

■ 专家论坛

家事审判改革研究 /孟祥刚 1

■ 专题策划：行政审判实务疑难问题研究

“信访型”行政滥诉案件频发的经济分析与规制
——基于边际效用理论的视角 /洪筱琳 方 燕 14

行政协议效力审查规则探究 /周 明 24

民事判决对行政案件的既判力问题探析
——防止民行交叉案件裁判冲突的司法路径 /赵 龙 36

■ “审判理论与实践”专栏

建设工程合同中背靠背条款的适用及其规制 /张永亮 43

■ 理论争鸣

督促程序的适用异化及其复归 /张海燕 张思聪 53

诉的理解与案件事实的认定
——合并审理与另案处理的价值考量 /吴智永 63

协同性嵌入视角下刑事速裁诉讼主体关系重塑 /叶伶俐 79

域外法官员额制度的实证分析 /屈向东 90

■ 实务求真

婚姻登记案件原告资格判定与审查标准

——从保护规范理论视角

/朱晓宇 102

精简之外：人民法院内设机构效能优化之路

——从内设机构合理的管理幅度切入

/赵文艳 齐姗姗 114

偏离与回归：审判中心视野下法院内设机构的职权整合

——以内部权力的三元划分为基础

/洪泉寿 126

专业法官会议运行机制构建再思考

——基于审委会、审联会、专业法官会“三会”比较的视角

/杜豫苏 高伟 何育凯 139

■ 调查研究

贩卖毒品罪类案证明标准研究

/山东省高级人民法院刑一庭课题组 149

故意杀人罪类案证明标准研究

/山东省高级人民法院刑四庭课题组 161

山东省环境噪声污染防治对策研究

/山东法官培训学院课题组 174

■ 案例评析

湖南某娱乐公司诉上海某科技公司著作权权属、侵权纠纷案

/刘雅静 189

《山东法官培训学院学报》2018年总目录

/194

家事审判改革研究

孟祥刚*

内容摘要 自最高法院开展家事审判改革试点以来，各地法院在非诉化、人性化、专业化、联动化等方面进行积极探索改革创新，取得了较好的成效。在新形势下，基于种种原因，改革仍然面临着困境与挑战。家事审判改革应进一步转变家事审判理念和审理方式，从事后救济走向源头预防，借力社会力量参与诉讼，强化联动治理，发挥多元纠纷化解机制作用，创新新时期“枫桥经验”，为家庭幸福、社会和谐做出应有贡献。

关键词 家事审判 改革 审判方式 多元联动

中图分类号: DF72 **文献标识码**: A **文章编号**: 1674-3156 (2018) 06-001-013

人民法院每年受理大量家事纠纷案件，数量总体呈增长趋势，案件类型和案情日益多样化、复杂化。家事案件与普通民事案件相比，具有伦理性、人身性、感情性等特性，原有的审理模式不能适应家事司法新需求、新变化。2016年2月，最高人民法院部署推进家事审判方式和工作机制改革，各地法院积极推进改革试点，取得明显成效。本文试图在系统回顾总结家事审判改革背景和试点经验的基础上，深入分析改革面临的困难和问题，提出进一步深化家事审判改革的对策建议。

一、大势：家事审判改革的双重驱动力

家事审判改革的必要性和紧迫性，主要来自民众日益增长的家事司法需求与原有家事审判方式和工作机制不相适应的矛盾。

(一) 司法需求增长：婚姻家庭关系“契约自由式”嬗变及其负面社会效应

中国传统文化高度重视“家”的概念，“是个绵续性的事业社群”，^①从士人“修身齐家治国平天下”的人生追求，到普通人“三纲五常”的伦理观念，无不将婚姻家庭

*孟祥刚，山东省德州市中级人民法院院长，二级高级法官，第二届全国审判业务专家。

基本项目：2017年山东省社科规划项目·审判研究专项“家事审判改革问题研究”（项目批准号：17CSPJ20）。

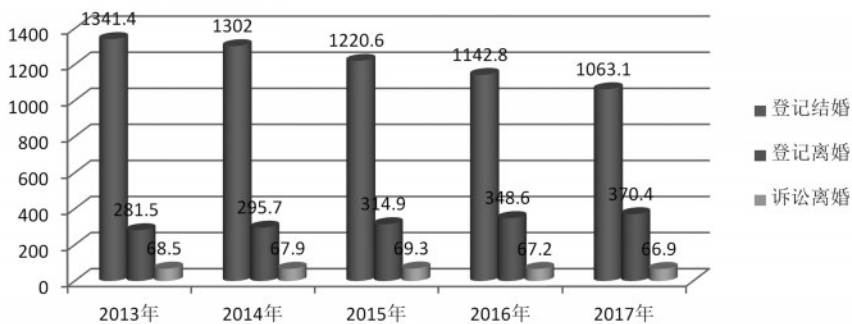
① 费孝通：《乡土中国》，北京大学出版社1998年，第41页。



关系放到社会道德规范的核心位置，数千年一以贯之。近代以来，以儒家为代表的传统文化受到西方文化的强烈冲击，中国进入“三千年未见之变局”。新中国制定的第一部法律《婚姻法》即充分体现了男女平等、婚姻自主等观念。改革开放以来，社会和个人财富的快速积累使捆绑婚姻的财产桎梏逐步松开，以家族和家庭为单位的社会结构进一步淡化，权利平等和婚姻自由观念更加深入人心，婚姻家庭“契约化”倾向明显，“一言不合”就离婚、“闪婚闪离”成为普遍社会现象。据报道，我国离婚率已经连续十五年攀升。^②

全国结婚、离婚数量

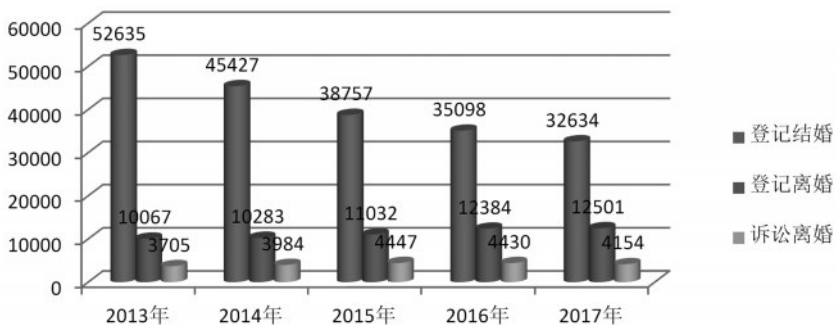
单位：万对



近五年的数据显示，2013年以来，登记结婚数呈现逐年下降趋势，而离婚数量却稳中有升，2017年登记结婚数为1063.1万对，依法办理离婚手续的共有437万对，^③当年离婚与结婚比达到41.1%。这种趋势在德州市范围内更加明显，当年离婚与结婚比从2013年的26.2%上升到2017年的51%。这意味着不稳定、不和谐、走向解体的婚姻家庭占比逐步提高，和谐稳定家庭的比重逐步降低。

德州市结婚、离婚数量

单位：对



^② 参见《年轻人晚婚了，离婚率连续十五年上涨》，载《人民日报》微博2018年8月16日。

^③ 数据来源于民政部印发的《2013年社会服务发展统计公报》《2014年社会服务发展统计公报》《2015年社会服务发展统计公报》《2016年社会服务发展统计公报》《2017年社会服务发展统计公报》。

婚姻关系是家庭关系的核心，婚姻关系的“契约自由式”嬗变，直接影响着个人的生活质量和家庭的和谐稳定，同时引发单亲家庭、问题少年、孤寡老人、暴力恶性犯罪等一系列社会问题。人民法院受理的大量财产纠纷、侵权纠纷、刑事案件是直接或间接由婚姻家庭问题引发的。当离婚成为普遍社会现象，婚姻家庭问题成为大量社会问题的诱因，意味着我们需要认真吸取传统文化中家庭建设的精髓要义，在婚姻自由与家庭和谐稳定两种价值追求中找到平衡点。当人民群众解决家事纠纷的司法需求不断增长，解决家事纠纷成为社会建设和社会治理的重要内容，人民法院应当积极回应并有所作为。

（二）司法供给不足：传统家事案件“外科手术式”审理模式检讨

长期以来，法院将家事案件作为一般民事案件审理，忽视家事纠纷的伦理性人身性特点、家庭关系和感情修复及未成年人和老年人的权益保护，缺少综合性、根本性、联动性、系统性解决家事纠纷的理念和机制，表现为“外科手术式”审理模式。

一是庭审方式以诉辩为主，主要依赖当事人举证。传统家事审判采取的是“当事人主义”的“对抗式”模式，法官对当事人感情、子女抚养、婚姻财产等状况的判断，绝大部分依赖庭前调查，判断的准确性、客观性和恰当性很难保证。然而，家事诉讼特别是离婚诉讼是一种复合之诉，法官更重要的任务是从根本上化解家庭矛盾，对当事人的财产、人身、身份、情感权益进行全面保护。“对抗式”审理方式常常造成诉讼中的二次伤害，加大矛盾化解的难度。

二是过分注重财产分割，忽视案件情感属性。在传统的离婚案件审理中，只要双方当事人均表示愿意离婚，即直接进入财产分割和子女抚养权问题中。财产分割互不相让，矛盾往往迅速升级，转化为一场硝烟弥漫的利益争夺战，使法官在调解和好、挽救双方婚姻方面所做工作的范围受到局限。

三是过分偏重婚姻矛盾调处，对子女权益保护不足。未成年子女并非离婚诉讼的主体，但往往成为夫妻离婚的最大受害者。很多当事人忽视子女的在离婚后的健康成长的问题，法院在保护婚姻自主的导向下，对如何处理对孩子最为有利的问题，难以深入调查和了解，孩子的合法权益往往得不到充分保护。

四是无专门的调解组织，无固定的调解机制。《婚姻法》规定，人民法院审理离婚案件，应当进行调解。数据显示，各地法院一审家事案件特别是离婚案件的调解撤诉都保持在较高的水平。^④但是，传统的调解仅仅局限于主审法官的诉中调解，调解组织和程序等均没有与普通民事案件加以区分，且与妇联、民政、司法行政等部门缺乏必要的联动，调解理念仅限于“息诉”而忽视了“修复”，大多数离婚案件以“调离”结

^④ 参见最高人民法院民一庭第二合议庭：《关于2012~2014年离婚案件相关情况的调查分析报告》，载《民事审判指导与参考》2015年第4辑（总第64辑）。



案。

五是案结事了落实不够,判后跟踪被忽视。家事案件裁判结果送达后即视为结案,对于结案后特别是调解和好、撤回起诉、判决不准离婚、维持收养关系的案件,法官一般没有精力继续关注。而对于子女抚养、探望权的行使等问题,也未能建立起常规的后续关注模式,法院在家事纠纷的实质性化解上,并未充分发挥应有的作用。

由于存在以上种种问题,原有的家事审判模式显然不能适应日益海量化、多样化、复杂化的家事司法和社会治理需求,家事审判方式和工作机制亟待反思重构。

二、镜鉴:域外家事审判改革的对比考证

通过对英美法系、大陆法系主要国家和地区的家事审判改革历程、立法模式、审判机构、工作机制等分析研究,能够把握家事司法的基本规律和发展方向,对我国的家事审判改革提供参考借鉴。

(一) 家事诉讼立法的专门化

英国早在1857年就制定有《婚姻诉讼法》(Matrimonial Causes Act 1857),创设了离婚和婚姻诉讼法院(Court for Divorce and Matrimonial Causes)。1984年,将《婚姻诉讼法》修订为《婚姻和家事诉讼法》(Matrimonial and Family Proceedings Act 1984)。2003年《法院法》(Courts Act 2003)〔16〕第75-81条还专门规定了“家事程序规则及操作指南”。澳大利亚1975年制定了《家庭法》,其后多次修订,特别是《2006年家庭法修正(共同承担抚养责任)法》增加了“FDR新机制”,更加注重对家事纠纷的非诉讼多元化解决。^⑤德国1896年《民法典》第一次统一了德国家庭法,在第四编规定了婚姻、亲属、监护三个章节的内容。2008年《德国家事事件及非讼事件程序法》规定,从2009年9月起家庭事件不再由民事诉讼法调整。^⑥二战后日本改革家事审判制度,1947年制定《家事审判法》。2011年修正为《家事事件程序法》,被认为是日本推进非讼程序现代化的重要一步。2012年我国台湾公布施行“家事事件法”。纵观域外家事立法发展史,家事纠纷单独立法是主要法治国家和地区的通行做法。

(二) 家事审判机构和组织的专业化

从二十世纪六十年代开始,世界各国逐渐开始关注家事审判改革的必要性。美国最早成立家事审判专门机构,迄今有12个州成立了专门的家事法院。此外地方治安法院也对部分家事案件享有初审管辖权,其他各州普遍成立了家事法庭。1980年起,美国律师协会(American Bar Association)开始倡导“单一家事法院”的做法。20世纪

^⑤ 陈苇、曹贤信:《澳大利亚家事纠纷解决机制的新发展及其启示》,载《河北法学》2011年第8期。

^⑥ 参见〔德〕迪特尔·施瓦布:《德国家庭法》,王葆蔚译,法律出版社2010年版,第1页、第4页。

末，英国构建起由治安法院的家事诉讼法庭、郡法院及高等法院家事法庭共同管辖家事纠纷初审案件的家事审判体制，2014年设立了统一的家事法院。澳大利亚《家庭法》规定联邦设立家事法院，各州可以设立自己的家事法院，强调家事法官的适合性。日本于1949年成立家庭裁判所，全国共50个，并根据需要设立支部，其公职人员包括法官、书记官、调查官等。此外，还设立了医务室、家庭科学调查室、家庭裁判所委员会、参与员及调解委员等辅助机构。台湾自2002年开始在法院内增设少年及家事法庭，于2010年完成《少年及家事法院组织法》立法，于2012年成立第一个专业家事法院——高雄少年及家事法院，并对其家事法官的专业性提出了更高的要求。

（三）家事审判理念和程序的非讼化

各国在审理模式上都逐步经历了由对抗式向纠问式转变的过程。在英国，1996年《家庭法》规定了无过失主义的离婚审查原则，同时增加了冷静期，规定夫妻双方必须参加信息会议等特殊规定。美国俄勒冈州2013年制定了建构“非正式化家事审理程序”的补充规定，在程序上更为简易，强调由法官直接发问，对证据规则适当放宽，当事人可以充分陈述案情，对律师的职权进行相应限制。新西兰从1981年开始建立家事法院系统，创新实行治疗型审理模式，当事人可以在法定时间和范围内任意协商、调解程序由法院主导以及必要时进行言辞辩论等，后又研究推动“早期介入程序”，避免对家事纠纷处理的延误。德国的《德国家事事件及非讼事件程序法》当事人主义不再占据主导地位，而赋予法官较大的依职权调查的权力。日本司法界认为，家事纠纷中必须把促成当事人之间恢复感情、消除对立、实现和解作为纠纷解决的根本目标和价值取向。^⑦澳大利亚《家庭法》认为传统的对抗式审理模式不适合处理家事案件，主流观念认为经由调解达成的纠纷处理方案更能符合当事人的需求。所有上述国家和地区都将“未成年人利益最大化”作为家事纠纷处理的核心价值追求。

（四）家事纠纷解决的多元化

英国法院在处理家事纠纷时，与社会支持系统配合，成立儿童及家事法院咨询服务机构（Cafcass），参与或组织家事纠纷调解和调查。在法院处理分居或者离婚，以及安排孩子居所及生活照顾时，通常会有社工人员、诉讼监护人、法院福利官、法院指定的诉讼代理人、教师、警察、家庭医生、心理学家、精神病医师、小儿科医生等主动介入并提供意见。^⑧美国家事法庭适用抚养协调机制，解决离婚纠纷时，由专家对当事人进行与子女需求相关的教育，以制定并协助当事人执行子女抚养计划。^⑨澳大利亚

^⑦ 张晓茹：《日本家事法院及其对我国的启示》，司法部2006年国家法治与法学理论研究课题“家事裁判制度研究”。

^⑧ 陈爱武：《家事法院制度研究》，北京大学出版社2010年版，第47页。

^⑨ 杨小利：《美国家事法庭解决抚养纠纷的新机制》，载《中国应用法学》2017年第5期。



构建了较为完善的家事服务网络，包括家庭辅助处（Family Assistance Office）、儿童支持署（Child Support Agency）、社区法律中心、家庭暴力危机专线、“家庭关系中心”、法律援助委员会（Legal Aid Commissions）、澳大利亚关系协会（Relationships Australia）、律师事务所和律师协会等，更加注重非诉多元化解决途径。新西兰“早期介入程序”设置20到24周的前置调解程序，在案件受理之初评估区分紧急案件和一般案件。台湾家事调解以法院为主持机构，由法官选任调解委员会先行调解，并邀请心理、社工等专业人员参与调解。多数国家在家事纠纷的处理上，都采纳了调解前置主义。

三、探索：家事审判改革试点的主要经验

最高法院开展家事审判方式和工作机制改革试点工作以来，各地法院结合自身优势和工作实际，积极探索创新，家事审判改革呈现出千帆并进、百花争艳的良好局面，在以下几个方面取得显著成效。

（一）发挥制度优势，搭建多元化联动化解纷格局

党的领导是最大的政治优势，各地法院将家事审判工作定位为“五位一体”总体布局特别是社会建设和文化建设的组成部分，主动争取党委领导、政府支持，纳入地方社会综合治理的重点工程，最大限度整合社会各方面合力。最高法院在2017年7月建立由15个部门参与的“家事审判方式和工作机制改革联席会议制度”，为全国各级法院起到重要的表率 and 示范作用。德州武城法院在改革试点伊始，就主动向县委汇报，成立由县委副书记任组长，政法委书记、宣传部长为副组长，法院及司法局、民政局、妇联等24个职能部门负责人为成员的领导小组，财政拨付专项经费。德州中院在全国首家由市委出台《关于推进人民法院家事审判改革试点工作的意见》，市人大常委会出台《决议》，打造了多元化解家事纠纷“德州模式”。在具体的协同联动中，各地法院特别是基层法院积极与当地综治办、民政、公安、妇联、社区服务等部门创建形式多样的合作方式。如云南省昆明市官渡区人民法院依托“一庭三所一处”（即关上人民法庭一辖区派出所、司法所、法律服务所、公证处），构建家事案件多元化纠纷化解平台。^⑩海南省屯昌县人民法院与县司法局、民政局（老龄办）、村委会、人民调解组织建立老年人维权联动机制，探索赡养协议司法确认制度。^⑪德州武城法院首创“法院驻民政局家事指导中心”，对办理结婚的双方给予家庭行为规范和传统家和理念辅导，对办理离婚的双方运用专业知识予以调解，运行一年多来，调解和好509对，和好率达

^⑩ 参见《为社会建设奠基，为幸福生活护航》，载《人民法院报》2018年7月20日。

^⑪ 前引^⑩。

到36.5%。德州宁津法院联合民政、妇联、司法、教育等七部门，建成县“家事综合服务中心”，集中提供婚姻家庭服务，联动化解家事纠纷，同时在乡镇村从事妇联工作的人员中公开选聘了149名家事调解员，上门服务群众，中心成立后受理离婚案件372件，调解和好217件，和好率58.33%。

（二）挖掘各方资源，打造专业化专门化司法力量

“家事审判是一门专业性很强而且跨学科领域的工作。家事审判专业化的保障，根本在于打造专业化的审判团队。”^⑫各地法院在改革试点中，积极推进家事审判队伍正规化、专业化、职业化建设，设置专门家事审判庭或家事审判团队，配备了较为专业的司法辅助人员。德州中院组建“3+2+2”模式的家事审判团队，集中审理二审家事案件，负责向下业务指导和理论调研。德州武城法院成立独立编制的家事审判庭，按照“1+1+1+n”模式组建家事审判团队，即一审一助一书加多名辅助人员，由家事审判经验丰富、业务素质优、沟通能力强的资深法官担任团队负责人，同时组建了家事调解员、家事调查员、家事回访员、心理测试员、心理咨询师、情绪平复员、少年观护员“七员”辅助团队，以政府购买服务的形式支付其报酬。贵州省三都水族自治县人民法院聘请了10名法院退休干部和5名有调解经验的社区调解员成立家事调解委员会，并聘请3名心理情感疏导员和24名家事调查员共同参与家事案件的处理。^⑬福建泉州鲤城区法院构建“大家事”审判格局，在建好专业审判团队的同时，从司法局、关工委、学校、社区聘请16名家事调解员，聘任2名心理咨询师担任家事陪审员，用专业优势提高家事纠纷化解率。^⑭

（三）转变司法理念，构建人性化温情化审判模式

针对家事案件的人身性、敏感性和复杂性，在审判场所、诉讼程序、审判方式和配套制度进行针对性改造，将人性化理念贯穿到具体司法过程。

一是改造家事审判场所设置。各地法院将传统的“法台式”法庭改造为“圆桌式”、“客厅式”法庭，变原有的原被告席签为“男方、女方”或“丈夫、妻子”，营造平等交流的家庭氛围。同时建成家事调解室、家事交流室、心理咨询室、亲子观察室等专门场所，配备必要的专门设施，充分体现家事审判的人文关怀和司法温情。

二是贯彻家事审判基本原则。（1）调解优先原则。充分发挥多元化解家事纠纷平

^⑫ 江必新：《以习近平新时代中国特色社会主义思想为指引，推进新时代家事审判方式和工作机制改革向纵深发展——在全国部分法院家事审判方式和工作机制改革试点工作座谈会上的讲话》，2018年5月24日。

^⑬ 参见《黔南州法院探索家事审判“12345”新模式》，载《法制日报》2018年8月8日。

^⑭ 参见《让亲情在这里延续——泉州鲤城区法院家事审判工作见闻》，载《人民法院报》2017年2月20日。



台和辅助团队作用，将调解贯穿于家事纠纷处理的全过程。(2) 未成年人利益最大化原则。如对涉及未成年人抚养的案件全面调查，必要时引入心理疏导和测评；夫妻双方都不愿抚养孩子的，一般不准离婚；对判决离婚未成年子女纳入心理辅导和长期回访范围。(3) 不公开审理原则。保护当事人隐私、家庭人伦、未成年人权益，除赡养案件外，均以不公开审理为原则、公开审理为例外。(4) 当事人亲自到庭原则。针对家事案件的敏感性、复杂性和不可替代性，充分调查了解当事人的矛盾焦点、感情状况、本人意愿等。

三是建立温情式家事审判方式。各地法院打破原有单一的对抗式审理方式，加大法官职权探知力度，对当事人处分权予以适当干预。如德州武城法院采用修复、诉辩与追问相结合的庭审方式，当庭播放结婚生子影像、列举对方优点、引入情绪平复员，引导当事人回忆美好生活，使庭审成为修复感情、弥合亲情的过程。^⑮德州宁津法院增加感情修复庭审程序，“以情为主线、以和为主题”，灵活采取播放舒缓音乐、观看宣教短片、填写情感调查表、播放生活影像、“心园”调解等多种方法，抓住当事人心理感动点，打开当事人心结。浙江省丽水市青田县人民法院借鉴国外“陪审团”制度并糅合“老娘舅”调解模式，由专家型和民意型两类人员全程参与调解，调撤大量家事案件。安徽省马鞍山市雨山区人民法院家事审判庭运用“房树人”心理测试方法调解和好多起离婚案件。^⑯多家法院探索家事案件“温情式”判决，在判决书中以“法官寄语”等形式融合情理法理，引导当事人爱护家庭、珍惜亲情。

四是建立健全家事审判基本制度和机制。(1) 家事调查制度。家事调查员根据法官的指派，对当事人的性格特点、婚姻状况、矛盾焦点、子女抚养、亲属关系、成长经历等特定事项进行调查，以探明矛盾的真正根源，提高法官判断的客观性和准确性，有针对性地化解纠纷。(2) 家事回访制度。对设置婚姻冷静期的案件、判决不准离婚的案件、涉及父母子女关系修复的赡养案件、家庭暴力案件、未成年人矫正的案件等，定期进行回访。(3) 心理疏导机制。对庭审中情绪激动的当事人、造成心理创伤的未成年子女等，适时进行心理咨询和心理辅导，也为法官处理家事纠纷提供合理化建议。(4) 冷静期制度。对于双方争执较大、一方不愿意离婚或有特殊情况（子女中考、高考等），经双方当事人同意，设置不超过6个月冷静期。在冷静期内，制定“修复感情、挽救婚姻计划书”，经法官审核后积极履行。(5) 财产申报制度。在涉及离婚析产

^⑮ 武城法院在家事案件庭审中，主审法官注重把握庭审节奏，控制当事人的情绪，根据庭审情况依职权向当事人展开“修复性询问”，例如“请列出对方的主要优点”、“请回忆对方曾经做过的让你最感动的一件事”、“请观看结婚录像和全家福相册”等等，对于平复当事人的情绪、修复感情，帮助当事人冷静选择，发挥了重要作用。

^⑯ 前引⑩

的案件中，要求当事人如实填写《财产申报表》，如果有填报不实的情况，在分割夫妻共同财产时依法对其少分或不分，情节严重的可以采取罚款、拘留等强制措施。(6) 人身安全保护制度。法院与公安、妇联、关工委形成了预防和制止家暴的协调工作机制，为当事人提供人身安全保护。(7) 离婚生效证明书制度。对判决或调解离婚的当事人，制作送达离婚生效证明书，既能反映法院审理结果，又能避免隐私泄露造成二次伤害。

(四) 注重职能延伸，构建全方位立体化辅助平台

各地法院将家事审判与弘扬社会主义核心价值观相结合，通过多种平台和形式开展家事普法宣传教育，引导正确婚姻家庭观。德州两级法院均利用微信公众号开设家事“微课堂”，以案说法传播家和理念。武城、宁津法院均设立少年家事法治教育基地，已接待学生及家长9000余人。武城法院开设“家事纠纷调处专业课堂”“和谐家庭指导课堂”“家事法官说家事社会课堂”三大课堂；禹城法院开展“法佑家安”系列宣讲活动；广东中山第一人民法院推行“离前一课”；安徽省马鞍山市雨山区人民法院以“家宁国安”为主题，打造百米家风家训文化长廊，均收到显著效果。

四、挑战：深化家事审判改革的制约因素

(一) 离婚自由的观念性误导

婚姻自由作为长期倡导的社会价值观早已在社会公众思想观念中根深蒂固，现实中人们面对婚姻家庭矛盾时，却往往对此有只顾一点不及其余的片面理解，导致离婚的任性化、随意化。除此之外，近年来还有几个现实因素加重了离婚自由的滥用：一是经济发展导致社会成员流动性增强，夫妻同居共财的紧密性削弱，面对“外面的世界”种种诱惑，往往“合则聚、不合则散”。二是计划生育实施后出生的一代，大多作为家庭中的“小皇帝”成长起来，物质生活相对优越，以自我为中心，与配偶共同生活时包容性差，面对婚姻家庭矛盾纠纷经常极端化处理。三是女性权利意识不断增强，在适婚群体性别比例的不平衡现实下，越来越多的女性对婚姻状况不满意时果断离婚另择夫婿。特别是在广大农村，婚姻缔结已经明显成为“女方市场”，一方面民间彩礼不断抬高，另一方面女方婚后短期就离婚再嫁屡见不鲜。四是离婚的直接成本过低，协议离婚手续简便，诉讼离婚稍费周折却有二次起诉即判离的预期。在离婚自由已成为社会普遍认可又存在多重被滥用的诱因的形势下，家事审判改革倡导的种种理念和做法，往往被误解为“法院不让离婚”或“侵犯人权”。^①社会观念具有巨大

^① 改革之初，某基层法院审理离婚案件时，曾被当事人投诉到“市长热线”，说法院不让离婚违法。



的惯性，家和理念与婚姻自由不断在个案中产生直接碰撞，家事审判改革任重而道远。

（二）制度创新的适应性争议

家事审判改革试点过程中，由于法院一些尝试性创新性做法很“前卫”，成为网络热议话题。如离婚冷静期的设置，部分学者、律师认为，因法官案件太多，该制度只会流于形式，成为法官拖延诉讼的一种借口；^⑮给一方当事人转移、隐匿、变卖共同财产提供时间和机会；《民事诉讼法》第124条第（七）项规定客观上已经起到了冷静期的作用；^⑯冷静期无法律依据也无现实必要。^⑰支持者认为，既要保障离婚自由，同时又要反对轻率离婚，这是当代我国婚姻法的基本精神，^⑱离婚冷静期有利于缓和夫妻矛盾，给不同意离婚的一方一次挽救婚姻的机会，最大限度保护未成年人的合法权益。再如离婚感情测试问题，实践中很多法院采取了“离婚考卷”、感情测评表等类似的感情测试方法，社会各界评价不一，认为感情测试结果的可靠性，既要求试题设计科学合理，又要求当事人的积极配合，需要慎重处理。又如法院是否超越职权的问题，对诉前调解、心理测试和辅导、家事调查、案后回访等做法，有的因不是诉讼程序、有的因职权色彩太浓，产生了法院是否超越职权、越俎代庖的争议。这些争议，提醒我们任何制度创新都需要在实践中接受检验并不断完善，也反映了家事审判改革并未被社会公众普遍理解和接受。

（三）司法资源的有限性制约

当前，各地法院普遍存在案多人少的压力，个案投入的审判资源必然是有限的。审理家事案件时，如果都按照改革要求的模式，必然需要“精耕细作”，个案投入的时间和精力会成倍增加。从德州辖区各法院来看，法院人均办案数对家事审判改革的推行力度和效果均有较大影响。如果法院的收案数量已达到或接近法官饱和状态，则精细化的审理模式在实践中很难操作，或只能对少数典型案件选择适用。同时，家事审判改革需要强有力的人财物支撑。当前不管是法院内部的审判团队，还是外聘辅助团队，同时具备过硬专业能力和工作热情的人员都偏少，专业人才培养任务很重。各法院的家事辅助团队大多是从各系统、各部门、各层面选聘的热心人士兼职从事家事辅助工作，要使团队常态化运转，单靠工作热情显然是不现实的，必须建立经费保障的

^⑮ 北京天驰君泰律师事务所律师杨晓林在《中国妇女报》（2017年3月31日第31期）上接受采访时发表个人意见。

^⑯ 该项规定：“判决不准离婚和调解和好的离婚案件，判决、调解维持收养关系的案件，没有新情况、新理由，原告在六个月内又起诉的，不予受理。”参见南京师范大学法学院副教授赵莉在《中国妇女报》（2017年3月31日第31期）上接受采访时发表的个人意见。

^⑰ 李颖：《离婚冷静期？需要冷静的是某法院!!!》，载微信公众号“法律读库”。

^⑱ 肖劲松、段文生：《论分居权》，载《法律适用》1999年第11期。

长效机制。

（四）多元联动的不稳定性隐忧

各地法院推动建立的多元联动化解家事纠纷工作机制，大多是以党委政府牵头的领导小组或联合发文、联席会议等形式建立，现实运作中需要多部门单位的协调配合。从各地实践的情况看，除了法院往往只有民政、司法、妇联等少数部门热情较高，能够与法院形成常态化实质性联动。多数部门由于种种原因，参与的积极性不足，协同联动成为短期性、被动性、随意性工作，甚至随着负责人更换难以对接。建立“党委领导、政府支持、法院主导、多方参与”的多元联动工作机制，关键要得到党委的强力支持，根本要从各部门单位职能出发，研究形成资源共用、工作互动、互利互惠的具体联动办法，打造共建共治共享的长效机制。因此在改革实践中，还有大量的课题需要研究，还有很多细节需要完善。

五、对策：进一步深化家事审判改革的建议

2018年7月，最高法院周强院长提出，“要以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，进一步深化改革，提高家事审判水平，促进新时代家庭文明建设。”^②最高法院印发《关于进一步深化家事审判方式和工作机制改革的意见（试行）》，最高法院江必新副院长提出转理念、转方式、转机制、转作风、转思路“五个转”的要求，^③家事审判改革在新起点上开启了新征程。

（一）推动审判理念从尝试性向普适性转化

在改革试点阶段，审判理念的尝试性有三个维度：一是只有在试点的法院和团队中推行新的家事审判理念；二是只在一部分案件中试用新的审判理念；三是只在案件审理的某个环节或阶段试用新的审判理念。事实上，如增强法官职权干预力度、坚持全程调解、注重情感修复、未成年人利益最大化、保护当事人的身份和情感利益、尊重当事人隐私和人格尊严等审判理念，在所有家事案件中是普遍适用的。特别是从社会建设和文化建设的高度审视，这些审判理念对于促进家庭文明建设、提升基层社会治理水平具有重要作用。之所以形成原有的“外科手术式”的家事审理模式，固然由于缺少制度保障，更重要的是对家事司法的特殊性、辐射性、全局性认识不到位。因此，应当根据最高法院要求，坚持以为人民为中心，全面了解家事案件当事人和利害关系人真实的司法需求，跳出形式正义、诉辩主义、不诉不理、被动司法的窠臼，全面

^② 周强：《进一步深化改革，提高家事审判水平，促进新时代家庭文明建设——在家事审判方式改革试点总结大会上的讲话》，2018年7月19日。

^③ 江必新：《在“德州杯”家事审判论坛开幕式上的讲话》，2018年7月7日。



践行实质性解纷、特殊化保护、人性化司法、人文化关怀等理念，让人民群众有实实在在的获得感和幸福感。

（二）推动审判主体从专业型向复合型转化

家事审判专业化应当包括专门机构、专业人员、专门程序。由专门法院集中管辖家事案件，无疑可以实现最大程度的专业化，可以仿照互联网法院和金融法院模式，在适当时机和地区设立少年家事法院。^④最高法院《意见》中，已对中基层法院设置家事专业内设机构、合议庭、审判团队作出规定。当前的紧迫任务，是全面推行家事案件的专业归口管辖，提高家事审判团队的专业化水平，同时在三个层次上推动审判主体的复合型建设：一是培养家事审判复合性人才，选拔一支熟悉婚姻家庭审判业务，掌握相关社会学、教育学和心理学知识，善于做群众工作的正规化、专业化、职业化的家事审判团队，健全完善专业培训和岗位练兵机制，发挥老法官的传帮带作用，建设一支家事司法专业人才梯队。二是建设一支各有专长的家事辅助团队，建立一套科学完善的选任、退出、考核、管理、保障制度，如组建资格审查委员会、实行任期制、建立奖惩激励机制等，保证团队的稳定性和战斗力。三是健全完善审判团队与辅助团队的有机配合机制，在不同案件中可以选择适用不同团队参与，充分发挥各团队的专业优势，使裁判专业性与司法人民性达到有机统一。^⑤

（三）推动审判制度从零散性向系统性转化

最高法院《意见》充分吸收两年试点的成果，对于家事调解、家事调查、心理疏导等重要制度，包括冷静期、离婚财产申报、离婚证明书等具体制度，都作出较为详尽的规定，但也有补充完善的空间。一是科学的情感评估和裁判标准。“清官难断家务事”，难就难在感情纠葛难以用客观标准来衡量。各地法院在试点中推行的感情问卷、感情测评表等做法，都是力求将区分“危机婚姻”和“死亡婚姻”、“如何抚养对未成年人的成长最为有利”等问题由法官的感性认识转化为采用客观标准进行裁判。对于实践中行之有效的做法，应当加以推广适用，逐步形成较为统一的感情评估和裁判标准。二是探望抚养档案制度。进一步完善家事回访和帮扶机制，在涉及未成年人抚养的案件中，充分发挥网络平台的作用，建立探望抚养档案，实行定期跟踪回访，发现存在的问题及时提出建议，保护未成年子女健康成长。三是家事案件强制执行制度。家事案件中的“执行难”主要体现在父母对子女探视权难以实现，以及抚养费的强制执行中，应当加大对阻挠行使探视权、拒付抚养费行为的惩戒力度，保护未成年子女的合法权益。对于各项具体的家事审判制度，应当坚持重点突破与配套建设相结合，实践推进与规范形成相结合，逐步由零散化、粗放化走向系统化、成熟化，推动人大

^④ 2018年全国两会，已有全国人大代表提起设立少年家事法院的提案。

^⑤ 参见叶向阳、陈逸群：《中国家事审判改革探析》，载《中国应用法学》2017年第5期。

制定专门的《家事诉讼法》。

（四）推动纠纷化解从浅表性向根本性转化

家事纠纷解决重在修复破损的家庭关系，诉讼中涉及的矛盾纠纷往往是冰山一角，简单依法裁判只能治标不能治本，因此要拓展职能延伸的深度和广度，形成“一揽子”解决纠纷和深度关怀、持续关注的工作机制。一是建立诉前强制调解制度。审判实践到法院起诉的家事案件当事人，往往都是矛盾问题积压已久，尝试了多种方法没有解决，当法院征求他们是否愿意调解的意见时，大多不同意调解。事实上双方不一定有实质性冲突，只是需要耐心细致的沟通交流，因此应当参照各国通行做法，将诉前调解作为一种强制性程序。二是健全婚姻家庭辅导制度。如何处理婚姻关系、亲子关系、家庭关系，树立良好家教家风，是人生面对的重大课题，却是在学校学不到和很多家庭不重视的问题。应当在民政部门、法院、学校等系统开设相关课程，帮助适婚群体形成正确的婚恋观和家庭观，学会处理家庭关系和感情问题的方法，从根源上减少家事矛盾纠纷。三是加大家事普法和服务力度。采取发布典型案例、以案说法等各种方式，利用多种媒体平台传递家事审判正能量，推动家庭文明建设。充分发挥基层法庭职能优势，深入了解人民群众在婚姻家庭、抚养子女、赡养老人、亲属关系处理等方面的实际需求，有针对性地提供法律咨询、心理辅导、回访帮教等司法服务。

（五）推动多元联动从聚合性向有机性转化

家事审判改革是一项综合性社会工程，绝非法院一家所能完成，必须整合多方资源、动员多方力量，形成整体合力。目前，各地建立的多元化解家事纠纷机制，仍须进一步完善和强化。一是坚持党委领导，纳入基层社会治理的重要工作内容，最大限度提高机构组织规格，保证参与广度和协调力度。二是建立常态化协调配合机制，在具体家事纠纷解决工作中不断磨合，通过联席会议、座谈交流、业务研讨等制度，着力解决各部门之间信息不共享、交流不畅通、职能不互补、协作不充分等问题。三是强化与各类社会组织和公益组织的对接，必要时采取政府购买服务的形式，提高家事纠纷化解的社会化、法治化、智能化、专业化水平。四是重点抓好基层法庭与相关部门的联动，发挥基层村居、社区人员的贴近群众、熟悉民情、职能多元的独特作用，筑牢预防和化解家事矛盾纠纷的第一道防线。

（责任编辑：王文斌）



“信访型”行政滥诉 案件频发的经济分析与规制

——基于边际效用理论的视角

洪筱琳 方燕*

内容摘要 立案登记制及新行政诉讼法的全面实行,旨在打破历来人民群众反映强烈的“民告官”行政案件立案难、审理难等问题。制度、法律的价值、效用在行政诉讼实践中的直接反映即是案件数量的大幅上升,人民群众的诉讼权利得到了最大程度地保护。经过实证考察发现,信访者提起的行政诉讼案件随着诉讼门槛的降低所占比重增幅上升较快,而此类案件对行政司法审判工作带来巨大压力。为此,笔者以所在基层法院五年来受理的33起信访者提起的行政案件为研究对象,提出了“信访型”行政滥诉案件的概念,并借助经济学中边际效用理论对该类型案件进行深入分析,进而提出了一些有针对性的意见建议,以期能对“信访型”行政滥诉案件进行有效规制,真正实现司法救济的良性运行和社会矛盾的有效化解。

关键词 信访型 行政滥诉 经济分析 边际效用 规制

中图分类号:DF74 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2018)06-014-023

一、“信访型”行政滥诉案件概念的释义与界定

《辞海》中“滥用”的释义为:胡乱地或过度地使用。顾名思义,滥诉权即是在法律语境下,胡乱地或过度地使用作为权利救济的最后渠道——司法权,比如滥用起诉权、滥用诉讼程序、滥用上诉权、滥用申诉权等等。

在英美和大陆两大法系中,都有关于滥诉的防范和规制,英美法系将其界定为一种侵权行为类型,大陆法系则明确使用“滥诉权”这一概念,比如日本通说认为:“滥诉权属于违反诚实信用原则的范畴,即非公正和非善意的行使诉权或者滥用纠纷解决请求权”。^①目前,诚实信用原则已经写入我国《民事诉讼法》中,而作为脱胎于

*洪筱琳,中共威海市委党校讲师;方燕,威海市环翠区人民法院法官助理。

① 北京市延庆区人民法院石菲:《两大法系关于滥诉的界定》,载中国法院网<http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/04/id/1846392.shtml>,2016年5月25日访问。

民事诉讼的行政诉讼法有关法律中依然保留“人民法院审理行政案件，除依照行政诉讼法和本解释外，可以参照民事诉讼的有关规定”^②这样的条文，因此，行政滥诉案件这一说法具备理论和实践支撑。

在被称为“民告官”的行政诉讼研究中，保护当事人诉权、限缩行政机关权力、加大司法救济力度等呼声是现今社会的主流声音。因此，为回应百姓期待，彻底解决立案难、诉讼难等问题，2015年5月1日全面实行立案登记制和新行政诉讼法，在中国司法制度史上可谓是划时代的变革，人民群众的行政诉讼权利得到了最大程度地保护。与此同时，部分当事人滥用诉讼权利的问题也愈加凸显，其中，以信访者选择提起行政诉讼，以此达到信访目的的滥用行政诉权案件较为明显，笔者将这一类型案件称之为——“信访型”行政滥诉案件。

关于滥用诉权这一诉讼失范现象，有很多语义词，比如：“恶意诉讼、滥用诉权、诉讼欺诈、虚假诉讼、拖延诉讼、滥用诉讼程序、滥用诉讼权利等”，^③其中，滥用诉讼程序是指：“诉讼主体（尤其是）当事人为了不适当的利益而滥用诉讼权利或者歪曲利益常规诉讼程序的行为”。^④本文以“信访型”行政滥诉案件为研究对象，重点关注信访者过度地使用起诉权利、胡乱地使用诉讼程序的行为。

二、滥诉之殇：行政诉权被异化使用的实然状况

（一）滥诉案件数量激增大量挤占行政司法资源

立案登记制的实施，极大地降低了立案门槛；行政诉讼法的修改，极大地扩大了行政诉讼范围，故各地法院受理行政案件的数量急剧上升。最高人民法院门户网站《司法数据》栏目中显示：“2015年，全国法院新收行政案件299765件，上升55.13%”，^⑤上升幅度分别是刑事案件和民商事案件6.6倍和2.5倍，大量的“民告官”纠纷采取了司法这一纠纷解决机制。与之相对，2015年全国信访总量下降7.4%，进京上访下降6.5%。信访数量在多年持续走高的情况下，因着出台的《关于依法处理涉法涉诉信访问题的意见》，且国家信访局取消了信访排名，开始回归信访制度设计初衷的轨道上来，但各类复杂、疑难、新型的信访纠纷在信访渠道走不通时，这些纠纷又分流到了哪里？毋庸置疑，提起行政诉讼是其一个最经济的选择。

② 《最高人民法院关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第97条。

③ 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编著：《2012民事诉讼法修改决定条文解释》，中国法制出版社2012年版，第153页。

④ 《瑞典诉讼法典》：刘文军译，中国法制出版社2008年版，第30页。

⑤ 《2015年全国法院审判执行情况》，载于最高人民法院官网司法数据栏目中。



为保证分析数据的真实有效，笔者以W市基层法院H法院的司法统计数据（不含非诉执行案件）为依据，客观分析H法院自2013年至2018年5月份受理的信访者提起行政诉讼的案件情况。（见表一）

表一 2013年至2018年5月份H法院受理的“信访型”行政案件情况

内容 年份	新收案件数量 (不含非诉执行 案件)	信访者提起诉 讼的案件数量	所占比例	一审已结数; 上诉数	二审审理结果
2013	39	2	5.1%	2;2	1件维持, 1件未结
2014	34	4	11.8%	4;3	3件未结
2015	59(含18起同案 由的群体案件)	0	0	0	0
2016	32	3	9.4%	3;3	3件维持
2017	70	16	22.9%	10;7	4件维持, 3件未结
2018(1—5月)	23	8	34.8%	3;2	2件未结

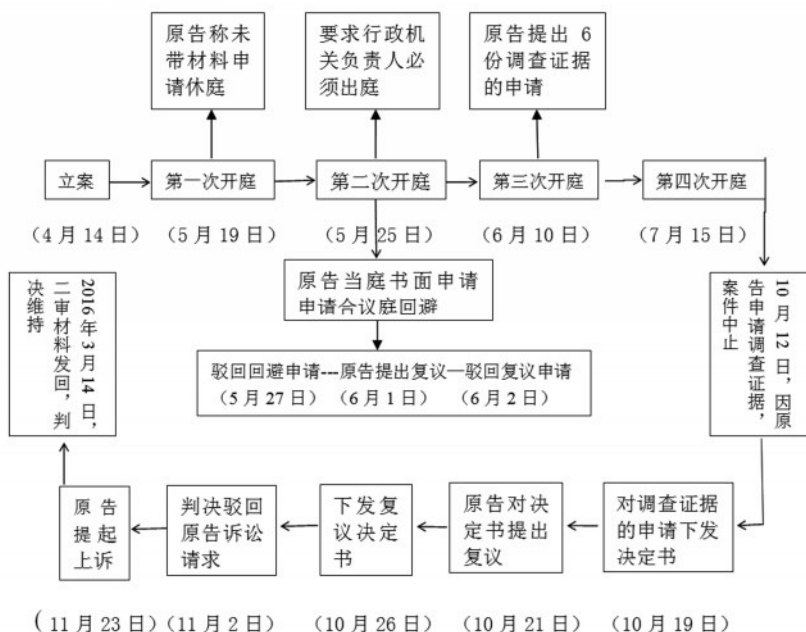
表一显示：H法院受理的“信访型”行政案件数量尤其是立案登记制以后上升幅度增加明显，立案登记制实施首月，H法院受理的此类案件占行政案件收案比例的六成，上诉率在70%以上，而提起的上诉案件除二审法院未结案件外，维持率达100%。

就信访当事人大量提起行政诉讼这一问题，笔者向W市6个基层法院的6位主审行政案件的法官进行了访谈。6位法官均表示，行政案件近50%的增长速度确实给法官配置额度较少的现行行政审判工作带来了一些压力。但因绝对数量较小，2017年H法院仅受理70件案件，相对于审理民商事和刑事案件的法官来说，行政法官承办的案件数量相对较少，但令他们头疼的是：越来越多的信访者提起行政诉讼案件，审理一件这样的“信访型”行政案件所耗费的时间、精力堪比办理20件简单的民事案件，此类案件在行政审判实践中占用了大量的司法资源。

（二）信访者滥用诉讼程序严重扰乱了正常审判秩序

为明晰“信访型”行政案件审判中各诉讼程序的适用情况，笔者随机选取了2017年H法院受理的一起治安行政处罚案件。案件原告因房屋拆迁补偿问题多年来一直上访，近两年来共向法院提起行政诉讼7起，此治安行政处罚案件即是原告在北京中南海周边地区等非信访接待区域上访，被处以行政拘留10日，原告不服处罚决定提起的

行政诉讼。(见图一)



图一 H基层法院一起治安行政处罚案件的审理过程

上图清晰地概括了案件在诉讼中整个流转过程及时间，法官自收到案件后就立即进行送达（此类案件多为邮寄送达）、排期开庭、调查证据等工作，司法救济的程序性优势在此得到了充分彰显，一方面诉讼当事人在庭审中充分行使自己的诉权说明他们的法律意识及水平有了显著提高，值得肯定；另一方面，也说明原告程序推进的自主权过大。原告在其提起的7起行政诉讼中，明知H法院行政庭只有一个庭长、一个审判员的情况下，无一例外地启动回避、复议、对复议上诉等拖延诉讼时间的程序，其诉讼具有非正当性，严重扰乱了正常的审判秩序，使行政法官备受困扰。

三、滥诉之由：“信访型”行政案件频发的原因探析

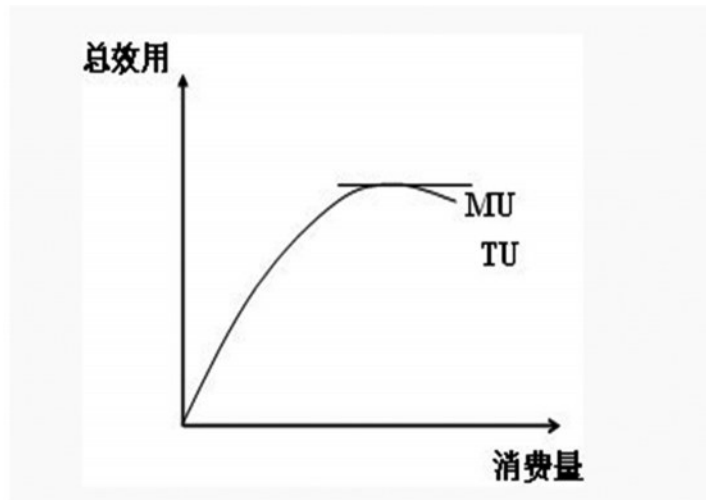
“2015年之前，一审案件败诉率平均大概在10%左右，低的时候为7%到8%；2015年，接近15%”，^⑥而H法院审结的24件“滥诉”案件中，除2件原告撤回起诉的外，其他案件均为原告败诉，因此，行政案件的败诉率尽管有了一些上升，但总体来看依然偏低。面对高败诉风险原告为何还执意提起行政诉讼呢？西方经济学中边际效

^⑥ 耿宝建：新《行政诉讼法》实施一周年的回顾与展望，载 <http://fzzfyjy.cupl.edu.cn/info/1223/5199.htm>，2016年6月13日访问。



用理论可以很好地解释这一问题。

边际效应是指：“消费者对某种商品的消费量每增加一单位所增加的额外满足程度。一般而言，边际效用均呈现递减规律，即假定其他条件不变，消费量每增加一单位所增加的额外满足程度必然呈现递减的趋势，但总量仍是递增的”。^⑦假设我们把行政诉讼当成一种产品，当事人即是产品的购买者或消费者，因这种产品的价格对未达到信访目的的当事人来说太过便宜，导致需求旺盛，因此形成大量的“信访型”行政案件（见图二）。



图二 “信访型”行政滥诉案件边际分析曲线

图二表明：随着“信访型”行政滥诉案件的增加，即消费量（MU）的持续攀升，一定时期内司法行政救济的总效用（TU）会随之增加。当消费量达到一定程度后，司法效用就会停止增长甚至降低，司法的公信、权威必将受到严重侵害。

（一）边际成本过度低廉，激励信访者大量选择行政诉讼

1. 信访者提起行政诉讼的成本偏低。前面分析到，信访者提起行政诉讼，大部分是基于纠纷的长期未决，利益冲突不断升级造成的。这些矛盾纠纷在进入司法救济渠道之前可能已经经过了民间调解、上访等渠道寻求过相关行政机关的处理，只是未完全满足当事人的期待利益。信访者提起诉讼的边际投入几乎为零，只需要把现成的上访材料稍加整理成诉讼文本即可。

2. 信访者缴纳的行政诉讼费用极低。根据2007年4月份实行的《诉讼费用交纳办法》第13条第5款规定，“除商标、专利、海事行政案件每件交纳100元诉讼费外，其

^⑦ 陈云：《传统集体主义语境中的“个体利益”问题辩证》，载《南京大学学报》2014年第1期。

他行政案件的诉讼费为每件50元”，^⑧原告花费50元即可购买到由法律专业人提供的完善的一套行政诉讼产品，可见这生意是多么划算，相对于年均7%以上的GDP增长速度，50元的费用几乎可以忽略不计。

3. 信访者额外支出的边际成本较少。从H法院近五年来信访者提起的33起行政案件来看，原告大多时间充裕、年龄较大，绝大多数会选择自己出庭，不会另行聘请律师。在不断的上访过程中，原告通过自我学习或模仿他人熟练掌握了一些对自己有利的法律知识或政策规定，认为不用律师也完全可以应诉，且不用承担律师被被告或法官“收买”的风险。据了解，H法院所在的W市最大的一家律师事务所五年来仅代理过一起行政诉讼案件。此外，在目前公交极为便利的条件下，原告每一次出庭只需支出2元钱的交通费。

（二）非正当的诉讼目的，致使行政司法效用减弱

1. 信访成本的支出促使信访者不放过任一权利救济渠道。当事人之所以成为信访者，其纠纷大多涉及企业改制、劳动及社会保障；“三农”；房屋拆迁安置等权益纠纷，当事人为获得自认为合理的补偿数额或讨要一个“公平”的说法不断进行上访，在上访过程中因不断的投入又加强了必须得到一个结果的心理暗示，这就是“沉没成本谬误”，一种典型的认知偏差。在没有得到想要的赔偿款前，其会通过各种渠道持之以恒地进行“维权”，此时，立案大门的敞开、行政诉讼范围的增加及法官担心成为被上访对象的压力，为信访者增加了情绪发泄或向行政机关施压的“维权途径”。在H法院表一中所列举的33起信访者提起的行政诉讼中，其中4名原告共提起行政诉讼17件。

2. 机会主义理念造成行政诉讼成为异化的信访渠道。信访当事人在提起行政诉讼前，通过各部门机关多次的信访答复，其对法律的相关规定必有一个较为清晰的认识。信访者选择进行行政诉讼，其目的不在于一个案件本身的成败，原告不怕败诉，也不会因败诉而阻却其再行提起另外的行政诉讼。其诉讼目的主要是通过诉讼达到向政府及相关部门施加压力、发泄不满、谋求私利的目的。法院的司法审判职能为信访者达到其上述目的提供了可能，原告即使在一审法院中达不到目的，还可以向上级法院提起上诉，这无疑又增加了原告继续滥用诉权获取额外利益的机会，行政诉讼在此被异化成一种新的信访渠道。

3. 原告的程序自主权过大严重损害审判正常秩序。信访当事人上访过程中彼此熟悉，一旦一个信访当事人提起行政诉讼，其他当事人随即效仿，争相立案，且彼此出现在其他当事人案件庭审活动中，为其打气、鼓掌，出现哄闹、藐视法庭甚至与行政机关出庭的工作人员或代理人发生激烈争吵的现象。庭审中，一些司法程序像提请回

^⑧ 参见国务院2006年12月19日颁布的《诉讼费缴纳办法》第13条第5款。



避、复议、提请法院调查某项证据等，原告即使在其他案件中清楚地知道了相关法律规定及处理结果，依然再三地提出，对正常的审判秩序造成干扰，致使审判压力加大。在H法院2013年至2018年5月信访型滥诉行政案件中，其中姜某和周某分别于2015年、2016年以相同案由、相同被告、相同时间提起行政诉讼8件。

4. 信访者的特殊身份致使行政诉讼效率低下。新刑诉法从诉讼效率出发规定了简易程序，更是将政府信息公开案件明确列为适用简易程序审理的案件之一，但截止目前，H法院对信访者提起的行政诉讼没有一起案件是适用简易程序的，一方面是因为进入到诉讼程序中的案件大部分是信息公开的异化形态，即以不服复议决定或不作为为由提起的诉讼；另一方面是因诉讼主体的诉讼目的、“上访者”的身份、矛盾冲突激烈等因素使得案件审理周期较长，法官担心短时间内无法结案，进行程序变更时会给原告又一“发难”的机会，因此，新行政诉讼法中为提高诉讼效率、应对行政案件审判压力所设置的简易程序在实践中被虚置。

通过上述分析，我们知道，“信访型”行政滥诉案件频发的现象是符合边际效用价值理论的。当然，上述分析单就法院和原告双方进行了分析，没有从被告方作出详细说明，即使没有详细阐述，大家也可以分析出对于纠纷大量向法院转移这一现象，作为被告的行政机关是很乐意看到的，虽然被动出庭应诉会耗费很多精力，但比起亲自面对情绪激动、性格固执、诉求难以满足的当事人来说，工作压力就轻松多了。

四、滥诉之治：规范“信访型”滥诉案件的路径选择

周强院长在向十二届全国人大常委会第十七次会议作《2010年以来行政审判工作情况的报告》中提到：“由于打行政官司成本低，一些当事人不能理性维权，随意提起诉讼，有的甚至变换不同地方重复起诉，耗费了大量行政审判资源”，^⑨说明“滥诉”案件频发对行政审判工作带来的不利影响引起了广泛关注。最高人民法院在“四五改革纲要”中，也明确将惩治虚假诉讼、恶意诉讼、无理缠诉等行为列入了强化诉讼诚信保障机制的改革内容中，因此，如何有效遏制“信访型”滥诉行政案件是当前行政审判工作中面临的重要课题之一。在现行法律制度和法律环境下，基于边际成本——效益角度，笔者提出以下几点规制建议。

（一）增加诉讼费用，促进当事人理性维权

以最少的成本投入追求最大的产出效益是每个行为人作出行为选择的根本原因，而“滥诉”案件频发的原因也正基于此。信访者在明知诉讼后果仍然选择诉讼维权时，

^⑨ 邢丙银：《最高法：五年行政机关败诉率9%，建议出台制度严惩缠诉闹访》，载 http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1391917，2016年5月25日访问。

其必定是经过比较后作出的自认为对其最有利的选择，即使存在当事人法律水平较低、寻找情绪发泄出口等影响因素。因此，合理增加当事人滥诉的成本，一定程度上可以促使当事人在选择救济途径时能够理性考量。因此，建议根据现有的经济水平将行政案件的诉讼费予以调整提高，从而与现今经济社会的发展水平、人民群众的富裕程度平衡起来，而且立案登记制的实施彻底解决了立案难的问题，诉讼费的适当提高也不会阻碍诉权的行使，反而能引导当事人能够更审慎地依法维权。

（二）建立律师指定制度，促进行政审判秩序良性运行

通过信访者在行政审判中的纠缠难点，可以发现原告的程序自主权过大，严重影响了正常的审判秩序。在审判过程中，为拖延诉讼给法官和行政机关制造压力，原告不断地启动各种诉讼程序，反复提起回避、复议、申请调查证据等程序，且经常出现原告声称眼睛看不清电脑、笔录，要求书记员为其一一宣读，或不停地打电话以询问案情进展为由向法官不断进行施压的情形。为解决这类问题，笔者建议在行政诉讼中，参照刑事诉讼中为被告指定辩护人的制度，对信访者提起的行政诉讼案件为原告指定诉讼代理人（律师），律师费用可依据司法救助的相关规定执行（由当地司法局给予律师一定的代理费补助金）。在充分发挥律师在建设社会主义法治国家中的积极作用的同时，也可增加庭审的对抗性，对抗行政机关大多由律师代为出庭的现象。尤为重要是，由“免费”律师代为原告推进庭审进程、向信访人提供咨询帮助、释法答疑等工作，在法院和原告之间搭建沟通渠道，可有利维护庭审秩序，提升审判效率。

（三）凝聚多元解纷力量，促进“滥诉”纠纷得到实质解决

“司法资源的有限存量难以应对社会转型期缓解各种社会矛盾的政治和社会需要”。^⑩为充分发挥社会所有解纷力量的合力，当前，各地在地方党委、政府的大力支持下，广泛开展了以法院为主导，各基层、行业组织积极参与的社会矛盾纠纷多元化解机制的构建工作，笔者所在法院H法院有幸被确定为“S省多元化纠纷解决机制改革示范法院”。在开展试点工作的过程中，H法院研发了多元解纷信息管理系统平台，建立了覆盖全区的三级调解网络，解纷效果显著。受此启发，建议在信访者提起行政诉讼前，先期开展多元调解工作。具体设想是：各部门将涉及自己部门的信访信息制作成电子台账，方便其他部门各借助多元解纷平台搜索；立案庭立案人员或导诉人员对工作中发现有平台中的当事人前来立案时，即将其引导至多元解纷工作室，由专业工作人员耐心听取、详细记录纠纷经过、具体诉求、涉及部门等，缓解当事人一部分怨气；通过多元解纷工作机制将纠纷涉及相关部门的有关人员召集在一起，认真查明纠纷的起因、经过及各方的过错责任，共同研究纠纷的可行性解决方案，促进相关部

^⑩ 汪永涛、陈鹏：《涉诉信访的基本类型及其治理研究》，载《社会学评论》2015年第2期。



门与当事人达成一次性纠纷解决协议，彻底化解矛盾纠纷。

信访者提起行政诉讼只是寻求救济的一个手段，其主要目的是为了见到“一把手”或向政府机关施压，让其关注他们的案情，最终的目的还是纠纷的实质解决。多元化的大调解机制完全可以实现当事人的上述目的，在多部门参与的调解工作中，既满足了当事人见到领导、尽情诉苦的情感需要，也让当事人看到了各部门认真负责、解决其问题的态度和努力，而且在查明事实、分清责任的情况下，有利于信访者接受处理结果。即使最终达不成调解协议，在调解过程中一些无争议的事实及纠纷的关键争点也得到了确定和梳理，有利于后续行政法官庭审工作的开展。

（四）增强行政复议实效，打破权利救济的单一性

关于行政救济机制，通说认为包括“行政诉讼、行政复议、行政赔偿三大制度”。^①目前行政诉讼这种方式运用最多，行政赔偿相关理论及制度也相对完善，只有行政复议制度因为其目前定性为行政机关的自我纠错机制，是行政机关的内设机构，不能真正有效地发挥其行政救济的作用。因此，在行政复议法已然修改完善的情况下，建议成立行政复议委员会，将内设的行政复议机关独立出来；根据历年来纠纷的数量变化趋势配置合理数量的复合型人才为工作人员，此处的复合型人才是指既熟悉行政事务、又了解法律规定，且工作能力强、品格正直的人才；根据民事诉讼法第3条和第111条的规定对专业技术性及政策性较强的、与行政行为相关联的部分纠纷行使裁决功能。

（五）打好组合拳，充分彰显司法权威

1. 积极适用简易程序。关于简易程序对行政审判的重要作用，山东省高级人民法院的崔勇法官曾做过详细论述。^②因此，在新行政诉讼法明确设立简易程序后，行政审判法官不应囿于惯性审判思维或基于矛盾分担心理依然只使用普通程序审理案件，实践中要扩大简易程序适用范围，尽快将事实清楚、证据齐全的行政案件审结完毕，减少信访当事人浪费司法资源的可能。

2. 实行案例指导制度。近期，在最高人民法院公报2015年第11期刊登的“陆红霞诉南通市发展和改革委员会政府信息公开答复案”一起案例，引起了广泛的关注，原因即在于法院裁定驳回原告起诉的主要理由是滥用诉权，这是法院对当事人“滥用”行为的一次正面回应，以滥用诉权为由驳回了原告的诉讼请求，为其他法院审理类似案件提供了参考。目前，“对于界定与防止滥用行政诉权呈现较为谨慎保守的学理趋

^① 应松年：《完善我国的行政救济制度》，载《江海学刊》2003年第1期。

^② 参见崔勇：《困境与出路：构建行政诉讼简易程序的必要性和可行性分析》，载《中国行政法学精粹》，高等教育出版社2005年版，第430—438页。

势”。^⑬为有效遏制滥诉行为，指引当事人树立正确的司法诉讼理念，应加强典型案例的收集、编辑和推广工作，以生动的实际案例指导今后的审判工作。

3. 实行滥诉罚金制度。孟德斯鸠曾经说过：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验：有权力的人们使用权力直到遇到界限的地方才休止。说来也怪，就是品德本身也是需要界限的”。^⑭因此，对诉讼中发现的确属滥用诉权的当事人，要加强惩戒，对其要处以一定数额的罚款，以对其恶意行为作出否定评价，进而维护法律的尊严和社会的安定。

结语

“信访型”行政滥诉案件是伴随行政诉权得以有效保护所衍生的产物。行政诉权的过度使用所带来的行政诉讼压力加大、正常审判秩序受干扰、司法资源被大量浪费、司法权威受到挑战等一系列问题，逼使我们不断反思和正视现有相关行政诉讼制度设计中存在的漏洞和不足。笔者从审判实际出发，以经济理性人的角度，运用一个被广泛应用的边际效用理论，对“信访型”行政滥诉案件频发这一现象进行了深入剖析并提出对策。当然，要解决这一问题，还需要法院不断提升自身工作能力，审判更加专业、严谨和高效；还需要加强社会诚信建设，不断提升人们思想道德水平；还需要进一步完善法律法规，完善制度设计，让诉讼权利在规制的界限下良性运行……这是我们的期待，也是我们继续研究及今后工作的重点。

（责任编辑：姜燕）

^⑬ 梁艺：《“滥诉”之辩：信息公开的制度异化及其矫正》，载《华东政法大学学报》2016年第1期。

^⑭ [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（上），北京商务印书馆出版社1993年版，第154页。



行政协议效力审查规则探究

周明*

内容摘要 效力规则制度关乎行政协议的安定性，效力审查是审理行政协议案件的基础。行政协议兼具行政性和契约性，拆分审查模式割裂了行政协议中行政性和契约性的内在有机联系。行政协议效力审查应当优先适用行政法律规范，通过“变换原则”准用民事法律规范，同时规章亦应当成为行政协议合法性审查的依据。行政协议的效力审查应当构建行政处分容许性、行政处分合法性与契约行为效力三维一体的审查模式，并在综合考量监督公权力，保障私权利，平衡公私利益的价值基础上作出最终的效力判断。行政协议与行政处分禁止并用为原则，有限度容许并用为例外，欠缺容许性的行政处分属于违法可撤销。借鉴英美合同上的“近因理论”，截取最接近行政协议因果链条的行政行为作为其合法性审查的主要对象。契约的效力可以依不同阶段而进行分层，包括确定力、羁束力、实现力，效力分层理论较好回应了行政协议成立后生效前的状态问题。此外，行政协议效力审查还应当坚持公益优先、合目的性及效力从宽等原则。

关键词 行政协议 效力 审查规则

中图分类号：DF74 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156 (2018) 06-024-035

伴随着政府职能转型与管理理念创新，合作行政已经成为“新常态”，行政协议^①在公共管理领域的应用日益广泛。行政协议得到立法确认并被明确纳入行政诉讼受案范围，及时遏制了行政协议“遁入私法”的危险趋势，行政协议亦借此实现从学术概念到法律术语的华丽转身。然而立法的长期留白导致行政协议的效力审查规则缺失，法院在审理此类案件时常面临法律规则模糊、莫衷一是的窘境。本文通过考察行政协议从成立到生效的过程，探究行政协议效力审查规则。

