

第 76 期 2023 年 1 月

法 讯

上海市律师协会 融资租赁业务研究委员会



本期速递

- 最高人民法院：《关于办理申请执行监督案件若干问题的意见》
- 刘贵祥：《当前民商事审判中几个方面的法律适用问题》

上海市律师协会融资租赁业务研究委员会

专注于融资租赁行业以及保理行业，主要从事行业法律宣传、行业法律法规政策研究；讨论、提升行业律师理论和实务水平、促进行业立法层级提高、促进行业交易模式不断创新升级、促进行业国内外法律交流的研究和实践组织。

主 任：孙瑜

副主任：（按姓氏拼音）

曹岩

万波

魏元武

编委成员：（按姓氏拼音）

孙 瑜 万 波 魏元武

林永勤 方 玲 王遵义

李冬颖 温志维 王唯贤

张 浩 林晓君 纪兴隆

陈海艳 祝 涵 陈霄翔

施谛夫 张 猛 黄朝为

汪中江 刘 璟 唐 乐

李 芳

投稿邮箱：humanism1007@163.com

欢迎踊跃投稿！

行业动态



- ◇ 最高人民法院：《关于办理申请执行监督案件若干问题的意见》
- ◇ 刘贵祥：《当前民商事审判中几个方面的法律适用问题》

最高人民法院：《关于办理申请执行监督案件若干问题的意见》

法发〔2023〕4号

为进一步完善申请执行监督案件办理程序,推动法律正确统一适用,根据《中华人民共和国民事诉讼法》的规定和《最高人民法院关于进一步完善执行权制约机制加强执行监督的意见》的要求,结合执行工作实际,制定本意见。

第一条 当事人、利害关系人对于人民法院依照民事诉讼法第二百三十二条规定作出的执行复议裁定不服,向上一级人民法院申请执行监督,人民法院应当立案,但法律、司法解释或者本意见另有规定的除外。

申请人依法应当提出执行异议而未提出,直接向异议法院的上一级人民法院申请执行监督的,人民法院应当告知其向异议法院提出执行异议或者申请执行监督;申请人依法应当申请复议而未申请,直接向复议法院的上一级人民法院申请执行监督的,人民法院应当告知其向复议法院申请复议或者申请执行监督。

人民法院在办理执行申诉信访过程中,发现信访诉求符合前两款规定情形的,按照前两款规定处理。

第二条 申请执行人认为人民法院应当采取执行措施而未采取,向执行法院请求采取执行措施的,人民法院应当及时审查处理,一般不立执行异议案件。

执行法院在法定期限内未执行,申请执行人依照民事诉讼法第二百三十三条规定请求上一级人民法院提级执行、责令下级人民法院限期执行或者指令其他人民法院执行的,应当立案办理。

第三条 当事人对执行裁定不服,向人民法院申请复议或者申请执行监督,有下列情形之一的,人民法院应当以适当的方式向其释明法律规定或者法定救济途径,一般不作为执行复议或者执行监督案件受理:

(一)依照民事诉讼法第二百三十四条规定,对案外人异议裁定不服,依照审判监督程序办理或者向人民法院提起诉讼的;

(二)依照《最高人民法院关于民事执行中变更、追加当事人若干问题的规定》第三十二条规定,对处理变更、追加当事人申请的裁定不服,可以向人民法院提起执行异议之诉的;

(三)依照民事诉讼法第二百四十四条规定,仲裁裁决被人民法院裁定不予执行,当事人可以重新申请仲裁或者向人民法院起诉的;

(四)依照《最高人民法院关于公证债权文书执行若干问题的规定》第二十条规定,公证债权文书被裁定不予执行或者部分不予执行,当事人可以向人民法院提起诉讼的;

(五)法律或者司法解释规定不通过执行复议程序进行救济的其他情形。

第四条 申请人向人民法院申请执行监督，有下列情形之一的，不予受理：

（一）针对人民法院就复议裁定作出的执行监督裁定提出执行监督申请的；

（二）在人民检察院对申请人的申请作出不予提出检察建议后又提出执行监督申请的。

前款第一项规定情形，人民法院应当告知当事人可以向人民检察院申请检察建议，但因人民检察院提出检察建议而作出执行监督裁定的除外。

第五条 申请人对执行复议裁定不服向人民法院申请执行监督的，参照民事诉讼法第二百一十二条规定，应当在执行复议裁定发生法律效力后六个月内提出。

申请人因超过提出执行异议期限或者申请复议期限向人民法院申请执行监督的，应当在提出异议期限或者申请复议期限届满之日起六个月内提出。

申请人超过上述期限向人民法院申请执行监督的，人民法院不予受理；已经受理的，裁定终结审查。

第六条 申请人对高级人民法院作出的执行复议裁定不服的，应当向原审高级人民法院申请执行监督；申请人向最高人民法院申请执行监督，符合下列情形之一的，最高人民法院应当受理：

（一）申请人对执行复议裁定认定的基本事实和审查程序无异议，但认为适用法律有错误的；

（二）执行复议裁定经高级人民法院审判委员会讨论决定的。

第七条 向最高人民法院申请执行监督的，执行监督申请书除依法必须载明的事项外，还应当声明对原裁定认定的基本事实、适用的审查程序没有异议，同时载明案件所涉法律适用问题的争议焦点、论证裁定适用法律存在错误的理由和依据。

申请人提交的执行监督申请书不符合前款规定要求的，最高人民法院应当给予指导和释明，一次性全面告知其在十日内予以补正；申请人无正当理由逾期未予补正的，按撤回监督申请处理。

第八条 高级人民法院作出的执行复议裁定适用法律确有错误，且符合下列情形之一的，最高人民法院可以立执行监督案件：

（一）具有普遍法律适用指导意义的；

（二）最高人民法院或者不同高级人民法院之间近三年裁判生效的同类案件存在重大法律适用分歧，截至案件审查时仍未解决的；

（三）最高人民法院认为应当立执行监督案件的其他情形。

最高人民法院对地方各级人民法院、专门人民法院已经发生法律效力的执行裁定，发现确有错误，且符合前款所列情形之一的，可以立案监督。

第九条 向最高人民法院申请的执行监督案件符合下列情形之一的，最高人民法院可以决定由原审高级人民法院审查：

（一）案件可能存在基本事实不清、审查程序违法、遗漏异议请求情形的；

（二）原执行复议裁定适用法律可能存在错误，但不具有普遍法律适用指导意义的。

第十条 高级人民法院经审查，认为原裁定适用法律确有错误，且符合本意见第八条第一项、第二项规定情形之一，需要由最高人民法院审查的，经该院审判委员会讨论决定后，可以报请最高人民法院审查。

最高人民法院收到高级人民法院根据前款规定提出的报请后，认为有必要由本院审查的，应当立案审查；认为没有必要的，不予立案，并决定交高级人民法院立案审查。

第十一条 最高人民法院应当自收到执行监督申请书之日起三十日内，决定由本院或者作出执行复议裁定的高级人民法院立案审查。

最高人民法院决定由原审高级人民法院审查的，应当在作出决定之日起十日内将执行监督申请书和相关材料交原审高级人民法院立案审查，并及时通知申请人。

第十二条 除《最高人民法院关于执行案件立案、结案若干问题的意见》第二十六条规定的结案方式外，执行监督案件还可采用以下方式结案：

（一）撤销执行异议裁定和执行复议裁定，发回异议法院重新审查；或者撤销执行复议裁定，发回复议法院重新审查；

（二）按撤回执行监督申请处理；

（三）终结审查。

第十三条 人民法院审查执行监督案件，一般应当作出执行裁定，但不支持申诉请求的，可以根据案件具体情况作出驳回通知书。

第十四条 本意见自2023年2月1日起施行。本意见施行以后，最高人民法院之前有关意见的规定与本意见不一致的，按照本意见执行。

最高人民法院于本意见施行之前受理的申请执行监督案件，施行当日尚未审查完毕的，应当继续审查处理。

刘贵祥：当前民商事审判中几个方面的法律适用问题

近年来，人民法院在民商事审判工作中，以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，深入学习贯彻习近平法治思想，坚持党的绝对领导，坚持中国特色社会主义法治道路，坚守司法为民、公正司法的初心使命，不断强化中国特色社会主义民商事审判理念，完善统一民商事法律适用工作机制，精准服务党和国家经济社会发展大局。本文仅就当前民商事审判中几个方面较为突出的法律适用问题，梳理实践共识及面临的分歧与难题，并力所能及的提出一些不成熟的思考。特别是文中所论及的刑民交叉问题，由于笔者对刑法缺乏研究，深感力有不逮，因此所提出的解决方案仅仅是一孔之见，难免有不周全或有失偏颇之处，还请大家共同讨论研究。

一、关于审理民刑交叉案件的几个问题

在司法实践中，存在这样一种现象，同一合法权益受到民法、刑法等不同部门法的多重保护，同一法律事实引起的法律关系的变动受到民法、刑法等不同部门法的多重调整，民商事纠纷的处理，与刑事案件的处理存在竞合关系或关联关系，需要综合协调运用民事、刑事等多个部门法进行判断，或者需要从程序上、实体上正确处理多个部门法之间的相互关系，以达到既惩罚犯罪，又保护合法民事权益的目的。这种现象，被统称为民刑交叉。民刑交叉是民商事审判中的一个老问题，又是一个至今存在诸多争议、实务中未完全形成统一裁判规则的重大疑

难问题。随着学界的深入研究，审判实务的不断探索，逐渐形成一些共识，殊值提炼总结，更需对一些模糊认识和失当操作予以澄清，对一些分歧进行再探讨。

（一）民刑关系的由来及变迁

上世纪八十年代中期，人民法院在审理经济纠纷时往往发现涉及经济犯罪问题，为了处理好审理经济纠纷与打击经济犯罪的关系，有效解决审理经济纠纷时发现经济犯罪不移送及移送不畅等问题，确保依法及时惩处经济犯罪，1985年最高人民法院、最高人民检察院、公安部发布《关于及时查处在经济纠纷案件中发现的经济犯罪的通知》（以下简称“85通知”）。此后，1987年三部门又发布《关于在审理经济纠纷案件中发现经济犯罪必须及时移送的通知》（以下简称“87通知”）。一般认为，上述两个通知确立了“先刑后民”规则。但是，从两个通知关于“审理经济纠纷时发现经济犯罪一般应全案移送”的规定看，更大程度上体现的却是对案件的定性并据此选择刑事程序还是民事程序的问题，而非在刑事程序和民事程序并存的情况下何者优先的问题。因此，以“先刑后民”概括两个“通知”确立的规则，并不准确。此外，在当时经济社会发展状态下，两个“通知”确立的规则具有时代的合理性，至今亦有现实意义。但是，遗憾的是两个通知对全案移送、部分移送的基本标准，以及分案处理情况下是“先刑后民”还是“刑民并行”，都没有明确规定。随着社会主义市场经济的发展，经济关系、社会关系乃至法律关系日益复杂多元，将民事程序与刑事程序割裂开来，认为二者是非此即彼的关系，势必造成相关规则的滥用。实践中，一度出现的以刑事案件的名义插手民事纠纷、把民事纠纷当作刑事犯罪案件办理等现象也说明这一点。这些现象引起社会高度关注，促使实务界开始反思究竟什么情况下人民法院在民事诉讼中应该驳回起诉，将案件移送刑事侦查机关？什么情况下民事诉讼与刑事诉讼分别进行，即“刑民并行”？这种反思在有关司法解释或司法文件中多有体现，如1997年《最高人民法院关于审理存单纠纷案件的若干规定》（法释〔1997〕8号）第3条第2款最后一句规定：“对于追究有关当事人的刑事责任不影响对存单纠纷案件审理的，人民法院应对存单纠纷案件有关当事人是否承担民事责任以及承担民事责任的大小依法及时进行认定和处理。”事实上，在1997年至2005年期间，各级法院按照分开审理的思路，处理了一大批以存单为表现形式的借贷纠纷，既及时保护了当事人的合法权益，又惩罚了相应的犯罪行为。1998年最

高法院发布《关于在审理经济纠纷案件中涉及经济犯罪嫌疑若干问题的规定》(以下简称“98 解释”),较系统地规定了人民法院在审理刑民交叉案件时刑事程序与民事程序的关系,如第 1 条规定“同一公民、法人或其他经济组织因不同的法律事实,分别涉及经济纠纷和经济犯罪嫌疑的,经济纠纷案件和经济犯罪嫌疑案件应当分开审理”,第 10 条规定“人民法院在审理经济纠纷案件中,发现与本案有牵连,但与本案不是同一法律关系的经济犯罪嫌疑线索、材料,应将犯罪嫌疑线索、材料移送有关公安机关或检察机关查处,经济纠纷案件继续审理”。可以认为,自“98 解释”以来,“同一法律事实”或“同一法律关系”成为处理民刑交叉案件中程序关系的基本标准,并且“刑民并行”规则得到进一步强化。如 2014 年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理非法集资刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称“2014 办理非法集资刑事案件若干意见”),2015 年《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》(以下简称“2015 民间借贷解释”),乃至 2019 年《全国法院民商事审判工作会议纪要》(以下简称“九民会纪要”)等等,均有类似明确规定,在一定程度上解决了实践中可操性、精准化问题。但是,实践中对于如何界定“同一事实”仍存在不同的认识,此其一。其二,即使在“同一事实”的背景下,也有人担忧刑事案件受害人的民事权益能否通过刑事程序获得全面的保障,当事人是否仍有提起民事诉讼的可能和必要。其三,在“刑民并存”时,如何确保人民法院对民事案件的处理与刑事案件的处理在结果上的一致性?此外,在通过刑事程序实现对受害人的民事权益进行救济时,如何从程序上保障案外人的合法权益,也是一个亟待解决的问题。

(二) “同一事实”的进一步界定

虽然“2014 办理非法集资刑事案件若干意见”之后的司法解释及司法文件将“98 解释”所称的“同一法律事实”表述为“同一事实”,但并未有意作实质性改变,只是认为以“同一事实”表述更为准确,在此不赘。然而,在实践中如何界定“同一事实”确是需要厘清的一个问题。据对 2021 年之前 1232 份“涉违法发放贷款罪金融借款合同纠纷”裁判文件分析,涉及审理模式选择的共有 857 份,其中采取刑事程序处理的占比 50.53%,采取“刑民并行”的占比 49.47%。对比发现,在相同情况下,部分案件选择了刑事程序处理,而部分案件却选择了

