

■ 专家论坛

- 司法治理的边界 : 行政诉讼受案规则创制研究 / 赵贵龙 1
- 反面推导 : 案型相异与方法竞争 / 余文唐 19
- 关于关联企业合并破产问题的调研
——以枣庄法院近 10 年审理的破产案件为分析样本
/ 山东省枣庄市中级人民法院课题组 32

■ 专栏: 《民法典》的理解与司法适用

- 抵押物转让新规则释论 / 景光强 45
- 关于建设用地使用权出让合同的若干问题 / 王永起 柴华 56
- 共同担保人相互追偿权解释论 / 谷昔伟 高小刚 77

■ 专栏: 民行刑一体化司法研究

- 行政规范性文件的私法效力判定
——兼论《民法典》第 153 条的司法适用方法路径 / 赵元松 88
- 行政诉讼一并解决民事争议案件立案审查之模式构建 / 朱彬彬 101

■ 类案研究

- 类案裁判如何说理
——以 329 份裁判文书说理为视角 / 杨涛 左一凡 115
- 论行政非诉不予执行裁定对行政机关的效力 / 韩利楠 127

■司法综合

改革后法官等级趋于集中问题反思

——完善我国法官等级晋升之实然性与应然性思考 / 刘庆伟 王伟 140

如何实现正义 :司法裁量权责主体的错位认知及其矫正

——以法院整体本位为内在逻辑 / 贾升宗 149

■民事司法

民事管辖异议程序及处理规则问题研究 / 王颖 陈希国 161

证据法视野下的算法规制 / 王士博 171

■调查研究

离婚纠纷诉前调解的实践困境及出路研究

——以 2016 年至 2021 年 S 省 J 市离婚调解案件样本分析为视角
/ 邵继军 李文慧 187

司法治理的边界：行政诉讼受案规则创制研究

赵贵龙^{*}

内容摘要：行政诉讼受案规则创制决定着司法治理的边界。最高人民法院司法政策对行政诉讼权的保护经历了循序渐进的历程，并呈现出较强的规则创制色彩。受案范围规则创制领域，前《行政诉讼法》时期突出体现为司法权的自我限制和保护功能，从《行政诉讼法》出台至《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（2000）时期又呈现为“受案扩张”的鲜明特点，从信访潮涌起到《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》（2018）时期则以“受案限缩”为特征。立案审查规则创制领域，表现为选择性立案审查规则的生成、立审分离的形式主义两个方面。面对立案登记制改革在行政诉讼受案领域引起的较大连锁反应，相应的规则创制接续而来，主要表现为“必要审查”规则创制和“滥用诉权制止”规则创制。

关键词：行政诉讼；受案范围；立案审查；立案登记；规则创制

中图分类号：DF74 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156（2021）05-001-018

引言

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：“全面深化改革的总目标是完善和发展中国特色社会主义制度，推进国家治理体系和治理能力现代化。”党的十九届四中全会进一步通过了《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决

^{*} 赵贵龙，山东省济宁市中级人民法院副院长，全国审判业务专家，山东大学法学院硕士生导师。

基金项目：本文系国家社会科学基金重大项目“以审判为中心诉讼制度的系统研究”（项目编号14@ZH062）、最高人民法院2020年度司法案例研究课题“农村土地产权纠纷案例研究——以宅基地三权分置权属纠纷为中心”的阶段成果。



定》。两个“决定”分别把“深化司法体制改革”和“深化司法体制综合配套改革”作为重要内容加以规定，说明司法治理是国家治理体系的重要一环。

司法治理是规则之治，重在司法规则的创制。规则通常是指被普遍认可的对人的行为的明确规定，或具有普遍性的行为模式。^①而司法规则是指司法机关面对具体个案，在穷尽现行法源之后，如果仍然不能找到解决纠纷的法律规范时，依据一定的原理和程序所创制的、用以裁判当前案件和此后同类案件的实体性规则与程序性规则。^②当然，这并非司法规则的全部，司法规则还应将司法解释所体现出的立法性司法规则包括在内，而指导性案例制度的建立创设了一种介于两者之间的新类型司法规则。规则之治是法治首当其冲的特点，表明法治重在讲规则，按规则办事，而规则之治是相对于无规则、自由裁量而言的。^③现代司法的一个重要变迁，就是从纠纷解决向规则之治的转变。^④这主要通过司法裁判领域的规则创制来完成。

1989年《行政诉讼法》的出台标志着新中国司法审查制度正式确立。司法审查规则创制始终是司法治理体系构建和完善的重要组成部分。本文试以行政诉讼受案规则创制为视角，对司法治理的边界问题作一探讨。

一、司法政策对行政诉权的保护

（一）诉权和行政诉权

诉权概念源于罗马法。“诉权（英文为 action，拉丁文为 actio）就是请求法律救济的权利，是一项启动与延续诉讼的权利。在现代社会里，它是宪法权利也是一项基本人权。”^⑤

私法诉权说完成了诉权的权利化改造；公法诉权说将诉权从私人之间的关系上升为公民与国家之间的关系，实现了诉权观念的革命。“诉权走向人权是司法的时代吁求，也符合人权的司法保障需要。诉权人权说不仅是历史的必然，而且为宪法及诉讼法基本原理的发展提供新的理论基石。”^⑥

“行政诉权不仅是一个理论概念，更存在于宪法、法律以及实践之中，但在不同的层面其内涵不尽相同，因此可以将行政诉权分为基本形态的行政诉权、制度形态的

① 参见严存生：《规律、规范、规则、原则——西方法学中几个与“法”相关的概念辨析》，载《法制与社会发展》2005年第5期。

② 参见王杏飞：《司法规则制定权研究》，社会科学文献出版社2013年版，第18页。

③ 参见朱景文：《论法治评估的类型化》，载《中国社会科学》2015年第7期。

④ 参见朱苏力：《司法的变迁：走向规则之治——朱苏力教授在华东政法学院的演讲》，载《解放日报》2005年10月23日，第6版。

⑤ 周永坤：《诉权法理研究论纲》，载《中国法学》2004年第5期。

⑥ 吴英姿：《论诉权的人权属性——以历史演进为视角》，载《中国社会科学》2015年第6期。

行政诉讼权以及实践形态的行政诉讼权。”^①

有的学者提出了行政诉讼权之二维建构模式，主张从过度关注立法论转向同时关注立法论与解释论，并以解释论推动立法论的发展，最终实现行政诉讼法学理论的精致化与体系化，并以此实现制度变革。^②有的学者对行政诉讼权的构成要件进行了分析，认为行政诉讼中的诉权由“当事人适格”和“诉的利益”两个要件构成。^③

（二）全国法院行政审判工作会议的行政诉讼权保护政策

1. 郑州会议。1990年9月，最高法院在河南郑州召开第一次全国法院行政审判工作会议。会议通过讨论《关于贯彻执行 行政诉讼法 若干问题的意见》，对受案范围等问题达成共识，明确肯定劳动教养、收容审查和计划生育处罚这三类普遍存在争议的案件属于行政案件的受案范围，人民法院应当受理。^④

2. 南宁会议。1993年10月，第二次全国法院行政审判工作会议在广西南宁召开，会议提出要积极大胆依法受理行政案件，尽快解决行政诉讼告状难的问题。^⑤

3. 北京会议。1999年12月，第三次全国行政审判工作会议在北京召开。会议听取了最高法院行政庭就即将出台的司法解释所作的说明。说明指出，新的司法解释加大了对行政相对人诉权的保护力度，恢复（而不是扩大）了行政诉讼法规定的受案范围，解除了对原告资格的不当限制，对诉权保障问题作出更严格的要求。^⑥

4. 重庆会议。2003年2月，第四次全国法院行政审判工作会议在重庆召开。会议明确提出要依法保护当事人的诉权问题，防止将符合受理条件的行政案件拒之门外。对于审查立案期间不能决定是否受理的，应当先予受理，经审查如不符合受理条件，再裁定驳回起诉。^⑦

5. 第五次全国行政审判工作会议。2007年3月在北京召开的这次会议指出要加大对相对人诉权的保护力度，依法受理涉及人身权、财产权的行政案件以及与人身权、财产权密切相关的其他经济社会权利的行政案件。

（三）最高法院司法文件的行政诉讼权保护政策

最高法院对行政诉讼权的重视由来已久。早在《行政诉讼法》颁布之前，1989年1

① 孔繁华：《行政诉讼的法律形态及其实现路径——兼评最高人民法院法发〔2009〕54号文件》，载《法学评论》2011年第1期。

② 参见方颀林：《论行政诉讼之二维建构模式——立法论与解释论的并重》，西南政法大学2014年博士学位论文。

③ 参见章剑生：《行政诉讼中滥用诉权的判定——陆红霞诉南通市发展和改革委员会政府信息公开答复案评释》，载《交大法学》2017年第2期。

④ 参见木卯：《振奋精神，开创行政审判新局面》，载《人民司法》1990年第11期。

⑤ 参见李大勇：《最高法院行政诉讼司法政策之演变》，载《国家检察官学院学报》2015年第5期。

⑥ 参见高绍安：《加强行政审判，促进依法治国——全国行政审判工作会议综述》，载《法律适用》2000年第1期。

⑦ 参见李国光：《努力开创行政审判工作新局面，为全面建设小康社会提供司法保障——在全国法院行政审判工作会议上的讲话》，载《中华人民共和国最高人民法院公报》2003年第2期（总第82期）。



月23日《最高人民法院关于行政案件受理问题的复函》[法(行)函〔1989〕11号]即对新、旧法规内容不一致时的诉权保障问题做出规定。^①

《行政诉讼法》施行以来,最高法院针对行政诉讼制定的司法文件,对行政诉权问题给予递进式的重视:

1.2004年3月《最高人民法院关于进一步加强行政审判工作的通知》(法〔2004〕33号)提出:“积极改革和创新行政审判制度和工作机制,加强诉权保护,完善诉讼程序。”^②

2.2007年4月《最高人民法院关于加强和改进行政审判工作的意见》(法发〔2007〕19号)提出:“加大相对人诉权的保护力度,依法受理涉及公民人身权、财产权的行政案件,依法受理与人身权、财产权密切相关的其他经济社会权利的行政案件。”^③强调要切实解决行政相对人“告状难”的问题。

3.2009年6月最高法院《关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见》(法发〔2009〕38号)提出:“各级人民法院要高度重视行政诉讼立案工作,不得随意限缩行政诉讼受案范围,不得额外增加受理条件。”^④

4.2009年11月最高法院印发《关于依法保护行政诉讼当事人诉权的意见》(法发〔2009〕54号)。要求不得随意限缩受案范围、违法增设受理条件,要依法积极受理新类型行政案件,努力营造行政案件立案受理的良好外部环境。^⑤最高法院行政审判庭法官透露了“意见”出台的背景。2009年上半年,全国一审行政案件数量同比下滑超过10%,损害诉权的现象有蔓延趋势。最高法院下发该“意见”后,最终全年案件数量反增10%。^⑥

5.2017年8月最高法院印发《关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见》(法发〔2017〕25号)。该意见针对新行政诉讼法和立案登记制同步实施以来的司法现状,一方面强调要进一步强化诉权保护意识,有力保障当事人依法合理行使诉权;另一方面提出要正确引导当事人依法行使诉权,严格规制恶意诉讼和无理缠

①《复函》指出:“人民法院审理行政案件,由于新的行政法规取代旧的行政法规,旧法规未规定当事人不服行政机关的处罚和其他处理决定可以向人民法院起诉,新法规规定可以向人民法院起诉。如果当事人的行为发生在新法规实施之前,行政机关的处罚或处理决定又在新法规实施之后,当事人不服行政机关的处罚或处理决定,在法定诉讼时效内向人民法院起诉的,按照新的程序法规范生效之后必须遵循的原则,为保护公民、组织的诉权,人民法院应予以受理。”

②《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年第5期(总第91期),第6-7页。

③《中华人民共和国最高人民法院公报》2007年第6期(总第128期),第14-20页。

④《最高人民法院印发 关于当前形势下做好行政审判工作的若干意见 的通知》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2009年第8期(总第154期),第20-23页。

⑤参见《最高人民法院印发 关于依法保护行政诉讼当事人诉权的意见 的通知》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2010年第1期(总第159期),第15-17页。

⑥参见王振宇:《行政诉讼制度研究》,中国人民大学出版社2012年版,第16-17页。

诉等滥诉行为。^①

二、受案范围规则创制

《中华人民共和国民事诉讼法》从1979年制定到2012年两次修改,均未规定“受案范围”。1982年《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》未规定“受案范围”;1991年《中华人民共和国民事诉讼法》第3条规定了民事诉讼的“适用范围”。^②经过2007年、2012年两次修改,此条未作变动。只是,最高法院曾以司法解释的形式对经济审判收案范围和海事法院受案范围作了规定。^③

1989年《中华人民共和国行政诉讼法》在总则之后的第二章专章规定了“受案范围”。该法经过2014年修改,“受案范围”条款得到进一步充实和完善。也就是说,“行政诉讼与其他诉讼一个重要的不同之处,在于它存在着一个受案范围,即并不是所有行政争议,行政相对人都可以向法院提起行政诉讼;只有当行政争议在法律规定的受案范围之内,行政相对人才可以提起行政诉讼。”^④

按照立法机关的说法,“法院受理行政案件的范围,是行政诉讼法首先要解决的重要问题。”^⑤按照学者的观点,“法院能够受理哪些案件,是行政诉讼的一个基本问题。”^⑥而“法院受案范围的扩大,不但意味着对相对人的司法救济之门开得更宽,还意味着司法权相对地扩张。行政诉讼受案范围的实践史,也是一页司法权的扩张史。”^⑦

因此,受案规则创制贯穿于中国司法审查制度发展的每一阶段。

(一) 前《行政诉讼法》时期受案规则创制

1982年《中华人民共和国民事诉讼法(试行)》第3条第2款规定:“法律规定由人民法院审理的行政案件,适用本法规定。”此前,已有多部实体法规定了行政诉权。最早授予行政相对人提起行政诉讼权利的法律是1980年《中华人民共和国中外合资经营企业所得税法》和《中华人民共和国个人所得税法》。^⑧1981年《中华人民共和国

① 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》2018年第1期(总第255期),第13-15页。

② 《中华人民共和国民事诉讼法》(1991年)第3条规定:“人民法院受理公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼,适用本法的规定。”

③ 《最高人民法院关于加强经济审判工作的通知》(法(研)发198528号)、《最高人民法院关于海事法院收案范围的规定》(法(交)发19896号),载《中华人民共和国最高人民法院公报全集(1985-1994)》,人民法院出版社1995年版,第486页、第511-512页。

④ 章剑生:《有关行政诉讼受案范围的几个理论问题探析》,载《中国法学》1998年第2期。

⑤ 王汉斌:《关于〈中华人民共和国行政诉讼法(草案)〉的说明》(1989年),载《中华人民共和国最高人民法院公报全集(1985-1994)》,人民法院出版社1995年版,第41页。

⑥ 何海波:《行政诉讼受案范围:一页司法权的实践史(1990-2000)》,载《北大法律评论》(2001)第4卷·第2辑。

⑦ 何海波:《行政诉讼受案范围:一页司法权的实践史(1990-2000)》,载《北大法律评论》(2001)第4卷·第2辑。

⑧ 《中华人民共和国中外合资经营企业所得税法》(1980年)第15条、《中华人民共和国个人所得税法》(1980)第13条。



外国企业所得税法》作了同样规定。^①此后类似规定不断出现。

1982年《民事诉讼法(试行)》则首次为行政诉讼提供了诉讼法上的依据。事实上,此后行政诉案才真正作为一类案件进入法院大门。据统计,“全国各级人民法院从1983年1月到1990年6月,共受理一审行政案件31626件。”“人民法院审理的行政案件涉及到公安、土地、工商、税务、海关、林业、渔业、矿产资源、环境保护、城市规划、食品卫生、药品管理等二十多个行政管理部门。”^②

起步阶段的司法审查受案规则创制,突出体现为司法权的自我限制和保护功能。司法权较为弱势,行政权相当强势,这是中国司法审查制度创建之初的政治现实。司法权在彰显自我的同时,也十分清楚与强大行政权的博弈规则:循序渐进、审慎前行、自我保护。

1. 工商类案件^③

1983年3月19日,最高法院针对安徽高院的请示下发了《关于人民法院能否受理当事人因不服工商行政管理部门的行政处罚而提起的诉讼的批复》(法研字第8号),其中指出:“凡是法律明文规定当事人不服行政机关的行政处罚决定,可以向人民法院起诉的,人民法院应予受理;凡是法律没有明文规定可以向人民法院起诉的,人民法院就不应受理,而应按照民事诉讼法(试行)第八十四条第(二)项的规定,告知原告向有关行政机关申请解决。”

最高法院下发该批复的背景具有典型性。笔者关注的是两份请示报告所反映出来的信息。^④从两份请示报告可以略窥中国司法审查制度萌芽时期的受案背景:

第一,行政的阻力。“工商部门坚决不愿当被告,甚至到处反映法院干涉他们的工作”,认为“工商部门成为被告是不应该的”,法院受案“引起工商行政管理部门不满,向党委和上级法院多次控告当地法院”。来自行政机关的阻力,是二十世纪八十年代行政诉讼受案所面对的现实问题。

第二,地方法院的治理责任。地方法院所请示的案件,有一件是行政相对人多次要求工商行政部门处理,均未获答复,才向人民法院提起诉讼;有两件是行政相对人多次向市财办及有关单位反映未获解决,遂提起诉讼。法院曾将起诉书转请市财办处

① 《中华人民共和国外国企业所得税法》(1981年)第16条。

② 任建新:《认真贯彻实施行政诉讼法,努力开创行政审判工作的新局面——在全国法院行政审判工作会议上的讲话》(1990年9月13日),载《中华人民共和国最高人民法院公报全集(1985-1994)》,人民法院出版社1995年版,第887-888页。

③ 《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集(1949.10-1993.6)》,人民法院出版社1994年版,第2065-2067页。

④ 该批复所附的两份请示报告为:附一:安徽省高级人民法院关于当事人对工商部门罚没处分不服向法院起诉法院能否受理的请示报告(法经他字(82)第25号);附二:安徽省高级人民法院关于广东省信宜县商业信托贸易公司对工商部门罚没不服引起的一件经济合同纠纷案法院能否受理的请示报告(法经他字(83)第7号)。

理被退回，又将起诉书退回原起诉单位。相对人再次向法院起诉，法院不好再推，才立案受理。也就是说，地方法院并非积极受案，而是行政相对人寻求行政救济未果，转而寻求司法救济，司法机关退无可退，基于治理责任而被动受理。

第三，最高法院的自我保护。从最高法院批复看，其早期采取了十分审慎的态度，凡是法无明文规定的，人民法院就不应受理，而应告知其申请有关行政机关解决。与其说这是一种保守司法理念，不如说这是在当时司法环境下的一种自我保护意识。

2. 土地、森林类案件

1987年7月31日，最高法院针对山东高院的请示下发了《关于人民法院审理案件如何适用土地管理法第十三条、森林法第十四条规定的批复》（法（经）复字1987第28号），明确指出“此类案件依法起诉到人民法院的，由民事审判庭受理”^①。

以现在眼光审视，上述批复涉及到的土地、林木、林地权属争议，经人民政府处理后，当事人对处理决定不服而起诉的，属于典型的行政诉讼案件。事实上，《行政诉讼法》颁布后，最高法院1991年《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》之“受案范围”第7项明确规定此类案件“人民法院应作为行政案件受理”。相关政府部门在随后的批复中也对此予以顺理成章地认可。^②

但是，1987年最高法院为何下发上述内容的批复呢？原因如下：

第一，人民法院处理民事案件轻车熟路，而对处理行政案件则较为陌生；第二，代表政府具体处理土地、林木、林地所有权和使用权争议的土地行政管理部门、林业行政管理部门，与前述工商行政管理部门一样，在当时对参与行政诉讼必然存在抵触情绪；第三，1988年的全国“民告官”第一案——包郑照诉苍南县政府强制拆除案，才第一次将政府推上被告席，1987年的批复尚难将人民政府作为行政诉讼的被告加以界定。

在当时背景下，最高法院甚至以“因政府行政管理方面的决定引起产权纠纷”为由，将一些棘手纠纷拒于民事诉讼之外。^③

3. 地方政府规定可起诉类案件

不仅如此，当时对地方政府规定可向人民法院起诉的行政案件，最高法院对应否受理问题仍然采取保守态度。如：1987年10月9日，最高法院《关于地方人民政府规定可向人民法院起诉的行政案件法院应否受理问题的批复》[法（研）复〔1987〕40号]指出：“经征求全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会等部

① 《中华人民共和国最高人民法院公报》1987年第3期（总第11期），第27页。

② 参见《国家土地管理局关于对土地权属纠纷案件经人民政府处理后是否可以申请行政复议问题的批复》（1994年3月17日）第三项。

③ 参见1988年6月9日最高人民法院《关于因政府行政管理方面的决定引起的房产纠纷不应由人民法院受理的函》〔（88）民监字第531号〕。



门的意见……按照民事诉讼法（试行）第三条第二款的规定，人民法院受理的行政案件，必须是法律规定由人民法院审理的行政案件……你院请示的问题不属于上述情况，不应受理。”^①

当然，此批复除了表现出法院不越雷池半步的谨慎态度之外，也涉及到最高司法机关不容许地方政府为人民法院设定权限的原则性问题。

（二）受案扩张：从《行政诉讼法》至《若干解释》（2000）^②

1. 1989年《行政诉讼法》：受案扩张的开端

1988年9月召开的中共十三届三中全会，作出了治理经济环境、整顿经济秩序、全面深化改革的决定，中国进入了三年治理整顿阶段。这是《行政诉讼法》诞生的政治背景。

1989年《行政诉讼法》第11条对行政诉讼受案范围采取了列举式规定。王汉斌在《关于〈中华人民共和国行政诉讼法（草案）〉的说明》中指出：“考虑我国目前的实际情况……受案范围现在还不宜规定太宽，而应逐步扩大，以利于行政诉讼制度的推行。”^③

即便如此，与前《行政诉讼法》时期相比较，《行政诉讼法》的出台还是完成了受案范围的第一次扩张。“1989年行政诉讼法在受案范围问题上，大大扩张了行政诉讼的受案范围，将除依法不属于人民法院受案范围外，具体行政行为侵犯公民法人或者其他组织人身权、财产权的行政案件，以及法律、法规规定可以提起行政诉讼的其他行政案件，均纳入了行政诉讼受案范围。”^④

2. 《贯彻意见》（1991）：扩张抑或限缩

1991年《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见（试行）》（法〔1991〕19号）（简称《贯彻意见》）开宗明义对“受案范围”作了规定，在对“具体行政行为”明确定义的基础上，将劳动教养决定、强制收容审查决定、征收超生费、罚款的行政处罚、法规或者规章规定的“最终裁决”、赔偿裁决、强制性补偿决定、土地、矿产、森林等资源所有权或者使用权归属处理决定等明确列举为可诉具体行政行为，而将行政调解行为、行政仲裁行为、行政机关工作人员的非职务行为排除在受案范围之外。

表面看来，《贯彻意见》（1991）明确将劳动教养决定、强制收容审查决定、征收超生费和罚款处罚、自然资源权属处理决定等社会治理敏感领域的行政行为明确列举为可诉具体行政行为，并且将《行政诉讼法》第12条第（四）项排除规定中的“法律”

① 《中华人民共和国最高人民法院公报》1987年第4期（总第12期），第22页。

② 指2000年3月10日起施行的《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》。

③ 《中华人民共和国最高人民法院公报全集（1985-1994）》，人民法院出版社1995年版，第41页。

④ 江必新主编《中华人民共和国行政诉讼法理解适用与实务指南》，中国法制出版社2015年版，第52页。

作狭义解释,而将法规或者规章规定的“最终裁决”列举为可诉具体行政行为,在当时地方法院普遍面对行政诉讼“受案难”的形势下,某种意义上是一种受案的扩张行动。

不过,针对《贯彻意见》(1991)第1条开宗明义对“具体行政行为”所下的定义,最高法院法官指出:“这个定义将‘具体行政行为’限定在‘单方’‘行使职权’的行为上,排除‘行政合同’等双方行为的可诉性,排除‘事实行为’等非职权行为的可诉性,排除‘不作为’行为的可诉性,严重缩限了1989年《行政诉讼法》规定的受案范围。由于体制问题所限,一些地方法院原本就不想得罪行政机关,不愿意受理行政案件,有了这条缩限解释,正好给一些地方法院拒绝受理行政案件提供了依据。”^①

但是,制度已经建立,形势终将变化。此后的发展趋势表明,行政诉讼的受案扩张已成不可阻挡之势。

3. 扩张:企业经营自主权领域

1992春,邓小平发表南巡讲话。1992年7月23日,国务院发布《全民所有制工业企业转换经营机制条例》。1992年10月,中共十四大提出经济体制改革的目标是建立社会主义市场经济体制,并提出转换国有企业经营机制是建立社会主义市场经济体制的中心环节。

1993年8月6日,最高法院下发《关于充分发挥审判职能作用保障和促进全民所有制工业企业转换经营机制的通知》(法发〔1993〕13号),提出对于此类案件,法院要“依法受理”“积极受理”。^②同时,最高法院以复函或批复的形式肯定此类案件进入行政诉讼范围,如《关于当事人对行政机关作出的全民所有制工业企业分立的决定不服提起诉讼人民法院应作为何种行政案件受理问题的复函》(法函〔1994〕34号)指出,此类案件人民法院应作为“侵犯法律规定的经营自主权的”行政案件受理。^③《关于因政府调整划转企业国有资产引起的纠纷是否受理问题的批复》(法复〔1996〕4号)指出:“当事人不服政府及其所属主管部门依据有关行政法规作出的调整、划转企业国有资产决定,向人民法院提起行政诉讼,凡符合法定起诉条件的,人民法院应予受理。”^④《中国行政审判(指导)案例》(第2卷)第59号案例“裁判要旨”指出“行政机关和法律、法规授权组织的行政行为实际产生了限制竞争的结果,若该限制没有法律法规依据,且不合理不必要的,可认定为变相限制竞争。”^⑤

① 江必新主编《中华人民共和国行政诉讼法理解适用与实务指南》,中国法制出版社2015年版,第53页。

② 参见《中华人民共和国最高人民法院公报全集(1985-1994)》,人民法院出版社1995年版,第1004页。

③ 参见《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集第二卷(1993.7-1996.6)》,人民法院出版社1997年版,第585页。

④ 《中华人民共和国最高人民法院司法解释全集第二卷(1993.7-1996.6)》,人民法院出版社1997年版,第590页。

⑤ 中华人民共和国最高人民法院行政审判庭编:《中国行政审判案例》(第2卷)第59号案例“行政机关不得变相限制竞争——浙江省南市防治站诉平湖市建设局侵犯企业经营自主权案”,中国法制出版社2011年版,第119页。



4. 扩张 :其他诸领域

除上述领域外,最高法院还分别在《关于对“当事人以卫生行政部门不履行法定职责为由提起行政诉讼人民法院应否受理”问题的答复》(〔1995〕行他字第6号)、《关于不服专利管理机关对专利申请权纠纷、专利侵权纠纷的处理决定提起诉讼,人民法院应作何种案件受理问题的答复》(法函〔1995〕93号)、《关于受理房屋拆迁、补偿、安置等案件问题的批复》(法复〔1996〕12号)、《关于不服计划生育管理部门采取的扣押财物、限制人身自由等强制措施而提起的诉讼人民法院应否受理问题的批复》(法复〔1997〕3号)、《关于对当事人不服公安机关采取的留置措施提起的诉讼法院能否作为行政案件受理的答复》(〔1997〕法行字第21号)、《对广东省高院〔1997〕粤高法行请字第3号请示问题的答复》(〔1998〕行他字第4号)、《关于拖欠社会保险基金纠纷是否由法院主管的答复》、《关于“少年收容教养”是否属于行政诉讼受案范围的答复》(〔1998〕行他字第3号)、《对内蒙古自治区高级人民法院关于李树华、王英不服呼盟毕拉河林业公安局收容审查申诉一案的请示报告 的答复》(〔1998〕行他字第10号)、《关于当事人不服教育行政部门对适龄儿童入学争议作出的处理决定可否提起行政诉讼的答复》(〔1998〕法行字第7号)等批复和答复中,对相关受案范围问题作了扩张性回应。

5. 《若干解释》(2000):受案范围的“革命式扩张”

《若干解释》(2000)有关受案范围的条文有五条,其中第2、3、4、5条只是对法律概念理解之解释。核心内容在于第1条,其第1款规定:“公民、法人或者其他组织对具有国家行政职权的机关和组织及其工作人员的行政行为不服,依法提起诉讼的,属于人民法院行政诉讼的受案范围。”在这里,《若干解释》(2000)首次从规范意义上用“行政行为”代替了“具体行政行为”。这一做法被2014年行政诉讼法所吸收。

变化的不仅仅是概念。以《若干解释》(2000)为标志,司法实践中行政诉讼受案范围和受案数量也得以扩张。最高法院院长肖扬在2002年3月11日向第九届全国人民代表大会第五次会议作《最高人民法院工作报告》时指出:“认真审理行政案件,全年^①结案首次超过10万件,维护当事人的合法权益,保障合法的具体行政行为得到实施。”

当然,从司法统计数据看,《若干解释》(2000)出台后的几年里,行政诉讼案件受案平稳,并未出现爆炸式增长。但《若干解释》(2000)所蕴含的受案扩张之规则创制理念,却具有里程碑意义,并引起了学术界的高度关注。诸如:

《若干解释》(2000)“同样是通过概括和列举、肯定和排除的方式确定受案范围

^① 指2001年,即《若干解释》(2000)正式施行后的第一个完整年度。

的,与《行政诉讼法》不同的是,对肯定性受案范围仅采用概括式而没有再采用列举式,对排除性受案范围则采用明确列举式。”^①

“对于行诉法解释的规定,理论界普遍持欢迎态度,认为这种做法是在短时间内无法修改行政诉讼法,而又能够弥补行政诉讼法不足的最佳途径。然而,由于行诉法解释是在行政诉讼法本身没有修改的背景下,对行政诉讼范围做的新的阐释,理论界与实务界对此就有不同的认识。”^②

有的认为,《若干解释》(2000)是“将受案范围恢复到《行政诉讼法》的本来面目上来,而不是在《行政诉讼法》规定的基础上扩大受案范围”^③。

有的则认为,《若干解释》(2000)“是以司法解释的名义,对《行政诉讼法》所规定受案范围的革命式扩张”,“‘2000年解释’是在法律解释的外衣下,通过重新阐述立法原意,对《行政诉讼法》所作的一个重大修改。它是一次司法的‘篡权’,也是一次法律的革命”^④。

有的认为,《若干解释》(2000)“(一)通过排除事项明确受案范围……该司法解释没有再对行政诉讼的受案范围进行正面规定,相反是从反面列举不属于行政诉讼受案范围的行为。通过这样的规定,实际上扩大了行政诉讼的受案范围。如‘对公民、法人或者其他组织权利义务不产生实际影响的行为’不属于受案范围,就可以理解为对公民、法人或者其他组织权利义务产生实际影响的行为就属于受案范围,从而将行政诉讼中原告与案件的利害关系要求从‘侵犯’权利扩展到了‘影响’权利。(二)通过诉讼参加人规定扩大受案范围……该司法解释第13条……将相邻权或者公平竞争权案件纳入受案范围。特别是明确规定‘要求主管行政机关依法追究加害人法律责任的’,可以提起行政诉讼,实际上明确了这类案件属于行政诉讼的受案范围,在扩大受案范围上也是具有意义的”^⑤。

1999年《行政复议法》关于“行政复议受案范围”兜底条款是这样表述的:“认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。”这被认为是一种“全项列举”,实质上是从立法上设定了概括主义的“受案范围”内容,进而引发了《行政诉讼法》适用的一些变化,导致司法实践中对行政诉讼“受案范围”的实际拓展。^⑥

那么,针对司法实践中现实存在的以概括主义方式判断“受案范围”的做法,如

① 姜明安:《行政诉讼法》(第二版),法律出版社2007年版,第168页。

② 马怀德主编:《共和国六十年法学论争实录·行政法卷》,厦门大学出版社2009年版,第251页。

③ 江必新:《是恢复,不是扩大——谈若干解释对行政诉讼受案范围的规定》,载《法律适用》2000年第7期。

④ 何海波:《行政诉讼受案范围:一页司法权的实践史(1990-2000)》,载《北大法律评论》2001年第2辑。

⑤ 林莉红:《行政诉讼法学》(第三版),武汉大学出版社2009年版,第89-91页。

⑥ 参见朱芒:《概括主义的行政诉讼“受案范围”——一种法解释路径的备忘录》,载《华东政法大学学报》2015年第6期。



何寻找其法律根据呢？这就出现了以《行政诉讼法》“第二条”为“受案范围”根据条款的“第二条说”。“第二条说”实为顺应行政诉讼司法审查的必要性因势而生，是一种被解释出的结果，它为《行政诉讼法》的解释提供了新的基点，也回应了《行政复议法》颁布之后《行政诉讼法》在“受案范围”上的难题。^①

（三）受案限缩：从信访潮到《行诉解释》（2018）^②

1. 受案限缩动因：涉诉信访潮的冲击

人民信访的雏形出现于陕甘宁边区政权时期，其思想萌芽甚至可以追溯到1921年毛泽东对安源工人来信的重视。^③但其作为一项正式制度的建立是在建国之后。建国初期的信访制度主要发挥着政治参与的功能，是一种政治动员型信访；^④20世纪80年代初的信访工作则主要围绕“政治”问题，表现为拨乱反正型信访；80年代中后期以来，围绕“利益”问题的涉法涉诉信访日益凸显，表现为权利救济型信访。严格说来，涉诉信访机制形成于信访制度向权利救济型信访的转轨阶段。^⑤

全国信访总量自1995年以来一直在持续上升，1995年全国县级以上党政机关受理信访总量为479万件，2000年则上升到了1024万件，其中，集体上访量在2000年达到了24.58万批次、565万人次，分别是1995年的2.8倍和2.6倍；中央信访机构受理的信访总量在2000年达到了58.64万件，是1995年的1.46倍。^⑥

2003年被认为是中国遭遇信访洪峰的年份，引起媒体与公众普遍关注。据官方统计，从2003年7月1日到8月20日短短不到两个月的时间，到北京市委门前上访的就达1.9万人次，群体上访达347批；到中纪委门前上访的人员达1万多人次，群体上访453批，平均每天达100多人，最多一天达152人，创改革开放以来历史新高。在这些上访案件中，40%是反映公检法机关问题的。^⑦

面对信访潮的巨大压力，国家于2004年下半年启动对1995年《信访条例》的修订工作。2005年1月，新的《信访条例》颁布。新《信访条例》将“属地管理，分级分责，谁主管、谁负责”和“依法、及时、就地解决问题与疏导教育相结合”确立为现行信访工作的两大基本原则，与1995年《信访条例》相比，特别强调了“属地管理”

① 参见朱芒：《概括主义的行政诉讼“受案范围”——一种法解释路径的备忘录》，载《华东政法大学学报》2015年第6期。

② 指2018年2月8日起施行的《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》。

③ 参见刁杰成：《人民信访史略》，北京经济学院出版社1996年版，第20页。

④ 参见李宏勃：《法制现代化进程中的人民信访》，清华大学出版社2007年版，第34-47页。

⑤ 参见赵贵龙：《司法与信访：从冲突走向融合——涉诉信访机制的价值结构、制度缺陷及改革路径》，载《人民司法》2009年第7期。

⑥ 参见周占顺：《认真贯彻“三个代表”重要思想，努力开创新世纪信访工作新局面》，载《人民信访》2001年第10期。

⑦ 参见胡奎、姜抒：《2003年中国遭遇信访洪峰 新领导人面临非常考验》，载《瞭望东方周刊》2003年第23期。

问题。

信访工作“属地管理”，“谁主管、谁负责”，意味着涉诉信访问题由属地、主管法院首当其冲负责处理。很多信访案件，本来是涉行政、涉法问题，一旦进入行政诉讼，就变成了涉诉信访问题，因此人民法院处理信访案件的压力日增，迫使人民法院不得不将带有信访苗头的行政诉讼案件拒之门外。可以说，信访潮尤其是涉诉信访潮的冲击，是导致行政诉讼受案限缩的重要动因。

2. 从《行政诉讼法》（2014）到《行诉解释》（2018）

2014年修改后的《行政诉讼法》，除了将“具体行政行为”修改为“行政行为”，将行政诉讼权利保护范围由“人身权、财产权”扩大到“合法权益”，从而在概念内涵上拓展了司法审查领域之外，又以肯定列举的方式扩大了受案范围。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（2015）（以下简称《适用解释》）、《行诉解释》（2018）有关受案规则的创制，即围绕着解释或限缩《行政诉讼法》（2014）的受案扩张而展开。

（1）《适用解释》（2015）

《适用解释》（2015）是针对新行诉法的部分新制度、新条款的择要式、配套式规定，条文内容较少，没有规定的部分仍然适用《若干解释》（2000）。在受案范围方面，《适用解释》（2015）仅涉及了行政协议诉讼的内容，即第11条。该条第1款从目的要素、主体要素、职责要素、意思要素、内容要素五个方面对“行政协议”作了概念式的界定。^①该法第2款则以《行政诉讼法》第12条第1款第（十一）项为依据，对行政协议受案范围作了进一步列举。此项列举中，将法条中的“土地房屋征收补偿协议”拆分为“土地、房屋等征收征用补偿协议”，这里的“等”属于“等外等”，即由于征收征用补偿签订的协议，都属于行政协议，并不局限于土地、房屋两类。^②另外增加了“其他行政协议”的兜底式列举。说明司法机关对将行政协议纳入司法审查持有积极态度。

（2）《行诉解释》（2018）

《行诉解释》（2018）第1条第2款列举了“不属于人民法院行政诉讼的受案范围”的十种行为。其中第（五）至第（九）项所排除的“内部行为”“过程行为”“协助执行行为”“内部层级监督行为”“信访办理行为”，系司法解释新增内容。这说明，在立法进一步扩张司法审查领域的前提下，司法仍然采取审慎态度，在受案范围上表现出尽可能的限缩姿态。

① 参见江必新、梁凤云《最高人民法院新行政诉讼法司法解释理解与适用》，中国法制出版社2015年版，第104-113页。

② 参见江必新、梁凤云《最高人民法院新行政诉讼法司法解释理解与适用》，中国法制出版社2015年版，第116页。



三、立案审查规则创制

(一) 选择性立案审查规则的生成

2014 年修订《行政诉讼法》之前, 行政诉讼受案实行立案审查制。其规范依据十分明确:

1. 1989 年《行政诉讼法》第 42 条规定: “人民法院接到起诉状, 经审查, 应当在七日内立案或者作出裁定不予受理。原告对裁定不服的, 可以提起上诉。”

2. 《贯彻意见》(1991) 第 40 条规定: “人民法院接到原告的起诉状, 应由行政审判庭进行审查, 符合起诉条件的, 应当在七日内立案受理; 不符合起诉条件的, 应当在七日内作出不予受理的裁定。”

3. 《若干解释》(2000) 第 32 条分 4 款对立案审查问题作了详细规定:

“第三十二条 人民法院应当组成合议庭对原告的起诉进行审查。符合起诉条件的, 应当在七日内立案; 不符合起诉条件的, 应当在七日内裁定不予受理。

七日内不能决定是否受理的, 应当先予受理; 受理后经审查不符合起诉条件的, 裁定驳回起诉。

受诉人民法院在七日内既不立案, 又不作出裁定的, 起诉人可以向上一级人民法院申诉或者起诉。上一级人民法院认为符合受理条件的, 应予受理; 受理后可以移交或者指定下级人民法院审理, 也可以自行审理。

前三款规定的期限, 从受诉人民法院收到起诉状之日起计算; 因起诉状内容欠缺而责令原告补正的, 从人民法院收到补正材料之日起计算。”

但是, “中国的行政诉讼是在法律与政策、实质正义与程序正义、维护政府权威与实现个人权利之间游移的选择性司法。”^① 在选择性司法理念下, 相应生成了选择性立案审查规则: 对于部分敏感、疑难、棘手的行政诉讼案件, 法院收到诉状后要进行过滤性审查, 有时候既不予受理、也不裁定驳回; 有时候经当事人一再要求, 法院也会先收案、再以起诉时已过起诉期限等理由驳回起诉。有学者敏锐地将其归纳为“立案政治学”: “法院考虑是否立案的时候, 不仅仅要考察原告的起诉是否符合法律规定的形式要件, 更要考虑立案带来的社会后果。”“因为法院要考虑的不仅是个案的公平正义, 更要考虑当地的安定团结; 法官判案不但要注重法律效果, 还要注重社会效果。”^②

① 汪庆华:《政治中的司法: 中国行政诉讼的法律社会学考察》, 清华大学出版社 2011 年版, 第 68 页。该书对“选择性司法”定义如下: “所谓的选择性司法, 是指法院在案件的受理、审理和执行的过程中, 依据法律规则之外的因素, 来做出是否受理, 如何判决和怎样执行的决定。”

② 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, 第 214-215 页。

根据学者田野调查,受“立案政治学”影响而不立案一般有三种类型:

1. 法院为自我保护而不立案。如山东省高级人民法院2006年2月8日印发的《新类型、敏感、疑难案件受理意见(试行)》(鲁高法发〔2006〕3号),明确规定对于大量敏感、疑难、难执行的案件不予受理。^①

2. 因来自其他权力机关的压力不立案。很多时候,法院不立案是因为法院是嵌入国家权力网络之中的,法院是政法机关,必须服从和服务于党政工作大局。特殊时期政府往往采取多种手段施压,影响行政诉讼案件的正常受理。

3. 法院中的个人化因素所导致的不立案。即法院领导对行政诉讼受案予以人为控制。有的基层法院,要求涉及主要行政部门的行政诉讼受案须经院领导同意;有的基层法院甚至要求所有行政诉讼受案都要经院长同意。^②

选择性立案审查规则的生成,诞生于嵌入式司法土壤之中。“从外部来看待中国行政诉讼,那它就是一种嵌入性司法。”^③“选择性司法和嵌入式司法对中国法治的建立构成了严重的挑战……而只有在产生嵌入式司法的各种因素消除以后,实现司法的归司法,治理的归治理,选择性司法才会终结。”^④

(二) 立审分离的形式主义

1997年4月21日,最高人民法院制定《关于人民法院立案工作的暂行规定》(法发〔1997〕7号),其第5条规定:“人民法院实行立案与审判分开原则。”从此,“立审分离”被确定为立案工作的一个基本原则。

但是,法院设立立案庭以后,与刑事、民事案件不同,行政诉讼立案工作仍由行政审判庭予以审查和决定。最高人民法院副院长李国光在第四次全国法院行政审判工作会议上提出:“为有利于保护当事人的诉权,应进一步研究并理顺人民法院立案庭与行政审判庭在行政案件受理上的分工。行政审判庭与立案庭应积极配合,通力合作,共同搞好当事人诉权的保护工作。”^⑤学者田野于2007年通过对H省T市的行政审判进行调查也证明,至少在2004年,“在H省高院101号文件精神的指示下,全省行政一审案件全部由行政庭进行审查,对不予受理、驳回起诉、管辖异议的裁判文书也由行政庭出具。”立案庭则根据行政庭出具的实质意见,扮演形式上的立案角色。“这种在形式上既不违反最高法院有关规定、又具有‘适合行政审判特点的立案管理制度’,

① 参见110网, <http://www.110.com/ziliao/article-171797.html>, 2021年8月31日访问。

② 参见汪庆华:《政治中的司法:中国行政诉讼的法律社会学考察》,清华大学出版社2011年版,第44-50页。

③ 汪庆华《政治中的司法:中国行政诉讼的法律社会学考察》,清华大学出版社2011年版,第23-24页。

④ 汪庆华《政治中的司法:中国行政诉讼的法律社会学考察》,清华大学出版社2011年版,第69-70页。

⑤ 李国光:《努力开创行政审判工作新局面,为全面建设小康社会提供司法保障——在全国法院行政审判工作会议上的讲话》,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2003年第2期(总第82期),第6页。



可谓是行政案件‘立审分离的形式主义’。”^①出现这种“立审分离的形式主义”的原因，是由于当时基层法院立案庭的法官对行政法一般都较生疏，对行政诉讼业务上不精通而可能导致立案上的障碍或混乱。这种由行政庭负责立案审查的方式就成为一种克服立审分离弊端的变通机制。^②

四、立案登记规则创制

（一）立案登记制改革

立案登记制改革发端于2014年10月23日中共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》。其中提出：“改革法院案件受理制度，变立案审查制为立案登记制，对人民法院依法应该受理的案件，做到有案必立、有诉必理，保障当事人诉权。”紧随其后，2014年11月1日第十二届全国人大常委会第十一次会议修改通过的《中华人民共和国民事诉讼法》第51条第1款规定：“人民法院在接到起诉状时对符合本法规定的起诉条件的，应当登记立案。”2015年1月30日最高法院公布的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（自2015年2月4日起施行）第208条第1款规定了“应当登记立案”的内容。2015年2月4日最高法院制定的《关于全面深化改革人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要（2014—2018）》提出：“变立案审查制为立案登记制，对人民法院依法应该受理的案件，做到有案必立、有诉必理，保障当事人诉权。”2015年3月12日周强院长在第十二届全国人民代表大会第三次会议上所作的《最高人民法院工作报告》提出：“推进立案登记制改革，从制度上解决立案难问题。”2015年4月1日，中共中央全面深化改革领导小组第十一次会议审议通过了《关于人民法院推行立案登记制改革的意见》，2015年4月15日最高法院以“法发〔2015〕6号”通知印发了该“意见”，同日公布了《关于人民法院登记立案若干问题的规定》（法释〔2015〕8号）。2015年4月22日公布的《适用解释》（2015）（法释〔2015〕9号）第1条即涉及登记立案内容。以上一个“意见”和8号、9号两个司法解释均于2015年5月1日同步施行。至此，呼吁多年的立案登记制全面确立。“这一制度的确立是对立案审查制的修正，也可以说是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。”^③

① 应星、徐胤：《“立案政治学”与行政诉讼率的徘徊——华北两市基层法院的对比研究》，载《政法论坛》2009年第6期。

② 参见应星、徐胤：《“立案政治学”与行政诉讼率的徘徊——华北两市基层法院的对比研究》，载《政法论坛》2009年第6期。

③ 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。

立案登记制改革的直接动因是解决“立案难”问题，行政诉讼“立案难”又是需要解决的重头戏。实行立案登记制以来，对行政诉讼的冲击也最大。据统计，立案登记制实施首月，全国法院共登记立案1132714件，同比增长29%，环比增长4.93%；其中行政案件同比增幅最大，登记立案29924件，同比增长221%，环比增长84.5%。^①全国法院一审行政诉讼案件收案数，2009年至2014年平均每年稳定在13万件左右；2015年至2018年，则每年突破22万件。^②但是，行政法官的数量并没有出现相应的增加，尤其是法官额制改革后，行政审判“案多人少”的矛盾更加突出。因此，立案登记制改革在行政诉讼受案领域引起连锁反应已在所难免，相应的规则创制必然接续而来。

（二）“必要审查”规则创制

立案登记制实行以来，行政案件“立案难”问题初步缓解。同时，各地法院对于是否需要审查起诉条件等问题把握尺度不一，致使大量不符合起诉条件的案件涌入诉讼，导致行政诉讼案件激增。因此，2017年8月31日印发的最高法院《关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见》（法发〔2017〕25号）明确指出：“要正确理解立案登记制的精神实质，在防止过度审查的同时，也要注意坚持必要审查。”“这里采取的是‘必要审查+有限立案’的标准。所谓‘必要审查’指的是要对利害关系、受案范围、管辖法院、起诉期限等进行审查。”^③《行诉解释》（2018）进一步明确规定：“人民法院应当就起诉状内容和材料是否完备以及是否符合行政诉讼法规定的起诉条件进行审查。”这就以司法文件和司法解释的形式创制了立案登记制框架下的行政诉讼受案“必要审查”规则。

最高法院江必新大法官对“必要审查”规则进行了权威解读。他认为，立案登记制改革的实质不是要取消受理条件，而是要取消不合法、不合理的限制性条件，合法合理的立案条件必须坚持。行政诉讼是否立案应主要考虑以下几个受理条件：1. 受案范围问题；2. 原告资格的限制；3. 前置程序的限制；4. 起诉期限或者说诉讼时效的限制；5. 适格被告的限制；6. 管辖的限制；7. 代理人资格的限制；8. 要有具体的诉讼请求和事实根据的限制。因此，行政诉讼受案的“必要审查”规则实质上也是一种“适度的、合理的审查”规则。^④

（三）滥用诉权制止规则创制

立案登记制改革对保障当事人诉权起到了积极作用。同时，行政诉讼领域也出现

① 参见罗书臻：《实现“有案必立、有诉必理”的庄严承诺——全国法院立案登记制实施首月系列报道之一》，载《人民法院报》2015年6月5日，第1版。

② 2009-2014年全国法院一审行政诉讼案件收案数分别为：120312件、129133件、136353件、129583件、123194件、141880件；2015-2018年则分别上升为：220398件、225485件、230432件、251000件。

③ 王华伟：《行政诉讼立案登记制源流及实施效果再思考》，载《湖北社会科学》2018年第11期。

④ 参见江必新：《行政审判中的立案问题研究》，载《法律适用》2018年第3期。



了十分严重的诉权滥用现象,主要表现在以下方面:第一,大量起诉过程性行为;第二,重复起诉;第三,大量提起信息公开诉讼;第四,不作为案件。

行政诉讼领域的滥诉现象及时引起了司法高层重视,认为行政诉讼中的恶意诉讼、滥用诉权现象严重影响了行政审判工作的正常开展。^①

最高法院适时推出典型案例彰显其对滥用诉权的制止姿态。2015年11月《最高人民法院公报》发布了“陆红霞诉南通市发展和改革委员会政府信息公开答复案”。该案中,法院以滥用诉权为由裁定驳回陆红霞的起诉。最高法院归纳的该案“裁判摘要”认为,当事人反复多次提起琐碎的、轻率的、相同的或者类似的诉讼请求,或者明知无正当理由而反复提起诉讼,人民法院应对其起诉严格依法审查,对于缺乏诉的利益、目的不当、有悖诚信的起诉行为,因违背了诉权行使的必要性,丧失了权利行使的正当性,应认定构成滥用诉权行为。

2017年最高法院《关于进一步保护和规范当事人依法行使行政诉权的若干意见》明确提出:“要依法制止滥用诉权、恶意诉讼等行为。”对于滥用诉权的判断标准,该“意见”指出:“在认定滥用诉权、恶意诉讼的情形时,应当从严掌握准,要从当事人提起诉讼的数量、周期、目的以及是否具有正当利益等角度,审查其是否具有滥用诉权、恶意诉讼的主观故意。对于属于滥用诉权、恶意诉讼的当事人,要探索建立有效机制,依法及时有效制止。”

最高法院司法文件与典型案例相配合,共同创制了行政诉讼领域的“滥用诉权制止规则”。

在推进国家治理体系和治理能力现代化的历史进程中,司法治理成为国家治理体系的重要一环。司法治理,重在司法规则的创制,而司法规则的创制主要通过司法裁判领域的规则创制来完成。现阶段值得关注的是指导性案例的规则创制功能,因为从司法解释规则创制为主体走向指导性案例规则创制为主体,进而逐步建立起具有中国特色的判例制度,必将是我国司法审查制度迈向司法结构主义^②的最佳路径选择。

(责任编辑:李宁)

① 参见周强:《最高人民法院关于行政审判工作情况的报告》(2015年11月2日在第十二届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议上)。

② 有关司法结构主义的论述,参见赵贵龙《迈向司法结构主义:以审判为中心诉讼结构的形成》,载《中国应用法学》2019年第3期。

反面推导：案型相异与方法竞争

余文唐*

内容摘要：反面推导中案型相异的逻辑关系，主要为矛盾关系和反对关系，交叉关系只有在方法竞争的场合才有可能，从属关系则不能进行反面推导。应从构成要件上对案型相异作形式判断；基于规范目的等作实质判断，应起着对导出规范的合目的性和可接受性的评价作用。先行规范法律效果的类型，影响着案型相异判断标准之宽严。制裁性规范的宜宽即“形异”，奖励性规范的宜严即“质异”。反面推导与类推适用的方法竞争，须具备两个前提：一是案型相异存在反对关系或交叉关系；二是先行规范为充要条件型规范。诸方法竞争时以案型相异的程度要求分别为：类推适用的为“形异”而“神似”；当然推导的为“形异”而“质同”且“更甚”；目的性扩张的为“质同”而“形异”；反面推导的为除此之外的“相异”。

关键词：反面推导；案型相异；方法定位；法效类型；方法竞争

中图分类号：DF0 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)05-019-031

司法上的反面推导，肇始于系争案型的出现。系争案型与法定案型之间应当存在何种相异类型才可以进行反面推导？这是反面推导的必要前提之一，必须有个清晰的界定，然而就目前研究的状况来看，问题尚未得到应有的重视。这种状况首先体现在对反面推导的方法称谓上：有称之为“反对解释”“对立推理”的，也有“反面解释”“反面推论”等以“反面”称之的，还有“反向解释”“反向推论”之类的方法称谓。同时，在系争案型的用语上，也有“相反案型”与“相异案型”之类的差别。诸如此类的不同用语，是否以及如何反映案型之相异及其类型？在这方面，目前也未见相应的研究。而反面推导的性质定位、先行规范的效果类别，是否以及怎么影响系争案型与法定案型之间的相异判断也不无疑问。此外，在反面推导与类推适用或类比推理的关系上，还存在矛盾关系与反对关系以及何者优先之观点分歧。所有的这些疑问都集中说明一

* 余文唐，福建省莆田市中级人民法院专家咨询员，第三届全国审判业务专家。



点：反面推导中系争案型与法定案型之相异类型、相异判断以及反面推导与类推适用等的方法竞争问题，远未得到真正的解决因而亟待加以深入研究。本文所论的三个部分相应区分为三个层次的内容：第一部分为第一层次，探讨案型相异的类型问题；第二部分为第二层次，探讨相异类型的判断方法；第三部分为第三层次，探讨相异类型对反面推导与当然推导、类推适用等在方法选择上的影响。

一、案型相异之类型探疑

形式逻辑学中概念之间的外延关系有四类：一是全同关系；二是从属关系；三是交叉关系；四是全异关系。在这四类关系中，除了全同关系，其他的都属于相异关系之列——只是相异的情形与程度不同罢了。在这些相异关系之中，全异关系的相异程度最高，没有丁点儿相同（重合）之处。而且，全异关系还可细分为矛盾关系、反对关系（对立关系）和一般全异关系这三种情形。^①那么，反面推导中的“案型相异”究竟属于哪种相异关系？这里先从语词含义和形式逻辑角度进行初步的探辨。本部分初探的结果为：其一，从语词含义方面分析，尚不能获得唯一而肯定的结论；其二，就形式逻辑角度而言，反面推导中案型相异的逻辑关系主要为矛盾关系和对立关系，交叉关系只有在反面推导与类推适用、当然推导等方法竞争的场合才存在反面推导的可能，案型相异为从属关系的则不能进行反面推导。

（一）语词含义与相异类型

名实相符是事物命名的基本要求，循名责实则探寻事物本质的重要方法。^②因而反面推导中的案型相异究竟是怎样的一种相异类型，不妨先以循名责实的方法来探究。这可以有两个进路：一是从反面推导的方法称谓开始；二是从系争案型的语词表达入手。由于译著或因翻译误差未必准确反映原著的本意，因此这里只以我国大陆和台湾地区的论著提法为例加以比较和分析。同时，循名责实成功的前提是名实相符，而目前在反面推导的方法称谓和案型相异的语词表达方面各有差别，因而这里以循名责实的方法难以获得唯一且肯定的结论，而只能是尝试性或初步性的。

1. 称谓语词

在反面推导的方法称谓方面，可以区分为三组。第一组，称谓带“反对”。例如

^① 在全异关系中，反对关系和矛盾关系都属于描述同类事物的概念之间的关系，而全异中还涉及一种关系叫一般全异关系。例如：“罪犯”与“恒星”的关系。一般全异关系的两个概念毫不相关，根本不属于同类事物。易言之，外延没有任何重合的两个概念没有共同的属概念，是一般全异关系的特点。鉴于一般全异关系的概念之间互不搭嘎，其于法律推导也无意义。所以法律推导中的全异关系，只涉及矛盾关系与对立关系两类。因此，在本文讨论案型相异时，不再涉及一般全异关系。

^② 所谓循名责实，是指“按着名称或名义去寻找实际内容，使得名实相符”。出处为《韩非子·定法》：“术者，因任而授官，循名而责实，操生杀之柄，课群臣之能者也，此人主之所执也。”《百度百科》“循名责实”词条。

杨仁寿认为：“反对解释，系指依照法律规定之文字，推论其反对之结果，借以阐明法律之真意者而言，亦即自相异之构成要件，以推论其相异之法律效果而言。”^①第二组，称谓带“反面”。例如王泽鉴认为：“所谓反面推论，系相异于举重明轻、类推适用的一种论证方法，即由反于法律规定的构成要件而导出与法律效果相反的推论。”^②第三组，称谓带“反向”。例如雷磊认为：“反向推理的定义可以更精确地表述为：从法律规则赋予情形T以法律效果R推出，R不适用于确定不为该法律规则所指涉的其他案件情形—T。”^③查百度百科等的解释：其一，反面。相关的基本解释一为物体的背面，与正面相反的一面；二是事情、问题的另一个方面。据此可如此理解：正反只有两面，反面与正面为矛盾关系；事情或问题有多个方面，其中任何两面之间均为对立关系。结论应该是：反面关系既可以是矛盾关系也可以是对立关系。其二，反对。百度百科的解释是：“反对就是前两个语句从矛盾对立的两个方面对照，表示相对相反的意思，在内容上相反相成，对立统一，是对偶修辞方法中的一种。”仅此解释难以断明“反对”在概念外延上的关系，而“反对”加上“关系”即为对立关系。其三，反向。意为逆向，完全倒转位置或方向。这里只涉及推导方向而与案型相异类型及其判断无关。

2. 案型语词

关于系争案型的语词表达，可以将其区分为两个组。第一组为三个语词：相异、差异、其他。例如前文杨仁寿定义中的“自相异之构成要件，以推论其相异之法律效果”^④。王利明认为：“在反面解释中，应当确定待决案件事实与法律规定的构成要件之间存在差异，并且，因为此种差异而作不同的处理。”^⑤前文雷磊定义中的“R不适用于确定不为该法律规则所指涉的其他案件情形—T”^⑥。第二组为两个语词：反面、反于。例如梁慧星认为“对于法律所规定的事项，就其反面而为之解释，为反对解释”^⑦；前文王泽鉴定义中的“由反于法律规定的构成要件而导出与法律效果相反的推论”^⑧。查百度百科等的解释，第一组语词的含义为：其一，相异。意思是不同，也即不相同，不一样。其二，差异。有区别、差别和不同之含义。其三，其他。含义为别的、其余。而其余是指剩下的人或事物。第二组语词的含义为：其一，反面。基本解释上已述及，反义词：正面。其二，相反。事物的两个方面相互排斥或对立，同义词：互异、差异；反义词：相同、一致、类似、相似。比较前述两组的语词含义，大体上可以得出如下结论：系争案型第一组的语词含义，可以表达除全同关系之外的相异类型，包括矛盾

① 杨仁寿：《法学方法论》（第二版），中国政法大学出版社2013年版，第153页。

② 王泽鉴：《民法思维：请求权基础理论体系》（最新版），北京大学出版社2009年12月版，第204页。

③ 雷磊：《类比法律论证——以德国学说为出发点》，中国政法大学出版社2011年6月版，第276页。

④ 杨仁寿：《法学方法论》（第二版），中国政法大学出版社2013年版，第153页。

⑤ 王利明：《法律解释学》（第二版），中国人民大学出版社2016年版，第201页。

⑥ 雷磊：《类比法律论证——以德国学说为出发点》，中国政法大学出版社2011年版，第276页。

⑦ 梁慧星：《民法解释学》（第四版），法律出版社2015年版，第279页。

⑧ 王泽鉴：《民法思维：请求权基础理论体系》，北京大学出版社2009年版，第204页。



关系、对立关系乃至交叉关系、从属关系；而第二组的语词含义与方法称谓第二组的相一致，只可包括矛盾关系和对立关系。

（二）形式逻辑与相异类型

反面推导作为一种法律推导，所运用的是逻辑学上的假言命题的逻辑特性及其推理规则。因而在探寻相异案型的相异类型方面，还需要运用逻辑学中相关知识。这种探寻也有两个进路：一是从系争案型与法定案型之间的外延关系入手；二是从系争案型与法定案型之间的逻辑真值着手。就前者而言，目前学界观点存在较大的分歧。若仅就外延关系分析仍难以得出唯一结论，但可以通过后者予以进一步的解决。因而与其说前后两者是独立的两个进路，毋宁是两者协同配合的探寻方法。应该说，以该协同配合的方法分析相异案型之相异类型是可行的，结论也较为可靠。

1. 观点分歧

理论上对于反面推导中系争案型与法定案型之间的外延关系，有三种不同的观点：一是矛盾关系说。例如，郑永流教授认为：“依据相同的情况相同的对待，不同的情况不同处理之原则，进行反向推论，所得命题当然应该是原命题的否命题，即‘非M→非P’，这是反向推论的逻辑结构，也是反对推论的规则。”^①这里虽未明指“矛盾关系”，然“非M”是“M”的负命题，而负命题与原命题之间存在的互为矛盾关系。二是对立关系说。例如，雷磊教授提出：“反向推理只能据此来命名：根据被法律规则规定和未被规定这一对立关系，来赋予它们不同的法律后果。”^②三是全异关系说。例如，孔红教授述称：“从前提 $(x)(M(x) \rightarrow P(x))$ 出发作反面推论包括两种情形，一是依矛盾关系的反面推论，得出的结论是：对于任一x，如果x是非M（即x不是M），则x是非P。另一种是依反对关系的反面推论，得出的结论是：对于任一x，如果x是N（N与M是反对关系），则x是非P。依反对关系的反面推论会与类比推论形成竞争关系。”^③那么，反面推导中系争案型与法定案型之间的外延关系，究竟是矛盾关系、对立关系还是两者兼有？而且概念或命题间的外延关系，除了全同关系和全异关系（矛盾关系、对立关系）之外，还有从属关系（种属关系、属种关系）和交叉关系。而从属关系和交叉关系的概念或命题之间也属于相异之列，是否也可进行反面推导？

2. 逻辑辨析

在先行规范为必要或充要条件型规范的前提下，不论系争案型与法定案型之间是矛盾关系还是对立关系，都具有“一真一假”的真值关系，也即都能够通过否定前件式推理而导出否定后件的必然性结论。^④因而可以概括地说，反面推导中的相异案型

① 郑永流：《法律方法阶梯》（第二版），北京大学出版社2012年版，第186页。

② 雷磊：《类比法律论证——以德国学说为出发点》，中国政法大学出版社2011年版，第276页。

③ 孔红：《“反面推论”辩谬》，载《政法论丛》2018年第5期（注释）。

④ 尽管反对关系还有“可以同假”的真值关系，然而在先行规范有效即确定法定案型为“真”（正面）的情形下，也就不存在“可以同假”真值关系的运用空间。

的相异类型既可以是矛盾关系也可以是对立关系的。而系争案型与法定案型之间存在从属关系的有两种情形：一是种属关系。即系争案型（b）被法定案型（a）所包含，或曰凡b都是a。此时a的外延大于b且所有b均被a所包含，在逻辑真值上a真b必真，因而b不可能成为-a。也即当系争案型与法定案型存在种属关系时，不能进行反面推导。^①二是属种关系。即法定案型（a）被系争案型（b）所包含，或曰凡a都是b。此时a的外延小于b且所有a均被b所包含，在逻辑真值上a真b真假不定，因而b不必然实际上也不可能成为-a。因而系争案型与法定案型存在属种关系，也是不能进行反面推导的。^②至于系争案型与法定案型之间存在交叉关系，也即在系争案型与法定案型的构成要件要素存在部分重叠的情形下，系争案型与法定案型在构成要件要素上的相同与相异，则需要进行“重要程度”的判断，以判明系争案型与法定案型究竟是“形异而神似”还是“形似而质异”，乃至“形异而质同”还是“质同且更甚”。^③这涉及反面推导与类推适用等多种方法的竞争，留待“案型相异与方法竞争”部分加以阐释。

二、案型相异之类型判断

反面推导中案型相异之类型判断，不仅受到反面推导在法律方法中的定位影响，而且先行规范法律效果的类别也是其重要的影响因素。两者对案型相异的类型判断的影响，均体现在判断标准上。具体地说，不同的方法定位影响案型相异的类型判断，是对先行规范构成要件的解释应以字面解释进行还是需要目的解释的介入。而先行规范法律效果的类别影响案型相异的类型判断，体现在案型相异判断标准的宽严方面。就既有的研究状况来看，前者存在着观点分歧，后者则未见有针对性的论说。本部分所获得的主要结论是：其一，应当从构成要件上对反面推导中的案型相异作形式判断，

① 就法律适用而言，构成普特关系的两种案型但法律仅规定普通案型而未规定特别案型的，特别案型应当适用普通案型的法律规定，此即所谓普通规定的备用功能。正如特拉伊宁所指出的：“特殊构成，对于类的构成来说，是所谓占优势的。因此，类的构成似乎是为了在特殊构成没有概括的场合留作备用的。”【前苏】A·H·特拉伊宁：《犯罪构成的一般学说》，中国人民大学出版社1958年版，第204页。转引自陈兴良主编：《刑法新罪评释全书》，中国民主法制出版社1995年版，第68页。

② 当系争案型与法定案型存在属种关系时，在法定案型为“真”的前提下，虽然从逻辑真值上看系争案型有可能为“真”也可能为“假”。然而，既然属种关系之下的法定案型被系争案型所包含，也就是说系争案型具备法定案型的所有构成要件，那么就应该适用法定案型的法律效果。典型的例子有如刑法第17条第2款规定：“已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪的，应当负刑事责任。”假设系争案型为：某男15周岁，绑架被害人并杀害被绑架人。某男虽因未滿16周岁不能定之以绑架罪，但其杀害被绑架人的行为完全符合故意杀人罪的构成要件，因而该案应该适用刑法第17条第2款规定，以故意杀人罪追究某男的刑事责任。而不能认为刑法第17条第2款没有将绑架罪纳入其中，以法无规定不为罪而放纵犯罪。

③ 这里的“质同”指案型同质，即系争案型与法定案型的性质相同；“更甚”即更有理由，是指系争案型虽然未被既定规范明文规定，但依该既定规范的规范目的衡量以及事理或情理上的当然之理，比法定案型更有适用既定规范予以调整的理由。参见余文唐：《当然推导方法：法理辨析与司法适用》，载《法律适用》2018年第1期。



基于规范目的等之实质判断则宜作为导出规范的合目的性评价。其二,奖励性(受益性)规范反面推导中的案型相异宜以“质异”为判断标准,而制裁性(损益性)规范反面推导中的案型相异宜以“形异”为判断标准。

(一) 方法定位与类型判断

反面推导中系争案型与法定案型之间的相异类型,与反面推导在法律方法中的性质定位有着一定的关联。从目前的研究情况来看,反面推导的方法定位主要存在法律解释与漏洞填补的分歧。定位于狭义法律解释的论者主张反面推导应该是形式推导,案型相异的判断应当基于构成要件的文面解释;而定位于漏洞补充的论者则认为反面推导应该是实质推导,案型相异的判断需要根据规范目的或立法目乃至利益衡量的介入。当然,论者们少有将两种方法定位截然分开。本文主张反面推导应为介于法律解释与漏洞补充之间的法律推导,并认为反面推导应该属于形式推导。

1. 方法定位

在反面推导方法定位的问题上,学界各持一说。王利明教授与梁慧星教授分别将反面推导置于法律解释(狭义)和漏洞补充之下。^①台湾地区学者杨仁寿持法律解释说,“反对解释乃体系解释之一种,在体系解释中占有举足轻重之地位。”^②日本学者石田穰先生则认为,应对反对解释与法律解释加以区别。^③与法律解释、漏洞填补相关的方法定位是:反面推导是形式推导还是实质推导。对此,魏治勋教授认为:“反对解释作为一种建基于反对推理之上的严格解释方法……这种逻辑上的严谨性,使得反对解释的过程一方面构成一种严谨的推理机制,另一方面其推理结论又是对原有法律规范的一种严格的反面解释。”^④而王泽鉴教授则将反面推导置于“法律漏洞的认定”的标题之下,认为:“反面推论非纯属逻辑操作,而是具有规范目的性评价活动。”^⑤雷磊博士述称:“‘反向推理’有‘语言的论证’和‘相关差异性论证’两种含义。前者是将构成要件理解为‘词义’,认为只有当通过法律规则的词义确定下来的构成要件特征出现时,才导致先行规范的法律后果。后者则将构成要件理解为‘实质性理由’或‘法律理由’,认为只有当能够内在地证成规则之法律后果的实质性理由出现时,才导致法律后果的产生。”^⑥并且认为:“以‘相关差异性论证’作为反向推理的含义是不合

① 依次参见王利明:《法律解释学》(第二版),中国人民大学出版社2016年版,第200页;梁慧星:《民法解释学》(第四版),法律出版社2015年版,第280页。

② 杨仁寿:《法学方法论》(第二版),中国政法大学出版社2013年版,第214页。

③ 转引自梁慧星:《民法解释学》(第四版),法律出版社2015年版,第280页。

④ 魏治勋:《法律解释的原理与方法体系》,北京大学出版社2017年版,第222页。

⑤ 王泽鉴:《民法思维:请求权基础理论体系》,北京大学出版社2009年版,第204页。同样持漏洞补充说的克莱默,对反面推导与类推适用以及目的性论证的关系有一段拟人化的表述:“相对于‘慷慨的’类推适用进行比较时,把反面推理贬低为‘吝惜’,这是错误的。仅仅依据文义解释,而不是以目的性的论证为依据的反面论证才是‘吝惜’的。”【奥】恩斯特·A.克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第179页。

⑥ 参见雷磊《类推法律论证——以德国学说为出发点》,中国政法大学出版社2011年版,第273-274页。

适的。”“合适的反向推理概念应被界定为一种以词义为基础的语言的论证。”^①

2. 相异判断

将反面推导定位于狭义法律解释或形式推导的，大都强调反面推导中对先行规范构成要件的解释是严格解释，需要遵循字面解释规则。系争案型与法定案型的相异，是与基于字面解释的法定案型相比较的相异。而将反面推导定位于漏洞补充或实质推导的，则强调必须借助规范目的或立法目的来判断系争案型与法定案型是否相异，只有系争案型不符合既有规范目的或立法目的的才是与法定案型相异。本文对此的基本看法是：其一，包括反面推导在内的法律推导是“从一个规范推导出另一个规范”，不同于以揭示法律规定或其用语含义为己任的法律解释；^②同时，法律漏洞是立法者疏忽、暂时沉默或未能预见所导致，而法律对反面推导中的系争案型未作明文则是由于其隐藏于法定案型的反面，为使法条简洁而为之立法技术运用，属于立法者的有意沉默。^③鉴此，反面推导应是介于狭义法律解释与法律漏洞填补之间的一类法律方法。其二，字面解释在反面推导中的作用是对法定案型的解释，只是反面推导的前期性或基础性作业。而规范目的或立法目的与其说是反面推导中案型相异的判断根据，不如将其延后作为对导出规范合目的性的评判依据，也即属于反面推导的后期性作业。^④

① 雷磊：《类比法律论证——以德国学说为出发点》，中国政法大学出版社2011年版，第274-276页。

② 更为具体地说，反面推导与法律解释的区别有如下几个方面：1. 任务不同。反面推导的目的是为系争案型寻找裁判规范；而法律解释的任务是揭示法律规定用语的含义。2. 操作不同。反面推导是由一个规范推导出另一个规范的过程，这种过程是“横向”的推理过程；而法律解释是由属概念到种概念的过程，这种过程是“纵向”的“枝分”（划分）过程。3. 序位不同。反面推导是在明确现行规范含义基础上的推导，法律解释先于反面推导。正如日本学者石田穰所指出的：反面推导是“系经法律解释明确了意义内容”之后的作业。参见【日】石田穰《法律解释学的方法》，青林书院新社1980年版，第39页。转引自梁慧星：《民法解释学》（第四版），法律出版社2015年版，第280页。

