 条，其中涉及议事规则的条款 3 条。四川高院规定，会议讨论案件时，由承办人介绍争议焦点、分歧意见等案件详情，部门负责人及合议庭成员进行补充；会议成员听取汇报后发表意见，而

^① 本文所引用的各个法院所印发的专业法官会议实施规则均来源于该法院的官方网站，下同。

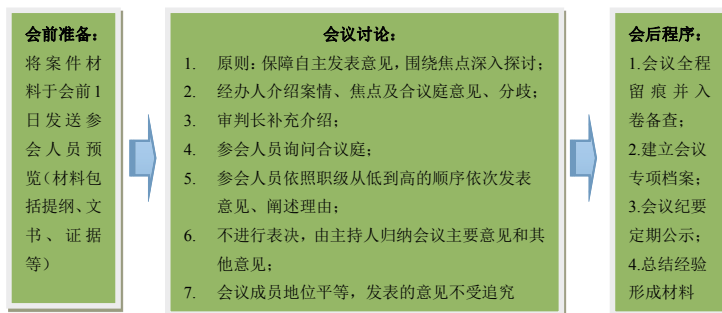
后由主持人归纳形成会议的主要意见；研究情况应当全程记录，经参会人审阅签字后入案件副卷存档（详见图一）。



图一：四川高院专业法官会议议事规则^①

不难看出，四川高院对议事规则仅作了原则性的规定，除了缺乏对会前准备阶段的规定外，对于会议讨论阶段和会后程序的规定也较为简略，缺乏更加细化可操作的规定。

2. 深圳中院：更进一步的细化规定。2017年8月31日，深圳中院印发了《专业法官会议工作规则》。该工作规则共29条，其中涉及议事规则的条款共9条。深圳中院规定，拟上会讨论的案件材料，应于会前1日发送给会议成员；会议以充分保障各成员自主发表意见为原则，按照承办法官汇报案情、审判长补充介绍、会议成员展开询问、会议成员依既定顺序发表意见并阐述理由的顺序对案件进行讨论；会议不进行表决，仅归纳形成会议主要意见及其他意见；会议主要意见与合议庭评议结果不一致的，合议庭须复议一次；会议记录由全体参会人员签名确认后归入卷宗副卷；建立专业法官会议专项档案备查；会议讨论法律适用等具有审判指导作用的问题时，可邀请研究室、审管办等部门派员参加，对会议总结的审判经验和法律适用指引，应及时形成调研材料供业务部门参考（详见图二）。



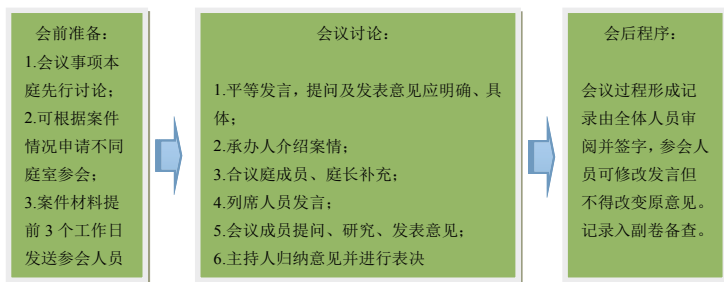
图二：深圳中院专业法官会议议事规则

^① 笔者根据四川高院《专业法官会议工作规则（试行）》议事规则条款制作，下同。

深圳中院在最高院文件原则性规定的基础上，对议事规则进行了具体细化的规定，增强了会议的可操作性，并且在会后程序中增加了对总结审判经验、指引法律适用的规定，在个案咨询外赋予了会议类案指导的功能，是对制度功能的有效拓展。

3. 济南章丘区法院：议事规则的适度创新。2018年6月7日，济南市章丘区法院公布了《专业法官会议工作规则（试行）》。该工作规则共27条，涉及议事规则的条款共八条。章丘区法院规定，提交会议研究的事项可以先行在本庭讨论；决定提交讨论的，应提前三个工作日将案件材料电子版发送参会人员；承办人及合议庭可以根据案件情况向主持人申请相关业务庭人员参会；会议按照承办人介绍、合议庭及庭长补充、列席人员提问、会议成员问询、发表意见、表决的顺序进行；会议全程记录并入卷备查（详见图三）。

图三：章丘区法院专业法官会议议事规则



作为最新出台的实施规则，章丘区法院利用自身的后发优势，在借鉴其他法院规定的基础上，对议事规则进行了一定的创新。在会前准备阶段增设庭室内部讨论的环节，同时允许经办人及合议庭根据案件情况申请对口庭室的成员参会，增强了会议的针对性。值得一提的是，与大多数法院的规定不同，章丘区法院将专业法官会议结论与审委会挂钩，规定合议庭意见与会议主要意见（一致或多数）不同的，应将案件提交审委会讨论。

（二）当前议事规则存在的问题及成因

如前所述，专业法官会议推广以来，发挥了积极的作用。但当前会议的实际运行效果与改革初衷还有不小的距离，实践中还存在经办法官不愿将案件上会，会议成员参会积极性不高等现象。“用户体验”欠佳表明了问题的实际存在。

1. 功能定位模糊，重形式而轻本质。当前各地专业法官会议的议事规则往往参照审委会的运行模式，对会议流程作出严格的规定，涵盖了会前材料发送、会中讨论表决、会后归纳总结各个阶段，这使得专业法官会议呈现出“一种正式会议之样态”。^①但现行规则在关注流程权威性的同时，却往往忽略了会议作为审判咨询机构，与作为院内

^① 杨丽娟：《专业法官会议运行机制“仪式化”色彩之反思》，载《东方法学》2016年第3期。



最高审判机构的审委会在本质功能上的区别。功能定位的模糊导致了会议与审委会趋向同质化，造成会议讨论疑难问题的效率相对低下。这客观上使得部分法官遇到复杂案件时，更倾向于同事探讨、口头向上级法院请示等相对更高效便捷的咨询方式，而非将问题提交专业法官会议讨论。在当前“案多人少”愈演愈烈的形势下，在议事规则的设计上合理地简化流程，使会议提质增效，避免规则的构建抽离于审判实际，是实现会议其他配套功能的前提。

2. “去行政化”不彻底，重结果而轻过程。“去行政化”是专业法官会议的重要制度价值之一，各地的议事规则大多也都规定了成员地位平等，发表意见不受追究等。但值得注意的是，本轮责任制改革之前，我国法院历经了漫长的以逐级汇报请示，文书层层签发为基本形式的行政化审判监督管理时期，院、庭长对于下属法官的案件有着实质上的决定权。由此而形成的“从上”的思维惯性使得具有领导职务或资历较深的会议成员（在各法院的专业法官会议中，院、庭长等具有领导职务的法官往往还占会议成员的多数）所发表的意见，对于其他成员的“隐形权威”不可忽视。因此，应注意对议事规则的科学设置，避免成员的意见在思维惯性的影响下产生“向上趋同”。

3. 整体设计理念缺失，重局部而轻平衡。本轮综合配套改革中，专业法官会议并非作为单纯的审判咨询机构而存在，其还承载着审判专业化管理、统一裁判口径、过滤审委会案件等一系列改革的期待。当前各地实施规则中，对于广义议事规则范畴内的程序规定较为完善，但对于相应的配套措施重视不够，忽略了会议作为综合配套改革的重要一环，其规则的构建应注重与其他司改措施的衔接。事实上，包括会议成员绩效考评机制、与审委会的衔接等配套措施，与议事规则共同构成了完整的专业法官会议制度。在规则构建时缺乏整体设计的理念，势必影响制度价值的发挥。

当前议事规则所存在的问题及其成因其实根植于我国司法实践的历史和现实中。这表明作为司改配套的重要节点，应从改革的全局出发，对会议议事规则进行修正与重构，以寻求制度价值的回归。

三、提质增效：我国专业法官会议议事规则的修正设想

前述问题的存在影响了专业法官会议在司法实践中的运行效果，也显示出机制的构建尚不成熟。笔者认为，对会议议事规则的构建应立足于高效地解决司法实践“痛点”，寻求严谨形式与会议效率之间的平衡，实现会议的提质增效。

（一）会前准备：上会案件繁简分流机制与“焦点最小化”原则

目前各地议事规则绝大多数都规定承办人应提前将上会案件的材料发送会议成员审阅，这对于会议成员熟悉案情，高效发表意见显然是必须的。但仅简单地规定提前

发送案件材料，对于提高会议讨论效率显然是不够的。

1. 报送材料的繁简分流机制。最高院于 2016 年 9 月发文，明确提出推进案件繁简分流，优化司法资源配置，^①这一精神在专业法官会议上亦应得到体现。一般而言，上会讨论的案件往往较为疑难复杂，但其中仍有相当部分属于争议焦点明确，疑难结点单一的案件，例如案件事实清楚，经办人仅是对某一具体法律适用问题把握不准；或是法律关系清楚，但因个别关键事实不清而存在举证责任分配的疑难等。此类案件上会讨论的焦点单一，若“一刀切”地要求经办人撰写完整审理报告，并将证据、笔录等相关材料发送会议成员审阅，既不利于提高会议效率，也加重了会议成员的负担。因此，对于会前准备阶段规则的构建，应对上会案件具体情况进行细化区分。对真正重大疑难案件，应报送完整案件材料，必要时甚至可以随案报送相关的学界观点和参考判例，便于会议成员全面了解案情。而对于上述焦点单一的案件，应允许经办人以简化的方式报送材料，例如可以采用要素式报告或者表格的形式报送案件概况和讨论焦点，上会时也只就焦点进行讨论，而不涉及全案。

2. 上会“焦点最小化”原则。出于提高会议效率及推动案件繁简分流的需要，承办人应对拟上会的争议问题进行剖析，去除外层证据充分的事实和没有争议的法律关系，梳理出争议问题的实质核心，作为焦点提交会议讨论。避免焦点扩大化、模糊化，进而使得会议转化为对全案的讨论。除了提高会议效率，“焦点最小化”原则同样是对合议庭独立行使审判权的保障，避免合议庭对案件其他事实和法律适用的判断受到讨论过程的影响。

（二）会议讨论：夯实平等交流意见的制度基础

落实司法责任制是本轮司法体制改革的“牛鼻子”，而责任制的落实要求审判权运行机制由院、庭长决策向合议庭负责转型。因此，在议事规则的设计中贯彻“去行政化”要求，保障会议成员独立发表意见，在平等对话中共享智识，是实现专业法官会议制度价值的必然要求。对于会议讨论阶段的规则设计，笔者提出如下建议。

1. 会议成员发表意见应直接、明确，紧扣讨论焦点。虽然有部分法院规定，专业法官会议成员可不就焦点发表明确意见，而仅提出原则性、方向性意见。但笔者认为所谓“原则性意见”的尺度难以把握，此类规定会导致成员意见过于模糊，降低会议效率，影响专业法官会议讨论疑难案件、统一裁判口径的制度功能的发挥。在当前“案多人少”的形势下，更不宜作出此类规定。尽管对于法律适用问题，客观上确实存在多种理解的可能，但作为专业法官会议成员，仍应根据自身的审判经验和职业判断，对讨论的焦点提出直接的倾向性意见。

^① 最高人民法院：《最高人民法院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》，载最高人民法院网。



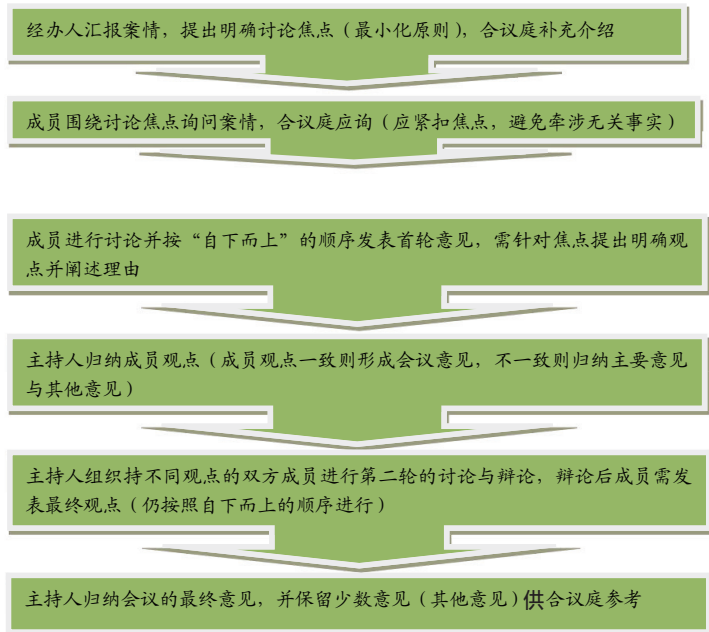
2. 会议成员发表意见应按照“自下而上”的顺序。如前所述,会议成员中职务较高、资历较深的法官所发表的意见,无形中会对其他成员产生影响。为了避免这种“行政化”因素所产生的干扰,让会议成员能够完全根据自己的业务判断发表意见,应采取“自下而上”的发言顺序,即职务、级别、资历越低的成员越优先发言。

3. 确立意见交换与辩论规则。在专业法官会议的实际运行中,存在部分会议成员未就焦点进行充分思考,仅简单提出附和性意见的情况,这种现象对于意见的充分交流极为不利,使得会议流于“形式化”。因此,在对问题进行讨论的过程中,在会议成员发表初步意见后,应贯彻辩论原则,由会议主持人归纳不同的倾向性意见,由持不同意见的成员发表第二轮意见,并充分说明理由。

4. 归纳主次意见而不进行表决。在司法责任制框架下,专业法官会议的性质与作为最高审判机关的审委会不同,会议的意见仅作为合议庭的参考而不具有强制性。因此在会议已经归纳出主、次意见的情况下,再进行表决得出唯一的结论事实上并无必要,不进行表决可以避免成员意见因“行政化”影响而产生趋同,同时尊重并允许少数意见的保留也是会议作为审判咨询机构的题中之意。

5. 合议庭成员分情况列席会议。各地现有的议事规则一般规定合议庭应全体列席会议,回答会议成员询问。但实践中,由于合议庭成员各自的办案压力,往往存在案件主审法官单独上会的情况。笔者认为,基于前述上会案件繁简分流的构想,

简单案件要求合议庭全体上会,可能造成司法资源的浪费;而复杂案件由主审法官单独上会,又会导致其他合议庭成员的意见不能得到充分阐述。因此,不宜对合议庭成员列席会议作机械性的规定,建议对于单一焦点的简案,以及合议庭对于讨论焦点意见一致的案件,应允许主审法官单独上会;而对于其余复杂案件,则应由全体合议庭成员上会(具体会议流程建议详见图四)。



图四 :专业法官会议讨论流程

（三）会后程序：会后复议与审判经验的制度化总结

当前各地专业法官会议实施规则基本都规定了对于会议全程记录留痕并入卷备查，但就充分发挥会议总结审判经验、统一裁判口径的制度功能而言，这样简单的规定显然无法满足要求。

1. 会后复议制度。对于会议形成的意见（一致意见或主要意见）与合议庭的一致或多数意见不一致的，合议庭应就会议意见复议一次，复议中合议庭成员均需说明采纳或不采纳会议意见的理由。无论是否采纳会议意见，案件结果仍由合议庭自行决定并负责。

2. 审判经验的制度化总结。对于专业法官会议的功能而言，个案咨询与类案总结同等重要。当前各地实施规则对于会后总结的规定往往较为薄弱。审判管理部门应负责收集历次专业法官会议讨论的案件，并对讨论的焦点进行整理，形成具有审判指导意义的观点，并以专业法官会议简报或观点汇编的形式，按照民商事、刑事、行政、执行等分类定期发送相关审判业务部门作为审判参考。通过对会议讨论结果的制度化总结，能够有效避免类似案件反复上会以及本院内部“同案不同判”的情况发生。

四、相辅相成：专业法官会议议事规则的配套机制

专业法官会议制度是综合配套改革的重要一环，而要充分发挥会议的制度功能，仅依靠对议事规则的构建显然是不够的，还需要对与其相适应的配套措施进行探讨。

（一）专业法官会议的上下级衔接机制^①

当前各地的实施规则均尚未对上下级法院专业法官会议的衔接问题作出规定。但就会议所具有的审判指导功能而言，建立上下级法院的会议衔接机制，无疑具有现实意义。

1. 下级对上级的案件提议机制。笔者认为，专业法官会议所具有的审判咨询功能不应仅局限于本院的审判业务，对于下级专业法官会议讨论中分歧严重，难以形成主要意见的焦点问题，应设立提议机制，允许下级法院将问题提交上级专业法官会议研究讨论（讨论结果同样仅供参考）。值得注意的是，基于合议庭独立审判的改革精神，下级法院报送上级会议讨论的应限于在法律适用问题方面具有普遍意义的共性问题，而不应将个案的实体处理问题提交讨论，避免下级法院将个案报送，陷入上级法官会议对个别案件“提级审理”的误区。

^① 鉴于下级法院不宜对上级法院的专业法官会议规则作出规定，在会议的上下级衔接规则方面，应由上级法院统一作出规定。



2. 上级对下级的通报机制。对于上级专业法官会议讨论的结果，应向下级法院进行制度化的通报，例如上级法院定期将形成的会议简报或观点汇编发送下级法院，下级法院也应及时将会议内容通报相关业务庭室，作为审判业务学习的内容。通过通报机制，能够更好地统一上下级法院间、各下级法院间的裁判口径，改善各法院“同案不同判”的问题，也可以避免下级法院将类似的问题反复上会讨论，造成司法资源的浪费。

（二）专业法官会议对审委会的过滤分流机制

在司法体制综合配套改革中，专业法官会议的一项重大制度功能就是对拟提交审委会的案件进行过滤分流，促进审委会回归总结审判经验的本质功能。当前部分法院的实施规则规定，合议庭意见与会议意见不一致的，应将案件提交审委会讨论。笔者认为这样的规定忽略了专业法官会议与审委会不同的性质，将会议与审委会强行挂钩，导致相当部分的案件在专业法官会议与审委会重复讨论，影响专业法官会议过滤审委会案件功能的发挥。如前所述，本轮审判权运行机制改革的核心价值是审判权回归合议庭，基于这样的价值取向，应尊重合议庭对于案件的终局决定权，不宜因合议庭与会议的意见分歧而硬性规定将案件提交审委会。建议在专业法官会议意见分歧严重，难以形成占显著多数的意见，或者经过复议，合议庭意见与会议意见仍不一致的情况下，合议庭可以自主决定是否提请庭长审阅案件，并由庭长决定是否将案件提交审委会讨论。

（三）专业法官会议成员的绩效考评机制

当前各地法院对于专业法官会议成员参与会议讨论的工作量计算问题鲜有规定。本轮司法体制改革对员额法官的办案任务数作了明确规定，在此基础上参与会议讨论，一定程度上加重了法官的工作负担。由于缺乏对于法官参与会议讨论的绩效考评机制，导致法官客观上对法官参会的积极性造成了一定的影响。建议结合前述案件繁简分流机制，对于上会的会议成员，单一焦点案件（简案），每三件折算一件办案数，其他复杂案件，每两件折算一件办案数。

结 语

骥骥当解韶光贵，不待扬鞭自奋蹄。虽然当前我国各级法院普遍设立了专业法官会议，但对于其运行规则的构建仍处于起步阶段。后续由最高院制订出台全国性的工作规则，对专业法官会议的各个环节作出进一步的细化规定应是大势所趋。而议事规则及配套措施更是整个工作规则设计的核心问题，为此，笔者在本文附件中尝试对议事规则及其配套措施进行条文设计，惟愿为专业法官会议工作规则的构建提供些许思路。

附件：

专业法官会议议事规则及配套措施的有关规定
(建议在专业法官会议工作规则中单辟一章或一节进行规定)

【会前准备】

第一条 合议庭提请专业法官会议研究讨论案件，应于会前三个工作日将上会材料电子版发送会议成员预览。

第二条 上会案件实行繁简分流机制，由主审法官预先对上会案件进行区分。对于符合下列条件之一的单一焦点案件，可以采取简化方式报送上会材料，仅将《单一焦点案件报送专业法官会议讨论表》及与焦点相关的必要材料发送会议成员。

- (1) 案件事实清楚，合议庭仅就某个单一法律适用问题提请会议讨论；
- (2) 案件事实清楚，主要法律关系明确，合议庭就行使裁量权问题提请会议讨论；
- (3) 基本事实清楚，合议庭就关键事实分配举证责任问题提请会议讨论；
- (4) 其他争议焦点单一，合议庭认为可以简化报送的案件。

对于其他疑难复杂及重大敏感案件，主审法官应撰写审理报告，详细说明案件概况、证据分析、争议焦点及合议庭意见及理由等内容，并将案件相关文书及主要证据材料一并发送会议成员。

第三条 按照“焦点最小化”原则报送材料。合议庭应对案件争议进行剖析，剔除争议问题中证据充分的事实和没有争议的法律关系，将争议问题的核心作为焦点提请会议讨论。会议仅围绕合议庭报送的焦点进行讨论。

【会议讨论】

第四条 对于单一焦点案件，以及合议庭对于讨论焦点意见一致的案件，可以由案件主审法官单独上会介绍案情及合议庭意见；其余案件应由合议庭全体成员上会应询。

第五条 会议成员地位平等，独立发表意见且会上所发表意见不受追究。

第六条 专业法官会议讨论案件按以下程序进行：

- (1) 主审法官汇报案情及合议庭意见，提出明确讨论焦点，(若属于第四条规定的复杂案件)其他合议庭成员围绕焦点作补充介绍；
- (2) 会议成员围绕讨论焦点进行询问，(主审法官)合议庭应询；
- (3) 会议成员进行讨论并根据职务、级别、资历的排序，按照“自下而上”的顺序发表首轮意见。会议成员应针对焦点提出明确意见，并阐述理由；
- (4) 主持人归纳成员观点，若成员观点一致，则形成会议一致意见；若观点存在



分歧，应归纳会议主要意见与其他意见；

(5) 未形成会议一致意见的，持不同观点的会议成员应进行第二轮辩论，辩论后按照“自下而上”的顺序发表最终观点；

(6) 主持人再次归纳成员观点，以多数意见作为会议主要意见，并保留其他意见供合议庭参考。

【会后程序】

第七条 会议一致意见或主要意见与合议庭的一致或多数意见不一致的，合议庭应就会议意见复议一次，复议中合议庭成员均需说明采纳或不采纳会议意见的理由。案件以合议庭意见裁判，由合议庭负责；

第八条 会议讨论过程应当全程留痕，由记录员全面记录讨论过程及成员意见，会议记录由全体参会人员签名确认后归入卷宗副卷；

第九条 审判管理部门负责收集专业法官会议讨论的案件，对讨论的焦点进行系统整理，并按照民商事、刑事、行政、执行的分类按季度编制《专业法官会议观点汇编》下发相关审判业务部门作为审判参考。

【配套措施】

第十条 下级法院专业法官会议可以将其讨论中分歧严重，难以形成主要意见的焦点问题提交上级（本院）专业法官会议讨论。提交的问题仅限于法律适用问题方面，且要求具有普遍意义的共性问题，不得将个案的实体处理问题提交请示。

本院每季度将《专业法官会议观点汇编》发送下级法院，下级法院应及时将汇编通报相关业务庭室，作为审判业务学习的内容。

第十一条 对于专业法官会议讨论中分歧严重，难以形成主要意见的，或者合议庭根据本规则第六条规定，经过复议仍决定不采纳会议意见的，合议庭可以将案件提交庭长审阅，由庭长决定是否将案件提交审委会研究。

第十二条 成员参与专业法官会议讨论的，计入年底个人绩效考核。单一焦点案件，每三件折算个人办案数一件；其他案件，每两件折算个人办案数一件。

（责任编辑：王文斌）

信息网络对司法的挑战与应对

范明志*

内容摘要 当司法还在试图以处惊不变的权威来保持社会关系的平静的时候, 信息技术的大潮已经汹涌而来。网络技术本身遵循着摩尔定律, 每 18 个月到 24 个月就要更新一代, 与之相适应的商业模式、交易方式、生存方式都在发生变化, 由此带来的社会关系也在发生着创新或变异, 从而使网络对司法的挑战成为一个相当普遍的现象。司法是解决社会矛盾的前线, 更是法学发展的活水源泉。欲使以调节社会关系为己任的司法跟上信息社会的发展变化, 就要通过检视司法实践中网络所提出的挑战, 对网络影响司法的路径进行法理分析, 进而展望在信息网络时代司法发展的轮廓与应对要点, 为具体领域的审判工作提供可供参考的思路和应对之策。

关键词 信息网络 司法制度 新型权利 智慧法院

中图分类号: DF716 文献标识码: A 文章编号: 1674-3156(2019)01-107-119

一、信息网络对司法的挑战

当下的司法制度设计到底有没有能力调节网络时代的社会关系? 实际上, 信息网络时代“未来已来”, 它对法律的挑战已经不再是蜻蜓点水, 用“波涛汹涌”来形容也不为过。在全世界范围内, 司法受到信息网络的挑战都是同样的巨大, 甚至“没有最大, 只有更大”。从我国的司法实际来看, 在人民法院的主要审判领域如刑事审判、民事审判等方面都明显的体现出来。

(一) 在刑事审判方面, 对网络犯罪案件在定罪和量刑方面均出现法律适用上的障碍

网络融入我们生活的各个方面, 但同时, 也被犯罪分子所利用, 因为越是新的领域, 越可能存在法律漏洞。在现实中, 网络犯罪比现实当中实施更容易、获利更多, 而且被发现、被抓获的难度更大。目前, 我国网络犯罪已占犯罪总数的三分之一, 并以每年 30% 以上速度增长。“未来, 绝大多数犯罪都会涉及网络。”^① 从刑事司法实践来看,

* 范明志, 中国应用法学研究所副所长、研究员、博士后导师。

① 蔡长春:《孟建柱:提高打击新型犯罪能力增强群众安全感》, 载《法制日报》2017年1月18日。



网络带来的冲击不仅仅在于案件数量，更在于定罪量刑所面临的挑战。

一是由于法律与信息网络的脱节，致使对一部分具有较大社会危害性的网络行为在定罪上争议较大。由于立法或司法解释空白或者对相关规则认识不统一，导致司法机关对一些新型网络犯罪行为不能准确定性，难以正确区分此罪与彼罪甚至无法入罪。比如，一些行为人以买卖、招工、商家搞活动等欺骗方式获得公民身份信息，进而在电子商务平台上冒充他人进行虚假账户认证、组织他人在电子商务平台发布大量虚假交易信息，扰乱网络交易秩序。由于缺乏相关法律依据对这些行为定罪量刑，导致这些破坏性行为逐步形成了涉及面广、产值大、危害大的黑色产业链，严重侵害了网络平台和广大平台用户的合法权益，不利于互联网经济的健康发展。有的行为人利用网络的跨地域性实施犯罪，即使抓获犯罪嫌疑人，也往往存在取证难等问题。以网络诈骗为例，网络诈骗犯罪近年来手段不断翻新，甚至在一些地方发展成了非常大的产业。现实当中破案难度很大，有的诈骗案件，一个受骗人只被骗几元钱，但是诈骗对象可能遍布全国各地，这样的案件办案成本很高，难以对其犯罪行为全部侦破。再如，对于盗窃网络虚拟货币的行为，由于对网络虚拟货币的性质认识不一，有物权、债权、知识产权等不同观点，导致司法实践中对这种行为存在着盗窃罪、侵犯通讯自由罪、非法获取计算机信息系统数据罪等不同观点。

二是量刑标准不清晰，有时仅仅依据获利数额量刑。《最高人民法院量刑规范化的指导意见》第3条规定，量刑应与被告人犯罪的社会危害性和人身危险性相适应，在刑法规定的法定刑幅度内进行。但是一些网络犯罪中的社会危害性与人身危险性难以准确认定，传统犯罪审判中的认定方法难以适用。比如，在非法获取计算机信息系统数据罪案件的量刑上，犯罪的社会危害性往往缺乏认定标准，这类犯罪一般包含两种行为：窃取数据和贩卖获利。由于对数据的性质认识不清，在司法实践中，量刑时一般将被告人获取的犯罪数额作为依据，较少考虑窃取数据的危害性。其实数据的损失对被害人影响可能更大，其蕴含的价值或许远远超过犯罪数额。

之所以对网络犯罪的司法活动出现上述定罪量刑方面的问题，究其原因，在于网络发展对于犯罪构成理论的运用造成了严重的冲击。犯罪构成理论是刑事审判中的重要分析工具，当前公检法机关办理刑事案件，一般的思路就是看犯罪行为是否符合犯罪构成的四个要素：犯罪客体、客观方面、犯罪主体、主观方面。在当前，犯罪构成四个要素都受到了信息网络的影响。

在犯罪客体方面，信息网络模糊了对某些法益的认识。在刑法理论与实践，法益即刑法所保护的社会关系，是认定某种行为是否构成犯罪、构成何种犯罪的重要因素。当前，一些网络社会关系的法律性质不明确，导致司法机关对一些犯罪行为难以定性。比如，信息网络上的虚拟财产如QQ币、游戏账号、游戏币等，它们所体现的社会关系没有为法律所承认，当有人以此作为犯罪目标的时候，可能产生法律上定性

的难题。对于盗窃虚拟财产，目前最高法院研究室认为可以按照非法获取计算机信息系统数据罪进行处理。^①在当前法律规定下，这是最恰当的处理方式。但是从网络发展来看，这仍是比较笼统的一种定性方式，因为除了盗取虚拟财产，盗窃其他数据也可能构成该罪，这样定性对于被盗窃的对象缺乏具体的法律评价，难以体现罪罚相一致的要求。再如“炒信”行为，行为人使用恶意注册、刷单、虚假评价、刷单骗补以及泄露倒卖个人信息、合谋寄递空包裹等违法手段，在电子商务及共享经济领域以虚构交易、好评、删除不利评价等形式为自己或他人提升信用水平，对此可否适用刑法第 276 条以破坏生产经营罪进行处罚？有人提出，这种行为损害了社会市场秩序，应当按照非法经营罪进行处理。也有学者认为这种行为构成虚假广告罪和非法利用信息网络罪。^②争议的关键在于炒信行为所侵犯的法益是什么，是一种企业内部的生产经营秩序还是国家所保护的一种交易秩序？犯罪客体不同，适用的罪名也就不同。

在犯罪客观方面，信息网络加剧了犯罪手段的创新性。犯罪手段也随着互联网应用的进步而不断翻新。互联网技术本身是没有价值取向的，既可以用于促进生产经营、社会管理活动，也可能被用于违法犯罪行为。有什么样的互联网应用创新，就可能带来什么样的犯罪手段出现。有了网络社交平台，就产生了利用网络社交平台的犯罪；有了网络身份认证，也催生了网络上的身份证信息买卖犯罪。从实施犯罪的空间来看，互联网扩大了犯罪活动的地理范围。由于网络的跨地域性，犯罪嫌疑人很容易通过网络在另外一个国家或地区实施犯罪行为，甚至一个犯罪行为可能跨越数个国家和地区。比如我国台湾地区人员实施的网络电信诈骗，实施犯罪的对象在大陆，犯罪人员却在非洲，犯罪使用的服务器在美国，犯罪使用的信用卡在东南亚，为侦查犯罪、认定证据带来了困难。从对认定犯罪客观方面的影响来看，信息网络犯罪手段的翻新突出表现为行为的碎片性：行为人利用互联网技术，将一个犯罪行为分解为多个看起来没有联系的行为，并且这些细分行为有时看起来不具有明显的违法性。比如，在“炒信”行为中，从收购身份证件、手机卡，到对身份证件进行变造处理，到手机验码、账号买卖，再到刷单、物流、写评语等，都进行了细致的分工，这种分工有时不是完全由某个人精心策划的，而是在信息网络上围绕“炒信”的利益而自发形成的，甚至发展成了产业链。

在犯罪主体方面，信息网络模糊了认定犯罪主体的法律界限。智能软件、智能机器人的出现，打破了某些行为的自然人主观意识模式，即机器或者软件在一定程度甚至在自主状态下完成人类的某些行为，如无人驾驶、智能医疗、信息传输、智能股票

^① 最高人民法院研究室《关于利用计算机窃取他人游戏币非法销售获利如何定性问题的研究意见》，载张军主编、最高人民法院研究室编著：《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127-136页。

^② 参见王华伟：《刷单炒信的刑法适用与解释理念》，载《中国刑事科学》2018年第6期。



交易等。这种人机混合、甚至自主意识的智能体所做出的行为在意思产生、行为以及行为后果上,都可能存在混合、混同现象,为认定行为主体带来了困难。在“快播”案中,“技术中立的帮助行为”就引发了实施犯罪主体方面的争议。^①同时,信息技术使一些网络犯罪行为变得非常简单和容易操作,导致一些不满最低刑事责任年龄的少年儿童很容易实施某些犯罪行为,或者帮助犯罪的行为,比如为他人诈骗协助“打码”。这也是信息技术对犯罪主体理论带来的新挑战。

在犯罪主观方面,信息技术在一定程度上掩盖了犯罪嫌疑人的主观恶性。传统犯罪中嫌疑人的生活环境往往是特定的,其实施犯罪的手段、方法和周围的因素往往有着直接联系,在判断犯罪主观方面时,除了犯罪嫌疑人的供述,往往根据犯罪嫌疑人的客观表现来确定其主观状态。但是在网络上,很难判断一个人的生存、行为环境。互联网的开放性,致使网络使用者无需任何理由便可以接触一切公开的信息,也可以发布法律没有明确禁止的信息。相对于现实中的犯罪行为,对于网络犯罪往往更难以发现相关因素来判断行为人的主观意识。更为严重的是,人机混合进一步模糊了行为人的主观状态,这也是本文上述认定网络犯罪主体困难的根本原因。网络实名制可以解决网络使用者的身份问题,但是难以解决人与机器意思衔接中的责任问题。尤其是在智能软件的帮助下,人类的判断和决策通过智能软件得到了广泛延伸,使得一些法律上的意思表示出现人机混合问题,例如,智能机器人的决策是操作人的意思表示,还是纯粹机器人算法的“意思表示”?^②这导致网络犯罪和传统犯罪一个区别在于,传统的犯罪是人的行为,而网络犯罪往往可能是机器协助下完成的行为,存在着机器生产者、软件开发者、机器所有者、机器操纵者等主体的混合操作问题,行为人的恶意可能被“中立”的技术所淡化甚至消解。在这种情况下,适用传统的法律规定来认定犯罪行为人的恶性是比较困难的。

(二) 信息技术对民事审判的挑战

如果说刑事审判遇到的网络挑战主要来源于信息技术对人和行为的影响,那么民事审判遇到的网络挑战则主要是信息网络自身发展所带来的新特点和新内容,这导致适用现有的法律规则解决网络民事纠纷的难度可能更大。

一是新型民事权利的出现。信息网络改变了人类生产生活的状态与方式,在人类生产生活方式要素的创新性排列组合当中,涌现了很多新型权利。比如:公民信息权、数据权、虚拟财产权,甚至还出现了智能机器人的新权利如作品权,等等。新型民事权利的出现,不仅导致了现行法律难以作为裁判案件的依据,而且现有的法律解释方法也难以发挥作用。比如在对“大数据”的性质难以确定时,关于大数据纠纷的法律

^① 参见毛玲玲《传播淫秽物品罪中“传播”行为的性质认定——“快播案”相关问题的刑事法理评析》,载《东方法学》2016年第2期。

^② 马长山:《智能互联网时代的法律变革》,载《法学研究》2018年第4期。

适用，“文意解释”“体系解释”“历史解释”等法律解释方法都难以发挥作用。有关立法在民事和刑事领域也出现了“倒挂”的现象，比如对于公民信息权，虽然《民法总则》第 111 条规定“自然人的个人信息受法律保护”，但是法律没有对侵犯公民信息权行为提供责任规则，导致认定侵犯公民信息权的民事案件极少。然而，在刑事方面已经有法律规范将侵犯公民信息权作为犯罪进行处理：2017 年 5 月，最高人民法院和最高人民检察院发布了《关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》，基于不同类型公民个人信息的重要程度，对侵害公民个人信息罪分别设置了“五十条以上”“五百条以上”“五千条以上”的入罪标准，以增强适用侵犯公民个人信息罪的可操作性。这在实践中可能导致这样一种现象：侵犯公民信息权在民事案件当中难以被认定，却在刑事案件当中却可能作为犯罪进行处理。这在传统法律观念当中是难以理解的，但是在信息网络时代，对于公民个人信息是主要由私法保护，还是主要用公法来保护，本来就是一个有争议的问题，^①出现这种现象其实是完全合理的，甚至我们对民法与刑法的关系也需要再认识。公民个人信息作为一项权利，与传统上的民事权利存在较大差异。比如其中的个人行踪信息，在刑法上被作为重要信息来对待，因为它涉及到个人生命安危，现实中就发生过一个女士夜跑时被杀死的案件，犯罪分子掌握了她的行踪信息是案发主因。在缺乏刑事责任的威慑下，对于公民信息的民事保护方法有时确实难以胜任。

