

■ 专家论坛

行政复议法修改的几个基本问题 / 耿宝建 1

■ 专题策划：担保法律问题研究

论买卖型担保的性质与效力 / 景光强 14

新型涉农动产浮动抵押融资制度创新的探索 / 仙玉莉 詹王镇 24

抵押权预告登记制度法律适用问题探析

——以抵押权预告登记与所有权预告登记本质区别为基础 / 宿 敏 33

■ “审判理论与实践”专栏

建设工程价款优先受偿权的行使与规制 / 陈东强 44

■ 理论争鸣

美国的强制最低刑制度与量刑指南 / 刘静坤 58

论合同诈骗罪的事实认定 / 尹士强 77

行政诉讼立案登记阶段的自由裁量权 / 李凌云 86

民事习惯论证的逻辑结构与可能

——兼论民事习惯文本的引证 / 龙 微 96

行政认定在刑事诉讼中适用路径探析

——基于 SIPOC 流程管理模型的视角 / 杨潍陌 112

■ 实务求真

利息约定不规范的司法处置

——以自然人之间借贷为视角 / 余文唐 125

困境与出路 :论我国员额法官退出机制之构建 / 陈建华 134

家事审判方式改革及其实践路径 / 胡发胜 145

以当事人管辖选择权为视角探析行政案件跨区域管辖改革路径之完善

——兼论山东法院改革方案的具体构建 / 刘白鸽 153

食品销售领域惩罚性赔偿“明知”要件的司法认定 / 宁尚成、庄绪龙 164

我国民事新证据的体系化理解与理性适用

——以影响新证据制度的类型化因素为研究视角 / 余晓龙 174

■ 调查研究

济南中院关于第三人撤销之诉审理现状的调研报告

/ 济南市中级人民法院审监庭 182

■ 案例评析

涉第三人行政诉讼中被告怠于举证并不必然导致败诉的后果 / 胡峻峰 194

# 行政复议法修改的几个基本问题

耿宝建\*

**内容摘要** 作为一项系统工程,《行政复议法》的修改不能仅仅着眼行政复议案件的受理和审理,而应当站在法治国家、法治政府和法治社会三位一体建设的高度,统筹谋划其在依法治国进程的作用,精准确定其在行政纠纷解决体系的地位,充实完善行政复议案件的受理审理规则,科学确立复议阶段行为在诉讼中的效力。在政府法制系统与司法局合并的大背景下,审视复议制度的改革,除建立独立的行政复议委员会、整合省以下行政复议机构和行政复议资源、坚持行政复议前置等外,还更加侧重于行政复议与行政诉讼制度的衔接、制衡和配合。可以考虑以下方面:一是坚持“行政一体”,赋予行政复议机关更加独立的调查取证权、事实认定权、程序补救权、法律适用权和最终决定权,强化行政复议纠错职能,防止既往复议过程中的程序空转,尽快稳定行政法律关系;二是坚持行政复议“准司法性”和“准一审性”,司法审查主要针对行政卷宗和复议卷宗已经涉及和记载的事项进行,主要审查复议决定的证据采信、事实认定、程序遵循和法律适用是否合法;三是坚持受案范围、主体资格、审查标准的统一性,凡是能够申请行政复议的事项,除了复议终局的以外,都可以提起行政诉讼,扩大合法性审查内涵,将合理性审查作为合法性审查的一项重要内容,确保法律统一实施;四是提升复议与诉讼管辖改革的协同度,做好整体顶层设计,将部分基层法院行政庭人员与县级政府法制部门“弱弱联合”,专司县域范围内的行政复议工作,实现县域范围内法治资源的有限整合,如此不失为一个可以尝试的试点方案。

**关键词** 行政复议法 修改 基本问题

中图分类号:DF71 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2018)05-001-013

\* 耿宝建,最高人民法院行政庭审判长,第三巡回法庭主审法官,法学博士。



## 引言

当前,《行政复议法》的修改已经被列入十三届全国人大常委会立法规划,并且作为条件比较成熟、任期内拟提请审议的第一类法律草案项目之一。而从中央到地方,司法行政部门与政府法制部门职责整合,也正快速推进。在此大背景下,思考《行政复议法》的修改和行政复议制度的改革发展,显得尤为必要。现行行政诉讼制度和行政复议制度,可以说是相伴而生,互相促进,彼此借鉴,携手发展。历史地看,行政复议制度本身即为“配套”行政诉讼制度的,如1990年《行政复议条例》只是1989年《行政诉讼法》的配套立法。《行政复议条例》受案范围的表述、格式基本仿制《行政诉讼法》。从另一层面来看,虽然颇有争议,但实践中行政复议司法化已经成为现实,行政复议机构对复议案件的审查,已经逐渐向行政诉讼制度学习并趋同。可以预测,在《行政复议法》即将进行的修改中,那些被认为是《行政诉讼法》修改经验的条款和规定,必然又将反映在修订后的《行政复议法》中。

行政复议制度对行政诉讼制度的“亦步亦趋”,实践上造成了复议功能与诉讼功能的混同,复议制度自身特色缺乏,最终导致“复议机关维持双被告”这一中国特色制度的出台。这样的结果,大概是原国务院法制办所始料不及的。而总结主要国家的行政复议与行政诉讼关系,容易发现两者间并不存在放之于四海而皆准的“普世模式”,各国模式要么是行政诉讼异常强大,要么是将行政裁判所并入司法体系实现高度司法化,要么是在行政系统内实现相对独立。就中国路径来说,强大的是行政权而非司法权,因此行政复议制度仍然应当是矛盾化解的主渠道,纠纷解决的第一道防线。但将行政复议彻底司法化,甚至纳入司法体制,又与中国行政管理体制不相符;而所谓在行政系统内相对独立,显然是纸上谈兵。同时,还必须兼顾如下现实:即相对于原行政机关而言,复议机关有着更高的政策实施和法律理解水平,复议机关实际上是代表整个行政系统接受司法审查。如果复议机关机械模仿司法机关的“监督”功能,而忽视对原行政机关的瑕疵行政行为的“补正”和“纠错”功能,实际上将自身变为“第一审法院”,从而导致其与行政诉讼制度无法实现良性制度竞争。

多年来的行政复议与行政诉讼实践已经说明,现行制度实际上加剧了案件数量明显偏低、矛盾纠纷化解不力、职能定位模糊不清、改革举措互不协调、顶层设计摇摆不定的尴尬局面。在现实的法治背景下,中国特色的纠纷解决,必须借助行政复议、行政诉讼两者合力而不能偏重其一,同时通过一个科学的衔接机制,充分发挥两者优势。总体上,作为一项系统工程,修改《行政复议法》应当从建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家,发展中国特色社会主义法治理论的角度,站在法

治国家、法治政府和法治社会三位一体建设的高度，统筹谋划行政复议在依法治国进程的作用，精准确定其在行政纠纷解决体系的地位，充实完善行政复议案件的受理审理规则，确立科学有效的行政复议与行政诉讼衔接机制。

## 一、实现行政性与司法性的统一

性质决定功能，不同性质的事物，其功能也不同。对行政复议性质的认识，集中反映了对行政复议制度的总体认识，关系行政复议制度建设的全局，属于行政复议制度领域的“顶层设计”问题。而对行政复议性质的不同界定，直接影响行政复议功能的发挥，以及与其他行政争议解决机制之间的联系。正是基于此，有的学者将我国行政复议制度层面存在的问题，归结为对行政复议性质的错误认识，认为由于在行政复议制度法律性质的认识上出现了偏差，才导致了相关不合理的体制和制度安排。<sup>①</sup>

关于行政复议的性质，虽然理论上存在行政说、司法说、准司法说、综合说等不同观点，但综合各种观点来看，“行政性”和“司法性”乃是分歧和争议的焦点所在。对此，也存在一些非此即彼的观点，如认为为了要高效便捷地化解纠纷，强调要“简省”相应程序以突出其行政性便民性；而为了要凸显其司法性，又强调要全面借鉴审判流程以体现正规化规范化。笔者认为，行政复议应当兼容“行政性”和“司法性”。

首先，行政复议是解决行政纠纷的活动。行政复议从其产生和主要功能来看，就是解决行政纠纷的活动，这符合司法的实质意义，因而具有司法属性。“行政复议是一种纠纷解决机制，认可这一点，就应当承认行政复议制度由此应当具有司法秉性。”<sup>②</sup>也正如美国学者伯纳德·施瓦茨所言：“尽管三权分立的迂腐教条，向行政机关授予审判权却一直没有中断过。复杂的社会需要行政机关具有司法职权，使这种授权不可避免。”<sup>③</sup>

其次，在制度功能层面，行政复议与司法活动应当有所不同，不能将复议活动变成审判活动。行政复议机关解决纠纷的行政复议功能，仅是其履行政府法制工作一个重要方面，但不应当是全部；即使是相对独立的行政复议委员会（行政复议局），也应当与法制机构的其他职能有效衔接，共同促进政府法制工作。行政复议的司法化，不能理解为在行政系统内部引入一个司法系统，否则就容易造成行政复议制度与行政诉讼制度的完全趋同。如果说行政诉讼重点在于监督和纠错，较少考虑行政管理，那么行政复议就应在强调监督纠错的同时，更加注重提供一个老百姓可接受的行政行为，从而在权利保障和行政效率间实现平衡。

① 杨海坤、章志远：《中国行政法基本理论研究》，北京大学出版社 2004 年版，第 536 页。

② 刘莘：《行政复议的定位之争》，载《法学论坛》2011 年第 5 期。

③ 【美】伯纳德·施瓦茨：《行政法》，徐炳译，群众出版社 1986 年版，第 55 页。



第三，在复议与诉讼的衔接层面，认可行政复议兼具“行政性”和“司法性”。既要保证行政复议的独立性，又要与行政诉讼相衔接；既要接受行政复议先行性，又要避免行政复议终局性；既要承认原行政行为和复议决定的区别，又要认可复议决定是行政系统在司法系统的最终呈现，行政诉讼要审查通过复议决定形式表现出来的行政系统行为；既要复议过程中复议活动合法性进行监督，司法又需充分尊重复议程序中复议活动的效力，赋予行政复议活动“准一审”的效力，在复议决定采信证据、认定事实、适用法律的基础上进行合法性审查，而不是另起炉灶，重新认定和审查。

因此，应当承认行政复议具有“准司法”的性质，应当坚持中立性；同时也应当承认行政复议本质上是行政活动，应当赋予复议机关重新调查取证、补强完善原行政行为的权力。

## 二、强化各级政府集中复议管辖

行政复议管辖是行政复议机关受理行政复议案件的权限划分，是以申请人复议申请权为基础的。<sup>④</sup>合理的复议管辖制度对于行政复议案件的公正裁决以及相对人合法权益的有效保护有着重要意义，同时也影响着行政复议体制改革的方向。根据《行政复议法》第十二条至第十五条以及《行政复议法实施条例》第二十三条至第二十五条的规定，我国实际上形成了以“选择管辖”为主、“条条管辖”和“自我管辖”为辅的行政复议管辖模式。在这种管辖模式下，条块分割严重，行政复议权极为分散呈碎片化，且当事人的条条选择或者块块选择，客观上造成同案不同审，容易形成管辖冲突，也不利于复议审查标准的统一。修改《行政复议法》，必须对行政复议管辖模式作出调整，使管辖更有利于节约复议资源、更有利于行政争议的公正解决、更有利于落实便民原则以及更有利于促进地方法治政府建设。具体而言，可以从以下几个方面重构行政复议管辖规则：

第一，取消选择管辖。对于双重领导部门作为复议被申请人的复议管辖，《行政复议法》从行政隶属关系出发，确立了“选择管辖”模式。但该模式导致的严重弊端之一就是复议机关众多以及复议力量分散，此外还延伸出部门保护主义的痼疾。权威、专业、公正、快捷、低廉是行政司法制度的生命，要实现上述目标，就需要努力解决行政司法力量过于分散的问题。《行政复议法》修改应当从“精简、效能、统一”的原则出发，取消选择管辖的规定，改由本级人民政府作为复议机关，不仅可以减少数量众多的复议机构与人员配备，而且一定程度上还有利于消除部门保护主义的顽疾。

<sup>④</sup> 杨小君：《我国行政复议制度研究》，法律出版社2002年版，第103页。

取消选择管辖，对以实行双重领导的政府工作部门为复议被申请人的复议明确由本级人民政府管辖，这在一定程度上还可以起到便民的效果。

第二，改革自我管辖。我国实行的是“一级复议”制度，且不像英美法系那样拥有独立的行政复议机构，所以要想行政复议的功能充分、有效地发挥，就必须保证复议结果能切实公正保护当事人的合法权益。在自我管辖情形中，国务院部门和省级人民政府既是行政争议的当事人，又是解决行政争议的“法官”。为此必须实行作出行政决定人员和审理行政复议人员的严格分离。必要时，在解决了国务院做行政诉讼案件被告资格问题后，对国务院部门与省级人民政府行政行为不服申请复议的，应当统一由司法部法制部门负责审理。

第三，明确省以下垂直领导部门的复议管辖规则。之所以强调省以下垂直领导部门的复议管辖，是因为对省以下垂直领导的部门来说，在省一级依然实行的是双重领导，即国务院部门和省级人民政府对其均具有领导权（复议权），但省级以下级别的政府对其本级的垂管部门没有领导权，也即没有复议管辖权。因此，在行政复议法修改中，应当确定以省级部门（不包括省一级的部门）作为复议被申请人的，由其上级部门作为复议机关；以省一级垂直领导部门作为复议被申请人的，省级人民政府为复议机关。

### 三、建立相对独立的行政复议局

行政复议案件能够得到公正审理，很大程度上取决于行政复议机构具有相对独立的地位。在各级司法行政部门与政府法制部门合并的情况下，设置独立的复议机构并相对独立的开展运作，尤为重要。《行政复议法》颁布以来，行政复议机构运行情况并不理想，行政复议机构缺乏独立性、行政复议工作人员资质不足等问题一直备受诟病。为此，从 2008 年开始，原国务院法制办决定在全国部分地区开展行政复议委员会试点工作，由政府设置行政复议委员会统一行使行政复议权，统一受理、统一审查、统一议决，以增强行政复议结果的公正性和权威性，有效缓解现行行政复议管辖制度的各种弊端。2015 年 8 月，浙江省义乌市开展行政复议体制改革试点，依托义乌市人民政府法制办挂牌成立义乌市人民政府行政复议局，受理以义乌市政府相关部门以及下级政府为被申请人的行政复议案件，义乌市政府相关部门的行政复议权也由义乌市政府统一行使。2017 年，浙江省还专门成立了行政复议局，既保证了行政复议决定的中立性、客观性，改变了以往行政复议决定由各部门的法制部门或者科室作出进而缺乏独立性问题，也有利于使行政复议工作更为专业化和规范化。

《行政复议法》修改时，应当将试点中的成熟经验和做法予以提炼和总结，及时吸收入法。



第一，厘定行政复议局与行政复议机关的关系。确立行政复议局为实质性复议机构，所有的行政复议案件均应由其进行裁决，不得为行政复议委员会受理审查案件设置障碍，确保行政复议局享有实质裁决权。明确行政复议机关为名义上的复议主体，所有行政复议局作出裁决的案件，都应以行政复议机关的名义对外发布决定，即行政复议机关原则上仅享有形式意义上的“署名权”。对行政首长对行政复议局的复议结论不同意见的，可以要求行政复议局“复议”一次，而不能以个人名义推翻；行政复议局坚持原复议结论的，只能交由行政复议机关负责人办公会议集体研究决定。

第二，明确行政复议局与相应司法行政主管部门的关系。即行政复议局在机构编制上隶属同级司法行政主管部门，但独立开展复议工作，并以同级政府名义对外行使复议职能，并承担相应的法律责任。司法行政主管部门仅在政治、组织、人事和党的建设方面领导复议工作。

第三，保障行政复议局中复议委员的专职性和开放性。行政复议局内部改传统案件审批制为审理制，将行政复议局的事务管理职能、复议事务辅助职能与复议决定决策功能适当分离。参考人民法院和人民检察院内部的法官、检察官的遴选、惩戒制度产生并管理行政复议委员。专门负责审查和决策的行政复议委员既可以从行政复议机关中选拔，还应当积极吸纳外部专业人士担任委员，提升行政复议的公信力。

#### 四、保持审理方式的灵活性

根据《行政复议法》第22条规定，行政复议原则上采取书面审查的办法，但是申请人提出要求或者行政复议机关负责法制工作的机构认为有必要时，可以向有关组织和人员调查情况，听取申请人、被申请人和第三人的意见。可见，我国行政复议是以书面审理原则，同时以调查情况和听取意见作为补充。行政复议审理方式的选择，直接涉及行政复议行政性和司法性的争论，也涉及公正与效率的统一问题。因此，《行政复议法》修改应当保护适度的开放性和平衡性，既允许书面审理，也允许口头审理；既可以单方调查式询问，也可实行听证式审查；既可尊重双方当事人对审理方式的请求，也可依职权自主决定。

一言以蔽之，法律规定可以有多种选择，而具体到个案则可以根据案情以及争议标的、争议焦点问题的性质，赋予当事人适度的选择权和复议机关的最终决定权。同时在《行政复议法》修改中，应当明确必须口头审理的案件类型和范围。如：对于事实问题存在较大争议的案件，这类案件如果通过书面审理，几乎很难查清事实并进行定性分析，必须通过直接言辞的方式听取各方陈述和辩解，才能准确认定要件事实；而对于案情重大复杂、涉及人数众多或者群体利益、社会普遍关注的案件以及法律关

系复杂的案件，应当选择口头审理；同时，对行政复议机构认为有必要进行口头审理的案件，也可以进行口头审理。

### 五、坚持“行政一体”原则，赋予行政复议机关更大决定权

所谓“行政一体”原则，是指将复议决定和原行政行为视为一个整体，将基于行政监督权能而形成的行政复议决定视为行政系统内部的最终行政处理意见，并由复议机关（或者其代表的政府）名义出面代表行政体系接受司法审查。行政决定和复议决定共同形成行政系统对证据采信、事实认定和法律适用的意见；行政决定与复议决定不一致的，以复议决定表述作为行政体系对外发生法律效力认定，并接受司法审查。<sup>⑤</sup>

“行政一体主义”，是适应中国行政法治体系建设的一种新的认知，既反映复议机关做维持的共同被告的实体法规定，又体现中国上下级行政机关监督职责，也尽可能通过法律责任承担主体的专门化（全部由上级行政机关出庭应诉）促进责任政府建设。显然，在传统行政法学理论中，“行政一体主义”既缺少完善的理论支撑，也无特别成熟的法治国家建设经验，但构建以“行政一体主义”为中心的行政主体理论，却有着深远的理论和现实意义。“行政一体主义”在一定程度上是对传统法律责任理论、行政主体理论、被告主体资格理论的修正。从实践层面来看，只要相应明确《国家赔偿法》有关国家赔偿和行政机关赔偿的关系，坚持“赔偿费用列入各级财政预算”，在实践执行中并不会存在重大法律障碍。“行政一体主义”，既与以德国为代表的大陆法系通行的“原行政行为与复议决定的统一性原则”<sup>⑥</sup>和我国台湾地区“原处分主义”<sup>⑦</sup>有联系，但显然存在区别。在一定层面上，全部由复议机关（即行政复议法修改后的地方人民政府）或者由复议机构（独立的行政复议委员会、行政复议局）作为被告出庭应诉，并代表国家承担责任，在一定层面上又类似于美国的国家诉讼制度，而日本行政诉讼的被告仅为国家或地方公共团体，行政机关只是作为被告的诉讼代理人出庭应诉。

“行政一体”原则的提出，旨在强化对原行政机关行政行为的监督，及时让行政复议机关纠正原行政机关违法或者不当行政行为，更加高效便捷地解决行政争议，更加注重行政管理对行政相对人实体权益的保护，防止既往行政复议过程中程序空转的现象，尽快稳定行政法律关系。

<sup>⑤</sup> 耿宝建：《行政复议法修改展望》，法律出版社 2016 年版，第 157 页。

<sup>⑥</sup> 《德国行政法院法》第 79 条第 1 款第 1 项规定，撤销之诉的审查对象是以复议决定的形式体现出来的原行政行为。

<sup>⑦</sup> 我国台湾地区“诉愿法”第 79 条第 2 款规定，原行政处分所凭理由虽属不当，但依其他理由认为正当者，应以诉愿为无理由。



大陆法系国家类似于行政一体的原则，在立法和审判实践中都有体现。比如在论证类似于我国“行政复议前置”的“行政救济强制前置”制度时，法国最高行政法院的报告就提出以下几项基本原则作为完善现有制度的基准：第一，行政救济作出的行政行为代替原争议行政行为的效力，因此若在法院提起该行政诉讼，原告不能以原行政行为为诉讼客体，而应该以行政救济机关作出的行政行为为客体。第二，行政机关实施行政救济时，不应该以原行为作出时的事实和法律情形为准，而应该以此刻的事实和法律情形为准。第三，行政机关实施行政救济时有权改变原行政行为。第四，提起行政救济将导致行政诉讼的时效延长，所以并不剥夺当事人提起行政诉讼的权利。第五，当事人在诉讼中可以提出其没有在行政救济中提出的新理由。<sup>⑧</sup>

有基于此，笔者认为，在《行政复议法》修改过程中应贯彻“行政一体”原则，重新设置行政复议机关和原行政机关之间的关系。一方面，承认并强调行政复议的行政属性，赋予行政复议机关独立的调查取证权、事实认定权和法律适用权，并在此基础上独立作出复议决定的权力。另一方面，赋予行政复议机关瑕疵治愈权。作为大陆法系国家行政法制度的重要组成部分，瑕疵治愈是指在一定条件下，通过追加、补充或者其他方式消除行政行为，使之转变为合法行政行为，从而使法律效力得以维持的法律制度。<sup>⑨</sup>瑕疵治愈的主体，既可以是原行政机关，也可以是行政复议机关。瑕疵治愈的对象，主要是行政程序瑕疵，即对行政相对人权利义务不产生实质影响的程序违法行为，但随着一些实践发展，一些对行政相对人权利产生实质性影响的程序瑕疵也被容忍进入治愈范围，例如德国《行政程序法》规定“义务性听证”的缺失可以被治愈。<sup>⑩</sup>但总体上看，瑕疵治愈的对象仍然集中在轻微的行政程序违法领域，实体违法、重大程序缺陷仍然被排除出治愈范围。在《行政复议法》修改时，不妨大胆借鉴引入瑕疵治愈制度，即除了保留行政复议机关对原行政机关明显且严重违反法定程序的行政行为可以决定撤销的规定外，还应规定对不影响当事人权益或者原行政机关程序违法能够补正或者瑕疵治愈的，行政复议机关可以在完善相应手续情况下作出驳回复议申请或者维持原行政行为的决定。而德国和台湾地区的行政复议中也有类似的“原处分主义”理论。

事实上，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第22条规定，行政诉讼法第26条第2款规定的“复议机关改变原行政行为”，是指复议机关改变原行政行为的处理结果。这样的规定已经彻底改变了《最高人民法院关于执行

<sup>⑧</sup> 陈天昊：《公正、效率与传统理念的交响曲——二十一世纪法国行政诉讼的改革之路》，载《清华法学》2013年第4期。

<sup>⑨</sup> 张峰振：《违法行政行为治愈论》，中国社会科学出版社2015年版，第21页。

<sup>⑩</sup> 余凌云：《行政自由裁量论》（第三版），中国人民公安大学出版社2013年版，第172页。

《中华人民共和国行政诉讼法 若干问题的解释》第 7 条的规定。<sup>⑪</sup> 这种改变的背后，实际上反映如下观点：允许复议决定改变原行政行为的事实和依据，这实质上就意味着当复议决定改变原行政行为为理由时，人民法院就必须将已经改变后的事实和依据统一到原行政行为之中去审查，而不是作为复议决定的合法性问题来审查。即复议决定改变原行政行为认定的事实或者适用的依据的，应当基于改变后的事实和依据审查原行政行为合法性……这时审查的“原行政行为”实际上已经是经过复议决定修正的“原行政行为 2.0 版”。如果复议决定改变原行政行为的理由是正确的，那么就视为经过修正的原行政行为是正确的，对于原告请求撤销原行政行为及复议决定的诉讼请求，人民法院应当一并判决予以驳回。允许复议机关改变原行政行为的理由，完全符合复议制度的本意。首先，原行政行为在事实认定、法律依据等方面存在瑕疵绝不等于原行政行为就必须被撤销，许多瑕疵是可以修正和弥补的。其次，面对无需撤销但又有必要予以纠正的错误，作为行政机关而且还是上级机关的复议机关，却无权进行修正和弥补显然缺乏制度合理性，也不利于发挥行政复议制度的自我纠错功能。<sup>⑫</sup>

## 六、辅以适度费用承担机制

承认复议机关可以收集新证据，认定新事实，援引新法条，补正原行政行为程序瑕疵，却又维持了原行政行为的处理结果的思路，对传统的行政行为合法性理论而言，显然难以接受。即使这种瑕疵治愈和补正仅仅被限制性适用或者仅仅是在非主要证据、非关键事实、非核心法条和重要的法定程序问题上，也往往会引发批评。如有观点认为，允许复议机关通过其收集的证据、依据来修正原行政行为并不符合“先取证，后裁决”原则，而复议机关可根据自己调查的事实和对法律适用的理解来改变原行政行为认定的事实、理由和依据，只要维持原行政行为的处理结果，就不视为“改变原行政行为”。这就在事实上承认了复议机关对原行政行为的事后补正。照此，即便原机关实施了违法行为，也可能通过事后补正而免受追责，这不符合我国《行政诉讼法》之监督行政的立法目的。<sup>⑬</sup>

笔者认为，上述批评和担忧的确有一定道理。从法律效果上看，行政复议机关的复议决定虽然可能支持了存在一定违法之处的行政行为，似乎未能保护复议申请人合法权益，但复议制度兼具权益保护、层级监督和纠纷解决功能于一体，完全可以通过

<sup>⑪</sup> 该条规定，复议决定有下列情形之一的，属于行政诉讼法规定的“改变原具体行政行为”：（一）改变原具体行政行为所认定的主要事实和证据的；（二）改变原具体行政行为所适用的规范依据且对定性产生影响的；（三）撤销、部分撤销或者变更原具体行政行为处理结果的。

<sup>⑫</sup> 赵大光、李广宇、龙非：《复议机关作共同被告案件中的审查对象问题》，载《法律适用》2015 年第 8 期。

<sup>⑬</sup> 梁君瑜：《复议机关作行政诉讼共同被告》，载《行政法学研究》2017 年第 5 期。



责令违法行政机关承担申请复议费用以及其他方式予以惩戒，从实体上维护行政复议申请人的正当权益。而且一个长期被忽视的条款已经暗含了复议机关的上述权力。《行政复议法实施条例》第四十七条规定，“具体行政行为有下列情形之一的，行政复议机关可以决定变更：（一）认定事实清楚，证据确凿，程序合法，但是明显不当或者适用依据错误的；（二）认定事实不清，证据不足，但是经行政复议机关审理查明事实清楚，证据确凿的。”该条显然赋予了复议机关在维持原行政行为处理结果不变的情况下，可以“变更”错误的适用依据、可以经过自己的审理查明事实和补强证据。因而，从统筹公正与效率角度来看，为了避免程序空转和申请人的实体权益保护，一方面要限制复议机关的“补正”职权，明确界定事后补正的适用范围，另一方面既可以通过建立灵活费用承担机制来解决，还可通过对原行政机关的违法行政责任追究制度来解决。比如在坚持复议不收费制度的同时，加大对存在违法行为的行政机关的费用制裁力度。不论行政复议结果是否支持原行政行为，只要被申请复议的行政行为在证据收集、事实认定、程序遵循、法律适用、结果裁量等方面存在需要纠正的违法之处，复议机关即有权决定原行政机关承担复议申请人因申请复议而产生的费用以及其他相应的损失，包括但不限于律师代理费、误工费、差旅费等。申请人相关费用单据不全的，申请人及其代理人可以主张按照当地公务员出差标准支付相应的差旅和补贴费用。原行政行为严重违法的，复议机关可以依法决定对复议申请人所受到的损失进行惩罚性赔偿，以此引导行政相对人通过理性合法方式维护自身权益。行政机关工作人员重大或者故意违法的，复议机关应当建议相关机关给予相应的纪律处分。

## 七、细化行政复议与行政诉讼的衔接

行政复议和行政诉讼作为我国最为主要的行政救济途径，两者之间具有千丝万缕的联系。处理好两者关系，对两者进行准确定位和有效衔接，最大限度发挥两者的功能并避免两者内耗，从而产生“一加一大于二”的效果，是完善我国行政救济制度体系的一个重要议题，也是《行政复议法》修改中面临的重大挑战。笔者认为，修改《行政复议法》，促进行政复议与行政诉讼的全面有效衔接，应当着重抓好以下制度设计：

第一，坚持复议前置原则。改变“当事人选择为原则，复议前置和复议终局为例外”的行政复议和行政诉讼衔接格局，实行“行政复议前置为原则，直接诉讼为例外”的新模式。这是贯彻落实行政复议作为化解行政争议“主战场”“主渠道”作用的直接体现，有利于充分发挥行政复议解决行政争议比较优势、有助于节约司法资源以及维护行政相对人的合法权益。同时，为了防止行政复议机关不作为或者故意拖延履行复议职责，应当赋予行政复议申请人在特殊情形下的直接起诉权。此外，基于的“无漏洞权利救济”

原则考虑和诉权维护的实际需要，应当逐步减少行政复议终局的情形。

第二，坚持效力共通原则。即认可当事人行政复议过程中的行为在诉讼阶段同样具有拘束力，落实禁止反言原则，对复议阶段当事人均无异议的证据或者已经出示、质证过的证据，法院司法审查中可以仅要求发表不同意见，而不再逐一举证质证。人民法院审理行政案件时，坚持卷宗审查主义，主要针对行政卷宗和复议卷宗已经涉及和记载的事项，复议机关在庭审中只有举证说明复议决定的证据采信、事实认定、法律适用、程序审查等方面合法性即可，且以行政复议决定采信的证据、认定的事实、适用的法律等方面是否合法为审查对象。法院司法审查时，宜尊重行政机关和复议机关对事实特别是专业问题的判断权，对案件的裁判更多考虑适法性。

第三，坚持同一性原则。坚持行政复议和行政诉讼在受案范围、审查标准和裁判方式上的一致性。在行政复议受案范围衔接问题上，明确行政复议和行政诉讼的受案范围完全一致，不再强调行政复议作为内部监督，其受案范围要大于行政诉讼受案范围的传统观点。凡是能够申请行政复议的事项，除了复议终局的外，都可以提起行政诉讼。复议机关对复议范围的理解和判断，必须接受人民法院审查，法院在审查时应当尊重复议机关对受案范围的理解和判断。当然也要正确认识复议、诉讼受案范围，不能简单认为一切行政行为都可以立即申请行政复议、提起行政诉讼；即使是行政行为，也要综合考虑原告资格、多阶段行政程序的救济时机、行政行为成熟性原则和利益保护必要性等多重因素，避免未经行政程序或者不适宜复议或者诉讼的行政行为，也进行复议和诉讼渠道。在审查标准上，保持复议和诉讼合法性标准的同一性。扩大合法性审查内涵，将合理性审查作为合法性审查的一项重要内容，确保法律统一实施。在裁判方式上，明确复议决定和法院裁判主文的同一性，确保复议和诉讼能够有效衔接。

第四，确立行政诉讼行政复议机关“单被告”规则。坚持确立“谁复议、谁出庭应诉、谁举证质证”原则，当事人对行政复议决定不服，不论复议决定是否维持或者变更原行政行为，一律以行政复议机关为被告。复议机关作出不予受理行政复议申请的决定或者复议机关在法定期限内未作出复议决定，仍以复议机关为被告。<sup>⑭</sup>让复议机关单独作为被告，而不强调作出原行政行为的行政机关作为共同被告，在一定程度上是对行政诉讼法修改后现状的完善：一是普通的行政案件一律以复议机关和原行政机关做被告，给审判方式带来一定困难，对行政资源也有所耗费；二是建立了相应的卷宗审查主义，法院的一审主要针对行政卷宗和复议卷宗已经涉及和记载的事项，复议机关在庭审中只有举证说明复议决定的证据采信、事实认定、法律适用、程序审查等方面合法性即可；三是

<sup>⑭</sup> 复议机关是否应当成为行政案件的被告，是一个被反复讨论的问题，人们也设计了许多不同的方案。但鉴于立法机关已经作出了明确的选择，本文也采这样的立法思路，并予以进一步改革完善，同时防止“双被告”给行政系统带来的出庭应诉压力。



督促复议机关特别是具体承办复议案件的人员，全面熟悉案件和事实，掌握法律法规，督促复议机关积极行使职权，减少复议机关未全面了解情况即作出复议决定。

第五，强化行政复议与行政诉讼管辖改革的协同与配合。当前，行政复议和行政诉讼都在探索适度地进行集中管辖试点改革。在行政复议方面，取消条块管辖和申请人的选择权，明确以地方政府工作部门为被申请人的复议案件，一律由本级地方人民政府管辖。取消地方政府职能部门的行政复议权，将分散在各个职能部门的行政复议人员集中，在同级政府之下成立相对独立的行政复议局或者行政复议委员会，依法行使行政复议职权和法制监督职权。行政诉讼方面，以落实《行政诉讼法》行政案件跨行政区划集中管辖为抓手，正在局部试点行政案件和行政法官的集中。提升此两项改革的协同度，做好整体顶层设计，将部分基层法院行政庭人员与县级政府法制部门“弱弱联合”，专司县域范围内的行政复议工作，实现县域范围内法治资源的有限整合，如此不失为一个可以尝试的试点方案。

## 余论

如何建立一个适应中国特色的行政复议制度，不能仅满足于理论推演或者借鉴域外经验，也不能过多迁就目前的现状和习惯做法，毕竟建设中国特色的行政纠纷解决机制，本身就是一项全新的事业，需要理论工作者和实践工作者提供各种各样的解决思路。就此而言，科学全面地修订《行政复议法》，或许能够较好实现行政复议与行政诉讼制度的功能，化解复议机关作共同被告所带来的司法审查困境，最终实现行政复议和行政诉讼的“双赢”。

总体上，在政府法制系统与司法局合并的大背景下，审视复议制度的改革，除建立独立的行政复议委员会（行政复议局）整合省以下行政复议机构和行政复议资源、坚持行政复议前置等外，还应当更侧重于行政复议与行政诉讼制度的衔接、制衡和配合。总结而言：一是坚持“行政一体”，赋予行政复议机关更加独立的调查取证权、事实认定权、程序补救权、法律适用权和最终决定权，强化行政复议纠错职能，防止既往复议过程中的程序空转，尽快稳定行政法律关系；二是坚持行政复议“准司法性”和“准一审性”，司法审查主要针对行政卷宗和复议卷宗已经涉及和记载的事项进行，主要审查复议决定的证据采信、事实认定、程序遵循和法律适用是否合法；三是保持行政诉讼与行政复议在受案范围、主体资格、审查标准等方面的统一性，凡是能够申请行政复议的事项，除了复议终局的以外，都可以提起行政诉讼，扩大合法性审查内涵，将合理性审查作为合法性审查的一项重要内容，确保法律统一实施；四是提升复议与诉讼管辖改革的协同度，做好整体顶层设计。特别是在已经试点行政案件集中管辖改

革，并建立起行政案件区域中心管辖法院的地区，可以将不再管辖行政案件的部分基层法院行政庭人员与县级政府法制部门“弱弱联合”，专司县域范围内的行政复议工作，实现县域范围内法治资源的有限整合，如此不失为一个可以尝试的试点方案。<sup>⑮</sup>

当然，也可以设想，今后若干年，由于顶层设计的缺失，以及裁判权（复议权）独立行使保障机制的不完善，加之地区间、部门间发展不平衡等各种原因，行政纠纷解决机制的探索和完善，仍将处于不断“试错”的过程中；但不论是行政复议还是行政诉讼，适度地进行集中管辖，可能都是一个相对较为折中的选择。在行政复议制度改革方面，地方政府组成部门复议权将被逐步集中到地方政府统一行使；而行政诉讼制度改革方面，以行政案件跨行政区划集中管辖为核心，也将适度实现行政审判案件和人员的集中。就法院体系改革而言，在现行普通法院之外，一些区域和类型的行政案件有可能被逐步集中到最高人民法院巡回法庭、跨行政区划高级法院、跨行政区划中级法院、集中管辖的基层法院等。这些改革探索，或许都将取得相应的效果。但是，如果不能先行做好顶层设计，总体上做好规范和衔接，将仍然难以形成制度合力，甚至可能在一定层面上陷入程序空转和制度冲突，出现“一加一小于二”的运行效果。

因此，每一单项制度的改革，都必须辅之以系统改革，才可能形成制度合力。不论是行政复议制度与行政诉讼制度的完善，还是《行政复议法》《行政诉讼法》的修订，都应当坚持系统的、全面的、联系的观点，都应当放到整个纠纷解决机制的总体设计上来考虑，真正做好顶层设计，抛弃部门利益和偏见，而不能各自为政，画地为牢。总而言之，构建中国特色的行政纠纷解决机制所面临的一系列两难的路径选择就在于：“在扬弃司法中心主义的同时，强化我们原本并不存在的司法中心主义；在打破对司法解决纠纷能力的迷信的同时，树立司法解决纠纷的权威；在司法机关尚未真正取得独立审判权，尚不能取信于民、依法裁判的同时，却又不得不寄希望于通过完善一个更加难以获取独立裁决权的行政复议机构，来破解新时期日益严峻的官民矛盾。”<sup>⑯</sup>

（责任编辑：李宁）

<sup>⑮</sup> 耿宝建《“泛司法化”下的行政纠纷解决——兼谈 行政复议法 的修改路径》，载《中国法律评论》2016年第3期。

<sup>⑯</sup> 耿宝建：《行政纠纷解决的路径选择》，法律出版社2013年版，第30页。



# 论买卖型担保的性质与效力

景光强\*

**内容摘要** 关于买卖型担保的性质,有抵押说、让与担保说、后让与担保说、买卖说、代物清偿预约说等多种不同观点,不同解释路径对买卖合同的效力也有不同认识。买卖型担保的主要目的在于为借款提供担保,但亦不能完全排除个案中可能存在买卖和抵债的真实意图,司法实务中应结合具体案情做出判断,不能以主观臆断代替当事人意思。在现有实在法、主流裁判观点框架内,买卖型担保的担保功能不容高估,其效力也要接受流担保禁止规则和代物清偿要物说的检验。在解释上,应顺应代物清偿契约诺成化、流担保禁止规则缓和的发展趋势,承认买卖型担保的效力。在立法上,应明确承认诺成性以物抵债协议和流担保条款的效力,同时赋予当事人撤销权以克服流担保条款的不足。若立法上作此规定,债权人就无须通过订立买卖合同的形式实现担保和抵债的目的,买卖型担保因此会逐渐萎缩。

**关键词** 买卖型担保 让与担保 流担保条款 代物清偿预约

中图分类号:DF521 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2018)05-014-023

## 一、引言

当前交易实践中,广泛存在着这样一种交易模式:当事人签定借款合同的同时(或前后),就借款人的某项动产或者不动产(一般为房产)签定买卖合同,约定若借款到期履行,则买卖合同不再履行;若借款届期末清偿,则履行买卖合同,贷款人取得该财产所有权,同时借款本金及利息抵顶买卖合同中买受人(贷款人)应支付的价款,买卖合同履行后,借款合同与买卖合同同归消灭。对于这种交易模式的性质与效力,理论认识上存在较大分歧。基于认识的不同,学者也分别赋予这种交易模式以不同的

\* 景光强,最高人民法院政治部办公室副主任,北京航空航天大学法学院民商法专业博士研究生。

称谓。置重其交易形式的学者往往称其为“担保型买卖”，而有的学者深入探讨买卖合同背后的动因，认为买卖合同不过是“名为买卖、实为抵债”，但更多的学者认为这种交易形式“名为买卖、实为担保”，进而将其称为“买卖型担保”或者“以买卖合同担保借款合同”。本文采学界多数称谓，姑且将此种交易称为买卖型担保。

关于买卖型担保的性质与效力判定，司法实务中也是五花八门，各地各级法院的认识往往大相径庭。以朱俊芳与山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案为例，一审、二审法院判决均认为买卖合同为当事人真实意思表示，应为合法有效；再审山西高院认为，当事人之间的法律关系名为买卖、实为抵押担保，借款协议中“到期不能还款用抵押物抵顶借款，双方之间互不支付对方任何款项”的约定，违反法律的强制性规定，应属无效；而最高法院再审认为，借款合同与买卖合同为并立而又联系的两个合同，不违反法律强制性规定，应为合法有效。<sup>①</sup> 在随后的案情几乎相同的广西嘉美房地产开发有限公司与杨伟鹏商品房买卖合同纠纷中，一审法院与二审法院均认为买卖合同有效，而最高法院再审认为，当事人之间的法律关系实为非典型担保，买卖合同因违反禁止流押原则，不予支持。<sup>②</sup>

为统一裁判标准，最高法院于 2015 年发布的《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《民间借贷司法解释》）第 24 条对买卖型担保做出规定，将这种交易模式界定为担保的指向十分明显。最高法院随后出版的理解与适用类丛书更是将这种交易模式界定为让与担保。但《民间借贷司法解释》第 24 条在统一裁判标准方面并没有起到预期效果，反而引起了更大争议，司法裁判中也出现了大量规避第 24 条适用的案例。<sup>③</sup> 足见买卖型担保问题的复杂性。

本文首先对理论和实务中关于买卖型担保的各种观点进行梳理评释，在此基础上谈谈自己的认识。

## 二、抵押说

抵押说认为当事人名义上订立买卖合同，实则在买卖标的物上为借款合同设定抵押权，但当事人间仅有设定抵押权的约定，并未办理抵押登记，因此抵押权尚未成立，

① 参见最高人民法院（2011）民提字第 344 号民事判决书。

② 参见最高人民法院（2013）民提字第 135 号民事判决书。

③ 司法实务中限制适用第 24 条第 1 款的情形有四种：一是当事人之间没有订立书面借款合同，无直接证据证明买卖合同为民间借贷担保的案例；二是以意思表示真实为论据，认定买卖合同有效的案例；三是采纳债的转化理论，认为借贷可以转化为买卖合同；四是已经履行交付和产权登记的，不再适用第 24 条第 1 款。参见陈永强：《以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果》，载《中国法学》2018 年第 1 期。



债权人自得请求办理抵押权登记后，再实行其抵押权。<sup>④</sup>但有学者认为，在无碍于交易安全的前提下，法律不应该否定公示生效主义立法体例下，未经办理公示手续的物权在相对人之间以及与非善意的交易第三人之间的物权效力。<sup>⑤</sup>按照抵押权说，若买卖标的物为实行登记对抗主义的财产的，此时抵押权为未登记的抵押权，抵押权成立，但不具对抗效力。

在合同效力方面，持抵押说的学者多认为，因买卖合同名为买卖、实为抵押，买卖合同构成通谋虚伪表示，应属无效，但其隐藏的设立抵押的意思确为当事人真实意思，应属有效。<sup>⑥</sup>但是，持抵押说的学者同时认为，因当事人约定债务届期未清偿则债权人取得抵押物所有权，纵未为抵押权之登记，其所为移转不动产所有权之约定，亦构成流担保条款。<sup>⑦</sup>照此理解，我国台湾地区修订后的“民法”以登记对抗、强制清算为条件，开始承认流担保条款的效力，而我国《物权法》却明确否认流担保条款的效力。但即便流担保条款无效，为最大程度上尊重当事人意思，当事人设定抵押权的意思表示却应认定为有效。然则，在不动产抵押权采登记生效主义的立法例，因抵押合同未登记，抵押权未成立，当事人之间设定抵押的约定仅发生债权效力。

抵押说试图在传统民法框架内解释买卖型担保这种新型交易模式，有利于明晰当事人之间的法律关系，对现有法律秩序亦不会造成冲击。特别应当看到，在有些情况下因设立抵押的条件还不成熟，或者抵押权登记的条件尚不具备，当事人才不得不辗转采取买卖型担保这种具有中间型、过渡性、弱效性的担保方式作替代，将买卖型担保解释为抵押符合当事人的预期。如在X X皓与杨楠、青岛兆基置业有限公司商品房预售合同纠纷案中，当事人签订的借款协议明确载明，兆基公司以涉案房屋抵押给杨楠，因抵押的房产无法办理抵押登记手续，双方签订商品房买卖合同作为担保。<sup>⑧</sup>但也必须认识到，很多买卖型担保中，当事人虽有设立担保的意思，但未必有设立抵押权的意思，将买卖型担保一律解释为设立抵押权的行为恐不符合当事人真实意思。此外，抵押权解释路径在登记或者预告登记时也存在障碍，以买卖合同去办理抵押登记，显然会发生意思表示的自我矛盾。<sup>⑨</sup>若当事人执意进行买卖合同预告登记或所有权移转登记，又会陷登记机关关于无所适从的境地。从解释效果上看，将买卖型担保解释为未登记抵押权，有时对债权人亦过于优厚。动产抵押权的设立采意思主义、登记对抗

④ 谢在全：《民法物权论》（中册），中国政法大学出版社2011年版，第784页。

⑤ 董学立：《也论“后让与担保”——与杨立新教授商榷》，载《中国法学》2014年第3期。

⑥ 谢在全：《民法物权论》（中册），中国政法大学出版社2011年版，第784页；杜万华主编：《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第416页。

⑦ 前引④。

⑧ 参见山东省青岛市中级人民法院（2015）青民一终字第647号民事判决书。

⑨ 陈永强：《以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果》，载《中国法学》2018年第1期。

模式，一般认为，未登记动产抵押权虽不得对抗物权人，却可以对抗一般债权人。<sup>⑩</sup>在当事人无明确设立抵押权的意思表示的情况下，因法律解释使得债权人（买受人）取得优于其他一般债权人地位，法律解释丧失客观立场。

### 三、让与担保或后让与担保说

有观点认为，目前司法实践中存在的以商品房买卖合同为借贷合同进行担保的交易形式，符合让与担保的要件。<sup>⑪</sup>民间借贷纠纷中出现名为房屋买卖、实为借贷担保或者名为股权转让、实为借贷担保的纠纷，就其本质而言与让与担保类似。<sup>⑫</sup>还有学者提出，买卖型担保是一种正在形成的习惯法上的非典型担保物权。商品房买卖合同发生担保作用的不是债权，而是债权的标的物，是房屋的所有权转移对借贷合同的债权发生担保作用。因此，商品房买卖合同作为借贷合同债权的担保，并不是债权担保，而是不动产所有权的担保。由于其与让与担保最为相似，二者仅仅是所有权转移有先后之分，在其他方面则基本相同。据此，可以得出商品房买卖合同进行的担保的性质为后让与担保，是以约定的商品房所有权的后转让作为担保。债权人在债务人届期不履行债务时，可就买卖标的物优先受偿。<sup>⑬</sup>最高法院《民间借贷司法解释》亦将买卖型担保界定为让与担保，在法条解释中，最高法院还对买卖型担保不同类型做了区分，认为在订立买卖型担保的同时发生买卖合同标的物所有权移转的外观，可以构成让与担保；如果尚未发生标的物所有权移转的外观，则可以构成后让与担保。<sup>⑭</sup>

笔者质疑让与担保与后让与担保的解释路径。买卖型担保与让与担保不同，仅有移转所有权的约定，担保物权尚未设立，认为买卖型担保构成让与担保或后让与担保并赋予债权人优先受偿权殊为不妥。让与担保需要以移转担保物权利为前提，买卖型担保根本不构成让与担保，仅仅是单纯的让与担保的约定，并不能发挥担保效力。所谓的后让与担保难以发挥优先受偿的功能，恐有名不副实之嫌。<sup>⑮</sup>尤其应当看到，在我国《物权法》严格恪守物权法定原则、否定习惯法可创设担保物权的语境下，<sup>⑯</sup>担保物权与典型担保物权几乎为同义语，让与担保等所谓的非典型担保物权几无存在空间，

<sup>⑩</sup> 王泽鉴：《“动产担保交易法”上登记之对抗力、公信力与善意取得》，载《民法学说与判例研究》（重排合订本），北京大学出版社2013年版，第1481页。

<sup>⑪</sup> 梁曙明、刘牧晗：《借贷关系中签定房屋买卖合同并备案登记属于让与担保》，载《人民司法·案例》2014年第16期。

<sup>⑫</sup> 施建辉：《以物抵债契约研究》，载《南京大学学报》（哲学·人文科学·社会科学）2014年第6期。

<sup>⑬</sup> 杨立新：《后让与担保——一个正在形成的习惯法担保物权》，载《中国法学》2013年第3期。

<sup>⑭</sup> 杜万华主编《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第414页。

<sup>⑮</sup> 庄加园：《“买卖型担保”与流押条款的效力——民间借贷规定第24条的解读》，载《清华法学》2016年第3期。

<sup>⑯</sup> 胡康生主编：《中华人民共和国物权法释义》，法律出版社2007年版，第30—31页。



将买卖型担保解释为让与担保或后让与担保，无助于司法裁判中问题的解决。

#### 四、买卖说

买卖合同说认为，买卖合同系当事人真实意思表示，不违反法律强制性规定，应属有效，但对于当事人订立买卖合同的目的却有不同认识。有的观点不深究当事人订立买卖合同的动机，直接根据交易外观认定买卖合同有效。<sup>①⑦</sup>但更多的学者认为当事人订立买卖合同的目的在于为借款合同提供担保，但这种担保形式并非物的担保，而是通过实现买卖合同的效果，进而达到保障交易的目的，<sup>①⑧</sup>亦即基于买卖合同本身的担保作用来安排交易，<sup>①⑨</sup>债权人实质上是利用买卖标的物价格的变动来达到担保债权的目的，而不是通过买卖合同设立非典型物权担保。<sup>②⑩</sup>换句话说，当事人是通过签定买卖合同的形式来担保债务的履行，而担保功能的发挥恰恰是利用了买卖合同的一般属性。既然当事人通过订立买卖合同来担保借款合同，当事人的真实意图并非使买卖合同不生效力，恰恰相反，当事人均希望买卖合同发生效力。当事人订立买卖合同的意思表示真实，不属于通谋虚伪表示，应属有效。<sup>②⑪</sup>

关于买卖型担保是否因违反流担保禁止规则而无效，有观点直接以流担保禁止规则不适用于买卖合同为由，认为买卖合同当然有效。<sup>②⑫</sup>另有观点认为，借款合同并未约定债务人到期不能偿还借款，则担保物所有权转移为债权人所有，而仅约定债务人到期不还款则履行买卖合同，因此不符合流担保条款的内容。<sup>②⑬</sup>流押或流质的直接后果是债权人取得所有权，而买卖型担保中债权人取得的是请求权，故不能适用流担保禁止规则。<sup>②⑭</sup>对上述观点，有学者提出质疑，认为流担保禁止规则禁止的是一类行为，不能局限于抵押与质押领域，只要存在债权人暴利盘剥债务人可能，即可触发流担保

<sup>①⑦</sup> 参见最高人民法院（2015）民一终字第78号民事判决书；河北省高级人民法院（2016）冀民终字第760号民事判决书。

<sup>①⑧</sup> 陆青：《以房抵债协议的法理分析——最高人民法院公报载“朱俊芳案”评释》，载《法学研究》2015年第3期。

<sup>①⑨</sup> 前引⑨。

<sup>②⑩</sup> 张伟：《买卖合同担保民间借贷合同的解释论——以法释〔2015〕18号第24条为中心》，载《法学评论》2016年第2期。

<sup>②⑪</sup> 陆青：《以房抵债协议的法理分析——最高人民法院公报载“朱俊芳案”评释》，载《法学研究》2015年第3期；陈永强：《以买卖合同担保借贷的解释路径与法效果》，载《中国法学》2018年第1期；张伟：《买卖合同担保民间借贷合同的解释论——以法释〔2015〕18号第24条为中心》，载《法学评论》2016年第2期。

<sup>②⑫</sup> 张伟：《买卖合同担保民间借贷合同的解释论——以法释〔2015〕18号第24条为中心》，载《法学评论》2016年第2期。

<sup>②⑬</sup> 杜万华主编《最高人民法院民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年版，第414页；最高人民法院（2011）民提字第344号民事判决书。

<sup>②⑭</sup> 前引⑨。

禁止规则。<sup>②5</sup>流担保禁止规则亦非针对所有权移转的物权行为，物权变动除了当事人意思表示外尚需动产交付、不动产登记，如果将流担保条款的约定内容错误地限缩为能直接产生所有权移转的效果，显然这种约定几无现实存在的空间。那样的话，流担保条款禁令显然形同虚设。<sup>②6</sup>

即便承认买卖合同的效力，因当事人订立买卖合同的目的是为了担保借款合同的履行，二者构成“并立而又联系”的关系，自与普通买卖合同在构成、履行等方面有所不同。关于买卖合同与借款合同的关系，一种观点认为，在买卖型担保中，借款合同为买卖合同附了解除条件，借款届期清偿，则买卖合同解除；借款届期不清偿，则买卖合同继续有效，债务人应当履行买卖合同。<sup>②7</sup>仔细推敲，买卖型担保实质上还蕴含着另外一层意思，即在借款合同清偿期届满前，债权人不得请求债务人履行买卖合同，亦即债务人尚不负有交付买卖标的物的义务。对此，有学者认为，在买卖型担保中，当事人既对买卖合同附了解除条件，同时又对出卖人交付买卖标的物的履行行为附设了停止条件。<sup>②8</sup>不论如何解释，一个无可争议的问题是，在债务人届期不履行借款合同的情况下，买卖合同和借款合同均为有效且需履行的合同，但为何债务人履行一个买卖合同而导致借款合同和买卖合同均归于消灭？对此，还应拟制出当事人之间关于债务抵销的约定，即债务人履行买卖合同中交付标的物的义务，债务人在借款合同中的还款义务与债权人在买卖合同中的支付价款的义务相互抵销，借款合同与买卖合同均因得到履行而归于消灭。<sup>②9</sup>

显然，买卖说的解释路径并不能避开买卖合同是否有效的讨论，对当事人意思表示的解释亦过于复杂曲折，学术味过于浓厚。从担保的效果看，买卖合同并不能赋予债权人以优先受偿权，买卖说与物的担保说解释路径同样面临担保目的落空的命运。通过买卖标的物价格波动担保借款履行的解释思路使得买卖型担保尚存一定的担保功能，但流担保禁止规则的质疑以及强制清算规则的介入也会将其有限的担保功能剥夺殆尽。而且，一旦将当事人订立买卖合同的目的解释为为借款合同提供担保，而非意欲取得标的物所有权，这样的买卖合同还是真正意义上的买卖合同吗？正是基于这种疑问，有学者提出了以物抵债的解释思路。

<sup>②5</sup> 前引⑮。

<sup>②6</sup> 陆青：《以房抵债协议的法理分析——最高人民法院公报载“朱俊芳案”评释》，载《法学研究》2015年第3期。

<sup>②7</sup> 参见最高人民法院（2011）民提字第344号民事判决书。

<sup>②8</sup> 前引②6。

<sup>②9</sup> 前引②6。



## 五、以物抵债说

与物的担保说相同，以物抵债说同样认为买卖合同并非当事人真实意思，但与物的担保说不同的是，以物抵债说认为买卖型担保“名为买卖，实为抵债”，亦即买卖型担保是当事人在债务清偿期届满前达成的关于债务清偿的安排。具体而言，买卖型担保合同虽然表面上是以买卖合同的面目出现，但买方并不会真的向卖方支付价款，所谓的价款不过是未能偿还的借款及其利息而已。而卖方从来也没有将标的物卖给对方的意思，双方的真实意思都是以物抵债。可见，该买卖合同实质是不履行债务则以物抵债的预先约定，只不过为掩人耳目或出于其他目的而采用了买卖的形式。因此，买卖型担保合同本质是清偿期前的代物清偿预约，作为外形的买卖合同是无效的通谋虚伪表示。<sup>③①</sup>

那么，买卖合同因通谋虚伪表示而无效，买卖合同所隐藏的当事人的真实意思——代物清偿预约是否有效呢？根据当前学界主流观点，代物清偿预约的效力尚面临代物清偿要物说与流担保禁止规则的双重检验。对此，上述持抵债说的学者在承认代物清偿诺成说的同时，认为代物清偿预约因违反流担保禁止规则而无效。<sup>③②</sup>但笔者认为，若考虑到代物清偿诺成说与流担保禁止规则缓和的发展趋势，自不能简单地将当事人之间以物抵债的意思表示解释为无效。

诚然，当事人订立买卖合同的主要目的可能在于为借款提供担保，但客观上确实也达到了为债务清偿问题预先作出安排的效果，因此以物抵债的解释路径在多数情况下并不违背当事人真实意思表示。甚至并不能排除在很多情况下，当事人订立买卖合同的主要目的就是预先作出以物抵债的安排，从而简化债务实现的程序。同时，持抵债说的学者也从否认代物清偿预约的担保功能，甚至认为代物清偿预约的机能主要在于预先为债务设定担保，与代物清偿侧重于清偿期后的债务清理大异其趣。<sup>③③</sup>从解释的效果看，物的担保说和抵债说大多都否认买卖合同的效力，抵债抑或担保的意思表示同样要受到流担保禁止规则的检验，因此两种解释路径并无本质不同。与买卖说相比，买卖说与抵债说均不否认买卖合同的担保功能，且担保功能均通过标的物价值与借款之间的差额或者对标的物升值的预期予以实现，但抵债说在解释买卖合同与借款合同的关系方面简单明了，不似买卖说那么曲折复杂，这是抵债说解释路径的优势所在。但是，抵债说在合同效力方面要经过代物清偿要物说与流担保禁止规则的双重检

<sup>③①</sup> 高治：《担保型买卖合同纠纷的法理辨析与裁判对策》，载《人民司法》2014年第23期。

<sup>③②</sup> 前引<sup>③①</sup>。

<sup>③③</sup> 前引<sup>③①</sup>。

验，而恰恰在这两个问题上学界争议巨大，依据当前主流学说与裁判观点，解释的结果也往往令人沮丧，这也许就是抵债说为什么在理论和实务界少有人问津的真正原因。

## 六、本文的观点

以买卖合同担保借款合同作为交易实践中发展出来的交易模式，在解释当事人意思表示时，应尽量尊重当事人意思自治，不能以主观臆断代替当事人意思，更不能作茧自缚般地套用相关传统理论简单地将买卖型担保归于无效。因交易实践的复杂多样性，在看似相同的交易中可能蕴含着当事人不同的利益追求，一般而言，当事人订立买卖合同的主要目的可能是为借款提供担保，但也不能否认个案中确实蕴含着代物清偿预约抑或买卖的真实目的。上文的分析亦表明，即使持买卖合同说与以物抵债说的学者亦均不否认买卖合同具有一定的担保功能，只不过是强调的侧重点和解释的路径不同而已。总之，实践中不同样态的买卖型担保背后可能存在多种复杂的法律构造和法律关系，可能无法抽象出一条单一的审判规则，法院在审理过程中必须结合具体案件事实作出更为审慎的判决和类型化的整理。<sup>③③</sup>

在妥为解释当事人意思表示的同时，一个进一步的追问是，既然为了担保，当事人为何不采取实在法上明文规定的担保形式，却明修栈道、暗渡陈仓地采取了买卖的形式？当事人有什么难言之隐，或者说有什么忌惮？是否在担保以外，还有什么其他目的？如果回答是肯定的，那么是不是现有实在法阻断了当事人达成此目的渠道？分析近年来诉至法院的买卖型担保案例，不难发现，除少数因客观原因无法成立典型担保物权的外，当事人订立买卖合同的真实目的多为意欲通过取得标的物所有权来达成担保或抵债的目的，但在现有实在法与主流裁判观点、学说框架内，债权人取得标的物所有权存在现实障碍：明确采取担保的形式可能因触犯流担保禁止规则而无效，而明确采取代物清偿预约的形式更是要面临因违反流担保禁止规则和代物清偿要物性而归于无效的命运，此时，采取买卖合同的形式就成为当事人达成上述目的的唯一希望。

但是，正如上文所分析的，在现有实在法框架内，即使采取买卖合同形式，当事人的上述目的也很难达成。姑且不论买卖合同是否因通谋虚伪表示而无效，即使认定买卖合同真实、有效，债权人对标的物享有的也只是普通的合同债权，无法实现物的担保的优先受偿目的。在没有其他债权人或者债务人财产足以清偿全部债务的情况下，买卖型担保确实可以通过丧失价值大于债权额的标的物所有权的可能给债务人施加压

<sup>③③</sup> 前引<sup>②⑥</sup>。



力,从而达到担保债务履行的目的。但如果从流担保禁止规则保护债务人免受暴利盘剥的制度目的看,流担保禁止规则不应仅仅局限于抵押和质押领域,而是应该作为一种普遍法律原则,亦即只要当事人约定债务届期不清偿,债权人即不经清算而直接取得担保物所有权,此种约定即受流担保禁止规则评价。依此规格衡量,买卖型担保虽然采取了买卖合同的形式,但亦存在暴利盘剥债务人的可能,此时买卖合同亦应因触犯流担保禁止规则而无效。即便根据学界现有的主流观点,即通过赋予债权人强制清算义务以缓和流担保禁止规则,债权人通过价格差来担保债务履行、通过取得所有权实现抵债的目的也会全面落空。

近来,学界对传统民法上的代物清偿要物性理论与流担保禁止规则进行了系统反思。关于代物清偿要物性理论,学界已经广泛诟病,<sup>③</sup>有学者甚至认为要物契约乃陈旧过时的概念,<sup>④</sup>保留要物契约此种法制史上的残留物实无必要,财产性的契约均应予以诺成化。<sup>⑤</sup>对于流担保禁止规则的有限开禁也是大势所趋,多数学者主张采取强制清算模式缓和流担保禁止之严酷性,<sup>⑥</sup>亦有学者主张承认流担保条款效力,同时赋予债务人和其他债权人撤销权以克服流担保条款的不足。<sup>⑦</sup>在这种潮流下,承认买卖型担保的效力也就不存在理论上的障碍了。学说上也认为,除非明显损害当事人或其他债权人的利益,可以承认买卖型担保协议的效力。<sup>⑧</sup>但在实务上,代物清偿要物说在司法实务中方兴未艾,<sup>⑨</sup>流担保条款更是为《物权法》所明文禁止,虽然流担保禁止规则仅规定在抵押和质押部分,但是否作为一项一般原则适用于其他领域仍存在广泛争议。在这种情况下,为稳妥起见,司法实务中不乏司法裁判“揣着明白装糊涂”,无视当事人担保和抵债的真实目的,而直接根据交易外观认定买卖合同有效,以达到既承认买卖合同效力、又避免陷于理论争议的目的。这种解释路径虽然在客观上达到了顺应理论潮流、保障当事人意思自治的效果,但在法律解释和意思表示解释方法论方面却不无商榷的余地。

<sup>③</sup>【德】迪尔克·罗歇尔德斯：《德国债法总论》（第七版），沈小军、张金海译，中国人民大学出版社2014年版，第142—143页；陈自强：《无因债权契约论》，中国政法大学出版社2002年版，第316—326页；邱聪智：《新订民法债编通则》（上），中国人民大学出版社2003年版，第26页；崔建远：《以物抵债的理论与实践》，载《河北法学》2012年第3期。

<sup>④</sup> 陈自强：《债权法之现代化》，北京大学出版社2013年版，第8页。

<sup>⑤</sup> 王泽鉴：《债法原理》（第二版），北京大学出版社2013年版，第151页。

<sup>⑥</sup> 谢在全：《民法物权论》（中册），中国政法大学出版社2011年版，第784页；高圣平：《论流质契约的相对禁止》，载《政法论丛》2018年第1期；陆青：《以房抵债协议的法理分析——最高人民法院公报载“朱俊芳案”评释》，载《法学研究》2015年第3期。

<sup>⑦</sup> 刘保玉：《完善我国质权制度的建议》，载《现代法学》2017年第6期；孙鹏、王勤劳：《流质条款效力论》，载《法学》2008年第1期。

<sup>⑧</sup> 刘保玉：《完善我国质权制度的建议》，载《现代法学》2017年第6期。

<sup>⑨</sup> 最高人民法院在近年来的判决中虽然开始承认诺成性以物抵债协议的效力，但仍不乏司法裁判采代物清偿要物说，仅2017年最高人民法院就至少作出三例判决，坚持代物清偿的要物性。参见最高人民法院（2017）最高法民申1783号、（2017）最高法民申3773号、（2017）最高法民申3957号裁定书。

本文认为，从解释角度，对于买卖型担保，应结合案件具体情况，认定为“名为买卖、实为担保”或“名为买卖、实为抵债”，买卖合同因构成通谋虚伪表示而无效，当事人担保或抵债的真实意思是否有效，还应接受流担保禁止规则和以物抵债规则的检验。关于代物清偿的要物性，我国实在法无明确规定，根据合同自由原则及《合同法》关于合同订立以诺成为原则、以要物为例外的规定，以物抵债协议应为诺成合同，我国司法实务也已经逐渐承认诺成性以物抵债协议效力。<sup>④</sup>在这种趋势下，买卖型担保不应因违反代物清偿要物性而认定无效。关于流担保禁止规则，既不能根据我国《物权法》规定得出仅适用于抵押和质押的结论，亦不能简单否定一切流担保条款的效力，而是应该从目的解释的角度予以考察，若买卖型担保不存在明显的暴利盘剥债务人的情形，就应当认定为有效。

当然，从为司法实务提供明确裁判依据、为交易实践提供稳定预期计，在立法上明确规定以物抵债协议的诺成性、对流担保禁止规则予以缓和乃是釜底抽薪之举。在流担保禁止规则缓和路径方面，笔者认为，从充分发挥流担保条款担保功能、维护当事人之间的公平<sup>⑤</sup>与意思自治、降低制度运行成本等方面考虑，相较于强制清算方案，撤销权方案应为较优选择。依据撤销权方案，债务人主张撤销流担保条款的，除了担保物价值显著大于债权额外，还应举证存在欺诈、胁迫、乘人之危等意思表示不自由的情况。在买卖型担保中，若适用强制清算模式，则债权人担保和抵债的目的会完全落空；而若适用撤销权模式，则买卖型担保通过价格差来担保债务履行和抵债的目的就不会受到太大影响。当然，若立法上明确承认代物清偿诺成性与流担保条款的效力，当事人在很多情况下亦无须辗转采用订立买卖合同的形式达到担保和抵债的目的，而是可以光明正大地订立代物清偿预约以达到相同的目的。因此，可以预期的是，若法律上作出上述规定，交易实践中的买卖型担保会逐渐萎缩。

（责任编辑：姜燕）

<sup>④</sup> 2016年11月30日《第八次全国法院民事商事审判工作会议（民事部分）纪要》开始承认诺成性以物抵债协议的效力。在随后的内蒙古兴华房地产有限责任公司与通州建总集团有限公司建设工程施工合同纠纷案判决中，最高法院明确承认诺成性以物抵债协议效力。参见最高人民法院（2016）最高法民终字第484号判决书。该案判决被最高人民法院公报刊登，必将对今后类似案件裁判产生重大影响。

<sup>⑤</sup> 一般认为，强制清算方案能够公平保护各方当事人利益，但实非如此。强制清算方案追求结果的绝对公平，对债务人显然较为有利。对债权人而言，虽能获得与债权额相当的担保物价值，但债权人还要额外承担变现成本和变现不能的风险，其获得的实质上为低于债权额的价值，这对债权人而言难谓公平。



# 新型涉农动产 浮动抵押融资制度创新的探索

仙玉莉 詹王镇\*

**内容摘要** 农村精准扶贫工程取得了令人瞩目的成就，但单纯依靠有限的政府资金扶贫，难以满足脱贫农户对资金持续性的需求。为巩固已取得的扶贫成果，需创新农村投融资机制，发展农村普惠金融。农户数量大，农业领域的企业数量不断增加，农户所有的动产属性特殊，各类农户对资金需求旺盛，使得商业性金融机构参与金融扶贫成为可能，物权法中的动产浮动抵押制度成为商业机构参与金融扶贫的突破口。本文通过剖析涉农动产浮动抵押商业融资模式面临的困境，提出涉农动产浮动抵押模式可行性构想，提高商业银行参与投融资的积极性，满足农户融资的需求，推进扶贫进程进展。

**关键词** 扶贫 涉农动产 浮动抵押

中图分类号：DF521 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)05-024-032

## 引言

十九大报告站在新时代的高度，以一种全新的思维范式去探索中国城镇化在未来的发展过程中如何推进乡村振兴战略，乡村振兴问题不仅是涉及国计民生的大事，也是关乎中国实现两个一百年奋斗目标、关系中国未来发展方向与命运的重大战略。乡村振兴战略的实现需要推动农业人口进城，也需要在农村培养新生的发展动力，更需要完成确保7000多万人到2020年全部如期脱贫的主要任务，这些都需要法律和政

\* 仙玉莉，西北师范大学知行学院讲师；詹王镇，甘肃省高级人民法院研究室副主任、高级法官。基金项目：2017年度兰州市哲学社会科学规划重点项目“土地征收法律实效问题研究——以兰州为例”成果之一；2014年安徽省省级人文社科基金重点项目“城乡一体化视角下农民土地权益保护与发展研究”（SK2013A196）成果之一；2016年度西北师范大学青年教师科研能力提升计划骨干项目“精准扶贫视域中动产融资担保模式研究”（项目编号SKGG16015）成果之一。