③ 有意沉默在许多权威论著中被认为应当实行沉默推定原则：除非有更强的理由，法律对某种案型未作规定的应当推定为立法者有意沉默。在笔者看来，立法沉默到底是有意的还是疏忽的是个很难判断的问题，有时恐怕还得通过反面推导是否成功乃至案型的比较进行倒推。具体地说，从反面推导成功可以倒推出有意沉默，通常情形下也可以从反面推导不成功倒推出疏忽沉默。后者之所以限于“通常情况下”，是因为反面推导与当然推导都是在立法有意沉默下而进行的，因而反面推导不成功若是由于当然推导更具可接受性，则不能由此而倒推出立法疏忽沉默。

④ 依笔者之见，一个成功的反面推导，是多种法律方法相互配合最终获取系争案型裁判规范的复杂过程。该过程的运作步骤可以区分为三个阶段：一是前反面推导阶段，任务是获取并解释拟为先行规范的法律规范；二是反面推导本体阶段，任务是识别条件关系并合乎逻辑必然地推导出导出规范；三是后反面推导阶段，任务是对导出规范进行合目的性和可接受性的结果衡量。笔者的这种三阶段划分，理论依据有如：其一，阿列克西认为，法律判断的证成可区分为内部证成与外部证成：“内部证成处理的问题是：判断是否从为了证立而引述的前提中逻辑地推导出来；外部证成的对象是这个前提的正确性问题。”【德】罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第274页。按照阿列克西的法律论证理论，反面推导本体阶段的任务是为反面推导的内部证成，前反面推导阶段的任务则是反面推导的外部证成。其二，菲特丽丝指出：“虽然逻辑有效性是法律论证和理性的一个必要条件，但不是充分条件。为了确立法律论证的可接受性，除了逻辑有效性的标准外，还需要实质的可接受性。”“逻辑旨在评估前提和结论之间的形式关系。评估法律论述的前提在内容上的可接受性时，人们应当采用可接受性的实质（法律或者道德上的）标准。”【荷兰】伊芙琳·T. 菲特丽丝：《法律论证原理——司法裁决之证立理论概览》，张其山、焦宝乾、夏贞鹏译，商务印书馆2005年版，第196、25页。菲特丽丝所指的“逻辑有效性”标准适用于反面推导本体阶段，而“实质的可接受性”标准，则适用于后反面推导阶段。



其三,反面推导作为必要或充要条件假言推理在法律推导中的运用,应当严格遵循该假言推理的推理规则,即为纯粹逻辑的形式推导,^①因而案型相异宜从构成要件上来判断。

(二) 法效类别与类型判断

反面推导中系争案型与法定案型的相异判断,学界已经注意到不同法律领域对于反面推导运用空间的影响。例如,王利明教授指出:“在公法领域,适用‘法无明文允许则为禁止’;而在私法领域,适用‘法无明文禁止即为允许’。因此,在公法领域,进行反面解释的可能性较小;而在私法领域,进行反面解释的空间比较大。”^②论者王文胜、周晓晨对“不同法律领域中反面解释方法的不同适用规则”作了具体论证。^③笔者认为不同法律领域中都有奖励性(授益性)规范和制裁性(损益性)规范,因而从法律规范的法律效果对反面推导中案型相异判断的影响或更有意义。

1. 法效类别

法律规范根据其法律效果可以区分为:奖励性规范与制裁性规范。奖励性规范,是指给予各种对社会做出贡献的行为,予以表彰或特殊奖励的法律规范;制裁性规范,是指对违法行为不予承认,并加以撤销直至制裁的法律规范。行政法上有与此类似的区分:授益性规范与损益性规范。授益性规范是赋予行政相对人某种权益或者免除行政相对人某项义务规范;损益性规范则是给行政相对人带来不利后果的通常表现在行政主体为行政相对人设定义务或者剥夺、限制其权益。必要或充要条件型奖励性(授益性)规范运用反面推导,导出规范的法律效果是否否定奖励性(授益性)规范法律效果;必要或充要条件型制裁性规范(损益性规范)运用反面推导,导出规范的法律效果是否定制裁性(损益性)规范的法律效果。如果在这两类先行规范进行反面推导时对案型相异采用同一的判断标准,就有以下两种情形:一是以“形异”为判断标准,即使

① 这里的“纯粹逻辑的形式推导”,按照菲特丽丝的说法就是采用“逻辑有效性的标准”,判断“前提和结论之间的形式关系”。参见【荷兰】伊芙琳·T. 菲特丽丝《法律论证原理——司法裁决之证立理论概览》,张其山、焦宝乾、夏贞鹏译,商务印书馆2005年版,第196、25页。

② 王利明:《法律解释学》(第二版),中国人民大学出版社2016年版,第207-208页。对于王教授的上述结论,笔者持相反的看法:在公法领域,进行反面推导的可能性较大;而在私法领域,进行反面推导的空间比较小。主要理由是:与将法律未规定的系争案型纳入既定规范加以调整(入法)的类推适用不同,反面推导是将法律未规定的系争案型不纳入既定规范调整(出法)。鉴此,在公法领域运用反面推导,符合“法无明文允许则为禁止”的公法原则,因而其适用空间也就较大。而私法领域实行“法无明文禁止即为允许”原则,将法律未规定的系争案型通过类推适用等法律方法纳入既定规范则成为优先考虑;反面推导的运用当然也就成为劣后选项,因而适用空间自然就较小。需要着重指出的是,类推适用作为一种“入法”的法律方法,被禁止的只是在公法领域特别是刑法罪刑规定方面,私法领域并不禁止类推适用;而反面推导作为一种“出法”的法律方法,不论在公法领域还是私法领域都是不被禁止的,不应以反面推导在公法领域运用“法无明文允许”而予以排斥或限制。

③ 该论者认为:“在刑法、税法、行政法等公法领域,反面解释方法也就有着非常广泛的适用空间……在私法领域中,反面解释方法的具体适用,应当考虑私法中不同子领域的不同价值原则……在某些子领域中反面解释方法的确有着广泛的适用空间,但在另外一些子领域中,反面解释方法的适用余地则至为狭小。”王文胜、周晓晨:《重构法律解释学中的反面解释——兼论法律解释学中应区分解释因素和解释方法》,载王利明主编:《判解研究》2007年第6辑,人民法院出版社2008年版,第157页。

系争案型与法定案型在构成要件要素上只有一个不一样就成立案型相异。依此形式标准,奖励性(授益性)规范与制裁性(损益性)规范运用反面推导的空间同样大。二是以“质异”为判断标准,即必须是系争案型与法定案型在重要之点上相异即成立案型相异。依此实质标准,奖励性(授益性)规范与制裁性(损益性)规范运用反面推导的空间同样的小。诸如此类之“平等对待”,貌似合理实则未必恰当。

2. 相异判断

为何说在反面推导中案型相异的判断标准上,对奖励性(授益性)规范与制裁性(损益性)规范不加区别地“平等对待”貌似合理实则未必恰当?这跟为人民福祉的法律目的和规范公权行使的法治精神密切相关。王利明教授在《人民的福祉是最高法律》中指出,法治的核心是规范公权,保障私权。莫于川教授认为:“1. 对于公民来说属于赋权性、授益性、可选择性的制度规范可以宽松一点。2. 对于公民来说属于禁止性、限权性、损益性的制度规范应非常谨慎和严格对待。”^①奖励性(授益性)规范反面推导中的案型相异若以“形异”为标准,将使公民只因其请求与规定哪怕只有细微差异甚至可以运用当然推导的也不能获得奖励性(授益性)法律效果。而制裁性(损益性)规范反面推导中的案型相异若以“质异”为标准,则与罪刑法定、处罚法定原则以及制裁性规范严格解释规则相悖。鉴此,笔者主张:其一,奖励性(授益性)规范反面推导中的案型相异宜以“质异”为判断标准,从而提高奖励性(授益性)规范运用反面推导的门槛,使得那些可以运用当然推导或类推适用的系争案型适用奖励性(授益性)法律效果。其二,制裁性(损益性)规范反面推导中的案型相异宜以“形异”为判断标准,从而降低制裁性(损益性)规范运用反面推导的门槛,使得不符合制裁性(损益性)规范构成要件的系争案型不适用制裁性(损益性)法律效果。^②

三、案型相异之方法竞争

在论证了反面推导的案型相异类型及其判断之后,本部分转入案型相异与方法竞争的关系。这里所称的方法竞争,是指反面推导与其相邻而易混的法律方法竞争,主要包括反面推导与类推适用、当然推导(当然解释)以及目的性扩张的竞争。这些方法竞争,究竟是在什么情形下而存在?如何根据相异的案型选择恰当的法律方法?以及是否存在或者存在什么样的“推定优先关系”?对于此等疑问,目前在学界或被忽视或存争议。本文认为,方法竞争需要注意这样两个前提:一是案型相异存在对立关

① 莫于川:《采用柔性管理与构建和谐社会——透过城管执法争议案例看行政管理改革创新的方向》,载《中国改革报》2006年10月11日,第6版。

② 需要指出的是,反面推导中案型相异的宽严标准与前揭莫于川教授所讲的宽严含义正相反,奖励性(授益性)规范采用“严”标准,制裁性(损益性)规范则采“宽”标准。之所以会是如此,是因为莫于川教授所讲的是“入法”标准,而反面推导中案型相异的标准系“出法”标准。



系或交叉关系；二是先行规范为充要条件型规范。在此前提之下，案型相异的判断标准分别为：类推适用的为“形异”而“神似”，当然推导的为“质同”且“更甚”之“形异”，目的性扩张的为“质同”之“形异”，反面推导的为除此之外的“相异”。依此，无须通过“推定优先关系”来解决方法竞争。

（一）逻辑关系与优先关系

就反面推导与类推适用的关系而言，包括两者之间的逻辑关系和优先关系两个方面。这里的逻辑关系，是指反面推导与类推适用之间的外延关系；而优先关系则指在反面推导与类推适用之间竞争不分伯仲的情形下，谁应当得以优先适用。对此，雷磊博士分别称之为适用关系与推定优先关系，“反向推理与类比论述的关系可以从两个方面进行阐述：第一个方面涉及反向推理的功能问题，第二个方面则涉及各该论者的论证负担问题。前者可被称作两者间的适用关系，后者则相应被称作推定优先关系。”^①在阐述笔者的具体看法之前，先来考察下专家们的分歧观点。

1. 逻辑关系

从逻辑关系来看，在被论及与反面推导竞争的类推适用（或类比推理），至今存在两种观点的分歧：其一，矛盾关系说，即认为两者之间非此即彼，相互排斥；其二，对立关系说，即认为反面推导与类推适用之间还有当然推导等方法之竞争。前者有如：（1）克莱默：“如果否定了法律的类似性，必然要得出反面推导。”^②（2）普珀：“所谓的反面推论，不过就是一种拒绝类推的表示。”“如果否定了类推，人们就会来到反面推论这里。如果基础规范不能直接适用到案件事实上，而类推又被否定，因而就只能导出：无法借由此一基础规范形成这个法律效果。”^③（3）魏德士：“与类推相反的推理就是反向推理。”^④后者则如：（1）拉伦茨：“与类推适用及‘举重以明轻的推论’适相反对者系反面推论。”^⑤（2）克卢格：“（a）类比推理的可能总是独立于反向推理的可能，它只取决于某个相应的类似性之圈是否——明示或默示地——被确证。（b）反向推理的可能总是独立于类比推理的可能，它只取决于各该法律前提与各该法律效果之间的关系是外延蕴含式、内包蕴含式还是相互蕴含式。（c）当相关法律前提内包蕴含着或相互蕴含着相关法律效果时，反向推理就在此意义上依赖于类比推理……（d）相反，类比推理相对于反向推理并不存在与上述c点所说相应的依赖性。”^⑥（3）雷磊：“反向推理与类比论述之间存留着相当广泛的空间，两者推理方式并不总是啮合的。”^⑦

① 雷磊：《类比法律论证——以德国学说为出发点》，中国政法大学出版社2011年版，第287页。

② 【奥】恩斯特·A·克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第179页。

③ 【德】英格博格·普珀：《法学思维小学堂——法律人的6堂思维训练课》，蔡圣伟译，北京大学出版社2011年版，第89-91页。

④ 【德】伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春、吴越译，法律出版社2013年版，第370页。

⑤ 【德】卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第266页。

⑥ 【德】乌尔里希·克卢格：《法律逻辑》，雷磊译，法律出版社2016年版，第197-198页。

⑦ 雷磊：《类比法律论证——以德国学说为出发点》，中国政法大学出版社2011年版，第289页。

2. 优先关系

在优先关系方面，也存在反面推导优先与类推适用优先的观点分歧。雷磊博士介绍：“以往学说大体可分为两类：第一类学说主张反向推理优先……第二类学说主张类比论述优先。”对此雷博士认为：“它们显然与论证理论的思路是不合的，因为它们都预设地将反向推理与类比论述间的优先关系绝对化了。”“就反向推理与类比论述的推定优先关系而言，我们认为前者享有一种初显性的优先地位。”“法的安定性和正义这两项价值发生冲突时，一般情况下安定性优于正义。”“当不存在更强的理由来说明究竟应当进行反向推理还是类比论述时，应当优先肯认反向推理。”^①而杨仁寿先生则持类推适用优先的观点：“在一条条文，可为类推适用，亦可为反对解释时，应先检验其适用之案例，与法律要件有无类似性？为类推适用是否合乎法律制定之目的（合目的性）？如合乎类推适用之法则，应先为类推适用。盖类推适用乃基于‘相类似之案件，应为相同之处理’之法理而为适用，以符法的统一性或平等的要求，苟先为反对解释，则类推适用无异即为其所排斥，自非所许。”^②杨先生对此还进一步作出解释：“类推适用与反对解释，各有其不同之阐释使命，类推适用重在妥当性，而反对解释则重在安定，惟当法律秩序之安定与法之妥当性，不能兼顾时，须先考虑法之妥当性，不能牺牲法之妥当性，而就法律秩序之安定，此乃阐述法律之基本要求。”^③

（二）竞争前提与方法选择

专家们之所以在反面推导与类推适用的关系上存在截然不同的观点，依笔者之见其症结在于大都忽略或混同方法竞争的两个重要前提：一是先行规范构成要件与法律效果之间的条件关系；二是系争案型与法定案型之间的外延关系。反面推导的目的是“出法”，强调的是系争案型与法定案型之间的相异性，而类推适用的目的在于“入法”，则强调系争案型与法定案型之间的相似性。因而两者对先行规范条件关系和两种案型的外延关系的要求就会有所不同。搞清楚这两个前提，反面推导与类推适用以及其它相关法律方法的适用竞争及其方法选择的困惑问题也就迎刃而解。

1. 竞争前提

从方法竞争的第一个前提来看，一是反面推导先行规范的条件关系为必要或充要条件。只有如此才能够运用该两条件关系假言命题共同的逻辑特征——无前件必无后件，进行否定前件式推理而推导出否定后件的必然结论。二是类推适用先行规范的条件关系应为充分或充要条件。只有如此才能够借用该两条件关系假言命题共同的逻辑

① 雷磊：《类比法律论证——以德国学说为出发点》，中国政法大学出版社2011年版，第290、291、292、293页。

② 杨仁寿：《法学方法论》（第二版），中国政法大学出版社2013年版，第218页。

③ 杨仁寿：《法学方法论》（第二版），中国政法大学出版社2013年版，第218-219页。



特征——有前件必有后件，进而通过肯定前件式推理而推导出肯定后件的结论。^① 如此看来，只有反面推导与类推适用共同的充要条件的先行规范，才存在反面推导与类推之间非此即彼（矛盾关系）的竞争。而仅就该两种法律方法而言，必要条件型规范只可进行反面推导，充分条件型规范只可进行类推适用，因而该两类先行规范均不可能存在反面推导与类推适用之间的方法竞争。^② 这是其一。其二，从方法竞争的第二个前提来看，如果将反面推导中的系争案型与法定案型之间限于矛盾关系和对立关系，那么反面推导与类推适用之间的关系应为矛盾关系。这是因为，不论反面推导中的系争案型与法定案型之间存在矛盾关系还是对立关系，由于该两种关系共同的逻辑真值为一真必一假，因而在法定案型为正面（真）的前提下系争案型必为反面（假）。而只有在系争案型与法定案型之间存在交叉关系的情形下，反面推导与类推适用的关系才是对立关系，也才会在该两方法之外还有当然推导乃至目的性扩张等方法参与竞争。^③

2. 方法选择

在方法竞争的选择方面，可以分为三组来考察。第一组，反面推导与类推适用竞争。在系争案型与法定案型之间为交叉关系的场合，将存在两者的方法竞争。在系争案型与法定案型之间为全异关系的场合，不论先行规范是必要条件型还是充要条件型规范都只能选择反面推导，也即方法竞争不存在。在前一场合，除了先行规范须为充要条件型规范外，还需比较系争案型与法定案型之间的相似度：系争案型与法定案型只有相异点的重要程度高于相似点（形似）者才选择反面推导，而相似点的重要程度高于

① 需要特别说明的是，通常认为类推适用属于或然性推理，而依笔者之见只应说其结论是或然性的而非其推理的或然性。类推适用的结论之所以为或然性，是因为系争案型与法定案型只具有类似性，并非充分或充要条件假言命题肯定前件式推理。就类推适用所借用的充分或充要条件假言命题肯定前件式推理而言，则是一种必要性推理。笔者有这么一种思路：若将通说上的类比推理与类推适用，区分为先后两个阶段的推理或更合适。一方面，将类比推理界定为是关于系争案型与法定案型在构成要件要素上进行相似性比对的推理，即从两个案型“重要之点”相似而推及两个案型相似的过程；另一方面，将类推适用界定为是关于系争案型与法定案型在法律效果适用上的推理，即在类比推理获得两个案型相似的基础上，借用充分或充要条件假言命题肯定前件式推理而推导出系争案型适用法定案型的法律效果。如此即可以看出：类比推理是或然性推理，类推适用的或然性是类比推理的或然性引起的，而非类推适用本身的推理所导致。

② 正如克卢格所指出的：“只要涉及的是充分而非必要的法律前提，就不存在两种推理形式相互依赖的问题。”其中的“两种推理形式”即“类比推理”和“反向推理”。【德】乌尔里希·克卢格：《法律逻辑》，雷磊译，法律出版社2016年版，第195页。

③ 目的性限缩与反面推导应该不存在方法竞争。两者虽均属于将系争案型剔除出既定规范的适用范围，但系争案型在既定规范中的存在状态则不同，“前者的系争案型被既定规范明确规定，是法定案型的一种。后者的系争案型未被既定规范明文，只是暗含于与其相反的法定的反面。质言之，前者有明定，后者只暗含。”余文唐：《司法技艺：法律解释与空缺填补》，人民法院出版社2020年版，第138页。杨仁寿先生对目的性限缩与反面推导的区别表述为：“目的性限缩本诸之法理，虽也为‘相异之事件，应为相异之处理’，惟‘漏洞补充’所剔除之部分，已在‘文义’之外，而反对解释推论之结果，则在反对文义‘射程’之内，是两者不同之处。”杨仁寿：《法学方法论》（第二版），中国政法大学出版社2013年版，第154页。

相异点（神似）者则应选择类推适用。^①第二组，反面推导与当然推导竞争。在先行规范为充要条件型规范的前提下，系争案型与法定案型性质相同（质同）且更有适用理由（更甚）的，选择当然推导；只是“形似”的选择反面推导，只是“质同”而无“更甚”的则可依目的性扩张纳入先行规范的适用范围。需要指出的是，当然推导的“质同”与类推适用的“神似”尽管差异极为几微，然仍需区别两者：类推适用须以法定案型与系争案型在构成要件要素上的类似性为前提；当然推导则侧重于两案型在适用理由上的衡量，即进行系争案型更有适用既定规范的理由判断。^②第三组，反面推导与目的性扩张竞争。目的性扩张的系争案型与法定案型“同属法律规范意旨所应涵盖”，若两者“形异而质同”的应当选择目的性扩张，^③否则就应当选择反面推导。

作为本文的结语，现将笔者的主要观点加以梳理：第一，系争案型与法定案型之相异，是反面推导得以进行的首要前提。然而以循名责实的方法，即通过反面推导的方法称谓和案型相异的语词表达来探究案型相异的类型，难以获得唯一而肯定的结论。第二，以两案型之间的外延关系与逻辑真值协同配合的方法可以探知：反面推导中案型相异的主要类型，应当包括两案型之间存在矛盾关系和反对关系这两类；两案型之间为交叉关系的，只有在方法竞争的场合才有进行反面推导的可能；若两案型之间存在从属关系，则不可以进行反面推导。第三，案型相异的判断方法，应当从构成要件上作形式判断。而基于规范目的等之实质判断，更多的应是起着对导出规范的合目的性和可接受性的评价作用。第四，反面推导先行规范中法律效果的类型，影响着案型相异判断标准之宽严：制裁性（损益性）规范的相异标准宜宽即“形异”，奖励性（授益性）规范的则宜严即“质异”。第五，与反面推导存在方法竞争的主要有类推适用、当然推导以及目的性扩张，而方法竞争需要同时具备两个前提：一是案型相异存在对立关系或交叉关系；二是先行规范为充要条件型规范。第六，案型相异的程度要求分别为：类推适用的为“形异”而“神似”，当然推导的为“形异”而“质同”且“更甚”，目的性扩张的为“质同”而“形异”，反面推导的为除此之外的“相异”。

（责任编辑：王文斌）

① 需要指出的是：先行规范为必要条件型规范，且系争案型与法定案型只是“形似”而非“神似”的，选择反面推导；先行规范为充分型规范，且系争案型与法定案型不仅“形似”而且“神似”的，选择类推适用。而充分条件型规范只是“形似”的，两种方法均不能选择；必要条件型规范却“神似”的，由于类推适用属于或然性推论，或可勉强考虑选择类推适用。

② 参见余文唐：《司法技艺：法律解释与空缺填补》，人民法院出版社2020年版，第160页。

③ 参见余文唐：《司法技艺：法律解释与空缺填补》，人民法院出版社2020年版，第127页。



关于关联企业合并破产问题的调研

——以枣庄法院近10年审理的破产案件为分析样本

山东省枣庄市中级人民法院课题组*

内容摘要：关联企业是经济一体化乃至市场经济发展的产物。设立时人格独立但运行中意思表示不自由是关联企业的显著特征，这种人格混同影响了其市场肌体的健康，对人格严重混同的关联企业应予以合并破产。梳理关联企业合并破产中存在的问题，可以从宏观和微观两个层面进一步完善关联企业合并破产制度。宏观上，应当坚持积极审慎适用的态度，遵循权利利用尽、利益平衡等原则。微观上，明确债权人、债务人等作为合并破产申请人的举证责任、证明标准，完善合并破产审查制度，健全合并破产审判制度，完善异议人权利救济、管理人选任等制度，最大限度使全体债权人公平受偿。

关键词：关联企业；合并破产；适用标准

中图分类号：DF411.92 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2021)05-032-044

随着社会主义市场经济体系的建立和完善，作为市场主体重要组成部分的企业发展日益活跃。但有的企业在发展壮大过程中，出于合理配置产业链、商业利益最大化等目的，设立关联企业，并且不正当利用这种关联关系转移公司资产、逃避债务，通过依法破产侵害债权人合法权益的现象日益突出。然而，除公司法有关公司法人人格否认制度、破产法有关破产无效及撤销权制度外，现行法律尚无有效规制此类行为的制度规定。为此，理论界借鉴美国等国家关联企业合并破产制度，提出了我国关联企

* 课题负责人：孙英，山东省枣庄市中级人民法院党组书记、院长，全国审判业务专家。课题组成员：吴修国，山东省枣庄市中级人民法院党组成员、副院长；关光明，山东省枣庄市中级人民法院民三庭庭长；周永恒，山东省枣庄市中级人民法院民一庭庭长；田始峰，山东省枣庄市中级人民法院研究室主任；朱运涛，山东省枣庄市中级人民法院民三庭副庭长；李浩源，山东省枣庄市中级人民法院研究室法官助理。

基金项目：本文系山东省社科规划·审判研究专项“关联企业破产法律问题研究”（项目批准号：18CSPJ25）的阶段性成果。

业合并破产制度的有关设想。司法实践中，全国各级法院在破产案件审判工作中，纷纷通过关联企业合并破产等方式对企业滥用公司法人人格损害债权人利益问题进行了有益探索，并从最初的尝试合并破产清算到现在的合并破产清算、合并破产重整多点突破。但合并破产制度运行不够规范，需要进一步完善。

一、理论检视：关联企业本质特征及合并破产的必要性

（一）关联企业的概念及本质特征

关联企业是指公司治理结构上存在控制或者施加重大影响的能力，且使被控制或者被影响企业不能独立作出意思表示的企业联合体。关联企业具有两个显著特征：一是设立时人格独立。不论关联企业在后续运营过程中如何发展变化，关联企业在最初设立时，各自具有相应的独立法人人格，可以独立承担责任。这是关联企业区别于企业分支机构或者企业内设部门的显著标志。二是运行中意思表示不自由。控制企业把自己的意志强加于其他企业，被控制企业不能独立作出意思表示或者作出意思表示时受到干扰、控制。关联企业运行过程中，必然存在意思表示不自由、受制于人或者违规操控其他企业的现象。

（二）关联企业的法律规制

按照人格混同程度进行区分，可以把关联企业分为人格轻微混同的关联企业和人格严重混同的关联企业，前者企业财产尚可进行区分，后者企业财产则难以区分或者区分难度极大。对于企业法人人格尚未达到严重混同的关联企业，因通过第三方会计审计、账务调整等方式尚可有效区分企业财产，故债权人及其他善意第三人可通过合同法有关代位权诉讼、公司法有关法人人格否认等既定方式维护自身权利，在企业资不抵债时，可通过破产法有关破产无效、撤销权的行使依法参与破产财产分配。但是，对人格严重混同的关联企业，在交易企业资不抵债时，通过聘请专业人士进行会计审计等尚不足以区分关联企业财产或者区分财产成本极大，应当允许通过合并破产方式公正高效地分配破产企业财产。

（三）关联企业合并破产的功能

关联企业合并破产是在启动破产清算程序前后，发现债务人企业利用关联关系使企业法人人格严重混同，且区分其财产、债务将严重迟滞破产清算进程进而侵害绝大多数债权人利益时，把债务人企业以及与该企业相关联的其他企业的资产、负债合并，计算出关联企业真正的破产财产并依法分配给关联企业各债权人的破产制度。关联企业合并破产就是要把已被扭曲的关联企业及其运行制度纠正过来，依法维护债权人利益，进而维护正常的市场秩序。首先，合并破产是公平受偿的需要。公平公正原则是



破产程序贯穿始终的基本原则。由于资产、债务被人为地集中在不同的企业，分别重整或清算必定产生关联企业之间债权人受偿率极高和极低的分化现象，造成严重的不公平。^①合并破产则是把关联企业作为一个市场主体对待，企业资产统一调整，债权债务统一处理，有效避免关联企业之间的欺诈性转让、自益性交易等违规行为，维护债权人利益。对人格严重混同的关联企业合并破产是保障债权人利益的需要。其次，合并破产是提高破产案件审判效率的需要。司法实践中，破产案件审判周期一般都比较长，如果运行不规范的关联企业分别破产（再加之可能需等待涉公司法人人格否认、破产撤销等诉讼，可能需要甄别不同企业的破产财产权属），破产案件审判周期可能会延长，司法正义肯定会“迟到”。合并破产则有效避免了甄别不同企业之间交易信息、梳理不同债权人破产诉求的繁琐程序，提升了破产财产的处置效果。第三，合并破产是治理关联企业违规行为的制度利剑。有的关联企业一方面享受着企业法人人格独立的制度红利；另一方面，却利用关联关系进行转移资产、逃避债务、利益输送，如不允许合并破产，必然会形成“劣币驱逐良币”的示范效应，不利于维护公平竞争的市场秩序。

二、现状分析：关联企业合并破产制度适用的困境

（一）枣庄法院关联企业合并破产概况

近 10 年来，枣庄法院充分发挥破产审判职能作用，探索符合本地特色的办案举措，审理破产案件 177 件，其中审结涉关联企业破产案件 10 宗 36 件。

一是注销合并。对于关联企业均濒临破产的企业，在现有法律框架内，由作为出资人的关联企业依法申请注销其设立的其他关联企业，并承诺承担相关企业的全部债权债务后再向人民法院申请破产。如枣庄市肉联厂破产案，肉联厂作为企业法人投资设立了枣庄市肉联厂经营部、二部、二部枣庄得利斯公司等多家企业，后各企业均不同程度存在资不抵债等问题，纷纷向法院申请破产。法院本着审慎原则，建议先行注销设立的其他企业再行破产。

二是程序合并。对于虽存在企业法人人格混同但资产尚能分开的破产企业，法院裁定同时进入破产程序，指定同一破产管理人依法开展工作，分别进行资产清查、债权申报、破产清偿等工作。如万泰纺织公司等四家关联企业破产案中，四家企业均系政府不同时期设立的从事棉纺织生产销售的国企，且存在人格混同现象，后资不抵债。法院依托“府院联动”机制，把四家企业分别导入破产程序，分别立案、协调审理，

^① 参见孔维瑛：《实质合并规则的理解和适用》，载《人民司法》2016 年第 28 期。

同步处理企业债权、职工债权。

三是程序协调。涉关联企业的破产案件，由不同法院分别受理，受理法院通过法院内部的沟通交流等方式依法同步处理相关案件。如涉金坛纸业、枣庄市造纸厂破产案件，造纸厂投资设立了金坛纸业，但两企业性质、职工债权类型各异，不同性质的企业职工存在相互攀比等现象，造纸厂破产案由枣庄中院审理，金坛纸业破产案由峰城法院审理。中院协调峰城法院同步推进破产进程，使不同性质企业的职工债权清偿比例基本相同，破产程序有序推进。

梳理发现，枣庄法院关联企业破产审判工作有以下几个特点：

1. 受理关联企业破产案件数量整体较少且年份较为集中。2010年1月至2019年12月，枣庄法院共审理破产案件177件，其中涉关联企业破产案件10宗36件，关联企业破产案件数量占枣庄法院破产案件总数的20.34%。关联企业破产案件数量较多的年份主要集中在2012年，受理数量达3宗。

2. 关联企业破产案件地域分布不均。审理的10宗关联企业破产案件中，中院7宗，占总数的70%；市中法院2宗，占20%；峰城法院1宗，占案件总数的10%。枣庄中院关联企业破产案件数量最多。

3. 与之关联的企业平均数量不多。从关联企业数量上看，关联企业数量平均为3.6个，除肉联厂破产案关联企业数量是16个以外，其他涉关联企业破产案件中关联企业数量均少于5个。

4. 破产清算是关联企业破产的主要方式。企业破产可以通过破产清算、破产重整、破产和解等方式进行，关联企业亦不例外。但从实践上看，绝大多数关联企业破产均通过破产清算方式进行。枣庄法院审理的10宗关联企业破产案件，均系破产清算案件。

5. 合并破产的企业中工业企业多。枣庄是一个因煤而兴的城市，也是国家老工业基地，辖区内工业企业众多。工业企业大多无偿占用划拨土地，资产变现难度相对较小，但商贸物流企业占有土地等可变现资产少，且职工人数众多，故进入破产程序的相对较少。在审理的合并破产的案件中，从企业性质上看，涉制造业企业的9宗，涉商贸企业的1宗。

6. 涉国有企业案件占合并破产案件绝大多数。枣庄作为老工业基地，在上世纪90年代企业改制过程中，为了破解改革面临的难题，妥善安置企业职工，个别国企投资设立了与之相关的企业。但由于管理不规范，在城市转型发展过程中不能顺应市场发展潮流的国有企业纷纷破产。审理的合并破产案件中，涉国有企业的9宗，涉民营企业的1宗。

7. 绝大多数合并破产案件由同一法院管辖。依法确定管辖法院是审理合并破产案件的先决条件。枣庄法院审理的合并破产案件中，由同一法院管辖的9宗，占合并破



产的90%，由两家以上法院管辖的1宗，占10%。

8. 审理的合并破产案件均由政府托底。审理的破产案件中普遍存在破产企业可供处置财产少、债权人分配比例低但职工权益规模大等问题。案件审理中，我们坚持府院联动，由政府协调托底解决破产企业职工安置等问题，确保了办案的政治效果、法律效果和社会效果有机统一。

（二）关联企业合并破产中存在的主要问题

1. 关联企业合并破产有关法律规定不具体。我国系成文法国家，关联企业合并破产作为特殊的破产方式，是否合并、如何合并、合并后果等问题应当由法律予以规定，但截至目前立法上有关规定仍是空白。2018年3月4日，最高人民法院印发《全国法院破产审判工作会议纪要》（以下均简称《会议纪要》），其中第六部分以8个条文对关联企业实质合并破产的审查、管辖、法律后果等进行了专门规定，但仅是以会议纪要形式对实践中的问题进行框架式指导，从法的渊源、法的效力层面考量，会议纪要的分量仍显不足。实践中，为了避免法院作出合并破产裁定时无法可依的尴尬，80%的法院援引《企业破产法》第2条有关破产受理条件作为合并破产依据，10%的法院援引《会议纪要》裁定进行合并，10%的法院在未援引有关法律规定的前提下直接裁定合并破产。问卷调查中，占调查对象85%的破产案件审判法官、法官助理、管理人等认为合并破产法律依据不足，15%的认为无所谓。

2. 相关主体对合并破产的态度不完全一致。破产审判法官、管理人、关联企业债权人、出资人等对关联企业合并破产的认同态度、配合程度影响着关联企业合并破产制度的法律适用走向，然而法官、管理人、债权人、债务人等站在各自不同立场，出于各自不同利益等考虑，对合并破产持不同态度。访谈中，有的认为合并破产系对企业法人人格的否定，应该谨慎适用，有的认为最高法院专门在会议纪要中对关联企业合并破产问题规定，一定程度上体现了国家司法政策层面对该问题的积极态度，应该大胆适用。问卷调查中，82%的破产案件审判法官、法官助理、管理人认为合并破产法律适用不明确，应谨慎适用。从全国法院情况看，《会议纪要》出台后，全国法院受理关联企业合并破产案件数量呈现出井喷态势，亦反映了司法实践中对该问题的认识。

3. 关联企业合并破产标准不统一。《会议纪要》第32条明确了实质合并适用的原则及标准，即以法人人格高度混同、区分各关联企业成员财产的成本过高以及严重损害债权人公平清偿利益为适用标准，同时采用例外原则。但在关联企业破产审判实践中，因法律规范的缺失、对合并破产法律制度研究不够深入，法院在审理关联企业合并破产案件中，对能否适用合并制度判断标准并不完全一致。在《会议纪要》出台之前，对于关联企业合并破产的认定标准，存在从考量“法人人格高度混同”单一要素到“利

益保护”“清算效率”“经济秩序”等多样要素的变化。同时,在部分合并破产案件中,考虑到利害关系人的权益,不同法院甚至同一法院不同时期的裁定在关联企业合并破产认定标准上不够统一,影响了司法的公信力。

4. 合并破产模式不统一。关联企业合并破产有注销合并、程序合并、实质合并、程序协调等模式。枣庄法院受理的关联企业合并破产案件中,注销合并的1宗,程序合并的7宗,程序协调的2宗。受制于对关联企业破产的认识不深刻等因素影响,尚未出现实质合并等关联企业破产模式。

5. 债权人在启动破产程序中的积极作用未能得到充分发挥。债权人、出资人可以向法院提出关联企业合并破产的申请,债务人、管理人亦可提出合并破产的申请。因债权人对破产企业的还债预期不高,出于投入成本、回收债权数额等综合考虑,债权人对启动企业破产的积极性不够高。枣庄法院审理的关联企业合并破产案件中,管理人、债务人作为申请人提出合并申请的占70%,债务人提出的占20%,债权人提出的占10%,债权人在启动合并破产程序中的作用发挥不够充分。从全国法院审理情况看,60%以上的合并破产亦是由管理人、债务人提出申请并得到法院允许。

6. 申请人举证责任不够明确。关联企业合并破产必将涉及企业法人人格混同、债权人利益受损等问题的证明。根据“谁主张、谁举证”的举证责任分配原则,债权人作为申请人可提供的证据少,很难达到相应的证明标准,在企业未能提供相应反证的情况下,是否合并的事实处于真伪不明状态的法律后果不明确。为了解决有关问题,法院往往是采取依职权调查案件有关事实的做法。在债务人、管理人作为申请人时,法院在审理案件中普遍过度依赖债务人、管理人提供的有关证据,依职权调查取证工作做得不够。

7. 合并破产审查程序不够完善。《会议纪要》第33条仅明确了法院在收到实质合并申请后及时通知利害关系人并组织听证,并要求在收到申请之日起三十日内作出是否合并的裁定。实践中,对于是否征求债权人意见态度不尽一致,有的根据《企业破产法》第61条第1款有关债权人会议职责范围的规定,把相关主体的合并申请提交债权人会议并要求按照债权人所代表债权的三分之二以上多数通过,否则不予合并。有的则通过听证程序听取债权人及其他利害关系人的意见,径直作出是否合并的裁定。

8. 异议人的权利救济程序不具体。是否合并破产主要是从债权人整体利益角度考虑,但不可避免会对少数债权人利益带来不利影响,《会议纪要》仅规定了异议人的申请复议权利,没有明确说明申请复议时少数债权人利益与整体债权人利益发生冲突时如何处置、如何平衡利益等事项。枣庄法院审理的案件中,尚未出现债权人作为异议人等对合并破产提出异议的情况,在审理的一起破产案件中,法院未作出合并破产的裁定,但债权人以各种方式表达诉求,要求予以合并破产。问卷调查中,仅有25%



的人熟悉异议人救济有关制度。

9. 管理人选任机制不规范。选任管理人时应当充分发挥不同管理人的优势,从而促进实现公正高效审理破产案件的目的。但现有的摇号、随机选任机制不能完全满足关联企业破产案件管理人选任需求,通过摇号等会存在多家管理人分别管理相互关联的不同关联企业破产案件的现象。司法实践中,80%的关联企业破产案件均指定了一家管理人,20%的案件因程序协调等存在两家以上管理人,不同管理人的协调配合等问题需要法院协调,但协调的依据不够明确。特别是在管理人意见相左的情况下,对关联企业破产财产的管理亦带来一定挑战。

三、宏观分析:关联企业合并破产标准探讨

现阶段有关关联企业合并破产的法律文件仅有《会议纪要》。今后,应通过完善破产法、制定破产法司法解释等方式对关联企业合并破产进行规范。

(一) 适用原则

首先,要积极审慎适用。对关联企业合并破产特别是实质合并破产,从依法维护地方稳定发展、保护债权人利益、维护市场秩序的角度考虑,应当积极适用。但从案件办理角度看,相对于单一企业破产,合并破产涉及的法律关系疑难复杂,债权人保护、职工权益保护平衡协调难度较大,办案中的社会维稳压力给法官能力提出了更高的要求,破产审判司法能力不能完全满足此需要。加之合并破产属于对企业法人人格独立的全方位否定,是对企业有限责任制度的严峻挑战,裁判稍有不慎,就会动摇企业法人人格独立这一现代企业制度的基石。同时,合并破产可能导致部分关联债权人的清偿比例因合并而减少,自由裁量权的不当使用亦会有以司法之手干预市场主体市场行为之嫌,甚至存在权力寻租的嫌疑。再者,因我国关联企业制度不够健全,普遍适用会削弱部分企业经营积极性,使企业不敢放手进行市场扩张、企业联合,不利于培育市场活力。因此,要按照“稳中求进”要求,既要积极运用关联企业合并破产制度破解经济社会发展中的难题,又要慎重适用,不能任意否定公司法人人格独立制度,也不能仅仅为了减轻工作负担、减少工作量而进行合并处理。只有符合合并破产的标准,才能够适用合并破产程序。

其次,要遵循权利利用尽原则。法律救济手段的选择适用应遵循比例原则,与其目的达成、法律后果、成本收益相匹配。^①公司法中的法人人格否认制度以及破产法中的撤销权制度、无效行为等制度均是关联企业不当利用关联关系损害债权人利益的司

^① 参见王静、蒋伟《实质合并破产制度适用实证研究——以企业破产法实施以来76件案例为样本》,载《法律适用》2019年第12期。

法救济制度，且形成了一个由点到面、由弱到强的权利救济体系。关联企业纵然存在人格严重混同等现象，但能够通过前述制度予以救济的，亦不应当适用合并破产。即使不能通过前述手段而需要通过破产予以救济，也应当在不能区分破产财产或者区分破产财产的成本较高的情况下才能适用，否则不予适用。

最后，要遵循利益衡平原则。在当前立法整体水平不够高、立法相互冲突甚至无法可依，而法官又不能拒绝裁判的情况下，更应当加强利益衡量。破产法等法律法规和司法解释的抽象性，人格严重混同等标准的主观性，决定了破产审判在适用法律时更应当尽可能衡量现行各种环境及各种法益变化，依法平衡各方利益，特别是在作出合并破产的裁定时，应对债权人利益与破产成本、多数债权人利益与少数债权人利益、破产清算与职工权益、依法办事与维护社会稳定等进行综合衡平考量，审慎对各种法益进行取舍，努力做到既能依法裁判，又能积极维护地方经济社会稳定。

（二）模式选择

从关联企业合并破产严格程度分，可以把关联企业合并破产分为程序性合并破产、实质性合并破产、注销合并、程序协调等类型。

一是程序性合并破产的适用。程序性合并破产从本质上讲，仅把相关破产案件合并审理，债权仍然分别申报、分别清偿。程序性合并破产的优点在于合并后，管理人指定、合议庭审理、债权人会议召开等事项亦可合并进行，协调推进破产程序的人财物成本有所减少，破产案件办理速度会更快；模式选择回旋余地大。其缺点在于对关联企业法人独立人格否认不够，对关联企业的清偿行为制裁不够。对于关联企业人格混同达不到严重标准的、关联企业的财产混同程度尚可区分或者区分难度不大的、关联企业清偿行为可通过其他法律手段处理的关联企业，在濒临破产时可以通过该种模式予以先行处理。处理过程中发现应当予以实体合并的，可再行申请予以实体合并。

二是实质性合并破产的适用。实质合并也叫做实体合并，是将关联企业视为一个整体，将内部债权债务、担保保证关系消灭，统一对外部进行清偿。^①实质合并的优点在于依法否认关联企业独立法人人格，最大限度保护职工债权、普通债权人整体权益公平受偿。缺点在于适用过程的不可逆性，少数债权人的合法权利很难得到救济；企业工资制度不统一甚至企业性质存在差异的情况下，不同企业职工安置标准很难统一，容易引起不同企业职工的相互攀比。我们认为，关联企业达到人格严重混同、资产区分难度较大等标准时，就可适用实质合并模式。但在采用该模式前，本着审慎适用的原则，应充分论证是否符合合并的标准并逐一排除相关疑点，最大限度减少合并

^① 参见王欣新：《关联企业的实质合并破产程序》，载《人民司法》2016年第28期。



的瑕疵。出于维护地方稳定发展、减少不同企业职工攀比问题，在债权人预期清偿率极低或者可能得不到清偿，而不同企业职工权益差别较大的情况下，可以考虑采用实质合并。

三是注销合并的适用。注销合并即在受理案件前，由企业出资人以及关联企业控制人先行注销其他相关企业并依法承担其债权债务后申请进入破产程序。因未经清算的注销由申请注销人承担责任，注销合并从后果上看类似于实质合并。注销合并的优点在于操作更简洁、更有据可循，因为无论注销还是破产都没有突破现有的法律框架，都有法律层面的依据；更能体现企业出资人或者控制人的意思自治，破产程序更能顺利推进。其缺点是异议债权人缺少法律救济手段，可能会因关联企业不同法人主体下各债权人相同对待，进而出现程序上公平但实体上不公平的现象。在企业出资人与全体债权人就债权债务处理协商一致并就职工权益保障制定初步预案的情况下，可以适用注销合并。

四是程序协调的适用。程序协调就是协调推进不同法院受理的关联企业破产案件，分别处置有关企业资产。从理论上讲，程序协调是把关联企业作为单个企业进行破产，只不过破产过程中，更注重与其他相关因素的协调推进，其优缺点同程序合并。在不同法院审理程序性合并破产案件时，可以进行程序协调。没有一成不变的合并破产模式，无论采取哪种合并破产模式，都应当根据关联企业人格、资产混同等情况具体问题具体分析。

（三）适用标准

第一，企业法人人格严重混同。关联企业间是否存在人格严重混同，应主要从以下几个方面综合考虑：一是企业治理结构严重混同。关联企业的董事（会）、监事（会）以及高级管理人员交叉任职或者受制于其他企业，被控制或者被施加重大影响的企业在作出重大决策部署或者意思表示时意志不自由，严重影响了被控制或者被施加重大影响企业的决策。二是资产严重混同。关联企业之间的固定资产随着控制或者施加影响企业的需要在各关联企业之间以无偿或者低于市场价格相互使用，且账务处理不规范或者不进行账务处理；相互占用对方资金或者无偿占用对方资金导致资产归属难以界定。三是财务管理严重混同。关联企业之间记账方式混乱，企业之间财务账簿、会计凭证等资料混同使用或者由控制企业统一进行账务处理，甚至会出现多个企业共同使用同一账户现象。判断是否合并破产时，应当存在以上情形中的一种或多种，且程度非常严重，范围较为广泛，时间上持续不断。也就是说一时的人格严重混同，一项资产的混同或者混同程度不严重，可以通过其他方式诸如法人人格否认等予以救济的，亦应审慎适用合并破产制度。

第二，资产难以区分或者成本较大。无论是从降低制度运行成本的角度考虑，还

是从维护社会公平正义的角度考虑，在关联企业成员之间区分资产难度较大，或者区分难度较大不利于破产程序依法稳妥推进时，应当允许关联企业合并破产。否则，人为地进行区分将是一项难度极大甚至旷日持久的工作，由此必然会造成审判的迟滞并将不可避免地出现受偿不公。但是，如果关联企业之间的财产尚可区分，则自无必要适用合并破产。当然，关于财产是否可以有效区分，应当首先交由具有相应专业知识的会计师、审计师事务所等专业机构予以判断并出具第三方声明，说明区分的过程以及不能区分的具体原因，法院在此基础上再审核是否可以有效区分关联企业之间的财产。

第三，大多数债权人收益增加。关联企业合并破产在减少了区分不同企业资产资金成本、提升企业整体价值的同时也带来了多数债权人清偿率的提高、少数债权人清偿率的下降等问题，需要破产案件审判法官考虑利益衡平。特别是在多数债权人利益与少数债权人利益冲突的情况下，应当坚持少数服从多数，按照破产法整体债权人利益最大化原则，以绝大多数债权人利益增加为标准，也就是说，在大多数债权人利益增加而少数人利益减损的情况下可以合并破产。

第四，关联企业原则上全部达到破产标准。在决定合并破产时，应当要求各个企业原则上均应达到不能清偿到期债务的破产标准，如果仅个别关联企业达到破产标准，其余企业未达到破产标准，即使目标企业存在人格高度混同等情形的，亦不可进行合并破产。但是，对于整体上达不到破产标准的，即便出于维护关联企业整体营运价值需要，将部分不具备破产原因的关联企业成员合并纳入破产程序，也应在尊重不具备破产条件的企业及其债权人意思自治的基础上，适用实质合并规则。^①在破产清算时，应确保各关联企业均达到破产标准后再行决定是否予以合并破产。而在破产重整时，基于关联企业本身的人财物、产供销紧密结合等特点，如果把尚未达到破产标准的企业纳入重整程序，可能会实现 $1+1 > 2$ 的效果，更有利于实现重整成功或者债权人利益最大化，亦可在征求不具备破产条件的关联企业及其债权人意见后决定合并破产重整，但是在计算重整收益时，应当对不具备破产条件的关联企业及其债权人利益予以充分尊重和保护。

四、微观改进：完善关联企业破产制度的司法进路

（一）明确不同申请人的举证责任

第一，合并破产应当依有关主体的申请进行。关联企业合并破产是对企业独立法人人格制度的终极否定，且合并破产涉及企业债权人、债务人的利益，是否适用合并

^① 参见王静、蒋伟《实质合并破产制度适用实证研究——以企业破产法实施以来76件案例为样本》，载《法律适用》2019年第12期。



破产至少应当体现和尊重债权人、债务人等主体的意思。根据我国法律有关依申请启动破产程序的规定,结合司法中立性、被动性等特点,破产清算、重整制度都要依当事人申请而启动,合并破产亦不例外,应当依有关主体的申请而不是人民法院依职权进行。也就是说在没有当事人提出申请的情况下,人民法院不能依职权主动裁定关联企业涉及的企业进入破产程序。

第二,破产申请的主体应当多元化。《企业破产法》第7条、第70条规定了企业破产的申请人范围。尽管法律没有对关联企业合并破产问题作出规定,根据《会议纪要》有关精神,关联企业合并破产的申请人范围不宜过窄,至少应当与单个企业破产申请人保持一致。也就是说,关联企业只要符合前述的合并破产有关实质条件,拟申请破产企业的债权人、作为债务人的企业、企业出资人、清算义务人、破产企业管理人都可以就关联企业合并破产向人民法院提出申请。

第三,不同申请主体的证明标准应当不完全一致。提出合并破产的申请人应就合并破产的适用标准、合并破产的必要性及紧迫性等提出相应的证据,但不同的申请人所承担的举证责任不应当完全一致。对于债权人提出的合并申请,只要债权人提供了初步的证据材料,就可以证明关联企业之间存在人格严重混同的初步证据,应当按照举证责任倒置的有关规定,由目标企业就是否存在人格严重混同等情形提供证据并作出说明,同时,说明控制其他关联企业或者被其他关联企业控制的合法性、正当性以证“清白”,否则视为债权人完成举证责任,可以进行合并破产。但是,对债务人、管理人、出资人等主体提出的合并申请,应当承担相对债权人举证更高的证明标准,即对是否存在人格严重混同、是否应当予以合并破产等情况承担全部举证责任。债务人、管理人提出合并破产的申请,多数债权人同意,少数债权人反对的,少数债权人应当举证证明在与关联企业交易时,应当相信或者有理由相信是把作为交易对象的关联企业当做一个独立的个体进行交易,即少数债权人应当围绕其信赖利益进行举证。

(二) 尽可能协调同一法院管辖关联企业合并破产案件

在处理涉关联企业合并破产案件时,应当坚持以同一法院受理为原则,不同法院受理为例外。根据《会议纪要》有关规定,合并破产应由核心企业所在地管辖,控制地不明的由主要财产所在地管辖。据此,在确定管辖法院时,首先应当坚持以核心企业或者企业主要资产所在地法院管辖。因为核心企业处在关联企业中的控制和支配地位,企业资产、账务等相对较为集中,由该企业所在地法院管辖有利于尽快查清和处置破产资产,有利于高效推进破产程序。其次,依据受理时间先后确定管辖。当关联企业中的一家企业率先进入破产程序,与之相关的其他企业亦符合合并破产的条件时,按照效率原则和管辖恒定原则,无论其他企业住所地在哪里,均应向正在审理破产案件的法院提出申请并由该法院裁决是否合并破产。再次,应当协商指定管辖。不同法

院发生管辖冲突时应按照《民事诉讼法》有关规定协商解决或者层报共同上级法院指定管辖。上级法院应当从审判力量配备是否充足、司法能力强弱、外部环境优劣等方面综合考虑,确定最佳的管辖法院。基于快速推进破产审判进程、加强程序协调等考虑,也可将该关联企业破产案件交由其他法院管辖。

(三) 完善合并破产审查制度

根据《会议纪要》规定,法院在收到实质合并破产申请后,应当及时通知相关利害关系人并组织听证。鉴于听证意见对法院裁判无实质性制约,无法对法官是否行使裁定合并这一自由裁量权进行监督,且裁决结果救济渠道不够畅通,应当在听证之后引入债权人会议表决制度,即法院裁决合并破产应以多数债权人同意为前提。首先,及时通报合并破产对债权人清偿的影响。听证之后,应当由破产管理人综合各方当事人的意见,在详细梳理各企业破产资产的情况下,就合并前后各债权人清偿率作出合理评估,并就区分破产企业财产的成本以及区分对破产清偿造成的影响做出说明,必要时由专业机构出具咨询意见,确保债权人在充分掌握有关信息的情况下作出判断。其次,合并与否应听取债权人意见。“既然实质合并的最终宗旨是为了债权人整体的公平偿债,从债权人角度看,实质合并属于意思自治的范畴,那么就应当由债权人自行作出决定。”^①特别是多数债权人通过债权人会议等方式形成统一意见后明确反对实质合并破产或者就合并破产无法形成多数意见的情况下,即多数债权人放弃了就关联企业其他财产实现破产债权的机会,基于意思自治原则,自然无需进行合并破产,否则,裁定进入实质合并破产会使法院陷入一种尴尬状态。

(四) 健全合并破产审判制度

首先,建立同一审判团队审理制度。在合议庭审查关联企业合并破产案件时,如果由不同的合议庭审查,将不可避免涉及到不同合议庭的合议庭成员均需通过阅卷、询问当事人等熟悉案情,进一步加剧了法院案多人少的矛盾,且有时因不同的合议庭认识不一致而影响案件审理进度。为了进一步提高破产审判的效率,在审理关联企业破产案件时,应当打破计算机随机分案制度,通过手工分案等指定同一审判团队甚至同一法官承办该系列案件。

其次,建立报本院审委会决定制度。因关联企业合并涉及债权人切身利益及关联企业法人人格否认等重大问题,属于审判工作中的重大问题。基于审慎稳妥进行裁判并尽可能统一裁判尺度的考虑,在合议庭就是否裁定合并破产进行评议后,应当提交本院审判委员会讨论决定,不宜在未经审判委员会讨论的情况下直接裁判。

最后,建立专门的破产法院。破产审判有其独有的制度特性,且破产审判对地方

^① 朱黎:《论实质合并破产规则的统一适用:兼对最高人民法院司法解释征求意见稿的思考》,载《政治与法律》2014年第3期。



经济社会发展有着重要影响。参照设立知识产权审判法院，下一步应当设立专门的破产法院，专门处理包括合并破产案件在内的各类破产案件。

（五）完善异议人权利救济制度

合并破产的出发点是公平保护债权人。特别是在债权人基于对关联企业成员作为单个企业的信任与其进行交易，合并破产损害其权益时，本着诚实信用原则，应予以必要法律救济。首先，法院在作出合并破产的裁决时，应依法保障少数债权人的异议权，及时在裁判文书中对少数债权人的异议予以正面回应，努力消弭分歧。应当参考交易时间、交易种类等，重点考虑该债权人与关联企业交易时的主观认知状态，如确系把关联企业作为单个企业进行交易，其合法权利应该得到保护，即使裁定合并破产，也应当在破产财产分配时对该债权人予以适当倾斜照顾。其次，少数债权人对收到的合并破产有关法律文书仍有异议的，因《企业破产法》有关破产裁决不能上诉，建议参考《民事诉讼法》有关复议制度，赋予异议人向上级法院申请复议的权利。最后，合理补偿少数异议债权人的利益。合并破产并不能完全保障所有债权人公平受偿，在少数异议债权人利益包括信赖利益相对于其他多数债权人利益明显受损时，即全体债权人公平受偿与个别债权人受偿发生冲突时，应当引导多数债权人、管理人、少数债权人彼此之间充分展开协商，对少数债权人受损明显的进行合理补偿，努力使各方利益得以平衡，最大限度争取包括少数债权人在内的各方当事人对合并破产的支持。

（六）完善管理人选任制度

依照《企业破产法》的规定，破产管理人是破产事务的具体执行人，在整个破产程序中发挥着影响全局、协调各方的关键作用。关联企业破产相比一般单个企业破产更为复杂，管理人选任除遵守一般企业管理人选任有关制度外，为便于协调推进各关联企业的破产进程，减少管理人之间的重复劳动，参照法院指定同一合议庭审查关联企业破产制度，在指定管理人时，也应当就关联企业破产案件指定同一管理人。如果各关联企业分别进入破产程序后均指定了不同的管理人，法院应在征求各管理人意见的基础上，综合各方意见及管理人的业绩等，统一指定同一管理人。在程序协调等破产案件审理中，不同法院审理关联企业破产案件时，亦应通过内部沟通协调等方式指定同一管理人。鉴于合并破产的复杂性及挑战性，在审理关联企业合并破产案件时，明确指定管理人不适用摇号等制度，应综合考虑管理人的工作业绩、工作能力等因素。如关联企业进入破产程序后，均已指定管理人，法院裁决合并破产时，应指定核心企业的管理人担任合并破产案件管理人。为便于工作协调管理，其他管理人应通过辞职等程序退出管理人队伍。

（责任编辑：崔婷婷）

抵押物转让新规则释论

景光强^{*}

内容摘要：抵押物转让新规则一般性地承认抵押物流通自由并复活抵押权追及效力，总体上值得肯定，但没有在区分动产与不动产抵押基础上就追及效力与物上代位效力作出合理配置，不利于抵押权的全面保护。《民法典》第406条第1款笼统规定抵押物转让抵押权不受影响，其裁判规范意义不容高估，司法适用中需结合《民法典》第403条、第404条作出具体判定。抵押物限制转让约定能否约束受让人，应当结合约定是否登记、抵押物是动产抑或不动产、受让人主观状况等作出认定。《民法典》第406条第2款应为价金物上代位之规定，实质上赋予了抵押权人一定条件下物上代位和物上追及的选择权。

关键词：抵押物转让；追及效力；价金物上代位；限制转让约定

中图分类号：DF521 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)05-045-055

我国民事立法与司法在抵押物转让规则问题上的立场一向变动不居，《担保法》及《担保法》司法解释、《物权法》先后设计出不同的规则模式，《民法典》又再次作出重大调整，昭显出问题的复杂性。对于《民法典》规定的抵押物转让规则，学界和实务界褒贬不一，在若干具体规则适用问题上也存在认识分歧。本文不揣简陋，就抵押物转让新规则的理解与适用发表管见，供大家批评指正。

一、抵押物转让新规则总评

《民法典》一改我国民事立法长期以来限制抵押物转让的传统，于第406条开门见山地申明“抵押期间，抵押人可以转让抵押财产”，并通过规定“抵押财产转让的，抵押权不受影响”，从立法层面承认了抵押权追及效力，一定程度上实现了向传统民

^{*} 景光强，最高人民法院研究室综合处处长，法学博士。



法的回归。之所以说是“一定程度上”，是因为第406条第1款在一般性地解禁抵押物转让、复活抵押权追及效力的同时，又允许抵押权人和抵押人订立限制抵押物转让约款，并在第2款赋予抵押权人一定条件下行使价金物上代位和追及权的选择权，一定程度上又残存了既往立法模式的痕迹。这种折衷式、渐进式的立法模式，体现出立法者在平衡各种利益时的艰难抉择，亦从侧面折射出抵押物转让所涉问题的复杂性。

抵押物转让不仅涉及抵押权人、抵押人、受让人各方利益，还关乎财富流通自由、交易安全保护等社会公共利益，理想的抵押物转让规则应当既能确保抵押权安全无虞，又能最大程度上裨益抵押物流通，实现各方当事人和社会利益最大化。为实现这个目标，传统民法给出的方案是，一方面保护抵押物转让自由，同时赋予抵押权追及效力保护抵押权人利益，不论抵押物辗转于何人之手，抵押权均可追及抵押物之所在而行使抵押权。^① 赋予抵押权追及效力，有利于加速经济流转，更好地发挥物的效用，但也使抵押权人和抵押财产的买受人承担了一定的风险，^② 并不能很好地实现上述周全保障各方当事人利益的目标。首先，对抵押权人而言，抵押物的易主有可能增加追及抵押物、实现抵押权的困难，尤其在动产抵押中极有可能出现“追而不及”的问题。^③ 其次，对于受让人而言，其所获得的是负有抵押权负担的所有权，该标的物随时存在被追及的可能，这对于诚实的交易人无疑是个打击，而抵押权追及主义正是施加这种打击的合法借口。^④ 由于受让人面临着抵押权人嗣后追及实现抵押权而丧失抵押物的危险，所以受让人在使用、收益、改良抵押物时，就会顾虑重重而发生“短期行为”。^⑤ 这不仅不利于抵押物的保值增值，也不利于抵押权的保护。第三，抵押权追及效力可能使潜在的受让人望而却步，在抵押物具有高度可替代性时更是如此，这与促进抵押物流通的立法初衷是背道而驰的。最后，因为无人愿意受让负有抵押权负担的财产，抵押人为了转让抵押物，很可能降格以求低价转让抵押物，这对抵押人来说也是十分不利的。

为克服追及效力的弊端，法学界把目光转移到了对物上代位效力的重新审视上。传统民法认为，物上代位性系因抵押物毁损灭失所产生，在抵押物转让之相对灭失情形，抵押权就出卖所得之价金不能主张物上代位，只能行使追及权。^⑥ 但必须看到的是，物上追及到最后也还是必须通过抵押权人对价款的请求权实现抵押权的价值，因此抵押关系中的物上追及与所有权的追及力内容相去甚远，而与物上代位之间却没有绝对的区别。^⑦ 承认价金物上代位，抵押权人可以获得提前清偿，抵押人实现了处分抵押财产的自由，受让人取得了无抵押权负担的抵押物，似乎是一个周全的方案。这也许

① 参见史尚宽：《物权法论》，中国政法大学出版社2000年版，第259页。

② 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（上），法律出版社2020年版，第785页。

③ 参见王利明：《民法典 抵押物转让规则新解》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2020年第6期。

④ 参见朱庆育：《抵押物转让效力之比较研究——兼评我国担保法第49条》，载《法学论坛》2000年第2期。

⑤ 参见赵守江：《不动产抵押物转让效力问题研究》，载《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2012年第1期。

⑥ 参见谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社2011年版，第683页。

⑦ 参见张力：《论抵押物转让中物上代位与物上追及的制度关系》，载《甘肃社会科学》2003年第6期。

就是我国民事立法长期以来一直实行价金物上代位、否认追及效力的原因所在。

然而,单纯的价金物上代位立法模式亦非完美无缺。首先,对抵押权人而言,因为抵押权具有对将来的期待性质,抵押权人同意就某抵押物担保债权并不是依据其设定之时的价值,而是对将来物价上涨的预期,^①而价金物上代位恰恰剥夺了抵押权人的此种预期。其次,就抵押人而言,价金物上代位意味着提前清偿债务,损害了抵押人的期限利益。再次,价金物上代位依赖于抵押人的通知,若抵押人怠于通知或者故意不为通知,价金物上代位就无法保障,在不承认追及效力的立法模式下,抵押权人很可能“竹篮打水一场空”。最后,价金物上代位在一手交钱、一手交货的简单交易模式下问题不大,但在分期给付、远期给付等交易模式下必将难以操作。转让抵押财产,必须消除该财产上的抵押权,影响了交易实践的发展,尤其是在房屋按揭买卖中,需要先由买受人支付部分款项,以供出卖人提前清偿按揭贷款从而涂销抵押权,再由买受人与银行签订抵押合同,重新办理抵押登记,增加了交易成本。^②

可见,无论是单纯的追及主义抑或价金物上代位主义,均无法实现各方当事人利益的周全保护,两种立法模式亦无绝对的优劣之别。理论与实务界对《物权法》第191条的诟病,并非主要针对其采纳的价金物上代位立法模式,而是近乎苛刻的限制抵押物转让的立场。理想的立法模式应当是在充分预估抵押物转让法律关系复杂性基础上,在保障抵押物流通的前提下,通过物上代位效力和追及效力以及当事人选择权的交互配置,实现当事人利益的“帕累托最优”。^③

《民法典》第406条正是体现了这种努力,然而这种努力还是远远不够的。第一,第406条一般性地承认抵押人可以转让抵押财产的同时,又规定了约定优先原则,亦即抵押权人与抵押人可以提前作出禁止或限制转让约定,且对约定的效力没有作出区分性规定。受《物权法》惯性力量、传统交易习惯等因素影响,再加上抵押权人在抵押法律关系中的强势地位,抵押权人有充分动机要求与抵押人作出此种约定。如果担保交易实践中普遍作出此种约定,则抵押物转让实质上仍要取得抵押权人同意,这就又回到了《物权法》第191条的老路上来,鼓励抵押物转让的立法目标就会大打折扣。尽管当事人约定与法律明确规定的效力不可同日而语,法律适用中亦可对当事人约定的效力范围作出限制解释,但毕竟为抵押权人限制抵押物转让提供了正当性支持。司法实践中如果积极支持此种约定,则鼓励抵押物转让的立法目标可能会付之东流;如果对此种约定的效力采取限制立场,则又会放任抵押人肆意违约的道德风险,从而将司法置于两难境地。第二,第406条全面复活抵押权追及效力,却对追及效力的阻断

① 参见梁上上、贝金欣:《抵押物转让中的利益衡量与制度设计》,载《法学研究》2005年第4期。

② 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(上),法律出版社2020年版,第785页。

③ 更详细的论述参见景光强:《论抵押物转让规则之重构——以追及效力和物上代位效力的合理配置为主线》,载《私法研究》第23卷,法律出版社2018年版,第34-52页。



机制付之阙如,放任了抵押权“追之过急”的破坏效应。另一方面,在全面复活抵押权追及效力的同时,大大挤压价金物上代位的适用空间,抵押权人仅仅在能够证明抵押财产转让可能损害抵押权时方能主张价金物上代位,这种重追及效力、抑物上代位效力的立法模式,可能会使抵押权在“追而不及”时受到难以挽回的损失。此外,第406条没有对不同情况下利害关系人的选择权作出灵活配置,这远远无法满足不同交易模型下当事人的多层次需求。第三,追及效力跟抵押权公示力密切相关,公示力越强,追及效力的正当性也就越强,反之亦然。从不动产到特殊动产再到普通动产,抵押权公示效果呈逐渐减弱的光谱效应,相应地,追及效力与物上代位效力亦应据此作出逐渐此消彼长的配置。具体地讲,不动产抵押物转让规则应着眼登记的公示公信、明显的物权性征和潜在的升值趋向,实行以追及为主、物上代位和追及效力交互配置的立法模式;而动产抵押物转让规则应充分考虑公示的先天不足、强烈的流通冲动、潜在的贬值趋向以及对交易安全的高度依赖,实行以物上代位为主、追及效力为辅的立法模式。^①遗憾的是,第406条没有区分动产与不动产抵押,笼统地规定抵押物转让抵押权不受影响,这就大大增加了法律适用的困难。这些问题的解决,都需要司法实践中根据立法目的和具体案情作出妥当的解释。

二、抵押物转让对抵押权的影响

第406条第1款第3项规定,抵押财产转让的,抵押权不受影响。然而,一个常识性的问题是,抵押权是对抵押物交换价值的支配权,由于抵押权人不直接占有抵押物,其对抵押物交换价值的支配很重要是通过抵押物所有人来实现,故抵押权是一种对人权性质很强的对物权。抵押物转让后,受让人的管理水平、经营状况、诚信意识、抵押物用途的改变等因素都会对抵押物价值和交换价值产生影响,抵押物特别是动产抵押物的易主甚至会让抵押权人追及抵押物之所在都发生困难,这些无疑都影响抵押权的实现。这就是无论《担保法》还是《物权法》一直都对抵押物转让采取严格限制立场的重要原因之一。如果真的以为抵押物转让抵押权“不受影响”,实在是掩耳盗铃之举。

抵押物转让不仅会在物理层面影响抵押物的交换价值和抵押权的实现,在特定情形下甚至会影响抵押权之存续,对抵押权影响不可谓不大。在不动产抵押,由于不动产物权变动采登记生效主义,抵押物受让人只要查询不动产登记簿就会轻易发现抵押权的存在,抵押权人只要查询不动产登记簿亦会轻易追及抵押物受让人实现抵押权,故追及效力在不动产抵押方面能够畅通无阻,抵押物转让的,尚可在权利层面保证“抵押权不受影响”。然而在动产抵押中,由于动产物权变动采交付生效(普通动产)或

^① 参见景光强:《论抵押物转让规则之重构——以追及效力和物上代位效力的合理配置为主线》,载《私法研究》第23卷,法律出版社2018年版,第34-52页。

者交付生效、登记对抗(特殊动产)的基础物权变动和公示模式,而动产抵押权的特殊构造(不移转占有)决定了其无法采取上述物权变动模式,只能采取自合同生效时成立、登记对抗(《民法典》第404条)的物权变动和公示模式,这就导致动产抵押的公示方法和公示效果自成立之初就存在先天不足。动产本来就有强烈的流通冲动,《民法典》动产抵押等一批新规则的引进必然会导致动产上权利形态富集,动产上的权利冲突势必进一步复杂化、常态化。在这个过程中,公示效果较弱的动产抵押难免会成为“权利斗争”的牺牲品。

动产种类繁多、形态各异,动产抵押物转让的,不同形态的动产抵押权受影响程度也不尽相同。先来看特殊动产。车辆、船舶、航空器等特殊动产设定抵押的,适用《民法典》第403条规定的合同生效成立、登记对抗规则,此与普通动产抵押并无不同,但登记的公示和对抗效果却大相径庭。由于特殊动产价值较高、可辨识度较强,在物权领域素来享受准不动产待遇,采交付生效、登记对抗的基础物权变动模式。这种立法模式为潜在的受让人作出了有倾向性的提示,即不查询登记簿的,可能会承受某种不利后果。故此,特殊动产抵押办理了登记,受让人没有查询登记簿而受让特殊动产的,难谓善意,不能主张取得无负担的特殊动产所有权。如果特殊动产抵押权没有办理登记,则不得对抗善意第三人,善意受让人可依据《民法典》第403条之规定取得无抵押权负担的所有权。受让人为恶意的,虽不受第403条保护,却落入第404条评价范围,即正常经营活动中的买受人已经支付合理价款并取得抵押财产的,不论善意与否,抵押权均不能对抗之,受让人取得无负担的所有权。正常经营买受人以外的恶意受让人,则无论如何无法获此殊遇,只能取得负抵押权负担的所有权。

普通动产抵押的情况与此不同。由于普通动产采交付生效的基础物权变动模式,受让人并不负有一般性的查询登记簿义务,纵令抵押权办理了登记,也不能将未查询登记的抵押物受让人一概判定为恶意,一律让其承担抵押权负担实为不公。但若动产抵押权即便办理了登记仍不具有对抗第三人效力,则动产抵押登记就几乎失去了存在的意义,动产抵押制度也势将滞碍难行。《民法典》不得已采取了折衷和调和的立场,即在第403条采动产抵押登记对抗模式的同时,通过第404条限制登记对抗的第三人范围。具体而言,普通动产抵押未登记的,不得对抗善意第三人,其能否对抗恶意第三人,还要看其是否为正常经营买受人。若是,则不能对抗;若否,则可对抗。普通动产抵押已经登记的,仍不得对抗正常经营买受人,只能对抗非正常经营买受人以及非买受人的物权取得人。^①亦即,不论动产抵押登记与否,也不论正常经营买受人善意抑或恶意,动产抵押权均不能对抗之。^②换句话说,法律只是鼓励非正常经营买受人

