

民商事案件二审改判的标准及其规则之治*

席月民

【摘要】近年来随着法院受理民商事案件数量的逐年递升，改判率的稳中有升与上诉率的回落下行形成鲜明对比，民商事二审在与一审博弈中立场趋于强硬。在讨论二审改判的正当性标准时，除了应审查法官是否正当行使自身自由裁量权外，还应考虑改判是否能够经得起来自法律职业共同体的批评和质疑。改判权是二审法院及其法官所享有的审判监督权的一种表现形式，在案件质量评估制度改革中应取消改判率这一指标，强化法院之外的检察监督以及社会监督。二审改判需坚持慎重原则，通过进一步细化改判标准，增强改判论证的充分性，突出其纠纷解决和规则治理的功能。

【关键词】民商事二审案件 法官裁量权 改判标准

【作者】席月民（1969-），男，河南灵宝人，中国社会科学院法学研究所副研究员，硕士生导师。研究方向为经济法基础理论、财税金融法和司法制度。

中图分类号：D925.1 **文献标识码：**A **文章编号：**1674-0602（2018）03-0110-15

引言

法官在裁判文书中的专业表达是实现民事诉讼程序正义和结果正义的一个重要标志，它在一定程度上体现了法院的文本文化^{〔1〕}。裁判文书的质量优劣，不仅与一国的法律传统和法治环境直接相关，而且主要决定于法官群体性的职业道德约束、庭审裁判技巧以及裁判旨意正义。关于庄胜公司与信达投资、信达置业、信达北分股权转让合同纠纷案，去年上半年再度引起媒体热议。最高人民法院（2015）民二终字第61号民事判决书（2017年3月24日）直接撤销了北京市高级人民法院（2013）高民初字第04405号民事判决书（2014年12月18日），改判庄胜公司胜诉。这种大起大落的颠覆式改判，常常会让上诉方在欣喜若狂中扬眉吐气，而被上诉方则在瞠目结舌后暴跳如雷。^{〔2〕}

改判是人民法院审理二审民商事案件的重要结案方式之一，本文就如何认识二审改判所存在的

* 本文为“中国社会科学院创新工程基础研究学者计划”阶段性研究成果。

〔1〕 有学者指出，这里的文本文化特征主要有四项，即内容的合法性、行文的格式化、语言的精确和规范性以及法律文书的强制性。参见刘斌：《论人民法院文化体系的建构》，载《中国政法大学学报》2010年第4期，第82页。

〔2〕 有关庄胜与信达案的相关报道和评论很多，其中较为典型的有《最高法院槌响，庄胜、信达百亿地产案迎来终局裁决》《最高院判令解约似有不妥——庄胜与信达之争判决评析》《一份考验最高院智慧的判决——庄胜与信达的股权大战》《信达资产处置“烂尾楼”陷纠纷被判赔10亿违约金》《信达“违约风波”：北京西城“烂尾”地块背后的资本角力》《争夺400亿项目 信达与庄胜上演“农户和蛇”现实版故事》、《合同解除与诚实信用——以庄胜公司与信达公司合同纠纷案为例》等。

错判风险，如何正确识别二审改判理由的正当性，二审改判有无确定的标准且如何把握该标准，如何建立二审改判的规则之治谈谈自己的粗浅看法，希望进一步强化不同审级之间民商事判决的规则治理。

一、当前民商事案件二审改判率的上升趋势与错判风险

（一）二审改判率的变化趋势

改判是二审法院直接以判决的形式撤销一审判决的全部或者部分内容，直接作出新的判决。有学者曾对 1993-2012 年期间我国民商事二审案件改判和发回重审情况进行了实证研究，得到的结论是 20 年间上诉率大体呈“V”字型变化，其中以 1999 年为界，之前由 24.4% 下降至 17.4%；之后则升至 2010 年的 30.8%，此后两年小幅下降维持在 29% 左右。二审法官在案件压力增大的同时，法官更少而不是更多地选择发回重审或者改判作为结案方式，发回重审率和改判率除了在 90 年代有不规律的波动，在 1999 年以后基本一路走低，分别从 90 年代初的 8.2% 和 22.6%（1993 年）降低到 2012 年的 5.5% 与 8.6%。^[3] 从最新情况看，根据《最高人民法院公报》中全国法院司法统计公报年度数据，2013-2016 年民商事案件上诉和改判情况如下表：

2013-2016 年全国法院民商事案件上诉和改判情况统计表

年份	一审判决数	二审收案数	二审结案数	二审改判数	上诉率	改判率
2013	2316031	627116	612431	52262	27.08%	8.53%
2014	2921343	731416	711018	64759	25.04%	9.11%
2015	3943097	918605	901462	85541	23.30%	9.49%
2016	4710006	1088442	1073666	109493	23.10%	10.20%

注：表中上诉率为年度二审收案数与一审判决数之比；改判率为年度二审改判数与二审结案数之比。

不难看出，近年来随着法院受理民商事案件逐年递升，上诉率在此前“V”字型基础上开始回落并逐年下降，由 2013 年的 27.08% 降至 2016 年的 23.10%，但改判率却稳中有升，从 2013 年的 8.53% 已经递升至 2016 年的 10.20%。这表明，当前民商事二审法官的“改判冲动”有所升温，在与一审博弈中立场趋于强硬，这一价值取向所折射出的审判独立和结案理性值得深入探究。众所周知，逻辑在法律实践中始终在场且作用重大，而且就逻辑的本质而言，实践论解释可为法律逻辑提供合法性根据。^[4] 民事判决书是当事人之间发生争议的权利义务最终确定归属的依据，是法院行使司法裁判权的最权威体现，是宣传、解释法律和教育社会公众的中间媒体，因此应该与法院职能分工、民事诉讼目的、裁判事项和预期受众相适应。^[5] 我们注意到，随着我国司法改革的深入推进，法官个人手中的权力正变得越来越大，法官能力建设与裁判文书的质量保证已经成为决定司法改革成败的关键。

（二）二审改判中的错判风险

法院审判是定纷止争、守护社会正义的一种职业活动。裁判文书作为记载法院审判过程和案件审判结果的正式法律文件，其是否说理、说理是否充分，成为判断和衡量司法公正与否的重要标准

[3] 参见李杰：《博弈下的合作——民事二审发回重审与改判的实证研究》，载《法律适用》2013 年第 11 期，第 54 页。

[4] 参见陈曦：《何种法律逻辑——一种实践论视角的解释》，载《中国政法大学学报》2014 年第 5 期，第 35 页。

[5] 韩红俊：《法院的职能分工与民事判决书》，载《河北法学》2006 年第 9 期，第 117 页。

以及维护和提升司法权威的治本途径。二审改判在司法审级层面是无可厚非的，毕竟二审本身发挥着典型的纠错监督功能，虽然所有上诉人都希望其案件在二审能够得到改判，但一旦二审改判导致错判，则会产生诸多风险：

第一，对当事人而言，难以实现服判息诉、案结事了。无论是一审还是二审，诉讼程序的启动必然导致当事人既费心又费力还费钱，付出成本越高，其对胜诉判决的渴望也就越强烈。以庄胜与信达案为例，其一审和二审诉讼费均为 504,1800 元，对双方当事人而言，若再加上律师费等费用，其诉讼成本可能直逼千万元大关。加上二审判决属于生效判决，因此除非在判决书说理部分给出了充足理由，否则很难令败诉一方当事人信服并接受该改判结果，出现一些激烈的情绪反应自然也就在所难免。各级法院法官办案能力与案件办理质量如何，直接关系到司法的整体声望，同时也关系到能否实现“让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”的司法改革目标。

