

解放思想 凝聚共识 推动法院工作科学发展

张屹

当前，司法体制改革进入攻坚期、深水区，人民法院面临着严峻的挑战和考验。在这个关键时期，人民法院开展解放思想大讨论活动，就是要高举中国特色社会主义伟大旗帜，坚持以马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观、习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，全面贯彻党的十九大和十九届二中、三中全会精神，按照省委十三届三次全会决策部署和市委工作安排，围绕推动高质量发展走在前列的目标，广泛开展大学习、大调研、大讨论活动，引导广大党员干部特别是领导干部深入学习贯彻习近平新时代中国特色社会主义思想，着力破除与新时代要求、高质量发展、司法体制改革不相适应的思想观念和思维定势，更大力度解放思想，贯彻新发展理念，推动改革再深入、实践再创新、工作再抓实，在全院上下营造勇于自我扬弃、锐意攻坚克难、奋力开拓进取的浓厚氛围，推动法院各项工作取得新突破。为加快建设“强富美高”新常州凝聚广泛思想共识、提供强大精神动力。

一、深刻理解和准确把握深化全面依法治国的新部署，在深入推进司法体制综合配套改革上取得新突破

人民法院要按照党的十九大提出的全面依法治国、深化司法改革的要求，大力弘扬改革创新精神，深入落实中央、最高人民法院关于深化司法体制改革的一系列安排部署，在司法责任制改革的巩固、提升、

完善和相关配套改革落地见效上下功夫。下一步，要在稳步提升案件质效和深入推进配套改革的同时，确保案件的公正效率指标不断得到巩固提升，确保三个效果的有机统一，努力提升司法公信力和人民群众满意度，为加快建立公正高效权威的中国特色社会主义司法制度、深入推进法治建设做出积极贡献。

二、深刻理解和准确把握分两步走全面建设社会主义现代化国家的新战略，在加快审判体系和审判能力现代化上取得新突破

党的十九大提出了用两个15年、分两步走全面建设社会主义现代化强国的发展战略，明确把实现国家治理体系和治理能力现代化作为建成社会主义现代化国家的重要标志。充分认识到审判体系和审判能力现代化是国家治理体系和治理能力现代化的重要内容，是全面建设社会主义现代化国家的重要组成部分，坚定不移地推进审判体系和审判能力现代化建设。始终坚持审判执行第一要务不动摇，把提升案件质效，即提升司法公信力、提升人民群众满意度作为重中之重，把强化审判管理、强化院庭长监督指导、强化案件质效提升贯穿于执法办案始终，努力使办理的每一起案件都能经得起法律和历史的检验。切实加大执行工作力度，在深入开展集中执行专项行动的基础上，加强执行规范化建

（下接第6页）

坚持更高定位 坚持更高标准 坚持更高要求 解放思想全力推进检察工作高质量发展

葛志军

当前，全市上下以习近平新时代中国特色社会主义思想为指引，围绕推动常州高质量发展走在前列的目标定位，深入开展解放思想大讨论活动。全市检察机关积极响应省委、市委部署要求，围绕种好幸福树、建好明星城，不断满足人民群众对美好生活的期盼，按照“讲政治、顾大局、谋发展、重自强”新时代检察工作新要求，推动理念再转变、司法改革再深入、实践再创新、工作再抓实，确保各项检察工作的有序有效推进。

一、强化责任担当，坚持高定位谋划活动开展

全市两级检察机关切实增强责任感和使命感，坚持高标准谋划和开展好解放思想大讨论活动。

（一）坚持理论武装，推动思想解放。

开展解放思想大讨论活动必须以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，进一步增强责任感和使命感，坚决把思想认识统一到活动中。广大检察人员系统全面学习习近平新时代中国特色社会主义思想特别是政法思想，用于指导工作实践，推动检察工作高质量发展。结合实际对照“讲政治、顾大局、谋发展、重自强”检察工作要求，更好地服务和保障中心工作，为经济社会高质量的发展提供司法保障。

（二）明确工作重点，实现五大提升。

一是解决好对习近平新时代中国特色社会主义思想法治思想全面领会不深入、司法观念转变不快的的问题，实现服务经济社会高质量

发展司法理念的进一步提升；二是解决好企业产权保护不到位，司法保障方法手段单一，重打击轻预防，重惩治轻服务，重司法办案轻普法宣传的问题，实现综合服务高质量发展水平的进一步提升；三是解决好检察机关自身专业化水平不高，服务高质量发展能力不强，实现检察工作专业化水平进一步提升；四是解决好改革大背景下从事检察工作信心不足、精神状态不佳、推动改革动力不强的问题，实现检察工作高质量发展的动力能力进一步提升；五是解决好立检为公、司法为民的认识还不到位，守纪律、讲规矩的意识还不牢固的问题，实现检察机关司法作风和司法形象的进一步提升。

（三）加强组织领导，深入开展活动。

高度重视开展好解放思想大讨论活动，精心组织、周密安排、广泛参与，确保各项任务落到实处，在开展好活动的同时加强督查督办，加强同步宣传。市院党组作为第一责任人，活动领导小组及其工作机构充分发挥职能作用，全面把握各个环节的具体要求、工作重点和工作进度，加强指导和督促检查，确保活动扎实推进。市院各部门和各基层院做到了认识到位、措施到位、工作到位，使这次活动开展取得了切实有效的成果。

二、把握时代坐标，坚持高标准履行检察职能

党的十九大报告指出，新时代我国社会的主要矛盾已经转变为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分发展之间的

矛盾。检察机关就是要进一步解放思想，对标对表，不断提高法律供给能力，为人民群众、为社会和时代提供更好、更优、更实在的法治产品、检察产品。

（一）深入学习思考，明确发展方向。

新时代的检察工作要找准目标定位，按照“六个坚持”解决好六个方面的问题。坚持党对检察工作的绝对领导，坚决维护习近平总书记党中央的核心、全党的核心地位，坚决维护党中央权威和集中统一领导，解决好检察工作发展方向的问题；坚持以人民为中心的发展思想，解决好检察工作发展为谁的问题；坚持把检察工作在党和国家的大局中来谋划，解决好检察工作的主要任务问题；坚持检察机关的宪法定位，解决好检察工作的根本定位问题；坚持全面地深化司法体制改革，解决好检察工作的发展动力问题；坚持正规化职业化专业化的发展方向，解决好检察工作发展的根本保障问题。

（二）深化改革创新，实现转型发展。

依据检察职能和案件类型的特点，深化内设机构改革，拟定符合地方实际的内设机构改革方案，积极推进扁平化管理，进一步突出检察官主体地位。坚持突出检察官办案主体地位，坚持权责明晰、权责相当，完善检察官权力清单，根据不同的案件类型、人员分工、员额检察官的设置，合理配置市级院内设机构，为全面履行法律监督职责提供组织保障。

（三）办案监督并重，提升监督实效。

优质高效的办案是检察工作第一位的任务，离开办案法律监督就成为无源之水，全市检察机关必须把司法办案作为检察机关履行法律监督职能的重要手段，为人民群众提供更优的法治产品。在办案中强化监督，着力解决法律监督不到位、监督效果差等问题。牢固树立“双赢、多赢、共赢”的监督理念，不搞数量化办案，单纯追求办案数量而忽视质量、效果，忽视监督的准确性。坚持政治

效果、社会效果、法律效果相统一，推动良好互动的检察工作外部格局。

三、坚定发展信心，坚持高要求提供司法保障

深入学习贯彻市委十二届六次全会精神，围绕这次会议提出的“常州精神”、建设“三大明星城市”重大决策部署，结合解放思想大讨论活动，深刻领会和准确把握精神实质，紧密结合常州检察工作实际，明确检察保障措施，确保市委决策部署要求真正落实到各项检察工作中。

（一）拓宽服务领域，自觉服务发展。

坚持把检察工作融入全市经济社会发展大局中去谋划和推进，针对重点企业有针对性地制定服务保障措施，明确责任领导，提供精准服务。实行联络员制度，设置“企业联络员”，实施动态跟踪服务，对企业提出的相关问题及时帮助解决。定期深入企业，与企业负责人、重点岗位人员进行座谈，开展法律咨询服务和法制宣传，适时开展预防性监督和警示教育。加强检察机关与项目、企业的沟通联系，对管理、保护中出现的问题进行深入调研，帮助企业建章立制，堵塞漏洞。

（二）全面履行职能，细化保障举措。

主动服务经济发展新常态，根据市委工作部署，出台《常州市检察机关服务保障全市经济社会发展“六大行动”实施意见》等文件，践行司法为民，努力营造稳定的社会环境、公正的法治环境、优质的服务环境、融合的共享环境。加强对危害公共安全、严重暴力、制贩毒品等刑事犯罪的打击力度，使人民群众有更多获得感、幸福感、安全感。加大对环境污染犯罪的打击力度，重点加强对生态环境、资源保护等领域损害社会公共利益行为的监督，依法履行督促起诉、支持起诉、提起公益诉讼等职能，监督负有管理职责的行政机关依法履职。

（下接第6页）

以政法工作高质量推动武进发展高质量

孙金才

今年以来，常州市武进区深刻认识、准确把握稳定与发展的关系，以高度的政治自觉与使命担当，戮力同心、开拓进取，通过政法工作的高质量推进，服务和保障武进高质量发展始终走在前列。

高质量服务发展大局。一是政法护航求突破。紧扣“五个三年行动计划”突破年八大攻坚重点，严厉打击典型犯罪行为，切实净化区域发展环境。主动出击、审慎办理城乡建设领域民生案件，职务犯罪得到有效遏制，“阳光拆迁”顺利实施。针对嘉泽花木市场“伪造印章”等案件频发的客观实际，牵头开展专项集中整治行动，切实推动特色产业健康发展。紧盯环境污染等典型犯罪，创设环保警察队伍，健全“两法衔接”机制，推动信息联通共享，完善执法联动体系，全力打好蓝天、碧水、净土三大“保卫战”。二是突出预警控风险。密切关注“套路贷”等领域风险动向，加快社会稳定风险评估系统化、专业化、社会化进程。制定实施服务保障企业上市实施意见，健全完善知识产权案件巡回审判机制，全力维护市场经济秩序。探索构建企业破产绿色通道，及时依法保障各方合法权益，严防发生系统性、涉众型的社会风险。三是践行宗旨强服务。依托政法大数据平台、“互联网+政务服务”以及政法微博、微信新媒体平台，全力推动政法工作智能化建设，逐步构建快捷便利的政法移动服务体系。在实现区镇村三级法律顾问全覆盖的基础上，进一步优化资源配置、拓展服务内涵、强化绩效考核，努力

为广大群众提供更加优质高效的法律服务。以开展对口援建、结对扶贫等活动为契机，把各类优质法律资源投向贫困地区、基层一线和普通群众，着力帮助解决因案返贫、因案致贫等突出问题。

高质量维护社会稳定。一是扫黑除恶净风气。将扫黑除恶工作纳入2018年区委常委会工作要点和平安法治建设考核体系，全面推行挂牌督办、综治督导和联合督查“三督合一”；紧盯建筑、交通、水利等重点领域，紧盯城乡结合部、原撤并乡镇、综合集贸市场等复杂地区，坚持把快破小案、联办大案、商办要案与铲基础、挖幕后、反贪腐结合起来，全力推进扫黑、除恶、治乱。截至目前，全区累计破获各类黑恶案件163起586人，各项主要打处指标均位居全市前列。二是技防升级保安全。通过搭建一个技防云平台、提档三道电子防线、升级四张技防网络、汇聚三类监控资源、优化五大应用机制，全力打造升级版智能防控城市。大力推进政务视频监控业务联网应用，确保完成“全域覆盖、全网共享、全局智能、全时可用、全程可控”的建设目标。持续推广住宅楼宇“平安卡”、小区出入口智能抓拍等治安监控“末梢”工程建设，全面深化平安小区创建工作，真正实现以小区平安助推全区平安。三是积案攻坚促和谐。创新开展信访积案攻坚“125”行动（力争全年化解各类积案不少于80件，其中市区镇三级积案化解分别不得少于10件、20件和50件），通过压实责任、多方联动、综合施策，截至目前累

计化解各类矛盾积案 96 件，其中镇级以上达 70 件，已完成年度目标的 140%。同时，在“纪念改革开放 40 周年”等重要敏感时间节点，我们明确由区信联办、合成维稳中心牵头，全力做好特定利益群体、重点上访人员的化解稳控工作，确保“两个绝不能”、“三个不发生”目标的顺利实现。

高质量完善治理体系。一是创新开展网格化集成改革。高效整合政务、服务、监管、执法等资源力量，创新推进网格化集成管理工作，全力打造“四梁八柱”工作格局。目前，全区划定基层网格 1036 个，配备网格工作人员 8500 余人；核定网格工作事项准入清单 56 项、服务管理事项清单 1107 项、信息采集目录 76 项；全区网格化集成管理平台运行顺畅，日均受理各类网格事项 3000 余件，受理数、流转量和办结率均居全市前列。二是创新实施社会治理“双推”计划。去年，我们首次采取以奖代补方式，推动 35 个社会治理创新项目落地见效；其中，青少年成长帮扶“同心圆”计划等 3 个项目成功入选全省社会治理创新汇编；并成为全市唯一获评一等奖的辖市区，更是唯一实现奖项大满贯的辖市区。今年，我们创新开展社会治理“双推”计划，即推广一批 2017 年成效显著、群众满意度高、具备可复制可推广条件的创新社会治理项目，推进一批 2018 年安民惠民创新社会治理项目；目前，24 个重点项目进展顺利，基层防控风险、化解矛盾、消除隐患和服务群众的能力水平稳步提升。三是创新特殊人群服务管控方式。在统一建立 105 名综治社工队伍基础上，进一步深化合成建设、创新管理方式、提升工作效能。对吸毒涉毒人员，推动实现区、镇、村三级禁毒网络全覆盖，全面实施精准管控教育；对社区矫正对象，通过实施社区矫正标准化建设，着力构建教育、管理、稳控与社会损害修复深度融合的新格局；对安置帮教对象，重磅打造特殊人群“回归”工程，组织开展形式多样的安置帮教、结对帮扶、就业培训

等工作；对易肇事肇祸精神障碍患者，通过落实排查登记、诊断评估、收治管控等，确保实现“三清三落实”任务目标。

高质量推进法治建设。一是深化法治政府建设。在全省率先组建涵盖四套班子的区领导法律顾问智库的基础上，进一步修订完善《2018 年度区级机关部门依法履职考核细则》，指导督促相关职能部门建立完善并严格施行行政执法公示等制度。同时，严格落实党政机关、国有企业法律顾问、公职律师、公司律师制度，引导各级各类组织提高依法执政、依法行政、依法经营、依法管理能力水平。二是浓厚法治文化氛围。全力开展法治宣传“1311”工程，即搭建一个班子抓统揽、组建三支队伍搞宣传（创作队、宣讲队、巡演队）、制定一张清单明任务、完善一套机制强联动。创新开展“法治引领新武进”文艺巡演，不断丰富人民群众文化生活，潜移默化提升群众法治意识。三是丰富法治教育形式。面向全区中小学校，结合去年印发的青少年法治文化读本，组织开展法治教育公开课和法治征文比赛两大系列活动；同时研究出台并认真执行《武进区青少年毒品预防教育规划（2018-2020 年）》，确保青少年接受毒品教育覆盖面和教育率实现两个“百分之百”，以此推动法治进学校“六个一”工程走向深入；武进职教中心校获评全市唯一的“全国青少年毒品预防教育示范学校”。

高质量打造政法队伍。一是坚持党的绝对领导。结合武进现有两套公检法系统的客观实际，研究制定《武进区政法机关党委（组）向区委请示报告重大事项规定》，通过明晰应当定期和应当即时请示报告事项内容，确定请示报告频次、形式、办理等程序方式，同时明确请示报告的主体、报送、督导和追责等责任机制，确保政法机关党组织办理请示报告事项做到及时报告、应报尽报。二是锤炼干警素质能力。有序组织政法部门新任职干部、新入职干

“解放思想大讨论”活动专题

警、基层科所庭队长以及一线骨干力量，分类开展政治轮训、业务培训、轮岗适训、技能集训和执法检查、个案评查、异地互查、集中抽查等“四训四查”活动，努力打造既政治过硬又本领高强的新时代政法队伍。三是注重测评结果运用。针对政法单位、乡镇板块，我们将在一年两次自行组织开展政法队伍建设满意度等精准化测评基础上，采取通报测评结果、指出问题短板、

落实定期回访等方式，指导督促各地各部门更有针对性地抓好队伍、干好工作。同时结合测评反馈重点问题，组织政法部门全力开展服务方式“零距离”、服务事项“零积压”、服务质量“零差错”的“三无”服务活动，力促政法干警能力在一线提高、作风在一线转变、形象在一线树立。

（作者系武进区委常委、政法委书记）

（上接第1页）

设，深入推进执行信息化应用及与联动单位联合惩戒的互联互通，并严格对照基本解决执行难第三方评估方案的要求，逐条逐项落实到位，力争年底前基本解决执行难，实现审判执行“双轮驱动”的良性循环。

三、深刻理解和准确把握坚持以人民为中心的发展思想的新内涵，在司法为民、公正司法上取得新突破

始终坚持人民主体地位，始终把人民对美好生活的向往作为奋斗目标，始终把人民群众的小事当作法院的大事，自觉践行全心全意为人民服务的根本宗旨，紧紧围绕司法为民、公正司法的工作主线，自觉把党的群众路线贯彻到审判执行全过程。要坚持以五大发展理念统揽人民法院工作，牢牢坚持司法为民宗旨，高度关注人民群众多元司法需求，切实解决群众反映强烈

的问题，有针对性地提供契合时代要求和社会实际的司法服务，把以人民为中心的发展思想体现在人民法院工作全过程和各环节，不断创新完善司法便民措施，充分彰显司法的人文关怀，努力让全体人民在共建共享发展中有更多获得感。同时，深入推进繁简分流速裁工作，力争简案快审、繁案精审。深化矛盾纠纷多元化解机制建设，不断提升社会治理能力。深化诉讼便民联系点建设，打通司法服务群众的“最后一公里”。加快推进全业务网上办理、全流程依法公开、全方位智能服务的智慧法院建设，让信息多跑路，让群众少跑腿，以更加便捷高效、公开透明的服务，不断满足人民群众零距离沟通、即时性互动、无障碍共享的多元司法需求。

（作者系常州市中级人民法院院长）

（上接第3页）

（三）加强党的建设，锤炼忠诚品质。

坚持党对检察工作的绝对领导，坚决贯彻执行中央和省、市委对检察工作的决策部署，确保检察工作发展正确方向。深化司法责任制改革，突出抓好领导班子建设和队伍专业化建设，以永远在路上的韧劲和持续抓好作风建设。强化监督全覆盖，注重“两发挥”，推动全面从严治党、全

面从严治检向纵深发展。认真落实中央八项规定及其实施细则，紧盯“四风”新动向新表现，防止“四风”问题反弹回潮。纠正“四风”和司法作风突出问题，培育忠诚、干净、担当的检察队伍，为推动高质量发展走在前列、建设“强富美高”新常态贡献检察力量。

（作者系常州市人民检察院检察长）

既抓思想破冰 又抓问题破解

孟教祥

随着改革向纵深推进，朝末端发力，作为经济社会各项事业发展的保驾护航者，必须坚持把解决思想与现实问题有力结合起来，在思想破冰和问题破解上两手抓、两手硬，全力以赴、深入细致地做好政法各项工作，以思想观念的更新打开政法工作创新发展的空间。