① 登记的动产抵押权可对抗后手抵押权虽然可以根据第403条、第404条推论得出,但第414条对此作出了明确规定,故应优先适用。

② 参见高圣平、叶冬影:《民法典动产抵押物转让规则的解释论》,载《比较法研究》2020年第4期。



以及非买受人的物权取得人查询不动产登记，而豁免了正常经营买受人查询登记的义务。

一种观点认为，第 404 条确立的正常经营买受人保护规则主要适用于动产抵押未登记情形，动产抵押权登记并能产生公示力的，排除第 404 条适用。其主要理由是：其一，动产抵押登记后，如果买受人仍然受正常经营买受人规则保护，则从根本上抹杀了已登记抵押权和未登记抵押权的区别。第二，当前动产抵押登记制度发展非常迅速，借助于强大的网络系统，动产抵押可以获得精细化描述，抵押财产可识别性和公示力越来越强。而且查询也非常方便，买受人足不出户动动手指就可以完成查询工作。因此，动产交易相对人“一般性地负有对登记的查询义务”。动产抵押已经登记，交易相对人没有查询登记便受让动产的，自应承担不利后果，亦即只能取得附有抵押权负担的动产所有权。^① 笔者不赞同这种观点。第一，从第 404 条文义看，动产抵押不论登记与否，正常经营买受人均受保护。如果排除登记动产抵押的适用，这不是限缩解释的问题，而是认为本条构成了隐藏的法律漏洞，通过目的性限缩的方式填补法律漏洞了。但从立法本意看，本条规定一个重要目的就是豁免正常经营买受人查询登记的义务，因此，不论动产抵押是否登记，正常经营买受人都可以对抗抵押权人，既买受人可以取得抵押动产的所有权而不受抵押权的追及。^② 第二，尽管动产抵押查询越来越方便，但是动产种类繁多、交易量大，如果一般性地赋予动产交易当事人以登记查询义务，则查询动产登记状况就会成为人们日常生活的常态，虽然单次交易“动动手指”也许就能完成查询，但从整体上仍会降低动产交易的效率。而且，如果一般性地赋予动产交易人以查询登记的义务，则会抹杀动产与不动产的区别，从根本上动摇《民法典》设计的物权变动及其公示规则。第三，第 404 条一体适用于登记动产抵押和未登记动产抵押，不会抹杀登记抵押权和未登记抵押权的区别。第 404 条只是豁免了正常经营买受人查询登记的义务，非正常经营买受人仍然要查询登记，否则就要承受被抵押权追及的不利后果。因此，动产抵押登记在抵押物转让问题上仍有实际意义。况且，登记抵押权和未登记抵押权的区别主要是解决抵押权竞存问题，即已经登记的抵押权优先于未登记的抵押权（《民法典》第 414 条），而第 404 条主要解决抵押权与所有权的竞存问题，认为第 404 条抹杀了登记抵押权与未登记抵押权的区别，实质上是误读了动产抵押登记制度的主要功能。

综上，抵押物转让不仅会影响抵押权的行使，在动产抵押中甚至会导致抵押权的消灭，对抵押权的影响不可谓不大。第 406 条第 1 款第 3 句所谓的“抵押权不受影响”，更是对抵押权追及效力的郑重宣示，以及对抵押权人的好言抚慰，其裁判规范和行为规范功能不容高估。然而，法律不是空洞的口号，而是利益平衡的工具。为了弥补

① 参见王琦《论抵押财产转让对抵押权的影响——以《民法典》第 403、404、406 条的协调适用为视角》，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》2020 年第 5 期。

② 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典释义》（上），法律出版社 2020 年版，第 782 页。

抵押物转让可能给抵押权人造成的影响乃至损害,第406条提出了两项补救措施,既限制转让约款与一定条件下的价金物上代位请求权。

三、限制转让约定的性质和法律效力

第406条第1款在肯定抵押物转让的同时,规定当事人另有约定的从其约定。所谓“另有约定”,主要是限制抵押物转让而言。关于限制转让约定的法律效力,有两种不同认识。一种观点认为,限制转让约定分为两种:一是绝对限制,也就是约定禁止抵押物转让;二是相对限制,亦即抵押物转让需经抵押权人同意,未经同意不得转让。二者的主要区别是,对于绝对限制,抵押权人既没有同意转让的权利,也没有同意转让的义务,即只要抵押权人不同意,抵押物就无从转让。而在相对限制,抵押物转让对抵押权无害甚至有利的,抵押权人有同意的义务。可见,与绝对限制约定相比,相对限制约定对抵押物流通的限制要小。绝对限制约定有违财产自由流通原则,应属无效;而相对限制约定既没有完全否定抵押物流通自由,也有保护抵押权人的实质正当性,应属有效。^①另一种观点认为,既然《民法典》第406条明确规定当事人可以约定限制抵押财产转让,就应当不加区分地承认限制转让约定的法律效力,无须区分绝对限制和相对限制。^②

笔者赞同第二种观点。第一,从法条文义解释的角度看,《民法典》第406条明确规定当事人有约定的从其约定,也就是说,当事人既有约定相对限制的自由,也有约定绝对限制的自由,解释上没有否认绝对限制约定效力的空间。第二,从合同文义解释角度看,当事人约定禁止转让抵押物,但抵押权人事后同意转让的,抵押人仍然可以转让,此与相对限制约定在构造上并无本质区别。第三,从目的解释角度看,为达到促进抵押物流通的目的,既然在相对限制约定中可以超越约定文义解释出抵押权人无害转让的同意义务,那么基于相同的目的,绝对限制约定中也可以解释出抵押权人无害转让的同意义务。第四,从法律效果看,即便认为绝对限制约定无效的学者也承认,无效的绝对限制约定根据法律行为效力转换原理也可以转化为有效的相对限制约定,倘使如此,区分绝对限制约定和相对限制约定便不具有实益。

限制转让约定在抵押权人和抵押人之间形成债的关系,抵押人违反约定转让抵押物的,应当承担债务不履行责任,固无疑问,但限制转让约定能否约束抵押物受让人,存在着不同的认识。通常认为,限制转让约定与抵押权密切相关,应当赋予其登记能力。

^① 参见常鹏翱:《限制抵押财产转让约定的法律效果》,载《中外法学》2021年第3期。

^② 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(上),法律出版社2020年版,第787-788页。



限制转让约定登记的,产生对抗效力,抵押物转让未经抵押权人同意,不发生物权效力。^①限制转让约定未登记的,其效力如何,有两种不同观点。一种观点认为,合同具有相对性,未经登记,仅能约束抵押人和抵押权人,不能对抗受让人,包括善意受让人。^②另一种观点认为,未登记的限制转让约定不得对抗善意受让人,但能对抗恶意受让人。^③

笔者赞同第二种观点。第一,合同具有相对性,原则上仅能约束当事人双方,但限制转让约定作为与抵押权保护密切相关、具有涉他性质的合同,其能否约束受让人,还应当考察立法目的、结合不同情形作出具体分析,不能妄断。《民法典》亦不乏当事人约定可对抗第三人之规定。如第 545 条第 2 款规定,当事人约定非金钱债权不得转让的,不得对抗善意第三人,言下之意是可对抗恶意第三人,即为适例。第二,限制转让约定限制了抵押人的处分权,抵押人转让抵押物的,可参照适用无权处分的有关规定。根据《民法典》第 311 条规定,无权处分的,除善意取得外,所有权人有权追回,亦即不发生物权效力。第三,限制转让约定登记的,可以对抗第三人,实质上蕴含着恶意不受保护的价值导向。在未登记条件下,亦应当坚持善意受保护、恶意不受保护,如此才能保持价值判断上的一致性。第四,法乃衡平之术,第 406 条通过一系列复杂安排,大体上兼顾了抵押权保护与抵押物流通自由,在抵押权人、抵押人、受让人之间维持了微妙的均衡。在抵押人背信弃义转让抵押物而受让人又为恶意时,此种平衡被人为打破,此时法律的天平必须向抵押权人倾斜,才能使失衡的天平重新恢复平衡。此际,抵押权人虽然可以通过物上追及或者价金物上代位保存抵押权,但抵押人既然违反约定转让抵押物,其大抵也不会通知抵押权人抵押物转让的事实,价金物上代位有“无物可代”的风险;恶意受让人明知限制转让约定仍然受让抵押物,抵押权人将来行使追及权亦难保无“无物可追”之虞,远没有在抵押物转让之时就否认其效力、当场追回来得酣畅淋漓。综上,赋予限制转让约定对抗恶意受让人效力仍有现实必要性。但必须申明的是,根据第 404 条之规定,动产抵押不得对抗正常经营买受人,附属于动产抵押的限制转让约定当然亦不能对抗之,亦即不论限制转让约定是否办理登记,也不论正常经营买受人是善意抑或恶意,转让均属有效,且受让人取得无抵押权负担的所有权。

限制转让约定已登记或虽未登记但受让人为恶意的,抵押物转让不发生物权变动效力,但转让合同并不因此而无效,受让人可以请求抵押人继续履行,也可以主张债务不履行责任。此外,根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第 43 条第 2 款之规定,受让人可以行使涤除权以补足物权变动效

① 参见王利明《民法典 抵押物转让规则新解》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2020 年第 6 期;常鹏翱:《限制抵押财产转让约定的法律效果》,载《中外法学》2021 年第 3 期。

② 参见常鹏翱:《限制抵押财产转让约定的法律效果》,载《中外法学》2021 年第 3 期。

③ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(上),法律出版社 2020 年版,第 788 页;《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》第 43 条。

力瑕疵,亦即通过代替债务人清偿债务消灭抵押权,取得无负担的抵押物所有权。受让人为善意,或者是正常经营动产买受人的,抵押物转让发生物权变动效力,此时抵押权人的救济途径有三:其一,违反限制转让约定转让抵押物的,应当认为构成对抵押权的损害,抵押权人可依据第406条第2款请求就转让所得价款提前清偿债务或提存。其二,若受让人对限制转让约定为善意,但对物上抵押权负担知情的,取得有抵押权负担的所有权,抵押权人可以对其行使追及权。受让人对限制转让约定为善意、对抵押权存在亦不知情时,或者受让人为正常经营动产买受人时,抵押权及限制转让约定不得对抗买受人,买受人取得无负担所有权,抵押权既已消灭,当然不得追及。其三,抵押权人主张价金物上代位抑或物上追及的,可同时就转让造成的损害向抵押人主张债务不履行责任,也可单独主张债务不履行责任。

四、价金物上代位的适用条件和法律效果

《民法典》第406条第2款第2句规定,抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的,可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。首先需要辨别的是,第406条第2款是否为价金物上代位之规定。第一种观点认为,第406条第2款实质上是在抵押权之外,使抵押物转让款也负载了担保的作用,抵押权人可就转让款优先受偿,^①故其实质上是关于价金物上代位的规定。第二种观点认为,根据第406条第2款第2句,抵押人转让抵押物可能损害抵押权时,抵押权人仅能请求抵押人将所得价款用于提前清偿债务或者提存,并未规定对价款享有优先受偿权。就此而言,本条未承认价金代位制度。^②笔者赞同第一种观点。从表述上看,《民法典》第406条第2款第2句和第3句采用了与《物权法》第191条第1款相同的表述方式,而根据权威观点,后者是关于价金物上代位的规定。^③否认价金物上代位的上述观点认为追及效力足以保护抵押权人利益,故一般无需价金物上代位之保护。^④但需看到的是,第406条第2款要解决的恰恰是追及效力失灵时抵押权的保护问题。如果抵押物转让有导致抵押权消灭或者追而不及之虞,抵押权人又不能就转让款优先受偿,则抵押权事实上沦为普通债权,抵押权人难免遭受不测之损害。此时只有赋予抵押权价金物上代位效力,才能将对抵押权的保护提升到相当于转让前的水平。综上,笔者认为,第406条第2款实为价金物上代位之规定,且赋予了抵押权人在抵押财产转让可能损

① 参见常鹏翱:《限制抵押财产转让约定的法律效果》,载《中外法学》2021年第3期。

② 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第1093页。

③ 参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第418页;最高人民法院物权法研究小组编著:《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572页。

④ 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第1093页。



害抵押权时行使追及权和价金物上代位的选择权。

价金物上代位以抵押权人知悉抵押物转让事实为前提,故第406条第2款第1句规定,抵押物转让的,抵押人应当及时通知抵押权人。抵押人怠于通知的,是否发生转让的效力,仅靠文义解释不能得出妥当的结论。《担保法》第49条之所以规定抵押物转让未通知抵押权人转让行为无效,是因为《担保法》上的抵押物转让规则舍追及主义而取价金物上代位主义,抵押物转让导致抵押权消灭,对抵押权人利益影响甚巨,故而立法上有意加重抵押人怠于通知的责任。况且彼时抵押物主要限于不动产和特殊动产,抵押权登记的公示力较强,抵押物受让人应当知悉受让财产负担抵押的事实,抵押物转让不通知无效规则不至对受让人造成不测之损害,且能够倒逼抵押人和受让人及时通知抵押权人抵押物转让的事实。但在《民法典》语境下,抵押物范围扩及一切法律上不加禁止的财产,在动产抵押中,受让人很可能不知道受让财产负担抵押权的事实,不通知转让无效规则势必危及交易安全。况且,追及主义的采行已经大大缓和了怠于通知的危害后果,故多数观点认为抵押人怠于通知的,不影响抵押物转让的效力。^①抵押人怠于履行通知义务造成抵押权损害的,抵押人应当承担损害赔偿责任。关于承担损害赔偿责任的依据,一种观点认为,未履行通知义务违反了抵押合同的约定,在抵押合同项下构成违约,抵押权人可根据约定或者法律规定请求抵押人承担违约责任。^②即便当事人在抵押合同中约定,但通知义务构成抵押合同的附随义务,违反通知义务自应承担违约责任。另外,通知义务是《民法典》规定的法定义务,抵押人违反通知义务造成抵押权损害的,抵押权人亦可依据侵权责任的有关规定主张损害赔偿责任。

《民法典》第406条既已一般性地复活抵押权的追及效力,旋即压缩价金物上代位的适用范围,此即第406条第2款第2句之规定,抵押权人仅在能够证明抵押物转让可能损害抵押权时,方可请求抵押人将转让所得价款提前清偿债务或者提存。所谓“可能损害抵押权”,不外乎以下三种情形:一是转让可能导致抵押物价值贬损,比如抵押物需要较高的专业维护能力,而受让人不具备此种能力;又如转让后用途发生变化,导致抵押物贬损率大大提高。二是转让可能增加抵押权实现的困难,比如动产抵押物转让后导致追及的难度加大。三是转让可能导致抵押权消灭,比如动产抵押物转让给正常经营买受人。抵押人违反禁止转让特约转让抵押物的,也可以认为构成对抵押权的损害。^③此处“可能损害抵押权”需由抵押权人承担证明责任,因“可能损害抵押权”的待证事实大多发生在将来,抵押物转让之时举证难度较大,而在很多情况下价金物上代位又实为保护抵押权所必需,且一般情况下价金物上代位对各方当事人

① 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(上),法律出版社2020年版,第788页;最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第1093页。

② 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第1093页。

③ 参见王利明《民法典 抵押物转让规则新解》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2020年第6期。

有利无害,故对证明标准的要求不宜过高,以适度扩大价金物上代位的适用范围。

根据第406条第2款第2句,在抵押物转让可能损害抵押权时,抵押权人享有追及权和价金物上代位的选择权,即他可以选择就转让所得价款提前清偿债务或者提存,也可以选择为实现抵押权的条件成就时追及抵押物所在实现抵押权。有疑问的是,抵押物转让所得价款不足以清偿全部债务的,抵押权人能否继续行使追及权?一种观点认为,如抵押权人通过物上代位不能实现全部受偿的情况下,在承认转让价金物上代位性的前提下,应赋予抵押权人于将来就债权未实现部分行使追及权的期待权。^①不承认价金物上代位的观点亦认为,提前清偿债务或者提存的只能是主债务,而非担保债务。如果转让所得价款超过主债权数额,则主债权消灭;如果转让所得价款不足的,则主债务部分消灭。根据抵押权的不可分性,已经受偿的债权尽管已经消灭,但抵押物的范围并不作相应缩减,而是仍以全部的抵押物担保剩余的债权。^②笔者不赞同这种观点。第一,《民法典》第406条第2款第2句、第3句脱胎于《物权法》第191条第1款,而后者实为价金物上代位的规范表达,立法者的目的是通过价金物上代位消除该财产上的抵押权,使得买受人取得没有物上负担的财产,不再发生物上追及的问题。^③第406条第2款第3句亦应作此理解,即如果抵押人为债务人以外的第三人时,抵押人不再承担责任,剩余未清偿的债权由债务人偿还。^④第二,抵押权是对抵押物交换价值的支配权,而转让款即为抵押物交换价值的实现形式,抵押权人接受转让款后,抵押权即因获得实现而归于消灭,此时如果再行使物上追及权,抵押权人将获得双重担保利益。比如,以价值100万的房屋担保200万元债权,是为不足额担保,如果抵押权人就转让款100万元提前受偿,嗣后再追及抵押房屋就剩余100万元债权实现抵押权,则不足额担保就成了足额担保。综上,物上追及和物上代位只能择一行使,不能同时主张。

若抵押人以明显不合理低价转让抵押物,影响价金物上代位的,抵押权人保护途径有三:其一,买受人不能获得《民法典》第404条之正常经营买受人规则保护,抵押权人可以行使追及权。其二,物上追及也不能确保抵押权无虞的,抵押权人可以通过行使《民法典》第539条规定的撤销权来保全抵押权。其三,抵押人以明显不合理低价转让抵押物又难以追及的,实为对抵押权人之抵押物交换价值支配权之侵害,抵押权人可以请求损害赔偿,恶意受让人应承担共同侵权责任。因抵押人不因抵押权设立丧失抵押物所有权,抵押物升值利益首先应归抵押人所有,抵押权人虽然可因抵押物升值而获得利益,但此所谓升值利益期待权实未上升到受法律保护的程度,故抵押权人可基于抵押物升值利益期待权就价金代位未受清偿部分行使追及权的观点,不足为训。

(责任编辑:杨军)

① 参见梁上上、贝金欣:《抵押物转让中的利益衡量与制度设计》,载《法学研究》2005年第4期。

② 参见最高人民法院民法典贯彻实施工作领导小组主编:《中华人民共和国民法典物权编理解与适用》(下),人民法院出版社2020年版,第1094-1095页。

③ 参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第418页。

④ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典释义》(上),法律出版社2020年版,第788页。



关于建设用地使用权出让合同的若干问题

王永起 柴华^{*}

内容摘要：建设用地使用权出让制度，是我国贯彻保护和合理使用土地基本国策的重要法律制度，《民法典》沿袭了《土地管理法》《城市房地产管理法》《物权法》等法律法规中建设用地使用权出让的规定，为建设用地使用权出让制度提供了坚实的法律依据，但《民法典》物权篇未能就建设用地使用权出让制度作出进一步的拓展规定，合同编也未体现对建设用地使用权出让合同的规范或者细化，因此，探讨建设用地使用权出让合同的争议和处理原则仍具有重要的司法实践意义。通过对建设用地使用权出让合同的法律性质、效力认定、合同解除以及国家收回建设用地使用权四个方面进行分析，为司法实践中处理建设用地使用权出让合同纠纷提供参考。

关键词：建设用地使用权出让合同；法律性质；效力认定；合同解除；国家收回建设用地使用权

中图分类号：DF525 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)05-056-076

自二十世纪八十年代创设建设用地使用权出让制度，我国先后出台了许多法律法规、司法解释和政策用以规范国有建设用地使用权出让制度：1988 年修改的《宪法》和《土地管理法》以法律的形式将国有建设用地使用权出让制度固定下来；国务院 1990 年颁布的《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》（以下简称“国务院第 55 号令”），1994 年全国人大常委会制定的《城市房地产管理法》对国有建设用地使用权出让的条件、程序 and 法律责任等作了具体规定；2007 年《物权法》首次在民事基本法层面明确将建设用地使用权规定为一种用益物权。然而，伴随着我国市场经济结构调整的加快、土地制度改革的进一步深化以及房地产市场的发展，土地出让以及房地产开发经营行为发生了根本性变化，虽然总体上是健康的，但仍存在着不容忽视的问题。

^{*} 王永起，山东省高级人民法院审判监督三庭二级高级法官。柴华，山东省高级人民法院审判监督三庭二级法官助理。

题,特别是建设用地使用权出让市场中违法违规现象依然存在,这些现象反映到诉讼中,就形成了大量的建设用地使用权出让合同纠纷案件。虽然,最高人民法院于2005年6月18日颁布实施了《关于审理涉及国有土地使用权合同纠纷案件适用法律问题的解释》(法释〔2005〕5号)(以下简称《国有土地使用权合同纠纷案件司法解释》),为人民法院正确审理好建设用地使用权合同纠纷案件提供了明确具体的裁判依据,《民法典》也沿袭了《物权法》中建设用地使用权的规定,确定了建设用地使用权的物权属性,为保障建设用地使用权人的物权提供了坚实的法律依据。但不可否认的是,《民法典》物权篇仅维持了2007年《物权法》现状,新增的部分条款并未涉及建设用地使用权出让合同相关的内容,合同编也未体现对建设用地使用权出让合同的规范或者细化。因此,司法实践中关于建设用地使用权出让合同仍存在许多问题和争议需要进一步探讨。

一、建设用地使用权出让合同的法律性质

《国有土地使用权合同纠纷案件司法解释》第1条规定:“本解释所称的土地使用权出让合同,是指市、县人民政府土地管理部门作为出让方将国有土地使用权在一定年限内让与受让方,受让方支付土地使用权出让金的协议。”该条司法解释开宗明义地对国有建设用地使用权出让合同进行定义性解释,明确了建设用地使用权出让合同的出让主体和出让合同的标的物。但对于建设用地使用权出让合同的法律性质问题,《民法典》《城市房地产管理法》和最高人民法院司法解释均语焉不详,导致该问题长期以来在理论界和实务界一直存有争议,主要原因是由我国独特的土地所有制制度和土地管理体制引致的。

(一) 建设用地使用权出让合同是民事合同还是行政合同

根据我国现行土地管理法律法规的规定,能够出让的土地是国家所有的,国家及其授权的各级政府土地管理部门既是土地所有权人,是建设用地使用权出让合同的当事人,具有特殊的民事主体身份,又是土地开发利用的管理者,代表国家意志在土地的开发利用中行使行政管理职责。出让方拥有的所有者和管理者这种特有的双重人格,造成理论界和实务界对建设用地使用权出让合同的法律性质产生了截然不同的见解,概括起来大致有以下观点:第一种观点认为建设用地使用权出让合同属于行政合同,即国有建设用地使用权出让是一种行政行为。主要理由是,判断行政合同有三项标准:一是合同中居主导地位的当事人,必须是代表公共利益的行政机关;二是合同的目的在于实现行政管理和公共利益的目标;三是在合同权利义务的配置上,行政机关保留了某些权力,如监督甚至指挥合同的履行、单方变更合同的内容、认定对方违法并予以制裁。依此三项标准,国有建设用地使用权出让合同属于行政合同。^①国有土地使用

^① 参见梁慧星主编:《从近代民法到现代民法》,中国法制出版社2000年版,第221页。



权出让合同是管理和特许使用国有土地使用权行为的方式,是政府机关履行国有土地管理行政职能,实现国有土地合理高效使用的有效途径,是依据行政管理法规,在协商的基础上订立的明确政府和使用人之间权利义务关系的协议。^①该观点认为,从土地使用权的出让主体来看,土地出让人和受让人之间是管理与被管理的关系;从土地使用权出让金来看,它不是土地使用权的商品价格,而是一种管理手段;从解决争议的措施来看,出让人可以直接根据法律规定采取单方措施,如收回土地使用权等,因此,土地使用权出让为一种行政行为。^②第二种观点认为建设用地使用权出让合同法律关系具有双重性质,既具有民事法律性质,又具有行政法律性质。^③即从实然状态来分析,国有建设用地使用权是具有行政合同和民事合同双重性质的“混合合同”。第三种观点认为建设用地使用权出让合同属于民事合同,主要理由是,国家虽是主权的代表,但在建设用地使用权出让的法律关系中,并不以政权者的身份出现,而是以土地所有者的身份出现。作为土地所有者,国家的法律地位与建设用地使用权人的法律地位完全平等,建设用地使用权出让合同的订立应遵循平等、自愿、有偿的原则,国家不能表现其对建设用地使用权受让方的优越地位,合同内容必须是双方真实意愿的表达。^④

作为我国土地管理的行政主管部门对建设用地使用权出让合同的法律性质也未给出明确答案。原国家土地管理局《关于执行〈城市房地产管理法〉和国务院55号令有关问题的批复》第7条规定:“关于土地管理部门与受让方订立出让合同是作为行政行为还是民事行为,土地管理部门依出让合同承担的违约赔偿责任是行政责任还是民事责任的问题,是对法律的进一步界定,根据全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》规定,此类问题应由全国人大常委会解释。”但时至今日,全国人大常委会尚未对此问题作出解释。《物权法》实施后,由我国立法机关编写的《物权法释义》中将建设用地使用权出让合同解释为民事合同。^⑤由此明确了立法者对于建设用地使用权出让合同法律性质的界定。

在司法实务层面,对国有建设用地使用权出让合同的性质也是认识不一。^⑥最高人民法院(2016)最高法民终822号民事调解书认为,建设用地使用权出让合同是出让方为实现社会公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他社会组织协商订立的,具有行政法上权利义务内容的行政协议。最高人民法院发布的第76号指导案例的裁判理由也明确国土局代表国家与受让人签订的国有土地使用权出让合同系行政协议。《最高人民法院关于审理行政协议案件若干问题的规定》

① 参见杨科雄:《国有土地使用权出让合同属于行政协议》,载《人民法院报》2017年2月8日,第6版。

② 参见周岩、金心:《土地转让中的法律问题》,中国政法大学出版社1990年版,第110-112页。

③ 参见赵红梅:《房地产法论》,中国政法大学出版社1995年版,第103页。

④ 参见王学福、黄明川:《土地法的理论和实践》,人民日报出版社1991年版,第220-221页。

⑤ 参见胡康生主编:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第315页。

⑥ 参见江必新:《行政审判中的立案问题研究》,载《法律适用》2018年第3期。

第2条规定,公民、法人或者其他组织就下列行政协议提起行政诉讼的,人民法院应当依法受理:(三)矿业权等国有自然资源使用权出让协议。该司法解释虽未明示国有建设用地使用权出让合同属于行政协议,但国有土地属于国家所有的自然资源,与矿产自然资源具有相同属性,而且依据《城市房地产管理法》第8条的规定,国有土地资源应属于行政许可法第12条规定的有限自然资源的开发范畴,即行政特许事项。政府代表国家出让土地均需通过招标、拍卖、挂牌方式选择土地使用者,土地出让合同签订过程本身就是行政特许行为,包含了公权力要素的作用,故应将建设用地使用权出让合同定性为行政协议。

理论和实务上对建设用地使用权出让合同法律性质的存疑,直接导致司法实践的矛盾和混乱,如建设用地使用权出让合同纠纷究竟属于民事案件还是行政案件,适用民事诉讼程序还是适用行政诉讼程序,不仅在理论界一直存有争论,而且在法院内设的民事审判庭和行政审判庭之间亦争论不休。此外,对国有建设用地使用权出让合同性质的认定不同,决定了合同当事人的法律地位和行使权利的方式以及违反合同应承担的法律责任。因此,对建设用地使用权出让合同的法律性质迫切需要在理论和实务上加以厘清。

《国有土地使用权合同纠纷案件司法解释》虽未明确规定国有建设用地使用权出让合同的法律性质,但仔细解读该解释的规定,显然倾向于建设用地使用权出让合同是民事合同的观点,^①主要理由是:第一,国家以土地所有权人的身份出让其所有的土地时,其法律地位是一种特殊的民事主体,与土地使用者的法律地位完全平等,订立建设用地使用权出让合同亦要遵循平等、自愿、等价有偿的原则,合同内容必须是当事人双方真实的意思表示,因此,出让合同是平等民事主体之间的一种民事法律行为。正如有学者所言:“国家以特殊的民事主体身份广泛参与民事活动,是客观存在的事实,而国家参与民事活动的前提是主体或者行政权与所有权发生分离,如果国家仍然以主权者的身份参与民事活动,则根本不可能形成合同关系。”^②第二,从我国土地供应制度改革的背景来分析,将土地的计划供给改革为土地的有偿使用,是为了适应我国建立社会主义市场经济体制的需要,是为了适应建立和完善房地产市场的需要,而市场经济中商品交易的原则是合同自由和意思自治,订立建设用地使用权出让合同是房地产市场发展的必然结果。在建设用地使用权出让中,如果过分强调国家在土地供应中的行政管理职能,必然影响公平、公正的市场交易秩序,有悖于市场经济的发展规律。第三,国有建设用地使用权是国家土地所有权派生出来的一种用益物权,而该物权的创设是国家作为土地所有权人将土地所有权的一部分权能分离出来在一定期限

① 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《国有土地使用权合同纠纷司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2005年版,第26页。

② 王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社1998年版,第592-593页。



内让与给土地使用者而形成的。在创设物权的法律行为中，国家及其土地管理部门是以土地所有权人的身份出现的，是代表国家对土地所有权进行处分，并非以土地管理者的身份出现，即不是代表国家行使土地的管理权和控制权。建设用地使用权所具有的物权属性，决定了国家在出让建设用地使用权时必须以土地所有人的身份，必须将土地出让行为作为平等主体之间合意创设物权的行为。如果国家以土地管理者的身份出让建设用地使用权，建设用地使用权就成为出让人单方意志摆布的权利，丧失其物权效力，背离了《民法典》的基本原则。第四，将建设用地使用权出让合同归属于行政合同没有法律依据，《民法典》明确地将国有建设用地使用权出让合同作为创设用益物权的合同加以规定，反映出立法者倾向将建设用地使用权出让合同作为民事合同的本意。至于国家根据社会公共利益的需要采取的依法提前收回土地，或者对建设用地使用权出让期限届满、闲置的土地依法无偿收回等行政措施，是国家在建设用地使用权出让合同以外依法行使对土地利用的监督管理职权，这也是国家所具有的双重身份的具体体现，与建设用地使用权出让合同本身没有必然联系。第五，《民法典》明确规定，设立建设用地使用权必须订立建设用地使用权出让合同，《民法典》作为民事基本法规定建设用地使用权出让合同，就已表明建设用地使用权出让合同是受民法所调整的民事合同。第六，在司法实践中，建设用地使用权出让合同纠纷一直作为民事案件予以受理，参加诉讼的政府土地管理部门亦不抗辩此类纠纷属于行政诉讼的范畴，实践也证明将建设用地使用权出让合同纠纷作为民事案件受理更有利于保护国家在土地上的合法权益，更有利于规范土地出让人和受让人之间的权利义务关系。由此可见，国有建设用地使用权的行政许可属性反映了传统计划经济和管制经济的特点，片面突出了公权力对私权利的优势地位，显然是不符合市场经济的发展规律，而建设用地使用权出让合同的民事合同性质则体现了国家公权力对土地资源配置的优化，有利于实现土地效益的最大化，代表了国家双重角色的分离和权利本位思想在中国的兴起，代表了我国土地制度发展的方向。经过十几年来不断探索和实践，特别是《物权法》颁布之后，建设用地使用权出让合同属于民事合同已成为当前理论界和实务界的通说，而且司法审判工作中，建设用地使用权出让合同纠纷案件亦一直作为人民法院受理的民事案件。

建设用地使用权出让合同属于何种性质的民事合同，《国有土地使用权合同纠纷案件司法解释》的规定语焉不详，是属于建设用地使用权买卖合同，抑或属于建设用地使用权租赁合同。有学者认为，建设用地使用权出让合同既不是买卖合同，因为买卖是出卖人转让标的物所有权的处分行为，在建设用地使用权出让合同中，国家作为土地所有权人显然不是将建设用地的所有权转让给土地使用者，同时建设用地使用权出让合同也不是租赁合同，因为出租是转移占有权、使用权和收益权，租赁权在法律性质上属于债权而不是物权。国家出让建设用地使用权属于设立物权的行为，在法律

上产生物权的法律后果,具有对世效力。^①笔者认为,仅就建设用地使用权出让合同的债权属性而言,国有建设用地使用权出让合同本质上是土地使用权的一种租赁合同,因为,我国国有建设用地使用权出让制度本身是借鉴了香港地区的土地批租制度而进行顶层设计的,这就使得国有建设用地使用权出让制度本身隐含了土地租赁的法律属性。此外,从出让人和受让人之间的权利义务关系而言,国家作为土地的所有权人在一定期限内将土地的占有、使用、收益的权利让与给土地使用者,土地使用者交纳的土地出让金实质上是土地的租金。国家控制土地的所有权,使用人取得土地的使用权,取得使用权的对价就是支付出让金,即租赁建设用地使用权的租金。

(二) 建设用地使用权出让中土地管理部门行使行政权力的性质

如何看待土地行政主管部门在建设用地使用权出让中依法享有的行政职权是审理国有建设用地使用权出让合同纠纷中遇到的突出问题,换言之,土地行政主管部门作为建设用地使用权出让合同的出让人在合同履行中实施的行为是履行合同行为,还是依法行使行政权力的行为,往往令法官难以甄别,困惑不解,这是由我国现行的土地管理和供应制度以及国有建设用地使用权出让合同的特殊性决定的。

土地行政主管部门在建设用地使用权出让中仍依法享有行政权力,如监督土地使用者按照出让合同的约定用途使用土地;土地使用者未按照合同约定开发利用土地的,出让人有权根据情节给予警告、罚款;特殊情况下根据社会公共利益的需要收回建设用地使用权等。^②但由于我国现行法律对土地行政主管部门在建设用地使用权出让中享有行政权力的性质并无明确界定,致使实践中土地行政主管部门的出让合同主体和行政执法主体身份经常混同,土地行政主管部门常以行使法律赋予的行政权力为由,违反出让合同的约定,影响了国有建设用地使用权出让合同的正常履行,因此,准确界定土地行政主管部门在建设用地使用权出让中的行政权力的性质对于维护建设用地使用权出让市场的交易秩序具有重要意义。

土地行政主管部门代表国家与土地使用者依法订立建设用地使用权出让合同后,出让人按照合同约定的期限和要求将土地交付土地使用者后,土地使用者即获得具有房地产性质的建设用地使用权,该建设用地使用权具有绝对性,出让人不得干预土地使用者行使建设用地使用权,因此,土地行政主管部门在出让合同中的主要义务就是向受让方交付出让合同约定的土地,并办理相关的登记手续。但建设用地使用权设立后,国家为了确保土地使用者按照合同的约定开发利用土地,有权以行政执法主体的身份加强对土地使用情况的监管,对于土地使用者违反法律规定或者合同约定而使用土地的,有权采取相应的行政处罚措施。为此,有学者认为,土地行政主管部门代表

^① 参见浦杰:《房地产开放法律实务与理论研究》,法律出版社2007年版,第46页。

^② 参见国务院《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第17、18条。



国家对土地使用者使用土地的情况进行监管本质上是国家行使其土地所有权的表现。^①

如果将土地行政主管部门依法享有的行政权力作为合同内容规定在合同中,即涉及行政权力的民事化问题。王利明教授认为:“即使认为出让人的权利具有某些行政性质,一旦规定在合同中,便成为合同的内容。”^②也就是说,如果将出让人在建设用地使用权出让中依法享有的行政权力规定在出让合同中,该行政权力的性质就发生了变化,行政权力转化为合同内容,具有民事权利的性质,土地行政主管部门行使行政权力既来源于法律的直接规定,亦来源于合同的约定。

二、建设用地使用权出让合同的效力认定问题

最高人民法院《关于当前形势下进一步做好房地产纠纷案件审判工作的指导意见》(法发〔2009〕42号)第1条指出,切实依法维护国有土地使用权出让市场。要依照《民法典》《合同法》《城市房地产管理法》等法律及《国有土地使用权合同纠纷案件司法解释》的规定,尽可能维持土地使用权出让合同的效力,依法保护守约方的合法权益,促进土地使用权出让市场的平稳发展。国有建设用地使用权出让合同属于民事合同,合同效力的认定应当符合合同法的规定,也就是说,只要国家或者国家授权的土地管理部门与土地使用者订立的建设用地使用权出让合同不具有《合同法》第52条规定的无效合同的情形,即为有效合同。换言之,建设用地使用权出让合同应当符合法律规定的主体资格要件、意思表示要件和合法性要件,才是合法有效的。

(一) 建设用地使用权出让合同主体资格对合同效力的影响

对于受让方的资格问题,《民法典》《城市房地产管理法》等调整建设用地使用权出让合同关系的法律、行政法规对建设用地使用权出让合同受让方的资格条件没有明确的限制性规定,因此,不论法人组织、其他组织还是自然人均可以作为建设用地使用权出让合同的受让方。

对于出让方的资格问题,按照我国的土地所有制制度,国有土地的所有权人是国家,而国家本身是一个抽象的概念,实际代表国家行使土地所有权的是各级人民政府设立的土地管理部门,因此,土地管理部门代表国家行使土地出让的权利,并非物权法律意义上的出让主体,而是国家的授权代理人。依照《城市房地产管理法》第1、15条和国务院《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第11条的规定,建设用地使用权出让合同由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者订立,即只有市、县人民政府土地管理部门享有代表国家行使土地出让权,并与土地使用者订立建设用地使用权出让合同的权利。省级人民政府土地管理部门、市辖区人民政府土地管理部门

① 参见孙宪忠:《国有建设用地使用权财产论》,中国社会科学出版社1993年版,第57页。

② 王利明:《物权法论》,中国政法大学出版社1998年版,第595页。

均无权代表国家与土地使用者订立建设用地使用权出让合同,不享有订立建设用地使用权出让合同的合法主体资格。

司法实践中还有一种情况,市、县人民政府设立的开发区管理委员会与受让人订立的国有建设用地使用权出让合同,此类合同效力应如何认定,《城市房地产管理法》和国务院《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》均未涉及,理论界和实务界亦对此存在不同的见解。国家土地管理部门为维护建设用地使用权出让市场秩序,规范建设用地使用权出让行为,坚持主张开发区管理委员会不享有代表国家出让土地的权利,所订立的建设用地使用权出让合同应认定无效。^①为配合国家开展的土地市场清理整顿工作,加大土地管理部门对土地市场的管理力度,《国有土地使用权合同纠纷案件司法解释》对开发区管理委员会作为土地出让人与土地使用者订立的建设用地使用权出让合同的效力认定作出了明确规定:“开发区管理委员会作为出让方与受让方订立的建设用地使用权出让合同,起诉前经市、县人民政府土地管理部门追认的,可以认定合同有效。”

依照该解释的规定,首先,开发区管理委员会作为出让方与受让方签订的建设用地使用权出让合同应当认定无效。开发区管理委员会不是法定的出让建设用地使用权的职能部门,也无权代表市、县人民政府行使出让土地的职权,也就不具备订立建设用地使用权出让合同的法定主体资格,因此,其以出让方的名义与土地使用者订立的建设用地使用权出让合同是无效的。其次,考虑到开发区管理委员会出让土地权利的历史形成原因和我国目前土地市场的现实情况,司法解释依据合同效力补正理论,规定了相应的补救措施,即开发区管理委员会订立的建设用地使用权出让合同并非一概无效,只要起诉前经市、县人民政府土地管理部门追认的,可以认定合同有效,这样既可以有效地维护合同当事人特别是土地使用者的合法权益,也可以避免大量无效合同的出现,导致土地交易关系的混乱。但适用时应注意,市、县人民政府土地管理部门行使追认权的合同必须在起诉前,而且是司法解释实施(2005年8月1日)之前就已经订立的建设用地使用权出让合同,必须同时具备这两个条件,以开发区管理委员会作为出让方与土地使用者订立的建设用地使用权出让合同才能确认为有效,否则只具备其中一个条件,建设用地使用权出让合同依然为无效。之所以限制这两个条件,是因为随着国家土地市场清理整顿力度的加大,开发区管理委员会出让土地的问题基本消除,诉至法院的建设用地使用权出让合同纠纷多是历史遗留的一些问题,限制在起诉前主要是为了使合同所体现的法律关系处于恒定状态,有利于人民法院作出实体处理。

(二) 建设用地使用权出让方式对合同效力的影响

依照《城市房地产管理法》第13条和国务院《城镇国有土地使用权出让和转让

^① 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《国有土地使用权合同纠纷司法解释的理解与适用》,人民法院出版社2005年版,第31-32页。



暂行条例》第13条的规定，建设用地使用权出让采取招标、拍卖和协议的方式，即招标、拍卖和协议是出让建设用地使用权的三种法定方式。2002年5月9日国土资源部发布的第11号令《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》（自2002年7月1日起施行）第4条规定：“商业、旅游、娱乐和商品住宅等各类经营性用地，必须以招标、拍卖或者挂牌方式出让。”该规章突破了城市房地产管理法的规定，明确排除了商业、旅游、娱乐和商品住宅等各类经营性建设用地可以采用协议方式出让。《物权法》延续了上述部门规章的规定，第137条规定：“设立建设用地使用权，可以采取出让或者划拨等方式。工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。”明确将招标、拍卖和挂牌作为经营性建设用地使用权的法定出让方式。为规范建设用地使用权的出让行为，优化土地资源配置，国土资源部于2002年和2003年先后发布了《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》和《协议出让国有土地使用权规定》两个部门规章。《物权法》颁布实施后，国土资源部于2007年9月28日修订了《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》（国土资源部令第39号）。综合上述法律、行政法规和土地管理部门规章的规定，取得或者设立国有建设用地使用权采取出让和划拨两种方式，而出让建设用地使用权采取招标、拍卖、挂牌或者协议方式，其中经营性或者同一土地有两个以上意向用地者的建设用地使用权出让应采取招标、拍卖或者挂牌的方式，禁止以协议方式出让经营性建设用地使用权。《民法典》同样沿袭了《土地管理法》《城市房地产管理法》《物权法》，第347条规定：“设立建设用地使用权，可以采取出让或者划拨等方式。工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让。”从上述规定可以看出我国建设用地使用权出让方式的发展脉络，即自国务院第55号令至国土资源部第11号令，这一阶段我国主要采取以协议出让为主，招标、拍卖出让为辅的建设用地使用权出让方式；国土资源部令第11号施行后，即2002年7月1日之后，我国国有建设用地使用权的出让方式逐步演变为以招标、拍卖、挂牌出让为主，以协议出让为辅。

对于出让方式是否影响建设用地使用权出让合同的效力，《国有土地使用权合同纠纷案件司法解释》未予明确。该问题涉及到对《民法典》、国土资源部门规章中强制性规定性质的认识问题。笔者认为，应当从两个层面予以分析判断。

第一，国家调整经营性建设用地使用权出让方式的政策前后，出让方式是否影响建设用地使用权出让合同的效力问题。国土资源部《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》自2002年7月1日施行之后，对于经营性建设用地的出让禁止采取协议方式，嗣后以协议出让方式订立的经营性建设用地使用权出让合同是否应认定无效呢？对此司法实践中具有不同的意见。一种意见认为，根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第4条的规定，国土资源部发布的《招标

拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》属于行政规章,该规章中规定的经营性建设用地必须采取招标拍卖挂牌的出让方式,不属于法律、行政法规的效力性强制性规定,不是认定建设用地使用权出让合同效力的依据,而且国土资源部的规章与城市房地产管理法的规定相悖,在《城市房地产管理法》未修改的情况下,协议仍是建设用地使用权出让的一种法定方式,因此,以协议方式出让建设用地使用权订立的合同不能据此认定无效。另一种意见认为,尽管国土资源部发布的《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》不能直接作为认定协议方式出让建设用地使用权合同效力的依据,但该规章属于国家政策的范畴,且有利于维护国家利益和社会公共利益,在现行法律对经营性建设用地采取的出让方式未明确规定的情况下,应当按照国家政策确认以协议方式订立的建设用地使用权出让合同的效力。对此,最高人民法院的态度是,对于2002年7月1日以后当事人双方订立的经营性建设用地出让合同采用的是协议方式,没有采取招标、拍卖、挂牌方式,这类合同的效力如何?该合同能否实际履行?能否解除?国务院下发的有关规范整顿土地出让市场秩序的通知以及国务院有关部委颁发的有关配套规定等规范性文件规定,在2002年7月1日前未经市、县人民政府前置审批或者签订书面项目开发协议而在此后出让经营性建设用地的,应当按照有关规定改为以招标、拍卖或者挂牌方式出让。这些规范性文件属于国家政策。这就涉及如何处理法律和国家政策的关系问题。关于合同的效力,《合同法》只是规定违反法律、行政法规的强制性规定的合同无效,并没有规定违反国家政策的规定无效,因此,无论在2002年7月1日前这类合同是否经过市、县人民政府前置审批,是否订立书面项目开发协议,这类合同的效力都不应当因为国家政策受到影响。但是,如果这类合同在2002年7月1日前未经市、县人民政府前置审批或者订立书面项目开发协议,根据国家政策,如果这类合同事实上已经无法履行的,应该允许解除。^①

对出让方式是否影响经营性建设用地使用权出让合同的效力问题,司法实践中一般参照最高人民法院的上述会议精神予以认定,即对于2002年7月1日国土资源部《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》实施以后以协议出让方式订立的经营性建设用地使用权出让合同,因违反了国家整顿土地出让市场政策的规定,可能损害国家利益和社会公共利益,应认定协议方式订立的经营性建设用地使用权出让合同无效。但各地规定不属于经营性建设用地范围的建设用地使用权出让合同的效力不受出让方式的限制。对于国土资源部规章实施之前以协议方式订立的经营性建设用地使用权出让合同,其效力原则上不受国家政策的影响,但由于此种建设用地使用权出让合同未获得市、县人民政府的前置审批,合同难以继续履行,多数情况下按照解除予以处理。

第二,《物权法》颁布实施之后,出让方式是否影响建设用地使用权出让合同的

^① 参见最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》(总第30集),法律出版社2007年版,第58页。



效力问题。《物权法》第137条将国土资源部的政策规定提升为法律规定，在民事基本法的层面明确规定经营性建设用地或者同一土地有两个以上意向用地者必须采取招标、拍卖或者挂牌等公开竞价的出让方式，严禁采取协议方式出让经营性建设用地使用权。对《物权法》的该条规定，司法实践中有意见认为，应属于效力性强制性规定，经营性建设用地或者同一土地有两个以上意向用地者未采取招标、拍卖或者挂牌等公开竞价出让方式订立的经营性或者非经营性建设用地使用权出让合同，因违反了《物权法》的效力性强制性规定应认定无效。^①笔者认为，国有建设用地的用途非常广泛，现行立法和政策规定采用招标拍卖挂牌等公开竞价方式出让的建设用地仅限经营性建设用地和同一土地有两个以上意向用地者两种情形，其他建设用地仍可以采用《城市房地产管理法》规定的协议方式出让，因此，司法实践中，对于出让方式是否影响建设用地使用权出让合同的效力，关键是准确判定经营性建设用地和两个以上意向用地者使用建设用地的范围和界限。对于两个以上意向用地者竞争取得建设用地的，《物权法》未明确出让的土地是经营性建设用地，也就是说，不论经营性建设用地，还是非经营性建设用地，只要同一块土地有两个以上意向用地者，必须采用招标拍卖挂牌等出让方式。此种情形下的建设用地使用权出让，采用协议方式是不可能的，因为国家土地行政主管部门既是国有土地的管理者，又是建设用地使用权出让合同的当事人，对于同一块土地有两个以上意向用地者的情形，不会违法采用协议形式出让建设用地使用权，因此，对此种情形下订立的建设用地使用权出让合同，法院一般不会审查出让方式对合同效力的影响。对于经营性建设用地未采用招标拍卖挂牌方式出让所订立的建设用地使用权出让合同是否应当否定其效力，笔者认为，从合同违反《物权法》的效力性强制性规定而言，应当否定合同效力，但实践中往往很难判断和认定，一是何谓经营性建设用地，国家并无具体划定。《物权法》虽明确工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅用地属于经营性建设用地，但上述用地是否都属于经营性建设用地的范围，尚需要进一步界定，如2007年9月28日国土资源部发布的《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》规定采矿用地不属于经营性建设用地。二是根据我国的土地用途管制制度，建设用地的用途都是政府规划行政主管部门规划确定的，尽管属于工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅用地，但规划未确定该地块是经营性建设用地，即使当事人采用协议方式，也不宜否定建设用地使用权出让合同的效力。三是不论经营性建设用地，还是非经营性建设用地，目前均采用招标拍卖挂牌等方式出让，协议出让方式非常鲜见。总之，国土资源部《招标拍卖挂牌出让国有土地使用权规定》，特别是《物权法》实施后，因出让方式引起的建设用地使用权出让合同纠纷比较少见，司法实践中，法院一般不会主动审查出让方式是否符合法律的强制性规定。

^① 参见杨永清：《物权法与民事审判》，载最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》（第31集），法律出版社2007年版，第126页。

从司法审判的角度来看,对经营性建设用地或者同一土地有两个以上意向用地者违反《物权法》第137条的规定,未采取招标、拍卖或者挂牌等法定出让方式订立建设用地使用权出让合同的,应认定无效不存疑义,但实践中遇到的问题是,政府土地行政主管部门和土地使用者违反《物权法》或者国家政策的强制性规定订立建设用地使用权出让合同被确认无效后,如果土地使用者尚未投资建设,合同被确认无效后相对比较容易处理;如果土地使用者已经在出让的土地上进行了大量投资,建造了建筑物、构筑物及其附属设施,则合同被确认无效后的处理难度比较大。如果依照《合同法》第58条规定的无效合同的处理原则处理,则不仅使得国家和土地使用者损失比较大,而且不利于房地产市场的稳定。因此,司法实践中,一般根据出让土地开发建设的情况酌情处理,尽量通过效力补正的方式维持建设用地使用权出让合同的效力。

三、建设用地使用权出让合同解除后的处理原则

国有建设用地使用权出让合同纠纷在人民法院审理的国有建设用地使用权出让合同纠纷中占有较大的比例,约占全部纠纷案件的60%。造成国有建设用地使用权出让合同解除的原因主要有:一是出让人和受让方具有根本违约行为,如土地使用者不按照合同约定的时间和要求支付建设用地使用权出让价款导致出让人行使合同解除权;出让人因未办理建设用地使用权出让审批手续而造成无法向土地使用者交付土地导致土地使用者行使合同解除权;土地使用者擅自变更建设用地使用权出让合同约定的土地用途导致出让人行使合同解除权等。二是不可抗力,如因地震、战争、政府行为等造成建设用地使用权出让合同不能继续履行而解除合同。三是国家因社会公共利益需要以及根据国民经济和社会发展的需要调整土地利用总体规划而依法收回国有建设用地使用权;四是建设用地使用权出让合同约定的土地使用年限届满而终止。

《民法典》《城市房地产管理法》和国务院《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》以及国家土地行政主管部门发布的行政规章对建设用地使用权出让合同解除的规定付之阙如,鉴于国有建设用地使用权出让合同具有民事合同的性质,因此,出让人或者受让方行使合同解除权,解除建设用地使用权出让合同应当符合《合同法》关于合同解除的相关规定。《国有土地使用权合同纠纷案件司法解释》第3、4、6条对国有建设用地使用权出让合同的解除问题作了原则规定,弥补了我国现行土地管理立法的不足。

(一) 出让人未办理建设用地使用权出让批准手续的合同解除问题

为加强对土地资源的管理,优化土地资源配置,维护国家利益和社会公共利益,我国法律对建设用地使用权的出让问题规定了严格的条件和审批手续。如《城市房地产管理法》第11条规定:“县级以上地方人民政府出让土地使用权用于房地产开发的,须根据省级以上人民政府下达的控制指标拟订年度出让土地使用权总面积方案,按照



国务院规定,报国务院或者省级人民政府批准。”第12条规定:“土地使用权出让,由市、县人民政府有计划、有步骤地进行。出让的每幅地块、用途、年限和其他条件,由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划、建设、房产管理部门共同拟订方案,按照国务院规定,报经有批准权的人民政府批准后,由市、县人民政府土地管理部门实施。”

出让建设用地使用权未按照法律规定办理出让审批手续是否影响国有建设用地使用权出让合同的效力,一直是司法实践中的一个敏感问题。学界认识和实务中的做法不尽一致,我国现行法律、行政法规亦未有明确规定。有学者认为《城市房地产管理法》第11、12条的规定属于强行性规范,但它是出让人在出让土地时的禁止性规范,因此,从本质上讲,未办理出让批准手续订立的出让合同应属于无效合同,而不是可以解除的合同。^①分歧主要在于《城市房地产管理法》第11、12条规定的法律规范的性质,即该规定是管理性强制性规定,还是效力性强制性规定,如果理解该规定主要侧重于管理和规范土地使用权的出让,而不具有规制民事法律行为的目的,则依照最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(二)》的规定,不影响国有建设用地使用权出让合同的效力。反之如果将建设用地使用权出让批准手续理解为出让人与受让方订立出让合同的法定条件,未办理出让批准手续直接影响所订立建设用地使用权出让合同的法律效力,则应认定建设用地使用权出让合同归于无效。

《国有土地使用权合同纠纷案件司法解释》第4条规定:“土地使用权出让合同的出让方因未办理土地使用权出让批准手续而不能交付土地,受让方请求解除合同的,应予支持。”据此规定,司法解释未将出让土地批准行为的性质界定为建设用地使用权出让合同有效的必要条件,由此肯定了未办理建设用地使用权出让批准手续所订立的建设用地使用权出让合同的效力。司法解释的规定比较符合司法实践的基本认知,主要理由是:一是市场经济条件下,维护市场交易关系的稳定和安全是民事立法和司法的基本价值取向,不过多干预当事人的意思自治,尽量减少无效合同的适用范围是现行民事立法和司法一贯坚持的重要指导思想,司法解释的规定因应了民事立法和民事司法审判的发展趋向,顺应了社会主义市场经济发展的必然要求。二是法律规定建设用地使用权出让应当办理审批手续,主要意旨是国家加强对土地资源的有效配置,促进土地资源的合理利用,防止因无序出让建设用地使用权而扰乱国家的土地利用总体规划,因此,城市房地产管理法的规定主要还是侧重于对建设用地使用权出让的管理和规范,而非规制当事人之间实施的民事法律行为,因此,《城市房地产管理法》第11、12条规定应属于管理性强制性规定,承认未办理建设用地使用权出让批准手续所订立的出让合同效力符合城市房地产管理法的立法精神。三是出让人出让建设用地使用权未办理批准手续,建设用地使用权不可能出让,主要涉及出让合同的成

① 参见蒲杰:《房地产开发法律实务与理论研究》,法律出版社2007年版,第87页。

立问题,即建设用地使用权未经批准不得出让,出让人与受让方之间也不可能订立出让合同。如果出让合同已经依法成立,出让人或者受让方不得以建设用地使用权出让未办理批准手续为由主张合同无效。四是建设用地使用权出让未办理相关的批准手续,直接的法律后果是出让人无法交付出让的土地,也就无法实现创设建设用地使用权的合同目的,而建设用地使用权出让合同是取得土地使用权的原因关系和基础关系,依照《民法典》规定的物权变动的原因和结果相区分的原则,建设用地使用权不能设立并不影响创设物权合同的效力。

建设用地使用权出让合同依法生效后,出让人将建设用地使用权交付给受让方是其负有的主要合同义务。建设用地使用权出让未办理批准手续,出让人就不可能将建设用地交付给建设用地使用者,应视为履行不能,依据《合同法》的规定,构成合同解除的法定条件和事由。由于出让人不能交付建设用地,致使订立合同的目的难以实现,因此,受让方依法有权行使合同解除权,并有权请求出让人承担违约损害赔偿责任。由于建设用地使用权未经批准不能履行交付建设用地的义务是出让人的过错,因此,只有受让方才享有解除出让合同的权利,出让方不能据此请求解除合同,即排除了出让人享有的合同解除权。

(二) 受让方改变建设用地使用权出让合同约定建设用地用途的合同解除问题

《民法典》第350条规定:“建设用地使用权人应当合理利用土地,不得改变土地用途;需要改变土地用途的,应当依法经有关行政主管部门批准。”国务院《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》第17条规定:“土地使用者应当按照土地使用权出让合同的规定和城市规划的要求,开发、利用、经营土地。未按合同规定的期限和条件开发、利用土地的,市、县人民政府土地管理部门应当予以纠正,并根据情节可以给予警告、罚款直至无偿收回土地使用权的处罚。”我国现行土地管理法律始终将土地的合理利用作为立法的指导思想,并作为基本国策纳入法律规定之中。《民法典》在确定建设用地使用权人权利义务的同时,重申了我国现行合理利用土地和土地用途管制的土地政策,为保障土地这种有限自然资源的可持续利用提供了明确的法律依据。如果土地使用者违反法律和建设用地使用权出让合同的约定,擅自改变土地用途的,出让人以受让方的行为构成根本违约为由,有权请求行使合同解除权。为此,《国有土地使用权合同纠纷案件司法解释》第6条明确规定:“受让方擅自改变土地使用权出让合同约定的土地用途,出让方请求解除合同的,应予支持。”司法解释规定的意图在于通过裁判手段确保国家土地法律、法规 and 政策的贯彻实施,缓解土地数量的有限性与土地需求的无限性之间的矛盾,切实保护国家有限的土地资源,稳定农用地的保有量。十分珍惜、合理利用每寸土地和切实保护耕地是我国的基本国策,也是人民法院房地产案件审判工作中必须坚持的重要指导原则。

如果土地使用者确实需要改变出让合同约定的土地用途,必须按照《城市房地



产管理法》第18条的规定，征得国土资源主管部门和规划行政主管部门的同意，并与出让人订立建设用地使用权出让合同变更协议或者重新订立建设用地使用权出让合同。土地使用者违反法律规定，擅自改变土地用途，构成根本违约，出让人可以根据合同法的规定行使合同解除权。实务中有观点认为，由于土地的用途管理和规划管理分别隶属于不同的行政主管部门，如果土地使用者取得土地使用权后经过规划部门同意或者批准，可以改变土地用途。笔者不完全赞同这种观点，如前所述，土地使用权出让合同属于民事合同，土地使用者改变土地用途性质上是一种变更合同的行为，必须按照合同法的规定与出让人，即土地管理部门协商一致，或者征得土地管理部门同意或批准，土地受让人征得规划部门同意或批准，不能当然发生土地使用权合同变更的法律效果，因此，土地受让人要变更土地用途，既要与土地管理部门达成变更合同的合意，又要征得规划部门的审批同意，否则变更土地用途是违法无效的。

如何理解受让方擅自改变建设用地使用权出让合同约定的土地用途，法律法规和司法解释未明确，实践中一般需要根据合同的具体内容加以判断，主要看合同约定的土地用途是否具体明确。如出让合同约定出让的土地地块要建设商品住宅，如果受让方未建设商品住宅，而建设经营性酒店，与合同约定不符，即视为受让方擅自改变土地用途。如合同仅约定土地用途为商业用地，不论受让方建设商场还是建设酒店或者建设娱乐城，均不能认定受让方擅自改变合同约定的土地用途。总之，受让方是否擅自改变土地用途，关键取决于当事人在出让合同中的约定是否明确具体，而不论受让方改变土地用途是否具有合理性，同时也无需对出让合同中约定的土地用途的合理性进行审查。司法实践中需要注意的是，只有建设用地使用权出让合同的出让人才可以针对受让方擅自变更土地用途的违约行为行使合同解除权，如果出让人在受让人取得土地使用权后，变更了合同约定的土地用途，受让方不能依据《国有土地使用权合同纠纷案件司法解释》第6条的规定行使合同解除权，这是因为出让人除具有土地使用权出让合同的主体身份外，还兼具代表国家管理土地的权力，其有权根据经济社会发展及城乡建设规划的需要，合理调整出让土地的用途，这是土地管理部门行使法定职权的需要，因此，出让人变更土地用途的，受让人无权请求解除合同，但实践中由于土地管理部门变更土地用途后，必然会对出让人和受让人之间的权利义务产生影响，进而影响受让人受让取得土地使用权的目的，再继续履行土地使用权合同可能对土地使用者变得没有任何意义，所以，在土地管理部门决定变更土地用途后，双方一般会协商解除土地使用权出让合同。

（三）受让方未按照合同约定支付出让金的合同解除问题

《城市房地产管理法》第16条规定：“土地使用者必须按照出让合同约定，支付土地使用权出让金；未按照出让合同约定支付土地使用权出让金的，土地管理部门有权解除合同，并可以请求违约赔偿。”国务院《城镇国有土地使用权出让和转让暂行

条例》第14条规定:“土地使用者应当在签订土地使用权出让合同后六十日内,支付全部土地使用权出让金。逾期未全部支付的,出让方有权解除合同,并可请求违约赔偿。”司法实践中,因土地使用者不按照建设用地出让合同约定支付建设用地使用权出让金而发生的争议比较普遍,也是出让人请求解除建设用地使用权出让合同的主要事由。出让人和受让方订立国有建设用地使用权出让合同后,受让方按照出让合同约定支付土地出让金是其应负的主要合同义务,受让方不履行支付土地出让金的义务,构成根本违约,致使出让人订立建设用地使用权出让合同的目的不能实现,出让人有权依据合同法的规定和合同约定行使合同解除权,解除建设用地使用权出让合同。

实践中需要注意的问题:1. 国务院第55号令第14条规定,订立国有土地使用权出让合同后60日内,受让方应当向出让人支付土地出让金,但建设用地使用权出让实践中,出让人和受让方订立的建设用地使用权出让合同中约定的土地出让金支付期限多数未按该规定执行,合同中约定受让方支付土地出让金的期限普遍比较长,有的长达一年以上。此种情形下,如果受让方未按照法律规定的期限支付土地出让金是否构成根本违约,出让人是否有权行使合同解除权,当事人各方争议比较大,如果受让方未按照法律规定的期限支付土地出让金,认定构成根本违约,则会导致大量的土地使用权出让合同被解除,不利于建设用地使用权出让市场的稳定,因此,实务中一般做法是按照建设用地使用权出让合同约定的支付土地出让金的期限认定受让方未支付土地出让金的行为是否构成根本违约,并据此确定出让人是否有权行使合同解除权,解除建设用地使用权出让合同。2. 受让方未按照出让合同约定支付出让金是否支持出让人解除合同的诉讼请求,应当根据建设用地使用权出让合同的履行情况予以处理,如果出让人已经将土地交付给受让方,受让方已经取得国有建设用地使用权证,并且实际开发利用了土地,而受让方仅欠付少部分土地出让金的,可以责令受让方承担继续履行、支付违约金或者赔偿损失的违约责任,不宜支持出让人解除建设用地使用权出让合同的诉求。

四、国家收回建设用地使用权的性质和处理原则

《民法典》第358条规定:“建设用地使用权期限届满前,因公共利益需要提前收回该土地的,应当依据本法第二百四十三条的规定对该土地上的房屋以及其他不动产给予补偿,并退还相应的出让金。”《城市房地产管理法》第20条规定:“国家对土地使用者依法取得的土地使用权,在出让合同约定的使用年限届满前不收回;在特殊情况下,根据社会公共利益的需要,可以依照法律程序提前收回,并根据土地使用者使用土地的实际年限和开发土地的实际情况给予相应的补偿。”第26条规定:“以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的,必须按照土地使用权出让合同约定的土地用



途、动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满 1 年未动工开发的，可以征收相当于土地使用权出让金 20% 以下的土地闲置费；满 2 年未动工开发的，可以无偿收回土地使用权……”《土地管理法》第 58 条也作了类似规定。依据上述法律规定，国家无偿收回国有建设用地使用权主要有两种情形：一是土地使用者未按照建设用地使用权出让合同约定的期限和用途开发利用土地，造成土地长期闲置的，作为出让人的市县人民政府有权依照法律规定或者合同约定收回建设用地使用权；二是出让入因社会公共利益需要而行使国家公权力收回建设用地使用权。司法实践中，对于政府或者国土资源行政主管部门因满足社会公共利益的需要而提前收回建设用地使用权的法律性质存疑较少，而对于土地使用者未按照建设用地使用权出让合同的约定开发利用土地无偿收回建设用地使用权的法律性质则争议比较大，下文主要针对后者进行讨论分析。

（一）国家收回建设用地使用权的法律性质

出让人和受让方订立建设用地使用权出让合同后，受让方应当按照出让合同约定的期限和条件履行合同约定的开发利用土地的义务。如果受让方未按照合同约定履行开发利用土地的义务，不仅构成根本违约，也无法实现国家订立出让合同出让建设用地使用权，合理开发利用土地资源的目的，为此，国家土地行政主管部门有权依照法律规定采取无偿收回建设用地使用权的措施对受让方闲置和浪费土地资源的行为予以制裁。

对土地使用者未按照建设用地使用权出让合同约定的期限和条件开发利用土地，国家无偿收回建设用地使用权的法律性质，《民法典》《城市房地产管理法》等法律、行政法规未明确规定，理论界和实务界一直存在着较大的争论。主要争点在于国家是以平等民事主体的身份还是以行政管理者的身份收回建设用地使用权，如果国家以平等民事主体的身份收回建设用地使用权，则法律性质是由于受让方违反了建设用地使用权出让合同的约定，构成根本违约而依据《合同法》第 94 条的规定行使合同解除权，通过收回建设用地使用权的方式解除建设用地使用权出让合同，此时国家收回建设用地使用权的行为属于民事行为；如果国家以行政管理者的身份收回建设用地使用权，则法律性质属于国家行使公权力对受让方违法行为的一种行政处罚措施。实践中由于国家拥有的民事主体身份和行政管理者身份往往发生混同，致使国家无偿收回建设用地使用权的性质和法律后果模糊不清。有观点认为，依照《城市房地产管理法》第 26 条和国务院第 55 号令第 17 条的规定，收回建设用地使用权具有明显的行政处罚性质。^①是国家土地行政主管部门根据法律规定或者合同约定对受让方未合理开发利用土地的行为采取的行政处罚措施，目的在于防止土地资源的闲置和浪费，提高土地资源的利

① 参见张庆华：《土地物权疑难法律问题解析》，法律出版社 2007 年版，第 165 页。

用效率,主要理由是,《城市房地产管理法》第26条和国务院第55号令第17条规定的“无偿收回土地使用权”是与警告、罚款等行政处罚措施并列规定的,警告、罚款是典型的行政处罚手段,而收回建设用地使用权亦应具有行政处罚决定的性质,而且原国家土地管理局《关于认定收回土地使用权行政决定法律性质的意见》也明确了此种情形下无偿收回建设用地使用权属于行政处罚决定。相反的观点认为,既然建设用地使用权出让合同属于民事合同,那么,国家收回建设用地使用权的行为只能是民事行为,而不能是行政处罚行为,其根据只能是建设用地使用权出让合同的约定。如果建设用地使用权出让合同对此没有约定,其根据就是《城市房地产管理法》第26条的规定。因为,民事合同的双方是平等的,不存在一方当事人处罚另一方当事人的问题。《城市房地产管理法》第26条规定的收回建设用地使用权的法律性质属于建设用地使用权人违约后,国家土地行政主管部门享有的合同权利,而非行政处罚决定。^①

笔者认为,国家因土地使用者未按照建设用地使用权出让合同约定的期限和条件开发利用土地而无偿收回建设用地使用权的法律性质不能一概而论,应根据国家无偿收回建设用地使用权行为的依据和手段以及建设用地使用权是否发生物权变动的效力予以确定,这是由国家在建设用地使用权出让合同中的双重身份决定的。国家无偿收回建设用地使用权,既是土地使用者具有未按照合同约定的期限和条件开发利用土地的违约行为应承担的违约责任,也是国家根据法律规定或者合同约定对受让方未合理开发利用土地的行为采取的行政处罚措施。如果国家无偿收回建设用地使用权的依据是建设用地使用权出让合同的约定,此时国家无偿收回建设用地使用权则是由于受让方的根本违约行为而行使的合同解除权,应依据《合同法》关于合同解除的相关规定予以处理。国土资源部发布的《闲置土地处置办法》第2条规定:“本办法所称闲置土地,是指土地使用者依法取得土地使用权后,未经原批准用地的人民政府同意,超过规定的期限未动工开发建设建设用地。”据此规定,在出让的建设用地使用权未发生物权变动的情况下,国家无偿收回建设用地使用权,实质上是行使合同解除权,与受让方解除建设用地使用权出让合同。实践中,因土地使用者未按照出让合同约定的期限和条件开发利用土地,出让人有权收回建设用地使用权的内容一般都规定在建设用地使用权出让合同中,国土资源部和国家工商行政管理局联合拟定的《国有建设用地使用权出让合同(示范文本)》也有类似的条款。此种情形下,无偿收回建设用地使用权是出让人享有的一项重要合同权利,出让合同是出让人收回建设用地使用权的基本依据,即所谓的“行政权力民事化”。如果国家无偿收回建设用地使用权的直接依据是法律和行政法规,则收回建设用地使用权属于土地行政主管部门行政执法的范畴,是国家作为土地的管理者对土地的开发利用行使监管权利的具体体现。土地使用者未

^① 参见杨永清:《物权法与民事审判》,载最高人民法院民事审判第一庭编:《民事审判指导与参考》,法律出版社2007年版,第124页。



按照建设用地使用权出让合同约定的期限和条件开发利用土地的，土地行政主管部门有权对土地使用者的违法行为采取收回建设用地使用权的处罚措施，此种情形下，国家无偿收回建设用地使用权属于具体行政行为。此外，建设用地使用权作为一种用益物权，在受让方依据建设用地使用权出让合同已经取得建设用地使用权的情形下，国家要收回闲置的建设用地，有批准权的人民政府显然无法行使合同解除权来剥夺土地使用者已经合法取得的物权，只有行使公权力消灭土地使用者已经实际取得的民事权利。

（二）国家收回建设用地使用权的处理原则

由于《国有土地使用权合同纠纷案件司法解释》对国家收回建设用地使用权的法律性质未明确规定，目前司法实务中倾向的意见是，国家无偿收回建设用地使用权，是依法行使国家公权力的表现形式，而非依合同法规定行使合同解除权的法律后果。国家无偿收回建设用地使用权发生的争议，不属于建设用地使用权出让合同履行中产生的纠纷，当事人可以通过行政诉讼解决争议。

实践中需要注意的是，第一，依照《城市房地产管理法》第26条的规定，土地使用者未按照出让合同的约定动工开发利用土地的，国家可以无偿收回建设用地使用权，并非强制性的必须收回建设用地使用权，如果采取法律规定的警告、罚款等行政处罚措施，可以有效制裁土地使用者闲置土地的行为，亦可以不采取无偿收回建设用地使用权的行政处罚措施。第二，国家无偿收回建设用地使用权的适用对象是土地使用者利用土地进行房地产开发的行为，即出让土地的用途是用于房地产开发经营，对于其他用途的出让土地，土地使用者未按照合同约定开发利用的，国家是否可以无偿收回建设用地使用权，《城市房地产管理法》和国务院第55号令语焉不详，一般理解，建设用地使用权出让合同约定的土地用途不是用于房地产开发的，国家不得无偿收回建设用地使用权。第三，国家无偿收回建设用地使用权的，是否要返还土地使用者缴纳的土地出让金以及赔偿土地使用者前期投入的费用。对此问题《城市房地产管理法》和国务院第55号令未明确规定，理论界和实务界存在着截然不同的见解。一种观点认为，无偿收回建设用地使用权实质上是一种行政没收行为，即对受让方已经缴纳的土地出让金，因其违法闲置和使用土地而予以没收，国家无需将出让金返还给受让方，这是从法律关于国家无偿收回建设用地使用权的规定中得出的必然逻辑结论。另一种观点认为，建设用地使用权出让合同因国家无偿收回建设用地使用权而终止，国家应当依照合同法的规定，返还受让方已经支付的土地出让金及其他投资。^①笔者赞同第二种意见，国家针对土地使用者闲置土地的行为采取无偿收回建设用地使用权的行政处罚措施，目的是确保土地资源的合理开发利用，因此，国家无偿收回建设用地使用

① 参见张庆华：《土地物权疑难法律问题解析》，法律出版社2007年版，第166—167页

权并非一种交易关系,建设用地使用权收回后无需支付或者赔偿因收回建设用地使用权给受让方造成的损失,但对于受让方已经支付的土地出让金,国家没有法律依据予以占有,在受让方丧失建设用地使用权后应当返还给受让方。国家无偿收回建设用地使用权是指国家收回建设用地使用权时无需支付对价,而对受让方已经缴纳的土地出让金应当返还,因为,受让方支付的出让金是其合法财产,不是违法所得,国家对此不能采取没收措施,归属国家所有。第四,国家无偿收回建设用地使用权时对受让方的地上建筑物、附着物是否应予补偿的问题。《城市房地产管理法》和国务院第55号令对该问题未规定。按照我国房地一体化的原则,国家无偿收回建设用地使用权后,地上建筑物、附着物的所有权也相应的转移给国家所有,尽管法律未明确规定是否给予补偿,但根据我国现行法律确定的原则,国家应当对征收的地上建筑物、附着物给予相应的补偿,但地上建筑物、附着物属于违法建筑的除外。