“刑民并行”的处理模式，说明实践中在处理“刑民交叉”案件时，仍存在适用程序上不一致问题。正因为如此，“九民会纪要”第128条针对实践中的问题，进一步明确了不适用刑事程序吸收民事程序而应适用“刑民并行”的五种具体情形，以避免实践中把本应分别处理的案件有意无意地仅以刑事程序处理。但是，“九民会纪要”没有对何谓“同一事实”作进一步概括性界定。总结近年来的司法实践，可以认为，“同一事实”应是指民事案件与刑事案件主体相同且民事案件的基本事实与刑事案件的基本事实存在竞合或基本竞合的情况。构成“同一事实”，最为重要的是要刑民案件的主体相同，从“98解释”以来的司法解释及司法文件规定看，“同一事实”情况下人民法院一般要将案件移送其他司法机关，驳回民事案件当事人起诉。如果主体不同，只是一个刑民程序先后问题，就不应以一个程序代替另一个程序。因此，如把主体不相同的刑民交叉案件定位为“同一事实”，与多个司法解释及司法文件所规定的仅以刑事程序处理案件的情形不相符、不协调，从而影响类型化处理刑事程序与民事程序关系的可操作性、针对性。其次，这里所说的事实是指案件事实，与我们常说的“查明事实”“事实不清”无异。同时，还需进一步限定为“案件基本事实”。从民事诉讼的视角观察，是关系到对当事人基本的权利义务、民事责任有无的事实。从刑事诉讼的视角观察，是关系到罪与非罪、此罪与彼罪的事实。民刑“案件基本事实”不存在竞合或基本竞合的，不应作为“同一事实”。比如，甲与乙签订一份机器设备租赁合同，甲在租赁期间擅自将该机器设备出卖给丙，所得价款部分用于支付乙的租赁费，部分挥霍。乙要求甲返还机器设备，甲无法返还，乙遂向人民法院提起民事诉讼，请求甲返还设备或赔偿损失，同时向公安机关报案，后刑事判决认定甲构成合同诈骗罪。对此刑民交叉案件是否属于“同一事实”，有两种观点：一种观点认为，甲卖掉机器设备及价款的流向这一事实，对民事案件而言无足轻重，不影响甲承担违约责任，故不属民事案件的基本事实，而对甲的合同诈骗罪而言是关系到定罪的基本事实。因此，尽管刑民案件主体相同，但案件基本事实不相同，应按“刑民并行”处理。另一观点认为，甲乙签订合同、履行合同的事实同属刑民案件的基本事实，且通过刑事追赃退赔也能实现乙的合法权益，故民事案件应驳回起诉，移送公安机关按刑事案件处理。笔者倾向于第一种观点，本刑事案件中据以对甲定罪量刑的事实与民事案件中据以认定甲违约责任的事实，

不存在竞合或基本竞合。何况对民事案件而言，甲违约事实清楚，足以认定其违约责任，在已经启动民事诉讼程序的情况下，似既无以刑事程序吸收民事程序之必要，也无“先刑后民”之必要。何况，如仅按刑事程序处理，刑事退赔仅限于机器设备损害，租赁费、违约金等损失难以得到填补。在另一案例中，A 作为 B 公司的财务人员挪用公司财务资金，在对 A 按职务侵占罪判处刑罚的情况下，B 公司又提起民事诉讼，要求 A 赔偿因挪用公司资金所造成的各种损失。对此案例，刑民案件属于“同一事实”并无争议，争议在于在刑事案件已判令 A 向 B 公司退赔所挪用资金的情况下，是否应驳回 B 公司的起诉。对此类争议容下述及。

（三）“同一事实”情况下刑事程序对民事程序的吸收及例外

基于上述对“同一事实”的界定，一般情况下，刑民案件构成“同一事实”的，通过刑事退赔，可以维护刑事受害人同时也是民事案件一方当事人的合法权益，按照“一事不再审”原则，不宜“刑民并行”，而应以刑事程序吸收民事程序。对此，有关刑事方面的司法解释有比较明确的规定。如刑诉法司法解释第 176 条规定：“被告人非法占有、处置被害人财产的，应当依法予以追缴或者责令退赔。被害人提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。追缴、退赔的情况，可以作为量刑情节考虑。”《最高人民法院关于适用刑法第六十四条有关问题的批复》（法[2013]229 号）规定：“追缴或者责令退赔的具体内容，应当在判决主文中写明；其中，判决前已经发还被害人的财产，应当注明。被害人提起附带民事诉讼，或者另行提起民事诉讼请求返还被非法占有、处置的财产的，人民法院不予受理。”此外，“98 解释”第 11 条、“2014 办理非法集资刑事案件若干意见”第 7 条、“2015 民间借贷解释”第 5 条，均有类似规定。根据这些规定，典型的因“同一事实”而以刑事程序吸收民事程序的情形，主要包括：其一，以表面上的民事法律关系掩盖双方共同犯罪行为的，无以民事程序给予保护之必要，民事案件不应受理，移送有关司法机关按刑事案件处理。比如，以股权转让合同进行利益输送，实为贿赂犯罪；又如，名为买卖合同，实为毒品、违禁品交易等等。

其二，非法吸收公众存款或集资诈骗采取刑事集中处理的司法机制，当事人的民事权利通过刑事追赃退赔的方式解决，只要刑事程序中没有出现不构成相应涉众犯罪的处理结果，不应再继续或重新启动民事诉讼或执行程序。亦即当事人

再另行提起民事诉讼的，按“一事不再理”原则不予受理或驳回起诉。原已启动的民事诉讼程序中“中止审理”的，在刑事生效裁判作出后，按驳回起诉处理；“中止执行”的，按终结执行处理。司法实践证明，这是符合我国国情且行之有效的做法。以“e租宝”案为例，通过刑事追赃，按照一定的法律规则确定退赔比例，高效且最大化的维护了受害人的合法权益。我们无法想象，对此类涉及数十万受害人的案件，通过民事审判执行或破产程序能够取得比刑事集中处理更好的效果。

其三，刑事附带民事诉讼与另行提起民事诉讼只能二选一，不能对在刑事附带民事诉讼中未予支持的诉讼请求另外提起民事诉讼。司法实践中已经注意到，依据有关司法解释规定，关于人身损害赔偿的范围，刑事附带民事诉讼与另行提起民事诉讼可能存在差别，确有再作深入研究之必要，但不能成为二者并用的理由。当然，一些当事人在提起刑事附带民事诉讼后又撤诉，再另行提起民事诉讼的，人民法院应当受理。

其四，即使不属于涉众型犯罪，通过刑事追赃退赔基本可以实现与民事诉讼相同的保护合法权益之目的，不宜另行通过民事诉讼处理。问题是，刑民“同一事实”情况下，如刑事退赔不能填补被害人损失，是否可以待刑事案件有处理结果后，另行提起民事诉讼。对此，实践中存在争议。刑事审判工作者多认为，在对刑事犯罪分子予以刑事处罚情况下，通过追缴退赔已基本能够弥补受害人的直接损失，即便是通过民事程序判决了更多赔偿，也无实际执行之可能，导致空判，徒增诉累和诉讼成本；此外，刑事程序一般把嫌犯退赔被害人损失多少作为其犯罪情节轻重，乃至量刑幅度的考量因素，能够促使其家属积极配合退赃或筹集资金弥补被害人损失，使在嫌犯现有财产状况下被害人利益得到最大程度维护，这是民事程序中所难以企及的功能。因此，以实事求是的态度处理此类问题为宜。民事审判工作者多认为，刑事追缴退赔虽越来越规范，但退赔范围往往局限于直接损失，无论是侵权责任，还是合同责任，刑事退赔范围多小于民事赔偿范围，仅刑事退赔不能填补受害人的损失，特别是合同纠纷中，直接损失与履行利益损失有比较大的差距；何况，刑事方面的有关司法解释只是规定“另行提起民事诉讼请求返还被非法占有、处置财产的，人民法院不予受理”，并未明确另有损失，特别是对合同履行利益损失，不能另行提起民事诉讼；至于能否实际履行，不能

仅以眼前情况判断，犯罪分子刑满后也有可能重获偿债能力，特别是近年来犯罪分子通过多层级、错综复杂、或明或暗的关联企业开展经营活动，对其履行能力一时亦难辨真假。应当说，两种观点确均有合理之处。刑事退赔有时达不到填补被害人民法意义上的损失的效果这是事实，而绝大多数另行提起民事诉讼难以得到实际执行也是事实。基于司法为民、公正司法的基本理念，设身处地为被害人考虑，可区别不同情况处理：在被害人另行提起民事诉讼时，人民法院应审查刑事裁判所确定的退赔范围是否基本能够填补被害人的实际损失，能够填补其损失的，原则上不予受理，已受理的，驳回起诉，但被害人有权提起附带民事诉讼的除外；在经初步审查刑事退赔不能填补被害人的损失的，应向被害人释明执行不能等诉讼风险及诉讼成本，受害人坚持起诉的予以受理。在刑民案件属于“同一事实”的情况下，实践中还需注意一些刑事程序不宜吸收民事程序的例外情况：

其一，刑事案件处理结果出现特殊情形的，即便是因民刑系“同一事实”而有关司法解释作了“不予受理”“驳回起诉”或移送其他司法机关的规定，当事人再次提起民事诉讼的，亦应受理。这些情形包括：侦查机关决定不立案或撤销案件、检察机关对刑事案件不起诉或撤回起诉、生效刑事裁判认定涉嫌刑事犯罪当事人不构成犯罪等。但是，对已经提起的附带民事诉讼，经调解达成协议或者一并作出刑事附带民事判决的除外。

其二，实践中还存在未严格把握“同一事实”界限，把民事诉讼主体与刑事诉讼主体不相同，而案件基本事实相同的情况按“一事不再审”处理的现象，确应切实予以避免。如“九民会纪要”第128条列举的五种具体情形，不仅犯罪分子应承担退赔责任，其他关联民事主体还可能应承担相应的民事责任，刑事退赔无法解决其他民事主体责任问题，无疑不能剥夺当事人的民事诉权。

其三，实践中，被害人多在向公安机关报案的同时，提起民事诉讼，人民法院对是否属于“同一事实”在立案时难以作出判断，一般不宜简单的不予受理或驳回起诉，可受理后根据情况决定是否中止审理；待刑事案件有处理结果后，再决定是否驳回起诉或继续审理。从这种意义上而言，即使刑民交叉案件属于“同一事实”情况下，不仅存在以刑事程序吸收民事程序的情况，也存在“先刑后民”的情况。在中止审理问题上，与下述的“非同一事实”情况下的“先刑后民”基本相同。

（四）非“同一事实”情况下“先刑后民”规则的适用

“同一事实”的定位，旨在解决什么情况下刑事程序吸收民事程序及其例外的问题，那么，在非“同一事实”的情况下，民事案件与刑事案件一般应分别审理，即“刑民并行”。但是，民事案件查明的事实如果与刑事案件事实存在牵连关系，虽不影响刑民案件分别审理，但可能面临一个程序先后的问题。“2015年民间借贷解释”第7条、“九民会纪要”第130条依据民事诉讼法第153条第5项均规定民事程序的基本案件事实必须以刑事案件审理结果为依据，而该刑事案件尚未审结的，应当裁定中止诉讼。这种情况体现的就是程序顺序问题，属于典型的适用“先刑后民”规则的情形。至于何为“必须以相关刑事案件的审理结果为依据”，主要包括以下几种情况：

其一，在民事案件审理中“基本事实”无法查清，或者依据民事证据规则认定事实，可能严重背离客观真实，以致于可能出现显失公正的裁判结果的情况下，如果刑事案件的处理结果更有利于查明事实真相，有利于所认定的民事案件“基本事实”最大限度地接近于客观真实，则有必要中止民事诉讼。比如，在一银行存款纠纷案件中，银行主张存款人的存款未存入其账户，而是存入了其他人的账户，存款人所持存单与其存款账户存款不符；存款人主张其款项之所以未存入其账户，是因为银行工作人员向其出具伪造的存单，并把其款项存入他人存单项下的账户。本案中是存款人的工作人员与银行工作人员共谋，还是系一方犯罪造成，这些事实对认定银行民事责任关系重大，刑事程序未作出裁判，民事程序相关基本事实无法查清，显属应当中止的情形。

其二，民事案件当事人以刑事犯罪相关事实作为支持其主要诉讼请求依据的，在刑事案件尚未有处理结果时，一般应当中止民事诉讼。比如，借贷合同纠纷中，担保人主张借款人向出借人的法定代表人行贿，恶意串通骗取其提供担保。因出借人与借款人是否存在恶意串通，直接关系到担保人是否承担担保责任，而正在办理的刑事案件是否认定出借人的法定代表人构成受贿罪，受贿罪与此合同签订是否有关系，对是否免除担保责任关系重大，因此应当中止相应的民事诉讼。第三，直接关系到对民事合同效力、是否承担民事责任、民事责任大小的关键证据，依赖刑事案件处理结果的。比如，在审理合同纠纷时，一方当事人主张公章虽真实，但系犯罪分子盗盖。在民事案件审理过程中，从各种情况判断其主张有较大

的可能性，但又难以认定的，可以根据刑事程序的进展情况，确定是否等待刑事程序获取相关证据。又比如，甲公司与乙公司签订煤炭购销合同，但在庭审时各方所出具的合同文本中所载明的付款方式、交货方式不一致，各持的合同文本中本方的公章是真章，而对方的公章均是假章；甲公司主张交付了煤炭却没有得到相应的货款，乙公司主张交付了货款却未得到煤炭。本案双方当事人各持的主要合同条款不同的合同是如何形成的，抓捕在案的诈骗犯的供述是关系到甲、乙公司过错大小的关键证据，故需要根据诈骗刑事案件的处理结果予以认定。

此外，实践中是否中止民事诉讼程序，并非完全基于事实查明的考量，还可能基于其他因素：公权力先行救济更有利于认定责任主体，或者更有利于节约诉讼成本，提高诉讼效率的，如高空抛物民事纠纷需公安机关查明具体侵权人；刑事先决更有利于最大限度避免刑民判决的根本冲突，衍生更多民事诉讼的，比如，民事诉讼争议的标的物被刑事案件查封扣押，标的物系嫌犯的合法财产或者违法所得，还是案外人财产需要刑事程序认定。再比如，在犯罪分子复杂的诈骗链条中，嵌套了多个主体的合同关系，就某一个合同关系提起民事诉讼，事实基本清楚，也可按民事规范认定相应的民事责任。但是放在整个犯罪链条中去考量，让某个合同当事人承担责任可能有失公正，还有可能与后续刑事程序的处理结果出现冲突。此种情况待刑事侦查或刑事裁判有结果后，再系统考量民事责任为宜。

还应注意的是，实践中往往因嫌犯逃匿等客观原因使刑事程序受阻而迟迟不能侦查终结、提起公诉或继续审理，民事诉讼程序是否可以启动，中止审理的是否可以继续审理？笔者认为，对于类似特殊情况，应以有利于保护当事人的合法权益为出发点，不应僵化的机械的固守“先刑后民”规则，民事诉讼程序可就能够查清事实的部分，先行判决并执行，特别是涉及人身损害的情况，更应如此。民事判决生效并执行后，如果后来作出的刑事生效判决认定的事实与民事判决认定的事实不一致，且足以推翻民事判决的结果，则可通过审判监督程序纠正民事判决，再通过执行回转等制度对当事人进行救济。当然，司法实践中面临的问题往往是复杂的，从司法机关近年来所处理的刑事案件看，嫌犯潜逃导致刑事程序难以推进的不少是涉众型的非法集资、电信诈骗案件，查扣冻在案的涉案财产往往远不足退赃退赔。这种情况下，以刑事程序按一定的规则对追缴的财产先行处置分配给受害人，可能是一个比较切合实际的选择，而启动民事诉讼程序亦难以达到及