*周明，湖南省资兴市人民法院执行局法官助理。

① 本文对“行政协议”、“行政合同”、“行政契约”不作刻意区分，视具体语境交替使用。

一、求问：由两则案例引发的思考

案例一：某公司与某市国土资源局解除土地使用合同纠纷

上诉人某市国土局与被上诉人某公司于1995年5月12日签订《外商投资企业土地使用合同》，并在该合同的第19条约定：“本合同经有权一级机关批准后生效”。合同签订后，上诉人未依约报批致使土地被有权机关无偿收回，继而上诉人于2001年4月5日下达“收回国有土地使用权决定书”。二审中上诉人提出，该合同明显违反了《某省外商投资企业用地管理办法》第8条关于签订合同的时间必须在征地审批之后的规定，因而合同无效。二审法院经审理认为，上诉人未向有权批准机关某省人民政府报批被上诉人的征用地手续，未满足合同约定的生效条件，因此合同未生效。

案例二：某公司等与某市建设委员会公共客运经营权出让行政合同纠纷

1998年9月8日，某公司与某市建委签订《公交经营权出让协议》。协议签订后，双方在履约过程中就公交市场管理秩序、经营权转让等问题产生纠纷，某市建委以某公司变相转让公交经营权为由，作出行政决定解除《公交经营出让协议》。该案二审法院认为，被诉《公交经营权出让协议》属准予某公司进入某市公共交通市场的特许经营协议，性质为行政合同。行业主管部门以协议方式实施特许经营的，除应遵守民事法律的有关规定外，还应遵守行政法律、法规、规章的特别规定。根据原建设部《城市公共客运交通经营权有偿出让和转让的若干规定》第7条的规定，某市不具备公共客运交通经营权出让的法定条件。本案某市建委未按照原建设部、交通部等五部委《关于清理整顿城市出租车等公共客运交通的意见》第4条的规定进行清理整顿，亦未报请某省人民政府批准，故认定其与某公司签订的特许经营协议无效。

思考一：行政协议适用何种效力审查模式？

行政协议是行政性和契约性的融合体，其效力审查应当适用行政行为效力规则还是合同效力规则，抑或二者兼而有之，实务中存在不同的观点。案例一倾向于合同效力规则，约定条件未成就即属于未生效合同。案例二倾向于行政行为效力规则，被诉合同因违反原建设部《城市公共客运交通经营权有偿出让和转让的若干规定》第7条与原建设部、交通部等五部委《关于清理整顿城市出租车等公共客运交通的意见》第4条的规定而被认定为无效，系典型的行政行为合法性效力审查思路。单纯的适用行政行为效力规则或者合同效力规则能否完整评价行政协议的效力？各自又存在怎样的局限性？

思考二：行政协议效力审查如何适用法律？

上述两则案例都以行政合同纠纷纳入行政诉讼程序审理，但是在效力审查的实体



法律适用方面却呈现出明显的“民法化”倾向。案例一中，法院依据《合同法》第45条“当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效”的规定，以约定生效条件未成就为由认定被诉合同未生效。案例二中，法院认为“行业主管部门以协议方式实施特许经营的，除应遵守民事法律的有关规定外，还应遵守行政法律、法规、规章的特别规定”。从上述表述的语言逻辑来分析，法院似乎认为民事法律规范应当优先于行政法律规范适用。行政协议兼具行政法律关系的特征和合同的形式，“既照顾协议的性质，又照顾是行政行为的特性”^②的两分法制度设计，对法官适用法律提出了更高的要求。

思考三：行政协议成立后生效前处于何种效力状态？

一般而言，具备法定成立要件的行政协议成立后即生效，但是依法律、法规规定须经其他机关批准方能生效或者协议双方约定附生效条件的，行政协议成立后生效前的效力状态，实践中法院对此存在不同的认识：案例一中法院以约定生效条件未成就为由认定被诉合同未生效，案例二中被诉特许经营协议因未经有权机关批准而被法院认定无效。“无效”和“未生效”是否意味着行政协议成立后生效前不具有任何效力？行政协议成立后生效前双方的权利义务关系处于何种状态？司法实践未能对上述问题作出令人满意的回应。

二、反思：行政协议效力审查模式及其局限性

在公私法二元分立的影响下，实践中行政协议的效力审查主要以行政行为合法性审查模式、合同效力审查模式与拆分审查模式为主。行政协议兼具行政性和契约性，单独适用抑或拆分后分别适用公法、私法的效力规则均难以对其进行全面评价并准确判断其效力。

（一）行政行为合法性审查模式及其局限性

从熟悉的“行政行为合法性审查”到较为陌生的“行政协议效力审查”，行政审判法官面临着诸多挑战，容易无意识的陷入“行政行为合法性审查”的窠臼。行政行为合法性审查模式以“行为-结果”二元化为效力判断对象基准，“行为基准以形式法治为导向，彰显秩序的价值，结果基准以实质法治为导向，着眼于维护行政目的的正当性”^③。某市住房和城乡建设局与某供热有限公司等政府特许经营协议一案中，法院适用的即是上述审查思路：从行为基准进行判断，被诉政府特许经营协议的签订违反了

^② 2015年4月27日最高人民法院行政庭李广宇副院长在新闻发布会上答记者问的发言，载 <http://www.jianshu.com/p/f5c2564f4385>，2017年7月23日访问。

^③ 江必新：《行政行为效力判断之基准与规则》，载《法学研究》2009年第5期。

《行政许可法》所要求的法定程序应予以撤销；从结果基准进行判断，被诉政府特许经营协议撤销会对公共利益造成重大损害；把行为和结果结合起来，不予撤销而确认其违法。

行政行为合法性审查模式把行政协议比照具体行政行为进行处理，难以回应行政协议中的契约自由诉求，导致判决说理部分语焉不详。典型案例如某天然气有限公司与某县人民政府收回工业燃气特许经营权上诉案，该案件中政府一方解除特许经营协议的理由实际上是较典型的预期违约问题，但承办法官仍沿用行政行为合法性审查的思路，在未对预期违约问题进行详细论述的情况下“不明就里”地支持了政府的主张。虽然该案件在实体上没有问题，但是无疑会严重地减损行政判决的公信力。

此外，行政协议并非仅仅只是单个具体行政行为与契约合意的融合，从协议的成立到生效过程中可能存在多种形式的行政处理^④（“行政处理”同“具体行政行为”，与我国台湾地区行政法学中的行政处分相当，下文不作具体区分）行为。以PPP协议为例，可能涉及项目审批规划、政府特许经营权授予、国有土地出让、项目监督管理等多项公权力的行政处分行为。上述行政处分的容许性与合法性状态各异，究竟如何影响行政协议的效力？适用于单一具体行政行为效力审查的行政行为合法性审查模式难以解答上述问题。

（二）合同效力审查模式及其局限性

合同效力审查模式主要审查行政协议中契约关系的效力。合同效力规则从尊重当事人的契约自由出发，进而调整双方的利益关系。案例一中，被诉国有土地使用合同虽然纳入了行政诉讼程序审理，但是却适用了合同效力审查模式，法院认为被诉合同未满足合同约定的生效条件，因而该合同未生效。而上诉人提出的“该合同明显违反了《某省外商投资企业用地管理办法》第8条关于签订合同的时间必须在征地审批之后的规定，因而合同无效”的答辩理由，由于超出了合同效力审查模式的射程而难以得到合理解释。合同效力审查模式无法审查作为契约关系原因存在的行政处分，使得行政机关几乎享有“审查豁免权”，加剧了行政协议双方权利义务关系的失衡。

当前我国大陆部门法理论研究中，民法学以万法之母的姿态牢牢掌握着话语权的主导地位，与之相对的是行政法学研究的薄弱，这导致实践中呈现出行政协议及其纠纷解决的“私法化”倾向。行政行为具有公定力，需要尽量保持行政契约的稳定性，与合同无效事由过宽之间存在一定的冲突。我国台湾地区学者林明锵亦认为，“行政契约本质不应使其动辄无效，且尽量缩小其无效原因之特性，与民法有关契约可能无效的原因不尽吻合。”^⑤行政协议一体适用合同效力审查模式就抹灭了自身的公益性，因

^④ 参见章志远：《新〈行政诉讼法〉实施对行政行为理论的发展》，载《政治与法律》2016年第1期。

^⑤ 林明锵：《行政契约法研究》，台湾翰芦图书出版有限公司2006年版，第118页。



而必须从公共利益的角度予以特别的考虑。

(三) 拆分审查模式及其局限性

拆分审查模式即将行政协议中的行政处分和契约合意进行人为地拆解，行政处分适用行政行为合法性审查，契约合意适用合同效力审查。某房地产开发有限公司诉某县人民政府行政协议案中，法院认为政府的土地出让行为违反了国土资源部出台的《闲置土地处置办法》第21条之规定，契约部分直接援引合同法第3条、第4条、第94条之规定，认为签订成交确认书的目的已无法实现，该成交确认书应当予以解除。拆分审查模式表面上看似乎符合行政协议“权力归行政，协商归民事”的两分法制度设计，亦是努力将行政协议嵌入现有法律制度的无奈之举。然而行政协议是行政性要素和契约性要素的融合，并非简单的拼加，人为地拆解并分别进行效力审查破坏了行政协议内在的有机联系。“这种削足适履的处理模式，无疑在解决了部分问题的同时引发了更多的问题，在简单化处理的同时使问题变得更加复杂，不宜提倡。”^⑥

我国台湾地区借鉴德国行政法上的双阶理论审查行政契约的效力，与拆分审查模式如出一辙。以BOT协议为例，双阶理论认为前阶段甄选公告为行政处分，后阶段投资契约属行政契约。我国台湾地区ETC案^⑦中，法院认为甄审公告对合格入围申请人于协商程序违反平等原则及公益原则，认定甄审程序违法，进而“依促参法之甄选最优申请人之行政处分，因违法被撤销最优申请人资格者，则建置营运契约因而无效。”但是因甄审程序违法导致ETC营运建置契约归于无效，造成政府、契约相对人与社会公众三方皆输的局面恐非行政契约制度设计的初衷，尤其涉及重大公共利益是否应重新调整，已经引发众多学者予以反思。学者程明修提出，“双阶理论的过度扩张适用，使得它变成了一个负荷过量的定理，适用上的种种矛盾已经造成法律关系变得更加混沌。”^⑧双阶理论将同一事件的两个阶段行为，分别定性为公法上的行政处分及私法上的契约关系，这种法律拟制理论除违背单一生活法律关系应一体处理的原则，区别第一阶段与第二阶段行为亦常有区分困难或保护漏洞发生，多为学者所诟病。

三、检视：行政协议效力审查法律适用

法律适用是行政协议效力审查的前提和基础。纵览理论与实践，各个国家在行政协议效力审查的法律适用上呈现出复杂的法律图景，主要存在单一适用和复合适用两种模式。单一适用模式中，英美法系国家倾向于适用私法，法国则直接适用行政法，

^⑥ 江必新：《中国行政合同法律制度：体系、内容及其构建》，载《中外法学》2012年第6期。

^⑦ 台湾高等行政法院94年诉字第752号判决。

^⑧ 程明修：《双阶理论之虚拟与实际》，载《东吴大学法律学报》第15卷第2期。

其拥有较为完善的行政协议法律制度。复合适用模式主要以德国、葡萄牙等为代表，有的国家公法为主私法为辅，有的国家私法为主但受公法约束，有的国家则不区分公法与私法的适用先后顺序。从我国行政协议的立法与实践出发，行政协议效力审查应当优先适用行政法律规范，准用民事法律规范，并参照适用规章。

（一）优先适用行政法律规范

行政协议作为行政机关实现行政管理目标的一种方式，其本质上是双方行政行为，在缔约双方之间成立了行政法上的权利义务关系。行政协议应当依照行政诉讼法进行司法审查，优先适用行政法律规范乃顺理成章，应无异议。立法机关的权威意见亦实际上确立了行政协议案件中优先适用行政法律规范的原则。就行政协议合法性审查的依据而言，违反法律、行政法规的规定会导致无效，实践中已无争议。卫辉市公路管理局与吕绪屯村委会其他合同纠纷案^⑨中，法院认为被诉协议严重违反《土地管理》第12条与《土地管理法实施条例》第6条第2款的规定而属无效协议。

（二）准用民事法律规范

行政协议的“两分法”制度设计决定了行政协议案件的审理除了适用行政法律规范外，也要准用民事法律规范。“准用与单纯之所谓适用不同，单纯之适用乃法律明定关于某一事项之规定，直用于某一事项；而准用则并非对于所准用之规定完全适用，仍应依事件之性质而为变通之适用者是也。”^⑩新行政诉讼法司法解释第14条规定：“在适用行政法律规范的同时，可以适用不违反行政法和行政诉讼法强制性规定的民事法律规范”。上述规定借鉴准用的立法技术为行政协议效力审查适用民事法律规范提供了依据。“但实质上仍须面对‘行政行为合法性审查’与‘合同法律行为效力审查’因天然构造不同引发的内在冲突。”^⑪

行政协议案件中准用民法存在以下几个前提，即首先行政法上没有相关规定，其次适用民法不违反行政法的基本原则，再次，若适用民法产生冲突则必须予以调整。吴庚教授主张“以变换原则代替类推适用”^⑫，变换原则立足于行政法特性与思维，吸收和借鉴民法的法理思维、架构体系，并作适当的联结，转换为行政法法理或结构论述，而非简单奉行“拿来主义”。在行政协议合法性判断过程中无需继受《合同法司法解释（二）》第14条的规定再区分为效力性强制规定和管理性强制规定。行政协议作为实现行政管理目标的一种方式，基于行政机关自我拘束原则，亦应遵循管理性强制规定。

⑨ 河南省卫辉市人民法院（2010）卫民初字第836号民事判决书。

⑩ 郑玉波：《法学绪论》，三民书局1994年版，第65页。

⑪ 陈无风：《行政协议诉讼：现状与展望》，载《清华法学》2015年第4期。

⑫ 吴庚：《行政法之理论与实务》，三民书局2012年版，第34页。



（三）参照适用规章

新行政诉讼法中对规章的法律定位是“参照”，而非依据，使得规章在司法适用上可能面临着被束之高阁的尴尬窘境。对于行政协议合法性审查的依据是否包含行政法规以下的规范，实务中仍然存在争议。案例二中，原建设部、交通部等五部委《关于清理整顿城市出租车等公共客运交通的意见》这一规范性文件成为法院认定被诉行政合同无效的依据。而驻马店艾瑞克多媒体宽带网络有限公司诉驻马店市广播电视局合同纠纷案^⑬中，法院认为合同法第52条规定的是违反法律和行政法规强制性规定的合同无效，违反行政规章的合同并不当然无效。

笔者认为，规章应当成为行政协议合法性审查的依据，在不损害社会公共利益的情况下，违反规章的行政协议应当无效。目前我国立法对行政协议的规制形式主要体现为行政规章，包括地方政府规章和部门规章。规章作为一种最经常、最普遍、最基层的法律规范形式，将法律、法规具体化、细则化，使其更具有可操作性，是行政机关实施行政管理行为最直接的依据。只要不与法律、行政法规相抵触，规章应当作为行政协议合法性审查的依据得到同等适用。域外的司法实践亦表明，所有位阶在行政协议之上的规范性文件对于行政机关均具有约束作用，都可以成为合法性审查的依据。

四、探索：行政协议效力审查路径构建

虽然行政协议效力规则的相关立法尚存在缺位，但是司法作为维护社会公平正义的最后一道防线却不能无所作为。行政协议的效力审查应当构建行政处分容许性、行政处分合法性与契约行为效力三维一体的审查模式，并在综合考量监督公权力，保障私权利，平衡公私利益的价值基础上作出最终的效力判断。

（一）有限度并用：行政处分的容许性

行政机关必须拥有裁量权，或所谓“处置余地”，始得缔结行政契约。行政机关与相对人缔结行政契约后，于契约之外通过行政处分单方变更或者解除契约的情况在实践中并不罕见，造成对缔约相对人的突袭。行政机关“约外行政”背离了行政契约的合意本质，致使其失去独立于单方行政行为制度的意义了。“事实上，行政法领域已被行政处分所占据，行政契约受到严重挤压。”^⑭我国台湾地区行政契约并用行政处分成为常态且大部分得到“行政法院”的认可，这也造成并用行政处分呈现泛滥之势，致使相对人利益难以得到有效保护。对此我国台湾地区学者已经开始反思，学者林明锵

^⑬ 河南省高级人民法院（2002）豫法民二初字第30号民事判决书。

^⑭ 黄锦堂：《行政契约法主要适用问题之研究》，载台湾行政法学会主编《行政契约法与新行政法》，元照出版公司2002年版，第11页。

认为，“行政契约与行政处分具有竞争及取代关系”^⑮，并提出了“双行为并用禁止”的观点。学者葛克昌亦主张，“基于行政契约不容割裂原则，行政机关不得半途改以行政处分代替之，亦不得以行政处分终止行政契约，以免有失公平，形成名为契约，实为处分之漏洞，并造成法律关系无法确定。”^⑯

行政协议应当有限度容许并用行政处分，但应当限于协议双方约定、法律直接规定与维护公共利益。协议双方可以约定行政机关以授益行政处分的方式履行相应义务，比如政府特许经营协议中的行政许可。学者江嘉琪认为，行政契约与行政处分不得并用为原则，得并用之例外情形包括明确之法律授权和足够之法律依据。^⑰申言之，如果仅是使法律上已确定的义务成为契约内容，则容许嗣后作成行政处分；若相对人因行政契约而负担新创设的义务，则不得作成行政处分。行政机关为了维护公共利益可能以行政处分的方式行使单方变更权。公共利益乃抽象概念，若由行政机关主观判断，则可能面临行政机关既当运动员又当裁判员的尴尬局面。为防止行政机关滥用职权，法律应当赋予相对人相应的诉权，由法院对是否属于公共利益以及是否构成“重大侵害”作出最终裁判。

欠缺容许性的行政处分是否构成重大且明显瑕疵，而使其当然无效，抑或仅是得撤销瑕疵，学界尚未达成共识。笔者认为，不具容许性的行政处分若其本身不存在无效事由，则属违法可撤销的行政处分。“依德国学说之多数见解，不具容许性之行政处分，应属得撤销之行政处分，但若行政机关明知其欠缺处分之权能，而仍执意以行政处分之形式强制其契约请求权之实现，则有可能构成‘形式之滥用’，而使该行政处分归于无效。”^⑱行政处分的容许性审查将无关的行政处分排除在外，但是尚未解决行政处分对行政契约效力影响的问题。

（二）“近因理论”：行政处分的合法性

行政协议作为行政机关实现行政管理目标的一种手段，其效力审查必须判断行政处分的合法性问题。不同于单方的具体行政行为，行政协议中行政处分的情况相比而言就比较复杂了，既有行政协议发生原因的行政处分，如土地房屋征收补偿协议中的行政征收决定，又有行政机关履行约定义务的授益行政处分，亦有行政机关行使行政优益权的行政处分，行政处分出现的方式不一而足。适用于具体行政行为的合法性审

^⑮ 林明锵：《行政契约与行政处分：评最高行政法院八十八年度判字第三八七号判决》，载《台大法学论丛》第33卷第1期。

^⑯ 葛克昌：《公立教师解聘等争讼之救济途径——最高行政法院九十八年七月份第一次联席会议决议》，载《月旦裁判时报》第2期。

^⑰ 江嘉琪：《行政契约关系与行政处分之容许性》，载《律师杂志》第303期。

^⑱ 前引⑰。



查模式面对行政协议中多样化的行政处分显得力有不逮。

笔者认为可以借鉴英美合同上的“近因理论”(proximate cause),考察具体行政协议与实现公共利益、行政管理职能之间的因果链条,截取最接近该行政协议因果链条的行政行为作为其合法性审查的主要对象。^①以政府特许经营协议为例,行政机关依法定职权和程序对协议相对人的资格进行认定和甄选,系行政许可行为,通过考察因果链条可发现,此行政许可行为是与实现公共利益、行政管理职能之间关系最密切的行政行为。该行政许可行为若存在违反法律、法规、规章的规定,超越法定职权,重大且明显的程序瑕疵等情形,将被评价为违法,进而该政府特许经营协议也将被认定为无效,除非会对国家利益和公共利益造成重大侵害。而在政府特许经营协议履行过程中行政机关对项目运营监管作出的行政处分、依法收回特许经营权、单方解除协议决定等行政行为,即使经审查被认定为违法,亦不会直接导致政府特许经营协议归于无效。“近因理论”符合哲学的一般原理,即主要矛盾对事物的发展起决定性作用,亦契合法学的基本理论,值得借鉴。

(三) 效力分层理论: 契约行为的效力

行政协议成立后,有的效力随即产生,有的效力则在法定或约定的条件达成之时才产生,条件达成之前行政协议应当处于未生效状态。效力分层理论认为,契约的效力可以依不同阶段而进行分层,包括确定力、羁束力、实现力。^②应用效力分层理论审查契约行为之效力,摆脱了“生效与未生效”、“有效与无效”的固有分析框架束缚,有助于更好地确定行政协议缔约双方的权利义务与应当承担的责任。

1. 行政协议成立即具有确定力。为了维护行政协议法律关系的稳定,行政协议一旦成立即具有确定力。所谓确定力,“是指行政主体不得任意改变已确定的行政行为,又称为不可变更力或一事不再理原则。”^③确定力意味着缔约双方均应当遵守行政协议确定的义务,不得就同一事项寻找新的缔约对象,应严格履行守约义务。缔约双方针对行政协议所存在的瑕疵,应当依照法定期限和程序寻求救济,任意一方非经法定理由和法定程序不得任意改变成立的行政协议。为了维护公共利益的需要,行政机关也须依照法定程序行使行政优益权。

2. 报批义务具有羁束力。须批准的行政协议成立后,对负有报批义务一方即产生羁束力。与报批义务有关的条款,独立于行政协议整体未生效状况而发生法律效力。学界和司法界的主流观点认为,报批义务是合同被批准前依诚实信用原则而产生的法定义务。已经生效的报批义务是为了推动整个行政协议以后完全生效而出现的。即便

^① 崔建远:《行政合同族的边界及其确定根据》,载《环球法律评论》2017年第4期。

^② 江必新:《行政协议的司法审查》,载《人民司法·应用》2016年第34期。

^③ 叶必丰:《行政行为的效力研究》,中国人民大学出版社2002年版,第99页。

行政主体与协议相对人并未就报批义务进行约定，亦可通过行政审批程序惯例进行推定。基于报批义务的双重属性，即“它既是整个合同发生效力的先合同义务，也是合同在生效前法律或当事人使合同发生法律效力而规定或约定的合同义务”^②，违反报批义务可采取缔约过失责任与违约责任竞合方式处理。依照规章须经批准方能生效的行政协议，在未经批准之前的履行行为不宜径直认定为无效，嗣后能够补正审批程序亦应有效。行政机关的审批系行政处分，是立法者基于法律家长制的考虑对行政协议效力进行的特殊控制。因为规章和行政协议的目的均是为了维护公共利益，所以应当允许行政协议在一定程度上突破规章的审批规定。若审批手续嗣后无法补正的，已经履行的部分可依不当得利规则在当事人之间进行返还。

3. 拟制条件成就督促生效条件义务履行。对于附生效条件的行政协议而言，所附条件的具体内容系双方意思自治的范畴，基于诚实信用和信赖保护原则，负有成就条件的义务一方均应当积极履行相应义务。《合同法》第45条第2款规定：“当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。”上述规定基于任何人不得因背信行为而获益的一般原则，在不违反公共利益的情况下，应当予以准用于行政协议。行政机关若以行政处分的方式恶意阻止或促成生效条件，则可判决撤销行政处分，行政协议当然生效。“拟制条件成就的考量实则是对当事人利益的再分配，因而当涉及公法上的价值考量时，较难存在突破的空间。”^③即法定条件下不适用拟制条件规则。案例一中，上诉人某市国土局未在法定期限内向有权机关履行报批手续，但有权机关批准系法定程序，不应当拟制条件已经成就。法院认为某市国土局不积极履行报批手续与其作为一级人民政府的土地管理职能部门应当恪守的政府信誉极不相称，应当承担责任。

4. 行政协议生效后具有实现力。附期限的行政协议在期限届至前，出于维护公共利益的紧迫性，若无重大且明显瑕疵，履行行为应当推定有效，接近于具有实现力。已经成立且尚未具备生效要件的行政协议还不具有实现力，双方约定的给付义务未生效，不履行给付义务将不构成违约。但生效行政协议具有的实现力如何保障，与单方行政行为的执行力有何异同？单方行政行为的执行力基于其公定力，即单方行政行为一经作出推定其持续有效，除非有权国家机关依照法定程序撤销或宣告无效。学界目前对行政协议是否具有公定力还未达成共识。笔者认为行政协议应当具有公定力，原因如下：首先，代替行政处分的行政协议应当适用与单方行政行为相同的效力规则，协议相对人的契约自由非常有限；其次，公共事业特许经营协议、公共工程和公共服务采购协议等在行政协议中占有很大比例，这类行政协议的履行不应当因协议的合法

^② 吴光荣：《行政审批对合同效力的影响：理论与实践》，载《法学家》2013年第1期。

^③ 尚连杰：《拟制条件成就的法理构造》，载《法律科学（西北政法大学学报）》2017年第4期。



性及其效力存有争议而中断，否则将使公共服务领域（自来水供应、公共交通、城市环卫等）陷入混乱；再次，行政协议的合法性争议及违法瑕疵并不必然导致其无效或者可撤销，为了维护公共利益即使违法仍然需要继续履行；最后，以国库为基础的国家信用能够为协议相对人的权利提供充分保障。^⑭基于上述理由，行政协议具有公定力，其实现力可参照单方行政行为的执行力。

（四）行政协议效力审查的原则

传统的形式法治观念把合法性和效力做较简单的对应，认为合法即有效，违法即无效，这已经难以适应实践发展的需要。事实上，合法性只是行政协议效力判断的价值面向之一，除此之外还包括公益性、合目的性、正当性、效能性等多重价值。具体个案效力审查中应坚持公益优先原则、合目的性原则以及效力从宽原则。

1. 坚持公益优先原则。维护公共利益是行政协议所要追求的重要目标，亦是行政协议成立的预设前提。行政机关为了实现公共利益或者行政管理目标而与为了获取个人利益的行政相对人达成合意缔结契约，双方各取所需，这是行政协议能够成立的基础。当公益与私益发生冲突时，必须坚持公益优先的原则，各国行政协议制度中行政机关均享有行政优益权。当前我国政府和企业间以特许经营权授予为基础的PPP项目合作模式蔚然成风，由于政府自身原因，例如“新官不理旧账”而侵害协议相对人权利的案例在实践中屡见不鲜，此类政府特许经营协议往往涉及国家利益和社会公共利益，法院在审查此类政府特许经营协议效力时必须坚持公益优先原则。为了维护公共利益而行使行政优益权则必须对协议相对人予以合理的补偿，但仅限于直接利益损失。

2. 坚持合目的性原则。行政协议的内容必须围绕实现行政管理目标而展开，依法成立的行政协议可能因不合目的性而被认定为无效。坚持合目的性原则是为了防止行政机关通过契约的形式贩卖权利而谋取不正当利益，抑或凭借行政强权在行政协议中进行“不正连结”，侵害个人合法权益。德国联邦行政程序法有“不正连结”禁止的规定，“行政契约中之双务契约，若所规定的对价给付依其整体情况不相当时构成契约无效事由。”^⑮上述无效事由的规定似乎有过度规范之嫌，可赋予协议相对人撤销权。德国与我国台湾地区将行政机关只享权利而不负义务的行政契约称为“跛足行政契约”^⑯，亦可通过不正连结禁止原则检视其效力。法国行政法上将行政机关于行政协议之外实施的公权力称为“王之行为”^⑰，因此给协议相对人增加的履约成本要予以补

^⑭ 蔺耀昌：《行政契约效力研究》，法律出版社2010年版，第87页~88页。

^⑮ 前引⑭。

^⑯ 李建良：《行政契约的概念、有效性及行政法上请求权》，载《台湾法学杂志》第107期。

^⑰ 张惠东：《法国行政契约之履行——比较法国行政契约法》，载《立宪国家之课题与挑战：许志雄教授六秩华诞祝寿论文集》，台湾元照出版公司2013年版，第9页。

偿。

3. 坚持效力从宽原则。行政机关饱受法令拘束而困扰不已，灵活性亦应成为我国行政法的重要价值追求。“行政任务复杂而多变，要求所有的行政事务都先由法律、法规或规章事先作一般性规定也不现实。过分束缚行政机关的手脚，人民的利益会反受其害。”^⑳法院应当坚持效力从宽认定，从而避免代替行政机关成为行政决策者。对于有瑕疵的行政协议不宜直接认定为无效，应当区分一般瑕疵和重大且明显瑕疵，行政协议在轻微违法瑕疵可补正的情况之下亦可被视为有效，这是维护行政协议稳定性和保护相对人信赖利益的必要。

结语

目前行政协议的理论研究多集中于宏观的制度架构，而缺少司法审判实践中亟需的精细化实务操作研究。理论与立法的严重滞后，特别是行政协议的效力审查规则不明，致使行政协议的司法审查面临窘境。效力规则制度是行政协议的生命线，关乎行政协议制度的安定性。价值判断与利益衡量是司法的重要标尺，行政协议的效力审查由于涉及到多种价值与利益的权衡，离不开法官的主观判断，因而难以建立一套一劳永逸的公式化效力审查规则体系。希望借此文的探讨让行政协议的效力审查向相对确定的方向前进，以求起到抛砖引玉之效。

（责任编辑：郝晓越）

^⑳ 杨登峰：《行政法定原则及其法定范围》，载《中国法学》2014年第3期。



民事判决对行政案件的既判力问题探析

——防止民行交叉案件裁判冲突的司法路径

赵龙*

内容摘要 当民事法律关系与行政法律关系存在一定程度的衔接或重合时，会导致民行交叉案件的产生。如何解决前一生效判决对之后另一性质诉讼的效力问题，是司法实践中亟待解决的难题。基于行政行为公定力理论，判断前诉民事判决对随后行政案件是否产生既判力的关键是看民事判决对行政行为的效力是否作出确认。如果作出确认，民事判决的既判力效力及于行政案件。从民事判决对行政案件产生既判力的内容范围看，应赋予判决主文（诉讼标的）既判力，并赋予争议焦点、裁判理由、裁判确认事实一定程度的既判力。

关键词 民事判决 行政案件 民行交叉 既判力

中图分类号: DF71 **文献标识码**: A **文章编号**: 1674-3156 (2018) 06-036-042

民事法律和行政法律对同一事实或法律问题的认定存在一定程序的衔接和重合，从而导致民行交叉案件的产生。民行交叉案件为我国司法实践提出了一系列难题，比较突出的问题是，民事判决作出后，当事人又提起行政诉讼，该行政诉讼是否受到已有民事判决的约束。对于这一问题，如何防止对同一事实认定及法律适用问题作出不一致的认定，就要尊重生效裁判的既判效力。^①

一、问题的缘起：既判力的司法甄别

案例1：因城市规划需要，2004年9月，费某居住的房屋被列入拆迁范围，被拆迁人为费某、陆某（子）。后费某经别人介绍认识徐某，于2007年2月5日登记结婚。2007年4月17日，费某与房屋拆迁部门签订了拆迁安置协议书，并于2010年7月12日将拆迁所得安置房登记在陆某名下。2010年8月18日，徐某向法院提起民事诉讼，主张房屋共有权。法院经审理认定，房屋已实际交付，且已登记于陆某名下，遂判决驳回徐某的诉讼请求。后徐某又以房屋登记部门未尽审查责任，导致房屋登记错误为由

*赵龙，浙江省湖州市中级人民法院研究室主任，一级法官。

① 参见《最高人民法院关于加强和改进行政诉讼工作的意见》第二十条。

向法院提起行政诉讼，要求撤销房屋登记。法院经审查认为，民事判决确认陆某对于房屋的所有权，属于《最高人民法院关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十四条第一款第十项规定的不可诉的情形，遂裁定驳回起诉。^②

案例2：1998年11月，刘某向张某借款2230.80万元，以某房地产公司所有的“建国大厦”作抵押担保，办理抵押登记，并约定抵押期限。2000年11月，张某以刘某未归还借款为由提起诉讼，并要求对“建国大厦”享有优先受偿权。庭审过程中，房地产公司提交了一份报纸公告，载明：“于1998年12月26日抵押给房地产公司的抵押物，因期限已到，予以注销。”2002年5月，市中级人民法院判决认为，房屋管理部门仅以双方约定抵押期到期为由办理抵押权注销登记手续，法律依据不足，并不能免除房地产公司的担保责任。一审判决之后，房地产公司不服，提起上诉，二审改判房地产公司不承担责任。后省高院再审维持一审判决。由于“建国大厦”已被处置，2012年4月，市中级人民法院裁定终结一审和再审民事判决的执行。张某遂向法院提起行政附带国家赔偿诉讼，要求确认房屋登记部门对抵押登记行为进行注销的行为违法，并赔偿损失6800万元。一审法院以本案超过起诉期限为由裁定驳回起诉后，张某提起上诉。二审法院经审理认为，本案并未超过起诉期限，一审法院以超过起诉期限为由裁定驳回起诉，存在不当。但鉴于行政行为的效力已经由生效民事判决作出认定，根据《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》第四十四条第一款第十项的规定，张某可以直接提起行政赔偿诉讼，遂裁定驳回上诉，维持原裁定。^③

通过上述两个案例，我们发现在司法实践中，法院对于何为生效裁判的羁束效力的认识并不统一，造成司法实践的困惑。随着经济、社会的发展，民行交叉案件大量出现，正如上述两个案例涉及的房屋登记领域，为了解决因民事诉讼与行政诉讼的审查标准不统一而造成民事判决与行政判决产生冲突的问题，法院在不断探索先民后行、先行后民，抑或行政附带民事程序处理模式的同时，往往最先遇到民事判决对之后行政案件的事实认定和法律适用是否产生羁束的问题。而对同一问题司法实践中存在的不同做法，严重损害了司法的权威性和公信力。

二、既判力的适用范围：适度扩张的审视

（一）“微观”视域既判力之扩张

所谓既判力，是指生效裁判的羁束力，就其范围而言，通说一般认为包括主观、客观、时间三个方面的内容。对于主观范围，是指既判力及于什么人或者对什么人发

^② （2011）湖吴行初字第25号行政裁定书。

^③ （2012）浙湖行受终字第1号行政裁定书。



生法律效力的问题。^④一般情况下,既判力主观范围限于当事人,不及于案外第三人。但在司法实践中,为彻底解决纠纷,实现当事人的诉讼利益,对于当事人的适格问题,一般采取较为宽松的标准,以实现一次性解决纠纷的目的。^⑤由此,既判力的主观范围就不仅仅局限于直接参与案件的当事人,在一定条件下,既判力的效力可能扩张为案外第三人。对于时间范围,是指当事人之间权利义务在庭审中予以固定的时间节点。对于该时间点,一般认为是事实审查口头辩论终结时。^⑥此后出现的新事由,不再纳入裁判的范围。所谓客观范围,主要是指之前生效裁判产生遮断或覆盖纠纷之范围,且该范围内对于纠纷具有终局的作用。^⑦在诉讼过程中,尤其是民事案件,当事人诉争焦点确定的重要依据就是诉讼标的。^⑧因此,诉讼标的在民事诉讼中具有基础性的地位,不仅表现在确定既判力客观范围方面,并且也是确定是否存在重复诉讼等问题的重要依据。^⑨在民事诉讼中,赋予判决主文既判力效力,有条件赋予争议焦点、裁判理由、事实认定以相对既判力效力,可以在一定程度上避免前后诉讼判决的不一致。

(二)“宏观”视域既判力之扩张

如果说目前理论界对既判力的研究仅限于各诉讼领域内部,属于“微观”层面的话,那么对于交叉案件既判力的研究则属于“宏观”层面的探索。然而对于这一问题,《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》(简称行诉解释)第69条第1款第九项并没有给出明确答案。^⑩既判力,是前生效判决对之后诉讼的拘束力,以保持前后两个诉讼在事实认定和法律适用方面保持统一的法律效力。既判力,其理论来源一般分为制度效力说、程序归责说、双重依据说和国家审判权说。主张制度效力说的观点认为,既判力是基于保障权利安定而设置的,如果不存在既判力制度,生效判决可能随时被推翻,不利于当事人权利义务的稳定。^⑪主张程序归责说的观点认为,如果当事人在前诉中获得程序保障,其就应主动接受之前判决的效力约束,而不

^④ 邓辉辉:《既判力理论研究》,中国政法大学出版社2004年版,第163页。

^⑤ 肖建华:《民事纠纷当事人研究》,中国政法大学出版社2002年版,第168页。

^⑥ [日]高桥宏志:《民事诉讼法:制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年版,第488页。

^⑦ 林剑锋:《民事判决既判力客观范围研究》,厦门大学出版社2006年版,第48页。

^⑧ 段厚生:《民事诉讼标的论》,中国人民公安大学出版社2004年版,第1页。

^⑨ 前引⑥,第22页。

^⑩ 《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年2月8日施行,《最高人民法院关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》废止,但《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》第六十九条第一款第九项除了将“生效判决”修改为“生效裁判”及增加“调解书”的内容外,基本沿袭了《最高人民法院关于执行〈行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十四条第一款第十项的规定。

^⑪ 邓辉辉:《行政裁判与民事判决既判力根据之比较》,载《河北法学》2007年第9期。

能再就同一法律关系提出相同或不同的权利主张，即当事人在程序中享有权利与权益的保障是生效裁判的实质性要件。^⑫主张双重根据说的观点认为，制度性效力和程序保障是既判力产生拘束力得以正当化的条件。主张国家审判权说的观点认为，法院作出判决依据的是国家的审判权，因此，既判力效力来源于国家审判权。^⑬诉权和审判权是诉讼的两个基本因素，而判决的形成则是当事人和法院共同作用的结果。既判力所要把握的就是在当事人权益保障和国家审判权力之间寻求一个平衡点。但是，无论是制度效力说、程序归责说，还是二元论的双重根据说，均无法充分体现既判力制度的本质。相比较而言，国家审判权说更能体现既判力制度的本质。矛盾纠纷的化解，法院作为最终的裁判者，其判决具有权威性，正如国家审判权说所阐释的理论，法院判决最终体现的是国家强制力，当然具有权威效力。^⑭因此，基于国家主权和国家司法权的威信，既判力作为诉讼法上的制度，对当事人和法院具有拘束力，而基于国家审判权的统一性，既判力的效力自然就扩张到交叉案件的适用领域。

三、行政行为对民事判决的拘束力：行政行为公定力理论的嵌入

根据《行政诉讼法》的规定，我国构建的是以行政行为合法性和合理性为主要审查内容的行政诉讼体系，而根据《民事诉讼法》第3条的规定，民事诉讼解决的是当事人之间的人身权纠纷和财产权纠纷。基于此，民事判决能否对随后的行政案件产生既判力的关键是民事判决能否在解决人身关系和财产关系的基础上对行政案件的诉讼标的进行判断。关于这一问题，实务界和理论界争议较大：一种观点认为，行政行为的效力只能由行政诉讼作出认定，民事诉讼对于涉案的行政行为，只能从证据审查的角度予以认定，对于有效的行政行为，采纳为有效证据，否则，不能将其作为后续裁判作出的依据。因此，行政行为只能作为证据予以审查，而不宜直接对其效力作出评断，更不会产生直接认定或否定其效力的法律后果。第二种观点认为，分开审理，或者合并审理，最终的目的是为了更好的解决不同类型的纠纷，因两者具有一定的关联，故应允许民事诉讼对行政行为的效力进行审查。^⑮并且，对于具有重大明显瑕疵的行为进行审查，尤其是在民事审判中，也符合经济原则和公正原则。^⑯传统行政法学理论认为，行政行为具有公定力、拘束力、执行力，体现在不同的诉讼过程中则为民事

^⑫ 前引⑥，第481页。

^⑬ 沈达明：《比较民事诉讼法初论》，中国法制出版社2002年版，第105页。

^⑭ 江伟：《中国民事诉讼法专论》，中国政法大学出版社1998年版，第160页。

^⑮ 王达：《民事诉讼能否审查具体行政行为》，载《行政执法与行政审判》2005年第2辑。

^⑯ 苏西刚、付文华：《民事诉讼中行政附属问题探析》，载《行政法学研究》2000年第1期。



诉讼原则上应承认行政行为的效力，但如果该行政行为存在无效或可撤销的法定事由，民事诉讼可以直接作出认定。

上述观点，各有其理论基础，诉讼的不同分工对于类型化案件的处理具有重要意义，但因不同类型之间的纠纷存在相互交织、相互渗透等特点，行政行为的效力成了不同诉讼程序，尤其是民事诉讼和行政诉讼之间不可回避的实践难题。这主要基于行政行为的公定力理论，即行政行为，未经复议或诉讼程序撤销或确认违法，即推定其具有合法有效的法律效力。^⑰行政行为的公定力理论，民事诉讼原则上要承认行政行为的效力，除非其存在无效或可撤销的法定事由。^⑱如果行政行为具有无效或可撤销的法定事由，民事判决可以直接认定该行政行为无效或可撤销；如果不具有上述事由，即使存在瑕疵，也不能直接对其效力作出否定性的认定。何种情况属于行政行为可撤销或无效？其主要判断基础为《行政诉讼法》第70条和第75条。

四、既判力在审判实践中的具体运用：既判效力的司法界定

（一）诉讼标的的既判力问题

生效判决的主文具有既判力效力并无争议，但民事判决主文的表现形式往往多种多样，而有时仅仅从裁判主文本身又难以判断案件争议的权利义务关系，以判决驳回诉讼请求为例，单纯驳回诉讼请求的裁判主文，无法识别案件的实体法律关系，因此，就必须结合当事人的诉讼标的。从一定程度上讲，裁判主文的既判力，实际上体现的就是对于诉讼标的的判别。^⑲在民事诉讼中，对于诉讼标的的认定应结合诉的声明进行判断，所谓诉的声明，就是指当事人请求法院予以支持的基础法律关系。并且，诉的声明与诉讼标的存在基本的对应关系。当涉及多个诉讼标的时，既判力效力仅及于生效判决确定的诉讼标的，未包括未作出判断的诉讼标的。如果民事判决对诉讼标的已经作出实体判断，而该标的又与行政诉讼的标的具有同一性，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第69条第1款第九项的规定，当事人即使另案提起诉讼，法院也经裁定不予立案，已经立案的，应裁定驳回起诉。而对于诉讼标的的同一性的判断，关键是看生效民事判决确定的诉讼标的是否对行政行为的效力作出认定，如果作出认定，其效力当然及于后诉的行政案件，如果只是基于行政行为的拘束力对其确定的事实予以认定，则既判力不及于后诉的行政案件。

^⑰ 叶必丰：《行政法学》，武汉大学出版社1999年版，第130页。

^⑱ 许宗力：《行政法对民、刑法的规范效应》，载葛克昌、林明锵主编《行政法实务与理论》（一），台湾元照出版有限公司2003年版，第84页。

^⑲ 耿宝建：《既判力理论的发展及在审判中的运用》，载《法律适用》2004年第2期。

（二）争议焦点的既判力问题

争议焦点，系因双方诉争才会形成，在前诉已经作出评判的情形下，如果后诉予以否定，显然就会危及当事人之间已经建立的相对固定的权利义务关系，也会危及国家审判的权威。因此，对于争议焦点的既判力应当予以确认。但争议焦点毕竟不是裁判主文，对于其与裁判主文的效力认定应有所区别。按照日本学者新唐幸司教授的“争点效理论”，^{②①}如果争议焦点已经在诉讼过程中进行了充分的辩论，并且法院在裁判文书中对于争议焦点进行了实质性的审理判断，而不是一种推论，就应当承认其约束后诉的效力。后诉可以不经实体审查直接予以采信、认定，且不得作出相反判断。需要强调的是，前诉的争议焦点必须与判决主文紧密相联，才能赋予其既判力。因为在同一诉讼标的下，可能产生多个争议焦点，并不是每一个争议焦点都直接影响判决结果，只有与判决主文紧密相联，对裁判结果产生直接影响的争议焦点才具有与裁判主文等同的效力。

（三）裁判理由的既判力问题

一直以来，对于裁判理由是否具有既判力存在两种观点：一种观点认为裁判理由不具有既判力；另一种观点认为在特定情况下裁判理由具有既判力。从裁判的主文内容看，因司法实践的需要一般较为简短，因此，对于当事人之间权利义务的判断，有时需要结合裁判理由才能作出准确判断。对于一个裁判而言，裁判理由无疑是其灵魂，如果裁判只是冷冰冰的结论，而没有中间论证的过程，其透明度又有何体现。^{②②}而对于何种情形的裁判理由可以赋予既判力，笔者认为，按照请求权理论，可以将判决理由分为诉请型、要件型、辅助型。从羁束效力上而言，对于诉请型，其裁判理由当然具有既判力；对于要件型，一般认为其裁判理由具有约束力；对于辅助型，因其非构建法律关系的必要性，一般不具有约束力。^{②③}诉请型裁判理由之所以赋予其既判力，主要基于其已经针对当事人的诉讼请求作出了直接判断，既经过了当事人双方的充分质辩，也经过了法院的充分审理，法院在作出判断的时候在证据标准上也已达到了盖然性或高度盖然性的证明标准，理当具有排除后诉的既判力。要件型裁判理由，由于请求权基础的构成要件是诉讼请求成立与否的必要因素，并且，请求权基础的构成要件成立与否也经过了当事人举证、质证等过程，是在法律适用的基础上对请求权构成要件成立与否作出的判断，应具有约束后诉的效力。辅助型裁判理由，是指支持当事人诉讼请求而作出的判断，由于辅助型的判断并非请求权的必要构成要件，往往不宜赋予其约束力。

^{②①} [日] 新唐幸司：《新民事诉讼法》，林剑锋译，法律出版社2008年版，第492页。

^{②②} 沈达明：《比较民事诉讼法初论（下册）》，中信出版社1991年版，第246页。

^{②③} 朱川、周晶：《判决理由既判力的再认识》，载《人民司法·案例》2011年第8期。



(四) 裁判认定事实的既判力问题

作为生效裁判的重要内容，案件事实的认定与裁判理由和争议焦点一样需要进行既判力问题的判断。法院对于案件事实的查明主要是基于当事人的陈述和举证，因此，案件事实在一定程序上具有既判力。虽然行政诉讼法中没有承认前诉确定的事实对后诉具有既判力，法院可以直接采信，但司法解释对于生效裁判确定事实的既判力却给予了肯定。《最高人民法院关于行政诉讼证据若干问题的规定》第70条规定，生效的人民法院裁判文书或者仲裁机构裁判文书确认的事实，可以作为定案依据。但是如果发现裁判文书或者裁判文书认定的事实有重大问题的，应当中止诉讼，通过法定程序予以纠正后恢复诉讼。上述法条虽然就程序选择作出规定，但何为“事实有重大问题”？或者，事实是否需要区分？上述司法解释第70条的规定显然规定过于笼统。如果对于次要事实、非决定性事实也要“中止诉讼”，显然违背了既判力的本质。因此，应当对裁判认定的事实进行区分，对于决定性的事实，即直接影响案件裁判的事实，应当确认其既判力，而对于次要事实、对案件裁判结果没有决定性影响的事实，则不应确认其既判力。即对于决定性事实，如果后诉的当事人有相反的证据，后诉应当中止，经过纠正程序后，再行作出裁判。对于次要事实、非决定性事实，即使前诉民事裁判认定错误也不会导致实体裁判错误的，在后诉行政案件的审理中，一旦前诉的事实被推翻，后诉要根据相关证据规则作出认定而不受前诉的约束。

在民行交叉案件审理模式的讨论中，既判力作为诉讼实践中存在的问题，往往容易被人忽视，而法院在甄别生效判决是否具有既判力的过程中，因司法实践中标准的不统一又产生较大差异，从而造成司法审判中“一个案件”数个判决的现象频出，一定程度上损害了司法权威。解决这一司法难题，需要进一步加强既判力理论研究，明确运用既判力的判断标准，从而有效化解民行交叉争议。

(责任编辑：王文斌)

建设工程合同中 背靠背条款的适用及其规制

张永亮*

内容摘要 建设工程合同中，承包人与分包人往往约定背靠背条款，其核心系以“业主支付为前提”。背靠背条款的出现是由于建设工程的特殊性，承包人希望通过这一条款转移部分工程风险，取得一定时间利益，并对分包工程进行监督，在现行法律规定下应认可其效力。从附条件和附期限的区别来看，背靠背条款本质属于附条件条款。为了防止背靠背条款被滥用，应当对其规制，主要是构建承包人的告知义务和注意义务，并在特殊情况下对分包人的时间利益予以特殊保护。

关键词 背靠背条款 业主支付 附条件条款 告知义务 注意义务

中图分类号: DF525 **文献标识码**: A **文章编号**: 1674-3156 (2018) 06-043-052

一、问题的提出

在建设工程领域，承包人与分包人在分包合同中约定“按照业主支付进度付款”、“在建设单位资金到账后按比例支付”“以收到建设单位工程款为向分包人支付工程款的前提”等条款，此类条款被称为背靠背条款。背靠背条款在国际上又称“Pay-when-paid”或“Pay-if-paid”条款，其并非严格意义上的法律术语，我国立法上对此亦未作出明确规定，而是建设工程领域形成的特定用语。背靠背条款核心在于“以业主支付为前提”，承包人通过这种方式将业主支付工程款的部分风险转移给分包人。但对于该条款在理论和实践中存在着不同的认识，直接影响司法裁判的统一。

从中国裁判文书网上检索到的情况来看，已有的裁判文书中对于背靠背条款的认定大致有五种情形。第一种情形是直接认可背靠背条款的合法性与合理性，典型如(2014)济民五终字第182号重庆市智翔铺道技术工程有限公司与山东省路桥集团有限公司建设工程施工合同纠纷。第二种是承认背靠背条款的效力，但对于承包人苛以较为严格的举证责任，要求承包人举证证明已积极向发包人主张权利而并未怠于行使，

*张永亮，广州市中级人民法院法官助理。



如(2014)三民终字第199号陕西建工安装集团有限公司与赵宇鹏建设工程施工合同纠纷。第三种情形则是认为分包人应对发包人付款情况承担举证责任,如(2016)苏04民终0341号江苏天目建设集团有限公司与吴光浩、江苏天腾建设集团有限公司建设工程施工合同纠纷。第四种情形是以约定不明为由,对承包人援引背靠背条款的抗辩不予支持,如(2016)鲁07民终2145号李树源与山东鲁潍地质勘查院建设工程施工合同纠纷。第五种情形则是以违反公平为由直接否定背靠背条款的效力,如(2014)一中民终字第01260号北京东方信联无线通信有限公司与天津讯广科技有限公司建设工程施工合同纠纷。

由于对背靠背条款的司法适用认识不一致,导致在具体的案件处理中,更多的依赖于个案中的具体约定、举证责任的分配来对各方当事人之间的权利义务进行调整。但是在学术理论和法律规定没有定论的情况下,仅依赖于事后通过个案的裁判,毕竟很难实现裁判尺度和标准的统一。因此,有必要从根本上厘清背靠背条款的性质和效力,并据此予以规制,实现各方权利义务的平衡。本文拟从已有的案例,结合学说的发展,提出自己的一些看法,以求教于方家。

二、背靠背条款效力的理解与阐释

(一) 基于实证法上的分析

在国际咨询工程师联合会(FIDIC)编制的《土木工程施工分包合同条件》(1994年第1版)第16.3款中有类似背靠背条款的内容。^①1998年美国总承包商协会首次声明认可建设工程分包合同里适用背靠背条款。只是在英美国家对其理解更为复杂,“Pay-if-paid”与“Pay-when-paid”涵义并不一致。“两者在诸如英国等国家和地区经常被混同使用,但事实上即使仅从字面上理解,两者也存在一定的差异。”^②一般来说,“Pay-if-paid”比“Pay-when-paid”更为苛刻。“‘Pay-if-paid’条款把总承包商的风险转移给了既不能预测又无法控制业主破产等风险的分包商,而这些付款在很大程度上决定着分包商的正常运转”,“通常‘Pay-when-paid’条款只表述总承包商向其分包

^① 第16.3款:“在下列情况下,总承包商应有权扣发或缓发应支付分包商的全部或部分金额:……(c)月报表中包含的款项没有被工程师全部证明,而这又不是由于总承包商的行为或违约导致的;(d)总承包商已按照主合同将分包商报表中所列的款项包括在总承包商的报表中,且工程师已为此开具了证书,但业主尚未向总承包商支付上述全部金额,而这不是总承包商的行为或违约引起的;(e)分包商与总承包商之间和(或)总承包商与业主之间,就涉及计量或工程量问题或上述分包商的报表中包含的任何其他事宜已发生了争执。”

^② 袁华之、丑斌:《分包合同中的“背靠背”条款浅析》,载《财经法学》2017年第2期。

商支付的时间，而不构成向分包商支付的前提条件。”^③也因为如此，美国部分州认定“Pay-if-paid”违反了公共政策而无效，而“Pay-when-paid”只有在等同于“Pay-if-paid”才涉及公共政策问题。在英国，“Pay-when-paid”与“Pay-if-paid”差别不如美国大，且都被严格限制。在英国1996年的《住房许可、建设和重建法令》和2009年的《地方民主、经济发展和建设法令》中，都有关于付款日期的规定，“除了业主破产之外，在1996年的法令中‘Pay-when-paid’条款被禁用。而在2009年法令的修订中，对禁止‘Pay-when-paid’条款使用的情形做出了更详尽的解释。”^④

如前所述，目前在我国的立法上对于背靠背条款并没有明确的规定。但鉴于司法实践中存在大量此类案件，部分法院对于相关或类似的情形作出规定。如《北京市高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件若干疑难问题的解答》第22条规定，分包合同中约定待总包人与发包人进行结算且发包人支付工程款后，总包人再向分包人支付工程款的，该约定有效。因总包人拖延结算或怠于行使其到期债权致使分包人不能及时取得工程款，分包人要求总包人支付欠付工程款的，应予支持。总包人对其与发包人之间的结算情况以及发包人支付工程款的事实负有举证责任。《安徽省高级人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的指导意见（二）》第11条规定，非法转包、违法分包建设工程，实际施工人与承包人约定以发包人与承包人的结算结果作为结算依据，承包人与发包人尚未结算，实际施工人向承包人主张工程价款的，分别下列情形处理：（一）承包人与发包人未结算尚在合理期限内的，驳回实际施工人的诉讼请求。（二）承包人已经开始与发包人结算、申请仲裁或者诉至人民法院的，中止审理。（三）承包人怠于向发包人主张工程价款，实际施工人主张参照发包人与承包人签订的建设工程施工合同确定工程价款的，应予支持。虽然安徽省高院该规定并非严格意义上的背靠背条款，但“从本条第1、2项的规定可知，安徽省高级人民法院是认可业主结算前提条款的效力的，即总承包人和业主的结算在合理期限内完成，则分包人的诉讼请求不能得到支持。”^⑤

（二）基于价值论上的探讨

将背靠背条款置于整个建设工程合同的框架中来看，背靠背条款属于风险负担的条款。由于建设工程资金投入大、建设周期长的特点，履约过程中会存在大量不确定的风险，如政治环境风险、经济环境风险、自然环境风险、法律环境风险、决策风险以及经营风险等等。在实践中，发包人普遍倾向于将风险转移由承包人负担，承包人

^③ 包艳萍、孟友瑞：《国际工程分包合同中“Pay-if-paid”和“Pay-when-paid”条款辨析》，载《国际经济合作》2014年第11期。

^④ 前引^③。

^⑤ 谭敬慧：《建设工程疑难问题与法律实务》，法律出版社2016年版，第119页。



相对于发包人的弱势地位，往往会接受发包人的苛刻条件，之后再通过各种其他途径转移风险。在工程分包的情形下背靠背条款正是承包人将部分合同风险转移给分包人的一种方式。“背靠背条款是分包工程合同中常用的条款设置和安排，它主要是总承包人通过合同条款的安排将工程合同中的风险、义务和责任等相关内容转移到对应的分包合同中，由分包人承担部分或全部义务和责任，借此减少己方的相关风险、义务和责任。”^⑥

同时，由于建设工程投入的资金量较大，有的项目中承包人还需垫资施工，承包人通过背靠背条款可以抗辩分包人的付款请求，取得时间利益，从而有利于降低承包人自身的资金成本压力。在（2014）济民五终字第182号重庆市智翔铺道技术工程有限公司与山东省路桥集团有限公司建设工程施工合同纠纷一案中，法院即认为，从合同的顺利履行以及约定本条款的目的来看，山东路桥公司总包的济宁市太白楼西路梁济运河大桥工程I合同段的工程款达两亿多元，若山东路桥公司在未收到业主支付款前需要向分包方预先支付分包工程的工程款，山东路桥公司是很难有这样的支付能力的。^⑦

此外，《建筑法》第29条规定，总承包单位和分包单位就分包工程对建设单位承担连带责任。《合同法》第272条亦规定，第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。分包人与承包人对工程成果向发包人承担连带责任，承包人需要对分包人的分包工作进行一定程度的监督，背靠背条款也正是承包人对分包人监督的方式之一。在因分包人的分包工作未能符合约定或强制性标准要求，业主拒绝支付相应工程款的情况下，承包人可以据此要求分包人整改其工作。因此，背靠背条款有其存在的合理性，在未有法律法规明确其无效的情况下，应认定其有效。

三、背靠背条款性质的解构与辨析

（一）附条件与附期限的学理基础

背靠背条款是承包人与分包人之间风险负担的条款，承包人通过背靠背条款对将来可能发生的不确定风险转移于分包人。而在法学理论上，“‘民法’总则规定了两个管控法律行为风险的制度：一为条件；二为期限”^⑧。附条件的民事行为和附期限的民

^⑥ 林立：《工程合同法律、规则与实践》，北京大学出版社2016年版，第233页。

^⑦ 参见（2014）济民五终字第182号重庆市智翔铺道技术工程有限公司与山东省路桥集团有限公司建设工程施工合同纠纷民事判决书。

^⑧ 王泽鉴：《民法总则》，北京大学出版社2009年12月版，第395页。

事行为其本质上也正是为了对风险进行管控。我国《民法总则》第158条规定，民事法律行为可以附条件，但是按照其性质不得附条件的除外；第160条规定，民事法律行为可以附期限，但是按照其性质不得附期限的除外。《合同法》第45条、第46条亦规定，当事人对合同的效力可以约定附条件或附期限。一般来说，条件和期限最大的区别在于，条件是不确定的，而期限是确定的。“条件者，是指法律行为效力的发生或消灭，系于将来是否客观上不确定的事实。期限者，指法律行为效力的发生或消灭，系于将来确定发生的事实。条件与期限乃同以将来的事实为内容，其主要区别在于条件系针对客观上不确定的事实，期限作为确定发生的事实。”^⑨

从背靠背条款的内容来看，其核心在于“以业主支付为前提”，背靠背条款属于附条件还是附期限取决于业主支付属于确定的事实还是不确定的事实。有的观点认为，业主支付属确定的事实，只是期限长短的问题。即使业主破产，基于建设工程价款优先受偿权，承包人最终还是可以就工程折价拍卖取得工程价款。也有观点认为，背靠背条款既不属于附条件条款，也不属于附期限条款。其主要认为，在业主支付成就前，分包合同中的背靠背条款处于未生效的状态，如果业主确定无法支付工程款，那么背靠背条款作为附条件或附期限生效的法律行为，则因所附条件或期限不能成就而不发生法律效力，属无效条款。

（二）背靠背条款作为附条件条款的认定

目前，主流观点认为背靠背条款属于附条件条款，人民法院在实践中也多秉持此观点。如（2016）赣0192民初492号江西冠能科技发展有限公司与南昌市第一建筑工程公司、南昌市昌北开放开发区开发建设总公司建设工程分包合同纠纷、（2017）豫0502民初2703号安阳建工（集团）有限责任公司与中国化学工程第十一建设有限公司、中国五环工程有限公司建设工程施工合同纠纷、（2015）经开民初字第3296号辽宁禹王防水工程有限公司与中国建筑股份有限公司建设工程分包合同纠纷等案件中，人民法院均以承包人怠于行使权利，应视为以不作为的形式阻止履行条件的成就，故履行条件已成就为由，对承包人的抗辩不予支持。在（2016）赣0192民初492号一案中，法院即认定，“被告南昌一建公司已经有权要求业主支付相应的工程款，但被告昌北建设公司仍未结算、付款，且被告南昌一建公司提供的证据不足以证实其已积极向业主主张了权利，故可以认定被告南昌一建公司怠于行使权利，其关于支付工程款条件尚未成就的主张不能成立，本院不予支持，被告南昌一建公司应向原告支付欠付的工程款。”^⑩

^⑨ 前引⑧，第396页。

^⑩ 参见（2016）赣0192民初492号江西冠能科技发展有限公司与南昌市第一建筑工程公司、南昌市昌北开放开发区开发建设总公司建设工程分包合同纠纷民事判决书。



笔者认为，背靠背条款当属附条件条款无疑。首先，业主能否给付承包人工程款属于不确定的事实，其到来的时期和能否最终到来都是不确定的。虽然承包人可能享有建设工程价款优先受偿权，但根据最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》规定，消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的建设工程价款优先受偿权不得对抗买受人。也即，在工程之上如果存在消费者合法权益的情形，按照生存权优于经营权的法理，承包人就有可能无法取得工程款，业主支付存在无法实现的可能。其次，认为背靠背条款作为附条件生效的法律行为，因所附条件未成就而导致该条款不生法律效力的理解并不准确。“附条件的民事行为虽然要在所附条件出现时生效或者失效，但是对于当事人仍然具有法律约束力，双方当事人不能随意变更或者解除。一旦符合所附条件时，一方当事人如果不履行，就要赔偿因此给对方当事人造成的损失。所以，附条件的民事法律行为可分为条件成就前的效力和条件成就后的效力。”^①关于此种条件成就前的效力，根据德国法的理论，称为即时效力。“……如果人们把这种情况称为法律行为的‘预先效力’，则这种说法也不太准确，因为在这种情况下，法律行为是已经实施了了的，只不过法律行为所要达到的主要效果被延缓了。比较正确的说法可以是：行为的‘即时效力’”^②。在背靠背条款中，尽管业主支付还不确定，但是条款已经生效，即任何一方都不得单方撤回其意思表示，一旦业主支付成就，则承包人向分包人支付相应工程款的法律效果能够实现。而且，即使业主支付的条件不成就，影响的是承包人给付分包人工程款的效力，而并非导致整个条款流于无效。

四、背靠背条款规制的理论基点与路径

（一）背靠背条款规制的正当性

背靠背条款作为附条件条款，承包人通过这一条款转移风险并取得了时间利益，有其合理性的一面。但是如果背靠背条款被滥用，容易造成承包人与分包人之间权利义务的失衡，不利于建设工程项目开展和社会公共利益维护。虽然背靠背条款是基于合同双方当事人意思自治的结果，合同双方应当受到自己承诺的约束，但是，“契约之一方如果具有强大之地位，以致事实上其得在契约内容单方面做决定，则对他方当事人而言，此无异为一突异令人无法接受的‘他主决定’。然而法律并不能就所有状况皆

^① 沈德咏主编：《〈中华人民共和国民法总则〉条文理解与适用》（下），人民法院出版社2017年版，第1039页。

^② 【德】卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》（下），王晓晔、邵建东等译，法律出版社2013年版，第694页。

有所规定，因此谈判平等即不免多多少少受侵害。”^⑬同时，基于建设工程合同自身的特殊性，相较于一般的合同类型，在双方当事人意思自治之外应赋予相应的国家干预，“由于建设工程的标的物为不动产，工程建设对国家和社会生活的各方面影响较大，因而在建设工程合同的订立和履行上，具有强烈的国家干预的色彩。”^⑭因此，必须通过一定程度的公权力介入，对背靠背条款予以合理规制，进而实现各方权利义务的衡平。

对于背靠背条款的适用和规制不能脱离《合同法》、《建筑法》等的基本原则。具体应当遵循以下三个原则：第一，质量优先原则；第二，公平原则；第三，诚实信用原则。工程质量是建设工程的生命，是第一原则。“建设工程的质量关系到公共安全，为了确保建设工程质量，《合同法》、《建筑法》等法律、行政法规或者部颁规章都作出了许多具体规定，如有关承包人施工资质、工程分包、工程验收、工程保修、工程监理、建材供应等方面的规定，这些规定的核心都是为了保证工程质量。”^⑮关于公平原则，即要求承包人与分包人对工程风险合理分担，具体而言，风险最大的受益者应当承担相应的风险，或对风险有更好的预见和控制能力的一方，应当承担相应的风险。关于诚实信用原则，一方面，承包人和分包人都应积极履行自己的义务，确保工程符合合同约定和技术标准；另一方面，任何人不能因自己的过错行为而得益，如因承包人过错导致业主未按时支付工程款时，不能援引背靠背条款对抗分包人。

（二）背靠背条款之承包人告知义务和注意义务

在美国，即使认可背靠背条款的州，对于背靠背条款也予以严格限制，承包人想要援引背靠背条款会面临一系列问题，如需要证明分包人已同意将背靠背条款写入合同中，并且没有违反公共政策等。笔者认为，规制背靠背条款最重要的是应明确承包人的义务，具体包括告知义务和注意义务。

1. 订约告知义务

订约告知义务，是指承包人在与分包人签订分包合同之前或之时，应向分包人就背靠背条款进行明确说明。《建设工程施工专业分包合同（示范文本）》（GF—2003—0213）19.5条载明，分包合同价款与总包合同相应部分价款无任何连带关系。基于背靠背条款对双方权利义务的重要影响，承包人应当以明示或者其他合理适当方式向分包人告知总包合同的价款给付方式、时间和内容，特别是在业主支付的时间节点上，必须对业主支付的具体形态予以明确。而且，承包人不能采用难以辨识或者模糊的词语，否则在解释上，应当采取有利于分包人的方法。如果承包人未能履行该项义务，以至于合同中关于背靠背条款的约定含混不清，则承包人应当承担不利后果，现有判

^⑬ 王泽鉴：《债法原理》，北京大学出版社2013年版，第19页。

^⑭ 王利明、房绍坤、王轶：《合同法》，中国人民大学出版社2013年版，第331页。

^⑮ 沈德咏主编：《房地产司法解释》，法律出版社2014年版，第224页。



例也多秉持该观点。

2. 履约告知义务

在发包人、承包人、分包人三者之间的法律关系中，理论上只有承包人直接与发包人产生关系。而且从我国的规定来看，原则上也不鼓励发包人与分包人产生直接关系。《建设工程施工专业分包合同（示范文本）》（GF—2003—0213）5.3条载明，分包人与发包人的关系，分包人须服从承包人转发的发包人或工程师与分包工程有关的指令。未经承包人允许，分包人不得以任何理由与发包人或工程师发生直接工作联系，分包人不得直接致函发包人或工程师，也不得直接接受发包人或工程师的指令。如分包人与发包人或工程师发生直接工作联系，将被视为违约，并承担违约责任。针对发包人指定分包，《房屋建筑和市政基础设施工程施工分包管理办法》第7条规定，建设单位不得直接指定专业分包工程承包人。最高人民法院对指定分包也持一种严格的态度，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第12条规定，发包人直接指定分包人分包专业工程，造成建设工程质量缺陷，应当承担过错责任。