(三) 国家收回建设用地使用权与抵押权、司法权的冲突问题

依照《民法典》第353、395条的规定,建设用地使用权人有权抵押建设用地使用权。《城市房地产管理法》第48条也明确规定,以出让方式取得建设用地使用权可以设定抵押权。土地使用者依照出让合同取得建设用地使用权,并在建设用地使用权上设定了抵押权的,如果发生国家收回建设用地使用权的法定事由,国家收回建设用地使用权时就必然与土地使用者设定的抵押权发生冲突。其他民事主体因与土地使用者发生纠纷,申请法院对土地使用者的建设用地使用权采取查封等保全措施,查封期间发生国家收回建设用地使用权的法定事由,国家收回建设用地使用权时就必然与司法权发生冲突。国家收回建设用地使用权与抵押权、司法权发生冲突,其实质就是国家收回建设用地使用权的权利优先,还是设定在建设用地使用权上的抵押权、司法权优先的问题。该问题不仅具有重要的实务价值,而且亦具有重大的理论意义。

对于建设用地使用权已经设定抵押权的情况下,国家能否无偿收回建设用地使用权,目前学界存在两种截然不同的观点。一种观点认为,基于合同债权,国家可以无偿收回已设定抵押权的建设用地使用权。主要理由是,建设用地使用权归国家所有,无偿收回建设用地使用权是各级人民政府固有的权限。其作为国家的代表和土地行政管理者的双重身份,是从政府行政职能出发,进行土地行政管理,行使行政处罚权。同时无偿收回建设用地使用权也是国家作为土地所有者的合法民事权利,是国家以所有者的身份,通过行使合同债权的行为调节社会对土地的使用需要。因此,已设定抵押权的建设用地使用权不仅可以收回,其上所设定的抵押权自然随着灭失。^①也有观点认为,政府可以依据行政权力收回已设定抵押权的建设用地使用权,但抵押权并不因建设用地使用权收回而消灭。^②1993年1月20日原国家土地管理局批复给上海市土

① 参见蒋序刚:《无偿收回土地使用权的成立条件》,载《中国土地》2005年第2期。

② 参见张庆华:《土地物权疑难法律问题解析》,法律出版社2007年版,第168页。



地管理局的《关于对〈中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例〉第十七条有关内容请求解释的复函》(〔1993〕国土函字第15号)亦持相似的观点,认为抵押权附属于土地使用权,作为主权利的土地使用权因依法被收回,该土地使用权上设定的抵押权随之消灭。另一种观点认为,已设定抵押权的土地使用权不能收回,抵押权具有优先适用的效力。^①从司法审判的角度分析,笔者赞同第一种观点,抵押权是从属于建设用地使用权的担保物权,国家无偿收回建设用地使用权后,国家恢复行使土地的所有权,土地使用者所享有的建设用地使用权归于消灭,在主权利消灭的情况下,设定在建设用地使用权上的抵押权自然随之消灭。国家收回建设用地使用权,理论上是国家行使民事权利的体现,但最直接的后果是国家利用公权力强制消灭土地使用者享有的建设用地使用权。按照司法原则,在国家公权力介入民事领域的情况下,当事人的意思自治要受制于国家公权力,即公权力具有优先适用的效力,因此,国家收回建设用地使用权要优先于抵押权。国家收回建设用地使用权后,设定其上的抵押权不因建设用地使用权收回而消灭的观点具有一定的合理性,有利于保障抵押权人的利益,但实践中该观点不具有现实操作性,国家收回建设用地使用权后,即保留设定在其上的抵押权,所以抵押权亦无法实现。

对于建设用地使用权人因民事纠纷而被法院查封建设用地使用权,国家能否收回建设用地使用权,学界亦存在不同的意见。一种观点认为,行政权和司法权是并列的,不存在先后问题,即使是法院查封的建设用地使用权,只要符合法律规定或者合同约定,国家有权收回建设用地使用权。另一种观点认为,人民法院依法独立行使审判权,可以对行政机关的行政行为进行审查和监督,司法权优于行政权,因此,行政机关应当尊重人民法院的司法决定,不能收回已被人民法院查封的国有建设用地使用权。^②笔者赞同第二种观点,人民法院查封建设用地使用权不同于土地使用者在土地上设定的抵押权,它是人民法院依法采取的诉讼保全措施,是人民法院独立行使审判权的具体表现,具有国家的强制力,建设用地使用权在查封期间,未依照法定程序不得撤销。行政主管部门不得干预人民法院独立行使司法权,这是宪法原则,在人民法院尚未解除对建设用地使用权的查封措施的情况下,国家不得无偿收回已被查封的建设用地使用权。对此,国家土地行政主管部门的态度比较明确,国土资源部于1998年12月11日在《对收回被司法机关查封国有土地使用权问题的答复》中规定:“司法机关因债权债务纠纷而查封的土地必须是诉讼当事人合法拥有的土地。对于司法机关依法进行的查封,在查封期限内,人民政府不得收回国有土地使用权;查封结束后,则可依法收回国有土地使用权。”

(责任编辑:王文斌)

① 参见蒲杰:《房地产开发法律实务与理论研究》,法律出版社2007年版,第190页。

② 参见蒋序刚:《无偿收回土地使用权的成立条件》,载《中国土地》2005年第2期。

共同担保人相互追偿权解释论

谷昔伟 高小刚*

内容摘要:《民法典》第392条(原《物权法》第176条)规定了人保和物保并存时担保权的实现规则,根据全国人大法工委对《物权法》第176条的释义,该条未规定混合担保人之间的追偿权,实际上否定了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》第38条关于混合担保人之间可以相互追偿的规定,故该条不存在法律漏洞。基于《民法典》外在体系和内在体系的融贯性,物保人和保证人地位平等,担保人间相互追偿权要么采全面肯定说,要么采全面否定说,折中说导致准竞合式体系违反,不足采。新担保制度解释采担保人相互追偿权否定说,但对于在同一份合同书上签字、盖章或者按指印的,推定相互承担连带共同担保责任进而肯定相互追偿权,一定程度上缓和了否定说引发的道德风险和不效率。基于体系融贯的要求,应否定担保人基于《民法典》第524条第2款、第700条的法定债权转让、法定代位权变相取得相互追偿权。债权人在保证期间内向部分保证人主张权利的效力不及于其他保证人,无论保证人之间是否为连带责任关系。

关键词:民法典;担保人;追偿权;体系融贯性;涉他性

中图分类号:DF521 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2021)05-077-087

一、问题的提出

《民法典》第392条直接承继《物权法》第176条,规定了人保和物保并存时担保权的实现规则。根据全国人大法工委对该条的释义,第三人类型的担保人的法律地位互相独立、互不影响。当事人没有特别约定的,物上担保人与保证人内部不得追偿。^①

* 谷昔伟,江苏省南通市中级人民法院研究室副主任;高小刚,江苏省苏州市中级人民法院民二庭庭长。

① 参见胡康生:《中华人民共和国物权法释义》,法律出版社2007年版,第379页;王胜明:《中华人民共和国物权法解读权威读本》,中国法制出版社2007年版,第372页。



但是,我国《民法典》在物权编的抵押权章、合同编的保证合同章对共同抵押人、共同保证人之间的追偿权问题,并未明确,再次引发了对担保人之间追偿权问题的争议。有观点认为,混合担保人之间不能相互追偿,但是共同抵押人、共同保证人之间可以相互追偿。^①但根据最高法院《九民纪要》的意见,无论是混合担保人还是共同抵押人、共同保证人之间,均不可以相互追偿。^②

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)第13条规定,未约定相互追偿或连带共同担保的担保人之间不得追偿,但在同一份合同书上签字、盖章或者按指印的,推定具有相互追偿的默示意思表示。同时,第14条规定,担保人通过受让债权请求其他担保人承担担保责任的,认定为承担担保责任,即担保人不得以受让债权变相取得追偿权。但在新司法解释实施后,部分学者从解释论角度论证追偿权肯定说。有观点认为,肯定追偿权契合意思自治,亦符合效率,通过对《民法典》第700条的目的解释可以证立共同保证人之间可以相互追偿,进而类推混合担保人之间可以相互追偿。^③也有观点认为,共同保证为连带责任,适用《民法典》第519条连带责任追偿规则。^④

二、担保人相互追偿权的外在体系与内在体系解释

(一) 民法典外在体系与内在体系的融贯

《民法典》的编纂彰显了外在体系和内在体系的高度融贯,因此,通过特定的编纂技术将上述两个体系融贯为一个价值理念统一的整体具有极端重要的意义。^⑤对《民法典》条文的适用也应遵循体系融贯性的解释规则。依据融贯性理论,外在体系的一致性解释应当服膺于内在价值的融贯性。当代法学无时无刻不在践行体系化的思维方式,法律规则存在于特定的规范脉络中,多数规则相互之间必须逻辑一致、相互协调,以避免导致相互矛盾的判决。^⑥

外在体系是依形式逻辑规则建构的抽象概念体系,内在体系是由一般法律原则构成的体系。^⑦而追求外在体系的一致性为民法典编纂的最初理念。^⑧但是,从概念法学

① 参见崔建远:《混合共同担保人相互间无追偿权论》,载《法学研究》2020年第1期;崔建远:《补论混合共同担保人相互间不享有追偿权》,载《清华法学》2021年第1期。

② 参见最高人民法院民二庭编著:《全国法院民商事审判工作会议纪要 理解和适用》,人民法院出版社2019年版,第352-353页。

③ 参见贺剑:《担保人内部追偿权之向死而生——一个法律和经济分析》,载《中外法学》2021年第1期。

④ 参见杨代雄:《〈民法典〉共同担保人相互追偿权解释论》,载《法学》2021年第5期。

⑤ 参见方新军:《融贯民法典外在体系和内在体系的编纂技术》,载《法制与社会发展》2019年第2期。

⑥ 参见卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,黄家镇译,商务印书馆2020年版,第166页。

⑦ 参见【德】卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第318、355页。

⑧ 参见方新军:《内在体系外显与民法典体系融贯性的实现——对〈民法总则〉基本原则规定的评论》,载《中外法学》2017年第3期。

向利益法学再到价值法学的转向过程中,外在体系的形式一致性只是法典编纂的技术性要求,而外在体系的概念和规则背后的价值理念越来越受到重视。为避免被注入法律概念中的价值受到忽略或扭曲,价值法学特别推崇内在体系的建构。

与外在体系相对的是,内在体系的建构特别凸显存在于法律规定中的法律思想、法律原则、功能性概念以及类型。^①在此背景下,彰显内在体系的法律原则被规定于法典中。以一般原则为内容的民法典内在体系的价值开始凸显,以原则的分层、列举和具体化为特征的内在体系的编纂技术开始出现。

外在体系一般通过提取公因式的方法在法律概念之间建立起抽象与具体、属与种等形式逻辑关系,如“物权”这一属概念之下又可以分为“所有权”和“他物权”(用益物权、担保物权)这两个种概念等。而内在体系是指法律规范蕴涵的价值秩序,一般通过法律原则体现。我国《民法典》第4条到第9条将法律原则外显化,并作为贯穿整部法典的价值理念。不同的法律规范之间(外在体系)最终通过法律原则和价值理念(内在体系)予以正当化、一体化,避免彼此之间的矛盾。从功能主义的视角来看,法律体系的融贯性越强,其可接受性就越强,与其相关的理由和论证(废止)被推翻的可能性就越低。^②

(二) 担保人相互追偿权的外在体系解释

1. 从肯定到否定——混合担保人追偿权的形式变迁。在实施法律解释之际,借助体系概念可以把握全体与部分之间的关系。将个别法律适用语作为整个体系的一部分,将其置于整个法律中,甚至整个法秩序的意义关联中来理解。我国《担保法》第12条规定,同一债务有两个以上保证人的,保证人应当按照保证合同约定的保证份额,承担保证责任。没有约定保证份额的,保证人承担连带责任,债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任,保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人,有权向债务人追偿,或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。

根据该条以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》(以下简称《担保法解释》)第19条、第20条规定,共同保证人之间系法定连带责任关系,基于连带关系,共同保证人之间可以相互追偿。同时,《担保法解释》第38条规定了混合担保人之间可以相互追偿,而旧《担保法解释》第75条规定了共同抵押人之间可以相互追偿。即在《物权法》出台之前,我国法律及司法解释对担保人之间的追偿权问题采全面肯定说,所有的担保人之间都有权相互追偿,无需约定或基于共同的意思联络。

^① 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(第五版),法律出版社2007年版,第618页。

^② 参见孙跃:《论民商事裁判中基于融贯论的体系解释——以金融机构股权代持合同效力判定为例》,载《广西社会科学》2019年第5期。



《物权法》出台后,该法第176条仅规定混合担保人承担担保责任后,可以向债务人追偿,但并未规定是否可以向其他担保人追偿。有观点认为,该条实际上并未禁止混合担保人之间的追偿权,存在法律漏洞,应当继续适用《担保法解释》第38条的规定。^①当然,根据全国人大法工委的解释,《物权法》第176条未规定担保人之间的追偿权实际上就是为了否定混合担保人之间追偿的可能性。

此次《民法典》编纂中曾经尝试在混合共同担保的多个保证人之间引入追偿权,但最终综合考虑,仍然延续了混合共同担保人之间没有追偿权的规定。第699条也否认了无意思联络的共同保证人之间的追偿权。但第700条“享有债权人对债务人的权利”可以有两种解释,一是明确该条未赋予担保人之间的追偿权,因为该表述并非“取得债权人的地位”,即实质上并非法定代位权;二是规定代位权适用的场景。从代位求偿权的角度间接证立混合担保人之间的追偿权。学理上,混合担保人相互追偿权的证立确有法理依据,但人大法工委的释义已经明确否定混合担保人之间的相互追偿权,学者的论证仅具有理论上的参考意义。^②《民法典》第392条直接承继《物权法》第176条,从外在体系上,应当否定了混合担保人之间的追偿权,学者基于内在体系的价值判断证立相互追偿权的正当性不足。

2. 司法实践中的观点转向。在《九民纪要》出台之前,司法实践中大多数判决支持担保人之间的追偿权。如在“上诉人顾正康与被上诉人汇城公司、原审被告荣华公司、华泰龙公司、钱云富追偿权纠纷案”,法院认为,法律尤其是《物权法》并无关于禁止承担担保责任的担保人请求其他担保人承担清偿责任的规定,混合担保的担保人之间可互有清偿请求权的制度设置更符合公平原则和诚实信用原则等债法基本规则。^③应当说,从最高法院到地方法院,支持担保人之间相互追偿的判决非常普遍,该观点也是理论界和司法实务中的主流观点。但允许追偿的观点实际上不符合《物权法》第176条的立法原意。

《九民纪要》明确否定了担保人之间的追偿权,^④司法实践中开始转向全面否定说。如在“原告程龙与被告南京拓祥油品销售有限公司、唐志祥、石军、李莉追偿权纠纷案”中,法院认为,担保法司法解释第38条明确规定,混合担保中承担了担保责任的担保人可以要求其他担保人清偿其应当分担的份额,但《物权法》第176条并未作

① 参见黄忠:《混合共同担保之内部追偿权的证立及其展开——物权法第176条的解释论》,载《中外法学》2015年第4期。采该观点的学者还有高圣平教授、程啸教授。

② 尽管相当学者认为人大法工委的释义并非立法解释,也有学者认为即便人大法工委的释义可以代表立法机关的态度,但该释义针对《物权法》第176条,并不是对《民法典》第392条的解释。但实际上,最新的民法典释义依然采取否定说的观点。

③ 参见上诉人顾正康与被上诉人汇城公司、原审被告荣华公司、华泰龙公司、钱云富追偿权纠纷案,湖北省高级人民法院(2014)鄂民二终字第00078号民事判决书。

④ 参见最高人民法院民事审判第二庭编著:《全国法院民商事审判工作会议纪要 理解与适用》,人民法院出版社2019年版,第352页。

出类似规定,故混合担保中承担了担保责任的担保人只能向债务人追偿,无权向其他担保人追偿,而共同保证人的追偿情况与此一致,本案中原告程龙仅能向债务人追偿,无权向其他担保人追偿。^①

3. 共同保证人、共同抵押人相互追偿权的外在形式解释。《担保法》第12条以及《担保法解释》第19条、20条肯定了共同保证人之间为连带债务人,相互之间可以追偿;《担保法解释》第75条肯定了共同抵押人之间可以相互追偿。即便在《物权法》出台后,由于该法第176条仅否定混合担保人之间的追偿权,那么,从外在体系上分析,共同保证人、共同抵押人之间的相互追偿问题应当继续适用《担保法》及《担保法解释》的规定,即仍然采肯定说立场。即便是《民法典》出台,共同保证人、共同抵押人之间依然可以相互追偿。^②但随着新担保制度解释的出台,该观点并未被最高法院采纳。

(三) 担保人相互追偿的内在体系解释

依据价值法学的观点,基于内在体系的法律解释就是在明确法律规范旨趣的前提下,分析其背后存在的评价,从目的论的视角,作出符合民法体系的法律解释。^③在解释一条法律规范时,应尽可能使其不致与更高位阶的规范发生逻辑上的抵触。^④从内在体系的平等原则分析,保证人和物保人之间并无实质性区别,《民法典》第392条(《物权法》第176条)回避混合担保人之间的追偿权问题而对此予以间接否定。该条明确除债务人自身提供的物保外(实则基于效率的考虑)物保和人保具有平等性。即物保和人保本质上都是以担保人的责任财产为债权人实现债权提供保障,相互之间并无实质性区别。

人保和物保的区别在于债权人实现担保债权时,对物保人提供的责任财产享有优先受偿权,但该区别不影响保证人和物保人的平等性。正因为物保和人保的平等地位,在《物权法》未实施前,《担保法解释》对混合担保人、共同保证人、共同抵押人之间的追偿权均予认可,即采全面肯定说,符合内在体系的融贯性。但《物权法》实施后,混合担保人相互追偿权被明确否定,对于共同保证人、共同抵押人之间的追偿权问题,如继续适用《担保法》及《担保法解释》的规定,则内在价值上与《物权法》第176条相抵触,不具有正当性。担保人之间地位平等性的证立将在下文具体论述。

三、担保人之相互追偿权全面否定说的融贯性分析

融贯性与一致性有所区别,在一系列任意规则之间即使没有任何相互抵触的内容,

① 参见原告程龙与被告南京拓祥油品销售有限公司、唐志祥、石军、李莉追偿权纠纷案,江苏省南京市栖霞区人民法院(2019)苏0113民初4645号民事判决书。

② 参见崔建远:《混合共同担保人相互间无追偿权论》,载《法学研究》2020年第1期。

③ 参见顾祝轩:《体系概念史——欧陆民法典编纂何以可能》,法律出版社2019年版,第191页。

④ 参见【德】齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第76页。



但是当它们被集合起来的时候也未必体现某种明晰可见的价值倾向,一致性并不构成融贯性的充分条件。^①比如担保人追偿权折中说观点中,混合担保人之间不可互相追偿,共同保证人、共同抵押人之间可以互相追偿,符合一致性,但却违背价值理念的融贯性。

(一) 担保人之间地位平等性、独立性的证立

1. 物保和人保本质功能相同。担保制度的初衷在于通过设立担保增加债权人实现债权的概率,补充债权的安全性。人保是以人的信用为担保,本质上属于债权。物保以物的价值为担保,本质上担保物权。但是,尽管人保与物保在性质上存在一定差异,但其目的均为保障债权的实现,担保人均应当在担保债务份额内承担担保责任。是故,仍应当肯定物的担保与人的担保在性质上属于同一层次的债务。^②只要不存在特别约定,担保人之间的法律地位平等且相互独立。这两类共同担保不论担保人提供担保的具体方式如何,均具有适用同一套法律规则的法理基础。^③

2. 我国共同保证人之间并非法定连带责任。我国台湾地区“民法典”第748条规定,数人保证同一债务者,除契约另有订定外,应连带负保证责任;《日本民法典》第465条规定了共同保证人之间基于连带债务的求偿权;而《德国民法典》第774条第II款规定,共同保证人仅依第426条规定,互负责任,第426条系关于连带债务人之间债务分担问题的规定。也就是说,不管德国、日本还是我国台湾地区,都通过立法明确共同保证人之间系连带责任,共同保证人基于连带债务的分担规则相互追偿。

连带共同保证存在真正连带和不真正连带两种情形,两者的区别在于保证人之间是否可以追偿,^④如系连带责任,则根据我国《民法典》第519条关于多数人之债的规定,即连带债务人之间未约定份额的,视为份额等同,实际承担债务超过自己份额的有权向其他债务人追偿。所以,只有在共同保证人之间承担连带责任的情形,保证人之间才可以追偿。但如系不真正连带,则共同保证人之间相互独立,不可以追偿。此处应和《民法典》物权编第392条做一体化解释。

根据《民法典》第178条第3款规定,连带责任,由法律规定或当事人约定。而《民法典》合同编保证合同章对此并没有规定,共同保证人之间并非法定连带责任。因共同保证人之间地位独立,相互追偿的前提要件不存在。从立法变迁分析,《合同编(草案)》(室内稿)第286条基本沿袭《担保法》第12条,实质变动仅一处,即:将未约定保证份额情形下共同保证人承担连带责任的表述,由“债权人可以要求任何一个保证人承担全部保证责任,保证人都负有担保全部债权实现的义务”调整为“全体保证人在其对债权人所承担的保证范围内承担连带责任”。

① 参见侯学勇:《麦考密克论融贯》,载《政法论坛》2018年第2期。

② 参见高圣平:《担保法论》,法律出版社2009年版,第73页。

③ 参见石冠彬、江海:《论共同保证法律规则的重构——兼评“物权法”第176条》,载《私法研究》第16卷,法律出版社2014年版,第44-60页。

④ 参见黄薇主编:《中华人民共和国民法典合同编解读》,中国法制出版社2020年版,第779-780页。

《合同编(草案)》(征求意见稿)第246条删除了共同保证人之间追偿的规定,并将未约定保证份额情形下共同保证人承担责任的表述,调整为“债权人可以要求任何一个保证人在其保证范围内承担保证责任”。此后,历次审议稿均未再进行任何变动。由此,我国民法典编纂过程中,对共同保证人之间基于连带责任承担的追偿权发生了从前期肯定到最后否定的态度转变。

3. “共同担保”不能推定连带担保责任。根据《担保法》第12条以及《担保法解释》第19条的规定,只要两个以上保证人为债务人提供保证,即为共同保证。无论是共同保证还是共同抵押中,都不需要相互之间的意思联络,该“共同”不同于主观意思关联的共同侵权,仅为客观行为一致的共同。就此,也可以称混合担保为混合共同担保。

我国《侵权责任法》第11条规定,二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,每个人的侵权行为都足以造成全部损害的,行为人承担连带责任。该条系无意思联络数人侵权在聚合因果关系下的连带责任承担。有观点主张可以适用该条论证担保人之间的连带责任。^①但是,无论是客观行为关联的共同保证、共同抵押还是共同混合担保,均非侵权行为,类推《侵权责任法》第11条的前提是存在法律漏洞,但《物权法》第176条未规定混合担保人之间的追偿权并非法律漏洞,而是立法时有意不予规定。担保人之间有无追偿权,关键看其之间有无连带关系。^②既然没有法律规定担保人相互之间为法定或推定连带责任,则相互之间的追偿权则为无源之水。

4. 准竞合式体系违反的避免。准竞合是指两个以上经济功能(或目的)相同,但是其中,当事人之一方(如债务人方)不同之法律关系并存状态。^③一般而言,对于当事人同一如甲乙之间,甲可以向乙主张侵权或违约之责的,为请求权竞合,但是对于一方当事人不同一的,如甲为债权人,乙为保证人,丙为物保人的,甲向乙、丙分别主张人保、物保责任,则为准竞合。

在准竞合情形,也应当适用同一规则,否则即构成准竞合式体系违反。我国台湾地区“民法典”第748条规定共同保证人之间为连带责任,但对于物保人与保证人之间并未作出规定。我国台湾地区学者认为,纵使从债务人之保证责任有物上保证与人的保证的区别时,亦适用第748条规定,因两者同具保证的性质,而第748条并未表明欲将物上保证与人的保证该区别待遇。不管是物上的或人的保证人,除契约另有订定外,应连带负保证责任,即都准用第748条规定。^④

反观我国《民法典》,一方面,没有规定共同保证人之间的连带责任;另一方面,

① 参见杨代雄:《共同担保人的相互追偿权——兼论我国民法典分则相关规范的设计》,载《四川大学学报(哲学社会科学版)》2019年第3期。

② 参见刘保玉:《民法典担保物权新规释评》,载《法商研究》2020年第5期。

③ 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(增订七版),植根杂志社有限公司2020年版,第728页。

④ 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》(增订七版),植根杂志社有限公司2020年版,第731-732页。



继续采《物权法》第176条的立场,即否定混合担保人之间的追偿权,所以从准竞合式体系违反避免的角度,《民法典》对于担保人之间的追偿权采全面否定说,折中说恰恰导致准竞合式体系违反。

基于前述分析,只要同一债务上存在数个担保,无论是人保还是物保,都可以被称为共同担保,而共同担保人之间除明确约定之外,彼此独立,相互追偿的依据不足。

(二) 全面肯定说解释路径的逻辑不融贯

虽然已经论证了我国立法采纳担保人相互追偿权的全面否定说。但从价值判断的合理性和公平角度分析,我国之前《担保法》以及《担保法解释》所采纳的全面肯定说更为公平和效率,毕竟,无论从比较法角度,还是基于道德风险的预防,允许担保人之间相互追偿,都是更为妥当的选择。但是,不管是全面肯定说还是全面否定说,实则为立法政策和价值取向问题,难谓对错,该问题的讨论较多,并非本文所关注的重点,不再赘述。但是,因为学者大多坚持全面追偿肯定说,但全国人大法工委和最高法院采全面否定说的观点较为明确。

为了避免过度优待债权人以及对承担责任的担保人不公平,有学者认为,《民法典》第700条“享有债权人对债务人的权利”,不能简单地基于文义,解释为保证人仅对债务人主张主债权。该情形属于债权的法定移转,与第547条进行体系解释,保证人得以享有债权人对债务人的权利,也取得与债权相关的从权利。结合第699条,承担保证责任的保证人也取得对其他保证人、其他物上保证人的担保权利。^①实际上,债权人对于债务人的债权一经保证人承担保证责任,便消失了,从属于该债权的抵押权因从属性规则也随之消灭了,保证人无从主张。^②

从理论上分析,确实如此,但问题在于,如果保证人基于法定代位权不仅取得对债务人的求偿权,也同时取得对其他担保人(物保人和保证人)的求偿权,则担保人之间当然产生相互求偿权。

如此解释,则《民法典》第392条与第524条、第700条矛盾。比如保证人甲承担担保责任后,以追偿权向保证人乙、抵押人丙主张权利,其诉请被驳回,但其以法定代位权或第三人履行的法定债权转让法律关系向乙、丙主张权利,则从理论上,法院应当支持其主张。如此,担保人之间的追偿权否定规则将形同虚设,毫无意义,且徒增讼累。之所以会出现该体系性的矛盾,根源在于我国采取追偿权全面否定说而导致的体系性解释矛盾。所以,《民法典》第700条应做限缩解释,即保证人承担担保责任后,享有债权人对债务人的权利,该权利不包括担保性的从权利。

比较法上,德国和我国台湾地区明确共同保证人之间承担连带责任,基于连带责任自然可以相互追偿以分摊损失,但我国《民法典》保证合同编却没有规定保证人之

^① 参见高圣平《民法典担保新规则的解釋与适用》,载微信公众号“中国民商法律网”,2020年8月9日。

^② 参见崔建远:《补论混合共同担保人相互间不享有追偿权》,载《清华法学》2021年第1期。

间承担连带责任。同时,我国《民法典》第409条、435条规定,债务人以自己的财产设定抵押或质押的,债权人放弃该抵押权(质权)的,其他担保人在债权人放弃优先受偿权的范围内免除担保责任。也就是说,如果依反对解释,则债权人放弃对第三人提供的抵押(质押)财产的,其他担保人不能免除担保责任。如此解释,与担保人之间相互追偿权的全面否定说相一致,因为在没有约定的前提下,担保人之间彼此独立,并无关系,债权人放弃某一担保人的抵押或质押财产不影响其他担保人的责任承担。

(三)全面否定说背景下担保人迂回救济路径的融贯性分析

尽管我国已经采纳担保人追偿权全面否定说,但对于承担担保责任的担保人来说,其可以通过与债权人签订债权转让协议的方式,取得向其他担保人求偿的权利。依据法不禁止即自由的私法理念,通过签订书面债权转让协议的方式迂回取得实质性的追偿权,并没有法律规定的形式障碍。问题仅仅在于,该规避行为是否具有正当性。从债权转让的要件看,对受让人并没有身份限制,担保人自然可以与债权人协商,通过受让债权的形式取得债权,但其能否取得依附于该债权上的从属性权利,则应当进一步分析。

《民法典》第520条第3款规定,部分连带债务人的债务与债权人的债权同归于一人的,在扣除该债务人应当承担的份额后,债权人对其他债务人的债权继续存在。该条系对于连带债务中债权与债务混同的规定,连带保证人通过债权转让的形式取得债权后,其同时也是该债权的连带保证债务人,因我国《民法典》采追偿权全面否定说,保证人之间在没有约定时,保证人承担全部的担保责任后向债务人追偿,即该保证人相对于其他担保人,应当承担的份额就是全部债务(如其他保证人承担全部责任后则该保证人不承担担保责任),在连带保证人与债权受让人发生身份混同时,相对于其他担保人,保证人的债权和债务就完全混同,保证人不能取得向其他担保人的追偿权。

比如甲欠乙100万元,A、B为共同连带保证人,A、B之间没有约定连带责任,所以无论A或B承担100万元保证责任后,都只能向甲追偿,而不能向对方追偿。A和乙协商,其用100万元受让乙对甲的债权,乙同意后出具债权转让协议并通知甲。此时,A可以以债权受让人的身份向甲主张100万元债权,但甲没有清偿能力,A要求B承担承担100万元连带保证责任,但相对于B而言,A是债权受让人,也是共同保证人,而且,A承担保证责任的份额就是100万元(因为A、B之间不存在连带关系,并无份额区分),换言之,相对于B,A发生债权人和连带保证债务人的身份混同,扣除A应当承担的100万元份额后,A实际上无法要求B承担保证责任。但是,如果我国采担保人追偿权全面肯定说,则A、B在未约定份额时,应平均分担,即各承担50万元保证责任份额。此时,A虽然发生债权人和连带债务人的身份混同,相对于B,A可以以债权受让人身份要求B承担扣除A的50万元份额后的50万元。

具体而言,对于保证人,其可以以第三人身份代为履行,也可以以债权转让形式



受让该债权,但是其最终能否要求其他担保人承担一定份额的责任,则受到我国民法典所采取的保证人之间不能追偿的基本立场限制。申言之,保证人无法通过迂回手段变相取得对其他保证人的追偿权。司法实践中,有法院对担保人通过债权转让方式主张权利时,以主体不适格驳回起诉。如在“上诉人靖江市润新建设有限公司与被上诉人南通市旺达石化工程有限公司等债权转让合同纠纷案”中,一审法院驳回起诉,二审法院认为,广发银行南通分行将其对旺达公司债权转让给润新公司,并不存在法律禁止或者合同约定不得转让债权的情形,故虽然润新公司在原债权债务关系中系保证人,但不影响其受让广发银行南通分行对旺达公司的债权。润新公司因为受让债权使得其与广发银行南通分行之间保证合同所涉权利义务同归于一人,导致的是该保证合同项下权利义务的终止。^①该案被发回后指令审理。不允许保证人受让债权,无疑侵害了当事人之间基于利益最大化的交易自由。只是,在我国采取担保人之间相互追偿权全面否定说的背景下,即便担保人与债权人之间通过债权转让形式取得代位权,但结论上同样无法要求其他担保人承担责任。当然,《担保制度解释》第14条采取了更为直接的否定方式,即担保人受让债权应认定为承担担保责任,不能迂回取得追偿权。

(四) 担保人间保证期间、诉讼时效中断的涉他性问题

如前文所述,共同保证人之间在没有约定的情况下不能相互追偿,那么,在共同保证中,债权人在保证期间仅向保证人之一主张权利,该效力是否及于其他保证人;或者债权人仅向保证人之一主张权利导致诉讼时效中断的效力是否及于其他保证人。比如乙欠甲100万元,A、B系该债务的共同保证人,但A、B之间没有约定连带责任,在六个月的保证期间内,甲向A、B主张了权利,开始起算诉讼时效,后甲向A主张权利,诉讼时效中断,但一直没有向B主张权利。三年后,甲起诉A、B,要求承担100万元保证责任,B抗辩,甲向A主张债权导致时效中断的效力不及于B,甲对B的债权已罹于诉讼时效。

虽然之前的司法解释和批复明确债权人向共同保证人之一主张权利导致诉讼时效中断的效力及于其他保证人,是因为我国过去共同保证人之间是法定连带责任,相互之间可以追偿;但《民法典》采共同保证人相互追偿否定说,即共同保证人之间如没有约定连带责任,则相互之间不成立连带责任,所以A、B就不能基于连带责任人的损失分担规则(《民法典》第519条)相互追偿。

既然A、B之间并非连带责任,那么涉他的前提条件就不存在,债权人向A主张权利的效力就不应及于B。在A、B不能相互追偿的前提下,如果债权人对A主张权利的效力及于B,则会产生非常不合理的结果。比如债权人在3年多的时间都没有向B主张权利,但A自认,债权人甲每年都向其主张权利,也就是说,甲对A的债权时

^① 参见上诉人靖江市润新建设有限公司与被上诉人南通市旺达石化工程有限公司等债权转让合同纠纷案,江苏省高级人民法院(2018)苏民终363号民事裁定书。

效多次中断,如果该效力及于B,则即使甲在3年多时间没有向B主张任何权利,但因为A的自认产生效力中断的效力及于B,则B应当承担100万元的保证责任且无法以超过时效抗辩,但是,B承担100万元保证责任后,却无法向A追偿50万元以分担损失,结果之不合理,显而易见。

《担保制度解释》第29条规定,同一债务有两个以上保证人,债权人以其已经在保证期间内依法向部分保证人行使权利为由,主张已经在保证期间内向其他保证人行使权利的,人民法院不予支持。同一债务有两个以上保证人,保证人之间相互有追偿权,债权人未在保证期间内依法向部分保证人行使权利,导致其他保证人在承担保证责任后丧失追偿权,其他保证人主张在其不能追偿的范围内免除保证责任的,人民法院应予支持。即无论共同保证人之间是否为连带责任,债权人在保证期间内向其中部分保证人主张权利的效力不具有涉他性,债权人在保证期间内应当向所有的共同保证人主张权利,否则对于未在保证期间内主张权利的其他保证人,不得要求其承担保证责任。

结 语

融贯性的强弱可通过三个逐层递进的标准进行衡量,即逻辑一致性、规范融贯性和理念融贯性。如果说体系解释主要发挥了法律规范的个体和整体之间借助对方互相理解,进而实现了对法律规范的外在体系的融贯性构建;目的解释则以法律目的的一致性和关联性作为构建法律规范融贯性的内在价值根基。^①从逻辑一致性和规范融贯性角度,担保人之间相互追偿权要么采全面肯定说,要么采全面否定说,相对而言,全面肯定说更符合审判实践的一贯理念,更为合理。

但从体系融贯性角度分析,我国《民法典》采全面否定说。既然采全面否定说,就不应当通过解释《民法典》第524条第2款、第700条的法定债权转让、法定代位权变相采全面肯定说,如此,则构成体系违反的不融贯。当然,为矫正否定说带来的诸多问题,《担保制度解释》第13条规定在同一份担保合同上签字的,推定具有连带共同担保的意思表示,相互之间基于默示推定连带关系享有追偿权,此规定一定程度上缓和了否定说可能引发的不利社会效果。

(责任编辑:王文斌)

^① 参见孙跃:《论民商事裁判中基于融贯论的体系解释——以金融机构股权代持合同效力判定为例》,载《广西社会科学》2019年第5期。



行政规范性文件的私法效力判定

——兼论《民法典》第153条的司法适用方法路径

赵元松^{*}

内容摘要：从合同效力认定的立法变革、最高法院的司法解释（指导性意见）变化、司法实践中个案的适用等方面入手发现，虽然立法严格排除行政规范性文件，但在司法实践中行政规范性文件对合同效力的判定有着直接或间接的影响。行政规范性文件以其灵活性、及时性填补了法律的空白，缓解了法律供给和需求之间的矛盾。在合同效力判定中完全予以排除有架空国家管制硬性约束力的危险，也不利于公平正义的匡扶。从衡平契约自由与契约正义，保护公序良俗等角度出发，应有条件有限度地承认行政规范性文件的私法效力，在适用方法上借道《民法典》第153条第2款“公序良俗原则”。同时，为避免行政权力对契约自由的过度干预，应在适用类型及适用程度上进行限定。

关键词：行政规范性文件；合同效力；司法效力；强制性规定

中图分类号：DF74 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)05-088-100

前言

合同效力是国家意志对私法领域的评判。《合同法》实施后，评判合同效力的裁判依据严格限定为法律、行政法规的强制性规定，包括行政规章、地方性法规在内的其他规范性文件均被排除在外。但行政规范性文件在诸多领域为民事法律行为提供了指引、程序、标准和条件，在民事诉讼中当事人常以行政规范性文件等抗辩合同的效力。实际上，在涉政策性较强的合同纠纷中，行政规范性文件对法官的审理思路及裁判结果影响很大。对于违反法律、行政法规以外的规范性文件的合同效力判断问题，能否

^{*} 赵元松，广西壮族自治区高级人民法院研究室副主任，四级高级法官。

从《民法典》第153条第1款的反面解释和历史解释中，直接认定合同有效？这是一个富有争议的理论和实践问题。

一、行政规范性文件的私法效力考察

对于行政机关制定的行政法规之外其他具有反复适用性和普遍约束性的行政规范，行政法学界称谓不一，定义多样，涵摄的范畴也不尽一致，但基本的概念内涵并无本质性的区别。本文选择使用最广泛的“行政规范性文件”这一名称，是指行政法规以外的，县级以上地方各级政府及其工作部门制定各类规范性文件。同时为讨论方便起见，将地方性法规亦纳入这一概念。

行政规范性文件对合同效力判定的影响，在不同时期、不同层面有着不同的表现。

（一）立法层面上行政规范性文件的私法效力嬗变

行政规范性文件的私法效力随着立法的时代变迁也在不断变化。严格来讲，我国对合同效力的判定规则是在改革开放之后随着《涉外经济合同法》《经济合同法》《技术合同法》《民法通则》等法律的制定才逐渐完善起来，《合同法》颁布后基本定型，之后的《民法总则》《民法典》基本沿袭《合同法》的规定（见表1）。

表1 立法上认定违法合同效力的法律依据情况

法律依据	实行时间	主要内容
《经济合同法》第7条第1项	1982.7	违反法律、国家政策、计划、国家利益、公共利益
《涉外经济合同法》第9条	1985.7	违反法律或者社会公共利益
《民法通则》第58条	1986.4	违反法律或者社会公共利益；经济合同违反国家指令性计划
《技术合同法》第21条第1项	1987.11	违反法律、法规或者损害国家利益、社会公共利益
《经济合同法》（修订）第7条第1项	1993.9	违反法律、行政法规
《合同法》第52条第5项、	1999.3	违反法律、行政法规强制性规定
《民法总则》第153条	2017.10	违反法律、行政法规强制性规定、公序良俗
《民法典》第153条	2021.1	同上

在因合同违法而产生的合同效力判定问题上，基本是从严格到宽松的立法趋势，并以1999年《合同法》为界限分为两大阶段。《经济合同法》《民法通则》以法律、政策、计划作为合同违法客体，《涉外经济合同法》做了一定程度的限缩，将政策和计划剔除在外。但在“法律”理解上，当时几乎将所有的立法性、行政性、司法性规范性文件均纳入到其范畴。行政规范性文件具有举足轻重的地位，是大部分合同效力判定的主要依据，使得大量合同归于无效，严重影响市场交易稳定性。为鼓励交易、弘扬私法自治，《经济合同法》在修订时限定为法律和行政法规，《合同法》进一步限缩为强制性规定，将行政规范性文件完全排除在合同效力认定依据之外，《民法总则》《民法典》



予以继承。

（二）最高法院对行政规范性文件私法效力的立场变化

最高法院对行政规范性文件私法效力态度，也经历了完全适用到逐步排除的演变（见表 2）。远在《合同法》之前，最高法院态度就开始发生变化，《关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》（1986 年）虽然未就行政规范性文件私法效力作出规定，但明确规定“不要引用”实际上已经将其排除在认定依据之外。此后，在《全国经济审判工作座谈会纪要》（1993 年）、《关于云南省昆明官房建筑经营公司与昆明柏联房地产开发有限公司建筑工程承包合同纠纷一案的复函》（2000 年）、《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》（2009 年）等文件中一直坚定地认为只有法律、行政法规才是认定合同效力的依据，并在《合同法解释（一）》明确将法律、行政法规之外的所有规范性文件排除在外，在《合同法解释（二）》中进一步限缩为效力性强制性规定，体现了最高法院尽量限缩合同无效范围的立场。

但最高法院坚守这一立场的同时，又未完全排除行政规范性文件对合同效力认定的影响，并未将其排除在认定合同无效的考量因素范围之外。这一态度集中体现对涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等规章上。《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》（1990 年）、《关于对企业借款合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》（1996 年）、《全国民事案件审判质量工作座谈会纪要》（1999 年）和《全国法院民商事审判工作会议纪要》（2019 年）均对规章的适用作出了明确阐述，在一定条件下承认违反规章的合同无效；最高法院在 2000 年全国民事审判工作会议上传达的讲话，则对规章的适用留下了通过司法解释予以裁量的空间，在未上升为法律或行政法规之前，可以依据有关司法解释予以适用。^①可见，在司法上，考虑到部门规章的特殊性，实践中一直对部门规章留有适用的余地。

表 2 司法解释（含最高法院发布指导性意见、会议纪要）对违法合同效力认定的规定

名称	实行时间	主要内容
《关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用 经济合同法 的若干问题的解答》	1987.7	对于在国务院（1985）37 号文件发布后签订的经济合同，凡是违反 37 号文件规定的，应当一律认定为无效合同
《关于适用 涉外经济合同法 若干问题的解答》第 3 条第 9 点	1987.10	合同内容违反我国法律的基本原则或者我国社会公共利益的
《关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》	1986.10	国务院各部委、地方各级人民政府发布的命令、指示，可以在办案时参照执行，但不要引用

① 在《关于适用 中华人民共和国担保法 若干问题的解释》（法释〔2000〕44 号）中，最高法院通过将中国人民银行制定《境内机构对外担保管理办法》、国家外汇管理局制定《境内机构对外担保管理办法实施细则》等的部门规章规定的合同无效情形，吸收到了司法解释之中。由于司法解释是人民法院审理案件的依据，因此，通过司法解释的吸收，将部门规章关于合同无效的规定内容上升到人民法院可以适用的法律法规的地位。

名称	实行时间	主要内容
《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》	1990.11	企业法人、事业法人作为联营一方向联营体投资, 但不参加共同经营, 也不承担联营的风险责任, 不论盈亏均按期收回本息, 或者按期收取固定利润的, 是明为联营, 实为借贷, 违反了有关金融法规, 应当确认合同无效
《全国经济审判工作座谈会纪要》	1993.5	只有违反法律的规定无效。违反行政管理性规定的合同不因此确认合同无效
《关于企业相互借贷的合同出借方尚未取得约定利息人民法院应当如何裁决问题的解答》	1996.3	对企业之间相互借贷的出借方或者名为联营、实为借贷的出资方尚未取得的约定利息, 人民法院应当依法向借款方收缴
《关于对企业借款合同借款方逾期不归还借款的应如何处理问题的批复》	1996.9	企业借款合同违反有关金融法规, 属无效合同
《全国民事案件审判质量工作座谈会纪要》	1999.11	地方性法规和部门规章、地方规章不能作为认定民事合同无效的依据, 可以作为处理合同纠纷的参照依据; 属于对法律、行政法规立法精神和原则具体化、条文化的, 加以明确范围和标准的, 应当适用或者参照; 属于对法律、行政法规尚无明确规定, 地方性法规或规章的规定不违反国家法律的基本原则的, 可以适用或者参照; 与法律、行政法规规定的基本原则和精神相抵触的, 不能适用或者参照
《合同法解释(一)》第4条	1999.12	确认合同无效, 应当以法律和行政法规为依据, 不得以地方性法规、行政规章为依据
《关于云南省昆明官房建筑经营公司与昆明柏联房地产开发有限公司建筑工程承包合同纠纷一案的复函》	2000.10	建设部、国家计委、财政部《关于严格禁止在工程建设中带资承包的通知》, 不属于行政法规、部门规章, 不能以此认定合同无效
《最高人民法院副院长李国光在全国民事审判工作会议上的讲话》	2000.10	对于行政规章中的强制性规定(例如有关外汇、外贸管理方面的规定), 在未上升为法律或行政法规之前, 要依据有关司法解释予以适用
《合同法解释(二)》第14条	2009.5	判定合同效力的“强制性规则”是指效力性强制性规定而非管理性的强制性规定
《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第15点	2009.7	违反效力性强制规定的, 人民法院应当认定合同无效; 违反管理性强制规定的, 人民法院应当根据具体情形认定其效力
《关于裁判文书引用法律、法规等规范性法律文件的规定》第6条	2009.10	规章以下的规范性文件, 根据审理案件的需要, 经审查认定为合法有效的, 可以作为裁判说理的依据
《关于审理物业服务纠纷案件具体应用法律若干问题的解释》第5条	2009.10	物业服务企业违反物业服务合同约定或者法律、法规、部门规章规定, 擅自扩大收费范围、提高收费标准或者重复收费, 业主以违规收费为由提出抗辩的, 人民法院应予以支持
《全国法院民商事审判工作会议纪要》第31点	2019.11	违反规章一般情况下不影响合同效力, 但该规章的内容涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的, 应当认定合同无效。人民法院在认定规章是否涉及公序良俗时, 要在考察规范对象基础上, 兼顾监管强度、交易安全保护以及社会影响等方面进行慎重考量, 并在裁判文书中进行充分说理



（三）司法实践中行政规范性文件对个案合同效力的影响

对于个案中行政规范性文件对合同效力的影响，司法实践中存在三种主要裁判思路：一是认为行政规范性文件属于法律、行政法规，不能作为认定合同效力的依据，最大程度地尊重当事人的意思自治。这是法院的主流观点，绝大部分案件均是按照这一思路进行裁判。^①二是违反行政规范性文件并不导致合同无效，但因违反监管机构的强制性规定，存在法律上的不能履行。^②三是通过将违反行政规范性文件的合同纳入到公共秩序、社会公共利益、公共政策等审查通道，通过适用《合同法》第 52 条第 4 项判定合同无效；或对行政规范性文件作扩张解释，适用《合同法》第 52 条第 5 项判定合同无效。还有许多判决书中并不直接援引行政规范性文件，但实质上仍是以其判定合同效力的。

但在司法实践中，尽管在许多法院案例中，法院经常以地方性法规和行政规章不能作为确认合同无效的依据为由，驳回一方当事人根据地方性法规和行政规章的强制性规定要求确认合同无效的请求，但是一些法院案例表明，人民法院确认某些合同无效时，尽管在判决中不直接援引地方性法规和行政规章，但确认合同无效时的依据仍是一些地方性法规和行政规章。^③

表 3 以行政规范性文件判定合同效力案件统计

编号	案号	合同无效裁判理由
案例 1	中国银河证券有限责任公司海口龙华路证券营业部与武汉证券有限责任公司硚口营业部返还不当得利纠纷案，最高人民法院（2000）经终字第 188 号	有价证券回购交易违反了中国人民银行《信贷资金管理暂行办法》中关于证券交易必须有足额的实物券的规定
案例 2	锡荣贸易地产有限公司、昆明华荣房地产有限公司特别清算委员会与四川省烟草公司射洪县公司借款合同还款纠纷案，最高人民法院（2001）民四终字第 25 号	企业间擅自借贷违反中国人民银行发布的《贷款通则》第 73 条规定
案例 3	农银财务有限公司与广东三星企业（集团）公司车桥股份有限公司担保合同纠纷案，最高人民法院（2004）民四终字第 23 号	对境外担保未经外汇管理部门审批、管理和登记，违反中国人民银行《境内机构对外提供外汇担保管理办法》的规定
案例 4	安徽省福利彩票发行中心与北京德法利科技发展有限公司营销协议纠纷再审案，最高人民法院（2008）民提字第 61 号	合同效力不应以行政规章的规定为认定依据。但在法律、行政法规没有规定，而行政规章涉及到社会公共利益保护的情形下，可以参照适用其规定，若违反其效力性禁止性规定，可以以违反《合同法》第 52 条第 4 项的规定，以损害社会公共利益为由确认合同无效

① 参见海南康力元药业有限公司、海南通用康力制药有限公司与海口奇力制药股份有限公司技术转让合同纠纷案，最高人民法院（2011）民提字第 307 号民事判决书。

② 参见博智资本基金公司与鸿元控股集团有限公司其他合同纠纷案，最高人民法院（2013）民四终字第 20 号民事判决书。

③ 参见李仁玉：《合同效力研究》，北京大学出版社 2006 年版，第 20 页。

编号	案号	合同无效裁判理由
案例 5	福建伟杰投资有限公司、福州天策实业有限公司营业信托纠纷案, 最高人民法院 (2017) 民终 529 号	保险公司股权代持协议违反了《保险公司股权管理办法》的禁止性规定, 因此损害社会公共利益, 依据《合同法》第 52 条第 4 项被认定为无效
案例 6	陈玉梅诉多宝证券有限责任公司、中国联合控股有限公司证券投资案, 厦门中院 (2004) 厦民终字第 696 号	国有产权交易未依据《厦门市产权交易管理办法》在产权交易机构进行
案例 7	巴菲特投资有限公司与上海自来水投资建设有限公司股权转让纠纷案, 上海高院 (2009) 沪高民二 (商) 终字第 22 号	国资委、财政部《国有资产管理暂行办法》及上海市政府《国有资产管理暂行办法》系依据国务院的授权对行政法规《国有资产管理暂行条例》的实施所制定的细则, 违反上述规范性文件的规定损害了社会公共利益
案例 8	张云龙与百汇公司外汇买卖委托合同纠纷案, 上海高院 (2009) 沪高民四 (商) 终字第 34 号	涉案外汇买卖合同违反中国人民银行《个人外汇管理办法》规定, 扰乱市场经济管理秩序, 损害国家利益
案例 9	祁骥与张雪蓉房屋租赁合同纠纷上诉案, 上海一中 (2016) 沪 01 民终第 5440 号	出租经济适用房违反行政规章《经适房管理办法》, 系利用公共资源谋取个人利益, 损害了社会公共利益
案例 10	海南安特电子公司与中国热带农业科学院债权转让合同纠纷案, 海南高院 (2011) 琼民二终字第 23 号	涉案债权转让合同的内容违反了最高人民法院《纪要》和国家部委《通知》规定, 损害了国家利益和社会公共利益
案例 11	王京晖与范惠滨民间借贷纠纷上诉案, 宁夏高院 (2014) 宁民终字第 76 号	无法律规定应遵守国家政策, 应继续执行国家财政部等财建〔2002〕255 号文件《关于核复供销合作社财务挂账及其财务处理问题的通知》
案例 12	上海保培投资有限公司与雨润控股集团有限公司与公司有关的纠纷案, 江苏高院 (2017) 苏民终 66 号	《股权代持协议》违反保监会依据《保险法》明确授权制定的部门规章《保险公司股权管理办法》第 8 条的规定
案例 13	北京彩星行投资顾问有限公司等合同纠纷案, 北京二中院 (2014) 二中民终字第 11152 号	合同双方的意思自治不能突破政府价格管制, 超出部分无效
案例 14	李晓云诉孙发亮等合同纠纷案, 北京大兴法院 (2016) 京 0115 民初 2317 号	借名购买经济适用房违反京国土房管住〔2004〕486 号”、《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》(国发〔2007〕24 号) 等文件规定

司法实践中适用行政规范性文件判定合同效力的模式主要有以下几种: 第一种, 损害社会公共利益, 将违反行政规范性文件转化为损害公共利益进行判断 (案例 4)。第二种, 扰乱正常市场秩序。如果对违反政府价格管制的合同认定有效, 将会导致政府价格管制落空, 影响正常的行业秩序 (案例 13)。第三种, 违反国家政策 (案例 11), 将行政规范性文件视为“国家政策”。第四种, 将依据法律、行政法规授权制定的, 或对上位法立法精神和原则具体化的行政规范性文件视为上位法, 对“法律、行政法规的强制性规定”的涵摄范围进行扩张解释 (案例 7)。第五种, 直接以违反规章的强制性规定为由判定合同无效 (案例 1)。其中, 第二、第三点也可以归入第一点, 第五点也可以归入第四点。

各级法院一方面坚持基本立场, 同时在具体个案中有突破, 并且在层阶上突破行



政规章这一例外，地方政府规章也是判定合同效力的依据（案例14），在适用范围上突破金融安全这一常用领域，在价格管制（案例13）、交易秩序（案例6）等领域都进行适用。

二、行政规范性文件私法效力的确立

经过多年讨论，将认定合同效力的依据限定为法律、行政法规的强制性规定，已是司法实务界和法学理论界主流观点。但从司法实践看，包括最高法院在内的各级法院已经有条件认可行政规范性文件在判定合同效力上的地位，完全排除行政规范性文件对合同效力影响不现实，需要正视行政规范性文件的私法效力。

（一）排除行政规范性文件私法效力的矛盾性

法律规范位阶的选择，既是一个立法政策问题，也是一个司法政策问题，离不开特定时期社会环境的影响。鉴于之前行政权力过度干预私法自治对市场交易的严重负面影响，《合同法》严格限定判定合同效力的法律规范的位阶。这一特殊措施对最大限度排除地方利益和部门利益，维护合同自由鼓励市场交易具有重大保障意义。

但随着市场经济的发展和法治的完善，这种限缩已显示其局限性，在立法和司法实践中人为地催生一些难题。第一，易造成机械解读法律规定，完全无视法律、行政法规之外的他法律规范，以合同自由名义损害合同相对方、第三人及公序良俗，与立法原意南辕北辙。第二，造成法律适用的混乱，并造成行政监管和司法裁判之间的冲突。违反行政规范性文件合同行为被行政机关予以行政处罚，但因不违反法律、行政法规的强制性规定而被法院裁判认定为合法有效，对权益受损方拒绝予以私法救济，这尽管可从公法、私法二分论的角度予以解释，但无论在逻辑上如何地自恰，都违背解释法制不统一的矛盾。第三，完全排除行政监管对合同效力的影响，在实践中有架空国家管制硬性约束力的危险，造成经济社会管理失序。第四，匡扶公平正义的缺失。行政规范性文件在许多领域起到填充法律空白，弥补立法供给不足的重要作用。在缺失正式立法情况下，如果完全拒绝予以适用，社会公平正义无从实现。

行政规范性文件确曾对私法自治造成严重的损害，但不分析具体情况，直接予以“一刀切”地排除适用未免矫枉过正。行政管制的扩张固然需要警惕，完全排除正当的行政管制同样值得忧虑。以提高法律规范层级的方式应对行政管制泛滥，直接将民法法源封闭于中央政府的制定法，这违背了民法法源开放性原则。对于适用行政规范性文件判定合同效力司法实践中存在的问题，应通过提高立法质量、改进司法裁判技术等措施来解决，而非消极地通过否定行政规范性文件的私法效力适用进行回避。

（二）认可行政规范性文件私法效力依据分析

从正面来看，在司法审判中认可行政规范性文件的私法效力主要基于以下因

素考量：

第一，对具备造法功能的行政规范性文件的尊重。现代社会的快速发展，行政机关必须及时、快速处理不断出现新事物新问题，处于“持续的应急状态”。^①而立法机关并不能给予及时的立法供给，行政规范性文件以其灵活性、及时性填补了法律的空白，缓解了法律供给和需求之间的矛盾。同时，我国地域辽阔，人口众多，各区域经济社会发展并不平衡，中央行政机关也无法制定面面俱到、兼顾各种情况的行政法规，必须授权各地因地制宜制定符合本地实际的地方性法规、政府规章等规范性文件。从功能主义的角度考察，行政规范性文件在特定范围和特定领域内具备与法律、行政法规并无本质区别的普遍约束力、执行力和确定力等，均可能对社会成员的权利义务造成直接影响。

第二，对行政规范性文件中公序良俗的保护。公序良俗不只体现在“法律”、“行政法规”之中，也体现在行政规范性文件当中。行政规范性文件的位阶虽低，并不代表不体现公序良俗，效力位阶与公序良俗之间并没有直接的必然关系。合同效力判定应系于对法律规范背后所保护的特定利益、公序良俗的发现和权衡之上，而非以法律规范的位阶来判定所保护利益的轻重大小。

第三，衡平契约正义与契约自由。契约自由是私法自治的核心原则，但必须受契约正义匡正。按照古典契约理论，在合同当事人完全拥有是否订立契约、与谁订立契约、决定契约内容、选择契约形式等自由时，^②“契约即公正”^③。但在实际经济生活中，社会经济地位较高的一方往往依靠其优势经济地位制定不利于弱势一方的合同条款，弱势一方并无协商合同内容的自由，只有选择“接受”或“不接受”的自由，而在必需的时候这种选择事实上等行业于没有选择。如在商业、交通运输业、金融业、雇佣关系、不动产买卖等行业中广泛应用的格式合同。经济弱势方利益在契约自由原则下受到了损害，刻舟求剑、胶柱鼓瑟式的对契约自由的坚守将不可避免地步入了规则中心主义泥潭。从形式正义走向实质正义，从个人本位走向社会本位，对契约自由原则予以限制和匡正已是普遍共识。

第四，对法律作广义解释符合国际主流观点。从比较法的角度来看，无论是大陆法系还是英美法系，违法合同之“法”的范畴均未排除行政规范性文件。《德国民法典》第134条所称的“法律”包括一切形式意义上的法律，法律、行政法规、自治法规（包括联邦层级、各州层级），欧洲共同体法、国际法、外国法以及习惯法规范。^④日本主流观点认为，有助于实现公共秩序和国民幸福的行政命令可以成为判断合同效力的依

① See Adrian Vermeule, Our Schmittian Administrative Law, 122 Harvard Law Review 1095 (2009).

② 参见崔建远主编：《合同法》，法律出版社2010年第5版，第17页。

③ 尹田：《法国现代合同法》，法律出版社1995年版，第20页。

④ 参见邵建东：《德国民法总则编典型判例17则评析》，南京大学出版社2005年版，第209-210页。



据。^①其他如《葡萄牙民法典》《意大利民法典》也将行政规范包含在法律之内。在美国，包括宪法、地方和行政命令在内的所有制定法，以及依冲突法适用的外国法^②均是判定合同效力的法律依据。

综上所述，行政规范性文件因其实际效力及其对公序良俗的体现，应当作为法院判定合同效力的依据。在法律规范没有作出规定或者规定不具体的情况下，适用行政规则是比适用其他行政规范或者法官自己的理解判断更好的选择。^③

（三）以公序良俗原则为适用通道

《民法典》规定了数种合同无效的情形。在前述司法实践中，违反行政规范性文件导致合同无效的司法进路中，可以归结为两条主要解释进路：一是公序良俗的进路，即民法典第153条第2款；二是将强制性规定的涵射范围进行扩张性的解释，均可归属于民法典第153条第1款的范畴。

在这两条通道中，司法实践中各有选择，学术界也存在分歧。本文认为，因所有的行政规范性文件都可以找到直接或间接、具体或抽象的授权依据，如将行政规范性文件通过扩张解释纳入“违反法律、行政法规的强制性规定”的涵摄范围，存在所有行政规范性文件均被等同于法律、行政法规的风险，势必架空《民法典》第153条第1款的限制性规定，也使该条第2款的规定失去立法的必要。而公序良俗原则作为更具弹性的转介条款，是联结公共秩序、社会道德与具体法律行为的天然通道，将私法与公法联结起来，使得公法规范可以透过借助效力规范对法律行为效力进行干预增强公法规范的法律实效，同时也促进了法律秩序评价的一致性。

三、适用行政规范性文件判定合同效力的原则与范围限制

虽然行政规范性文件对合同效力有着重要影响，但也必须认识到行政规范性文件功能是对法律、行政法规的解释和填补，在适用时应适度，否则有以行政规范性文件架空法律、行政法规的风险。公共秩序像“一匹桀骜不驯的马。一旦你骑上它，就不知道它会把你带到什么地方去，它可能让你偏离良法”^④，用来判定合同效力，虽然可以成为法官对具体法律规范疏于规制的行为予以制裁而实现社会正义的利器，但也会成为法官滥用自由裁量权置具体法律规范于不顾向“一般条款逃逸”的工具。为避免《民法典》第153条第2款成为“恶法”，应从适用行政规范性文件的类型及适用的“程度”两个方面进行限定，以确保合同无效判定的适度，不至于过分戕害了作为民法之基石

① 参见孙鹏：《论违反强制性规定行为之效力——兼析合同法第52条第5项的理解与适用》，载《法商研究》2006年第5期。

② See Restatement (Second) of Conflict of Laws § 178, 202, 203.

③ 参见叶必丰：《行政规范法律地位的制度论证》，载《中国法学》2003年第5期。

④ Richardson v Mellish (1824) 2 Bing, 2521.

的契约自由。

(一) 在契约正义之下的坚守契约自由原则

合同法最重要的价值目标是鼓励交易、增进社会财富。实现这一价值目标,需要尊重当事人的意思自治,应对当事人之间基于意思自治订立合同的效力给予最大可能的维护和最大程度的支持,积极促进当事人订约目的的实现。因为只有在自由、稳定、有序的环境中,人们才能追求私人利益的最大化。因此,对合同效力的判断,首先应进行有效推定,在当事人自愿接受合同关系拘束的情况下,不应当轻易否认合同效力,以充分实现个人的自由意志。只有存在滥用意思自治,违背契约正义时方可否认合同效力,司法不应过度干预当事人的意思自治。

(二) 附带有限审查之下的合法有效原则

适用行政规范性文件判定合同效力,并不等于对所有的行政规范性文件“照单全收”,法院应对所适用的行政规范性文件的合法性进行审查,不具合法性的行政规范性文件缺乏适用的前提。

在审查时应注意:1. 在范围上仅作有限审查,仅审查案涉的相关条款,而非全面审查。2. 在标准上,主要是制定主体、权限、程序、内容等是否符合相关规定。对于根据法律、行政法规授权制定的“法源性规范”,不得超越授权的范围。对于填补法律、行政法规空白的行政规范,应严格恪守法律保留原则。对法律、行政法规原则性规定的细化和量化,不得与上位法相抵触。3. 在程序上是依职权的附带性审查,仅确认在个案中是否适用。4. 在审查结果表现形式上,若合法有效,结合其他法律规范进行判定;若不合法则不予适用,无需在法律文书中做出是否合法的表述。

(三) 在尊重和戒惧之间的有限适用原则

行政权作为社会治理的最重要主体,其依职权制定的行政规范性文件理应得到司法机关的尊重。但同时司法机关也应保持足够的戒惧,避免行政权过度干预私法自治。因此,在行政规范性文件的适用类型上,应遵循以下规则:

1. 穷尽法律规则。在判断合同效力时,应保持必要的克制,优先适用具体的法律、行政法规规范,只有在穷尽法律、行政法规规则后,才能适用行政规范性文件。一般来说,下列几类行政规范性文件应予以适用:(1) 授权类。法律、行政法规明确授权相关行政机关先行制定规范性文件,这类行政规范性文件因授权而与法律、行政法规具有同等的法律位阶,应依照《民法典》第153条第1款直接适用,毋须借道《民法典》第153条第2款的“公序良俗原则”。(2) 填补法律空白类。这类主要是政策性、时效性、专业性比较强领域,这些行政规范性文件填补了法律空白,对社会经济社会起着直接的塑造作用。(3) 具体化立法精神、法律原则类。法院应通过适用使法律内容的原则性规定得以落地。

2. 排除地方利益和部门利益规则。行政规范性文件应经公共利益原则检验,凡是



带有地方保护主义和部门利益的，不予适用。公共利益应立足于建立全国统一市场考量，个别地区和个别部门利益不能认定为公共利益。

3. 选择性尊重规则。对于有法律、行政法规作为上位法、仅是对上位法规范进行解释和细化的行政规范性文件，法院只需给予轻度的司法尊重，对于法院来说“具有说服力，缺少约束力”，法院既不能完全无视该行政规范性文件的存在，也不能受其约束，应根据具体情况来决定其法律效力。对于授权类、填补法律空白类行政规范性文件，因其实际起到立法的功能，法院应给予高度的司法尊重，接受其约束力。

（四）违反后果的区别对待原则

从鼓励交易原则出发，并非所有违法合同均需被判定自始至终无效，应根据不同的情况判决不同的无效类型。1. 绝对无效。在合同直接损害社会公共秩序时，如危害国家政治、经济安全，扰乱市场秩序，合同自始、当然、确定无效。合同各方当事人均可主张合同无效，即使合同各方当事人均不主张合同无效，法院也应依职权进行效力评价。2. 相对无效。在违反保护某一类主体权利型强制性规定直接损害合同相对方或第三人的权益，只能由无违法行为的受保护方主张无效，实施违法行为的当事人不能以自己的行为违法为理由主张合同无效。有抗辩权的当事人不主动主张合同无效，法院应在释明后尊重其选择以体现契约自由原则。3. 部分无效。如只需排除合同部分条款效力即可达到管制的目的，则不必合同整体无效。4. 向后无效。如在一些情形，合同已经履行部门又无法回转，仅判定未履行部分无效比较恰当。5. 效力待定。如应当履行行政审批的合同。

四、适用行政规范性文件判定合同效力的技术规则选择

（一）引入比例原则为判断方法

适用行政规范性文件判断合同效力，需要权衡公序良俗与合同自由，确保合同无效判定是适度的，避免国家管制的过分介入，重蹈前合同法时代肆意判定合同无效的覆辙。日本山本敬三建议引入德国行政法上的比例原则，我国也有诸多学者持此意见。

合同法意义上的比例原则是指判定合同效力进行充分的利益衡量，避免过于注重某一方面而导致利益失衡。一般认为，比例原则包括适合性原则、必要性原则和均衡性原则。适合性原则要求否定合同效力必须有助于立法目的实现，必要性原则要求否定合同效力的选择已是实现立法目的最温和的手段，均衡性原则强调否定合同效力与实现立法目的之间的利益比例均衡，不能为保护一般的、轻微的立法目的就径直否定合同效力。在合同效力判断中引入比例原则，法官可以借助比例原则对影响个案合同效力的各种具体考量因素予以充分展开，为法益权衡提出了相对明确的指引，调节公法介入私法的程度，实现目的与手段间的均衡，确保国家管制不至于“过分介入”私

法自治。

（二）以立法目的为逻辑起点

适用比例原则关键是衡平目的和手段。立法目的决定了法律规范的功能，自当是效力评价的逻辑起点。我国学界普遍认为探寻规范目的乃是合同效力判定的正确途径，^①这已得到立法和司法的认同。《民法典》第153条第1款新增了但书规定，其意即在强调合同效力认定应考察立法目的，最高法院司法文件也认定强制规范类型时应当综合考量“法律法规的意旨”^②。因此，适用行政规范性文件判定合同效力，应先行探寻制定目的并判断该目的是否符合法律、行政法规规定。

法律规范制定目的在许多时候并不明确，需要通过一定分析予以确定。这方面，德国司法实践中采用的通过体系解释、文义解释、目的解释（主观目的解释和客观目的解释）等方法判断违反该禁止规定的法律行为是否有效的方法提供了很好的借鉴。其中，目的性解释是最为重要的解释方法。首先，通过运用主观目的解释，考察立法者的原意和动机；如果立法原意已与变化了的法律关系不再适应，则通过运用客观目的解释，对法律规范的现实意义和价值进行考察，是否并赋予新的意义。

（三）以利益平衡作为价值判断的基准

法律规范所保护的利益多重多样，集合在个案中，必然存在冲突。比例原则核心观点即是对合同所损害的公序良俗与当事人的私人利益进行权衡，看是否应当将合同判为无效。动态系统论也认为，司法应综合考量案涉各因素的权重，以实现各方利益最大化。^③借道公序良俗原则判断合同效力，法官主观价值判断影响极大，也应通过利益衡量纷纷最大程度地减少法官的主观价值评判。因此，裁判结果既要符合法的内部自治性，又要具有外部论证的合理性，利益衡量是必循之法。

在合同效力判定中适用行政规范性文件，首先是“性质”比较，明确案涉各种利益的性质关系；其次位阶比较，将行政规范保护的利益与合同自由等利益相比较，以确定合同效力；再次是“量”的比较，主要考虑合同违法行为的恶劣性、合同与社会公共利益的关联性、对公序良俗的损害程度等方面。一般来说，人身、人格权利、基本政治权利和民事权利大于财产利益；金融秩序、市场秩序、国家宏观政策等公共秩序大于契约自由；受害人不特定的利益大于受害人特定的利益，特定群体利益大于个人利益等；而一般程序性管理秩序等并不大于契约自由。^④以上利益衡量方法并不能像数学公式一样推导出准确数值大小进行比较，各种具体利益的轻重亦依靠法官个人认知进行价值判断，但利益衡量毕竟提供了一种让裁判结果接近理想状态的路径，这

① 参见黄忠：《违法合同的效力判定路径之辨识》，载《法学家》2010年第5期。

② 最高人民法院《关于当前形势下审理民商事合同纠纷案件若干问题的指导意见》第16条。

③ 参见【奥地利】海尔穆特·库齐奥《动态系统论导论》，张玉东译，载《甘肃政法学院学报》2013年第4期。

④ 参见最高人民法院民事审判第二庭编著：《全国法院民商事审判工作会议佳肴——理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第246页。



已优于法官单纯依靠刻板的规则“望文生义”作出“一律无效”或“一律有效”的判决。

（四）以判决负外部效应为验证标准

“在一个法治社会，公众对法官的判决均有着类似于对法律和法治的信仰的内在机理。”^①司法判决作为适用法律的公共产品，每一份裁判文书都是“活的法律”，对社会公众和市场主体具有直接的教育、评价、指引和示范作用。“彭宇案”社会道德建设的巨大负面效应警示法院应充分重视判决的负外部效应。在判断合同效力时，法院亦应考虑具体案件判决的溢出效应。

虽然一些合同仅涉及合同双方当事人的权益，其中一方违法主要损害合同相对方的权益，并不对公序良俗、国家利益、第三人利益造成直接、重大损害。但如果法院判决合同有效，违法一方并未负担违法行为的不利后果，将会导致违法行为的跟风效应，最终损害不特定人的利益。这时，考虑到负外部效应，应判决合同无效以维护公共秩序。

结 语

以行政规范性文件为代表的公法规范对私法自治有着正负两个方面的影响，一方面公法规范匡正契约自由以实现契约正义；另一方面需要警惕公法规范过分干预契约自由。适用行政规范性文件判断合同效力并非“要么正确，要么错误”的零和博弈，司法裁判既不能“一刀切”完全予以排斥，也不能敞开大门予以全盘接受，如何使公法管制顺利进入私人领域而又不失其妥当限度，这如同“刀尖上的舞蹈”，考验着司法者智慧。司法者应对行政机关依法行使职权予以充分尊重，但也应戒惧行政权力对契约自由的过度干预。在具体个案中，应突破法律规范效力位阶论的限制，对缺乏法律、行政法规上位法的行政规范性文件应作为认定合同效力的依据；同时引入比例原则，运用目的解释与利益衡量等法学方法，妥当判定违法合同的效力及无效的类型，以实现契约自由与契约正义的统一。

（责任编辑：郝晓越）

^① 魏志勋：《论法律解释合法性的逻辑基础》，载《理论学刊》2004年第1期。

行政诉讼一并解决民事争议案件立案审查之模式构建

朱彬彬*

内容摘要：行政诉讼一并解决民事争议制度尚未被完全激活。作为制度实践入口的“立案审查”存在审查主体不一致、审查标准不明确等问题，这与行政诉讼法及司法解释相关规定的缺失有关，也与对立案庭立案审查权限存在不同认识有关，更与“一并解决民事争议”和“行政附带民事诉讼”未得到清晰界分密切相关。通过重述一并解决民事争议案件立案审查的主体、标准及程序，认为应由人民法院行政审判庭按照前提要件、法定类型、申请时间、材料完备性、相关性、起诉条件的顺序对一并审理申请进行审查，以实现一并解决民事争议案件立案审查的规范化。