破除就事论事的观念，主动应对社会矛盾凸显问题。随着国际国内形势不断变化，尤其是改革步入深水区、发展处于关键期，社会矛盾不断凸显，各类风险交织叠加，给政法工作带来了前所未有的新挑战。在新的历史条件下，基层做好应对处置社会矛盾和防范风险工作面越来越广、要求越来越高，我们必须跳出原有的思维定势、固有模式和路径依赖，用新的理念、新的方法、新的标准积极做好各项工作。新的理念、新的方法、新的标准就是必须坚持以习近平新时代中国特色社会主义思想政法为指引，牢固树立以人民为中心的工作理念，加强对各类风险的调查研判，对症下药、综合施策，力争把风险化解在源头，不让个别风险演化为综合风险，不让经济风险演化为社会政治风险。

破除过于依赖行政管理的观念，主动应对治理水平不高问题。围绕提高社会治理社会化、法治化、智能化、专业化水平，从转变以往过于依赖行政管理的治理方式入手，将社会治理从政府主体转向多方参与、开放共治；坚持在法治轨道上调解关系、规范社会行为、平衡社会利益、化解社会

矛盾；充分利用现代科技手段，构建智能化社会治理平台体系；善于运用专业的队伍、专业的技术、专业的方法，提升社会治理能力。当前，我们金坛区要切实抓住推进落实创新网格化社会治理机制工作的历史机遇，在做实网格基本治理单位的基础上，不断延伸治理触角、创新治理方法，夯实平安稳定根基。

破除坐而论道的观念，主动应对服务经济高发展不够精准的问题。系统梳理当前企业存在的经营风险、涉案风险、安全风险，切实强化预警预判职能，从后知后觉转变为在护航经济发展中下好先手棋、打好主动仗。要引导政法机关主动更新服务理念，组织开展法治护航实体经济行动，设立政法机关法治服务企业工作站，由政法机关领导班子成员挂钩重点企业、重点项目，政法干警和法律工作者经常性联系中小微企业，定期上门了解企业在生产经营、治安保卫、金融信贷、法律支撑等方面的服务需求，落实更加精准的服务举措。要优先受理、办理、审理、执行涉及实体经济的民商事案件，最大限度地帮助企业妥善解决经济纠纷，减少诉累，及时维护合法权益。

破除队伍建设抓手少的观念，主动应对“五大难题”。针对当前政法队伍普遍存在的“思想引导不够、学用衔接不紧、监督不力、激励不足、合力不强”等五大难题，着眼于政法工作惠民利民安民的特

（下接第13页）

关于“完善办案衔接机制、 加快政法协同平台建设”的建议

杨伟玉

一、目前办案衔接机制现状

一是“两法衔接”层面。目前，市、区两级已建成“两法衔接”信息共享平台，逐步健全信息共享、案情通报、案件移送制度。与检察、法院、食药监、环保、质监等部门建立联席会议制度；与人社、环保、烟草等部门联合制定执法指导意见9件。在“两法衔接”方面，公安与部分行政部门间的案件移送标准和程序也存在冲突或未达成共识，需进一步细化。二是公检法衔接方面。为进一步畅通公检法案件流转，强化外部监督，市局全面部署应用电子卷宗系统，现刑事案件组卷率已由启用时的64.2%上升至92.4%，行政案件组卷率由启用时的71.1%上升至93.8%。三是案件证据标准方面。公安与法院、检察院，各辖市区的法院、检察院对在部分案件的证据认定方面缺乏统一标准，或者标准相互冲突，导致基层办案部门在执法中常常把握不准。

二、办案衔接机制方面存在的问题与不足

电子卷宗的组卷率虽稳步提升，但仍仅为90%左右，个别单位甚至未达80%。在组卷质量方面，2018年7月，全市电子卷宗组卷规范率仅为68.6%，合格率仅为42.9%，个别单位的合格率甚至为0，不合格案卷多为法律文书上传不齐全。此外，

全流程监管存在难度。由于政法业务部门相互独立，无法实现办案全环节流转，造成办案效率不高，办案人手紧张问题突出，政法各部门难以对案件质量进行全程监督管理，而且涉案财物管理与案件移送、处置脱节，导致办案部门涉案财物大量积存，执行处置不规范、不及时。

三、办案衔接机制方面的建议

完善刑事民事交叉案件办理机制和“两法衔接”机制，细化案件移送标准和程序，建立健全行政执法机关、公安机关、检察机关、审判机关信息共享、案情通报、案件移送制度，加快政法协同平台建设，畅通公检法执法办案数据。公、检、法机关统一盗抢、诈骗、伤害等常见、多发案件，食品药品、环境犯罪等民生案件，网络犯罪、涉众型经济犯罪等疑难复杂案件，以及故意杀人、放火、爆炸、涉黑等重大案件的证据收集、固定、审查和定罪量刑认定标准，进一步明确非法证据排除、瑕疵证据补强的范围、程序和标准。

（作者单位：市公安局法制支队）

关于“以新思想引领发展、破解‘案多人少’矛盾”的建议

李梅琼

随着本轮司法改革的深入推进，改革成效不断凸显，工作机制日渐完善，司法公信力得到了进一步提升。但是我们也要清醒的认识到，由于近年来全国法院每年审理的案件数保持着10%的增速，司法改革中实施的立案登记制改革使得法院的立案数进一步增加，而法官员额制改革中有39%的员额比例限制，这些因素使得“案多人少”矛盾在当下较为突出。具体表现在以下几个方面：

第一，法官办案压力增加，尊荣感提升，但幸福感下降。2018年1-6月，常州全市法院受理各类案件总计79929件，同比上升了9.74%。其中，新收各类案件总计58074件，同比上升11.83%；审结各类案件49923件，同比上升10.05%。面对巨大的办案压力，法官工作中“白加黑”、“五加二”成为常态，加班加点带来了身心的双重重负，干警健康问题频发，一些法院还面临办案人员流失的困境。

第二，案件质量有所下降。在案件数量和办案指标的压力下，法官在工作中被审限追着走，部分案件处理粗糙，频现各类瑕疵。今年上半年常州地区一审判决案件改判发挥重审率为2.87%，同比上升0.42个百分点。另外，法官忙于结案，做调解、息诉工作的精力不足，没有足够时间与当事人耐心沟通，往往选择一判了之，“案结事了”的理念弱化。

第三，法官业务学习未得到充分保证。司法改革强调法官的专业化、职业化、精英化，这是司法公平和效率的保证，但面对繁重的办案任务和有限的精力，个别法院及法官自身对培训的重视减弱，乃至消极对待，将其视为负担，甚至主动放弃上级法院组织的培训学习。而忽视“磨刀”，对新的法律法规、司法解释学习不够，导致自身的业务能力停滞不前，“砍柴”的效果也受到影响。

第四，司法延伸工作热情减弱。法院除了审判职能，还承担着犯罪预防、普法宣传、妇女儿童老人权益保护等方面的社会责任，而根据当前审判质效的考核和管理办法，办案数和权重成为考核法官工作量的最重要指标，上述的司法延伸工作由于自身的特殊性，暂时还未有效的纳入考核系统。这导致本来就疲于办案的法官，更不愿多做司法延伸工作。

上述问题涉及的原因是多方面的，但根结在于“案多人少”这一矛盾。诉讼案件数量的增长是经济、社会发展无法避免的趋势，案件的复杂性和矛盾的尖锐性也日渐突出，城镇化进程加快后长期积累的深层次问题不断显现，而有些问题不是法院一家可以彻底解决的。案件越来越多，案件越来越难，法院工作处于超负荷状态。如何解决日渐严峻的“案多人少”矛盾，思路无非两种，即增加办案人数和减少案

件数量，而当下快速增加员额法官数量不具有现实性和可操作性。现结合常州地区实际情况，围绕“减少案件数量”这一思路提出以下几点建议：

第一，完善多元纠纷解决机制，加强人民调解。

纠纷数量增长是客观的趋势，但在大量的案件涌入法院之前，可以通过人民调解和诉前调解相结合的方法缓解法院压力。在具体实施中，一是健全调解组织建设。建议由政法委牵头，由法院、司法、妇联、民政等有关部门共同协商组建调解组织，该组织人数应当根据每个法院的案件受理数来确定，原则上法院本部不少于10人，法庭不少于3人。二是加强物质保障支持。可以政府购买服务的方式来保障人民调解员的工作报酬，可以采取基本报酬加调解结案数的方式，吸引和鼓励具有专业能力又乐意参与社会公益的人员积极投身人民调解工作中；法院提供必要的工作场所和设备，并负责对调解员的管理和培训、考核。三是完善调解工作机制。调解应当基于各方当事人的自愿，法院和司法局要加大对人民调解工作的宣传，并对调解原则、纠纷受理范围、暂缓立案、调解期间、司法确认等作出细则，以此保证人民调解真正发挥作用。

第二，推动繁简分流速裁工作，建立科学完整流程。

首先，要科学定位速裁职能。案件是否可以速裁很难确定标准，只从案由和标的上来判断不是很科学。在实务操作中，可以先确定一些相对简单的案由和规定一定标的数额作为进入速裁的初选，在进入速裁后，如果发现案件争议大、案情复杂的，则立即转入普通程序。因此，速裁机构的职能应该兼具筛选和速裁两大职能。

其次，要科学设立速裁机构。从目前已经设立的速裁机构来看，都是采取与其

他业务庭并列的方式，这种设置形式容易造成速裁机构和业务庭之间相互割裂、相互扯皮。一旦速裁庭受理后不适合速裁的也流转不出去，还是在速裁庭中适用普通程序继续审理，长此以往，速裁法官又会被积压的复杂案件拖累。建议速裁庭建立平台模式，由各业务部门选派适合速裁的员额法官到速裁庭工作，在速裁庭工作的员额法官受速裁庭和本部门的双重管理，定期轮换。案件考核归入自己所在本门，速裁庭则负责统计速裁案件数。不适合速裁的案件也直接流入所在业务庭，另行以普通程序审理。

再次，要进一步简化速裁程序，当事人诉讼权利义务告知、回避告知等凡是不影响案件查明事实的程序性环节，均可以在立案后书面告知，当事人没有异议和请求的庭审就直接进入法庭调查，双方当事人对事实没有异议的直接通过速裁程序裁决，如果双方当事人对事实存在重大争议，通过第一次庭审无法查明，需要进一步质证的，则进入普通程序。

最后，要整合资源，提升速裁效果。法院内设的人民调解工作室和速裁机构是法院快速调处纠纷的两个重要部门，在工作中这两个部门应该密切配合，人民调解工作室的调解员和速裁机构的法官、书记员共同组建一审（法官）、一助（法官助理）、一书（书记员）、多调（调解员）的速裁工作团队，让人民调解员在法官的指导下调解，法官在调解员前期工作成果的基础上快速审理。

第三，大胆创新立案工作。

建议将《最高人民法院关于适用简易程序审理民事案件的若干规定》第十四条规定的婚姻家庭纠纷、继承纠纷、劳务合同纠纷、交通事故和工伤事故引起的权利义务关系较为明确的损害赔偿纠纷、宅基

（下接第13页）

关于“深入推进农村普法教育再出发”的建议

王建国

随着我国改革开放再深入，经济、政治、文化、社会、生态文明都有了空前的发展和提高，老百姓口袋里的钱多了，生活富裕了。同时，我们也看到国民法律知识的匮乏，尤其是农村普法近况不尽人意，“信访不信法”、“找熟人、走关系”、“大闹大解决，小闹小处理”等现象还普遍存在，尤其是涉及到自身土地纠纷、房屋拆迁、违规违建、环境保护、农民工欠薪等群众利益上，争吵不断、轰轰烈烈，社会治理成本不断提高，不安全不稳定因素逐渐增多，人民群众的安全感、幸福感、获得感期盼不足。当前，七五普法教育已深入推进，关注农村、农民普法是重中之重，必须慎之又慎，抓紧抓好。

（一）拓宽普法渠道。一是以农民生产生活需要为出发点，特别是要针对建设新农村的迫切需要和广大农民的现实需求，宣传与农民群众生产生活密切相关的法律法规；二是努力创新普法教育形式，把深刻的法律规范以老百姓喜闻乐见的形式展现出来，例如以小品、戏剧的形式，让老百姓参与、互动、学习；三是规范基层法律顾问运用、开通法律服务热线，让老百姓有困难、有问题能够有地咨询、有人咨询，以服务方式落实再教育；四是组建法律义务宣讲小分队，通过电影下乡、义务宣讲、讲座授课等形式，让广大群众接触更多更好的学习掌握，方便生活。只有农民群众的法律意识提高了，整个社会的法治水平才有望提高。

（二）掀起学法热潮。营造良好的尊法、守法的社会环境，学法是前提是关键。一是张贴宣传横幅标语，发挥村委文化阵地的主体地位，在交通要道、健身广场等醒目位置张贴横幅，重点加强防范网络诈骗，家庭婚姻法、民法、交通法、刑法等基本知识；二是广泛利用板报橱窗。定期开辟橱窗专栏，固定宣传场所点位，通过系列讲解、传单发放、问卷调查、谈话交流等方式，服务群众娱乐的同时加深法律普及；三是视频宣传。可以通过警示教育与违法案情、漫画讲解与文字叙述相结合的方式，以点对点、面对面普及推广，教育群众学法的必要性和违法的严肃性；四是网络学法。大力拓展手机微信、QQ功能普及，聘请专家、律师“坐诊”，加强关注青少年财侵害，立足学校师生学法护法队伍培养，不断提高群众学习法律的积极性。

（三）加强普法互动。坚持“从群众中来，到群众中去”的思路，在做好普法宣传的同时，不断加强执法队伍和普法对象的教育实践。一是加强普法主体学习。深入开展社会主义法治理念教育，加强中国特色社会主义法律体系和国家基本法律以及与社会管理相关的法律法规学习；二是关注普法对象结构。针对不同人群年龄差异开展法律宣传，重点关注农村老年人、留守人员、青少年、在外务工人员，依托村委、村民小组，善于搭建学习平台，村级干部、工作小组要循循善诱，利用党员

（下接第13页）

关于提升社区居民安全感的建议

汤晓璐

平安乡镇、平安村社、平安校园、平安单位等创建活动，让群众真切感受到了方方面面的安全感。群众最希望的就是日常生活中那些看似平常但与生活密切相关的方面能得到切实的保障，因此，平安创建活动仍有可以提升的地方。就如何提升社区居民安全感，我建议如下：

一、居住地治安

居住地的治安状况是影响社区居民安全感的最大因素。居住地的治安问题主要涉及到社区灾害、居民冲突、偷盗案件等等，提高居民的安全感可以从以下几点入手：

1. 树立动静结合、以动为主的管理理念。首先，对户口在本社区的居民建立固定档案，实时更新，及时了解居民的治安需求；其次，在常住居民、流动人口、户籍管理等方面向动态管理转化，及时发现并调整管理策略；再次，健全完善多方参与、多方共治的社区管理格局，让科学的管理方式来保障居住地的治安环境。

2. 建立防治结合、预防为主的管理方式。首先，社区里可以成立义务巡逻队，加强小区日常安全的巡查，做到有问题早发现、早报告、早治理；其次，设立门卫制度，24小时都有保安值班，小商小贩不得入内，外来人口必须登记，外来车辆必须停车检查。派出所要增强与社区的联系，加强情报信息工作，片警也要日日巡视、检查，把矛盾纠纷控制在萌芽状态；第三，完善处置群体性事件的预警和应急指挥机

制，组建应急处理队伍，对新小区施工、装修扰民等可能引发群体性事件的因素早发现、早防范。

二、居住地设施安全

居民的安全感不仅体现在对整体大环境的要求上，同时也体现在各种设施设备安全有保障这些小细节方面。

1. 加强物防建设，保证社区里各项安全设施到位。加强物防建设，扎实推进居民区老化电线改造、防火喷淋设施建设、安装防盗门和视频监控系统等各类物防、技防实事工程，改善老社区的安全硬件基础和设施水平。其中，视频监控探头要覆盖社区里的所有区域，视频监控室也要有人24小时值班，一旦发现异常，值班人员应第一时间赶到现场，必要的时候应通知民警协同调查处理。

2. 注意设备保养，保证设施设备正常工作。社区要督促物业公司每月对社区内设施进行保养维护，同时坚持做到平时常规检查和节日重点检查相结合，及时消除存在的隐患苗子。

三、宣传舆论力度

社区居民需要知道政府为提高居民安全感所做出的努力，这样居民才会理解并配合政府的工作，也可提高广大居民对安全状况的参与权和知情权。

1. 上门宣传安全工作。首先，工作人员可以到居民家中去宣传平安建设工作，让居民了解做了什么、即将去做什么；其次，征求居民对提高公众安全感的建议，为下

一步开展工作奠定群众基础。另外，基层民警也可以在社区指导开展自我防范，如避免深夜外出、僻静地方结伴行走等。通过上门宣传，取得信任支持，增强防范意识，调动参与热情。

2. 召开新闻发布会。新闻发布会有利于广大居民及时了解社会治安形势，坚持

正确导向、杜绝不实报导。新闻发布会要及时客观地向社会公开现行发生的重特大刑事案件和交通、火灾事故，并与群众进行信息互动，提高广大居民群众对社会治安的满意度。

（作者单位：钟楼区五星街道）

（上接第7页）

点，以打造民生政法为载体，着力打造信念坚定、执法为民、敢于担当、清正廉洁的过硬政法队伍。要把群众的呼声和愿望作为努力方向，建立有利于增进民生福祉高质量发展的思维新模式和工作新举措，让人民群众共享发展成果。在具体工作中，要按照认知、认可、认同的步骤，循序推

进政法干警下基层活动，引导政法干警主动深入到群众中去，主动宣传党的政策方针，帮助群众排忧解难，与群众真正做到肝胆相照、风雨同行。

（作者系金坛区委常委、统战部长、政法委书记）

（上接第10页）

地和相邻关系纠纷、合伙协议纠纷、诉讼标的额较小的民事纠纷确定为诉前调解案件，实行调解前置，即不经过调解不予立案。对于承办业务庭法官案件数已超饱和度的，探索与当事人协商暂缓立案，并通过备案登记，保证当事人诉讼时效权益，同时积极引导当事人通过人民调解程序解决纠纷。

第四，以团队式运作和精细化管理提高法院队伍战斗力。当前法官助理的数量

不足，大量员额法官并未配备助理，工作压力未得到缓解，通过加大法官助理的配备，让法官助理完成召开庭前会议、组织庭前证据交换、财产保全等事务性工作，从而减轻法官工作量；通过购买社会服务，推动部分审判辅助事务的社会化、专业化、集约化管理；加强审判管理，明确各类人员工作职责，并加大对案件质量的考核，

（作者单位：市中院少年庭）

（上接第11页）

大会、村民小组会议等形式，普遍开展学法守法尊法教育，有条件的要定期开展法律讲座，利用手机关注律政观察、法律读库、劳动法库等微信公众号，建立镇村两级QQ群，积极服务群众答疑解惑；三是立足普法机制保障。明确镇村两级普法主体，

健全普法制度考核，加强普法职责监督，完善普法机制运行，保障普法专项经费，通过五年长效普法，较好解决农村普法现状的担忧。

（作者单位：武进区湟里镇）

律师行业规范化管理的实践与思考

——以常州市律师行业规范化建设为例

刘永 张正朝

随着我国全面依法治国的不断推进和法治国家、法治政府、法治社会一体化建设进程的加快，律师在法治建设方面的地位和作用越来越突出。律师规范化管理是法治社会建设的重要组成部分，对律师行业发展至关重要，对法治国家、法治政府建设也影响深远。本文结合工作实践，就律师行业规范化管理作些理论思考和实践探索。

一、律师管理体制的模式

律师管理体制，是律师管理的体系和制度。其调整的主体包括司法行政机关、律师协会、律师事务所和律师，形成一个内在的管理规则和运作模式。

（一）律师管理体制的演进

建国以后我国律师管理体制主要分为三个阶段：

第一个阶段是司法行政管理阶段。从1950年第一次全国司法工作会议司法部通过的《京、津、沪三市辩护人制度试行办法（草案）》，到1954年第一部宪法颁布，再到1979年司法部《关于恢复重建律师制度的通知》和1980年《律师暂行条例》的颁布，律师管理基本上由司法行政机关管理。

