



观点新解

王毓莹谈审理民间借贷纠纷案件——应当遵循意思自治等基本原则



中国政法大学王毓莹在《中国应用法学》2023年第4期上发表题为《民间借贷纠纷案件裁判思路研究》的文章中指出：

民间借贷是在社会经济发展过程中，逐渐自发形成的独立于国家金融行业融资之外的民间融资信用形式。随着我国经济社会的发展，民间借贷作为主渠道金融补充作用的合理性与必要性日渐凸显，逐渐发展成为经济主体生产、生活、投资的重要融资渠道。但因民间借贷所具有的非正式性、分散性、灵活性、无序性等特征，使得民间借贷纠纷频发，案件数量与日俱增。

民间借贷在便利融资的同时也为司法裁判带来了棘手问题。当前民间借贷纠纷案件呈现总量大且不断增长，涉案金额巨大，案件区域和类型集中，虚假诉讼频发，高息隐蔽性强且涉嫌刑事犯罪的情况突出等特征。从归类分析的视角来看，民间借贷属于借款合同范畴，但又具有偶发性、隐蔽性、无序性等民间借贷特点。故在审理此类案件过程中应当遵循意思自治原则、严格审查合同效力、审慎突破合同相对性、依法处理虚假诉讼以及正确处理民间借贷交叉案件等基本原则。

民间借贷纠纷裁判难，一般体现在认定事实难和法律适用难两个方面。民间借贷因其灵活性、私密性以及随意性获得市场主体青睐，因此亦滋生交易风险，在证据不完整不充分的情况下，使得法律事实尽量接近客观事实存在困难和障碍，在证据规则的技术性规则下的法律事实可能与案件客观事实产生偏差。为尽量避免法律事实与客观事实之偏差，在民间借贷纠纷案件中，如何分配举证责任，在主张与抗辩之间如何正确转换举证责任，如何结合审判经验、生活常识对案件证据审核认定等，增大了民间借贷案件事实认定的难度。同时，随着民间借贷类型的变异和转型，当事人之间到底是构成民间借贷还是其他法律关系，民间借贷的表征背后是否存在虚债的意思表示以及当事人行为是受民间借贷私法规范还是受非法吸收公众存款、集资诈骗、非法经营等刑事法律规制，对审判实践中法官准确适用法律的能力提出了更高要求。

针对仅存在银行转账凭证的情况，应推定双方存在借贷关系；针对虚债意思表示的民间借贷，应在司法主动审查交易模式的情况下确立权利义务关系；对于结算型借款协议，应当认定双方往来款项作为印证债权凭证的证据；法定代表人以企业法人名义对外借贷的情形，应当审查款项的实际用途以确定还款责任主体；对于夫妻一方对外借款的还款主体认定问题，应从日常经验法则出发认定借款用途进而认定还款责任主体；当民间借贷涉刑事犯罪时，该借款合同与担保合同的效力应依债权人的主张原则上认定有效。

连光阳谈信用修复机制——是信用体系建设全过程的最后一环



湘潭大学法学院连光阳在《东方法学》2023年第4期上发表题为《信用修复机制的实践误区及法治纠偏》的文章中指出：

近年来，我国高位推动社会信用体系建设，通过理念倡导、道德教化、法律强制、制度约束等各种机制，信用治理体系和治理能力现代化水平持续提升，社会信用体系建设成为新时代高质量发展的重要基础。从社会信用体系建设的整体视角进行观察，信用惩戒机制只能作为手段而非目的，信用修复机制则是平衡信用监管最佳效果和失信主体权益保护的关键环节。给予行政惩戒相对人以权利救济，这是法治社会的必然要求。行政机关在行政管理过程中处于强者地位，而相对一方无论是个人还是组织均居于弱者地位。正是考虑到这种力量对比，现代行政法强调将监督行政、保障公民权以及为相对一方设置更多的权利补救措施放在更为突出的地位。因此，在社会信用体系建设的整体视角下，实行失信惩戒的同时，必须建立让失信主体退出惩戒措施的制度保障。信用修复机制即为改过自新的失信人提供退出惩戒的绿色通道，使其能够通过法定的程序实现信用更新，避免永远或长期承受信用惩戒措施带来的不利后果。