策能扶持农业生产和农民就业发展。如果能在法律空间内释放商业性金融机构参与乡村振兴战略的积极性，金融扶贫将为解决基础设施落后，改进农田水利设施、改善居住环境、强化产业扶贫作出应有的贡献。早在 2015 年国务院扶贫办启动专项扶贫行动，重点引导金融机构定向精准扶贫。<sup>①</sup> 鼓励商业性金融机构参与扶贫，各地方政府积极引导商业性金融机构创新农村扶贫金融服务，在各级政府的积极倡导下，商业性金融机构依据《物权法》的动产浮动抵押制度，针对贫困农户设计出了各类新型的商业涉农动产担保融资模式，动产浮动抵押就是其中之一，抵押人以现有的和将来的全部或部分财产设定的，抵押人对该财产保留在正常经营过程中的自由处分权的一种特别抵押，<sup>②</sup> 即农业生产经营者可以将现有的以及种植传统农作物的农户在地域上的生产设备、原材料、半成品、产品设定抵押。但由于我国涉农动产抵押登记分布上比较分散，农户财物的属性特殊（市场不稳定、抗风险性差，存续时间短、流动性强、作为农作物的动产或不方便转移占有，或转移占有会影响物的经济效用），使得银行因该模式的运用与推广面临较高风险而对其持“谨慎”态度，这种“谨慎”性注定了商业银行精准金融扶贫的能量未能完全释放，贫困农户在脱贫过程中的多种资金需求仍然无法得到满足，已经初步脱贫需要继续发展农业产业的农户资金需求也无法得到满足，为促进农村金融机构创新金融服务领域和内容，也为充分发展并满足农户融资的需求，笔者意在分析涉农动产浮动抵押商业融资模式在实践中面临的困境，提出涉农动产浮动抵押模式发展可行性建议，以提高商业银行参与精准扶贫的积极性，为实现以人为核心的城镇化助力。

## 一、涉农动产浮动抵押创新的制度需求

### （一）鼓励创新农村金融政策导向

传统的完全由政府主导的“政策性金融扶贫”（扶贫贴息贷款、妇女小额贷款、助学贷款），只能为广大贫困农户提供底线上的资金需求，不能满足脱贫农户对资金的需求。为了鼓励、支持开发各类农村普惠性金融用于精准扶贫，用以巩固已取得的扶贫成果，各地鼓励围绕“三农”发展，创新农村投融资机制，发展农村普惠金融，开发适应农时和不同产业发展需求的新产品以解决中小企业融资困难、银行积极开发业务的风险规避。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 国务院：《引导金融机构定向精准扶贫》，载 [http://finance.ifeng.com/a/20151013/14014952\\_0.shtml](http://finance.ifeng.com/a/20151013/14014952_0.shtml)，2018 年 9 月 20 日访问。

<sup>②</sup> 张淑霞：《动产浮动抵押的理解及适用》，载《粮油市场报》2007 年 7 月 27 日。

<sup>③</sup> 中共甘肃省委、甘肃省人民政府《关于进一步深化农村改革加快推进农业现代化的意见》，载《甘肃日报》2016 年 4 月 28 日。



### (二) 农户的资金需求量大

当前农业的发展是企业、企业+农户、农业合作社等多种主体并存发展的阶段，各类主体的发展都需要持续性的资金供给，尤其是农户，单靠有限的政府资金扶贫，难以满足需脱贫农户对资金的持续性需求，也难以满足已初步脱贫农户发展的资金需求。一方面是政府扶助脱贫资金的有限性与农户数量庞大之间的矛盾；另一方面是商业银行现行放贷体制的限制与涉农领域的高风险（牛羊、蔬菜、粮食存续时间短、价值不稳定），限制了商业银行创新金融业务、参与国家精准扶贫的热情。鉴于农村需要发展经营项目的农户对资金需求量大，农户的动产不断增多，农民拥有的符合银行现有抵押条件的抵押物种类少，导致农户可以向银行提供的有效担保物不足，再加上金融机构的业务种类担保方式滞后，使得融资难、贷款难成为制约农户发展的瓶颈。为此，有必要依据农户所有的动产属性，探索适应农村动产属性的创新型抵押担保方式，以实现资金需求者与金融机构的有效对接。

### (三) 传统融资模式制约农村扶贫融资

现阶段传统融资模式制约着金融机构的发展，金融机构开发农户贷款受限。具体表现为：农户缺少有效的抵押物，农村宅基地、土地使用权在抵押上存在产权障碍，估值难与价值低；农户信用难以在征信中体现，金融机构获得的信息有限，农村地域广大，交通不便，单笔金额小，金融机构开展业务成本较高。农户生产经营状况难以通过财务手段进行核实，造成银行、农信社等传统金融机构对农村金融兴趣不高。<sup>④</sup>传统金融机构放贷模式在不动产领域与现阶段的农村土地产权制度不能衔接，在动产领域与农户所有的动产物的属性相矛盾。

## 二、涉农动产浮动抵押模式运行评价

### (一) 精准扶贫金融体系的构成

精准扶贫金融体系已基本建立，主要包括三方面：政策性金融扶贫、商业性金融扶贫和合作性金融扶贫，其中商业性金融扶贫已被纳入金融扶贫金融体系中；政策性金融在经过多年的发展以后，基本稳定；商业性金融扶贫在国家的鼓励指导下，各地虽已开始初步探索，其中运用比较多的“动产浮动抵押”模式仍然不健全，值得探讨。

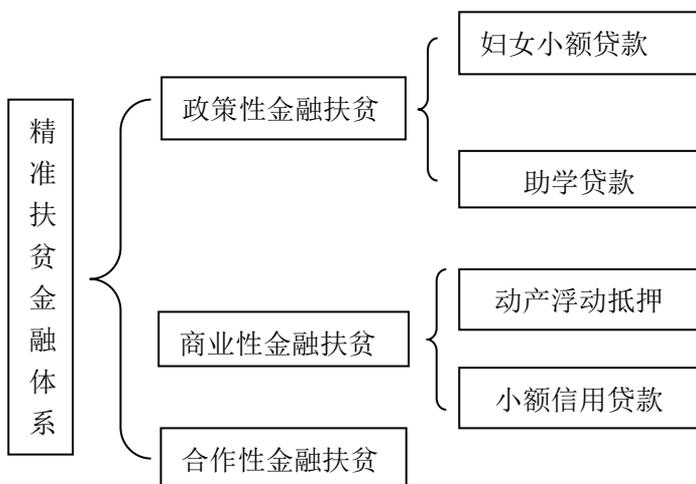
### (二) 商业性涉农动产浮动抵押模式的探索

#### 1. 涉农动产浮动抵押模式运行效果不足

农户以动产作为抵押物受现行物权法的保护。《物权法》第181条之规定：农业

<sup>④</sup> 周文静：《农业新模式创造巨大金融需求》，载《中国证券报》2015年6月12日。

生产经营者也可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押。农户将动产不转移占有的、并有有限的自由处分权的情形下抵押给银行，银行给农户借贷。动产浮动抵押的内容：农户在动产不转移占有的情况下，将集合的、将有的、流动的动产抵押给银行，银行给农户借贷，农户还可在一定的价值范围自由支配、处分抵押物，继续发挥物的效用，只要抵押物的总体价值等同于抵押权。然而，法律制度上的可行并不意味着实际业务操作上的可行，制约该模式在实践中的应用的的关键是相应配套制度的缺失，其一是涉农动产的抵押登记机构的缺失，另一个是已抵押给银行的涉农动产如何监管，由于该制度的相关配套制度缺失，导致该模式的实践仍然处于探索阶段。



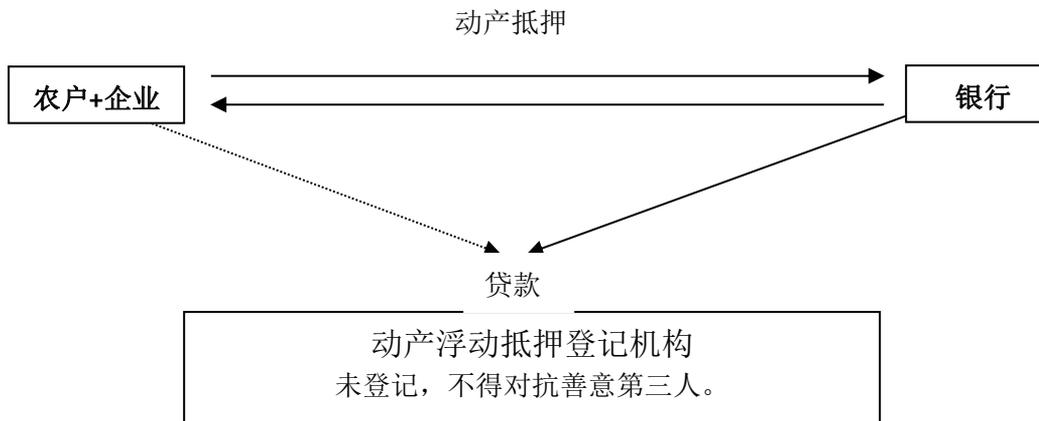
## 2. “企业 + 农户”的银行贷款抵押模式

现阶段，银行开发的比较成熟的动产浮动抵押模式具体为“企业 + 农户”的存货抵押模式。主要针对的主体是由脱贫“农户”参与的企业，鉴于农户和企业利益“捆绑”在一起，银行也将农户与企业捆绑，视为一方，相互担保。主体农户 + 企业模式主要在初见经济效益领域，细化模式有“农户 + 企业 + 订单”“农合 + 企业 + 存货”，该模式的应用在一定程度上满足了农户与企业之间的融资需求。<sup>⑤</sup> 该类企业主要以农产品加工为主，农产品经过加工后形成了新的物，物的可存续时间较长，方便转移占有，物的数量容易核实，物的市场价值比较稳定，物的经济效益与物的流动性不紧密，物品便于抵押登记（枸杞干、百合干、土豆粉、玫瑰精油等）。已经初步显现经济效益，该领域具有良好发展前景。这种模式的优势是充分发挥了动产浮动抵押制度的优势，抵押的动产仍然由企业和农户控制，企业和农户可在一定的价值范围自由支配、处分

<sup>⑤</sup> 郑成清、闫真峰《淮北市农村金融抵押担保贷款情况的调查与分析》载《农村金融》2011年第2期。



抵押物，可继续发挥物的效用，物的孳息归农户所有，在抵押物的总体价值等同于抵押权的前提下，物还在一定的范围内出售流动。



### （三）工商局出台《涉农动产抵押登记》办法等新政策

为了鼓励商业银行参与涉农动产融资，各地工商局出台《涉农动产抵押登记》办法，便于涉农动产抵押登记。

由于《物权法》没有明确规定涉农动产浮动抵押登记的部门，涉农动产抵押登记并没有全面开展起来。但已开展此项贷款登记行为的效果良好，如2011年桂林市兴安县工商局首次将动产抵押登记的范围扩大到农民可以用农产品的收入进行抵押贷款，进行动产价值评估，该举措仅一个月就为4个农民专业户进行动产抵押登记，获贷款110万元。<sup>⑥</sup>南通市工商局于2015年3月出台的《关于进一步规范动产抵押登记工作的通知》中明确规定：农业生产经营者可以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押的，由抵押人住所地的县（市）、区市场监督管理局或县（市）、区市场监督管理局授权抵押人住所地各分局负责办理登记。<sup>⑦</sup>大连市工商局于2014年初实行《动产抵押登记操作规范》，根据大连日报的报道，至2015年3月末，全系统办理动产抵押登记1687件，主债权金额近400亿元。<sup>⑧</sup>涉农市场主体向当地工商部门申请，

<sup>⑥</sup> 兴安县工商局：《兴安县工商局·兴安县工商局动产抵押登记为企业和农民“雪中送炭”》，载 <http://www.rosin-china.com/News/8552.htm>，2018年6月2日访问。

<sup>⑦</sup> 南通市政府：《关于进一步规范动产抵押登记工作的通知》，载 <http://xxgk.nantong.gov.cn/>，2018年3月20日访问。

<sup>⑧</sup> 井惠群、巴家伟：《“守合同重信用”品牌价值被激活——涉农企业动产抵押融资连迎利好》，载《大连日报》2015年11月2日。

工商部门将“守合同重信用”涉农企业推荐给当地商业银行及其他金融组织。<sup>⑨</sup>目前，绝大多数省市工商局出台《动产抵押登记办法》，但都没有明确规定涉农动产抵押登记的具体机构，没有涉农动产浮动抵押登记机关，成为制约动产浮动抵押登记的瓶颈。

总体而言，涉农动产浮动抵押模式尚处于探索阶段，涉及的领域主要为农产品加工领域，收益的面少，只有部分涉农企业和农户受益，但是为商业银行助力于精准扶贫开创了新领域。

### 三、涉农动产浮动抵押模式的不足

#### （一）涉农动产浮动抵押模式的有限性

商业银行所提供的融资业务以企业为主要对象，几乎没有以涉农动产作抵押物以满足农户融资困难的信贷业务，农户所拥有的不动产（家庭承包经营地和宅基地及房屋）产权制度不健全，农户个体的信用评级制度不健全，导致农户难以具备像企业法人那样明晰的财务制度、经营制度供银行核实。从抵押物的种类和范围来说，农户所有的动产属性未有任何加工，（牛羊、蔬菜、粮食存续时间短、价值不稳定），抵押担保物主要以原生农产品为主要呈现形式。进而，该类抵押物的价值受市场因素的影响较大，难以评估或者资产评估周期长，这类动产的属性天然地与商业银行追求低风险相矛盾。

#### （二）涉农动产浮动抵押模式制度不健全

1. 缺乏统一具体的登记机构。使得涉农动产抵押登记物的公示作用不能有效发挥。动产浮动抵押权的设立必须经国家机关的登记，否则不能对抗善意第三人。公示的作用是保护债权人和保护善意第三人，公示主要依靠登记制度来实现，我国企业进行动产浮动抵押登记的主要机构是抵押物所在地的工商部门，而涉农动产登记机构相对分散，部门繁多。依据相关规定，生产设备、产品、原材料由工商行政管理部门负责登记，农用机动车由农机站负责登记，农作物及其他农业收获物由农业局负责登记，果园、树林的登记机构为林业局。多部门抵押登记机构的存在不利于物的公示效用发挥，而不能有效地公示，容易诱发抵押人农户以同一抵押物动产抵押给不同的银行，进而影响交易安全和担保效果，也不利于实现浮动抵押财产的集合性，若对每一项财产都必须进行特定登记，则登记的手续过于繁杂，费用较多。因为公示的效果有限，难以实现银行对涉农动产浮动抵押物的有效监管，又因为动产浮动抵押人享有一定范围处

<sup>⑨</sup> 前引⑧。



分权，但这种处分不得影响到抵押权人的债权，抵押人农户对抵押物的不当处分将会影响抵押权人银行的金融资产，有可能使得抵押人恶意转让、交换、处分抵押物，银行难以通过对抵押物的后续管理确保抵押物安全。

2. 没有具体的操作流程，增加了商业金融机构业务流程的难度。《担保法》与《物权法》对动产抵押的规定本来就简单，对涉农动产浮动抵押只是规定了许可，从程序上来说，缺乏具体操作流程的涉农动产浮动抵押制度加剧了金融机构的负担，金融机构需要承担整个业务流程的工作，从对涉农中小企业、农户的信用登记评价、农户资产评估、经济管理能力和农户在一定范围内对抵押登记物的处分监管、必要的保险办理等事项，手续复杂、繁琐等，而其中的任何一项的完成，在现有国内的信用环境下，对商业金融机构来说都是一项庞杂且付出多收益未知的任务，与商业机构追求利润最大化的目标矛盾。

3. 涉农动产浮动抵押权与相关权利之间关系不明晰。随着农村土地产权制度的健全、金融深化改革的推进，农村土地承包经营权也可设定固定抵押，宅基地及地上房屋也可设定固定抵押，土地上农作物的预期收益又可设定动产浮动抵押物，是否允许在农业领域，固定抵押和动产浮动抵押并存？如果允许并存，两者产生冲突后，何者优先？涉农动产浮动抵押进行登记后，抵押人享有一定的处分权，善意第三人的所有权与涉农动产浮动抵押权之间也会产生冲突。如果涉农动产浮动抵押权与相关权利之间的界限不明确，均影响增加商业机构运用该模式的商业风险，不利于该模式的推广运用。

### （三）涉农动产浮动抵押配套制度不健全

1. 农户信用体系不健全。由于现阶段抵押农户信用体系不健全，农户法律意识淡薄，对已设置抵押的动产享有的处分权的理解存在障碍，农户受益于30多年的农村政策性扶贫，可能会导致农户将有商业银行参与的抵押贷款与由国家主导的政策性扶贫相混淆。

2. 农业保险机构不健全。发生涉农动产养殖物、种植物的市场价格大跌，发生自然灾害导致养殖物和种植物毁损灭失，农户预期收益不能实现，农户就无力偿还银行债务。针对农产品承受意外风险的能力弱的现实，英国的涉农动产浮动抵押制度引入了政策性农业保险机构，政策性保险机构的经费主要是政府承担，小部分由农户投保，一旦发生涉农动产抵押物价格大跌、抵押物毁损，由政策性保险机构向商业银行进行适当赔偿。

3. 第三方监管机构不健全。如果商业银行发现农户有恶意处分抵押物的行为损害债权，商业银行可以接管农户现有的以及将有的物抵押动产，而种植类农产品不易储存，养殖类农产品不易转移占有，银行一方面不便于监管，另一方面银行要对已抵押

动产接管成本过高。

#### 四、涉农动产浮动抵押融资模式的创建

##### （一）合理定位涉农动产浮动抵押融资模式的领域

“农户”个体的信用制度、不动产产权制度和“抵押物”的属性（零散、难以存续、价值不稳定），共同造成了涉农动产浮动抵押模式应用领域的有限性，也注定了涉农动产浮动抵押模式注定只能成为商业涉农动产融资模式中的一种，不能期待该模式解决所有的涉农企业或农户资金需求。

##### （二）完善涉农动产浮动抵押制度

1. 确立统一以“户”为单位的涉农动产浮动抵押登记部门。统一专门针对涉农领域的动产抵押登记机构，增加公示的效用，取消以“物”为类别的多部门登记机构，建立统一以“户”为单位的涉农动产浮动抵押登记部门，该登记部门可以归属于承担登记职能的工商登记机构，便于商业银行对“户”资产审核，对“户”的信用评级，也便于对“户”重要资产变动的监管，完善抵押登记物的信息共享机制，杜绝重复抵押，为动产浮动抵押在操作环节上增加可行性。积极探索，出台适合本地的专门针对涉农动产的《涉农动产抵押登记办法》。

2. 规范涉农动产浮动抵押融资的操作流程。明确涉农动产抵押登记的操作流程，完善动产浮动抵押登记办法，先从“企业+农户+订单”到“企业+农户”再到“农户”，从试点走向推广，重点在农产品加工领域和养殖脱贫领域，农产品加工领域使得物已经具备了易储存、经济价值稳定等工业产品的属性了，农户所有的动产，牛、羊、鸡等，该类动产的特性是不方便转移占有、养殖的经济效益与动物的生长周期相关，物的市场价值相对稳定、物的经济效益与物的流动性不紧密，该类产业也易形成规模效益，比较适宜设动产抵押权模式融资。

3. 通过协议约定规避法律制度风险。鉴于动产浮动抵押制度的灵活性和有效性，动产浮动抵押制度仍然会成为商业机构参与农业领域的重要模式之一。鉴于在固定抵押制度和动产浮动抵押制度之间，固定抵押优先于动产浮动抵押，商业金融机构为规避动产浮动抵押制度的商业风险，商业金融机构与涉农生产经营者在现有的法律制度框架下约定：在动产浮动抵押之前，要对固定资产设定“固定抵押”，再用现有的和将有的全部他动产设定动产浮动抵押，将固定抵押和动产浮动抵押“绑”在一起同时适用。涉农动产浮动抵押权与善意第三人所有权之间的冲突，鉴于善意第三人已成为一项成熟完善制度，应保障第三人的优先所有权。即凡是在法院发布查封抵押人总财产的公告之前，抵押人已经处分的财产自动退出抵押财产的范围，第三人取得该处分



财产的所有权。

4. 加强农户金融知识普及。鉴于现阶段动产抵押制度银行承担的风险较高,动产浮动抵押相关配套制度不完善,银行应与农户之间签订动产浮动抵押协议,限制农户抵押人的相关权利,降低银行风险。主要是限制农户以下行为:首先是约定,禁止农户用同一抵押物重复抵押。鉴于我国目前动产浮动抵押不完善,抵押登记时附浮动抵押登记协议。其次,银行可以在协议中约定适当限制抵押人享有对抵押物的处分权,抵押人对较大或较多抵押物处分的,应当通知商业银行,以便于商业银行适时充分了解抵押物现状。再者,动产浮动抵押与固定抵押、订单等方式结合,对于金融风险性较高的农产品,可以将动产浮动抵押、固定抵押、订单以及农合个人财产共同抵押。最后,参照现有法律的规定,除当事人有约定以外,浮动抵押物上若存在其他形态的固定物权担保,不论设立时间的先后,固定物权担保一律优先于浮动抵押。

### (三) 完善动产浮动抵押配套制度

1. 健全农村信用体系。根据农户个人的信用评级,率先对“企业+农户”中的农户进行信用评级,逐渐完善农村以家庭为单位的农户信用评级,给予信用较好的农户更多优惠,提升农户信用。

2. 完善政策性农业保险机构业务深化。为了降低商业参与金融扶贫的高风险,鼓励多方主体能够参与完善涉农动产浮动抵押融资模式,借鉴英国、美国等将担保公司与保险公司参与农业信贷。如果担保公司和保险公司能参与到涉农产浮动抵押登记融资贷款中来,将极大提高金融机构的资金安全,提高金融机构贷款的积极性。具体由担保公司来承担农户的道德风险,由保险公司来承担农户遭受自然灾害受损的风险,地方政府也可以采用财政贴息的方式提供贷款利息一半的补贴。<sup>⑩</sup>大力发展农村担保机构体系和政策保险机构与商业银行的对接机制将成为商业金融机构持续性参与金融扶贫的重要保障。

3. 设立涉农动产监管机构。第三方监管机构主要服务于商业金融机构,帮助银行对农户已经设定动产浮动抵押的主要物种类、物的数量变化进行监管,从而节约由银行亲自监管的费用成本,因此,有必要鼓励农村市场成立第三方动产监管公司,在浮动抵押权受到损害时,银行也可以委托第三方监管公司监管、出售涉农动产,及时减少因抵押物毁损、灭失而受到损失,及时降低银行的风险。

(责任编辑:姜燕)

<sup>⑩</sup> 游波:《用“未来”作抵押,以担保防风险——苏州破解农业生产融资难题》,载《中国工商报》2013年4月27日。

# 抵押权预告登记制度法律适用问题探析

——以抵押权预告登记与所有权预告登记本质区别为基础

宿敏\*

**内容摘要** 司法实践中，对于抵押权预告登记的法律适用存在较多争议。鉴于抵押权预告登记与所有权预告登记存在本质区别，抵押权预告登记制度应以促进预告登记高效转化为抵押登记、保障主债权实现为宗旨。适用抵押权预告登记制度的失效规定时，“三个月”期间应从登记权利人“知道或应当知道”能够进行不动产登记开始时起算，且三个月期间过短，不利于保障主债权的实现。关于抵押权预告登记应否享有优先受偿权的问题，首先应简化抵押权预告登记转化为抵押登记的申请条件；法院可判决购房人于合理期间内办理抵押登记手续，逾期不办理登记的，在房产具备流通条件的前提下，权利人即享有优先受偿权。

**关键词** 抵押权预告登记 所有权预告登记 优先受偿权

中图分类号：DF521 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)05-033-043

## 导论

2007年颁布实施的《中华人民共和国物权法》（以下简称物权法）第20条确立了不动产预告登记制度。该条规定：当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产的，不发生物权效力。预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的，预告登记失效。近年来，司法实践中适用该条规定处理抵押权预告登记纠纷时产生诸多争议，集中体现在抵押权预告登记权利人是否享有优先受偿权问题。2014年《最高人民法院公报》第9期刊登的《中国光大银行股份有限公司上海青浦支行诉上海东鹤房地产有限公司、陈思绮保

\* 宿敏，青岛市中级人民法院金融庭副庭长，山东大学法学硕士。



证合同纠纷案》<sup>①</sup>明确认定预告登记不同于本登记,不能使登记权利人取得物权。以该判决为发端,以是否享有优先受偿权为核心的抵押权预告登记法律适用问题引起广泛讨论,成为民商法最集中的争议问题之一。2016年第14期《人民司法(案例)》以“预购商品房抵押权预告登记权利保护研究”为主题,刊登了浙江省温州中院、福建省福州中院以及上海市第一中院的三篇案例分析以及最高院法官的论文。其中,浙江省温州中院、福建省福州中院的二篇案例分析原则上均认可抵押权登记权利人有权享有优先受偿权,<sup>②</sup>而最高院法官的论文重申预告登记不是本登记,不享有优先受偿权。<sup>③</sup>放眼民商法领域,能够引发观点如此针锋相对的规定和制度并不多见。同时,抵押权预告登记制度的法律适用问题不仅涉及众多案件,而且关系到房产按揭市场的秩序稳定与金融安全。因此,笔者试对抵押权预告登记制度的法律适用进行探讨,以期抛砖引玉,有助于该制度的修正与完善。

## 一、中德预告登记制度的比较法分析

### (一)《物权法》预告登记制度的立法意旨

抵押权预告登记是预告登记制度的组成部分,探讨抵押权预告登记制度的法律适用问题首先应以对不动产预告登记制度的梳理为基础。对于该条的立法意旨,最高人民法院物权法研究小组编著的《中华人民共和国物权法条文理解与适用》(以下简称《物权法条文理解与适用》)可以提供基础而重要的参考。“预告登记,即为保全一项以将来发生不动产物权变动为目的的请求权的不动产登记。预告登记制度,为德国民法学者在中世纪所创立。预告登记所登记的不是现实的不动产物权,而是将来发生不动产物权变动的请求权,它是在确定的财产权登记条件还不具备时,为了保全将来财产权变动能够顺利进行,而就相关的请求权进行的登记。”<sup>④</sup>

### (二)德国物权法与我国物权法“预告登记”制度的比较分析

鉴于我国物权法的预告登记制度以德国预告登记制度为肇始,因此,关于我国抵押权预告登记制度的理解与适用应以两国物权法预告登记制度的比较分析为前提。

<sup>①</sup> 该案由上海市第二中级人民法院作出终审判决,案号为沪二中民六(商)终字第138号,一审案号为上海市青浦区人民法院(2012)青民二(商)初字第457号。

<sup>②</sup> 林秀榕、陈光卓:《抵押权登记权利人无过错时有权对商品房优先受偿》,载《人民司法·案例》2016年第14期,第10—11页。李颖:《预购商品房预抵押登记及开发商阶段性保证效力的认定》,载《人民司法·案例》2016年第14期。

<sup>③</sup> 司伟:《预购商品房抵押权预告登记权利保护的 legal 基础与路径选择》,《人民司法·案例》2016年第14期。

<sup>④</sup> 参见最高人民法院物权法研究小组:《中华人民共和国物权法条文理解与适用》,人民法院出版社2007年版,第103—104页。

二者的相同之处除了均以“预告登记”为名，主要在于二者的目的、效力和法律性质相类似：都是以保全“将来发生”不动产物权变动为目的；都需要在不动产登记机关进行登记；都使被登记的请求权具有排他效力，即使后来发生了未经预告登记权利人同意的与该项请求权内容的不动产物权处分行为时，该处分行为对预告登记权利人不发生效力。<sup>⑤</sup>但是，除了这些众所周知的相同之处，笔者认为，二者从法理基础到具体内容都存在较大差异，并且这些差异与我国抵押权预告登记制度适用中“困境”密切相关，有必要予以廓清。

1. 法理基础不同。德国物权法预告登记制度的法理基础是其著名的“债权行为与物权行为区分原则”。<sup>⑥</sup>详言之，是指当事人之间已经达成债权合意，但未达成物权契约，因此，不能进行正式的物权登记。但是，为了保障债权人的合法权益，可以进行“预告登记”，在双方日后达成物权契约时进行正式登记前这个期间，预告登记权利人实质可以享有排他权利。依据德国物权法的规定，严格意义上，只有物权才具有排他效力，因此，预告登记赋予“债权请求权”（与物权相对应）以排他效力，具有“双重特征”。<sup>⑦</sup>而我国物权法并未确认“债权行为与物权行为区分原则”，“关于不动产物权变动原因与结果关系问题，通说认为，我国现行法律采债权形式主义，又称意思主义与登记或交付之结合，即物权因法律行为发生变动时，当事人之间除有债权合同外，尚需履行登记或者交付的法定形式。”<sup>⑧</sup>虽然我国物权法借鉴了德国物权法中预告登记制度，但我国预告登记制度重在保障不动产（尤其是商品房）未完工即出售过程中购房人的合法权益，并不具有普遍意义上的“赋予债权请求权以排他效力”。在我国，当事人之间事实达成了“物权契约”，只是因为标的物还未建成，不能办理正式产权登记，因此，通过预告登记制度保护债权的排他效力。与德国物权法预告登记制度普遍意义上的“赋予债权请求权以排他效力”相比，我国物权法预告登记制度更主要地体现为“使权利人对建成后的房产享有排他效力”。

2. 预告登记的适用情形不同。首先，德国民法典第 883 条 [预告登记的性质和效力] 规定：为保全目的在于转让或废止一项土地上的物权的请求权，或土地上负担的物权请求权，或者变更这些物权的内容或其顺位的请求权，得在土地登记簿中为预告登记。被保全的请求权附条件或者附期限时，也准许为预告登记。我国台湾地区民法则将预告登记的适用范围界定为：为保全土地权利转移之请求权、为保全土地权利内容之变更之请求权、为保全附条件或期限之请求权。由此可见，德国物权法（包括台

<sup>⑤</sup> 参见【德】鲍尔/施蒂尔纳：《德国物权法》（上册），张双根译，法律出版社 2004 年版，第 418—419 页和第 444 页。

<sup>⑥</sup> 前引⑤，第 415-416 页。

<sup>⑦</sup> 前引⑤，第 444 页。

<sup>⑧</sup> 王利明：《关于债权合同与物权及合同无效与撤销权的关系》，载《判解研究》2001 年第 4 辑。



湾地区物权法)的预告登记制度只适用于“土地上”的请求权,并不存在针对不能办理产权登记的、在建房产而创设的预告登记制度。究其原因,可能系因为德国的预售房制度通过订立个性化的购房合同和按照工程进度分期支付房屋价款,大大化解了购房者和地产商之间的风险及纠纷。<sup>⑨</sup>其次,德国民法典第885条[预告登记的登记]规定:(1)预告登记根据临时处分或者根据预告登记所涉及的土地或者权利的人的同意进行登记。(2)在登记时,为了详细说明应保全的请求权,可以引用临时处分或者登记许可证。<sup>⑩</sup>德国的民事诉讼保全制度包括假处分(又译为临时处分,德文均为Einstweilige Verfügung)和假扣押(Arrest)。<sup>⑪</sup>根据德国民事诉讼法第935条的规定,假处分是指在诉讼过程中,关于诉讼物现状的变更,当事人认为存在着将来不能实现其权利或难以实现其权利的危险,而对诉讼物进行的一种处分。其目的是为了防止在将来胜诉却无法执行标的物,而对其做出的一种限制处分行为。<sup>⑫</sup>据此,德国民法典将假处分即纳入实体法的规范之中,使债权人在财产保全之际就取得类似担保物权人的地位,既能够给予债权人强有力的保护,又使得基于契约产生的抵押权等权利和基于保全程序产生的权利之间的竞合与冲突能够在同一个法律体系中得以解决。而我国物权法并无类似之规定,使得实体权利和诉讼保全权利之间的冲突与矛盾一直未得到系统性的制度化解决。

3. 消灭原因不同。德国民法典并未对预告登记的消灭原因作出明确规定。在学理上,预告登记的消灭原因主要包括:(1)请求权消灭;(2)受预告登记保护之债权人废止预告登记;(3)假处分命令之取消;(4)除权判决;(5)预告登记附有解除条件时,随该解除条件之成就而消灭。<sup>⑬</sup>我国物权法则规定,预告登记后,债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月内未申请登记的,预告登记失效。该款规定系我国物权法的独创,司法实践中对于该款规定的理解适用也存在很多争议。

通过上述分析对比,笔者以为,我国物权法的预告登记制度虽然名义上借鉴了德国物权法的预告登记制度,但二者在法理基础、制度背景、适用情形、消灭原因等方面均存在不同程度的差异,因此,我国的预告登记制度具有鲜明的“中国特色”。有鉴于此,探讨抵押权预告登记的法律适用问题,应以我国国情和制度环境为基础进行审视和研究,方能有的放矢,更好发挥该制度的价值和作用。

<sup>⑨</sup> 参见新华社经济分析师《预售房制度:应借鉴境外成熟经验》,载《经济参考报》2010年3月19日。

<sup>⑩</sup> 郑冲、贾红梅译:《德国民法典》,法律出版社2001年版,第18页。

<sup>⑪</sup> 假扣押是指债权人的诉讼请求为金钱给付时,为防止法院判决后债务人不履行给付义务,债权人可向法院申请对债务的财产进行扣押。假处分则是债权人为保全金钱以外之强制执行,禁止债务人变更诉争物之状态。

<sup>⑫</sup> 王轶:《不动产法上的预备登记制度——比较法考察报告》,豆丁网:www.docin.com,2017年5月9日访问。

<sup>⑬</sup> 前引<sup>⑤</sup>,第441-443页。

## 二、抵押权预告登记与所有权预告登记的比较分析： 抵押权预告登记制度现实困境的根源

如前所述，我国物权法设定不动产预告登记制度的背景和目的主要是为了赋予房产预售过程中的购房人以排他效力。“以不动产交易为例，在商品房预售中，买受人因未完成登记而无法取得所有权，有必要建立预告登记制度，使被登记的请求权具有物权效力，即具有排他效力，使其不但可以对抗不动产的所有权人和其他物权人，也可以对抗任意第三人。即使后来发生了未经预告登记权利人同意的与该项请求权内容相同的不动产物权处分行为时，由于该预告登记的请求权具有排他效力，足以确保预告登记权利人不受损害”。<sup>⑭</sup>由此，笔者以为，我国预告登记制度是以“所有权预告登记”为内设前提的，尤其是失效条款的规定，明显是为了督促购房人在房产符合办理产权登记的情况下尽早申请，以实现购房人、房地产开发商之间权利义务的平衡保护。物权法实施以来，关于所有权预告登记的争议极少，说明物权法第 20 条规定既从根本上解决了商品房预售合同中“一房多卖”问题，又实现了购房人与开发商的平等保护。但同时，关于抵押权预告登记法律适用的争议较大。笔者认为，问题根源在于抵押权预告登记所涉及的法律关系、利益关系、立法意旨等均与所有权预告登记存在本质差异，而这种本质差异未得到立法和司法足够的重视。以解决商品房预售过程中“一房多卖”问题为目标的不动产预告登记制度（第 20 条规定）是以所有权预告登记为制度设计的出发点和落脚点，并未对抵押权预告登记问题进行充分考量。因此，简单将第 20 条规定直接套用在抵押权预告登记关系中，必然导致各种问题和争议。由此，有必要对抵押权预告登记和所有权预告登记在法律关系、利益关系等方面的联系与区别进行系统分析，为完善我国抵押权预告登记制度奠定基础。

### （一）联系：主从关系

商品房预售合同的双方当事人分别是房地产开发商和购房者。实践中，购房者往往在支付首付款后，通过银行按揭贷款方式支付剩余房款。为了保障债权实现，银行一般会与购房者签订预告抵押借款合同。鉴于作为买卖标的物的房产正处于建造过程中，所有权仍在房地产开发商名下，而房地产开发商已经收到全部房款，故购房者可办理所有权预告登记、银行可办理抵押权预告登记以维护各自权益，购房者和银行作为登记权利人，均得在房产符合办证条件时申请办理登记，以享有正式物权。值得说明的是，商品房预售过程中，在办理所有权预告登记后，购房者便成为相关房产的登

<sup>⑭</sup> 前引④。



记权利人，开发商则为现实权利人。但是在抵押权预告登记关系中，办理抵押权预告登记后，债权银行成为登记权利人，如果将相对方即购房者称为“现实权利人”并不准确，反而容易引起混淆。笔者以为将其称为抵押权预告登记义务人更为准确和合理。<sup>⑮</sup>

## （二）区别：制度宗旨不同

### 1. 办理本登记所需的条件以及相对义务人的配合意愿不同

在商品房预售关系中，房屋竣工、验收符合交房办证手续后，登记权利人申请办理登记的，现实权利人（房地产开发商）一般都会积极配合。而在抵押权预告登记关系中，情况大为不同。按照多数房地产交易中心的要求，虽然在办理抵押权预告登记时，购房者已同意将其购买的房产为债权提供担保并办理预告抵押登记，但正式抵押时多数地方的房地产交易中心仍要求抵押人必须再次到场签字办理。这使得登记权利的正式化（物权化）不仅需要标的物客观上具备办理本登记的条件，还需要抵押人的再一次配合。而办理本登记时，抵押人获取贷款的需求之前已经得到满足，再次配合登记几乎纯粹是个义务，因此，有相当数量的抵押人因种种原因未能配合办理抵押登记。司法实践中，涉及预购商品房抵押权预告登记的案件，购房人基本均不配合债权银行办理抵押登记。

### 2. 预告登记权利人知晓不动产“能够进行不动产登记”的成本不同

在商品房预售关系中，购房合同都会约定房屋的交房时间。因此，为了履行义务，避免承担违约责任，房地产开发商在房产竣工、验收具备办证条件后，会及时通知购房人办理本登记，购房人在已经交纳房款（尤其是在交纳全部房款）的情况下，也会主动关心房屋的建造情况，督促开发商按合同约定时间交房。但是，在抵押权预告登记关系中，债权银行并不是商品房预售合同的当事人，其想要了解房产的建造情况，需要在正常业务之外额外花费时间、人力等成本。

通过上述分析对比，可以清楚看到，在房地产交易中心要求抵押人到场签字才能办理正式抵押登记的情况下，一旦抵押人不配合，则债权银行必然陷入困境，无法顺利办理登记。

### 3. 制度宗旨不同

所有权预告登记制度的核心是解决商品房预售过程中“一房多卖”问题，保护购房者权利不受开发商违约行为的损害，同时兼顾对开发商利益的平衡保护。而抵押权预告登记制度的核心应是保障预告登记权利人（债权银行）高效办理本登记，实现抵

<sup>⑮</sup> 笔者认为，登记权利人与现实权利人的称谓适用于所有权预告登记关系中，以体现购房者与房地产开发商就同一宗房产所存在的对立关系，即房产实际登记在房地产开发商名下，而购房者通过办理所有权预告登记取得将来得进行所有权变动登记的排他性请求权。但在抵押权预告登记关系中，银行是登记权利人，购房者并不是“抵押权的现实权利人”，双方就抵押权并不存在“登记”与“现实”的对立关系，因此，把购房者称为抵押权预告登记义务人更为准确和合理。

押权，确保发挥抵押对主债权的担保作用。法院在处理抵押权预告登记问题时，应以此作为指导法律适用的审判理念和价值取向，围绕核心准确理解和适用法律规定。如果以所有权预告登记制度的审判理念指导抵押权预告登记问题，必然会削足适履，导致不良的法律效果和社会效果。

在此不得不指出，立法，尤其是商事立法，应当考虑权利义务的公平、对等以及成本效益。当设立抵押权预告登记时，预告抵押人即已作出以标的房产为主债权提供抵押的意思表示，只是因为房产仍在建设中，尚在开发商名下才办理抵押权预告登记。一旦房产具备办理抵押登记的条件，应当规定登记权利人自行可以申请办理正式登记，不需要抵押人再次申请。否则除了增加办理成本、增加登记权利人不必要的风险外，别无实益。难道预告抵押人享有不申请的权利(自由)吗？我国《不动产登记暂行条例》第 14 条和《房屋登记办法》第 12 条关于“申请房屋抵押权登记，应当由有关当事人双方共同申请”的规定，系针对普遍抵押登记而作出的规定。对于抵押权预告登记转为正式抵押登记的，应予以简化。

### 三、抵押权预告登记的失效问题

司法实践中理解和适用物权法第 20 条第二款应注意下列几点：

(一) 不动产预告登记失效规定是为了平衡保护各方当事人的合法权益

利益平衡是一项立法原则，法律和制度应建立在利益平衡的基础上，不动产预告登记制度也不例外。预告登记制度毕竟是一种暂时性的制度设计，其所保全的权利具有不确定性，标的物房产的物权亦处于不确定之中。当标的物客观上具备办理本登记的条件时，登记权利人应及时行使权利，结束不确定的状态，这符合公平原则以及“物尽其用、鼓励交易”的民事财产立法宗旨。德国民法典虽然没有明确规定预告登记的消灭要件，但在学理上，依据民法基本法理，仍能推导出包括请求权消灭、假处分合同取消等消灭要件。在我国，鉴于商品房预售合同基本为房地产开发商制定的格式合同，开发商完全可以在合同中对预告登记的消灭或失效作出约定，以此维护其自身合法权益。但我国物权法第 20 条第 2 款类似权利行使“除斥期间”的规定，体现出督促登记权利人尽快行使权利的迫切意图，从立法层面强有力地维护现实权利人（开发商）的权益。必须再次强调的是，如前所述，物权法第 20 条以所有权预告登记为出发点，在抵押权预告登记制度中理解和适用第 20 条第 2 款规定应立足抵押权预告登记所涉及的法律关系和利益关系，不能简单套用商品房预售中所有权预告登记的情形。

(二) “能够进行不动产登记”不能理解为预购房产“客观上能够”进行不动产登记，三个月应从登记权利人主观上“知道或者应当知道”预购房产能够进行登记时起算



如前所述,在商品房预售关系中,房地产开发商为了履行购房合同关于交房时间等约定,避免承担违约责任,在房产能够进行本登记时,会将这一客观事实及时通知购房人,购房人在已经交纳房款(尤其是在交纳全部房款)的情况下,也会积极申请办理本登记。但是,在抵押权预告登记关系中,债权银行并不是商品房预售合同的当事人,其想要了解房产的建造情况,需要在正常业务之外额外花费时间、人力等成本。分析商品房预售按揭贷款的权利义务关系可知,在抵押权预告登记关系中,购房人已实际受领了权利(获得银行贷款)。当预售房产能够办理登记时,购房人几乎会以零成本及时得到信息。“从经济效率的观点来看,法院应以使将来的合同行为更有效率为目的来分配(义务)。达到这一目的的一个规则是要把损失分配给能以最低成本承担这种(义务)的一方。”<sup>⑥</sup>如果制度赋予购房人将得进行本登记的事实通知给登记权利人的义务,则将是成本最小化的制度设计方案。同时,购房人已享受了全部权利,除办理抵押权预告登记外,其还应负有协助登记权利人办理本登记的义务。如果将“能够进行不动产登记”理解为标的房产“客观上能够”进行不动产登记,登记权利人为了不失效,势必将不当增加大量人力、财力用于关注、调查预售房产的建设和登记情况,既违反权利义务对等原则,亦不符合法律经济学的基本原理。

### (三)“三个月”期间过短,不利于保护预告登记权利人的权利

所有权预告登记关系中,购房者与房地产开发商订有基础买卖合同。购房者所享有的预告登记权利失效后,其仍可受到基础买卖合同的保护,即其不会因为预告登记权利失效而丧失所有权利,至少开发商对购房者已付的房款应承担相应的返还义务。抵押权预告登记系为担保主债权的实现而存在。抵押权预告登记权利人是在履行了主合同项下的全部义务后才取得抵押权预告登记,且该登记是主债权最基本、最重要的保障。商品房预售关系中,登记权利人怠于申请办理本登记会延长不确定的权利状态,可能会损害房地产开发商的权益。与此不同,在抵押权预告登记关系中,购房人已实际受领了权利(获得银行贷款),登记权利人(债权银行)不申请办理抵押登记,对购房人的权益不会产生明显的实质损害,反而会损害抵押权预告权利人的权益。如果忽视不动产所有权预告登记和不动产抵押权登记当事人权利义务关系的根本差异,以前者的标准要求后者,轻易认定抵押权预告登记权利失效,则登记权利人作为主债权人将失去最基本、最重要的债权实现保障,购房者反而有可能因怠于申请登记或不配合办理登记的违约行为而受益,导致当事人的权利义务严重失衡。由此来看,“三个月”的时间即使从登记权利人知道或者应当知道能够进行本登记时起算也过短,有违抵押

<sup>⑥</sup> 参见【美】罗伯特·考伦,托马斯·尤伦:《法和经济学》,张军等译,上海三联书店、上海人民出版社1994年版,第2—3页。

权预告登记制度的核心——保障对主债权的担保作用。因此，建议分别规定所有权预告登记与抵押权预告登记的失效要件，适当延长后者的申请期间，最好借鉴德国民法典的立法例，不作明确规定，交由当事人意思自治决定。

#### 四、抵押权预告登记应具有优先受偿权

这是抵押权预告登记制度中争议最大、最集中的问题。目前司法实践中，关于抵押权预告权利人对商品房是否享有优先受偿权问题，主要有如下几种情况：1. 肯定抵押权预告登记权利人有享有优先受偿权，裁判理由主要有：（1）将抵押权预告登记视为抵押登记，认定抵押权设立。（2）抵押权预告登记属于在建工程抵押登记，故抵押权已设立。（3）债权人对预告登记无法转为正式登记无过错的，享有优先受偿权。2. 附条件判决债权享有优先受偿权。法院可判决购房人于合理期间内办理房地产登记手续，待抵押权设定后，债权人享有优先受偿权。3. 债权人不享有优先受偿权。<sup>①</sup>对上述几种裁判观点，林秀榕、陈光卓法官在《抵押权登记权利人无过错时有权对商品房优先受偿》做了分析，在此不再赘述。笔者认为，关于抵押权预告登记权利人是否享有优先受偿权问题，应以该制度重在推动预告登记向正式登记高效转化、保障主债权实现为核心，找准阻碍高效转化及主债权实现的关键点，对现有法律规定准确理解，灵活适用，充分发挥抵押权预告登记制度对商品房预售市场的正确引导作用，促进其健康长期发展。

##### （一）建议房地产登记部门简化抵押权预告登记转为抵押登记的申请条件

显而易见，赋予无过错抵押权登记权利人对商品房享有优先受偿权最有利于保护登记权利人（债权银行）的权利，实现制度宗旨。为了实现这个宗旨，跨越“预告登记”不具有物权效力的法律障碍，各地法官绞尽脑汁、费尽心思，各显其能，但总难做到尽善尽美。笔者以为，问题根源在于《不动产登记暂行条例》和《房屋登记办法》没有与时俱进，简化抵押权预告登记转为本登记的相关规定。司法实践中，制约抵押权预告权利人进行本登记、享有优先受偿权的最大障碍为购房者因失联、逾期还款等原因未配合登记权利人办理登记。如前所述，在购房者已作出设立抵押权预告登记的情况下，配合办理本登记是其附随义务，不应因购房者不履行其义务而影响登记权利人实现物权。如果房地产登记部门简化相关手续，即在房产能够进行本登记的条件下不需购房人的申请亦可办理本登记，则从根本上解决相当数量的此类纠纷。

<sup>①</sup> 林秀榕、陈光卓：《抵押权登记权利人无过错时有权对商品房优先受偿》，载《人民司法·案例》2016年第14期。



(二) 法院可判决购房人于合理期间内办理抵押登记手续，逾期不办理登记权利人即享有优先受偿权

在相关房地产登记条例没有修订的情况下，作为权宜之计，法院可判令购房人于合理期间内办理抵押登记手续。问题在于，如果购房人不配合，或者下落不明客观上都不可能配合，保护路径是先申请强制执行，登记机关据此办理抵押登记后再主张抵押权还是合理期间届满后不论购房人是否配合，均可享有优先受偿权？有观点主张应依据前种路径保护登记权利人，“法院既无法律依据也无必要通过赋予预购商品房抵押权预告登记权利人优先受偿权的方式来替代”。<sup>⑧</sup> 笔者以为，第二种保护路径更佳。首先，从利益平衡原则和权利义务对等原则出发，配合登记权利人办理抵押登记是购房者的义务，不能因为购房者不履行其义务反而不当增加登记权利人的维权成本。利益平衡原则和权利义务对等原则不仅是立法原则，也是司法原则。面对明显有制度宗旨的不合理规定（办理抵押登记需要购房人再次申请），法院适用法律时应准确理解法律本意，灵活适用法律，放宽登记权利人办理登记的要件，以实现法律的实质正义。其次，民商事立法的宗旨应为：“所有法律活动都要以资源的有效配置和合理利用——即效率最大化为目的，所有的法律活动基于此论断都可以用经济的方法来分析和指导”。在明知购房者不配合办理抵押登记的情况下，让登记权利人因义务人的违约行为而承受额外的诉讼成本，显然有违高效、诚信的民商事立法宗旨。综上，笔者赞同福建省福州市中级人民法院（2015）榕民终字第5965号的裁判思路：购房人应于判决生效之日起XX日内协助登记权利人办理涉案房产的抵押登记手续，房地产开发公司应督促购房人并配合办理登记；房产抵押登记办妥后，或购房人逾期仍未办理抵押登记的，登记权利人有权以房产处分所得价款，对主债权优先受偿。<sup>⑨</sup>

(三) 判令登记权利人对房产享有优先受偿权需以房产符合折价、拍卖、变卖等流通条件为前提

作为物权的客体，物须独立为一体，且能满足人们生活的需要。由此，登记权利人对房产处分价款享有优先受偿权亦需以房产符合折价、拍卖、变卖等流通条件为前提，这是物权有效成立的基础。对此，有观点认为，抵押权预告登记转化为抵押权登记的前提条件是预购商品房办理了所有权登记。抵押权预告登记并不具备保障抵押权预告登记权利人设立抵押权之外的请求权的效力，故其不具有物上代位效力，这正是其与抵押权之间的本质区别。<sup>⑩</sup> 对此，笔者以为，首先，之所以会设立抵押权预告登

<sup>⑧</sup> 司伟：《预购商品房抵押权预告登记权利保护的法律基础与路径选择》，载《人民司法·案例》2016年第14期。

<sup>⑨</sup> 前引<sup>⑦</sup>。

<sup>⑩</sup> 前引<sup>⑧</sup>。

记制度，是因为担保物尚未建成，实质上就是不符合折价、拍卖、变卖等流通条件。而就担保主债权实现这点而言，抵押权预告登记和抵押权的本质是一样的。当标的房产客观上符合折价、拍卖、变卖等流通条件，则预告抵押登记就具备转化为抵押权的实质性条件。至于在满足实质性条件后，是否办理所有权登记，那主要取决于购房人的意思和行为。再次强调，抵押权登记权利人不应受到购房者违约行为的掣肘。其次，在预购商品房符合折价、拍卖、变卖等流通条件的前提下，抵押权预告登记权利人是否享有优先受偿权涉及到房地产开发商的责任问题。在商品房按揭贷款关系中，房地产开发商是一个基本而重要的主体，其受领贷款，相应地负有将商品房竣工、完成验收并协助办理产权登记、抵押权登记、提供阶段性保证等责任。开发商的阶段性保证责任和抵押权预告登记相互补充，共同形成对主债权的全面保障。在预购商品房符合流通条件的前提下，如果认定抵押权预告登记权利人不享有优先受偿权，结果只能是房地产开发商在履行基础购房合同义务的前提下还需承担连带清偿责任，对诚信履约的开发商有失公平。<sup>②</sup> 笔者以为，在房地产开发商完成其竣工、验收、协助登记等义务且预购商品房流通条件的前提下，购房人逾期还款应属于债权银行（预告登记权利人）正常的可预见的经营风险，应由在房产上设立的担保权利进行保障，而不应再让房地产开发商承担连带清偿责任。因此，判令登记权利人对房产享有优先受偿权应以房产符合折价、拍卖、变卖等流通条件为前提。

## 五、小结：关于重构抵押权预告登记制度的思考和建议

抵押权预告登记制度与所有权预告登记制度都属于不动产预告登记制度的组成部分，二者虽然相通之处，但是基于二者立法宗旨和价值取向的根本差异，二者关于预告登记转化为本登记的要件、失效要件（消灭要件）、法律效力等都应有所区别，甚至可以明确区分所有权预告登记和抵押权预告登记制度，物权法第 20 条仅适用于所有权预告登记，重新构建抵押权预告登记制度。希望抵押权预告登记制度区别于所有权预告登记的独特性得到更多、更广、更深的认可，更好促进该制度的修订和完善。

（责任编辑：姜燕）

<sup>②</sup> 参见李颖：《预购商品房预抵押登记及开发商阶段性保证效力的认定》，载《人民司法·案例》2016 年第 14 期。



# 建设工程价款优先受偿权的行使与规制

陈东强\*

**内容摘要** 建设工程价款优先受偿权作为承包人基于《合同法》第286条规定享有的法定优先权，优先于抵押权和其他一般债权受偿，对涉及建设工程债权清偿的顺位产生较大影响，成为涉及发包人、购房者、抵押权人、金钱债权执行人等权利纠纷的一个重要焦点和难点问题。由于该项权利的行使受双方当事人合意及履约情况影响，且不履行物权的权利登记和公示程序，在行使的权利主体、债权范围、权利客体、行使期限、主张方式、规制措施等方面存在较大争议，在实践中亦存在以主张优先权为由逃避债务的诉讼风险。本文拟对其行使和规制的常见问题进行厘清和规制。

**关键词** 建设工程价款 优先受偿权 权利主体 权利客体 行使期限

中图分类号：DF525 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)05-044-057

随着我国经济社会的深入发展和城市化进程的不断推进，房地产、道路交通等建设工程项目规模快速扩充，由于市场、资金、监管等多方面因素，拖欠工程款的现象较为突出。在当前的审判实践中，由于众多债权同时指向争议工程，一方面工程款没有得到优先保护，施工人合法利益难以维护，影响农民工生存权益；另一方面少数当事人恶意或虚假行使优先受偿权，对抗合法债权逃废债务，使建设工程价款优先受偿权成为建设工程执行异议之诉、第三人撤销之诉以及破产案件中争议的重要问题，亟需规范。

## 一、行使建设工程价款优先受偿权的权利主体

### (一) 与发包人存在直接合同关系的承包人

合法承包人向发包人主张建设工程价款优先权，符合一般的合同法原则，二者之间具有直接的合同关系、承包人履行合同义务进行了施工，即具有行使优先权的主体资格。对于无效合同的承包人是否享有优先受偿权，持反对观点的主要理由为：第一，

\* 陈东强，山东省高级人民法院民一庭副庭长，三级高级法官。

无效合同的承包人不享有请求支付工程价款的权利，而是合同无效后的折价补偿款，“折价补偿”的法定原则不适用建设工程价款优先受偿。<sup>①</sup>第二，建设工程价款优先受偿权本质属于一种担保物权，其依附于主合同即建设工程合同，主合同无效，担保物权不再具有法律约束力。持赞同观点的主要理由为：第一，建设工程价款优先受偿权的设置主要因素系考虑承包人的劳动已经物化到建筑物中，在发包人未按照约定支付工程款的情况下，赋予承包人对欠付工程价款优先受偿的权利，而劳动物化到建设工程的事实状态不受合同是否有效的影响。第二，建设工程施工合同虽然无效，但所施工的工程经竣工验收合格的，根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（以下简称《建设工程适用法律解释》）第2条的规定，可参照合同约定支付工程款。既然工程款债务仍然需要支付，建设工程价款优先受偿权也应予以支持。笔者认为，在目前情形下，第二种意见更符合当前我国建设工程市场和法律适用的实际。第一，目前由于建设市场欠规范、监管不到位，导致建设工程施工合同无效的因素较多，在这样的市场基础和法律框架下，如果排除无效合同施工人的优先受偿权，将导致大量施工主体丧失追索工程款的基础权利，在相关法律和司法解释没有对合同效力认定进行修改的情况下，不宜以合同的效力作为衡量是否享有优先权的依据。第二，建筑工程款优先受偿权的立法目的包含着对劳动者利益的保护。在发包人拖欠承包人的工程款中，有相当一部分是欠付工人的工资及其他劳务费。对于承包人为建设工程支付或者欠付的工作人员的报酬、材料款等费用，在无效建设工程合同中，亦应由发包人支付。即使合同无效，该笔费用亦应享有优先受偿权。<sup>②</sup>第三，享有建设工程价款优先受偿权的一个前提是施工人需先将所施工的工程交付发包人，如果以合同无效施工人仅取得折价补偿款而否认优先受偿权，将会导致在施工人不能获得相应补偿款对价的情形下，享有不返还建设工程占有的权利，将严重影响不动产的开发利用。而在施工人承担先交付工程义务的前提下，否认其优先受偿权则会导致权利义务的严重失衡，施工人物化在建设工程上的投入落空。不仅损害施工人及农民工生存权益，还影响建设工程质量。

## （二）在建设工程施工中存在转包、分包关系的施工人

建设工程价款优先受偿权原则上只能由承包人享有，但是根据我国现行《建设工程适用法律解释》第26条规定，分包人和实际施工人完成施工义务工程质量合格的，可以请求发包人在欠付工程价款范围内支付工程款。<sup>③</sup>由于该条款的制定本身即是为

① 参见杨陈慧：《建设工程价款优先受偿权适用热难点研究》，载《法制博览》2014年第7期。

② 最高人民法院民一庭编：《民事审判指导与参考》总第63辑，人民法院出版社2015年版，第238-239页。

③ 褚虹：《浅析建设工程价款优先受偿权》，载《城市道路与防洪》2008年第12期。



为了更好地保护农民工合法权益<sup>④</sup>，因此在总包人或者转包人不主张或者怠于主张工程价款优先受偿权的情况下，应允许分包人或者实际施工人就其承建的工程部分在发包人欠付的工程款范围内向发包人主张工程价款优先受偿权，分包人或者实际施工人有条件地享有建设工程价款优先受偿权。<sup>⑤</sup>然而，在当前《建设工程适用法律解释》第26条的适用日趋严格的情况下，上述实际施工人主张工程款的权利受到更多约束，主张建设工程价款优先受偿权的空间也在不断压缩，一般限于欠付工作人员报酬的范围。

### （三）借用资质的施工人

对于挂靠人是否享有建设工程价款优先受偿权的主体资格问题，首先应判断挂靠人是否享有对发包人主张工程价款的合同权利，如果挂靠人不享有向发包人主张工程价款的权利，因建设工程在发包人名下，优先权就失去了所依附的权利基础。对于挂靠人是否享有向发包人主张工程款支付的权利问题，目前审判实践中存在不同观点，至少应分以下两种情形。一种情形是在发包人明知挂靠事实，被挂靠人仅为名义上的合同相对方，应认定挂靠人与发包人之间达成合意，直接成立建设工程施工合同关系。挂靠人取得承包人的法律地位，具有主张优先受偿权的主体资格。另一种情形是发包人对挂靠行为不知情，挂靠人不能依据《建设工程适用法律解释》第26条第2款之规定向发包人主张工程款。<sup>⑥</sup>因为该条规定仅指转包和违法分包的实际施工人，并不包括挂靠，基于挂靠这种借名行为，在发包人不知情的情况下，挂靠人应仅可根据合同相对性向被挂靠人主张权利。由此，第一种情形下，借用资质的施工人可以参照无效合同承包人的权利，享有建设工程价款优先受偿权。

### （四）装饰装修合同的施工人

装饰装修工程属于建设工程，可以适用《合同法》第286条关于优先受偿权的规定，但装饰装修工程的发包人不是该建筑物的所有人或承包人与该建筑物的所有人之间没有合同关系的除外。<sup>⑦</sup>明确了装饰装修合同的施工人可以作为主张建设工程价款优先受偿权的主体，但应以与建筑物所有人存在合同关系为前提。

### （五）勘察、设计、监理人等主体

根据国务院2000年公布的《建设工程质量管理条例》和2003年公布的《建设工程安全生产条例》的规定，建设工程包括土木工程、建筑工程、线路管道和设备安装工程

<sup>④</sup> 胡忠义：《鉴定、履行合同时需注意的几个问题》，载 [http://www.360doc.com/content/12/0425/15/8501479\\_206452057.shtml](http://www.360doc.com/content/12/0425/15/8501479_206452057.shtml)，2018年7月4日访问。

<sup>⑤</sup> 最高人民法院民一庭编《民事审判指导与参考》总第65辑，人民法院出版社2015年版，第252页。

<sup>⑥</sup> 最高人民法院（2017）最高法民申3613号民事裁定书。

<sup>⑦</sup> 最高人民法院给福建省高级人民法院《关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的复函》。

及装修工程。<sup>⑧</sup>狭义的建设工程不包括工程勘察和设计,<sup>⑨</sup>亦不应包括工程监理。建设工程的勘察人、设计人、监理人,不是建设工程施工的主体,对于勘察、设计、监理等应付价款,根据《合同法》第 286 条的规定,不属于建设工程价款。勘察、设计、监理人尽管也存在物化在建设工程上劳动成果,但其可以通过拒绝交付劳动成果等方式完成,不存在基于不动产统一利用,必须交付劳动成果的情形,对该类具有技术性管理性特点债权的保护,也与施工人的投入及农民工生存权益保护存在一定程度区别,其对于建设工程的增值部分亦较难确定,因此,不应作为建设工程价款优先受偿权的权利主体。

#### (六) 转让后的建设工程价款债权人

对于建设工程价款优先受偿权能否随工程债权转让的问题,实践中存在不同认识,一种观点认为,设立建设工程价款优先受偿权的立法目的,主要是保护承包人和农民工的权益,因而没有随工程款债权转让的必要性和权利基础。另一种观点认为,建设工程承包人转让其在施工中形成的债权,受让人基于债权转让取得工程款债权的同时,应当享有该工程款附随的优先受偿权。综合以上观点,因建设工程价款优先受偿权属于法定优先权,其功能是担保工程款优先支付,不宜以其转让否定权利本身的优先受偿性质,且应当具有一定的追及效力,因优先权依附于所担保的工程而存在,即使被担保的工程发生转让,亦不应影响优先受偿权的行使。

## 二、建设工程价款优先受偿权所担保债权的范围

### (一) 实际支出的费用

《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》(以下简称《工程价款优先受偿权批复》)第 3 条规定,“建筑工程价款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用,不包括承包人因发包人违约造成的损失”。根据上述规定,承包人为建设工程支出的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用,属于优先受偿权的范围。对于垫资款能否优先受偿的问题,有观点认为,应视是否已物化为已完工程而定。<sup>⑩</sup>因承包人垫资是建筑施工行业的交易惯例,实际用于工程施工的垫资款已经转化为工程价款,最高人民法院《建设工程适用法律解释》第 6 条第 2 款规定:“当事人对垫资款没有约定的,按照工程欠款处理”。<sup>⑪</sup>故在当事人没有将垫资款约定为借贷或者其他用途的情况下,承包人为建设工程支出的垫资款,应纳入可

<sup>⑧</sup> 国务院《建设工程质量管理条例》第 2 条。

<sup>⑨</sup> 王林清等:《房地产纠纷裁判思路与规范指引》,人民法院出版社 2014 年版,第 388 页。

<sup>⑩</sup> 参见汪治平:《建设工程价款优先受偿权的若干问题》,载《人民司法》2002 年第 8 期。

<sup>⑪</sup> 参见许海峰,《建设工程优先受偿权之担保债权》,载中国建设工程法律评论第四工作组编著《建设工程价款优先受偿权》,法律出版社 2017 年版,第 30-33 页。



主张优先受偿权的范围。<sup>⑫</sup>

### (二) 利润和预期可得利润

正常的利润应当包含在工程价款之内。第一，建设工程价款由成本（直接成本、间接成本）利润（酬金）和税金构成。<sup>⑬</sup>工程利润是工程款的组成部分，应当属于优先受偿权的范围。<sup>⑭</sup>第二，《工程价款优先受偿权批复》中优先权的范围为“承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用”，未明确将利润纳入优先受偿权的范围。但是其后《最高人民法院关于装饰装修工程款是否享有合同法第286条规定的优先受偿权的函复》规定，享有优先受偿权的承包人只能在建筑物因装修装饰而增加价值的范围内优先受偿，但其中并无将装修款中利润排除在优先受偿权范围外之意。<sup>⑮</sup>第三，从公平性角度分析，工程完工后的价值高于直接费用的部分，应根据各方投入及约定合理分享，承包人的合理利润也应属于工程价款优先受偿权保护的范畴。<sup>⑯</sup>

但是预期可得利润与包含在工程价款中的利润不同，性质上接近于承包人因发包人违约所造成的损失，不属于承包人因承建工程而物化到建设工程中的支出，虽然预期利润是承包人承揽工程所要达到的效益目的，但作为预期收益，不属“实际支出的费用”范畴。同时，承包人的预期利润作为商业利润的一种，与发包人的其他债权人的利润在性质上并无区别，不具有受偿的优先性。因此，承包人的预期利润不应纳入建设工程优先权所涵盖的工程款债权范围。

### (三) 停工窝工损失

对于停工窝工损失是否应纳入优先受偿权的范围，存在不同认识，一种观点认为停工窝工损失不属于实际支出的费用，而应认定为因违约造成的损失；<sup>⑰</sup>另一种观点认为：停工窝工损失属于承包人因建设工程实际支出的费用，对于经过双方签证的停工窝工损失，属于工程价款范围，应计入工程造价，故可以主张优先权。笔者基本同意第二种观点，但是对于未经双方签证，承包人以停工窝工损失为由，主张发包人因违约造成的损失，且承包人并未实际支出的款项，不应计入工程造价，亦不能纳入优先权行使的范围。

<sup>⑫</sup> 最高人民法院民一庭编：《民事审判指导与参考》（总第38辑），法律出版社2009年版，第306-307页。

<sup>⑬</sup> 住房和城乡建设部《建设工程施工发包与承包价格管理暂行规定》第5条。

<sup>⑭</sup> 最高人民法院（2012）民再申字第16号民事裁定书。

<sup>⑮</sup> 贺小荣：《关于装饰装修工程款是否享有合同法第二百八十六条规定的优先受偿权的函复的解读》，载最高人民法院民一庭编《民事审判指导与参考》总第21辑，法律出版社2005年版，第30页。

<sup>⑯</sup> 参见周丽霞：《完善工程款优先权的五大意见和建议》，载《建筑时报》2016年5月19日。

<sup>⑰</sup> 青岛市中级人民法院（2013）鲁民终391号判决。

#### （四）欠付工程款的利息

对于欠付工程利息的支付问题,《建设工程适用法律解释》第17条进行了规定,该利息的性质应当理解为发包人欠付工程款利息的性质是法定孳息。但是,该条文对利息的规定有两项内容,一是当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的,按照约定处理;二是没有约定的,按照中国人民银行发布的同期同类贷款利率计息,对于第二项规定的利息属于法定孳息一般没有异议。而对于第一项规定中当事人约定的利息问题,可能存在包含发包人应承担违约责任的部分。既然欠付工程款的利息性质为法定孳息,合同约定的利率应当在国家法定利率上下限内才予以保护。<sup>⑧</sup>因此,建设工程价款优先受偿权保护的利息作为法定孳息应限定在法定利率之内。

#### （五）发包人应当支付的履约保证金、违约金、赔偿金

履约保证金是工程发包人为防止承包人在合同履行过程中违反合同约定,并弥补发包人因此造成的损失而要求承包人交纳的一定数目的金钱,是债的担保方式,不属于工程款范畴,也不是承包人基于建设工程施工实际支出的费用,不应纳入优先权保护范围。违约金、赔偿金等在性质上属于承包人因发包人违约所造成的损失,不属于工程价款的范畴,也不是承包人在建设工程上的投入,应排除在优先受偿范围之外。

### 三、建设工程价款优先受偿权的客体

#### （一）经建设投入的工程增值部分

建设工程价款优先受偿权所指向的标的物,应该是承包人施工所完成的工程,承包人在分包范围内完成的工程或投入,装饰装修工程应限定在建筑物因装饰装修而增加价值的范围,不包括发包人的土地使用权及其他投入。值得强调的是,我国实行“房地一体主义”,如果承包人行使工程款的优先受偿权,房地是一体拍卖的,对于土地这一部分价值,承包方没有任何的投入,其价值不应该作为建设工程优先受偿权的客体。<sup>⑨</sup>就此,优先权实现过程中的土地使用权转移是确定的,只不过建设工程价款优先受偿权只能在建筑物的价值范围内行使。<sup>⑩</sup>

#### （二）未经合法审批的建筑

对于未经合法审批的建筑,能否作为优先权的客体,应分以下几种情形:第一,

<sup>⑧</sup> 最高人民法院民一庭编著:《最高人民法院建设工程施工合同司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2015年版,第126-133页。

<sup>⑨</sup> 陈鑫范、刘移整理:《最高人民法院民一庭关于建设工程价款优先受偿权意见6则》,载 <http://blog.sina.com.cn/chenxflawyer>, 2018年7月4日访问。

<sup>⑩</sup> 参见林文学:《建设工程合同纠纷司法实务研究》,法律出版社2014年版,第179页。



经政府有关主管部门认定为违法建设并作出处罚决定予以限期拆除或没收建设物、构筑物的，不得主张建设工程价款优先受偿权。第二，未依法取得用地审批手续、建设工程规划许可证手续的建设工程，被政府有关主管部门责令改正并取得审批、许可手续后，发包人拖欠承包人工程价款的，可以主张建设工程价款优先受偿权。第三，未依法取得用地审批手续、建设工程规划许可手续的建设工程，未被政府有关主管部门责令改正并补办相关手续，也未被依法拆除的，实际存在使用收益的，可以将使用收益纳入优先受偿的范围。

