

■ 专家论坛

劳动关系的识别标准和处理思路 / 王永起 1

■ 专栏：社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理研究

社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理之识别程序构建 / 刘文娟 26

社会主义核心价值观渐进式融入民事裁判说理的三个维度 / 王兴安 林思婕 38

社会主义核心价值观融入裁判说理之现实困境及纾解 / 许志华 53

■ 类案检索与类案同判

类案检索中“不宜参照”案例的认定及其退出机制构建 / 毛琳 64

民事案件当事人类案检索报告：开示、抗辩、采用规则之构建

/ 徐力英 吴佳乐 陈栎桦 80

类案检索系统的应用现状与优化进路 / 谭小彤 庞丽 93

■ 《民法典》的理解与司法适用

个人生物识别信息保护的消费民事公益诉讼救济路径探析 / 陈东强 105

保理交易中保理商义务探析 / 刘成安 陈泓文 118

价金担保权优先顺位的司法适用 / 郑思清 131

■ 司法综合

行政非诉执行案件中执行和解的适用及其边界 / 陈明 王建 144

法院司法技术工作的模式变革、现实困境及其出路探究 / 庞绚 156

案件权重测算的现状考察与机制重塑 / 宋仕超 孙子涵 166

■ 调查研究与案例评析

私募基金类案件的审理难点与裁判思路 / 潘娟 刘欢 178

分公司员工被总公司通过人事代理委托给第三方情形下劳动关系的认定
/ 荣明潇 190

劳动关系的识别标准和处理思路

王永起*

内容摘要：我国劳动法作为社会法，其调整对象是劳动关系，而我国现行劳动立法并未对劳动关系的概念及法定要件作出明文规定，使得劳动争议案件司法审判工作中，不仅当事人之间，而且不同法院之间在确认劳动关系诉讼中，对劳动关系的识别标准产生不同的理解和认知，类案不同判的问题比较突出。本文依照我国现行劳动立法的精神，结合劳动法学最新研究成果，及多年来审理劳动争议案件的实践经验，对当前确认劳动关系争议面临的主要问题、劳动关系的一般判断标准、劳动关系与相近法律关系的界限及确认劳动关系诉讼中部分疑难问题的处理进行了研究。

关键词：劳动关系；识别标准；法律关系界限

中图分类号：DF472 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)01-001-025

尽管我国《劳动法》自1995年施行已有二十余年，但劳动关系的确认一直是当前劳动争议案件审判工作中的难点问题，盖因我国现行劳动立法对劳动关系的认定标准没有明确的法条依据。《劳动法》《劳动合同法》是调整我国劳动关系的最基本法律依据。我国劳动法的调整范围和保护对象就是劳动关系，但《劳动法》《劳动合同法》等劳动法律、法规和政策均未就劳动关系作出定义性规定，也未就劳动关系的构成要素和法定要件作出明确规定，造成司法实践中对劳动关系的认定标准，以及劳动关系与相近社会关系之间的法律界限如何界定分歧较大，类似案件不同裁判标准的问题比较突出。因此，只有正确认识和界定劳动关系的判定标准，以及劳动关系认定的基本路径，才能够准确把握劳动法的适用范围和劳动争议案件的受理范围，进而确定其所采用的调整原则和调整方法。

* 王永起，山东省高级人民法院审判监督三庭二级高级法官。



一、当前审理确认劳动关系争议案件面临的主要问题

劳动关系的认定与不同时期的劳动用工模式密切相关。劳动法意义上的劳动关系一般是用人单位招用劳动者，劳动者直接为用人单位提供劳动而形成的社会关系，这种劳动关系是与用人单位直接招用劳动者的全日制劳动用工模式，即“企业+员工”的用工模式相匹配的。对用人单位的这种全日制直接用工而建立的劳动关系，学界和业内一般称为标准劳动关系。对于用人单位直接使用劳动者，劳动者直接向用人单位提供劳动，如果是用人单位与劳动者订立书面劳动合同而建立的劳动关系，司法实践中认定相对比较容易；如果双方未订立劳动合同而形成事实劳动关系，则可以根据用人单位与劳动者之间的用工事实对用人单位与劳动者之间的用工关系性质作出判定。

但是，随着新时代我国经济形势的不断变化，经济发展进入新常态特别是互联网平台共享经济的迅猛发展，传统全日制直接用工方式受到极大挑战，新业态下的灵活用工方式及灵活就业方式不断涌现，相应地劳动关系的样式亦发生重大变化，给司法实践中用工单位与从业人员之间的劳动用工关系的性质认定带来极大影响。除新就业形态的影响外，我国现存的劳动关系还存在结构性矛盾，主要表现为：计划经济体制改革过程中的历史遗留问题未完全消除，并与市场经济条件下新出现的矛盾相互交融；非全日制用工、派遣用工等灵活用工方式下产生的非标准劳动关系逐步增多，并与标准劳动关系并存；新就业形态下形成的用工关系性质界限不清，劳动法律关系与其他民事法律关系相互交织；劳动关系领域出现的问题和其他经济社会问题相互关联、互相影响，造成劳动关系领域的矛盾日趋复杂。这些矛盾和问题不仅给和谐劳动关系带来诸多压力和挑战，同时劳动争议进入诉讼程序后，也给劳动用工关系的性质界定带来极大难度。当前劳动争议司法审判工作中因确认劳动关系所面临的主要问题有：

（一）劳动用工制度改革中的遗留问题

劳动关系包括两个最基本要素，即当事人和内容。作为劳动关系的主体要素，强调一方是劳动力的提供者，一方是劳动力的使用者，双方形成隶属关系的静态形式。作为劳动关系的内容要素，强调劳动力和生产要素相结合而进行劳动过程这一动态内容。静态形式是为了保证动态内容，动态内容通过静态形式来实现，两者是不能分离的。社会主义计划经济时期，我国实行高度集中统一的管理体制，在劳动用工形式上采取固定工制度，符合就业条件的城镇劳动者由国家有关部门按照指令性计

划统一安排,劳动内容也由国家统一规定,这种劳动用工模式实质上是一种国家用工,所形成的劳动关系也是一种行政劳动关系,即形式上是劳动关系,而实际劳动权利义务内容具有强烈的行政性质。

在劳动用工制度改革中,为了避免引起社会的激烈震荡,我国采取了渐进式和过渡性的改革制度安排,即通过让富余劳动者停薪留职、下岗待业、内部退养等隐性失业的方式保留劳动者与原用人单位的劳动关系。但劳动者退出劳动岗位,不再为用人单位提供劳动,从而完成了劳动关系的主体要素和内容要素的分离,有学者称这种劳动关系是一种受国家政策保护的虚化劳动关系,即保留了劳动关系的空壳和形式,但不具有劳动关系的内容。劳动者退出劳动过程、保留劳动关系的制度安排肇始于我国 1983 年实行的停薪留职制度,此后逐步采取下岗待业、放长假、两不找、内部退养等方式将部分富余劳动者进行分流安置。虚化劳动关系下,虽然劳动关系得以保留,但劳动者不再向用人单位提供劳动,可以重新进行自主择业,并与新的用人单位建立劳动关系,用人单位仅向劳动者发放基本生活费用及承担社会保险等社会责任,不再对劳动者进行劳动管理。

应当说,在我国劳动用工制度改革中,保留劳动关系的制度设计具有非凡的政治意义和巨大的历史价值。它从劳动关系体制机制上实现了渐进式的转轨,在某种程度上实现了传统劳动制度的渐进式改革,维护了社会的和谐稳定,同时改变了劳动者的就业观念,增强了劳动者自主择业的意识。但虚化劳动关系的存在也产生了一些突出问题,牺牲了部分劳动者的利益,同时也造成了企业之间的不公平竞争,困难企业本来经营难以为继,却要继续承担劳动者的基本生活费用和社会保险费用,而隐性就业的单位无需承担劳动者的社会保险费用,降低了劳动成本,同时也给国家对劳动关系的监管带来一定难度。由此看到虚化劳动关系仅是一种过渡性的制度安排,随着社会主义市场经济的完善,该部分劳动者逐渐失去劳动法上的地位,劳动关系中主体要素和内容要素相互脱节的情况会逐步消弭。

随着我国经济社会的发展,虚化劳动关系下的劳动者多数按照国家现行的退休政策,办理了退休手续,与用人单位消灭了劳动关系。但仍存在部分劳动者,尤其是重新就业的劳动者,因劳动权益无法得到保障而争议不断,劳动者不仅请求确认与原用人单位之间的劳动关系,也请求确认与新用人单位之间的劳动关系,并请求用人单位承担其相应的劳动权益和社会保障,因而如何界定该部分劳动者与原用人单位、新用人单位之间的劳动关系仍是劳动争议案件审判工作中面临的一个难题。

(二) 新就业形态下劳动用工不规范的问题

进入 21 世纪后,伴随着现代科学技术的进步和经济全球化,特别是互联网行业



和网络平台经济的快速发展,用人单位直接招用劳动者并与之建立劳动关系的全日制用工模式相对弱化,用人单位采取灵活用工和劳动者采取灵活就业等新业态异军突起。依托互联网平台就业的网约配送员、网约车驾驶员、外卖骑手等新就业形态从业人员的规模不断扩大,数量大幅度增加。据国家信息中心2021年发布的《中国共享经济发展趋势报告》显示,2020年我国共享经济市场交易规模已达33773亿元,共享经济参与者人数约8.3亿人,其中服务提供者约为8400万人,平台企业员工数约631万人。美团研究院公布的数据显示,2020年上半年,通过美团平台获得收入的骑手总数为295.2万人,同比增长16.4%。^①

新就业形态的发展对我国传统的全日制劳动用工模式产生了强烈冲击,由此衍生出更加多元的非全日制用工、劳务派遣用工、承包用工等灵活用工和就业方式,以及互联网行业中的“平台+个人”的共享经济用工等新的用工形态。相对于我国传统的全日制用工,新业态下的用工方式在我国劳动关系结构中是一种非标准化的劳动用工,属于用工单位的间接用工模式。换言之,虽然劳动者仍然给用人单位提供劳动,但直接招用劳动者的并非用人单位,而是劳务派遣单位、外包单位等,学界和业内将这种用工模式下建立的劳动关系称为非标准劳动关系。

从工业化经济发展到全球化经济,传统的、标准的劳动关系日渐式微,“世界进入了弹性劳动与经济不稳定、工作不稳定的时代”^②。劳动关系在全世界范围内越来越呈现出非标准化的趋势。建立在工业化和现代工厂制度基础上的用人单位直接用工而形成的标准劳动关系逐渐淡化和弱化,灵活就业和灵活用工方式中衍生出来的一种特殊类型劳动关系,即非标准化劳动关系,逐渐成为一种新业态的劳动关系。对用工单位而言是灵活用工,对劳动者而言是灵活就业,对劳资双方而言是非标准劳动关系。所谓灵活就业是指在劳动时间、劳动报酬、工作场地、保险福利、劳动关系等几个方面(至少是一个方面)不同于建立在工业化和现代工厂制度基础上的、传统的主流就业方式的各种就业形式的总称。^③有学者也称为非正规就业。标准劳动关系的人格从属性、经济从属性主要是通过组织从属性体现的,而非标准劳动关系是人格从属性、经济从属性和组织从属性相分离而产生的,与传统的标准劳动关系相比,非标准劳动关系由于适应了市场需求的灵活性和不稳定性而发生了“自我异化”,从原来的标准形态走向非标准的形态。主要体现为劳动关系中的组织从属性出现了弱化:劳动关系中的用工主体一方发生了分化,劳动者原本由一个用工单位

① 参见北京市第一中级人民法院课题组:《新就业形态下平台用工关系法律性质的界定规则》,载《人民法院报》2021年9月23日,第7版。

② [英]罗宾·科恩、保罗·肯尼迪:《全球社会学》,文军等译,社会科学文献出版社2001年版,第106页。

③ 参见杜兴洋、徐双敏:《国外政府促进灵活就业的主要方式》,载《学习月刊》2005年第5期。

控制转变为劳动者可能受到产业链上的多个用工主体控制。劳动者与用人单位的联系方式发生了变化，在工业化时代，劳动者与用人单位的联系方式主要是工厂这样的工作场所，第三产业的兴起，特别是互联网的发展，工作场所发生了分散性和多样性的变化。总之，劳动关系的非标准化，已经成为新经济业态下的一个不可逆转的发展趋向。非标准劳动关系出现了“三分”“三合”，即劳动关系与工作场所分离、劳动关系与持续性工作分离、劳动关系中雇佣与使用分离；劳动关系与经营关系重合、劳动关系与服务关系重合、劳动关系与劳动关系重合。^①劳动关系与经营关系的重合主要表现为自营就业，劳动关系与服务关系的重合主要表现为独立就业，劳动关系与劳动关系的重合主要表现为非全日制用工和兼职就业。综上，面对非标准劳动关系发生的现实，有学者认为，“传统就业形式被改变，单一的全职全日制走向衰亡，取而代之的是灵活多样的就业形式，劳动者得以将工作与生活进一步协调起来，而统一的工作时间、工作场所和工作纪律却渐渐逊色”^②。

对于新业态下建立的非标准劳动关系，我国劳动法学者总体上给予了肯定，认为平台经济下的新就业形态提供了大量的灵活就业岗位，在拓宽就业渠道、增强就业弹性、增加劳动者收入等方面发挥了积极作用。但是，也有观点给予了消极、负面的评价，认为这种劳动关系虽然对促进就业具有一定的积极作用，但属于“低质量的就业”，^③不利于劳动者权益的保障。应当说，灵活用工下建立的非标准劳动关系在客观上具有一定的趋向性，是由企业弹性用工、劳动者弹性需求决定的。也就是说，随着经济全球化和产业结构的调整，第三产业不断扩大，从而给就业方式带来巨大冲击，与日趋多元化、个性化的产品和服务需求相适应的机制以及灵活、富于弹性的就业模式，满足了当今的产品格局和市场的需要。此外，随着时代的进步，人们的思想观念、就业意识等相应地发生变化，劳动者对弹性就业的需求越来越旺盛，加之政府因势利导的推动也是非标准劳动关系不断扩展的主要动因。在我国非标准劳动关系的成因具有特殊性：一是传统的劳动用工模式导致企业，特别是国有企业负担越来越重，生产效率越来越低，市场竞争力越来越弱，迫切需要裁减冗员，形成优胜劣汰的用工机制；二是农民工流动就业加剧了劳动力市场供给关系的失衡，迫切需要用工弹性化；三是伴随着我国社会主义市场经济体制与世界经济的接轨，劳动用工方式也必须实现渐进性接轨；四是部分垄断企业的劳动关系和工资分配变得极为刚性，也需要企业采用比较柔性的方式降低用工成本。

① 参见董保华：《劳动合同法立法的争鸣与思考》，上海人民出版社2011年版，第683-686页。

② 杨燕绥：《劳动法新论》，中国劳动社会保障出版社2004年版，第22页。

③ 参见王全兴：《就业权实现的劳动合同法保障——审视我国劳动合同法立法的一种新视角》，载《中州学刊》2005年第6期。



新就业形态下,不仅用工方式发生重大变化,而且企业的经济组织形式、生产经营方式、分配方式也发生了新变化,灵活用工形式成为降低劳动用工成本和实现劳动者自身价值最大化的缓冲区。新业态下用人单位与劳动者之间的用工关系本来就界限不清,再加之有些用人单位以规避履行传统劳动用工关系下所承担的用人单位义务和责任为目的,与灵活用工平台合作,通过诱导与其建立劳动关系的劳动者自主经营等方式,将企业的“核心员工合伙化,非核心员工合作化”,将双方间的劳动关系逆向为劳务关系等民事关系,使得原来存在的劳动关系与其他法律关系的边界更加模糊不清,亦使得司法实践中劳动关系的确认更加困难。

(三) 经济发展新常态对劳动关系的影响

随着我国经济由高速增长转为中高速高质量增长,经济结构调整和转型升级以及新旧动能转换的加快推进等,作为企业的用人单位因政策和经营原因破产、搬迁、兼并重组等情况逐渐增多,劳动关系的稳定性受到冲击,使得用人单位和部分劳动者的劳动关系处于动态变化中,给劳动关系的认定带来困难。当前我国劳动力市场供求关系发生了重大变化,“十三五”时期,随着人口结构的变化,我国进入劳动年龄人口数量延续下降趋势,农村转移就业劳动力的数量逐年减少,适应转型升级的高素质劳动力相对短缺,劳动力市场的供求关系逐步由卖方市场逆转为买方市场,在一定程度上改变了劳动关系双方力量的平衡。同时,劳动用工成本逐渐增高,进一步放大了用工企业的经营困难。劳动力市场的变化,使得部分劳动者,特别是高素质劳动者的自主择业空间不断拓宽,劳动者与一个用人单位保持长期稳定劳动关系的格局被打破,部分劳动者一年间入职数个用人单位的现象非常普遍,这不仅影响了劳动关系的持续稳定,而且也难以界定劳动者与不同用人单位之间的用工关系性质。

二、劳动关系的一般判断标准

承前所述,我国《劳动法》《劳动合同法》并未就劳动关系的构成要素和法定要件作出明确规定,使得司法实践中对劳动关系的一般判断标准缺乏规范依据。笔者结合多年的劳动争议审判实践经验,认为在劳动关系的一般判断标准上,可以从以下三个层面对用人单位和劳动者之间的劳动用工关系是否属于劳动关系作出判定。

(一) 从劳动关系的从属性特征上判断

劳动法学界通说认为,从属性是劳动关系的最本质属性,在用人单位与劳动者没有订立书面劳动合同,但用人单位存在用工事实的前提下,判定双方间的劳动用

工关系是否属于劳动法意义上的劳动关系，首先要看该劳动用工关系是否符合劳动关系的从属性特征，这是界定劳动关系与相近社会关系之间法律界限的重要依据，也是透过劳动用工关系的表征探知劳动用工关系本质属性的重要标准。

认定事实劳动关系是否成立，应以劳动关系的基本特征为逻辑前提，用工关系只有具备前述劳动关系的本质特征，才能共同构成劳动关系的基本框架和表现形态。因此，劳动关系的认定首要的是依据本质特征加以综合判断，方能获得劳动关系的真谛，否则仅以一个特征或者侧面来判断，就会容易混淆劳动关系与其他社会关系之间的法律界限，无法厘清劳动关系和相近社会关系之间的法律边界，从而使劳动争议的处理失之偏颇。

劳动关系的从属性特征反映了劳动者在向用人单位提供劳动过程中，用人单位处于管理者的地位，而劳动者处于被管理者的地位，双方之间存在着管理与被管理的人身隶属或者依附关系。也就是说，一旦劳动关系成立，劳动者就成为用人单位的组成部分，用人单位也就具有了对劳动者的控制指挥权。基于这一点，双方又不是完全平等主体之间的关系。以此为基准，从理论上确认劳动关系必须具备两个基本条件或者标准：第一，劳动关系的建立必须以双方已经存在的从属关系为前提，即用人单位与劳动者之间实际存在着管理与被管理、指挥与被指挥的关系，这是认定劳动关系的首要标准和核心特征，既是劳动者人身隶属性的集中体现，也是劳动关系的根本标志。劳动关系的隶属性主要表现为人格上的从属性和经济上的从属性。人格上的从属性，是指劳动关系中，劳动者要成为用人单位的成员，遵守用人单位的内部规章制度和劳动纪律，按照用人单位的指示安排提供劳动服务，体现的是用人单位对劳动者监督管理和劳动者服从监督管理的关系。人格上的从属性，意味着劳动者对自己的工作时间、劳动内容不能完全自主支配，这其实是对劳动者劳动自由的一种限制，只是这种限制符合建立劳动关系的目的。这种人格上的从属性也是劳动关系不同于其他社会关系的根本标志。经济上的从属性，指作为劳动关系一方的劳动者必须受雇于人从事工作以谋取生活之状态而言。^①即劳动者不是为自己的营业劳动，而是从属于他人，为他人的经营目的而劳动，仍可成立经济上的从属性。^②简言之，劳动者完全被纳入用人单位的经济组织和生产结构之内，使用用人单位提供的生产资料和劳动条件，为用人单位的利益而提供职业劳动。总之，从属性是劳动关系的核心要义，亦是劳动关系与其他社会关系相区别的基本标准。第二，劳动者向用人单位提供的是职业上的有偿劳务，是劳动者出卖劳动力所取得的对价。司

① 参见谢国伟、杨晓蓉主编：《劳动争议案件审判要旨》，人民法院出版社2006年版，第165页。

② 参见黄越钦：《劳动法新论》，中国政法大学出版社2003年版，第95页。



法实践中,判断是否形成劳动关系要注意把握以下几点:一是以职业上的从属关系作为判断劳动关系的基准,即只要单位对劳动者的管理、控制、支配达到一定程度,即可认定双方形成劳动关系。这是各国劳动法、劳动合同法的通例。实践中某些用人单位不签订劳动合同,但向劳动者发放了工作证等身份证件,或填写了登记表、报名表,并允许劳动者以单位职工名义从事本单位工作,应认定形成劳动关系。有些法院和审判人员以劳动者是否具有本地户籍、是否具有编制、是否已在其他单位就业、是否缴纳社会保险费等作为判断劳动关系的标准是不完全准确的,因为上述这些现象只是劳动关系的表征。二是如果身份上的从属关系较难以判断,可以以劳动者的工作内容是否属于单位的业务组成部分作为判断依据。如果劳动者的工作内容是该单位的业务组成部分,可以认定双方形成劳动关系。此外还有一些表象特征可加以判断,如用人单位存在定期向劳动者支付工资报酬的情形、用人单位向劳动者提供基本的劳动工具或者生产资料等劳动条件。如果劳动者的工作不受用人单位的直接管理、支配、约束,而是以自己的技能、设备、知识提供劳务并自我承担经营风险的,不宜认定双方形成劳动关系,法院可以根据双方关系的实际状况来确定法律关系。如果属于一般民事案件的,人民法院可以直接予以受理。审判实践中,如果用人单位和劳动者对是否存在劳动关系有不同理解的,用人单位应当承担证明劳动关系不存在的证据,不能提供具有证明力的证据的,要作出有利于劳动者的判断。总之,在未签订书面劳动合同的情形下,认定劳动关系存在与否,应遵循判断劳动关系的实质性标准原则,采取综合认定的方法,即以劳动者是否实际接受用人单位的管理、指挥或者监督;劳动者提供的劳动是否是用人单位业务的组成部分;用人单位是否向劳动者提供基本劳动条件,以及向劳动者支付报酬等因素综合认定。^①简言之,劳动关系要同时具备四个要件,即劳动者必须成为用人单位的成员、劳动者必须接受用人单位的管理和监督、劳动者提供劳动及用人单位支付报酬。

2005年6月16日原劳动和社会保障部专门下发了《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发〔2005〕12号),第1条规定:“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同,但同时具备下列情形的,劳动关系成立。(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”该规定即是从劳动关系的从属性特征上确立了劳动关系的判断标准。

^① 参见最高人民法院民事审判第一庭编:《中国民事审判前沿》2005年第2集,第291页。

劳动关系的从属性特征本质上揭示的是用人单位和劳动者在劳动过程中产生的权利义务关系。《劳动法》第16条规定的“建立劳动关系应当订立劳动合同”从立法旨趣上更多地倾向用人单位和劳动者应当在平等自愿的基础上，通过协商达成合意建立劳动关系，即劳动合同与劳动关系是密切联系的，两者不可分离，劳动合同是劳动关系的载体，是劳动关系的法权表现形式。这种劳动关系建立机制的立法安排，在我国劳动用工制度改革中对于推行全员劳动合同制是必要的，但是，建立劳动关系的合意，在双方未订立书面劳动合同的情形下，往往难以判断。劳动用工实践中，双方未达成合意，而事实上形成劳动权利义务的情形非常普遍，因而司法实务中无法通过合意确立劳动关系是否建立。

（二）从劳动用工事实上判断

劳动关系本质上反映的是资本和劳动的交换对价关系，简言之，劳动关系是用人单位使用劳动者，而劳动者向用人单位提供劳动过程中形成的关系，因而在用人单位与劳动者的用工关系中，若用人单位与劳动者未就建立劳动关系达成合意，用人单位是否具有使用劳动力的用工事实，劳动者是否提供正常劳动，对判定劳动关系是否建立至关重要。

承前所述，在劳动法上，用人单位与劳动者订立的书面劳动合同是判定双方是否建立劳动关系的重要依据，即使劳动合同的内容和形式不符合劳动立法的强制性规定，但只要双方间的用工关系符合劳动权利义务关系的基本特征，可以认定双方具有建立劳动关系的合意。在双方订立的书面合同在名称和形式上非劳动合同的情形下，也就是说，用人单位与劳动者之间未订立规范的劳动合同，而是订立其他内容和形式的书面合同时，确认双方之间的劳动用工关系是否属于劳动关系，不应拘泥于合同的名称和表象，而应着重审查合同约定的权利义务是否符合劳动法的规定，同时根据合同的实际履行情况确定双方间是否存在劳动力交换关系，进而确认双方间是否建立真实的劳动权利义务关系。

一般而言，在传统劳动用工模式下，用人单位与劳动者订立了书面劳动合同，就意味着双方间劳动关系的建立，但是，随着灵活就业方式和用工模式的不断涌现，特别是网络平台经济的不断发展，新就业形态领域的用工方式非常多样化。这种用工关系下，用工单位和劳动者之间的合意基础非常淡化，双方之间用工不仅谈不上协商，甚至有些用人单位与劳动者并不熟知。在这种情形下，以双方之间的合意为基础判断劳动关系是否建立，显然无法适应复杂多变的新就业形态下对劳动者合法权益保护的发展需要。目前在国际劳动法理论和实践中，事实优先原则已成为世界各国判断劳动关系存在与否的普遍适用的指导原则。2006年国际劳工大会通过的国



际劳工组织第198号建议书，即《关于雇佣关系的建议书》对事实优先原则进行了界定。所谓事实优先原则，是指对劳动关系的判断应以劳动者提供劳动并获得报酬的相关事实为依据，而不取决于当事人所提供的合同名称、形式或其他相反安排。根据该原则，即使用用人单位与劳动者之间没有订立书面劳动合同，或者劳动合同的内容和形式存在瑕疵，但只要符合劳动者向用人单位提供劳动并据此获得劳动报酬这一本质特征，均认定为建立劳动关系。

事实优先原则在我国劳动立法和实践中一直普遍适用，我国劳动立法虽然要求用人单位与劳动者在劳动用工时要签订劳动合同，但未签订劳动合同所形成的事实劳动关系始终得到劳动立法和司法的普遍认可。《劳动合同法》的立法倾向鲜明体现了这一原则。《劳动合同法》第7条规定：“用人单位自用工之日即与劳动者建立劳动关系。”第10条规定：“已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。”从前引规定来看，《劳动合同法》对于劳动关系建立机制的立法安排较之《劳动法》发生了重大变化，如前所述，在劳动法层面上，劳动合同与劳动关系是密切联系而存在的，劳动合同订立的时间即是劳动关系建立的时间，而《劳动合同法》则将劳动合同的订立与劳动关系建立相互分离，以劳动用工之日为基点确立劳动关系的建立时间。简言之，劳动关系的建立并不以劳动合同的订立为据。用人单位与劳动者订立了劳动合同，但未实际用工，劳动关系并不必然建立；反之，用人单位与劳动者没有订立书面劳动合同，但存在用人单位实际用工的事实，并不影响劳动关系的建立。总之，必须坚持用工实际决定用工关系性质的基本立场，根据用人单位具体用工的形式决定用工关系的法律性质。在劳动政策层面，原劳动和社会保障部2005年发布的《关于确立劳动关系有关事项的通知》第1条实际上确立了在用人单位与劳动者未订立书面劳动合同的情形下，根据用工事实确立劳动关系的基本要件。2021年7月16日人力资源和社会保障部、最高人民法院等八部门联合发布的《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（人社部发〔2021〕56号）也明确提出“根据用工事实认定企业和劳动者的关系”。由此可见，我国劳动立法和政策确定了依据用工事实确立劳动关系的基本原则和处理路径。

在司法实践中，单纯的用工事实对劳动关系的认定并不具有必然性，在提供劳动过程中形成的一般劳务关系、承揽关系等相近法律关系也会存在用工事实，因而判定用工关系是否属于劳动法意义上的劳动关系，还须符合劳动关系的本质特征。司法实务中可以通过比较方式具体加以评判：一是看双方间的实际用工是否符合一

方提供劳动另一方支付对价的交换方式。这是因为劳动关系的基本特征之一在于劳动力的交换关系，即劳动者提供劳动，用人单位支付劳动报酬。劳动力作为生产要素存在，用人单位支付工资是获得这一生产要素的对价，因而确认劳动关系争议首先需要审查劳动者是否存在向用人单位提供劳动的行为，用人单位是否存在向劳动者支付劳动报酬的行为，若主张劳动关系存在的一方无证据证明双方间存在实际用工，则不足以认定双方之间的关系符合劳动力的交换方式。二是看双方间的用工关系是否符合劳动关系的从属性特征，即劳动者在人格上、经济上、组织上是否依附于用人单位。具体而言可以从以下方面判断双方是否存在劳动关系：1. 劳动者是否接受用人单位的劳动管理、指挥和监督；2. 用人单位是否定期向劳动者发放工资，劳动者能否提供用人单位支付工资的记录，劳动者是否在经济上依赖用人单位；3. 劳动者是否被纳入用人单位的生产组织体系从事劳动，与其他劳动者存在分工合作，而不是从事独立的业务或经营活动；4. 劳动者是否自身完成劳务；5. 劳动工具、原材料是否由用人单位提供；6. 劳动者是否在用人单位指定的工作时间、场所工作，并受用人单位决定或者受其控制；7. 劳动者提供的劳务是否具有连续性或职业性；8. 劳动者的工作性质是否具有日常性等。实践中还要结合当事人各方提供的证据和法院查明的事实从人格从属性、经济从属性、组织从属性等三个方面进行分析判断。此外还需要注意的是，因劳动关系具有从属性特征，劳动者不承担用人单位的商业经营风险，若合同约定或者合同实际履行中，劳动者实际承担了用人单位的商业经营风险，一般应认定双方间不构成劳动关系。三是看用人单位在劳动力使用上是否具有专属性，即用人单位招聘劳动者的目的在于使用其劳动力，而且该劳动力专属于招聘的劳动者所有，只有该劳动者才能提供，若其他人可以代替劳动者完成劳动力的付出，表明用人单位对劳动力的使用不具有专属性，此种情形下劳动者向用人单位提供的不是劳动力这一生产要素，而是劳动产品，不宜认定为劳动关系。

（三）从证据法意义上判断

劳动者为用人单位提供劳动的过程往往很难通过一定方式予以显化和公示，劳动者是否成为用人单位的组成部分，在外观表象上通常表现为劳动者持有用人单位发放的工作证、服务证等证明身份的证件、用人单位对劳动者行使管理权的规章制度及其他外在表现形式。简言之，就是能够证明劳动者与用人单位之间具有从属关系的各种证据。

为了规范当前劳动关系的秩序，促进劳动关系的和谐发展，《关于确立劳动关系有关事项的通知》明确用人单位未与劳动者签订劳动合同，可参照下列凭证认定劳动关系：工资支付凭证或者记录（职工工资发放花名册）、缴纳各项社会保险费用



的记录；用人单位向劳动者发放的“工作证”“服务证”等能够证明身份的证件；劳动者填写的用人单位招工招聘的“登记表”“报名表”等招用记录；考勤记录；其他劳动者的证言等。通知还要求，用人单位招用劳动者而未签订劳动合同的，应当与劳动者补签劳动合同，劳动合同期限由双方协商确定。协商不一致的，任何一方均可以提出终止劳动关系，但对符合签订无固定期限劳动合同条件的劳动者，如果劳动者提出订立无固定期限劳动合同的，用人单位应当订立。用人单位提出终止劳动关系的，应当按照劳动者在本单位工作年限每满一年支付一个月工资的经济补偿金。对于建筑、矿山企业等用人单位将工程发包给不具备劳动用工主体资格的组织或者自然人的，对该组织或者自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包人承担用工主体责任。劳动和社会保障部的该规定采用了选择性要件的认定方法，从证据法意义上认定劳动关系是否存在的事实依据，可以在司法实践中加以参照。

需要指出的是，《关于确立劳动关系有关事项的通知》的性质是部门规范性文件，不属于法律规范畴，法院裁判案件未适用该文件的规定不能作为法院裁判适用法律错误的理由。因《劳动法》《劳动合同法》未明确规定用人单位与劳动者之间劳动关系的具体标准，《关于确立劳动关系有关事项的通知》作为专门判断用人单位与劳动者之间是否具备劳动关系的规范性文件，属于对《劳动法》未规范内容的创设性规定，不能当然溯及《劳动法》实施之时，即该文件发生前的劳动用工关系不能以此作为判断的标准和依据。^①

三、劳动关系与部分相近法律关系的界限问题

随着我国劳动制度的改革，劳动用工形式越来越多样化、灵活化，生产用工、生活服务用工、外包用工等各种形式的劳动用工广泛存在于我国的劳动用工领域。因这些劳动用工形式均具有提供劳务这一共性特征，以至在实践中经常出现劳动关系、雇佣关系、承揽关系等相互交织的边际案例。此外，随着经济全球化的发展，出现了一些新型劳动关系和劳动用工模式，劳动关系的内容与传统劳动关系相比发生了明显变化，如工作时间由原来的每日8小时标准工时发展为小时工作形态和弹性工作形态；工作地点由集中劳动模式发展成为分散劳动模式。这些变化使传统劳动关系的紧密型、从属性特征越来越淡化，劳动关系与一些边际民事法律关系之间的界限日渐模糊，造成在我国民事审判理论和实践中，如何界定劳动关系和雇佣关系、

^① 参见丛明滋诉威海日报社劳动争议纠纷案，最高人民法院（2016）最高法民再148号民事判决书。

承揽关系之间的界限成为一个司法难题，理论上见仁见智，实务中认识不一。由于实践中对各种提供劳务的行为和形成的法律关系界限不清，不仅在法律适用上难以选择，而且在实体处理结果上相差很大，往往混淆各种不同性质的法律责任，这对劳动者利益的影响甚巨，而且亦容易造成司法裁判的混乱。之所以产生这一问题，主要是由我国现行的法律调整机制造成的，即我国现行法律在劳动关系的调整机制上采纳了双轨制的模式，劳务关系、承揽关系等一般民事法律关系由民法加以调整，而劳动关系由专门的部门法即劳动法加以规制，这就容易造成两种关系在认识和适用上的差异。

（一）劳动关系与劳务关系的界限

劳动关系与劳务关系具有同质性，即两种关系在法律本质上都应当是一致的，均是以一方让渡劳动力使用权或者出卖劳动力为标的而形成的法律关系。现代法律中的劳动合同是从古代罗马法中雇佣租赁合同演化而来。当时的罗马法学家们将个人的体力劳动供他人使用的行为视为对物的租赁。罗马法的这一思想被《法国民法典》所继承。该法第1708条规定：“租赁契约，可分为两种：物的租赁契约、劳动力的租赁契约。”20世纪后，随着社会经济的发展，由于劳动力的长期过剩使得签订雇佣合同的双方在经济实力上产生了悬殊变化，劳动者为了维持生计，只得全盘接受雇主提出的各项条件。为了消除劳动就业中因合同双方经济地位悬殊而发生的不平等现象，保护经济上的弱者，避免滥用意思自治而损害劳动者利益，由此在传统民法的雇佣合同的基础上，产生了一个具有新的特性、新的内容的合同，即劳动合同。劳动合同是雇佣合同社会化的体现，其旨在消除现实社会中难以实现的、非实质性的平等，使劳动者一方得到较多保护，使合同的平等性得以真正实现。由此可见，从劳动合同制度的历史渊源来看，劳动关系与劳务关系在法律上并无本质区别。所以，审判实践中，许多法官对劳动关系的基本内涵和外延把握不清，对劳动关系与相关法律关系的边际界限把握不准是可以理解的。

关于雇佣关系和劳务关系的使用问题，雇佣制度曾经被认为是资本主义社会特有的剥削制度，故对于雇佣关系，在我国法律中一直没有取得合法性地位。1999年《合同法》立法过程中，专家学者起草的《合同法》建议草案曾经设专章规定了雇佣合同，但最终《合同法》未对雇佣合同关系作出规定。现行法律规范体系中对雇佣关系作出规定的，主要散见于最高人民法院的有关司法解释，如《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条的规定等，但这些规定都是从侵权责任法中的雇主责任的角度加以规定的，并非对雇佣关系的专门规定。尽管雇佣关系在我国现行法律中一直未得到承认，但现实生活中存在着大量的雇工，雇佣关系的存在已是不



争的事实。由于法律的缺位,如何对这些雇佣关系进行法律调整和规制,以及如何区分劳动关系与雇佣关系的界限,一直是司法实践中的一大难题。《侵权责任法》第35条和《民法典》第1192条采用了劳务关系的概念,将雇主改称接受劳务的一方,将雇员改称为提供劳务的一方。《侵权责任法》和《民法典》从民事基本法层面确立了劳动关系之外建立的劳动用工关系为劳务关系,由此给司法实践中劳务关系的认定确定了裁判规范。但笔者认为,劳务关系与雇佣关系具有同质性,两者之间没有本质区别,应当属于同位概念,只是因雇佣关系的使用缺乏法律依据,故采用了劳务关系的提法。

由于我国现行法律未规定劳务合同,自然亦未对劳务关系作出定义性规定。所谓劳务关系,一般是指当事人双方约定一方为他方提供劳务,他方给付报酬而形成的一种法律关系,具有双务有偿性、诺成性和非要式性的特点。当前,理论界和实务界对于劳动关系与劳务关系之间的关系存在着几种不同的认识,主要有:1.并列说,即劳务关系与劳动关系是相互并列、独立存在具有不同性质的两种社会关系,应适用不同的法律机制进行调整,即劳务关系属于私法的范畴,适用民法加以调整,劳动关系属于社会法的范畴,适用《劳动法》加以调整。2.包容说,即劳动关系是劳务关系的下位概念,劳务关系包容了劳动关系,劳动关系仅是劳务关系的一种特殊形态,在适用法律上,按照特别法优于普通法的规则,应当优先适用《劳动法》,《劳动法》没有规定的,适用《民法典》的规定。3.重合说,即劳务关系与劳动关系在内涵和外延上完全一致的,只不过调整方法不同而已。劳动关系是劳务关系社会化发展的必然结果,劳务关系是劳动关系的原始状态,随着劳务关系社会化进程的加快,劳务关系将被劳动关系完全取代。^①

我国《民法典》未将劳务合同作为一种有名合同加以规定,但依据《民法典》《劳动法》规定的精神和司法实践中的通例,我国现行立法和司法显然采纳了并列说的观点,即劳务关系和劳动关系是相互独立存在的两种不同性质的社会关系,分别适用《民法典》和《劳动法》的规定进行调整。随着劳务关系社会化进程的加快,越来越多的劳务关系演变成为劳动关系,纳入《劳动法》的调整领域,因此,重合说的观点更符合现代社会劳动力使用关系的发展趋向。

在世界其他国家立法例中,明确区分劳动关系和雇佣关系,以《德国劳动法》为代表。劳动关系与雇佣关系均以当事人之间的合意为基础而成立;均以给付劳动为目的;均为有偿和继续性的契约关系。从历史的角度考察,劳动关系是劳务关系

^① 参见杨晓蓉:《劳动关系与雇佣关系的界定及实务问题探讨》,载《中国劳动》2005年第8期。

的发展和进化，劳务关系是劳动关系的原始状态，两者在性质上是同质的关系。虽然劳务关系与劳动关系存在着诸多的联系和共性特征，但在我国现行法律体系中，毕竟属于两种不同的法律关系，其主要区别在于：

1. 主体地位的不同。劳务关系是为一方提供劳动，一方支付报酬的合同关系，表现为合同当事人之间经济价值的交换，接受劳务的一方与提供劳务的一方之间不存在身份上的从属性和依附性，当事人的主体地位是彼此独立的，属于平等主体之间的民事法律关系。劳动关系中，劳动者与用人单位提供的生产资料相结合，从而实现劳动的社会化，劳动者从而成为用人单位的一员，亦指双方当事人约定一方在他方存在从属关系的前提下，向他方提供职业上的劳动力，而对方给付报酬的合同关系，其特点在于当事人双方存在着特殊的从属关系一身份上的特殊性，劳动者成为用人单位的一员并在其监督之下而给付劳务。所以，劳动关系具有以当事人之间存在从属关系和依附关系的特征，双方当事人的主体地位不平等。

2. 主体资格的不同。劳动关系的主体是特定的，即一方是用人单位，另一方是劳动者，用人单位可以是法人、个体经济组织、民办非企业单位等，也包括国家机关、事业单位和社会团体等单位，而劳动者必须具备劳动法意义上的主体资格；劳务关系的主体主要发生于自然人之间，如家庭雇工、农村承包经营户的雇员等。主体资格的不同是区分劳动关系和劳务关系的一个显著特征。

3. 受国家干预的程度不同。劳动关系的形成虽然也体现了用人单位与劳动者之间的意思自治，但当事人之间的意思自治必须受到法律的限制和约束，即劳动关系的建立、变更或者解除、终止等运行的全过程必须符合国家法律的强制性规定，不能由当事人任意为之，表明了国家公权力对劳动关系的干预程度较强，如当事人双方对工资标准、劳动条件、工作时间等内容的约定不得违反法律规定的标准，否则会导致约定的条款无效；劳务合同作为一种民事合同，以当事人自治为基本原则，当事人之间则具有自由协商的空间，其订立、变更和解除均由当事人自主决定，国家干预的程度较弱。

4. 当事人的权利义务不同。劳动关系中，用人单位与劳动者之间的权利义务不仅依据双方签订的劳动合同来确定，而且还要根据集体合同和劳动基准来确定。在劳动关系中，用人单位必须依法承担较多的义务，如用人单位必须为劳动者提供劳动条件，为劳动者缴纳各种社会保险等，且不能随意变更；劳务关系中，接受劳务的一方与提供劳务的一方之间的权利义务是依据双方签订的劳务合同来确定的，接受劳务的一方仅仅承担劳务合同约定的义务，无需承担为劳动者缴纳社会保险等社会义务和责任。



5. 形式要件的不同。依据我国《劳动法》的规定,建立劳动关系应当采用书面形式,即用人单位与劳动者之间需要签订劳动合同,属于要式的法律关系。目前我国现行法律对劳务关系的形式要件没有特殊要求,既可以采用书面形式,也可以采用口头形式。

由上述的比较分析可以看出,劳动关系一方面体现了用人单位与劳动者之间的意思自治,这是由劳动法具有一定私法性质和劳动权具有一定的私权性质所决定的;另一方面也反映了国家公权力的强力介入和干预,带有明显的公法性质。比如,国家制定和实施具有强制执行力的最低劳动标准(包含就业年龄、工资标准、加班加点的最长时限、休息休假标准、基本社会保险待遇支付标准等);颁布实施强行法规范,排除当事人的意思自治,如不允许签订劳动合同时约定履约保证金的条款以及生死条款等;对当事人直接配置法定的权利和义务,如用人单位必须为劳动者提供必要的劳动条件和劳动保护、必须为劳动者缴纳社会保险金等;强行推行执法监察制度,对违反法律的用人单位,有权给予行政处罚。正由于国家公权力的积极介入,劳动关系不再是纯粹的“意思自治”关系,因此,可以说劳动关系是用人单位与劳动者之间的一种兼有当事人意思自治和国家公权力干预双重属性的社会关系,而劳务关系纯属民事法律关系,也不具有公法上的属性。值得重视的是,随着社会的发展,劳动关系的范围有逐渐扩展的趋势,这也就逐步压缩了劳务关系的生存空间,因此,劳务关系的社会化将成为劳务关系与劳动关系之间关系发展的基本趋向。

尽管劳务关系和劳动关系在理论特征上可以相区分,但司法实践中,准确识别用工单位与劳动者之间的关系是劳务关系还是劳动关系还是非常困难的。《劳动法》施行后,从劳动行政主管部门发布的一系列适用《劳动法》的规范性文件的规定来看,通常在主体上采用排除适用《劳动法》的方式对劳动关系和劳务关系作出判定,如原劳动部1995年8月4日发布的《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第4条规定:“公务员和比照公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员,以及农村劳动者(乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外)、现役军人和家庭保姆等不适用《劳动法》。”据此规定,上述人员不是劳动法意义上的劳动者,其与用工单位形成的用工关系不适用《劳动法》的规定,自然不属于劳动法意义上的劳动关系。

(二) 劳动关系与承揽关系的界限

依照我国《民法典》《合同法》的规定,承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作,交付工作成果,定作人给付报酬的合同。劳动关系与承揽关系均是以一方当事人给对方提供劳务或服务而形成的法律关系,也均以当事人之间的合意为基础。

基于两种关系的相近性,使得承揽关系和承揽合同、劳动关系的法律边界在劳动争议案件审判实务中经常发生混淆,以致造成案件实体处理中适用法律的错误,因此,正确判断和把握劳动关系与承揽关系之间的界限对于准确适用法律,确保案件的公正处理至关重要。

承揽关系严格意义上说,是劳动关系的边际关系,两种关系所依据的边际事实比较接近,但承揽合同关系与劳动合同关系是相对独立的合同关系,传统民法上的承揽合同的范围比较广泛,除加工承揽合同外,还包含建设工程合同等。承揽合同是一个开放性的概念,《民法典》第770条列举了6项承揽工作,即加工、定作、修理、复制、测试和检验等,但现实生活中的承揽关系远远不止这些类型,随着社会生活的不断发展变化,承揽合同的范围将会越来越广,新类型的承揽关系将会不断涌现。

司法实践中之所以容易混淆劳动关系与承揽关系的界限,一方面在于我国现行法律对劳动关系的识别标准和内涵未作出定义性规定;另一方面在于对于劳动关系的性质缺乏正确认识,往往仅从表象上对劳务行为进行定义,而不能从本质特征上准确判断劳动关系和承揽关系之间的界限,因此,两者很容易出现混同。此外,从合同法理论上考察,承揽人在英美法系中被称为“独立合同工”或者“独立承包人”。实践中,独立合同工和劳动者往往是很难区分的,特别是有些劳动者在实际工作中具有相对的工作自主性和独立性,而独立合同工一般也要接受定作人指示和现场指挥,因此,经常将两者相互混淆往往是很难避免的。

劳动关系和承揽关系的共性特征在于,签订劳动合同和承揽合同均基于当事人的合意,在内容上都属于一方向另一方提供劳务或者服务,由另一方给付报酬的合同关系,亦均为双务有偿、继续性和诺成性的协议。尽管两种关系具有相近性,但劳动关系与承揽关系在合同目的、风险负担和是否具有支配关系等方面存在明显的区别:

1. 主体资格不同。劳动关系具有严格的用工主体要求,即劳动关系的一方是国家机关、事业单位、社会团体、企业法人以及其他社会组织等用人单位,而另一方则是劳动者个人;承揽关系的双方当事人一般为自然人如装卸工、修理工等,也包含法人及其他组织。主体的特定性为实践中正确区分劳动关系与承揽关系提供了明确的标准。

2. 主体地位的不同。劳动关系中的劳动者与用人单位之间具有人格和经济上的从属性,劳动者必须接受用人单位的劳动管理和制度约束;承揽关系中的承揽人与定作人是两个独立的民事主体,彼此之间不存在任何隶属关系,承揽人可以自行支配工作时间,并以自己的设备负担危险责任,纯粹属于两个民事主体之间的经济交



换关系，^① 承揽人向定作人交付的是劳动成果，而非承揽人自身的活劳动。

3. 合同目的的不同。劳动合同是以劳动者向用人单位直接提供劳务为目的，与劳动过程密切相关；承揽合同中，承揽人虽然也向定作人提供劳务或者服务，但其目的是完成工作成果，着重于劳动的实现过程，承揽人提供劳务或者服务仅仅是完成工作成果的手段，反映的是劳动结果。

4. 劳动力的支配权不同。在劳动关系中，劳动者是用人单位的组成部分，双方形成管理与被管理的隶属或者依附关系，劳动者入职用人单位后，其劳动力的支配权则由掌握生产资料的用人单位行使，受用人单位的控制和指挥；承揽关系中，则由承揽人自主决定和组织劳动过程，如何提高劳动或者服务，完全取决于承揽人的自主意志，不受定作人的控制和指挥。

5. 劳动报酬的性质不同。劳动关系具有职业性的特点，在一定时期内保持稳定性，劳动关系中用人单位支付给劳动者劳动报酬的方式往往特定化为一种持续、定期的报酬给付，即《劳动法》规定的报酬支付采取货币方式，且因劳动关系产生的劳动报酬具有分配性质，受劳动力市场供求关系影响比较小；承揽关系中定作方给付承揽人的报酬一般以计件为主，采取一次性方式给付，即承揽方在交付工作成果后，定作方及时支付工作报酬，双方体现的是一种即时清结的债的关系，且承揽人提供劳务或者服务的报酬与市场服务价格密切相关，受市场供求关系影响较大。

6. 国家干预的程度不同。劳动关系虽然建立在用人单位与劳动者合意的基础上，但当事人之间合意的内容不得违反《劳动法》的强制性规定，否则约定的内容无效，而且劳动关系中的一些权利义务不允许当事人进行自由协商，即国家公权力干预的程度比较大；承揽关系的当事人完全体现合同自由原则，权利义务完全由当事人意思自治来决定，当事人之间具有充分的自由约定空间，除非当事人约定的内容违反法律的强制性规定，国家一般不会加以干预。

7. 危险责任负担的不同。承揽人以自己的设备、技术和专业知识独立完成劳务，其风险均由自己负担，在承揽活动中造成人身损害的，除非定作人在选任、监督和指示上具有过失，否则均由承揽人自身承担赔偿责任；劳动关系中，劳动者在劳动过程遭受损害的，应当按照工伤保险法律机制的规定，由社会保险经办机构和用人单位承担劳动者的工伤保险责任。

8. 法律调整机制不同。劳动关系适用劳动法律规范加以调整，劳动关系运行中产生的争议需要依照先裁后审的解决纠纷机制予以处理；承揽关系属于一般的民事

^① 参见王利明：《合同法研究》（第一卷），中国人民大学出版社2003年版，第54页。

法律关系，适用民事法律规范加以调整，因履行承揽合同产生的争议可以直接向人民法院起诉。

值得关注的是，劳动关系的区分标准在理论上可谓泾渭分明的，但司法实践中，一种法律关系与其他的法律关系之间的界限往往不像概念一样容易鉴别，特别是一种法律关系处于其他法律关系的边缘地带，则与其他法律关系的界限就更模糊。因此，实践中正确判断各种不同法律关系之间的界限还需要法官的智慧，透过各种不同关系的表征，结合各种不同法律关系的本质特征及其他因素综合加以评判，而不能仅根据某个标准作出片面认定。

四、建筑行业劳动关系的认定问题

目前对建筑行业劳动关系，特别是实际施工人招用的劳动者与发包人、承包人等具有劳动用工资格的单位之间是否建立劳动关系等问题缺乏相应的立法规范，最高法院司法解释也鲜有涉及，导致司法实务中的认识和操作极其混乱，但是从中也能窥视一些共性特点：一是越来越多的法官更倾向于按照劳动关系来认定；二是针对不同的纠纷性质界定劳动关系，产生的职业伤害赔偿纠纷，多数按照工伤保险制度予以处理，而劳动者追索劳动报酬等涉及劳动者切身利益的纠纷，又多数按照劳务关系予以处理，反映了当前司法实践在该问题上犹豫不决的矛盾心态。

要准确界定建筑行业劳动用工关系的法律性质，首先有必要对当前我国建筑行业劳动关系的现状进行考察。该问题的核心在于建筑施工企业、实际施工人与农民工之间的关系如何定位，对此司法实践中存在不同意见，第一种观点认为，建筑施工企业与实际施工人之间系承揽关系，而实际施工人与农民工之间系劳务关系，建筑施工企业与农民工之间不存在直接合同法律关系，自然不存在劳动关系。该观点的依据是合同的相对性原则，实际施工人多数是自然人，其不是劳动法意义上的用人单位，自然不受劳动法调整，所招用的农民工也不是劳动关系的主体，双方所形成的关系应定位为劳务关系。第二种观点认为，建筑施工企业与实际施工人之间系承揽关系，而建筑施工企业与实际施工人招用的农民工之间是劳动关系，但从网上公布的部分司法裁判文书来看，多数法官对这种关系不直接做出认定，而是采取回避的态度，但从责任承担上可以看出法官的态度，即或判决建筑施工企业直接承担劳动法上的义务和责任，或判决建筑施工企业与实际施工人承担连带责任，将建筑施工企业与包工头作为共同雇主。

其次考察相关法律政策规定。涉及建筑行业劳动关系认定的直接法律依据未置



明文,相近或者相似的规定主要有:《最高人民法院审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条的规定,即雇主责任,该规定隐含了将不具有用工主体资格的雇主与招用的劳动者之间定位为雇佣关系的意思;最高法院行政庭2007年作出的(2006)行他字第17号个案批复,即机动车挂靠经营情形下实际机动车所有人聘用的司机受到伤害的情况下是否认定工伤的批复,将挂靠人与招用的司机之间的关系间接定性为劳动关系;2004年建设部、劳动部发布的《建设领域农民工工资支付管理暂行办法》要求建筑施工企业应当将工资直接发放给劳动者,如果建筑施工企业将工程发包给实际施工人,则应当承担拖欠工资的连带责任;2005年劳动部、建设部、全国总工会发布的《关于加强建设等行业农民工劳动合同管理的通知》要求劳动合同应由具有用工主体资格的用人单位与农民工签订,项目部、项目经理、作业班组、包工头等不具有用工主体资格,不能作为用工主体与劳动者签订劳动合同;2005年原劳动和社会保障部12号文《关于确立劳动关系有关事项的通知》要求建筑施工企业对劳动者承担直接责任;《劳动合同法》第94条虽规定发包的组织与个人承包经营者违法规定招用劳动者,应当承担连带赔偿责任,但该责任是民事责任还是劳动法上的责任均不明晰。另外,劳社部12号文中对于实际施工人招用的劳动者在建筑施工中受到损害的,具有用工主体资格的建筑企业承担用工主体责任,但用工主体责任与劳动关系是性质不同的两个问题,建筑企业承担用工主体责任不一定形成劳动关系,但司法实务中不同法官对此裁判意见不尽一致。最高法院《全国民事审判工作会议纪要》(法办〔2011〕442号)第59条,即建设单位将工程发包给承包人,承包人又非法转包或者违法分包给实际施工人,实际施工人招用的劳动者请求确认与具有用工主体资格的发包人之间存在劳动关系的,不予支持。该会议纪要发布后,仍未从根本上厘清建筑企业与实际施工人招用的劳动者之间的法律关系,司法实务中对于发包人的理解亦经常出现分歧,为此,2014年最高法院作出了《对最高人民法院〈全国民事审判工作会议纪要〉第59条作出进一步释明的答复》,明确提出实际施工人的前手即具有劳动用工主体资格的承包人、分包人或者转包人与劳动者之间既不存在雇佣关系,也不存在劳动关系。人力资源和社会保障部2013年发布的《关于执行〈工伤保险条例〉若干问题的意见》(人社部发〔2013〕34号)第7条规定:“具备用工主体资格的承包单位违反法律、法规规定,将承包业务转包、分包给不具备用工主体资格的组织或者自然人,该组织或者自然人招用的劳动者从事承包业务时用工伤亡的,由该具备用工主体资格的承包单位承担用人单位依法承担的工伤保险责任。”《最高人民法院关于审理工伤保险行政案件若干问题的规定》法释〔2014〕9号)第3条也作了类似规定。《最高人民法院关于于都县科力源建材有

限公司与郭荣林劳动关系争议一案的答复》认为，郭荣林与科力源公司并无身份上的从属和依附关系，不受科力源公司各项劳动规章制度的制约，也不受科力源公司的劳动保护、福利和社会保险等待遇。科力源公司没有就钢棚修复工程与郭荣林达成书面或口头协议，也未直接招用郭荣林和向其支付报酬。科力源公司违法发包钢结构修复工程，并不必然导致其与郭荣林之间形成事实劳动关系。故科力源公司与郭荣林不存在事实劳动关系。案外人张龙驰违法承揽钢结构修复工程，其与郭荣林等人存在雇佣关系，如郭荣林就其受雇期间造成的身体伤害提起民事诉讼，要求科力源公司、张龙驰承担责任，应当依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条第2款的规定予以认定。

最后需要考察建筑施工企业、实际施工人与农民工之间的关系。如果单纯从组织的角度来看，作为自然人的实际施工人不是劳动法意义的劳动者，不具有招用劳动者的用工主体资格，而建筑施工企业则远离劳动者，与劳动者不直接发生关系，这与传统劳动法理论上劳动关系具有从属性的特征显然相矛盾，因而很难将建筑施工企业与劳动者之间的关系认定为劳动关系。此外，实际施工人与建筑施工企业之间是通过承包合同明确权利义务的，实际施工人按照合同独立进行工程建设，类似于美国法上的独立合同工，并不受建筑施工企业的控制和指挥，由此来说，也很难将建筑施工企业与劳动者直接联系起来。由此，从劳动关系的组织、人格、经济从属性上考察建筑施工企业与劳动者的关系，不能得出两者之间是劳动关系的逻辑结论。在制度经济学上，组织和市场是经常转换的，随着市场分工的细化，很多组织只负责工程建设的协调和管理，而将具体工程施工交由市场来完成，这是建筑行业的普遍做法，由此如果将建筑施工企业、实际施工人和农民工三者的关系放到市场的视角考察，农民工提供的劳动与建筑施工企业的市场行为具有密切的关系，劳动本身也是建筑施工企业业务的组成部分，两者之间的关系变的不可分割，这就是当前随着市场经济的发展，一些特殊行业已经脱离了传统劳动用工理念，需要司法实务因应这种理念的变化而对劳动关系作出符合时代要求的认定。判断建筑施工企业、实际施工人、农民工三者之间的关系，不仅需要考察关系的从属性特征，而且还要看是否在受益人控制下工作、获得劳动报酬、提供劳动工具等要素，由于实际施工人与农民工等劳动者之间具有直接的用工关系，应当属于无效劳动关系，而前手具有建筑施工资质的企业与应当是农民工的共同雇主，鉴于当前我国立法政策对建筑行业劳动者保护的基本路径是要求建筑施工企业直接对农民工承担劳动法上的义务和责任。

根据以上三个方面的考察，可以得出这样一种结论：在建筑施工中实际施工人



直接招用的劳动者与前手具有用工主体资格的用工单位之间不宜认定劳动关系。因为劳动者实质受雇于实际施工人,未与建筑施工企业订立书面劳动合同,在工作时间、内容和方式上也不受建筑施工企业规章制度的约束,建筑企业也不向劳动者直接发放工资,不具备劳动关系从属性特征。从原劳动和社会保障部发布的12号文件规定的形式要件上来判断,建筑企业一般也不会为这些劳动者缴纳社会保险和进行考勤,劳动者也往往无法证明持有建筑企业发放的工作证、工牌等身份证据,因此,不宜将建筑施工企业与实际施工人招用的劳动者之间的关系认定劳动关系或者雇佣关系。在这种完全缺乏双方合意的情形下,直接认定建筑施工企业与劳动者之间存在合法劳动关系,虽然加大了对劳动者的保护,但与用工实际有所脱节。但是如果劳动者在建筑施工中受到人身损害的,建筑施工企业的工伤保险责任或者人身损害赔偿不能免除,即原劳动和社会保障部12号文所称的建筑施工企业应承担劳动者的用工主体责任。最高法院民一庭的倾向性意见认为,具备用工主体资格的发包人将工程发包给同样具备主体资格的承包人,承包人招用的劳动者与承包人之间形成劳动关系;如果承包人将工程层层分包或者转包给不具有用工主体资格的承包人或者实际施工人,该承包人与其招用的劳动者不构成劳动关系,而是形成劳务关系,发包人仍负有向劳动者支付劳动报酬和承担工伤保险责任的法定义务。^①

五、新就业形态下用工单位与劳动者之间的劳动用工关系认定问题

随着我国大力推进互联网、大数据、人工智能和实体经济的深度融合,新技术、新产品、新业态和新型商业模式不断涌现,创新型用工模式随之出现,当前比较典型的是共享经济背景下网约车、快递平台、外卖骑手、代驾等新型用工模式。“平台+个人”共享经济用工模式,逐步取代了用人单位直接用工模式,在新型用工模式下,不仅用工单位与劳动者之间权利义务的内容有别于传统用工模式,而且依托新技术手段而采取的考勤、绩效考核、审批等劳动管理方式,也明显区别于传统的劳动管理方式。

共享平台经济用工模式下,平台企业与劳动者之间的用工关系性质如何认定,是劳动关系还是民事关系,已成为当前劳动争议案件审判工作中的热点难点问题,类案裁判标准不统一不仅不同法院、不同法官对此认知不同,而且用工单位与劳动

^① 参见最高人民法院民一庭编:《民事审判前沿》,人民法院出版社2014年版,第332-333页。

者之间分歧较大，劳动者个人一方通常主张其与平台企业存在劳动关系，而平台企业则通常主张其与个人间是合作、委托或者承揽等一般民事法律关系。因当前共享平台经济背景下互联网行业用工模式尚未完全定型，《劳动法》《劳动合同法》未明文规定，劳动法理论上也缺乏深入研究，因而平台企业与劳动者之间的用工关系性质尚缺乏规范依据。

因互联网平台经营模式非常繁多，依托互联网平台就业的劳动形态多种多样，本文仅就现实生活中常见的平台企业与网约车驾驶员之间的用工关系性质进行考察。网约车平台经营模式是指乘客通过网络平台预约快车、专车、顺风车、出租车等出租汽车，由在网络平台注册的机动车向乘客提供出行服务。目前市面上比较流行的网约出租汽车主要有出租车、顺风车、快车、专车等四种，对应的运营模式也不尽相同。从广义上讲，只要是通过网络预约的出租汽车都是网约车，但上述四种常见的出租汽车在我国现行出租汽车政策层面是有区别的。2016年7月16日国务院办公厅发布的《关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的指导意见》将我国出租汽车行业的子业态主要划分为巡游车业态和网约车业态，同时对顺风车作了原则规定。巡游车是指传统的出租车，传统客运服务方式主要是扬手招车、预约订车与站点租乘，近年来通过网络平台呼叫出租车与传统预约订车没有本质不同，网约车是与网络平台联系最为紧密的出租汽车业态，按照国务院办公厅的上述指导意见和2016年交通运输部发布的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》的规定，商业实践中的专车、快车等出租汽车属于法律上的网约车，同时依据《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第16条的规定，网约车的实际承运人是网络平台。依据《关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的指导意见》第10条的规定，顺风车，也称拼车，是由合乘服务提供者事先发布出行信息，出行路线相同的人选择乘坐合乘服务提供者的小客车、分摊部分出行成本或免费互助的共享出行方式。该意见将顺风车车主定位为合乘服务提供者，即顺风车业务中的承运人为顺风车车主。

在网约车就业新业态下，网约车驾驶员与网络平台企业之间的关系与网约车的运营模式息息相关。大致可分为：一是信息技术服务模式，主要见于出租车服务供应商与网约车平台企业之间，平台仅为出租车服务供应商与乘客之间提供信息和技术支持，协助出租车服务商和乘客之间达成运输服务协议；二是网络平台自营模式，即网络平台企业提供自有机动车辆，自行招聘驾驶员或者由专业劳务公司提供驾驶员进行运营，此种模式类似于机动车租赁公司经营模式；三是私家车模式，即私家车主通过注册加入网约车平台，由网络平台为注册的网约车提供服务信息，网约车一般为非专业运营车辆，机动车所有权人为车主，驾驶人一般也为车主本人。该模



式是目前网约车行业普遍采用的模式，滴滴出行平台提供的快车、专车、顺风车等属于这种运营模式。

网约车驾驶员与网络平台企业之间的关系，是司法实践中处理网约车交通事故责任认定的关键。实务中对两者之间的关系可谓见仁见智，有的认为是劳动关系或者劳务关系，有的认为是居间关系、合作关系等。在互联网的共享经济时代，对于网络平台企业与网约车驾驶员之间的关系，如果囿于劳动立法规定的传统法律关系的构成要件和认定标准，恐怕很难找寻一个完全对应的法律关系样式，不论劳动关系、劳务关系还是其他民事关系都难以按照《民法典》《合同法》《劳动法》的相关规定进行界定。司法实践中不少网约车驾驶员，以及网约车交通事故的受害人起诉时均主张网络平台企业与网约车驾驶员之间是劳动关系或者劳务关系，认为网络平台企业应当承担交通事故责任，但得到法院支持的非常鲜见，主要原因恐怕在于许多法官仍然固守传统劳动关系或者劳务关系认定标准的思维定势所致。

网约车驾驶员与网络平台企业之间的关系直接受制于网约车经营模式，仅以目前市面上普遍采用的私家车车主运营模式即滴滴平台为例，很难以劳动关系、劳务关系或者居间关系、合作关系等来准确界定双方之间的法律关系性质。笔者认为，认定网络平台企业与相关从业人员之间法律关系的性质，是劳动关系还是其他性质的民事关系，可以考虑以下因素：一是若双方间签订了书面劳动合同，或者其他名称的合同中包含劳动权利义务内容，或者双方对权利义务的约定体现了建立劳动关系的合意等，可以从其约定认定为劳动关系。二是若双方签订的合同系承包合同、经营合同、投资合同、合作合同等名称的合同，且合同内容包含有风险共担、利益共享的利益分配关系，则不应认定为双方间系劳动关系，而是网络平台企业与网约车驾驶员为了追求各自的利益而形成的合作关系，抑或挂靠经营关系，也就是说网约车驾驶员以平台企业的名义，驾驶自己所有的车辆从事网约车经营，平台企业按照每单比例或者定期方式提取一定的服务费用。如滴滴平台企业与运营车主签订的协议名称为专快车服务合作协议，可见双方之间建立法律关系的真实意思表示是合作关系，而非劳动关系、劳务关系等，反映到劳动报酬上，从业人员的收益不是平台企业自主决定的劳动报酬，而是参与利润分配的结果。