基于我国社会信用体系建设的实践，可修复的信用信息主要集中在公共信用信息领域，即行政机关、司法机关、公共企事业单位等公共信用信息提供单位，在履行职责、提供服务过程中产生或者获取的信用信息。信用修复机制作为信用体系建设全过程的最后一环，是确保信用作为社会治理工具正当适用的重要保障。

社会信用修复整体法治体系缺失、立法供给不足，导致信用修复机制在具体运行实践中产生诸多误区。这对信用修复制度乃至整个社会信用体系功能的实现是极为不利的。唯有将信用修复制度整体全面纳入法治化轨道，通过法律所独有的“权利—义务—责任”调整方式以及程序机制，才能够从根本上扭转信用修复机制运行的实践偏差。首先，在行政法规层面引导信用修复规则的基本统一。其次，构建精细化的信用修复具体规则。在界定信用修复的范围时，应该主客观相结合，以失信行为的性质和严重程度为主，辅之以主观过错程度进行评判；在明确信用修复的具体标准时，应该统一信用修复时限标准，然后设置合理的信用修复行为标准；应当区分纠错式修复和补偿式修复，科学设置信用修复的核心流程。

(赵珊珊 整理)



□ 司林胜 (河南财经政法大学校长)

新时代新征程，赋予你们这代青年人担当民族复兴重任的新使命。从你们踏入校门的一刻起，崭新的人生篇章已经在你们面前展开，进入大学，就意味着来到人生又一个新阶段，你们需要立足新起点，应对新转变，认真规划大学生生活和更加长远的未来。

今年恰逢学校建校75周年，你们的到来，让拥有75年历史的学校更加焕发出生机与活力，接下来，你将深切体会到“团结、勤奋、求实、创新”的校风，体验“以师生为本”的办学理念，参与创建“以学习者为中心”的教育生态。你们结束军训生活后将真正融入财大大家庭，正式开启大学生生活，

也意味着你们人生新征程的启航。你们要秉持军训所形成的优良作风和坚毅品格，去思考几年以后你将以什么样的姿态告别财大校园?因此，我想和大家谈谈“大学该怎么度过”，我的答案是：做勇于探索的自己!因为，只有勇于探索才能突破认知的局限，才敢于挑战和超越自我，激发内生动力，打牢学业基础，把稳前进方向，从而实现人生价值。

在选择中坚持，成为一个勤学善思的学习者。以往，高中老师往往以“等你们上了大学就轻松了”来激励我们，其实，大学的“轻松”是你拥有了相对自主的选择权，与高中相比，大学有了院系、学科、专业的划分，在这里你面临诸多选择，你可以选择生活方式，可以选择职业生涯规划，还可以选择专业兴趣。当然，学校也给大家提供了很多选项，比如在专业兴趣上，你可以选择转专业，还可以选择双学位、辅修、微专业等。学校各个专业或引导大家开启经济民门径，或带领大家参与依法治国实践，或致力资政献策。请记住，我们会让“因为选择，所以热爱”成为你实现梦想的起点。

大学之“大”在于以“学”为大，蔡元培先生强调：“教育者，非为已往，非为现在，而专为将来。”因此，我们要在主动探究、勤学善思中建构知识体系，打牢面向未来的知识根基。既要深入汲取所在学科的基础知识和专业知识，又要广泛涉猎

做勇于探索的自己

其他学科知识，拓宽跨学科视野，建立多元知识储备，为今后的创新突破积蓄能量。“合抱之木，生于毫末;九层之台，起于累土”，只有沉下心来，笃学不倦、下得苦功，你的人生才会绽放光彩。

在挑战中探索，成为一个矢志创新的开拓者。创新，这是时代赋予我们的使命，也是我们成长成才的应有之义。当前，世界面临百年未有之大变局，各国争相抢占科技创新制高点，我们在一些领域还面临“卡脖子”难题。在机遇与挑战前所未有的今天，作为大学生和研究生的我们要树立勇攀高峰的高远志向，敢于走前人未走过的路，做前人未做过的事。我们不仅要在专业领域不放过一闪而过的创意灵感，勇于提出问题，勤于解决问题，而且要在更广阔的知识天地中上下求索，探寻人生的价值与意义，培养创新思维和科学精神。你们要不断在挑战性的学习中，在学科竞赛的创新实践中和在各种研究训练中培养自己的创新能力，为将来成为各类拔尖人才奠定思维和能力基础。