第二，对一审法院和法官而言，可能面临不应有的“错案”追究等不利后果。在新一轮司法改革中，司法责任制^[6]被置于一个基础性的地位，被称之为改革的“牛鼻子”。^[7]对法官业绩进行质效考核是对法官能力进行评价的重要方法。在当前法院内部审判绩效考核体系中，改判率的高低通常是评价案件审判质量的重要指标之一，作为案件公正与否的直接体现，其对一审法院及其法官的专业声誉存在着直接影响。司法实践中，上级法院改判案件通常被确定为地方各级法院案件质量评估^[8]中重点评查的对象之一，因此一审法院及其法官实践中多数情况下并不希望二审改判，因为一旦被认定案件存在“差错”，则不但可能会使一审法院的年终评优、经费拨付等陷入被动，而且主审法官也需要承担相应的“差错责任”，轻则被批评教育，重则需要扣发奖金或给予其他行政处理。

第三，对二审法院和法官而言，可能被质疑裁判的公正性和司法的廉洁性。在二审改判案件中，改判的主动权始终掌握在二审法院及其法官手中。即便二审法院与一审法院之间启动内部沟通机制，并向一审法院提前说明改判理由，但基于各自立场和错判本身，很难不被当事人和社会公众质疑裁判的公正性，不被质疑司法的廉洁性。社会公众对司法腐败一向深恶痛绝，大量案例证明个案腐败的社会影响极其恶劣，后果严重，有时会给当事人造成难以弥补的损失。正因为如此，二审法院大多遵循“依法维持、慎重改判、强化调解、严格发回”的司法政策^[9]，并试图通过一些正式或非正式的内部管理制度对本院的改判或发回重审进行必要限制。

最后，对社会公众而言，可能会轻易破坏其对司法权威的信心。司法权并非是完全排斥社会参与的封闭性权力。^[10]一个判决不仅仅会影响案件当事人，也会影响周围的其他人和一定范围的社会区域。一个判决就是一个活生生的法律案例，抽象的法律规范只有借助具体案件才能在社会中真正

[6] 这里的司法责任制包括办案质量终身负责制和错案责任倒查问责制。党的十八届四中全会《决定》指出，要实行办案质量终身负责制和错案责任倒查问责制，确保案件处理经得起法律和历史检验。

[7] 陈光中、王迎龙：《司法责任制若干问题之探讨》，载《中国政法大学学报》2016年第2期，第31页。“牛鼻子”一词，形象地表达了司法责任制在司法体制改革中的重要地位。习近平总书记在中共中央政治局第二十一次集体学习时强调，要紧紧牵住司法责任制这个“牛鼻子”。参见《以提高司法公信力为根本尺度，坚定不移深化司法体制改革》，载《人民日报》，2015年3月26日第1版。

[8] 按照最高人民法院2011年3月下发的《关于开展案件质量评估工作的指导意见》规定，案件质量评估是按照人民法院审判工作目的、功能、特点，设计若干反映审判公正、效率和效果各方面情况的评估指标，利用各种司法统计资料，运用多指标综合评价技术，建立案件质量评估的量化模型，计算案件质量综合指数，对全国各级人民法院案件质量进行整体评判与分析。

[9] 参见李杰：《博弈下的合作——民事二审发回重审与改判的实证研究》，载《法律适用》2013年第11期，第55页。

[10] 郭道晖：《权力的多元化与社会化》，载《法学研究》2001年第1期，第6页。

形成法律秩序。因此，个案判决必然在一定程度上引起一定范围公众的关注，而改判尤其是错判很容易使当事人或公众陷入对法律的错误认知，认为法官说什么则法律就是什么，进而对法律的确性和权威性产生怀疑。除当事人外，司法裁判必须接受社会公众的监督与质疑，二审错判一旦给社会公众带来伤害，则很容易形成针对司法权威的公开的广泛的舆论批评。

二、二审改判的正当性：基于自由裁量权的审视

自古及今，法律早已成为一套由概念、规则、原理和技术所构成的规范体系。法律不仅为人们的行为提供了规范，而且为人们思考问题提供了出发点和标准。诉讼活动绝对不是“自动售货机”的机械运行，而是一个博弈的过程。^[11]从法律适用的角度看，诉讼过程使法律规范实现了由静止状态向动态发展的转化，因此这一过程充满了变数，这些变数不但可能来自于诉讼当事人庭审表现本身，也会来自于其他诉讼参加人在诉讼中的作用发挥，甚或来自于案外因素的介入以及非正当的行政干预。改判只是二审法官行使自由裁量权的一种结果，是否合法拥有以及是否正确行使了这一权力，是否能够经得起来自法律职业共同体的批评和质疑，其实是判断二审改判正当性的重要基础。

（一）自由裁量权与法官的“创造”

法律究竟应否赋予法官自由裁量权虽然历来存在着争议，但实践中无论是英美法系国家还是大陆法系国家都赋予了法官一定限度的自由裁量权。在美国著名大法官波斯纳眼里，法官首先是有利益追求、兴趣爱好、性格特点和能动性的人，而不是“自动售货机”；其次法官尽管是独立的，但仍然受制于具体的司法制度。因此，在二审民商事案件中，改判体现了二审法官对案件事实乃至法律的全盘思考，其中能够影响法官作出改判决定的因素，并不局限于其个人的专业经验和兴趣偏好，其他诸如政治经济、人情世故、提拔晋级等因素也会进入法官的考量视野，这些内外部因素都会最终影响其判决结果。正如苏力教授所言，思考在波斯纳那里，从来就不是发现立法原意或教义分析，而是对后果的系统的实用主义考量。^[12]当然，对波斯纳而言，这与英美法系的判例法传统不无关系。正因为如此，美国法官其实都是精致的实用主义者，而且是受到制度约束的实用主义者。在案件审理中，每个法官都会高度关注并评估一个司法判决所可能导致的直接后果，这种后果并不局限于涉案当事人以及具体纠纷的解决，也不局限于个人的利害得失，更多是对未来可能出现的同类案件及其审理法官所可能产生的规则援引后果。如果将其放在历史长河中去观察，则这种后果不但有其逻辑性和系统性，而且也是长远的、有约束力的。身处司法系统的法官也是人，而且是制度中的人。在我国法官作出司法决定同样受制于其个人因素以及制度性因素的影响。所不同的是，我国立法权高度集中于立法机关，只有最高人民法院和最高检察院享有部分剩余立法权，可以通过司法解释进行有限“造法”，而个案中的法官则缺乏“造法”的主客观条件和内在动力，充其量只是对法律进行创造性的运用，当然这种创造性必须受到法律目的的支配以及法律价值的影响。在个案中，所谓法官的“创造”，可能主要体现在如下几个方面：其一，创造性地从法律渊源中择取与本案相关的法律规定；其二，创造性地将它们组合成一个判决理由；其三，创造性地将它们与案件事实组合成一判决书。^[13]这种“创造”显然不是我们这里所说的“造法”。无论是一审还是二审法院，都把关注点放在纠纷解决上，而

[11] 王晨光：《改判带来的思考》，载许章润主编：《清华法学》第6辑，清华大学出版社2005年版，第187页。

[12] 苏力：《经验地理解法官的思想和行为——波斯纳〈法官如何思考〉译后》，载《北方法学》2009年第1期，第111页。

[13] 黄金兰、周贇：《判决书的意义》，载《法律科学》2008年第2期，第16页。

不是放在规则治理上。

（二）二审改判率指标

从制度性因素层面考察后不难发现，各级法院在司法实务中都更加重视对法官的管理和监督，以确保法律适用的统一性。这种管理监督主要通过现行案件质量评估体系与年度绩效考核体系来进行，其中二审改判率对一审法院来说被归入负向指标，用以解释一审判决质量高低；而对二审法院来说则属于正向指标，旨在判断二审纠错能力强弱。法官在作出司法决定时所处审级不同，受到的制度约束和激励也就不同。