为切实保障新就业形态下劳动者的劳动权益，2021年7月16日，人力资源和社会保障部、最高人民法院等八部门联合出台了《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》（人社部发〔2021〕56号）。该指导意见第2条将平台企业与新就业形态劳动者之间的用工关系规定了三种情形：一是符合确立劳动关系情形的，即平台企业与从业人员之间的用工关系符合确立劳动关系情形的，企业应当与劳动

者订立劳动合同，建立劳动关系。平台企业与从业人员发生的争议，应适用劳动法律的相关规定处理。二是民事法律关系情形，即劳动者个人依托平台企业自主开展经营活动，从事自由职业等，应按照民事法律调整双方的权利义务，即平台企业从业人员依托平台进行自主经营活动的，双方间的关系为民事权利义务关系，由此发生的争议应适用民事法律的相关规定处理。三是不完全符合确立劳动关系情形的，即平台企业与从业人员的劳动者不完全符合《劳动法》《劳动合同法》等法律规定的确立劳动关系情形，但企业对劳动者进行劳动管理的，应指导企业与劳动者订立书面协议，合理确定企业与劳动者之间的权利义务。对于此种情形下的劳动用工关系，有学者和实务工作者将其称之为不完全劳动关系。^①不完全劳动关系，顾名思义，即用人单位和从业人员之间的关系中，既有劳动权利义务内容，又有一般民事权利义务内容，双方建立的用工关系，既符合劳动关系的部分特征，又不能满足劳动关系的全部特征。对于这种不完全劳动关系适用何种法律进行调整，由此产生的诉讼适用何种法律作为规范依据，《关于维护新就业形态劳动者劳动保障权益的指导意见》未予明示。有观点认为，不完全劳动关系属于需要适用劳动法调整的信息时代特殊的用工关系，适用劳动法的法律原则及部分制度规定。在工时、工资、社会保险、用工关系解除等方面可以适用特殊的规定，但在公平就业、劳动保护、劳动安全卫生等方面享有和传统劳动关系中劳动者同等的权利。^②笔者赞同这种意见，不完全劳动关系本质上也是一种劳动关系样式，适用劳动法律进行调整符合我国劳动立法和政策倾斜保护劳动者劳动权益的精神，有利于维护平台企业从业人员的劳动保障利益，也有利于进一步规范新就业形态下的平台企业和从业人员之间的劳动用工关系。但是，这种不完全劳动关系，毕竟还包含一般民事权利义务内容，有些内容单纯适用劳动法律进行调整难以到位，也需要依据民事法律的相关规定明晰相关权利义务，因而不能完全排除对民事法律的适用。笔者认为，在不完全劳动关系下，赋予从业人员相应的选择权，可以作为处理不完全劳动关系争议的一个基本思路。

需要明确的是，上述指导意见不是法律和行政法规，而是属于劳动政策的范畴，司法实践中可以参照适用作为确立新就业形态下平台企业与从业人员用工关系性质的判断依据。

（责任编辑：李 宁）

^① 参见张弓：《平台用工争议裁判规则探究》，载《法律适用》2021年第12期。

^② 参见张弓：《平台用工争议裁判规则探究》，载《法律适用》2021年第12期。



社会主义核心价值观融入裁判文书 释法说理之识别程序构建

刘文娟*

内容摘要：社会主义核心价值观作为善意文明之柔性价值，将其融入裁判文书说理是法院实现司法政治功能的重要途径。然而司法实践中融入核心价值观裁判说理案件的识别程序缺失让法官陷入“纠结说与不说”“为说而说”的困境，重点识别与审判监督的无序衔接，亦导致融入社会主义核心价值观裁判说理失之于粗、浅、宽。故从融入社会主义核心价值观裁判说理重点案件的识别样态出发，追问识别困境之源，引入可视化识别模式，科学制定识别清单，探索识别路径程序，以期最大限度在司法裁判中弘扬和培育社会主义核心价值观。

关键词：社会主义核心价值观；释法说理；审判监督

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)01-026-037

引言

“用司法公正引领社会公正”是人民法院的职责所在，裁判文书作为司法裁判的“终端产品”，是弘扬和培育社会主义核心价值观的重要载体。2021年最高人民法院发布了《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》（以下简称《指导意见》），其中第4条明确应当将社会主义核心价值观（以下简称“核心价值观”）融入裁判文书释法说理的重点案件范围，^①第11条要求建立运用核心价值观释法说理的案件识别机制并强化重点案件的识别监督，故构建融入核心价值观裁判说理重点案件识别程序，是保障司法裁判发挥其弘扬核心价值观应有效能之前提。本文以法院识别

* 刘文娟，江西省南昌铁路运输中级法院综合审判部（民事）法官助理。

① 为方便行文与阅读美观，本文将“应当融入社会主义核心价值观进行裁判文书释法说理的重点案件”缩写为“融入核心价值观裁判说理重点案件”。

范式、微观案件呈现和法官经验画像为样本,分析融入核心价值观裁判说理重点案件的识别现状和困境之因;以重点识别与审判监督有机衔接为考量,引入可视化识别模式,辨明识别中的不可视风险;以科学制定识别清单、“三维”立体识别和分阶段启动识别的“三步走”识别路径为主导图,创新联动裁判文书反馈机制,立足司法职能本位,助力弘扬社会主义核心价值观的裁判文书场域,从而把“民众中认同的集体观念”与“司法决策者的专业意见”糅合成裁判共识,形成司法正义和价值弘扬的“最大公约数”。

一、融入核心价值观裁判说理重点案件之识别观察

如果说裁判文书是培育和弘扬核心价值观的司法场域,那么识别融入核心价值观裁判说理重点案件则是场域之门。在司法责任制背景下,裁判文书看似是法官亲历与独立制作的司法作品,但其司法结果和司法效果皆归于法院,故如何识别融入核心价值观裁判说理重点案件至关重要,也是落实审判权监督不可或缺的环节。实证调研发现,融入核心价值观裁判说理重点案件的识别存在诸多困难,阻碍司法裁判充分发挥其核心价值观引领作用。

(一) 融入核心价值观裁判说理重点案件识别样态检视

以重点案件融入核心价值观裁判说理的实况为样本,通过电子问卷调查、座谈交流、数据统计及关键词检索等实证调研,总结出融入核心价值观裁判说理重点案件识别的“四化”特点。^①

1. 泛化: 识别质量未注重

在北大法宝官网同时输入“本院认为”“社会主义核心价值观”“见义勇为”“抢险救灾”等关键词,检索结果为:2014年1月1日至2021年8月18日,共有681份涉重点裁判文书在释法说理部分融入了核心价值观,案件数量呈逐年递增趋势,其中涉公序良俗类案件融入核心价值观裁判说理数量最多,占比69.3%。通过深入查阅检索案例,发现融入核心价值观裁判说理重点案件的识别质量却并未与数量同步提升,检索案件中笼统运用核心价值观释法说理的裁判文书367篇,详细解说核心价值观具体内容的185篇,反向认定法律行为不符合核心价值观裁判说理的54件,

^①《指导意见》第4条规定:“下列案件的裁判文书,应当强化运用社会主义核心价值观释法说理:(一)涉及国家利益、重大公共利益,社会广泛关注的案件;(二)涉及疫情防控、抢险救灾、英烈保护、见义勇为、正当防卫、紧急避险、助人为乐等,可能引发社会道德评价的案件;(三)涉及老年人、妇女、儿童、残疾人等弱势群体以及特殊群体保护,诉讼各方存在较大争议且可能引发社会广泛关注的案件;(四)涉及公序良俗、风俗习惯、权利平等、民族宗教等,诉讼各方存在较大争议且可能引发社会广泛关注的案件;(五)涉及新情况、新问题,需要对法律规定、司法政策等进行深入阐释,引领社会风尚、树立价值导向的案件;(六)其他应当强化运用社会主义核心价值观释法说理的案件。”



当事人引用核心价值观作为辩论观点的 75 篇，分别占比 53.9%、27.2%、7.9% 和 11%。以上数据说明融入核心价值观裁判说理重点案件的识别存在泛化现象，详细解说核心价值观的裁判文书数量远不及笼统运用核心价值观的裁判文书数量，多数裁判文书只是“为说而说”的粗略运用，^① 通常情况是将核心价值观这一词语简单嵌入裁判文书中的“本院认为”部分，或直接运用法律条文说理，并未实质性识别应当融入核心价值观裁判说理重点案件，也未通过融入核心价值观提升裁判文书说理质量。

2. 虚化：识别路径未瞄准

通过向 S 中院、N 法院和 P 法院的 100 位法官开展电子问卷调查及部分法官座谈交流，发现核心价值观融入裁判说理重点案件在司法审判中存在识别虚化问题。在 94 份有效电子问卷回复中，58 位法官表示会主动在案件审理过程中识别符合融入核心价值观裁判说理重点案件，主要是在民事案件中识别较多，但存在识别范围模糊、识别信息有限及识别路径不明等问题；31 位法官表示会在裁判文书中融入核心价值观裁判说理，但并未具体识别融入核心价值观裁判说理重点案件；5 位法官表示暂未在执行案件中识别融入核心价值观裁判说理重点案件。

在座谈交流中，法官均表示《指导意见》只是规定了应当融入核心价值观裁判说理重点案件的类型范围，但民事、刑事、行政等各类案件均有很大部分涉及到核心价值观中诚实守信、见义勇为、伦理道德、公序良俗等诉讼内容，审判实务中的案件识别亦有诸多不明确之处，包括：案件识别范围宽泛、案件类型规定模糊、案件识别标准未明确、案件识别主体、识别要素及识别路径未具体阐述及案件识别信息非对称等。实质上，案件事实常涵盖诸多法律关系，若缺少较为明确的案件识别指引和充分的案件信息沟通，则会导致案涉核心价值观的论述点被大量忽视，法官对案件是否会引发重大社会道德效应和广泛关注难以做到全面评判，且融入核心价值观裁判说理重点案件的识别路径不明，容易让法官陷入“说与不说”的纠结。

3. 差异化：识别标准未明确

【案例一】电梯间吸烟劝阻猝死案，即田某菊与杨某生命权纠纷案。一审法院未适用核心价值观指导裁判，在认定杨某无过错的情况下，裁判酌定杨某向田某菊补偿 15000 元。二审法院运用核心价值观作为改判依据，以“保护生态环境、维护社会公共利益及公序良俗是民法的基本原则，弘扬社会主义核心价值观是民法的立法宗旨，司法裁判对保护生态环境、维护社会公共利益的行为应当依法予以支持和鼓励，以弘扬社会主义核心价值观”为由撤销一审判决，改判驳回田某菊的全部

^① 参见李祖军、王娱媛：《社会主义核心价值观在裁判文书说理中的运用与规制》，载《江西师范大学学报》2020 年第 4 期。

诉讼请求。^①

【案例二】村民私自上树摘果坠亡索赔案，即李某某等人诉某村委会违反安全保障义务责任纠纷案。一审法院以被告未尽安全保障义务为由，裁判被告承担 5% 的责任。二审法院以“吴某某私自爬树采摘杨梅，不仅违反了该村村规民约中关于村民要自觉维护村集体的各项财产利益的村民行为准则，也违反了爱护公物、文明出行的社会公德，有悖公序良俗”为由，改判被告不承担责任。^②

【案例三】开发商“自我举报”无证卖房毁约案，即某房地产公司诉李某某确认合同无效案。一审法院以原告未取得商品房预售许可证为由，判决认定案涉购房合同无效。二审法院以“原审原告在房地产市场出现价格大幅上涨的情况下提起本案诉讼主张合同无效，违背诚实信用原则”为由，改判认定案涉购房合同有效。^③

依据上述微观个案可知，是否融入核心价值观指导裁判说理会导致裁判结果重大差异，但由于融入核心价值观裁判说理重点案件识别标准不一致，导致案件未能在审理之初融入核心价值观裁判理念，进而引发上下级法院裁判明显差异，有悖于司法裁判统一目标，削弱核心价值观的司法引领效果。

4. 混同化：识别模式未区分

通过参与电子问卷调查的样本法院回复显示，J 省 9 家中基层法院开展了融入核心价值观裁判说理重点案件识别工作，但存在识别模式混同化现象（见表 1）。其中 4 家法院将融入核心价值观裁判说理重点案件的范围与“四类案件”的范围交叉识别，但两类案件的涵盖范围是不完全相同的，且在识别处理上也与“四类案件”标注混同；另外 2 家法院将融入核心价值观裁判说理重点案件的范围与重大敏感舆情案件的范围混合识别，二者虽然都包含社会关注这一重大因素，但识别内容和目的是不一致的，不能适用同一识别模式。同时，由于识别模式未区分，直接导致识别结果存在混同处理，无法真正促使核心价值观充分融入裁判说理。

表 1 融入核心价值观裁判说理重点案件识别模式分析表

法院名称	识别模式	识别处理
J 中院	重点案件范围 ^④ +“四类案件”识别模式	同“四类案件”标注
X 中院	重点案件范围+重大敏感案件识别模式	未标注，汇报式监管

① 参见田某菊诉杨某生命权纠纷案，郑州市中级人民法院（2017）豫 01 民终 14848 号民事判决书。

② 参见李某某等人诉某村委会违反安全保障义务责任纠纷案，广州市中级人民法院（2019）粤 01 民再 273 号民事判决书。

③ 参见某房地产公司诉李某某确认合同无效案，西安市中级人民法院（2018）陕 01 民终 8145 号民事判决书。

④ 因表格大小限制，此处将“融入核心价值观裁判说理重点案件范围”简写为“重点案件范围”；将“中级人民法院”“基层人民法院”分别简写为“中院”与“法院”，下同。



续表

法院名称	识别模式	识别处理
G 中院	重点案件范围 + “四类案件” 识别模式	未标注
S 中院	重点案件范围 + 信访舆情案件识别模式	裁判文书上网监管
N 中院	重点案件范围 + “四类案件” 识别模式	未标注
A 法院	重点案件范围识别模式	庭长审核裁判文书
Y 法院	重点案件范围识别模式	未标注
J 法院	重点案件范围 + “四类案件” 识别模式	未标注
P 法院	重点案件范围识别模式	裁判文书审核监管

（二）融入核心价值观裁判说理重点案件识别困境追问

从上述识别样态综合分析来看，融入核心价值观裁判说理重点案件的预期识别效果并不显著，大多数法院正处于识别摸索阶段，对融入核心价值观裁判说理重点案件的识别边界模糊不定。主要是以下三个方面的原因造成识别困境：

1. 泾渭不分：案件适用类别界定不明

《指导意见》仅对融入核心价值观裁判说理重点案件的范围进行了概括式阐述，缺乏相对具体的规范化识别指引，各地法院在厘定融入核心价值观裁判说理重点案件的内涵和外延上无依据可循。多数法院是结合本地审判实际和具体案件事实界定识别，导致实务中识别范围泾渭不分，亦难以形成与审判权监督的有效衔接，进而使核心价值观融入裁判文书释法说理虚化。

2. 制度未立：案件识别机制探索不足

从程序保障角度看，多数法官未能将核心价值观融入裁判说理的职责落到实处，法官主观上“不愿融入”“融入难”是背后程序机制缺失的表象。核心价值观从最初的政治话语转变为进阶的法律词语，若是纯粹靠法官的高度自觉驱使落实融入，难以达到预期的目标和效果，必然要求制定相应的程序配套机制。只有充分识别各案由中需要融入核心价值观释法说理的案件，才能在源头上要求法官主动在裁判文书中予以援用，才能在审理中引导法官结合核心价值观释法说理，才能在监督上落实相应配套的考核评价机制，进而从本质上解决“不愿融入”“融入难”的阻碍，促使法官重塑融入理念、提高融入水平、统一融入尺度和宣示融入价值，不断助力基层社会治理体系和司法治理体系完善。

3. 监督缺位：释法说理审判监督不够

在司法改革的大背景下，法官自主释法说理的权限扩张性增加，对法律条款的

理解和适用可能存在差异, 裁判尺度的统一性面临挑战。核心价值观作为融合了常识、常理、常情的朴素正义观, 将其融入裁判说理有助于弥合自主审判权与条款理解差异的缝隙, 从而规范法官行使自由裁量权, 强化裁判尺度统一。识别是科学筛查核心价值观是否需要融入裁判说理和适用何种内容融入裁判说理的甄别方式, 案件识别的过程既是对核心价值观与案件裁判说理契合度的衡量, 也是法官自由裁量权边界的客观限定。充分的案件识别就是释法说理和审判监督有机衔接的进程, 恰当识别才能在说理逻辑上顺其自然地融入核心价值观, 强化审判监督释法说理的力度。

二、融入核心价值观裁判说理重点案件之识别借鉴

(一) 可视化识别的引入

非对称信息现象即员额法官之间的个案信息非对称、院庭长之间个案信息非对称和法院内部与外部环境之间关注信息非对称贯穿融入核心价值观裁判说理重点案件识别监管的全过程。识别主体和监管主体之间信息不对称极易造成识别偏差, 从而限制核心价值观在重点案件中的融入范围和力度, 减损个案裁判宣示主流价值观的社会效果。若需补充识别中的非对称信息漏洞, 应借鉴法院可视化管理模式, 即改进原有的行政化管理模式“服从性”“不透明”“非确定性”弊端, 实现权力范围界限化、权力行使程序化、考评模式清晰化的过程。^① 在识别程序中则是去除现行识别模式“模糊性”“非透明”“非确定性”弊端, 形成识别范围界限化、识别要素明确化、识别路径清晰化、识别责任落实化的整体可视化过程(见图1)。

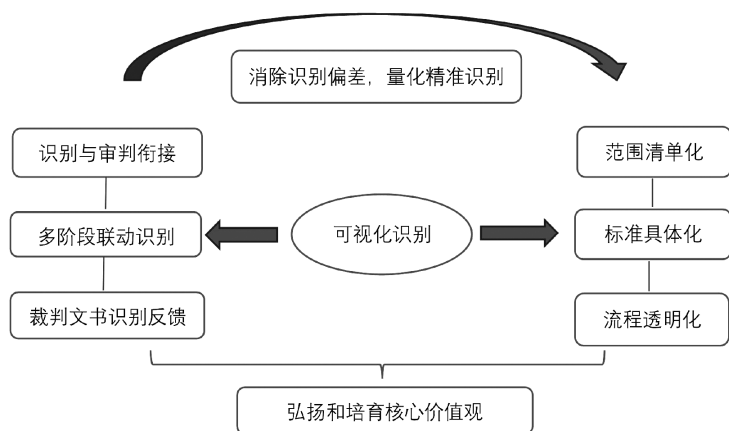


图1 融入核心价值观裁判说理重点案件可视化识别图

^① 参见邹碧华：《法院的可视化管理》，法律出版社2017年版，第4页。



（二）可视化识别的价值分析

在融入核心价值观裁判说理重点案件的识别过程中运用可视化模式，有助于将案件各识别要素清晰地呈现给识别主体，促进重点识别与审判监督有机衔接，进而形成具有可行性的系统型识别程序。

1. 强化识别客观与系统，着力识别节点管控。融入核心价值观裁判说理重点案件的识别首先是系统性的客观识别，即案件识别是审判权的整体性运行过程。系统识别并非是全流程、全节点的管理，着力案件识别节点的可视化管控，是构建具有可操作性识别程序的保障。重点管控立案的识别审查、识别标注、移送识别、开庭审理、结案、文书上网等关键环节，确保核心价值观的过程性融入和结果性融入看得见、能落实和可查询，从而为弘扬核心价值观提供系统的司法程序保障。

2. 依托识别技术与数据，完善识别流程管理。融入核心价值观裁判说理重点案件数有一定数量，要着眼可视化规范识别，积极融合信息化技术管理，将人工智能识别与审判管理工作深度契合，创新识别模式。通过智能化立案平台和无纸化办案平台，借助案件流程管理软件和审判综合管理系统，对案件识别节点和要素进行自动化监控和精准化分析。依托司法大数据，为融入核心价值观裁判说理重点案件的可视化识别提供重要参考。

3. 服务识别主体和审判，遵循识别统筹监管。法官不能拒绝裁判是当代司法制度的重要标志，司法的任务就是弥合矛盾和冲突，并试图在社会纷争出现时定分止争。^①故案件是否融入核心价值观裁判说理以遵循法官判断为主，明确法官与合议庭的说理责任。法官或合议庭成员作为案件审理过程的司法亲历者，其对融入核心价值观裁判说理重点案件的识别要素掌握是直接的，可视化的识别清单和识别模式为法官与合议庭在把关案件识别质量上发挥“承重墙”作用。同时，院庭长作为融入核心价值观裁判说理重点案件的识别监管主体，亦可以通过可视化识别程序统筹监管案件识别的整体流程。

（三）重点识别的不可视风险

融入核心价值观裁判说理重点案件识别既是个案性识别，又是整体性识别。尽管可以通过可视化方式进行识别展示，但仍存在不可避免识别偏差风险。下文将从两个阶段阐述相应的识别风险，以便在后续识别路径中进行有效防范。

1. 识别启动阶段的风险。（1）核心价值观融入裁判说理认识差异。法官作为识别个案的独立判断者，院庭长作为识别重点案件的监督者，由于信息接收的非对称性，在个案是否属于融入核心价值观裁判说理重点案件时会存在认识差异，在一定程度

^① 参见龙宗智：《审判管理：功效、局限及界限把握》，载《法学研究》2011年第4期。

上影响识别机制与审判监督的运行衔接。(2) 社会舆情滞后识别风险。在融媒体时代, 社会舆情是变量很大且变速很快的不可视因素, 而融入核心价值观裁判说理重点案件多数是涉及社会广泛关注的案件, 社会舆情判断不足将严重阻碍案件识别启动, 造成核心价值观未能及时合理融入裁判文书说理, 且未发挥主流价值观司法宣示作用。

2. 审判监督阶段的风险。(1) 有限理性风险。面对涉及社会道德风尚或价值导向的新案件, 法官或院庭长鉴于个人专业裁判能力和裁判经验差异, 可能会出现应识别而未识别的情形, 导致融入核心价值观裁判说理重点案件识别监管误差。(2) 裁判文书反馈不畅通风险。识别融入核心价值观裁判说理重点案件只是程序基础, 必须在识别出的重点案件中精准融入核心价值观裁判说理才能发挥司法场域的培育和弘扬作用。若裁判文书监督反馈机制缺失或不畅通, 则可能存在识别后裁判说理落实监管空白风险, 使前期识别失去应有之义。

三、融入核心价值观裁判说理重点案件之识别路径

融入核心价值观裁判说理重点案件的识别和运用具有相对性, 没有绝对量化的标准, 也难以一次性准确识别到位。通过引入可视化识别思路, 将融入核心价值观裁判说理重点案件的识别程序分为“制定清单—立体分析—启动识别”三步, 详细阐述融入核心价值观裁判说理重点案件识别的具体路径, 并采用裁判文书反馈识别方式保障核心价值观客观融入。

(一) 科学制定识别清单

引入可视化识别模式, 制定融入核心价值观裁判说理重点案件识别清单, 有利于进一步规范院庭长审判管理和监督职能的行使程序。^① 科学制定应从识别案件的客观性和程序性特点出发, 坚持以法官为识别中心, 突出重点识别要素, 限定院庭长识别边界, 重点识别典型意义案例。虽然通过制定识别清单的方式, 难以避免无法穷尽、列举不全、识别交叉等情形, 但如果没有识别清单, 那么司法实践中识别将陷入看似明晰却难以精准的泥沼, 使得后续识别路径程序缺乏构建依据。

细化融入核心价值观裁判说理重点案件识别清单, 仍需从《指导意见》第 4 条明确的案件范围出发, 以案件涉及的事实为中心, 关注社会舆情程度, 结合道德评价可能性, 倾向弱势群体及特殊群体保护, 兼顾公序良俗争议, 及时回应新问题司法价值判断, 有序厘定民事案件、刑事案件和行政案件中的清单范围, 具体包括:

^① 参见高平、万杰、王琼、周莹:《发挥院庭长作用 保障审判权运行——安徽滁州中院关于院庭长审判管理和监督情况的调研报告》, 载《人民法院报》2017 年 2 月 23 日, 第 8 版。



1. 涉国家公共利益重大案件。(1) 刑事领域：危害国家安全、政治安全的公共安全犯罪、涉黑恶势力犯罪、扰乱金融秩序犯罪、食品药品危害犯罪、破坏污染环境犯罪。(2) 民事领域：国有土地所有权争议案件、涉及诚实守信的重大合同类案件。

2. 涉社会道德评价重大案件。(1) 刑事领域：妨害疫情防控犯罪、正当防卫过当或紧急避险致害过失犯罪、侮辱诽谤英烈名誉犯罪。(2) 民事领域：抢险救灾引发的争议案件、英烈人格权案件、见义勇为造成严重后果型案件、夫妻财产赠与案件、正当防卫或紧急避险引发的排除妨害侵权案件。(3) 行政领域：妨害疫情防控或抢险救灾的行政处罚案件。

3. 涉弱势群体及特殊群体的重大争议案件。(1) 刑事领域：拐卖妇女儿童犯罪、阻碍解救被拐卖、绑架妇女、儿童犯罪、遗弃犯罪、煽动民族仇恨、民族歧视罪、破坏军婚罪。(2) 民事领域：婚姻家庭类案件、儿童抚养类案件、老年人赡养类案件、遗赠抚养协议案件。

4. 涉风俗习惯且广泛关注案件。(1) 刑事领域：侵犯少数民族风俗习惯犯罪、出版歧视、侮辱少数民族作品犯罪、非法剥夺公民宗教信仰自由犯罪、重婚罪。(2) 民事领域：彩礼纠纷案件、遗产继承纠纷案件、劳动合同纠纷案件、相邻关系纠纷案件。(3) 行政领域：涉及拆迁征地外嫁女补偿案件、涉及村集体权益分配案件。

5. 涉新问题价值导向案件。新类型纠纷可能引发群体性事件或关乎价值观判断的案件，应当识别为融入核心价值观裁判说理重点案件，尤其需要密切关注互联网领域案件识别。

(二)“三个维度”立体识别

案件范围并非融入核心价值观裁判说理重点案件识别的唯一考虑要素，案件争议焦点与核心价值观基本内容的关联性也是识别重点，同时融入核心价值观裁判说理重点案件审理过程中存在诸多变量要素。因此，通过建立三个维度的立体式识别模型，观察综合要素与中心距离远近的方式来识别融入核心价值观裁判说理重点案件具有一定的可行性和精准性。若案件综合要素距离三维中心越远，则反映该案件需要融入核心价值观进行裁判说理的程度越高。具体而言：

1. 第一维度以融入核心价值观裁判说理重点案件识别清单为 X 轴。案件涵盖的清单项目越多，则案件需要融入核心价值观裁判说理的概率性越大。

2. 第二维度以核心价值观基本内容为 Y 轴。案件争议焦点是裁判文书重点阐述解释的内容，若争议焦点涉及的核心价值基本内容越多，则案件越需要融入核心价值观进行裁判说理。

3. 第三维度以案件变量要素为 Z 轴。案件审理过程中，追加诉讼当事人、变更诉

讼请求、社会舆情关注度、道德评价波动等要素均是应予衡量的, 例如某案件起诉时并未引起舆论关注, 但在审理过程中引发舆论风暴, 则应将社会舆情关注作为识别要素, 变量要素越多, 则案件越需要识别并融入核心价值观裁判说理。

简而言之, 设 X 为融入核心价值观裁判说理重点案件清单, Y 为案件涉核心价值观基本点, Z 为变量要素, R 为统计出来的融入核心价值观裁判说理重点案件识别综合值, 即 $X+Y+Z=R$ 的综合值越大, 则案件越应当识别并融入核心价值观进行裁判说理 (见图 2)。

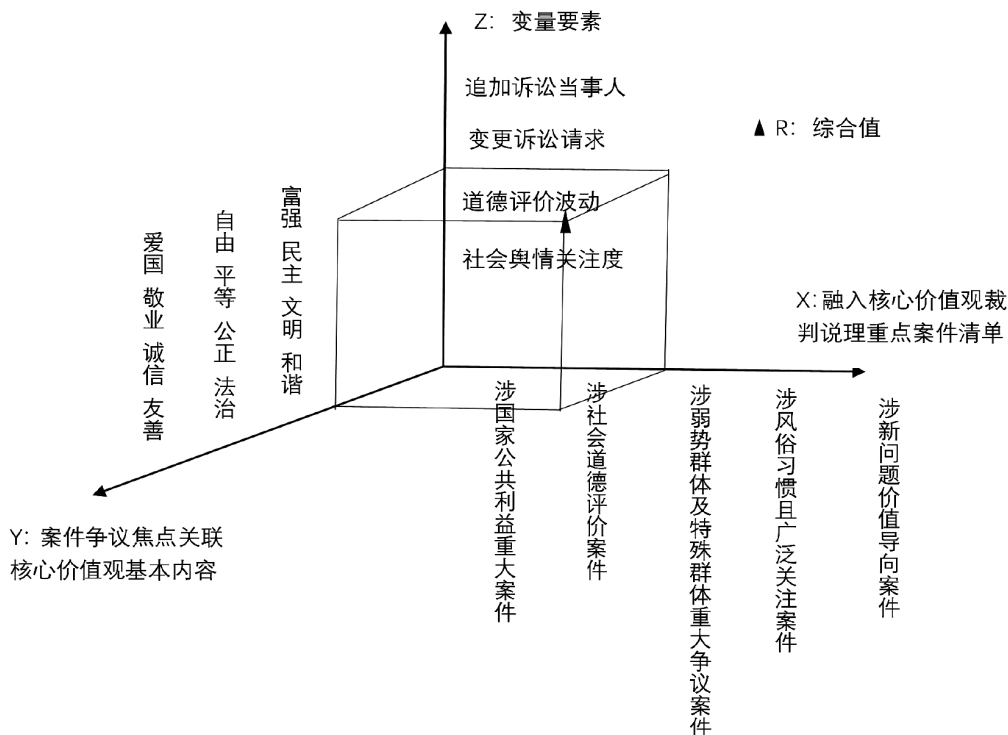


图 2 三个维度科学识别融入核心价值观裁判说理重点案件图

(三) 多主体阶段式联动识别

不同的识别阶段和识别主体拥有相应的识别任务, 笔者认为应以案件审判阶段为主线, 在立案、审理、裁判各阶段进行分层识别, 采取主客观相一致的识别要素分析, 探索识别路径的可行性和识别结果的精确性。

1. 立案阶段: 前置初步识别

立案庭作为案件进入诉讼程序的“排头兵”, 其工作内容之一是案件材料的受理和分类, 融入核心价值观裁判说理重点案件的初步识别可与案件材料的立案分析相结合, 立案庭具备负责前置识别的客观条件。具体是立案人员在审查案件受理材料



时,对照融入核心价值观裁判说理重点案件识别清单,结合三维立体识别分析,若存在案件符合上述清单和综合识别值时,则将具体识别情况汇报立案庭庭长,由其决定是否在审判系统界面予以标注“核心价值观”的代表符号“⊙”。^①在系统审批程序方面,先由立案人员添加相关诉讼要素,再通过系统报送立案庭庭长线上审批,立案庭庭长审批后则在审判系统界面标注“⊙”符号,最后按照分案程序正常进行案件流转。

2. 审判阶段:动态重点识别

案件审判阶段是融入核心价值观裁判说理重点案件识别的关键环节,立案阶段的初步排查只是对核心价值观适用的指导性识别,审理阶段的识别则是在审理过程中多层次融入核心价值观。在此阶段应恪守多层次综合主体的识别责任,形成“法官+合议庭+院庭长”的动态重点识别原则,充分甄别案件法律事实的属性,结合当事人诉求背后的期盼及社会舆情关注问题,切实融入核心价值观裁判说理,扩大主流价值观的司法倡导空间,减少裁判说理和价值宣示的偏差。具体流程包括:

(1)法官识别。法官在审理中通过对案件事实和法律规范的逻辑分析,发现存在需要融入核心价值观裁判说理的重点案件,应报庭长备案并由审判管理办公室(以下简称审管办)在审判系统界面标注“⊙”符号。

(2)合议庭识别。合议庭在合议案件过程中,形成多数意见认为应当融入核心价值观进行裁判说理,则由法官按照多数意见报审管办在审判系统界面标注“⊙”符号,并报庭长备案。

(3)院庭长识别。若存在审理过程中引发重大舆情或裁判结果可能引发广泛关注的案件,院庭长应及时与法官沟通在裁判说理中融入核心价值观,并由法官报审管办在审判系统界面标注“⊙”符号。

3. 裁判阶段:文书反馈识别

识别案件是融入核心价值观裁判说理的基础前提,通过融入核心价值观促进息诉服判和弘扬社会主流价值观才是释法说理的目标,释法说理的最终效应还是体现在裁判文书的说理内容中,因此,要同步建立应当融入核心价值观裁判说理重点案件的文书反馈识别制度。

结案前,由庭长或审判长审核标注“⊙”符号案件的裁判文书说理内容,对应融入而未融入核心价值观裁判说理的文书不予审批并退回,落实庭长或审判长的审核责任;结案后,法官填写裁判文书反馈表,并附裁判文书盖章版报审管办。

审管办应建立融入核心价值观裁判说理重点案件的文书反馈台账,定期通报监督

^① 在审判系统界面标注“⊙”符号后,院庭长可以实时查阅监督该案,并提出相关建议。

管理情况，切实促进识别机制的贯彻落实。法官因故意或重大过失，对应当融入核心价值观裁判说理而未运用导致裁判错误并造成严重后果的；负有监督管理职责的院庭长因故意或重大过失，怠于行使或不当行使审判监督管理权导致裁判错误并造成严重后果的，按照规定追究相应责任。

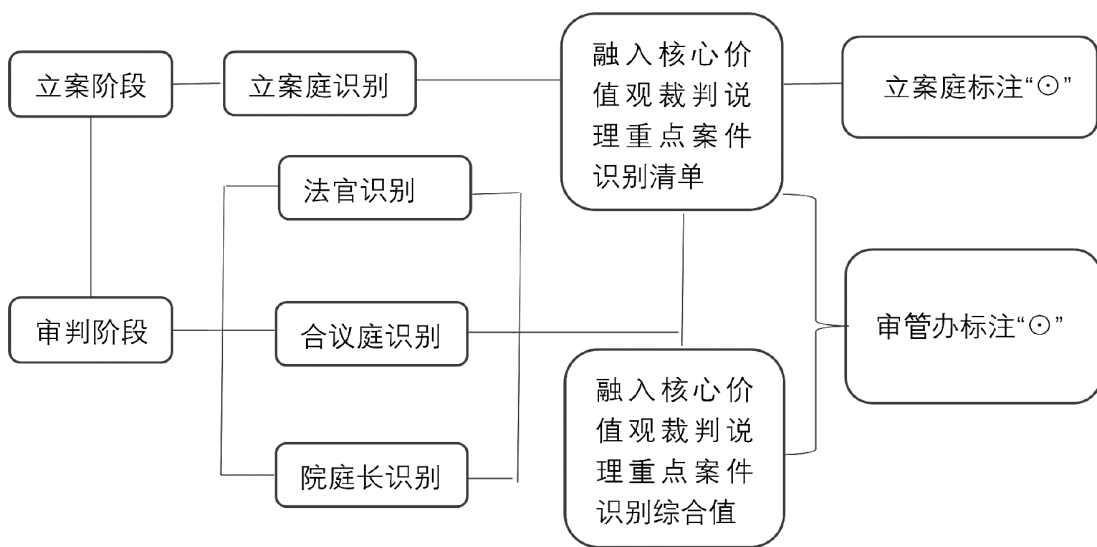


图 3 多主体阶段式联动识别图

（责任编辑：崔婷婷）



社会主义核心价值观渐进式融入民事裁判说理的三个维度

王兴安 林思婕*

内容摘要：核心价值观，承载着一个民族、一个国家的精神追求，体现着一个社会评判是非曲直的价值标准。2006年10月11日以来，社会主义核心价值观体系便开始了“理念整合—立法嵌入—司法融入”的历史进程，最高人民法院为核心价值观落地更是发布诸多配套措施。但实务中，核心价值观融入文书说理却遭遇阻塞，呈现公共政策与判决说理“水土不服”之恙。通过从法官侧与文书侧对社会主义核心价值观融入说理进行实践检视，发现社会主义核心价值观融入说理存在引据渊源贫瘠与裁判者的理解错位或偏见两方面制约因素。针对于此，提出了从“由内而外”“自下而上”“从高到低”三个维度推进社会主义核心价值观渐进融入民事裁判说理。

关键词：社会主义核心价值观；法律修辞库；民事裁判

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)01-038-052

五位探险者被困山洞，水尽粮绝。为了生存，集体决定抽签吃掉一人以救活其余四人。剩余队员得救后却以故意杀人罪被诉，五名大法官基于不同理据分别作出差异裁决。当法律漏洞出现、法官价值又无法客观化时，“洞穴奇案”式的花式判决便在所难免。从早年的“彭宇案”，到如今的“电梯吸烟劝阻猝死案”“泸州遗赠案”，法官与民众的“价值观默契”屡遭考验。对此，破题之道在于找回二者叠加形成的公共理性，而社会主义核心价值观（以下简称“核心价值观”）融入裁判说理，恰是拉回民众与法院认识分歧的最优辅助线。^①然而实务中融入进程却显疲态。本文以核心价

* 王兴安，福建省厦门市同安区人民法院立案庭三级法官；林思婕，福建省厦门市同安区人民法院立案庭法官助理。

① 参见李成斌：《论社会主义核心价值观对民事司法的影响》，载《法律适用》2018年第19期。

值融入民事典型案例(67件)、一般性案例(400件)、三级法官调查问卷(143件)作观测样本,试图描摹出核心价值观融入裁判说理的最佳姿态。

一、核心价值观融入说理的主、客体之貌

马克思主义哲学揭示,认识是主体在改造客体的实践基础上发生的能动地再现客体本质和规律的过程。^①核心价值观融入裁判说理内核亦离不开对主、客体的表象观测。

(一) 从主体观测

作为发起端,法官如何看待并执行核心价值观融入说理应作为问题题眼。笔者借助最高人民法院的 cocall 平台向省(自治区)、市(自治州)、区(县)三级民事法官发送调查问卷 200 份,回收有效问卷 143 份。问卷主要问题:是否清楚核心价值观的层次性;是否在裁判文书中曾经引用、如何引用及引用依据;若没有作出融入判决,理由为何;融入说理过程遵循何种范式;融入说理的难点为何。经过整理得到如下数据(见表 1)。

表 1 核心价值观融入裁判说理认知焦点分布

融入价值低	概念外延模糊	说理模式随机	成本收益不对等	融入动力欠缺
81 份	32 份	119 份	74 份	108 份

1. 融入价值:对融入说理的司法价值存在疑虑。受访者认为,对于法有明确规定的直接依法裁判即可,若无明文规定,可诉诸原则性规定、司法解释、指导性案例等,且核心价值观的融入属性不明。

2. 核心价值观外延:对于社会主义核心价值观,受访者理解不同,有些理解为抽象的共同善概念,无限近似于儒家秉承的传统道德观。有些认为仅指 24 字,且对价值观所属的价值位序和层级未作深入了解,当出现价值冲突时,衡平说理成为难点。

3. 说理范式:83.2%的受访者并未对核心价值观类案件的说理范式另作安排,只是顺案提及价值证成与演绎推理过程。且在实际说理过程中,与演绎推理过程基本糅合在一起,并未单独为其设立说理过程。

4. 修辞成本——案件收益:用核心价值观的法律修辞裁判产出成本高,但是案件收益没有明显变化,有时甚至带来意外风险。且受访者普遍反映类案参照少、缺乏权威判例的背书。

① 参见高海清主编:《文史哲百科辞典》,吉林大学出版社 1988 年版,第 158、593 页。



5. 融入动力：受访者普遍缺乏融入动力。作出过价值观融入裁判的受访者表示更多是出于完成硬性指标或者基于宣传的客观需要，真正源于案件说理本身的需求不大。加之各级法院基本没有对融入说理配套相应的评价机制，导致法官更加缺乏融入能动性。

(二) 从客体观测

融入后的裁判文书作为终端产品，在形式与内容上呈现以下特点：

1. 逻辑次序多样态

如果将涵摄或归入 (Subsumtion) 作为法官撰写裁判文书的常规选择，^① 那么作为法律规范 (T)、要件事实 (S)、法律效果 (R) 会因为核心价值观 (T1) 的介入，发生表达范式的相应修正。具体而言，融入之后呈现六种说理次序 (见表 2)：

表 2 核心价值观融入说理次序样态

次序一	次序二	次序三
1. 案件事实 (S=T) 2. 一般性法律规定陈列 (T → R) 3. 判决结论 (S → R) 4. 典型意义：社核价值观念宣导	1. 案件事实 (S=T) 2. 一般性法律规定 + 核心价值观法条援引 (T1+T2 → R) 3. 判决结论 (S → R)	1. 案件事实 (S=T) 2. 社会主义核心价值观 (T → R2) 3. 判决结论 (S → R2)
次序四	次序五	次序六
1. 案件事实 (S=T) 2. 一般性法律规定陈列 (T1 → R1) 3. 社会主义核心价值观规定 (T2 → R1) 4. 判决结论 (S → R1)	1. 案件事实 (S=T) 2. 一般性法律规定 (T1 → R1) 3. 社会主义核心价值观 (¬ T1 → ¬ R1) 4. 判决结论 (S → ¬ R1)	1. 案件事实 (S=T) 2. 一般性法律规定陈列 (T → R) 3. 判决结论 (此亦不符合社会主义核心价值观)

次序一频繁出现在典型案例中，表现为裁判者正常执行涵摄流程得出判项，仅在典型意义中昭示案件的核心价值属性，体现了保守的隐性融入思维。次序二将核心价值观原则性法条作为一般性法条的援引补充，即将二者归为同类 T。次序三直接以核心价值观取代大前提，并作为结论依据，体现出用“高尚道德”强行压制社会矛盾的专制倾向。^② 次序四中核心价值观仅作为公共政策，在与法律效果冲突的情形下，法官选择用规范推导结论。次序五表现为在次序四的冲突环境下，裁判者选择用价值推导结论。次序六在文书中出现频率最高，表现为用“此亦不符合社会主义核心价值观”的“万金油”表述强行对案件进行价值升格。

2. 表达要素常丢失

若将次序作为融入文书的“骨骼”，那么要素内容即为其“血肉”，它决定融入目

^① 参见 [德] 奥特马·尧厄尼希：《民事诉讼法》，周翠译，法律出版社 2003 年版，第 122-123 页。
^② 参见陈金钊：《“社会主义核心价值观融入法治建设”的方法论诠释》，载《当代世界与社会主义》2017 年第 4 期。

的是否成就。通过观测,发现样本裁判呈现四个项度的缺位:

定位失准:核心价值观是由国家、社会、个人三个层面共同组成。其中富强、文明、民主、和谐体现为国家利益层面,自由、平等、公正、法治对应社会层面,爱国、敬业、诚信、友善对应个人层面。^①而在说理过程中,裁判者经常僭越层级对 24 字作扩张解释。如将文明、和谐用于邻里纠纷或家事纠纷的说理,^②将自由、平等用于自然人纠纷中。扩张解释的后果是核心价值观外延被无限拉伸。

论述失度:体现在说理的篇幅安排及与案件的关联度上。相当多的判决书在说理中未考虑三段论说理与核心价值观的主次分配,致使判决书的结论合法性受到质疑;^③另一方面是引用核心价值观进行说理与案件自身的关联度甚小,甚至没有关联。^④

修辞失当:由于法官的阅历经验、法律语言素养不同,导致说理修辞两极分化,有些表述词不达意,有些为避免纰漏甚至完全回避核心价值观说理。绝大多数典型案例都未就融入进行说理,说理静默现象普遍。

说理失序:核心价值观在文书中的作用主要有补强证成,道德宣示及直接证成结果三类,^⑤但不管何种类型,均未形成有序表达格式。与严谨的演绎推理不同,融入说理随意性很大,有些直接与法律证成部分裹挟混同;有些单独以“亦不符合社会主义核心价值观”一句作无意义概括;有些未依据法条就直接证成结论,向“一般条款逃逸”的现象常有发生。^⑥

二、核心价值观融入说理阻塞之因

“事物内部的这种矛盾是事物发展的根本原因,一事物和他事物的互相联系和互相影响则是事物发展的第二位原因。”^⑦而核心价值观融入说理遇阻亦是内、外因相互

① 参见习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》,人民出版社 2017 年版,第 42 页。

② 参见高莹娜诉姚世友排除妨害纠纷案,辽宁省锦州市中级人民法院(2020)辽 07 民终 1658 号民事判决书。

③ 参见虞林娣、黄岚峰诉黄亚伦、戴国珍等返还原物案,江苏省南京市中级人民法院(2017)苏 01 民终 5080 号民事判决书,承办人写了 200 余字与案件完全无关的散文诗。

④ 参见李洪涛诉常山县巨龙新型墙体材料有限公司运输合同案,浙江省衢州市中级人民法院(2016)浙 08 民终 1207 号民事判决书,说理部分援引的友善与案件并无关联。

⑤ 江秋伟:《价值的司法适用及方法——以法院适用社会主义核心价值观的案例为对象》,载《西安交通大学学报》2019 年第 3 期。

⑥ 参见高某诉张某民间借贷纠纷案,江苏省江阴市人民法院(2017)苏 0281 民初 7604 号民事判决书,“本院认为部分”写道:即使原被告双方存在不正当男女关系,原告据此主张双方存在金钱交付为赠与,与社会主义核心价值观相悖,亦违反公序良俗,理应不支持。

⑦ 《毛泽东选集(第一卷)》,人民出版社 1991 年版,第 276 页。



作用所致。

(一) 外因：引据渊源贫瘠

作为公共政策的制定主体，最高人民法院主要通过两个层面推进融入说理对司法的实践需要。^①一是制定核心价值观融入司法政策，使法律规定激活为司法适用；二是发布参考案例（包括典型与指导性案例），为法官类案提供检索依据。于前者，核心价值观融入法律虽在量上成蔚然之势，但仍缺乏立法向司法浸润的充分方法论指引。^②于后者，在司法实务中呈现出类案检索需求侧与参考案例供给侧严重失衡。作为承上启下的省级法院也存在同样问题。笔者以关键词“核心价值观、案例”在 31 家高级法院官网及公众号上检索后发现，仅有其中 6 家高院（河南、广东、山东、贵州、重庆、天津）公开发布过核心价值民事经典案例，筛选后集成下表^③：

表 3 核心价值观融入裁判说理民事典型案例要览

序号	案例	发布时间	说理摘要	逻辑次序	价值归属
1	董存瑞、黄继光英雄烈士名誉权纠纷公益诉讼案	最高院 2020.5.13	英雄烈士是国家的精神坐标，是民族的不朽脊梁。英雄烈士用鲜血和生命谱写了惊天动地的壮歌，体现了崇高的革命气节和伟大的爱国精神，是社会主义核心价值观的重要体现。本案中……	次序二	国家：爱国
2	淮安谢勇烈士名誉权纠纷公益诉讼案	最高院 2020.5.13	英烈精神是弘扬社会主义核心价值观和爱国主义精神的体现，全社会都应当认识到对英雄烈士合法权益保护的重要意义，有责任维护英雄烈士的名誉和荣誉等民事权益。本案中……网络不是法外之地，任何人不得肆意歪曲、亵渎英雄事迹和精神	次序二	国家：爱国
3	村民私自上树摘果坠亡索赔案	最高院 2020.5.13	从爱护公物、文明出行的角度而言，村民或游客均不应私自爬树采摘杨梅。……吴某某的私自采摘行为有违村规民约，与公序良俗相悖	次序四	国家：文明
4	“暗刷流量”合同无效案	最高院 2020.5.13	双方“暗刷流量”的行为，一方面使得同业竞争者的诚实劳动价值被减损，破坏正当的市场竞争秩序，侵害了不特定市场竞争者的利益；另一方面，会欺骗、误导网络用户选择与其预期不相符的网络产品，长此以往，会造成网络市场“劣币驱逐良币”的不良后果，最终减损广大网络用户的福祉，最终损害了社会公共利益	次序二	社会：平等 个人：诚信

① 参见侯猛：《中国最高人民法院研究：以司法的影响力切入》，法律出版社 2007 年版，第 17-32 页。
 ② 通过北大法宝检索，核心价值观融入的法律共 31 部、行政法规 9 部，但无一例外，都系设置于立法目的或基本原则的原则性规定。最高法院分别于 2015 年、2019 年、2021 年发布《关于在人民法院工作中培育和践行社会主义核心价值观的若干意见》《关于深化人民法院司法体制综合配套改革的意见》《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》，意见一、二不涉及具体融入说理指导，意见三虽涉及释法说理方法，但仍为原则性规定，司法实践价值仍需扩充。
 ③ 去除了不属于价值观融入的刑事、行政判决、价值观隐性融入的民事判决。隐性融入类案的说理方式与传统方式并无二致，因此在融入说理层面的探讨价值有限。

续表 1

序号	案例	发布时间	说理摘要	逻辑次序	价值归属
5	开发商“自我举报”无证卖房毁约案	最高院 2020.5.13	现闻天公司以自身原因造成的违法事实为由提起本案诉讼, 真正目的在于获取超出合同预期的更大利益, 闻天公司的行为显然与社会价值导向和公众认知相悖。为弘扬社会主义核心价值观, 彰显司法公正, 对此种行为不应予以支持	次序五	个人: 诚信
6	自愿赡养老人继承遗产案	最高院 2020.5.13	孝敬父母、赡养老人是中华民族传统美德……本案中, 高某 4 虽没有赡养祖父母的法定义务, 但其能专职侍奉生病的祖父母多年直至老人病故, 使得高某、李某得以安享晚年, 这正是良好社会道德风尚的具体体现, 并足以让社会、家庭给予褒奖。《继承法》所规定的“适当分配遗产”, 不是适可而止的意思, 而是与非继承人所行扶养行为相适应……只有将全部遗产分配给高某 4 才能与其做到的巨大付出相适应	次序三	个人: 友善 (中华孝道)
7	拒绝录用女性从事快递工作案	最高院 2016.8.23	依据《劳动法》相关规定, 劳动者享有平等就业和选择职业等权利, 劳动者就业, 不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视, 妇女享有与男子平等的就业权利; 在录用职工时, 除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外, 不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准	次序二	社会: 平等
8	赡养老人分配承包地征收补偿款案	重庆 2020.10.28	……值得指出的是, 赡养老人是中华民族的传统美德, 杨金华在签订案涉《赡养协议》前对杨秀俊老人进行了照料, 杨金华、杨良华在村委会的参与和部分村民的见证下, 按照约定履行了对杨秀俊生养死葬的义务, 既体现了中华民族养老敬老的优良传统, 也符合法律关于非直系亲属之间达成的以养老为目的的赡养协议的规定, 杨金华、杨良华照料非直系亲属杨秀俊老人的行为符合社会主义核心价值观的要求, 对杨金华、杨良华的行为亦应予肯定	次序六	个人: 友善
9	公司利用员工特殊身份不正当竞争案	重庆 2020.10.28	根据《反不正当竞争法》规定, 经营者在生产经营活动中, 应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则, 遵守法律和商业道德。……同时锋昂公司并非通过公平竞争而是利用唐秋菊在金鑫公司的特殊身份获得了商业交易以及商业利益, 违背了诚实信用原则和公认的商业道德, 应当为法律所禁止	次序二	个人: 诚信
10	工作人员损害公司利益案	重庆 2021.5.20	黄先强签订协议书的目的在于借助自身是花溪公司工作人员的特殊便利条件, 损害公司利益为自身谋取利益, 违背了敬业、诚信等公民基本道德规范。法律保护民事主体的合法权益, 黄先强的行为有悖社会主义核心价值观, 不应受到法律保护	次序六	个人: 敬业



续表 2

序号	案例	发布时间	说理摘要	逻辑次序	价值归属
11	“葫芦娃”方言配音著作权侵权案	重庆 2021.5.20	被告在为原著作品人物配制四川方言或者重庆方言时，刻意夸大使用粗俗、消极、晦暗的不文明用语，并将涉案视频短片上传到网络平台广为传播，不仅损害了著作权人的合法权益，还伤害了喜爱这种语言的人民群众的感情，既给社会造成了负面影响，也与全社会倡导的社会主义文明价值观相冲突	次序六	国家：文明
12	电梯吸烟劝阻猝死案	河南 2020.12	保护生态环境、维护社会公共利益及公序良俗是民法的基本原则，弘扬社会主义核心价值观是民法的立法宗旨……根据郑州市有关规定，公民有权制止在禁止吸烟的公共场所的吸烟者吸烟。该规定的目的是减少烟雾对环境和身体的侵害，保护公共环境，保障公民身体健康，促进文明、卫生城市建设，鼓励公民自觉制止不当吸烟行为，维护社会公共利益	次序六	国家：文明

最高法院与六家省高院迄今发布共 98 件典型案例(30+68 件),其中涉民事类 67 件,但仅有上述 12 件有对核心价值观融入进行说理,其余案件均以自带的价值观属性载入。与每年浩瀚的民事收案相比,典型案例样本着实微少。并且入选案例的社会指引意义普遍超过裁判说理的借鉴意义。第 8、10、11、12 号案例均以次序六进行概括性引入,融入说理过程并不充分。

(二) 内因：裁判者的理解错位与偏见

1. 职责双重性与定位局限的认识落差

在应然层面上,法官角色的定位应是多元的,其不仅是案件裁判者,还是公共政策的执行者与法律适用的指引者。只有公共政策司法化,才能使公共目标或公共利益得到实现或改善,而这一成就必须由法官在个案中通过对公共政策所蕴含的利益关系进行二次分配才能达成。核心价值观亦需要通过此种路径执行公共政策到司法适用的转向。同时法官还肩负通过裁判进行行为规范和纠纷指引功能。^①融入说理的恰当修辞能消弭冰冷法理与当事人情理之间的沟通壁垒,达到“事理、法理、情理、文理、学理”的统一。^②正是因为对己身司法责任的忽视,导致裁判者欠缺融入说理意识。

在实然层面上,多数法官应该会认同“法官是自动售货机,民众投进去的是诉状

① 参见杨凯、徐晓璐:《论民事裁判文书强化充分说理的公共法理服务功能》,载《法律适用》2020 年第 8 期。

② 参见胡云腾:《论裁判文书的说理》,载《法律适用》2009 年第 3 期。

和诉讼费,吐出来的是判决和从法典上抄下来的理由”^①的论述。在案件逐年激增的背景下,法官几乎把所有心力都聚焦在个案裁判上,“法官=裁判者”的思维已趋定势。正是对角色定位的偏差,使法官对核心价值观的融入失去主动意识。

以公序良俗为例,法条语境下的解读与用核心价值观融入说理语境下的解读感受全然相异^②(见图1)。

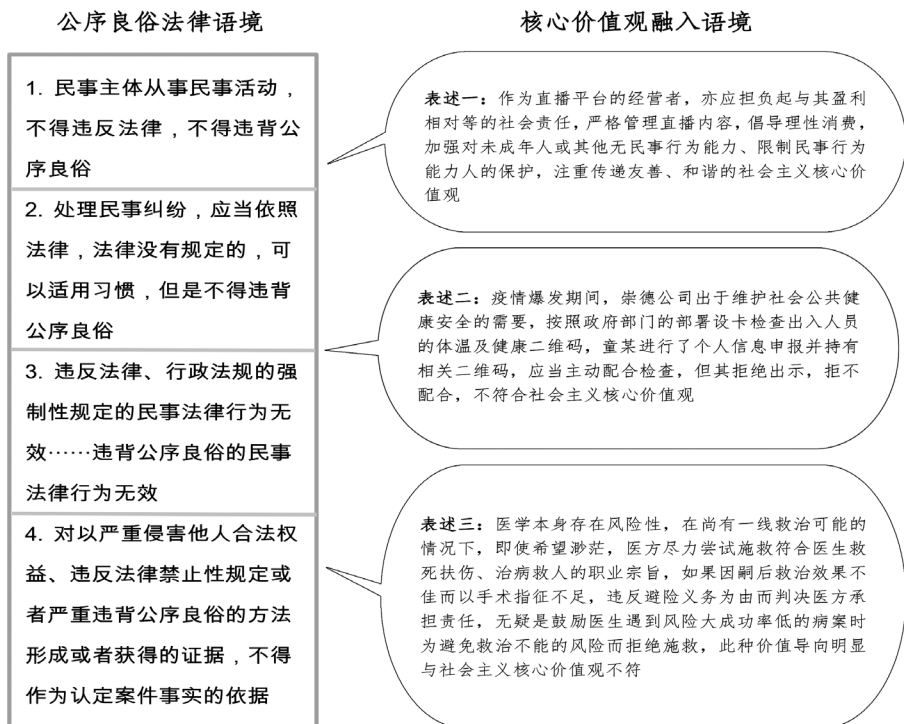


图1 两种语境下的裁判说理表述

2. 成本——收益的全局获利与个案取舍短视

在应然层面上,司法场域是一个高度理性化的公共场域,裁判者作为类理性经济人,对裁判文书是否融入说理的成本与收益会进行潜意识权衡。裁判者通过融入说理判决执行公共政策,相对用其他方式执行公共政策付出的成本显然更小。而且在说理妥适并对案件进行积极社会宣导的条件下,同类纠纷诉至法院的概率顺应减少,理由是当事人同样会对诉讼成本与收益精打细算。

① [德]马克思·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第355页。

② 表述一、二、三可见程某诉北京陌陌科技有限公司不当得利纠纷案,浙江省金华市中级人民法院(2020)浙07民终4515号民事判决书;童兴坤诉崇德物业管理(深圳)有限公司侵权责任纠纷案,广东省深圳市中级人民法院(2020)粤03民终21302号民事判决书;刘晓军诉南京鼓楼医院集团高新医院医疗损害责任纠纷案,江苏省南京市中级人民法院(2019)苏01民终9917号民事判决书。



在实然层面上，假定法官通过裁判文书获得的收益基本恒定，^①但核心价值观融入说理后，个案所付出的成本陡增。成本既包括裁判者为融入说理进行编排、论证、修辞、检验产生的劳动力成本，也包括融入说理不当导致的案件瑕疵评查风险，^②对于裁判者来说，这是“个案意识”模式下的功利选择，但此种做法陷入个案裁断狭隘主义。

3. 价值功用多元与融入偏见的人为隔阂

在应然层面上，核心价值观融入说理除了执行公共政策、增加成本收益率的功效外，还发挥填补法律漏洞的作用。一旦法律规则出现漏洞或冲突，抑或没有对应规则时，法官不得不使用法律解释，而法律解释就是法官用个人价值判断的过程，当个人价值判断推导出的结论悖于社会默认的价值准则，就很可能出现不当裁决。^③倘若法官在遇到法律漏洞需要解释时，自身价值判断同步于核心价值观（社会认可的共同善），裁判的稳定性与合理性会大大提高。

在实然层面上，法官对融入理由基本停留在执行法院或上级的政策要求的贯彻上，其在裁判时已自觉构建从“小前提涵摄于大前提—得出结论”的推理闭环，对于“找法路径”，也基本遵从具体法律规范—一般法律原则—司法解释—指导性案例及政策性文件的循迹，^④核心价值观貌似没有融入的制度价值。基于此种偏见，法官自我价值判断背离民众公共理性的裁判层出不穷。

4. 说理回应需求与行政思维僵化坚守

在应然层面上，文书说理的对象首先要以案件当事人为主，其次是要兼顾学术界实务界的通识，以及社会公众的常识、常情、常理对案件判决说理的认知。^⑤而回应型司法应有之义就是在文书中尽可能用使社会公众接受的法律修辞共情于民意。核心价值观作为民众认可的公共理性地带，具备消弭民众与抽象法理之间隔阂的天然优势。

在实然层面上，不少法官仍秉持牺牲说理的妥适性换取说理合法性的裁判功利观。此种思路垒建之上的文书说理评判标准就是裁判是否被二审法院发改——即没有被发改的裁判即是好裁判。于是裁判说理的对象悄然由普罗大众转化为法律业内人士，裁

① 参见[美]波斯纳：《超越法律》，苏力译，北京大学出版社2016年版，第103页。所追求的是物质的收益如工资、奖金等，精神的慰藉，荣誉的获得和前途的延伸，法官等级的晋升，法官行政职务的提拔等善品。

② 这里的风险主要指法官用价值导向直推结论取代规范导向推理模式导致案件被发改。参见于天兴诉沙庆花农村房屋买卖合同案，山东省烟台市中级人民法院（2016）鲁06民终1550号民事判决书等。

③ 参见吴春雷、张文婧：《论司法三段论构建中的价值判断——兼论司法裁判如何形成》，载《前沿》2013年第1期。

④ 参见《最高人民法院关于裁判文书引用法律、法规等规范性文件的规定》第2条，法释〔2009〕14号，2009年10月26日发布；《最高人民法院关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》第7条，法发〔2018〕10号，2018年6月1日发布。

⑤ 参见杨凯：《论民事诉讼文书样式实例评注研究的引领功用》，载《中国法学》2018年第2期。

判修辞变得晦涩抽象, 自然跟民意走向疏离。

5. 说理能力滞后与评价机制阙如的不良循返

融入说理的修辞表述及范式编排来源有二, 一是在查明案件事实的基础上独立撰写; 二是对融入说理进行类案检索后“仿制”而成。第一种方式对法官的文学积淀、



图 2 核心价值观弥合民院价值分歧热点案例维度枚举



社会阅历、法律逻辑能力、价值判断能力的要求极高。从调查结果看,全数法官都表示除了不需要技术的整体性概念嵌入外,无法单独完成对核心价值观的证成,融入必然求诸于类案检索。但是由于融入类判决自身存在上述问题,导致仿制后的判决从出生之时就带着诸多“原罪”。同时地方法院又基本没有对融入类裁判单独进行评价,^①致使法官的融入说理水平无法通过经验总结而提升,而水平的滞后又导致法官刻意回避说理,最终使融入类案件因样本基数的缺乏不足以单独评价,两者的不良循返也导致了核心价值观融入受挫。

三、核心价值观融入说理的三个维度

马克思主义哲学揭示事物发展系量、质变的相互渗透、发展所致,质量互变规律共同体现事物发展的渐进性。^②作为核心价值观融入说理,也必须以渐进性、有序性模式推进。

(一) 由内向外:从次序考量到逆向检验

前述归纳了融入说理在实务中的的六种次序,次序一的说理方式与非融入案件并无二致,故无讨论意义。次序三是直接依据核心价值观推导出案件结论,^③次序五是当具体法律规定与核心价值观相悖时,以承办人自认的更高阶位的核心价值观推导出结论。^④但根据演绎推理的基本要求及《指导意见》,次序三、五都系不当融入说理方式。即便如此,仍存在二、四、六三种说理次序。采用何种说理次序应遵循以下逻辑层次。

1. 提前审慎判断

此步骤考察的内容有三:一为是否进行融入说理;二为案件所处的核心价值观层次。抽样案例中经常出现因价值观定位偏差,法官自行扩张解释的情形,所以参照对小前提与大前提是否涵摄的证成逻辑,融入的先决要件亦是判断案件隐藏的价值观是否涵摄于社会主义核心价值观,如果成立,应位于何种层次;三为价值融入的属性为何。即判断核心价值观系为补强结论(拟引用具体条款)、联合证成结论(拟引用一般条款),亦或为宣导警示之用。判断目的是为了明确融入说理的角度与布局。

2. 进行权衡对比

原则并非与规则一样“全有”或“全无”地适用,而是有一个“分量的强弱”问题,

^① 经检索,除了北京市丰台区人民法院于2019年3月出台了《关于社会主义核心价值观融入裁判文书说理的工作办法》,其余地方法院未见类似操作规定。

^② 参见李秀林等主编:《辩证唯物主义和历史唯物主义原理》,中国人民大学出版社2004年版,第178页。

^③ 参见陈历转诉向开明、向开容赡养纠纷案,四川省资中县人民法院(2017)川1025民初2443号民事判决书。

^④ 参见于天兴诉沙庆花农村房屋买卖合同纠纷案,山东省烟台市中级人民法院(2016)鲁06民终1550号民事判决书。

不同原则之间的竞争应当通过“权衡”的方式来予以解决。^①在融入说理裁判中,若存在价值冲突时,法官应进行价值优先性论证,即选择价值 A 放弃价值 B 理由是什么,这样裁判结论才会获得一种“位于确定性和任意性之间的客观性”^②。如在董存瑞、黄继光英雄烈士名誉权一案中,被告主要抗辩理由为学术自由,法官在说理中论述了“爱国”这一核心价值观,但缺少了与学术(言论)自由进行权衡的论证过程,为何选择其一,应该给出使人信服的价值选择论证过程。对此,可以参考“重力公式”:先确定某权利或价值被满足的重要性程度,即对不同权利赋予“轻、中、重”(L.M.H)的度量值,然后标注不同权利或价值被满足及伤害的程度,最后得出结论。^③如上个案件中,保护英烈的价值重要性为 H(重),伤害个人学术自由的价值重要性为 L(轻),此时 HL(重轻)的结论就可以客观得出。如果价值相当,要选择保护其一就要回到演绎推理步骤,对案件事实和法律规定进行反复检索,防止价值判断取代法律证成。

3. 选择融入路径

融入路径包括法律修辞或法律解释两类。法律修辞是贴紧民意的粘合剂。融入修辞虽具有主观性,但客观上应该把握三个度。一是灵度。融入说理时应先阐述法理,再升华成情理,最后凝练成价值观表述,这就需要运用法律解释方法,将抽象的法语升华成价值观共识。二是美度。这不意味着说理必须运用华丽辞藻,而是说法官在融入说理时要入情入理,感情表达精准,如此才能引起民众的情感共鸣。三是限度。修辞的主要目的是为了核心价值观念更好地赋强结论,但结论的推导主要还是靠规范支撑,所以在篇幅上,修辞应该保持谦抑性。法律解释是根据案件需要,选择采用以文义、体系、目的、历史解释的方法将法条蕴含的核心价值观拆分出来,其中应视体系解释为主要方法,以期向道德、价值等其他社会规范有限开放时达到法、理、情的帕累托最优。