创新之路并非坦途，有可能是荆棘丛生，充满急流险滩，甚至功败垂成。我们要怀着“上穷碧落下黄泉”的执着坚定，在“行到水穷处”仍保持“坐看云起时”的从容和“不破楼兰终不还”的勇毅，决不轻言放弃，在千锤百炼中成就多彩的人生。

在前行中磨砺，成为一个奋发有为的担当

者。“理想指引人生方向，信念决定事业成败”，心有所信，方能行远。大学不仅是学习知识、健全人格的重要时期，也是寻找人生目标、树立人生志向的关键时期。对人生价值的思考、对人生意义的品悟，决定了你们未来的路能走多远。当今世界形势风云变幻，国际关系错综复杂，但是人类文明进步的脚步不会停息。“志之所趋，无远弗届，穷山距海，不能限也。”我们要认真思考自己之于国家和民族、之于社会、之于他人的价值所在，树立高远的人生志向，高尚的价值追求。正如苏格拉底所说，“未经审视的人生是不值得过的”，有信念、有梦想，有奋斗，有奉献的人生才是有意义的人生。

你们正处在激情青春、放飞梦想的大好年华，你们要胸怀家国、志存高远，将“青春小我”融入“时代大我”，努力争做有理想、敢担当、能吃苦、肯奋斗的新时代好青年，珍惜时光，不负韶华，在“博古通今、弘毅致远”中开创人生的无限精彩。

青春由磨砺而出彩，人生因奋斗而升华。期待你们在未来数年的财大时光里，做勇于探索的自己，向无限可能无限美好未来再出发，努力实现属于你们的人生梦想，谱写属于你们的青春华章!

(文章为作者在河南财经政法大学2023级新生开学典礼上的致辞节选)



商君思想的本面及流变

《商君书评注》自序节选

书林臧否

□ 李平

“太史公曰：商君，其天资刻薄人也。迹其欲于孝公以帝王术，挟持浮说，非其质矣。且所因由鞅臣，及得用，刑公于度，欺魏将印，不师赵良之言，亦足发明商君之少思矣。余尝读商君开塞耕战书，与其人事相类。卒受恶名于秦，有以也夫!”这段论说影响极其深远，甚至被后世当作了认识商鞅的基础。同时人们对商鞅的印象，又受到了至少三次阶段性的“重塑”：第一次是西汉初年反思秦过思中，思想界响应汉王朝气息意识形态建构的需要，将商君之法与法家、刑峻法、苛政乃至秦亡联系在一起。第二次是汉武帝朝儒家正统化以后，一面有意识地吸纳诸家治术之长，另一面又将儒家立场之外的诸子，尤其是像商鞅、韩非等被与秦亡教训绑定在一起的人物，统统排除在主流话语、知识和教育体系之外。这对他们的学说思想的流传和阐发带来了极为不利的影响。“被批判”之外，更严重的是“被忽略”，除了极少部分志在成为“法史”者，或者为数不多的律学世家外，大多数学子和主流士大夫都不再认真对待商鞅，自然《商君书》也不被重视。相较儒道二家汗牛充栋的注疏论说，《商君书》显得格外被冷落，甚

至连善本都难以求得。第三次是近代至今。其间的反思、批判和再造也可细分为多个阶段，总的来说塑造出的新印象包括：其一，商鞅力推法治，具有“先进性”“进步性”。其二，包括商鞅在内的战国法家是专制政体和君主集权的鼓吹者，他们的理论主张也多旨在为专制集权式的君主服务。

以上三个阶段的塑造，使得当下学人很难“直面”商鞅。还有必要说到，几乎所有人在讨论、理解商鞅思想时，都会谈到著名的商鞅变法以及由此奠定的之后平定六国、一统天下的强秦的政制、治理制度基础。如《韩非子·和氏》篇中的归纳：“商君教秦孝公以连什伍，设告坐之过，播诗书而明法令，塞私门之请而遂公家之劳，禁游宦之民而显耕战之士。孝公行之，主以尊安，国以富强，八年而薨，商君车裂于秦。”

换句话说，在人们印象中，商鞅的政治治理主张，是经由实践验证确能“成功”的方案。这是商鞅思想没有被彻底“遗忘”的最主要原因，而这种“成功”的印记往往又成为理解商鞅思想的前提，也或多或少地给理解造成了一些阻碍。甚至人们会不自觉地吧商鞅身后的秦国的法律制度、政策和政治实践与商鞅其他的思想等量齐观。