### （三）不宜折价、拍卖的工程

“不宜折价拍卖的建设工程，应当理解为法律禁止流通物。包括公有物，如国家机关办公的房屋建筑物及军事设施；公用物，如公共道路、桥梁、机场港口，及公共图书馆、博物馆等。”<sup>①</sup>但是符合下列情形的，可以行使优先受偿权。第一，学校、医院建设的非教育和非医疗设施的工程，或者学校、幼儿园、医院等工程被折价、拍卖后仍保持相同的功能和用途的。第二，公益性工程进行有偿转让的，对转让价款承包人可以优先受偿。第三，工程收益。如（2016）最高法民申1281号裁定中载明，因涉案工程为公路建设工程，属于特殊建设工程，无法直接拍卖或折价，该工程的主要经济价值即体现在其通行费用上，故对其收益即年票补偿款作为优先受偿权的行为对象符合实际情况。<sup>②</sup>

## 四、建设工程价款优先受偿权行使的期限

### （一）行使期限的性质

从理论上讲，优先受偿权行使的六个月期限不适用中止延长的规定，除斥期间过后，承包人即丧失主张优先受偿的权利。但在除斥期间内，承包人向发包人主张权利的，应认定除斥期间结束，诉讼时效起算。但是，在审判实践中，由于承包人向发包人主张优先受偿权的形式要求不明确，如果主张权利后再进行诉讼时效的计算，将会无限延长优先受偿权行使的时间，不利于建设工程交易的便捷和稳定，也与优先权担保工程债权实现的属性脱节，因此，诉讼中，多采取以承包人起诉之日是否超过六个月期间作为是否可以主张优先权的前提，从而使该六个月期间具有除斥期间属于不变期间，不适用中止、中断或者延长，还具有应当在期间内向人民法院或仲裁机构主张权利的双重属性，该期间主张权利后不再计算诉讼时效，而是导致承包人失权。这

<sup>①</sup> 梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社2003年版，第133页。

<sup>②</sup> 最高人民法院（2016）法民申1281号民事裁定书。

一认识尽管存在理论上的争议，但无失为一种审判实践中对该条规定理解的恰当选择。

### （二）行使期限的起算点

准确确定建设工程价款优先受偿权的起算点是审理此类纠纷的关键，审判实践中主要有以下问题：第一，对于竣工之日的确定问题。建设工程承包人行使优先受偿权的期限为6个月，自建设工程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。<sup>②③</sup>对于竣工日期的认定，《建设工程适用法律解释》第4条规定：“（一）建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；（二）承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期；（三）建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。”审判实践中，对于其中第（二）（三）项内容规定，能否作为建设工程价款优先受偿权的起算时间存在争议，因该两项规定是针对发包人恶意拖延工程竣工验收时间实现其迟延支付工程价款的违法目的，而作出的惩罚性规定。如果以该时间作为优先权的起算时间，将会损害承包人的合法权益。因此，不宜以此作为承包人行使优先权的6个月期限的起算点。<sup>②④</sup>第二，针对当前建设市场竣工日期迟延现象较多、部分工程未实际竣工的情形，如果机械按照6个月的期限进行适用，将导致优先受偿权无法行使，严重损害承包人的应有权利。故建设工程优先受偿权的行使不应以建设工程是否竣工为限，即使工程未竣工，只要发包人有欠付工程款的事实，承包人就可以依照法律规定的程序主张优先受偿权。<sup>②⑤</sup>因此，最高人民法院对此作出相应规定，“非因承包人的原因，建设工程未能在约定的时间内竣工，承包人依据合同法第286条规定享有的优先受偿权不受影响。承包人请求行使优先受偿权的期限，自建设工程实际竣工之日起计算；如果建设工程合同由于发包人的原因解除或者终止履行，承包人行使建设工程价款优先受偿权的期限自合同解除或终止履行之日起计算。”<sup>②⑥</sup>第三，对于分期或分批施工的工程。参照上述认定原则，对于分期分批工程当事人约定单独结算的，按照分期分批工程进行结算。未约定或者未进行单独结算的，按照最后一项工程竣工时间、解除或终止履行时间进行认定。

### （三）催告行为与行使期限

第一，按照《合同法》第286条的规定进行催告，对于催告的合理期限是否应当在6个月期限内进行扣除的问题，因该6个月期限在性质上属于除斥期间，不适用诉

<sup>②③</sup> 《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释2002第16号）第4条。

<sup>②④</sup> 最高人民法院民一庭编：《民事审判指导与参考》总第46辑，人民法院出版社2011年版，第244页。

<sup>②⑤</sup> 最高人民法院民一庭编：《民事审判指导与参考》总第62辑，人民法院出版社2015年版，第294页。

<sup>②⑥</sup> 参见《2011年全国民事审判工作会议纪要》。



讼时效中止、中断及延长的规定，因此不能将协商支付及合理期间在6个月中扣除。第二，在审判实践中，可能出现发包人和承包人约定的工程款支付时间本身超过6个月的情形，建设工程价款优先受偿权在性质上属于法定优先权，如果允许双方当事人通过合同约定自行延长行使期限，可能会形成优先权无限延期的局面，不利于法律关系的稳定性。从《合同法》第286条和最高人民法院司法解释来看，对于优先权行使的期限应当进行明确限定，这不仅是发包人和承包人之间的权利义务关系，还关涉买受人、抵押权人、其他债权人的交易安全和稳定。因此，除特殊情形外，建设工程价款优先受偿权的行使期间，不宜基于当事人之间关于付款时间的约定进行改变。当事人约定的付款时间超出6个月期间的，可先行主张确认建设工程价款优先受偿权。

## 五、行使建设工程价款优先受偿权的方式

### （一）协商折价

第一，对于承包人通过发函的形式向发包人主张工程价款优先受偿权的效力的问题，实践中，承包人可以通过与发包人协议折价进行折抵，也可以提起诉讼或仲裁，但仅凭所发信函尚不应具备法律上行使优先权的效力，即工程价款优先受偿权应通过诉讼或仲裁的法定形式行使为宜。第二，对于发包人和承包人签订的折价协议的问题，《合同法》第286条规定了双方可以协议将工程折价，故以工程折抵工程款属于承包人行使优先权的法律许可方式。实践中，“协议折价”主要有两种方式，一种是指承包发包双方协商确定价格，并将工程买与第三人。<sup>②7</sup>一种是直接将工程项目所有权转移于承包人抵作工程款。<sup>②8</sup>双方对于已经履行完毕过户手续的，应认可其效力。对于尚未办理完毕过户手续，因发包人原因被人民法院查封的，除属于消费者权益保护情形外，应认定该协议具有排除其他金钱债权强制执行的效力。对于以房抵债抵偿协议未获支持的，因该协议系承包人和发包人双方履行建设工程价款优先受偿权的法律行为，除承包人过错原因导致外，自该协议被否定时，建设工程价款优先受偿权的期限应重新开始计算。承包人在丧失按照折价协议履行房产过户的权利时，继续享有建设工程价款优先受偿权。

### （二）准用实现担保物权程序

根据《民事诉讼法》第196条和第197条规定，担保物权人可以直接申请法院裁定拍卖、变卖担保财产。这与《合同法》第286条规定内容基本一致，且建设工程价款优先受偿权是法律出于保护承包人生存权利和维持建筑行业正常发展需要做出的特

<sup>②7</sup> 参见江平：《中华人民共和国合同法精解》，中国政法大学出版社1999年版，第224页。

<sup>②8</sup> 参见胡康生：《中华人民共和国合同法释义》，中国法制出版社1999年版，第439页。

别规定,属于建设工程承包人工程款债权的法定担保。<sup>②9</sup>故可以准用实现担保物权程序,由承包人向建设工程所在地基层法院申请拍卖建设工程,直接实现工程债权的优先受偿。<sup>③0</sup>值得注意的是,准用实现担保物权程序应当建立在建设工程欠款认定清楚的基础上,如果发包人、承包人对于工程款的数额存在较大争议,还应通过诉讼程序认定,在确定欠付工程价款优先权的数额后再行主张。

### (三)可否通过调解方式确认

尽管法律未明确建设工程价款优先受偿权的法定抵押权的物权属性,但其属于法定优先权,且具有优于抵押权的效力,其权利本身也并非仅涉及承包人和发包人,而是具有对抗其他债权人的属性,带有对世权的性质。如果允许就工程价款优先受偿权是否成立及债权担保数额的确定通过调解的方式确定,该优先权就具有极大的随意性,这与优先受偿权本身的法定性不相适应。<sup>③1</sup>且鉴于当前涉及建设工程价款优先受偿权的虚假诉讼问题频发,故对建设工程价款优先受偿权,一般不亦通过调解书予以确认。<sup>③2</sup>

### (四)可否在执行程序直接主张

最高人民法院《工程价款优先受偿权批复》第1条规定,人民法院在审理房地产纠纷案件和办理执行案件中,应当依照《合同法》第286条的规定,认定建筑工程价款优先受偿权优于抵押权和其他债权。可见在执行程序中仍可作为明确请求提出。故法院虽未在判决书、调解书中明确建设工程价款享有优先受偿权,并不妨碍权利人申请在案件执行中行使该优先受偿权,且建筑工程承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权,在执行分配中可以优先受到清偿。<sup>③3</sup>然而,对于承包人起诉工程款时未提出优先受偿申请的,应认定其未主张过优先受偿权。<sup>③4</sup>在执行中主张优先受偿权的,亦应受到6个月期间的限制,由于行使期间的原因,在执行中主张优先权并被认可的情况实践中较少。另外,由于我国确认民事权利的程序与实现民事权利的程序相对独立,即“审执分立”。<sup>③5</sup>执行机构一般不得对实体问题进行裁判。故对于是否享有优先受偿权,以及优先权的具体范围、数额,应由审判机构通过诉讼程序予以确认。

<sup>②9</sup> 参见江必新、何东宁等:《最高人民法院指导性案例裁判规则理解与适用(房地产卷)》,中国法制出版社2014年版,第258-260页。

<sup>③0</sup> 潘军峰:《关于建设工程施工合同案件审判疑难问题研究》,载 <http://blog.sina.com.cn/tumuren3721>, 2018年7月2日访问。

<sup>③1</sup> 汤雷、李昱:《建设工程优先权之实现程序》,载中国建设工程法律评论第四工作组编著,《建设工程价款优先受偿权》,法律出版社2017年版,第136页。

<sup>③2</sup> 《最高人民法院关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》第12条规定:“调解协议具有下列情形之一的,人民法院不予确认:(一)侵害国家利益、社会公共利益的;(二)侵害案外人利益的;(三)违背当事人真实意思的;(四)违反法律、行政法规禁止性规定的。”

<sup>③3</sup> 广东省高级人民法院(2012)粤高法民二初字第11号民事判决书。

<sup>③4</sup> 参见山东省高级人民法院(2014)鲁民一终字第307号民事判决书。

<sup>③5</sup> 参见江必新主编:《新民事诉讼法理解适用与实务指南》,法律出版社2012年版,第840页。



### （五）可否提起执行异议之诉

除建设工程纠纷案件外，当前关于建设工程优先受偿权纠纷的诉讼还主要集中在执行异议之诉案件中，争议的问题主要有以下情形。

1. 承包人主张享有建设工程价款优先受偿权请求排除强制执行的处理。第一，从本质上讲，建设工程价款优先受偿权是债权的顺位权，对建设工程进行强制执行并不妨碍该优先权的实现，一般情形下，建设工程价款优先受偿权不具备请求停止执行的权利特点。对于执行标的为建设工程，享有优先受偿权的工程价款明确具体的情况下，可以告知其在执行分配中主张。第二，对于工程已经进行拍卖或者折价，执行标的转化为工程拍卖款的，建设工程价款优先受偿权可以直接实现，故应当在执行异议之诉中认定建设工程价款优先受偿权的承包人就执行拍卖款中欠付工程款的数额，享有足以排除强制执行的民事权益。第三，对于承包人是否及享有优先权的数额尚不明确，在执行程序中难以认定的，为避免出现在优先权认定过程中，建设工程被强制执行导致优先权落空的情况，应当确认承包人是否享有优先受偿权。对此尽管存在着在对执行异议请求不属于排除强制性的民事权益的情形下，可以不再对确权请求进行审理的观点和做法。<sup>③6</sup>但是，如果对于已被采取保全强制措施的财产既不能单独提起确权之诉，也不能在执行异议之诉中进行确认，将导致主张优先权程序的灭失。因此，在执行异议之诉的审理程序内，对承包人关于建设工程价款优先受偿权的请求，一般应当予以审查及认定，再根据被执行建设工程的状态，确定排除强制执行拍卖价款，还是在执行分配中优先受偿。如果在执行异议之诉程序中对确认建设工程价款优先权的请求未予审理的，亦应告知其有权提起确认之诉，给予其必要的权利救济途径。

2. 实际施工人以其系工程款债权所有人为由针对承包人的到期债权提起执行异议之诉的处理。对于实际施工人主张享有建设工程价款优先受偿权排除强制执行的，因优先受偿权指向的客体为发包人名下的建设工程，实际施工人仅能在发包人欠付承包人工程款范围内享有有限的优先受偿权。如果实际施工人就此享有优先受偿权，则其可以就争议建设工程的价款优先受偿，排除其他债权人对于该部分工程款的强制执行。但如果工程债权已明确为承包人享有，则实际施工人享有的仅为请求承包人支付工程款的一般债权，与其他债权相比不具有优先性，不能享有排除强制执行的民事权益。

## 六、建设工程价款优先受偿权行使的规制

### （一）建设工程承包人应当依照合同约定履行全部义务

<sup>③6</sup> 潘杰、汪传海：《建设工程价款优先受偿权能否排除强制执行及执行异议之诉的范围》，载《民事审判指导与参考》总第72辑，人民法院出版社2017年版，第228页。

除由于发包人原因工程未竣工的之外，建设工程应当按期完工交付，并经验收合格。建设工程只有在竣工验收合格的情况下，合同债权的数额才能确定，发包人方能按照约定支付工程价款。验收不合格，发包人不仅有权拒绝支付工程价款，而且有权要求承包人承担违约责任。如果建设工程承包人一方存在其他违约行为，发包方因此行使抗辩权，未按约定支付价款的，承包人行使优先受偿权将受到一定程度的影响。另外，享有优先受偿权的承包人还负有工程质量担保、配合竣工验收、工程图纸交付、开具发票等附随义务，但该附随义务的履行并非承包人享有建设工程价款优先受偿权的前提条件。

### （二）建设工程价款优先受偿权是否可以预先放弃

一种观点认为，优先受偿权属于承包人的一项民事权利，当事人可以根据意思自治的原则放弃。尤其是在当前建设市场资金紧张的形势下，若不认可承包人承诺放弃优先受偿权的效力，将影响银行向建设单位发放贷款，最终仍会损害承包人的利益。<sup>③⑦</sup>另一种观点认为，建设工程价款优先受偿权设立系保护承包人经营利益及农民工生存权益，承包人在建设市场中处于弱势地位，如果允许预先放弃优先权，将使其合法权益受到严重侵犯，不应认可预先放弃的效力。<sup>③⑧</sup>笔者认为，建设工程价款优先受偿权属于《合同法》第 286 条规定的法定优先权，预先放弃将可能严重损害承包人合法权益，承包方作出预先放弃法定权利的承诺应认定以意思自治形式规避法律规定的行为，原则上应认定无效。但是基于工程融资等双方共同需要，在发包人提供充分有效担保，不影响工程价款支付的情况下，可以有条件的允许放弃优先受偿权。

### （三）优先受偿的效力范围

对于建设工程价款优先受偿权的对抗效力，主要有以下几个方面：

1. 关于消费者权利保护。消费者交付购买商品房的的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。<sup>③⑨</sup>最高人民法院研究室法官在对《建筑时报》记者提问时表示：“这一规定主要考虑消费者购买商品房的生存的权利，同时还关系到社会的稳定；而承包人的权利主要还是一种经营利益。生存权利优于经营利益受到法律保护，既是一种国际通行的做法，也是符合我们国家实际情况的。”<sup>④①</sup>承包人的利益尽管包含了劳动者利益，工程价款除工资外还包括材料费、管理费、税费和利润，所以承包人的经营利益与劳动者利益并不等同，不能凌驾于消费者利益之上。对于消费者的范围问题，其含义应当与《消费者权益保护法》中规定的“消费者”

<sup>③⑦</sup> 全国律协建房委：《建设工程优先受偿权问题专题研讨综述》，载 <http://lawbang.com/index.php/platform-home-show-id-1466471.shtml>，2018 年 7 月 2 日访问。

<sup>③⑧</sup> 郑金波、王树立：《工程价款优先受偿权应用难点及对策研究》，载《建筑经济》2018 年第 5 期。

<sup>③⑨</sup> 《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（法释 2002 第 16 号）第 2 条。

<sup>④①</sup> 梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社 2003 年版，第 136 页。



含义相同,是为生活需要购买、使用或者接受服务而不是为经营需要。<sup>④1</sup>值得关注的是,有观点认为:“承包人的工程价款优先受偿权不得对抗买受人”的规定,可以理解为既不得对抗买受人在房屋建成情况下的房屋交付请求权,也不得对抗买受人在房屋未建成等情况下的购房款返还请求权。<sup>④2</sup>

2. 关于抵押权和其他债权。最高人民法院《工程价款优先受偿权批复》第1条规定:建筑工程的承包人的优先受偿权优于抵押权和其他债权。在审判实践中,优先受偿权的实现主要是在拍卖建设工程的价款中进行优先受偿。但是,基于建设工程价款优先受偿权仅在《合同法》中作为法定优先权进行规定,在《物权法》《担保法》中均未明确,根据物权法定的原则,其在行使优先权与抵押权及其他债权对抗的过程中,出现一些争议。如在抵押权人、债权人申请执行的情形下,对于建设工程价款优先受偿权仅限于执行拍买款偿付的优先顺位。根据《合同法》第286条规定,承包人可以与发包人将该工程协议折价,对于双方已协商折价抵偿时的对抗性,并无相应法律和司法解释规定,而仅仅是参照是否符合购房人对抗执行的条件进行认定,甚至是认定为普通的以物抵债协议,主张物之交付的债权优于金钱债权,而抵债协议的目的是为了消灭金钱债,不应优先于另外一个金钱债权的实现。最后,因未达成一致意见,未将抵债受让人列入物权期待权保护范围,<sup>④3</sup>否认其优先权实现的折价方式。形成较多非因自身原因未办理房屋登记手续的工程价款优先权折价抵偿房屋被另案强制执行。对此,建议对于符合《合同法》第286条规定的折价的,在查明排除虚假诉讼合理怀疑的情形下,应赋予其优先效力,排除对建设工程的执行。

3. 在破产分配中的顺位。由于目前《破产法》及相关司法解释未对建设工程价款优先受偿权在债权受偿顺位中进行明确,导致建设工程价款优先受偿权在破产程序中受偿顺位存在不确定性。按照《破产法》应当遵守“尊重非破产法规范”的原则,根据《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问题的规定》第71条中“依照法律规定存在优先权的财产”不属于破产财产,其中的优先权应当包括建设工程价款优先受偿权。<sup>④4</sup>对于该权利适用民事案件审理的法律规定,即不能对抗已交付购买商品房的全部或者大部分款项的消费者的权利,优于抵押权人及其他债权人。同时根据权利优先的比较,对于在抵押权人以及债务清偿顺位之后的债权,建设工程价款优先权所担保的工程债权应当优先受偿。

<sup>④1</sup> 王永起:《建设工程施工合同纠纷法律适用指南》,法律出版社2013年版,第448页。

<sup>④2</sup> 最高人民法院针对山东省高级人民法院就处置济南彩石山庄房屋买卖合同纠纷案请示的答复(〔2014〕执他字第23、24号)。

<sup>④3</sup> 江必新、刘贵祥主编:《最高人民法院执行最新司法解释统一理解与适用》,中国法制出版社2016年版,第213页。

<sup>④4</sup> 朱大文:《破产案件中工程款优先权分析》,载 <http://www.360doc.com/content/16/0408/13/15151924-548840383.shtml>,2018年7月3日访问。

#### （四）虚假诉讼的防范

近期审判实践中，涉及建设工程价款优先受偿权的虚假诉讼呈高发态势，基于发包人债务众多，为保全资产逃避债务甚至对抗执行，少数当事人虚构或增加欠付工程款数额，协商推迟工程竣工时间，由承包人主张工程款优先受偿权，在双方认可的情况下，通过人民法院判决及调解，或者通过仲裁途径，取得建设工程价款优先受偿权。对此建议注意以下情形：第一，对于建设工程价款优先受偿权的诉讼，应当首先查明所涉建设工程是否已经被采取诉讼保全或执行措施。第二，严格优先受偿权的行使期限，正确认定起算时间，强化对于工程款数额证据的审查，注意防范当事人虚构工程款数额，恶意推迟6个月期限的起算时间，一般情形下不进行调解确认。第三，对于其他债权人包括申请执行人提起第三人撤销之诉，请求撤销确认建设工程价款优先受偿权判决、调解书的，不亦简单以原告不具备第三人主体资格为由驳回起诉，而应当进行初步的实体审理，对于通过诉讼确认优先权的方式规避债务、存在虚假诉讼嫌疑的，依法予以撤销。

#### 结语

对建设工程价款优先受偿权的行使和规制问题，建议借鉴域外立法经验，结合我国建设市场实际，进一步完善《合同法》《物权法》立法，明确以下内容：一是设立登记抵押权，对于工程价款的抵押权可以涉及土地使用权及工程全部，可以解决优先权的登记、性质、范围、效力（优于一般抵押权）等问题；其中，对于土地使用权等按照抵押权设立的先后顺序进行主张，与一般的抵押权无区别。对于建筑物增值部分，属于法定优先权，应当优于先设定的抵押权。二是法律规定的优先权。将没有进行抵押权登记的建设工程价款优先受偿权规定为法定优先权，仅对因建设工程施工增加价值部分享有，优于抵押权，行使的期限需要受到严格限制。三是准确界定和限制建设工程价款优先受偿权的权利范围，只有承包人基于建设工程支出的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用以及应当计入工程造价的利润、停工窝工损失等费用，才能纳入优先受偿的权利范围。四是对于不宜折价、拍卖的工程，其收益视为工程折价的特定方式，应当作为优先受偿权指向的客体。

（责任编辑：王文斌）



# 美国的强制最低刑制度与量刑指南

刘静坤\* 编译

**内容摘要** 强制最低刑制度，是美国联邦法律制度特别是量刑制度的一大特色。综观该制度的产生和发展，能够反映出美国立法理念和量刑制度的发展历程。本文以美国量刑委员会向国会的专题报告为基础，介绍联邦强制最低刑制度的发展历史和法律规定，强制最低刑与量刑指南的关系，以及量刑指南的新发展。考察美国的强制最低刑制度，对于完善我国刑法的法定刑设置、贯彻宽严相济刑事政策、深入推进量刑规范化改革具有重要参考价值。

**关键词** 强制最低刑 量刑指南 量刑改革

**中图分类号**：DF13/17 **文献标识码**：A **文章编号**：1674-3156(2018)05-058-076

强制最低刑制度，是美国联邦法律制度特别是量刑制度的一大特色。综观该制度的产生和发展，能够反映出美国立法理念和量刑制度的发展历程。本文以美国量刑委员会向国会的专题报告为基础，介绍联邦强制最低刑制度的发展历史，及该制度的具体建构等问题。

## 一、美国强制最低刑制度的发展历史

### (一) 建国初期的强制最低刑

18世纪末期，国会制定第一批联邦刑法后，强制最低刑(mandatory minimum penalties)制度就随之产生。强制最低刑通常适用于最为严重的犯罪，例如谋杀罪和叛国罪，并旨在应对迫切的问题和紧急情况。

宪法授权国会确定刑事犯罪及其刑罚，但是1789年第一届国会并未规定联邦犯罪。1790年，国会通过的《犯罪法》(Crimes Act)规定了一系列联邦罪行，其中专门规定了23个联邦犯罪。该法案所涉及的7个罪名规定了法定的死刑，包括叛国罪、谋杀

\* 中国政法大学诉讼法学研究院教授。

罪及与海盗行为相关的 3 个罪名等。其中一个海盗罪名规定了四类不同的犯罪行为，这使得规定强制最低刑的犯罪增加到十类。叛国罪、谋杀罪和海盗罪，至今仍然保留着强制最低刑。1790 年《犯罪法》规定的 13 个罪名涉及监禁刑，强制最高刑分别为 1 年（3 个罪名）、3 年（7 个罪名）和 7 年（3 个罪名）。

18 世纪后期，各州陆续减少判处死刑的犯罪类型，1790 年《犯罪法》也顺应了这种改革趋势。在整个 17 世纪和 18 世纪，受英国殖民影响，各个殖民地都增加了死刑犯罪的数量，将死刑作为所有严重犯罪的标配刑罚。不过，受到刑罚实证主义和均衡主义等现代理念的影响，各州在美国革命后的数十年间减少了适用死刑的数量。1790 年《犯罪法》体现了这种改革趋势，仅对七种明文规定的犯罪设立了死刑，并对其他犯罪仅规定了最高刑。而这其中的一些犯罪，例如过失杀人罪和盗窃罪，在殖民地时期通常会被判处死刑。实际上，众议院在审议 1790 年《犯罪法》时存在的分歧，也反映出对刑罚效用性和均衡性的关注。

18 世纪末，作为应对美法两国紧张关系的举措之一，国会开始推行强制最低刑制度。在 XYZ 事件之后，作为美法可能爆发战争的准备措施，国会通过了 1798 年《煽动叛乱法》（Sedition Act），其中规定，对采用叛乱、暴动或者非法集会等方式反对、阻碍联邦官员执法的行为，作为犯罪处理。该罪的强制最低刑是 6 个月监禁。1799 年，国会通过了《罗根法》（Logan Act），再次规定了强制最低刑。该法规定，任何公民未经美国当局同意，基于影响外国政府或者抵制美国政府举措的目的，针对那些“与美国存在的冲突或者争议问题”和外国势力进行联络的行为，将被判处最低 6 个月监禁。1798 年《煽动叛乱法》包含一个日落条款，在亚当斯总统任期的最后一日（1801 年 3 月 3 日）自动失效。不过，《罗根法》规定的犯罪仍然生效，只是不再适用强制最低刑。

国会为了终止奴隶贩运制度，还对此类行为规定了强制最低刑。1808 年之前，宪法禁止国会限制或者废止奴隶贩运。此后，在杰斐逊总统督促下，国会于 1807 年 2 月通过一部禁止奴隶贩运的法律。该法禁止公民将奴隶带入美国或者在运输奴隶的船只上工作。此类犯罪的强制最低刑分别为 5 年和 5 年监禁。该法规定的其他犯罪，例如为贩运奴隶的船只提供装备以及买卖非法贩运的奴隶，都只是判处罚金而已。

1818 年，国会为了应对非法贩卖奴隶所导致的一系列问题，对涉及奴隶的犯罪增加规定了强制最低刑。国会出台了一项法律，无论是修理贩奴船只，还是为贩奴船只当船员，抑或将奴隶贩至美国境内，都将面临强制最低刑为 3 年监禁的刑罚。此类刑罚并没有能够阻止奴隶交易，不过，国会于 1820 年宣告，任何人，如果为贩奴船只当船员或者为奴隶交易而强制拘禁他人，都属于海盗行为，并将被强制判处死刑。

1825 年，国会通过了另外一部《犯罪法》，在 1790 年《犯罪法》基础上，增设了一些新的犯罪，并且修改了一些罪名以及相应的刑罚。1825 年《犯罪法》的重要特点



之一就是未规定强制最低刑。时任上议院司法委员会主席丹尼尔·韦伯斯特负责起草了该法草案，其就此指出：“这部法律总体上比之前的法律更加轻缓。”联邦司法部长本杰明·富兰克林·巴特勒向最高法院指出，国会之所以出台1825年《犯罪法》，部分原因是由于1790年《犯罪法》规定的刑罚过于严苛。在1825年《犯罪法》所列举的21类犯罪中，仅对联邦国库职员变造联邦金银货币的行为规定了最低1年监禁的强制最低刑。尽管1825年《犯罪法》对3类犯罪（对军事据点的住房纵火、在公海实施特定的重罪、对美国船只纵火）强制判处死刑，但同时也废除了1790年《犯罪法》对伪造美国证件和公债券行为强制适用的死刑，对此类行为判处10年以上监禁。对其余的17类犯罪，1825年《犯罪法》分别规定了6个月、1年、3年、5年以及以上10年以上的监禁刑。

国会为哥伦比亚特区制定刑法时，特别倚重强制最低刑制度。1831年《哥伦比亚特区犯罪法》规定了发生在特区内的18类犯罪及其刑罚，其中15类犯罪规定了强制最低刑。例如，收购赃物罪的强制最低刑是1年以上监禁刑。这15类犯罪还对二次犯罪或者后续犯罪专门规定了强制最低刑。收购赃物罪二次犯罪的强制最低刑是2年以上监禁刑。尽管联邦刑法对某些犯罪并未规定强制最低刑，但国会对哥伦比亚特区的类似犯罪却规定了强制最低刑。在哥伦比亚特区，第一次犯收购赃物罪的强制最低刑是1年以上监禁刑，最高刑是5年监禁刑，而根据联邦刑罚，收购赃物罪没有强制最低刑，强制最高刑也仅为3年监禁刑。

随后，国会为了满足特定需要，陆续制定了一些刑事法律，其中有的新法也规定了强制最低刑。1835年，国会出台了针对叛乱、煽动叛乱以及船主或者官员虐待船员的法律，分别规定了不超过10年、5年和5年的监禁刑。不过，国会也废除了1790年《犯罪法》对叛乱罪规定的强制性死刑。1840年，国会出台了针对征收和保障公共税收的法律，其中对监管公款的官员贪污公款的行为，规定了不低于6个月监禁的强制最低刑。19世纪50年代，国会对加利福尼亚州伪造地契和军用土地令的犯罪行为规定了不低于3年监禁的强制最低刑。

## （二）内战时期的强制最低刑

19世纪60年代，联邦政府应对内战及战后重建，国会针对与南部联盟联合的人员规定了强制最低刑。1861年，国会将意图推翻联邦政府的行为规定为犯罪，并且规定了不低于6个月监禁的强制最低刑。此外，将招募反对美国的军事人员的行为规定为犯罪，并且规定了不低于1年监禁的强制最低刑，还对被招募者规定了同样的强制最低刑。

1862年，国会通过一部法律，对南部联盟的一些间谍强制判处死刑。同年还通过一部法律，对绑架自由人进而意图作为奴隶贩卖的行为规定了5年监禁的强制最低刑。

该法还修改了1790年《犯罪法》对叛国罪的刑罚，将强制适用死刑修改为“死刑；或者基于法庭的裁量权，判处不低于5年的劳役监禁。”

1863年，国会禁止未经联邦政府批准与旨在影响联邦政府运作的反政府武装进行联络，并对此类行为规定了不低于6个月监禁的强制最低刑。该犯罪与1799年《罗根法》的相关规定类似，对与外国政府联络的行为规定了强制最低刑。同年，国会通过立法规范招募男兵入伍，对那些鼓励或者帮助逃避兵役的行为规定了不低于6个月监禁的强制最低刑。对于欺诈政府行为，规定了不低于1年监禁的强制最低刑。

1864年，国会将唆使或者帮助水手逃避海军兵役的行为规定为犯罪，并且规定了不低于6个月监禁的强制最低刑。在战时涉及强制最低刑的犯罪还包括：国家银行职员贪污行为，规定了不低于5年监禁的强制最低刑；制造或者使用假钞，或者持有伪造的雕版牌照的行为，规定了不低于5年监禁的强制最低刑；毁坏邮政信箱的行为，规定了不低于1年监禁的强制最低刑。对于其他一些犯罪，国会分别规定了不低于1年、6个月或者3个月监禁的强制最低刑。在战后的一段时期，国会还对一些犯罪规定了强制最低刑，通常是不低于1年的监禁。

### （三）修改后的刑法：内战以后的强制最低刑

19世纪70年代，国会对联邦法律进行编纂，形成了《修订法典》（Revised Statutes），也就是现在的《联邦法典》（United States Code）的前身。由于此前缺乏编纂，加之国会经常用新法取代旧法，并且废止一些法律规定，使得很难准确统计生效的强制最低刑的数量。《修订法典》对截止1878年生效的联邦犯罪及其刑罚进行了梳理。

《修订法典》编纂的犯罪中，至少有108类犯罪规定了强制性刑罚。其中，16个犯罪规定了强制适用死刑，包括谋杀、海盗、各类战争犯罪以及纵火。1790年《犯罪法》就对谋杀、海盗和奴隶交易规定了死刑，或者是在1820年代对奴隶交易规定了死刑。

《修订法典》取消了1790年《犯罪法》对伪造犯罪（最早的死刑犯罪）规定的强制性死刑。《修订法典》还体现了国会1863年对叛国犯罪所作的修改，当时法律规定，对叛国犯罪可以判处死刑或者基于法庭的裁量权，判处不低于5年的监禁。

《修订法典》规定的108类包含强制刑罚的犯罪中，至少有92类犯罪包含强制的最低监禁刑。只有一个犯罪，即抢劫联邦邮件，规定了终身监禁，但也只适用于二次犯罪；否则，该罪将被判处不低于5年监禁的强制最低刑。其他犯罪的强制最低刑由10天到5年监禁不等。

《修订法典》规定的半数以上（50以上）包含强制最低刑的犯罪都涉及国内税收问题，主要是为了预防在征收烟酒消费税过程中存在欺诈行为。在内战开始后不久，联邦政府为了应对战争的庞大资金需求，自18世纪后期以来首次针对烟酒和其他物品征收消费税。消费税在联邦政府总体税收中占有较大比重，因此，全面征求消费税



是一项重要任务，但是这项任务很难落实。为了促使公民按照规定缴纳烟酒消费税，国会推行了多项举措，其中之一就是规定了大量的强制最低刑。在此类强制最低刑中，只有一个犯罪规定了1年以上监禁的强制最低刑，

8类犯罪规定了1年监禁的强制最低刑；26类犯罪规定了最低6个月监禁的强制最低刑；8类犯罪规定了最低3个月监禁的强制最低刑；其他7类犯罪规定了10日至1个月的强制最低刑。不过证据显示，尽管刑事追诉是打击逃税犯罪的主要手段，但此类强制最低刑最终仅导致相对较少的罪犯被监禁，并未有效地促使公众遵守税收法律。此外，19世纪80年代中期才得到遏制的大范围逃避消费税行为，看起来并不是得益于强制最低刑，而是得益于政府对烟草产出监控能力的提高，以及税收官员雇佣和监督机制的改革。

除税收犯罪外，《修订法典》还主要对涉及假冒和伪造、海盗和贩卖奴隶等犯罪，以及政府官员的不法行为和干预政府职能的行为规定了强制最低刑。之所以对涉及假冒和伪造、海盗和贩卖奴隶等犯罪规定强制最低刑，主要是考虑到此类犯罪传统上都被判处死刑。此外，与20世纪国会制定的法律相比，1878年规定的强制最低刑相对刑期较短。

在42部法律中，只有19部法律对那些与税收无关的犯罪规定了不低于1年监禁的强制最低刑，其中许多犯罪都轻于贩卖奴隶和海事犯罪。只有9类犯罪规定了3年监禁的强制最低刑，2类犯罪规定了5年监禁的强制最低刑。因此，《修订法典》的许多强制最低刑都适用于历史上判处严酷刑罚的犯罪，同时，《修订法典》所规定的强制最低刑的刑期也通常要短于目前适用的强制最低刑。

#### （四）1909年《刑法》和20世纪前半叶的法典化

进入20世纪，国会通过一系列举措废止了《修订法典》规定的一些强制最低刑。1897年，国会设立委员会对刑事法律进行修改和编纂。国会最初要求修法委员会修改和编纂联邦刑事法律，但是在委员会提交报告之前，国会又要求委员会对所有联邦法律进行系统的修改和编纂。

在向国会的报告中，修法委员会建议对许多不再适用死刑的犯罪废除强制最低刑。在1901年的中期报告中，委员会指出，规定法定最高刑而非强制最低刑，有助于实现刑罚与罪犯相适应，而非仅仅基于犯罪判处刑罚。委员会进而在1906年的报告中指出，其改变了一些犯罪的刑罚，比此前严酷的刑罚更加轻缓，同时也注意确保刑罚与犯罪的严重程度相适应。

1907年，国会设立了修法特别联合委员会，对此前修法委员会修改和编纂的法律进行审查、研究并提出建议。该委员会首先对修法委员会编纂的刑事法律进行整理，并于1909年出台了新《刑法》。特别委员会大体上同意修法委员会对强制最低刑的反

对意见。

特别联合委员会在修法报告中对废除强制最低刑提出了以下理由：修法委员会的做法是，对不再适用死刑的所有犯罪仅仅规定法定最高刑，由法官裁量适用最低刑。这种做法符合现代刑事法理学的人道主义精神。早期的英国法律显然过于严酷；最为严重的犯罪和最为轻微的犯罪同样都可以适用死刑。1790 年《犯罪法》反映了这种刑法的野蛮化状态，对十三类严重犯罪规定了死刑，但是这种严酷的报复理念已经完全消失了。除叛国罪、谋杀罪和强奸罪外，我们现在已经废除了其他犯罪的死刑，即使对这三类可以判处死刑的犯罪，也可以考虑判处终身监禁；随着英国的法官开始基于对诉讼程序的反思，倾向于摒弃普通法中严酷的刑罚，陪审团也经常拒绝对那些有情可原的犯罪认定有罪，避免被告人遭受因强制最低刑所带来的残酷刑罚。

1909 年《刑法》至少废除了《修订法典》中规定的 31 个强制最低刑，并对政府雇员不法行为、伪造和变造以及贩卖奴隶等犯罪的强制最低刑提出异议。尽管修法委员会在编纂所有联邦法律的过程中还建议废除其他的强制最低刑，但国会仅采纳了该委员会对刑事法律和司法法律中的意见。因此，新《刑法》之外的法律中规定的强制最低刑在 1909 年之后仍然适用。剩余的强制最低刑中，绝大多数都是涉及国内税收的犯罪。

除了废除一些强制最低刑外，国会还在 1909 年《刑法》中降低了一些犯罪的刑罚，将强制的死刑改为强制的终身监禁。这些犯罪包括在船只上拘禁或者运输奴隶、在外国海岸扣押奴隶、海盗、海员对指挥者实施暴力、海盗船员在海岸抢劫、冒充外国使节实施海盗行为、外国人实施海盗行为，此类犯罪在早期均被判处死刑。1909 年《刑法》还将营救罪犯和纵火犯罪的强制死刑分别改为法定最高刑 25 年和 20 年监禁。

根据 1909 年《刑法》，一级谋杀罪和强奸罪仍然保留了强制死刑；二级谋杀罪、阻碍海难人员逃生罪和向遇险船只出示虚假照明罪的强制最低刑为 10 年监禁；破坏船只罪将被判处终身监禁或者特定刑期；叛国罪将被判处死刑或者最低 5 年监禁的强制最低刑。

在禁酒令时期，国会规定了一些包含强制最低刑的犯罪。1919 年，国会为适应第十八修正案的需要，出台了《禁酒法》(Volstead Act)。该法严禁非法制造或者销售酒精饮料，对其中一些违法犯罪行为规定了强制最低刑。一级非法制造或者贩卖酒精饮料犯罪的最高刑是 6 个月监禁；二级或者次级犯罪将被判处最低 1 个月的强制最低刑，最高将被判处 5 年监禁。对储存非法销售的酒精饮料的犯罪规定了最低 30 日监禁的强制最低刑，对故意违反禁令的犯罪规定了最低 30 日监禁的强制最低刑。禁令时期的强制最低刑持续时间不长，随着第二十一修正案出台，国会废止了《禁酒法》及其相应的刑罚。



1948年,随着联邦法典第18章的制定,国会将强奸罪的刑罚由强制死刑改为“死刑,特定期间的监禁或者终身监禁”,但对杀人罪、抢劫银行过程中的绑架犯罪或者盗窃罪规定了10年监禁的强制最低刑。国会还降低了对从国外海岸扣押人员贩为奴隶的犯罪以及在船上拘禁奴隶的犯罪判处的刑罚,将强制终身监禁改为分别判处最高7年或者4年监禁的刑罚。

#### (五) 20世纪中期的强制最低刑

1951年开始,国会通过三种方式改变了强制最低刑的适用。第一,国会规定了更多的强制最低刑。第二,国会扩展了强制最低刑的适用范围,对传统上并未规定强制最低刑的犯罪也开始适用此类刑罚。在1951年前,强制最低刑主要适用于叛国罪、谋杀罪、海盗罪、强奸罪、贩奴罪、国内税收犯罪和伪造犯罪。目前,绝大多数犯罪都规定了强制最低刑,包括管制物品犯罪、火器犯罪、身份盗窃犯罪以及儿童性犯罪。第三,目前的强制最低刑通常要长于早期的强制最低刑。

在20世纪后半叶,国会改变了此前不赞成强制最低刑的政策,并以之为抓手打击毒品犯罪以及相关犯罪带来的社会问题。1951年,国会对违反《毒品进出境法》(Narcotic Drugs Import and Export Act)的犯罪规定了2年监禁的强制最低刑,该法禁止管制物质的进口、销售、购买和接受行为。二次或者三次违反该法将相应地判处5年和10年监禁的强制最低刑。1956年,国会又规定了一些管制物品犯罪,对向未成年人贩卖海洛因的犯罪规定了10年监禁的强制最低刑,并对在船上持有毒品的初次犯罪规定了5年监禁的强制最低刑。

不过,到了20世纪60年代,随着对毒品犯罪的强制最低刑逐渐不受欢迎,尼克松政府提出对毒品犯罪的量刑法律进行彻底改革。国会制定了1970年《综合的毒品滥用预防和控制法》(Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act),几乎取消了毒品犯罪的所有强制最低刑。国会认为,对现有的刑罚进行改革,特别是取消强制最低刑,有助于建立一个更加现实、灵活和有效的刑罚制度,并震慑违反联邦毒品法律的行为。

国会取消毒品犯罪的强制最低刑,并不意味着在政策层面反对所有类型犯罪的强制最低刑。例如,国会对《联邦法典》第924(c)条款作出修改,要求对实施重罪过程中使用或者携带火器的行为适用最低1年监禁的强制最低刑,并对二次和多次犯罪适用强制的连续2年监禁。1970年,国会取消了毒品犯罪的强制最低刑同时,对实施其他特定犯罪过程中使用或者携带爆炸物的行为规定了最低1年监禁的强制最低刑。

1980年代,国会规定了许多强制最低刑,并增加了一些刑罚的期限,特别是对毒品犯罪和暴力犯罪。国会在该时期对强制最低刑的适用体现出量刑观念的转变,即,由罪犯复归社会模式转变为“适用更加确定、更少差异和更加注重罚当其罪的刑罚”

的犯罪控制模式。

#### （六）强制最低刑的反思：2010 年《公正量刑法》

国会在 2010 年《公正量刑法》(Fair Sentencing Act) 中废除并修改了旨在打击可卡因犯罪的强制最低刑。这些强制最低刑从 1980 年代制定以来就面临广泛的争议。例如，1995 年，量刑委员会向国会提交了四份报告，要求改变联邦的可卡因犯罪量刑政策。

《公正量刑法》改变了 1986 年和 1988 年法律规定的强制最低刑，废除了单纯持有可卡因犯罪的强制最低刑；对应当判处 5 年和 10 年监禁的强制最低刑的情形，将可卡因的数量分别从 5 克和 50 克增加为 28 克和 280 克。国会两党对这些改革普遍持支持态度。国会成员对此提出了多项理由，包括缺乏证据表明 100 :1 的比例的合理性，现有的刑罚设置导致严重的不平等，现有的强制最低刑有失公正，等等。《公正量刑法》更加关注罪犯本身，要求量刑委员会基于特定的从重量刑情节对所有毒品罪犯设定更高的量刑幅度，这些情节包括贿赂执法人员纵容犯罪，利用住宅制造或者贩卖管制物质，或者在具有从重情节时妨碍司法。《公正量刑法》还要求量刑委员会对那些因在犯罪中地位作用较低而调节量刑幅度的罪犯规定更低的量刑幅度。

## 二、美国强制最低刑制度及其与量刑指南的关系

### （一）强制最低刑的合宪性

联邦最高法院在判决中区分犯罪构成事实和量刑事实的证明：对犯罪构成事实，必须在起诉书中明确提出指控，由陪审团作出认定，并达到排除合理怀疑的证明标准；对量刑事实，由法官作出认定，只需达到优势证据标准即可。国会可以对量刑事实作出规定，指导或者限制法官在法定量刑幅度内的量刑裁量权，不过，法官所认定的量刑事实不能增加法定最高刑，相比之下，陪审团认定或者被告人自认的相关事实则不受此限。

对于一些犯罪，强制最低刑作为唯一特殊规定的刑罚，在个案中得以适用。例如，对于严重的身份盗窃犯罪和接收儿童色情材料犯罪，在量刑时通常都会涉及强制最低刑，分别是 2 年和 5 年监禁。在此种情形下，判处强制最低刑的事实也是犯罪构成事实。相应地，此类事实也需要在起诉书中明确提出指控，由陪审团作出认定，并达到排除合理怀疑的证明标准。

在另一些案件中，判处强制最低刑的事实可能增加了法定最高刑，参见联邦最高法院在阿布伦蒂诉新泽西州案件中的判决。联邦最高法院在阿布伦蒂案件中指出，第六修正案要求，除了犯罪前科事实外，任何超出法定最高刑判处刑罚的事实，都必须提交给陪审团，并且作出排除合理怀疑的证明。例如《联邦法典》第 21 章第 841(b)(1)



(C) 条款规定,违反该规定的贩毒犯罪没有规定强制最低刑,该罪的法定最高刑是20年监禁。不过,基于涉案毒品的类型和数量,可能判处5年或者10年监禁的强制最低刑,同时还可能将法定最高刑增加为40年监禁或者终身监禁。各地法院一致认为,如果被告人将被判处的刑罚可能高于原本将被判处的法定最高刑,那么,涉案毒品的类型和数量必须在起诉书中提出明确指控,由陪审团作出认定,并且达到排除合理怀疑的证明标准。不过,对于判处强制最低刑的事实,如果对被告人仍然在法定最高刑的幅度内量刑,是否需要在起诉书中提出明确指控,以及是否需要由陪审团作出认定,并且达到排除合理怀疑的证明标准,巡回上诉法院存在不同意见。

在法定量刑幅度内判处强制最低刑的事实,无需满足前述起诉书指控、陪审团认定和证明标准要求。联邦最高法院在哈里斯诉合众国案件中指出,那些设定量刑外部边界以及司法认定权限的事实,是宪法分析框架内的犯罪构成事实。不过,在陪审团裁决的授权范围内的事实,政治体制允许司法裁量权的存在,由法官基于专业知识认定特定事实后判处被告人最低的刑期。

联邦最高法院在哈里斯案件中指出,被告人违反《联邦法典》第18章第924(c)条款的规定,在作案时挥舞枪支,依法将被判处7年监禁的强制最低刑,该事实无需在起诉书中提出指控,也无需由陪审团作出排除合理怀疑的认定。尽管被告人在作案时挥舞枪支的事实增加了强制最低刑,由5年监禁增加为7年监禁,但这属于量刑事实,理由是该事实仅仅限定了法院在法定最高刑幅度内的量刑裁量权。

不过,即使涉及强制最低刑的事实并未增加法定最高刑,也可能需要满足宪法规定的起诉书指控、证明标准和陪审团认定的条件。联邦最高法院在合众国诉奥布莱恩案件中指出,基于宪法要求,特定的事实究竟属于犯罪构成事实还是量刑事实,需要由国会作出规定。如果国会并未作出明确规定,法院需要认真分析法律条文和框架,进而确定特定事实究竟属于犯罪构成事实还是量刑事实。联邦最高法院在奥布莱恩案件中指出,基于国会的立法意图,被告人在作案过程中使用机枪进而适用30年监禁的强制最低刑的事实,应当属于犯罪构成事实而非量刑事实。

最后,犯罪前科事实也可能涉及强制最低刑的适用,但无论该事实是否影响法定最高刑,都不适用宪法规定的起诉书指控、证明标准和陪审团认定的要求。联邦最高法院指出,即使犯罪前科事实可能增加法定最高刑,也可以由法官在量刑阶段作出认定。联邦最高法院还将犯罪前科事实作为前述宪法规定的一般规则的例外情形。相应地,如果被告人的前科涉及强制最低刑的适用,该事实可以由法官基于优势证据标准作出认定。

## (二) 将强制最低刑整合入量刑指南

国会要求量刑委员会确保量刑指南与联邦法律的所有相关条款保持一致,并且确

保量刑指南的量刑幅度与《联邦法典》第 18 章的所有相关规定保持一致。鉴此，量刑委员会将强制最低刑整合入量刑指南，并且随着国会不断出台新的强制最低刑规定，量刑委员会也不断将之整合入量刑指南。

量刑委员会在确定量刑指南的量刑幅度时，对于涉及强制最低刑的犯罪，通常会确定略高于强制最低刑的量刑幅度，不过，将强制最低刑整合入量刑指南的具体方法不断发生变化，具体取决于量刑委员会的持续性研究、经验和分析。

量刑委员会此前的做法是为第一类犯罪前科的被告人设定犯罪基准，与量刑表格中的第一个量刑幅度相对应，其中，最低量刑幅度要高于强制最低刑。据此，在不考虑提高或者调整犯罪基准，也不考虑犯罪前科的情况下，犯罪基准所确定的量刑幅度要高于可适用的强制最低刑。这种一般做法在毒品犯罪的量刑指南中体现得较为明显。毒品犯罪的法律规定包含强制最低刑，通常是 5 年或者 10 年监禁，具体取决于涉案毒品的类型和数量。类似地，毒品数量表格基于涉案毒品的数量和类型，确定了贩毒案件被告人的犯罪基准。量刑委员会设计毒品数量表格的目的是确保，判处强制最低刑的毒品数量所对应的犯罪基准，与高于强制最低刑的量刑表格的第一个量刑幅度相同。例如，根据《联邦法典》第 21 章第 841 (b)(1)(B) 条款的规定，贩卖 500 克以上的可卡因将被判处 5 年监禁的强制最低刑，量刑指南所设定犯罪基准是 26，相应的量刑幅度刚好高于第一类犯罪前科被告人的强制最低刑（63-78 个月）。对于涉案毒品数量高于或者低于强制最低刑所对应的数量的情形，毒品数量表格基于强制最低刑对应的数量阈值分别进行推算，进而对所有可能涉案的毒品数量设定量刑幅度。

量刑委员会对量刑幅度所设置的犯罪基准略高于强制最低刑，目的是确保对那些作出认罪答辩或者与官方合作的被告人可以从宽处罚。这种量刑幅度的设置能够实现量刑委员会的法定目标，即，确保量刑指南充分考虑被告人对办案所提供的实质性帮助，从而对被告人判处更加轻缓也更为适当的刑罚，包括低于法定最低刑的刑罚。设定高于强制最低刑的犯罪基准，也有助于实现量刑委员会的另一个法定目标，即，充分考虑社区对犯罪严重性的认识，因为强制最低刑反映出国会已经考虑到社区对犯罪严重性的认识。

2007 年，量刑委员会修改了可卡因类毒品犯罪的毒品数量表格，将犯罪基准分别由 26 和 32 调整为 24 和 30，与 5 年和 10 年的强制最低刑相对应。对于第一类犯罪前科的罪犯，犯罪基准所对应的量刑幅度中，最低刑罚低于强制最低刑，即，犯罪基准为 24，对应的量刑幅度为 51-63 个月，与 5 年的强制最低刑相对应；犯罪基准为 30，对应的量刑幅度为 97-121 个月，与 10 年的强制最低刑相对应。量刑委员会发现，相对较低的犯罪基准并不会影响可卡因类犯罪被告人的认罪答辩率和与官方的合作率，上述比率在 2007 年修改量刑指南前后基本相同。考虑到 2010 年《公平量刑法》对毒



品数量最低标准的修改，量刑委员会为与可卡因类犯罪的强制最低刑相适应，将该类犯罪的犯罪基准改为原来的 26 和 32。

随着国会不断规定新的强制最低刑，量刑委员会基于对特定类型犯罪和量刑指南的经验总结，不断地将新的刑罚整合入量刑指南。例如，在《儿童保护法》(PROTECT Act)中，国会对违反《联邦法典》第 18 章第 2252 和 2252A 条款的儿童色情交易规定了 5 年监禁的强制最低刑。为了与该规定相适应，量刑委员会将此类犯罪的犯罪基准确定为 22，尽管如此，相应的量刑幅度仍然低于第一类犯罪前科被告人的强制最低刑。

量刑委员会调整了对该强制最低刑的传统处理方法，因为经验和数据显示，量刑指南中多个提高法定刑幅度的情节，例如使用计算机、相关材料涉及不满 12 周岁的儿童以及图片数量等，几乎适用于所有此类案件。因此，量刑委员会将该类犯罪的犯罪基准设定为 22，已经考虑到，基于量刑指南第二章的计算方法，将导致几乎所有此类案件被告人的量刑幅度略高于强制最低刑。

一些常用的强制最低刑除了涉及犯罪自身判处的刑罚外，还涉及额外需要连续执行的监禁刑。为了确保量刑指南与量刑法律相一致，量刑委员会将此类刑罚整合入量刑指南，专门规定针对此类犯罪的刑罚应当是法律规定的最低刑。例如，根据《联邦法典》第 18 章第 924(c)(1) 条款的规定，被告人在实施暴力犯罪或者贩毒犯罪过程中使用枪支的，将被判处 5 年直至终身监禁的强制最低刑。量刑委员会就此规定，对于违反上述法律规定的被告人，量刑指南的刑期应当是法律规定的最低刑。对于涉及强制最低刑的其他犯罪，例如加重的身份盗窃罪等，量刑指南都作出了相同的规定。

对于有些规定强制最低刑的犯罪，量刑委员会并未在量刑指南中作出特殊的规定，这通常是由于此类强制最低刑很少使用，无需作出特殊规定。此种情况下，为了确保量刑指南与联邦法律相一致，量刑委员会规定相应的量刑幅度至少应当达到强制最低刑。量刑指南第 5 章第 1.1 条款规定，如果法律要求判处的最低刑高于量刑指南所设定的最高刑，法律要求判处的最低刑就应当取代量刑指南的规定。此外，量刑委员会还制定了一些规定，确保被告人的整个量刑幅度都不会低于强制最低刑。因此，当量刑幅度的某些部分低于强制最低刑时，强制最低刑就成为量刑幅度的最低刑。

此外，量刑指南还引入两种方法来规避强制最低刑的适用：被告人为办案提供实质性帮助和安全阀。量刑指南第 5 章第 1.1 条款，在满足量刑委员会要求的前提下，当被告人为办案提供实质性帮助时，允许量刑时偏离量刑指南的量刑幅度，对此，《联邦法典》第 18 章第 3553(e) 条款规定，当被告人为办案提供实质性帮助时，量刑可以低于强制最低刑。上述互相补充的规定使得被告人可以通过与官方合作获得益处。被告人也可以基于法定的安全阀来获得偏离强制最低刑的量刑，《联邦法典》第 18 章

第 3553 (f) 条款规定，量刑指南指引法院参照量刑指南的相关规定判处刑罚，无需考虑强制最低刑。根据量刑指南的相关规定，如果被告人满足安全阀的相关标准，可以降低两个幅度量刑。

### (三) 偏离强制最低刑的机制

一直以来，法院都可以基于相应的机制偏离强制最低刑判处更加轻缓的刑罚。在 20 世纪早期，地区法院可以拒绝判决监禁刑，进而选择判处被告人缓刑或者假释，即使对规定强制最低刑的犯罪也是如此。当时并没有联邦法律规范假释。不过，1916 年，联邦最高法院指出，地区法院没有权力判处缓刑，联邦法院也没有权力在缺乏国会授权的情况下判处假释。

1925 年，国会通过了《联邦假释法》(Federal Probation Act)，明确授权地区法院可以搁置量刑，并且可以判处假释以作为监禁刑的替代措施。根据该法，地区法院可以拒绝判处强制最低刑，至少法律并未明确排除假释或者缓刑的适用。国会通过《量刑改革法》后，取消了上述量刑机制。不过，国会提供了其他的量刑机制，地区法院可以判处低于法律规定的强制最低刑的刑罚。

#### 1. 为官方提供实质性的帮助

根据《联邦刑事程序规则》第 35 (b) 条款和《联邦法典》第 18 章第 3553 (e) 条款的规定，如果被告人在侦查或者起诉其他被告人过程中提供了实质性帮助，地区法院可以判处低于强制最低刑的刑罚。上述两项法律规定的差异在于，《联邦法典》第 18 章第 3553 (e) 条款的规定适用于量刑过程中，而《联邦刑事程序规则》第 35 (b) 条款适用于量刑之后。

首先，《联邦刑事程序规则》第 35 (b) 条款允许法院基于官方的申请，对被告人在侦查或者起诉其他被告人过程中提供实质性帮助的情形，在被告人被判刑之后减少刑期。在《量刑改革法》出台之前，《联邦刑事程序规则》第 35 (b) 条款允许法院在判处刑罚或者撤销假释后减少 120 日之内的刑期，法院有权将特定刑期的监禁刑改为假释。具体期限因辖区而已；一旦超过特定期限，法院就无权再减少刑期。

《量刑改革法》对《联邦刑事程序规则》第 35 (b) 条款作出修改，主要有三个方面的改革。第一，指控方需要提出减少刑期的申请，这就剥夺了法院自身减少刑期的权力。第二，可以减少的刑期由 120 日增加到 1 年。第三，减少刑期的决定要反映出量刑委员会的量刑指南和政策声明的要求，即，被告人在侦查或者起诉其他被告人过程中提供了实质性帮助。因此，只有被告人提供了实质性帮助，才能根据《联邦刑事程序规则》第 35 (b) 条款的规定减少相应的刑期。此外，在该法生效之前，国会允许法院判处低于法定最低刑的刑期。1991 年和 2002 年《联邦刑事程序规则》第 35 (b) 条款作出进一步的修改，允许法院在特定情况下基于被告人提供的实质性帮助而减少



1年以上的刑期。

其次,《量刑改革法》出台后两年,国会出台了《联邦法典》第18章第3553(e)条款,作为1986年《反毒品滥用法》(Anti-Drug Abuse Act)的组成部分,该法授权法院在量刑时可以判处低于强制最低刑的刑罚。该条款规定,基于控诉方的申请,法院有权判处低于法律规定的最低刑的刑罚,从而反映出被告人在侦查或者起诉其他被告人过程中提供的实质性帮助。该条款进一步要求,此种量刑结果应当与量刑委员会发布的量刑指南和政策声明相一致。在国会的指示下,量刑委员会将这种偏离法定最低刑的量刑机制整合入量刑指南,进而在量刑指南第5K1.1条款专门规定,基于控诉方提出的被告人在侦查或者起诉其他被告人过程中提供了实质性帮助的申请,法院可以偏离量刑指南量刑。

## 2. 安全阀规则

量刑委员会于1991年向国会提交强制最低刑专题报告后,就开始着手直接与国会合作制定法律,以期解决强制最低刑对低端贩毒犯罪被告人的影响问题。1993年7月,时任量刑委员会主席威尔金斯法官在众议院犯罪和刑事司法小组委员会的听证会上发表演讲,讨论了强制最低刑的弊端及其与量刑指南制度的不协调之处,进而提出一项立法建议,旨在进一步促进强制最低刑与量刑指南之间的内在协调性。特别值得指出的是,威尔金斯法官就毒品犯罪提出了立法建议,要求量刑委员会仅在确定犯罪基准时适用强制最低刑,允许量刑指南通过调节量刑幅度的方式判处低于强制最低刑的刑罚。尽管国会并未采用这一建议,但该主张推动相关法律设立了类似的量刑机制。

1993年10月,参议院审议了一项新的法律,即,《量刑改进法》(Sentencing Improvement Act),该法的主要目的就是设定一个法定的“安全阀”。特定的毒品犯罪被告人,如果基于量刑指南其犯罪前科分数不超过1分,在犯罪过程中并未导致或者威胁导致死亡或者严重伤害,并且并未在犯罪中发挥领导角色,上述法定的安全阀机制就允许对其不再判处强制最低刑。在介绍这项新法时,参议员肯尼迪指出,尽管其更加青睐于对强制最低刑制度进行更为全面的改革,但是这项法律作为一个虽小而又十分重要的改革,有助于促使我们重新审视量刑制度改革的目标。类似地,参议员辛普森指出,这项法律将会纠正非暴力性初犯面临的非正义,此前根据联邦量刑制度,这些罪犯将被判处的刑期甚至超过了某些最为暴力的罪犯依据其他法律所判处的刑期。

在参议院审议1993年《量刑改进法》后不久,该法就被整合入《暴力犯罪控制和执法法》(Violent Crime Control and Law Enforcement Act)。尽管参议院拒绝了取消安全阀条款的建议,但最终接受参议员哈奇提出的建议,显著地限制了安全阀条款的适用范围,仅适用于没有犯罪前科分数的被告人,即,被告人从未因为刑事犯罪而被判

处监禁刑，所涉犯罪并未导致死刑或者严重身体伤害，在犯罪过程中并未持有或者使用火器或者威胁武器，在犯罪中并未发挥领导角色，并未在犯罪过程中针对其他人使用或者试图使用武力。哈奇指出，其所提出的安全阀建议旨在重新赋予法院对少数非暴力毒品犯罪的些许量刑裁量权。

参众两院最终通过的安全阀规则被整合入《联邦法典》第 18 章第 3553 (f) 条款。该条款的标题为“特定案件中强制最低刑适用的限制”，具体规定，如果满足以下条件，法官可以在量刑时不考虑《管制物品法》第 401、404、406 条款和《管制物质进出口法》第 844、846 条款对各类犯罪规定的强制最低刑：

- (1) 基于量刑指南的规定，被告人的犯罪前科分数不超过 1 分；
- (2) 被告人在实施犯罪过程中并未使用暴力或者威胁使用暴力或者持有火器或者其他危险武器（或者教唆他人有上述情形）；
- (3) 犯罪并未导致任何人死亡或者严重身体伤害；
- (4) 被告人并非量刑指南规定的犯罪组织者、领导者、经营者或者监督者，并未参与持续性的犯罪组织；
- (5) 至迟在量刑听证前，被告人已经向控诉方如实供述了所有与所涉犯罪或者犯罪计划相关的信息和证据，同时，被告人没有相关的、有价值的或者其他信息向控诉方提供，或者控诉方已经掌握了相关信息，都并不影响法院认定被告人已经满足该条件的要求。

量刑委员会随后将上述法定的安全阀条款整合入量刑指南第 5C1.2 条款，对满足特定条件的被告人，不适用强制最低刑的规定，同时可以基于量刑指南规定的量刑幅度从宽处罚。

### 三、美国联邦量刑指南的发展与适用

#### （一）量刑改革法的历史

随着联邦量刑制度的改革需求已经达成共识，1984 年《量刑改革法》(Sentencing Reform Act) 应运而生。此前，由于法律规定的量刑幅度很大，联邦法官拥有几乎不受限制的量刑裁量权，并有权对各种不同的量刑目标、相关的从重或者从轻处罚情节及其对量刑的影响等问题作出决定。因此，量刑仅仅受到法定最低刑和最高刑的限制。

由于每个法官都基于自己所认同的量刑目标作出量刑裁决，联邦量刑系统对类似犯罪所判处的刑罚存在着难以解释的巨大差异。控辩双方都难以通过正常程序申请上诉法院对此进行审查。此外，仅仅针对某些罪犯的假释系统，由于对罪犯复归社会的可能性评估存在不同的认识，也使得假释决定严重缺乏一致性。



《量刑改革法》旨在消除量刑制度内在的不一致性，解决不确定的量刑制度所产生的不平等问题。国会认为，量刑制度应当符合以下要求：（1）反映犯罪的严重程度，促使公众尊重法律，对犯罪判处公正的刑罚。（2）对犯罪行为形成足够的威慑。（3）保护公众免受罪犯的再次犯罪侵害。（4）通过有效的方式为罪犯提供必要的教育或者职业训练、医疗或者矫正措施。

鉴此，《量刑改革法》在联邦政府司法部门内部设立了独立的委员会，由该委员会出台量刑指南，在法律规定的最高刑幅度内为量刑提供必要的指导。量刑委员会的职责包括：为联邦司法系统制定量刑政策和惯例，确保量刑符合《联邦法典》第18章第3553(a)(2)条款规定的量刑目标；确保量刑的确定性和公正性，避免实施类似犯罪、具有类似犯罪记录的被告人的量刑结果存在难以合理解释的差异，同时保持量刑具有足够的灵活性，充分考虑量刑指南中并未规定的从重或者从轻情节，立足个案情况作出个别化的量刑；尽可能地反映与刑事司法过程相关的人类行为领域研究成果。

20年来，联邦法官需要在量刑指南的幅度内裁量刑罚，除非案件中存在量刑委员会在制定量刑指南时未充分考虑的从重或者从轻处罚情形。2005年，联邦最高法院在合众国诉布克案中认为，量刑指南的强制适用违反了联邦宪法规定的接受陪审团审判的权利，以及与之相关的要求所有的犯罪构成要件得到排除合理怀疑的证明的权利，此后，联邦量刑制度随之发生改变。

联邦最高法院为了解决违宪问题，改变了《量刑改革法》的两个条款，将量刑指南改为“有效的参考”。联邦最高法院指出，尽管参考性的量刑指南缺乏国会赋予的强制适用性，但仍然有助于实现国会的预期目标，包括实现量刑的确定性和公正性，避免不合理的量刑差异，并且保持足够的灵活性，适应个案的量刑需要。此外还认为，参考性的量刑指南制度能够继续朝着国会预期的目标发展，在保持足够灵活性的同时避免量刑的显著差异。

布克案及此后的相关判例反复强调量刑指南在确保量刑确定性方面的重要性。根据相关判例要求，地区法院在量刑时要准确计算刑期，充分考虑量刑指南。鉴此，地区法院在个案中确定适当的刑罚时，必须要考虑量刑指南规定的量刑幅度，偏离量刑指南的理由，以及《联邦法典》第18章第3553(a)条款规定的考量因素。许多巡回法院同意联邦量刑指南所确立的三步式量刑方法，并且在裁量刑罚时考虑量刑指南所规定的偏离该指南的相关条款。

## （二）《量刑改革法》的要求

《量刑改革法》的一些条款对量刑委员会制定量刑指南提供了规范和指导。该法要求量刑指南应当符合所有联邦法律的相关条款。相应地，委员会考虑了上述因素，

并且要求法院在量刑时考虑《联邦法典》第 18 章第 3553 (a) 条款。该法进而要求, 量刑指南适当地考虑犯罪的内在特点, 包括犯罪的性质以及造成危害的程度, 社区对犯罪严重性的认识, 犯罪引发的公众关注度, 判处特定刑罚可能对其他人产生的威慑效果, 以及犯罪在社区和全国范围内的发案率。委员会基于这些因素来评估各类犯罪的相对危害性, 从确保整个量刑指南的比例性。

《量刑改革法》要求委员会在过去的量刑惯例基础上制定新的量刑指南, 并且在对象刑进行均衡分析的时候继续使用这些量刑惯例。不过, 委员会并未受到量刑惯例的拘束。《量刑改革法》指出, 委员会不应受到平均量刑数值的拘束, 而是应当独立地设定与《联邦法典》第 18 章第 3553 (a) 条款要求的量刑目标相符的量刑幅度。

《量刑改革法》要求委员会适当考虑罪犯的个人特性, 包括犯罪记录等, 同时还强调, 量刑指南与相关政策要完全中立于罪犯的种族、性别、国籍、宗教和社会经济地位等因素。此外, 该法还要求, 在考虑设定监禁刑的期限时, 量刑指南和相关政策要反映出, 在量刑时考虑被告人的教育程度、职业技能、工作记录、家庭关系和责任感以及社区纽带的做法是不妥当的。

### (三) 量刑指南的运作

在公布最初量刑指南时, 量刑委员会开宗明义地指出, 理性和公正的量刑政策应当对实施类似犯罪的类似罪犯给予同等对待。委员会所设计的量刑指南既考虑了犯罪的严重程度, 如犯罪的性质, 也考虑了罪犯的重要信息, 如罪犯的犯罪前科及其在犯罪中的角色。基于上述原则, 量刑指南通过量刑表格为具体的犯罪规定了均衡化的、个别化的刑罚, 该量刑表格包括 43 个犯罪等级和 6 个犯罪前科类型。

犯罪等级取决于被告人实施的犯罪的构成要件, 犯罪所造成的具体损害, 以及其他从重或者从轻处罚情节。犯罪等级随着犯罪的严重程度和犯罪造成的损害程度而增加。

在确定具体的犯罪等级时, 犯罪的特点、调节刑罚的因素、指南中的交叉参照以及其他专门规定都需要加以考虑, 法庭必须要考虑所有“相关的行为”。相关的行为包括被告人具体实施、帮助、唆使、劝说、命令、引诱、取得或者有意导致的所有作为与不作为。相关的行为还包括被告人在实施犯罪过程中、预备犯罪过程中或者试图逃避侦查或者惩罚过程中, 应当合理预见的其他人在实施共同犯罪时的作为与不作为。此外, 当犯罪等级主要取决于犯罪造成的损害或者损失、涉及的违禁品数量、其他的总体损害评估方法, 或者当犯罪行为系持续犯或者继续犯, 且量刑指南涵盖此类行为时, 相关的行为还包括被告人或者其他人在实施共同犯罪过程中的所有作为和不作为, 此类行为也是犯罪行为或者犯罪预谋或者犯罪计划的组成部分。通过这种方式, 量刑指南得以推行一套经过修正的针对实际犯罪的量刑系统。