由于承包人与发包人存在直接法律关系，相对于分包人，承包人能够直接阻止风险的发生，而且就专业能力来讲，承包人预防风险能力也相对较强，因此承包人应当在履约中及时向分包人告知工程款给付情况。具体而言，承包人应当就进度款、结算款给付情况以及履约过程中与发包人产生的争议情况及时告知分包人。

3. 履约注意义务

“民法上的注意义务是义务主体谨慎地为自己一切行为（包括作为和不作为）的法律义务，其核心内容包括行为致害后果预见义务和行为致害后果避免义务。”^⑩在背靠背条款中，承包人的注意义务包含三个方面：第一，审慎选择发包人的义务；第二，审慎履行合同义务；第三，积极主张权利的义务。

背靠背条款使承包人与分包人共担风险，其主要风险来自于发包人投资的可靠性，所以承包人在承揽工程时应当对发包人的资信进行切实有效的调查和评估，如纳税情况、担保情况、诉讼情况等方面。承包人没有尽到审慎选择发包人的义务，存在着明显过失的，其应当就该行为承担风险，此时要求分包人与其共担风险缺乏正当性基础。

同时，如果非因发包人原因，承包人在履行过程中未能审慎履行合同，因为自身的过错或过失导致发包人拒付或延迟给付工程款，例如因承包人的过错导致工期延误，或者因为承包人的过错导致工程质量未能符合要求，承包人不能援引背靠背条款对抗分包人的支付请求。

^⑩ 屈茂辉：《论民法上的注意义务》，载《北方法学》2007年第1期。

最后，由于建设工程的周期性较长，在履约过程中承包人应当积极向发包人请求支付工程款，即不能“怠于行使权利”，包括在承包人与发包人产生纠纷后，应当积极寻求解决方案，以及在发包人拖欠工程款的情况下通过各种方式积极主张权利。从已有判决的情况来看，很多案件中均对承包人是否“怠于行使权利”予以严格审查。如（2016）沪02民终7315号上海立瞩建筑安装工程有限公司与上海美和医疗工程有限公司建设工程合同纠纷一案中，法院认为，“涉案工程早已完工并交付使用，合同约定的2年质保期也已届满，然美和公司作为总包方一直没与业主就整个工程结算，对此美和公司未能提出正当理由，亦未向业主提起诉讼主张工程款，鉴于美和公司在合理期限内怠于向业主主张工程款，故美和公司再以此作为拒付全额工程款的抗辩理由，本院不予支持。”^①

（三）背靠背条款之分包人时间利益特殊保护

由于建设工程的特殊性，可能存在导致条件一时无法成就的情形，那么分包人是否就无法取得工程款？对于该问题，应当分为两种情形：第一种，业主因为某种原因最终无法给付工程款，如业主已经破产，且建设工程价款优先受偿权亦无法得到保证的情况下，而承包人对此没有过错，那么业主支付最终无法成就，分包人只能与承包人共同承担风险损失。

但是，如果业主支付最终可以实现，只是实现的时限较长，那么在此种情况下，分包人是否可以突破背靠背条款直接向承包人主张工程款。在这种情形下，分包人早已将涉案的工程交付给承包人，但是因为某些原因，业主支付进入漫长的等待期，此时是否应当优先保障分包人的利益，亦即，是否应对分包人的时间利益予以特殊保护？在美国，对于“Pay-when-paid”条款，法庭倾向于分包人完成其工作后，就应当获得报酬，业主部分未付款并不能免除承包商向分包商付款的义务。

笔者倾向于应对分包人的时间利益予以特殊保护。首先，承包人与发包人具有直接的法律关系，业主支付进入漫长的等待期，承包人势必需追讨工程款。没有必要让分包人一方也拉入漫长的期限中，这并不利于社会整体效益。第二，从背靠背条款的初衷来看，设置背靠背条款承包人即为了转移风险并取得时间利益。在分包人已经将分包工程交付的情况下，再要求分包人继续等待不具合理性。从司法实践来看，有的法院也持此观点，如（2017）浙02民终1749号宁波建工股份有限公司与张伟兴建设工程分包合同纠纷一案，法院认为，“工程竣工至今七年多，至本案起诉时也近六年，中间宁波建工虽向鑫义公司主张过工程款，但均撤回起诉。一审法院认定宁波建工怠于

^① 参见（2016）沪02民终7315号上海立瞩建筑安装工程有限公司与上海美和医疗工程有限公司建设工程合同纠纷民事判决书。



行使权利，也属合理。”^⑮

允许分包人突破背靠背条款需要满足以下三个要件：第一，工程款始终未能给付，不能是承包人或分包人的过错所起。上文所述，如承包人的过错导致发包人未能支付，其援引背靠背条款本身缺乏正当性。如因分包人过错，亦是如此。第二，分包人已经按合同约定和质量标准要求完成分包工程，并交付使用。如果分包人并未交付分包工程，其权益相对有所保障，此时没有突破背靠背条款的必要性。第三，工程款必须是有可能实现的，如果因发包人原因，工程款确实无法实现，那么要求承包人垫付分包人工程款也无可能性。

结语

背靠背条款本质属于风险负担条款，在现行法律规范体系下应认可其效力。在认可其效力的基础上，从附条件和附期限的区别来看，其应属于附条件条款。在认定其效力和性质的前提下，对其规制应以实现合同双方权利义务的衡平为目的，主要路径是构建承包人在背靠背条款中的告知义务和注意义务，并在特殊情况下对分包人的时间利益予以特殊保护，如此，有利于建设工程合同目的的实现。

(责任编辑：余晓龙)

^⑮ 参见(2017)浙02民终1749号宁波建工股份有限公司与张伟兴建设工程分包合同纠纷民事判决书。

督促程序的适用异化及其复归

张海燕 张思聪*

内容摘要 督促程序在我国司法实践中呈现低适用率之现状，符合督促程序适用条件的案件却流入诉讼程序，造成督促程序的闲置和诉讼资源的紧张。督促程序异化适用的原因可归结为：法院对支付令申请的审查准备较为严格，导致督促程序的“入口”过紧；支付令异议的门槛过低，容易被债务人滥用；督促程序和诉讼程序的衔接虽有遏制异议之旨趣，却因当事人之间权利义务配置失衡而使债权人对适用督促程序缺乏信心。鉴于此，为提高督促程序的适用率，恢复督促程序的司法分流功能，有必要调整法院对督促程序申请的审查标准，对当事人滥用异议的情形予以防治并均衡配置当事人之间的权利义务关系。

关键词 督促程序 支付令异议 形式审查 低适用率

中图分类号: DF718.2 **文献标识码**: A **文章编号**: 1674-3156 (2018) 06-053-062

在我国现行法律体制下，督促程序主要适用于当事人之间债权债务关系明确的财产类案件，其制度功效是为当事人提供快速解决纠纷的途径，为法院分流当事人之间无争议的案件，缓解诉讼案件繁多、司法资源不足的问题。但是，司法实践中督促程序的适用状况不尽如人意，适用率很低，是当事人的“冷门选择”。然而，督促程序毕竟作为我国案件分流的一个重要渠道，在我国“案多人少”背景下具有重要意义；同时，督促程序能够便利当事人快速实现权利，符合诉讼经济的要求。因此，如何实现当事人对督促程序从“冷门”到“热门”的选择转换，应当引起学界和实务的关注和探索。

*张海燕，山东大学法学院教授、博士生导师、副院长；张思聪，山东大学法学院硕士研究生。项目基金：2017年国家社会科学基金项目“案多人少应对视角下我国督促程序激活之实证研究”（项目批准号：17BFX050）；“山东大学青年学者未来资助计划”（项目批准号：YSPSDU）；2018年山东省社科基金项目“新型办案机制下基层法院案件分配制度研究”（项目批准号：18CSPJ32）。



一、督促程序实践状况与愿景的悖离

(一) 应然状态下督促程序应呈现高适用率的特征

1. “案多人少”背景下督促程序能有效分流案件

随着社会经济的进一步发展,我国民事诉讼案件数量呈现出爆炸性增长的趋势,立案登记制施行之后,诉讼案件的数量进一步增加。同时法院对司法人员进行质量把控,员额制施行后能够办理诉讼案件的法官数量大幅减少,若寄希望于通过改革诉讼程序来缓解诉讼案件繁多和司法资源紧张之间的矛盾恐非良策,应当寻求司法多元化的解决方案。

与此同时,司法实践中存在大量并无实质争议、符合督促程序适用条件的民事纠纷,^①但这类案件在实践中却大量涌入民事一审程序,一定程度上挤占了已经颇为紧张的诉讼资源,进一步加剧了“案多人少”的矛盾。若能正确引导这类案件适用督促程序,则能过滤掉诸多不应进入诉讼程序的案件,通过督促程序快速解决当事人之间无实质争议的案件,在此基础上完成案件的分流并缓解司法资源的紧张局面。督促程序的适用在其他国家和地区已经取得显著效果。1877年德国率先制定督促程序,并于1976年对督促程序进行改革和完善,2002-2009年间,德国督促程序的收案量一直维持在600万件以上。^②2015年德国督促程序的收案量约为530万件,^③受理的督促程序案件数量多,而且大部分案件不必转入诉讼程序就已经审结,督促程序在为法院和当事人减轻负担方面发挥了重要作用。

2. 督促程序能够便利当事人实现权利

对当事人而言,督促程序是快速解决纠纷的渠道,所耗司法周期和司法成本要比诉讼程序低很多,特别是对债权人而言,督促程序被称为债权人快速获得执行依据的程序,与诉讼程序相比具有无可比拟的效率优势。首先,督促程序没有对审和质证环节。去除了案件审理中最为繁琐的质证程序,法院通过书面审查即可催促债务人履行义务,很大程度上提高了督促程序的运行效率。其次,督促程序的审理周期短。债权人提出申请后,法院在5日内决定是否受理,符合要求的,法院在15日内发出支付令,^④若债务人在15日内不提出书面异议,债权人可向法院申请强制执行;与诉讼程

① 张海燕:《督促程序的休眠与激活》,载《清华法学》2018年第4期。

② 参见周翠:《电子督促程序:价值取向与制度设计》,载《华东政法大学学报》2011年第2期。

③ 参见周翠:《我国民事司法多元化改革的现状与未来》,载《中国法学》2018年第1期。

④ 《民事诉讼法》第215条规定:债权人提出申请后,人民法院应当在五日内通知债权人是否受理。第216条规定:人民法院受理申请后,经审查债权人提供的事实、证据,对债权债务关系明确、合法的,应当在受理之日起十五日内向债务人发出支付令;申请不成立的,裁定予以驳回。

序相比督促程序耗时短，能够极大节约当事人的时间成本。再次，督促程序能够减少当事人的诉讼费用负担。督促程序的申请费仅为普通程序的三分之一，^⑤虽然该收费比2007年前按每件100元收费要偏高，^⑥但对当事人来说也能节省一笔诉讼成本。最后，当事人自主参与度高，督促程序简便易行，通常无需律师参与，当事人可自主完成申请，自主提出异议，与诉讼程序相比有更强的适用可能性。

（二）司法实践中督促程序适用率“低”

我国督促程序适用率低，表现在总量上其收（结）案量与民事一审案件的收（结）案量反差巨大。据《中国法律年鉴》统计，2003—2008年间，民事一审案件的收（结）案数量呈现出快速增长的趋势，而督促程序的年收（结）案数量却逐渐走低，2008年全国督促程序的收案量仅为6万多件，占一审普通民事案件数量的比率不及5%。^⑦2008年以后，《法律年鉴》甚至不再专项统计督促程序的数据，很可能是由于督促程序的适用率过低所致。以地区为例，在推动司法多元化改革后，法院鼓励适用督促程序，但2017年乌鲁木齐市水区人民法院的督促程序与民事一审案件的比率仅为4.92%，与往年相比督促程序的适用率未见显著提升，而该区法院已经是乌鲁木齐市督促程序适用率最高的法院了。^⑧仅从数值上进行比较，很容易得出督促程序适用率很低的结论。

对于督促程序是否在适用中发生了异化，数值背后更值得关注的问题是有多少符合督促程序适用条件的案件不恰当地流入了诉讼程序，这一方面造成了督促程序的闲置和浪费，另一方面又导致了诉讼资源的紧张。笔者曾对此专门展开过实证研究，数据显示在司法实践中存在大量能够适用诉讼程序审理的案件，具体表现为被告未出庭也未进行实质答辩、法院经审理对原告的诉讼请求全部支持的比例较高。这类案件本质上属于双方当事人之间无争议的案件，虽然符合督促程序的适用条件，但实践中却适用诉讼程序进行审理。^⑨另外，也有研究支持了笔者的这一结论：焦作中院对其辖区内审理的民间借贷和金融借贷的1万多件案件进行统计，其中有109件适用了督促程

^⑤ 《人民法院诉讼费用交纳办法》第14条规定：（三）依法申请支付令的，比照财产案件受理费标准的1/3交纳。

^⑥ 督促程序若按件收费，可能会影响法院适用督促程序的积极性，调整收费方式有利于法院引导适用督促程序。

^⑦ 中国法律年鉴编辑部：《中国法律年鉴》，中国年鉴出版社2009年版，第162页。

^⑧ “乌市水区人民法院生效支付令逾六成债务人主动履行”，载法制网：

<http://baijiahao.baidu.com/s?id=1586114873895891890&wfr=spider&for=pc>，2018年7月9日访问。

^⑨ 笔者曾对2016年民间借贷纠纷、金融借款合同纠纷和信用卡纠纷三类纠纷进行抽样统计，样本中三类案件的被告未出庭率依次是70.7%、83.3%、89.4%，被告未实质答辩的比例依次是78.9%、95.1%、95.7%，法院对原告诉讼请求的支持区分本金和利息，三类案件中法院对本金完全支持的比率超过88%，对利息的完全支持的比率超过70%。参见张海燕：《督促程序的休眠与激活》，载《清华法学》2018年第4期。



序，督促程序的适用率很低，但更值得注意的是，上述案件中符合督促程序适用条件的有6063件，实践中大部分案件流入诉讼程序，督促程序并未被选择适用。^⑩可见，低适用率使得督促程序的预期价值减损，其司法分流的制度功能也被弱化。

随着互联网经济时代的到来，督促程序的可适用性理应更强，因为其不仅可以适用于传统的信用卡消费等案件，还可适用于“蚂蚁花呗”等新型方式下的合同纠纷，它们大部分都是当事人之间债权债务明确的案件。不论是为了快速实现当事人权利，或是为了合理分配司法资源，都应交由督促程序予以解决。督促程序相比诉讼程序存在与生俱来的程序便利，其本应在案件分流方面大有作为，然而我国督促程序的表现却“有负众望”，自1991年督促程序纳入到我国《民事诉讼法》（以下简称《民诉法》）中，已二十余年，实践中督促程序在我国的“生存现状”堪忧，陷入被弃之不用、束之高阁之窘境，这并不符合市场经济发展的要求。该制度在我国近乎“休眠”，与德日等大陆法系国家和地区的督促程序运行状况呈现出了强烈反差。实值反思之处在于，我国实践中存在大量符合督促程序适用条件却未得进入该程序的案件，司法资源存在闲置和浪费并存之局面，造成了督促程序的实践运行与立法愿景之间的真空断裂。

二、督促程序在司法实践中适用异化的原因

督促程序能够助力法院有效分流案件，合理配置司法资源，也能便利当事人高效实现权利，快速解决纠纷。在我国司法实践中，督促程序却呈现出低适用率的特征，未能实现其功能预期。督促程序大致可分为债权人申请、法院审查、债务人异议、^⑪以及支付令生效四个阶段，部分案件还会转入诉讼程序。笔者从督促程序的运行阶段入手，从法官和当事人两个层面探讨督促程序在司法实践中异化适用的原因。

（一）法院对于支付令申请的审查标准过于严格

法院对于债权人申请督促程序的审查标准过于严格，从“源”上控制了督促程序的案件数量，影响了其适用率。债权人申请支付令，需要提交债权债务关系明确合法、

^⑩ 2015年至2016年焦作市基层法院共审理民间借贷案件9884件、金融借款案件1608件，其中符合督促程序适用条件的民间借贷案件数量约为4744件，占比48%，符合督促程序适用条件的金融借款案件数量约为1319件，占比82%。而这些本可以适用督促程序的案件实际上却只有109件适用督促程序，督促程序利用率仅为1.8%。2017年（截至6月31日）焦作市10个基层法院办理督促程序案件89件，其中有26件案件被申请人提出了支付令异议。参见《节约司法资源提高审判质效——河南焦作中院关于加强督促程序适用的调研报告》，载《人民法院报》2017年12月7日。

^⑪ 债务人异议非必经阶段，但债务人异议期间为法定期间，故仍作为督促程序申请的一个阶段进行讨论。

债务履行期已届满、无其他债权债务纠纷等事实及相关证据，由法院对债权人提交的事实和证据进行审查。^⑫这意味着债权人要证明与债权债务相关的实体法构成要件事实，法院对申请的审查适用的是严格证明标准。^⑬此外，当事人不适格也是法院的驳回情形之一，但是判断当事人是否是适格，法院不仅要依据民事诉讼法的规定，还要依据民事实体法的规定予以查明和判定。综上，我国对督促程序申请实行的是严格审查标准。而法院驳回申请比率较高，督促程序的“入口”过紧，将导致很多申请被拒之门外；^⑭且严格审查会导致督促程序与简易程序、小额速裁程序之间界限模糊，督促程序不再是“高效便捷的程序”，却成了复杂的审理程序。若程序间的功能混同，督促程序在适用上便不再具备优势，因为法院并不对债权债务关系予以公开审理，也不进行法庭调查和法庭辩论，理性的当事人为追求程序保障自然不会选择督促程序，进而致使督促程序的适用率降低，许多本可选择督促程序审理的案件却适用了诉讼程序，督促程序在司法实践中逐步异化，同时也造成了司法资源的闲置与浪费。

（二）支付令异议易被债务人滥用

支付令异议能直接影响督促程序的生效率，督促程序若无法尽快使债权人实现债权，也会反向影响债权人的选择，导致适用率降低，故支付令异议情况亦是研究督促程序适用所需关注的一个切入点。

从域外督促程序的适用状况来看，德国和日本督促程序的异议率在10%以下，^⑮法国督促程序异议率在5%左右。^⑯我国司法实践中，有些地方督促程序的异议率较高，^⑰笔者对《中国法律年鉴》中的数据进行统计分析，估算出债务人异议率一般不超过33.1%，^⑱总体上看数值虽不至于高到离谱，却比德日等国要高，支付令异议作为债

^⑫ 《民事诉讼法》第214条规定：申请书应当写明请求给付金钱或者有价证券的数量和所根据的事实、证据。第216条规定：人民法院受理申请后，经审查债权人提供的事实、证据，对债权债务关系明确、合法的，应当在受理之日起十五日内向债务人发出支付令；申请不成立的，裁定予以驳回。

^⑬ 参见王福华：《督促程序的属性、类型与程序保障》，载《当代法学》2014年第3期。

^⑭ “C市N区法院……以2009年1月20日至2014年8月19日结案的督促程序案件为例分析，共计结案39件，裁定驳回申请15件，占38.46%”，参见王勤勤：《唤醒沉睡中的督促程序——以督促程序与小额诉讼程序衔接为视角》，载重庆法院网，<http://cqfy.chinacourt.org/article/detail/2014/12/id/1501069.shtml>，2018年6月11日访问。

^⑮ 参见白绿铤：《督促程序比较研究——我国督促程序立法的法理评析》，载《中国法学》1995年第4期。

^⑯ 参见史长青：《督促程序的设计理念：诉讼还是非讼》，载《政法论丛》2015年第5期。

^⑰ 2017年（截至6月31日）焦作市10个基层法院办理督促程序案件89件，其中有26件案件被申请人提出了支付令异议，法院裁定异议成立而导致督促程序终结的案件为8件，支付令异议成立率为31%。参见《节约司法资源提高审判质效——河南焦作中院关于加强督促程序适用的调研报告》，载《人民法院报》2017年12月7日。

^⑱ 前引①。



务人的防御手段确实存在滥用问题，且债务人滥用异议的可能性很大。原因主要有二：一是因为法院对异议的审查过于宽松；二是因为对滥用异议的债务人缺乏相应的惩戒措施。就前者而言，修改前的民诉法并未对支付令异议的审查做任何规定，修改后民诉法规定对支付令异议的申请需要进行审查，随后，2015年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第437条规定了异议审查的形式标准，并列举了几种不构成异议的行为，^①但整体而言，其对支付令异议审查规定仍不具体。实践中，法院对于支付令异议的审查过于宽松，债务人可以轻易通过支付令异议使债权人的支付令申请归于无效。从后者来看，因为缺乏对债务人滥用异议行为的有效惩戒，支付令异议并不会给债务人带来任何不利后果，债务人违法成本很低，容易诱发诚信体系的崩坏，从而导致支付令异议的滥用。

由于我国对支付令异议的规定不完善，且外在环境对债务人滥用异议的宽容度高，债务人滥用支付令异议情形的出现就会成为必然。理性的债权人在程序选择时，考虑到债务人滥用异议的情况，势必就会在最初选择时放弃督促程序。^②

（三）督促程序转为诉讼程序时当事人之间权利义务配置失衡

我国1991年民诉法的制度设计是督促程序与诉讼程序分离，债务人异议成立，法院会裁定终结督促程序，如果债权人还希望通过司法途径解决纠纷，那么其只能“另行起诉”。^③而域外国家大多在督促程序和诉讼程序中设置转化机制，便利当事人权利的行使。在德国，如果债务人提出异议，可依当事人的申请将督促程序转为诉讼程序。在法国，当事人预先在申请中写明，如有异议则转入诉讼程序。^④《欧盟督促程序法令》规定，如果债务人在规定期限内提出异议声明，将导致案件自动转入普通民事诉讼程序，除非申请人明确要求终止程序。^⑤在上述国家和地区中，督促程序的适用情况

^① 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释第483条规定：债务人对债务本身没有异议，只是提出缺乏清偿能力、延缓债务清偿期限、变更债务清偿方式等异议的，不影响支付令的效力。

^② 就“债权人不愿申请支付令的原因”进行的问卷调查，发现原因中“支付令因义务人提出异议容易导致失效”的占32.5%，参见郭奎、刘芳：《优化支付令效果的程序治理》，载《人民法院报》2013年8月7日。

^③ 《民事诉讼法》（2007年）第194条规定：人民法院收到债务人提出的书面异议后，应当裁定终结督促程序，支付令自行失效，债权人可以起诉。

^④ 参见唐墨华：《从消沉到激活的蝶变——走出督促程序中国式困境》，载万鄂湘主编：《探索社会主义司法规律与完善民事法律制度研究》，人民法院出版社2011年版，第593-601页。

^⑤ EU: Regulation (EC) No 1896/2006, Celex No. 306R1896, article 17&1, If a statement of opposition is entered within the time limit laid down in Article 16 (2), the proceedings shall continue before the competent courts of the Member State of origin in accordance with the rules of ordinary civil procedure unless the claimant has explicitly requested that the proceedings be terminated in that event.

良好，这给我国提供了一个可供借鉴的思路。

2012年修改后的民事诉讼法将督促程序与诉讼程序相衔接，^④诉讼程序成为督促程序的后置保障，督促程序则成为一个试探债权的过程，^⑤如果当事人之间不存在争议，支付令生效，当事人不必再提起复杂的诉讼程序；如果当事人之间存在争议，债务人异议成立后督促程序即转入诉讼程序，债务人的身份由督促程序中的被申请人转化为诉讼程序中的被告。督促程序与诉讼程序衔接后，也将当事人的诉讼风险衔接了起来，债务人会因为没有依据的异议承担时间和金钱上的负担，理性的债务人不会妄自提出异议，理论上能够有效降低督促程序的异议率，从而增加债权人对督促程序的信任度，提高督促程序的适用率。

然而，由于我国在督促程序和诉讼程序的衔接上还欠缺相应的配套制度，此举尚未达到预期效果。当事人之间的权利义务配置尚不均衡，债权人的支付令申请需经法院严格审查，如若异议成立后转入诉讼程序，败诉的债务人只需承担诉讼程序中的费用，债权人的其他损失需要自行承担。可见，督促程序转入诉讼程序之后，并不额外增加债务人的损失，且督促程序能够为债务人转移财产争取时间，对债务人而言并无不利，故实践中债务人存在滥用异议的情况。若适用督促程序的结果，只是为债权人徒增司法成本和司法周期，效果不及债权人直接选择诉讼程序，那么督促程序被“冷落”的状况估计不会得到改善。

三、督促程序适用异化的复归

督促程序的设立贯彻了诉讼经济原则，^⑥该制度的最主要功能在于过滤无争议案件，有效实现司法分流。然而，长期以来我国督促程序于司法实践中不受重视，沦为当事人解决纠纷的“冷门选择”。若要解决督促程序的异化问题，有必要通过制度设计使督促程序的功能复归。

（一）坚持并完善法院的形式审查标准

早在我国1991年督促程序立法之初，就有学者建议法院实行“形式审查”，^⑦同时也有学者担忧形式审查可能会给债务人滥用异议提供便利。^⑧从目前的司法实践看，督

^④ 《民事诉讼法》第217条规定：支付令失效后，转入诉讼程序，但申请支付令的一方当事人不同意提起诉讼的除外。

^⑤ 前引⑬。

^⑥ 参见章武生：《督促程序的改革与完善》，载《法学研究》2002年2期。

^⑦ 参见陈桂明：《督促程序理论之探讨》，载《政法论坛》1992年第2期。

^⑧ 参见刘京旭：《督促程序中异议权的滥用与防止》，载《法学》1992年第4期。



促程序的支付令异议滥用固然是需要一直保持警惕的问题，但最大程度上鼓励债权人选择督促程序更是解决督促程序适用异化的重中之重。

激活督促程序，首先要促使债权人选择适用督促程序，而形式审查能为督促程序“开源”，使得更多案件进入督促程序。关于形式审查标准是否适合于督促程序，我国存在一些质疑和担忧的声音，但域外国家和地区已经在此提供了一些参考样本。德国1976年的电子化改革取消了法院对督促程序申请的“实质审查”，债权人在提交申请或提出异议时无需提交证据，法院审查也不涉及当事人之间的实体权利义务关系，并告知当事人其未进行实质审查。实践中德国的督促程序运行良好，异议率不足10%。^②欧盟采取自动化审查方式，并配以标准化表格和操作指引，便于机读档案和当事人自助申请，法院会告知债务人其对申请未经核实，^③不对督促程序进行正当性审查，在异议声明中，债务人仅表明他对这一主张提出质疑，而不必详细说明原因。形式审查促进了欧盟支付令的推广和实施。

督促程序适用于当事人之间债权债务无实质争议的案件，债权人自主选择督促程序，若债务人未提出异议，债权人对债权债务无争议的假定就已经成立，也暗含着债务人同意债权人对该程序的选择。对于督促程序的选择是当事人处分权的体现，当事人之间对程序选择合意的存在排斥法院的过多介入，故而法院采用形式化审查更能够契合督促程序的内涵。在确定法院形式审查的基本思路之后，接下来需要思考的是如何完善法院对于督促程序的形式审查，笔者认为可以从以下几个方面着手：首先，对当事人提交的无关形式审查的证据予以退回，债权人的申请具备“可执行性”和“可辨识度”标准即可。法院不对证据进行实质审查是督促程序的内在要求。其次，因形式化审查不对当事人实体权利义务进行裁判，故形式审查工作不需法官进行，可由司法辅助人员负责，以节约有限的司法资源。再次，推动督促程序电子化。最先实行督促程序电子化审查的德国，在减轻司法负担和司法资源优化配置方面效果显著，奥地利、法国、瑞士也效仿德国推进电子化改革，督促程序实施状况良好。^④比较而言，我国在电子支付方面具有强大优势，具备实行电子督促程序的经济条件，电子督促程序的推广能使形式审查更为便利，极大提高司法效率。

（二）引入诚实信用条款

目前我国支付令异议成立的门槛太低，债权人出于对结果的预估，更倾向于选择

^② 前引②。

^③ EU: Regulation (EC) No 1896/2006, Celex No. 306R1896, article 8, This examination may take the form of an automated procedure. ;Article 12&4 (a), the order was issued solely on the basis of the information which was provided by the claimant and was not verified by the court.

^④ 前引②。

诉讼程序，导致督促程序的适用并不乐观，所以确有必要采取相关措施预防支付令异议的滥用。实践中，容易引起支付令异议滥用的两大原因是法院对于债权人支付令申请的审查过于宽松以及法规范对于债务人滥用支付令异议惩戒措施的缺位，前者需要法院坚持形式审查标准，^②后者需要在法规范中引入诚实信用条款，对债务人滥用支付令异议行为予以规制。

债务人支付令异议在督促程序中被滥用，一个不容忽视的原因是我国尚未建立费用制裁机制，诚实信用原则未在督促程序中得以贯彻。债务人宁愿通过提出异议，用转入诉讼程序的时间进行缓冲，以转移、隐匿财产，从而使得督促程序转入诉讼程序的意义落空。

我国民事诉讼法规定了恶意诉讼，对于恶意诉讼行为规定了明确的惩戒措施。督促程序虽然不同于诉讼程序，但对于督促程序中的恶意异议，笔者认为可以参照适用关于恶意诉讼的惩戒措施。无论诉讼程序还是督促程序，对于当事人恶意行为的惩戒是诚实信用原则的要求。当然，若要取得良好效果，诚实信用原则不能仅停留在理念层面，更需落实到法规范层面。详而言之，应根据具体情形，对滥用支付令异议的债务人处以罚金，罚金的数额可由地方法院根据当地经济发展水平自拟标准。长远来看，对于滥用支付令异议的惩戒制度还应与失信惩罚机制接轨，对违反诚实信用原则的债务人予以严惩。目前我国正在构建社会征信体系，滥用支付令异议是债务人的一种恶意司法行为，有必要将其联网记入债务人的信用评级。如此一来，警示与惩罚并举，对于债务人滥用支付令异议的行为应当能够起到一定的防控作用，从而缓解督促程序异化的问题。

（三）引入费用分担制度

督促程序和诉讼程序衔接为遏制债务人提出支付令异议提供了一个可行的思路，但受制于债权人与债务人在督促程序与诉讼程序转换过程中的权利义务失衡，债权人适用督促程序并不比诉讼程序更具优势，这会影响到债权人选择督促程序的积极性。因此，有必要重置债权人与债务人的权利义务关系，解决督促程序的异化问题。

目前我国关于债务人异议成立后费用分担的规定并不完善，总体上更偏向于债务人。督促程序转入诉讼程序后，债务人若败诉，仅需承担诉讼费用，提出支付令异议对债务人有益无损；而债权人为督促程序所付出的一系列合理费用则并不包含在债务人负担内，债权人因适用督促程序而多余支出的成本并不能得到补偿，还会增添相应的时间和机会成本。这有违当事人之间权利义务均衡配置原则。^③德国实行“诉讼费用

^② 有学者建议对支付令异议进行严格审查，但这与督促程序的定位相冲，并不符合督促程序的性质。

^③ 前引①。



分担”制度，^③败诉当事人需要承担债权人预交的督促程序和诉讼程序的费用以及律师费用，所以债务人提出异议后，如果该异议主张得不到法院支持，其司法成本将会大大增加。该制度有效减少了督促程序中债务人滥用支付令异议的情形。笔者认为，我国可以借鉴该制度，在后续改革中尝试引入费用承担制度，除案件诉讼费用外，败诉债务人还需承担债权人的律师费、交通费、住宿费和误工费等必要费用。同时，在操作层面还应进行相应调整以符合我国的实际状况，比如让败诉方承担律师费在理论上是可行的，但长期以来的司法实践并未将律师费纳入到败诉方应当负担的费用中来，而且各地律师费用差异较大，因此，建议在制定基本标准时对合理范围内的律师费予以支持。纳入费用承担制度能够一定程度上改变债权人经济上的不利益状态，以平衡债权人债务人的权利义务关系，遏制支付令异议的滥用。

“案多人少”背景下，我国需要探寻多元化纠纷解决方式，督促程序作为重要的“替代纠纷解决机制”，是处理当事人之间无实质争议案件的最佳选择，却在司法实践中被闲置，尚未实现其司法分流功能，亦未彰显其应有的制度效果。解决督促程序的适用异化问题，需要对法院审查标准进行完善，坚持督促程序申请上的形式审查，有必要推广督促程序的电子化审查，以降低债权人申请进入督促程序的难度；引入诚实信用原则，通过警示与惩戒并行的方法，以遏制债务人滥用支付令异议的行为；完善督促程序与诉讼程序转换后的费用分担制度，以均衡当事人之间的权利义务配置。相信上述举措能够在一定程度上激发当事人对于督促程序的热情，进而实现我国督促程序在多元化纠纷解决体系中从“冷门”到“热门”的转换。

(责任编辑：姜燕)

^③ 前引②。

诉的理解与案件事实的认定

——合并审理与另案处理的价值考量

吴智永*

内容摘要 诉的客观合并与另案处理的标准，一直是实践中的难点，在重复诉讼识别、既判力鉴别及合并审理与另案处理的确定上往往莫衷一是。其难点在于诉讼标的观中法律关系论与法律事实论的适恰，而本质上法律关系与案件事实具有内在的同一性，无论是单一的法律关系还是复杂的法律关系组合，均离不开案件事实的认定。这种同一性又要求我们着眼于维护诉的完整性来看待诉的客观合并和另案处理的关系，具体从诉的攻击——防御结构完整即区分反驳与反诉；诉的主体程序利益保障即维护当事人的管辖、举证和上诉权；规范和事实双重验证即反复审视要件事实等角度，维护诉的整体性，并据此综合考量诉的价值，合理安排各方在诉讼中的地位和权利。

关键词 诉 诉讼标的 诉的客观合并 要件事实

中图分类号: DF08 **文献标识码**: A **文章编号**: 1674-3156 (2018) 06-063-078

长期以来，司法实务对审判功能的关注过多地集中在纠纷解决功能，在审判方式上长期停留在“调解型审判”的传统模式，虽然历经市场经济发展、法律知识积累、大批高素养的法科毕业生进入实务系统，但是传统模式的惯性仍然强大，“因为轻视当事人的主体性、自律性和自我责任，这一模式极易混入审判人员的主观随意性并由于缺乏终局性（既判力的软弱、审判监督制度的存在和无限制的申诉）而存在不安定的问题”，^①迄今为止，实际运作中的审判程序仍未能体现出精细的技术。这一论断，映射到诉的理解和认识上，则体现为远没有达到专门化的技术层面予以讨论和适用，诉讼主体未广泛意识到诉讼标的对当事人辩论权和法官裁判权范围的约束，导致事实查明和裁判范围呈现一种高度随意性，乃至任意性，长此以往，对于止讼目标的实现将十分不利。

*吴智永，上海市浦东新区人民法院四级高级法官。

① [日] 谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社2002年出版，第18页。



一、诉的理解与诉讼标的

所谓诉，通常认为系当事人提请法院进行审判的请求。理论上包括主体、诉讼标的和事实等三个要素。我国《民事诉讼法》第119条规定了诉的要素为原告具有诉的利益、明确的被告、具体的诉讼请求和事实、理由、属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。此规定与理论三要素基本保持了一致。一般而言，当事人要求法院解决的一个纠纷即为一诉，但在诉讼实操中，对于以下两种情况的处理分歧甚大。

一是此诉与彼诉的理解差异。在某些交易异化名实不符案件中，当法官认定某些法律关系并非当事人主张之法律关系时，应当释明当事人变更诉讼请求，但当事人拒不变更的，究为按实处理抑或裁定驳回？显然在这个问题上的不同处理方式，对诉的内涵的理解展现出两种不同的方向。坚持按实处理，诉未失其同一性；坚持驳回起诉，则展现了诉的独立性。

二是一诉与两诉的理解差异。现实中此种争议较为普遍，主要是另案处理与合并审理如何把握的问题。如长期交易往来的当事人之间未经结算，其合同债权纠纷究应依一合同一诉抑或按交易整体计为一诉？当事人为同一交易目的在一个合同文本中约定了两种法律关系，比如定制物买卖，究应一诉抑或两诉？在第三人经通知而未到庭情况下，能否在本诉中认定与第三人有关的事实？

所谓诉的理解，争议的根本仍在于诉讼标的理解分歧。诉讼标的，即审理范围，是指在本案判决主文中，应当被作出判断之事项的最小基本单位。^②在德、日民事诉讼法领域，诉讼标的与证明责任一同被称为“民事诉讼的脊梁”，可见其在民事诉讼领域中的纲举目张之功用。我国有悠久而又强大的纠纷一次解决传统，诉讼参与者（不仅民事案件当事人，也包括了法官和律师）对诉讼标的的功能大多关注不够，导致出现了诉讼标的技巧化的现象，即当需要“另案处理”时，以不是同一诉讼标的为理由将案件事实予以切割；当可以“一并处理”时，又以纠纷一次解决为原则进行事实捆绑，而对其中诉讼标的对于各方主体诉讼行为的强大约束功能，以及诉讼标的的运作机理，多视而不见。

关于诉讼标的之功能，各方论著甚丰，在诉讼安定和诉讼经济的原则下，本文认为至少在以下几个方面具有实践意义。

（一）重复起诉识别

无论是诉讼系属，还是既判力标准，判断“一事”的标准均在于诉讼标的的理解。

^② [日] 高桥宏志：《民事诉讼法制度与理论的深层分析》，林剑锋译，法律出版社2003年出版，第22页。

纯粹的反复起诉情形在实践中鲜有，重复起诉的常见情形主要有以不同的理由或请求权基础起诉、以不同的事实起诉。

以不同的理由或请求权基础起诉，即请求权竞合情形下，在一请求权未获支持下另择其他请求权予以起诉。程序法上的请求权竞合概念并未进入我国民事诉讼立法和司法解释框架，反而是《合同法》就合同与侵权的请求权竞合给出了明确且否定性意见。但实体法上的规范无法解决程序法上的问题。对于合同与不当得利、侵权与不当得利之竞合，实践中的处理并不统一。有的认为我国并不接受竞合合并或诉讼理由的聚合，^③实践中却不乏以诉讼标的同一为由的重复诉讼判断。^④

法官未尽释明义务，未能就新的请求权理由予以释明，有的法官对被告的反驳声明未予正确区分，甚至直接声明可以另案处理，都成为了以不同的理由或请求权基础起诉的理由。

以不同的事实再次起诉。当事人在择取其他请求权再次起诉时往往会声明“发生新的事实”，即前诉后发现了新的事实，但诉请相同或实质上否定前诉判决，对此，做法并不一致。我国民事诉讼法规定，判决不予离婚的案件，当事人在6个月内不得再次起诉，但出现新的事实，可以起诉。民诉法司法解释第248条规定：“裁判发生法律效力后，发生新的事实，当事人再次提起诉讼的，人民法院应当受理”。现实中，存在着此诉与彼诉的时间标准把握不准的现象，混淆“发生”与“发现”，将前诉中发生但前诉后发现的事实再次提交法院审理，发现并非新的事实的，仍以判决方式驳回请求。

（二）既判力约束范围鉴别

所谓既判力，即指生效民事裁判的诉讼标的对双方当事人和法院所具有的强制性通用力。理论上认为，既判力包括积极效力（一事不再理）和消极效力（遮断效和争点效）。我国民事诉讼法没有建立既判力规则，理论上的研究也不够深入和广泛，实务中对既判力的理解和掌握主要体现在民诉法司法解释第247条。但该条内容上表述为“重复起诉”，在《民诉法司法解释的理解与适用》的目录上将其归纳为“一事不再理”。目前的诉讼理论认为，重复起诉属于诉讼系属概念，而一事不再理属于既判力效力概念范畴。^⑤概念的混用将导致适用的混乱。本诉与反诉的争点相同，诉讼请求相互否定，如按照诉讼系属理解，则不可提起反诉，更不可另行起诉。但如按照一事不再理予以理解，不仅可以反诉，亦可另行起诉。

缺乏诉讼标的认识，在审理范围上将会不自觉或者无意识地造成裁判冲突。比如出借人与借款人、抵押人债权债务纠纷已经系属于法院，但抵押人另案起诉要求确认

^③ 严仁群：《诉讼标的之本土路径》，载《法学研究》2013年第3期。

^④ 最高人民法院（2003）民四终字第2号。

^⑤ 张卫平：《重复诉讼规则研究：兼论“一事不再理”》，载《中国法学》2015年第2期。



抵押无效的诉讼，本身后诉是否属于诉讼系属后的重复起诉就存在一定争议，但现实中不乏后诉无视两案关系，或者以两案并非同一法律关系为由在先作出判决的情形。还有的对案件事实认定范围过大，影响了他人的权利。比如有的判决将涉及第三人的其他要件事实包含在本诉的要件事实中直接予以认定，或者将其他案外人权利安排在本诉中一并予以认定，等等。

（三）诉的客观合并或分离的确定

这个问题在实践中争议最大，困惑最多。关于诉的客观合并和分离，根本的标准分歧在于到底按照法的逻辑单位——请求权，还是按照“事要解决”的“一事”来划分，始终无法得出明确、可操作性的标准。事实上，这个问题的分歧恰恰体现了法官职业的魅力，就是法官的“判断力”，如何既能彻底解决纠纷，又不至于陷入诉讼拖欠，还能照顾各方利益，着实是对法官专业素养和社会经验的重大考验。关于诉的客观合并，在民事案件中体现较为普遍，比如法定继承纠纷案件中一并处理遗嘱、遗赠、赠与等事项。关于诉的分离，基本上是个伪概念，因为一诉本身就是整体无法分割，但现实中存在着“一事”的法律分割，从而形成多诉的现象。比如“另案处理”将当事人的反驳（否认和抗辩）直接认定为他诉，另案处理。^⑥

在立案登记制下，越来越多的当事人在起诉时会选择合并或分离，对法官的判断力要求甚高。比如，当事人决定直接起诉保证人而不起诉借款人、将与他人之未决争议作为本诉事实的一部分、将违反公司法上股东义务的股东共同列为商事合同案件的共同被告要求承担连带责任。当事人如此选择，当然有着合理的理由，比如将来的执行可能性的考量、诉讼费用和时间的节省等等。不过，一方追求的诉讼经济和便捷，对另一方而言却未必如此，若是过分强调一方的程序利益，有时会落入选择管辖或规避管辖的陷阱，从而剥夺了他方的管辖利益或者不合理增加了举证、程序上的负担，对此不得不察。

诉的客观合并或分离的抉择，来自法院的现实因素愈加强烈。一定期限（不仅是法定的审限，也包含自然期限）内的结案数量的多寡，是目前对法院、法官能力评价的核心标准。一方面是一目了然的案件数字的可衡量性，另一方面是诉讼标的自我理解在期限上和后果上的不可预测性，当法官面临上述两种选择的局面，其内心的倾向性可想而知。不仅如此，由于目前的立法表述以法律关系识别诉讼标的，而诉讼标的的真实内涵模糊不清，故在各方对待诉的客观合并问题上，往往存在多方博弈，而无共识基础上的沟通，其成本巨大，效果堪忧。一旦沟通失败，相互间的“不可理解”消磨着相互的信

^⑥ 项延永、王华鑫：《多少个“另案处理”可以另案处理——我国民事诉讼请求的合并与分离机制的理性构建》，载《司法体制改革与民商事法律适用问题研究》（全国法院第二十六届学术讨论会论文集）第639页。

任，诉讼架构所期待的各方诉讼参与人共同促进诉讼的局面将不复存在。

二、我国诉讼标的观的调适

出现上述争议和不统一，本质上来自于我国诉讼标的理解的不确定性。诉讼标的一直是个多义多歧的概念，理论上长期存在争论，主要有以实体法上请求权为识别标准的旧实体法说、以诉之声明和案件事实作为共同标准的新诉讼标的理论、对事实关系单一的数个实体法请求权竞合予以修正的新实体法说，此外近年又出现诉讼标的相对性、浮动性理论。由于与大陆法系哲学立论不同，英美法系诉讼标的观念相对洒脱，虽然没有诉讼标的概念，但美国法以审判单位表述审判范围，在以“事实”为审判范围的认识上两大法系是相通的。^⑦

作为我国传统的诉讼标的理论，目前实务界仍占据主流的观点是“法律关系说”。最高法院在法律适用中均直接或间接认为诉讼标的是当事人发生争议并请求人民法院裁判的民事权利义务关系，^⑧理由是“简便易行，法院审理范围十分明确，诉讼程序秩序稳定，当事人攻击防御目标集中。至于实体请求权竞合问题，可以通过诉讼法上的特别处理加以解决。至于当事人一次纠纷不能一次性解决的问题，可以通过扩展法官释明义务，在一定程度上予以缓解。旧实体法说所具有的这种优势及其与我国民事诉讼实践需求的契合度，是其他诉讼标的理论所无法比拟的。”^⑨可以说，法律关系说考虑到了传统性、现实性、操作性、简便性、可接受性等诸多要素，具有现实合理性。但是，仅以法律关系识别诉讼标的仍存在以下困难。

一是“法律关系”难以反映新颖的社会生活和交易。“类型化思维模式在现代的发展始自法实证主义追求的安定性和裁决计算的可能性以及社会巨变时代的不适应性”。^⑩《合同法》在有名合同的确定上，本着因应工商现实需求的务实立法思想，并未从规范体系的逻辑或给付类型的代表性出发，抽象地思考应如何确定合同的类型。^⑪而是采取了有名合同和无名合同的二分法，对无名合同秉持类似合同类似处理的类推方式，但何

^⑦ 关于诉讼标的理论的介绍研究材料颇多，本文无力评论。可参见梁开斌：《民事裁判的边界》，社会科学文献出版社2018年版。

^⑧ 刘庆国：《重复诉讼的识别与规制——以〈民事诉讼法司法解释〉第247条为视角》，载《山东法官培训学院学报》2018年第2期。

^⑨ 沈德咏主编：《最高人民法院民事诉讼法司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年出版，第635页。

^⑩ [日]伊藤刚：《拉伦茨的类型论》，信山社2001年版，第32页，转引自宁红丽：《论合同类型的认定》，载《法商研究》2011年第6期。

^⑪ 参见朱广新：《民法典之典型合同类型扩增的体系性思考》，载《交大法学》2017年第1期。



谓“类似”，并非边界明晰的概念。无名合同在很多情况下本身就是一种独立的合同类型，任何一种归类均无法对其进行圆满解释，探究“类似”共性的同时很可能抹杀“个性”差异。在此情况下，法律关系之名不清，仅存权利义务关系之实，法律关系的识别仍然以事实为标准。

二是法律关系与法律行为不具有对应性。在数个合同文本构成的结构化的交易行为中，存在大量的合同文本的组合、混合、转化、借名等“合同集群”，合同与合同文本、意思表示与合同条款不具备一一对应性，而是可以分离。交易结构正是以此为基础得以迂回设计，并达到促进交易、风险防范、规避（包括规避法律、税收、监管等）、谋取优势商业地位等特殊商业效果。虽然文本独立，但法律关系难言完全独立。比如融资租赁法律关系，在德国法上并非有名合同，而由买卖与租赁两者共同构成，属于法官法律解释范畴。即便在我国融资租赁合同属于有名合同，但理论上仍然视为三方主体、两个合同构成的法律关系，显然难以视为两个独立之诉。随着市场的活跃，特别是在金融商事领域中，市场主体创设的交易行为错综复杂，法律行为的理解更多地结合交易目的、交易结构、交易惯例，往往一个交易事实构成一个法律关系，而其中的子事实分别构成不同的其他法律关系，这种法律行为与法律关系的不确定性局面为识别诉讼标的带来重大挑战。

三是“法律关系”声明不合诉讼事实。案件事实的形成，需要经过请求、主张、抗辩、再抗辩、再再抗辩，是一个“眼光往返流转”的过程，审理范围在诉启动之初往往无法确定。按照法律关系论，“民事案件案由应当依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定”，^⑫也就是说，理论上讲，当事人起诉时应当声明法律关系，如法庭认定不符，应当变更诉讼请求，属于诉的变更。^⑬但现实中，当事人基于日常生活经验而无法声明法律关系、基于法律认知不足声明了错误的法律关系、基于通谋虚伪表示行为主张借名法律关系屡见不鲜，对于缺乏法律知识且没有法律服务的人来讲，法律关系实在是过于遥远的概念，生活经验倒是摆在面前的活生生的事实。而对于法官来讲，案件非依程序进行实体审理，不经往来反复的审视，无法得出最终的法律关系和案件事实。

总之，法律关系的内涵与案件事实有着不可分割的联系，一般而言，单一的法律事实可以凭借当事人的社会经验判断法律关系，当事人所主张的法律关系当然对应于某一法律事实，而该事实范围就是诉讼标的。但对于稍许复杂的法律事实，法律关系的性质就难以判断，即便专业如法官者亦需在当事人所提供的事实和法律规范之间反复审视，方能作出法律关系性质判定并进行相应事实裁剪，而该裁剪的事实便为诉讼标的。由于无论是理论界还是实务界普遍不赞同就诉讼标的理论另起炉灶，故法律关

^⑫ 《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》（法〔2011〕42号）。

^⑬ 杨婷：《诉讼请求变更的认定与处理》，载《人民司法·案例》2016年第35期。

系与法律事实的这种内在关联性为我们理解和改造我国特色的诉讼标的理论提供了空间。诉讼标的可以在狭义和广义上作出两种不同的理解，在单一事实下，诉讼标的理解为法律关系便于识别；在结构化和新类型事实先存在于法律关系时，诉讼标的就应当理解为事实，利于诉讼的经济和便利。这种理解，已经十分接近我国台湾地区“民事诉讼法”的诉讼标的相对性理论的思路，该“民法”明定在简易事件及小额事件，得就请求之原因事实或法律关系等二者自由择定其一作为诉讼标的。虽然台湾地区的相对性理论存在极大争议，^⑭但我国的司法实践，或许早就在悄无声息中向相对的诉讼标的理论靠拢。^⑮《最高人民法院关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》（法〔2011〕42号）指出“民事案件案由应当依据当事人主张的民事法律关系的性质来确定……但是，考虑到当事人诉争的民事法律关系的性质具有复杂性，为了更准确地体现诉争的法律关系性质和便于司法统计，修改后的《民事案由规定》在坚持以法律关系性质作为案由的确定标准同时，对少部分案由也依据请求权、形成权或确认之诉、形成之诉的标准进行确定，对少部分案由也包含争议焦点、标的物、侵权方式等要素。”最高法院（2016）最高法民申1426号案件中，认为“诉请的法律关系性质、民事行为效力变更的，应变更诉讼请求；仅诉讼事实和理由的变更，不导致诉讼请求必须变更的法律后果。”^⑯以上还可以表明，实践中的诉讼标的理论，本质上属于诉的声明和案件事实的二分肢理论。

三、诉的判断：维护诉的完整性

诉讼，在特定的空间场域展开，即形成了区别于现实生活空间的所谓“法的空间”，在该空间内，活动于其中的民众的感情、经验和认识应当得到恰当的表达和尊重，而绝非是自我想象的封闭的逻辑体系，“在通往法的正义道路上，很多市民被程序的障碍所排斥，正义的偏差给人民带来了憎恶和绝望，从而导致人们对民主主义的不信赖。”^⑰在我国，关于何为一诉、诉的合并和另案处理的问题，在理论界尚未形成一种诉讼标的理论的情况下，诉的判断本质上属于自由裁量权的事项，难以精细规范。只是缺少了理论知识的支撑，因就现实的做法始终缺乏统一的标准，势必引发一些不

^⑭ 严仁群：《诉讼标的之本土路径》，载《法学研究》2013年第3期。

^⑮ 陈杭平：《诉讼标的理论的新范式——“相对化”与我国民事审判实务》，载《法学研究》2016年第4期。

^⑯ 杨婷：《诉讼请求变更的认定与处理》，载《人民司法·案例》2016年第35期。

^⑰ [日] 小岛武司：《诉讼制度改革法理与实证》，陈刚、郭美松、林剑锋、汪三毛、朱珊珊译，法律出版社2001年出版，第3-4页。



同认识，而随着形势的发展，不同认识的声音势必又会倒逼共识，因此我们仍然应当在纷繁复杂的情形中努力探求基本准则，从而实现诉的完整性和诉讼的民主性。

（一）基本原则

1.处分原则。在诉讼标的选择、变更和划定上，原告具有主导甚至决定权能。《法国新民事诉讼法典》第5条：“法官应就所请求的一切作出裁决，并只能就所请求的一切作出裁决”。双方自愿划定的诉讼标的，即便是当事人的部分请求（一部请求），法官亦须在支持诉讼请求和放弃其他部分请求之间做出判断，而不能以国家意志排斥当事人处分权而拒绝裁判。^⑮诉讼展开后，原告在起诉时，应当负有初步的主张责任，即提出支撑其诉讼请求的原因事实（法律关系）和理由（请求权基础），提示法院其所希望被法院审理的对象，而被告的抗辩亦承担主张责任，就主张的抗辩事实承担相同标准的举证责任。

2.辩论原则。诉讼标的具有预告审理范围之功能，原告明定诉讼标的，属于被告防御之利益，诉讼当事人经过攻击和防御等诉讼活动，不断提示、形成、变更、明确审理范围，最终才能明确诉讼标的。“要件事实呈现出一种重叠式的结构，在具体的诉讼事实的主张发展到什么程度完全由双方当事人意向所决定。只是作为请求原因事实的要件事实必不可少，如果被告没有提出抗辩事实，双方的攻击防御就在这一层次上展开了。”^⑯即便如允许原告仅得表明请求之原因事实之我国台湾地区“民诉法”，亦非可省略诉讼标的之记载，否则诉讼漫无目标，法院审判对象不明，被告之攻防目标未显，势将影响法院迅速、经济、有效及被告防御。^⑰

3.职权主义。相对于当事人主义，法院有时会适当对处分原则和辩论原则予以介入，依职权对诉讼活动进行调整。诉讼活动本质上是生活事实、法律事实、权利要件层层递进之过程，在递进转换之过程，法官需就生活事实涵摄法律要件之解释、事实主张之证据开示、权利之确定等等予以释明，这一义务被称为“民事诉讼的大宪章”，德国民事诉讼法139条归纳为“指示义务、说明义务、发问义务、照顾义务”。^⑱

释明义务根本上源自“法官知法”原则，^⑲所谓“汝给我事实，我给汝权利”。一般认为，法官释明可以补充辩论主义和处分权之不足，释明的后果既可能引起诉的声明的变更，也可能引起诉的标的的变更。但这一变更仍需在当事人主义的框架下，由

^⑮ 关于部分请求的法理，参见黄毅：《部分请求论之再检讨》，载《中外法学》2014年第2期。

^⑯ [日]谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社2002年出版，第154页。

^⑰ 许士宦：《新民事诉讼法》，北京大学出版社2013年出版，第72页。

^⑱ 常怡主编：《外国民事诉讼法新发展》，中国政法大学出版社2009年出版，第183页。

^⑲ 严仁群：《释明的理论逻辑》，载《法学研究》2012年第4期。

当事人自行主张。

4. 释明权的限度。一般认为，法官未能尽释明义务，致使遗漏请求权基础及其事实主张的，属于重审事由。但是，实践中，存在诉讼参与人仅声明诉请、事实，对于依据何种权利基础不予明确，经法官询问后拒绝明确，认为“我给汝事实，汝给我权利”，大多数情况下，法官可以依据经验和知识判断请求权基础，但原告所主张事实过大，比如原告主张侵权，但对何种侵权类型不予确认，直接责任、替代责任、补充责任、共同责任等等，不同的责任形态具有不同的要件事实，而当事人所主张之事实无法涵盖上述全部的责任形态，在此情形下，如果不强调当事人的主张责任和举证责任，就会变成法官寻找和决定诉讼对象，原告、被告和法官三者间诉讼负担的不均衡，法官的释明极易演变为家事程序中的职权探知主义，违背了辩论原则。且不同的事实描述会导向不同的请求权构成，但承担主张责任的当事人在提供框架事实下，法官探寻请求权并非明晰的一一排除，当事人提供的某些信息点会导致法官在思考方向上的偏差，这种导向偏差大到一定程度，可以构成误导法官，理论上应当导致当事人的失权。现实中甚至出现了当事人不积极在一审中明确请求权基础，亦不积极主张事实，根据一审的裁判结果，在二审中提出新的请求权基础和事实的“请求权突袭”的新情况。故，法官的释明义务，应仍限定在当事人处分和辩论原则内，以当事人的主张事实范围为限而不宜过分扩张，二审应维持诉的安定性。唯因当事人和法官均无过失，对于新的主张事实和请求权，应允其另行起诉。

5. 名实不符法律行为认定的程序处理。在市场行为中，存在大量的名实不符法律行为，对此《民法总则》146条以“通谋的虚伪表示行为”予以规制，规定通谋的虚伪表示无效，隐匿的法律行为效力按实处理。对于当事人基于自身原因声明错误的法律关系，经法院释明后基本上能够变更诉请，不过仍然面临着变更后的审理错误风险。对于基于通谋虚伪表示行为，当事人所借名之法律关系系其追求的目的，故经法官释明后拒不变更的不在少数。对此，最高法院从《民事证据规定》35条，《关于印发修改后的〈民事案件案由规定〉的通知》，《融资租赁司法解释》第1条第2款均表示按实处理，但未就拒不变更诉请，应继续按实处理还是裁定驳回起诉，抑或判决驳回请求未予规定。2015年《民间借贷司法解释》第24条第1款，在让与担保民间借贷的虚伪表示情形下，必须依据当事人诉讼请求按实处理，否则裁定驳回。

但现实远比理论复杂，《民法总则》146条后半段被称之为效力转换规则，即“一个完全无效的法律行为，如果具备另一法律行为的要件，而且可以认为，当事人知道此行为无效即愿意另一行为有效的，可以作另一法律行为而生效。”^②按照效力规则，

^② 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论（下册）》，王晓晔、邵建东、程建英等译，法律出版社2003年出版，第646页。



意思表示作出即行为成立，成立乃事实问题，效力乃价值问题，同一事实可以因具备两个行为要件而成立两个法律行为，只是其中一个因欠缺意思表示合法性要件而无效，另一个则具备行为要件而生效。可以说，同一事实存在着同时符合两个法律行为要件的可能性。同为虚伪表示，不同虚伪表示行为之间的界限清晰度并不一致，有的虚伪表示行为非此即彼，不同的法律行为所构成的不同法律关系的处理方式差别极大，比如《民间借贷司法解释》第24条之情形，如果当事人不变更诉讼请求，则双方之间的利息约定、借款期限、违约金数额等案件事实没有弄清，不能处理买卖合同，双方之间的基础法律关系是民间借贷，当事人如果仅主张审理买卖合同关系，属于本末倒置，其起诉的法律关系发生错误。^④但名为融资租赁实为借贷行为中，融资租赁行为与民间借贷行为在事实要件上基本属于包含关系，按照当事人主张的融资租赁法律关系予以审查，民间借贷的事实也基本可以一并查明，当事人是否变更诉讼请求，对案件审理和处理并无实质影响。

就实体法而言，在后者情形下直接进行处理固然可以彻底解决纠纷，但就程序机理而言，处分原则乃民事诉讼程序牢不可破之灵魂，法官直接依职权予以处理，国家职权显然越界。且前文已述，诉讼标的系由诉的声明和原因事实构成的法律关系，诉讼请求的法律关系性质的变化，视为诉的变更，仍应由当事人予以自主变更，不能只因诉请中项目名称的变化视为同一之诉。

在当事人未予变更之情形，究系判决驳回诉讼请求抑或裁定驳回起诉，仍存争议。理论上，原告拒绝变更声明性质，但对本诉仍存诉之利益，符合诉的要件，理当以诉的声明法律性质错误为由，判决驳回诉讼请求。但经法官释明后的拒绝变更存在一事不再理的风险，特别是法官的变更释明本身也存在错误风险，故应以裁定驳回起诉为宜。

（二）考量因素

1. 考量诉的结构完整性：反驳与反诉。

原告起诉时应当主张一定的事实，该主张事实的责任称为主张责任，主张责任一般与举证责任相关联，该主张责任的事实，包含要件事实和效果事实。要件事实是指法律规定、可以引起法律关系产生、变更或消灭的事实。效果事实则指法律关系本身产生、变更或消灭的事实。^⑤原告起诉时应当主张“请求原因事实”，为此应当举证证明适合法律规范的要件事实成立。至于是否发生法律上的效果，则有赖于被告的反驳。我国诉讼法理论通常认为，反驳包括否认和抗辩。否认无需承担主张责任，而抗辩则应当承担主张责任。即“原告应对诉的原因举证，被告应对抗辩事实举证”。如被告主张某一事实属于抗辩，则应当举证证明该事实，而该举证负担仍应使用要件事

^④ 杜万华主编：《民间借贷司法解释理解与适用》，人民法院出版社2015年8月出版，第426页。

^⑤ 杨立新、刘宗胜：《论抗辩与抗辩权》，载《河北法学》2004年第10期。

实和效果事实的证明标准。即便原告的举证达到了要件事实的证明标准，但若被告的抗辩成立，则不发生效果事实成立的后果。据此，双方攻击防御多次往来，从而形成裁判事实。最能体现这一机理的便是《民间借贷司法解释》第16条第1款。

区分反驳与反诉的意义在于，反驳乃诉不可分割的一部分，反驳不具有诉的声明要素，不可“另案处理”；而反诉具有的诉的要素，至于反诉能否“另案处理”，一般认为，反诉与本诉可以合并审理，也可以不合并审理而另行起诉，具有独立性。但也有观点认为，同样当事人之间尽管诉讼标的不同，但争点相同时，已然属于重复诉讼的范畴，可以通过反诉予以合并，但不得另行诉讼。^②

抗辩与反诉的区分在理论上较为容易，最根本的标准在于抗辩在诉中属于防御手段，意在“拒绝”，目的在不让对方诉讼请求发生效果。而反诉属于进攻手段，意在“要求”，目的在于为对方设置向自己的义务。但现实中，抗辩与反诉的区别并非泾渭分明，比如抵销。

长期以来，诉讼中的抵销，究属抗辩抑或反诉争执不休，反映在实务中，法官对此的判断较为纠结，有的认为只要当事人提出就应当处理，有的认为事实难以查清应当另案处理，甚至在当事人已经达成抵销合意下仍以当事人诉请金额系当事人自行主张为由未予处理。现实中的诉讼抵销，主要包含以下表现形式：（1）双方在本诉前已经确定了抵销债权，当事人仅在诉讼中主张予以抵销；（2）在诉讼中，债务人主张抵销债权并未确定，而债权人不予认可；（3）诉讼中，债务人主张抵销债权并未确定，而债权人予以了认可。有的抵销也并非由债务人（被告）提出，而系债权人（原告）主动提出，被告予以了认可。这些情形，无疑使试图将抵销纳入抗辩、反诉的分析框架下的努力归于无效。事实上，抵销仅仅是当事人（不限定被告还是原告）对于事实的主张，但该事实并非要件事实，也并非天然地与本诉构成同一诉讼标的，主张方亦并非在本诉中就此承担举证责任。该事实是否纳入本诉合并审理，由法官考虑其他因素，比如诉的利益的完整性、诉的便利、诉的经济等，决定是否将该抵销事实的主张，转换为一个诉合并审理或另案处理，从而在诉的框架下，就抵销的声明、事实的主张、举证责任的分配等进行重新安排。

2. 考量诉的主体完整性：第三人与当事人。

主体是诉的要素，当案件审理过程中涉及案外人因素时，须考量该案外人是否具有诉的利益，反映到本诉的处理，就是追加第三人或者诉的合并（追加共同当事人、另案处理），不同的处理方式，对案外人利益影响甚巨。

我国的第三人制度不同于传统大陆法系理论，有独立请求权的第三人参加诉讼视

^② 张卫平：《重复诉讼规则研究：兼论“一事不再理”》，载《中国法学》2015年第2期。



为独立的诉，但无独立请求权的第三人并不明确是辅助人抑或当事人，只有被判决承担责任的第三人，才有当事人的诉讼权利义务。制度的不明确，造成了无独立请求权第三人在适用上的混乱，追加的理由五花八门，主要有因为原告不清楚最终的责任承担者而“可能承担责任”的“侦查式追加”，由于追加之时并不清楚最终是否承担责任，只好在追加时就赋予当事人地位，其意见属于抗辩，承担事实的主张责任；防范两造之间虚假诉讼，本诉结果损害第三人利益的“预防式追加”，甚至还有证人被追加为第三人的情况（实际上，此种情形多属于被迫追加型，比如公司经办人离职、涉及案外债权人而当事人均不申请证人，基于查明案情之需，法官依职权仅得赋予其第三人诉讼地位），此种追加之目的主要在于听取第三人意见，因为并非要求其承担责任，故没有争点，当然也就不属于抗辩，亦不承担事实主张责任。

问题在于，既然第三人享有当事人的权利义务，为何要在本诉中追加第三人，而不是按照诉的结构，要么直接列为被告，要么另行起诉，重新安排原告与案外第三人的关系？

诉讼程序安排的重要目的之一，当使当事人“有更多机会用以避免另外的诉讼程序致蒙受程序上不利益，所以其所谋求之诉讼经济，实乃以归属于当事人之程序利益为主要内容。”^②程序利益的归属，不仅针对原告，同样地也针对其他诉讼参与人。无独立请求权第三人参加之诉，本质上是一个诉，但若牵涉第三人程序利益甚巨，则应考虑赋予该争议以诉的地位，合并审理亦或另案处理起诉，则第三人之程序利益保障不可同日而语。

第一，管辖利益的考量。管辖，是法院针对不同诉讼标的，考量了当事人应诉和法院审理方便等因素，对不同案件审理的分工和权限。尽管管辖属于法院职权范畴，但对于当事人而言则是利益和权利（有权提起管辖权异议）。在事实跨越型的追加第三人情形，若是第三人与本诉当事人存在专属管辖或约定管辖情形，因第三人并非基于原告的诉讼请求，而是基于法院职权要求被传唤参加，其在专属管辖、约定管辖、管辖权异议等方面权利无法得到保障。特别是有可能承担民事责任的第三人，无视其管辖利益，于法于情于理均有失偏颇。

第二，举证利益的考量。由于举证规则在对不同证据的效力存在不同层级，故对诉讼参与人而言，以何种身份出现在法庭，其举证利益将会受到很大影响。比如，原告起诉被告要求分割遗产，但被告称遗产已经被用于归还被继承人生前债务。在此，债权人以何种身份出现在诉讼中，其权利保障程度不同，作为证人，无法再次举证，更无法辩论和询问、上诉，且因为与案件有利害关系，其证据效力大打折扣；若作为