事实上，商鞅在秦国的变法，只能看作是他的部分思想主张因时因地、具有“权宜”属性的实

践性表达。这既不可径直当作商鞅思想的全部，也不完全合乎思想的原貌。于是在阅读《商君书》、理解商鞅思想时须把握一个基本前提，即商鞅其人其法与秦国的统治者并不完全“同心同德”。《史记·商君列传》中记载了商鞅三见秦孝公，首陈帝道，再陈王道，俱不见用而三进霸道，从中已可见得霸道以及围绕霸道展开的政、治之术非是商君心之所向，以之为重多有因时因势不得已而为之的意味。

与此相应，秦国施行的政治制度和方略，尤其是在商鞅身后所行，充其量只能看作是受到了商鞅影响。此时商鞅的思想、主张更多是被当作秦国立足于政治需求，即实现霸政的手段，择其可用者用之而已，与商君的本旨渐行渐远。是可见，回到《商君书》认识商鞅的思想，既要参考商君的政治实践，也要把握到现实与思想之间的差异。

为了便于理解全书，接下来有必要简要地概括《商君书》中表达出的主要观点。要附带说到，整本《商君书》中堪为理论枢纽，最集中地表明商君思想者乃是《去强》篇。商鞅的核心主张，用他自己的话来概括可谓之“作壹”，即用一个标准，全体社会成员，包括君、臣、民在内全体一心，凝聚成一股力量去实现一个目标。这个目标，最终指向的是天下有序，而非秦国富强。具体来说包括以下几个方面：

一是因时变法、立法。在商鞅看来，没有理想

化的政治、社会、法律形态。不同时代的不同政治社会表现之间只有相“异”，没有进步或堕落之分。因此政治体制、治理方式和法律制度等，最优者是与时势相适应的状态。因而立法者需要不断审时度势，因时变法。

二是动态富强。实现国家富强的关键是农和战，这在《商君书》中反复强调。但是商鞅主张的特殊性在于将农作和兵战共同作为治理的必要且循环续的环节。此即“动态富强”之论。主要见诸《农战》《去强》《说民》《算地》《修权》等篇。

三是按法而治。法律在商鞅的政治思想中，成为建构政治秩序、规制政治权力运行、塑造和维系社会秩序、树立价值标准、凝聚民心民力的最主要工具。

四是君主既是守法者，同时也是超越“按法而治”之上的行“权”者。君主必须以守法为前提行使君主权力，不能任意违法，也不能擅改法律，这些其实可以算作是战国黄老、法家治理理论的共识。

五是凝聚民心、调动、激励民力是政治治理的核心，依法赏罚是最主要的调动机制。

六是《商君书》中针对“天下”的论说，与立足一国富强之论表现出显著差异，这与商君本有帝、王、霸三层理论有关。入秦以后侧重并实践的多是立足一国富强的霸道治术，但这并不妨碍商君对之上两层仍有理论表述。



讼师何为

史海钩沉

□ 张守东

曾衍东(1750年-1830年)曾任湖北江夏与巴东县令，其笔记小说《小豆棚》记载浙江湖州有位传奇女律师，号称“疙瘩老娘”，尽管未曾留下名姓，但时至今日也是一位令人津津乐道的人物，因其“能刀笔，为讼师，远近皆耳(闻)其名。凡有大讼(案)久年不结者，凭其一字数笔，皆可挽折，虽百喙不能置辩”。作为女性，又是民间“非法讼师”(律师)，能在字数限定为300字左右的状纸中凭三言两语替客户赢得官府的胜诉判决，让对方无可辩驳，可以说她在法律与语言两方面功力非凡。曾氏笔记讲了关于她的三个简短故事，以下以其中两个为例，分析讼师在诉讼中发挥的作用。

湖州一富有人家，19岁的儿媳年轻守寡，想改嫁，公公不祥。儿媳向疙瘩老娘求助，疙瘩老娘索取1600两银子，状子起头16个字：“氏年十九，夫死无子，翁壮而寡，叔大未娶。”状子要官就在死16字，翁氏笔记讲了关于她的三个简短故事，以下以其中两个为例，分析讼师在诉讼中发挥的作用。

死者家属1242两“烧埋银”，即丧葬费，不足13两银子。银价在清朝近三百年变化很大，但无论如何，1600两银子都是不小的数字。年轻寡妇乐意付出如此代价固然是她付得起，但也可看出女律师出色的状纸值这么多钱。