量刑指南第二章的各条指南都包含一个犯罪基准等级，这是评估每个具体犯罪严重性的基准点。对于较为严重的犯罪，犯罪基准等级也随之提高，例如非法侵入住宅罪的犯罪基准等级是4，而绑架罪的犯罪基准等级是32。

量刑指南第二章的大多数指南都包含一系列增加或者减少犯罪基准等级的犯罪因素。例如，在贩毒案件中，如果犯罪涉及暴力或者枪支，犯罪基准等级就会增加。相反，如果被告人满足安全阀标准，相应的犯罪基准等级就会减少。此外，如果被告人符合从宽处罚的调节因素，在某些情况下就可以减少犯罪基准等级。

最后，被告人的犯罪等级是否增加或者减少，还取决于量刑指南第三章规定的调节因素。第三章规定的调节因素适用于各类犯罪。调节因素的类型包括：与被害人相关的调节因素、罪犯在犯罪中的角色、以及阻碍司法的情形。例如，如果被告人明知被告人因年龄或者身体或者精神方面的原因而特别脆弱，犯罪等级就将增加两个等级。如果被告人阻碍司法，犯罪等级也将增加两个等级。不过，如果被告人在犯罪中是最小的参与者，其犯罪等级就将减少四个等级。如果被告人因多项指控被定罪，或者存在减轻处罚的调节因素，量刑指南第三章还规定了确定量刑幅度的规则。

在适用指南量刑时，还需要考虑被告人的犯罪前科。量刑指南第四章划分了六类犯罪前科：一级犯罪前科是指犯罪前科最不严重的情形（包括初犯），六级犯罪前科是指犯罪前科最为严重的情形。罪犯的犯罪前科类型是通过对前科量刑进行计分来确定的，具体适用量刑指南第四章第A1.1条款有关犯罪前科类型和第A1.2条款有关犯罪前科计算规则的规定。

如果被告人在实施本案前15年内因前科而被判刑，或者被告人在这15年间因前科被羁押，那么，前科的监禁刑期超过1年零一个月的，犯罪前科分数即为3分。如果被告人在实施本案前10年内因前科而被判刑，前科监禁刑期为60日以上的，犯罪前科分数为2分，其他类型的前科为1分。在前述期限之外的前科，不在考虑之列。量刑指南还规定，被告人实施本案时仍处在服刑期内的，犯罪前科分数增加2分。

量刑指南还对多个犯罪前科规定了计算方法。如果前科犯罪分别被追诉并判处有期徒刑，那么，犯罪前科分数将分别计算。如果前科犯罪并非分别被追诉，而是一起被追诉或者一并判处有期徒刑，则被算作一次量刑，犯罪前科分数不分别计算。不过，此种情况下如果涉及暴力犯罪，则犯罪前科分数需要额外增加1分。

鉴于量刑指南很难涵盖与量刑裁决有关的所有问题，因此，法官在量刑过程中一旦遇到量刑委员会在制作量刑指南时未予充分考虑的量刑情节或者罪犯特点，可以偏离量刑指南规定的量刑幅度。量刑委员会就此指出，法院应当将量刑指南作为一个范本，针对的是各种类型的典型案件。因此，如果特定的案件包含特殊的情形，法院可以偏离量刑指南的幅度。量刑指南规定了一些可以偏离指南的因素，也规定了一些不

能作为偏离指南的理由的因素。整个偏离指南的框架，旨在确保法院在特定案件中适用指南不能实现立法意图和量刑目标时，可以偏离指南作出适当的量刑裁决。

在布克案件后，法院在量刑时必须要通过三个步骤来判处适当的刑罚：第一，计算量刑指南确定的量刑幅度；第二，确定是否存在偏离量刑指南确定的量刑幅度的理由；第三，分析《联邦法典》第 3553 (a) 条款规定的因素。

#### (四) 量刑指南的修改

《量刑改革法》考虑到量刑指南的改革完善将是一个持续的过程，需要随着持续的研究、经验、分析而不断修改，新的刑事法律也要求量刑指南作出相应的修改完善。鉴此，该法要求量刑委员会充分考虑各界的评论和相关数据，定期审查和修改量刑指南。截止 2010 年 11 月，量刑委员会对量刑指南和政策声明作出 747 处修改。

《量刑改革法》确立了量刑委员会修改量刑指南和政策声明的具体程序。特别指出的是，《量刑改革法》还要求量刑委员会遵守《联邦法典》第 5 章第 553 条有关《行政程序法》提示和评论条款的规定；量刑委员会采纳了行政惯例和程序规则，遵循此类法定程序要求，并据此指导量刑指南的修改程序。

基于此类程序要求，量刑委员会在出台量刑指南修改意见前，需要召开公开听证会，将拟定的修改稿在联邦年鉴刊登，咨询联邦刑事司法系统各方机构和代表的意见，听取顾问委员会意见，考虑公众反馈和非正式意见。根据《量刑改革法》的要求，量刑委员会咨询了联邦缓刑机构、监狱局、联邦司法委员会、联邦司法部刑事分部和联邦公设辩护人代表。在审议修改稿过程中，量刑委员会研究了相关的数据、报告和有关信息（包括量刑数据、判例法、文献评论、各州法律汇编等）。

量刑指南的修改过程通常在夏季开始，量刑委员会发布政策声明初稿征求意见，随后在秋季发布最终的政策声明。在 12 月或次年 1 月，量刑委员会正式对修改稿征求意见，通常为 60 日。除了征集书面意见外，量刑委员会还至少就修改稿举行一次公开听证，通常是在 2 月或者 3 月。此后，量刑委员会根据各方意见和建议对修改稿加以修改完善。量刑指南修改稿、政策声明、官方解读的公开发布，需经量刑委员会至少 4 名委员在公开会议上投票同意。通常是在 4 月召开的公开会议上，量刑委员会的委员就修改稿的发布进行投票。通过这种行政流程，量刑委员会得以充分考虑《量刑改革法》所规定的各种实质性要求。

经过上述程序后，量刑指南修正案要提交给国会进行审议。《量刑改革法》要求量刑委员会在国会开始会议后，至迟在 5 月 1 日前，将量刑指南修正案连同修改说明提交给国会。量刑委员会可以确定量刑指南修正案的生效日期，通常在该修正案提交给国会 180 日后或者 12 月 1 日后生效。国会在审议量刑指南修正案过程中，可以作出修改或者提出否决意见。如果国会没有修改意见，量刑指南修正案就最终定稿生效。



除了有权否决量刑指南修正案外，国会还可以通过向量刑委员会发布指令来影响联邦量刑政策。这些指令可以是一般性的，也可以针对特定的问题。对于国会发布的指令，量刑委员会有义务视同法律予以执行。联邦最高法院在合众国诉拉邦特案件中指出，国会授权量刑委员会在制定量刑指南时享有极大的裁量权，尽管这种裁量权较为宽泛，但必须遵守国会的指令。

对于国会发布的指令，量刑委员会必须遵循前述修正案的相同程序作出处理，除非指令自身规定了相应的处理程序。不过，如同联邦最高法院在金博勒案件中所指出的，法院通常会非常认真地审查基于国会指令制作的量刑指南，如果不同意量刑指南的内在原理，就可以偏离量刑幅度判处较低的刑罚。联邦最高法院就此指出，在制定可卡因犯罪量刑指南时，量刑委员会放弃了法院所认同的独特的制度角色。

一些法院认为，联邦最高法院在金博勒案和斯皮尔斯案中的裁判意见确立了一种新的量刑范式，地方法院可以在个案量刑时对国会指令持保留意见。这些法院认为，金博勒案实际上指示法院无需严格遵从那些量刑委员会偏离自身制度角色所制定的量刑指南，根据预期的制度角色，换言之，法院只有在考虑经验数据和全国经验后才能决定是否适用量刑指南。其他一些法院则对此持反对态度。因此，量刑委员会基于国会指令制作的量刑指南，与之基于自身制度角色制作的量刑指南，在适用上是否有先后之分，各地巡回法院存在不同的意见。

（责任编辑：李宁）

# 论合同诈骗罪的事实认定

尹士强\*

**内容摘要** 合同诈骗犯罪在经济犯罪中是比较常见的类型，对社会经济危害显著。其从诈骗罪中分离出来，有诈骗罪的基本特征，又有特定的犯罪构成。合同诈骗罪的事实认定比较难把握，也是大量二审的合同诈骗案件被发回重审的主要原因，成为亟待解决的司法实践难题。事实认定不清，主要表现就是“欺骗行为”与“非法占有目的”认定不清，特别是“非法占有目的”。本文在对该罪名进行法律规定梳理基础上，进行总结归纳，重点探讨对合同诈骗中“欺骗行为”与“非法占有目的”的理解与认定。

**关键词** 合同诈骗 事实认定 欺骗行为 非法占有目的

中图分类号：DF623 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)05-077-085

2013 年至 2017 年间，山东省高级人民法院审结二审合同诈骗案件 40 余件，案件涉及市场领域广泛，工业品、农产品购销、借款、担保、房屋买卖、地产开发、汇票贴现、融资、劳务、股份投资等领域均有案件发生。大部分的犯罪发生在资金使用环节上，涉众案件比例大，且往往伴有并发犯罪，全部案件涉及被害人千余人，涉案金额 5 个多亿，对社会经济危害显著。其中因为事实认定问题发回重审案件 12 件，发回率 28.6%，司法实践中事实认定的复杂程度可见一斑。

## 一、合同诈骗罪的刑法规定

《刑法》第 224 规定：“有下列情形之一，以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取对方当事人财物，数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产：（一）以虚构的单位或者冒用他人名义签订合同的；（二）以

\* 尹士强，山东省高级人民法院法官助理。



伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明作担保的；(三)没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的；(四)收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；(五)以其他方法骗取对方当事人财物的。”

理论界一般将本罪归纳为行为人以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，以虚构事实或隐瞒真相的方法，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。其主观方面表现为非法占有对方当事人的财物的故意，客观方面表现为在签订、履行合同过程中，虚构事实、隐瞒真相，骗取对方当事人数额较大的财物的行为。这里的客观方面可以分两部分来看，一是要与合同相关，行为人实施了与合同内容相关的经济活动，即具有与签订、履行合同相关的筹备、管理、经营活动，且实质上扰乱了市场经济秩序；<sup>①</sup>二是具有达到数额要求的欺骗行为。客观方面具体表现为法条列举的五个方面。

在合同诈骗罪的要件当中，相较于其他要件，主观上“非法占有目的”的认定是比较困难的。法条列举的五个客观方面的表现就是为了解决“非法占有目的”难以认定的司法难题。《刑法》为使行为人难以确定的内在心理活动外在化、直观化，采用了司法推定的方法，通过列举行为表现方式来推定主观方面非法占有目的的存在。

## 二、对“非法占有目的”的解读

### (一) 相关规定梳理

最早采用了司法推定的方法认定合同诈骗犯罪中的非法占有目的的文件，是1996年最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》(以下简称《解释》)，其中规定，根据合同诈骗犯罪的特点，具备下列情形之一的，可视为具有非法占有目的：1. 明知没有履行合同的能力或者有效的担保，采取下列欺骗手段与他人签订合同，骗取财物数额较大并造成较大损失的(1)虚构主体(2)冒用他人名义(3)使用伪造、变造或者无效的单据、介绍信、印章或者其他证明文件的；(4)隐瞒真相，使用明知不能兑现的票据或者其他结算凭证作为合同履行担保的；(5)隐瞒真相，使用明知不符合担保条件的抵押物、债权文书等作为合同履行担保的；(6)使用其他诈骗手段使对方交付款物的。2. 合同签订后携带对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产逃跑的。3. 挥霍对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产，致使上述款物无法返还的；4. 使用

<sup>①</sup> 刘晓虎：《合同诈骗罪与诈骗罪的区别要点与适用冲突把握》，载《人民法院报》2018年1月24日。

对方当事人交付的货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产进行非法犯罪活动，致使上述款物无法返还的；5. 隐匿合同货物、货款、预付款或者定金、保证金等担保合同履行的财产，拒不返还的；6. 合同签订后，以支付部分货款，开始履行合同为诱饵，骗取全部货物后，在合同规定的期限内或者双方另行约定的付款期限内，无正当理由拒不支付其余货款的。根据1997年由最高人民法院颁布的《关于认真学习宣传贯彻修订的〈中华人民共和国刑法〉的通知》中“如果修订的刑法有关条文实质内容没有变化的，人民法院在刑事审判工作中，在没有新的司法解释前，可参照执行”的规定，虽然该解释已经失效，但是对合同诈骗犯罪中非法占有目的各种情形的规定仍然是有借鉴意义的。

第二个文件是2001年《全国法院审理金融犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》），其中涉及金融诈骗类犯罪中非法占有目的的认定，《纪要》强调根据司法实践，对于行为人通过诈骗的方法非法获取资金，造成数额较大资金不能归还，并具有下列情形之一的，可以认定为具有非法占有的目的：（1）明知没有归还能力而大量骗取资金的；（2）非法获取资金后逃跑的；（3）肆意挥霍骗取资金的；（4）使用骗取的资金进行违法犯罪活动的；（5）抽逃、转移资金、隐匿财产，以逃避返还资金的；（6）隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的；（7）其他非法占有资金、拒不返还的行为。

第三个文件是2011年1月实施的，《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，其中规定，使用诈骗方法非法集资，具有下列情形之一的，可以认定为“以非法占有为目的”：（一）集资后不用于生产经营活动或者用于生产经营活动与筹集资金规模明显不成比例，致使集资款不能返还的；（二）肆意挥霍集资款，致使集资款不能返还的；（三）携带集资款逃匿的；（四）将集资款用于违法犯罪活动的；（五）抽逃、转移资金、隐匿财产，逃避返还资金的；（六）隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，逃避返还资金的；（七）拒不交代资金去向，逃避返还资金的；（八）其他可以认定非法占有目的的情形。

从1996年的《解释》，可以看出，实际上合同诈骗罪从诈骗罪中分离而出，与诈骗罪系特殊罪名与一般罪名的关系，所以在犯罪构成上应当符合诈骗罪的一般特征，符合诈骗罪“行为人实施欺骗行为——对方（受骗者）产生（或继续维持）错误认识——对方基于错误认识处分财产——行为人或第三人取得财产——被害人遭受财产损失”的基本构造。<sup>②</sup>

<sup>②</sup> 张明楷：《刑法学》第四版，法律出版社2011年版，第889页。



## (二) 相关规定归纳

鉴于合同诈骗犯罪在犯罪构成上符合诈骗罪的一般特征，行为人亦是基于欺骗行为而取得财物，综合以上法律、司法解释及相关文件对非法占有目的的认定，可以从诈骗罪的视角以行为人“取得财物”为产生“非法占有目的”的分界点，对认定“非法占有目的”的客观行为表现作一个归纳：

1. 取得财物前的行为表现：明知没有履行合同的能力或者有效的担保或者明知没有归还能力的情况下，(1) 以虚构单位或者冒用他人的名义签订合同的；(2) 隐瞒真相，以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明、不符合担保条件的抵押物、债权文书等作合同履行担保的；(3) 以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同的。

2. 取得财物后的行为表现，一是对占有财物的“积极毁减性”处置行为，<sup>③</sup>主要表现在：(1) 挥霍骗取的财产，致使被骗财产无法返还的；(2) 使用骗取的财产进行非法犯罪活动，致使被骗财产无法返还的；(3) 拒不交代资金去向，逃避返还资金的；二是“无诚意”履行合同的行为，主要表现为(1) 收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的；(2) 隐匿、销毁账目，或者搞假破产、假倒闭，以逃避返还资金的；(3) 转移、隐匿担保合同履行的财产，拒不返还的。

3. 其他可以认定非法占有目的的情形。同《刑法》第224条第(5)项规定一样，这是一个兜底条款，表明刑法及司法解释对司法实践中合同诈骗犯罪方法认定的态度，不应限于成文法列举出来的种类。

以“取得财物”为产生“非法占有目的”的分界点易于理解“非法占有目的”与“欺骗行为”的交织关系。合同诈骗罪构成上同诈骗罪一样需要同时满足主观上非法占有的目的和客观上存在欺骗行为两个要件。非法占有目的作为合同诈骗罪的一个必备要件，其与欺骗行为是紧密相连的，对于非法占有目的的认定不能脱离欺骗行为。前文归纳的“取得财物前的行为表现”系明知不能而为欺骗，可直接得出非法占有目的的结论；“取得财物后的行为表现”部分依赖欺骗行为进行判断，欺骗行为并不当然得出非法占有目的的结论，在骗取财物后，还要有挥霍行为或者用于非法活动或者拒不返还等使他人债权面临永久灭失、无法实现危险的行为，才能推定非法占有目的的存在；其还可能独立于欺骗行为进行认定，在合法取得财物后履行合同的过程中产生非法占有的目的，此种情形比较容易产生此罪与彼罪的纠结。举一个承运合同的案例，甲为个体运输户，与某公司签订合同承运电脑，在运输过程中，将运输的电脑变卖后

<sup>③</sup> 笔者对“指积极实施了使他人主债权永久灭失无法实现的行为”的归纳。参见孙国祥《论合同诈骗罪主观目的形成时间》，载《法学论谈》第19卷第4期，第71页。

逃匿，其行为构成什么罪？其系以合同的形式取得了对方的财物，我们如何评价签订、履行合同的行為？其行為构成合同诈骗罪还是侵占罪？非法占有目的产生的时间系解决问题的关键点，这里要区分情形进行认定，情形一：若有证据证明非法占有目的产生于签订合同时或之前，则合同本身只是欺骗的手段，构成合同诈骗罪；情形二：若非法占有目的产生时间无法查明，则根据我们归纳的“取得财物后的表现”收受对方货物后逃匿的，推定为情形一；情形三：若有证据证明非法占有目的产生于取得财物后，就不宜再使用司法推定，则签订、履行合同的行為并不是欺骗的手段，欠缺欺骗要件，不构成合同诈骗罪，宜以侵占罪定罪处罚。

司法实践中，发回重审的二审合同诈骗案件，发回原因主要是事实认定问题，表现在对欺骗行为与非法占有目的的认定不清，具体原因包括资金去向不明、是否虚构事实隐瞒真相不明、履行能力认定不清、非法占有目的不明、资产状况不明等。

### 三、欺骗行为与非法占有目的的认定

#### （一）对“欺骗行为”的理解与认定

采取欺骗手段是诈骗类犯罪的行为特征，实质是使被害人陷入错误认识，作出财物处分行为，而行为人因此取得财物。一般理论上总结为采取“虚构事实，隐瞒真相”的手段。虚构事实，是指行为人捏造并不存在的事实，骗取对方当事人信任；隐瞒真相，则是行为人向对方当事人掩盖客观存在的基本事实。合同诈骗罪亦具有这一特征。

根据对认定“非法占有目的”客观行为表现的归纳，“虚构事实，隐瞒真相”主要讲的是合同签订时“以虚构单位或者冒用他人的名义签订合同，隐瞒真相，以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明、不符合担保条件的抵押物、债权文书等作合同履行担保”和履行合同中“没有实际履行能力，以先履行小额合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订和履行合同”的情况，这些并不能够完全涵盖“欺骗行为”在合同诈骗罪中的表现。《刑法》第224条所列五种情形，最后一条是“以其他方法骗取对方当事人财物的”，此兜底条款认可了第四种情形“收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的”（即对财物的处置行为）为骗取财物的“欺骗行为”，也应认可在合同签订以后、履行合同过程中，对占有财物的所有“积极毁减性”处置行为和“无诚意”履行合同的行为，为骗取财物的“欺骗行为”。这是基于行为人“非法占有”财物的结果打破了被害人正常市场交易的预期，符合被骗的特征。

根据诈骗罪的一般特征，被害人是基于被骗而交付财物，合同诈骗中取得财物前的行为表现，认定为欺骗是比较明了的，取得财物应在欺骗行为之后。而取得财物后的



行为表现似乎与这一特征不符。其实不然，取得财物后对财物的毁减性处置及无诚意履行合同的行为反向证实了前面的签订合同及部分履行合同的行为只是欺骗的手段，取得财物仍然是在欺骗行为之后的，这是在没有确凿的证据证明欺骗行为时的推定。

“虚构事实，隐瞒真相”一般不难判断，从近年的案例来看，司法实践中比较常见的情况是签订合同的主体是真实的，隐瞒的事实也并非完全没有履行能力，而多是对履行能力较弱的隐瞒。例如，不具备给付高息的能力，夸大给付高息的能力与他人签订借款合同、在公司亏损或盈利能力较小的情况下，夸大公司盈利与他人签订产品供销合同、为了签订合同而虚构合同要求的条件、虚构合同要求的资金用途签订合同，获得资金后挪作他用。

需要注意的是，欺骗行为要“使他人基于错误认识处分财物，行为人从而取得财物”。也就是说欺骗行为要达到让他人产生错误认识的程度，如果对方当事人明知有欺骗行为存在，仍然与行为人签订合同交付财物的，并不能由此认定构成合同诈骗罪的欺骗要件。例如，(2012)威刑二初字第9号判决书呈现的案例的部分情况，一家正在办理招工资质的公司，在告知他人尚未取得招工资质的情况下与他人签订招工合同，事后出现经济纠纷，不能认定采取“虚构事实，隐瞒真相”的方法进行了欺骗。

“欺骗行为”作为合同诈骗犯罪构成的必备要件，归根结底系“非法占有目的”的外在表现，欺骗行为的存在并不等同于非法占有目的的存在，司法实践中还要结合后续的合同履行情况，作出最终是否能够认定“非法占有目的”的判断。

## (二)“非法占有目的”认定

发回重审的案件在“非法占有目的”的认定上出现的问题，主要表现在对取得财物后的行为，即对占有财物的“积极毁减性”处置行为和“无诚意”履行合同的行为认识上。

1. 对“挥霍”的理解与认定。对占有财物的“积极毁减性”处置行为的表现中，相对于使用骗取的财产进行非法犯罪活动，转移、隐匿担保合同履行的财产，拒不交代资金去向，司法实践中对挥霍骗取的财产的行为认定是比较难把握的。

我国刑法立法中并没有使用“挥霍”这个词，在司法解释中虽然使用了，但并没有对它的具体含义作出明确阐释。从语义学上讲，指任意花钱，<sup>④</sup>即没有节制的消费。在社会上多表现为在钱财使用上肆意而为，吃喝玩乐、奢侈消费、购置房产、炒股等个人投资或进行赌博、吸毒等违法活动等。合同诈骗案件中涉及到认定挥霍的情况，往往是行为人将通过签订合同取得的财物改变合同约定的用途使用，且未进行妥善利用。如果是前述语义上“挥霍”的表现，还是比较容易把握的。但是若将钱财用于公司经营方面，包括支付工人工资、偿付个人或公司运营债务等，是否构成挥霍？需要

<sup>④</sup>《现代汉语词典》，商务印书馆2005年版。

区分不同情况，主要还是看有没有履行合同的能力或者偿还能力，如果明知没有履行合同的能力或偿还能力，仍然骗取他人财物，用于公司苟延残喘，我们就可以推定行为人非法占有的故意，反之则不能。例如，(2015)淄刑二初字第4号案件呈现的部分事实，卢某利用供货合同取得对方预付款，解决公司暂时资金困难，延迟给付货物或偿还预付款，此种行为就不能简单定性为“挥霍”。对预付款的占有不能说是非法占有，而是非法“占用”，只是利用合同骗用资金，属于民事欺骗行为。<sup>⑤</sup>如果该公司已经没有了履行合同的能力，面临停产倒闭，仍然骗取预付款，用于偿还债务等，则可理解为“挥霍”。但是一个前提性的问题又摆在面前：如何准确认定是否有合同履行能力或者清偿能力？

2. 对合同履行能力或偿还能力的理解与认定。司法实践中多是以资产状况、债务状况、经营状况作为重要依据。一是在合同签订和履行过程中，个人或公司资产状况良好，一般是资产大于或等于债务，一般可以认定有合同履行能力或偿还能力；二是在资不抵债的情况，再分情况讨论，看收入能力或经营状况，如果在签订合同时或履行合同过程中，个人或公司收入、盈利能力良好，宜认定为有履行能力或偿还能力，毕竟在当今经济活动中，负债经营是比较常见且合理的经济现象，反之，如果在签订合同或履行合同过程中，个人没有收入来源或收入状况不佳、公司经营困难、甚至难以维持，一般认定为无履行能力或偿还能力。司法实践中，笼统地把负债经营认定为没有履行合同的能力是不严谨的。在证据收集上，对资产状况、债务状况、经营状况，需要有相关证据如审计报告、账册、相关证人证言等予以证明。例如，(2014)潍刑二初字第10号案件呈现的部分事实，判决认定被告人李某成立某置业公司，开发房产项目，后因经营不善导致严重亏损，与他人重复签订商品房买卖合同，骗取资金，用于偿还公司及个人债务。但审计报告证明其公司并未出现严重亏损，不能得出无偿还能力的结论，进而影响非法占有目的的认定。

3. 预期履行能力问题。所谓预期的履行能力，指合同约定的内容的实现是以一定条件事实的成就为前提的，这个条件事实的成就与否决定了合同能否履行。例如，(2016)鲁15刑初9号案件呈现的部分事实，被害人范某与甲公司签订增资入股协议，甲公司投入2000万入股范某公司，约定范某的公司注册资本增加到2亿后，范某将在甲公司所在地投资5000万成立另一公司用于支持甲公司的长期发展。合同签订以后，范某所支配的公司并未如约完成增资工作，甲公司投入的2000万元用于范某支配公司的日常经营，且因经营不善，不能返还。甲公司状告范某对其合同诈骗。此案，对范某在合同中所描述的公司增资的事实认定是极为关键的。如果增资事实根本是不

<sup>⑤</sup> 戴季贵、史进：《关于合同诈骗犯罪的认定》，载《人民司法》1998年第10期。



存在的，则甲的行为系“虚构事实，隐瞒真相”的欺骗行为；如果有证据证实增资事实是存在的，因故未能完成，则是合同履行能力的认定问题。公司增资工作的完成与否决定了甲是否具有履行合同的能力，对是否明知没有履行能力的判断，就转化为对是否明知不能完成增资工作的判断。如果明知增资工作不可能完成，即是明知没有履行合同的能力，则甲具有非法占有投资款的目的，反之则不能依此认定非法占有目的。所以，对预期履行能力的判断，需要转化到对条件事实的认定和判断上，看行为人对条件事实不能成就是否明知，在不明知的情况下，就阻却了犯罪的成立。

4. 阻却事由。借鉴“违法性阻却事由”的概念，<sup>⑥</sup>在刑事司法过程中，人们可能首先孤立、片面地发现了“符合”构成要件的事实，进而暂时的认为该事实符合构成要件，当人们联系地、整体地考察该案件事实时，会发现该行为因客观原因的出现并不符合犯罪构成。在合同诈骗犯罪的认定上也存在这种情况，主要体现在认定没有合同履行能力的原因上。主观原因，诸如挥霍等对占有财物的“积极毁减性”处置行为和转移、隐匿担保合同履行的财产等“无诚意”履行合同的行为，造成没有合同履行能力。客观原因，我们可以借鉴民法总则第180条规定的不可抗力的概念，即不能预见、不能避免、不能克服的客观情况。顾及市场经济的开放性、自主性和竞争性，及刑罚的谦抑性，我们宜根据实际情况对不可抗力从宽把握，理解为行为人不容易预见、避免和克服的情况。例如，（2015）淄刑二初字第4号案件呈现的部分事实，卢某从事硼沙进口的国际贸易，国外客户违约导致其资金链出现问题，进而导致其失去与国内客户的合同履行能力。此案例中的国外客户违约一般情况下对行为人来讲，即是不容易预见、避免和克服的情况，宜认定为阻却犯罪的客观原因。

5. 骗取财物去向的认定。骗取财物去向是认定行为人“非法占有目的”的重要参照，一般看骗取财物是否最终落入了行为人个人腰包或由其支配、使用，来判断其是否存在非法占有目的。认定“挥霍骗取财产、使用骗取的财产进行非法犯罪活动，致使被骗财产无法返还”需要以查清财物去向为前提；在不能认定“隐匿、销毁账目，以逃避返还资金”且账目无法找到的情况下，亦需要查清财物去向，弥补账目证据的缺失，行为人主动交代资金去向的情况下，也需要查清去向与之相印证。例如，（2013）荷牡刑初字第521号案件呈现的部分事实，肖某、訾某与他人签订房屋买卖合同，被诉涉嫌合同诈骗，非法占有他人购房款。肖某辩称没有占有购房款，收到的购房款都交给了訾某，但訾某否认。经查询肖某的相关银行账户交易明细，未查到肖某直接转账给訾某的记录，但肖某账户有大额取现的情形，肖某取现后的资金去向不明。此种情况，就属于资金去向不明，不宜直接认定肖某对购房款的非法占有目的。对肖某取

<sup>⑥</sup> 参见张明楷：《刑法学》第四版，法律出版社2011年版，第188页。

现后的资金去向，仍需要进一步查明。

6. 对隐匿、销毁账目的认定。司法实践中，一般是公诉机关掌握了行为人“销毁”会计资料的确凿证据后，才指控行为人具有“销毁”行为，比较容易认定。对于“隐匿”行为，公诉机关一般要证明行为人有对账目的保管和控制义务，要求其交出，其拒不交出。若行为人有异议，需对不能提供会计账目的原因负有举证义务，以排除其故意隐匿的嫌疑。司法实践中要对行为人的辩解作出是否合理的认定，不宜在不能交出账目的情况下，一概认定为隐匿行为。例如，(2016)鲁15刑初9号案件呈现的部分事实，被告人范某到案后，供述了公司账册的存放地点，但侦查人员并未在其供述的地点找到账册，范某辩称可能其他债主对其存放账册的地点进行了翻找，导致账册丢失。对此，范某应提供证据对账册丢失原因加以证明。否则，范某应承担隐匿账册产生的责任。

7. 对逃匿行为的认定。司法实践中，行为人存在“收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的”行为，我们一般据此推定行为人存在非法占有目的。但是，有逃匿行为并不能绝对的推定出非法占有目的的存在，还要具体考察逃匿的原因、是否失联及失联原因、逃匿行为与不能履行合同的关系等方面来最终认定。譬如，一起案件中，小贷公司雇了一位艾滋病病人进行讨债，当事人不堪其扰而逃避，不能仅因逃避而认定非法占有目的。<sup>⑦</sup>(2015)淄刑二初字第4号案件中，卢某到外地筹措资金，并暂时更换了手机卡，亦不能简单认定为逃匿，从而推定具有非法占有目的，是否还能够通过邮件、微信等网络联系方式取得联系，在尚能取得联系的情况下，能否证明行为人保持联系系欺骗被害人的缓兵之计，都是需要慎重考虑的；行为人逃匿后，合同是否因为其逃匿行为而不能履行？有的情况是行为人携带货物、货款等财物逃匿，直接导致合同无法履行，非法占有目的明显，有的情况则是行为人虽然逃匿了，但对方当事人通过其他途径仍然能够实现合同利益，比如留有可供执行的财产，此种情况不宜直接认定非法占有目的。

在具体案件中，认定非法占有目的，往往不是单看一个表现就能决定的，要综合行为人的多个行为表现进行认定。有时多个行为具有一致性，一致的指向非法占有目的或无非法占有目的，但有时不具有一致性，这就要求我们从纷繁复杂的案件事实中，找出主要矛盾，去伪存真，准确定性案件。正如《纪要》强调，在司法实践中，认定是否具有非法占有为目的，应当坚持主客观相一致的原则，既要避免单纯根据损失结果客观归罪，也不能仅凭被告人自己的供述，而应当根据案件具体情况具体分析。

(责任编辑：王文斌)

<sup>⑦</sup> 范磊：《合同诈骗案件中“被告人逃匿”的推定》，载《中国检察官》2017年第9期。



# 行政诉讼立案登记阶段的自由裁量权

李凌云\*

**内容摘要** 基于法律规范的原则性和抽象性，法官拥有在司法过程中自由裁量的权力，这在案件审判中体现得较为明显。在行政诉讼立案登记阶段，实际上存在着另一种面向的自由裁量权。行政诉讼立案登记制的实质内涵为自由裁量权提供了逻辑起点，立法状况为自由裁量奠定了法律基础，立案程序则暗含了裁量余地。与立案审查制相比，立案登记阶段的自由裁量权出现了一些新变化，即裁量的空间压缩以及“一律接收诉状”与“自由裁量立案”之间的失衡。为克服法官自由裁量权给行政诉讼立案工作带来的不确定性，有必要从裁量理念、立案登记标准与立案登记程序三个维度，对此种“酌情作出决定的权力”进行规制。

**关键词** 立案登记制 自由裁量权 形式审查 立案标准

中图分类号：DF74 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)05-086-095

## 一、问题的提出：行政诉讼立案制度改革下的自由裁量权

在案件审判过程中，我们往往能发现法院自由裁量权的运用。这里的自由裁量权，是指法官享有“酌情作出决定的权力”。<sup>①</sup>基于法律规范的原则性和抽象性，以及为实现特定的利益平衡，法官拥有对案件事实认定或者法律适用问题等酌情作出决定的权力，这在案件审理和裁判阶段体现得较为明显。但应该指出，我国法院在立案审查阶段也存在自由裁量权，即法官可以在形式上遵循立案规定的同时，灵活把握立案条件与标准，从而酌情决定是否立案。正如最高法院江必新副院长所言，“自由裁量权不仅存在于裁判过程中，而且存在于司法整个过程中。”<sup>②</sup>

之前，全国法院系统的案件受理制度推行立案审查制。所谓立案审查制，就是指

\* 李凌云，苏州大学王健法学院博士研究生。

①【英】沃克：《牛津法律大辞典》，光明日报出版社1989年版，第261页。

② 江必新：《论司法自由裁量权》，载《法律适用》2006年第11期。

法院立案庭法官<sup>③</sup>在受理案件时，会对原告的起诉行为作出包括形式审查和实体审查在内的全面审查。对此，法官不仅对原告的身份信息、诉状是否符合规范等进行形式上的核验，而且还会对主体资格、法律关系、诉讼请求以及管辖权等要素进行实质上的审查。由于法律条文无法穷尽所有事项，法官在立案阶段不可避免要运用实质审查的方式。此种审查模式，很大程度上取决于法官的专业素养和经验积累，体现出法律规定与法官主观判断之间的互动关系。概而言之，自由裁量权实际上曾深嵌于立案审查阶段，并对案件受理状况产生潜移默化的影响。以上便是法官自由裁量权在立案审查阶段的产生及体现。

2014年10月，党的十八届四中全会决定改革法院案件受理制度，将立案审查制变更为立案登记制。同年11月，新《行政诉讼法》响应中央政策，在相关法律条文中新增了关于“登记立案”的规定，彰显出立法者对破解行政诉讼领域“立案难”问题的决心，并“从制度层面昭示了此前人民法院对起诉进行严格的审查，对社会矛盾和纠纷的介入保持相对谦抑的姿态，进而在司法政策上实行选择性司法的终结”。<sup>④</sup>此次改革，行政诉讼立案制度在受理程序、救济方式等方面都发生了变化，体现出立案阶段法院从职权主义向诉权保障方向的转变，遂成为新《行政诉讼法》2014年修法的一大亮点。从形式上看，行政诉讼立案登记制似乎改变了法官在立案审查制下的立案模式，即只对起诉条件进行形式上的核对，当事人满足基本条件后，法官就进行登记并立案。实践表明，三年多以来行政诉讼立案登记制取得了一定效果，民众诟病已久的“立案难”问题得到初步解决，各级法院受理的行政案件数量显著增加。在此背景下，法官尤其是立案庭法官面临着一场较大的专业考验。与立案审查制相比，法官在行政诉讼立案登记阶段是否继续存在自由裁量权？假如存在，此种自由裁量权现状怎样？如何让法官科学审慎行使自由裁量权？等等。若此类疑问没有得到明确，将不利于立案登记制的落实，使之妥善保障当事人的行政诉权。因而，本文尝试对上述问题进行探讨。

## 二、行政诉讼立案登记阶段存在自由裁量权的现实基础

理论上，行政诉讼立案制度已历经了从审查制到登记制的变革，形式审查应该成为法官审查立案的主要方式。在这样的逻辑下，似乎法官只需形式上核对当事人的起诉材料。换言之，在立案登记制下，法官在判定是否立案时已基本不用行使自由裁量权。

<sup>③</sup> 在司法实践中，除了法官，部分法官助理和书记员也会负责立案工作。考虑到法官对立案的主导性和话语权，下文将统一表述为立案庭法官或法官。

<sup>④</sup> 陆永棣《从立案审查到立案登记：法院在社会转型中的司法角色》载《中国法学》2016年第2期。



但在我看来，自由裁量权在行政诉讼立案登记阶段仍然具有生长的土壤。

### （一）立案登记制的实质内涵提供了逻辑起点

通过对比新、旧《行政诉讼法》中关于立案的规定，可以发现新法所确立的立案登记制与旧《行政诉讼法》所确立的立案审查制，二者之间最大差别是新法在第51条第1款新增了“对符合本法规定的起诉条件，应当登记立案”字样，并加强了对立案的监督和救济。2015年4月，《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》（以下简称《立案意见》）在中央全面深化改革领导小组会议上通过。在同一个月，最高人民法院《关于人民法院登记立案若干问题的规定》（以下简称《立案规定》）通过，对法院立案登记制应注意的具体事项作出细化规定。除此之外，涉及到立案登记制与立案审查制核心区别的立案审查，也只新增了“登记立案”字样。这就不难理解，有学者会提出现行的行政诉讼立案制度是“在固守旧有立案审查制思维的内核下，以立案登记之措辞加以粉饰的产物”<sup>⑤</sup>的观点。

我也认为，新《行政诉讼法》并未设立一种真正意义上的立案登记制。从制度角度而言，当前的立案登记制是一种介于审查制与登记制之间的、具有中国特色的案件受理制度。目前的立案制度迥异于应然层面的立案登记制。从修改内容看，基于新法对立案职责的细致规定和救济制度的构建，立案审查制所引发的弊端在很大程度上得到治理，所以立案制度改革对立案审查制进行了一定改良。另外，就未修改内容而言，因为新《行政诉讼法》并没有对行政诉讼的起诉条件作出实质变更，所以立案登记制很难体现中共十八届四中全会所提出的“有案必立、有诉必理”。<sup>⑥</sup>我同意将现行立案制度视为“准立案登记制”<sup>⑦</sup>的看法。立案审查制下的实质审查方式，依然存在于新的立案制度中。由此可知，法官在立案登记阶段依旧存在着较大的自由裁量权。从此种立案审查的逻辑来看，行政诉讼立案登记制的实质内涵为自由裁量权继续留存提供了起点。

### （二）立法状况奠定了法律基础

1. 立案登记的原则性法律条款。在法律概念存在不明确的情形下，法官的自由裁量权体现在对于不明确的法律规定明晰化以及对争议解决的理由说明上。<sup>⑧</sup>新《行政诉讼法》在第51条第1款中明确规定，“符合本法规定的起诉条件的”，案件才实行“登记立案”。行政诉讼的起诉条件，主要规定在新《行政诉讼法》第25、49条之中。这两个条款的内容则较为原则和宽泛，并不是那么简单易辨。例如，第25条“与行政

<sup>⑤</sup> 梁君瑜：《我国行政诉讼立案登记制的实质意涵与应然面向》，载《行政法学研究》2016年第6期。

<sup>⑥</sup> 李凌云：《行政诉讼立案制度的模式选择与规范运行》，载《西部法学评论》2017年第5期。

<sup>⑦</sup> 黄先雄、黄婷：《行政诉讼立案登记制的立法缺陷及应对》，载《行政法学研究》2015年第6期。

<sup>⑧</sup> 蔡伟：《法官的自由裁量权》，载《宁夏社会科学》2007年第2期。

行为有利害关系”的表述看似简单。深入考察后发现，在学理上“利害关系”一词有多种解释。法官在立案登记时，不可避免需要对“利害关系”进行主观理解并加以适用，这便可视作自由裁量权的实际行使。美国学者约翰·亨利·梅利曼教授曾指出，这些原则性条款的意义所在，“完全取决于法官处理案件的自由裁量权。……这样，立法机关制定的法规就形同虚设，实际上法官自己在为‘衡平’划定界限。”<sup>⑨</sup>上述较为原则的法律条款，欠缺严格的操作性，留待今后修法中加以完善。

2. 立案登记的法律条款构筑了繁杂的规范体系。新《行政诉讼法》关于立案登记制的规定，的确主要体现在第49条到第52条的法律条款之中。但应该认识到，不能用这几个条文孤立看待立案制度。法律条款具有内在的逻辑和体例，行政诉讼法亦然。第一，这几款法律条文与新《行政诉讼法》第六章“起诉和受理”中的其它条文关系密切，其中涉及到第44条的受案范围、第45条的复议规定、第46条的起诉期限等等，都是法官在立案登记时应当考虑的因素，新《行政诉讼法》关于立案的条件甚至可以延伸到第一章至第四章中的相关内容；第二，上述法律条款还需与2018年2月8日施行的《行政诉讼法司法解释》结合起来理解，其中在第六节“起诉与受理”部分详细对立案的起诉条件和受理作出了解释，是新《行政诉讼法》的有效补充。同时，新《行政诉讼法》关于立案登记制的规定，法官还应该和最高法院2015年4月通过的《立案规定》结合起来理解。上述法律规范及司法文件的规定，构筑了一个联系紧密、内容繁杂的立案体系。这样的立案规范体系，不免为法官自由裁量权留下了空间。

### （三）立案程序暗含了裁量余地

行政诉讼立案登记制是一个前后衔接的过程。立案庭在日常立案过程中，具体分为当事人提交起诉材料、法官接收诉状、材料审查和登记立案等前后衔接的各个环节。当法官能够判定起诉满足立案条件时，就现场登记立案；反之，则作出不立案的裁定。当遇到当事人提交的起诉材料不规范等情形，法官还具有指导与释明的程序义务。当事人在指定期限内补正并符合条件，法官则予以登记立案。同时，若法官当场对当事人是否应该立案存疑时，还应该接收诉讼材料，并在七日内做出决定。这体现在新《行政诉讼法》第51条的规定，即（人民法院）“对当场不能判定是否符合本法规定的起诉条件的，应当接收起诉状，出具注明收到日期的书面凭证，并在七日内决定是否立案。”

通过分析发现，七日的考虑期限暗含了自由裁量立案的程序安排。七日期限的本意，是使法院立案庭有充分时间进行考虑。“当场不能判定”的具体表述，可以从以下内容加以阐释。一方面，倘若法官经过七天时间的研判，仍未能判定当事人诉至法

<sup>⑨</sup>【美】约翰·亨利·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社2004年版，第54页。



院的行政纠纷是否适宜立案，则应该根据规定加以立案。另一方面，在未满七日期限内，法官在此期间就进行登记立案，或作出了不立案的裁定。如此，这便涉及到七日内如何判定的问题。“当场不能判定”向“七日内判定”的过渡，立案庭法官存在裁量立案的余地，即使法官未意识到这就是在行使自由裁量权。另外，新《行政诉讼法》第52条规定，“人民法院既不立案，又不作出不予立案裁定的，当事人可以向上一级人民法院起诉。上一级人民法院认为符合起诉条件的，应当立案、审理，也可以指定其他下级人民法院立案、审理。”至于当事人是否符合能起诉条件，上级法院就可以直接立案受理或指定下级法院立案，则由上级法院自由裁量决定。

综上，对现行立案规定进行分析发现，法律虽未明确授予法官在行政诉讼立案登记阶段的自由裁量权，但却暗含了裁量立案的余地。鉴于现行立法关于立案的原则条款、法律体系繁杂及程序上的裁量空间等三重因素，依法立案与裁量立案之间的“度”如何准确把握，在此情形下并没有固定的标准，这就需要法官凭借专业素养加以判定。从此种法律认知层面来说，现实的法律条款及立案程序为自由裁量权的存在提供了土壤。行政诉讼立案登记阶段的自由裁量权，便是在上述场域生成。

### 三、行政诉讼立案登记阶段自由裁量权的现状分析

与立案审查制相比，行政诉讼立案登记阶段的自由裁量权也出现了一些变化。具体而言，其实践状况表现为以下几个新特点。

#### （一）自由裁量的空间相对压缩

一般来说，自由裁量权是以良性发展为导向。即使裁量幅度出现偏差，也主要是因为对法律理解有偏差或者专业能力不够，导致偏离了本来目的。但在立案审查阶段，自由裁量权却曾一度被滥用，以一种偏离的形式表现出来，这主要体现为法官的选择性立案，即一种非正当目的的裁量产物。应星、汪庆华曾调研过行政诉讼的立案制度，提出了“立案政治学”<sup>⑩</sup>这一概念，他们认为法官在审查案件之时，不但依据法律规定审查起诉时所要求的立案要件，而且还会从行政案件与当地的安定团结局势和党政中心工作的关系去决定是否立案。从中可知，法官在立案阶段所受到的外部干扰有时并不是那么严重。相反，法官在立案阶段对某些本应受理的行政案件不予立案，是基于部门自身利益所作出的。“立案政治学”的直接后果，就是法院在立案过程中可能会选择不予受理那些敏感性和疑难复杂的案件。“立案政治学”的实质，就是一种偏离

<sup>⑩</sup> 应星、汪庆华：《涉法信访、行政诉讼与公民救济行动中的二重理性》，载《洪范评论》第3卷第1辑，中国政法大学出版社2006年版。

了正常轨道的自由裁量权。而立案审查制为此种偏离提供了某种契机。

立案登记制，则一定程度上克服法院的选择性立案，使得自由裁量空间被压缩。在中央政策对解决“立案难”决心以及新《行政诉讼法》推进立案登记制的背景下，目前法院无法回避当事人所提起的符合立案条件的诉讼，将符合形式要件的所有行政案件予以登记立案。立案登记制规定了较为完善的立案监督和救济制度，对立案审查制的弊端作出了改良，一定程度上能够抑制法官立案中的随意行为，监督法院自觉克服推诿立案的心理。在司法实践中，立案登记阶段的自由裁量权减少后，原先立案审查阶段法官以“原告不适格”、“不存在利害关系”等借口不予受理原告所提起诉讼的情形，在一定范围内得到改观。

## （二）“一律接收诉状”与“自由裁量立案”的失衡

自由裁量权的两极化倾向，就是要么不行使，要么随意行使。在立案登记阶段，深嵌其中的自由裁量已导致立案利益失衡，其表现为朝着一极化方向发展的趋势。换言之，在遵循“一律接收诉状”规定的同时，产生了自由裁量权滥用的情况。从 2015 年 5 月起算，立案登记制在各级法院贯彻实施。5 月 4 日是实行新立案制度的第一天，依据相关部门的资料，当天全国范围的立案数量超过六万七千件，与去年同期相比增幅超过 20%，当场登记立案率超过 85%。5 月的一个月时间内，全国一共登记立案 113.27 万件，同比增长 29%，其中行政案件的涨幅最大，比去年同期增长了 221%。2015 年全国一审行政诉讼案件比 2014 年增长了 55%，达到 22 万件。<sup>①</sup>自 1990 年实施《行政诉讼法》的 28 年时间里，2015 年所受理的行政案件数量比往年的增长幅度都要大。

行政诉讼立案制度的改良，对行政案件受理数量的增长发挥了积极作用。但是，部分法院在立案登记阶段的自由裁量走得过远，也是数量增长的原因之一。举个例子，在立案的实践领域，有的法院产生了“只要当事人递交诉状的，就登记立案，对起诉条件不作审查，导致大量不符合行政诉讼起诉条件的案件进入了法院”的现象。<sup>②</sup>从中可知，立案登记制所倡导的“一律接收诉状”，与法官在立案登记阶段的自由裁量权，在某种程度上产生了冲突。在中央政策大力推行立案登记制的政治背景下，部分法院在立案登记时不免在政治导向和依法立案之间发生了失衡。这时，法官自由裁量权在此种情况下往另一端方向发展，即不审查案件是否符合立案条件，随意运用自由裁量权予以立案，游离于依法立案的正常轨道。

<sup>①</sup> 何海波：《从全国数据看新 行政诉讼法 实施成效》，载《中国法律评论》2016 年第 3 期。

<sup>②</sup> 杨翔、谷国文、江华：《落实立案登记制，保障当事人诉权——湖南高院关于行政诉讼案件立案登记制实施情况的调研报告》，载《人民法院报》2015 年 7 月 2 日。



#### 四、行政诉讼立案登记阶段自由裁量权的规制

自由裁量权给予了法官某种选择权，但此种权力通常要受到制约。美国学者博登海默认为，“权力的运作具有能动性、易变性，当权力不受控制时，它就趋于膨胀，具有破坏性。”<sup>⑬</sup> 行政诉讼立案登记阶段的自由裁量权，在一定程度上具备存在的合理性。但是，我们也应该警惕的是此种自由裁量权可能引发的负面影响，进而对其行使的边界加以规范和约束。本文考虑从理念、标准和程序三个维度，对行政诉讼立案登记阶段的自由裁量权进行规制，促使法官具备合理裁量的技术方法。

##### （一）裁量理念上的规制

立案制度是法院受理案件的依据和指南，法官是依据此项制度规定去决定是否受理当事人所提起的诉讼。行政诉讼立案制度的直接目的，是为了畅通当事人诉求表达的渠道，为两造平等对抗提供有效的平台。规制自由裁量权的宗旨，是为了达至合理裁量的地步。裁量立案的权力务必要得到约束，而规制的策略不仅是立法和制度层面的健全，更为重要的可能是合理裁量理念的确立。从内在来看，任何外在的法律和程序规制，可能也不如统一法官在立案登记阶段的法律思维来得牢靠。可以说，“法律思维的同质性可能是对法官自由裁量权的最大限制，在某种程度上说，这构成了司法的内在约束”。<sup>⑭</sup> 妥当合理的裁量理念，则可以看作是立案登记阶段的法律思维。法官在行政诉讼立案阶段行使自由裁量权，应遵循科学的考量标准，即既要有效保障当事人的行政诉权，也要合理筛选行政案件，实现二者相均衡。

1. 以保障行政诉权为导向。就公民而言，行政诉讼立案制度为实体权利的保障创造了条件。实体上的权益保障经常是通过司法上的救济得以实现。当事人权利救济的实现程度及其范围大小，则实际取决于司法的态度。离开了有效的司法救济，宪法和法律所设定的公民权利只能停留在应然的状态，而不能成为可以拥有的实然权利。在日常生活里，由于行政机关的一贯强势，公民与之对抗时经常处于不利的处境。在行政管理活动中，虽然公民和行政机关形成的往往为不平等的法律关系，但公民有对其行为提出异议的权利。公民能够通过多种方式表达自己的不满，提起行政诉讼就是其中非常重要的一类。公民将与之发生纠纷的行政机关诉之法院立案庭时，法官则要先给公民一个“说法”，这种“说法”就是法官对立案的司法态度。倘若法官给出了肯定的司法态度，就开启了由行政庭解决纠纷的大门，引导公民与行政机关在法庭上平

<sup>⑬</sup> 【美】埃德加·博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第83页。

<sup>⑭</sup> 郭本思：《法律思维同质性的意义》，载《东岳论丛》2010年第11期。

等对抗。要实现公民与行政机关的平等对抗，首先取决于立案庭法官的立案活动。尤其是当立案存在裁量空间时，遵循保障行政诉讼的价值判断尤为重要。

2. 合理筛选案件的理念。与行政机关产生了行政纠纷后，去法院起诉往往并不是公民的首选。行政诉讼作为国家参与化解行政纠纷，用公力救济替代私力救济的方式，满足了国家、社会与公民个人对解决行政纠纷的现实需要。“在解决社会冲突的种种手段中，诉讼是一种最常规、最规范、形式效力最为明显的手段。”<sup>⑮</sup>但应该认识到，诉讼是存在成本的，法院化解纠纷的能力是有限的，也不是所有的行政纠纷都适宜纳入到诉讼中去解决。毫无限制的诉讼，不但无助于矛盾的化解，反而会消耗珍贵的司法资源，给公共利益带来更大损害。法院立案阶段发挥着过滤网的功能，这意味着只有达到一定条件，案件才能被法院所接纳，这就能够将一些不适于用诉讼方式化解的行政纠纷排除在司法程序之外，而将更多司法资源用在那些确有必要的行政案件上。考虑到上述要点，强化法官在自由裁量过程中合理筛选行政案件的理念，有助于司法资源的投入与矛盾的化解达到有效平衡。

## （二）立案登记标准的规制

为规制法官自由裁量权，很关键的一步就是让抽象的法律基础消解，使裁量的法律空间压缩。如英国学者韦德对自由裁量权的观点，“法治所要求的并不是消除广泛的自由裁量权，而是法律应当能够控制它的行使。”<sup>⑯</sup>行政诉讼立案登记阶段，法官是基于新《行政诉讼法》《行政诉讼法司法解释》《立案规定》等法律规范和司法文件载明的立案规定。自由裁量权无论如何行使，都必须与上述规定保持整体协调。“立案审查制向立案登记制的转变，变化并非在于要不要审查，而在于如何审查或者说审查哪些内容。”<sup>⑰</sup>如何构建立案登记阶段的“审查标准”，是规制自由裁量权的核心要素。确立了合理的立案登记标准，有助于规制自由裁量权，使之在一个相对精准的范围内运行。

立案登记是实质，是将“依法应该立案”和“不该立案”作出区分，这依然需要通过审查才能明确。最高法院立案登记制改革课题组提出了“区分登记要件与诉讼要件”的观点，即“登记要件是启动司法程序的条件。主要包括具有符合法律规定形式的诉状，交纳诉讼费等等，对登记要件只能进行形式审查。诉讼要件是启动审判程序的条件。”<sup>⑱</sup>鉴于现行立法状况，可以构建可操作性的审查标准为目标，确立形式与实质审查相结合的立案登记标准。实质审查的内容，需要在今后修法中运用立法技术加

<sup>⑮</sup> 紫发邦主编：《体制改革与完善诉讼制度》，中国人民公安大学出版社1991年版，第24～25页。

<sup>⑯</sup> 【英】韦德：《行政法》，徐炳等译，中国大百科全书出版社1997年版，第55页。

<sup>⑰</sup> 黄学贤《行政诉讼立案登记制有效实施的几个基本问题》，载《福建行政学院学报》2016年第3期。

<sup>⑱</sup> 最高人民法院立案登记制改革课题组《立案登记制改革问题研究》，载《人民司法》2015年第9期。



以合理调适。新《行政诉讼法》所构建的“立案登记制”暂时不会再改革情况下，只能着眼于在现行立法框架内寻求突围。具体来说，当事人的起诉状是否规范、当事人的身份信息、是否复议前置、是否超过了起诉期限等等，都是简单易辩，属于形式审查的范畴，基本不存在法官的自由裁量权。也就是说，对自由裁量权的规制，应该在实质审查内寻求对立案条件的合理配置。

根据考察现行法律条文，新《行政诉讼法》关于起诉条件的法律条款，即包括当事人提起诉讼应具备原告资格、有明确的被告、有具体的诉讼请求及属于法院受案范围和管辖范围四个条件，是实质审查存在的法律基础。这些标准，属于“高阶化”的起诉条件，在法律明文规定的情况下，适用的幅度较为模糊。此种审查标准，需要最高人民法院发布典型的立案案例，发挥出统一司法适用尺度的功效。应当明确，除了上述几个立案标准外，法院不能以自由裁量权的名义，对当事人是否构成滥诉等不属于起诉条件的其他内容作出审查。

### （三）立案登记程序的规制

从功能角度而言，程序规范具有抑制行为随意性的效用。为此，可以从立案登记的过程着手，对立案登记程序加以控制，弥补法律局限性对自由裁量制约不够的缺陷。对于这一问题，不妨从内部和外部两个维度对其程序进行规制。即在内部设置立案协调机制，对外扩大立案阶段的司法公开，建立起内外结合的程序规制方式。

1. 设置立案协调机制。法院实行新的立案制度以后，有论者提出，“作为专门的受理审查机构——立案庭没有必要继续存在，代之以立案室，真正实行柜台式处理。立案室的司法事务辅助人员主要的工作就是登记立案，并将符合诉状要求的诉状送达给被告。”<sup>①</sup>此种观点的出发点，是基于实质意义上的立案登记制基础上所提出的。然而，新的立案制度实为“准立案登记制”，上文已有所论述。另外，根据最高法院官网描述，立案庭“主要负责最高人民法院受理的各类案件登记立案；负责办理立案、管辖权争议案件；审查处理有关申诉及再审申请案件；负责司法救助工作。”<sup>②</sup>从中可以看出，立案庭的职能并不局限于立案。因而，废除立案庭的说法有待继续考证。

在我看来，不妨在立案程序中设置立案庭与行政庭的立案协调机制，就行政诉讼立案中的疑难问题共同协商，从中规制立案庭法官的权限。这可以从两个方面加以说明。一方面，考虑到立案阶段法律条文的复杂性，以及立案庭法官对行政诉讼的理解未必有行政庭法官专业。另一方面，新《行政诉讼法》第51条规定了“七日内决定是否立案”的法律条款。在七日的立案考虑期内，由立案庭法官征求行政庭法官的意

<sup>①</sup> 张卫平：《民事案件受理制度的反思与重构》，载《法商研究》2015年第3期。

<sup>②</sup> 最高人民法院官网 <http://www.court.gov.cn/jigou-fayuanjigou-zhineng-2.html>，2018年8月8日访问。

见。若行政庭认为应当立案登记，原则上立案庭予以受理。根据实证研究显示，“从 2015 年开始法院一审审结案件中裁定驳回原告起诉案件比率大幅提升，主要原因是 2015 年 5 月 1 日实施立案登记制改革，立案部门在登记立案时主要侧重于形式审查，这样就会有大量原本不符合起诉条件的行政案件经登记立案进入诉讼程序。当这些案件由行政审判部门审理时，则会发现不符合行政诉讼法规定的起诉条件，遂裁定驳回起诉。”<sup>②</sup> 个中缘由，是立案庭法官对部分原告的起诉是否符合立案条件存在疑问，而只能在七日内自主裁量立案，并将案件材料移交行政审判庭的结果。通过设置此种内部协调机制，既能促进立案规范化运行，也能够适当控制立案庭法官在立案登记阶段的自由裁量权。

2. 立案过程的司法公开。新《行政诉讼法》第 51 条、第 52 条等规定了原告可以投诉、向上级起诉等监督机制，但此种措施只是从立案不作为或立案不当等角度出发。针对自由裁量导致的不予立案等行为，如何对其规制有必要进一步探讨。针对个人，可以尝试构建立案异议复核机制，当事人对立案过程有疑问时，法官需要在出具不予立案裁定书同时，向当事人释明情况。同时，针对社会公众，必要时对具有典型特征和社会导向的立案案例加以梳理，法院立案庭可以召开立案新闻通报会，公开立案登记的依据和过程，将之置于公众监督之下，也是新时代司法公开的应有之义。

## 结语

本文的基本观点，是认为在行政诉讼立案登记阶段，应尽可能避免法官的主观判断以及自由裁量。当原告到法院提起行政诉讼时，法官只需按照确定的标准和程序，对符合条件的案件予以立案登记，做到既不限制也不能放任原告的起诉活动。作为将“行政纠纷”转换为“行政案件”的司法实践者，立案庭法官在自觉或不自觉行使自由裁量权过程中受到相应的规制，也是为了更好践行保障原告行政诉权的宗旨。为此，考虑到立案登记阶段自由裁量权存在的客观现实，以及当前法官综合业务能力不相一致的情形，运用合理的规制手段去引导和规范立案过程就显得尤为必要。这就是本文探讨行政诉讼立案登记阶段自由裁量权的旨趣所在。

（责任编辑：郝晓越）

<sup>②</sup> 程琥：《解决行政争议的制度逻辑与理性构建——从大数据看行政诉讼解决行政争议的制度创新》，载《法律适用》2017 年第 23 期。



# 民事习惯论证的逻辑结构与可能

## ——兼论民事习惯文本的引证

龙微\*

**内容摘要** 2017年10月1日生效的《中华人民共和国民法总则》第10条规定了习惯作为整个民法的一般法源地位。在实践中如何适用习惯，需要精致的司法技术予以支撑。实践中，存在缺乏对习惯客观存在的证成，对习惯内容表达不规范，对习惯的有效性论证不充分等问题。为正确将习惯适用到实践中来，需明确习惯适用的论证方式。对于习惯的客观存在，可以在当事人参与的基础上适当运用经验推理，结合庭审阶段的审理对习惯是否存在进行综合认证，同时加强地方政府对习惯的汇编，法官在适用时可以对汇编文本直接予以引证。对于习惯的规范性因素提取，运用归纳方式将其从多样生活事实抽象为一般规则；运用情境代入法、历史解释、目的解释等方法将概括表述的习俗细化为具体的规则。习惯效力的论证，从正向推进角度出发，以规则符合性、原则权衡来论证，从逆向角度证伪，以后果主义推理来进行论证。对于习惯中的伦理价值论证，需借助伦理学、社会学的方法，比如义务论等方式，防止法官陷入“价值决断论”的困境。

**关键词** 民法总则 民事习惯 法律渊源 经验推理 效力认定

中图分类号：DF51 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)05-096-111

论证就好比一个生物。它既有总体的解剖学结构，又有精致的、难以察觉的生理学结构。

——斯蒂芬·图尔敏

\* 龙微，湖南省新晃侗族自治县人民法院审判监督庭法官助理。

2017年10月1日生效的《中华人民共和国民法总则》(以下简称《民法总则》)第10条<sup>①</sup>规定习惯<sup>②</sup>作为整个民事纠纷解决的正式法源,充实了民事纠纷解决的依据,体现了法律体系的开放性。在实践中如何适用习惯,需要精致的司法技术予以支撑,然而从目前的研究来看,主要集中于对习惯法源地位的论证与习惯在司法实践中的作用探析,对于习惯真正作为裁判规范的论证方式未予探讨。笔者以生效案例为基础,分析习惯司法适用中的证成路径,以期为习惯的有效适用提供实用的操作规则。

## 一、习惯适用证成的不足及原因

习惯作为案件审理的大前提,由于其不成文与非规范性,对其进行适用的条件是必须经历一个“法律发现”并予以证成的过程,然而从实证考察来看,案件裁判者在适用习惯时,鲜少对习惯进行论证。

### (一) 习惯适用的证成缺失

#### 案例一 接脚夫案<sup>③</sup>

厦门某地区,原告因二儿子去世,其按当地习俗,将被告招为“接脚夫”,双方订立了一份《合约书》,约定被告落户原告家,并对家中老幼尽扶养义务。后原告将房子一半,土地补偿款6000元分给被告。因被告一直未对原告尽赡养义务,原告将被告诉至法院。法官审理后认为按照闽南一带的传统风俗,招入的后夫即“接脚夫”有权继承财产,有责任赡养老人。因此,依照这样的风俗习惯,被告应承担赡养义务。最终,法院依据当地习俗判决被告每月向原告支付赡养费109元。

#### 案例二 顶盆继承案<sup>④</sup>

青岛市某区,原告持一份赠与公证文书向法院起诉要求被告(其侄子)搬出其受赠与的房屋。原告称其过世兄长生前将房屋赠与给自己,被告是非法侵占。被告辩称,其通过为死者顶盆发丧然后继承的房子。法院审理后认为,顶盆发丧虽然是一种民间风俗,但并不违反法律的强制性规定,所以法律不应该强制地去干涉它来破坏已经形成的社会秩序,故判决驳回原告石坊昌的诉讼请求。

<sup>①</sup> 《民法总则》第10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。”

<sup>②</sup> 本文所探讨的习惯,是指通说意义上的习惯法而非事实上的习惯。参见沈德咏主编:《中华人民共和国民法总则 条文理解与适用》,人民法院出版社2017年版,第166页。陈甦主编《民法总则评注》,法律出版社2017年版,第75页。

<sup>③</sup> 许翠霞、王勤芳:《从“接脚夫”的习俗谈善良风俗的认定——由厦门同安区一则审判案例谈起》,载《河北经贸大学学报》2009年第4期。

<sup>④</sup> 尚海涛、龚艳:《论法治理念下的审判智慧——给予顶盆继承案的解读》,载《中共青岛市委党校青岛行政学院学报》2010年第4期。



接脚夫案和顶盆继承案将习惯作为案件的主要依据,<sup>⑤</sup>判决尊重民间习俗,得到了民众和学者们的一致好评。<sup>⑥</sup>然而习惯作为案件审理的大前提,在裁判文书中却鲜少对其论证。

第一,习惯是否客观存在未进行论证。在接脚夫案中,虽然有原告提供的100位村民集体签字的说明,但该习俗在当地是否具有拘束力,法院未对习惯这一事实进行评价。顶盆继承案中仅对被告顶盆这一事实进行了证明。这种情况并非鲜见,笔者搜集的案例中,<sup>⑦</sup>有79.2%的案件,缺乏对习惯客观存在的证成,即使有时当事人一方明确对习惯存在的真实性提出异议,法官仍然会直接作为依据予以使用。同时,对于一些存在习惯记载的文本,法院往往忽略其价值,未将其引证在裁判文书中,用以增加裁判的说服力。

第二,对习惯内容未进行明确。在上述二案中,习惯中所规定的权利义务主体是谁,权利义务内容是什么,违背习俗应当承担什么后果,法院未进行规范表达。在笔者搜集的案例中,绝大多数的案例中未对习惯内容予以表达,惯用“根据交易习惯……”、“……违背风俗习惯”等语句予以表示。

第三,未对习惯的效力进行详细论证。从接脚夫案来看,依《中华人民共和国婚姻法》的规定,被告和原告之间不存在赡养关系,因为他们之间既不存在亲子关系,也没有形成养子关系。接脚夫习俗是法律规定之外拟制形成的另一种赡养关系,其是否合法,案件中未进行详细的论证,降低了判决的可接受性。从顶盆继承案来看,根据最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第38条的规定,<sup>⑧</sup>实质上已经否定了立嗣等方式所形成的继子女关系,仅从条文上来看,顶盆继承的习俗已经违背了法律体系一致性,然而,裁判者在审理过程中未对此问题进行回应和论证。

## (二) 习惯证成缺失的原因

1. 双重属性致使习惯在实践中被误识。从理论上讲,作为民事纠纷解决的具体规范,其是作为“法律规范”而存在,根据法官知法原则,习惯不需要经过任何证明程序直接可以作为裁判依据。但从现实来看,要求法官知悉所有的习惯,显然期望过高。同时,习惯的反复适用与具有法的确信两个特征,说明了习惯不仅具有事实属性,还

<sup>⑤</sup> 由于当时习惯并不是正式的法源,两个案例在最后的判决说理中均未直接依据习惯进行判决,顶盆继承案以诉讼时效和起诉对象进行的论证。

<sup>⑥</sup> 姜福东:《法官如何对待民间规范?——“顶盆过继案”的法理解读》,载《甘肃政法学院学报》2007年第7期。

<sup>⑦</sup> 笔者以传统习惯、习惯、习俗等关键字在中国裁判文书网、北大法宝等文书网站上搜集了120份案例作为样本,这120份案例中,有将习惯作为证据的、将习惯作为事实推定依据的、也有将习惯作为行为依据的。

<sup>⑧</sup> 最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》第38条就规定:“过继子女与过继父母形成扶养关系的,即为养子女,互有继承权;如系封建性的过继、立嗣,没有形成扶养关系的,不能享有继承权。”

具有法律属性。因为习惯作为一项客观事实，<sup>⑨</sup> 是否存在需要证据予以证明，而习惯是否具有“法的确信”，需要探究的是该命题有无拘束力、有无效力。综上，习惯具有事实和法律两重属性，但是裁判者在适用习惯时往往忽略习惯的事实属性，直接作为一种经验规则予以适用。

2. 习惯的复杂性致使内容识别困难。习惯呈现多样的状态，它内化于人们的观念中，法官无法轻易识别出习惯的具体内容，加上很多法官不了解当地的风俗习惯，对于习惯内容的把握就更是难上加难。同时，我国大陆地区缺乏习惯的汇编，不能够为法官适用习惯或习惯法提供成文的依据。像 13 世纪法国有《诺曼底大习惯法集》和《波瓦西习惯集》等习惯汇编，我国台湾地区也有相应的习惯调查报告，能够为习惯的适用提供依据。综上，由于习惯本身的复杂性以及法官识别习惯内容的途径缺失，致使法官在习惯适用时，倾向于使用“民族习惯”“传统习惯”等抽象名词代替对习惯具体内容的说明。

3. 效力判断标准的模糊性致使法官思维僵化。要审查一项规范的效力的前提是知道该效力的来源。习惯作为一项规范要判断它的效力必须要有相应的评判标准，《民法总则》第 10 条规定了习惯不得违背公序良俗，但公序良俗始终是一个原则，其内容没有具体化。标准的模糊性致使法官在进行效力判定时需要论证判断的大前提，而这个大前提有时存在于道德范畴，需要法官对习惯进行伦理上的正当性判断。这一系列的判断过程与法官常用的形式三段论逻辑完全不同，致使法官常用“不违背法律法规”等语句予以回避复杂的论证。

综上，虽然《民法总则》第 10 条明确了习惯的正式法源地位，但“法源理论无法为法官提供习惯法的司法确认技术和鉴定标准”<sup>⑩</sup>。在实践中如何进行适用，仍然需要具体的司法技术支撑，笔者下文从习惯的客观存在、习惯的规范表达达到习惯的有效性证成对习惯的适用路径进行探索。