显而易见，二审改判率指标的设计，对一审和二审法官而言在功能上是相互冲突的。从实践看，为减少这种冲突并有效降低个案博弈风险，一审法院在遇到拿不准的案件时，为避免案件上诉后被二审改判，法官通常会积极向上一级法院进行书面或口头的请示汇报，希望得到二审法院的指导意见。相反，二审法院为了减轻压力并尽可能控制改判数量，则会通过一些规范性文件、指导性案例或者以会议纪要、座谈会等形式对不同类型案件的审理提前向一审法院给出指导意见。如此一来，二审法院把改判的机会轻松地实现了前置，使案件改判风险直接化解于一审程序中，二审改判的种种理由似乎就这样“名存实亡”。两级法院之间在改判案件上所达成的事实默契，变相克服了审级制度在案件质量评估体系中的冲突与对立，其结果是牺牲了法官的有限裁量权。这给近年来民商事案件二审改判率的稳中有升现象带来了理解上的困惑。照此分析，二审改判率应该显著降低才更具说服力。问题在于，这种通过法院内部上下级之间的沟通交流机制虽然可以在一定程度上控制二审改判率，但其危害却是不容忽视的。一审法院的做法，会导致审级制度流于形式，一审法院最终将沦为二审法院意见的执行者，理论上当事人通过两级审判获得公正裁判的机会无形中已经被无情剥夺，从而实际上关闭了当事人诉求正义的程序之门。二审法院的做法则是一种简单的包办代替，容易导致一审法官怠于审视和研究审判实践中出现的新情况、新问题，法官会习惯于照搬类似判决，以求降低自身的裁判风险。表面上看，这种沟通交流带来的是上下级法院之间的“和谐”、“双赢”，而实际上会不断侵蚀和破坏司法审判制度的严肃性和公正性。有鉴于此，上下级法院就个案本身的沟通交流并不敢大张旗鼓地进行，毕竟这与民事诉讼程序制度的设计初衷相悖，加上近年来司法改革日益突出主审法官的独立性和责任性，因此改判率的稳中有升也就不难获得解释，更何况二审法官改判还存在一些“不公正因素”和“非不公正因素”^[14]。其中，前者产生于一审程序中，如一审法官枉法裁判，一审法官认识明显存在偏差或者其工作存在严重失误（如笔误、计算错误、漏判等）；后者产生于二审程序中，如二审出现新情况、新证据，二审法官对案件的认识与一审法官严重不同，以及二审法官发生误判或故意错判等。这里还以庄胜与信达案为例，由于二审判决书在其第32页明确写到“二审查明的事实与一审查明的事实一致”，因此该案不存在一审判决所认定的事实不清或者事实错误问题，改判的理由集中在法律适用上。虽然一审和二审判决均引用的是《合同法》，但二审判决将案由改为合同纠纷，认为一审判决将案由确定为股权转让合同纠纷不妥，其援引的法条是第93条第2款、第94条第（4）项以及第97条，而一审判决则援引的是第107条。显然，该案即属于上述“非不公正因素”中的二审法官对案件性质的认识以及对法律适用的意见与一审法官严重不同这一情形。

[14] 有学者认为，影响发改率的“不公正因素”指的是推动发改率的值上升的可归因于一审裁判不公正的因素，它们同时也是导致案件被二审法院改判或发回重审的原因。影响发改率的“非不公正因素”指的是推动发改率的值上升的不可归因于一审裁判不公正的因素。参见王建宏：《透视发回重审与改判率——以社会主义司法制度的公正价值为视角》，载《法律适用》2009年第2期，第55页。

需要注意的是,在引起二审改判的上述情形中,不排除在少数情况下,一审法官的裁判完全准确无误,而只是二审法官自己因考虑不周或因徇私舞弊、枉法裁判等原因而予以改判,进而导致误判和错判问题,而恰恰是这一点需要我们引起足够的警惕。

(三) 上下级法院间的博弈与制度约束

在诉讼中,除了案件当事人之间明里暗里展开博弈外,二审改判意味着二审法院与一审法院也存在着现实博弈,只是这一博弈的内容最终表现为判决结果,在彼此受影响的同时,还会影响到案件当事人以及社会公众。案件质量评估作为法院内部的一种管理手段,是以审判活动为评估对象,通过评估发现案件审理中的不足,找出制约案件公正审理的各种制约因素,对审判活动进行实时的监控、评价,目的在于通过评估不断检验、反馈、改进和提高审判质量。^[15]

上诉制是一种责任制,它肯定限制了下级法院的独立性,然而上诉制作为一种问责制,却促进了司法系统那些本身就与独立性息息相关的重要理想:依法裁决、准确裁决、在上诉法庭管辖区内保持裁决的一致性等等。^[16]我国民事审判实行两审终审制,一审法院及其法官与二审法院及其法官在审判博弈中均存在着“负责”与“规避责任”两种策略。一审法院的“负责”体现在尽可能查明案件事实,正确适用法律,努力实现当事人的息诉服判,减少被发回重审和改判的可能;而“规避责任”则是将矛盾上交;二审法院的“负责”则是谨慎行使发改权力,依法维持一审判决的效力,即使不能维持,也依法优先改判而不是发回重审,而“规避责任”则是将案件“踢回去”。无论一审法院负责还是规避责任,二审法院选择负责时一审法院的效用都将大于二审法院选择规避责任时一审法院的效用。^[17]因此,改判率的稳重有升也就不难获得改判风险博弈层面的合理解释,法官的选择性思维就如同规范性思维一样,是其职业化的法律思维的固有特点。

鉴于此,必须深刻认识到,两大法系对二审法官改判的制度约束是有明显差异的,英美法系国家的法官在二审改判的正当性方面要略胜一筹。在大陆法系国家,法官的任务不仅要解决案件事实问题,而且要对适用法律进行负责,因此其更关注案件事实的调查、处理案件的法律依据以及如何给出恰当判决,虽然我国最高法院经常出台司法解释,但总体而言裁判规则的创造并不是各级法院法官在个案审判中的任务。反观英美法系国家,其案件事实交由陪审团解决,法官将自己的注意力更多放在法律适用上,其判例法传统使得法官在作出判决前会更多考虑其判决依据的社会影响力,从而对个案的处理更加关注裁判规则的创造,而不是简单地进行恰当判决。由于创造先例的重要性会随着审级的上升而增大,上诉审法官则一般都要比初审法官更多考虑自己的判决对下级法院今后处理类似案件的影响力,以及对同级其他法院法官的可能的示范意义,考虑最高法院或联邦最高法院对类似问题的处理,甚至,由于英美国家法学教育是围绕上诉审司法展开的,还必须考虑学界的可能评论。^[18]这也就意味着,这种对二审法官改判权力所作出的制度约束其实是有益的,它有利于将法官的裁判行为保持在对法律理解的主流范围之内。

(四) 民商事判决书及其规则之治

在英美国家,司法机构的功能分工更侧重于权利救济的公平性,而不是效率性,因此规则之治成为法官自由裁量权的绝对“重心”。拿初审和上诉审来说,前者集中关注事实问题和纠纷解决,后

[15] 参见最高人民法院研究室编:《人民法院案件质量评估体系理解与适用》,人民法院出版社2011年版,第18页。

[16] 葛维宝:《法院的独立与责任》,葛明珍译,梅江中校,载《环球法律评论》2002年第1期,第10页。

[17] 参见李杰:《博弈下的合作——民事二审发回重审与改判的实证研究》,载《法律适用》2013年第11期,第55页。

[18] 苏力:《判决书的背后》,载《法学研究》2001年第3期,第6页。

者则集中关注法律、政策和隐含在其背后的政治性问题，即建立有效的规则治理问题。受传统司法模式影响，当代中国至今没有严格意义上的上诉审，只有二审。二审在很大程度上是监督和指导初审，关注的仍然是纠纷解决，基本放弃了或至少没有自觉追求协调统一二审法院法域内的法律实施，在必要时解释“造法”，推进规则的完善和发展。^[19] 二审终审体现了纠纷解决中的效率价值，但却抑制了规则治理所追求的公平价值。