将公民个人信息汇集起来可以形成数据，目前在法律界和学界还没有对数据权的法律性质形成共识，有物权、商业秘密、知识产权等不同学说，也有人提出，数据权本身不是一项权利。^②一项事物的法律属性不明确，由此引发的纠纷却不断涌向法院，不可避免地对民事审判带来法律适用上的困难。此外，智能体作品权、流量权、虚拟财产权、免受自动化决策权等新型权利形式也不断对现行民事审判提出挑战。

二是权利行使出现新的方式。传统上民事权利一般在物理空间内行使。网络为我们在现实空间之外开辟了第二空间。网络空间打破了物理空间中人与人之间联系的局限性，也使传统权利产生了新的行使方式。比如信息网络传播权，我国《著作权法》规定了信息网络传播权的概念：即以有线或者无线方式向公众提供作品，使公众可以在其个人选定的时间和地点获得作品的权利。但是法律并未使用互联网技术特征界定该新型传播模式，也没有利用法律术语界定该新型权利。对于信息网络传播权的侵权认定目前存在服务器标准、认知标准、实质性替代标准、法律标准等不同观点，因为在以信息传播为核心价值的互联网环境下，对于一种免费网络作品，著作权人和公众

^① 参见叶名怡《个人信息的侵权法保护》，载《法学研究》2018 年第 4 期；高富平《个人信息保护：从个人控制到社会控制》，载《法学研究》2018 年第 3 期；赵宏：《从信息公开到信息保护：公法上信息权保护研究的风向流转与核心问题》，载《比较法研究》2017 年第 2 期。

^② 参见梅夏英：《数据的法律属性及民法定位》，载《中国社会科学》2018 年第 9 期。



分别对它享有权利的界限是不明确的。仍然使用传统著作权的权利观念来解释其权利边界，可能与互联网时代的公众权利诉求存在冲突，也不符合互联网的信息自由传播的价值取向。

三是新型交易方式的出现。传统的交易规则是基于口头或书面交易活动为基础设立的，遵循着要约——承诺的合同成立基本方式，要求当事人在交易活动中意思表示真实，基于欺诈、胁迫、重大误解、乘人之危的意思表示所创立的合同可以被撤销。但是在网络交易活动中，由于交易双方缺乏见面协商的方式，对交易物品也仅仅是通过网络了解信息，只能“看”无法“摸”到商品，对于商品的性能、可能存在的瑕疵难以像在传统交易方式中那样了解清楚，导致了传统交易规则在面对新型交易方式时出现“失灵”。比如，对于商家在网购平台上“标错价”如何认定合同的效力问题，用传统合同法难以解决。一个网络平台上的电脑卖家，把本来价格5000块钱的电脑标成1块钱了，结果被下了很多订单。卖家说对不起我标错价了，价值5000块钱的电脑怎么可能1块钱卖出去，破产了也履行不了这个合同。依据传统合同法，认定该网购合同有效或者无效，均缺乏足够的说服力。我国台湾地区出现了一些类似案件，也没有做出一致的裁判结果，后来就出台了一个法律规定，说网络买卖合同的成立不以网络上的点击成交为标准，必须在点击提交订单并付款之后，由卖家向买家发一个合同确认短信才算成交。当然这个方法可以解决网购合同的成立问题，但是网络交易的核心优势就是快捷、简便，如果还要附加一个确认程序，网络交易的优越性就被消解了。网购日趋成为大多数人日常消费的主要方式，可以预见，在民事审判中，网络交易将对传统交易规则不断提出新的挑战。

近年来，P2P网贷公司“暴雷”、“跑路”现象频现，^①导致人民法院民间借贷纠纷数量激增，即使法院依法做出裁判，很多通过网络借出去的资金依然血本无归。与此同时，“套路贷”“校园贷”等为一些贷款人带来了超出预料的沉重债务。贷款本来是一种常见的民间资本交易活动，为什么在网络条件下出现了如此严重的问题？网络这种信息交流方式起到了主要作用。首先，网络会放大交易双方信息不对称的差距，而且容易导致买方的信息往往来源于卖方；其次，人们通过信息网络的途径，对自己的经济实力、实际需要、主观心理状态的评价，与现实当中是不一样的，正如购物时交现金和刷信用卡的区别，一张张地数钞票对人具有更为直接的感官刺激，刷信用卡仅仅是一个数字反应。在网络上完成某种行为，与在现实中的行为也存在这种心理差异；最后，网络传播的广泛性能够使网贷信息捕捉到存在紧急需要资金的目标群体，可能是发生紧急情况的“一时急需”，也可能是涉世未深的大学生群体，抑或“理性”不

^① 参见刘琪：《全国网贷40天暴133个雷超70%平台不再“一跑了之”》，载《证券日报》2018年7月14日。

足的人群。网络技术对于促使交易的这些作用，在传统交易规则中是几乎不存在的，因此，在民事审判中，网贷纠纷案件经常出现“白判”“空判”现象，司法解决这种社会纠纷的功能大大降低。

二、信息网络挑战司法的路径分析

对于上述司法实践中的问题，目前即使在全球范围内也还没有得到彻底的解决，司法应对网络的尴尬普遍存在着，除非在那些还没有普及互联网的地区。从根本上讲，这是因为现有法律的落伍不仅是一种技术上的落伍，也不仅是具体制度设计上的落伍，而是在一种人类发展阶段意义上的落伍。社会已经逐步进入了信息时代，而法律还没有走出工业时代。从解决问题的角度来说，必须分析清楚信息网络挑战司法的具体路径，才能认识到问题的本质，并找到应对的方法。

（一）信息网络与司法发生联系的中间因素

网络挑战司法的具体路径，必须从网络和司法的关系当中寻找。一方面，信息技术属于生产力的范畴，互联网代表着社会生产力新的发展方向，以互联网为代表的信息技术发展是人类继农业革命、工业革命之后又一次最为重大的社会技术革命。另一方面，司法属于上层建筑的范畴，是建立在一定经济基础之上的关于法律实施的制度。在生产力和上层建筑之间起连接作用的因素是生产关系：生产力决定生产关系，生产关系的总和构成经济基础，经济基础决定着上层建筑。因此，网络影响司法的路径大体可以描述为，作为先进生产力的信息技术，创新或者改变了社会生产关系，而生产关系的改变，必然要求法律制度的相应改变。当法律制度跟不上社会关系要求的变化时，就会出现本文前述的现象。信息技术所塑造的新型社会关系——网络社会关系，就是连接信息网络与司法的中间因素。正因为以前没有承认网络社会关系，在遇到网络法律问题时，立法、司法、执法机关都只好去解决具体网络问题，却没有把目光聚焦在互联网对法律提出的根本挑战上。

（二）网络社会关系影响法律的具体路径

网络社会关系是基于网络技术这种新型社会生产力而产生的社会关系。对于网络社会关系的调整，有政治、法律、道德和宗教等多种手段，但是从根本上讲，这些手段都是由网络社会关系所决定的。网络社会关系影响法律的具体路径，一定体现在法律关系上，因此可以从法律关系的构成要素即法律关系的主体、客体和内容等三个方面来分析这种路径：

一是法律关系主体方面，新型权利主体不断出现。信息技术促进了新型权利主体的产生，主要表现在三个方面：一是信息技术自身作为权利客体时所催生的权利主体，比如网络交易平台、软件或数据企业等以信息技术作为“财富”的新



兴商业组织。之所以将其称为新型权利主体，不在于其自身出现的时间早晚，而在于法律对于他们的“财富”——信息技术及其产物比如数据没有准确的定性，导致在其基础上建立的无论是行政权力义务还是民事上的权利义务，都处于不清晰状态。比如，网购平台上的工商管理关系、网约车平台的安全保障义务、数据企业对数据进行收集运营所涉及到的权利义务，等等。二是信息技术为现实法律关系主体在网络空间创造的人格权。人格权是社会和个体生存发展的基础，属于整个法律体系中的一种基础性权利，传统法律上的人格权很明确，是为民事主体所固有而由法律直接赋予民事主体所享有的各种人身权利。随着人在网络上的活动逐渐增多，甚至发展到了在生产或生活上对网络无法脱离的时候，现实中的人在网络上的人格权就逐步发育成熟。一个人的信息在网络上储存到足够多的时候，他在网上的形象非常清晰了，并且清晰的程度可能比现实当中还要高，因为现实中人的信息是散乱的、难以整理的，也会因人的记忆力的消退而模糊。但是网络对信息的记忆是储存式的，并且很容易实现永久保存。这样一种由人上网信息所集成的网络人格信息，逐渐发育成为人的网络人格权内容。网络人格权甚至比传统的一些人格权更具有意义，只是这种权利在目前还没有得到法律的承认。三是信息技术创造的智能体。智能机器人是否可以作为法律关系的主体？这已经不再是一个纯理论问题了，机器人创作作品的权利归属已经是一个现实问题，“无人驾驶”系统也正在紧锣密鼓的开发、试验之中。智能机器人具有自主意识已经不再是天方夜谭，有报道说沙特已经接受一个叫索非亚的智能机器人加入其国籍。^①有学者认为，智能机器人摆脱人类的纯粹工具地位而获得主体身份，将是一个必然的趋势。^②

二是法律关系客体方面，新型权利客体不断出现。法律关系客体是指法律关系主体之间的权利和义务所指向的对象，它是一定利益的法律形式。任何主体之外的客体，一旦它承载某种利益价值，就可能成为法律关系客体。在信息网络社会，新型权利客体不断出现，至少表现在三个方面：一是信息网络创造的新型权利客体。在信息社会，信息可以创造财富，甚至其本身就是财富，它可以承载某种利用价值，因此打开了信息作为法律关系客体的大门。公民个人信息、数据、流量、虚拟财产、网络信用、信息经营方式（网络交易平台及交易秩序）都成为新的法律关系客体。这些新型权利客体很难用传统法律进行定性，在其基础上发生的法律行为也难以适用现有法律规则。二是信息网络在一定程度上消弭了传统法律关系主体与客体之间的鸿沟。传统法学认为，凡是人以外的不具有精神、意思的生物归于物，是为权利的客体。在信息技术下，主客体之间的这种鸿沟现在正逐步被消弭。一方面，网络上的人格权由于可能

^① https://www.sohu.com/a/201090035_99928202. 搜狐网，2019年2月12日访问。

^② 马长山：《智能互联网时代的法律变革》，载《法学研究》2018年第4期。

被变现为物质利益，导致主体的客体化，比如带有网络信用的商家名称；另一方面，具有自主意识的智能机器人，本身就是法律关系主体和客体的复合体。三是信息网络使原来的权利客体呈现出新的存在状态。比如对物的占有和使用，传统上对物的占有和使用往往建立在所有权或者租借关系基础之上，但是在信息网络社会，尤其是共享经济发展到一定程度，物的共享将成为普遍的现象，共享下的物与独占下的物其状态是不完全一样的，在更多的情况下，所有权不再是占有和使用的前提。共享状态下的物要具有适合共享的特性，比如其公共适应性增强，而个性化程度降低。这种因信息网络系统而发生的物品共享，与原来的出租或借用是不同的权利行使方式，其中，网络信用是一个非常重要的因素，其对共享行为的产生所带来的影响，在传统的法律关系当中是不存在的。

三是系内容方面，权利与义务、权利与权力之间出现新的博弈关系。在权利与义务关系方面，法律关系主体客体发生的变化，会引起法律关系内容的改变。即使是法律关系的主体客体没有改变，但是在互联网社会条件下，由于人与人之间的联系方式、行为方式的变化，也会引起权利义务出现新的博弈关系。具体表现在：其一，法律关系主体客体发生的变化直接引发的新型法律关系。例如：公民信息权的出现直接引发了互联网企业利用公民信息时所产生的权利义务关系；大数据导致了数据企业与公民信息权利、数据搜集与流通的权利义务关系；自主意识智能机器人带来了智能体的作品权利保护方面的权利义务关系；无人驾驶技术则创新了汽车制造商、软件开发者、汽车所有人、交通事故人之间的权利义务关系；等等。其二，信息网络技术引发了现有权利义务关系的变化。网络购物、P2P网络贷款、共享经济的房屋出租、抢票软件、网约车等，都是在原来的法律关系当中加入了信息技术的因素，这些因素一方面为权利义务关系的产生和发展起到了促进的作用；另一方面，也改变了权利义务关系本身，比如网约顺风车，由于网络平台的介入，创新了车主与乘客之间的低价搭乘关系；前文所述的“标错价”所引发的合同成立问题，也是在交易活动中由于引入了信息网络因素而引发的新型权利义务关系的争议。

在权利与权力关系方面，信息网络技术引起法律关系的变化，不仅表现在民事权利义务关系方面，也体现在公法方面，即行政法律关系和刑事法律关系。相对于引起的民事法律关系变化，信息技术对公法法律关系引起的变化可能更加深刻，因为信息网络技术天然具有去行政化和去中心化的特性，从而对现有行政法和刑法的价值产生冲击。在目前司法实践中，这个问题表现得还不是很严重，但是，已经对当前的司法提出了潜在甚至显现的挑战。其原因表现在：第一、信息网络技术产生的新型权利，导致了其与行政管理和国家权力之间的既友好又紧张的相互关系。比如，网约车在很大程度上缓解了交通压力，保护了环境，但是对于国家出租车管理制度造成了一定的冲击；区块链技术保证了交易的快捷、安全，但同时也可能对国家的货币信用体系造



成一定的损害。第二、信息技术导致私权利不断壮大甚至膨胀，引发行政管理和刑法规制的进一步加强。比如，传统的言论自由与受到传播媒体和传播方式的约束，传播范围比较有限，但是在信息网络下，自媒体的发展可以极大的放大言论自由的社会影响力，对可能引发的后果难以控制，因此需要在行政管理甚至在刑法规则上制定更加严格的规制措施。第三、信息技术促使社会权力不断发展，形成了与国家公权力错综复杂的关系，引起法律关系的深刻变化。传统的社会管理主要是权力——权利的一元化管理关系，但是在信息网络条件下，网络企业的大规模崛起，导致了社会权力的膨胀式发展。不管在我国还是在西方国家，都存在着一些网络企业巨头，并且在业务上形成了一定的垄断性，他们在经营网络平台的同时，也在客观上造成了社会权力聚集，比如，淘宝、京东、腾讯等事实上都产生了一定的准行政权、准立法权、准司法权，因为他们在为公众提供了集中的活动平台，不管是购物、金融还是社交平台，都需要对不特定人进行管理、制定网络行为规则，甚至要处理数量巨大的网络纠纷。这些活动已经超越了传统企业内部管理的范围，成了对公众管理的社会权力。网络社会权力的崛起引发了与国家公权力、私权利之间的错综复杂的博弈关系，从而引发法律关系的深刻变化。

三、网络挑战的司法应对之策

司法受到信息网络的挑战，一方面源于信息网络的迅猛发展，另一方面也是司法的秉性使然，司法天生具有滞后性——维持已有的法律秩序，而不是创新社会秩序。因此，司法应对网络挑战，既无法限制或者改变信息网络发展的方式或方向，也无法为信息网络制定行为规范——那是立法的任务。司法应对信息网络的挑战其实就是在立法缺位或者不完善的情况下，如何妥善地解决信息网络纠纷案件。

在现实纠纷的司法程序当中，也存在着当现有规则不足则可以适用法理进行裁决的裁判方法。因此，面对迅速发展的高新技术，只要拨开技术带来表面复杂的乱象，认识清楚其背后的利益和价值，拿出人类司法千百年来积累的智慧，司法仍然有足够的定力来维持自己裁决的权威。根据本文所述的信息网络对司法带来的挑战，以下策略应为合理之选。

（一）司法应当尊重信息网络自身的价值

信息网络的价值随着信息网络的不断发展而变化。概而言之，网络的价值体现在平等、开放、共享、即时、信用等方面。相对于工业时代，信息时代提供了更加高效的生产生活方式。但是，网络的价值在现有法律当中没有被完全体现出来，甚至与现有的法律规则产生一定的冲突。如果简单的适用现有法律规则处理网络方面的纠纷，那么在法律适用的效果上，可能难以产生促进社会发展的作用。司

法尊重信息网络的价值，主要体现在如下两个方面：

一是承认网络空间存在真实的社会关系。首先，要承认在我们现实社会之外存在网络空间，一个与现实空间并存的网络空间。^①之所以网络案件难以解决，在一定程度上是因为我们没有把网络空间作为法律调整的空间，造成了网络空间的法律真空。相对于物理空间，网络空间可能是虚拟的，但是这并不妨碍其成为真实社会关系的空间。司法不能将网络空间排除在法律管辖之外，对于发生在网络空间的纠纷，只要符合法院审理案件的范围，司法同样不得拒绝裁判。如果没有司法对网络空间的规制，网络空间将会变得混乱，甚至产生对人类过多的负面影响。其次，要尊重网络社会关系。如前文所述，每个人都有自己的人格，在网络空间人与人之间所形成的关系，就是一种网络社会关系，这种网络社会关系随着人们对信息网络的普及和深入而不断发育壮大，在很多国家现在已经发展成为与现实社会关系同等重要甚至更加重要的生产关系。网络社会关系体现了信息网络的特点和价值，对于发生在信息网络上的纠纷，不能简单的等同于现实当中的同类纠纷，在处理这类案件时，司法应当尊重网络社会关系，才能避免简单适用现有法律规则带来的尴尬。

二是要尊重成熟的网络规则。司法裁判应当依据一定的规则，但是对于网络纠纷，现有法律规则有时难以适用，而调整网络社会关系的法律规则还没有形成，在这种情况下，司法应当如何处理网络纠纷？其实，从人类司法的发展历史上可以发现，当针对新生事物的法律规则没有形成的时候，习惯法往往发挥重要的作用，而习惯法在网络社会其实就是网络规则。我国《民法总则》第 11 条规定：“处理民事纠纷，应当依照法律；法律没有规定的，可以适用习惯，但是不得违背公序良俗。”网络规则是人在利用网络过程中，经过各方博弈而逐渐发育成熟的规则，尽管不像现代立法那样具有严格的程序，但是在一定程度上体现着网络社会的共识和网络自身的价值。成熟的网络规则虽然不是法律，但是在司法活动中，不应被否定或者忽视，至少可以作为一种法律事实或者习惯对待，按照现有的法律规定审查其是否存在违法之处，只要不违反现有法律强制性规定，不应当简单地否认其对网络行为的规范作用。

（二）坚持法律思维，兼顾政策导向

对于信息网络纠纷案件，可能存在立法缺失或者规则不完备的情况，为此，司法机关必须强化对法律思维的坚持。法律思维区别于政策、道德、习俗、宗教等其他思维方式，是从权利义务的角度分析社会关系的基本工具，是一种还事物本来面目的思维方式。在缺乏具体法律规则的情况下，法律思维应当发挥更大的解纷功能。尤其是在信息网络将利益纷争变得更加复杂的时候，司法机关更应当从法律所保护的基本权利出发，在充分了解网络行为的基础上，妥善运用证据规则，从法理上论证纠纷解决

^① 参见于志刚：《网络“空间化”的时代演变与刑法对策》，载《法学研究》2015年第2期。



的逻辑关系，显示出司法机关对法治的定力和坚守。

在坚持法律思维的同时，还要兼顾政策导向。在我国，法律和政策具有统一性，都是国家治理的重要规则，政策有时候会成为法律的先导。尤其是在法律不明朗时，政策就可以发挥重要的参考作用。运用党的政策进行社会治理，这是我国社会主义制度的优越性所在，也体现了我们国家独特的法律发展路径。在西方国家，法官可以通过“造法”的方式推进法律的发展，但是作为一种制定规则的准立法行为，西方的“法官造法”仅仅依靠法官个人或者合议庭的智慧和资源。我国的政策制定显然更具有决策资源上的优势。政策是我们国家执政党的集体决策的结晶，其决策具有科学性和更强大的智力基础、社会基础和群众基础，因此，即使还没有经过立法程序上升为法律，政策仍然可以在司法活动中发挥一定的规范作用，从而缓解司法面对信息网络纠纷时依据不足的困境。

（三）促进司法自身对信息网络社会的适应性

司法应对信息网络社会的挑战，除了要有正确的理念和方法之外，还要使自身适应信息网络社会，即实现司法的信息化。

一是加强法院对信息网络技术的应用。首先，必须深入推进网络司法公开。现实中我国司法信息化是以司法网络公开为开端的，伴随着我国对信息网络技术应用的普及，网络司法公开成为司法回应社会关切的重要方式，现在最高人民法院已经建成了“四大司法公开平台”，实现了在网络上庭审公开、裁判文书公开、审判流程公开、执行过程公开，对于案件信息只要没有法律禁止公开的因素，实行一律公开，“以公开为原则，不公开为例外”。因为只有这种公开才能够让司法彻底进入网络社会，以回应网络社会的需要。网络司法公开不仅倒逼了司法改革，而且也对司法信息化起到了极大的推进作用，因为只有实行司法活动的全部网络化，才可能真正彻底落实司法网络公开。对于应对信息网络的挑战而言，司法公开不仅起到了宣传网络法治的作用，也为司法机关了解网络社会对司法的回应提供了渠道。其次，应当大力加强智慧法院建设。智慧法院是司法信息化在网络司法公开基础上的更高端表现，目标是以高度信息化方式支持司法审判、诉讼服务和司法管理，实现人民法院全业务网上办理、全流程网络公开、全方位网络服务。一些更加信息化的手段将应用到司法活动当中，如电子卷宗、电子送达、远程提讯、网上开庭、智能类案推送等。对于应对司法面临的网络信息挑战，这些信息化手段可以让法官在信息化工作环境当中感受信息网络的价值，促进对信息技术的进一步理解，起到让司法融入信息网络社会的效果。这对于增强司法解决信息网络纠纷的能力而言，是非常有必要的。

二是建设并完善以解决网络纠纷为使命的互联网法院。2017年8月，我国在杭州成立了互联网法院，继而在北京、广州也设立了互联网法院。互联网法院的主要使命在于以网络化的司法手段来解决网络纠纷，一切的诉讼活动均在网上进行，诉讼程序

实现网络化，裁判结果充分考虑和尊重网络价值，在司法效果上促进信息网络技术的发展。更为重要的是，互联网法院将把人类的司法公正带入到一个新境界：网络司法公正。如果说现代西方工业文明国家追求的司法公正是程序正义，那么在信息社会中，司法追求的应当是网络正义，包括数据正义、代码正义、算法正义等信息网络技术下社会关系的公正要求，从而更加彻底解决信息网络纠纷，维护信息网络社会秩序。

三是要明确信息网络影响司法的界限。虽然信息网络技术作为先进生产力的代表，其对司法制度具有决定性的作用，但是这种影响并不是无限制、无边界的。司法在积极迎接、拥抱信息化技术的同时，也需要保持自己的底线和边界。人工智能在一定程度上可以参与甚至代替司法活动中的部分工作，尤其是对于提高审判效率具有显著作用。但是，到目前为止，包括将来很长一段时间，信息网络技术包括人工智能对于司法的参与，仍限于事务性、程序性的事务，而不是决策性事务，因为司法的信息是双方争议的信息，当事人如何诉求与辩驳，还有案外因素、环境以及人类的情感、价值等因素，这样一种判断过程，和 Alpha Go 下围棋是两种逻辑。因此，信息网络主要发挥司法裁判的辅助、参考作用，而无法胜任法官的裁判工作。^①

余 论

面对信息网络对司法带来的挑战，当前在世界范围内的司法发展都将任重而道远。但是也要看到，我国司法应对信息网络挑战所取得的巨大成就。在网络司法公开方面，“四大公开平台”已使我国走在了世界的前列；在法律制度的建立健全方面，我国出台了《网络安全法》《电子商务法》等一系列法律法规和司法解释，这些都为司法应对信息网络的挑战提供了强有力的法律依据保障。更为重要的是，我国建立了网络法治的两大基础性制度：一个是确立网络国家主权，一个是推行网络实名制。网络国家主权提供了网络法治的基本权力框架，网络实名制则为建立网络法律关系提供了主体条件。因此，信息网络带来的挑战其实是司法发展的历史机遇。我们在把握机遇的过程当中，应当尊重信息网络的客观要求，坚守司法规律，勇于探索，促进信息网络时代的司法转型升级，为信息社会的健康发展发挥积极的促进作用。

（责任编辑：余晓龙）

^① [美] 卢克·多梅尔《算法时代 新经济的新引擎》，胡小锐等译，中信出版社 2016 年版，第 141 页。



审判案件权重系数“两步走” 评估法之探析

——以 S 省 R 市 L 区法院 2018 年审结的
492 件案件为样本

张 萌*

内容摘要 审判案件权重系数设置的科学合理性是发挥绩效考评正向激励作用的前提条件。本文以 S 省基层法院审判案件权重系数的三种评估模式为视角，进行现状考查和对比分析，认为这三种权重系数评估模式均需改进。本文在借鉴上海市高级人民法院对案件权重评估系数现有研究成果的基础上，以 S 省 R 市 L 区人民法院 2018 年审结的 492 件案件为研究样本，试图探索构建“两步走”的审判案件权重系数评估模式。首先结合立案繁简分流，区分繁简案件并对繁简案件的权重进行初步评估，其次探索使用由审判五要素搭建的“手掌型”权重固定值测算方式，这五项要素即适用简易程序 / 普通程序、卷宗册数、庭审时间、庭审笔录字数、裁判文书字数；考虑到案件审理过程中会遇到或然性事项，如案件涉诉信访，设置案件浮动值系数作为补充，最后系统将结合首次评估和二次评估的权重值自动算出平均值作为案件的最终权重值。

关键词 案件权重系数 首次评估 二次评估 审判五要素

中图分类号：DF813 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)01-120-131

* 张萌，日照市岚山区人民法院审判管理办公室主任。

引言

审判绩效考评的目标是完善工作量化考核激励机制，统一考核尺度，确保考核的科学公正。审判绩效考评在推动法院司法改革，提高法院审判效率，促进司法公正，完善法院用人机制等方面发挥着积极作用。^① 由于不同审判岗位的案件类型不同、难易繁简程度不同，每位法官审理的案件案情多样化，绩效考评从以前的“以案件数量为中心”渐渐转向现在的“以审判实绩为中心”，^② 而审判案件权重系数的设置就是为了体现出个案在全部案件审理中的相对复杂程度，平衡不同类型案件之间的工作量差异。同时绩效考评结果关系到评先树优和年终奖励，法官的愿望就是他们审理案件所投入的工作量与案件权重复杂度的评估系数能成正比，所以一套公平公正的审判绩效考评方案与设置科学合理的审判案件权重系数息息相关，从而最大限度地发挥出绩效考评的正向激励作用。

一、现状考查：S 省基层法院审判案件权重值评估模式

（一）简化评估：不同类型的案件相互折抵

S 省某 A 基层人民法院绩效考评中的审判案件权重系数评估模式是把立案（管辖权、保全等）刑事、民事、商事、行政等案件类型作为评估案件权重系数的依据。例如：以民商事简易程序案件作为基准数 1 件，民商事普通程序案件 1 件折抵 2 件，刑事简易程序案件 1 件折抵 2 件，刑事普通程序案件 1 件折抵 4 件，行政案件 1 件折抵 3 件，行审（执）案件 3 件折抵 1 件，立案管辖权异议、仲裁效力确认、不予受理案件 2 件折抵 1 件，保全（裁决）案件 5 件折抵 1 件。

（二）量化评估：设定结案达标数量 + 超标加分

S 省某 B 基层人民法院绩效考评中的审判案件权重系数评估模式是根据每个审判团队所办理案件类型的特点，给每个团队设定相对应的办案达标数量，达标后得到基础分，在此基础上将超出任务量之外的办案数量进行加分，例如：以各审判团队全年案件结收比达到 100% 为标准，设定刑事审判团队的办案达标数量是 300 件，民事、商事审判团队的办案达标数量是 400 件，行政审判团队的办案达标数量是 150 件，速裁团队办案达标数量是 600 件，道路交通事故、人民法庭审判团队办案达标数量是

^① 扬州市江都区人民法院课题组：《关于进一步优化审判绩效考核的调查与思考——基于扬州市江都区人民法院的实证调研》，载 http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Gid=335631592，2018 年 6 月 29 日访问。

^② 李东华：《法官审判绩效考核的路径探析——从“以案件数量为中心”到“以审判实绩为中心”》，载《山东审判》2017 年第 4 期。



350件。速裁团队超标后每结1件案件加0.5分，刑事、行政审判团队超标后每结1件案件加1.5分，民事、商事审判团队超标后每结1件案件加1分，道路交通事故、人民法庭审判团队超标后每结1件案件加0.8分。

（三）细化评估：根据案由赋分+根据案件类型赋分

S省某C基层人民法院审判案件权重系数评估模式是根据民商事案件案由赋予分值和根据刑事、行政等案件类型赋予分值，例如：将案件难易程度分为五个等级，由易到难分别计0.2分、0.5分、1分、2分、3分。按照最高人民法院民事案件案由规定，将所有民商事一审案件案由详细标明每一个案由所对应的分值，如离婚纠纷1分（涉及财产分割的2分）、财产损害赔偿纠纷1分、占有物返还纠纷3分、买卖合同纠纷2分……申请诉前财产保全案件1件0.2分，速调速裁案件1件1分。再审案件1件3分。刑事案件权重分值：简易程序案件1件1分，普通程序案件1件3分。行政案件权重分值：行政审查非诉案件1件0.3分，行政诉讼案件1件3分。

二、对比分析：三种案件权重系数评估模式均有待改进

（一）基层反馈：三种审判案件权重值评估模式的比对

1. 衡短论长：从考评效率和案件折抵的合理性方面分析

S省某A基层法院所采用的“不同类型案件相互折抵”模式的优势：在计算审判案件绩效考评分数时简便快捷，省时省力。劣势：单纯根据刑事、民事、商事、行政等案件类型进行权重值折抵，过于简化粗略，如刑事普通程序案件1件折抵民商事简易程序案件4件，这个折抵数值是否合理还有待商榷。

S省某B基层法院所采用的“设定结案达标数量+超量加分”模式的优势：在计算审判案件绩效考评分数时简便快捷，省时省力，与某A基层法院的案件权重系数评估模式优势相同。这种模式下，在对超出任务量的案件数量进行统计加分时，不同审判团队加分不同，其实也是一种折抵，只不过这种折抵是用具体的分值代替了。劣势：不同审判团队的办案达标数量设定得是否合理，以及超出任务量之外的案件加分数值设置的是否合理都有待商榷，因为反馈意见中有一部分法官认为粗略的折抵方式并不能反映出他们审理案件实际付出的工作量。

S省某C基层法院采用“根据案由和案件类型赋分”的评估模式，设计初衷是由系统自动算出每一位法官结案所对应的权重分值，其优势是未简单按照刑事、民事、商事、行政等案件类型以及不同审判团队进行案件折抵，而是根据案由和案件类型进行具体赋分，权重值较为具体直观。然而由于受各方面条件限制，某C基层法院未能开发出案件权重系数评估系统，所以与前两种评估模式相比较而言，劣势也更为明显：在审判绩效考评时由人工计算法官的办案量分值费时费力，同时由于缺乏权威性，某

C 基层法院的法官对此也提出了赋予案件的分值不合理等意见，同一个案由的案件又有难易程度之分，比如评估办法未考虑到有的案件存在涉诉信访、刑事被告人不认罪、多个被告人等情形，单纯按照案由和案件类型赋予案件分值不合理，与法官内心期望的分值相差甚远，不能反映出法官的实际工作量和业绩，也无法让法官心服口服。

通过以上比对可以看出，这三种审判案件权重系数评估模式虽各有优势和劣势，但劣势仍较为明显，需要探索构建更为科学权威的审判案件权重系数评估模式。

2. 实绩兑现：案件权重之于绩效考评关乎物质与精神

绩效考评排名靠前带给法官的是物质与精神的双重奖励，是激励也是动力。最高人民法院《法官、审判辅助人员绩效考核及奖金分配指导意见（试行）》中要求“绩效考核奖金的发放，不与法官职务等级挂钩，主要依据责任轻重、办案质效、办案数量和办案难度等因素，体现工作实绩，向一线办案人员倾斜。”奖励性绩效考评奖金分为四档或者三档，所划分的档次总体呈现“两头尖、中间粗”的比例，调研发现 S 省各基层法院对奖金档次差额幅度设置不同，如有的法院奖金每一档次差额在一千五百元以上，最高档次和最低档次差额在六千元以上；有的法院奖金每一档次差额在几百元左右，最高档次和最低档次差额在二千元左右。

由于奖励性绩效考评奖金依据绩效考评结果发放，在对于审判案件权重评估模式的问题上，法官们的反馈也不同。因为法院奖励性奖金档次差额越低，法官对本院绩效考评方案和案件权重评估模式的接受度越高，这种情形下案件权重评估模式并不会引起法官的重视。但是奖金发放的指导精神是体现向一线办案人员倾斜，防止出现平均主义，所以奖金档次差额不宜设置过低，否则有悖司法改革之意。所以，法院奖励性奖金档次差额越高，法官对绩效考评方案和审判案件权重评估模式公正合理性的需求就越高，这就需要构建更为科学权威的审判案件权重评估模式。

（二）顶层设计：希望最高法院研发案件权重系数评估系统

J 省高院开发了根据设定的案值系数和权重分配比例自动计算生成系统，J 省各中级、基层人民法院参照使用该系统，在全省法院范围内案件权重评估办法较为统一，由系统自动计算法官办案分值一目了然，法官反馈效果较好。上海市高院在广泛采集百万件案件数据和案件多项信息点的基础上，运用大数据分析技术调研论证完成“人民法院案件权重系数”专项课题，并将该项成果应用于司法改革试点过程中法官实际工作量的评估测算，为合理测算、科学评价法官办案业绩提供依据。^①

笔者希望，从最高院的层面在现有审判业务管理系统的基础上增加案件权重系数评估这一项功能，因为最高院掌握全国所有法院的大数据内容，在研发该系统时凸显的高

^① 卫建萍、谢钧：《合理测算科学评价法官办案业绩，上海完成案件权重系数课题并成功应用》，载《人民法院报》2015年5月9日。



度、深度、广度等条件是中基层法院所不具备的，研发成果更能体现出案件权重评估模式的合理性和权威性。建议在研发案件权重系数评估系统时，将系统内的每一件结案案件明确所对应的权重值，每周、每月法官的办案数量由系统经过权重值计算自动转化成办案量，可使审判质效通报和审判绩效考评更为准确，也更能让法官信服。

三、路径探索：案件权重系数“两步走”评估法的构建

（一）首次评估：立案环节区分繁案、简案

1. 初步划分：提高专业化审理效率

立案是诉讼程序的开端，科学的分案机制对繁简分流至关重要。^①根据《最高人民法院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》中关于简案快审、繁案精审的指导原则，为进一步推进案件繁简分流工作，本文建议将审判案件权重系数的首次评估与案件繁简分流相结合，实现立案环节对案件难易复杂性质的初步评估，同时建立繁案和简案审判团队，提高专业化审理效率。审判案件的首次权重系数评估是针对立案环节案件繁简分流进行设置，分流以后，系统可将简单案件权重值设置为1，复杂案件权重值设置为3。一开始划分为简案的，后来在审理过程中发现是案情复杂转为繁案，则其权重值转化为3。下文将结合S省R市L区人民法院2018年审结的492件数据样本探索分析繁案、简案首次评估所确定的权重值的相对合理性。