## 二、习惯客观存在的证成

习惯的适用需要对其是否客观存在予以证明，正如英格兰所规定的：“只有被证实的习惯，才能够作为法律渊源。”<sup>⑪</sup> 习惯作为一项特殊的“待证事实”，其主要证明内容为两项：条件 1：在一定时间内，就同一事项，反复为同一行为；条件 2：人人有

<sup>⑨</sup> 陈寒非：《民法典编撰中的民事习惯：从事实到规范的转变》，载谢晖、蒋传光、陈金钊主编：《民间法》（第 18 卷），厦门大学出版社 2017 年第 1 版，第 150 页。

<sup>⑩</sup> 王彬：《民间法如何走进司法判决——兼论“顶盆继承案”中的法律方法》，载《民间法》2008 年第 1 期。

<sup>⑪</sup> 王林敏：《论民间法的识别》，载《山东大学学报》2008 年第 5 期。



法之确信心，即所涉圈子的人认为习惯具有拘束力。<sup>⑫</sup>由于习惯存在的构成要件都甚为抽象，在具体的操作过程中需要法官予以阐明，在裁判文书中对相关文本予以引证，才能增加习惯适用的可接受性。

### （一）条件1的论证路径

1. 作为经验法则予以认定。习惯深嵌于社会生活，内化于人们的观念当中，有时当事人根本无法举证。为实现公平正义，法官需要适当将其作为经验法则予以认定。如目前出现的一系列凶宅案，当事人对于非正常死亡房屋的恐惧心理无法通过有形的证据予以证明，但从常理来看，原告的确受到了损失。法官对于这类常见的禁忌习俗作为一项经验法则予以认定，直接用其认定原告所遭受的损失。由于经验法则具有或然性、可反驳的缺陷，因此需要通过各种制约因素对其进行规范。

制约因素1：穷尽证据（或无需举证）

制约因素2：法官释明，组织当事人在法庭上辩论

将习惯作为一项经验法则来认定时，必须遵循制约因素的要求，否则易造成裁判突袭。在洪秀凤案中，<sup>⑬</sup>一审法院认为原告洪秀凤与被告约定了分两期付款，但却一次性付清，违背付款习惯，且被告在收到上述款项后出具给原告的是十张收据而非购房发票，亦违背房屋买卖的交易习惯。裁判者直接将付款习惯与房屋买卖的交易习惯作为一项经验法则予以适用，未考量其存在的真实性，也未在法庭上予以释明，不仅给当事人造成了裁判突袭，而且使案件事实认定错误，二审法院从事实出发对一审法院的认定进行了纠正。

2. 习惯作为一项事实予以认定。大部分的习惯由于地域性、民族性等特征，并未形成为大众所熟知的经验法则，习惯作为一项待证事实进入到法庭之中，需由当事人举证证明。由于习惯事实证明的特殊性，“当事人要证明此要件的存在相当困难”。<sup>⑭</sup>从实践来看，当事人提供的证据主要是证人证言，但由于证人易受各种主客观因素影响，言词证据具有易变性特点，为增加查明真相的可能性，法官可以在审查时建立一系列的规则，笔者结合案例分析如下：

#### 案例三 原告查爱民与唐卫芳等借款纠纷一案<sup>⑮</sup>

原告诉称被告尚欠煤炭货款30251元，但只有过秤单予以证明，在此诉讼程序中，原告提交了煤炭卖主和买主、也有司磅员和运输人员等的证言，证明在当地存在一个煤炭买卖的交易习惯，即煤炭购买过程中，买卖双方事先联系好，在码头的过秤点，

<sup>⑫</sup> 王利明：《论习惯作为民法渊源》，载《法学杂志》2016年第11期；许威：《民俗习惯在我国民事审判中的运用》，载《人民司法》2016年第22期。

<sup>⑬</sup> 云南省高级人民法院（2014）云高民一初字第9号民事判决书。

<sup>⑭</sup> 黄源盛：《民初大理院关于民事习惯判例之研究》，载《政法法学评论》2000年第63期。

<sup>⑮</sup> 周斌、乔刚：《交易习惯可以作为法院定案的依据》，载《人民司法》2008年第4期。

由司磅员开具过秤单，一份交给买方、一份交给卖方，然后由司机将煤炭送往卖方，买卖双方交付时不在现场。

从上述案例来看，原告为证明交易习惯的客观存在提供的均是证人证言，为审查该交易习惯存在的真实性，在庭审阶段可以建立相应的规则：规则 1：证人出庭接受法庭和当事人的询问；规则 2：当事人对证据进行充分的质证认证；规则 3：在特殊情况下邀请商会等专家证人；规则 4：法官询问问题设置：（1）习惯的存续时间？（2）习惯的内容是什么，何种情形下适用？（3）现在人们还按照这个习惯做事吗？（4）该地域的其他人在同等情况下是如何做的，并进行举例。在法官的引导下，当事人在法庭上对习惯是否客观存在的事实进行充分的辩论，为习惯的正确适用提供保障。同时，为证明习惯的真实性，法官在当地进行了走访，对习惯的存在时间、存在范围进行了调查，最终确定了交易习惯的客观存在。

综上，习惯客观存在的认证路径如表 1 所示：

表 1 客观存在认证路径

作为经验规则予以适用	作为事实予以认定
制约因素：1) 公理性，无需举证 2) 释明；辩论	认证规则：1) 质证、认证 2) 邀请专家证人 3) 证人出庭接受询问 4) 法庭询问问题点设置 认证结果：肯定：当事人自认、证据证明 否定：当事人举证不能

## （二）条件 2 的判断路径

### 案例四 半拉子门案<sup>⑥</sup>

被告将院墙修整挡住了原告的头门的一半，形成了“半拉子门”。原告认为，被告的行为在当地意味着对他们的侮辱，因此诉至法院，要求被告停止侵权行为，拆除东北角的院墙。原告提交了邻居、村委会、人民调解委员会的证明，“半拉子门”习俗在当地意指妇女作风不好，被告让原告形成“半拉子门”的境况，已经导致了村里人对原告评价降低的后果，法院判决支持原告的诉讼请求。

上述案件中，法官对于“半拉子门”习俗是否认定是原告诉讼请求能否得到支持的关键，而该习俗得到认定的关键是该习俗在当地是否具有“法的确信”。所谓习惯具有

<sup>⑥</sup> 江西省高级人民法院研究室：《直面民俗习惯的司法之难》，载《法律适用》2008 年第 5 期。



“法的确信”是指“人们相信该事实上习惯具有法律的拘束力”，<sup>①</sup>法官要判断的是适用习惯领域内人们的一种心理状态，当然，法官在进行判断时并非恣意，而是通过人们的行为和习惯调整产生的后果进行认定。一方面，当事人的行为是外化的习惯，因此要判断一个习惯是否对当地人产生拘束力，可以通过人们行为对习惯的遵守程度来进行判断。比如“招赘为子”的习俗中，人们对该事实予以认可，一旦签订“招赘文书”则在处理事务过程中将其家女婿作为其家长子对待，认可女婿享有相应的继承权。另一方面，从违背习惯的后果进行论证。习惯具有拘束力，体现在违背习惯后是否会产生相应的制裁后果。例如在上述的“半拉子门”案中，法院根据当地人对原告的评价下降可以认定“半拉子门”习俗在当地已经形成了法的确信。

### （三）习惯文本的引证可能

习惯作为人们行为的积淀，要论证其客观存在，最具有说服力的是对记载习惯文本的引证。我国台湾地区在司法实践中常以习惯调查报告文本为引证对象，直接适用习惯的内容来认定案件的事实或者对习惯进行解释，对于所涉习惯的客观存在与内心确信的论证直接以“参见民俗习惯调查报告 X 页”表示。例如在台湾高等法院台中分院 91 年上字第 222 号判决中，对于祭祀公业习惯中的归就解释进行如下表述：“旧惯上有所谓「归就」，即祭祀公业之派下，得对于同一公业派下之一人或数人，让与其派下权，并自该公业脱离（参我国台湾地区民事习惯调查报告第 713 至 714 页）。”习惯调查报告作为习惯的文本载体，对其进行引证能够有效证明习惯客观存在的事实。我国目前虽尚无统一的习惯汇编，但是相关习惯的文本记载仍然存在，例如苗族的议榔词、瑶族的石碑等。为能够更好的适用习惯，可通过地方政府对已存在的习惯进行统计汇编，形成相应的文字，法院在对习惯进行援引时，可以直接对汇编文本进行引证。

## 三、习惯规范因素提取

“明确的法律只要经过简单思维就能发现，但隐含的法律只有经过复杂的思维才能发现。”<sup>②</sup>习惯由于自身的不成文、弥散性特点，要将其作为裁判规范，法官必须将其规范性因素予以提取，用规范性语言表达出来。如法律规范一般，法官应当抽取出自习惯中所蕴含的假定条件、行为模式、后果，明确规范中的权利义务主体，保护的客体。习惯是由个人行为相似性组成，法官在进行规范性因素提取的过程中，要综合运用归纳、解释等方法。

<sup>①</sup> 彭诚信：《论民法总则中习惯的司法适用》，载《法学论坛》2017年第4期。

<sup>②</sup> 陈金钊：《法治与法律方法》，山东大学出版社2003年版，第273页。

### （一）从生活事实上升到抽象规范

习惯内化于人们的生活事实中，要将其抽象为规范，需根据不同习惯类型抽象出习惯的假定条件、行为模式、后果。习惯与法律规范一样根据行为模式的不同可分为禁止类习惯、义务类习惯、授权类习惯。义务类习惯比如闽南地区的接脚夫习俗，一旦成为接脚夫，则有赡养老人的义务；禁止类习惯比如丧葬习俗中的一些禁忌等。裁判者在适用习惯时就是将这些类型的习惯通过抽取规范要素，然后用法言法语表达出来。“习惯不过是许多个人习惯的相似点”，<sup>⑨</sup>裁判者要将人们行为中的相似性予以归纳，实现从个别到一般的飞跃。例如在对习惯规范性因素提取时需要运用到归纳推理，以苗族的“先辈入土为安”习俗为例，S1 代表禁止挖掘坟墓，S2 代表禁止挖掘尸骨，S3 代表禁止破坏棺材，Sn 代表禁止……

S1——如实施 S1 行为，侵犯墓者亲属精神利益，不仅需要恢复原状，同时需要赔礼道歉或给予精神赔偿。

S2——如实施 S2 行为，侵犯墓者亲属精神利益，不仅需要恢复原状，同时需要赔礼道歉或给予精神赔偿。

S3——如实施 S3 行为，侵犯墓者亲属精神利益，不仅需要恢复原状，同时需要赔礼道歉或给予精神赔偿。

Sn——如实施 Sn 行为，侵犯墓者亲属精神利益，不仅需要恢复原状，同时需要赔礼道歉或给予精神赔偿。

以上 S1、S2、S3……Sn 都蕴含着相同的假设条件、行为模式、后果，所以可以将这些相似性提取出来，形成一个一般性的规范。所以入土为安习俗可以规范表达为：

表 2 习惯的规范表达示例

权利主体	墓者的亲属
义务主体	全体世人
客体	死者亲属及后裔基于身份关系、因民间信仰所产生的精神利益；
假定条件	有人实施了侵扰死者安息的行为，如侵害坟墓、侵害棺木、挖掘尸骨等。
行为模式	禁止一切可能侵扰死者安息的行为，如侵害坟墓、侵害棺木、挖掘尸骨等。
后果	恢复原状、赔礼道歉、精神损害赔偿

与苗族“入土为安”习俗一样，法官在实践过程中需要运用抽象思维在众多的生

<sup>⑨</sup> 康芒斯：《制度经济学》，于树生译，商务印书馆 1962 年版，第 412 页。



活事实中，将规范构成要素归纳抽取出来，从而形成裁判规范，用于解决民事纠纷。

(二) 从概括描述细化到具体规范

法官在运用习惯时往往用传统习惯、民族习惯等这样的抽象性词语予以表述，如在拉某某诉达某某离婚纠纷一案，<sup>②①</sup>根据民族习惯分割了当事人的共同财产，但民族习惯的具体内容法官未予以阐释。规则的具体性，要求权利义务配置的明确。对于这些概述性的词语，法官需运用不同方法将其细化。第一，情境代入法。正所谓“百里不同风，千里不同俗”，每个地域的风俗习惯是不一样的，法官在对概述性习惯进行细化时，要换位思考，站在当事人所在的地域去考量习惯的具体内容，不能以自己的立场来强行解释当地的习俗。我国台湾地区花莲法院判决的一起姓氏修改案件中，<sup>②②</sup>法院以社会注重家族香火延续的传统习惯，而准许申请人由生父姓氏改为生母姓氏。然而申请人作为原住民，其并未有香火延续的观念，裁判者以汉人父系社会所使用的思考模式对原住民的行为进行了评判。第二，历史解释法。习惯是人们行为的沉淀，其在学习过程中必然具有固定的含义，法官在习惯细化过程中需注重习惯中所蕴含的真正意思。例如典当中“绝卖”的解释，要将其放在典当发展史中予以解释，其一直代表的是典当关系断绝、回赎权消灭。第三，习惯目的解释。社会生活的丰富决定了人们行为的多样性，在习惯具体适用时需要根据其目的进行解释，厘清习惯的具体内容。例如我国台湾地区台北法院一则遗产分割案例中，<sup>②③</sup>法院根据习惯对收养关系认定时，根据收养关系习惯的目的对收养习惯的构成要件进行了解释，认为康桃养媳身份虽然丧失，但是其自小由康家抚养，并在与康水木离婚之后一直伺奉康金旺夫妇，为其养老送终，符合收养习惯的目的，应当认定为收养关系成立。

综上，在对习惯进行解释时，有如下几种思路和方式：

表 3 规范性因素提取方式

从生活事实上升到抽象规范	从概括描述细化到具体规范		
归纳、类型化等方法	情境代入法(考量地域)	历史解释法(考量时间)	目的解释(考量目的)

四、习惯有效性证成

习惯并非来源于立法机构，而是人们自发形成，因此难免存在恶俗，要将其引入司法程序必须经过合法性检验。虽然《民法总则》确定了不得违背公序良俗的判断标准，

②① 共和县人民法院(2015)共民初字第416号民事判决书。  
 ②② 我国台湾地区花莲地方法院99年度家审字第11号民事判决书。  
 ②③ 我国台湾地区台北地方法院97年重家诉字第29号民事判决书。

但是如何在实践中论证习惯的有效性仍需探索更为细致的路径。考量规则的效力来源,笔者认为习惯有效性的论证可以从系谱和内容两个角度进行<sup>②③</sup>,即论证习惯内容与法律体系的符合性以及普遍道德对习惯的支持量。

#### (一) 习惯与法律规则的符合性论证

论证习惯的有效性,从实质上来讲就是论证习惯与法律的符合程度,其类似于凯尔森所主张的法律规则的有效性判断,只要证明习惯符合法律体系内的某项规则,习惯则具有有效性。习惯经过规范性表达以后与法律规则具有类似的构成要素,要判断习惯是否符合规则,可以从二者的构成要素进行判断。习惯符合规则的论证可以通过文义破解、要件等置、类比参照等方式实现,笔者集合下述案例对类比参照方式予以介绍:

#### 案例五 招赘为子案<sup>②④</sup>

王九如夫妇生有两女,长女李某经人介绍与陆某结婚,王九如夫妇与陆某签订“招赘凭书”,将陆某招赘为子,“招赘文书”约定由陆某和长女掌管家里一切财产,并负责二老生养死葬,次女朱某不分家里一草一木。王九如夫妇去世时,陆某按照当地习俗以孝子身份送葬。次女朱某因未能继承遗产诉至法院,要求法院分割王九如夫妇遗留下来的房子,认为“招赘文书”系封建社会习俗,应当无效。

法院通过类比参照论证了招赘为子习俗的合法性。其论证过程为:“招赘文书”系王九如夫妇与陆某夫妇的真实意思表示,内容约定的是王九如夫妇的生养死葬由陆某夫妇负责,其死后由陆某夫妇继承遗产。“招赘文书”约定形成的法律关系符合遗赠扶养协议的基本法律特征,因此不违反法律、行政法规强制性规定,应为有效。

#### (二) 法律原则对习惯的权衡论证

原则没有建立具体的法律类别、确定法律的后果,其作为习惯效力的判断标准,论证方式与规则不同。例如《民法总则》第10条规定的习惯不得违背公序良俗,公序良俗本身是一个不确定概念,且其内涵会因时代的变迁,也会因种族、地域等观念的不同而改变,因此要将其作为评价标准,无法像规则一样用符合性去进行判断。原则实质上是对各个利益主体所进行的一种权衡,因此在习惯判断时需要在具体的个案中,明晰各个主体的利益,然后根据原则对其进行权衡来判断习惯的效力。以顶盆继承案为例,我国法律已经设置了严格的继承顺序,并没有为顶盆继承确立合法地位,原告依继承顺序的继承权与被告依顶盆习俗的继承权发生了冲突,如果从规则上去进行论证,顶盆继承习惯的有效性论证就陷入了非此即彼的二元思维困境。规则的论证

<sup>②③</sup> 马驰:《法律原则的效力标准——基于系谱抑或内容》,载《浙江社会科学》2012年第3期。

<sup>②④</sup> 江苏省高级人民法院(2014)苏审二民申字第0744号民事裁定书。



路径无法进行，不妨将顶盆继承习俗进行解构，将原被告的所主张的权利还原为利益，本案的论证方式就“从逻辑演绎还原为利益平衡”了。<sup>②5</sup>从《中华人民共和国继承法》的条文来看，其不仅注重血缘的亲疏远近，同时也强调了权利与义务的对应，本案中被告不仅为死者以孝子顶盆发丧，而且承担了丧葬费用，而原告却拒绝料理死者后事，从利益衡量的角度来看，保护被告的利益更符合公平原则。

### （三）习惯效力的逆向证伪

#### 案例六 李某与装修公司侵权纠纷<sup>②6</sup>

李某请装修公司装修新房，装修工人在新房内自缢而亡，原告依传统风俗请求法院判令装修公司承担购房款、装修费损失以及精神损失，法院审理后认为原告所依据的死过人的新房已不宜作为婚房使用的风俗是恶俗，因此未支持原告诉讼请求，仅判决被告承担5000元精神损害赔偿。

#### 案例七 汪某与装修公司侵权纠纷<sup>②7</sup>

汪某新房装修，在临近竣工之时，三名装修工人因在房内烤火一氧化碳中毒死亡，原告要求被告装修公司进行赔偿，法院依据风俗习惯判决了被告赔偿原告损失与购买原告所有的房屋。

两个类似的案例，法官却作出了截然相反的判决，究其根源，在于法律并未将人们对于凶宅的恐惧纳入保护范围之内。法官从正向推理会陷入无法可依的困境，最后的结果是仅依赖于法官的自由裁量，因此会出现类似案例判决却南辕北辙的情况。原则与规则对于习惯的论证建立在能够找到与其相符的规定，由于习惯的广泛性，法律体系无法包罗万象，因此有时无法进行正向推进的方式论证习惯的有效性。在这种情形之下可以通过后果主义逆推来进行论证。后果主义在法律适用论证是指“在证成法律裁判时，考量裁判的后果并在给定情况下，根据解释的后果来修正解释。”<sup>②8</sup>该方法是一种结果导向思维，它的逻辑结构如下所示：

结论：X应当被实施。

因为：行为X导致后果Y（经验性命题）

并且：根据目标Z后果Y是可欲的（规范性命题）

后果主义是一种社会学视角的论证方式，通过预测可能产生的后果，来判断行为的正当性与可接受性。就如上述的两个案例，在正向推理无法进行时，我们不妨以后

<sup>②5</sup> 王彬：《民间法如何走进司法判决——兼论“顶盆继承案”中的法律方法》，载《民间法》2008年第1期。

<sup>②6</sup> 郑彧：《从习惯到习惯法——从两起案例看我国民法习惯的法律适用》，载《云南大学学报》2001年第4期。

<sup>②7</sup> 江苏省淮安市清河区人民法院（2003）河民一初字第9号民事判决书。

<sup>②8</sup> 王彬：《司法裁决中的“顺推法”与“逆推法”》，载《法制与社会》2014年第1期。

果为起点来进行推理，发生过非正常死亡事件的房子，从人们的现实观念来看会让购买人回避而导致房屋市场价值贬低。也就是说，如果被告没有承担赔偿责任，则原告至少需要自己承担房子价值贬损的损失。另外，装修公司因其管理不善导致房子中发生非正常死亡事件，如果不要其承担赔偿责任，在一定程度上鼓励了装修公司玩忽职守的行为。综上，原告有损害，被告有过错，如果判决结果是驳回原告的诉讼请求则会造成严重的不公平，因此从后果主义推理出来的结论应当是被告承担赔偿责任。目前，法院在处理凶宅纠纷时，已经验证了以后果为起点所得出来的结论，比如王某飞与缪某强房屋买卖合同纠纷案<sup>②⑨</sup>、虞某明等与王某明等房屋买卖合同纠纷案<sup>③①</sup>均认可发生过非正常死亡事件的房屋会严重影响买主的购买意愿，判决同意原告撤销买卖合同。

#### （四）习惯有效性的价值判断

习惯与道德紧密联系，要论证习惯的正当性，有时需诉诸道德范畴。由于直觉主义和情感主义的影响，人们在评价某个规范时往往从个人出发，而非理性的对话，从而难以达成“共识”。要论证习惯的有效性，须论证道德对于习惯的支持量，道德对于习惯的支持量越高则越能肯定习惯的有效性。因此，法官往往需要借助伦理学、社会学中的各种论证方法，对习惯的价值进行进行综合论证。

#### 案例八 高秀清与重庆某学院特殊侵权案<sup>③②</sup>

朱某系重庆某学院的退休教师，2003年7月16日自杀死亡。次日，重庆某学院将朱某的遗体火化。7月19日，重庆某学院将朱某死亡及已火化的情况告知其亲属。其母高某向法院起诉，认为重庆某学院的行为侵犯了其向死者遗体告别、悼念的权利，请求重庆某学院赔偿精神损害抚慰金等共计61304元。一审法院判决驳回原告诉讼请求，二审法院认为被告违背习惯，造成原告精神上的痛苦，故判决赔偿原告精神抚慰金10000元。

上述案例关于死者亲属有悼念以及遗体告别的习俗，是否能够得到法律的承认是一个价值判断，需要对其进行道德论证。下面以义务论为例，展示习惯有效性的价值判断。“义务论伦理学采用逻辑的证明方法来证成道德判断，完全剥离经验要素，只涉及思维的普遍规律。”<sup>③③</sup>其论证结构呈现为：

T : X 行为必须被实施

R : 根据规范 Y，行为 X 必须被实施

N : 规范 Y 在道德上是善的

<sup>②⑨</sup> 上海市宝山区人民法院（2015）宝民三（民）初字第818号民事判决书。

<sup>③①</sup> 杭州市拱墅区人民法院（2015）杭拱民初字第1154号民事判决书。

<sup>③②</sup> 重庆市第五中级人民法院（2006）渝五中民终字第225号民事判决书。

<sup>③③</sup> 王彬：《法律论证的伦理学立场——以代孕纠纷案为中心》，载《法商研究》2016年第1期。



要证明N命题,我们需要提出一个理由,提出这个理由必须援引预设有效的规则R,而任何规则R都必然是有一定的适用条件T。义务论的论证有助于判断某种权利是否具有正当性,例如上述的悼念权案例,重庆某学院在朱某在校死亡后,未等到家属对其进行遗体告别就将朱某的尸体予以火化,朱某家属认为学院侵犯了其向死者遗体告别、悼念的权利。法律上对亲属的遗体告别权并未作具体的规定,法官必须对习惯中包含的权利义务进行论证。法官可以利用义务论的论证方式进行推理。

T :亲属的遗体告别权减轻了亲属的精神痛苦

R :人的精神利益受到法律保护

N :亲属的遗体告别权是正当的

规则R来自于法律精神,法律保护人们的精神利益,亲属的遗体告别能够减轻人们的精神痛苦,故重庆某学院在有条件保存原告亲属尸体的情况下,未考虑死者亲属的精神利益,故应当承担侵权的责任。

综上,习惯有效性的论证,从正向推进角度出发,以规则符合性、原则权衡来论证,从逆向角度证伪,以后果主义推理来进行论证。对于习惯中的伦理价值论证,需借助伦理学、社会学的方法,比如义务论等方式,防止法官陷入“价值决断论”的困境。

表4 习惯效力论证

正向推进		逆向证伪	价值判断
规则符合性	原则权衡	后果主义推理	伦理学、社会学方式,例如义务论论证

## 五、习惯的实际运用

### (一) 习惯适用论证思维图

如前文所述,习惯运用过程中不仅需要对其A:客观存在予以证成,同时也需要对B:习惯进行规范性表达,C:判断习惯的有效性。前述的条件与习惯得以在司法中适用属于一个充分条件的假言命题,即  $A+B+C \rightarrow q$ ,只有前面的条件全部满足,才能推出结论q。法官在对习惯适用予以论证的思维图如下所示:

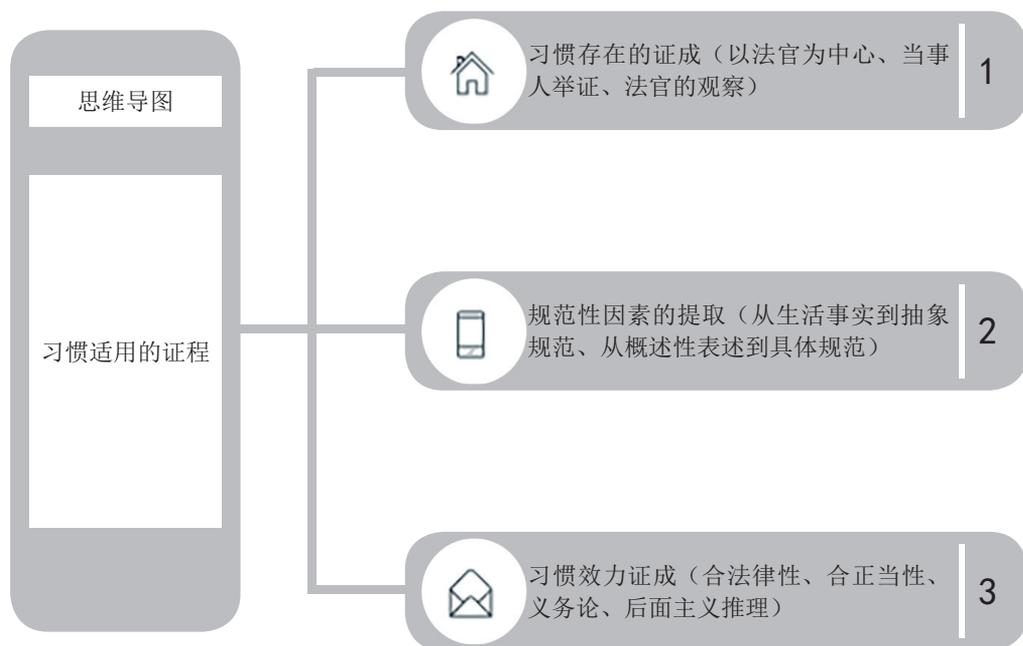


图1 习惯适用证成的思维导图

如上图所示，习惯要在司法实践中予以运用，必须对其客观存在进行证成、对其规范性因素进行提取、对其效力进行判断。当然，在这过程当中，三个步骤并不是相互独立，而是相互融合，例如，当习惯违背公序良俗时，对其它要件则不再需要——检视。

### （二）身份差异化下有区别的证成

习惯在司法实践的运用中主要涉及两类：一类是作为案件事实的认定依据，一类是作为行为的规范标准。由于习惯所扮演的身份不同，法院对于其关注点也会有所不同，法院论证的重点也会不同。当习惯作为案件事实的认定依据时，更多的是关注习惯的真实性，即其是否真实客观存在。习惯是一种可重复性的行为模式所构成的行为规则，当双方当事人遵循某种习惯规范，那么所发生的事实可以以习惯作为推定事实的逻辑起点，简化事实的认定。当习惯作为行为的规范标准时，法院更多的是关注习惯的有效性，比如湘西苗族在离婚分配财产时具有这样的习俗：结婚时赠送给女方的祖传银饰在离婚时必须退还给男方，否则银饰不能继续传承下去，会给男方造成严重的精神损害。从制定法来看，祖传银饰是女方的个人饰品，不属于夫妻的共同财产，法院如果要适用苗族的习俗，则必须论证该习俗与法律体系的融贯性、一致性。

### （三）案件运用示例

在对习惯进行证成以后，代表着确定了审理案件的大前提，可以直接将其运用到



案件的审理中，运用形式逻辑的三段论，推导出案件的裁判结果。

$(x)(Tx \rightarrow ORx)$

Ta

$ORa(1), (2)$

对于(1)代表着对于所有的习惯x而言,若满足构成要件T,则法律效果R适用于x。  
(2)代表着a满足构成要件T。(3)代表着根据(1)和(2),法律效果适用于a。本文所探讨的习惯适用论证方式,在实践中如何予以适用,笔者以一则案例予以说明。

表5 案件示例

案例名称	原告黄呈远诉被告张孝清其它特殊侵权纠纷
案号	江苏省徐州市贾汪区人民法院(2006)贾民一初字第604号民事判决书
案件介绍	原告与被告系同母异父兄弟,原告系养子,1996年,原、被告母亲张氏死亡。原、被告按农村风俗为母亲办理了丧事。2006年4月5日原告养父黄圣友死亡,原告将其与养母合葬。2006年5月16日被告为实现其生父母合葬目的,私自掘开原告养父母的坟墓,将母亲的尸骨取走,因而引发诉讼。原告在诉讼请求中,要求被告一是返还母亲的尸骨;二是赔偿精神安慰金30000元。
案中争议焦点	一是原、被告亲母死后,原告将其养母与养父合葬的行为是否应得到支持;二是被告后来将其生母遗骨取出与其生父合葬的行为是否有效;三是能否将原、被告母亲遗骨再行取出。
找法失败	法律对于合葬未作出明确规定;法律规定了禁止盗窃坟墓和尸体,但是对转移尸骨等行为是否违法未做明确的规定。
所涉习俗	夫妻合葬、死者入土为安
规范性因素提取	权利主体:墓主人的亲属及直系后; 义务主体:全体世人 客体:死者亲属及后裔基于身份关系、因民间信仰所产生的精神利益; 禁止行为:禁止一切可能侵扰死者安息的行为,如侵害坟墓、侵害棺木、挖掘尸骨等。
习惯效力证成	T:入土为安是死者亲属精神利益的象征 R:精神利益受法律保护 N:入土为安的习俗是正当的
案件处理	综上所述,被告张孝清私自转移母亲尸骨,侵扰了死者安息,违反了习俗的禁止性规定。对原告黄呈远造成了痛苦和精神伤害,应依法给与精神赔偿。

本案中,因法律对于夫妻合葬、入土为安等风俗习惯没有明确的规定,法院只能根据习俗对归纳的三个争议焦点进行评判。合葬习俗系人身权中身份权的象征,是配偶之间相互享有的天然权利,符合正常的伦理道德标准,因此原告将其养父母合葬的

行为是有效的。再者，农村目前仍然是土葬，死者的入土为安体现的是对死者亲属精神利益的保护，故入土为安的习俗未违背法律精神，与法律体系具有融惯性和一致性。从入土为安所体现的权利义务来看，禁止一切可能侵扰死者安息的行为，如侵害坟墓、侵害棺木、挖掘尸骨等，如果违反，则构成对善良风俗的违背，要承担相应的侵权责任。最后在认定习惯不违背法律规定和善良风俗的情况下，运用习惯判决被告承担侵权责任。判决结果的三大论推理如下：

如果实施侵扰死者安息的行为，如侵害坟墓、侵害棺木、挖掘尸骨等，将要承担恢复原状、赔礼道歉或精神损害赔偿的责任

被告张孝清实施了挖掘尸骨的侵害行为

被告张孝清应承担侵权责任

同时被告已经将其母亲的尸骨与其父亲合葬，如果再将尸骨取出不符合入土为安的习俗，因此法院判决由被告赔偿原告精神损害抚慰金 5000 元，驳回原告要求取回尸骨的诉讼请求。

## 结语

习惯作为民法的法律渊源以法律的形式确定下来，充实了裁判依据的寻找范围，习惯适用过程中的论证是保证习惯与法律体系一致性和融贯性的必经途径。由于习惯的自发性特征，从习惯的客观存在、规范性表达再到习惯的效力判断都需要法官对其予以证成。又，习惯证成是一个实质推理过程，而非审判中常用的形式逻辑推理，法官在对习惯进行论证时需要运用到归纳推理、后果主义推理等多种论证方法。如何在实践中合理的适用习惯，仍然需要结合实践进行不断的探讨，笔者以方法论的角度予以解读，以抛砖引玉。

（责任编辑：余晓龙）



# 行政认定在刑事诉讼中适用路径探析

——基于 SIPOC 流程管理模型的视角

杨潍陌\*

**内容摘要** 当前,在刑事司法实践中,行政认定作为证据大量出现在行政犯罪的诉讼活动中,且直接影响这类犯罪的定罪与量刑。行政认定是否应作为证据适用、作为何种证据适用及审查判断的标准如何,目前没有明确的法律依据,造成实践中乱象频现,甚至出现以行政认定替代司法认定的倾向,既损害了司法权威,也不利于保护被告人的合法权益。在“行政处罚——刑事犯罪”相衔接的犯罪二元模式下,行政犯罪在违法性上具有行政违法和刑事违法的双重属性,这决定了行政认定与刑事认定内在的协调统一。然而在行政权注重效率与司法权追求公平的价值冲突下,二者间又存在难以直接转化适用的藩篱。为解决这一问题,笔者尝试通过乱象梳理找出症结,理论分析求本探因,域外检视合理借鉴,最终通过对行政认定的理论解构,并借鉴管理学中 SIPOC 流程管理模型,探求一条行政认定在刑事诉讼中的审查判断之路。

**关键词** 行政认定 行政违法 刑事诉讼 行政犯罪

中图分类号:DF73 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2018)05-112-124

证据乃裁判之基础。

——边沁

## 引言

党的十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出“健全行政执法和刑事司法衔接机制”。两法衔接,关键在于证据适用问题。2012年修改的《刑

\* 杨潍陌,广东省深圳市福田区人民法院执行员,中国政法大学民商法学硕士,北京大学法律硕士(在职)。

《行政诉讼法》第 52 条第 2 款规定：“行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据等证据材料，在刑事诉讼中可以作为证据使用”，《最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释》第 65 条进一步规定上述证据材料“经法庭查证属实，且收集程序符合有关法律、行政法规规定的，可以作为定案的根据”。上述规定打破了两法间证据适用的藩篱，同时也划定了证据种类的界域和证据适用的前提。在实践中，除上述行政执法的客观证据外，还存在大量由行政机关出具的、带有评价性质的行政认定，如事故责任认定书、案件移送函、行政处罚决定书、调查报告、鉴定意见、答复等，这些材料能否作为刑事诉讼中的证据使用？作为何种证据使用？其合理依据及审查判断的方法是什么？本文拟通过检视行政认定在刑事诉讼中的适用乱象，分析二者本质上的冲突与联系，借鉴域外的审查判断规则，探求行政认定在刑事诉讼中适用的合理路径。

## 一、管窥：行政认定在刑事诉讼中的适用乱象

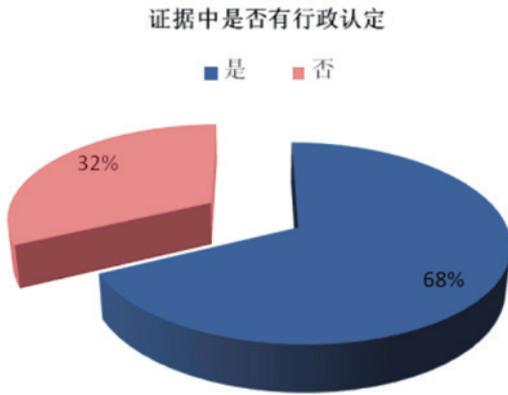
在司法实践中，行政犯罪案件的定罪量刑大多依赖于行政认定，有的甚至将犯罪构成要件判断交与行政机关，如内幕交易、泄露内幕信息罪的内幕信息、知情人员的范围，实践中常以证监会出具的认定函作为定罪量刑的依据。行政认定在刑事诉讼中大量使用，却没有明确的法律依据和审查判断标准，造成是否将行政认定作为证据使用、作为何种证据使用及采信标准不一的乱象。本文选取涉及刑法分则第三章<sup>①</sup>罪名的 277 个案例为样本，<sup>②</sup>拟分析行政认定在行政犯罪案件中的适用现状。其中 233 个样本系作者在北大法宝案例库中以罪名分类，在第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”下自 2016 年 1 月 1 日至 2016 年 6 月 1 日生效的 1800 个一审判决中，通过等距抽样，排除不适格案例后所得。另 44 个样本系在第三章罪名下以权责关键词为检索条件，筛选出辩护方对行政认定作为证据提出异议的案例。

### （一）行政前置：违法性认定的先验惯性

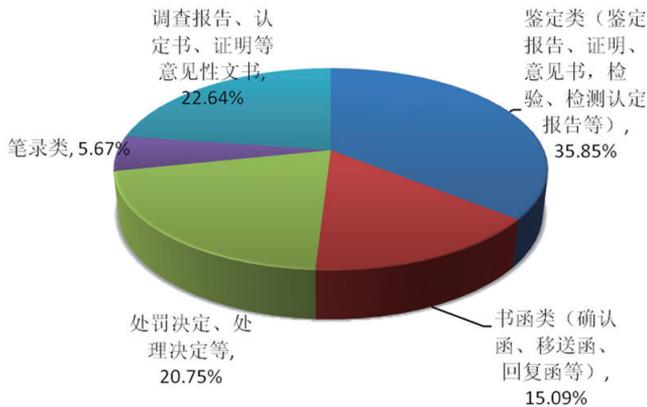
从本文选取的 233 个样本分析看，行政犯罪的审判实践存在对行政认定的依赖现象：68% 的案件中将行政认定作为证据使用，并全部采信了行政认定所确认的事实（见图一）。证据中未出现行政认定的案件则大部分是恶意透支型信用卡诈骗等并不涉及行政违法性认定的案件。换言之，凡是需证明行政违法性的案件，司法机关多依赖

<sup>①</sup> 相关理论认为，刑法分则第三章中规定的是行政犯罪，即与行政法相关的罪名。《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》中也专门提到此类犯罪，故本文的样本选择以涉及第三章犯罪的案例为总体样本。

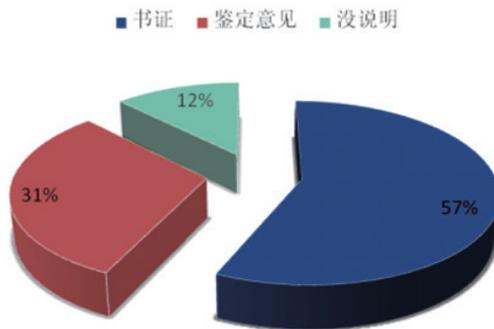
<sup>②</sup> 北大法宝，<http://www.pkulaw.cn/Case/>，2016 年 6 月 8 日访问。



图一：涉及第三章罪名的案例中出现行政认定的情况统计



图二：行政认定在样本中的表现形式



图三：法院将行政认定作为何种证据适用的情况统计

于行政认定进行判断，且鲜少否决行政机关所做出的认定。在实践中，有些地方的公安机关接收行政机关移送的涉嫌犯罪案件时，往往要求行政机关附带移送案件调查报告或移送函，将行政认定作为立案侦查的前置条件。

（二）规则缺失：适用情况的混乱不一

通过样本分析发现，行政认定在实践中出现的面貌各异，法院关于采信行政认定作为何种证据的做法也不一。从图二、三中可以看出，行政认定的表现形式和认定事项多种多样，有对某物的鉴定、对违法行为的处罚决定、对某一权利或者法律地位的认定等，而法院倾向于将行政认定划分到书证这一证据种类中（占比57%）。

根据《刑事诉讼法》的规定，行政认定必须经过法庭查证属实，方能作为定案的根据。但由于该审查判断的标准在立法上处于空白状态，形态各异的行政认定应当归类于何种证据没有法律依据，导

致司法实践中对行政认定的审查标准和规则不一致，法院难以进行合理、有效的审查，有的甚至流于形式，把行政认定混同为刑事认定。行政认定作为对行政犯罪定罪量刑有重大影响的证据，却在司法程序中陷入应当审查而不知如何审查的两难局面。

### （三）主体错位：司法判断的功能消解

行政认定是行政主体依照行政法律、法规对行政相对人的法律地位、法律关系或者有关法律事实进行甄别，给予肯定、认可、证明（或者否定）并予以宣告的行政行为。<sup>③</sup>司法认定是法院依据经刑事诉讼程序确认的证据认定案件事实，判断被告人的行为是否符合犯罪构成以及应否定罪处罚的司法行为。行政认定与司法认定的主体不同，依据的法律、法规不同，判断的逻辑准则亦不同，这就导致行政认定与司法认定有时会产生截然相反的结论。如张某等人生产、销售有毒、有害食品案<sup>④</sup>：

张某购入含有淋巴的花油、含有伤肉的膘肉碎及“肚下塌”等猪肉加工废弃物并用于炼制食用猪油，但经行政机关检验认定该猪油制品符合《食用植物油卫生标准》，系质量合格产品。辩护人就此提出既然是行政机关认定的合格产品，则当然不是生产、销售有毒、有害食品罪中的毒害食品。法院认为：刑法第 144 条规定的“有毒、有害的非食品原料”，是指对人体具有生理毒性，食用后会引起不良反应，损害机体健康的不能食用的原料。完全摘除淋巴结的花油虽可食用，但其中含有的淋巴应当属于有毒、有害的非食品原料。行政机关出具的检测报告不应是司法机关认定“有毒、有害食品”的唯一依据。

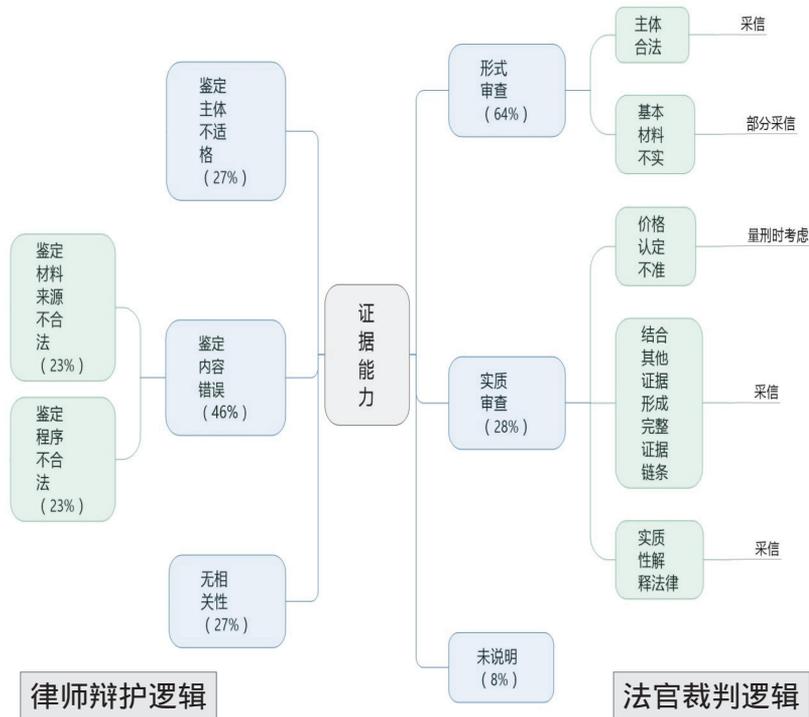
那么，在行政犯罪中，对行政违法性的认定主体应是行政机关还是司法机关？刑事违法性的认定是否应以行政机关的行政违法性认定为前提？笔者认为，司法机关可直接根据刑事法律规定和行政法律、法规独立做出行政违法性的认定，这是因为司法权具有独立性，对属于犯罪构成中的行政违法性的判断权理应由司法机关行使。但行政犯罪涉及的领域广，专业性强，完全排除行政机关的认定既不现实也不科学，因此有效审查、判断行政认定，对司法机关准确适用法律、高效办理案件尤为重要。

### （四）方法阙如：实质审查的现实阻隔

行政认定作为颇具争议的证据形式，往往引起辩护方对其证据能力的质疑，但得到法院采信的几率微乎其微。笔者通过网络检索搜集了 44 个辩护方针对行政认定提出异议的案例，通过对比分析律师的异议理由与法官的判决理由，发现导致无效辩护背后的法官“思维之墙”（见图四）。

<sup>③</sup> 姜明安：《行政法与行政诉讼法》（第六版），北京大学出版社 2015 年版，第 243 页。

<sup>④</sup> 王丽萍、刘世界：“新型地沟油”的司法认定与法律适用，载《刑事审判参考》总第 99 集，第 9 页。



图四：关于行政认定是否具有证据能力问题律师与法官思维导图

从上图可以看出，律师大多对行政认定的实质内容提出异议（占比46%），但大部分法官在进行形式审查后就直接作出采信的决定（占比64%），而没有进一步进行实质审查。法官的这种作法，实际上过于轻视了司法权的终局性作用，向行政机关让渡了违法判断权。对被告人来说，由于某些行政认定本身不可诉，又难以通过法院质疑该认定的合法性和有效性，对被告人的救济权造成了极大损害。产生这种阻隔的原因一方面可能是出于对国家行政机关的信赖，更多则是对行政认定缺乏科学合理的审查判断方法。

## 二、探因：“二元论”下“两法”的交叠与冲突

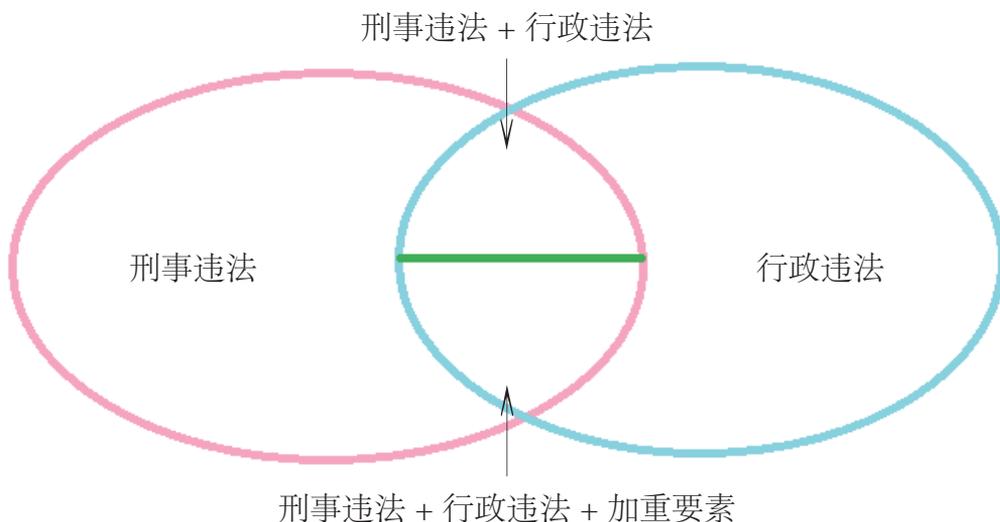
程序与法的联系正如植物外形与本身的联系，动物外形与血肉的关系。<sup>⑤</sup>行政认定在刑事诉讼中存在的问题，究其本源是行政违法性与刑事违法性在行政犯罪中具有重叠性，背后是行政权与司法权在运行过程中的冲突与差异。

<sup>⑤</sup> 马克思：《关于林木盗窃法的辩论》，《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1995年版，第287页。

### （一）行政违法与刑事违法的重叠

犯罪学上将行政犯罪的“mala prohibita”区别于自然犯罪的“mala in se”，是指本质上并不违反伦理道德，但是为了应情势的需要，或贯彻行政措施的目的，对于违反行政义务者加以处罚。<sup>⑥</sup>因此，行政犯罪本身具有双重违法性，即行政违法性与刑事违法性的重合。

我国刑事立法体系属于二元立法，将不法行为分为违法和犯罪。当行政违法的程度较轻时，通过行政法规进行处理。违法程度较重时，则通过在刑法典中规定空白罪状的方法启用刑法进行定罪处罚。如图五，我国刑法分则中的行政犯罪有“刑事违法+行政违法”和“刑事违法+行政违法+加重要素”两种模式，都涉及到违法性认定的重叠。如非法持有、私藏枪支、弹药罪，一方面违反了枪支、弹药的行政管理规定，具有行政违法性；另一方面侵害了公共安全，具有刑事违法性。



图五：行政违法与刑事违法的重叠

### （二）权力属性差异的冲突表征

行政权与司法权是两种运作模式截然不同的权力，行政权的本质是管理权，以更好地管理社会公共事务为目标，以效率作为权力运作的基本准则。<sup>⑦</sup>司法权的本质是判断权，以保护公民基本权利和实现社会公平正义为己任，权力的行使必须经过一系列严谨、复杂的程序，而不顾及制度的成本。

<sup>⑥</sup> 韩忠谟：《行政犯之法律性质及其理论基础》，载《台湾大学法学丛》1980年第1期。

<sup>⑦</sup> 【美】威尔逊：《行政学研究》，载《国外政治学》1988年第1期。



权力属性的差异在程序设置中表现为：行政程序必须主动、积极而快速，对形式正义的要求较低；司法程序则必须克制、消极和谨慎，<sup>⑧</sup>要求在形式正义的基础上实现实质正义。如行政执法机关往往集调查、审定与处罚权于一身，且作出的行政认定具有确定力，相对人必须首先服从。司法认定严禁“运动员”与“裁判员”身份的重合，裁判主体是具有中立地位的法院，证据的收集主体是公安和检察机关，认定过程中必须充分保障当事人的抗辩权利，否则会因程序违法而失效。行政认定效率优先的价值取向往往忽略行为人主观方面，只要行为客观上违反了行政法规，即推定行为人主观上具有过错，构成行政违法。<sup>⑨</sup>而在刑事司法中，客观归罪的做法是严格禁止的，如果直接将行政认定作为刑事认定的依据，将会造成违法性认定的偏差。如在被害人有过错的交通事故中，若行为人逃逸，交警部门往往会出于效率的考虑直接作出推定行为人承担事故全部责任的认定。但在刑事司法中，则必须依照全案的客观事实来认定责任，仅根据因逃逸而推定承担全部事故责任就判定行为人构成交通肇事罪显然违反刑事法律原则。

综上，行政认定与刑事认定虽然存在违法性审查方面的重合，但因二者的主体不同，程序及目的各异，故行政认定这类意见性证据不宜直接在刑事诉讼中予以适用，必须通过法院的审查，按照刑事诉讼法的有关规定，确定符合证据三性的要求，才能作为刑事诉讼中的证据使用。

### 三、镜鉴：域外规则的比较分析

#### （一）美国

至今为止，美国关于行政证据可采性的规则也还没有单独而又统一的法律法规，而是分散于《联邦证据规则》（FEDERAL RULES OF EVIDENCE）、一些行政规章（statutory）、大量行政规则（agency regulation）和诸多判例（Case）之中。<sup>⑩</sup>

##### 1. 行政搜索的合目的性

美国司法实践中，因违法与犯罪之间的界限并不清晰，常常出现行政调查权与刑事侦查权交错适用的情形。<sup>⑪</sup>为了避免警察以行政调查为借口收集刑事证据的行为，联邦最高法院创设了以“合理性”（reasonableness）取代了“相当理由”，作为行政搜

<sup>⑧</sup> 田宏杰：《行政犯罪的归责程序及其证据转化——兼及行刑衔接的程序设计》，载《北京大学学报》（哲学社会科学版）2014年3月。

<sup>⑨</sup> 王崇青：《全流通时代的证券犯罪研究》，武汉大学博士学位论文，第53页。

<sup>⑩</sup> 韩春晖：《美国行政证据的可采性》，载《证据科学》2011年第1期。

<sup>⑪</sup> 冯俊伟：《行政执法证据进入刑事诉讼的类型分析——基于比较法的视角》，载《比较法研究》2014年第2期。

索 (administrative search) 之实质理由。判断的标准有 : 此种检查得为公众所接受、基于公共利益的需求、不以发现刑事证据为目的。<sup>⑫</sup> 这是对证据获取目的的限制。

### 2. 行政类言词证据之传闻法则的例外

美国《联邦证据规则》第 803 条 (8) 规定 : “下列陈述可作为传闻规则<sup>⑬</sup> 的例外 : 公共机关或机构以任何形式记载的下列内容的各种记录、报告或数据汇编 : (A) 该机关或机构的活动, (B) 根据法律所赋予的职责对所观察的、监视的事物有责任报告的……”<sup>⑭</sup> 该例外的设定是基于陈述人的公共职责, 以及履行这种准确制作报告职责的高度可能性。

### 3. 鉴定意见的可采性

在环境污染、专利侵权、产品质量、药品及食品安全等案件中往往需要鉴定意见予以证明。<sup>⑮</sup> 英美法系将科学证据视为专家证言的范畴, 审查的原则是“关联性 + 有用性”, 即“普遍接受”和“科学合理”。

#### (二) 我国台湾地区——特信性文书之例外

台湾地区《刑事诉讼法》第 159 条之 4 规定 : “公务员职务上制作的记录文书、证明文书属传闻法则的例外”。因该等文书系依公务员职权所为, 与其责任、信誉攸关, 若有错伪可能负担刑事及行政责任, 故除显有不可信情况外, 真实程度较高。<sup>⑯</sup>

从比较法角度, 无论是英美法系还是大陆法系, 都承认了行政证据的可采性和证据能力, 但这种采信要以中立性与客观性为保障。我国的行政认定种类多样, 既有类似于鉴定意见的行政鉴定, 如对食药等物品的检测; 亦有直接作出违法性的认定, 如涉税案件中逃税金额的认定、交通事故中的责任认定。对于我国司法实践中出现的行政认定并不能简单套用域外的证据规则, 而应借鉴其在行政权和司法权博弈中划定界限的合理逻辑, 如对“意见性”证据的个案审查原则 : 对基于专业知识, 依据现场证据所作之交通事故调查报告, 属公务员职务上所制作之特信性文书, 具有证据能力;<sup>⑰</sup> 对应检方要求, 对监视结果所作之分析、判断, 应不属特信性文书之列,<sup>⑱</sup> 进而探索适合我国的行政认定适用之路。

<sup>⑫</sup> 王兆鹏 : 《美国刑事诉讼法》(第二版), 北京大学出版社 2014 年版, 第 234 页。

<sup>⑬</sup> 传闻证据规则是指只有证人在法庭上提供的亲历性证言才有可采性, 侦查阶段的书面材料、庭外书写的书面证言都属于传闻证据不具有可采性。详见王进喜 : 《美国 联邦证据规则 (2011 年重塑版) 条解》, 中国法制出版社 2012 年版。

<sup>⑭</sup> 【美】约翰·W·斯特龙《麦考密克论证据》(第五版), 汤维建译, 中国政法大学出版社 2004 年版, 第 573 页。

<sup>⑮</sup> 刘晓丹 : 《科学证据可采性规则研究》, 载《证据科学》2012 年第 20 卷。

<sup>⑯</sup> 林钰雄 : 《刑事诉讼法》(上册), 元照出版有限公司 2010 年版, 第 512 页。

<sup>⑰</sup> 台湾台北地方法院一百年度交易字第一〇二号, 载《月旦法学教室》2011 年 7 月, 第 112 页。

<sup>⑱</sup> 郭榕璇 : 《金融犯罪之刑事证据法则》, 国立政治大学硕士学位论文, 第 21 页。



#### 四、求索：行政认定在刑事诉讼中审查判断之路径构建

刑法是犯罪人的大宪章，<sup>①</sup>现代刑法不仅是实现国家政治统治、维护社会秩序的利器，而且也是公民防范司法擅断、保障个人自由的盾牌，更是社会正义这一规范终极价值和目的的载体。刑事司法之于行政活动，一方面要犹如“达摩克利斯之剑”，发挥刑法的威慑功能，保障行政管理活动的正常进行；另一方面也要发挥刑法的人权保障功能，防止不择手段的真实发现和行政权对司法权的僭越，严禁用行政认定替代司法认定。那么，如何在行政活动日益精细的“行政国家”中兼顾行政效率与司法公正？或许借鉴域外客观性和中立性原则，以管理学方法为视角，能够找到一种全新的选择。

##### （一）解析：行政认定的理论构造

行政认定究竟是不是证据？是哪一类证据？是否在认定行政违法犯罪事实时必须由行政机关出具相关认定意见？这些问题在司法实践中存在不同的看法。

首先，关于行政认定是否是证据，公、检、法三机关的认识不同。公安机关认为行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子数据、检验报告、鉴定意见、勘验笔录、检查笔录等证据材料都可以作为证据使用，<sup>②</sup>实践中往往将行政认定作为刑事立案的前提；检察机关认为符合法定要求的行政认定，可以作为证据使用，<sup>③</sup>将其视为案件定性的重要基础；法院则形成两种不同的观点：第一种观点认为，应将行政认定作为书证承认其证据效力，经依法审查后，可作为认定案件事实的根据。第二种观点认为，行政认定是一种参考性证据，对刑事认定起到证据索引的作用。

其次，行政认定无法归类于现有证据体系。第一，行政认定不是书证。书证，是指通过文字、符号、图画等所表达人的思想及行为来证明案件事实的证据材料，而行政认定是规范与事实结合的产物，不单纯反映行为者的思想，还融合了行政机关的主观要素，因此不是书证。第二，行政认定也不是鉴定意见。鉴定意见是指专家对案件中的专门性问题所出具的专业意见，是以专业的方法还原某种物理事实，不带有规范定性的作用，而行政认定却带有行政违法性的评价。

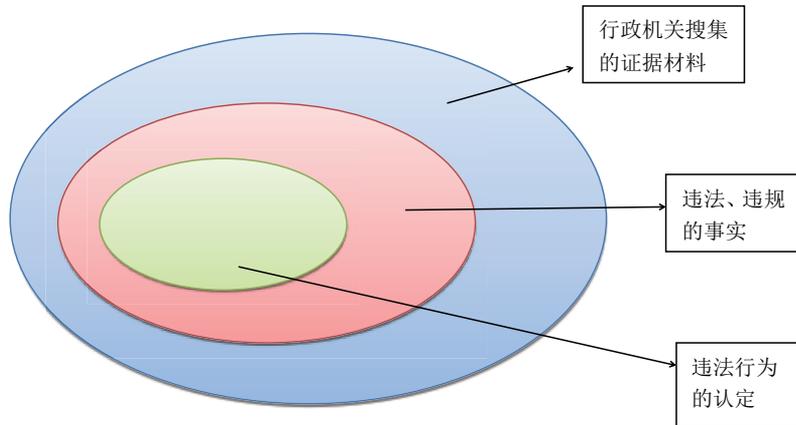
由此，笔者认为在没有统一的行政程序法和诉讼证据法的情况下，应对行政认定作出理论上的解构，针对不同部分做不同标准的审查评价。以交通事故责任认定书为例，可将其分为事实部分和认定部分。事实部分是指能够反映客观事实的证据材料，

<sup>①</sup>【德】考夫曼：《法律哲学》，刘幸义译，法律出版社2004年版，第266页。

<sup>②</sup>《公安机关办理刑事案件程序规定》第60条。

<sup>③</sup>《人民检察院刑事诉讼规则》第64条。

如监控录像、车损情况、证人证言等；认定部分是指行政机关依据相关法律法规及行业规范，凭借专业知识对这些客观事实进行分析、评判所认定的结果，如事故责任划分等。其中，事实部分是认定部分的前提。



图六：行政认定的理论构造

上图中，违法、违规的事实是行政机关在客观材料中挑选出用以支持其“违法事实认定”的证据材料，符合《刑事诉讼法》第 52 条第 2 款的规定，经非法证据排除规则（《刑事诉讼法》第 54-57 条）证人证言法庭质证规则（《刑事诉讼法》第 59 条）最佳证据规则（《最高人民法院关于适用 中华人民共和国刑事诉讼法 的解释》第 69-73 条）等规则检验后，可以成为定案根据。行政机关对违法行为的认定，是行政机关依据客观事实和相关行政规范而形成的新的信息，是一种新型的参考性证据，对法院认定犯罪事实和量刑提供参考和索引，不能直接作为定案依据，法院在验证其证明力和证据能力后，可以采信该行政认定作为证据。

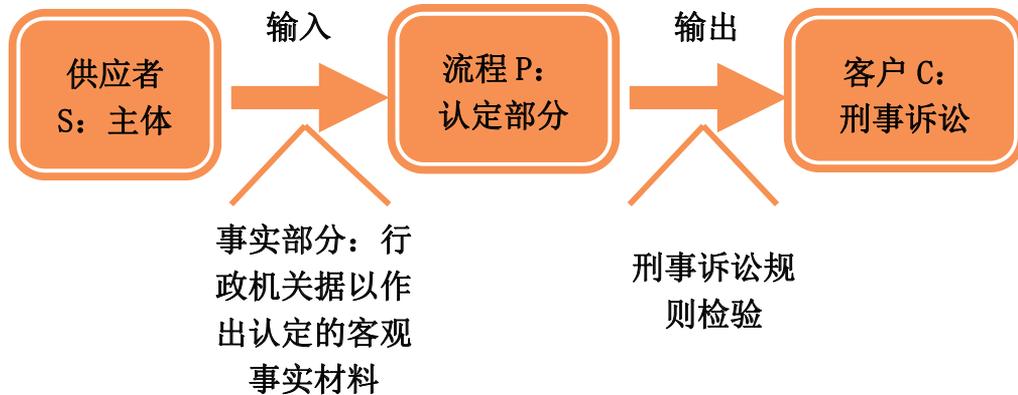
#### （二）重构：基于 SIPOC 流程管理视角的路径探索

SIPOC 模型是质量管理大师戴明（William Edwards Deming）提出的流程管理模型，“SIPOC”分别代表“Suppliers（供应商）-Inputs（输入）-Process（过程）-Outputs（输出）-Customers（客户）”。<sup>②</sup>该模型用于梳理和描述产品制造流程中的各个环节，并通过对各环节中要素的管控进而全面管控整个流程。基于该流程管理模型的视角，本文将行政认定的制作过程视为一个整体流程，将主体、行政认定事实部分、认定部分等视为子流程（见图七），通过对子流程的审查判断，达到对行政认定审查判断的目的。如设行政认定的产生过程为 X，子流程分别为 Xa、Xb...Xn，审查判断规则为  $f(x)$ ，则有：

<sup>②</sup> Barone, Stefano :Statistical and Managerial Techniques for Six Sigma Methodology, 2012, P.31。

$$F(x) = f_a(x_a) + f_b(x_b) + f_c(x_c) + \dots + f_n(x_n)$$

当全部子流程均合乎规则时，可将该行政认定作为证据适用。



图七：行政认定的 SIPOC 模型

#### 1. 要素分解：行政认定的流程分析

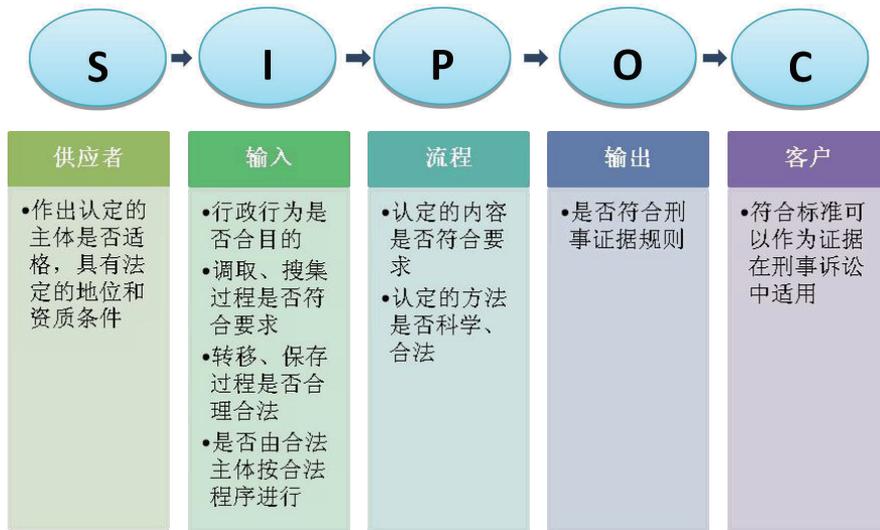
(1) 主体：即行政认定的制作人、制作主体是否符合法律、行政法规的相关规定，具有法定的地位和资质条件。

(2) 输入：行政机关在行政执法和查办案件过程中收集的、并据此作出认定的证据材料必须客观、真实。具体而言，可能包括：行政行为发动是否合目的性；原始材料的收集、提取、原始情状的描摹是否保持其原始性；原始材料保存和转移的过程中是否采取合理保护的方法；原始材料搜集、处理的过程是否符合相关规定并由合法的主体进行等。

(3) 流程：即由行政事实部分向行政认定部分转化过程应当合法、合理。具体包括：认定的内容是否符合相关法律、法规的要求；认定的程序、方法是否遵照了规范性文件或者符合公众认知的相当合理性等。

(4) 输出：行政活动因其在程序与方法上都较刑事活动更为宽松，若仅依据行政法的相关规定就将其视为刑事证据进入刑事诉讼活动中，则使其规避了刑事证据规则的筛选，削弱了被追诉人的权利保障。因此，行政认定也必须通过刑事证据规则的检验，方能在刑事诉讼中作为证据适用。

综上，行政认定的 SIPOC 分析见图八：



图八：行政认定的 SIPOC 分析

## 2. 规则检验：各流程环节的审查判断

在行政认定的各流程环节中，对行政主体的活动，即行政事实和认定部分，本文以客观性与中立性原则为圭臬进行审查判断，具体如下：

(1) 主体：作出行政认定的主体应当符合法律、法规的规定，否则结论不具有合理性的逻辑基础。

(2) 输入：a. 在行政事实部分中，违反中立性原则。这实质上是以行政调查代替刑事侦查，即出于刑事侦查之目的以行政调查之手段搜集证据。这类认定严重侵害当事人权利，应当予以排除，判断标准即是行政调查的合目的性。b. 在行政事实部分中，违反客观性原则（见表一中案例1）。此时行政认定的结论缺乏客观证据材料支撑，应当不予采信。

(3) 流程：a. 在行政认定部分中，违反中立性原则（见表一中案例3）。此种情况认定结论并不当然错误，应当由法院进行实质性审查，结合其他证据进行综合判断。b. 在行政认定部分中，违反客观性原则（见表一中案例2）。此时因形成结论所依据的原理、方法或者规则本身违反了客观规律，不能产生有效和可信的认定，故应不予采信。

(4) 输出：对行政事实部分中物证、书证、电子数据等实物类证据主要通过关联性规则、非法证据排除规则、最佳证据规则予以检验。认定部分应类比言词类证据，视为行政机关之“意见性证言”，通过关联性规则、非法证据排除规则、传闻证据规则、意见证据规则、补强证据规则等进行检验。在实践中，为保障诉讼活动的效率，认定部分应允许传闻规则的例外。但在被告人提供了相关线索或者材料对认定合法性进行



质疑时，行政认定的制作人或行政机关的工作人员应出庭接受质证。

表一：客观性与中立性原则逆向检验情况

序号	案例名称	流程阶段	瑕疵内容	客观性与中立性检验	结果
1	广东江南水产有限公司等走私普通货物案 <sup>②③</sup>	事实部分	认定江南水产公司走私进口的冻水产品数额中，其中63个货柜的货物缺乏合同、发票、提单、装箱单、产地证明等基本资料，仅以U盘中调取的KMC公司电子表格作为认定江南水产公司走私冻水产品的数量。	违反客观性	海关关税部门据此作出的偷逃税款核定证明书认定江南水产公司走私货物偷逃税额的证据不足，法院不予支持。
2	段某某等非法经营案 <sup>④</sup>	认定部分	上海市医疗保险监督检查所出具的收缴药品明细系对涉案药品价值以最高零售价认定，实际中并非所有医院和药房均以最高零售价对外出售药品，此种认定方法不当。	违反客观性	法院不采信该份认定中的价值部分。
3	顾某、张某销售假冒注册商标的商品案 <sup>⑤</sup>	认定部分	由商标权利人出具的涉案商品真伪鉴定意见	违反中立性	结合其他证据进行综合审查。

### 结语

诚如伯克所言：“像房子一样，法律和法律都是相互依存的。”行政法与刑法在行政犯罪的领域，也正如同体兄弟一般互相依连。权力内核的重叠与冲突反映为司法实践中的适用乱象，一定程度上损害了司法的权威与公正。随着国家维护社会管理秩序的需要不断增强，行政犯的数量不断增长，行政权力呈不断扩张之势。为了维护司法判断权的独立性，合理界分和衔接两法，本文不揣冒昧的尝试对行政认定在刑事诉讼中提出初步适用规则，最终如何实现行政权与司法权的合理平衡，如何在刑事诉讼活动中兼顾效率与公平，还需理论和实践的不断探索。

(责任编辑：冯艳楠)

<sup>②③</sup> 详见广东省广州市中级人民法院（2014）穗中法刑二初字第99号刑事判决书。

<sup>④⑤</sup> 详见上海市静安区人民法院（2015）静刑初字第273号刑事判决书。

<sup>⑤</sup> 详见上海市第一中级人民法院（2012）沪一中刑（知）终字第3号刑事裁定书。

# 利息约定不规范的司法处置

## ——以自然人之间借贷为视角

余文唐\*

**内容摘要** 《民间借贷规定》第 25 条第 2 款规定中的“利息约定不明”，应该是指对不规范的利息约定进行合同解释乃至事实查证之后，仍不能确定利息约定意思的状态；其后段对利息约定不明的自然人之间借贷所排斥的是合同补充，而不是排斥自然人之间借贷不规范的利息约定予以合同解释及事实查证。实践中遭遇自然人之间借贷不规范利息约定的争议，应当适用《合同法》第 125 条规定的合同解释规则确定利息约定的真实意思，乃至适用民事证据规则加以事实查证。只有达到“利息约定不明”的程度，才能适用《合同法》第 211 条第 1 款和《民间借贷规定》第 25 条第 2 款规定，不支持出借人的借期内利息请求。而在对不规范利息约定予以合同解释时，应当特别注意正确运用整体解释和目的解释的方法；进行事实查证时则需注意将借款合同履行情况作为查证不规范利息约定意思的重要证据，以及优势证据的确信要求。