第二个阶段是司法行政机关管理为主、律师协会管理为辅阶段。从1986年中华全国律师协会成立，到1993年司法部出台《关于深化律师工作改革的方案》，律师协会逐渐在律师管理体制中发挥一定的作用，以司法行政机关为主、律师协会为辅的律师管理体制开始被确定和实施。

第三阶段是“两结合”管理阶段。从1996年《律师法》颁布实施到2001年、2007年、2012年、2017年的4次修订，以及政府机关多次进行机构改革，律师协会独立性不断增强，行政权力不断下放，司法行政机关行政管理和律师协会行业管理模式逐步建立和发展。

（二）律师管理体制的内涵

司法行政机关、律师协会、律师事务所在律师行业管理中履行着行政管理、行业管理、基础管理的职能。

1、司法行政机关律师行政管理的权限

司法行政机关依据《律师法》、《律师事务所管理办法》、《律师执业管理办法》等法律和规章的规定，对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导，总的涵盖综合管理、审核许可、执业监督、业务指导四个方面，具体职责包括：1、指导、监督律师法律法规和政策的贯彻执行；2、制定实施本行政区域律师业发展规划、有关政策及律师管理规范性文件；3、律师队伍的教育培养、表彰奖励、职称评定、党建统战等工作；4、办理律师和律师事务所的资质审核许可；5、办理对律师和律师事务所行政投诉案件查处，依法对违法行为实施行政处罚；6、对律师执业和律师事务所管理进行监督指导和检查考核；7、加强与有关部门沟通协调，引导律师业务发展，搭建律师业务平台，保障律师执业权利，改善律师执业环境；8、监督指导律师协会工作。

2、律师协会律师行业管理的权限

律师协会是社会团体法人，是律师的自律性组织，按照《律师法》和《律师协会章程》规定，主要履行维权、惩戒、培训、服务四项职能，具体包括以下职责：1、保障律师依法执业，维护律师合法权益；2、总结交流律师工作经验；3、制定行业规范和惩戒规则；4、组织律师业务培训和职业道德、执业纪律教育，对律师执业活动进行考核；5、组织管理申请律师执业人员的实习活动，对实习人员进行考核；6、对律师、律师事务所实施奖励和惩戒；7、受理对律师的投诉或或者举报，调解律师执业活动中发生的纠纷，受理律师的申诉；8、加强律师文化建设，关注律师身心健康，加强业务交流合作，引导律师业务发展。

3、律师事务所律师基础管理的权限

律师事务所是律师的执业机构，是律师管理最基础、最根本的环节。依照《律师法》和有关法律法规规章及行业规范，建立健全执业管理和其他各项内部管理制度，加强对本所律师执业行为的监督，主要职责：1、为律师承办业务办理统一收案手续，进行利益冲突审查；2、加强职业道德、执业纪律教育，组织开展业务交流活动；3、建立统一收费管理制度，实行合理的分配制度和奖励机制；4、建立重大疑难案件集体研究和请示报告制度；5、建立投诉查处制度，及时查处律师违法行为，调处律师与委托人之间纠纷；6、加强档案管理，及时归档律师业务案卷；7、对律师执业表现和遵守职业道德、执业纪律进行考核，建立律师执业档案；8、加强律师执业监督管理，发现问题及时纠正。

（三）“两结合”管理之间的关系

司法行政机关行政管理与律师协会行业管理是律师管理体制中最重要的一环，两者分别从主管机关和自治组织角度来加强律师行业的管理，推动律师行业发展。

1、指导监督关系。《律师法》、《律师事务所管理办法》规定，司法行政机关

应当加强对律师协会的指导、监督，支持律师协会按照《律师法》和协会章程、行业规范对律师执业活动实行行业自律，建立健全行政管理与行业自律相结合的协调、协作机制。司法行政机关既对律师事务所、律师，也对律师协会，实行监督和指导。

2、制约配合关系。对同一对象实施的管理权力分配，必须会导致此消彼长的情形，对律师行政管理强势，意味着对律师自律管理约束和限制，自律管理权力的扩展意味着司法行政机关的权力缩小。同时，司法行政机关适当的管理能推动律师行业自治的发展，律师行业自治得当又能提升司法行政管理工作的效率，两者是相互制约、相互促进、相辅相成的关系。

3、宏观微观关系。行政和行业管理内容上密不可分，既有重叠，又有侧重。司法行政机关行政管理定位为宏观指导，侧重于制定政策、把握方向、设立许可、行政处罚等行政权力方面。律师协会行业管理定位为微观管理，侧重于日常管理和服务。在律师的自我管理日渐成熟并走向自治的时候，司法行政机关及时交还相应管理权力给律师协会，把那些微观的、具体的事务交由律师协会自己管理，有利于调动各方积极性，提升律师行业管理效能。

二、常州市律师行业规范化建设的做法

近年来，常州市司法局、市律师协会连续五年开展“律师服务管理创优年”、“规范化建设提升年”、“规范化建设深化年”、“规范化建设推进年”、“规范化建设巩固年”活动，持续不断加强律师行业规范化建设，推动律师工作标准化、模式化、精细化管理，促进律师事务所规范化、规模化、专业化、品牌化发展，不断提升常州律师业的核心竞争力。

（一）加强行政监管，规范行业准入

1、规范资质办理。加强服务窗口建设，实行办理事项一次性告知制度，编印《律

师执业手册》和《律师办事指南》，规范资质审核许可，严格审批程序。定期组织新执业律师进行执业宣誓，增强其社会责任感、使命感，把好律师“入门关”。

2、严格年度考核。认真实施律师事务所和律师年度检查考核工作，采取“以案倒查”的方式，按照市直属所全查、辖市区属所20%的比例，从裁判文书网上对每个抽查的律所随机抽取5份判决文书进行倒查归档卷宗，不符合要求暂缓年检，整改后仍存在突出问题的，启动惩戒调查程序。

3、强化日常巡查。对新设立律师事务所实施开业督导，加强律师事务所日常网上或实地检查监管，上传抽取案件的立案呈批表、授权委托书、委托代理合同、首谈笔录、收费发票等关键要素。

4、开展专项治理。组织开展收案收费不规范专项治理、利益冲突专项治理、会见不规范专项治理以及办公地点不规范等专项治理活动，解决突出问题。

（二）加强协会建设，规范行业自律

1、健全诚信体系。将诚信教育、职业道德执业纪律教育作为实习律师和执业律师学习培训的重要内容，与各项主题教育实践活动、创先争优活动、文明单位创建评选等有机结合。加强诚信制度建设，完善律师诚信执业档案，健全信息披露制度，建立律师诚信评价机制。

2、创新管理机制。出台星级律师事务所评定办法和标准，连续五年评出1家五星级、13家四星级、13家三星级、4家二星级律师事务所。研发使用律师信息化应用平台，运用信息化手段管理案件流程和资质审批。举办律师事务所主任、合伙人、律师、实习律师、内勤各层级培训，提升管理效能。创办“一网一刊一栏一号一报”，全方位多渠道宣传律师工作。

3、强化维权惩戒。建立律师工作联席会议制度，加强协调配合，依法保障律师执业权利。按照“协会挺在前面”和“有

诉必应、属地管理、调解优先、违法必究”的原则，加大律师投诉查处力度，对26名律师给予行政处罚和行业处分。对于处罚处分案件，全文披露律师网，对于有效投诉案件，分类剖析原因开展警示教育。

4、加强自身建设。完善律师协会行业自律机制，按照议事、决策、执行、监督分离的原则，建立完善理事会、常务理事、会长办公会、监事会制度及议事规则，健全工作和专业委员会工作制度，实行经费预决算和年度工作述职制度。加强和改进秘书处工作，推行工作目标化管理、项目化推进、过程化管控。

（三）完善规章制度，规范所务管理

1、建立完善统一收案收费制度。统一规范收案登记制度，统一接收案件。建立利益冲突审查制度，完善收案审批制度。建立律师收费公示制度，统一收取服务费和办案费，出具合法票据。

2、建立完善人员管理制度。明确主任、合伙人、管理人责任，健全会议制度，完善议事规则，推行事务公开。建立健全律师事务所律师、实习人员、行政辅助人员的管理制度，规范人员的聘用、辞退、晋升、福利待遇及工作纪律、岗位职责，加强人员监管。

3、建立完善学习教育制度。定期组织律师开展文明礼仪、政治理论、职业道德和执业纪律、业务知识学习和培训，组织实务研讨和交流，支持律师参加高端培训，提升实战经验。

4、建立完善服务质量监督制度。建立律师服务质量跟踪制度，对服务质量实施动态监控。完善重大、疑难、复杂案件合议和集体讨论、报告制度。健全投诉查处制度，规范投诉处理流程、方式、期限，协商解决当事人的投诉事项。

5、建立完善财务管理制度。制定并执行规范的财务制度，凭证、帐簿、报表等符合会计制度规定，探索科学合理的利益

分配制度，并依法纳税。

6、建立完善档案管理制度。及时全面整理案卷材料、按序编目，规范立卷，要素完整，装订精美。按照保管的程序、期限和要求，专人统一保管，保证各类法律文书档案齐全、完善、真实。

（四）注重自身形象，规范执业行为

1、加强自身修养。律师不管在办案过程中还是在平时生活中，要时刻注重自己的言行举止，讲究文明礼仪，不能在社会上失范、失信，要依法、诚信、尽责地为当事人提供优质高效的法律服务。

2、坚持依法执业。律师依法行使执业权利，必须坚守执业底线，把精力放在熟悉案情、研究法律、提高素质上，与司法人员建立新型、健康、良性互动的关系，严格依法履行辩护代理职责，实现法律效果与社会效果的有机统一。

3、坚持诚信执业。律师在从事法律服务中要求恪尽职守、诚实守信、勤勉尽责、严格自律，积极履行合同约定的义务，维护委托人合法权益，竭诚执业为民、取信于民。

4、坚持规范执业。律师必须执行利益冲突审查、收案结案审批等制度，规范使用律师函、公章，落实委托代理、风险告知、服务质量跟踪反馈等制度，做尊法学法守法用法的模范。

三、律师行业规范化管理存在的难题

1、行业特点不易管理。律师行业是一个比较特殊的行业。《律师法》定义律师，是指依法取得律师执业证书，接受委托或者指定，为当事人提供法律服务的执业人员。律师是自由职业者，新的社会阶层人士，更是中国特色社会主义法律工作者，是法律职业共同体，承担着维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平和正义的神圣使命，具有政治性、社会性、专业性、独立性等职业特性，而且流动性比较大，出差频率高，管理难度相对比较

大。同时，律师事务所作为律师的执业机构，主要形式是合伙制和个人所两种，设立门槛相对较低，靠的是人合而不是资合，分分合合是常有之事，也带来管理的难度。

2、管理体制机制不畅。现在律师管理实行的“两结合”管理模式，存在职能定位模糊、行政干预过多、行业管理范围有限等问题。《律师法》主要规定执业许可、律师权利义务和法律责任，对律师协会的界定和职责一共四条规定。我国总体上是在司法行政机关宏观管理下的律师行业管理体制，宏观方面应该是行业的方向性、全局性管理，而不是具体的、日常化的管理。行政和协会管理的范围和内容存在交叉重叠，包括律师的教育培训、表彰奖励、管理惩戒等多个方面。《律师法》明确规定律协有权制定行业规范，但行政机关在管理过程中实际也制定相关规范，而且更有权威更易成为适用标准。律师协会享有惩戒权，行业处分的种类有训诫、警告、通报批评、公开谴责、中止会员权利等，即使最严重的取消会员资格也并不意味着律师执业资格的剥夺，这种处分的震慑作用影响有限。

3、管理标准化程度不高。律师行业管理没有统一的标准和模板，司法行政监督指导以及律师协会自律管理的范围、内容和方式不够明确，缺乏可操作性的指引。如，行政对律师事务所的年度检查考核和协会对律师的执业年度考核，年年检查年年存在相似的问题，即便是律师事务所收案登记、委托协议、风险告知、律师函等都是各地统一甚至律师事务所自行制作的，没有统一的强制性要求。

4、管理力量配置不足。目前，常州市执业律师近1700人，全市司法行政机关律师管理人员和协会工作人员大约22人，全省、全国也大体80:1这个比例。同时，司法行政机关配置管理人员没有完全考虑专业性和管理性要求，不少地市级律师管理部门仍然与律协秘书处合二为一，两块

牌子一套人马，人员混岗，工作很难区分是行政工作还是协会工作，总体上力量配置不足、职责不清、专业化程度明显不高。

四、加强律师行业规范化管理的路径

律师行业规范化管理是一项系统工程，需要司法机关、律师协会、律师事务所以及律师的共同努力。

（一）完善律师管理法律规范

1、进一步明确律师管理体制。司法机关只是负有监督和指导的职责，建议本次修改《律师法》时，进一步明确我国律师管理体制是在司法机关宏观管理指导下的律师行业自治，进一步规定监督和指导职责的主要内容、范围和行使方式，同时增加律师协会的管理职权和责任。

2、探索制定统一的行业组织法。我国目前还没有统一对某类行业制定行业组织法，都是散见于相关法律、法规、规章以及规范性文件之中。制定科学有效统一的行业组织法，将律师协会行业管理纳入其中。行业组织法一般包括：行业组织设立性质宗旨、职能设置、条件程序、职责内容、行使方式、经费管理、法律责任、变更注销等内容，从而进一步加快推进律师行业规范化法治化轨道。

3、完善相关配套规范性文件。我国有关律师的法律规章主要是《律师法》、《律师事务所管理办法》、《律师执业管理办法》这一部法律两部规章，律师行业的自律性组织发展尚处于发展阶段，无论是在法律制度层面还是实践操作层面，或是机构的设置上相对欠缺，仍不完善，在某些方面有些甚至是空白，而且有些规定缺乏明确的可操作性，原则性和概括性的因素较多，不利于对律师管理相关规定的具体实施，需要制定配套完善的管理规范性文件。

（二）理顺律师“两结合”管理体制

1、明确职责分工。依据法律法规和规章，遵循律师行业的内在发展规律，进一步厘清和界定司法行政与律师协会的职责

权限。司法行政从宏观管理层面侧重对律师行业准入和退出两个方面把好入口关和出口关，律师协会从微观管理层面侧重对律师行业的日常工作管理，对于权能交叉重叠的事项由律师协会行业管理为主。

2、机构人员分离。虽然现阶段律师协会普遍实行由执业律师担任会长，但由于大多数执业律师的工作重心仍然在提供法律服务方面，不能专职从事律师协会的日常工作管理，自身的组织搞得形同虚设，特别是行政机关人员兼任协会秘书长，日常工作工作的开展主要由司法行政机关人员来负责，致使律师协会的管理完全流于形式。因此，协会必须机构分设、人员分开、资产分离、财务分管，律师管理部门与律协秘书处分开设置，律师管理部门负责人和秘书处负责人不再兼职，协会实行独立的财务核算和资产管理。

3、充实加强力量。因为法律行业的特殊性，律师本身属于特殊群体，司法机关应当选拔政治素质高、法律知识精、工作作风实的同志从事律师管理工作，加强管理力量配置。同时，协会应该具有人事自主权，从专业性角度，依据章程自主选人用人，建立规范的用人制度，加强行业自律管理。

（三）夯实律所基础管理体系

律师事务所是律师自律管理的最小单元，是规范化管理的基础工程。

1、加强办公规范管理。办公场所做到宽敞、明亮，装饰装璜简洁、高雅，公示上墙美观、整洁，人员着装庄重、大方，谈吐举止文明、涵养。

2、加强人员规范管理。建立主任负责制，明确主任、合伙人及党支部书记的管理职责。规范用人管理，建立聘用管理制度和吸收合伙人制度。建立实习人员管理制度和律师流动管理制度。建立学习培训制度，加强职业道德执业纪律教育和业务交流培训。建立日常监督和年度考核制度。

建立投诉处理和责任追究制度。建立合理薪酬制度和培养激励机制。

3、加强业务规范管理。建立统一收案收费制度，严格利益冲突审查。建立案件流转审批制度，运用信息化平台、智能化手段加强人员和流程管理。建立印章印鉴使用制度，规范使用律师函。建立服务质量管理和重大案件通案制度，严把案件质量。建立档案管理制度，规范装订案卷。建立规范的财务管理制度。

4、加强文化建设管理。律师事务所将发展理念、价值追求、专业特色、团队精神、文化活动融为一体，融入律师事务所管理之中，打造品牌效应，增强凝聚力和向心力。

（四）强化协会日常监管体系

律师协会作为律师行业的自治性组织，独立行使行业管理权。

1、加强自身建设。明确上级律师协会与下级律师协会之间的监督指导关系，完善律师代表大会、理事会、监事会、常务理事、会长办公会、工作及业务委员会的权限配置和工作规则，设立独立运作的日常工作机构秘书处，建立和完善律师协会一整套工作机制。

2、健全行业规范。律师协会制定的行业规范是进行行业管理的基本依据和律师执业活动的基本准则。根据日常管理需要，按照规定程序，制定相应的教育培训、考核奖励、维权惩戒等各方面的规则和制度，律师行业一体遵行。

3、完善管理措施。律师协会日常管理与律师事务所的各项管理有机结合，研究制定律师事务所管理的规范化指引和律师办理案件的一整套格式文书，开发运用信息化平台监督和记录律师事务所和律师的日常执业活动，建立全国统一供社会查询的律师信用档案，深化行业党的建设，加强经常性教育引导，规范实习律师的训练考核，开展优秀律师、星级律所的表彰，强化违规律师和律所的惩戒工作。

4、履行服务职责。律师协会是“律师之家”，在行使日常监督管理职责之外，也要服务好律师。通过组织开展交流培训、体检疗养、慰问关怀、竞技比赛、文化建设等活动，增进感情认同，并且搭建律师服务平台，引导律师业务发展，特别是协会对于律师执业中合法权益受到侵害时，敢于发声，积极行动，切实维护好律师的合法权益

（五）建立行政监督指导体系

司法行政机关宏观管理是律师管理体制中重要的一环，也是不可或缺的关键环节。但总的来说，是让权于律师协会自治管理的。

1、加强行政指导。主要是制定影响律师行业发展的政策性措施、律师行业中长期发展规划，把握行业方向性重大问题。指导律师协会建立组织架构、制定协会章程和行业规范，为律师协会传递最新行业政策，与公权力机构协调改善律师执业环境。

2、加强行政审批。审核许可申领、变更、注销律师执业证和律师事务所执业许可证等行政审批事项。进一步赋予律师协会律师执业资格的审查权，实习律师一年实习结束经律师协会考核通过后，对执业律师的准入也由律师协会审查，提交司法机关履行政程序化的手续。

3、加强行政监管。对律师协会的日常管理活动进行监督，对律师事务所开展年度检查考核，对严重违法违规需要停业整顿或停止执业以上处罚的的律师事务所和律师进行行政处罚，一般违法违规行为由律师协会行使，确保行政机关转变职能，依法监管，更好地调动律师协会行业管理的作用。

（作者单位：常州市司法局）

住宅小区物业管理和服务中政府主导作用的法治化研究

蒋建宏 周旭东

习总书记在十九大报告中指出：“让全体人民住有所居”。住房问题能写进报告中是因为住房消费成为百姓最大日常支出之一，也是百姓最不喜欢的地方，住房问题的解决直接影响百姓对美好生活的向往。党和政府在改善百姓住房方面采取多样综合措施，出台了各种政策以提高百姓在住房方面的获得感。但是在政府努力实现百姓住有所居这一宏伟目标的同时，涉及千家万户的小区物业管理和服务却在很大程度上影响广大老百姓的获得感，一定程度上激化了社会矛盾，群体性事件不断增加。北京、南京已经出现多起老物业企业拒绝撤出，新物业企业无法进驻的情况。昆明市出现政府主管部门发文确认小区解聘原物业服务企业程序合法有效，要求原物业服务企业依法向业委会移交物业管理用房、服务资料及合同约定的其他移交内容。但原服务企业既不诉讼也不行政复议，就是拒不撤出小区。政府在物业管理中如何发挥主导作用，让广大老百姓增强获得感，成为一个非常迫切而又亟待解决的问题。本文拟就住宅小区物业管理中政府主导作用的法治化问题进行初步研究，提出立法先行、政府主导、加强监管的对策，拟解决物业管理和服务及物业监管过程中的一些问题，在政府解决百姓住有所居的