4. 检验修正结论

由于融入说理系法官将个人的价值判断最大化趋同于民众认可的共同价值观的过程,所以存在价值观不趋同或结果不被民众接受的可能性。这时需要对结论的合理性、合法性进行验证。验证路径有两种:一是法官运用裁判后果主义推理对结论进行二次验证;二是审判团队成员或合议庭组成人员的二次价值验证。二者考虑的参数为制度内与制度外后果。制度内后果为法律安定性的维护和法律目的的实现。即裁判结论是否妥善保护了法益,实现了法律目的。若答案是肯定的,即证明结论的合法性。但合

① 参见[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1996年版,第43-46页。

② 参见雷磊:《规范、逻辑与法律论证》,中国政法大学出版社2016年版,第301页。

③ 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊译,中国法制出版社2012年版,第148-175页。



法的判决并非当然地符合社会预期,这时还需要对结论可能产生的社会效果进行有限度的检验,检验主体为不参与案件审理的其他人员(如另案陪审员等)。只有通过双重验证,才不会出现核心价值观融入与公共理性的悖反。

(二) 自下而上:构建经典案例与法律修辞共享库

1. 建立案例共享库

司法案例是微缩的法治,案例是看得见的法典,是摸得着的规则,是活生生的法治,是应然规则的实然形式,案例中可以看到抽象的法律规则在现实生活中的各种变数。^①核心价值观融入裁判作为新生事物,参考样本数量极少。且说理不管次序还是内容上都并未统一,所以构建经典案例库及指导性案例库有现实需求。

(1) 明确功能定位。指导性案例针对的是裁判已经发生法律效力,并符合“社会广泛关注”“法律规定比较原则”“具有典型性”“疑难复杂或者新类型”“其他具有指导作用”^②的案件,因为其具有“应当参照”的效力,所以筛选的案例不仅要具有影响力,还须对裁判说理具有修正或指导意义。而典型案例是指导性案例的补充,在相对局限的专业案件领域发挥着指导参考作用,^③所以在案由选用上可以更加多元,以期给法官提供融入说理的思路。

(2) 完善遴选长效机制。基层法院是产出融入经典案例的排头兵,同时也是说理失范的重灾区,因此应以基层法院案件为遴选基准,按核心价值观层次定期逐级遴选出典型案例和指导性案例。选出的案件以对应的“国家篇—社会篇—个人篇”作为一级标题进行分类,再按对应的外延建立二级标题,并设关键词索引,从而实现类案的快速检索。

2. 建立法律修辞共享库

问卷调查中,83%的法官对核心价值观融入说理的法律修辞存在表述障碍,所以建立法律修辞分享库有了现实紧迫性。如果说融入说理的目的在于赋强说理过程,那么法律修辞则是通过话语策略的形成来提升话语的有效力和结论的说服力,^④两者具有功效的同向性。

(1) 来源方式。法律修辞横跨法律证成与语言修辞两个领域,需要法官熟稔地用合理的修辞性语言向受众传达法意。因为法官自身的案件压力会导致其无暇顾及对法律语言的包装与加工,所以借诸于社会力量强化说理修辞库成为可能。法律修辞库开发的意义旨在最大范围内给法官在撰写判决时提供修辞素材。因此可以广开渠道:一是法官自发向法律修辞库进行投稿,由平台人员审核后分享;二是对已经发布的典

① 参见白建军:《法律实证研究方法》,北京大学出版社2008年版,第199页。

② 参见《最高人民法院关于案例指导工作的规定》。

③ 参见张忠民:《典型环境案例的案例指导功能之辨》,载《法学》2015年第10期。

④ 参见焦宝乾:《逻辑与修辞:对法学研究范式的探讨》,载陈金钊主编:《法律修辞研究》(第二卷),中国法制出版社2016年版,第31页。

型或指导性案例的法律修辞部分进行截取发布；三是各大高校师生可结合语言学、心理学、法律学、修辞学等专业优势，向修辞库投稿并由专人审核发布。

(2) 体例安排。法律修辞库的体例可以《民事案件案由规定》的三级案由为基础，融入《最高人民法院关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》（下称《指导意见》）第4条对应的模块后整合而成，以生命权纠纷为例，可作四级目录构建：

目录

一、人格权纠纷

(一) 生命权、健康权、身体权纠纷

1. 生命权纠纷

- (1) 重大公共利益类
- (2) 疫情防控类
- (3) 抢险救灾类
- (4) 英烈保护类
- (5) 见义勇为类
- (6) 正当防卫类
- (7) 紧急避险类
- (8) 助人为乐类
- (9) 弱势群体保护类
- (10) 英烈保护类
- (11) 公序良俗类

(三) 从高到低：完善融入说理评价反馈机制

法官怠于融入说理的另一原因是评价反馈机制的缺失。评价制度的缺失使融入说理的质量失去衡量尺度，反馈制度的缺失则削减了评价制度的意义。

1. 健全融入评价机制

目前案件评查评价方式有三：一是法院内部对生效案件自行进行评查评价；二是上级法院对下级法院已生效案件进行评查评价；三是司法机关对案件交叉互评机制。然而，对案件的评查通常侧重于审判程序及结果，而忽略对裁判说理的评价。裁判说理实际上是一个“说服”的过程，“可接受性”是其实现社会效果的首要前提，核心价值观融入说理亦然。因此，评价机制应以“可接受性”为基点，结合裁判说理的特点，从“价值论证”“法律修辞”“裁判结论”“检验效果”四方面量化考察融入说理的规范性和有效性。（见表4）



表4 核心价值观融入说理附加评价表

指标 评估	一级指标	二级指标	权重	得分
即时评估	价值论证	层级归类是否正确	30	
		是否进行利益衡量		
		是否运用法律解释		
	法律修辞	情法融入是否契合	20	
		是否适度适当		
		是否具有美感		
裁判结论	三段论推理是否周延	30		
	逻辑次序是否恰当			
	结论依据是否充分			
延时评估	检验效果	是否二次验证结论	20	
		是否引起主流舆论负面情绪		
		是否出现涉诉信访		

2. 构建反馈机制

传统文书评查评价模式“重评查、轻反馈”，这不利于法官修正审判思路，提升裁判水平。建议可以从两方面构建反馈机制：一是个案反馈，将融入个案评价表附以书面说明提交给法官，便于法官总结与反思；二是类案反馈，对于相同案由或近似案由案件，可组织进行周期性总结规律并汇总，形成类案融入说理评价反馈机制。只有建立“评查—反馈”双向互动，才能让说理发生质变。

(责任编辑：郝晓越)

社会主义核心价值观融入裁判说理之现实困境及纾解

许志华*

内容摘要：裁判不说理、说理简单是司法裁判被诟病已久的问题。社会主义核心价值观融入司法为裁判说理提供了新的路径选择。然而，受实证主义法律思维的影响，民事诉讼中规则崇拜主义、诉讼竞技主义倾向使得裁判者对于规则以外的核心价值观有着天然的直觉鸿沟；同时受制于积极法民关系的现状，裁判者对于关涉道德的社会主义核心价值观往往表现出趋利避害心理态度；加之案多人少的司法困境及对社会主义核心价值观融入司法的误解，司法实务中社会主义核心价值观融入裁判说理常呈现说理保守、刻意说理、混乱说理的无奈现状。因此，对于利用社会主义核心价值观进行裁判说理还需从法官内生动力角度入手，沿着“司法转译—大前提证成—小前提证成—司法调和”的现实路径步步完善。

关键词：核心价值观；裁判说理；规则崇拜；司法转译

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)01-053-063

“如果被告是见义勇为做好事，更符合实际的做法应是抓住撞倒原告的人，而不仅仅是好心相扶；如果被告是做好事，根据社会情理，在原告的家人到达后，其完全可以在言明事实经过并让原告的家人将原告送往医院，然后自行离开，但被告未作此等选择，其行为显然与情理相悖。”基于“人性恶”裁判说理的彭宇案，其沸反盈天给司法者留下了深刻教训：裁判文书不能忽视公众的道德观念；裁判说理务必谨小慎微，避免关涉道德，必要时言简意赅，避免言多必失。全民自媒体时代，不恰当的裁判说理犹如热带雨林中的蝴蝶扇动翅膀，转念间便成一场司法的舆论风暴。

2021年1月19日，最高人民法院出台《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》，要求深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释

* 许志华，浙江省海宁市人民法院盐官法庭法官。



法说理。应然层面，社会主义核心价值观不仅丰富了说理素材，更有助于推动法律评价与道德评价相结合，使裁判结果契合道德意愿，符合公序良俗，达到情理法相统一的效果。而实然层面，社会主义核心价值观的裁判融入似乎并不规范，效果亦不及预期。本文以近五年司法裁判中适用社会主义核心价值观的民事案例为样本，考察分析社会主义核心价值观在我国民事审判实践中的适用状况，并尝试构建规范适用的路径，以维护法律调整体系的稳定性和统一性。

一、核心价值观融入裁判说理之现状：保守、刻意、混乱

通过中国裁判文书网对文书理由部分含“社会主义核心价值观”字段的文书进行检索，2017年至2021年每年文书数量分别为239、515、833、1313、6166份，这对于2017年1600余万份、2020年达2300余万份的文书总量而言实在寥寥无几。同时上述文书中利用社会主义核心价值观的裁判说理也显得保守、刻意及混乱。

（一）保守

保守性首先体现为司法裁判不敢亮明立场。“村民私自上树摘果坠亡索赔案”是司法弘扬社会主义核心价值观典型案例之一。该案经一审、二审、再审，最终法院态度鲜明地宣告“司法可以同情弱者，但对于违背社会公德和公序良俗的行为不鼓励、不保护，行为者后果自担。”然而该案一、二审判决虽认定“吴某作为一名成年人，应当预料到上树采摘杨梅的危险性，其在未采取安全保护措施的情况下，不顾自身年纪较大，擅自上树采摘杨梅，直接导致涉案事故发生，存在重大过错”。或许基于“谁伤谁有理”的弱者同情，抑或“和稀泥式司法”的心理影响，该案一、二审判决均认定被告承担5%的责任以息事宁人。^①遗憾的是，类似情形是司法实践的常态。

保守性还体现为说理方式单一。目前利用社会主义核心价值观说理主要为道德宣示型、直接证立型、补强证立型，其中道德宣示型说理约占利用社会主义核心价值观说理案件总量的95%。^②原因在于证立型说理需透彻理解社会主义核心价值观并利用核心价值观进行价值分析甚至价值选择，故无把握则保守。而道德宣示型说理中社会主义核心价值观基本不起证立作用，说理方式多系简单道德宣扬，说理压力较小。如漆敏诉深圳市俊荣物业管理有限公司服务合同纠纷案，因原告停车挤占人行道，法院认为“原告作为驾驶人，应文明规范停车，其明知停车不应占用人行道却未按照停车

^① 参见李秋月、李月如等诉广州市花都区梯面镇红山村村民委员会违反安全保障义务责任纠纷案，广东省广州市花都区人民法院（2017）粤0114民初6921号民事判决书，广东省广州市中级人民法院（2018）粤01民终4942号民事判决书，广东省广州市中级人民法院（2019）粤01民再273号民事判决书。

^② 参见江秋伟：《价值的司法适用及方法——以法院适用社会主义核心价值观的案例为对象》，载《西安交通大学学报（社会科学版）》2019年第3期。

场划定的车位规范停车, 挤占人行道, 违反了《道路交通安全法》的规定, 也与社会主义核心价值观相悖”^①。再如孙国芝、刘京京赠与合同纠纷案中, 法院认为“不介入他人合法存续的婚姻关系, 是社会主义核心价值观对公民个人层面价值准则要求的应有内涵”^②。

此外, 保守性还表现为避而不谈。最高院指导意见明确涉及疫情防控、见义勇为、正当防卫等情形, 应当强化利用社会主义核心价值观释法说理。但对相关裁判文书进行检索便可发现, 指导意见明确需利用社会主义核心价值观说理的情形, 即便已引起社会关注, 大多也无对应说理。

(二) 刻意

滕套领等诉李二记等机动车交通事故责任纠纷案中, 仅因车主垫付医疗费, 判决认为“从弘扬社会主义核心价值观、社会主义文明新风尚及传播社会主义法治精神的基本要求与理念出发, 人民法院裁判的目的与宗旨在于为人民群众定分止争、化解矛盾、案结事了, 并通过法庭的调解与释明, 进一步防止矛盾激化、减少诉累, 以节约司法资源”^③。整段说理看似高大上, 实则与案件处理无任何关系, 更意外的是该法院同时段竟检索出十多份判决书均有上述同样的说理内容。将一段放之四海皆准的说辞复制进不同情形的裁判文书, 实与阐明事理、释明法理、讲明情理相去甚远, 也足见法官利用社会主义核心价值观刻意说理、机械说理的现状。

刻意性还表现为裁判文书中强加“社会主义核心价值观”字眼。买卖合同纠纷中因一方未付货款, 判决常认为, 未履行货款给付义务, 与社会主义核心价值观相悖。^④究竟为何未付货款, 未付货款为何与社会主义核心价值观不符, 不符核心价值观中的何种价值则语焉不详, 说理过程缺乏说服力。再如刘欠、李鹏飞等侵权责任纠纷案中, 一审认为“共同喝酒人已将醉酒人送回家, 已尽一般注意义务, 且无证据证明死亡与喝酒具有因果关系。”故驳回了原告诉讼请求。二审判决则认为“结合事故发生的前因后果, 及当事人的过错程度等因素, 酌定由四名被上诉人分别承担 5% 的赔偿责任为宜, 这也较为符合社会主义核心价值观”^⑤。但并未指出四被告分别承担 5% 的赔偿责任为何符合社会主义核心价值观, 同时也使得核心价值观的表述在文书中显得刻意而多余。

① 漆敏诉深圳市俊荣物业管理有限公司服务合同纠纷案, 广东省深圳市罗湖区人民法院(2021)粤0303民初6996号民事判决书。

② 孙国芝、刘京京赠与合同纠纷案, 天津市第三中级人民法院(2021)津03民终1203号民事判决书。

③ 娄秀菊诉赵淑涛、李永威机动车交通事故责任纠纷案等, 河南省漯河市召陵区人民法院(2021)豫1104民初910、1378、1911号等民事判决书。

④ 参见慈利县阿静粮油行诉田忠成买卖合同纠纷案等, 湖南省慈利县人民法院(2021)湘0821民初1086号民事判决书等。

⑤ 刘欠、李鹏飞等侵权责任纠纷案, 汝州市人民法院(2020)豫0482民初6428号民事判决书、河南省平顶山市中级人民法院(2021)豫04民终1035号民事判决书。



（三）混乱

了解作为法官之法的裁判规范来自何处是司法作出裁判的基础，故以法源视角对社会主义核心价值观进行厘清是规范利用核心价值观的前提。^①当前社会主义核心价值观与道德伦理、习惯等类似，系非正式法源，为裁判所依据的法外资源。然而实践中却混淆社会主义核心价值观作为裁判依据或说理依据。如：卢某诉李某赡养纠纷案中，原告除诉请赡养费外还要求子女节假日回家探望，法院认为“原告要求被告每逢节假日探望的请求，符合事实也符合营造和谐社会和弘扬社会主义核心价值观的要求，予以支持”^②。虽然《老年人权益保障法》明确规定了“分开居住的家庭成员，应当经常看望或者问候老年人”，但该裁判文书所引法条及说理均未涉及《老年人权益保障法》，而直接依据社会主义核心价值观作出判决。

刑事案件也存在类似情形，如王红生产、销售有毒、有害食品罪案中，被告人王红行为已构成犯罪，法院认为“被告人在其丈夫去世多年后至今未嫁，始终照顾残疾的婆婆、多病的公公，本着法律效果与社会效果相统一的原则，贯彻落实宽严相济的刑事政策，弘扬社会主义核心价值观，对其可适用缓刑”^③。法院将被告人照顾公婆行为作为适用缓刑的根据，而并未考虑《刑法》所规定缓刑适用应考虑的情节、悔罪表现、再犯危险及社区影响，也有混淆裁判依据或说理依据的嫌疑。

另外，混乱还体现为价值援引的不稳定性。社会主义核心价值观包含国家、社会、个人三个层面十二项价值，不同价值关注重点亦有所不同。然而，裁判文书中常见表述“某某行为与社会主义核心价值观不符”，与哪项核心价值观不符则无具体说明，同时还存在同样情形却援引不同社会主义核心价值观的情况，同样是打架斗殴，部分法院认为违反和谐、文明、友善的社会主义核心价值观，而其他法院却认为违反了友善、法治的社会主义核心价值观。

二、原因分析：不愿、不敢、不会

实证主义思维下的规则崇拜、诉讼竞技主义现实下的价值回避及积极法民关系现状下的趋利避害，加之案多人少的司法困境及对社会主义核心价值观融入司法的误解。裁判者对于社会主义核心价值观融入裁判说理往往不愿说、不敢说、不会说。

（一）实证主义思维下的道德轻视

实证主义法学认为恶法亦法，法律与道德、实在法与应然法没有必然联系。“如

① 参见于洋：《论社会主义核心价值观的司法适用》，载《法学》2019年第5期。

② 卢某、李某1等诉李某2、李某3、李某4赡养纠纷案，河南省巩义市人民法院（2016）豫0181民初4657号民事判决书。

③ 王红生产、销售有毒、有害食品罪案，吉林省榆树市人民法院（2021）吉0182刑初92号刑事判决书。

果法律规则与道德要求之间的界限不明确或极为模糊,那么法律的确性和可预见性就必定受到侵损。”^①甚至有学者指出:“如果法官能够以某个行为不符合社会公德为由,就可否定法律规则的效力,那么整个法律制度都将崩溃;如果以维护法律权威为职责的法院,公然宣布依据道德处理案件,谁又能维护法律的权威。”^②

司法实务中,形式合理优于实质合理、程序公正优于实体公正,似乎已成为审判的基本逻辑。法律推理即意味着法教义学意义上的三段论演绎,法官对尚未转化为法律规则的社会主义核心价值观心存戒备,对无实在法规则明确的道德价值也刻意忽视。吴某某、田某某诉田某、田某甲等赡养费纠纷案中,被告提出可承担超出原告诉讼请求的生活费,但法官认为“被告多承担生活费符合中华传统美德和社会主义核心价值观,值得提倡,但法庭的判决只能根据原告的诉讼请求作出”^③。

(二) 诉讼竞技主义现实下的价值回避

当实质正义渐遭冷落,人们对程序正义奉献了太多溢美之词。当审判方式由职权调查式向当事人对抗式转变,法官则从发现实质真实转向固定法律事实。当诉讼沦为输赢之争而非对错之争时,诉讼就成为一种竞技性的活动。“在纯竞技诉讼中,裁判者只关心形式规则是否被恰当遵守,而不关心事实真相。裁判者的全部职责就是根据一套形式规则来裁决谁胜谁负,而无须为发现案件真相负责。”^④因此,举证责任代替了职权调查,书证优先代替了自由心证。在法律事实而非实质真实基础上的胜负判定,法官当然选择价值回避,因为法律事实与实质真实的距离会使价值评价带来判决以外的过多非议。

实践中,公告送达的无奈加之缺席审判的开展,当事人在法律拟制已接收应诉材料的情况下,又因法律拟制放弃了诉讼权利。法官依照法律规定,根据法律事实作出裁判无可厚非,但作出价值评判似乎于心不忍。同时价值的多元化及道德个体化使之相较于法律规则而言具有较大的不确定性,而不确定则意味着风险。如果让当年承办法官再次审理彭宇案,他可能选择举证不能等法律技术,但定然不会在文书中公开关于价值判断的心证过程。前车之鉴,后车之师。

(三) 积极法民关系实际下的现实考量

“说理是双向的,既与说者有关,更与听者有关。”^⑤因此“法官在撰写司法意见时,

① [美]博登海默:《法理学、法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第366页。

② 葛洪义:《法律原则在法律推理中的地位和作用——一个比较的研究》,载《法学研究》2002年第6期。

③ 吴某某、田某某诉田某、田某甲、田某乙、田某丙赡养费纠纷案,云南省元谋县人民法院(2017)云2328民初328号判决书。

④ 张建伟:《认识相对主义与诉讼的竞技化》,载《法学研究》2004年第4期。

⑤ 凌斌:《法官如何说理——中国经验与普遍原理》,载《中国法学》2015年第5期。



必须事先考虑其预期听众的可能反应。”^① 辛普森案的法官选择了程序价值，而该结果在特定法民关系下则可能导致无穷无尽的申诉。泸州遗嘱案中，法院判定遗赠人黄永彬与原告张学英同居行为违法，认为基于同居行为的遗嘱违反法律所规定公序良俗及社会公德，属无效行为，因此驳回了原告张学英给付受遗赠财产的诉请。^② 法院基于价值判断而在法律规则与法律原则、社会公德之间选择了后者，该案一经判决即引起公众的广泛讨论，甚至引发学界论战。许霆案的舆论关注是其从无期徒刑改判有期徒刑五年；李昌奎案的网友疾呼则使云南高院再审该案并最终判处死刑。刘涌案、躲猫猫案、邓玉娇案、天价逃费案无一不为积极法民关系所影响。法民关系已成为裁判及说理必须考虑的重要内容，毕竟法官都不希望自己的判决带来过多舆论非议。

案件当事人都希望得到法官认可，对于法院裁判通常也都有利己性预期，然而裁判往往不能同时达到各方预期。败诉则针对裁判文书文字、说理进行挑刺性、曲解型对抗，甚至上诉、申诉、上访成了“捍卫真理”的途径。同时，“本质而言，说理是虚弱的，而且说理还会暴露虚弱之处。”^③ 况且价值尚有抽象性、个体化差异，利用价值观进行说理似乎更容易暴露破绽。所以回避价值判断、套用一段没有风险的价值说理或者模糊价值说理过程理所当然成为法官的无奈选择。

（四）案多人少背景下的无奈之举

案多人少矛盾在各地法院或多或少存在，甚至已成为制约法院发展的问题之一。笔者所在法院民事案件承办法官人均年结案 350 件左右，每个工作日均需结案 1.4 件才能达到平均水平。在如此高强度的工作压力下，能确保案件审理不出差错，能摆平当事人息诉服判实属不易。法官很难安排出额外精力在判决书中详细阐明裁判理由及适当地利用社会主义核心价值观进行说理。

（五）误解未消情形下的自说自话

江苏某法院曾对当地 100 名员额法官进行问卷调查，其中明确知晓社会主义核心价值观具体内容的仅占 70%，甚至 15% 的法官认为司法审判与核心价值观的关系不大。^④ 部分法官未深入理解社会主义核心价值观融入司法的目的、意义及方法，认为核心价值观与司法裁判属不同层面的问题，对于核心价值观作为说理依据或裁判依据有误解，甚至态度消极、避而不谈，即使利用核心价值观说理也是格式引用、简单堆砌。因此利用社会主义核心价值观说理呈现出自说自话、随意肤浅的态势。

① 万毅、林喜芬：《从“无理”的判决到判决书“说理”——判决书说理制度的正当性分析》，载《法学论坛》2004年第5期。

② 参见郑永流：《道德立场与法律技术——中德情妇遗嘱案的比较和评析》，载《中国法学》2008年第4期。

③ 凌斌：《法官如何说理：中国经验与普遍原理》，载《中国法学》2015年第5期。

④ 参见江苏省法学会民法学研究会 2019 年年会《民事司法弘扬社会主义核心价值观》论文集，第 410-411 页。

三、对策分析: 动力提升、路径探寻、必要限度

(一) 动力提升

从法经济学视角, 法官也是理性利己的一般人, 在司法审判活动中同样有自己的偏好和取舍。因此, 法官对于利用社会主义价值观说理的内心认同直接决定了推进效果。

1. 消除误解。基于实证主义法律思维下的规则崇拜, 法官一般认为法律推理就是演绎推理, 即严格执行三段论规则。^①而社会主义核心价值观的意识形态性使其具有明显政治意味, 同时其抽象性决定了未经司法转译难以适用于具体案件。因此, 部分法官认为社会主义核心价值观融入裁判只是一种政治宣示, 两者间有着天然的直觉鸿沟。对于最高法院出台的指导意见, 通常一线法官会自觉学习以指导自己办理具体案件, 但对于最高法院《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》, 法官似乎并不感兴趣。因此, 有必要组织法官群体对于指导意见进一步学习, 同时阐明指导意见的出台背景, 社会主义核心价值观融入裁判说理的意义等, 消减法官对于核心价值观融入裁判说理的误解。

2. 有效激励。有效激励简言之即足够的激励力, 实质在于提高行动结果带给法官的效价, 且效价满足法官最迫切的需求。^②法官被要求在裁判说理中融入社会主义核心价值观, 若法官做到、做好, 其行动的结果会给本人带来多大的价值? 这是法经济学视角下确保司法目标达成所无法回避的现实问题。目前, 优秀裁判文书评选是法院系统内的常规操作。在评选中加入社会主义核心价值观说理的考量因素, 使优秀、服众、弘扬价值观的说理成为优秀裁判文书的基础。同时强化优秀裁判文书评选结果的利用, 真正使将社会主义核心价值观利用好、裁判说理实现三个效果统一的优秀裁判文书成为法官评先评优、选任提拔的重要考虑因素。如此便能激活法官对于利用社会主义核心价值观说理的内生动力。

3. 科学考核。考核机制包括激励的内容, 但在制度推行初期, 考核倒逼是其主要作用方式。《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》明确规定应当运用核心价值观说理的情形, 但司法实践中并未严格贯彻落实, 核心在于目标考核方法的缺失。该用而未用社会主义核心价值观说理对于法官而言无任何压力, 用了也未带来价值, 理性人的选择一目了然。因此, 既然需要推进社会主义核心

① 参见葛洪义:《法律原则在法律推理中的地位和作用——一个比较的研究》, 载《法学研究》2002年第6期。

② 参见王雷:《论法官的管理激励》, 载《人民司法》2002年第11期。



价值观融入裁判说理，也有对应的贯彻文件，那么对于制度目标设置科学的考核元素在制度推行初期必不可少。

首先对《关于深入推进社会主义核心价值观融入裁判文书释法说理的指导意见》第4条所明确规定应利用社会主义核心价值观释法说理的具体情形设置考核指标，对于应用未用的扣减相应考核分。其次，对于利用社会主义核心价值观说理引领社会风尚、树立价值导向的裁判文书，视宣传需要加以推广，并按媒体层级加对应考核分，最终对法院按照考核分进行先后排名。

（二）路径探寻

法官总是习惯于运用法律语言，而社会主义核心价值观本质上是国家主导的价值共识，属意识形态范畴，其自身并非法律规范，且核心价值观自身无绝对的稳定性，其内涵会随着一些因素而改变，核心价值观实质上是一个不确定的法律概念。^①社会主义核心价值观虽非法律规范，但却与法律规范的内在体系及外部证立息息相关。

因此，利用社会主义核心价值观进行裁判说理首先需要司法转译，将核心价值观的政治话语转译为司法话语，使之融入法的内在体系；在演绎推理过程中，通过核心价值观证立推理大前提的可接受性；在证据推理过程中运用核心价值观提供的价值选项进行归纳、筛选；以及通过司法个案的适用调和核心价值观的内、外部冲突。即“司法转译一大前提证成一小前提证成一司法调和”是社会主义核心价值观融入裁判说理的实践进路。

1. 司法转译。将社会主义核心价值观的政治话语转译为司法话语是利用核心价值观说理的前提。宏观角度社会主义核心价值观的司法转译主要集中于立法层面，当前核心价值观融入立法工作正在紧锣密鼓的推进。而对于司法而言，司法解释、指导性案例都可将社会主义核心价值观的价值内核内化于规范或个案，从而实现核心价值观“软性要求”向“硬性规范”转变，指导性案例的裁判文书更直接展示司法转译的过程和结果，裁判者可通过指导性案例的说理过程学习核心价值观的转译方法与说理手段。

而对于裁判者个体而言，司法转译的重点在于发掘社会主义核心价值观的描述性功能。价值具有评价性功能和描述性功能，所谓评价性功能是指我们对行为或事物肯定或否定的观点；而描述性功能则是我们作出肯定或否定观点的标准。^②例如，裁判文书中常载明“被告行为有违诚信”，实际包括两层意思，其一对被告行为的否定评价，其二隐含着违反诚信的判断标准，如违反法律关于合同履行的规定，或违反法律所体现的公平交易准则，亦或违反法律关于如实陈述的义务。因此，法官在具体裁判说理过程中，应着重阐明实在法所体现社会主义核心价值观的描述标准，而非当下盛行的

^① 参见梁上上：《利益衡量论》，法律出版社2016年版，第233-256页。

^② 参见[英]理查德·麦尔文·黑尔：《道德语言》，万俊人译，商务印书馆1999年版，第106-121页。

简单价值评价。

2. 大前提证立。裁判证立分为内部证立和外部证立, 内部证立要求法律判断必须从具体规范和其他逻辑前提中推导出来, 而外部证立则关注内部证立中使用的论据根据法律标准是否可以接受。^① 民主社会中, 价值观念、人们的思想与习惯, 通过科学立法的层层过滤及立法论证中的价值平衡, 通常法律规范即代表着正义, 依照法律规则进行裁判也具备正当性。此时, 利用社会主义核心价值观对法律规则的外部证立仅需阐释立法背景、目的及价值选择的立法考虑即可。

然而法律适用中的价值衡量普遍存在, “尤其当法律规则比较模糊时, 或者法律规则的推理结果与民众的道德直觉、利益之间存在巨大、尖锐的冲突时。”^② 里格斯诉帕尔默案中, 帕尔默作为遗嘱继承人, 为顺利继承遗产而杀害被继承人。根据当时纽约州的法律, 帕尔默祖父生前所立遗嘱完全符合法律规定的有效条件, 且法律并未规定继承人杀死被继承人当然丧失继承权。当规则失灵于社会生活, 当裁判合法性与正当性发生激烈冲突, 利用社会主义核心价值观论证裁判内部证立所使用论据根据法律标准是否可接受将极大的提高裁判正当性。上述案例中, 道德信仰取代法律规则牺牲了法确定性价值, 而从自身杀人行为获益则侵蚀了正义, 最终“任何人不能从其自身的过错中受益”的价值法则取得了多数支持, 法院判决帕尔默丧失了继承权, 价值法则得到了弘扬。里格斯诉帕尔默案中关于价值衡量、价值选择的分析、说理极具借鉴价值。

3. 小前提证立。在证据法学者看来“认识论罢手处, 道德便接手了”^③。实际上道德或价值论在证据推理中一直在场, 证据推理的价值判断给社会主义核心价值观介入法律推理小前提提供了可能。

实践中, 对于法律已明确进行价值选择的证据规则, 法官在证据推理过程中仅需进行“一阶价值判断”, 即遵循和落实法律关于证据规则的价值判断。^④ 如法律明确“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据, 不能作为认定案件事实的依据。”法律已明示权利保护和非法证据排除的价值选择, 法官在证据推理过程中仅需遵守立法者的价值判断, 说理过程也仅需阐明法律对于价值选择的考量及利用核心价值观证成证据规则的合理性即可。如辛普森案, 法律禁止非法搜查, 法官则向社会宣告“若采信警察非法搜查而获得的证据, 则会向全美警察传递了一个错误的信息。”法官对于

① 参见方新军:《社会主义核心价值观融入民法典解释的意义和限度》, 载人民网 2020 年 2 月 11 日, <http://theory.people.com.cn/n1/2020/0211/c40531-31580631.html>。

② 吴旭阳:《法律与人工智能的法哲学思考——以大数据深度学习为考察重点》, 载《东方法学》2018 年第 3 期。

③ [美] 亚力克斯·斯坦:《证据法的根基》, 樊传明等译, 中国人民大学出版社 2018 年版, 第 78 页。

④ 参见陈林林:《证据推理中的价值判断》, 载《浙江社会科学》2019 年第 8 期。



证据规则一阶价值判断的释法说理正是向社会弘扬法律价值的有力手段。

当法律所设定的证据规则失灵之际,法官则需要在证据推理过程中进行“二阶价值判断”,即利用证据规则背后的法律价值进行判断。^①如“法院可以根据公平原则和诚实信用原则,综合当事人举证能力等因素确定举证责任的承担”,公平、信用即二阶价值判断的基础。二阶价值的开放性使得社会主义核心价值观可以介入其中。法官在证据推理过程中,在分配举证责任时可引入社会主义核心价值观的内容进行说理,提升价值选择的可接受性。

4. 司法调和。抽象意义上,社会主义核心价值观内部价值之间不会存在明显冲突,但当核心价值观作用于个案时,其内部价值或核心价值观与其他价值之间就存在冲突的可能。虽然这种冲突不会导致价值之间不能和谐共存,但通过司法说理调和个案价值间的碰撞则彰显着司法的智慧。如狼牙山五壮士案就较好的平衡了个人写作自由与保护英雄人物名誉权(爱国价值)之间的冲突。法院既肯定了言论自由应受法律保护,但又同时指出英烈的名誉是社会主义核心价值观的重要内容,属更大的公共利益,最终在二者间进行了衡量,阐述了保护英雄人物名誉权的合理性、必要性,言明了言论自由的行使应有合理限度。

通过上述案例可梳理出个案处理价值冲突的基本思路,即裁判说理重在对冲突价值进行平衡,而非简单否定部分价值。内部或者外部价值冲突明显且难以调和的情况下,首先需根据个案情境选择本案优势价值,并通过详细的说理论证价值选择的理由,同时对未得支持的价值予以解释。其次,根据部门法的内在价值倾向进行说明,如公平、平等、诚信是民事法律的核心价值,而《刑法》则更倾向法治、秩序。因此在遇到个案价值冲突时也可以从法律的内在价值倾向角度作释法说理。

(三) 融入限度

法律的正当性固然需要依靠道德进行判断,法律推理也离不开道德,但是将法律与道德等同,或者在法律推理过程中将道德置于法律之上是非常危险的,结果不仅损害法律,而且损害道德。因此,不能无条件地将道德作为法律推理的前提。^②

1. 禁止规则逃逸。对社会主义核心价值观的适用要比普通规则更为谨慎,因为核心价值观自身无绝对的稳定性,其内涵会随着一些因素而改变,核心价值观实质上是一个不确定的法律概念。^③将价值判断取代规则判断,将对法的形式合理性造成极大破坏。对于尚未转化为法律规则的社会主义核心价值观,其融入司法的过程中必须坚持规则优先的法治原理,当法律规则能给裁判者准确清晰的指引,核心价值观则仅能

^① 参见陈林林:《证据推理中的价值判断》,载《浙江社会科学》2019年第8期。

^② 参见葛洪义:《法律原则在法律推理中的地位和作用——一个比较的研究》,载《法学研究》2002年第6期。

^③ 参见梁上上:《利益衡量论》,法律出版社2016年版,第233-256页。

作为说理依据,不能僭越规则而行裁判依据。

2. 警惕工具化倾向。实践中凡遇疑难案件,言必称社会主义核心价值观;凡遇道德争议或利益冲突案件,文必书社会主义核心价值观。欲否定观点即称“违反社会主义核心价值观”,欲支持观点则称“符合社会主义核心价值观”。社会主义核心价值观具有抽象性、宏观性,似乎上述表述放之四海而皆准,形成“社会主义核心价值观是个框,啥都能往里装”的工具化倾向。因此必须强调裁判的公开论证,法官不能躲在社会主义核心价值观的背后,必须明确价值判断的过程,使得价值判断能够接受商议。

结 语

“法律与道德的关系是法学中的好望角,法律航海者只要能够征服其中的危险,就再无遭受灭顶之灾的风险。”^①法安天下,德润人心,社会主义核心价值观的司法融入,为司法裁判阐明事理、释明法理、讲明情理提供了新的选项;同时司法公正又回哺社会治理中的规则引领与价值导向。然而,公正司法并非法律形式理性下的刻板推演,更非道德立场下的是非对错。公正司法只来源于裁判者集法律智慧与生活经验于一体后的一字一句。

(责任编辑:杨 军)

^① [美] 罗斯科·庞德:《法律与道德》,陈林林译,中国政法大学出版社 2003 年版,第 121-122 页。



类案检索中“不宜参照”案例的认定及其退出机制构建

毛琳*

内容摘要：与类案检索在法院内外引发的“火热”关注形成鲜明对比的是，其在司法实务中的应用“遇冷”，法官“不愿检索”“不敢检索”“不善检索”现象普遍，使该制度呈现“冰火两重天”的运行态势。内心排斥与制度要求的矛盾直接催生了规避检索、选择检索、机械检索、隐性检索等诸多实践乱象，为引发“多数人的错误”埋下隐患。通过追根溯源，发现法官对类案检索反应冷淡的根源在于类案检索平台尚未实现从裁判文书公开平台向案例资源提供平台的彻底转型，供给侧方面案例质量参差不齐导致法官“不敢检索”，而“不敢”催生“不愿”，“不愿”引发“不善”。改变这一恶性循环的釜底抽薪之策在于提高检索案例库质量，将“不宜参照”案例从库中及时剔除，形成“案例资源质量提高—检索动力增强—检索技艺增进—司法质效提升”的良性发展态势。

关键词：类案检索；“不宜参照”案例；案例退出机制

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)01-064-079

引言

司法实践中，基于对统一法律适用目标的追求和裁判风险防控的考虑，对于类案检索，不少法院在明确“应当”检索的情形之余，鼓励或要求法官“积极开展”“应当注重”类案检索，且检索案件范围突破最高人民法院《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》（以下简称《意见》）第4条规定，扩展到全国生效案例。亦即，法官面对待决案件，只要认为有必要，都可类案检索；每一个生效裁判，只要经过司

* 毛琳，北京市怀柔区人民法院审判管理办公室（研究室）法官助理。
本文获全国法院第三十三届学术讨论会一等奖。

法公开，都有可能被其他待决案件所检索参照。

然而，生效裁判并非都是“正确”裁判，它们可能因事实认定或法律适用错误而被再审推翻，也可能因法条更替、政策变迁而使得彼时“正确”的裁判不宜再适用于此时此地。若盲目参照，轻则会产生“橘生淮北则为枳”的效果，重则导致错误呈现指数级增长，引发“多数人的错误”。故此，本文以类案检索中“不宜参照”案例的认定及其退出机制为研究主题，从逆向排除角度思考如何及时将不宜继续被参照适用的已决案例从类案检索案例库中予以剔除，以保障类案检索机制健康运行。

一、“不宜参照”案例在类案检索机制运行中引发的实践乱象

司法实践中，类案检索机制运行存在着“高需求率”与“低检索率”、“案例数量较多”和“检索动力不足”之间的双重矛盾。

（一）现状描摹

目前，类案检索数据库在案例供给侧方面存在种种问题，从而引发一系列实践乱象。

1. 乱象：案例资源提供层面

“中国裁判文书网”“法信”因其案例资源丰富多样而成为多数法官检索类案的优选平台，但其存在案例质量良莠不齐的问题。具体总结如下：

（1）错误案例未予标识。“中国裁判文书网”推送的案例并未对同一案件的不同审级进行关联性标注，易导致以下问题：如所推送判例是否为终局裁判、结果是否发生变化不够一目了然，容易为法官参照发改、定错案件埋下隐患；又如某些一审判决，虽然结论未被二审或再审撤销，但其裁判理由却可能被更改，由于缺乏特殊标注，容易使法官参照原审错误或不当部分的裁判理由。目前，“法信”虽具有历审案件关联查询功能，但依然无法解决以下问题：其一，未经历二审、再审，并不意味着一审裁判不存在错误，只是当事人未提起上诉、申请再审；其二，因二审应在当事人上诉请求范围之内进行审理，故而现实中可能存在即便二审不认可一审的部分裁判理由和结果，但因该部分处于上诉请求之外，一审判决结果仍旧可能被二审维持的情况。这两类错误因未被“官方”指出而容易被参照适用，从而导致隐蔽错误扩大化。

（2）过时案例层出不穷。社会转型加快导致法律关系愈加纷繁复杂、法条更迭频率提速，每年都有部分法律法规、司法解释被立、改、废。以《民法典》为例，其生效后共有 288 条实质性改变了已废止的九部民事单行法内容，并对于其他共计 5402 条民事法律规范产生了深远影响，其中属于条文冲突的就有 81 条。



以《民法典》第686条为例,该条规定,当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的,按照一般保证承担保证责任,完全改变了《担保法》第19条“按连带责任保证承担保证责任”的推定规则;再以《民法典》第1142条第2款为例,其规定的遗嘱效力顺位问题就改变了原《继承法》规定的公证遗嘱优先规则,一律以最后的遗嘱为准;最后以新出台的《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释(一)》为例,其改变了原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释(三)》第7条“针对一方父母出资与双方父母出资的不同情况作出不同规定”的内容,规定为“父母婚后为子女买房赠予的款项,如果没有明确约定或者约定不明,应当认定为夫妻共同财产”。由此,适用原法律或司法解释作出的裁判,其参照适用价值受到限制。

此外,即便是应当优先参照的指导性案例也存在被清理、废止的可能,最高人民法院法〔2020〕343号文件就明确规定第9号、20号指导性案例不再参照,那么,该指导性案例以及对其予以参照了的普通已决案例就不再具有检索价值了。有些最高人民法院公报案例所确立的裁判规则也会被新法、司法解释所改变,^①其虽尚未被权威部门明确废止,但从逻辑上说也不应再具有参照效力了。然而,这些显性和隐性过时类案仍大量滞留在检索库中,在一定程度上干扰了法官裁判思路。

(3) 冲突案例同时并存。时代发展趋势、社会政经情况、学术研究的不断发展催生司法政策目标、法院裁判规则、社会价值导向、民间公序良俗、学术通说等发生变化,此类变化一旦由权威部门以规范性文件、工作报告等形式予以肯定,则容易产生变化前后类案裁判规则的冲突问题。以司法政策为例,早前为打击经营者违法侵权行为,法院一般支持职业打假人的诉讼请求,但由于牟利性打假商业化引发了诸多负面影响,《最高人民法院办公厅对十二届全国人大五次会议第5990号建议的答复意见》中就明确,在除食品、药品领域的普通消费品领域,逐步限制职业打假人的牟利性打假行为。故在此意见出台前后,就必然产生两种截然相反的裁判结论。此类司法政策影响裁判规则的情形时有发生,仅《人民法院报》2020年评选出的十大司法政策中就有六个涉及此类影响裁判规则的情形。^②

再以价值导向为例,针对受害者实施了明知会引发自身危险的不合理行为以致人身伤亡的案件,以前法院一般会从公平原则出发,要求无过错相对方承担适当赔偿责任。但随着“坚决防止‘谁闹谁有理’‘谁横谁有理’‘谁受伤谁有理’等‘和稀泥’

① 如《最高人民法院公报》2014年第12期刊载“朱俊芳诉山西嘉和泰房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案”所确立的裁判规则,就被《民间借贷司法解释》所改变。

② 它们分别是“权利保障民法典实施”“调整民间借贷司法保护边界”“准确理解适用正当防卫制度”“促进食品安全状况根本好转”“全面提升知识产权司法保护水平”“规范量刑程序促进量刑公正”六个主题。载中国法院网2021年1月11日, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2021/01/id/57110567.shtml>。

的做法”^①这一价值导向的确立，部分法院开始将受害者的行为评价为“自甘风险”，而认定其应当自负其责。^②

(4)“僵尸”案例充斥其间。“无论是学术界的学理研究还是实务界的实证分析，均表明我国当下的裁判文书依然存在‘不愿说理’‘不会说理’‘不敢说理’‘不善说理’‘说不好理’等方面的问题。”^③有学者统计，我国内地判决书的判决理由仅占判决书总字数的28.0%，而我国香港地区的相应比例则为50.36%。^④我国裁判文书在释法说理方面存在以下典型问题：第一，缺乏限定。即说理方式格式化，缺乏个案特征；避实就虚、避重就轻等选择性说理、模糊说理现象普遍；对诉辩或者控辩各方的主张和理由概括不全面，争议焦点归纳不准确。第二，缺乏反驳。如忽略当事人提交的证据或忽略对该证据采信与否的说理；未对一方当事人提出的质疑、异议、辩论意见进行充分回应。第三，缺乏分析。如缺乏证据说理，仅以“以上证据可以形成证据链，事实足以认定”等话术笼统概括；对运用证据规则、逻辑推理、日常生活经验法则等进行综合分析不足，缺乏对事实认定的合理性阐述与论证；采用推定方法认定事实，未说明启动推定的原因及裁断的形成过程；忽略法律适用说理或法律适用说理肤浅僵化；对法律漏洞型的“无法可司”案件，缺少充足的、有说服力的法律适用依据；各方对法条理解存在分歧，或法条竞合、冲突时，法官未详细阐明选择和判断理由；未针对诉辩主张逐一评述，而是含糊其辞；以罗列法条代替说理等。第四，缺乏平衡。即重定罪说理，轻量刑说理；重主刑说理，附加刑完全不说理；重实刑说理，轻缓刑说理；重罪名选择说理，轻量刑幅度选择说理；重事理，轻法理；重案件定性说理，轻责任分配说理。第五，缺乏链接。如单纯罗列证据名称，缺乏证据内容和证明事项，或缺乏具体证据内容；各项证据之间尚未形成完整证明体系并说理；事实认定与法律适用之间缺乏必要说理桥梁；只出现法条具体内容，未写明属于哪个法律规定，或仅以“依照相关规定”代替具体法律规定。已决案例若存在以上问题，则或难从中提炼清晰、有效的裁判规则，或在不同程度上产生误导后案法官的反向作用。

① 《最高人民法院工作报告——2020年5月25日在第十三届全国人民代表大会第三次会议上》，载中华人民共和国中央人民政府网站2020年6月1日，http://www.gov.cn/xinwen/2020-06/01/content_5516480.htm。

② 参见支某等诉北京市丰台区永定河管理所等生命权、健康权、身体权纠纷案，北京市第二中级人民法院（2018）京0106民初2975号民事判决书；李秋月等诉广州市花都区梯面镇红山村村委会违反安全保障义务责任纠纷案，广东省广州市中级人民法院（2019）粤01民再273号再审理事判决书；刘明莲等诉孙伟生命权纠纷案，河南省信阳市平桥区人民法院（2019）豫1503民初8878号民事判决书；马旋诉余小锅等侵权责任纠纷案，湖北省襄阳市中级人民法院（2019）鄂06民终1653号民事判决书。

③ 胡仕浩、刘树德：《裁判文书释法说理：原则、目的与价值——〈关于加强和规范裁判文书适法说理的指导意见〉的理解与适用（上）》，载《人民司法·应用》2018年第25期。

④ 参见向力：《从鲜见参照到常规参照——基于指导性案例参照情况的实证分析》，载《法商研究》2016年第5期。



此外,在北京法院内网智能检索数据库中,甚至常能搜出“无文书”案件。如此,即便能检索出一定数量类案,对于待决案件而言也不具多大参照意义,反而无端占用法官注意力资源,影响办案效率。^①

2. 失范:类案检索实操层面

以上供给侧的种种问题直接影响法官检索动力、需求和行为,进一步导致以下后果。

(1) 规避检索问题突出。我国法官本就对类案识别、区分、背离、运用技术掌握不足,易产生因类案识别错误而引发的错案风险,而检索需占用大量时间精力进行案例对比、筛选,导致法官在人案矛盾压力下更愿意通过咨询资深法官、召开法官会议等传统形式解决疑问,且目前类案检索缺乏有效激励、保障机制,法官基于趋利避害的本性常常规避检索。

(2) 选择检索倾向严重。《意见》第4条虽明确了检索顺位,但实践中,即便上级法院已决案例与最高法院指导性案例存在冲突,法官也往往更倾向于参照前者,有些法官甚至只检索辖区上级法院类案,以使待决案件免于被改判或被撤销的命运。然而,指导性案例经过层层筛选,一般可推定质量上优于其他案例,此种盲目选择的做法不仅可能纵容错误延续,且会在某种程度上架空指导性案例。

(3) 机械检索现象频现。或者不愿独立思考,或者考虑到“法不责众”,或者为规避繁琐的上报讨论程序,或者为迎合社会公众固有期待,法官检索时往往倾向于参照数量较多一方的裁判结论。但数量最多并不一定意味着质量最优,随着社会情境变迁其甚至可能转化为错误结论,机械参照、类案盲从将纵容司法惯性,造成新政失语,抑制司法创造,阻碍类案裁判规则更新迭代。

(4) 隐性检索情况普遍。法官为掩盖以上不规范检索行为,且为摆脱类案适用过程中的报告程序和解释说明、论证说理义务,规避前案可能错误而带来的责任和风险,几乎都以隐性方式援引类案。据统计,即便对指导性案例,“隐性援引依然占比近六成”^②,更遑论普通案例。而隐性检索只重形式不重内在、只重结论不重过程的“真空式”检索方式极易导致已决案例中错误、不当的延续。

(二) 危害后果及其根源剖析

供给侧案例质量难以保证,引发需求端不愿、不规范检索的弊病,进而阻碍法官锻炼检索技艺。反过来,检索技艺不成熟又会增加不规范检索概率。而不规范检索中的选择检索与机械检索又会使得前案错误一传十、后案错误十传百,产生“错判一件、影响一片”的不良后果;不规范检索中的隐性检索又进一步掩盖检索路径,使得个案

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

^② 郭叶、孙妹:《最高人民法院指导性案例2019年度司法应用报告》,载《中国应用法学》2020年第3期。

错误即便被偶然识别，也无法由法律职业共同体对其上下游案件的质量加以监督，从而整体上影响类案检索案例资源质量。造成这一恶性循环的根本原因在于，目前各类案检索平台尚未完全实现从裁判文书公开平台向类案资源提供平台的转型。

（三）小结

突破以上困境的切入点就在于提升类案检索库案例质量。从逻辑上来说，方法有三：其一，扩大指导性案例数量规模。目前指导性案例总共发布 30 批共计 171 件，其数量规模和案由覆盖面均有限，远不足以应对司法实践需求，故而，扩大指导性案例的数量规模是可取方法之一，其案例经过层层筛选，且有最高法院这一权威部门背书，能最大限度保障其参照质量；但其缺点在于指导性案例的遴选标准不规范、发布时间不确定，筛选、评议、发布的过程极为漫长，对此还需要加以制度完善。其二，各类案检索官方、商业平台严格精选案例入库。这种做法的优点在于能够保证案例质量，能够实现案例精准推送，其模块设计也能更符合客户需要；但缺点在于其选择标准主观性过强、效率慢，导致案例资源数量不够，难以满足客户需求。其三，在现有类案检索库中统一区分并过滤“不宜参照”案例。其优点在于能够最大范围保证类案检索案例库的案例质量和案例数量，且时间短、见效快。经上对比，本文认为方法三才是目前最佳改进方式。

二、“不宜参照”案例认定及其退出机制构建的理论支撑

将“不宜参照”案例及时排除出类案检索范围，不仅符合我国案例指导制度理念、特殊国情，且能满足实践需求，带来诸多裨益。

（一）法理证成：理念提出的正当基础

类案检索离不开司法最终目标即公正处理个案，换言之，法律适用统一及效率必须以公正为前提和目标。

1. “公正”与“统一”位有先后

“统一”与“公正”虽同为类案检索的价值追求，但二者位阶并非绝然平等。最高法院《关于完善统一法律适用标准工作机制的意见》第 1 条规定，统一法律适用标准的意义在于“提升司法质量、效率和公信力”“确保司法公正高效权威”“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。可见，“统一”是实现公平正义的内在要求和形式侧面，是促进公正司法的有力举措和监督手段。司法公信，必然建立在以公正为基础的统一之上。

倘若舍本逐末，以形式统一主导实质公正，或牺牲实质公正追求形式统一，必然会造成比个案不公更大的不正义：若已决案例属于错案，则统一的后果是造成“统一



法律适用错误”；若政策演变和法律更迭已然发生，则统一的后果是以牺牲法的适应性为代价来满足法的安定性要求，“无法使裁判尺度在更高水准的司法经验与智慧上趋向统一”^①；若已决案例说理论证不充分，则统一的后果就是放纵不当说理问题扩大化。因而，类案检索在追求裁判尺度统一的同时，需要退出机制以及时发现、纠正源头问题，防止错误复制蔓延。

2. “公正”与“效率”良性互动

法谚有云：“迟到的正义即非正义。”效率与公正不能失之偏颇，在案多人少的压力之下效率也应是类案检索目标之一。由于案例质量难以保证，需占用法官额外时间归纳、分辨可参照案例，无异于要求法官每办一案都要重新思考、权衡、讨论；且不同法院的法官面对同一不当先例，都得走一遍思考或者“提交讨论”流程，导致检索非但不能提升审判质效，反而会加重法官负担，造成“公正”与“效率”的对立。而退出机制能最大限度保证检索案例质量，由此不但能消除法官顾虑、提升检索意愿，类案规则所总结的“持续一致的见解”还能节约重复思考成本，实现“公正”与“效率”的有效互动。^②

（二）比较证成：普通法系背离先例的域外镜鉴

1. 域外考察

普通法系国家存在判例“区分”和“废止”（又称“推翻”）制度，赋予法官在一定范围内背离先例的权力，以应对先例存在严重缺陷的问题（见表 1）^③。

表 1 普通法系背离先例模式

类别	适用模式	
区分先例	一般区分	当前后两个案件不具有相似性时，法官在个案中放弃参照某个相关先例，但该先例仍然具有规范拘束力
	特殊区分	先例规则的提炼与表达出现某种瑕疵或缺陷，而将该瑕疵或缺陷填补后，案件的判决及先例规则随之发生改变。这是通过增加关键性事实的方式对先例的一种限制适用
推翻先例	上级法院推翻下级法院或本院在先例判决中所确定的判决理由，从而使先例丧失对眼前待决案件的法律拘束力	

① 谢春晖、何依然：《“智慧司法”融合“司法智慧”：类案及关联案件检索机制的实践路径——基于 SWOT 分析视角》，载北京市第一中级人民法院主编：《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究》，法律出版社 2019 年版，第 674 页。

② 参见郭叶、孙妹：《最高人民法院指导性案例 2019 年度司法应用报告》，载《中国应用法学》2020 年第 3 期。

③ 参见孙海波：《普通法系法官背离先例的经验及其启示》，载《法商研究》2020 年第 5 期。

2. 理性思辨

我国是成文法国家，与普通法系国家不同，我国法官判案首先依据的是法律，先决案例只能作为法官办案的参照理由而非判案依据，法官并不具有“造法”的权力，无法公开宣布已决类案裁判规则存在问题或无效；且即便根据我国审级制度，二审可通过对一审发改、撤销进行纠错，但一二审针对的是同一案件，与普通法系法官可以某一待决案件为载体径行改变其他先例类案规则的做法存在着本质区别。故我国法官对先决案例的背离只能“区分”，无权“推翻”。但前文已述，“区分”背离虽也能达至个案正义，却有违“效率”目标，因此只有建立符合我国国情的特殊机制方能达到从根本上避免不当影响的目的。

（三）价值证成：机制增设的现实裨益

建立“不宜参照”案例退出机制能够最大限度保证类案检索案例库质量，从而提高法官检索动力。检索次数增多能增进法官检索技能，提升法官的类案区分、背离技术的运用，这又能在一定程度上增强法官问题发掘意识，促进类案裁判规则的发现、总结与生成，最终从整体上提升司法质效，促进类案检索机制良性运转。

此外，该机制的构建还能衍生诸多裨益：其一，有助于维护司法公信。能避免法官因参照错误、过时案例而引发的裁判错误，最大限度保障“类案类判”结论正确；限制自由裁量权滥用，以达到增强裁判可预期性，提升司法公信的效果。其二，有助于类案规则更新。能提醒法官对已决案例保持警惕，将检索过程转化为评估过程，促进深度思考，减少路径依赖，以便根据现实情境更新裁判规则，“使检索机制由单一的裁判尺度统一功能向复合的裁判质量控制功能转型”^①。其三，有助于责任机制建立。建立退出机制能推动类案检索制度真正落实落地，从而为明确法律后果与责任承担奠定基础，有助于进一步规范检索行为并促进相应监管机制的建立。

三、“不宜参照”案例认定机制的具体设计

为避免分头检索带来的资源不共享问题，也为便于统一反馈、发布认定结果，应打造通行全国的专业类案检索平台，此为构建认定机制的前提。

（一）范围囊括

对“不宜参照”案例，应从裁判结果正确性、继续参照价值性角度加以识别。^②

^① 谢春晖、何依然：《“智慧司法”融合“司法智慧”：类案及关联案件检索机制的实践路径——基于SWOT分析视角》，载北京市第一中级人民法院主编：《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究》，法律出版社2019年版，第676页。

^② 即先例本身没错，但因特殊原因继续参照可能引发错误的情形。



1. “不宜参照”案例的种类

(1) 适用差错型。即案例不具备正确性与合法性。具体可分为三类：其一，案例在事实认定或法律适用方面存在差错，如遗漏或错误归纳关键性事实、违反普适法律原则、法律援引不当等；其二，后案法官检索、识别、参照已决案例时出现错误，如类案识别错误、裁判规则提取错误等；其三，前案因被依法改判、撤销而效力变更，对其予以参照的后案自然也存在错误。

(2) 效力冲突型。即案件所适用的法律依据、所确立的裁判规则无法适应司法现状。具体分为四类：其一，与新颁布的制定法冲突，包括原法律规范发生变化，也包括新法对原法律漏洞进行了填补；其二，所援引的法律或司法解释被依法废止；其三，与新发布的指导性案例冲突或被新发布的指导性案例所取代；其四，与辖区内更新的类案裁判规则相冲突。

(3) 时过境迁型。“法律的判断是价值判断，而非真理判断。”^①若已决案例与当前社会环境存在根本差别，即便与后案事实相匹配，也不得加以参照。这种时过境迁的判断标准为：国家政策目标导向、公共价值判断、社会公序良俗、法律学术通说发生根本性变化，如若参照过时判例会影响中心工作、大局稳定，或破坏社会秩序、公共利益，激发社会矛盾。

(4) 说理不当型。即裁判文书不说理、说理不充分、说理错误。它们或者由于案件事实的生动鲜活度降低而影响法官进行事实比对和类案识别，或者由于难以提炼清晰准确的裁判规则而不能说服后案法官沿用前案裁判逻辑，或者导致后案继续沿用错误理由和模糊根据，甚至模仿“不说理”风格，使错误扩大化。具体表现有三：其一，说理错误，如说理违反法律强制性规定或社会公序良俗，以及说理自相矛盾等；其二，说理不充分，如叙述混乱、逻辑不清、缺乏基本论证、论证不自洽以及说理对于争议焦点而言不具有针对性、完整性等，以致难以推导出裁判结论；其三，完全不说理，即仅单纯罗列证据、法条、结论，没有事实推导、法律论证、法理分析。

2. “不宜参照”案例的例外

并非只要已决案例符合上述情形，就一律认定为“不宜参照”，从维护判例连贯性、一致性、安定性的角度考虑，其“不宜”应达到一定程度方可。其一，应是较为严重的有实质性影响、起决定性作用的错误，而非一般的、轻微的瑕疵；其二，应是清晰的、不可弥合的问题，而非模糊的、可供调和的缺陷。以下事项可作为“不宜参照”的排除事由：

可供补救事由。凡可被裁判文书瑕疵补正、更正程序予以消除的，不损实体公正

^① 张明楷：《刑事司法改革的断片思考》，载《现代法学》2014年第2期。

的轻微失误、瑕疵均不属“不宜”的范畴。包括：明显的技术性表述瑕疵、非主要事实认定瑕疵、不影响法律关系定性基础上的法律条文援引瑕疵、法理正确充分但情理文理表述不当等。

正当分歧事由。因法条不明或法律漏洞导致的理解适用冲突，经过法律分歧解决机制仍不可调和，且目前解决尚不具备紧迫性或可能产生弊大于利的效果，而需要时间继续深入探索、研究的分歧属正当分歧。

自由裁量事由。自由裁量权可以被限制，但不能被取消。属于法官自由裁量权范围内的问题，只要不违背社会根本性价值，就非“不宜”辐射范围。

区域限定事由。民族自治区、特定地区制作的已决案例，只要符合该民族的风俗习惯、宗教信仰、立法规定及特定区域地域性特征，即便与全国其他地区判例存在分歧，也不属“不宜”范围。

临时政策事由。时效、地域上受到限制的“一过性”“区域性”临时政策并不能导致在其之前的已决案例被纳入“不宜参照”范围。^①相反，根据该临时性政策所作之裁判反而可能在将来被认定为“不宜参照”。

程序差异事由。同类案件因适用程序不同而导致的结果差异不属于“不宜参照”范围。如适用认罪认罚从宽、进行刑事和解的案件，其量刑会与适用普通程序案件有所不同。

（二）发现渠道

“不宜参照”案例可通过以下方式加以发掘：

1. 法律监督

具体可分为法院内部监督和法院外部监督。法院内部监督又可细分为：（1）法官进行类案检索时发现已决案例存在问题；（2）上级法院通过审级监督方式发现问题；（3）各院审管办开展案件评查时发现问题；（4）院庭长履行审判监督管理职责时发现问题；（5）上级法院听取辖区意见时发现问题。法院外部监督又可细分为：（1）当事人提交类案检索报告，或提起上诉、再审时发现问题；（2）检察院抗诉监督时发现问题；（3）信访举报投诉发现问题；（4）律协通过定期交流、问题移送等反应问题；（5）引发负面舆情案件存在的问题；（6）人大代表、政协委员、专家学者通过来信来函、座谈交流等方式反映的问题；（7）类案检索平台发现问题。

2. 关联标注

平台除关联案件的来源、层级、审级、时间外，还需关联“串案”及“解决群体性争议的示范诉讼案件”，以便部分案件出现“不宜参照”情形时，顺藤摸瓜发掘其

^① 比如醉驾型危险驾驶罪刑事司法政策的演变历程。



他同类平行案件。此外还需注意对以下情形予以特别标注:(1)二审、再审维持原判,但改变了一审、原审裁判理由的;(2)二审维持原判,但不认可上诉请求以外的那部分裁判理由和结论的。

3. 反馈评注

哈贝马斯的法律商谈程序理论认为,法律是一种共识导向下的解决方案动态生成机制,经由交往程序实现整合社会多元和凝聚共识的目的。^①故还可以利用检索平台,借助法律职业共同体的合力完成“不宜参照”案例的评估、搜寻工作。平台可借鉴中国知网统计下载、引用率的设置以了解用户偏好,模仿微博、豆瓣等运营模式,研发对已决案例的注释、索引、评论、讨论等功能,对已实名认证的法官、检察官、律师、法学专家学者、法律核心期刊编辑等专业人士开通点评、讨论端口,通过创设标签、点评案例、点赞打分、相互对话、填写问卷、^②错误报告等方式反馈案件质量、挖掘类案线索。此举既可以解决“法律+技术”复合型人才稀缺导致的人工建模、标注工作难以推进的弊端,还可以使“不同诉讼主体基于判例的持续互动使得有效规则得以‘浮现’”^③问题案件得以提醒、过滤。当然,应设置有效措施对恶意、无效评注予以筛除。

4. 类案索引

为防止一错一大把的问题,应要求检索路径全程留痕。参照指导性案例的,因应作为裁判理由予以引述,故其检索路径还有迹可循,但参照其他普通已决案例则没有引用规定,而隐形检索的普遍又导致有效监督难以实现。对此,应进一步完善类案检索报告样式,增设“类案检索索引”一栏,要求法官以类似注释或附录的方式详细列明所参照案例(群)编号及其引用区域,并对不涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的报告予以公开并添加参照案例超链接,以便按图索骥发现更多“不宜参照”案例。

5. 线索申报

法院认为某一“不宜参照”案例在辖区内数量较多,具有典型性、普遍性、趋势性,可由法定主体通过法定程序制定规范性文件以更新裁判规则、纠正已有类型性问题。法院可将此案例连同更新的裁判规则及该规则溯及力在检索平台公告,要求各院按期排查同质性案件并及时申报线索。

^① 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法治和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,上海三联出版社2014年版,第178页。

^② 调查问卷即在读者阅读案例后,由页面自动弹出窗口,邀请其回答相应问题。问卷的问题设置可包括:是否还有其他类案;该案处理结果与其他类案是否冲突;该案处理结果与法律、通说、裁判规则是否存在冲突等。