改革开放以来，随着经济社会快速发展和社会公众法治意识的增强，司法体系的内外环境均发生了深刻变化。在我国，这些年来最高法院对裁判文书写作提出了越来越高的标准和要求，越来越重视判决书的说理和论证。与美国相比，美国法官普遍擅长法律论证，其判决书的说理部分普遍比较充分，特别是在那些有新意的案件中，始终有某种创造规则的考虑以及现实政策考量。这与他们对纠纷解决和规则之治的同等重视分不开。如前所述，他们不仅重视手边案件是否得到了良好、恰当处置，而且同样重视这个判决对于未来司法的实际意义。理论上而言，裁判文书的内容首先由诉讼标的和诉讼客体所确定的“裁判事项”决定，一审、二审和再审裁判文书应体现不同程序功能设置和裁判事项的差异，并公开承认法官在适用法律方面的自由裁量权并说明理由，这会有助于证明司法行为的正当性。^[20] 我国法官在判决书的制作中虽已开始不断加强说理和法律论证，但就二审改判来说，法官仍将审判重心放在民商事个案的纠纷解决上，不关注改判本身对同类案件处理所产生的正面甚至是负面的示范意义和指引作用，从而距离上述规则之治仍有很大距离。司法实践中，一、二审法院在现行司法体制机制下基于各自立场考量，使法官自由裁量权的行使在自觉不自觉的博弈中被侵蚀和异化，未能充分发挥出这一司法权力所固有的规则之治作用，这一点的确是令人遗憾的地方。法律职业的分层化是法律职业专业化的一大表征，其中法官属于公共法律职业者，直接对法律负责。在法律职业共同体中，法官必须具备该职业共同体“同质”的法律思维和法律推理，秉承独立的法律职业传统和原则，在法律认知的理性化过程中，与其他法律职业者一起共同追求法律的确定性、合理性以及可预测性。就民商事案件而言，二审改判的有效论证不但有赖于二审改判标准的具体确定，还需要法官对二审案件的事实审、程序审以及法律审在统一明确的标准中独立作出判断和论证，更重要的是，二审改判论证不能违背法律常识，不能挑战法律精英和社会公众对个案公正的底线，更要对案件将来的顺利执行提供具有可操作性的基础方案和工具。否则，一旦构成二审改判权的“滥用”，就不仅谈不上公正解决纠纷，更遑论所谓的规则之治了。总的说来，二审法官改判的正当性，源自于法律所赋予法官的有限裁量权的正确行使，以及不同法律职业者对判决结果的合乎法律职业共同体统一性法律认知的评价和反馈。这也就是说，就前述庄胜与信达案的二审改判结果而言，对其正当性的判断，并不完全局限于判决书的说理和论证是否透彻，还有赖于法律同行的评价和肯定，即该判决是否具有专业层面的说服力。

三、民商事案件二审改判的规则治理路径

法律是整个社会生活的一部分，而且决不是存在于真空之中。^[21] 改判权是二审法院和法官所享有的基于法院内部审级关系而产生的审判监督权的一种表现形式，而这种审判监督权的行使还会受

[19] 参见苏力：《经验地理解法官的思维和行为——波斯纳〈法官如何思考〉译后》，载《北方法学》2009年第1期，第110页。

[20] 参见傅郁林：《民事裁判文书的功能与风格》，载《中国社会科学》2000年第4期，第123页。

[21] (美)博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来等译，华夏出版社1987年版，第490-491页。

到法院之外的检察监督以及社会监督，以最大限度地保护法院内部评价机制的社会效果。目前，实践中二审改判规则并不是十分清晰和完善的。为避免一、二审法院在裁判博弈中继续采取“规避责任”策略，对于二审民商事案件的裁判及其质量评估而言，应始终坚持慎重原则，不但需要重新审视改判率指标的设置，还应当强化改判理由分析，加强对法律的解释、法律的统一适用以及新规则创制的逻辑论证，严格限制法官的改判权行使，使改判不仅注重纠纷解决而且突出规则治理，在判决说理部分综合考虑法理、人情、社会以及可能的后果，从而使判决书成为法官向当事人和社会公众表达自身专业意见的核心载体，同时成为法官错案责任被追究时认定责任的关键证据。^[22]

（一）改判率指标的弃用

案件质量评查工作如何开展，如何适应“以审判为中心”诉讼制度改革要求，是深化司法体制综合配套改革中亟待规范化的重要内容之一。目前我国法院系统所建立的案件质量评估制度，旨在以量化的方式对整体司法活动进行考核、汇总与引导，虽然其指标体系涵盖了当前技术水平、认知水平进步所带来的操作福利，试图促使审判管理实现科学化、精细化和系统化的转型，但问题在于，在现有条件下，案件质量评估制度的封闭性和单线性局面一直缺乏改观，法官个人始终处于被动地位，这导致评估活动本身难以接收有价值的反馈验证，因而无法实现设计者的主观意图，制度设计的失误与指标治理的困境阻碍了该制度预期功能的有效发挥。依据系统论的基本观点，一个系统的发展能力主要来自于其内部的反馈机制，特别是对负反馈的回应式修正，更是维持系统向特定目标运行的重要方式。^[23]有学者评价说，实际上，案件质量评估制度根本就没有能力满足社会的此种功能需求，功能互惠结构中的案件质量评估制度受到结构的宰制而失去了功能自主，反而产生出强化司法行政化的隐性功能。^[24]

改判率指标的存在，解释力非常有限，其过于简单地处理了上下级法院的审判监督关系，客观上限制并损害了上诉制度的应有功能，妨害了法院和法官在个案审判中的自主表达与独立判断，对改判率的过度敏感使上下级法院及其法官已经被迫陷入裁判博弈的泥淖，双双难以自拔，民商事案件的程序正义与结果正义遂渐行渐远。立案登记制改革以来，案件数量与办案质量之间的矛盾日益尖锐，一、二审法院在改判率的量化问题上难以达成一致意见，改判率与结案率之间关系日趋紧张，案件质量评估指标体系越来越难以适应司法责任制改革的客观要求。这反映出当前案件质量评估中所运用的量化方法不尽科学，改判率指标的选用缺乏对改判正当性的支持和裁判规则治理方面的考量，不够谨慎科学，已经直接影响到评估结果的合理性、公正性、执行力以及社会效果。司法实务界虽然对案件质量评估体系所暴露出的指标设置不合理、过于机械化的运行以及难以真正衡量法官工作业绩等问题曾经做出过一定的实证剖析，但总体而言，尚缺乏对该制度进行深刻反思的理论审视。基于定性和定量相结合方法所构建的案件质量评估制度，其所展示的管理价值与激励机制应该得到肯定，毕竟身处司法系统的法官也是人，而且是制度中的人。每个人如果要能被称为人，则必须达到对他自己的意识，而要做到这一点，只需要他能意识到他选择自己的行为自由。^[25]我们承

[22] 这也就意味着，对于民商事案件的裁判文书改革而言，需要通过理由部分的改革与加强以及审判人员的精工制作，成判后力图使胜诉方堂堂正正，败诉方明明白白，广大公民拍手称快并受到法制和精神文明的生动教育。参见潘庆云：《民事裁判文书改革研究》，载《法学》1998年第10期，第35页。

[23] See Arturo Rosenblueth, Norbert Wiener & Julian Bigelow, Behavior, Purpose and Teleology, Philosophy of Science, Vol.10, No.1 (Jan. 1943), pp.18-24.