时维护受害人合法权益、社会稳定之效果。

（五）“刑民并行”情况下刑事与民事裁判冲突的解决及对案外人权益的程序性救济

在刑事案件与民事案件非“同一事实”或民事案件无需以刑事案件裁判结果为依据的情况下，民事案件与刑事案件应分别审理，但如何避免裁判冲突，如何从程序上对刑事案件的案外人给予救济，也是刑民交叉案件面临的一个突出问题。

其一，如何解决民刑分别裁判情况下被害人重复受偿问题。有关司法解释，特别是“九民会纪要”明确了诸多民刑并行的情况，但实践中一些法院因担心刑事裁判追缴退赔与民事责任裁判出现同一当事人重复受偿的问题，故偏好于通过“中止审理”或“延长审限”等方式等待刑事裁判结果。其实，一般情况下这是不必要的。如果刑事案件的受害人通过追赃退赔已部分实际获赔，在民事案件审理过程中就可作为查明的事实，将其从损失中予以扣除。而如果没有实际退赔，在刑民各自作出裁判后，通过在执行程序中合并执行或协调执行即可避免发生重复受偿问题。需注意的是，在民事案件未作出生效判决前，如果生效刑事判决已判令追缴退赔的明确数额，且刑事案件与民事案件的当事人完全相同，则无论刑事判决确定的退赔数额是否实际执行，民事判决一般均应予以扣除，以尽量避免刑事判决和民事判决作出的部分赔偿范围出现重合。但是，如果刑事判决尚未作出或者虽已作出但未判令追缴退赔的数额，则民事判决可以就全部损失作出判决，再在执行程序中根据刑事判决的执行情况进行调整。例如，在一起民刑交叉案例中，刑事案件尚未就追缴犯罪分子甲骗取的案款 5000 万元退赔给乙农商行作出判决；民事判决先判令丙银行对乙农商行 5000 万元的损失承担 80%的赔偿责任，乙农商行自行承担 20%的损失，并在判决书中明确：后续刑事程序中追回退赔给乙农商行的款项扣减乙农商行相应损失基数；如丙银行已履行 80%的赔偿责任，刑事赃款追回部分按 80%分配给丙银行。该民事判决对刑事退赔与民事责任关系的裁判明确而具体，可为参考范例。此外，如果民事案件与刑事案件的主体不同，则即使生效刑事判决已判令追缴退赔的明确数额，但如果未实际执行到位，对于未实际执行的部分，民事判决也不应扣除，并应在判决书中明确：当事人实际应承担的民事责任应根据刑事判决的执行情况进行调整，或者当事人承担民事责任后，如刑事判决的执行取得进展，应根据民事判决确定的比例分配给民事案件的

当事人。

其二，刑事裁判涉及案外人权益从程序上如何救济？刑事案件处理中，对一些财产的追缴，可能涉及案外人合法权益，而案外人对财物处置有异议的，如何从程序上给予相应救济？对此，《刑事诉讼法解释》第297条、第451条、《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第15条给出了救济路径，即案外人对查封、扣押、冻结对财物及其孳息提出权属异议的，人民法院应当听取案外人的意见，必要时，可以通知案外人出庭；案外人认为已经发生法律效力的裁判侵害其合法权益提出申诉的，人民法院应当受理；在执行程序中案外人认为刑事裁判中对是否属于赃款赃物认定错误的，可通过刑事审判部门作出补正裁定，无法作出补正裁定的，按刑事审判监督程序处理。

其三，刑事裁判与民事裁判对同一标的物作出矛盾裁判时如何处理？实践中，因刑民案件诉讼当事人、参加人不同而可能出现民事判决与刑事判决冲突。比如，刑事判决认定一房产系犯罪分子甲非法占有而追缴退赔给受害人乙，而另一民事判决判令甲向买卖合同买受人丙交付该房产。这就出现乙、丙对同一房产的权利冲突，而这种冲突是刑民两个判决不一致造成的。类似情况通过刑事、民事审判监督程序均可予以救济，关键看是刑事案件的受害人作为民事案件的案外人对民事案件申请再审，还是民事案件的当事人作为刑事案件的案外人提起申诉。但无论启动刑事还是民事审判监督程序，均应将刑事、民事案件合并审查，以判断哪个案件存在认定事实或适用法律错误，从而解决两个裁判的冲突。

（六）刑事追缴退赔与案外人权益保护的关系

我国《刑法》第64条在财产刑之外规定了对犯罪分子一切违法所得予以追缴、责令退赔、返还被害人的合法财产等刑事措施。应当说，追缴是一个手段，追缴的结果有三：一是上缴国库；二是返还被害人；三是无法返还情况下责令按价退赔。在这三种情况下，如果所追缴的财物被第三人取得，如何解决与第三人合法权益保护的关系？在法律适用上是否应有所区别？我们常提到的善意取得在什么情况下可以适用，什么情况下不能适用，等等，都需要区别不同情况条分缕析。否则，泛泛谈追缴、谈善意取得，很可能导致法律适用上的错误，或作出不公正的裁判。

其一，赃款追缴与案外人权益保护的关系。货币作为一种特殊的种类物，具

有高度的可替代性，多适用“占有与所有一致”的特殊规则，无法适用民法上的物权变动、善意取得制度来解决其权属变动及取得问题。因此，在刑事追缴问题上与其他财产形式的追缴应有所区别。当赃款无合法原因或合理对价而流向其他主体的情况下，“一追到底”是没有问题的。但是，如赃款用于支付正常市场交易的价款，再向取得该价款的案外人追赃则缺乏正当性和合法性。因此，刑诉法解释第 443 条规定：“被告人将依法应当追缴的涉案财物用于投资或者置业的，对因此形成的财产及其收益，应当追缴。”“被告人将依法应当追缴的涉案财物与其他合法财产共同用于投资或者置业的，对因此形成的财产中与涉案财物对应的份额及其收益，应当追缴。”该规定基本明确了在赃款通过正常市场交易转换为其他财产形式的情况下，只能追缴相应财产。比如，犯罪嫌疑人用包括赃款在内的资金购买了土地使用权，出卖人所得价款是以土地使用权换取的对价，不应作为赃款追回。此时如果土地使用权仍旧属于嫌疑人，则赃款已转化为赃物，可以追缴自不待言；如果嫌疑人已将该土地使用权再行转让给他人，并取得合理对价，该对价又转化为赃款，但无论该款是否存在，都与取得土地使用权的当事人无关，不应再穿透到交易相对人进行所谓的追赃；如果嫌疑人以上述土地使用权向银行贷款抵押，因土地使用权还在嫌疑人名下，司法机关可以采取查封措施，但最终不应影响银行行使抵押权。再以犯罪所得赃款投资入股为例，此时赃款已转化为股权，则不应向目标公司追缴相应款项，而只能追缴股权，以股权价值退赔受害人。对此，《公司法解释三》第 7 条第 2 款针对实践中出现的向目标公司追缴出资款的情况作了相应规定。问题是，实践中犯罪分子投资入股一企业后，该企业又向其他企业再投资，取得巨大收益，是否对此收益一概追缴，有不同观点。笔者认为，无论是从退赔受害人的角度，还是从没收罪犯全部违法所得的角度，对此再投资收益都应予以追缴，只是要厘清犯罪分子在其投资入股公司所占股权比例，按利润分配规则追缴其相应份额。

实践中另一常见的问题是，犯罪分子将所得赃款用于偿还其合法债务，是否可以向受清偿的债权人追缴赃款。2011 年发布的《最高人民法院、最高人民检察院关于办理诈骗刑事案件具体适用法律若干问题的解释》（法释[2011]第 7 号）第 10 条，2016 年发布的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“电信网络诈

骗若干规定”）第3条，以及2019年发布的《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理黑恶势力刑事案件中财产处置若干问题的规定》第16条等规定，应当追缴、没收的财产用于清偿债务，只有四种情况下可以追缴：案外人明知是违法犯罪所得；无偿或者明显低于市场价格；源于非法债务或犯罪行为形成的债务；案外人以其他方式恶意受偿。这意味着只要债权人系合法债务且不明知所偿还款项系诈骗所得，属于善意债权人，则不应追缴。既然近十余年来相关司法解释及司法文件中对犯罪分子以违法所得清偿债务问题有一系列的规定，司法实践中一般应当严格遵守。有观点认为，以犯罪所得赃款清偿债务，即便债权人属于善意，也不能绝对化，而应区分情况。如果作为非法所得追缴归国库，基于《民法典》关于民事债权优于公债权之规定，不应追缴；如追缴的目的是用于退赔被害人，则关系到两个民事债权冲突如何平衡问题。犯罪分子本已无清偿能力，债权人面临不能清偿的风险，而以赃款清偿债务不予追缴相当于以被害人不应有的损失去承担债权人本应承担的债权不能清偿的风险，对被害人实属不公。此观点有一定的合理性，实践中确实存在犯罪分子“拆东墙补西墙”，在短时间内通过资金连续倒账偿还债务等情况，让前手被害人完全承担犯罪行为所产生的损失，确有违一般人的公平观念。事实上，有关司法解释关于债权人不具善意性的情况下（所规定的可以追缴的几种情况）应予追缴的规定，可以说已对可能出现的不公平情况进行了考量。但从进一步完善制度的角度考虑，规定对特定期限内以赃款偿还债务的可以追缴退赔，或者按一定比例退赔，可能更具合理性。

其二，赃物追缴与案外人权益保护的关系。在犯罪行为直接涉及的是赃物，也就是特定动产或不动产的情况下，则应与上述赃款问题有所区别。例如，行为人以犯罪行为违法取得他人土地使用权，而后转让或抵押给第三人。对此类问题是否可以适用善意取得制度，素有争议。原《物权法》及《民法典》均未作规定，而现行司法解释，有关于适用善意取得的规定，如前述的关于“诈骗犯罪法律适用司法解释”第10条第2款规定，他人善意取得诈骗财物的，不予追缴。“2014办理非法集资刑事案件若干意见”第3条亦作了完全相同的规定。此外，2014年发布的《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》（法释[2014]13号）第11条第2款规定，第三人善意取得涉案财物的，执行程序不予

追缴，由诉讼程序处理。这一司法解释实际上未对从实体上是否适用善意取得制度作出规定，只是明确执行程序不予追缴。由于有关诈骗犯罪的两个司法文件明确了“他人善意取得诈骗财物不得追缴”，一种观点认为，其他刑事犯罪赃物追缴与诈骗犯罪并无实质区别，应参照适用；另一种观点则认为，不宜扩大该规定的适用范围，应仅限于现行司法解释规定的情形。笔者认为，该司法解释对善意取得问题是一个比较笼统的规定，不能与《民法典》第311条关于善意取得制度的规定划等号。试分析如下：

就刑事赃物追缴而言，应区分两种情况：其一，追缴犯罪分子一切违法所得上缴国库。此种情况着重点在于追缴犯罪分子的一切违法所得。在犯罪分子将违法取得的财物通过正常市场交易转让的情况下，违法所得是其因此所取得的价款或其他对价物及相应的收益。显然，不知情的第三人按正常的市场交易支付对价所取得的相应财产不属于犯罪分子的违法所得，不应追缴。其二，追缴犯罪分子各类财产退赔给被害人。如前所述，基于返还被害人合法财产及退赔被害人的追缴，其范围不限于犯罪分子违法所得，还包括犯罪分子的合法财产。因此，首先应甄别该特定财产是犯罪分子违法所得还是合法财产。如果是合法财产，谈不上无权处分，交易完成，所有权发生转移，没有任何追回退赔之理由。如果是违法所得，则需进一步明确，是为退赔被害人损失而追缴的犯罪分子的其他违法所得，还是追缴被害人享有物权的特定物。就前者而言，与前述追缴犯罪分子违法所得上缴国库的情况相同，在第三人按正常市场交易支付对价情况下，已非犯罪分子违法所得，不应追缴。只有被害人享有物权的特定物被犯罪分子无权处分时，才关系到能否适用善意取得制度的问题。

善意取得制度是为保护交易安全针对无权处分而作出的例外规定，其适用范围原则上应以现行民事法律为依据，从《民法典》第312条对遗失物处分所作的区别于善意取得的规定看，《民法典》第311条规定的善意取得不能适用于遗失物无权处分的情况，举轻以明重，原则上也不应适用于犯罪分子违法所得，即赃物无权处分的情况。比较《民法典》第311条与312条之规定可知，善意取得所适用的是有权占有情况下的无权处分，而第312条适用的是无权占有情况下的无权处分，犯罪分子违法所得转让显然也是无权占有情况下的无权处分，与遗失物转让相类似。在《民法典》未对赃物无权处分问题作专门规定的情况下，可类推

《民法典》第 312 条规定，解决被害人与第三人的权利冲突。具体而言，在被害人请求第三人返还标的物的情况下，应向第三人支付其购买此标的物时所支付的等额价款；如被害人只是请求退赔损失或被害人无法向第三人支付相应价款，只能对标的物溢价部分款项受偿。应强调的是，按第 312 条处理赃物追缴问题，必须符合第 312 条规定的其他适用条件，即案外人必须是通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得标的物。第 312 条的这一限定条件旨在判断第三人取得标的物是否符合正常的市场交易，进而判断其是否明知或应当知道该标的物是赃物。也就是说，即便是适用第 312 条，也对第三人有善意的要求，非善意第三人无适用第 312 条保护之余地；而即使是善意，也有别于第 311 条的善意取得制度。

从以上分析可以认为：第一，在追缴犯罪分子违法所得上缴国库的情况下，对第三人合法受让的财产不应追缴；第二，在追缴犯罪分子违法所得只是用于赔偿被害人损失而不是被害人享有物权的特定物的情况下，不应追缴；第三，在追缴犯罪分子违法所得属于被害人享有物权的特定物的情况下，类推适用《民法典》第 312 条的规定。上述三种情形都建立在第三人善意基础上，即不知道或不应当知道所受让的财产是犯罪分子违法所得，而在第三人善意的情况下，要么是不得追缴，要么是以被害人支付对价为条件追缴。因此，有关司法解释关于“善意取得的财物不得追缴”的规定虽不能与《民法典》第 311 条规定的善意取得制度相提并论，在第三人善意情况下不得追缴的结论总体上符合刑事、民事法律规定精神，也是可行的，只是具体适用时要做到“心中有数”，区别不同情况，更加精准适用而已。总之，如何平衡好刑事追赃与保护案外人合法权益的关系问题，错综复杂，必须从细处入手，理论与实际相联系，刑法与民法相贯通，进行系统研究探讨，形成相应的司法规则。大而化之、顾此失彼，难以真正达到政治效果、社会效果与法律效果的有机统一，难以让人民群众感受到公平正义。