关键词：行政诉讼；一并解决民事争议；行政附带民事诉讼；立案审查

中图分类号：DF74 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)05-101-114

随着现代社会行政权的扩张，行民交叉现象日益普遍。行民交叉案件带来的裁判冲突及效率低下问题，长期困扰着司法实践。围绕行民交叉难题的解决，理论界和实务界进行了大量探索，先后提出了“行政附带民事诉讼”“行政或民事诉讼一元化”“行政民事并行审理”“先行后民或先民后行”“行政诉讼一并解决民事争议”等诸多解决方案。其中，肇始于《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第61条^①的行政诉讼一并解决民事争议制度，在2014年《行政诉讼法》修改时被加入，成为法定的制度安排。该制度的新增与调解、简易程序等制度的修改，一起作为强化行政诉讼纠纷化解功能、推动行政诉讼转型的重要组成部分被寄予厚望。

* 朱彬彬，北京市第二中级人民法院行政审判庭二级法官助理。

① 该条规定，被告对平等主体之间民事争议所作的裁决违法，民事争议当事人要求人民法院一并解决相关民事争议的，人民法院可以一并审理。



然而至今，一并解决民事争议案件依旧寥寥，该制度尚未被完全激活。相关民事争议的“立案审查”^①作为一并审理的“入口”，对于一并解决民事争议制度的激活和应用具有重要意义。随之而来的问题是，应该由谁来进行立案审查？标准为何？遵循何种程序？

一、一并解决民事争议案件立案审查存在的问题

为探究一并解决民事争议案件立案审查中存在的问题，笔者在“中国裁判文书网”上进行了检索。以“行政案件”为案件类型；“《行政诉讼法》第六十一条”“一并审理”“民事争议”为全文检索关键词，“2015 年 5 月 1 日至 2020 年 5 月 1 日”为裁判日期范围，“一审”为审理程序，共获得 278 份裁判文书，除去串案后，剩余裁判文书 135 份，其中当事人提出一并解决民事争议申请的裁判文书共 115 份。^②通过对这些裁判文书的统计分析，可以勾勒出一并解决民事争议案件立案审查存在问题的基本轮廓。

（一）立案审查主体不一致

当事人提出一并解决民事争议申请的 115 件案件，可以分为三种情形（见图 1）：一是绝大多数案件由行政审判庭在裁判文书中简要阐述了准许或不予准许的理由（82 件），不少案件还制作了单独的不予准许决定书；二是部分案件对于当事人所提申请完全没有回应（22 件），也没有进行一并审理，无法直观看出立案审查的主体；三是部分案件由立案庭作出了不予受理裁定（11 件）。

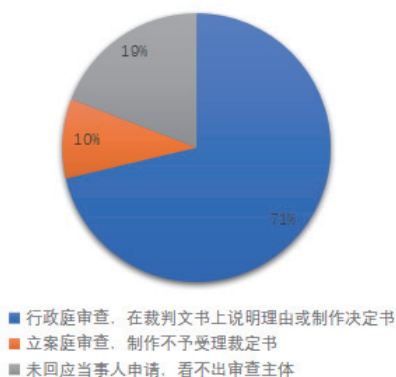


图 1 一并解决民事争议案件立案审查主体分布

从裁判文书的情况来看，最终作出立案与否决定的主体并不相同，处理方式上存

^① 本文所称的“立案审查”，指的是从当事人提出一并解决民事争议申请或者提出“行政附带民事诉状”起，到民事案件立案或不立案止的审查过程。行政裁决案件中的相关民事争议无需单独立案，但在审查上具有一致性，故本文不加以区分。同时，本文用的是“立案审查”而非“立案登记”，这似乎与立案登记制的要求不相符合。之所以如此表述，是因为笔者认为一并解决民事争议案件的立案需要的是“审查”而非“登记”，理由后文详述。

^② 需要说明的是，这一数据可能存在一定偏差，中国裁判文书网上的数据可能不全。比如根据《2018 年山东法院行政案件司法审查报告》，山东法院 2018 年度审理一并解决民事争议案件 8 件，但笔者只在中国裁判文书网上检索到 2 件。

在裁判文书阐述、独立的决定书、不予受理裁定的区别,相应地,当事人对最终决定的救济途径也有所不同。但是,最终作出决定的主体可能并不等同于审查主体。一并解决民事争议案件属于新类型案件,司法实践仍处于探索阶段,不少法院受理此种类型案件更多出于非法律的因素。^①以B直辖市为例,该市目前仅有两件一并解决民事争议案件,一件是行政审判庭审查后通过直接向立案庭索要案号的方式立案,另一件是行政审判庭与立案庭通过“联席会议”的方式决定立案。换言之,在一并解决民事争议案件的立案审查中,可能存在两种审查模式:一是“单一”模式,由行政审判庭或立案庭单独审查;二是“协同”模式,由行政审判庭和立案庭共同审查。

(二) 立案审查标准不明确

在当事人提出一并解决民事争议请求的115件案件中,法院没有回应,^②或者笼统表述致使看不出具体理由的,^③共计22件,占比19.13%(见图2)。除此之外,不予准许并拒绝立案的理由按数量从高到低依次是:其一,不属于法定一并审理范围(48件),比如当事人在履责、行政赔偿、行政处罚

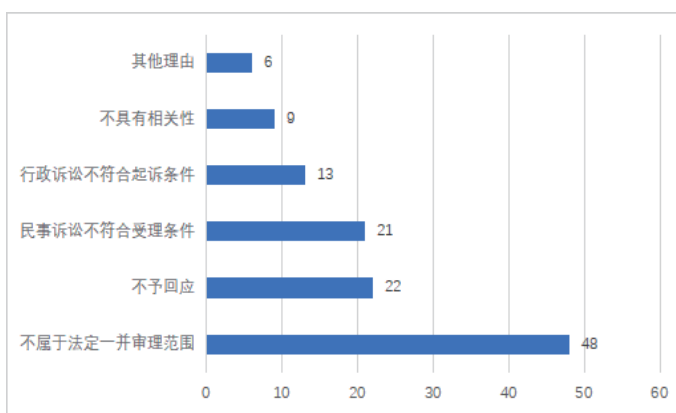


图2 法院拒绝一并解决民事争议案件立案的理由分布
等类型案件中提出一并审理请求;其二,民事诉讼不符合起诉条件(21件),包括民事争议属于重复起诉、受案法院无管辖权、需行政机关先行处理等;其三,行政诉讼不符合起诉条件(13件),包括不属于受案范围、超过起诉期限且无正当理由、无原告主体资格等;其四,民事争议与行政争议之间不具有相关性(9件);其五,其他理由(6件),如民事案件疑难复杂、另一方当事人不同意一并审理、应当向法院递交“民事起诉状”而非“行政附带民事诉讼起诉状”、申请时间不合法等。可见,目前一并解决民事争议案件的立案审查标准并不清晰,还存在“不予回应”“其他理由”等近1/4的“灰色地带”,需要进一步明确。

同时,在通过立案审查的16件一并解决民事争议案件中,有3件在民事案件立

① 比如创造一定范围内的首例案件或者作为行政审判工作新亮点等。

② 指法院未对民事争议进行立案,未进行一并审理,也没有说明理由的情形。

③ 比如“不符合法律规定”“不符合一并审理规定”“不宜一并审理”等。



案后以行政诉讼不符合起诉条件为由直接裁定驳回民事案件的起诉,^①有2件以民事诉讼不符合受理条件为由裁定驳回民事案件的起诉,^②有1件以属于专属管辖为由裁定将民事案件移送其他法院审理。^③可见,一并解决民事争议案件立案审查也存在一定程度的宽严尺度不统一问题。

综合上述情况,当前一并解决民事争议案件在立案审查方面存在审查主体不一致、审查标准不统一的问题:在“单一”审查模式下,如行政审判庭单独审查,则有侵犯立案庭立案审查权之嫌,其正当性需要证成,且审查强度偏高,一定程度上阻碍了一并审理制度的应用;如立案庭单独审查,则基于书面材料的形式审查相对宽松,但行政案件是否成立、民事争议与行政争议是否具有相关性等问题无法在书面审查基础上作出准确判断,有“宽进宽出”之虞,程序空转相对严重,且以不予受理裁定作为审查终结方式似不符合一并解决民事争议案件的特点。在“协同”审查模式下,行政审判庭与立案庭具体如何分工缺乏制度安排,更多系个案处理,明显缺乏规范性。

二、一并解决民事争议案件立案审查问题的成因

一并解决民事争议案件立案审查问题的形成,既有行政诉讼法及司法解释审查标准和程序规则缺失的原因,也有对立案庭立案审查权限范围认识存在分歧的因素,更与长期以来“一并解决民事争议”与“行政附带民事诉讼”未得到清晰界分有关。

(一) 审查标准和程序规则缺失

一并解决民事争议案件立案审查的问题与法律、司法解释中审查标准和程序规则的缺失密不可分。当前,《行政诉讼法》关于一并解决民事争议的规定仅有1条,且较为原则。《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》(以下简称《行诉解释》)专章对相关民事争议的一并审理作出了规定,共8条,未涉及立案审查程序,涉及立案审查标准的部分条款则存在诸多不确定性概念,亟待解释。其中,争议最大者当属对“相关性”(《行政诉讼法》第61条第1款)和“其他不宜

① 参见张金翠诉黄山市屯溪区住房和城乡建设委员会城乡建设行政管理案,安徽省黄山市屯溪区人民法院(2016)皖1002行初21号行政裁定书;张金翠诉黄山市屯溪区住房和城乡建设委员会房屋拆迁补偿合同纠纷案,安徽省黄山市屯溪区人民法院(2016)皖1002民初1067号民事裁定书;长沙市芙蓉区俊志百货有限公司、谭鑫梁诉株洲市人民政府、株洲市国土资源局拆迁安置补偿案,湖南省株洲市中级人民法院(2016)湘02行初116号行政裁定书;长沙市芙蓉区俊志百货有限公司、谭鑫梁诉周彩红房屋租赁合同纠纷案,湖南省株洲市中级人民法院(2016)湘02民初125号民事裁定书。

② 参见蒙某、陈某诉刘会琼共有纠纷案,四川省南充市中级人民法院(2017)川13民初20号民事裁定书及刘承芬、杨尚学、杨尚俊诉王朝付土地承包经营权纠纷案,贵州省安顺地区(市)中级人民法院(2015)安市行民初字第1号民事裁定书。

③ 参见林保得诉漳浦县右雷镇港口村民委员会渔业承包合同纠纷案,福建省漳州市芗城区人民法院(2016)闽0602民初6840号民事裁定书。

一并审理情形”(《行诉解释》第139条第1款)的认定。

1. 对“相关性”的认定

如何认定民事争议与行政争议具有“相关性”?对此存在不同理解。有观点将相关案件界定为以民事为基础的行政交叉案件,不包括以行政为基础和并行关系的行政交叉案件。^①有观点则在考察了行政诉讼法修改过程后,作了相对宽泛的解释,即“关联性不仅指因具体行政行为影响民事权利义务关系,也包括因民事权利义务影响具体行政行为”^②。更为宽泛的理解是,相关民事争议包括作为行政争议基础的民事争议,以行政争议为基础的民事争议,与行政争议所涉的事实相互交叉的民事争议以及其他与行政争议相关的民事争议。^③可见,对于“相关性”范围的见解差异巨大,这将在很大程度上导致立案审查出现不同的结论。

2. 对“其他不宜一并审理情形”的认定

如何认定“其他不宜一并审理情形”?对此理论上存在不同主张。有观点主张对“其他不宜一并审理情形”做严格的限制性解释,将其限定在人民法院一并审理将会违反法律规定的情形下,理由是“无法定理由拒不一并审理的,违反《行政诉讼法》立法目的和第61条规定,属于审判程序违法”,但对何种情形下一并审理“将会违反法律规定”未作进一步解释。^④也有观点提出应做相对宽泛的解释,即应允许行政法官结合民事争议的难易程度和自身的能力进行判断,理由是《行政诉讼法》第61条规定的是“可以”而非“应当”一并审理,限定在违反法律规定的情形下,即变相强调“应当”一并审理,违反第61条的立法旨趣和规范目的。^⑤可见,对于“其他不宜一并审理情形”远未形成一致的认定标准,此种情形加剧了实践中对该条款的滥用,造成一定程度的混乱。

(二)立案庭立案审查权限范围认识分歧

如前所述,一并解决民事争议案件的立案审查存在不同模式,其核心问题为是否由立案庭独立审查或参与审查,若参与审查,则界限为何?法律或司法解释一般以人民法院整体为规范对象,基本上不对法院内部的具体分工进行规制。即便如此,根据“立

① 参见郭修江:《一并审理民行政争议案件的审判规则——对修改后的〈行政诉讼法〉第六十一条的理解》,载《法律适用》2016年第1期。

② 李广宇:《新行政诉讼法逐条注释》(下),法律出版社2015年版,第488页。

③ 参见《最高人民法院关于行政诉讼一并解决民事争议若干问题的规定(征求意见稿)》第2条。

④ 参见郭修江:《一并审理民行政争议案件的审判规则——对修改后的〈行政诉讼法〉第六十一条的理解》,载《法律适用》2016年第1期。类似的观点可参见最高人民法院行政审判庭编著:《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用》(下),人民法院出版社2018年版,第661页。

⑤ 在最高人民法院2017年度司法研究重大课题《行政诉讼一并审理民事争议研究》专家论证会上,肖建国教授持有此种主张。



审分立”原则,^①民事案件由立案庭行使立案审查(登记)权并无争议,认识不一的是立案庭立案审查(登记)权的权限范围问题,此问题在立案登记制改革的背景下更加突出。

通常来说,“诉”包括起诉要件、诉讼要件和本案要件。^②起诉要件,主要指诉状的形式是否符合法律规定,故起诉要件审查即为对法律规定的形式要件的一般性核对。诉讼要件,主要包括案件是否属于法院主管、是否属于受诉法院管辖、原被告是否属于正当当事人、是否属于一事再理等。^③《民事诉讼法》第119条、第124条共同构成民事案件的起诉条件,既包括起诉要件,也包括诉讼要件,故有观点认为我国受理制度的一大问题是将诉讼要件的审理前置起诉受理阶段,而在审判庭审理中又会进行二次评价且两者极可能不一致。^④立案登记制改革背景下,一方面立案阶段的自由裁量权被限缩;另一方面囿于民事诉讼法和司法解释的规定,立案庭依然需要根据法定的起诉条件对是否受理进行审查,两者之间存在一定矛盾。

为符合立案登记制的要求,司法实践中,出现了两种不同的做法:一种是“登记+一律立案”,这就解释了部分一并审理案件明显不符合法定起诉条件却被立案,后在一并审理中又被裁定驳回起诉的现象。实际上,部分法院依据原告在起诉阶段提交的“行政附带民事诉状”即直接登记立案。另一种是“有限审查+有限立案”,即“对起诉条件的审查范围限定为诉状的适格性以及诉讼费用”^⑤,或者通过降低对起诉条件审查的强度来调适法律规定与立案登记制改革要求之间的矛盾。但是,随着滥诉现象的日益严重,此种“有限审查”又有被收紧的迹象。正是由于存在对立案庭立案审查权限认识的分歧,以及不同法院对于立案登记的不同理解和不同做法,当前一并解决民事争议案件立案审查的协同模式难以构建起统一规则。

(三)一并解决民事争议与行政附带民事诉讼混同

行政附带民事诉讼的概念被提出时,行政诉讼制度尚未真正意义上被建立起来,对行政附带民事诉讼的探讨基本上是参照刑事附带民事诉讼而进行的理论上的建构和逻辑上的演绎,主要用以附带解决行政处罚案件中的民事赔偿责任问题,包括“被处罚人提出的由于行政机关的违法行为而遭受物质损失的赔偿请求”即行政赔偿请求,在当时仍被视为是一种民事赔偿责任,进而存在行政附带民事之基础。^⑥到上世纪九

① 立案庭是“立审合一”向“立审分立”转型的产物,功能在于将审判权拆分为立案权和庭审权,以相互制约并保障当事人诉权的行使。关于立案庭的源起及其历史贡献,参见张嘉军:《立案登记背景下立案庭的定位及其未来走向》,载《中国法学》2018年第4期。

② 参见王华伟:《行政诉讼立案登记制源流及实施效果再思考》,载《湖北社会科学》2018年第11期。

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

④ 参见张卫平:《民事案件受理制度的反思与重构》,载《法商研究》2015年第3期。

⑤ 张嘉军:《立案登记背景下立案庭的定位及其未来走向》,载《中国法学》2018年第4期。

⑥ 关于行政附带民事诉讼的早期定义可参见金俊银、邱星美:《行政附带民事诉讼》,载《法学研究》1988年第5期。

十年代末,行政附带民事诉讼的概念跳出了解决赔偿问题的窠臼,认为“行政附带民事诉讼指人民法院在审理行政案件过程中根据当事人的请求,附带解决与被诉具体行政行为有法律关联的民事经济争议的活动”^①。此后,对行政附带民事诉讼的界定愈加宽泛,如有观点认为“行政附带民事诉讼是人民法院在审理行政案件的同时,对与引起该案件的行政争议相关的民事争议一并审理的诉讼活动和诉讼关系的总称”^②。而“一并解决民事争议”的提法直到2014年《行政诉讼法》修改后才逐渐频繁,仅从概念上来说,“行政附带民事诉讼”与“一并解决民事争议”的区别已经微乎其微。

尽管如此,两者仍然存在两方面的巨大差别:一是关于行政案件与民事案件的关系。行政附带民事诉讼强调“附带性”,即强调行政诉讼与民事诉讼之间的主次关系,即行政诉讼为主、民事诉讼为次,例如《鄞州法院审理行政附带民事诉讼案件第一审程序若干规定》^③第20条第3款规定:“人民法院裁定准许行政诉讼原告撤回起诉或者决定不予受理的行政案件,对已经提起的附带民事诉讼,应当要求民事诉讼原告撤回起诉。原告不撤诉的,裁定驳回起诉。”第29条规定:“行政案件按照行政诉讼法的规定中止审理的,附带民事诉讼同时中止审理。”相反,一并解决民事争议并不强调民事诉讼的“附带性”,即程序启动时不考虑实体法律关系的产生顺序、当事人争讼的实际目的及实体争议的主次关系。

二是关于是否存在独立的程序。行政附带民事诉讼强调程序独立性,即主张设计独立的程序或者主要依据行政诉讼的程序进行审查判断。例如《鄞州法院审理行政附带民事诉讼案件第一审程序若干规定》第16条规定:“附带民事诉讼被告在收到附带民事起诉状副本后,应当在五日内提交民事答辩状。”第31条规定:“行政附带民事诉讼审理后,应当根据案件事实和证据,作出行政附带民事判决。”相反,一并解决民事争议制度则并无区别于行政诉讼或民事诉讼的独立诉讼程序。目前,行政诉讼法对一并解决民事争议的规定较为原则。根据司法解释不能突破法律规定的基本法理,在法律未独立设计一并解决民事争议案件适用程序的情况下,司法解释对程序的规定无法突破《行政诉讼法》和《民事诉讼法》的规定,不太可能出现独立程序。一个佐证是,《行诉解释》第141条规定:“人民法院一并审理相关民事争议,适用民事法律规范的相关规定,法律另有规定的除外。”此处的“民事法律规范”当然也包括了民事诉讼法等程序性规范。

不可否认的是,行政附带民事诉讼的理论仍隐蔽而深刻地影响着当下处理行民交

① 皮纯协、胡锦光主编:《行政诉讼法教程》,中国人民大学出版社1993年版,第288页。

② 应松年主编:《行政诉讼法学》(修订本),中国政法大学出版社1999年版,第210页。

③ 2010年,宁波市鄞州区人民法院被最高人民法院确定为行政附带民事诉讼试点单位,作出了全国首例“行政附带民事诉讼”的判决,并且就具体的审理程序制定了相应的规定。参见张光宏、毕洪海主编:《行政附带民事诉讼的理论与实践》,中国政法大学出版社2014年版,第234页。



又问题的思路,并与一并解决民事争议制度造成一定程度的混淆。以行政附带民事诉讼的传统思维来看待一并解决民事争议案件的立案审查,会导致三种倾向:首先,倾向于以行政诉讼的标准和程序去评价民事争议,而不顾两种诉讼之间的结构性差异。其次,倾向于忽视民事诉讼的独立性,对相关民事争议立案审查标准的掌握迥异于普通民事案件。再者,倾向于对“相关性”从严掌握,往往民事争议构成行政争议基础的案件才能纳入一并审理的范围,而行政争议构成民事争议基础的案件及行政争议、民事争议并行的案件则由于缺乏民事争议对行政争议的“附带性”,而易被排除出一并审理的范围,民事案件立案后也易因行政诉讼不成立而被一并裁定驳回起诉。^①

三、一并解决民事争议案件立案审查规则的重述

一并解决民事争议案件的立案审查不同于普通民事案件的立案审查(登记),相应地,其审查模式也应当区分处理。

(一) 审查标准

审查标准包括审查要点和审查强度,对审查要点的系统梳理及对各要点审查强度的准确界定,是统一一并解决民事争议案件立案审查标准的应有之义。同时,各审查要点之间存在审查先后的逻辑关系,在重述审查标准时亦应予以考虑。

1. 对行政争议的审查

(1) 行政诉讼是否成立。“是否成立”指的是行政诉讼是否具有《行诉解释》第69条规定的应当裁定驳回起诉的情形。^②若行政诉讼应当裁定驳回起诉,则再对民事案件立案并交由同一审判组织进行审理的正当性将不复存在。需要说明的是,此处“应当裁定驳回起诉”仅指较为明显的情形,如需通过对行政案件的开庭审理才能判断是否存在《行诉解释》第69条规定情形的,则不妨碍民事案件立案。

(2) 行政案件是否属于可以一并审理的案件类型。法定可以一并审理的案件类型包括行政许可、登记、征收、征用、裁决五种。从严格的文义解释角度,《行政诉讼法》第61条第1款的规定并没有“等”字,仅限于上述五种类型。但是,从目的解释的角度,法定的五种案件类型仅为列举,之所以如此规定,主要是考虑到该五种案件类型中的

^① 例如,安徽省黄山市屯溪区人民法院(2016)皖1002民初1067号民事裁定书“本院认为”部分表述为“在行政附带民事诉讼中,行政诉讼是主体诉讼,民事诉讼为附属诉讼,附带民事诉讼的成立以行政诉讼的成立为前提”。

^② 该条规定的“应当裁定驳回起诉事由”有九种,外加一个兜底条款。九种事由为:不符合法定起诉条件、超过法定起诉期限且无正当理由、错列被告并且拒绝变更、未按规定由法定代理人等为诉讼行为、未按规定先申请复议、重复起诉、撤回起诉后无正当理由再行起诉、行政行为对合法权益明显不产生实际影响、诉讼标的已为生效裁判或调解书所羁束。

行民交叉情形较为常见,一并审理更具必要性。但若回溯一并解决民事争议的制度价值,其他案件类型中同样具有实质解决争议、减轻当事人诉累、避免矛盾判决的实际需求,故理论上可以一并审理的案件类型存在拓展空间(见表1)。

表1 一并解决民事争议制度可能的适用范围

案件类型	行政争议与民事争议的关系 ^①
行政许可	行政为民事基础
行政登记	民事为行政基础
行政征收、征用	民事为行政基础 / 行政为民事基础 / 行政与民事并行
行政裁决	民事为行政基础
行政处罚(存在民事被侵权人)	行政与民事并行
行政强制	行政为民事基础
行政确认	民事为行政基础 / 行政与民事并行
行政民事混合侵权赔偿	行政与民事并行
行政公益诉讼	行政与民事并行

考虑到目前一并解决民事争议制度仍处于“休眠”状态,实践中审理此类案件的经验稍显不足,需要进一步积累经验,故适用范围仍应限定在五种法定案件类型为宜。

(3) 一并解决民事争议的申请是否在法定期限内提出。一并解决民事争议申请应在一审开庭审理前提出,在法庭调查结束前提出的需要有正当理由。所谓“正当理由”,一般指的是在开庭审理中才发现存在基础民事法律关系或第三人参加诉讼后要求一并解决民事争议的情形。^②司法实践中,当事人的申请时间往往与法院的释明时间密切相关。根据《行诉解释》第138条第3款的规定,法院在审理行政案件中发现民事争议为解决行政争议的基础,当事人没有请求人民法院一并审理相关民事争议的,应当告知当事人依法申请一并解决民事争议。换言之,在特定情形下,法院对一并解决民事争议制度的释明是其法定义务,不能因法院释明不及时而让当事人承担申请超期的不利后果。

2. 对民事争议的审查

对民事争议的审查包括三个部分:形式齐备性审查——相关性审查——起诉条件审查。之所以以此为序,系考虑到若形式齐备性(起诉要件)存在问题,将无法准确界定民事争议。而若无相关性,则无起诉条件审查之必要,且起诉条件审查的工作量大,

^① 表中所示仅为主要情形,并不能涵盖所有情形。

^② 参见最高人民法院行政审判庭编著:《最高人民法院行政诉讼法司法解释理解与适用》(下),人民法院出版社2018年版,第646-647页。



故应优先审查相关性。

(1) 民事案件起诉材料是否齐备、诉状要素是否齐全。比如,是否有明确的原被告(非适格原被告)、诉讼请求、事实和理由,是否有委托手续、是否按对方当事人人数提交起诉状副本等。

(2) 民事争议与行政争议是否具有“相关性”。笔者认为,考虑到一并解决民事争议制度尚未被激活的实际,不宜对“相关性”把握过严,具有事实上的关联性和处断上的关联性二者之一,即可视为具有“相关性”。“事实上的关联性”是指行民交叉情形的产生根源于一个法律事实或者同一个行政行为,比如一方当事人的行为侵犯另一方当事人的合法权益(源于同一法律事实),既构成民事侵权,也构成行政违法,需要承担民事侵权责任和行政责任。从这个意义上来说,在处理行政处罚案件的同时,一并解决民事侵权与赔偿问题是可行的。在行政附带民事诉讼试点中,浙江法院和重庆法院都进行过相关尝试。^①“处断上的关联性”则是指行政争议和民事争议的处理存在明确的先后顺序,即一案的处理需要等待另一案的处理结果。^②比较典型的是当事人诉请撤销不动产转移登记,而该行政案件的处理需要等待民事诉讼对买卖合同、赠与合同等民事法律行为效力的确定。综合来看,民事为行政基础、行政为民事基础、行政与民事并行的行民交叉情形均可认定为具有“相关性”。

(3) 是否符合民事诉讼的起诉条件。此处的起诉条件不同于普通民事案件,应根据一并解决民事争议案件特点适当改造:

第一,是否属于民事诉讼受案范围。如民事争议实质上属于行政争议或者非法院主管事项,则自无民事立案的可能。

第二,当事人是否已经提起民事诉讼。若当事人对相关民事争议已经提起民事诉讼,则不存在立案的可能性,此时若行政争议以民事争议为基础,行政诉讼应当裁定中止。

第三,民事争议是否需要行政机关先行处理。此种情形一般指的是对于涉及土地、山林、草原等自然资源所有权及使用权等依法应由行政机关先行处理的情形,例如《草原法》第16条、《森林法》第17条均授权行政机关对相关民事争议先行裁决,在裁决之前,阻断当事人的民事诉权。

第四,民事案件是否属于小额诉讼案件或特别程序案件。如前所述,“其他不宜一并审理情形”的认定存在争议。笔者认为,其一,不应允许行政审判组织考虑自身

① 浙江的情况可参考张光宏、毕洪海主编:《行政附带民事诉讼的理论与实践》,中国政法大学出版社2014年版,第187页。重庆的情况可参考颜莎莎:《论行政附带民事诉讼的边界》,载《广西政法管理干部学院学报》2014年第6期。

② 参见北京市第二中级人民法院课题组:《行政诉讼一并审理民事争议研究》,载《中国应用法学》2019年第1期。

能力。如果允许考虑自身能力,则一并解决民事争议的实践会受到遏制,而必要的司法裁量权可以在“相关性”的认定上得到保障。其二,不应将范围局限于“一并审理将违反法律规定的情形”,而应做类型化处理。目前成熟的类型之一,即为民事案件属于小额诉讼或特别程序案件,因其与行政案件之间存在程序衔接上的困难,故不宜一并审理。

第五,是否存在管辖障碍。此为一并解决民事争议案件立案审查的难点,也是导致立案审查标准不明确的重要原因。存在仲裁、协议管辖约定,或涉及专属管辖规定的情形构成管辖障碍,自不待言。那么,是否应当考虑级别管辖?民事案件的审级标准为案件的性质、案件的繁简程度、案件的影响范围和案件争议标的金额的大小。除却重大涉外案件、专利案件由中级人民法院管辖,海事、海商案件由海事法院管辖之外,最具操作性的划分审级的标准为案件争议标的金额的大小。与民事诉讼级别管辖的标准不同,行政诉讼的级别管辖以案件的影响程度为基准,其中最具操作性的划分标准为被告行政机关的级别。鉴于两种诉讼的级别管辖标准不一致,难免出现当事人申请一并审理的民事争议涉案标的额较大应由上级法院审理的情况,对于此种情况下的处理方式有四种不同的主张:一是作出不予准许一并审理的决定,并告知当事人另行提起民事诉讼;二是可以超越级别管辖规定,直接决定准许一并解决民事争议;三是应当按照《行政诉讼法》和《民事诉讼法》有关级别管辖的规定,由管辖级别较高的人民法院一并审理;四是应当报请上级人民法院决定。^①

笔者认为,行政诉讼比较简单而民事诉讼相对疑难复杂或标的额巨大,此种情形下的一并审理合理性不足,容易造成案件的久拖不决,形成所谓“小马拉大车”的情况,故直接忽视级别管辖而强制一并审理(第二种主张)不可取。^②同样,“就高管辖”(第三种主张)也不可取,行政诉讼已经立案,采取“就高管辖”时应根据《行政诉讼法》第24条第2款报请上级法院管辖。此时,民事诉讼应作何处理呢?是先行立案后按照《民事诉讼法》第38条第2款报请上级法院管辖(与行政诉讼一并报请),还是告知当事人直接到上级法院提起民事诉讼?两案均到上级法院后,无需承办合议庭再行判断,必须一并审理,还是合议庭可以再行判断?如果合议庭认为不宜一并审理,两案又该如何处理?无论哪种做法,程序都较为繁琐且衔接困难,故不可采。第四种主张充分尊重了上级法院在管辖上的决定权,但实则比第三种主张更为繁琐,势必造成程序延宕。对比之下,笔者认为第一种主张更为合理。一并解决民事争议确定的管辖规则应尽可能简明,在管辖上避免过于复杂的程序设计,若当事人对管辖有异议,可

① 参见《最高人民法院关于行政诉讼一并解决民事争议若干问题的规定(征求意见稿)》第10条。

② 司法实践中存在高级人民法院认为中级人民法院违反级别管辖,当事人管辖异议成立的案例。参见福建卡朱朱时装有限公司诉莆田市荔城区人民政府建设用地使用权出让合同纠纷案,福建省高级人民法院(2017)闽民辖终240号民事裁定书。



以行使管辖异议权。总之，若民事案件应当属于上级法院管辖，则构成管辖障碍。但若民事案件应由下级法院管辖，则不构成管辖障碍。

（二）审查主体

一并解决民事争议案件的立案审查主体应为行政审判庭，立案庭在此类案件中无立案审查权。主要理由有三：

其一，一并解决民事争议制度系为当事人提供的特殊制度供给，是否立案并不会实质性影响当事人诉权，通过立案庭与审判庭之间的相互制约来保障当事人诉权行使的基础并不存在。相反，若按照立案登记的要求，仅进行形式审查，审理程序中可能因管辖错误或驳回起诉造成程序空转，徒增当事人诉累。因此，此类案件应进行立案阶段的实质审查。但是，立案庭的职权书面调查模式与审判庭的口头辩论模式不可同日而语，^①行政审判庭在释明过程中可以对民事争议是否符合起诉条件作出更为准确的判断。

其二，如果对立案登记制改革背景下的立案庭审查权限范围作宽泛理解（基于法律规定），则上述审查要点中的材料齐备性和起诉条件的审查权应归属立案庭。但根据上述审查顺序，先审查行政争议，再审查民事争议，对后者的审查又包括材料齐备性审查、相关性审查、起诉条件审查，其中行政争议和相关性审查由行政审判庭进行，则审查过程会出现行政审判庭——立案庭——行政审判庭——立案庭的循环往复，程序繁琐。如果对立案庭审查权限范围做狭义理解（基于立案登记制要求），则上述审查要点中的材料齐备性应由立案庭审查，问题是立案庭形式审查后还需要行政庭进行实质审查，程序依然不够简便。总之，行政审判庭独立审查是相对高效、简便的方案。

其三，在特殊案件中否定立案庭的立案审查权有先例可循。《最高人民法院关于破产立案受理有关问题的通知》第四项规定，债权人提出破产申请的，审判业务部门应当自债务人异议期满之日起十日内裁定是否受理。其他情形的，审判业务部门应当自人民法院收到破产申请之日起十五日内裁定是否受理。可见，由审判庭决定是否立案并非孤例。

（三）审查程序

鉴于一并解决民事争议案件的立案审查主体为单一主体，故即便当事人在提起行政诉讼时即提交“行政附带民事诉状”的，立案庭也应先只对行政案件立案，民事案件的立案审查程序，应与行政案件审理中当事人提出一并审理请求的立案审查程序保持一致。亦即，无论当事人是主动申请还是经法院释明后申请一并解决民事争议，均交由行政审判庭进行审查判断（见图3）。

^① 这也是很多学者主张起诉条件审查应后置于审理程序中的原因。参见陈海萍：《行政诉讼立案条件：规范、实践与挑战》，载《中国法学会行政法学研究会2018年年会论文集》。

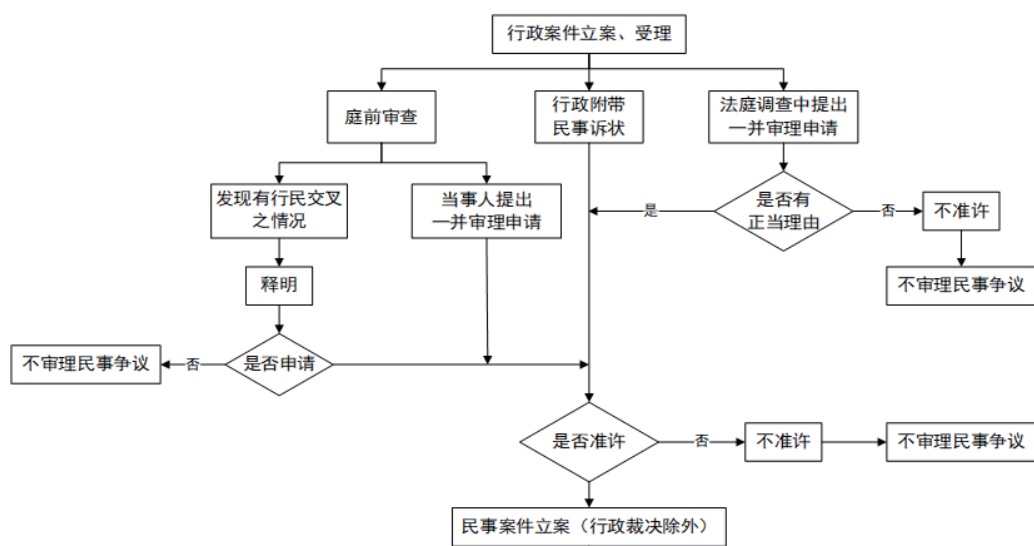


图3 一并解决民事争议案件立案审查阶段流程图

在收到当事人提交的一并解决民事争议申请后，行政审判庭应根据此类案件的审查标准进行审查，并在七日内作出决定（见表2）。

表2 一并解决民事争议案件立案审查指引表

审查要点	审查指引	审查结果
前提要件审查	行政案件是否成立，不存在《行诉解释》第69条规定的情形	☐ 是 ☐ 否
法定类型审查	行政案件是否属于行政许可、登记、征收、征用或裁决案件	☐ 是 ☐ 否
申请时间审查	申请是否在一审开庭审理前提出或有正当理由在法庭调查结束前提出	☐ 是 ☐ 否
材料齐备性审查	诉状要素是否齐备，是否有委托手续，是否有规定数量的起诉状副本	☐ 是 ☐ 否
相关性审查	民事争议与行政争议是否存在事实上的关联性或处断上的关联性	☐ 是 ☐ 否
起诉条件审查	是否属于民事诉讼受案范围	☐ 是 ☐ 否
	特定争议未提起过民事诉讼	
	特定争议无需行政机关先行处理	
	不属于小额诉讼案件或特别程序案件	
	民事争议不存在管辖障碍，不属于专属管辖、协议管辖、上级法院管辖，未约定仲裁	

上表所示审查要点，应自上而下依次审查，如有一“否”则终结审查，制作不予准许决定书并说明理由，并允许同级复议一次。如审查结果均为“是”，除行政裁决案件中的相关民事争议外，行政审判庭向立案庭索取案号，对民事争议进行立案。



如前所述,本文意图建构的立案审查模式是一种“严进”模式,“严进”必然需要“严出”,否则一并解决民事争议的制度效用将大打折扣,故笔者将此种模式概括为“严进严出”模式,以区别于目前司法实践中尚存的“宽进宽出”模式。具体而言,就是法院通过对前提要件、法定类型、申请时间、材料齐备性、相关性、起诉条件的全面审查,确保真正需要一并审理的民事争议得以立案,而一旦立案,除当事人管辖异议成立,必须移送有权法院审理外,无论行政诉讼是否成立、行政诉讼原告是否撤诉、法院对相关性的判断是否有误,行政审判组织均需要对民事案件继续审理,而不得迳行裁定驳回起诉或再行移送。

结 语

通过合理构建一并解决民事争议案件立案审查的模式,明确审查标准、审查主体和审查程序,能够提高一并解决民事争议案件立案审查的规范化水平,进而有助于激活一并解决民事争议制度。通过该制度的应用,有助于法院积累更多的经验,再反作用于模式的修正,以此形成良性循环。有理由相信,行政诉讼一并解决民事争议制度的完全激活不是奢望。更为重要的是,一并解决民事争议案件的审理过程是培养行政法官争议审思维的难得契机,有助于推动行政诉讼从“行为审”向“争议审”转型。

(责任编辑:王文斌)

类案裁判如何说理

——以 329 份裁判文书说理为视角

杨涛 左一凡^{*}

内容摘要：通过对 2020 年 7 月以来中国裁判文书网收录的 329 件“本院认为”部分涉及类案检索的案件进行分析，发现大部分启动类案检索程序的案件并未将类案检索结果在裁判文书中予以披露，即便部分裁判文书在说理部分介绍了案件的类案检索情况，也存在论证简单、回应不足、表述混乱等现象。原因在于类案检索自身缺乏规范的表达方式、法官的思维方式未能及时转变、案例法源地位的模糊、使用方式和情形的不明及类案规则供给匮乏等。对此，应当确立类案检索情况写入裁判文书的形式要素与内在要求，并且不断完善类案检索裁判说理的制度保障。

关键词：类案检索；裁判说理；实证分析；类比推理

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2021)05-115-126

目前我国类案检索的研究主要集中于类案检索平台的架构、检索技术与识别技术的介绍、检索报告的制作与运用等，对于审判实务中的一些基础问题鲜有涉及。在这其中最重要同时也亟待解决的一个问题是类案裁判如何说理，也即法官如何将类案检索结果规范、充分地融入到裁判文书中。实务中，如果不将类案检索情况在裁判文书中进行披露、说理，就无法使当事人知晓类案对于裁判结果走向的影响，无疑会让类案检索机制成为背离当事人的“暗箱操作”。要想解决该问题，应回到裁判文书的说理部分了解类案检索机制的适用现状、说理现状，找寻类案检索情况难以引入裁判文书的原因，在此基础上探寻类案裁判如何说理。

^{*} 杨涛，江苏省淮安市中级人民法院法官助理；左一凡，江苏省高级人民法院法官助理。



一、检视：裁判文书中的类案检索镜像

笔者以“类案检索”为关键词，在“中国裁判文书网”进行案件检索^①，显示有2371条检索结果，在结果中进一步检索本院认为部分有关关键词“类案检索”的案件数为329件，而同时段上网民事案件判决书的总数量为7155003件。换言之，司法实务中，法官主动进行类案裁判说理及对当事人提出的类案检索报告进行回应的案件数占同时期民商事案件总量不足两万分之一。笔者对这329份裁判文书进行细致地推敲，一方面可以窥见类案检索对于个案裁判结果的影响路径，另一方面也能够洞察类案检索结果融入裁判说理现实状况。

（一）裁判文书中的类案检索适用现状

1. 主动适用类案检索结果。在适用类案检索机制裁判的案件中，法官主动类案检索结果的为主要情形。样本裁判文书显示，法官主动适用类案检索机制可分为两大类，一是检索关联案件，^②一般表现为待决案件与类案之间至少存在一方相同的当事主体，而这也是维持最低限度同案同判的最低要求，这一类型类案对于待决案件裁判结果产生的影响力最大，但却是类案检索机制影响最小的领域，有赖于审判监督制度的“威慑”，关联案件的类案检索早在最高院推行类案检索机制之前就已经成熟，同一法院对于关联案件作出完全不同判决的概率极低且即使存在也能够被及时纠正。^③第二类是检索他案，通过检索与待决案件之间具有实质相似性的类案，来指引待决案件的审判，类案检索机制其核心正是想以此来统一法律适用推动同案同判，^④但从裁判说理部分来看，类案检索除具有引导法律适用的价值之外，还被广泛运用于协助案件事实的认定和对诉讼程序的厘清、释明。

① 检索的时间跨度为2020年7月31日至2021年5月31日，选择2020年7月31日作为案件检索的起始点主要原因在于，该时间点为《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》正式开始实施的时间，这是第一部关于类案检索机制的全国性的专门规则指引文件。

② 在上述329份裁判文书中法官主动适用类案检索机制的案件数为121件，其中检索关联案件的案例数量为59件，占法官主动适用类案检索的比例为48.76%，典型案例参见：参见李东诉河北尚高房地产公司商品房预售合同案，河北省涞水县人民法院（2021）冀0623民初587号民事判决书、参见郝喜盛诉大连保利房地产公司商品房预售合同案，辽宁省大连市甘井子区人民法院（2020）辽0211民初7929号民事判决书、参见陈后兵诉安徽绿辉公司买卖合同纠纷案，安徽省当涂县人民法院（2020）皖0521民初1303号民事判决书、参见张虹、奉仪诉邵阳第一医院拆迁安置补偿案，湖南省邵阳市双清区人民法院（2020）湘0502民初535号民事判决书、参见安徽金蝗公司诉江苏盛阳公司管辖权异议案，江苏省泰州市中级人民法院（2020）苏12民辖终173号民事裁定书。

③ 参见张骥：《论类似案件应当类似审判》，载《环球法律评论》2014年第3期。

④ 参见魏新璋、方帅：《类案检索机制的检视与完善》，载《中国应用法学》2018年第5期。

表1 裁判文书中类案检索应用的功能与典型

功能价值	具体表现	典型案例
事实认定价值	寻找经验法则	(2020)陕0323民初1361号案件中,法院认为原告所主张的90天护理期时间过长,通过类案检索发现在该类型案件中医疗护理期的时间一般为6至8周,并以此确定该案中护理期的合理时长为49天
	特殊事实的认定	(2020)渝0236民初2869号案件中,通过类案检索发现原告在近年多次以产品质量不合格为由向重庆法院提起过诉讼并要求加倍赔偿,从而认定原告为“知假买假” (2020)京03民终8397号、(2020)京03民终5499号中,对于被告提出的原告为“职业放贷人”的抗辩主张,经法院类案检索发现原告未涉及其他民间借贷案件,从而排除案件民间借贷为职业放贷的可能
法律适用价值	法律行为的定性	(2019)京0102民初9515号案件中,在法院对“标会活动”定性时,借助类案检索,法院发现福建省此类案件量最多,近两年福建省法院裁定大多对“标会”活动的合法性予以否定性评价,认为其不符合金融监管要求,从而以违背公序良俗为由将“标会活动”定性为无效法律行为
	法律规范的解释	(2020)鲁0303民初4804号案件中,法官借助于检索上级法院的生效裁判文书,将《公司法》中“股东”的范围界定为公司章程中认可或股东名册中载明的显名股东,而隐名股东在其成为显名股东之前,不能主张行使公司显名股东的权利
	自由裁量的参考	(2020)京0102民初23774号民事案件中,法官借助于类案检索对于原告所申请的精神损害赔偿的数额进行调整
诉讼程序价值	确定案件管辖权	(2020)湘1202民初3862号案件中,原被告双方对于案件管辖权产生争议,经检索该案在基本事实、争议焦点、法律适用问题等方面与(2016)最高人民法院民辖32号民事裁定书具有相似性,从而依据最高院的裁判观点确定案件的管辖权属于上级法院
	引导当事人合理诉请	(2020)豫16民终3795号案件中,经类案检索发现最高院的最新裁判观点认为不应在上诉状递交之时认定上诉请求已经固定而不得变更和增加,应允许上诉人在不超出原诉请的范围内于二审庭审辩论结束前增加或变更上诉请求

2. 被动适用类案检索结果。案件当事人以类案检索结果作为证据或者观点佐证材料提交法院,并被法官采纳的“被动适用”情形出现5件。在《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》(以下简称《最高法院指导意见》)出台后,当事人提供类案检索的情形呈井喷式地增长,由于当事人所提供的类案检索结果大多明显带有利己的偏向性,大部分当事人提供的检索结果并没有被采纳。

3. 不适用类案检索结果。类案检索机制功能的发挥,最终仍需回归司法实务中检验。从检索到的司法案例来看,不适用类案检索结果的案件占据了多数。以“类案检索”为关键词共检索到2371件案件,法官对其中的2042件予以忽略、回避,在有回应的329件中,203件属于当事人提供类案检索结果法官不予适用的情形,不予适用



的理由包括以下几类：

表 2 裁判文书中不适用类案检索结果的具体事由

不适用类案检索事由	具体表现	是否存在规范依据	案件数
类案识别有误	检索结果与待决案件基本事实、争议焦点不具有相似性	不存在	147
	检索结果与待决案件事实相似但争议法律关系不同		2
检索结果效力不足	检索案例非指导性案例不具有参考性	不存在	6
	检索文书为下级法院生效裁判不具有参考性		2
	检索结果为未生效法律文书		1
非强制检索案件范围	裁判规则明确无需类案检索	存在	3
	待决案件非疑难复杂案件		2
	仅引用《最高院指导意见》第 2 条未说明具体缘由		27
其他情形	/	/	13

（二）类案检索结果融入裁判文书的特征

1. 缺少必要的论证过程。在法官主动适用类案检索时较少对适用的过程进行论证。通常仅简单罗列出类案的案号或将类案检索情况以“经类案检索”一笔带过，这种过于简略的表达使上级法院难以对适用类案检索的正确性进行检验，也同样会引起当事人对类案参考正当性的质疑。

表 3 法官主动适用类案检索情况下的裁判说理

案件号	具体表述	援引依据	特征
（2020）宁 03 民终 628 号	根据《合同法》第 110 条规定及类案检索的结果，有违约行为的一方当事人请求解除合同……	未援引类案检索依据	仅表述案件已经过类案检索
（2021）京 01 民终 2658 号	对于该问题，法律没有特别明确规定，在理论界及司法实践中，亦存在不同的观点。经类案检索，北京市不同法院也存在不同的认识	未援引类案检索依据	表述为案件经过类案检索，且显示检索地域范围
（2021）皖 0121 民初 1112 号	经类案查询到合肥市中级人民法院（2017）皖 01 民终 1419 号民事判决书、（2019）皖 01 民终 8590 号民事判决书。结合本案……	《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》第 4 项	表述为案件经过类案检索，并列岀案件号

案件号	具体表述	援引依据	特征
(2020)鲁14民初248号	经检索,吉林省高级人民法院作出的(2016)吉民申96号民事裁定书认定自查封之日起,最高额抵押权所担保的债权即确定。最高人民法院作出的(2018)最高法民申6066号民事裁定书认为抵押权人对抵押财产被查封、扣押的事实不知情,最高债权限额以内发生的债权,仍属于担保债权	未援引类案检索依据	表述为案件经过类案检索,列出案件号并简要归纳不同案例的裁判观点

2. 对当事人提供的类案检索报告回应不足。法官在“本院认为”部分对当时所提供的类案检索报告作出回应的比例仅占当事人提出类案裁判抗辩案件的13.88%,所以实践中法官对于当事人所提交的类案检索报告大多选择直接忽略。在仅有的5件法官采纳当人类案检索结果的案件中,法官对于适用结果的描述十分简单,同样缺乏对类案判断过程、裁判观点的提取及适用情况的说理。

表4 法官适用当事人提供类案检索报告情形

案件号	具体表述	援引依据	共同特征
(2020)川0704民初1885号	本案中,原告提交的类案检索报告中的裁判规则与本案具有一致性,本院予以采纳	未援引类案检索依据	对于当事人所提交的类案检索结果与待决案件的相似性予以肯定,但对于相似性判断过程以及具体裁判观点的提取和应用予以忽略
(2020)粤01民终15723号	上诉人所提供本院(2019)粤01民终14424号生效判决与本案在基本事实、争议焦点、法律适用方面具有相似性,属于类案该案判决可作为本案裁判的参考	《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》第2、第9条	
(2021)川0704民初87号	被告在庭审中提交类案检索报告,证实(2019)川0106民初1478号、(2019)川01民终11580号、(2019)川民申5981号民事判决书所述案情与本案相似	未援引类案检索依据	
(2020)粤02民终1917号	上诉人提交的在中国裁判文书网中搜索的(2015)丰民初字第00292号指导案例与本案属于类案,该案判决由被告承担事故全部责任。综上所述,被上诉人应当就剩余损失121670元进行赔偿	《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》第10条	
(2020)川0704民初440号	据被告提交类案检索报告所载类案,与本案裁判规则具有一致性,本院予以采纳	未援引类案检索依据	

二、反思：类案检索结果为何难以融入判决说理

从以上裁判文书的实证分析结果来看,类案检索机制在融入裁判文书的过程中存在诸多问题,多数裁判文书未将类案检索的运行情况引入裁判说理,引入类案检索适用情况的文书中对于说理的形式与内容也显得杂乱无章。笔者认为这一现象主要由以



下几方面原因导致：

（一）类案检索自身缺乏表达方式的规范

《最高法院指导意见》并未明确类案检索适用的具体方式，《最高人民法院关于进一步全面落实司法责任制的实施意见》也仅仅是要求承办法官应当制作关联案件与类案检索报告在合议庭合议及专业法官会议上作出说明，对于裁判文书中是否应当披露类案检索情况并未提及。因此类案检索是否需要释明以及释明的方式并无标准答案可参考。即便是地方层面出台的细化操作指引，如上海市一中院制定的《强制类案检索报告样式》、重庆一中院制定的《检索报告普通模版》《检索报告量刑模版》等，也均未提及如何将类案检索报告融入裁判文书说理。

在缺乏强制要求与具体指引的情况下，一方面部分法官会认为无需在裁判文书中披露检索情况，例如（2020）川07民终3082号民事判决书认为，在裁判案件过程中运用类案检索机制时，类案检索的过程及分析应由人民法院单独制作，而不在该案判决书中予以分析评价；另一方面也使得法官对于类案检索结果融入裁判文书的方式存在不同理解，如上文所述，大部分法官仅在判决中简单描述案件“经类案检索”或附加检索案件的案号、地域范围，仅有少部分法官在判决书中简述类案具体案情、争议焦点以及适用的理由，^①但对于类案检索的过程，包括检索平台、检索过程、识别过程等信息仍未披露。此外有法官认为类案检索报告属于证据的，在法庭辩论环节当事人对此提出的辩论意见，应在裁判事实认定部分对此作出回应。^②

（二）法官缺乏类比推理思维方式的训练

国内有学者将先例的在先适用分为先例推理与类比推理两阶段，^③先例推理更接近于演绎推理，是将从先例中所提取的规则经过逻辑三段论的演绎过程，适用到待决案件的裁判中；类比推理则是将先例与待决案件的异同进行详细的比较从而使得相似的事实获得相似的判决，其重点在于类案的识别。^④我国法官长期以来接受的是演绎推理思维的训练，而转化类案检索结果则需要结合类比推理与演绎推理进行裁判说理，在没有类比推理思考习惯的情况下，想要将类案检索的成果转化为裁判文书说理是一项不小的论证挑战。例如，对裁判文书中如何确定待决案件与检索结果之间是否具有相似性以及何种相似程度才能够认定为“类案”的问题，203件当事人提供类案检索

① 参见徐田锦、田宗旭诉翁增清等机动车交通事故责任案，浙江省杭州市拱墅区人民法院（2020）浙0105民初3226号民事判决书。

② 参见太平洋保险六安公司诉王旭波追偿权纠纷案，安徽省六安市中级人民法院（2020）皖15民终2389号民事判决书、参见郑州新视明公司诉丹阳好视力眼睛商行侵害商标权案，江苏镇江市中级人民法院（2020）苏11民终2813号民事判决书。

③ 参见余高能、代水平：《美国判例法的运作机制》，载《西安电子科技大学学报》2007年第2期。

④ 参见邓矜婷：《先例规则的理论及其对适用指导性案例的启示——基于对美国相对学说的分析》，载《法商研究》2015年第3期。

结果的案件中有 147 件被法官以所提供案例与待决案件在基本事实、争议焦点与法律适用上不具有相似性为由不予适用，且对不予适用的论证过程并不说明。这其中案件基本事实类似，而争议法律关系不同的情形，最能体现法官裁判说理时逻辑上的混乱，有判决认定“原告提供案例所涉及的法律关系基本上均为相关主合同项下的担保合同法律关系，担保合同系诺成性合同，而本案双方争议的是民间借贷合同法律关系，如前所述系实践性合同，与本案无可比性，不属于应参照的类案。”^①有判决主张即使法律关系不同，但如果案件的基本事实相似，检索结果对于案件事实的查明仍有帮助，具有类案参考价值。^②

在判例法国家，不仅法学院会教授类比推理论证具体逻辑，先例与待决案件的比对方方法、判例规则的提取、判例规则的解释方法与技术也都有着成熟的理论基础，上百年的判例裁判经验已经在实践中形成完整的裁判说理规范体系。^③而我国目前除了《最高法院指导意见》对类案的判断标准作出的规定，再无其他指引。因此，即使法官已经运用了类案裁判观点，但其在缺少逻辑训练与现实规则的情况下，也很难将类案裁判过程融入到裁判文书中。

（三）“前案”规则供给匮乏

类案检索最根本的价值在于为法官裁判待决案件时提供值得参鉴的规则或标准。^④从对已有案例的实证分析来看，在适用类案检索机制时往往会出现“类案有余”而规则不足的局面，甚至在实践中有因检索到的类案难以提炼出确定的规则从而参照“中国法制出版社出版的由国家法官学院案例开发研究中心编写的中国法院年度案例中的裁判观点”的情况。^⑤目前，除最高法院公布的指导性案例或公报案例（以及部分省法院公报案例）有明确的裁判规则，一般案件中裁判规则的体现并不明显，有些案件对重要部分的说理仅一笔带过，难以提炼出具体的裁判要旨，因此裁判过程中法官最需要的具有一般规则参考价值的类案往往可遇而不可求，这一情况直接导致法官类案比附的说理难度增加。

（四）案例的法源地位模糊

作为大陆法系国家，我国法律以成文法的形式存在，法律渊源并不包含各级法院的司法案例，即便是最高法院的指导性案例对于其法源地位也存在着争议。^⑥持“否

① 参见李秀玲诉陈俊新民间借贷纠纷案，湖北省荆门市东宝区人民法院（2019）鄂0802民初2241号民事判决书。

② 参见黎培诉李雷等机动车交通事故责任纠纷案，贵州省独山县人民法院（2020）黔2726民初370号民事判决书。

③ 参见邓矜婷：《美国判例体系的构建经验——以居间合同为例》，载《华东政法大学学报》2014年第2期。

④ 参见孙海波：《类案检索在何种意义上有助于同案同判？》，载《清华法学》2021年第1期。

⑤ 参见郭树礼诉豆中宝生命权、健康权、身体权纠纷案，河南省周口市中级人民法院（2021）豫16民终1400号民事判决书。

⑥ 参见雷磊：《指导性案例法源地位再反思》，载《中国法学》2015年第1期。



定说”的观点认为承认案例的法源地位等于增设了一种没有宪法和法律依据的法律形式。^①正因为案例法律效力的模糊,实践中法官对于回应类案检索的适用情况缺乏内在动力,有法官认为,除非当事人提供的是指导性案例,否则法院不予回应类案检索结果并不属于诉讼程序瑕疵;^②也有判决认定不回应当事人的案例检索报告,属于程序不当,但类案裁判结果仅具有参考价值,对于当事人提交类案检索结果的,通过谈话释明等方式予以回应即可。^③可以看出若无明确的效力制度支撑,法官对于直接将类案检索结果作为指导法律适用的依据融入裁判文书无疑会产生迟疑。

另外,实践中类案检索出的裁判结果不一致的现象也较为普遍,对于冲突结果如何在判决中进行回应也是一道难题。有裁判文书以通过类案检索查明类案裁判意见不一致,法官可基于对法律的不同理解和认知基础上自行判断为由而不适用相互冲突的检索结果,从而回避在裁判文书中对冲突裁判结果进行评价。^④实践中类案的数量越多,也就意味着裁判规则越多元,规则之间发生冲突的概率越大,在同一位阶以及不同位阶之间的类案都有可能出现这一情况,如果此时没有明确的择优适用规则,在裁判文书中对冲突检索结果做出选择与评价无疑将在一定程度上增加案件被“挑错”从而被发改的概率,使得法官在面对这一问题时选择回避。

三、构建:类案检索结果如何融入裁判说理

(一) 类案检索情况写入裁判文书的必然性

要求法官将类案检索结果及适用情况融入裁判文书具有充分的正当性。首先,该方式有利于类案检索机制功能的发挥,类案检索最大的功能在于解决“类案不同判”问题,统一法律适用,与审判监督相比,类案检索允许当事人主动参与,只有将类案检索的运行透过裁判文书进行完整的披露,才能避免类案检索成为背离当事人的“暗箱操作”,实现对自由裁量权的制衡。其次,将类案检索结果及运用情况融入裁判文书有利于法官心证公开,如果不公开类案选取、类案裁判推理等思维过程,无疑将造成内外说理差别,违背审判实质性公开理念。类案检索结果的运用是影响裁判结果形成的实质内容,理应成为司法公开的核心。最后,文书中引入类案检索运用情况有助于提升裁判的说服力,类案检索是解释法律提升当事人对裁判结果信服程度的有力说

① 参见刘作翔:《中国案例指导制度的最新进展及其问题》,载《东方法学》2015年第3期。

② 参见江苏中南建筑公司诉赣州江山万里租赁合同纠纷案,江西省高级人民法院(2020)赣民申1567号民事判决书。

③ 参见四川天府银行贵阳分行诉讼贵州地矿公司财产保全损害责任纠纷案,贵州省贵阳市中级人民法院(2020)黔01民终9458号民事判决书。

④ 参见济南鹏盛公司诉王霞案外人执行异议案,山东省高级人民法院(2020)鲁民再337号民事判决书。

理工具,对于争议较大的法律适用问题,通过将类案检索结果转化成判决说理,当事人更能接受判决结果,并通过裁判文书展现类案检索的影响力,也能够引导当事人积极主动进行类案检索,在一定程度上减少法官检索的工作量。

(二) 类案检索情况写入裁判文书的形式要素

通过上述分析可以看出,将类案检索机制与裁判文书说理进行融合有着重要意义,目前而言虽无制度上的指引,但引导法官将类案检索结果融入到裁判说理过程中,并以清晰的脉络展现类案检索的运行轨迹,则裁判文书需要包含以下要素:

1. 归纳争议焦点。作为类案检索适用的前提,在阐述类案检索过程及结果之前,应当简要的概括本次检索的争议焦点,这也是对类案检索中关键语句的总结。

2. 类案检索平台。实践中不少裁判文书中忽略对于类案检索平台的说明,^①对检索平台进行简要说明一方面能突出类案检索的严谨性,另一方面也方便当事人或是后续裁判者复盘使用。

3. 类案选取过程。法官应当对类案检索的过程进行梳理,对于挑选类案中所考虑的因素适当说明(包括时间、地域、审理法院及其他相关因素),有利于当事人能够对遗漏类案进行补充,避免发生类案选取的选择性忽略。

4. 检索结果分析。在对检索结果进行分析时,应当力求全面、真实地展示类案检索情况,对于不同观点的类案分别提取裁判要点对比呈现。实践中(2020)甘0502民初2913号案件对于检索结果的分析处理具有典型意义,针对职工按照灵活就业人员身份缴纳社会保险后是否有权要求用人单位返还这一问题,将司法实践中两种做法进行列举,并分别分析两种做法的法律依据、可操作性,清晰展现法律逻辑和推论过程。对检索结果的分析可以此为鉴。

5. 法律适用结论。通过类案检索来解决裁判标准不统一这一问题时,必然需要甄别同类案件的不同裁判观点,选择一种观点进行参照,进而否定另一观点的参照意义,^②这一过程需要在裁判文书说理部分围绕个案特征对类案观点的选择做详细说明。此外,在类案观点均不具有参考价值时同样应进行充分解释。例如(2020)川0192民初2424号案件中法官在判决中针对不适用类案规则的处理意见进行了详细的说理,先对案例类推适用的运行机理以及不同案例的效力层次进行了说明,其次对类案与待决案件的相同与不同之处进行逐条列举,最后以案件关键事实之间存在明显差异为由认定待决案件不具有适用类案规则的基础,这一处理方式可以作为不适用类案检索结果的裁判说理范例。

^① 在法官主动适用类案检索机制的121件案例中,仅6件裁判文书说明其使用的检索平台,其中5件为“中国裁判文书网”,1件为“法信”平台。

^② 参见北京市三中院课题组:《类案检索报告制作和运用机制研究》,载《法律适用》2020年第12期。



（三）类案检索情况写入裁判文书的实质要求

1. 确保类案裁判说理的可普遍化。可普遍化是指若某一裁判规则运用于解决特定案件争议被认定为是正当的，则在所有具备相同特征的情境中这一裁判规则的适用均为正当，即满足相同情况相同对待的基本正义要求。^①可普遍化是类案裁判机制的应有之义。“裁判规则的可普遍性与平等性奠定了类推的基础。”^②可普遍化不仅应适用于类案裁判规则形成阶段，也是法官在运用前案裁判规则时所必须要遵守的原则。在某种程度上，运用裁判规则的法官比创制裁判规则的法官更应当坚持裁判的可普遍化。^③

依据德国法理学家罗伯特·阿列克西对于实现可普遍化的条件列举，笔者认为为确保类案裁判说理的可普遍化，实践中法官应当做到以下几点：一是在裁判说理中关注类案与待决案件之间差异点的相关性，必须保证类案裁判建立于案件具有相同特征的基础之上，例如在（2020）川0192民初2424号案件中，当事人所提供的类案与待决案件在案件事实上具有高度的相似性，仅在当事人婚姻关系缔结时间与股权分割时间在先后顺序上有所不同，法官在判决中着重对于这一差异点进行厘定，认定该差异点具有重要性，故前案规则无法适用于待决案件，从而保持了法律适用的正确性与统一性。二是应允许当事人就类案检索情况进行辩论，并且将辩论结果在裁判文书的法律适用结论部分予以披露，司法实务不仅应强调遵循类案裁判规则的重要性，也应当允许一定程度的偏离，但法官有义务证明偏离的正当性并在裁判文书中清晰表达。

2. 以合理论证为原则。在裁判说理部分对于类案规则的运用进行合理论证，对类案检索结果做出评价与说明，以保持规则运用与裁判结论之间存在紧密的逻辑关系。此处的“合理”是指法官对于类案裁判规则运用的说理应满足法律体系内在的融贯性。与适用成文法一样，对于检索结果的应用同样需要诠释，需要将其运用情况予以表达，使其同样符合法律精神。当案件的当事人明显地倚重某一法律机制或某种特定的法律观点时，法官必须借助于裁判文书有针对性地对此进行说明及合理地论证。^④合理论证、恰当表达类案规则在一定层面上就是实现司法理性的过程。

同时，对于说理过程中的司法理性不能简单化处理，法官对于类案裁判的说理应避免以下问题：首先，裁判说理不能沦为法官“孤芳自赏”式的独语，基于个人智识与生活经验的有限性以及考虑到裁判文书的受众不仅局限于当事人，裁判说理应当兼顾社会常识、民间习惯、传统以及特定职业群体的经验。裁判文书不仅承载法官的个

① 参见张骞：《再论类似案件的判断与指导性案例的使用——以当代中国法官对指导性案例的使用经验为契口》，载《法制与社会发展》2015年第5期。

② 【德】罗伯特·阿列克西：《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第347页。

③ 参见张骞：《论案例裁判规则的表达与运用》，载《现代法学》2020年第5期。

④ 参见周翠：《民事指导性案例：质与量的考察》，载《清华法学》2016年第4期。

人思考，还应当融入社会与时代语境；其次，避免类案裁判说理成为抽象规则之间的概念演绎，应当将案件事实与法律逻辑演绎结合起来，在司法理性之中适当地融入“血肉”，让裁判文书更加饱满。

3. 正确提炼类案法律命题。将类案检索情况引入裁判文书的形式要素中，需要对类案规则进行查找、梳理、罗列。如前文所述，司法实践中具体案件往往有多个裁判要点，但多数案件对于与裁判要点相关的案件事实、法律适用过程归纳过于简单、模糊，增加了类案规则查找、适用的难度。化解这一问题的重要方式，一是转换思考方向，在无法直接获取准确的类案裁判规则时，通过多次、仔细阅读裁判文书发现核心争议；二是正确提取法律适用结论，即使前案没有明确的裁判要旨，但判决必然具有法律适用结论，所谓“正确”即该法律适用结论所欲解决的争议焦点问题与待决案件的争议问题具有一致性。最后，在裁判文书说理中将所提取的类案争议焦点与法律适用结论一一对应整合形成法律命题，以此作为类案裁判规则缺失的补强。

（四）类案检索情况写入裁判文书的制度保障

1. 补强类案检索结果转化的制度缺漏。赋予类案检索结果运用的强制约束力，有助于化解法官在裁判文书中引用类案规则作为法律渊源的疑虑，同时又能够对法官应用类案检索裁判案件起到监督作用。（1）明确“应说未说”的法律后果。法官在审理待决案件时，对于应当进行类案检索的案件，法官未进行类案检索或未在裁判文书中披露类案检索具体情况的，应允许当时对此提出上诉或是申诉，上级法院可以此为由推翻原判决。实践中已经存在这样的做法，在（2020）琼02民终55号案件中，二审法院认为一审应当进行类案检索而判决书中并未有关于类案检索情况的表述，因此认定一审法院未进行类案检索，从而以重大程序瑕疵将案件发回重审。（2）实行类案裁判说理激励机制。让类案检索情况融入裁判文书仅仅依靠“法官自觉”还是不够的，仍需要借助激励机制加以推动。对于法院而言可以将类案裁判的说理情况纳入审管部门案件评查的考核指标，重点考核案件是否依照规定启动类案检索程序、类案检索情况是否已在判决书中进行披露，类案裁判的说理是否规范、充分；另外，随着优秀裁判文书的评选已经成为各级法院的一项重要工作，可以考虑将类案检索的裁判说理作为申报优秀判决文书的加分项，充分发挥优秀裁判文书的辐射带动作用，引导形成理性、规范、充分的类案裁判说理风格。^①

2. 培养法官法例兼顾的思维方式。如前文所述大陆法系国家法官的“演绎式”思维模式已然掣肘适用类案检索案件的裁判说理。对此，应当从法官的“裁判思维”层面作出改变：（1）划分判决依据，转化说理方式。当法官以现有的制定法作为判决依

^① 参见赵朝琴、邵新：《裁判文书说理制度体系的构建与完善——法发（2018）10号引发的思考》，载《法律适用》2018年第21期。



据时,裁判说理时应当遵守传统的演绎推理思维,从制定法中寻找请求权基础形成“大前提”,再提炼案件事实“小前提”,从而形成裁判结论的内心确信;当裁判需要以检索到的类案规则作为依据时,即应在说理时转变推理思维,首先比照类比推理的思维模式着重于类案的识别过程及裁判规则的提炼,继而再进行演绎推理,将所获取的类案规则依照司法三段论逻辑推理路径应用于待决案件,实现类比推理与演绎推理的结合。(2)推动从“观念”到“行动”的转变。在法官充分认识类案检索结果的司法价值的基础上,应逐渐摒弃仅将类案作为“参考资料”使用的旧有观念,将类案检索情况作为重要“裁判理由”在裁判文书中进行引述和充分说理,同时,法官亦应当增强“行动自觉”,加强对于检索与识别技术的系统学习,保障类案判断的精准性和裁判说理的正确性,养成“判决参例”的固定裁判说理习惯。

3. 构建类案裁判说理的评价标准。将类案检索情况融入裁判文书的目的应在于“说服自己;取信他人;可供复制,克制恣意与专擅”^①,故评价标准的建立也应当紧紧围绕此展开。首先,应考察裁判文书中必备的形式要素是否齐全,除了上文所述的裁判文书中应当具备的五个基本形式要素之外,还应进一步检验裁判文书中的典型类案挑选是否规范、类案规则的选取是否存在遗漏;其次,应检验说理是否“充分”,实际中的多数裁判文书满足形式推理及普遍经验的最低限度要求也就达到了充分说理的要求,^②但需进行类案检索的案件往往因裁判观点不统一而具有一定的复杂性,其说理的“充分”标准也应随之而提升。具体而言,一方面,对于法律推理,应跳出纯粹形式推理的范畴,不仅满足论证与结论的逻辑一致性,更要保证类案裁判实质要求在裁判结论的推理过程中有所体现;另一方面,对于法律论证,应着重于向说理对象解释类案识别与类案规则提取的过程,特别是类案识别的说理需不断游走于识别规则与内心确信之间,不能仅是“在基本事实、争议焦点、法律适用方面不具有相似性”的寥寥数语。

(责任编辑:杨军)

① 王泽鉴:《法律思维与民法实例:请求权基础理论体系》,中国政法大学出版社2001年版,第301页。

② 参见孙海龙:《“充分说理”如何得以实现——以行政裁判文书说理为考察对象》,载《法律适用》2018年第21期。

论行政非诉不予执行裁定对行政机关的效力

韩利楠*

内容摘要：行政非诉执行中不予执行裁定对行政机关的效力主要体现为拘束力。拘束力是行政判决的效力体系中的一种特殊效力，即行政判决要求案件相关行政机关尊重法院判决意旨采取行动的效力，具体包括禁止反复的消极效力和重新处理的积极效力。由于不予执行裁定与行政判决的相似性以及我国行政诉讼“准双向”的特殊构造，行政判决的拘束力可适用于行政非诉执行中的不予执行裁定。但并非所有的不予执行裁定均具有拘束力，当行政行为存在无效或可撤销事由时，法院所作不予执行裁定对行政机关具有拘束力，行政机关应按照法院裁定意旨采取行动；当行政非诉执行申请不符合受理条件时，法院所作不予执行裁定对行政机关不产生该效力。

关键词：行政非诉执行；不予执行裁定；行政判决；拘束力

中图分类号：DF921 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)05-127-139

一、问题的提出

根据《行政诉讼法》第97条和《行政强制法》第53条的规定，行政相对人在法定期限内，既不申请复议、也不提起行政诉讼又不履行行政行为，且行政机关自身不具有强制执行权时，行政行为的实现主要依靠行政机关申请法院执行，即学理上的行政非诉执行制度。此时法院的裁定决定着行政行为能否实现。当行政行为存在“三明显”或实施主体不具有行政主体资格情形时，法院应裁定不予执行。^①但若违法状态继续存在并侵害第三人合法权益或公共利益，应如何救济第三人或维护公共利益？通常而言，行政机关在作出行政行为后，若利害关系人未在法定期限内提出复议或诉讼，

* 韩利楠，中国政法大学法学院2020级博士研究生。

基金项目：本文受北京市社会科学基金项目“作为新时代首都治理方式的担保制度研究”（项目编号19FXB007）资助。

① 参见《行政强制法》第58条和《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》（法释〔2018〕1号）第161条。