^③ [美]兰迪·T.西蒙斯:《美国为什么会失败》,张媛译,新华出版社2017年版,第189页。

(三) 认定途径

针对通过以上方式发现的“不宜参照”疑似案例，应设计相应流程加确认。

1. 普通认定

各级法院可在审管办层设案例指导办公室，专司案例质量评估与线索征集。可设定“五步走”流程认定“不宜参照”案例（见图 1）：

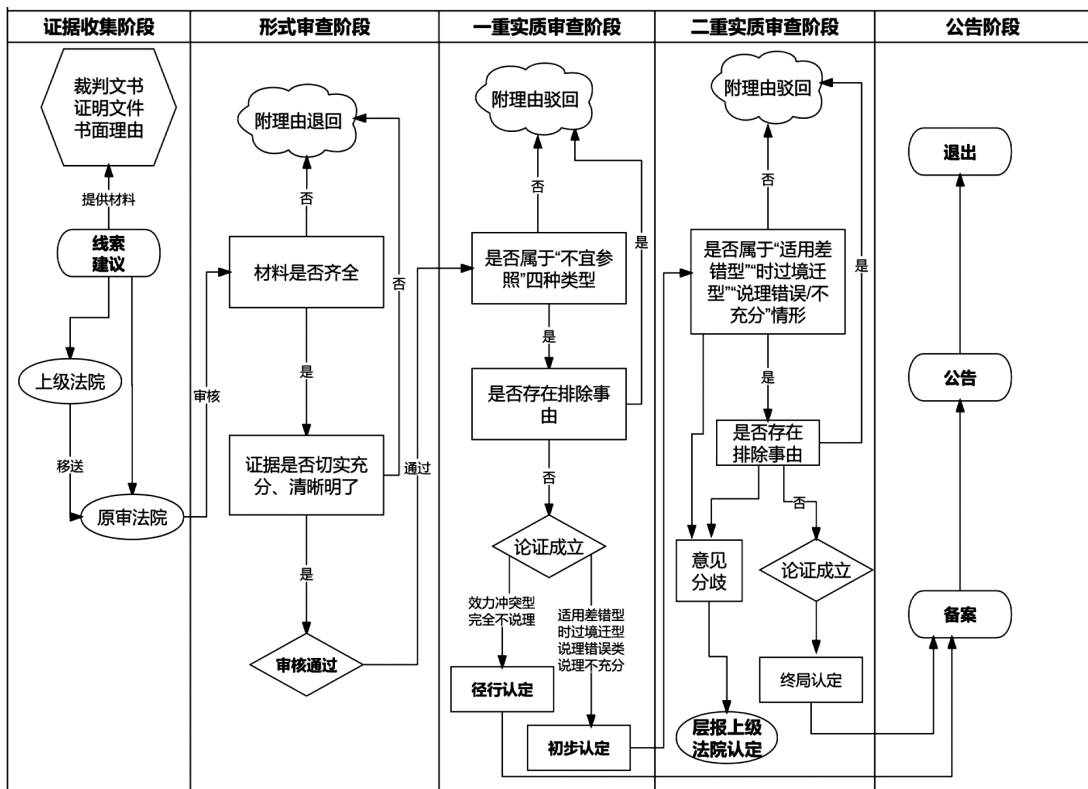


图 1 “不宜参照”案例五步认定流程图

第一步，证据收集阶段。持有线索主体均可向原审法院或其上级法院案例指导办公室提出废止“不宜参照”案例的建议，并附随相应裁判文书、证明文件、书面理由。上级法院接收到以上提议和材料的，原则上应移交原审法院初步认定。^① 法院发现自身存在此类案例也应主动启动认定程序，收集以上书面材料。

第二步，形式审查阶段。评估法院案例指导办公室对书面材料进行形式审查，查看材料是否齐全，判断证据是否“确实充分”“清晰明了”，不符合条件的退回并提供书面理由；符合条件的报送审判委员会进行实质审查。

① 因原审法院对情况较熟悉，由其自身认定有利于收集资料、查找线索。



第三步，一重实质审查阶段。原审法院审判委员会进一步审查证据及理由能否支撑其建议，是否存在排除事由否定其建议。若论证不成立，则予以驳回并给予提议者书面答复；若论证成立，则：(1)对于“效力冲突型”及“完全不说理”情形的案例，因基本不涉实体判断，可由原审法院径行作出认定结论，并报上级法院备案，以便上级法院履行审判监督职能；(2)对于其他类型案例，因可能涉及实体性判断，出于避嫌角度考虑，可由原审法院作出初步结论后，提交上级法院进一步审查讨论。^①

第四步，二重实质审查阶段。上级法院审判委员会就案例是否属于“适用差错型”“时过境迁型”“说理错误和不充分”情形及是否存在排除事由进行二次实质判断，若论证不成立，则驳回提议并提供书面理由；若论证成立，认为继续参照会导致错误蔓延或引发新问题、新争议的，则作出认定结论，并通知原审法院；若达不成一致意见的，则再层报更上一级法院认定。评估法院认为有必要的，可邀请承办法官当面陈述意见、提出异议，或邀请专家学者旁听、发表意见。

第五步，公告阶段。上级法院对经其备案、审核认定的“不宜参照”案例在辖区内公告，并通知检索平台开展后续的退出清理工作。

2. 直接认定

被二审、再审改判、撤销的案件可由上级法院直接认定为“不宜参照”。经评查而被定错的案件可由原审法院直接认定“不宜参照”后报请上级法院备案。

3. 迂回认定

当法律存在漏洞、模糊之处而致类案冲突，认定主体即便层报上级并采用法律适用分歧解决机制仍不能达成一致意见而无法认定的，可将该问题交由市场检验、选择。即暂不予认定，但要求平台定期统计定错发改指标及使用痕迹数据，^②观察法律职业共同体反馈意见，评估各方观点引发的新争议、新问题情况，并在时机成熟时根据以上信息制定类案裁判规则，再次启动认定程序。

(四) 认定效力

已决案例一旦被认定为“不宜参照”，就丧失了“可参照”“被适用”资格。但这并不意味着其丧失了法律效力，法律效力能否维持还要结合其认定理由是否会引发再审程序的启动并改判加以综合认定。“不宜参照”也并不意味着“不能参考”，案例部分出现问题并不意味着其他地方没有借鉴意义，更何况问题也可作为反面教材警醒他人，故其仍应保留在类案检索数据库中，只不过对其应以专题的形式加以特殊归类，并详细标识“不宜参照”的理由和区域。

^① 上级法院确认需要实体性判断的“不宜参照”案例需要进一步审查讨论，除避嫌的原因外，还因为上级法院通过审查认定，能有效发现辖区内类型性问题，为梳理、更新裁判规则奠定基础。

^② 即下载量、检索量和引用量、点赞量、收藏量、分享量的对比，法律职业共同体的评论、打分情况。

四、“不宜参照”案例退出机制的路径探寻

与法律不断推陈出新类似，对已走到价值尽头的“不宜参照”案例亦需构建一套退出机制，以维护可参照案例群的质量，实现案例库更新换代。而这又当以案例库的分类与动态管理为前提。

（一）退出路径

1. 一般路径

建立“不宜参照”案例总库，将四种不宜参照的已决案例打上“禁止参照”标签并标注其具体位置和理由，分门别类纳入其中，进入该库的案例，退出检索范围，不再被系统推送。

2. 特殊路径

再审纠错式。将已由法定程序定错并经认定程序公告的已决案例纳入“适用差错子库”，此类案件绝对、立即丧失被推送资格，除非检索者对该案精准检索，或平台附随再审裁判链接推送。对新认定的适用差错型案例，符合再审条件的，应视情况启动再审纠错程序，彻底清除该案法律效力。

统一清理式。（1）平台在新法、新指导性案例发布后，应及时研究是否会导致新旧案之间裁判思路的根本性、实体性冲突，若是则应以法条名称、序号、关键词检索筛选适用旧法的类案并向最高法院批量申请启动认定程序，统一纳入“效力冲突子库”。（2）省高级法院在辖区内更新裁判规则的，应同时启动相关冲突类案的批量认定程序，并将结果通知检索平台，由其予以特殊标注。

标注延迟式。部分适用旧法的案件符合下列情形的，可由认定主体给予一定过渡缓冲期，期限内由平台留置该案，但标注修改内容和适用条件以示提醒，并相较于其他类案滞后推送，待期限届满或条件消弭后再移转入“效力冲突子库”：（1）新法、指导性案例、类案裁判规则、司法政策虽发生修改、变化，但不涉及实体性冲突的；^①（2）新法颁布时，规定新旧法衔接期内旧法就特定情形具备一定适用效力的。^②

部分退出式。某些案例仅部分“不宜参照”，其他部分存在较大亮点，对此，相关主体认定后，可特别指示亮点部分仍旧可供参照。对此，平台可将“不宜参照”部分予以标注或隐藏，但案例仍可出现在推送清单中。

^① 考虑到若将旧有案例一律清理会导致法官在短期内无相关案例可供检索，故可暂不转入“不宜参照”案例库。

^② 如《民法典》施行后，最高人民法院颁布的《关于适用〈中华人民共和国民法典〉时间效力的若干规定》就规定了若干旧法仍存在适用效力的部分情形，在这些情形完全消失之前，适用相关旧法的案件仍具有一定参照力。



(二) 衔接转化

认定与退出程序可能相互影响、交叉、转化。

1. 影响：退出的溯及力

检索平台应根据类案评注、索引等功能对“不宜参照”案件的上下游进行排查，看其是否参照了其他类案，或是否已被其他案件所参照，以最大限度锁定可能存在同种问题的案件，并对新发现的线索再次提起认定程序。这对于前案或后案属于适用差错型的案例来说尤为重要，涉及其退出的溯及力问题（见图2）。

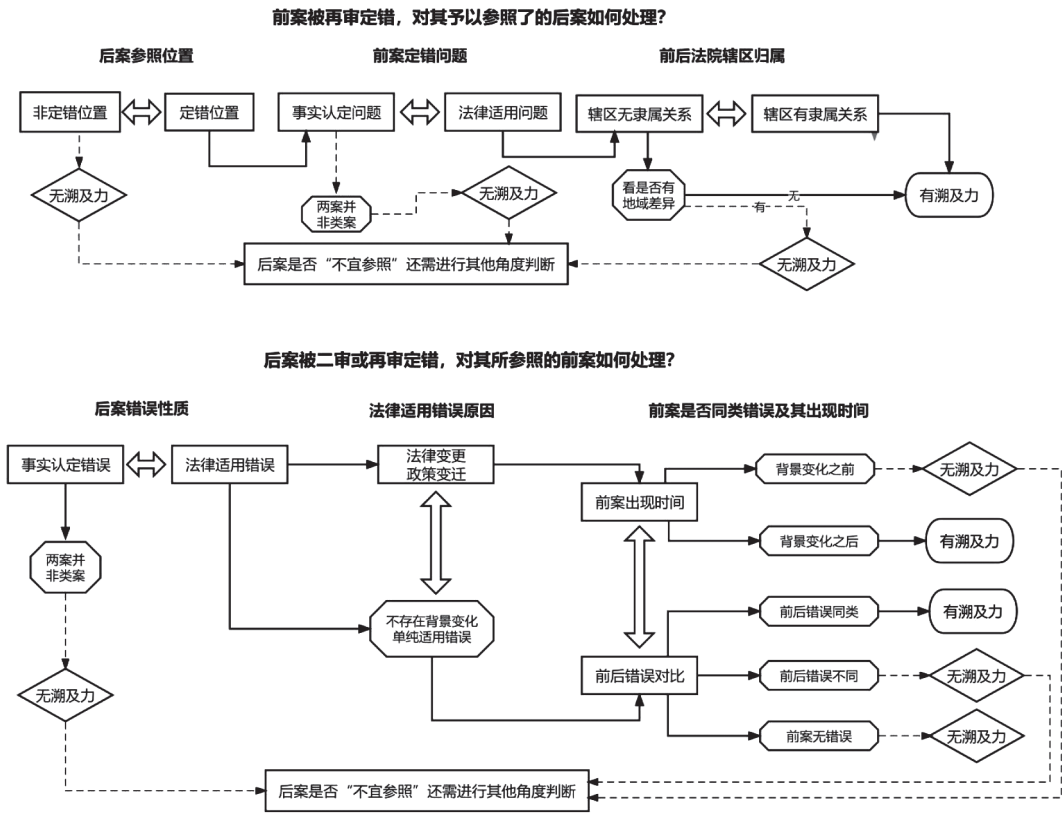


图2 适用差错型“不宜参照”案例退出的溯及力问题认定思路

2. 交叉：“预退出”制度

对某些可能存在重大错误的案件，为防止评估决策期间被参照而使问题蔓延，以致造成不可挽回的后果，认定主体可通知检索平台预先将其拿出检索库，并待结果最终认定后确定该案是否退出。

3. 转化：参照效力恢复

当某案一审裁判被二审改判，从而被认定为“不宜参照”而退出，但若二审被再审改判而认为一审裁判正确的，则平台应立即恢复一审裁判的参照效力。

当法律、司法解释、司法政策、类案裁判规则内容发生反复时，原本被认定为“不宜参照”的案例也应适时恢复其参照效力。

结 语

卡多佐曾说：“法律的确定性并非追求的唯一价值，实现它可能会付出过高的代价。法律永远静止不动与永远不断变动一样危险。”^①同理，“不宜参照”案例的认定与退出机制是激发案例指导制度生命力的重要一环。当然，它的切实落地还需进一步从“激励保障”与“责任承担”两方面进行制度建设，而这又是新话题的开启。

（责任编辑：杨 军）

^① 孙海波：《指导性案例退出机制初探》，载《中国法律评论》2019年第4期。



民事案件当事人类案检索报告：开示、抗辩、采用规则之构建

徐力英 吴佳乐 陈栎桦*

内容摘要：类案检索机制已作为统一法律适用、解决法律分歧的必要手段引入审判实践，但对于当事人是否需要提交类案检索报告、如何提交、如何审查采用等却缺乏制度规范。结合当前审判实践中当事人提交类案检索报告的无序状态，以当事人主导的协同主义诉讼模式、判例制度、证据规则等作为逻辑起点和理论依据，构建当事人类案检索报告机制的基本原则应以当事人检索为主导、以法官释明为补充，并进一步建构当事人类案检索报告的提交规则、开示规则、抗辩规则、审查规则以及采用规则，完善我国当事人提交为主、法官检索为补充的类案检索报告制度。在满足当事人对案件的参与感、获得感的同时，使类案检索报告的作用得以发挥。

关键词：类案检索；民事类案；证据开示；当事人

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)01-080-092

2020年7月27日，最高人民法院出台《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》（以下简称《指导意见》），明确规定了有关类案检索的适用范围、检索主体、类案识别和对比、检索报告、法官回应、法律分歧解决等，正式将类案检索机制引入审判实践，旨在实现统一法律适用、促进司法公正。自《指导意见》实施以后，全国各地法院纷纷开展类案检索机制的探索，对法官如何开展类案检索制度从法理及司法实践角度均进行了详实、充分的调研并出台了相应的操作性实施细则。但作为诉讼主体的当事人及其代理人、辩护人等在审判实践中提交类案检索报告的情况并不乐观。相对的，法院对于当事人提交的类案检索报告或类案审查回

* 徐力英，浙江省宁波市鄞州区人民法院审判委员会专职委员；吴佳乐，浙江省宁波市鄞州区人民法院审管办（研究室）法官助理；陈栎桦，浙江省宁波市鄞州区人民法院行政庭（综合审判庭）法官助理。

应制度尚缺乏技术保障和规范指引。因此，以当事人提交的类案检索报告运用现状为视角，探索当人类案检索报告的存在价值及其作用，在此基础上规范当人类案检索报告的提交、开示等相关程序以及相应的审查采用规则，以期完善我国的类案检索报告机制。

一、当人类案检索报告审查应用之现状

为探索当人类案检索报告的特征和规律，笔者对 N 市 Y 区法院 30 名繁案组员额法官 2021 年 6 月 1 日至 2021 年 12 月 31 日期间审结的 4786 件民商事案件采取了问卷形式进行调研，调查结果如图 1：

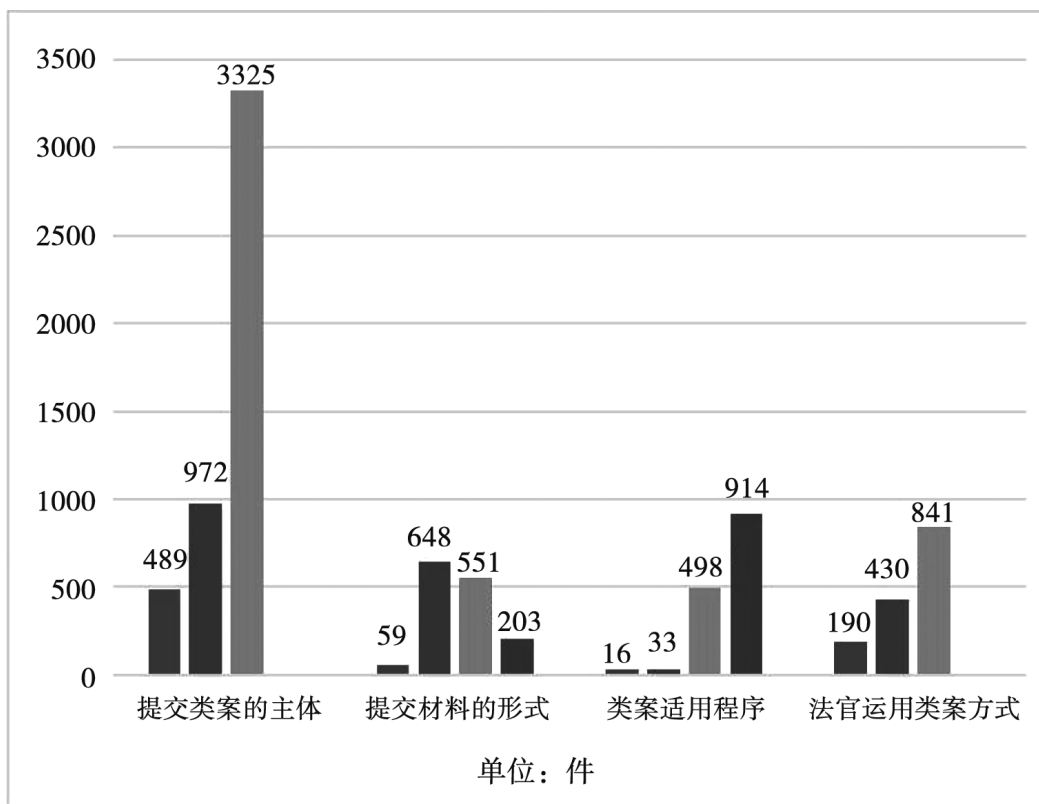


图 1 N 市 Y 法院当人类案检索报告审查应用现状

依照提交类案的主体：当事人提交类案的情况为双方均提交占 10.21%，仅单方提交占 20.31%，均未提交占 69.47%；依照提交材料的形式：提交完整类案检索报告占 1.26%，提交单个类案随附简要说明占 13.57%，仅提交类案的裁判文书占 11.52%，仅提交类案名称或案号占 3.65%；依照当事人提交的类案检索报告或



类案适用的程序：经过庭前开示占 0.34%，经双方辩论占 0.68%，经双方交换材料占 10.41%，未适用开示程序占 19.09%；依照法官运用类案的方式：在裁判文书中明确引用的占 3.97%，模糊引用（仅引用裁判规则等）的占 8.98%，未作回应的占 17.57%。

经分析可知，当事人是否需要提交类案检索报告、哪些案件需要提交、如何提交、是否需要进行开示及抗辩、程序如何进行、法院如何审查、如何采用等均缺失制度规范，呈现无序状态，导致当事人提交的类案检索报告或类案存在利用率较低的现实困境。其中显现的两个制约因素不容忽视：

（一）当事人层面：提交类案检索报告无强制性、无规范性、无约束力

基于司法实践中诉讼参与人的利己激励以及审判人员对结果合理性的趋从等特点，当事人提交类案检索报告已成为审判辅助的必然要求。但从调研结果看，当事人是否需要提交类案检索报告、哪些情况下需要提交类案检索报告、提交怎样的类案检索报告才有效力等等均存在无序状态，某些律师作为尽心尽力的代理人可能会努力寻求对己方当事人有利的类案检索报告，许多代理人均无此类案检索意识，至于怎样检索、怎样提交等极不规范。

（二）法院层面：类案的检索及采用仍存在重职权主义、轻当事人主义思想

“法官作出裁判，是一个心证不断发展的过程。”^① 如图所示，类案检索则是一个嵌入法官心证的双向过程。

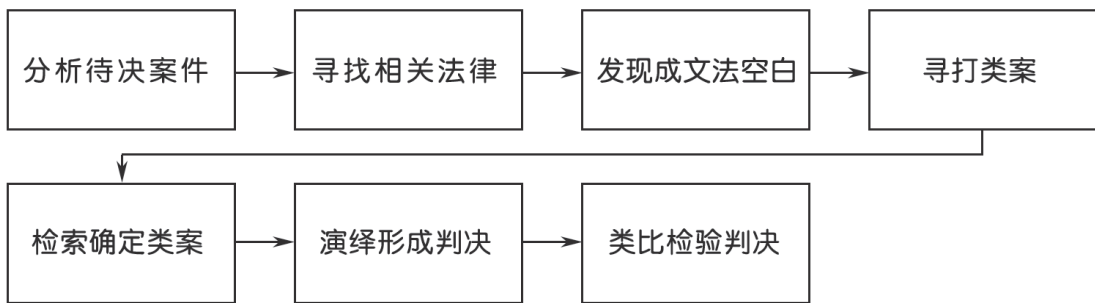


图2 类案检索嵌入法官心证过程图^②

司法案件终身责任制的施行致使员额法官更信赖自身的内心确信，除非外来“干扰”足够具备正当性与合法性，否则很难动摇心中已形成的明确意向。无论是法官对当事人提交类案检索报告的非强制性和无规范性，还是在当事人提交后于裁判文书中对类案说理回应的缺乏，都反映出当下在类案报告的检索及采用一节重法官职

① 毕玉谦：《论庭审过程中法官的心证公开》，载《法律适用》2017年第7期。

② 参见吴玲、殷蔚：《从模糊到规范：类案检索与裁判尺度的统一——以结构化案例要素识别规范的构建为解决契机》，载《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究》，法律出版社2019年版，第627页。

权主义、轻当事人主义的思想。然而考虑到案多人少矛盾和法官检索能力、司法技术运用水平等制约，法官的自发性类案检索无可避免会弱化，则对于当事人提交类案报告的强制需求和审查采纳规则的细化迫在眉睫。

二、理论溯源：当人类案检索报告审查采用之逻辑起点

类案检索报告功能在审判实践中日益受到重视，但当事人提交的类案检索报告的价值及其地位如何界定、功能如何充分发挥亟需论证梳理。

（一）语境：当事人主导的协同主义诉讼模式

现行的类案检索机制要求法官在审判中必须对类案进行全面检索，并将类案检索作为审判工作中不可或缺的一个重要环节，更多体现职权主义色彩。法官如果不分案件类型、特征以及繁简程序等情形过度地将案件事实的探明权和诉讼程序的控制权集中在自己手中，间接增加了自身的审判压力，同时也与由法官与当事人共同发现案件事实、统一法律适用标准的案例指导制度目的相违背。^①而当事人主义语境下的类案检索则显然又走向了另一个极端。从英美法系的庭审可以窥见，一刀切的机会平等和“武器”对等，容易导致两种结果：一是双方实力对等，则容易产生扯皮现象，拖延诉讼进程；二是双方实力悬殊，则导致本可胜诉的当事人因缺乏诉讼能力而败诉。同样，若在类案检索报告的审查适用过程中，采取当事人主义，则可能导致一方因聘请律师提交类案检索报告居于诉讼强势地位，使法官错误采信类案致使弱势一方败诉，造成形式上的平等实质上的不平等；也可能导致双方在均提交类案检索报告的前提下因没有相关规范而陷入诉讼失范。

而当事人主导的协同主义诉讼模式，则是在类案检索机制的制度价值指导下的最优选择。首先由双方当事人针对自己的诉辩主张在提交证据的同时，提交相应的类案检索报告，法官通过主持类案检索报告的开示、交换、抗辩程序，使诉辩双方充分展示其所提交的类案检索报告与本案的类案程序，既提高了庭审效率，也使法官对本案事实与类案识别达到内心确信的程度，其强调法官与当事人之间的协作，实现法官职权与当事人自我责任的合理统一，协同推进诉讼进程。^②协同主义能够在实现程序公正和实体公正的同时提供程序保障。^③

① 我国案例指导制度是由权威机关以司法行政化力量驱动的案例制度，试图以案例指导的方式实现统一法律适用、凝练共识性司法经验、具体回应个性化司法实践。

② 参见江必新：《加强法官律师良性互动探索构建协同诉讼模式》，载《中国律师》2018年第3期。

③ 参见杨严炎：《论民事诉讼中的协同主义》，载《中国法学》2020年第5期。



（二）启发：判例制度与案例指导制度之演变与深化

在我国类案检索机制的雏形建立以前，关于类案识别标准的探索主要是在判例法语境下展开的。我国的案例指导制度与判例制度各有同异。“统一法律适用”是两项制度的相同目标，但我国的案例指导制度却具有浓厚的自上而下的科层权威。类案检索机制在这一背景下诞生，解决的是“同案异判”或“异案同判”，但这些现象的存在并非都违背“依法裁判”原则。^①与判例制度相比，案例指导制度缺乏的是法官对类案适用的论证说理过程，是在面对成文法歧义或漏洞时利用裁判说理来限缩自由裁量，而不是径直通过司法行政手段，将法官面对疑难复杂案件时的自由裁量权收归上级，使类案检索沦为请示上级的“风险嫁接”机制。

“只有那些以某种具体的和妥协的方式将刚性与灵活完美结合在一起的法律制度，才是真正伟大的法律制度”^②，当前我们真正需要的是对在现有法治体系中，法官对于当事人提交的生效裁判进行审查与采纳规则的探讨。只有从群众中来的类案指导规则，经由后案的审理活动回到群众中去，类案检索机制才能永葆活力。

（三）定性：当人类案检索报告的类证据性

英美法系中的先例作为法源之一，负有为当事人或代理人引证以证明某条具体的法律规则之责，而对于在先案例的识别与辨析主要设置在辩论环节，即先例本身作为一方观点的论证手段。在我国，类案及类案检索报告究竟何种性质始终未有定论，至少少有学理探讨。一说应为辩论意见，则类案检索报告地位等同代理词，然我国司法实践中对于类案的识别与适用贯穿法庭调查、法庭辩论全程，且适用证据交换、庭前开示制度，并非局限于辩论环节。一说应为证据，笔者对此亦不认可，尽管在一些学理讨论中对类案报告也采用了“质证”一词，实际上，类案报告无需像证据一样对真实性、合法性进行质证，即便是关联性，指的其实是类案语境下的狭义解释，更为确切的说法应当是“相似性”。另有一生效裁判文书明确指出，“因指导性案例不属于法律规定的证据类型，故不予采纳。”^③不过，基于当人类案检索报告审查与采纳制度的构建所需，可视类案报告为一种类证据，着眼于关联性，通过庭前开示、诉辩意见交换、相似性比对、法庭辩论等辅助当事人证明待证事实及法律适用等。

① 参见雷槟硕：《培育“案例市场”——以英国判例制度形成为借鉴》，载《南大法学》2021年第4期。
② 赖弈莹、吴静文：《类案检索机制的规范化应用——以“类案”的判断标准及“不同判”的路径选择为视角》，载《上海法学研究》集刊2020年第16卷。
③ 华联发展集团有限公司诉中国远东国际贸易总公司股东损害公司债权人利益责任案，北京市第二中级人民法院（2016）京02民终6513号民事判决书。

三、进路探析：当事人类案检索审查采用规则之构建

现有规定下，类案检索机制的适用主体是法官，但囿于适用类案检索报告的配套制度缺失以及职权主义的审判思维占主导等因素，法官类案检索适用率并不高。另一方面，随着类案检索手段的普及，以律师为代表的当事人群体自发性类案检索报告提交比例大幅上升，对适用自发性类案检索报告的社会渴求度愈发高涨，对此，人民法院应当积极回应。故从协同主义诉讼模式出发，以当事人主导提交类案检索报告、法官补充释明为基本原则，从提交、开示、抗辩、审查、采用五个节点对当事人类案检索报告的审查采用机制作程序化建构。

（一）基本原则：当事人检索为主导，法官释明为补充

类案检索机制中优质判例资源供给的重要途径就是类案的自发性运用，^①通过法律共同体的“理性趋同化”，形成类案的筛选机制，从而获得符合本案问题解决的规则方案。在类案检索的语境中，应当更强调法官以及当事人（律师）作为共同体承担类案收集、调查的责任。故类案检索可采分离原则，由当事人负责收集案例，法官负责调查案例，将当事人作为提交类案、引证案例的主要力量，充分调动其对于胜诉权的能动性。^②为了保障实体正义，当出现诉辩双方检索能力、诉讼能力极不对等的情况时，法官应当发挥释明补充作用，提高当事人的类案检索效率，对弱势一方当事人在庭前程序中释明类案争点、在庭审程序中对另一方当事人提供的类案进行释明等行为，予以补充。

同时，当事人对诉讼负有的诚信义务，在当事人主导提交类案检索报告的原则下显得尤为重要。其中包括检索提交真实的案例，对检索案例的事实进行真实陈述等，这就要求当事人在提交案例检索报告时必须书面注明类案的来源、生效时间、检索方法、争议要点、类案要旨等，法官在类案适用过程中必须严格审查上述几项要素。

（二）提交规则：限制范围下的律师强制提交

充分发挥当事人及律师与法官双方之间的协同能动作用，探索建立由外及内的律师疑难复杂案件强制提交类案检索报告，不失为一种缓解审判压力、统一裁判尺度、达成类案类判的捷径。

“规范有效性”^③在类案检索中体现为案例的可接受性，由于职业出发点的不同，律师天然地依赖于援引在先类案这一可接受性极强的材料，来促使法官在案例自发

① 参见顾培东、李振贤：《当前我国判例运用若干问题的思考》，载《四川大学学报（哲学社会科学版）》2020年第2期。

② 参见袁中华：《论民事诉讼中的法官调查取证权》，载《中国法学》2020年第5期。

③ [德]哈贝马斯：《在事实与规范之间》，董世骏译，三联书店出版社2003年版，第21页。



性运用中与己方达成共识，从而获得本案胜诉权。通过构建以律师提供为主要、法官释明为补充的类案检索报告强制提供机制，在部分案件中由律师出具类案检索报告，诉辩双方围绕类案进行事实要素、法律规则和司法政策走向的诠释与辩论，无疑能更好地行使当事人处分权，达到法官接受适用类案、作出利己判决的诉讼代理目的；同时法官也能借助庭审活动进行相似性判断，解决案件事实的特殊化难点，节约司法资源。具体构建规则如下：

1. 适用范围。当事人是最接近法律事实的，尤其在疑难复杂与新类型案件中，当事人的真实陈述、协力诉讼义务显得更为重要。司法实践中大量的案件实际上是法律关系单一的简单案件，该类案件并不要求当事人及法官进行类案检索，只有少部分的疑难复杂或裁判规则尚未统一的新类型案件才有进行类案检索的必要性。因此，律师类案检索强制提交的适用案件范围应限定在疑难复杂及新类型案件。

2. 法律效果。在协同主义诉讼模式及证据制度下，类案检索报告作为类证据的一种运用到庭审过程中。对法官而言，在诉讼过程中有着促进指挥诉讼的义务，因此对于一方律师应当提交类案检索报告而未提交的，法官可以行使释明权要求其提供。若仍未提交的，分下列两种情况发生法律效力：一是该方已经提供足够的证据且能够达到确实、充分的证明标准的，则不提交类案检索报告不发生实质性效果；二是该方未提供足够的证据，不能够达到确实、充分的证明标准且经释明后仍不提交的，则法官可以根据已查明的案件事实参照另一方提交或自身检索得到的类案作出裁判。

（三）开示规则：送达开示与直接开示二元化构建

参考英美法系与大陆法系的审前程序并结合我国实际，其规范性具体程序可分为案件分流、送达、诉答、证据交换、固定争点、庭前调查、庭前会议、报告移交八个步骤。但因民事案件中的庭前证据交换程序并非强制性的程序，在诉讼实务中往往被虚置，为避免现行证据交换制度运行不畅的痼疾，应当在审前程序中明确类案检索报告开示的方式，以引导报告开示的操作与运行。借鉴上述流程，将当事人人类案检索报告审前开示制度分为两个阶段：

第一阶段，当事人人类案检索报告的送达开示。因当事人的检索能力有限，当事人人类案检索报告的提供主体往往是其代理律师，以 Y 法院为例，该院民事案件律师代理率达 43%，^①且大多为疑难复杂案件。针对这部分案件（主要为家事继承类、相邻纠纷类、合同纠纷类以及新类型案件），法院与辖区内律所达成试点协议，要求律师在代理该类案件时，需提供法院统一模板下的要素式类案检索报告，若当事人提

^① 随机抽取 N 市 Y 法院一名法官 2021 年承办的 312 件民事案件中分析统计得来的数据。

供类案或类案报告的，可告知其参照要素式类案检索报告模板予以修改，其中分别列明类案判决案号、类案与本案法律事实相似样本、类案的法律适用、类案的裁判结果等分项。在向被告送达起诉状时附送要素式类案检索报告模板，并告知其有提交要素式类案检索报告的权利，若被告或其代理人提供类案检索报告的应及时随其他答辩材料向原告送达。

第二阶段，当事人类案检索报告的直接开示。以固定争点、庭前调查、庭前会议、报告提交为主，以期使其真正发挥如学者所说的“为庭审做准备”的作用。^①

经送达开示，法官可主持双方当事人在庭前会议中直接开示类案检索报告，其开示方式可参照刑事诉讼庭前会议的规定，首先由法官依职权启动庭前证据交换程序，书状先行，由双方书面或口头向法官提交对对方类案检索报告的诉辩意见；其次，为加强法官对审前程序的控制以及为当事人提供类案补充的机会，可以适当加强法官对双方的释明，在该阶段法官可向当事人释明类案与本案的争点两次；最后，由法官整理、归纳、固定双方关于类案与本案间法律事实与法律适用的争议要素以及无争议要素（见图3）。

（四）抗辩规则：法官主导下的类案要素结构化诉辩

庭审是审判权力运行的重要载体，庭审中心主义是司法改革的重要命题之一。^② 庭审中心主义不是“一步到庭”，法官若无法在庭前明确争议焦点，则庭审活动质量势必低下；当事人若在首次开庭时才知晓对方的答辩意见和主要证据，亦不利于事实查明。类案判定中事实要素比对以及争点归纳均需要经充分的庭前开示与庭审诉辩程序方可厘清，这就要求法官需做好充分的前期准备工作，包括但不限于法官提前检索类案、规范当事人提交要素式检索报告、依职权启动庭前证据交换、法庭调查及辩论以争议要素为主等。

结合要素式类案检索报告的庭前开示，在进行相似性判定之前，法官仍需要在庭审前解决一个问题——案例要素的结构化分析，即以分组、层次、逻辑为核心的金字塔思维来解决案例要素的分解和识别。^③ 具体应用至案例要素识别的过程中，可以分解成以下几个步骤：

首先，明确判定目标，分解案件要素。假定先案的法律事实P包含事实要素P₁、P₂、P₃、P₄，裁判规则R包含规则要素R₁、R₂、R₃，本案的法律事实包含事实要素P₁、P₂、P₃、P_x。

① 参见张卫平：《民事诉讼：关键词展开》，中国人民大学出版社2005年版，第219页。

② 参见何帆：《论上下级法院的职权配置——以四级法院职能定位为视角》，载《法律适用》2012年第8期。

③ 参见吴玲、殷蔚：《从模糊到规范：类案检索与裁判尺度的统一——以结构化案例要素识别规范的构建为解决契机》，载《中国会展·中国会议》2019年第1期。

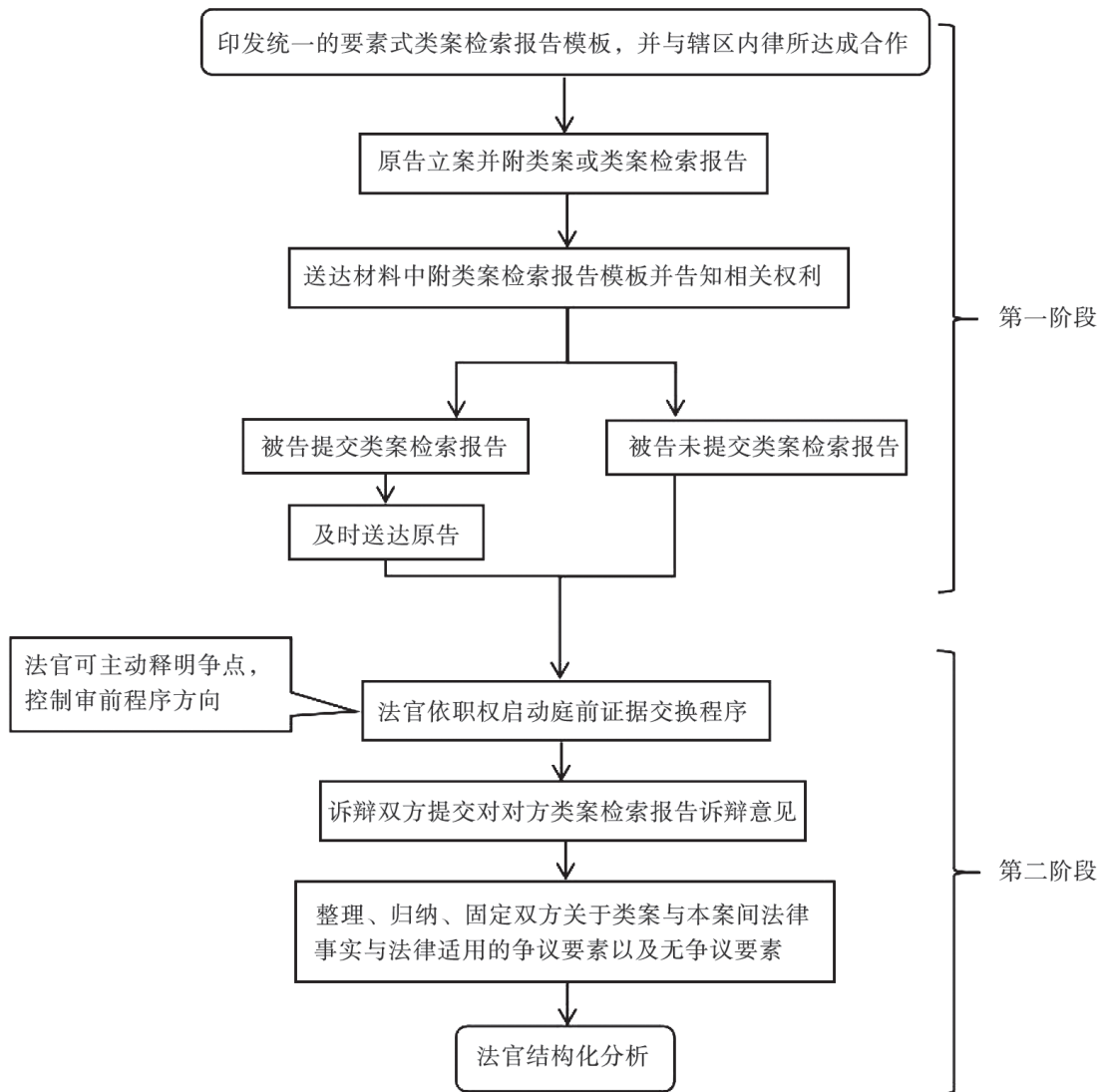


图3 审前开示程序

第二，明确要素的判定特征。设定案件要素的分组标准，经审前开示程序中初步归纳的关键事实和法律问题的比较焦点，如事实争议点 P_4 是否与 P_x 构成相似、先案中的裁判则 R 是否包含解决本案中认定事实要素 P_x 的规范方案，从而确定焦点判定特征；

第三，精细分解，提取结构要素。将判定特征进行分类归纳，提取和筛选可以归入焦点判定特征的结构要素；

第四，形成庭审结构要素表。可以参考《最高人民法院案例指导工作实施细则》第3条对指导性案例要素的归纳，将无争议或争议不大的事实要素 P_1 与 p_1 、 P_2 与

p_2 、 P_3 与 p_3 简要归纳，着重标识争议主点 P_4 与 p_x 及裁判规则要素。

进入庭审程序后，在法庭调查环节，类案检索报告可以作为类证据由双方发表质证意见（当然，部分类案中能够证明本案事实的可以直接作为普通证据进行质证）。因类案检索报告的真实性和合法性一般情况下均无异议，因此，本环节法官应当把控双方在类案检索报告的关联性上进行质证。在法庭辩论环节，双方均应就对方提供的类案检索报告进行口头或书面的发言以及答辩意见，法官应当就庭审结构要素中的焦点判定特征对当事人进行重点询问，必要时可以要求当事人提供针对焦点判定特征的书面意见，以此完成足够充分的庭审活动。

（五）审查规则：基于类比而演绎的相似性判断

类案与本案的相似性判定是法官审查采用当事人类案检索报告至关重要的一环。多数法官对于类案适用的思维仅停留在演绎推理阶段，未形成进行类案相似性判断的基本思维逻辑。演绎推理与成文法规则的适用一样，将先案的规则通过三段论的演绎过程，适用到之后类似的案件中，进而得到与先案类似的结果。而类比推理则是通过比较本案与先案的异同而使相似的法律事实得到相似的判决，如果发现本案与先案不同，则先案便无法适用，从而得到与先案不同的裁判。国内有学者认为如果本案要适用先案，那么会运用演绎推理；如果本案不适用先案，那么会与先案相区分，运用的是类比推理。^①但是，在类案的相似性判定中，这两种思维逻辑是不可分割、相互联系的。

一方面，在运用演绎推理前需要通过类比来确定本案与先案是否类似。普通的三段论演绎推理过程是：

大前提： $X \rightarrow T$

小前提： $x \in X$

则： $x \rightarrow T$

在类案要素判断过程中，小前提 $x \in X$ 这一步无法通过演绎类案的构成要件来推导，只能通过类比本案与类案是否相似来确定。此时就从成了基于类比而演绎的类案相似性判定，即：

大前提： $X (P_1、P_2、P_3...P_n) \rightarrow T$ （类案裁判结果）

小前提： $x (p_1、p_2、p_3...p_n) \approx X (P_1、P_2、P_3...P_n)$ ——即判断类案与本案的事实要素相似得到类案与本案相似的小前提。

结论： $x \rightarrow t$ （本案裁判结果），同时 $t \approx T$ ——即本案裁判与类案裁判相似。

另一方面，在法官判断本案是否需要运用类比推理与类案相区分时需要用到演

^① 参见张健一：《普通法类比推理过程》，载《法律方法》2012年第1期。



绎推理。类比推理必须在一定的衡量标准下才能进行。^①因此,法官需要从类案中归纳关键事实要素 P_x 与裁判规则 R , 然后根据该裁判规则判断本案是否满足其构成要件,或者是否具有规定的关键事实要素,从而判定类案的裁判规则 R 是否传递到本案,这一思维过程运用的便是演绎推理;同时也可以运用类比推理比较本案与类案的不同点加以区分,进一步判定本案与类案是否相似。

类案的裁判规则并不是由类案自身静态明确的,也不是仅单纯通过演绎或者类比推理明确的。类案在本案的使用过程同样也不是仅有演绎或者类比推理,而是两种推理相结合,主导法官思维逻辑的是基于类比的动态演绎过程。

(六) 采用规则: 理性与价值判断下的类案适用

在对当人类案检索报告进行充分的庭前开示以及庭审抗辩程序后,法官可以依据本案查清的关键事实,结合双方对焦点判定特征的诉辩意见,判断两案事实的相似性是否能够消除个性化指责,使类案和本案都能涵摄于同一规则下,达到拟制的同一,这一过程需要法官的理性判断与价值判断。必须指出的是,类案本身并不构成标准,标准是类案中的“说理部分”,即法官的判定过程。基于此,法官的理性与价值判断必须在裁判文书中予以体现,同时也应当赋予当事人对这一判定过程的救济。

举例来说,先类案与本案新颖性差异是法官进行价值判断的重要一环:伴随社会经济的快速发展、社会结构的不断调整,司法实践中新类型案件层出不穷,社会发展所带来的对裁判尺度的变化,法官需根据不同阶段来作出相适应的判定。裁判思维导图作如下可视化呈现:

经过上述判定过程,在当人类案检索报告的采用阶段法官会得出如下两个结

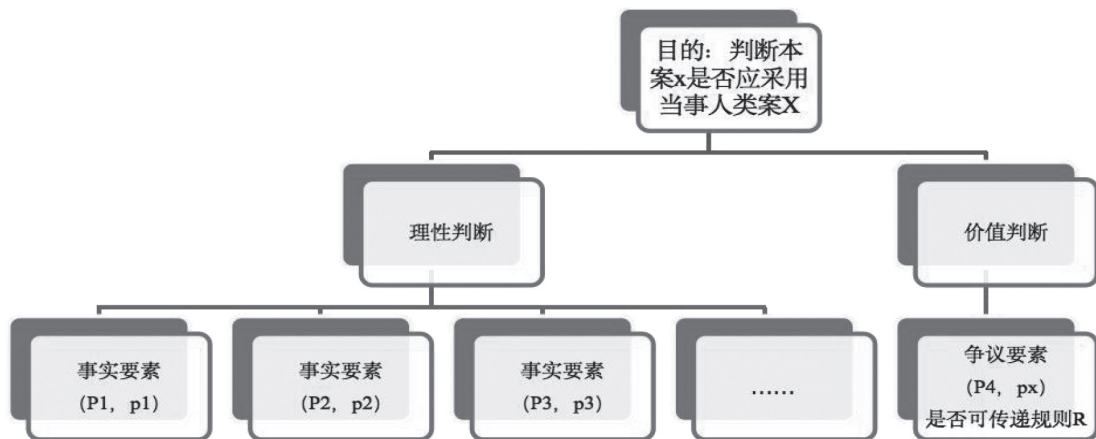


图 4 类案审查比对思维导图

^① 参见孙海波:《重新发现“同案”:构建案件相似性的判断标准》,载《中国法学》2020 年第 6 期。

论：

一是当人类案检索报告与本案无法构成类案。法官认为本案与一方或双方当人类案检索报告的多数焦点判定要素无法构成相似，继而不应当遵循先案法律适用的，应当在裁判文书说理部分对差异点进行阐释，并说明判定理由。当事人若认为裁判未对己方类案检索报告予以回应或未充分回应，并实质影响裁判结果的，可据此作为上诉或再审的理由。同时终审法院、再审法院也应在二审、再审或案件评查阶段，审查初审法院是否存在因未对当人类案检索报告进行析理，导致裁判尺度偏离的情形。

二是当人类案检索报告与本案构成类案。在该情形下，若法官认为本案裁判应适用先类案裁判规则的，应当在裁判文书说理部分分析本案与先类案的相似处的理由。若法官认为本案裁判将与先类案裁判规则冲突的，则由人民法院结合冲突类案的法院层级、裁判时间、是否经审判委员会讨论等因素综合决定适用。^①

最后，为了更加直观透彻地展示当人类案检索报告的采用方式，以一份适用当人类案检索报告审查采用规则的结构化裁判文书为例（见表 1）。

表 1 当人类案检索报告审查采用裁判文书模板

案由	B 与 b（案由）案
基本案情	B 诉称，因 M（Bp1、Bp2、Bp3……）一事，根据 N（Br1、Br2、Br3……）和 A 案（AP1、AP2、AP3、AR1、AR2、AR3）及其判决，请求法院予以支持；b 辩称，事实是 m（bp1、bp2、bp3……），根据 br（br1、br2、br3）和 a 案（aP1、aP2、aP3、aR1、aR2、aR3……）及其判决，请求法院驳回原告告诉请；法院经审理查明：K1、K2、K3，……；本院认定事实如下：B 和 b 发生 P 一事，P1、P2、P3……
裁判理由	本院认为：本案的争议焦点有 X、Y、Z……；关于 X，根据与 Ap1 和 ap1 比较分析，因……，故 P1 与 Ap1 更为相似；关于 Y，根据与 Ap2 和 ap2 比较分析，因……，故 P2 与 Ap2 更为相似；关于 Z，根据与 Ap3 和 ap3 比较分析，因……，故 P3 与 bp3 更为相似；综上所述，因……（法官的理性与价值判断），本案与 A 构成类案，参照 A 案的裁判规则，根据 AR1，本案作如下评价；根据 AR2，本案作出如下评价，根据 AR3，因……，本案作如下评价。综上所述，本院作出如下判决
裁判依据	根据 A 案所依据的法律条文
裁判结果	T1、T2、T3……（本案与先案近似的裁判结果）
审判组织	审判长、审判员、书记员

① 参见《最高人民法院关于统一法律适用加强类案检索的指导意见（试行）》第 11 条。



结 语

规范司法行为，统一裁判标准，确保司法公正高效权威，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义，是司法的价值目标。类案检索机制作为担负统一裁判尺度、落实司法责任制改革重要使命的创新举措已被广泛应用于审判实践，但当前仅仅以法官依职权进行类案检索为主的机制，显然忽视了当事人在案件中的参与感、获得感。因此，建构当人类案检索报告制度，不仅有其迫切的现实需求，更有坚实的理论基础。我们应在建构、完善当人类案检索报告机制、规范其程序运作、全面推广适用上下功夫，促使类案检索报告机制统一法律适用，在解决法律分歧上发挥真正的作用。

（责任编辑：郝晓越）

类案检索系统的应用现状与优化进路

谭小彤 庞丽*

内容摘要：近年来，类案检索备受关注但整体利用低效，存在数据真实特征模糊、脱离法学理论和法律思维、检索供需不平衡等问题。从大数据理论视角，结合法学理论和计算机技术，可以优化进路：在本体论层面强调重视裁判数据准确性、兼容性、可变性的“3C”特性；在认识论层面，为对符合“3C”特性的数据进行有效表示、提取、导出，建立以专用法律词库为基础的案情要素识别模型、深化 NLP 与 OCR 技术应用及设计内容导出有侧重点的检索结果；在方法论层面，建立 JEC 复合型人才结构研发团队、难案收录扩大化与裁判规则抽象化、明确类案效力等级与冲突处理规则。

关键词：类案检索；大数据；人工智能；裁判文书

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)01-093-104

统一裁判尺度，是确保法治权威性和统一性的应有之义，也是司法作为社会公平正义最后一道防线的必然要求。基于对统一裁判尺度抱持强烈的需求与期待，各项类案检索智能应用应运而生。^①但受通用大数据理论影响和限制，现有类案检索系统存在数据真实特征模糊、脱离法学理论和法律思维、检索供需不平衡等问题。本文从大数据理论分析视角出发，提出对智能类案检索系统优化重构，通过自然语言分析和机器学习等技术，解析裁判数据并自我学习进化以实现快速匹配同案类案的功能，为司法审判提供辅助决策信息，向社会公众提供法律规范、裁判规则参考的系统化应用。

* 谭小彤，广西壮族自治区南宁市江南区人民法院法官助理；庞丽，广西壮族自治区南宁市江南区人民法院四级高级法官。

① 参见左卫民：《如何通过人工智能实现类案类判》，载《中国法律评论》2018年第2期。



一、类案检索低效利用之现实

(一) 类案检索应用现状

1. 类案检索规范发展情况

2013年通过的《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》^①要求自2014年1月1日起,法院生效裁判文书应当统一在中国裁判文书网公布。自2014年起该网站的民事裁判文书年收录量呈现飞跃式增长,为此后各类类案检索系统的诞生提供了坚实基础(见图1)。

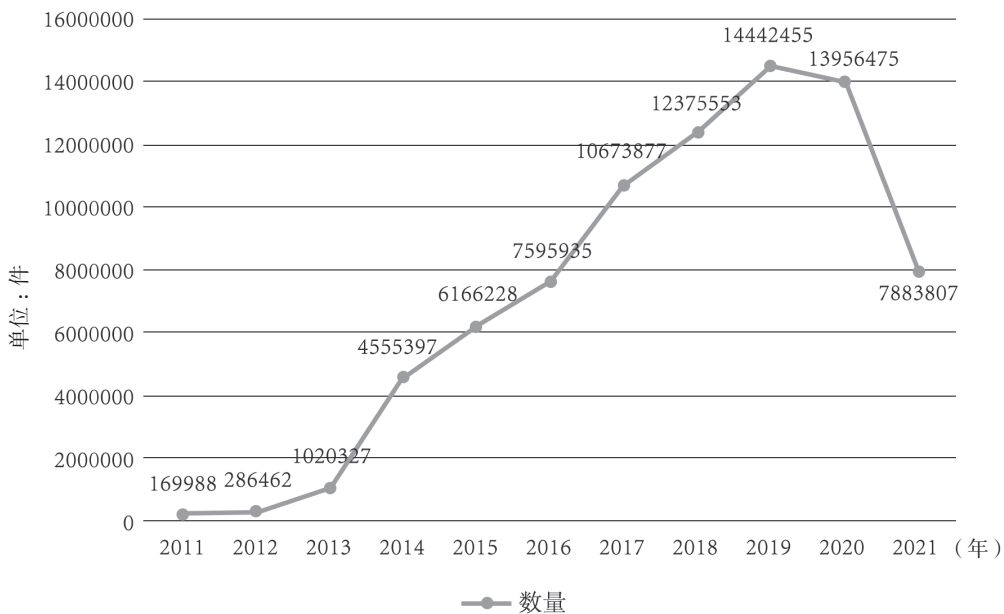


图1 中国裁判文书网2011—2021年每年收录民事案件裁判文书数量对比(数据截至2022年1月17日22时)

之后的《最高人民法院司法责任制实施意见(试行)》《最高人民法院关于进一步全面落实司法责任制的实施意见》,明确规定“类案与关联案件检索”机制和强制检索机制。2020年7月发布的《关于统一法律适用加强类案检索的指导意见(试行)》(以下简称《指导意见》),在总结人民法院类案检索实践经验的基础上,围绕类案界定、

^① 法释〔2013〕26号,该规定现已失效。目前执行的是于2016年7月25日由最高人民法院审判委员会第1689次会议通过的法释〔2016〕19号《最高人民法院关于人民法院在互联网公布裁判文书的规定》。

强制检索、检索平台、检索范围和顺序、结果运用、反馈回应、法律适用分歧解决等提出了明确的指导意见,进一步规范完善了类案检索制度,^①是目前指导类案检索系统研发的重要制度依据(见图2)。但审判实践中难以精确检索到贴切的类案用以裁判参考,理想与现实的矛盾急需解决。

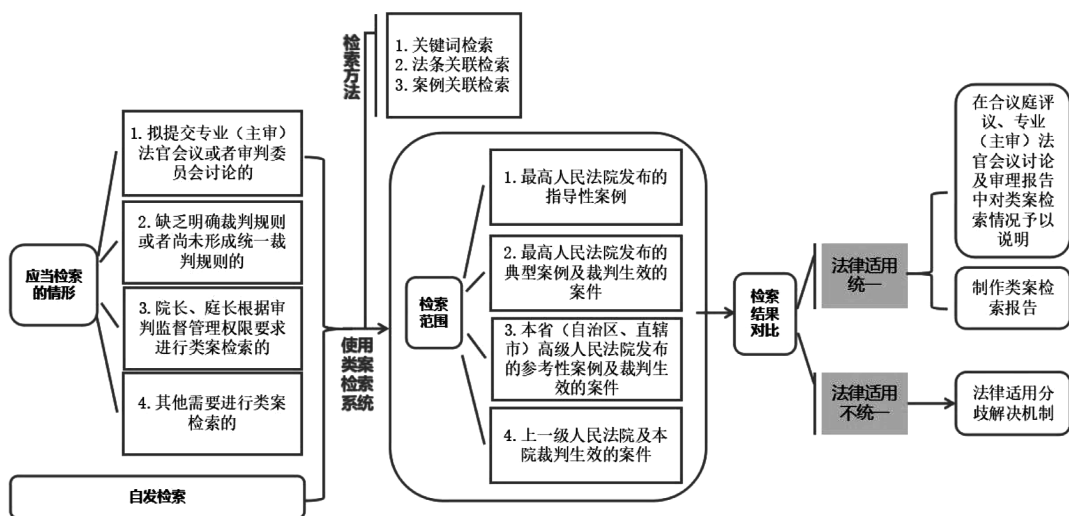


图2 《指导意见》规定导图

2. 四大热门检索系统比对

我国类案检索系统中目前使用较多、针对性较强的有四大网站,分别是中国裁判文书网(wenshu.court.gov.cn)、法信(www.faxin.cn)、北大法宝(www.pkulaw.com)、聚法案例(www.jufaanli.com)。此外,各地法院也自主研发了不少类案检索系统,例如重庆市法院的“民事类案智能专审系统”^②、浙江金华市中级人民法院与金东区人民法院的“类案大数据分析平台”^③、北京互联网法院的“知识地图”系统^④等。

前述网站中,中国裁判文书网原本仅是面向案件/文书检索,但近年经不断更新改版逐渐满足用户高级检索需求,四大网站均设置了案件名称、案由、法院名称等基础元素,同时还能直接检索争议焦点、本院认为、裁判结果等用户更为关心的人性化元素。在此基础上,每家网站支持的检索项目又有所不同(见表1)。

① 参见刘树德、胡继先:《关于类案检索制度相关问题的若干思考》,载《法律适用》2020年第18期。
 ② 重庆市高级人民法院信息技术管理处:《【成果巡礼】号外!重庆市法院民事类案智能专审系统开通了》,载微信公众号“智慧法院进行时”,2018年12月29日。
 ③ 浙江省金华市中级人民法院:《【成果巡礼】人工智能大数据助力司法审判——浙江金华中院研发类案大数据分析平台》,载微信公众号“智慧法院进行时”,2018年7月13日。
 ④ 参见刘玄:《上线了,北互线上首次应用!北互上线“诉讼风险分析”与“知识地图”信息系统》,载微信公众号“北京互联网法院”,2020年11月9日。



表1 四大类案检索网站高级检索项目对比

检索项目网站名称	法信	北大法宝	聚法案例	中国裁判文书网
案号	√	√	√	√
审理法院	√	√	√	√
案由	√	√	√	√
当事人名称	√	√	√	√
原告诉称	√	×	√	√
被告辩称	√	×	√	√
审理经过	√	√	√	√
争议焦点	×	√	√	×
本院查明	√	√	√	√
本院认为	√	√	√	√
法律依据	√	√	√	√
裁判结果	√	√	√	√

对于无效检索行为的自动修复功能，中国裁判文书网、法信与北大法宝会在未能精确匹配到符合用户需求的案例时自动切换成“全文+模糊”模式，聚法案例则会提示用户是否需要“切换成模糊检索”。整体而言，法信与北大法宝在检索用户体验方面设置更为人性化。

相比其他类型案件，民事案件更具有案由繁多、法律关系复杂、案情多变、数量巨大等典型特点，类案检索需求量巨大，但四大检索网站的检索方式仍为关键词检索，检索结果并不精准。目前尚未研发推广一个针对民事审判工作的专业化、智能化的类案检索系统，导致《指导意见》列举要求形同虚设。

(二) 现有系统共性问题表征

本文对G省J法院的类案检索系统使用情况进行了调研(见图3、图4、图5)，

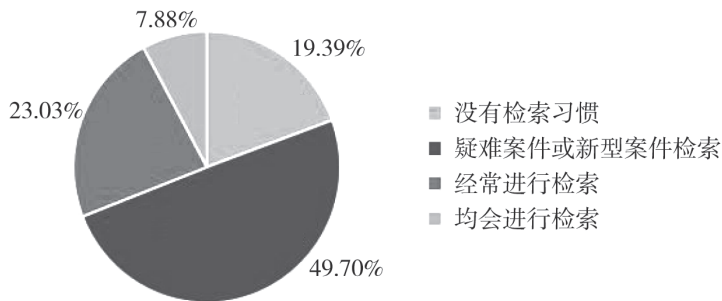


图3 类案检索使用频率

五分之一的法官或法官助理均不进行类案检索，大多数法官反映经常检索不到预期的结果，尤其是承办疑难案件较多的资深法官检索需求很大但对检索系统满意度偏低，普遍反映关键词检索不精确，检索到大量不相关的简案文书或检索不到相关裁判要旨，久而久之放弃使用检索系统。

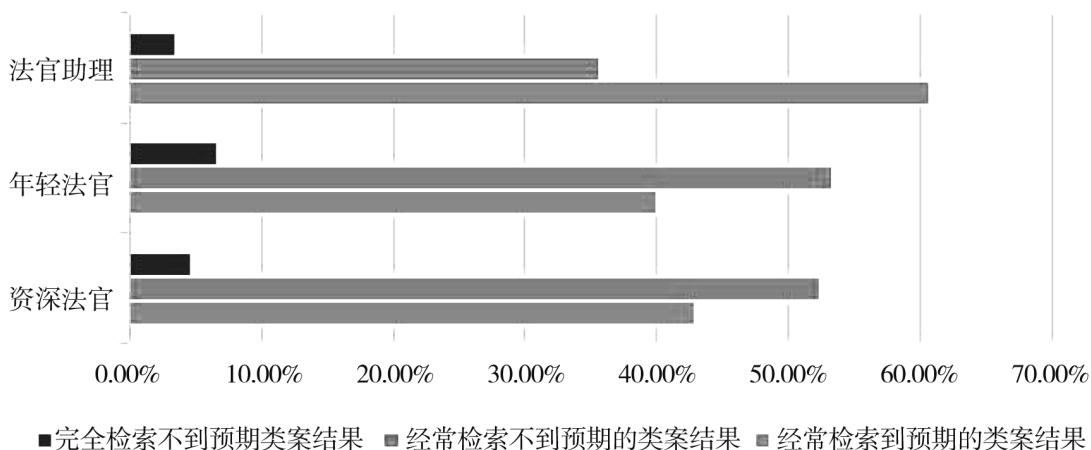


图 4 类案检索系统使用感受

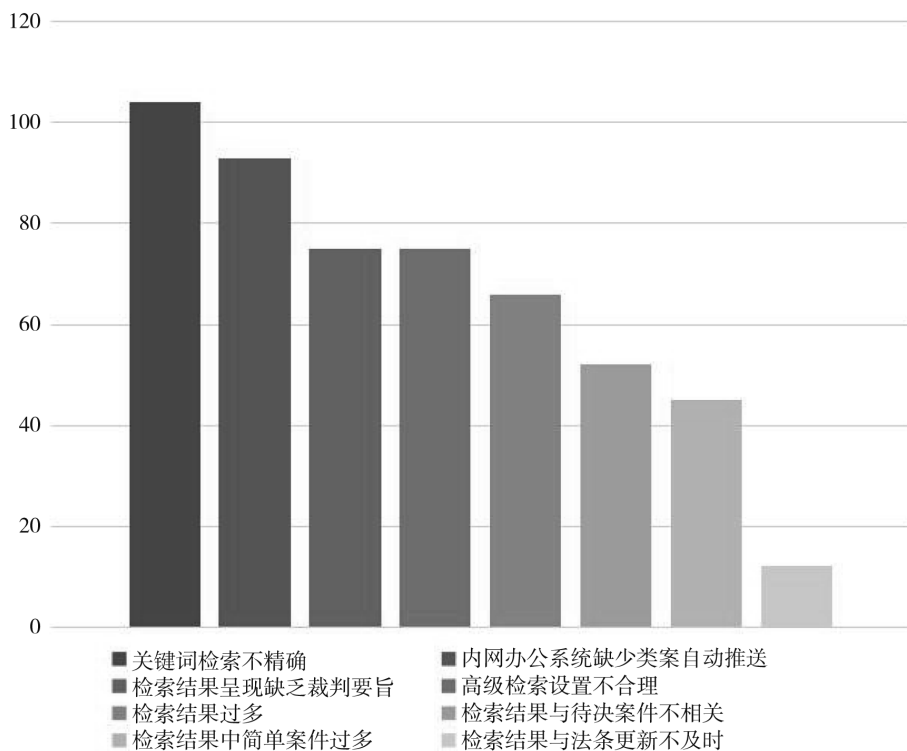


图 5 类案检索系统存在的问题



虽然不少学者在技术、制度改进上提出了方案,^①近两年四大网站也在提升用户体验感上进行优化,但仍表现出共性问题:第一,检索数据不够精准,关键词检索容易导致检索结果范围过大、过小或误筛正确类案,且需求量小的简案数量反而较多;第二,检索出的类案往往只是文本形式或用词用句相似的案件,法官最关心的类案裁判规则呈现较少;第三,检索结果受限于数据来源限制,文书之外案件信息体现不足;第四,审判与技术复合型人才较少,检索系统设计忽视审判实践需求,《指导意见》实施现状与设想仍有差距。

二、类案检索低效利用之成因

(一) 本体论:数据通说特性难以适用

普遍认为大数据具有“4V”特性——海量性(volume)、高速性(velocity)、多样性(variety)、价值性(value)。^②即认为数据应具备样本量大而全面、体量及处理速度显著增长、多结构数据自动高效处理和整体样本价值性等特性,但是否完全符合裁判大数据真实特征值得商榷。

第一,数据规模体量并非根本特性。若海量简案裁判数据背后所指向的裁判规则一致,则法官仅需一个简案类案即可,因此更应关注数据分析、加工、利用的可处理性,如何在庞大体量的裁判数据中准确检索到所需裁判理由和依据是法官更关心的问题。

第二,数据处理速率并非核心需求。给予类案信息识别、提取、筛选、训练、反馈的时间相对充裕,对于实时计算的需求在所有领域中并非最高。在大数据领域发展大背景下,当前裁判数据处理速度足以满足类案检索需求,不“图快”而“图精”才是用户核心需求。

第三,数据内容类型并非仅限文书。裁判数据载体多为裁判文书,其在结构上具有相对固定、规律的表达,各部分位置大致相同且均有明显标识,因此数据技术处理更集中于自然语言表达分析。庭审视频、证据音频、图片等重要数据资源也承载大量案件信息,可受限于技术障碍和开发成本未能得到重视,利用程度有限。

第四,数据价值密度并非整体利用。大数据“价值性”是基于深度学习海量数据以实现未来行为预判,当个体数据样本集成一定量整体才具有利用价值。但判例价值均在于个案示范效应,即便是我国作为非判例法国家,最高人民法院发布的指导性案

^① 参见王禄生:《司法大数据与人工智能的技术障碍》,载《中国法律评论》2018年第2期;周佑勇:《智能技术驱动下的诉讼服务问题及其应对之策》,载《东方法学》2019年第5期。

^② 参见王禄生:《论法律大数据“领域理论”的构建》,载《中国法学》2020年第2期。

例也具有极高的个案价值。如果疑难案件、新类型案件的裁判规则库存一成不变,则无法适应司法领域的“创造性演变”。^①因此,在单个指导性案例或典型案例中提取的知识价值要高于归纳海量简案裁判共性规则价值。

明确裁判数据的核心数据特征是类案检索系统的构建基础,在数据本体论构建出现模糊数据特征的情形下,盲目追求数量规模、处理速度、样本形式、数据价值,导致类案检索系统成效不佳。

(二) 认识论:知识发掘逻辑存在问题

当前大数据研究在认识论上强调依靠已有数据、技术工具和集中变量相关性。因此法律思维推导、裁判规则归纳、检索结果表达与检索数据的演算过程存在巨大差异,导致裁判数据基础庞大,但输出利用率低下。