民刑交叉案件的审理既涉及大量的程序问题，也涉及大量实体问题，且程序问题与实体问题常常交织在一起，从而给民商事审判工作带来了诸多困扰。从司法实践的情况看，与民刑交叉有关的另一个问题是当事人构成犯罪是否必然导致其所订立的合同无效？笔者将在下文进行阐述。

二、关于审理合同纠纷案件的几个问题

《民法典》合同编通则部分在总结司法实践经验的基础上，吸收相关司法解

释与司法政策的规定，将预约合同、悬赏广告、情势变更、债务加入等予以法典化，并对合同解除、多数人之债等制度进行了完善，从而为诸多疑难问题的解决提供了法律依据。近期人民法院在审理合同纠纷中涉及了几个问题，关系到对《民法典》有关规定的理解和适用。

（一）当事人构成犯罪对合同效力的影响

在刑事案件与民事案件基于“同一事实”而由刑事程序吸收民事程序的情况下，讨论合同效力问题似无实际意义。但是在刑民分别审理，特别是出现“九民会议纪要”第128条所规定的由其他民事主体承担合同责任的情况下，对合同效力的认定，直接关系到其他民事主体的责任认定问题。当然，即便是合同有效，类似于非法集资等涉众型案件，也不能成为另行提起民事诉讼的理由。在此只是从一般意义分析刑事犯罪与合同效力的关系。合同当事人构成犯罪必然导致合同无效的观点，一度在司法实践中占主导地位，但近十余年来，越来越多的学者对“当然无效说”进行反思，从多视角、多层面指出“当然无效说”的理论缺陷和实践弊端，并进一步探索从犯罪主体、合同时点、合同目的进行综合判断合同效力的路径以及逻辑思维、系统思维方法，颇具参考价值。虽然审判实务中仍存在“合同当事人都构成犯罪了，怎么还能认定有效”之声，但基本共识是，在合同当事人构成犯罪的情况下，合同并不当然无效，是否无效要区分不同情况，不能一概而论。事实上，近年来，有关司法解释，如民间借贷司法解释第12条充分体现了这一精神，也出现了大量认定合同有效的判决。如前文中所提到的，以2021年之前构成骗取贷款罪的民刑交叉案件为研究对象，所提取的288篇有具体裁判结果的民事裁判文书中，认定有效的为146篇，占50.69%，认定无效的为104篇，占36.11%，合同可撤销、不成立的各占6.35%、6.95%。如果在认定合同无效裁判中再剔除依据其他法定情形认定无效的情形，仅以合同当事人构成骗取贷款罪为由认定合同绝对无效的占比并不高。但是，深入分析有关裁判文件认定合同无效的理由，笔者仍感有进一步厘清犯罪行为与合同效力关系之必要。

对民事合同效力的判断，无论是否涉及犯罪，一般应当以《民法典》及其他民事法律关于民事法律行为效力及合同效力问题的规定为直接依据。在民刑交叉案件中，涉及犯罪的合同纠纷，既然另行作为一个民事案件来审理，首先应当适用民事法律规范，对合同效力的认定也不例外。《民法典》对民事法律行为效力

的一般规定、对合同效力的具体规定，是认定合同效力的首要或直接依据，即便是合同涉及犯罪或合同主体犯罪，是否无效，也要看是否具备《民法典》及其他民事法律规范中所规定的合同无效的事由，这是判断合同效力的逻辑起点。

《民法典》第143条规定了包括合同在内的民事法律行为的有效条件，即主体行为能力合格、意思表示真实、不违反法律及公序良俗。具备三要件，合同有效。反之，则影响合同效力。至于影响到什么程度，只能从《民法典》其他有关合同效力的条款中去寻找答案，而不能对143条作反向解释，而得出只要不具备三个有效要件即无效的结论。据此，笔者把合同的效力问题归结为三大类。

第一类，意思表示不真实。

其一，合同一方当事人构成犯罪，使另一方意思表示不真实，或者说使另一方违背其真实意思签订合同，构成民事上的欺诈、胁迫等，属于意思表示不真实一方享有撤销权的可撤销合同，而不是当然无效的合同。法律之所以未把欺诈等情形规定为当然无效，是站在被欺诈的当事人立场上，给其一个选择权，由其在法定期限内衡量维护合同效力是否对自己更有利。不利则行使撤销权，合同自始不发生效力；有利则不行使撤销权，诉请合同履行利益。如果因民事欺诈严重到构成诈骗类犯罪或者因胁迫严重到构成非法拘禁、敲诈勒索等犯罪，不给予受害一方选择权，断然认定合同无效，对受害人无法周全保护，甚至会给受害人造成“二次伤害”。以骗取贷款罪为例，一旦认定合同无效，且不论担保将随之无效，连对追究犯罪分子违约责任的可能都没有了，显然有悖常理，更有悖法理。因此，在合同一方主体构成犯罪的情况下，实务中应当从民法中关于可撤销合同的法定事由入手进行分析判断，构成撤销事由的，支持受害一方当事人的撤销权。当然，合同一方主体虽然构成犯罪，但与相对人是否违背真实意愿作出意思表示无关的，不能仅以对方构成犯罪为由大而化之的得出合同可撤销的结论。

其二，在合同主体各方均构成犯罪的情况下，首先应考察其是否都属于故意犯罪，如一方是故意犯罪，另一方是过失犯罪，一般应按上述合同一方构成犯罪的情况处理。双方都构成犯罪的情况下，虽然不排除具备其他合同无效事由的可能，仅从意思表示的角度判断，只有双方对犯罪行为存在意思联络或通谋，才能构成《民法典》第146条第1款规定的虚假意思表示。因为双方当事人通谋作出不真实的意思表示时，合同本身缺失效果意思，合同当然无效。民法上的虚假意

思表示,可能隐藏着民事法律行为,也可能未隐藏民事法律行为。而在双方均构成犯罪且构成虚假意思表示的情况下,一般隐藏的是犯罪行为。比如双方签订的一个赠与合同、买卖合同、股权转让合同等等,隐藏的是贿赂犯罪行为,此种情况,以刑事案件处理即可,属于不应按民事纠纷处理的情形。实践中,表面上的民事行为与背后的犯罪行为交织在一起,远比上述贿赂犯罪的例子复杂得多。上例贿赂犯罪背后并无一个具体的合同,因此不存在判断背后合同效力的问题。但是,有些涉嫌犯罪的行为,在阳合同之外还隐藏着一个阴合同。如实践中常遇到的双方当事人为了逃避税而签订的阴阳合同。两个合同的基本权利义务大体相同,只是为逃避税,而在合同价款、报酬等与税收有关的条款上有重大差别。那么,如果双方为支付合同价款问题发生纠纷,阳合同系虚假意思表示应认定无效,自不待言。问题是,阴合同或相应条款是否当然无效。阴合同本身是双方当事人的真实意思表示,内容可能并无违法性。在《民法总则》施行前,有一种观点认为,应适用民法通则、合同法关于“以合法形式掩盖非法目的的合同无效”的规定,认定阴合同或相应条款也无效。且不论这样适用法律是否妥当,在《民法总则》已取消这一规定的情况下,已无依此认定合同无效之余地。但在现行法律框架下,实务中仍存在两种观点:一是阴合同不应被认定无效。该观点认为在阴合同不存在其他无效的事由情况下,虽然双方有逃避税之违法目的,但通过行政处罚,乃至刑事处罚,便足以达到挽回国家税收损失、打击犯罪之目的。且如果认定阴合同无效,合同价款无法履行,追究其逃避税之责任就成了无本之木。特别是在一方已履行义务的情况下,对方为规避民事违约责任而主张合同无效,支持其诉请在当事人之间也有失公平。这在房屋买卖合同中多有体现。另有观点认为,这种情况符合《民法典》第154条关于恶意串通的规定,应认定无效。问题是,就恶意串通而言,当事人将阴阳合同作为一个整体,以达成避税之目的,当属恶意串通,但仅以当事人存在效力争议的阴合同本身而言,似无法得出损害国家税收利益的结论;反而是阳合同本身客观上产生了逃避税的效果,此情况与《民法典》第154条之规定的指向或适用范围似有不符。类似问题如何处理,是一个价值判断或者法政策选择的重大问题,从遏制逃避税行为泛滥的角度而言,否定其民事合同效力,可能是一个妥当选择,但另一方面,从平衡合同双方的权利义务关系的角度出发,在认定合同有效不影响惩罚犯罪和挽回税收损失的情况下,认

定有效亦有其合理性。价值判断或者法政策的选择不可能不受一个历史时期社会的一般认知和民众情感的影响，此所谓存在决定意识。因此，对此类问题还有进一步系统研究的必要。

第二类：恶意串通损害他人合法权益的情形。

将恶意串通损害他人合法权益单列一类，源于其是《民法典》第 154 条所规定的合同无效的具体事由，从解释论而言，其既不同于意思表示不真实，亦不同于违法合同。首先，主张其不同于违法合同，并不是说其不构成违法。相反，损害他人合法权益一定是违法，甚至是构成犯罪的。只是因其有特殊的规定性，与违法合同应加以区别。此类情况无需再判断是否违反法律、行政法规的强制性规定，更无需判断违反的法律、行政法规强制性究竟是效力性规定，还是管理性规定，以自身构成要件具备为足。其次，主张其不同于意思表示不真实，是因为合同双方当事人的意思表示是真实的，只是这一真实的一致意思表示损害他人利益。在合同各方都构成犯罪且存在通谋的情况下，可以认定构成恶意串通，因犯罪行为本身的社会危害性，可以认定同时具备损害他人合法权益要件，进而适用《民法典》第 154 条之规定认定合同无效。但是，实践中的情况是复杂的，有两个问题必须给予充分的注意：

其一，合同的一方向对方的法定代表人、负责人或者代理人行贿，是否当然构成恶意串通，损害他人的合法权益，进而应适用《民法典》第 154 条认定合同无效？笔者认为，合同一方向另一方的法定代表人、负责人或者代理人员行贿，如果是为取得本可以取得的缔约机会，或是另一方的法定代表人、负责人或者代理人索贿，是否必然构成恶意串通，或者是否必然构成损害他人合法权益，以致于导致合同无效，有较大的的考量余地，似不宜一概而论。例如甲公司向乙银行申请贷款，本已具备获得贷款的条件，但为确保贷款尽快得到批准，甲公司向乙银行的工作人员行贿。在此情形下，虽然存在乙银行工作人员涉嫌犯罪的问题，但并未损害到乙银行的合法利益。当然，如果甲公司不具备获得贷款的条件，却试图通过行贿乙银行工作人员的方式获得贷款，则甲公司与乙银行的工作人员将构成恶意串通损害乙银行的合法权益。

即使是在法人或者非法人组织的法定代表人、负责人或者代理人与相对人恶意串通并损害法人、非法人组织利益的情况下，所订立的合同是否当然无效，也

值得研究。如A公司与B公司签订合同时,与B公司的工作人员通谋损害B公司的利益,B公司的该工作人员可能构成受贿、职务侵占等犯罪,此时合同效力如何认定?虽然《民法典》第164条第2款规定“代理人和相对人恶意串通,损害被代理人合法权益的,代理人和相对人应当承担连带责任”,但未对所订立的合同效力作出规定。对此,一种观点认为,对合同效力的认定则可直接援引《民法典》第154条。笔者认为,《民法典》第154条针对的是“合同双方”恶意串通损害“他人”的合法权益,但在上述情形下,尽管法人或者非法人组织的合法权益受到损害,但是否构成《民法典》第154条规定的“他人”,不无疑问,因为无论是法定代表人、负责人还是代理人,都是以法人或者非法人组织的名义订立合同。在笔者看来,上述情况应通过无权代理制度解决合同效力问题,因为根据《民法典》第162条的规定,代理行为对被代理人发生效力,须以代理人享有代理权限为条件,而在代理人明知其实施的行为将损害被代理人合法权益时,不应认为代理人享有代理权限,自应构成无权代理。如果相对人对此亦属明知,甚至与代理人恶意串通,就不可能构成表见代理。显然,在无权代理且不构成表见代理的情况下,合同并不当然无效,也并不当然不对被代理人发生效力,而是效力处于待定状态,即合同是否对被代理人发生效力将取决被代理人是否追认。只有在被代理人不予追认时,该合同才对其不发生效力。同理,在法人或者非法人组织的法定代表人、负责人与相对人恶意串通损害法人或者非法人组织合法利益的情况下,也应认定构成越权代表且不构成表见代表,合同是否对法人或者非法人组织发生效力,取决于法人或者非法人组织对该合同是否追认。如此处理的好处是,如果法人或非法人组织认为合同对自己发生效力更加有利,就可以选择追认。例如甲公司获得贷款贿赂乙银行的工作人员,双方签订了借款合同,且乙银行已将贷款发放给了甲公司,若该贷款还存在担保人,则法人或者非法人组织为向担保人主张担保责任而对合同进行追认,也可能是对其更有利的选择。值得注意的是,如果法人或者非法人组织的法定代表人、负责人或者代理人是为了法人或者非法人组织的利益而与相对人恶意串通,应属有权代表或者有权代理,此时如果损害其他民事主体的合法权益,自应依据《民法典》第154条认定合同无效。例如法人或者非法人组织的法定代表人、负责人或者代理人为了法人或者非法人组织的利益而与相对人恶意串通,骗取担保人提供担保,则应当依据《民法典》第

154 条认定主合同无效，担保合同亦随之无效，且担保人不应承担任何民事责任。大量的司法实践表明，对具体案件的处理“细微之处见精神”，区别不同具体案情，坚守住法律底线，使违法犯罪者不能得到不应得到的利益，使无辜守法者不遭受不应遭受的损失，以实现公平公正是根本。

其二，恶意串通不适用于合同一方构成过失犯罪的情况。以骗取贷款罪为例，实践中在判处借款人骗取贷款罪的同时，判处出借人的工作人员违法发放贷款罪。有观点认为构成恶意串通，这是不妥当的。问题是，这种情况之下，担保人是否可以以出借人欺诈为由主张撤销担保合同呢？借款合同是借款人与出借人之间的合同关系，借款人欺诈，作为合同相对人的出借人当然可以行使撤销权。相对于担保人与出借人之间的担保合同关系而言，借款人构成骗取贷款罪，其不仅欺诈了出借人，也可能欺诈了担保人。如果出借人可能基于自身利益考虑不行使撤销权，但对担保人而言，因构成第三人欺诈，但如果出借人基于自身利益考虑不行使撤销权，担保人能否行使撤销权，不无疑问。因为借款人的欺诈行为相对于出借人与担保人的担保合同关系而言，属于第三人欺诈，而第三人欺诈依《民法典》第 149 条之规定，只有在出借人知道或应当知道的情况下，担保人才可行使撤销权，撤销其与出借人之间订立的担保合同。因此，有观点认为，如果出借人的工作人员构成违法发放贷款罪，就可以认定出借人“应当知道”借款人欺诈。此观点不失为一个判断担保合同效力的视角，但仅以出借人工作人员构成违法发放贷款罪就得出出借人“应当知道”未免武断，还需结合其他事实作出判断，担保人对出借人知道或应当知道借款人欺诈应承担举证责任。