[24] 钱大军、谢遥：《论案件质量评估制度的功能预期与超负》，载《学习与探索》2017年第5期，第84页。

认,法官的自由裁量权需要受到节制,法官的思维也会受制于其所处的制度,但法官在具体案件的审理中能否向当事人提供个案正义,法院内部案件质量评估制度能否向法官提供相应支持,却是评价案件质量评估制度时不应忽视的原则性问题。改判率将一二审法院及其法官直接置于一种的“对峙”状态,缺乏将此种“对峙”进行制度化与常态化的疏导,其机械化的应用必然会牺牲当事人的诉讼利益与个案正义。“司法”是“法治”的体现,是对法律民主性的直接保障。^[26]从诉讼消费者理论与管理人本理念出发,我们不难发现法院现行案件质量评估制度采用改判率这一指标是欠妥的,上诉制必须保护二审法官的裁判自由。

为此,有学者提出,建立科学合理的案件质量评估体系应处理好三对基本关系,即指标数据虚与实的关系、指标设置封闭性与开放性的关系,以及质效评估与业绩评价的关系。^[27]这种观点揭示了案件质量评估体系中应科学确定评估标准的基本原则立场。就二审改判率指标而言,除了徒增两级法院在上诉案件审理中的现实博弈外,其很难在法官独立性与责任性之间找到恰当的平衡点,难以满足上诉监督的实际需要,也难以促成法官对判决结果的专业自信以及判决说理的规则之治。从实践看,我国法院系统内部的审判工作评价指标体系虽未统一,但基本上都包含了对两大基本价值实现程度进行评估的两个二级指标,其一是审判效率评价,即司法高效评价;其二是案件质量评价,即司法公正评价。^[28]改判率指标在审判效率评价和审判质量评价方面均无任何助益。二审改判并不简单地“等于”一审错判,改判本身也存在错判的可能。在案件质量评估中舍弃改判率指标,一方面有利于审判权力运行机制的改革,减轻上下级法官的内心压力,充分调动其裁判的独立意识和责任意识,引导法官将心思和精力重点放在个案处理的专业说理论证上,提升法官的实际审判能力,重新激发法官的司法为民、公正司法的内心动力;另一方面,有利于增强法院内部案件质量评估体系的科学化,减少评估对案件公正审理的负面干扰,使司法责任制得到进一步落实。面对我国立法质量不高的实况,司法实践中能否有效发挥法官有限裁量权的实际作用,通过精细司法来合理回应个案正义,便显得尤为重要和现实。只有建立起科学的案件质效评估体系,才能全面客观地衡量人民法院的办案质效,查找工作中存在的差距,并有针对性地采取措施,加强审判管理,最终实现进一步提高审判、执行工作水平的目标。^[29]实践中,最高法院尝试引入第三方评估已经取得明显实效,相关评估有了明确标准。^[30]这在评查方式、评查标准以及评查机制改革方面形成了新的突破,有望倒逼法院案件质量评估体系的优化改革。

[25] [德]费希特著:《伦理学体系》,梁志学、李理译,商务印书馆2010年版,第206页。

[26] 高全喜、张伟、田飞龙著:《现代中国的法治之路》,社会科学文献出版社2012年版,第236页。

[27] 王裕根:《案件质量评估体系的理论反思与前瞻》,载《广西政法管理干部学院学报》2015年第6期,第17页。

[28] 王建宏:《透视发回重审与改判率——以社会主义司法制度的公正价值为视角》,载《法律适用》2009年第2期,第54页。

[29] 汪沪平:《健全民事案件质效评估体系 推进审判管理工作机制创新》,载《中国审判》2010年第11期,第80页。

[30] 这里以法院基本解决执行难的评估为例,早在2016年,最高法院周强院长在十二届全国人大四次会议上庄严宣布,“要用两到三年时间基本解决执行难问题。”为了客观评估人民法院基本解决执行难工作的力度和成效,最高法院决定引入第三方评估机制,由中国社会科学院牵头,法学研究所承办,参与单位包括中国法学会、中华全国律师协会、中国人民大学诉讼制度及司法改革研究中心,以及人民日报、新华社、中央电视台等13家新闻媒体,并邀请15位知名学者作为特聘专家。具体评估工作由中国社会科学院国家法治指数研究中心、法学研究所法治指数创新工程项目组负责。2017年1月,“人民法院基本解决执行难”第三方评估指标体系公开发布,共涉及230多个具体指标,其设计秉承依法设定、客观中立、突出重点、过程与结果并重等基本原则,用于对全国四级法院执行工作的全面考核。具体内容参见中国社会科学院法学研究所:《人民法院基本解决执行难第三方评估指标体系及说明》,中国法学网:<http://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=55855>,最后访问日期:2018年2月9日。

（二）改判标准的细化与补充

司法公正在内容上包括程序公正和实体公正两个方面，两者相互依存，并重结合，构成司法公正之整体。前者体现了过程公正，后者体现了结果公正。^[31] 承认法官的裁判过程涉及到自由裁量问题，其实就是认可法官不能机械地适用法律，其自身的价值判断必然在法律适用中扮演重要的角色。^[32] 规范司法行为，扩大司法公开，进而维护社会公平正义，是我国司法改革的重要价值取向。目前而言，我国民商事二审案件在改判时并非没有规则可依，只是相应的规则存在一定的抵触与模糊之处，需要在改判标准上进一步细化，从正、反两方面增强其可操作性与可判断性，避免改判权被那些别有用心法官所“滥用”。

其一，从反面规定看，必须坚持二审改判不能超出上诉请求范围。我国《民事诉讼法》第168条明确规定，“第二审人民法院应当对上诉请求的有关事实和适用法律进行审查。”这一规定明确了二审法院审理上诉案件时的具体审查范围，而且这一范围受到了当事人上诉请求的严格限制。应该说，这样规定是合理的、科学的，充分体现了民商事案件“不告不理”和当事人处分的原则。然而，最高人民法院《关于民事经济审判方式改革问题的若干规定》第35条规定，“二审案件的审理应当围绕当事人上诉请求的范围进行，当事人没有提出请求的，不予审查。但判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或者他人利益的除外。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第323条也规定，“第二审人民法院应当围绕当事人的上诉请求进行审理。当事人没有提出请求的，不予审理，但一审判决违反法律禁止性规定，或者损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的除外。”上述司法解释虽然重申二审法院应当围绕当事人的上诉请求进行审理，并明确当事人没有提出请求的不予审查，但均增加了但书规定，使二审法院的审查范围事实上超出了当事人的上诉请求。这与《民事诉讼法》的规定明显发生抵触。这种抵触极易造成理解上的分歧，使得最高法院的规定僭越了法律的既有规定，从而为不当滥用二审改判权提供种种借口。按照司法解释的规定，二审改判权的行使在司法实践中很容易被一些别有用心法官不当滥用，只要二审法官提出一审判决违反法律禁止性规定，或者损害国家利益、社会公共利益和他人利益即可。这样做，表面上有利于维护法律的禁止性规定效力，保护国家利益、社会公共利益和他人利益，但事实上构成了对《民事诉讼法》的越权修改，因此缺乏合法性基础。对于二审法院和法官而言，还是应该严格执行《民事诉讼法》的现行规定。

其二，从正面规定看，对于法定改判案件，应当增加新的适用情形。如何在我国现行审级制度下有效平衡纠纷解决与规则治理的关系，如何强化二审的业务指导甚至审判监督，需要在二审改判的标准问题上进行规则续造，使二审法院在社会关注的大案要案中凝聚更多的社会道德与法律共识。换言之，就改判而言，需要在由成文法保证的法的安定性以及由法官的自由裁量所保证的妥当性之间作出某种平衡。一方面，要求法官忠实服从于立法者的意志，严格遵守现有制定法的硬性性规定；另一方面，在法律的委托授权以及白地性委托领域，则又须依赖法官通过一定的解释来进行价值认定。^[33]

目前而言，按照我国《民事诉讼法》第170条规定，“依法改判”的法定事由包括一审判决认定事实错误、一审判决适用法律错误以及一审判决认定事实不清但二审已查清事实这三种情形。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第335条规定，后