2. 划分规则：区分标准和回流原则

（1）人工筛选为主，智能筛选为辅

可以探索试用系统自动抓取构成简单案件的要素，系统根据简案构成要素和关键点进行繁简划分，由系统智能评估该案是繁案还是简案。但“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”，电子系统虽具智能化但对案情具体情况的判断还是需要经验的法官或法官助理进一步把关，并不能纯粹依靠智能系统完全区分。

构成简单案件的要素——从争议大小、标的额、程序性事项划分：民商事案件当事人对事实没有争议或者争议较小的；当事人权利义务关系较为明确的；当事人争议仅涉及程序性事项不涉及实体权益的案件；^②案件标的额较小。以及刑事被告人认罪认罚的简易程序案件。

从案由区分：买卖、承揽合同关系产生的货款纠纷；租赁和居间合同中涉及费用追索的纠纷；债权债务关系明确的民间借贷纠纷、金融借款合同纠纷；小额劳动争议纠纷、

^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《人民司法应用》2016年第28期。

^② 北京二中院课题组：《构建案件繁简分流机制研究》，载 http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Gid=4780544bccd3d261ade630f2e95a85a9bdfb，2018年6月29日访问。

工伤赔偿纠纷、交通事故赔偿纠纷；采暖费、物业费纠纷；相邻关系纠纷；所有权确认纠纷；股东知情权纠纷等案件。^①以上民商事纠纷中简单案件较为常见，可将系统设置为结合以上案由和争议大小、标的额、程序性事项等方面进行简单案件的判断与区分。

（2）严控案件回流防止降低效率

因繁案团队法官大都不愿意办理从简案团队转来的“夹生饭”案件，案件繁简分流以后应严格控制案件回流，避免案件回流降低审理效率。首次评估判断为简单案件，审理过程中发现案情复杂需要转为繁案，因严格控制案件回流，转为繁案后案件仍由原承办人审理，在实践中有可能会出现了增加自己案件的权重分值或者变相增加审限，简案能结案的也转为繁案以提高权重分值。为此，由简案转为繁案需在系统中填写转为繁案的原因及相关案件材料列表，申请经过分管院长审批同意以后方可转为繁案，同时可以在审判绩效考评中明确规定法官平均结案审限越短得分越高。但是如果简单团队审理了过多的繁案也无法体现和发挥其快办简案的特点和优势，在简案转化为繁案以后可以设定一定的比例移送给繁案团队。如简案团队的案件移送给繁案团队的比例不超过 20%。

（二）二次评估：法官审案投入工作量的多角度体现

由于案件在审理过程中的具体情况也不尽相同，仅通过立案繁简分流来评估案件权重系数不够精准，所以需要结合审理过程中的五项要素进行二次评估。二次评估又划分为测算案件固定权重值和设置浮动权重系数。^②系统将首次评估和二次评估以后的案件权重值相加自动算出平均值，即案件的最终权重值。

1. 权重固定值：审判五要素搭建“手掌型”结构测算方式

案件权重固定值的计算主要围绕法官在审判过程中的核心工作展开（阅卷——庭审——制作裁判文书），卷宗页数直接反映出阅卷量，^③庭审时间、庭审笔录字数、裁判文书字数直接反映出庭审、制作裁判文书所耗费的时间和精力，多角度体现了法官审理案件所投入的工作量。上海市高院的案件权重系数测算采取的是“2+4”模式，即以案由和审理程序两项为基础，以庭审时间、庭审笔录字数、审理天数、法律文书字数四项要素为计算依据，通过比较不同类型案件审理中这四项要素与全部案件审理中四项要素的占比程度，来区分不同类型案件的适用系数，^④并且将这四项要素所占的比例均设为 25%。上海高院在计算各类一审案件权重固定系数时，是计算的每个案由

^① 北京二中院课题组：《构建案件繁简分流机制研究》，载 http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Gid=4780544bccd3d261ade630f2e95a85a9bdfb，2018 年 6 月 29 日访问。

^② 上海市高级人民法院课题组：《案件权重系数研究与运用》，载《全国法院优秀司法统计分析文集第十次获奖作品（一）》，法律出版社 2017 年版，第 155 页。

^③ 张澎、姜金良：《法官额制的测算与配置——以民事案件权重值模型为中心》，载《尊重司法规律与刑事法律适用研究（上）——全国法院第 27 届学术讨论会获奖论文集》，人民法院出版社 2016 年版，第 236 页。

^④ 卫建萍、谢钧：《合理测算科学评价法官办案业绩，上海完成案件权重系数课题并成功应用》，载《人民法院报》2015 年 5 月 9 日。

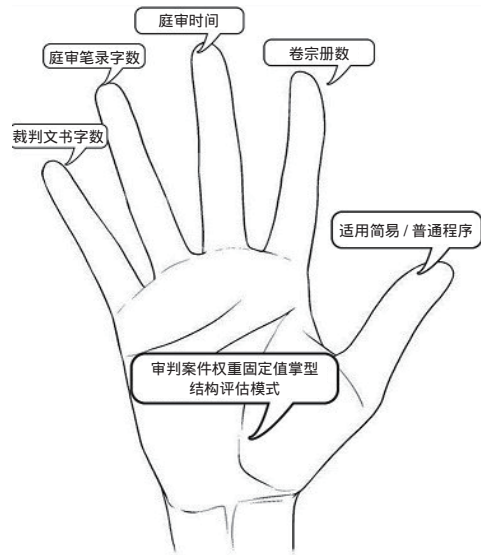


案件适用的基本权重系数，以计算刑事二级、民事三级、行政案由案件的基本权重系数为例，计算公式：刑事二级、民事三级、行政案由案件的权重系数 = $(A1/B1) \times 0.25 + (A2/B2) \times 0.25 + (A3/B3) \times 0.25 + (A4/B4) \times 0.25$ 。A 为单个案由四项要素：A1 为案均庭审时间；A2 为案均笔录字数；A3 为案均审理天数；A4 为案均裁判文书字数。B 为全部一审案件四项要素：B1 为案均庭审时间；B2 为案均笔录字数；B3 为案均审理天数；B4 为案均裁判文书字数。^①

本文认为，上述四项要素中，庭审时间和庭审笔录字数体现法官在庭审过程中所投入的工作量，也反映出案件的复杂度；裁判文书是法官智慧的结晶，最终体现审理结果，也是案件权重重要的衡量指标之一；审理天数在一定程度上能反映审理过程的复杂性，但是也不排除会有为了提高权重系数拖延案件审限的情形，笔者认为以案件适用的是简易程序还是普通程序也可以体现案件的复杂度。而卷宗册数体现法官的阅卷量，刑事法官在庭审前期的准备工作中需阅读侦查卷宗，有的侦查卷宗多达十多本甚至几十本，耗费大量的时间和精力，因此卷宗册数应纳入衡量案件权重固定值的核心要素当中。

所以，在借鉴上海高院关于案件权重系数设置的基础上，笔者认为可以用简易程序/普通程序、卷宗册数、庭审时间、庭审笔录字数、裁判文书字数来作为计算权重固定值的五项核心要素，通过具体案件审理中这五项要素与全部案件审理中这五项要素的占比程度来计算案件的权重固定值，将卷宗册数、庭审时间、庭审笔录字数、裁判文书字数这四项要素所占的比例均设为 20%，将简易程序案件在公式中所占比例设为 10%，普通程序案件在公式中所占比例设为 20%。

本文认为，上海市高院的案件权重系数“2 + 4”的评估模式只计算到单个案由，没有细化到每一个具体的案件。因为案件的案由为同一个，但具体审理过程中案件的情形可能会千差万别，有简有繁，有易有难，法官在审理案由相同的案件时所付出的工作量也不相同，所以依据案由评估案件权重值的做法还是不够具体，有待完善。例如，L 区法院刑事法官曾审结一件聚众斗殴、敲诈勒索、寻衅滋事、诈骗、强迫交易、组织、领导、参加黑社会性质组织罪案件，该案 19 名被告人，公诉机关移交的案卷材料和证



^① 上海市高级人民法院课题组：《案件权重系数研究与运用》，载《全国法院优秀司法统计分析文集第十次获奖作品（一）》，法律出版社 2017 年版，第 154 页。

据 34 卷，庭审笔录 69454 字，判决书长达 72 页，判决书字数多达 51121 字。如果相同案由的案件权重系数相同，那么上述案件的权重值与法官审理该案时所付出的工作量相差悬殊，此评估模式也不会被法官所认同。因此，权重固定值的计算应结合每一个案件的五项核心要素进行测算。计算公式：案件权重固定值 = 适用简易程序 $\times 0.1 + (a/A) \times 0.2 + (b/B) \times 0.2 + (c/C) \times 0.2 + (d/D) \times 0.2$ 。案件权重固定值 = 适用普通程序 $\times 0.2 + (a/A) \times 0.2 + (b/B) \times 0.2 + (c/C) \times 0.2 + (d/D) \times 0.2$ 。其中，a 为该案件的卷宗册数 b 为该案件的庭审时间 c 为该案件的庭审笔录字数 d 为该案件的裁判文书字数。A 为全部一审案件的平均卷宗册数，B 为全部一审案件的平均庭审时间，C 为全部一审案件的平均庭审笔录字数，D 为全部一审案件的平均裁判文书字数。

由于系统无法自动提取而靠人工统计全部一审案件的卷宗册数、庭审时间、庭审笔录字数（包括庭前会议笔录、调解笔录）和裁判文书字数较为复杂，本文仅选取了 S 省 R 市 L 区法院 2018 年 1-3 月份审结的 492 件案件作为样本进行探索分析，其中刑事案件 75 件、民事案件 266 件（其中婚姻家庭继承纠纷 70 件、机动车交通事故责任纠纷 52 件）、商事案件 146 件、行政案件 5 件，未包括速裁团队审结的案件。以上 492 件平均卷宗册数为 2.5 册，平均庭审时间为 52 分钟，平均庭审笔录字数为 2340 字，平均裁判文书字数为 1601 字，适用简易程序的案件有 389 件，简易程序适用率为 79%。

（1）以审判五项要素为核心的权重固定值测算

本文依托这 492 件样本案件，从七个审判团队各抽取 3 件案件进行权重固定值的测算分析。

表一：七个审判团队样本案件的权重固定值测算

审判团队	序号	案由	适用程序	卷宗册数	庭审时间（分钟）	庭审笔录字数	裁判文书字数	权重固定值
刑事	1	故意伤害	简易	3	10	2245	1223	0.72
	2	聚众斗殴	普通	6	40	9274	4001	2.12
	3	聚众斗殴	普通	7	90	8633	12154	3.37
民事	4	民间借贷	简易	2	42	2611	2146	0.91
	5	建设工程施工合同	简易	2	60	3100	705	0.84
	6	劳动合同	简易	2	100	2917	1151	1.03
商事	7	买卖合同	简易	2	64	4287	1557	1.07
	8	租赁合同	简易	2	91	4072	3192	1.36
	9	公路货物运输合同	简易	2	10	1576	907	0.54
家事	10	抚养	普通	2	140	3119	2150	1.44
	11	离婚	简易	2	78	1927	1033	0.85
	12	离婚	简易	2	85	2662	1107	0.96
道交事故	13	机动车交通事故责任	简易	2	40	1400	945	0.65
	14	机动车交通事故责任	简易	3	20	3282	2611	1.03
	15	机动车交通事故责任	简易	3	30	3333	2874	1.1



审判团队	序号	案由	适用程序	卷宗册数	庭审时间(分钟)	庭审笔录字数	裁判文书字数	权重固定值
人民法庭	16	侵权责任	简易	2	60	3590	2930	1.1
	17	侵权责任	简易	2	30	1466	1112	0.65
	18	建设工程施工合同	简易	3	120	8054	4254	2.02
行政	19	撤销婚姻登记	普通	2	130	6076	3832	1.86
	20	医疗行政处罚	普通	3	84	4132	4331	1.65
	21	工伤行政确认	普通	3	72	3904	3995	1.55

表一抽取的 21 件样本案件中，普通程序案件 6 件，简易程序案件 15 件，权重固定值高于 1 的有 13 件，权重固定值高于 1.5 的有 6 件，其中有 2 件刑事案件权重固定值均高于 2，反映出法官在审理这两件案件时花费的时间精力最多。民事、商事案件以调解、撤诉方式结案的，除特殊情况下的复杂案件，调解书字数一般在 1000-1500 字左右，撤诉裁定书一般在 300-600 字左右，按照上述公式计算调解、撤诉案件的权重固定值均低于判决案件的权重固定值。表一当中的 21 件案件有 5 件属于调解结案，其权重固定值在 0.6-1.1 之间，权重固定值并不高。但是法官在调解、撤诉案件上花费的时间精力甚至多于判决案件，所以在绩效考评的办案效果部分，针对调解、撤诉案件相应加分，也能体现考评对调解、撤诉这两种结案方式的激励作用。

同一个审判团队、同一个案由的案件，因具体案情不同，审判五项要素不同，权重固定值也不同。如道路交通事故审判团队审理的案件案由均为机动车交通事故责任纠纷，团队中 95% 以上的案件适用简易程序，但每个案件的卷宗册数、庭审时间、庭审笔录字数、裁判文书字数大不相同，权重固定值相差悬殊，所以案件的权重固定值具体到每一个案件较为合理。经向道路交通事故审判团队的法官了解，他们更倾向于采纳权重固定值可以计算到每一件案件的评估模式，不建议使用赋予同一案由的案件相同权重值的方法，因为这五项审判核心要素如同“手掌型”结构能更直观地体现法官的工作量。

(2) 简单批量案件等不参与权重固定值测算

因速裁、诉前财产保全、不予受理、管辖权异议、特别程序案件、行政非诉审查案件等存在一定特殊性，其案件性质与审理一般案件不同，与正常审理的案件缺乏可比性，^① 所以这些案件的权重固定值不需要通过公式测算，直接定相应的权重值即可。如诉前财产保全案件权重值 0.2、速裁案件权重值 0.6、特别程序案件权重值 0.5 等，当然这些简单批量案件权重固定值的确定也要平衡好与其他案件权重固定值的关系，不能畸高畸低。

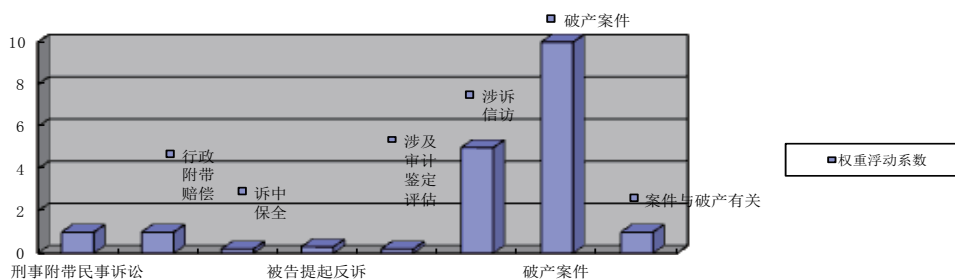
2. 权重浮动值：或然性事项是补充

^① 上海市高级人民法院课题组：《案件权重系数研究与运用》，载《全国法院优秀司法统计分析文集第十次获奖作品（一）》，法律出版社 2017 年版，第 155 页。

在不同案件办理过程中会遇到不同的要素而增加案件审理的工作量，且这些因素不是每件案件审理中普遍存在的。^①

这些或然性事项也会增加法官办理案件的工作量，所以需要浮动系数来补充和完善。

适用浮动系数的案件：



- (1) 刑事附带民事诉讼案件浮动系数 :+1
- (2) 行政附带赔偿案件浮动系数 :+1
- (3) 诉中保全浮动系数 :+0.2
- (4) 被告提起反诉浮动系数 :+0.3
- (5) 案件涉及审计、鉴定、评估浮动系数 :+0.2
- (6) 涉诉信访案件浮动系数 :+5
- (7) 破产案件浮动系数 :+10
- (8) 案由不属于“与破产有关的纠纷”类，但与破产有关案件的浮动系数 :+1

3. 最终权重值：权重值“两步走”评估模式探索分析

(1) 首次评估与二次评估的汇总测算

此处仍以表一中的 21 件案件作为样本，将权重系数“两步走”评估法的测算过程体现如下。

表二：案件权重系数“两步走”评估法的样本体现

审判团队	序号	案由	首次评估	二次评估		最终权重值
				权重固定值	权重浮动值	
刑事	1	故意伤害	1	0.72		0.86
	2	聚众斗殴	3	2.12		2.56
	3	聚众斗殴	3	3.37		3.19
民事	4	民间借贷	1	0.91		0.96
	5	建设工程施工合同	3	0.84		1.92
	6	劳动合同	1	1.03		1.01

^① 上海市高级人民法院课题组：《案件权重系数研究与运用》，载《全国法院优秀司法统计分析文集第十次获奖作品（一）》，法律出版社 2017 年版，第 156 页。



审判团队	序号	案由	首次评估	二次评估		最终权重值
				权重固定值	权重浮动值	
商事	7	买卖合同	1	1.07		1.04
	8	租赁合同	1	1.36	0.2	1.28
	9	公路货物运输合同	1	0.54		0.77
家事	10	抚养	1	1.44		1.22
	11	离婚	1	0.85		0.93
	12	离婚	1	0.96		0.98
道交事故	13	机动车交通事故责任	1	0.65		0.83
	14	机动车交通事故责任	1	1.03	0.2	1.12
	15	机动车交通事故责任	1	1.1		1.05
人民法庭	16	侵权责任	1	1.1		1.05
	17	侵权责任	1	0.65		0.83
	18	建设工程施工合同	3	2.02		2.51
行政	19	撤销婚姻登记	3	1.86		2.43
	20	医疗行政处罚	3	1.65		2.33
	21	工伤行政确认	3	1.55		2.28

通过表二可以看出，这 21 件案件中有 4 件案件的最终权重值低于 0.9，有 6 件案件的最终权重值超过 2，有 11 件案件的最终权重值属于中间数值，体现出约半数案件的复杂程度相类似，极为复杂案件占全部案件的三分之一左右，与这 21 件样本案件中区分的 7 件繁案相呼应，繁案占 21 件案件的 33.3%，呈现出繁案与简案大致为三七分成的比例。经向 L 区法院的各审判团队了解，90% 以上的审判团队对案件权重系数“两步走”评估法持肯定意见，尤其是那些审理过极为复杂案件的法官赞成采用这种评估模式。

(2) 办案数到办案量的转化和应用

以 492 件样本案件为依托，从不同审判团队的五位法官所审结的案件中各抽取 10 件案件进行办案量的转化和对比分析。

表三：“两步走”评估法的探索应用

所在团队	法官	办案数	办案数转化为办案工作量
刑事	甲	10	14.46
民事	乙	10	11.67
家事	丙	10	10.29
道交事故	丁	10	11.23
人民法庭	戊	10	11.04

表三显示，刑事法官甲的办案数转化为办案工作量最多，从形式上看，民商事法官的办案强度没有刑事法官大，实际上民商事案件调解、撤诉投入的工作量也很多，

所以在绩效考评办案效果这一部分对调解、撤诉案件单独加分，而刑事案件没有调解、撤诉加分，所以此处刑事法官办案工作量排名靠前也是理所应当的。

（三）救济途径：特殊情形下的异议申请权

纵然经过两次权重系数评估，第二次权重系数评估在权重固定值之外也设置了浮动系数，但还是会有考虑不到的情况出现导致案件的权重有失偏颇，因为案件权重之于绩效考评关乎法官的物质奖励与荣誉，所以为了公平起见还是需要给法官增设一个可申请重新评价案件权重值的救济途径。法官认为案件的疑难复杂性与系统评估的权重分值相差悬殊，可填写《疑难复杂案件权重分值修改申请表》，陈述案件权重分值与实际情形不相符合的原因，以及应当赋予的权重分值及其正当合理性，然后交法官考评委员会审批，审批通过以后更改案件的权重分值。由于绩效考评和案件权重评估模式需要保证其权威性和秩序性，因此申请重新评估案件权重值的机会不能被滥用，需要设置一定的比例，可设为每位法官提交更改权重值的案件数不超过该法官办案数的 10%。

结 语

法官审理案件需要做到公平公正，作为法官审判绩效考评重要衡量指标之一的案件权重系数评估方法也同样需要做到公平公正。本文写作的初衷在于使法官审理案件所投入的工作量与案件权重评估系数成正相关关系，只有让法官对审判案件权重评估方法做到心服口服，才能最大限度地激发法官的工作效率和积极性。本文以 S 省 R 市 L 区人民法院 2018 年审结的 492 件案件为依托，对审判五要素搭建的“手掌型”权重固定值测算方式和“两步走”案件权重系数评估模式进行探索分析，试图构建更为科学合理的案件权重系数评估模式，但本文的探索认识有一定的局限性，仅供抛砖引玉之用，不当之处请批评指正。

（责任编辑：姜 燕）



检视与重构：裁判文书瑕疵的“补正”与“更正”

厚德顺 穆春燕 王涛*

论文摘要 司法实践中对现有裁判文书中瑕疵的处理方式或加盖校对章，或直接涂改，或制作补正裁定，或等待二审或再审程序，甚至听之任之、将错就错的也不在少数。究其原因，是我国法律对瑕疵的规定过于粗疏，可操作性不强，对瑕疵的理解因人而异。瑕疵定义的模糊化也是导致瑕疵救济方式不尽相同的原因。本文以行政裁判文书瑕疵补救的乱象为切入点，分析瑕疵产生的原因，通过对现有法律规定的汇总和归纳，对瑕疵进行重新定义和分类。从裁判文书瑕疵补救方式的乱象出发设置“补正”和“更正”两种瑕疵救济方式，明确“补正”的适用规则和“更正”的适用规则，从而达到针对不同种类的瑕疵采用不同救济方式的目的。

关键词 裁判文书 瑕疵 补正 更正

中图分类号：DF716 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)01-132-144

正义不仅要实现，而且要以看得见的方式实现。

——[英]丹宁勋爵

引言

裁判文书的制作是一个系统、严谨的过程，但是难免会出现错误，这是一个无法避免的问题。当裁判文书^①出现错误的时候如何纠正？是否只能依靠二审程序和再审

* 厚德顺，山东省平原县人民法院院长、四级高级法官；穆春燕，山东省平原县人民法院法官助理；王涛，山东省平原县人民法院法官助理。

① 本文所讨论的裁判文书瑕疵是以生效裁判文书和已送达当事人的裁判文书中出现的瑕疵为例。

程序进行纠错？亦或对于细微的错误（即称为瑕疵）只能适用补正裁定的方式？司法实务中，一般“补正”即可理解为“更正”，二者表达相同的意思，不进行严格的区分。当法院的裁判文书出现错误和瑕疵时，应当如何处理更为科学？

目前对裁判文书中出现的程序性错误或实体性错误，法律和司法解释已有明确规定，可以利用二审或再审程序纠正。但是对裁判文书中出现的瑕疵该如何纠正，法律和司法解释没有作出权威、系统的规定和统一的标准。作为具有法律庄重性和权威性的裁判文书，不仅应是程序正义和实体正义相结合的完美体现，更是维护当事人合法权益的具体表现。裁判文书瑕疵的纠正应当严肃、认真，应规定统一的瑕疵纠正方式、方法和标准，这不仅需要体现在瑕疵纠正程序上，更重要的是在实体上以当事人看得见的方式体现出审判的公平、公正。

一、检视：裁判文书瑕疵的现状

行政诉讼是涉及行政机关和行政相对人的纠纷处理方式。行政裁判文书是否严谨、规范，以及有无瑕疵应当受到更为严格的监督和考验。行政裁判文书^①的规范、严谨直接关系到法院在行政机关和群众心目中的司法权威和公信力。另外，行政裁判文书种类繁多、样式复杂，出现瑕疵的几率远远高于民事裁判文书和刑事裁判文书。因此，以行政裁判文书为例探讨瑕疵救济方式的意义重大。

（一）样本分析

样本一：

本文首先选取 S 省 P 县法院自 2007 年至 2016 年十年间有瑕疵的行政裁判文书（行政非诉执行审查案件除外）作为样本，分析 P 县法院十年间行政裁判文书出现瑕疵的情况和种类（如图表 1）。本次选取的瑕疵行政裁判文书中判决书共 19 份，裁定书共 29 份。P 县法院作为基层法院，年均审结的行政案件（行政非诉执行审查案件除外）约 23 件，审结的行政案件集中在请求撤销、变更行政行为和请求履行法定职责两种类型。

图表 1：2007 年—2016 年 S 省 P 县法院行政裁判文书瑕疵情况

年份	瑕疵文书数量	瑕疵类型	文书类型
2007 年	6 份	文书名称瑕疵、案号瑕疵、事实与理由瑕疵、诉讼参与人信息瑕疵	4 份判决书，2 份裁定书
2008 年	3 份	案号瑕疵	1 份判决书，2 份裁定书

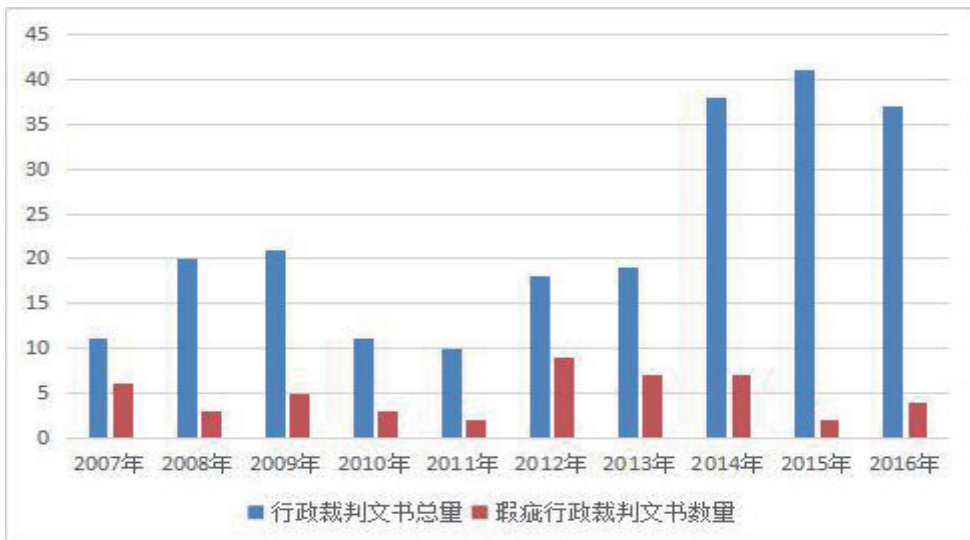
^① 本文对瑕疵裁判文书的取样和特点分析皆以行政裁判文书为例。



年份	瑕疵文书数量	瑕疵类型	文书类型
2009年	5份	事实与理由瑕疵、案号瑕疵、诉讼参与人信息瑕疵	2份判决书, 3份裁定书
2010年	3份	案号瑕疵、署名瑕疵、事实与理由瑕疵、落款日期瑕疵	2份判决书, 1份裁定书
2011年	2份	落款日期瑕疵、文书名称瑕疵	1份判决书, 1份裁定书
2012年	9份	案号瑕疵、诉讼参与人信息瑕疵	3份判决书, 6份裁定书
2013年	7份	案号瑕疵、判决主文瑕疵	2份判决书, 5份裁定书
2014年	7份	案号瑕疵、诉讼参与人信息瑕疵	2份判决书, 5份裁定书
2015年	2份	案号瑕疵	1份判决书, 1份裁定书
2016年	4份	案号瑕疵、事实与理由瑕疵、署名瑕疵	1份判决书, 3份裁定书

通过对 S 省 P 县法院十年间瑕疵行政裁判文书的分析, 裁判文书瑕疵多为案号瑕疵, 主要表现为: 同一个案件中有多份裁判文书时, 不同的裁判文书使用同一案号; 同一案件中只有一份裁判文书时案号用“—1”或“—N”的字样表示; 案号的组成不规范: 有的案件的案号由收案年度+法院代字+类型代字+案件编号构成, 有的案件的案号由收案年度+法院代字+“法”+类型代字+案件编号构成。除以上瑕疵外, 还有行政裁判文书中的事实与理由瑕疵、诉讼参与人信息瑕疵、署名瑕疵、落款日期瑕疵、文书名称瑕疵、判决主文瑕疵等。这些瑕疵的表现形式多为错(漏)字、错(漏)词、错(漏)句, 但不影响文书整体意思的表达。

图表 2 :2007 年—2016 年 S 省 P 县法院
瑕疵行政裁判文书数量与行政裁判文书总量比较

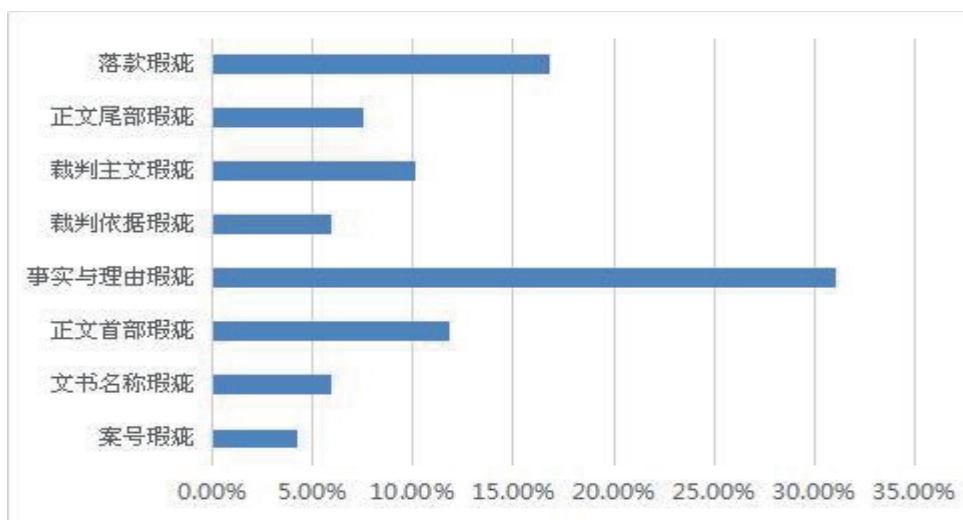


瑕疵行政裁判文书数量占行政裁判文书总数年均约 21.24%。^① 瑕疵率的高低已经直接影响到行政裁判文书制作水平的好坏（如图表 2）。尤其是自裁判文书上网以来，如果瑕疵率仍然没有改善，那么不仅将影响行政裁判文书的说服力和公开上网率，还将导致法院的司法权威和公信力下降。

样本二：

样本来源于中国裁判文书网、司法案例网，共计 190 份涉及瑕疵的行政裁判文书。^② 这些瑕疵行政裁判文书涉及法院层级全面，包括四级法院的裁判文书；涉及地域广，随机性强，涵盖全国很多省、市、自治区；涉及法院审级全面，包括一审、二审和再审；涉及文书种类全面，包括判决书、裁定书。依照 2016 年最高人民法院制定的《人民法院民事裁判文书制作规范》对裁判文书结构的划分，通过对收集的样本进行研究和分析，行政裁判文书的瑕疵种类繁多，遍及标题、正文的首部、事实与理由、裁判依据、裁判主文、正文尾部和落款等部分。^③（如图表 3）

图表 3：主要瑕疵类型占样本裁判文书的比例



① S省P县法院2007年至2016年十年间每年审结的行政案件数量分别为(行政执行案件除外):11件、20件、21件、11件、10件、18件、19件、38件、41件、37件。

② 例如，2017年5月31日16:43分，笔者在中国裁判文书网搜索案例，以行政裁判文书为对象（当时行政裁判文书的总量为985571篇），采用全文搜索“补正裁定”的方式，共搜索相关案例105篇。通过查阅和筛选共整理出46篇有参考价值的裁判文书。在司法案例网搜索案例，输入“行政案件”“补正裁定书”共搜索出85篇相关案例，通过查阅和筛选共整理出73篇有参考价值的行政裁判文书。

③ 正文首部瑕疵包括诉讼参加人及其基本情况，案件由来和审理经过等出现的瑕疵；裁判依据瑕疵是作出裁判所依据的实体法和程序法条文出现的瑕疵；裁判主文瑕疵是对案件实体、程序问题作出的明确、具体、完整的处理决定出现的瑕疵；正文尾部瑕疵是指诉讼费用负担和告知事项出现的瑕疵；落款瑕疵是指署名和日期出现的瑕疵。



在选取的样本瑕疵行政裁判文书中,案号瑕疵突出表现为案号使用不规范,当一个案件有多份裁判文书时,案件编号有“-1或-N”的表述,也有“之一或之几”的表述。文书名称瑕疵具体表现为有案件定性错误的,也有文书性质混淆的。正文首部瑕疵表现为诉讼参与者基本信息错误。事实与理由瑕疵虽然数量众多,但是基本上是错别字、笔误、疏漏等技术处理上的瑕疵。裁判主文瑕疵多为文字叙述有歧义、遗漏判项、具体赔偿标准和金额错误等。正文尾部瑕疵多为诉讼费用负担的遗漏或错误、遗漏告知事项等。落款瑕疵多为合议庭成员署名错误,如将A的名字错写成B的名字;裁判文书的落款日期与文书实际完成的日期不符合等。

(二) 考量:裁判文书瑕疵带来的思考

行政裁判文书的瑕疵看似并不影响裁判文书的法律效力,但是通过对样本瑕疵裁判文书分析后发现,即使制作该裁判文书的法院已经对这些瑕疵作出补正,裁判文书中的瑕疵往往也会成为当事人上诉或申请再审的理由。二审或再审法院对这些因裁判文书瑕疵上诉或申请再审的案件往往作出“驳回上诉,维持原判”或者“驳回上诉,维持原裁定”的结果。虽然瑕不掩瑜,部分瑕疵无法导致整个裁判文书的失效和改变,但是因裁判文书的瑕疵而屡屡上诉或申请再审不仅影响案件承办法官的考核,而且瑕疵裁判文书引起结果不会改变的二审或再审程序的行为,不仅浪费了司法资源,也损害了司法的权威和公信力。

法官不是完人,他们可能错判,从而造成冤案,^①更惶恐瑕疵。如果说裁判文书中的瑕疵是无法避免的,就像人的一生中无法不犯错误一样,那么重点就在于如何对待这些瑕疵,如何纠正这些瑕疵,保证裁判文书整体的效果和应有的效力。通过对上述样本的查阅和分析,在对待行政裁判文书瑕疵的问题上,大部分法院多采用另行制作补正裁定送达当事人或者是在已生效的裁判文书上加盖校对章的方式补救;也有用新修正的裁判文书重新送达当事人并收回已送达瑕疵裁判文书的方式纠正,当然这种情况是需要遇到通情达理、积极配合的当事人才能行得通。

用上述方式解决裁判文书中出现的所有瑕疵既不合理也不科学。笔者认为,有必要在对裁判文书的瑕疵进行科学分类的基础上引入新的救济方式——“更正”,同时结合使用“补正”和“更正”两种方式来解决裁判文书出现的瑕疵。

^① [英] 丹宁勋爵:《法律的正当程序》,刘庸安译,法律出版社1999年版,第49页。

二、反思：对裁判文书瑕疵的重新审视

（一）裁判文书瑕疵产生的原因

导致行政裁判文书出现瑕疵的原因很多，但主要有以下几点原因：

一是法院案多人少的压力逐年增加，容易忙中出错。行政诉讼本是三大诉讼案件中数量最少的，但是随着法治意识的逐渐深入，“民告官”的诉讼越来越多。以 S 省 P 县法院为例，2014 年以来每年审结的行政案件约为 2007 年 -2013 年间每年的两倍，但是承办行政案件的法官却未见增加。案多人少，忙中出错，导致制作出来的行政裁判文书出现瑕疵的情况屡见不鲜。

二是深受大陆法系成文法思想的影响，对裁判文书的制作不够重视。我国不是判例法国家，过于重视成文法和法典的制作，但对制作具体个案的裁判文书则关注不够。个案的裁判文书由于只对案件当事人双方产生影响，不具有法的普遍约束力，因此法官在制作裁判文书的过程中不会太过于重视，也不可能时时秉持着严谨科学的态度，裁判文书中的瑕疵在所难免。