^② 许士宦：《新民事诉讼法》，北京大学出版社2013年出版，第92页。

当事人，则可以申请其他证人，也可以辩论和询问，还可以上诉。

第三，上诉利益的考量。无论作为证人、第三人，在无责任承担情形下，均不能上诉。现实中，有的当事人试图将第三人之诉包含在本诉之中，一种是事实跨越诉讼，即本诉的要件事实以涉及第三人的其他要件事实为前提，将未经明确的后者事实包含在本诉事实中一并提交法院。^⑳二是权利跨越诉讼，即本诉中的权利基础以第三人对本诉被告的义务为前提，在后者未明确情形下，将后者的义务包含在本诉的权利基础中一并提交法院。^㉑甚至有的第三人在某些情况下实际上是与原、被告共同对抗的一方利益主体，因第三人参加诉讼属于原、被告之诉，第三人并不实质承担责任，但本诉的处理对第三人后续责任的承担具有决定性影响，列为第三人利益明显失衡。第三人上诉利益失衡，并非在于判决主文的影响，而在于本诉诉讼标的不当扩大至第三人而对第三人实体权利义务产生确定影响的后诉的约束效力，意即本诉不应当审理涉及第三人的事实，应当另诉处理，但却在本诉中予以了一并审理，从而导致了第三人程序利益的丧失。

事实的无比复杂，须巧妙设计当事人地位、准确识别抗辩与独立之诉、精准划分事实范围三者有机结合，协同不同之诉，从而确保各方程序利益。例如：A向B出借资金，C作为保证人。B违约，C作为保证人主动向A承担了保证债务，C向A追偿，A辩称其债权债务非法无效故保证无效，此时AB间之债权债务并未经诉讼认定，此时若以A为第三人直接认定保证无效，则第三人无法上诉。而B之辩称并非抗辩，而应视为确认无效之诉，列AB为原被告，界定主债务无效之诉与保证无效之诉不同的诉讼标的，从而确保A的程序利益。

3. 考量诉的事实完整性：规范与事实。

诉讼标的是诉的核心要素，如前所述，在法律关系的诉讼标的观下，无论如何理解法律关系，均无法离开“一事”这一概念的理解。

大陆法系中，这是一个很难定义的概念，往往一事一议，求助于社会生活观念上的同一性或一体性。而美国法上“一事”的理解，则更加洒脱，被称为“自然事实观”，不强调请求权和要件事实，甚至不要求案件之间事实的关联性，纠纷事件从日常生活经验或外行视角予以界定，一个纠纷事件涵盖的范围有多宽，仰仗法官在个案的裁量判

^⑳ 甲作为居间方为乙作为出租方提供房屋居间服务，约定如因承租人原因导致租赁合同解除，则甲应当相应返还居间费用，后作为承租人的丙方未支付租金并下落不明，乙未起诉丙而直接起诉甲要求返还居间费用，法院公告追加丙作为第三人，但因丙未到庭，以乙证据不足为由驳回诉讼请求。在二审期间，乙提起了对丙的诉讼，二审以本案以另案事实为依据发回重审。

^㉑ 比如在买卖合同纠纷中，直接要求股东承担责任。现实中此类情况愈发突出，甚至出现了A与B公司存在买卖合同，但B公司营业不善，A以与B之间的买卖合同关系为案由，以C未尽责股东清算责任为由，直接起诉要求B和C承担连带责任。



断。纠纷事件是一种法律标准而非法官必须严格遵照适用的法规。⑩美国法学会1982年编纂的《判决的第二次重述》中，第24条对自然事实的描述为“（1）当某一诉讼的有效且终局的判决消灭了原告的诉讼请求时，在产生该诉讼的全部或部分的自然事实或者系列的连续性自然事实中，所有原告本可要求被告给予救济的权利，都被包括在这个被消灭的诉讼请求中。（2）什么样的事实群可以构成一个“自然事实”，以及什么样的事实群可以构成“一系列连续的自然事实”，必须务实地加以确定。应当充分考虑到这些事实在时间、空间、起因和动机等因素上是否相关，它们是否可以组成一个适宜的审判单位（trial unit），以及将它们作为一个审判单位来处理是否符合当事人的期待或者是否符合对事务的理解和使用。”第25条“关于分割诉讼请求的例证。第24条可以消灭原告对被告提出的诉讼请求，甚至于是原告在第二次诉讼中准备（1）提出的证据、根据或请求权基础，并未于第一次诉讼中被主张；或（2）寻求的多个救济或救济方式，并未于第一次诉讼中被主张。”⑪

因为美国法上“一事”的灵活性更强，受到了更多的关注，有观点认为我国民事诉讼法上的“一事”可以理解为：“同求性案件事实，即均指向同一诉之声明或诉讼目的之案件事实；同源性案件事实，即具有相当长的时间跨度但均起源于同一原因的案件事实，如持续性违约行为；权利义务关联性的案件事实，如合同集群。”⑫但是，美国法的民事诉讼模式为事实出发型，与大陆法系的规范出发型模式在立论基础上就完全不同，过大的事实范围，不仅容易造成诉讼拖延，“因为对单个的案件埋头苦干很容易使司法机器陷入重复性审查当中，而新的冤屈却不能得到听审，所以对单个诉讼参加人的关心则要求采用狭窄的定义。”⑬而且对于我国的法运行逻辑将产生体系性破坏，故当仍以当前的“规范——事实”框架下予以理解为宜。

所谓的“规范——事实”模式，是大陆法系思考方式的产物。大陆法系形式理性的特点有三，即形式化的符号体系、严谨严密的推理规则以及确保裁判结论的相对确定性和可重复性，为达此目的，形成了严密的法技术，其前提就是生活事实的法律要件化。法官的法律适用过程，就是将生活事实中被法律评价的要件事实提取出来，“涵摄”于法律规范的构成要件，最终形成案件事实和裁判结论。拉伦茨指出，“在判决的事实部分出现之‘案件事实’，是作为陈述的案件事实。基于此项目的，事件必须被陈述出来，并予以整理。在无限多姿多彩，始终变动不居的事件之流中，为了形成作为

⑩ 陈杭平：《“纠纷事件”：美国民事诉讼标的理论探析》，载《法学论坛》2017年第6期。

⑪ 梁开斌：《民事裁判的边界》，社会科学文献出版社2018年出版，第44页。

⑫ 梁开斌：《民事裁判的边界》，社会科学文献出版社2018年出版，第177-178页。

⑬ 杰克·H·弗兰德泰尔、玛丽·凯·凯恩、阿瑟·R·米勒：《民事诉讼法》，夏登峻、黄娟、唐前宏、王衡译，中国政法大学出版社2003年出版，第624页。

陈述的案件事实，总是要先作选择，选择之时，判断者已经考量到个别事实在法律上的重要性。因此，作为陈述的案件事实并非自始‘既存地’显现给判断者，毋宁必须一方面考量已知的事实，另一方面考虑个别事实在法律上的重要性，以此二者为基础，才能形成案件事实。”^③

但不同的法律规范，要求要件事实不同，而不同的要件事实往往来自同一的生活事实，有的要件事实经过相互组合，可以构成不同的效果事实，比如名为融资租赁实为借贷行为；有的要件事实通过嵌套构成其他要件事实，比如结构化交易行为中的合同组合；还有的要件事实同时构成两种法律关系，比如约定了样品定制后大量买卖的定制物买卖、半买半送等等。此时就构成合同文本的法律关系与最终的法律事实的背离。此时，法官就面临着事实的拆分、过滤、组合、再还原的局面，而这一切的技术操作，离不开法官对法律规范的认识和选择。故案件事实的挖掘和清理，是一个在法律规范和生活事实之间“眼光往返流转”的过程，“作为陈述的案件事实之终局形成，取决于可能适用于该事件之法规范的选择，而这项选择却又一方面取决于判断者已知的情境，另一方面取决于他对于——案件事实所属的——规范整体之认识如何。”^④因此，法官面对的案件事实，并非自始的呈现出法律的构成要件，而是在反复的审视中，将生活事实提取要件事实，并最终形成认定的案件事实。这个过程，便是法官在生活事实中识别和厘清间接事实、主要事实，并攫取要件事实的过程。

规范——事实的思维模式，发展出了要件事实理论。肇始于德国、发展于日本的要件事实理论，在我国并未取得理论上的通说，但近来有逐渐被关注的趋势。要件事实理论属于证明责任分配理论的核心内容，案件事实本质上是当事人按照请求原因——抗辩——再抗辩——再再抗辩顺序展开的攻击——防御后的结果，证明责任从一开始就伴随着参与诉讼的各方当事人。要件事实是构成法律规范组成部分要件所必须的事实。但要件事实的存在往往需要现实中的生活事实予以法律化证明。所谓要件事实，即合乎法官适用的法律规范组成部分的要件的事实，而现实生活中能够用来确定要件事实的具体事实被称为主要事实，而能够通过内在关联性并推定出主要事实的具体事实为间接事实。一般而言，主要事实必须通过证据予以认定，大多数情况下都是通过证据证实一定的间接事实，再通过间接事实推断主要事实。传统理论认为，辩论原则适用于主要事实，而不适用间接事实。^⑤比如离婚纠纷，离婚要件事实是双方感情破裂，能够证明双方感情破裂的事实如家庭暴力行为等属于主要事实，但为了推导出

^③ [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年出版，第160页。

^④ [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年出版，第164页。

^⑤ [日] 谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社2002年出版，第151页。



家庭暴力的事实，除了报警记录、证人证言外，有时还会提交就医记录，该就医记录并不会记载何人造成损害，但该就医事实往往就能够推导出家暴的事实。

我国民事诉讼法司法解释第93条第2款规定：“已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实，当事人无须举证证明，但当事人有相反证据足以推翻的除外。”该确认的事实，并未区分何种事实。而实践中，对该事实的理解陷入了只要是本院查明部分的事实均是确认的事实的误区，盖因违背既判力的担忧。实际上，既判力具有相对性，事实部分并不属于既判力效力约束范畴，既判力的遮断效仅及于主文而不包括事实查明和法院说理部分。但在既判力相对性理论尚未普及，法官并不会接受既判力仅及于主文，以及后诉可以直接推翻前诉认定事实的做法。但是，尽管如此，前诉所认定的事实属于预决事项，仍具有一定的约束效力。

区分要件事实、主要事实和间接事实，对于识别“同一事实”同样具有意义。(1)并非所有的案外事实，都需要“另案处理”，如果不涉及本诉的要件事实和主要事实，仅仅是“间接事实”，而该间接事实并不产生他案约束力，可以径行在本诉中予以认定并推断主要事实。比如滚动结算合同、捆绑销售合同等合同联立、混合等类型合同，尽管需要“翻旧账”或者审查其他合同的订立情况，但本诉的主要事实仍然限于当事人主张的合同事实，其他事实应理解为间接事实，而不能要求其他合同事实“另案处理”。(2)只有法院认定的要件事实和主要事实，才是“同一事实”，而要件事实来源的间接事实，不能视为“同一事实”，因为间接事实并未经过辩论。但原则也有例外，针对间接事实对主要事实的推定功能，也有观点认为，重大的间接事实经法官决定，也适用辩论原则，如此，经过辩论的间接事实，应当也具有预决效力。也就是说，判决中本院查明部分，并非当然的对后诉产生约束力，而应当识别要件事实和间接事实。

结语

尽管重实体轻程序的现象在一定时间内仍然存在，但司法过程的专业化和技术化已然成为趋势。在高度专业的程序运作中，以诉讼标的为核心的诉的理解必然成为法官判断诉的合并抑或另案处理的极具实用性的分析工具，在对诉的基本问题的判断达成基本一致后，相信我国的司法程序会更加专业、职业共同体的认知会更加一致、法官的职业评价也会更加科学。

(责任编辑：冯艳楠)

协同性嵌入视角下刑事速裁诉讼 主体关系重塑

叶伶俐*

内容摘要 刑事速裁程序试点以来，各个诉讼主体间参照公权力机关内部关系不理顺、诉讼主体联合参与度不够、法院在控审关系中的角色式微、外部法律援助主体流于形式等诸多问题，影响了刑事速裁程序的目标推进。对此，文章引入协同学研究视角，对问题进行思想上的追根溯源。在此基础上，有针对性地提出刑事速裁诉讼主体关系的重塑路径。一是推进与社会公众的外部协同：强化与公众法律观念的协同，注重与公众对刑事诉讼制度改革需求的协调，深化与社区治理的对接；二是推进诉讼主体的结构参与协同，形成各司其职、相互配合的格局，促进刑事速裁整体提速；三是推进诉讼主体在诉讼模式中的理性协同，重新定位控审辩三方角色，建立以审判为核心，在理性中相互协作的模式；四是推进诉讼主体间的工作机制协同，建立程序选择权协同保障机制、知悉权协同保障机制。量刑从宽统一规范化机制、“加害人与被害人”和解协同促进机制，为“简”程序不“减”权利提供有效保障。

关键词 协同性 刑事速裁 诉讼主体 关系重塑

中图分类号：DF73 文献标识码：A 文章编号：1674-3156 (2018) 06-079-89

截至2016年6月份，刑事速裁程序首轮试点期限届满。全国18个城市开展刑事案件速裁程序试点工作以来，速裁程序在提高诉讼效率方面取得了一定的成效，《郑州实行速裁制11类刑事案件可5天结案》《福建法院刑事速裁程序试点工作成效显著》《平谷试点刑事速裁4案庭审用时6分》《房山法院刑事速裁节省90%的庭审时间》…然而，这些报道在报喜不报忧的同时，过多地将公众的注意力引向法院庭审效率层面，容易让我们忽视一些业已存在的隐忧。其中，对于诉讼主体结构关系这一基础性问题言之甚少，理论和实务中也鲜有讨论。其实任何诉讼制度改革的落实都要归结于诉讼主体，诉讼主体是改革制度向前健康推进的载体。对于这项新的刑事诉讼程序运行中主体关

*叶伶俐，潍坊市中级人民法院研究室副主任，一级法官。



系失当问题，必须进行理性审视，并找准突破口予以解决。本文通过协同视角对这一问题进行思考，以期跳出传统思维的窠臼，探求切合刑事速裁运行规律和价值目标的完善路径。

一、问题起源：刑事速裁诉讼主体关系失当的现实隐忧

（一）公权机关^①内部衔接不顺畅：选择性适用下程序效率反向循环

刑事速裁程序的价值目标是化解案多人少的困境，但在人案矛盾加剧的当下，刑事速裁适用率却普遍偏低。2016年至2017年11月份J市法院适用刑事速裁程序的案件仅占同期审结的判处1年以下有期徒刑案件的9.8%。这其中一个重要方面就是公权机关不理顺导致程序启动的积极性不高，并造成效率目标的反向演进。一是在各机关内部，对职责范围内的案件管理自成一套，内部流转效率较低。例如，法院对宣告缓刑、单处罚金、免于刑事处罚的案件，大多需要履行层级式的内部手续才能判决；在公安机关内部侦查权分散、启动速裁程序审批流程繁琐。^②为了确保不超审限，办案人更倾向于适用普通程序办理本应适用速裁程序的案件。二是公、检、法、司等公权机关相互之间工作缺少协调性。各自的职责分工、办案流程、法律文书等方面没有实现有效的对接。^③例如，很多刑事速裁试点地区，由于公、检、法、司、物品价格鉴定、司法鉴定部门缺乏顺畅的沟通机制，在涉及被害人伤残鉴定、涉案财务价格评估以及社会调查报告制作时，就会造成时间拖延。再如，对拟判处管制或缓刑的被告人，应委托被告人所在地的司法行政机关制作审前社会调查报告，制作时间计入办案时限，但一些司法行政机关就委托事项不积极，导致社会调查报告在途时间延长。

（二）各诉讼主体联合参与度不够：过于强调法院“单兵作战”和“庭审瘦身”

刑事速裁程序本质上应该是从侦查到刑罚执行的速决程序，^④自刑事速裁程序试点以来，目前刑事速裁过于强调法院速裁，诉讼主体间联合参与不足，而且法院也多以庭审阶段的简化和提速为主，没有对整个诉讼程序进行全面考量和系统研究。“速裁案件的办理时间主要集中在侦查阶段”，^⑤但目前“公安机关在推动刑事速裁中的作用不

① 为了行文方便，本文公权力机关是指刑事速裁程序中涉及的公、检、法、司等国家权力机关。

② 王宇宁：《浅谈如何发挥公安机关在刑事案件速裁程序中的基础性作用》，载《法制博览》2017年第2期。

③ 付鹏程：《刑事速裁程序试点中的问题研究》，载《中国检察官》2017年第2期。

④ 魏化鹏：《刑事速裁程序之检视》，载《国家检察官学院学报》2017年第2期。

⑤ 陈卫东、聂友伦：《侦查视角下的刑事速裁程序效率研究》，载《中国刑事法学杂志》2016年第6期。

够明显”，^⑥很少考虑到与检察机关和审判机关的相互影响，其中对犯罪嫌疑人的羁押率过高问题，导致刑事速裁程序“‘下游’生态恶化，‘绑架’其他诉讼阶段的运行。”^⑦同时，检察机关缺乏对其监督指导，各机关间缺乏在案件识别和源头上分流配合，影响“全程化”速裁模式的建立。

（三）法院在控审关系中角色式微：庭审“走过场”倾向明显

法院在刑事速裁中应保持独立性判断，且应掌握控审关系的主动权。但目前许多地方审判机关对检察机关提出的指控罪名和量刑建议缺乏应有的甄别、判断。由于不少试点法院在刑事速裁程序中直接删除了法庭调查和法庭辩论阶段，庭审时间均在几分钟之内，法官对案件事实的审查只能依赖于庭前收集的案件材料。很多情况下对检察机关的指控和量刑建议照单全收，量刑不均衡，同案不同判的情况很多。还有一些地方为提高诉讼效率，推出了认罪协商机制，而法院对于检察机关与被告人达成的协议的平等性和自愿性亦缺少应有的审查。

（四）公权机关与被害人的沟通不尽人意：速裁集中适用于无被害人案件

刑事速裁程序的适用条件之一是就该刑事案件的赔偿问题征得被害人的同意。现实中，刑事速裁适用案由呈现危险驾驶罪“一家独大”的现象，在很多试点地区占到适用速裁程序的一半以上，而故意伤害、交通肇事、诈骗、抢夺等其他常见罪名却鲜有适用，其中重要原因是危险驾驶类案件大多数没有刑事被害人且不涉及赔偿和解问题，多数均符合刑事速裁程序的适用条件。故意伤害、交通肇事等案件虽然也属于多发案件，但需要针对损害赔偿问题与被害人方做大量的调解工作，这折射出公权机关与被害人沟通效果不够理想的问题。

（五）外部法律援助主体流于形式：被告人自愿性权利保障不够

鉴于大多数被告人刑事诉讼能力的欠缺，为确保被告人认罪认罚的自愿性，刑事速裁程序中建立了法律援助值班律师制度。但实践中，这样的援助往往流于形式。一是值班律师的任务是围绕适用速裁程序为当事人提供法律咨询和建议，不是辩护服务，其不具备辩护人的诉讼地位，诉讼权利存在缺陷，从事法律援助的律师除了为被告人提供法律咨询外，究竟还能提供怎样的法律帮助，在各试点法院尚未形成一致认识。二是目前刑事速裁程序援助值班律师费用较低，有些律师缺乏办案经验以及法律援助质量控制机制不完善，导致部分律师履职不力。在被追诉人无法获得有效法律帮助的情形下，其在多大程度上能够理智、自愿地认罪认罚以及同意适用速裁程序等，是大打折扣的。

^⑥ 北京海淀区人民法院课题组：《关于海淀全流程刑事案件速裁程序试点的调研》，载《法律适用》2016年第4期。

^⑦ 刘计划：《逮捕审查制度的中国模式及其改革》，载《法学研究》2012年第2期。



二、研究方法引入以协同学视角研究刑事速裁诉讼主体关系完善的正当性

进入21世纪以来,社会环境日益复杂多变、风险水平逐渐提高等一系列问题都使协同学理论在国家治理、企业管理等领域得到广泛运用。^⑧而将该理论用于刑事速裁诉讼主体关系研究,缘于研究方法与研究内容的诸多契合,并可为解决现有问题提供一种崭新的思维模式和方法。

(一) 研究对象的契合

协同论是基于理论物理学建立的一个自组织理论,着重研究各种系统从无序变为有序时的相似性,以发现自组织系统的一般原理。它以一个开放系统或封闭系统为研究对象,该系统是由若干个子系统组成,形成微个体层次所不存在的新质的结构和特征。刑事诉讼主体系统属于社会的子系统,自组织性同样是其固有的属性,且主体间工作机制的流程化、阶段性特征明显,每个阶段都具有自己的结构和功能。因此其作为一种具有高度自组织性的特殊系统,无疑符合协同学的研究对象。

(二) 运作机理的契合

协同论强调系统的诸要素之间不仅仅是静态组织的结合、组织信息的交流和组织功能的分享,也体现为阶段上的分工和互动。而刑事速裁程序需要经过侦查、起诉和审判等诉讼环节,亦离不开各个阶段的不同诉讼主体在有效机制下的相互协作,这种机制就是“系统本身渗透在各个组成部分并调节各个组成部分,使之具有按一定方式运行的自动调节、自组织、自增长、自催化的功能。”^⑨

(三) 目标价值的契合

一方面,“协同效应”强调从无序到有序的转变,认为组成系统的各个要素之间、各要素和系统之间、系统与环境之间存在着系统作用,当外界控制参量达到一定的阈值时,要素之间相互联系、相互关联代替其相互独立、相互竞争,并占据主导地位,导致系统从无序状态走向有序状态,即“协同导致有序”,从而产生协同效应,即协同有助于整个系统的稳定性和有序化。刑事速裁程序作为新形势下刑事诉讼制度改革的一种探索,各个诉讼主体间的关系在制度起始阶段难免会出现一定程度的无序,在协同论的指引下,使得一系列变量因素在良性的相互作用下,最终形成新的有序状态,无疑是我们研究的目的所在。现代协同理论认为,“协同效应是指在复杂系统内,各子系统的协同行为产生超越各要素自身的单独作用,从而形成整个系统的联合行为和共

^⑧ 程述、白庆华:《基于协同理论的政府部门整合决策》,载《同济大学学报》(自然科学版)2009年第5期。

^⑨ 蔡金芳:《用系统论推动和保障司法独立》,载《现代法学》2000年第2期。

同作用。”即产生 $1+1+1>3$ 的非线性作用。而刑事速裁程序目标价值的实现亦恰需依赖于各个程序环节和程序因子能创造演绎出局部所没有的新功能，实现力量增值，而非简单的叠加。

三、协同学下的问题探源：刑事速裁诉讼主体关系失当的原因分析

思想是行动的向导。改革攻坚，思想先行。同样，对于改革中问题的剖析，关键要找准思想根源。对前述刑事速裁主体关系失当问题，从协同学视角进行剖析，可以找到比较深刻的原因。

（一）对系统要素与价值目标关联性的误解

1. 对某一部分要素作用的依赖：将庭审“瘦身”等同于效率提高

刑事诉讼效率并非仅体现在庭审环节，而应在整个诉讼程序总体框架下考量。将庭审时间缩短等同于诉讼效率提高的错误根源在于混淆了部分与整体的关系，过于夸大系统某一环节的功能，陷入一叶障目的思维定式。

迄今为止，诸多试点法院普遍将庭审时间缩短为数分钟大加宣扬，并以此作为改革成绩的重要指标。殊不知，过于强调简化法庭审理程序，在不知不觉中陷入了从法庭审理时间中探寻并评估诉讼效率的误区，这种认识上的缺陷必将带来实践中改革视野的狭隘和效果的“打折”。首先，刑事速裁程序工作系统性和整体性很强，涵盖侦查、公诉、审判、刑罚执行各个诉讼环节，涉及司法理念、执法规范、专业队伍、工作机制等诸多方面。任何一道程序的拖沓或衔接不力都会造成诉讼拖延。如果缺少整个程序的流畅有序，即使法院的裁判再迅速，那也只是“打折”后的速裁。其次，在我国当今司法背景下，刑事庭审在整个刑事诉讼程序中所占司法资源并不突出，即使再继续对庭审进行简化，亦已无太大空间，这种简化对于整个诉讼程序的效率而言，无异于杯水车薪，难以实现实质性突破。最后，单方面强调庭审时间的缩短，将埋下对被告人权利侵害的隐患，并蕴含造成错案的可能，且将可能走向完全书面化的“法庭审理”程序，与庭审实质化改革的要求背道而驰。

2. 对“科学性缘于系统性”的破坏：将程序的删减等同于效率提高

不少试点地区为将办案效率发挥到极致，在程序流程设计上进行了大刀阔斧的删减，甚至有学者将刑事诉讼程序的‘压缩’与‘跳跃’奉为刑事诉讼程序改革的新思路，^⑩这其实无异于饮鸩止渴，其危险缘于对“科学性缘于系统性”原理的破坏。程序的随意简化往往面临着被告人权利被压制的风险。刑事速裁程序的目的在于提高诉讼

^⑩ 参见孔令勇：《诉讼程序的“压缩”与“跳跃”——刑事简易程序改革的新思路》，载《北京社会科学》2017年第3期。



效率、节约司法资源，但为了所谓的“提速”而省却必须的法律程序和法律环节，无异于“头疼医头，脚痛医脚”，这种简单粗暴的处理方式，可谓因小失大。刑事速裁效率提高的关键在于单位时间实现工作含金量质的提高，其程序设计也不以诉讼程序的简单删减和跳跃为路径依赖，而是应在遵循刑事审判规律和价值导向的基础上，寻求良性化学反应下效率催化的有效路径。

3.对目标因子协同性的割裂：将效率作为优先甚至唯一价值向度

刑事诉讼程序的价值是由相互依存的多层次、多方面因子构成。“在改革刑事司法制度，使其达到现代化的过程中，一个最主要的挑战就是要保证在加速司法过程的同时保证公平。”^①而将效率作为刑事速裁程序的唯一价值目标或者优先价值向度的错误在于，割裂了公正与效率的协同关系。公正是司法的生命和灵魂。司法程序对效率的追求是以公正为前提的，如果效率是脱离了案件审理质量和保证司法公正的基础上，脱离公正的效率是一种本末倒置，也毫无意义。因此，不能因“优化司法资源配置”的诉求而影响了法律应有的尊严和正义。

(二)对系统内部以及系统内外各主体之间协同效应形成机理的忽视

1.对“诉讼主体外部社会环境协同与程序运行动力正相关”的忽视

刑事速裁程序对外部社会协同的忽视，导致有的地方在对诉讼程序进行大刀阔斧删减时，没有考虑外部社会认同的障碍。由于我国长期受重刑主义思想影响，相当一部分人认为严厉审判和严苛重刑才是对罪犯应有的改造，速裁程序是对犯罪的放纵。在这样的认识顾虑和偏差下，公检法在与被害人进行沟通时遇到阻力也就不难理解。另一方面，“政府协同治理是以发达的公民社会为基础的。从全社会的范围看，善治离不开政府，更离不开社会，没有社会公众的积极参与及合作，至多只是善政，不会有善治。”^②同样，任何一种刑事诉讼程序也都具有社会属性，忽视对诉讼主体外部社会环境的协同，由公权力单方面实施的刑事速裁程序，便很难向治理主客体双向参与、互动双赢的治理局面和结构关系转变。

2.对“诉讼主体间结构性协同与程序价值目标的正相关”的忽视

主体结构参与的协同性可以通过不同参与主体与单元要素之间的联结交互，尽量消除部门阻隔带来的负面影响，实现资源共享和沟通协调。它不仅仅是各个权力主体充分参与到速裁程序中来，还包括权益会受到诉讼结果影响的主体，有充分的机会参与刑事裁判的形成过程。但实践中对这一关系的忽视，导致刑事速裁程序未能发挥法院与侦查机关、检察机关协力进行诉讼的作用，容易陷入单纯依赖法院或夸大侦查、

^① 【英】麦高伟、弗里·威尔逊：《英国刑事司法程序》，姚永吉等译，法律出版社2003年版，第13页。

^② 俞可平：《治理与善治》，社会科学文献出版社2000年版，第326页。

起诉等任何一方的作用的误区，并且在不自觉中造成对犯罪嫌疑人、被告人、被害人权益的保障不到位。

3.对“诉讼主体间工作机制协同与程序价值目标的正相关”的忽视

刑事速裁诉讼主体间各自为战、参与度不均衡以及法院在控审关系中作用式微都与对诉讼主体间的工作机制协同性考量不足有直接关系。机制是复杂系统中各要素间产生的内在规定性和控制方式。刑事诉讼阶段是由相对独立又前后续接的几个单元组成，每个单元里又都有特定的机制来支撑。而机制不协同难以实现各个单元间的资源整合，将导致各个单元阶段各成一体而无法衔接，不仅资源浪费，也难以实现实务交融和高效联动的诉讼格局。

4.对“诉讼主体间诉讼模式协同与价值目标的正相关”的忽视

不同诉讼主体的心理融通程度决定了协同模式的建立与维护，而协同模式的选择又能促进不同诉讼主体间构建良好的沟通关系。就刑事速裁程序而言，由于控辩审之间在掌握资源方面存在较大的差异，因而在诉讼模式的权限分配方面，各个诉讼主体间的协同主义理念，能够促进相互间的信息交流与策略互动。现实中对诉讼模式协同性的忽视，导致刑事速裁程序无法真正成为法院与控辩双方以及控辩双方之间的诉讼活动，难以让个体理性与集体理性在冲突与衡平的博弈中取得“利益兼得”和“互惠共赢”，从而无法真正实现各个诉讼主体间良性互动关系的建立。

四、路径设计：刑事速裁诉讼主体协同关系架构

（一）诉讼主体与社会公众的外部协同：速裁程序价值生成的前提

“法律应以社会为基础，法律应该是社会共同的、由一定的物质生产方式所产生的利益和需要的表现，而不是单个人的恣意横行。”^⑬刑事速裁须考虑与现有的法律基础、公众的心理基础、观念基础、司法环境相协同。通过努力改善上述外部因素，为程序的运行提供尽量优质的外部环境。同时，程序的设计亦要更好地促进社会结构的转型和司法改革的推进。

1.与社会公众的法律观念协同

法律根植于社会，司法裁判机制的运行必须源于社会的承认和制度的支持。我们在构建一种新的法律制度时，难免要学习借鉴国外的有益经验和做法。但应注意的是，必须考虑对象的可移植性，从而选择能为社会公众广为接受的领域。如果社会公众在接受和理解一项新的改革机制时感受到了被迫性，那这项机制的运行效果肯定不会理

^⑬ 《马克思主义全集》（第6卷），人民出版社1961年版，第292页。



想。诉辩交易引入刑事速裁程序、刑事速裁一审终审在甚嚣尘上的时候，应该保持清醒的认识，并进行可靠的论证和本土化的制度再造。

2. 与社会公众对改革的需求协同

刑事速裁程序不是孤立存在的，作为刑事诉讼制度改革的一个方面，它与其他改革内容共享类似的制度逻辑，都必须符合和体现社会公众对中国刑事司法管理和制度运行的需求，这样才会为其实施提供相对优质的司法环境作为支撑。因此，刑事速裁主体关系的改善应从司法改革的大背景认识和统筹，并强化与刑事诉讼制度改革其他方面的制度衔接和配套机制建设，其中与认罪认罚制度的衔接，与庭审实质化改革的相互协调等问题都是不可回避的方面。

3. 与社会公众生活的社区治理协同

刑事速裁程序与社区治理对接，主要缘于两个方面：一是犯罪现象不是孤立的法律表征，而是特定阶段的社会物质生活和其他社会意识综合作用后的结果。因此，对它的治理也需要放在社会治理的视野下考量。二是刑事速裁程序中，很多被告人会被判处缓刑，而缓刑属于社区矫正的范畴，从而决定了刑事速裁程序与社区治理对接的必要性。但目前社区治理对刑事速裁的作用并未引起足够关注，且我国的社区矫正手段单一。对此，作为刑事速裁程序的配套和延伸制度，可以考虑尽快设立社区和解中心或者调解组织，或以多元化解纠纷解决机制为契机，依托社会综治机构，形成全面完善的矫正网络，重点搭建被害人与加害人平等沟通与对话的平台，除了对加害人的“矫正”外，实现各种被犯罪所破坏关系的“修复”。

(二) 诉讼主体间的结构协同：一体化参与构成“整体提速”的关键

一个刑事案件的完成需要检察机关、公安机关、法院各司其职、相互协调配合，速裁程序案件更须如此方能体现高效。在程序构建中不仅应关注审判环节，更应跟进侦查、起诉、刑罚执行等环节，构建起公检法司的联动机制。通过顶层设计共同出台刑事速裁相关司法解释和相关的规范性文件，共同推进刑事速裁程序的立法完善。各地方应结合工作实际，共同制定具体操作细则。探索建立专人联络、定期通报、联席会议、联合办公制度，畅通公安机关集中移送审查起诉、检察机关集中提起公诉、人民法院相对集中开庭审理的办案绿色通道。其中，法院要加强与公安机关尤其是检察机关的沟通，主动作为，联合制定速裁程序工作规定和量刑指导原则。力求做到公安机关及时侦查，检察机关集中移送，审判机关即审即判，司法行政部门无缝对接。

(三) 主体间的诉讼模式协同：控辩审角色定位和相互关系的重塑

刑事速裁程序特殊的适用范围和适用条件以及特定的价值目标，决定了诉讼主体参与的诉讼模式须超越传统的诉讼模式理念。协同主义诉讼模式的嵌入，能够在公正的前提下，更加及时有效修复社会关系，减少社会对立，无疑与刑事速裁的价值相吻

合。

1. 控辩审三方协同化角色定位

首先，法官应该扮演积极中立的角色，与控辩双方进行积极的沟通与交流，并在此基础上协助处于弱势地位的一方，使之具有与控方进行抗衡的能力，最终使得控辩双方实现真正意义上的平等对抗。其次，实现检察官的当事人化。即检察官与被告人及其辩护人公平从事诉讼活动，不得享有比辩护方更多的程序特权，促进控辩双方的程序平等。最后，处于弱势地位的辩护方应履行一定的真实义务。在刑事速裁程序中，辩护方也应当在协同的模式下找准自己的角色定位，包括自愿如实供述罪行，不得做虚假自认。除此之外，应当逐步提高辩护方的诉讼地位，使之能获得足以与检察官相互抗衡的权利，促使控辩双方真正协同起来。

2. 控辩审三方协同化关系厘定

(1) 控审关系：从“相互割裂”和“过度配合”的两极走向“协同”

在刑事速裁程序中，有的地方控审之间毫无原则性的合作和过度配合，使得刑事速裁程序彻底沦为形式化的线性构造；还有的地方控审关系割裂，各自为政。协同主义诉讼模式下，控审在规范引导下所进行的协作，在法律规则的约束下坚守自身的角色定位，坚持以审判为中心，通过控审的权力制衡机制，诉讼主体的立场及诉求均能在刑事程序中予以表达，进而由保持中立的审判机关在诉讼中合理平衡各方的利益，努力使各方通过平等对话的方式最终解决冲突。

(2) 辩审关系：从错位走向正位

辩审关系的协同不是放任，尤其对认罪认罚的自愿性，法院不能放任自流，而应进行全面审查。释明权是促使辩审关系从错位走向正位的重要内容。法官以主动沟通者的面目出现在刑事速裁活动中，运用释明权将控辩双方能力不均等的状态予以平衡，促使控辩双方之间实质平等的出现，从而体现法官力求以沟通交流方式与控辩双方达成共识的愿望。

(3) 控辩关系：理性对抗中相互协作

虽然控辩对抗是刑事诉讼活动所固有的规律，但刑事速裁程序的案件类型决定了其在社会危害性并不十分严重的情况下，控辩双方之间过于激烈的对抗不仅浪费诉讼成本，亦不利于和谐关系及时修复。协同主义诉讼模式下，控辩双方在充分、平等对抗基础上，在国家、被害人、被告人（犯罪嫌疑人）三者利益之间寻找到最佳的平衡点，让司法资源在有限配置的前提下，促进刑事司法视野中逐渐增多的问题得以高效解决，促使社会秩序走向更加理性的和谐与自治。

(四) 诉讼主体间的机制协同：“简”程序不“减”权利的保障

1. 程序选择权的协同保障机制



一是程序启动权的保障。首先,细化量刑标准,构建速裁联合启动机制。公、检、法在各自诉讼环节,对符合条件的刑事案件都应当及时启动速裁程序。^⑭尤其要提高公安机关对适用条件的判断能力,从源头上保障被追诉人的程序选择权。充分发挥检察院对案件难易的识别作用,实现繁简分流,快速转办,以提高审查起诉阶段速裁程序的适用率。同时,将刑事速裁程序适用权作为一项基本诉讼权利予以保护,由被追诉人积极行使或消极放弃,并通过办案机关的相互制约,来保障适用刑事速裁程序的及时准确。二是程序回转权的保障。在法院作出最终裁决前,被告人有权推翻原有的认罪认罚供述,更改适用速裁程序的意愿。此时,司法机关应将案件适用普通程序审理。但为了维护诉讼程序的稳定性,应当规定被追诉人只能行使一次程序回转权,且应当在判决宣告前向法官明示。

2. 知悉权的协同保障机制

一是节点告知机制。建立不同诉讼环节的权利告知书制度。即不同告知义务主体在程序的每一个告知点将相应的刑事速裁流程、程序权利、程序后果及时告知当事人。告知节点大致包括:立案节点、移送审查起诉节点、审查起诉节点、起诉书送达节点等。二是证据开示机制。为了促使控辩双方可以平等地享有证据信息,提高诉讼效率,应当明确被追诉人对在案证据知悉的权利,从而确保被追诉人选择适用刑事速裁程序时的理性和自愿。

3. 量刑从宽的规范化统一适用机制

树立统一刑事速裁量刑观,对于刑事速裁案件从快审判尤为重要。^⑮它可以为公安机关提供及时分流案件的依据;便于公诉人提出恰当的量刑建议,进行量刑协商;便于法官合理裁判,提高刑罚统一性及可预见性。^⑯一是统一量刑立场。适用速裁程序以认罪认罚为适用前提,反映出被告人人身危险性降低,理应将适用速裁程序作为独立的可以从轻或者减轻处罚的量刑情节,但认罪本身不再作为从轻处罚的情节予以重复考量。二是统一量刑标准和方法。在速裁程序案件量刑过程中,应首先将除认罪外的其他量刑情节考量完毕后,再运用速裁程序量刑情况,以减少基准刑的30%-50%确定最终的宣告刑为宜。

4. 加害人与被害人和解的协同促进机制

目前刑诉法只是要求检察机关对和解的自愿性、合法性进行审查,并主持制作和解协议书,这对于提高审前和解率还远远不够。一是变被动审查为主动引导。即主动

^⑭ 刘广三、李艳霞:《我国刑事速裁试点的反思与重构》,载《法学》2016年第2期。

^⑮ 叶圣彬:《论刑事速裁量刑观——从“认罪认罚”到“从快从宽”的内在逻辑》,载《法律适用》2016年第6期。

^⑯ 游涛:《认罪认罚制度中量刑规范化的全流程实现》,载《法律适用》2016年第11期。

引导加害人和被害人就重新修复关系和赔偿细节达成合意，可以“将被害人获得赔偿的程度与被告人可能获得的从宽幅度直接挂钩，从而调动被告人积极赔偿被害人的主动性。”^⑰二是变检察院一家为公、检、法联合协同促进。应当有针对性地研究由公安机关、检察院发挥调解、和解功能的认罪协商制度，优化治安案件及相关犯罪案件的处理结构。最好是构建构建公诉人（公安机关）、嫌疑人、辩护律师三方在场的量刑协商制度。但应注意的是，这种量刑协商的刑事和解机制的“协商性”凸显的是法治平等与理性，而不应是“讨价还价”和“和稀泥”。

5. 强制法律援助的协同保障机制

为保障法官能够在速裁程序中短时间综合、全面地审查案件，同时保障被追诉人真实、充分、有效地理解速裁程序的内涵和运行机理，应当有律师介入并发表针对性的专业意见，即为自愿认罪认罚的被告人提供强制性的法律援助，且这种法律援助不仅仅局限在法律咨询，还应为被告人提供直接的辩护，并由具有3年以上刑事辩护经验的律师担任。同时将法律援助制度作为国家的一项福利制度，从社会保障层面为其提供足够的资金，保证援助律师的质量和数量，建立长效机制有效运转。

结语

刑事速裁程序的运行在秉承一般刑事诉讼程序规律的同时，应建立符合自身目标要求的运行逻辑。本文通过协同学的视角，对刑事速裁程序试点中的诉讼主体关系进行重塑，并非否定各个诉讼主体之间的制约关系，相反是为控审分离、裁判者中立、控辩平等的诉讼结构关系的形成提供更有秩序的支撑，并更好地为这一特殊刑事程序价值目标的实现提供更契合的诉讼主体关系基础。

（责任编辑：姜燕）

^⑰ 葛晓阳：《刑案认罪认罚从宽制度迈出关键一步专家认为认罪认罚属控辩协商而非“辩诉交易”》，载《法制日报》2016年9月3日。



域外法官员额制度的实证分析

屈向东*

内容摘要 本文既选取美国、德国、日本等传统法治国家的法官员额制度进行分析，又将加拿大、匈牙利、芬兰、瑞典、韩国等当前法学研究较少关注国家的法官员额制度纳入研究范畴。此外，本文并非仅仅局限于制度介绍，而是立足于制度本身之上，力图对各国法官员额制的运行逻辑及其制度精神予以提炼，从而为我国法官员额制建设与发展提供借鉴。

关键词 法官员额制 员额法定 法官任命 预算编制

中图分类号: DF82 **文献标识码**: A **文章编号**: 1674-3156 (2018) 06-90-101

世界主要法治国家均实行法官员额法定主义，即由法律直接对法官员额进行限定或者规定其员额确定方法。对其他法治国家进行实证分析，对于我国法官员额制建设具有重要的借鉴意义。

一、美国

美国属于联邦制国家，其治理体系也分为联邦政府与州政府，美国法院也随之划分为联邦法院与州法院两大系统。因此，法官员额之确定也并非由联邦层面统一划定，而是联邦司法与州司法层面分别负责各自法院体系的法官员额。联邦三级法院，即联邦最高法院、巡回上诉法院、地区法院的法官均由美国总统提名，国会批准，总统任命；而州法院法官的任命方式则更为多元化，最常见的莫过于“密苏里方案”，该方案最先为密苏里州所采纳适用而得名，其程序首先从一个非政治性的委员会对可能会被提名的法官候选人进行审核，提出多名候选人，而后由行政长官任命，且有一定期限的试用期。选民将会根据其试用期的工作业绩而投票决定其去留。这样就一定程度上减轻了政党对于法官选举的影响。据统计，美国33个州采用了“密苏里方案”。^①同时，美国法官员额也被区分为联邦法官员额与州法官员额，并分别确定。

*屈向东，首都经济贸易大学法律经济学博士研究生。

① 陈国庆、王佳：《司法制度》，江苏人民出版社2015年版，第3页。

联邦法官员额一直非常少，表现出强烈的精英主义特征。如自1800年到1900年的100年间，联邦法院法官总数才从23人增长到113人。自1789年联邦政府成立截至2012年5月，仅有3294人被任命为联邦法官，其中包括2758名地区法官，714名巡回上诉法院法官，95名巡回法庭（已废置）法官以及112名最高法院法官。以下以十年为一间隔，对美国联邦政府建立以来的联邦法官员额进行动态分析：^②

年份/ 法院 ^③	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
1789	6			13							19
1799	6			17							23
1809	7			18							25
1819	7			25							32
1829	7			27							34
1839	9			29							38
1849	9			35							44
1859	9			43				3			55
1869	9	9		47		4		3			72
1879	9	9		53		6		3			80
1889	9	10		59		6		3			87
1899	9	28		65		6		3			111
1909	9	32		89	2	6	5	3			146
1919	9	32		97	3	6	5	5			157
1929	9	41		136	3	7	5	5	9		215
1939	9	54		179	5		5	5	9		266
1949	9	65		210	5		5	5	9		308
1959	9	68		241	4		5	5	9		341
1969	9	97		337	3		5	7	9		467
1979	9	132		510	5		5	7	9		677
1989	9	156		563	4				9	16	769
1999	9	167	12	641	4				9	16	858
2009	9	167	12	663	4				9	16	880
2015	9	167	12	663	4				9	16	880
2017	9	167	12	663	4				9	16	880

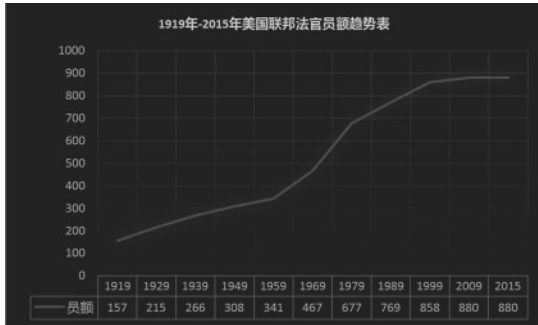
从1789年美国联邦政府建立到1919年第一次世界大战结束，美国联邦法官人数在

^② 数据来源：美国法院行政事务管理办公室（Administrative Office of the United States Courts）官方网站，“Authorized Judgeships”，<http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/federal-courts-public>。

^③ 编号所代表的的法院：1.Supreme Court；2.Regional Courts of Appeals；3.Court of Appeals Federal Circuit；4.District Courts；5.Territ Courts；6.Supreme Court D.C.；7.Customs and Patent Appeals；8.Court of Claims；9.Court of International Trade；10.Court of Federal Claims；11.Total Judgeship's。



一百三十年里仅从23人增长到157人，几乎一年只增加1名联邦法官。但从1919年到2017年，近一百年里，联邦法官从157人增加到880人，接近每年增加7名法官。



如图所示，1959年至1979年之间美国联邦法官员额增加迅猛，从341人增长到677人，增长率为98.5%。这一时期美国民权运动、反越战运动、“新左派”、学生运动、女权主义运动蓬勃发展。美国联邦法院也开始发生变化，尤其是厄尔沃伦，这位美国司法史上最伟大的变革者，在1953年至1969年担任联邦最高

法院首席大法官其间，在他的指导下，美国联邦法院一改以往保守姿态，而是日渐积极参与扩展维护公民权利的司法活动中。^④在这段时间里，美国法院逐渐抛弃了以往对自身的限制，开始在社会政治经济等方面面面发挥积极作用。甚至有人认为，司法权的扩张，是美国20世纪法律史最突出的特征。^⑤职能的扩张，必然伴随着人力资源配置的需求，以此，美国联邦法官员额扩编较为迅猛。

相比于联邦法官的“小而精”，美国州法院法官员额则较多一些。截至2016年初，美国州各类初审法院（Trial Courts）法官27179人，州上诉法院及州最高法院法官1369人。^⑥实际上，美国法官员额仍持续变动，一方面在一些法官退休或者过世，而任命新的法官则需要相应的法律程序，这会造成法官职位短暂空缺；另一方面，有时美国国会或州权力机关根据某一司法管辖区人口数量变迁或者司法负荷变化，而增加或者减少（这种情况非常少见）该区的联邦法官或州法官员额。^⑦此外，各州的法官员额也并非均衡分布，而是根据本州经济状况、人口密度等因素，综合设置法官员额。以下以部分州初审法院（Trial Courts）法官员额为例：^⑧

④ [美] 埃里克·方纳：《美国自由的故事》，王希译，商务印书馆2005年版，第420页。

⑤ [美] 伯纳德·施瓦茨：《美国法律史》，王军译，法律出版社2007年版，第266页。

⑥ 数据来源：State Court Organization（SCO）官方网站。

⑦ 有的州需要进行选举，如路易斯安那州。

⑧ 数据来源：人口及地区来自美国商务部人口普查局统计数据，该局把全国划分为九大地区，即新英格兰地区、中大西洋地区、东南地区、上密西西比河谷地区（五大湖区）、南方地区、中西部地区（大平原地区）、落基山区、太平洋海岸区、西南地区；人口统计来源该局2013年人口普查，单位为万；法官员额部分来自State Court Organization（SCO）；各州GDP及全美排名来自美国商业部经济分析局对各州2015年GDP的数据更新，GDP单位为billion。此外，由于各州法院建制不一，如在阿拉巴马Circuit、District、Municipal、Probate就有四种初审法院，但在只有艾奥瓦州只有District一种初审法院；初审法院又被分为普通管辖权的初审法院与有限管辖权的初审法院，而本文将各州所有初审法院法官人数加总后所得员额。

州名	地区	州GDP	全美GDP排名	人口	全美人口排名	法官员额
缅因州	新英格兰地区	57.3	43	132.8	41	69
马萨诸塞州	新英格兰地区	484.9	11	669.2	14	374
罗德岛	新英格兰地区	56.1	44	105.1	43	74
马里兰州	中大西洋地区	365.4	15	592.8	19	325
纽约州	中大西洋地区	1433.5	3	1965.1	3	3110
佛吉尼亚州	中大西洋地区	481.1	12	826.0	12	356
北卡罗来纳州	东南地区	495.4	10	984.8	10	523
密歇根州	上密西西比河谷区	468.3	13	989.5	9	572
阿拉巴马州	南方地区	199.7	27	483.3	23	633
阿肯色州	南方地区	118	34	295.9	32	231
肯塔基州	南方地区	193.3	28	439.5	26	261
路易斯安那州	南方地区	239.3	24	462.5	25	949
艾奥瓦州	中西部地区	174	30	309.0	30	337
堪萨斯州	中西部地区	149.6	31	289.3	34	505
明尼苏达州	中西部地区	328.3	17	542.0	21	280
俄克拉荷马州	中西部地区	186	29	385.0	28	608
内布拉斯加	中西部地区	113.3	35	186.8	37	131
科罗拉多州	落基山区	313.7	19	526.8	22	525
爱达荷州	落基山区	65.5	42	161.2	39	134
蒙大拿州	落基山区	45.2	48	101.5	44	214
怀俄明州	落基山区	39.9	49	58.2	51	128
犹他州	落基山区	147.5	32	290.0	33	248
内华达州	落基山区	139.7	33	279.0	35	179
华盛顿州	太平洋沿岸区	445.4	14	697.1	13	398
德克萨斯州	西南地区	1630.1	2	2644.8	2	4358
新墨西哥州	西南地区	93.3	37	208.5	36	271

法官员额在各州分配极不平衡，法官人数较多的德克萨斯州、纽约州分别占全国各州初审法院法官人数的16%、11.4%；法官人数较少的缅因州、罗德岛州分别占全国各州初审法院法官人数的0.25%、0.27%。显然，经济发展程度与人口数量对与法官人数配置具有重大影响，地区经济差距越明显，人口总量越多，一般情况下，配置的法官员额就越多。如同属西南地区的德克萨斯州与新墨西哥州，前者GDP是后者的17.4倍，人口总量是后者的12.6倍，初审法院法官员额也随之是后者的16倍；在新英格兰地区，马萨诸塞州与罗德岛相比，前者GDP是后者的8.6倍，人口总量是后者的6.4倍，初审法院法官员额也是后者5倍；在中大西洋地区，纽约州与马里兰州相比，前者GDP是后者的3.9倍，人口总量是后者的3.3倍，初审法院法官员额也是后者9.5倍。



同样，地区经济发展水平、人口总量趋同的地区，其员额配置也比较接近，如同在新英格兰地区，罗德岛与缅因州GDP、人口总量相差不大，其法官员额仅相差5人。当然，也存在例外情形，最典型的如路易斯安那州，其地处美国南方，经济发展水平与人口总量均属美国中游，却置近千名法官，与其同属南方，且经济发展水平与人口总量相差不多的肯塔基州，却只有261名初审法官。

而美国联邦最高法院的法官员额之确定则更具有政治色彩。《1789司法法》第1条规定，“美国最高法院应包含1名首席大法官与5名大法官，法定最低人数为4人”；第2条，则将联邦13个州，除缅因州与肯塔基州外，被划分为3个巡回区，分别被称为东部、中部、南部巡回区，且每个巡回区的巡回法院由联邦最高法院的2名大法官与1名地区法院法官共同组成。但此后为了回应部分联邦最高法院大法官提出的巡回审判负荷过重的意见，国会将巡回法院之2名大法官降低为1名大法官，但仍保留了巡回审判制度。1801年，联邦党人通过《1801年司法法》，其以防止偶数员额“裁判僵局”为由，将联邦最高法院的法官员额从6名减为5名，并且规定该员额从现职大法官退休或病故后方可生效，其背后的重要立法意图在于减少即将就任的杰弗逊总统提名其党人出任联邦最高法院大法官的机会。此外，该法案将巡回法院增加为6个，并增加了16个联邦巡回法官的职位，从而使得联邦党人能够任命更多本党人士出任联邦司法分支，试图制衡杰弗逊总统领导的行政分支。但是，在杰弗逊总统执政后很快废除了《1801年司法法》，并重回联邦最高法院的法官员额人数列为6人，以及巡回法院1名大法官的旧制。此后，随着西进运动的蓬勃兴起，美国增设了多个巡回区，并将联邦最高法院法官员额定为10人。1866年，安德鲁·约翰逊总统与共和党人所掌控的国会就内战后南方各州的重建问题矛盾重重，为了阻止安德鲁·约翰逊总统可能任命同党担任大法官，国会将联邦最高法院的大法官员额从10人减为9人，并规定若出现员额空缺，可进一步降低为8人。1869年，共和党人格兰特将军出任总统后，国会方再度修法，将联邦最高法院的员额确定为9人。此后，该员额并未改动，成为美国宪政中的不成文惯例。因此，美国联邦最高法院曾在建国之初的一百年里，受到政治时政的影响很大，国会、总统经常以大法官员额为工具，影响下一届任期的政治权力格局。嗣后，双方才逐渐克制，使9人员额成为不成文之宪法惯例。

二、加拿大

加拿大系联邦制国家，其法院系统也被划分为联邦法院系统与省（地区）法院系统，法官的任命也有联邦政府与省（地区）政府任命。在联邦一级设置了加拿大联邦司法事务办公室（the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada），

负责任命联邦法官、语言训练^⑨、法官薪酬、制定法院预算、国际司法合作等。同时，在最高法院内部设置法院注册处办公室（Office of the Registrar of the Supreme Court of Canada）负责部分法院内部管理事务，该办公室设置人力资源管理、对外联络、财务管理等部门。各省（地区）也有相应类似机构。截至2008年，加拿大共有法官2000余名，其中省（地区）法院法官1000名左右，联邦法院法官1072人。同年，加拿大人口共计33245773人，以此计算，约平均16623人配置1名法官。此外，联邦法官人数相对比较稳定，截至2017年初，联邦法官为1131名^⑩，相较于2008年，仅增加了59人，而且联邦法官地域分布极不均衡^⑪：

省(地区)	省GDP	省GDP排名	省人口	省人口排名	联邦法官员额	员额排名
阿尔伯塔省	326433	3	3645257	4	102	4
不列颠哥伦比亚省	249981	4	4400057	3	122	3
曼尼托巴省	65862	6	1208268	5	53	6
新不伦瑞克省	33052	8	751171	8	37	8
纽芬兰-拉布拉多省	30100	9	514536	9	25	9
西北地区	4828	11	41462	11	4	11
新斯科舍省	40225	7	921727	7	61	5
努纳武特地区	2447	13	31906	13	4	11
安大略省	763276	1	12851821	1	347	1
爱德华王子岛省	6186	10	140204	10	8	10
魁北克省	380972	2	7903001	2	218	2
萨斯喀彻温省	79415	5	1033381	6	50	7
育空地区	2710	12	33897	12	2	13
加拿大	1986193	N/A	33476688	N/A	1122	N/A

显然加拿大在设置联邦法官时，充分考虑了人口与经济发展程度这两个宏观因素的影响，各省人口排名、GDP排名与联邦法官员额排名相差无几，最为突出的安大略省与魁北克省，其人口总量与GDP分居加拿大第1、2位，其联邦法官员额排名亦是如此。同时，安大略省人口占全国的38.4%，GDP占全国的38.3%，而联邦法官员额亦占全国联邦法官人数的30.9%；与安大略省相比，纽芬兰与拉布拉多省人口只占安大略省的4%，GDP占安大略省的3.9%，其联邦法官员额亦为安大略省的7%。

⑨ 加拿大为双语国家，官方语言为英语与法语。

⑩ 数据来源：加拿大联邦司法事务办公室官方网站。

⑪ 数据来源：加拿大各省人口数量、GDP均来源于加拿大统计局（Statistics Canada），其中各省人口数量来自2011年人口普查（最新数据）；GDP数据时间为2015年，单位为百万加元。



三、日本

日本是法官员额法定主义的典型例证。早在1951年3月，吉田茂首相执政期间，日本就已颁布实施《裁判所职员定员法》（法律第53号），整部法律仅2条，其中第1条规定了裁判官员额，第2条规定了裁判所中除裁判官外其他司法辅助人员的员额，附则规定了该法实施日期以及司法辅助人员避免随意增员，并在当年12月6日进行了第一次修正。该法明确核定了裁判官员额，其中高等裁判所长官8人，判事1100人，判事补472人，简易裁判所判事728人，共计2308名裁判官，其他司法辅助人员9133人，法官比例为20.1%。从1951年至2018年的67年里，该法修订了高达69次，几乎每年日本国会对裁判官或司法辅助人员的员额进行核定修改，其中昭和时期修订38次，平成时期修订31次^⑫，最新一次修订为2018年4月18日（法律第14号）。^{⑬⑭}以下为2006年至2018年日本国会核定批准的法官员额：^⑮

年份	裁判官					其他司法 辅助人员	法官比例
	高等裁判所长官	判事	判事补	简易裁判所判事	总计		
2006	8	1597	915	806	3326	22086	13.1%
2007	8	1637	950	806	3401	22086	13.3%
2008	8	1677	985	806	3476	22086	13.5%
2009	8	1717	1020	806	3551	22089	13.8%
2010	8	1782	1000	806	3596	22089	14%
2011	8	1827	1000	806	3641	22089	14.1%
2012	8	1857	1000	806	3671	22059	14.2%
2013	8	1889	1000	806	3703	22026	14.3%
2014	8	1921	1000	806	3735	20990	15.1%
2015	8	1953	1000	806	3767	20954	15.2%
2016	8	1985	1000	806	3799	20918	15.3% ^⑯
2017	8	2035	977	806	3826	20883	15.48%
2018	8	2085	952	806	3851	20848	15.59%

虽然近十年，日本法官员额总体呈现增长态势，但其增速非常缓慢，近13年间其

⑫ 日本众议院.裁判所职员定员法の一部を改正する法律 [R].东京:日本国会图书馆,2018.

⑬ 日本法务省.裁判所职员定员法の一部を改正する法律案 [R].东京:日本国会图书馆,2018.

⑭ 数据来源:日本政府法务省《裁判所职员定员法》(昭和二十六年三月三十日法律第五十三号)。

⑮ 数据来源:日本政府法务省对裁判所职员定员法修订情况说明以及日本众议院的修正案文本《裁判所职员定员法の一部を改正する法律》。此外,法官比例原表中并未列明,为自行计算。

法官员额比例只增长了2.5%，显示其日本最高裁判所以对法官员额扩编持非常谨慎的态度。此外严格的修法程序也抑制了司法编制权的滥用，众议院议员对于裁判所职员员额的任何扩编都要进行讨论。即使司法辅助人员，其员额变动也相对较小，全国范围内司法辅助人员员额变动最多不超过1千人。^⑩

四、韩国

韩国大法院（最高法院）除了具有最高审判权外，还具有司法行政权。韩国大法院内设国家法院管理局（The National Court Administration），而在该局设置有行政管理办公室（Administrative Management Office），具体负责法院的人力资源管理、设施维护、法院财务等工作。同时大法院负责拟定法院预算及编制，并报韩国国会审议批准。截至2015年8月，法官员额（包括法学教授作为法官）共计2846人^⑪：

法院名称	法官	员额
最高法院	首席大法官	1
	大法官	13
	资深研究法官	2
	研究法官	106
高等法院	院长	6
	庭长	104
	法官	203
地区法院	院长	22
	高等法院庭长	10
	分院院长	39
	庭长	539
	法官	1763
国家法院管理局	副部长	1
JRTI ^⑫	主席	1
	法学教授充任法官	32
国家宪法法院	首席大法官	1
	大法官	8
共计		2846

⑩ 日本最高裁判所编.裁判所データブック2016 [R].东京:日本最高裁判所, 2016:22.