[31] 参见陈光中：《坚持程序公正与实体公正并重之我见》，载《国家检察官学院学报》2007年第2期，第3-4页。

[32] 陈景辉：《原则、自由裁量与依法裁判》，载《法学研究》2006年第5期，第129页。

[33] 参见梁慧星著：《民法解释学》，中国政法大学出版社2000年版，第72页。

一种情形中的基本事实是指用以确定当事人主体资格、案件性质、民事权利义务等对原判决、裁定的结果有实质性影响的事实。从审判实践看，二审改判的上述适用情形主要限于以下三种情形：一是二审有新证据。即二审中发现新证据足以推翻原判决的，应根据新证据依法予以改判。对新证据的理解，应限制在原审一审判决送达后新发现的原审举证不能的证据。必须强调的是，该新证据必须能够有效对抗或否定原证据，必须能证明原判决在认定案件事实方面确实是错误的。二是二审在一审基本事实不清的情况下发现主要证据。即原判决认定事实不清，主要证据不足，影响案件处理结果的，二审在发现主要证据并查清事实后依法改判。对所谓主要证据的把握，应限制在证明当事人主体资格的证据，对案件当事人之间的法律关系定性以及民事权利义务的分配等起到关键作用的定案依据。三是一审判决适用法律确有错误导致错判。这里的适用法律确有错误，主要是指确定案件性质的法律适用错误、引用法条错误以及违反法律溯及力规定等。这主要表现为，应当适用甲法律而适用了乙法律，应当适用 A 条文而适用了 B 条文，应当适用特别法而适用了一般法，所适用的法律违反了溯及力规定，如新法没有溯及力而适用了新法，新法有溯及力而适用了旧法，适用已失效或者未生效的法律、法规等。比较有意思的是，在庄胜与信达案中，二审法院在改判时把该案由由股权转让合同纠纷改为合同纠纷，在法律适用上采用了一般法而不是特别法来处理该案，与一审判决形成鲜明对比，这一点引起了法学界的广泛质疑和讨论。质疑意见认为，二审法院将案由从“股权转让合同纠纷”改为“合同纠纷”是错误的，是以民法代替商法，不符合特别法优先于普通法的法律适用原则。这从一个侧面为二审改判的正当性判断提供了反面例子，二审确定的案由显然不及一审案由来得精准、具体，没有反映出案件本身法律关系的特殊性质。

这里想讨论的是另一个问题。对于一审法官在审理案件时有受贿、徇私舞弊、枉法裁判等行为的，二审应否改判，法律规定并不明确。从审判实践看，面对由诉讼人以及潜在诉讼人调动起来的各种可以相互转化的、官方的、舆论的和学界的压力，法官或法院常常很难严格依法办事。由于这种情形严重影响了一审判决的公正性，因此应该纳入改判适用的法定情形。只是在认定一审法官有受贿、徇私舞弊、枉法裁判等行为时，需要经过有关组织查证属实才能依法改判。换言之，这类行为必须是一审法官在审理该案件过程中发生的，而且已经查证属实并被追究了刑事责任或受到了党纪、政纪处分。公正司法的必要条件之一是法院和法官要保持独立性，尽可能少地受制于各种各样的社会压力和影响。司法所承载的纠纷裁判功能，决定了其需要以亲历性、判断性、中立性、公开性等为基本特征。为了维护司法的权威性和正当性，确实又必须有相应的制度措施用以防止法官腐败，或分担法官面临的社会压力，因此这看似是一种悖论，但从法官的自由裁量权看，还是应该受到必要的制约，并将其列入二审改判适用的新情形。

（三）改判论证的结构化安排与说理的充分性表达

由于法官在办案能力和专业素质方面往往存在较大差异，因此正确对待一二审法官之间办案中的认识差异并建立必要的论证规则至关重要，这也是正确判断二审改判是否正当的基础，需要依靠专业的知识技能、职业经验并进行恰当的论证分析。德国的阿列克西教授专门研究过理性的法律论证如何理解，以及它是否可能而且在什么程度上是可能的。在其《法律论证理论》一书中，他强调指出，所有特殊的法律论述形式都可以表达为有效的逻辑推论形式。^[34] 现行《民事诉讼法》为上下级法院的法官在针对同一民商事案件作出不同判断时留出了空间，这是司法权运行的基本特点。问

[34] [德] 罗伯特·阿列克西著：《法律论证理论》，舒国滢译，中国法制出版社 2002 年版，第 344 页。

题在于,“最审慎的法官也可能把案子搞错”^[35]。根据不同的认识对象及裁判流程的不同阶段,法官的认识分歧可大体分为两类,即事实认定分歧与法律认定分歧。在事实认定方面,最需关注的是事实推定,事实推定并非是对事实的直接认定,而是借力推测性判断所进行的间接认定,因而具有较强的主观性与逻辑性,不同法官可能会推定出不同结论。在法律认定方面,二审改判如何适用法律,可能会涉及举证责任分配、证据认定、法律关系定性、法律概念转化、法律规范选择等具体问题。一旦法律条文表述模糊,或者法律规范相互冲突,或者法律规定出现空白,那么在不同法官之间同样可能出现意见分歧。司法文书的语言要求准确、严谨,各种语言的司法文书为了避免歧义,都要调动词汇、语法、语义等各方面的手段来达到准确的目的。^[36]正因为如此,对于增强二审改判论证的逻辑性、充分性、针对性以及说服力而言,需要从以下两点入手:

其一,合理调整判决书的结构。根据我国《民事诉讼法》第152条的规定,判决书应当写明判决结果和作出该判决的理由,其内容包括四个方面:(1)案由、诉讼请求、争议的事实和理由;(2)判决认定的事实和理由、适用的法律和理由;(3)判决结果和诉讼费用的负担;(4)上诉期间和上诉的法院(该项内容限于一审判决,二审判决要表明是生效判决)。判决书的结构不仅涉及上述内容的体系安排,也同时涵盖判决书对裁判说理的实现,这一说理义务也为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第105条所明确规定^[37]。多年来,我国判决书的说理常常被人诟病,认为裁判说理存在说理形式化和法官基于种种原因不愿、不敢和不当说理的弊病,应当同时重视理由中的事理、法理、学理、情理和文理五个侧面。^[38]在判决书的结构上,我国判决书强行将事实认定和证明评价及法律适用直接切割为两部分:前者表现为“经审理查明”,该部分通常只陈述事实结论,而证据评价和事实判断的过程(理由)则通常被作为“裁判说理”,相应放在“本院认为”部分。虽然这一结构表面上体现了区分事实问题与法律问题的良好愿望,但实践中很可能导致当事人陈述有时得不到法官和判决书的重视,举证质证认证环节地位不明,事实认定不得不在本院认为部分重复出现,事实认定与判决理由割裂和事实认定的说理得不到重视等问题。^[39]因此,我国民事判决书中的事实部分应强化事实判断和认定功能,把“本院认为”中的证明评价部分放在“经审理查明”的事实部分,而“本院认为”部分应突出法律适用的说理和论证,通过判决书的结构调整,沟通法律与事实之间的联系,把事实与法律、经验与理性相统一,进一步突出二审法官对改判理由的认识,进而形成判决书中的规则之治。

其二,强化改判说理的逻辑论证。像任何游戏一样,改判说理也是受规则支配的活动。从过去的司法实践看,法官在判决书中不说理的原因大致包括:专业素质不高,没有能力说理;法官枉法裁判,不敢进行说理;缺乏督促措施,法官不愿下功夫说理;以及现行司法制度的原因等。^[40]改判说理是一个缜密、严格的归纳演绎推理过程,在论证中要实现证据认定与事实认定的统一,事实认定与法律适用的统一,不能前后矛盾,不能有违逻辑。比如,在证据认定方面,要紧扣证据的关联性、真实性以及合法性展开分析,并注意运用“三段论”的推理方法;在争议焦点方面,则要正确区分

[35] [法]勒内·弗洛里奥著:《错案》,赵淑美、张洪竹译,法律出版社2013年版,第4页。

[36] 潘庆云:《对开展司法文书研究和提高司法文书教学质量的设想》,载《中国政法大学学报》1983年第4期,第96页。

[37] 该条规定,人民法院应当按照法定程序,全面、客观地审核证据,依照法律规定,运用逻辑推理和日常生活经验法则,对证据有无证明力和证明力大小进行判断,并公开判断的理由和结果。