**关键词** 自然人 借贷利息 合同解释 事实查证

中图分类号：DF525 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)05-125-133

对于自然人之间借贷不规范的利息约定，在《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》（以下简称《民间借贷规定》）施行之前，司法上是长期以合同解释和事实查证来对待的。即使在《合同法》施行之后，也不受其第 211 条第 1 款关于“自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息”规定的影响。而在《民间借贷规定》施行后，情况却变得大不一样：将约定不规范一律视为约定不明确的作法普遍存在，因而对自然人之间借贷不规范的利息约定大都不进行合同解释和事实查证，“不予支持”出借人借期内利息主张的判决比比皆是。这种做法既可能导致违背贷款双方当事人借贷时的合意进而损害了出借人的合法权益，也有悖于“以事实为根据、法律为准绳”的司法原则，结果将是直接削弱裁

\* 余文唐，第三届全国审判业务专家，福建莆田中院专家咨询员、原审委会专职委员。



判的公正性和司法的公信力。<sup>①</sup>

## 一、对利息约定不规范的偏颇认识与做法

目前司法实践中处置自然人之间借贷不规范的利息约定，最大的问题在于将其混同于利息约定不明。因而法院尤其是在中基层法院的普遍做法是：只要自然人之间借贷的利息约定存在争议，就驳回出借人的借期内利息请求，而拒绝对其适用合同解释规则和民事证据规则。

### （一）将约定不规范混同于约定不明确

例如 2016 年 3 月 29 日开始，有一则被冠以“ 最高院 ”却未注明具体出处的帖子——“ 最高院：自然人之间借贷利息约定不明，不支付利息 ”的帖文，列出六种民间借贷利息约定不明的常见情形：1、有应当支付利息的约定，但没有约定利率标准。比如：今借到 XXX 人民币 N 元，借款期内支付利息，但没有注明按什么标准支付；2、有利率标准的约定，但没有约定是年或月的利率。比如：今借到 XXX 人民币 N 元，利息 N 分或利息 N%，但没有注明是年息还是月息。3、有约定，没有单位。比如：今借到 XXX 人民币 N 元，年息 N 或月息 N，没有注明是元还是角、分、厘。4、币制单位不清楚。比如：今借到 XXX 人民币 N 元，年息 NX 或月息 NX，因 X 书写不规范，无法辨认是元、角还是分、厘。5、明确的约定因理解不同变成了不明确。比如：今借到 XXX 人民币 N 元，年息 N 分。会出现将“ 年息 N 分 ”解释为“ 年息 N 成 ”（按 10 成）与“ 分 ”指的是币制单位的分的不同理解，造成约定不明。6、利用小数点约定的情形。比如：今借到 XXX 人民币 N 元，年息 0.00N 或月息 0.000N。一旦发生争议，出借人认为是年息 N%，借款人认为是年息 0.N%。<sup>②</sup> 该贴文同时指出：民间借贷新的司法解释实施后，自然人之间借贷的上列约定不明的情形，会因此而得不到利息支持！<sup>③</sup> 在笔者所见到的相关论著中，这一贴文对利息约定不明情形的列举最为周全。而且由于其题目冠以“ 最高院 ”，因而对司法实践的影响或误导也就特别重大。

### （二）拒绝对不规范约定予以合同解释

例如：在张林与浙江花园建设集团有限公司辽宁分公司、浙江花园建设集团有限公司民间借贷纠纷再审案中，最高人民法院的再审民事裁定书（〔2016〕最高法民申 768 号）

<sup>①</sup> 本文系在笔者所撰《民间借贷利息：约定不规范 约定不明确》（《利息约定有争议：应当适用合同解释规则——民间借贷规定第二十五条第二款涵义辨正》）和《区别“表象不明”与“实质不明”——酌论民间借贷规定第 25 条第 2 款之适用》（《民间借贷利息约定：区别“表象不明”与“实质不明”》）两文的基础上，加以充实升华而成。下面将对与该两文相同或相似的重要表述，予以注释标明出处。

<sup>②</sup> 参见帝国卫士：《最高院：自然人之间借贷利息约定不明，不支付利息》，载《红网论坛》<http://bbs.rednet.cn/thread-45496299-1-1.html>，2016 年 3 月 29 日访问。

<sup>③</sup> 前引②。

认为：“关于一、二审法院判决花园建设集团支付张林案涉借款利息是否正确的问题。本案中，辽宁分公司向张林出具的借条中记载的借款数额为 300 万元，但对利息未作约定，而张林实际汇入款项为 288 万元。对此，张林主张因双方口头约定利息为 2%，故其将利息预先予以了扣除。由于 300 万元以月息 2% 计算 2 个月的利息正好是 12 万元，一、二审法院根据本案的相关证据，结合民间借贷关系中出借人的出借目的、民间借贷隐性利率的特点及借贷双方的交易习惯，采信张林的主张并认定该笔借款的利息为 2% 并无不当。”在这里，最高法院对该案不规范的利息约定采用结合当事人的履行情况进行合同解释。这种对不规范的利息约定进行合同解释的进路，本应同样适用于自然人之间借贷约定不规范。然而在转载该裁定内容的微信文章里却标明：“除自然人之间借贷以外，借贷利息约定不明，出借人主张利息的，法院结合合同内容、当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息”。<sup>④</sup>这样，也就将自然人之间借贷利息约定不规范，排除出适用合同解释规则进行解释之列。而且这一注明的内容还是“裁判规则”，似乎表明那是最高法院该裁定书观点。

### （三）认为不规范约定不适用证据规则

例如：张南向胡西出借 100000 元款项，借款期限为 10 个月。双方在借条中约定，借款期限内胡西应当向张南支付利息，但双方未约定利息支付标准。借款期限届满后，胡西未能按照约定向张南返还借款本金，张南遂将胡西诉至法院。庭审中，原告张南陈述在借款期限届满前 10 个月，胡西每月支付 2000 元，共计 20000 元，该款项系被告胡西按照 2%/月支付的利息。被告胡西则辩称，双方并未约定利息，上述 20000 元款项系对原告本金的返还。而该案的裁判结果及理由为：“《中华人民共和国合同法》第 211 条规定，自然人之间的借款合同对利息约定不明确的，视为不支付利息。《最高人民法院关于审理民间借贷纠纷案件适用法律若干问题的规定》第二十五条第二款规定：自然人之间借贷对利息约定不明，出借人主张支付利息的，人民法院不予支持。本案中，虽然原告与被告在借条中约定在借款期限内被告应当向原告支付利息，但双方对利息的标准未明确清晰地约定，属于上述法律规定中‘约定不明’的情形，应视为不支付利息，故本院采信被告胡西的主张，其归还的 20000 元系对原告本金的返还。”<sup>⑤</sup>本案中，原告以借贷合同的履行情况来证明实际的利息约定，这实际上是运用证据规则证明约定事实。<sup>⑥</sup>然而原告的这种以履行行为作为证据证明约定事实的方式，被法院以自然人之间借贷利息约定不明为由不予采纳。认为自然人之间借贷利息约定不规

<sup>④</sup> 唐青林、李舒、杨巍：《未约定利息或约定不明，出借人能否请求支付利息》，载《法律帝国》（微信公号 EmpireLawyers），2017 年 6 月 8 日访问。

<sup>⑤</sup> 黄友双：《关于民间借贷“利息”那点事儿》，载广西壮族自治区高级人民法院官方微博《八桂法院》，2016 年 1 月 19 日访问。

<sup>⑥</sup> 甚至可以认为，该履行行为本身就是一种利息约定。因为根据《合同法》第 10 条及第 197 条的前段规定，自然人之间借款合同可以是书面形式、口头形式和其他形式，而“其他形式”是包括行为的。



范不是用民事证据规则加以查证的司法实践，从本案可见一斑。

## 二、利息约定不明的特定涵义与判断路径

由于司法实践中存在将利息约定不规范混同于利息约定不明的偏颇认识，因而也就不会对何谓利息约定不明予以明确界定，更不会对利息约定不明应当如何判断加以阐释。本文认为，约定不明作为法律概念是有其特定含义的，而且需要通过合同解释和事实查证来判断。

### （一）约定不规范与约定不明确的关系

约定不规范是指约定不符合既定标准的要求，需要适用合同解释规则和民事证据规则对约定的意思加以解释或查证的情形。而约定不明确则应指经过合同解释和事实查证后仍不能对约定的意思作出确定或否认结论的一种状态。约定不规范既可能最终得不出约定真实意思的结论而导致约定不明确，也可能最终得出约定真实意思的结论而使得约定明确。质言之，约定不规范未必都是约定不明。约定不规范能够得出明确结论的大体有三种情形：一是按通常的理解是明确的，只是由于诉讼一方故意利用文字的多义性而钻牛角尖造成的“不明确”。例如前述六种不规范约定的第5种：“今借到XXX人民币N元，年息N分”。这里的“分”按通常理解本应是币制单位的分，诉讼一方却故意将“年息N分”解释为“年息N成”（按10成）就属于此种情形。对此不规范的利息约定，只要按通常的理解即可明确而无需加以合同解释或事实查证。二是虽然约定不规范，但通过合同解释后是明确的。例如，前述不规范利息约定第2种：“今借到XXX人民币N元，利息N分或利息N%”。虽然约定中没有注明是年息还是月息，但却可以通过合同解释来确定约定的真实意思。三是虽然约定不规范甚至在借据中未体现利息约定，但是经过事实查证后却证明存在口头约定且是明确的。例如前撮（2016）最高法民申768号裁定书对未作书面利息约定的情形，就是以砍头息12万元为证据，证明借贷双方口头约定利息为月息2%的事实。

### （二）适用合同解释规则判断明确与否

所谓合同解释，是指按照一定的原则和方法，对合同条款的内容所作的分析和说明。审判中法官对合同的解释，需要基于当事人对合同条款的理解有争议。而利息约定不规范往往引起借贷双方对是否有约定利息、约定的利率是多少等等争议。《合同法》第125条对合同解释的规则作了规定：“当事人对合同条款的理解有争议的，应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则，确定该条款的真实意思。”该规定为利息约定不规范提供了通过合同解释予以明确的法律依据，而且法律并无作出不适用该规则的例外规定。因此，不论是自然人之间还是非自然人之间借贷的利息约定不规范，都应当适用合同解释规则。不限定借贷双方主体而一律适用

合同解释规则不仅有着明确的法律依据，而且有着深刻的法理根据和重要的现实意义：首先是尊重借贷双方借贷时的真实意思。民事活动实行当事人意思自治原则，而合同解释的目的就在于探寻合同约定的真实意思。其次，公平原则是民法的重要原则，通过合同解释确定合同约定的真实意思，按借贷时约定的真实意思来处理不规范的利息约定，对当事人双方是公平的而不至于损害一方的合法利益。再次，通过合同解释确定不规范利息约定的真实意思，也是培育社会诚信的重要一着。最后，依法对不规范的利息约定进行合同解释，有利于提升司法公信力、促进经济健康发展和维护社会安定。

### （三）适用民事证据规则确定是否不明

确定合同条款的真实意思和判断合同条款是否不明属于事实认定问题，而事实认定需要运用证据规则查证。俗语有云，“打官司首先是打证据”，只要属于事实认定范围的事项，是不存在不运用证据规则的例外情形。而且运用民事证据规则对有争议的案件事实进行查证，还是以事实为根据这一程序法重要原则的要求和体现，法律没有也不可能对该原则作出排除其适用的特别规定。因此，不论是自然人之间借贷还是非自然人之间借贷，对不规范的利息约定究竟是什么意思、是否属于利息约定不明的审查判断，同样可以乃至应当运用证据规则加以查证，而不仅仅是以合同解释的方式审查判断借据或书面借款合同中的利息约定。正如最高法院法官王林清、杨心忠在其合著的《金融纠纷裁判思路与裁判规则》（法律出版社 2015 年版）一书中所指出的：“利息有无约定及明确与否属于事实认定问题”；“借贷双方在书面证据中可能并没有利息、利率的明确约定，但当事人发生争议诉至法院后，往往出借人会有口头约定利率、利息的主张。即借贷双方对利息没有书面证据证明或者约定不明确情况下，出借人主张有利息约定，借款人抗辩没有利息约定，应根据《合同法》的实体规定及《民事诉讼法》的程序规定，按照高度盖然性原则对利息约定事实进行查明。”<sup>⑦</sup> 这里的实体规定，指的是《合同法》第 197 条关于自然人之间借贷可以以口头形式约定的规定；程序规定就是民事证据规则的规定。

## 三、自然人之间借贷利息不可以合同补充

司法实践中之所以对自然人之间借贷不规范的利息约定会拒绝适用合同解释规则和民事证据规则，原因还在于未能正确认识合同解释与合同补充的区别、理顺法律总则规定与分则规定的关系，尤其是对《民间借贷规定》第 25 条第 2 款后段规定的涵义存在严重误读。

<sup>⑦</sup> 转引自《最高法院法官：新司法解释中金融借贷利息问题处理大全》，载《天同诉讼圈》（微信公众号：tiantongssq），2015 年 12 月 21 日访问。



### （一）合同补充与合同解释的主要区别

合同补充与合同解释是两个容易混淆的不同概念,《合同法》对两者的规则分别作出规定。合同补充规则在《合同法》第61条规定:“合同生效后,当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的,可以协议补充;不能达成补充协议的,按照合同有关条款或者交易习惯确定。”而《合同法》第125条则规定合同解释规则:“当事人对合同条款的理解有争议的,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定该条款的真实意思。”合同补充规则与合同解释规则在适用上存在多方面的区别:一是适用场合不同。前者适用于质量、价款或者报酬、履行地点等不影响合同效力的内容没有约定或者约定不明确的情形,其中的约定不明确也即因不能作出约定真实意思结论而视为没有约定;后者则适用于当事人之间有约定包括口头约定,但对约定条款的理解有争议的场合。二是适用目的不同。前者的目的是对没有约定或约定不明确的合同内容加以补缺补漏,以使合同能够履行;后者的目的则是为了确定有争议条款的真实意思,以明确双方当事人的权利义务。三是适用根据不同。前者的根据是合同有关条款或者交易习惯;后者的根据是合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则。四是适用顺序不同。前者是在对有争议条款加以解释之后视情即是否必要而定,后者通常应先于前者而进行。<sup>⑧</sup>

### （二）特别规定下的两个法律适用规则

如上所述,不论是自然人之间的借贷还是非自然人之间的借贷,对其不规范的利息约定都应当适用合同解释规则和民事证据规则加以解释和查证,法律并没有排除使用该两规则适用的特别规定。然而,就利息约定不明的合同补充而言,则有自然人之间借贷与非自然人之间借贷的区别。即合同补充规则只能适用于非自然人之间借贷的利息约定不明的场合,而自然人之间借贷利息约定不明则不得予以合同补充。这是因为《合同法》第211条第1款对自然人之间借贷利息约定不明作出特别规定:“自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的,视为不支付利息。”这是对自然人之间借贷没有约定利息或约定不明的,不能对其加以合同补充的特别规定。在有特别规定或具体规定的情况下,法律适用上有两个规则:<sup>⑨</sup>一是特别法优于普通法,二是禁止向一般条款逃逸。前者还可以说是一个法律原则,因为《立法法》第92条对此作了规定:“同一机关制定的法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、

<sup>⑧</sup> 参见余文唐《区别“表象不明”与“实质不明”——酌论民间借贷规定第25第2款之适用》,载中国法院网,2017年6月20日访问。

<sup>⑨</sup> 法理上一般认为,特别法优于普通法原则适用的前提是特别规定与一般规定不一致,是法律冲突的适用规则;而禁止向一般条款逃逸则是在适用具体规定与适用法律原则均能获得同一结论时的法律适用规则。尽管后者的定义仍有可斟酌之处,但两者在司法实务即法律适用的选择方法上却是相同的:选择特别规定或具体规定予以适用而不适用一般规定或一般条款。

规章，特别规定与一般规定不一致的，适用特别规定”。而后者则是法学方法论上的法律适用规则。该规则要求：“当适用法律规则或法律原则会获得同一结论时，具体法律规则应当成为司法适用的首要依据，只有在穷尽法律解释及类推适用等法律方法仍然不能解决问题时，才能诉诸原则的适用。”<sup>⑩</sup>可见，自然人之间借贷利息约定不明不予合同补充是有法律和法理依据的。

### （三）司法规定所要排斥的是合同补充

以上是从法律层面来讨论自然人之间借贷利息约定与合同补充、合同解释和证据规则的适用关系问题，这里进一步探究《民间借贷规定》第25条第2款规定的涵义。该款规定：“自然人之间借贷对利息约定不明，出借人主张支付利息的，人民法院不予支持。除自然人之间借贷的外，借贷双方对借贷利息约定不明，出借人主张利息的，人民法院应当结合民间借贷合同的内容，并根据当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息。”理解该规定首先应当明确的是，这里的“利息约定不明”并非利息约定不规范，而是不规范的利息约定经过合同解释和事实查证后的不明，理由上已述及。因而也就不存在再对其进行合同解释和事实查证的问题。那么，该款后段所规定的内容自然也就不是合同解释规则，当然更不是证据规则。而且该款后段规定的适用目的是“确定利息”，而“确定利息”的根据包括“市场利率”。也就是说，需要引入市场利率标准来确定利息的多寡，而不是确定利息约定本身的真实意思即约定利率多少，这显然属于合同补充而非合同解释。可见，该款后段对自然人之间借贷利息约定不明所要排斥的是合同补充，而不是对自然人之间借贷利息约定不规范排斥合同解释和事实查证。<sup>⑪</sup>因此，对自然人之间借贷不规范的利息约定拒绝适用合同解释规则和民事证据规则，不仅不符合《合同法》的相关规定，也是得不到《民间借贷规定》第25条第2款规定支持的。

## 四、法官遭遇利息约定不规范的实务操作

鉴于许多论者乃至权威论著将民间借贷不规范或有争议的利息约定一律当作“利息约定不明”的现实状况，本文将该种所谓的“约定不明”区分为“表象不明”与“实质不明”两大类，以免司法实务上错将其混同于合同法及司法规定中的“约定不明确”或“约定不明”。

### （一）观念上应当首先以表象不明对待

所谓“表象不明”，是指利息约定表面上的不明确，需要通过合同解释或事实查

<sup>⑩</sup> 广州仲裁委员会：“禁止向一般条款逃逸”的实务应用》，载微信公众号 gzac\_gziac，2017年1月11日访问。

<sup>⑪</sup> 前引<sup>⑩</sup>。



证来确定约定意思的情形。而不规范的利息约定经过合同解释及事实查证之后,约定的意思仍然不能确定的,才是“实质不明”。司法实务中碰到因自然人之间借贷利息约定不规范而引起当事人争议时,法官首先应当将其以“表象不明”对待,适用合同解释规则予以揭示其真实意思,甚或运用民事证据规则进行事实查证。<sup>⑫</sup>不规范的利息约定经过合同解释或事实查证之后,约定的意思仍然不能确定的,则适用《合同法》第211条第1款和《民间借贷规定》第25第2款规定,对出借人借期内的利息请求不予支持。表象即事物的表面现象,实质(本质)是事物的实际(本来)面目。而现象与本质的关系是:现象是本质的反映,透过现象能够看到本质;现象又是迷幻的,有些现象是本质的扭曲反映。所以实践中应注意把现象作为入门的向导,通过现象去认识事物的本质。而在这一过程中,应当遵循“去粗取精,去伪存真,由此及彼,由表及里”的思维方法。唯有如此,才会不拿表象当本质、不被表象所迷惑。这就是为什么遇到不规范的利息约定时,首先要将其作为“表象不明”对待的哲学根据。总之,自然人之间借贷不规范的利息约定究竟是“实质不明”还是“实质明确”,需要经过合同解释和事实查证才能够确定。虽然利息约定不规范却属于“实质明确”的,对出借人的借期内利息请求应当依法予以支持。

## (二) 整体解释与目的解释的运用要领

与“表象不明”相对应的法律用语是“有争议”,而当事人及其代理人对利息约定有争议常受利益或立场所左右。对此的一个解决办法,就是根据《合同法》第125条规定对其约定进行合同解释以确定约定的真实意思。根据《合同法》第125条规定,合同解释的方法包括文义解释、整体解释、目的解释、习惯解释和诚信解释。<sup>⑬</sup>这些合同解释的具体方法,在运用顺位原则上应当依次进行,同时辅以综合判断而得出约定意思是否可确定的解释结论。虽然在这方面理论上仍存争议,但依笔者之见本文“原则依次、辅以综合”的主张,与分析与综合的辩证关系和思维逻辑是相一致的,可供司法实践参考。司法实务上需要特别注意的是这里的整体解释和目的解释。对此,最高法院的相关判例的意见可供参考。先说整体解释:这里的“整体”不应局限于本份合同,也包括与其相关联的合同。“当两份合同(协议)均属有效合同(协议),除当事人有特别约定外,如果前后两份合同(协议)对同一内容有不同约定产生冲突时,基于意思表示最新最近,且不违反合同(协议)目的,可根据合同(协议)成立的时间先后,确定以后一合同(协议)确定的内容为准。”<sup>⑭</sup>而“就目的解释而言,并非只按一方当事人期待实现的合同目的进行解释,而应按照与合同无利害关系的理性第三人

<sup>⑫</sup> 前引⑧。

<sup>⑬</sup> 前引⑧。

<sup>⑭</sup> 重庆雨田房地产开发有限公司与中国农业银行股份有限公司重庆市分行房屋联建纠纷案,载《最高人民法院公报》2012年第5期。

通常理解的当事人共同的合同目的进行解释，且目的解释不应导致对他人合法权益的侵犯或与法律法规相冲突。”<sup>⑮</sup>

### （三）运用证据规则查证应注意的事项

上已述及，对于利息约定不明不能仅仅看书面上的约定情形，还应当结合其他证据加以综合判断。而书面约定之外的其他证据，应当包括合同的履行情况和承认和自认等。当然，在承认和自认的情形之下认定事实虽然也是运用证据规则，但承认和自认属于免证之列而非以证据加以查证。而在运用证据规则对不规范的利息约定进行事实查证时，应该注意这么几个方面事项：首先，必须是当事人对不规范的利息约定存在争议。如果当事人之间对利息约定无争议，除非有审查是否虚假诉讼的必要，是无所谓运用证据规则查证事实的问题。其次，理顺运用证据规则查证事实与合同解释的关系。从理论上说事实查证应以经合同解释后仍存争议为必要，但在司法实务上两者往往结合进行而难以截然分开。其三，借款合同履行情况是查证不规范利息约定意思的重要证据。例如，自然人某甲向某乙借款，《借款合同》约定借款金额 200 万元，而某乙通过银行只向某甲转账 192 万元。而且从借款第二个月开始，某甲连续 7 个月向某乙汇款各 8 万元。如此履行情况本身就是证据，足以证明某乙关于月利率 4% 的主张。<sup>⑯</sup> 前揭（2016）最高法民申 768 号民事裁定，实际上就是以此种方式证明借款双方利息约定内容的。最后，查证不规范的利息约定可以运用优势证据规则。该规则既被我国证据制度吸纳且无排除适用的例外规定，查证不规范的利息约定没有理由不予适用。<sup>⑰</sup> 当然，证据具有优势必须达到确信的程度才行。

（责任编辑：王文斌）

<sup>⑮</sup> 枣庄矿业（集团）有限公司柴里煤矿与华夏银行股份有限公司青岛分行、青岛保税区华东国际贸易有限公司联营合同纠纷案，载《最高人民法院公报》2010 年第 6 期。

<sup>⑯</sup> 参见余文唐《民间借贷利息约定不规范约定不明确》，载中国法院网，2017 年 6 月 15 日访问。

<sup>⑰</sup> 这里需要说明的是：其一，不应以合同解释只能确定合同约定的真实意思否定优势证据规则的运用。合同解释是实体法上的解释规则，目的在于探明有争议约定的真意；而优势证据规则是程序法上的采证规则，目的重在定纷止争。两者在适用结果上不同，前者探明的是客观真实，后者判断的是法律真实。而性质、目的和效果不同的两个规则，只应互补而不能互斥。其二，不能以自然人之间借贷利息约定不明不能予以合同补充否定优势证据规则于此的适用。两者除了规则性质不同，其适用的对象也相异：前者适用的对象是合同书面和口头均未约定或者约定不明（实质不明）的事项，所针对的是合同的“空白点”，是对合同漏洞的依法补充；后者适用的对象是合同书面或口头约定不规范导致有争议（表象不明）的事项，所针对的是合同的“隐含点”，是对合同约定的意思推定。



# 困境与出路：论我国员额法官退出机制之构建

陈建华\*

**内容摘要** 建立法官员额退出机制，是法官责任制改革的必然趋势，也是员额动态调整的必然路径，还是法官助理上升渠道的必然要求。从理论和实践上分析构建员额法官退出机制的现实困境。从德国、加拿大等域外考察法官退出的经验和我国上海、北京和山西三个试点法院以及我国公务员法和法官法相关制度，寻求经验。我国员额法官退出机制的初步构建，需要从理念定位和具体搭建两个方面进行。理论定位上，需要确立正当性、整体性、特殊性、开放性原则。具体搭建上，需要设置员额法官退出的情形、员额法官退出的考核、员额法官退出的程序。具体而言，涉及到员额法官退出的情形分为三类：第一类是法定退出，即为员额法官退休之后应当退出员额。第二类是主动退出，即为员额法官主动申请退出员额。第三类是被动退出。关于第三类，结合现有司法改革的精神，可以考虑八种情形。考核涉及到成立法官考评委员会、包括建立科学的考核办法、提高退出过程透明度、畅通救济渠道四个方面。涉及员额法官退出的程序，包括提出、研究、呈报、汇总、公示等内容。

**关键词** 员额法官 退出机制 试点法院

中图分类号：DF817 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)05-134-144

在我国法院系统推动员额制改革如火如荼地进行着的大背景下，当改革的设计者、实施者和参与者对员额法官比例、员额比例的分配倾注了更多精力的同时，员额法官退出机制正在成为事关员额制改革发展全局的“另一条主线”。2017年，最高人民法院提出将研究配套建立法官员额退出机制。为此，对员额法官退出机制的探讨与思考，是一个非常迫切而现实的课题。笔者拟就员额法官退出机制的价值、困境、域内外借

\* 陈建华，湖南省郴州市中级人民法院执行局副局长，法学博士，二级法官。

鉴与具体构建，谈点粗浅的看法，以期对员额法官退出机制的构建有所裨益。

## 一、价值解读：构建员额法官退出机制的应然图景

价值是制度的灵魂，制度是价值的载体和实现形式。<sup>①</sup>为什么要构建员额法官退出机制呢？在笔者看来，有如下宏观、中观和微观三个方面的价值考虑。

### （一）宏观价值：法官责任制改革的必然趋势

2017年5月，最高人民法院院长周强在山东调研时指出，入额法官必须办案，不办案的法官要退出员额。<sup>②</sup>2017年3月7日上午，最高人民法院司改办主任胡仕浩就人民法院深化司法体制改革情况在法制网与网友进行了在线交流指出，“截止到2月份，除了辽宁、江西、河南、西藏这四个省区外，全国27个省区市的法院，包括兵团法院，都完成了员额选任工作。”<sup>③</sup>最高人民法院先后多次强调院庭长办案，并且于2017年4月发布了《关于加强各级人民法院院庭长办理案件工作的意见（试行）》，并于2017年5月1日起试行，首次划定市县两级法院院长办案数量标准：不得少于所在法院法官办案平均量5%，同时明确院庭长入额不办案、“挂名办案”、年度办案不达标的应退出员额。最高人民法院副院长李少平于2017年2月27日新闻发布会上明确指出，对只拿待遇不愿尽责、担当不够不敢尽责、能力不足不能负责、违纪违规惩戒问责的法官，要及时退出员额。<sup>④</sup>并且他还指出，下一步，对于不办案、伪办案或办案达不到要求的领导干部，要强制其退出员额。<sup>⑤</sup>2017年2月，最高人民法院党组成员、政治部主任徐家新谈到司法责任制改革时候，指出：“对只拿待遇不愿尽责、担当不够不敢尽责、能力不足不能负责、违纪违规惩戒问责的法官，及时退出员额。”<sup>⑥</sup>由此可见，最高人民法院反复多次重申，对入额不办案的法官要求退出员额，尤其是对院庭长提出了硬性要求。为此，建立员额法官退出机制，是落实法官责任制改革的必然趋势。

### （二）中观价值：员额动态调整的必然路径

2017年3月7日上午，最高人民法院司改办主任胡仕浩就人民法院深化司法体制

① 张杰：《政治制度承载的价值是多元的》，载《大众日报》2011年3月12日。

② 周斌等：《周强：入额法官必须办案，不办案要退出》，载《法制日报》2017年5月13日。

③ 胡仕浩：《最高法院司改办主任：最下一步将强化院庭长办案，建立法官员额退出机制》，“法影斑斓”，2017年3月8日访问。

④ 2月27日，最高人民法院召开新闻发布会，全面介绍了2016年人民法院司法改革进展情况和亮点工作，并发布《中国法院的司法改革（2013—2016）》《中国法院的司法公开（2013-2016）》白皮书。最高人民法院副院长李少平、最高人民法院司改办主任胡仕浩分别就相关问题回答了记者的提问。

⑤ 前引④。

⑥ 张子扬：《徐家新谈司法责任制改革：要做到让审理者裁判、由裁判者负责》，中新社北京2月16日电。载 <http://news.163.com/17/0216/16/CDDKL1RN00018AOQ.html>。



改革情况在法制网与网友进行了在线交流指出,“法官员额有动态的调整,不仅要从遴选入额的环节进行规范,还要从退出员额的环节完善相应措施,要保证能进也能出,我们法官的队伍始终是一潭活水、一潭好水。”<sup>⑦</sup> 依据现有的司法改革政策,员额法官并不是一成不变的,而是随时都可能调整的,是一种动态的管理模式。按理而言,既然员额法官实行动态管理,是一潭活水,就会有进有退。既然建立了法官入额机制,必然要求建立员额法官退出机制。“到2017年底,初步建立分类科学、分工明确、结构合理和符合司法职业特点的法院人员管理制度。”<sup>⑧</sup> 然而,2017年两会期间,最高人民法院周强院长向全国人大代表报告时指出,有的法院在员额制改革中搞平均主义或论资排辈。为了打破平均主义或论资排辈等局面,需要如同专家所言,“建立‘有进有出’、‘能上能下’的员额动态调控机制和员额退出机制,通过数轮的人员调整、筛选,才能确保所有员额法官都业务精湛、业绩突出、履职尽责、勤勉敬业,才能最终实现法官的‘三化’”。<sup>⑨</sup> 因此,为了法官队伍正规化、职业化、专业化发展,需要建立员额法官退出机制。“法官是有进有出的,因年龄、身体状况、晋升等原因,法官都有离开审判岗位的时候。”<sup>⑩</sup> 因此,建立员额法官退出机制也是非常必要的。在笔者看来,在当前司法实践中,对一些审判质效差的、严重违反审判纪律甚至违法犯罪的、因身体原因或者达到了退休年龄等原因不适宜继续从事员额法官审判工作的,则需要他们主动或者被动地退出法官员额。

### (三) 微观价值:法官助理上升渠道的必然要求

“司法制度的诸多细节,薪水、工作量、年龄及晋升的可能,都会进入法官有意无意的思考,并影响法官的司法行为。”<sup>⑪</sup> 建立员额法官退出机制,是员额法官队伍的自我进化。当前,将入额作为一种对现有法官激励的手段,对入额法官给予加薪等多种提高其职业尊荣感的待遇。然而,从首次入额的法官来看,诸多地方实行了让年长法官先入,年轻法官靠边站并一刀切变成法官助理的普遍现象。正如最高人民法院曾经坦言,入额在一些法院存在论资排辈的现象,导致一些优秀法官、年轻法官纷纷辞职、跳槽。据统计,2013年上海法院辞职的法官超过70名,较2012年有明显增加;2014年共有105人离职,其中法官有86名,在这86名法官中,有17个审判长,43人拥有硕士以上学历,63人是年富力强的“70后”。<sup>⑫</sup> 无独有偶,根据“法官之家”开展

⑦ 前引③。

⑧ 参见最高人民法院2015年2月4日发布的《关于全面深化改革的意见》。

⑨ 胡道才:《法官员额制改革“落地”后的思考》,载《中国社会科学报》2017年3月28日。

⑩ 宗志强:《如何构建和完善员额制改革下的法官选拔和退出机制》,载《山东审判》2015年第1期。

⑪ 【美】理查德·波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第3页。

⑫ 陈琼珂:《司法改革能消解法官离职吗》,http://www.shobserver.com/news/detail?id=4592,2017年4月访问。

的一项网络问卷调查，在 2660 份调查问卷中，竟有超过 57.37% 的法官认真考虑过想要离开法院，并且目前已着手进行离职准备的法官也高达 9.81%，而从未想过要离开法院的法官仅占受调查人数的 5.53%。<sup>⑬</sup>“法院是法律帝国的首都，而法官则是法律帝国的王侯。”<sup>⑭</sup>在 39% 入额比例保持基本不变的情况下，通过员额法官退出机制使得不符合条件的员额法官退出员额，使得符合员额法官相应条件的法官助理进入法官队伍，让年轻的法官助理有上升渠道，让年轻法官助理看到入额的希望、奔头，有助于稳定年轻的法官助理队伍。为此，我们需要实行员额法官退出机制。

## 二、困境分析：构建员额法官退出机制的现实困难

### （一）理论困境：严重不足

“思想是行动的指南。”陈瑞华教授指出，“与司法改革的强力推进形成鲜明对比的是，改革者并没有提出令人完全信服的司法理论。在很大程度上，这一轮改革存在着‘理论准备不足’的问题。尤其是那些与法院有关的司法改革，更是存在着改革措施与改革理论严重脱节的问题。”<sup>⑮</sup>员额法官退出机制作为一项伴随着新的司法改革而产生的新制度，要发展为一项较为科学的机制需要新的学术界与实务界共识与法律框架给予支持，支持的首要前提是研究论证并予以佐证。当前，法官员额制是人民法院近年才出现的研究热点，国内对法官员额退出机制的研究还是远远不够的。笔者试图在中国知网以“员额法官退出机制”为题名进行索引，目前尚未发现一篇全篇论述该问题的论文。虽然有一些论文零星地涉及到该问题，也只是蜻蜓点水式的简要阐述一小段，至于构建员额法官退出机制的深层次问题，尚未开始探讨。如此尴尬的理论现状，让笔者单独进行一番探讨，如同一次“拓荒”行动。

### （二）实践困境：困难重重

#### 1. 制度建立上：缺乏成熟的制度

我国第二代领导核心邓小平强调：“制度问题更带有根本性、全局性、稳定性和长期性。”然而，与理论论证的不足相伴的是，员额法官退出机制作为一个新鲜事物，总览整个全国的试点法院，在笔者的视野里，上海高级人民法院、山西高级人民法院、北京市第二中级法院有员额法官退出机制。但是，该机制属于机密，正如有学者提及到“司法改革方案从起草，到论证，甚至到出台，都处于秘而不宣的状态，各试点法

<sup>⑬</sup> 胡昌明：《中国法官基本状况报告》，载“法官之家”微信，2017年5月10日访问。

<sup>⑭</sup> 【美】德沃金：《法律帝国》，中国大百科全书出版社1996年版，第361页。

<sup>⑮</sup> 陈瑞华：《司法改革的理论反思》，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2016年第1期。



院讳莫如深、避而不谈。”<sup>①⑥</sup>因此，笔者尚未看到。并且该制度是否属于可复制性的司法改革经验，有待论证。当前，究竟入额法官在哪些情形下退出、如何退出、如何推进员额法官退出机制等等方面的问题亟待探索。在笔者看来，员额法官退出机制一定要有明确的标准，可操作性强的具体制度。尽管有学者探讨式地提出，“入额后依托业绩评价体系，要定期进行考核，经考核不能胜任法官岗位工作的，要退出员额，出现的空缺可在其他类别的人员中择优确定为法官。”<sup>①⑦</sup>至于该业绩评价考核体系如何具体化、如何细化，是否具备可操作性，却是一个没有见到的“秘密”。由此可见，目前员额法官的退出不仅缺乏成熟的制度，而且缺乏科学的考核测评机制，导致制定员额法官退出机制成为瓶颈。

## 2. 制度执行上：缺乏实施的经验

党的十八届四中全会指出，“制度的生命力在于执行。”在笔者视野范畴之内，尚未发现一个法院制定并实施了具体性、可操作性的制度。尽管上海市高级人民法院宣传自己是全国第一个建立了法官员额退出机制，打破了入额法官终身制的法院。但是，该制度尚未实行，正如该院院长崔亚东所言，“现在还没实行，因为刚开始入额嘛，这个是我们首创。”虽然，除此之外，全国极个别法院，譬如北京市第二中级人民法院、山西省高级人民法院开始探索员额法官退出机制，但是在实践操作上几乎为零。全国其他法院就连法官员额退出机制都尚未纳入机制建立范畴，更别谈实施这一环节了。

## 三、域外与域内：我国员额法官退出机制的借鉴与审视

员额法官退出机制在我国尚属于立法的空白。在这一背景下，需要我们以更为客观、理性、广阔的视野去观察域外与域内现实，发掘其构建的基础，以对新机制的建立“助力”。

### （一）域外经验：德国与加拿大法官退出的经验

“他山之石，可以攻玉。”通过考察与分析域外法官退出机制，对于我国员额法官退出机制的探究与构建大有裨益。

1. 德国。在德国，规定法官退出主要有如下几种情形：第一，失去德国人资格身份、在德国之外担任公职、成为职业军人等情形应当被免职。第二，拒绝宣誓、任命时未辞去议员等公职、超过年龄限制、法官书面要求辞职、不适合继续担任法官职务且尚未达到法定退休年龄等情形，法官将被免职（值得注意的是，在德国对于终身法官及

<sup>①⑥</sup> 中国社会科学院法学研究所法治指数创新工程项目组：《2014年中国法治状况与2015年发展趋势》，载《法治蓝皮书·中国法治发展报告》2015年版，第28页。

<sup>①⑦</sup> 宗志强《如何构建和完善员额制改革下的法官选拔和退出机制》，载《山东审判》2015年第1期。

特定任期法官的免职,除需经法官书面同意外,还要法院用特定的判决进行)。<sup>⑮</sup>第三,因法官弹劾程序、正式纪律程序、司法利益的需要、法院组织形式的改变等情形,可以无须法官本人书面同意,要求其离职。<sup>⑯</sup>第四,达到法定退休年龄,强制退休。德国的联邦法官退休年龄为67岁,州法官的退休年龄由各州规定,一般不低于65岁。<sup>⑰</sup>

2. 加拿大。在加拿大,失去法官身份大抵有以下几种情形:第一,由于法官自身健康和医学上的原因,无法继续履行职务,可以提前离职。<sup>⑱</sup>第二,达到法定退休年龄。一般情况下,法官法定的退休年龄是75岁,高于一般公务员65岁的退休年龄。<sup>⑲</sup>被任命的法官必须在其岗位上工作到法律规定的带薪退休年龄,否则必须退休后才能离职。<sup>⑳</sup>第三,由于法官有违背受贿等道德准则的行为,被罢免。一般情况下,被任命的法官将获得“任职保证”,即法官非因法定条件和程序,不受罢免、撤职、调任、停职或者降职、降薪等行政处分,除非法官有违背道德准则的行为才不受“任职保证”的保护。<sup>㉑</sup>

通过上述两个国家法官退出机制的比较,我们不难看到,他们具有共同点:退出情形大致差不多,这些对于我国如何构建员额法官退出情形具有参考借鉴价值。

## (二) 试点经验:我国三个样本法院的相关经验

美国著名的法官霍姆斯曾经说过,“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”为正确认知目前员额法官退出机制的改革,笔者以上海、北京和山西法院作为考察样本。

1. 上海市高级人民法院具体做法。作为全国第一个建立法官退出机制的法院,该院从办案、廉政、遵纪守法等方面,每年对入额法官进行考核一次。如果考核合格,继续做入额法官,如果考核不合格,退出入额法官,如果存在严重错误,由党纪国法来处理。<sup>②②</sup>

2. 北京市第二中级人民法院具体做法。2016年4月,北京市第二中级人民法院根据自己的司改方案,将探索实行法官员额退出机制,拟对政治表现、知识经验、能力业绩、纪律作风等方面不符合岗位要求的员额法官,实行员额法官退出。<sup>②③</sup>

3. 山西省高级人民法院具体做法。山西省高级人民法院在员额制改革中特别强调要建立退出机制,实现有进有退。按照司法改革方案,员额制法官退出员额的情形可

<sup>⑮</sup> 蒋晓伟:《中德法官管理制度比较研究》,载《德国研究》2000年第2期。

<sup>⑯</sup> 《德国法官法(上)》,中外民商裁判网,2017年5月5日访问。

<sup>⑰</sup> 《德国联邦宪法法院法》第4条,陈爱娥译,中国究政网,2017年5月5日访问。

<sup>⑱</sup> 李琴、王小光:《加拿大法官管理和职业保障制》,载《人民司法》2014年第23期。

<sup>⑲</sup> 李贤华:《域外法官退休制度》,载《人民法院报》2014年9月19日。

<sup>⑳</sup> 关毅:《法官遴选制度(下)》,载《法律适用》2002年第6期。

<sup>㉑</sup> 陈文兴:《法官职业与司法改革》,中国人民大学出版社2014年版,第66页。

<sup>②②</sup> 彭美等:《上海高院院长:上海首创员额退出机制 破除法官终身制》,载《南方都市报》2015年3月12日。

<sup>②③</sup> 黄洁:《北京二中院探索员额退出机制》,载《法制日报》2016年4月6日。



以分成两类：一类是被动退出，包括6种应当退出员额的情形<sup>⑲</sup>；另一类是主动退出，即员额制法官辞职的情形。<sup>⑳</sup>

透过上海、北京和山西法院等地经验，主要表现如下特点：一是三个法院均处于摸索阶段。二是三个法院尚未得到实施。三是三个法院宣传的员额法官退出机制不同。上海高级人民法院侧重在考核内容、考核次数与考核结果的运用；北京市第二中级人民法院侧重考核内容；山西省高级人民法院侧重在员额法官退出员额的情形。当然，这三个样本法院先行先试的工作经验，有助于我们在构建更具有可操作性的员额法官退出机制中借鉴。

### （三）域内经验：我国公务员法与法官法的相关制度

根据2005年4月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议通过的《中华人民共和国公务员法》。该法规定了三种情形失去公务员身份：第一种是辞职。<sup>㉑</sup>第二种是辞退。<sup>㉒</sup>第三种是退休。<sup>㉓</sup>根据2001年6月30日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议通过的《关于修改〈中华人民共和国法官法〉的决定》修正案，法官法规定了三种情形失去法官身份：第一种是辞职。<sup>㉔</sup>第二种是辞退。<sup>㉕</sup>第三种是退休。<sup>㉖</sup>根据《中华人民共和国公务员法》第33条规定，对公务员的考核，根据管理权限，全面考核公务员的德、能、勤、绩、廉，重点考核工作实绩。<sup>㉗</sup>第34条规定，公务员的考核分为平时考核和定期考核，定期考核以平时考核为基础。<sup>㉘</sup>第36条规定，定期考核的结果分为优秀、称职、基本称职和不称职四个等次。定期考核的结果应当以书面形式通知公务员。<sup>㉙</sup>第37条规定，定期考核的结果作为调整公务员职务、级别、工资以及公务员奖励、培训、辞退的依据。<sup>㉚</sup>《中华人民共和国法官法》第21条规定，对

<sup>⑲</sup> 应当退出员额的“6种情形”包括：1. 员额制法官没有在业务部门亲自办案的；2. 员额制法官入额后在非业务部门任职的，就不能再占用办案部门的员额；3. 第一批试点法院政治部主任、纪检组长等从事非审判业务工作的院领导入额后，在入额公示期满3个月内，所在单位没有免去其行政职务，或本人没有依照承诺主动辞去所任行政职务的；4. 员额制法官年办案数没有达到要求的；5. 员额制法官配偶在本省（市、县）从事律师、司法审计、司法拍卖职业的，各级法院领导班子成员配偶、子女在本省（市、县）从事前述职业的，在入额公示期满3个月内，其配偶、子女没有退出所在职业的；6. 员额制法官由于工作调动离开法院系统，或因辞职、退休、辞退等原因离开所在法院的。

<sup>⑳</sup> 前引<sup>⑲</sup>。

<sup>㉑</sup> 《中华人民共和国公务员法》第80条。

<sup>㉒</sup> 《中华人民共和国公务员法》第83条。

<sup>㉓</sup> 《中华人民共和国公务员法》第87条。

<sup>㉔</sup> 《中华人民共和国法官法》第39条。

<sup>㉕</sup> 《中华人民共和国法官法》第40条。

<sup>㉖</sup> 《中华人民共和国法官法》第42条。

<sup>㉗</sup> 《中华人民共和国公务员法》。

<sup>㉘</sup> 前引<sup>㉗</sup>。

<sup>㉙</sup> 前引<sup>㉗</sup>。

<sup>㉚</sup> 前引<sup>㉗</sup>。

法官的考核,由所在人民法院组织实施。<sup>③⑨</sup>第22条规定,对法官的考核,应当客观公正,实行领导和群众相结合,平时考核和年度考核相结合。<sup>④⑩</sup>第23条规定,对法官的考核内容包括:审判工作实绩,思想品德,审判业务和法学理论水平,工作态度和审判作风。重点考核审判工作实绩。<sup>④⑪</sup>第24条规定,年度考核结果分为优秀、称职、不称职三个等次。考核结果作为对法官奖惩、培训、免职、辞退以及调整等级和工资的依据。<sup>④⑫</sup>第25条规定,考核结果以书面形式通知本人。本人对考核结果如有异议,可以申请复议。<sup>④⑬</sup>

通过考察公务员和法官退出机制,我们不难看到通过上述两部法律规定退出情形大致是一致的,公务员和法官考核内容大致一致。这些内容对构建我国员额法官退出机制的退出情形与考核办法具有参考价值。

#### 四、进路探究：我国员额法官退出机制的初步构建

司法改革或法院转型的实质是制度创新与制度再造。<sup>④⑭</sup>员额法官退出机制作为“摸着石头过河”的一项重要改革举措,需要在科学合理、公平公正公开、符合司法规律的基础之上进行。在这一过程中,需要我们有效做好符合国情的“顶层设计”,才能实现制度设计之帕累托最优。<sup>④⑮</sup>为此,笔者试图进行细致地设计,以供大家参考。具体构建如下:

##### (一) 理念定位：员额法官退出机制的基本原则

1. 正当性原则。习近平总书记指出,“重大改革都要于法有据。”正当性是一切制度及程序的出发点。从实体上看,员额法官退出机制应当纳入法治的轨道,将退出的情形、员额法官考核办法等诸多内容予以明确规定,同时需要体现出实体上的正当性。从程序上看,员额法官退出机制,需要依据正当法律程序。正当法律程序是指“要求一切权力的行使在剥夺私人的生命、自由或财产时,必须听取当事人的意见,当事人具有要求听证的权利。”<sup>④⑯</sup>员额法官退出的程序需要根据正当法律程序,即为非经正当法律程序,不得以任何名义将员额法官退出员额,杜绝暗箱操作或者人为操纵。

2. 整体性原则。“不谋全局者,不足谋一域。”构建我国员额法官退出机制是对法

<sup>③⑨</sup> 《中华人民共和国法官法》。

<sup>④⑩</sup> 前引<sup>③⑨</sup>。

<sup>④⑪</sup> 前引<sup>③⑨</sup>。

<sup>④⑫</sup> 前引<sup>③⑨</sup>。

<sup>④⑬</sup> 前引<sup>③⑨</sup>。

<sup>④⑭</sup> 【冰岛】埃格特森:《经济行为与制度》,吴经邦等译,商务印书馆2004年版,第189页。

<sup>④⑮</sup> 帕累托最优是指生产资源的配置和财富的分配如果已经达到这样一种状态,即任何重新改变资源配置或财富分配的方法,已经不可能在不使任何人的处境变坏的情况下,使任何一人的处境更好。之中状态即是效率的最佳状态。也称“帕累托最优状态”。

<sup>④⑯</sup> 王名扬:《美国行政法(上)》,中国法制出版社1995年版,第383页。



官员额制改革与完善的积极回应，是一项庞大的系统工程，需要注意制度设计的通盘考虑，需要注意制度的科学性与合理性以及可操作性，以保证其既契合司法改革精神，又能发挥其保障入额法官权益的功能。员额法官退出机制必须与相关司法改革紧密契合，方能获得双赢发展。一是与入额法官选任制度结合。在员额法官退出的同时，需要增补法官助理进入员额法官序列，确保个人能力突出、审判业绩突出的优秀人才进入法官队伍。二是与法官业绩评价体系相结合。员额法官退出机制需要建立科学合理、公平公正、覆盖全面、符合审判规律、具有量化指标、注重案件质量与效率的法官业绩评价机制。三是与法官责任制改革相结合。一方面，确保85%的入额法官必须到一线办案。另一方面，入额法官切实做到“让审理者裁判、让裁判者负责”。

3. 特殊性原则。“任何制度都有其内在生成规律和外部环境约束，制度设计若不能成功地与社会结构之对接，就会遭遇到强烈的排异反应。”<sup>④7</sup>员额法官退出机制需要体现出法官职业特点和职业规律。众所周知，法官与其他国家公职人员相比，是一个以履行公正、居中裁判为基本职责的特殊职业群体。因此，与其他的国家公务行为相比，法官行为更能体现出独立性、程序性、中立性、公正性等独特的特点。为此，员额法官退出机制应具备自己的职业规律和职业特点。

4. 开放性原则。员额法官退出机制的构建，需要“开门造车”，需要集思广益，充分尊重法官、法学专家、律师等社会各界的各种意见，使得机制既能充分反映法院实际，又能充分保护好员额法官、退出员额法官的利益，使得机制的实施更显得可操作性，更具有科学性。

## （二）具体搭建：员额法官退出机制的细节设计

### 1. 设置员额法官退出的情形

科学设置员额法官退出的情形，确保员额法官退出机制的可预见性及权威性。员额法官退出的情形分为三类：第一类是法定退出，即为员额法官退休之后应当退出员额。第二类是主动退出，即为员额法官主动申请退出员额。第三类是被动退出。关于第三类，结合现有司法改革的精神，笔者认为可以考虑如下八种情形：一是丧失中华人民共和国国籍的；二是只拿待遇不办案的入额法官；三是考核不合格的入额法官；四是违纪违规惩戒问责的入额法官；五是身体健康不能胜任的入额法官；六是已经调离法院的入额法官；七是辞职或者被辞退的；八是其他情形。

### 2. 员额法官退出的考核

如何让真正优秀的法官入额、让不适合办案的员额法官退出员额，真正实现员额法官“有进有退”，这是科学设置员额法官退出考核办法的初衷。为了科学设计好考

<sup>④7</sup> 李汉林：《组织和制度变迁的社会过程》，载《中国社会科学》2005年第1期。

核办法,笔者结合域外经验、三个样本法院以及公务员法与法官法的经验,进行了总结,并进行了探索思考。为此,为了科学考核,笔者认为从如下几个方面入手:

(1) 成立法官考评委员会。为了解决好“谁来考核”,建立三级法院法官考评委员会。省(包含直辖市、自治区)级、市(这里的市是指地级市)级、县(包含县级市、区)级三级法院的内部需要建立法官考评委员会。需要注意的是,法官考评委员会应当适当吸收法学专家学者、律师、人大代表等社会各界代表进入委员会,确保考核的公正性与权威性。

(2) 建立科学的考核办法。考核办法是建立员额法官退出机制的关键。为了建立科学、合理、符合司法规律、覆盖全面的考核办法,笔者从考核内容、考核方式、考核形式、考核结果等方面进行一番探索。一是考核内容。全面考核员额法官的德、能、勤、绩、廉,考核内容上应当包括员额法官的政治表现、知识经验、能力业绩、纪律作风等方面,重点考核员额法官的审判工作实绩。在德上,将法官诚信记录、行为规范、生活作风作为测评依据之一。对在司法活动中有徇私舞弊,贪赃枉法等违法、违纪行为的员额法官,实行一票否决。对嫖娼、通奸等严重违反道德的员额法官,实行一票否决。在能上,重点考核员额法官的庭审驾驭能力、调解能力和撰写裁判文书的能力。在勤上,旷工连续超过十天,或者一年内累计超过二十天的员额法官,实行一票否决。在绩上,重点考核员额法官的结案率、调解撤诉率、上诉率、改判率、发回重审率、服判息诉率等指标。因改判率、发回重审率很大程度体现员额法官的司法能力,对每年主办案件被改判、发回重审达到一定数量的,应退出员额法官序列。二是考核方式。员额法官的考核分为平时考核和定期考核,定期考核以平时考核为基础。定期考核,对员额法官实行一年一次考核。三是考核形式。采取案件质量考评、参加庭审旁听、评查裁判文书、走访当事人等形式对员额法官进行考察,杜绝文本化与形式化。同时,建立由案件承办律师、案件当事人对员额法官职业道德、司法水平进行评价的制度,并将律师、案件当事人投诉作为对员额法官的测评依据之一。四是考核结果。定期考核的结果分为优秀、合格和不合格三个等次。定期考核的结果应当以书面形式通知员额法官本人。

(3) 提高退出过程透明度。“阳光是最好的防腐剂。”由于员额法官退出机制涉及到利益重新调整,必然会创造新的利益,也必然会触动既得利益。因此,为了增强制度的公信力与权威性,必须要增强员额法官退出机制的透明度。笔者认为,在不侵犯隐私的前提下,应当在法院内部进行相关信息的公示。同时,为了保障即将退出员额的法官具有充分的知情权、陈述权、申辩权和申请听证的权利,对于在公示期间所接收的申辩予以及时回复,并将处理结果及原因及时告知即将退出员额的法官,保证程序的透明度与权威性。

(4) 畅通救济渠道。法谚云:“有权利必有救济。”在笔者看来,建立员额法官退



出的程序救济机制,对于维护即将退出员额的法官的合法权益显得非常重要。每年度,本院法官考评委员会在对员额法官作出退出员额法官的结论前,应给予即将退出员额法官当面陈述机会,本院法官考评委员会应当结合即将退出员额法官当面陈述与其他评价资料得出结论,严格限制仅凭书面资料即对员额法官作出不利评价。具体而言,即将退出员额的法官对评价结果有异议的,可在接收考评结果之后一定期限向本院法官考评委员会申请复议一次,本院法官考评委员会应当重新审查并作出复议意见,即将退出员额的法官提出新的事实与理由的,应当组织相关人员再次进行评价,复议结果应以书面形式送达即将退出员额的法官。即将退出员额的法官对复议结果仍不服的,可向上级法院法官惩戒委员会申请复议一次,复议原则上采取书面审查方式进行。

(5)注重考核结果的运用。将考核结果作为员额法官退出的依据。对于考核优秀、合格的员额法官,继续担任员额法官;对于考核不合格的员额法官,退出法官员额。

### 3. 员额法官退出的程序

让已经不适合入额或者不愿意入额的员额法官退出,需要建立一套系统完整、规范的退出程序。具体程序如下;

(1)提出。入额法官自己主动提出退出申请或者员额法官所在单位人事部门提出不适合继续入额的员额法官的名单。

(2)研究。员额法官所在单位党组研究决定并公示。所在法院应当将退出员额法官的名单及其基本情况在本级法院进行公示。

(3)呈报。员额法官所在基层法院呈报到中级人民法院。中级人民法院汇总所有辖区法院全部员额法官的退出名单,并经该中级法院党组研究决定,并向该辖区法院进行公示。

(4)汇总。省高级人民法院汇总所有辖区法院全部员额法官的退出名单,经过该院党组研究决定,并向全省法院进行公示。

(5)公示。经过省法官遴选委员会研究决定,并向社会进行公示。公示期满之后,下发文件即可,员额法官正式退出。

## 结语

“路漫漫其修远兮,吾将上下而求索。”本文基于实践操作的视角对员额法官退出机制进行了一番粗浅的探讨,虽不能奢望对立法给出“良丹妙药”,只希冀是“万里长征的第一步”,只希冀自己的探索不能出现“我们已经走得太远,以至于忘记了为什么而出发”,对员额法官退出机制的构建有所裨益足矣!

(责任编辑:郝晓越)

# 家事审判方式改革及其实践路径

胡发胜\*

**内容摘要** 家事纠纷案件事关当事人的切身利益甚至社会和谐稳定。总结近年来人民法院对家事纠纷的解决,不但要研究效率以提高审判职能,而且要兼顾社会和家庭纠纷主体对审判活动的需求和对案件社会效果的新期待。面对家事案件呈现不可逆转的增长新趋势和各种道德伦理矛盾相互交织带来的新问题,人民法院必须转变家事审判理念,改进审判方式,积极研究科学应对机制。本文从家事矛盾纠纷的处置现状入手,围绕家事矛盾纠纷产生、变化乃至消融等发现的问题,尊重家事纠纷与矛盾的特质,进而提出将社会力量引入诉讼程序,诉讼与非诉手段相配合,多元化解家事纠纷的工作建议。

**关键词** 家事审判 人民调解 联动机制 实践路径

中图分类号:DF716 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2018)05-145-152

家庭是社会的基本细胞。家事案件事关当事人的切身利益,事关社会和谐稳定。近年来,家事案件呈现不可逆转的增长趋势,同时,交织着各种道德与伦理方面的矛盾,往往引起社会舆情。人民法院处理家事案件要兼顾审判效率和社会效果,积极转变家事审判理念,改进审判方式,创新办案机制,有效对接人民调解,追求家事纠纷解决的最佳效果。

## 一、家事纠纷案件的现状

### (一) 案件增长趋势要求创新社会管理

随着我国经济社会发展进入新常态,人们的思想观念、价值取向随之发生了很大变化,导致家事矛盾纠纷呈现出数量增长、纠纷类型日益多样化、矛盾化解难度大等特点。家事纠纷的快速增长,不仅直接影响了当事人婚姻家庭稳定,而且给和谐社会

\* 胡发胜,山东省莒南县人民法院院长。



建设造成了一定的隐患，更使得政府部门的社会管理面临着新的挑战。五年来，笔者所在的莒南法院家事案件，见附表 1、附表 2：

附表 1、莒南法院家事案件与民商事案件占比统计

年份	民商事案件	家事案件	所占比例
2013	6624	1270	19.1%
2014	7089	1418	20%
2015	6918	1422	20.5%
2016	7011	1541	21.9%
2017	6784	1697	25%

附表 2、近 5 年莒南法院家事案件类型统计

年份 \ 类型	2013	2014	2015	2016	2017
离婚纠纷	1190	1276	1230	1302	1418
解除同居关系纠纷	1	3	11	9	17
离婚后财产纠纷	15	26	17	21	23
婚约财产纠纷	18	23	20	38	33
抚养、扶养关系纠纷	39	28	19	31	46
赡养纠纷	14	22	18	20	22
继承纠纷	56	62	77	114	130
监护权、探望权纠纷	1	3	1	2	9

由此看出，一是家事案件数量、占比均呈上升趋势；二是家事案件所涉及不同案由、数量均呈上升趋势。因此，要积极应对家事纠纷新变化，认真分析新时期社会管理中存在的问题，改进矛盾纠纷处理机制，提升基层社会管理水平。

(二) 影响普通家事纠纷的社会因素

一是社会物质增长引发的财产纠纷。改革开放 40 年，人民群众生活水平有了极大改进，家庭财富有了极大地增长，家庭成员对家庭财产的占有、索取越来越复杂，例如房产由农村宅基地的草房瓦房陆续过渡为城镇楼房，汽车、存款、股票、基金等财产越来越多，由此引发的财产权益纷争随之增多。二是计划生育政策变化带来的社会效应。随着国家“二孩政策”的放开，许多家庭子女由一个变为两个，家庭财产由一人独享向复杂化发展。三是“人口老龄化”国情带来的社会问题。当前，人口老龄

化已成为我国重要的社会问题，“预计到 2020 年，老年人口达到 2.48 亿，老龄化水平达到 17.17% 2025 年，六十岁以上人口将达到 3 亿。”<sup>①</sup> 下一步，老年人赡养将会成为重大社会问题，老人的赡养不仅要解决物质上的扶养，还应注重老年人需要精神方面的抚慰，这在矛盾调处效果上赋予了办理案件的新要求。四是新生代“啃老”现象严重，由于教育、家庭等多方面的原因，越来越多的年轻人缺乏家庭责任感，从业观偏离，不愿意从事普通工作，在家庭传承过程中会加剧析产、赡养案件的发生。

### （三）婚姻案件类案分析

1. 离婚率畸高。统计显示，2017 年莒南县民政部门登记结婚 6451 件，民政协议离婚 1957 件，经法院判决和调解离婚 1182 件。全县离婚总数合计为 3139 件，当年度离婚、结婚比率为 48.6%。

2. 离婚原因新变化。数字惊人的高离婚率使我们不得不对离婚原因进行剖析，发现主要有三个方面：一是婚姻价值观的变化。中国传统的“嫁鸡随鸡、嫁狗随狗”婚姻价值观，经过改革开放 40 年发生了很大的变化；男女结婚“以身相许、终生不弃”的思想受到极大挑战，“结婚自愿、离婚自由”已成为人们的普遍认识。二是社会交往活跃的影响。随着经济社会的发展，文化生活不断丰富，外出务工越来越便利，信息网络越来越普及，使人们的思想不断变化，婚恋观、家庭观受到冲击，有时会引发婚姻危机。“当离婚变得越来越容易时，人们对于婚姻的忠诚度也会随之降低，婚前没有耐心寻找适合自己的伴侣，婚后也不愿意花费足够的精力来维系彼此间的感情，从而增加了离婚的随意性。”<sup>②</sup> 三是家庭责任的弱化。部分婚内男女人生观、家庭观定位不准，婚后不注重婚姻经营，夫妻感情逐渐淡化，进入“婚姻疲惫期”，有些人渴望走出“围城”、尝试新生活的精神需求明显增强，他们对二次婚姻的选择，多以“自我为主”，往往不顾及家庭责任的束缚。

### （四）家事案件引发的社会后果

1. 影响家庭和谐。一个家庭的和谐，需要夫妻、子女等家庭成员积极维护亲情、努力包容他人。毋庸置疑，每个家庭在不同的时期都会或多或少的发生冲突或个人利益不均衡，当这些矛盾爆发为案件，就会使家庭和谐受到极大的挑战，矛盾冲突的双方及其他家庭成员将会受到影响，当一个和谐家庭分化为互相矛盾的若干主体时，将会引起一系列的社会问题。

2. 引发次生矛盾。随着人们物质生活水平的不断提高，家庭纠纷涉及的财产利益可能是房地产、车辆、企业经营权等巨大利益，有的人在家庭发生纠纷时，为达到非

<sup>①</sup> <http://www.chyxx.com/industry/201609/450544.html>，2018 年 5 月 15 日访问。

<sup>②</sup> 【美】理查德·波斯纳：《性与理性》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 329 页。



法目的会不择手段转移财产、伪造证据、虚假诉讼等，损害对方利益，引发矛盾升级；还有的人思想偏激、性格执拗，在家事矛盾中认死理、钻牛角，如果在矛盾初期或纠纷化解中不能及时进行心理疏导、劝解调和，有可能造成民转刑案件。

3. 抚养赡养问题。儿童是社会的未来，父母是孩子的启蒙老师，这些传统的道理说明家庭对未成年人的心理健康、教育发展、成长成才极为重要。家庭的变故不但影响未成年人的幸福指数，而且可能改变其人生轨迹，很多孩子在父母离异后，容易产生心理健康等问题，甚至走上了犯罪的道路。家庭的分裂、重组也会使父母子女关系变得复杂，容易发生析产、继承、抚养、赡养等纠纷。

## 二、家事纠纷案件处置机制改进的必要性

### （一）基层社会管理弱化

1. 基层社会管理意识有偏差。当前，基层政权重经济发展，轻社会管理，对矛盾纠纷的处置过多依赖于公检法等专职机关，村居、社区等最基层的社会管理几近缺失。虽然村民组织法等法律赋予了基层组织调解、治保的职能，但多数基层组织都没有积极承担起这份责任。

2. 基层社会管理缺乏调解机制。近年来，一方面，我们在镇村成立了人民调解组织，设立了调解网格员，但是如何积极发挥他们的作用，如何找准介入纠纷切入点、如何实现与司法衔接等，缺乏务实有效的抓手；另一方面，人民法院为有效解决案多人少矛盾，提高司法社会效果，积极提倡多元化解纠纷，但是，如何发挥“类案”优势，实现司法与人民调解组织互动共享上缺乏有效的机制，人民调解组织的调解能力也有待提升。

### （二）家事司法程序“温情不足”

1. 忽视情感修复。“家事纠纷案件是传统民事纠纷案件的重要组成部分，但由于其自身特有的血缘、伦理关系，又明显有别于普通的民事纠纷案件。”<sup>③</sup>家事案件当事人是因婚姻关系聚合在一起的，甚至有血缘关系，虽然发生物、财产分配或者金钱给付等普通财产纠纷，但背后有复杂的情感因素，传统审判方式恰恰忽视了这个重要的情感因素。以“意思自治”为原则，很少对矛盾双方的情感进行疏导，甚至直接进入财物的简单分割。而家事纠纷当事人情感的心结化解不了，司法的效果往往不理想，如对激情离婚、涉及未成年子女的离婚，往往忽视离婚后未成年人的成长生活感情等问题，再如赡养纠纷，可能会使得得到物质关爱的老人失去更多亲情。所以，

<sup>③</sup> 李徐州，王道强：《家事审判的司法理念与运行原则》，载《人民司法·应用》2016年第34期。

现在家事司法程序应当适当依职权对过于自由的离婚选择加以适当干预，积极进行情感修复、心理疏导、挽留不必要的婚姻破裂，或者至少即使离婚也保持好聚好散的态势。

2. 司法救济功能不足。人民法院民事审判的基本原则是谁主张谁举证，举证不足者往往对自己的主张承担败诉的结果，这对一般民事案件中彰显了“用证据说话”的公平正义。但是在家事纠纷案件中，矛盾双方因性别差异、年龄差异、职业差异（如家庭妇女）等因素，使弱者在司法程序中难以获得基本证据保障其合法权益。在司法实践中也经常遇到弱者对对方的房产、股权等即使不离婚也从未探知的案例，所以本着诚实守信的法律原则，应当针对家事案件这一特定类型的纠纷责令当事人进行财产申报，如果认定申报者故意隐瞒财产，一经查实对隐瞒的财产少分或不分。如此，对家事纠纷中的弱者用财产申报的制度予以司法救济，使其在亲情失败的同时不至于再次遭受财产损失。

### （三）联动化解作用发挥不好

1. 域外联动化解家事纠纷情况。在家事司法相对完善的国家，尽管司法对于整体社会具有庞大的承载效应，但其社会纠纷的解决从未完全依赖于司法程序，而是对外衍生了一套各尽其能、各司其职、配合衔接、有序运行的多元化纠纷解决体系。例如，美国的《家事法院法》规定，在特定情形下，法官有权发出指令，要求任何州、县、市级别的行政机构及教育部门的相关人员提供特定服务，包括在其职权范围内改善服务、披露特定信息、协同与配合法院的调查工作等。因此，在家事纠纷领域应采取协同的、跨部门的综合性联动机制，更有利于修复家庭关系、维护家庭稳定。

2. 联动机制建设现状。近年来，我们下大力气搞多元化纠纷解决机制建设，有的地区针对家事案件，在工会、妇联、团委等建立了家事专门调解组织，但如何发挥家事调解组织的资源优势，人民法院与人民调解组织实现便捷高效的程序对接机制，缺乏具体的操作流程。目前的普遍做法是让人民法庭与驻地调解组织自行对接，因为人民法庭是业务庭，功能是审理案件，更多的赋予事务性的工作；作为相对独立的调解组织，与相对应的人民法庭存在相类似的问题，因此，以上对接很难在案件管理、司法统计、信息共享上很难达到综合性的理想效果。还有一种做法是在立案大厅设置一至几个人民调解工作室，由立案大厅立案前告知当事人选择人民调解，这几个调解室与司法行政机关已经建立健全的庞大调解网络和人民法院快速增长的家事案件数量相比，不能满足案件需求。以上两种做法均失偏颇，致使调解联动机制衔接不畅，作用发挥不好，各自为战。如有的纠纷经人民调解达不成协议，进入审判程序，前期的调解成果往往得不到有效利用。因此，人民法院应与调解组织加强联动，实现司法调解与人民调解资源共享，更有利于矛盾的化解。



3. 联动机制建设必要性。“纠纷解决机制的成熟和完备，是国家治理体系和治理能力现代化的基本标志，在国家治理体系中居于核心地位。”<sup>④</sup>家事纠纷往往都掺杂着比较复杂的社会背景、历史恩怨，具有明显的社会性、历史性特点，并非法院一家所能妥善处置的，需要调动社会力量，共同参与家事矛盾化解。比如赡养、抚养、探视权等问题，法院即使做出了相应判决，司法强制执行很难取得良好效果，需要村居、社区工作人员，工会、妇联、协会等基层组织协助做好义务人思想工作，让其积极履行裁判确定的法定义务。