第三类：违反法律或公序良俗。

尽管任何犯罪都是违反法律、行政法规的强制性规定的，但是，根据《民法典》第 153 条第 1 款之规定，并不是所有违反强制性规定的合同均无效，也有不影响合同效力的例外情况。笔者认为，构成犯罪的情况下，也要根据《民法典》第 153 条之规定判断违法对合同效力的影响，也要考虑有无例外情况。一般来说，如果合同内容就是约定的犯罪行为，认定合同有效，使其具有可履行性，无疑是荒谬的；而如果不是合同内容，只是合同履行中的一方或双方违法犯罪，则与合同效力无关。比如，合同双方签订一个建设工程承包合同，在合同履行过程中，承包方向发包方工地代表行贿，以使阶段性建筑成果得到其签字认可。于此情形，

不应认定建设工程承包合同无效。如行贿行为是发包方工地代表应当签字而不签字，其在受贿情况下才签字，并未损害发包方利益，对该职务代理行为的效力都不应受影响。如该合同履行中的行贿行为，使职务代理人签字认可本不应认可的某一工程质量造价等，虽构成恶意串通，损害他人利益，将导致职务代理人签字法律行为不发生职务代理的效力，并产生相应的民事责任，但不影响建设工程承包合同的效力。申言之，履行中的违法犯罪问题可以按合同解除来解决，但不应作为合同无效的事由，此所谓“桥归桥，路归路”，虽殊途同归，但要探求符合基本法理的解释路径。

如果犯罪嫌疑人为准备犯罪而签订合同，合同内容本身就是犯罪行为，或者合同标的物属于禁止流通物或限制流通物，认定无效，自不待言。但合同内容如不存在违法之处，且一方对另一方犯罪目的也可能毫不知情，对合同效力的认定就要区分情况：如嫌犯已得到对方履行，但未对待给付，不宜认定无效；但是，如果嫌犯未得到履行，认定合同无效可使犯罪行为无法继续实施，则应认定合同无效，由嫌犯承担缔约过失责任。另外一种思路是仍认定有效，但判决合同不得实际履行，由嫌犯承担相应的赔偿责任。这样，对无过错的另一方当事人保护更周全些。总之，违反法律、行政法规的强制性规定在什么情况下不影响合同效力问题是一个世界性重大疑难问题，在此不再赘述。至于违法犯罪订立的合同是否必然导致违背公序良俗，在民法上更是极具挑战性，笔者的一个基本观点是，不应把合同主体构成犯罪与合同违反公序良俗划等号，要根据犯罪所侵害的法益、所构成罪名的立法目的以及犯罪与合同的关系进行具体分析。

综上，笔者对犯罪与合同效力关系分析，意在提供一些思考路径，澄清一些基本观点。总的来说，对涉及犯罪的合同效力的判断要依《民法典》关于合同效力的一系列规定为依据，对号入座，使司法工作者有一个裁量上的基本约束，避免泛化，防止裁量权成脱缰野马；以《民法典》为依据，只是一个判断的逻辑起点，是一个归类方法，而不是否定公法规范在合同效力判断上的作用，相反，公法规范是判断合同效力不可或缺的。《民法典》第153条所称的“违反法律、行政法规的强制性规定”，显然包括对公法规范的违反。更需指出的是，笔者所归纳的三类，也存在交叉关系，比如在构成欺诈的情况下，合同内容也可能违反强制性规定，当然可以认定无效；在构成虚伪意思表示的情况下，也不排除同时也

构成恶意串通或违法、违反公序良俗。只是视具体案情以最易从事实上、法律上令人信服的事由进行裁判说理即可。

（二）预约合同的认定及司法救济问题

《民法典》第 495 条从立法上首次承认了预约合同，尽管之前《商品房买卖合同司法解释》第 5 条、《买卖合同司法解释》第 2 条均涉及预约合同问题，也出现不少预约合同纠纷的案例，但面对复杂多样的合同形态，对如何区分交易意向与预约合同、本约与预约合同，以及如何认定预约合同的违约事项仍有较大争议。其一，是否属于预约合同不应拘泥于文本名称。《民法典》第 495 条在列举预约合同的表现形式时，仅明确列举认购书、订购书、预订书，而未将意向书、备忘录明确列举为预约合同的表现形式，从而与原《买卖合同司法解释》第 2 条在表述上存在细微的差异。之所以没有明确列举意向书、备忘录，是因为意向书、备忘录在多数情形下仅仅是当事人达成的不具有法律约束力的交易意向，而非具有法律约束力的预约合同，因此，为避免引起不必要的误解，就没有将意向书、备忘录明确列举为预约合同的表现形式。需要注意的是，这并不意味着意向书、备忘录都是交易意向而非预约，意向书、备忘录在满足预约合同成立要件的情况下，自然也构成预约合同。同时，即使是《民法典》明确列举为预约合同表现形式的认购书、订购书、预订书，也并非一定构成预约合同，在不满足预约合同成立要件的情形下，也仅仅是交易意向而非预约合同。可见，一份文件究竟是交易意向还是预约合同，关键是要看其内容是否满足预约合同的成立要件，而不是简单地看其名称是否为认购书、订购书、预订书等。

其二，预约合同与交易意向的重大区别在于预约合同具备合同的成立要件。交易意向与预约合同有相似之处，都表明当事人有订立本约合同之意愿，甚至许多预约合同也是以意向书的形式表现出来的。但是，预约合同具备将要订立的本约所应具备的标的物、数量、价格或者报酬等主要条款，或者说已具备本约的雏形。而交易意向仅体现一种订立合同的意愿，对将来所要订立的合同的主要条款都有待磋商。因此，在当事人就所签文件究竟是预约合同还是交易意向产生争议时，如果人民法院能够确定将来所要订立的合同的当事人、标的及其数量、价格或报酬等，即应当认定当事人有受意思表示约束的意思，从而构成预约合同关系，除非当事人明确表示不受意思表示的约束。

其三，预约与本约的区别以当事人是否有对未尽事宜进一步磋商的真实意愿为要。预约合同与本约的共同之处在于都具备了合同成立的要件，合同当事人、标的物数量等主要条款均已予明确。但是预约合同不同于本约的核心特征是，当事人通过预约合同赋予阶段性谈判成果以约束力的同时，保留就一些其他条款、合同细节进一步磋商决断或等待某种时机、条件的权利。因此，尽管达成的协议已经满足合同的成立要件，但如果双方明确约定将来某一时间点、时间段还需另行签订合同，则一般不宜按本约认定。即便是当事人在签订的文件中已就将来所订合同的全部实质性内容达成合意，只要是当事人约定将来仍要订立合同，笔者也不赞成认定为本约。原因很简单，尽可能尊重当事人的真实意思表示。何谓真实意思？此约定的合同文义表述的如此明确，另作他解如何约束裁量权！当然，虽然当事人约定还要另行订立合同，但双方在预约合同成立后已开始履行预约合同则另当别论，比如《商品房买卖合同解释》第5条规定的情形，就属于此种情况。反之，如果仅文本形式为预订书、认购书等，而没有关于另行订立合同的明确约定，且该预订书、认购书等又已经具备合同的主要条款或成立要件，则应按本约认定。

其四，对预约合同强制履行须慎重。本约的违约责任，包括强制实际履行，不成问题。但预约合同是否可以强制履行则仁者见仁，智者见智。笔者认为，预约合同属于《民法典》第580条第1款第2项规定的不适于强制履行的情况，一般不应当强制履行。笔者注意到我国台湾地区“民法”允许强制履行，具体操作方法是，法院允许预约合同债权人请求订立本约与请求履行本约合并起诉。这确能解决强制缔约判决无法强制执行的问题。但这样处理，同样与当事人通过约定另行订立本约、保留一定的再行决策机会的真实意思相违背。尤其是双方当事人在预约合同中对一些条款未约定，还需要法官按一定规则对合同进行解释、对合同漏洞予以填补，才能形成本约完整合同内容，与当事人明确约定须进行磋商形成合意的真实意思更是相背离。当然，实践中确实存在这样的情况：预约合同十分完善，已经具备本约合同的全部实质性内容，以致于当事人约定另行订立的本约仅仅是将当事人已经达成的合意以另一种更加明确的形式进行表达而已，并无保留一定的再行决策机会的意思。对这类情况，究竟是将其理解为“虽为预约但应视为本约”的情形，从而允许对违反该合同的当事人进行强制履行，还是仍然

将其理解为预约但例外可强制履行，值得研究。笔者的意见是，对违反预约的当事人强制履行在实践中应持审慎态度。事实上，在上述情况下，仍然将当事人的约定理解为预约，但让违约方按本约的履行利益赔偿守约方的损失，可能是一种更为妥当的方案。这就涉及到预约合同违约赔偿范围问题。笔者不赞同把预约合同违约赔偿范围限定于订立本约时的信赖利益，也不赞成等同于违反本约的履行利益。赔偿范围的大小，应在本约的缔约过失责任与本约的违约责任之间，根据签订本约的条件是否成熟以及成熟的程度进行确定，以体现预约合同的功能和价值。

（三）未经批准的合同及其法律地位问题

根据《民法典》第 502 条的规定，在合同须经批准才能生效的情况下，如果负有报批义务的当事人未按照法律、行政法规的规定或者当事人的约定履行申请批准的手续，应承担违反该义务的责任。问题是，该责任究竟是何种性质的责任呢？笔者认为，在合同得到批准前，因处于未生效状态，故当事人不能请求对方履行合同约定的主要义务，但可以请求对方履行报批义务。可见，合同尚未生效仅指合同未发生履行效力。除履行效力之外的其他效力（如法律约束力）均已经具备。就此而言，报批义务虽然是独立于合同的法定义务，但当事人违反报批义务，应承担违约责任。未经批准的合同已具有法律约束力，因此，这一责任既包括继续履行，也包括解除合同并赔偿损失。若对方当事人不选择请求其继续履行报批义务而直接请求解除合同并赔偿损失，则此时的损失赔偿范围，可参照违反预约的违约责任予以确定。

如果当事人选择请求继续履行报批义务，经人民法院判决，当事人仍拒绝履行报批义务，则对方当事人可另行提起诉讼，请求解除合同并赔偿损失。此时的损害赔偿范围，应参照合同已经生效所应承担的全部违约责任予以确定。在当事人已经履行报批义务，但批准机关不予批准时，合同应被认定确定不发生效力。此时，如果当事人认为仍有解除合同的必要，亦可请求解除合同，但不能请求承担违约赔偿损失责任。不过，如果当事人在履行报批义务的过程中存在迟延履行等情况，导致合同没有被批准的，也应根据《民法典》第 157 条的规定承担相应的缔约过失责任。此外，需要注意的是，《民法典》第 502 条针对的是单个合同须经批准的情形，不能适用于法律、行政法规将批准作为订立合同的前置性程序

的情形，如开发商在销售商品房前，须取得预售许可证明，该预售许可证明即为开发商订立预售或者销售合同必须满足的前置性条件。

（四）合同僵局与违约方解除合同问题

当事人不享有法定或者约定的解除权但却起诉要求解除合同，自应被理解为违约行为。但是，如果人民法院经审查，发现当事人已经陷入僵局，继续履行合同可能对双方均有不利，此时是否应支持违约方请求解除合同？对此，“九民会纪要”第48条规定：“违约方不享有单方解除合同的权利。但是，在一些长期性合同如房屋租赁合同履行过程中，双方形成合同僵局，一概不允许违约方通过起诉的方式解除合同，有时对双方都不利。在此前提下，符合下列条件，违约方起诉请求解除合同的，人民法院依法予以支持：（1）违约方不存在恶意违约的情形；（2）违约方继续履行合同，对其显失公平；（3）守约方拒绝解除合同，违反诚实信用原则。人民法院判决解除合同的，违约方本应当承担的违约责任不能因解除合同而减少或者免除。”《民法典》亦注意到实践中长期合同发生僵局的可能性，因此，在继受原《合同法》第495条的基础上，于第563条增设如下规定：“以持续履行的债务为内容的不定期合同，当事人可以随时解除合同，但是应当在合理期限之前通知对方”。

不过，由于上述规定仅适用于“以持续履行的债务为内容的不定期合同”，无法满足实践的需求，因此，《民法典》第580条一方面继受原《合同法》第110条关于实际履行的例外规定，同时增设如下规定：“有前款规定的除外情形之一，致使不能实现合同目的的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系，但是不影响违约责任的承担。”据此，在债务的标的不适合强制履行等情况下，由于守约方不能请求违约方继续履行合同，因此，即使当事人不享有法定或者约定的合同解除权从而构成违约，违约方仍可以请求解除合同。当然，违约方请求解除合同不应影响其承担违约责任。可见，较之“九民会纪要”，《民法典》实际上降低了合同僵局时违约方解除合同的条件。

（五）违约损害赔偿的计算问题

违约损害赔偿的范围是履行利益或者可得利益。但如何认定履行利益或者可得利益是一直困扰司法实践的疑难问题。为此，《民法典》第585条第1款规定：“当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，

也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。”可见，违约金在性质与损失赔偿额的计算方法相同，都是对损害赔偿额的预定，用来解决认定履行利益或者可得利益的困难。基于违约金的这一性质和目的，在当事人根据《民法典》第585条第2款以约定的违约金过高为由主张对违约金进行调整时，应将证明违约金过高的证明责任分配给主张违约金过高的违约方，而不能将证明实际损失的证明责任分配给守约方。当然，在违约方所举证据虽然无法让裁判者产生违约金过高的内心确信（即足以认定违约金过高存在高度可能性），但已经使裁判者产生违约金过高的合理怀疑时，裁判者亦应根据案件具体情况将主观证明责任移转至守约方，要求守约方也应对其实际损失承担一定的举证责任，如果依通常情形，守约方能够举证而不举证，裁判者即可从对违约金过高的合理怀疑转变为内心确信，进而对违约金进行调整。需要说明的是，守约方的举证以消除裁判者的合理怀疑为必要，因此，不能要求守约方对实际损失的大小承担过高的证明责任。

此外，在当事人未约定违约金或者损失赔偿额的计算方法时，如果守约方确实无法举证证明自己的损失大小，但却能够证明违约方因此所获利益的大小，人民法院也可推定违约方因违约所获得的利益即是守约方的实际损失，再将主观证明责任移转给违约方，让其就守约方的实际损失低于其所受利益进行举证。如果举证不能，则应按违约方所获利益认定违约方的期待利益或者可得利益。