[38] 参见胡云腾:《论裁判文书的说理》,载《法律适用》2009年第3期,第49-51页。

[39] 参见曹志勋:《对民事判决书结构与说理的重塑》,载《中国法学》2015年第4期,第227页。

[40] 参见王仲云:《判决书说理问题研究》,载《山东社会科学》2005年第8期,第84页。

事实问题和法律问题，并注意运用“归纳”的推理方法。强化改判说理的逻辑论证，需要重点把握好判决理由的结构安排，注意其中的逻辑思维方法和逻辑推理方法，使各部分结构清晰、表述规范、内容具体明确、论证透彻、衔接自然流畅，不存在生硬、机械之感。说理的重点应当紧紧围绕当事人争议的焦点问题展开，层层递进，避免不必要的遗漏。对于当事人没有争议或者不是案件当事人争议的焦点问题，可以一带而过，不需要展开讨论。可以说，在诉的利益问题上所进行的利益衡量存在一定的尺度，它要求法官立足于社会需求作出符合基本正义的衡平。^[41]在庄胜与信达案的质疑声中，强调指出按照各方在有效协议中的约定，庄胜公司在这个项目中只占有20%的份额，但二审的改判使庄胜公司获得了项目100%的收益。与此同时，中信国安原本享有项目80%的收益，二审改判却导致其利益完全归零。二审法院的改判使危房改造项目中各方当事人的利益突然失衡是不妥的，在当事人已经履行了合同的大部分内容且不具备恢复原状、返还财产的条件下，支持单方解除合同并要求对方返还取得的权益也是不合法、不现实的，是对合同法诚实信用原则的直接违背，是对已经形成的法律秩序的严重扰乱。这些质疑声，体现了二审改判论证欠缺充分性、严谨性，其说服力不够强的问题。总之，法律推理体现了经验和理性在思维领域的高度统一，包含着直接的目的性与现实性，改判的过程就是运用法律基础理论、专业术语、专业逻辑去分析、综合、判断二审案件的事实和法律问题的认识过程，它同样追求法律的公正性以及社会秩序的稳定性和同一性，必须接受法律职业共同体同质的法律推理方式的检验和评价。^[42]在“证据认定”上的不周全，在“争议焦点”上的疏漏，在“适用法律”方面的选择错误等问题，都可通过逻辑方法发现，并按照逻辑的要求予以校正，总之需要辨别是非，释法补漏，最终使判决书集中展示二审法官的专业经验和法律判断，在规则之治中让各方当事人心悦诚服，接受判决结果。

（四）对改判的检察监督与社会监督

在民商事案件中，保护二审法官的自由裁量权固然是重要的，但同时还必须加强对二审法官裁判权力的监督。前文所述的改判率指标设计，其本意是作为法院内部对一审法官裁判权力进行监督考核的一种评价工具，但这一指标在案件质量评估体系中却实际扭曲了上下级法院法官之间的审判监督关系，无形中限制了法官自由裁量权的正当行使。法院对裁判权力的内部监督确实是必要的，但需要放弃改判率指标这一评价工具，改用司法责任制取而代之更为可行和必要。除此之外，来自法院之外的检察监督和社会监督也应该引起足够重视，这与司法的社会功能密切联系在一起。美国学者达玛什卡教授所发现的决策主体思维模式有两种进路，即法条主义的进路和评估可能后果的进路。^[43]前者在观察和思考法律及司法裁判时采用的是“法理学模式”，一般从规则、逻辑、普遍主义、参与者等角度相对封闭地来阐释法律问题；后者则采用的是“社会学模式”，主要从社会结构、行为、变量和观察者等角度相对开放地考察法律问题。^[44]前文提到的加强裁判文书的论证说理并形成自由裁量的规则之治，更加突出的是司法的法理功能的技术性一面，问题在于司法的法理功能与社会功能是一种互补关系^[45]，当代社会已经日益重视司法的社会功能。无视司法的社会功能是危险的，加

[41] 常怡、黄娟：《司法裁判供给中的利益衡量：一种诉的利益观》，载《中国法学》2003年第4期，第79页。

[42] 参见夏锦文：《法律职业化：一种怎样的法律职业样式——以司法现代化为视角的考察》，载《法学家》2006年第6期，第127页。

[43] 参见达玛什卡著：《司法与国家权力的多种面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社2004年版，第31-32页。

[44] See Donald Black, *Sociological Justice*, Oxford University Press, 1989, p.288.

[45] 孙笑侠教授认为，司法的功能不仅仅只有法理功能，还有社会功能，二者之间是一种互补关系。参见孙笑侠：《论司法多元功能的逻辑关系——兼论司法功能有限主义》，载《清华法学》2016年第6期，第15、18页。

强对二审改判的检察监督和社会监督，其核心就是进一步实现司法的社会功能，注重对民商事个案判决的连带效应以及社会评价。因为一旦失掉社会信赖，司法也就失掉了存在的基本价值。

权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败。^[46] 正像英国的罗素所言，在人的各种无限欲望中，主要的是权力欲与荣誉欲，两者虽有密切联系，但并不等同，获得权力往往是获得荣誉的最便捷的途径。爱好权力，犹如好色，是一种强烈的动机，对于大多数人的行为所发生的影响往往超过他们自己的想象。^[47] 理论上讲，法官都会像小鸟爱惜羽毛一样去爱惜自己的荣誉，而且法官的荣誉往往也与自己所掌握的裁判权力相关联。习近平总书记强调指出，要加强对权力运行的制约和监督，把权力关进制度的笼子里，形成不敢腐的惩戒机制、不能腐的防范机制、不易腐的保障机制。^[48] 法官在个案裁判中能否自律，如何促成法官自律，如何形成对法官滥用裁判权力的制约机制，这是在正确处理 and 对待二审改判权力时必须认真考虑的问题，并需要利用理性的制度安排来给予监督保障。因此，有效防止和控制法官在个案裁判中出现“滥权”，就需要法官在独立行使裁量权与个人责任之间建立起直接联系，让审理者裁判，让裁判者负责，用纪律责任、经济责任、行政责任乃至刑事责任来约束法官的自由裁量行为，在这一方面司法责任制较改判率指标更为可靠，更加科学，它可以贯穿案件审理与裁判两个阶段，也更加切合司法审判的基本规律，可以有效发挥司法的法理功能。尊重法律、严守公平正义，是法官的天职。通过检察监督与社会监督发挥司法的社会功能，同样重要，并需要建立必要的程序控制。在这一方面，我国《民事诉讼法》为检察监督提供了严格的程序保障，相比之下，社会监督还缺乏系统的程序保障规则。因此，实践中也需要谨慎对待司法的社会功能。如果一味地强调司法的社会功能和社会效果，也可能物极必反。在没有独立与公正的前提下谈司法的社会功能和社会效果会适得其反，反而侵入了审理者即裁判者的领地，损害司法的权威。^[49] 法律职业共同体的存在为改判的正当性判断提供了专业知识方面的外部评价可能，从司法实践看检察院的抗诉和社会舆论的口诛笔伐在其中已经发挥出重要作用。不过，采取必要的程序措施，预防、制止并制裁社会监督中发生不应有的个人暴力、群体暴力甚或大众舆论暴力，也是二审改判社会监督的题中应有之意。如果我们想通过相关行为人的偏好来解释社会制度的发展和维持的话，就需要详细说明，理性行为人希望这些规则的实质内容，在多样化的分配形式下究竟是什么。^[50]