⑪ 数据来源:韩国大法院英文官方网站,此数据为最新显示数据(截止2018年9月)。

⑫ 即由法学教授担任法官的项目。



五、德国

德国法院实行法官员额法定主义，只有法官员额因法官退休、离世等原因出现空缺时，方能增补法官。^①此外，司法行政机关在法院司法行政事务管理中处于重要地位。联邦司法部负责联邦普通法院、联邦行政法院、联邦财税法院的财政预算、人事编制、法院设施建设和管理等司法行政事务（劳工法院、社会法院的司法行政事务则归劳动部管理）。德国联邦司法部设置司法行政管理局，负责为司法机关确定员额、编制预算、设立内部组织、推进基础设施建设与管理等工作。^②而州司法部亦对州及下级法院行使行政管理权。同时，各级法院亦参与包括法官员额在内的本院司法行政事务。德国分配联邦法官员额在各州并不均衡，2000年时，大州（考虑经济、人口等因素）最多达到22人，小州最少也必须配置1人，联邦普通法院定员123人，如有缺额，可从该州提名的候选人中进行选拔。^③根据联邦司法局（Bundesamt für Justiz）统计，截至2012年底，德国共有联邦法官459人，各州法官19922人，法官总计20381人。同年，全德人口为8052万，平均每万人配置2.5名法官。^④同时，法官数量相对比较稳定，据1997年统计，彼时法官人数2.2万人，与2012年相差不大。^⑤

六、法国

法国法院分为司法法院和行政法院两个独立的法院系统，其中行政法院专司行政诉讼案件，而司法法院负责除行政诉讼之外的所有案件。但与德国司法行政机关相似，法国司法行政机关（司法部）负责管理全国法院的司法行政事务，如人力资源管理、司法设备设施、法院IT网络建设等等。^⑥但与德国不同的一点，为保障司法独立，法国司法部并未在地方设置地方司法机关，而是由其在全国法院系统司法行政事务进行统一管理。而在法院系统内部，法院院长对于包括法官编制在内的司法行政事务权力有限，其工作重心在于做好审判。实际上，这加剧了法国司法部的工作负荷。在法国，

^① 王公义：《中外司法体制比较研究》，法律出版社2013年版，第106页。

^② 曲广娣：《德国司法行政制度的构造和职能探析——兼谈对我国司法行政制度的改革》，载《天津法学》2015年第1期。

^③ 周道鸾：《外国法院组织及法官制度》，人民法院出版社2000年版，第78页。

^④ 张千帆：《如何设计司法？——法官、律师与案件数量比较研究》，载《比较法研究》2016年第1期。

^⑤ 朱孝清：《德国司法、刑事诉讼制度考察录》，载《人民检察》1997年第7期。

^⑥ 参见法国司法部官方网站。

司法法院法官的员额由国家统一编制，既避免了法官人数的过度膨胀，又保障了根据审判实际予以增减。^⑳国家行政法院的司法行政事务管理则更为自治。为确保行政审判的独立性，该院负责管理8个上诉行政法院、42个行政法庭以及国家庇护权法院，以及上述法院内的近1200名在职法官和2200名工作人员（法官比例35.2%）。每年，行政法庭作出约170000项判决，行政上诉法院作出约26000项判决，最高行政法院作出约12000项判决，约共计208000件，折合每个法官每年审理173件行政诉讼。^㉑对于行政法官的人事管理，行政法庭和上诉行政法院高级委员会（CSTA）发挥辅助作用。此外，国家行政法院总秘书处下设人力资源管理部、预算和财务部、信息系统部、设备管理部、通讯管理部、图书馆和档案管理部、办公厅和行政司法培训中心等部门，各自负责所对应的司法行政工作。

七、匈牙利、芬兰、瑞典

匈牙利法院的司法行政事务过往由该国司法部负责，但为保障司法独立，90年代中期成立了国家司法委员会后，该委员会负责法院所有的司法行政事务。匈牙利根据司法管辖区人口总量、案件数量来确定法官员额及其司法辅助人员，其法官员额固定，只有法官职位出现空缺时方能递补任命新的法官。截至2007年统计，匈牙利共有约2700名法官，其中最高法院约100名法官，当年匈牙利人口10055780^㉒，以此折算，每3724人配置1名法官。匈牙利一般州级法院配置300名法官，而最大的州级法院，布达佩斯首都法院共有702名法官，约占全国法官人数的26%。这因为，布达佩斯不仅是全国政治、经济、文化中心，而且人口众多，据2016年统计，布达佩斯人口175.9万占匈牙利总人口979.8万的17.95%^㉓；经济体量大，2016年，布达佩斯GMP（gross metropolitan product）约占全国GDP的39%。人口与经济的聚集效应，也造就了匈牙利首都法院“巨无霸”式的法官队伍。

芬兰法院的司法行政事务则与法、德相近，由司法部进行管理，司法部下设法院行政司，负责处理法院预算编制及实施、法官培训、人员管理、法院信息化建设等司法行政事务，以及选任法官，提请总统任命^㉔。芬兰法院建制也与法国相似，分为普通

^⑳ 周泽民：《国外法官管理制度观察》，人民法院出版社2012年版，第32页。

^㉑ 数据来源：法国最高行政法院中文网站，“审判”栏目，http://chinese.conseil-etat.fr/node_15661。

^㉒ 数据来源：世界银行匈牙利数据

^㉓ 参见中国外交部官方网站“各国概况”栏目，“匈牙利国家概况”。

^㉔ 林文学：《芬兰司法制度概况及其启示》，载《中国司法》2004年第2期。



法院系统与行政法院系统，根据2006年统计其全国法官员额如下^③：

法院系统	法院名称	法院数量	法官员额
普通法院	最高法院	1	18
	上诉法院	6	154
	地方法院	60	457
行政法院	最高行政法院	1	25
	地方行政法院	9	122
共计			776

2006年，芬兰总人口5266268人^③，以此计算，平均每6786人配置1名法官，近乎是匈牙利法官员额配置人口基数的2倍。据2006统计，在最大的地方法院，赫尔辛基（首都地区）地方法院，配置法官78人，占全国法官总数的10.1%。同年，赫尔辛基地区人口为150万人，以此计算，该地区平均每19230人配置1名法官，其人口基数甚高。此外，该院另有司法辅助人员（包含初任法官及实习法官）249人，法官比例为23.8%。

瑞典则与邻国芬兰不同，该国法院的司法行政事务则主要由国家法院管理局（The Swedish National Courts Administration）负责，其职责主要涉及法官编制、法官培训、法院经费等职责，其下设人力资源部、财政部、IT部、行政部等8个部门，拥有5500名员工。该局与瑞典法院合作决定法官员额的地区分配。^④一般情况下，国家法官管理局以每名法官每年审理170至180件案件为标准，确定不同地区的法官员额，比较大的如首都斯德哥尔摩地区法院有100多名法官，而最小的法院只有3名法官。但在实践中，此种做法引发争论，很多法官和学者认为仅仅以案件数量作为唯一标准，太过于死板，而没有考虑不同案件的实际情况。此后，国家法院管理局对确定员额办法做了相应的改进，每年了解各个法院的实际司法负荷，而后进行增加或减少法官员额。根据2006年统计，瑞典共有956名法官^⑤，而当年瑞典人口共计9080505人，以此计算，平均每9498人设置1名法官。^⑥

③ 周泽民：《国外法官管理制度观察》，人民法院出版社2012年版，第59页。

④ 数据来源：世界银行芬兰数据。

⑤ 瑞典法院英文官网。

⑥ 周泽民：《国外法官管理制度观》，人民法院出版社2012年版，第36页。

⑦ 数据来源：世界银行瑞典数据。

结论

上述国家关于法官员额制度建设，为我国法官员额的构建可提供以下可资借鉴的经验：

第一，落实法官员额法定制度。日本、美国等国家均坚持法官员额法定主义，日本甚至就员额问题单独制订了《裁判所职员定员法》。这样的做法经过上述这些国家的长期司法实践证明是有利于法官队伍的专业化与职业化，因此，我国似可尝试建立法官员额制的单独法典，明确法官员额制的操作流程及实施细则，确保科学合理配置员额数量，规范调整机关、程序及幅度，保证一定时期内法官员额的稳定性及前瞻性，避免随意增加或减少法官人数。

第二，审判负荷对于法官定额计算至为重要。如瑞典先期采取与我国类似的定额机制，即以结案数作为定额标准，但随后发现这一标准并不科学，在追求同一性的同时，其实是忽视了不同案件造成的审判负荷，随后根据审判负荷配置法官员额。因此，通过科学合理的核定法官工作量，不仅可以逐步实现依照工作负荷趋势对法官职数进行精确动态调整，建立以审判为中心的法院人力资源配置机制，而且通过以案定编的方式合理确定法官员额，避免出现人案匹配失衡。

第三，经济社会发展状况、人口数量、法官数量存在较强的正相关关系。例如，同属美国西南地区的德克萨斯州与新墨西哥州，前者GDP是后者的17.4倍，人口总量是后者的12.6倍，初审法院法官员额也随之是后者的16倍；在美国新英格兰地区，马萨诸塞州与罗德岛相比，前者GDP是后者的8.6倍，人口总量是后者的6.4倍，初审法院法官员额也是后者5倍。实践中也确实如此，社会经济发展水平越高，商品交易与人员流动就越频繁，争议就在所难免，在替代性纠纷解决机制难以消化所有纠纷的情况下，社会公众大多会将其诉争诉诸于司法途径，从而引发诉讼数量增加现象。而案件数量的逐年增长，一般情况下会推高法官的工作量，一旦该工作量超过现有法官的工作负荷极限，将会刺激产生增加法官人数的办案需求。因此司法辖区经济社会发展状况、人口数量、法官数量之间存在较强的正相关关系。

（责任编辑：李宁）



婚姻登记案件原告资格判定与 审查标准

——从保护规范理论视角

朱晓宇*

内容摘要 在婚姻登记中引入较为成熟的保护规范理论，对于确定婚姻登记案件的原告以及审理好婚姻登记案件有其现实意义。文章在对《关于婚姻登记行政案件原告资格及判决方式有关问题的答复》（法〔2005〕行他字第13号）剖析基础上，提出要将婚姻登记法律规范分为效力性强制性规范和管理性强制性规范，在判断婚姻登记行为法律效力时，既要兼顾传统行政法与行政诉讼法理论，更要适用婚姻法的特殊规定与婚姻登记的特殊性。在个案裁判时，应当根据不同当事人的诉讼请求、诉讼理由和诉讼主张，科学地判定原告资格、起诉期限、审查标准、审查强度，实现婚姻登记合法性、当事人意思自治与维护婚姻家庭关系稳定性之间的平衡。

关键词 保护规范理论 婚姻登记 原告资格 审查标准

中图分类号：DF72 文献标识码：A 文章编号：1674-3156（2018）06-102-113

一、问题的提出：谁有资格做原告

家庭是社会的细胞，家庭关系的和谐稳定直接影响到社会的安定。家庭是在婚姻关系基础上产生的，也是缔结婚姻的必然结果。由于文化、风俗及社会发展阶段不同，不同国家、不同历史时期缔结婚姻的方式也不相同，大致可以分为仪式制（仪式制又包括宗教仪式、世俗仪式、法律仪式）、登记制、登记与仪式结合制等类型。我国采取的是登记制。现行《婚姻法》第8条规定：“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。”因此，办理结婚登记是我国缔结婚姻的必要条件，也是婚姻关系成立的法定程序。

*朱晓宇，辽宁省大连市沙河口区人民法院行政审判庭二级法官。

婚姻登记制度的作用主要有以下三点：一是信息公示。一方面可以得到社会的广泛尊重和遵守法律的影响，另一方面为社会成员在参与或构建有关法律关系时提供信息保障。二是便于监管。保障婚姻自由、男女平等、一夫一妻等制度的实施，登记更便于管理。三是体现国家意志，实现国家政策。比如男二十二、女二十才可缔结婚姻。^①结婚登记的性质较为复杂：既具有男女双方基于自愿原则而形成的确立夫妻关系的民事法律关系，又具有基于维护公序良俗需要而对符合结婚条件的申请予以登记的行政法律关系。实践中对婚姻登记的性质，有行政许可说、行政登记说、登记公示说等不同性质的认定。^②但理论研究上的分歧，并不影响“无登记，即无婚姻”这一基本共识。

缔结婚姻的实质要件是双方自愿，婚姻登记机关主要仅仅是确认身份与双方意愿，以及审查是否具有不能结婚的条件，因而总体上婚姻登记行为审查较为简单。但实践中因婚姻当事人故意作虚假陈述、提供虚假、伪造他人的身份信息登记、婚姻登记机关未尽到审查义务而造成的违法登记现象，在一定范围内仍然存在。当事人请求撤销违法的婚姻登记、请求撤销、宣布结婚登记无效的纠纷的方式主要有以下两种：一是通过民事诉讼渠道解除婚姻，二是由婚姻登记机关对婚姻法律关系予以否定。而后者引发的纠纷，则主要通过行政诉讼渠道来解决。此即产生了何人、以何理由、何时能向婚姻登记机关请求对已经依法登记的婚姻作出否定性评价的问题；与此相对应，对行政诉讼而言即产生了谁具有原告资格、以何种诉讼请求和理由、在何期限内提起诉讼以及人民法院如何审查问题。

对上述问题，最高人民法院至今既未制定司法解释，也无统一的裁判观点。比如，理论界和实务界有关继承人对被继承人的婚姻登记行为是否具有原告资格的问题，存在两种截然相反的观点。《关于婚姻登记行政案件原告资格及判决方式有关问题的答复》（法〔2005〕行他字第13号）主张：一是依据《中华人民共和国行政诉讼法》第24条第2款规定，有权起诉婚姻登记行为的婚姻关系当事人死亡，其近亲属可以提起行政诉讼。二是根据《中华人民共和国婚姻法》第8条规定，婚姻关系双方或一方当事人未亲自到婚姻登记机关进行婚姻登记，且不能证明婚姻登记系男女双方的真实意思表示，当事人对该婚姻登记不服提起诉讼的，人民法院应当依法予以撤销。但此答复，也进一步暴露出传统“利害关系理论”的缺陷和不足，该答复被批评为“动摇婚姻自由原则”、“威胁婚姻家庭稳定”、“损害债权人合法权益”“影响婚姻登记秩序”，可能使婚姻登记机关沦为不诚信的当事人实现自身目的的工具，极大地影响了正常的

^① 隋婉君：《对我国婚姻登记制度的思考》，载《法制博览》2016年第6期。

^② 参见王晨、李亚兰：《从结婚登记程序瑕疵看婚姻法与行政法的竞合》，载《黑龙江社会科学》2008年第6期。



婚姻登记秩序。^③对上述答复的批评意见，也引发了最高法院法官的相关背景说明，指出“浙江省高级人民法院报送请示的‘郑松菊、胡奕飞诉温州乐清市民政局颁发结婚证行政争议一案’中，作为近亲属的起诉人主张的是婚姻登记行为违法，可能导致损害婚姻当事人一方的合法权益，而不是被诉的婚姻登记行为侵犯了自身的继承权，因此浙江法院承认其原告资格是成立的。”^④但此个案答复引发的争论，仍应从法理上予以澄清。

婚姻自愿的本质与婚姻登记的性质决定了对已经宣告成立的结婚登记，公权力机关并不宜过度介入；即使是存在登记瑕疵甚至违法的结婚登记，公权力机关也不宜轻率否定。当然，法律在对婚姻关系进行调整时，既要充分尊重当事人的意愿，也要对当事人的意思自治加以适当的干预和限制。^⑤美国学者瑞特直言：“法律必须有正当的理由才能对婚姻关系加以干预。”“婚姻登记的目的是创设婚姻关系，在法律上是一种公权力行为，婚姻登记程序固然也是为保护婚姻当事人的利益而设定的，但有关法律更重视婚姻登记的实质，甚至为达到实质目的而迁就婚姻登记程序。”^⑥因此，婚姻登记（包括结婚登记、离婚登记以及复婚登记）而引发的行政案件的受理、审理与裁判，在原告资格标准、起诉期限以及审查思路和裁判方式上，应当确立起与传统行政案件有所区别的规则。婚姻登记行政案件的审理，必须考虑到婚姻登记行为的特殊性，以及婚姻的高度人身依附性，不轻易赋予原告资格、不轻易否定婚姻登记的有效性。这是司法介入婚姻登记，以及审理因婚姻登记而引发的行政案件时，必须秉持的基本理念。

二、保护规范理论对原告资格确定的意义

一般来说，行政诉讼的原告资格并不是一成不变的，同一个当事人针对同一个行政行为，其提出的不同诉讼请求和理由，可能会直接影响其原告资格能否得到法院的认可。可以说，行政案件中的原告资格，既与当事人所要求法院保护的权利种类有关，也与当事人的诉讼请求和诉讼理由息息相关。或者说，行政诉讼原告资格与被诉行政行为是否具有“利害关系”的判定，与其主张的需要保护的权利类型、以及具体诉讼

^③ 许本海、郭喜珂：《婚姻登记行政案件司法审查特殊规则之确立——以婚姻登记撤销之诉为研究对象》，载《山东法官培训学院学报》2017年第5期。

^④ 蔡小雪、金诚轩：《对结婚登记的审查应以结婚意愿为重》，载《人民司法·案例》2014年第12期。

^⑤ 张华贵：《论夫妻人身权利义务的国家干预与意思自治》，载《中国法学会婚姻法学研究会学术年会2010论文集》。

^⑥ 孔祥俊：《婚姻登记行为的可诉性与司法审查标准》，载《法制日报》2003年9月25日。

请求、诉讼理由密切相关。一个论理充分的起诉状、诉讼请求与诉讼理由，可能让通常被认为没有原告资格的人，获得了起诉资格；而一份糟糕的起诉状，可能让通常认为具有“利害关系”的原告，丧失起诉资格。婚姻登记案件中的诉与诉权，极好地说明了此种现象。而此种现象存在的原由，通过保护规范理论和婚姻登记案件，可以得到充分验证。

保护规范理论源自德国的公权理论，最早由德国法学家Buehler提出。其内涵包括“以行政机关作出行政行为时所依据的行政实体法和所适用的行政实体法律规范体系，是否要求行政机关考虑、尊重和保护原告诉请保护的权益或法律上的利益（以下统称权益），作为判断是否存在公法上利害关系的重要标准”。^⑦“公法权利的确认，应从探求相关法律的规范意旨着手，若该法规的规范目的，除保护公共利益之外，同时兼及保护个人的利益，则受保护的个体即因该法规而享有公法上的权利”；^⑧“对公权力主体课以义务的行政法规，经由解释，其目的如在于，或至少同时在于承认及保护特定个人的利益，使其得为自己而予以实现时，即存在人民的公权利；反之，行政法规如仅为一般或特别的公共利益，设定行政特定行为义务，人民虽因而获有利益，此一利益并非法律的目的所在，或仅偶然发生者，则为反射利益，而非公权利；惟有规范中的客观义务有个别的利益保护指向时，即它在保护公益的同时，也保护特定人的特定利益，我们才可确认，这些客观规则赋予了公民以主观权利。”^⑨从上述概念中，可以得出：保护规范理论的核心要素即为公法上的权利，而公权利的成立要件即是保护规范理论的核心内容。

虽然各国在保护规范理论的具体内容上存在差异，但在主观公权利的成立上都包含以下几个要件：一是存在因具体行政行为而受到侵害的个人权益；二是存在规定行政机关应当采取作为或不作为义务的公法规范；三是该公法规范在法律目的上不完全是考虑公共利益，即至少有保护此项个人利益的目的。^⑩因此，在利用保护规范理论进行个案判断时，离不开以下三个步骤：第一，找到当事人行政争议所涉及的法律规范，即行政机关作出行政行为时所依据的行政实体法规范。第二，解释该法律规范是否属于保护规范，即探求法律规范的目的，视其在公共利益之外，是否有对个人利益考虑、尊重和保护的目的。第三，判断起诉人是否在法律保护范围之内，即被侵害的个人权益是否在法律规范目的射程之内。当以上三项条件都满足，则行政法上的利害关系第

⑦ 中华人民共和国最高人民法院（2017）最高法行申169号行政裁定书。

⑧ 李建良：《行政法基本十讲》，台北元照出版社2011年版，第198页。

⑨ 陈敏：《行政法总论》，香港神州图书出版公司2003年版，第256页。

⑩ 马立群：《论行政诉讼的构成要件与审查规则——行政诉讼权保障的路径及发展趋势》，载《南京大学法律评论》2013年第1期。



三人当然具有原告资格。

在近年最高法院对行政法原告资格裁判的案件中，有一些也蕴含着保护规范理论的精神。最高法院对保护规范理论的认可，以及通过解释法律规范的目的来判定原告资格是否存在的步骤的合理性和可行性。总之，比起单纯的“利害关系”判断标准，保护规范理论更为清晰具体，且其明确的判定步骤，具有更强的可操作性，对于实践有着重大意义。

三、婚姻登记的形式审查与登记规范对不同群体不同利差的区别保护

《婚姻法》第5条、第6条、第7条、第10条、第11条从正、反两方面规定了婚姻成立的实质要件，第31条规定了离婚的实质要件。婚姻登记机关的职责范围和行政效率要求决定其无法进行真正意义上的实质性审查，而只能是审慎的形式审查。有人总结认为婚姻登记要把好以下十二关：一是“姓名关”、二是“婚龄关”、三是“婚姻状况关”、四是“近亲关”、五是“照片与本人对照关”、六是“双方到场关”、七是“婚姻状况证明日期关”、八是“补办登记关”、九是“登记日期关”、十是“结婚证字号关”、十一是“承办人签名关”、十二是“领证人签名关”。^①

从立法与以上规定来看，婚姻登记机关在办理婚姻登记时，其最主要的审查，只能是确保来登记结婚的男女双方确认了缔结婚姻的意愿并在申请表上签名和领取结婚证，就已经尽到审查义务。相反，登记机关并不能确定男女双方是真实自愿结婚还是另有隐情，口是心非；由于无法对身份证信息和婚姻状况信息实时的联网核实，通常也只能对当事人的身份信息和婚姻状况证明进行形式审查；由于取消了婚前体检程序，也无法确定是否存在不能结婚情形。由于结婚的高度人身性，这些都是男女双方在申请缔结婚姻前，交往过程中应当忠实对方并自行确认的情形。

由此可见，现行的婚姻登记制度下的婚姻登记行为，完全是一种形式审查。存在婚姻无效、可撤销或者其他违法登记情形的，主要职责应当由婚姻当事人承担。对此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第7条规定：有权依据婚姻法第10条规定向人民法院就已办理结婚登记的婚姻申请宣告婚姻无效的主体，包括婚姻当事人及利害关系人。利害关系人包括：（一）以重婚为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属及基层组织；（二）以未到法定婚龄为由申请宣告婚姻无效的，为未达法定婚龄者的近亲属；（三）以有禁止结婚的亲属关系为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属；（四）以婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚

^① 段德昌：《婚姻登记要把好“十二关”》，载《中国民政》1995年第3期。

后尚未治愈为由申请宣告婚姻无效的，为与患病者共同生活的近亲属。

上述规定，是婚姻登记领域特殊的法律规范，特别是对婚姻登记关系中“利害关系人”范围的规定，也为我们适用规范保护理论，提供了一个十分清晰的“规范”标准，易于理解与适用。即不同违法婚姻登记情形，对不同的当事人形成有区别的“利害关系”，因而不同的诉讼请求与理由提起的诉讼中，原告资格的判定标准就不可能完全相同，而只能依据相关法律规范来进行。

四、规范保护理论在具体案例中的运用

案例一：甲在已经与乙登记结婚情况下，又与丙再次登记结婚，引发对第二次登记行为无效的诉讼

显然，此类案件中甲乙丙本身属于结婚登记的当事人，也与重婚登记具有“利害关系”，均具有提起行政诉讼要求宣告第二次婚姻登记无效的原告主体资格。其诉请理由系基于重婚不受法律保护，第二次结婚登记不具备结婚登记的实质要件，违反《婚姻法》的禁止性规定，应予确认无效或者撤销。而甲乙丙的近亲属、或者所在地的村委会、居委会是否具有原告资格提起确认无效的诉讼呢？我们认为从重婚本身是对公序良俗的破坏，不能完全取决于当事人之间的“自愿”，即使甲乙丙三人均认可两次婚姻，对社会公序良俗已经造成伤害，重婚登记与当事人的近亲属与基层组织有特定的“利害关系”，因而具备原告资格，有权作为原告起诉。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第7条第1项规定，以重婚为由申请宣告婚姻无效的，为当事人的近亲属及基层组织，亦为利害关系人。

因此，此类案件在甲乙之间的结婚登记未依法解除前，甲丙之间的第二次结婚登记将始终处于重婚状态，属于无效行政行为，对甲丙之间结婚登记行为的起诉，不应受到起诉期限的限制。甲乙丙以及他们的近亲属、基层组织，可以随时提起确认无效诉讼。当然，在甲乙之间的结婚登记依法解除后，如甲丙之间仍有结为夫妻共同生活的愿望，仍应依法另行在解除重婚登记后，另行办理结婚登记。否则将给法律造成在重婚登记与依法解除第一次结婚登记期间，甲丙婚姻关系与财产性质上评价的困难性，也不利于对重婚的否定性评价。

案例二：甲与乙登记结婚后，因存在禁止结婚的亲属关系而引发诉讼

此类案件甲乙作为当事人显然具有原告主体资格。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第7条第3项规定，当事人的近亲属，亦为利害关系人，亦应具有原告资格。而行政诉讼法第25条第2款规定的“近亲属”，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女和其他具



有扶养、赡养关系的亲属。

由于此类结婚登记违反《婚姻法》禁止性规定，属于无效行政行为，因此也不应存在起诉期限的限制，甲乙与其近亲属可以随时提起确认无效诉讼，由于此类事由亦不存在补正或者治愈的可能性，人民法院应当确认无效，且自始无效，以彻底否定此类结婚登记。甲乙之间并不存在夫妻关系，不具有夫妻的权利义务，而只能认定为同居关系。

案例三：甲与乙登记结婚后，因患有医学上不应当结婚的疾病而引发诉讼

此类案件甲乙作为当事人显然具有原告主体资格。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第7条第4项规定，与患病者共同生活的近亲属，亦为利害关系人，亦应具有原告资格。此类案件的审理应当考虑婚后的适当时间内是否已经治愈，如已经治愈了相关疾病，则不应再对结婚登记作出否定性评价。当事人及其共同生活的近亲属坚决要求解除婚姻的，应当按照离婚程序解除婚姻，而不宜去彻底否定结婚登记，从而导致婚姻登记自始无效。为保障婚姻家庭关系的稳定，以及夫妻关系的高度人身依附性，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第8条即规定，当事人依据婚姻法第10条规定向人民法院申请宣告婚姻无效的，申请时，法定的无效婚姻情形已经消失的，人民法院不予支持。

案例四：甲与乙登记结婚后，因存在胁迫结婚情形而引发诉讼

此处的胁迫应当进行限缩解释，而不能随意扩大；只有足以迫使另一方当事人违背真实意愿结婚的情形，才能构成胁迫。因受胁迫而请求撤销婚姻的，只能是受胁迫一方的婚姻关系当事人本人，而不宜包括近亲属；否则不能确定胁迫程度。但是，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》第14条规定，公民因被限制人身自由而不能提起诉讼的，其近亲属可以依其口头或者书面委托以该公民的名义提起诉讼。近亲属起诉时无法与被限制人身自由的公民取得联系，近亲属可以先行起诉，并在诉讼中补充提交委托证明。而此类案件审理的起诉期限，也应当有所不同。根据《婚姻法》第11条的规定，因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。此种时限的规定，充分体现了立法机关对婚姻家庭关系稳定性的特殊保护，以及婚姻登记自愿原则的充分尊重。

案例五：甲与乙登记结婚后，因未达法定婚龄诉请撤销婚姻登记引发诉讼

此类案件甲乙作为当事人显然具有原告主体资格。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第7条第2项规定，以未到法定婚龄

为由申请宣告婚姻无效的，为未达法定婚龄者的近亲属，亦为利害关系人。因此甲乙的近亲属同样具有原告资格。实践中，当事人提起诉讼时，必须能提供初步成立的证据以证明男方登记结婚时小于22周岁，女方登记结婚时小于20周岁。此种诉讼的可撤销性，原则上只能是在起诉时双方或者单方仍小于法定婚龄。如果起诉时双方均已经达到或者超过法定婚龄，结婚登记的违反婚龄的违法情形，已经“自愈”，并无再予以纠正的必要，人民法院不应支持请求确认结婚登记无效的诉讼请求。从诉讼经济角度来看，人民法院对明显已经超过法定婚龄的起诉，以及婚龄到达日与起诉之间已经超过一年以上的起诉，可以直接裁定驳回。

案例六：甲与乙登记结婚后，因结婚登记程序违法引发诉讼

实践中，主要争议是当事人一方或者双方均未到登记现场，相关签名全部或者部分非本人签署。我们认为，此类问题较为复杂，应当区别对待。甲乙双方显然均具有原告资格，可以请求法院以登记程序违法为由撤销婚姻登记。而法院在审理中，应当考虑当事人一方或者双方虽然未到场、或者未签名确认，但结婚登记并以夫妻名义共同生活是否是其真实意思表示，如双方确有缔结婚姻的共同意思表示，且知晓结婚登记，也知晓领取结婚证这样的事实，并且在事后又以夫妻名义共同生活，则结婚登记中的程序违法情形，不应成为主张撤销婚姻登记甚至婚姻登记无效的事由。即使结婚登记存在明显程序违法之处，法院也不宜作出撤销结婚登记的判决，而只宜作出确认结婚登记违法的判决，以保护结婚登记的效力，维护公序良俗。甲乙双方不愿意以夫妻身份共同生活的，应当选择通过离婚程序解除婚姻，而不宜从源头上否定结婚登记。对此类的起诉，亦应严格遵循行政诉讼法有关起诉期限的规定，婚姻当事人只能自知道或者应当知道婚姻登记之日起一年内提起诉讼。超过一年起诉期限的，应当裁定驳回起诉。

案例七：甲与乙登记结婚，一方死亡，死亡一方的近亲属以结婚登记程序违法侵犯其继承权为由引发诉讼

此类案件中最为知名的即为《关于婚姻登记行政案件原告资格及判决方式有关问题的答复》（法〔2005〕行他字第13号）所涉及的案件中，胡某与张某共同创业积累了上亿资产，在胡某之母郑某的同意下，在胡母家中为二人主持举行了订婚仪式。后二人开具相关证明材料，到婚姻登记机关办理结婚登记，由于材料不全当天未能办理成功，后来由于特殊原因，二人无法到场办理，就由胡某的堂兄代办了结婚登记，为二人领取了结婚证。二人婚后育有一女。后胡某病逝，婆婆郑某和儿媳张某在遗产分割问题上出现分歧，郑某遂提起行政诉讼，要求撤销乐清市民政局给胡某、张某颁发的结婚证。

从保护规范理论来审视，本案的郑某并不具备原告资格。近亲属是“代替”死亡



的婚姻当事人一方行使诉权，而非因婚姻当事人的死亡而当然地获得了诉权。即近亲属只能为维护死亡婚姻当事人的合法权益而提起诉讼，不能为维护自身合法权益提起行政诉讼。上述案例中，郑某以自己的继承权受到了结婚登记行为的侵害而以自己的名义提起行政诉讼，而非为维护儿子胡某的合法权益提起行政诉讼，故不应当赋予其提起本案诉讼的原告资格。郑某对遗产不享有值得公法保护的期待利益，郑某作为近亲属也非婚姻法在办理结婚时需要考虑的主体，郑某对胡某的遗产继承权，也非婚姻登记机关在办理结婚登记时，需要考虑或者保护的“权益”。换言之，郑某在本案中主张的财产继承权，并不是婚姻法保护的“对象”，也非结婚登记时必须保护的“合法权益”。

婚姻登记是国家对以社会性为根本属性的婚姻行为和婚姻关系进行监管，对符合《婚姻法》规定的结婚能力和结婚条件的申请者准予登记，其目的是避免出现当事人意思表示不自由、法定无效婚姻等情形，婚姻登记的行政法律规范主要意在维护合法正常的民事婚姻秩序，第三人的财产权益并不是民政部门在颁发《结婚证》时应当考虑的事项。继承方面的期待利益与合同法的期待利益相似，是利益人对未来利益的现实期待，期待获得自己在被继承人死亡后按照遗嘱或者法定继承顺序继承的财产利益。在被继承死亡之前，继承主体、继承范围均处于未知状态，婚姻登记部门不可能也无需在结婚登记时予以考虑和保护。因此，在夫妻一方死亡后，死者的近亲属提起婚姻登记撤销之诉，必须具备特殊条件。因此，甚至有观点主张对近亲属的诉权进行双重限制：一是近亲属必须以婚姻登记侵犯死者合法权益为由提起诉讼；二是死者近亲属起诉时应提交证据证明死者生前有起诉意愿。^⑫

案例八：甲与乙登记结婚，一方死亡，死亡一方的近亲属以结婚登记程序违法侵犯死者婚姻自由权和名誉权为由引发诉讼

“真理只要向前一步，哪怕是一小步，就会成为谬误”。在案例七中，我们从保护规范理论角度，否定了近亲属可以以主张财产继承权为由取得原告资格。但是，如果近亲属在起诉时，不主张遗产继承权，而主张死者不知晓也不可能知晓结婚登记，结婚登记并非其真实意愿，因此结婚登记侵犯其婚姻自主权和名誉权，那么这样的诉和诉由，法院是否应当承担近亲属的原告资格呢？受理后又应当如何审理？如何确定争议焦点并审理呢？

法学理论是灰色的，法学实践则常青。甲丙长期定居美国，系华侨，丙系甲的女儿，甲在短暂回国处理事务期间认识乙并同居。不久，甲在返美后突遇车祸死亡。后乙以双方已经登记结婚为由，主张对甲的财产享有继承权引发纠纷，并提供了由省级

^⑫ 樊非、刘兴旺、刘佳佳：《婚姻登记行政诉讼司法审查研究——以婚姻法与行政法竞合为视角》，载《法律适用》2011年第4期。

民政厅颁发的双方结婚证。丙因此提起诉讼请求撤销甲乙的结婚登记，其诉讼理由如下：甲从未在任何场合承认过结婚登记；结婚证上载明的登记日期明显不成立，出入境机关提供的出入境记录能够证明当时甲尚在美国，不可能到省民政厅办理现场登记。相关签名也非甲签字。因此，结婚登记侵犯了甲的婚姻自主权和名誉权，《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》第3条进一步规定了死者近亲属因死者名誉、荣誉等人格权利受侵害而遭受精神痛苦时诉请精神损害赔偿的权利。丙作为甲的近亲属，可以以自己名义提起诉讼。

我们认为，案例七与案例八虽然当事人诉讼请求相同，但是，由于当事人诉讼主张与诉讼理由不同，而且案例八中有相应证据否定、动摇了甲是否到场、以及婚姻登记是否其真实意愿，而自愿又是结婚登记的实质要件，也是婚姻登记机关在办理婚姻登记时必须予以确定的事项，“婚姻自主权”更是婚姻法首要保护的“权益”，“姓名权”也是婚姻法明确规定、婚姻登记机关重点审查的内容，因此，丙作为死者近亲属，有权以自己名义提起诉讼。当然，法院在受理后，如果民政厅与乙有证据证明甲乙具有确立夫妻关系共同生活的意思表示，即使签名和登记日期有误，也可能会认可婚姻登记的效力。但显然，由于举证责任的不同，民政厅和乙极有可能在婚姻登记案件中败诉，从而造成结婚登记的违法，和婚姻关系的不成立。

案例九：甲与乙登记结婚后，因盗用他人身份引发诉讼。具体分为虚名登记、冒名登记与借名登记^⑬

司法实践中，由于婚姻登记机关在户口簿、身份证无法做到联网识别，且在核对身份证照片与到现场的本人一致性上存在误差，极少数当事人利用此种漏洞，以伪造身份证、户口簿、身份证明等证件、甚至直接冒用他人的身份信息等诸多违法渠道办理结婚登记。具体可分为虚名登记、冒名登记、借名登记三大类型。虚名登记，是指当事人使用伪造的、客观上不存在身份信息与他人进行结婚登记。冒名登记是指因婚姻一方当事人欠缺结婚登记的必要条件，如因未到法定婚龄、自己没有户籍而在第三人完全不知情情况下，冒用满足结婚登记条件的第三人的身份进行登记。借名登记是指符合结婚条件的第三人将自己的身份证件借与他人从而完成婚姻登记。^⑭

对于虚名登记而言，由于身份信息完全是虚假的，直接造成现场申请登记人、结婚证载明的当事人“名实不符”，结婚登记完全不符合结婚自愿这一原则，且构成重大

^⑬ 参见丁颖：《论虚假名义婚姻登记的法律救济》，浙江大学2016年硕士论文。

^⑭ 某地发生过一起真实案例，弟弟当年因未达结婚年龄，持哥哥身份证办理了结婚登记；几年后哥哥准备结婚，户口本上的婚姻状态却是已婚，最后哥哥只能持弟弟的身份证办理结婚登记，致使四个人的法律关系造成了荒唐的错位。2013年，兄嫂欲协议离婚，却被告知两人不属于法律上的夫妻关系，不能登记离婚。



明显违法，结婚登记属于无效行政行为范畴。因此，结婚证持有人（而非载明的结婚双方）可随时请求撤销婚姻登记，宣布结婚登记无效，当事人之间夫妻关系自始不成立。如实际生活的双方当事人仍愿意结婚的，应当另行使用真实身份办理结婚登记，以维护婚姻登记秩序。

对于冒名登记而言，由于结婚证“名实不符”，结婚也非被“冒名”人真实愿意，因此婚姻关系对于被“冒名”人不产生效力，但由于使用的被“冒名”人身份证件，侵犯被“冒名”人身份权、姓名权、名誉权以及婚姻自主权，因此被“冒名”人可以以原告身份起诉，且无起诉期限限制，法院应当认为结婚登记构成重大明显违法，宣布结婚登记无效，与被“冒名”人之间夫妻关系自始不成立。如实际生活的双方当事人仍愿意结婚的，应当另行使用本人真实身份证件，参考《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第5条第2项有关“1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记；未补办结婚登记的，按解除同居关系处理”规定，补办结婚登记。已补办结婚登记的，婚姻关系自第一次登记时即告成立。

对于借名登记而言，虽然被“借名”人明知他人借用自己身份信息办理结婚登记，但由于婚姻自主性，被“借名”人仅有“结婚之名”而无“结婚之实”，因此，婚姻登记关系对被“借名”人并不生效。被“借名”人可以以原告身份起诉，且无起诉期限限制，法院应当认为结婚登记构成重大明显违法，宣布结婚登记无效，与被“借名”人之间夫妻关系自始不成立。如实际生活的双方当事人仍愿意结婚的，应当另行使用本人真实身份证件，参考《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》第5条第2项有关“1994年2月1日民政部《婚姻登记管理条例》公布实施以后，男女双方符合结婚实质要件的，人民法院应当告知其在案件受理前补办结婚登记；未补办结婚登记的，按解除同居关系处理”规定，补办结婚登记。已补办结婚登记的，婚姻关系自第一次登记时即告成立。

案例十：甲与乙诉讼离婚后，以结婚证丢失为由向原婚姻登记机关申请补办结婚证，又以补办的婚姻登记无效为由引发诉讼

婚姻登记是行政确认行为，婚姻登记机关只是通过依法对当事人行使婚姻自由权合法性的审查，对其婚姻关系予以确认。《婚姻登记条例》第17条规定：“结婚证、离婚证遗失或者损毁的，当事人可以持户口簿、身份证向原办理婚姻登记的机关或者一方当事人常住户口所在地的婚姻登记机关申请补领。婚姻登记机关对当事人的婚姻登记档案进行查证，确认属实的，应当为当事人补发结婚证、离婚证。”申请补领结婚证的前提条件是，当事人依法登记结婚后婚姻关系处于持续状态。《婚姻法》第35条规定：“离婚后，男女双方自愿恢复夫妻关系的，必须到婚姻登记机关进行复婚登记。”

本案例中甲乙申请补领结婚证是在离婚之后，应视为对重新确立婚姻关系达成新的合意，婚姻登记机关在双方合意的基础上作出新的行政确认。虽然形式上表现为，婚姻登记机关为当事人补办结婚证，实际上补办的结婚证产生了恢复婚姻关系即复婚登记的法律效果，婚姻关系的起算点亦应从补办结婚证时起算，即自法院调解或判决离婚至补办结婚证之日期间的婚姻关系应认定无效。

结语

总之，由于婚姻登记既体现了民事意思自治，又体现了国家对婚姻的认可，婚姻登记的审查原则上以程序审查为主、实质性审查为辅，因此法院在审理以婚姻登记引发的行政案件中，必须统筹适用刑法、民事和行政法，兼顾刑事、民事和行政诉讼的特点和不同的审查标准。在对婚姻登记行为，尤其是结婚登记的合法性审查时，要构建区别于普通行政案件的审理理念。要将婚姻登记法律规范分为效力性强制性规范和管理性强制性规范，并区别不同的违法后果。在判断婚姻登记行为法律效力时，对无效登记、可撤销登记、登记程序违法、登记程序瑕疵的判定与理解，既要兼顾传统行政法与行政诉讼法理论，更要适用婚姻法的特殊规定与婚姻登记的特殊性，应当科学地选择裁判方式，对婚姻登记行为合法性作出恰当的评价。在个案裁判时，应当根据不同当事人不同的诉讼请求、诉讼理由和诉讼主张，科学地判定原告资格、起诉期限、审查标准、审查强度，实现婚姻登记合法性、当事人意思自治与维护婚姻家庭关系稳定性之间的平衡。当然，婚姻登记机关亦应在一定程度上加强自我审查纠错职能，以维护婚姻管理秩序的依法运行和健康发展。

(责任编辑：郝晓越)



精简之外：人民法院内设机构效能优化之路

——从内设机构合理的管理幅度切入

赵文艳 齐姗姗*

内容摘要 近年来，人民法院内设机构理论研究和改革实践的良性互动，要求我们及时总结试点经验，发现和运用司法规律，不断巩固扩大改革成果。本文通过对各地法院的实践模式的总结分析，从管理角度切入，从管理学领域对管理幅度合理数值认识的变化厘清人民法院对扁平化管理的认识误区，提出内设机构改革精简机构数量之外的工作才是我们应当关注的重点和难点，并进一步提出解决上述问题的具体方案。

关键词 法院内设机构改革 精简 管理幅度 效能优化

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156 (2018) 06-114-125

政法机关内设机构改革，最早肇因于一些省市检察院的大部制改革探索，目的是为解决部分检察机关存在一人或两人科室，庙多僧少、官多吏少，资源浪费、效率低下的问题。法院虽然极少有两、三人庭室的情况，是破除内部管理的行政化、科层化，解决案多人少突出矛盾的现实需要决定了人民法院内设机构改革也有一定的必要性。只不过，法院内设机构改革不仅是简单的机构合并、数量精简的问题，更多地是需要从管理学意义上探究如何对审判资源和管理资源进行再分配，才能在符合中央要求的前提下真正使审判权力运行机制更趋合理、完善。这就需要分析机构设置的数量与立案比例的关系；机构改革与审判团队专业化的关系；机构设置目标与机构内人员确定、职业分工的关系等。

一、实践探索：各地法院机构改革的先行模式

近年来，全国各地法院围绕构建科学的审判权力运行机制，尝试多种机构设置模

*赵文艳，天津市高级人民法院研究室主任，三级高级法官；齐姗姗，天津市滨海新区人民法院法官助理。

式，其中具有代表性的主要有以下几种模式：

平台模式。2014年作为跨行政区划法院试点的北京四中院成立。经北京市编办批准设立10个内设机构，其中包括法官委员会和司法服务办公室。法官委员会主要为消除传统法院内部对法官行政化管理色彩较浓的弊端，在法院内部管理中建立起能够突出法官主体地位、发挥法官主体作用的法官自制管理新机制。司法服务办公室则是该院对外沟通联络的统一窗口和平台。

不设审判庭模式。2013年，作为全国首个取消立案、民事、刑事等审判庭的法院——珠海市横琴新区法院挂牌成立。设立诉讼服务中心作为案件的受理窗口，由专职法官负责案件全流程运转，确立法官会议制度，实现审判权力的回归。

审判团队模式。2012年以来深圳市福田区法院率先探索审判团队改革。将要素重组与机制创新相结合，充分考虑权利属性、法官员额、繁简分流三个核心要素，考量五个因素，组建以法官为核心的审判团队。并在此基础上明确独任制法官或合议庭、团队负责人、院庭长、专业法官会议审判委员会的权责边界和运行流程。

大部制模式。成都中院将原有的法院内设机构精简合并为9个大部，虚化庭级设置。由分管副院长兼任部长，为部长配备一名专职法官助理、一名专职党务书记，将党务政务工作集约到部级安排部署落实。9个部下设45个审判团队，每个员额法官带一个审判团队，员额法官等同于中层干部。

精减合并模式。2017年9月天津市完成了市以下人民法院内设机构改革，对中级法院和基层法院、专门法院分别根据不同情况设定不同的机构标准。全市各级法院内设机构数量由改革前的361个减至234个，精简机构127个，精简比例为35.2%。

其中，横琴、福田和成都法院的探索都涉及一个问题，就是副院长和原有庭长工作可以重叠，进而淡化甚至取消了审判庭。但是，横琴与福田和成都法院又有不同，横琴法院总计5名院领导、8名专职法官、19名法官助理和书记员，设立“三办一局一队”（三办一局一队是指审判管理办公室、人事监察办公室、司法政务办公室、执行局、司法警察大队。），由院长、副院长分别带领审判团队或管理相应的审判团队有一定的优势和基础，即每个院领导的管理幅度是有限的。

但是，对于本身人员规模较大的法院，采用这种模式，会存在一定风险。由副院长担任合并后的庭长或部长之责。这就意味着副院长除带头办案、对外代表法院参加各类会议、辅助院长分管相应的审判事务和行政管理事务之外，还要负责目前由庭长履行的庭内审判态势分析、审判进度督促、庭内所有人员的思想动态、法定审判监督事项的签批、组织庭内业务学习、开展庭内党建活动等。如此大量的工作即便凭借一腔热情和极强的责任心在短期内能够完成，也很难要求这些副院长日复一日、年复一年的作为日常工作完成到位。



院领导的职责中大多都是有法律严格规定或授权、并且需要对外协调、代表法院的工作。那么，为保证案件质量效率，就必须要把兼任的庭长或部长的部分职责通过授权方式分给审判团队的负责人。这就很容易出现审判团队负责人变相取代了庭长或副庭长的位置、履行更多的管理职能，因此精简机构的探索就容易出现要么叠床架屋、要么机构变相的增加而非减少，而因机构增加出现的摩擦、沟通、协调成本也将随之增加。

二、规律探寻：人民法院内设机构改革的管理学基础

（一）内设机构设立的必要性与职能异化

内设机构是指独立机构的内部组织，通常来说，不能以自己的名义对外行使职权，而是以从属机构的名义行使其职权。内设机构不具有独立的法人地位，但其设立本身为了最大限度调度机构内部人员的工作能力，以保证独立机构职责的有效行使：

一是经过国家权力机关任命的独立机构的领导人有限，而承担的职责、管理的事务、管理的人员却在不断增加。任何领导人员因其经历知识经济等条件的限制，能够在有效的领导下及人数是有限度的。超过一定限度就不能做到具体有效的领导。^①

二是某一专项机构有专人专司其职，才能保证工作的连续性和一致性。比如，设立研究室以使各项决策有的放矢；设立民事审判庭以统一民事审判方面的思维逻辑、证据规则、保证类案裁量尺度基本统一。

三是通过内设机构之间的相互制约，确保独立机构能够公正廉洁的行使法律赋予的权力。比如，2000年8月8日，最高人民法院副院长祝铭山发布《最高人民法院机关机构改革方案》，其中重点之一就是在机构设置上实现了立案与审判、审判与执行、审判与审监的“三个分立”。在人民法院分设立案、审判、执行，就是为了改变以往的自立、自审、自执、自监的状况，使立审执各部门之间互相制约、互相监督，确保司法公正。

但是，一方面，内设机构的专业分工越来越细；另一方面，内设机构与法院人员职级、职数挂钩的紧密关系，与其他行政机关相比基层法检机关职级偏低、职数偏少，一些法院、检察院将增加内设机构作为增加领导职数、激励干警的重要方式，导致内设机构存在日益增多的现实。比如，有的法院由一个民事审判庭增加到六个民事审判庭；为了加强审判管理，从研究室独立分出审判管理办公室等。对于法院而言，机构增多直接带来的影响有两个方面：一是各法院内部真正办案的法官人数相对减少，案多人少矛盾随着机构的增加不仅没有解决反而日益突出；二是管理层从优选拨体现不

^① 参见何盛明：《财经大辞典》，中国财政经济出版社1990年版，第645页。

够，部分论资排辈、到龄提拔的管理层工作创新不够、绩效不高影响司法的整体质量。

就企业而言，管理层的素质与绩效是企业唯一拥有的有效优势，^②决定着企业产品的质量和企业能否长存。如果我们把案件比作司法机关生产的产品，那么内设机关负责人也就是一个法院中层领导干部的素质与绩效决定着司法这一行业能否高效产出高质产品、能否在竞争激烈的各种政府机关、行业组织中取得社会公信力。因此，内设机构改革不是不分情况的取消内设机构，而是有着促进优质审判资源回归审判一线、促进解决案多人少矛盾、提高司法质效的直接动力，是优化法院内部资源整合的重要措施。

（二）内设机构改革的价值目标

2014年，最高人民法院发布《人民法院第四个五年改革纲要（2014-2018）》明确指出推动人民法院内设机构改革，按照科学、精简、高效的工作要求，推进扁平化管理，逐步建立以服务审判工作为重心的法院内设机构设置模式。随后，最高人民法院在《省以下人民法院内设机构改革试点方案》中提出人民法院内设机构改革的第一条原则为“精简效能原则”。同时，从管理学角度看，精简效能原则被认为是组织结构设计应当遵循的基本原则之一。精简和效能相结合原则主要体现在三个方面：一是设计科学的管理幅度；二是加强专业化分工与协作；三是科学设置定员标准。精简效能既然作为人民法院内设机构改革应当遵循的首要原则，那么组织结构设计也应当重点考量这三个方面。

在多种代表性的机构模式中，“平台”模式、“不设审判庭”模式和“审判团队”模式，都是在摒弃传统管理模式的前提下，通过削减管理层级，整合业务相似、职能交叉的内设机构部门等内容展开，进而创建扁平化管理模式。^③实际上，做减法容易，减掉一个或几个部门、合并原有的几个部门并不难，难的是合并、精简到何种程度，或者说多大的机构规模或者管理幅度才能够实现改革预期的精简、统一、高效的目标，以及合并、精简之后的职能部门如何保证有效运行。

（三）改革中内设机构的管理幅度

1. 法院内设机构管理幅度的概念

所谓管理幅度，是指一个领导或者管理者所直接领导或者管理的人员数目。人数存在上限，超过某个限度，管理效率就会降低。^④按照传统管理学理论，法国管理咨询

^② 参见 [美] 彼得·德鲁克：《管理的实践》，机械工业出版社2009年版，第2页。

^③ 叶爱英、张奇：《偏离与回归：审判中心视角下法院内设机构改革路径研究——以诉讼时间轴与内部权力的四元划分为基础》，载《中国应用法学》2017年第6期。

^④ 张静、易凌波：《司法改革背景下基层法院内设机构的整合与重构》，载《法律适用》2018年第5期。



专家格兰丘纳斯认为管理幅度“至多五人，最好是四人”，这条规则容许例外情形，即在组织的基层从事例行工作时，工人相对独立于其他的人工作，他们同其他人很少或者没有接触，可以有一个较大的管理幅度。可是，在较上层，当职责较重而又常常互相重叠时，管理幅度应该窄一些。

由于受到知识水平、管理能力、经验多寡的限制，一位领导或者管理者所能管理的人员数目是有限的，人员过多时，需要考虑增加管理的层级。^⑤人民法院的内设机构设置和管理学上对应的是组织结构设计的概念，而任何一种组织结构模式——直线式、职能式、矩阵式或者复合式，无论哪一种都是依据组织运作特点和内在规律来设计的，都离不开对管理幅度的考量，法院的内设机构设置也不例外。因此，有学者提出“法官额/管理幅度=审判庭数量”，^⑥在员额数量确定的基础上，要明确庭长管理的审判机构数量，从而得出有效的审判庭数目。

2. 改革中管理幅度的转变

管理幅度的转变与扁平化组织结构息息相关。现代管理学理论认为，知识经济时代组织架构将面临新的挑战，管理层次众多的层级结构缺少应对外部环境变化的快速反应能力，而扁平化组织机构模式能够有效解决层次结构存在的问题。顺应市场化管理的的发展趋势，扁平化模式应运而生，逐渐成为大部制改革的基础理论之一。^⑦扁平化管理模式的主要突出优势在于，能够在信息技术的帮助下，增加管理幅度，较少管理层级；又因沟通环节减少，提高信息沟通的效率和速度；同时使下级执行人员有较大的自主权，强调自我管理。^⑧正是基于对管理学理论变化的认识和借鉴，人民法院内设机构改革试点方案中也提出“审判庭实行扁平化管理”的概念，各地法院也由此作出积极的探索。

不过，扁平化管理既有一定的配套要求，也有不可忽视的缺陷。对于法院的法官而言，虽然在带领审判团队方面有更多地自主权，但是个人精力被释放的权利和更多的义务所消耗，极易缺少对某一领域的持续关注度，导致核心竞争力缺乏，专业性法官养成受到冲击；得不到有效的指导，中层管理减少，每个管理者负责的人员数量增多，势必会相应消减对每一个人员的关注度，中层干部在我国政治语境下履行“一岗双责”将面临极大挑战。并且，由于管理幅度过大，分权过多，如果团队素质欠缺或团队人员变动，反而引起管理无措或管理混乱。而缺少管理层次，很多审判之外的工作无法自行协调，容易陷入“就案办案”“机械办案”“裁量各异”的窠臼，立足审判

⑤ 参见孙荣、楼字生、陈瑞龙：《行政管理学概论》，同济大学出版社1988年版，第75页。

⑥ 唐旭超：《规范与重构：基层法院民事审判庭设置的实证研究》，载《法律适用》2017年第5期。

⑦ 安子明：《行政托管实证研究》，载《行政法学研究》2011年2期。

⑧ 参见陈振明：《公共管理学》，中国人民大学出版社2005年版，第50页。

职能、服务保障大局功能的发挥也面临挑战。对此，一方面人民法院招录人员历来以法律专业、通过司法考试资格者为主，鲜少有专门的管理型人才招录，各法院内部综合性管理人才的发现和培养需要时间；即便有，作为中层管理人员恐会在应对审判团队办案之外的各类问题上疲于奔命，同时掣肘院庭长办案的示范带头作用。

3. 最佳管理幅度的确定

从理论上讲，信息传播技术的改变所带来的扁平化管理虽然可以使管理幅度增加，但并不意味着管理幅度可以无限制增加。从实践中看，在管理内容并不减少的现实下，既要减少管理层级、又要加强管理控制，就必须要考虑合理确定最佳的管理幅度，以应对管理难度的增加和管理方式的转变，真正提高管理效率、实现科学管理。管理幅度往往是不确定的，存在一定灵活度，与组织机构规模情况息息相关。但是，并不意味着管理幅度无法掌控。对于一个具体的机构，理清影响管理幅度的主要因素，就意味着，能够确定最佳管理幅度。^⑨

三、现实解析：改革实践中人民法院内设机构管理幅度之重塑

（一）改革实践中管理幅度的标准值

中央文件根据基层法院的不同编制数分别确定了法院的最大机构数量，^⑩也就是有了一个内设机构管理幅度的平均值。即编制数在50人以下的内设机构平均管理幅度是10人，编制数在51人以上100人以下的内设机构平均管理幅度是6.3—12.5人，编制数在101人以上200人以下的内设机构平均管理幅度是10.1—20人。编制数在200人以上的内设机构平均管理幅度更多。这里不包含每个法院的聘用制法官助理和聘用制书记员的人数。以T市法院为例，2017年为全市法院配备总计1200名聘用制书记员，以每个基层法院平均配备40个计算，那么，不同编制数的内设机构平均管理幅度分别要增加到18人、11.4—17.5人、14.1—24人，是传统管理学理论中最大管理幅度的2—5倍。我们暂且将其称之为管理幅度的标准值。按照这一要求改革完毕后，法院的组织结构整体上确实呈现出扁平化发展趋势。但是，从已基本完成这一改革目标的T市实践看，问题也是突出的：

一是管理幅度畸多畸少、管理风险明显增加。内设机构改革后，基本上杜绝了1人或2人庭室的情况，但是政工、监察等部门仍然存在2—3人的情况，审判业务部门甚至存在十几个人甚至四十几人的情况。面对人民群众日益增长的司法需求，业务部门管理者短时间内难免不堪重负。另外，同样是中层管理负责人，部门规模差距较大，

^⑨ 周憬：《管理幅度探析》，载《宝鸡文理学院学报》2000年第3期。

^⑩ 参见中央办公厅《关于加强法官检察官正规化专业化职业化建设全面落实司法责任制的意见》。



各有苦水，相互沟通协调成本增加。

二是管理方式简单化、专业化审判受到忽视。为减轻管理者责任，一些法院采取全随机分案方式和简单化的绩效考核方式，比如民事审判庭法官随机分配所有民事案由的案件，根据办理案件数量、案件平均审理期限、案件上诉率、发改率等核心指标计算法官的办案绩效。虽然表面上公平而且管理者操作简单，但是却与社会专业化分工日益细化的趋势背道而驰。不能说法院内部不存在全能法官，但如果希望所有的法官或者大多数都是全能法官显然并不现实。

三是管理质量不高、统一裁判尺度受到影响。员额制改革后，尽管法官在数量上缩减到三分之一左右的比例，但管理幅度的增加，管理学意义上法官的数量反而有增无减，缺少内部统一、协调的监督管理机制，不同独任法官、合议庭或者审判团队对类似案件可能做出不同判决，增加了二审改判率。^①

客观来看，每个法院不可能按照中央文件给出的标准值以绝对平均的方式来确定每一个内设机构的管理幅度。况且，精简数量后的机构运行问题已经初显。因此，我们有必要在可能范畴内考虑主要影响因素来调整每一个内设机构达到最佳管理幅度，以有效解决这些问题。

（二）确定最佳管理幅度的主要影响因素

管理幅度并非无法把握，最关键的是要找到影响管理幅度的因素。综合管理幅度各项学说，确定合理管理幅度的主要考量因素有：^②

第一，管理者的经验和知识水平。管理人员和被管理人员知识层次较高，自身素质较高，工作能力较强，可以相应扩大管理幅度。法院近二十年来招录人员以法学专业、通过司法考试的应届毕业生为主。这些人员在法院成长为管理者大多因为是审判业务精英，在内行管理内行方面有着绝对优势，但是在管理本身方面缺乏专业培训，往往靠自身天赋和经验总结。这就对法院的高层管理者识人、用人，特别是在确定改革后内设机构负责人方面提出较高要求。业务能力强、综合表达能力强、推进落实能力强三者兼具的人才担任管理者，管理幅度可相应大些。

第二，工作任务的复杂程度。工作性质越复杂，涉及面越广，需要协调的内容越多，其管理的幅度就越小；工作的同一性越高，且规范稳定，就可以采用程序性的方法解决，管理的幅度就可以大些。对于法院而言，这意味着专业化审判程度越高，则管理者工作性质越容易规范、相对稳定，管理幅度可以大一些。综合部门的管理幅度要小一些。

^① 参见最高人民法院司法改革领导小组办公室：《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》（读本），人民法院出版社2015年版，第85-86页。

^② 周才堂：《管理幅度设计》，载《经营管理者》2000年第6期。

第三，被管理对象的能力。被管理者素质越高、能力越强、接受的训练越好，管理者完成管理工作，占用的精力越少。法官的工作能力强，训练有素，在工作中能够独立的处理所遇到的困难和问题，就会减少管理者对其管理、指导、监督的时间，管理幅度可大些，否则就要小一些。即便是前文所述政工部门、后勤部门，如果工作人员素质高、能力强，则可以相应扩大管理幅度。

第四，计划制定的完善程度。有良好的计划和完整的任务，主管人员不需要花太多精力去指导和纠正偏差，则管理幅度可以稍大一些。业务部门的工作任务主要是公平公正高效地审理案件，目标和内容非常清楚，需要指导和纠正的是对焦点问题的裁量尺度、疑难案件审判方法和庭审技巧。综合部门工作目标相对抽象，且工作内容常有变化，比如政工部门是要加强法院政治工作、为干警提供薪资保障和成长空间，但是诸如组织法官等级按期晋升和择优选升工作、解决司法改革后与地方人社部门沟通不畅需要主管人员与工作人员进行个别化的设计、个性化的沟通，管理内容的不确定性和工作方法的难于表达，需要占用管理人员较多精力。

第五，信息沟通渠道。信息流通的速度和效率会影响管理的效率，信息化水平高时，信息传递速率高，管理幅度可以随之增加。目前，很多法院都引进网上办案系统和即时通讯系统。如果立足于网上办案系统实现案件监管预警、提示、数据统计分析自动生成等功能，则对于审判部门而言，审限跟踪、态势分析、问题捕捉将更为精准及时，不再需要通过集中开会、逐个询问、每个案件查询等传统方式进行，将更加有助于管理幅度的相应扩大。

第六，组织内的制度健全与否，职权划分是否合理，职责权力是否统一。如果组织内的制度运行机制较为健全，职责权限划分明确，职责权力相统一，管理者的指挥控制才能自由灵活，管理幅度就可以稍大一些。

第七，管理环境的稳定性。管理环境稳定，组织与环境之间的适应性工作就相对简单，新问题比较少，大多数问题可以程序化解决，可以扩大管理幅度；当新问题频出时，管理者需要更多的精力解决新问题，可以减小管理幅度。同样，法院的审判部门的管理环境相对稳定，而综合部门变化相对较多。比如，后勤部门的日常工作不仅包括日常设备采购、干警用餐保障、工资发放、出差报销等，还要根据本院现实筹划年度预算工作、根据最新的信息技术加强网上办案系统应用软件的设计，要解决司法改革后一些合理的经费预算省级财政不予批复的问题等。

第八，助手的配备情况。配备助手的场合，可由助手与被管理者进行信息的沟通和反馈，可以减少管理者的工作量，相应扩大管理幅度。人民法院内设机构改革后，中层正职的数量受到削减，但是相应的应当配足配强部门副职，以便保证工作质量和效率。



(三) 影响法院内设机构管理幅度的变量权重

通过上述主要变量分析，可以看出法院内设机构管理幅度的确定方向。具体到每一个法院，笔者试图运用管理幅度变量测定法，^⑬区分审判部门和综合部门设计出一个简单直观的权重测算方式，以使法院内设机构的设定更加科学、在符合审判规律的同时符合管理规律，从而真正促进职能优化、提升机构效能。

1. 审判业务部门

首先，要确定基准核心任务量。以一个基层法院为例，梳理前三年的案件数量、主要案件类型以及主要案件类型的平均审理时间。根据民事、刑事、行政、执行以及立案、审监等审判庭的个数，确定每个庭的基准任务量。然后对每个庭的基准任务量进行细化分类，确定出若干专业化审判团队。其次，对改革前的中层正职和中层副职根据专业特长、业务能力、综合表达能力、推进落实能力、信息化应用能力进行打标、定值。再次，对非中层的一般法官、法官助理、书记员根据专业特长、责任心、沟通能力、信息化应用能力进行打标、定值。最后，以专业类型作为基础性配比要素，实行三级配比，使各审判部门的总数值基本一致，从而达到工作任务、管理幅度、工作质量、效率基本匹配、总体均衡。

以T市H区基层法院为例：

表一 影响法院审判业务部门管理幅度的变量权重

管理幅度的影响变量	影响管理幅度变量的级别与权重				
	1	2	3	4	5
管理者的个人能力	业务能力和综合能力都强1	综合能力相对一般2	业务能力相对一般3	业务能力和综合能力均一般4	业务能力和综合能力有短板5
案件管理水平	高1	较高2	中等3	一般4	较差5
案件复杂程度	简单2	较简单4	一般6	复杂8	较复杂10
基本办案任务之外的其他工作量	工作量非常小2	工作量较小4	工作量一般6	工作量较大8	工作量非常大10
审判人员素质	整体素质极高3	整体素质较高6	整体素质一般9	个别素质较差12	整体素质不高15
党的领导的需要	客观需求极小1	客观需求小2	客观需求一般3	客观需求大4	客观需求较大5

^⑬ 20世纪70年代，美国Lockhead公司对管理中依据的变量管理宽度的关系进行研究，他们验证了若干决定管理宽度的重要变量。

管理幅度的影响变量	影响管理幅度变量的级别与权重				
	1	2	3	4	5
信息化手段的运用情况	建设和适用度均高1	建设度高,适用度一般2	建设度适用度均一般3	建设度一般,适用度低4	建设度、适用度均低5

修正总数值时,系数一般取0-1之间的小数。主管人员配备助手的数量和助手工作内容会影响修正系数。比如,对于一个业务庭,内勤充当了庭长助理的角色,有1位行政内勤时,庭长的系数为0.9,有1位行政内勤和1位党建助理时,庭长的系数为0.8。

根据量表标准进行判定,并计算分值,得出法院内设机构的管理幅度的标准值。

表二 标准管理幅度参考值

影响变量的分数总数	建议的标准管理幅度人数
40—42	4—5
37—39	4—6
34—36	4—7
31—33	5—8
28—30	6—9
25—27	7—10
22—24	8—11

机构改革前,H区法院业务庭有民事审判庭(3个)、刑事审判庭、审监庭、立案庭、执行庭和派出法庭。机构改革后,审监庭并入立案庭,繁简分流规则确立后,立案庭的速裁团队审理本院近60%民事案件。改革后的管理幅度实际情况,以及按照影响法院内设机构管理幅度的变量权重重新测定各业务庭的管理幅度,情况如下:

表三 H区法院业务部门管理幅度测算

业务庭	管理幅度	测算得分	参考管理幅度
民庭	法官4人+助理2人+书记员4人	34(平均)	4—7
刑庭	法官3人+助理2人+书记员3人	30	6—9
立案庭	法官8人+助理2人+书记员10人	22	8—11
派出法庭	法官5人+助理2人+书记员5人	36	4—7
执行庭	法官7人+助理7人+书记员10人	28	6—9



可以看出，除刑事审判庭外，其他审判业务庭的管理幅度都超出参考管理幅度，其中立案庭和执行庭的实际人员配备超过了参考管理幅度最大值的近两倍。这无疑对这两个庭的中层管理者提出很大挑战，也会对这两方面工作的成效产生影响。但是，如果我们将法官作为被管理对象，将“一审一书/一审一助一书”作为管理幅度的基本单元，基本上各个业务庭的管理幅度均在参考值内，刑庭略低于管理幅度的下限，派出法庭处于管理幅度的上限。这说明，如果要在现有的部门和中层配备的基础上保障机构合理运行，不可避免的增加了潜在的管理层级，即法官在审判团队内对法官助理和书记员的的管理。这就要求在日常工作和绩效考核中赋予法官对团队成员的一般管理权，否则，极易出现管理混乱、质效下滑。当然，还有一个方法可以解决目前管理幅度过大的问题，就是将书记员的工作采用全院集约化处理，即将书记员从业务庭的管理中脱离出来，通过审判管理部门与外包公司对接，将这部分的工作和人员统一归由外包公司管理。此时，除了刑庭略低于管理幅度下限、执行庭略高于管理幅度上限外，其他业务庭的管理幅度基本上与参考管理幅度相符。

2. 综合部门

首先，参考T市法院政务标准化文件，^⑭将每个法院的综合部门工作分为组织人事、党务、宣传、行政管理、财务、警务保障、信息化建设、纪检监察等九大类共计47项。根据预设的综合部门个数进行工作汇总分类。其次，将改革前中层正职、副职根据专业特长、综合表达能力、协调能力、推进落实能力等进行打标、定值。再次，将不愿从事法官、法官助理和书记员的一般干警根据专业特长、协调沟通、信息化应用等进行打标定值。最后，以专业类型作为基础性配比要素，实行三级配比，达到工作任务、管理幅度、工作质量、效率的总体均衡。

表四 影响法院综合部门管理幅度的变量权重

管理幅度的影响变量	影响管理幅度变量的级别与权重				
	1	2	3	4	5
管理者的个人能力	业务能力和综合能力都强 1	综合能力相对一般 2	业务能力相对一般 3	业务能力和综合能力均一般 4	业务能力和综合能力有短板 5
职能复杂性	简单重复 1	常规工作 2	有些复杂 3	复杂多变 4	高度复杂多变 5

^⑭ 参见《天津法院政务标准化规划纲要（2017-2018）》（津高法发〔2017〕4号）。

管理幅度的影响变量	影响管理幅度变量的级别与权重				
	1	2	3	4	5
协调工作量	同别人联系极少 2	关系仅限于确定的项目 4	易于控制的适当关系 6	相当紧密的关系 8	紧密广泛而又不重复的关系 10
指导与指挥的工作量	工作量非常小 2	工作量较小 4	工作量一般 6	工作量较大 8	工作量非常大 10
工作人员素质	整体素质极高 3	整体素质较高 6	整体素质一般 9	个别素质较差 12	整体素质不高 15
党的领导的需要	客观需求极小 1	客观需求小 2	客观需求一般 3	客观需求大 4	客观需求较大 5
信息化手段的运用情况	建设和适用度均高 1	建设度高,适用度一般 2	建设度适用度均一般 3	建设度一般,适用度低 4	建设度、适用度均低 5

同样以T市H区法院为例：

表五 H区法院综合部门管理幅度测算

综合部门	管理幅度	测算得分	参考管理幅度
办公室	10人	27	7—10
政治处	6人	35	4—7
研究室	6人	35	4—7
法警队	12人	24	8—11

可以看出，H区法院的综合部门整体上均在参考管理幅度的范围内，不需要作出过多的调整。

内设机构改革与人民法院审判权力运行机制完善息息相关。追寻机构设置和人员配备的管理学规律是真正实现该项改革目标的前提和基础。运用好管理幅度的权重测算是机构精简后优化职能的重要方法和参考标尺。我们应该像重视审判业务规律一样重视法院管理规律，真正从根本上提高法院管理服务保障公正司法的水平。

（责任编辑：王文斌）



偏离与回归：审判中心视野下法院 内设机构的职权整合

——以内部权力的三元划分为基础

洪泉寿*

内容摘要 去司法行政化，让法院回归审判中心工作，一直是我国审判组织管理体制改革的重心。法院职权由审判权、审判辅助权、司法行政权三部分构成，基于这一特性的职权划分及平衡是法院内设机构重构的根本前提。因而，法院内设机构的重构须以其职权三元性界定为逻辑起点，划分为司法行政部门、审判辅助部门与审判部门三种类型，并根据审判权的核心地位、司法行政权及审判辅助权的服从性与协助性特性，依效率原则、规范原则及平行模式对权责职进行重构。同时，要健全各职权的协调与制约机制，积极发挥法官会议的作用，使各类权力实现科学分工协调与高效运行。

关键词 人民法院 内设机构 三元界定 去行政化

中图分类号: DF82 **文献标识码**: A **文章编号**: 1674-3156 (2018) 06-126-138

上世纪80年代以来，各级法院内设机构变得日益膨胀，人员分类管理也出现了条块分割，但即便如此，人案矛盾和法官断层问题在各地依然比较突出。法院内设机构设立得过细过多，缺乏科学管理体系，且审判功能出现弱化，则会严重影响法院审判质效的提升及内部高效的管理。而自党的十八届四中全会召开后，新一轮司法体系改革着力于外部去地方化、内部去行政化。其中，中基层法院人财物省级统管是外部去地方化的关键举措，而内部去地方化“藩篱”依然需要继续探索。因此，法院内设机构如何设置，各类人员怎样进行科学合理配备？已经成为改革深入阶段法院亟待化解的难题。

一、模式比对：法院内设机构改革举措分析

广东作为我国首批司法体制改革的试点省份，其辖区内各级法院围绕中央顶层设

*洪泉寿，广东省湛江市中级人民法院研究室法官助理。

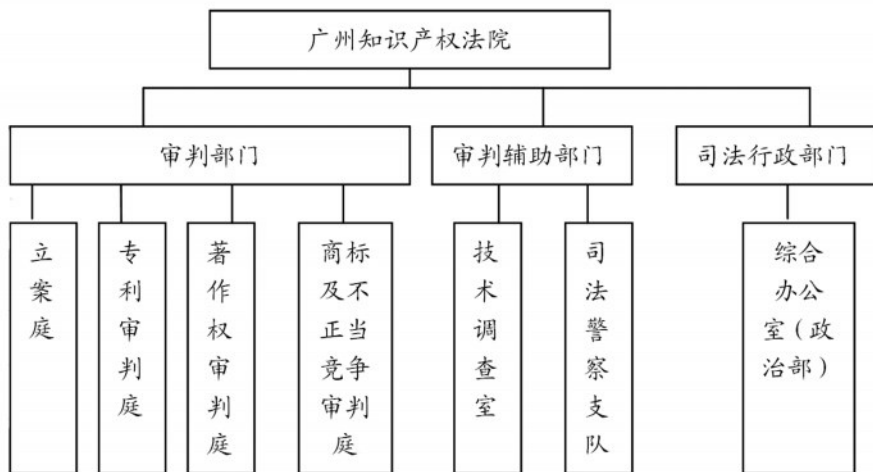
计，充分发挥地区优势，稳步推进基层探索。但基于当前司法体制改革仍处于“摸着石头过河”阶段，广东深入探索内设机构重构的法院依然较少，因而很难按照地理位置、法院级别、经济状况等主客观因素进行分门别类或通过随机抽取等统计手段进行系统研析。所以，本文仅择取改革内设机构举措相对完备，且经验可推广、可复制的四家中基层法院进行比对和分析。这四家法院分别为广州知识产权法院、珠海横琴法院、深圳福田法院及前海法院。