实践中值得注意的一种不妥当的倾向，即不将违约方将商品房出卖所获差价利益或守约方另行购买相同商品房多支出的价款作为判断损失的基本依据，而对房屋价值进行评估，以评估价值计算损失。但是，价值评估是以确定违约时为时点，还是以一审、二审时为时点，不同时点房屋价值差别甚巨。笔者认为，一般情况下，对商品房买卖违约赔偿，在违约方另卖房屋获益或守约方另买房屋多支出这种事实存在的情况下，应作为认定损失的基本依据，不宜再评估房屋价值。如果把可得利益考虑为购房人再行转让可能获取的差额利益，则有悖于“房住不炒”的房地产政策。

三、关于融资租赁合同案件审理中的几个问题

《民法典》颁布后，最高人民法院在修订《最高人民法院关于审理融资租赁合同案件适用法律问题的解释（2020修正）》（以下简称《融资租赁司法解释》）时删除了原司法解释第九条“自物抵押”的规定；新制定的《最高人民

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《担保制度司法解释》），明确规定了融资租赁物所有权声明登记对抗善意第三人效力的范围以及租赁物担保功能实现的路径和方式。但融资租赁交易是一种金融活动，为实现融资目的，市场主体通过变相扩大租赁物范围、嵌套租赁交易结构等方式进行交易，由此带来了新的法律适用问题。

（一）融资租赁法律关系认定问题。

司法实务中，认定融资租赁法律关系争议较大的是“售后回租”融资租赁交易模式。《融资租赁司法解释》第二条明确规定，在“售后回租”情况下，不应仅以承租人与出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系。这表明，“售后回租”只要符合融资租赁的其他本质特征的，就应承认其是融资租赁的一种模式。但是，由于“售后回租”融资租赁法律关系所呈现的特征与借款法律关系高度相似，人民法院在审理“售后回租”案件时，应特别注意其是否具备融资租赁法律关系的本质特征。融资租赁法律关系和借款法律关系具有明显区别。借款法律关系仅具“融资”属性，即便是为借款关系设定担保物权，亦仅是体现担保功能，着力点在标的物的交换价值，并不以债务人占有使用为必要。融资租赁法律关系则具有“融资”与“融物”的双重属性，其中“融资”属性与借贷法律关系相同，而差别就在于“融物”属性上。因此，判断“售后回租”是否构成融资租赁法律关系，重点不在于租赁物出卖人与承租人是否系同一人，而在于其是否具备“融物”属性。对“融物性”的审查主要在两个方面：一是所有权是否归属于出租人。“售后回租”往往对租赁物的占有表征未发生变化，其所有权是否确已从承租人转移给出租人，应注意依据《民法典》关于所有权发生转让效力的规则进行判断。二是承租人是否能够实际占有使用租赁物。这由租赁物的适格性所决定，对于一个没有使用价值的租赁物而言，谈不上承租人实际占有使用，当然也谈不上其“融物”属性。只有所有权转移给所有人，出租人实际占有租赁物两个条件均具备，才能将“售后回租”认定为融资租赁法律关系，否则，应按实际构成的法律关系判断其效力，并进行处理。应注意的是，即便是不构成融资租赁法律关系，一般亦不宜简单地以规避法律规定为由认定合同无效。司法实践中，对“售后回租”不符合“融资”、“融物”双重属性的，多按借贷法律关系认定，并对名义上的融资租赁合同所约定的租金、各种费用进行测算，看是否高于有关

司法解释关于利率保护上限的规定，对于高出部分不予保护，但一般不认定借款法律关系无效，进而认定具有担保功能的约定亦无效。这一裁判思路比较稳妥。

（二）如何判断“售后回租”融资租赁所有权转移给出租人？

“售后回租”的租赁物，无论是不动产、动产，还是知识产权，对其权属是否转移给出租人，均应依据法律关于发生权属转让效力的规则进行判断。就不动产融资租赁物而言，仅合同约定所有权由承租人转移给出租人，而未在登记机关办理变更登记，不应认定出租人取得租赁物所有权。例如，甲乙签订的融资租赁合同约定，甲把房产卖给乙，乙支付价款后，房屋所有权归属于乙，乙再将房屋租赁给甲和丙。但是，甲未把房屋过户给乙，而是办理了乙对房屋的抵押权登记。

此种情况显不符合所有权变动的规定，应认定为抵押借款关系。就动产租赁物而言，根据《民法典》第 224 条规定，动产转让，自交付时发生所有权转让效力。司法实务中，争议集中在“售后回租”交易模式下动产租赁物所有权转移的认定上。有少数裁判观点认为，租赁物始终在承租人处、没有发生交付，因此认定出租人没有取得租赁物所有权，应否定融资租赁法律关系；多数裁判观点认为，“售后回租”交易模式下，租赁物尽管未现实交付，始终由承租人占有使用，但出租人根据双方约定，以“占有改定”方式取得租赁物所有权进而应认定为融资租赁关系。显然，多数裁判观点是妥当的。动产“售后回租”，即便租赁物始终由承租人占有，而不进行租赁物的现实交付，只要明确约定了以“占有改定”方式或以符合“占有改定”特征的方式将所有权交付给出租人，应依据《民法典》第 228 条规定认定租赁物所有权已转移至出租人。事实上，《民法典》所规定的“占有改定”制度，主要适用于动产让与担保、“售后回租”等情形。

（三）如何判断融资租赁物适格性？

近年来，融资租赁交易的标的物从生产设备、工程机械、飞机、汽车、船舶等传统的动产领域，延伸到不动产、无形资产、生物资产、地下管网、公路桥梁、在建工程、商业地产等一些特殊的租赁标的物。由于《民法典》本身没有对融资租赁的标的物种类作出规定，加之融资租赁行业在历史上分属不同的部门监管，监管规则对商业租赁和金融租赁的标的物范围前后有不同的要求，特别是在融资租赁公司由中国银保监会统一监管后，监管机构对于融资租赁的标的物提出了日渐收紧的监管要求，由此引起了业界关于租赁物适格性的关注，在审判实践中对

融资租赁物适格性的判断出现不同认识。一种观点认为，以违反监管规则要求的标的物开展融资租赁业务，因其本质上都不具有融物的属性而仅有融资的性质，构成“名租实贷”。另一种观点认为，监管部门对于融资租赁标的物的监管要求，是为了更好地管理融资租赁公司的商业风险，不能仅以此为由来认定租赁物不适格进而否定融资租赁关系。应该说上述两种观点均有其合理之处，但均欠周延。审判实践中，不能对监管部门的监管走向，特别是明确的禁止性规定视而不见，应该把监管规定作为判断融资租赁物适格性的重要参考依据，与监管部门相向而行，形成合力，多维度维护金融管理秩序，防范金融风险。但是，也要注意司法裁判与行政监管的职能分工，注意司法裁判系事后处理当事人之间发生的民事纠纷的基本定位，在维护国家金融管理秩序的同时，也要弘扬契约精神及诚信原则，平衡保护各方当事人合法权益。租赁物是否适格，关键是看其是否能够达到“融物”的基本功能，或者说是否能够达到所有权转移、出租人占有使用的基本功能，主要把握几个要素：

一是融资租赁物要具有可流转性。无论是何种模式的融资租赁，出租人取得租赁物所有权，需要租赁物具有可流转性；在发挥担保功能对租赁物拍卖、变卖时，也需要租赁物具有可流转性。当然，一些标的物仅在特定主体之间可以流转，但只要能够实现转移所有权或实现担保的功能，亦可视为其具有可流转性。同时，可流转性与是否产权明晰、标的物上是否存在其他权利负担不能划等号。租赁物权属有争议或者有权利负担等权利瑕疵，从监管和预防风险的角度予以规制无疑是重要且必要的，但从是否构成融资租赁法律关系的角度，不宜简单地以此种情况系租赁物不适格而否定构成融资租赁法律关系。比如，融租物上为他人设定了抵押，如果不影响出租人取得所有权及承租人占有使用，出租人从商业角度判断，认为不影响其取得所有权发挥担保功能，司法裁判没理由代替当事人的商业判断，认定租赁物不适格。又比如，产权有争议，无非是一个有权处分、无权处分问题，属于无权处分的，按《民法典》第311条规定处理即可。对此类问题，担保制度司法解释第37条有比较明确的规定，可资参考。

二是融资租赁物要特定化。租赁物特定化由融资租赁“融物”属性所决定。实践中往往有一些融资租赁合同对租赁物的约定，无法判断所指向的特定物。有的仅作概括性描述，有的虽有财产清单，但与实物风马牛不相及。应当明确，租

赁物不仅仅具有担保功能，如仅具有担保功能，与借款担保就没有什么区别了。融资租赁法律关系中，承租人本应对租赁物占有使用，如果租赁物连特定化都做不到，或者合同各方漠不关心，谈何占有使用。租赁物特定化是指对租赁物的约定明确具体，约定的财产与实际的财产相对应，而不是泛化或虚化。一般而言，合同中通过一定数量、品种等概括性描述能够确定财产范围的，应认可其符合特定化要求。即使合同所约定的租赁物范围不够清晰，或个别财产是否包含在约定范围之内有争议，只是一个事实问题，只要不丧失承租人使用的可能性，不宜以租赁物未特定化为由认定不适格。值得注意的是，《民法典》规定了动产浮动抵押制度，可以将现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品集合抵押。上述财产是否可以作为融资租赁物？不无疑问。如果从浮动抵押标的物增减不定，成品、半成品、原材料随时被消耗等特点来看，既不符合监管规定关于“固定资产”的要求，亦不符合特定化的要求，难谓租赁物适格。实践中以动产浮动抵押意义上的标的物作租赁物的情形不多见，出现的一些案例多是以机器设备、厂房等非消耗性动产、不动产集合在一起作为租赁物，符合特定化要求。但往往动产以“占有改定”方式转移给出租人，不动产却不进行变更登记。此情形是按融资租赁关系还是按借款关系处理？多数裁判观点按借款关系处理，亦有裁判观点基于动产价值所占比例较大而按融资租赁关系处理，均有一定合理性，但确有进一步探讨，以统一裁判尺度之必要。

其三，融资租赁物要具有可使用性。承租人开展融资租赁交易的直接合同目的是占有使用租赁物并实现经营收益，因此租赁物是否具有可使用性，是判断租赁物作为融资租赁法律关系标的物是否适格的重要因素。一些不动产，可以作为抵押物，但不宜作为融资租赁物，如在建的建筑物，虽可做到特定化，但所有权往往无法转移给出租人，承租人亦难以占有使用，监管规定又明令禁止，故认定在建的建筑物作为租赁物适格确应慎重；一些生物，如林木、耕牛、奶牛等具可使用性，与机器设备无实质差别，作为融资租赁物并无不可；一些权利具财产价值，但对承租人而言不具有可使用性，如公路、桥梁、隧道等不动产设施收费权等，可以用以质押，但标的物本身不具有可使用性，且被监管规定所明令禁止，作为融资租赁物，就不具适格性。知识产权对一些企业而言，已经成为核心资产，在生产经营、提高核心竞争力方面日益发生重大作用，其使用价值不言而喻。专

利权、著作权、商标权等知识产权的使用权均可从权属中分离出来而由承租人使用，其作为融资租赁物当具适格性，在审判实务中对知识产权作为融资租赁物应持肯定态度。判断知识产权是否转让给出租人，应区别情况：专利权的转让自在专利行政部门登记之日起生效；商标权的转让自商标行政部门核准公告之日起生效；就著作权而言，因实行自愿登记制度，财产权的变动只能依合同约定，登记仅产生对抗第三人效力。知识产权权属登记的可撤销性、价值认定的复杂性，虽会给融资租赁带来一定的风险，但与其作为质权标的物的风险没有什么不同，是否以其为租赁标的物只是一个商业判断问题，而不是作为租赁物是否适格问题。

（四）如何判断“自物抵押”的物权效力。

《民法典》颁布实施前，为了解决融资租赁交易中动产租赁物无法定登记机关、无法对外公示权利的问题，交易实践中出现了大量的出租人通过授权承租人将租赁物抵押给自己并办理抵押登记的方式来保障其租金债权的实现，行业将这种做法形象地称之为“自物抵押”，原《融资租赁司法解释》第九条对此作出了相应规定。国务院根据《民法典》规定建立动产和权利担保统一登记制度后，动产抵押、融资租赁可由当事人通过中国人民银行征信中心动产融资统一登记公示系统（以下简称统一登记系统）自主办理登记。因此，最高人民法院在2020年修改《融资租赁司法解释》时删除了原第九条关于“自物抵押”的规定。从《民法典》施行后的实践来看，融资租赁合同的当事人选择办理“自物抵押”的情况仍然存在，甚至有当事人在统一登记系统办理融资租赁物声明登记后，又在其他登记机关办理了“自物抵押”登记。由于认可这种“自物抵押”的司法解释已经不复存在，因此，审判实践中对其效力存在分歧认识。有观点认为，在《民法典》已经为融资租赁中出租人的所有权提供了公示方法的情况下，不宜再行承认“自物抵押”的优先受偿效力。尤其是我国立法规定的抵押权是在主债务人或第三人的物上为债权人设定的权利，是对他人之物的权利，而“自物抵押”是在出租人自己的物上为自己设定的抵押权。如果继续承认“自物抵押”，不仅缺乏法律依据，且在承租人违约之后，出租人主张以抵押物优先受偿必然会出现“卖自己的东西还别人欠自己的债”的悖论。也有观点认为，现行登记制度下，并未对“自物抵押”做出禁止性规定，动产融资统一登记公示制度也未规定融资租赁登记与抵押登记只能选其一，出租人从保护自身权利出发，再行办理抵押登记也是一种

保障措施，不宜轻易予以否定。

虽然这两种观点都有其道理，但从民法理论、现行法律规定以及实践中面临的问题看，后一种观点更为妥当。《融资租赁司法解释》修改之前发生的融资租赁法律行为，原则上适用该司法解释的规定，承认“自物抵押”之物权效力，自不待言。实行动产和权利担保统一登记制度之后，“自物抵押”主要是发生在什么样的场景，是分析并解决问题的基础。实行动产和权利担保统一登记制度后，除车辆、船舶、航空器等特殊动产还在原登记机构登记外，原一般动产担保登记机关已不再受理动产抵押登记。因此，从制度设计而言，一般动产已无“自物抵押”之可能，唯特殊动产作为融资租赁标的物时，才有再出现“自物抵押”之可能。从调研的情况看，特殊动产中的船舶、飞机登记都会载明所有人是出租人，使用人是承租人，故无论是实行动产和权利担保统一登记制度之前，还是之后，实践中都鲜有“自物抵押”的情况。唯车辆这一特殊动产在融资租赁行业还延续着“自物抵押”。其原因何在？是因为车辆融资租赁多采“售后回租”模式。一些租赁公司没有更多购买车辆的配额，就由承租人选好车辆，租赁公司向销售商付款，车辆交付给承租人使用。此情形本完全符合“直租”之特征，但由于出租人购买车辆配额所限，车辆不能登记在出租人名下，只能登记在承租人名下，于是承租人就与出租人签订回租合同，形成“直租”转“回租”。当然，还有相当一部分是典型的车辆“售后回租”模式。这样，车辆“售后回租”就形成一种很“拧巴”的权利状态：承租人以“占有改定”交付方式使车辆所有权转移给融资租赁公司，但不在车辆管理部门进行车辆所有权变更登记，车辆所有权已转移给融资租赁公司，但车辆权属还登记在承租人名下。