同时，确实切实提高百姓在改善居住环境方面的获得感，把党和政府的政策初衷落在实处。

一、政府在物业管理、服务及监管中需要一部专门的《物业法》

我国物业服务行业起步于上世纪八十年代，发源于香港，发展至今不到四十年时间，与城市房地产业迅猛发展的态势极不相称，法律法规不健全、物业业主相关意识不强、物业服务行业竞争不充分以及各主体之间的矛盾纠纷调处渠道不畅，导致小区物业管理和服务中社会群体事件时有发生。

1、现行相关物业方面的法律法规亟待完善，需要出台一部专门的物业法。

截止到2013年底，我国物业服务企业10.5万家，全国物业管理面积约为165亿平方米，行业年主营业务收入超过4091亿元，在管物业资产价值超过50万亿元。行业从业人员711.2万人，平均每年为社会解决20-30万人新增就业，近两年每年平均解决49.5万人就业。[]另外，我国住宅业主缴纳的住宅公共维修基金达到了5000亿元，这笔维修基金的管理、使用和监督全由各地政府部门的政策决定，业主使用非常困难，围绕住宅公共维修基金产生的犯罪现象时有发生，有贪污的、有挪

用的、有用于理财的，还有公然吃银行利息差的。但是，目前我国没有一部专门的物业管理和服务方面的法律。法院在审理物业方面的纠纷案件时，主要依据国务院《物业管理条例》及《物权法》的相关规定，但这些法律法规由于历史的局限性和认识上的滞后性，在物业管理和服务的许多方面并没有明确的规定，法院在立案、审理、执行等各个环节都会遇到问题，更加让物业管理和服务以及政府监管部门的相关主体之间无所适，也加大了法院在审理相关案件的难度。

2、现有关于物业管理和服务的法律法规之间的空白及其之间存在诸多矛盾需要一部统一的物业法作出规定。

何时召开业主大会没有明确规定。2016年国务院新修订的《物业管理条例》第10条规定：“同一个物业管理区域内的业主，应当在物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门或者街道办事处、乡镇人民政府的指导下成立业主大会，并选举产生业主委员会。但是，只有一个业主的，或者业主人数较少且经全体业主一致同意，决定不成立业主大会的，由业主共同履行业主大会、业主委员会职责。”但何时应该召开业主大会《物业管理条例》没有做出明确规定，对没有按时召开业主大会，选举业主委员会的如何进行处罚更没有规定。同样，《物权法》第75条规定：“业主可以设立业主大会，选举业主委员会。地方人民政府有关部门应当对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助。”也没有对何时应当召开业主大会和选举业主委员会作出明确规定。由于这一规定的空白，导致许多新开发小区的物业服务工

作仍由开发商的子公司或者开发商指定的物业服务企业承担，《物业管理条例》中规定的业主权利和业委会的权利就无从行使。小区所在的社区居委会普遍表现出不愿意推动召开小区首次业主大会和筹备组建业主委员会，任由开发商按自己的意愿选聘物业服务企业，业主对其毫无约束，也无法约束，政府部门也乐得多一事不如少一事，更不要说对其有任何监管。反过来，根据现在城市网格化管理的要求，小区业主成员来自各行各业，工作时间也不一致，社区无法掌握业主有关信息，社区居委会还存在许多工作需要开发商选用的物业服务企业的配合才能开展，部分工作甚至直接交由开发商选用的物业企业代为完成，社区居委会乐得做甩手掌柜，当然当开发商不愿意更换自己选用的物业服务企业时社区居委会绝不会去得罪开发商选用的物业服务企业。

《物权法》第81条第一款规定：“业主可以自行管理建筑物及其附属设施，也可以委托物业服务企业或者其他管理人管理。”根据这一规定，业主可以聘请物业服务企业管理小区建筑物及其附属设施，也可以自行管理。但是国务院《物业管理条例》第2条规定：“本条例所称物业管理，是指业主通过选聘物业服务企业，由业主和物业服务企业按照物业服务合同约定，对房屋及配套的设施设备和相关场地进行维修、养护、管理，维护物业管理区域内的环境卫生和相关秩序的活动。”第四章《物业管理服务》中的规定均是针对业主委托物业服务企业管理建筑物及其附属设施作出的规定。对小区业主自行管理小区的情况没有做出任何规定，这也导致部分小区

在业主自治成立小区自治物管会时小区自治物管会的法律地位如何界定遭遇法律空白，当自治小区的业主享受了物业服务而不缴纳物业费时，物管会是否有起诉的主体资格。另外，当有业主损坏小区公共设施时，谁来主张权利？目前的法律法规没有规定。虽然现在各地都在力推物业管理和服务的立法，但无论是方法目的，还是立法技术绝大多数地方立法部门、行政部门仍旧是在传统的物业管理制度上“补锅”，统一的物业法出台成为一种必要。

3、日益增加和纷繁复杂的物业管理和物业服务纠纷呼唤出台物业法的出台。

据媒体报道，南京市12345政务热线近日发布的大数据显示，2016年1—7月，物业投诉量在各类投诉中排名第一。从2002年到2004年，朝阳法院受理的业主与物业企业的物业管理纠纷案件，从194件上升到1898件，增长率高达878。到了2014年的北京市物业管理条例立法预调研，仅仅朝阳区一审法院，如果放开接案，物业服务纠纷诉讼一年就可以超过1万件。[]随着业主维权意识的增强，物业管理和服务纠纷呈现群体性、连续性、潜在性等特点。根据全国不同法院受理的涉及物业方面管理和 Service 方面的纠纷案由统计分析，法院受理的相关案件纠纷包括物业服务合同纠纷、财产损害赔偿纠纷、房屋租赁及买卖合同纠纷、生命健康及身体权纠纷、合同纠纷、不当得利纠纷、物权保护纠纷、占有物返还纠纷及违反安全保障义务责任纠纷等近十种案由。虽然，这类纠纷标的小，但是涉及到千家万户，社会影响大，很容易引起群体事件。业主堵住小区主要进出口影响小区通行的社会事件时常见诸报端。

可见，这类纠纷必须得到快速而有效的解决，虽然各地已经意识问题的严重性，纷纷把出台物业法规列入了地方立法规划，但是缺少权威性，科学性也得不到保证，法律效力也有待提高，于是一部全国统一的物业法的出台就成为了刻不容缓的大事。

二、厘清物业管理、服务和政府监管过程中的各类矛盾是解决纠纷、发挥政府主导作用的基础

发现问题是解决问题的第一步，厘清物业管理和物业服务中的矛盾纠纷是地方立法和政府决策的重要基础。根据笔者的研究和分析，物业管理、服务及政府监管中矛盾主要有以下几个方面。

1、业主入住后与开发商之间的矛盾。这里的矛盾主要有两方面：一是指业主入住后才发现房屋质量存在瑕疵如房屋或阳台漏水，墙体渗水等，这些是开发商交付房屋时业主验房无法知道和了解的，需要业主入住一段时间后会发现，此时开发商可能已经撤离项目所在地，业主不得不在物业服务企业以及开发商之间来回奔波，矛盾由此产生。二是业主与开发商选聘的前期物业之间的矛盾。虽然国务院《物业管理条例》第24条第2款规定：“住宅物业的建设单位，应当通过招投标的方式选聘具有相应资质的物业服务企业；投标人少于3个或者住宅规模较小的，经物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门批准，可以采用协议方式选聘具有相应资质的物业服务企业。”但是由于缺少监管，开发商基本是安排自己的子公司或指定其利益关联服务企业作为前期物业服务企业，这样一方面对房屋质量上的瑕疵可以通过前期物业进行掩盖和处理，二为业主和自

身之间的矛盾劈开一个缓冲带。

2、业主或业委会与物业公司服务合同之间的矛盾。随着我国房地产业的发展，我国的住宅小区迅速发展。小区业主的诉求与物业服务企业之间经常出现矛盾。现有的有关物业管理法律法规对于物业服务没有制定明确和规范的标准。2017年1月12日，国务院印发《关于第三批取消中央指定地方实施行政许可事项的决定》，明确在前两批取消230项审批事项的基础上，再取消39项中央指定地方实施的行政许可事项。其中包括由《物业服务企业资质管理办法》（建设部令2004年第125号，2007年11月26日、2015年5月4日予以修改）规定的，由省、市级住房城乡建设主管部门审批的“物业服务企业二级及以下资质认定”被正式取消。国务院要求，取消审批后，住房城乡建设部要研究制定物业服务标准规范。在服务标准规范出台前，业主与物业服务企业之间的矛盾评判的依据还是模糊的，虽然国务院《物业管理条例》第34条规定：“业主委员会应当与业主大会选聘的物业服务企业订立书面的物业服务合同。物业服务合同应当对物业管理事项、服务质量、服务费用、双方的权利义务、专项维修资金的管理与使用、物业管理用房、合同期限、违约责任等内容进行约定。”第35条规定：“物业服务企业应当按照物业服务合同的约定，提供相应的服务。”但是，这些规定都是框架性的、原则性的，没有可操作性。

3、小区公共产品不足与业主需求之间的矛盾。由于社会发展，业主生活水平的提高，业主对小区公共产品提出了更多更高的要求。最典型的的就是小区公共停车位

的不足与小区不断增加的私家车数量导致矛盾发生，小区业主之间以及小区业主与物业服务企业经常由此产生矛盾，有时甚至出现矛盾激化现象。

4、业主委员会与业主之间的矛盾。由于城市的发展，小区业主来自不同行业，工作时间不一样，人员素质差异较大，主人翁意识也差距较大，业主对物业服务过程产生的不快往往迁移到业主委员会，认为业主委员与物业服务企业沆瀣一气，不作为或被物业服务企业买通而对业主委员会心生怨恨。

5、业主需求与政府对物业服务企业监管不力之间的矛盾。在物业服务企业面前，业主或业主委员会是弱势群体，业主或业主委员会特别希望政府主管部门主动加强对小区物业服务企业的监管。《物权法》第75条规定：“业主可以设立业主大会，选举业主委员会。地方人民政府有关部门应当对设立业主大会和选举业主委员会给予指导和协助。”国务院《物业管理条例》第5条规定：“国务院建设行政主管部门负责全国物业管理活动的监督管理工作。县级以上地方人民政府房地产行政主管部门负责本行政区域内物业管理活动的监督管理工作。”虽然法律法规作了原则性的规定，但是地方政府部门履责如何，没有考核，许多地方政府在对物业服务企业监管方面几乎毫无作为，政府监管的缺失导致业主的强烈不满，在一定程度上也引发了对政府的不满。

6、小区业主或业委会与物业服务企业利益分割之间的矛盾。随着社会发展，小区为社会提供的公共设施越来越多，除停车位停车费收益，小区无处不在的广告收

益、物业管理用房的租赁收益以及其他收益等，由于业主的弱势地位，以上收益均被物业公司作为利润而占为己有，引起业主强烈不满，有些业主甚至拒缴物业费，业主不交物业费，物业服务企业就降低服务标准，业主就愈发不交费且户数增加，物业服务企业再降低服务标准，业主更加不愿缴纳物业服务费，于是恶性循环。

当然，除以上几方面矛盾外，业主与物业服务企业聘用员工提供服务时之间的矛盾、物业服务企业与员工之间的矛盾、业主相互间矛盾等有时也会影响物业服务企业为业主提供的服务质量，不过不是物业管理和服务意见政府监管中出现的主要矛盾。

三、用法治化的思维和法治方式推动政府加强对住宅小区物业服务的监管

对住宅小区的物业管理和物业服务进行监督管理是政府法定义务。但是，由于住宅小区形成情况复杂，有老小区、单位房改房小区、保障房小区、新建小区、城中村改造小区以及拆迁安置房小区等，相当一些小区公共部位产权模糊，业主产权来源多样，特别是一些老旧小区没有公共维修基金，而基础设施和公共部位又急需维修改造或重建、迁建，但是政府财力有限无能为力，还有一些住宅小区业主产权多样化，导致政府监督管理无平台无抓手。越是困难，越是情况复杂，越是需要政府及其有关部门在物业管理、服务及监管中履行法定职责，促进百姓对美好居住环境的实现。

1、促进住宅小区物业管理和服务的立法。住宅小区的物业管理和服务涉及房产、住房城乡建设、城管执法、城乡规划、

公安、消防、质监、物价、环保、人防、工商、供水、供电、供气、卫生甚至税务等部门，加之有些政府相关部门、房地产开发企业、物业服务企业、业主之间权利义务不明晰，而现行法律法规由于制定较早，且规定过于原则和空泛，在具体到某个区域又可能出现可操作性不强，所有这些，都呼唤地方立法加以规范。促进地方立法，既为业主立规矩，更为物业服务企业立规矩。在立法前要广泛征求意见，通过座谈会、研讨会、论证会、公开征求意见和听证等确保法规的科学性、合法性、廉洁性。

2、细化政府对住宅小区物业管理和服务的主动监管的法律义务。住宅小区的物业管理和服务涉及小区公共资产、资金、资料、资源以及相关收费和收益，这些是小区业主知情权的重要方面，也应是政府监管的重点。对于政府的监督义务，目前只有国务院《物业管理条例》第42条对物业服务收费的监督作出了规定：“县级以上人民政府价格主管部门会同同级房地产行政主管部门，应当加强对物业服务收费的监督。”政府有关部门的其他监管义务均没有明确和具体规定，尤其是主动监管义务必须通过立法细化为政府法定职责，地方人大要加强对政府履行职责的监督检查，上级政府要加强对下级政府履行法定监管职责的考核，多方共同促进和谐小区的建设，推动百姓对美好居住环境的实现。

3、用创新履行政府对物业管理和服务的监管法定职责。创新是政府履行对住宅物业管理和服务的良方。一是对老小区划片共管。老旧小区由于规划设计先天不足，基础设施老旧毁损严重，越是老旧小区，业主经济一般越困难，让业主归集经费对

基础设施进行维修更换保养相当困难，政府必须鼓励物业公司入住老小区并对其进行补贴，通过政府购买服务的方式提升老旧小区业主的物业服务质量。对无法成立业委会的，要成立物业管理委员会，以社区管理为主，以物业管理委员会为辅。同时政府要加大对老旧小区基础设施的投入，全方位改善小区居住环境，这既是民生工程，也是促进百姓对美好生活向往目标的实现。二是要大力培植第三方评估与监管机构。第一、市场化运作符合社会主义市场经济的要求。第二，为业主和物业服务企业之间的服务合同纠纷提供专业的鉴定意见。第三，可以为业主及业主委员会提供专业的咨询意见，协助业主和业委会对物业服务企业的服务质量提供专业的监管意见，为政府对物业服务企业的监管提供专业依据。第四，有助于对物业服务的规律、监管进行研究，为政府决策和立法提供理论基础和专业化的意见。三是创新理念发挥意见领袖的作用。制定业主委员会工作人员补贴政策，提高他们的工作积极性，同时对他们的工作量大小和工作质量、效果加强考核，既避免他们是义务劳动，或只有名义但不开展任何工作，又避免他们仅仅是为了钱而开展工作。所在社区、街道强力介入，利用党政机关、企事业单位的党员发挥作用，让人大代表、政协委员、国企驻小区的干部以及各种热心公益的人士通过法定程序进入小区业委会发挥意见领袖的作用，通过他们把政府的法定监管职责融入到业委会对物业服务企业的日常监管中，把政府的管理和服务有机的融为一体。

4、强化政府监管物业服务过程中的责任担当。一是加强法律宣传，引导业主理性维权，最大限度避免群体事件发生。二是在有市场化标准前牵头制定物业服务标准，加强物业服务方面的政策制定。三是主动推进召开业主大会，选举业主委员会。四是在国务院发文取消物管企业2级及以下资质认定的情况下，主动作为，创新对物业服务企业服务质量与考核的监管，如利用信用记录等，对严重违反法律法规规定义务和违反物业服务合同约定义务，造成较大影响的应给予征信处罚。在房屋交付前，对前期物业管理招投标和前期物业管理实行备案制度，规定对新建商品住宅小区前期物业管理的选聘不再由开发企业指定，而是通过公开招投标的方式，择优选聘，切断开发商与自身物业或指定物业服务企业之间的利益关系，积极发挥主导作用，严格监督前期物业管理公司的选聘，指导业主委员会与物业管理企业签订严密、完备的物业服务合同。五是加强培训，对业主委员会委员及负责人如何开展工作、如何与物业企业打交道等加强培训，使业主能够自觉主动履行法律法规中规定的义务，把物业管理和服务纳入社会治理，切实引导他们用法治化的思维和手段解决矛盾和纠纷。

（作者单位：河海大学法律与政策研究所
江苏东晟律师事务所）

非法携带枪支危及公共安全罪的司法认定及处理

赵俊峰 尹晓闻

基于枪支的非法使用可能引发对公共安全潜在的危险和危害，国家颁布了《中华人民共和国枪支管理法》（以下简称《枪支管理法》）对枪支实施了严格控制管理制度。同时刑法第128条第1款将违反《枪支管理法》的规定、非法持有或携带枪支的行为界定为犯罪行为。由于非法携带枪支进入公共场所或者公共交通工具的行为，既是对枪支管理制度的严重违反，也是对公共安全的严重危害，因此，刑法在規定非法持有枪支罪的基础上，又在第130条还特别规定了非法携带枪支危及公共安全罪，以期实现刑法法益的一般性保护与特殊性保护的阶层关系。然而，对现行刑法规范进行分析，不难发现刑法关于非法携带枪支危及公共安全罪的规定仍然存在的司法认定及处理上的困境。

一、犯罪主体的认定

一般认为，非法携带枪支危及公共安全罪的犯罪主体为一般主体，即刑法对该罪的犯罪主体要件并没有特别的规定，凡是非法携带枪支进入公共场所或者公共交通工具危及公共安全的人都可以成为本罪的犯罪主体。但在司法实践当中，对于那些依法有权具有配备、配置枪支的人员，如果违反规定，携带枪支进入公共场所或者公共交通工具的行为，是否也可以认定构成本罪呢？对此存在两种不同观点：一是认为应当以危险方法危害公共安全罪或者过失以危险方法危害公共安全罪论处。理由是具有配备、配置枪支的人员携带枪支不属于本罪中的“非法”行为，因此，只能对其危及公共安全的行为进

行刑法上的评价。二是以非法携带枪支危及公共安全罪论处。

笔者赞同第二种观点。原因在于该行为与以危险方法危害公共安全罪在犯罪客观方面相距甚远。《刑法》第114条和第115条分别规定了放火罪、决水罪、爆炸罪、投毒罪、投放危险物质罪、以危险方法危害公共安全罪等，根据犯罪行为“等害性”原则，只有当行为人实施了与放火、决水、爆炸、投毒、投放危险物质等行为相当的社会危害性行为，足以危害公共安全时，才能以危险方法危害公共安全罪论处。既然法律法规赋予行为有配备、配置枪支的权利，那就说明携带枪支的行为本身并不具有社会危害性，显然也就不可能具有与放火、决水、爆炸、投毒、投放危险物质等相对等的危害性。而且，以危险方法危害公共安全罪，尤其是过失以危险方法危害公共安全罪往往以出现危害结果作为犯罪构成的要件，属于结果犯。而非法携带枪支危及公共安全罪是一种典型的危险犯。