（一）内设机构改革的主要类型

通过对四家法院改革情况的考察、比对及概括，上述法院针对内设机构改革存在以下几种类型：

1. 综合办公室类型

该类型典型代表为广州知识产权法院。该院自成立之初，即不断压缩精简内设机构，对审判部门实行专业化、精英化管理，仅设立了立案、专利、著作权、商标及不正当竞争四个审判庭，^①且突破传统行政组织结构，将纪检、宣传、人事等司法行政部门及信息技术、后勤服务中心等服务保障部门分设的组织体系，按职权划分为司法行政部门和审判辅助部门，并对内设机构中职权相似、性质相近的部门进行重构，统一设置综合办公室（政治部）和技术调查室，使该院的内设机构数量远远少于广东其他中级法院。（见图一）



图一

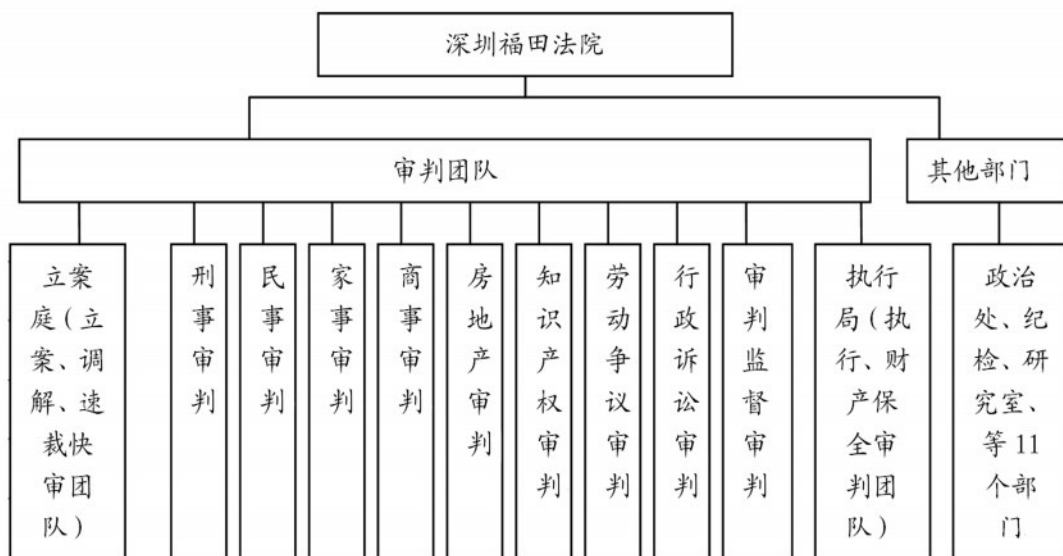
2. 审判团队类型

该类型典型代表为深圳福田法院。该院参考现代企业管理组织理论中的“结构性

^① 黄琼：《广州知识产权法院正式成立》，载《新快报》2014年12月17日。



变革”理论，^②借鉴美国、香港等国家或地区设置司法辅助团队让法官脱离繁杂行政事务的做法，改革传统的以业务庭为单元的审判组织体系，组建了59个审判团队，从而形成以主审法官或审判长为核心、团队协助开展工作的新型审判工作机制。^③改革后，原有的业务庭室建制取消，与之相应的正副庭长行政层级亦革除，而原先由正副庭长行使的审核签发权及行政事务管理权则回归主审法官或审判长，实现了层级的扁平化管理。（见图二）



图二

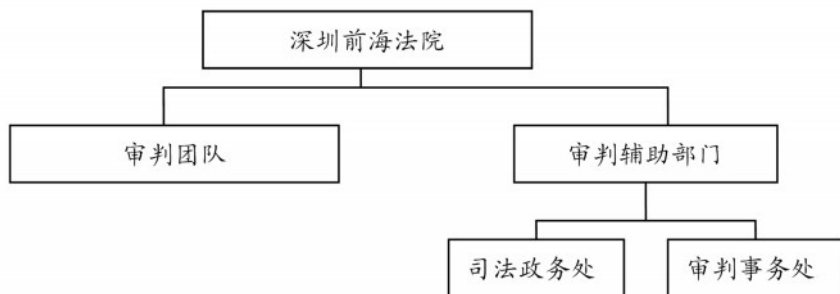
3. 不设业务庭室类型

该类型典型代表为深圳前海法院。在内设机构设置上，该院通过精简高效的司法行政组织及“1+2+1”的审判团队模式，根治司法权运行中的行政化色彩，仅由审判团队及司法政务处、审判事务处构成。其中，司法政务处主要负责党务监察、行政事务、司法警务等工作；审判事务处负责诉讼服务、审判管理、司法辅助事务等工作。^④（见图三）

^② 胡鹰、李轶娟：《审判权运行机制改革的路径探索》，载《第十一期法治广东论坛论文集》。

^③ 同^②。

^④ 戴晓晓：《前海法院将给我们带来哪些改变》，载《南方日报》2015年1月29日。



图三

珠海横琴法院亦取消业务庭室设置，仅由审判管理办公室、司法政务办公室、人事监察办公室、执行局、司法警察大队“三办一局一队”构成，“法官会议”成为法院的神经中枢。^⑤

（二）四家法院阶段性的改革效果

相较而言，以广州知识产权法院为典型的综合办公室类型主要突出司法行政职权的整合，以深圳福田法院为典型的审判团队类型主要突出审判职权的整合，以深圳前海、珠海横琴法院为典型的不设业务庭室类型则较为全面、综合地对法院内设机构进行了改革。三种类型均对建立精简高效、职权明晰的法院内设机构管理体系作出了积极的基层探索，在一些制度层面实现了初步设想，这体现在：其一，凭借行政层级的缩减、管理职权的重新配置、内设机构的取消或合并等举措使法院由金字塔层级结构转向扁平化管理，法院管理体系更加科学合理，审判质效明显提升；其二，更加凸显出审判职权在法院的核心位置，并进一步划清审判权及司法行政权的界限，有助于推进司法权力运行制度的完善；其三，不设业务庭室，仅通过组建审判团队等模式使审判长或主审法官直接在院长、主管副院长或法官会议、审委会的监督指导下开展工作，有效阻隔了层层汇报、审核签发等行政因素的干扰或介入；其四，充分挖掘了内部潜力，把内设机构改革作为司法责任制改革的重要配套措施，坚持内设机构设置重点向审判部门倾斜、司法资源重点向审判部门配置，形成职责清晰、分析明确、运转高效、协调配合的组织结构。^⑥

（三）四家法院改革中存在的多重阻力及主要问题

应当看到，目前广东法院内设机构改革方面还有诸多困难。其一，根深蒂固的行政化因子通过固有的制度利益在法院内设机构结构中不断强化和承继，仅靠单打独斗的尝试突破现存的刚性制度屏障确实难以实现，因而广东乃至全国各层法院针对内设

^⑤ 向松阳：《珠海探索司法体制改革》，载《南方日报》2013年12月31日。

^⑥ 及庆玲：《全区基层法院内设机构改革试点工作座谈会要求坚持扁平化管理和专业化建设相结合》，载《内蒙古日报》2016年11月16日。



机构重构的创举着实不易多见，试点改革的内生动力存蓄不足。分析广东法院情况发现，在内设机构改革先行先试的法院，大部分为党的十八大后新设置的法院，其成立过程即严格遵循中央顶层设计对组织管理体系进行大刀阔斧改革，没有历史包袱牵制，亦不需要突破现有权力体系多重阻碍和掣肘。此外，由于对法院传统的内设机构作颠覆性、根本性改革，定然面临领导层级调整及部分人员去向问题，导致部分法院顾虑重重、举步维艰，因而难以齐头并进、全面铺开。其二，《人民法院组织法》系法院内设机构设立的主要法律依据，但该法关涉派出法庭及审判庭设置等规定却较为原则，缺乏灵活性。且这些规定在急速发展的今天日益凸现出其局限性，但即便如此，因虑及法律刚性拘束，大部分法院在规避现行法律限制的改革方面依然显得谨小慎微。其三，法院内设机构改革是一项系统性、综合性的创新改革，既关涉法院内方方面面工作，亦关涉到与各级法院的业务衔接问题。不过，源于当前试点法院大部分为“孤军奋进”，其所在系统中的上下级法院并未对内设机构进行同步改革，因而其改革后与对应层级法院的业务衔接必然会呈现传达难、落实难的状况。

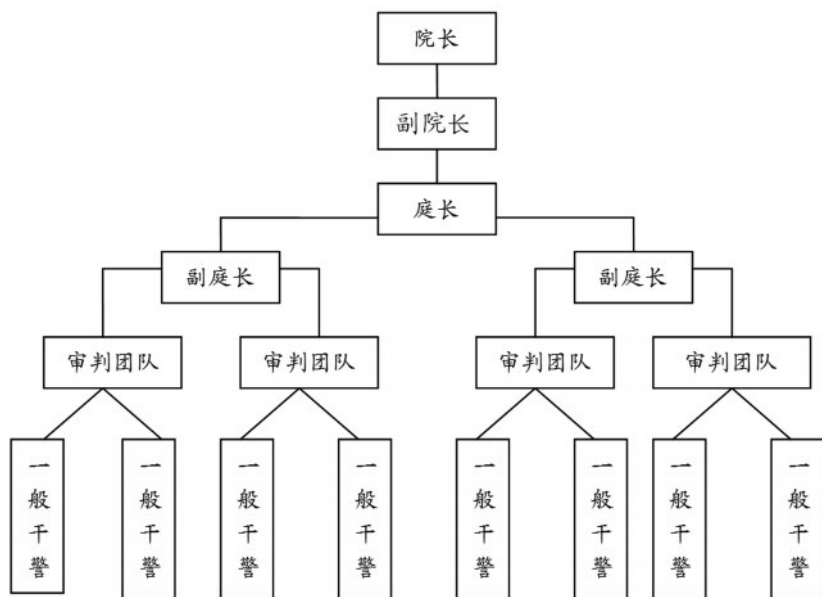
另外，综合分析上述四家法院内设机构改革设计，可从中端倪出部分问题。一为内设机构职权细化及重构缺乏明确依据。尽管各院的改革举措均以高效、扁平化管理为准则，但在内设机构设立依据及组织结构安排上，基本为单兵突进、因院制宜，未有明晰统一的指导准则及设置标准。二为以审判为中心的地位并未真正建立。这即便在细分内部职权的上述四家典型法院，司法行政权与审判权依然属于平行运转的权力，审判权评价、制约或监督司法行政权的制度尚未完全建立，因而未能彰显出司法行政权来源并为审判权服务的特性。三为法官的审判地位尚未充分隆高。从权力属性看，审判权为法院的固有权力，司法行政权系法律赋予的职权，因而行使审判权的法官应处于法院中心位置，法院内设机构的设立亦应以法官为重心，围绕法官履职用权服务于法官。不过，上述四家典型法院中仅有珠海横琴法院对法官自我管理、自我改革进行有益探索，并凸显“法官会议”的中枢地位，而其余法院对此尚未涉足，甚至未能激发法官对法院审判事务自主决策的热情。

二、价值回归：围绕审判职权重构法院内设机构

从历史沿革来看，我国法院组织管理模式脱胎于行政体制，这不论是组织结构的复制、法官层级管理的行政化，还是法院人财物保障方面的地方依赖，乃至审判借用行政式的幕后运筹与场外指挥方法，^⑦均与行政组织管理模式有着密切关系。而这一关

^⑦ 龙宗智、袁坚：《深化改革背景下对司法行政化的遏制》，载《法学研究》2014年第1期。

系，使法院各项工作蒙上了厚重的行政职权色调，让社会公众误将法院视作行政机关一部分。诚然，在相似的组织结构及同质化的管理模式下，法院内设机构设置及职权划分必定模仿参照行政组织管理体系进行搭建和运作，在垂直线上呈现出科层化运作的特点，形成了一套下从上命、权力递增的自书记员、法官至副院长、庭长、专职审委、副院长、院长的金字塔型行政管理层级。（见图四）其中，院长全面负责法院的人事、行政和审判工作；副院长协助院长分管部分的人事、行政和审判工作；庭长作为主持审判业务庭工作的中层干部，副院长协助庭长处理庭务；案件裁判往往由各业务庭的审判团队独立完成，审判团队一般由审判辅助人员与审判人员组成，且由审判团队负责人协调处理团队内部的日常事务。^⑧而在水平条线上，却为综合事务与审判事务并行存在。如在审判层面，分别设置了刑事、民事、行政、审监、执行等内设机构来行使不同的审判职能；在综合审判方面，有研究室、审管办、司法警察、诉讼服务中心、技术中心五大部门；在行政事务上，存在办公室、政治处、宣传处、行政科、监察室等。这样的机构设置，既是法院对同期社会需要的积极回应，呈现出时代性和历史性特点，且在很大程度上有助于确保党的核心领导地位，有助于法院人事管理、行政事务的开展，有助于消化过滤疑难复杂案件和统一裁判尺度。



图四

但行政层级组织结构有几方面突出问题：一为干预或介入审判。在以往案件审核层

^⑧ 成都市中级人民法院课题组：《回归审判独立的理性界址：现行法院内设机构运行的问题与思考——以C市两级法院为样本》，载《中国应用法学》2017年第6期。



级中，主审法官往往位于审判权力最底端，未亲历案件庭审的院庭长可借助听取汇报案情、审核或签发裁判文书，甚至是当面或电话明示案件利害关系等方式，直接或间接干预、介入独任法官或合议庭正常审判活动。此外，普通法官在绩效考核、层级晋升、审判资源需求等上亦受到其他内设机构的牵制，很难避免关联部门施加影响，做到依法独立审判；二为挤占拮据的司法资源。繁冗的司法行政化工作衍生出名目众多的后勤行政系统，导致一部分法官长期远离审判业务，屈居于政工、纪检、宣传、机关服务中心等非审判部门。再者，因部分院庭长忙于会务、庭室管理等行政性事务，未能分担具体案件承办，致使人案分配欠缺均衡，加剧了“劳者多劳”的重担。但更为关键的是，院庭长挤占较多时间置身于不合时宜的事务杂务和根深蒂固的行政化藩篱中，在带头办理新类型案件、重大疑难复杂案件方面，未能充分发挥其示范引领作用，也难以凸显其审判经验丰富、业务能力强的标识；三为制约审判效率。扩张性是行政权的自然秉性，而脱胎于行政体系的法院内设机构亦遗留着扩张膨胀的内生动因，机构叠床架屋、人员忙闲不均等问题十分显著，导致职权分散难以协调、管理叠加责任不清。且建立在由主管院长负总责，层层监管、级级担责的层级管理模式下，法院内设机构界限清晰，各部门自扫门前雪，团队意识模糊，管理效能低下，定然对提升审判质效形成约束。此外，由于错综复杂的行政管理事务，各地法院尽管均设置了大而全的内设机构，但依然难以包括全部的管理职能，且部分管理事务并非完全属于单一部门，它可能需要多部门的协助，由此便易于产生管理的交叉地带或真空地带，致使工作上出现推诿扯皮。特别是在司法行政部门与审判综合部门之间，职能交叉化、定位同质化的弊病表现的极为突出。^⑨

鉴于上述因素的客观存在，去司法行政化，让法院回归审判中心工作，一直是我国审判组织管理体制改革的重心。肇始于上世纪90年代的历次法院改革纲要，当中最为核心的要素即强调依审判权自身运行规律重构司法权，且借助对与之相关的配套制度改革，促使法院组织管理体系渐进褪去行政化因子，重新建构起与行政机关有差别、相互独立的审判管理模式。而自党的十八大以来，中央新一轮深化司法体制改革的目标、举措更加明朗，作出了推进以审判为中心的诉讼制度改革、完善司法管理体制和司法权力运行机制等新的顶层设计。^⑩在这一系列改革举措中，针对法院内设机构重构问题，既严格遵循着司法运行规律，又兼顾实践中诸多不尽人意的现实，既立足于全局性视野，又进行细致入微的技术性考察和全面周详的可行性分析，勇于打破现有框架，围绕司法独立的要求，^⑪明确以科学、高效、精简、扁平化为标准，以员额法官为

^⑨ 张静、易凌波：《司法改革背景下基层法院内设机构的整合与重构——基于S省C市法院“大部制”改革的实证分析》，载《法律适用》2018年第5期。

^⑩ 详见最高人民法院《人民法院第四个五年改革纲要（2014—2018）》相关规定。

^⑪ 章武生、吴泽勇：《司法独立与法院组织机构的调整（上）》，载《中国法学》2000年第2期。

中心，以服务审判工作为重心，按照司法责任制改革要点稳步推进法院内设机构改革。可以说，司法去行政化是回归审判中心工作的必然要求，回归审判中心工作是司法去行政化的最终归宿。同样，在全面推进依法治国和深化司法改革背景下，法院内设机构职权分配亦应亦步同趋，围绕服务审判中心工作进行重新细化、整合和配置，逐渐消除司法权力运行机制中根深蒂固的行政化顽疾，隆高以审判为中心的地位，优化法院职权配置及组织重构。

三、权力划分：法院职权的三元性界定

从本质上看，职能细化和权力区分系内设机构模式的决定性因素。而法院内设机构改革的价值在于为审判权的高效运转、公正行使提供强有力的组织保障，以彰显审判中心地位，因而，法院内设机构改革应当建立在法院职权优化及高效运转基础上，其侧重点或者说“牛鼻子”在于法院职权的整合及配置。笔者认为，法院职权由三部分构成，基于这一特性的职权划分及平衡系法院内设机构重构的根本前提。

（一）法院职权简单分立的问题

在以往，法院往往将自身职权划分为审判权和司法行政权两部分，^⑫理论界通常也视法院职权由司法行政权和审判权构成，^⑬而新一轮司法体制改革亦将界分司法行政权和审判权当作法院运行及管理机制改革的基本路径。

但不容忽视的是，司法行政权和审判权的简单分离会出现一些问题：第一，审判权具有裁决属性，其定义较为具体及确定，仅包括法院依法独立行使的审理权及判决权。不过，由于法院的权力体系较为复杂，若简单将审理权和判决权以外的其他职权全部纳入司法行政权范围，容易使司法行政权内涵获得不断膨胀。诚然，当前的司法行政职权有管理人的权限，比如法官的业绩考评、业务培训、职务晋升等；也有管理财物的权限，比如安保工作、案卷图书管理、后勤服务等；还有管理与审判关联事务的权限，比如立案、保全、执行等，以及审判流程管理、案件态势分析、质效评估等，涵括的职权范围异常庞杂。第二，因司法行政职权的内涵除包括人财物的管理权限外，还有管理与审判关联事项的权限，易使司法行政权直接介入审判事务，并对审判权行使产生实质性影响，这才是审理权及判决权呈现出行政色彩的根本因素。

（二）界分审判辅助权的必要性

鉴于以往的法院职权简单分立模式可能影响到审判权的独立行使，因而极有必要严格界定单纯的司法行政职权和审判权的界限，重构法院职权体系。

^⑫ 陈涉云：《法院人员分类管理改革研究》，法律出版社2014年版，第2页。

^⑬ 梁平：《社会转型期宪政与法院内部机构改革》，载《第三届河北法治论坛论文集》。



在域外，即便一些国家在法院管理模式上采用了行政层级方式，但他们对法院职权的界定依然采纳了二元划分法，迥异的是其司法行政职权的涵射范围与我国存在较大差别。如法英德等国，按照法院审判属性实行严格的职权配置标准，将法院人财物的管理权限划出法院，由具有行政性质的司法部承担，但与审判密切关联的辅助性职权则仍属于法院统管范围，由法官秘书或助理行使。^⑭可以说，域外国家在法院职权分离中，司法行政权外延并未获得无限扩张，它始终止步于与审判关联事务的边界。

通过对法院权力的取得方式、属性特点及行使模式的分析，并借鉴国外司法实践及结合当前司法人员分类改革的基本方向，笔者认为，极有必要对当前过于庞大的司法行政权进行细分，使与审判关联的事务性工作解构出来，让司法行政职权回归单纯的司法行政工作范围。对于解构出来的部分事务性工作，由于其并不当然具有裁判权特性，但又与裁判权行使密切关联，且其又兼具权力独有的特性，故其性质应介乎于审判权与司法行政权间，属于一项新的职权类别，也即审判辅助权。可以说，重新界定审判辅助权，有利于明晰审判权与司法行政权的管理权限范围，明确对应的责任，并在它们间构建起缓冲地带，以免司法行政权任意膨胀，干预审判活动。

（三）法院职权细分的应然类别

将审判辅助权从以往的司法行政权解构出来，法院职权的应然类型便得到完整呈现，可划分为三项属性不同的类别：

审判权为重心。该权系法院根据庭审查明的法律事实正确用法、公正裁判的职权，系国家政权体系中不可或缺的职权，亦为法院所独享的职权。该权为我国宪法与相关法律所确认或授予，其用权主体仅为专事审判事务的组织，即独任庭、合议庭及审委会，职权属性为独立性与判断性。具言之，该权涵盖了对法院管辖区域内的民刑等案件的裁判权。

审判辅助权为协助。该权来源于诉讼法的明确规定，系与审判事务密切关联的外延性职权，系辅助审判权有序运转的当然职权。从特性看，该权为审判事务的程序性职权，在司法改革后，该权履职主体只能为司法辅助人员，主要特性为程序性及协助性。具言之，该权涵盖了诉讼服务、案件执行、书记员工作、委托评估与拍卖等审判事务性工作，以及强制执行、押解犯人等。

司法行政权为保障。该权不介入审判程序性具体事务操作，主要作用系为审判权和审判辅助权高效运行提供保障。该权系法律及相关行政法规所确定，在司法改革后，该权履职主体只能是法院行政人员，附属性与行政层级性系其主要特性。具言之，该权涵盖了宣传调研、人事纪律、设施建设、财会管理、后勤服务、安全保卫等。

^⑭ 梁三利、郭明：《法院管理模式比较考察》，载《长江师范学院学报》2010年第1期。

上述三种职权既紧密相连、互相牵制，又明晰了自身的独特性及职权界限，它们纵向的层级、关联及横向的牵制、配合关系共同建构起一套法院独有的、交互式的职权运行体系。

四、出路探寻：法院内设机构之重构

法院内设机构职权有序运转，须以职权三元性界定为逻辑起点，划分为司法行政部门、审判辅助部门与审判部门三种类型，并根据各职权特性及运转规律，依照权责职对应统一的准则进行重构。

（一）效率原则：司法行政部门的重构

司法行政部门的主要作用在于为法院有序运行及案件独立办理提供服务保障，确使审判权的地位得以彰显，其侧重点为组织效率，因而必须以优化配置法院资源角度对该部门组织管理方式进行设置。

在管理方式上，行政层级结构使法院工作效率在技术管理层面实现最大化，也即在形式上实现了对人的职权的最理想配置。所以，与司法行政职权特性相对应，法院内设行政部门应实行科层制，建立“首长”负责制，建构起一套上传下达、实施层层管理、领导和职员从属与被从属的管理结构。

在组织设计上，域外国家有两种类型：一为内设型，以美日韩等国为主，这些国家的审判机关在内部实施职权分离方式，也即通过设置行政办公室等内设机构来承担法院的司法行政性工作；^⑮二为外设型，主要典型为英国，该国法院职权采用内外分离方式，也即法院的司法行政职权交由独立的政府部门担负。^⑯相较而言，从法院组织法等有关法律制度看，我国事实上推行的模式^⑰是由法院自主承担司法行政工作，同样，当前各级法院对内设机构的创新摸索亦实行了这一方式。在没有确实充分的事实或理论依据证实外设型方式更便于司法行政职权高效运转和有力协调法院其他职权的前提下，刻意转变沿袭已久的组织结构显然缺乏必要性。而此次变革的关注重心在于按照高效精简的要求重新整合、配置法院内设机构中的类行政性事务，并根据扁平化原则压缩司法行政科层，以求提升保障与协助审判权运行的效率和效益。在具体的组织设计方面，其一，可设置司法行政事务办公室作为统筹司法行政职权的部门，由主任负总责。其二，按照

^⑮ 黄伟东：《美国的法院管理》，载《山东审判》2011年第6期。

^⑯ 梁三利、郭明：《法院管理模式比较——基于英国、法国、德国的考察》，载《长江师范学院学报》2010年第1期。

^⑰ 刘伟超：《论我国法院内设机构的整合与重构》，载《尊重司法规律与刑事法律适用研究》，人民法院出版社2016年版，第95页。



职权属性及要求对以往的司法行政岗位进行精简整合。部门精简必须由各个法院根据审级、院情全面衡量，因院制宜，无需过于强调“一刀切”模式。如研究室定位，基层法院可纳入司法行政部门，而中高级法院则定位为综合审判部门，保持独立设置编制，专职审判指导及理论研析等工作。为防止内设机构改革后形成“大部门”制的弊病，在司法行政事务办公室内部小组上，不宜按照传统的职权设置众多繁杂的小组，建议将当前的人事处、纪检组、办公室、宣传科等职能落实到人，设置人事专员、纪检专员、文秘专员及宣传专员数名；参照政府部门统一向同级服务中心报账的做法，撤并法院财务办公室，设置报账专员，由其直接对接省财政厅服务中心；按照市场优化配置规则，将信息服务、物业管理、保卫等职能外包（购买社会服务），由社会机构进行市场化管理。可以说，撤并后的司法行政职权更加合理科学，有助于建立起自上而下、权责清晰、职权优化的司法行政管理体系，从而为审判权的行使提供有力保障。

（二）规范视角：审判辅助部门的重构

法院审判辅助部门虽然缺乏裁判权，但因与审判事务密切关联，并具有处分关涉两造当事人的程序性权责，因而在组织管理模式设计上应充分考量保障职权运行的规范化及程序化两项主要因素。

就管理方式而言，可将诉讼服务、保全执行等相关的司法辅助职权进行重新整合、优化配置并制定权力清单，在界定职权范围的前提下采用各负其责、分工协调制度。辅助部门内的岗位设计必须防止叠床结构、越位缺位、遗留空角，并应完善各项规章制度及职权运转机制，通过制度管人管事，实现内部管理权责一致，建构起制度化、高效化、有序化的司法辅助体系，为服务审判权提供有力支撑。

在具体组织设计上，其一，可设置审判辅助办公室作为统筹审判辅助职权的部门，由主任负总责；其二，按照立审执严格分离的规定，将诉讼服务中心（或立案庭）及执行局均归进审判辅助办公室，但应保持其职权独立性，分别设置诉讼服务中心及执行小组；其三，在维护审判秩序、押解犯人、协助执行、送达法律文书等事务中，司法警察行使的职权属于审判辅助性工作，因而应将司法警察的全部职权归进审判辅助办公室，设立独立的法警小组；其四，按照机构扁平压缩、职权高效精简的要求重新梳理、重构划分其余的审判辅助职权，并撤并优化与之相应的内设机构。可整合审判管理办公室、办公室司法拍卖小组、委托评估鉴定小组、文印校对小组等部门职权，重新建立新的审判管理办公室，作为担负除却立案、执行、法警职能的综合审判服务部门。^⑮

（三）平行模式：审判部门的重构

法院审判部门属于平权的独立组织，这包括审委会、合议庭和独任庭（独任审判

^⑮ 谭世贵等：《法院管理模式研究》，法律出版社2010年版，第291页。

员)等审判组织,它们的组织结构均显示出平权特性,并有着独享的地位。所以,关涉审判部门内设机构的设计上,应着重化解选定适合审判权平权特性的最优管理方式及确定彰显独立审判的最优组织设计模式两个难题。

就管理方式而言,因法官系审判组织的核心人员及主要事务履行者,全面考量审判部门平权属性及服务法官为重心的改革目的,审判权的最优行使方式系由全体法官自主管理、自主决策,因而审判事务应由法官集体“一锤定音”。可借鉴人大及其常委会的组织管理方式设置法官会议,由其替代审判组织作为法院事务的决策管理部门,其成员一般经法官集体推选的代表构成,其中院长为常任成员;但法官会议并非常年召开,因此未能对审判工作做到面面俱到,在其闭会时,通常由院长接受委托行使部分审判事务决策权及紧急事项处理权;不过,重大审判工作的决策管理权、司法行政及辅助部门年度总结计划的批准权、法院年度计划执行报告的审核权等均应法官会议集体决定。可以说,通过法官会议行使法院决策权的管理方式既与审判运转规律相符,也为现实所印证。如珠海横琴法院业已实行的由全体法官构成的法官会议集体决定法官合理工作量、审判团队设置等重大审判工作的做法,为该制度的普及提供了新鲜的基层探索。

就组织设计而言,现有的改革样本中既有着传统审判庭的组织方式,亦有着不设置业务庭的方式。从法律渊源看,即便法院组织法明确了业务庭设立的规定,但因业务庭并不是名义上的案件承担主体,因而业务庭建制并不属于审判部门,而应纳入司法行政组织范围,其实质上是介乎于院长和审判部门间的行政科层,亦是审判权被司法行政干预介入的主要表现方式。^⑩所以,珠海横琴、深圳前海法院不设置业务庭的实践样本,确立了真实的审判组织也即独任庭(独任审判员)、合议庭及审委会的独立价值,呼应了审判运行规律的逻辑要求及此次司法体制改革以服务审判为重心的价值定位,彰显了审判组织的制度走向。然而,我们也必须清楚认识到,深圳前海及珠海横琴法院均为新设立的法院,其体量较小、成立时短、案件量较少,相对于体量大、案件数多的其他法院,由相应的业务庭集中审理类型化案件,确实有助于推进诉讼程序有序高效运行,对破解当前部分法院突出的人案矛盾在某种程度上具有现实意义。因而,对这些法院来说,不宜操之过急,可结合法院实情蹄疾步稳地进行局部的渐进性变革,这方面可参考深圳福田法院改造业务庭为审判团队的探索,暂时保持业务庭的设置,但其相应的行政职权应取消,待机会成熟后再对审判组织进行大刀阔斧的更为全面综合的去司法行政化改革。

(四) 整合方向:部门间职权的协调和牵制

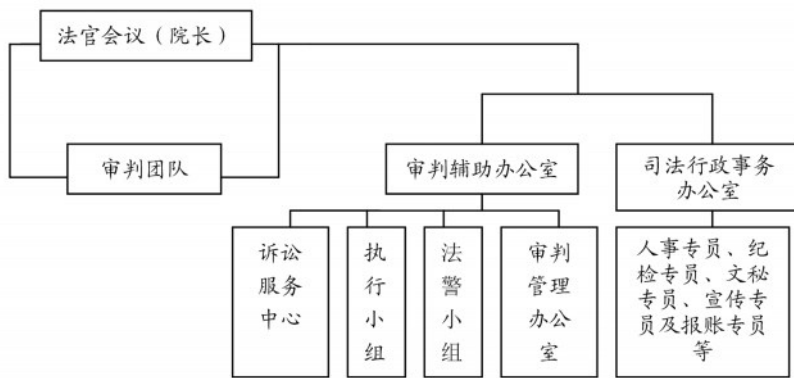
法院内设机构的三种类型划分标准主要由法院权力三元属性决定。其中,司法行

^⑩ 张卫:《论我国法院体制的非行政化》,载《法商研究》2014年第3期。



政部门主要担负统筹管理日常的司法行政性与保障性工作，审判辅助部门需严格遵循法定程序及时安排与协助推进审判辅助性事务，审判部门以国家的名义依法公正裁断纠纷。在三个部门中，审判部门处于“中枢地位”，司法行政部门及审判辅助部门须协同保障与支持审判部门有序运转，它们分别属于服从性与协助性的部门。

另外，为进一步凸显审判部门的“中枢地位”，必须健全职权的协调与制约机制，确保司法行政部门及审判辅助部门具体事务的监控权由审判部门掌握，这一监控制度可借助法官会议制度的健全予以完善。具体来说，法官会议必须定期或不定期听取司法行政部门及审判辅助部门的阶段性工作报告，并当然拥有监督及评议它们工作的职权，并享有对它们的年度考评意见的提出权；拥有制订年度工作计划或决定重大管理性工作的权力，司法行政部门与审判辅助部门必须在职责权限内坚决落实。^②在这一相互监督及制约网络中，三类职权可以在法院职能范围内以审判为中心，“众星拱月”，使各类权力实现科学分工协调与高效运行。重构后的法院内设机构如下图：



图五

结语

法院内设机构改革是当前司法体制改革中必须面对的“硬骨头”，也是阶段性改革必须涉过的“险滩”。要稳步推进司法改革顶层设计如期实现，既需要各级法院不忘初心、砥砺前行，亦需要潜心于探析审判运行规律。我们期望在法院内设机构重构的改革中，能够以理论辨争为起点，以基层探索为推进，围绕改革蓝图，确保法院的内设机构及职能重构带来服务审判价值的有效实现。

（责任编辑：郝晓越）

^② 章武生、吴泽勇：《司法独立与法院组织机构的调整》，载《中国法学》2013年第2期。

专业法官会议运行机制构建再思考

——基于审委会、审联会、专业法官会“三会”比较的视角

杜豫苏 高伟 何育凯*

内容摘要 本文以西部S省三级法院专业法官会议制度运行情况为样本，采取将专业法官会议与审判委员会、审判长联席会等“三会”运行情况实证分析的方式，剖析了专业法官会议制度运行存在的问题和困扰，并以审判“去行政化”为立足点，对重构专业法官会议运行制度提出了七个方面改革意见。

关键词 专业法官会议 审委会 审联会 服务功能 运行机制

中图分类号: DF82 **文献标识码**: A **文章编号**: 1674-3156 (2018) 06-139-148

专业法官会议作为发端于顶层设计的新型审判智库制度，^①在本轮司法体制改革中全国各地法院积极试行。但作为一项具有中国特色的审判权运行机制改革制度，专业法官会议制度应采取何种工作机制和运行模式，并无成熟经验可供遵循，以致各地法院试行“热”、但法官参与“冷”，专业法官会议制度运行实效不彰的尴尬局面。^②构建适应审判实践要求的专业法官会议运行模式，使这项外生的改革创举能够很好嵌入审判权运行的审判组织体系内部，对于助推法官额制改革，促进司法责任制改革目标

*杜豫苏，西安市中级人民法院副院长，二级高级法官，法学博士，第三届全国审判业务专家；高伟，西安市中级人民法院研究室主任，审判委员会委员，二级高级法官；何育凯，西安市中级人民法院研究室四级高级法官。

① 最高法院《关于审判权运行机制改革的试点方案》中明确，试点法院对于案件审理中的重要法律适用问题或其他重大疑难复杂问题，独任法官或者审判长可以提请院长、庭长召集专业法官会议讨论；2015年2月26日最高法院发布的《人民法院第四个五年改革纲要（2014—2018）》提出，“建立院庭长审判监督机制。完善主审法官会议，专业法官会议机制”；最高法院此后发布的《关于完善司法责任制的若干意见》中，进一步明确了“人民法院可以分别建立由民事、刑事、行政等审判领域法官组成的专业法官会议，为合议庭正确理解和适用法律提供咨询意见。”

② 2016年8月中央决定全面推开司法体制改革至今，全国各级法院均建立和试行了专业法官会议制度，最高法院2013年确定的9个审判权运行机制改革试点法院更是较早探索和试行了专业法官会议制度，但各地法院专业法官会议运行实效及法官或合议庭的办案智囊参谋作用并未全面彰显。



的实现具有重大意义。

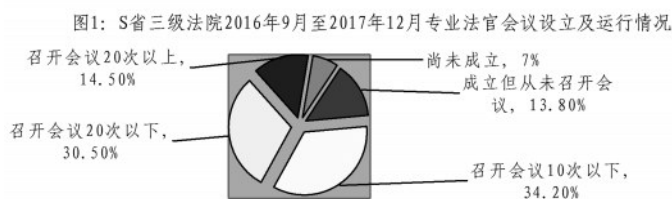
一、问题直击：专业法官会议制度的运行困扰

从结构功能主义视角看，专业法官会议运行机制及模式由其价值功能所决定并受之制约。专业法官会议的价值功能可区分为文本意义上的应然功能和试点实践中的实然功能，前者体现在最高法院及各级法院改革文件之中，表现为“司法智库咨询平台、过滤审判委员会研讨案件”等多元价值；后者体现在各级法院的改革试点之中。从各地法院试点实践看，功能多元化给专业法官会议运行带来许多困扰。笔者以西部S省三级法院为样本，以专业法官会议运行试点及其该项试点对于法官行使裁判权的影响乃至与审判委员会、审判长联席会议、庭务会议、独任审判及合议庭等项制度的互动影响等作为考察点，采取统计分析 with 问卷调查、对话访谈相结合方式，^③对专业法官会议制度运行困扰问题做抽丝剥茧式的分析。

（一）审判咨询功能：法官高支持率与法院低适用率的困扰

问卷表明，广大法官高度支持赞同的专业法官会议提供疑难负责案件审判咨询功能，在各级法院改革实践中并未获得相应重视和有效推行。一方面，绝大多数法官赞同和支持专业法官会议向法官提供案件审判咨询意见的功能设计；^④另一方面，专业法官会议制度在S省三级法院并未得到有效适用，大多数法院专业法官会议的启动率很低（见图1）。这种状况也与全国一些地方法院的试点情况相似。^⑤

图1 S省三级法院2016年9月至2017年12月专业法官会议设立及运行情况



（二）审委会过滤机制功能：放权与控权中制度空转的困扰 根据中央和省上关于审判权

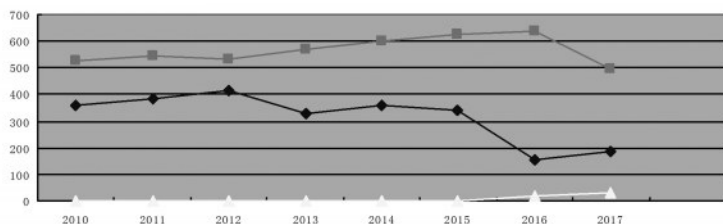
^③ 对S省三级法院2016年8月以来专业法官会议的设置、人员构成及召开会议情况的报告做统计分析；向该省三级法院的院、庭长、入额法官及未入额法官下发了180份调查问卷，收回问卷151份（其中，S省法院20份，S省中级法院50份，基层法院81份；院、庭长的35份，入额法官的31份、未入额法官的85份）；并对S省X市中级法院的30名院、庭长及入额法官做了访谈。

^④ 95%受访者赞同和支持专业法官会议向法官提供案件审判咨询意见的功能设计，S省尚未建立专业法官会议的7个基层法院受访法官的支持率甚至达到了98%。

^⑤ 比如，作为试点法院的重庆二中院及辖区法院的专业法官会议在试点中普遍“遇冷”，该中院辖区11个基层法院中有11个法院基本将该机制搁置不用，参见：李春燕：《基层法院专业法官会议机制的反思与重构》，载《三峡审判》2017年第1期。

运行机制改革^⑥的顶层设计要求，S省三级法院在同步推进审判委员会和专业法官会议运行机制改革中，以制度化方式严格限定了可提请审委会讨论案件的类型范围，实现审判权“放权”给独任法官和合议庭；并基于此赋予专业法官会议向独任法官和合议庭提供个案咨询意见职能，以此“管控”独任法官和合议庭的裁判权，消化大部分拟提请审委会讨论案件，起到替审委会过滤拟提请讨论案件的功能作用。但从统计数据及调查问卷看，一方面，S省三级法院自2016年9月以来审委会讨论个案数量均大幅度缩减；另一方面，三级法院专业法官会议讨论案件职能并未有效运转，专业法官会议基本处于制度空转状态（见图2），根本无力承担为审委会过滤案件及“管控”独任法官和合议庭裁判权的“控权”功能。

图2 S省X市中院2010年-2017年审委会、审联会、专业法官会讨论案件数量比较



进一步分析图2数据，^⑦S省X市中级人民法院全面推进司法责任制改革后，审判委员会讨论案件数量随着大幅减少，但一

方面，庭长主持审判长联席会讨论案件数量并未减少，而且有随着法院收案数量增加不断增多趋势；另一方面，专业法官会议讨论案件数量不到审委会的5%、审联会的3%。真正起到为审委会过滤案件以及“管控”独任法官和合议庭裁判权功能的是审判长联席会，而非专业法官会议。

（三）服务审判功能：服务法官与服务领导的困扰

专业法官会议运行制度中的服务审判功能毋庸置疑，但在专业法官会议成员以及服务对象的选择倾向上以及专业法官会议主持人及其启动主体的制度设计上，^⑧各地法院试点实践中的做法与法官的心理预期均出现较大偏差。

一是在专业法官会议人员编制和成员构成上，各专业法官会议人员编制均比较小，

^⑥ 作为审判权运行机制改革四个核心内容的审委会改革、专业法官会议制度改革、独任法官及合议庭办案责任制改革、规范院、庭长审判管理监督权改革同步部署，协调推进。

^⑦ S省X市中级人民法院2010年以来年审执结案数愈17000件，自2015年以来年结案数超过2万件，该院自2002年以来全面推行审判长联席会议制度，在全院各审判执行庭均成立了审联会，由庭长主持审联会讨论本庭疑难复杂案件，2016年9月起，该市中院全面推行审委会和专业法官会议改革，成立了刑事组、民事组、商事组、行政（含劳动争议）组、执行组等五个专业法官会议，试行专业法官会议制度。

^⑧ S省三级法院及其重庆、海南、上海、江苏、四川、广东、北京等高级人民法院出台的《专业法官会议规则》中，均将会议启动主体及主持人赋予给拥有行政职权的院庭长，院庭长对于是否有必要启动专业法官会议拥有绝对话语权。

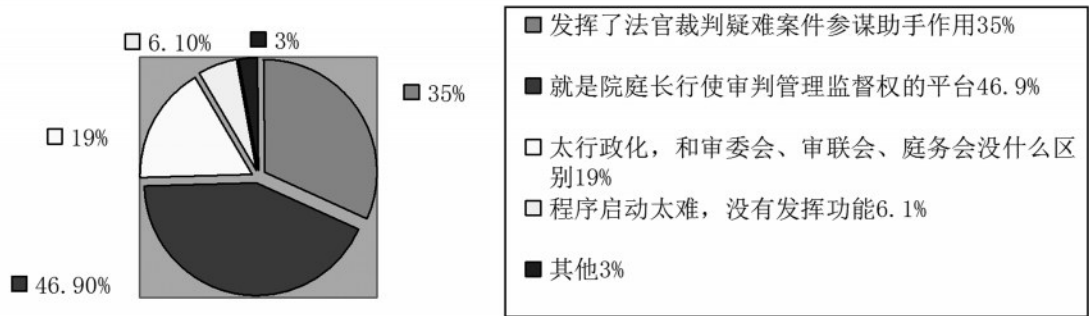


多数控制在12人以内；成员中70%以上是院长、副院长、庭长、副庭长等担任行政职务的院庭长，非领导专业法官仅占少数（S省X市中级法院）。而且，绝大多数法院规定分管副院长是相关专业法官会议的程序启动主体和主持人。

二是专业法官会议成员与审委会委员的高度同质性，易使专业法官会议异化为“小审判委员会”。S省X市中级法院五个专业法官会议的72名成员中，涵盖了除院长之外的所有审委会委员。

三是问卷表明，近半数法官认为，专业法官会议赋予副院长行使审判管理监督权的平台功能在运行试点中被不断放大，使专业法官会议在运行中被异化为给副院长量身打造的“法院第三大审判管理监督权力平台”。^⑨（见图3）

图3 你对你院专业法官会议试点情况的总体评价



四是在会议召开程序的启动权上，样本市两级法院专业法官会议召开启动审批权全部由分管副院长行使，专业法官会议其他成员不享有会议召开程序的启动权。样本法院的《专业法官会议运行规则》均规定：专业法官会议由案件承办人提出申请，经庭长审查，分管副院长审批后召开，也可由院长、分管副院长根据工作需要直接决定召开，会议由院长、分管副院长主持。”召开有不同审判业务法庭法官参加的跨部门专业法官会议，还需经各自分管业务的副院长协商决定。

五是在专业法官会议讨论问题的发言规则上，发言规则设定与审委会会议发言规则高度同质化，按照法官行政级别低高确定发言顺序，未体现咨询及法官平等讨论性质，亦造成领导行政干预；专业法官参加专业法官会议讨论发言“跟风”问题突出。

（四）审判管理监督权抓手功能：高期望值与低赞同率的困扰

访谈及调查问卷表明，92%的法官不赞同在专业法官会议制度中赋予院、庭长审

^⑨ 所谓“法院三大审判管理监督权力平台”，系指将审委会视为院长行使审判权及审判管理监督权的平台；将审判长联席会或庭务会（区县法院的审判庭）视为庭长行使审判管理监督权的平台；将专业法官会议视为副院长行使审判管理监督权的平台。

判管理监督功能。持不赞同意见者中，45%的法官理由是：赋予院、庭长审判管理监督功能将显著削弱法官在专业法官会议平台下会商咨询的平等性；25%的法官理由是：赋予院、庭长主持会议并行使审判管理监督权，将极大抬高专业法官会议的启动难度；22%的法官理由是：赋予院、庭长审判管理监督权，易使专业法官会议的咨询意见悖离咨询性质，对合议庭独立裁判形成强制约束力。S省已全面试点专业法官会议制度的X市两级法院接受访谈的24位院、庭长中，也有75%的受访者基于试点中根本抽不出时间主持会议等理由不赞同通过专业法官会议行使审判管理监督权。

二、困境解析：专业法官会议制度运行不畅原因检讨

“评价一项司法改革举措的价值和前景，首先应追溯催生它的土壤和缘由，看它究竟是问题导向的产物，还是政绩工程的作品”，^⑩检讨专业法官会议运行机制及其运行实效亦应遵循这一思路。

（一）性质检讨：专业法官会议运行机制偏离其职能定位

专业法官会议制度作为审判智库机制，具有四大根本属性：一是民间性。属于法官群体自发成立的非官方组织，会议成员只有法官身份、没有行政身份，成员在专业法官会议中地位平等；专业法官会议成员身份及机制运行不类似审判委员会等官方审判组织，其与合议庭、审判委员会等审判组织之间也不具有行政隶属关系；也与审判长联席会、庭务会等由庭长召集和主持的半官方组织（因为上述组织具有较强的行政领导主导性特征）不相类似。二是智库性。专业法官会议以为法官及合议庭依法独立公正行使审判权提供智力支持和裁判咨询为宗旨和依归，“充分运用法官的专业智慧和才能，帮助合议庭解决案件因重大、疑难、复杂而存在法律适用标准不统一问题，突出强调司法智库对审判实践的专业指导功能”，^⑪为法官裁判提供裁判的智慧与智识是其核心特征。三是咨询性。专业法官会议是法官及合议庭行使审判权的顾问，而不是保姆、更非领导机构；专业法官会议意见仅供独任法官、合议庭复议时参考，审判责任仍由独任法官及合议庭承担。四是自律性。专业法官会议作为落实司法责任制改革的创新，是法官自我管理、自我约束、自我提高的组织，无需审委会或者院、庭长行使监督管理权。

专业法官会议制度的设立初心在于保障和促进合议庭、独任公正行使审判权，实现“让审理者裁判，由裁判者负责”。专业法官会议的运行机制应保障在审判权“还权于法官、还权于合议庭”后、法官及合议庭依法独立公正行使审判权，保障该项机制能发挥资深法官审判业务专长，为法官及合议庭正确认定事实证据和理解适用法律提

^⑩ 何帆：《“审判团队”会替代审判庭么？》，载《武汉审判》2016年第6期。

^⑪ 骆锦勇：《厘清专业法官会议功能定位》，载《人民法院报》2017年6月8日。



供智力支持和裁判咨询。

一是院庭长的审判管理监督权属于最高法院以司法解释方式明确赋予,^⑫属于院庭长的法定职权范畴。院庭长的审判管理监督权与专业法官会议的民间性、咨询性等性质并不兼容,院庭长的审判管理监督权介入专业法官会议,将直接损害专业法官会议的智库性质,摧毁专业法官会议赖以存在的民间性、咨询性等智库根基,也与专业法官会议保障法官及合议庭依法独立公正行使审判权的功能定位相背离。

二是专业法官会议并不具有过滤提请审委会讨论案件的机制功能。专业法官会议基于成员发表咨询意见的平等性,其制度设计排斥各类审判组织的审判权力以直接或间接方式介入及妨碍咨询讨论过程。审判委员会也不是专业法官会议的成员单位,实践中审委会直接赋予或者强行要求专业法官会议承担过滤提请审委会讨论案件功能的做法背离了专业法官会议的民间性、智库性及咨询性特征。

三是专业法官会议的服务对象是独任法官、合议庭这两个审判组织及其法官,而不是院庭领导。审判实践中,要防范和避免将专业法官会议异化为服务院庭长领导的智库或者工具,妨害独任法官、合议庭依法独立行使审判权的问题发生。

(二) 理念检讨:专业法官会议运行机制与司法责任制改革衔接不够

专业法官会议运行机制建构必须注重与法官员额制、审判团队管理、审判权运行机制改革、司法责任制等项改革措施的关联互动,做到所确定的功能定位与司法责任制改革的核心宗旨相契合、相配合、相兼容和促进,有益于解决上述改革的目的。综合分析专业法官会议功能定位的问题困扰主要有四方面:

一是去行政化。作为专业法官会议制度产生政策依据的最高法院《审判权运行机制改革试点方案》,就是为贯彻“让审理者裁判,由裁判者负责”的司法责任制改革任务,而对审判权运行的“行政化”问题进行彻底清算后形成的,^⑬不仅强调审判放权和还权,更强调将院庭长编入固定合议庭,履行法官职责“直接行权”。而专业法官会议制度的多元功能定位中,许多功能仍然突显行政化的思维模式。

二是让审理者裁判、由裁判者负责。对于本轮司法责任制改革“是对审判权力运行体系的重塑”^⑭的认识偏差,在专业法官会议的功能定位中未能突显服务、支持和配合独任法官、合议庭依法独立行使审判权的核心职能。

三是法官员额制及审判团队扁平化管理。对于法官员额制改革以及后员额制改革

^⑫ 参见最高法院《地方各级人民法院及专门人民法院院长、副院长引咎辞职规定(试行)》《加强人民法院审判管理工作的若干意见》《人民法院合议庭工作的若干规定》《进一步加强刑事审判工作的决定》等。

^⑬ 蒋惠岭:《建立符合司法规律的新型审判权运行机制》,载《法制资讯》2014年第4期。

^⑭ 胡仕浩:《论人民法院“全面推开司法责任制改革”的几个问题》,载《法律适用》2016年第11期。

时期审判团队扁平化管理、弱化院庭长特别是庭长行政管理职能的改革趋势重视不足，在专业法官会议成员的选择上过分偏重院庭领导，造成部分未“入额”院庭长成为专业法官会议成员，而“入额”骨干法官、审判团队负责人却未能进入专业法官会议。

四是明晰审判组织权限和审判人员职责。在专业法官会议功能定位中过度给审委会以及院庭长背书，将专业法官会议作为提请审判委员会讨论案件的前置性过滤程序，并给院庭长插手介入其不直接参与审理的案件预留特别通道。

（三）方法检讨：专业法官会议运行机制背离审判“去行政化”初衷

专业法官会议作为审判权运行机制改革的子系统，制度设计的主要目标之一就是破解长期以来审判权运行“行政化”积弊，“化解法院内部行政化倾向严重的问题，构建专业法官会议功能的基本价值理念，就是“尊重司法规律性，祛除司法行政化”。^⑮而审判“行政化”大体包括两层含义：“一是法院裁判的形成需要经历内部层次审批，亦即实行院长、庭长以及审委会审批决定案件制度；二是在案件的层层审批中，实际存在着下级服从上级的关系”。^⑯专业法官会议制度的基本价值功能，就是立足破除院长、庭长以及审委会层层审批决定案件制度，消除法院内部下级服从上级的行政化制度模式。样本法院专业法官会议制度实践功能的种种困扰，均不同程度背离了“去行政化”的理念宗旨以及专业法官会议制度的设计初衷。

1.专业法官会议的组织形式，存在以行政化方式解决审判“去行政化”问题。首先，专业法官会议成员中担任行政领导职务的院长、副院长、庭长、副庭长占了绝大多数比例，专业法官会议成员的编制普遍较小，非领导的普通法官成员名额少，导致优秀专业法官被排挤在外；担任行政领导职务的院庭长成员过多，造成专业法官会议运行中的行政化、官僚化倾向严重，使得专业法官会议变成了“院庭长俱乐部”。^⑰其次，审委会委员全部加入专业法官会议，形成专业法官会议成员与审委会成员的高度同质化以及专业法官会议成员发言程序与审委会讨论模式的同质化，专业法官会议的咨询意见易对法官、合议庭裁判案件形成强制力。第三，院庭长成员行政综合事务繁多，导致召集会议难度大，会议效率低。

2.专业法官会议运行中科层化申请讨论模式，固化了其作为院、庭长行使审判管理监督权平台的行政化功能。院庭长的审判管理监督权体现为对独任法官、合议庭审理案件的把关权和对裁判文书审核签发权，案件把关权进一步表现为对案件审理和裁判的过程控制权，对裁判文书审核签发权实质上是对独任法官、合议庭裁判的结果控制权。司法责任制改革强调院庭长“还权于法官、还权于合议庭”，目的就在于严防院庭长的审

^⑮ 张建伟：《尊重司法规律性，祛除司法行政化》，载《人民法院报》2017年7月14日。

^⑯ 顾培东：《再论人民法院审判权运行机制的构建》，载《中国法学》2014年第5期。

^⑰ 前引⑯。



判管理监督权以直接或间接方式不当介入、渗透、影响独任法官、合议庭依法独立行使审判权。专业法官会议的制度设计就在于进一步固化司法责任制改革成果，以制度化方式隔离院庭长审判管理监督权对于独任法官、合议庭审判权的不当干预。而专业法官会议制度规定由主审法官、合议庭审判长向院庭长提请召开专家咨询会议，由院庭长酌定是否启动咨询程序，并由院庭长主持和总结的会议组织形式，使院庭长的审判管理监督权再次登堂入室，“为领导变相干预案件提供了后门”。^⑮专业法官会议运行遵循科层式管理模式，申请上会讨论需经层级审批，无法及时有效回应法官审判的现实性需求。直接导致无法发挥其最大的功能价值。这种由院庭长担任专业法官会议召集、启动和主持人的制度设计，实质上将启动专业法官会议的钥匙仅仅交给院庭长一人，真正需要专业法官会议提供咨询的独任法官及合议庭却不掌握会议程序的启动权，不但使专业法官会议异化为院、庭长行使审判管理监督权的平台，也使得该项制度服务于独任法官及合议庭依法独立行使审判权的功能被架空，造成制度“空转”，也导致专业法官会议制度流于形式。申请上会讨论审批程序的繁琐与障碍，使得法官不愿自找麻烦寻求上会讨论，故导致一方面会议难以启动，另一方面法官不愿提交会议讨论与参加会议研究。

3. 法院党组会、审委会主导制定专业法官会议制度的行政化模式，导致该项制度人员组织形式未能全面吸纳法官意愿。法院党组会、审委会主导专业法官会议制度制定的行政模式，在该项制度的人员组成、运行程序、讨论内容及工作规则等内容设计中更多考虑了该项制度的服务审判委员会职能、助力院庭长行使审判管理监督权职能，而对于诸如陕西黄陵法院、^⑯珠海横琴法院试行法官会议制度经验、^⑰我国台湾地区大法官会议制度做法，^⑱这些法官期望由专业法官会议讨论决定的案件分配、法官工作量、破除法官分庭模式等问题却并未考虑或吸纳。

三、进路探析：重构专业法官会议运行机制路径思考

（一）校准定位：专业法官会议运行机制必须立足服务功能

1. 功能定位。专业法官会议运行机制作为法院内部一项保障法官及合议庭依法独立公正行使审判权，服务审判权规范运行的组织机构及运行制度，根据其组织成员的

^⑮ 李春燕：《基层法院专业法官会议机制的反思与重构——基于基层法院的视角》，载《三峡审判》2017年第1期。

^⑯ 黄陵法院在改革试点中创设法官会议和破除法官分庭模式，法官会议讨论决定案件分配方式和法官工作量。参见雷钧：《黄陵模式：中国法官制改革初探》，法律出版社2013年版，第304-306页。

^⑰ 横琴法院试行法官会议模式类似黄陵法院，由法官会议讨论决定案件分配方式和法官工作量。

^⑱ 我国台湾地区法院组织法规定，案件分配等司法实务分配通过法官会议决议，以法官自治方式分配审判事务。参见龙飞：《台湾地区法院审判权运行模式》，载《法制资讯》2013年第9期。

法官性、发起运行的民间性、服务方式的咨询性、服务内容的智库性、组织管理的自律性等特点，笔者认为，对其功能应当定位为“法院新型审判智库”，它只履行为法官及合议庭提供案件审判咨询意见、协调统一裁判尺度的法院智库功能，除此之外，专业法官会议不具有任何外溢功能。亦即：专业法官会议不是“第二审委会”，不应承担审判委员会的组织职能，也不承担为审委会拟讨论案件过滤分流的功能；专业法官会议不是审判监督管理机构，不是院庭长行使审判管理监督权的抓手，不承担支持院庭长行使审判管理监督权的平台功能；专业法官会议不承担服务院、庭长的职能，其与院庭长、合议庭、审委会没有任何隶属关系，也不向它们负责；专业法官会议也不承担培养年轻法官的职能。

2. 职能范围。“在一个组织中，即使组成的人力资源因素是一样的，但采用不同的组织结构，其组织效力的发挥会大不相同。”^②专业法官会议作为法院新型审判智库和审判业务法律研讨机构，它所履行为法官及合议庭提供案件审判咨询意见功能包括：根据法官及合议庭审判长提请，就个案以及类案的事实认定难点、证据认定以及法律适用问题进行研讨，提出咨询意见；根据法官及合议庭审判长提请，就类案统一裁判尺度问题进行研讨，提出咨询意见；根据全体专业法官意见，就案件的分配，法官及合议庭承办案件数量、审判实务分配等进行研讨，提出咨询意见；根据全体专业法官意见，制定及修改专业法官会议制度及运行规则。

（二）重构专业法官会议运行机制进路探析

基于对专业法官会议是“法院新型审判智库”的功能厘定以及确保专业法官会议履行好智库职能的考量，专业法官会议运行机制在发展中应着重抓好以下五方面程序完善工作。

1. 厘定专业法官会议成员范围。厘定专业法官会议成员应当结合法官额制改革成果、对专业法官会议的概念重新界定为：专业法官会议是某一审判业务领域的法官会议，而非仅仅是由资深法官、专家型法官等精英法官组成，更不是主要由院庭长组成的专业法官会议。专业法官会议应当是一个组织开放，主体多元的形式，成员不必拘泥于庭室、条线，也不必拘泥于职务等级。^③建议借鉴最高法院第一、第二巡回法庭的经验做法，^④对现有专业法官会议成员规模进一步扩张，规定原则上某一审判业务领域的入额法官均有资格成为专业法官会议成员。

2. 改革会议组织程序及方式。要坚决坚持审判“去行政化”的理念思维，全面摒弃以往必须由院、庭长等行政领导作为专业法官会议的启动者、召集者和主持人的错

^② 余昌国：《人力资源开发的10大原理》，载《人力资源开发》2004年第11期。

^③ 马渊杰：《坚持司法责任制下放权与控权的统一》，载《人民法院报》2016年12月7日。

^④ 最高法第一、第二巡回法庭通过全体法官会议讨论案件，相当于国外全体法官会议。



误做法。建立由专业法官和院长、副院长双启动的会议启动模式。(1) 有限度底保留院长、副院长作为专业法官会议启动者和召集人职能。院长、副院长作为专业法官会议启动者和召集人的优势在于：院长、副院长在组织专业法官会议方面具有权威性、在组织跨部门专业法官会议方面以及组织研究统一类型化案件裁判尺度、拟定裁判规则等方面具有普通员额法官所不具备的协调力、审判力、组织力和执行力。(2) 改革完善专业法官会议秘书处职能。规定由专业法官会议中法官等级最低的法官担任秘书长，负责专业法官会议日常工作、编制会议议程及议题、召集和组织会议、担任会议主持人。(3) 专业法官会议议程的启动。宜坚持依法官提请自动启动方式，具体做法是：法官提出议题讨论申请后，由秘书处将具体申请案顺序登记于专业法官会议申请咨询登记簿，明确规定登记簿登记的申请事项达到特定数量后即由秘书长启动会议召集程序，编制会议议程及议题；(4) 确定召开专业法官会议最低人数制度。规定参加专业法官会议成员达到最低人数规定后即可召开会议。(5) 法官申请讨论事项过滤程序。采取会议过滤机制，规定专业法官会议成员三分之二以上认为法官申请事项无需讨论的，则不再作为讨论议题。

3. 完善议事规则。(1) 申请讨论事项的汇报。提倡法官提前明确归纳拟讨论议题的事实认定或法律适用争点问题，在提交申请时一并提交秘书处登记。法官汇报采取口头汇报争议焦点的便捷方式进行。(2) 发言顺序。借鉴台湾地区法院组织法中大法官会议由法官等级低者先发言的做法，明确规定专业法官会议成员发言遵循法官等级低者先发言、法官等级高者后发言，摒弃按照行政等级高低确定发言顺序的做法。(3) 制定会议讨论规则。建议采取逐人发言制度，原则上一轮讨论，可以向汇报法官发言但相互不辩论，疑难问题两轮讨论。(4) 讨论议题的总结。明确规定专业法官会议由秘书长主持并就议题讨论情况进行总结，出具书面咨询意见报告。坚决摒弃由院、庭长总结议题讨论情况的做法。

4. 建立会议成员参加会议考核机制。会议秘书处应记录每次会议参加会议成员，建立经常不参加会议成员退出机制，特别要注重考核院庭长的成员的参加会议情况，防止作为院庭长的专业法官会议成员因丧失审判管理监督权、优先发言权等特别权利而怠于参加会议，行使咨询顾问职能问题发生。

5. 建立专业法官会议讨论咨询议题动态跟踪机制。总结会议所提咨询意见的采纳情况、咨询意见的正确度等，提高咨询的科学化、规范化程度和可采纳度。

专业法官会议运行机制目前仍处于改革探索阶段，在功能定位的探索无疑尚不成熟。但改革没有完成时，对专业法官会议运行机制的精准定位，以保障这项新制度能够更好服务司法责任制改革目标实现，还有更多路径需要探索。

(责任编辑：王文斌)

贩卖毒品罪类案证明标准研究

山东省高级人民法院刑一庭课题组*

内容摘要 刑事案件的证明标准是明确的，是每个认定被告人有罪的案件都必须达到的。类案证明标准研究旨在通过实证分析，对一类案件的证据形态及证据体系进行研究，充分贯彻证据裁判原则，推动裁判标准的规范化。在对贩卖毒品罪的类案研究中，课题组一方面通过对样本文书数据的挖掘和分析，归纳贩卖毒品罪类案的证据形态和证据特点，另一方面通过正反结合，着重分析无罪判决的证据矛盾和证据问题，总结司法经验，提炼证据规则，将抽象的证明标准具体化，增强可操作性，以期为法官审查、运用证据认定案件事实提供规范指引。

关键词 贩卖毒品 类案 证明标准 证据体系 印证

中图分类号: DF713 **文献标识码**: A **文章编号**: 1674-3156 (2018) 06-149-160

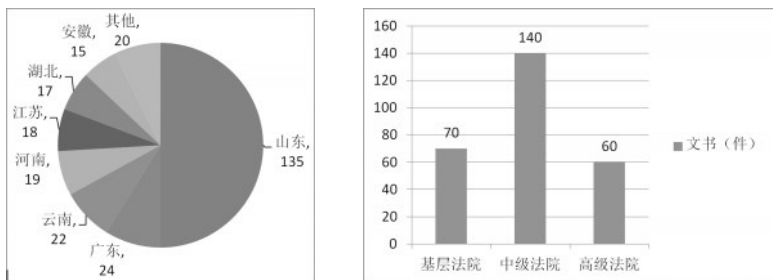
证明标准是指运用证据证明案件事实应当达到的程度。案件事实清楚，证据确实、充分是我国刑事诉讼中长期坚持的基本证明标准。同时，司法实践中逐渐形成了一些经验性的共识，如孤证不能定案、证据之间相互印证，形成完整的证据链等。2012年修正的刑事诉讼法及相关司法解释对“证据确实、充分”的具体内容进行了明确，既从客观上对定案证据规定了量和质的要求，又引入了“排除合理怀疑”标准，从而明确了裁判者主观上应达到的内心确认程度。尽管贩卖毒品案件具有证据种类相对较少、言词证据比重较大等特点，但认定案件事实的证明标准同样是“事实清楚，证据确实、充分”，而如何在具体案件中运用这一标准，则是我们将要展开的课题。围绕这一课题，我们从中国裁判文书网随机选取了省内外贩卖毒品案件裁判文书共270份作为分析样本，其中无罪判决17份，共涉及贩卖毒品行为533起。通过对样本文书呈现的证据情况进行统计分析，一方面探索构建贩卖毒品案件常见的证据体系，另一方面总结贩卖毒品案件可能的“合理怀疑”，以期对审判实践中贩卖毒品案件的证据审查运用及

*课题组成员：谢萍、蒋海年、李仲轲、冯艳楠、杨军。

课题执笔人：冯艳楠。



事实认定提供有益参考。样本文书的构成如下图：



一、贩卖毒品罪类案证据类型及特点

刑事案件的证明标准是明确的，而以何种方式评价证据、认定事实，从而判断是否达到证明标准，在历史上先后有神意证明方式、法定证明模式和自由心证方式。自由心证是当前各国普遍采用的证明方式，但受审判制度、证据制度等因素影响，各国采用自由心证原则的具体方式是有区别的。^①有学者将我国刑事诉讼的证明模式概括为印证证明模式^②，强调证据之间相互支持，形成完整的证据体系。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第四章多处规定“印证”一词^③，从规范层面肯定了印证证明模式的合理性。在客观上，印证证明模式追求证据的全面性，即强调待证事实尤其是犯罪构成要件事实的诸方面都需要有客观化的证据证明，因而要求证据内容广泛化、体系化和证据数量最大化。^④但在司法实践中，有些案件据以定案的证据间的“印证”关系是十分粗糙和机械的，不能有效防止事实认定错误问题。这一问题在贩卖毒品案件中表现得较为突出。课题组通过分析样本裁判文书，梳理和总结实践中贩卖毒品案件的证据情况，确立更为精细化的证据审查认定规范以及更稳定的证据体系，以克服个案证明程度和证明过程的模糊化、主观化倾向。