三是法官职业素养不够，业务水平有待提高。目前，我国法官整体素质还有待提高，尤其是基层法官，一方面由于旧体制的影响，年龄较大的法官大多没有经过正规和系统的法学教育，法治信仰不够坚定，对裁判文书的认识不够深刻，导致在裁判文书的制作过程中缺少细心、耐心、留心的精神；另一方面囿于法院现实情况和法官考核机制所限，尤其在案多人少矛盾突出以及司法改革持续深入开展的过渡时期，我国多数法官将更多的精力投入到办案、结案中，没有过多的时间和精力去考究制作的裁判文书是否完美。

（二）对“瑕疵”的现有法律规定

对裁判文书中瑕疵的规定散见于各种不同的法律法规和裁判文书制作的相关规定中。（如图表 4）

这些法律规范没有给“瑕疵”做出明确、具体的定义，只是笼统地对裁判文书中出现的细微错误称之为笔误、技术处理不当、文字差错等“瑕疵”的具体表现形式。处理这些“瑕疵”的方式选择也有所不同，有收回裁判文书重新制作的，有制作补正裁定书予以纠正的，有以校对章的形式予以纠正的。

杂乱无章的纠错规定造成司法实务中对“瑕疵”纠正方式的混乱使用。实践中，“瑕疵”裁判文书的纠正五花八门，形形色色，严重损害了司法文书的庄重性和严肃性。



图表 4 :与“瑕疵”有关的法律规定

法律规定	对“瑕疵”的相关规定	颁布日期
《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》	第 15 条：“人民法院对裁判文书中的笔误进行补正的...”	2016 年 7 月 25 日
最高人民法院关于印发《民事诉讼文书样式》的通知	法律文书中的笔误是指误写、误算,诉讼费用的漏写、误算和其他笔误。	2016 年 6 月 28 日
《最高人民法院关于适用 中华人民共和国民事诉讼法的解释》	第 245 条：民事诉讼法第 154 条第一款第七项规定的笔误是指法律文书误写、误算、诉讼费用的漏写、误算和其他笔误。	2015 年 1 月 30 日
《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》	第 3 条第二项：“...裁判文书存在笔误或者技术处理不当...”。	2013 年 11 月 21 日
《中华人民共和国民事诉讼法（2012 修正）》	第 154 条第七项：补正判决书中的笔误。	2012 年 8 月 31 日
最高人民法院关于印发《法官行为规范》的通知	第 54 条：裁判文书宣告或者送达后发现文字差错 (一)对一般文字差错或者病句,应当及时向当事人说明情况并收回裁判文书,以校对章补正或者重新制作裁判文书; (二)对重要文字差错或者病句,能立即收回的,当场及时收回并重新制作;无法立即收回的,应当制作裁定书予以补正。	2010 年 12 月 6 日
《最高人民法院关于进一步提高裁判文书质量的通知》	有的裁判文书制作不规范,错字、别字、缺词漏句现象突出;有的引用法律明显不当,错引、漏引法律条文现象时有发生;有的说理过于简单,缺乏针对性等等。 “不合乎规范要求和错字、漏字、错引、漏引法律条文等低级错误现象”。	2009 年 6 月 16 日
《最高人民法院关于加强民事裁判文书制作工作的通知》	有的裁判文书简单罗列证据,没有完整叙述案件事实;有的裁判文书说理缺乏针对性,没有围绕诉争焦点展开;有的裁判文书引用法条错误、错漏字很多,存在严重的低级错误。	2006 年 6 月 27 日
《最高人民法院裁判文书公布管理办法》	裁判文书中的理由部分说理不透彻,不足以印证裁判主文的; 裁判文书文字表达存在缺陷、错误的;	2000 年 6 月 15 日

(三) 裁判文书瑕疵的分类

瑕疵,语言学上是这样解释的:“瑕”,指玉上的斑点;“疵”,指小毛病。“瑕疵”,微小的缺点,常比喻事物存在小缺点或小毛病,用在裁判文书中则表示微错误、小错

误、轻错误之类的意思。^①“行政行为符合全部法定要求的，构成合法；不符合现行任何法律规定的，构成违法和瑕疵”，^②依此理论可以把行政行为划分为合法的行政行为、违法的行政行为、瑕疵的行政行为三种，瑕疵行政行为是处于合法与违法之间的一种状态。我国对裁判文书“瑕疵”的研究起步较晚，有学者认为瑕疵可以成为技术上或者形式上的错误，^③也有学者认为裁判文书瑕疵是文书记载的内容歪曲了裁判者的真实意思而产生的技术性错误，^④还有学者认为瑕疵的错误程度比较轻微，且与裁判结果的正确性无关。^⑤笔者认为对裁判文书中的瑕疵可以做如下理解：瑕疵是指不符合裁判文书制作规定和要求，但又不存在性质严重的案件事实认定错误、法律适用错误、诉讼程序违法和缺少裁判文书基本要素等性质轻微的错误。

按瑕疵性质严重程度可做如下分类：明显轻微的瑕疵、一般瑕疵和重大明显的瑕疵。

明显轻微的瑕疵：主要指裁判文书外在格式方面的错误，例如数字用法、标点符号用法、引用规范、印刷规范等技术化标准与法律法规等规定的标准不符。这类瑕疵多出现在案号、落款以及正文中多涉及数字、法律法规等规范性文件的地方。

具体表现形式有：案号出现汉字数字与阿拉伯数字混用；冒号、逗号、裁判序号等标点符号不符合相关规定和标准用法；引用法律、法规和司法解释不规范，乱用简称与全称，引用条文的序号与正式文本不一致；排版格式不规范，页码错误、字迹不清晰、加盖的院印歪斜、模糊等。

一般瑕疵：指裁判文书内容中的基本要素出现的细微差错，例如个别错（多、漏）字，错（多、漏）词，错（多、漏）句，但尚未引起疑义或歧义；以及计算方法和计算标准未改变下的计算结果错误等。这类瑕疵在裁判文书的各个基本要素中都会出现，频率较高，且数量较多。

具体表现形式有：诉讼参与人身份信息中的多字、漏字、错字，文书标题种类错误，涉及的金額多“0”或少“0”、颠倒数字前后顺序、计算结果错误，日期、时间错误等。

重大明显的瑕疵：指构成裁判文书内容的基本要素出现的错误，这些错误会引起疑义或歧义，以及计算方法和计算标准的错误，但这些错误尚不足以引发审判监督程序或者导致二审法院改变原审结果。这类瑕疵分散于裁判文书的各个要素中，主要出现在事实与理由、裁判依据部分，在性质上比一般瑕疵更为严重。

具体表现形式有：裁判文书中因语法、逻辑错误而产生疑义或歧义的病句，涉及

① 兰美海：《民事裁判文书瑕疵补正程序之完善》，全国法院系统第二十八届学术讨论会二等奖论文。

② [德] 哈特穆特·毛雷尔：《行政法学总论》，高家伟译，法律出版社2000年版，第229页。

③ 邵明：《民事判决更正要论》，载《人民法院报》2004年2月10日。

④ 胡夏冰：《裁判表述错误及补正》，载《法律适用》2009年第10期。

⑤ 李顺前：《论判决之更正》，西南政法大学2012年硕士论文，第7页。



金额、数据的计算方法和标准在运算过程中的失误（在判决主文正确的条件下），遗漏基本要素中的非关键性信息等。

三、路径：裁判文书瑕疵救济方式的制度设计

（一）瑕疵救济方式的乱象丛生

司法实践中，法官对待裁判文书瑕疵的态度是积极的，但是因为无章可循，操作性不强，导致裁判文书瑕疵的纠错方式要么乱象丛生、混乱不堪，要么千篇一律，呆滞刻板。有使用校对章纠错的，有直接在文书上涂改的，有直接听之任之、放任不改的，还有适用补正裁定的。尤其是补正裁定这种瑕疵救济方式，简直被用到了极致。突出表现为补正裁定的滥用、保守适用等问题。

例如江西省萍乡市中级人民法院（2015）萍行终字第24号行政裁定书提到“补正原判决书第7页第17行“第二”两个字前面五个空格删除”。^①针对这种明显轻微的瑕疵，不对文书的整体内容产生任何影响，仅是外在格式的美观程度下降，为此特意出一份补正裁定不仅浪费司法资源，也降低了工作效率，有矫枉过正之嫌。笔者在研究S省P县法院的样本时，发现很多行政裁判文书的明显轻微瑕疵，如中文大小写和阿拉伯数字混用，段落“一逗到底”现象，乱用法律法规的简称与全称等，往往要么不作处理，要么另行制作裁定予以纠正。

（二）瑕疵救济方式的价值选择

裁判文书瑕疵的救济方式应当遵循一定的价值准则，否则会就错改错、呆滞、死板，难以通过裁判文书向社会和公众彰显司法权威和公信力。

1. 现代司法理念

裁判文书瑕疵的救济方式和制作过程是相通的，都应当以体现现代司法理念为价值追求。裁判文书本是通过规矩、刻板的汉字传递法院在解决矛盾纠纷过程中的态度和评判，但是对于当事人而言，更需要让其感受到来自司法权威的实体正义和程序正义。瑕疵补救方式的设计应当体现“中立、平等、透明、公正、高效、独立、文明”的现代司法理念。^②一味地强调用一种或者几种方式对瑕疵进行救济，不对瑕疵进行定义和区分，甚至没有统一、严格的标准，不仅让陈旧的司法理念有了滋生土壤，更会阻碍现代司法理念的根植发芽以及茁壮成长。与此同时，体现现代司法理念的瑕疵补救程序和补救制度也会对裁判文书的发展起到能动的推进作用，促进裁判文书制作

^① 该案例来源于司法案例网搜索的样本案例。

^② 张文录：《现代司法理念与裁判文书的改革》，载《河北法学》2006年第4期。

与补救制度不断走向科学和完善。

2. 公正与效率

裁判文书无论是在初始的制作过程还是瑕疵救济的制度设计中都应当将公正与效率价值放在核心位置。裁判文书是案件审理过程和对案件处理结果的综合体现，是法官向社会呈现的考试答卷。裁判文书瑕疵的纠正方式应讲究公正，不能因救济方式不同而改变追求案件公正的价值，也不应追求不切实际的公正而忽略效率价值，增加司法成本，浪费司法资源。如何平衡和协调公正与效率的价值是裁判文书瑕疵救济方式应当考虑的关键因素和灵魂所在。

3. 科学与严谨

裁判文书瑕疵的救济方式同裁判文书本身一样，应当是司法公信力的集中体现，或者说文书瑕疵的救济方式更需要彰显司法公信力。当下，当事人对裁判文书中出现的瑕疵普遍持包容和接受的态度，但是并不能因为当事人的这种态度就放任对瑕疵救济方式的随意。文书瑕疵的救济方式在程序设计和制度架构上应当秉持科学、严谨的价值目标，甚至可以预见未来对裁判文书瑕疵的救济方式应当以法律的形式进行规定，例如可以在诉讼法中增加相关条文，在条件不成熟的时候可以通过司法解释的形式进行规范和统一。

（三）“补正”与“更正”的适用规则

鉴于我国法律对瑕疵的规定过于粗疏和司法实践中对裁判文书的不同瑕疵处理标准不一，因此对该问题的研究和探讨迫在眉睫。笔者尝试着引入“补正”与“更正”两种纠正“瑕疵”裁判文书的方式是基于对“瑕疵”的合理界定和分类，也是对裁判文书纠错方式的探索。裁判文书出现瑕疵是必然的也是不可避免的，瑕疵出现后的补正或者更正是对裁判文书制作行为的尊重，也代表了对法官在制作裁判文书过程中的容错和宽恕态度。

“补正”与“更正”都属于瑕疵救济制度，二者最初来源于具体行政行为理论中对瑕疵问题的处理。“更正”来源于大陆法系国家的意思表示理论，“补正”来源于19世纪具体行政行为治愈制度理论。^①更正侧重于对意思表示错误的改变，补正侧重于对具体行为的纠正。

“补正”与“更正”这两种对瑕疵裁判文书的救济方式发生的时间都是在裁判文书宣告或者送达后，其不同点在于针对瑕疵类型和特征的不同而选择不同的纠错方式。区分“补正”与“更正”的意义在于规范裁判文书瑕疵救济方式的运用，使得裁判文

^① 叶必丰等：《行政行为的治愈—具体行政行为错误的更正和瑕疵的补正》，载《政府法制研究》，2014年第2期。



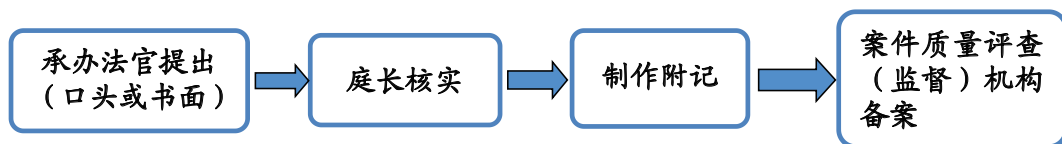
书瑕疵救济程序更加严谨和科学，提高司法效率，节约司法成本，维护司法权威。针对上文所述瑕疵的三种分类方式，可以分别适用“补正”和“更正”的方式。

1. “补正”的适用规则

补正应当是对裁判文书外在“形式”错误的纠正，注重对裁判文书格式上与形式上错误的改变，属于技术标准、规范操作失误的救济方式。

补正的适用范围是明显轻微的瑕疵。虽然这些瑕疵不对当事人实体权利和义务产生影响，但因其性质的轻微性和形式的明显性损害了裁判文书的严肃性和庄重性，有必要对其进行纠正。这类瑕疵具有不可避免性，造成这种瑕疵的原因是人为因素和机械故障因素。^①囿于这种瑕疵仅使得裁判文书丧失应有规范性，笔者建议对于这类瑕疵只需要在法院内部进行纠正即可，遵循程序简单，适用方便的原则，无需通知当事人，采用附记的形式，入卷归档时附在原裁判文书之后。

采用附记的补正程序如下：



启动“补正”程序的主体是法院即案件承办法官，由补正附记解决瑕疵的性质决定，当事人一般情况下很难发现这类瑕疵。若当事人发现这类瑕疵，则可以告知承办法官，由承办法官提起补正程序。补正程序的附记可在裁判文书宣告或送达后，卷宗归档前任何时间做出，且补正程序的进行不影响案件正常的审理过程。

2. “更正”的适用规则

更正是对裁判文书中内在“意思表示类”错误的救济方式，具有公开或者告知的特点。^②适用范围为一般瑕疵和重大明显的瑕疵，重点在于对意思表示疏忽或失误而引起的瑕疵修改。

我国台湾地区对需要更正的具体行政行为的方式采用了可专门制作更正书的形式。^③对于法院裁判文书中需要更正的瑕疵，笔者建议结合目前我国对裁判文书瑕疵的救济方式和参照台湾地区的经验，以另行制作“裁定书”的形式，对原裁判文书出现瑕疵的部分进行修正。

采用“裁定书”的更正形式，以修改或补充原裁判文书瑕疵为目的。更正的“裁定书”

① 机械故障因素：如因打印机、复印机故障和操作电脑过程中出现的格式排版上的不标准、不规范。

② 叶必丰等：《行政行为的治愈—具体行政行为错误的更正和瑕疵的补正》，载《政府法制研究》2014年第2期。

③ 参见我国台湾地区“行政程序法草案”（1993年）第96条之说明。

送达后自动替代或补充原裁判文书瑕疵部分的效力。不能单独对更正的裁判文书提起上诉或者申请再审；且案件的上诉期自更正的“裁定书”送达之日重新计算。一份裁判文书原则上只能使用一次更正，可将原裁判文书中出现的所有一般瑕疵和重大明显的瑕疵进行汇总、整理，统一更正。关于启动更正的时间应当不做限制，否则会使得适用更正方式的瑕疵无法得到纠正，影响当事人的合法权益和修复受损的法律尊严和司法权威。^①

在这里，有必要对裁判主文出现的一般瑕疵和重大明显的瑕疵能否采用更正的形式作出说明。裁判主文是裁判文书的结论，是对当事人诉讼请求事项的声明，由法院所做的准许或者驳回的意思表示内容。^② 裁判主文是裁判文书的核心，对裁判主文的叙述应当准确、具体、完整、没有歧义，因此对裁判主文中一般瑕疵和重大明显瑕疵的处理应当从严掌握。例如，北京市第一中级人民法院（2015）一中行初字第 1652 号行政判决书裁判主文中的门头沟区政府（2013）第 27 号—不存《政府信息不存在告知书》中“27”误写为“26”，京政复字（2014）277 号行政复议决定中的“277”误写为“276”。^③ 尽管后来通过另行制作裁定书进行更正，但是北京市高级人民法院（2016）京行终 1280 号裁定书仍然以该笔误与原判决认定的事实和判决理由不一致而撤销原判决发回重审。裁判主文中的瑕疵性质如果达到影响当事人实体权利义务的程度，那么该瑕疵就只能通过二审或再审程序救济，而不能用裁定书的形式予以更正。因此，针对裁判主文中的瑕疵应当作出具体区分，对于会影响当事人实体权利义务的瑕疵应通过二审或者再审程序进行救济；对于不影响当事人实体权利义务的瑕疵则可以通过裁定的更正方式救济。

（四）瑕疵救济方式的类型

厘清“补正”与“更正”的适用范围和适用规则，对于裁判文书瑕疵的救济方式可按照以下方式处理（如图表六）：

图表 6：裁判文书瑕疵的救济类型

瑕疵类型	救济途径	启动主体	采用方式
明显轻微的瑕疵	补正	法院	附记
一般瑕疵	更正	法院或当事人	裁定书
重大明显的瑕疵			

① 李顺前：《论判决之更正》，西南政法大学 2012 年硕士论文，第 22 页。
 ② 陈荣宗、林庆苗：《民事诉讼法》，台湾三民书局 1996 年版，第 596 页。
 ③ 该案例来源于中国裁判文书网搜索的样本案例。



在这里有必要重点强调二审和再审程序的救济方式。当裁判文书出现事实认定错误、法律适用错误、诉讼程序违法、遗漏诉讼请求等影响当事人实体权利与义务的错误时，则需要通过二审程序和再审程序进行纠正。二审和再审程序与裁判文书瑕疵的救济方式不同，二审和再审是诉讼法中规定的为保障当事人诉权，赋予当事人的程序救济权利，该权利行使的前提是对原审裁判中当事人的实体权利和义务分配的不认可。裁判文书瑕疵的救济方式是对裁判文书规范性、严肃性和庄重性的修正，是基于对司法权威和法律尊严的维护。

结 语

裁判文书是法院行使审判权的最终体现，作为司法权运行的终端产品，它不仅要揭示案件的法律真实，更宣示着法律原则、法律价值，彰显着司法的严肃、公开、公平、公正。^①也许我们可以避免裁判文书中的错误，但是裁判文书中的瑕疵却无法从根本上消除。瑕疵并非提高业务能力和水平就可以避免的，它具有必然性，这是在推动裁判文书制作水平不断发展和不断完善道路上不可避免也无法避免的问题。虽然瑕疵的出现一定程度上损害了司法的权威性和庄重性，但是健全的容错机制，科学的纠错方式会及时将受损的权威和尊严修正。本文将裁判文书瑕疵纠正方式分为“补正”与“更正”两种形式是一种大胆的尝试，对瑕疵的定义和分类也是浅显的，以期达到抛砖引玉的作用，希望在裁判文书瑕疵处理问题上不断向着合理、科学的方向迈进。

（责任编辑：姜 燕）

^① 李顺前：《论判决之更正》，西南政法大学2012年硕士论文，第1页。

我国建立飞跃上诉的正当性逻辑与制度设计

——以提高审级效能和统一法律适用为视角

叶伶俐*

内容摘要 当前我国终审级别不高，给审级制度带来诸多缺陷。飞跃上诉可以提高终审级别，消解目前审级制度的缺陷。从具体实践价值看，飞跃上诉可以实现终审不终的诉讼化改造，理顺法院体系内部高位审级的对下监督指导关系，为重大疑难案件公正妥善处理提供有力的审级保障，并克服司法解释、指导性案例目前在统一法律适用方面的问题。与当前审级改革的所提倡的三审终审制相比，飞跃上诉可以节约成本，提高效率但又不失公正，契合目前我国国情和改革进度。关于制度内容，飞跃上诉应以坚持法律审和书面审为原则；最多可以跨两级上诉，上诉至最高法院时以巡回法庭审理为主；案件范围为涉及重大社会利益，社会影响大的案件，以及具有普遍法律适用意义的新类型、疑难案件；同时需要建立上诉许可制度，并进行衔接有序的流程设计。

关键词 飞跃上诉 司法改革 三审终审 上诉许可

中图分类号：DF711 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)01-145-154

审级制度的合理安排是实现司法正义与司法统一的前提。最高法院党组副书记、副院长江必新在中国法学会审判理论研究会 2017 年年会暨“司法改革与法官组织法法官法修改”理论研讨会上指出，可以在考虑人民法院组织法修改时，深入研究飞跃管辖及其他相关制度，推进裁判尺度统一，提升司法权威和公信力。可见，审级制度改革已经进入司法改革的视野。制度推行的前提是对该项制度的作用机理进行系统的论证，关于飞跃管辖制度在中国是否具有理论上的合理性和实践中的可行性，以及如何进行制度架构至今未见研究论述。本文以飞跃上诉为思考起点，坚持问题导向，从即将作用的现实出发进行探寻，以期对上述问题进行回答。

* 叶伶俐，山东省潍坊市中级人民法院研究室副主任，一级法官。



一、逻辑起点：当前终审级别给审级效能发挥和统一法律适用造成的制度限制

目前我国大多数案件的终审法院为中级法院，终审级别过低对于重大疑难案件审理效能的减损和在统一法律适用方面的局限，是探索飞跃上诉的动因和起点。

（一）终审级别的权威不足造成大量案件“终审不终”

我国终审判决既判力不高，终审不终的现象大量存在。一是“名终而实不终”，二审终审不断被高频启动的再审程序侵蚀。二是“案终而事不终”，案件陷入涉诉信访的泥潭。终审不终透视出的是终审判决权威不足。审判组织的权威性往往会自动传递到其作出的判决上。^①英国学者赞德教授认为，影响判决效力的前两位基础性因素是“哪个法院作出的判决”和“哪些法官作出的判决”。^②由于我国终审法院大多是级别相对较低的中级法院，在重大疑难复杂案件面前，社会公众有理由认为法官的业务能力以及法律知识具有一定局限性，从而对终审判决的公正性表现出不信任。

（二）审级结构的多元分层造成较高级别法院对下监督指导的碎片化

从我国四级法院组织体系的实质层面来看，二审终审制将整个法院体系“分割为三组金字塔：基层法院——中级法院、中级法院——高级法院、高级法院——最高法院，使得整个审级制度呈现一种多元、分层的结构特征。”^③而由于大多数案件又都是在“基层—中级”这组塔底审结，使得大多数纠纷不能通过正常的程序渠道流向最高法院或者高级法院，上级法院的指导力不能“垂直贯穿”，不得不诉诸于个案请示汇报、内部发函等非制度化非公开化的沟通渠道，架空了审级制度的构建宗旨。与此同时，终审法院和原审法院同属一个辖区，行政管理关系、工作关系和生活关系紧密，使上诉审发现和纠正错误的可能性大打折扣。

（三）各地司法尺度的差异给终审判决打上地方化烙印

目前我国普通案件终审法院一般为地市级法院，导致同案不同判情况始终难以彻底克服。由于各地的法治环境、经济条件、法治尺度参差不齐，在法律适用方面发生冲突的概率增大。而且在终审级别较低的情况下，地方保护主义干预司法的成本较低，法官抵制干扰的能力和勇气不足，这都容易使同类案件呈现出不同的地方色彩。

（四）裁判规范生成机制中审判亲历性缺位使法律统一适用功能式微

司法实践中，为了弥合社会动态发展与法律静态滞后间的矛盾，最高法院制定的

^① 陈树森：《我国民事审级制度的改革重构——以案例指导制度的实践运行为切入》，载《理论界》2016年第11期。

^② 高鸿钧、程汉大：《英美法原论》，北京大学出版社2013年版，第61-62页。

^③ 宋晓：《判例生成与中国案例指导制度》，载《法学研究》2011年第4期。

司法解释、指导性意见、针对个案作出的答复，以及最高法院发布的指导性案例，成为统一裁判尺度的主要规范机制，但在终审审级偏低的现实情况下，效果却不尽人意。

1. 司法解释、指导性意见和个案答复缺少审判支撑，难以有效为业务实践答疑解惑。在终审级别普遍较低的情况下，最高法院很难及时接触到新类型的案件，其制定的司法解释、指导性意见、个案法律适用问题的抽象性批复，容易与实践需求脱节，往往适用这些解释和批复时仍需要解释，不仅难以取得统一法律适用的效果，反而会导致新的司法冲突。

2. 指导性案例的产生与发布“两张皮”，降低了权威性和指导价值。终审法院级别较低，最高法院对案例筛选和发布不得不持谨慎态度，导致指导性案例的数量和种类无法满足全国法院审判的需要。同时本着提高案例质量的考虑，最高法院在案例发布前会进行讨论加工，容易失去第一手资料的原貌，降低现实指导意义。而且案例的分散性和地域性决定了必须依托审级制度以获得体系性和普适性。最高法院虽然采用的是“遴选+确认”的设计，但终究不能实现高位审级的“效力转化”，导致指导性案例的权威不足。

（五）审级痼疾互为因果导致陷入无序循环

上述问题与审级制度之间也并非呈现单向演进关系，而是互为因果。比如，终审级别低带来的权威不足让再审程序不断扩张。但再审程序无法根除审级制度的病原，反而进一步破坏了审级制度的自我调节修复机体机能的能力。同时，再审和信访带来的终审不终会加剧法官的审判压力，为了降低案件的社会风险，请示汇报等非公开化制度会更加盛行，一旦被当事人觉察，将加剧司法权威的衰减和矛盾的程序外溢。

二、制度探源：我国建立飞跃上诉制度正当性的深层思辨

飞跃上诉制度是当事人越过上一级法院，向更高层级法院提起上诉的制度，通过对终审级别进行调整，以期解决因终审级别偏低带来的诸多不利影响。但一项新的制度应否和能否建立，关键还取决于其是否具有内在合理性和现实可行性。

（一）法律文化基础：建立飞跃上诉制度的历史渊源和现实土壤

1. 直诉制度蕴含的法律文化传统是飞跃上诉的历史向量

诉讼制度变革不能脱离传统诉讼裁判观念，并需尊重和反映特定的历史渊源和文化向度。在中国人几千年的传统诉讼观念中，有一种朴素的执着，即认为有理走遍天下，越高的权力机关越接近正义的化身，故而越级为自己伸冤，直至御前告状的诉讼制度至今影响深远，即民众的诉愿更强烈趋向于向高层级的权力机构表达，认为越高级别的法院越有能力实现个案的实质正义。飞跃上诉符合中国民众希望在更高层级司法机关的审判中实现公正期待的历史向量。

2. 民众对司法公正与效率的认同是建立飞跃上诉的社会基础



社会变迁的需要和民众的顺逆情结是法律制度发展的社会基础。市场经济下成本与效益的理念已经成为社会价值取向的基本指导思想之一。当事人一方面渴望公正的判决,但又会不自觉地用成本意识来衡量诉讼的利弊得失,从而希望纠纷能够在法定程序中又好又快地解决。飞跃上诉为当事人追求公正的最大系数提供了审级通道,同时又没有增加审判层级数量,可以达到公正与效率衡平的最佳支点,符合现代社会对审级制度的要求。

(二) 理论依据 :建立飞跃上诉制度的法理逻辑

1. 正向推演 :符合上诉程序的价值定位

某一诉讼程序中的制度调整必须要契合诉讼法上对该程序的整体性定位。学界通说认为上诉程序的价值在于 :一是纠正下级判决的错误,保障适用法律的正确性。二是保障法律适用的统一性,并协调统一地发展法律。^①从纠错功能看,飞跃上诉不仅能让错误的裁判在更高层级更高水平法院得到纠正,而且飞跃上诉可能性的存在,对一审法院无形中施加了更多潜在的压力,倒逼一审法官更为审慎地作出裁判,从而降低错误裁判的原始概率。从统一法律适用的功能看,最高法院在地域范围和审级关系上,可以辐射全国,其作出的二审判决可以使重要的法律问题在更高层面上得到统一,最大限度减少裁判冲突。

2. 反向思辨 :与“审判重心下移”的改革方向并不矛盾

有学者担忧通过增加高层次司法机构的二审案件数量,容易将本应由下级法院开闸过滤的纠纷和问题引入最高法院,与重心下移的改革目标背道而驰。^②这样的理解难免有失偏颇。首先,审判重心下移的核心思想是审判工作要强化基层基础工作,夯实化解矛盾的根基,是党的群众路线在审判工作中的具体应用和体现,属于工作方法的范畴,而飞跃上诉制度属于审判程序范畴,二者不能等同。其次,飞跃上诉审理的重心在于法律适用的定夺,以一审对案件事实全面准确的调查为基础,从而够倒逼一审法院真正将审判重心下移司法规律真正贯彻落实。最后,飞跃上诉恰恰是审判重心下移的最好体现。高级别的法院更多地亲历案件审判,避免居庙堂之高而不解地方之惑之需。若是惧怕引进矛盾而将审判压力都推给基层,那才是官僚主义对审判重心下移的最大违背。

(三) 现有法律铺垫 :符合目前民事诉讼法包含的“上级法院有权审理应由下级法院审理的案件”的精神

我国建立飞跃上诉并非毫无立法基础。《民事诉讼法》第38条^③虽然针对的是一

^① 如日本学者中村英郎认为,二审功能在于“第一,通过反复审理,以确保当事人恰当且公正的权利保护,同时还给当事人一个充分陈述的机会,以便作出一个能让当事人接受的判决;第二,通过上级裁判所的裁判,以实现法律解释和适用上的统一。”参见[日]中村英郎:《新民事诉讼法讲义》,陈刚等译,法律出版社2001年版,第262页。

^② 傅郁林:《最高人民法院巡回法庭的职能定位与权威形成》,载《中国法律评论》2014年第4期。

^③ 民事诉讼法第38条规定:“上级法院有权审理下级法院管辖的第一审民事案件。……”

审民事案件的管辖，但其中包含了上级法院有权审理理应由下级法院审理的民事案件的立法精神。而且既然一审案件管辖权可以上提，那么将终审案件上提至更具权威的上级法院审理，无疑符合举重明轻的逻辑推理。甚至在有的学者看来，这一条款事实上已经为最高法院或者高级法院突破现有二审制度，受理下级法院的法律问题上诉埋下了“伏笔”。^①

（四）组织保障：符合最高人民法院和高级法院实现应有职能的内在要求

最高法院和高级法院作为审判金字塔的顶层法院，尤其最高法院作为我国最高的审判机关，其未来的发展方向应当从纠错型法院逐步向统一法律适用型法院发展。^② 统一法律适用功能需要鲜活的审判经验支撑。目前最高法院名义上承担一审管辖权，但这仅在其角色意识中存在。另外，最高法院二审范围的案件主要取决于案件的标的额，也未必涉及亟待解决的法律适用问题。飞跃上诉制度能有效丰富最高法院案件类型，并及时发现具有普遍意义的法律问题，有效弥补职能转型需要与审判实践不足间的矛盾。

（五）实践价值：飞跃上诉在提高审级效能和统一法律适用方面的具体功能演进

1. 实现终审不终的诉讼化改造

飞跃上诉能够化解终审级别过低带来的司法信任危机，有效疏导涉诉信访。“当事人对裁判的认可很大程度上是在诉讼中形成的”，^③ 高位阶审判组织的权威性能更大程度提高司法裁判的正当性和可接受度。另外，“对判决纠错绝对化的超职权主义的路径依赖，是助长和激励非理性、无止境的上访和申诉行为的内在动力”。^④ 飞跃上诉的终审法院级别，已经居于路径依赖的高级位阶，能够为当事人对司法判决的怀疑或不满提供一种健康的出口，有效消解上访和申诉的刺激性动因，并让当事人对再审前景会形成理性判断，从而减少向再审程序外溢的概率。

2. 理顺法院体系内部上下审级间的监督指导关系

飞跃上诉打通了整个法院金字塔体系的上下通道，通过实实在在的案件审判，为最高法院监督指导下级法院提供看得见摸得着的有力抓手。同时最高法院直接审理作出的终审判决，相当于就该类案件的法律适用问题向全国法院作出了确定性的答复，降低了个案答复的成本，也避免个案请示带来的审限拖延，为这一久被诟病的非正式制度的谢幕提供制度化的出口。

3. 为统一法律适用和发展法律规则提供有效路径

面对我国经济转型期实体法滞后的问题，司法个案的高位解决对于统一渐进地发展法律规则的作用日益凸显。一方面，飞跃上诉可以丰富最高法院审判案件类型，体

① 陈杭平：《“三审终审制”宜缓行》，载《中国社会科学报》2010年10月19日第010版。

② 何帆：《论上下级法院的职权配置——以四级法院职能定位为视角》，载《法律适用》2012年第8期。

③ 丁俊峰：《关于我国再审案例指导制度的价值分析》，载《法律适用》2011年第2期。

④ 潘剑锋：《中国民事审判程序体系之科学化革新——对我国民事程序及其相互关系的反思》，载《政法论坛》2012年第5期。



现“直接性”“亲历性”司法规律,使之发布的司法解释和法律意见具有审判实践的支撑,提高指导作用的针对性和有效性。另一方面,飞跃上诉能够改变目前权力主导而非司法主导的案例指导制度现状,无需再过分依赖下级法院的案例报送,有效弥补指导性案例类型与数量不足与司法需求间的矛盾,同时有效发挥最高法院对于弥合案例分散性和地域性的层级优势,赋予指导性案例应有的权威。

4. 为重大疑难案件公正妥善处理提供审级保障

在更好地排除地方化和行政化干扰方面,终审级别的增加,在地域和级别上加大了地方保护主义的成本和难度。同时高级别法院的法官相对更加超然,对案件的审理更不易受到当地行政当局的干预以及人情因素的影响。从审判质量保障看,更能充分发挥级别较高法院在法官资源方面的优势。而且飞跃上诉的终审法院与初审法院是不相邻的审级,可以最大限度减少终审法院监督下级法院不力的现象,增加终审裁判公正系数。

三、对其他审级改革路径的应有回应:与三审终审主流观点的交锋

从理论上讲,提高终审级别的方向性路径有两种,除飞跃上诉制度之外,还可以通过增加审级来实现,即主流观点主张的三审终审制。笔者之所以认为应当建立飞跃上诉,是因为三审终审并非目前审级制度改革的良方。相比之下,飞跃上诉更符合我国改革进度和现有国情。

(一) 关系匡定:三审终审并非飞跃上诉必须的框架前提

考察国外立法,域外很多国家和地区的飞跃上诉均是以三审终审为审级框架。^①在我国二审终审框架下探索建立飞跃上诉,可以预见的到,在许多学者眼中是行不通的,对此,笔者认为,改革不能建立在简单的比较考察和对国外制度机械照搬照套的基础上,并非不允许对“他山之石”进行任何的打磨改造。国外的飞跃上诉尽管是在三审终审的框架下进行,但并不绝然意味着对我们二审终审的审级改革不会产生任何的灵感。中国特有的国情决定了我们应当有探索自身特色司法制度的勇气和担当,而不能动辄搞“拿来主义”。

(二) 利弊权衡:对力推三审终审制度主要观点的商榷

近年来关于推行三审终审制的讨论很多,但笔者认为,飞跃上诉在与三审终审的利弊权衡中,更具有优势。

^① 例如,德国《民事诉讼法》第566条之一规定:“对于州法院所为的第一审终局判决,可以依照本条规定,越过控诉审,直接提起上告。……”日本《民事诉讼法》第281条、第311条规定,在当事人达成共同提起上告而不提起控诉协议的情况下,对地方法院的判决,可以直接向最高法院提起上告;对简易法院的判决,可以直接向高等法院提起上告。我国台湾地区2003年1月修订“民事诉讼法”时,明确规定当事人对第一审法院依通常诉讼程序所为之终局判决,就其确定之事实认为无误者,得合意径向第三审法院上诉……。