根据《刑法》第130条的规定，成立非法携带枪支危及公共安全罪是以“非法”携带枪支为前提的。有关枪支管理犯罪构成要件中的“非法”，一般是指违反国家有关枪支管理规定。例如《刑法》第128条确定的“非法持有、私藏枪支、弹药罪、非法出租、出借枪支罪”就明确规定为“违反枪支管理规定”。非法携带枪支危及公共安全罪也属于有关枪支管理方面的犯罪，其“非法”含义也应当是指违反枪支管理规定。由于刑法作为权利保障的最终性规

范，具有更为强烈的国家意志性，因此，可以纳入刑法视野中行为模式的制度规范的效力也应当是高位阶的。根据《刑法》第96条规定，所谓“违反国家规定”是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。可见，刑法规范中的“枪支管理规定”只能是法律或行政法规规定。目前在法效力位阶上，具有法律或行政法规效力位阶的有关枪支管理规定主要是指2009年第十一届全国人民代表大会常务委员第十次会议修订的《枪支管理法》。该法对枪支的管理规定非常明确，其中第二章规定了可以配备公务枪支和配置民用枪支的各类主体。同时该法第25条规定：“配备、配置枪支的单位和个人必须遵守下列规定：（一）携带枪支必须同时携带持枪证件，未携带持枪证件的，由公安机关扣留枪支；（二）不得在禁止携带枪支的区域、场所携带枪支；……”可见，非法携带枪支危及公共安全罪“非法”应当包括两种情形：一是不属于《枪支管理法》第二章规定的有权配备、配置枪支的人员携带枪支并进入公共场所或者公共交通工具，属于“非法”携带枪支进入公共场所或者公共交通工具的行为。二是有权配备、配置枪支的人员违反《枪支管理法》第25条地规定，携带枪支进入公共场所或者公共交通工具，也应当属于“非法”携带枪支进入公共场所或者公共交通工具的行为。

基于对本罪“非法”含义的理解，可以看出本罪的犯罪主体包含两类：一类是不具有配用、配置枪支资格的一般主体。此类人员携带枪支本身就是违反枪支管理法的规定，是一种具有潜在危害性的违法行为，如果还携带枪支进入公共场所或公共交通工具，危及公共安全且情节严重，必然构成非法携带枪支危及公共安全罪。另一类是具有配备、配置枪支资格的特殊

主体。具有配用、配置枪支的特定人员应当遵守《枪支管理法》有关枪支使用管理规定，如果此类人员违反枪支管理规定，携带枪支进入公共场所或公共交通工具，危及公共安全且情节严重时，也可以构成非法携带枪支危及公共安全罪。

二、犯罪主观方面的确定

我国刑法学界对非法携带枪支危及公共安全罪主观方面的认定观点不一，有人认为本罪的主观方面是故意，有人认为本罪的主观方面较为复杂，就非法携带枪支而言，行为人表现为故意，而对于可能造成的危害公共安全的后果而言，则只能是过失。

事实上，从犯罪构成的客观要件来看，非法携带枪支危及公共安全罪的客观要件包含了基本的“侵害要件”与加重的“危险要件”。其中，基本的“侵害要件”是指非法携带枪支的行为，因为该行为侵害了国家法益，即有关枪支管理制度，属于行为无价值。加重的“危险要件”是指非法携带枪支进入公共场所或公共交通工具，引发了对公共安全的现实危险，属于结果无价值。之所以谓之“加重的危险”，是因为“侵害要件”（非法携带枪支）本身就具有对公共安全潜在危险性，刑法理论上将“侵害要件”本身可能引发的危险称之为“基本危险”，也正因为如此，我国刑法第128条第1款规定了非法持有枪支罪。当非法携带枪支进入公共场所或公共交通工具时，对公共安全潜在的危险实际上已经加重为对公共安全现实的危险。可见，非法携带枪支危及公共安全罪属于一种“双危险”的加重危险犯。如同对“加重结果犯”主观要件的阐释一样，加重危险犯也应当是分别对基本的“侵害要件”和加重的“危险要件”主观方面进行阐述，而不能用一个笼统的犯罪故意或犯罪过失来概括主观方面。因此，要分析非法携带枪支危及公共安全罪主观要件，必然要分析基本的“侵害要件”和加重的“危险要件”两个方面。

就基本的“侵害要件”而言，由于存在

两类不同的犯罪主体，因此，在分析侵害要件的主观方面时，也应当作具体分析。对于不具有配备、配置枪支资格的人员来说，如果携带了枪支进入了公共场所，主观上属于“明知不能为而为之”的心理态度，其对非法携带枪支的行为持有故意的心理态度，成立侵害故意。而对于具有配备、配置枪支资格的人员来说，如果明知其携带枪支进入公共场所或者公共交通工具是违反枪支管理规定的，同样具有侵害故意，成立侵害故意；如果只是因为疏忽或者大意而违反枪支管理规携带枪支进入公共场所或者公共交通工具，其主观上只具有过失的心理态度，属于侵害过失。例如，某警察在执行公务时携带了枪支，但当公务执行完毕却由于疏忽没有将枪支交回枪支保管机构，而携带进入公共场所或者公共交通工具。由此可见，并不像有些学者认为的那样，就非法携带枪支而言，行为人表现为故意。

就加重的“危险要件”而言，由于非法携带枪支进入公共场所或者公共交通工具并不必然导致对公共安全的危险，只是一种比较缓和的推定性危险，属于一种抽象的危险。抽象危险是由立法者依其生活经验的大量观察，推定某一类型的行为人对于特定的保护体带来一般性的危险，如预定该类型的行为具有高度危险，行为只要符合不法构成要件所描述的事实，即要认定具有这种危险。目前，司法实务在认定抽象危险犯主观方面的故意或过失见解不一。有观点认为，由于成立危险犯必然是危险要件与侵害要件的结合，而且“抽象的危险犯不是以发生危险作为构成要件要素的犯罪”，因此，危险要件并不是犯罪成立的要件要素，只要认识行为人其他侵害要件要素即可，不必认识到抽象危险，行为人对侵害要件的主观心理态度就决定了危险要件的主观心理态度。就非法携带枪支危及公共安全罪而言，如果行为人对

非法携带枪支进入公共场所或者公共交通工具持有故意的心理态度，那么行为人对可能危害公共安全的危险也就持有故意的心理态度；如果行为人是非法携带枪支进入公共场所或者公共交通工具持有过失的心理态度，那么行为人对可能危害公共安全的危险也就持有过失的心理状态。也有观点认为，抽象的危险犯是以没有达到具体的危险程度的漠然的危险作为要件，所以危险故意也与之相对应。也就是说，对抽象危险的推定并不象对具体危险的推定那样，要求危险的程度达到行为人已经认识到危险发生的紧迫性。对抽象危险故意的认定，强调行为人只要认识到危害结果发生的可能性时，即为危险故意。因此，无论行为人是出于故意还是过失非法携带枪支进入公共场所或者公共交通工具，由于其对自身行为的可能引发危害公共安全的危险可能性都有足够的认识力和判断力，就可以推定行为人具有危险故意，即对其行为危害公共安全持有故意的心理态度。笔者认为，既然在抽象危险犯の場合，也要求发生与具体危险一样的危险，只不过危险的发生是法律上推定的，但危险故意是不能推定的，要求行为人认识到具体危险。那么，对危险要件主观方面的认定应当取决于行为人对危险发生所持的心理态度，而不能完全由引发危险的侵害要件的主观方面来决定。就非法携带枪支危及公共安全罪来说，不能因为法律上推定非法携带枪支进入公共场所或者公共交通工具能引发对公共安全的危害，就可以推定行为人存在危险故意，而应当具体分析行为人对可能发生公共安全的危险所持的心理态度。如果行为人非法携带枪支进入公共场所或者公共交通工具，主观上认识到其行为可能引发对公共安全的危险，并希望或者放任对公共安全危险的发生，则属于危险故意；如果行为非法携带枪支进入公

共场所或者公共交通工具，主观上并没有认识到其行为可能引发对公共安全的危险，则属于危险过失。

三、刑罚裁量与本罪适用的可能性

由于我国刑法第128条第1款已经规定了“非法持有枪支罪”，而“非法携带枪支”又是“非法持有枪支”最典型的行为形态之一，因此，当不具有配备、配置枪支资格的人员携带枪支，必然构成了非法持有枪支罪。对待非法携带枪支危及公共安全行为的定罪量刑问题，学术界存有不同的观点。第一种观点认为，非法携带枪支进入公共场所或公共交通工具的行为应定性为非法持有枪支罪。第二种观点认为，非法携带枪支进入公共场所或公共交通工具的行为应定性为非法持有枪支罪和非法携带枪支危及公共安全罪实行数罪并罚。第三种观点认为，非法携带枪支进入公共场所或公共交通工具的行为应为一个行为同时触犯了数个法律条文，其中一个法律条文为另一个法律条文所包括，属法条（或法规）竞合，因此只能适用其中一个法律条文，而排斥其他法律条文的适用。非法携带枪支进入公共场所或公共交通工具虽也是非法持有枪支，但因该行为会危及公共安全，所以刑法予以特别规定，因此从立法精神上考虑，应选择适用特别法条，以非法携带枪支危及公共安全罪来定罪量刑。

笔者认同第三种观点。因为第一种观点实际上错误理解了牵连犯的概念。理论上，牵连犯是指出于一个犯罪目的，而犯罪的方式、方法或结果牵连地触犯了其他罪名的犯罪，而且刑法已经将非法携带枪支危及公共安全行为独立设罪，就完全摆脱了“牵连”的关系。而第二种观点把两者按数罪对待，是对同一行为进行重复评价，有违刑法“禁止重复评价”的原则。非法持有枪支罪的设罪目的并不是因为“持有”行为本身具有危害性而被刑法禁止，而是基于“持有”行为可能引发的对公共安全的危害而成为刑法规范的禁止性行为。而刑法又没有明确持有枪

支可能危害公共安全的具体方式。持有枪支进入公共场所和公共交通工具其实就是非法持有枪支行为可能危害公共安全的情形之一，而且是一种较为严重的危害情形，所以只能认定非法携带枪支进入公共场所或公共交通工具的行为是非法持有枪支行为的一种加重情节。从犯罪构成要件来看，非法持有枪支的行为是非法携带枪支危及公共安全罪的必备构成要件，难以想像如果行为人在没有非法持有枪支行为为前提下，就成立了非法携带枪支危及公共安全罪。由此可见，非法携带枪支危及公共安全罪与非法持有枪支罪只存在一个刑法上的“非法”行为，不具有数罪的构成要件，如果按数罪来处理必然有悖刑法中的“禁止重复评价”的原则。

事实上，法条竞合是指一个行为符合了数个构成要件，但由于各法条之间存在重合交叉关系，故实质上只符合一个构成要件，排除适用其他构成要件的情况。针对不具备配备、配置枪支资格的犯罪主体来说，在行为方式上，“携带”是“持有”的最典型、最直观行为形态之一。非法携带枪支当然属于非法持有枪支，非法携带枪支进入公共场所或公共交通工具直接危及到了公共安全也就成为非法持有枪支罪最直接的加重结果。由此可见，非法携带枪支危及公共安全罪的构成要素已经涵盖了非法持有枪支罪的构成要素，即只要构成非法携带枪支危及公共安全罪也必然构成非法持有枪支罪。刑法为了特别保护公共安全不受危害，在非法持有枪支罪的基础上，增添了“进入公共场所或者公共交通工具”、“危及公共安全”和“情节严重”等数个特别要素来架构非法携带枪支危及公共安全罪，这样在刑法第128条第1款的规定“非法持有枪支罪”和第130条的规定“非法携带枪支危及公共安全罪”之间形成了具有“特别关系”的法条竞合。前者是普通法，后者是特别法。对于特别关系的法条竞合的处理，理论上认为应当根据特别法优于一般法的原则，只适用特别规定而

不适用一般规定。因此，应当依照“非法携带枪支危及公共安全罪”定罪处罚。

但在笔者看来，依照“特别关系”法条竞合的处理原则解决两罪的刑事责任问题，很有可能导致对罪刑相适应原则的违背。因为，在法定刑的设置上，由于非法携带枪支危及公共安全罪只有一个法定刑幅度，即三年以下有期徒刑、拘役或者管制。而非法持有枪支罪设置了两个法定刑幅度，即处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。因此，从犯罪性质与刑罚设置的关系角度来看，与非法持有枪支罪相比，非法携带枪支危及公共安全罪显然属于轻罪。事实上，如前所述，非法携带枪支危及公共安全罪是非法持有枪支罪的加重危险犯，较非法持有枪支罪而言属于重罪。当行为人携带枪支进入公共场所或者公共交通工具，危及公共安全且情节严重时，单以刑法第130条规定的非法携带枪支危及公共安全罪对其定罪处罚，显然不足以对该行为的社会危害性进行评价。因此，在司法实务中，往往又可能借助于法条竞合要求的“重法优于轻法”的处理原则，对携带枪支进入公共场所或者公共交通工具，危及公共安全的行为适用刑法第128条第1款的重罪条款，以非法持有枪支罪对其定量刑，处三年以上七年以下有期徒刑。这样，从刑事责任角度来看，运用法条竞合的处理原则来解决“非法携带枪支危及公共安全罪”和“非法持有枪支罪”竞合关系似乎不存疑虑，但问题在于法条竞合处理原则的运用致使非法携带枪支危及公共安全罪丧失了刑法设罪的必要性。原因在于：一方面，刑法之所以将非法持有枪支行为规定为犯罪并且置于《刑法》第二章危害公共安全罪当中，是因为非法持有枪支本身就是一种危害公共安全的行为，可能引发对公共安全的潜在危险，即前述当中“侵

害要件”的基本危险。然而，根据刑法第130条的规定构成非法携带枪支危及公共安全罪，除了“侵害要件”的基本危险之外，还要求“加重危险”达到“情节严重”的程度，否则就不能以非法携带枪支危及公共安全罪定罪量刑。如果行为人非法携带枪支进入公共场所或公共交通工具的行为，虽然对公共安全构成了威胁，但没有达到“情节严重”的程度，就只能考虑非法持有枪支罪所包含的“基本危险”要素，适用非法持有枪支罪定罪量刑，不能适用非法携带枪支危及公共安全罪定罪量刑。笔者认为，完全可以将非法携带枪支进入公共场所或公共交通工具危及公共安全却没有达到“情节严重”的行为纳入非法持有枪支罪的“基本危险”范畴，从而排除非法携带枪支危及公共安全罪的适用。另一方面，刑法规定将“情节严重”作为非法携带枪支危及公共安全罪的入罪条件，只设定一个法定刑幅度，却没有再规定危及公共安全的更为严重的情节，也就没有设置更高的法定刑幅度。如果非法携带枪支进入公共场所或者公共交通工具危及公共安全的行为，其危害程度已经超出了“情节严重”，显然，适用刑法第130条规定的非法携带枪支危及公共安全罪定罪处刑是不合理的，因此，必然借助于“重法优于轻法”的法条竞合处理原则，追究行为人非法持有枪支行为的法律责任，依照刑法第128条第1款以非法持有枪支罪定罪，并依据“情节严重”选择较高的法定刑，即三年以上七年以下有期徒刑，从而再次排除了非法携带枪支危及公共安全罪的适用。可见，无论非法携带枪进入公共场所或公共交通工具对公共安全带来的危险程度如何，都可以依据非法持有枪支罪定罪量刑，无须适用非法携带枪支危及公共安全罪。

四、增设本罪的加重情节以提高法定刑

刑法为了保护公共安全不受非法携带枪支行为的危害，一方面，在非法持有枪支罪的基础上又特别规定了非法携带枪支危及公共安全罪；另一方面，在刑罚的设置上，对侵害这种特别需要保护法益的法定刑却轻于非法持有枪支罪，致使在司法实务当中因为非法携带枪支危及公共安全罪不能得到适用而导致刑法对特别法益的保护立法精神的丧失。因此，为化解立法精神与司法适用之间存在矛盾，必须增加非法携带枪支危及公共安全罪的加重情节以提高法定刑。

首先，从犯罪侵害的客体来看，非法携带枪支危及公共安全罪侵犯的是双重客体，即对国家有关枪支管理规定的严重违反和对公共安全现实危害。一般认为，犯罪客体是指刑法所保护而为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系。根据罪责刑相适应的原则，犯罪的社会危害性和犯罪人的人身危险性大小不同，则行为人应当承担的刑事责任大小和应受刑罚的轻重也应有差异。犯罪客体的内容影响犯罪的社会危害性程度，即犯罪的危害程度与社会关系的受危害情况是成正比例关系的，对某种犯罪的刑罚配置也应当充分考察该犯罪所侵犯的社会关系（犯罪客体）的情况。犯罪所侵害客体的程度在一定程度上取决于该客体的重要性、犯罪客体的数量以及被侵害客体的现时性。犯罪侵害的客体越重要、侵害的客体数量越多以及客体受侵害危险越即时，犯罪的社会危害性程度就越大，犯罪行为人应当承担的刑事责任也就越大，与之相匹配的刑罚就越严厉。非法持有枪支罪尽管也有可能危害公共安全罪，但行为人非法持有枪支的行为与公共安全的危害之间还存在较大时间间隔和较小的概率因素，因此，犯罪侵害的客体主要是国家有关枪支管理规定。刑法理论上，在没有其他衡量因素时，犯罪客体往往作为评价犯罪行为的社会危害性程度，

影响到刑罚的立法配置和司法裁量。犯罪侵害的客体数量越多，客体所受行为侵害的危险性越大，犯罪行为的社会危害性也就越大，刑法为该犯罪设置的刑罚幅度也就应当越高。因此，基于非法携带枪支危及公共安全罪的犯罪客体在数量上多于非法持有枪支罪，客体所受危险的可能性大于非法持有枪支罪，刑法就应当提升非法携带枪支危及公共安全罪的法定刑幅度。

其次，非法携带枪支危及公共安全行为罪与非法持有枪支罪在刑法体例的安排上都列属于“危害公共安全犯罪”一章，可见，立法旨意确定两罪侵犯的同类客体都是公共安全。但从符合两罪构成要件的行为的危害性来看，非法持有枪支的行为仅仅是危害公共安全的或然性行为，亦即，非法持有枪支行为与公共安全的危害之间并不存有必然的因果联系，判定非法持有枪支行为是否直接危害到了公共安全，还应当充分考虑行为人持有枪支的目的、动机、场所以及使用枪支的方法等客观因素。然而，在司法实践中，司法机关在认定非法持有枪支行为是否入罪时往往只判断该行为是否符合法定形式要件，即只在客观上认定持枪行为是否是法律禁止的行为，而很少考虑持枪行为人主观上应当预见的社会危害性结果。这种“客观定罪”主义方式，虽然可以在短期内改善治安环境，但却可能以牺牲民众的合法权利为代价，侵犯了公民的正当权利，增加了社会不稳定的风险。其实，国外不禁止公民持有枪支的国家还在立法上肯定了公民持枪的权利。例如，1789年通过的美国宪法修正案，第二条规定：训练有素之民兵是保障自由州安全所必须，人民持有和携带武器的权利不容侵犯。