### 三、家事审判方式改革的实践路径

#### （一）更新家事审判理念

1. 明确指导思想。“未来深化我国家事审判改革过程中，应着力关注家事审判程序法的单独化、家事审判原则的明晰化、家事审判人员的专业化以及非诉合意解决机制的多元化这四个面向的问题，为家事纠纷寻求合理的化解之道。”<sup>⑤</sup>

因此，家事审判方式改革应该从单纯坐堂问案向多元组织参与化解纠纷、从离婚“意思自治”到注重情感修复、从强制执行到促成当事人自觉履行等方面下功夫。

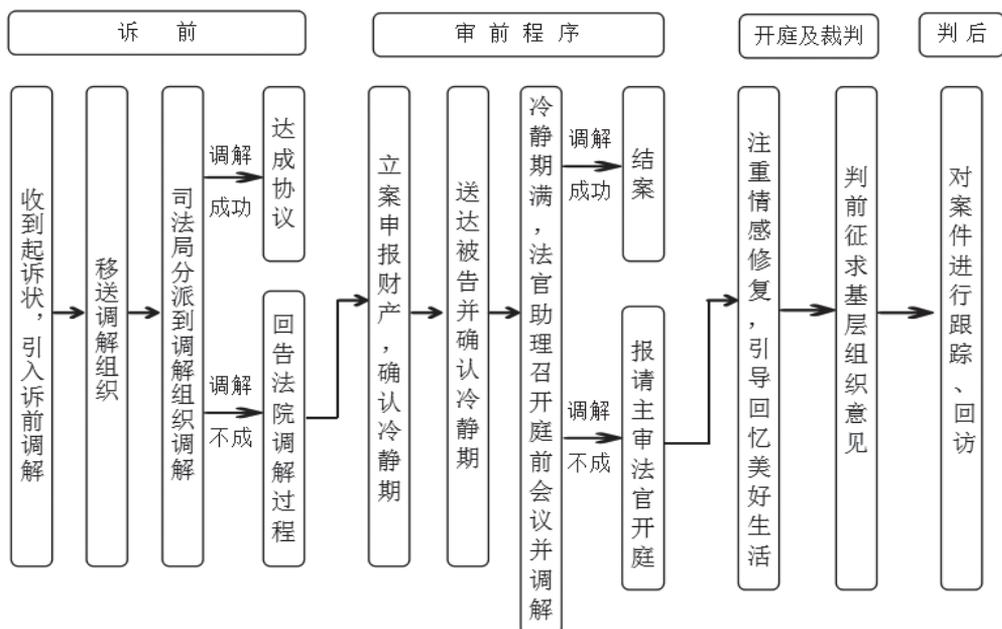
2. 确立改革目标。《家事诉讼操作规程》要科学设计诉前调解、感情修复、诉调对接、判后跟踪回访等程序，明确法院和调解组织职责、衔接流程，构建协调配合、信息共享机制。在流程中赋予婚姻冷静期设置、美好生活回忆、财产申报、判后回访等实质性工作，使家事案件办理过程中充实了对亲情的修复、对弱者的救济、对次生矛盾（如变更子女抚养、赡养费追索）的预防等人性关怀。在改革进程中，确立“三步走”改革工作目标：第一步，制定操作流程，建立诉前调解网络，实现调解组织与法院立案庭的有效对接；第二步，推进案件分流，发挥人民调解组织优势作用，化解批量家事矛盾纠纷，减少法院的案多压力；第三步，形成家事案件多元化解纠纷体系，实现诉调对接与联动的良好机制，使社会矛盾得以更好化解。

3. 实现最佳效果。家事审判改革的目的是，在于积极化解家庭因素引发的矛盾，减少因矛盾对家庭弱势群体的伤害，给社会造成过多的负担，引导浮躁社会主体冷静对待家事纠纷。在程序上改变或者摒弃离婚自由、意思自治、第一次判不离、抚养赡养费按工资计算了之等就案办案的传统理念，积极考虑人的因素、感情因素、社会因素，全力推动家庭纠纷从根本上解决。

<sup>④</sup> 龙飞：《论国家治理视角下我国多元化纠纷解决机制建设》，载《法律适用》2015年第7期。

<sup>⑤</sup> 王琦：《聚焦我国家事审判改革的几个面向》，载《政法论丛》2018年第1期。

莒南法院家事审判流程图



## （二）审前程序的创新

1. 嫁接诉前调解程序。建立诉前调解有效对接机制，实现了三个对接，一是诉调流程对接，人民法院收到当事人的起诉状后，引导当事人填写《家事纠纷委托调解书》，由立案庭统一移送司法局基层科（相当于法院立案庭），基层科按辖区将案件分流到乡镇调解组织，受托调解组织在十五日内积极进行诉前调解，案件分流、调解结果统计等情况，由基层科统一向立案庭实行“总对总”反馈，实现了“立案庭—基层科”两个网络、一个对接点的信息全面共享。二是审判组织对接，立案庭及时将委托信息通报各人民法庭，各人民法庭与驻地镇街调解组织对接，了解案件调处情况，加强工作指导，目前全县 17 个镇街设立了 17 个调解组织，配备了 98 名专职调解员，实现了人民法庭与调解人员点对点对接。三是调解结果对接，司法局对镇街调解组织受托案件调解情况每月一汇总，每月一通报，对调解成功需要司法确认的，由立案庭及时确认，调解不成的，由调解组织填写《家事纠纷调解情况告知书》，转入诉讼程序。这样既有利于当地调解人员依据驻地风土人情务实地调解，又能对调解不成的案件信息实现与人民法院的共享。

2. 财产申报要素化。立案时进行财产申报，借助要素审判的基本模式，设置格式化的《离婚案件财产申报表》，责令当事人对双方的婚前财产、婚后共同财产、债权债务、车辆房产等内容如实申报，并告知故意隐瞒财产的不利后果。庭前会议中，对双方填



写的财产申报表进行比对、质证，提高案件办理的效率。

3. 设立冷静期。在离婚案件中赋予当事人一定合理期限，冷静审视选择诉讼离婚的态度，有效修复双方情感，防止激情离婚。对于婚姻案件诉前调解不成坚持立案诉讼的，立案时即动员当事人设置冷静期，由当事人签订《离婚案件冷静期确认书》，冷静期应兼顾司法效率，一般设置为15天至30天，特殊情况可适当延长。

### （三）庭审注重情感修复

1. 进行心理疏导。开庭审理时，要求法官以心理疏导、修复感情、维护和谐婚姻家庭关系为目的，积极调查当事人之间的相识、恋爱、婚礼及其他生活情节，找准情感危机的原因，引导当事人回忆曾经的美好生活，逐步修复遭受创伤的父母子女、兄弟姐妹亲情或夫妻感情。

2. 情感化审判场所。根据家事案件特点，设置特色化调解室，减少法庭对抗气氛。家事调解室悬挂“和为贵”、“家和万事兴”、“百事孝为先”等有利于家庭和睦、人际关系修复的格言、图画。婚姻调解室可悬挂“一日夫妻百日恩”、“如何处理好夫妻关系”、“法官寄语”等内容，设置“心形”调解桌，让当事人在和谐、温馨的环境氛围中修复感情、缓解矛盾。

3. 矛盾化解实质化。法官在有限的庭审时间内对双方的情感矛盾是不能深入全面了解的，因此，要求法官在开庭审理时，查明当事人近亲属旁听情况，积极发挥他们熟知当事人、了解案情的优势，动员他们参与调解，有效化解矛盾，增强家庭成员和基层组织对裁判结果的认同。

### （四）判后回访促进案结事了

1. 科学设置回访程序。建立判后跟踪回访制度，明确规定回访案件类型、回访时间、回访人员、回访内容、回访发现的问题以及帮扶措施，回访情况应填写《家事纠纷案件判后回访表》。家事案件结案后，承办法官或法官助理应根据案件情况有针对性地进行案后跟踪，及时了解相关情况，帮助当事人解决实际困难，增强家事审判的社会辐射功能。

2. 发挥回访实质效果。一是防止发生次生矛盾，预防重复诉讼。如抚养权纠纷案件，及时了解未成年人生活环境，预防变更抚养权案件发生。二是促进自动履行，减少家事案件执行难。对于抚养费、赡养费、探视权案件，应努力督促其自动履行。三是帮助修复感情，维护家庭稳定。对于判决不准离婚或调解和好、赡养等案件，应及时了解当事人的现有状况，帮助当事人化解心结，修复感情。此外，对回访过程中发现当事人及其家庭在判决履行方面确实存在实际困难的，应当及时报告家事审判组织，由家事审判组织协调有关单位，积极帮助解决。

（责任编辑：王文斌）

# 以当事人管辖选择权为视角探析行政 案件跨区域管辖改革路径之完善

——兼论山东法院改革方案的具体构建

刘白鸽\*

**内容摘要** 本文结合行政诉讼管辖改革的学术观点、国外经验、顶层设计以及全国各省、市、自治区实践中的探索改革成果，梳理分析我国当前行政诉讼跨区域管辖改革的现状，并针对改革实践中亟需解决的问题，讨论当事人（原告）管辖选择权视角下的改革路径之完善。通过对行政诉讼目的、诉权理论、审判规律、司法民主的研究，从价值层面、理论层面对当事人管辖选择权进行可行性论证，尝试提出山东地区行政诉讼跨区域管辖制度的构想方案。

**关键词** 行政案件 跨行政区划 管辖选择 改革路径

中图分类号：DF718.1 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)05-153-163

## 引言

我国行政诉讼一般管辖规定将案件确定在行政机关所在地的中、基层法院，基本上是按照行政区划的范围来设计案件的管辖法院，这种管辖制度的设计背后体现出我国依据行政区划设置司法管辖区域的理念，其产生有着特殊的历史及政治背景。但由于行政审判具有被告恒定是行政机关的特殊性，行政区划与司法管辖区域的高度重合，对行政审判的公正性和公信力产生了很大的负面影响，行政诉讼管辖制度改革一度被学界视为通向法治梦想的“瓶颈”。自党的十八大以来，全国各级人民法院按照中央和最高人民法院的统一部署，积极探索建立与行政区划适当分离的行政案件管辖制度，通过设立跨

\* 刘白鸽，山东省高级人民法院行政庭法官助理。

基金项目：山东省社会科学规划研究项目“行政案件跨区域管辖改革研究”（课题编号：17CSJ11）的阶段性研究成果。



行政区划法院、依托铁路运输法院实施跨行政区划集中管辖、利用普通法院实施相对集中管辖、提级管辖、异地交叉管辖等多种方式，探索出各具特色的管辖制度和丰富的改革经验，取得明显成效，也出现不少问题亟待下一步的改革实践予以深化完善。

## 一、理论上的准备：行政诉讼管辖制度改革学术观点与顶层设计的平衡

### （一）国内主要学术观点

国内学者、实务界专家对于行政诉讼管辖制度的研究已有很多年，普遍地认为行政诉讼管辖范围与行政辖区相重合，存在着重大的制度性漏洞，行政诉讼的价值实现受到极大影响，迫切需要切实有效的改革。基于对改革力度以及所触及到的体制、机制问题的考察角度划分，总结起来主要就是两种观点。一种观点主张，在法院组织形式上借鉴欧洲大陆国家设立行政法院的模式管辖行政案件。主要考虑是：一是我国历来是一个行政集权国家，法院审理行政案件，遇到的最大阻力正是来自现实中存在的行政集权与司法程序中要求的依法裁判之间的矛盾。在现有行政审判制度基础上进一步加强行政审判的独立性，设立行政法院从而加强对抗强大的行政集权的能力，是顺应世界法治文明潮流的有力之举。包括法国、德国、意大利、西班牙、挪威、瑞典、荷兰等在内的几乎所有大陆法系的国家，都建立了行政法院。特别是德国式独立行政法院的模式应成为可资借鉴的重点。二是设置行政法院，会使立法机关加强对行政法院履行职务的保障，从而使行政法院在制度上有能力排拒行政非法干预，也会引起社会对行政审判的重视，社会舆论对行政审判的监督与评价，有利于防止司法腐败，客观上也遏制行政机关干预审判的冲动，有利于行政法院借助于公众的力量与行政机关的干涉抗衡。行政法院作为独立主体会增强审判人员的自身凝聚力，从而在整体上加强排拒干预维护独立审判的意识。<sup>①</sup>另一种观点则主张，在现有法律框架内对管辖制度可能适用的诸如提级管辖、异地管辖、交叉管辖模式或集中管辖机制进行再探索再实践。主要考虑是：一是我国尚不具备建立行政法院模式的本土资源与制度环境。在大陆法系国家，公私法的划分是确立普通法院体系与行政法院体系二元司法体制的基础。目前我国公私法划分理论尚不成熟，我国法院内部虽有行政庭与民事庭之分，但这种公私法划分的理念过于微弱，远远无法成为建构行政法院的前提条件。二是按世界大多数国家通过行政诉讼对行政行为进行“司法审查”的含义，目前，无论大陆法系国家还是英美法系国家大都建立起了一套比较成熟的体系。英美法系国家如英国、美国、澳大利亚等国家虽然没有建立独立的行政法院系统，但行政裁判所大量涌现、

<sup>①</sup> 张步洪：《中国行政法学前沿问题报告》，中国法制出版社1999年版，第278—280页。

迅速发展特别是逐步司法化并取得社会公众和行政机关的一致认同。行政裁判所对行政行为审查的力度甚至大于大陆法系国家。作为对国家和行政权进行控制的一种基本法律制度，行政诉讼由普通法院主管，还是由设立专门的行政法院主管，并非实现这一制度价值的关键问题。从实证角度而言，两种模式都不乏成功经验。从理论上来说，即便是大陆法系的学者也并不认为必须由特别设立的行政法院来主管行政诉讼。德国学界也普遍认为，只要法院能够公正、独立作出裁判即可，其是否为独立的行政法院在所不问。<sup>②</sup>三是设立行政法院或者跨行政区划法院仍未有明确的立法支持，这是最大的现实法律障碍。<sup>③</sup>当前，我国四级法院行政审判庭建制完备，行政审判力量经过三十年的积累已经发展壮大，在不触及法院组织体系改革的基础上，通过提高审级或跨区域的集中管辖改革，能够较为稳妥、有效地减少行政机关对司法的不当干预。

## （二）中央顶层设计与修法同步跟进

习近平总书记强调，凡属重大改革要于法有据。完善司法管理体制和司法权利运行机制，是我国司法制度和司法体制的重大改革，许多改革举措都涉及现行法律规定，必须坚持顶层设计，需要修改法律的，应当先修改法律，做到先立后破，在法制轨道上推进改革，确保实现改革目标任务。一是顶层设计方面，探索设立与行政区划适当分离的司法管辖制度，设立跨行政区划人民法院，这一有关司法体制改革的顶层设计来源于中共中央《关于全面深化改革若干重大问题的决定》和《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》。<sup>④</sup>此后，最高人民法院的相关顶层设计方案陆续出台，从2013年1月4日最高人民法院印发《最高人民法院关于开展行政案件集中管辖试点工作的通知》，到2014年10月16日《关于开展铁路法院管辖改革工作的通知》，再到2015年2月26日《最高人民法院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）》、2015年6月17日《关于人民法院跨行政区域集中管辖行政案件的指导意见》，逐步确立了行政案件集中管辖改革以普通人民法院为主，同时可以充分挖掘其他可利用司法资源，诸如铁路运输法院、林区法院、农垦法院、油田法院及开发区法院等潜力的改革导向。<sup>⑤</sup>二是修法同步跟进方面，2015年5月1

<sup>②</sup> 刘飞：《行政诉讼制度专题研究：中德比较的视角》，法律出版社2016年版，第13页。

<sup>③</sup> 2018年6月19日，《人民法院组织法》（修订草案）提交十三届全国人大常委会第三次会议二审，有关设立行政区划法院的规定被建议搁置，建议待条件成熟时再作规定。

<sup>④</sup> 2013年党的十八届三中全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出，“探索建立与行政区划适当分离的司法管辖制度，保证国家法律统一正确实施”。2014年党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》进一步提出，“探索设立跨行政区划的人民法院和人民检察院，办理跨地区案件。完善行政诉讼体制机制，合理调整行政诉讼案件管辖制度，切实解决行政诉讼立案难、审理难、执行难等突出问题”。

<sup>⑤</sup> 2013年1月4日，最高人民法院印发了《最高人民法院关于开展行政案件集中管辖试点工作的通知》（法〔2013〕3号），决定在部分中级人民法院辖区内开展行政案件相对集中管辖试点工作。2014年10月16日，最高人民法院下发了《关于开展铁路法院管辖改革工作的通知》（法〔2014〕257号），确



日修订的《中华人民共和国行政诉讼法》第2款规定：“经最高人民法院批准，高级人民法院可以根据审判工作的实际情况，确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件。”之所以允许人民法院跨区域管辖行政案件，主要基于以下三点考虑：一是从世界范围看，行政审判机构实行专门化与跨区域相结合已经成为趋势。据统计，设立行政法院的国家近几十年来快速增长，已达70多个，不仅包括大陆法系国家，还包括不少伊斯兰法系国家，以及少数英美法系国家。为了防止可能的行政干预，它们确定行政法院的司法管辖区时基本采取跨行政区域的方式，这一经验值得借鉴。二是在人民法院审判工作中，行政审判体制改革作为司法改革的重要组成部分，破除地方干预的需求最为迫切，最需要首先破题。为此，本条款规定人民法院可以跨区域管辖第一审行政案件。<sup>⑥</sup>三是在另行设立行政法院，将现有铁路运输法院等改造成特别的审理行政案件的专门法院等方案未被立法者采纳之后，最高人民法院通过修法为中央改革方案提供依据，对行政审判体制问题留下了继续调整的空间。这一规定体现了最高人民法院长期以来致力于调整管辖制度的阶段性成果。<sup>⑦</sup>

## 二、实践中的探索：设立与行政区划适当分离的司法管辖制度

### （一）改革基本模式

从最高人民法院汇总的各地改革情况来看，全国几乎全部的省、市、自治区均开展了不同形式、不同程度的集中管辖改革试点工作。综合来看，各地试点改革主要有以下几种模式：一是由跨行政区划法院集中管辖行政案件。此种模式目前只有上海和北京采用。上海市在上海铁路运输中级人民法院加挂牌子设立了全国首家跨行政区划法院——上海三中院，目前形成了一审行政案件主要由上铁法院审理，二审行政案件

定北京、上海、吉林、辽宁、江苏、陕西、广东等7个省（市）在全国先期开展铁路运输法院管辖改革试点。后甘肃、海南、天津、浙江、云南等5省也相继开展了铁路运输法院管辖改革试点。2014年12月2日，中央全面深化改革领导小组第七次会议审议通过《设立跨行政区划人民法院、人民检察院试点方案》后，最高人民法院制发了《关于北京、上海跨行政区划人民法院组建工作指导意见》。2015年2月26日，最高人民法院发布《最高人民法院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）》（法发〔2015〕3号，即“四五改革纲要”）指出，“以科学、精简、高效和有利于实现司法公正为原则，探索设立跨行政区划法院，构建普通类型案件在行政区划法院受理、特殊类型案件在跨行政区划法院受理的诉讼格局。将铁路运输法院改造为跨行政区划法院，主要审理跨行政区划案件、重大行政案件、环境资源保护、企业破产、食品药品安全等易受地方因素影响的案件、跨行政区划人民检察院提起公诉的案件和原铁路运输法院受理的刑事、民事案件。”2015年6月17日，最高人民法院印发《关于人民法院跨行政区域管辖集中管辖行政案件的指导意见》（法发〔2015〕8号），对全国各级人民法院跨行政区划集中管辖行政案件提出了具体指导意见和要求。该意见要求：“行政案件集中管辖改革以普通人民法院为主，同时可以充分挖掘其他可利用司法资源，诸如铁路运输法院、林区法院、农垦法院、油田法院及开发区法院等潜力。”

<sup>⑥</sup> 江必新《贯彻〈中华人民共和国行政诉讼法〉专题讲座》，人民法院出版社2015年版，第53页。

<sup>⑦</sup> 袁杰主编：《中华人民共和国行政诉讼法解读》，中国法制出版社2014年版，第60页。

主要由上海三中院审理的行政案件集中管辖格局。北京市在北京铁路运输中级法院加挂牌子设立北京四中院，作为跨行政区划人民法院，集中管辖以本市区（县）人民政府为被告的第一审行政案件。二是依托铁路法院跨行政区划集中管辖行政案件。各地依托铁路运输法院实施行政案件集中管辖的具体方式有很大差异，主要有四种情形，分别是由铁路运输法院集中管辖试点地区几乎全部一、二审行政案件、由铁路法院集中管辖试点地区部分行政案件、指定铁路运输法院管辖部分行政案件、由铁路运输法院集中管辖试点地区的部分类案。三是由普通基层法院开展相对集中管辖。此种模式主要有以下两种情形，分别是在全省范围内开展相对集中管辖、指定部分地区实施相对集中管辖。有些省市，如广东、天津等地，既实施了铁路运输法院集中管辖改革又实施了普通基层法院集中管辖改革。四是由铁路法院以外的专门法院实施集中管辖。采取此种模式的主要是海南省和新疆高院兵团分院。五是在全省实施异地交叉管辖。其中，重庆、福建、甘肃、贵州等省市在实施基层法院行政案件相对集中管辖的基础上，又对中级法院部分一审行政案件实行了异地交叉管辖。河南省未实施相对集中管辖，而是在全省范围内对基层法院一审行政案件和中级法院以地市级政府为被告的一审行政案件采用异地循环交叉管辖方式，即“推磨”方式实施交叉管辖。六是由当事人选择管辖。<sup>⑧</sup>其中，以山东省自 2016 年 4 月 1 日开始在枣庄开展的“以当事人选择管辖”为核心的跨区域管辖试点改革最为典型，在“相对集中”的行政区划“片区”内赋予原告选择管辖的力度最大。除此之外，还有部分试点地区，如浙江宁波、江苏无锡等地区，在特定条件下也赋予了原告一定的管辖选择权。

## （二）成效与问题

### 1. 取得的明显成效

试点法院普遍反映，跨行政区划管辖行政案件基本解决了行政案件“立案难”问题，行政案件“审理难”问题也得到明显改善。一是实现了司法管辖区划与行政区划错位分离，减少行政机关对司法的不当干预。各省、市、直辖市在推进管辖改革以来，大多选择了异地集中的方式，实现了司法管辖区划与行政区划错位分离，优化了行政审判司法环境，受案法院更大程度上能防止和排除干预，符合党中央作出的司法管辖制度重大改革部署。二是凸显了人民法院居中审理裁判的基本规律，有力促进行政审判良性发展。法院作为专业化的裁判机构，位居纠纷解决体系的中心，其权威来自于对民众与政府的居中地位，居中审理裁判是基本审判规律。实现司法管辖区划与行政区划的错位分离，直接凸显了这一审判规律在行政审判中的特殊意义，人民法院依法

<sup>⑧</sup> 江必新：《从跨区划管辖到跨区划法院——兼论新型诉讼格局之构建》，载《人民司法·应用》2017年第31期。



独立行使审判权，作出忠实于法律的裁判，从而树立司法权威，提升行政审判公信力。

## 2. 出现的突出问题

试点地区普遍反映，非集中管辖法院行政审判庭功能弱化甚至被边缘化是相对集中管辖改革目前面临的最突出的问题。一是行政案件跨行政区划管辖后，非集中管辖法院大多只保留非诉行政案件审查职能以及上级法院赋予的协助做好集中管辖法院审理相关职责，导致非集中管辖法院行政审判庭出现功能闲置状态。许多行政审判战线的骨干力量被调离岗位，具有行政审判司法经验的法官流失严重，行政审判明显边缘化。二是非集中管辖法院与当地政府沟通桥梁和纽带作用明显降低，导致法院自身对行政审判重视程度降低，行政审判法官职业尊荣感受到挫伤，同时也削弱了基层法院在当地通过行政诉讼宣传法治的作用，司法权威受到一定程度影响。此外，通过对全国范围内的行政诉讼管辖改革模式的观察来看，目前的管辖改革很大程度上是由法院行政权主导的相对集中管辖，普遍呈现出异地集中管辖法院是固定的“静态”管辖模式，这种管辖模式又主要带来了三个方面的问题。一是跨行政区划管辖大大增加了司法成本和司法负担，当事人在追求公平正义与经济价值之间需要衡平，直接减弱或淡化当事人本身的诉讼意愿和司法需求。二是随着改革的推进和时间发展，跨行政区划集中管辖法院与被管辖地区政府之间不可避免形成新的密切联系甚至共同利益链，跨行政区划审理行政案件仍无法避免新的干预。三是法院行政权主导下的管辖改革，虽然以行政强制权保障了司法管辖区划与行政区划的错位分离，但赋予当事人（原告）的管辖选择权却非常有限，民众对管辖改革的参与、互动程度不够，人民主体地位尚未得到凸显，无法从根本上打消对行政审判不信任的顾虑。

## 三、路径上的完善：尊重人民主体地位赋予当事人管辖选择权

### （一）山东地区管辖改革试点探索——当事人管辖选择权的提出

2013年，经最高人民法院批准，山东省高级人民法院确定枣庄、济宁为试点开展了行政案件相对集中管辖改革，在法律框架下实现了司法管辖区域与行政区域的有限分离，减少了行政干预，改善了行政审判司法环境，提升了司法公信力，得到了当地党委、政府和社会各界的理解和支持。<sup>⑨</sup>近三年的试点实践，同样也出现了全国各地集中管辖改革中普遍存在的突出问题，如非集中管辖法院的行政审判出现边缘化、集

<sup>⑨</sup>《枣庄市中级人民法院关于行政案件集中管辖工作的社会调查报告》显示，91%的被调查人支持行政案件的集中管辖试点工作，61.8%的社会群众和50%的行政机关、律师认同行政案件的跨行政区划异地管辖。社会各界对试点工作大多给予了积极的评价，并对进一步推进司法体制改革给予更高的期望。

中管辖法院跨行政区划审理行政案件难以避免新的行政干预等亟待解决的现实难题。

2015 年下半年，山东地区在全面总结试点经验基础上，经过反复论证，在严格遵循司法工作规律和纠纷解决规律、科学划分相对集中行政片区的基础上，充分尊重人民主体地位赋予当事人选择管辖法院的权利，合理界定跨行政区域管辖行政案件的类型，形成了“以当事人选择管辖”为核心的跨区域管辖方案，并根据最高人民法院批复同意，先后在枣庄、济宁、临沂启动了跨行政区域管辖行政案件改革试点，经过坚持不懈的探索实践，形成了比较成熟的经验，引起了很大反响。以枣庄试点为例，“以当事人选择管辖”为核心的跨区域管辖方案的主要做法是：在不违反级别管辖、专属管辖规定的前提下，继续沿用相对集中管辖试点改革中将枣庄中院辖区划分为两个片区的做法，每个片区包括 3 个基层法院，当事人（原告）可以在片区范围内选择管辖法院，如果当事人愿意选择在本辖区法院提起行政诉讼的，由其所在辖区法院受理；当事人不愿意在本辖区法院起诉的，可以选择片区内其他法院起诉。试点三年以来，枣庄、济宁、临沂三试点单位异地管辖比例超过 20%，实体裁判率、行政机关败诉率、服判息诉率都有了明显提高。试点实践证明，以“当事人选择管辖”为核心的跨区域管辖改革，是践行以人民为中心发展思想、实现司法民主的典型范例。

## （二）当事人管辖选择的可行性论证

### 1. 价值层面

#### （1）赋予当事人管辖选择权是尊重人民主体地位发扬司法民主的重要举措

“人民法院”规定了我国法院的基本性质，审判权是由体现人民意志的宪法和法律赋予的，为人民掌好、用好审判权就是落实司法为民的要求。<sup>⑩</sup>党的十九大报告深刻指出：“必须坚持以人民为中心的发展思想”。充分尊重人民主体地位，赋予民众更多参与司法特别是重大司法改革的权利，增强民众与法院之间的相互交涉、选择和沟通，正是体现中国特色社会主义司法制度的人民性，也是扩大司法民主、提升司法公信力的客观需要。全面推进跨行政区划管辖行政案件试点工作，赋予当事人案件管辖的选择权，让当事人自主自愿地选择信得过的管辖法院，既彰显了人民群众在司法工作中的主体地位，也体现了人民法院为人民的本质特征。

#### （2）赋予当事人管辖选择权契合管辖制度改革的宗旨

行政诉讼管辖制度改革的宗旨在于规制法院与行政机关之间的关系，切断行政力量对受诉法院的不正当干扰，使法院回归行政审判居中的地位。切实发挥审判权的监督作用是行政区域与司法区域相分离原则的核心要求，赋予行政诉讼当事人一定选择法院的权利则能更好地推动司法发挥其应有的监督作用，这也是法治国家行政诉讼管

<sup>⑩</sup> 《最高人民法院研究室负责人谈人民法院改革问题》，载《人民法院报》2004 年 12 月 8 日。



辖制度构建的趋势。法国在行政合同方面的协议管辖制度、美国的“择地行诉”管辖制度都体现了对当事人管辖选择权的尊重和对当事人诉权的保护。<sup>①</sup> 赋予原告诉讼管辖的选择权,原告可以选择便于诉讼、节约成本的法院起诉,逐步抬升原告的弱势地位,最大限度地平衡诉讼程序中原、被告双方的地位和利益。<sup>②</sup> 在原告选择法院的过程中,将实现行政权力、司法权力和行政相对人话语权的动态平衡,因此该权利的设立是与管辖制度改革宗旨相呼应的。

## 2. 理论层面

### (1) 行政诉讼目的与价值之要求

我国行政诉讼法第1条即明确了行政诉讼的目的在于“保证人民法院公正、及时审理行政案件,解决行政争议,保护公民、法人和其他组织的合法权益,监督行政机关依法行使职权”。该条规定是建立行政诉讼具体制度的总依据,蕴含了行政诉讼法在实体以及程序上的价值取向与利益取舍。行政诉讼本身就是相对人认为自身合法权益遭到行政主体侵犯而向法院提起的救济程序,是相对人借助法律保护权益的途径。对行政相对人权利的保护应是行政诉讼的重点。因此,要真正发挥行政诉讼的解决纠纷与行政监督的功能,使得行政相对人在行政诉讼中权利的保护得到应有的重视。<sup>③</sup> 落实到跨区域管辖这个具体的制度中来看,赋予当事人选择法院的权利有利于当事人诉权的积极行使,为后续行政诉讼程序的正常进行提供一定的保障,这样的设计符合行政诉讼目的及价值的内在要求。

### (2) 诉权保障与当事人法律地位之平衡

行政诉权的设置理念应该与行政诉讼的目的相呼应,主要目标应当定位于行政相对人权利的保护。案件管辖制度的设置直接影响当事人诉权的行使,首先应当保障行政争议能够进入正常的行政诉讼程序。管辖法院的确定是启动行政诉讼程序的关键,在特定的容易受行政干预的案件中,给予当事人选择一个相对公正的法院的权利将成为后续诉权行使的有力保障。行政诉讼法虽然明确规定当事人在行政诉讼中的法律地位平等,但原告和被告在行政诉讼中的地位存在天然的不平等,要想实现实质意义上的双方法律地位平等,人民法院不受行政机关干涉而独立行使审判权,就应当赋予原

<sup>①</sup> 在法国的管辖规定中,为了方便当事人以及便于法庭对案件进行审理和调查取证等原因,针对不同类型的案件赋予侵权行为发生地、原告所在地等行政法庭都有管辖权,原告可以根据自身的情况选择一个更信赖或者便捷的法院。行政合同的双方当事人行政争议发生以前,还可以约定案件的管辖权法庭。美国法律规定,在专属管辖之外的案件中,原告可以选择行政机关所在地及其官员居住地、侵权行为发生地、原告居住地等法院进行案件的审理。

<sup>②</sup> 方芳:《行政诉讼管辖制度研究》,复旦大学硕士专业学位论文。

<sup>③</sup> 肖梦:《行政诉讼跨区域管辖制度研究——以当事人管辖选择权为视角》,北京交通大学硕士专业学位论文。

告更多的权利来平衡双方的地位。<sup>⑭</sup>因此，在行政案件中，赋予原告一定的管辖选择权不是对当事人的偏袒，反而是为了减少行政诉讼所受的行政干预，使案件在一个相对人信任的法院进行审理，能更好地保障相对人的权益。

### 3. 技术层面

当事人管辖选择权的构建，与实践探索中提高审级、异地管辖、交叉管辖、集中管辖等改革方案的基本目的一致，与法学界反复倡导设立独立的行政法院改革方案的价值追求也具有一致性。在跨区域管辖中赋予当事人管辖选择权是在不颠覆整个法律框架的前提下，利用既有的制度设置和司法资源对行政诉讼制度作出的灵活变通。该制度充分运用现行行政诉讼法和司法解释中已确定的异地管辖制度、跨行政区划审理行政案件制度等设计，并在探索实践中进行深化完善，为司法机关实现依法独立审判创造了更为宽松的空间。与提高审级、设立独立的行政法院等改革方案所耗费的巨大成本相比较，显然更具可行性。

## 四、方案的提出：构建山东地区行政案件跨行政区划管辖方案

### （一）总体构想——“以当事人选择管辖”为核心的跨行政区域管辖布局

山东地区自2013年3月开始在最高人民法院的指导下，在枣庄、济宁地区开展行政案件集中管辖试点工作，根据试点法院管辖改革实施情况，于2016年4月调整了管辖改革方案。长达五年的管辖试点改革实践，为行政案件跨区域管辖改革积累一定的本地经验，也铺垫了比较好的民意基础。为进一步推进改革，在总结试点工作经验的基础上，尝试构建山东地区行政案件跨行政区划管辖方案，努力为全国行政诉讼管辖改革贡献山东经验提供“山东范本”。在多次征求行政案件跨行政区划管辖改革顶层设计主管机关的意见与建议，积极争取指导与支持的基础上，经过科学论证，提出在全省中院以下全面推开以“当事人选择管辖”为核心的跨行政区域管辖改革，将济南铁路运输两级法院纳入管辖选择范围审理部分行政案件。其基本考虑是：保留中、基层法院所有行政审判庭的功能，避免在此次行政诉讼管辖改革机遇中弱化部分普通行政区划法院的行政审判职能，谨防行政审判专业人才“边缘化”；在“相对集中”的行政区划“片区”的大前提下，充分尊重和保护当事人动态的管辖选择权，弱化受诉法院和同级政府之间由于管辖法院固定而产生的密切联系，有效缓解管辖法院固定

<sup>⑭</sup> 比如，行政诉讼法设置的作出具体行政行为的行政机关对其行政行为合法性的举证责任，明显不同于民事诉讼中“谁主张谁举证”的一般举证责任。行政诉讼上诸如这种对双方当事人诉讼权利义务作不同规定的特殊立法，正是为了打破诉讼实践中当事人地位天然不平等的困境，通过制约行政机关，赋予行政相对人更多的诉讼权利，从而使双方能够真正平等对抗，通过中立的司法程序追求实质意义上的平等与公正。



所可能引起的新的行政干预；坚持原则性与灵活性相结合，充分兼顾便民诉讼、法院负担均衡、便于法院正确、公正、有效地行使审判权。

## （二）具体方案——铁路法院改造与普通区划法院管辖改革同步推进

### （1）铁路法院纳入选择管辖之论证

《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3条第2款规定，专门人民法院、人民法庭不审理行政案件，也不审查和执行行政机关申请执行其行政行为的案件。铁路运输法院等专门人民法院审理行政案件，应当执行行政诉讼法第18条第2款的规定。该条款的规定，明确了铁路法院改造为跨行政区划法院审理行政案件的法律依据。北京、上海跨行政区划法院改革成果也为最高人民法院充分肯定。广州、杭州、南京、兰州等地依托铁路运输法院跨行政区划管辖行政案件，也为我省启动此项改革提供了可参照、可借鉴的外省经验。与其他省市相比，山东省还具有将铁路运输法院改造为跨行政区划法院管辖行政案件的司法环境、案件资源、人力资源优势。更为难得的是，济南铁路运输两级法院还具有管辖区位优势。从设置上看，济南铁路运输两级法院案件整体管辖区域与山东省行政管辖区域一致，中级法院设在省政府所在地，两个基层法院分别设在济南、青岛两个副省级城市，一西一东，交通便利，布局合理，对行政案件实行集中管辖能够较好地兼顾公正、便民原则。同时，在山东开展行政案件跨行政区域管辖改革，不涉及跨省协调以及铁路运输法院跨省管辖行政案件的问题，操作起来简便易行，能够为全国法院推进相关改革提供可复制、可借鉴的经验。

### （2）基层法院的制度设计——全面推开试点改革

在全省基层法院全面推开“以当事人选择管辖”为核心的行政案件管辖试点改革，将济南铁路运输法院、青岛铁路运输法院纳入到选择管辖范畴。其基本做法是：赋予当事人对一审行政诉讼案件选择管辖法院的权利，在不违反级别管辖规定前提下，当事人（原告）可以对一审行政诉讼案件管辖法院进行适当选择，既可以按照《中华人民共和国民事诉讼法》第18条第1款规定向管辖法院提起诉讼，也可以向确定的片区基层法院或者全市基层法院提起行政诉讼；设定当事人对一审行政诉讼案件选择管辖法院范围，各中院要将本辖区内各基层法院划分片区，原告可以选择被诉行政机关所在地基层法院提起诉讼，也可以选择管辖法院所在片区其他法院提起诉讼，部分中院也可根据当地实际情况不划分片区，由当事人在辖区各基层法院之间自主选择管辖法院。济南、青岛铁路运输法院分别管辖当事人向其起诉的原属济南、青岛两市基层法院管辖的一审行政案件，即当事人既可以向原辖区法院所属片区范围内的法院起诉，也可以向济南或者青岛铁路运输法院起诉。当事人对济南、青岛铁路运输法院作出的行政裁判不服的，应当向济南铁路运输中级法院提起上诉。

### (3) 中级法院的制度设计——分两步走方案

中级法院层面的管辖改革分两步走：第一步，在济南市中级人民法院、青岛市中级人民法院和济南铁路运输中级法院先行试点选择管辖，即铁路运输中级人民法院参加济南市中级人民法院、青岛市中级人民法院管辖的一审行政案件的管辖选择。其基本做法是：济南铁路运输中级法院管辖当事人向其起诉的原属济南、青岛中级人民法院管辖的一审行政诉讼案件，即当事人既可以向济南、青岛中级人民法院起诉，也可以向济南铁路运输中级法院起诉。为便于在青岛开展跨行政区划管辖行政案件工作，济南铁路运输中级法院应在青岛设立审判法庭，实行就地办案。第二步，待条件成熟时，在全省各中级人民法院和济南铁路运输中级法院全面实行第一审行政案件跨行政区划管辖。

## 结语

我国行政诉讼管辖制度改革的初衷就是如何缓解司法活动中的行政干预，使法院处于居中的审判地位，从而提高行政审判司法公信力。但由于目前的管辖改革很大程度上是由法院行政权主导的集中管辖，普遍呈现出“静态”管辖模式，管辖法院不可避免会受到新的干扰。加之长久以来社会大众对于行政诉讼管辖制度所积累的不信任、无信心，导致其在诉讼中很有可能存在畏惧、排斥心理。山东地区的管辖改革探索正是在这种大背景下，在充分尊重人民主体地位的前提下赋予当事人充分的管辖权，在强力破除行政干扰和打消当事人诉讼心理顾虑的具体举措上，体现出了深化改革所应有的魄力与担当。山东试点地区经验也已经表明，原告在被充分赋予管辖选择权的情况下，近 80% 的当事人仍然选择了当地法院进行管辖，选择跨行政区划管辖的案件主要集中在违法拆迁、违建查处、行政强制等几类矛盾对抗激烈且当事人认为可能存在行政干预的案件类型中。被赋予管辖选择权的当事人切实参与到管辖改革中来，其基于诉讼便利、心理信赖所作出的慎重选择，对于案件的审理与判决结果，自然就打消了很多顾虑，也有效松动了社会公众对行政诉讼管辖改革过程中的司法行政主导印象。山东地区调整后确定的以“当事人选择管辖”为核心的跨行政区划管辖行政案件改革完善方案，也是在目前法律框架范围内较为科学、民主的优化过渡方案，适合山东地区实际，其重要目的是在实践中不断探索筛选、界定易受干扰的“特殊案件”，为将铁路运输两级法院改造成跨行政区划法院，逐步形成普通类型案件在行政区划法院受理、特殊类型案件在跨行政区划法院受理的诉讼格局做统筹铺垫。

(责任编辑：郝晓越)



# 食品销售领域惩罚性赔偿“明知”要件的司法认定

宁尚成 庄绪龙\*

**内容摘要** 在食品安全领域，生产者与经营者之间的责任承担应有所区分，作为食品的研发、生产者，社会公众对于其食品安全的期待显然高于经营者。在论理解释的角度，生产者的责任承担并不需要“明知”要件，但经营者责任承担应当以“明知”要件为前提。司法实践中，经常有混淆生产者与经营者惩罚性赔偿责任要件、不当扩大经营者义务范围的情形，将法定义务违反作为推定明知规则人为机械化、形式化，造就了“明知”认定的泛化现象。笔者认为，经营者承担惩罚性赔偿责任的主观心态为故意，“明知”的认识因素仅包括明确知道和推定知道，而不包括“应知而不知”。在“推定明知”的认定过程中，应当确保常态联系构建的合理性和精准性，综合经营者自身能力、销售行为的妥当性以及政策性因素等情况综合判断。此外，还应该赋予经营者“不明知”的反驳权，裁判文书也应当对推定明知的基本事实与理由进行科学论证，以契合司法裁判的公共认同。

**关键词** 食品销售 惩罚性赔偿 “明知”要件 推定

中图分类号：DF529 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)05-164-173

## 一、问题的提出：食品销售领域惩罚性赔偿“明知”认定的泛化

近年来，我国法律对食品安全问题作了十分严格的规定。2009年颁布实施并经2015年修订的《食品安全法》为进一步突出食品安全的保障，特别规定了“惩罚性

\* 宁尚成，江苏省无锡市中级人民法院助理审判员，中南财经政法大学法学硕士；庄绪龙，江苏省无锡市中级人民法院助理审判员，华东政法大学博士研究生。

赔偿”制度，加大了对食品生产者和经营者违规生产、销售行为的惩治力度。该法第 148 条第 2 款规定：“生产不符合食品安全标准的食品或者经营明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金。”依照上述规定，可以明确的是，在食品安全责任的问题上，食品生产者与经营者责任认定的要件存在一定差异。与食品生产者不同的是，就食品经营者而言，承担责任严苛的惩罚性赔偿，其主观上应当具有“明知”的主观过错。但是，在该法以及相关司法解释中，并未对“明知”作相应的解释或规定。按照现代汉语的一般解释，“明知”是指“明明知道”。<sup>①</sup>由此可知，语言学意义上“明知”的意蕴是“确实知道”的指涉。但是，与语言学意蕴不同的是，法律意义上的“明知”不仅包括客观上的“确实知道”，还包括经由客观行为的“推定明知”。

为考察司法实践对食品经营者惩罚性赔偿中“明知”认定的状况，笔者搜索整理了近年来全国各地 31 个省、市和自治区法院相关案件共 300 件进行数据统计和分析。数据表明，该 300 件案件中支持惩罚性赔偿的案件共 205 件，但 205 件支持惩罚性赔偿的案件中法院未认定经营者明知即适用惩罚性赔偿的案件共 45 件，以违反法定义务径行认定明知的 148 件，结合法定义务推定明知的仅占有 12 件。司法实践中对食品经营者“明知”已呈现一种相对泛化的“客观归责”倾向。结合相关统计数据，就相关问题分析如下。

#### （一）忽视“明知”要件，直接判决承担“惩罚性赔偿”责任

司法实践中，消费者向经营者主张惩罚性赔偿，一般而言经营者均会提出其不明知的抗辩主张。在这种情形下，有的法院直接忽视惩罚性赔偿的主观要件，径行以其销售的食品系不符合食品安全标准的食品为由，直接判令承担十倍赔偿责任。在裁判文书中，虽然判决主文引用的法条均系《食品安全法》规定的惩罚性赔偿条款，但判决说理却与该法条对应的构成要件格格不入，难以令人信服。例如，在“胡荣琳”案中，法院文书说理载明：进口的食品、食品添加剂以及食品相关产品应当符合我国食品安全国家标准。桐君阁江北区一店未举证证明涉案产品中添加蜂蜡的合法性，故桐君阁江北区一店销售了不符合食品安全标准的产品，胡荣琳要求桐君阁江北区一店退还货款 813 元并支付货款 10 倍赔偿金的诉讼请求成立，法院予以支持。<sup>②</sup>在“华联马家堡分公司案”中，法院文书说理部分更是直言：华联马家堡分公司作为食品的经营者没有尽到相应的审查义务，故其应当承担民事责任。<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编著《现代汉语词典》，商务印书馆 2012 年版，第 910 页。

<sup>②</sup> 参见重庆市江北区人民法院（2015）江法民初字第 07234 号民事判决书和重庆市第一中级人民法院（2016）渝 01 民终 5836 号民事判决书。

<sup>③</sup> 参见北京市丰台区人民法院（2014）丰民初字第 05153 号民事判决书和北京市第二中级人民法院（2014）二中民（商）终字第 09520 号民事判决书。



## （二）径行套用“违反法定义务”要件，未经论证就直接认定“明知”

法院论证经营者明知的思路为其违反法定义务，但文书说理中未就违反法定义务与“明知”之间的关系进行论证。在规范分析的角度，经营者销售的食品虽最终认定为不符合食品安全标准的食品，不等于其违反了法定义务，违反了法定义务亦不等于其销售的主观状态为“明知”。遗憾的是，在相关判例中，文书的判决说理部分虽然引用了经营者违反之法条，但就其与经营者“明知”之间的关系未进行有效分析，“违反法定义务”成为认定经营者“明知”一顶“铁帽子”。例如，“孙银山诉南京欧尚超市有限公司江宁店买卖合同纠纷”一案，<sup>④</sup>入选最高人民法院公布第23号指导性案例，其裁判说理部分载明：食品经营者负有保证食品安全的法定义务，应当对不符合安全标准的食品及时清理下架。但欧尚超市江宁店仍然销售超过保质期的香肠，系不履行法定义务的行为，应当被认定为销售明知是不符合食品安全标准的食品。该判例就遵循了“不履行法定义务直接认定其构成销售明知”的逻辑，这在司法实务界影响力不容小觑。在此指导性案例的指引下，司法实践中也出现了类似的判决，值得反思。再比如，在“群光公司”案中，文书说理载明：作为案涉产品的销售商，应充分注意、理解我国食品安全法律法规，尤其是在案涉产品外包装上已明确标示配料中含有辅酶Q10、蜂蜡的情况下，群光公司完全有条件审查上述材料是否符合我国食品安全标准、是否违反禁止性规定，但群光公司并未尽到上述义务，应认定为系销售明知是不符合食品安全标准的食品。<sup>⑤</sup>笔者认为，上述判决以经营者违反法定义务为由直接推导出存在主观过错，进而认定明知的逻辑并不可取，惩罚性赔偿并非适用无过错原则，在“违反法定义务”的前提下，仍需论证分析经营者“明知”的有无及其程度。

## （三）不当延拓“明知”的范畴，将“应知而不知”情形纳入认定范畴

司法实践中，关于食品经营者“明知”的认定，有判例认为“明知”也包括“应知而不知”的类型。由此，在“应知而不知”的情形下，也应当承担惩罚性赔偿责任。例如，李某在超市购买的进口鱼肝油因不符合卫生部《关于“黄芪”等物品不得作为普通食品原料使用的批复》的规定而被认定为不符合食品安全标准，超市辩称其进口的商品经出入境检验检疫机构检验合格，并经海关查验，其不构成明知。但法院最终判令超市承担惩罚性赔偿责任，理由是“国家对涉案商品的相关规定公开明确，超市无论是知之而违之还是应知而不知，均为无视国家法律尊严、漠视乃至践踏消费者权益的行为，应予惩罚。”<sup>⑥</sup>具有比较意义的是，与该案将“应知而不知”属于“明知”范畴的扩大解释不同，实践中有判例认为“应知而不知”的情形不属于“明知”。例如，

<sup>④</sup> 参见南京市江宁区人民法院（2012）江宁开民初字第646号民事判决书。

<sup>⑤</sup> 参见成都市中级人民法院（2016）川01民终1950号民事判决书。

<sup>⑥</sup> 广州市中级人民法院（2015）穗中法民一终字第2534号民事判决书。

在另一起案件中，法院认为商场采购的涉案商品，供货渠道合法，且查验了供货商的资质，对监管部门出具的专业、具有法律效力的检疫结论存有合理信赖，主观上并不存在可归咎的过错，不构成明知，不应承担惩罚性赔偿责任。<sup>⑦</sup>

客观而论，惩罚性赔偿作为保护消费者权益、规范市场秩序的有力武器，在司法实践中发挥了巨大效用。但是惩罚性赔偿也是一把“双刃剑”，在惩治市场不端行为的同时，如果不能精准适用，也极有可能矫枉过正，不当限制甚至侵害食品经营者的合法权益。“在缺乏程序保障的前提下，如何实现惩罚性赔偿个案的实体法公正，成为亟待中国司法实践予以回应的难题。”<sup>⑧</sup>

## 二、“惩罚性赔偿”语境下“明知”的内容解析

自“两高”出台《关于办理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》首次将“明知”认定为“知道”或“应当知道”的类型以来，此后相关司法解释也顺次将“明知”的含义规定为“知道”或者“应当知道”。<sup>⑨</sup>但此种界定也遭到一些学者的反对。他们认为，如果“明知”包括“应当知道”，就会混淆故意与过失的划分。<sup>⑩</sup>关于食品销售领域惩罚性赔偿“明知”范畴的理解，通常认为应解释为“确定知道”。当然，学界也有观点认为：即使经营者不知道自己所出售的是不符合食品安全标准的食品，但是他应该知道或有能力知道，亦应认定为明知。<sup>⑪</sup>笔者认为，在惩罚性赔偿的视域，“明知”的认识要素包括两种类型，一是确定知道；二是推定知道。在意志因素层面，“明知”只能由故意表征，过失不能被“明知”所囊括。

### （一）当然解释视角下“明知”的认识因素：确定知道

在惩罚性赔偿的销售领域，“明知”当然包括“确定知道”，也应包括下文将要阐述的“推定知道”。所谓“确定知道”，是指经营者自己以明示或者默示的方式承认其知道或者有相关的直接证据证明其知道；“推定知道”是指经营者虽然否认自己明知，也没有直接的证据证明其知道，但通过查验其客观上已经实施的相关销售行为，经由法律推理和生活经验法则验证推定其知道。在此需特别强调的是，无论是上述何种情

<sup>⑦</sup> 北京市第二中级人民法院（2015）二中民（商）终字第09437号民事判决。

<sup>⑧</sup> 税兵：《惩罚性赔偿的规范构造——以最高人民法院第23号指导性案例为中心》，载《法学》2015年第4期。

<sup>⑨</sup> 比如，《关于审理破坏森林资源刑事案件具体应用法律若干问题的解释》《关于办理走私刑事案件适用法律若干问题的解释》《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》《关于办理假冒伪劣烟草制品等刑事案件适用法律问题座谈会纪要》等司法解释，对此均有相关规定。

<sup>⑩</sup> 参见陈兴良：《“应当知道的刑法界说”，载《法学》2005年第7期；陆建红：《刑法分则明知构成要件适用研究》，载《法律适用》2016年第2期。

<sup>⑪</sup> 参见贡永红、胡庆东《食品安全法中经营者“明知”的司法认定》，载《江南论坛》2015年第9期。



形,经营者“应知”但事实上“确实不知”的情形应予排除。与此类似的立法情形是,广告法第45条和第56条中明确将“明知”和“应知”并列规定,从侧面说明两者之间存在区别。<sup>②</sup>

### (二) 论理解释视角下“明知”的认识因素:推定知道

一般而言,经营者不会直接承认其销售不符合食品安全标准食品的主观状态为明知。因此,在没有直接证据证明的情形下,推定明知成为司法实践中合理减轻或分配证明责任,认定明知的主要方式。需要强调的是“推定”是“基础事实+常态联系推定事实”的逻辑过程,必须满足基础事实真实可靠,常态联系具有高度盖然性,推定事实不被推翻三个条件。在食品销售领域,为避免消费者对经营者认识状态的举证困难,司法实践一般将“客观上违反法定义务,主观上即为明知”作为常态联系加以构建,这种做法虽简便易行,但却难逃对常态联系构建精准性不足的诘问,“常态联系”构建的妥当性仍是食品销售领域惩罚性赔偿责任适用必须要解决的首要问题。

### (三) 法理解释视角下“明知”的意志因素:故意

作为相对严苛的民事责任承担方式,惩罚性赔偿应限定于故意形态,而不应包括过失。从比较法层面考察,即便在承认重大过失构成惩罚性赔偿构成要件的美国,为体现惩罚性赔偿的慎用原则,重大过失亦必须与粗暴的、恶名昭彰的、应受谴责的情形相联系。如美国《侵权行为法重述》第908条就规定:惩罚性赔偿的目的是“惩罚极端无理行为之人,且亦为阻止该行为人及他人于未来从事类似之行为而给予之赔偿;惩罚性赔偿得因被告之邪恶动机或鲁莽弃置他人权利于不顾之极端无理行为而给予。”我国《消费者权益保护法》和最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》中关于惩罚性赔偿的规定,均是针对行为人的欺诈行为或其他故意行为。司法实践中将违反法定义务径行认定为明知的情况,忽视了明知与故意的对应关系。实际上,行为本身违反法定义务与明知其销售的食品系不符合食品安全标准的食品并非完全等同。违反法定义务仅能表明经营者行为具有违法性或者过失,并不必然表明其具有主观上的故意,而“惩罚性赔偿必须以侵权人的过错形态为故意时方可适用”。<sup>③</sup>此言谓之,“将违反法定义务等同于明知,显然是混淆了过错形态的区

<sup>②</sup> 我国广告法第45条规定:公共场所的管理者或者电信业务经营者、互联网信息服务提供者对其明知或者应知的利用其场所或者信息传输、发布平台发送、发布违法广告的,应当予以制止。第56条第3款:前款规定以外的商品或者服务的虚假广告,造成消费者损害的,其广告经营者、广告发布者、广告代言人,明知或者应知广告虚假仍设计、制作、代理、发布或者作推荐、证明的,应当与广告主承担连带责任。

<sup>③</sup> 最高人民法院主编:《中华人民共和国侵权责任法 条文理解与适用》,人民法院出版社2010年版,第343页。

分”。<sup>⑭</sup> 惩罚性赔偿意在惩戒“明知故犯”者，如此才能表明惩罚赔偿的制度正当性。<sup>⑮</sup> 因此，在这个角度而言，因为法律并未将过失情形作为惩罚性赔偿制度的类型予以明确，“明知”的范畴只能限于故意，这应当是没有争议的。<sup>⑯</sup>

### 三、法定义务违反作为推定“明知”的常态性路径

#### （一）推定“明知”中的常态联系

常态联系是介于基础事实与推定事实之间的桥梁，其可靠性直接决定了推定事实能否成立，一般而言常态联系中的因果关系须具备近乎充分条件的逻辑联系。需要指出的是，推定的基础虽主要是逻辑和经验，但还必须考虑其他因素，如社会政策、公平性、便利性以及程序方便等。<sup>⑰</sup> 具体到食品销售领域惩罚性赔偿的视域，违反法定义务与明知之间是否存在充分联系，不能以自然规律、形式逻辑推理的标准作为衡量依据。这是因为“有些推定的设立理由不仅是认识论的考量，还有价值论或政策性的考量，如司法公正的要求、诉讼效率的要求，在这类推定中，立法推定与司法推定的区别可能就不在于伴生关系的盖然性高低了。”<sup>⑱</sup> 事实上，在民事司法解释的相关规定中，因违反执业准则、规则认定为明知的推定早已存在，并非要求达到绝对客观程度。<sup>⑲</sup> 在我国食品安全形势严峻的当下，要求经营者从严履行法律规定的作为义务必需且正当，在食品经营者法定义务违反与经营者销售明知之间建立常态联系，具有良好的司法导向效用，而真正要引起司法机关重视的核心问题是准确厘清的是作为推定“明知”中涉及到的食品经营者法定义务范围。

#### （二）关于依据法定义务推定“明知”的不同认识

如果对法定义务违反作为推定“明知”的基础事实没有争议的话，那么接下来的问题便在于：如何准确把握该法定义务的范围？就目前的司法实践来看，对这一根基

<sup>⑭</sup> 税兵：《惩罚性赔偿的规范构造——以最高人民法院第23号指导性案例为中心》，载《法学》2015年第4期。

<sup>⑮</sup> 前引⑭。

<sup>⑯</sup> 该理解与侵权责任法第47条关于产品侵权惩罚性赔偿立法者解释一致，即产品侵权惩罚性赔偿侵权人应具有故意，参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编：《中华人民共和国侵权责任法条文说明、立法理由及相关规定》，第197页。

<sup>⑰</sup> 龙宗智：《推定的界限及适用》，载《法学研究》2008年第1期。

<sup>⑱</sup> 何家弘：《从自然推定到人造推定——关于推定范畴的反思》，载《中国法学》2008年第4期。

<sup>⑲</sup> 例如，《最高人民法院关于审理涉及会计师事务所审计业务活动中民事侵权赔偿案件的若干规定》第五条规定，“注册会计师……出具不实报告并给利害关系人造成损失的，应当……承担连带赔偿责任（一）……（二）明知被审计单位对重要事项的财务会计处理与国家有关规定相抵触，而不予指明（三）明知被审计单位的财务会计处理会直接损害利害关系人的利益，而予以隐瞒或者作不实报告（四）明知被审计单位的财务会计处理会导致利害关系人产生重大误解，而不予指明（五）明知被审计单位的会计报表的重要事项有不实的内容，而不予指明；……第（二）至（五）项所列行为，注册会计师按照执业准则、规则应当知道的，人民法院应认定其明知。”



性问题仍存在不同认识，远未达成一致。

第一，进货查验义务的形式审查与实质审查争议。进货查验义务的形式审查与实质审查之争涉及经营者法定义务的界定。一般认为，即使涉案产品不符合食品安全标准，判断经营者是否“明知”其销售的食物为不符合安全标准的食物，应从其是否履行了合理的进货查验义务等方面进行审查，如其供货商是否具有相应的营业执照、食品生产或者流通许可，其销售的产品是否超过了保质期等。例如，在“广东植养方医药有限公司”案中，法院认为上诉人已经提交了其经销商广东植养方医药有限公司和生产商肇庆申氏三九医药有限公司的《营业执照》《食品生产许可证》《食品经营许可证》、经过合法备案的涉案产品的《广东省食品安全企业标准》以及相应产品的出库单等，足以证实上诉人已经履行了合理的进货查验义务，所以在无其它相反证据情况下，要求其承担十倍赔偿责任的法律依据不足。<sup>②①</sup>

相反观点认为，根据《食品安全法》第4条的规定，食品经营者应当知晓对食品相关的所有安全规定，并依此履行进货查验义务，否则即可推定其构成明知。例如，在“群光公司”案中，法院认为：作为案涉产品的销售商，应充分注意、理解我国食品安全法律法规，尤其是在案涉产品外包装上已明确标示配料中含有辅酶Q10、蜂蜡的情况下，群光公司完全有条件审查上述材料是否符合我国食品安全标准、是否违反禁止性规定，但群光公司并未尽到上述义务，应认定为系销售明知是不符合食品安全标准的食物。<sup>②②</sup>

第二，对行政机关出具食品安全证书的合理信赖争议。经营者作为市场经济的重要参与者，其所承担的经济角色是促进商品交换的顺畅流通。在食品安全角度，由于经营者往往并不具备专业的检验能力，其履行法定义务的一种途径就是查验专门行政机关出具的检测报告、检疫证明。但经营者可否基于相关食物已取得卫生证书主张其主观状态为不明知，实践中裁判立场并不一致。例如，在“诺天源贸易有限公司”案中，法院认为：经营者提交了经由出入境检验检疫机构出具的《卫生证书》，出入境检验检疫机构作为国家负责进出口食品安全监督管理工作的主管机构，其颁发的卫生证书具有较高的权威性和可信度，且其相较于经营者，对食品安全辨识的专业性更高，能力更强。被上诉人作为经营者已尽到了必要的查验义务，有理由相信涉案食物符合食品安全标准，并不存在主观上明知的情形。<sup>②③</sup>

与上述司法判例相左的是，即便专门行政机关出具了卫生证书，有的法院也并不“买账”。例如在“利福广场（苏州）有限公司买卖合同纠纷”一案中，利福广场（苏

<sup>②①</sup> 参见广州市中级人民法院（2017）粤01民终3579号民事判决书。

<sup>②②</sup> 参见成都市中级人民法院（2016）川01民终1950号民事判决书。

<sup>②③</sup> 参见深圳市中级人民法院（2017）粤03民终1444号民事判决书。

州)有限公司销售的咖啡由天津出入境检验检疫局签发了卫生证书,标有“经抽样检验,所检项目符合我国食品安全标准要求”的内容。后国家食品药品监督管理总局等5部门发布公告,撤销硅铝酸钠这一食品添加剂,该咖啡杯在新规下属于不符合食品安全标准的食品。对此法院认为,产品取得出入境检验检疫机构出具的卫生证书并不能免除利福广场对于成分标签的审查义务。对消费者而言,其有权利相信经营者已经对显而易见的食品成分是否安全的问题进行了审查,并基于该种信赖购买产品。相较于利福广场所称的其对于卫生证书内容的信赖,消费者的该种信赖更应得到保护,也即应赋予消费者在此种情况下直接向经营者主张赔偿责任的权利,利福广场主张的其应受到的信赖保护不足以对抗消费者的权利主张。利福广场应该知道涉案产品不符合食品安全标准,构成“明知”。<sup>②</sup>

笔者认为,上述观点不当扩大了食品经营者的审查义务范围,混淆了食品生产者和食品经营者的责任和能力界限。虽然食品安全法第148条第1款规定了生产经营者首负责制,但并非意味着生产者和经营者在注意义务上的混同,食品经营者的法定义务必须结合食品经营者在食品生产流通环节的角色和作用来理解,要求食品经营者按照相关生产的强制性规范对食品进行把关,无疑增加了交易环节的成本,也造成经营者责任过大。食品安全法第136条规定,食品经营者履行了进货查验等义务,有充分证据证明其不知道所采购的食品不符合食品安全标准,并能如实说明其进货来源的,可以免于行政处罚也反映出食品经营者并不需要全面了解所有的有关食品安全的规定。事实上,以所有食品安全规定作为常态联系,已经偏离了常态联系构建中高度盖然性的要求。

#### 四、经由法定义务违反推定“明知”的实体根据与程序保障

经由上述相关案例评介与分析,在食品销售领域,惩罚性赔偿司法适用中的“明知”应当从严把握,亦即必须证明经营者主观过错的范畴为“确定知道”和“推定知道”。在判断标准上,以“违反法定义务”为基本判断路径的作为义务违反是恰当的思路。我们主张,为协调平衡消费者权益保护、食品安全秩序和经营者自身权益、销售市场顺畅的双重利益,在惩罚性赔偿视域,食品经营者负有的作为义务应仅包括第53条和第54条所规定的进货查验义务和按照保证食品安全的要求贮存食品,定期检查库存食品,及时清理变质或者超过保质期的食品的义务,即审慎的形式审查义务。

当然,这种所谓的“审慎形式审查义务”也只是一种可以描述但却很难明确证明

<sup>②</sup> 参见苏州市中级人民法院(2016)苏05民终2175号民事判决书。



的标准，在司法实践中还需要细化具体的判断依据。目前，我国食品安全法及相关司法解释中并没有关于经营者销售不符合食品安全标准的“明知”的拟定或法律推定，司法实践中要运用《食品安全法》第148条第2款处以经营者惩罚性赔偿责任，除有直接证据证明经营者明知外，必须运用推定的方式。在这当中，如何结合经营者能力、食品安全政策规范适用推定是正确认定“明知”的关键。

### （一）推定“明知”判断的实体依据

第一，销售主体的综合认知能力考察。经营者是否具备认知该食品为不符合食品安全标准的客观能力，是判断其是否构成“明知”的首要因素。如经营者为个人，则应综合其年龄、职业经历、文化程度、阅历、经验、素质等方面认定其是否具备“明知”的可能性；如经营者为企业，则该企业的经营规模、专业程度、流通中的作用、企业日常的制度规范等是裁判者判断是否可能明知的方面。着重提出主体因素，旨在避免实践中明显违背销售主体认知能力苛以惩罚性赔偿责任的问题，以及简单以履行了法定义务认定其不构成“明知”。

第二，销售舞弊行为的“一票否决”。“明知”作为一种主观心理状态当然需要结合其实际行为进行判断。除前述所论述的经营者法定义务违反之外，以下行为对认定主观过错具有明显的指向作用，可作为实践中推定“明知”的常态联系，在司法实践中“一票否决”，直接推定其主观上具有“明知”。如：在非正常交易场所以非正常进货价格取得的食品；更改食品生产日期、批号；曾因销售不符合食品安全标准的食品受到过行政处罚或承担过民事责任、又销售同一种不符合食品安全标准的食品；未按照食品标签标示的警示标志、警示说明或者注意事项的要求销售食品等。

第三，政策性考量的衡平因素。由于推定“明知”系基于基础事实与待证事实的常态联系，运用情理判断和逻辑推理得出，必然存在精准性不足问题。虽然基于推定所产生的非正义（即“误伤”）是一种“必要且最小程度的恶”，但该种情况并不成为司法忽视该种问题的理由。实践中，裁判者在个案中不可避免会遇到明知事实难以认定的情况，此时结合食品安全的社会形势，合理认定“明知”要件，努力实现惩罚性赔偿功能与个案公正统一应成为裁判者努力的方向。

### （二）“推定明知”判断的程序保障

“明知”作为经营者的主观心理状态，司法实践中一般从经营者是否履行了进货查验义务以及其他法定义务来认定。但需要注意的是：违反法定义务并不直接等同于明知，经营者可以提供相反证据证明其主观状态为不明知；推定的适用具有严格的条件和运行原则，不当推定将直接影响判决结论的妥当性。在此过程中，保障经营者反驳权利及加强推定论证的文书说理是推定规范运行的保障。

1. 经营者反驳权的程序保障。人民法院依据常态联系，结合基础事实推定待定事

实，并且将推定的待证事实作为裁判依据时，法官应当负有告知义务，给予当事人充分参与、充分论证的权利和机会。经营者既可以举证证明其未违反法定义务，亦可以就违反法定义务与“明知”不存在必然联系提出抗辩。对此抗辩内容，裁判者应当高度重视，精细分析和研判，最终综合作出评判。

2. 充分的裁判说理支撑。推定“明知”本质上属于事实认定，且系主观事实推定。依据基础事实推测待证事实甚至揣摩行为人主观心态的逻辑，虽然是现代证明理论的一般路径，但也往往充满了不确定性风险，毕竟基础事实与待证事实与主观责任之间存在人为认定的痕迹。因此，在这种人为认定的过程中，法官在裁判文书中应当公开“明知推定”适用的基本理由甚至内心确认的过程，就作为推定桥梁的经验法则的盖然性程度作出详细的说明和论证。如此，既能够督促裁判者谨慎适用推定认定明知，又可以使明知的推定接受社会监督。

## 结语

依据法定义务违反进行推定“明知”，单纯从打击食品安全不法行为的社会政策角度考虑未尝不可，甚至在短期内可以迅速促使经营者履行法定职责。但惩罚性赔偿制度最首要的功能是遏制，而非惩罚，其制度的最佳状态是威慑，以精确打击为使命。“在消费者权益保护中，如何寻求经营者责任的加重和适度，是中国特色的消费者权益保护法的一个既艰难又重要的任务。”<sup>②4</sup> 必须承认的是，食品经营者经营能力千差万别，“惩罚性赔偿”旨在规制明知故犯的故意违法行为，故而“明知”的认定必须与经营者责任、认识能力相适应。生产者与经营者之间的角色分工决定了责任承担的差异。对于消费者购买因生产者原因导致不符合食品安全标准的食品，完全可以直接向生产者主张惩罚性赔偿维护自身权利，无需证明生产者“明知”。但是，如果消费者以经营者作为惩罚性赔偿主张的对象，法院就必须按照经营者惩罚性赔偿的构成要件进行评价，对于“明知”与否必须作严格解释。

（责任编辑：王文斌）

<sup>②4</sup> 杨立新、陶盈：《消费者权益保护中经营者责任的加重与适度》，载《清华法学》2011年第5期。



# 我国民事新证据的体系化理解与理性适用

——以影响新证据制度的类型化因素为研究视角

余晓龙\*

**内容摘要** 新证据在民事诉讼活动中占据重要地位，是当事人权利救济和司法监督作用发挥的重要制度性抓手。从我国现行立法和司法实践看，民事新证据不是单一的制度形态，既表现在各个审判程序和不同标准意义上，也表现在影响新证据的复杂因素上。因制度规定的粗疏和彼此间存在的冲突，我国现行民事新证据制度设计和司法适用面临认定标准不统一、采纳规则不科学、责任制度不明晰等问题。解决这些问题，应坚持底线思维和利益衡平这两个基本点，强化期限的约束作用，细化各方主体的利益考量。此外，还应当重点解决规范证据提交，完善过错提交责任；合理界定新证据的审查标准；妥善划分新证据产生的法律责任等三个关键性问题。