1. 成本与收益的比较 :对“ 三审终审的诉讼成本已不是改革障碍 ”的质疑

日本学者三月章认为,理想的审级制度应当是在尽可能简洁的形式中,发挥纠正误判和统一法律适用的功能。诚然,三审终审亦能实现提高审级后的特定功效,有效解决终审不终问题和法律统一适用,避免地方保护主义。^①但推行三审终审的成本明显更高。有观点认为,三审终审的诉讼成本在交通便利的今天已经不是问题,还是有些过于乐观。“一国之内各级法院的普设与复审次数的安排一方面要与该国既有的版图与垂直的政府组织机构相配合,另一方面也受到现实的人才、经费与交通状况的制约”,^②我国幅员辽阔,审级设置过多,不仅会增加诉讼成本,也不利于权利义务的稳定以及社会安定。而且三审终审制涉及审级制度的根本性变动,在对现有制度框架的调整同样可以达到提高终审级别功效的情况下,却要推行三审终审无异于事倍功半。

2. 公正与效率的比较 :对“ 增加审级后的三审终审更有利于公正 ”的推敲

二审终审制和三审终审制对于保障案件公正来讲,远非少一个审级和多一个审级的问题,西方国家大多数案件经过两审也不能再提起上诉,换句话说,西方国家大多数案件也是两审终审。关键在于按照现代审级制度的原理来构建适合我国实际的具体制度。否则,上级法院只是下级法院的放大版,而且改革理念一旦把握不到位,容易架空中间审级。同时审级过多将造成诉讼效率降低,最终得到的只不过是迟来的正义。

(三) 基于国情和改革进程的考量 :建立三审终审的条件尚不成熟

一是审级制度的设置应当结合一个国家的历史因素和法治传统等因素综合考量。新中国成立后基本没有三审终审的任何经验积累,法学界的认识也大多源于间接材料,实务界对此更是非常陌生。二是法律制度根本性改革需要从量变到质变的现实能量积累。目前我国的司法传统、司法资源现状、司法技术能力等都还无法为审级制度根本性变革提供有力的支撑。三是在我国目前四级法院的层级结构下,三审终审后大多数案件的终审法院将成为高级法院,仍无法通达最高法院,改革效果会大打折扣。相比之下,飞跃上诉制度在形式上没有突破二审终审的制度框架,不会引起审级制度、法院组织结构的根本变动,并可为今后的根本性变革积蓄能量,应是现实主义的优选路径。

四、进路探索 :有限制的飞跃上诉制度的主要内容

(一) 程序的性质定位 :坚持法律审为主的差别化审理

飞跃上诉应以“法律审”为原则,同时具体区分案件类型、案件影响等情况,允许设置兼具“事实审”和“法律审”的例外。以法律审为原则,要求提起飞跃上诉的

^① 泮伟江 :《民法法三审制改革值得期待》,载《法制日报》2006年12月24日第014版。

^② 聂鑫 :《近代中国审级制度的变迁 :理念与现实》,载《中外法学》2010年第2期。



以当事人对一审判决事实认定没有争议为前提，否则则应通过常规二审程序解决。

1. 坚持法律审为原则：基于层级职能和优势对比的考量

世界上多数国家，最高法院都不对事实问题负责。这样既是为了维护最高法院的权威，也是为了维护层级职能和实现司法效率。^①高位阶法院的法律审能够给予法律问题更多的关注，是源源不断地生产法规范，进而构建“法的空间”的重要机制。^②而且高位阶法院与下级法院相比，其优势在于对法律理解适用方面，事实问题的认定并不随着法院审级的提高而自动获得权威性。与此同时，只负责法律审查，可以减少当事人和社会公众对飞跃上诉制度不理性的期待，限制飞跃上诉权的滥用。

2. 适当差别化例外：法律问题与事实问题难以区分时的处理

司法实践中，法律问题和事实问题有时很难区分，需要以一系列专门的司法知识、技术做支撑。即便如此，有些问题在理论上亦很难找到清晰而明确的划分标准，如证据规则适用、是否排除违法阻却事由等，被称之为“法律与事实的混合问题”。^③此时，应当结合案件类型、影响来决定是否予以审理。如果案件确实有重大影响，且当事人争议的事实对法律适用会产生不同理解，亦可在飞跃上诉中对争议事实进行审查。

（二）审理方式：以书面审为原则

飞跃上诉以法律审为原则，而对于法律适用的意见，当事人完全可以通过书面形式，将有关答辩意见阐述清楚，上诉审法院只在必要时候听取控辩双方的辩论，从而降低当事人的诉讼成本，并节约司法资源。但是，对于依据书面审理不能明确法律理由是否成立，或者在审理中发现法律关系复杂需要开庭审理的，也不应作禁止性规定。

（三）审理机构：飞跃至最高法院时以巡回法庭审理为主

1. 飞跃上诉不限于跨越一级

基层法院一审的案件可以越级上诉至高级法院，中级法院一审的案件可以越级上诉到最高法院是飞跃上诉的言内之意。与此同时，从飞跃上诉制度构建目的来看，当事人不服基层法院的一审判决时，亦应当允许其选择直接飞跃上诉至最高法院，当然对飞跃两级上诉的案件需要采取更加严格的筛选。

2. 飞跃上诉与巡回法庭在职能定位及工作机制方面的契合

从改革目标上看，能够实现统一法律适用和提高审级效能所需要的司法个案高位阶解决，以及“优化最高人民法院职能定位”的目标。巡回法庭在审级上等同于最高法院，作出的生效裁判与最高法院本部具有同等效力，因此不会降低其统一法律适用的审级效能。同时作为最高法院伸向地方的触角，更多地亲历地方司法样态，亦符合最高司法权终端前移的需要和巡回法庭破除司法社会化的目标定位。从改革推进的可

① 何帆《论上下级法院的职权配置——以四级法院职能定位为视角》，载《法律适用》2012年第8期。

② 陈杭平：《比较法视野中的中国民事审级制度改革》，载《华东政法大学学报》2012年第4期。

③ 陈学权：《刑事陪审中法律问题与事实问题的区分》，载《中国法学》2017年第1期。

行性上讲，契合巡回法庭在改革中的角色定位及其发展内需。一方面，巡回法庭被看作是司法体制改革的“试验田”“排头兵”，在改革时所需面对的各种压力要小于最高法院本部，应积极承担探索各种司法新制度、新机制与模式的重任。^①另一方面，“如果巡回法庭的案件管辖严格受限于目前的受案范围，那么巡回法院的案源会越来越少，很难彻底实现此次改革的初衷。”^②飞跃上诉案件审理能够为巡回法庭完善审判职能提供更广阔的制度平台。从案件审理能力上看，巡回法庭的资源机制可为飞跃上诉提供足够的保障。巡回法庭的主审法官都是从最高法院审判经验丰富、办案能力突出的审判人员中选派，^③而且实行每两年轮换一次的机制，确保知识更新的及时性以及与本部司法行动的一致性。同时，同属最高法院审判业务部门，必要时，本部其他业务庭的主审法官也能以合议庭成员身份参与巡回法庭案件审理。^④这都可以化解其案件审理能力不及本部的担忧。从审判程序衔接配合上讲，更有利于就地彻底解决纠纷。飞跃上诉可以与巡回法庭目前主要承担的申请再审、申诉案件处理职能有效衔接，可以有效提升案件审判的社会效果。

（四）案件范围的原则性规定：以案件性质和普遍性条件为标准

允许提起飞跃上诉的案件，从性质上讲，应限于涉及重大社会利益，社会影响大的案件。从案件普遍性条件上讲，应着眼于具有判例性质的案件，即具有普遍法律适用意义的新类型、疑难案件，或者地方法院存在法律适用不统一情形的案件，而不应采用一贯使用的以标的额为标准控制案件范围的方法。基层法院简易程序审理的案件原则上不得提起飞跃上诉。

（五）受理范围的动态调控：上诉许可制度

建立上诉许可制度可以对案件进行有效甄别，并对受案范围和案件数量进行动态弹性调整。

1. 上诉许可的含义

上诉许可是指当事人的飞跃上诉能否被受理，除了要符合法律的原则性规定外，还要经过受理法院许可才能提起。所谓“许可”即酌定选择，由受理法院对案件进行审查，使得真正具有指导意义的案件进入审理范围。

^① 方乐：《最高人民法院巡回法庭的运行机制——以审判权的内部运行为中心的考察》，载《法学》2017年第4期。

^② 张杰：《最高人民法院巡回法庭的设置理念、运行效果及问题探析》，载《苏州大学学报（哲社版）》2016年第1期。

^③ 第一、第二巡回法庭的主审法官“平均年龄是46.5岁，平均具有15年以上的审判经验，均具有硕士以上学历，其中博士7人，全国审判业务专家3人，4人曾获全国优秀法官、全国法院办案标兵等称号。”参见罗书臻：《司法改革的“中国速度”——最高人民法院巡回法庭诞生记》，载《人民法院报》2015年1月29日第2版。

^④ 以聂树斌案为例，合议庭组成人员包括审判长胡云腾（第二巡回法庭庭长）、主审法官夏道虎（审监庭庭长）、虞正平（第二巡回法庭副庭长）、管应时（刑一庭副庭长）、罗智勇（审监庭审判长）。参见温如军、张喜斌：《最高法公开的聂树斌案庭长和法官都什么来头？》，载《法制日报》2016年7月9日第A08版。



2. 上诉许可的决定程序

许可受理案件的权力在立审分离的结构中实行集体决策机制。具体而言，应由受理法院的立案部门设立专门合议庭，依据立法确定的受案标准对申请飞跃上诉案件的法律价值进行判定。合议庭由三名法官组成，三分之二同意方可决定受理。这样许可决定部门与审理部门分开，符合我国以事项管辖权为基础确定部门划分和分权制约理念，而且可以使审判部门能够集中精力对案件实质性问题进行判断。之所以要设立专门合议庭而并非是某一名专门法官进行审查的理由在于，受理法院此时的自由裁量权不受当事人权利的制约，因此需要以严格程序的合议机制来保障许可裁量权的正当行使。

飞跃上诉至最高法院的案件，应当由巡回法庭审理的，亦应统一由最高法院本部立案庭决定是否许可，再根据辖区优先原则移交巡回法庭审理。

（六）提起飞跃上诉的具体流程

当事人在一审判决后的上诉期限内，可以向原审法院提出飞跃上诉的申请。原审法院应在3日内将申请及一审卷宗材料移送上一级法院。上一级法院应在5日内对飞跃上诉申请进行初步审查。对于符合飞跃上诉条件的案件，及时移送飞跃上诉受理法院；对于不符合飞跃上诉条件的案件，应当向当事人书面说明理由。最高法院或者高级法院按照上诉许可程序进行审查，如认为不具有提起“飞跃上诉”的重要性，作出不予受理的裁定；如同意提起飞跃上诉，则按照二审程序进行审理。在民事案件中，如果双方当事人达成提起飞跃上诉的合意，原审法院的上一级法院不得否决，而应直接将上诉材料提交受理法院，由其裁量决定是否同意提起飞跃上诉。

结 语

目前，我国法院组织法修订为审级制度制调整提供了有利契机。本文对飞跃上诉制度在我国的应用逻辑进行了相对理性的思辨，并在此基础上对制度主要内容进行了构建。但审级制度改革牵一发而动全身，必须关注制度之间的协调和整合，飞跃上诉制度的应有内容，远非本文所能全面论及，故不奢望在有限的能力和篇幅里具体全面地论述到制度的微观细节，但期为制度的建立提供方向性的支撑依据和可行性论证。

（责任编辑：李 宁）

司法审判如何对接道德方能让 群众信服之冷思考

——从于欢案“官民”互动和江歌案的中日舆论反差说起

孙振庆*

内容摘要 以彭宇案、许霆案等判决引起轩然大波，到于欢案的终审判决赢得舆论赞扬，中国司法与道德舆论应如何对接方为妥善？中国近代西法东渐以来的司法（法治）现代化在道德和法律的关系上是否迷失了方向？笔者认为，彭宇案等“缺德”判决是中国近代以来奉承道德与法律分离原则而导致的“毒”果。为防止“毒”果再现或恶性循环，一是理念上需确立新原则，抛弃与中华法系传统智慧相悖的道德与法律分离原则，秉持“法律是成文的道德，道德是不成文的法律”及德法共治的习近平法治新理论，并分清“司法的公平正义”与“舆论的公平正义”等；二是实践中引“德”入法，把道德作为审判要件确立为德法共治的长效机制，以逐步提升全社会对“涉德”案件的共识。我们不能做历史虚无主义和文化虚无主义者，要借鉴域外德法较好结合的现代法治经验，推动司法在内的国家社会多领域的德法共治，从而推进中国现代法治文明建设。

关键词 司法审判 道德 对接 引德入法 德法共治

中图分类号：DF716 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)01-155-163

谈起当今对民众道德引领影响较大的案件，彭宇案、于欢案赫然在目，二者都引发中国民众特别是网络与舆论的强烈关注。至今对彭宇案判决的“缺德”指责纷纷，

* 孙振庆，山东省济宁市中级人民法院研究室副主任，法学博士。



有的媒体甚至称彭宇案是中国道德滑坡的一个里程碑。^①当前司法如何对接道德舆论才能较快走出彭宇案阴影,回应好“人心诉求”并得到民众“信任”呢?

一、于欢案的“官民”互动和江歌案的中日舆论反差

(一) 于欢案的“官民”互动

2016年4月14日发生于山东省聊城市的“于欢案”,一开始并未引起媒体与受众的广泛关注与热议。直至2017年,《南方周末》发布深度调查报告《刺死辱母者》,该事件才迅速进入公众视野并引爆舆论场,网友展开了对司法的公正性、伦理道德与法理的矛盾等问题的激烈声讨。由新浪新闻发起的话题“儿子刺死辱母者被判无期”,截止到2017年7月5日,共有1.2万用户参与了话题讨论,话题阅读量高达5285.3万人次。微博用户@山东高法于2017年6月23日发布的“于欢案二审宣判判决结果”帖子,截止到7月5日,转发量过万,评论量过4万,点赞量过4万。^②

与网民热情高涨相呼应,相关多级国家机关或者国家背景的机构也积极发声并较快展开行动。

2017年2月,山东聊城中院一审以故意伤害罪判处于欢无期徒刑。3月23日,《刺死辱母者》一文首发于《南方周末》。3月25日,《人民日报》发布评论《辱母杀人案:法律如何回应伦理困局》。评论称,回应好人心的诉求,审视案件中的伦理情境、正视法治中的伦理命题,才能“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”。^③3月26日,山东省高级人民法院发布关于于欢故意伤害一案的情况通报。称已于2017年3月24日受理此案,并依法由资深法官组成合议庭。

3月26日,最高人民检察院发布通报称,近日,媒体报道山东省“辱母杀人案”,引起社会广泛关注。最高人民检察院对此高度重视,已派员赴山东阅卷并听取山东省检察机关汇报,对案件事实、证据进行全面审查。同日,山东省公安厅发布称,对媒体报道的聊城于欢故意伤害案高度重视,当日上午已派出工作组,赴当地对民警处警和案件办理情况进行核查。

3月26日,《人民日报》再度发表评论《辱母杀人案:对司法失去信任才是最可

^①《彭宇案是中国道德滑坡的里程碑事件之一,它开启了最为畸形的产业:碰瓷业》,载 <http://www.kunlunce.com/ssjj/guojipinglun/2018-06-02/125717.html>, 2018年6月28日访问。

^②《“于欢案”舆论背后的社会心态及媒体引导研究》,载人民网 <http://media.people.com.cn/n1/2018/0205/c416774-29806543-2.html>, 2018年5月26日访问。

^③该评论强调:转型期中国的法治建设,无论是立法还是司法,需要更多地正视这些人心经验,正视转型时代保护伦理价值的重要性,从而把握好逻辑与经验的关系、条文与人情的关系、法律与伦理的关系。参见《辱母杀人案:法律如何回应伦理困局》,人民日报评论,载 <http://finance.sina.com.cn/roll/2017-03-26/doc-ifycsukm3673118.shtml>, 2018年6月23日访问。

怕的》。^①

山东省高院二审审判结果公布后，“于欢案二审宣判结果”帖子后的点赞量超过 4 万，为司法与舆论的良性互动划上一个较为圆满的句号。

（二）江歌案的中日舆论大差异

对于江歌案，国内舆论激烈澎湃，不亚于于欢案、彭宇案等，对江歌室友的忿对至今依然强烈。这与日本舆论形成一定反差。^②据《环球时报》报道，虽然，在凶案发生时，日本媒体和网民对该案关注度很高，对陈世峰强烈谴责，对江歌家人表示了同情。但不久，就淡下来。^③总体上看，日本民众对江歌案的反映并不像在中国国内那样引爆舆论。以江歌妈妈赴日签名为例。中国国内网络马上引爆，而日本主流媒体却对这基本没有什么关注。只有一家日本媒体翻译转发了中国一家媒体的相关报道，而报道下面日本网友的留言仅 3 条。这家媒体翻译转发江歌妈妈在国内征集签名的报道，下面日本网友仅有 6 人留言评论。对于江歌母亲的一些做法，甚至，有不少日本人提出批评，认为“道德审判”对解决此案并无促进作用。^④

（三）问题与思考

通过对于欢案“官民”互动和江歌案的中日舆论反差及民众对司法审判的态度可见两大特点和四个问题。两大特点之一是舆论特点，日本民众一时激愤，但很快激情淡化。反观中国舆论，群情汹涌，经久不息。二是舆论与司法的关系。日本舆论上对受害人总体理解但不支持干涉司法，认为判决由法院说了算。^⑤而中国舆论则强烈倾向积极深入干预审判，看重“人情审判”。四个问题是：1. 司法审判该如何面对汹涌舆论？2. 中国司法常为舆论所指责，谁之过？怎样避免舆论对司法的无端指责？3. 为何中日

^① 评论称，当刑事个案成为公共事件时，它所带来的讨论关乎我们对法治未来走向的信心。司法不仅关乎纸面规则的落地，还关乎规则背后的价值诉求，更关乎人心所向，伦理人情。否则，于欢承担的，就不止是辱母者杜志浩带来的羞辱。参见《【解局】辱母杀人案：对司法失去信任才是最可怕的》，人民日报评论，载 <http://news.163.com/17/0326/03/CGE2VSFH00018AOR.html>，2018 年 6 月 23 日访问。

^② 日本韩国也都曾有非常重视道德的时期，至今也有驻日基地美军残忍奸杀日本少女，韩国也有学校校长、主任性侵失障学生而引发全国舆论，但当事人大都对法院都抱有信心，抗议也主要是通过群众示威和团体递交抗议书以及极少数的征集签名等方式解决。参见《江歌母亲行为令人感动，评点世界上通过舆论而改变法律的真实案例》，载 <http://baijiahao.baidu.com/s?id=1587393676959081241>，2018 年 6 月 16 日访问。

^③ 参见《面对江歌案日本人的看法因何与中国人不同》，载新浪网 <http://news.sina.com.cn/sd/2017-11-20/doc-ifynwnty5724996.shtml>，2018 年 6 月 16 日访问。

^④ 对审判结果，日本律师和辩护人都有共识，不会与预期产生太大的差距。日本社会公众对审判结果出现极大转向的期待度低，类似签名呼吁这样的行动在日本人看来“不现实”，因此也无法获得很大响应。而日本媒体的报道首先建立在对法律的高度理解上，不会在判决前做大规模高密度报道，一般不会要求判处嫌疑人重刑。参见《面对江歌案日本人的看法因何与中国人不同》，载新浪网 <http://news.sina.com.cn/sd/2017-11-20/doc-ifynwnty5724996.shtml>，2018 年 6 月 16 日访问。

^⑤ 这整体上存在有社会发展阶段之差异，个别与案件的特殊性有关。福田孝行案发生后，日本国内舆论沸腾，全国纷纷支持受害人家的男主人惨遭杀害的母女二人讨回公道，要求法院再审改判福田孝行死刑并最终得到支持。我们不能仅囿于应对当前舆论，而应着眼于司法的未来。参见《福田孝行杀人案》，载 <https://baike.sogou.com/v53633056.htm>，2018 年 8 月 3 日访问。



民众（对司法的）态度反差如此之大？4. 司法（法律）该不该管道德？这四个问题大致可归结为一大问题：道德应以何种方式介入司法？亦即司法应如何处理案件相关社会舆论及道德问题。

二、司法审判与道德应如何对接

（一）中国古代司法的答卷

中国古代司法有着浓浓的人情味。很多古代判词追求情理法兼顾，甚至有不少以情屈法，“申明大义”的判例。^①兹举一例，袁子才断遗产案。^②

1. 基本案情：曾冠群曾任甘肃粮道，家财万贯，有三个儿子都已中秀才，分户而居，生活应是没有问题了。不想曾冠群病故后，枕头边有文具箱子一口，据说内藏古玩珠宝，可值十余万贯，三兄弟平日早就瞄上这口小箱子，只是一时不好下手。当父亲死时，老大、老二都不在场，老三把箱子扭开，将内里的黄白之物倾在怀中，从后花园匆忙溜走。待两个哥哥闻信赶来，只有空箱子一口。二人不由大怒，急寻老三算账。老三佯装不认，于是兄弟三人相互揪扭到公堂。袁子才一听三人诉说，不由大怒，他先不问箱子被谁打开，却立即治三兄弟的不孝之罪，革除了三兄弟的秀才功名。

2. 经典判词：父尸未寒，兄弟争产。空箱一口，黄白全无。兄弟三人，大打出手。投诉到庭，只说钱财。死人不守住棺材；活人却争夺遗物。枉为人子，全无一片孝心；枉为秀才，哪知半点礼义。先王治国，重在孝行；朝廷教民，首倡伦理。法律条条，不赦逆子；人言啧啧，辱没斯文。父母有病，衣不解带；父母之丧，痛哭流连。不料你们毫无人性，父死之后，竟操同室之戈；葬礼未办，居然兄弟内讧。争产一案，先行不理，忤逆之罪，却不能饶。先将你们拘押，革去秀才功名。为不孝子之炯戒。此判。^③

3. 古代经验：该案的处理现在感觉仍然大快人心！对于不孝之子，没有人味、没有人性的当事人先直接给予严厉惩处，^④以申大义、弘扬孝心孝行和家庭和睦之正能量！对于这种判决，民众舆论在道义上还会有挑剔指责？舆论回馈的是鼓励赞扬，舆论还有什么可怕的？古代很多判决之所以有较好的法律与社会效果，一个主要原因是：

^① 与前段时间出现的“电梯劝阻吸烟案”有很多相似之处，虽然法律上有争议甚至有瑕疵，但能弘扬正能量，大快人心。法律不是万能的，有时不处理法律争议，先处理道德问题，可能取得更好的社会效果。当然，也可交由司法之外的机构解决。

^② 冯爱冰主编：《儒家法律思想在定纷止争中的应用》，法律出版社2017年版，第256-257页。

^③ 《袁子才断案：不葬先父争遗产革去功名》，载 http://www.china.com.cn/law/txt/2007-12/19/content_9402327.htm，2018年6月26日访问。

^④ 当前，法院没有权力直接对不孝等违逆社会伦常行为进行惩戒，但按多元纠纷解决渠道，可先交由老龄委、文明办、居委会或组织部、（纪委）安监委等先行处理。公务人员、社会知名人士应受到更多的社会关注，为在社会在孝会或诚信等方面作出表率，否则，相关机构按照党纪民规、文明公约、组织纪律予以相应处置，严重的移交司法机关处理。

“在传统法官心中，司法的最终目的是对破坏的人伦秩序、情感关系的修复……法律的根本目的在于顺应人的基本人性与伦理。传统法官以情理解释法律、在判决中阐释个案中的人伦与法意的经验，不仅可以更好地增加普遍性法律在特殊案件中适用的合理性，起到正确适用法律的作用，而且可以同时做到使法律顺应公众的朴素人伦情感，也能使公众对法律产生信任。”^①我国古代司法理念值得我们冷静思考和认真学习。

（二）日本司法管法律又管道德

日本法律与文化道德具有强烈的一体性。1. 立法上德法一体。法律只是规范化了的和成文化了的道德。这种关系之下，刑罚以道德为基础，道德上的是与非、道德与不道德与刑法上的罪与非罪几乎完全同义、范围一致。犯罪的意义首先是违反了道德。2. 司法上看重道德。日本法院审理案件注重道德评价，非常重视道歉，将之作为罪责轻重的一个主要依据。因为，日本道德文化和法治文化认为，认错道歉是愿意承担责任的出发点，也是愿意悔改的第一步。日本法律与文化道德强烈的一体性也体现在民事法和行政法之中，法院判决时往往是基于道德观念来解释公序良俗的具体含义。^②可见，日本司法与中国古代司法相似度非常高。

（三）近代至今中国司法的回应

1. 道德与法律分离原则的“疯狂”中国化。近代中国，随着西法东渐的深入，法律与道德分离原则在中华大地开始蔓延甚至横行。以西方为荣，学习西方先进经验几乎成了照抄照搬和全盘西化，中国道德与法律一体的法治观念和法治模式被鄙视和抛弃。五四运动和“文革”无情批驳抛弃传统进一步导致法律与道德分离甚至对道德仇视。2. 礼与法关系上“盲目”崇外。“在诸多的误解和偏颇之论中，有两点对今天的学界影响甚大，一是将古代社会中的礼与法视为对立物，过分强调礼与法的矛盾，强调古代社会中礼对法的搁置与破坏作用……这种目前颇为“时尚”的误解和偏见正是以西方模式、价值观为唯一标准而造成的。”^③

（四）反思与危机：近代中国司法（法治）现代化是否走了“大弯路”

1. 司法近代化的“遗失”。分离法律与道德，忽视了中国道德对于中国社会和民众极为重要的作用。^④中国近代教育体系主要只剩下知识教育，忽视了伦常道德的传

① 李德嘉：《徐元庆复仇案所蕴含的法理争议》，载《法律适用》2018年第8期。

② 王云海：《江歌案和日本的司法文化》，载《法律适用（司法案例）》2018年第3期。

③ 马小红：《礼与法：法的历史连接》，北京大学出版社2017年版，自序第1页。

④ “法律自法律，礼教自礼教，各适其适，民人安就其范围，初不自觉。使必借刑律之力量以为维持礼教之资，其为礼教也亦几何矣。人民以畏犯刑律之故，而戢戢以从礼教，是既无道德之质性，特处于勉强之行为。”参见《新刑律之冲突》，载《大公报》1910年9月25日。结合沈家本对子孙违犯教令、和奸等问题的处理，可以看出清末“礼法之争”中的法理学派对西方法律与道德分离原则的理解和运用有些简单僵化，但却成为中国法制近代化进程中奉行的基本原则与实践。参见吴志辉：《清末“礼法之争”的评价与启示》，载《人民论坛》总第416期，<http://history.rmlt.com.cn/2013/1008/160098.shtml>，2018年7月26日访问。



承教育。^①法律和司法的近代化也是同样遭遇，^②丢失了国家和法律的精神乃至民族的信仰。^③

2. 日韩等国的“反超”。反观日本法治，其特点是高度重视道德。无独有偶，韩国对传统优良道德的遵循令国人汗颜。2013年，韩国还专门修订了“过度曝光法令”来遏制有伤风化的穿衣打扮。^④在这方面，我们古代的法治原是楷模，以《唐律疏议》为代表性法典的中华法系是东亚法治的核心。但我们几千年来礼法融合的传统到近代被打破了；作为东亚文化圈中的主导者自我手术直至解体。其精华在中国遭到摒弃，反而，日韩等子法系国呵护、传承了中华法系的很多优良传统。

3. 彭宇案“毒”果的“壮大”。近年来，法律不能有力遏制道德滑坡的事件和行为，以至于出现大量合法缺德现象。彭宇案现象也正是时代影响的“毒”果。道德底线不断被突破，见死不救，伤不起和扶不起事件^⑤都与被“法律与道德必须分离”误导以致法律不能及时有力地保障优良道德传承有很大关系。遗憾的是，至今很多专家学者还在坚持道德与法律必须分离，各行其道，奉西方法原则为圣经，把一些中华法系优良传统丢弃不理。

4. 德法合治之必要及历史教训。（1）德法合治必要性。从国家治理角度而言，德的主要功用是以德化民。德法之所以被称为治国的“二柄”，就在于二者在实际功用上有所不同。一为直接的治国手段，如法是也；一为间接的化民为治。二者着力点和价值取向不同，但综合为治推进着中华文明的发展。^⑥（2）德法治理的中国教训。通观我国古代历史，法治和德治运用得当的时期，大多能出现较好的治理和发展局面。如汉唐时期的盛世，正是礼法并举、德法合治的时期。反之，主要依靠德治如周代，最终导致礼崩乐坏天下大乱；而单纯法治如秦代，则最终导致二世而亡。域外经验也是如此。历史证明，凡是既注重法治又注重德治的国家，治理效果都比较好；单纯靠法治或德治，都难以把国家治理好。^⑦因此，德法合治是中国古代社会治理的传统模式，其内含着中华法系和中国古代文明的传统智慧，应珍视和借鉴而不能简单抛弃。

① 刘梦溪：《国学与国民教育》，载《法制》2013年第3期。

② 西法东渐主要起缘于1900年《辛丑条约》签订后，英、日、葡诸国在与中国续订商约时表示，如果中国律例与东西各国改为一律，即放弃在华的领事裁判权。由此，“落后挨打”与“变法自强”的双重挤压下，西方很多法律原则逐渐取代中国原有法律原则成为中国法律的神圣圭臬。参见江隐龙：《西法东渐——法律人眼中的上海百年变局》，首发上海高级人民法院微信平台“庭前独角兽”，载 http://www.360doc.com/content/17/0528/00/451431_657855758.shtml，2018年8月2日访问。

③ [法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1995年版，第85-150页。

④ 《韩国立法禁止衣着暴露性感女星泪奔》，载中国服装网 <http://www.efu.com.cn/data/2013/2013-03-27/509678.shtml>，2018年5月27日访问。

⑤ 冬君：《信任“伤不起”更不能“扶不起”》，载人民网 <http://cpc.people.com.cn/pinglun/n/2013/1125/c241220-23647408.html>；《2011伤不起：十大热门事件你HOLD住了吗》，载央视网 <http://kejiao.cntv.cn/program/jinjijuyuan/20120727/100111.shtml>，2018年6月28日访问。

⑥ 当然，法治工具论的价值取向也有其局限性。参见张晋藩：《论中国古代的德法共治》，载《中国法学》2018年第2期。

⑦ 徐显明：《坚持依法治国和以德治国相结合》，载《求是》2017年第6期。

三、当前司法审判、道德舆论的妥善对接之道

(一) 信奉“法律是成文的道德，道德是不成文的法律”

1. 习近平德法合治理论。“法律是成文的道德，道德是不成文的法律”；治国理政应“以德治国与依法治国相结合”。^①这是习近平对中国社会治理长期忽视道德和传统的英明纠偏。2. 德法合治的当前关键着眼点。习近平德法合治的真正含义并不是要古代社会治理的泛道德化，而是强调法治的德性，是对中国法制近代化乃至法治现代化“缺德”的“补课”。尤其是行政法的德性和行政行为的德性是当前最急切、最长远的“民心工程”。

(二) 区分舆论的公平正义与司法的公平正义

1. 舆论的迷雾与实质。(1) 舆论的迷雾与揭开。现在，有时舆论汹涌澎湃，铺天盖地。很多群众高举习近平“努力让人民群众在每一起案件中都感受到司法的公平正义”这句经典作为大帽子来抨击审判，批评法官。然而，正视舆论和重视人心诉求并非指司法必须盲从舆论、也不是对民众暴怒妥协而是应重视舆论背后隐含的正当性。民意也不等于所有意见的简单混同或总和。(2) 舆论的实质及分析。汹涌的舆论大多其实是以“人民的名义”抢道德制高点来大肆展开批判的。舆论总体上不专业，大多数人都是从道德立论，以道德伦常为依据，以“正义之名”来批判司法违背社会常理之处。但正义有一张普罗米修斯的脸，是一种感觉，因人而异。^②所以，关键是看舆论所说的公平正义含义是什么？指责方是否是公平正义的？能否代表公平正义？不能断章取义，更不能人云亦云，应从法律和道义两方面都要作具体分析。司法是否合法、是否尊重公序良俗？是否不悖核心价值观和传统的基本道德伦常？即便如此，对公平正义仍可能是仁者见仁，智者见智，因为民众的法律知识、道德水准等往往存在种种差异。

2. 道德愿望与法律预期更需理清。(1) 预期不等于愿望。诉讼中，应以事实和法律为基础来对判决作出预期而不能以一己之私或单方的理想和愿望来要求法官。愿望的道德是以人类所能达致的最高境界作为出发点，而义务的道德则是从最低点出发，它确立了使有序社会成为可能或者使有序社会得以达致其特定目标的那些基本规则。^③(2) 两种公平正义有别。群众舆论中的公平正义往往是以愿望的道德为出发点，超出法律的所能。法律的公平正义所要维护和保障的主要是义务的道德，是社会得以有序

^① 习近平：《坚持依法治国和以德治国相结合，推进国家治理体系和治理能力现代化》，载人民网 <http://cpc.people.com.cn/n1/2016/1211/c64094-28940092.html>，2018年5月26日访问。

^② [美] 博登海默：《法理学》，邓正来译，中国政法大学出版社2004年版，第262页。

^③ [美] 富勒：《法律的道德性》，商务印书馆2014年版，第8-113页。



发展的基本的伦常道德。(3)于欢案的预期判决。从这个角度看,辱母者也是严重违背群众所能承受的道德底线,从而导致“公认”为其死亡是“咎由自取”。于欢案二审判决正是重视社会基本道德伦常、及时回应人心诉求的结果。

(三)明确行使审判权的是法院而非人情与舆论

刘鑫所就读的文化大学的一学生说“我们有权投票选举国家领导人,但无权投票决定人的生死”;该校三井寿教授认为,“从这一做法中可以看出,中国人至今仍然深受自汉代开始的儒法结合的影响。但现代社会,行使法律的应该是司法系统而不是人情与舆论”。^①于欢案中,《南方周末》一个报导带动了全国几乎“一边倒”的舆论,也不尽符合理性平和社会的特征。

(四)将道德作为审判要件^②是德法兼融长效机制

1.司法的“伦理命题”。司法是治国理政的一个重大方面。信访与立案登记制等推动当前司法在“前线”“一线”直面各种社会矛盾。法院在严格遵循法律办案的同时也要如《人民日报》评论要求的那样“回应好人心的诉求,正视法治中的伦理命题”。

2.邹碧华的“得意”与“遗憾”。《要件审判九步法》主要是基于民商事审判理论和实践提出的审判方法和审判思路方面的创新举措。它既为一线办案法官审理案件提供了操作性强的“万能模板”;同时帮助当事人正确行使权利,充分行使诉权并正确理解判决结果。但是,要件审判九步法未能“审视案件中的伦理情境”。邹碧华意识到“要将法官思维中沉积着的大量观念、意识和情感的精神要素内化到裁判文书中”,^③但未能成行,实为一种缺憾。3.补足“遗憾”之策。可在要件九步法精髓的基础上更进一步,将对案件的道德考量作为一个“必经要件”,从而有效弥补审判机制对社会伦理道德影响较大的案件缺乏相应道德考量等方面的缺陷。以社会主义核心价值观等指导下的重要的“义务的道德”为主要考量标准,则能抑恶扬善,维护社会道德底线,积极弘扬社会正能量,“为法治营造良好的文化伦理环境”,^④从而“增强全体人民的法治信仰”。^⑤