我国刑法之所以在不考虑可能危害公共安全的诸多客观因素的情况下就规定非持有枪支行为为犯罪，主要还是基于维护国家枪支管理制度。就保护公共安全而言，立法旨

意在于设定预防性的法益保护措施。因此，尽管非法持有枪支罪被置于“危害公共安全犯罪”一章，但在笔者看来，该罪更偏向于法定犯，而非自然犯。与非法持有枪支行为相比，非法携带枪支危及公共安全行为的危险性不仅具有即时性，而且具有现实性。行为人非法持有枪支的行为已经添加了危害公共安全的客观因素——进入公共场所或者公共交通工具，而且在犯罪构成要件上已经齐备了情节严重之客观要件，其对公共安全的危险性不再停留在或然状态，而已经转发为实际的危险，因此，非法携带枪支危及公共安全行为的社会危害性更大。所以刑法在非法持有枪支罪的基础上为处罚危害公共安全的现实危害行为，特别规定了非法携带枪支危及公共安全罪，目的已从维护枪支管理制度偏向于维护公共安全，偏向于自然犯。因此，基于两罪的保护法益、立法目的以及对公共安全造成危害的即时性和可能性等社会危害程度来分析，非法携带枪支危及公共安全罪应重于非法持有枪支罪，在法定刑幅度的设置上也应当重于非法持有枪支罪。

第三，从非法携带枪支危及公共安全罪设罪的目的来看，刑法特别设立此罪的目的主要有三个：一是强调人们的人身和财产安全在公共交通工具等公共场所里不受非法携带的枪支的危害；二是当人们的人身和财产安全在公共交通工具等公共场所里受到了非法携带的枪支危害时，以该罪来定罪量刑可以起到刑罚打击和预防犯罪的作用；三是特别突出非法携带枪支危及公共安全的行为不同于单纯的非法持有枪支的行为，前者的社会危害性和对公共安全造成危害的可能性更大。刑法设立非法携带枪支危及公共安全罪的诸多目的必然依靠本罪的适用来实现。然而，由于非法携带枪支危及公共安全罪的法定刑设置偏轻的问题，正如前面所述，行为人非法携带枪支进入公共场所或公共交通工具危及公共安全时，无论情节是否严重或

者严重程度如何，运用法条竞合的处理原则，都可以通过非法持有枪支罪来解决本罪刑事责任问题，尤其当行为人非法携带枪支进入公共场所或公共交通工具危及公共安全且情节特别严重时，由于《刑法》第130条规定非法携带枪支危及公共安全罪的法定刑偏轻的缘故，就必然因法条竞合处理原则的运用致使本罪不可能被适用，而适用《刑法》第128条第1款规定的非法持有枪支罪。如此看来，刑法第130条规定非法携带枪支危及公共安全罪便无法实现本罪的立法目的。

非法携带枪支危及公共安全罪作为非法持有枪支罪的危险加重犯，其刑罚设置应当有别于基本危险犯。在大陆法系国家里，危险加重犯的刑罚普遍表现出偏重的倾向。因此，在我国为更好地保护公共安全不受非法携带枪支行为的危害，在司法实务当中能够有效地适用非法携带枪支危及公共安全罪对非法持有枪支可能造成严重后果的行为定罪量刑，刑法必须增加非法携带枪支危及公共安全罪的有关加重情节，从而提高本罪的法定刑。因此，在设定非法携带枪支危及公共安全罪刑罚时，应当从三个方面来考察：一是应当考察基本危险犯——非法持有枪支罪——的刑罚设置；二是应当考察非法携带枪支危及公共安全罪作为“特别”之罪的立法目的，因为非法携带枪支危及公共安全罪作为非法持有枪支罪的“特别”之罪，其保护法益具有优先性和特别性，其刑法的设置应当重于非法持有枪支罪。三是应当考察通过法条竞合的处理原则使得非法携带枪支危及公共安全在司法实务当中完全可以得到适用。在综合考察上述诸因素基础上，笔者认为，应当将刑法第130条非法携带枪支危及公共安全罪的法定刑升格为“情节严重的，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处五年以上十年以下有期徒刑。”

（作者单位：溧阳市人民检察院
湖南理工学院）

浅析患者长期滞留医院的破解之路

何健宏 黄文娣

近年来，涉医违法行为时有发生，患者长期滞留医院就是其中之一。该类行为不仅强占医疗公共资源，损害广大患者的医疗权利，而且也极大地影响了医疗机构的正常医疗秩序。如何解决此类问题？医院往往选择诉讼，以医疗服务合同终止为由要求法院判令排除妨害，但一方面该类案件法律适用难度较大、另一方面涉及社会问题，仅通过诉讼途径解决，效果往往不理想。因此，有必要基于法治思维、通过全局思考，就该问题的解决进行探索。

一、问题的提出——基于对一只“麻雀”的解剖

（一）案例：八旬老人因骨折“住院”7年有余

2011年3月，年逾八旬的黄某因腿、肋骨摔成骨折被送入常州某医院治疗，医院经其子同意后对黄某进行了手术，次月对其伤口进行了拆线。2011年3月至7月，该院对黄某骨折处多次进行拍摄X片，均显示：骨折端对位良好，骨折线已消失，关节间隙未见明显异常。2011年12月，该医院终止对黄某的医疗服务并为其办理了出院手续，但黄某均置之不理。2014年8月，该院又向黄某之子寄送了催告函，告知黄某家属接黄某回家，如有纠纷通过正当途径处理。但黄某及其家属依然置之不理。2015年9月，该医院以黄某骨折手术顺利、X片显示骨折对位良好、骨折线已消失、根据其康复情况应出院休养等为由诉至法院，要求判令：1、解除双方之间

的医疗服务合同，黄某立即搬离医院；2、黄某支付所欠医疗费用13694元。但黄某以医院存在医疗过错造成手术失败、没有住处等为由，要求法院驳回某医院的诉讼请求。在案件审理中，某医院申请就黄某是否具备出院标准进行鉴定，但法院鉴定部门就该申请分别咨询了司法部司法鉴定科学研究院、南京医科大学司法鉴定所和北京中正司法鉴定所，上述机构均以没有标准可参考，无法做出科学性较强的鉴定意见为由，拒绝鉴定。那么，问题来了：出院标准如何确定，由谁确定？医疗机构在什么情况下能单方解除合同？无住处的滞留医院患者该如何安置？

（二）以点看面——让病人出院难的成因检视

1、“冷暴力”难以认定为“医闹”。一般而言，只有杀害、伤害、侮辱医务人员，围堵医疗机构等行为才构成刑事案件或行政处罚案件，而滞留在医疗机构之类的不作为行为，很难成为刑事或行政处罚的对象。即使在因患者的其他纠纷或社会矛盾中的诉求尚未解决，以滞留医院给政府、法院等部门施压作为实现自己诉请的“筹码”而无理滞留之情形，医疗机构往往也只能采取强制力较弱的民事诉讼措施加以救济。

2、民事法律适用难。一方面，出院标准认定难。由于实际情况复杂，对于何种情况下可以出院，我国并没有相应的标准；在诉讼中，鉴定机构一般也拒绝做是否达

到出院标准的鉴定。如果法院单方面采纳医疗机构的意见，往往缺乏说服力和公信力；另一方面，患者认为“医疗机构存在医疗过错导致病没有治好”成为滞留不走的抗辩事由。很多患者滞留医院的直接原因都是怀疑医院在对其诊治过程中存在医疗过错、给其造成了一定的医疗损害，因此要求对其继续治疗、直至满意为止，而滞留医疗机构要求继续治疗是否属于继续履行、医疗行为达到何种程度算是医疗机构履行了其义务、医疗机构在何种情况下可以解除医疗服务合同、医疗损害与拒绝搬离之间是否构成同时履行抗辩等法律问题，已困扰司法实践已久。

3、社会救助机制尚不健全。有些患者虽然已经达到出院标准无需继续治疗，但自认为患有脑梗塞、心血管疾病等容易复发的疾病，住在医院要比住在养老院或者家里更方便治疗也更安全，而且病房床位费要比全护病房便宜、住院费用又可以医保报销，因此自愿缴纳床位费滞留病房，拒不出院；有些诸如流浪乞讨人员、被遗弃人员、精神障碍人员等，家属信息登记缺失或不实，导致其虽已达到出院标准，但因无机构或个人愿意接纳，因此只能长期滞留在医疗机构。

二、患者何时应当出院——以出院标准为主要探究视角

（一）患者什么时候可以出院？

1、何为出院标准？理论上而言，患者达到出院标准即可出院，但由于疾病的复杂性，“出院标准”不论在理论上还是规范性文件上均未形成统一标准，司法实务界亦然。有认为只有将患者治愈才能达到出院标准，如在常州某医院诉朱某医疗服务合同纠纷一案中，法院就认为“常州某医院首先要履行对朱某的治疗义务，以使朱某所受之伤痊愈，朱某则应支付相应的医疗费用。但常州某医院所提供的出院诊

断及照片仅能证明朱某必须借助自助器站立，并不能证明其所受之伤已经痊愈，故常州某医院并未完成治疗义务……因此驳回常州某医院要求朱某立即搬离的诉讼请求”。但本文认为，该观点有待商榷。由于治疗方式的多样性和医疗资源的稀缺性，可以根据疾病状况而采取自行康复、居家治疗、门急诊治疗、继续住院治疗等多种治疗方式。因此，出院标准应当是患者的疾病已经得到了有效的控制，病情稳定，即使出院，患者的生命和健康风险亦在可控范围之内，其并不能等同于疾病的完全治愈。

2、是否符合出院标准由谁说了算？不论在法律法规层面还是统一的医疗规范层面，“出院标准”都没有较为明确的规范和参照，因此正如本文所引案例，并无权威之第三方可以对此进行鉴定。此外，由于医学的专业性，法官在判定患者是否符合出院标准时，只能依赖于当事医疗机构的判断。然而，一方面不同的医疗机构对出院标准的掌握存在差异，另一方面按照民事诉讼法的规定，对当事人提交的对自身有利的证据尤其是言辞证据，人民法院在采纳时应当主要审查，不能单凭举证一方的言词证据定案，这往往让法院陷入两难。本文以为，根据《执业医师法》第21条规定，医师在执业活动中享有在注册的执业范围内进行医学诊查、疾病调查、医学处置、选着合理的医疗方案等权利，因此，法官应当以信任医疗机构的专业判断为基础，同时参酌患者实际病情、医院的诊断证明、会诊记录等，并通过走访本地区其他医疗机构听取其意见，从而对是否符合出院标准进行综合判断。

（二）患者何时应当出院？医疗服务合同何时终止？

1、医疗服务合同及其过程性。医疗服务合同是指医疗机构与患者之间形成的，

由医疗机构为患者提供诊断、治疗等医疗专业服务，患者接受、配合诊疗并支付相应医疗费用的合同权利义务关系。由于医疗过程的专业性和风险性等特殊性，因此医疗服务合同虽然是双务、有偿、诺成合同，但同时亦为过程合同，而非结果合同。即医疗机构只要按照法规规定、诊疗规范以及合同约定进行治疗，并符合当时的医疗水平和义务注意标准，即使未达到患者所要求的某种效果（如治愈），亦应当认为其已经完全履行了自身的义务。

2、医疗机构的合同权利义务终止与要求患者搬离请求权。根据《合同法》第91条：有下列情形之一的，合同的权利义务终止：

（一）债务已经按照约定履行；（二）合同解除……因此，当医疗机构依规定、依约定履行了自身的诊疗义务，使患者符合出院标准，此时可以认为可以认为医疗机构已经按照约定履行了债务，其合同权利义务终止，医疗机构有权依据《物权法》第35条所规定的排除妨害请求权要求患者搬离，并依据《物权法》第37条、《侵权责任法》第6条的规定要求患者支付滞留期间占用病床的使用费。判断医疗机构是否完成了其诊疗义务从而终止其合同义务的判断标准为患者是否符合出院标准，如果患者对此存在异议，双方可以通过诉讼途径加以认定。此时，除非合同另有特别约定，否则并不存在医疗服务合同的解除问题，医疗机构并不需要先依据法定或者约定的合同解除事由解除合同后才能要求患者搬离。此时，医疗机构向患者开具的出院通知单，并非是解除合同的意思表示，而是告知患者医疗机构的合同义务已经履行完毕的意思表示，并不受合同解除权除斥期间的限制。

另外，根据《合同法》第94条：有下列情形之一的，当事人可以解除合同：

（一）因不可抗力致使不能实现合同目

的……（三）当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；（四）当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的……因此，如果患者存在不支付医疗费、对诊疗拒绝必要的配合等违反其主要合同义务的情形，经医疗机构催告或者合理说明仍不改正的，除非情况紧急或者法律另有特别规定，否则医疗机构可以依法解除医疗服务合同并要求患者搬离。另外，如果限于医疗机构的专业水平和设备情况，其没有能力治疗患者的，可以认为存在不可抗力或其他违约行为致使不能实现合同目的之情形，医疗机构可以要求患者转院而办理，从而解除合同。此时医疗机构向患者开具的出院通知单系合同解除的意思表示。

（三）存在医疗损害与排除妨害请求权是否构成同时履行抗辩？

根据《合同法》第66条的规定，同时履行抗辩权是指当事人互负没有履行先后顺序的债务的情况下，应当同时履行，如果对方未履行或未完全履行的，则一方有权拒绝对方要求履行的权利。其理论基础在于双务合同的牵连性，即给付与对待给付之间具有不可分离的关系，其目的在于维持双务合同当事人间在利益关系上的公平。同时履行抗辩权最为典型的情形是既没有约定履行先后顺序又无法通过交易习惯确定先后顺序的双务合同履行抗辩权，但同时履行抗辩权并不限于此，在合同无效、被撤销、被解除而产生的财产返还、赔偿损失等场合，只要两个履行请求权的对立在实质上具有牵连性，亦可适用之。但反观医疗损害赔偿请求权与排除妨害请求权，一是这两者虽然都基于医疗服务合同而产生，但前者系违约责任或侵权责任，而后者系物权的所有权自带之保护措施，两者之间很难说能够存在实质上的牵连性；

二是同时履行抗辩权作为债权保护方式的一种，其主要设立目的在于保障债权的实现或者不受侵害，而众所周之，医疗机构一般均会对其从业人员购买责任保险，加上其一般具有较强的金钱债务履行能力，因此患者获得医疗损害赔偿的债权一般不会因医疗机构缺乏履行能力而落空；三是由于医疗资源的稀缺性和公共性，也不应当允许患者以存在医疗损害为同时履行抗辩事由而滞留医疗机构。综上，当发生医疗损害赔偿纠纷时，应当让符合出院标准的患者另行提起医疗损害赔偿诉讼等方式主张其权利，而非滞留在医疗机构。

三、如何让滞留患者愿意出院——以全局思维为视角

法律诉讼是此类问题的解决途径之一，但却不是最佳途径。在司法实践中，患者搬离医疗机构的判决执行难就是最好例证。配套机制、预防措施的健全比司法路径更为重要。

1、加强医患沟通，加强患者信息采集和管理。在患者入院前，充分沟通了解患者住院的诉求和目标，在医疗服务合同建立之处就对患者目的的合理性进行判断和建议。在患者住院期间，加强医患沟通，引导患者合理预期，通过病情告知、健康宣教，培养患者对疾病与治疗选择的正确认知，主动配合住院治疗，遵循遗嘱办理出院并调整治疗方式。通过沟通，及时发现患者的不满和异议，积极处理不良事件，当形成医疗纠纷时，也应通过医患双方积极沟通妥善解决，避免矛盾升级造成长期滞留结果。此外，应当加强患者及对患者具有抚养、扶养、赡养义务的主体的信息采集和管理，以便于加强沟通。

2、由医学会或其他权威部门尽快出台常见疾病出院、转诊标准指南。一旦明确了疾病的出院及转诊标准，就能在很大程度上规范医疗机构与医务人员的诊疗行为，

同样如果发生纠纷，也可以为鉴定机构与法院裁决提供相应的依据和指导，避免因出院标准的主观性和随意性而造成缺乏公信力。

3、加快发展“医养结合”工作。目前，我国的老龄化问题日益严峻，因此，鼓励医疗机构开设养老病区，鼓励专业医护人员进入养老领域，同时将医养结合机构纳入医疗保障报销范畴，不仅能较好地解决患病老年人的医疗照顾和生活照料问题，同时通过对医疗资源的合理配置，消除老年人因看病远、看病烦而选着滞留医疗机构的念头。

4、细化医疗保障，推进分级诊疗。推进分级诊疗要从医疗报销制度上予以细化，利用经济手段逐步促使患者分级就诊。根据疾病诊断和病情严重程度在不同级别的医疗机构之间设立不同的报销比例。对于超出疾病标准与符合出院标准却滞留医院的患者，应当适当降低报销比例甚至不予报销，从而引导患者根据自身疾病情况合理选择就诊的医疗机构。

5、加强社会救助工作。对于社会救助工作，政府要加大投入，加大考核力度。相关部门应尽快出台实施办法和具体方案，使之利于执行实施、严谨快捷。减轻医疗机构承担医疗救助之外的社会救助压力，促使各项救助工作的全面落实。同时根据《疾病应急救助基金管理暂行办法》和《国家卫生计生委办公厅关于做好疾病应急救助有关工作的通知》，加快落实医疗机构开展医疗救助工作的基金支付和补助，保障医疗机构利益。

（作者单位：常州市经开区法院）

建筑设备租赁合同承租人主体的认定及责任承担

顾茜

在建筑设备租赁合同纠纷案件中，由于建筑及相关行业合同签订不规范，争议最大的是被告主体资格认定及责任承担相关问题。

一、以具有法人资格的公司作为承租人的被告资格认定及责任承担

这类情形下的被告主体资格认定一般不存在争议，应以租赁合同中在承租人处签字盖章的公司为被告。仅有签字没有盖章，如果签字人系法定代表人或法定代表人书面授权的人，应当认定合同成立生效。法律责任由签字盖章的公司承担。

二、以法人分支机构(分公司或项目部)为承租人的租赁合同资格认定及责任承担

法人依法设立并领取工商营业执照的建筑公司分公司或项目部(处)，属于民事诉讼法律规定的“其他组织”，在建筑周转材料租赁合同纠纷中具有独立的诉讼主体资格，在诉讼中应将已领取营业执照的分公司或项目部作为被告。未领取营业执照的分公司或项目部因其没有独立承担法律责任的能力，就以设立该分公司或项目部的法人为被告并承担责任。

三、以包工头(个人)为承租人的租赁合同资格认定及责任承担

这类情形下被告主体资格认定是个难点，实线中有多种观点：第一种观点是法律对建筑工程转包和分包有严格规定(《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第四条：承包人

非法转包、违法分包建设工程合同或没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效)，因此包工头的分包行为是违法的，其在分包期间签订的建筑周转材料租赁合同因违法而无效，所有责任应当由作为公司的总承包人或分包人承担，应将总承包人和分包人作为被告；第二种观点是包工头租赁建筑周转材料的行为应视为职务行为，由此产生的法律责任应当由总承包人和分包人承担，应当将总承包人作为被告；第三种观点是包工头租用的建筑周转材料是用于总承包人或分包人承包的建设工程，他们才是合同的受益人，应当有总承包人或分包人作为被告。

笔者认为，包工头以个人名义签订建筑周转材料租赁合同，因拖欠租金产生争议时应区分以下情况认定：

1、包工头以个人名义签订租赁合同，但出租方提交了建筑工程总承包人或分包人的书面授权，虽然租赁合同上未加盖总承包人或分包人的公章，只要租赁物用于承包人或分包人的建筑工地，则可认定包工头签订租赁合同的行为系有权代理行为。租赁纠纷产生后，应当有作为委托人的总承包人或者分包人为被告并承担法律责任。

2、包工头从工程总承包人或者分包人处承包分项工程，由包工头以个人名义与出租方签订租赁合同，如果出租方不能出示建筑公司对包工头的授权委托书，应当

认定包工头的行为系个人行为，由包工头为被告独自承担责任。基于查明案件事实的需要，可以依申请或依职权追加总承包人或分包人为第三人。租赁合同的直接受益人是包工头，被告也应当是包工头。

3、建筑周转材料租赁合同由包工头与出租方签订，合同无总包人或分包人盖章，出租人不能出具总包人或分包人的书面授权，但能证明所出租的建筑周转材料用于总包或分包的建筑工地，租金由总包或分包人直接支付的，可以认定包工头的行为为表见代理，应当以总包人或分包人为被告，由包工头作为第三人参加诉讼，责任先由总承包人或分包人承担。作为被代理人的总承包人或者分包人受到的损失，可以根据无权代理人过错的大小请求其补偿或追偿。