基于上述场景，融资租赁公司如果在统一登记系统进行所有权声明登记，固然可以产生对抗善意第三人之法律效果。但声明登记与专门登记机关的登记并不一致，承租人如将车辆擅自卖给第三人，第三人极有可能不知融资租赁关系的存在而仅查询车辆管理部门的登记，完成买卖交易。而目前的法律制度、司法解释对在此情况下如何判断第三人是否构成善意，缺乏可预期的明确规则，难免使融资租赁公司心存疑虑，以致于为更周全保护自身权利，防范法律风险而选择“自物抵押”或同时进行“自物抵押”登记及融资租赁所有权声明登记。可见，即便是在实行动产和权利统一担保登记制度后，作为专门从事融资租赁业务的融资租

赁公司如此“叠床架屋”有其现实合理性。此外，针对否定“自物抵押”效力的观点，还需澄清以下几点：

其一，“自物抵押”是否会陷入“卖自己的东西还别人欠自己的债”的悖论？事实上，所有权保留买卖、让与担保、融资租赁等具有担保功能的交易模式，无不以保留所有权的方式来保障自己债权的实现，而实现方式也多是“卖自己的东西还别人欠自己的钱”。以典型的融资租赁为例，根据《担保制度司法解释》第65条第1款之规定，承租人未按照约定支付租金，出租人请求承租人支付全部或剩余租金，并以拍卖、变卖租赁物所得价款受偿的，人民法院应予支持，当事人请求参照民事诉讼法“实现担保物权案件”的有关规定，以拍卖、变卖租赁物所得价款支付租金的，人民法院应予准许。可见，在融资租赁中进行所有权声明登记，也是以“自己所有的租赁物还承租人欠自己的债”，此情形与“自物抵押”无实质差别。这一类非典型担保，只要认可其担保功能，都面临着所谓的“悖论”问题，但现行法律明确认可其担保物权的有效性。此处顺便一提的是，实务中有人对上述《担保制度司法解释》第65条所说的“受偿”是否系“优先受偿”尚有疑问。其实，动产所有权声明登记，不仅具有对抗善意第三人的效力，还具有顺位效力，是否具优先性，根据《民法典》第414条之规定，同一物上有多个物权登记的，登记在先者优先于登记在后者，当然更优于未登记者。

此外，还应注意的是，最高人民法院在2020年修改融资租赁司法解释时，删除第九条“自物抵押”的规定，并非是认为其与《民法典》冲突，只是认为有统一的动产和权利担保登记制度后，实践中不会再出现《民法典》颁布之前法律框架下的原始性“自物担保”。而《担保制度司法解释》没有承继原《担保法司法解释》第77条关于后发性“自物抵押”的规定，是考虑到实践中已形成共识，无需再规定。既然后发性“自物抵押”，即使出现“卖自己东西还别人欠自己的债”，也应予认可，对原始性的“自物抵押”，又有何区别对待的实质性理由。

其二，“自物抵押”是权利人在无损害他人及法秩序之虞的前提下，利用现行法律规定的物权模式保护自己的利益，实无仅以所谓“悖论”否定其物权效力之必要。特别是在特殊动产融资租赁物“双轨”登记的情况下，更无干预当事人意思自治之必要。在处理这类情况时，实践中有的为解决所谓的“悖论”问题，把“自物抵押”解释为仅产生对抗善意第三人之效力，而无“优先受偿”之顺位

效力，实与当事人真实意思不符，也与“抵押”的本来法律意义不符，难谓妥当。

其三，所谓“自物抵押”，从物权表征看，出租人取得的特殊动产租赁物所有权形式上还登记在承租人名下，而登记的抵押权人是出租人，也符合以他人之物为债权人设定抵押的表征形式，与其说是“自物抵押”，毋宁说是“他物抵押”。按物权表征形式所体现的抵押权认定似亦无不合理不合法之处。

综上，动产和权利担保统一登记制度施行后，实践中“自物抵押”一般仅限于特殊动产特别是车辆“售后回租”这一特殊情况，在以“占有改定”方式将车辆所有权转移给出租人的情况下，应认可其融资租赁法律关系，亦应认可“自物抵押”的物权效力。在“自物抵押”与所有权“声明登记”并存情况下，可由权利人择其一而行使权利，但不影响另一物权登记应有的功能。

四、关于破产重整程序中所涉担保问题

破产法及相关司法解释对破产程序中所涉及的担保问题作了比较明确的规定，一定程度上解决了审判实务中裁判尺度不一的问题。但是，近年来在破产审判实践中又出现一些新的与担保有关的问题，如破产重整程序中以债转股清偿债务，担保人是否还承担责任，如何确定其责任范围？债务人企业原股东权益的调整，对股权质押人权利如何救济？以融资方式引进投资者，如何处理投资者与原担保物权的关系等等，亦迫切需要解决。

（一）破产重整中债转股对担保责任的影响

重整程序中债转股仅产生相对于债务人企业消灭债权的效果。在以往的理论研究中，侧重于以实体法有关债权清偿的制度规范为基础解释债转股消灭债权的基本机理，较为有代表性的是“债权出资抵消说”和“代物清偿说”。二者解释路径上虽有差别，但一个共同之处在于，均认为债转股产生债权从实体上消灭的法律效果，由担保债权的从属性所决定，主债权消灭，担保债权也随之消灭。这一实体法制度解释路径，在债务人企业未进入破产程序情况下以债转股进行个别债务清偿似无不妥。但是，放在破产重整这一程序制度语境下就可能说服力不够，起码不符合破产重整程序债转股的实际情况。在破产重整中，债转股是建立在债务人企业资不抵债、不能清偿全部债务，或者债务人企业有丧失清偿能力可能这一法律事实基础之上，进行团体债务清偿或分配债务人企业财产的一种方式。债权人团体根据算定的债务人企业清算价值，结合重整计划草案的安排，进行利益

权衡,两害相权取其轻,不可能像债务人企业正常状态下个别清偿的债转股那样,做到物有所值,等价交换,从而达到从实体上消灭债权的法律效果。换言之,重整程序中债转股作为一种债务清偿方式,实际清偿率一般不可能达到100%,所谓债权的消灭,是完成债转股之后,无论实际清偿率是多少,债权人对债务人企业不再享有偿还请求权,债权相对于债务人消灭(如破产法第94条规定),而相对于其他债务人、担保人,债权只在已实际清偿范围内消灭。就此而言,与破产清算程序中的“部分债务清偿+部分债务豁免”无实质区别,都是基于破产法程序制度框架所作的安排(如破产法第92条第3款、第124条的规定),而作出这种制度安排的合理性、正当性与破产清算一样,都是由债务人企业清偿能力现实以及设定其他债务人或担保人防范主债务人不能清偿风险的本来意义所决定的。

确定担保人责任范围应以债转股实际清偿率为依据。基于前述,担保人的担保责任与重整程序中债权实际清偿率有很大关系。如果在人民法院确认的重整计划方案中,对债转股实际清偿率或股权价格已予以明确,原则上应作为核算担保人责任范围的依据。问题是,实践中破产重整计划中的清偿率并非实际清偿率,而是“股权价值+豁免债务”的所谓清偿率。有时载明的股权价格也非股权的实际价值,而是根据确定的可用于债转股的股权数抵偿需要债转股的债权额,倒推出债转股的价格。这种做法实际上根本没有测算出股权实际价值或债权实际清偿额。担保人如果以此作为不承担担保责任的抗辩依据,债权人实难认可。因此,在以债转股方式清偿债务的情况下,对担保责任的认定不应简单拘泥于重整计划中所表达的股权价格或清偿率,而应区别不同情况:

其一,如果破产重整计划已经基于专业评估机构评估而明确债转股的股权实际价值或实际清偿率,可作为确定担保责任的范围的依据。除非担保人提供证据证明专业评估机构对股权价值的评估存在明显错误,一般不宜在诉讼程序中另行委托评估。

其二,如果破产重整计划对股权价格或清偿率的确定,是以前文所述的倒推方法作出的,不能体现债转股的股权实际价值或实际清偿率,法院可根据当事人请求委托专业评估机构评估。特别是实践中一些重整方案中已专门注明了“未实现清偿部分不能再向重整债务人主张,可以向担保人主张”,更应当对债转股股

权价值进行评估测算。值得注意的是，在担保纠纷中，有的担保债权额较小，委托专业评估机构对股权价值评估成本较高，在当事人不主张评估的情况下，人民法院可通过听取专业机构专家意见，结合债务人企业清算价值、以现金清偿方式的清偿率、重整预期等情况综合判断担保责任范围。

在破产程序中，对债转股价值的评估，均有一个评估方法和评估基准日问题，评估方法有收入法、市场法、成本法等，评估基准日则有重整方案决议通过日或法院确认日、重整计划执行完毕日等。方法不同、基准日不同，对股权价格的评估结果会有差别。此外，对上市公司重整中的债转股，实践中通常根据某一交易日的股票价格确定，虽然简单易行，但由于未适当考虑企业发展前景、未来盈利能力等因素，不能充分反映股权的公允价值，难以在各方主体之间达成一致。这些问题在重整程序中没有合理解决，将不可避免影响重整程序，特别是债权清偿的公正性，并引发相应的纠纷。因此，重整程序要在坚持法治化市场化的原则下，做到对评估方法、评估依据、基准日等影响股权评估要素的公开透明，以充分保障各债权人及相关利益方的知情权，使各方在“心中有数”的前提下进行充分协商，并表达真实意思。这既是少数服从多数表决机制正当性的基础，也是债权公平受偿，推进破产重整依法顺利进行，并避免衍生不必要争议或诉讼的必然要求。在此还需要一提的是，重整程序中债转股作为一种债务清偿方式，实践中多采表决机制+法院确认。因现金流缺乏、现金分配不利于提高企业的经营能力等因素，重整方案一般不给予所有的债权人在现金清偿和债转股清偿之间的选择权，多采取一定数额以下的债权按一定比例现金清偿，一定数额以上按债转股进行清偿。这种做法虽具有一定的现实合理性，亦颇受诟病。笔者注意到，一些企业重整计划中提出按一定比例现金清偿和债转股清偿两套方案，供债权人选择，更为合理妥当。一些学者提出，如果不给与债权人现金清偿的选择权，不对债转股采表决机制，颇有道理，殊值在实践中尽力推行。对以债转股方式清偿债务，如果债权人会议没有表决通过，人民法院更不宜以强裁确认重整计划。

此外，需要说明的是，根据《民法典担保制度解释》第23条的规定，债权人既可在破产程序中申报债权，也可请求担保人承担担保责任，且担保人清偿债权人的全部债权后，可以代替债权人在破产程序中受偿。据此，如果担保人与债权人就债权人在破产重整中的债权实现比例存在争议，亦可由债权人与担保人协

商决定是否由担保人在清偿全部债权后代替债权人参与破产程序。也就是说，如果担保人认为债权人在破产重整中的债权实现比例损害其合法利益，即可在清偿债权人的全部债务后代替债权人参加到破产重整程序中来。

（二）破产重整中股权的调整对相应质权的影响

破产重整中对股权调整具正当性合理性。出资人权益的调整是破产程序中企业重整的重要工具，无论是以债转股方式清偿债务，还是战略投资者取得债务人企业的股权，乃至控制权，在大多数企业重整计划中均涉及对出资人权益调整问题。但是，股权作为股东财产权益往往因各种债务关系而被设定质押等权利负担，对股权的调整势必给质权人的利益造成影响。如果股权质押担保的是股东或其他第三人的债务，常因股权变更未经质权人同意而成为重整计划执行的障碍。此外，在股权质押担保的债权已到期，质权人主张行使质权的情况下，也会给重整计划草案制定过程中的股权调整带来影响。因此，需要从股权调整的法律性质上厘清股权调整与质权的关系。

债务人企业进入破产重整程序，无非是两种情况：一是资不抵债，债务人企业财产不足以清偿全部债务；二是债务人企业虽然未资不抵债，但有丧失清偿能力的可能性。因此，算定债务人企业清算价值是破产重整的逻辑起点。基于绝对优先原则，只有债权人清偿率达到 100%，债务人企业出资人才有剩余财产分配请求权可能性。在算定的债务人企业清算价值不足以清偿全部债务，且最直观体现为实际清偿率达不到 100% 情况下，出资人权益是零。如果考虑债务人企业有丧失清偿能力可能性而破产重整的情况，将债务人企业出资人权益从 100% 以下直至调整到零亦具有正当性、合理性，即便是上市公司亦不例外。上市公司股票市值是建立在债务人企业能够存续而不是破产清算的基础上，从清算价值看，与其他类型公司的出资者权益没有什么差别。正因为是重整而不是清算，债务人企业股权才有在资本市场流通而体现出市值之余地。实践中，之所以即便债务人企业资不抵债，净资产为零，往往也给原出资人保留一定份额的出资权益（如上市公司重整中以公积金转增或大股东让渡一定比例的股权等，未对原股东股权清零），是基于原出资人对债务人企业重整的积极性、企业经营的连续性、企业重整预期等多方面因素通盘考量，利益相关者充分协商博弈的结果，或者说是充分利用重整这一制度工具形成团体意思的结果，不能因此得出出资者权益依法不应

调整到零的结论。

在股权价值应当在 100%以下调整直至零的情况下，以相应股权为质押标的的质权失去部分或全部担保的价值，此所谓“皮之不存、毛将焉附”。出资人权益的调整是有益于债务人企业债权又不损害质权人合法权益的调整，质权人的担保利益损失是在债务人企业经营失败，出资人权益部分或全部丧失情况下，不得不承担的与出资人同质化的法律或商业风险。事实上，破产重整情况下的股权调整，对股权质押人而言也是利益最大化。故破产重整程序中对质押的调整具有正当性基础。

质权部分或全部消灭的法律原理。虽然重整程序对出资人权益调整，进而引起质权调整具有正当性基础。但是设定质押的股权，是如何从原股东名下转移到新的投资人或债权人名下的？根据物权的追及效力，新股东是否需要承受股权上的权利负担？从破产重整程序调整出资人权益的逻辑过程来看，股权大致经历了如下环节：原股权因为资不抵债被调整→质押权部分或全部消灭→新资产（包括债权）注入债务人公司→重新确定出资者权益→新股东取得新股权。从上述股权变动的过程看，新股东的股权并非从原股东手上继受取得，而是因向债务人企业出资原始取得。