(五)引“德”入法外化措施:法院发布德法兼融优秀判例

1.日本“涉德”案件的社会共识。日本社会也曾出现过李昌奎案和于欢案那样舆情汹涌,民众对道德判断非常看重的时期,但司法实践积累了大量的案例,使日本社

^① 《日本入质疑江歌案:她的死是否自己有责任?》,载 <http://edu.sina.com.cn/a/2017-11-16/doc-ifynstfi0247033.shtml>, 2018年6月16日访问。当然,我们也要警惕司法的泛道德化,但是日本教授显然有误解。中国古代群众对“家法和王法”及司法判决等是敬畏的,不像现在这样随意指责司法和法官。

^② 司涛涛、孙振庆:《裁判之道德关怀》,全国法院第27届学术研讨会获奖论文。

^③ 邹碧华:《要件审判九步法》,法律出版社2010年版,第181页。

^④ 江必新:《构建理性法治文化》,载《中国法治文化》2015年第2辑,第13-19页。

^⑤ 陈冀平:《用法治文化夯实法治中国建设根基》,载《中国法治文化》2015年第2辑,第4-6页。

会逐渐对此类“涉德”案件形成一定的共识，使得律师、辩护人和群众对判决的预期没有较大反差，公众对审理结果出现极大转向的期待度低，当然舆论就不会掀起大的风浪。^①2. 中国“涉德”案件社会共识的快捷提升之道。(1)“拿”他山之石。最高人民法院及有条件的法院大可借鉴日本司法德法兼顾和法国行政法发展的经验，以指导性案例逐步示范引“德”入法，以判彰“德”，形成一系列指导全国德法兼融的优秀判例以作为各级法院和群众的参考和指引。判例的系列发布会大大增进群众乃至全体国民对法律与道德的共识，对司法乃至执法的预期则不致因生大落差而掀起舆论风暴。(2) 司法实践创新。最高人民法院已发布过弘扬和践行核心价值观案例^②，这个引“德”入法的创新实践，是弥补和完善“缺德”法治的一大步骤和进步，将有力推动法治德性建设。

结 语

我们不能做历史虚无主义和文化虚无主义者^③，德法合治的传统不能简单加以批判乃至丢弃不用。奉行法律与道德分离原则已给近代以来的中国法治和社会带来严重问题，该“到此止步”了，呵护与保障优良道德的传统必须传承下去。立法有滞后性，行政执法与“不能拒绝审判”的司法可率先行动。官方与舆论的良性互动是当前处理“涉德”案件的较佳现实途径。从长远看，将道德考量作为审判要件是司法与道德人心融洽相处的长效良方，应在与道德舆论良性互动中，逐渐构建起独立权威的司法的道德考量体系。司法在法律与道德上皆做到位，则群众与舆论会自然信服而少言。^④由此，司法不仅可逐步清除彭宇案滋生土壤，还可利用其与时俱进的优势，弘扬德性，引领国人道德建设从而有力推进中国现代法治文明建设。

(责任编辑：王文斌)

^① 《刘迪：江歌案，日本人的看法因何不同》，载环球网 <http://phone.huanqiu.com/r>，2018年7月25日访问。

^② 《最高人民法院关于弘扬社会主义核心价值观典型案例》，载 http://www.sohu.com/a/111550438_117927；《重视规范引导保障促进作用发挥教育评价指引示范功能最高法院通报践行核心价值观有关情况和典型案例》，载 <http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-24921.html>，2018年7月29日访问。

^③ 我们不是历史虚无主义者，也不是文化虚无主义者，不能数典忘祖、妄自菲薄。一个国家的治理体系和治理能力是与这个国家的历史传承和文化传统密切相关的。解决中国的问题只能以中国大地为“根”来探索适合自己的道路和办法。参见习近平《在中共中央政治局第十八次集体学习时讲话》，载 <http://cpc.people.com.cn/n/2014/1014/c64094-25827156.html>，2018年6月26日访问。

^④ 司法的公正与公信是国家与社会切实尊重和坚实保障培育出来的，这是大前提和基础。本文所探寻的群众信服和舆论平息方法是在此大前提的基础上，司法系统响应习近平号召而积极的自我努力作为与发奋突破。参见孙振庆：《简析建立司法威信的必要性和实现途径》，全国法院第26届学术讨论会一等奖论文。参见马怀德：《马怀德：现行司法体制必须要“动大手术”》，载 <http://news.sina.com.cn/pl/2013-11-13/144628699048.shtml>，2018年6月26日访问。



民间借贷纠纷类案证明标准研究

山东省高级人民法院审管办课题组*

内容摘要 随着社会经济的迅速发展和产业转型的不断推进,民间借贷逐渐成为融资市场的重要组成部分。民间借贷关系具有随意性和隐蔽性,借款凭证并不规范,案件事实难以认定。为切实解决审判实践中的难点问题,本课题组采用类案研究方法,将济南、青岛、德州三地法院1368件民间借贷案件为主要样本,并参考了全国、全省其他法院具有典型意义的案例。本调研报告分析了我省法院民间借贷案件二审改判发回情况和原因,归纳了容易产生不同认识理解的事实问题,对相关裁判观点进行了梳理和总结,从借贷主体事实、借贷合意事实、借款交付事实、借款偿还事实、夫妻共同债务、虚假诉讼六个方面对待证事实的证明标准提出了具体建议,内容涉及证据种类审查、证据采信审查、证据认定综合审查等环节,希望能给审判实践提供有益参考。

关键词 民间借贷 事实认定 证据审查 证明标准

中图分类号:DF713 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)01-164-181

虽然民间借贷司法解释实施后,民间借贷案件的审理有了更为清晰具体的依据,但由于民间借贷关系具有其随意性、隐蔽性,致使借款凭证并不规范,加之民间借贷案件借款人和保证人往往采取多种方式逃避债务,导致很多民间借贷争议事实难以认定,需要司法对此作出更多的回应。本课题紧紧围绕民间借贷案件事实的证明,以济南、青岛、德州三地法院民间借贷二审案件中改判、发回案件为研究样本,通过对改判、发回案件争议事实及裁判观点进行梳理,参考全国、山东省其他法院具有典型意义的案例,拟探索民间借贷案件案件事实证明标准规范,以期对审判实践中民间借贷案件的证据审查及事实认定提供有益参考。

* 课题组成员:王中山、徐清霜、常淑静、芦强、宿敏、王玉敏。

一、近年来山东法院民间借贷案件二审改判、发回情况及原因

为了便于深入细致分析研究问题，课题组以山东法院 2015-2017 年民间借贷二审生效判决书为基本样本，同时选取民间借贷较为典型的济南、青岛和德州三地法院 1368 份二审生效判决书作为主要研究样本，重点考察近年来山东法院民间借贷纠纷案件审理中事实认定方面存在的突出问题，为归纳此类案证明标准奠定基础。

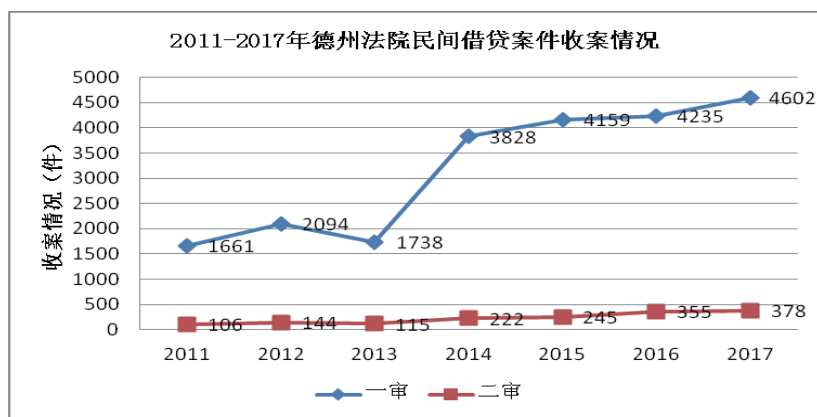
（一）近年来山东法院民间借贷案件一审、二审概况

2015 年 1 月至 2017 年 12 月，山东法院共审理一审民间借贷类案件 98287 件，二审案件 24885 件。其中，2015 年为 100894 件，2016 年为 102510 件，比上年增长 16%；2017 年为 99903 件，比上年下降 2.55%。近两年来，由于社会公众对于民间投融资的风险意识亦明显增强，总体上 2017 年案件数量呈现回落趋势。

2015 年—2017 年山东法院民间借贷纠纷案件一审二审情况（单位：件）

	一审	二审 ^①	二审改判	二审发回
2015 年	100894	7208	—	—
2016 年	102510	10306	—	—
2017 年	99903	7371	982	547

从德州两级法院所受理的民间借贷案件情况看，案件收案数量自 2011 年起连续多年呈现高增长态势，截止 2017 年底并未呈现出回落态势。这反映出当地民间借贷规模依然呈现出扩大的趋势，民间借贷对当地社会经济发展的影响依然较大。

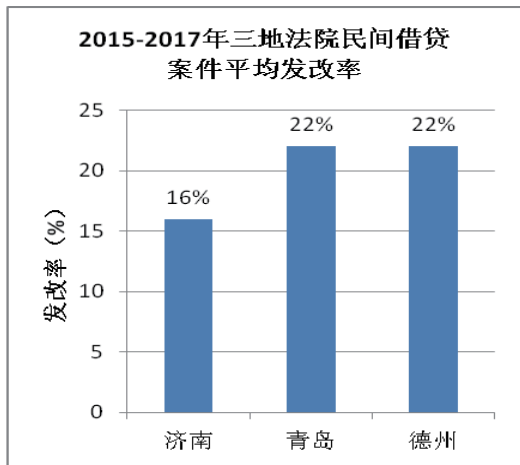
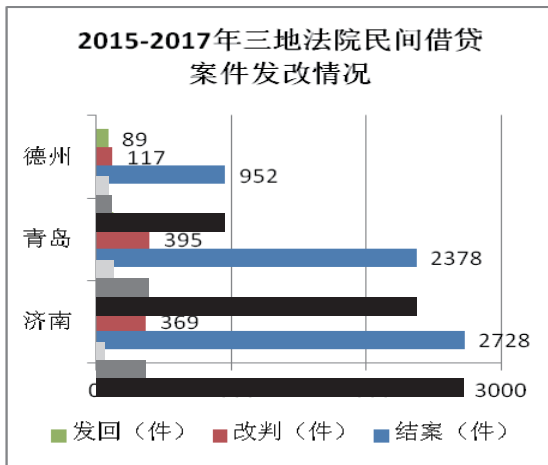


^① 由于司法统计问题，全省法院民间借贷案件数据与金融借款案件有混同统计的情况，2015—2016 年二审案件数据包括金融借款案件。



(二) 近年来山东法院民间借贷案件二审改判、发回情况

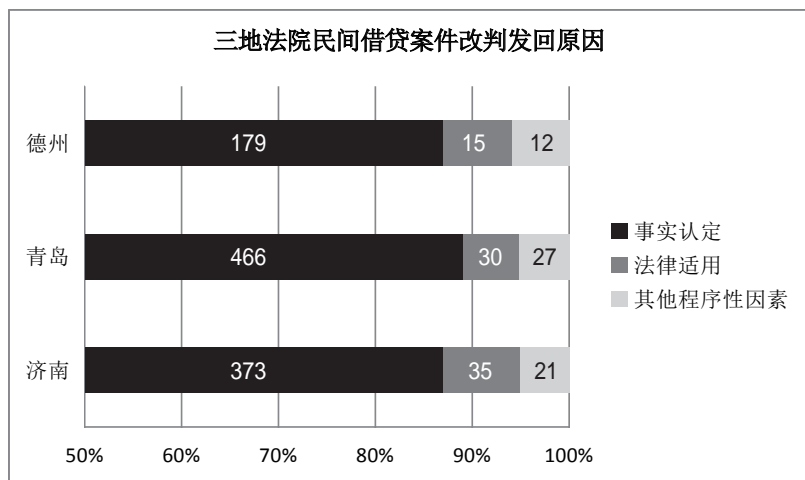
2017年山东法院二审案件审结7371件,其中改判982件,发回547件,平均改发率21%。济南法院民间借贷纠纷案件二审结案2787件,改判369件,发回70件,平均发改率16%。青岛法院民间借贷纠纷案件二审2378件,改判395件,发回128件,平均发改率22%,其他民事案件平均发改率为20.07%;德州法院审结二审民间借贷案件952件,二审改判117件,发回89件,平均改发率22%,其他民事案件平均发改率为20.03%。与其他民事案件平均法概率相比,同期民间借贷纠纷案件发改率均高出2个百分点。



(三) 山东法院民间借贷案件二审改判、发回的原因

课题组通过对二审改发案件的争议焦点进行梳理和分析时发现,一审、二审法院对案件事实认定的差异成为改判、发回的主要原因。

据统计青岛中院民间借贷案件由于事实认定问题造成的改发案件占全部改发案件的89%以上;济南中院民间借贷案件由于事实认定问题造成的改发案件占全部改发案件的85%以上;德州中院民间借贷



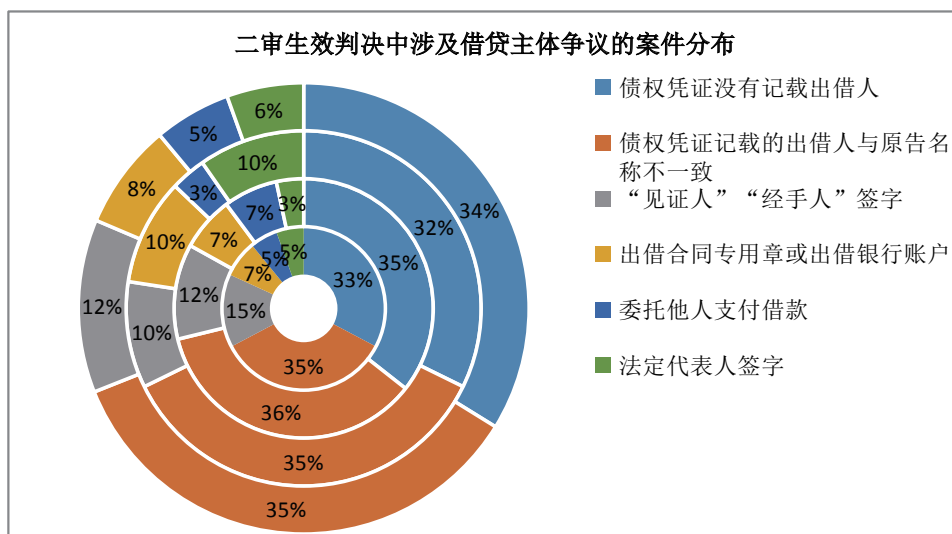
案件由于事实认定问题造成的改发案件占全部改发案件的 86% 以上。

二、改判发回案件一、二审法院在事实认定上存在差异的主要表现

为系统分析改判发回案件一审、二审法院在事实认定方面存在的具体差异，我们分别从济南中院选取 629 件二审生效判决、青岛中院 533 份二审生效判决及德州中院 206 份二审生效判决，共获得 1368 个较为典型的案例，依此梳理了一审法院与二审法院在事实认定方面存在的差异。具体结果如下：

（一）借贷主体的认定

课题组对 1368 份二审生效判决，以“借贷主体”为关键词分别进行搜索，共搜索到 145 份判决。其中，济南中院 55 份，改判发回 12 份；青岛中院 59 件，改判发回 16 件；德州中院 31 件，改判发回 13 件。通过对三地法院 41 件二审改判发回案件进行分析发现，一审、二审法院在借贷主体认定上的差异主要体现在以下方面：



1. 借款合同或债权凭证中没有记载出借人

（1）借款合同或债权凭证中没有记载出借人，具体为：借款合同中出借人位置信息空白或未设计出借人签名位置；债权凭证中未记载出借人信息或记载不明确。

（2）借款合同或债权凭证中没有记载借款人，没有借款人的具体信息，也没有其签名或盖章。

2. 借款合同或债权凭证中记载的出借人或借款人姓名、单位名称与原、被告的姓名、单位名称不一致。



3. 自然人以“见证人”、“经手人”的身份在借款合同或债权凭证上签字，能否将其认定为民间借贷关系的当事人。

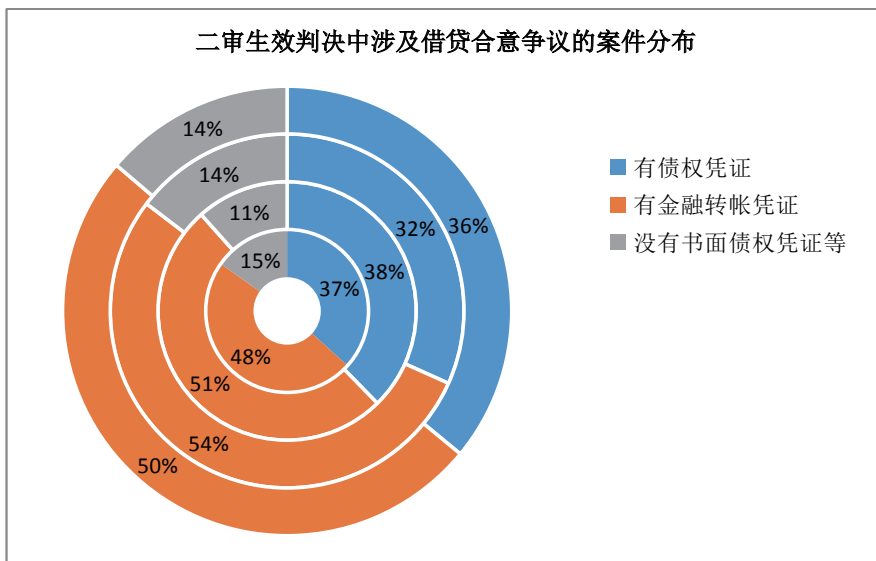
4. 出借合同专用章签订借款合同，或出借银行账户作为借款收款账户，出借人是否属于借贷主体，应否承担还款责任

5. 借款合同或债权凭证中记载出借人委托他人支付借款，受托人是否属于出借人。

6. 企业法定代表人对外出具债权凭证或签订民间借贷合同，借贷主体的认定。

(二) 当事人之间是否存在借贷合意

课题组对 1368 份二审生效判决，以“借贷合意”为关键词分别进行搜索，共搜索到 189 份判决。其中，济南中院 79 份，改判发回 21 份；青岛中院 69 件，改判发回 26 件；德州中院 41 件，改判发回 23 件。通过对三地法院 70 件二审改判发回案件进行分析发现，一审、二审法院在当事人是否存在借贷合意认定上的差异主要体现在以下方面：



1. 原告能够提交书面债权凭证

(1) 原告提供借条、借据等债权凭证，但被告辩称该债权凭证是因双方存在其他法律关系（比如合伙关系、买卖合同关系、委托合同关系等等）形成，主张按真实法律关系进行审理。

(2) 原告提供的借据在形式上的部分缺损、或存在撕扯后重新粘合的情况、或不符合常理的修剪、或借款人签名和日期等关键内容签署位置明显与通常做法不符，等等。

(3) 原告提供借据，但被告对借据全部内容或部分内容予以的否认。或辩称全部

内容均不是被告所书写，或否认借据部分内容，或否认借款人签名的真实性，或否认格式合同中当事人姓名或名称、指定收款人、制定收款账户、利息约定等手写部分的真实性，等等。

(4) 原告提供借据，但被告辩称借据是在欺诈、胁迫等情形下出具，不是其真实意思表示。这种情形多出现于曾经恋爱或非法同居后分手的男女双方之间。

2. 原告仅提供金融机构转账凭证

(1) 原告依据金融机构转账凭证提起诉讼，被告辩称系偿还双方之前借款或其他债务。

(2) 原告依据金融机构转账凭证提起诉讼，被告辩称双方存在其他基础法律关系。比如合伙关系、买卖合同关系、委托合同关系，等等。

(3) 原告依据金融机构转账凭证提起诉讼，被告辩称该款项系亲属、朋友之间的赠与。

(4) 原告依据金融机构转账凭证提起诉讼，被告辩称原告与其他民事主体之间存在借贷关系并签订有借款协议，其仅为借贷关系的中间人。

(5) 原告依据金融机构转账凭证提起诉讼，被告辩称所转款项系遗产、共同财产分割款等其应得款项。

(6) 原告依据金融机构转账凭证提起诉讼，被告辩称该转账属于垫付款项，并非借款。

3. 原告未能提交书面债权凭证或金融转账凭证

审判实践中，在没有借款合同、债权凭证或金融机构转账凭证的情况下，原告可能提交谈话或通话录音、监控录像记录、手机短信记录、微信收发记录及其他信息化方式交流记录以证明其与被告之间存在借贷合意。原告一般主张为现金交付；被告往往对于证据真实性、借贷关系真实性予以否认。

(三) 借款是否交付

课题组对 1368 份二审生效判决，以“现金交付”或“借款给付”为关键词分别进行搜索，共搜索到 245 份判决。其中，济南中院 99 份，改判发回 52 份；青岛中院 92 件，改判发回 58 件；德州中院 54 件，改判发回 26 件。通过对三地法院 136 件二审改判发回案件进行分析发现，一审、二审法院在借款是否现金交付认定上的差异主要体现在以下方面：

1. 原告仅提供借条、借据等债权凭证，主张全部借款为现金方式交付：

(1) 被告认可借贷关系成立，但辩称借款没有交付，借款合同没有实际履行，民间借贷合同未生效。

(2) 被告辩称借条是在其受欺诈、胁迫情形下出具，不是其真实意思表示，所载



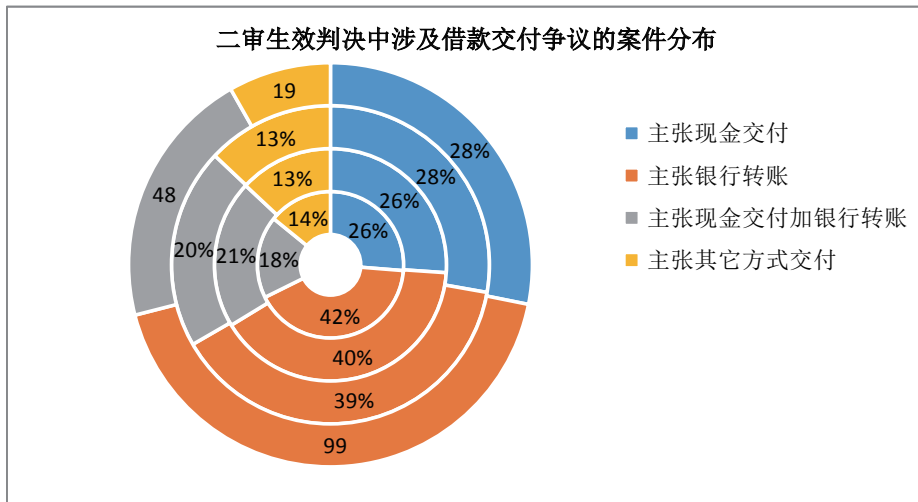
明借款根本未交付。

2. 原告能够提供借条、借据等债权凭证，主张全部借款采用银行转账方式交付：

(1) 被告辩称款项未转入被告账户，接受转款账户不是被告本人或本单位账户，被告不认可该账户为其使用或为其指定的收款账户。

(2) 被告辩称转账人并非原告（出借人）本人或本单位，被告不认可其收取的款项为原告交付的借款。

(3) 被告对原告提交的转款凭证的真实性不认可。



3. 原告能够提供借条、借据等债权凭证，主张部分借款采用银行转账方式交付，部分借款采用现金方式交付，被告认可金融机构转账交付部分，否认现金交付部分，辩称原告未交付全部借款，合同未全部履行。

4. 原告不能提供借条、借据等债权凭证，但主张借款采用其他方式交付，包括支票、汇票等票据或证券；微信转账记录；支付宝转账记录；被告使用原告银行卡等取款或消费；以为被告偿还其他债务的方式支付借款等。

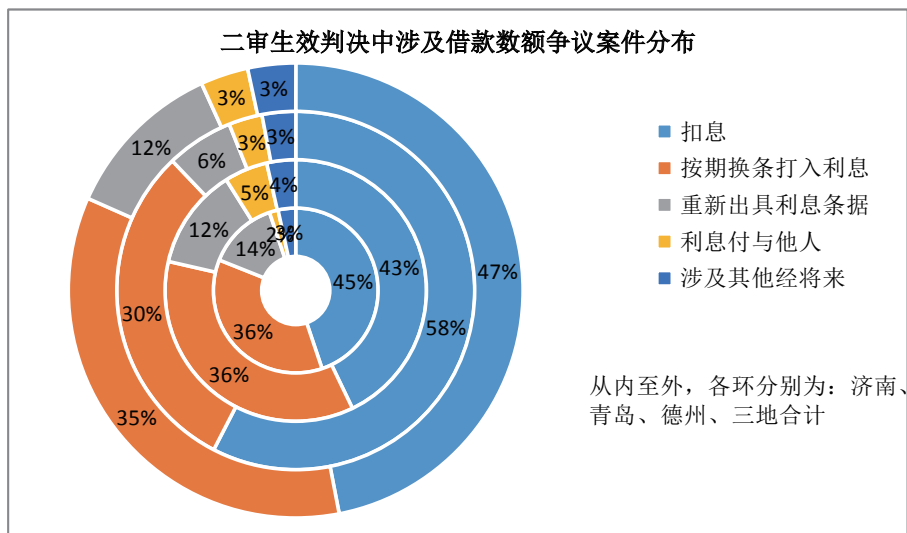
(四) 借款数额的认定

课题组对 1368 份二审生效判决，以“借款数额”或“借款金额”为关键词分别进行搜索，共搜索到 147 份判决。其中，济南中院 58 份，改判发回 21 件；青岛中院 56 件，改判发回 23 件；德州中院 33 件，改判发回 16 件。通过对三地法院 60 件二审改判发回案件进行分析发现，一审、二审法院在借款金额认定上的差异主要体现在以下方面：

1. 原告提供借条、借据等债权凭证，以及金融转账等交付凭证，被告认可借贷关系成立，但辩称实际交付借款数额与借条记载的数额存在差异。有的被告辩称出借人采用预扣利息方式、有的被告辩称原告按期换条据打入利息、有的被告辩称双方重新

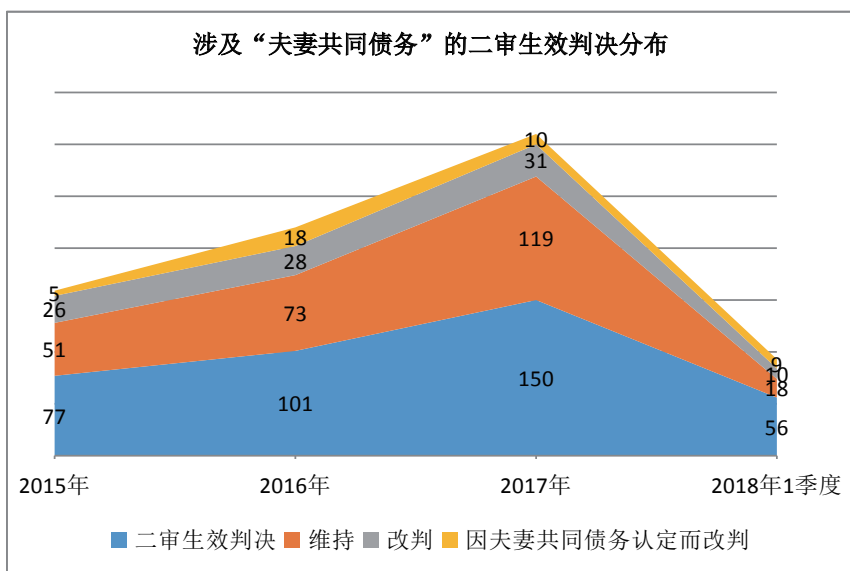
出具利息条据、有的被告辩称原告指示被告（借款人）将利息付于他人等方式获取超过法定利率的高额利息。

2. 原告提供借条、借据等债权凭证，以及金融转账等交付凭证，被告认可借贷关系成立，被告辩称双方当事人之间存在长期大量的借款及其他经济往来，但被告除了结算而来的借款凭证外，对之前的借款、还款情况均无法举证。



（五）夫妻共同债务认定

课题组对 2015 年 -2018 年上半年青岛中院二审生效判决中 384 份涉及“夫妻共同债务争议”案件进行分析发现，其中维持共 261 件，改判发回 95 件，因夫妻共同债务认定而改判的有 34 件。





从上述数字可知,随着最高人民法院关于夫妻共同债务认定相关司法解释的颁布,青岛中对于夫妻共同债务的认定标准明显体现出由松到严的趋势。2015年,青岛中院只在一起案件中因债权人举证未达到高度可能性而驳回其诉请而对一审关于夫妻共同债务的认定作出改判,即在借贷关系生效的前提下,一、二审均认定,应严格适用婚姻法解释(二)第24条规定,只要借款发生在夫妻关系存续期间,即由借款人配偶对二种除外情形承担举证责任,在借款人配偶举证不能情况下即认定借款属于夫妻共同债务。2016年,婚姻法解释(二)第24条的适用开始出现松动。在查明借款实际用途且未用于夫妻共同生活的前提下,青岛中院有四起案件认定借款不属于夫妻共同债务。但同时,多数案件仍沿用婚姻法解释(二)第24条规定,认定婚姻关系存续期间内一方名义所负借款为夫妻共同债务。2017年,青岛中院已基本确立“用于夫妻共同生活”是认定“债务夫妻共同债务”的应有之义,但举证责任由借款人配偶一方承担。有五起案件在查明款项实际用途(用于不是夫妻共有的公司经营、借给他人等)的基础上,二审改判决认定借款并非夫妻共同债务。2018年,随着夫妻债务纠纷案件司法解释的出台,中院实现了认定夫妻共同债务的重大转向,有七起案件二审改判认定为个人债务。

三、司法实践中可资借鉴的经验做法 ——基于对1110份二审生效判决的裁判观点梳理

经过筛选,课题组最终选取1110个民间借贷案件二审生效判决,通过对上述判决裁判观点的梳理,我们认为,当前司法实践中存在不少对民间借贷案件事实认定的有益探索。这些有益的探索,为此类案件审判实践提供了可资借鉴的做法。

(一)关于借贷主体的认定

为了系统整理借贷主体认定相关裁判观点,课题组依次对145份涉及借贷主体认定争议的二审生效裁判文书进行逐一阅读分析,结果如下:

1.关于出借人的认定

(1)在145份二审生效判决中有49份涉及出借人争议,其中28份判决一审、二审均认为,虽然债权凭证上没有注明债权人,但当事人持有债权凭证并且能够证明与债务人之间已经达成借贷合意、实际出借资金的,应当认定债权凭证的持有人具有债权人资格。

(2)在49份涉及出借人争议的二审生效判决中,有14份判决一审、二审均认为,当事人以债权凭证主张权利且主张是原始债权人、否认基于债权转让取得债权,但有证据证明原始债权人并非债权凭证持有人的,认定当事人没有债权人资格,裁定驳回

当事人的起诉。另有 4 份生效判决系二审改判一审案件，同样持有此种观点。

2. 关于借款人的认定

为了系统整理借款人认定相关裁判观点，课题组依次对 51 份涉及借款人认定争议的二审生效裁判文书进行逐一阅读分析。其中 23 份一审、二审均认为，单位负责人以单位名义与出借人签订民间借贷合同并在借款凭据上签名，借款凭据不能显示个人借款，单位主张应当由负责人个人偿还的，不予支持。另有 5 份生效判决系二审改判一审案件，同样持有此种观点。

(二) 关于借贷合意的认定

1. 原告主张存在借贷合意，而被告抗辩称借贷关系为虚假的判断

为了系统整理被告抗辩称借贷关系为虚假的相关裁判观点，课题组依次对 21 份涉及借贷关系为虚假争议的二审生效裁判文书进行逐一阅读分析。其中 16 份一审、二审均认为，被告抗辩称借贷关系虚假应综合审查证据，如果原告主张借贷合意存在，且提供的证据达到了高度可能性的证明标准，但被告针对其抗辩所提供的证据并未达到高度可能性的证明标准，一般应认定借款合意存在。

2. 没有书面凭证案件的处理

为了系统整理没有书面凭证案件相关裁判观点，课题组依次对 69 份涉及此类案件的二审生效判决文书进行逐一阅读分析。其中有 23 份判决案件争议焦点为：“原告仅凭银行转账凭证主张权利，被告否认借款”。通过对该 23 份二审生效判决的裁判观点进行梳理，其结果为：一、二审均认定借贷关系成立的 3 份，一、二审均认定借贷关系不成立的 8 份，一审认定借贷关系成立、二审认定不成立的 3 份，一审认定借贷关系不成立、二审认定成立的 3 份。在改判的六份判决书，因二审提交新证据的有 3 份。综合来看，认定借贷关系成立的占 64.7%。主要观点如下：

(1) 原告仅依据金融机构的转账凭证提起民间借贷诉讼，被告抗辩转账系偿还双方之前借款或其他债务并提交相关证据证明的，不能认定民间借贷关系成立。

(2) 原告持有付款凭证提起民间借贷诉讼，且能够对未出具借款凭据的原因做出合理说明，被告提出抗辩但缺乏证据证明的，应当支持原告的诉讼请求。

(3) 原告主张以清偿债务人债务的形式向债务人提供借款，但双方没有借款凭据，被告不认可收到借款也不认可存在借贷关系的，驳回原告的诉讼请求。

(三) 关于借款交付的认定

为了系统整理借款交付认定相关裁判观点，课题组依次对 245 份涉及借款交付认定争议的二审生效裁判文书进行逐一阅读分析，结果如下：

1.245 份二审生效判决中有 19 份涉及“以偿还其他债务的形式支付借款”，其中 12 份判决一审、二审均认为，双方约定以偿还其他债务的形式支付借款的，约定的债



务获得清偿即视为借款交付，借款合同自约定债务的清偿之日起生效。

2.245份二审生效判决中有47份涉及“收款账户非借款人本人账户”，其中28份判决一审、二审均认为，收款账户非借款人本人账户的，出借人应当举证证明该账户为双方约定的收款账户，能够证明的借款合同有效，不能证明的则不产生借款交付的法律效果。另有3份二审改判一审判决同样持有此种观点。

3.245份二审生效判决中有47份涉及“大额借款现金交付争议”，其中24份判决一审、二审均认为，借款数额较大，借款人对借款已经交付的事实不予认可，出借人主张现金交付但对资金来源、交付过程等不能做出合理说明或提交相关证据的，不能认定借款合同的真实性。另有5份二审改判一审案件同样持有此种观点。

4.245份二审生效判决中有65份涉及“现金交付争议”，其中38份判决一审、二审均认为，以现金形式交付借款，出借人能够对履行能力、资金来源、交易习惯、交付过程等作出合理说明或提交证据佐证的，可以认定借款已经交付、借款合同生效。数额较小的，证明标准可以适当降低。

（四）关于借款偿还的认定

1. 借款数额的认定

为了系统整理借款数额认定相关裁判观点，课题组依次对147份涉及借款数额认定争议的二审生效裁判文书进行逐一阅读分析，结果如下：

（1）147份二审生效判决中有69份涉及预先扣息争议，其中29份判决一审、二审均认为，借款人抗辩存在预先扣除的利息（“砍头息”），应当结合款项交付方式、银行流水、当事人陈述等综合认定。查明确实存在预先扣除利息的，应当将实际出借金额认定本金。另有5份生效判决系二审改判一审，同样持有此种观点。

（2）在69份涉及预先扣息争议的二审生效判决中，其中12份判决一审、二审均认为，如果借款合同明确约定或原告自认在借贷关系成立之日借款人给付借款期内利息或首期利息，即可认定原告预先扣除利息的，应根据实际出借金额认定本金。

（3）在69份涉及预先扣息争议的二审生效判决中，其中19份判决一审、二审均认为，原告举证证明大部分借款通过金融机构转款交付、剩余款项以现金方式交付，被告抗辩剩余款项未实际交付，系原告预先扣除借款期内利息或首期利息的，如果差额与借款期内利息或首期利息数额基本相符，则原告应就剩余款项交付承担举证证明责任。根据下列情况做出不同认定：