（一）贩卖毒品罪类案主要证据类型

在梳理贩卖毒品案件的主要证据前，首先要明确其证明对象。证明对象既是证明的出发点，也是证明的归宿，^⑤限定证据收集、审查、认证的范围。在贩卖毒品案件

① 龙宗智：《证据法的理念、制度与方法》，法律出版社，2008年版，第191页。

② 龙宗智：《印证与自由心证——我国刑事诉讼的证明模式》，载《法学研究》2004年第2期。

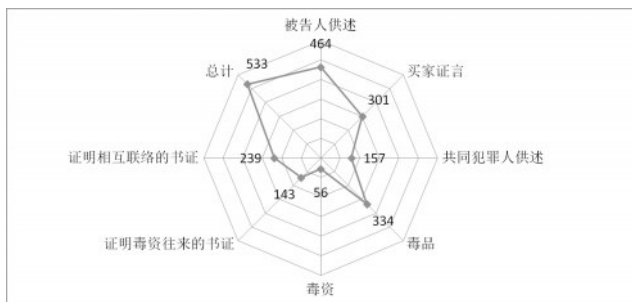
③ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》中“印证”一词在7个条文中出现了10次，分别是第74条、第78条、第80条、第83条、第105条、第106条、第109条。

④ 左卫民：《“印证”证明模式反思与重塑：基于中国刑事错案的反思》，载《中国法学》2016年第1期。

⑤ 刘广三：《刑事证据法学（第二版）》，中国人民大学出版社，2015年1月版，第240页。

中，应当运用证据证明的案件事实包括：1. 犯罪主体的身份、刑事责任能力和接受审判能力；2. 是否有贩卖毒品的主观故意；3. 客观上是否实施了贩卖毒品的行为；4. 在共同犯罪中的地位、作用；5. 相关量刑情节，包括是否构成累犯、毒品再犯，是否构成自首、坦白、立功等；6. 与定罪量刑有关的其他事实。

为了解审判实践中毒品犯罪案件的证据情况，我们对样本文书的证据进行了分析，发现，贩卖毒品案件的证据主要包括^⑥：1. 证人证言，包括毒品买家（主要是吸毒人员）的证言、目击证人或其他了解案件情况的人的证言；2. 现场勘验、检查笔录、搜查笔录、扣押物品清单、提取、称量笔录、辨认笔录等；3. 鉴定意见、检验报告，包括毒品成分、含量鉴定，笔迹、指纹、生物检材鉴定，是否吸毒的检验报告等；4. 物证及照片，包括毒品、毒资、吸毒工具、通讯工具、交通工具、毒品包装物上的指纹等；5. 书证，包括：（1）证明被告人身份的的证据，如户籍证明、居民身份证等；（2）证明案件发生及被告人到案情况的证据，如立案决定书、受案登记表、抓获经过等；（3）证明毒资往来的证据，如转账记录、交易明细等；（4）证明毒品运输的证据，如邮寄单、托运单等；（5）证明涉毒人员行踪的证据，如车票、机票、住宿登记等；（6）证明涉毒人员相互联络的证据，如手机通话记录、短信、网络聊天记录等；6. 视听资料，包括通话录音、交通运输卡口录像、银行存取款录像、住所监控录像等；7. 电子数据，包括被告人在网络平台上发布的信息，网络聊天记录等电子文件；8. 被告人供述与辩解，包括共同犯罪人的供述、贩卖毒品上、下家的供述等。在样本文书涉及的533起犯罪中的呈现如下图：



（二）贩卖毒品罪类案证据特点

对样本文书的分析发现，贩卖毒品案件中主要证据具有以下特点：

第一，言词证据所占比重较大，但稳定性较差。在毒品犯罪案件中，准确性、有效区分贩卖、运输和非法持有毒品在很大程度上依赖于言词证据。言词证据中，除现场抓

获的外，作为买家的吸毒人员的证言通常难以准确证明贩卖毒品的时间和数量，被告人供述更存在避重就轻、来回反复甚至翻供的现象。在样本文书涉及的533起贩卖毒品事实中，被告人予以供认的464起，翻供的52人，翻供比例11.2%。翻供理由主要有：1. 主观上不明知其贩卖的是毒品；2. 只是代购代买，没有获利；3. 双方存在债务

^⑥ 关于毒品犯罪案件的证据类型及证据的审查判断可以参见《山东省高级人民法院关于毒品犯罪案件证据审查认定的指导意见》。



关系，对方支付的是欠款；4.对共同犯罪人的行为不知情，未参与共同贩毒行为。5.侦查机关对其刑讯逼供。

第二，物证、书证等间接证据与案件事实的关联性易受质疑。在样本文书334起查获毒品实物的犯罪中，仅46起是在交易现场查获，占13.77%，有57起仅在被告人身上查获少量毒品，另有122起系在被告人住处、车辆查获毒品。对于在住处、车辆查获的毒品，需证明系被告人所有或为被告人所实际控制，以确定与案件的关联性。同时，由于贩毒人员反侦查能力不断提高，尤其是毒品再犯人员作案手法更为隐蔽，通常采用隐瞒真实身份，使用假名、绰号进行交易，借用他人银行卡收转毒资，持有多个移动电话，使用不记名电话卡，多个卡号不定期更换等手段，使证明涉毒人员相互联络、毒资往来的书证，例如通话记录、聊天记录、账户交易明细等，存在多种辩解可能。

第三，被告人及其辩护人提出非法证据排除的较多。有研究表明，在所有提出非法证据排除申请的案件涉及的罪名中，走私、贩卖、运输、制造毒品罪排在第一位，约占18%^⑦。公安机关刑讯逼供也是被告人翻供的重要理由。

第四，线人、特情类证人证言运用较为突出。最高人民法院印发的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》（大连会议纪要）明确指出：“运用特情侦破毒品案件，是依法打击毒品犯罪的有效手段。”在中国裁判文书网上检索裁判日期为2018年6月的走私、贩卖、运输、制造毒品罪案件共690件，其中涉及特情的19件，占2.75%。^⑧出于保护特情人员人身安全的需要，公安机关大多会采用隐蔽作证方式，在特情人员的证言中隐去其身份和基本情况，且不安排其出庭作证，给这些证据的质证和采信带来困难。同时，公安机关掌握的所谓“线人”大多是吸毒人员，游走在违法犯罪的边缘，公安机关在管理上无法实现无缝隙的有效约束，对“线人”参与贩卖毒品行为而不予上报的案件，一方面应当追究其刑事责任，另一方面由于其身份的特殊性，使其主观故意的证明存在一定的困难。

二、贩卖毒品罪类案证据体系

（一）贩卖毒品案件证据体系的平面展示

证据以其承载的信息成为认定案件事实的依据，是证据载体与证据信息的统一。

^⑦ 北京华宇元典研究团队对2013年至2016年间全国范围内以“非法证据”为理由提出证据排除申请的一、二审裁判文书近5000份进行分析，确认真正涉及非法证据排除的为4507份，在涉及罪名方面，排名前8位的分别为走私、贩卖、运输、制造毒品罪，受贿罪，盗窃罪，诈骗罪，故意伤害罪，抢劫罪，贪污罪，寻衅滋事罪，非法持有毒品罪，合同诈骗罪。

^⑧ 检索日期2018年7月4日。

在证据的审查和运用中，应当避免两种倾向，一种是试图规定单个证据的证明力，在个案中以“分解——累加”的方法判断案件证明程度的法定证据制度倾向；一种是只强调证据的整体协调性，忽视对单个证据的审查判断的极端整体主义倾向。有学者指出，每一个证据的价值都完全取决于它与其他证据的关联^⑨，对证据的单线罗列不能有效揭示案件事实的证明过程和证明程度，证据之间纵横交织的网络链条结构能更有效地呈现出证据与案件事实的关系。通过对样本文书的分析，我们尝试搭建出贩卖毒品案件的证据体系，如下图。

这是较为理想的证据状态，在司法实践中，个案的主要证据体系通常只是它的子集，例如：以“被告人供述+买家证言+交易现场查获的毒品、毒资+毒品成分、含量的鉴定意见”或“被告人供述+买家证言+证明毒资往来的书证+证明相互联络的书证”等为主要证据定案。下表展示了样本文书认定被告人有罪的主要证据情况，考虑到样本文书选取的局限性，该表仅在一定程度上反映了司法实践中贩卖毒品案件的证据情况，具有有限的参考价值。但可以看出，“被告人供述+买家证言或供述+被告人身上、住处等提取的毒品+毒品成分、含量鉴定意见+证明相互联络的书证”的证据组合是样本文书中出现最多的一种。

即使结构相同的证据体系，其稳定性也可能大不相同，这是由证据之间相互支撑



或者相互印证的程度决定的。两个相互支撑的证据所产生的正向效应大于两者的简单叠加^⑩，可能大幅提升法官的内心确信程度。在贩卖毒品案件的常见证据体系中，被告人供述的作用举足轻重，有无被告人有罪供述影响着案件的审查重点。对被告人作出有罪供述的案件，根据其供述

的稳定性，分为被告人供述多变和稳定供述两种情况。被告人供述较为稳定的案件，在构建证据体系时，一方面审查供述与其他直接言词证据的一致性，一方面运用通话记录、银行交易记录、车票、物流单据等间接证据对其进行验证，从而构建起完整的证据体系。被告人供述多变包括先供后翻、先否认后承认，或者时供时翻等多种情况。在审查时，首先要将多次口供联系起来审查，然后与其他证据结合进行认定。对被告人始终不承认犯罪事实的案件，可以通过其他直接证据与间接证据相互印证认定案件

⑨ 栗峥：《证据链与结构主义》，载《中国法学》2017年第2期。

⑩ 栗峥：《证据链与结构主义》，载《中国法学》2017年第2期。



事实，包括买家的证言或供述、共同犯罪人的供述等。但对于幕后指使型的被告人，即使有受指使的共同犯罪人的供述，也可能因与间接证据的印证不充分而无法认定犯

主要证据	比例
A+B+C+D+F	1.2%
A+C+D+F	5.4%
A+C+E+F+G+H	14.5%
A+C+E+F+G	28.4%☆
A+C+E+F	16.9%
A+C+I+G+H	0.9%
A+C+I+G	3.5%
C+E+F+G+H	1.9%
C+G+H	0.7%

罪事实。尤其是长期从事贩毒活动，拥有丰富反侦察经验的累犯、再犯，使用不记名电话卡遥控指挥毒品交易，给犯罪事实的认定带来困难。但随着手机卡实名制的推进和电话“黑卡”治理的加强，涉毒人员通讯联络证据的收集和运用将更有效。

(二) 不同类型贩卖毒品案件的主要证据体系

通过样本文书分析，根据可能形成的证据体系的不同，可以将贩卖毒品案件分为三种：现场抓获型贩卖毒品案、买卖一致型贩卖毒品案、买方证言印证型贩卖毒品案，在样本文书中所占比例分别为8.1%、73.2%、4.3%。

现场抓获型贩卖毒品案是指被告人在进行毒品交易时被当场抓获，有现场提取的毒品实物、毒资等证据的案件。贩卖毒品案件能够现场抓获的，一般包括两种情形，一种是公安机关根据吸毒人员的证言或毒品买家的供述锁定犯罪嫌疑人，实施控制下交付；一种是公安人员通过技术侦查措施或特情、群众举报等发现毒品交易线索，提前布控并将被告人当场抓获。该类案件的证据体系通常由以下证据构成：现场提取的毒品、毒资、毒品包装物、吸毒工具等物证、毒品成分及含量的鉴定意见、被告人及毒品买家是否吸毒的检验报告、毒品包装物、吸毒工具等涉毒物品上的指纹、体液、毛发等及其鉴定意见、记录抓获经过的执法录像、证实毒品交易行为的毒品买家的证言、被告人供述。控制下交付案件，毒品买家按照公安人员指示与被告人通话联系的，应当进行通话录音，通过网络联络的，应当提取网络聊天记录等证据，以实现证据体系的完整性、排他性。

买卖一致型贩卖毒品案是指被告人对贩卖毒品的事实予以供人且与毒品买家的证言或供述相一致的案件。该类案件在样本文书中占大多数，其证据体系通常由以下证据构成：被告人供述、毒品买家的证言或供述、证明毒资往来、毒品运输、被告人行踪的书证、证明交易联络情况的书证等。买卖一致型贩卖毒品案件大多无法提取到交易的全部毒品，而仅在被告人身上、住处或车辆上提取到少量毒品。当然也有部分案件是在被告人住处提取到大量毒品，同时根据买卖双方对曾经交易的供证认定其为贩

毒人员，从而将查获的毒品认定为其贩卖的毒品。^①

买方证言印证型贩卖毒品案是指被告人否认犯罪，毒品买家的证言或供述与其他证据能够相互印证的案件。该类案件的证据体系通常由以下证据构成：毒品买家的证言或供述、证明毒资往来、毒品运输、涉毒人员行踪的书证、证明交易联络情况的书证、被告人及毒品买家是否吸毒的检验报告等。除买家证言外，其他直接证据，如共同犯罪人的供述、上家的供述等也可能与其他间接证据形成证据链条，从而认定被告人贩卖毒品的事实。

当然，这种以主要证据为标准进行的分类并不能涵盖所有的案件，也无法精确体现实践中疑难案件的事实认定困境，对证据存在瑕疵，既存在相互印证的证据，又存在矛盾证据的两方角力案件，在认定上应当坚持“疑罪从无”原则，坚持“案件事实清楚，证据确实、充分”的有罪证明标准。

（三）构成要件证据与量刑证据

证据确实、充分首先要求定罪量刑的事实都有证据证明，结合贩卖毒品案件的特点，在从整体的角度论述贩卖毒品案件的主要证据体系的同时，还需要对构成要件事实中的贩卖毒品的故意以及量刑事实中的毒品数量的认定予以特别关注。

1. 贩卖毒品主观故意的认定

贩卖毒品的主观故意包含两个方面内容：第一，被告人明知其行为的对象是毒品，这种明知可以是对毒品的概括认识，不要求对毒品的具体种类、成分有明确认知；第二，被告人明知其行为是国家法律所禁止的贩卖毒品的行为，即有偿转让毒品的行为。在毒品犯罪案件中，涉嫌贩卖而运输或持有毒品，认定贩卖毒品的证据不足的，以运输毒品罪或非法持有毒品罪定罪处罚。

在实践中，对贩卖毒品主观故意的认定需要结合被告人供述、买家证言等言词证据及银行转账记录等客观证据进行。对样本文书的分析发现，与运输毒品、非法持有毒品案件不同，以贩卖毒品罪提起公诉的案件中，被告人以“不知道是毒品”作为辩解理由的相对较少。《大连会议纪要》指出：“毒品犯罪中，判断被告人对涉案毒品是否明知，不能仅凭被告人供述，而应当依据被告人实施毒品犯罪行为的过程、方式、毒品被查获时的情形等证据，结合被告人的年龄、阅历、智力等情况，进行综合分析判断”并规定了可以认定“明知”的具体情形。此外，还有一种较特殊的情形，即存在对毒品的认识错误的情形，即误将其他物品当作毒品进行贩卖的，构成贩卖毒品罪的未遂。该类案件中，被告人在得知毒品成分鉴定结果后通常翻供，对其供述的真实

^① 《武汉会议纪要》规定：“贩毒人员被抓获后，对于从其住所、车辆等处查获的毒品，一般均应认定为其贩卖的毒品。”



性应结合其他证据进行审查认定。

贩卖毒品故意的认定，存在两种特殊情形：一是为卖出而购买毒品的单起案件，证明被告人的主观故意在很大程度上需要依靠被告人的供述。例如，在张希峰运输毒品案中^⑫，公安机关通过技术侦查手段获得被告人欲进行毒品交易的线索后，在被告人运输毒品的过程将其抓获，并抓获了其上线和准备交易的下线，在下线处查获与被告人所运输毒品价值相当的大量现金，但在被告人拒不供述、下线拒不承认，没有提取到通话录音的情况下，无法认定其贩卖毒品的主观故意，只能以运输毒品罪定罪处罚。另一种是线人未经报告参与毒品交易的行为，涉及线人的规范管理问题，应当着重审查被告人供述、与线人接头的公安人员的证言、线人与公安人员之间的通话记录等证据，综合判断线人是否及时将毒品交易的情况向公安机关汇报，是否具有参与贩卖毒品的故意，有效区分帮助公安机关破获犯罪的行为和贩卖毒品的犯罪行为。

2. 贩卖毒品数量的认定

毒品数量是毒品犯罪案件量刑的重要情节。《大连会议纪要》和《武汉会议纪要》对毒品数量的认定作了较为具体的规定。在实践中，有些毒品犯罪案件，由于毒品、毒资等证据已不存在，导致审查证据和认定事实困难。该类案件遵循的基本原则是：以毒品交易双方认可或按照有利于被告人的原则认定，即审查交易双方的供述和证言，在数量上供证一致且排除诱供、逼供、串供等情形的，可以认定；供证不一致的，按照有利于被告人的原则“就低不就高”；有银行交易记录等毒资往来的书证的，贩卖毒品的数量可以根据资金往来的金额除以双方供述的最高交易价格进行计算。还有一些案件，交易数量和交易价格均不明确，无法认定毒品数量，则应当根据其他情节，依据《刑法》第三百四十七条第四款及《最高人民法院关于审理毒品犯罪案件适用法律若干问题的解释》进行处罚。例如在周传庆贩卖毒品案中，^⑬买家对毒品数量的供述模糊且无其他证据相印证，法院认定“本案未查获毒品实物，能够证明被告人周传庆贩卖冰毒数量的，只有证人王某一人证言，无其他证据证明，现无法查明毒品的数量，故以被告人贩卖毒品的次数定罪量刑”。

三、贩卖毒品罪类案证明标准

（一）印证证明模式与证明标准

刑事司法实践中长期采用的印证证明模式强调证据之间的相互验证性，注重审查各个证据证明方向是否一致，证明内容是否相符，从而判断证据之间是否能够相互印

^⑫ 青岛市中级人民法院（2015）青刑一初字第122号。

^⑬ 安徽省固镇县人民法院（2015）固刑初字第87号

证，形成完整的证据体系。尽管印证证明方法在立法和实践中均得到了认可，但学术界对它的质疑却始终存在。有学者指出，“证明标准印证化是证明标准客观化的直接要求和体现，其掩盖了事实认定过程的主观性，扭曲了印证证据分析方法与证明标准之间的关系，虚化了证明标准的制度功能，异化了实践中裁判者认定案件事实的活动”^⑭。在实践中，以证据是否相互印证，是否形成完整的证明体系作为判断证据是否确实、充分，能够认定有罪的主要依据的现象确实存在。应该厘清，证明方法和证明标准属于不同范畴，证明标准是裁判者进行案件事实认定活动应当达到的最低线，是裁判者运用证明方法对案件事实进行重现的结果。2012年的《刑事诉讼法》将“综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑”规定为“证据确实、充分”的条件之一，在我国客观化的证明标准中引入了主观因素，但由于具体案件是否已排除合理怀疑难以清晰论证，裁判者往往仍借助于证据之间是否相互印证，全案证据是否形成完整的证明体系进行判断，导致排除合理怀疑标准难以发挥作用。

同时，在刑事诉讼中是否应构建差异化的证明标准存在争议，司法解释规定，认定被告人有罪和对被告人从重处罚，应当适用证据确实、充分的证明标准^⑮，这种部分强调的规定，使一些学者认为对被告人有利事实的证明可以降低证明标准，但这一点在司法实践中并没有明显的呈现。

（二）从无罪案例看贩卖毒品案件证明标准

对样本文书的研究发现，尽管刑事诉讼法及其司法解释对证据确实、充分规定了相对明确和可操作的标准，个案的证据情况仍然千差万别。为了进一步明确“证据确实、充分”与“证据不足”的界限，我们从相反方向对无罪案例进行分析。因为相对于“排除合理怀疑”而言，“合理怀疑”是较为明确的、具体的和可掌握的；相对于“证据确实、充分”来说，“证据不足”也是有着具体衡量尺度的。^⑯在课题组收集到的17件公开的无罪案例文书中，有1起是因定性问题改判无罪^⑰，其余16件均是证据问题，其中，广东省有6件，占37.5%，没有山东省的案例。根据每个案件“证据不足”的具体情形，总结出其在案证据主要存在两种情况。

1. 直接证据不稳定，且无法得到补强

法官裁判案件应当依据理性进行，遵循逻辑法则。逻辑法则是认定证明力的基础。根据逻辑法则中的矛盾律和排中律，针对同一事实的两个相互矛盾的陈述不可能同时

^⑭ 杨波：《我国刑事证明标准印证化之批判》，载《法学》2017年第8期。

^⑮ 《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》第六十四条第二款。

^⑯ 陈瑞华：《刑事证明标准中主客观要素的关系》，载《中国法学》2014年第3期。

^⑰ 江西省高级人民法院（2015）赣刑一终字第31号刑事判决书，以原审被告人陈勇的行为属于无偿代购，不构成贩卖毒品罪为由改判其无罪。



成立，如果不能排除其中任意一个，则两种可能性都存在，两种陈述都不可以采信。^⑮前面已经提到，通常来说，贩卖毒品案件的间接证据与案件关联性较弱，没有直接证据的案件大多在审查起诉甚至审查批捕阶段即被相应处理了，另一部分则仅以非法持有毒品罪等起诉。因证据不足而认定无罪的16起案件中，除2件因被告人有罪供述被排除而没有直接证据外，其余均有被告人有罪供述、买家证言或者共同犯罪人的供述，但都不同程度存在直接证据不稳定的问题。

(1) 被告人翻供且有罪供述与证人证言存在矛盾、缺乏客观证据印证。该类案件仅有1件，即公诉机关指控被告人何某某、黄某某犯贩卖毒品罪一案^⑯。该案中，法院认定，禁毒大队接线报后，由民警假扮吸毒人员与被告人何某某、黄某某进行交易，在何某某数钱时将二人抓获。现场缴获甲基苯丙胺疑似物20.08克，经鉴定未检出常见毒品成分。主要问题是，线人的证言在线索来源问题上前后矛盾，且与被告人有罪供述相矛盾，被告人翻供称交易的是自己买的冰糖，被告人有罪供述中的上家“姓向的”身份无法核实，有罪供述与通话记录证实存在公安机关犯意引诱的合理怀疑，认定“将甲基苯丙胺疑似物误认为冰毒贩卖的证据不足”。

(2) 下家供述或买家证言无法与客观证据相互印证。贩卖毒品行为是链条式的，买家有“中间商”也就是其他贩毒人员，也有终端“消费者”即吸毒人员。由于毒品交易的隐蔽性，买家的供证是除被告人供述、共同犯罪人供述外最主要的直接证据。根据孤证不能定案的原则，在一对一的交易中，仅有买家的证言不能认定被告人有罪^⑰，客观证据不能和买家证言相互印证的，同样不能定案。样本文书中，有3起被告人不供述的案件因贩卖毒品的下家翻供、吸毒人员证言前后矛盾且无法得到客观证据印证而作出无罪判决^⑱。不能印证的情形有：短信、QQ等聊天记录用语隐晦，没有涉及毒品交易事项，包括毒品黑话，如以“猪肉”代称毒品；通话记录的时间不能和证言相吻合，或者通话记录显示的电话号码不能证实系被告人所使用；银行交易记录中账户的开户人非被告人本人，无法证实系被告人使用或掌握等。

(3) 共同犯罪人供述不能与客观证据相互印证。共同犯罪案件涉及到各被告人作用的大小、罪责的轻重，在供述中经常有相互推卸责任的现象，供述的证明力可能大打折扣，需要其他客观证据的印证。在3起被告人不供述的样本案例中，有的因共同犯罪人取保后在逃，无法对其供述进行质证，通话记录虽然能够与供述吻合，但因没

^⑮ 陈瑞华：《法律人的思维方式（第二版）》，法律出版社2011年5月版，第58页。

^⑯ 四川省宜宾市南溪区人民法院（2014）南溪刑初字第76号。

^⑰ 广东省普宁市人民法院（2015）揭普法刑重字第1号。

^⑱ 广东省深圳市福田区人民法院（2016）粤0304刑初218号，辽宁省高级人民法院（2016）辽刑终28号，广东省深圳市中级人民法院（2013）深中法刑一初字第234号。

有具体通话内容而使印证关系过于单薄，不能认定被告人有罪^②；有的因仅有两名共同犯罪人的供述，且供述的细节与通话记录显示的时间无法印证而认定被告人无罪^③；有的因共同犯罪人供述不稳定，且与通话记录、银行交易记录不相印证，结论不具有唯一性、排他性而被认定为证据不足^④。

2. 没有直接证据，间接证据不能形成完整证明体系

在没有收集到直接证据或直接证据不具有证据资格的案件中，需要根据间接证据认定案件事实。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第一百零五条规定了通过间接证据认定被告人有罪的条件，有学者将这种证明模式概括为体系模式，区别于基于直接证据的验证模式。^⑤间接证据所承载的案件信息通常是有限的，与案件主要事实仅有部分重合或交叉。尤其贩卖毒品案件具有隐蔽性的特点，间接证据大多处于相互孤立的状态，难以相互支撑，形成完整的具有排他性的证明体系，因而侦查机关非常重视直接证据的收集。同时，印证证明模式的良好运作有赖于对单个证据全面、细致的审查认定，毒品犯罪案件作为提出非法证据排除最多的案件，在证据的审查认定中更应特别关注。样本文书中，有2起案件因直接证据取证违法或瑕疵无法补正不能作为定案的根据，间接证据不能形成完整证明体系而无法认定被告人有罪。

(1) 在玉应的案^⑥中，上诉人玉应的曾作出有罪供述，但该供述形成于应当送看守所羁押而未送期间，讯问时间和地点不符合法律规定，玉应的对该份供述不予签字认可，属非法证据，二审法院依法予以排除。在案证据（证人证言）只能证实玉应的交给岩温暖（贩毒人员，在逃）两个箱子，无法证实箱子内的物品系交易毒品的毒资。二审法院依法改判玉应的无罪。

(2) 在曹阳案^⑦中，上诉人曹阳的有罪供述、线人谢某的证言因笔录填写的讯问/询问时间、讯问/询问人、记录人等有误，未得到补正或合理解释而不能作为定案的根据；化装的侦查人员关于物证毒品的查获经过的证言前后反复，且与其他证据矛盾，无法采信；毒品检验鉴定报告的鉴定意见通知书上的签名捺印非上诉人本人所为，毒品检验鉴定报告不能作为定案的根据；现场执法记录仪拍摄的视频不完整，关键部分缺失。二审法院认定在案证据没有达到证据确实、充分的要求，无法排除合理怀疑，改判曹阳无罪。

② 深圳市罗湖区人民法院（2015）深罗法刑一初字第835号。

③ 深圳市罗湖区人民法院（2013）深罗法刑一初字第877号。

④ 广东省高级人民法院（2016）粤刑终1289号。

⑤ 褚福民：《刑事证明的两种模式》，载《政法论坛》2015年第2期。

⑥ 云南省高级人民法院（2016）云刑终799号。

⑦ 山西省忻州市中级人民法院（2016）晋09刑终185号。



四、结论：证据充分与不充分的界限

通过正反两个方面的分析发现，贩卖毒品案件证据的充分性并不取决于证据的多少，而是取决于直接证据的稳定性以及直接证据与间接证据之间的一致性。在证明被告人有罪方面，间接证据作用有限，但相反的间接证据可能拥有完全瓦解已经建立的有罪证据体系的力量。同时，对单个证据的审查、认定是运用印证关系构建证据体系的前提。

第一，单个证据的审查、认定要求裁判者坚持中立的立场，对控方提供的证据保持适度怀疑，充分听取辩方的质证意见、重视辩方提供的相反证据，通过保障辩方的庭审参与权增强庭审的实效性，多角度、全面审查证据的合法性与真实性。例如，证明涉毒人员相互联络的短信、网络聊天记录等书证或电子数据记载的内容所表述的含义应当清楚，内容过于简单或含义无法分辨，只能由其制作者或持有者知道其具体内容的，通过制作者或持有人的证言或供述能够与案件事实建立关联性的，可以作为定案的根据；因含糊不清不能明确其含义的，不能作为定案的根据。证明主要犯罪事实的传闻证据，应当由证人说明其来源，并进行查证核实，不能查实或有内容相矛盾的其他证据存在的，不能作为定案的根据。

第二，以细致、严谨的态度审查证据之间的印证关系。对言词证据的审查除按照“共同一致”原则进行外，还应关注证据之间的矛盾及产生矛盾的原因。尤其在排除非法证据的案件中，应当避免仅仅形式上排除非法证据，而仍然在内心将其与其他事实和证据相互印证，从而在实质上降低了案件的证明标准。对只有两名同案被告人的供述，无其他证据相印证的案件，认定案件事实除审查供述的自愿性、一致性外，还应当综合考察多起犯罪在作案方式等细节上的相似性，慎重判断。对特情介入侦破的案件，应当审查是否有证据证明行为人已准备实施大宗毒品犯罪、已持毒待售，或准备实施毒品犯罪，侦查机关进而采取特情贴靠、接洽而破获案件，从而排除犯意引诱的可能。对案发明显异常，有关机关拒不提供相关材料，导致不能排除合理怀疑的，应当作有利于被告人的处理。

第三，证明“合理怀疑”的证据只需达到“存在”的标准即可。从理论上准确界定“合理”是困难的，但可以明确的是合理怀疑应当是基于证据、符合逻辑的。例如，被告人供述称自己是受公安人员指使，为帮助公安机关破获犯罪而居间介绍贩卖毒品，并提供了证据线索，同时有证据证实案发后被告人在当地正常生活，直到二年后被公安机关逮捕。这足以产生合理怀疑，控方应当有充分的证据排除此种怀疑。

综上所述，法官评价证据和认定事实是一个在个体和整体之间来回反复的过程。对单个证据的审查，尤其是对不稳定的言词证据的审查常常需要综合其他证据进行，而构建完整的证明体系则以单个证据的合法性、真实性审查为基础，最终实现全案证据的体系性、协调性、排他性

故意杀人罪类案证明标准研究

山东省高级人民法院刑四庭课题组*

内容摘要 凡案件事实都需要证据予以证实，凡是证明案件事实的证据都需要满足质与量的特定要求，这个要求就是证明标准。不同的犯罪有不同的案件事实，也就要求有不同的证明标准。课题组立足故意杀人案件的事实和证据特征，对530例生效判决进行深入分析，总结归纳出故意杀人案件的事实内容，逐一厘清每项事实需要的证据，在此基础上就犯罪事实特别是基本犯罪事实证据标准的运用展开研究，归纳形成故意杀人罪证明标准的参照图表及图谱，以利于指导实践。

关键词 故意杀人 证明标准 证据体系

中图分类号: DF713 **文献标识码**: A **文章编号**: 1674-3156 (2018) 06-161-173

一、故意杀人案件证据审查认定现状及问题分析

(一) 故意杀人案件审判基本态势

刑法修订以来，中央及“两高两部”围绕防范冤错案件、排除非法证据、规范电子证据取证、完善鉴定机构和鉴定标准等下发了一系列指导性文件，使刑事证据制度更趋规范、严格、完备。适应这一变化，侦诉机关着力强化证据裁判意识，着力提升规范执法水平，案件证据质量水平实现稳步提升。但是与推进以审判为中心的诉讼制度改革要求相适应，与日益严格的证据裁判要求相比较，侦诉机关取证和人民法院证据裁判水平仍存在一定差距，有待进一步提升。以我省为例，2017年全省检察机关以事实不清、证据不足退回补充侦查案件1.1万次，^①全省法院二审（复核）、再审分别发回重审案件513件、17件，发回重审比率分别为7.7%、7.0%，其中包括一定比例的事实证据问题。相较其他类型案件，我省故意杀人案件侦查起诉证据质量总体较高，无罪判决数量和检察机关撤诉数量自2010年以来累计分别为1件、18件（见图1），维持显著较低水平，其中，2017年审结故意杀人案件无罪判决比率、撤诉比率和二审

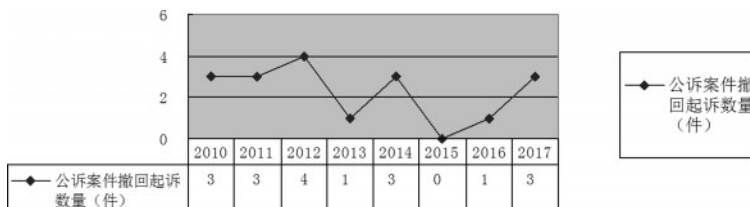
*课题组成员：吴靖、刘振会、王勇，课题执笔人：王勇。

① 参见《2018年山东省检察院工作报告》。



(复核)发回重审比率分别为0、0.48%和1.9%，均低于全部刑事案件0.46%、0.69%和7.0%的比率。但由于该类案件多系死刑案件，审理程序复杂、证据要求严格，因而审判阶段补充侦查、补充证据，调查核实、补正证据等现象较为多发。^②故意杀人案件证据要求高、社会影响大，是防范冤假错案“防线”中最为重要的环节。完善故意杀人案件类案证明标准，对完善其他类型刑事案件证明标准，进而提升整个人民法院刑事审判工作水平，发挥重要引领和导向作用。

图1：全省法院一审故意杀人案件撤诉案件数量（件）



（二）故意杀人案件证据适用现状

为突出本次调研的实证研究导向，课题组以近年来我省审结生效的280件及外省审结

250件故意杀人案件作为研究样本，并选取了呼格吉勒图案、聂树斌案、念斌案、陈满案等32件无罪案件以及虽然认定有罪但经二审发回重审案件41件为研究对象，从证据类型和证据适用现状方面着手开展研究，为探究证明标准奠定实证基础。

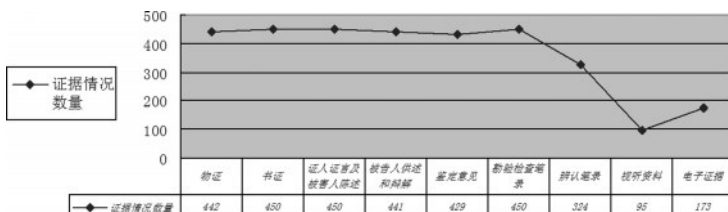
1.故意杀人案件主要证据类型。上述样本案例中，人民法院据以认定案件事实的证据共计九千余项。按照刑事诉讼法的证据种类分类，主要包括以下证据形式（见图2）：（1）被害人陈述；（2）证人证言；（3）现场勘验、检查、搜查、提取、称量、辨认等笔录；（4）鉴定意见，包括法医学尸体检验鉴定书、生物物证鉴定书、毒物物证鉴定书、司法精神病医学鉴定、指纹掌纹声纹鉴定、枪弹痕迹鉴定等；（5）物证及照片，包括：①指纹、掌纹、工具痕迹、枪弹痕迹、车辆痕迹等痕迹物证；②血液（痕）、毛发、皮屑等人体组织、人体分泌物和排泄物、人体器官组织脱落细胞等生物物证；③刀具、棍棒、枪弹、毒品等物品物证；④泥沙、油漆片、金属残屑、玻璃碎屑、黏合剂、投放危险物质的残留物等微量物证等；（6）书证，包括：①证明被告人身份的户籍证明、居民身份证等证据；②证明案件发生及被告人到案情况的立案决定书、受案登记表、抓获经过等证据；③证明强制措施、侦查措施合法性的传唤证、拘留证、提请批准逮捕书等证据；④证明被告人行踪的车票、机票、住宿登记等证据；⑤证明被告人与被害人相互联络的手机通话记录、短信、网络聊天记录等证据；⑥证明扣押物品的扣押物品清单；（7）视听资料，包括记录被告人与被害人发生冲突、进出犯罪现

^② 根据抽样统计，故意杀人案件在检察院公诉、法院审理中存在补充侦查、补充证据、调查核实、补正证据等情况的约占案件总量的80%以上。

场、行凶杀人等事实的音视频资料；(8) 电子数据，包括被告人流露犯罪意图、联络被害人的网络聊天记录等电子文件；(9) 被告人供述与辩解，包括共同犯罪人的供述和辩解意见等。

2. 故意杀人案件各类证据适用情况（见图2）。

图2：故意杀人案件各类证据适用情况（件）



未经发回重审生效的450件案件中，书证作为证据的适用比例达100%，但其中大多数系由侦查机关出具证明办案经过、

取证合法性、被告人（被害人）身份的证据，^③ 而因案件发生自然产生，以其客观记载的内容证明案件事实的书证，如信件、遗书、购物凭证等书证适用比率仅为31.2%，总体比率不高。

物证作为证据的适用率是98.3%。其中，作案工具的适用情况为87.1%，在未适用作案工具为物证的58件案件中，26件案件是犯罪人徒手将被害人杀死；另外32件案件中，没找到作案工具或未作出说明。血迹、精斑、指纹等生物证据的适用率均为87.7%，未附有生物物证的55件案件中，23件案件系侦查机关未提取到生物物证，而其余32件案件系侦查机关未提取或未作出说明。

勘验、检查笔录和辨认笔录作为证据适用情况差异较大。勘验、检查笔录的适用达到100%，而辨认（指认）笔录的适用有72%。126件辨认（指认）案件中，辨认对象为物证、犯罪现场、被告人、被害人的分别为98件，55件、32件、8件。对具有尸体和被害人的案件，检查笔录的适用率达100%。

鉴定意见的适用率95.3%，鉴定对象包括尸体、物证、精神病鉴定、电子证据、诉讼行为能力鉴定等。另外还有38.5%的案件适用了电子数据，21%的案件适用了视听资料。

450件定罪案件中，将犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解与作为证据适用的比率为98%，未予适用的9件案件被告人均未作有罪供述，另有58件案件存在翻供情况。证人证言作为证据的适用比率为100%，其中存在目击证人证言的适用比率为57.7%。

^③ 对证明办案合法性的证明材料以及通讯记录、网上聊天记录的书面形式是否属于书证，实践中存在较大分歧，我们认为，鉴于刑事诉讼法仅规定了八种证据类型，不宜另行规定证据种类，而证明取证合法性的证明材料虽然系案后产生，但系以其内容证明案件事实，可归入书证类型；手机通讯记录、网上聊天记录原始载体均为电子数据，相关书面形式系电子数据的复制件，宜归入电子证据。



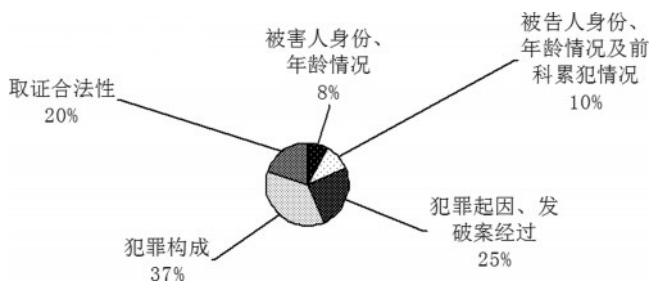
总体而言，相较其他类型案件，故意杀人案件证据种类较为全面，但仍存在两方面欠缺：一是重直接证据轻辅助证据。如，过分倚重DNA鉴定意见使用，忽视指纹、痕迹提取鉴定、辨认等传统、辅助侦查手段运用，导致一旦DNA鉴定意见被否认，缺乏其他客观性证据证实案件事实。二是重视对犯罪客观行为的证明而轻视对主观故意的证明。日记、书信、聊天记录等书证、电子证据在反映被告人作案前后心理活动，进而证实被告人的主观故意方面具有无可替代的作用，但目前相关证据运用存在不足。

(三) 故意杀人案件证据问题分析

为全面查找当前故意杀人案件移送起诉证据在证明标准符合性方面存在的问题，调研组针对我省审结280件案件，逐案制作证据要素表，对因证据不足、瑕疵或缺陷在审判阶段（包括一二审及复核阶段）补查补正事项进行了逐案分析。

280件案例中，审判阶段因证据不足、瑕疵或缺陷（包括一二审及复核阶段）补查补正的案件共计145件，占全部案件的51.8%。共计补充调取证据材料288项，其中，补充调取证实被害人身份的证据材料24项，占8.3%；证实被告人身份及前科、累犯的证据材料30项，占10.4%；证实犯罪起因、破案经过的证据材料72项，占25%；证实犯罪构成证据材料106件，占36.5%；证实取证合法性的证据56项，占19.8%（见图3）。

图3：法院补查补正证据类型比例图



总结以上补查补正证据事项及原因，当前故意杀人案件移送起诉证据存在以下问题：

1. 证实被害人、被告人基本情况证据不确实、不充分。表现为：（1）证明被害人、被告人年龄、身份、户籍等信息的证据材料没有使用加盖户籍所在地派出所户籍证明专用章的《常住人口户籍证明》。（2）对被害人尸体

未进行亲缘鉴定，导致尸体来源存疑。（3）对长期潜逃的被告人未进行亲缘鉴定，导致身份存疑。如，李某和故意杀人一案，李某和作案20余年后被抓获，其自称系李某龙而非李某和，经审理阶段对其DNA鉴定，确认了其身份。（4）缺乏证实被告人前科情况的生效法律文书或被告人刑满释放证明，影响前科、累犯认定。

2. 发破案经过不明确、不具体。表现为：（1）发破案经过无法体现侦查机关锁定、认定犯罪嫌疑人的具体过程。（2）被告人归案时间、方式情况不明确，被告人报警电话未提取，被告人如实供述时公安机关掌握其犯罪事实情况不明确，影响自首认定。如，高某军故意杀人一案，高某军主动投案后未如实供述主要犯罪事实，后如实供述。

公安机关仅出具办案说明系在公安机关政策教育下高某军如实供述，未明确高某军如实供述前公安机关是否业已掌握其主要犯罪事实，影响对高某军自首的认定。

3. 证实犯罪事实证据不确实、不充分。表现为：(1) 未提取关键证据或提取证据不规范，导致无法认定案件主要事实或是现有证据与原审认定事实存在矛盾。如，王某虹故意杀人、强奸案，被告人始终供认仅用砖块之类的东西打击被害人头部，但在被害人臀部发现了多处锐器伤，无法证实如何形成，且在第一现场发现的一柄镰头上未提取到被告人的指纹，被害人如何从第一现场到第二现场没有证据证实，公安机关在被告人抛弃血衣和拖鞋现场未找到相关物证，被害人体内检出两个男性的DNA，另一个是何人所留无法确定，无法完全排除第二人作案可能性。(2) 应当鉴定的重要物证没有鉴定或者对鉴定意见的审查不够细致。如，王某平故意杀人案中，被告人身上的血迹、门把手的血迹、被害人身份确认方面均缺少必要的鉴定意见。(3) 应当组织辨认、有条件组织辨认而没有组织辨认或者辨认程序不规范。如，张某页故意杀人案中，有必要组织相关证人对被告人进行辨认，但未组织辨认。黄某杰故意杀人案，被辨认照片中未附被告人的照片。

4. 量刑证据特别是从宽处罚证据不全面、不充分。主要表现为：(1) 对案件起因、被害人过错、是否具有防卫性质等未查清，影响案件性质认定，进而影响量刑乃至死刑适用。如，刘某故意杀人案，被告人刘某称其妻与被害人有不正当两性关系，网上聊天记录能够证实，该证据对认定被害人是否有过错至关重要，但侦查机关认为不影响定罪量刑，未进一步补查。(2) 对立功线索不予核实。(3) 对共同犯罪未围绕各被告人在共同犯罪中地位作用侦查取证，导致罪责大小无法区分，影响量刑适用。

5. 取证不规范、不合法。表现为：(1) 未按规定程序提取、固定、保管证据。表现为：不制作笔录、虽制作笔录但缺少见证人等相关人员的签名；笔录对证据的具体特征描述不规范、不细致；对证据应当拍照而未拍照附卷；因保管不善导致证据毁损或遗失等。如，张某华强奸杀人案中，公安机关出具办案说明，因案发现场提取的避孕套毁损，提取其中精液保存，但未制作相关提取笔录，导致物证来源存疑，该案现场提取的黑色手套一只、棕色提包一个、足迹六枚，因保管不善，不慎丢失。(2) 鉴定不规范。表现为：鉴定检材来源不清；死刑案件鉴定报告未附有鉴定人资格证书以及鉴定机构资质证书的复印件；鉴定报告注明的送检时间与案情存在明显矛盾；报告有改动，但未加盖印章；司法精神病鉴定不规范，依据不充分；有条件鉴定的不做同一鉴定；鉴定没有完整科学地体现鉴定方法和内容；鉴定内容不完整，遗漏重要鉴定事项；鉴定书表述不统一、不明确或存在明显错误；检验未检出结果但未作说明等。(3) 辨认不规范。表现为：辨认前未询问辨认人关于辨认对象的特征，不按要求作混杂辨认，或者作为混杂辨认的人员、物品与被告人、涉案证据明显不同，有指认嫌疑；



无辨认笔录，或者笔录制作不规范，不附供辨认的人员、物品的照片；辨认不及时，致使辨认结果的证明力降低或者丧失等。（4）讯问不规范。表现为：同步录音录像显示，侦查人员在讯问被告人时经常有长时间一人讯问的情况。讯问笔录填写的讯问时间、讯问地点和同步录音录像矛盾。同步录音录像不完整，往往只截取中间部分，没有开头告知权利、讯问被告人身份和结尾核对笔录、签字捺印的过程。

二、故意杀人犯罪事实及证明标准

（一）犯罪事实的基本范畴

《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》（以下简称最高法院《刑诉法解释》）第64条以列举方式规定了刑事案件犯罪事实的十项内容。结合司法实践，我们把犯罪事实划分为定罪事实、量刑事实、附带民事诉讼事实、涉案财物处理事实和办案合法性事实五类。

（二）故意杀人犯罪事实的主要内容

我们对收集的530件故意杀人案件的判决书进行了认真分析，根据该类案件犯罪事实的不同内容进行了分类列举（见表1），总体上坚持以下原则：一是契合侦办顺序。按照被害人身份、被告人身份、发破案情况、犯罪构成事实、量刑事实、附带民事和涉案财物处置事实、办案合法性事实顺序梳理案件待证事实，符合了解把握案情“由被害人到被告人”“由核心事实到程序事实”的侦查顺序。二是系统、全面。详细列举全部待证事实，对定罪事实、量刑事实、附带民事诉讼事实、涉案财物处理事实和办案合法性事实等影响定罪量刑和案件处理的事实，尽可能全部列出。三是契合法律规定。所列待证事实均系对最高法院《刑诉法解释》第64条所列举情形的细化，没有超出法律、司法解释规定的范围。

表一：故意杀人案件待证事实明细表

定罪事实	被害人身份情况	姓名、性别、民族、年龄、文化程度、职业、户籍地、住所地
	被告人身份情况	姓名、性别、民族、年龄、文化程度、职业、户籍地、住所地
	案件发破案经过	案件发案经过(报案、控告、举报情况,投案情况,出警情况、被害人救治情况)、案件侦破经过(采取侦查措施、发现犯罪嫌疑人的途径、认定犯罪嫌疑人的依据)、被告人归案经过(被告人潜逃时间地点等情况、抓获被告人时间地点线索等情况)
	犯罪构成事实	主观罪过

	客观行为	犯罪预谋(计划、合谋情况)、预备情况(准备工具、制造条件情况)、犯罪时间(进出犯罪现场、实施杀人、被害人死亡等时间节点)、地点(事先冲突地点、杀人地点、抛尸地点)、手段(行凶工具、部位、次数等情况)、各犯罪嫌疑人在共同犯罪中的地位作用(犯意提起、预谋、分工、配合情况)
	危害结果	被害人伤亡情况(被害人遭受侵害的部位、伤情)、被告人伤情情况(被告人受伤部位、伤情)
	因果关系	被害人死因、死亡与犯罪行为因果关系、介入因素影响程度
量刑事实	法定量刑事实	前科(曾受到治安拘留、劳动教养、刑事处罚情况)、累犯(曾受刑事处罚情况及刑满释放情况)、自首、立功、坦白、主犯、从犯等
	酌定量刑事实	案件起因、被害人有无过错及过错程度、是否对激化矛盾负有责任及责任大小、犯罪嫌疑人、被告人的近亲属是否协助抓获犯罪嫌疑人被告人,犯罪嫌疑人、被告人平时表现,有无悔罪态度,退赃退赔情况,是否取得被害人或被害人亲属谅解
附带民事事实	医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费支出情况;附带民事调解情况	
涉案财物处置事实	犯罪工具、被害人财物、违法所得等涉案财物的权属以及移送、退赃退赔、追缴情况	
办案合法性事实	采取强制措施合法性事实	拘留、逮捕、取保候审、监视居住等强制措施报告、审批、送达等程序合法性情况
	采取侦查措施合法性事实	物证、书证、鉴定意见、勘验检查笔录、视听资料、证人证言等证据提取、固定、保管、移送、送检鉴定等程序合法性情况
	办案程序合法性事实	管辖、回避、延期审理等程序性合法性情况

(三) 故意杀人犯罪不同犯罪事实的证明标准

1. 关于有罪和罪重的证明标准。最高法院《刑诉法解释》第64条明确规定“认定被告人有罪和对被告人从重处罚,应当适用证据确实、充分的证明标准”。最高法院《关于建立健全防范冤假错案机制的意见》第5条也明确规定“认定被告人有罪,应当适用证据确实、充分的证明标准”。以上规定明确了定罪和罪重事实适用“证据确实、充分”的证明标准。对于“证据确实、充分”含义,刑诉法第53条第2款有明确规定,最高法院《刑诉法解释》第105条则规定了运用间接证据定案的证明标准。

2. 关于取证合法性的证明标准。2010年《非法证据排除规定》第11条明确规定了证明取证合法性适用“证据确实、充分”的证明标准,但是2012年修改后刑诉法规定为“对经法庭审理,确认或不能排除存在本法第54条非法取证情形的,对有关证据应当予以排除”。有观点认为,法律对非法证据排除规则规定了两个证明标准,一是“确认”标准,一是“不能排除”标准,并认为在立法技术上存在缺陷。对此,有观点认为,证据收集合法性事实与犯罪构成事实的证明存在紧密关系,因此,证据收集合法



性事实的证明标准与犯罪构成事实的证明标准应当是一致的。^④我们认为，对取证合法性应当坚持“证据确实、充分”的证明标准。

3.附带民事证明标准。附带民事诉讼属于民事诉讼，采用民事证据证明标准，适用“优势证据证明标准”。

三、故意杀人案件证明标准的运用和检验

任何犯罪事实的证明都是法官依照“证据能力判断—证明力判断—证据综合分析运用”的逻辑顺序判定犯罪事实的证明是否达到证明标准的动态过程，包括证据范围审查、单个证据分析判断、证据综合分析判断三个过程，其中，证明标准的运用和检验贯穿于对犯罪事实证明的全过程，是刑事证据证明的核心内容。

（一）证据范围审查

在我国刑事诉讼中，基于实事求是原则，法官需主动调查核实证据，必要时补充调取相关证据，以探究犯罪事实真相。基于此，法官据以定案的证据在“质”和“量”上都有要求，即首先判断侦查起诉的证据是否齐全、规范，否则一般应予补正或作出说明。这并非要求任何证据都必须具有法定的证据形式，而是在工作层面上对取证全面性、规范性提出的要求。

1.基本证据。所谓基本证据类型，是指一般情形下故意杀人案件应当包含的证据。根据需证明的待证事实，总结所调研的530件案件，归纳出故意杀人案件所需要的基本证据。（见表2）

表二：故意杀人案件基本证据明细表

待证事实分类	具体待证事实	基本证据
定罪事实	被害人身份情况	被害人《常住人口户籍证明》《被害人与其直系亲属的DNA亲缘鉴定意见》《被害人亲属对被害人身份、特征的证言及辨认笔录》《犯罪嫌疑人关于被害人身份、特征的供述（全部供述）》
	被告人身份情况	被告人《常住人口户籍证明》《被告人关于被告人身份的供述和辩解》《证人关于被告人身份的证言》
	案件发破案经过	《受案登记表》《接处警登记表》《报案人、检举人、控告人、扭送人等相关人员询问笔录》《其他机关移送线索材料》《立案决定书》《发破案经过》《归案经过》《被告人关于案件起因、归案情况的供述和辩解》《证人关于案件起因、归案情况的证言》

^④ 参见罗国良、刘静坤：《证据收集合法性事实的证明方式和证明标准》，载《法律适用》2015年第3期。

	犯罪构成事实	主观罪过	《被告人关于主观罪过供述和辩解》《证人关于反映被告人主观罪过言行的证言》
		客观行为	作案工具及其他物证、书证、《现场勘验检查笔录》《法医学尸体检验鉴定书》《被告人关于犯罪行为的供述和辩解》《证人关于犯罪行为的证言》
		危害结果	《法医学尸体检验鉴定书》《被告人关于被害人遭受侵害后状态的供述和辩解》《证人关于被害人遭受侵害后状态的证言》
		因果关系	《法医学尸体检验鉴定书》《被告人关于被害人死亡原因的供述和辩解》《证人关于被害人死亡原因的供述和辩解》
量刑事实	法定从重情节	证明累犯、毒品再犯、教唆犯等法定从重情节的刑事判决(裁定)书、释放证明、假释证明、保外就医证明、监外执行证明、赦免证明、共同作案人的供述或者检举、揭发材料、证人证言等	
	法定从宽情节	证明未遂犯、从犯、胁从犯、预备犯、中止犯、未成年犯、老年犯、限制行为能力精神病犯、聋哑犯、盲人犯、防卫过当、避险过当、立功、自首、坦白、当事人和解等法定从宽处罚情节的发破案经过说明、犯罪嫌疑人供述与辩解、被害人陈述、证人证言、精神病鉴定、户籍证明、检举揭发材料及查证情况说明、当事人和解协议及收据等；	
	酌定从宽情节	证明案件起因、被害人过错、犯罪嫌疑人平时表现、前科劣迹、自愿认罪悔罪、追缴、退赃、退赔、民事赔偿、近亲属协助抓获犯罪嫌疑人、被害方谅解等酌定量刑情节的犯罪嫌疑人供述和辩解、被害人陈述、证人证言、物证、书证、鉴定意见、勘验检查笔录、社会调查报告等；	
附带民事和涉案财物处置事实	附带民事事实	医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费支出单据；附带民事调解、和解情况	
	涉案财物处置事实	证明涉案财物权属、性质、移送、退赔、追缴的证据材料	
办案合法性事实	采取强制措施合法性事实	《传唤证》《拘留证》《拘留通知书》《延长拘留期限通知书》《提请批准逮捕书》《批准逮捕决定书》《逮捕证》《逮捕通知书》《犯罪嫌疑人人身、物品检查并提取痕迹、物证的记录或录音录像》	
	采取侦查措施合法性事实	《解剖尸体通知书》《鉴定意见通知书》《起诉意见书》《提讯提解证》《提取笔录》《移交物品文件清单》《通信信息查询专用介绍信》	

(2) 特殊证据。所谓特殊证据，是指在特定情形下，证明待证事实需要的特定证据（见表3）。主要包括以下内容：一是无法获取基本证据或基本证据存疑时另行获取的证据。二是特定情形下应当收集的证据。主要包括：(1) 特殊起因证据。如民间矛盾引发的案件，需要收集证明被害人是否存在过错以及过错程度等边际事实的证据。(2) 特殊手段证据。如毒杀案件或被害人存在服毒自杀可能的，需要收集毒物并进行鉴定。(3) 其他特定情节证据。如被害人送医抢救后死亡的，应当收集被害人的就诊病例、抢救记录以及救护人员的证言。三是特定侦查手段获取的证据。如通过技术侦查、排查、串并案手段侦破的案件，除发破案经过外，还需收集相关侦查手段获取的证据。



表三：故意杀人案件特殊证据明细表

待证事实分类	具体待证事实	特定情形	特殊证据类型	
定罪事实	被害人身份情况	被害人直系亲属无法查找、无法提取被害人尸骨DNA	被害人亲友对被害人随身物品的辨认、被害人亲友关于被害人身体隐蔽性特征的证言、被害人躯干、四肢、骨骼等比对鉴定意见、颅相重合复原实验	
	被告人身份情况	作案后逃逸一年以上的或对身份有异议的	《被告人与其直系亲属的DNA亲缘鉴定意见》《被告人亲属对被告人身份、特征的证言及辨认笔录》	
	案件发破案经过	犯罪嫌疑人投案		电话录音、短信、微信等反映投案的材料,电话记录、来电处理情况等反映接受投案的材料,被委托人或陪同投案人陪同投案的证言
		投案后未如实供述后又如实供述的		犯罪嫌疑人相关供述情况、如实供述的原因、如实供述前侦查机关掌握其主要犯罪事实情况
		因被害人失踪立案的		被害人失踪的立案、受案材料,失踪人员信息比对调查材料,失踪人员活动情况调查材料
		公安机关日常巡逻、检查发现案件的		能够反映巡查发现案件时间、地点、发现人员、尸体等调查材料
	犯罪构成事实	有监控资料能够证明作案过程的		《现场监控录像》
		犯罪嫌疑人的通讯或交通工具能够反映其在作案时间出现在作案现场的		《犯罪嫌疑人犯罪通讯工具活动轨迹》《犯罪嫌疑人交通工具行使轨迹》
		有被害人或目击证人证实犯罪嫌疑人作案过程的		《目击证人或被害人指认犯罪嫌疑人的笔录》
		现场或被害人身上留有犯罪嫌疑人指纹、脚印或其他生物学物证的		《生物物证、痕迹物证、微量鉴定书》

(二) 基本犯罪事实证明标准运用和检验

在故意杀人案件犯罪事实的五个方面中，定罪事实中的犯罪构成事实系基本犯罪事实，即认定其他犯罪事实的基础和前提，对基本犯罪事实不清、证据达不到“确实、充分”的案件应当依法宣告无罪，不得“疑罪从有、疑罪从挂”。

1. 基本犯罪事实证明标准的运用。故意杀人案件基本犯罪事实采用“事实清楚、证据确实充分”的证明标准，包括“基本事实清楚”和“证据确实充分”两个方面。

一是基本事实清楚，指能够明确系被告人实施了杀人行为且被告人具有杀人故意。(1) 被告人实施了杀人行为。能够明确被告人具有犯罪时间、到过犯罪现场、实施过杀人行为且杀人行为与被害人死亡结果具有因果关系。被告人犯罪起因、预备、犯罪后表现等情况并非基本犯罪事实应当认定的内容。(2) 被告人具有杀人故意。能够明确或推定被告人具有杀人的故意。

二是证据确实充分，指相关证据证明犯罪事实的指向性一致，不存在无法解释的矛盾，且综合相关证据能够排除他人作案的可能性，具体包括以下要点：(1) 作案时

间吻合，即被告人具有作案时间，且进入犯罪现场的时间与被害人死亡的时间吻合。(2) 作案空间吻合，即被告人进入过犯罪现场，且与被害人死亡现场相吻合。(3) 杀人过程吻合，即被告人所使用作案工具、手段、后果与犯罪现场情况吻合。(4) 因果关系吻合，即被告人的作案工具、手段、后果与被害人死亡原因吻合。

2. 基本犯罪事实证明标准的检验，即通过综合分析单个证据的证据效力和证据之间的印证关系，反向检验是否符合证据确实、充分的证明标准。基于疑罪从无原则，对检验不达标准的案件，应当认定为无罪，该过程系故意杀人案件证明标准适用的核心环节。我们以近年来审结的无罪案件进行分析，对基本证明标准检验不达标的常见情形总结如下：

(1) 被告人供述不稳定且有罪供述得不到印证。如呼格吉勒图案中，呼格吉勒图有罪供述不稳定，供述的犯罪手段与尸体检验报告不符，供述的被害人身高、发型、衣着、口音等内容与其他证据不符。陈满故意杀人一案中，陈满多次翻供，且关于作案时间、进出现场、杀人凶器、作案手段、作案过程以及对作案时着装的处理等主要情节的供述不仅前后矛盾，而且与在案的现场勘查笔录、法医检验报告、证人证言等证据所反映的情况不符。

(2) 作案时间存疑。如聂树斌案中，被告人考勤表缺失，导致认定有无作案时间失去原始书证，被害人失联具体时间无法确定，导致认定作案时间的证据不确实、不充分。于英生故意杀人案件中，被告人辩称10时左右回到单位的辩解不能合理排除，依据现有证据，认定于英生具有20分钟作案时间和30分钟伪造现场时间的证据不足。

(3) 作案工具、手段存疑。如陈满故意杀人一案中，原审认定被告人作案工具系侦查人员从案发现场厨房砧板上提取的一把锈迹斑斑的木柄平头菜刀，难以形成导致钟某死亡的尖端锐器损伤。聂树斌案中，原审认定被告人杀人所用的花衬衣来源不清，将其认定为作案工具存在重大疑问。

(4) 锁定被告人作案的DNA鉴定意见、物证等客观性证据存疑。如卢荣新故意杀人、强奸一案中，在案DNA鉴定书显示，从锄头柄部擦拭物上检出与上诉人卢荣新血样STR分型相同的物质，原审据以定案。但经补充调查，上述检材来源不清，而公安机关出具的检材提取过程存在矛盾，无法确定物证来源。且经重新鉴定，锄头柄部未检出上诉人卢荣新的DNA。经补充鉴定，被害人阴道检出Y染色体STR分型，不排除包含被害人丈夫及第三人的Y染色体STR分型，但均未检出上诉人卢荣新的STR分型，现场提取的毛发不是来源于卢荣新。李五金故意杀人一案中，捆绑尸体双腿及颈部的红色包装绳检出混合基因分型，与李五金的血样在Y染色体22个位点基因分型一致，符合来自同一父系家族，但不能做出同一性认定，不能排除他人作案可能性。

(5) 指认、辨认笔录存疑。如卢荣新故意杀人、强奸一案中，现场指认录像显示，



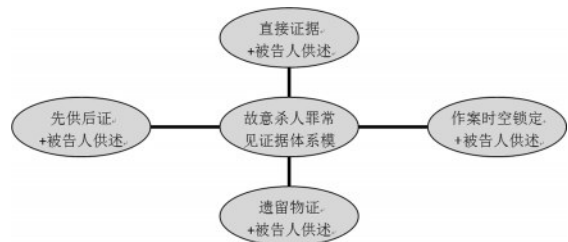
上诉人卢荣新在指认时多次迟疑不决，现场多次出现他人提示的情形，指认过程不顺畅、不自然。卢荣新指认现场时描述的作案过程与指认笔录及其有罪供述存在明显矛盾。

(6) 仅能证实被告人与案件存在关联性，不能证实实施犯罪。如同全会故意杀人一案，在案证据仅能证实闫全会曾给被害人灌服安眠药，但认定闫全会给被害人灌服百草枯，尚未达到事实清楚，证据确实、充分的定罪标准，且无法排除被害人自己服用百草枯的可能。容伟良故意杀人一案中，在案证据可以认定被告人对报复被害人一事知情，且涉案人员试枪时被告人在场，但尚不足以认定被告人构成犯罪。

(三) 故意杀人案件常见证据体系

1. 定罪证据体系（见图4）。综合分析530件案件，故意杀人案件主要有以下四种定案证据体系：一是“真实性强的直接证据+被告人供述”相互印证型，包括“证实被告人作案过程的视频资料+被告人有罪供述”“目击证人或被害人指认犯罪嫌疑人的笔录+被告人有罪供述”证据类型，上述证据在被告人作案时间、地点、手段、结果方面相互印证，能够证实被告人实施犯罪，且排除他人作案合理怀疑的，通常能够定案。二是“先供后证+被告人供述”相互印证型，主要指根据被告人供述提取到隐蔽性较强重要物证、书证，排除非犯罪方式知悉隐蔽性较强物证可能性，被告人有罪供述与其他证据相互印证，通常能够定案。三是“作案时空锁定+被告人供述”相互印证型，包括“犯罪嫌疑人犯罪活动轨迹+被告人供述”“证实被告人进出犯罪现场的视频资料+被告人有罪供述”“犯罪嫌疑人聊天记录+被告人供述”，上述证据能够证实被告人案发时间段进入案发现场，排除第三人作案可能性，且被告人供述与其他证据相互印证，通常能够定案。四是“遗留物证+被告人供述”相互印证型，包括“生物物证、痕迹物证、微量鉴定书+被告人供述”“被告人处提取的重要物证+被告人供述”，上述证据通过证明犯罪现场、被害人处遗漏被告人物证或被告人处遗漏有被害人物证，排除相关物证非因犯罪原因遗留可能性，且被告人有罪供述与其他证据相互印证，通常能够定案。

图4：故意杀人案件常见证据体系模型



2. 无罪证据体系特征。从样本案件看，故意杀人案件中，没有以完整的证据体系证实被告人无罪的，认定无罪的，全部是证据不足，按照疑罪从无原则，依法作出指控犯罪不能成立的无罪判决。换言之，故意杀人无罪案件在证据体系上表现为定罪证据

体系存在严重缺陷,达不到证明有罪的标准,没有特定的无罪证据体系。有罪证据体系存在严重缺陷主要包括以下情形:(1)犯罪构成要件事实缺乏必要的证据予以证明;(2)据以定罪的证据存在疑问,无法查证属实;(3)据以定罪的证据本身、证据与证据之间、证据与已经查证属实的案件事实之间的矛盾无法排除或者无法作出合理解释;(4)根据证据得出的结论不具有唯一性,不能排除合理怀疑;(5)根据证据认定案件事实不符合逻辑和经验法则,得出的结论明显不符合常理。

3.慎重定罪证据体系特征。从样本案件看,故意杀人案件中,还存在不完全符合定罪证据体系要求,需要慎重定罪的情形。主要包括以下情形:(1)缺乏目击证人证言、现场监控录音录像或者其他锁定被告人作案的客观性证据,先证后供,且讯问笔录与现场勘验、检查工作记录、尸体检验鉴定、物证、书证等证据之间以及同案各被告人的讯问笔录之间高度或者过于一致,不能排除串供、逼供、诱供等可能性;(2)缺乏锁定被告人作案的客观性证据,仅根据两名以上被告人的供述认定其构成犯罪;(3)被告人拒不认罪,仅有被害人陈述证明犯罪行为。