从公司法上公司注册资本变化的角度而言，破产重整程序中，新老股东股权的更替可以分解为减资和增资两个步骤，对老股东按减资程序全部或部分注销其股权，新股东以债权出资，达到注册资本的等量化，同时取得相应股权。此种情况下，新股东股权并不是从老股东继承或转让取得，或者说新股东取得的股权已非老股东的股权，即此 A 已非彼 A。质权对老股东股权的追及效力当然不及于新股东股权。在破产重整语境中，经常会提到债务人企业按一定比例“让渡”股权，给人一种股权转让的错觉，而有人把此种情况表述为“缩股”，起码体现出了新股东与老股东股权非承继关系。从这种意义上而言，把破产重整中债转股解释为“代物清偿”或“第三人代为清偿”显有缺陷，与破产重整中股权调整实为债权人、战投入出资而取得出资者权益的运作模式不相称。基于上述分析，重整计划被裁定批准后，在依重整计划对股权进行变更过户时，股权的质权人依据《民法典》第 443 条以出质股权转让未经其同意为由提出异议，或者主张对重整计划已经调整给他人的股权行使质权，一般不应支持。但应注意的是：第一，重整计划

为股东保留的股权，质权人仍享有质权。第二，实践中一些重整计划明确载明股权调整是老股东向新股东转让股权，并对质权人的利益提出了相应的解决方案，应尊重重整计划的安排，不宜按上述所分析的一般原理处理。第三，企业破产法第85、87条对出资人权益（股权）调整进行了规定，即重整计划草案涉及出资人权益调整事项的，在程序上应当设出资人组对该事项进行表决；法院在强制批准重整计划时应当审查出资人权益调整是否公平公正。这些制度安排能起到给予出资人，乃至质权人程序救济的作用，由于出资人权益与质权的同质化，原则上不需另行给质权人相应的程序救济。如果确因出资人的行为导致质权人利益受到损害，质权人可对出资人提起普通民事诉讼予以救济。第四，实践中的问题在于，破产重整企业虽然资产负债表显示资不抵债，但是上市公司的壳资源价值未被计入，故对于重整企业是否真的资不抵债这一事实判断存在争议，进而引发破产重整程序调整出资人权益会损害股权质押权人、已申请冻结该股权的债权人的担心。特别是，在债务人企业财产大于债务额、有丧失清偿能力可能而进入破产重整程序时，股权权益调整，特别是被强制清零的合理性、公平性，难免被股权质押权人所质疑，产生争议。该问题的根本解决，一方面要通过改进计价方法来准确认定破产债务人的资产与股权价值，比如，在债务人资产负债表的基础上，通过结合运营价值来合理估值；另一方面，破产重整程序中，让债务人企业股权质押权人等相关利益者参加协商谈判，在重整计划中通盘考察质权人等相关利益者的利益，并作出相应的安排；破产法院在确认重整计划时听取所有利益相关者意见，确保对出资人权益的调整是建立在充分考量各方利益基础上的合理方案，以避免产生不必要的争议，影响重整程序的进行，衍生不必要的民事诉讼。

（三）房地产企业重整程序中抵押权与其他权利冲突问题

房地产企业属于资金密集型企业，负债金额高、负债率高、涉及利益主体众多，法律关系复杂，债权结构复杂、多重权利冲突、破产重整往往难度大。尤其是商品房这一标的物上承载着物权、债权等多重法律关系，涉及购房者权利、建设工程施工主体权利、被拆迁人权利等主体的权利实现顺位，以及管理人对待履行合同的择等问题。由于规范房地产企业法律关系和相关主体权利义务的规定，分散于不同的部门法和司法解释中，缺乏系统明确的规定，破产法中缺乏统一的制度安排，从而给审判实践带来困扰，亟待解决。

首先，对于陷入困境的房地产企业，要充分运用重整、和解法律制度，加强庭外重组谈判与庭内重整的衔接，对具有挽救可能和价值的房地产困境企业进行拯救，及时化解风险。基于房地产企业的特殊性，在研判其重整价值时，应当结合债务人企业的市场竞争力、无形资产价值、项目开发建设进展、自身经营能力、投资人意愿等因素综合判断。对于缺乏重整价值和可能，投资人不愿意在原有企业主体框架内参与重整的，在对债务人企业适用清算程序时，应当尽量通过整体出售的方式对资产进行处置，保留企业资产的整体营运价值，最大限度维护购房人、债权人合法权益，维护社会稳定。

其次，在审理房地产企业破产案件中要始终把保障民生放在首位，注重回迁户、消费购房人、建筑承建商、供货商、小额债权人等弱势群体合法权益的保护。从保护生存权、维护人民群众合理住房需求、促进房地产市场平稳健康发展的角度出发，正确处理同一标的物上的权利冲突，兼顾各方利益，实现权利清偿顺序的公平、合理、可行。目前争议较大的是对商品房买受人是否给予特殊保护问题。原最高人民法院（2002）16号批复规定，支付了全部价款的商品房买受人的权利优先于承包人的优先受偿权，而承包人的优先受偿权又优先于一般抵押权。根据此批复，在以往的审判实践中，在能够交付房屋的情况下，一般优先向买受人交付房屋；在不能交付房屋的情况下，购房价款本金优先清偿。但该司法解释已经废止，而新的规定还没出台。实践中对商品房买受人的特殊保护出现新的争议。

《民法典》第406条对《物权法》第191条进行了修改，在明确抵押物可以转让的同时，明确了抵押权的追及效力。这一立法变化是否将导致上述批复与《民法典》的规定不一致？对此，在制定有关司法解释时有必要进行充分论证，审慎定夺。实践证明，（2002）16号批复的规定有效保障了商品房消费者的生存权，实现了政治效果、社会效果和法律效果的统一，具正当性与合理性。因此，有观点认为，《民法典》第404条关于动产抵押权对抗效力的限制性规定，亦即：“以动产抵押的，不得对抗正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人”，并未区分动产抵押是否已经办理抵押登记，即使办理了抵押登记，抵押权也不能对抗买受人，显然有利于消费者权益的保护，在保护商品房消费者问题上可类推适用或参照适用这一条款，笔者认为有一定道理。从我国国情及房地产企业所面临的实际情况看，目前仍有按（2002）16号批复的思路给予商品房消费

者特殊保护之必要，只是在实践中要严格把握商品房消费者的界限、适用范围及特定情形。

再次，房地产企业破产往往都涉及“半拉子工程”。对此，要灵活运用多元融资模式，积极推动债务人企业在建工程的复工续建，有序化解房屋逾期交付风险。对于为复工续建所借资金的清偿顺位问题，原则上可以根据破产法司法解释三第2条规定，参照企业破产法第42条第4项作为共益债务清偿。虽然依据司法解释该条规定，共益债务不得优先于此前已就债务人特定财产享有担保权的债权清偿，但如果房地产企业名下的建设用地使用权以及在建工程已经设立了抵押的情况下，根据《民法典》第416条、担保制度司法解释第51条的规定，土地上的新增建筑物以及建筑物的续建部分不属于原抵押财产范围，续建费用作为共益债务可以在续建部分价值范围内优先受偿。

五、关于证券虚假陈述案件审理中的有关问题

2022年1月21日，最高人民法院在总结审判经验的基础上，对《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》（法释〔2003〕2号，以下简称原司法解释）做了系统性的修订，发布了《最高人民法院关于审理证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件的若干规定》（法释〔2022〕2号，以下简称新司法解释），对证券虚假陈述行为、重大性、交易因果关系、过错、损失因果关系等侵权责任构成要件做了更为细致的规定，明确了控股股东及实际控制人、重大资产重组交易对方和配合财务造假者等责任主体的“首恶”和“帮凶”的责任。新司法解释已经回应了审判实践中所提出的绝大部分问题，但从审判实践中的情况看，还有一些问题值得进一步深入讨论。

（一）前置程序取消后的审查起诉问题

新司法解释明确废除了前置程序，这是为及时充分保障受损投资者诉权的一项重大制度变革。在取消前置程序之后，如何正确把握审查起诉的标准，应当注意三个方面：首先，取消前置程序不等于有诉必立，案件受理必须符合法定的起诉条件。起诉条件承载着保障当事人诉权和防止滥诉两大功能，前置程序的废除并未降低民事诉讼法规定的起诉条件。在前置程序取消后，为避免没有理据的维权诉讼给上市公司的正常经营带来负面影响，给资本市场秩序带来不适当的冲击，在立案受理阶段必须严格按照民事诉讼法第一百二十二条规定的起诉条件进行

审查,在该条规定的四项起诉条件中,具体的诉讼请求和事实理由是立案受理环节必须加以审查的一个重要内容。

新司法解释第二条第一款规定,原告提起证券虚假陈述侵权民事赔偿诉讼,只要符合民事诉讼法第一百二十二条规定并提交原告身份证明文件、存在虚假陈述的相关证据以及因虚假陈述进行交易的凭证和投资损失等相关证据,人民法院就应当予以受理。这是从诉讼请求、事实理由及举证责任三个方面对起诉条件进行了明确:诉讼请求指的是当事人想要实现的实体权益内容;具体的事实和理由不仅包括纠纷的所有事实经过,还包括能够推导出诉讼请求的法律上的依据;就前述主张,当事人还必须提供相关的证据。其次,对起诉状中事实理由具体化的要求,应当根据原因事实的不同而有所区别。要求原告在起诉书中必须对支持其诉讼请求的所有相关事实进行全面的陈述,不仅有利于案件受理后被告能够进行针对性的抗辩,也有利于人民法院及时整理争点。在起诉阶段,原告必须根据法律和司法解释规定的民事责任构成要件,对被告实施了虚假陈述行为、虚假陈述行为的重大性、交易因果关系、被告的主观过错、原告因此所受的损失、损失因果关系等六个方面的原因事实进行具体化的陈述。考虑到证券民事诉讼固有的信息不对称、绝大部分由在上市公司持有、投资者取证困难等实际情况,为实现实质公平,证券法和司法解释采用了过错推定、交易因果关系推定和损失因果关系推定的制度安排,投资者只对被告是否实施了虚假陈述行为承担结果意义上的证明责任。由此,在审查起诉时对不同责任要件的原因事实和理由,具体化的要求应当有所区别。具体而言,原告对被告实施了重大虚假陈述行为的起诉原因事实负有具体的主张责任,并应当提供相关证据加以证明,而对于虚假陈述行为被告的过错、交易因果关系、损失及损失因果关系等起诉原因事实,则可适当放宽具体化的要求,在起诉书中进行合乎逻辑的描述,被告可以据此开展针对性的抗辩即可。第三,加强审查起诉阶段对当事人的诉讼指导工作。证券诉讼的专业性强,且我国也没有实施律师强制代理制度,不能苛求当事人在起诉阶段所陈述的原因事实契合法律规定的要件事实,更不能苛求当事人提出的法律理由是基于对法律的正确理解而提出,在审查立案阶段应当适度行使释明权,指导当事人补充提供相关材料,这一点尤其值得强调。在此前的审判工作中有这样的案例,上市公司实施了诱空型的虚假陈述,投资者以其买入股票遭受损失为由提起诉讼,法院受

理后以不存在交易因果关系为由驳回了投资者的诉讼请求。案件处理的结果虽然是对的，但如果法院能在立案受理阶段就适当释明，以此过滤掉不符合法定起诉条件的争议，社会效果会好很多。

（二）连带责任的范围问题

证券法第八十五条和第一百六十三条规定了相关责任主体与发行人的连带责任，就连带责任的范围是否应当与相关责任主体的过错程度相适应以体现“过罚相当”原则问题，在司法解释制定过程中进行了认真的研究。由于各方认识不一，司法解释对此没有规定，而是留待审判实践中进一步总结经验。在司法解释讨论过程中，有观点认为，共同侵权的本质是共同故意，连带的基础在于具有共同的意思联络。而对于无意思联络的多数人侵权，如果能够确定各自的责任大小，则应当适用部分连带责任。因此，在上市公司持续信息披露构成虚假陈述的场合，发行人的会计舞弊行为是故意而为，而承销保荐、证券服务等中介机构作为从事审核、验证的专业机构，其职责是利用自身的专业知识为投资者“把关”，充当“看门人”。在中介机构故意配合造假的情况下，认定发行人与中介机构相互通谋并应共同承担连带责任，理由充分；但在中介机构只是因为过失没有发现发行人财务造假的情况下，很难说是构成共同侵权，适用全额连带责任未必符合公平、公正原则。其次，过罚相当的民事赔偿责任有利于避免“寒蝉效应”，稳定资本市场各方参与主体的预期。许多人民法院在审理证券虚假陈述纠纷案件时，已充分关注到了上述观点，并依据具体案件事实，特别是有关主体的过错大小，判处“过罚相当”的连带责任。从社会各界的反应看，取得了比较好的法律效果和社会效果。

（三）关于诉讼时效的衔接适用问题

原司法解释在规定前置程序的同时，将行政处罚决定或生效刑事判决作出之日作为诉讼时效的起算点，这是符合制度设计逻辑的。《民法典》第188条规定，诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。具体到证券市场上，投资者知道或者应当知道虚假陈述之日，是其知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日。在废除前置程序的情况下，以行政处罚决定或生效刑事判决作出之日起算诉讼时效的做法，已经不符合《民法典》等民事法律的规定，故新司法解释第三十二条规定，当事人主张以揭露日或更正日起算诉

诉讼时效的，人民法院应当予以支持。在新司法解释颁布后，部分代理律师提出，其所代理的案件因为多元化解工作机制、法院示范判决、专项风险化解等工作安排原因没有在法院立案，进而担心法院会不会对其民事权利不予保护，这种担心是没有必要的。首先，根据《民法典》等法律和司法解释的规定，在诉讼时效期间内，只要投资者以书面或者口头方式向人民法院起诉，或者向有关调解组织、国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出过保护相应民事权利的请求，或者向公安机关、人民检察院、人民法院报案或者控告，请求保护其民事权利的，都构成诉讼时效的中断。其次，为更进一步保护投资者的权利，新司法解释第三十三条还规定，只要有部分投资者向人民法院提起了普通代表人诉讼，这一起诉行为对所有具有同类诉讼请求的投资者都产生诉讼时效中断的法律效果。这一制度设计，体现了代表人诉讼中“一人维权、惠及他人”的法律效果，是对投资者保护作出了更为有利的安排。最后，由于新旧司法解释在诉讼时效方面的规定发生了明显变化，为避免出现投资者因未及时主张权利而无法得到救济的情况发生，充分保护投资者的诉讼权利和合法民事权利，就新司法解释实施后诉讼时效的衔接适用问题，最高人民法院专门下发了《关于证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件诉讼时效衔接适用相关问题的通知》（法〔2022〕36号），明确：一、在《规定》实施前国务院证券监督管理机构、国务院授权的部门及有关主管部门已经做出行政处罚决定的证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件，诉讼时效仍按照原司法解释第五条的规定计算。二、在《规定》实施前国务院证券监督管理机构、国务院授权的部门及有关主管部门已经对虚假陈述进行立案调查，但尚未作出处罚决定的证券市场虚假陈述侵权民事赔偿案件，自立案调查日至《规定》实施之日已经超过三年，或者按照揭露日或更正日起算至《规定》实施之日诉讼时效期间不足六个月的，从《规定》实施之日起诉讼时效继续计算六个月。