原告能够提供其从金融机构提取相应数额现金证据，并能够对差额部分以现金方式给付作出合理解释的，应当认定原告主张；

借款合同中明确约定“剩余款项XXX元以现金方式交付”，原告对于现金交付提供初步证据而被告不能提供反证的，可以认定原告主张。

2. 借款偿还的认定

(1) 147 份二审生效判决中有 18 份涉及债务人向案外人偿还借款争议，其中 9 份判决一审、二审均认为，债务人向债权人以外的人偿还借款，且不能证明收款人系双方协议所确定的收款人的，债务人的还款行为不能产生债务清偿的法律效果。另有 1 份生效判决系二审改判一审，同样持有此种观点。

(2) 147 份二审生效判决中有 5 份涉及其他经济往来争议，其中 3 份判决一审、二审均认为，债务人主张已经偿还借款并提交还款凭据，债权人主张存在其他资金往来、系偿还其他债务并提交证据予以证明的，不能认定债务已经清偿，债务人应当继续履行还款义务。

3. 借款利率认定

147 份二审生效判决中有 68 份涉及借款利率认定争议，其中 32 份判决一审、二审均认为，借款凭据中没有约定利息，但通过其他证据可以证明双方存在利息约定的，借款人应当支付利息。

(五) 关于一方举债时夫妻共同债务的认定

为了系统整理夫妻共同债务认定相关裁判观点，课题组依次对青岛中院 2015 年 -2018 年第一季度 384 份涉及夫妻共同债认定争议的二审生效裁判文书进行逐一阅读分析发现，2015 年 -2018 年第一季度青岛中院涉及夫妻共同债务的二审生效判决总体维持率达 68%，改判率达 25%；其中因夫妻共同债务认定而改判 34 件，占改判案件为的 36%。在 34 件改判案件中，一审认定个人债务（或驳回诉请）而二审认定为夫妻共同债务为 22 件；一审认定为共同债务二审认定为个人债务为 12 件。

课题组通过对 34 份因夫妻共同债务认定而改判的案件进行裁判观点梳理认为，关于婚姻关系存续期间内以个人名义所负的债务是否属于夫妻共同债务的审理思路、举证责任和证明标准，具体包括如下内容：

1. 审查债权人与借款人之间的借贷合同是否成立生效

根据民间借贷交易惯例，借款人在还清借款时通常要将其先前出具的借条索回，或由出借人当场将借条予以销毁，或由出借人出具借条作废的证明，以免出借人重复主张权利。因此，债权人将涉案借条交给借款人的行为通常意味着涉案借款已获清偿，而在涉案借款未获清偿的情形下，债权人便将涉案借条交给雷鸣，也与民间借贷通常的交易习惯不符。因此，对债权人的诉讼请求不予支持

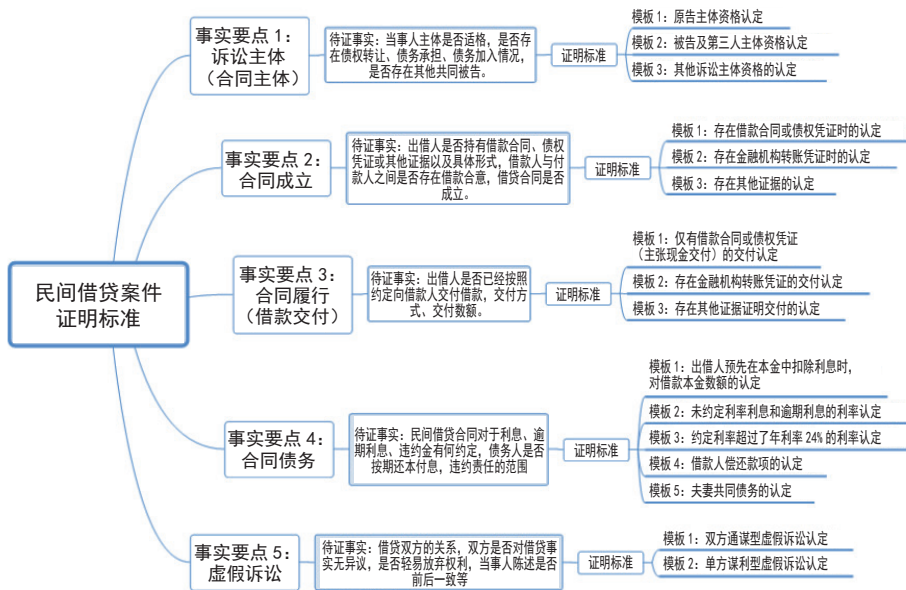
2. 在借贷合同生效的前提下，应尽最大可能查明款项实际用途，必要时根据当事人提供的线索，法院调取相关证据；如果借款数额在家庭日常需要范围内或借款实际用于夫妻共同生活，则应认定借款属于夫妻共同债务。

3. 如果借款数额较大且债权人或借款人不能证明款项用于家庭日常生活的，债权



人对借款用于夫妻共同生活、夫妻共同生产经营承担举证责任，举证不能则承担不利的法律后果。

四、民间借贷案件事实证明标准规范



(一) 借贷主体事实证明标准

待证事实为 :当事人主体是否适格 ,是否存在债权转让、债务承担、债务加入情况 ,是否存在其他共同被告。

1. 原告主体资格认定

【出借人记载】借款凭证明确记载出借人的，推定载明的出借人为实际出借人。借款凭证上没有记载出借人的，推定该证据原件持有人为债权人，具有原告主体资格；被告抗辩原告并非债权人，应对此承担举证证明责任。

【出借人记载姓名不一致】借款凭证中记载的出借人姓名与借条持有人姓名有明显差异的，持有人作为原告主张权利的，应由原告对姓名差异做出合理解释。

【委托他人付款】债权凭证中记载的出借人与付款人不一致，原告能够证明委托他人支付借款的，应当认定债权凭证中记载的出借人为债权人，具备原告主体资格。

2. 被告及第三人主体资格认定

【未记载借款人】借款凭证中没有记载借款人，应当以原告起诉的人为被告。

【借款人与收款人不一致】借款人与实际收款人不一致时，应区分不同情形处理。

【法定代表人】企业法定代表人对外出具债权凭证或签订民间借贷合同的，应当区分不同情形处理

【单位工作人员】单位工作人员因本单位生产经营需要，以个人名义对外借款，对于诉讼主体确定与实体责任承担问题，应根据不同情形作出处理

3. 其他诉讼主体资格的认定

【案外人】案外人在借条上签字的，要具体审查案外人签字的形式是否具有承担保证责任的意思表示，具有明确承担保证责任意思表示的，或者在保证人栏签字的，应当承担保证责任。

【债权债务变更】查明是否发生债权债务变更，分别确定当事人主体资格。

(二) 借贷合意事实证明标准

待证事实：出借人是否持有借款合同、债权凭证或其他证据以及具体形式，借款人与付款人之间是否存在借贷合意，借贷合同是否成立。

1. 存在借款合同或债权凭证时的认定

【真实性】对于原告提供的借款合同或书面债权凭证，如被告认可，且无明显不合常理之处，对其真实性应当予以认定。需要通过司法鉴定才能确认债权凭证真实性而当事人双方均不申请司法鉴定的，根据情形分别作出处理。

【瑕疵证据】对于原告提供的借款合同或书面债权凭证存在瑕疵的，应分别作出处理。借条被撕毁后重新粘贴的，如果上述粘贴后的证据内容完整，应当由原告说明借条撕毁的原因并提供相应证据予以证明，被告也应对撕毁后的借条仍在原告处的原因作出说明。

【被告抗辩存在其他法律关系】对于收据、欠条等债权凭证，被告主张系因买卖、运输、租赁、委托理财等其他法律关系产生，应当由被告对其主张的其他法律关系承担举证证明责任。

2. 存在金融机构转账凭证时的认定

【被告抗辩其他法律关系】原告依据金融机构转账凭证主张已向被告交付借款，如被告抗辩所转款项系偿还双方之前借款或其他债务，被告应对其抗辩主张承担举证证明责任。

原告依据金融机构转账凭证主张已向被告交付借款，如被告抗辩所转款项系亲属、朋友之间的赠与，被告应对其抗辩主张提供证据证明。

【原告主张抵顶债务被告否认】原告主张以清偿债务人债务的形式向债务人提供借款，但双方没有借款凭据，被告不认可收到借款也不认可存在借贷关系的，应当由原告继续举证证明双方之间存在民间借贷法律关系，如果未能提供证据或提供的证据不能证明的，对原告的主张不予支持。



3. 存在其他证据的认定

【电子数据证据】1. 原告依据 QQ 聊天记录、微信聊天及支付记录、支付宝聊天及支付记录、电子邮箱（邮件）交流记录、手机短信交流记录等电子数据主张民间借贷法律关系成立的，法院应当首先对该证据的真实性、合法性和关联性进行审查。

【视频证据】原告依据录音或视频资料、监控录像等证据主张民间借贷关系成立的，应当从不同方面分析认定。

【测谎证据】在当事人提供的证据不充分的情况下，可以有条件的运用测谎技术帮助查清案件事实。

（三）借款交付事实证明标准

待证事实：原告是否已经按照书面或口头借款协议的约定向被告交付借款，交付方式、交付数量。

1. 仅有借款合同或债权凭证（主张现金交付）的认定

【被告认可交付】原告仅提供借据、收据、欠条等债权凭证证明借款已经交付，被告认可借贷关系成立，也认可借款已经交付，如经审核不存在虚假诉讼可能，应当认定原告已经完成举证证明责任，借款已经交付。

【被告不认可交付】被告抗辩借贷行为尚未实际发生并能作出合理说明，由原告举证证明已完成出借义务。

【被告不出庭】原告仅提供借据、收据、欠条等债权凭证证明借款已经交付，被告不出庭，导致案件事实无法查清的，法院可以根据《民事诉讼法》第174条规定，对被告实行拘传。被告未到庭，案件事实是否发生仍真伪不明的，不能认定借款交付。

【主张现金交付】原告仅提供借据、收据、欠条等借款凭证证明借款已经交付，并主张为现金方式交付，被告对此不认可，应当首先审查借款数额。对于现金交付金额较大的案件，借据仅具有初步的证明效力，出借人仍应提供其他佐证，如应提供款项来源证明、证人证言、视听资料、电子证据等排除合理怀疑。

【收据】原告同时提供借款合同和收据（或者借据），收据（或者借据）中载明有“今借到”、“今收到”借款的字样两份证据载明借款数额相同，形成于同一天，或收据（或者借据）形成时间适当晚于合同签订时间，应当认定借款交付。

2. 存在金融机构转账凭证的交付认定

【指定账户转款】原告能够提供其通过金融机构向被告或其指定账户转账或存款的证据，转账或存款数额与双方约定借款数额相同，被告不能提供充分证据证明该转入或存入款项与本案争议借款无关，应当认定原告主张成立，借款已经交付。

【转款数额有差距】原告能够提供其通过金融机构向被告或其指定账户转账或存款的证据，转账或存款数额与双方约定借款数额有差距，主张其余借款系通过现金方

式交付，应当区别不同情形作出认定。

【他人账户转款】被告未指定收款账户，原告将款项转入或存入他人账户，被告否认收到借款的，原告应举证明该账户为被告实际使用账户、指定账户或该款项确实为被告所使用。

3. 存在其他证据证明交付的认定

【票据支付】原告依据支票、汇票等票据主张借款已经交付，应当重点审查该票据的流转和兑付情况，能够证明票据权利从原告转给被告过程的可以认定借款支付。

【以其他形式支付】原、被告双方约定以偿还其他债务的形式支付借款，原告已经向被告的债权人支付了相应数额的款项，约定的债务已经获得清偿，视为本案争议借款已经交付。

（四）借款偿还事实证明标准

待证事实：民间借贷合同对于利息、逾期利息、违约金有何约定，债务人是否按期还本付息，违约责任的范围

1. 出借人预先在本金中扣除利息时，对借款本金数额的认定。借款人抗辩存在预先扣除的利息（“砍头息”），应当结合款项交付方式、银行流水、当事人陈述等综合认定。

2. 未约定借期利息和逾期利息的利率认定。（1）借款合同或书面债权凭证中虽无利息约定，但出借人能够证明借款人曾向其支付利息且利率明确，视为双方存在口头利息约定。（2）借款合同既未约定借款期内利率，又未约定逾期利率的，视为对利息没有约定。

3. 约定利率超过了年利率 24% 的利率认定。借贷双方对前期借款本息结算后将利息计入后期借款本金并重新出具债权凭证，如果前期利率没有超过年利率 24%，重新出具的债权凭证载明的金额可认定为后期借款本金；超过部分的利息不能计入后期借款本金。

4. 借款人偿还款项的认定。原告称借款到期未还，被告主张已经归还借款的，属于对权利消灭的主张，应当由被告承担举证证明责任。原、被告之间存在多笔、长期、大额款项往来的借贷案件，原告只根据一份或几份债权凭证起诉，被告举证大量还款的情况下，必要时应以银行转账金额为准对双方所有借贷往来进行全面对账，综合认定双方的借贷关系。

（五）夫妻共同债务证明标准

1. 原告主张婚姻关系存续期间的债务系夫妻共同意思表示所负的，其对此应承担举证证明责任。

认定夫妻具有共同举债的意思表示，除了应具有夫妻共同签署的借款合同、借据等文件外，夫妻共同做出口头承诺、共同做出某种行为也是共同意思表示的表现形式，



若有证据证明配偶一方对负债知晓且未提出异议的,如存在出具借条时在场、款项汇入配偶所掌握的账户、归还借款本息等,可以推定夫妻有共同举债的合意。

2. 如何认定以一方个人名义所负债务是否用于家庭日常生活。

《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第2条规定:夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义为家庭日常生活需要所负的债务,债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的,人民法院应予支持。据此,能够查明债务用于家庭日常生活,夫妻双方分享了该债务所带来的利益,应认定为夫妻共同债务。“家庭日常生活需要”是指夫妻双方及其共同生活的未成年子女在日常生活中的必要开支事项,如正常的衣食住行消费、日用品购买、医疗保健、子女教育、老人赡养等。对于家庭日常生活的范围应结合当地生活水平、当事人家庭收入支出状况等情况,根据借款金额大小、是否必要、用途性质等因素进行认定。

3. 夫妻一方以个人名义所负债务有违家庭共同生活意图的债务认定。

婚姻关系存续期间,一方以个人名义所负的债务系明显有违共同生活意图(如违背公序良俗、擅自资助与其没有法定赡养、扶养、抚养义务的人所负的债务、赌博吸毒等非法债务),不能认定属于夫妻共同债务。

举债人的配偶举证证明以下事实,可认定一方以个人名义的举债有违家庭共同生活意图:(1)借款用于举债人赌博、吸毒等违法犯罪活动具有高度可能性的;(2)举债人擅自资助与其没有法定赡养、扶养、抚养义务的人所负的债务;(3)债务用途无益于甚至有损于家庭共同生活,如用于婚外同居生活等;(4)有违公序良俗、有违家庭共同生活意图的其他情形。

4. 如何认定一方以个人名义所负债务是否用于夫妻共同生产经营。

《最高人民法院关于审理涉及夫妻债务纠纷案件适用法律有关问题的解释》第3条规定:夫妻一方在婚姻关系存续期间以个人名义超出家庭日常生活需要所负的债务,债权人以属于夫妻共同债务为由主张权利的,人民法院不予支持,但债权人能够证明该债务用于夫妻共同生活、共同生产经营或者基于夫妻双方共同意思表示的除外。课题组认为,认定以一方名义所负债务是否用于夫妻共同生产经营,要根据经营活动的性质、夫妻双方在其中的地位、配偶一方是否有固定工作或稳定收入、是否分享经营收益以及夫妻双方关系是否稳定等情形综合考虑。

对于债权人能够举证证明夫妻一方在生产经营中的收益用于夫妻共同生活,基于该生产经营所负债务,可以认定为夫妻共同债务。但以下情形除外,(1)夫妻一方系有限责任公司股东,将所借债务系用于公司经营,在夫妻财产与该公司并不混同的情形下,借款及所得收益不能认定为夫妻共同财产的,该债务不应认定为夫妻共同债务;(2)夫妻一方为第三人提供保证形成的担保之债,如果配偶对该担保行为并未同意,

该担保债务及盈利，亦非用于夫妻共同生活或共同生产经营的；(3) 夫妻一方管理或委托他人管理其个人财产产生的债务；(4) 其他不属于共同生产经营的情形。

(六) 虚假诉讼证明标准

1. 审查重点

首先审查原告提交的证据，依法确定能否达到高度可能性的证明标准。被告提出关于虚假诉讼的抗辩主张的，对其反驳性证据进行审查，依法确定能否达到使待证事实真伪不明的程度。存在以下情形的，即使被告未提出案件属于虚假诉讼的抗辩主张，也应当对是否属于虚假诉讼问题进行深入审查：根据原告的收入情况，其明显不具备出借相应数额资金的能力；原、被告诉辩主张高度一致，明显无通过诉讼方式解决纠纷的必要，为此支付较大数额的诉讼费用更是不符合常理；原告陈述的事实和理由明显不符合常理；原告、被告或双方在一定时间内多次参加民事诉讼；被告属于执行案件中的被执行人或其他案件中的被告。

在以下情形下，构成虚假诉讼的可能性较大，需要重点审查和防范：离婚诉讼中或离婚后一方亲友起诉双方请求判决承担夫妻共同债务；公司法定代表人、高级管理人员或其他可能掌握公司印章的人员在工作关系解除后以公司为被告提起民间借贷诉讼；村委会前任负责人卸任后本人或其亲友以村委会为被告提起民事借贷诉讼；建设工程施工领域存在的各主体之间的民间借贷诉讼；出借人与借款人对抗并不激烈，主要要求担保人承担责任；等等。

2. 审判方法

根据具体案情灵活运用关键证据定案、重点问题审查、综合分析否定、关键证据证伪等审判方法。对于多数人提出的符合法定条件的调查申请，要依法准许。在法定情形下，加大依职权调查的范围。特别注意对证伪证据的审查和调取。证伪证据指证明原告陈述或举证虚假的证据。比如：原告陈述其习惯做法为家中留存现金并以此结算，但银行交易记录能够证明其长期多次进行账户之间的交易；有交通票据、住宿记录、工作证明等证据能够证明在原告陈述的借款时间其并不在其陈述的借款地点；借款转入被告账户后，被告又直接或间接将该款转回原告账户；等等。

(责任编辑：李 宁)



银行卡盗刷类案证明标准研究

山东省高级人民法院民二庭课题组*

内容摘要 因银行卡盗刷引发的民事纠纷成为近年来司法实务热点之一,一方面由于该类案件裁判标准不一,“类案不同判”现象日益受到关注;另一方面,考虑生效裁判对社会公众的指引作用,既要维护金融消费者合法权益,又要促进银行卡产业的健康发展,并有效防范道德风险的发生,无疑使裁判者陷入进退两难境地。为深入分析银行卡盗刷案件证明责任问题,以从“中国裁判文书网”选取的122份裁判文书作为样本,在对该类案件裁判差异现象及形成原因实证分析的基础上,重点对伪卡交易的认定、民事责任的承担等问题进行梳理和探讨,进而提炼出认定伪卡交易的证明标准及适用于该类案件一系列裁判规则。

关键词 发卡行 持卡人 伪卡交易 证明责任 民事责任

中图分类号:DF718.3 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)01-182-194

近年来,因伪卡交易引发的银行卡纠纷持续上升,但司法实务中,囿于该类案件尚处于法律规定空白区域,加之属于新类型纠纷,各地法院甚至同一地区法院裁判标准不一。有的法院判决由发卡行承担全部赔偿责任,有的法院判决由发卡行、持卡人分担损失,甚至有个别法院判决发卡行不承担责任,此类案件“类案不同判”的裁判结果不仅严重损害司法公信力,也难以发挥生效裁判的规范、指引作用。为统一裁判标准,最大限度减少分歧,课题组认为有必要对此类案件涉及的共性问题进行研究,总结、提炼出相应证明标准、裁判规则,从而指导审判实践。

一、近年来银行卡盗刷案件特点及审理情况

银行卡盗刷(又称伪卡交易),是指他人盗用银行卡信息及密码,通过伪造或变造银行卡取现、转账和消费等,导致持卡人银行卡账户资金减少或透支数额增加的行为。银行卡一般包括借记卡和信用卡两种,囿于篇幅所限,本文仅探讨因借记卡盗刷

* 课题组成员:欧阳明程、康靖、尹哲璇、董立强、卢彩荣。

所引发的民事纠纷。截至 2018 年 8 月 1 日，笔者通过在“中国裁判文书网”输入关键词“银行卡盗刷”，共检索出案情基本相似的 122 份裁判文书，从地域分布看，其中包括北京 30 份、广东 26 份、山东 22 份、上海 20 份、江苏 15 份、浙江 9 份。从全国范围看，122 件银行卡盗刷案件多发生于北上广等经济较发达地区，一定程度上也反映出该类案件发案率与经济发达的程度密切相关。从山东省内看，银行卡盗刷案件发案较多的地区是济南、潍坊、临沂，尤其是临沂市兰山区法院共受理银行卡盗刷案件 6 件，占全省该类案件的 27.27%。

（一）“类案不同判”现象广泛存在

1. 从基层法院层面来看，裁判思路差异较大

在选取的 122 份裁判文书中，涉及基层法院 51 份。这 51 份裁判文书涉及的案情基本相似，但判决发卡行、持卡人承担责任比例却存在较大差异，甚至同一中院下辖基层法院之间、基层法院内部裁判结果亦不相同，一定程度上折射出该类案件裁判思路的差异。

2. 从中级法院层面来看，不同中院间裁判尺度不一

在选取的 122 份样本中，涉及中级法院二审上诉案件共 71 件，其中维持 60 件，改判 11 件，上诉改判率为 15.49%，明显高于其他民商事案件改判率。分析发现，案情基本相似的案件在不同中院之间亦存在“类案不同判”的现象。因该类案件标的额通常较小，很少有涉及高级法院审理的案件，且不具有代表性，因此，本文不再探讨高级法院审理的该类案件。

3. 从全国法院层面来看，“类案不同判”问题凸显

就全国法院而言，“类案不同判”的现象更加明显和凸出，其中判决发卡行承担全部责任 74 件，占比超过 60%；判决发卡行承担主要责任 30 件，占全部案件的 24.59%；判决发卡行和持卡人承担同等责任 7 件，数量较少，仅占 5.74%；判决发卡行承担次要责任或不承担责任的共 10 件，占全部案件的 8.20%。

122 件银行卡盗刷案件发卡行、持卡人承担责任比例

序号	发卡行承担责任比例	持卡人承担责任比例	件数	占比
1	100%	0%	74	60.66%
2	90%	10%	3	2.46%
3	80%	20%	11	9.02%
4	70%	30%	14	11.48%
5	60%	40%	2	1.64%
6	50%	50%	7	5.74%
7	30%	70%	2	1.64%
8	0%	100%	8	6.56%
9	一审以涉嫌犯罪为由裁驳， 二审指定审理	1	0.82%	



（二）造成“类案不同判”现象的原因分析

1. 事实认定难

是否构成伪卡交易和银行卡信息、密码如何泄露是处理银行卡盗刷案件首先需要查明的两个主要事实。就伪卡交易的认定而言，若持卡人未及时发现盗刷事实或发现后未能采取有效措施收集、固定和保全证据，将难以认定是否系伪卡交易。在选取的122份样本中，无法查清是否系伪卡交易的案件占到6.56%。然而，要查清银行卡信息、密码泄露的原因更成为法庭调查的难点。持卡人大多主张自己尽到妥善保管义务，不存在故意或过失泄露信息或密码的情形，且个案查明的事实表明密码泄露与银行提供的ATM机、交易设备的运行周边环境是否安全存在关联。发卡行则以密码具有唯一性和私密性为由，主张可以推定持卡人未尽到妥善保管的义务。因此，在刑事案件尚未侦破的情况下，除非有证据证明持卡人未能尽到妥善保管银行卡信息、密码的义务，否则该事实将无法查清。

2. 法律适用难

目前，针对银行卡盗刷案件尚无明确法律规定，最高法院起草的《关于审理银行卡民事纠纷案件若干问题的规定》迟迟未能正式出台，导致该类案件尚处于法律适用的空白地带。从选取的122份样本看，有的法院判决银行承担全部责任，裁判理由是发卡行对持卡人账户资金负有安全保障义务，但提供的交易设备未能识别伪卡致使卡内资金被盗，故发卡行构成违约，负有义务向持卡人支付被盗刷的款项。也有法院判决由银行和持卡人分担造成的损失，裁判理由是发卡行未能有效识别伪卡，持卡人未能妥善保管银行卡密码，双方均存在过错，应按一定比例分担责任。因此，在法律适用不统一、不规范的情况下，加之又无相应的指导性案例，类似案件出现“类案不同判”的现象也就不足为奇了。

3. 监督指导缺位

在选取的122份样本中，涉及某中院下辖区法院的案件共13件，但各个区法院判决银行承担责任比例并不相同，判决银行承担60%责任的1件、70%责任的8件、80%责任的4件，甚至同一法院不同法官判决的两起案件划分的责任比例亦不相同。上述现象反映出同一地区法院之间、法院内部办案人员之间缺乏交流和沟通，亦反映出上级法院对下级法院的监督指导缺位。尤其在地域上比较接近法院，“类案不同判”的裁判结果着实难以令当事人信服，亦有损司法公信力。假如该中院针对辖区法院处理类似案件裁判标准不一的情况，能够及时通过召开座谈会、制定发改分析等方式统一裁判尺度的话，将避免出现上述尴尬情况。

（三）银行卡盗刷案件呈现特点

1. 涉案金额较小

在选取的122份样本中，通过ATM机实施盗刷的金额大多在5万元左右，原因

在于各大银行均设置单日取款金额上限。如该类案件虽然盗刷金额较小，但被盗刷人大多系普通工薪阶层或退休老人，盗刷行为对他们正常生产、生活产生较大影响，甚至有人因此抑郁自杀，故从抵御风险能力的角度出发，让银行多承担一点责任也是合理的。但是，近年来，随着网上银行、手机银行以及 POS 机刷单业务的普及，网上盗刷案件日益增多，且该类案件盗刷金额较大，少则几十万，多则上百万。

2. 刑事破案率较低

通过对选取的 122 份样本分析发现，盗刷人大多选择贵州、青海、广西等经济比较落后、监控设备较少的地区作案，且盗刷人多选择零点前后作案，无形中增加了刑事破案的难度。持卡人发现盗刷后大多会选择到当地公安机关报案，但最终刑事案件侦破的只有 3 件。公安机关刑事立案后，大多采取询问持卡人、调取案发监控录像等方式侦查案件，但由于盗刷人取款时大多带着头盔、口罩、帽子等几乎难以识别面部特征，加上取款后又驾驶摩托车、电动车等迅速离开案发现场，因此，通过常规手段很难侦破此类案件。该类案件持续增长的一个重要原因就在于刑事有效打击率过低，难以起到刑罚的震慑作用。

3. 持卡人法律意识淡薄

部分持卡人由于没开通短信提示业务，导致伪卡交易后未能及时发现盗刷，因此难以证明案发时真卡由其本人持有。部分持卡人收到银行发送的余额短信提示后，未及时采取查询、挂失、报案等方式固定保全证据，从而无法证明系伪卡交易。例如，深圳某基层法院审理的李某某与民生银行某支行借记卡纠纷一案中，家住深圳的李某某虽然收到了账户余额异常变动的短信提示，但其在案发 4 小时后才选择报案。经查，该案盗刷地虽位于香港，但理论上在该段时间内完全有可能往返于深圳和香港两地。因此，单从时空距离，无法认定该笔交易系伪卡交易，法院最终判定银行无须承担责任。

二、伪卡交易的认定及证明标准

审判实践中，是否存在伪卡交易系处理银行卡盗刷案件首先需要解决的问题。在选取的 122 份样本中，全部都由持卡人来举证证明是否存在伪卡交易的事实。笔者认为，由持卡人承担举证责任，一方面符合“谁主张、谁举证”民事诉讼的基本举证规则，从而督促持卡人积极搜集、固定相关证据；另一方面，将举证责任赋予持卡人，也有利于防范道德风险的发生。但是，各地法院对持卡人如何证明以及证明到何种程度才能认定伪卡交易在认知上存在较大差异。在案情基本相似、证据基本相同的情形下，有的法院认定系伪卡交易，而有的法院认定非伪卡交易。鉴于此，笔者选取了基层法院审理的 3 个能够认定存在伪卡交易事实的案例，并通过表格的形式直观展示持卡人提交的证据、发卡行的质证意见以及法院认证事实的过程。



(一) 典型案例实证分析

1. 包某某与中国银行某支行借记卡纠纷一案^①

原告举证	被告质证	法院认证
证据1. 借记卡1张, 证明包某某于2008年4月12日在中国银行某支行办理系争长城电子借记卡, 该卡一直用于日常刷卡消费使用。	对证据1的真实性无异议。	鉴于被告对证据1、2、4的真实性无异议, 本院予以采信。证据3证实, 包某某发现存款被盗取后立即到公安局报案, 至于公安是否立案并不影响该证据的效力, 故本院予以采信。中国银行某支行虽对证据5的真实性有异议, 但未提交反证, 故本院对于证据5的真实性予以认可。证据6能够证实2015年9月12日包某某在上海市活动。综上, 包某某提交的证据达到高度盖然性标准, 能够认定涉案交易系伪卡交易。
证据2. 《客户回单》1份, 证明包某某于2015年9月13日在ATM机使用借记卡时发现卡内存款被盗, 并立刻前往银行网点柜台打印明细, 得知相应款项在异地被取现、转账。在银行工作人员的建议下, 包某某立刻办理了存折现金清关户手续, 以确保卡内余额的安全。	对证据2的真实性无异议, 但包某某在银行卡被盗刷1天后才向银行报失, 值得怀疑。	
证据3. 《上海市公安局案件接报回执单》1份, 证明包某某发现卡内存款被盗取后, 立即持卡及明细前往上海市公安局闵行分局报案, 但包某某直至开庭并未收到刑事立案通知。	对证据3的真实性无异议, 但因公安局并未正式立案, 不应作为证据使用。	
证据4. 《综合服务申请表》、存款历史支转明细清单1份, 证明2015年9月14日, 包某某在银行工作人员的建议下办理了定制短信通知业务, 之前包某某未办理过该业务。	对证据4的真实性无异议。	
证据5. 上班打卡记录1份, 证明包某某在借记卡被盗取期间均在单位上班, 能够排除其持真卡异地取款的嫌疑。	对证据5的真实性不认可, 无法证实系由包某某本人亲自打卡。	
证据6. 上海野生动物园票据及微信朋友圈信息1份, 证明2015年9月12日, 包某某及妻子、女儿凭预定的电子票前往上海野生动物园游玩并拍摄照片。	对证据6的真实性无异议, 但照片无法显示拍摄时间, 持票游玩的主体不一定是包某某, 故无法证明银行卡盗刷时其本人在上海。	

本案中, 因包某某没开通短信提示业务导致未能及时发现盗刷事实, 此等情形下持卡人一般难以证明伪卡交易的事实, 但由于包某某及时采取一些列证据保全措施, 所提交证据相互印证、环环相扣, 形成一条完整的证据链条, 足以证实存在伪卡交易的情形。

2. 王某某诉交通银行某分行借记卡纠纷一案^②

原告举证	被告质证	法院认证
证据1. 综合查询打印凭证1份, 证明涉案银行卡系王某某持有的银行卡。	对王某某提交证据1-4的真实性均无异议, 但在刑事案件尚未侦破的情形下不足以认定涉案交易系伪卡交易	鉴于交通银行某分行对王某某提交证据的真实性均无异议, 故本院对证据1-4的真实性予以采信。王某某提交的证据证实, 案发时真卡由王某某本人持有, 且根据时空距离能够排除王某某本人实施交易的嫌疑。因此, 能够认定涉案交易系伪卡交易。
证据2. ATM机操作凭证1份, 证明在银行卡盗刷当天, 王某某持有真实卡片。		
证据3. 银行交易流水明细清单、两笔盗刷交易的具体信息1份, 证明被盗刷的具体金额。		
证据4. 《公安局接报回执单》《立案告知书》《受案回执》各1份, 证明王某某发现银行卡被盗刷后, 立即向公安机关报案且刑事案件已经立案。		

① 参见上海市闵行区人民法院(2015)闵民四(商)初字第699号民事判决。
② 参见上海市浦东新区人民法院(2017)沪0115民初29591号民事判决。

该案中，王某某发现盗刷事实，立刻持真实银行卡到 ATM 机操作和报案，得以证实案发时其本人持有真卡，从时空距离上排除了其本人或授权他人实施交易的嫌疑。王某某提交的银行交易明细亦足以证明因盗刷其遭受的具体损失。因此，盗刷交易发生后，持卡人能否及时发现盗刷将直接影响到举证的难易程度，发现越晚，举证越难。本案中，王某某因开通短信提示业务及时发现盗刷事实，并迅速采取证据保全措施，故王某某很容易证明伪卡交易的事实。相反，案例 1 中包某某因未能及时发现盗刷，举证难度明显加大。

3. 王某某诉中国农业银行某支行借记卡纠纷一案^①

原告举证	被告质证	法院认证
证据 1：王某某的身份证复印件、中国农业银行某支行工商登记信息各 1 份，证明原、被告双方主体适格；	对证据 1、2 的真实性无异议，双方确实存在储蓄存款关系。	鉴于中国农业银行某支行对王某某提供的《受案回执》《询问笔录》《情况说明》、世纪通宝白金卡等证据的真实性无异议，本院对证据 1-3 的真实性予以确认。
证据 2：卡号 62 × × × 11 的世纪通宝白金卡（金穗借记卡）及交易明细各 1 份，证明王某某、中国农业银行某支行存在储蓄合同关系以及个人账户被盗刷的具体数额。		
证据 3：景宁畲族自治县公安局鹤溪派出所出具的《受案回执》《询问笔录》《情况说明》各 1 份，证明王某某收到中国农业银行某支行发送的账户余额变动短信提示后，立即向公安机关报案并向办案民警出示本人真实的银行卡。	对证据 3 的真实性无异议，证明本案涉及刑事犯罪，应当中止审理，待刑事终结后再审理本案。	王某某发现银行卡在异地被盗刷后，及时报案并向民警出具本人真实的银行卡，足以证明涉案交易系伪卡交易。

该案中，王某某提交的证据并不多，但由于其提交《受案回执》《询问笔录》《情况说明》属于关键证据，仅凭该份证据就足以证实存在伪卡交易的事实。因此，证明是否存在伪卡交易的事实并不在于提交证据的多少，而在于所提交证据与待证事实之间的关联程度。个别案件中持卡人虽提交了一份证据，但如果该份证据足以认定存在伪卡交易的事实，也可以认定持卡人完成了举证责任。

（二）持卡人证明伪卡交易通常所需提交的证据

1. 借记卡、银行卡领用合约等。在伪卡交易案件审理过程中，持卡人首先需要证明其与发卡行存在储蓄存款合同关系，从而证明其作为原告主体适格。

2. 银行账户交易明细、客户回单等。持卡人对于因伪卡交易导致其银行账户资金减少的事实负有举证责任，一般通过打印账户交易明细、客户回单等即可证明。

3. 用卡记录。持卡人收到账户余额异常变动的提示后，一般会持卡前往附近银行柜台或 ATM 柜员机查询余额。查询余额后，银行交易后台就会存储相应的交易记录，据此可证明伪卡交易发生时真卡由持卡人持有。

4. 挂失凭证。持卡人拨打挂失电话后，发卡行工作人员会主动核实持卡人的身份、

^① 参见浙江省瑞安市人民法院（2016）浙 0381 民初 9870 号民事判决。



银行卡号、余额等信息，以便确认涉案交易是否系本人交易。此外，伪卡交易发生后，持卡人及时挂失亦有助于防止损失的进一步扩大。

5. 报警记录、询问笔录等。持卡人发现卡内资金被盗刷后，大多会选择报警。报警后，公安机关一般会出具相应报警记录，必要时公安还会制作询问笔录。上述案例3中，持卡人不但选择报警，还当场向民警展示其真卡，很容易证实伪卡交易的事实。