4、租赁合同由包工头与出租方签订，合同无总承包人或分包人盖章，出租方不能提供总承包人或分包人对包工头的书面授权，但能证明总承包人或者分包人知道或应当知道租赁合同系包工头以总承包人或分包人名义签订的，但其未提出异议，且能证明包工头所在的部门由总承包人或者分包人进行统一管理，租赁材料用于总承包人或者分包人的工地，则可以认定包工头签订租赁合同的行为是职务行为，应当以总承包人或者分包人为被告，包工头作为第三人。

四、包工头个人为承租人，建筑工程总承包人或分包人在租赁合同上盖章情形下的被告资格认定

首先应当查明总承包人或分包人是基于何种原因在合同上盖章：

1、对于在合同中明确担保单位，担保责任，担保期限的，担保人在合同上盖章的情形，应当按照担保法的相关规定处理；

2、对于在担保合同上盖章，没有表明承担何种责任，应当认定为连带责任，可以将盖章单位列为共同被告；

3、对于总承包人或分包人在合同上以承租人名义盖章，包工头也在租赁合同上签字的，如果出租人不能出示总承包人或分包人签字的授权委托书，应当将盖章的总承包人或分包人和包工头认定为共同承租人，作为共同被告，承担连带责任；

4、对于无法查清总承包人或分包人的盖章行为是租赁还是担保的，一般应当认定为是共同租赁行为，作为共同被告，承担连带责任。

五、包工头在合同上签字，总承包人或分包人的分支机构（分公司或项目部）在租赁合同上盖章情形下的被告主体资格及责任认定

根据《担保法》的规定，企业法人的分支机构没有授权的不得为担保人。在依法证明分支机构在合同上盖章系对保证行的确认后，如果出租人不能举证证明分支机构有权提供保证的授权委托书，由总承包人或分包人的分支机构的保证行为是无效行为。可以将总承包人或分包人作为共同被告，并根据债权人与总承包人或分包人的过错承担相应的责任。如果无法查明总承包人或分包人的分支机构在合同上的盖章行为是租赁行为还是担保行为，则应认定为共同租赁行为。对领取营业执照的分支机构，可以直接认定为共同被告，承担连带责任，对于未领取营业执照的分支机构，应当认定设立分支机构的总承包人或分包人为共同被告，承担连带责任。

（作者单位：江苏常誉律师事务所）

毒品代购中代购者的地位解读

周运 李艳伟

一、数次会议对于代购毒品的规定

代购毒品并非是近年出现的新现象，随着国家禁毒投入的加大和社会对毒品非法需求的增加，该问题在当前表现尤为突出。对于“为吸毒者代购毒品”的性质，刑法上并没有明确规定，理论上素来争论激烈，这个问题也一直为我国审判实践关注。2000年4月，最高人民法院发布了《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《南宁会议纪要》）指出，“有证据证明行为人不是以营利为目的，为他人代买仅用于吸食毒品，毒品数量没有达到非法持有罪数量最低标准，构成犯罪的，托购者、代购者均构成非法持有毒品罪。”

2008年最高人民法院发布的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《大连会议纪要》）对该问题作进一步规定，“有证据证明行为人不以牟利为目的，为他人代购仅用于吸食的毒品，毒品数量达到非法持有毒品罪的数量标准的，对于托购者和代购者应以非法持有毒品罪定罪。代购者从中牟利，变相加价贩卖毒品的，对代购者应以贩卖毒品罪定罪。明知他人实施毒品犯罪而为其居间介绍、代购代卖的，无论是否牟利，都应以相关毒品犯罪的共犯论处。”

由此可见，《大连会议纪要》关于代

购毒品的规定，进一步明确了行为人代购毒品牟利场合性质的认定，对于从中牟利的代购者，应以贩卖毒品罪定罪。如果行为人为他人代购仅用于吸食、注射的毒品，且数量未达到非法持有毒品罪的数量标准时，其行为不构成犯罪。由此造成的后果是，部分代购者多次为他人代购毒品而无法受到法律追究的情况，由于没有对其累计计算代购毒品的数量，或者虽然累计计算，但代购的毒品总量亦不构成其他毒品类犯罪的，无法通过法律对其进行有效的治理。在司法实践中，一方面，因毒品类犯罪案件证据取证难、调查难度大，毒品交易的隐蔽性导致很难查出上家，对于是否从中牟利很难有足够的证据支撑，代购者是否变相加价贩卖无法查证。另一方面，从中牟利是否仅指单纯的从中加价，而排除其他的比如蹭吸、截留部分毒品行为，该纪要也未明确，导致大量的毒品案件中，交易人员以“代购者”的身份逃避法律制裁。

2015年最高人民法院发布的《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》（以下简称《武汉会议纪要》）在前几次的基础上，又作出进一步规定，“行为人为他人代购仅用于吸食的毒品，在交通、食宿等必要开销之外收取“介绍费”、“劳务费”，或者以贩卖为目的收取部分毒品作为酬劳

的，应视为从中牟利，属于变相加价贩卖毒品，以贩卖毒品罪定罪处罚。”该次会议纪要进一步规定了何为“从中牟利”行为，只有为他人代购仅用于吸食毒品，才需要根据是否从中牟利判断能否认定为贩卖毒品罪；如果明知托购者实施贩卖毒品犯罪而为其代购毒品的，无论是否牟利，均应当以贩卖毒品罪的共犯论处；如果代购者从代购行为中牟利的，无论其为他人代购的毒品是否用于吸食，均构成贩卖毒品罪。

三次会议纪要关于代购毒品的表述，最先是规定何种行为属于代购，后规定变相加价、从中牟利构成贩卖毒品罪，再规定哪些方式属于变相加价，从行文表述上可以看出是层层递进的关系，毒品“代购”问题上，综合起来就更为明确：1. 行为人不以牟利为目的，仅代购用于他人吸食的毒品，仅仅收取交通、食宿等必要开销的，不以贩卖毒品罪处罚；2. 不以牟利为目的，代购他人吸食的毒品达到非法持有毒品罪的标准，应以非法持有毒品罪定罪；3. 另行收取劳务费等费用、变相加价或收取部分毒品，均视为从中牟利，构成贩卖毒品罪；4. 明知他人实施毒品犯罪而为其居间介绍、代购代卖的，无论是否牟利，都应以相关毒品犯罪的共犯论处。但这几次会议纪要并未明确代购者在整个毒品交易行为中所起的作用，在托购者和贩卖者之间所处的地位，以及代购者本人对于毒品交易的完成是否促进或是消极的帮助行为，这也致使实践中对“代购”一词有不同的解读。

二、代购者的地位及居间行为解读

如何认定毒品代购，在司法实践中有

不同的理解。一部分司法实践者认为毒品代购行为仅指托购者委托代购者去其指定的贩毒者处购买指定数量或指定金额的毒品。另一部分人认为毒品代购行为就是托购者委托代购者去帮忙购买毒品的行为，无论托购者是否指定去何人何处购买。笔者比较赞同第一种观点。毒品犯罪本身是一种非常隐蔽、不容易为外人察觉的犯罪类型，毒品也不同于一般的商品会采用公开售卖的方式，毒品的流转、交易也是基于贩毒者和购毒者之间建立的各种信任关系而产生，目前的理论和实践对于代购行为不认为是犯罪，也基于其未从中牟利，仅为吸毒者代购少量毒品，对于入罪和出罪，都应当从严把握。贩卖毒品是指将毒品作为一种商品进行交易，本罪的犯罪构成并不要求贩卖者从中牟利，因此代购者联系卖家，按照自己的意图寻找、联系毒源和代购毒品，其行为受自己意志的支配，其行为客观上对卖毒者的贩毒活动起到了帮助作用，促成毒品交易，应当以贩卖毒品共犯论处，而不是以未从中牟利就一律认定是毒品代购。

对于代购毒品未牟利的案件，判断代购者的主观心态需要结合以下因素综合考虑：第一，代购者与托购者之间的关系。如夫妻、情人、朋友类似此种较为亲密仅出于情感而提供代购；第二，判断代购者的代购行为是偶发性还是常发性。如果代购者系长期、多次从他人处购买毒品再卖给他人，其主观上是明知他人贩卖毒品而居间介绍，与偶发性的代购行为性质不同。多次帮人购买毒品，寻找毒源，长期作用于毒品的流通环节，对毒品的流通起到了极大的推动作用，在毒品交易中充当不可

或缺的地位，具有极大的社会危害性。若仅以系代购毒品未牟利而不受法律追究，实际是变相纵容毒品犯罪。第三，托购者是否指定毒品。代购者按照托购者的安排去指定人员处购买毒品，代购者在毒品交易中不积极寻找毒品，仅视为托购者的购买工具，不存在主观的犯罪意图。

三、实践中的具体认定问题

代购是代购者被动地按照托购者的意愿办事，即向托购者指定的毒贩购买指定数量、品种的毒品，或者说，托购者与毒贩互相认识，代购者仅起到跑腿作用，缺乏明显的主动性。居间介绍下，托购者与毒贩没有毒品买卖上的日常联系，毒品交易完全靠居间行为来完成，如果缺少居间者，毒品无法交易成功。在代购的情形中，代购者仅起到帮助两者捎带传递货款和毒品的作用，代购者的帮助行为对毒品交易不起决定性作用。

2018年3月22日，浙江省高级人民法院、浙江省人民检察院和浙江省公安厅联合发布了《关于办理毒品案件中代购毒品有关问题的会议纪要》，该《纪要》一共四条，主要就如何认定代购毒品、行为人应就代购行为提供具体线索等几个方面，对实务操作中如何认定代购毒品、贩卖毒品和非法持有毒品几个罪名进行了界定，该《纪要》发布后，被实务界认为是目前“代购毒品”定性最清晰的标准。单纯代为购买是指吸毒者与毒品卖家联系后委托代购者前去购买仅用于吸食毒品，或者虽未联系但委托代购者到其指定的毒品卖家处购买仅用于吸食的毒品，且代购者未从中牟利的行为。

该《纪要》对代购者的地位进行了明确，

即代购者仅充当跑腿和传递的作用，客观上不促成毒品交易。对于行为人提出系代购毒品未从中牟利的，应当提供具体线索或者材料，侦查机关对线索和材料进行调查核实。由行为人自己提供未牟利的线索并不违反“不得自证其罪”的原则，毒品交易的上线往往无法查证属实，是否牟利也无从得知，通过行为人自己提供线索在客观上加大侦破的力度，而非限于“幽灵抗辩”而否认其主观故意，对于毒品来源、价格、食宿地点、交通方式和具体开支，也是行为人应当如实供述的内容。

四、结语

一直以来，贩卖毒品案件的犯罪形式复杂多变，与一般的刑事案件相比，毒品案件在实践中存在争议性问题相对较多。最高人民法院发布的会议纪要仅是指导性文件，而并非司法解释。对此，对代购毒品行为进行分析时，应考虑托购者与代购者的亲疏关系及代购毒品的数量、频率，结合综合情况判断代购者是否具有“牟利”的目的，坚持刑法理论中主客观相一致原则进行判断认定。

（作者单位：武进区人民法院）

浅谈农村违章建设

李伟

随着小城镇经济的快速发展和扩张以及经济利益等因素的影响，在像金坛直溪这样的城镇里出现了许多私人非法建房现象。各种违章搭建的背后，有为了谋取更多经济利益的个人、有为了解决住房困境的弱势群体，但多数是城市最底层的老百姓。如何有效预防和治理农村私人非法建房，成为基层国土所、城管中队、村委（社区）等部门工作的重点和难点。现结合自身工作中的一些经验，谈谈预防和治理农村私人非法建房的一点浅见。

一、农村私自违章建房屡禁不止的主要原因

1、经济发展，人均用地需求量大。随着人民生活水平的提高，人们对住房的面积、质量、装修等方面的要求也越来越高，原有的住宅空间已不能满足他们的生活需要，再加上金坛周边的乡镇基本都算是农业乡镇，搭建农业附属房在农村也属常见现象。

2、违建者法律意识淡薄，有些甚至明知故犯。很多村民的法律意识比较淡薄，对现下的建房政策还了解不够。一些村民为解决家庭住房困难，一些则是为了在拆迁安置时多争取一些利益，还有一些则是搭建附房堆放杂货或者是饲养家禽动物等，认为在自己家前屋后或者承包田上建房不影响别人；也有人认为主体建筑已办理了相关审批手续，附属房屋就无需再办理审批手续，没有意识到未经审批建造附属房已违反了相关法

律法规。在有关部门查处非法搭建时，在一旁看热闹的多，支持执法的少，甚至有些人鼓动当事人对抗执法，加大了执法的难度。

3、外来人口租房需求大，住房需求户私自搭建。近年来由于政府加快旧村改造和城镇化建设步伐，政府相继出台了一些控制农村居民建房的政策，即对整个村镇范围内的农村私人建房用地暂停审批。近几年来各个乡镇的中小企业日益增多，随之而来的外来人口也在增多；再加上一部分乡镇区域内征地拆迁未及时搬入安置房的村民们；还有部分符合建房条件的特别是已达法定婚龄且无实力购置商品房的青年和一些住房困难户无法申请建房用地的，于是迫于无奈违章占地建房，这些人口所需的居住条件都会间接的刺激周边村民私自搭建用于出租收益，其他村民也会纷纷效仿。

4、基层国土所监管困难，部分村委管理不力。由于农村地大点偏，基层国土所人力资源有限，所以个人负责片区大而分散，日常工作已了占用大量时间，所以动态巡查可能就无法做到面面俱到。在农村，私人的违章搭建速度很快，而且很多都是在自家院中或者交通偏僻的地方搭建，只要周边群众不举报，就算巡查也很难被发现。部分村干部一直在自己所管辖的村里任职，甚至家就住在该村，乡里乡亲甚至自己的亲戚来搭建违章，他们也是睁一只眼闭一只眼，只要没人举报他们就当不知

道；还有一些村干部对本村涉及违建有关事务，不是积极协调解决，而是转至国土、城管等部门，对村内出现的违章建筑行为有的推着不管的态度，有的擅自批条子、做人情，还有的甚至在有关部门在对违章搭建进行查处时，不配合做群众的思想工作不说，还不讲原则出面为这些违章搭建打报不平，说情疏通，给查处违章搭建增加一定的难度和阻力。

5、法律赋予执法者权利有限，行政处罚过于简单。乡镇城管队伍除了上级下派的队员外主要还是以合同工为主，既没有执法权限又没有执法理论的支撑，所以很多过程中老百姓并不怕执法者，城管队员也经常会在拆违过程中受到百姓的辱骂殴打等，部分百姓对城管队员发出的《限期拆除通知书》、《责令停工通知书》采取的态度大多是置之不理，继续搭建。再加上现在城管队员素质的全面提升，文明执法的全面贯彻，对违建的拆除都是小心翼翼，慎重处置，所以即使被拆除对违建者来说并没有多大的经济损失，违法成本很低，有的甚至拆除后还会再建。

二、如何有效遏制农村违章建设

（一）各级政府坚持违建“零补偿”政策

“两违”建房之所以屡禁不止，其部分原因就包括拆迁征收的利益驱动。在准备拆迁或者日后村镇规划过程中可能会拆迁的村落，该村委（社区）负责建房的领导应明确告知村民，确实需要建房的，要建也可以，但是所有在某年以后新建的房屋在被相关部门认定为是违法建筑后，在拆迁补偿时一律不算面积，也不予以任何形式的补偿；在此过程中要确保标准统一、程序透明公开，若有特殊情况切实需要酌情给与补偿的，要公示补偿结果，切实做到违章搭建“零补偿、

零收益”的原则。对违章搭建“零补偿、零收益”制度要进行大力宣传，做到家喻户晓，让村民都明白所有违法建设最终只会“打水漂”的道理，让那些想以非法手段来“以房生财、建房谋利”的群众不敢再有顶风偷建、抢建、赶建的行为。

（二）加强宣传引导，提升村民法律意识

自工作以来，除去镇容镇貌的日常维护和整治，农村的违章搭建就一直是工作中的重点，首先我们要从源头开始把控，要加强宣传劝导的工作，提高村民对违章搭建行为的认知。以直溪为例，今年国土、住建办、村镇办、村委、社区等部门全面深入地开展“两违”专项巡查整治行动，对“两违”的集中宣传和集中整治工作就此拉开帷幕，通过近两个月的条幅悬挂、告知书张贴、通知书发放、违建的拆除、街道的整治等工作，对违章搭建的整治效果比较明显。另外还要搞好法治教育，让全镇村民特别是违章建筑当事人从思想上认识违章建筑的严重后果，找出违建强拆与违建自拆的典型，讲明违法者最终就是受害者的深刻道理，打消违法建设的侥幸心理，最大限度的把违法建设行为消除在初始阶段。

（三）妥善解决外来工租房需要，切实考虑建房需求者的心声

一是靠政府的积极引导，鼓励一些房地产开发商，在务工人员聚集地或者工业园区内统一有序地建造一些住房，用于廉价出租或出售，可适当缓解住房问题，让一些为谋取租房利益的违建者没了租房客源也就不会去私搭私建；

二是可鼓励工厂企业利用自有住房部分消化内部的住宿需求，对于一些在职工人数较多（包括外来人口较多）的工厂，可鼓励工厂自建宿舍生活区来安置这些员

工，不光可以统一管理自己的工人，保证他们的安全，并且还可减少工人资源流失的情况。

三是各村委需要彻底了解每个村民的家庭人口情况，如果是因为结婚生子等导致人口有所增加而使得原有住房面积不够的情况下可走正常手续申请建房，对此情况各部门都要进行调查走访，确认情况属实后可适当考虑批准建房。

（四）切实强化管理职能，加强各部门联动执法

1. 建议上级城管部门或者政府制定出台相关配套规章制度，形成完整、有序、有力、有效的管理机制；

2. 进一步加大查处力度，对村镇范围内的乱搭乱建和违章建筑现象进行拉网式排查，有效遏制各村落、社区两违行为的发生。在排查过程中，国土所、村委、镇村办和城管队员深入到每条街道、每家商户，每个村落，对其进行认真、细致的巡查。对违章搭建要及时发现及时处理，严防泛滥成灾。城管队员平时要加强巡查和监控之外，一有违建情况就要及时查处、严格取缔，务必要将其扼杀于萌芽状态，从源头上防止和遏制其发生蔓延；

3. 相关职能部门还要积极加强与下属各村之间的联系，争取村里的配合，协同拆违，对已产生的各类违章建筑，先积极劝其自行拆除；对一些虽经多次劝告，但仍逾期未拆除、拒不整改的户主，由各村委各社区发出《限期拆除通知书》后，责令其立即停止然后进行现场拆除。另外，对于影响恶劣的违章建筑，要严肃处理，树立典型。同时还要加强执法善后的监管工作，运用“回头看、反复查”等方法，严防死守，牢牢把握工作的主动权，逐步

消灭各类违章建筑行为；

4. 严格追究失职失察行为，各部门可以相互考评、相互监督，建立完善的评分制度，各村委采用互评为主、自评为辅的考评办法，对违章搭建发现不及时、查处不及时、拆违不配合的部门和人员，相关部门有权扣分，每月进行汇总，扣分最多部门或者村委要求其立即对扣分项目进行整改，多次扣分最多部门可严肃追究其领导责任和行政责任。

（五）优化职能齐分工，择优驻村共管理

对于涉及到违建的各个部门包括国土所、村镇办、住建所、城管中队、村委等，工作可以相互协作，职能可以相互转移，整治可以相互配合；另外对于一些违章巡查、违章整治过程中表现优异的城管队员们，可以让其担任驻村干部，分管各村建房等职务，一来调动其工作积极性，在驻村了解各家各户建房情况的同时也能做到农村违建巡查工作两不误，可以近距离接触村民，及时了解他们的动向，二来可以整合村委力量，对一些不作为或者包庇、敷衍、放任违章搭建行为的村干部起到监督作用，这样双方监督协作对于违建的苗头能第一时间发现，第一时间掌控，第一时间劝导。