其实，女律师也仅仅是把年轻寡妇的处境说清了而已。16个字，完全是事实描述，并无任何评论，也未引用法律，更未强求官府允许寡妇改嫁，但这个状子出色的地方恰恰在于它说的仅仅是事实，且全都是事实——本来官府也只需要当事人提供事实，依法裁判是官府的责任。

疙瘩老娘紧紧围绕事实，也仅仅陈述事实，并未强求官府判寡妇改嫁，但状子陈述的事实所暗示的未来事态，会使官员自然地得出疙瘩老娘需要的判断：只有寡妇改嫁，才能逆转这一家三个成年人微妙而危险的处境。

按照清律，公公与儿媳、小叔子与嫂子之间自愿的性关系——“和奸”，均属十恶中的“内乱”(亲属间违反儒家伦的性关系)。公公与儿媳奸刑(刀砍使人身、首分离)、叔嫂处绞刑(用绳子等绞索使人窒息而死)。如此严重的刑罚，个中原因，诚如瞿同祖所言：“性的禁忌在父系家族团体以内是非常严格的，不但包括有血统关系的亲属，也包括血亲的配偶在内。历代法律对于这种乱伦的行为处分极重。汉律称之为禽兽行……我

们晓得亲属间的杀伤罪尊卑长幼的处分不同，在“奸非(不正当性关系)罪”则不分尊卑长幼，犯奸的双方处分完全相同。这是因为亲属间的性禁忌每一分子皆有遵守的义务，有犯同为淫乱，除强奸外，男女双方皆同坐(“坐”即处罚)。”就是说，强奸之外的人身侵害行为，长辈或长辈者在法律上会受到优待，即尊长侵犯卑幼处罚较轻，而卑幼侵犯尊长处处罚较重。但在乱伦的事情上，尊长并不会受到优待。尊长需要在性关系方面与卑幼承担同等的责任，可见乱伦是比人身侵害更严重的罪行。因此，疙瘩老娘代理的改嫁案中，公公与儿媳有绝对不能发生性关系的同等责任。如果如县不判寡妇改嫁，那么辖区内可能滋生乱伦的死刑案，给他带来麻烦。

我相信清代笔记小说记载的许多案例都在某个时间、地点、某个人或某些人身上发生过，尽管记载中张冠李戴，偷梁换柱的事情并不少见。清末举人丁治棠(1837年-1902年)在其《任隐斋涉笔》中记载的无名氏故事有类似的案子：“十六嫁，十七寡，寡无姑(婆婆)而不老，叔无妇而不小，不融(出嫁)失节，再醮全节。”汪物尘(1891年-1941年)的《苦相馆杂记》中讼师的名字叫董小山，状词又有变化：“翁年富而长，叔齿轻而未娶，恐将来失节，愿此日之从人。”由于曾衍东死时，后两位笔记作者都还没有出生，

可以断定后两个版本是前者的翻版，词句也以曾氏所记疙瘩老娘的版本为佳。

疙瘩老娘代理的另一个案子涉及饥荒。有一年，长江北歉收，很多人从江南买米。江南人士怕造成米荒，因此拒绝卖米，结果江北来的米贩子纷纷告状，有人求助于疙瘩老娘，她开价3000两银子。状子递进官府之后，第二天就开始卖米了。状词中有一联：“列国纷争，尚有移民移粟；天朝一统，何分江北江南!”

如果说寡妇改嫁的状词主要表述事实，使官员不得不帮助三个成年人摆脱危险的处境，卖米案则着重于讲理，这是一个官府也不能不讲的道理：统一的中央政府下属的不同辖区显然有互助的责任，何况还只是要求公平买卖，而不是要求慈善捐赠。无论是摆事实，还是讲道理，疙瘩老娘都得心应手，她的状词让官员没有别的选择，只能答应自己客户的诉求——这也正是任何时代、任何社会中，称职律师值得客户为其才智花钱的地方。难怪曾氏在文末感叹：“是妇亦奇矣!”本来民间讼师就是非法的，何况还是女人。当过如县的曾氏既敬佩又困惑地猜测：人们称此女律师为“疙瘩老娘”，大概是因为其“厉气(邪气)之结”。这是那个时代的精英常有的歧视。

(文章节选自张守东《传统中国法叙事》，东方出版社出版)