6. 考勤表、生活照片等。目前，银行提供的短信提示业务是有偿的，只有开通付费短信提示业务，持卡人才会收到余额变动的短信提示。因此，对于未开通短信提示业务的持卡人而言，事后就需要积极搜集相关证据如考勤表、生活照片等，证实案发时其本人活动的范围，从时空距离上排除本人实施异地盗刷的可能性。上述案例1中，持卡人包某某虽未及时发现伪卡交易的事实，但由于持卡人提供的打卡记录、微信朋友圈游玩照片等证据相互印证，亦能证实存在伪卡交易的事实。

7. 监控录像。案发后，持卡人可以要求银行协助提供涉案交易的监控录像。通过监控录像，可以看出持卡交易的人是否系持卡人本人以及所持银行卡的样式、颜色、标记等是否与真实银行卡存在明显差异。

8. 生效的刑事判决以及在刑事诉讼阶段取得的勘验笔录、视听资料、电子数据、讯问笔录、犯罪嫌疑人供述、证人证言等。生效的刑事判决可以直接认定存在伪卡交易的事实，但是刑事诉讼阶段取得的其他证据需要经过质证，并且是否采信由人民法院决定。

（三）认定伪卡交易事实的证明标准

人民法院应当全面审查持卡人提交的证据，按照高度盖然性证明标准，综合判断是否存在伪卡交易的事实。我国现行法上的高度盖然性标准接近于大陆法系德国实务和学说中居于通说地位的“真实确信”标准。当事人欲证明待证事实，需要使法官形成认为争议事实为真的主观确信。^①在事实的认定和权衡方面，可以明确充实“伪卡交易”这一要件的具体事实或可以认定伪卡交易的特定情形，当事人只需证明该具体事实或特定情形的存在，即为符合“伪卡交易”事实的证明标准。据此，若持卡人能够举证证明存在下列情形之一的，应认定系伪卡交易：（一）结合交易发生地和持卡人持有的银行卡所在地、交易时间等时空距离判断，持卡人难以使用同一张银行卡往返两地操作的；（二）监控录像显示持卡交易人并非持卡人本人或者其委托代理人，且交易中的银行卡的样式、颜色、标记等与真实银行卡有较大差异的；（三）生效刑事判决认定案涉交易系罪犯所为伪卡交易的；（四）其他能够证明伪卡交易的情形。但是，若持卡人接到发卡行有关账户变动通知后，未及时对账户变动情况提出异议且未及时报警或挂失，导致法院无法查明是否存在伪卡交易事实的，持卡人应承担举证不能的法律后果。此外，发卡行对于伪卡交易的认定亦负有配合持卡人提供相关证据

^① 吴泽勇《“正义标尺”还是“乌托邦”——比较视野中的民事诉讼证明》载《法学家》2014年第3期。

的义务，若发卡行接到持卡人关于伪卡交易的通知后，未及时向持卡人核实银行卡持有情况、引导持卡人留存和固定证据，或者未及时封存对账单、签购单或监控录像等证据，导致诉讼中有关证据无法获得的，发卡行应承担举证不能的不利后果。

三、发卡行承担民事责任的理论基础和法律依据

（一）发卡行承担责任的理论基础

在伪卡交易中，盗刷人侵害的是发卡行还是持卡人的权益历来存在分歧，大致分为两种观点。第一种观点认为，盗刷人侵害的是发卡行的权益。第二种观点认为，盗刷人侵害的是持卡人的权益。笔者赞同上述第一种观点，理由如下：

“在民法理论上，按照学界通说，货币属于特殊种类物，‘占有即所有’系认定货币归属的一般原则。货币的特殊种类性和流通性决定其占有权和所有权在时空上不能相分离。”^①持卡人将货币存入银行后，银行即取得货币所有权，享有占有、使用、收益、处分的权利。因此，持卡人要求银行给付存款本息的权利并非依据其对货币所享有的所有权，而是依据借记卡领用合约、借记卡章程等合同文本对银行享有的债权请求权。按照上述理论，在银行卡盗刷案件中，第三人实施的盗刷行为侵害的并非持卡人的权利，而是银行的权利，因此，盗刷人实施的行为构成对发卡行的侵权行为，持卡人基于合同关系仍有权要求发卡行支付被盗刷的款项。

“在经济学上，如果一项法律规定允许一个人或者是为了经济上需要，或者是为了他自己的利益使用物件、雇佣职员或者开办企业等具有潜在危险的情形，他不仅应当享受由此带来的利益，而且也应当承担由此危险对他人造成的任何损害的赔偿责任；获得利益者负担损失。”^②纵观大量伪卡交易案件，被盗刷的银行卡大多属于磁条卡，相较于目前使用的芯片卡，磁条卡制作技术门槛较低，与芯片卡相比更容易被复制。据了解，磁条卡的制作和维护成本相对较低，而芯片卡的成本较高，发卡行出于成本考虑不愿意主动为客户更换芯片卡。因此，从经济学角度分析，使用磁条卡降低了银行交易成本，但却加大了持卡人资金被盗刷的风险，故按照利益风险对等原则，既然银行从中获取了利益，相应的风险就应当由银行承担，而不应转嫁给客户。当前 ATM 机大范围的推广和使用减少了银行柜员的工作量，提高了工作效率，亦为客户带来了诸多便捷，但“技术的开发、推广、破解、淘汰是永恒的主题”^③。ATM 机既然由银行提供及维护，那么银行就负有通过不断更新技术、升级软件等措施来保障交易安全，降低交易风险。

^① 梁慧星：《民法总论》，法律出版社 2011 年版，第 156-157 页。

^② [德]克雷斯蒂安·冯·巴尔《欧洲比较侵权行为法》（上卷）张新宝译 法律出版社 2001 年版 第 10 页。

^③ 戴欣悦、章军侃、许肖茜：《银行卡盗刷纠纷责任认定与分配的类型化研究——以 152 份判决书为研究对象》，载《法律适用》2017 年第 3 期。



（二）发卡行承担责任的法律依据

《合同法》第 121 条规定：“当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按约定解决。”坚持合同相对性，严格区分内、外部关系是处理合同纠纷案件的重要原则。本文选取的 122 份样本中，法院大多援引该条规定，认为虽然银行违约是因第三人实施的违约行为导致，但基于合同相对性，银行仍负有向储户给付存款本息的义务。发卡行未能识别伪卡而实施的错误给付行为不能视为对持卡人的给付，其仍负有向持卡人继续给付的义务。例如，在袁某某诉中国农业银行某支行一案^①中，南京中院二审判决中国农业银行某支行对于盗刷损失承担 100% 的责任，其裁判理由如下：“袁某某与农行形成的合同关系是当事人真实意思表示，内容不违反法律、行政法规的强制性规定，合法有效，双方均应依约履行。农行向袁某某发放银行卡后，对袁某某负有支付本息和保障安全交易的义务。农行所认可的各种交易终端机具、交易系统未能有效识别伪卡，导致发生伪卡交易、卡内资金被盗刷，可认定农行未尽到合同义务，应当承担违约责任。另外，根据合同相对性原则，即便损失系因他人实施伪卡交易所致，亦不能免除农行对袁某某给付存款本息的责任。”

《侵权责任法》第 37 条规定：“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。”《商业银行法》第 6 条规定：“商业银行应当保障存款人的合法权益不受任何单位和个人的侵犯。”根据上述法律规定，发卡行对持卡人账户资金负有安全保障义务，有义务按约给付存款本息、为存款人保密、挂失止付及保障持卡人用卡安全等。伪卡交易的发生恰恰证明发卡行并未尽到上述安全保障义务，发卡行对于持卡人因此遭受的损失理应予以赔偿。审判实践中，审查发卡行是否尽到安全保障义务，不仅依据法律、行政法规和参照部门规章等规范性文件，还要遵循交易惯例，从银行卡以及银行卡交易场所、设备、系统是否具有安全性，发卡行工作人员在办理银行卡业务时是否尽到审慎审核义务，是否尽到对风险提示、告知义务等进行综合认定。

综上，伪卡交易发生后，无论按照侵权还是违约责任处理，在持卡人无过错的情况下，发卡行均应承担偿还所盗刷款项本息的付款义务。

四、减轻和免除发卡行民事责任的情形及考量因素

（一）发卡行责任的减轻

根据银行卡领用合约、借记卡章程等规定，持卡人负有妥善保管、使用银行卡信

^① 参见江苏省南京市中级人民法院（2016）苏 01 民终 4690 号民事判决。

息及密码的义务，认真核对发卡行发送的账户变动信息，及时将盗刷情况告诉发卡银行，避免损失进一步扩大。如果有证据证明银行卡信息及密码泄露系因持卡人使用行为及保管不当所致，则应适当减轻发卡行的责任。审判实践中，认定持卡人是否尽到妥善保管银行卡及密码的义务，应当从持卡人是否依照法律、行政法规、行政规章等规定和通常做法，妥善保管银行卡卡片、卡片信息、密码，以具有安全性的方式使用银行卡等方面进行综合认定。

《中华人民共和国合同法》第 120 条规定，“当事人双方都违反合同义务的，应当各自承担相应的责任。”因此，在处理银行卡盗刷案件时还应考虑持卡人对于第三人实施的侵权行为有无过错这一因素。如第三人获取银行卡信息或交易密码系因持卡人日常使用银行卡不规范、保管不善等所致，则应适当减轻发卡行的责任。在选取的 100 份样本中，判决持卡人承担 30% 责任的 13 件，承担 20% 责任的 5 件，承担 10% 责任的 3 件。减轻发卡行责任的情形，大致包括以下三种情况：第一，刑事侦查或判决结果证实持卡人未妥善使用、保管银行卡信息、密码。如东莞中院审理的谢某某与中国工商银行某支行一案^①，根据生效刑事判决查明的事实可知，谢某某轻信犯罪分子所称的充值优惠活动，随意在路边小摊使用银行卡，其用卡不规范的行为导致犯罪分子轻易窃取其银行卡信息及密码。法院据此认定谢某某对于银行卡被盗刷存在过错，应适当减轻发卡行责任，最终判定谢某某自行承担 50% 的责任。第二，发卡行提交的监控录像、短信记录等证据证明持卡人存在不规范用卡的行为。如林某某诉中国建设银行某支行一案^②中，银行提交了一段“自助柜员机监控录像视频”，证实林某某存在将银行卡及交易密码交给第三人使用的行为，法院据此认定林某某对于卡内资金盗刷存在过错并判定其自行承担 30% 的责任。又如孙某某诉杭州银行某支行一案^③中，银行提交的证据显示，盗刷行为发生前，银行后台系统曾向孙某某发送短信，提示其发生了一笔余额查询业务，但孙某某并未引起足够重视，存在一定过错，法院据此判定孙某某自行承担 10% 的责任。第三，基于银行卡密码的唯一性、私密性等特性，推定持卡人未尽到妥善保管银行卡信息或交易密码的义务。如周某某与中国建设银行某支行一案^④中，法院认为，“银行卡密码是持卡人在办理银行卡时向银行预留的、未来办理业务时提供给银行自动识别客户身份、权限的数字、字母或其组合，具有私有性、唯一性和秘密性。正常情况下，银行卡信息尤其是密码为持卡人设定并仅为其掌握，交易时通过银行系统数据库自动扫描的形式核对，他人包括柜台交易时的银行工作人员并不知晓，同持卡人身份证、签名一样，具有身份识别功能，是持卡人进入电子交

① 参见东莞市中级人民法院（2014）东中法民二终字第 562 号民事判决。

② 参见广东省汕尾市城区人民法院（2016）粤 1502 民初字第 540 号民事判决。

③ 参见浙江省杭州市江干区人民法院（2015）杭江商外初字第 23 号民事判决。

④ 参见广东省深圳市中级人民法院（2016）粤 03 民终 17156 号民事判决。



易系统的钥匙或身份凭证，从而起到电子签名的作用。本案并无证据证明银行对周某某涉案借记卡的密码泄露存在过错，故推定持卡人周某某没有尽到保管银行卡密码的义务，更符合经验规则。”当然，笔者并不赞同该观点，后文将专门阐述。

（二）发卡行责任的免除

《合同法》第49条规定，“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”在民法上，第三人未经持卡人同意实施的盗刷行为可视为无权代理，若发卡行有证据证实第三人实施的行为构成表见代理，则第三人与发卡行之间的交易行为有效，发卡行对于持卡人账户减少的资金不负有赔偿义务。第三人实施的盗刷行为构成表见代理应符合以下两个条件：一是在客观上具有使发卡行相信第三人具有代理权的外观表象；二是发卡行有理由相信第三人有代理权，即发卡行主观上已尽了谨慎注意义务，是善意的。例如，在明某某与中国邮政储蓄银行某支行一案^①中，法院认为，涉案交易既然通过网上支付方式进行，中国邮政储蓄银行某支行收到网上支付指令后，核验输入银行卡信息和动态验证码正确后，完全有理由相信该笔交易系持卡人明某某本人操作的合法交易，故中国邮政储蓄银行某支行的付款行为构成表见代理，无须承担责任。当然，通过ATM、POS机实施的盗刷案件中，如果持卡人不能证明系伪卡交易，亦应免除发卡行的责任。

五、司法实务中应注意的其他相关问题

（一）案由的界定

民事案由的准确、清晰界定对于正确认定基础法律关系，明确各方当事人权利义务至关重要，但司法实务中，因伪卡交易引发的银行卡纠纷在案由的确定上较为混乱，有将其列为储蓄存款合同纠纷的，也有将其列为银行卡纠纷的，亦有将其列为合同纠纷的。2011年修订的《民事案件案由规定》分别将“储蓄存款合同纠纷”和“银行卡纠纷”作为并列的三级案由，在“银行卡纠纷”的三级案由下设立了“借记卡纠纷”和“信用卡纠纷”两个四级案由。上述修改将“储蓄存款合同纠纷”和“银行卡纠纷”予以区分，并将“银行卡纠纷”具体划分为“借记卡纠纷”和“信用卡纠纷”。因此，根据上述案由规定，因申领、使用银行卡产生的纠纷应认定为“银行卡纠纷”而非“储蓄存款合同纠纷”，并依据案涉银行卡的种类为借记卡或者信用卡的不同，分别界定为“借记卡纠纷”或者“信用卡纠纷”。如汪某某与中国工商银行一案中，一审法院将案由定为储蓄合同纠纷，二审法院根据《民事案件案由规定》改为借记卡纠纷。

^① 参见北京市第二中级人民法院（2016）京02民终10630号民事判决。

（二）民刑交叉情形下的受理问题

因伪卡交易引发的银行卡纠纷，只要持卡人起诉符合民事诉讼法规定的受理条件的，人民法院应当予以受理，不能以该类案件涉及刑事犯罪为由不予受理或受理后裁定驳回起诉。《最高人民法院关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》第 1 条规定，“同一公民、法人或其他经济组织因不同的法律事实，分别涉及经济纠纷和经济犯罪嫌疑的，经济纠纷案件和经济犯罪嫌疑案件应当分开审理。”发卡行与持卡人之间因银行卡使用产生的纠纷和犯罪嫌疑人实施盗刷行为分属两个独立的法律事实，按照民事、刑事分别立案、分别审理的原则，无须等待盗刷刑事案件终结后再启动民事案件受理、审理程序。《最高人民法院关于银行储蓄卡密码被泄露导致存款被他人骗取引起的储蓄合同纠纷应否作为民事案件受理问题的批复》（法释〔2005〕7号）进一步明确规定：“因银行储蓄卡密码被泄露，他人伪造银行储蓄卡骗取存款人银行存款，存款人依其与银行订立的储蓄合同提起民事诉讼的，人民法院应当依法受理。”该批复起草人亦明确指出：“当事人请求银行支付存款与银行存款被骗是两个独立的法律事实，利用银行卡骗取银行存款的犯罪行为是针对银行的犯罪行为，而不是针对存款人的犯罪行为，因银行支付的对象不是真正的存款人，故银行支付存款的行为属于民法上的不适当履行行为。”^①已经受理的案件，案件基本事实的查明不需要等待刑事案件审理结果的，发卡行要求中止审理案件的，不应予以支持。

（三）银行卡信息或密码泄露的举证责任

关于银行卡信息或密码泄露原因的举证责任应由谁承担，历来都是审判实践中饱受争议和诟病的问题。有人认为，只有持卡人掌握银行卡密码，且持卡人负有妥善保管银行卡密码的义务，故可以推定银行卡密码泄露是由于持卡人原因所致。也有人认为，固然银行卡密码由持卡人掌握，但根据破获刑事案件犯罪嫌疑人交代，其通过在 ATM 机上安装针孔摄像头的方式窃取密码，因此，密码之所以被泄露不排除系因发卡行提供的交易设备使用环境不安全导致。笔者认为，鉴于目前发行的银行卡信息较易复制且交易设备不能有效识别伪卡的情形下，银行卡信息及密码泄露的举证责任分配给银行更为合理。理由如下：第一，根据证明责任分配现代学说，主张积极事实的人，应当举证；主张否定事实的人，即为消极事实陈述的人，不负证明责任。消极事实不负证明责任的理由在于消极事实是指未发生的事实，未发生的事实无从举证，而且从因果关系的角度解释，消极事实不会产生某种结果，当然也就不可能成为某种结果的原因。^②伪卡交易案件中，发卡行大多以持卡人泄露银行卡信息及密码为由要求免责或减轻责任，而持卡人会极力予以否认。根据上述证明责任理论，发卡行主张的事实

^① 最高人民法院民一庭编：《民事审判指导与参考》，法律出版社 2006 年版，第 22 页。

^② 李浩：《举证责任研究》，中国政法大学出版社 1993 版，第 134 页。



属于积极事实，持卡人的抗辩则属于消极事实，故持卡人无须对自己并未泄露银行卡信息及密码这一消极行为举证。第二，盗刷纠纷实质上是发卡行错将犯罪嫌疑人当作给付对象实施地错误给付行为，对持卡人并不产生法律效力，发卡行仍负有向持卡人履行义务的责任。发卡行以此为由要求减轻其责任的，应举证证明持卡人实施了泄露银行卡信息及密码的行为。第三，从现有案件反映情况来看，银行卡信息及密码泄露的原因大多是由于银行对ATM机、POS机使用环境维护不力造成，因持卡人故意或重大过失导致银行卡信息及密码泄露的较为少见。因此，在无任何证据证明持卡人自行泄露银行卡密码的情况下，不应判令持卡人承担部分损失，从而减轻发卡行的赔偿责任。

（四）“凡密码相符的交易均视为本人合法交易”条款的效力

我国《银行卡业务管理办法》第39条规定：“发卡银行依据密码等电子信息为持卡人办理的存取款、转账结算等各类交易所产生的电子信息记录，均为该项交易的有效凭据。”根据上述规定，在持卡人设置有交易密码的情形下，只要密码相符的交易，均应视为本人交易。在伪卡交易引发的银行卡纠纷案件中，发卡行大多援引银行卡章程、银行卡领用合约等文件中规定的“凡密码相符的交易均视为本人合法交易”条款，要求免除自身责任，但该条款系发卡行事先、单方制定的，且属于免除、减轻自身责任的条款，故该条款应认定为“格式条款”。我国《合同法》第41条规定，“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。”因此，在伪卡交易引发的银行卡纠纷案件中，应遵循格式条款效力的认定原则，对于该条款理解发生分歧时应作出不利于发卡行一方的解释。

一般而言，私人密码的使用意味着对交易身份及交易内容予以认可，但在伪卡交易案件中，犯罪嫌疑人使用的密码系通过非法盗取方式取得，并未获得持卡人的授权，故不应视为持卡人本人行为。此外，适用该条款免责的另一个重要前提是所使用的银行卡必须是真实、合法、有效的，但伪卡交易中，犯罪嫌疑人所使用是通过犯罪手段伪造的卡片。目前各大银行发行的银行卡防伪技术不高，在银行卡交易设备、交易系统的安全性均有待提高的现实情形下，为更好保护持卡人合法权益，对于该条款的适用亦应做出更加严格解释，从而督促发卡行加大技术投入力度，不断提高防伪技术水平。因此，借记卡章程关于“凡密码相符的交易均视为本人合法交易”的规定，仅适用于真实的借记卡交易，并不适用于伪卡交易，银行不能据此免责。

（责任编辑：余晓龙）

论共同犯罪中犯罪中止的构成

——由一则案例引发的思考

詹孟欣*

内容摘要 在我国传统的刑法理论中，复数主体、共同故意和共同行为是共同犯罪成立不可或缺的要件。受困于犯罪构成的“整体性”认识，在共同犯罪案件中往往难以确定个体犯罪行为人的犯罪中止形态。为有效解决共同犯罪案件中个体犯罪行为人犯罪中止的“独立性”问题，应该区分犯罪的准备阶段和实行阶段，按不同的认定标准进行区别对待。

关键词 共同犯罪 犯罪中止 整体性 独立性 犯罪阶段

中图分类号：DF611 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)01-195-200

一、问题的提出：共同犯罪中如何认定犯罪中止

李某（案发时年满 25 周岁）因女友左某与其提出分手并与张某建立恋爱关系而心生怨恨。2015 年 12 月 9 日 21 时许，李某打电话叫来高某（案发时年满 28 周岁），约其同自己一道去劝劝左某，两人会合后李某买了一把尖刀，并告诉高某是作为自己防身之用。后二人乘车尾随下夜班的左某前往左某的住处。看到在路口等左某的张某后，李某告诉高某说张某就是抢走其女朋友的人，并且还曾经带人打过自己，应该教训一下他。随后李某、高某下车，高某即上前与张某进行厮打，李某用随地捡起的石块击打张某头部，并掏出随身携带的尖刀捅了张某腹部一刀。高某看到后，喊了句：“李某别干傻事。”但李某不听，对高某说：“不关你的事，有什么事我自己扛着，你走吧。”高某一看李某拿刀扎人了，赶紧逃离了现场。李某又先后猛刺张某颈部、胸部、背部等处 10 余刀，伤及心脏、肺脏、右锁骨下动脉，致张某急性失血性休克死亡。李某用尖刀捅刺张某时，其中一刀刺中了拦在张某面前阻止李某行凶的左某右肋部，伤及

* 詹孟欣，中南财经政法大学硕士研究生。



肺部，致左某重伤。李某作案后在现场向公安机关报案，高某在逃离现场后也向公安机关投案。该案经侦查终结后由检察机关提起了公诉。检察机关认为：李某故意非法剥夺他人生命，并故意伤害他人身体致人重伤，其行为已分别构成故意杀人罪、故意伤害罪；高某故意伤害他人身体，其行为已构成故意伤害罪。李某辩解称认定其犯故意杀人罪定性不准，其没有剥夺张某生命的主观故意，应认定其犯故意伤害罪；其没有伤害左某的故意，属于误伤，应当认定为过失致人重伤罪。高某认为其没有伤害张某的意图，当时是劝架，不对被害人死亡、重伤的结果承担责任。

在本案中，李某、高某二人是否构成共同犯罪？高某是否存在未遂或者中止的犯罪未完成形态？如果该二人构成了共同犯罪，并且认为高某存在犯罪中止情节，则需要对共同犯罪中的犯罪中止是否具有独立性这一问题进行论证。

二、共同犯罪成立要件的法律规范辨析

我国《刑法》第25条第1款规定，共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。相对单独犯罪而言，共同犯罪除必须符合犯罪构成四个方面的基本要件之外，还应该具备下列三个条件：

（一）复数犯罪主体

这是成立共同犯罪的前提条件。只有一个主体不能成立共同犯罪；如果有两个以上的行为人，只有一人符合刑法规定的犯罪主体条件，或这些行为人均不符合犯罪主体条件的，也不能构成共同犯罪。

在复数犯罪主体的认定问题上，日本、德国的刑法理论中有间接正犯的概念。所谓间接正犯是指为了实施构成要件该当行为，以利用他人作为“犯罪工具”的方式来实现犯罪构成要件者。^①由于该“犯罪工具”缺乏必要的主体资格或主观故意，所以不作为犯罪处理，而幕后操纵者则依正犯论处，即构成间接犯。此种情形下，虽客观上两人以上实施犯罪，但只有间接正犯一人构成犯罪。由于我国共同犯罪的法律规定中没有间接正犯的概念，在犯罪参与体系的问题上，采取的是不区分正犯与共犯的单一正犯体系，^②刑法通说就共同犯罪仍然采取犯罪共同说，所以我国刑法中规定的共同犯罪是以复数主体都构成犯罪为前提的。^③案例中的李某、高某皆是具备完全刑事责任能力的主体，符合我国《刑法》规定的共同犯罪的主体要件。

① [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第645页。

② 刘明祥：《间接正犯概念之否定——单一正犯体系的视角》，载《法学研究》2015年第6期。

③ 黎宏、姚培培：《间接正犯概念不必存在》，载《中国刑事法杂志》2014年第4期。

（二）有共同的犯罪故意

这是成立共同犯罪的主观条件。所谓共同的犯罪故意，是指二个以上的行为人，通过主观意思联络形成的，明知共同犯罪行为会发生危害社会的结果，并希望或者放任这种结果发生的心理态度。^① 共同故意的达成意味着共同行为人彼此之间通过沟通、联络形成了一起实施某种犯罪的共同行为决意。一致的决意一般是在行为之前就确定了，但也可能在行为过程中直到行为实施終了前表示同意。同意既可以通过积极的、有意识的沟通来实现，也可以通过默示的或者行为的配合表现出来，即只要每一个参与共同犯罪的人都知道，除了其本人之外还有其他参与人共同实施犯罪。由于许多犯罪之间存在交叉与重合的关系，所以这里的共同故意并不要求二人以上的故意内容与行为内容完全相同，只要二人以上就其中部分重合的犯罪具有共同故意与共同行为，就成立共同犯罪。^② 具体而言，如果 A 罪是 B 罪的一部分，或者 A 罪的一部分是 B 罪的一部分，A 罪与 B 罪就具有部分重合的关系。当重合的部分是刑法所规定的某种犯罪时，就意味着二人以上就这种犯罪具有共同故意。具体而言，如果甲和乙分别持有 A 罪和 B 罪所规定的犯罪故意，而 A 罪与 B 罪的重合部分也属于刑法所规定的犯罪（可能是 A 罪或 B 罪，也可能是 C 罪）时，甲和乙至少就重合的部分具有共同的故意。在这种情况下，应当根据共同犯罪的成立条件，认定甲和乙具有共同的犯罪故意。

本案中，李某提议教训张某后，高某虽然没有表示是否同意，但是，随后与李某一同下车，并积极实施伤害张某的行为，可以从其行为上判断其同意李某教训张某的提议，并可认定其主观上认为教训就是殴打伤害张某，因此，应当认定二人有共同的伤害故意。李某在高某离开后独立实施的故意杀人行为，不影响对二人共同伤害故意的认定。

（三）有共同的犯罪行为

这是构成共同犯罪的客观条件。也就是说，构成共同犯罪必须二人以上具有共同的犯罪行为。^③ 要求有共同的犯罪行为，并不意味着每个参与人都要实施整个犯罪构成要求的行为和参与全部犯罪阶段。每个参与人在共同故意的支配下采取行动，相互配合、相互补充地形成一个犯罪行为整体，每个人的行为对整个犯罪行为都发挥作用，共同造成危害结果，每个行为人的行为就与危害结果间具有刑法上的因果关系。

本案中，高某在李某提议教训张某后，高某与张某进行厮打，李某用石块击打张某头部，并掏出随身携带的尖刀捅张某腹部，均实施了对张某的伤害行为，在共同故意的支配下，实施了共同伤害行为，构成共同犯罪，应当对故意伤害部分与李某共同

① 姜伟：《论共同故意》，载《法商研究》1994年第4期。

② 张明楷：《如何处理抢劫罪中的疑难问题》，载《人民法院报》2003年8月8日。

③ 张明楷：《共同犯罪的认定方法》，载《法学研究》2014年第3期。



负责。不能因为张某未参与李某故意杀害张某的行为而否定其实施的共同故意伤害犯罪行为。

三、共同犯罪中犯罪中止的认定

(一) 犯罪中止的理论与规范依据

刑法理论对于中止犯及其处罚有多种观点和学说。费尔巴哈的“黄金桥理论”认为，对犯罪中止不予或者减轻处罚，是为了鼓励行为人在犯罪既遂之前放弃犯罪，在必要的情况下避免危害结果的发生。^①在德国，占主导地位的学说是“褒奖理论”。该学说认为，自动中止犯罪并阻止既遂，也包括为实现此目的而真诚努力的人，同样能够消除其行为在社会中对法律破坏的影响，从而得到宽大处理。^②我国刑法理论与上述观点和学说基本相同，以鼓励和褒奖犯罪人为立论基础。我国立法接受了这些理论，在《刑法》第24条中作出明确规定：在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。

无论理论上还是立法上都可以看出，犯罪中止存在于所有的故意犯罪之中，共同犯罪作为典型的故意犯罪，当然也存在犯罪中止形态。而且，在故意犯罪的预备和实行两个阶段都存在犯罪中止。

(二) 预备阶段的犯罪中止

犯罪阶段的不断深入会导致犯罪行为危害程度的不断增加，因此，在犯罪的不同阶段，对行为人成立犯罪中止所要求的义务也应该是不同的。个别共谋共同正犯在着手之前基于自己的意思放弃犯罪的，可能成立中止犯。^③对于共谋共同正犯，要成立准备阶段的中止，一般来说，需要满足两个条件：一是有脱离共犯关系的意思，并向对方作出了明确的表示；二是中止意思被对方所接受。同时符合这两个条件，就可以认为实行者作出同意他人可以脱离共谋共同正犯关系的意思表示，实行者已经明确认识到自己与脱离者没有共犯关系，即意味着脱离者与实行者的实行行为及其后果间的因果关系被切断，实行者成为了单独正犯。也就是说，脱离者在“意思表示”和“阻止义务”上均需有所作为，才有可能成立共同犯罪准备阶段的中止。^④反之，如果仅有脱离共犯关系的意思但并未向对方明确表示，中止的意思未被对方所接受的，则不

① 魏东、李运才：《中止犯的处罚根据检讨》，载《江西公安专科学校学报》2005年第3期。

② [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书》，徐久生译，中国法制出版社2001年版，第645页。

③ 参见刘雪梅：《共犯中止研究》，武汉大学2009年博士学位论文，第66页。

④ 马荣春：《论共犯脱离》，载《国家检察官学院学报》2014年第4期。

能成立中止。只要脱离者对于实行者的行为及其后果间的因果关系已经切断，即使实行者已经犯罪既遂的，对脱离者则应依据“没有造成损害的”中止犯的有关规定（《刑法》第 24 条第 2 款），对其免除处罚。不过，对于共谋实施重罪的正犯，以及共谋共同正犯中的主要犯罪提议者而言，要成立准备阶段的犯罪中止，不仅要给其他共谋共同正犯表达中止犯罪的意思并得到了对方的认可，还应该采取切实的措施，如告知被害人、向公安机关报案等，有效地阻止其他共谋共同正犯实施犯罪。^①由此，在着手之前的准备阶段，共同犯罪中的脱离者要成立犯罪中止，仅自动放弃犯意和停止后续行为还远远不够，其还得有向其他共犯明示停止犯罪的意思表达及采取相应的阻止行为，即真诚地实施了中止行为。

本案中，高某与李某已共同对张某进行伤害后离开现场，此时他和李某的犯罪行为为已经进入了实行阶段，其在李某持刀捅刺张某过程中的逃离行为，不成立犯罪准备阶段的中止。

（三）实行阶段的犯罪中止

实行阶段的中止包括未实行终了的中止和实行终了的中止。一般认为，关于共犯在实行阶段的中止，可能出现以下三种情形：^②一是共同犯罪中的所有犯罪人都主动决定停止犯罪，并有效地防止结果发生的，都成立犯罪中止。二是共同犯罪中的一人自动停止犯罪，并有效地制止其他共同犯罪人继续实施犯罪，且危害结果最终被防止的，停止犯罪者成立中止犯，其他被制止者成立未遂犯。三是共同犯罪中的一人自动停止犯罪，但并未有效地制止其他共同犯继续实施犯罪，停止犯罪者不能成立中止犯。共同犯罪人在其他共犯着手实行犯罪后脱离的，如果其他共犯已经使犯罪既遂，脱离者的中止行为失败，仍然应当按照犯罪既遂处理，不能成立犯罪中止。

第三种情形是单独犯犯罪中止与共同犯罪犯罪中止的本质区别。对此，可以从三个维度予以理解和把握。第一，可以把共同犯罪整体上看作单独犯罪，每一个共同犯罪人作为犯罪主体的必要组成部分，共同组成共同犯罪的犯罪主体，即作为一个整体视为单独的一个犯罪人，每个犯罪人作为整体犯罪人的一部分，只有这一部分放弃犯罪，导致共同犯罪无法实施，犯罪结果不能发生，才构成犯罪中止，当然此种情形下，只有放弃犯罪或阻止犯罪结果发生的犯罪人成立犯罪中止，其他人则构成犯罪未遂。否则，虽然共同犯罪人中的一人或几人放弃了犯罪，但未阻止其他人继续实施犯罪，也未有效阻止危害结果发生，则共同犯罪的主体仍然在实施犯罪，并导致了危害

^① 参见周光权：《共犯论的特殊问题研究》，载张仲芳主编：《刑事司法指南》（总第 35 集），法律出版社 2008 年版，第 3-4 页。

^② 参见周光权：《共犯论的特殊问题研究》，载张仲芳主编：《刑事司法指南》（总第 35 集），法律出版社 2008 年版，第 5 页。



结果发生，则共同犯罪并未中止，共同犯罪主体应当整体上构成犯罪既遂，也就是说，每一个共同犯罪人都构成既遂，当然，不成立中止犯，并不意味着主动放弃继续实施犯罪行为的与实施终了犯罪行为的同样评价和处罚，在具体犯罪责任的承担上，应当根据每个共同犯罪人在共同犯罪中的地位、作用予以评价。第二，可以从中止行为与犯罪结果之间的因果关系上予以分析，犯罪中止的本质要求是犯罪结果未发生，无论是自动放弃犯罪还是自动有效防止犯罪结果发生，都要求犯罪结果在客观上没有发生。因此，无论是单独犯罪还是共同犯罪，成立犯罪中止的必要条件，就是中止行为与犯罪结果未发生之间有必然因果关系。首先，犯罪结果没有发生，这是中止犯成立的前提和基础；其次，犯罪结果没有发生与中止是因为中止犯放弃犯罪或防止犯罪结果发生行为所产生的后果，而不是其他介入因素作用的结果。由上，共同犯罪中，部分共同犯罪人犯罪过程中自动放弃犯罪，或实施了一定阻止行为，但没有防止犯罪结果发生，则不具备犯罪中止的条件，不构成犯罪中止，换言之，其放弃或阻止行为，没有阻断共同犯罪行为与犯罪结果之间的因果关系。第三，可以从共同犯罪人的附随义务上分析，共同犯罪人在共同故意的支配下开始实施共同犯罪行为后，各共同犯罪人之间就具有法律上的共同责任义务，共同对犯罪后果负责，因此，部分犯罪人要成立中止犯，不仅要自己放弃犯罪行为，还有义务阻止其他共同犯罪人继续实施犯罪行为或阻止犯罪结果发生。未履行阻止义务，则其放弃行为未完成，属于中止不能，也就不成立中止犯。

本案中，高某与李某共同实施对被害人张某的身体伤害后，面对李某的持刀继续侵害行为，高某仅是中止了自己的侵害行为，停止了自己对张某的故意伤害行为，只是在对同案犯李某的持刀侵害行为进行言语上的劝阻后即离开了现场，未能阻止危害结果的发生。因此，本案中高某不构成犯罪中止。

（责任编辑：姜燕）

《山东法官培训学院学报》征稿启事

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

一、选题要求

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

二、格式要求

1. 字数。字数以 8000—12000 字为宜，特别优秀稿件，字数不限。
2. 摘要和关键词。每篇文章附中文内容摘要和关键词。摘要要准确反映论文主旨内容，一般不超过 300 字。关键词要符合规范要求，以 3—5 个为宜。
3. 注释体例。文中注释号用序号“ 1、2、……”编排，注释均置于页下，每页单独编号。引用书、刊物、报纸分别具体到页码、期数、版数。

三、其他事项

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

真诚欢迎广大法学理论和实务工作者不吝赐稿！