1. 法理构建的思维差异

大数据分析强调从现有数据推导行为,即“追求相关、放弃因果”^②。类案检索系统正是在这一认识论基础上,借助数据挖掘技术从海量裁判文书、卷宗材料等非结构化、半结构化数据中发现法律适用规律并加以应用。^③然而经典三段论的法律思维是“在规范与事实之间循环往复,建立案件事实和法律规则之间的涵摄关系,进而推导出结论”^④,将结论共识凝结的过程即为司法行为。^⑤两者思维模式差异导致类案的因果关系和说理解释并不充分。

2. 内容获取的数据壁垒

类案检索的根本目的在于利用生效案件裁判内容为待决案件提供已经检验和凝练的规则或标准。法官通常情况下看到的是裁判要旨,但更希望看到由此表现出的裁判规则。^⑥因此,类案检索不是单纯寻找类似案件裁判结果的过程,更是寻找提炼出的法律规则的过程。且往往疑难复杂案件、新型案件才需要案例进行指导、约束。目前系统中只有数量占比极小的指导性案例、公报案例附带裁判要旨,而其他案件并无直接体现裁判规则,即便法官能够检索出一定数量这样的类案,对待决案也用益不大。此外,当前系统所收录的裁判文书效力一般不予标明,导致检索出大量相关文书后还需要逐一复核。

3. 结果表达的技术阻碍

检索系统一般从定性和定量两方面对裁判数据进行分类解析。定性是指按照案由、

① 参见王禄生:《论法律大数据“领域理论”的构建》,载《中国法学》2020年第2期。

② [英]维克托·迈尔·舍恩伯格、肯尼思·库克耶:《大数据时代:生活、工作与思维的大变革》,盛杨燕、周涛译,浙江人民出版社2014年版,第68页。

③ 参见王禄生:《论法律大数据“领域理论”的构建》,载《中国法学》2020年第2期。

④ 杨先德、陈禹幢:《类案检索运用场景与规则方法》,载《检察日报》2020年2月22日,第3版。

⑤ 参见马长山:《面向智慧社会的法学转型》,载《中国大学教育》2018年第9期。

⑥ 参见张骥:《指导性案例中具有指导性部分的确定与适用》,载《法学》2008年第10期。



法律关系进行宏观标注分类；定量是指“要素式分解”，即依照预设关键词解构具体案情。最后使用了文本词频统计方法和语义层次结构方法计算相似度，^①将案件信息转化为代码、符号等程序语言。目前关键词检索不能给予用户精准检索结果，其因有三：第一，经关键词检索出的数据过大，即使用户输入关键词缩小范围，也仍需人工逐一查阅筛选；第二，由于用户与系统间拟定关键词的差异，“在结果中检索”新的关键词容易错误筛除检索结果；第三，检索结果呈现不够简洁精准，无论是裁判文书标题还是裁判要旨的呈现均不够明晰。

（三）方法论：检索机制矛盾尚未解决

类案检索如果不能正视现有矛盾，则必然脱离实践，致使研究轨道偏离。

1. 法官检索需求与研发技术门槛之间的矛盾

长期以来，法律大数据的研发奉行技术主义，类案检索系统研发与应用过程中也出现了技术人员与法学专家脱节、技术开发与审判一线需求分离的现象。学者约翰·梅利曼早前曾指出类案检索之内在动因——前案判决权威、不愿独立思考、不甘冒险被上诉撤销。^②基于前述三种原因法官自发进行检索。然而必须与数据打交道成为法官参与类案检索系统研发的先天技术门槛，薄弱的数据运用能力可能导致系统开发程度流于浅层甚至产生谬误。反之，如果单纯依靠大数据技术研究人员，则很难把握裁判文书的用词、语义以及更深层次的关联。目前常用的“词频—逆文本词频模型”（TF-IDF），将文本按照词汇划分，根据词汇出现频率来计算两篇文书的相似度。但由于法官表述差异，采用TF-IDF模型计算分析出的类案只能说是两篇写法高度相似的文书。

2. 简案供过于求与难案供不应求之间的矛盾

类案检索存在一条供需悖论：能被大量检索到的都是简案类案，法官所需要参照的典型疑难类案又没有数据或极难检索。这导致“降低了法官的用户体验和使用意愿”^③。一方面，大多数简案的检索意义不大。首先，大部分法官基于自身经验和知识积累，对于某类反复出现的案件自然而然形成了裁判规则，无需参考类案；其次，当前法院案多人少，如果简案也进行类案检索势必使法官不堪重负。另一方面，《指导意见》规定的强制检索情形也是针对疑难复杂案件而设计。目前各大系统大量收录简案裁判文书，往往因文书撰写较为简练没有体现裁判规则，能够提供给待决案件解决疑难问题的裁判思路有限。

3. 类案冲突处理与裁判统一尺度之间的矛盾

类案检索的最终目标是实现裁判尺度统一，然而目前的系统大多还停留在发现类

① 参见王君泽、马洪晶、张毅、杨兰蓉：《裁判文书类案推送中的案情相似度计算模型研究》，载《计算机工程与科学》2019年第12期。

② 参见[德]约翰·梅利曼：《大陆法系》，顾培东、禄正平译，法律出版社2004年版，第47页。

③ 魏新璋、方帅：《类案检索机制的检视与完善》，载《中国应用法学》2018年第5期。

案的层面。类案类判、同案同判的关键是统一的裁判思路和规则，理想状态就是法官只需通过检索出类似案件并参照类似案件的裁判规则完成法律适用。但审判实践的情况要复杂得多，检索出的类案群所蕴含的裁判规则往往也是多元的，^①当类案群所提供的裁判思路和规则不一致甚至相互对立时，法官又需要解决规则适用问题。

三、智能类案检索系统之规制设想

（一）求同存异：集成“3C”特性数据样本

为解决前述本体论问题，智能类案检索系统的数据应在汲取“4V”特性合理性的基础上明确“3C”特性。

1. 准确性（correctness）：类案标准的界定

要检索出适合的类案，前提必须明确类案数据的标准，即何以判断案件是否“类似”。根据《指导意见》，案例之间“类似”的标准至少包含基本事实类似、争议焦点类似、法律适用类似。事实类似是案件类似的首要标准，但客观上并不存在完全一致的案情，如果将检索关键词设定过窄则可能导致无效检索。因此事实“类似”只需限定为指向争议焦点而影响裁判的关键法律事实一致即可。例如，盲人因盲道设计缺陷摔倒受伤和路人因道路井盖损坏坠落受伤两起案件，看似个体情况、受伤原因均不相同，却可提取“当事人因为市政工程不完善而受到人身损害”的共性。^②但目前系统预设的案情要素却往往难以提取共性信息。并且仅关键事实一致仍不足解决部分复杂案件时就需系统提供争议焦点和法律适用具有一致性的案例。

2. 兼容性（compatibility）：数据处理的适配

智能类案检索系统应更强调数据兼容性，不过分追求数据海量性，而要追求类案检索所需数据。裁判文书本身就是一种不完全的记载形式，因此需要系统整合庭审视频、音频、图片等多个数据资源，以达到数据间的查漏补缺。另外，全国各地案件裁判受地域文化差异、经济发展水平等影响，全国数据训练效果势必无法适应各地审判实务的多样性，因此要对数据进行本土化处理，在总体相似度阈值基础上设定细化阈值。同时针对各类型案件裁判的主题需求形成类案检索指标、收集适配样本。

3. 可变性（changeability）：法律适用的更新

通用领域的数据价值相对稳定，可以反复挖掘深度利用；而裁判尤其是民事裁判的部分数据具有易变性，情境一经调整，原有数据将失去挖掘价值。当前类案检索缺

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

^② 参见黄凯柯：《如何检索“类案”？详细方法来啦！》，载微信公众号“最高人民法院司法案例研究院”，2020年12月1日。



乏有效的指引，在法律规定不断推陈出、不断涌现的新类型、新案情的背景下，不加时间范围限制、新旧法律衔接的类案检索显然不合时宜，需要推动类案检索的法律知识库自动更新，并根据最新的法律规定向用户优先显示最新的案例，对于没有适用最新法律的检索结果应注明法律适用建议。

（二）不破不立：破解法律数据知识壁垒

“法律+大数据”应用发展需要攻克将法律领域的理论结构映射到法律大数据的知识发现过程并指导法律大数据应用的问题，^①同理改进类案检索系统亦必须完成将法学理论结构映射到裁判大数据的知识发现过程，对符合“3C”特性的数据进行知识表示、提取、导出的数据挖掘。

1. 建立案情要素识别模型

要素表示的基础是明确案件中需要描述的对象，而这些要素之间相互关联又各自有不同的表现维度。例如，合同无效“要素”有“无民事行为能力人”“虚假的意思表示”“违反法律、行政法规的强制性规定”“违背公序良俗”“恶意串通损害他人合法权益”“超越经营范围订立”，而仅就“无民事行为能力人”这一要素中即有多种表现维度，包括“不满8周岁的未成年人”、因智力、精神健康原因所致“不能辨认自己行为的成年人”以及“不能辨认自己行为的8周岁以上的未成年人”，以上要素在具体案件中又可能有多种语言表示。由于没有专用法律词库，实践中连篇章结构划分都无法达到100%的精确性，还需要大量人工识别标注。^②故而需建立明确法律知识要素与表现维度的专用法律词库，才可采用深度学习算法优化形成具有可解释性的案例数据挖掘过程。

同时，还需进一步探索裁判文书改革。应当规范裁判文书数据生成和上网，重视裁判文书说理，必要时增加“裁判要旨”撰写和裁判规则凝炼，既推动裁判文书说理的实质性提升，^③又为类案检索规范化、系统化供给原始数据。

2. 深化NLP与OCR技术应用

法律知识要素并不是法律知识本身，还需要在诸多的个案中提取出满足法律知识要素的数据装载到数据库中，因此类案数据的收集过程又可以归纳为案件原始信息获取、信息标注、识别训练和结果生成。其中信息标注不是简单的“贴标签”，这一关键环节需要将大量非结构化、半结构化的裁判数据转换为类案检索需要的知识要素变量。首先需要自动识别判决书的篇章结构并准确分割“首、正、尾”三部分；在识别

^① 王禄生提出法律大数据领域认识论的更新需要引入当前科学界提出的“轻量级理论驱动”（lightweight theory-driven）。参见王禄生：《论法律大数据“领域理论”的构建》，载《中国法学》2020年第2期。

^② 参见王禄生：《论法律大数据“领域理论”的构建》，载《中国法学》2020年第2期。

^③ 参见梁平：《基于裁判文书大数据应用的区域法治化治理进阶——以京津冀类案检索机制的构建为例》，载《法学杂志》2020年第12期。

篇章结构后，进一步根据符号进行句子分割；最后按照法律专有词汇进行分类，进而识别、抽取个案关键信息。因此，势必要在汇编专用法律词典的基础上充分借助自然语言处理技术（NLP），将目标案件的属性标签与原有法律大数据库中所有案例的属性标签进行比对，计算相似度之后反馈给用户。

同时，要推进司法领域光学字符识别技术（OCR）的研发，对卷宗材料中的图片进行准确 OCR 识别以进一步实现由非结构化、半结构化数据向结构化数据转换的关键一步，最终满足裁判大数据多样性与兼容性。^①

3. 智能显示类案检索成效

优化最终显示的检索内容是提升用户满意度的关键，因此在类案检索结果生成上应当遵循精准简明的原则，除案例名称、案号、案由、案例效力级别等基础信息外，还要根据用户特点有侧重点地优先显示其最需要的内容。比如，法官更关心关键词、争议焦点、查明事实、裁判要旨、适用法条等内容；当事人更关心证据证明力和裁判结果，代理人更关心诉辩意见、争议焦点、裁判要旨等内容。在此基础上智能生成检索报告或有侧重点推荐其他类案。

（三）对立统一：化解类案检索三组矛盾

1. 建立 JEC 复合型人才结构研发团队

要强化法官在类案系统研发中的角色，加强复合型人才培育。可借鉴深圳市盐田区人民法院创立的“鹰眼查控网 JEC 模式”，建立“法官 + 工程师 + 外包公司”JEC 研发维护团队。^②其中，法官和法学专家需要在类案检索需求分析、裁判数据本体论构建、适配数据训练集确定、法律知识要素标注、类案检索模型校验的研发维护全环节中结合专业知识积极发挥作用。在法官的指导下，法院工程师先行绘制知识地图并向外包公司技术人员转译法律术语和协作开发系统。

2. 难案收录扩大化与裁判规则抽象化

海量简案文书虽一定程度上提高了法官处理待决案件的效率，但审判活动的根本目的是实现公平正义，类案检索的落脚点亦应是提供正确的裁判思路与规则。一些新型案件的案情要素甚至前所未闻，例如无锡冷冻胚胎案，该案争议焦点是如何认定人工冷冻胚胎的法律性质以及是否能作为遗产以供继承，在法律没有明文规定的情形下，二审主办法官在国外的相似案例中找到裁判思路，支持失独老人获得已故儿子夫妇冷

^① 参见王禄生：《论法律大数据“领域理论”的构建》，载《中国法学》2020年第2期。

^② 参见胡志光、王芳：《智慧法院建设的思维导图——以深圳法院“鹰眼查控网”建设为案例》，载《中国应用法学》2018年第2期。



冻胚胎的监管权和处置权。^①这类疑难案件或新型案件为后来此类案件的处理提供了重要裁判指引。因此，类案检索系统的发展应当在提高难案数量的基础上，朝着提炼共性裁判规则的抽象化发展方向前进。

3. 明确类案效力等级与冲突处理规则

追求裁判尺度统一则不可避免要面对类案裁判冲突的问题。《指导意见》对类案提供了一种建议性排序。首先，当检索到的裁判规则包含指导性案例并且发生冲突时，指导性案例提供的裁判规则具有准法源之效力，如无特殊情况，具有排他效力；其次，由于其他案例并未做强制性的效力排序，此时法官对类案裁判规则的取舍与协调更多依靠其自身对案件的通盘考虑作出判断。为使人工智能更好服务于类案检索乃至裁判实务，提供明确的类案筛选规则和效力等级，尽可能减少类案检索的算法缺陷，在用户进行检索的极短时间内满足用户的检索需求，实现更有效的类案数据输出。今后还需要根据法律适用分歧解决原则继续细化类案的效力标准，以实现裁判规则统一。

（责任编辑：王文斌）

^① 美国有高度相似的案件：亡故夫妻留下 11 枚冷冻胚胎和一个 2 岁的孩子，最终法院判决由医院保管冷冻胚胎，等小孩成年以后由其决定如何具体处置这些胚胎。参见张圣斌、范莉、庄绪龙：《人体冷冻胚胎监管、处置权归属的认识》，载《法律适用》2014 年第 11 期。

个人生物识别信息保护的消费民事公益诉讼救济路径探析

陈东强*

内容摘要：随着网络信息技术的迅速发展，加强公民个人生物识别信息保护已经成为当前人民法院审判工作的一项重要课题。由于涉及大数据经济发展、人格权保护、社会管理等多方面因素，不同领域对个人生物识别信息保护程度存在一定区别。从权利保护的角度分析，在消费领域开展个人生物识别信息保护既存在紧迫的现实需求，也有比较充分的法律依据。基于消费者私益诉讼、行政管理等救济措施的局限性，结合大数据背景下公民个人生物识别信息呈现出的集合性、公益性，消费民事公益诉讼是保护此类权益的应然选择。为充分发挥该类诉讼的功能作用，需要从明确功能定位、扩大主体范围、改革证据制度、规范损失赔偿、构建综合体系等方面进行探索完善。

关键词：个人生物识别信息；个人信息权；消费民事公益诉讼；诉讼程序定位

中图分类号：DF72 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2022)01-105-117

引言

党的十八大以来，以习近平同志为核心的党中央重视互联网、发展互联网、治理互联网，全面促进实施大数据发展行动，推动我国网信事业取得历史性成就，走在世界前列。为促进我国由网络大国迈入网络强国，实现网络信息技术的高质量发展，维护网络和信息安全、增进人民福祉，需要加大个人信息保护力度，严厉打击侵犯公民个人隐私等违法犯罪行为，同时畅通对侵权人民事责任的追究路径，增加违法成本，实现对个人信息侵权行为的多层治理。消费者生物识别信息保护是个人信息保护的重

* 陈东强，山东省高级人民法院民一庭副庭长，三级高级法官。



要领域，在大数据经济快速发展的时代背景下，基于消费者生物识别信息的性质及特点，应当合理把握保护与共享的平衡，准确处理民事公益诉讼与刑事诉讼、私益诉讼、行政管理及诉讼等方面关系，畅通消费民事公益诉讼路径，促进个人信息保护治理体系的进一步完善。

当前，个人信息尤其是以“人脸识别”为代表的生物识别信息保护，已经成为信息化发展面临的突出问题。从司法角度来分析，在加大对侵犯个人信息违法犯罪行为的打击力度、促进行政机关加强行政管理的同时，也应当注意到，在民事审判领域，消费者个人私益诉讼成本高、维权难的问题突出。为维护众多消费者权益和社会公共利益，促进消费民事公益诉讼对个人生物识别信息保护的有效介入是一项可行选择。

一、当前个人生物识别信息保护的现状

（一）以“人脸识别”为代表的生物识别技术广泛应用

根据《最高人民法院关于审理使用人脸识别技术处理个人信息相关民事案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2021〕15号）（以下简称《使用人脸识别技术处理个人信息民事案件规定》）第1条规定，人脸信息属于《民法典》第1034条规定的“生物识别信息”。人脸信息的处理包括人脸信息的收集、存储、使用、加工、传输、提供、公开等。在当前社会生活中，人脸信息作为个人独有的生物识别信息，被广泛应用到公民的身份识别中，主要包括以下几个方面：

1. 社会管理。用人脸识别技术进行闯红灯抓拍比对，有效减少行人闯红灯行为的发生。对于线上纳税申报、交通违法处理等事项，通过人脸信息进行核对识别。
2. 安防领域。在重要路段、地点安装相应设备，通过人脸识别技术的应用，及时准确查找犯罪及治安违法行为线索，提高破案率。
3. 公共出行。高铁站、机场、银行、电信、宾馆等公共服务领域广泛应用人脸识别技术，提高识别效率。
4. 门禁通行。单位、学校、小区等，通过安装人脸识别系统，简化了对人员出入的管理方式。
5. 疫情防控。受新冠肺炎疫情影响，各地采取积极应对措施，对人员跨域出行，进入医院、商场、宾馆等场所进行识别。
6. 消费领域。一些经营者通过人脸识别生物识别系统，识别消费者个人信息，为消费者提供更加便捷高效的服务，也从中获取商业利益。

（二）配套规制措施相对缺位

2021年央视3·15晚会曝光诸多侵害消费者权益的案件线索，个人生物识别信息的侵权程度和规模可谓触目惊心。国家市场监督管理总局组织案件线索涉及的相关地区市场监管部门，依法依规进行从快查处，但对于经营者收集、泄露、窃取个人信息问题，没有公布明确的查处意见。对于商家未经消费者同意收集人脸识别信息、招聘

网站涉嫌泄露求职者信息、手机清理类软件窃取个人信息等案件线索，国家市场监督管理总局在情况通报中表述为：相关地区市场监管部门全力配合公安、网信、工信等部门做好查处工作，形成执法合力。从概括性的情况通报中，无从得知针对此类案件，各行政部门之间的职责分工与权限配置。

（三）消费者公益诉讼的弱势

在保护生物识别信息方面，消费者个人公益诉讼在同其他消费者诉讼一样呈现出小额、多数、诉讼成本高等特点之外，还存在着侵权主体难寻、证据难以收集、损失数额难以确定、知情同意原则认定存在争议、侵权后果难以消除等一系列难题，使消费者缺乏提起诉讼的动力。在大量的侵权行为面前，即使对于明显存在的侵权行为，也鲜有消费者提起诉讼。

例如，浙江省杭州中院于 2021 年 4 月 9 日，作出“人脸识别第一案”的终审判决。基本案情为：2019 年 4 月，郭兵夫妇支付 1360 元购买杭州野生动物世界有限公司（以下简称野生动物世界）双人游年卡，确定入园方式为指纹识别。后要求激活人脸识别系统，否则无法入园，引发诉讼。最终判决野生动物世界赔偿郭兵合同利益损失及交通费共计 1038 元，删除郭兵办理指纹年卡提交的包括照片在内的面部特征信息等。^①在社会舆论的高度关注下，原告郭兵的部分诉讼请求获得支持，但赔偿数额 1038 元的结果，显然远远不足以支付诉讼成本，起不到支持个人公益诉讼，维护自身合法权益的效果，对于案涉侵权行为也起不到遏制作用。更何况，原告郭兵还是浙江理工大学特聘副教授，研究个人信息保护的法律问题多年，对于一般的消费者而言尚不具有充分的代表意义。^②消费者个人公益诉讼的程序和实体设置，尚不能起到保护广大消费者生物识别信息的作用。

（四）相关法律规定不断出台

《民法典》第 1034 条将生物识别信息列入个人信息的范围，在此基础上，《个人信息保护法》第 28 条对敏感个人信息的范围进行了明确，把生物识别信息列为敏感个人信息。该条还明确，只有在具有特定的目的和充分的必要性，并采取严格保护措施的情形下，个人信息处理者方可处理敏感个人信息。在《民事诉讼法》第 55 条、《消费者权益保护法》第 47 条规定人民检察院和省级以上消费者协会具备消费公益诉讼原告资格的基础上，《个人信息保护法》第 70 条还明确规定了“个人信息处理者违反本法规定处理个人信息，侵害众多个人的权益的，人民检察院、法律规定的消费者组织和由国家网信部门确定的组织可以依法向人民法院提起诉讼”。《使用人脸识别技术

① 参见李保锦：《从“人脸识别第一案”看个人信息保护》，载《江苏经济报》2021 年 4 月 28 日，第 B03 版。

② 参见韩沁珂：《人脸识别第一案原告郭兵：个体在个人信息保护方面非常脆弱》，载新浪网 2021 年 4 月 12 日，<https://news.sina.com.cn/c/2021-04-12/doc-ikmxzfnk6429763.shtml>。



处理个人信息民事案件规定》第14条规定：“信息处理者处理人脸信息的行为符合《民事诉讼法》第五十五条、《消费者权益保护法》第四十七条或者其他法律关于民事公益诉讼的相关规定，法律规定的机关和有关组织提起民事公益诉讼的，人民法院应予受理。”从法律和司法解释的层面上，对消费民事公益诉讼介入个人生物识别信息保护作出了设定。

（五）消费民事公益诉讼相关案件的主要特点

笔者于2021年5月21日在中国裁判文书网搜索“消费、公益诉讼、个人信息”，结果有90篇裁判文书，经筛查涉及消费者公益诉讼和信息保护的文书为55篇，其中包括个人敏感信息的内容，但是对于生物信息保护尚未出现专门的消费民事公益诉讼。人民检察院提起的相关公益保护措施，主要在督促行政机关或者经营者整改方面进行，尽管取得一定程度的进展，^①但消费者生物识别信息保护的体系尚未规范运行。现就相关情况如下：

1. 案件数量整体较少。面对现实社会生活中大量存在的个人信息侵权行为，涉及消费民事公益诉讼的有效案例仅为55件，其中刑事附带民事案件53件，民事案件2件，绝大部分案件属于刑事附带民事案件，是在刑事案件中进行处理，刑事案件53件中当事人全部被追究刑事责任。

2. 诉讼主体以基层检察院为主。提起诉讼的起诉主体中，基层检察院占53件，市级检察院1件，消费保护组织1件。

3. 涉及个人敏感信息的约占四成。根据判决书载明的内容，涉及公民照片、身份证、银行卡等敏感信息的21件；不涉及上述敏感信息的31件；另外有3件涉及未成年人信息。案件处理中，没有区分是否属于敏感信息，作为直接判断刑事及民事责任承担的分析说理。

4. 判决赔礼道歉比较普遍。进行实体处理的54件案件中，全部判决了赔礼道歉，其中反映了在民事公益诉讼中对于侵权者的行为负面评价，对于个人信息受到侵害的精神慰藉，成为一个必然选择。

5. 近半数案件判决赔偿损失。53件刑事附带民事案件中，侵权者全部被追究刑事责任并处罚金。在此基础上，判决赔偿损失的26件，未判决赔偿损失的27件。由于绝大部分为刑事程序，未判决赔偿损失但判决没收违法所得的3件，同时判决没收违法所得和赔偿损失的2件。

^① 参见《最高检发布检察机关个人信息保护公益诉讼典型案例》，载新华网2021年4月22日，<http://www.xinhuanet.com/legal/2021-04-22/c-1211122982.htm>。

二、个人生物识别信息保护的比较研究

（一）域外主要立法倾向

从整体上来讲，面对信息技术发展给个人信息与隐私权保护带来的问题，域外的做法与思路主要是坚持运用既有的法律工具与权利保障工具予以解决。在信息化发展的大潮中，对于个人信息数据的保护立法进行了积极探索。^①与一般的国内立法不同的是，由于数据流通的国际化，对于个人信息保护的立法呈现出国际化的倾向。立法主要依据是联合国《世界人权宣言》及《联合国公民权利与政治权利国际公约》中关于隐私权的保护条款。^②这种保护模式在案件裁判中得以充分体现。如 2019 年 5 月英国南威尔士公民爱德华·布里斯奇在英国知名人权组织的支持下，以午餐时间被人脸识别摄像头拍摄并被侵犯人格权利为由，将南威尔士警方告上法庭。2020 年 8 月，上诉法院最终支持原告诉求，认为公共监控中使用人脸识别侵犯公民隐私权。随后，当地人权组织将人脸识别技术称为“具有威胁性的危险技术”，并呼吁禁止在公共领域使用该技术。在美国，脸书公司则因未经用户同意而收集、存储个人生物识别信息面临集体诉讼。在最新的动议中，脸书公司除赔偿 6.5 亿美元，还应在动议获批后的 180 天内关闭当地人脸识别“照片标签”功能，同时删除数据库中存储的人脸图像及人脸生物识别符模板信息。^③

对于生物识别信息的内涵，《通用数据保护条例》第 4 条第 14 款将“生物识别数据”定义为“对自然人的物理、生物或行为特征进行特定技术处理后所得到的具备识别性的个人数据”，例如人脸图像或指纹数据。

美国《加利福尼亚州消费者隐私保护法案》将“生物识别信息”定义为个人“生理、生物或行为上的特征”，包括脱氧核糖核酸序列等一切可以单独或结合其他信息识别特定个体的信息。美国《伊利诺伊州生物信息隐私法案》将“生物识别信息”直接概括定义为具有“个人生物识别标识符”的任何信息。由此可见，美国从生物识别信息的定义上趋于囊括尽可能多的生物特征及相关数据，在实践中可以帮助执法者快速判

① 诸如 1973 年瑞典《数据法》、1974 年美国《隐私法》、1977 年德国《联邦个人数据保护法》、1984 年英国《数据保护法》、1980 年经合组织（OECD）《隐私保护与个人数据跨境流通指南》、1981 年欧洲委员会《关于自动处理个人数据的个人保护公约》、1995 年欧洲议会和欧盟理事会《关于涉及个人数据处理中的个人保护以及此类数据自由流动的指令》、2004 年亚太经合组织《APEC 隐私框架》、2013 年 OECD《隐私框架》、2018 年欧洲委员会《修订自动数据处理个人保护公约议定书》、2005 年日本《个人信息保护法》、2006 年俄罗斯《个人数据保护法》、2011 年韩国《个人信息保护法》、2012 年新加坡《个人数据保护法》、2018 年巴西《个人数据保护法》，等等。

② 参见程雷：《大数据背景下的秘密监控与公民个人信息保护》，载《法学论坛》2021 年第 3 期。

③ 参见石佳友、刘思齐：《人脸识别技术中的个人信息保护——兼论动态同意模式的建构》，载《财经法学》2021 年第 2 期。



断涉案数据是否属于生物识别数据,从而援引相关的保护性规定。^①

(二) 欧盟模式

由于存在二战时期纳粹集团战争机器的历史阴影,欧盟最初的个人信息保护立法的宗旨大多为规范国家行为,在现行立法中也多将公民个人信息作为一项基本权利加以体系化保护。在以往欧盟各国多项立法的基础上,2018年5月,欧盟各成员国正式实施《通用数据保护条例》(GDPR),立法逻辑起点为“人格权保护”,在个人信息保护领域实施标准化、一体化的立法和执法措施。《通用数据保护条例》生效后,Facebook和谷歌等互联网企业即被指控强迫用户同意共享个人数据而面临巨额罚款,并被推上舆论关注的风口浪尖。《通用数据保护条例》专章规定了数据主体权利,包括信息透明度和信息机制、数据访问权、数据主体的修正权和删除权即“被遗忘权”、限制处理权、反对权、拒绝权和自主决定权、知晓黑客入侵权等,建立了个人信息权利保护的公益诉讼制度,规定数据主体为了自身利益,有权委托非营利组织行使救济权利。同时,欧盟也倾向于通过争夺数据规则制定的主动权,推动欧盟单一数字市场建设。2020年12月15日,欧盟公布了《数字服务法》和《数字市场法》的草案,旨在加强对数字平台企业的治理,保护用户权益,构建安全的网络空间,遏制大型平台企业的垄断,创造公平竞争环境监管。^②

(三) 美国模式

美国个人信息保护的立法,呈现出对政府权力的一般限制、市场自我规制和特定行业、敏感信息重点保护的立法模式,区分金融、健康、未成年人等不同情形进行保护。^③由于美国联邦及各州涉及个人信息和隐私保护的法律法规过于多样化,因此很难充分概括美国立法的全貌。美国在联邦层面目前没有针对个人信息和隐私保护的专门性法律规范。对于个人信息和隐私的保护,美国采用的依靠行业立法、监管和行业自律相结合的行业监管方式。^④2020年9月,美国伊利诺伊州斯普林菲尔德市发布市政令,暂停人脸识别在公开政务中的使用。加利福尼亚州、马萨诸塞州、俄勒冈州等州所属的10个城市亦相继发布市政令,直接禁止包括警察部门在内的政府机构在辖区内公共场所使用人脸识别技术。对于消费者个人信息的保护,2020年1月1日,美国加利福尼亚州《消费者隐私法》生效,所有的加州居民均被列为消费者保护的范畴,除小微企业和一般自然人的信息收集与处理活动外,规定了消费者享有的信息披露请求权、信息删除请求权、禁止企业出售个人信息的权利、赔偿诉讼请求权等,提高了美国保护隐

① 参见程雷:《大数据背景下的秘密监控与公民个人信息保护》,载《法学论坛》2021年第3期。

② 参见沈红雨:《大数据流动背景下个人信息保护法律制度的挑战与对策——基于比较法的视角》,载《中国应用法学》2021年第2期。

③ 参见美国联邦《隐私法》《金融服务现代化法》《家庭教育权利与隐私法》《健康保险可携带性和责任法案》《儿童在线隐私保护法》《驾驶员隐私保护法》《视频隐私保护法》等。

④ 参见韩晗、林野丽:《十二国/地区个人信息保护与企业数据合规制度概述——美国篇》,载知乎网2020年7月21日, <https://zhuanlan.zhihu.com/p/162258086>。

私的标准，平台化精准营销的互联网商业模式将受到一定程度的制约。

三、个人生物识别信息保护类型的差别化分析

（一）关于生物识别信息保护与疫情防控

我们正处于新冠疫情防控的重要时期，疫情的发展涉及国家社会和公共安全，涉及人民群众的生命健康安全，因此，公民生物识别信息的收集、行动轨迹的识别，在适度的范围内是应当得到允许的。一种观点认为，因为在我国《民法典》中生命权、健康权、身体权优先，隐私权虽然也很重要，但在隐私权和生命权发生冲突时，比如采取扫“健康码”、人脸识别这些措施，是为了优先保护生命权不得已付出的代价。^①在此情形下，对于个人信息的收集和处置，应当进行让渡。另一种观点认为，即便是疫情防控需要，对个人生物识别信息的保护也应当限于合理的存储、利用，不应无限度的利用、共享甚至是侵犯。

（二）关于生物识别信息保护与安全

《数据安全法》第35条规定：“公安机关、国家安全机关因依法维护国家安全或者侦查犯罪的需要调取数据，应当按照国家有关规定，经过严格的批准手续，依法进行，有关组织、个人应当予以配合。”由于许多公开获取公民信息的媒介所储存的大数据也被应用到刑事司法、情报信息与国家安全领域，由此产生了“用隐私换安全”的现实做法和思维基调，形成了隐私和安全边界与冲突的考量。一种观点认为，公民让渡出部分个人信息由政府加以利用，以获得更为安全、稳定的生活状态以及更为正当、文明的刑事司法程序。这种交易理论是个人信息及隐私权的让渡正当性的一个有力推定。另一种观点认为，从人类信息保护的发展历史来看，对公民信息自由与安全的最大威胁莫过于政府，政府对于公民权利的侵犯和滥用曾经导致很多灾难性的历史事件。^②因此，所谓的以“隐私换安全”远远没有解读者的云淡风轻和义正词严。这种让渡程度如何界定，交易是否应由公民认可，应当属于公民基本权利的内容。这种让渡中政府监控如何受正当程序的制约，如何设定监管，公民生物识别信息的公开、保存、利用、处置是否应纳入行政诉讼的范畴，值得进一步研究。

（三）关于生物识别信息保护与共享

排除前述两个问题涵盖的内容，这里的共享，仅指以经济发展为目的的信息共享。对于公民个人信息隐私权与共享之间的关系问题，一种观点认为，大数据时代的显著特征在于数据的开发与再次利用在很大程度上依赖于数据共享，数据共享能实现数据

① 参见王利明：《民法典顺应良法善治新期待》，载《网络传播》2020年第8期。

② 参见程雷：《大数据背景下的秘密监控与公民个人信息保护》，载《法学论坛》2021年第3期。



资源的重复利用,降低数据收集成本,实现同类数据社会效益的最大化。^①可以说没有数据共享,大数据的优势就难以体现。因此,为促进我国大数据产业快速发展和赶超,应当尽最大程度地实现信息的共享,这也是我们大数据产业发展的一个基础和特色。另一种观点认为,经营者在收集消费者生物识别信息时,如果侵犯了消费者的知情权,不适当的进行存储、利用,对于消费者造成的损害是不可估量的。这里需要区分的是,基于公共安全目的的信息收集、保存、利用与商业目的的信息处理尽管存在一定的联系,但由于信息的持有者和利用者同公权力机关的性质不同,与消费者之间属于平等主体的民事法律关系,对其通过大数据发展实现的经济利益应当至少和公民权益在同一纬度上进行衡量,而不宜以大数据发展为名,过分损害公民的合法权益。

(四) 关于生物识别信息保护与物业管理

一种观点认为,对于物业小区设置的个人生物信息识别系统,如进入小区刷脸等,反映了现代化管理的需求,为提高物业管理准确程度和效率,业主应当服从物业安排,提供生物识别信息。另一种观点认为,即便是小区业主的公共管理也不必然产生要求业主提供个人生物识别信息的权利,物业公司在未经业主许可的情形下处理个人敏感信息,缺乏法律依据。因此,业主有权拒绝提供,同时物业公司应当给予替代识别措施,便于业主实现同等的行动自由。

(五) 关于生物识别信息保护与劳动关系

一种观点认为,对于用人单位在日常管理中收集的个人信息,比如采取人脸识别打卡、门禁等措施,属于用人单位管理制度的内容,一般情形下劳动者无权拒绝。另一种观点认为,用人单位收集劳动者生物识别信息应当以适当为原则,且有安全保存该信息的义务,在劳动关系解除时,劳动者享有请求合理处置该信息的权利。用人单位或者其工作人员违法处置个人信息,应当承担相应法律责任。用人单位处置个人生物识别信息时,应当进行必要的限制,并在双方签订劳动合同中载明,过分侵犯劳动者个人信息权益的条款,应属无效。

(六) 关于生物识别信息保护与医疗

健康医疗大数据是国家重要的基础性战略资源,对于身体状况监测、疾病预防和健康趋势分析等都具有积极意义。一种观点认为,理想化的健康医疗大数据是通过能够穿戴的设备或其他终端,对人体健康数据进行持续收集,并给出诊断或康复建议,真正缩减了医疗服务的人、财、物等成本,实现医疗健康数据的全覆盖。另一种观点认为,个人生物识别信息和健康状况的隐私信息能否得到充分保护,直接影响到公共空间和私人空间的界限。在对健康医疗大数据的监管治理模式上,应当通过落实知情

^① 参见王利明:《数据共享与个人信息保护》,载《现代法学》2019年第1期。

同意、无害利用等原则，探寻一条鼓励创新和保护个人隐私的允中之道。^①

四、消费民事公益诉讼进行生物识别信息保护的可行性探析

我国学者对个人信息权属性定位有两种不同的观点：一种观点认为个人信息权是人格权，认为个人信息权与权利人的人格尊严和人格自由紧密相关，但个人信息与隐私权之间存在诸多差别，^②此种观点在民法学界比较普遍；另一种观点认为个人信息权是财产权，个人信息权与权利人的财产利益紧密相关，界定为财产权有利于个人信息权的保护。^③在此基础上，对于个人信息属于个人所有还是共有，也存在不同认识。有观点认为，个人信息本质上类似于纯公共产品，如阳光、空气等，带有一定的共有财产属性，且具有极大的社会价值。^④这种争议观点主要是建立在尚未对个人信息进行分类的情况下展开的，在将个人信息与安全、共享进行分析比对的情境下，包括生物识别信息在内的个人信息，很难具有独立的可深入研究的空间，也将消费者生物识别信息的保护置于困境。因此可以从消费者生物识别信息与一般的个人信息关系和特点进行分析：

（一）消费者生物识别信息将形成社会公共利益新形态

个人信息权不能简单地定位为人格权或财产权，其人格利益和财产利益同等重要。从财产权角度，个人信息是私有和共有之混合，而且共有涉及多数权利人的共有，完全靠自治难以取得成效。在大数据时代，包括消费者生物信息在内的个人信息只有形成规模才具有价值。在严格单个人权利保护的路径下，个人信息的处理需要征得个人的同意，此种情形下，并不利于个人信息的利用和共享，可能不完全符合个人信息的半公地的性质及特点。众多个人信息形成的大数据，并非被每一位消费者独享，但形成了众多消费者共同组成的数据利益，正在形成一种新型的社会公共利益，这也是网络化背景下新类型纠纷，给类似权利保护路径的完善带来的新命题。

（二）消费者生物识别信息保护与大数据发展不存在冲突

当前，我国法律对于生物识别信息的保护尚未从公民个人信息保护中作出特别规定，而是同其他个人信息一并进行规定和考量。通过前文所述的公民个人生物识别信

① 参见刘影、管仲军：《健康医疗大数据共享时代 切勿将公众变成“透明人”》，载《光明日报》2020年12月6日，第6版。

② 参见王利明：《论个人信息权的法律保护——以个人信息权与隐私权的界分为中心》，载《现代法学》2013年第4期。

③ 参见张融：《个人信息权的私权属性探析——人格权抑或财产权》，载《北京邮电大学学报（社会科学版）》2017年第2期。

④ 参见付大学：《个人信息之半公地悲剧与政府监管》，载《首都师范大学学报（社会科学版）》2019年第1期。



息技术的应用场景可知, 可以对该类信息的处理包含传染疾病预防、安全、共享、社区管理等方面, 也就产生了公民个人生物识别信息权益与公共卫生安全、社会治安安全、共享、社区自治、劳动制度等方面的冲突和博弈。但是消费者生物识别信息不同, 与之相对立的主要是商业利益, 而非公共利益和国家利益。这里存在着个人信息的主体与客体的转换问题, 即对于消费者生物识别信息保护领域, 公民个人是权利主体而非权利涉及的客体。

(三) 个人生物识别信息侵权的不可逆性降低私益诉讼的动因

人格权方面的侵权, 损害的结果一旦蔓延之后损害后果无法估计, 也不可恢复原状。^① 消费者生物识别信息被收集尤其转让后, 往往难以尽数删除并消除影响, 由于涉及个人隐私, 开展维权行为可能给消费者造成更大的伤害, 因此消费者本人往往不具备遏制侵权行为的合理动机。为制止正在进行的侵权行为, 遏制侵权行为的蔓延, 需要维护公益的国家机关或社会组织代表受侵害人主张权利, 才能对消费者生物识别信息进行适当的司法保护, 对侵权行为进行有效约束。

(四) 对于消费者生物识别信息的处理应当采取相对严格的管理模式

现实中往往存在侵害不特定众多消费者权益的情形, 直接影响到广大人民群众合法权益, 所以应在消费领域为消费者生物识别信息予以特殊的保护。侵犯消费者个人生物识别信息行为是否损害社会公共利益, 是对其违法性判断的逻辑起点。^② 根据《个人信息保护法》第28条规定, 只有在具有特定的目的和充分的必要性, 并采取严格保护措施的情形下, 个人信息处理者方可处理敏感个人信息。为促进消费者个人信息的保护, 《消费者权益保护法》《个人信息保护法》《使用人脸识别技术处理个人信息民事案件规定》等法律和司法解释, 均明确了消费民事公益诉讼的功能设置。

从前文所述权利冲突的情景分析, 经营者收集、利用、共享等处理消费者生物识别信息的过程, 往往在消费者不知情的情况进行。即使征询消费者的意见, 在收集消费者信息时, 也采取消费者无法识别、对抗的方式进行, 经营者的行为往往针对不特定的消费者进行。经营者对于收集的信息进行处置时, 也会针对众多的消费者。根据我国《民事诉讼法》第55条规定, 对侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为, 法律规定的机关和有关组织可以向人民法院提起诉讼。符合《民事诉讼法》规定的公益诉讼提起的条件, 可以提起民事公益诉讼。

^① 参见王利明:《民法典顺应良法善治新期待》, 载《网络传播》2020年第8期。

^② 参见王辉、韩荣:《消费者个人信息保护检察民事公益诉讼相关问题探析》, 载《中国检察官》2020年第12期。

五、消费民事公益诉讼介入消费者生物识别信息保护的诉讼程序定位

（一）与刑事诉讼

从目前中国裁判文书网上公益诉讼涉及消费者个人信息的案件来看，几乎全部通过刑事附带民事案件进行。在刑事案件中对犯罪行为进行认定并作出处罚时，一并通过民事公益诉讼的方式，判决侵权人赔礼道歉、删除信息、赔偿损失，对刑事案件有较强的依附性，同时对刑事责任的追究也起到补充作用，主要功能在于通过对违法获利的剥夺，起到预防、制止作用。由于刑事责任追究的谦抑性，对于大量的轻微违法行为、侵权行为以及违约行为，不宜进行刑事打击，所以民事公益诉讼的预防、制止、引导作用存在着较大的发挥空间。

（二）与行政管理及行政公益诉讼

《民法典》第 534 条规定：“对当事人利用合同实施危害国家利益、社会公共利益行为的，市场监督管理和其他有关行政主管部门依照法律、行政法规的规定负责监督处理。”但由于对消费者生物识别信息的保护职责尚待明晰，对于数据信息共享和个人信息保护的认识存在争议，市场监管局对于消费者权益的生物识别信息的保护，远远不如其他消费侵权行为更为主动。从办案数量上来看，以大数据经济比较活跃的浙江省为例，2017—2020 年全省查办侵犯消费者个人信息案件分别为 24 件、48 件、106 件和 142 件，共 320 件，平均每年每市不足 8 件。个人信息保护公益诉讼既包括行政公益诉讼又包括民事公益诉讼，根据《行政诉讼法》规定，人民检察院是我国行政公益诉讼的唯一起诉主体，但在《民事诉讼法》的规定中有权提起公益诉讼的主体除了人民检察院，还包括法律规定的其他机关和有关组织。鉴于涉及公共利益，行政管理部门应当更好地发挥主导作用，行政公益诉讼将对此发挥监督功能。但是，由于行政公益诉讼对于行政行为约束的谦抑性，对于侵权行为的具体应对措施，一般仍由行政机关进行，可能会影响生物识别信息保护的效率，形成难以挽回的侵权后果。消费民事公益诉讼能够在诉讼中直接申请采取保全措施或者禁令，及时控制侵权行为的蔓延。由于目前法律规定尚待完善，检察机关倾向于较为灵活的行政公益诉讼方式，督促行政机关加强对个人信息违法行为的监管。

（三）与私益诉讼

第一，对于在生物识别信息保护中公益诉讼和私益诉讼的关系问题。由于诉讼成本高、难以实现预期效果，个人对于信息保护的动机欠缺。如果设置过多激励方式，过度保护又可能会导致信息利用价值的丧失。由于该种保护与设立消费者保护的惩罚性赔偿机制的背景存在差异，加之大数据本身具有的公共属性，该领域尚不存在职业



维权人的问题,相对于私益诉讼而言,公益诉讼发挥作用的空间更为广阔。第二,基于其他类型消费者权益保护发展之得失和争议,推动职业打假式的个人信息保护模式不利于权利保护的规范性,不符合个人信息数据化特征,也会影响大数据产业的快速发展。第三,我国实行国家主导的政治经济体制,私权和社群自治不够发达,权利意识相对淡漠,因此不宜生搬硬套域外的个人信息保护路径。消费公益诉讼应当是行政管理的必要补充,是体系化保护中的一个重要路径。

六、消费民事公益诉讼保护生物识别信息功能发挥之前瞻

(一) 明确功能定位

从以上涉及个人信息保护的消费民事公益诉讼所涉及的情况来分析,该类诉讼尚未在保护个人生物识别信息中发挥应有作用。仅从目前案件数量上来看,明显与侵权行为大量存在的情况不对称,问题产生的原因是多方面的,但究其原因还是在于,对于消费民事公益诉讼介入个人生物识别信息保护缺乏明确的定位。消费民事公益诉讼的目的应重在制止和预防,诉讼重点针对未被追究刑事责任和行政责任的大规模侵害消费者生物识别信息行为开展,补足目前社会规制的缺位,与刑事诉讼、行政监管、消费私益诉讼相互配合,共同构筑生物识别信息保护社会治理体系。

(二) 扩大主体范围

由于涉及网络的安全和技术问题,人民检察院和消费者协会对技术层面缺乏专业背景,也是影响民事公益诉讼深入推进一项重要因素。因此,消费者生物识别信息公益诉讼的主体,应当在具有互联网管理背景的机构中进行扩大,根据《个人信息保护法》的规定,可由国家网信办等部门根据实际情况进行确定,在司法实践中,也可建立相应技术机构支持人民检察院和消费者协会进行公益诉讼的制度。另外,从消费民事公益诉讼整体开展情况来看,消费者协会诉讼的案件数量非常少,激励机制需要进一步完善,提起公益诉讼的社会主体还需扩大。

(三) 改革证据制度

从目前提起诉讼的案件来分析,55件案件中53件是侵权人被追究刑事责任的情况,侵权行为的认定已经不存在争议。对于民事案件中侵权行为的证明,是现实影响公益诉讼提起的一个重要因素。大数据背景下,由于自动化技术的广泛应用,自然人与信息处理者之间诉讼能力差距进一步增大,《民法典》第1165条第1款过错责任的一般条款和第1194条网络信息的侵权责任条款以及《民事诉讼法》第64条等规定,已经不足以完成个人生物识别信息侵权救济的使命。一方面要将《个人信息保护法》第69条中关于“处理个人信息侵害个人信息权益造成损害,个人信息处理者不能证

明自己没有过错的，应当承担损害赔偿等侵权责任”的规定引入公益诉讼；另一方面立足于赋予检察机关、消费者协会等公益诉讼主体一定的调查权，增强原告主体的举证能力。

（四）规范损害赔偿

实践中，对于损失的计算有以下三种模式：一是根据受害人遭受的实际损失进行赔偿；二是按照信息处理者侵害个人信息而获得的不当利益进行赔偿；三是当受害人遭受的实际损失和信息处理者的获益范围难以确定时，法院综合各项评价要素酌定损害赔偿额。由于个人生物识别信息被侵犯后果的不可确定性，导致此类诉讼维权成本和胜诉利益不均衡，因此建立何种激励机制促进权益保护值得深入研究。重点在于依托《消费者权益保护法》第55条的相关规定，建立符合司法规律的惩罚性赔偿制度。

（五）构建综合体系

信息技术背景下的“风险社会”中，经营者与消费者之间信息不对称性进一步加剧。由于消费者生物识别信息兼具个体性和公共性的双重属性，其同安全、共享之间的关系，需要区分不同情形，由不同的社会组织进行调整把握，还需要各主体之间、制度之间的协调互补，从而建构一套基础更稳固、内容更完整、结构更合理的法律体系，以更有利于实现维护公民权利、促进社会进步的功能。

（责任编辑：崔婷婷）



保理交易中保理商义务探析

刘成安 陈泓文*

内容摘要：作为《民法典》唯一新增的有名合同，保理合同法律关系备受司法实务界关注，各方当事人的基础权利义务自然成为讨论的基础性命题。作为从事金融业务的专业机构，保理商在审核义务方面也应有别于其他普通商事主体，但是《民法典》并未对保理商应负何种义务作出明确规定，这就导致司法审判可直接依据的“点对点”法律条文缺失。实务界沿用多年的习惯性做法，倾向于参照应收账款质押模式认定保理商的义务外延，但这两种法律关系实质并不相同，相似的标准并不能解决裁判文书的说理依据。以法律沿革与司法实践为基础，明晰保理商义务内涵，有利于促进保理合同纠纷得到公平合理的解决，也有利于通过司法审判形成规则指引，促进保理业的发展。

关键词：保理交易；保理商风险防范；保理商基本义务

中图分类号：DF525 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)01-118-130

近年来，我国企业应收账款总量不断攀升。至2018年末，全国规模以上工业企业应收账款高达14.3万亿元，相较于2011年，增加了7.27万亿元，增幅达103%。^①至2019年末，再创历史新高，达到17.4万亿元，比2018年末增长了3.1万亿元。^②在企业应收账款规模大幅度增加的同时，中小企业融资难、融资贵问题日益凸显。习近平总书记高度重视普惠金融工作，强调要强化对市场主体的金融支持，发展普惠金融，有效缓解企业特别是中小微企业融资难融资贵问题。^③保理业务是供

* 刘成安，山东建筑大学法学院企业合规与企业拯救法律研究所所长，法学博士。陈泓文，山东建筑大学法学院法律硕士研究生。

① 参见中国银行业保理专业委员会编著：《中国保理产业发展报告（2018）》，中国金融出版社2019年版，第25页。

② 参见中国银行业保理专业委员会编著：《中国保理产业发展报告（2019-2020）》，中国金融出版社2021年版，第24页。

③ 参见刘桂平：《扎实推进普惠金融事业高质量发展》，载《人民日报》2020年10月14日，第10版。

应链金融中的一种重要业务，保理商以债权人应收账款为前提，为债权人提供融资、应收账款管理和催收、债务人付款风险担保等综合性金融服务。因此，保理业务对于盘活我国企业巨量的应收账款、促进供应链金融稳定健康发展、改善中小企业融资难问题，具有独特优势。2019年中国银行业协会保理专业委员会全体成员单位保理业务量已达1.75万亿元，同比增长5.37%。其中，国内保理业务量达1.56万亿元，同比增长10.44%。^①在我国司法领域中，保理合同纠纷案件数量呈现逐年递增的趋势。无论我国经济发展，还是司法实践，均有“保理入法”的时代需求。2021年1月1日正式实施的《民法典》顺势而为，第一次将保理合同规定为有名合同，正式将保理交易行为纳入我国民商事法律调整的范畴，为我国保理交易业务的进一步发展提供了立法上的保障。

一、保理合同法律规定的沿革

法律规定是司法审判的基础，一切纠纷中对权利义务的裁决通常均应源于法律规定。因此，要探讨保理合同纠纷中的种种实务性权利与义务，就有必要梳理我国民事法律体系中关于保理合同的规定沿革及相关法条之间的关联，以便于理解保理合同的特征。本文将对《民法典》与《商业银行保理业务管理暂行办法》（银监会〔2014〕5号）（以下简称《管理办法》）中的主要条文进行对比，以厘清保理合同法律关系的基础。

（一）关于保理合同的界定

《管理办法》第6条规定，本办法所称保理业务是以债权人转让其应收账款为前提，集应收账款催收、管理、坏账担保及融资于一体的综合性金融服务。债权人将其应收账款转让给商业银行，由商业银行向其提供下列服务中至少一项的即为保理业务，包括：应收账款催收、应收账款管理、坏账担保、保理融资。以应收账款为质押的贷款，不属于保理业务范围。而《民法典》定分止争，通过第761条对保理合同定义进行调整，规定为“应收账款债权人将现有的或者将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同”。

相较而言，在客体方面，囿于《管理办法》是银监会为规范商业银行领域内保

^① 参见中国银行业保理专业委员会编著：《中国保理产业发展报告（2019-2020）》，中国金融出版社2021年版，第17页。



理业务秩序而颁布的部门规章，其规范的行为限于商业银行保理业务的经营行为，而《民法典》并未将保理合同领域限定于商业银行、保理公司或融资租赁公司的保理业务经营行为，其规范的行为类型更具概括性。在内容方面，《管理办法》有关保理的基本交易结构较为单一，在建立基础合同后，债权由卖方取得，并与保理商签订保理合同，将债权让与保理商。与此相比，《民法典》在内容和基本交易结构的规定覆盖范围更为广泛。《民法典》与《管理办法》一脉相承，但首次明确了保理商可以以将有的应收账款为基础开展保理业务，即把未来应收账款纳入了保理范围内。

（二）关于应收账款问题

2018年12月23日《〈民法典合同编（草案）〉修改情况的汇报》将保理合同表述为“保理合同是应收账款的债权人将应收账款转让给保理人，保理人提供资金支持以及应收账款管理、催收等服务的合同”。《民法典》第761条规定：“保理合同是应收账款债权人将现有的或将有的应收账款转让给保理人，保理人提供资金融通、应收账款管理或者催收、应收账款债务人付款担保等服务的合同。”故应收账款是保理合同的核心，也是保理商开展保理活动的基础。

1. 应收账款请求权的界定。《民法典》颁行之前，《管理办法》第6条就已对应收账款作出了规定，但上文也已提及，此时的应收账款仅为已存在的应收账款。而且，《管理办法》中的应收账款虽然明确包括企业提供相关服务后取得的报酬，但同时明确排除了因票据及其他有价证券而形成的债权，《民法典》也并未对此作出明确填补。因此，结合《民法典》与《管理办法》规定，应收账款请求权的外延应为在排除因票据及其他有价证券而形成的债权及违反法律、行政法规相关规定而形成的权利基础上，因提供货物、服务或设施而使债权人依法享有的现有或未来款项的付款请求权。^①

2. 应收账款不实的法律风险。由于保理商不是基础合同当事人，其在确定基础合同是否存在方面存在现实障碍，无法直接判断基础合同及应收账款真实性。因此，保理商如何审核应收账款的真实性，或言之，保理商应为何种行为才能在应收账款为假时免责，就成为保理合同法律规定的核心问题。

《管理办法》采取了对保理商在审查应收账款时的义务及注意事项进行规范的方式，且规定较为细致。如第14条和第15条规定，商业银行应严格审核基础合同双方的资信、经营状况，核查其履行能力，确认相关交易行为的真实合理性。这实际上将

^① 参见田荣源：《商业银行理财产品质押法律问题研究》，辽宁大学2018年硕士学位论文。

包含应收账款是否为真的相关审核义务分配给了商业银行。

《民法典》第 763 条同样对应收账款为虚构的情形作出规定，但并未采用《管理办法》的规定形式，以分配审核义务的形式明确风险，而是直接规定若应收账款债权人与债务人存在造假情形，则债务人不能以应收账款不存在作为借口。

3. 关于未来应收账款是否可以进行保理交易。《管理办法》否认了未来应收账款开展保理业务的可能性，但《民法典》对此作出了扩大规定，将未来应收账款纳入保理业务范围内。《应收账款质押登记办法》实际上与《民法典》中关于可质押标的规定存在一致性，即《民法典》的规定并非完全意义上的突破或首创，但需要强调以下两个问题：

第一，《民法典》并未明确未来应收账款的内涵与外延。未来应收账款可以存在两种情形：一是数额预期，即基础合同项下卖方义务未履行完毕的预期应收账款；二是发生预期，即基础合同尚未订立的预期应收账款。^① 相较而言，后者属于狭义的未来应收账款，而这两种情形的统称属于广义的未来应收账款。根据最高人民法院(2018)最高法民终 31 号案中的观点，在应收账款债权设立发生在保理合同订立之后，如果后设立的应收账款债务人对该保理合同约定的债权予以确认或者追认，属于当事人对自己民事权利义务的处分，并不损害他人合法权益，也不违背公序良俗，人民法院不应以此否定保理融资合同的效力。^② 据此可见，此处的未来应收账款可作广义理解，统一的时间点并不存在基础交易与保理业务之间，在保理关系实现前满足基础交易真实有效、实际转让应收账款等核心条件的，不应认定其无效。

第二，因《民法典》颁行是否存在法律冲突。鉴于《管理办法》仍有效施行，法律适用冲突在当前保理业务中尤为明显。实践中，若保理商为商业保理公司，则不会产生法律冲突，但若为商业银行，则此时应从法律适用的基本原则出发，适用《民法典》之规定。

二、保理合同案件司法审判实践的检视

马克思在《〈政治经济学批判〉序言》中指出：“随着经济基础的变更，全部庞大的上层建筑也或慢或快地发生变革。”民法典条文需要司法实务的检验，以进一步明

^① 参见冯宁：《保理合同纠纷案件相关法律问题分析》，载《人民司法·应用》2015 年第 17 期。

^② 参见王锐：《国际保理合同的认定与裁判方法——基于一起典型案例的分析》，载《法律适用》2019 年第 2 期。



确和完善条文的本旨和适用场景。前述对保理合同的法律梳理只是对保理合同法律关系应然性的分析，而保理商等保理合同当事人的实然性实践并不见得与其应然性完全一致，且该不一致情形直接影响了保理合同纠纷在司法层面的处理方式。

（一）样本案件基本态势

本文以“全文：保理合同；案由：民事案由；案件类型：民事案件；文书类型：判决书；年份：2021”为关键字搜索，共搜索到生效裁判文书1056件。在初步排除与保理合同关联性较小案件的基础上，笔者根据筛选出有被告或被上诉人到庭应诉并答辩、与保理合同关联性较大的样本案件60件，并根据样本案件特点梳理，发现样本案件基本态势如下：

第一，从案由来看，合同纠纷45件，侵权责任纠纷1件，债权转让合同纠纷1件，融资租赁合同纠纷2件，借款合同纠纷4件，买卖合同纠纷1件，追偿权纠纷4件，金融借款合同纠纷1件，保证合同纠纷1件。可见案由方面主要是合同纠纷中的保理合同纠纷。^①

第二，从保理商是否有追索权来看，有追索权的保理合同54件，无追索权的保理合同6件，有追索权保理合同数量占样本案件数的90%。可见，目前保理合同业务仍以有追索权保理为主。

第三，从保理方身份来看，样本案件中保理方为商业银行的有5件，保理方为商业保理公司的有55件，占比91.7%。可见，商业保理公司的保理法律业务占多数。

（二）样本案件特点分析

1. 保理商的诉求。在系统梳理60件样本案件的基础上，笔者归纳出以下几点为保理商基本诉求及理由：

第一，保理商主张自己为合法有效的专业保理公司或具有保理资质的银行。在样本案件中，保理商均在陈述请求时主张自己是依法成立的保理机构，经营范围及从事业务合法合规，因此具备从事保理业务资质。

第二，保理商主张与债权人成立的《保理合同》为有效合同。在论述理由时，保理商通过相关证据来证明案件完全符合保理合同的要件，属于典型的保理合同，保理商与债权人签订《保理合同》的目的是通过保理业务为债权人提供综合性的保理融资服务，双方意思表示真实，《保理合同》应当合法有效。

第三，保理商主张应收账款真实。保理人通常主张涉案的应收账款为有效且真实

^① 由于实践原因及裁判文书上网的迟延性，裁判文书网及北大法宝网站上均未充分体现“保理合同纠纷案由”的案件数量与特点，故在此也不必以此为统计分析口径。

的款项，且自己已履行审慎义务。并且，大多数保理商还会进一步阐述自己并非基础交易合同的当事人，对具体的要素信息只需尽一般的审慎义务即可。此间，保理商对应收账款通过《保理合同》《应收账款转让通知书》《回执》等证明，债务人对应收账款知晓，对应收账款转让理解、接受，并对此不进行任何抗辩、抵销、反请求的承诺，另证明涉案应收账款转让已在中国银行征信中心办理了转让业务登记。

另外，在债务人主张存在虚假应收账款情况时，保理商会举证债权人与债务人故意伪造应收账款。在部分的样本判决书中，当债务人以应收账款为假进行抗辩时，保理商会进一步举证，试图证明债权人与债务人存在虚构账款以骗取融资的情况，而自己系被诈骗一方，债务人的理由不能对抗保理商。

2. 对保理商的抗辩。通过对样本案件进行归纳，债务人对保理商的抗辩理由达十多种，主要分为基础合同不真实、保理法律关系不存在、基础合同项下债务人的付款条款未成就、债务人已履行付款义务、涉案款项已还清、基础合同有禁止债权转让的规定等情形。

第一，对基础合同真实性的抗辩。应收账款是保理合同的核心要件，故对保理合同的诸多定性判断与应收账款的真实性密不可分。缺少这一要件，保理法律关系则不能成立。因此，对基础合同真实性的判断直接关系到债务人是否应向保理商承担付款责任，对基础合同真实性的抗辩理由必然就成为债务人最为频繁、也是首要的抗辩理由。

如在广发银行股份有限公司济宁分行诉山东鑫运达煤业有限公司、华润电力物流（天津）有限公司一案中，华润电力物流（天津）有限公司（债务人）就抗辩主张，保理商办理保理业务依据的基础交易资料及债权审核资料均系伪造，故不存在保理合同缔结的前提及基础，保理关系不成立。^①可见，保理合同纠纷案件中，保理商承担诉讼不利后果的关键原因在于未尽到合理审查义务，未能对基础合同的真实性进行审慎全面的审查。

此外，如果实践中债权人与债务人串通，虚构应收账款，则不能以应收账款不存在为由进行抗辩。《民法典》第 763 条规定了虚构应收账款的法律后果，明确了虚构应收账款对保理合同效力的影响。根据此规定，保理商知情与否在确定虚构应收账款对保理合同效力方面有重要意义。而判断保理商是否对虚构应收账款知情，则要考虑保理商基本义务的履行情况。保理商负有审慎注意义务和调查核实义务。如果债务人

^① 参见广发银行股份有限公司济宁分行诉山东鑫运达煤业有限公司、华润电力物流（天津）有限公司金融借款合同纠纷案，山东省济宁市中级人民法院（2017）鲁 08 民初 62 号民事判决书。



确认应收账款真实，保理商据此完全不对应收账款进行任何的调查与核实，在保理商完全可以通过成本较低的审核措施就能够发现应收账款不存在的情形中，就有理由认为保理商对应收账款不存在的情形应当明知。

第二，保理法律关系不存在。保理商与债权人之间的保理法律关系是否真实存在，是保理合同纠纷中常见争议焦点。由于保理合同法律关系的前提是应收账款的让与，故而审查保理合同关系前提要件是审查可转让的应收账款。换言之，判断应收账款是否可转让的标准，是应收账款是否具有确定性且已经到期。从样本案例看，该抗辩事由多集中于基础合同存在不确定性的情形中。例如，案涉保理合同项下的基础合同有多份，且具有履行期限在保理合同订立之后，或仅载明交易暂定价、暂定数量的，基础债权会有明显的不确定性和未到期的特点，此时债权人与债务人就会以应收账款的不特定性为由进行抗辩。^①

第三，应收账款付款条件未成就。有些债务人会通过提交一系列证据证明付款条件未成就的方式，主张自己不应向保理商支付款项。该抗辩权系“常规性”抗辩权利，源于《民法典》第548条，属于债务人依托基础合同享有的抗辩权。法院一般会将付款条件已成就的证明责任分配给保理商，并根据基础合同具体履行事实及相关证据材料判断债务人的付款条件是否成就。

第四，名为保理实为借贷。有些债务人会在诉讼中提交证据，以证明保理公司从事金融放贷业务，违反银行业监督管理办法等行政法规，签订涉案合同构成以合法形式掩盖非法目的。例如，有些债务人辩称，保理商以赚取高额利息为目的向不特定的社会对象提供资金，其出借行为具有反复性，借款目的有营业性，系职业放贷人，故保理商以保理为名实施的借贷行为因违反法律强制性规定而无效。^②

3. 法院的观点。法院裁判观点是以裁判文书作为媒介的法律指引，本文对样本案件中有代表性的法院观点进行梳理，以抽离出司法机关的共识。

第一，关于合同效力。样本案例中，法院基本都根据《民法典》第465条规定确认合同效力，若案涉合同为双方或三方真实意思表示，未违反法律及行政法规的强制性规定，亦未侵犯他人的合法权益，应属有效。

此外，法院并不支持当事人以基础债权债务不存在导致保理合同无效的抗辩主张。所有涉及该问题的，法院均认为，从定义角度看保理业务虽为综合型金融服务，但从

^① 参见成都天天快递服务有限公司诉创普商业保理（上海）有限公司、成都迅雷物流有限公司等保理合同纠纷案，上海金融法院（2021）沪74民终451号民事判决书。

^② 参见广东简路影视文化传媒有限公司、夏志华等诉隆胜（中国）融资租赁有限公司其他合同纠纷案，上海金融法院（2021）沪74民终138号民事判决书。

法律关系上看，产生应收账款的基础交易关系和应收账款转让的保理融资关系，属于两个相互独立的法律关系，且保理商大多已经尽到了审查义务，若无证据证明保理商对于债权人虚构基础合同情况是知晓的，则保理合同应认定为有效。