该行为原则上不得随意改变,行政机关也无需就同一事项再次作出行政行为。^①那么在这种情况下,行政机关是否应负有相应的后续义务?实务中,有法院认为,行政机关应当负有后续处理的义务,^②也有法院持相反观点。^③学理上,虽有学者讨论了不予执行裁定对行政行为的效力,^④但关于不予执行裁定对行政机关的效力则少有关注。

不予执行裁定是否会引发行政机关的后续义务实则涉及司法裁判对于行政机关的效力,我国台湾地区及日本行政诉讼中判决的拘束力可资借鉴。本文拟围绕这一问题展开研究,尝试借鉴行政判决拘束力的理论,将该问题归为不予执行裁定对行政机关产生的拘束力,通过证成并展开,以期引起理论和实践的关注,促进行政非诉执行制度的有效落实。

二、拘束力的内容及功能

《行政诉讼法》及相关司法解释均未明确规定法院裁判的拘束力,^⑤因此有必要首先从学理上对拘束力的内容和功能做一介绍。

(一) 拘束力的内容

目前行政诉讼法学界关于拘束力的涵义存在几种不同的理解,具体而言,行政判决的拘束力约束当事人、法院和其他主体,^⑥约束法院,^⑦约束当事人,^⑧约束相关行政机关。^⑨此处主要在约束相关行政机关层面使用“拘束力”一词,拘束力是指行政判决

① 参见王运生诉西安市灞桥区人民政府履行法定职责案,最高人民法院(2020)最高法行申14294号行政裁定书。

② 参见广州市白云区人民检察院诉广州市国土资源和规划委员会不履行职责案,广州铁路运输第一法院(2017)粤7101行初252号行政判决书;武汉市青山区人民检察院诉武汉市国土资源和规划局不履行查处违法用地法定职责公益诉讼案,湖北省武汉市青山区人民法院(2018)鄂0107行初144号行政判决书。

③ 参见张礼亭诉滨州市国土资源局滨城分局、滨州市人民政府不履行法定职责及行政复议案,山东省滨州市中级人民法院(2016)鲁16行终43号行政判决书;朱德广诉盐城市大丰区住房和城乡建设局不履行法定职责案,江苏省盐城市中级人民法院(2017)苏09行终496号行政判决书。

④ 相关讨论参见信春鹰主编《中华人民共和国行政强制法释义》,法律出版社2011年版,第192-193页;向忠诚、邓辉辉《非诉行政执行制度研究》,中国政法大学出版社2016年版,第197-198页;黄学贤《非诉行政执行制度若干问题探讨》,载《行政法学研究》2014年第4期。

⑤ 虽然《行政诉讼法》第94条规定了当事人必须履行生效裁判,但考虑到这一条款规定在“执行”章中,其更多是对裁判执行力的规定,而非拘束力的肯定。另外,第71条所规定的重作判决与拘束力有相近之处,但其他判决是否具有拘束力仍留有疑问,因而也不适宜将其视作拘束力的法律依据。

⑥ 参见姜明安主编:《行政法与行政诉讼法》(第6版),高等教育出版社、北京大学出版社2015年版,第512页;赵清林、彭代兵:《预防性行政诉讼研究》,上海大学出版社2017年版,第161-162页。

⑦ 参见梁凤云:《行政诉讼判决研究》,中国政法大学2006年博士学位论文;田勇军:《论行政判决之既判力——以与民事判决既判力比较为视角》,载姜明安主编《行政法论丛》第13卷,法律出版社2010年版,第111页。

⑧ 参见杨建顺:《论行政诉讼判决的拘束力》,载《人民法院报》2001年9月16日,第3版。值得注意的是该学者在另一篇文章中认为行政诉讼判决的拘束力是指“行政诉讼判决的内容必须得到尊重,关于该案件的判决内容必须得以遵守,当事人等负有按照该判决采取行动的义务的效力”。一个“等”字似乎将拘束力的对象进行了扩张。参见杨建顺:《论行政诉讼判决的既判力》,载《中国人民大学学报》2005年第5期。

⑨ 参见应松年主编:《行政法与行政诉讼法词典》,中国政法大学出版社1992年版,第619页;王贵松:《行政诉讼判决对行政机关的拘束力——以撤销判决为中心》,载《清华法学》2017年第4期。

所具有的要求案件相关行政机关尊重法院判决意旨采取行动的效力，包括禁止反复的消极效力和重新处理的积极效力。

1. 消极效力：禁止反复

拘束力的禁止反复效力是指法院作出判决尤其是撤销判决后，禁止相关行政机关依据同一事实理由作出与原行政行为相同的行为，这也是拘束力的消极内容，我国《行政诉讼法》第71条所规定的重作判决与此处拘束力的消极效力具有异曲同工之处。此外，现行立法并未规定其他行政判决的拘束力。那么应如何理解行政判决拘束力的禁止反复效力？

根据《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》（法释〔2018〕1号）（以下简称《行诉解释》）第90条第1款的规定，禁止反复效力所规定的事实和理由，应当是主要事实和主要理由，而非不影响案件定性和处理结果的枝节性事实和理由。^①同时结合与原行政行为相同的行为这一要件，此处该效力所禁止的行为，应当是与行政行为实体上相同的行为。另根据《行诉解释》第90条第2款的规定，若法院以程序违法为由作出撤销判决，行政机关后续以同一事实和理由，但适用不同的程序，也不违反禁止反复的效力。简言之，此处禁止反复效力包括两层内容：一是对于法院因实体问题而作出的行政判决，行政机关后续不得依据同一主要事实和理由，对同一相对人作出与原行政行为相同的行为；二是针对法院因程序问题所作出的行政判决，行政机关后续可依据同一事实和理由，但适用不同的程序作出与原行政行为相同的行为。

2. 积极效力：重新处理

除禁止行政机关在行政判决生效后，依据同一事实和理由作出与原行政行为相同的行为外，为保证行政判决的实效与争议的解决，相关行政机关还负有对相关行政行为重新检讨并作出处理的义务。有观点将其称之为“不整合处分（关连处分）之调整义务”^②，这也是行政判决拘束力的积极效力。此处相关行政机关不仅包括作为案件当事人的行政机关，还包括与案涉行政行为有关的行政机关。

一方面，作为案件当事人的行政机关重新处理案涉行政行为的情况，具体又可区分为依职权行政行为的重新处理和依申请行政行为的重新处理。针对依职权的行政行为，法院作出撤销判决或确认无效判决，若违法状态依旧存在且行政机关对该事项具有法定权限时，其应当负有主动消除违法状态、重新处理的义务。这不仅是依法行政的要求，也是司法权监督行政权的体现。针对依申请的行政行为，若行政机关对该申

^① 参见王贵松：《行政诉讼判决对行政机关的拘束力——以撤销判决为中心》，载《清华法学》2017年第4期。实践中也有法院持此观点，如湖北福泽房地产开发有限公司诉国家税务总局云梦县税务局税务行政处罚案，湖北省高级人民法院（2020）鄂行申357号行政裁定书。

^② 赖恒盈：《行政诉讼裁判拘束力之研究》，载《台湾本土法学杂志》第103期（2008年）。



请作出拒绝或驳回决定,在此情况下,由于拒绝或驳回决定并不改变法律关系的现状,此类行政行为被撤销或被确认无效后,回到了相对人提出申请而行政机关尚未对其进行审查的状态。^①此时相对人的申请依旧存在,行政机关应服从判决,对相对人申请的事项重新审查并作出处理。

另一方面,其他相关行政机关重新审视与行政判决相关联的行政行为系指法院作出相关行政判决后,行政机关对于与该判决中行政行为相关的其他行政行为,比如与案涉行政行为具有共同实体要件、存在违法性继承关系或有表里关系等的行政行为,^②负有重新审查这类行政行为是否与判决相抵触的义务。对于相抵触的行政行为,行政机关应予以主动撤销,以消除违法状态。原则上,行政判决拘束力的主观范围应仅及于作为案件当事人的行政机关,而不应扩张至案外的其他行政机关。但在行政诉讼中作为被告的行政机关,只不过被赋予了诉讼当事人的能力和资格,实质上的权利义务归属者是国家或公共团体,^③而且各个行政行为之间并非是完全独立的,比如在规划许可领域就涉及多个有关联的行政行为,一个行政行为被撤销或被确认无效很可能导致与之相关的行政行为的效力受到影响。因此,为提高诉讼效率,消除违法状态,更好地发挥行政判决解决行政争议的功能,行政判决拘束力的主观范围应包括相关行政机关。

(二) 拘束力的功能

日本及我国台湾地区在行政诉讼相关立法中均确立行政判决的拘束力制度,通过分析其立法旨可以发现行政判决拘束力的制度功能。

战前日本《行政裁判法》第18条规定:“行政裁判所之判决,就其事件有羁束关系行政厅。”战后日本《行政事件诉讼特例法》第12条规定:“确定判决,就其事件拘束关系行政厅。”现行的《行政事件诉讼法》承袭前两部法律的规定,于该法第33条第1款规定:“撤销处分或者裁决的判决,就其事件,拘束为当事人之行政厅或其他关系行政厅。”日本在《行政裁判法》时代明确判决的拘束力,是因为当时行政裁判所属于行政权之一环,就行政一体而言,行政机关应当尊重行政裁判所为判断之内容,^④后日本一切法律争讼均由司法权之普通法院审理,此时仍规定行政判决有拘束相关行政机关的效力,其目的在于“保证行政行为司法审查制度的实效性”^⑤。

受日本法的影响,我国台湾地区“行政诉讼法”第216条规定了判决的拘束力。^⑥

① 参见王天华:《行政诉讼的构造:日本行政诉讼法研究》,法律出版社2010年版,第169页。

② 参见王贵松:《行政诉讼判决对行政机关的拘束力——以撤销判决为中心》,载《清华法学》2017年第4期。

③ 参见吴东都:《论行政处分撤销诉讼之诉讼标的》,台湾大学1987年硕士学位论文。

④ 参见赖恒盈:《行政诉讼裁判拘束力之研究》,载《台湾本土法学杂志》第103期(2008年)。

⑤ 王天华:《行政诉讼的构造:日本行政诉讼法研究》,法律出版社2010年版,第164页。

⑥ 我国台湾地区“行政诉讼法”第216条规定:“撤销或变更原处分或决定之判决,就其事件有拘束各关系机关之效力。原处分或决定经判决撤销后,机关须重为处分或决定者,应依判决意旨为之。前二项判决,如系指摘机关适用法律之见解有违误时,该机关即应受判决之拘束,不得为相左或歧异之决定或处分。前三项之规定,于其他诉讼准用之。”

该条款的立法目的是“为使行政法院所为撤销或变更原处分或决定之判决，对于原告之权利救济具有实效，应课原机关以尊重判决内容之义务，以防杜原机关依同一违法之理由，对同一人为同一之处分或决定”^①。换言之，判决拘束力的制度目的在于使行政法院判决能充分发挥其解决纠纷实效。对于该实效的实现，我国台湾地区有学者从结果除去请求权的角度加以论证，为了完全去除因违法的行政处分所残留的违法状态，行政机关不得受拘束，并基于该拘束力遵照原判决意旨，为种种相配合及相对应的适当的对策及相关处置。^②

结合日本法及我国台湾地区“行政诉讼法”对判决拘束力的规定，可以发现拘束力的功能反映出具有拘束力的裁判须对行政行为进行了司法审查，进而能够实现救济原告合法权益。换言之，法院未对行政行为进行司法审查所作裁判原则上不具有此种效力。

三、不予执行裁定拘束力的证成

结合拘束力的制度功能，拘束力原则上是行政判决的一项效力，至于法院所作裁定包括其在行政非诉执行程序中所作不予执行裁定是否也具有拘束力，目前尚未有明确答案。一般而言，行政非诉执行中不予执行裁定具有拘束力。但要证成这一观点，需要从不予执行裁定与行政判决的相似性以及我国行政诉讼的特殊构造两方面予以论证。

（一）不予执行裁定与行政判决的相似性

根据《行政强制法》第58条和《行诉解释》第161条的规定，不予执行裁定是指法院对被申请执行行政行为的合法性进行审查时，发现该行政行为具有实施主体不具有行政主体资格或“三明显”情形，为阻止此类行为进入执行环节所作出的裁定。行政判决是指法院在审查、判定被诉行政行为的合法性的基础上，对行政争议所作的实体处理结论。^③我国《行政诉讼法》第58条、第69—79条分别规定了几种典型的判决形式，如驳回原告诉讼请求判决、撤销判决等。单从名称、形式及程序上来看，不予执行裁定与行政判决存在较大差异。特别是法院在作出行政判决时，往往需要开庭审理，两造到庭进行言词辩论，程序要求较高；法院作出不予执行裁定时，多采用书面审理，不需要行政机关和行政相对人出庭进行言词辩论，且法院应自受理之日起三十日内作出是否准予执行的裁定，程序要求相对较低。

尽管如此，二者之间仍具有一些实质相似之处，正是这种相似为不予执行裁定具

① 翁岳生主编：《行政诉讼法逐条释义》，五南图书出版股份有限公司2018年版，第593-594页。

② 参见曾华松：《论行政诉讼撤销判决之拘束力（上）》，载《军法专刊》第36卷第4期（1990年）。

③ 参见姜明安主编：《行政法与行政诉讼法》（第6版），高等教育出版社、北京大学出版社2015年版，第510页。



有行政判决的拘束力提供了前提及可能。具体而言,这些相似之处主要表现在以下两方面。

第一,适用事项相似。关于裁定适用的事项,不论在我国民事诉讼领域抑或行政诉讼领域,学者多认为裁定主要用来处理程序性问题,^①判决主要用来处理实体性问题。但并非所有裁定均不处理实体问题,不予执行裁定即作为一种例外。虽然不予执行裁定适用于行政非诉执行程序,解决是否执行生效行政行为的问题,但根据《行诉解释》第160条第1款的规定,法院在作出不予执行裁定前应当由行政审判庭来审查行政行为的合法性,即需要处理实体问题。虽然法院最终以裁定的形式决定是否准予执行,但该裁定本身包含着对行政行为效力的判断,否则将会导致被法院裁定不予执行的行政行为仍然具有法律效力,与该行政行为相关的第三人的合法权益或公共利益得不到及时维护,司法的权威得不到体现。也有观点主张,鉴于行政非诉执行程序的特殊性,应当准许在该裁定的说理部分明确被申请执行行政行为的合法性,并认为不予执行裁定彻底否定了该行政行为的法律效力,^②进而肯定了不予执行裁定对行政行为效力所作的判断。

第二,司法审查程度相似。根据《行政诉讼法》第6条的规定,法院在作出行政判决时主要采用合法性审查标准,但学界对于法院作出不予执行裁定所采用的审查标准则存在一定的争议,^③故在此主要通过对比不予执行裁定和相关行政判决的适用情形,来发现这两种裁判的审查强度的相似性。根据《行政强制法》第58条和《行诉解释》第161条第1款的规定,不予执行裁定的适用情形主要包括“三明显”情形及实施主体不具有行政主体资格四种,其中“实施主体不具有行政主体资格”以及“明显缺乏法律、法规依据”与《行政诉讼法》第75条所规定确认无效判决的适用情形重合;“明显缺乏事实根据”及“其他明显违法并损害被执行人合法权益”则可视情况被纳入撤销判决或确认无效判决的适用情形之中。就此而言,法院在作出不予执行裁定时,与其作出撤销判决或确认无效判决时所采用的审查程度存在一定的相似性。

(二)“准双向”的行政诉讼构造

尽管不予执行裁定与行政判决具有实质相似性,但二者适用阶段和程序的不同,能否构成不予执行裁定具有拘束力的障碍呢?答案是否定的,这需要对我国当下特殊

① 民事诉讼领域持此观点的参见宋朝武主编《民事诉讼法学》(第5版),中国政法大学出版社2018年版,第380页;《民事诉讼法学》编写组:《民事诉讼法学》(第2版),高等教育出版社2018年版,第204页。行政诉讼领域持此观点的参见关保英主编:《行政六法简明教程》,法律出版社2015年版,第215页;张树义主编:《行政诉讼法学》(第2版),中国政法大学出版社2015年版,第159页;《行政法与行政诉讼法学》编写组:《行政法与行政诉讼法学》(第2版),高等教育出版社2018年版,第429页。

② 参见姜小平、郭修江:《非诉执行若干问题研究》,载中国法院网2002年10月25日, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2002/10/id/16566.shtml>。

③ 如有观点认为行政非诉执行的审查标准为“明显违法”[参见江必新、梁凤云:《行政诉讼理论与实务》(下),北京大学出版社2011年版,第1322页。],也有观点认为应构建多元化审查标准(参见李清宇:《非诉执行行政案件司法审查标准研究》,中国社会科学出版社2018年版,第8页。)

的行政诉讼构造予以考察。

1. 行政诉讼程序：“民告官”

行政诉讼制度被称为“民告官”的制度。根据《行政诉讼法》第2条第1款、第25条、第26条的规定，当下我国行政诉讼的原告为行政相对人及特定的行政相关人，而被告为行政机关。即不同于民事诉讼中双方当事人诉讼权利是对等的，一方当事人起诉，另一方当事人可以进行反诉，我国行政诉讼的一个重要特点是原被告恒定，行政机关处于被告地位，行政相对人、行政相关人处于原告地位。同时结合《行政诉讼法》第1条的规定，我国行政诉讼的主要目的是保护和救济公民、法人或其他组织的合法权益，监督行政机关依法行政。结合以上两点，可以大致得出当下我国的行政诉讼构造为“民告官”式的单向诉讼，不包括行政机关为维护公共秩序及公共利益而起诉行政相对人的“官告民”式诉讼。

对于为何不将“官告民”纳入到行政诉讼中这一问题，有观点认为：“主要考虑到‘官治民’的手段已经非常多了，如果允许‘官告民’将会导致本已强大的行政权通过司法权进一步强化，既背离了设置行政诉讼制度的初衷，又不利于切实维护行政相对人的合法权益。”^①也有观点认为，将“官告民”纳入到行政诉讼中的必要性不足，如申请法院强制执行属于执行问题不是诉讼，《行政强制法》已经作了规定，不应纳入行政诉讼法调整。^②

以上说法均具有一定的合理性，但随着社会改革的进行、公民权利意识的觉醒，将行政诉讼定位为单向诉讼有些不合时宜。实践中出现的“官告民”需求，及相关的“官告民”案例，^③也证明了行政诉讼的单向构造在某些情况下已经捉襟见肘。^④比如针对行政非诉执行制度，就有学者建议打破行政机关在行政诉讼中只作被告的观念，适用公诉程序解决行政相对人不履行义务所引起的行政争议，^⑤也有学者建议建立“官告民”的简易诉讼制度，^⑥还有学者根据行政非诉执行审查标准的不同，提出建立执行诉讼这一种“官告民”的诉讼。^⑦但我国《行政诉讼法》在修订时，并未采纳这些建议引入“官告民”诉讼，现行《行政诉讼法》仍遵循1989年《行政诉讼法》所确立的单向行政诉讼构造的传统。

2. 行政非诉执行程序：“准官告民”

① 江必新编著：《行政诉讼法修改资料汇纂》，中国法制出版社2015年版，第4页。

② 参见全国人大常委会法制工作委员会行政法室编：《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7页。

③ 参见李腾飞：《家长放任子女辍学被政府起诉 这种“官告民”值得推广》，载中国新闻网，<https://www.chinanews.com/sh/2020/01-02/9049394.shtml>。

④ 参见闫映全：《反向行政诉讼研究》，中国政法大学2018年博士学位论文。

⑤ 参见杨立新、张步洪：《行政公诉制度初探》，载《行政法学研究》1999年第4期。

⑥ 参见马怀德：《修改行政诉讼法需重点解决的几个问题》，载《江苏社会科学》2005年第6期。

⑦ 参见刘东亮：《官告民诉讼制度设立之构想——非诉行政行为申请执行程序改造与完善》，载《行政与法制》2003年第8期。



虽然我国在《行政诉讼法》中规定了行政非诉执行制度,但考虑到我国现行行政诉讼构造仍为典型单向诉讼,故不能将行政非诉执行制度当然地视为“官告民”式诉讼。尽管如此,结合《行政强制法》及《行诉解释》的相关规定,行政非诉执行制度与我国现行的单向行政诉讼构造相比,呈现出某种特殊性。

1989年颁布的《行政诉讼法》在确立保护行政相对人合法权益的现有行政诉讼构造之时,还在第八章“执行”中设置第66条,初步确立起行政非诉执行制度,对于该条款后续《行政诉讼法》在修改时仍沿袭之。虽然行政非诉执行制度被规定在《行政诉讼法》的“执行”章节,但结合《行政强制法》和《行诉解释》的规定,发现行政非诉执行具有类似“官告民”的特点。还有学者直接将其称为“官告民”的执行,与“民告官”诉讼引发的执行区分。^①但我国《行政诉讼法》并未明确承认“官告民”式诉讼的存在,将其称之为“官告民”的执行与现行法律有所抵牾。结合《行政强制法》和《行诉解释》的相关规定,将行政非诉执行称之为“准官告民”或者“准反向诉讼”更为妥当。

一方面,行政非诉执行不具有行政诉讼的外观特征。首先,根据《行政诉讼法》第97条的规定,行政非诉执行的提起采用的是“申请”而非“起诉”,用词不同于行政诉讼;其次,法院在行政非诉执行案件中通常采用书面审查的方式,除特别规定外不要求两造到庭进行言词辩论;再次,行政非诉执行条款位于《行政诉讼法》的“执行”章节中,而不是典型的诉讼程序之中;最后,学界对这一制度的命名即“行政非诉执行”,也体现着其与行政诉讼程序的不同。因而行政非诉执行原则上不具有行政诉讼的外观特征。

另一方面,行政非诉执行本质上具有“官告民”的特点。首先,从结构上看,行政非诉执行中的申请人是行政机关,被申请人或被执行人是行政相对人,法院居中审查行政行为的合法性,这与行政诉讼典型的“民告官”构造截然相反。其次,从目的上看,没有强制执行权的行政机关提起行政非诉执行申请表明的是,其对行政相对人不服从生效行政行为的不满,并请求法院对生效行政行为予以执行,以实现行政行为所要维护的公共秩序。因此,行政非诉执行的主要目的在于及时维护客观秩序,而非单纯为个人提供救济,这显然不同于“民告官”主要保护行政相对人合法权益的目的。而且此时行政相对人已经放弃法定救济权利的行使,若将行政非诉执行制度目的定位为救济相对人权益,则会放纵相对人“躺在权利上睡大觉”,也会使当下行政诉讼、行政复议的期限制度虚置。最后,从审查程序上看,行政非诉执行程序中,法院对行政行为的审查带有解决行政争议的意味,即通过审查行政行为的合法性来判断是否支持行政机关的执行申请,同时考虑到“涉非诉执行的行政决定事关重大,而‘执行’又天然带有对公民财产乃至人身侵犯的可

^① 参见王华伟:《试论非诉行政执行体制之改造——以裁执分离模式为路径》,载《政治与法律》2014年第9期。

能”^①，在特定情形下法院还可以听取双方当事人的意见。

实践中，部分法院的司法性文件还规定，特定情形下法院在作出是否准予执行裁定前，应当进行听证。^②这就使得行政非诉执行审查程序具有和行政诉讼相似的双方当事人参与的特点。此外，也有学者呼吁优化行政非诉执行程序，建立更加公平公正的准庭审程序，从而达到事实上的“双向机制”。^③

综上，基于不予执行裁定与行政判决的相似性，以及我国当下“准双向”的行政诉讼构造，行政判决的拘束力可以适用于行政非诉执行中不予执行裁定。

四、不予执行裁定拘束力的展开

不予执行裁定可适用于行政判决的拘束力，换言之，不予执行裁定对于行政机关具有积极效力和消极效力。但由于行政非诉执行案件的法定结案方式有限，实践中不予执行裁定的适用情形并不限于《行政强制法》和《行诉解释》所列举的四种，部分法院利用其中的兜底条款直接将不予执行裁定适用于其他情形，因此对于不予执行裁定的拘束力不可一概而论，需要结合具体情形具体分析。

如前所述，拘束力的制度功能是为确保行政判决救济行政相对人权利实效的实现，因此拘束力主要适用于法院对行政行为合法性进行审查后所作裁判，若法院裁判并不涉及行政行为的合法性，则该裁判通常不具有拘束力。具体到不予执行裁定，若不予执行裁定涉及到审查行政行为合法性这一实体问题，则该裁定具有拘束力；若仅涉及程序性事项的处理，则对行政机关不产生拘束力。

（一）拘束力之适用：无效或可撤销事由

1. 具体情形

根据《行政诉讼法》第75条及《行诉解释》第99条的规定，若行政行为存在重大且明显违法情形的，则其系无效行政行为。“无效行政行为自始不具有任何法律效力，对于无效行政行为，相对人并无服从义务，行政机关也不得予以执行”^④。而且，“在行政强制执行中，由于无效行政行为自始无效，自然也就不能作为行政强制执行的依据”^⑤。因而法律和司法解释均规定，对于存在实施主体不具有行政主体资格、明显缺乏事实根据、明显缺乏法律法规依据以及其他明显违法并损害被执行人合法权益的行

① 解志勇、闫映全：《反向行政诉讼：全域性控权与实质性解决争议的新思路》，载《比较法研究》2018年第3期。

② 参见《广东省高级人民法院关于印发广东省高级人民法院关于规范行政非诉案件受理和审查工作的指导意见》的通知，粤高法〔2012〕1号，2012年1月29日发布。

③ 参见王敬波：《行政协议助推行政诉讼构造变革》，载《中国社会科学报》2020年6月5日，第5版。

④ 赵宏：《法治国下的行政行为存续力》，法律出版社2007年版，第50页。

⑤ 王贵松：《行政行为无效的认定》，载《法学研究》2018年第6期。



政行为，法院应作出不予执行裁定。

除以上四种无效事由外，行政行为客观上不可能实施或者行政行为不具有可执行内容也是行政行为无效的一项事由。即若行政行为的内容构成客观上无法实现，如命令行政相对人拆除一处已经不存在的违章建筑，或拆除建筑物的部分不可分割设施的，这类行为构成无效行政行为。^①实践中，对于此类情形，法院多裁定不予执行。^②

除此之外，当行政行为存在可撤销事由时，法院也会裁定不予执行，主要有以下几种情形。一是适用法律错误，在蛟河市自然资源局与佟某非诉行政执行复议审查案中，法院认为，本案中佟某非法占用土地应当适用《土地管理法》第74条的规定，蛟河市自然资源局适用《土地管理法》第76条、《土地管理法实施条例》第42条的规定进行处罚，属于适用法律错误，故维持不予执行裁定。^③二是超越职权，在巴彦县环境保护局与黑龙江省兴隆林业局非诉执行审查案中，法院认为，巴彦县环境保护局对黑龙江省兴隆林业局没有行政执法权，其对林业局所作行政处罚属超越职权，并裁定不予执行。^④三是滥用职权，在佛山市南海区卫生和计划生育局与梁杰洪非诉行政执行复议案中，法院认为，南海区卫计局针对梁杰洪所超生双胞胎中的一名子女，认定为超生二个子女，并按照超生一个子女应征收的社会抚养费的基数的两倍征收社会抚养费，认定事实明显错误，适用法律不当，属于滥用行政职权。^⑤四是违反法定程序，如在辽源市发展和改革委员会与辽源矿业（集团）有限责任公司职工总医院非诉执行审查案中，法院认为案涉行政处罚事项是从重处罚，应由集体讨论作出，但从市发改委提交的讨论记录中未体现对矿医院的从重处罚是由集体讨论作出的决定，市发改委对矿医院作出的从重处罚未遵守该法定程序，故裁定不予执行。^⑥此外，行政决定作出前未告知相对人、^⑦听证期限未届满作出处罚决定、^⑧违反一事不二罚原则^⑨以

① 根据《行诉解释》第99条的规定，“行政行为的内容客观上不可能实施”属于行政行为无效的一种情形。

② 参见北京市国土资源局与北京市平谷区马坊镇人民政府行政非诉执行案，北京市平谷区人民法院（2014）平执字第2653号行政裁定书。

③ 参见蛟河市自然资源局与佟某非诉行政执行复议审查案，吉林省吉林市中级人民法院（2020）吉02行审复44号行政裁定书。

④ 参见巴彦县环境保护局与黑龙江省兴隆林业局非诉执行审查案，黑龙江省巴彦县人民法院（2018）黑0126行审53号行政裁定书。

⑤ 参见佛山市南海区卫生和计划生育局与梁杰洪非诉行政执行复议案，广东省佛山市中级人民法院（2016）粤06行审复4号行政裁定书。

⑥ 参见辽源市发展和改革委员会与辽源矿业（集团）有限责任公司职工总医院非诉执行审查案，吉林省辽源市西安区人民法院（2016）吉0403行审68号行政裁定书。

⑦ 参见辉县市环境保护局与郭红希非诉执行审查案，河南省辉县市人民法院（2016）豫0782行审41号行政裁定书。

⑧ 参见深圳市交通运输委员会与李言帅其他行政非诉审查案，广东省深圳市中级人民法院（2014）深中法行非诉审字第2401号行政裁定书。

⑨ 参见洛南县国土资源局与陈西岭土地行政处罚非诉审查案，河南省洛南县人民法院（2015）洛南行非审第00006号行政裁定书。

及行政决定送达程序不合法等,^①也是因违反法定程序而被裁定不予执行的事由。

2. 拘束力的表现

当行政行为存在无效或可撤销情形时,法院此时所作不予执行裁定或具有类似确认无效判决的效力,仅起到宣示或确认行政行为无效的作用,并不引起相关法律关系的变动;或具有类似于撤销判决的效力,使行政机关和相对人之间的法律关系恢复到原行政行为作出之前的状态。此时法院所作不予执行裁定对行政机关具有如下拘束力:

一是禁止行政机关以同一主要事实和主要理由作出与原无效行为相同的行为;二是若违法状态继续存在,行政机关在收到不予执行裁定后,负有对原违法事项重新或继续处理的后续义务,以维护相关人的合法权益以及公共利益,此时并不违反“一事不二罚”原则,但其在后续处理过程中仍受禁止反复效力的拘束;三是若存在与该行政行为相关的行政行为,则相关行政机关有主动审查这些行政行为的义务,并根据情况采取相应的处理措施;四是若行政相对人并不存在违法事实的,则行政机关应在收到不予执行裁定后,及时撤销原行政决定。一般而言,类似撤销判决的不予执行裁定原则上具有使行政行为溯及既往失去效力的作用,但考虑到行政非诉执行程序中行政行为多已具有确定力,若由行政机关直接针对原违法事项再次作出行政行为,则可能有“一事二罚”之嫌,再次引发争议,因此由行政机关在收到不予执行裁定后主动撤销原行政行为更具合理性。

此外,若行政相对人在行政机关申请法院强制执行过程中,已经部分或全部履行原行政行为,但法院以该行政行为存在无效或可撤销情形而裁定不予执行时,行政机关原则上还具有返还或恢复原状的义务,如退还行政相对人已缴纳的罚款。但此义务并不属于不予执行裁定的拘束力,应是不予执行裁定宣告行政行为无效或可撤销的一种附随效果。

(二) 拘束力之排除:不符合受理条件

1. 具体情形

尽管《行政强制法》和《行诉解释》均规定了申请法院强制执行应当满足一定的条件,不满足受理条件的法院应当裁定不予受理,但实践中不符合受理条件的案件可能进入审查阶段,囿于行政非诉执行法定结案方式的限制,此时法院多选择适用不予执行裁定结案。具体情形主要包括以下五种:

一是法定救济期间尚未经过。根据《行政强制法》第53条规定,行政机关申请行政非诉执行的一个前提条件是行政决定因当事人放弃诉权而具有了形式确定力。若行政行为尚未经过起诉期限,此时申请法院强制执行则完全不符合行政非诉执行的申请条件,

^① 参见新密市水务局诉河南伏羲山旅游开发有限公司行政处罚案,河南省郑州市中级人民法院(2015)郑行复字第2号行政裁定书;德州市公路管理局德城公路局与山东新工起重设备有限公司非诉执行审查案,山东省德州市中级人民法院(2017)鲁14行审复1号行政裁定书。



也有可能损害相对人的诉权,在此情况下部分法院多裁定不予执行。如起诉期限未届满申请行政非诉执行、^①行政行为正处于复议或诉讼阶段时申请行政非诉执行。^②

二是行政机关有行政强制执行权。在违法建筑物、构筑物 and 设施强制拆除等特定行政管理领域,根据法律的授权行政机关可以自行强制执行其行政决定,一般不需要申请法院强制执行。若行政机关申请人民法院强制执行,则法院原则上不应受理;^③若法院已经受理,经审查法院多裁定不予执行。^④

三是申请主体不适格。《行诉解释》第155条规定了申请法院强制执行时应满足的一些条件,其中第1款第3项是对申请人主体资格的限制,也即申请人须是作出该行政行为的行政主体。如果该申请不满足这一条件则可能被法院裁定不予执行。^⑤

四是逾期申请且无正当理由。《行政强制法》第53条和《行诉解释》第156条规定行政机关应在法定起诉期限届满之日起三个月内提出行政非诉执行申请,若行政机关逾期申请且无正当理由的话,实践中法院有时会裁定不予执行,^⑥不过是否具有正当理由同样需要法院结合具体案件具体分析。

五是催告程序违法。根据《行政强制法》第54条的规定,在行政非诉执行前,行政机关应当催告当事人履行。若催告程序违法,法院也会裁定不予执行,主要包括:法定起诉期限未届满即催告、^⑦未经催告程序即申请强制执行、^⑧催告期限尚未届满即申请执行等情形。^⑨

2. 拘束力的表现

对于以上五种不符合受理条件的情形,法院所作不予执行裁定仅处理了是否受理这一程序性问题,尚未对行政行为的合法性进行审查,故在此类情形下的不予执行裁定不具有拘束力。

依照法律和司法解释的规定,对于以上五种情形,法院在受理阶段应裁定不予受理。囿于当下法定结案方式种类的不足,进入案件审理阶段后,法院仅能作出准予或

① 参见渭南市国土资源局临渭分局与赵学仁其他行政非诉执行复议案,陕西省渭南市中级人民法院(2016)陕05行审复1号行政裁定书。

② 参见辉县市环境保护局与湖南天心种业股份有限公司辉县市分公司非诉执行审查案,河南省辉县人民法院(2015)辉行审字第67号行政裁定书。

③ 参见《最高人民法院关于违法的建筑物、构筑物、设施等强制拆除问题的批复》,法释〔2013〕5号,2013年3月27日发布。

④ 参见郑州市国土资源局与郑州国际物流园区建设投资有限公司非诉执行审查案,河南省郑州高新技术产业开发区人民法院(2016)豫0191行审16号行政裁定书。

⑤ 参见南京市社会保险管理中心与南京液压机械制造厂有限公司其他行政非诉执行审查案,江苏省南京市江宁区人民法院(2014)江宁非诉行审字第40号行政裁定书。

⑥ 参见鱼台县安全生产监督管理局与刘景非诉执行审查案,山东省鱼台县人民法院(2018)鲁0827行审9号行政裁定书。

⑦ 参见永吉县林业局与张喜德非诉行政执行案,吉林省吉林市中级人民法院(2018)吉02行审复82号行政裁定书。

⑧ 参见深圳市交通运输委员会与郑铁辉行政处罚非诉行政执行案,广东省深圳市中级人民法院(2013)深中法行非诉审字第519号行政裁定书。

⑨ 参见乐山市环境保护局与四川恒邦房地产开发有限公司非诉执行审查案,四川省乐山市中级人民法院(2018)川11行审复1号行政裁定书。

不予执行裁定，故而对于此类因不符合法定受理条件而被法院裁定不予执行的案件，此时不予执行裁定具有和不予受理裁定相似的效力。即此时法院仅对申请材料进行了形式审查，尚未对行政行为合法性等实体性问题进行实质审查，尚不足以对行政机关构成某种约束。不过对于此类不予执行裁定，如有补正相关申请材料之可能，行政机关负有补齐相关材料重新提出行政非诉执行申请的义务，或者等待法定救济期间经过再重新提起行政非诉执行申请，但这是行政机关依法行政原则和行政非诉执行制度的要求，而非不予执行裁定所生之拘束力。

表1 不予执行裁定的拘束力

适用情形		拘束力表现
行政行为无效	实施主体不具有行政主体资格；明显缺乏事实根据；明显缺乏法律法规依据；其他明显违法并损害被执行人合法权益的行政行为；行政行为客观上不能实施	禁止反复、重新处理 （撤销原行政行为）
行政行为可撤销	适用法律错误；超越职权；滥用职权；违反法定程序等	
不符合受理条件	法定救济期间尚未经过；行政机关有行政强制执行权；申请主体不适格；逾期申请且无正当理由；催告程序违法等	无

简言之，对于不予执行裁定的拘束力不可一概而论，应根据裁判理由具体分析（见表1）。因行政行为存在无效或可撤销事由而作出的不予执行裁定，该裁定具有约束行政机关的拘束力，相关行政机关应根据案涉不予执行裁定的具体裁判理由，负有相应的积极和消极义务；因不符合行政非诉执行案件受理条件而作出不予执行裁定，该裁定不具有对行政机关的拘束力。

结 语

随着行政非诉执行制度在我国的确立和发展，每年都有大量的行政非诉执行案件涌入法院，并产生大量的行政非诉执行裁定，这些裁定主要为准予执行裁定和不予执行裁定。囿于我国行政诉讼领域立法及学理层面对行政裁判效力关注的不足，不予执行裁定对行政机关的效力问题存在立法及理论空白，这一空白影响着行政非诉执行制度的有效落实、行政争议的有效化解以及客观法秩序的维护。未来在关注行政非诉执行这一具有中国特色制度运行的同时，不仅应完善行政非诉执行的法定结案方式，减少不予执行裁定的滥用，还应加强对行政裁判效力的研究，以推动法律对行政裁判效力的关注与完善，比如可以考虑在《行政诉讼法》或《行政强制法》中明确规定行政裁判的效力，特别是明确规定行政裁判对行政机关的效力，以促进法院裁判实效及相关法秩序的维护，实现司法权和行政权的良好互动。

（责任编辑：王文斌）



改革后法官等级趋于集中问题反思

——完善我国法官等级晋升之实然性与应然性思考

刘庆伟 王伟*

内容摘要：通过对高级、中级和基层三级法院法官等级构成统计分析发现，改革后法官等级晋升呈现“水库效应”，按期晋升的最高等级过于集中且流动性不强的问题较为突出，不仅影响法官办案积极性和审判质效提升，更关乎单独职务序列改革实效和人民法院工作的长远发展。为使法官等级构成更加科学合理，最大限度激发法官尊荣感和工作积极性，从当前看，应加强按期晋升条件审查，强化择优选升的竞争性，在政策允许范围内腾出更多法官选升空间，进一步完善等级晋升之外的法官激励制度；从长远看，应细化法官晋升相关法律规定，增设候任高级法官，适度拉长法官按期晋升年限，适当增加选升法官等级的比例和数量。

关键词：司法改革；法官等级；按期晋升；择优选升

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2021)05-140-148

目前，各地各级法院基本完成了改革后首次法官按期晋升和择优选升。应当说，晋升、选升后，法官等级在整体上有了较大幅度提升，对于提高法官地位、保障法官权益、促进司法体制改革深入推进都发挥了积极作用。与此同时也凸显另一个问题，即法官等级趋于集中，而且晋升到一定等级之后长期停滞不前。该问题如果处理不好，可能挫伤部分法官的工作积极性，一定程度上消解改革所激发出来的生机活力。2020年7月31日，最高法院印发了《关于深化司法责任制综合配套改革的实施意见》（以下简称《实施意见》），其中第21条第1款对法官等级晋升作了规定，但内容仍然较为概括，并无较大实质性突破。法官等级晋升已呈现“水库效应”，并产生了相应的负面影响。为此，需要从实践操作和制度设计层面探索消除法官等级晋升“水库效应”

* 刘庆伟，山东省泰安市中级人民法院研究室副主任，一级法官；王伟，山东农业大学公共管理学院法学系副教授。

的举措，使法官等级构成更加合理、法官队伍更具活力。

一、改革后法官等级趋于集中及其负面影响

本轮司法改革特别是员额制改革和法官职务单独序列改革，对于推进人民法院健康发展无疑具有历史性重大意义，实行单独职务序列管理，法官职业化建设提速，法官队伍专业化更强；打破等级晋升“天花板”，充分调动了广大法官的工作积极性；健全了一系列制度机制，法官等级晋升和管理更加规范。^①但同时也伴随着一些问题，法官等级晋升“水库效应”即是其中之一。

（一）法官等级晋升形成“水库效应”：以S省T市中院法官晋升后法官等级构成情况为例

S省T市中院2017年5月完成法官员额制改革，从189名正式在编干警中遴选出65名员额法官，由于个别法官到基层法院任职或退出员额等原因，目前共有63名员额法官。2018年7月完成遴选后首次法官等级按期晋升工作，共晋升19名四级高级法官、21名一级法官、2名二级法官和4名三级法官。2019年9月完成遴选后首次法官等级选升工作，共选升一级高级法官1名、二级高级法官3名、三级高级法官6名。目前该院63名员额法官构成如下：一级高级法官1名，二级高级法官4名，三级高级法官8名，除一人生于1959年，其余都属1960年代。5名资深庭长，分别出生于1967年、1971年、1970年、1963年。四级高级法官24名，大多出生于1965年至1975年。一级法官21名，大多出生于1971年至1982年。二级法官1名，出生于1982年。三级法官4名，出生于1980年1个、1981年2个、1982年1个。

按照法官晋升相关规定，中级法院四级高级法官及以下实行按期晋升，其中一级法官按期晋升四级高级法官时限为三年，以S省T市中院为例，2021年8月将举行按期晋升，21名一级法官将晋升为四级高级法官。而中级法院三级以上高级法官实行选升制度，而且选升人数受到一定比例限制，目前三高以上法官数额基本上是按比例确定的，如果四高选升三高的话，只能等待三高以上法官因退休、调动等出现空缺。按照60岁退休年龄，到2021年7月，三级高级法官中无人退休，也就是说，现有的四级高级法官无法通过选升进入三级高级法官，届时四级高级法官将会达到45名，在法官等级中占比将达到71.43%。因为中级法院院领导大部分是基层法院院长提拔之后担任的，大部分本身就是三级高级法官，即便是现有三级高级法官出现空缺，也会很快被补充填满，留给四级高级法官继续选升为三级高级法官的空间实际上非常狭小。按照现有三级高级法官年龄情况和基层法院院长可能提拔情况，大体可以推算出，三级高级法官每年出现空缺最多2人左右，有的年份可能没有空缺。换言之，45名四级

^① 参见芮铭珍、王亚明：《等级晋升怎么升》，载《人民法院报》2019年1月16日，第2版。



高级法官中大部分到退休也没有机会再被选升为三级高级法官,特别是四级高级法官中有一大批出生于1980年左右,其中有一部分资历较浅,他们也很可能没有机会再被选升为三级高级法官。在四级高级法官原地踏步的同时,一级及以下法官又会陆续地按期晋升为四级高级法官。由此形成了一个类似水库结构的法官等级构成,笔者称之为“中级法院四高水库效应”。简言之,“中级法院四高水库效应”就是指,在中级法院,随着法官按期晋升和择优选升以及特别选升,将会使得法官等级构成呈现出水库结构,四级高级法官人数越来越多,形成一个“水库”,一端由一级及以下法官不断的汇集进入,另一端因为三级高级法官名额有限而使得“水库”出口不畅,导致四级高级法官越积越多,缺乏流动性和生机。

“水库效应”并非中级法院所独有,在各级法院都不同程度存在。以S省高级法院为例,该院现有员额法官179名,其中二级大法官1名,一级高级法官6名、二级高级法官10名(年龄最大者生于1961年12月),三级高级法官88名,四级高级法官72名,一级法官2名。其中按期晋升的最高层级三级高级法官已经有88名,占49.2%。到2021年8月,72名四级高级法官将按期晋升为三级高级法官,而10名二级高级法官均未到退休年龄。也就是说,排除人员调整等特殊情况,届时该院三级高级法官将达到160名,占比将高达89.4%,三级高级法官“水库效应”更加明显。同理,在基层法院表现为一级法官“水库效应”,在最高法院表现为二级高级法官“水库效应”。

需要强调的是,法官等级晋升“水库效应”并不仅仅是员额制改革之后暂时出现的问题。从目前的员额法官情况看,不仅等级集中,年龄分布也较为集中,一批法官退休后,会集中递补一批法官,还是存在法官等级集中的问题。这一问题如果得不到及时有效解决,将会消解整个法官队伍的工作积极性主动性,进而影响审判质效和人民法院工作长远发展,需要未雨绸缪,认真思考应对。

(二) 法官等级晋升“水库效应”可能带来的负面影响

法官等级晋升“水库效应”将带来一系列负面影响,至少包括以下三个方面:

首先,影响法官工作积极性。我国设立法官等级制度的目的之一就是增强法官的责任心和荣誉感,激励法官的进取心,更好地履行审判职责。^①虽然员额制改革之后,法官去行政化,不再跟行政级别挂钩,工作期间,不同等级员额法官在绩效考核奖金上一视同仁,在法官津贴、交通补助、住房补贴等方面差别也不大,但法官等级越高象征着更高的身份等级和尊崇感,并且不同等级法官在退休待遇方面差距较大,由此导致员额法官在个人发展上追求的重点就聚焦在了晋升法官等级上,而法官等级晋升“水库效应”势必影响法官的这种主要职业追求。还是以中级法院为例,资历浅的四级高级法官一二十年之内看不到继续晋升的希望,会影响其工作积极性。甚至有法官戏言,晋升四高后,到了提前退休年限就申请提前退休,反正在法官等级上已经到头

^① 张柏峰:《中国的司法制度(第五编)》,法律出版社2014年版,第35页。

了，还不如出去干点别的。而资历较深的四级高级法官，根据目前法官等级构成情况，能够预测到自己何时将晋升三级高级法官，工作上也不用再拼尽全力，工作积极性也有所降低。另外，还有一部分资深法官，看到资历浅、办案少的年轻法官跟自己一样的法官等级，有时心里会产生不平衡感，同样会影响其工作积极性。

其次，影响法官单独职务序列改革实效。建立法官单独职务序列，实行有别于其他公务员的职务序列及工资制度，是推进司法体制改革的一项基础性工作，其目的是解决三个方面的问题：着力提升法官专业化、职业化水平；激励广大基层和一线办案法官办好案、多办案；增强法官职业尊荣感和使命感。但法官等级晋升“水库效应”无疑会不同程度影响上述目的实现，特别是鼓励法官办好案、多办案的目的和增强职业尊荣感的目的。如果问题得不到解决，将会影响法官单独职务序列改革的整体效果。

再次，影响人民法院工作健康发展。员额制改革数年之后，基层法院的一级法官、中级法院的四级高级法官、高级法院的三级高级法官、最高法院的二级高级法官，将成为各级法院员额法官队伍的主体，这不仅体现在人员数量上，更体现在司法素质和办案质效上，甚至不夸张地说这部分法官是影响法院队伍素质和办案质效提升的关键。以S省T市中院为例，目前24名四级高级法官和2021年即将按期晋升为四级高级法官的21名一级法官，涵盖了该院审判业务部门所有中层的正副职的88.4%，办案数量约占全体员额法官办案数量的79.6%。这部分人如果工作积极性受到挫伤，对整个法官队伍和办案质效将带来不同程度的负面影响。

二、法官等级晋升过于集中的原因

法官等级晋升呈现出“水库”一样的结构，是多种因素综合作用的结果，至少包括以下几个方面：

一是法官职务套改“一刀切”导致法官等级扎堆。建立法官单独职务序列是推进司法体制改革的一项基础性工作，中央确定了“两步走”的改革方案，第一步是法官职务套改，第二步是建立有别于其他公务员的法官单独职务序列及工资制度。法官职级套改时，可能出于最大限度为法官争取利益的考虑，当时的法官达到一定行政职级，就套改为相应法官等级，比如副科级套改为二级法官、正科级套改为一级法官，出发点无疑是好的，但不能反映出同一行政职级法官之间在任职年限、司法能力、办案资历等方面的差别，造成实际上的不公平。以S省T市中院为例，2016年进行法官等级套改，2008年提拔的副庭长与2016年刚刚提拔的副庭长都被套改为二级法官，对这些提拔较早、资历较深、办案较多的副庭长而言，有何公平可言？相当于之前工作一笔勾销，重新站到同一起跑线上，将来会同时按期晋升一级法官、四级高级法官。也许有人会说，等到选升三高的时候，这些资历较深法官的资历优势会体现出来，他们将更有机会、更快被



选升为三级高级法官，但在这之前的漫漫数年甚至十余年，实际上是没有任何差别的，而这个过程当中，法官等级设置“水库效应”的副作用却一直在发生着。

二是员额遴选使得法官等级集中在较高级别。员额法官遴选虽然对所有法官一视同仁，不考虑法官的年龄、等级等因素，但各地法院遴选一般采取笔试、业绩考核、民主测评相结合的方式。以100分为满分，笔试、业绩考核、民主测评分别占30分、30分、40分。民主测评、业绩考核明显对资历深的法官有利，最终遴选入额的绝大部分是资历相对较深的法官。以S省T市中院为例，该院报名参加员额法官遴选的89人，最终遴选出员额法官65人，没入额的24人基本上都是法官等级较低的。当时的65名入额法官中，三级及以下法官只有5人，二级高级法官只有2人，三级高级法官只有5人，53人集中在二级法官、一级法官和四级高级法官，为接下来法官等级晋升形成“水库效应”埋下了伏笔。

三是法官等级和升降设置不合理。首先，法官等级设置层级过少。我国目前的法官等级分四等十二级，整体上来看，等级层次是较多的，但具体到四级法院，法官等级层次就相对较窄了，如基层法院实际上只有二等七级，员额遴选之后，等级范围更窄。反观一些国外法院甚至我国的公务员职级，等级层次更多更细密。如日本设置有最高法院、高等法院、地方法院、家庭法院和简易法院，其中地方法院法官分特级和一至八级共九级，简易法院法官分特级和一至十七级共十八级，这还不算最高法院和高等法院。^①再如我国综合管理类公务员职级序列，根据2018年12月29日修订的《公务员法》第三章第19条，综合管理类公务员职级序列分为四等十二级，虽然也是四等十二级，但在设置上更加科学，两头的巡视员、科员分别仅设了两个等级，而中间人员可能相对集中的调研员和主任科员，则分别设了四个等级，中间的层级设置更多。其次，法官级别升降时间过短。根据1997年中组部和最高人民法院联合出台的《中华人民共和国法官等级暂行规定》，五级法官至三级法官每晋升一级为三年，三级至一级法官每晋升一级为四年，而根据2011年中组部和最高人民法院联合出台的《法官等级和级别升降暂行办法》，晋升四级法官应当任五级法官一年以上，四级到一级每晋升一级为两年。按照前者，五级法官晋升到一级法官需要十四年，而按照后者，五级法官晋升到一级法官只需要七年，速度足足加快了一倍，该规定一直沿用至今，虽然对促进法官快速成长发挥了积极作用，但也造成了法官等级快速集中。

四是法官晋升标准缺乏具体制度规范。《法官法》对法官等级确定和晋升作了规定，其中第26条第2款规定了法官等级；第28条第1款规定了法官等级确定的依据，即德才表现、业务水平、审判工作实绩和工作年限，第2款规定了晋升方式，即按期晋升、择优选升和特别选升；第29条直接规定“法官的等级设置、确定和晋升的具体办法，由国家另行规定”。可以看出，《法官法》关于法官晋升的规定非常概括和模糊，实际

^① 参见胡健华：《法官的级别和工资待遇——外国法官制度简介之五》，载《人民司法》1994年第5期。

可操作性并不强。关于法官等级晋升的文件依据,主要是中组部和最高人民法院制定的《暂行规定》和《暂行办法》,但选升条件规定的依然不够具体,主要包括思想政治素质、业务能力、任职年限等,对于怎么评价思想政治素质、如何衡量业务能力水平并没有列出具体内容或标准。由此可见,法官选升所依据的主要是一些指导思想和原则。

五是按期晋升条件审查不够严格。根据法官员额制改革和法官职务序列设置的有关规定,基层法院一级法官以下、中级法院四高以下、高级法院三高以下、最高法院二高以下实行按期晋升,但按期晋升不是不看任何条件的一律晋升,而是设置了相应的条件,如具备拟任法官等级要求的思想政治素质、道德品行、职业操守、业务能力,近几年考核被评为称职以上等次,具备履职必须的身体素质等。但在实际操作中,往往疏于审查、甄别,除了受过纪律处分外,其他几乎不讲条件,到期走走投票测评、民主推荐等程序,一律予以晋升,法官等级按期晋升成了员额法官的一项“政策福利”。该状况一方面不利于约束和督促法官积极钻研业务、提升业务素质能力;另一方面也导致实质上不具备更高等级法官资质的法官一路晋升到按期晋升的最高等级,一定程度上加剧了法官等级晋升的“水库效应”。

六是实践中择优选升异化为“按资历排队晋升”。各级法院法官到了一定等级实行择优选升,但由于择优选升的条件并不明确,不少法院论资排辈思想根深蒂固,导致择优选升徒具形式,很难落到实处,基本上都是论资排辈,择优选升成了“按资历排队晋升”。这种“论资排辈”的晋升方式,既不能体现上一级法官的优秀,也难以对法官产生激励作用。^①法官选升条件中的思想政治素质主要是定性指标而非定量指标,思想政治素质低的法官极少;业务能力主要通过年度考核是否称职来体现,但各级法院年度考核中法官被评定为不称职的也非常少。这两个条件实际上都不具有区分度,而任职年限则白纸黑字,具有明确的区分度,实际上很大程度上成为了法官等级所谓“择优选升”的决定因素。以S省T市中院为例,虽然法官等级选升也有业绩考核、民主测评等程序环节,但最终入选的三级高级法官与任职年限排序完全一致。此外,法官晋升方式还有特别选升,但通过特别选升晋升法官等级的凤毛麟角。笔者所在S省法院截至目前无一例特别选升。据搜索,2019年5月,内蒙古自治区高级人民法院经报自治区党委组织部批准,对基层2名重大典型特别选升为四级高级法官。^②但这仅是极个别的例子,对法官等级晋升总体而言影响不大。

三、法官等级晋升过于集中的现实对策

法官等级过于集中问题较为复杂,单凭法院一家很难彻底、全面解决,短期内只

^① 参见陈陟云等:《法院人员分类管理改革研究》,法律出版社2014年版,第254页。

^② 参见《内蒙古自治区高级人民法院健全以法官员额制为核心的法官管理制度》,载《人民法院报》2020年1月24日,第4版。



能从技术操作的层面进行改进完善。为此,提出以下几点现实对策:

(一) 加强按期晋升的条件审查

无论是从提升法官素质的角度考虑,还是从放缓法官等级过于集中速度的角度考虑,都有必要在法官等级按期晋升时加强资格条件审查,除了对思想政治素质不高、存在违法违纪情况的实行“一票否决”之外,重点应加强对审判业绩的审核。具体来说,法官等级按期晋升时,不能仅看近几年年度考核是否称职,因为是否称职的标准很低,司法实践中年度考核为不称职的很少,应当进一步审查其审判质效情况,重点是审判效率和案件质量,如果办理案件经常超期,案件被发改率总是居高不下,可以认为不具备法官等级晋升的条件,考虑暂缓晋升,待下一批次晋升时视其办案质效有无较大改进再决定是否予以晋升。存在这种情况的哪怕仅是极少数的个别法官,也能发挥很好的导向作用。

(二) 强化择优选升的竞争性

从很多省份的法官等级晋升办法来看,选升的条件除了工作年限明确外,其他的都不具体。要让择优选升真正落到实处,除了考虑工作年限,还要将其他条件尤其是司法能力和工作业绩条件具体化,让法官选升更具竞争性。要营造出的理想状态应当是:让资历较老的法官心中有压力,一如既往地兢兢业业工作;让资历较浅的法官心中有希望,加倍努力工作。这样才能保证队伍的稳定性,让优秀人才留的下来、安得下心、看得到未来。

值得认真考虑的是法官的资历问题,完全按照资历高低搞论资排辈并不可取,但完全不考虑资历也不合理。一些法官虽然工作业绩不突出,但“没有功劳也有苦劳”,在平凡的工作中也为法院发展做出了贡献。因此,择优选升时应当考虑资历即工作年限这一重要方面。^①这样考虑实际上也有利于改革的平稳推进。基于这一考虑,对选升的基本思路做如下设置:还是以中级法院为例,四级高级法官先选升候任三级高级法官才能再选升三级高级法官。四级高级法官选升候任三级高级法官分为两种情况,候任三级高级法官中50%的名额拿出来给四级高级法官资历最老者,只要符合选升的基本条件,即可自动晋升候任三级高级法官;另外50%的名额留给其他任四级高级法官满三年的法官,在他们之间按照类似员额法官遴选的模式进行竞争性选拔。基层法院、高级法院、最高法院与此思路基本一致。

关于竞争性选拔,可以包含以下内容:思想政治素质必须过关,否则,实行“一票否决”;文化程度原则上本科及以上学历。除此之外,按照100分为满分设置以下内容:首先是办案质效。该项内容主要反映法官的司法能力和工作实绩,占80分,主要考核任上一法官等级以来的办案数量、办案质量、办案效率和办案效果,各占20分,具体考核计分可以参照现行的法官年度业绩考核办法。其次是民主测评。由所有在编

^① 参见林伟杰:《法官法检察官法释义》,中国民艺出版社2007年版,第41页。

干警按照同票同权重的标准进行投票打分。工作资历也要作为考虑因素，可以将工作资历作为加分因素，任上一法官等级的年限数每增加一年为2分，不足整年的按1分计算。此外，获得全国、全省审判业务专家称号，以及在全国、全省典型案例、优秀文书等评选活动中获奖的，可以适当加分。

（三）在政策允许范围内适当拓宽选升法官等级的空间

《实施意见》明确规定：“择优选升应当控制在规定的等级比例或数量范围内。”一个法院选升法官的绝对数是很难突破的，可以转变思路，按照相关政策规定，减少现有的较高等级法官，为年轻法官腾出选升空间。首先，应当鼓励较高等级法官提前退休。我国目前对法官退休仍采取公务员管理的方式，即工作年限满30年可申请提前退休，法院应当倡导鼓励这一政策落实，比如基层法院，可以鼓励工作年限满30年的四级高级法官提前退休；中级法院可以鼓励工作年限满30年的三级高级法官提前退休；高级法院可以鼓励工作年限满30年的二级高级法官提前退休；最高法院可以鼓励工作年限满30年的一级高级法官提前退休。这样可以分别空出部分基层法院的四高、中级法院的三高、高级法院的二高和最高法院的一高名额，增加下一等级法官的选升机会。其次，严格落实法官降低等级的规定，如果法官在定期考核中被确定为不称职，应予降低法官等级，实行“能者上、庸者下”，营造出“比学赶超”浓厚工作氛围。

（四）通过法官晋升之外的其他途径调动较低等级法官积极性

法官渴望晋升较高等级既是因为涉及具体利益，更是因为荣誉感。在择优选升这条渠道不畅的情况下，可以通过其他途径来增强较低等级法官的荣誉感和工作积极性。一是法官择优选升到较高等级后，可以退出领导职务，让法官等级较低、年轻的法官担任领导职务。这既是一种利益平衡，有利于调动年轻法官的工作积极性，也有利于较高等级法官摆脱行政事务干扰，发挥审判经验丰富的优势，更好地审理案件、化解纠纷。二是完善法官荣誉激励制度。目前法院系统有一些针对法官的荣誉激励，如全国模范法官、全国法院办案标兵、全国审判业务专家等，但也存在一些不足，全国性的法官荣誉数量很少，地方各级法院法官荣誉制度不规范，获得法官荣誉后，在绩效考核、提拔晋升等方面也未能有效体现。应进一步增加法官荣誉设置，在绩效考评、提拔晋升等方面充分考虑，增强法官荣誉的吸引力和含金量。

四、法官等级晋升过于集中的长远建议

从长远角度考虑，人民法院应当积极争取各方面支持、配合，完善法官等级设置相关制度，从根本上解决改革后法官等级晋升过于集中的问题。

（一）应考虑增设候任高级法官

设立候任法官职位是不少国家和地区的普遍做法，如德国设有法法官，日本设有候



补推事等，发挥着特别作用。^①我们可以学习借鉴，在较为集中的法官等级之上，增设候任法官等级，即在基层法院的一级法官、中级法院的四级高级法官、高级法院的三级高级法官、最高人民法院的二级高级法官之上，增设新的候任法官等级，如在四级高级法官之前增设候任四级高级法官，在三级高级法官之前增设候任三级高级法官，在二级高级法官之前增加候任二级高级法官，在一级高级法官之前增加候任一级高级法官。其意义在于，让各个层级法院法官等级扎堆的法官流动起来，让他们有一个短期的、很可能实现的奋斗目标，充分调动工作积极性主动性。以中级法院的四级高级法官为例，在三级高级法官之前设置一个法官等级，一部分四级高级法官虽然选升三级高级法官希望不大，但可以晋升到一个四高之上、三高之下的法官等级，会有效调动工作积极性。

（二）应考虑适当拉长法官等级晋升年限

等级晋升所需年限要结合整个等级结构进行考虑，避免出现退休前“无级可升”的情况。^②建议对法官等级晋升年限进行适当调整，基本思路是将四级高级法官之前的法官等级晋升年限适当延长，放缓和减少进入“水库”的“水流量”。同时，由于各级法院法官起点不同，在延长晋升年限上要区分法院等级。具体设计如下：首先，适当延长一级法官之前法官等级的晋升年限。五级法官至三级法官每晋升一级为两年，三级至一级法官每晋升一级为三年，这样从五级法官晋升到一级法官需要十年，这对于三十余年的职业生涯而言并不算长，还能使各个等级的法官之间在时间上拉开档次，避免快速集中。其次，适当延长基层法院选升四高和中级法院选升三高的年限。可以将基层法院选升四级高级法官年限由目前的三年延长为五年，将中级法院选升三级高级法官的年限也由三年改为五年，高级法院、最高法院按期晋升四高、三高年限仍为三年，因为高级法院、最高法院法官起点本身就高，按期晋升年限不宜拉得太长。这样改革实际上是提高了选升的条件，减少了符合选升条件法官的数量，进而缓和部分符合选升条件又迟迟选升不上的法官的消极情绪。

（三）应考虑进一步增加择优选升的比例和数量

目前的选升比例和数量主要是由上级确定的，普遍规定：基层法院的四级高级以上法官、中级法院的三级高级以上法官、高级法院的二级高级以上法官、最高法院的一级高级以上法官分别不超过本院员额法官总数的 20%。虽然确定这些比例是基于与其他单位差距不宜太大等考虑，但法官职务有其特殊性，适当提高选升比例也是考虑到目前法官等级过于集中的现实。各级法院选升比例可以调整为：基层法院的四级高级以上法官、中级法院的三级高级以上法官、高级法院的二级高级以上法官、最高法院的一级高级以上法官分别不超过本院员额法官总数的 30%。

（责任编辑：王文斌）

^① 参见最高人民法院政治部编：《域外法院组织和法官管理法律译编》，人民法院出版社 2017 年版，第 462、708 页。

^② 参见侯学宾：《我国法官等级制的反思与重构——以法官法修订为契机的分析》，载《法律适用》2019 年第 9 期。

如何实现正义：司法裁量权责主体的错位认知及其矫正

——以法院整体本位为内在逻辑

贾升宗*

内容摘要：理论界和实务界仍然存在司法裁量权的权责主体均归属于法官的认知偏差，这在很大程度上导致了权力行使的失范现状。相较于法官个体本位而言，由法院整体本位行使司法裁量权明显更符合国家权力配置要求，更契合形式法治向实质法治过渡的时代背景，在实践层面也更有比较优势。鉴于此，厘清其权力结构逻辑，从而进行错位认知矫正显得尤为迫切。在形式法治场域向实质法治场域过渡背景下，司法裁量权应当坚持法院整体本位，分为封闭型司法裁量权和开放型司法裁量权，由合议庭、独任法官依据司法责任制原则行使封闭型司法裁量权，由审判委员会依据民主集中制原则行使开放型司法裁量权，是解决当前权力失范现状的更优制度设计。

关键词：司法裁量权；法院整体本位；司法责任制；民主集中制

中图分类号：DF82 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)05-149-160

审判权运行过程中，根据法律规定和立法精神，秉持科学司法理念，对案件事实认定、法律适用以及程序处理等问题进行自由裁量，本应是人民法院统一静态法律规范与动态社会事实，推进实现司法公正的有效手段。然而，理论与实务界仍然存在将司法裁量权的权力主体和责任主体均归属于法官的认知偏差，^①导致权力行使模糊甚至

* 贾升宗，山东省青岛市中级人民法院研究室一级法官助理。

① 参见张军：《法官的自由裁量权与司法正义》，载《法律科学》2015年第4期；陈桂明、纪格非：《证据制度中法官自由裁量权的类型化分析》，载《法学研究》2008年第3期；李后龙：《民事法官自由裁量权的认知及其规范》，载《人民司法·应用》2012年第5期。



冲突，并未充分承担起应有价值，社会公众也仍然存在主观性解释和个性化裁量的猜疑。鉴于此，本文对 S 省 Q 市法院 1320 件案件为样本进行分析，进一步明确司法裁量权的“法院整体本位”，并基于形式法治、实质法治理论对权力结构逻辑和权力运行程序进行建构性探讨。

一、审视：司法裁量权行使的现实图景

司法裁量权在特定场域内具有重要价值，但当其失范问题长期存在时，应有的价值则会成为司法的负担。

（一）样本案件的全景概览

S 省 Q 市法院自 2010 年以来开展案件评查，11 年间虽然司法裁量权行使失范案件数量总量不大，仅有 63 件，但是如图 1 所示，失范案件数量大体呈上涨趋势，且占全部案件的比重也大体逐年上升。

如图 2 所示，通过对样本裁判文书裁判结果进行分析发现，63 件司法裁量权行使失范案件中，有 23 件案件为事实认定问题，占比为 36.5%；有 16 件案件为法律适用问题，占比为 25.4%；有 18 件案件为程序问题，占比为 28.6%；还有 6 件案件为严重违纪违法问题，占比为 9.5%。由此可见，司法裁判过程中司法裁量权的行使是一项复杂问题，涉及案件事实认定、法律适用、程序适用等诸多方面，综合考虑诉讼内外因素予以价值判断会遭受质疑，依据法律条文而不做深究同样会遭受质疑。实践中，一些法官从主观层面考量案内、外因素进行综合判断，从而引发了行使失范问题。

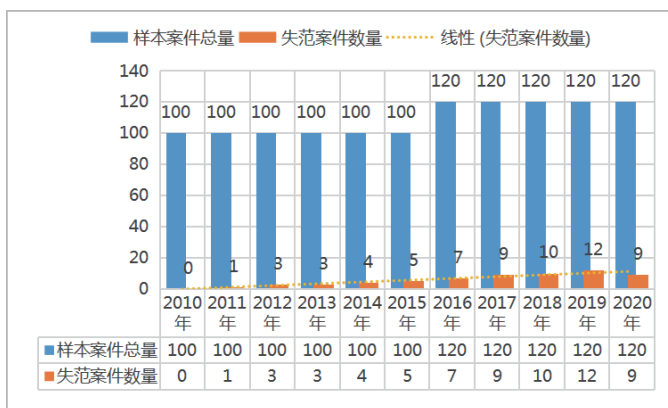


图 1 2010 年至 2020 年间司法裁量权行使情况

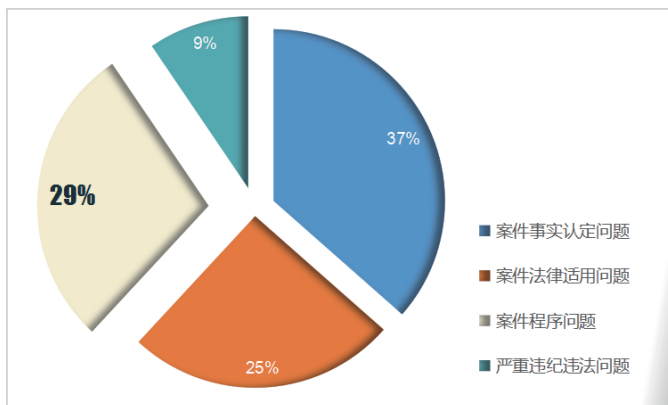


图 2 63 件司法裁量权行使失范案件分布情况

（二）权力失范的实践性检视

问题一：事实认定的标准不一。进入法院的案件事实并非一定是客观事实，历史客观事实已经不可重复，通过自由裁量重现部分原貌是唯一办法。^①对于事实认定，由于诉讼法中仅有抽象性规定，因此《民事诉讼证据的若干规定》等引入自由心证原则，明确由“法官依法独立判断证据”。如案例1所示，随着司法案件事实复杂化的加剧，法院对于案件证明责任的分配、证明能力的确定以及证明力衡量的主观维度考量明显加大，导致了事实认定中的客观标准向背离现实的个人自觉转变。

【案例1】李某伙同胡某抢劫后为灭口而杀害高某。二人作案后欲外逃缅甸，李某找来匡某一同偷越国境。后胡某、匡某先于李某到案，匡某到案后曾供述，李某、胡某抢劫前，李某曾找其商议抢劫，二人还在案发农场附近殴打一老人，李某潜逃前告诉其该老人被殴打致重伤，邀其一同潜逃出国。后李某到案后对匡某供述予以否认。匡某亦在诉讼过程中多次改变供述。对于是否认定殴打老人一事，一审法院因匡某供述反复又无其他证据佐证未予认定；而在死刑复核过程中，最高法院予以认定。^②

问题二：法律适用的标准不一。若系列案件的裁判要点相同，那么这些案件的当事人都希望有相同的判决，若法官依不同法律解释方法而产生相反判决，则会动摇司法公正。为实现法律与社会秩序的稳定可预期，法院应当努力实现社会公众对于法律适用大体统一的愿望。如案例2所示，实践中法律适用类自由裁量瑕疵颇多，经常会产生同类案件不同裁判理由、同类裁判理由不同裁判结果、同类裁判结果不同裁判依据等问题。

【案例2】吴某洪在为某酒店管理有限公司拆变压器时被电击受伤，后查明该该公司的对风险考虑不足，吴某洪亦存在过错。法院酌定该酒店管理有限公司承担70%的赔偿责任，吴某洪自担30%的责任。^③个人之间或者个人为单位提供劳务者导致自己受到损害产生的损失赔偿问题，依据《侵权责任法》的“过错”责任还是《人身损害赔偿适用法律若干问题的解释》的“无过错”责任，实践中掌握差别较大。

问题三：程序处理的标准不一。法治取决于一定形式的正当过程，而正当过程则通过程序来体现。^④在价值多元的法律事实，以及纷繁复杂的法律规定面前，程序就是某种意义上中立而又可信的准则。如案例3所示，法院在对实体事实认定、法律适用享有司法裁量权的同时，对于程序性事项也有裁量幅度。比如对于某类案件是否立

① 参见秦旺：《法理学视野中的法官自由裁量权》，载《现代法学》2002年第1期。

② 参见青岛市人民检察院诉李方鹏、胡帮锋抢劫罪、故意杀人罪、偷越国境罪案，山东省青岛市中级人民法院（2016）鲁02刑初162号刑事判决书。

③ 参见吴诗洪诉青岛青岛华奇凯帝酒店管理有限公司提供劳务者受害责任纠纷案，山东省青岛市中级人民法院（2019）鲁02民终8569号民事判决书。

④ 参见【美】罗尔斯：《正义论》，柯怀宏等译，中国社会科学出版社1988年版，80页。



案、对当事人某项诉讼行为是否进行干预等,也存在裁量把握幅度不一问题,特别是在涉及到价值判断和利益相关时。

【案例3】李某在某村有承包地,后市政府作出拟征收土地公告征收该村土地,并直接完成了对其他村民的补偿。李某不同意补偿数额,遂起诉政府违法。对于是否属于法院受案范围,一审法院认为该公告虽然使用了“拟征收”字样,但是后续已经完成了补偿,该公告实际上成为了补偿的依据,认定具有可诉性并依法确认该公告违法;二审法院认定属于过程性行政行为不具备可诉性,遂撤销原判,裁定驳回起诉。^①这一问题是否可诉在全省法院争议巨大。