**关键词** 民事证据 裁判结果 主观过错 高度盖然性 证据类型

中图分类号：DF713 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)05-174-181

## 一、作为整体的制度：民事新证据的现行规定与理解

### （一）民事新证据制度的主要内容

1. 新证据的分类。一是根据审判阶段的不同，分为一审、二审和再审程序中的新证据，各审判阶段的新证据都有明确规定和具体内容。二是根据新证据的存在样态，分为“标准意义”的新证据和“非标准意义”的新证据。前者是指已经存在但一定期限届满后才发现的证据，后者是指一定期限内已经知晓的某项证据，因特定原因没有

\* 余晓龙，山东法官培训学院讲师，重庆大学法学院博士研究生。

在期限届满前提供的证据。

2. 认定标准。对“标准意义”的新证据，认定标准有三：一是在一定期限内已经客观存在；二是在一定期限届满后新发现；三是证据内容是新的，有别于之前提供的证据。对“非标准意义”的新证据，认定标准特殊，不再要求“新发现”，但要对裁判产生实质性的影响。<sup>①</sup>需要注意的是，超过一定期限提供的证据能否被认定为新证据，还要分析提供证据一方的主观过错情况。根据最高人民法院《关于适用〈关于民事诉讼证据的若干规定〉中有关举证期限规定的通知》（以下简称《举证期限通知》）的规定精神，故意或者重大过失会导致证据的失权。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》（以下简称《审监解释》）则规定提供方存在故意或者重大过失，只要新提供的证据足以推翻原判决，就能被认定为新证据。

3. 法律后果。一是当事人一方提出了新证据，法院应当安排另一方当事人进行质证，在充分质证的基础上再加以认定。<sup>②</sup>二是新证据会导致相应审判程序的启动和对原裁判的修改甚至完全推翻。比如《审监解释》第39条的规定。三是如果新证据的提交超过了一定期限，则会对逾期提交一方产生一定的惩罚性法律后果。四是新证据的出现与裁判责任认定。在这个问题上《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《证据规定》）第46条有相应的规定。

## （二）对民事新证据制度的理解与适用

一是关于新证据的“新”。一种是新发现的旧证据，关键点在于“新发现”。另一种是已经发现但因特定原因没有在法定期限内提交。从促进当事人积极提供涉案证据和维护裁判稳定性的角度，现有规定要求该种新证据应当达到可能“导致裁判明显不公”或者“足以推翻原审裁判”的程度。第三种是新形成的证据。按照一般规定，新形成的证据是不能作为新证据出现的，这既有违裁判既定力原理，也对前面的审判环节不公平。<sup>③</sup>根据现行司法解释的规定，特定的新形成证据也能够被认定为新证据，对应的规定是《审监解释》第10条第1款第3项。从上述分析可见，我国对民事新

<sup>①</sup>《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》的表述是“因客观原因未能在准许的期限内提供，且不审理该证据可能导致裁判明显不公的”；最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》的表述是“在原审中提供的主要证据，原审未予质证、认证，但足以推翻原判决、裁定的”。

<sup>②</sup>实践中，法院在确定申请再审提供的证据是否为新证据时，会先交由对方当事人质证，如果同意质证且无异议，则法院会径行作出认定。如果对方当事人提出异议，且不同意质证，则由法院审查后认定。见湖北省高级人民法院审判监督第三庭：《民事再审新证据的认定与运用》，载《人民司法·应用》2010年第17期。

<sup>③</sup>实践中，一项证据作为新证据出现并被采纳，很可能会推翻前面的裁判，虽然法律规定由于当事人的原因未能在指定期限内举证导致案件被发回重审或者改判的，原审裁判不属于错误裁判案件，但上诉率、再审率的评价指标以及社会公众的感知和评价仍然会对原审裁判产生负面的影响。



证据的认定方法是多元的，既坚持“已存在新发现”的客观认定标准，也存在利益衡量和结果导向判定后的“主观赋予”。<sup>④</sup>

二是关于新证据的采纳限制。第一是对新证据“内容”的限制。比如一审中已经提出的证据，在二审中重复提出或者仅改变了证据名称，但证据的实质内容和证明对象是相同的，则不属于新证据。第二是对提交时间的限制。对新证据的提交一般要在开庭前或者审理过程中，按照证据提交的一般规则，最晚也要在法庭辩论终结前提出。一项证据是否能够成为新证据，一般要受时限的制约。第三是证据证明力和提交证据一方主观过错等方面的限制。提交时间的限制并非绝对限制，关键还要视证据的证明力和提交证据一方主观过错情况而定。如果证据的证明力达到“足以推翻原判”的程度，则即使过了提交的期限，也可能成为新证据。

三是关于新证据适用的法律后果。第一是新证据会产生启动审判程序的法律后果。根据现行规定，提起二审应当递交上诉状，上诉状内容包括上诉请求和理由。上诉人主张发现了新证据显然能够构成上诉的理由。第二是新证据的出现对裁判方式产生影响。新证据的出现会帮助发现新的案件事实或进一步澄清案件事实，由此必然产生对原审裁判事实认定的相应评价。对因新证据的出现导致案件事实不清或者错误的，相应的裁判方式也会存在差异。<sup>⑤</sup>第三是新证据的采纳涉及相关主体的责任。新证据的采纳对当事人会产生重要影响，对法官责任的认定也会产生很大的影响。<sup>⑥</sup>

## 二、问题透视：制度不敷与实践困境

### （一）新证据制度间衔接不够，认定标准不统一

作为一项制度，本身应当是标准相对统一，能够有效衔接的。但是，从目前的规定来看，新证据间的认定标准并不统一，造成了各审判环节的不协调，也增加了适用的困难。在审判实践中，依据不同的规定，会产生不同的认定结论。在一、二审程序中，当事人提交的新证据可能会因举证时限和主观过错等方面的因素导致证据失权，进而无法依据此证据认定相关的案件事实。但是，在再审程序中，法院依据《审监解释》

<sup>④</sup> 现行民事诉讼制度正在极力推动“法律真实”逼近“客观真实”，力争最大限度地实现实质正义。无论是从证据提交期限的一再延伸还是对证据取得手段的极大宽容都表明了这一点。

<sup>⑤</sup> 《民事诉讼法》对此规定：原判决、裁定认定事实错误或者适用法律错误的，以判决、裁定方式依法改判、撤销或者变更；原判决认定基本事实不清的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审，或者查清事实后改判。《关于民事审判监督程序严格依法适用指令再审和发回重审若干问题的规定》第4条规定：人民法院按照第二审程序审理再审案件，发现原判决认定基本事实不清的，一般应当通过庭审认定事实后依法作出判决。但原审人民法院未对基本事实进行过审理的，可以裁定撤销原判决，发回重审。原判决认定事实错误的，上级人民法院不得以基本事实不清为由裁定发回重审。

<sup>⑥</sup> 参见最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第46条规定和最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第38条规定。

对再审新证据的规定，将一、二审程序中原来不属于新证据重新认定为新证据，进而作出相应的裁判，从而导致一、二审的证据认定结论随时被再审所否定。<sup>⑦</sup>这样就会“导致案件被发回重审或指令再审后原审法院仍维持原判的空转现象时有发生，既增加了当事人的诉讼成本，浪费了有限的司法资源，同时更严重损害了立法权威和司法权威。”<sup>⑧</sup>

同时，主观过错因素在新证据确认中的影响作用也存在规定上的不一致和适用上的困难。梳理现有条文，主要存在三种认定：一是逾期提交必须因客观原因方能采纳；二是因主观过错逾期提交在一定条件可以采纳，但因故意或者重大过失的不能被采纳；三是即使故意或重大过失也可以采纳，但要对提交者附带一定的惩罚措施。实践中，因理解的不同和具体情况的差异，会造成裁判的不一致性。单就故意和重大过失的区别来讲，把这两类主观过错放在一起讲看似强化了对主观过错的限制，但实际上，两者的区别还是很大的，很大程度上会影响法官的裁判心理。比如，当事人因重大过失在法定期限内忘记提交重要证据与当事人故意不提交的极端心理归责性就存在很大差异。

## （二）新证据采纳规则不够科学和健全

现有条文相对粗疏，对采纳规则的规定不够健全，在适用过程中出现标准把握不一、处理方式欠妥等不科学、不规范的现象。首先，主观过错在新证据认定中的影响性评价规定过于简单。在民事法律领域，当事人对自己权利的处分体现了意思自治原则，只要不损害他人利益或者公共利益就是被允许的。从现有规定看，对当事人因自身原因<sup>⑨</sup>逾期提交的证据不加利益区分的做法没有理论和实践依据。

其次，新证据的审判程序启动标准和实质性审理后的认定标准缺乏明确的区分。按照《民事诉讼法》的规定，当事人的申请符合“有新的证据，足以推翻原判决、裁定的”标准，即可启动再审程序。但这里的“足以”认定标准为何还不明确，实践中的把握标准也不一致。“足以”的认定标准很容易与实质性认定标准混同。在这一方面，域外的经验做法是对再审新证据的种类进行限定，以增强认定的确定性和可操作性。比如“法国明确将再审新证据限于‘文件、字据’。德国也把新证据限定在证书（包括法院就同一事件所作的确定判决和其他证书）。我国台湾地区则将再审新证据限定为‘证物’（包括证书及与之效用相同的物件或勘验物）。”<sup>⑩</sup>

<sup>⑦</sup> 审判实务中，在对待超时限提交证据的问题上，存在一审法官严而二审法官松的现象。见李浩著：《民事证据规定：原理与适用》，北京大学出版社2015年版，第135页。

<sup>⑧</sup> 郎立惠：《论民事再审审查程序对新证据的认定》，载《河北学刊》2014年第3期。

<sup>⑨</sup> 比如在前面的审判环节因故意或重大过失不提交，可以视为对自身权利的放弃和忽视，此种情况不加区分皆认定为新证据是不妥当的。

<sup>⑩</sup> 罗飞云：《民事再审新证据的认定与运用》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2011年第5期。



### （三）围绕新证据的责任制度不够明晰

新证据的出现将直接影响案件事实的再认定，在审判实践中容易形成责任模糊和“大而化之”处理的情况，不利于实现裁判的精细化，对规范性体现不足，还会产生不良的导向。首先，在新证据的提交时间上，实践操作较为模糊。在现有制度模式下，对一审、二审和再审的系统化思考不足，而导致新证据“此消彼长”，本来在一审中应当能够进入裁判的证据，却变成二审的新证据，既浪费司法资源，也损害司法权威。

其次，新证据的采纳过于宽松，导致各审判程序错位。实践中，当事人根据新证据认定的宽松标准，采取利己的诉讼策略，故意在后提交本应在前提交的证据，这无疑会极大地导致裁判被动。

再次，新证据有关的归责机制还不明确、不规范。现有规定对法官免责制度进行了明确规定，但对法官责任追究制度却没有确切的规定，这既不利于依法追究法官责任，同时也不利于厘清责与非责的关系，容易导致实践中责任追究的扩大化。

## 三、改革思路：影响性因素的类型化分析

### （一）底线思维和利益衡平的统领

1. 底线思维的影响因素。底线思维在审判工作中的要求，就是遵循司法基本规律，坚持规范性思维方式。在现行新证据制度体系中，底线思维无处不在，但规定不尽合理，适用中也存在一定的难题。坚持底线思维，就是要从新证据制度中最不能突破的一些因素入手，理出制度设计的轮廓。

一是关于期限限制。我国司法实践中，期限本身的约束效力还不足，致使“新证据”提出的时间不便把握。建议作为一项基本要件，与主观过错结合产生确定的法律后果，强化期限的约束规范作用。二是关于主观过错。对故意和过失要进行区分情况对待，建议对主观过错的影响主要限定于过失的主观样态，对故意的主观样态要进行严格限定，对重大过失要结合影响利益的类型和种类进行具体区分。三是关于证据内容。证据内容应实质性区别于已有证据，一般限定为影响案件的基本事实认定，对证据形式应当进行限定，比如强调文件、书证等实物类证据作为再审新证据的地位。

2. 利益衡平的具体考量。底线思维只是划定了基本界限，基本界限之外，是复杂的现实因素，没有利益衡平作为规范保障，极有可能导致裁判的僵化，裁判效果根本无从保障。实践中，较为可行的是划定几条利益认定的方法。

一是对仅涉及当事人利益的，要注重当事人之间的利益衡平，遵循当事人利益自由处分的原则。对逾期提供证据一方的当事人利益，要进行严格的限制。二是对涉及第三人利益或者公共利益的，要注意对提出证据一方当事人利益与第三人利益或者公

共利益的衡平、程序性利益与实体性利益的衡平、裁判效果、可接受度与制度规定之间的衡平，重点遵循第三人利益或者公共利益保护原则，同时保障当事人的程序性权利。对涉及第三人利益或者公共利益的，要适当放宽标准，对因放宽标准而得利的证据提交者，要进行一定的制度性惩处；不轻易排除新证据启动审判程序的资格；裁判结果与真实权利状态不能有大的出入，要尽可能通过裁判方法实现对权利人的保护。<sup>⑪</sup>

## （二）裁判因素的引入分析

一是当事人主观过错对新证据认定的影响。从搜集到的案例情况看，对主观过错的分析主要集中在故意和重大过失两类，其他主观过错情况对新证据的认定影响微弱。在李铁楠等诉福建省隧道工程总公司侵犯财产案<sup>⑫</sup>中，法院对因故意原因逾期提交的证据不予认定为新证据，具体理由为当事人在一审程序中放弃举证权利，也未申请延期举证，其在二审程序中提供的证据不属于新证据。在周某诉机动车交通事故责任纠纷案<sup>⑬</sup>中，重大过失是对新证据认定的重要因素，该案从反面论证了周某不构成重大过失，具体理由为对重大过失的判定，要按照普通人的一般理性标准，行为瑕疵不应成为判定构成重大过失的依据。

二是证据内容和证明力对新证据认定的影响。在泰州市环保联合会与泰兴锦汇化工有限公司等环境污染侵权赔偿纠纷案<sup>⑭</sup>中，是否能够证明原审事实认定错误是裁判考量的重要因素，具体理由为关于倾倒污染物数量的认定不能证明二审判决认定的主要事实或者证据错误，再审审查期间又提交的证据，不影响二审判决对环境侵权责任的认定，不属于再审审查阶段的新证据。在河南省广厦建设工程有限公司诉河南省新乡市世富房地产开发有限公司建设工程施工合同纠纷案<sup>⑮</sup>中，仍然贯彻了对案件事实认定产生影响，足以推翻原判决的相应判项的标准。该案的特殊之处在于，原审据以认定事实的鉴定仅因程序瑕疵被撤销，但当事人拒绝重新鉴定，仅以鉴定被撤销构成新证据为由提出申诉，法院认为，鉴定结论被撤销而没有重新形成新的鉴定的，不能认定为法律规定的新证据。

三是新证据认定中对证据种类和关联性的考量。在成都君诚实业有限公司与成都远东房地产开发有限公司土地使用权转让纠纷上诉案<sup>⑯</sup>中，法院认为，二审期间证人

<sup>⑪</sup> 在这个问题上，实践中有一些创新性的裁判方法，比如北京一中院 2009 年对解百纳商标之争案作出的裁判，为保护权利人和社会公众的重大利益，法院没有正面对商评委的商标注册行为进行审查评价，而是创造性地作出撤销商评委裁定，要求其重新进行裁定的判决。这就既没有违反法院通常只审查行政机关作出裁定时所依据的证据的原则，也没有忽视新证据背后的利益保护要求。

<sup>⑫</sup> 史文辉《李铁楠等诉福建省隧道工程总公司侵犯财产案》，载 <http://anli.court.gov.cn/static/web/index.html#/alk/detail/D65DDE77322C31155DCE4D8D45435C8A.htm>，最后访问时间：2018 年 9 月 29 日。

<sup>⑬</sup> 潘强、林晶、孙凯：《新证据的精准诠释》，载《人民法院报》2009 年 10 月 11 日，第 003 版。

<sup>⑭</sup> 详见最高人民法院（2015）民申字第 1366 号民事裁定书。

<sup>⑮</sup> 详见最高人民法院（2015）民申字第 2169 号民事裁定书。

<sup>⑯</sup> 详见最高人民法院（2000）民终字第 67 号民事判决书。



改变了一审期间的证言，但没有任何其他的相关证据，故对该证人证言不作为新证据采信。这是对言辞类证据作为新证据条件的裁判，涉及到新证据认定中的证据种类和关联性问题。再有就是新的证据认定与原审案件事实之间的关联度考量，法律上的新证据都是与原审事实相关联的证据。否则，只能作为另案起诉的证据。<sup>①</sup>

#### 四、具体措施：几个关键性问题的解决

##### （一）规范证据提交，完善过错提交责任

改造《举证期限通知》和《审监解释》的规定，把当事人主观过错作为新证据判定构成要件的情形限定为故意和重大过失，强化新证据制度的规范导向作用。对因当事人一般过错（故意和重大过失除外）逾期举证者，符合法律规定的其他条件，可以认定为新证据。对故意逾期举证者，在法官充分释明的前提下，要果断适用证据失权主义，不再将该项证据作为案件认定的新证据对待，<sup>②</sup>比较常见的有一审、二审期间掌握的证据故意在二审、再审期间提出。对因重大过失逾期提交者，要具体情况具体分析。对仅涉及逾期提交者个人利益的，则一般不宜认定为新证据。对同时涉及公共利益或者其他人利益的，则要认定为新证据，同时对逾期提交者科以一定的处罚措施。

##### （二）合理界定新证据的审查标准

对在法定期限内提供的新证据坚持内容有别于已有证据的审查标准，不宜过分要求新证据对案件裁判的影响性作用。对逾期提供的证据，作为新证据认定时要坚持形式审查的标准，对证据的裁判影响性作用进行明确：一是坚持“导致裁判明显不公”或者“足以推翻原审裁判”的高度盖然性审查标准，不能以实质性审查结论作为认定新证据的标准；二是对新证据进行基本类型划分和认定标准规定，对物证、书证等实物类证据，从操作层面上讲形式上没有明显问题即可加以认定；对当事人陈述、证人证言等言词证据，则要综合前后认定情况，采取较为严格的审查标准，实践中以该类证据能够与其他证据相互呼应，形成相对完整的证据链条为标准。

##### （三）妥善划分新证据产生的法律责任

一是坚持把新证据认定与诉讼请求相关联，对提交证据一方改变诉讼请求、并进入另外的审理环节的，提交的证据不得再作为新证据对待，只能按照新的诉讼请求加以认定。二是对判决后新形成的证据（《审监解释》第10条第1款第3项除外），要

<sup>①</sup> 参见朱嵘：《夏某与X市建设局等撤销验收合格证纠纷再审案》，载 <http://anli.court.gov.cn/static/web/index.html#/alk/detail/69AA3B59048EDA373DECA6E58C7E9148.htm>，最后访问时间 2018 年 10 月 30 日。

<sup>②</sup> 在这个问题上，对证据失权持有极度谨慎态度的学者也不得不认可故意逾期举证相对于其他主观过错的特殊性。参见李浩著：《民事证据规定：原理与适用》，北京大学出版社 2015 年版，第 144 页。

坚持连贯性原则，<sup>①⑨</sup>对具有连贯性的新形成的证据，可以启动再审，但不得追究原审法官的责任，反之则只能另行提起诉讼。三是当事人提出了某项主要证据的线索且通过该线索能够发现该主要证据的，纯因法官故意致使该证据未在法庭呈现，后来该项证据以新证据的形式出现，并证明原审案件基本事实认定错误的，可以追究法官的责任。<sup>②⑩</sup>

## 结语

在民事审判领域，新证据的提出是当事人推翻既有事实认定的基本理由和重要依据。新证据制度因此成为救济当事人权利、进一步查明案件事实、实现司法公正的核心制度设计。但是，从实际情况看，审判实践与制度设计初衷之间还存在一定背离，加之当前民事诉讼证据领域“实质正义”的制度导向，使得新证据的提出存在任意性，很大程度上消解了程序正义与审判效率的目标，造成了审判实践中的难题。本文的研究重在结合民事审判实践，针对新证据的制度规定和实践做法进行剖析，找到制约制度作用发挥的关键性症结和问题所在。提出的完善建议也并未追求面面俱到，而是对影响新证据采纳的影响性因素进行类型化分析，找到裁判认定的基本思路。同时，通过典型案件的分析，就影响新证据采纳的关键性问题梳理出具体的裁判考量因素和理由。通过宏观的基本思路与微观的关键性考量因素分析，意在加深对民事新证据的理解把握，勾勒出未来制度完善和实践操作的路线图。当然，任何一项制度设计都需要考量很多因素，好的审判效果取得也离不开具体个案的妥善把握。从这个意义上讲，本文的研究还是初步的，还需要更多更加细致的研究。

（责任编辑：冯艳楠）

---

<sup>①⑨</sup> 比如作为原审裁判基础的事实在事后证明是错误的，被有权机关撤销，这样的证据符合连贯性原则；而原审判决后独立产生的新的证据，比如一审时当事人之间对财产是按份共有关系，二审时当事人之间协商变更为共同共有关系，这就阻断了一、二审的连接关系，就不符合连贯性原则。

<sup>②⑩</sup> 对此不应当作扩大理解，应当严格限定因新证据出现追究法官责任的情形。



# 济南中院关于第三人撤销之诉审理现状的调研报告

济南市中级人民法院审监庭\*

**内容摘要** 我国第三人撤销之诉的制度侧重于第三人的权益保护，秉承打击恶意诉讼，制约诉讼欺诈行为的目的。但是该制度设立之后在审判实践运行过程中遇到一些突出问题。调研报告结合济南市法院审理第三人撤销之诉的基本情况，重点研究第三人撤销之诉案件审理范围及与其他相关程序的衔接完善，以期为第三人撤销之诉制度的正确实施与功能发挥提供可能的思路。

**关键词** 第三人撤销之诉 审判实践 主体资格 制度衔接

中图分类号：DF72 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2018)05-182-193

第三人撤销之诉是2012年《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)修改后新增加的制度。该制度设立的主要目的是“保护因客观原因未参加前诉程序而受生效裁判损害的第三人的程序权利和实体权利。”<sup>①</sup>近五年，济南市法院审结了多起第三人撤销之诉案件，积累了一定的审判经验，也发现了诸多值得关注和需要及时解决的问题。近期，济南中院开展了第三人撤销之诉案件的专项调研活动，组织相关人员进行了座谈，并到基层法院和相关业务部门进行了调研，针对第三人撤销之诉制度在实践当中的运行情况进行了梳理和总结，研究了相关的法律适用问题，对今后第三人撤销之诉案件审理中可能出现的新问题进行了预估研判，以便在问题出现时从容应对。

\* 执笔人：钟淑健、李杲。

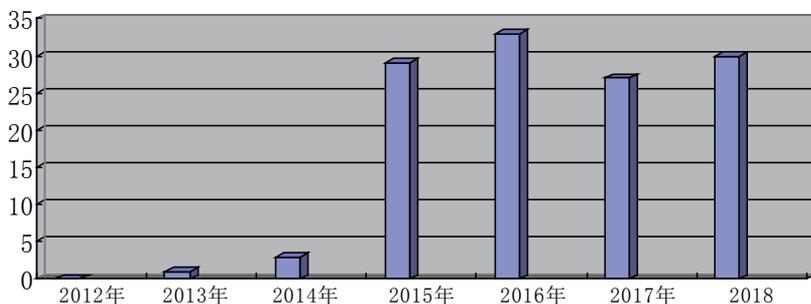
① 沈德咏主编、最高人民法院修改后民事诉讼法贯彻实施工作领导小组编著：《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年3月第1版，第871页。

## 一、全市法院审理第三人撤销之诉案件的基本情况

第三人撤销之诉是一种独立的新诉，设置第三人撤销之诉制度的主要目的是为了应对我国目前盛行的虚假诉讼现象，通过撤销或改变原生效裁判对于第三人的约束力，以防止原案当事人利用恶意诉讼来损害第三人的合法权益。从我市法院审理该类案件的状况看，第三人撤销之诉的适用已见成效。在全部审结案件中有 24 件撤销或者改变原判决，为保障案外第三人的合法权益发挥了应有作用。

### （一）案件审理的基本特点

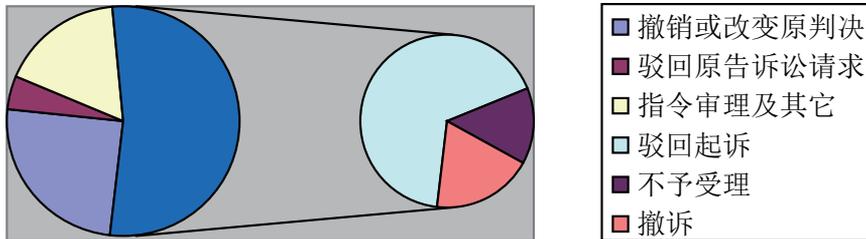
1. 案件数量呈上升趋势，但总体数量不多。2012 年 8 月 31 日《民事诉讼法》修改之后，当事人对新增的第三人撤销之诉制度经历了逐渐了解和接受的过程。2013 年 10 月份，我市法院受理了第一起第三人撤销之诉案件。之后，随着人们对第三人撤销之诉制度认识的不断加深，虽然越来越多的当事人选择通过第三人撤销之诉的形式维护自身权益，第三人撤销之诉的案件数量逐渐增多，但总体数量不多。至 2018 年 10 月，济南市两级法院共受理一、二审第三人撤销之诉案件 127 件，审结 96 件。其总体数量不多的原因主要有以下两方面：一是并未出现当事人大范围滥用第三人撤销之诉制度的情况，未对法院判决的终局性及司法权威造成冲击；二是全市两级法院的一、二审案件审判质量较高，对于虚假诉讼的防范比较到位。



2. 不属于受案范围的案件居多。从已经审结的 96 件案件看，审查后因不属于第三人撤销之诉受理范围裁定不予受理的 7 件，审理后发现不属于第三人撤销之诉审理范围裁定驳回起诉的 35 件，经法院释明后主动撤诉的 9 件，共计 51 件，占全部结案数量的 53.1%。在 51 件案件中绝大多数案件是因为原告不符合第三人撤销之诉的主体资格而未能进入实体审理。出现上述情况的主要原因有三：一是部分当事人对于第三人撤销之诉制度设计了解不足；二是不排除部分当事人为了拖延履行义务，故意滥用诉权提起第三人撤销之诉；三是法院严格按照民事诉讼法及其司法解释的规定审查当



事人提起第三人撤销之诉的主体资格，避免了该制度与其他诉讼制度相混淆。



3. 案件涉及的法律关系种类繁多、案情复杂。涉及的法律关系主要集中在民间借贷纠纷、租赁合同、买卖合同、建设工程合同等合同纠纷案件，也有涉及到婚后财产分割、继承纠纷、所有权纠纷等财产性纠纷案件。

4. 送达困难，案件审理周期较长。虽然第三人撤销之诉是一种独立的新诉，但因其申请撤销的裁判均是已生效裁判，故又有别于其他按普通程序审理的案件。原案审结后，有的当事人地址及联系方式已经改变，代理人也非本案中的代理人；有的当事人故意躲避法院送达，案卷中的当事人地址确认书又不能直接作为确认送达的依据，故送达困难。很多当事人需多次送达，乃至通过公告送达的方式送达，造成案件审理周期较长。

## （二）案件审理中存在的突出问题

1. 上下级法院业务指导不顺畅。济南全市法院受理的第三人撤销之诉案件由审监庭另行组成合议庭审查和审理，原案审判人员不再参与。这种业务分工与省法院有所不同，省法院第三人撤销之诉的审查工作由立案庭进行，审理则是根据各个民事审判庭的分工不同分别审理。所以，就第三人撤销之诉案件而言，类案业务指导不顺畅，就相关的法律适用问题和操作规范问题只能采取借鉴其他法院的做法或者自行尝试探索的方式解决。

2. 立案审查程序虚化。与普通的立案审查不同，人民法院对第三人撤销之诉的审查虽然总体来讲属于形式审查，但更为严格。为此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民诉法解释》）规定了30天的立案审查期限，符合起诉条件的，应当进行审理；不符合条件的，应当裁定不予受理。但司法实践中的做法是，只要第三人向立案庭起诉，基本都予以受理，并直接进入审理程序，在审理中发现不属于第三人审理范围的裁定驳回起诉。其原因主要是：其一，第三人撤销之诉是一个新诉，与再审程序不同，再审有独立的立案程序，有单独的立案

案号，而第三人撤销之诉没有规定单独的立案审查程序和单独立案案号，虽然司法解释规定要进行相对严格的立案审查，但立案庭都是根据立案登记制直接立案后转交业务庭，由业务庭在审理过程中一并审查。其二，省法院立案庭与业务庭对第三人撤销之诉的受理标准把握不同。一审法院如在立案审查阶段作出不予受理裁定，当事人上诉后案件将转至省法院立案庭处理，省法院立案庭则根据立案登记制要求撤销不予受理裁定指定审理；一审法院如在审理后作出驳回起诉裁定，上诉案件将转至审判业务庭，审判业务庭则会根据审理情况作出裁判。2017年济南中院曾两次出现上述情况。即，案件经审查认为不属于第三人撤销之诉受理范围，济南中院作出不予受理裁定，省法院立案庭裁定撤销并指令审理；济南中院审理后仍认为主体不合格，作出驳回起诉裁定，上诉后省法院审判业务庭予以维持。有鉴于此，在后续审理第三人撤销之诉案件时，济南中院要求全市法院不再进行立案前审查，而是直接进行审理，在审理中对是否符合受理条件一并审查。如果案件不属于第三人撤销之诉受理范围，直接裁定驳回起诉，不再出现裁定不予受理结案方式。

## 二、第三人撤销之诉在审理中的重点和难点

第三人撤销之诉涉及到生效裁判文书的效力，也就是说这种诉讼制度对司法权威、法律关系稳定和社会秩序稳定影响重大，是第三人的利益、原案当事人的利益、社会公共利益等诸多利益、价值衡量的结果。所以第三人撤销之诉的受理条件和实体审查是第三人撤销之诉制度适用的重点和难点，主要包括以下几个方面：

### （一）第三人撤销之诉原告的主体资格审查

第三人撤销之诉的原告是第三人撤销之诉的程序启动主体。第三人主体范围的大小直接决定了第三人撤销之诉案件的数量，对于第三人撤销之诉之诉讼程序能否有效运行的存在重大意义。根据我国台湾地区“民事诉讼法”的规定，提起第三人撤销之诉的原告必须具备两个条件：一是与原判存在法律上的利害关系，二是非因归责于自己的事由未参与原诉。<sup>②</sup>可见，我国台湾地区审查第三人撤销之诉原告的主体资格只需要考察第三人与原裁判是否存在法律上的利害关系即可，不需要考虑是否是必须参加诉讼的第三人。这与《民事诉讼法》的规定不同，《民事诉讼法》将第三人严格限定在有独立请求权第三人和无独立请求权范围内。

<sup>②</sup> 我国台湾地区“民事诉讼法”第507条之一：“有‘法律’上利害关系之第三人，非因可归责于己之事由而未参加诉讼，致不能提出足以影响判决结果之攻击或防御方法者，得以两造为共同被告对于确定终局判决提起撤销之诉讼，请求撤销对其不利部分之判决。但应循其他法定程序进行救济者，不在此限。”



1. 有独立请求权第三人。能够提起第三人撤销之诉的原告必须是原案的第三人。所谓的“第三人”是指《民事诉讼法》第56条规定的有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人。实践中,关于有独立请求权第三人提起撤销之诉的诉讼主体资格问题争议较少,“对当事人之间的诉讼标的全部或者一部分,以独立的实体权利人资格提出诉讼请求进而参加诉讼的人”<sup>③</sup>为有独立请求权的第三人,即对原生效法律文书中进行实体处分的标的物享有绝对性权利的案外人享有第三人撤销之诉原告资格。

案例一:赵某与魏某是继母子关系,所在村子一块宝元三角形地系赵某的口粮地,2000年因赡养原因,赵某将涉案口粮地交由魏某进行耕种,魏某向其支付赡养费。后因魏某不支付赡养费,赵某起诉魏某返还宝元三角形地,原案法院判决魏某将宝元三角形地返还给赵某。实际耕种人李某以其享有对该块地的承包经营权为由向原案法院提起第三人撤销之诉。法院查明,2001年魏某女儿出嫁,需减少土地时,魏某没有将其出嫁女儿的口粮地交给村里,而是将赵某交由其耕种的口粮地即宝元三角形地交出。村委会根据“增人增地,减人减地”的习惯做法,将涉案宝元三角形地分配给了李某耕种。法院认为,李某根据村委会分配已实际取得了宝元三角地的承包经营权并已实际种植,该地已不在魏某处,魏某已不具备向赵某返还的可能性,原生效判决判令魏某将涉案土地归还赵某的判项,损害了实际耕种人李某的合法权益,应予撤销。

对于以普通债权受到侵害为由提起撤销之诉的情况,“需要根据具体的法律规范(及其立法目的、规范逻辑和相应的法理)判断债权人是否享有相应的优先权或撤销权,进而判断其在第三人撤销之诉中原告主体适格问题。”<sup>④</sup>

案例二:兴和公司因无力归还潘某欠款,与潘某签订一份《债务抵偿协议》,兴和公司承诺将其名下房产过户给潘某抵偿债务,但双方未办理过户,房产亦未交付使用。后兴和公司又因欠杨某借款未还,杨某将兴和公司诉至法院,双方达成调解,兴和公司承诺将其名下房产过户给杨某抵顶债务。调解书生效后,房产亦未能过户,但杨某一直占有使用该房产,现潘某提起第三人撤销之诉要求撤销调解书。法院经审理认为,潘某不具有第三人撤销之诉的原告资格,理由是潘某对于涉案房产并未取得能够排斥他人权利的相关财产权益。潘某对兴和公司享有的仍是普通债权,其不是有独立请求权的第三人。潘某可以另行起诉要求兴和公司承担因无法履行合同而给其造成的损失。

2. 无独立请求权第三人。无独立请求权第三人参加诉讼是基于其与原案原、被告

<sup>③</sup> 前引①,第777页。

<sup>④</sup> 郑金玉:《我国第三人撤销之诉的实践运行研究》,载《中国法学》2015年第6期。

之间争议案件的处理结果存在法律上的利害关系，而法律上的利害关系是由无独立请求权第三人与原案原、被告在实体法上的牵连决定的，这种利害关系是指无独立请求权第三人的相关权利义务将受原案诉讼结果影响，既包括与案件处理结果存在权利性法律关系，也包括与案件处理结果存在义务性法律关系，单纯的经济、道德、情感、事实上存在的联系不能构成所谓的利害关系。

案例三：聂某诉芮某民间借贷纠纷一案经法院审理判决芮某偿还聂某借款 130 万元及利息。判决生效后，聂某向法院申请执行，并查封了芮某的房产。同年，典当公司与芮某因典当纠纷诉至法院，法院判决芮某偿还典当公司当金 70 万元及综合费用，若芮某对上述债务逾期不付，典当公司有权以芮某名下所有的房产折价或者拍卖、变卖该房产的价款优先受偿。该判决生效后，典当公司亦向法院申请执行。进入执行程序后，被执行标的物为芮某名下同一房产。因典当公司享有优先受偿权，聂某债权无法实现，聂某提起第三人撤销之诉。法院审查认为，聂某不具有提起第三人撤销之诉的原告资格，聂某所主张的利害关系，仅仅是在执行过程中，被执行人芮某名下的房产不能一次性满足两案执行过付款的全额分配，不属于与原案处理结果有“法律上的利害关系”。

3. 必要共同诉讼当事人不是第三人撤销之诉中适格的原告。必要共同诉讼当事人的诉讼地位只能是原案中的当事人而不可能是原案的第三人。必要共同诉讼是指“只有所有共同诉讼人都参加诉讼，作为共同原告或者共同被告，才符合法定的诉讼条件的诉讼”<sup>⑤</sup>。共同诉讼人的诉讼标的是同一的，他们之间具有不可替代或者分割的法律关系。遗漏的必要共同诉讼当事人虽然没有参与诉讼，但其诉讼地位仍是原案中的当事人，而不是原案中的第三人，因此其不能提起第三人撤销之诉。必须共同进行诉讼的当事人认为生效裁判侵害其合法权益的，可以根据《民诉法解释》第 422 条、第 423 条的规定申请再审。

案例四：赵春某、赵华某系兄弟关系，陈某某系二人之母亲。赵华某承租一单位公房，该房屋由陈某某与赵春某居住。2005 年 8 月 9 日，陈某某、赵春某、赵华某等签订协议书、委托书、保证书，约定涉案房产归赵春某所有，并由赵春某赡养陈某某，赵华某负责办理产权变更手续。2010 年 1 月，赵华某参加房改，出资购买了涉案房屋。陈某某去世后，赵春某一直在涉案房屋居住。赵华某起诉至法院要求赵春某腾房。法院经审理后认为赵华某对房屋有处分权，已经将涉案房屋转让给赵春某，赵春某依据该协议在涉案房产居住，赵华某要求赵春某腾出涉案房屋，不符合上述协议的约定，判决驳回了赵华某的诉讼请求。赵华某的妻子和某认为其是房屋的共有人，原案遗漏

<sup>⑤</sup> 前引①，第 777 页。



了必要的共同诉讼当事人，向法院提起第三人撤销之诉，要求撤销原案判决。法院经审理认为，和某主张自己是涉案房屋的共同共有人，共同共有人对共有物的权利是一致的，对共有物不享有独立的实体权利，故和某并非原案第三人，和某不是第三人撤销之诉的适格原告。

### （二）未参诉条件及起诉期限审查

《民事诉讼法》第56条第3款规定，第三人未参加原案系因不能归责于其本人的事由，即第三人对于没有被列为生效判决、裁定、调解书当事人无过错或者无明显过错。主要包括以下四种情形：其一，不知道诉讼而未参加诉讼，即第三人不知道原案诉讼存在；其二，申请参加未获准许，即第三人虽然知道原案诉讼存在，申请参加诉讼但法院不允许；其三，知道诉讼但因客观原因无法参加；其四，其他不能归责于本人的事由未参加诉讼。

另外，当事人提起第三人撤销之诉还应当满足不超过六个月起诉期限的时间条件。《民事诉讼法》第56条第3款规定第三人可以自知道或者应当知道其民事权益受到损害之日起六个月内提起诉讼，该“六个月”在性质上不是诉讼时效期间，而是法定不变期间，不适用诉讼时效关于中止、中断和延长的规定。第三人通过另行提起普通民事诉讼、申请再审等方式寻求救济的，不能引起第三人撤销之诉起诉期间的中断。原案判决生效至第三人提起诉讼期间超过六个月的，第三人应当提供证据证明其知道或者应当知道原案判决的时间，从而证明其起诉未超过法定期间。

案例五：吴某将所有房屋租与王某，王某在征得吴某同意的情况下又将房屋转租给李某，后因房屋存在质量问题，导致房屋无法继续使用，李某将王某诉至法院请求返还租金并赔偿装修损失，李某与王某在诉讼中对装修损失予以了确认，法院根据双方确认作出了判决。吴某在该案件审理中作为王某代理人参加了一审诉讼。后王某起诉吴某要求承担该部分损失，吴某提起第三人撤销之诉。本案中吴某对于李某与王某之间的诉讼是清楚的，吴某在知道发生原案的情况下，没有申请参加，系非因客观原因无法参加，不属于上述规定中无过错或者无明显过错的情形。

### （三）对法律文书错误及其损害第三人权利条件的审查处理方式

《民事诉讼法》第56条第3款将“发生法律效力判决、裁定、调解书的部分或者全部内容错误，损害其民事权益”也作为第三人撤销之诉的受理条件，但在审判实践中，发生法律效力判决、裁定、调解书是否存在错误只有经人民法院进行实体审理后才能作出判断，所以我们认为，只要第三人认为发生法律效力判决、裁定、调解书存在错误即可，不再苛求当事人必须提供证据证明其相关主张。需要注意的是，这里所说的“错误”是指判决、裁定、调解书的主文存在错误，并且损害了第三人的合法权益。如果判决、裁定、调解书在说理部分或者事实认定部分错误，虽然可能损

害第三人的利益，但该分没有既判力，第三人不能提起撤销之诉。第三人如果认为生效裁判文书认定事实错误，在另案中自己的权利因此受到影响，根据《民诉法解释》第 93 条第 2 款的规定，其可以提供相反证据推翻该事实认定。

案例六：张某与农行惠民县支行签订借款合同，向农行惠民县支行借款 25 万元用于履行张某与和康源公司之间的养牛协议，和康源公司为借款合同的担保人之一。借款合同到期后，张某未履行还款义务，和康源公司作为担保人主动代张某偿还了借款。后和康源公司诉至法院向张某追偿。法院审理后认定农行惠民县支行的借款发放至和康源公司，实际由和康源公司占有、使用，借款人张某既未获得牛犊、饲料等产品，亦未实际获得和使用银行借款，农行惠民县支行与张某签订的主借款合同并未实际履行，判决驳回了和康源公司的诉讼请求。对该判决农行惠民县支行不服，认为该判决认定借款合同未实际履行侵犯了农行惠民县支行的合法权益，向法院提起了第三人撤销之诉。法院经审查后认为，第三人撤销之诉的撤销对象，仅限于生效的判决、裁定的主文及调解书中处理当事人权利义务的结果部分，排除了裁判文书中事实认定、理由等内容。而判决主文是指《民事诉讼法》第 152 条第 1 款第 3 项规定的“判决结果和诉讼费用负担”部分，也即有关判项部分内容。因此，农行惠民县支行关于原案事实认定部分错误损害其合法权益，不是第三人撤销之诉的审理范围。

#### （四）实体审理范围及裁判效力重点

在第三人撤销之诉中，第三人可能提出两种诉讼请求：一是请求全部或者部分撤销发生效力的判决、裁定、调解书；二是请求确认第三人所享有的民事权益。第三人撤销之诉的审理应当以第三人的诉讼请求为依据，不得超出诉讼请求范围。法院应当向第三人释明其须提出支持其诉讼请求的全部事实、理由和依据。经审理第三人诉讼请求确有理由的，应当判决撤销原生效判决、裁定、调解书损害第三人权益的内容；第三人同时主张其实体权利的诉讼请求成立，且要求改变原判决的，可以依法对原生效判决、裁定中损害其权益的内容部分进行改判。因第三人撤销之诉的设立目的是救济第三人的实体权利，所以原案诉讼在审理程序上是否存在错误不属于第三人撤销之诉的审理范围。原一审生效判决、裁定、调解书被撤销的，则原生效判决、裁定、调解书对原当事人也失去效力；原二审生效判决、裁定、调解书被撤销的，原一审判决、裁定视为同时撤销。原生效判决、裁定、调解书未执行的，应当终止执行；已经执行的，根据第三人的请求，可以执行回转。如果撤销判决是部分撤销原生效判决、裁定、调解书内容的，则被撤销部分对原生效判决、裁定、调解书的当事人有法律效力，未被改变部分对原当事人仍然有效。



### 三、第三人撤销之诉与相关制度的衔接

在制度设计上,案外第三人的权利救济途径主要包括第三人参加诉讼、第三人撤销之诉、案外人申请再审、执行异议之诉,上述制度之间如何协调衔接也是审判实践中需要厘清的重要问题。

#### (一) 第三人撤销之诉与案外人执行异议程序、案外人申请再审

《民事诉讼法》第227条规定,在执行程序中,案外人对执行标的提出书面异议,对人民法院驳回其异议的裁定不服,认为原判决、裁定错误的,依照审判监督程序办理。该规定赋予了此种情况下案外人申请再审的权利,这也是《民事诉讼法》修订以来保留的唯一适用案外人申请再审的情形。与第三人撤销之诉相比较,主体均为案外第三人,管辖法院均为作出原判决、裁定、调解书的人民法院,但案外人申请再审以案外人提出执行异议为前置条件。只有在人民法院裁定驳回案外人的执行异议后,案外人仍不服的,认为执行行为依据的原判决、裁定、调解书内容错误且损害其民事权益的,才可提出再审申请。第三人撤销之诉与案外人申请再审是两种不同的程序,各有其程序利益,第三人撤销之诉是普通程序,案外人申请再审是审判监督程序。

那么,如果案外人同时符合第三人撤销之诉条件,则应按照启动程序的先后,确定保留第三人撤销之诉或者再审程序。也就是说,如果案外人先启动执行异议程序,那么其对于驳回其执行异议裁定不服的,按照《民事诉讼法》规定通过审判监督程序救济。该案外人再提起第三人撤销之诉的,裁定驳回起诉。如果案外人先启动第三人撤销之诉程序,那么即使其又在执行程序中提出执行异议,第三人撤销之诉也继续进行。该案外人再申请再审的,不予受理。

#### (二) 第三人撤销之诉与案外人执行异议之诉

两种诉讼制度的主要区别是当事人针对的诉讼标的的不同。第三人撤销之诉所针对的对象是已经生效的法院裁判文书,而案外人执行异议之诉中案外人对作为执行根据的生效裁判文书并无异议,仅对法院的执行行为指向的执行标的存在不同主张。例如,甲欠乙100万元,乙起诉到法院,双方在法院调解下达成协议:甲用自己房屋抵债给乙。调解书生效后,丙认为自己才是调解书中涉及房屋的所有人,甲无权以该房屋抵债,原调解书错误,丙可以向法院提起第三人撤销之诉。如果甲欠乙100万元,乙起诉到法院,法院判决甲偿还本息120万元,判决生效后,乙向法院申请强制执行,执行过程中查封了甲的房屋一套。这时,丙对甲乙之间的判决书没有异议,但是认为法院查封的房屋是丙的,法院执行标的错误,于是丙向法院提起执行异议,如果异议被裁定驳回,那么丙可以提起执行异议之诉。简言之,以案外人对原生效法律文书的认同

态度为区分标准，不认同的就选择第三人撤销之诉或再审这两个救济程序（两者又只能选其一），认同的就选择案外人执行异议及案外人执行异议之诉程序。另外，第三人撤销之诉与执行异议之诉在管辖法院、提起诉讼的期间、原生效裁判文书是否中止执行方面均有不同。

### （三）第三人撤销之诉与原案当事人申请再审、依职权再审

审判实践中，有时会出现第三人提起撤销之诉，同时法院又依照原案当事人申请或者依职权决定进入再审的情况。《民诉法解释》第301条对如何处理好这两类诉讼的关系作了规定：“第三人撤销之诉案件审理期间，人民法院对生效判决、裁定、调解书裁定再审的，受理第三人撤销之诉的人民法院应当裁定将第三人的诉讼请求并入再审程序。但有证据证明原案当事人之间恶意串通损害第三人合法权益的，人民法院应当先行审理第三人撤销之诉案件，裁定中止再审诉讼。”根据该规定，如果人民法院已经决定再审的，应将第三人撤销之诉并入到再审之诉中。再审可能出现两种情况：一是再审案件按照一审程序审理，则两案合并以后第三人参加诉讼的方式进行审理，裁判作出后当事人可以上诉。二是再审案件按照二审程序审理的，两案合并以后，该案就按照遗漏了第三人的二审程序审理。对于这类案件，可以先进行调解，如果调解成功，可以调解结案；如果双方当事人达不成调解协议，则撤销原一审、二审判决，发回一审法院重审。

## 四、完善第三人撤销之诉的建议

### （一）规范判决内容的表述

第三人撤销之诉的审理范围仅限于第三人请求撤销的部分。其判决结果也不能超出第三人的诉讼请求，故有可能出现撤销判决、裁定、调解书部分内容后，原案中的判项利益失衡，原判决、裁定、调解书的基础不复存在。如在审理一起第三人撤销之诉案件中，判决撤销调解书第一项之后，剩余第二项内容为“双方互不追究”，调解与当事人调解时的主观意愿不符，这就有必要在判决中对原案当事人如何救济进行说明。一般情况下可以分为以下几种情况：（一）法院判决撤销原生效判决、裁定、调解书的，表述为：撤销××法院××号民事判决\裁定\调解书。（二）法院判决改变原生效判决、裁定全部或部分内容的，表述为：一、变更××法院××号民事判决\裁定第×项为××××。（三）法院判决撤销原生效判决、裁定、调解书损害第三人权益内容的，应在判决理由中告知第三人以及原案当事人对法院判决撤销范围内的民事权利义务仍有争议的，可以另行起诉。（四）法院判决撤销原生效判决、裁定、调解书中损害第三人利益部分内容的，应在判决理由中告知原案当事人认为剩余部分



内容利益失衡或者原生效判决、裁定、调解书作出的基础已不存在的，可以依据审判监督程序处理。

### （二）建立第三人撤销之诉中的回避制度

《民诉法解释》第294条规定：“人民法院对第三人撤销之诉案件，应当组成合议庭开庭审理。”但对于原案的审判人员是否可以参审第三人撤销之诉的审理没有规定。从审判人员回避制度的目的和程序公正的角度而言，规范审判人员诉讼回避行为，其目的在于维护司法公正。已经参加原案审理的审判人员再行参加第三人撤销之诉的审理，即使可以最终做出符合客观事实和法律规定的裁判，也难以对当事人和社会公众产生公信力和说服力。虽然原案与第三人撤销之诉在案件当事人范围、诉讼标的等方面并不相同，确系不同的案件，但在评价相关法律文书是否存在错误的问题上，第三人撤销之诉与二审、再审诉讼程序具有相同性质和功能<sup>⑥</sup>。即，当事人提起第三人撤销之诉的实体权利能否得到支持，依赖于对已经发生法律效力法律文书是否存在错误，是否损害第三人民事权益问题所作的判断结果。所以目前审判实践中均参照《最高人民法院关于审判人员在诉讼活动中执行回避制度若干问题的规定》第3条的规定，参与过原案审判工作的审判人员不得再参与该案的第三人撤销之诉程序的审判。但因该种处理方式在回避制度中并没有规定，故亟需法律及相关解释加以明确。

### （三）设立第三人撤销之诉的调解制度

《民事诉讼法》及司法解释对第三人撤销之诉案件能否以调解方式结案没有明确的规定。审判实践中亦存在分歧，一种意见认为，第三人撤销之诉审理过程，第三人与原案当事人自愿达成和解协议的，法院不出具调解书，由第三人申请撤回起诉。第二种意见认为，第三人撤销之诉审理过程中，第三人与原当事人自愿达成调解协议的，法院可以出具调解书。为避免该调解书与原生效判决、裁定、调解书之间的冲突，调解书中可以原当事人放弃原生效判决、裁定、调解书确定的部分或者全部民事实体权利的方式处理。第三人在撤销之诉中同时对原案诉讼标的提出确认权属并合并审理的，对于该确权之诉的调解，法院应当在查明事实的基础上调解，防止出现虚假诉讼。从济南全市法院审理的案件看已经出现了以调解方式结案的第三人撤销之诉案件。

### （四）防范第三人滥用诉权行为

一是要在保护第三人利益与维护生效裁判既判力之间坚持衡平保护的理念，明确第三人撤销之诉是具有补充性的事后救济手段。建立在补充性基础上，其适用范围不应过大，应以穷尽其他救济途径为原则。

二是明确该诉的适格当事人、对象以及审理范围，严格把握“与案件处理结果有

<sup>⑥</sup> 参见最高人民法院（2015）民一终字第114号民事判决。

法律上利害关系”这一实体性要件。“法律上利害关系”是直接的权利义务关系，是受原案生效裁判既判力约束的第三人。

三是建立第三人滥用诉权的惩戒机制。建议可对第三人以拖延履行义务为目的、显无理由的起诉行为，在驳回之后对该第三人进行一定的惩罚，具体惩罚的种类、幅度、程序等问题可以参照《民事诉讼法》中妨害民事诉讼的强制措施的相关规定，对第三人与原案一方当事人恶意串通滥用撤销之诉权的，可以参照《民事诉讼法》第 112 条的规定予以处理。权益受到侵害的对方当事人有权要求赔偿相应损失。

四是明确第三人撤销之诉的诉讼费用问题。《诉讼费用收费办法》于 2007 年制定实施，而第三人撤销制度是在《民事诉讼法》修订时新增加的制度，故对于第三人撤销之诉案件诉讼费收取标准暂时还没有专门规定。在实际审判中，各法院的做法不一致，整体而言收费比较低，有些法院是按照件数收费，不能发挥出通过收费来控制滥用程序的功能。建议第三人撤销之诉根据不同的案件情况分别收取不同的诉讼费。如果案件不涉及财产争议，则按件收取诉讼费用；如果案件涉及财产争议，则根据争议标的额收取诉讼费用。诉讼费收取标准可以参照案外人申请再审程序的收费标准。

（责任编辑：余晓龙）



# 涉第三人行政诉讼中被告怠于举证并不必然导致败诉的后果

胡峻峰\*

## 【关注焦点】

行政诉讼案件中，被告怠于举证并不必然导致败诉的后果。当被诉行政行为涉及第三人合法权益，第三人提供证据，则不能视为没有相应证据。人民法院对于第三人所提交证据的审查力度应低于对被告举证的审查。

## 【基本案情】

原告（被上诉人）：高某

被告：某市人民政府

第三人（上诉人）：徐某

2016年4月25日，徐某向某市国土资源局申请办理宅基地使用权的初始登记，2016年6月17日某市人民政府向徐某颁发了X集用字（2016）第67号集体土地使用权证。高某以该颁证行为侵犯自身权利为由向人民法院提起行政诉讼。

原告高某诉称：徐某是非农业户口居民，没有房屋所有权证书，不能确定其宅基地使用权；同时徐某没有房屋所有权证书及土地权属来源材料，缺乏法定颁证证据；高某是案涉土地使用权证上房屋的共有人，即也应当是该土地使用权证的共有人，某市人民政府颁发X集用字（2016）第67号集体土地使用权证未查明事实，适用法律错误，侵犯了高某的合法权益，故请求：判令（一）撤销X集用字（2016）第67号集体土地使用权证。（二）本案诉讼费由被告某市人民政府承担。

被告某市人民政府辩称：（一）X集用字（2016）67号集体土地使用权证与原注销的X集用字[94]1091号集体土地使用权证的证载土地使用权的权源为同一权源，X集用字[94]1091号集体土地建设用地使用权证已颁发了近二十年，高某认可上述事

\* 胡峻峰，安徽省宣城市中级人民法院法官助理。

实。(二)根据《土地登记办法》第 59 条,第 60 条的规定,提供共有人的证明文件,取得权利人同意可以更正登记;权利人不同意更正的,利害关系人可以申请异议登记。《不动产登记暂行条例实施细则》第 82 条之规定,利害关系人认为不动产登记事项错误、权利人不同意更正的,利害关系人可以申请异议登记,行政机关不能径行确认共有关系。相关职能部门已向高某告知,但高某未提出异议登记申请,而采取信访方式反映问题。(三)某市国土资源局工作人员针对高某的信访事由,进行了调查,认为徐某的申请材料真实合法。(四)某市人民政府根据徐某申请及提供的土地权源材料、不动产证明,所在集体土地组织的意见,国土资源局进行了调查核实、公告,并依据《关于农村集体土地确权登记发证的若干意见》《不动产登记暂行条例》第 14 条 2 款,第 40 条 1 款之规定,颁发 X 集用(2016)67 号集体土地使用权证的程序合法。

第三人徐某诉称:某市人民政府颁发的 X 集用字(2016)第 67 号集体土地使用权证事实清楚、程序合法、适用法律正确。(一)案涉宅基地上房屋系徐某及丈夫高某 1985 年所建,并经集体经济组织予以确认,该房产的权属与高某无任何关系,渡口村第五村民组、渡口村民委员会均作了证实。对该事实,高某二十年来并无异议。(二)汪溪办事处对部分区域土地开始征收后,高某于 2014 年 6 月 27 日向某市国土资源局反映,认为 1985 年所建两层楼房系其与徐某的共有财产,某市国土资源局工作人员经认真调查了解,并走访相关知情人员和村委会,均不否认该两层楼房系徐某和高某所建。(三)高某无任何证据证明其是 1985 年所建房屋共有人之一,被诉行政行为对其权利不产生任何影响。徐某提交了充分证据表明宅基地上房屋系其夫妇所建。请求法院依法驳回高某的诉讼请求。

被告某市人民政府在一审举证期间向人民法院逾期提交证据。

一审第三人徐某在一审举证期间向人民法院提交若干份证明颁证行为合法的证据。

### 【裁判结果】

某市中级人民法院认为,《中华人民共和国行政诉讼法》第 34 条第 1 款的规定,被告某市人民政府在一审举证期间向人民法院逾期提交证据,则视为被诉行政行为没有相应证据。第三人向人民法院举证,所举为实体性证据,缺乏证明被诉行政行为合法性的程序性证据。判决:撤销被告某市人民政府作出的 X 集用字(2016)第 67 号集体土地使用权证。

第三人徐某不服原审判决,提起上诉。

某省高级人民法院认为,以“徐某提交的证据为被诉行政行为的相关事实证据,缺乏被诉行政行为程序合法的证据,也未提交相应的适用法律依据,不足以证明被诉



行政行为的合法性”为由，判决撤销案涉的集体土地使用权证。这并不符合《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）第34条第2款关于“被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据。但是，被诉行政行为涉及第三人合法权益，第三人提供证据的除外”及《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第1条关于“……被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，视为被诉具体行政行为没有相应的证据”规定的本意。首先，要求第三人提供作出行政行为程序方面的证据，不适当地加重了第三人的负担，超出了其举证能力的范围。行政行为程序方面的证据都是由作出行政行为的行政机关掌握，第三人难以就此向法院举证。在行政机关没有依法举证的情况下，如果以第三人没有举出行政行为程序方面的证据，就作出对其不利的裁判，不符合《行政诉讼法》第34条第2款的立法本意。其次，行政机关及第三人没有提供作出行政行为所依据的规范性文件，并不当然对行政行为作出否定性评价。规范性文件在法律性质上不是证据，规范性文件中的法律、法规不仅是行政机关作出行政行为的依据，而且也是法院审查行政行为合法性的依据。行政诉讼法虽要求行政机关提供作出行政行为的规范性文件，但对其后果并不适用证据规则的规定，即没有明确规定行政机关不提供规范性文件的，就视为行政行为没有依据。由此可见，对提供证据的要求和对提供规范性文件的要求是不同的，人民法院不能仅因为行政机关及第三人没有提供相应的规范性文件，就撤销所诉行政行为。

判决：（一）撤销某市中级人民法院（2017）皖18行初7号行政判决；2（二）发回某市中级人民法院重审。

### 【裁判评析】

该案例涉及行政诉讼案件中，当被告怠于举证时第三人举证规则及其合法权益如何保证的问题。《行政诉讼法》第34条第2款规定：“被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据。但是，被诉行政行为涉及第三人合法权益，第三人提供证据的除外。”该条对被告怠于举证的法律后果以及第三人的举证权利和举证后果作出了规定，但未就第三人举证能否证明行政行为合法与否作出规定，司法实践也存在不同认识。本案中，在某市人民政府逾期向一审法院提供证据的情况下，徐某作为第三人提交若干份证明被诉行政行为合法性的证据。对于徐某提交的证据，一审法院认为缺乏必要的程序性证据和法律依据，判决撤销原行政行为。而二审法院根据《行政诉讼法》第34条第2款的立法本意，结合具体案件中第三人的举证情况和案件事实，撤销一审法院的原审判决，有利于充分保障行政诉讼第三人的合法权益，实现程序正义和实质正义的统一。在对本案的裁判过程中，应当注意以下四个方面的问题：

## 一、关于行政诉讼第三人的分类

《行政诉讼法》第 29 条规定：“公民、法人或者其他组织同被诉行政行为有利害关系但没有提起诉讼，或者同案件处理结果有利害关系的，可以作为第三人申请参加诉讼，或者由人民法院通知参加诉讼。”从该条规定可以得知，确定行政案件第三人的连接点为是否同被诉行政行为或案件处理结果有利害关系。结合法条和学理，以利害关系为出发点，可以将其分为与原告利益一致的第三人、与被告应然利益一致的第三人、具有独立利益诉求的第三人三类。<sup>①</sup>

本案中，徐某属于第二类第三人，即行政诉讼中与被告利益一致的第三人。此类第三人与被诉行政行为或者裁判结果有利害关系，并且与被告的应然利益一致，也即其利益是希望驳回原告的诉讼请求。具体到本案中，某市人民政府向徐某发放土地使用权证，其在这一行政行为中属于受益一方。而原告请求人民法院撤销该土地使用权证，徐某的权益同被告应然利益相一致，即证明被诉行政行为之合法性，从而驳回原告的诉讼请求。在实际司法实践中，此类与被告利益一致的第三人最为特殊，也应当是行政诉讼法律所重点保护的主体。原因在于该类第三人基于被诉行政行为而受益，在行政诉讼中与被告应然利益相一致，所受被告怠于举证的影响最大。在被告怠于举证的情况下，其受益的行政行为很可能被撤销，个人合法权益也因行政行为的撤销而受损。

## 二、《行政诉讼法》第 34 条中“除外”的释义

《行政诉讼法》第 34 条第 2 款采用但书的方式，将被诉行政行为涉及第三人合法权益，第三人提供证据的情形排除在“被告不提供或者无正当理由逾期提供证据，视为没有相应证据”的规定之外。单纯从文义解释来看，对“除外”会有两种不同的理解。

第一种理解是，第三人参与诉讼并提交证据，此时便视为被告已提交了证据，法院不因被告怠于举证认定被诉行政行为缺乏相应证据。具体而言，当被诉行政行为涉及第三人合法权益，而被告不提供或者无正当理由逾期提供证明行政行为合法性的证据之际，第三人可以参与到诉讼中，提出证明被诉行政行为合法性的证据，对于第三人所举出的这些证据，可以作为认定行政行为是否合法的根据。在这样的情形下，则

<sup>①</sup> 张耀泽：《行政诉讼一审中第三人举证规则——以新行政诉讼法第三十四条为视角》，载《人民司法》2016 年第 31 期。



视为被告已提交了证据，人民法院不得以行政行为没有相应证据为由判决被告败诉。

第二种理解是，仅仅将第三人所举的证据排除在前述规定之外。法院只需对第三人所举的证据予以审查，如果证据不足以证明被诉行政行为之合法性，则仍然视为行政行为没有相应证据。第二种理解实际上是对法律的曲解，具体理由如下：其一，从目的解释来看，法律规定第三人举证制度的目的是为了确保证行政诉讼中第三人的合法权益，当被告怠于举证时可以通过自身举证，在一定程度上证明被诉行政行为的合法性，就不能认定被诉行政行为没有相应证据。其二，从司法实践出发，要求第三人举证时承担与行政机关相同的举证责任，过于苛刻，现实中也难以实现。因此，从立法的本意出发，行政诉讼中，当被告怠于举证时，出现第三人举证的情况，审判机关不宜认定被诉行政行为没有相应证据，直接判决撤销原行政行为。

在合理界定“除外”的理解后，对于除外情形的解释还会出现如下疑问：第三人举证能否代替被告证明被诉行政行为之合法性？第三人在何种程度上举证可以视为被诉行政行为具有相应证据？

在案件诉讼中，负有举证责任的一方，如果未能在规定的时间向人民法院提交证据，则视为放弃举证权利，这被称作证据失权。<sup>②</sup>《行政诉讼法》第34条第1款对行政诉讼中被告的举证责任做出明确规定，第34条第2款对证据失权的法律后果作出了明确规定，同时还规定了被告证据失权的例外情形，即被诉行政行为涉及第三人的合法权益，第三人提供证据的除外。第三人参与诉讼，一般情况下举证是为了证明对自身有益的事实，而在特殊情形下（第三人利益与被告应然利益一致），其提交的证据还可以证明被诉行政行为的实体事实与合法所在。在被告和第三人对于同一被诉行政行为具有一致利益和一致主张的情况下，第三人举证就可以代替被告证明被诉行政行为之合法性。对于第三人举证之证明标准，相较于被告举证的严格性应有所降低。在整体性的行政法律思维中，对弱势一方（行政诉讼原告和第三人）的保护是非常明显的特点。要真正把保护第三人合法权益的精神贯彻到底，在举证责任上要将第三人和被告区别对待。具体到第三人举证到何种程度可以符合证据失权的例外情形，我们认为相较于被告应有所降低。根据行政诉讼法律的规定，被告需要举出行政行为实体、程序不存在瑕疵的证据。对于第三人而言，要求其提交与行政机关完全相同的证据是强人所难，从第三人现实情况出发，只要其提交的证据足以证明被诉行政行为存在合法性的事实，即可认定被诉行政行为具有相应证据。

<sup>②</sup> 童卫东主编：《中华人民共和国行政诉讼法 释义与案例》，中国民主法制出版社2014年版，第100页。

### 三、第三人举证的实体、程序审查之分野与统一

本案中，人民法院需要对被告向第三人发放 X 集用字（2016）第 67 号集体土地使用权证的实体、程序合法性进行双重审查。换言之，被告需要证明徐某对该土地使用权证所指向的土地具有实体权利，以及发放土地使用权证的过程中程序正当合法。本案的特殊之处在于被告出现逾期举证之情形，第三人为维护自身合法权益，向人民法院提交了证明被诉行政行为合法的证据材料。第三人向人民法院提交的证据主要为证明其对土地使用权证所指向的土地具有使用权，只是缺乏被告向其发放权利证书所涉的程序性证据。

对于此类情形，少数意见认为，根据《行政诉讼法》第 34 条第 1 款和第 70 条第 1 款的规定，被告出现怠于举证的情形，则视为被诉行政行为没有相应证据，应当予以撤销。据此，徐某作为第三人举证时，应当向人民法院提交证明被诉行政行为实体和程序合法的证据。本案中，徐某仅向人民法院提交证明被诉行政行为的相关实体事实证据，缺乏程序合法证据，不足以证明被诉行政行为的合法性，人民法院应予撤销。

多数意见认为，根据《行政诉讼法》第 34 条第 2 款的规定，在第三人向人民法院提交一定的证据后，则不能视为被诉行政行为缺乏证据，不应直接撤销该行政行为。本案中，第三人向人民法院提交自身对于争议土地具有土地权利的证据，足以证明被告在发放土地权证的行政行为上，有着合法的事实依据，从实体法律关系看，该被诉行政行为并无违法之处。当被诉行政行为存在一定事实予以支撑，就不能对该行为作出法律意义上整体性的否定评价。

两种不同意见的主要分歧在于对第三人举证的认定不同。我们认为，对于被告行政机关而言，法律明文规定需要分别从实体和程序两个方面进行举证；对于第三人而言，不应明确区分所举证据的实体和程序分开审查，应当将其统一审查。从第三人实际情况出发，其举证的最大限度就是提交证明自身实体权利的相关证据，对于行政机关作出行政行为的程序性证据，通过正常的途径很难获取。法谚有云：“法律不强人所难。”要求第三人一并举出实体和程序的双重证据，显亦超出其能力范围，系不合理加重了第三人的诉累。从审判结果予以逆推，当行政诉讼中被告出现不答辩、不举证、不应诉或者逾期行使诉讼权利的情形，第三人将可能因为被诉行政行为被法院撤销，其既得利益或可得利益将遭受损失或者处于危险状态，最终不得不要求行政机关重新进行行政确认，或者必须通过其他途径寻求救济，不免陷入“行政诉讼程序空转”的怪圈。本案中，若以被诉行政行为缺乏主要证据为由撤销土地使用权证，徐某不得不再次申请某市人民政府对其重新颁发。该种判决不仅没有平息争议，反而损害第三



人合法权益，增加了第三人的维权成本。因此，当出现被告怠于举证而第三人举证时，不能机械地采取同被告举证一样的规则，对事实不清、证据不足等案件判决撤销，从而将被告怠于举证的不利后果由与被告应然利益一致的第三人承受。应当对实体、程序证据统一审查，从实现实质正义的目的出发，维护第三人的合法权益。

#### 四、新行政诉讼法解释下第三人合法权益的保护路径

鉴于行政法律体系对于行政诉讼中第三人权益保护上的乏力，2018年新修订的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》完善了关于第三人的规定。新行政诉讼法解释第46条规定：“原告或者第三人确有证据证明被告持有的证据对原告或者第三人有利的，可以在开庭审理前书面申请人民法院责令行政机关提交。申请理由成立的，人民法院应当责令行政机关提交，因提交证据所产生的费用，由申请人预付。行政机关无正当理由拒不提交的，人民法院可以推定原告或者第三人基于该证据主张的事实成立。”从文义解释看，第46条将第三人与原告并列，所指向的第三人主要为与原告利益一致的第三人。而鉴于行政诉讼法律保护第三人合法权益的立法精神，我们认为应当对该条规定做目的性扩大解释，将与被告利益一致的第三人纳入该条的调整范围。

据此，在行政诉讼中，当被告所持有的证据对于第三人有利，而被告又怠于举证，第三人拥有书面申请人民法院责令被告提交的权利，并且在被告无正当理由拒不提交的情况下，人民法院可推定第三人基于该证据主张的事实成立。这样，通过赋予第三人举证的权利和人民法院依申请责令行政机关提交以及特殊情况下推定事实成立的方式，开辟了保护第三人合法权益的新路径。

值得注意的是，第46条对于责令行政机关的规定为“应当”，对于推定事实成立的规定为“可以”。这里不同的用语表明对于不同情形下对于第三人合法权益保护的力度不同。在被告怠于举证的情况下，第三人只要有证据证明被告所持有的证据于己有利，人民法院就必须责令行政机关提交，这是对于第三人合法权益的强制性保障。而对于行政机关无正当理由拒不提交对第三人有利的证据，人民法院拥有自由裁量权，可以在既有事实的基础上作出推定第三人基于该证据主张的事实成立的法律认定。这一自由裁量权的赋予可以帮助法院在复杂案件的事实认定中更好地查明案件事实，维护包括第三人在内的诉讼参与各方当事人的合法权益。

（责任编辑：郝晓越）