第二，关于基础合同法律关系的认定。司法实践中，法院作出裁判的基础必然是对涉案法律关系的定性。因此，在样本案件中，法院首先判断的必然也是保理合同各方的法律关系。如保理合同未约定明确应收账款付款期、还款方式、与债权人约定的固定还款日期与还款金额，也未约定与债务人的债务收回方式，则构成民间借贷关系。^①但其中当事人争议最大的，也是法院论述频率最高的核心命题是，债权人与债务人之间是否存在真实的基础贸易关系。

样本案例中，法院通常论述逻辑为：若保理人受让债权人对债务人的应收账款，其交易行为符合保理业务的特征，则案涉合同关系为保理合同关系。在此基础上，若债权人未提交其与债务人之间存在买卖关系的证据，则债权人转让给保理公司的应收账款之真实性无法确认，保理公司有关主张债务人清偿应收账款债务的诉讼请求，则缺乏合理合法依据。另外，虽然大多应收账款已在中国人民银行征信中心予以登记，但登记债权的真实性不是中国人民银行征信中心审查范围，故仅凭该登记不能认定登记的应收账款具备确定性和合理期待性。^②

在基础合同真实性对保理合同效力的影响方面，法院一致观点为，应收账款虽是保理合同的核心基础，且直接产生于基础交易合同，但不意味着如果基础交易合同虚假则保理合同必然无效。根据合同相对性原理，只要保理合同基于当事人合意，且不会损害他人合法权益，则该合同有效。

第三，关于融资租赁合同与保理合同混杂。此类争议并非保理合同纠纷的常见争议点，但由于该问题较为特殊，且具有一定的代表性，故本文特别对其作出摘要与梳理。

融资租赁合同和保理合同混杂，多为两合同为关联合同的情形。该情形中，融资租赁合同债权人大多依据保理合同的约定，将融资租赁合同债权人权利转让给保理商，保理商向其支付保理融资款，并按约定收取款项本息。^③法院一般会认为，虽然债权人将应收租金债权转让给保理人，保理人取得了该债权，但当合同约定的或

① 参见硕信（天津）商业保理有限公司诉天津市裕川干粉砂浆有限公司等合同纠纷案，天津市第三中级人民法院（2021）津03民终4185号民事判决书。

② 参见何斌诉易航（天津）商业保理有限公司合同纠纷案，天津市第三中级人民法院（2021）津03民终3449号民事判决书。

③ 参见陈海艳：《我国融资租赁公司的融资方式研究》，对外经济贸易大学2018年硕士学位论文。



法定的条件成就时，债权人还将重新取得应收租金及其项下的权利。如在债权人履行回购义务后，保理人应将相应的应收租金及其项下的权利返还债权人，或者融资租赁合同纠纷债务人支付的应收租金在清偿全部保理融资款本息及相关费用后还有剩余的，保理人应将剩余部分返还债权人。基于此，在融资租赁合同项下债权人期待权的范围内，债权人可以因回购重新取得应收租金债权，但无权就超出部分要求债务人清偿。^①

三、保理商的风险防范措施

实际上，不局限于样本案件，保理商在经营保理业务时始终会面临一个必须面对的风险，即回收款项不能收回的风险。保理商在办理保理业务时会采取各种方法回避这一风险，其目的直接指向能否成功回收保理款，也就是理所当然。由于保理合同制度中的受让人（即保理商）与债权让与制度中的受让人均为“第三者”，其审核债权人与债务人之间的债权债务关系的能力有限，而我国现行法律对其保护也存在不足或不明确，因此保理商在实际办理保理业务时，大多会采用通过设置合同条款来防范自身的各类风险，且其内容大多针对现行制度中对受让人保护薄弱的环节，即集中在信赖利益保护与原债权人担保方面，以弥补法律保护程度的不足。这些做法主要体现在以下两个方面：

（一）防范因债权表象带来的风险

债权表象，是债务人出具的与真实债权状态不符的债权文书。^②在保理合同法律关系中，相对于保理商而言，债权人与债务人其实都是债权表象中的“债务人”。因此，整个基础交易的各个环节对于保理商而言都有可能形成债权表象。

由于保理商并非基础合同当事人，故其对基础合同的签订与履行并未直接参与，仅通过债权人与债务人提供的相应信息间接“了解”相关情况，因此保理商对基础合同的真实状态进行判断的基础是“二手信息”。若此“二手信息”真实性有偏差，即债权人或债务人提供虚假信息，保理商对诸如债务人基于基础交易产生的抗辩权等权利势必不能作出完全客观判断。另外，即使参与保理业务三方均为善意且尽职，也会因办理保理业务时仅对相应的基础债权进行确认，而有可能遗漏符合抵销权等

^① 参见中民国际融资租赁股份有限公司诉武汉和润物流有限公司、和润集团有限公司融资租赁合同纠纷案，天津海事法院（2020）津72民初467号民事判决书。

^② 参见吴国喆：《权利表象及其私法处置规则》，中国政法大学2006年博士学位论文。

情形的其他债权。因此，基于债权表象产生的风险可能会同时包含信用风险与欺诈风险。

实践中，保理商通常采用的防范措施是，从确认基础合同的真实性和排除债务人基于基础合同的抗辩权出发，在应收账款转让通知书中要求债务人作出承诺。此类措施实际上是将基础交易中的债权人违约风险及因关联交易产生的抵销权移转回债权人自身，保理商不承担、也不介入因债权人自身原因而产生的纠纷。此类措施包含两个层次内容：第一，保理商在应收账款转让通知书中会载明的基础交易内容、增值税发票、应收账款数额等信息，并要求债务人对该信息进行确认。由于保理商持有的债权信息与凭证大多源自债权人，且基于债权相对性，并无确认其真实性的公示渠道，故该措施实际上即是为了验证上述信息的真实性，也是为了取得债务人关于整个交易真实性的肯定的意思表示。第二，保理商会在自己制作的制式应收账款确认书中要求债务人承诺非基础合同约定的义务。一旦债务人签章确认，即表示接受该要求。此类条款多为“无条件支付货款”，主要针对债务人权利，即债务人一旦承诺该条款，则相当于放弃因供货质量等因基础合同履行而产生的抗辩权或抵销权，相当于变相更改了基础合同条款，加重了债务人在基础合同履行中的义务。

不过，由于债务人不负有必须对转让行为进行确认的义务，所以从单纯的理论角度来看，保理商的该措施并不必然会收到降低风险的效果。在实践中，保理商为解决这一问题，会要求债权人协调债务人进行确认，且确认的结果必须为肯定性的意思表示，否则以保理手续不合规为由不予办理保理业务。从样本案件看，几乎所有案件均有保理商制作的制式应收账款转让通知书的回执，且无论是否为真，均有债务人的签章。由于我国现行法律体系中并不进一步区分“承诺”的含义，^①故债务人的盖章行为其实是被视为其接受应收账款转让通知书中全部内容的意思表示，即接受附加的条件。因此，保理商的上述措施客观上确实起到了风险防范作用。但是，债务人也可以选择对应收账款转让通知中非基础合同约定的要求声明保留。虽然在审判实践中，债务人对类似要求提出保留的情况凤毛麟角，但此类要求产生的约束力是基于当事人意思自治产生的，在双方无合意的情况下并不意味当然有效，债务人依然有选择不接受的权利。

^① 部分国家在债权让与立法中将承诺进行了区分，如日本的民法体系将承诺分为“承诺”和“无异议承诺”两种。前者体现在日本《民法典》第467条，此处的承诺并非合同订立意义上的承诺，仅表示债务人知晓债权让与的事实，使得该让与行为对债务人发生法律效力；后者体现在日本《民法典》第468条，此处的承诺不仅表示对债权让与事实的知晓，还表示债务人将不以债权不成立、债权已消灭、债权有瑕疵等事由进行抗辩。



（二）强化债权人对保理款回收的担保

针对债权让与制度中，受让人一经受让即应承担债务人无法按时付款的商业风险，保理商会采取不让债权人完全脱离基础合同关系的做法来回避风险，主要采用的措施是关于追索权的约定。

1. 有追索权保理业务被广泛采用。从样本来看，有追索权保理合同数量占样本案件数的 90%，居于主导性地位。追索权一词源于票据业务，是“票据上第二次请求权”^①，指票据持票人在票据到期时不能获得兑付而享有的请求前手偿还票据本金、利息及费用的权利。从保理合同角度看，有追索权保理业务中的追索权与票据业务中追索权近似，保理商在无法从债务人处取得相应的应收账款时，可以向债权人主张回购应收账款或归还融资。因此，二者皆是“第一次请求权”行使不能的情况下，对自己权利寻求的救济。但是，相对于无追索权保理业务，保理商广泛采用有追索权保理方式的原因不外乎规避债务人信用风险，以追索权的形式将该风险移转回债权人。事实上，保理商的该措施达到了预期目的。在样本案件中保理商胜诉的相关案件中，全部债权人均被判决承担责任，即保理商关于追索权的诉讼请求全部得到了法院的支持。

2. 要求债权人对保理合同提供担保。从对样本案件分析中可以看出，保理中担保的目的其实是为了保障保理商回收保理款而向债权人行使的追索权，并非保障保理商回收应收账款而向债务人行使的应收账款给付请求权。保理商的该措施旨在强化追索权的作用，提高追索权的实现概率。

客观上讲，追索权的广泛使用与强化，是保理商在运用借贷的思路来运作保理业务的思想指导下的必然选择。一方面，设立追索权的目的是为了缓和保理商因没有介入过基础交易而产生的风险，在实质上为保理商提供了选择的权利，即保理商在保理款回收受阻时，既可以选择要求债务人履行支付应收账款义务，也可以向债权人主张追索权。因此，保理商为自己的权利多设定一重保护，是正常的风险防范措施。另一方面，由于金融借贷业务的成熟操作，保理商对债权人还款能力及保障措施提供方面的审核路径轻车熟路，且作为保理业务中的申请人，债权人为获得融资，会尽可能配合保理商的工作，故对于债权人资信状况的审核实际上是双方合作的过程。而在保理商的“回收应收账款款项”的思路下，其并没有与债务人建立良好的合作关系，对债务人的资信审核是以保理商为主的“调查”行为。从保理商的角度看，前者的难易程

^① 施天涛：《商法学》，法律出版社 2021 年版，第 514 页。

度和审核成本显然低于后者，而风险控制效果又优于后者，故保理商选择前者其实是为了达到“用最少的成本获取最大的利益”目标的最优选择。因此，在保理商不改变运作思路与模式的情况下，上述思路的优劣对比其实是显而易见的，追索权的大范围使用与强化也是必然结果。

四、保理商的基本义务

虽然保理商在实践中已经采取了相应的风险防控措施，但由于现行法律并未对其基本义务与免责条件作出直接规定，故所谓的措施并非必然见效，这从样本案件中各方当事人的对抗过程中也可看出。因此，本文基于上述法律梳理、实践检验与保理商的实然性操作，对保理商的基本义务进行梳理归纳，以期为保理合同案件的司法裁判提供参考。

（一）保理商应当对债权人和债务人的基本商业资信进行评估

调查评估债权人和债务人的商业资信，并据此确定相应的融资额度，不仅是保理商应当负有的义务，也是保理商的基本风险防控措施。多数保理商都对债权人和债务人的基本商业情况作出要求。以《中国工商银行国内保理业务管理办法》为例，该办法第15条对办理单保理业务的债权人和债务人的资质作出详细要求，并以第16条规定“对能够提供担保风险系数为0的担保方式的单保理业务可不受第15条准入条件的限制”的例外情形。不过，该办法仍然秉持“借贷”思路来审核债权人与债务人的资信情况。以该办法第15条为例，其主要内容是对债权人，即销货方的信用评价作出规定，而对于债务人的资信要求不仅规定的条文少，且标准相较于债权人要降低很多。

（二）保理商应当对基础合同的真实性进行审查

如果说保理商对债权人的基本商业情况进行评估是防范保理业务中的信用风险，那么对基础合同真实性的审查就是防范欺诈风险。保理合同是以应收账款转让为前提的金融服务，产生应收账款的基础合同是否真实存在是保理关系能否建立的必要条件。因此，对基础合同真实性的审核是保理商发放保理款前最为重要的环节，若保理商不对基础合同进行审核或审核不严，就贸然办理保理业务，其应当承担相应的风险与责任。实务中，根据各商业银行的现行做法，保理商往往要求债权人提供基础交易合同等基本材料来证明基础交易的真实性与履约进度，包含对应的增值税发票、货物入库清单等。有些情况下也采用派员到债务人处现场核实的做法。



（三）保理商应当支付保理款或管理应收账款

保理商在接受符合保理合同约定的应收账款后，应当按约定支付保理款并管理、催收应收账款。通过转让应收账款而获得融资，是大多数债权人办理保理业务的直接目的，而保理商付款或管理应收账款的义务直接源于保理合同。因此，保理商应当根据保理合同约定的时间、方式向供应商支付保理款或预支款项。另外，回收保理款的第一来源是债务人应支付的账款，故无论保理商主观上是否愿意及客观上是否积极履行，其都有管理、催收应收账款的义务。

（四）保理商可以根据是否享有追索权承担相应的权利和义务

保理合同中是否存在追索权，完全基于保理合同各方的合同约定，故保理商在此方面享有一定程度的选择权。其亦可在纠纷发生后，基于当初的选择享有权利或承担义务。在有追索权的保理合同中，保理商在基础贸易合同约定的应收账款不能按时兑现时，享有要求债权人回购未支付部分款项的请求权。在无追索权的保理合同中，保理商应承担因债务人未能按照基础贸易合同的约定按期全部支付已核准的应收账款而造成的风险。但从实际上看，追索权也仅仅是保理商的风险防控手段，其虽然直接决定了保理商是否可向债权人主张权利，但并不影响保理合同定性。况且，从执行角度看，是否享有追索权的意义更多在于债权的实质性实现，而非债权的定性问题。

结 语

保理业务对于盘活我国企业应收账款、促进供应链金融发展、改善中小企业融资难问题具有独特优势，该业务高度契合了国家关于支持实体经济发展的政策导向。保理法律关系中，在通过设置合同条款来防范自身各类风险的基础上，保理商在审核基础合同关系及应收账款真实性方面仍有局限性。对于保理业务的法律规制，不应只着眼于顶层宏观设计和基层实务需求，立法和司法层面均应重视和明确保理商的基本义务和免责条件，明确保理商对债权人和债务人的基本商业资信、基础合同真实性的合理审查义务，以促进保理商积极审慎地履行支付保理款或管理应收账款，并根据是否享有追索权等情形承担相应的义务。

（责任编辑：王文斌）

价金担保权优先顺位的司法适用

郑思清*

内容摘要：价金担保权又称超级优先权，优先顺位是其核心要义。价金担保权虽然在域外有广阔的实践空间，但在我国系民法典新设制度，尚无成熟司法实践予以支撑，现行法律也存在诸多未尽之处。取得价金担保权的先决条件是自动产交付之日起十日内完成登记，该交付应当包括现实交付和观念交付两层意蕴，“完成交付”应当奉行客观标准，即以客观第三人可感知为视角，评判交付是否完成。基于工程款优先受偿权源自于保障工人劳动债权之目的，结合劳动债权对生存权的意义以及法定权利优于意定权利之原理，工程款优先受偿权应优先于价金担保权而受偿。鉴于民法典对保留所有权功能的调整，价金担保权应优先于保留所有权，但是当保留所有权满足价金担保权设立要件时，此时形成的两种价金担保权竞合，应参照登记顺序之先后认定优先权。

关键词：价金担保权；优先顺位；交付登记；工程款优先受偿权；保留所有权

中图分类号：DF525 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2022)01-131-143

引言

环视世界上经济进步之国家，莫不是担保制度立法最周密、运用最妥善之国度。^①担保制度最本质的特征在于优先受偿权，甚至可以说整个担保法的设计均围绕着优先顺位的确立与实现而展开。作为民法典担保制度的重大变革，价金担保权是民法典对我国信用经济发展的立法回应。所谓价金担保权，又称购置款抵押权、价款债权抵押权，比较法上一般称为“purchase money security interest”(PMSI)，是指债权人在动产之上取得的担保物权，系基于债务人购买该动产所生的价金给付义务，经法定登记程

* 郑思清，广东省深圳深汕特别合作区人民法院法官助理。

① 参见谢在全：《民法物权论》，中国政法大学出版社2011年版，第632页。



序而取得优先于其他意定担保物权而受偿的典型担保物权。其核心在于突破一般担保物权优先顺位认定所奉行的登记顺序原则,取得超越其他意定担保物权受偿的优先顺位,因此学界称之为超级优先权。显然,它对我国原有担保体系的优先顺位规则提出了挑战,这是价金担保权最本质的特征,也恰是其争议所在。

在域外担保制度中,价金担保权是广泛存在的民事制度之一,旨在强化信用经济,拓宽融资渠道,以增加债务人责任财产,实现盘活市场主体经济发展能力。我国《民法典》第416条是兼采域外立法精神的产物,也是价金担保权的探索性规范,其规定:“动产抵押担保的主债权是抵押物的价款,标的物交付后十日内办理抵押登记的,该抵押权人优先于抵押物买受人的其他担保物权人受偿,但是留置权人除外。”该条明确了价金担保权的客体为标的物之价款,法律效果是优先于同一标的物上设定的一切意定担保物权,但取得优先权的先决条件是应当自动产交付后十日内完成登记公示,这决定了完善“十日登记期”的理解对该制度的司法适用至关重要。

随后,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉有关担保制度的解释》(以下简称《担保制度解释》)第57条丰富了价金担保权的规定,将价金担保权的法律适用予以类型化,一是价金担保权旨在打破浮动抵押对未来动产的控制,畅通融资渠道,此为规范“浮动抵押权设立在先,价金担保权设立在后”的情形(第57条第1款);二是在动产买卖中,买受人通过赊销取得动产后又以该动产向第三人设定担保物权,之后出卖人为担保价款支付,在法定期限内在该动产上设定抵押权或保留所有权(第57条第2款)。^①司法解释丰富和发展了价金担保权制度,将价金担保权的适用范围从出卖人扩展至提供融资的债权人和融资租赁的出租人,担保物权设立方式也从抵押权拓宽至保留所有权和融资租赁。基于此,为确保法律概念之周延,本文取价金担保权为其定义,而未采含抵押权之表述。

自此,我国的价金担保权制度初见雏形,但作为新设制度,价金担保权同样面临着司法实践的巨大挑战。由于缺乏先行司法实践与理论基础的支撑,相比境外国家或地区的详尽立法,我国对价金担保权的现行立法仅有两个条文,对于一项新设担保物权而言,其规制效力略显单薄。孙宪忠教授更是评价《民法典》第416条“用语晦涩难懂,不仅一般人难以理解,更甚至专业人士对其制度设想也是难以捉摸”^②。在有限的司法实践中,甚至有裁判者将第416条作为不动产按揭贷款优先受偿的法律依据。^③可以预见的是,价金担保权制度将在未来的司法实务中引发诸多理解和适用上的困

① 参见高圣平:《民法典担保制度及其配套司法解释理解与适用》,中国法制出版社2021年版,第745页。

② 孙宪忠:《关于民法典物权编担保物权分编的修改建议》,载中国法学网2019年9月7日, http://iolaw.cssn.cn/jyxc/201909/t20190907_4968887.shtml。

③ 参见中国工商银行长春兴城支行诉于艳华金融借款合同纠纷案,吉林省长春市朝阳区人民法院(2021)吉0104民初1779号民事判决书。

惑，不仅掣肘价金担保权制度功能的实现，更将影响将来司法裁判的统一性。

为此，本文以价金担保权优先顺位为研究对象，立足于解释论，先明确“法定登记期”这一足以影响价金担保权设立之关键性因素的意涵，继而依据权利性质明确价金担保权这一“超级优先权”与工程款优先受偿权这一“超级债权”之间的优先顺位，最后回归价金担保权制度本身，理顺其与保留所有权制度之间的法律纠葛，形成先决要件分析、优先顺位博弈和优先顺位平衡的论证逻辑，以期指导将来价金担保权的司法实践。

一、优先顺位的先决：法定登记期的理解与适用

十日法定登记期是价金担保权的公示程序要求，是其实现超级优先顺位的先决条件，即只有在动产交付之日起十日内完成登记公示的，才成立价金担保权，享有优先于一切意定担保物权的效力。反之，仅成立一般担保物权，依据《民法典》第 414 条规定实现优先受偿。然而，法条仅笼统的规定“自动产交付之日起十日内完成登记”，不同的交付标准会带来截然不同的结论，故如何理解十日的法定登记期至关重要。

（一）法定登记期的司法适用

法定登记期的价值在于设立价金担保权，使其具备“超级优先”的排他效力。这既是对价金担保权超级优先顺位的适当限制，也是为促进动产使用价值的尽早发挥。在比较法上，法定登记期就是成立价金担保权不可或缺的因素，例如美国统一商法典和我国台湾地区“企业资产担保法”规定价金担保权的法定登记期为二十日，加拿大魁北克民法典规定为十五日，而新西兰立法同我国一致，均为十日。

值得思考的是，在适用我国民法典关于价金担保权的规定时，对于法定登记期是否应区分存货与非存货？曹明哲博士提出，存货与非存货在价金担保权的构成要件上并不一致，前者无需有法定登记期且需要对在先担保权人进行通知，而后者有法定登记期且无须通知。由于我国的价金担保权首先针对浮动抵押制度，而在我国浮动抵押权客体中，原材料、半成品、产品大抵属于比较法上存货、库存品，因而前述对存货与非存货的区分颇具借鉴意义，故在未来我国适用《民法典》第 416 条时，应当区分存货与非存货。^①这一观点以《美国统一商法典》第 9-102 条^②为典型代表，然而，我国《民法典》第 416 条及其司法解释并没有对此作出规定，作为典型的“舶来品”，在域外法有明文规定而我国民法典却无此规定时，毫无疑问，这亟需利用解释论探求

^① 参见曹明哲：《民法典价金担保权的司法适用》，载《山东法官培训学院学报》2020 年第 4 期。

^② 《美国统一商法典》第 9-102 条规定：“标的物为存货的，为保护价金担保权人以外的担保物权人之利益，应当要求在交付存货之前即完成权利登记程序，但非存货则予以例外。”



规范之理解。

一方面,从法律解释角度分析,法律文本规范是由具体的文字、词句构成,确定法律的含义,需要阐明其所使用的词句,确定其词句的具体含义,故法律解释应首先从文义入手。文义解释奉行的基本原则在于,所做之解释不能超过词句所可能的文义,否则超过条文的文义射程,则逸出了法律解释的范围。^①对这一问题,拉伦茨教授也持肯定意见,即只要是一种法律解释,就必须在可能的词义范围内进行,而不得将立法的宗旨倒过来。^②回归《民法典》第416条的立法表述,该条没有出现“存货”之表述,也没有对标的物作出类型化区分,换言之,存货与非存货并非《民法典》第416条的文义内容,既然不是该条文的文义内容,自当不宜认为法定登记期存在存货与否的区别适用。

另一方面,比较法对这一问题之规范并不具备统一性,加拿大魁北克民法典对此的处理模式则与美国统一商法典不一致,即规定该登记期适用于所有动产标的物,并不局限于非存货。事实上,这是一个立法政策问题,不具备必然的统一性。《联合国动产担保立法指南》对此就提出建议:各国在动产担保法制改革中可以根据具体情形作出政策选择,在法定登记期的适用问题上既可以区分标的物的类别,也可以不做区分。^③不可否认,区分存货与非存货确系价金担保权在比较法上的典型特征,也有一定的存在价值和基础,但我国《民法典》第416条及其司法解释并未借鉴这一模式,而是将法定登记期统一适用于所有动产,动产标的物是存货还是非存货,则在所不问。^④

(二) 法定登记期的起算异议

《民法典》第416条和《担保制度解释》第57条对法定登记期的计算均采“自动产标的物完成交付后十日内完成”,但问题在于,立法未明确动产交付的起算时间以及不同交付类型是否应当区别对待,这为司法实践留下了理解异议,因为法定登记期何时起算决定着权利人之担保权是否超出十日法定登记期,这影响着权利人是否享有超级优先权。

以一则案例展开这一问题:2021年4月1日,张三以分期付款的方式向李四购买电力设备一台,价值100万,首付50万,余下50万双方约定在两年内逐月清偿完毕。李四于当天交付设备。但4月3日张三发现李四交付的电力设备缺少关键性零部件,导致该动产无法投产作业。经催告,李四于4月12日将关键性零部件补齐并调试安装完毕,令设备达到全面使用价值。4月13日,张三因融资需要,向银行贷款40万元,并将该设备设定动产抵押。4月14日,张三和李四共同办理了保留所有权登记。

① 参见张富泉:《民法典视野下的法律解释方法》,载《人民法院报》2021年5月7日,第5版。

② 参见[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》,谢怀栻、王晓晔等译,法律出版社2001年版,第108-109页。

③ 参见高圣平:《民法典动产担保权优先顺位规则的解释论》,载《清华法学》2020年第4期。

④ 参见房绍坤、柳佩莹:《论购买价款担保权的超级优先效力》,载《学习与实践》2020年第4期。

毫无疑问，该案例中2021年4月1日的交付属于瑕疵交付，不符合《民法典》第509条规定的全面履行原则，但4月12日出卖人李四补正了先前的瑕疵交付，可以视为已全面履行。这引发的问题是，《民法典》第416条规定的“交付”是《民法典》第509条意义上的全面履行之交付，还是仅需有交付表征？这代表了“全面履行说”和“交付外观说”两种认定方式。若是前者，则本案的交付时间即为4月12日，那么双方于4月14日办理的保留所有权登记即符合十日法定登记期规定，李四的价金担保权便已设立，对该电力设备享有超级优先权；但若是后者，则出卖人已于4月1日完成交付表征，此时保留所有权登记便已超出十日法定登记期，仅能成立一般担保物权，导致银行抵押权因登记在先而优先于李四的保留所有权受偿。由此可见，不同法定登记期的起算标准将直接影响价金担保权的设立和优先权的实现，故统一法定登记期的起算标准对将来司法实践极具意义。

对此，笔者采“交付外观”这一认定标准。从登记制度自身的功能来说，目的是公示动产上的担保权，以令外部第三人具有认识可能性，针对的是一种行为状态的公示，而不是合同义务履行行为的评价。因为在交付动产之后，便在该标的物上形成已设定权利负担的外观和表征，这足以令第三人判断是否继续设立担保物权的自主性，既保护了第三人利益，也一定程度上限缩了价金担保权对交易安全造成的不当影响。至于是否存在瑕疵交付等债务不履行之行为，此系对合同当事人违约行径之评价，属于合同相对性范畴，自有违约责任予以规制，与第三人交易安全无碍。谢鸿飞教授对此也提出，无论动产须经安装调试才能使用，还是瑕疵交付后又更换的，均应从自满足交付外观之日起计算，因为交付之目的在于占有状态之公示，而这种公示力与确认动产的质量无关。^①在比较法上，这与美国统一商法典的立法演变路径一致，修订前的美国统一商法典未规定登记期的起算标准，导致判例中呈现上述两种分歧，修订后的《美国统一商法典》第9-324条将“债务人获得占有”为登记期起算点，由此形成了“交付外观说”的决定地位。^②毫无疑问，美国统一商法典的立法演变对我国具有较大借鉴意义。

对于交付种类的影响，基于现实交付与观念交付均属于交付的法定种类，因此在法无明文禁止的情况下，《民法典》第416条所指的交付应当是包括现实交付与观念交付，包含简易交付、指示交付和占有改定（《民法典》第226条、第227条、第228条）。若是试用买卖则应当自试用期间届满之日计算宽限期，因为试用期间不属于转移所有权意义的交付，这正体现了简易交付中买受人先行占有的特征，依据《民法典》第226条规定，自该民事法律行为即买卖合同生效时发生所有权转移的效力。因此，

^① 参见谢鸿飞：《价款债权抵押权的运行机理与规则构造》，载《清华法学》2020年第3期。

^② 参见李运扬：《民法典中购置款抵押权之解释论》，载《现代法学》2020年第5期。



在现实交付的情形下，交付行为应奉行“交付外观说”，即应以第三人的视角来判断是否具备一定的交付外观，通俗来说就是“东西是否交给了他人”。与之对应，对于观念交付则应依据简易交付、指示交付、占有改定的规则确定交付起算时间。

二、优先顺位的博弈：超级优先权与超级债权的竞合

在民事优先权体系之中，工程款债权因被法律赋予优先受偿的地位，故有着“超级债权”的美称，与价金担保权“超级优先权”在称呼上有着一定相似性。价金担保权以动产为标的物，当动产与建设工程相结合，或在出售的建筑材料上设定担保权，^①则动产之上便产生两类“超级”权利，形成超级优先权和超级债权的竞合，此时的优先顺位如何认定？现有立法并未给出回答，此则需要司法者通过解释予以应对。

（一）价金担保权和工程款优先受偿权的性质

法律行为的性质决定其法律适用，故探讨价金担保权与工程款优先受偿权竞合的优先顺位，应从二者的性质着手。价金担保权源于《民法典》第416条的规定，系我国民法典物权编规定的特殊担保物权，不仅享有抵押权等一般担保物权的权能，更在优先顺位上优先于一般担保物权。虽然价金担保权系我国民法典的最新产物，但由于立法表述之肯定，对其“特殊担保物权”属性之认定得到学界的广泛认可。

工程款优先受偿权则是源自于《民法典》第807条之规定，位于民法典债权编，旨在通过对建筑物承包人工程债权的优先保护，而防止承包人拖欠职工尤其是广大农民工的工资，从而影响社会的安定团结，^②通过优先保护工人工资权益，来保障其生存利益，体现了生存利益优先于经营利益的指导思想。^③究其原因，是因为在发包人拖欠承包人的工程款中，有相当部分是承包人应当支付给工人的工资和其他劳务费用，故这一优先权理应专属于具有支付工人劳动报酬的承包人。^④最高人民法院民事审判第一庭对建设工程款优先受偿权的解释中予以了支持，认为建设工程款优先受偿权的立法目的主要是优先保护社会弱势群体，即低收入的施工工人的工资报酬，而不是优先保护勘察人员、设计人员这样的高收入群体。^⑤这有力地论证了工程款优先受偿权对劳动利益保障的现实意义，以及社会稳定的立法政策站位。值得说明的是，法律规

① 参见梁慧星：《合同法第286条的权利性质与适用》，载梁慧星主编：《民商法论丛》第19卷，法律出版社2001年版，第375页。

② 参见王利明：《中国民法典学者建议稿及立法理由》，法律出版社2005年版，第557-558页。

③ 参见王旭光：《建设工程价款优先受偿权制度研究——〈合同法〉第286条的理论与实务》，人民法院出版社2010年版，第229页；谢勇、郭培培：《论实际施工人的民法保护》，载《法律适用》2021年第6期。

④ 参见李明：《最高人民法院建设工程施工合同纠纷案解》，法律出版社2019年版，第258页。

⑤ 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建设工程合同司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第362-363页。

定优先权制度的原因是多方面的，社会政策考虑正是其中十分重要的一类。^①

但是，将工程款优先受偿权归类为政策型优先权仅表明其优先权来源及其依据，而未言明权利之性质。对此，有观点认为，工程款优先受偿权系法定抵押权，属于担保物权、他物权的性质。^②另有观点认为，虽然学界对于工程款优先受偿权的性质有不同见解，但基于法律规定而形成的“法定优先权”之见解最为符合当前法律制度和司法实践的通说。^③笔者赞成第二种观点。一方面，工程款优先受偿权无法纳入任何一种担保物权，我国物权行为之设立奉行债权形式主义，即若债权行为无效，则依据该债权行为而设立的物权行为亦归于无效。如果认定工程款优先受偿权系担保物权，那么一旦涉及“应当招投标而未招投标”等违反法律法规效力性强制规定的行为时，将会因为建设工程合同无效而导致担保物权随之无效，这可能导致实际从事施工建设的承包人丧失优先受偿权，这显然与我国工程款优先受偿权的政策保障目的相悖，也与我国建设工程领域的立法不符，因为在我国民法典规范体系中，即使建设工程合同无效，法律主体本应享有的工程款优先受偿权是不会受到影响的。

另一方面，从工程款优先受偿权的保护利益可以看出，其所保护的范围是投入或者物化到建设工程产生增值部分的工人报酬、材料款等实际支出，而非基于在建工程等不动产抵押权的延续。如孙宪忠教授所言，优先权是一种独立权利类型，是法律为保障某种权利的优先实现而赋予权利人的另一项权利，不是独立的物权。^④一项非物权利益却获得了优先受偿这一物权利能，根本原因在于法律拟制的赋能，即该优先受偿权是基于《民法典》第807条拟制而来的，而法律拟制首先意味着这是一种法定性权利宣示，非约定所能实现。综上所述，工程款优先受偿权是基于法律拟制产生的政策导向型法定优先权，是一种独立于担保物权的优先权类别。此“法定优先权”的观点在最高人民法院向广东省高级人民法院作出的《建设工程款优先受偿权适用法律的复函》（〔2007〕执他字第11号）中也得到体现。

在最高人民法院另一批复型司法解释《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》（以下简称《批复》）中，虽在文字表述上没有明确工程款优先受偿权的法律性质，但这一解释与我国海商法和民用航空法规定的旨趣相同。这意味着工程款优先受偿权的定性与《海商法》第22条和《民用航空法》第18条相同，均为法定优先权。^⑤由此可知，《批复》的出台是以工程款优先受偿权系法定优先权为逻辑展开的。但值得注意的是，虽《批复》明确了工程款优先受偿权优先于抵押权而受偿的裁判理念，

① 参见[日]我妻荣：《新订担保物权法》，申政武、封涛、郑芙蓉译，中国法制出版社2008年版，第46页。

② 参见陈信勇：《建设工程价款优先受偿权放弃行为的效力分析》，载《浙江社会科学》2016年第2期。

③ 参见郭砚：《建设工程合同纠纷：254个裁判规则深度解析》，法律出版社2019年版，第208页。

④ 参见孙宪忠：《中国物权法总论》，法律出版社2018年版，第187页。

⑤ 参见汪治平：《建设工程价款优先受偿权的若干问题》，载《人民司法》2002年第8期。



但价金担保权终究是特殊担保物权，有别于抵押权等一般担保物权，导致一般担保物权的法律规定无法适用于价金担保权，因此，《批复》确定的裁判理念仍无法解决价金担保权与工程款优先受偿权之间的优先顺位冲突。对以价金担保权为主体的优先顺位问题，仍应当深入探讨。

（二）工程款优先受偿权应优先于价金担保权受偿

法律研究的意义在于法律问题的多变性和复杂性，再成熟的法律制度，有时也无法直接解决一些时代留下的问题，但无法直接解决并不意味着无可作为，一项成熟法律制度意味着其内置有成熟的价值观和法律逻辑，可通过解释论的工具，来探求法律问题之解决。

首先，从制度目的研判，立法设置工程款优先受偿权的目的之一在于保障建筑工人的基本生存权益，这不仅得到立法者的肯定，更在司法实践中得以认可。^①最高人民法院民事审判第一庭对这一制度目的作出书面确认，即发包人与承包人之间关于事先放弃优先受偿权的约定不得损害农民工等建筑工人的合法权益，不能导致建筑工人的工资权益受到损害。^②这一目的在《批复》中有着强烈的表现，其中第2条规定，当消费者购买商品房，并支付了全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程款优先受偿权不得对抗买受人。这是基于另一种政策性考量，因为房产系实现居住利益的载体，关乎社会成员“居者有其屋”的基本生存权的实现。让已支付对价的商品房购买人具有优先取得商品房的权利，目的在于防止出现登记与占有相分离、脱节的混乱状态，令购房人因第三人的追夺而陷入更大的不利之中，这是司法理念符合社会妥当性的典型表现，这种社会妥当性正是立法政策型考虑的典型表现形式。^③由此可见，妥当性政策考虑是《批复》奉行的价值理念之一，也是工程款优先受偿权优先于抵押权等担保物权的权源所在。因此，探讨工程款优先受偿权与价金担保权竞合时的优先顺位，应当立足于制度的社会性，而不应单纯的基于债权属性予以分析。

其次，从法益的价值位阶来看，法理学所称价值位阶原则是当法的不同位阶发生价值冲突时，在前的价值优于在后的价值。在民法体系内对不同位阶之法益也往往作区分保护，同样体现在不同法益产生的处分后果之保护顺位上，即法益位阶越高，则受保护的顺位也越优先。^④价金担保权作为超级优先权，旨在拓宽交易融资渠道，活跃信用市场，平衡新形势下浮动抵押对融资市场的影响，所保护的法益是市场经济利

① 参见宁夏钰隆工程有限公司诉安徽三建工程有限公司、宁夏蓝天房地产开发有限责任公司建设工程施工合同纠纷案，最高人民法院（2019）最高法民申6085号民事裁定书。

② 参见最高人民法院民事审判第一庭编著：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社2019年版，第471-472页。

③ 参见谭启平主编：《中国民法学》，法律出版社2018年版，第263页。

④ 参见顾全：《民事法律行为效力评价体系中法益位阶的理解与实证分析》，载《法律适用》2020年第17期。

益。而工程款优先受偿权是法律保障农民工劳动债权之所需，故对其法益位阶之评析应当从农民工劳动债权之保护入手。这一观点得到一众审判人员的践行，发挥裁判者在法律解释上的能动性，在非破产程序中赋予劳动债权尤其是农民工劳动债权以一定的优先分配地位。^①从这些裁判的释法说理分析可知，基于劳动债权所处的法益阶层，工资报酬是劳动者的劳动力对价，是维系基本生存权的特种债权，自然人若无法通过劳动获得对价，那么其基本生存权自然无法获得保障。生存权是宪法性基本权利，若劳动债权无法实现则必然影响基本生存权的实现，若劳动债权得以保障则基本生存权便得以发展，此种“无A则必不生B，有A则足以生B”的逻辑，验证了劳动债权与基本生存权之间的相当因果关系。这一论证逻辑的意义在于，通过搭建民事权利与宪法性基本权利之间的牵连，借助宪法性权利属性及其价值位阶寻求法律适用。

值得提出的是，此种解释模式在比较法上亦具有一定理论基础。在德国已形成司法惯例，在德国的司法实践中，法院在适用私法规范，尤其是对一般条款和法律漏洞填补，必须重视基本权利，在必要的情况下对它们作出解释，应对各项受宪法保护的权益进行评价与权衡，而这种权衡应以这些权益在德国基本法体系中的“价值高度”为准。^②回归法益价值位阶之比较，工资债权对于保障劳动者维系自身和家庭成员最起码的生存具有重要意义，而以抵押权为代表的担保物权所保障的则是商事主体的纯粹经济性利益。换言之，价金担保权归根结底保护的是经济性利益，而工程款优先受偿权则聚焦于保护农民工之劳动债权，所牵连的法益系基本生存权，属于宪法性利益，其法律位阶高于一切经济性法益，故工程款优先受偿权应当优先于价金担保权而受偿。

再次，从担保权的法定性与意定性角度分析，担保物权依据其权利来源，可以分为意定担保物权和法定担保物权，前者是基于当事人的担保合意而生，而后者则源于法律直接规定，有无当事人合意在所不问。依据《民法典》第416条后半段之规定，价金担保权的超级优先性仅针对意定担保物权，而不包括法定担保物权。这一立法倾向实质确立了法定权利与意定权利存在顺位区别，符合法定担保权优于意定担保权这一公认的物权法原则。^③就价金担保权而言，无论其表现为抵押权，还是保留所有权，抑或经登记的融资租赁所确立的担保权利，均是以当事人的担保合意为前提，故价金担保权应当归属于意定担保物权。如前述论证，工程款优先受偿权在通说上系法定优

① 参见中国银行股份有限公司广东省分行诉谭某某、魏某、张某执行分配方案异议之诉案，广东省高级人民法院（2017）粤民申1227号民事裁定书；成都农村商业银行股份有限公司资阳分行诉文代明、四川润华食品有限公司、四川省菱威钢结构有限公司、李世卫、万玉芳等人执行分配方案异议之诉纠纷案，四川省高级人民法院（2017）川民终1207号民事判决书；中国工商银行股份有限公司石家庄和平支行诉邓志敏、霍满良、贾连庆、李伟等人执行分配方案异议之诉纠纷案，河北省石家庄市中级人民法院（2016）冀01民终9125号民事判决书。

② 参见[德]卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》，谢怀栻、王晓晔等译，法律出版社2001年版，第109页。

③ 参见黄薇：《中华人民共和国民法典释义》，法律出版社2020年版，第810页。



先权，是源自《民法典》第807条之规定，对超出第807条规范范围之外的事项，当事人无法通过约定实现优先受偿，由此可知，工程款优先受偿权系法定权利，而非意定。依据《民法典》第416条后半段“法定权利优于意定权利”的法理逻辑，作为法定权利的工程款优先受偿权可以类比于同属于法定权利的留置权，优先于价金担保权而受偿。

三、优先顺位的平衡：保留所有权对价金担保权优先顺位的影响

鉴于现有典型担保尚不足以满足工商业便捷之需要，加上银行融资的不易，在法制完善过程中，所有权保留、融资租赁等制度逐渐在担保市场上实现功能转移。保留所有权是施加于动产之上的，同一动产上竞存多种优先权实属可能，故保留所有权与价金担保权发生竞合司空见惯。基于保留所有权制度上留存有所有权，及其自身可升格为价金担保权的特性，保留所有权制度对价金担保权优先顺位有何影响，值得探讨。

（一）功能主义立法调整：保留所有权的性质探析

保留所有权是通过在所有权转移效力上附加生效条件的方式，实现债权担保效果。我国在民事单行法的时代，对涉及保留所有权行为效果的，一般以真正的所有权效果予以实施。按照我国原《合同法》第134条规定，由于出卖人对买卖标的物享有名义上的所有权，导致缺乏公示的保留所有权约定，超越了具有物权公示的担保物权权能，甚至在破产程序中享有直接取回权，这无异于用缺乏公示程序的合同对抗动产交付这一物权公示，必然给交易安全带来隐患。这是民事单行法时代保留所有权制度的内在悖论和制度缺陷。

我国立法者在编撰民法典时即意识到合同法在保留所有权制度上的悖论，保留原有规定的同时，在《民法典》第641条增设了第2款，即出卖人对标的物保留所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。这一规则的增补使保留所有权之性质重新成为讨论的焦点，即登记了的保留所有权还是所有权吗？一方面，这一增设性规定是以国家建立“统一动产和权利担保登记公示系统”为制度背景，由于统一登记平台这一硬件设施的依托，登记公示成为了可能。另一方面，民法典的这一立法调整，是对保留所有权制度进行了功能主义的调整，而在功能主义的视角里，保留所有权不是一个真正所有权，虽名为所有权，但实为担保权，可归类为可登记的担保物权，适用《民法典》第414条之规定处理权利竞合的优先顺位。^①这种立法调整重塑了保留所有权之性质，

^① 参见黄薇：《中华人民共和国民法典释义》，法律出版社2020年版，第1232页。

还原了其担保功能，明晰了其自带的“所有权”称谓只不过是一种担保利益。^①

鉴于功能主义的立法调整，当同一动产上保留所有权与价金担保权发生竞合，其优先顺位的认定即转为价金担保权与一般担保物权之间的优先顺位认定。从《民法典》第641条对保留所有权的規定，恰是以“当事人约定”为前提的，故应归于意定担保物权。当二者竞合时，由于保留所有权的意定担保物权属性，价金担保权优先于保留所有权而受偿。至于保留所有权之出卖人取回权系基于买卖合同关系下的法定权利，本质是因买受人违约行为而产生的，并不具备优先于价金担保权的效果。^②当然，这一结论是以保留所有权系一般担保物权并经依法登记为前提的，若保留所有权因符合十日法定登记期要件而升格为价金担保权，则应另行具体分析。

（二）权利竞合：价金担保权之间的竞存

一旦保留所有权因满足《民法典》第416条和《担保制度解释》第57条要件时，保留所有权即升格为价金担保权，优先顺位之竞合则表现为数个价金担保权之间的优先权冲突。但问题在于，《民法典》第414条对数个价金担保权之间的冲突，并无直接适用的空间，^③且除此之外，现有立法对数个价金担保权竞合引发的优先顺位冲突未予回答。

对此，比较法上存在三种处理方案：第一种是参照《民法典》第414条规定，依据价金担保权的登记先后确定优先受偿权，《联合国动产担保交易示范法》第5章第39条即采取这种规则。第二种是出卖人的价金担保权优先于贷款人等其他主体的价金担保权，无论登记先后顺位，美国《统一商法典》第9-324第7款明确这一规则。此外，在学界中还有“不区分先后顺位和信用者，以平等保护的模武处理价金担保权竞存”的主张。

上述三类的优先顺位认定规则均有自己的内在思考，但依据我国民法典体系解释，笔者赞同第一种认定规则。理由如下：

第一，基于《担保制度解释》第57条反映的立法理念，出卖人、提供融资的债权人以及融资租赁出资人在法律地位上并无区别，因此三者具有同等保护的必要性。第二种立法模式的理由在于“就交易风险而言，出卖人所受损失体现为丧失本来就享有所有权的财产，而贷款人所受损失仅为无法就其本就不享有所有权的财产优先受偿，两者相比，出卖人更值得同情”^④。然而，这一观点具有强烈的主观倾向，无法从客观

① 参见王洪亮：《所有权保留制度定性及体系定位——以统一动产担保为背景》，载《法学杂志》2010年第4期。

② 参见高圣平：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文评析》，人民法院出版社2021年版，第469页。

③ 参见高圣平：《担保法前沿问题与判解研究（第五卷）——最高人民法院新担保制度司法解释条文评析》，人民法院出版社2021年版，第417页。

④ 高圣平：《民法典担保制度及其配套司法解释理解与适用》，中国法制出版社2021年版，第745页。



上解释为何同属于担保利益位阶却受到不同程度保护。因为在出卖人与融资提供者并存的情形，没有融资供给者的资金，此项交易就不会开启，很难说二者之间的利益保护存在优劣之分，即使是在奉行上述第二种理论的地区或国家，至今也没有任何证据证明出卖人利益保护具备优先性。因此上述第二种认定模式在我国民法典体系下缺乏适当性，暂不宜采纳。

第二，从“善意”违背和自陷风险上分析，第三种认定模式存在违背“善意”的嫌疑。民法上的“善意”以明知为限，第三种认定模式忽略了“登记在先”的公示效力，即后登记的价金担保权人明知同一动产标的物上已有在先设立的价金担保权，意味着其有充分的判断力决断是否继续在这一动产上设立价金担保权，是否继续为债务人提供信用支持，而这一选择和决断是在先设立的价金担保权人所不具备的。在这一层面上看，后登记的价金担保权人在利益保护的必要性略逊于在先登记的价金担保权人。且值得注意的是，权利竞合系后登记价金担保权人行为所致，后登记的价金担保权人既明知该动产之上已设定价金担保权，又在同一动产上叠加设立新的价金担保权，这一过程足以评价为民事法律规范上的“自陷风险”，行为人参与或实施的危险行为符合其自我决定，符合受害人的主观意愿。^①因此，从风险自陷的角度，后登记的价金担保权人也缺乏第一顺位保护的必要性。

第三，从民法典体系化解释上分析，对价金担保权竞合引发的优先顺位异议，我国民法典虽未设规定，但这是实际面临的司法问题，不能因法无明文规定而拒绝裁判或认定。正如王泽鉴教授所言，法律非经解释不得适用，对于法律未定之问题，司法者绝不是无所作为的，这些问题需要司法者通过反面推论、扩张解释或类推适用其他规定等解释论进行论证。^②换言之，对某一民事法律问题，缺乏现有直接性规范时，应当转而在民法典体系下寻求解释，因为法律规范不仅相互补充、支撑，其单独存在的意义有限，须协同考量方可窥见法律规范脉络之全貌。值得强调的是，民法典立法模式在追求规范体系简洁和内在逻辑上具有民事单行法所不可比拟的优势。在民法典的立法表述上，性质相类似之事项，为避免重复繁杂之规定，可就其中某一主要事项予以规定，并将此规定再适用或准用于其他事项。这体现为“参照适用”这一立法技术的运用，以将同属某一领域的问题适用相同的法律规范。^③因此，将同一法益位阶下的两种价金担保权参照适用一般的登记型担保物权优先顺位之规定，既是尊重民法典的现有规范，又符合民法典体系化解释，例如《民法典》第439条、第690条即规定最高额质押、最高额保证参照适用《民法典》第424条最高额抵押之规定，回归担

① 参见蔡颖：《重构被害人自陷风险的法理基础》，载《法制与社会发展》2020年第3期。

② 参见王泽鉴：《民法学说及其判例研究》（第一册），北京大学出版社2012年版，第206-207页。

③ 参见张弓长：《〈民法典〉中的“参照适用”》，载《清华法学》2020年第4期。

保权的共性提取。

结 语

价金担保权是信用经济社会的产物，我国在民法典制定之际选择了揭开价金担保权的面纱，但新事物往往面临着问题与挑战，价金担保权的“超级优先”属性打破了现有立法格局下担保物权竞合的优先顺位认定规则。对此，第一，《民法典》第416条规定价金担保权自动产交付之日起十日内完成权利登记，此称为法定登记期，是其享有超级优先权的先决条件。法条所述的“交付”应当包括现实交付和观念交付，“完成交付”应评价为一种状态确认，故应奉行客观标准，以客观第三人感知交付到位为评判视角，对于交付上存在不完全履行、加害给付等债务不履行行为，自有债务不履行之损害赔偿予以约束，不影响交付状态的认定。第二，当同一动产上竞存价金担保权和工程款优先受偿权，基于立法对工程款优先性源自保障工人劳动债权之目的，结合劳动债权对生存权的作用以及法定权利优于意定权利的原理，工程款优先受偿权应当优先于价金担保权受偿。第三，民法典对保留所有权制度进行了功能主义的调整，脱离了所有权范畴，将其归入担保物权，解决了原有规定在法理上的悖论，因此价金担保权应当优先于保留所有权。但是，当保留所有权符合价金担保权的构成要件时，则形成了两股价金担保权之间的优先顺位权衡，基于后登记权利对善意之违背、自陷风险等理论，结合民法典担保制度之间的体系化牵连，故二者的优先顺位认定应当参照《民法典》第414条，以登记顺位确定优先受偿之顺位。

（责任编辑：王文斌）



行政非诉执行案件中执行和解的适用及其边界

陈明 王建*

内容摘要：行政非诉执行和解制度是立法过程中的一项制度创新，体现了现行立法非强制性的发展趋势和人文精神，对于破解行政非诉执行案件执行难问题、缓和行政机关和行政相对人的对抗情绪、提高行政机关执法水平都具有十分重要的意义。我国现行立法虽然并未明确规定行政非诉执行和解制度，但是随着“服务型行政”理念被广泛认同以及司法ADR在行政非诉执行领域的深度运用，建立行政非诉执行和解制度已经具有坚实的理论和实践基础。基于行政非诉执行案件自身特性，探究行政非诉执行和解适用条件和运行规则，明确行政非诉执行和解制度严格依法适用，避免制度异化导致法院干扰当事人意思自治以及行政机关滥用职权。

关键词：行政非诉执行；执行和解；替代性纠纷解决机制

中图分类号：DF72 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)01-144-155

行政非诉执行案件作为一类特殊的执行案件，在执行依据、申请时效、办案期限等多个方面与普通民事执行案件有着诸多不同，普通民事执行程序中司空见惯的许多制度、方法和措施能否适用于行政非诉执行案件，在理论界存在诸多争议，执行和解制度在行政非诉执行案件中的适用性就是鲜明的例证。长期以来，由于缺乏明确的法律依据，实践中对于执行和解运用于行政非诉执行案件一直存在争议，行政非诉执行案件只能依靠法院采取强制措施执行到位，不可避免地导致未结积案剧增、当事人对抗情绪激化、社会效果较差等不良后果，极大影响了行政非诉执行程序的整体运行效果。

* 陈明，山东省济南市中级人民法院执行二庭庭长，三级高级法官；王建，山东省济南市天桥区人民法院执行指挥中心主任。

一、立法缺失之“困”与执行实践之“痛”

(一) 现行立法并未规定行政非诉执行和解制度

在现行立法中,最接近行政非诉执行和解制度法律依据的,就是《行政强制法》第42条,该条明确规定:“实施行政强制执行,行政机关可以在不损害公共利益和他人合法权益的情况下,与当事人达成执行协议。执行协议可以约定分阶段履行;当事人采取补救措施的,可以减免加处的罚款或者滞纳金。”该条文以“执行协议”的方式,规定了该类案件“和解”的具体形态,并就“和解”适用的前提条件以及内容做了明确规定。但是从体系解释的角度来看,该条规定在“行政机关强制执行程序”这一章中,而并非在总则里,且在第五章“申请人民法院强制执行”中也并未见类似规定,那么该条文是否适用于法院办理的行政非诉强制执行案件呢?有学者认为可以适用,“从执行主体上看,行政强制执行包括行政机关强制执行和人民法院强制执行两种情形。根据第42条整体来理解,行政强制执行和解适用上述两种情形”^①。“行政执行和解既可以发生在行政机关自力强制执行过程中,也可以发生在申请法院强制执行过程中。”^②笔者认为不然,从立法原意来看,该条文直接规定在“行政机关强制执行程序”这一章中,而并非在总则里,且该条第2款^③更加明显,规定了恢复执行的主体是行政机关,而行政非诉执行程序中恢复执行主体显然是人民法院,这就明确表明在《行政强制法》的立法过程中,立法者只在行政机关强制执行程序中规定了“和解”的适用,对行政非诉强制执行是否适用和解制度未予明确。如果在行政非诉执行程序中强行适用本条,显然会导致法律适用的混乱。而且即便将本条作为行政非诉执行和解制度的法律依据,也难以起到应有的效果。一项制度真正落到实处,不仅要有充分的法律供给,而且法律规定应当是具体的、明确的、可操作的。而第42条规定太过于笼统,对于“不损害公共利益和他人合法权益”“当事人采取补救措施”的标准和认定主体均未予以明确,在实践中显然难以适用。

也有些学者将行政非诉执行和解制度的法律依据解释为《行政诉讼法》第101条,该条规定:“人民法院审理行政案件,关于期间、送达、财产保全、开庭审理、调解、中止诉讼、终结诉讼、简易程序、执行等,以及人民检察院对行政案件受理、审理、裁判、执行的监督,本法没有规定的,适用《中华人民共和国民事诉讼法》的相关规定。”我国《民事诉讼法》第230条也规定了民事执行和解制度。仅从法技术学角度来分析,

① 丁伟峰:《行政强制执行和解的实现机制——评〈行政强制法〉第42条》,载《河北法学》2018年第3期。

② 郝静:《柔性化行政执法:行政强制执行和解制度解析与完善》,载《广东行政学院学报》2013年第6期。

③ 《行政强制法》第42条第2款规定:“执行协议应当履行。当事人不履行执行协议的,行政机关应当恢复强制执行。”



这种通过准用性规范的方式在形式上确实可以解决行政非诉执行和解制度法律依据的问题。但是,以此作为行政非诉执行和解制度的法律依据并非最佳解决方案。原因有二:一是,《行政诉讼法》第101条规定可以适用的是《民事诉讼法》有关规定,而我国《民事诉讼法》关于执行和解制度的规定只有230条,其他关于执行和解的规定散见于《最高人民法院关于人民法院执行工作若干问题的规定(试行)》《最高人民法院关于执行和解若干问题的规定》等司法解释中,并不在“适用”范围之内,以此为依据同样会因法律依据过于笼统产生可操作性问题。二是,《行政诉讼法》第101条之所以作此规定主要在于《行政诉讼法》和《民事诉讼法》在诸多方面尤其是程序性问题上有所相同之处,如“期间、送达、开庭审理”等等,为了避免法条之冗杂,采取准用性规范可以起到提高立法质量、精简法条的作用。但是行政非诉执行案件与普通执行案件之间却存在诸多不同,比如依照《民事诉讼法》第230条,在执行中,双方当事人自行和解达成协议的,执行员应当将协议内容记入笔录,由双方当事人签名或者盖章。执行和解协议似乎只要双方达成合意就可以成立。但是在行政非诉执行的和解中,基于行政机关主体特殊性,其行政裁量权应在法律框架内行使,对于其与行政相对人在行政非诉执行程序中达成的和解协议,除满足“双方自愿”的条件外,更重要的是不能超出行政机关行政裁量权的范围,导致公共利益受损。法院在和解协议达成过程中,负有审查和解协议是否存在超出行政机关裁量权的义务。而这在民事执行中显然是不存在的。综上,现行立法并未对行政非诉执行案件和解制度的适用作出明确具体的规定,这就导致司法实践中,法院和行政机关面对和解都会顾虑重重,大大降低了行政非诉执行案件“案结事了”的几率。

(二)“和解”程序缺失情况下非诉执行案件“执行难”问题突出

1. 案件实际执结率偏低。在“执行难”问题上,行政非诉执行案件比其他案件有过之而无不及。这类案件由于涉及行政管理秩序与普通违法者的实际利益,往往法律问题与事实问题互相缠绕,行政相对人对抗情绪严重,自动履行意愿极低。加之行政机关在作出原具体行政行为时往往没有考虑执行的问题,比如不考虑行政相对人履行能力、不注重搜集查证行政相对人身份信息等等。这些因素都在一定程度上导致了行政非诉执行案件进入执行程序后难以执行到位。

2. 影响政府权威和法律尊严。在立法设计中,行政机关做出具体行政行为后,通过人民法院司法确认并强制执行,目的就是为了保证具体行政行为得到实现进而维护行政机关的执法权威。如果大量行政非诉执行案件无法执结,使得行政机关的决定不能得到有效执行,就会导致有令不行的局面,无疑会严重影响行政机关的权威。

3. 行政相对人对抗情绪激烈,执行社会效果较差。在行政非诉执行案件的审查中,人民法院对行政机关作出的具体行政行为只进行适度的合法性审查。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95条之规定，人民法院只有在具体行政行为存在较为明显错误的情况下，人民法院才能裁定不予执行。从以上规定可以看出，行政非诉强制执行审查标准是无明显违法，也就是说，存在程序瑕疵、一般违法以及合理性问题的裁定也会被裁定准予执行。这种规定，诚然对于维护行政机关权威，保证实体公正有着重要意义，但是也导致行政相对人一些合理的诉求“无处宣泄”，势必导致其对抗情绪加剧，在这种情况下，法院“单向”采取强制措施强制行政相对人履行义务，难免加剧矛盾，不利于执行案件“定纷止争”，难以取得良好的社会效果。

4. 行政相对人“辩论权利”保障不充分。在传统诉讼法原理中，辩论权是当事人的基本诉讼权。这一权利不仅存在于刑事诉讼、民事诉讼中，同样存在于行政诉讼中，当事人有权在司法程序中就案件所涉实体问题和程序问题进行辩论。在行政非诉案件中，基于行政效率的考量，人民法院对行政机关作出的具体行政行为采取审查制，并不必然要求行政相对人到庭查明事实，对行政相对人辩论权的保护并不周全，造成行政机关和行政相对人在司法程序中事实上的不公平。

二、现实功效与理论逻辑之双重探讨

（一）在行政非诉执行案件中运用执行和解制度的现实功效

1. 最大限度挖掘案件执行潜力。非强制执行结案，绝大部分案件都建立在当事人对执行内容“合意一致”的前提下，甚至在强制执行的案件中，当事人在处置标的物价值、腾房期间等方面的合意认定，对于执行程序顺利进展都具有十分重要的意义。同样的，在行政非诉执行案件中适用执行和解，在强制执行之外增加一条解决纠纷的途径，对于提高此类案件实际执结率，维护司法权威和国家利益都大有裨益。

2. 有效消弭行政机关和行政相对人的对抗情绪。如前所述，人民法院在行政非诉案件审查过程中只能做出准予执行或不予执行两种结论，但无法改变具体行政行为内容，使得部分存在程序瑕疵或不合理的具体行政行为获得司法认定并进入执行程序，引发行政相对人不满。通过执行和解制度的深度适用，在执行程序中赋予行政机关“纠偏纠错”的机会，进一步提升具体行政行为的合理性，最大限度消弭行政相对人的对抗情绪，促进执行案件的妥善处理。

3. 推动行政机关提高执法水平。不可否认的是，由于各地执法水平参差不齐，个别立法对行政裁量权赋予的空间过大，行政机关在作出原具体行政行为时不考虑实际情况一律顶格作出的情况并不鲜见。这些行为在未经复议和诉讼的情况下经过法院司法确认进入执行程序，难免会引起行政相对人不满。通过执行和解程序，为行政机关



和行政相对人提供再次面对面沟通与协商的空间,通过沟通协商,使行政机关充分听取行政相对人意见和建议,对于行政机关反思行政行为合理性及提高今后行政执法水平都大有裨益。

(二) 在行政非诉执行案件中运用执行和解制度的理论逻辑

1. 从管理向服务——传统行政法理念的转变。执行和解意味着执行程序中双方当事人对执行依据确定的权利义务进行再协商,重新划定权利义务边界或履行时限,对作为权利主体的行政机关来说,这一过程中必然意味着行政权力的让步,或是数额的减少,如减少标的、免除利息等,或是履行期限的宽严,延期履行或者分期履行。而让步的前提,“必须以权利处分为前提,缺乏权利处分也就失去了和解的前提和基础”^①。而在传统行政法理论观念中,“行政强制机关采取相应措施,责令相对人履行义务,是该机关所应承担的责任,允许相对人不履行其法定义务,就意味着失职,为法律所不允许,也有悖于行政管理的宗旨”。这就导致在相当长的一段时间范围内,执行和解不被行政机关和司法机关所接受。事实上,在现代行政领域,行政立法的目的除了限制公权力以保障私权外,更多的在于通过教育、管理、威慑、强制等多种手段建立秩序,从而维护公共利益。在这一过程中,强制从来不是目的,仅仅是实现行政法目的的手段,且并非优先手段。事实上,《行政强制法》诸多条款都渗透着良法的意蕴,如,通过行政决定概念来限制行政强制尽量不使用强制手段、教育优先强制、阶段式执行、行政机关自行执行中的执行和解以及人性化执行等等。^② 这些措施大体可以归纳为两类:一类措施体现了行政机关对相对人权利的尊重,把相对人视为“合作伙伴”而非“被管理者”,“避免了过度关注国家权力与公共利益而忽略个体利益的思维定势”^③。另一类措施即行政机关应当尽可能地以适当方式行使其手中的行政权,使行政权在不必要领域逐渐退却。执行和解就是第一类措施的典型代表。通过行政强制执行和解程序将法律的“刚性”特征加以“软化”,促进相对人自行履行其应履行的义务,不仅降低行政执行的成本,还降低了行政执法的风险。^④

2. 司法 ADR 在行政非诉执行领域的深度运用。ADR (Alternative dispute resolution), 即“替代性纠纷解决方式”,最初是指 20 世纪逐步发展起来的各种诉讼外纠纷解决方式,现已引申为对世界各国普遍存在的、诉讼制度以外的非诉讼纠纷解决程序或机制的总称。引入我国后,司法 ADR 通过嵌入人民调解、行业协会等非诉调解资源,以案件分流、

① 周佑勇:《行政裁量治理研究——一种功能主义的立场》,法律出版社 2008 年版,第 193 页。

② 参见丁伟峰:《行政强制执行和解的实现机制——评〈行政强制法〉第 42 条》,载《河北法学》2018 年第 3 期。

③ 陈小强:《行政强制执行和解制度的完善研究——兼论〈行政强制法〉第 42 条》,华侨大学 2018 年硕士学位论文。

④ 参见陈小强:《行政强制执行和解制度的完善研究——兼论〈行政强制法〉第 42 条》,华侨大学 2018 年硕士学位论文。

诉非衔接的形式,向外延伸司法解纷及司法服务功能,最大程度地满足了人民群众高效率、多途径、低成本解决纠纷的需求。^①2015年,中共中央办公厅、国务院办公厅《关于完善矛盾纠纷多元化解机制的意见》,从中央层面对深化多元化纠纷解决机制改革指明了方向和目标。在行政法领域,司法ADR理念也已经被广泛认同。具体而言,ADR在行政执法过程的应用是在“非对抗性”理念指导下,使纠纷得到有效、成本更小、更趋向于合意的解决,促进富有创造性和对现实更具回应性的行政。^②这对缓和行政争议当事人矛盾,节约司法资源,促进行政争议实体解决都发挥了重要作用。各地也纷纷创新工作机制方法,为行政司法ADR运用建章立制。^③行政非诉执行程序作为行政争议解决的最后一环,同样有着非对抗、低成本、高效率解决纠纷的内在需求,行政非诉执行和解制度,其价值取向、运行规则和ADR有着高度契合性。推动建立行政非诉执行和解制度,可以看做ADR理念在行政司法领域的延伸运用。而司法ADR在其他司法领域的成熟运用和发展,也为行政非诉执行和解制度的建立提供了良好的借鉴。

三、行政非诉执行和解制度的适用条件和运行机制

(一) 行政非诉执行和解制度的适用条件

在执行实践中,基于非诉执行案件和普通执行案件的差异性,必须根据非诉执行案件的特殊性确定具体的适用条件。笔者认为,在适用条件上,行政非诉执行案件和解程序应遵循普通执行案件和解的基本要求,如双方当事人意思表示真实,不违反法律、行政法规强制性规定等。除此之外,还应当具备以下条件:

1. 被执行人暂无履行能力。在普通执行程序中,和解与否与被执行人履行能力并无直接关联。一般来说,只要双方当事人达成执行合意且不损害公共利益及第三人合法权益,和解协议就应生效并受法律保护。但在行政非诉执行案件中,执行和解制度的适用应以被执行人无履行能力为前提。这样规定是因为:一方面,行政机关代表国家主张权利,随意放弃、变更权利主张必然损害国家利益和政府权威,在存在权利全部实现可能时(被执行人有履行能力),必须不折不扣主张全部利益之实现。另一方面,在执行和解程序中,理想的行政强制执行程序是通过对行政相对人逐步施压,促使行政相对人及时履行义务,而如果将被执行人有履行能力也纳入执行和解范畴内,无疑

① 参见胡仕浩、柴靖静:《规范特邀调解制度完善诉调对接机制——〈最高人民法院关于人民法院特邀调解的规定〉的理解和适用》,载《人民法院报》2016年6月30日,第6版。