4.量刑证据体系。故意杀人案件量刑事实包括从重量刑情节事实和从轻量刑情节事实,证明从重与从轻情节需要的证据构成量刑证据体系。主要包括以下内容:一是从重量刑证据。故意杀人案件从重量刑情节主要包括前科、累犯、主犯等从重情节。前科、累犯情节系生效法律文书所确认的事实,对法律文书确认的事实推定为真实,但有相反证据足以反驳或者推翻除外。对主犯、预谋犯罪等涉及犯罪行为的从重情节,适用证据确实、充分的证明标准,仅有同案被告人供述,没有其他证据佐证的,不能认定被告人系主犯并从重处罚。二是从轻情节证据。从宽量刑情节包括犯罪预备、未遂、从犯、自首、立功等法定从轻情节以及民间矛盾引发、被害人存在过错、进行赔偿、取得谅解等酌定从轻情节。证明上述法定、酌定从轻处罚情节的证据,构成从轻处罚证据体系。根据有利于被告人的原则,对于从轻处罚情节的认定,在证据要求上,可以宽于定罪及从重情节证据。被告人供述与证人证言、被害人陈述或其他证据能够相互印证,且不存在否定相关事实存在的证据,则可以作出有利于被告人的从轻处罚情节认定。三是死刑量刑证据体系。对被告人适用死刑需要满足罪行极其严重、犯罪时已满十八周岁以及审判时不是怀孕的妇女等死刑适用条件,相关事实必须达到“证据确实、充分”的证明标准。同时,死刑适用还需要满足“足以排除死刑执行的从宽情节存在的可能性”。

(责任编辑:冯艳楠)



山东省环境噪声污染防治对策研究

山东法官培训学院课题组*

内容摘要 《山东省环境噪声污染防治条例》对于山东省环境噪声污染防治工作发挥了十分重要的作用。但在执法、司法过程中暴露出的诸多问题同样不容忽视。调研报告结合山东省环境噪声污染防治的执法现状以及环境噪声污染侵权纠纷案件的特点,探索了环境噪声污染侵权的司法规制路径,并针对修改和完善《山东省环境噪声污染防治条例》提出意见或建议,以期对山东省环境噪声污染防治立法提供有益的参考。

关键词 环境噪声污染 执法困境 司法规制 立法建议

中图分类号: DF468 **文献标识码:** A **文章编号:** 1674-3156 (2018) 06-174-188

近年来,随着经济社会发展,城市化进程加快,山东省环境噪声污染影响日益突出,噪声扰民投诉居高不下。人民日益增长的美好生活的需要和全省每年数万件的环境噪声扰民投诉形成了极大的反差,环境噪声污染已然成为影响城市居民生活的头号杀手,严重影响了人们正常的学习、工作和生活。为贯彻落实党的十九大精神和习近平生态文明思想,山东法官培训学院在山东省高级人民法院的领导下,成立课题组,积极开展山东省环境噪声污染防治专题研究,以问题为导向,针对《山东省环境噪声污染防治条例》(以下简称《噪声条例》)提出意见或建议,拟通过修改和完善地方立法来解决山东省环境噪声污染防治执法、司法中存在的问题,以保护和改善居民生活环境,保障公众健康,推进生态文明建设。

一、环境噪声污染防治的现状

(一) 山东省地级以上城市功能区声环境质量情况

根据《2017山东省环境状况报告》的数据显示,2017年全省17个城市各类功能区共监测1352点次,昼间、夜间均为676点次。按点次达标统计,昼间达标率最高为3类声环境功能区,达标率为95.5%;达标率最低的为0类声环境功能区,达标率为75.0%。夜间达标率最高为3类声环境功能区,达标率为87.1%;达标率最低的为4a类

*课题组成员:常淑静、庄雪莉、余晓龙、孙峰、卢彩荣、贾慧芳、马丽萍。

交通干线两侧，达标率为54.5%。总体来看，全省城市区域功能区达标率昼间高于夜间，3类声环境功能区的达标率好于其他类别声环境功能区。

与全国城市各类功能区监测点次达标率相比，山东省昼间达标率最高为3类声环境功能区，达标率为95.5%，比全国3类昼间点次达标率低2个百分点；夜间达标率最高也为3类声环境功能区，达标率为87.1%，比全国夜间点次达标率低1个百分点。总的来看，山东省各类功能区监测点次达标率总体水平低于全国平均水平。

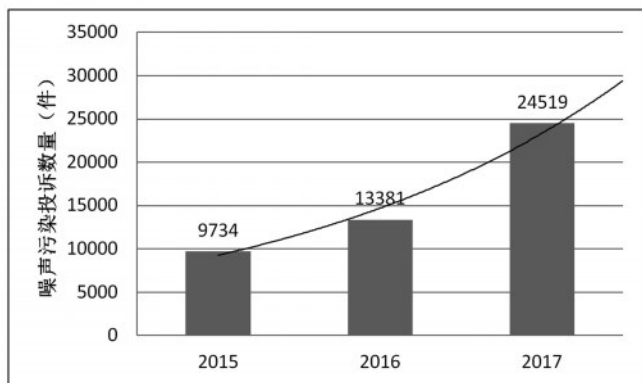
此外，与全国城市各类功能区监测点次达标率相比，直辖市和省会城市除4b类昼间以外，其他各类功能区监测点次达标率均低于全国平均水平。而作为山东省会城市的济南，其城市功能区昼夜间总点次达标率未及全国直辖市及省会城市的平均水平。

（二）噪声扰民投诉的现状特点

1. 近年来山东省噪声扰民投诉总量呈高速增长趋势

从全省来看，山东省环保厅2015年-2017年《山东省年度环境噪声污染防治工作总结》显示，山东省2015年环境执法部门共收到环境噪声污染投诉9734件，2016年上升到13381件，比上年增长37.46%；2017年共收到环境投诉86483件，其中噪声投诉24519件，占环境投诉总量的28.4%，比上年增长45.4%。

图1 2015-2017年山东省环保系统受理噪声投诉趋势分布



另据济南市12345市民服务热线数据平台显示，2016年1月1日-2018年7月17日，该平台共受理噪声扰民投诉21.66万件。其中，2016年为6.72万件，2017年增长到8.92万件，比上年增长32.74%；

2018年1月1日至7月17日受理噪声扰民投诉6.83万件，同比增长66.6%。

2. 建筑施工噪声、社会生活噪声对居民住宅区噪声污染“贡献量”最大

《山东省2017年度环境噪声污染防治工作总结》显示，2017年全省接到噪声投诉24519件，其中工业噪声投诉5126件，占总量的20.9%；建筑施工噪声投诉7453件，占总量的30.4%；交通噪声投诉819件，占总量的3.3%；社会生活噪声投诉11121件，占总量的45.4%。建筑施工噪声投诉和社会生活噪声投诉在环境噪声污染投诉中的比率高达75.6%。

另据，济南市12345市民服务热线数据平台显示，2017年各类环境噪声投诉共

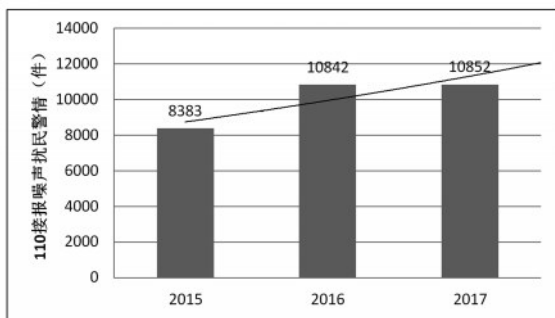


8.92万件，其中社会生活噪声投诉4.59万件，占总量的51.46%，建筑施工噪声投诉3.83万件，占总量的42.94%，交通运输噪声投诉0.50万件，占总量的5.6%。建筑施工噪声投诉和社会生活噪声投诉在环境噪声污染投诉中的比率高达94.4%。

3. 社会生活噪声声源繁杂，增长迅猛

社会生活噪声主要指在商业活动、体育竞技活动、公园娱乐项目中发出的吵闹声，以及在住宅区内汽车鸣笛、室内装修、燃放爆竹、家用电器引起的噪声等。近年来，山东省城市社会生活噪声投诉持续大幅度增长。以济南市为例，据济南市公安局110报警服务台数据显示，2015年1月1日至2017年12月31日，共接报噪音扰民警情30077件。其中，2015年为8383件，2016年10842件，2017年为10852件；三年来累计增长29.2%。

图4 2015-2017年济南市公安局受理社会生活噪声投诉趋势分布



另据济南市12345市民服务热线数据平台显示，2017年上半年受理社会生活噪声扰民投诉14455件，2018年上半年受理18408件，同期增长率为27.35%。这些鲜活的数字足以表明社会生活噪声近年来增长迅

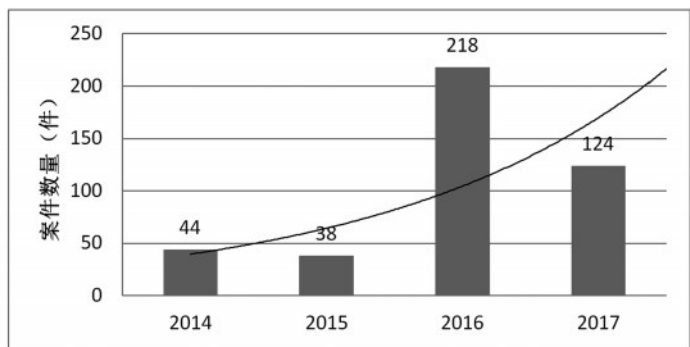
猛，同时也表明社会生活噪声是环境噪声污染防治工作中的重中之重。

(三) 环境噪声污染侵权纠纷案件的现状及特点

为了客观反映环境噪声污染侵权纠纷案件的发展趋势，我们基于中国裁判文书网和北大法宝数据库，设置“环境噪声污染侵权案件”关键词进行检索，结果如下：2014年-2018年，中国裁判文书网公布的环境噪声污染侵权纠纷案件共471件，占全部环境侵权纠纷案件的31%。具体情况为：2014年44件，其中一审22件，二审20件，再审1件，再审审查1件；2015年38件，其中一审25件，二审13件；2016年218件，其中一审136件，二审78件，再审4件；2017年124件，其中一审74件，二审50件；2018年上半年47件，其中一审19件，二审28件。通过对上述数字分析可以看出环境噪声污染侵权纠纷案件呈现出以下特点：

1. 环境噪声污染侵权纠纷案件数量呈倍数上升。2016年环境噪声污染侵权纠纷案件数量比2014年增长了395.45%，比2015年增长了473.68%；虽然2017年较之2016年有所下降，但比2014年增长了181.82%，比2015年增长了226.16%。

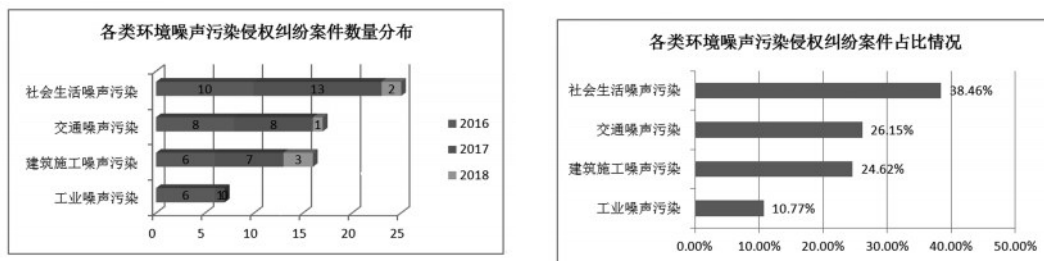
图5 2014-2017年环境噪声污染侵权纠纷案件增长趋势分布



2. 建筑施工噪声、交通噪声及社会生活噪声污染侵权纠纷案件呈逐年稳定增长态势。根据北大法宝数据库检索的结果,近年来,除工业噪声污染侵权纠纷案件呈大幅下降趋势外,其他三类噪声污染侵权纠纷案件逐年稳定增长;

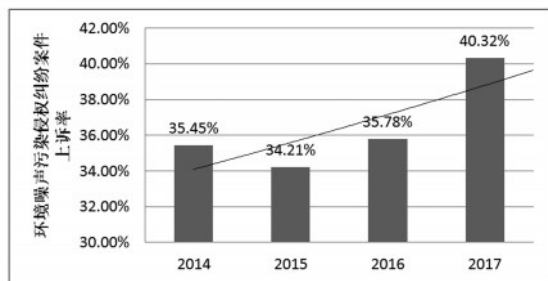
除工业噪声以外,其他三类噪声污染侵权纠纷案件占统计总量的89.23%,其中社会生活噪声污染侵权纠纷案件占统计总量的38.46%。

图6 2016-2018年各类环境噪声污染侵权纠纷案件分布



3. 环境噪声污染侵权纠纷案件上诉率呈上升趋势。2014年中国裁判文书网公布的环境噪声污染侵权纠纷案件上诉率为35.45%,2015年上诉率降至34.21%,2016年为35.78%,2017年又升至40.32%。总体上呈现出上升趋势,二审改判率总体达到15.38%,说明案件审理质量有待进一步提高。

图7 2014-2017年环境噪声污染侵权纠纷案件上诉趋势分布





二、环境噪声污染防治中存在的问题

(一) 环境噪声污染防治执法中存在的问题

近年来,虽然各地人民政府及相关部门多措并举,加大对各类噪声污染的防治力度,但在当前环境下,噪声污染治理工作依然存在着诸多问题,主要是包括以下几个方面:

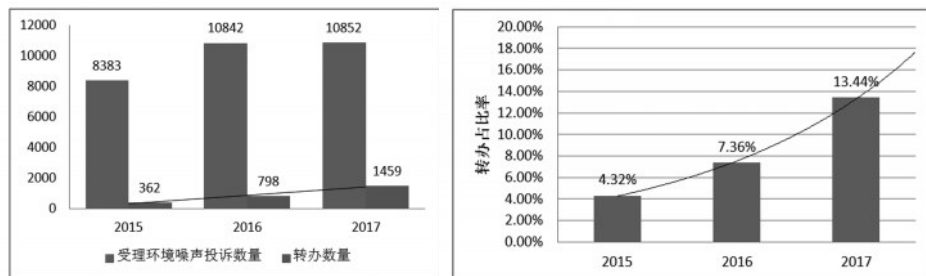
1. 监管部门多,且权力边界不清,存在相互推诿的现象

依据山东省《噪声条例》第5条、第6条规定,现行环境噪声污染防治管理体制模式为“有统有分、条块纵横、分割治理”。加之《噪声条例》并没有明确各监督管理部门的职责范围,导致实践中执法部门权力边界不清,出现推诿、扯皮,甚至慢作为或不作为等不良现象,进而形成管理真空或执法空白。在调研中发现,济南市12345市民服务热线在向各执法部门转办噪声投诉流程中,存在着大量工单被退回的现象。^①其他执法部门也存在大量投诉被转办之情形。

据不完全统计,每年由环保机关受理后转办给其他机关的噪声扰民投诉数量占环保机关受理噪声扰民投诉总量的比例高达90%左右。以济南市历下区环保局的统计数字为例,2017年济南市历下区环保局共收到噪声扰民投诉2744件,其中转办给公安机关1576件,占总量的57.4%;转办给城管部门955件,占总量34.8%。可见,2017年历下区环保局将其受理的2531件噪声扰民投诉转给其他部门,累计达92.2%。

此外,根据济南市民生警务平台的数据显示,近年来济南市公安局转办给环保等部门的社会生活噪声案件数量逐年增加。2015年市公安局共受理环境噪声投诉8383件,其中转办给环保等部门的有362件,占总量的4.3%;2016年共受理环境噪声投诉10842件,其中转办给环保等部门的有798件,占总量的7.3%;2017年共受理环境噪声投诉10852件,其中转办给环保等部门的有1459件,占总量的13.4%。平均递增速度达34.62%。

图9 2015-2017年济南市公安局转办噪声污染投诉趋势分布



^① 12345市民服务热线基于各种因素的考虑,认为不便于公布转办工单退回数据。

2. 噪声扰民投诉数量大、增速快与执法人员数量严重不足的矛盾日益显现

近年来,人民群众对美好生活环境的要求愈来愈高,法律意识、维权意识不断增强,噪声扰民投诉急剧增加。投诉多执法人员少已经成为各地执法部门面临的共同难题,这一局面在一定程度上影响着执法部门治理环境噪声污染的效率。《2017年山东省环境噪声污染防治的工作总结报告》显示,山东省噪声管理机构35个,专职人员仅11人;噪声监测机构51个,专职人员仅48人。报告还显示,2017年全省环保热线共受理噪声投诉24519件,噪声管理机构专职执法人员年平均执法2229人次;噪声监测机构专职执法人员年平均执法511人次。济南市历下区环保局尚没有专门的噪声管理和噪声监测机构,一线执法人员只有2人,2018年上半年除去水、气污染等案件,各种平台受理的噪声污染案件达226件。这种投诉多人员少的弊端是非常明显的,不但严重影响执法人员的身心健康,而且不利于噪声污染投诉的有效处理,有损执法机关的权威与公信力。

3. 社会生活噪声声源复杂多样,防治难度非常大

随着人民生活水平的提高和业余生活的丰富,不断有新的噪声源和噪声类型产生,而且影响面广,监管困难。如城区广场舞噪声污染,尤其是老城区,因人口密度大,居民公共健身休闲娱乐场所供不应求。以济南市历下区为例,2010年全国第六次人口普查结果显示,济南市历下区人口密度达7475.96人/平方公里。居民公共健身休闲场所严重不足,甚至出现几个广场舞队伍争抢地盘的现象,而且这有限的场所布局规划也不科学,大都离居民住宅区非常近,广场舞噪声扰民严重。执法部门执法时既要满足人民日益增长的美好健康生活需要,又要保护居民对美好生活环境质量的合法诉求,往往左右为难。

4. 建筑施工噪声污染重复投诉、反复投诉现象严重

伴随着房地产市场和基础设施建设的火热,城市建筑施工项目点多面广。建筑施工单位为追求利润最大化,缺乏环境噪声污染防治法律意识、社会责任意识,不按规定时限施工;为了节省成本开支,不按规定采取减振防噪措施。市政、重点工程重速度、轻管理,不重视环境噪声防治资金与设备的投入和降噪措施的制定与落实。另一方面,监管部门基本处于群众不投诉,职能部门不过问的被动状态。即使居民投诉也因处罚措施缺乏震慑性,导致建筑施工噪声扰民屡禁不止,居民苦不堪言,重复投诉、反复投诉现象严重,在各类投诉中所占比重居高不下。济南市12345热线受理的建筑施工噪声扰民投诉中2017年为3.83万件,2018年1月至7月达到9836件。其中重复投诉、反复投诉的案件超过四分之一。

5. 城市规划未充分考虑噪声污染问题,增加了治理难度,提高了治理成本

随着城市建设的高速发展,高架桥、绕城高速、地铁、市内干道越建越密,车流量越来越大,产生噪声是必然的。如果科学规划,合理布局,远离居民住宅区,可大



大减少对居民的影响。但调研发现，现实情况是交通要道附近因出行方便，成为房地产开发的热点，城市总体规划、土地利用规划、道路建设规划过分注重房地产开发经济利益，忽视交通噪声的环境危害，缺乏前瞻性、系统性、协调性，交通噪声扰民日趋严重。而且一旦形成噪声污染，无法从源头上予以控制，这种未能在源头上预防的末端治理效果是很不理想，极大地提高了治理成本。

（二）环境噪声污染侵权司法认定中存在的问题

为系统分析环境噪声污染侵权案件司法认定中存在的问题，我们基于北大法宝数据库，设置关键词“环境噪声污染侵权案件”进行检索，并对检索所得结果进行逐一阅读分析，共获得较为典型的案例65个，依此梳理了现有裁判观点，并在此基础上，分析环境噪声污染侵权案件审理中存在的疑难问题。

1. 是否构成噪声污染的认定

在环境噪声污染侵权案件中，因某些噪声法律法规并没有规定统一的排放标准，导致案件审理过程中对于是否构成噪声污染认定困难，这在社会生活噪声侵权案件中体现得尤为明显。此外，有些音量较小、持续不断的噪声虽然没有超过噪声排放标准，但确实对受害人的身心健康产生很大影响。对此，各地法院在裁判标准问题上并不统一。

2. 侵权行为与损害后果之间因果关系的认定

侵权行为是否与损害后果之间具有因果关系往往成为案件审理中的争议焦点，同时也是法院审理此类案件的难点所在。对此，部分法院认定侵权行为和损害后果之间是否具有因果关系过于机械和严苛，认为受害人没有提供证据证明损害后果与噪声污染之间具有关联性，从而驳回当事人要求损害赔偿的诉讼请求；部分法院根据当事人患病以及养殖动物受到损害的事实并依据监测报告运用因果关系推定，认为长期处于噪声环境下的居民和养殖动物的健康势必受到不良影响和一定程度的损害。同时适用举证责任倒置要求污染者证明患病或养殖动物受到损害与噪声排放行为不存在因果关系，污染者未提供有效的证据证明不存在因果关系，理应承担侵权责任。

3. 损害赔偿范围及数额的认定

即使法院已经认定侵权行为和损害后果之间具有因果关系，但是因许多环境噪声污染侵权案件的受害人无法提供有力的证据证明其所遭受的损害，故对于此类案件的赔偿范围和数额往往争议较大。损失范围是否包括间接损失，如另行租房的租金等素有争议。有些损害如医疗费，受害人可以提出明确的证据予以证明，这些损害的争议相对比较小，而像精神损害、养殖动物的损失等，受害人往往难以提供有力的证据予以证明，双方当事人之间对于这类损失往往争议较大。

（三）环境噪声污染防治的立法缺陷：以山东省《噪声条例》为样本

毋庸置疑，我国《环境噪声污染防治法》及山东省《噪声条例》对于山东省环境

噪声污染防治发挥了十分重要的作用。但在执法、司法过程中暴露出的诸多问题同样不容忽视。鉴于本课题的研究目的，在此，我们重点分析山东省《噪声条例》在环境噪声污染防治过程中存在的问题及缺陷。

山东省《噪声条例》于2003年11月28日经山东省十届人大常委会第五次会议审议通过，于2004年1月1日开始实行，虽经2018年1月23日之修改，但仅仅是对2003年条例的小修小补，其立法滞后性日益突出，甚至出现立法空白。具体而言，山东省《噪声条例》在立法目的、基本原则、政府及监管部门的职责、法律规范、法律责任、纠纷解决机制等方面的不完善，以及公众参与、信息公开、多元共治等法律机制的空白或漏洞，使得现行《噪声条例》远不能有效避免居民受到噪声污染带来的危害。

1. 立法目的相对滞后

《噪声条例》第1条规定：“为了防治环境噪声污染，保护和改善环境，保障公民身体健康，促进经济和社会发展，根据《中华人民共和国环境噪声污染防治法》等有关法律、法规，结合本省实际，制定本条例。”该条例制定时我国正处于经济高速发展阶段，而环境与生态保护还未引起立法者的高度重视，最终落脚点仍然放在“经济发展上面，沿袭以往的用环境保护来促进经济和社会的发展，重视环境保护的经济价值而忽视了其生态和美学价值。”^②

2. 基本原则不完善

《噪声条例》第3条规定：“环境噪声污染防治工作应当遵循全面规划、合理布局、预防为主、源头控制的原则。”该条存在的主要问题在于没有充分体现公众参与、信息公开、多元共治等基本原则，因而对环境噪声污染防治法律体系缺乏有效的引导，导致法律治理制度或机制不健全。

3. 监督管理体制不顺，管理部门职责不清

环境噪声污染具有特殊性，其防治工作是一项庞大的系统工程，涉及执法部门众多。由于噪声来源复杂多变，一起污染事件会涉及多个执法部门，如环保行政机关、公安机关、城管部门、城建部门等。山东省的噪声污染防治采取的是统一监督管理和分部门管理相结合的管理体制，是一种多头监管模式。条例中仅规定了各部门根据自己的职责对噪声污染防治实施监督管理，但各部门的职责权限并未在条例中予以明确。实践中可能会出现发生噪声污染时几个部门同时都有管辖权，但存在职权交叉的情况，或者相互推诿扯皮、推卸责任，使得公众的环境权益得不到维护，从而陷入环境噪声污染防治执法的困境，导致噪声污染问题不能得到顺利解决。因此，厘清各部门的职责定位，是有效推动环境噪声污染防治工作的前提。

^② 龚响：《我国环境噪声防治法的缺陷及其修订建议——国际与区域比较的视角》，中国社会科学院2011年硕士研究生论文。



4. 噪声污染的概念界定不科学

我国《环境噪声污染防治法》第2条规定：“本法所称环境噪声污染，是指产生的环境噪声超过国家规定的环境噪声排放标准，并干扰他人的正常生活、工作和学习的现象。”由此可见，构成环境噪声污染必须同时具备两个要件：一是排放的环境噪声必须超过国家规定的排放标准；二是噪声干扰到他人正常生活、工作和学习。这种定义模式与环境法理论以及噪声污染的现实情况并不相符。实践中存在这样两种情况：一是超标排放噪声但不干扰他人生活、工作和学习；二是达标排放噪声，但是干扰了他人生活、工作和学习。对于上述两种情况，执法部门因缺乏法律依据无法对其进行监管。事实上，在现行的环境噪声污染立法的规范下，公然违反《环境噪声污染防治法》和地方噪声污染防治条例，超标排放的数量相对较少。实践中第二种情况产生的纠纷尤为普遍，随着人们对生活的声环境质量要求越来越高，已然产生了大量投诉和民事纠纷，成为各部门受理的噪声投诉纠纷的主要来源。

5. 制裁手段单一，处罚力度不充分

如前所述，《噪声条例》对执法部门的执法权限规定得模糊不清，对违法行为的处置方式也过于单调和缺乏强制性。各部门执法主要以罚款为主，实践中较少使用停业和关闭等强制性手段，而且关闭和搬迁要报当地人民政府批准。根据《噪声条例》的规定，在对污染企业执行罚款处罚时，最高金额为三万元。对污染企业而言，整改成本远远高于罚款数额，所以很多企业宁愿选择多次缴纳罚款也不愿进行治理。即使违法者不缴纳罚款，执法部门也只能采取加收滞纳金等处罚措施，而无权采取查封、扣押财产等强制措施，更不能限制当事人的人身自由。处罚力度之轻难以让污染企业感受到法律的威慑力，由此也导致环境噪声污染执法的效率低下。

6. 噪声污染纠纷解决机制不健全

按照《噪声条例》第41条的规定，^③发生噪声污染纠纷后，受害人可以选择自行和解、调解或者诉讼。实践中，受害人一般会先谋求自己解决，多见于个人之间产生的纠纷，实在协商不成会寻求行政机关的介入，如果行政机关介入仍然不能解决问题，最后则会诉诸法院。但《噪声条例》中并没有规定行政机关对纠纷进行行政调解具体的程序，也没有明确行政调解的法律效力，导致受害人可能会对同一纠纷进行多次投诉，行政机关多次介入，既浪费了行政执法资源，又降低了矛盾纠纷化解的实际效果。

^③ 《山东省环境噪声污染防治条例》第41条规定：“受环境噪声污染危害的单位和个人，有权要求加害人排除危害；造成损失的，加害人应当赔偿损失。发生赔偿责任和赔偿金额纠纷的，环境保护行政主管部门或者其他有关部门可以根据当事人的请求调解处理；调解不成的，当事人可以向人民法院起诉；当事人也可以直接向人民法院起诉。因违反本条例规定受到行政处罚的，不免除其消除污染、排除危害和赔偿损失的责任。”

三、环境噪声污染侵权的司法规制——基于司法实践的分析与探索

通过对上述65个案例裁判观点的梳理我们认为，当前司法实践中存在不少对环境噪声污染侵权案件审理的有益探索。这些有益的探索尝试，一方面，为司法实践中提供可资借鉴的做法；另一方面，通过这些具体裁判有利于对具体概念和构成要件的理解把握，也有助于对立法的规定进行更加细致的分析。

（一）环境噪声污染侵权司法认定可资借鉴的做法

1. 环境噪声污染“违法性”认识灵活

在是否承担环境噪声污染侵权责任这个问题上，首当其冲的是解决噪声污染“违法性”的问题。对于这个问题，《环境噪声污染防治法》规定环境噪声超过国家规定的环境噪声排放标准，并干扰他人正常生活、工作和学习的现象才属于环境噪声污染。为此，相当数量的裁判在认定是否构成环境噪声污染侵权上一般是依据上述规定，对超过相应排放标准的行为直接认定为侵权行为，对未超过相应排放标准的行为不认定为是侵权行为，也就不存在侵权责任承担的问题。可以说，“超标”排放噪声是构成噪声污染侵权无可置疑的标准和方法。^④

与此同时，还有相当数量的裁判对噪声污染“违法性”采取了不同的分析思路。在这些裁判中，噪声污染“超标”不是判定污染侵权的唯一标准，虽然没有达到“超标”的程度，但却明显损害了受侵害方的权益，超越了受侵害方的“忍受限度”，那么也应当构成侵权行为，应当承担相应的民事法律责任。在如湖北省大悟县人民法院（2017）鄂0922民初1123号民事判决中，^⑤噪声污染即使没有达到“超标”的限度，也可以构成噪声侵权损害。只不过，具体判定时要有较为充分的理由，比如对受侵害者实际情况的分析，对噪声状况的分析以及超出普遍可忍受范围的依据。^⑥此外，还有判

^④ 辽宁省丹东市中级人民法院（2016）辽06民终1030号民事判决书中认为，原告居住的地点存在噪声污染，那必然会对原告的精神和生活造成一定损害。这里，超标会产生损害进而构成侵权已经属于一种不证自明的道理。

^⑤ 湖北省大悟县人民法院（2017）鄂0922民初1123号民事判决书中就有这样的分析：“尤其是宋琴及其他的原告的家属分别患有不同程度的疾病，需要一个安静的生活环境，被告大悟县新世纪超市有限责任公司二超发出的噪声24小时不间断，无论声音是否达到了超标的分贝，但足以改变居室内人们白天和夜间休息时通常习惯的安静环境，且超出了一般公众普遍可忍受的范围。”

^⑥ “忍受限度”理论已经成为判定此类侵害的一般性理论依据，该理论最早由日本的加藤一郎提出。同时，基于法定标准与实践状况之间可能存在的不匹配问题，一些国家在制定环境噪声标准时会保有一定的安全盈余，这样的立法技术对于保证公共卫生和健康是必不可少的。参见龚响：《我国〈环境噪声污染防治法〉的缺陷及其修订建议—国际与区际比较的视角》，载2011年中国社会科学院研究生院硕士学位论文，第16页。



决分析得更加直接，将遵守噪声污染排放标准限定在不受行政法制裁的范围，而不能作为私法上免除责任的理由。^⑦

2. 环境噪声污染侵权救济的考量因素多元

在对环境噪声侵权救济时，司法实践中会考量多重因素，通过对具体因素的分析体现“比例原则”的要求，也为裁判说理提供尽可能量化的依据。首先，环境噪声排放标准是进行环境噪声侵权救济的首要因素。在这个问题上，应当从两个层次上进行分析，一是超过环境噪声排放标准的构成侵权，应当予以司法救济。二是在判定构成噪声侵权的前提下，超过排放标准的程度以及时间跨越等因素，是判定责任轻重的重要依据。需要注意的是，即使没有构成“超标”的程度，但在判定是否超过忍受限度时也并非完全主观的判断。在襄阳高新技术产业开发区人民法院（2017）鄂0691民初1074号民事判决书中，在小区噪声污染侵权的判定中，《住宅设计规范》和《民用建筑隔声设计规范》是作为判定的辅助标准存在的，这就提示在裁判中应当注重对相关标准的参照，以此更加准确地适用法律规定。其次，污染源与被侵权方存续的先后时间。这个问题也是司法实践中判定救济方式的重要因素。比如同样是构成噪声污染侵权的案件，一个案件中被侵权方先于污染源存在，则污染源的后续存在其主观过错和受责罚性愈强，反之愈弱。再次，救济的可能性与限度。实践中，对环境噪声污染侵权的救济还要考虑到救济是否可行、救济成本的高低以及随之而来的救济限度问题。特别是在司法实践中，对某些环境噪声污染的救济还应考虑到救济的社会效果以及执行可行性的问题。比如，对于住宅电梯超标准排放噪声的问题，简单判决拆除电梯或者加厚电梯墙的问题在执行起来都是不够可行的，并且还会涉及到其他住户乃至整个单元业主的群体性利益均衡的问题。在这类案件中，就要充分考虑到救济的限度以及替代性救济等问题。此外，透过该类“疑难”案件的处理可以发现，对环境噪声污染侵权最好的救济还应当体现预防性的思想，比如在项目规划审批环节就严格贯彻环评要求，就可以避免后续“左右为难”的情况发生，这一点体现在立法上就是要进一步细化夯实环评制度，加强噪声污染防治领域的环评制度建设，加大对失职或者违规建设等行为的惩处力度以及相应的责任设计。

3. 环境噪声污染侵权的责任承担体现公平原则

环境噪声污染侵权责任的承担问题至关重要，它直接决定了受害者权益保障的落实和对噪声污染行为的法律规制效果。一般情况下，超过噪声排放标准的行为且造成损害的，应当承担相应的法律责任。在民事司法实践中，这种法律责任主要表现为民事赔偿责任。从司法实践中的一般做法看，如果造成了显著的损害，比如噪声污染导

^⑦ 参见陕西省咸阳市中级人民法院（2017）陕04民终1295号民事判决书。

致耳聋等则直接按照健康损害以及残疾赔偿进行认定。如果没有显著的身体上的器质性损害，但根据立法的规定或者司法的判定，会对受害者造成精神上的损害，则一般以精神损害赔偿进行责任的判定，这里的人身损害赔偿实际统一吸收表现为精神损害赔偿，具体数额则根据损害的大小、受害者的情况等进行具体认定。

此外，在我国司法实践中，虽未超过法定的噪声排放标准，但却超过一般的忍受限度的，很多情况下也会判定噪声污染排放者承担相应的民事法律责任，但该民事法律责任的承担一般会受到一定的限缩，避免对噪声污染排放者苛加过重的责任。比如贵州巧义中院判决德宝竹鼠养殖场诉中交安江公司等噪声污染责任纠纷案中认为，在确定环境侵权责任承担不考虑违法性的前提下，对于赔偿责任范围则需进行必要限制，应排除没有高度盖然性证据支持的间接损失，以在保护环境的同时，保障经济社会的正常发展。显然，在这个案件中，法官对赔偿责任的范围进行了必要的限制，以避免双方利益的失衡。

（二）环境噪声污染侵权规制的完善路径

对于环境噪声污染侵权的规制，首要的是进行立法上的完善。为实现这样的目标，有必要结合司法实践中的经验做法以及问题不足，提出完善的路径、措施：一是对环境噪声污染进行相对开放式的界定。为维护法律的严肃性，科学的规范标准应当作为判定环境噪声污染的第一位的依据。同时，因噪声污染受体的差异性和以低频持续噪声为代表的新型噪声的存在，如果固守法定标准这一单一判定依据，难免会产生与实践需求的不匹配状态，因此在法定噪声排放标准之外，还应当构建起以“忍受限度”为特点的判定标准，以扩张法的张力，留足保护受害者的法律空间，也为司法的探索提供制度依据。二是构建更加多元化的噪声污染侵害责任。实践中，噪声污染侵害的形式是多样的，相应的责任承担方式也应当是多元的。除去赔偿责任之外，还应当规定补偿责任^⑧等责任形式，以此更好地平衡当事人之间的利益，推进裁判的有效执行。三是加大环境噪声污染的预防性制度规定。预防为主原则是包括噪声污染防治在内的环境污染防治工作的核心原则。对于环境噪声污染防治而言，就是要加大对城市规划、建设项目的提前规划和审批制度设计，重点是规定详细完备的法律责任以确保该类制度的落实。四是加大诉讼与诉讼外解决机制的衔接配合。鉴于环境噪声污染防治的特点，诉讼方式的解决途径有时并非最优选择，建议在诉讼解决机制的基础上，加大诉讼外（如人民调解、律师调解等）调解机制建设，赋予诉讼外调解机制在事实认定等方面一定的法律效力，实现与诉讼调解机制的衔接，最大限度救济被害者的权益。

^⑧ 德国民法典对此有相关规定，针对不可量物侵害（噪声污染即属于不可量物侵害的一种）规定，当这种侵害造成了重大的损害且该损害不能采取经济上合理的方法阻止时，受害人的容忍义务限于一定程度内，但可以要求金钱补偿。



四、山东省环境噪声污染防治的立法对策与建议

2018年9月7日，十三届全国人大常委会立法规划公布，其中条件比较成熟、任期内拟提请审议的69个一类立法项目中包括《环境噪声污染防治法》（修改）。而山东省现行《噪声条例》颁布至今已有15年，已有的修改也基本是小修小补，条款设计在整体上已经过时，不适应现在的城市发展与管理。环境保护主管部门应加快对环境噪声污染防治立法的调研论证工作，借鉴其他地方已出台的噪声污染防治地方性法规条例，同时学习参考国外先进的城市管理与噪声污染防治经验，尽快将修改完善现行《噪声条例》提上工作日程，使长期以来困扰公众的噪声污染防治有法可依，依法防治，从根本上解决山东省的噪声污染防治问题。

（一）《噪声条例》修订的宗旨

修订《噪声条例》的目的，在于对山东省立法之初未能预料到的现实情况予以修正、进行回应。2003年制定《噪声条例》目的在于及时规制日益严重的工业噪声污染、建筑噪声污染、交通噪声污染及社会生活噪声污染，其中很多条款都是直接规制各类噪声污染行为。新时期，山东省环境噪声污染呈现出多污染源共存、多污染源叠加、多过程耦合等复合型特征。有鉴于此，我们认为，此次《噪声条例》的修订宗旨应体现为以下四点：一是坚持将《噪声条例》作为山东省环境噪声污染防治的“基本条例”，不能只是小修小补，而应是对于《噪声条例》法律规范体系的重构。二是立足省情实际，坚持问题导向，突出实践需求。《噪声条例》的修订应以日益严峻的新型环境噪声污染问题为实践导向，紧紧围绕影响和制约山东省环境噪声污染防治工作中突出的问题设计制度、拟定条款，力求通过立法以解决新时期具有多源头、多样态和复合型环境噪声污染问题。三是强化政府环境噪声污染防治责任，包括源头治理和全程治理的责任，做好政策、规划和建设项目的环境评价，严格环境准入。四是加强对噪声违法行为的制裁，加大噪声违法行为的违法成本，促进环境噪声污染防治法律法规的遵守和执行。《噪声条例》的修改对于加快生态文明建设、改善人民的生活质量、保障人民群众的合法权益具有重大意义。

（二）修改的主要内容

1. 更新立法目的

立法目的虽然不是防治环境噪声污染的行为规范，但它可以弥补法律规范的局限性，填补法律漏洞等。如前所述，《噪声条例》第1条是关于立法目的的规定，该规定的重心在于“促进经济和社会发展”，建议参照2014年修改的《中华人民共和国环境保护法》（以下简称《环境保护法》）的立法目的予以修改，修改后的立法目的应体现

出“保护和改善生活环境”，“推进生态文明建设”，“促进经济社会可持续发展”等理念，进而保障了经济与环境生态保护协调发展。

2. 科学界定噪声污染的概念

为维护法律的严肃性，科学的噪声污染概念应当作为判定是否构成环境噪声污染的第一位依据。同时，因噪声污染受体的差异性和以低频持续噪声为代表的新型噪声的存在，如果固守“超标+扰民”这一单一的判定依据，难免会产生与实践需求的不匹配状态，因此对环境噪声污染的概念进行开放式的界定，不仅可以扩张法的张力，留足保护受害者的法律空间，还可以为环境噪声污染防治的实践探索提供制度依据。

3. 完善基本原则

环境噪声污染防治的基本原则尽管不是有关环境噪声污染防治的具体实施方案，但却是实施环境噪声污染防治工作的基础，具有一定的准则作用，可指导环境噪声污染防治方法的采用，引导环境噪声污染防治工作的方向，也可以弥补噪声污染防治条例中具体条文的局限性，在执法或者司法过程中如果碰到新情况、新问题，可以根据基本原则的精神予以处理。2014年《环境保护法》明确规定：“环境保护坚持保护优先、预防为主、综合治理、公众参与、损害担责的原则”。在我国环境噪声污染问题日益严重的现实状况下，确立上述原则有其现实的必要性。其中，预防为主原则贯彻噪声污染防治在的环境污染防治工作的核心。

4. 建立健全环境噪声污染防治的法律机制

一是信息公开机制。信息公开是公众参与的前提。由于环境噪声污染具有瞬间性的特征，加之执法资源相对有限，许多情况下环境噪声污染得不到有效的治理，复发率极高，使法律的约束力大打折扣。为维护国家法制的尊严和权威，建议在建立政府执法信息公开机制的基础上，将噪声违法行为信息与违法单位或个人的社会诚信挂钩，并依法向社会公布违法单位及个人的违法信息，届时单位或个人如有噪声违法不诚信记录，将在评优、许可审批、招投标、贷款、保险、纳税、办证等诸多领域碰壁，这不仅可以从源头上预防或遏制噪声违法行为，还可以大大提升执法的效力。

二是公众参与机制。首先，公众参与环境噪声污染防治既是法律赋予公众的一项权利，也是公众应当积极履行的一种义务。其次，确立宣传教育与鼓励公众参与机制旨在提高公众的环保意识，拓宽公民获悉环境噪声污染防治信息渠道并以此与新《环境保护法》形成衔接。

三是多元共治、社会参与治理机制。伴随着公民社会^⑨的兴起，环境问题的公共治理理念应运而生，并推动着环境保护从行政管制模式朝着开放性、参与性、协商性、

^⑨ 公民社会，又称市民社会，是指围绕共同利益、目标和价值，进行集体行动的非强制性团体。



合作性和包容性的社会公共治理模式的转型。^⑩新《环境保护法》提出的“多元共治、社会参与”新型环境治理机制，为山东省《噪声条例》的修订提供了指导方向。

四是建立首问受理责任制。为进一步提高环境噪声污染防治工作效率，规范工作程序，杜绝和纠正环境噪声污染防治工作中存在的不负责任、推诿扯皮等现象，切实维护广大人民群众的生活安宁的权益，建议增加首问受理责任制度，明确各级人民政府、环保行政机关、公安机关等负有监督管理职责的部门收到环境噪声污染投诉后，应当按照职责及时予以处理；对不属于其职责范围的，应当告知当事人向有权处理的监督管理部门投诉。对涉及多个监督管理部门职责范围的，由首先收到投诉的单位会同其他单位共同办理。

5. 明确人民政府职责，建立目标责任制和考核机制

无论是英美国家提倡的“公共信托理论”，还是大陆法系国家所确立的国家义务理论，均对政府声环境责任起到了理论上的支撑作用。通过分析《噪声条例》的相关规定，政府关于环境噪声污染防治义务与法律责任的规定，仍然存在明显的缺陷。建议修改过程中应增加人民政府的管理责任，确立目标责任制和考核评价制度。声环境保护目标责任产生的依据，是地方政府对本行政区域声环境质量负责，其本质目的是通过目标责任和考核评价制度来落实地方政府对声环境保护的法律职责。

6. 明确各监督管理部门的职责范围

厘清、整合各职能部门在环境噪声污染防治中的职责，理顺环境噪声的管理体制、合理配置政府与各个部门的职责与分工，可以避免执法中各执法部门相互之间不沟通不协调、权力边界不清、相互推诿的等不良现象的发生。

7. 完善法律责任形式，适当加大处罚力度

我国《环境保护法》创造性地提出了“按日计罚”和“责任人员可被追究刑事责任”等规定。“按日计罚”加大了处罚力度，增加了企业违法成本；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员可以采取“行政拘留，甚至追究刑事责任”的处罚方式，这就起到了很好的震慑作用。2016年1月生效的《大气污染防治法》率先借鉴了新环保法中“按日计罚”的规定，《噪声条例》可以借鉴这两部法律的创新之处。当然，考虑到环境噪声污染的特殊性，立法也不可照搬照抄，搞“一刀切”，可以在条例中规定适用按日计罚的环境噪声污染行为的种类，如在噪声敏感建筑建筑物集中区域发生的噪声污染行为，因其严重居民生活环境，适用较为严厉的处罚措施可以对此类行为进行更好的规制。

（责任编辑：余晓龙）

^⑩ 柯坚：《环境法的生态实践理性基础》，中国社会科学出版社2012年版，第141-143页。

湖南某娱乐公司诉上海某科技公司 著作权权属、侵权纠纷案

刘雅静*

【裁判要旨】

对于侵害著作权的认定必须从侵害著作权的本质出发，凡未经许可（擅自）播放涉案作品，扩大涉案作品的传播范围，分流权利人的客户和网络流量，超出权利人对涉案作品本来的控制范围，侵害权利人对涉案作品著作权专有权的控制，无论是初始提供行为还是后续提供行为，均可构成著作权侵权。

【基本案情】

原告：湖南某娱乐公司。

被告：上海某科技公司。

法院经审理查明：湖南广播电视台将湖南广播电视台卫星频道（湖南卫视）自有版权电视节目和电视剧，通过信息网络向公众传播、广播（包括但不限于网络直播、实时转播、延时转播等）之权利独家授予湖南某娱乐公司，授权期限为自2011年3月7日起至2016年6月30日止。自有版权电视节目包括但不限于“快乐大本营”“天天向上”等电视节目。上海某科技公司拥有视畅V - WebCrawler看客影视爬虫软件V1.0计算机软件的著作权，首次发表日期为2011年11月11日。该软件的介绍资料显示：V - WebCrawler也叫网络蜘蛛，是通过网页的链接地址来寻找网页，读取网页的内容，提出对自己有用的相关信息，整理好后存储到数据库中，它能从广度和深度两个角度来循环遍历链接地址，直到事先约定好的地址全部遍历完为止。该软件同步直播了权利作品“快乐大本营”。

【裁判结果】

湖南省长沙市中级人民法院于2016年12月28日作出判决：一、上海某科技公司于该判决发生法律效力之日起十日内，赔偿湖南某娱乐公司经济损失40000元（已包含维权合理开支）；二、驳回湖南某娱乐公司的其他诉讼请求。宣判后，上海某科技公

*刘雅静，湖南省高级人民法院民三庭四级高级法官。



司提出上诉，湖南省高级人民法院于2016年8月21日作出终审判决：驳回上诉，维持原判。

法院生效判决认为：侵害著作权的本质是侵害权利人对其作品的专有控制权，主要是非权利人未经许可（擅自）行使他人著作权的行为。1.虽然上海某科技公司在提供涉案作品的播放过程中有页面播放源、视频水印图标等表象，但仅凭视频的水印和图标并不足以证明涉案作品来源于其他网站，且涉案作品播放过程中并未跳转至其他网站，也未显示其他网站的网址，因此本案证据不足以证明上海某科技公司提供的仅是单纯的链接服务。2.即便涉案作品如上海某科技公司所述来源于第三方信息源，上海某科技公司通过技术手段、积极、有目的地抓取涉案作品信息源，将他人服务器作为其向用户提供涉案作品的存储来源，达到向用户提供涉案作品的目的，该行为本身就是一种新的作品使用方式，理应取得相关权利人的授权许可。但上海某科技公司既未提交证据证明其与第三方信息源存在相关技术合作协议或许可使用协议，亦未取得涉案作品权利人湖南某娱乐公司授权许可。3.上海某科技公司的行为本质上系通过“看客影视”软件播放涉案作品，扩大了涉案作品的传播范围，分流了权利人的客户和网络流量，超出了权利人对涉案作品本来的控制范围，侵害了权利人对涉案作品著作权专有权的控制。因此，上海某科技公司未经湖南某娱乐公司的许可播放涉案作品，违背了湖南某娱乐公司的意愿，损害了湖南某娱乐公司的合法权益，侵害了湖南某娱乐公司的著作权。

【裁判评析】

本案主要涉及在网络环境下如何界定作品提供行为与网络服务提供行为的问题。

一、相关法律规定

目前，我国相关法律法规对于作品传播，规定了两种不同性质的行为：1.作品提供行为，即信息网络传播行为；2.网络服务提供行为，即自动存储或自动传输服务提供行为、网络自动接入服务提供行为、搜索链接服务提供行为、信息存储空间服务提供行为。同时，针对上述两类不同的行为，还规定了不同的法律责任，作品提供行为除在合理使用的情况下，不存在免责条款，即只要有传播行为即须承担侵权责任；但对于网络服务提供行为，《信息网络传播权保护条例》提供了避风港保护，即纯技术性的网络服务行为不须承担赔偿责任。

虽然法律将作品提供行为规定为侵权，但法律本身没有对该行为作出进一步的规定和解释，导致审判实践中经常会在作品提供行为与网络服务提供行为的定性上出现

分歧。因此，对于作品提供行为需要在法律的具体应用中通过解释解决。无论是司法解释还是裁判解释，无论是服务器标准还是用户感知标准、实质替代标准等，无非是澄清作品提供行为的内涵和外延，而作品提供行为只是抽象性的一般规范和判断依据，它本身并没有变化，只是在运用中如何赋予其具体含义，包括可以按照发展需求不断赋予其新含义。^①

二、主流判断标准——服务器标准

所谓服务器标准是指，判断被诉行为是否为信息网络传播行为，应考虑的是被诉内容是否存储于上诉人的服务器中。无论被诉行为的外在表现形式是否使得用户认为被诉内容系由上诉人提供，只要被诉内容未存储在上诉人服务器中，则不应认定上诉人实施了信息网络传播行为。需要指出的是，此处的“服务器”系广义概念，泛指一切可存储信息的硬件介质，既包括网站服务器，亦包括个人电脑、手机等。^②

2013年1月1日颁布的《最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》第三条第二款规定：“通过上传到网络服务器、设置共享文件或者利用文件分享软件等方式，将作品、表演、录音录像制品置于信息网络中，使公众能够在个人选定的时间和地点以下载、浏览或者其他方式获得的，人民法院应当认定其实施了前款规定的提供行为。”该规定虽无服务器标准的明确表态，但普遍将“置于信息网络中”理解为“至于服务器中”，结合最高人民法院相关判决，如“慈文诉海南网通案”“泛亚诉百度案”，可以认为司法解释同样持服务器标准。

目前，实务中的主流观点采纳服务器标准。依据该标准，法院的审理重点往往落在作品到底存储在哪里。如果网络服务商能够证明作品来自第三方网址，并未存储在自己的服务器，法院即认定不构成作品提供行为，而仅构成网络服务行为。北京知识产权法院和上海知识产权法院在其最近作出的判决中，均坚持服务器标准。例如，在“乐视公司诉上海视畅公司侵害作品信息网络传播权纠纷”一案中，北京知识产权法院二审认为，“上诉人虽主张其提供的系搜索链接服务，但在涉案作品播放的整个过程中均无任何被链接网站绝对地址的显示，且亦无其他证据足以证明其仅提供的是搜索链接服务，故本院合理认定涉案影片存在与上诉人网站服务器中，且系由上诉人将其置于网站中进行传播，上诉人实施了信息网络传播行为。”^③

本案中，二审法院亦首先采取了服务器标准，认为仅凭视频的水印和图标并不足

① 王艳芳：《论侵害信息网络传播权行为的认定标准》，载《中外法学》2017年第2期。

② 参见北京知识产权法院（2015）京知民终字第559号民事判决书。

③ 参见北京知识产权法院（2017）京73民终1012号民事判决书。



以证明涉案作品来源于其他网站，且涉案作品播放过程中并未跳转至其他网站，也未显示其他网站的网址，因此，上海视畅公司并非只提供单纯的链接服务。

三、服务器标准并非唯一合理标准

随着技术发展日新月异，云存储以及众多播放器所使用的去中心化的P2P技术，网络服务提供者已经不必在自有服务器中存储内容，其可以通过网络嗅探、抓取等技术手段将存储在第三方网站服务器中的作品在其网站或软件内无缝提供给使用者。这给服务器标准提出了很大的挑战。如果按照服务器标准，没有在自己的服务器中存储作品的，仅仅属于“信息定位”服务提供者而非传播者。可是，被链网站显然也没有实施扩大了传播行为，如此一来，作品传播范围扩大了，就扩大的部分却找不到传播者。这一矛盾说明服务器标准存在着局限性。

最高人民法院在制定《关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定》时已经注意到这个问题，其并未将作品提供行为限定在“服务器标准”之中，而是采取了列举加兜底的方式解释了作品提供行为的实质含义。该规定第三条第二款只是将“上传到服务器”作为提供方式之一，例举之后以“等”字进行概括，且将提供行为定位于“置于信息网络”，而不是“置于服务器”。^④这足以说明，该解释对提供行为持开放态度，并不以“置于服务器”为限。将该解释理解为“置于服务器”的服务器标准，在理解上是狭窄的，不符合该规定既反映当时情况、又保持开放性的意图。

笔者认为，服务器标准作为一种没有任何弹性的客观标准，是纯粹的技术性标准。它对于侵犯信息网络传播权的判断具有重要意义，但不能将其绝对化，不应该是认定作品提供行为和直接侵权的唯一标准。侵害著作权的本质是未经许可擅自行使权利人的著作权，或者直接侵害权利人对其作品的专用控制权。因此，对于侵权判断的标准，应当从这种本质出发，而不能缘木求鱼。据此，擅自“置于服务器”的初始提供行为固然是作品提供行为和直接侵权行为；破坏他人合理技术措施而擅自扩大他人作品传

^④ 在起草司法解释的当时，对于信息网络传播行为的流行界定是“置于向公众开放的网络服务器中”。例如，上海市第一中级人民法院为承担最高人民法院重点调研课题所撰写的《关于信息网络传播权纠纷案件适用法律若干问题的规定（建议稿）》第2条：“信息网络传播行为是指将作品、表演、录音录像制品上传至或以其他方式将其置于向公众开放的网络服务器中，使公众可以在选定的时间和地点获得作品、表演、录音录像制品的行为。”但司法解释显然并未接受“置于服务器”的说法，当时即有保持前瞻性和开放性、不受服务器标准局限的意图。况且，当时的司法实践也并不绝对局限于服务器标准。例如，当时的司法实践通常将“虽未存储在其服务器上，但网络服务提供者对信息的上传、修改、删减等行为可以控制”的行为视为作品提供行为。

播权限的深度链接行为，其本质在于对权利人的信息网络传播权造成直接侵害，构成未经许可的作品再提供，该再提供行为使作品传播超出了权利人本来的控制权范围，构成对于权利控制权的直接侵害，在法律属性与侵害效果上与初始提供无异，同样应当构成作品提供行为，只不过属于在原始提供基础之上的再提供，可以构成直接侵权。^⑤

本案中，对于上海某科技公司关于涉案作品来源于第三方信息源的抗辩。二审法院坚持从侵害著作权的本质出发，认为上海某科技公司通过技术手段、积极、有目的地抓取涉案作品信息源，将他人服务器作为其向用户提供涉案作品的存储来源，达到向用户提供涉案作品的目的，该行为本身就是一种新的作品使用方式，侵害了权利人对涉案作品著作权专有权的控制。

结语

当前，对于侵害著作权的判断标准众说纷纭，其实都是如何对作品提供行为进行解释和认定。当前流行的服务器标准将作品提供行为等同于“置于服务器之中”，其他标准也基本以此类推。但法律本身并未具体化为或限定为“置于服务器”，判断标准均是学理和实践中对于作品提供行为的诠释。因此，侵害著作权的认定必须回归到侵害著作权的本质上来，即凡未经许可（擅自）播放涉案作品，或者侵害权利人对涉案作品著作权专有权的控制，均可构成著作权侵权。

（责任编辑：李宁）

^⑤ 参见王艳芳：《论侵害信息网络传播权行为的认定标准》，载《中外法学》2017年第2期。



《山东审判》2018年总目录

■专家论坛

- 民法典的“政治性使命” /石佳友 (1-1)
- 论时效抗辩权的行使 /余延满 (2-1)
- 刑事审判实务中的若干问题 /陈瑞华 (3-1)
- 网络犯罪空间化视阈下“刷单炒信”出入罪之标准辨析
——基于1879件“网络平台刷单案”法律文书刑事裁判结果不同违法制裁的均衡度分析
/杨凯 (4-1)
- 行政复议法修改的几个基本问题 /耿宝建 (5-1)
- 家事审判改革研究 /孟祥刚 (6-1)

■专题策划

- 审判实践中法官裁判思维与证明方法的运用 /程春华 (1-13)
- 民事诉讼“非法证据”认定规则的解释与运行
——以“民事诉讼法司法解释”施行后的62份判决书为分析样本
/高翔 肖明明 (1-24)
- 审视“双标”：审判实践视野下的借贷类案件中夫妻共同债务认定规则之思辨与完善
/荣明潇 张玺 (1-35)
- 房屋买卖“阴阳合同”案件的处理困境与突破
——以《民法总则》通谋虚伪表示的新规则为契机
/汪育玲 (2-20)
- 结构化交易行为中的虚伪表示：“名实不符”法律行为的理解与认定
——兼论《民法总则》第146条的效力评析
/吴智永 (2-31)
- 房屋买卖违约中增值损失赔偿的司法认定 /郭泽喆 (3-10)

- 商品房抵押权预告登记的法律效力与司法救济 /陈建志 谷丹 (3-23)
- 租赁合同中的交易僵局及其破解 /孙玮敏 (3-34)
- 不动产善意取得中的“善意”认定困境及克服 /张景溪 (3-48)
- 刑事裁判可接受性的“合情理”路径
——枫桥经验中的情理观及其启示 /崔志伟 (4-16)
- “枫桥经验”在刑事司法审判中的适用研究
——以xz市法院轻伤害案件审判为蓝本 /何秀娟 秦瑞东 薛传耀 (4-32)
- 多元解纷+多维解纷 新时代“枫桥经验”升级问题研究 /刘源 (4-41)
- 新“枫桥经验”语境下基层法院“诉调对接”机制的改革与探索
/蒋梦娴 曹丹 (4-52)
- 论买卖型担保的性质与效力 /景光强 (5-14)
- 新型涉农动产浮动抵押融资制度创新的探索 /仙玉莉 詹王镇 (5-24)
- 抵押权预告登记制度法律适用问题探析
——以抵押权预告登记与所有权预告登记本质区别为基础 /宿敏 (5-33)
- “信访型”行政滥诉案件频发的经济分析与规制
——基于边际效用理论的视角 /洪筱琳 方燕 (6-14)
- 行政协议效力审查规则探究 /周明 (6-24)
- 民事判决对行政案件的既判力问题探析
——防止民行交叉案件裁判冲突的司法路径 /赵龙 (6-36)
- “审判理论与实践”专栏
- 论环境行政附带民事公益诉讼的法律适用与制度构建
——以首例环境行政附带民事公益诉讼案件为切入点 /孙洪坤 施丽芝 (1-48)
- 试论指导性案例的效力困境及其破解 /刘吉旭 邢琼 (2-49)
- 不真正连带责任适用规则研究
——以法院生效裁判观点为样本 /肖新征 (2-61)



- 新“行政诉讼法”同案件审理结果有利害关系的第三人制度分析 /郑志行 (3-58)
- 不离其宗：矛盾化解的经济分析方法论
——以房地产纠纷量化调解互动博弈为参照 /李俊晔 (4-61)
- 建设工程价款优先受偿权的行使与规制 /陈东强 (5-44)
- 建设工程合同中背靠背条款的适用及其规制 /张永亮 (6-43)
- 理论争鸣**
- 论变更追加执行当事人中的异议之诉 /乔宇 (1-59)
- 购物网站标价错误法律效力问题之解析
——以我国、我国台湾地区及德国司法实践为视角 /邓颖 (1-77)
- 对“引入认罪协商程序”再度热议之余的冷思考
“事实不清”还是“事实清楚”？
——用表见证明认定疑似虚假诉讼事实问题 /王娱璇 (1-102)
- 扩大假释适用的理论正当性分析 /战玉祝 (2-72)
- 村民委员会民事责任承担研究
——以“履行职能需要”为视角 /王苗苗 潘幼亭 (2-81)
- O2O众包模式交通事故责任承担
——以车辆挂靠关系为类推 /张铮 (2-94)
- 激活休眠：人民法庭巡回审判制度的检视与完善
——基于S省Z市实践样本的考察 /杨富元 李兴明 赵佳 (2-105)
- 论我国家事纠纷协同机制的构建 /任容庆 (3-70)
- 离婚案件中的法官性别与知识生产
——兼论家事审判制度的建立与完善 /娄必县 (3-79)
- 多元化纠纷解决机制中的先行调解制度 /梁蕾 (3-90)
- 论胎儿损害赔偿请求权保护规则的司法续造
——以《民法总则》第十六条为切入 /文晓威 (3-103)

论夫妻共有财产的公示与处分

——兼议《物权法》与《婚姻法》的冲突和协调 /孙超 (4-71)

跨辖区刑民交叉案件管辖权冲突研究

——以民事欺诈与刑事诈骗互涉类案件为切入点 /刘文斌 孟健 (4-79)

车位权属问题研究

——以“帝景豪苑”车位纠纷案为例 /张梦奇 陈佩彤 (4-92)

认罪认罚从宽制度的改革进路

——以反悔机制的构建为视角 /徐远太 黄美容 (4-103)

美国的强制最低刑制度与量刑指南

/刘静坤 (5-58)

论合同诈骗罪的事实认定

/尹士强 (5-77)

行政诉讼立案登记阶段的自由裁量权

/李凌云 (5-86)

民事习惯论证的逻辑结构与可能

——兼论民事习惯文本的引证 /龙徽 (5-96)

行政认定在刑事诉讼中适用路径探析

——基于SIPOC流程管理模型的视角 /杨淮陌 (5-112)

督促程序的适用异化及其复归

/张海燕 张思聪 (6-53)

诉的理解与案件事实的认定

——合并审理与另案处理的价值考量 /吴智永 (6-63)

协同性嵌入视角下刑事速裁诉讼主体关系重塑

/叶伶俐 (6-79)

域外法官额制度的实证分析

/屈向东 (6-90)

■实务求真

立案登记制实施的实证分析

——以A市中级人民法院行政案件立案情况为主要研究样本 /姬亚平 张雪婷 (1-113)

劳动争议新情况新问题及司法应对

/王永起 (1-124)

抵押权优先受偿范围之界定

/王建 (1-133)



刑事审判中被告人翻供的司法应对

——基于裁判者角度的思考 /王海 王金凤 杨琳 (1-142)

审判中心视野下刑事证卷电子化的实效及其限度 /徐远太 陆银清 (1-155)

妥协与突破：我国法官工资机制改革的多维分析与路径选择 /刘希婧 (1-167)

违法信访刑法规制疑难问题研析 /王洪伟 (2-121)

继承与变革：人员分类管理视野下聘用制书记员管理研究 /莫运垠 王宇 (2-130)

重复诉讼的识别与规制

——以《民事诉讼法司法解释》第247条为视角 /刘庆国 (2-146)

违法保全国家赔偿与申请保全错误民事赔偿交叉形态下递进式辨识程序及并案审理制的构建

——基于两个典型案例及55+521份裁判文书的实证分析 /杜茜 (2-157)

“无法清算”的类型化与程序规则完善 /高春乾 (3-115)

规范与规制：车损物业责任的逻辑进路 /厚德顺 王涛 (3-124)

基层民事法官办案饱和度测算的实证研究

——以S省W市H区人民法院“一审一助”模式为视角 /方燕 吕俊芳 (3-134)

惩罚性赔偿条文群的规范结构厘定 /丁瑶 (3-148)

关于房地产合同效力认定的若干问题 /王永起 (4-118)

论环境民事公益诉讼之诉讼请求 /李丽峰 乔茹 (4-133)

建设工程领域因挂靠关系引发的民事责任问题研究 /史智军 (4-142)

刑事二审发回重审制度运行失灵之审视与破解

——以刑事司法场域中法官行为策略为视角 /唐红 (4-151)

激活盲点：汽车合格证让与担保的检视与应变

——基于300份民事裁判文书样本的分析 /杨富元 (4-166)

利息约定不规范的司法处置

- 以自然人之间借贷为视角 /余文唐 (5-125)
- 困境与出路：论我国员额法官退出机制之构建 /陈建华 (5-134)
- 家事审判方式改革及其实践路径 /胡发胜 (5-145)
- 以当事人管辖选择权为视角探析行政案件跨区域管辖改革路径之完善
- 兼论山东法院改革方案的具体构建 /刘白鸽 (5-153)
- 食品销售领域惩罚性赔偿“明知”要件的司法认定 /宁尚成、庄绪龙 (5-164)
- 我国民事新证据的体系化理解与理性适用
- 以影响新证据制度的类型化因素为研究视角 /余晓龙 (5-174)
- 婚姻登记案件原告资格判定与审查标准
- 从保护规范理论视角 /朱晓宇 (6-102)
- 精简之外：人民法院内设机构效能优化之路
- 从内设机构合理的管理幅度切入 /赵文艳 齐姗姗 (6-114)
- 偏离与回归：审判中心视野下法院内设机构的职权整合
- 以内部权力的三元划分为基础 /洪泉寿 (6-126)
- 专业法官会议运行机制构建再思考
- 基于审委会、审联会、专业法官会“三会”比较的视角 /杜豫苏 高伟 何育凯 (6-139)

■调查研究

- 关于婚恋纠纷引发的故意杀人、故意伤害（致死）案件的调研 /德州市中级人民法院课题组 (1-180)
- 关于行政案件中规范性文件附带审查方式的调研 /宫凡舒 (2-167)
- 关于支付令适用情况的调研 /王益华 王鑫 (2-177)
- 关于山东自贸区建设司法保障相关问题的调研报告 /付本超 刘福贵 (3-159)
- 关于2015—2017年度山东省济南市法院离婚纠纷案件的调研报告



/山东省济南市中级人民法院课题组 (3-170)

关于涉众型经济犯罪案件审理情况的调研报告

/山东省滨州市中级人民法院课题组 (4-181)

济南中院关于第三人撤销之诉审理现状的调研报告

/济南市中级人民法院审监庭 (5-182)

贩卖毒品罪类案证明标准研究

/山东省高级人民法院刑一庭课题组 (6-149)

故意杀人罪类案证明标准研究

/山东省高级人民法院刑四庭课题组 (6-161)

山东省环境噪声污染防治对策研究

/山东法官培训学院课题组 (6-174)

■案例评析

隐名股东资格以及隐名股东转让股权的效力认定

/刘绍斐 裴跃 (1-194)

主观过错不是商标侵权的构成要件

/张金柱 (2-188)

行政协议中有关税款减免、返还约定的效力及履行

/温贵能 (2-194)

深圳市捷顺科技实业股份有限公司不服深圳市人力资源和社会保障局、深圳市人民政府工伤认定纠纷案

——工伤认定并未采取举证责任倒置

/戴剑飞 (3-188)

弃权制度在保险合同纠纷案件中的适用

/高勇 何宜瞳 (3-195)

权利保护顺位的确定与民事责任承担

/王华栋 (4-194)

涉第三人行政诉讼中被告怠于举证并不必然导致败诉的后果

/胡峻峰 (5-194)

湖南某娱乐公司诉上海某科技公司著作权权属、侵权纠纷案

/刘雅静 (6-189)