结 语

党的十九大报告指出，要深化司法体制综合配套改革，全面落实司法责任制，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。这为今后一段时期我国司法机关继续深化依法治国实践指明了具体方向和重点要求。在司法过程中，法官不依法裁判就是司法的不法，没有公平与公正裁判就是司法的不正义。^[51] 相较于客观程序正义而言，主观程序正义这一维度对个案审理中所涉法律价值目标的实现更为重要，二审法官对主观程序正义的失守在实践中危害更重。司法信任及其评估与民众的主观认知是无法割舍的，所以主观程序正义可以成为研究司法信任问题的一个重要视角。^[52]

[46] 阿克顿著：《自由与权力》，侯健、范亚峰译，商务印书馆2001年版，第342页。

[47] 参见伯特兰·罗素著：《权力论——新社会分析》，吴友三译，商务印书馆2011年版，第3、189页。

[48] 习近平：《把权力关进制度的笼子里》，载《习近平谈治国理政》，外文出版社2014年版，第388页。

[49] 孙笑侠：《论司法多元功能的逻辑关系——兼论司法功能有限主义》，载《清华法学》2016年第6期，第21页。

[50] 杰克·奈特著：《制度与社会冲突》，周伟林译，上海人民出版社2009年版，第29页。

[51] 王洪：《司法的不法与司法的不正义（上）——违反正当法律程序》，载《政法论丛》2014年第5期，第130页。

[52] 苏新建：《程序正义对司法信任的影响——基于主观程序正义的实证研究》，载《环球法律评论》2014年第5期，第21页。

对民商事案件来说，二审改判率的逐年上升趋势与二审法官的改判冲动，需要及时引起我国法学界与司法实务界的共同注意。一直以来，寻找在独立与责任之间恰当平衡的困境是真实存在的。^[53]虽然我们这些年越来越强调“让审理者裁判，让裁判者负责”，但具体案件的改判结果能否经得起推敲，以及能否得到法律职业共同体的学术话语肯认，应当成为判断其改判正当性与合法性的重要标准之一。司法改革在赋予员额法官^[54]更多独立性和自主性的同时，必须重视全面落实司法责任制，形成法官自由裁量权行使中的规则之治，以此小心翼翼地维护司法公正和司法权威，自觉接受自身体系之外的检察监督与社会监督，尽力避免使司法陷入不法或者不正义。如何克服对法治的不信任，是迄今为止中国市场经济发展依然无从回避的问题。^[55]在构建与完善司法责任制时，应当坚持责任与处罚相当、责任与保障并重的原则，在价值目标上追求多元化，正确处理司法独立与司法责任之间的关系。^[56]在法院内部案件质量评估与审判绩效考核等配套制度改革中，应当取消改判率这一评价指标，注意通过改判标准的细化与完善来适应二审法官的改判冲动，防止因二审法官的主观“擅断”和“恣意”所导致的错判发生，更要防止由此带来一审法官对原来正确裁判的动摇，避免其遇到类似案件后可能出现的模仿二审错案所作出的新的错判，从而最大限度地减少社会公众对司法的不信任。由于在不同的案件情境中，法官的自由裁量权有可能表现为某种程度上的创新，并以此种创新完成程序正义和结果正义的伸张，故对二审法院和法官而言，此类创新尚需秉持慎重原则，综合考量裁判结果的经济社会效果，力求揭示改判所依据的具体事理、法理、学理、情理以及文理，做到分析透彻、论证严密、引经据典、以理服人。总之，二审改判需要在肯定并保护法官必要的自由裁量权的同时，通过进一步细化改判标准，增强改判论证的充分性，在纠纷解决的同时，突出其规则治理的特殊功能，从而不仅满足当事人的诉讼需要，还能教育和规训社会公众。

(责任编辑 陈景善)

[53] 参见葛维宝：《法院的独立与责任》，葛明珍译，梅江中校，载《环球法律评论》2002年第1期，第15页。

[54] 根据2018年《最高人民法院工作报告》公开披露的数字，全国法院从211 990名法官中遴选产生了120 138名员额法官，其中最高人民法院遴选产生367名员额法官。

[55] 参见季卫东：《重新认识中国法治进程中的问题》，载《检察日报》，2011年6月16日第3版。

[56] 陈光中、王迎龙：《司法责任制若干问题之探讨》，载《中国政法大学学报》2016年第2期，第41页。

ZHANG Duo/Law School of University of International Business and Economics.

Abstract: The legal standard for the cross-border flow of personal data, which is usually called as the protection level requirement as well, is the precondition for data importer to carry out personal data transfer. The regulatory paths for cross-border flows of personal data mainly include two approaches of “geographically based” and “organizationally based”, and their requirements for the protection ability are also showing a significant difference. At the same time, the protection ability of two different paths still integrate and supplement with each other. With the original mechanism of regional cross-border data flow appearing application scope expansion and various countries having gradually established operational rules, studying the legal standards for the cross-border flow of personal data has reference meaning for our country improving legislation, participating in international cooperation and enterprises going global.

The Criteria and Rule of Provisions for Amending Judgement of Second-instance on the Civil and Commercial Cases 110

XI Yuemin/Institute of Law, Chinese Academy of Social Sciences.

Abstract: In recent years, as the number of civil and commercial cases has increased year by year, there is a distinctive contrast between the higher and higher rates of amending judgements and the lower and lower rates of appeal. The appellate court has been taking a tough stance on the first-instance court while to amend the original judgement of the same case. When discussing the legitimacy criteria for the second instance trial, other than reviewing whether he or she is exercising his or her discretion reasonably or not while hearing the appellate civil and commercial cases, the judge also needs to consider whether such verdict can withstand the criticism outside the court and questioning from the legal occupation community. Since the discretion of amending a judgement may be included in the category of power of supervision on adjudication, the index of amending rate should be abolished in the future reform of court's case quality assessment system in order to simultaneously strengthen the prosecutorial supervision and social supervision. The appellate court should adhere to the principle of prudence if to amend the judgement, and enhance the sufficiency of argumentation of decision by further refining the amending standards so as to highlight the function of dispute settlement and rule of provisions.

The Logic of Regulating Board Directors of Financial Institutions through Civil Liability 125

ZHANG Jihong/Shanghai University of International Business and Economics.

Abstract: Financial crisis reveals the inherent loopholes in the system of financial supervision, failure of the system of preventive supervisory system, and the imbalanced distribution of insolvency liability of financial institutions. Against this backdrop, improving the mechanism of civil liability imposed upon board directors of financial institutions has become a powerful weapon capable of solving this predicament. The American judicial practice has already tended to heighten the standard of duty of care for directors, strictly limit the application of business judgment rule, and focus more on remedy ex post than supervision ex ante, with the core step being improvement of the liability mechanism. In consideration of the supervisory strategy embodied by the current laws of our country regulating liability of board directors, it can be found that the dual liability mechanism prescribed by the corporate law proves legally ineffective to be binding in fact. It is thus urgently necessary that the obligation of integrity owed by board directors of financial institutions be restructured, the applicability of judicial review be enhanced by liability of integrity, meanwhile the governance liability of board directors be expanded, and the mechanism of retrieving individual benefits be established.

Introspection and Reconstruction on the Rules of Liabilities for Tort of Online Trading Platform Providers 139

LI Yong/Doctorial candidate, University of International Business and Economics.

Abstract: The Article 44 of Law of the People's Republic of China on the Protection of Consumer Rights and Interests explicitly stipulates the rules of liabilities for tort of online trading platform providers for the first time, providing legal basis for the liability assumption of each party in tort cases of online shopping. However, this article is excessively principle-oriented and has certain deficiencies, resulting in the divergence of comprehension and the disunity of application in judicial practice. Under these circumstances, it is necessary to establish the legislative philosophy of “adopting suitable stipulations both in general and in detail”, focusing on the balance of interests among consumers, sellers or providers and online trading platform providers, further specifying the subjective factors and objective factors that constitute liabilities for tort of online trading platform providers by means of law revision and judicial interpretation, and eliminating the internal and external divergence and contradiction of rules. Therefore, a relative integral system of rules of liabilities for tort of online trading platform providers will be established in the interactions among legislation, practice and theory.