(三) 失范问题的主体性反思

审视司法裁量权行使的好坏,必然需要考察法官的感受。笔者对S省Q市42名员额法官进行问卷访谈,其中31名法官提出了意见,主要集中在三个方面:

意见一:法官的权力正在逐步扩张。相比较社会群体的普遍正义以及法律形式平等的形式正义而言,社会越来越关注“对号入座”的个体正义,也更重视看得见、摸得着的实质正义。司法裁判只是过程,目的是得到裁量结果,而最好的裁量结果就是法律效果与社会效果兼顾。^②在追求政治效果、社会效果和法律效果统一的背景下,司法裁量权的行使需要考量的因素越来越多、越来越复杂,也必然导致了权力内容的逐步扩张与范围的逐步发展。

意见二:法官的能力明显不足。司法实践中,法官们面对逐渐扩张的司法裁量权,面对资源和能力不足以完全行使的现状,不得不以更加挑剔的目光来看待每一起案件的独特性,以提供“个性化”的司法裁量,也不得不在并不熟悉的社会空间下运用识别、推理等简易的识别技术去探寻事实真相。近年来法院受理的案件数量持续增长,且随着司法体制改革的推进,民众对自由裁量的需求与法官司法供给之间差距较大,这种精细的“后现代”权力行使方式自然导致问题频现。

意见三:配套程序还不够细致完善。司法裁量权的发展必然伴随着个性化色彩的融入。^③要完全消除个性化是不现实的,只能寄希望于采取合理的方式将个性化的渗透控制在合理的范围内,这个方式只能是程序。但是,诉讼法及相关的司法解释中,仅仅能看到一些原则性的规定,而缺少具体可行的控制程序。实际上,司法裁量权是一项酌情做出裁判的权力,因此更应当设置一些规则、创设一些平台,去解释和规范一些存在广泛争议的标准,消除法官的主观麻痹,预防权力过度开放。

① 参见秦汉学诉青岛市黄岛区人民政府信息公开案,山东省青岛市中级人民法院(2018)鲁02行初181号行政判决书。

② 参见张军:《法官的自由裁量权与司法正义》,载《法律科学》2015年第4期。

③ 参见秦旺:《法理学视野中的法官自由裁量权》,载《现代法学》2002年第1期。

二、反思：权责主体的错位认知及其矫正

长期以来，司法裁量权被潜移默化认定为法官的个人权力，这也导致了法官穿行在权力无限与自由不羁之间，纠缠于心有梦想与力有不逮之间，甚至随时面临“脱缰的野马”之风险。^①

（一）“法官个人本位”与“法院整体本位”的边界厘清

所谓“法官个人本位”，是指在审理案件过程中，法官个体秉持正确司法理念，运用自由裁量方法，对案件事实认定、法律适用以及程序处理等问题进行分析和判断，并最终依法作出裁判的一种司法裁量权行使方式。所谓“法院整体本位”，是指人民法院在审理案件过程中，秉持正确司法理念，系统整体对案件事实认定、法律适用以及程序处理等问题进行分析和判断，并作出裁判的一种司法裁量权行使方式。与“法官个人本位”相比，“法院整体本位”更强调权力行使的整体性，权力主体与责任主体均为人民法院整体，独任法官、合议庭以及审判委员会作为法院整体的一部分承担相应的裁量职责。

（二）“法院整体本位”的理论证成

相较于“法官个人本位”模式，“法院整体本位”模式明显更符合国家权力配置要求，更契合形式法治向实质法治过渡的时代背景，在实践层面也更有比较优势。

政治法律结构的要求与法院整体本位更加契合。选择什么样的审判权运行方式，采用什么样的司法裁量权行使模式，并不是法院自己决定的，而是取决于政治法律的要求。“司法等法律制度之间的差异可以从政治关系中得到解释”^②。我国政治结构的突出优势是坚持党对司法工作的绝对领导，国家权力分配的基本原则是民主集中制，这些政治需求反映在审判权运行上就是坚持法院的整体本位特色。政治要求确定下来就是法律上的规定。《宪法》第131条要求“人民法院依照法律规定独立行使审判权”，《关于在审判执行工作中切实规范司法裁量权行使保障法律统一适用的指导意见》中所提司法裁量权主体也是人民法院，用法律规定将司法裁量权行使约束在总体政治秩序之中。

行权的能力资源需求与法院整体本位更加契合。随着实质法治理念的深入，案件审判的各方面效果要求越来越高。对于法官个体而言，其与政治中枢的联系半径过长，司法裁量权的全面行使远远超出了其能力范围和资源调动范围。法官个体所能调动的资源仅限于个体自身的聪明才智，其能力范围也仅限于个体的认知水平。而法院作为

① 参见陈瑞华：《脱缰的野马——从许霆案看法院的自由裁量权》，载《中外法学》2009年第1期。

② 【美】达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社2015年版，第10页。



整体所能调动的资源则是相当庞大的,对内的内设机构及法官均为其组成部分,对外其辐射能力和半径都有明显的优势,对不同社会要素的考量也更加全面,整体意义上的能力水平与实质法治的要求更为相配。这也是为什么许多疑难、复杂案件要上报院长研究调度的原因所在。

权力责任主体统一与法院整体本位更加契合。权力与责任总是相伴而生,司法裁量权也不例外。对于司法裁量权的不当行使也要追究其责任,法官面临问责的同时,其审判团队、庭长、分管院长甚至院长也面临巨大压力,就像有的学者所说的“权力在法官、压力在法院、责任在院长”。但是,法官承担责任并不会减轻法院所承担的责任,法院依然面临着公信力下降、群众不满意等责任,甚至即使法官不承担压力,法院也依然需要承担相应责任。这就足以得出结论,司法裁量权行使不当的政治责任、社会责任以及法律责任的承担主体是法院整体而非法官个体,法官个体作为整体组织的一分子以及具体裁量行为的行使者,承担的仅仅是技术责任和廉政责任。

司法社会生态的应对与法院整体本位更加契合。近年来,我国的法治建设发展迅速,但是不可否认人情社会现状仍然存在,社会转型期的矛盾纠纷和社会态势仍然较为复杂,司法所面对的社会生态仍然不容乐观,直观表现在地方“两会”期间,因为投票压力,法院不得不对涉人大代表案件“放低姿态、谨慎回复,甚至如履薄冰”,尽管如此法院的报告通过率大多数情况下也是垫底。^①司法责任制改革前,因为案件审批的原因,司法生态的回应压力主要在院庭长身上,改革后的压力更多转移到了法官身上。我们并不能必然预设法官的道德水平和抗压能力比院庭长要高。综合考量,应将司法裁量权作为法院的一项整体权力,以整体的组织制度和结构程序来抵御这些风险。^②

(三)“法官个人本位”的认知矫正

“法官个人本位”说由来已久。支持“法官个人本位”说的依据无非是“国际共识”^③以及“司法亲历性的客观规律”^④等等,这早已是被终结的命题。支持“法官个人本位”说的依据中,“由审理者裁判、让裁判者负责”是看起来最有说服力的一个,但实际上也是很容易予以辩驳的。所谓案件“审理”,就是认定事实、适用法律和程序处理,这是《宪法》赋予人民法院的权力,法官只是法院组织系统中的一环,其他如法官助理、院庭长等也是“审理”的一环。“负责”的也同样是法院,这在前文已述。

“由审理者裁判、让裁判者负责”的法律逻辑当作如下解释:一是人民法院整体作为“审理者”行使审判权力,同时也作为责任主体对裁判结果负责;二是在法院组

① 参见顾培东:《当代中国司法生态及其完善》,载《法学研究》2016年第2期。

② 参见方乐:《法官责任制度的功能期待会落空吗?》,载《法制与社会发展》2020年第3期。

③ 彭何利:《中国法院的现代转型:模式选择与体系框架》,载《法学》2016年第10期。

④ 朱孝青:《司法的亲历性》,载《中外法学》2015年第4期。

织内部，法官作为整体权力行使中的一个环节，承担与其权力相对应的责任。^①“法官个人本位”说淡化了我国国家权力分配的政治逻辑，因此必然不是正途。

三、重构：“法院整体本位”的权力结构逻辑

虽然明确了“法院整体本位”立场逻辑，但若是笼统不区分权力分类，也很难在实践中发挥出应有作用。因此，应进一步明确形式法治和实质法治二元场域中的类型化演绎。

（一）从形式法治场域到实质法治场域

形式法治与实质法治的选择问题，是司法裁量权行使的一个重要前提。形式法治，即法治的形式合理性。^②在形式法治场域中，包含着两层含义：一是依据科学合理的抽象规则处理问题；二是要求司法和执法的公正和独立自主。在形式法治场域内，立法者已经尽可能地尽到了注意义务，自由裁量的范围十分有限。即使是对于新的社会价值理念的关切，也应由立法者选择合适的机会在法律中予以体现。实质法治是在形式法治基础上的补充与完善，不仅肯定立法者对于社会价值

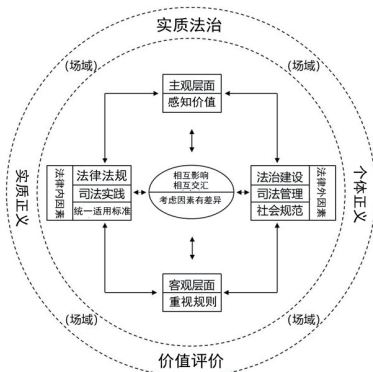


图3 实质法治场域的自由裁量谱系

的关注,还对司法又赋予了一些实质价值要求。^③实际上,实质法治并非忽视规则,而是在遵循规则之治的基础上,对个体价值有更加敏锐的感知。通过司法使规则与现实进行充分互动,引导出一种动态的价值评价体系。实质法治更关注个体和实质正义,其不足主要在于法律外因素对法律的一致性和安全的冲击。^④在实质法治场域中,法院司法裁量权较大,对社会各要素的关注也是广泛的。形式法治向实质法治过渡是大势所趋。“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”目标,说明了实质法治在稳步推进(见图3)。

（二）形式法治场域下封闭型司法裁量权的分类

在形式法治的场域中行使的封闭型司法裁量权，是指司法裁量权的行使只需要遵循立法者的本意释明法律规定的模糊之处或者在相关备选方案中做出选择。产生原

① 参见顾培东：《法官个体本位抑或法院整体本位——我国法院建构与运行的基本模式选择》，载《法学研究》2019年第1期。

② 参见陈林林：《法治的三度：形式、实质和程序》，载《法学研究》2012年第6期。

③ 参见李桂林：《实质法治：法治的必然选择》，载《法学》2018年第7期。

④ 参见陈金钊：《实质法治思维路径的风险及其矫正》，载《清华法学》2012年第4期。



因在于语言文字的不精确性以及法律条文规定的不周延性，是一种自由程度相对较低的司法裁量权。相比较于综合各类因素进行裁量的权力而言，具有相对的“封闭性”，所行使的主要是“经验判断”，因此称之为“封闭型司法裁量权”。主要包含两类：

类型一：释明型司法裁量权。这类司法裁量权的产生原因在于法律语言的不确定性。立法者在立法时已经尽量使用相对清晰的语言来表明立法原意，但是语言的天然特点必然会产生不明确的情况。如案例4所示，需要法院在裁判时，依据其经验、逻辑等对立法者原意进行释明，建立事实与法律规定之间的联系。

【案例4】某视频网站认为某浏览器具有屏蔽原告网站片头广告、暂停广告及去除会员广告功能按钮的行为构成不正当竞争，遂诉至法院。由于《反不正当竞争法》中对于不正当竞争的概念相对比较模糊。法院在裁量中认为，原告与被告主营业务虽有所区别，但均在互联网领域内开展经营活动，法律虽对该种竞争行为未作出特别规定，但根据上述规定双方均系经营者构成竞争关系，被告行为构成《反不正当竞争法》第2条所规定的不正当竞争行为。^①

类型二：选择型司法裁量权。这类司法裁量权是指某一问题实践中存在两类或者两类以上裁量结果。目前，法律体系虽已十分完善，但仍会存在部分法律规定之间重复、冲突等问题，这就需要裁判者根据不同情况予以合理适用，或者在事实认定过程中，一些关键证据的采用通常会有不同的意见，这也需要司法机关根据实际情况决定（如案例5所示）。

【案例5】田某、王某1与邻居王某2因废物堆放问题发生争执，后田某、王某1将王某2抬至其家中，王某1按住王某2腿部，田某拳击王某2面部致王某2两颗牙齿无法保留，构成轻伤二级。认定共同犯罪时，对于是否区分主从犯有两种认识：一审法院认定田、王二人在共同犯罪中均起主要作用，都是主犯；二审法院认为，王某1在田某伤害过程中起次要作用，认定其构成从犯。^②

（三）实质法治场域下开放型司法裁量权的分类

在实质法治场域中行使的开放型司法裁量权，是指司法裁量权的行使中综合考虑法律内外各种因素而据以裁判的权力。相比于“封闭型司法裁量权”而言，这种裁量权不是集中在狭小的裁量范围内，而是与社会多种因素和谐共存，并且引入了实质性价值判断，从而使自由裁量变成了一个开放的体系。主要包含两类：

类型三：原则指引型司法裁量权。这是指案件审理缺乏法律上的明确规定，但是可以在相关法律原则的指引下进行裁判。如案例6所示，这种权力的行使，不可避免

① 参见酷溜网（北京）信息技术有限公司诉青岛软媒网络科技有限公司不正当竞争纠纷案，山东省青岛市中级人民法院（2017）鲁02民初538号民事判决书。

② 参见青岛市黄岛区人民检察院诉田立森、王秀霞故意伤害罪案，山东省青岛市中级人民法院（2019）鲁02刑终512号刑事判决书。

产生争议，因为其适用缺乏确定性和可预期性，而且会明显增加裁量成本，需要裁判者收集采纳更多的信息。正如波斯纳所言，与法律规则的适用相比，法律原则的适用需要更多的信息。^①这就说明法律原则的适用越少，司法成本就会越低。

【案例6】某法院立案庭法官于某平建立了名为“五月花号”的法律服务微信群，律师柳某圣也加入。后该院立案庭庭长刘某治成为该群组的群主，并发布群规。柳某圣多次在该群内发布不当言论，刘某治多次提醒无效后将柳某圣移出该群。柳某圣以侵犯名誉为由将刘某治诉至法院。“踢群”所引发的纠纷属于新类型案件，法律规定及相关判例均无，法院依据公序良俗、意思自治等原则认定该案不属于法院受理范围，且柳某圣的行为缺乏正当性，依法裁定驳回起诉。^②

类型四：利益衡量型司法裁量权。这类司法裁量权的行使几乎是最复杂的情况，是指裁判者裁量过程中会面对裁判价值与其他司法价值或者社会价值相矛盾冲突的情况下，最终选择一定的裁判行为进行裁判的行为。如案例7所示，权力行使过程中，无论何种价值的选择就需要面临相应的风险和损害，需要裁判者进行衡量和取舍，当A价值所带来的收益大于B价值、损害小于B价值时，则应当在裁判中选择A价值。

【案例7】王某丈夫为某工厂职工，其在上班途中醉酒发生交通事故死亡。后王某申请工伤认定，该市政府不予认定，遂诉至法院。醉酒是否一律成为认定工伤的阻却事由，《工伤保险条例》为兼顾企业利益保护，第16条将醉酒排除在工伤认定之外；《中华人民共和国社会保险法》在该问题上采用因果关系说，更倾向于保护职工利益。法院在裁判时，结合案情衡量企业和职工利益，最终判决撤销不予认定决定，认定为工伤。^③

（四）小结

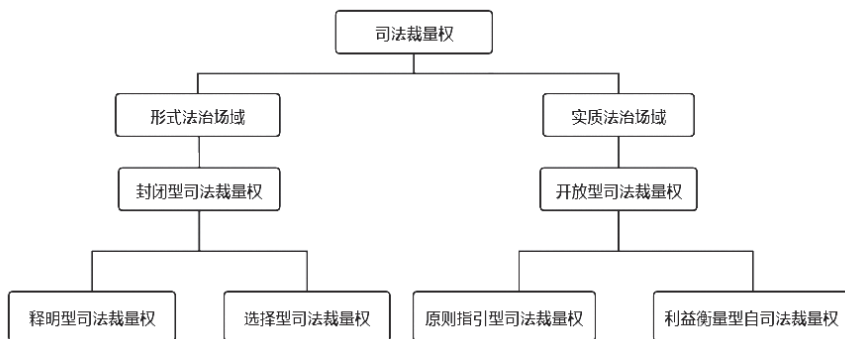


图4 “法院整体本位”的类型化演绎

① 参见【美】理查德·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第57页。

② 参见柳孔圣诉刘德治名誉权纠纷案，山东省莱西市人民法院（2019）鲁0285民初4407号民事裁定书。

③ 参见平度市子海橡胶制品加工厂诉平度市人力资源和社会保障局工伤行政确认案，山东省青岛市中级人民法院（2020）鲁02行终185号行政判决书。

四、路径：“法院整体本位”的权力运行程序

“法院整体本位”的行使应体现司法责任制与民主集中制的统一，即由合议庭（独任法官）行使封闭型司法裁量权，由审判委员会行使开放型司法裁量权。

（一）封闭型司法裁量权的行使展开

封闭型司法裁量权的行使主要以追寻立法者原意为宗旨，更多是一种“认识”的过程，行使的核心在于如何践行司法责任制。《人民法院组织法》第 33 条要求，合议庭审理案件，法官对案件的事实认定和法律适用负责；法官独任审理案件，独任法官对案件的事实认定和法律适用负责。这规定了合议庭（独任法官）在行使司法裁量权时依据司法责任制原则。具体到封闭型司法裁量权的行使上，主要在于保障自由裁量但限制价值判断。封闭型司法裁量权的行使重点在于立法原意的寻找，在于维护法律的一致性和统一适用性，必须要依据相关的经验、理性等，保障其在认知规律和司法权运行规律限度内进行主观判断。

如图 5 所示，封闭型司法裁量权的行使需遵循三个程序要领：首先要保障当事人参与。当事人在诉讼程序中的参与，能够在有效约束法官，从而减少“个性化”因素在自由裁量中的渗入。其次要遵循理性良知。法官在自由裁量时，应当秉持服从自己善良内心的召唤，作出既符合法律又符合良善的裁判。最后要加强监督制约。封闭型司法裁量权的行使在合议庭或者独任法官手中即可解决，因此应当在探索行政管理权、审判权、审判相关事务管理权以及审判监督权分离的基础上，依据相关规定进行适当合理审判监督。^①

（二）开放型司法裁量权的行使展开

引入实质维度时又当如何避免司法专制？一种程序性解决方案是，配备中立的民主参与和民主决策机制，以免法律成为偏袒某些特殊利益的工具。《人民法院组织法》第 38 条要求审判委员会实行民主集中制，而合议庭则依据第 31 条要求实行“多数决”。之所以会有这样的区别，在于合议庭（独任法官）与审判委员会的裁判逻辑是不同的。合议庭（独任

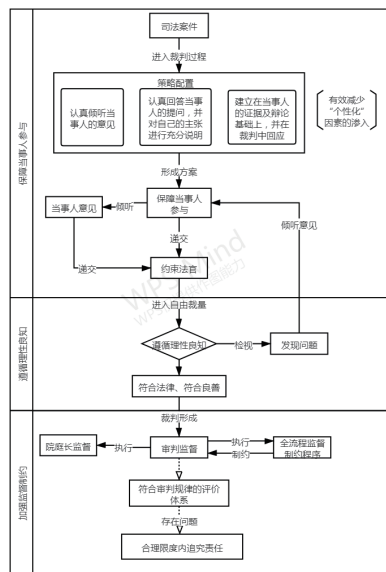


图 5 封闭型司法裁量权行使的程序要领

^① 参见山东省青岛市中级人民法院课题组《四权分离模式下院长审判监督管理机制改革探索》，载《人民司法·应用》2020 年第 12 期。

法官)依据司法责任制行使封闭型司法裁量权,大多具有“唯一答案”,因此遵循一种“技术理性”法律运作方式;审判委员会行使的开放型司法裁量权,更多的是一种政治权衡和利益选择。^①要回答这样的问题,只能在法律运作之外寻找新的权力行使逻辑,明确其运作和决策的正当性来源。

如图6所示,由于审委会的逻辑是法律逻辑与政治逻辑的有机融合,其行使只能通过健全具有法院特色的民主集中制,需遵循程序要领:一是在初始阶段规范决策主体的构成。影响决策的三个主要变量是团体规模、构成方式以及决策规则。就团体规模而言,审委会参与人员范围的扩大能有效提升决策的科学程度,但是范围过大则会导致效率过低。除此之外,人员的构成方式不同也会导致决策结果的不同,院长、副院长、庭长以及资深法官在审委会讨论时呈现出不同的“脸谱”。^②二是在准备阶段规范讨论案件的准入。决策是一个由问题确定、信息收集、确定选择、集体讨论以及最后决议等多个过程衔接形成的思维过程。^③审委会讨论前,应由专业法官会议对合议庭提交的案件进行讨论筛选。三是在决议阶段规范决策的产生过程。民主集中制下的决策,关键在于每一个审判会组成人员是否已经充分表达意见,是否按规定行使了表决权,是否贯彻好了一人一票制度,决策的形成是否按照少数服从多数原则作出。民主集中可能并不必然是“一次性”的,可以在多层次、多维度、多回合讨论后作出决策,这也是审委会讨论的应有之义。

(三) 案例1至案例7的运行演示

演示一:封闭型司法裁量权运行程序:

案例1的争议焦点在于李某、匡某殴打老人一事是否予以认定。因为匡某供述反复又无其他证据佐证未予认定,实际上案件事实原貌已不可恢复,该种裁量属于选择型司法裁量权,属于在事实认定过程中对一些关键证据的采用情况进行判断。匡某在先到案的情况下,供述存在殴打事实,后虽多经反复,但是明显认定发生殴打事实是比较合理的。案例4的争议焦点在于某浏览器行为是否构成不正当竞争,原因在于《反不正当竞争法》的模糊规定,因此该种裁量属于释明型司法裁量权。双方均在互联网

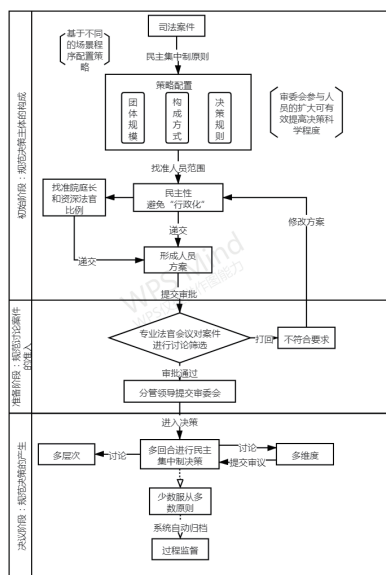


图6 开放型司法裁量权行使的程序要领

① 参见邵六益：《审委会与合议庭：司法判决中的隐匿对话》，载《中外法学》2019年第3期。

② 参见付立清：《程序视野下的民主集中制》，载《人民论坛》2011年第2期。

③ 参见肖应明：《制度评价视角下民主集中制应用探析》，载《学术探索》2014年第4期。



领域内开展经营活动，之间存在利益相关和实质性竞争，认定构成不正当竞争较为合理。案例 5 的争议焦点在于是否需要区分主从犯，即是否认定王某 1 为从犯，该种裁量属于选择型司法裁量权。这三起案件的裁量，由独任法官或者合议庭依据司法责任制原则，在对案件事实进行充分思考的基础上，依据经验和理性进行主观判断即可。王某 1 的行为及作用均具有辅助性，因此认定从犯较为合理。

具体裁量过程中，对于如何保障当事人的参与，主要有三项基本要求：一是法官必须倾听当事人的意见；二是法官必须认真回答当事人的提问，并对自己的主张进行充分说明；三是自由裁量必须建立在当事人的证据和辩论基础之上，并在裁量中予以对应。^①除此之外，还应当依据相关规定科学设计院庭长的监督模式，科学设计全流程的监督制约程序，科学设计符合审判规律的工作评价体系，并在合理限度内的进行过错责任追究。

演示二：开放型司法裁量权运行程序：

案例 2 的争议焦点在于适用《工伤保险条例》的排除认定说还是适用《社会保险法》采用因果关系说，前者更加倾向于保护企业利益，后者更倾向于保护职工利益，该种裁量属于利益衡量型司法裁量权。案例 3 的争议焦点在于原告是否具有值得保护的利益。本案中，政府补偿政策到位、补偿标准合理，其公共利益合法合理；而李某不仅提出过高补偿要求，并不断通过诉讼、信访等途径进行施压，其个人利益不合法不合理，该种属于利益衡量型司法裁量权。案例 6 的争议焦点在于该案是否属于法院受理范围。由于裁量过程中，需要依据公序良俗、意思自治等原则，因此属于原则指引型司法裁量权。案例 7 的争议焦点在于依据《侵权责任法》的“过错”责任，抑或《人身损害赔偿适用法律若干问题的解释》的“无过错”责任，这是一个倾向于保护职工利益还是公司利益的衡量问题，该种属于利益衡量型司法裁量权。这四起案件的裁量，应当由审判委员会依据民主集中制进行表决，确定具体如何裁量。

具体裁量过程中，首先应当找准审委会的人员范围，并且因制宜找准院庭长及资深法官人数的比例，兼顾民主性避免“行政化”。其次，应由专业法官会议在明确讨论内容、收集案件各方信息、明确选择方案的前提下充分酝酿，达成共识由分管领导提请审委会讨论。其中，重大事项是否经过充分民主讨论、相关利益牵扯是否足够明晰、法律专业性问题是否已经查询清楚等，是这一阶段的关键问题。最后，可以多回合进行民主集中决策，并且加强对决策产生过程的监督，否则容易把集体决议变成个人决策，造成制度功能弱化，不利于决策的科学性。

（责任编辑：郝晓越）

^① 参见秦旺：《法理学视野中的法官自由裁量权》，载《现代法学》2002 年第 1 期。

民事管辖异议程序及处理规则问题研究

王颖 陈希国*

内容摘要：民事诉讼管辖是在法院系统内部，确定各级人民法院之间以及同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工与权限。因诉讼实践问题的复杂性和多样性，加之诉讼当事人不当运用规定疏漏，导致对现行立法和司法解释规定的不当操作甚至滥用。面对民事诉讼管辖异议实践的问题，有必要进一步厘清民事管辖异议的制度目标，坚持程序严肃性与当事人意思自治相结合，推进管辖程序事项适当简化与迅捷处理，着重规制异议权滥用行为，适度扩张应诉管辖范围理解，细化办案流程减少程序迟延。同时，通过提升管辖异议解决的效力层级，扩大当事人管辖选择自治范围，消除管辖异议内部程序叠加，明确关联案件在不同法院之间的合并管辖等办法，优化管辖异议的处理规则。

关键词：民事诉讼管辖；管辖异议；案件受理；审判程序

中图分类号：DF72 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)05-161-170

民事诉讼管辖是指在法院系统内部，确定各级人民法院之间以及同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工与权限。科学合理确定案件管辖权，可以收到方便当事人诉讼、方便法院审判和执行的“两便”效果。司法实践中，当事人或为了方便己方诉讼，或为了拖延诉讼进程，以及在地方保护主义尚未杜绝的情况下，寻求不正当和潜在的地利优势等目的，往往会利用管辖异议这一诉讼权利提出抗辩，从而使得管辖权争议成为当事人在诉讼对抗中的首场竞技，也成为人民法院受理案件之后所要解决的首要程序问题。尽管民事诉讼法及其司法解释对管辖问题作了较细致的规定，但是由于实践问题的复杂和多样性，有必要对相关问题进行深层次思考。

* 王颖，山东省高级人民法院行政庭副庭长，三级高级法官；陈希国，山东省高级人民法院研究室二级法官助理。



一、民事管辖异议程序中对案件受理的审查

《民事诉讼法》第127条第1款规定：“人民法院受理案件后，当事人对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人提出的异议，应当审查。异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的人民法院；异议不成立的，裁定驳回。”通常情况下，被告提出管辖异议的理由，是基于当事人住所地、行为地、争议事项的特殊性等，就受诉法院的级别、地域、专门性提出异议，其目的是为了排除受诉法院对案件的审理和裁判，将案件移送给其认为有管辖权的其他法院审理。但实践中，被告提出管辖异议的理由，不乏争议不属于民事争议，该争议不应当由人民法院主管，被告不适格，以及原告起诉没有事实根据和法律依据等，这些事由与案件受理条件密切相关，其目的是要求法院驳回原告的起诉，将原告的起诉挡在法院大门之外不予审理和裁判。这与管辖异议，将案件由受诉法院移送到有管辖权的法院的目标是不同的。有学者将此类异议，区别于管辖异议而称之为受理异议和主管异议。^①但由于被告系根据《民事诉讼法》第127条的程序提出异议，在司法实践中，均被作为管辖异议案件立案审查。那么，在管辖程序中，是否应该一并处理主管异议和受理异议？下面，就主管异议和受理争议分述之。

（一）主管异议的审查

对于主管异议，可以并且应当在管辖异议中一并处理，实践中不存在分歧。其逻辑在于，确定案件由哪个法院管辖，前提条件是争议依法应当由法院受理，如果争议不属于法院的主管范围，自然就谈不上案件在法院之间分配，由哪个法院管辖了。对主管异议的处理，是确定管辖法院的先决条件，所以，在管辖程序中必须首先对被告提出的主管异议作出相应的处理。《民事诉讼法》第124条第2项和第3项规定，争议应当依法申请仲裁或者是由其他机关处理，应告知原告向仲裁机构申请仲裁或者向有关机关申请解决。已经受理的，自然应依《民事诉讼法司法解释》第208条的规定，裁定驳回原告起诉，原告对裁定不服，可依《民事诉讼法》第154条之规定提出上诉。这种裁定，视为就管辖权异议的裁定亦无不可，因为两种裁定，依据民事诉讼法的规定均可提出上诉，给诉讼进程造成的影响并无差别。

实践中的分歧，在于被告提出的主管异议不成立，应当如何处理。《北京市高级人民法院管辖权异议上诉案件审理工作规范（试行）》第2条规定：“当事人以双方订有仲裁协（条款）和其他案件不属于法院主管的情形为由，提出管辖权异议，一审法院不应以管辖异议审理。”也就是说，对异议不成立的，不作出驳回管辖异议的裁定，继续对案件审理。有的法院则以通知或者谈话笔录的方式告知被告。这两种处理方式，

^① 参见郭晓光：《民事诉讼管辖实证研究》，中国政法大学出版社2016年第1版，第201-204页。

均不以处理管辖权异议的方式处理主管异议。^①其考量的主要因素是上诉权，即如果以管辖权异议裁定的方式驳回被告的主管异议，意味着被告如果不服该裁定，有权向上级法院提起上诉，而民事诉讼法并没有规定被告对驳回主管异议的裁定不服，也可以上诉。实践中，更为通常的做法，是被告异议不成立的，按照《民事诉讼法》第127条规定，作出驳回异议的裁定，允许其提出上诉。《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》第7条规定，在民事诉讼案件中，对于人民法院因涉及仲裁协议效力作出的管辖权异议的裁定，当事人不服提起上诉，第二审人民法院经审查拟认定仲裁协议不成立、无效、失效、内容不明确无法执行的，须逐级报核，待上级法院审核后，方可依上级法院的审核意见作出裁定。由该规定可以看出，依照管辖异议程序对主管异议作出驳回裁定，在实践中更为常见，并且也为最高法院所认可。笔者以为这种方式更具合理性。第一，被告提出主管异议的目的是为了否定受诉法院的管辖权，只不过是其请求更进一步，不仅仅是把案件审理法院由受诉法院改为其他法院，而是从根本上否定法院对争议的管辖；第二，被告提出异议，是依据《民事诉讼法》第127条规定，以管辖异议的“面目”提出，如法院认为异议不成立，却不依此法条裁定驳回，极易引起被告对程序合法性的质疑；第三，从理论上讲，广义的管辖包含了主管和狭义的管辖，即第一审案件在法院之间的分工，而第127条对此并没有作出限定；第四，此类案件数量极少，赋予当事人以上诉权，虽然拖延了此类案件的审理进程，但对整体审判效率影响不大。

（二）被告适格的审查

在管辖阶段，受理异议集中反映在被告是否适格问题上。原告起诉多名被告，择其一被告住所地法院提起诉讼，其他被告认为，该名被告与争议无关，并非适格被告，原告对其起诉没有事实根据，不符合法定条件，是恶意、人为地制造连接点，请求法院驳回原告对该被告的起诉，进而否定该被告住所地法院对案件的管辖权。对于管辖异议阶段如何对被告是否适格进行审查，有形式审查和适度审查两种不同观点。主张形式审查的观点认为，《民事诉讼法》第119条对起诉条件的规定，仅要求原告起诉的被告明确，只要原告在起诉状中主张的事实和提交的证据能够说明被告与争议有形式上的联系即可，至于被告在法律上、事实上与争议是否有实际的关联，需在实体审理阶段中查明，在管辖异议阶段即对被告适格问题进行审查，超越了管辖异议审查的职权范围。适度审查观点则认为，《民事诉讼法》第119条同时也要求，起诉应当有“事实和理由”“有证明客观情况的证据，应当提供证据，并在事实的基础上，根据法律规定说明提出诉讼请求的理由”^②。从事实和法律上进行适度审查，所列被告证据和法

① 参观郭晓光：《民事诉讼管辖实证研究》，中国政法大学出版社2016年版，第205页。

② 全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《中华人民共和国民事诉讼法解读》，中国法制出版社2012年版，第327页。



律上明显没有依据的,及早裁定驳回对不适格被告的起诉,并在适格被告的基础上确定案件管辖。对于事实争议较大、法律关系比较复杂,需要开庭审理才可查明的,则可驳回被告异议,告知其相关事实待实体审理中查明。

笔者赞同适度审查观点。其一,对于原告起诉是否符合法定受理条件的审查,应贯穿于审判程序始终,在管辖异议阶段审查被告是否适格,不存在超越职权问题。其二,原告为了争夺管辖权,将与案件无关的主体列为被告,使其被动参加本不应该、也不愿参加的诉讼,即使最终不承担法律责任,但正常的生产、生活受到影响,及早对其资格进行认定,可以及早稳定社会关系。其三,在实行立案登记制的大背景下,为了保障诉权,立案阶段对原告起诉条件审查,多强调“外观审查”和“形式审查”,管辖异议阶段加大对受理条件的审查力度,可以实现案件的有效筛查,不把前一阶段可以解决的问题带到其后的审理阶段,节约了司法资源,减少了争议解决的社会成本。其四,适度审查被告资格,有利于依法确定管辖法院,更好地落实管辖制度的“两便原则”。

例如,在笔者接触到的一起案件中,A地的投资人以受到住所地在B地的交易所欺诈,进行非法期货交易,给自己造成损失,请求确认交易行为无效,返还投资款并赔偿损失。在诉讼中投资人将位于C地的、为投资人和交易所办理结算的某银行支行,一并列为被告,要求其承担连带责任,并在C地法院提起诉讼。在此纠纷中,其实存在两种不同的合同关系,一是投资人和交易所之间的交易合同关系,二是投资人、交易所和银行之间的合同关系。投资人起诉,系基于第一个交易合同,而银行系基于第二个合同为交易双方提供结算服务,但并不是第一个合同的当事人,在交易中不承担权利义务。如果仅进行形式审查,则会因银行在交易中提供结算服务、与交易有关而认定其可以作为被告,由此银行所在地C地人民法院取得管辖权。而实际判决中,因银行并不就第一个合同承担法律责任,由银行所在地法院管辖,则必然造成实际争议的双方——投资人和交易所,在第三地(银行住所地)参加诉讼。如果进行适度的审查,则可以区分两种不同合同关系,指明银行不是原告提起诉讼所基于的第一个交易合同的当事人,对银行提起诉讼没有事实依据,并可据此驳回其对银行的起诉,根据相关规定将案件移送交易所所在地法院管辖。

二、民事管辖异议程序中诉讼效率的保证

实践中,“当事人滥用管辖权异议、拖延诉讼的现象非常普遍,严重影响诉讼效率,浪费有限司法资源,危害当事人合法权益。”^①从诉讼程序角度,管辖异议在案件审理程序中仅是一个附随程序,只关涉案件在法院内部的分配。理论上讲,每一个

^① 郝廷婷、龚成:《滥用民事管辖权异议程序的规制路径——兼谈管辖权异议案件前置审查环节的设置》,载《法律适用》2018年第3期。

法院均在适用相同的法律裁判同一实体问题,案件的分配合法适当与否,对裁判结果的公正与否并无决定作用。因此,基于效率方面的考量,在管辖异议制度中,应当将诉讼效率放在突出的位置,对相关程序进行简化和迅捷处理。“既要维持法定管辖制度,又不能造成过多的程序浪费;既要发挥应有的权利救济功能,又要尽可能迅捷地结束。也就是说管辖异议的救济是有限的,而不能是无限的。”^①2012年《民事诉讼法》取消了2007年《民事诉讼法》对管辖异议裁定可以申请再审的规定,即是基于此考虑。根据民事诉讼法和司法解释的规定,管辖案件一审审理期限15日,上诉期间10日,二审审理期限30日,另外加上一审裁定、上诉状、二审裁定送达,以及不确定的上下级法院之间移交案件的时间,管辖异议处理实际用时更长。有法院统计,最长用时为121天,最短用时为56天,平均用时82天。^②这与民事一审案件审理期限简易程序三个月、普通程序六个月的规定相比,耗时不少,极大延缓了诉讼进程。实践中,尽管通过加快审理、合并送达等方式,一定程度提高了管辖案件审理速度,但治标不治本,必须从制度完善寻求问题根本解决。

(一) 管辖异议权滥用的规制

管辖异议制度的立法初衷是为了制衡原告的起诉权,防止可能存在的地方保护主义,保障被告合法权益。但是,实践中,提出管辖异议的成本极低,使得管辖异议权成为被告滥用权利、拖延诉讼的“常规动作”,极大的损害了对方当事人的诉讼权利,浪费了司法资源,损害了司法权威。

滥用管辖异议权主要表现为“无中生有”和“反复提出”。“无中生有”如,被告在毫无根据的情况下,以与原告之间有仲裁协议或者管辖约定为由提出管辖异议,但所提交的合同,压根没有仲裁协议和管辖约定条款。“反复提出”如,某上市公司因虚假陈述被股民诉至省人民政府所在市的中级人民法院,该公司以应按照“原告就被告”的原则,由该公司所在地法院管辖为由提出异议,该中级人民法院作出裁定,告知其依照《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》,此类案件应当集中管辖。被告上诉,二审裁定予以驳回。此后,被告在同类近百起案件之中,又以同一理由,反复提出管辖异议。

该两种情形,被告的行为显然属于恶意诉讼,违背了《民事诉讼法》第13条所规定的诚实信用原则,应当予以惩处。但《民事诉讼法》第十章所规定的妨害民事诉讼应予以处罚的行为种类中,并不包含有此种情形,处罚无明确法律依据,使得诚实信用原则的规定虚化。建议通过最高人民法院发布司法解释将此类恶意诉讼行为纳入到妨害诉讼行为之中,赋予法院一定的处罚权。亦可严格管辖异议条件,对于同一当事人因同一事由在同类案件中被驳回管辖异议后,再次以同一事由提出异议的,不予审查。还可通

① 孙邦清:《民事诉讼管辖制度研究》,中国政法大学出版社2008年版,第277页。

② 参见北京二中法院课题组:《管辖异议案件中拖延诉讼问题及其应对》。



过加强当事人制衡,借鉴英、美、法、意、日等国的做法,将管辖异议权滥用视为侵权,建立损害赔偿责任制。如美国法律规定,被告的管辖异议如不能成立,则被告、被告的代理人应赔偿原告因此支出的律师费和其他支出。在法国,管辖异议人必须先预交诉讼费用,因管辖异议引起的诉讼费用,由在管辖权问题上败诉的当事人负担,异议人败诉的,法院可以对其罚款100-10000法郎,且不影响可能要求其承担的损害赔偿。^①

(二) 应诉管辖范围的扩张理解

《民事诉讼法》第127条第2款规定:“当事人未提出管辖异议,并应诉答辩的,视为受诉人民法院有管辖权,但违反级别管辖和专属管辖规定的除外。”该规定明确了应诉管辖也即默示协议管辖成立的条件,包括:第一,被告未在答辩期内提出管辖异议;第二,被告针对双方争议的法律关系和原告提出的诉讼请求提出反驳和异议;第三,应诉管辖不违反专属管辖和级别管辖的规定。依此规定,被告消极诉讼,既不提出管辖异议,又不应诉答辩,甚至不到庭应诉,由于缺少“应诉答辩”这一要件,尚不能成立应诉管辖。但结合管辖异议应在“提交答辩状期间提出”的规定,该被告实际上丧失了提出管辖异议的权利,笔者以为,此种情形,可视为该被告对管辖权的自认,参照法律规定,推定应诉管辖成立未尝不可。如果固守立法的“并应诉答辩的”规定,则将导致被告故意不参加诉讼的情况发生,架空原有制度设计意图。在这个方面,日本民事诉讼活动中有相应的做法。“在日本民事诉讼中,虽然理论上认为被告有权不到无管辖权的法院应诉,但在被告缺席的情况下,原告向法院主张‘作为管辖权原因’的事实,被告不出庭会被法院视为对原告主张的拟制自认,并因此而成立应诉管辖。”^②在这个问题上,也有观点认为,若被告在答辩期内未进行答辩,应视为其管辖异议权失权,但为谨慎起见,法院可依职权对案件管辖问题进行审查。^③但笔者认为,这里的依职权审查应当以具有明显的管辖权不当为限。

在案件有多个被告,部分被告提出管辖异议,部分被告既不提出管辖异议,又不应诉答辩,特别是该部分被告还需公告送达的情形下,这种对应诉管辖的扩张理解,可产生积极效用——使管辖异议案件当事人的范围得到合理限缩,减少不必要的送达和上诉。对于既不提出管辖异议、又不应诉答辩的被告,视为其认可受案法院的管辖。这样,管辖争议仅存在于提出异议的被告和原告之间,在裁定未改变管辖法院的情况下,不应诉答辩的被告的诉讼权利并未受到影响,虽然其是民事案件的当事人,但其并非管辖争议的当事人,依法可不向其送达裁定,也不赋予其上诉权利。此种做法减少了不必要的送达、特别是公告送达,有利于案件审理流程的加快。《山东省高级人民法院关于简化民商事纠纷管辖权异议审查程序的意见(试行)》第14条规定,“一

① 参见孙邦清:《民事诉讼管辖制度研究》,中国政法大学出版社2008年第1版,第279页。

② 李浩:《民事诉讼管辖制度的新发展——对管辖修订的评析与研究》,载《法学家》2012年第4期。

③ 参见李传松《民事诉讼答辩期满提出管辖异议的处理》,载《人民法院报》2020年11月19日,第7版。

审裁定驳回被告提出的管辖权异议的，裁定可以只送达原告和提出管辖权异议的被告”，即为一有益尝试。同时，这种做法亦不侵害当事人的诉讼权利。在一审的法定期限内被告不提出管辖异议，已放弃权利的行使，依照诚实信用原则，被告不得再以上诉的方式抗辩受诉法院管辖，再者，在一审中已丧失了抗辩权，反而可以通过上诉进行抗辩，也不符合一般的逻辑。

（三）办案流程的细化

法院处于诉讼主导地位，办案流程亦是影响管辖争议效率的一个重要方面。实践中，问题主要在于法院之间移交案件时间过长。如根据《民事诉讼法》第36条的规定，人民法院发现受理的案件不属于本院管辖的，应当移送有管辖权的人民法院，受移送的人民法院认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的，应报请上级人民法院指定管辖。但对于受诉人民法院移送时限、受移送人民法院报请时限，以及上级人民法院作出指定管辖的时限，都没有作出具体的规定。在案件剧增、结案压力增大的背景下，近几年法院依职权移送的案件数量明显增多。其中不乏受案法院在多次开庭之后，审限将尽的情况下裁定将案件移送其他法院的，也不乏受移送法院将案件搁置许久再报请上级法院指定的，移送管辖俨然成为绕开审限管理、棘手案件的一个行之有效的手段。同样的问题存在于《民事诉讼法》第37条指定管辖、第38条管辖权转移方面。

目前，对管辖权的审查程序重复拖沓，据有关研究认为，我国目前对管辖权可能出现4次审查。^①在此之下，相关审查总体时间难以把握，导致审查推进因案而异，实践中对审查的时间未有明确界定。笔者认为，不论受案法院依职权移送，还是受移送法院报请上级法院指定管辖，两者都处于一审程序中，自然应当遵守一审管辖争议十五日处理期限的规定。也就是说，被告在十五日答辩期内没有提出管辖异议的，受案法院和受移送法院均应当在其后的十五日内依职权对管辖问题进行审查，作出是否属于本院管辖的判断，而后决定是否移送其他法院或者是否报请上级法院指定管辖，超出此期限，不得再行移送或报请指定。

三、民事管辖权异议处理方式之完善

民事管辖权争议解决方式的司法化，确保了司法化处理的基本原则贯穿管辖权争议解决的规范之中，保证了当事人的公平参与和权利行使，但现行制度规范和实践操作仍然存在一定问题，有待进一步细化制度内容和操作规范，优化管辖权争议问题的解决。

（一）提升管辖异议解决的效力层级

民事诉讼法是从事民事诉讼活动的程序法，民事诉讼法关于诉讼时间、地点、步

^① 参见段文波：《我国民事管辖审查程序的反思与修正》，载《中国法学》2019年第4期。



骤的安排,对诉讼各方主体而言,具有强制性约束效力,各方主体参与诉讼活动应当严格遵照进行。人民法院是行使司法权的法定机关,从事民事诉讼活动的权限来源于法律的授权规定,受“法有规定必须为”的公权力行使原则限制,应当严格依法行使权力、推进相关诉讼活动,严格接受民事诉讼法具体规定的拘束。为使人民法院和诉讼参与各方权利义务更加明晰,开展诉讼活动更加高效,应当进一步细化管辖权的具体规定,公开诉讼活动推进的步骤、程序,便于更加轻易准确选择管辖法院。现实中,法律及司法解释的相关规定纷繁复杂,给当事人在管辖法院的选择造成了一定困难。最高人民法院为了强调审判业务的专业性,在若干审判领域,对于部分特定案件,以司法解释的形式设定了跨地域、甚至跨案件性质的集中管辖。这种集中管辖,突出表现在知识产权和涉外民事审判领域。如《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》将涉外合同和侵权纠纷、信用证纠纷等五类案件,规定可由省会、自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院和经济特区计划单列市中级人民法院以及最高人民法院指定的其他中级人民法院审理,上述中级人民法院的区域管辖范围由所在地的高级人民法院确定《最高人民法院关于同意杭州市、宁波市、合肥市、福州市、济南市、青岛市中级人民法院内设专门审判机构并跨区域管辖部分知识产权案件的批复》明确,由上述中级法院所设知识产权法庭专门审理本市及其他几个地市的特定种类的知识产权民事和行政案件。同时,考虑各地的实际情况和特别需要,最高人民法院还以通知或者批复同意高级法院请示的形式,授权高级人民法院指定辖区内的基层人民法院管辖本地或者跨区域管辖其他基层法院的涉外、知识产权案件。

根据最高人民法院司法解释获得跨域管辖权的法院,其权力来源尚属有法源依据,经指定取得管辖权的法院,其权力显然来源上级法院指定而非直接来源于法律或司法解释。指定通常是通过法院内部文件加以明确,即使向社会公示,一般也仅在本地域引起关注,公开程度不足,查询困难。又由于没有严格的审核程序,变动也较为容易。权力非直接来源于法律授权,公开不够,易变动,调整信息缺乏权威平台整理并统一发布,这些因素都极大地损害了管辖制度作为一项公法制度的正当性。随着司法体制改革进程的加快,专门的知识产权法院与网络法院建立,管辖规则更为复杂。规则不明确与模糊加剧了司法实践中管辖混乱、争夺管辖、规避管辖的现象,导致了大量的程序耗费。法院移送管辖时移送错误的现象也时有发生,更遑论缺乏专业知识的当事人。笔者以为,除最高人民法院通过司法解释的方式统一完善管辖权规定的方式外,还可以由各高级人民法院将指定的管辖法院报送最高人民法院,由最高法院通过正式途径统一发布,明确指定法院及其管辖范围,以此增强指定法院管辖权权力来源的正当性,也方便当事人通过官方统一途径获得明确信息,不失为一种简单而有效的管辖制度完善方式。

(二) 扩大当事人管辖选择自治范围

对于合同或者其他财产权益纠纷,《民事诉讼法》第34条赋予当事人可以协议选

择原、被告住所地，合同履行地、签订地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖，在管辖制度中体现了当事人意思自治。当事人对于选择哪个法院管辖更便利、更经济最为了解，对于所选择法院也最为信赖，对裁判的接受度也更高，有利于更好地服判息诉、自觉履行义务，总体上节约司法资源，有利于效益价值的实现。^①因在某些情形下法律所规定的管辖法院不是唯一的，允许当事人事先协议，可以避免管辖异议的产生，在管辖异议解决过程中可以赋予当事人更多选择权。比如，对于劳动争议，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释》第8条规定，劳动争议案件由用人单位或者劳动合同履行地的基层人民法院管辖。如果用人单位和劳动者在签订劳动合同时已约定具体管辖法院的，当事人就管辖产生争议，法院不宜以劳动争议不属于民事诉讼法所规定的协议管辖范围为由，认定该约定无效。^②又如，《民事诉讼法》第127条规定，被告人管辖异议成立的，法院应当裁定将案件移送有管辖权的法院。当案件有两个以上被告，且被告的异议均成立的，则面临着向哪个法院移送的问题。实践中，法院多行使自由裁量权，或是根据法律关系的主从关系，或是根据地域的远近，径行裁定移送某一法院。有学者提出，可借鉴德国民事诉讼法，赋予原告一定的程序选择权。《德国民事诉讼法》第281条规定，州法院因管辖错误而移送管辖时，如受移送有管辖权的法院有数个时，则移送原告所选定的法院。移送其他有管辖权的法院时，应当尊重原告的意见，赋予其程序选择权，依其申请或得其同意后再移送指定法院。笔者赞同此做法，且认为有法律根据。《民事诉讼法》第35条规定，两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，原告可以向其中一个人民法院起诉。笔者认为，原告对多个管辖法院的选择权，不应仅存在于立案阶段，也应当在存在于管辖异议阶段。如此方最有利于保障当事人更加广泛的程序选择权，充分体现当事人意思自治原则，也有利于增强当事人对诉讼活动的参与度和认同感。

（三）消除管辖异议内部程序叠加

管辖异议程序本就是本诉程序的附随程序，在此附随程序中再增加内部审核程序，有程序叠加、程序过剩之嫌。如，《最高人民法院关于仲裁司法审查案件报核问题的有关规定》第7条规定，对管辖异议裁定当事人上诉的，第二审人民法院经审查拟认定仲裁协议不成立、无效、失效、内容不明确无法执行的，在作出裁定之前，须按照规定报请高级人民法院或者最高人民法院审核同意后方可作出。此规定固然有利于保障仲裁协议，但从管辖异议程序的效率角度考虑，值得进一步探讨，建议适当简化内部处理程序，增加管辖异议审查的透明度，提升管辖异议审查效率。同时，应当重点

^① 参见孙邦清：《民事诉讼管辖制度研究》，中国政法大学出版社2008年版，第219页。

^② 实践中，对此问题有不同的观点，认为劳动合同关于约定管辖的格式条款，排除了劳动者的管辖选择权，实质上侵害了劳动者的合法权益，应认定无效。参见潘国伟、王坤《劳动争议约定管辖的效力之辨》，载《人民法院报》2016年2月3日，第7版。



针对当前上下级法院之间卷宗移交等的不确定性时间,参照已有地区的经验做法,^①将该时间明确下来,消除无限拖延的情况,提升当事人的预期,避免案件因“在途时间”久拖不决、拖沓诉讼效率、影响司法公正。

(四) 明确关联案件在不同法院之间的合并管辖

当事人为了在民事争议中维护自己的利益而互相起诉,实践中可能是在审理本诉的法院提出反诉,也可能是在其他法院另行起诉。两诉所争议的法律关系或者法律事实存在牵连关系,合并审理,无疑可以节省大量的诉讼成本,减少诉讼拖延,提高诉讼效力,更主要的是可避免相矛盾的判决产生,有利于实体公正的实现。对此类情况,《最高人民法院关于在经济审判工作中严格执行 中华人民共和国民事诉讼法 的若干规定》第2条曾有相关规定,^②2019年7月20日最高人民法院废止了《最高人民法院关于在经济审判工作中严格执行 中华人民共和国民事诉讼法 的若干规定》,理由是该规定被《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》所替代。但就并案问题,民事诉讼法司法解释仅规定,合并审理的范围限于“当事人分别向同一人民法院起诉”的情形,对于向不同法院起诉的并没有作出规定,这就意味着此情形移送并案没有法律依据,也即不得移送并案。这显然不利于诉讼效益和司法公正,与实践需要相脱节,有必要予以填补,增设合并审理的情形。

结 语

民事管辖权异议程序在一项在实践中被频繁滥用的制度设计。民事管辖权意义程序设计的初衷在于赋予当事人相应的诉讼权利、维护民事诉讼管辖秩序,避免案件被错误管辖审理。然而,实践中,因立法设计的空白和疏漏,管辖权异议在操作过程中发生了程序的繁杂、拖沓等现象,具有损害当事人诉讼权益的隐患,使得实际操作与立法初衷出现背离。应立足当前诉讼中的现实问题 增强规定细则供给 强化空白填补,压缩诉讼拖沓的环节,在保障当事人异议权利与顺利推进诉讼之间的平衡,更好地实现管辖权异议程序的制度价值。

(责任编辑:郝晓越)

① 比如在《上海市高级人民法院关于加强管辖权异议处理的若干意见》中,对一二审法院之间的案卷移送和退卷工作规定了具体的时间,弥补了立法的空白,为处理此类事项提供了有益借鉴。

② 该条规定:“当事人基于同一法律关系或者同一法律事实而发生纠纷,以不同诉讼请求分别向有管辖权的不同法院起诉的,后立案的法院在得知有关法院先立案的情况后,应当在七日内裁定将案件移送先立案的法院合并审理。”

证据法视野下的算法规制

王士博^{*}

内容摘要：证据法学必须学会对接算法。通过检视实践中算法侵入证据本体的方式，证据证明的逻辑由价值分析转换为数理逻辑、证据论证的方式由逻辑转换为算法模型。而算法与证据系统的耦合也带来了正当性和算法本身的稳定性风险。既然承认证据法能够介入算法，就必须将算法解释为证据法学的相关概念。但追溯理论根源，证据种类抽象性不足，其涵摄范围过小，导致难以对其进行证据法上的定位。从信息论的角度看，算法分析海量电子数据的过程是信息的运动过程，算法在信息论中是一种信息分析方法。如此，淡化了算法证据的种类归属之争议，回归证据证明的本体——证据信息。在此基础上，考虑到法官既有的事实认知模式，需要审视既有的技术规制土壤，将审查算法的压力传导给其他主体。结合证据发展的历史经验，应当将算法规制的节点提前，建立证据领域的算法标准。进而确保裁判聚焦于证据所承载的事实信息审查，摆脱外行审查内行的困境。

关键词：算法证据；算法模型；算法规制；算法标准

中图分类号：DF713 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)05-171-186

一、问题的提出

我们已经进入“算法统治的时代”，算法应用的场景遍及社会的各个方面。在证据场景中，犯罪行为、犯罪现场从线下发展为线上，犯罪行为在虚拟空间留下海量的电子数据痕迹。与传统单独在物理空间的犯罪相同，这些海量的数字痕迹需要经过算法进行结构化分析，才能显示其证据价值。算法侵入证据本体，产生了算法衍生数据

^{*} 王士博，中国人民公安大学博士研究生。

基金项目：本文系国家社会科学基金一般项目“认罪认罚从宽制度中的协议破裂与程序反转研究”（18BFX074）的研究成果。



产品,即算法证据^①。作为在证据场景尚显“年轻”的技术,算法不论在证据法学理论上还是在审判实践中,都存在一系列疑难问题。

在证据领域,绝大多数学者探讨的对象是算法证据。如算法证据的属性定位、算法证据的关联性内容等。^②就算法规制而言,理论界着墨不多。与之形成鲜明对比的是,对算法的一般化法律规制讨论已经形成规模。理论界出现这种现象的原因就在于学者们没有将算法规制的讨论建立在场域维度之上。算法作为一种人造技术,是替代人类完成任务的代码程序。应用在不同的场景,其所追求的目标价值不同,算法的选择自然不同。此外,在不同的场景中,对算法的主要争议问题有很大差异。如在证据场景中,商业秘密价值位阶低于程序正义价值,所以在证据场景中,算法黑箱并非主要争议。可见,算法本身以及所涉问题伴随场景变化差异化明显。因此,算法的法律规制问题需要建立在场景化思维基础上。^③

明确了算法的规制具有场景区分性之后,我们需要将算法“转译”为证据法上的问题。对于法律来说,没有全新的领域或概念,问题是法律如何对其进行解释,其是否在抽象的法律概念涵摄范围之内。除此之外,从法官事实认知方式的角度来说,法官对算法的认知,是在既有的认知框架之中。因此,在讨论算法规制之前,传统上法官对科学技术如何认识,这是我们选择算法规制路径的前提。在此基础上,笔者结合证据发展的历史经验,依据我国具有的情况寻求算法的法律规制之进路,这是降低算法证据对事实认定风险的重要制度支撑。

二、算法与证据系统的耦合的方式与风险

在证据场景中,技术可能以三种主要方式重塑司法系统。首先,在最基本的层面上,技术帮助向参与司法系统的人提供信息、支持和建议(支持性技术);其次,技术可以取代以前由人类执行的功能和活动(替代技术);最后,在第三个层面上,技术可

① 学界通说认为对算法分析电子数据产生的算法产品称为算法证据。但是笔者认为,算法证据没有抓住其本质,算法证据本质上是使用算法对数据分析而产生的,应当称为算法证据较为适宜。否则,算法证据称谓有误导之嫌,误认为算法证据本身的数据量很大,其所包含的信息量也很大。对于算法证据的讨论,见刘品新:《论算法证据》,载《环球法律评论》2019年第1期;林喜芬:《算法证据在刑事司法中的运用初探》,载《法学论坛》2021年第3期;元轶:《证据制度循环演进视角下算法证据的程序规制——以神示证据为切入》,载《政法论坛》2021年第3期。

② 参见何家弘、邓昌智等《大数据侦查给证据法带来的挑战》,载《人民检察》2018年第1期;孙谦《新时代检察机关法律监督的理念、原则与职能——写在新修订的人民检察院组织法颁布之际》,载《人民检察》2018年第21期;徐惠,李晓东:《算法证据之证据属性证成研究》,载《中国人民公安大学学报(社会科学版)》2020年第1期;章安邦:《人工智能时代的司法权嬗变》,载《浙江工商大学学报》2020年第4期。

③ 关于算法规制的场景化论证,参见丁晓东《论算法的法律规制》,载《中国社会科学》2020年第12期。

以改变判断的方式工作，并提供非常不同形式的正义。^① 算法应用于证据分析属于第二种即替代技术，其替代了人类执行的数据分析的活动，这种替代性技术对法官事实认定的准确性产生了一定的风险。

（一）算法如何计算证据

算法是为了让计算机完成某项任务而构造的指令。从技术上来看，构建算法的一般步骤是：数据特征→数学模型→编程。依据对数据特征提取的主体区分，算法分为机器学习算法和人工设计算法。机器学习算法自主地从数据中提取特征，不断地将学习到的数据特征进行建模并进行优化迭代。为了使机器学习算法能够模仿人脑进行思考，计算机科学家将认知科学引入到机器学习过程之中，以模拟生物神经系统对真实世界的交互反应。^② 人工设计算法是将提取的数据特征关系转化为数学模型，再根据数学模型进行代码转化。实际上，人工设计算法模型构建的过程就是人类将逻辑转化为代码的过程，是人类思维的数字镜像。

一是算法将证明的逻辑由价值分析转换为数理逻辑。新康德主义的海德堡学派的重要代表人物拉德布鲁赫认为：整个法哲学的基础是对法的价值的观察。法官对事实的判断是一种价值判断，综合指控的证据而得出具有法律取向性的意见。在价值判断过程中，法官不拘泥于事实的细节，运用经验和逻辑，只要符合法律所规定的构成要件即可做出判断。当然，这种价值判断往往是模糊和不可言传的。而算法证据所证明的逻辑是一种精细化的数理逻辑，算法证据本质上是大量数据聚合而生成的。数字形态的电子数据，经过目标函数的计算，聚合成为不同的数据关系。算法证据是以数学计算而得出的可行性计算结果，是以数学公式进行证明。所以，当算法进驻证据领域之后，证据的证明不得不从价值分析转向数理分析。

二是证据论证的方式由逻辑转换为算法模型。在物理世界，立法者通常使用的概括工具就是所谓的“类型化”，这些规范模型将无限变化的社会世界划分为特定类别。社会之所以需要法律，很大程度上同样是因为真实世界包含的变量太多，需要过滤、清理，形成有效的认知模型。^③ 与法律的认识模式相同，算法对数据的分析首先需要构建模型。模型“大胆地从混沌之中创建秩序”^④，是数据结构的抽象化模板，算法模型提供了一个规范的数据结构。以自动驾驶汽车的算法为例，其是根据不同的路面情况预设汽车不同的反应，在面对“电车难题”时并非算法自主选择，而是由算法

① See Sourdin Tania, Judge v Robot? : Artificial intelligence and judicial decision-making, 41 University of New South Wales Law Journal 1114, 1117-1119 (2018).