② 参见王锡锌《规则、合意与治理——行政过程中的ADR适用的可能性与妥当性研究》,载《法商研究》2003年第5期。

③ 如山东省高级人民法院2019年6月出台《关于建立行政争议审前和解机制的若干意见》。



会出现通过执行和解减轻行政相对人义务负担的情况,势必助长行政相对人的观望情绪,认为不必着急履行义务,可以在执行程序中通过和解方式获取额外利益。这种模式,不利于督促有履行能力的行政相对人及时履行义务。

2. 行政机关享有行政裁量权。如前文所述,行政非诉执行案件适用和解必须以行政机关让渡权利为前提,而这种权利让渡的过程,其本质就是行政裁量权行使的过程。“行政实体法的核心价值在于裁量,任何一个国家的任何一部行政实体法律都不可能彻底解决法律实践中所有的行政法律问题,所以立法者要在立法时赋予行政主体相应的行政裁量的权力。”^①在行政裁量权具体行使中,根据裁量的对象不同又可以分为本金的裁量、履行期限的裁量和滞纳金裁量。

对于本金的裁量,应当以原具体行政行为是否存在裁量空间为判断标准。原具体行政行为规定了裁量空间的,执行和解可以参照原裁量空间进行让步。如《食品安全法》第122条规定:“违法生产经营的食品、食品添加剂货值金额不足一万元的,并处五万元以上十万元以下罚款。”这里的“五万元以上十万元以下”就属于行政裁量权的范围,行政机关也在此范围内和行政相对人达成执行和解。反之,如果行政机关就其所作出的具体行政行为没有裁量权,则其无法就“已有利益”做出让步,如我国《道路交通安全法》第91条第3款:“饮酒后驾驶营运机动车的,处十五日拘留,并处五千元罚款,吊销机动车驾驶证,五年内不得重新取得机动车驾驶证。”此处“并处五千元罚款”就没有给行政机关留出裁量空间,行政机关在执行程序中无权在五千元范围内做出让步。

对于履行期限的裁量,笔者认为,在金钱给付类案件中,被执行人现有财产和合法收入是其清偿债务的主要方式。如果被执行人确无可供执行财产且缺乏一次性清偿能力,在不考虑被执行人偶然获得大量利益以及借钱还债的情况下,分期履行就是唯一选择,只不过根据是否达成和解而区分为合意分期履行和强制分期扣划,对于行政机关利益的实现并无明显区别。在合意分期更有利于减少对抗情绪,节约司法资源的情况下,赋予行政机关履行期限上的裁量权更值得提倡。

对于滞纳金的裁量。滞纳金和加处罚金是指行政相对人未按期履行义务而额外增加的处罚,其目的在于督促行政相对人尽快履行义务。但是在行政相对人无履行能力的情况下,被执行人未按期履行义务并非出于恶意,而是出于无奈,这种情况加处罚款显然失去了其本身价值。行政机关对其进行减免有利于行政相对人更加积极的履行本金义务,有其内在合理性。

3. 经法院司法审查确认。在普通执行程序中,执行和解的基本构成要件有两个:

^① 刘冬:《论行政强制中比例原则的适用》,长春理工大学2018年硕士学位论文。

一是私法上的要件，即当事人在执行程序中，就如何实现执行依据内容达成执行和解，该协议应具备民法上关于合同要件的规定；二是公法上的要件，即该协议须经人民法院依法审查并予以确认。我国现行立法虽然并未明确规定执行人员对执行和解协议的审查权，但对执行和解协议进行司法审查实质是当事人意思自治须以法秩序为前提的原理决定的，法院审查当事人的意思自治是否符合法秩序的要求，避免执行和解脱离法治轨道，从而维护法治精神和社会公共利益。在行政非诉执行案件中，“公权力的行使既然可以协商，那么协商的内容和过程应受到必要的审查与监督，以防止此项权力的滥用或缺位，以及由此引发的社会管理秩序紊乱”^①。因此，行政非诉执行和解对法院审查的要求比之普通执行案件有过之而无不及。

（二）行政非诉执行和解制度的运行规则

1. 启动。在启动时间上，行政非诉执行和解应在行政强制执行程序开始后终结前启动，因为一方面，行政强制执行程序尚未启动就谈不上执行和解；另一方面，行政强制执行已经终结就没有启动执行和解的必要，超出这个期间，非诉执行和解均无启动的必要。在启动主体或是启动方式上，笔者认为，行政非诉执行和解程序只能依据行政机关或行政相对人申请启动，而不能由执行法院依职权启动。但是执行法院在执行过程中，查明被执行人无履行能力的，应当向当事人释明有权申请执行和解。

2. 协商。行政非诉执行和解程序启动后，行政机关和行政相对人应就履行标的的数额、履行义务的期限和方式等实质问题进行充分讨论，达成书面执行和解协议。如前所述，行政非诉执行案件和解过程实际就是行政权力妥协与让步过程，这一过程中，行政机关一方面要严格按照行政裁量权范围制定和解方案；另一方面要审慎行使裁量权力，避免裁量权的过度行使。具体而言，要按照分期履行、减免利息或滞纳金、减少本金顺序递进作出让步，避免对原具体行政行为确定力产生较大侵害进而影响行政权威。

3. 审查。如前所述，行政机关和行政相对人经过协商达成和解协议后，应由人民法院对执行和解的合法性、必要性和合理性进行审查。在审查内容和标准上，笔者认为主要包括以下三个方面：

（1）审查被执行人履行能力。判断被执行人无履行能力应当具备以下条件：第一，执行法院通过采取“总对总”司法查控平台的线上查控手段和线下传统调查手段调查，均无法获得被执行人有效财产线索；第二，被执行人依法报告的财产无法覆盖全部标的且查证属实；第三，行政机关无法提供被执行人有效财产线索。

（2）审查行政机关是否正确行使行政裁量权。如前所述，无裁量不和解，行政机

^① 余阳慧：《行政非诉强制执行“三方合作和解”模式研究》，西南政法大学2017年硕士学位论文。



关享有自由裁量权是执行和解的前提。行政机关对涉案标的“本金”部分做出让步的，应审查行政机关针对原决定事项是否有裁量权以及让步是否在裁量范围以内。

(3) 审查是否未明显侵害公共利益。事实上，执行和解必然意味着让步和权利的减损，无论是“分阶段履行”还是“减少加处的罚款或滞纳金”，都是以公共利益或者他人权益或多或少的损失，换取被执行人自行履行行政决定所确定的主体义务的实现以及公共秩序的尽快恢复。因此，“不损害公共利益和他人合法权益”的适用前提，应放宽至“不明显损害公共利益和他人合法权益”更为现实和易于操作。^① 举例而言，比如在允许被执行人分期履行这一类执行和解中，行政机关须根据被执行人预期收入、必要支出等综合确定所分期数和每期金额，而不能无原则的放宽履行期导致公共利益迟迟难以实现。

4. 监督。行政非诉执行和解制度直接涉及行政权力的让步和妥协，势必导致公共利益的减损，对于此类和解协议必须进行充分有效的监督。对行政非诉执行和解进行监督应当包括以下三个层面：第一，司法监督。即由人民法院对当事人达成的和解协议进行审查以确认执行和解的效力，对于不符合行政非诉执行和解条件的协议不予认定其效力。第二，层级监督。即上级行政机关对下级行政机关的监督。主要包括政府对其所属部门的监督，上级政府对下级政府的监督，以及上级政府部门对下级政府部门的监督。^② 第三，社会监督。由于行政非诉执行案件和解会造成公共利益不同程度减损，社会公众对此类案件有着当然的知情权和监督权，为保证社会公众的知情权和监督权，应当参照司法文书公开的规则，对执行和解协议进行公开。

5. 救济。在行政非诉执行和解后，同样存在被执行人不按照和解协议履行义务的情况，这种情况下，应参考普通执行程序中执行和解的做法，恢复原案强制执行程序，并依照相关法律法规对被执行人进行处罚。^③ 此处应当注意的是，对于行政机关违法协议约定要求恢复强制执行的，如何处理？这种类型在实践中存在可能，如在达成执行和解协议后，被执行人获得了一次性履行能力，行政机关认为，被执行人已经具备履行能力，已经不符合执行和解的条件，理应一次性清偿债务。笔者认为，行政非诉执行程序虽然来自于行政机关对行政相对人所作具体行政行为，是行政机关行使管理职权的体现，但是在行政非诉执行程序尤其是在所达成的执行和解框架内，双方为平等法律关系，强制执行和解协议作为双方合意之体现，理应对双方均具有约束力。如

^① 参见郝静：《柔性化行政执法：行政强制执行和解制度解析与完善》，载《广东行政学院学报》2013年第6期。

^② 参见郝静：《柔性化行政执法：行政强制执行和解制度解析与完善》，载《广东行政学院学报》2013年第6期。

^③ 《最高人民法院关于公布失信被执行人名单信息的若干规定》第1条规定：“被执行人未履行生效法律文书确定的义务，并具有下列情形之一的，人民法院应当将其纳入失信被执行人名单，依法对其进行信用惩戒：……（六）无正当理由拒不履行执行和解协议的。”

果被执行人已经履行完执行和解协议或者正在按照协议约定履行义务，且在达成执行和解过程中无欺诈、隐瞒事实等行为，行政机关无权要求法院恢复执行。

此外，在行政相对人不履行执行和解协议的情况下，行政机关是否有权另诉？笔者认为不然，原因有二：一是行政非诉执行案件有着强烈的效率导向，不仅审查程序较之普通审判程序更为简洁高效，执行期限也短于普通执行案件。非诉执行和解之前已经过了作出具体行政行为、司法审查、申请执行、强制执行等多个阶段，可以看作是具体行政行为落实的最后一个环节，如果允许行政机关另诉，无异于再次开启一个新的“轮回”，与效率导向相违背。二是在普通执行案件中，和解协议的内容根据双方当事人合意达成，甚至可以跟之前执行内容有较大变化，比如在返还原物类执行案件中，当事人可以在和解协议中约定通过赔偿损失的方式替代原物返还，此时，当被执行人不履行和解协议确定义务时，申请执行人根据自身需求选择恢复执行或者就执行和解协议另诉，更有利于维护自身权益。但是在行政非诉执行案件中，和解协议的达成往往只涉及部分本金及滞纳金、迟延利息的放弃或减少，不可能大幅度变动原具体执行行为，恢复原执行依据执行足以维护行政机关利益，另诉对行政机关意义有限。

四、风险防范——行政非诉执行和解制度的运行边界

行政非诉执行和解制度对于解决行政非诉执行案件执行难问题，化解行政机关和行政相对人对立情绪，创造和谐执行执法环境都具有十分重要的意义。但是在运用过程中，要严格遵循既定适用条件和运行程序，避免制度异化带来的诸多风险。

（一）避免法院主导和解进程

相比较强制执程序，执行和解具有节约司法资源、降低执行风险、社会效果好等明显优势，法官对执行和解的“主导冲动”毋庸置疑。且法官凭借专业法律知识、长期执行工作经验和“裁判者”身份，在执行程序中往往能高效给出和解方案并说服双方同意。在普通执行案件中，法官主导执行和解的现象十分常见。但是在行政非诉程序中，和解本身就意味着行政权力的让步和妥协，意味着行政权力所代表公共利益的减损和放弃，和解协议能否达成很大程度反映的是被执行人接受度的问题，而如果不对法院参与执行和解进行必要限制，法院难免存在为促成和解进一步施压行政机关的情况，这不仅直接侵害了行政裁量权的独立行使，也损害了公共利益。因此，在行政非诉执行和解过程中，法院可以向双方当事人释明和解制度的适用条件、运行规则和程序并进行利弊分析，比如告知行政相对人积极达成执行和解协议可以减免执行费，免于被纳入失信名单、限制高消费等，也要告知其不履行义务要承担的不利后果。但是在具体和解方案的过程中，应充分尊重和解当事人意思自治的权利，禁止通过任何



形式干扰当事人主观意愿和判断。

（二）避免和解前置

在和解程序和强制程序谁先谁后的问题上，有学者主张和解前置，“应确立行政强制执行和解程序优先性原则，即行政机关要求相对人履行行政决定的义务，首先考虑是否存在适用和解程序的可能，只有和解程序无法实现法定义务时，再考虑采用强制的手段”^①。这种观念立足于普通执行程序中和解相对于强制执行显而易见的优越性，但是在行政非诉执行案件中，执行和解必然导致公共利益减损并侵蚀原生效行政行为确定力，是为化解行政非诉执行案件“实践中难以执行到位”问题及衍生出的众多法律问题和社会问题而做出的“次优选择”，在强制执行程序可以强制被执行人履行义务以实现原行政行为“确定利益”时，必须不折不扣的采取强制措施将案件执行到位以维护公共利益和行政权威。如果将执行和解作为前置程序或与强制执行程序并行，那么必然导致大量有履行能力的行政相对人产生原行政行为结果可以“再次协商”的不良预期，不利于督促行政相对人及时履行义务，甚至滋生腐败空间。因此，必须坚持执行和解后置，只有行政相对人确无履行能力的前提下，执行和解才有适用空间。

（三）避免行政机关滥用和解权利

行政机关滥用和解权利主要体现在以下两个方面：一方面，和解让步失度。在司法实践中，行政机关为了尽快实现“案结事了”滥用裁量权力。如法律规定裁量范围为“五千元以上五万元以下”，行政机关如果不加区分，一律适用最低限五千元，则会严重损害原行政行为公信力并损害公共利益。另一方面，利用和解优势地位增加行政相对人额外负担。如某地残联因某企业未依法安置残疾人就业亦未缴纳残疾人就业保障金，依法作出行政决定要求某企业缴纳残疾人就业保障金13万元，进入执行程序后达成和解协议：某企业一次性支付残疾人就业保障金10万元，并安置部分残疾人就业。就协议的第二项“安置部分残疾人就业”来看，明显是给行政相对人增加了新的负担。此类内容写入执行和解协议，如果行政相对人不履行执行和解协议，行政机关如何救济？如果单纯恢复执行，则该项内容无实在意义，如允许行政机关按照行政协议提起行政诉讼，则与行政非诉执行案件注重效率的价值导向不符。因此，行政机关在协商和解方案时，不能超出原行政行为范围与被执行人约定其他内容。此外，如果允许行政机关将与原行政行为无关事项作为条件纳入和解范围，也会进一步增加法院司法审查难度，减损非诉执行和解制度的效率价值。

^① 郝静：《柔性化行政执法：行政强制执行和解制度解析与完善》，载《广东行政学院学报》2013年第6期。

结 语

行政非诉执行和解制度是在实质法治主义之下发展起来的新型解决纠纷的方式，是对传统行政法关于行政权不可处分理念的重要突破，行政非诉执行和解制度以柔和的方式代替硬性冰冷的强制手段，不仅推动了个案纠纷的实质性解决，而且对于促进“官民和谐”、提高司法执行效率、树立行政执法权威具有不可忽视的意义。在行政非诉执行和解制度的司法运用中，行政机关要从该制度的制度价值和立法宗旨出发，坚持依法行政的原则，行政强制执行和解协议的订立和履行不可损害公共利益和当事人及有利害关系第三人的合法权益。司法机关要严格审查行政机关和行政相对人达成的和解协议，最大限度实现定纷止争。同时，我们仍然要清醒的认识到，并不是所有的行政强制执行都能和解，行政非诉执行和解制度只是行政非诉强制执行的补充手段，在实践中，行政非诉执行和解制度必须在法律规定范围内运行，确保该制度发挥作用。

（责任编辑：王文斌）



法院司法技术工作的模式变革、现实困境及其出路探究

庞绚*

内容摘要：自从法院的司法技术工作由“鉴定化”到“去鉴定化”的模式变革以来，司法技术工作逐渐失去了强势地位，相比审判工作而言，有被边缘化的倾向。工作资源匮乏、功能僵化及制度供给不足的“三重困境”也已经显现。为走出困境，应当重视法院司法技术工作人才培养、储备和使用，合理配置工作资源；激发司法技术工作能动性，择机尝试“技术司法”；加强制度供给，切实解决人民法院对外委托司法鉴定中出现的现实问题。

关键词：司法技术工作；资源配置；技术司法

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)01-156-165

一、法院司法技术工作的模式变革

2005年2月28日，全国人大常委会通过了《关于司法鉴定管理问题的决定》，标志着司法技术工作“鉴定化”时代的结束，开启了法院司法技术工作的“去鉴定化”时代。

（一）1951—2005年：司法技术工作的“鉴定化”模式

1951年至2005年这一阶段，法院的司法技术工作采取“鉴定化”模式。法院的司法技术工作最早开始于1951年，《人民法院暂行组织条例》第17、25条分别规定县、省两级人民法院可“视需要设法医”，拉开了司法技术工作“鉴定化”的序幕。后来由于“文革”的冲击和影响，不仅法院的鉴定机构被撤销，利用国内技术设备和引进的少量国外先进技术设置起来的司法鉴定技术设备也惨遭破坏。^①直

* 庞绚，山东省济南市市中区人民法院立案庭法官助理。

① 参见谭世贵、苏晓龙：《关于法院系统设置鉴定机构的反思》，载《中国司法鉴定》2003年第4期。

至1979年，我国通过了《人民法院组织法》，第41条规定“地方各级人民法院设法医”，才重新确立起人民法院司法技术的“鉴定化”工作模式。随着各项技术的发展与业务拓宽，人民法院在法医鉴定工作的基础之上，又逐渐增加了文书、痕迹等鉴定工作。

不可否认，法院的司法鉴定工作在为审判服务过程中曾经起到了很大的作用，公安机关和检察机关也同时设立了司法鉴定部门，大量医学院校法医专业人才、医院医生等专业技术人才通过招考、录用进入了公、检、法的鉴定部门，从事专门工作，三家技术鉴定部门在业务上各有侧重，相互补充又相互制约，形成了在当时情形下相对完善的司法鉴定工作体系。由于法院是审判机关，鉴定结论的最终采信与否取决于审理案件的法官，当法官对专业性问题或鉴定结论有疑惑或当事人提出异议时，首先要通过所在法院的技术鉴定部门给予复核或咨询，法官采用和认定法院本系统作出的复核、咨询结论的可能性较大，所以法院的司法技术鉴定具有“近水楼台”的优势，也因此被认为具有“强势地位”。最初设立法院鉴定部门的初衷是对法医学、文件检验类的鉴定，由于利益竞争不显著、专业要求高，并不为社会所关注，况且专业人员的专业化鉴定也确能主持公道、纠正冤假错案，在维护公平、公正上起到了重要作用，所以将法院的法医技术人员纳入了公务员管理，其收取当事人少量的鉴定费用甚至尚不够调查取证的支出，等同于法院鉴定人员代表国家替涉诉群众主持公道，当时被社会广为认可。

由于审判业务的需要，法院司法技术工作也在不断的完善和发展，司法鉴定业务范围也逐步拓宽，因涉诉原因，在收取鉴定费用方面获利较多的物证DNA鉴定、司法会计、拍卖、审计、工程造价评估鉴定等业务也进入到了法院司法鉴定工作负责的范围之内。因为利益相竞，此类业务引起了社会的关注和质疑，法官采信自己所任职法院鉴定机构作出的鉴定意见或鉴定结论，无疑分取了法院系统之外社会上具有相关审计、拍卖、评估等业务机构的蛋糕，法院的鉴定机构依托于法院的审判权下，而当时国家财政管理制度也没有对鉴定费的收费标准及时跟进和完善，学界因此呼吁指出，人民法院的“自审自鉴”模式会成为腐败的温床、为司法不公提供了条件，也损害了司法鉴定工作的严肃公平性，造成了司法资源的浪费并加重了当事人的经济负担。^①

笔者认为，这实际只是掩盖了某些人对法院鉴定机构与社会机构争利表达不满

^① 参见刘之雄、唐全波：《我国司法鉴定改革与立法完善之构想》，载《中国法学》1999年第5期。



的托辞而已，从专业角度来说，无论哪家鉴定机构作出的鉴定结论，都是具有资质的专业人员的鉴定意见，何谈“司法资源的浪费”？所谓损害“公平性”，其实也只是导致了法院系统之外社会鉴定机构的业务量、收费获利减少罢了，而且有公务员制度和审判纪律约束的法院鉴定人员比社会机构人员更容易为当事人主持公道，以保证司法鉴定工作的严肃、公平性，何谈司法资源的浪费和加重当事人的经济负担？

（二）2005年至今：司法技术工作的“去鉴定化”模式

2005年2月28日，全国人大常委会通过了《关于司法鉴定管理问题的决定》。同年7月，最高法院在《关于贯彻落实〈全国人民代表大会常务委员会关于司法鉴定管理问题的决定〉做好过渡期相关工作的通知》中明确，各级法院应当积极开展法院不设鉴定机构、不再进行自主鉴定业务后如何加强司法技术工作的调研工作。此举不仅回应了学界的担忧，也标志着法院司法技术工作“去鉴定化”模式的确立。

2006年9月25日，最高法院印发了《关于地方各级人民法院设立司法技术辅助工作机构的通知》，明确了司法技术工作“去鉴定化”模式确立后，“调整和强化人民法院司法技术辅助工作”的转型工作目标。尔后，最高人民法院又通过下发规定及指示的方式，不断强调法院司法技术工作的重要性，扩大司法技术工作的职能范围并加强司法技术工作队伍的建设。发展至今，法院的司法技术工作职能已拓展至如下范围：1. 负责对外委托鉴定、拍卖变卖、审计及评估；2. 负责为审判、执行工作提供技术咨询、技术审核；3. 负责司法技术辅助工作研究及技术培训等。在基层法院审理和执行的一审案件中，由司法技术部门负责案件的对外委托鉴定、拍卖变卖、审计和评估，并计入技术室司法辅助人员的业绩考核。

二、法院司法技术工作的现实困境

虽然在最高法院的指导之下，其他各级法院的司法技术工作职能都得到了较为有效的发挥，能够为审判活动提供较为优质高效的保障，但在实际工作中仍存以下“三重困境”。

（一）司法技术工作资源配置不充足

《关于司法鉴定管理问题的决定》（以下简称《决定》）实施前，由于办案需要，法院系统会引进相关鉴定人才并购买特定技术设备；《决定》实施后，在司法技术工作“去鉴定化”的背景之下，法院系统失去了办案要求与财务收入的客观驱动，逐

渐减少了对鉴定人才培养以及技术设备引进的投入，原来引进的技术人才也大多转岗或辞职，甚至原有设备被处置或流失。基于以上原因，司法技术工作资源配置问题逐渐凸显，主要表现在相关专业的人才欠缺与硬件设备的欠缺两个方面。首先，《决定》实施后，司法技术辅助的工作范围逐渐扩大，超越了原本司法鉴定机构以法医、文书鉴定为主的范围，逐渐加入了评估、审计、拍卖甚至古玩鉴定等工作。而法院系统并未积极引入或培养这些方面的专业人才，导致专业鉴定人员配置不足，且失去鉴定职能的司法技术工作失去了强势地位，成为了一些法院内部离岗人员或新进人员的“养老”“过渡”机构，^①远不能适应司法技术工作的需要，加之有的法院尚没有落实法医特殊岗位的津贴政策，导致技术人员的工作积极性不高。其次，实践中的设备落后问题也困扰了法院司法技术工作的进行，比如河南信阳罗山县人民法院司法技术人员就曾提出了“配备与司法技术辅助工作相适应的装备”的要求，^②汤阴县人民法院司法技术人员也指出了司法技术工作“机制不够健全，设备落后”的问题。^③

现有的机构设置中，法院内设的司法鉴定中心（技术室）是一个案件审判过程中法官与社会专业化鉴定或评估机构的中介部门或中转站。根据法官对案件审理、当事人的申请、实体认定需要和执行业务工作的要求将当事人的委托鉴定事项转达给第三方中介或专业鉴定机构，其不收取任何费用，并将第三方专业化的鉴定结论再转交给案件审理法官，经过质证后法官决定是否采用或借鉴。其中，法院对内设司法鉴定机构中从事该项转达工作的司法辅助人员，并无过多的专业化资质或业务知识水平的要求，因为该项工作只是要求司法辅助人员简单审查法官移转的申请或材料是否符合鉴定机构进行鉴定或评估的要求即可。司法技术咨询、审核工作人员的职业资质现状是大多仅具有相应的学历或是专业知识，并无权威机构颁发的司法技术资质证书，技术职称评定问题也未得到解决，但是根据最高人民法院的相关规定，技术审核应由两名以上具有相关专业中级以上职称的技术人员承办，一名为主办人，其余为辅办人。现实中更多的是司法技术人员并无资质，更谈不上具有中级职称了，有的法院技术室仅有一名司法技术人员，有的甚至一名都不配备，导致技术审核工作无法正常开展。

① 参见陈如超：《民事司法鉴定中的法官行为规制》，载《法商研究》2018年第2期。

② 参见李景：《浅议法院司法技术工作存在的问题与对策》，载河南省高级人民法院网站2021年6月16日，<http://hnxyzy.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=5603>。

③ 参见付会清：《基层法院司法技术辅助工作存在问题及建议》，载河南省高级人民法院网站2021年6月16日，<http://ayzy.hncourt.gov.cn/public/detail.php?id=7965>。



（二）司法技术工作功能僵化

通过前述法院司法技术工作的运作模式，可以看出，实践中法院的司法技术工作与审判工作出现了明显割裂，司法技术工作能动性不足，无法与审判工作形成有机互动的良好局面。在部分法官眼中，司法过程中的技术性难题可以交由本院技术部门委托社会上的专业司法鉴定机构解决，而鉴定争议问题则可通过当事人异议、依靠鉴定人出庭解释等规则予以解决。^①这一过程中，审判人员不需要对涉及的专业化鉴定内容过多地花费精力去了解 and 关注，这也导致司法技术辅助工作得不到法官的重视，审判人员关心的就是中转机构能否在期限内尽快将专业化鉴定结论送回转，尽快结案。对鉴定结论是否合理、是否符合要求不会做更深了解。久而久之，就会出现一定程度的司法技术辅助机构被架空的问题。比如，有学者认为，在这项工作中，完全不需要这个中转机构，法官助理就完全可以胜任此项工作，还能减少交接环节，提高工作效率。

对于法院内部的司法技术工作人员来说，由于其工作制度化、体系化程度较低，且有可能在技术咨询及审核业务中转嫁承担审判者的风险。因此，司法技术人员往往会把司法技术工作视为审判法庭与社会司法鉴定机构的交互平台，仅承担资料传递等机械化工作。^②从而回避了可能会承担裁判实体错误而导致被追责的风险，但同时也产生了法院司法技术工作功能僵化、动力及发展后劲不足的问题。

（三）司法鉴定管理的制度供给不足

制度供给的缺陷导致了对司法鉴定机构的监管不足以及鉴定标准不统一的问题。虽然司法部已于2019年8月就《司法鉴定机构登记管理办法(征求意见稿)》公开征求意见，但该《管理办法》至今尚未出台。从实践来看，现行《司法鉴定机构登记管理办法》并不能起到良好的监督管理效果，一些经登记批准后的鉴定机构长期处于“自律管理”状态，行业管理或专业化管理缺失，鉴定活动中产生了大量的“鉴定垃圾”。^③委托鉴定产生的部分鉴定成果因为各种因素不能为社会接受或让当事人信服，法官在裁判中采用了此类鉴定结论，导致了事实上的实体不公，对法院裁判结果的司法公信力产生了不良影响。从当前的鉴定机构管理模式上看，鉴定机构是登记下的松散管理，没有统一的行业标准，这些机构均归结定性为社会中介机构，这些社会机构表面上的中立，仍然让法院

① 参见涂舜：《人民法院司法技术工作的功能变迁及其完善》，载《证据科学》2019年第6期。

② 参见周一颜：《关于福建法院民事诉讼鉴定实务的调研报告》，载齐树杰主编：《东南司法评论》（第8卷），厦门大学出版社2015年版，第130页。

③ 参见阮传科：《目前司法技术咨询、审核存在的问题与对策》，载河南省高级人民法院网站2021年6月16日，<http://www.hncourt.gov.cn/m/io/index.php?act=a&aid=107139&ch=news&cid=0>。

摆脱不了由于鉴定不公而产生的信访、申诉等问题。如果鉴定意见或鉴定结论不公，法官采信了这样的鉴定意见，必然会导致法院裁判结果出现问题，法院的司法公信力就难以真正得以实现，而法院现有司法技术机构和从事该项司法技术工作的人员，对此类鉴定意见缺乏有效的监管，这是法院司法技术工作面临的重大挑战。

以人身伤残鉴定为例，于2017年1月1日开始，人身伤害、交通事故均适用《人体损伤致残程度分级》标准，原《道路交通事故受伤人员伤残评定》标准予以废止，体现保护职工和职业保障的《职工工伤与职业病致残程度鉴定》标准只适用于工伤与职业病致残程度鉴定，但社会鉴定机构对于损伤的有无、鉴定时机把握、多处伤残等级、伤病关系的参与度等存有争议的问题鉴定意见随意性较高，受当事人干扰大等因素，可能出现委托不同的社会鉴定机构会出现不同的鉴定结论的情况（鉴定结论的作出主观性较强），鉴定意见被法官采信后当事人为此闹访、申诉的情况大量存在，而出具结论的鉴定机构则不需要对所出具的报告向当事人作出合理解释。

需要重视的问题是，随着法院司法技术工作范围的发展和扩大，以及社会上鉴定机构对利润的追逐采取商业化的运行模式，必然导致鉴定、评估机构的市场化运营。在法院中负责该项司法技术工作的辅助人员也就成为了诸多社会中介机构经营者们“围猎”的对象，基于对于鉴定评估业务量或利润的需求，可能会出现司法鉴定工作中的司法腐败现象，而且此类腐败交易较为隐蔽，因为是包含在司法审判环节之内发生的行为，当事人把注意力绝大部分放在案件的裁判结果上、放在案件的承办法官身上，往往忽略鉴定结论对实体处理的影响，故此类行为不易被发现或察觉。虽然各级法院都建立了统一的鉴定机构名册和鉴定库，并要求通过当事人摇号、抽签等方式来规避人为操作现象的发生，但仍无法完全避免此方式可能产生的弊端。特别对于拒绝摇号、抽签的当事人，或案件性质不适合采用上述方式时，就给了主持此项工作的司法辅助人员较大的自主选择权。从这个角度上讲，对从事此类司法技术工作辅助人员职业道德操守的要求和责任承担方面的惩戒，不应当低于员额法官。从另一个角度来讲，从事该项工作的法院工作人员应当具备专业的法律知识和素养，即应从具有担任法官助理资格及具有法律从业资格（司法资格）的人员中择优选拔。

三、法院司法技术工作的新出路

合理应对上述“三重困境”，法院司法技术工作将得以高效发挥作用，其被“边缘化”



的问题也将得到解决。对此，笔者提出了如下三个层面的建议：

（一）合理配置司法技术工作资源

通过合理配置司法技术工作人才资源及硬件技术资源的方式解决司法技术工作资源配置不充足的问题，重视司法技术队伍的思想、作风、廉洁等方面的建设，不断提升司法技术工作的服务质量。

第一，在司法技术工作人才资源配置方面，人民法院仍然需要继续引进、培养人才，以保证司法技术工作能够满足伴随社会发展而产生的多元化需求，同时也需要留住原本的专业技术骨干力量，共同组成高素质的司法技术工作队伍。当下，随着法医学鉴定的机构日趋增多，对于同一问题的鉴定出现多个不同的鉴定意见也时有发生，法医鉴定意见也会出现错误，此情况下如何审查将关系到法官对案件证据的价值判断，而如何采信又直接影响案件的裁判结果，故就此来说，司法技术人员对鉴定意见的审查对于保证案件审判结果的公正、对合法保护当事人的利益、对于维护法院的司法公信力起到的作用及意义是不言而喻的。而作为普通法官，对于专业性问题的把握显然存在一定的局限性，而且鉴定意见大多未经庭审质证，当事人仅在鉴定环节可以提出异议，而有争议的鉴定问题往往又是据以判案的核心，因此，具备一定素养的司法技术人员抑或具备一定法医学知识的新型法官的配置就成为必要。并且，还须解决司法技术工作人员面临的待遇及晋级晋升等问题，达到司法技术工作需求与司法技术人才供给的平衡，即解决司法技术人员的职业资质及技术职称问题，给予相应的待遇，以稳定法院司法技术队伍，实现司法技术工作人才资源的合理配置。同时，应加强对司法技术人员的职业培训，多举办专业性、针对性强的培训班，提高该项工作的质量，以更好地发挥司法技术工作对审判的辅助作用。对于有机构无专业人员的法院，应当逐步予以充实，以解决司法技术人员后备力量不足的问题。以法官的职业化建设为契机，尝试给法院司法技术人员进行技术法官定位，提高该项工作的吸引力，调动司法技术人员的工作积极性。具备审判职务的技术法官，应当尽量为案件承办法官提供技术上的咨询、审核意见和建议，以辅助承办法官提高对鉴定证据的认证和鉴别能力，这样可以避免不必要的重复鉴定或重新鉴定，降低当事人的诉讼成本，提高司法技术鉴定的效率。

第二，在司法技术工作硬件方面，应当配备与司法技术辅助工作相适应的设备。委托鉴定制度的存在天然决定了司法技术工作部门不可能引进过多价格高昂的专业技术设备，但可以通过资源共享的方式实现设备技术资源的配置。比如，在设备技术资源不足时，可以中级法院为核心，构建“司法技术资源库”“司法技术设备库”等资

源共享平台，形成良好的设备技术共享机制，以达到鉴定设备设施资源的完美整合，物尽其用。另一方面，因法院的司法鉴定已由自主鉴定业务转向对外委托鉴定，伴随市场经济的发展及新型案件的增加，司法技术鉴定的业务量也日益增多、范围愈广，外出委托、组织听证、组织勘察现场等工作大量增加，此情况下利用当事人和鉴定机构的资源，可能对司法技术工作的客观性、公正性产生影响，故应当给法院的司法技术辅助机构配备与该工作性质相适应的设备。

（二）发挥司法技术工作能动性，择机尝试“技术司法”

一是加强技术审核工作。技术审核也即技术审查，是针对送审案件中的鉴定文书及相关资料所涉及的专门性问题通过对客观性、合法性、关联性的分析研究后，提出实质性的审核意见。其目的在于使复杂的问题得以进一步明确，使得出的结论和审核意见更加清楚，为审判工作助力，辅助法官作出正确判断。此项工作之前是法院司法技术工作的重要组成部分，对进一步规范和完善存于案件中的鉴定文书及相关资料的分析有着举足轻重的作用。二是加强技术咨询工作。从专业角度帮助审判人员解决技术问题、疑难问题，可以利用法院网络系统进行对话，有效互动，当然也可以以书面形式予以答复。

另外，应加大对于司法技术咨询和技术审核的宣传和培训，加强对技术审核工作的运用，发挥其应有的作用。对于近些年出现的新型鉴定案件，诸如文物古玩的鉴定、计算机技术的鉴定应确定审核的范围和内容，以满足现实中审核领域技术咨询和审核的需要。同时进一步规范司法技术咨询和技术审核工作的程序，不再是口头咨询、口头解释或是简单的书面形式，通过严谨的工作程序使该项工作更加正规化。提高技术咨询和审核工作的质量，辅助法官提高对鉴定证据的认证和鉴别，避免不必要的重复鉴定或重新鉴定，以减轻当事人的诉累，提高司法技术鉴定效率，真正发挥技术人员对审判工作的辅助作用，实现司法为民的宗旨。

现代科技的发展正在不断影响并重塑着司法审判工作，比如由于抗击新型冠状病毒的需要，部分条件和设施允许的地区，已经开展了网络开庭审判和传输审判数据。此前提下，司法技术工作更将在法院的审判工作中占据越来越重要的位置。为了应对大数据时代司法审判面临的问题，司法技术工作的能动性应当得到发挥。比如，在面临以大数据技术为基础的大数据证据取证问题时，没有相关背景的法官将很难“揭开技术的面纱”，从而影响司法活动的正常进行。此时，具有专业知识和技术水平的司法技术人员便可以参与到技术性证据的调查工作中，发挥专业优势，及时出具专业化意见或结论，以提升法院审判业务环节中涉及此方面工作的效率和质量。



特别是在解决一审法院送达难、执行难的问题上，司法技术工作的参与起着至关重要的作用。

并且，司法技术工作人员还可以在涉及专业技术的案件中参与调解程序，从司法技术工作部门接受委托鉴定开始，直至法庭宣判，司法技术工作人员均可参与案件调解，提出专业化建议或意见，解决技术性问题。^①此外，伴随着技术的发展进步，不排除只有具备相关技术背景的专业法官才能够审理的司法案件出现。现有部分法院和法官在审理涉及对专门化知识要求较高的案件时，在庭前证据交换或庭前会议中专门召开技术鉴定人员与当事人共同参与的质证活动。据此，可择机尝试“技术司法”，设置“技术法官”“技术法庭”并组织“鉴定化庭审”，^②使司法技术工作与审判工作有机结合，避免司法技术工作与司法审判工作脱节割裂的现象，积极发挥司法技术工作的能动性。就“技术法官”和“鉴定化庭审”来说，鉴定结论可以使裁判中的实体认定让当事人更加信服，就类似于病人对医学专家和现代化医疗设备的诊断和检查结果的信任程度一样，在审判过程中，尝试使用“鉴定化庭审”方式，用科学数据和专业化的结果来提高庭审效率和裁判结果的公信力，对改善目前案件的上诉率和信访率居高不下的状况会起到举足轻重的作用。

（三）充足司法鉴定机构管理的制度供给

如前所述，制度供给问题造成了鉴定机构管理混乱与鉴定标准不统一。同样由于制度供给不足，司法鉴定委托制度也曾因收费混乱问题而饱受诟病。2009年9月发改委、司法部发布的《司法鉴定收费管理办法》要求各地遵照执行，因地制宜地制定收费标准。但各地出台的收费标准不一、鉴定类别不一，导致收费混乱与重复鉴定的现象时有发生。直至2016年3月，发改委印发了《关于废止教材价格和部分服务收费政策文件有关问题的通知》，《国家发改委 司法部关于〈印发司法鉴定收费管理办法〉的通知》于同年5月废止了。2017年6月，全国31省均结合各省自身情况加强了制度供给，构建了司法鉴定收费管理办法、收费标准、疑难认定标准三位一体的司法鉴定收费管理体系，大大解决了收费混乱的问题。

针对目前司法鉴定机构管理混乱与鉴定标准不统一的问题，可采取同样的思路加以规制。首先，应当严格禁止中级法院造册管理鉴定机构的情形，仅赋予省高院

^① 参见顾国伟、杨永生：《浅谈法医咨询参与案件调解机制》，载苏泽林主编：《人民法院司法技术辅助工作论文集（上）》，人民法院出版社2011年版，第355页。

^② 参见杨海云：《解决法庭科学问题审查法庭科学争议——解读人民法院司法技术工作若干基础性问题》，载人民法院诉讼资产网2021年6月16日，https://www.rmfsyssc.gov.cn/statichtml/rm_gzgsdetail/2013/01/04/14425.shtml。

及最高法院造册管理鉴定机构的权力，同时对机构名册进行动态管理，根据资质等级、职业信誉及当事人评价等指标对入册鉴定机构进行动态管理，保障鉴定机构的鉴定质量。其次，应统一不同部门作出的不同伤残鉴定标准，从而走出鉴定活动“同伤不同鉴定结论”导致的“同伤不同赔偿”的困境，这既是“法律面前人人平等”的应有之义，也是司法效率提升的重要保障和提高司法公信力的重要途径之一。

结 语

为实现司法鉴定活动专业性以及防治司法腐败等多重目标，通过顶层设计，确立了现今的司法技术工作模式。在实现司法技术工作“去鉴定化”的同时，也造成了司法技术工作机构在法院系统中的弱势地位，导致了设备技术落后与人才流失。同时司法技术工作与司法审判工作被明显割裂，司法技术工作能动性不足，无法实现与审判工作的“化学反应”，且长期以来的制度供给缺失导致了法院委托司法鉴定活动的机构管理混乱与鉴定标准不一的问题。为走出上述困境，使司法技术工作在法院系统中发挥更重要的作用，可以通过加强司法技术工作队伍建设并依托中级法院构建“司法技术资源库”“司法技术设备库”的方式合理配置工作资源；通过把握技术发展动向，紧密联系司法技术工作与审判工作，择机尝试设置“技术法官”“技术法庭”并开展“鉴定化庭审”的方式提升司法技术工作能动性；通过构建司法鉴定机构动态名册制度并统一伤残鉴定标准，合理解决司法鉴定机构管理混乱与鉴定标准不统一的问题。

（责任编辑：杨 军）



案件权重测算的现状考察与机制重塑

宋仕超 孙子涵*

内容摘要：构建科学的案件权重测算机制，对于准确评估案件复杂程度，客观评价法官绩效具有重要意义。现有案件权重测算模式的测算内容单一，测算方式简单，囿于测算要素的多样性、可变性、抽象性特征，难以对案件实现全要素动态测算，测算结果的公信力不强。借助经济学原理，可从供需关系、供需结构、供需平衡、供需变动四个维度，以供需理论测算案件权重的可行性，内部机制从“基准案件”选择、“初始权重值”设定、权重值调整、权重值应用等方面，构建新型测算模型；外部机制从人力资源、“生产资料”“生产关系”等方面，构建与测算配套的供给侧环境。

关键词：案件权重测算；供需理论；法官绩效考核

中图分类号：DF82 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)01-166-177

最高人民法院在《关于深化司法责任制综合配套改革的实施意见》中提出，法官绩效考核采取量化为主的方式，采用加权测算等计算方法，合理设置权重比例。案件权重反映案件相对复杂程度，构建科学的案件权重测算机制，对于准确评估案件复杂程度，客观评价法官的案件工作量具有重要意义。对该问题的研究是当今中国司法系统理论研究供给与实践知识需求反差最大的领域之一，^①而且相关研究成果实际应用到实践中的很少。^②现有的案件权重测算模式的测算要素有限、测算方法简单，不能准确反映案件复杂程度，造成测算结果的公信力不强。

* 宋仕超，山东省临沭县人民法院执行局三级法官；孙子涵，青岛大学法学院2018级学生，山东省莒南县人民法院实习生。

① 参见程金华：《法院案件工作量测算的“中国方案”——司法大数据时代的探索方向》，载《法律适用》2020年第3期。

② 参见汪澜、邱素芳：《法官工作量测量——计量模型与四川经验》，载《上海交通大学学报》2019年第6期。

一、案件权重测算机制运行图景

在司法改革进程中，为了更客观地测算案件复杂程度，评价审判工作，使各项审判工作具有量化意义上的可比性，各地法院探索了多种案件权重测算模式，典型模式有折抵模式、达标模式、类型化模式、大数据模式。^①

（一）观察角度一：测算主体及测算平台

1. 测算主体。四种测算模式的主体均是法院，由法院主导和实施测算工作，测算结果体现的是测算主体的意志和选择。法官作为被管理者，被动接受法院的测算，在测算工作中的参与度低，测算过程和结果没有充分体现法官的意志和选择。

2. 测算平台。人工测算平台适用于测算简单的模式，软件测算平台适用于较为复杂的模式。运用传统人工测算平台的是折抵模式、达标模式，运用软件测算平台的是大数据测算模式。根据分类程度，类型化模式既可以选择人工测算平台，也可以选择软件测算平台。

（二）观察角度二：测算方法及测算基准

1. 测算方法。折抵模式、达标模式、类型化模式的测算方法相似，即把某类案件设定为基准案件，其他案件均以该类案件为基准进行折抵。^②不同之处是达标模式设定了目标数，类型化模式根据案件类型折抵。大数据模式选取固定的要素，借助软件和大数据分析技术测算案件。

2. 测算基准。采用折抵方法测量案件权重，需要选择一类案件作为基准案件，折抵模式、达标模式、类型化模式的基准案件一般会选择简易案件，即适用简易程序的民事诉讼案件。由于测算方法不同，大数据模式不需要选择基准案件。

（三）观察角度三：测算内容及测算范围

1. 测算内容。测算内容指的是影响案件复杂程度的要素，在折抵模式、达标模式、类型化模式中，要素种类不明确。大数据模式中，以上海法院的测算模式最为典型，要素种类明确，为实现不同案件的比较，选取的要素是各类案件均具备的要素，即庭审时间、笔录字数、审理天数、法律文书等。

2. 测算范围。四种测算模式均考虑了对案件复杂程度有影响的因素，包括提升案件复杂的因素和降低案件复杂程度的因素，但纳入测算范围的要素数量存在差异。折

^① 参见张萌：《审判案件权重系数“两步走”评估法之探析——以S省R市L区法院2018年审结的492件案件为样本》，载《司法体制综合配套改革与刑事审判问题研究——全国法院第30届学术讨论会获奖论文集（上）》，人民法院出版社2019年版，第418页。

^② 参见程金华：《法院案件工作量测算的“中国方案”——司法大数据时代的探索方向》，载《法律适用》2020年第3期。



抵模式、达标模式、类型化模式的测算范围不明确；大数据模式的测算范围明确，纳入测算的要素数量是有限的。

（四）观察角度四：测算依据及测算结果

1. 测算依据。折抵模式、达标模式、类型化模式的测算较为粗放，测算要素的选择、折抵比例的确定并非依据量化所得，而是由测算主体综合考虑后确定；大数据模式的测算较为精细，各类要素的权重及最后的结果值均依据量化所得。

2. 测算结果。折抵模式、达标模式、类型化模式中，折抵比例一旦确定，各类案件将固定适用该比例，即使影响案件复杂程度的因素出现变化也不会改变，除非测算主体改变原有的折抵比例。大数据模式同样如此，权重系数确定后，各类型案件将固定适用该测算结果，除非改变测算样本再次进行大数据测算。

（五）观察结论：案件权重测算机制运行失效

通过上述观察，可以得出现有案件权重测算模式存在的以下问题：

1. 测算内容单一。案件的复杂程度受不特定因素影响，而且因素并不是恒定不变的，存在变化的可能性，然而四种模式的测算内容均较为单一，没有涵盖影响案件复杂程度的所有因素，同时在根据因素变化及时调整测算内容方面没有建立有效机制，即使大数据测算模式也是如此，选择的要素限定于庭审时间、笔录字数、审理天数、法律文书等，测算内容固定不变。

2. 测算方法简单。折抵模式、达标模式、类型化模式的测算方法较为简单，无法充分考虑团队差异和案件差异。各审判团队受业务素质、人员组成等因素影响，工作质量、效率是不同的，适用同一个折抵比例对审判团队来说不公平。运用折抵方法测算，即使将案件类型细化到三级案由，该案由项下的不同案件之间也存在难易程度的差异。大数据模式以上海法院最为典型，没有充分考虑法院差异。

3. 测算成本较高。即使是折抵测算模式和达标测算模式，也需要投入一定的人力、物力，随着案件数量的增多，测算成本只会越来越高。为了保证测算档次多样，案件的分类会更加多样，随着细化程度加深，测算成本会随之上升，在人员不足的大背景下，测算工作会成为一种负担。大数据测算需要借助软件系统，而研发软件的投入较大，很多基层法院凭一己之力难以实现。

4. 测算效果较差。四种测算模式均在法院主导下进行，测算工作系单方面开展，体现的主要是法院管理层的意志和选择，法官在测算工作中的参与度较低，测算结果没有充分体现法官的意志和选择。受限于测算要素的有限和测算方法的简单，测算结果并不是基于所有影响因素所得，测算结果与法官的真实感受难免存在出入，这对测算结果的公信力造成损害。

二、以供需理论为视角的逻辑进路

影响案件复杂程度的因素具有多样性、可变性和抽象性特征，这与影响商品价格的因素相似，但价格能在供需关系作用下真实反映商品价值。如果让案件权重借助供需理论发挥类似于价格的功能，是否也能准确反映案件复杂程度？从供需关系、供需结构、供需平衡、供需变动四个维度，对供需理论模型下测算案件权重的机制进行理论解读。

（一）基于供需关系的逻辑推演

法院与法官的供需关系属性为我们借助供需理论模型构建新型测算机制提供了现实基础，法官作为供给方，供给的“产品”是工作量，法院作为需求方，借助法官提供的工作量完成工作目标。

在供需理论模型下，作为供给方的法官和需求方的法院均是理性的，双方作决策时会考虑边际收益与边际成本，当且仅当某种行为的边际收益大于边际成本时，才会决定采取这种行为。^①将影响案件复杂程度的因素交由理性的供需双方共同选择和确定，能够最大限度涵盖影响案件复杂程度的各种因素，由此得出的测算结果更容易获得法官的认同。案件复杂程度是相对的，案件复杂程度提升表现为法官供给相对法院需求不足，案件复杂程度下降表现为法官供给相对法院需求过剩，随着地域、时间、对象的变化，案件复杂程度也会相对变化，从纵向来看，法院和法官对案件复杂程度的感知存在差异。例如，某类案件的法官供给工作量相对法院需求表现不足，虽然法官的感知没有变化，但是法院会评定该类案件复杂程度提升。从横向来看，同一个案件在不同法院、不同法官处，案件复杂程度也会有不同的感知。传统测算模式由法院单方设计，测算结果有可能出现悖论，即被测算为十分复杂的案件有可能是所有法官善于办理的案件，被测算为十分简单的案件有可能没有一位法官善于办理。案件的复杂程度交由供需双方共同评估，能够避免上述悖论的发生。

“供求定理”为供需双方共同评估案件权重提供耦合机制。根据供求定理，价格与需求正相关，与供给量负相关，任何一种物品的价格都会自发调整，使供给与需求达到平衡。在正常条件下，案件复杂程度越高，工作量越多，工作价值越大。案件权重正相关于法官工作量、工作价值，为我们借助供需理论模型使案件权重发挥价格功能提供可能。案件权重在具备价格功能后，法院可通过供求定理引导法官对供给优化调整，法官也可以通过供求定理对法院的引导做出选择和回应。例如，法院对某类案

^① 参见[美]格里高利·昆曼：《经济学原理》，梁小民、梁砾译，北京大学出版社2015年版，第7页。



件评估后认为该类案件复杂程度提高,可以提升该类案件的权重值,让需求和供给处于不平衡状态,在供求定理作用下,法官在综合考量各种因素后,会逐渐提升该类案件的工作量,直至做出不再提升的选择。供需平衡下的案件权重是供需双方共同选择的结果,作为衡量案件复杂程度的结果值更具公信力。

(二) 基于供需平衡的必要性分析

目前,法院工作量的供给和需求矛盾已经非常突出,^①随着法院收案量的逐年增加,法院对法官工作量的需求是逐年增加的。在每一位法官均尽职尽责工作的情况下,每一名法官产出的最大工作量是确定且有限的,依此可以推理出,法院内部所有法官产出的最大工作量总和也是确定和有限的,这在一定程度上导致了法官工作量的稀缺性。如果法官供给的工作量等于法院需求的工作量,那么“人”与“案”之间会处于均衡状态。如果法院需求的工作量超出法官能够供给的工作量,就会出现我们常说的“人案矛盾”。“人案矛盾”表面上看是人与案件的矛盾,深层次上看是法官的供给与法院的需求之间的矛盾。

在法官供给量无法高速增长的情况下,优化存量结构具有重要意义。当供需达到平衡后,可以使法官的供给结构与法院的需求结构紧密契合,引导“生产要素”实现最优配置,进而提升法院司法的质量和效率,最终使“案多人少”转变为“人案均衡”。通过供需理论可以知道,供求平衡是合理配置社会资源的有效手段,有利于合理利用人力、物力、财力和自然资源,避免社会财富的浪费。^②同样,法官和法院之间的供求平衡,意味着各项工作的比例比较协调,法官总工作量按照法院工作需要按比例地分配于各类案件审判工作上,整个法官群体以合理的劳动耗费取得好的司法效果,而供求不平衡的任何一种状况的存在,都会给司法领域造成浪费和损失。

(三) 基于供需结构的可行性分析

法官供给的工作量,以及法院需求的工作量,均呈现结构性特征,而且法官的供给结构和法院的需求结构是可变的。

供需双方呈现结构特征。法官供给的工作量因兴趣、精力、特长等因素,会呈结构性分布于不同的案件类型上。例如,某法官对审理婚姻家庭案件感兴趣,该法官的部分工作量会倾向性的投入到婚姻家庭案件的审理工作中,假设投入到婚姻家庭案件的工作量为10,法官个人的最大工作量为100,那么投入到婚姻家庭案件的工作量在该法官所有工作量中的结构性占比为10%。与法官供给的工作量呈现结构性相同,法院需求的工作量会因为收案类型、工作任务、岗位设置等因素,会呈结构性分布于不同工作领域。例如,法院一定时期内受理民间借贷纠纷案件所需的工作量为100,相

^① 参见汪澜、邱素芳:《法官工作量测量——计量模型与四川经验》,载《上海交通大学学报》2019年第6期。

^② 参见简新华:《中国社会主义市场经济体制的新探索》,载《广西财经学院学报》2019年第5期。

同时期内法院受理的全部类型案件所需的工作量总和是 10000，那么审理民间借贷纠纷案件所需工作量在该法院需求工作量总和中的结构性占比为 1%。

供需结构是动态变化的。法官供给的工作量，以及法院需求的工作量的结构是可变的。法官供给的工作量结构会随着法官个人因素的改变而改变。例如，某法官在民事审判一庭工作，审理婚姻家庭纠纷案件的工作量在该法官总和和工作量中的结构性占比为 30%，后来因个人工作兴趣改变，通过专业选择不再审理该类案件，该类案件的工作量占比降为 0；同样，法院需求的工作量结构会随着工作目标、专项任务等因素的变化而变化。例如，法院在短时间内受理的民间借贷纠纷案件数量大幅上升，那么法院对民间借贷纠纷案件的工作量需求会大幅提升，需求的工作量占比也会提升。假设，原来一定时期内法院对民间借贷纠纷案件需求的工作量为 100，全部类型案件所需工作量总和为 10000，可以计算出民间借贷纠纷案件工作量的结构性占比为 1%，该类型案件收案数量短时间内大幅上升，需求的工作量提升至 500，全部类型案件所需工作量总和提升至 10400，可计算得出该类型案件所需工作量占比增加到 4.8%。变化后的结构性占比相较于变化前的结构性占比多了 3.8%。

（四）基于供需变动的量化冲突分析

在供需理论模型下，影响供需变动的要素也影响案件复杂程度，这些要素具有多样性、可变性、抽象性的特征，这与测算要素的选取、固定、量化存在冲突，这也是传统测算模式难以实现全要素动态测算的根本原因。

冲突一：要素多样性让要素选取存在困境。要素的多样性特征，让要素难以确定和选取。一是同类案件之间的影响要素不尽相同，法院系统以案由区分案件种类，案由相同并不意味着影响案件复杂程度的要素必然相同，以民间借贷纠纷为例，有的案件因为存在虚假诉讼而复杂，有的案件因为被告人数众多而复杂。二是各类案件之间的影响要素不同，以案件性质划分，可以将案件分为民事、刑事、行政、执行等案件。以民事诉讼案件和执行案件的比较为例，影响民事诉讼案件复杂程度的开庭时间、笔录页数、审理天数等因素，在执行案件中是不存在的。三是影响要素难以列举穷尽。只要是能够影响案件复杂程度的要素，都应当纳入到影响要素中来，但是要素要达到怎样的影响度，以及何种范围内的要素才能被认定为影响要素？在未明确界定的情况下，我们难以将影响要素列举穷尽。

冲突二：要素可变性让要素固定存在困境。测算要素的稳定，是保证全要素测算结果准确性的前提，但是在案件的审理过程中，影响案件复杂程度的要素并不是一成不变的，在数量和程度上存在变化的可能性。一是影响要素的数量可以变化，影响因素的数量存在增加或者减少的情形，以民事诉讼案件为例，原告提起诉讼后，被告应诉并提出反诉，提出反诉的情形属于要素数量的增加，如果被告在提出反诉后又撤回



反诉,那么撤回反诉的情形属于要素数量的减少。二是要素的影响程度可以变化,要素的影响度存在提升或者降低的情形,以婚姻家庭纠纷为例,原、被告之间的对抗程度是影响案件复杂程度的因素之一,如果原、被告之间的对抗程度提升,那么案件复杂程度会随之提高,这种情况属于要素的影响度提升情形,如果原、被告之间的对抗程度降低,那么案件复杂程度会随之下降,这种情况属于要素的影响度降低情形。

冲突三:要素抽象性让要素量化存在困境。量化是用数量形式表示评价结果的方法,并非任何对象都能量化,只有“形式”才能被量化,承载量化并展现量化的只能是“形式”^①,量化的前提是被量化的对象有适合以数量测算的外在形式。在影响案件复杂程度的要素中,存在适合以数量测算的要素,例如开庭时间、笔录页数、文书页数、审理天数等因素,时间、页数、天数均是适合以数量测算的外在形式,但是有相当部分的要素因其抽象性而没有适合以数量测算的外在形式。例如,在婚姻家庭纠纷中,影响案件复杂程度的因素有离婚合意、子女抚养、财产分割、过错损害赔偿等要素,这些要素均是抽象性的,难以找到适合以数量进行测算的可靠外在形式,抽象性的要素即使纳入测算要素,也难以量化出具体数值。

小结:法官和法院的供需关系属性,为我们精准评估案件权重提供了有效路径,即以供需理论为基础,充分发挥案件权重的“价格功能”,引导供给结构与需求结构契合,以供需平衡时的案件权重为衡量案件复杂程度的真实值。供需平衡下的案件权重由“无形的手”以“市场”方式决定,是供需双方在全局因素影响下的选择结果,更加贴近案件的真实复杂程度,克服了传统测算模式在全要素动态测算方面的困境。

三、以供需理论为基础的测算模型

基于供需理论构建动态的案件权重测算模型,需要在基准案件选择、初始权重值设置、权重值调整、权重值应用等方面构建具体方法,以此让案件权重在供需关系作用下,精准评估案件复杂程度,客观体现法官工作量。

(一) 步骤一:基于“一般等价物”的“基准案件”选择

“一般等价物”在商品交换中反映和衡量其他一切商品的价值,发挥着价值尺度的作用。^②在供需理论模型下对案件复杂程度实现准确测算,也需要从各类案件中分离出一类案件作为基准案件,这类案件发挥“一般等价物”的作用,能够作为其他一切案件的统一表现形式,发挥“复杂尺度”的作用。这比单纯采用审理时间来评估案

^① 赵磊:《“不能量化”证伪了劳动价值论吗?》,载《政治经济学评论》2017年第4期。

^② 参见张燕飞:《现代产权思想的变迁》,载《中国政法大学学报》2021年第3期。

件权重更为合理，主要是因为个别办案时间至少受到以下三个因素的影响和干扰：第一，不同的主审法官审理案件的方式方法有好有差；第二，不同的主审法官审理案件的水平有高有低；第三，不同的主审法官审理案件的劳动有勤有懒。^①如果以审理时间长短作为确定案件权重的依据，会出现一个问题，这种方式会让因不熟悉业务而导致审理时间较长的法官更容易获得高评价。

经济学中的“一般等价物”具有不易变质、易于分割和熔合、体积小而价值大、便于携带等自然属性，这些属性能够促进商品交换。测算案件权重所需的“一般等价物”应具有难易程度、工作量、工作耗时均相对固定的特征，有助于开展测算工作，保证测算尺度的准确。速裁案件的办案周期短、法律关系简单，在难易程度、工作量、工作耗时方面均相对固定，由其作为衡量案件难易程度的“一般等价物”具有天然优势。速裁案件的“入口”和“出口”是确定的，“入口”是指速裁案件在立案环节就进行了繁简分流程序，选择那些当事人双方均能即时到庭的案件和事实清楚、争议不大的纠纷案件；“出口”是指速裁案件的审理期限相对明确，有的法院设置有固定的审理期限，到期未结的转入随机分案系统分流至普通团队。^②

（二）步骤二：基于“边际成本”的“初始权重值”设定

在经济学中，边际成本指的是每一单位新增生产的产品带来的总成本的增量。经济活动中，生产者在支出成本的时候会考虑边际成本，让自己的投入获取最大的回报。需求侧的法院对案件初始权重值的设定，相当于“出价”，即需求方愿意付出多少成本去购买供给方的产品。虽然初始权重值是由法院自主决定，但是由于能够“支付”的总成本有限，法院需要基于需求侧的边际成本去综合衡量各方因素，然后再决定各类案件的初始值，一般会根据往年收案数量、年度工作目标、法官专业选择等因素进行初步测算。

速裁案件发挥“复杂尺度”作用，一般将速裁案件的案件权重设定为1分，审结一起速裁案件得1分，其他案件参照速裁案件设定初始权重值，如普通民事案件是3.5分，执行异议之诉、与公司有关的纠纷是5.5分，一般刑事案件7.5分。对于执行案件，如果执行模式为分段式执行，可将不同流程段的执结案件赋予不同分值，比如，速执阶段执行完毕的案件计5分，其他阶段执行完毕的案件计10分。法院也可以对个案“出价”，比如某法官调离后，其承办的某个案件无法继续审理，可将该案件设定初始权重值后由法官自由选择。设定的初始值需要被供给侧的法官评价，后续会有一个纠偏和平衡的过程。

^① 参见张丰兰：《马克思总量货币理论及其时代价值》，载《当代经济研究》2013年第6期。

^② 参见杨维松：《破与立：法官绩效精准评价体系重构——以H法院“沐法币”精准称重工作量为中心》，载《山东法官培训学院学报》2019年第2期。



（三）步骤三：基于“供需平衡”的权重值调整

法官基于需求侧因素对法院设定的初始权重值做出回应，法院基于法官的回应对权重值做出调整，回应和调整可能交替出现多次，法院和法官在供需关系作用下最终会对案件权重达成合意。案件的最终权重值设定为多少分，不是院领导决定，也不是考核部门决定，而是在法院、法官共同参与下确定。比如，在法官选择专业前，我们把一起普通民事案件的初始权重值设定为2分，如果只有少数几名法官选普通民事专业，供给相对于需求是不足的，说明权重分值低了，需要根据实际情况继续上调。适当上调后再让法官重新进行选择，直到选择这一专业的法官和案件量实现了均衡，说明案件权重基本合理。

供需平衡受多种因素影响，当团队数量、专业类型发生变化，案件权重也会随之变化。例如，法院内部的速裁团队从2个增加至3个，每年多分流1000起简易案件，也就意味着约1000起案件从普通民事案件变为速裁案件，权重值从之前的较高分值3.5分下调至1分，使全部案件的总分值大幅度缩水，更多简易案件被过滤，剩余案件的复杂程度整体提升，所以需要普通民事案件的权重值适当上调，比如浮动调整至4.5分。

（四）步骤四：基于“理性人”的权重值应用

在供需理论中，供需双方均是理性的，“理性人”会尽最大努力去实现目标，而且这种努力系统而有目的。^①同样，作为供给侧的法官也是理性的，让法官在供需关系中尽最大努力去实现目标，需要构建具有激励作用的权重值应用方法。

实行开放式积分评价。最高人民法院在《综合配套改革意见》中提出，考核要真正拉开档次、体现差别。可将案件权重与积分制结合，案件权重即是审判团队得分，评价结果直接以得分多少排名，不再划分优秀、良好、称职等固定档次，拉开考核差距。例如，审结1起普通民事案件得3.5分计算，一个月审结10起案件的团队和审结40起案件的团队，最后得分相差105分。根据审判质量、效率、效果指标的排名情况，给予一定比例的上浮和下调。

评价结果与奖励挂钩。最高人民法院在《综合配套改革意见》中提出，考核结果记入审判业绩档案，作为对法官奖惩、晋升、调整职务职级和工资、离岗培训、免职、降职、辞退的重要依据。可以将评价结果与干警职级、绩效工资、考勤管理、荣誉表彰、培训学习、经费保障六项激励措施挂钩。比如，与干警职级挂钩，体现在法官助理入额业绩分直接适用日常业绩考核得分、业绩考核排名靠前的干警优先晋级晋职；与绩效工资挂钩，按照个人所得分值计算出奖励性绩效工资数额；与考勤管理挂钩，体现在每月前30%的团队免考勤，中间50%的团队每日2次考勤，最后20%的团队每日4

^① 参见[美]格里高利·昆曼：《经济学原理》，梁小民、梁砾译，北京大学出版社2015年版，第6页。

次考勤；与荣誉表彰挂钩，体现分值高的优先推荐申报；与培训学习挂钩，体现在优先安排业绩考核排名靠前的团队、部门、干警外出考察学习，参加专题业务培训；与经费保障挂钩，体现在靠前的团队获得更多的行政资源和办案经费保障。有了绩效考核，不同岗位干警的业绩就可以进行横向比较，不同人员薪酬的调整也可依据绩效考核结果来进行，这样不仅有利于从薪酬制度上将薪酬向业绩优秀者倾斜，而且有利于强化结果导向的引导作用。^①

四、建立与测算相配套的供给侧环境

供需理论适用于充分竞争的环境，为法官提供自由、公平、平等的供给侧环境，是以供需理论测算案件权重的前提和保障，从法官工作特点分析，需要从人力资源、“生产资料”“生产关系”三个方面建立与测算机制配套的供给侧环境。

（一）自由维度：设置与测算机制配套的人力资源

通过法官专业自选、团队人员互选，让人力资源在自由的环境中充分流动，流动到最适合的岗位、最适合的团队，保障供给侧法官在专业选择和团队组建上能够公平竞争。

专业选择方面实行法官专业自选。法官根据自己的知识结构、专业特长自主选择审判专业。例如，每名员额法官可以选择两个大专业、每个大专业下限选两个小专业。大专业包括刑事、民事、商事、速裁、行政、破产和执行七个，刑事专业以一级案由确定小专业，民商事专业以二级案由确定小专业。执行专业设置上，可以根据执行权力性质和执行案件特点，将执行工作划分若干有机衔接的流程段，依据不同流程段分别设置速执、流程、精执、监执、终本维护五个流程段。法官还可以根据办案情况、考核导向等随时调整专业选择，以法官的专业选择实现审判专业化。