② 参见崔聪聪、许智鑫：《机器学习算法的法律规制》，载《上海交通大学学报（哲学社会科学版）》2020年第2期。

③ 参见蒋舸：《作为算法的法律》，载《清华法学》2019年第1期。

④ 马长山：《迈向数字社会的法律》，法律出版社2021年版，第201页。



的设计者做出选择。因此,从算法程序运行的逻辑上来看,算法设计者将现实世界的逻辑镜像映射到算法模型中。在数字世界里,算法模型就是数据分析的大前提。而算法模型构建的依据是《刑法》中的构成要件,将类型化危害行为映射在数据世界的数据库关系模型化。在算法证据形成之前,危害行为与数据库关系的关联性通过编程体现在算法模型中。也就是说,算法模型实际上与构成要件是数字孪生的关系。^①如在组织、领导传销活动罪^②中,其犯罪构成行为特征有:组织者或经营者要求被发展人员发展其他人员,并以发展人员的数量作为计酬返利依据;组织者或经营者要求发展人员缴纳费用;形成层级,以下线的销售额计算上线报酬。这些行为在银行留下了资金数据痕迹。因此,传销犯罪行为相对应的资金数据交易特征有资金汇入特征、资金特征、返利特征,将这些资金数据特征数学模型化为算法模型。由此观之,在数字场景中,算法模型是数据的类型化规则,通过规则的代码转换,使其由现实世界的法律规则转变为数字世界的代码规则,构成要件被重构为0和1的组合。

(二) 证据场景下算法风险的现实隐忧

具体到微观层面,算法技术进入司法运行过程的路径,以及算法技术本身的可靠性问题,对法官的事实认定都产生了一定的风险。

一是企业分担司法权力的正当性问题。以往,侦查机关通过内部设置的鉴定机构掌握法庭上的科技,但是算法技术的出现打破了传统模式下技术的“隶属关系”。科技企业与侦查机关合作,为侦查机关提供算法技术支持。科技企业通过技术支持的方式在实际上参与了国家司法权力的运行。实际上,2018年最高法院发布《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》,标志着企业提供的电子数据存证软件获得司法认可。^③但是企业参与司法权力运行的正当性仍未论证。从域外来看,美国司法与科技企业合作,导致了被告人对质权与商业秘密的价值冲突。从实践来看,私主体参与到司法运行过程可能引发取证主体的合法性与正当性问题。如在快播案中,侦查机关委托文创动力公司为淫秽物品鉴定人提供转码服务等技术支持,被告人王欣的辩护律师提出,该公司被告人与快播公司的竞争对手是公司存在客户关系,因与本案存在利害关系,

① 通过数字化的手段对现实世界中的对象在数字世界中构建对应的实体,借此来实现对现实世界的了解并以此促进决策优化。见衣俊霖《数字孪生时代的法律与问责——通过技术标准透视算法黑箱》,载《东方法学》2021年第4期。

② 《刑法》第224条规定:“组织、领导以推销商品、提供服务等经营活动为名,要求参加者以缴纳费用或者购买商品、服务等方式获得加入资格,并按照一定顺序组成层级,直接或者间接以发展人员的数量作为计酬或者返利依据,引诱、胁迫参加者继续发展他人参加,骗取财物,扰乱经济社会秩序的传销活动的,处五年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;情节严重的,处五年以上有期徒刑,并处罚金。”

③ 《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第11条第2款规定:“当事人提交的电子数据,通过电子签名、可信时间戳、哈希值校验、区块链等证据收集、固定和防篡改的技术手段或者通过电子取证存证平台认证,能够证明其真实性的,互联网法院应当确认。”

所以取证主体不合法，所取得证据不能作为定案根据。^①目前，加强警企合作共治，是新形势、新任务下，公安机关贯彻党的群众路线的新举措。在警企合作的大背景下，各地公安机关与当地的科技公司合作或者购买软件，侦查机关所使用的算法技术往往是私营技术公司开发的软件。司法权力外包给私营公司是否具有正当性存疑。此外，在警企合作开发算法模型过程中，对于采用何种算法和模型的建议来自于侦查机关自身司法经验的积累，而其经验的局限性以及本身的选择性执法倾向及司法偏见会自然地影响其对于算法功能和分析模型的把握。^②在笔者调研中，为了便利侦查，进行各种场景的算法构建，大数据实验室直接设置在公安机关办公区。以消除算法使用者与算法设计者在物理场域分离的方式，来达到对算法技术控制的目的，实现算法使用者与算法设计者合二为一，形成算法加侦查的合力。如此这般，算法模型体现的是侦查机关自身的价值偏好和司法经验，检察机关和审判机关没有参与其中，也就无法判断算法模型是否公平公正。在技术的加成下，公安机关移送的算法证据，检察院、法院无法对其审查，法院在审判阶段没有起到对前阶段程序移送证据的把关作用，将侦查机关收集制作的证据作为一种结论被法官认可，这违背了审判中心主义的格局，并且证据质量难以从程序上保障。侦查机关成为“技术中心”，渐渐地完成对检察院、法院的“技术占领”，恐有重新成为诉讼关系中心的风险。

二是算法的稳定性风险。算法的稳定性在于可验证性和可重复性，即相同的输入，其输出的结果是一定的。在机器学习算法中，特征参数之间的关系或者有哪些特征参数都是不固定的，是由算法自主性地利用统计学计算学习而生成的。实际上，机器学习算法也是学界主要争议的算法黑箱所产生的原因。具体来看，在刑事证据领域中，特征参数之间的关系是犯罪构成中危害行为映射在数据世界而产生的，这种数据关系是危害行为在数据世界留下的数据痕迹，结构化之后可以证明类型化危害行为。而机器学习算法机器输出结果不稳定，其无法证明既定的数据关系。可以预见，这种动态性的算法在学习过程中随着实践的推移而自动改变。这意味着两个不同的时间呈现给系统相同的输入可能导致不同的输出。即便在证据分析中使用人工设计的算法，但是算法可以产生许多种类的错误，包括粗心的错误（源于编码草率）、系统误差（源于算法内部缺陷）、随机误差（难以控制算法参数、数据、硬件而引起）等。^③这就算法需要设计者不停地更新和补丁，有时因为侦查人员的需求而改变算法模型。算法的更新和改动是否会引起算法结果的变化，对算法更新之前的案件如何处理？

① 参见谢登科：《论电子数据与刑事诉讼变革：以“快播案”为视角》，载《东方法学》2018年第5期。

② 参见江朔：《大数据在刑事司法体系中的应用及其问题》，载《月旦法学杂志》2020年第9期。

③ 参见黄琪：《算法责任：规制误区与架构重建》，载《四川大学法律评论》2020年第1期。



三、规制的起点：算法的证据法定位

科技的进步，经常在事实上创造出一个新的领域，但是将其“转译为法律事项”之后，可能仍然是法律老生常谈的法律解释问题。而转译工作的成败，不仅依赖于对证据法相关概念的性质判断，更重要的是算法的属性定位。^①在搜索引擎应用场景下，2003年美国搜索王诉谷歌案（SearchKing, Inc.v.GoogleTech.），“算法是言论”的主张得到法庭支持。在该场景下，言论自由成为在法庭上对抗算法规制的利器。在刑事司法人身风险评估场景下，2013年美国的威斯康辛州诉卢米斯案（Statev.Loomis），法官将量刑的COMPAS算法视为商业秘密。在该案的法官看来，商业秘密的价值位阶高于被告人正当程序权利的价值位阶，基于此，算法被视为商业秘密获得了与言论一样的对抗算法规制的保护效果。可见，算法的“转译”对算法规制具有方法论的框架意义。因此，证据法对算法的规制，也意味着需要将算法“转译”成证据法上的问题。

在证据法视野下，随着算法侵入证据本体，产生了算法衍生数据产品，即算法证据。证据法需要对算法的证据应用予以回应，并在证据法框架下对算法进行规制。既然承认证据法能够介入算法，那么关键的问题是算法在证据法中是什么？这个问题的答案决定了证据法介入算法的方式和标准。

（一）算法证据难以定位的理论根源

算法侵入证据本体所产生的算法证据，学界对此早有讨论。当然，对于新型证据材料的出现，无论从证据理论还是司法实践出发，都应当讨论其概念和属性，以便于对其进行归类，将其纳入法治化的轨道。学界对算法证据也进行了深入的讨论，但到目前为止，对于算法证据的种类归属问题仍无共识。

在2012年《刑事诉讼法》修改将电子数据作为一种新的证据种类之前，实践中电子数据已经作为认定事实的依据。学界对电子数据的证据种类归属问题也产生了分歧。同样范畴的讨论在算法证据中又开始盛行，有似曾相识之感。新型证据难以被传统证据种类所接受，这毫无疑问地又冲击了证据种类体系。实际上，证据种类体系在理论界饱受诟病，实践中所运用的证据种类已经超出法律对证据种类的规定。如情态证据^②等辅助证据。换言之，法律对证据种类的规定存在与实践脱节问题，不能回应实践中出现的证据。这才是学界不断地从立法论的角度主张设立单独的算法证据种类的本质原因。

我国《刑事诉讼法》对证据的分类采取了细分的方式，且分类的标准不一致。一

^① 参见陈景辉：《算法的法律性质：言论、商业秘密还是正当程序？》，载《比较法研究》2020年第2期。

^② 参见陈麒巍：《情态证据刍论》，载《中国刑事法杂志》2009年第1期。

般认为,法律上区分证据种类的标准是“证据的表现形式”。证据的表现形式是人们感知、认识证据信息的方式。^①也即证据载体。证据种类按照载体的形式分为电子数据、物证、书证、视听资料,而按照证据的提供主体将人证分为证人证言、被告人的供述和辩解、被害人陈述,按照产生的时间不同可以分为诉讼中产生的证据和案件发生时产生的证据。可见,证据的种类划分标准不统一,证据的分类标准之间具有重叠性。此外,这种细分的方式弊端在于各个种类证据的抽象性不足,造成了每个证据种类所能涵摄的范围过小。这也是每次新的证据材料产生时,学界需要重新讨论是否需要增加证据种类的原因。相比之下,按照各国证据法学上的通说,证据分为人证、书证和物证三大类别。对于算法所产生的算法证据,在美国称为机器证据,是人证中的专家证据。质言之,我国《刑事诉讼法》对于证据种类的划分,其自身的体系较为脆弱,其应对科技创新所带来的挑战较差。可以预见,随着科技手段认定证据的增多,以原生态形式展现的证据会越来越少,而经过科技技术手段分析的证据将会激增。

(二) 证据信息有序化分析方法——算法的证据属性

从证据的构成角度来说,任何证据都是证据信息和证据载体的有机统一。^②但具体到电子数据和鉴定意见而言,构成要件有其特殊性。电子证据由电子证据的载体、技术层面的电子数据和电子证据内容构成。与普通证据由载体和信息内容构成不同,电子证据的内容在技术层面是按照编码规则处理而成的0、1数字组合。^③因此,电子证据实际上是“双载体”,即物质载体和数字载体。而鉴定意见并非直接从案件事实本源所获得的信息,鉴定活动属于诉讼活动。如指纹鉴定,来源于案件事实的痕迹是指纹,对指纹进行特征的识别、比对,从而进行同一认定。在同一认定的过程中,指纹证据经过了专业技术性的解读,与我们感官所能直接感知的内容不同。鉴定意见的构成分为鉴定活动、鉴定意见内容和鉴定意见的载体(鉴定意见书形式或鉴定人口头形式)。^④

如果我们使用信息论的分析框架,把证据收集和分析看作信息的获取、加工、处理过程,证据信息分析实际上属于是信息内容处理。信息内容处理包括信息分析和信

① 参见林劲松:《法定证据种类的解释视角反思——以刑事诉讼为中心的分析》,载《浙江大学学报(人文社会科学版)》2016年第4期。

② 参见陈瑞华:《刑事证据法》(第三版),北京大学出版社2018年版,第93页。

③ 参见褚福民:《电子证据真实性的三个层面》,载《法学研究》2018年第4期。

④ 2021年《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97条列举了对鉴定意见审查条款;第98条规定了不得作为定案根据的鉴定意见的九种情形。其中,要求审查鉴定机构和鉴定人是否具有法定资质,是否存在超出鉴定机构业务范围、技术条件,鉴定人是否具有相关技术或职称以及是否违反回避规定。这意味着鉴定意见包含鉴定主体。与此同时,刑事诉讼法解释还规定了鉴定的检材和样本是否可靠无污染,鉴定程序和鉴定过程是否符合专业规范,这些审查规则是鉴定活动问题。另外,鉴定意见的内容是否与案件有关联,也是着重审查的内容。由此可以看出,鉴定意见的结构分为三个层次,即鉴定活动、鉴定意见内容和鉴定意见的载体。



息综合。法官进行事实认定的依据是证据载体荷载的信息。证据规则是围绕证据信息保全以及如果正确地认识证据信息。从事实信息理论的视角来看,所谓的鉴定意见和勘验检查笔录,只是对物证以及与犯罪有关的现场的案件事实信息的识别和提取、固定,并不是从案件事实本源获得的事实信息。^①因此,以证据的构成为标准,证据可以分为两类,原生性证据和意见类证据。电子数据和鉴定意见分别是其典型代表。^②之所以做出这样的区分,是因为证据的结构影响证据审查判断的层次。原生性证据审查判断有两个层次,证据载体和证据信息,证据载体的真实证明了证据信息的真实可靠,法律对其收集以及证据保全做出了规定。但是在意见证据中,与原生性证据相异的是,证据的构成要件多了证据分析活动(鉴定活动)。因此,对意见类证据的审查判断有三个层次,即证据载体、证据分析方法和证据信息。

犯罪事实一旦发生,犹如信源发出一定的信息,信息必须依附于一定的载体才有可能到达信宿。^③信宿就是依据证据认定事实的法官,法官是这一信息传导的被作用主体。申农所确定的信息量表达公式与热力学中的熵的公式一致。在热力学领域,一个系统总是从有序到无序,这一过程中熵是增加的。热力学领域的熵是系统无序化的度量。犯罪行为发生的过程就是证据信息无序化的过程,也就是熵增的过程。而恰恰相反的是,信息总是需要系统从无序变为有序才可以显现。也就是说,一个系统越有序,熵值越小,而其信息量越大,这就与热力学中变化的方向相反。正如一个系统中的信息量是它的组织化程度的度量,一个系统的熵就是它的无组织程度的度量;这一个正好是那一个的负数。^④也就是说,将犯罪行为留下的痕迹进行收集并解读,这是一个信息有序化的过程,也就是负熵或者说熵减的过程。

以信息的运动作为分析和处理问题的基础,完全撇开对象的具体活动形态,把系统的有目的的运动过程抽象为信息的变换过程。^⑤质言之,信息论将证据收集、处理的过程抽象为信息的运动过程。算法分析海量电子数据的过程同样也是“熵减”,将案件产生的混杂的电子数据结构化,这一信息分析过程将各个主体之间的关系进行梳理,并以可视化的方式展现。以传销犯罪中的资金交易数据分析为例,其算法模型需要体现资金汇入特征、资金特征、返利特征。经过算法模型的分析,输出数据的可视化可以清晰地展现哪些账户符合传销资金交易特征,这些账户就是侦查人员重点侦查

① 参见熊志海:《信息视野下的证据法学》,法律出版社2014年版,第5页。

② 选取这两类证据种类的原因是:算法证据分析的对象是电子数据,而算法证据的构成与鉴定意见相似,算法证据也由算法、算法证据的内容以及算法证据的载体组成。原生性证据包括物证、书证、证人证言、被害人陈述、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解、视听资料、电子数据。意见类证据包括鉴定意见、勘验、检查、侦查实验笔录。

③ 参见卞建林:《证据法学》,中国政法大学出版社2002年版,第51页。

④ 参见周怀珍:《信息方法的哲学分析》,载《哲学研究》1980年第9期。

⑤ 参见李琳:《证据方法的科学维度》,法律出版社2010年版,第175页。

的对象。

因此，笔者没有就事论事地讨论算法侵入证据本体所产生的算法证据的种类归属问题，而是基于信息论的角度对证据的概念进行阐释。信息论的分析框架淡化了证据的种类归属之争，可以回归证据证明的本体——证据信息。算法属于信息分析方法的一种，但是基于保证证据信息的真实性，也需要对算法进行法律规制。

四、算法的系统性规制

算法的规制并非能够通过赋权或设置算法监管机构就可以完成，只能通过系统性的规制措施，从多个主体、不同角度寻找既有的技术规制土壤，根据算法与传统技术的区别，对法律规则制度调适。算法规制的难点在于如何避免陷入技术泥潭同时又不至于对代码的运作逻辑过度简化。在警企合作研发的算法软件中，界面、数据、模型的三层架构形成了一种天然的算法黑箱。数据和模型在黑箱内部，黑箱的边界是交互界面，在物理世界和数字世界之间形成一道天然的隔阂。证据发展的历史带给我们的经验是，越来越需要在技术侵入证据本体之初就从深层次对其影响进行评估考量，思索在现有证据评价实践基础上进行政策和法律调适的可能性，推动技术与证据系统融合。在接纳技术发展的同时，降低技术对事实认定准确性的负面效应。

规制的节点决定规制的路径。在证据场景下，算法的规制节点选择是算法进入诉讼之前还是算法进入诉讼后？如果规制节点选择算法进入诉讼程序后，意味着规制的对象是算法证据。对算法证据的规制有三条路径：证据能力规则、证明力规则和证据排除规则。然而具体到我国的证据审查实践，法官以证据之间相互印证认定案件事实，算法证据的审查实际上与其他传统证据无法分离。^①以美国卢米斯案为例，在卢米斯案中 COMPAS 量刑系统被嵌入美国的司法审判过程，审判结果是软件的算法黑箱和法官的大脑黑箱共同作用之下形成的。算法是否侵害了卢米斯的权益是模糊的，同时也难以分清量刑算法具体的责任比例。

（一）算法规制的两种模式

就证据制度的发展史而言，从神示证据制度、法定证据制度到自由心证证据制度，科学技术发挥着重要的推动作用。可以说，在证据法视野下对算法进行规制是一个老

^① 笔者在调研中发现，很多法官对算法证据不明所以，认为算法证据就是电子数据，对算法证据的生成过程不了解。试想，对于同一待证事实，法官面对两种证据：算法证据和传统类型证据，法官无法运用传统的证据评价方法评估算法证据。在这种情况下，法官似乎只能更倾向采信能凭借自己经验判断的传统类型证据，并抵御算法证据的入侵。他们必定会趋利避害，选择一种更少个体主观性，而容易为大家所认同的证据认知方法。因此，在实践中，法官算法证据与传统证据相互印证为由予以采信，规避了对算法证据的单独审查。



生常谈的话题。根据规制节点的不同,可以大致分为两类:技术型规制与转化型规制。前者关注算法的内在设计规则,在算法的设计阶段进行规制。后者关注算法产生的外部行为和后果,其规制的节点具有滞后性。

在立法层面,我国对算法规制的立法模式属于技术性规制。2019年1月1日实施的《电子商务法》第40条规定了搜索类算法的明示义务和推荐算法的自然结果提供义务^①。2021年7月16日国家市场监管总局等七部门联合印发《关于落实网络餐饮平台责任切实维护外卖送餐员权益的指导意见》,其中规定了要科学设置报酬规则,优化算法规则,不得将“最严算法”作为考核要求,要通过“算法取中”方式,合理配置订单量、在线率和准时率等要素。2021年7月28日最高法院发布《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民商事案件适用法律若干问题的规定》,尽管是对民事审判实践的规范,但是有算法规制的导向意义。文件规定了人脸识别算法技术应用的场景限制,并设定人脸识别技术需要经过自然人或其监护人的“单独同意”规则。

在理论层面,对算法进行规制的讨论中,算法透明和算法责任分别是技术型规制与转化型规制两类路径的典型代表。在具体的算法规制制度设计上,有学者倡导成立独立的算法审查机构,^②赋予算法解释权。^③上述这些制度设计对策暗含着前提:既有的权利体系和机构无法对抗算法所带来的风险。当然,在算法技术发展尚未成熟之时期,规制算法的理论是开放性的,学者们对技术问题仁智互见,有利于学术的繁荣。但是,这些制度设计论证的逻辑上具有重大缺陷,即没有论证既有的制度或机构无法规制新兴的算法技术。对法律客体规制的实现并非简单地赋权或设置机构就能实现,这种“另起炉灶”式的制度设计是对整个既有的法律体系的“背叛”。以“算法安全委员会”为例,学者未对既有的监管体系进行检视,并且该机构的性质、隶属关系以及职权不明,这就造成该对策有不切实际的危险。因此,具体到证据领域中,算法规制问题需要廓清规制体系上的学术迷雾,并重点以证据法中既有的技术规制制度为视角,对算法规制与制度契合与否进行分析。

从域外来看,欧盟属于以个人数据保护为导向的技术型规制模式。GDPR 前言第71项表述为“自动化处理……应遵守适当的保障措施,其中应包括项数据主体提供的

① 《电子商务法》第18条:“电子商务经营者根据消费者的兴趣爱好、消费习惯等特征向其提供商品或者服务的搜索结果的,应当同时向该消费者提供不针对其个人特征的选项,尊重和公平保护消费者合法权益。电子商务经营者向消费者发送广告的,应当遵守《广告法》的有关规定。”第40条:“电子商务平台经营者应当根据商品或者服务的价格、销量、信用等以多种方式向消费者现实商品或者服务的搜索结果;对于竞价排名的商品或者服务,应当显著表明广告。”见张凌寒:《权力之治:人工智能时代的算法规制》,上海人民出版社2021年版,第230-231页。

② 参见孙建丽:《算法自动化决策风险的法律规制研究》,载《法治研究》2019年第4期。

③ 参见解正山《算法决策规制——以算法“解释权”为中心》,载《现代法学》2020年第1期;许可、朱悦:《算法解释权:科技与法律的双重视角》,载《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2020年第2期。

具体信息以及获得认为干预、表达其观点、对评估后达成的决定作出解释和质疑该决定的权利。”这一表述公认规定了算法的解释权,但是前言是否具有法律效力值得商榷。此外, GDPR 第 25 条规定了“设计保护隐私”原则,其背后的思想是处理数据过程中保护数据的原则最好在技术被创设时就嵌入。^① 欧盟依据 GDPR 成立了欧盟数据保护委员会(EDPB)。2019 年 6 月 EDPB 发布了《针对 GDPR 第 42 和第 43 有关“认证”规定的指南》,^② 认证的范围是个人数据、处理个人数据的技术系统和处理行为相关的过程和程序。美国正在由转化型规制模式向技术型规制模式转变。《公平信用报告法》(Fair Credit Reporting Act)、《公平住房法》(Fair Housing Act)和《平等信贷机会法》(Equal Credit Opportunity Act),这些立法不区分算法或人工决策,但要求决策的结果符合法律规定。^③ 这些立法属于典型的转化型规制模式,这种模式对立法技术要求不高,但是容易造成监管的“空心化”。在风险社会,监管的滞后容易造成严重的后果。基于此,美国目前将算法规制的节点提前至技术阶段。2019 年美国《算法责任法案》草案,该法案要求特定商业实体对涉及个人信息或做出自动化决策的高风险系统进行详细评估,例如使用人工智能或机器学习的系统。2019 年美国《司法算法正义法》(Justice in Forensic Algorithms Act)正在辩论程序中。该法案规定了美国国家标准与技术研究所(National Institute of Standards and Technology, NIST)应当建立司法算法软件的测试标准,执法机构只被允许使用符合 NIST 标准的软件。除此之外,该法案规定被告人有权获得司法算法软件的源代码、软件的早期版本、对软件结果必要的说明以及用于训练和测试数据,法官不得以商业秘密为由拒绝被告人的申请。用于处理证据的算法必须经过 NIST 测试之后才可以使用。除了联邦层面的立法外,纽约州和新泽西州也从技术规制的角度出台了算法责任法案。

纵观目前对算法规制措施的讨论不难发现,绝大多数学者对算法的规制,都着力于算法本身所具有的技术性特征,疏于在特定场景下对规制措施与传统法律规制模式的关系考量。在证据法场域中,探讨法官对算法的审查,必定走入认识论的死胡同,从而给人们一种就算算法论算法,脱离实际的印象。而转化型问题的背后是对算法的另一种态度:避免陷入技术细节的纠缠,而从算法造成的结果进行防范。尽管这种转化

① 参见罗伟玲,梁灯:《人工智能算法的伦理诉求和法律规制——以算法归责为视角》,载《中山大学法律评论》2019 年第 2 期。

② GDPR 第 42 条第(1)款规定:“出于数据保护保密标志以及说明管理者处理者处理机制合法性的需要,成员国、监管机构、委员会的董事应当尤其在欧盟内激励数据保护认证机制。特别需要考量小微企业以及中等规模企业的特殊要求。”第 43 条第(1)款:“对于有关数据保护问题有一定程度经验的认证主体,在为了行使依据第 58 条获得的权力通知监管机构之后,可以公布及更新认证。成员国应当确定这些主体应当被以下至少一个机构授权:(a)第 55 条或者第 56 条有资格的监管机构;(b)符合欧洲议会通过的 EC 第 765/2008 规定、委员会通过的 EN-ISO/IEC 17065/2012 规定以及依据第 55 条或第 56 条监管机构所制定的额外要求的国际认证主体。”

③ 参见陆凯:《美国算法治理政策与实施进路》,载《环球法律评论》2020 年第 3 期。



型规制进路考量了法律人的认知局限,但是以结果防范为导向的规制路径有过于滞后之嫌。因此,我们需要探讨我国法官对证据中的科技是如何审查的,这是我们进行算法规制的实践前提。

(二) 知识正当程序 :法官对科技的认知模式

很多学者以理解算法的内部运行逻辑的角度出发提出规制措施。从具体的实现路径上,设定算法解释权利或算法解释义务。在证据场景中,从保护被告人的权利角度出发,这类建议固然没错。但是从法官事实认知模式的角度来说,我们在讨论科技产生的新证据时,不能对新的证据重新建构起法官的事实认识模式。因此,在讨论算法规制时,法官对算法如何认知,这是我们选择算法规制路径的现实制约。值得一提的是,在算法进入诉讼之前,科技在法庭上的典型表现形式是鉴定意见,笔者以鉴定意见为例探讨法官如何对科技进行认知。

在传统事实认知模式下,法官运用经验和逻辑,凭借感官对证据信息的察觉,对原生性证据所承载的信息进行逻辑推演。而随着科学技术涌入证据领域,科技所代表的技术理性替代了日渐式微的经验与逻辑,科学技术完成了对法庭是事实认知模式的“技术占领”。法官所独有的代表法律生命的经验,在科学技术面前无用武之地。法律专家不可能是面面俱到的每个领域的专家,这根本就是不可能的,也是做不到的;但他必须得是真正的法律专家才行,才能在法律的基础上甄别其他专家的同行意见,然后作出法律上的妥当决定。^①于是,“法官是法庭的国王”这一传统共识也被打破,揭示科学技术所承载信息的技术专家成为与法官分庭抗礼的角色。法律将法庭上的技术专家定位于法官的助手,法官不受其意见约束。但事实上,根据福柯所主张的知识与权力的关系理论,任何不平等都会产生权力。正是由于法官与鉴定人专业知识的不对等决定了微观意义上权力的存在。鉴定人决定了科学知识对事实认定部分的话语权。在实践中也印证了这一点,一方面,鉴定专家不过是法官的辅助机关;一方面,法官不过是鉴定专家的一个无助的执行机关。^②产生鉴定人与法官在事实认定权分配的原因是对鉴定人的定位,专家鉴定制度和专家证人制度是两大法系各自用来查明技术正义的不同方法。^③德国等大陆法系国家或地区将鉴定人定位为法官的助手,以弥补法官认知能力的不足。台湾学者也认为专家鉴定人是辅助法院判断特定证据问题之人。^④然而,这个程序是矛盾的。为什么法律体系一开始就允许专家进入到诉讼中?原因很简单,无论是法官还是陪审团都无法理解和解决专门性问题。但如果是这样的话,法官和陪审团作为外行决策者如何有能力再对专家的意见进行审查判断?在美国,这种

① 参见陈景辉:《人工智能的法律挑战:应该从哪里开始?》,载《比较法研究》2018年第5期。

② 参见朱幅美:《科学鉴定与刑事侦查》,中国民主法制出版社2006年版,第34页。

③ 参见王戡:《“专家”参与诉讼制度研究》,载《华东政法大学学报》2012年第5期。

④ 参见赵立新、陈如超:《刑事法官与鉴定人事实认定的比较与整合》,载《湖北社会科学》2011年第6期。

实践困境被称为“专家悖论”。^①

可见，鉴定人与法官在事实上存在着事实认定的分工。而在英美法系国家，案件中的专门性问题的解决依靠控辩双方委托的专家证人，以对抗制的诉讼程序发现科学真相。英美法系的对抗制有效地避免了专家证人与法官分享事实认定权，但是这一制度的弊端是将庭审变为“鉴定大战”。因此，目前英国和美国在专家证人制度的改革中提出专家的首要义务是发现事实真相，并对法庭负责。

事实认定权力是立法者不断权衡下分配的结果。从我国与美国对专门性问题的法律规定可以窥见立法者的态度与倾向。大多数科学技术都具有自身的缺陷和风险，而法官需要审查的不是出现在法庭上的科技是否是完美的，而是如何评估一个不完美的研究。评估不完美的研究——也就是从不完美的知识中进行事实认定。^② 司法程序并不是一个无限追求实质真实的场域，如果法官真的通过掌握相应的科学知识审查鉴定意见，这会造成诉讼的无效率。法官只能依据法律的规定和心证将法庭上的科学证据视为完美的，防止诉讼过于拖延。美国最高法院通过 Daubert 案，确立了法官是科学技术的看门人，法官在科学证据可采性审查框架下独立做出决定。美国最高法院希望法官能够充分了解基础科学，以评估专家证词和基础科学研究的可靠性。此外，美国的法律体系也为陪审团提供了科学技术教育的途径。在美国庭审中，陪审团指示假定陪审员有能力做出独立决定，并特定告诫陪审团不要有专业知识顺从的心理。陪审员被告知“判断专家证词的方式与判断其他证人证词的方式是一样的”，且陪审团需要独自决定证人证词的分量。这也就是艾伦教授所提出的二分法，区分陪审团独立判断（教育模式）和专家知识优越（顺从模式）。

而与之相异的是，我国法律将技术问题寻找替代性测度机制。^③ 法官并不异于常人，不可能全知全能，科技证据的审查判断仍然需要依附于具体明确的司法解释或规范标准，将法官审查算法的压力传导给其他主体，法官只需要在法庭上做出形式审查即可。因此，我们需要将算法规制的节点提前，即设置算法进入诉讼前的规范标准，将规制

① See Edward K. Cheng, The Consensus Rule: A New Approach to Scientific Evidence, Vanderbilt Law Review, Forthcoming, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3826782> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3826782>.

② See Beecher-Monas Erica, Evaluating scientific evidence: an interdisciplinary framework for intellectual due process, Cambridge University Press, 2007, p.2.

③ 《刑事诉讼法》司法解释第 97 条、第 98 条规定了对鉴定意见的审查：一是形式上审查鉴定意见是否符合相应的技术规范，《司法鉴定程序通则》第 22 条规定了鉴定的技术标准和技术规范采用的顺位。二是将鉴定意见的实质审查转化为法律程序问题，审查遵守程序规则的相关程序证据是否具备。《司法鉴定程序通则》第 23 条规定，鉴定人对鉴定过程进行实时记录并签名，记录可以采取笔记、录音、录像、拍照等方式。三是强制鉴定人提出可靠的鉴定意见。制定了《司法鉴定机构登记管理办法》、《公安机关鉴定机构登记管理办法》以及《司法鉴定人登记管理办法》等，鉴定意见的可靠性很大程度依赖陈词源——鉴定人的可靠性。全国人民代表大会常务委员会于 2015 年 4 月修改的《关于司法鉴定管理问题的决定》中规定了鉴定人的追责机制。由此观之，有关鉴定的方法、鉴定标准以及科学原理等问题已经纳入到了国家的鉴定管理体制之中，从而在审判程序之前很大程度上已经解决了鉴定意见科学性的评判标准问题。



算法的责任交给法律规范和技术标准，减轻法官对算法认知的困难。

（三）算法的规范归化：算法标准

法律与科技的关系是一个持久的话题，法律在应对单一功能的技术时，往往在事前设定技术和质量标准，并在事后通过落实侵权责任进行损害赔偿救济。^① 技术的标准并非在技术应用的初期设定，而是实践中经验和教训的总结，是技术细节凝练之后的产物。因此，技术标准的制定具有滞后性。实际上，技术标准正成为践行算法规制的重要场所。中央人民银行发布的《人工智能算法金融应用评价规范》就对金融场景下的算法设定了算法标准。^② 在警企合作的大背景下，与各地公安机关合作的科技公司不同，这就造成公安机关使用的算法软件不尽相同。而使用的算法不同则会导致算法运行结果的混乱与失序，这与证据所具有的客观性、确定性相悖。对海量电子数据的算法技术显然应该具备统一性，否则相同的数据输入而输出的算法证据因区域区别却不同，将会冲击审判秩序。

在证据场景下，规范证据生成的技术标准早已有之。对电子数据调取、审查判断等问题，形成了以司法解释为依据，部门规章为细化规则，国家标准和公共行业标准为技术规则的完整规范体系。^③ 对企业为司法机关提供技术支持的合法性，2018年最高院发布的《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第11条第2款规定了电子数据真实性认定的技术标准，即电子签名、可信时间戳、哈希值校验、区块链或电子取证存证平台认证。^④ 在对证据分析的技术进行审查时，法官只需要对技术的外观进

① 参见胡凌：《理解技术规制的一般模式：以脑机接口为例》，载《东方法学》2021年第4期。

② 《人工智能算法金融应用评价规范》第6部分是安全性评价，其中包括对目标函数、算法可追溯性、算法内控等设定标准。第7部分是可解释性评价，从可解释性评价维度、建模准备、过程、应用全流程进行规范。第8、9部分是对人工智能的评价标准。

③ 司法解释：2012年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》、2016年最高人民法院、最高人民检察院、公安部印发《关于办理刑事案件收集提取和审查判断电子数据若干问题的规定》。部门规章：2005年公安部就发布了《计算机犯罪现场勘验与电子证据检查规则》和《公安机关电子数据鉴定规则》。2009年最高人民检察院颁布《电子证据鉴定程序规则（试行）》和《人民检察院电子证据勘验程序规则（试行）》。2010年最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部联合发布的《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》、2014年最高人民法院、最高人民检察院、公安部曾联合颁布了《关于办理网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》。2016年公安部制定了《公安机关执法细则》。此外，还制定了电子数据相关的国家标准、公共安全行业标准和司法鉴定技术规范。载 <https://mp.weixin.qq.com/s/5SXioNYMjOa8IS1CtS7cqA>。

④ 《关于互联网法院审理案件若干问题的规定》第11条规定：“当事人对电子数据真实性提出异议的，互联网法院应当结合质证情况，审查判断电子数据生成、收集、存储、传输过程的真实性，并着重审查以下内容：（一）电子数据生成、收集、存储、传输所依赖的计算机系统、软件、硬件、软件环境是否安全、可靠；（二）电子数据的生成主体和时间是否明确，表现内容是否清晰、客观、准确；（三）电子数据的存储、保管介质是否明确，保管方式和手段是否妥当；（四）电子数据提取和固定的主体、工具和方式是否可靠，提取过程是否可以重现；（五）电子数据的内容是否存在增加、删除、修改及不完整等情形；（六）电子数据是否可以通过特定形式得到验证。当事人提交的电子数据，通过电子签名、可信时间戳、哈希值校验、区块链等证据收集、固定和防篡改的技术手段或者通过电子取证存证平台认证，能够证明其真实性的，互联网法院应当确认。当事人可以申请具有专门知识的人就电子数据技术问题提出意见。互联网法院可以根据当事人申请或者依职权，委托鉴定电子数据的真实性或者调取其他相关证据进行核对。”

行形式审查,无需深入到技术内部,审查技术的运行逻辑。因此,对算法的规制,也应当建立司法算法的技术标准,使裁判聚焦于证据所承载的事实信息审查,摆脱外行人审查内行的困境。

我国2017年修订的《标准化法》将标准划分为四级包括国家标准、行业标准、地方标准和团体标准、企业标准。^①证据场景下,算法的科学性就体现在其标准化程度,标准化为法官审查算法证据提供了参照物,能够有效地缓和法官算法知识不足与算法证据审查之间的紧张关系,符合“将专业的事情交给专业的人做”的分工机制。将技术型规制转换为转化型规制路径,法官通过对算法的形式审查是否符合算法标准认定算法证据。如果算法的应用没有标准化,那么证据应用的算法准入门槛、算法的升级迭代会变成没有限制的无序发展。此外,司法算法的设计者是具有逐利性的企业,将司法算法标准化是算法技术外包的重要抓手。同时,司法算法标准化能够克减算法技术的资本色彩,提供技术支撑的企业所具有的私利性与司法所具有的公共性之间的矛盾得到消解。更重要的是,设定司法算法的标准能够对算法进行解释,可以防止法庭审判因过分纠结技术而拖延。算法解释源自对算法运行逻辑的不信任,算法技术所产生的黑箱更是对以公开透明为目标的社会运行形态的悖反。美国学者研究发现,人们对算法普遍具有一种“算法厌恶”(Algorithm Aversion)的心理。^②而构建算法信任,需要人们对算法的信任倾向和算法自身的可信度两个方面。^③建立司法算法标准是“毕其功于一役”的路径。当然,技术的应用一般都是“先兴起,再治理”,算法标准的制定也应当等待算法技术实践经验的沉淀。过于急切地在算法应用的早期制定算法标准,不仅不利于事实的认定,反而有限制证据领域算法的发展之弊端。

从算法标准的制定主体来看,算法的国家标准可以由公安部物证鉴定中心负责制定。^④由于各地区公安机关合作的企业不同,算法的使用呈现地域性差异。因此,可以制定与细化国家标准的地方标准。从标准的内容来看,构建数据分析的算法模型分

①《标准化法》第2条规定:“本法所称标准(含标准样品),是指农业、工业、服务业以及社会事业等领域需要统一的技术要求。标准包括国家标准、行业标准、地方标准和团体标准、企业标准。国家标准分为强制性标准、推荐性标准,行业标准、地方标准是推荐性标准。强制性标准必须执行。国家鼓励采用推荐性标准。”

②对这种现象的一种解释是,人们错误地认为算法不太准确,尽管有证据表明它们更准确(“不准确的解释”)。Dietvorst等人证明了这种解释背后的机制:人们对算法的错误表现出比对人类更大的不容忍。如果人们看到一个算法出错,他们会认为这个算法是有缺陷的。当他们看到一个人类的错误,他们愿意再给它一次机会,相信他或她会学习。此外,Yeomans等人发现了一种不同的算法厌恶的驱动因素:人们对算法的不信任可能源于对它们如何工作缺乏理解。See Lowens Ethan, Accuracy Is Not Enough: The Task Mismatch Explanation Of Algorithm Aversion And Its Policy Implications, 34Harvard Journal of Law & Technology258, 261-263 (2020)。

③转引自袁康:《可信算法的法律规制》,载《东方法学》2021年第3期。

④这也是该机构的主要职责。如电子数据的三个国家技术标准:GB/T29360-2012《电子物证数据恢复检验规程》、GB/T29361-2012《电子物证文件一致性检验规程》、GB/T29362-2012《电子物证数据搜索检验规程》都是由公安部物证鉴定中心制定。



为三个步骤：犯罪行为特征提取、特征转换数学模型和数学模型代码化。可以发现，尽管算法标准解决的仅仅是第三个步骤的问题，但前两个步骤是决定算法模型可靠、合法的关键。因此，在标准制定前，应当组织由法学和计算机专业的专家、学者以及实务部门的工作人员组成的算法标准化委员会，承担算法模型构建的前两个步骤的标准化工作。目前，公安部经济犯罪侦查局就针对各种经济犯罪类案件在公安系统内部云系统上传了算法模型，但是尚未与检察院、法院共享。建立算法标准时可以对其进行借鉴。

结 语

以算法为主导的智能科技已经全面渗透到社会运行的各个领域之中，证据领域也不例外。法官事实认定的模式也发生了改变，从论证到建模、从经验到计算，数字与数据已经悄无声息地占领了裁判场域，重构了法官的认知模式。

将认识的经验建模，使算法模型替代人类自动化决策，算法已经融入社会运行体系的各个领域，成为每一个领域无法摆脱的影响性或支配性力量，我们每个人都成为算法运行系统中的人。可以预见的是，决策逻辑正由自动化决策向自主化决策迈进。届时，人的主体地位也受到威胁。康德的“人是目的而不是手段”这一论断在算法时代即将被重新定义。在自主性决策面前，人类就是被决策支配的工具。生活中外卖小哥被困在算法里这一现象，就是最具说服力的证据。在愈发紧张的人机关系中，对算法的规制呼声不绝。而回应呼声的解决之道在于建立算法标准。同样的，证据领域更需要建立算法标准来克减法官因审查算法而带来的压力。国务院在 2017 年发布的《新一代人工智能发展规划》中，制定了人工智能发展的战略目标，即到 2025 年，初步建立人工智能法律法规、伦理规范和政策体系，形成人工智能安全评估和管控能力。在规制算法时，法律需要汲取技术发展的积淀，降低算法规制对既有的体系和实践造成的风险。

（责任编辑：杨军）

离婚纠纷诉前调解的实践困境及出路研究

——以 2016 年至 2021 年 S 省 J 市离婚调解案件样本分析为视角

邵继军 李文慧*

内容摘要：诉前调解可以推动大量纠纷低廉地解决，节省司法资源乃至降低诉讼总量，是当前司法工作发展的一个重要方向。通过对 2016 年至 2021 年 S 省 J 市离婚纠纷调解案件实证分析，发现离婚纠纷虽然诉前调解率在逐步提升，但仍存在诉前调解空置的现象。究其原因，在于《民事诉讼法》还未回应《民法典》之规定，关于离婚诉讼之调解还强调以当事人自愿为基础。强制性诉前调解不应局限于离婚纠纷，更不应该局限于法院内部的诉前调解，通过分析离婚纠纷诉前调解空置原因针对更多纠纷提出解决对策，在《民法典》大背景下，修改完善《民事诉讼法》，将诉前调解入法，建立规范程序机制，使其本身具备强制性，让法官及当事人接受诉前调解，同时充分借力外部调解组织，将调解与审判进行程序分离，通过繁简分流机制将案件纠纷向外部调解组织分流，运用司法确认等程序对外部调解工作提供法律支持，推动纠纷诉讼外化解，降低诉讼增量。

关键词：离婚纠纷；诉前调解；委派调解

中图分类号：DF72 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2021)05-187-200

引言

2004 年多元化解纠纷解决机制登上司法改革的舞台，多年来其影响力虽在不断扩大，但在纠纷分层解决上体现的效果并没有达到预期。2015 年，民事诉讼从立案审查

* 邵继军，山东省曲阜市人民法院党组书记、院长，四级高级法官；李文慧，山东省曲阜市人民法院立案庭法官助理。



制改革为立案登记制,诉讼剧增随之而来,把非诉机制挺在前面,加强诉源治理,降低诉讼增量成为加强社会治理的唯一选择。而诉前调解作为加强诉源治理,降低诉讼增量的有力手段,日渐凸显出其重要性。囿于立法的落后,目前虽然各法院都在强化诉前调解机制的运用,却造成强制诉前调解法律依据缺乏,当事人难以接受,委托诉讼代理人不赞同甚至排斥诉前调解,法院委派调解利用率低,与司法确认程序衔接不顺畅,诉前调解整体缺乏规范,急需厘清思想认识,完善立法规定。就目前的研究来看,四川大学法学院教授左卫民就曾根据W区诉前调解与诉讼总量的关系做过相关调研,得出诉前调解的确可以减少诉讼总量的结论。^①叶甌皓提出构建离婚纠纷多元化解机制应当理清调审关系。^②范愉认为对于诉前调解应遵循一定的规律,使公众能够认可诉前调解,^③等等。现有的研究主要是从学术价值及理论层面讨论诉前调解的现状,本文以离婚纠纷为视角探讨诉前调解的实践困境及可行性出路。

一、实证研究:离婚纠纷诉前调解的程序空置

现今社会的主要矛盾发生变化,民众在民主、法治、公平、正义等方面的要求增长的越来越快。而大小纠纷也越来越多的进入到法院系统。就离婚纠纷而言,2016年全国离婚纠纷案件共有618633件,2017年全国离婚纠纷案件共有605861件,2018年全国离婚纠纷案件共有824600件,呈现突飞猛进的势态,到2019年全国离婚纠纷案件已高达993346件,而2020年在新冠肺炎疫情的影响下,案件量对比2019年稍有下降,但也高达932666件。不过2021年截止到6月为止,离婚纠纷案件数量却只达26162件,可以看出,相比于以往的数据,我国采取的多元化解纠纷,从源头减少诉讼案件,降低诉讼总量在离婚领域取得了一定成效。

由于全国发展不均衡,各省份法院的政策可能存在不一,针对S省J市地区,该辖区离婚纠纷案件的整体态势与全国离婚纠纷案件整体态势相一致,2016年有离婚纠纷5152件,2017年为4612件,2018年为6804件,2019年为7330件,2020年为6557件,2021年截止到6月份为2150件。其中在这32605起离婚纠纷案件中,裁定撤诉的占58.3%,调解占7.06%,判决占34.55%,通知占0.09%。一审结果准许撤诉的有1129件,占全部案例的40.26%(数据来源于S省J市法院离婚纠纷案例数据分析报告)。在调解案件当中,诉前调解并不能完全的将案件进行案结事了,根据S省J市基层法院工作报告,有接近20%的离婚纠纷进入立案程序后在诉讼阶段调解成功。

① 参见左卫民《通过诉前调解控制“诉讼爆炸”——区域经验实证研究》,载《清华法学》2020年第4期。

② 参见叶甌皓:《离婚纠纷多元化解机制的构建——以调审适当分离为中心》,载《法律适用》2019年第17期。

③ 参见范愉:《诉讼调解:审判经验与法学原理》,载《中国法学》2009年第6期。

从数据可以发现两点，一方面，对于复杂的离婚纠纷，诉前调解短短30天无法解决问题，即使离婚纠纷应当进行调解，但大部分当事人坚持调解应当遵循自愿原则，并不配合进行诉前调解。离婚纠纷复杂，家事法官调解热情并不高，遵循当事人意思表示进而造成了诉前调解程序的空置。另一方面，在上述数据中显示，对于其他纠纷，到庭审阶段才调解成功的案例也算比比皆是。现实中，这些离婚纠纷只是一类纠纷的代表，经历双重调解的显然不仅仅只有离婚纠纷。一个纠纷经历双重调解显然是对我国稀缺的司法资源的浪费。那么，为什么离婚纠纷作为必须要经过调解的案件，且在我国正在大力推动诉前调解的情况下仍有一部分案件在诉前无法调解结案，而必须要经过庭审才能以诉中调解成功结案？

二、深度剖析：离婚纠纷诉前调解为何走形？

一起离婚纠纷，经历诉前调解阶段又经历庭前调解、诉中调解，最终却仍以调解结案，这种反复调解的原因根据实证分析我们可以发现主要受以下几方面的影响：

（一）复杂纠纷带来前忧后虑

S省J市基层法院处理过一起典型离婚纠纷案件，该案经历了诉前调解，又经历了庭前调解，最后在诉中调解得以案件调解成功，纵贯了司法调解全过程，可谓一起典型离婚纠纷调解样本。张某和王某系夫妻关系，均为再婚，因被告王某婚后挥霍无度，不履行家庭义务，常年在外不归家，且经常将夫妻共同财产转给自己与前夫所生育的一子，两人遂产生纠纷。原告诉至法院，原告提出：第一，原告与被告离婚；第二，婚生女张某一、张某二由原告抚养，被告支付抚养费；第三，夫妻共同财产依法分割。从表面来看，这是一起比较简单的离婚纠纷，案件经过繁简分流进入到诉前调解阶段。调解员与案件双方当事人进行交流和沟通，也对诉前调解化解该起纠纷信心满满。但被告虽然一直处于持同意调解的态度，但在后来的交流中一直围绕案件以外的事实做陈述，不明确提出自己的意见，致使诉前调解工作一时难以实质入手。后来，承办该起案件的法官在与原告交流的过程中发现其夫妻共同财产较为复杂，根据原告所述，其与被告王某共有房产两处，其中一处还在按揭中，有观赏石一块价值50万元，有车辆三辆，其他还有某科技公司80%股份、商业银行理财产品、价值20万元的保险，以及多处共同债权。^①最终该案件经过了诉前调解阶段、庭前调解阶段，由于夫妻共同财产认定与汇总困难，且被告王某对于案件不配合致使诉前调解未能成功。而在诉中调解阶段，通过前期的庭审，夫妻共同财产已经被认定清楚，被告在经历庭审后，也知晓原告要求离婚的决心，开始配合调解，不再坚持己见，最终同意离婚并签署了

^① 案例来源于S省J市某基层法院案例，由于离婚纠纷的民事调解书并不进行文书公开，所以本案例所采用的当事人姓名、具体财产等进行模糊处理。



调解协议。本案以诉中调解成功得以案结事了。

从这起典型的离婚纠纷案件的调节过程中,不难发现离婚纠纷的诉前调解工作存在如下问题:

1. 前忧:当事人不认可强制调解

先行调解是在2012年所修改的《民事诉讼法》中增加的,表明调解是从起诉开始的而非从立案开始的。而先行调解很重要的一点在于遵循当事人自愿原则。即使是在离婚纠纷中,2021年所生效的《民法典》继承了《民法总则》中离婚纠纷应当调解这一条文,但根据《民事诉讼法》第9条的规定,民事案件的审理应当根据当事人“自愿和合法的原则”调解,调解不成的应及时判决。“自愿”是我国法院调解的前提。^①而根据《民法典》第1079条的规定夫妻一方要求离婚的,可以由有关组织进行调解或者向人民法院提起离婚诉讼。人民法院审理离婚案件,应当进行调解。对于离婚纠纷,婚姻家庭编点明应当进行调解,赋予了先行调解的正当性,但当事人貌似并不领情。例如上述案例中,被告并不认可诉前调解,认为《民事诉讼法》明确要求调解应当遵循自愿性原则,从而在离婚纠纷进入诉前调阶段时,本来情绪就不稳定,加之对于判决的执着,对于强制调解更加不认可,不配合调解员或者法官工作,导致诉前调解成功率降低。在先前阶段,各法院对于质效的追求,严格控制审限,例如各基层法院对于诉前调解时间有着严格的限制,绝大部分以三十天为底线。换言之,一起纠纷进入诉前调阶段后,无论是否还具有调解成功的可能性,时间一到,考虑到法院相关质效,必须进入立案程序,转为民初号。而一起正常的离婚纠纷既涉及婚姻关系、父母子女关系又具有财产属性,关乎道德、亲情、情感和利益,具有法律关系的公益性、主体关系的人身性和财产关系的杂糅性等特点,案件审理十分复杂。^②如同本文提及的案例,一起离婚纠纷可能面临的是双方不同意离婚、夫妻共同财产认定繁琐、夫妻共同债务查明困难、孩子抚养权争论不休、抚养费双方协商不一等等。一般来说,给诉前调解预留的三十天是不足以成功处理一起复杂的离婚纠纷的,更何况随着社会与经济的发展,夫妻共同财产往往已经涉及到公司的股权、基金理财、保险以及多处房产等,房产也存在着按揭手续,对这些财产即使专门的民商事诉讼处理都已经相当复杂,如果将其纳入到离婚纠纷中一并调解,其难度之大可想而知。在S省J市地区近5年的离婚纠纷调解结案的案件中,有12.5%单纯处理夫妻关系,要求离婚;有87.5%涉及夫妻共同财产以及子女抚养,需要履行给付金钱义务(参见S省J市法院离婚纠纷案件数据分析报告)。另一方面,离婚纠纷不单纯是双方当事人之间的矛盾,更会涉及到两个家庭,从双方的矛盾上升为两个家庭矛盾无疑增加了诉前调解的难度。

从现阶段来看,诉前阶段可以调解结案的案件类型多种多样,包括但不限于家事

① 参见周平:《家事调解制度研究——以法院调解为对象的分析》,南京师范大学2010年硕士学位论文。

② 参见范愉:《诉讼调解:审判经验与法学原理》,载《中国法学》2009年第6期。

纠纷、劳动争议纠纷、民间借贷纠纷、分期付款买卖合同纠纷等。^① 离婚纠纷与这些纠纷的本质以及法律关系千差万别，但却与这些纠纷一样存在着未经历诉前调解或诉前调解不成到诉中又以调解成功结案的情形，这就造成了离婚纠纷因诉前调解工作的开展，其审限较大过去有所延长。

但我们应考虑到要想真正的提高离婚纠纷诉前调解成功率，审限可能并不是重点，而是要增强离婚纠纷当事人对诉前调解的接受程度。自愿接受调解，可以理解成两层含义，一是当事人同意在离婚诉前调解必须是出于本人的意愿，在调解达成后，当事人自愿撤诉和解或者接受由法院出具民事调解书的；二是离婚纠纷当事人所达成的调解协议并进行签名捺印是双方真实意思表示。现阶段，各法院为了能够降低诉讼增量，实现多元解纷，不管离婚纠纷当事人在移动微法院或者电子诉讼平台立案时是否同意调解，一律立为诉前调号，并通过 12368 及电子送达平台送达通知，离婚纠纷当事人即使电话告知不同意调解，离婚纠纷案件也不会立马转为诉讼程序。这样一来，反而让离婚纠纷中当事人对于诉前调解的认可雪上加霜，使得离婚纠纷当事人接受程度更加降低，离婚纠纷诉前调解成功率下降。

2. 后虑：法官调解热情低不全力解纷

自古以来，我国更倾向“清官难断家务事”。法官对于离婚纠纷更是头疼不已，当事人争吵甚至动手乃家常便饭。离婚纠纷后续执行难发生上访的现象也屡见不鲜。纠纷进入到法院后有调解、判决、裁定等等解决方式，那法官对于诉前调解的态度如何呢？笔者对 30 位法官进行了调查问卷，收回 28 份，其中有 17 人表示不愿意调解离婚纠纷，部分法官直接不重视诉前调解，而有的法官则是尊重当事人意愿直接不进行调解。有 12 名法官认为调解费力不讨好，尤其针对离婚纠纷，双方当事人甚至双方的父母情绪都较为激动，调解过程不像开庭，很难把控当事人情绪，而诉中调解耗时短见效快，当事人愿意调解的仍可以诉中调解。此外男性法官认为离婚纠纷调解费时费力，自己并不能驾驭，不如一纸判决省时，且还能解决纠纷，不上诉的前提下，六个月内一般不会再收到原告的二次诉讼。但也有 11 名法官认为诉前调解可以高效快捷地解决问题，对于离婚纠纷，双方当事人在诉前阶段能够一起去面对纠纷的争议焦点及症结所在，婚姻关系是可以调和的，而在诉前阶段调解成功，在当事人和解撤诉后非常有成就感，况且调解成功的，最后双方同意离婚的，法院出具的是民事调解书，当事人不能提起上诉，立即生效，免去上诉的后顾之忧（参见 S 省 J 市一基层法院内部调查问卷）。

通过上列数据我们可以发现，总的来说，现阶段法官对于离婚纠纷的诉前调解热情并不高，本着能调则调，不调即判的原则，对于诉前调解并不上心，但又碍于离婚纠纷应当调解的约束，使得部分离婚纠纷本可以在诉前阶段调解成功，却偏偏要等到诉中阶段，使得诉前调解空置且浪费司法资源。

^① 参见汤鸣：《比较与借鉴：家事纠纷法院调解机制研究》，法律出版社 2016 年版，第 45 页。



（二）调审合一模式，角色程序混同

在当代中国社会变迁与国家转型的背景下，纠纷数量激增、种类日趋复杂，民事司法领域“诉讼爆炸”的景象已是不争事实，离婚纠纷更是如此。为了响应把非诉机制挺在前面的号召，以及出于质效考核的考虑，很多法院从外部对案件进行繁简分流，把离婚纠纷等民事纠纷都强行推给速裁庭处理。但现行纠纷采取的是调审合一的审判模式，诉前调解与诉讼都是由法官来主导，与我国一直所提倡的多元化解纠纷机制相去甚远，也未取得预期成效。

1. 主体竞合，调解员与法官混同

由于案件增多，各基层法院均在纷纷探索离婚纠纷调解之路。例如在基层法院中选任具有丰富家事审判经验的人员进行案件调解、建立特邀调解制度、建构速裁团队、家事法庭、“互联网+”调解等，^①但在这些调解方式中，外部组织机构调解员以及速裁法官、家事审判法官、特邀调解员等角色出现混同。^②最高人民法院中国应用法学研究所学者也曾指出从目前家事诉讼实践看，家事法官、家事调解员与家事调查员的角色并未完全分离，而是在一定程度和范围内形成混同。

一方面，法官如果也参与到案件的调解中，便会不可避免的产生一种以判压调的心态，当离婚纠纷的当事人在诉前调解没有调解成功的情况下又发现审理案件的法官与诉前调解的法官为同一人，不可避免地就产生判决的结果和诉前调解的结果可能是一样的这种想法，在庭审过程中便会更倾向于快速地调解结案。另一方面，角色混同带来的是案件调解程序繁琐，步骤重复，调判结合、调审合一模式下，部分法官为了省时省力在庭审过程中也会向当事人表露判决需要等待的时间更长，而出调解书后可以立即生效，而引导当事人同意诉中调解。^③

除此之外，有的基层法院大力推行特邀调解制度，通过市委的牵头组织，在每个单位设定两名调解员，组成特邀调解员队伍，承担诉前调解任务，但毕竟一个地区和个别单位熟悉法律，擅长调解的人才有限，所以个别单位上报人员缺乏调解经验，在纠纷的调解中只能起到辅助作用，大部分调解工作还是压在法官肩上。在特邀调解员调解失败后由法官调解介入，因为没有相关的调解报告或者相应记录，对于案情需要花一定时间去了解，而诉前调解的周期并不能无限制的等待下去，所以法官只能先转到诉讼系统，立为民初号后在诉中阶段进行调解，调审结合、角色混同的缺陷依旧无法克服。

2. 程序竞合，调解与诉讼混同

离婚诉讼兼具人身关系和财产关系，是复合之诉。《民法典》的婚姻家庭编虽然保留了离婚纠纷应当调解这一条文，但是对于离婚纠纷在何种阶段进行调解，由谁来

① 参见永波，魏雷《立案调解开庭“智慧充满每一步”》，载《人民法院报》2020年12月29日，第5版。

② 参见赵秀举：《家事审判方式改革的方向与路径》，载《当代法学》2017年第4期。

③ 参见洪冬英：《论多元化纠纷解决体系中法院诉前调解的定位》，载《苏州大学学报》2013年第1期。

调解,采用什么方式进行调解,在《民法典》亦或是《民事诉讼法》中并没有详细且全面的规定。^①学界共识是调解贯穿在案件处理的始终的,从提起诉讼到诉讼结束的前一刻,均可以进行调解,这就是调审合一模式。这种模式考察来看,没有明显的缓解诉讼量大这一问题,并且对调解本身造成负面制约。

首先调审合一的模式意味着法官的数量就代表了调解员的数量。这使得实践中,速裁庭员额法官的数量决定了诉前调解的纠纷数量。但离婚纠纷,并不像民间借贷纠纷,法律关系清楚,拟定还款协议即可以签署,当庭给付直接做撤诉处理,而是涉及解除婚姻关系、婚内共同财产认定分割以及子女抚养问题,曾有学者研究有接近50%的离婚纠纷都涉及家暴,而家暴的取证需要时间,单纯的靠速裁庭的法官在诉前调解审限内对案件进行调解是不现实的,所以部分离婚纠纷诉前调解阶段空置,本可以在诉前调解阶段调解成功的案件因为人员竞合走向了程序竞合,本应该在诉前调解调解成功的案件在诉中阶段以调解成功结案。

(三) 委派调解及律师调解未发挥作用

2020年1月,最高院曾发布《最高人民法院关于进一步完善委派调解机制的指导意见》,但通过上文数据分析可以得知,利用外部调解然后到法院申请司法确认的案件少之又少。诉前调解在外延上是要大于委派调解的,当事人受到案件起诉到法院就必须由法院受理并进行解决的固有认知影响,法院在尊重当事人意愿的情况下,没有大力推行委派调解,很多外部调解的机构也是摆设,人员不足,水平不高等使得委派调解的发展受到限制。根据S省J市某基层法院,在2021年1至6月份,立为民特号的案件共97件,但大部分为分期付款买卖合同,涉及离婚的案件利用外部调解然后到法院进行司法确认的程序是很多基层法院前所未有,不曾尝试的。除此之外,当事人对于外部调解组织也缺乏了解,在渴求更低成本的诉讼方式下,只知道以调解结案可以诉讼费减半,对可以利用外部调解再到法院申请司法确认这一解决纠纷的方式却知之甚少。我国大力推行司法改革,寻求更加多元化的方式解决纠纷,推出繁简分流制度,其本意是为了把简单的案件分流至外部调解组织,利用社会力量化解纠纷,做到小矛盾村委会或社区内解决,大矛盾再到法院进行处理。但根据现阶段的发展状况,外部调解发挥的作用微乎其微,这使得大量案件仍然在法院内部解决,离婚纠纷本就属于应当调解的案件,都立为诉前调号,加之《民法典》规定协议离婚具有一个月冷静期后,进入法院的离婚纠纷越来越多,案多人少的矛盾更加激化,在委派调解未找到出路之前,法官成为了诉前调解的主体,但法官的精力毕竟有限,这就导致了很多案件在诉前调解阶段未能调解成功,而到诉中阶段,因调解率考核指标的推动,以及诉中阶段程序空间充分,往往促使案件在诉中阶段以调解结案。

^① 参见叶甄皓《离婚纠纷多元化解机制的构建:以调审适当分离为中心》,载《法律适用》2019年第17期。



在2016年,律师调解制度就已被提出。^①其实早在2006年,青岛市一律所就成立了大陆第一家由律师来进行安检调解的律师调解机构。但由于各地发展不均衡,以及对律师诉外调解认识的不一致,很多地方并不存在律师调解机构,即使有也并没有发挥相应的作用。有学者指出,律师参与调解也是律师调解制度的一种。但是,主导调解的人员应当具有中立性,很显然,受当事人委托的律师参与调解时作为原告抑或是被告的委托诉讼代理人参加,本着对客户负责的理念,并不能保持中立态度。所以受委托的律师参与调解不能被律师调解制度涵盖,通称的律师诉前调解制度,是通过购买服务或者义务援助等形式,专设律师调解机构在诉前对当事人纠纷进行诉前居中调解的工作制度。然而根据数据分析,现在有接近70%的离婚案件具有委托诉讼代理人,这也说明了现阶段大众法律意识在逐步增强,重视维护自己的合法权益,离婚纠纷的当事人也呈现出自己支付律师代理费并信赖自己委托的律师的特点。目前,一方面离婚案件具有一定的复杂性,离婚纠纷可能并不能一次调成,需要反复到调解室进行沟通,而这样比起开庭会花费大量时间,诉前调解容易引起代理律师的心理抵制。另一方面,代理律师收取了比较高昂的代理费用,如果一起离婚纠纷夫妻共同财产数额较大,在诉前调阶段能够短时顺利调解成功,当事人难免会产生自己支付的高昂代理费和代理人为自己的案件所付出的劳动是不成正比的这种想法,律师也会考虑这个因素。^②故而代理律师不愿意在诉前调解上花费太多的时间和精力,基于职业心理,也不愿意接受其他诉前调解律师的调解,而更愿意接受法官的诉中调解。另外,由于离婚纠纷往往涉及共同财产认定和分割,时间长,过程复杂,导致代理律师会更倾向于引导当事人进行诉讼,等到案件进入庭审之后,在判决前,当事人愿意调解的才会调解结案,这也是很多离婚纠纷在诉前调解阶段未调解成功而等到诉中调解却能做到案结事了的重要外部原因。

三、外部拓展:诉前调解的正当证成

离婚纠纷虽然数据庞大,但随着社会的进步,生活水平的提高,群众法律意识不断增强,纠纷数量必将不断上升。从实证角度分析看,不止离婚纠纷,其他民事纠纷也同样在经历着这一发展过程。应对这一现状,只能是将调解发挥到最大价值。《民法典》1079条规定:人民法院审理离婚案件,应当进行调解;如果感情确已破裂,调解无效的,应当准予离婚。从此条文来看,《民法典》为离婚纠纷调解的强制性提供了正当性,但对其他民事纠纷《民法典》并未明确调解的强制性。而《民事诉讼法》关于调解需遵循当事人意愿的要求与调解急需强制化构成了矛盾与冲突,削弱了诉前调解的正当性,也为当事人不配合调解提供了法律理由,故而厘清两者关系成为推动

^① 参见涂哺:《多元纠纷解决机制下的律师调解模式进路探析》,载《边缘法学论坛》2017年第3期。

^② 参见洪冬英《律师调解功能的新拓展——以律师主导民事调解服务为背景》,载《法学》2011年第12期。

诉前调解的前提和基础。

（一）强制性诉前调解的正当性

在党和国家提出把非诉机制挺在前面以及强调加强诉源治理、降低诉讼增量的号召后，各法院现在大都根据繁简分程序，将小额借贷纠纷等简易案件在不经当事人同意的情况下直接立为诉前调解，即使当事人通过移动微法院或电子诉讼服务平台进行立案时不明确表示不接受调解，但个别法院为了变相的政绩观也会把该类案件分流到诉前调系统。通过对数据分析可以发现，诉讼案件的减少主要靠强制性的诉前调解，但实际上这是与民诉法所规定的的调解应当遵循当事人意见相悖的。尤其是在当前法院通知当事人进行调解的方式主要是电话通知，相对于开庭判决的传票缺乏震慑力，当事人在不知情的情况下会直接表明拒绝调解。我们通过当事人和代理人的态度也可以看出他们对诉前调解具有一定的抵触情绪，诉前调解本着自愿原则，但自愿原则似乎已经成为了诉前调解发展的一大阻碍。当事人现实观念里，往往坚信民事判决书比民事调解书法律效力更强，即使对调解，也都倾向认为进入了诉讼、经历了开庭的诉中阶段调解比诉前调解更具有信服力。所以要真正推动诉前调解实践的发展，就必须从理论上对诉前调解的必要性进行辨明，对强制性进行正当证成。

曾有学者对调解的“自愿”与“强制”进行过讨论，根据民诉法的规定，调解制度的适用应当以双方当事人自愿为前提，法院不得强制对案件进行调解。但随着案件的增多，这种自愿性调解已经不能适应形势的发展，急需进行立法调整。域外法院即通过立法对于诉前调解自愿性也进行了一定的改革，例如美国就规定在一定范围内的纠纷在进入诉讼程序之前必须经过调解亦或是仲裁。美国加州法院就规定，对于低于10万美元的案件实行强制仲裁；我国台湾地区“民事诉讼法”规定，除简易案件应强制调解外，依时间性质、居住环境、一定亲属关系、标的金额多少、有无非诉色彩等因素，对大量类型的纠纷实行调解前置，要求先行调解。当事人未提出调解申请直接起诉的，将当事人的起诉书视同调解申请。我国从党和国家政策层面设定降低诉讼增量的目标，也在反映着完全依照当事人意愿进行调解制度已不再适合我国诉讼环境的发展。

当然，诉前调解强制性入法，并不是对当事人诉权以及选择的干涉，只是为当事人提供了解决纠纷的一种途径，^①当事人在诉前调解阶段能够调解成功的，案件在短时间内可以得到解决，提高案件解决效率，而且还可以让当事人体验诉前调解所带来的便利，例如，成本低，解决快，程序便捷等。当然，纠纷在诉前调解得不到相应解决时，当事人仍然有通过诉讼程序解决纠纷的选择权，按照正常民初字第案件进行审判处理。综上所述，案件进行强制性调解在不剥夺当事人程序选择权的同时还为当事人提供了新的纠纷解决方案，是完全可行的。

① 参见王亚新：《诉前调解的建构：目的、悖论、因应之策》，载《人民司法·应用》2018年第31期。



（二）强制性诉前调解的限定性

对案件进行强制调解并不是说要把所有案件都纳入诉前调解程序当中，其适用范围应当具有限定性。现阶段域外法院对诉前调解的适用范围都进行了相关确定。

美国法院采用 ADR 模式，但其 ADR 分为强制 ADR 和任意 ADR，强制 ADR 主要分为三种，即法院附设仲裁、调解以及简易陪审团审判。不光离婚纠纷应当进行调解，只要案件涉及婚姻家庭纠纷、小额纠纷、邻里纠纷或是其解决必须借助其他已经设立的 ADR 机构及专家的专门性纠纷，都实行强制性法院调解。可见美国法院相比我国不仅将强制性前置调解纳入法律规定还扩大了诉前调解的适用范围。

我国台湾地区对于诉前调解在“民事诉讼法”中更是做了详细且明确的规定。在台湾地区“民事诉讼法”的 403 条、577 条、587 条中明确表明，对于道路交通事故纠纷以及医疗纠纷实行诉前强制调解。而这么规定也是有其缘由的，这两类纠纷如果处理时间过长则会进一步加大对当事人伤害。对于涉及财产权益的纠纷，如果标的额在新台币 50 万元以下，这应当实行诉前调解。除此之外，台湾地区“民事诉讼法”对于不动产纠纷、地上权纠纷、合伙纠纷、离婚纠纷、不动产共有人共有物的纠纷等在审判中可能会出现比较混乱的审判场面，对抗性较强的纠纷都一律实行诉前强制调解，以便于更好的维持当事人之间的和谐关系。

从上述我们可以得知，能够进行强制诉前调解的纠纷主要有以下几个特点，一是涉及人身关系等婚姻家庭类的纠纷；二是财产关系中涉案标的额较小的纠纷；三是需要紧急处理，进入诉讼程序或会使损害进一步扩大的纠纷，四是当事人之间对抗较为激烈，进入诉讼程序反而会更加恶化当事人之间关系的纠纷。相比于我国仅在《民法典》婚姻家庭编中标明离婚纠纷应当调解，而在《民事诉讼法》中表述调解应当遵循自愿原则，域外的立法适当的扩大强制性诉前调解的适用范围可以让本难以接受调解的当事人感受诉前调解带来的高效率、低成本以及便捷性，从而更容易接受诉前调解，与此同时也能够降低诉讼总量。

（三）强制性诉前调解的效力内涵

诉前调解的强制性效力主要体现在四个方面：1. 法院诉前调解职责强制性。法院对案件纠纷，只要符合诉前调解范围的，在诉讼立案前，都应通过对外委派调解、速裁团队诉前调解等途径，将纠纷导入诉前调解工作机制，进行纠纷化解。这种强制性效力，还必须明确相关工作程序、时限要求和具体职责部门，并设定相应的责任机制。诉前调解职责上的强制，是司法能动主义在诉前调解上的延伸，体现在司法实践中，有利于克服法官出于司法消极主义立场一判了之、机械司法，从而确保诉前调解启动的原动力。2. 当事人对诉前调解程序的不可拒绝性。如果案件纠纷符合立法规定的诉前调解条件的，作为当事人对诉前调解工作即必须配合，而不得以法外之理由，排斥诉前调解程序。实践中，在过去没有强制正当性作为基础的情况下，法院在启动诉前

调解程序前，往往会征求当事人的意愿，而当事人出于对诉前调解的抵制排斥及不信任心理，往往拒绝接受诉前调解程序，导致诉前调解程序无法启动，难以发挥纠纷化解作用。司法实践中的这种做法根源在于我们混淆了当事人意思自治的意义内涵，其实司法程序的公权性质，显然不能被当事人意思自治所涵盖，在程序运作上过多强调当事人意思选择性，必将对司法程序顺畅运作构成大的妨害。当然考虑到我们作为成文法国家的特征，群众对立法作为法律效力渊源的思维习惯，对诉前调解程序启动的强制力应在立法中予以明确。

3. 当事人对诉前调解实体内容的自主性。当事人对诉前调解程序的启动没有拒绝之权力，但诉前调解的实体内容作为私权范围，应允许当事人自主选择，即对调解协议的内容应允许和尊重当事人的自主设定。

4. 当事人对诉前调解结果的遵守性。当事人对自己主动意志选择下达成诉前调解协议，应受其约束，主动履行诉前调解协议中的约定，作为法院也应用强制执行力为诉前调解协议效力提供保障。然而实践中，囿于无法律根据，有的法院要求诉前调解协议必须经过公证以此来赋予诉前调解的强制执行力；有的要求诉前调解当事人明示同意赋予诉前调解协议法院强制执行力；有的则通过法院司法确认程序对诉前调解协议进行背书赋予强制执行力；有的则通过参照民事调解书格式制作诉前调解书直接赋予强制执行力，这些探索在维护当事人权益和诉前调解工作权威无疑有着积极意义，但又因要么程序繁冗，要么效力不稳定，要么缺少法律根据，使得这些做法尚值商榷。当然，最为稳妥的应为通过立法直接赋予诉前调解协议强制执行力。

四、拨云见日：诉前调解的未来走向

（一）诉前调解法律规范化运行

1. 强制诉前调解入法

现阶段对于诉前调解的法律规定都散落在各文件中，并没有相对集中的法律规定，且对于诉前调解的强制性在法律中同样没有规定。而很多纠纷的诉前调解之所以被当事人难以接受且法官对于纠纷的调解热情不高，正是因为其在遵循当事人自愿原则的前提下展开的。为深入贯彻落实习近平总书记关于“坚持把非诉纠纷解决机制挺在前面，从源头上减少诉讼增量”的指示精神，各基层法院已然把调解的基本原则自愿原则变相化处理，采取各种方式强迫当事人调解已然成为常态。强制性的诉前调解并不是要对当事人的诉权进行妨碍，而是将当事人诉前调解不成功作为进入诉讼程序的要件。

德国作为坚持“为权利而奋斗”的国家，其ADR仍然在法律中体现了强制性，而我国作为学习传统文化，以“和”为贵的国家，强制性的诉前调解更会符合我国的国情，德国在条文中对于强制性的ADR表现为强制性启动、强制性参与、强制性保全等。我国《宪法》虽然对于诉权没有明文规定，但是自立案审查制改革为立案登记制后，



裁判请求权已然被大众认为这是公民基本权利的重要组成部分，但是裁判请求权存在的意义在于司法机关审判行为可以便捷高效准确地解决当事人之间的纠纷，但对很多纠纷而言，审判不是最佳解决方式而是最后一道防线。因此，强制性调解入法并不会对当事人裁判请求权造成妨害，而是对于审判行为的有益补充。^①

2. 完善法官业绩考核体系

法官对于案件不愿进行诉前调解是因为案件和解后撤诉不再立为民初号，这对于考核绩效是有影响的。所以为提高法官调解热情，提升诉前调解率，要对法官业绩考核体系进行重新设计。例如将调解撤诉率、调解成功率作为结案效果指标之一，对于案件调解率高尤其是能够在诉前调解成功群体纠纷，使多案化一的、社会效果特别好的法官进行嘉奖。不再单纯将进入所能够的案件记为结案数，对于那些调解成功和解撤诉不再要求出具法律文书的案件同样计入结案数等等。

由于调解具有快速高效的特点，对案件应当进行严格的审查标准，严防假离婚、假抵债、假清偿等情况的出现，一方面在引导法官积极调解案件，提高诉前调解率的同时，另一方面对案件进行审查，以防案件分流至外部调解组织达成协议后又发现虚假诉讼，引发上访情况。

（二）明确角色、程序定位

1. 明确角色，避免混同

现阶段，离婚纠纷调解主要经历了从最初的以调解为主到“调解优先、调审结合”的发展过程。“调审结合”的模式虽然能够便于运用诉讼中的一切机会促成调解，而获得与判决相同或者相近似的处理结果。^②但由于两者是两种截然不同的纠纷处理方式，揉合在同一程序中，经常会产生不可调和的分歧，在实践中也往往是顾此失彼，难以两全。采取调判分离的方式，诉前调解阶段的法官对于案件只进行调解，并保留相关材料，只有疑难纠纷案件才进入诉讼程序，并把诉前调解阶段材料进行转接，这样对于该类案件的审理效率会更高，也能提升诉前调解的调解成功率。

除此之外，在诉前阶段为了避免诉调对接不当所造成的资源浪费，必须明确审判员、调解员、法官助理的角色定位，并加强三者之间的协作意识。调解员在追求调解速度的同时要对案件进行预判性，将调解的信息和成果记录在案，形成较为规范的调解报告交予承办法官。承办法官作为诉前调解案件的最后一道防线，应当审查调解报告，对案件进行更为细致的研究，对当事人作有别于调解员的调查与询问，对于在调解报告中已经形成的相关信息无需重复询问和调查，对调解报告存在相关遗漏点的也可以派法官助理与法院特邀调解员或司法机构以外的人民调解员相联系，了解并获悉真实的案件情况。一份调解报告既可以明晰法官、法官助理、调解员之间的角色定位，

① 参见刘加良：《非诉调解前置主义的反思与走向》，载《政法论丛》2020年第5期。

② 参见张博：《法院诉前调解：既判力维度下的法理涵摄》，载《前沿》2018年第3期。

也可以使案件进入一个连贯的处理过程,并进入具有层次感的调解步骤,以此来提高案件调解效率的同时提高案件诉前调解率。

2. 理清程序, 诉调对接

在学术中,诉讼模式可以分为“职权主义”的诉讼模式和“当事人主义”的诉讼模式。而诉讼与调解产生混同就相当于当事人职权的探索与法官居中审判之间的矛盾。鉴于“调审结合”在处理纠纷中所产生的问题,我们应试图寻找“调审分离”之路,引入更加多元的社会力量去解决纠纷,只有把纠纷进行分流,做到小矛盾不出社区,内部解决,才能真正实现以和为贵的工作效果。调解是诉讼的代替性解决纠纷的机制,应当被赋予更高的价值。调解应为解决纠纷的前端环节,诉讼才能作为最后一道防线而存在。一方面要引导当事人选择调解,不光是要进入法院的司法调解,更应该注重委派调解及人民调解;另一方面,要加强诉调对接,对于调解不成的案件及时进入诉讼阶段,不得增加当事人诉累,故意延长审限使案件久立不结。以家事纠纷为例,最高法院在推行家事审判时曾提出解决解释纠纷应该需要联合社会力量,其就已经包含“调审分离”的含义。最高法院在《关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见》中更是明确表明对家事纠纷机进行审判之前,原则上应该对纠纷进行委派调解或委托调解形式的诉前调解,将调解优先的原则贯穿始终。所以,综上,对于加强诉源治理,降低诉讼增量来说,“调审分离,诉调对接”是必不可少的。

(三) 推行委派调解, 加强司法确认

案件数量增多,案件与员额法官之间的反比例大,怎样由“案等人”转换为“人等案”已然成为解决诉讼增量的首要面对问题。在未来的制度设计中,应当设立一种以法院为中心,附设多种调解机构的内外结合的工作机制。在该机制下,附设机构的行为应在法律规制下进行,以法院为中心,形成互相匹配衔接的化解纠纷的整体机制,从而有效化解纠纷。其实,在前文中根据数据分析可得,离婚纠纷在诉前调解不成功到诉中阶段又以调解成功结案正是因为进入诉讼之前,没有相应的附设机构进行调解,而直接由法院家事法官进行调解,造成一人对应多案现象,受到审限的限制,导致诉前调解成功率低,影响到纠纷化解效果。

在构建上述内外结合的调解纠纷工作机制,对外部机制附设上应注意以下两点:

1. 有偿诉前委派调解机制

委派调解应该是一种在法律的影响下的“准法律行为”。当事人在有偿委派调解机构中调解完成后,可以到法院来申请司法确认,确认协议有效。与此同时,有偿的委派调解还应是一种专业化的调解,这就要求委派调解的组成人员必须具有一定的专业水平,可以是退休的老法官,可以是政协委员,还可以是其他专业人士。各基层法院应加强与社区街道基层管理组织相联系,进行网格化管理,在每个单位、社区、街道、乡镇选聘特邀调解员,并上报到法院,负责日常普法工作以及纠纷的前置调解处理。



优化司法确认程序是对案件进行繁简分流的重要改革内容之一,2020年1月,最高人民法院出台的《民事诉讼程序繁简分流改革试点实施办法》第3条,除人民调解协议外,未经法院在特邀调解名册中委派的调解组织或调解员主持达成调解协议,不能向法院申请司法确认。反之,对于在法院特邀调解员名册中列明的特邀调解员或组织纠纷进行调解,双方达成调解协议后可以向法院申请司法确认,确认协议有效。前文中对于诉权有所概述,诉权现在已被普遍认为是一种基本权利,对基本权利进行限制,应在《民事诉讼法》中标明,将对于属于诉前调解范围的纠纷案件,在立案之前应当进行委派调解,调解成功的可以对案件进行司法确认。

2. 专业诉前律师调解制度

律师调解制度应该被理解为律师主持调解而不应该被理解为律师受托调解亦或是律师参与调解。^①主持调解意味着律师应当具有中立性,不偏袒任何一方当事人,公平地为双方达成调解协议。在美国ADR中,对律师担任调解的身份限制极为严格,这是我们可以借鉴的,诉讼委托律师作为任何一方的代理人都是无法保持中立的状态,会损害一方当事人的正当利益,因此,律师调解制度中的律师必须是第三人,而非诉讼委托律师。

当前,律师调解制度对于当事人来说几乎是难以接受的,一是当事人对于“判决”的执着;二是律师调解制度缺乏与法院的对接,缺乏相应的规范配套措施,针对符合律师调解资质、依法成立的律师调解服务所或者调解中心可以作为第三方中立调解的,各法院应当将符合条件的律师纳入律师调解名单,与司法确认程序和立案审判执行程序相对接,杜绝法律效力产生问题,落实多元解纷要求,真正将律师调解制度运用实施,让律师调解成为多元解纷的攻坚力量。

结 语

习总书记强调:“一纸判决或许能给当事人正义,但如果不能解开当事人的心结,案件也就不能真正了结。”诚然,“一纸判决”虽可以暂时化解矛盾纠纷,但却不能从根本上修复破损的亲情和人际关系,无法最终实现案结事了,彻底化解矛盾纠纷。诉前调解机制为纠纷的解决提供了一条更人性化的道路,避免当事人在法庭上“针锋相对”“六亲不认”。当然,诉前调解机制作为新生事物,还需要不断健全完善工作机制,创新调解方法,真正避免纠纷在诉前调解不成,而到诉中调解阶段却调解成功的尴尬,真正把非诉机制挺在前面的指示精神贯彻落实到具体的司法实践中。

(责任编辑:郝晓越)

^① 参见涂啸:《多元纠纷解决机制下的律师调解模式进路探析》,载《边缘法学论坛》2017年第3期。