团队组建方面实行团队人员互选。在团队组建上，员额法官与法官助理、书记员实行双向自由互选，法院领导层不宜搞“拉郎配”。团队组建以后，如果认为不合适可以随时改变选择，法官可以申请法官助理、书记员“待岗”，法官助理、书记员也可以申请退出所在团队，重新选择。最终形成强强联合、优胜劣汰的局面。

（二）公平维度：设置与测算机制配套的“生产资料”

通过行政资源的动态引导、案件的智能化分配，让生产资料流动到最需要的团队，让人力资源和生产资料实现最佳配置，保障供给侧法官在生产资料方面公平竞争。

行政资源方面实行资源动态引导。在法官选择专业，干警选择岗位时，如果出现

^① 参见杨维松：《破与立：法官绩效精准评价体系重构——以H法院“沐法币”精准称重工作量为中心》，载《山东法官培训学院学报》2019年第2期。



配比失衡的情形，通过行政资源和管理要素的调整进行合理引导，避免使用行政命令的方式直接进行调整或干预。如选择刑事专业的法官太多，而选择执行专业的法官太少，则要下调刑事案件权重，上调执行案件权重；针对干警不愿意到基层法庭工作的问题，对基层法庭团队每月上浮案件权重，还可以对评先树优名额、年终考核优秀比例等予以适当倾斜，以此引导法官专业选择和干警岗位选择，均衡配置审判资源。

案件分配方面实行智能化随机分案。案件是法院最大的“资源”，也是办案团队竞争的基本“生产资料”，所以，如何分案很重要。科学的分案制度，要有利于审判流程的顺畅运行，提高审判效率，要体现审判的专业化，让擅长类案的法官审理专业案件。^①以分案制度改革为突破口，均衡分配案件这一最重要的审判资源，着力解决由谁来匹配法官的专业、由谁来均衡法官的工作量以及如何均衡等问题。^②依托智能分案系统实现公平分案，例如，为各类审判团队确定一段时期内的最大库存数，按照“专业优先、结出递补”的原则分案，当审判团队未结案件数低于最大库存数时，由系统根据设定程序自动分配案件。智能化随机分案制度，打破了由业务庭带来的分案割据，尊重了法官的专业选择、办案意愿和效率差异，实现了案件在全院所有团队之间的合理流动。

（三）平等维度：设置与测算机制配套的“生产关系”

通过团队主导审判流程、分管制改为统筹制、集约化设置派出法庭，构建扁平化、平行化的生产关系，让供给侧法官拥有平等的竞争主体资格。

审判流程方面，由团队主导审判流程。审判流程不再进行“条块分割”式的拆解，而是由以员额法官为核心的审判团队主导，案件于立案后当日分配至审判团队，由承办团队自主确定案件送达方式，根据案件难易程度和送达情况合理确定答辩期，自主排期开庭，由此也可以避免立案庭统一送达、统一排期带来的流程僵化、审理周期长等问题。

根据实际情况对派出法庭实行集约化管理。员额制改革前，有的派出法庭存在法官数量少的现象，甚至出现一人庭、二人庭的现象，员额制改革后，法官数量相较于以往变少，加剧了这一现象，难以满足办案需要，而且，派出法庭的员额法官通常仅办理辖区内案件，因辖区情况不同，案件数量、案件类型构成存在差异，法官难以通过专业选择办理擅长的案件，通过计算案件权重的方式对不同派出法庭的法官进行考核，也显失公平。随着经济社会的发展，交通较过去更加便利，这为辖区大小合适的法院提供了集约化管理派出法庭的条件。将派出法庭适度合并，实行法庭集约化管理，

^① 参见张星磊：《基层法院改革的“临沭模式”探评》，法律出版社2021年版，第29页。

^② 参见张星磊：《论法院分案模式的困境、反思与进路——以智能化分案模式为中心》，载《山东法官培训学院学报》2020年版第2期。

可以打破案件分配的壁垒，不同辖区的案件可以流动到最适合的法官手里，让案件分配更加均衡，提升司法的效率，有利于解决人员不足，保障乏力、人案矛盾的问题。^①

行政管理方面，将分管制改为统筹制。院领导不再分管固定的庭室、部门或团队，而是统筹审判业务，案件分配到哪个团队就要统筹到哪个团队。比如，一个团队选择民事审判作为第一专业、刑事审判作为第二专业，该团队在审理民事案件时由统筹民事审判的院领导管理，在审理刑事案件时则由统筹刑事审判的院领导管理。院领导除程序性事项审批外，不再通过行政审批方式对案件质量把关，被动接受法官的办案咨询，通过“四类案件”监督、召开专业法官会议等形式促进类案裁判尺度统一。

结 语

案件复杂程度和供需理论中的商品价格相似，难以通过直接量化的手段测算。借助供需理论模型，可以让案件权重发挥引导功能，让法院、法官共同对案件权重作出合理评估。供需平衡下的案件权重是供需双方自由选择的结果，这种选择基于供需双方的多重考虑，最大限度囊括了影响案件复杂程度的各种因素，解决了传统测算模式的测算不准、公信力不强的问题。供需平衡有助于促进供给侧的结构优化，使法官的供给结构与法院的需求结构紧密契合，引导“生产要素”实现最优配置，进而提升法院司法的质量和效率，最终使“案多人少”转变为“人案均衡”。

（责任编辑：郝晓越）

^① 参见张星磊：《基层法院改革的“临沭模式”探评》，法律出版社2021年版，第15页。



私募基金类案件的审理难点与裁判思路

潘娟 刘欢*

内容摘要：私募基金纠纷作为新兴金融商事案件类型之一，专业性强，审判结果往往关系到金融秩序的稳定与金融风险的防范。当前，审理此类纠纷面临有效依据不足，当事人不当行使诉权、举证能力不足，特殊情形下，私募基金纠纷还涉及到刑民交叉问题，因而亟待更精准的裁判考量。为促成个案公正与裁判尺度的统一，应明确请求权基础与归责原则，合理分配举证责任；在认定管理人赔偿责任时需审查不同阶段合同分配的权利义务，分“条件关系”和“相当性”两阶段判断因果关系，厘清实际损失；确定托管人及其他被告赔偿责任是否成立及范围的判断规则。

关键词：私募基金；适当性义务；忠实勤勉义务；举证责任

中图分类号：DF438.7 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-3156(2022)01-178-189

近年来，迅猛发展的私募基金为公众拓宽了投资渠道，成长为我国资本市场的重要力量，促进了金融市场的繁荣。与此同时，进入诉讼领域的私募基金纠纷逐步增多，该类纠纷专业性强，涉及的法律关系较复杂，事实认定困难，审判结果的示范效应突出，而相关法律及制度供给相对不足，导致审判实践普遍面临诸多疑难问题。本文以济南铁路运输中级法院受理的涉A银行的私募基金类案件为样本，对该类案件的实践表征、审理难点进行了梳理、探究，并提出了相应的裁判建议，以期为统一裁判尺度、妥善化解纠纷提供思路。

一、私募基金类案件的实践表征

济南铁路运输中级法院自2019年6月开始受理以A银行为被告或第三人的民商事案件，截止到2021年12月，共受理了263件以私募基金投资者为原告，以管理人

* 潘娟，济南铁路运输中级法院民庭一级法官；刘欢，济南铁路运输中级法院民庭法官助理。

和托管人 A 银行等为被告或第三人的委托理财类案件，案件总量虽然不多，但是占比大，占全部涉 A 银行案件的 79.2%。此类案件主要呈现以下特点：

（一）案由类型差异化

一旦发生私募基金纠纷，如何界定基金合同的性质将直接影响当事人间权利义务关系的认定。由于《民事案件案由规定》并无与私募基金纠纷确切对应的案由，根据投资者起诉时主张权利的角度，法院据以审理的基础法律关系亦不同，导致案件确定的案由有差异，样本案件涉及的案由主要包括民间委托理财合同纠纷、金融委托理财合同纠纷、侵权责任纠纷和财产损害赔偿纠纷，其中委托理财合同纠纷的案由占九成以上，仅有 9 个案件当事人从侵权角度主张权利，而最终确定案由为侵权责任纠纷和财产损害赔偿纠纷。

司法实践中对基金合同性质认识不统一，从当事人权利义务的本质看，基金合同的本质是在投资者与管理人之间设立信托法律关系，包含代客理财的投资管理目的，将其归入委托理财合同纠纷既能全面反映其法律属性，^①又能在运用合同法一般规定的基础上，借鉴证券业等金融领域相关规定和监管规则，在司法视域内推动私募基金纠纷的横向规制。

（二）当事人的地域性与类型化明显

私募基金的投资者一般包括自然人、法人和机构类，单位机构作为投资者的仅有 5 件，其他投资者均为自然人，多以有一定资金实力、投资需求旺盛的中年人为主，主要来自经济发达的广东、浙江、江苏等南方省份。私募基金管理人主要经营地点位于深圳、上海、北京等地，投资规模主要集中于 100 万元—400 万元之间。当事人的诉求单一性与复合性相混合，单一性体现在诉请集中于支付投资本金及收益，但收益的起算期间与计算标准不尽相同，复合性表现在诉请解除基金合同，诉请相关主体履行信息披露、对案涉基金进行清算等义务。

（三）诉讼主体呈现多元化

根据私募基金在募集、管理和退出阶段不同的参与主体，该类案件的被告主体类型涉及管理人、托管人、外包服务机构、代销机构、底层实际用款人及其他主体（投资者所主张的实际控制人、未出资股东、出具承诺函或回购协议的保证人）等多方主体，具体被告种类在个案中不尽相同，投资者为了最大可能实现其诉求，往往将所有产生关联的主体列为被告，产生多数当事人诉讼，统计样本中仅有 6 起案件投资者单独诉托管人或代销机构，其他投资人在起诉管理人的同时，均要求托管人等其他主体承担

^① 委托理财是指委托人将其资金、证券等资产委托给受托人，由受托人将该资产投资于期货、证券等交易市场或通过其他金融形式进行管理，所得收益由双方按约定进行分配或由受托人收取代理费的经济活动。参见最高人民法院民事案件案由规定课题组编著：《最高人民法院民事案件案由规定理解与适用》，人民法院出版社 2011 年版，第 176 页。



连带赔偿责任。

（四）案件事实的共同点与区别点相互交织

投资者主张权利的证据主要是资产管理合同、基金合同，统计样本中具有部分共通的案件事实，比如判决结案的案件中管理人集中于4家基金管理公司，涉及深圳A投资管理有限公司14件，上海B资产管理有限公司13件，北京C投资管理有限公司7件，深圳D投资基金管理有限公司6件。管理人将基金财产投资于诸多领域，例如认购有限合伙企业的LP份额、投资股权收益权、定向委托贷款、应收账款债权，资金闲置时可投资于银行存款、开放式货币市场基金，不同投资标的背后是“权利—义务—利益—风险”多样性组合。涉案基金合同均为管理人事先拟定的合同模板，对投资人、管理人、托管人在基金的募集、管理、退出时的相关权利义务进行了格式化约定。争议焦点集中于管理人是否违约或侵权，是否应赔偿投资者的本金及收益；托管人及其他主体是否应承担连带赔偿责任。

（五）审理程序复杂

主要表现在涉刑移送情形多、被告送达难、普通程序适用率高、判决比例高。样本案件因被告数量多、住所地分散、地域跨度大，致使法律文书送达难，部分案件债务人下落不明，只能通过公告送达法律文书，被告未到庭应诉的现象比较突出，无形中不仅延长了审理周期，而且法院最终只能缺席审理，可能会造成法律事实与客观真实的脱节。待案件进入强制执行程序后，由于人难找、无财产，往往只能在程序上终结执行，对案件实际履行率等审判执行质效带来较大影响。涉及刑民交叉时，往往因侦查机关与审判机关对刑民案件定性标准的认识差异、刑民程序衔接不畅等原因致使该类案件的审理陷入困境。由于法律关系复杂、证据纷繁琐碎等原因，该类案件均适用普通程序审理，且判决率高。

二、私募基金类案件的审理难点

（一）裁判依据的有效供给不足

相比传统民事纠纷，私募基金案件偏小众，尚未形成成熟、可供参考借鉴的裁判思路。目前，审理私募基金案件的依据来源分散，除了一般商事案件适用的《合同法》（民法典实施前）、《侵权责任法》（民法典实施前）、《民法典》，还应从金融法律法规规章中寻找有关基金交易规则、监管规则、行业规范作为审理案件之依据，而且要注意加强与监管部门的沟通协调，密切跟踪金融政策的变化，及时调整相关司法政策。比如该类案件的核心问题是管理人与托管人义务，在《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》、《全国法院民商事审判工作会议纪要》（以下简称《九

民会议纪要》)、《证券投资基金法》都有专门规定,但相关条款较笼统,对管理人、托管人的职责语焉不详,欠缺操作指导性,司法适用性不强,不能充分满足该类案件的审理需求。

在立法难以完全涵盖基金纠纷的情况下,案例则是呈现基金纠纷裁判现状的有效载体,司法者往往去找寻具有指导或者参照意义的案例作为裁判依据。目前最高院发布的指导性案例未涉及私募基金,而公报案例或以各种方式公布的典型案例中有关私募基金的数量也稀缺,因此,投资者和管理人、托管人签订的基金合同是司法裁判的主要依据,但裁判者对具体履行合同义务的尺度无统一认识,如何借助现有的一般规范获得正当的个案判决,是司法实践中的难题。

(二) 当事人不当诉讼行为降低了审判效率

基金类案件中投资者的主要诉求为投资本金及收益的返还或赔偿,但原告往往在庭审时追加、变更明显不合理的诉讼请求或被告,比如要求“解除基金合同+履行合同约定的清算义务”“管理人、托管人、外包服务机构、融资人,甚至基金销售业务员承担连带赔偿责任”,将原本属于第三人的当事人变更为被告,追加分属不同法律关系的主体作为被告,诉讼请求明显与合同约定不符、要求支付律师费等,导致法院重新指定相对方补充证据与答辩的期间,造成案件审理天数的增加。为了提高诉讼效率,针对上述被告的列置和诉讼请求的变更,法官应积极行使释明权,根据法律关系的构成和具体情况向原告释明,由其进行选择,避免司法资源的浪费。

(三) 当事人的举证能力难以匹配其应负的举证责任

按照“谁主张谁举证”的举证规则,原告应就其提出被告存在违约或侵权行为的主张进行举证,但投资者往往并未举示任何证据,仅在诉讼事由中笼统表述“基金管理人、托管人未尽到管理人、托管职责,未履行合同约定”,进而要求对方承担赔偿责任。样本案件中投资者均委托了诉讼代理人,即便有律师介入,代理人由于业务能力参差不齐,对基金交易流程等案件事实无法作出明确陈述和合理解释,一味将举证责任推给对方,动辄要求法院调取证据。另外,投资者的举证不足表现在主张销售者等非合同相对方承担责任的案件中,存在无法举证、证明能力不足的问题,导致法院事实审查存在困难。因此在事实查明过程中,法院合理分配投资者和各被告之间的举证责任尤为重要。

(四) 私募基金的高度专业性亟待更精准的裁判考量

私募基金投资者作为合格投资者,对基金产品的风险等级有相应辨识力,对签署合同等法律文件具有注意义务,应自行承担一定的市场投资风险,其将投资损失归咎于案涉各被告的主张能否成立需要根据案件事实进行具体判断。但因私募基金



的投资标的迥异，不同种类基金的损失原因大相径庭，裁判者难以判断投资失利是由市场本身和基金领域固有的投资风险造成，还是管理人等主体未履行约定义务所致。比如管理人勤勉义务在基金运作各环节的弹性与张力各有不同，管理人在涉案基金中的具体行为是否属于勤勉义务的范围，如何掌握其履行职责是否到位的尺度，司法裁判者有较大的自由裁量权，得出的结论不统一，故要准确界定管理人及相关主体的责任是否成立及其范围，需更加精细的规则和裁判考量。

三、刑民交叉案件处理方式

私募基金在理想的运作状态下，管理人规范操作，对基金进行备案登记，按照规定不公开宣传与推介，进行合格投资者核查，履行信息披露、清算基金财产等义务，一般不会触及刑事风险。但在实践中，有的管理人私募运作不规范甚至借私募之名行非法集资之实，轻则构成行政违规，重则构成刑事犯罪。目前，济南铁路运输中级法院已审结192件私募基金类案件，从结案方式看，判决73件、裁定驳回起诉130件、裁定准许撤诉20件。移送侦查机关处理12件，针对的是刑民交叉纠纷。以“裁定驳回起诉”移送侦查机关处理的案件主要包括以下四种情形：

1. 涉案私募基金管理人或融资人因涉嫌利用基金进行非法吸收公众存款等经济犯罪，已经被公安机关立案侦查、检察院审查起诉或法院审理。
2. 管理人虽尚未被公安机关立案侦查，但已经因存在侵占基金财产等行为被监管部门出具《行政监督措施决定书》，监管部门已将其犯罪线索移交公安机关，明显存在经济犯罪嫌疑的。
3. 管理人涉嫌非法吸收公众存款犯罪，部分投资人已经向公安机关作报案登记的。
4. 涉案私募基金未经中国证券投资基金业协会备案，私募投资基金管理人有挪用基金财产等行为，经法院审理认为存在经济犯罪嫌疑的。

对于处理方式，主要有以下三方面的考虑：

一是该类案件可能涉嫌经济犯罪，无法在民事案件中定性处理。民事诉讼审理的是平等主体之间权利义务关系，如果该民事争议属于刑事犯罪内容，则明显超出了民事诉讼审理范围。需要说明的是，此处所指的“经济犯罪嫌疑”仅指“嫌疑”而非“定罪”。当在案件审理中发现存在“嫌疑”时，即应向公安机关移送，以免遗漏犯罪线索。

二是可以保障投资者的合法权益，能够更快拿回投资款。由于上述案件明确存在经济犯罪嫌疑，基金管理人均已“跑路”，下落不明，已有投资者到公安机关报案。在刑事案件处理中会进行“追赃”，民事责任的认定和执行则需在刑事追赃中进行协调。即使现

在法院作出民事判决，也无法对管理人及底层融资人进行实际执行，还会影响当事人进行刑事追赃，故移送公安机关处理，要求公安机关尽快立案侦查更有利于投资人尽快拿回投资款。

三是驳回起诉并未剥夺当事人的诉权，也未增加当事人费用负累。“驳回起诉”的裁定并不影响当事人继续主张权利、行使诉权，在刑事案件程序终结后，如当事人还有其他争议仍可再行起诉。且在本次案件中并未向其收取案件受理费，保障了当事人诉权、财产权都不受损失。

四、私募基金类案件的裁判路径

在判决结案的 73 起案件中，根据对投资者诉讼请求的支持情况，裁判结果分为部分支持和驳回诉讼请求两种，其中由管理人承担损害赔偿责任的判决有 46 件，代销机构承担责任的有 4 件，基金份额回购义务主体单独承担责任的有 3 件，另外还有投资者起诉要求信息披露的案件，判决由管理人与托管人分别履行相应的信息披露义务。具体的裁判思路如下：

（一）明确请求权基础与归责原则，合理分配举证责任

由于私募基金案件存在多重性质的法律关系，案件事实往往存在违约和侵权的竞合，因此要求原告明确请求权基础是审理该类案件的基础。一般情况下，原告在起诉时对请求权基础已作出选择。对投资者提起的侵权赔偿诉讼，法院可根据侵权要件分配举证责任进行审理。但有时候原告基于认知偏差，为了最大可能实现其诉讼利益，往往坚持依据违约的请求权基础同时将分属不同法律关系的若干主体作为被告提起诉讼，根据诉讼法理论，应成立两个或多个独立的诉，法院向原告进行释明，由其进行选择。

虽然《证券投资基金法》规定管理人赔偿责任时未明确过错原则，但立足于私募基金“卖者尽责、买者自负”的运行机理，投资者无论是基于违约还是侵权要求管理人赔偿损失，管理人的过错均是其承担责任的前提，否则会导致管理人承受本应由投资者自行负担的损失，因此，管理人对投资者赔偿责任适用过错归责原则。

在投资者索赔的案件中，举证责任分配是基础性问题之一。鉴于缔约双方在交易信息、专业知识等方面的不对称性，管理人的强势与投资者的弱势形成鲜明对比，案件事实的证明材料往往掌握在管理人手中，对于提供与否、如何提供、材料的可信度等问题，管理人往往处于优势地位，亦具有更强的举证能力，故此类案件应根据《九民会议纪要》第 75-78 条、第 94 条规定，由投资者对购买基金产品、遭受的损失等事实承担举证责任；由管理人对其履行了适当性义务、忠实义务和勤勉义务承担举证



责任。

(二) 管理人赔偿责任的司法认定

针对管理人违反义务的行为，在基金合同有效时，投资者无论采取违约之诉还是侵权之诉路径，认定管理人的赔偿责任均包括义务违反、因果关系以及实际损失三个要件。

1. 审查不同阶段合同约定的权利义务分配

私募基金的全周期大致可以分为募集阶段、管理阶段和退出阶段。在募集阶段，管理人适当性义务的核心为告知说明义务，《九民会议纪要》第 76 条对此作出了严格要求，规定按主客观标准予以实质性审查，不仅要在形式上签署风险提示确认书，而且要保证推介过程中以金融消费者能理解的方式说明代销产品的属性、发行机构、相关责任义务、风险等级等产品信息以及能影响到投资者决定的事项。样本中有 4 起案件的管理人因违反该阶段适当性义务承担损害赔偿赔偿责任（见表 1）。

表 1 违反的告知说明义务

案号	具体情形
(2020)鲁 71 民初 147 号	未对基金项目、融资人经营情况进行充分尽职调查，未对基金项目投资风险信息进行全面、充分的揭示
(2021)鲁 71 民初 14 号	回访内容不符合法定约定，未充分尽到投资者冷静期回访确认义务
(2020)鲁 71 民初 150 号、155 号	未充分披露基金风控信息，未充分揭示相关风险

尽管私募基金管理人义务散见于多种位阶的法律文件，但从实质来看，在管理阶段，管理人负担的义务大体可分为忠实义务和勤勉义务两类，前者为禁止性规范，要求竞业禁止、公平对待和公平交易；后者则要求管理人积极作为，亲自管理、审慎投资，在司法实践中主要审查投资管理过程中的内部决策流程等审批材料，项目存续过程中的日常管理材料（包括各类凭证、单据、通知和指令），风险处置措施等证据，考量受托人是否履行了前述义务，并在此基础上分配责任承担。（见表 2）。

表 2 违反的忠实勤勉义务

案号	义务	具体情形
(2019)鲁 71 民初 113 号	勤勉义务	未办理应收账款转让登记或质押登记，导致案涉基金无法直接主张权利
(2020)鲁 71 民初 151 号	忠实义务	违反了平等分配权，先向同期及在后的投资者分配

续表

案号	义务	具体情形
(2020)鲁 71 民初 158 号、159 号、160 号	勤勉义务	未按照基金合同约定取得融资方的股权，也未就该重大事项向投资者进行信息披露
(2020)鲁 71 民初 167 号、168 号	举证不能	未出庭应诉或提交证据证明其已经履行了法律规定及合同约定的其作为管理人的勤勉尽责等义务，承担举证不能的后果
(2020)鲁 71 民初 144 号、145 号、146 号	勤勉义务	未按照合同约定的方式进行投资，造成基金风险增加，现投资款无法收回
(2020)鲁 71 民初 181 号	勤勉义务	并未提交任何权利凭证，无法证实风控措施的实际履行情况

梳理上述案例可以发现，管理人因未尽审慎投资义务需赔偿投资者损失的处理思路有两个基本特点：

(1) 对管理人审慎投资义务的审查系程序性评价。由于私募基金是一种基于高风险项目设立的投资形式，如果事后过分强调管理人的谨慎，可能会对管理人起反向激励作用，阻碍其谋求利益最大化的积极性，因此司法对管理人是否尽到勤勉义务的审查宜为过程性、形式化评价，对管理人依正当程序作出的决策，裁判者原则上应当予以尊重。只要管理人投资决策程序合法，在决策形成与实施过程中尽到了注意义务，损失后果就应由投资者自担，这是“卖者尽责、买者自负”原则的基本要求。

(2) 对管理人审慎投资义务的审查一般聚焦于行业标准。虽然合同赋予了管理人决策权，但并未豁免管理人所负的审慎义务。司法机关对管理人审慎投资义务的审查，不仅局限于决策程序，亦应关注管理人在投资决策中的专业作用与价值。一般认为，应以管理人普遍应有的知识、能力与经验作为客观的衡量标准。例如管理人是否采取相应的风控措施，决策前是否穷尽多种途径收集资料，是否寻求过专业意见等等。如果个案中管理人的表现达不到行业通常要求，即应认定其有过错。比如倪某某诉甲公司一案中，涉案基金的投资标的是定向委托贷款，用款方提供质押的仓单，所载明的货物存货人、保管人、出质人均均为乙公司，即载明货物的实际控制权均由用款方掌握。该种仓单从形式上不具有作为担保措施的作用。甲公司在案涉基金的投资、管理过程中并未积极履行勤勉职责，对投资人的基金份额造成了损害，故应当赔偿其损失。^①

在退出阶段，根据有关规定，基金合同应当约定基金合同终止事由、程序以及

^① 参见倪某某诉甲公司等金融委托理财案，济南铁路运输中级法院（2021）鲁 71 民初 31 号民事判决书。



基金财产清算方式。基金合同约定的退出机制包括开放式基金在开放期内申请赎回规则，封闭式基金约定的合同终止情形，以及法定和约定的合同解除条件。样本中有 6 起案件的基金合同终止，原因包括管理人被依法取消私募投资基金管理业务资格（1 件），基金期限届满而未延期（5 件），2 起案件的原告主张合同解除未获支持。

需要注意的是，在此阶段管理人也有以“基金项下的财产未处置完毕，管理人需处理基金后续事务”为由主张基金延期，^①但即使基金延期，管理人亦需积极作为，代表案涉基金对融资人及其他债务人通过诉讼或仲裁程序进行追索，履行清算、处置、追偿的义务，否则也将被认定为管理人违背勤勉义务而承担责任。

2. 因果关系的认定

管理人违反义务行为与投资者损失之间的因果关系认定往往是争议焦点，也常是管理人请求减免责任的抗辩事由，依据相当因果关系理论，在因果关系的认定上应同时满足必要条件关系和相当性，即无此行为，必不生此种损害，有此行为，通常足以产生此种损害。在私募基金纠纷中，认定因果关系需分“条件关系”和“相当性”两阶段进行适用，条件关系的成立是前提，如果否定了条件关系，则无需判断相当性。

（1）条件关系判断，即判断“若无管理人的过错行为，则肯定不会发生投资损失的结果”是否成立。根据前文对管理人义务种类的分析，如果未出现管理人违反前述义务的情况，则认为投资者的损失不会出现，因此，该判断成立，即无法排除过错行为与投资者损失之间的关系，二者存在条件关系。比如信息披露义务是管理人对投资者负有的重要义务，虽然管理人未履行该义务，通过对案涉基金运行情况来看，投资者遭受的损失源自市场系统性风险，投资者亦未能如约实现基金预期收益，故管理人未履行信息披露义务与投资损失之间不存在条件关系。

（2）相当性判断，即判断“通常情况下管理人的过错行为会侵害投资者基金份额权益”是否成立。依据一般社会经验，管理人违反义务的行为足以导致投资者的损失，因此该判断成立，二者关系存在相当性。比如管理人在宣传、推介过程中存在不规范行为，该行为影响了投资者购买案涉产品的自主决策，故该管理人的过错行为足以产生投资人投资失败的后果，两者构成法律上的因果关系，应支持投资者的索赔请求。

综上，责任成立上的相当因果关系判断是指验证管理人的过错行为是否侵害了投资者的基金份额权利。即使主体存在过错行为，也需要进一步判断该种过错是否足以产生投资人投资失败的后果，从而决定是否要将该不利后果归于过错方，只有对条件关系与相当性均进行充分论证，方可认定管理人义务履行的缺位与投资者损失之间构成法律上的因果关系（见表 3）。

^① 参见陈某某诉 A 银行等金融委托理财案，济南铁路运输中级法院（2020）鲁 71 民初 149 号民事判决书。

表 3 因果关系的具体论证

案号	是否存在因果关系	论证因果关系的具体表述
(2020)鲁 71 民初 156 号	是	管理人已不具备组织清算基金财产的能力,且实际亦未履行相应义务,存在重大违约行为,本案投资人所主张的 100 万元投资款项已成为实际损失,该损失结果与管理人的违约行为具有直接因果关系
(2020)鲁 71 民初 158 号、159 号、160 号	否	未提供证据证明其已履行了向投资者披露基金托管业务信息义务,但该行为侵犯的是投资者的知情权,与案涉基金未能如期向投资者兑付本金及收益并无直接的因果关系
(2020)鲁 71 民初 149 号	是	管理人未证明其在案涉基金延期期间,履行了代表案涉基金依法向债务人进行追偿,及时对基金财产进行清理和分配的职责,投资人未能按照预期取得案涉基金向其兑付的投资本金及收益,该损失与未完全履行管理人职责,未尽适当性义务,具有直接的因果关系
(2020)鲁 71 民初 150 号	是	认定管理人未向投资人充分披露基金风控信息、未充分揭示相关风险,且该风险控制措施的存在与否足以对投资人的投资判断产生实质性影响

3. 实际损失的厘清

根据《九民会议纪要》第 75 条规定,金融消费者在主张损害赔偿时,要求对损失承担举证责任,法院的裁判也是以投资者的实际损失确定为前提。从司法实践看,基金投资损失的确定一般情形下应清算前置,若涉案基金已经终止但未完成清算工作,则不能认定投资者实际损失确定,不能支持其赔偿请求,投资者应在损失确定后再行起诉,尤其在基金存续期限尚未届满,或管理人仍在向被投资目标公司积极主张权益,或者正在清算中,原告的赔偿请求均不能得到支持。

但在特殊情形下,基金产品虽未经清算但有其他证据证明损失已确定实际发生的,法院可判决金融机构承担相应的赔偿责任。比如管理人怠于履行清算义务导致损失金额无法确定,或者管理人被注销资质而没有清算可能性,这种情形下如果坚持清算前置,可能造成违约方一直不履行义务却可一直不承担责任的不公局面,就属于管理人自身存在重大过错,为避免当事人诉累,可推定实际损失已经形成,由管理人承担赔偿责任。

在对投资人的损失进行认定时,本金的数额一般较为明确,至于如何计算损失本金对应的利息,不少当事人会主张按照项目说明书或基金合同载明的预期收益率或业绩比较基准来主张利息损失,此种主张本质上要求管理人进行变相的刚性兑付,违背了禁止收益承诺的监管规则,所以对于投资人的这种主张也一般不会予以支持,除非存在《九民会议纪要》第 77 条规定的管理人的行为构成欺诈的情形,以预期收益率



标准计算利息来作为惩罚性手段。对投资人的该项诉请，会参照《九民会议纪要》第77条确定管理人违反适当性义务时的利息计算标准，管理人违反其他义务时，调整为以同期存款基准利率计算利息。

（三）托管人及其他被告赔偿责任的司法认定

1. 托管人。在托管人保管基金财产与监督管理人两项核心职责中，实务中托管人被索赔的原因多为未尽到对管理人的监督义务，主要涉及到对管理人投资指令的审查标准问题。对此，普遍意见认为托管人仅负形式审查之责。根据《商业银行资产托管业务指引》以及私募基金合同的约定，托管人对管理人发出的划款指令进行的是表面一致性审查，并不负责委托资产的投资管理和风险管理，对管理人运用基金财产进行投资行为的实质审核，对基金投资款项自托管账户汇出之后进行保管和监督使用情况的义务和职能。如果托管人能提交相应的投资协议、划款指令授权书及核心直联明细流，反映托管人已按基金合同约定程序，审核托管资产管理运用指令应具备的资料，从而进行托管账户资金的划付，已尽到自身托管义务，投资者主张托管人需进行实质审查，没有合同依据，系过分苛责托管人义务。

另外，投资者向托管人索赔的事由还包括未履行法定的信息披露与复核私募基金定期报告以及组建清算小组等义务，基于受托人角色要求和诚实信用原则，托管人实际履行复核义务以管理人按约编制私募基金定期报告为前提，其实际履行基金清算义务亦以管理人组织成立清算小组为前提，在现行法律规范配置下，托管人不负有处置基金风险的义务，不应为第一责任人（管理人）的失职而买单。

2. 外包服务机构。外包服务机构与管理人之间成立服务合同法律关系，按照约定开立募集结算资金专用账户，依据管理人提供的资金划拨授权书执行划款指令，按照管理人提供的分配方案办理收益分配资金汇划等，不对管理人设置的基金结构和运作机制的合法、合规和合理性做出判断。外包服务机构不負有为管理人销售基金、向其介绍基金购买人的义务，与投资者之间并不存在直接的合同法律关系，其对投资者并不负有告知说明义务，在其实际按约履行了基金运营服务义务情形下，不应对管理人管理案涉基金所进行的投资及投资后果承担责任。

3. 代销机构。在金融产品代销模式下，因代销机构不与投资者直接签署基金合同，投资者直接向代销机构主张违约责任或缔约过失责任缺乏路径，法院通常在侵权责任框架下认定销售机构的责任。代销机构属卖方机构，在募集阶段，代销机构主要负责向合格投资者宣传、推介产品，在此过程中，代销机构负有适当性义务、信息披露及风险提示义务。投资者要求代销机构承担责任的事由主要包括：推介时做出误导性提示、未对投资者做出评估、推介的产品与投资者评估结果不匹配等。

代销机构违反适当性义务时，根据投资者索赔对象的不同，代销机构承担赔偿责任

任的形式有下列两种：

(1) 以管理人与代销机构之间的委托代理关系为基础，认定二者承担连带责任。当代销机构存在违反适当性义务的情形时，根据《民法典》第167条“代理人知道或者应当知道代理事项违法仍然实施代理行为，或者被代理人知道或者应当知道代理人的代理行为违法未作反对表示的，被代理人和代理人应当承担连带责任”的规定，因为管理人亦负有适当性义务，所以可以推定属于被代理人应当知道代理行为，因此管理人与代销机构之间承担连带赔偿责任。

(2) 投资者已签署风险提示通用条款时，代销机构应承担份额责任。在分配损失时，法院应综合考虑各方权利义务的履行情况，代销机构的过错程度，造成案涉资产管理计划无法如期分配的其他原因，酌情认定代销机构应承担的损失比例。比如曹某某等四人诉A银行的案件中，虽然A银行作为代销机构瑕疵履行了适当性义务，但投资者的损失并非仅系代销机构的过错造成，而且投资者对合同载明的风险提示条款即便不具有专业知识，也应具有一定的理解能力、注意义务，其进行风险投资，应当承担一定的市场投资风险，故酌定代销机构承担20%的赔偿责任。^①

4. 融资人。一般而言，实际融资者并不属于私募基金合同相对方，况且要求融资人直接对个人投资者兑付也是对其他投资者的不公平，因此要求实际融资人向个体投资者直接赔付的诉讼请求也大多不被支持。仅在少数情况下，融资人向投资者另行做出了案涉基金兑付的承诺，法院可依此认定该承诺具有债务加入的意思表示，因此判令融资人与管理人共同承担责任。^②或者经全体投资人决议选出投资人代表，代表基金而非个人可向融资人主张违约或者直接向底层资产主张权利。^③

(责任编辑：崔婷婷)

① 参见曹某某、时某某、杜某某、陈某某诉A银行金融委托理财案，济南铁路运输中级法院（2021）鲁71民初3号、（2021）鲁71民初4号、（2021）鲁71民初5号、（2021）鲁71民初6号民事判决书。

② 参见朱某诉上海某公司等金融委托理财案，济南铁路运输中级法院（2020）鲁71民初160号判决书。

③ 参见徐某诉北京某公司等金融委托理财案，济南铁路运输中级法院（2020）鲁71民初130号判决书。



分公司员工被总公司通过人事代理委托给第三方情形下劳动关系的认定

荣明潇*

【关注焦点】

在工伤行政确认案件中，劳动者虽实际在依法取得营业执照的分公司工作，但总公司将其分公司员工的工资发放、社保缴纳等事项通过人事代理服务合同委托给第三方公司，并将上述费用汇给第三方公司后，再由第三方公司以自己名义为劳动者支付工资和缴纳社保，这种情形显然与《劳动合同法》所规定的劳务派遣具有本质区别。即总公司只是出资将其员工的工资发放和社保缴纳委托给第三方代办，而非进行法律意义上的劳务派遣。在此情况下用人单位即分公司抗辩劳动者与其为劳务派遣关系而与第三方公司系劳动关系的，人民法院不予支持，并且应认定分公司作为用人单位与劳动者存在劳动关系。

【基本案情】

原告（上诉人）：山东壳牌石油有限公司淄博高新区鲁泰大道加油站（以下简称壳牌公司鲁泰大道加油站）

被告（被上诉人）：淄博高新技术产业开发区人力资源和社会保障局（以下简称高新区人社局）

第三人（被上诉人）：王某某、淄博腾跃人力资源服务有限公司（以下简称腾跃公司）

2018年4月23日，被告高新区人社局根据第三人王某某的申请，作出淄高新人社工决字〔2018〕046号认定工伤决定书，内容为：经审理查明，王某某系原告壳牌公司鲁泰大道加油站收银员。2017年10月10日19:30左右，由于加油站网络问题无法刷卡，根据该站站长的安排，王某某骑二轮电动车前往联通路壳牌加油站给加油卡圈存；20:10左右，其圈存完成后，返回壳牌公司鲁泰大道加油站途中，行至中润大道与宝山路路口处时，由于下雨路滑，其不慎摔倒，摔伤肋骨。经淄博

* 荣明潇，山东省淄博市中级人民法院审判委员会办公室副主任，四级高级法官，山东省首届全省法院审判业务专家。

市张店区人民医院诊断为：肋骨骨折，多处软组织损伤。根据《工伤保险条例》第 14 条第 1 款第（5）项“因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的”规定，对于王某某事故伤害，决定认定为因工受伤。

原告壳牌公司鲁泰大道加油站诉称：原告与第三人王某某不存在劳动合同关系，王某某与腾跃公司签订劳动合同，腾跃公司为王某某办理用工手续并交纳了社保费（含工伤保险），且王某某称在家摔倒而非在工作期间受伤。淄高新人社工决字〔2018〕046 号认定工伤决定书认定事实错误。请求法院撤销淄高新人社工决字〔2018〕046 号认定工伤决定书。

被告高新区人社局辩称：工伤认定行为程序合法，认定事实清楚，证据充分，适用法律正确，请求驳回原告的诉讼请求。

第三人王某某、腾跃公司均述称：高新区人社局作出的工伤认定行为程序合法，认定事实清楚，证据充分，适用法律正确，请求驳回原告的诉讼请求。

法院经审理查明：王某某系壳牌公司鲁泰大道加油站的收银员。2017 年 10 月 10 日 19：30 左右，由于网络问题无法刷卡，根据该站站长的安排，王某某骑二轮电动车前往联通路壳牌加油站给加油卡圈存；20：10 左右，其圈存完成后，返回壳牌公司鲁泰大道加油站途中，行至中润大道与宝山路路口处时，由于下雨路滑，其不慎摔倒，摔伤肋骨。经淄博市张店区人民医院诊断为：肋骨骨折，多处软组织损伤。2018 年 3 月 14 日，王某某向高新区人社局提交工伤认定申请。2018 年 3 月 26 日，高新区人社局作出受理决定。2018 年 4 月 23 日，高新区人社局根据《工伤保险条例》第 14 条第 1 款第（5）项“因公外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的”规定，作出淄高新人社工决字〔2018〕046 号认定工伤决定书，对于王某某事故伤害，所作的认定决定为因工受伤。2018 年 5 月 2 日和 2018 年 5 月 4 日，高新区人社局分别向壳牌公司鲁泰大道加油站、王某某送达淄高新人社工决字〔2018〕046 号认定工伤决定书。壳牌公司鲁泰大道加油站对该认定工伤决定书不服，诉至法院，请求撤销淄高新人社工决字〔2018〕046 号认定工伤决定书。

山东壳牌石油有限公司（以下简称壳牌公司）与壳牌公司鲁泰大道加油站是总公司与分公司的关系，王某某与壳牌公司签订书面劳动合同，合同期限自 2015 年 7 月 8 日至 2018 年 9 月 30 日。因壳牌公司无法在山东省济南市以外的地区为劳动者缴纳社会保险，壳牌公司与天津市华维劳务服务有限公司（以下简称天津华维）签订人事代理服务合同，由天津华维为壳牌公司在山东省各地的加油站办理员工招退工手续、社会保险以及公积金代理缴纳、工资代发等事项。壳牌公司每月将王某某的工资、社保费、公积金汇至天津华维，由天津华维每月向王某某支付工资；同时天津华维又将淄博地区加油站的社会保险缴纳业务转给腾跃公司，由腾跃公司为王



某某缴纳社会保险。

【裁判结果】

山东省淄博高新技术产业开发区人民法院经审理认为，虽然王某某未与壳牌公司鲁泰大道加油站签订书面劳动合同，但是其实际工作地点在壳牌公司鲁泰大道加油站，履行劳动合同也在壳牌公司鲁泰大道加油站，事故也发生在合同期内，因此壳牌公司鲁泰大道加油站应当对王某某承担用工主体责任。对壳牌公司鲁泰大道加油站提出与王某某不存在劳动合同关系的主张，证据不足，不予支持。高新区人社局将壳牌公司鲁泰大道加油站确定为用工主体责任并无不当。王某某系壳牌公司鲁泰大道加油站收银员，在完成工作任务返回途中，由于下雨路滑，不慎摔伤的事实由医院病历、派出所出警证明、证人证言等证据予以证实。对壳牌公司鲁泰大道加油站提出认定其承担用工主体责任，事实错误的理由，没有相应证据予以支持。因此，高新区人社局作出的淄高新人社工决字〔2018〕046号认定工伤决定书认定事实清楚，证据充分。2017年10月10日19:30左右，王某某根据鲁泰大道加油站站长的安排，在外出完成工作任务的返回途中，由于下雨路滑，不慎摔倒受伤。高新区人社局认定为因工受伤，这符合《工伤保险条例》第14条第1款第（5）项“因工外出期间，由于工作原因受到伤害或者发生事故下落不明的”规定，应认定为因工受伤。因此，高新区人社局作出的淄高新人社工决字〔2018〕046号认定工伤决定书适用法律正确。高新区人社局在2018年3月14日收到王某某提交的工伤认定申请后，于2018年3月26日作出受理决定，并指派两名工作人员对王某某提交的证据及其他相关情况进行调查核实。2018年3月28日，高新区人社局向壳牌公司鲁泰大道加油站送达了工伤认定期限举证通知书。2018年4月23日，高新区人社局作出淄高新人社工决字〔2018〕046号认定工伤决定书。高新区人社局于2018年5月2日、5月4日分别送达给壳牌公司鲁泰大道加油站和王某某。因此，高新区人社局作出的淄高新人社工决字〔2018〕046号认定工伤决定书程序合法。综上，高新区人社局作出的淄高新人社工决字〔2018〕046号认定工伤决定书认定事实清楚，证据充分，程序合法，适用法律正确。据此，依照《行政诉讼法》第69条之规定，判决驳回壳牌公司鲁泰大道加油站的诉讼请求。

壳牌公司鲁泰大道加油站不服一审判决，持原审意见向山东省淄博市中级人民法院提起上诉。山东省淄博市中级人民法院经审理认为，综合本案有效证据，本案中王某某的受伤完全符合因工外出期间由于工作原因受到伤害这一应当认定为工伤的情形，根据《工伤保险条例》第14条第1款第（5）项的规定，依法应当认定为因工受伤。故本案中高新区人社局依法认定王某某的受伤属于因工受伤正确。关于壳牌公司鲁泰大道加油站与王某某之间是劳动关系还是劳务派遣关系的问题，壳牌公司鲁泰大道加油站在庭审中明确认可王某某确实在壳牌公司鲁泰大道加油站工作，

其只是主张王某某与腾跃公司签订劳动合同并办理入职和离职手续，且由腾跃公司为王某某缴纳社会保险，王某某属于腾跃公司派遣至壳牌公司鲁泰大道加油站工作，壳牌公司鲁泰大道加油站实际为用工单位，壳牌公司鲁泰大道加油站与王某某不存在劳动关系，而应为劳务派遣关系。但劳务派遣应当严格按照《劳动合同法》的相关规定进行。而本案中则只是壳牌公司出资将其在山东省各地加油站员工的工资发放和社会保险缴纳工作委托给第三方代办，而非进行劳务派遣。腾跃公司在本案中为王某某缴纳社会保险所产生的一切手续实质上也都是为了履行其与天津华维的委托合同，即便是存在劳动合同也只是为了代缴社会保险，不能据此认定腾跃公司与王某某之间存在真实劳动关系以及壳牌公司鲁泰大道加油站与王某某之间为劳务派遣关系。而壳牌公司鲁泰大道加油站虽是壳牌公司的分公司，但其依法取得营业执照，其本身可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同，其符合法律法规规定的用人单位主体资格。虽然王某某是与壳牌公司鲁泰大道加油站的总公司壳牌公司签订的书面劳动合同，但王某某实际在壳牌公司鲁泰大道加油站工作，壳牌公司鲁泰大道加油站对此亦明确予以认可。而从王某某的工作情况来看，无论是其平时的工作内容，还是其接受工作安排在完成工作任务后发生工伤，抑或是其受伤后向壳牌公司鲁泰大道加油站请假，这均反映出王某某提供的劳动是壳牌公司鲁泰大道加油站业务的组成部分，王某某接受壳牌公司鲁泰大道加油站的管理、指挥和监督，遵守壳牌公司鲁泰大道加油站的规章制度并服从其安排，即王某某实际是与壳牌公司鲁泰大道加油站之间具有劳动法意义上的隶属性，王某某与壳牌公司鲁泰大道加油站二者之间存在劳动关系。综上所述，本案中王某某实际在壳牌公司鲁泰大道加油站工作，其与壳牌公司鲁泰大道加油站之间存在劳动关系，在此期间王某某因工外出由于工作原因受到伤害属于因工受伤。高新区人社局在经过依法调查后作出的淄高新人社工决字〔2018〕046号认定工伤决定书认定事实清楚，证据确实充分，适用法律正确，程序合法。壳牌公司鲁泰大道加油站在本案中提出的要求撤销淄高新人社工决字〔2018〕046号认定工伤决定书的诉讼请求依法不能成立，依法不予支持。据此，二审判决驳回上诉，维持原判。

【裁判评析】

本案主要涉及总公司通过人事代理服务合同将其分公司员工的工资发放、社保缴纳等事项委托给第三方代办情形下劳动关系的正确认定问题。本案中认定劳动者王某某受伤属于因工受伤并无问题。因为高新区人社局在一审中提供的证据相互印证，能够证实作为壳牌公司鲁泰大道加油站收银员的王某某根据壳牌公司鲁泰大道加油站站长的安排，在外出完成工作任务的返回途中由于下雨路滑不慎摔倒受伤，故本案中王某某受伤完全符合因工外出期间由于工作原因受到伤害这一应当认定为工伤的情形。



但本案所反映出的核心问题则在于劳动关系的认定问题。壳牌公司鲁泰大道加油站在本案一、二审中始终坚持认为王某某虽在其处实际工作，但王某某与其为劳务派遣关系而与第三人腾跃公司系劳动关系。王某某和腾跃公司则主张王某某与壳牌公司鲁泰大道加油站存在劳动关系，并且腾跃公司亦一直主张其只是依据与天津华维签订的劳动保障事务代理合作协议书而接受委托代为缴纳社会保险而已，其并不存在将王某某派遣至壳牌公司鲁泰大道加油站工作的情况。一、二审法院经审理则均认定王某某与壳牌公司鲁泰大道加油站存在劳动关系，并且二审更是非常明确地指出壳牌公司作为总公司只是出资将其员工的工资发放和社保缴纳委托给第三方代办，并非进行劳务派遣，不能因此而否定实际用人单位壳牌公司鲁泰大道加油站与劳动者王某某之间的劳动关系。应当说一、二审法院对本案的认定是正确的。而通过本案则反映出当前工伤认定过程中对劳动关系进行认定时面临的一种情形或者说是问题，那就是总公司通过人事代理服务合同将其分公司员工的工资发放、社保缴纳等事项委托给第三方代办是否构成劳务派遣以及劳动关系应当如何认定的问题，而对该问题的正确认定则无疑是此类工伤行政确认案件正确处理的核心。对此应当从劳务派遣与人事代理的区分界定、总公司与分公司在劳动关系认定中的正确界分和劳动者与第三方公司签订的劳动合同的性质界定三个方面进行理解和把握。

一、核心把握：劳务派遣与人事代理的区分界定

本案中壳牌公司鲁泰大道加油站在诉讼中明确认可王某某确实在其处工作，但其主张王某某与腾跃公司签订劳动合同并办理入职和离职手续，且由腾跃公司为王某某缴纳社会保险，王某某属于腾跃公司派遣至其处工作，其实际为用工单位，王某某与其为劳务派遣关系而与第三人腾跃公司系劳动关系，其与王某某不存在劳动关系。不过本案一、二审法院对其主张均未予采信，即认定本案并非劳务派遣关系，而实际系人事代理关系。故要在本案这样的工伤行政确认案件中准确认定劳动关系，则必须首先明确劳务派遣与人事代理的概念和区别。

（一）劳务派遣和人事代理的概念

劳务派遣是指用人单位（劳务派遣单位）根据用工单位（要派单位）的用工需求，为用工单位选拔、派遣其需求的劳动者到其单位工作，由用人单位与被派遣劳动者建立劳动关系，而用工单位实际使用被派遣的劳动者并向用人单位支付服务费用的制度。^①我国《劳动合同法》在第五章特别规定中专设第二节对劳务派遣作出了

^① 参见邹杨、荣振华：《劳动合同法理论与实务》，东北财经大学出版社2012年版，第168页。

详细的规定。根据《劳动合同法》的规定，劳务派遣单位是法律意义上的用人单位，其派遣劳动者应当与用工单位订立明确的劳务派遣协议，劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任。劳务派遣单位应当履行用人单位对劳动者的义务并与被派遣劳动者订立劳动合同，其中除应当载明《劳动合同法》第 17 条^①规定的事项外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。

人事代理是指依法成立的人事代理机构，在规定的业务范围内，接受单位的委托，依法代为处理有关人事方面的管理、服务等工作。人事代理是我国人事制度改革的产物，原人事部最早于 1995 年开始推行，主要是为了降低用人单位的人力资源成本，实现人事关系管理与劳动者使用相分离，用人单位只负责使用劳动者，而将与人事相关的管理工作，如档案管理、职称评定、社会保险等委托给依法设立的人事代理机构处理。从上述人事代理的定义中可以看出，人事代理实质上属于民事代理合同范畴，人事代理的双方为依法成立的人事代理机构和用人单位或者个人，当事人双方并不存行政隶属关系而是平等的民事关系。^②

（二）劳务派遣与人事代理的区分

劳务派遣与人事代理从表面上来看都涉及劳动者、用人单位及这两者之外的第三方（用工单位和人事代理机构），并且其中用人单位与劳动者之间都有劳动合同，用人单位和第三方之间也都有协议（劳务派遣协议和人事代理协议），故二者从表面上看具有一定的相似性，但本质上二者系完全不同的制度，其区别主要在于以下三个方面：

1. 内容本质不同。劳务派遣是以劳务派遣单位与劳动者之间的劳动合同为基础，从内容来看虽是将劳动者派遣至用工单位工作，但对于劳务派遣单位与劳动者双方而言所规定的则均是《劳动法》上确定的权利义务，其在本质上属于劳动用工范畴。人事代理的内容则主要是人事方面的管理与服务，具体由委托方与受托方在不违反法律规定的情况下协商确定，即用人单位作为委托方将其劳动者的社会保险、档案管理 etc 人事管理服务类事项委托给受托方即人事代理机构，双方之间的内容并不存在劳动法意义上的权利义务，其在本质上属于民事协议范畴。

2. 法律属性不同。因劳务派遣在本质上属于劳动用工，故其属于劳动法律关系

^① 《劳动合同法》第 17 条规定：“劳动合同应当具备以下条款：（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（三）劳动合同期限；（四）工作内容和工作地点；（五）工作时间和休息休假；（六）劳动报酬；（七）社会保险；（八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。劳动合同除前款规定的必备条款外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。”

^② 参见黎建飞：《劳动合同法及实施条例热点·难点·疑点问题全解》，中国法制出版社 2008 年版，第 234 页。



范畴,在法律上受劳动法律规范的调整,具体来说就是受我国《劳动法》《劳动合同法》及相关的劳动行政法规的约束和规范。在因劳务派遣发生法律纠纷后,应当按照劳动争议的处理程序加以处理,即应按照“调解——仲裁——诉讼”的程序进行。而在人事代理中,系用人单位委托人事代理机构对其劳动者进行人事管理,无论是用人单位与人事代理机构之间还是劳动者和人事代理机构之间均不存在《劳动法》上的权利义务。用人单位作为委托方和受托方即人事代理机构之间的人事代理行为系由双方通过委托代理协议加以约定和规范,其在本质上属于民事委托行为,属于普通民事合同法律关系范畴,故在法律上是受到合同法律规范等民事法律规范调整,具体来说就是受《民法典》中合同编的规范内容的约束和调整。

3. 三方关系不同。无论在劳务派遣还是在人事代理中都存在三方当事人。劳务派遣中的三方为用人单位(劳务派遣单位)、用工单位和劳动者,人事代理中的三方则为用人单位(委托方)、人事代理机构(受托方)和劳动者。不过劳务派遣和人事代理中的三方关系却有着本质区别。在劳务派遣中,劳务派遣单位作为用人单位与劳动者订立劳动合同,双方之间存在劳动关系,用工单位虽然根据其劳务派遣单位签订的劳务派遣协议而实际用工,但其与劳动者之间并没有劳动法意义上的劳动关系。而人事代理系用人单位对人事代理机构的民事委托,其中用人单位与劳动者之间的劳动关系并不受用人单位与人事代理机构的人事委托代理关系的影响,劳动者与人事代理机构之间并不存在实际法律关系,更不存在劳动用工关系。

(三) 本案实际系人事代理而非劳务派遣

在明确了劳务派遣与人事代理的区别后不难看出,在像本案这样的工伤认定类行政确认案件中,尽管貌似劳务派遣但却不是劳务派遣,而实际系人事代理。毕竟《劳动合同法》对于劳务派遣具有明确的专门规定,劳务派遣用工应当严格按照《劳动合同法》的相关规定进行。然而从本案查明的事实情况来看,实际是总公司即壳牌公司将其分公司员工的工资发放、社保缴纳等事项通过人事代理服务合同委托给第三方公司(即天津华维及腾跃公司),并将上述费用汇给第三方公司后,再由第三方公司以自己名义为劳动者支付工资和缴纳社保。在这整个过程中各方只有人事代理服务合同即委托合同,并没有法律所规定的劳务派遣协议,本案中的情形显然与《劳动合同法》所规定的劳务派遣具有本质上的不同。即壳牌公司只是出资将其在山东省各地的加油站的员工的工资发放和社会保险缴纳工作委托给第三方代办,这种代办明显不是进行劳务派遣,而是提供人事代理服务。故本案中实际并不存在壳牌公司鲁泰大道加油站所主张的劳务派遣关系,而是人事代理关系。既然如此,那么王某某显然并不属于腾跃公司派遣至壳牌公司鲁泰大道加油站工作,腾跃公司并非王某某的用人单位,二者之间也就不存在劳动关系。

二、实践求真：总公司与分公司在劳动关系认定中的正确界分

本案中壳牌公司鲁泰大道加油站系其总公司壳牌公司的分公司，而存在总公司与分公司也是本案所反映出的一个重要特点。当然本案中王某某与壳牌公司虽有书面劳动合同，但壳牌公司鲁泰大道加油站并未主张王某某与其总公司存在劳动关系，而是一直主张王某某属于腾跃公司派遣至其处工作，王某某与其为劳务派遣关系因而系劳动关系。其实在现实中也存在不少这样的情况，尤其是对于像壳牌公司这种在全国有众多分支机构的公司。在经过前述分析确认涉案情形并非劳务派遣而是人事代理的情况下，实际就是确定了劳动者与人事代理公司之间并不存在真实劳动关系，此时就需要最终确定劳动者到底是与总公司存在劳动关系还是与分公司存在劳动关系，即劳动者的用人单位到底是总公司还是分公司，毕竟工伤认定案件中必须要确定劳动者的用人单位。

（一）分公司的用人单位主体地位

在确定劳动者的用人单位到底为总公司还是分公司前，首先需要明确的一个问题就是分公司的用人单位主体资格问题。总公司作为独立法人，其具有劳动法意义上的用人单位主体资格显然毫无疑问。而分公司如果在法律上不能作为《劳动法》意义上的用人单位，那么此问题亦就此失去了进一步探讨的意义和空间。关于分公司的用人单位主体资格问题，《劳动合同法实施条例》第4条明确规定：“《劳动合同法》规定的用人单位设立的分支机构，依法取得营业执照或者登记证书的，可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同；未依法取得营业执照或者登记证书的，受用人单位委托可以与劳动者订立劳动合同。”该规定实际上明确了分公司在符合一定条件的情况下是可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同的，亦即分公司符合一定条件是可以具有用人单位主体资格的。当然这里的“一定条件”包括两类情形：第一类是分公司已经依法取得了营业执照或登记证书；第二类则是未依法取得营业执照或者登记证书的分公司经总公司允许并受总公司委托。例如在本案中，壳牌公司鲁泰大道加油站作为总公司壳牌公司的分公司，其已经依法取得营业执照，故作为依法取得营业执照的分公司本身符合法律法规规定的用人单位主体资格条件，可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同。

（二）无书面劳动合同情形下劳动关系的确认标准

实践中确实存在着大量的无书面劳动合同但实际却存在劳动关系的情形，此时就涉及到无书面劳动合同情形下劳动关系的确认标准问题。对于这一问题，原劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）第1



条明确规定：“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”根据这一规定，在用人单位与劳动者双方未订立书面劳动合同的情形下，如果经审查具备上述劳动关系构成的核心要件的，亦应认定双方之间存在劳动关系。而从上述规定的劳动关系构成的核心要件来看，其所反映出来的劳动关系的关键要义就在于劳动者对于用人单位的“隶属性”。即构成劳动关系要求劳动者在劳动管理上要实实在在地隶属于用人单位。也就是说，在劳动者与用人单位双方未订立书面劳动合同的情况下，如果劳动者受用人单位的劳动管理，并从事用人单位安排的有报酬的劳动，且劳动者提供的劳动是用人单位业务组成部分的，双方之间的关系就具有了劳动关系的核心即“隶属性”，此时同样应当认定用人单位与劳动者之间存在劳动关系。

（三）本案实际系分公司与劳动者存在劳动关系

如前所述，在存在总公司与分公司的情况下，确定劳动者到底是与总公司存在劳动关系还是与分公司存在劳动关系，即确定劳动者的用人单位到底是总公司还是分公司，要求明确两个方面的问题，一是分公司的用人单位主体资格；二是无书面劳动合同情形下劳动关系的确认标准。而综合上述两个方面的论述不难看出，在此种情形下认定用人单位时，不应当只看形式上的劳动合同，更主要的则应当是看实质上双方是否具备了劳动关系的核心即“隶属性”。进一步讲，并非是只要劳动者与总公司签订了劳动合同就意味着劳动者的用人单位就是总公司或者说劳动者与总公司之间形成了劳动关系，关键还是要看劳动关系的真实履行情况。如在本案中，壳牌公司鲁泰大道加油站虽是壳牌公司的分公司，但其依法取得营业执照，本身可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同，其符合法律法规规定的用人单位主体资格。虽然王某某是与总公司壳牌公司签订的书面劳动合同，但王某某实际在壳牌公司鲁泰大道加油站工作，壳牌公司鲁泰大道加油站对此亦明确认可。而从王某某的工作情况来看，无论平时的工作内容，还是接受工作安排在完成工作任务后发生工伤，抑或受伤后向壳牌公司鲁泰大道加油站请假，均反映出王某某提供的劳动是壳牌公司鲁泰大道加油站业务的组成部分，王某某接受壳牌公司鲁泰大道加油站的管理、指挥和监督，遵守壳牌公司鲁泰大道加油站的规章制度并服从其安排，即王某某实际是与壳牌公司鲁泰大道加油站之间具有劳动法意义上的隶属性，王某某与壳牌公司鲁泰大道加油站二者之间存在劳动关系。尽管王某某的工资和社会保险费用均由壳牌公司出资，但这只是壳牌公司作为壳牌公司鲁泰大道加油站的总公司对其分公

司承担民事义务的体现，并不影响王某某与壳牌公司鲁泰大道加油站之间的劳动关系。从实际情况来看，王某某与作为总公司的壳牌公司签订劳动合同也只是一种形式上的合同，签订该合同实际是为了壳牌公司将王某某的工资发放、社保缴纳等事项委托给第三方公司进行代办，而王某某实际工作都是在分公司壳牌公司鲁泰大道加油站进行。在壳牌公司鲁泰大道加油站具备法定用人单位主体资格且正常经营的情况下，依法应当认定王某某与壳牌公司鲁泰大道加油站存在劳动关系。

三、特别注意：劳动者与第三方公司签订的劳动合同的性质界定

本案中还存在一个不容忽视或者说是必须注意的情节就是存在一份劳动者王某某与第三方腾跃公司签订的书面劳动合同，壳牌公司鲁泰大道加油站也是据此在本案中主张王某某与腾跃公司签订劳动合同并办理入职和离职手续，且由腾跃公司为王某某缴纳社会保险，故其进而主张王某某与腾跃公司之间为劳动关系。故在对像本案这样的案件中，必须依法对劳动者与第三方签订的劳动合同进行正确判断和认定，从而还原事实真相并准确把握处理结果。

（一）只是为代缴社会保险而制作的非真实性劳动合同

根据我国《劳动合同法》第 10 条的规定，建立劳动关系，应当订立书面劳动合同；已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同；用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。根据上述规定，劳动关系的构成要求用人单位与劳动者双方订立书面劳动合同，但如果双方订立了书面劳动合同但未实际用工的，双方之间实质上亦不成立劳动关系。本案中虽然也存在一份劳动者王某某与第三方腾跃公司签订的书面劳动合同，但实际上王某某与腾跃公司之间并不存在实际用工，双方之间实际并不存在劳动关系。因为从本案查明的事实来看，壳牌公司只是出资将其在山东省各地的加油站的员工的工资发放和社会保险缴纳工作委托给第三方即天津华维代办，而非进行劳务派遣。当然天津华维又将淄博地区的社会保险缴纳业务转委托给腾跃公司，由腾跃公司为王某某缴纳社会保险。故腾跃公司在本案中为王某某缴纳社会保险所产生的一切手续实质上均是为了履行其与天津华维的委托合同。而在这其中，如果要以腾跃公司的名义为王某某缴纳社会保险，势必在形式上需要一份王某某与腾跃公司签订的劳动合同。也就是说，本案中即便是存在王某某与腾跃公司的书面劳动合同，该劳动合同的产生也只不过是为了代缴社会保险，并不是因为双方之间存在实际用工，而真实情况亦是双方之间并不存在真实用工。且腾跃公司本身亦承认其与王某某之间的劳动合同中王某某的签名系天津华维提供，并非王某某本人所签。即本案



中王某某与腾跃公司的劳动合同并非真实履行的劳动合同，只是为了代缴社会保险而制作的“形式合同”。故本案中王某某与腾跃公司的劳动合同和腾跃公司为王某某缴纳社会保险只是腾跃公司履行其与天津华维的委托合同的表现，不能据此认定腾跃公司与王某某之间存在劳动关系以及壳牌公司鲁泰大道加油站与王某某之间为劳务派遣关系，更不能据此否定壳牌公司鲁泰大道加油站与王某某之间的劳动关系。

（二）为代缴社会保险而形成非真实性劳动合同实质并不合法

通过上述分析不难看出，在本案中虽然出现了劳动者与第三方公司签订的劳动合同，但这实际是第三方为了完成其人事代理工作而形成的形式上的手续性材料，并非真实意义上的劳动合同，因此法院不应认定其效力，更不能以该合同来确定劳动关系。当然在一般的人事代理中是不应当出现劳动者与第三方的劳动合同的，而这里之所以会出现这样的劳动合同，则是用人单位有意为之，在像本案这样的情形中则是总公司有意为之。例如本案中分公司壳牌公司鲁泰大道加油站本身符合法律法规规定的用人单位主体资格，其可以作为用人单位与劳动者订立劳动合同，故其完全可以自己的名义与王某某签订劳动合同并为其在淄博当地缴纳社会保险。但其总公司壳牌公司采取了将社会保险缴纳委托给第三方并以第三方名义代缴的方式。总公司采取这种方式实际上是为了所谓的规避用工风险，即形式上让人感觉其劳动者与第三方公司存在劳动关系，然后在发生工伤后可以让第三方公司去承担工伤保险责任。这等于是用人单位将其本身应承担的《劳动法》上的义务变相转嫁给了第三方，而第三方本来只是进行人事代理工作而不应承担《劳动法》上的义务。这样做虽从形式上貌似合法，但实质上本身并不符合《社会保险法》的相关规定，^①客观上会造成劳动关系与社会保险的不一致，并进而影响劳动和社会保险监管秩序。故法院对此在依法查明事实后，对于这种不以用人单位名义缴纳社会保险的行为依法也不应予以认定，而是应当正本清源，根据真实情况依法确认劳动者与实际用人单位之间的劳动关系。

（责任编辑：杨 军）

^①《社会保险法》第57条规定：“用人单位应当自成立之日起三十日内凭营业执照、登记证书或者单位印章，向当地社会保险经办机构申请办理社会保险登记。”因此，用人单位办理社会保险应当以自己名义进行。虽然用人单位可以将具体办理工作委托给第三方进行，但第三方作为委托代理人按规定也应当是以用人单位的名义进行办理，而不能以第三方的名义办理。