村委分管建房的干部在自己分管的片区加强巡查、城管队员进行日常工作的正常巡查和分网格重点巡查相结合，两方面相结合的方法可以加大违章搭建发现的概率。通过城管队员和村委的调查取证及劝说工作，认定为建违的可先由违建者自行拆除或者责令其停工，然后各方确认后需拆除的，由村委先发限期拆除通知书，在村委也需到现场的情况下，城管队员进行现场拆违，过程中尽可能做到把违建者的损失降到最低，在此过

（下接第 51 页）

用人单位对未参加社会保险的职工非因工负伤超过第三人侵权责任部分的医疗费用是否承担赔偿责任？

朱中裕

【案情】

2015年8月12日，曹某入职苏州某纺织有限公司从事挡车工工作。2015年10月29日傍晚，曹某驾驶电动自行车上班途中遭受本人主要责任的机动车交通事故伤害。曹某受伤后未在至用人单位工作。

2016年6月22日，曹某向一审法院提起机动车交通事故责任纠纷一案的民事诉讼。一审法院审理后认定，2015年8月12日至2016年6月6日，曹某因交通事故产生医疗费191926.76元，承保机动车交强险的某保险公司在交强险医疗费责任赔偿限额项下赔偿曹某1万元，超出交强险部分的医疗费由曹某自行负担60%即109156.06元。一审判决生效后，曹某向苏州市吴江区劳动人事争议仲裁委员会申请仲裁，要求按照职工基本医疗保险基金核定的待遇由用人单位赔偿超过第三人责任部分的医疗费用。仲裁机构受理后超期未作出裁决，曹某选择向法院起诉。

【争议】

仲裁机构依法受理曹某的仲裁申请后，对曹某的请求事项产生了不同意见：行政规范性文件有关交通事故等情形所发生的医疗费用属基本医疗保险基金不予支付范围的规定是否合法有效？用人单位未为劳动者依法缴纳职工医疗保险费，职工要求用人单位根据职工医疗保险基金核定的待

遇赔偿超过第三人侵权责任部分的医疗费有无法律依据？由于争议较大，仲裁机构在规定时限内未作出裁决。

【分析】

一审法院审理过程中，针对曹某因交通事故产生的医疗费，向社保经办机构咨询，社保经办机构出具了情况说明：按现行职工医保政策，可报销费用为116452.21元。一审法院认为，用人单位应当依法为劳动者缴纳职工基本医疗保险费。因用人单位未为劳动者缴纳职工基本医疗保险费导致劳动者无法享受基本医疗保险待遇的，用人单位应当赔偿劳动者的损失。根据生效的机动车交通事故责任纠纷一案的民事判决书确定的曹某自行承担的医疗费在总医疗费中的比例计算，用人单位应赔偿曹某基本医疗保险待遇损失66530.81元。

用人单位不服一审判决，援引所在区社会保险行政机关印发的《医疗保险诊疗服务项目管理办法》中有关因交通事故等情形所发生的医疗费用不纳入基本医疗保险基金支付范围的规定为由，认为用人单位不应赔偿属于曹某在交通事故中因自身过错所产生的医疗费用，向二审法院提起上诉。

二审法院认为，用人单位有义务为劳动者缴纳社会保险费。因用人单位一直未为曹某缴纳社会保险费，由此造成曹某

案例分析

2015年8月12日至2016年6月6日期间产生的医疗保险待遇损失，应由用人单位承担。用人单位上诉认为因交通事故产生的医疗费用不在基本医疗保险支付范围内没有事实和法律依据，故作出二审判决：驳回上诉，维持原判。

【思考】

党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出：行政机关不得法外设定权力，没有法律法规依据不得作出减损公民合法权益的决定。但就全国各地设区的市、县级人民政府或社会保险行政机关制定的有关基本医疗保险行政规范性文件现状而言，大多将因交通事故、医疗事故、产品质量事故等等情形所发生的医疗费用纳入基本医疗保险基金不予支付范围。社会保险法实施之后，这些违法减损公民社会保险合法权益的行政规范性文件并未得到及时清理。这些越权发文，违背了有关“中华人民共和国公民依照享有在疾病或丧失劳动能力的情况下，有从国家社会获取物质帮助的权利”的宪法精神，也违反了相关法律规定。《劳动法》第七十三条的规定，劳动者在患病、负伤的情形下，依法享受社会保险待遇的权利。劳动者享受社会保险待遇的条件和标准由法律、法规规定。劳动者享受的社会保险金必须按时足额支付。劳动者在各类安全事故负伤的情形下，享受职工基本医疗保险待遇的条件和标准应由法律、法规规定，行政规范性文件无权法外设定不予支付的权力。《社会保险法》第三十条规定：应当从工伤保险基金支付、应当由第三人负担、应当由公共卫生负担、境外就医这四种情形的医疗费用，不纳入基本医疗保险基金支付范围。现实生活中，因第三人侵权导致的交通事故、医疗事故

并不总是侵权人负完全责任。根据《侵权责任法》第二十四条、第二十六条的规定，受害人和行为人对损害的发生都没有过错的，可以根据实际情况，由双方分担损失；被侵权人对损害的发生也有过错的，可以减轻侵权人的责任。因此，《社会保险法》第三十条第一款第（二）项规定的应当由第三人负担的医疗费用不纳入基本医疗保险基金支付范围，应根据《侵权责任法》责任构成和责任方式的规定，将属于侵权人应当赔偿给受害人的医疗费排除在基本医疗保险基金支付范围之外，对属于受害人负担的医疗费用依法纳入基本医疗保险基金支付范围。据此，2011年6月29日人力资源和社会保障部令第15号发布的《社会保险基金先行支付暂行办法》第二条第一款已作出相应规定：参加基本医疗保险的职工或者，由于第三人的侵权行为造成伤病的，其医疗费用应当由第三人按照确定的责任大小依法承担。超过第三人责任部分的医疗费用，由基本医疗保险基金按照国家规定支付。综上所述，建议新组建的国家医疗保障局抓好《国务院办公厅关于加强行政规范性文件制定和监督工作的通知》（国办发[2018]37号）文件的贯彻落实工作，及时纠正各地侵犯群众基本医疗保险合法权益的“奇葩”文件。

职工基本医疗保险是国家对劳动者在患病、负伤等情况下给予物质帮助的制度。

《宪法》第四十五条赋予公民的这一基本权利，就劳动者而言主要通过社会保险实现。根据《劳动法》第七十二条和《社会保险法》第四条、第六十条的规定，社会保险具有国家强制性，非因不可抗力等法定事由，用人单位不得缓缴、减免社会保险费。职工应当缴纳的社会保险费由用人

（下接第51页）

轻微暴力致人死亡案件司法定性之辨

高建川 汪建波

【案情】

2016年8月4日，朱某到某投资公司处理抵押借款纠纷，与该公司风控部经理即被告人刘某发生口角，朱某遂打电话给其丈夫即被害人骆某喊至该投资公司。骆某到达后立即出言质问谁欺负了朱某，并径行推刘某胸口，刘某即用手将骆某推开。骆某随即与刘某揪在一起，均拳击对方。过程中，骆某将刘某从大厅逼至茶水间墙边，并用拳击打刘某面部，刘某右手还击至骆某左侧胸部。骆某倒地后不醒人事，经抢救无效于当日死亡。后经鉴定，骆某系因左侧胸壁钝性外力作用致左肺及左心室外侧壁损伤（轻微伤），促使冠心病发作死亡。冠心病为主要原因，左侧胸壁钝性外力作用为次要原因。

一审法院认定被害人骆某具有过错，刘某符合自首条件，其明知出拳击打被害人的行为会造成被害人伤害的后果，仍放任这种结果的发生，主观上具有间接故意，刘某的先行行为与被害人骆某的死亡结果具有因果关系，构成故意伤害罪，判处有期徒刑四年。刘某不服一审判决提出上诉，二审法院开庭审理后，驳回上诉，维持原判。

【争议】

本案中，争议焦点在于认定被告人行为的定性，即构成故意伤害犯罪还是构成过失犯罪，故意伤害致人死亡还是过失致人死亡？

【分析】

要查明被告人主观上是否有伤害他人身体健康的故意，其故意伤害行为与被害人死亡后果间是否存在因果关系，应当对因果关系的客观性、条件性、多样性和复杂性进行全面分析。

一、刘某行为不符合故意伤害（致人死亡）的构成要件

故意伤害（致人死亡）犯罪是结果加重犯，根据现行立法模式，结果加重犯可以归纳为“基本的犯罪构成+严重结果+重于基本犯的加重刑罚”的罪刑结构。

（一）刘某行为不符合故意伤害罪的基本构成要件

首先，行为人必须满足故意伤害罪的基本构成要件，即客观上必须有伤害行为，即侵害他人身体完整性或造成生理机能障碍，主观上必须有伤害故意。

从客观行为上，在区分故意伤害于一般殴打时，既要考虑行为是否人体组织造成了损害，也要考虑损害的程度。而，根据被害人骆某尸检报告，其仅一根肋骨骨折，根据《人体损伤程度鉴定标准》第5.6.5条规定，肋骨骨折系轻微伤，达不到轻伤标准。因此，即便推定该伤害结果由刘某造成，也仅系一般殴打行为，不符合故意伤害罪的立案标准。

从主观故意上，刘某不具有伤害故意。犯罪故意有两个构成要素：一是认识因素，

案例分析

即明知自己的行为会发生危害社会的结果；二是意志因素，即希望或者放任危害结果的发生。而，刘某在本案中仅实施揪打行为，与被害人实施的侵害行为对等，未使用器械，也未明显超过被害人的暴力程度，即双方实施的行为仅具有一般生活意义上的相互揪打“故意”，而无直接伤害故意。被害人的特殊体质，被告人是无法预料的，因此在一般性的殴打行为会造成被害人死亡的结果，被告人是无法预计的，是出乎意料的。

（二）刘某行为对严重结果的发生未起直接作用或主要原因

故意伤害致人死亡的认定，应当以故意伤害行为引起致人死亡严重危害结果的直接或主要原因，即行为在实施伤害行为时具有致人死亡的直接现实化危险。

而案涉《法医学尸体检验鉴定书》认定，系因被害人存在特殊体质、患有特殊疾病，是引发死亡结果的主要原因；而，刘某的行为只是诱发了被害人的特殊疾病，进而导致死亡结果。因此，刘某的行为只是众多原因中的间接、次要诱因，对其罪责程度的认定也应大大降低。

（三）刘某行为不符合故意伤害致人死亡的结果加重犯构成要件

根据现行立法模式，故意伤害犯罪分别为致人轻伤、重伤、死亡（或以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾）三种情形，刑罚强度呈现由轻到重的递进关系，必然反映出故意伤害行为强度的逐步提升。因此，基于对现行立法系统性解释的立场，故意伤害致人死亡的法定刑最高，其行为强度也应当为本罪之首，或者至少与故意伤害致人重伤的行为强度相当，而必然高于故意伤害致人轻伤的行为强度。若仅根据危害结果的轻重而对行为人进行归责，

明显具有客观归罪之嫌，违背了罪责刑相适应原则。

而本案中刘某仅仅与被害人相互实施拳击行为，在行为强度上根据司法鉴定，也仅造成被害人轻微伤。因此，刘某实施的行为强度客观上低于轻伤行为强度，远远低于重伤、致人死亡的重度加害行为强度，该行为不具有致人重伤、死亡的高度危险性，不符合故意伤害致人死亡的犯罪构成要件。

二、刘某应当属于过失犯罪，而非故意犯罪

一般认为，过失犯罪是指行为人应当预见到危害结果，而没有预见；或者虽预见到危害结果可能发生，但轻信可以避免。对于过失犯罪，行为人对于危害结果的发生，均是持完全反对态度。

综合本案双方实施的客观行为看，刘某与被害人相互殴打的行为，均属于一般殴打行为，双方暴力程度相当，相互之间未造成身体器官的严重损伤，不属于意图造成他人身体器官损伤的故意伤害行为；且，刘某始终辩称其没有伤害的动因，对被害人的死亡结果更是完全出乎意料。

（一）从案件的起因看，刘某没有实施伤害行为、追求或放任伤害结果发生的动因。

双方互不相识，不存在积怨，系被害人与投资公司因债务纠纷，主动挑起并激化矛盾。刘某为维护单位正常工作秩序，双方发生相互揪打行为，主观上意图是平息矛盾，而非故意追求或放任被害人身体伤害的结果。

（二）从行为条件和行为方式考察，刘某具有“轻信”危害后果不会发生的现实条件。

（下接第 52 页）

小区内致人死亡负同等责任是否构成过失致人死亡罪？

李继峰

【案情】

周某驾驶小型轿车在某小区内由北向南行驶至十字路口时，遇庄某驾驶电动自行车由东向西行驶至此，周某所驾轿车左前部与电动自行车右侧相撞，致庄某连人带车倒地、头部受伤。经医院抢救无效，庄某于当晚死亡。法医鉴定，庄某系因颅脑损伤死亡。经交警大队认定，周某、庄某对本次事故负同等责任。小区两名保安证明，该小区为封闭小区，仅允许业主、业主的亲友或者同业主具有送货、装修等特定关系的车辆通行。辩护人认为，其驾车去案发现场查看，道闸一直升起、出入无人过问、保安形同虚设，社会车辆可以自由进出，该小区并非封闭小区，小区内道路为道路交通安全法规定的道路。

【观点】

本案存在三种意见：一种意见认为，周某的行为属于交通肇事行为，但不构成交通肇事罪。如果不特定的社会车辆可以自由进出，表明该小区具有公共性，不是封闭小区，该小区内道路为道路交通安全法规定的道路。案发小区对社会车辆出入无人过问，保安形同虚设，该小区内道路通行具有公共性，因而小区内道路为道路交通安全法规定的道路，周某的行为即为交通肇事行为，因周某负同等责任，故其行为不构成交通肇事罪。第二种意见认为，案发小区具有封闭性，周某的行为不是交通肇事

行为，而是过失致人死亡行为，但因其对事故负同等责任，因而其行为既不构成交通肇事罪，也不构成过失致人死亡罪。第三种意见认为，案发小区具有封闭性，周某的行为不是交通肇事行为，周某主观上具有过失，客观上致他人死亡，是符合过失致人死亡罪的构成要件的。其对事故负同等责任，并不影响过失致人死亡罪的成立。

【评析】

笔者同意第三种意见，理由如下：

首先，封闭小区内的道路并非道路交通安全法规定的“道路”。决定周某的行为是交通肇事行为还是过失致人死亡行为的是，案发小区内的道路是不是道路交通安全法所规定的道路。道路交通安全法第119条规定：“道路，是指公路、城市道路和虽在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方，包括广场、公共停车场等用于公众通行的场所。”判断“在单位管辖范围但允许社会机动车通行的地方”是不是道路，关键在于其是否符合道路的公共性特征。无论管理方式是收费还是免费、机动车进出是否需要登记，只要允许不特定的社会机动车自由通行，就属于道路；如果仅允许与管辖单位及其人员有业务往来、亲友关系等特定事由的来访者的机动车通行的，则不属于允许社会机动车通行的地方，不能认定为道路。本案中，证明小区仅允许业

案例分析

主以及与业主有装修、送货等特定事务、亲友关系等特定事由的来访机动车通行的证据有两名保安的证言，以及庭审过程中公诉机关补充的社区聘请物业公司的合同约定，均证明该小区为封闭小区，外来无关车辆未经允许不准进入。辩护人进入小区无人过问，只能说明当时的值班保安不负责，个别保安的不负责、不尽责行为不能否认小区的封闭式管理模式。因此，案发小区内道路并非道路交通安全法规定的“道路”，周某的行为并非交通肇事行为。

其次，周某的行为符合过失致人死亡罪的构成要件。一是周某客观上实施了致使他人死亡的行为。过失致人死亡罪是指由于过失行为致使他人死亡，而刑法没有特别规定的行为，是典型的过失犯罪。因此，法定的危害结果发生是其成立的客观要件。本案中，周某在封闭小区的道路，因疏于观察和刹车不及，最终导致了庄某死亡的结果发生，客观上实施了致使他人死亡的行为，符合过失致人死亡罪的客观要件。二是周某主观上具有过失。这种过失，既可以是疏忽大意的过失，也可以是过于自信的过失，还可以既有疏忽大意也有过于自信的过失。本案中，周某的疏于观察即属于疏忽大意的过失；其在小区内驾车车速达30码，明显超过小区内5码的限速，最终导致刹车不及，这又是一种过于自信的过失。显然，周某主观心态属于应当预见自己的行为可能造成他人死亡的后果，因疏忽大意没有预见，或者虽然预见但轻信能够避免，以致造成了死亡结果。因此，周某对庄某的死亡主观上具有过失。三是因周某的过失，导致本次撞车事故的发生，并最终导致了庄某死亡的结果。显然庄某的死亡同周某的过失行为存在刑法意义上

的因果关系。因而，周某的行为符合过失致人死亡罪的构成要件。

再次，本案属二人的共同过失行为造成一人死亡结果的情形。我国现行刑法将共同犯罪仅限于故意犯罪，对共同过失犯罪不予认可，但却承认了共同过失犯罪这一客观现象。如刑法第二十五条第二款规定：“二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。”在司法实践中，共同过失犯罪也是一种客观存在的现象，比如多因一果的渎职类犯罪。对这类犯罪，如果负刑事责任，处罚原则是应当按照他们各自所犯的罪分别处罚。可见，全部责任、主要责任还是同等责任、次要责任并不是构成犯罪的要件。具体到过失致人死亡罪，只要行为人主观上具有过失，客观上实施了致人死亡的行为，且被害人的死亡同行为人的过失行为有因果关系，刑法如没有特别规定，即成立过失致人死亡罪，而无需区分行为人、被害人或者第三人的责任大小。对于多个过失行为人的过失行为共同导致死亡结果的，应查明各过失行为人的行为与死亡结果之间的因果关系，并据此确定应承担刑事责任的人各自的责任。本案中，周某、庄某对庄某的死亡负同等责任。显然，周某、庄某的行为与庄某死亡结果之间都具有因果关系，而庄某作为本案的被害人，在事故中已经死亡，故不需再追究。因此，根据刑法第二十五条第二款“应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚”的规定，只需以过失致人死亡罪追究周某的刑事责任。

综上，周某的行为构成过失致人死亡罪。

（作者单位：天宁区人民检察院）

（上接第 44 页）

程中所涉及的书面材料、影像材料城管部门都需存档保管以备后查。

一直以来，社会各界对违章搭建都比较关注，比较敏感，如果查处不力、整治不公都会成为村民群众竞相进行违法建设的理由。因此在违建查处整治过程中必须增强社会责任意识、形成大局观念。各个部门要积极配合，各司其职，坚决落实以形成协同作战的良好局面。而作为职能部门城管中队更应有序地推进违章建筑的拆除工作，配合各村委干部严把首道关口，一发现村内有违章搭建的就要及时做好村民的思想工作，能劝

服的尽量劝服，不能劝服的要及时上报，使职能部门变被动为主动。而作为城管部门要坚持在工作中找方法，在拆违中找经验，在学习中找提高，通过综合执法和文明执法来加强拆违的力量。

（作者单位：金坛区城管行政执法大队）

（上接第 46 页）

单位代扣代缴。因此，如果用人单位未依法为劳动者缴纳职工基本医疗保险费，是对劳动者基本权利的伤害。《劳动保障监察条例》第二十一条规定：用人单位违反劳动保障法律、法规或者规章，对劳动者造成损害的，依法承担赔偿责任。劳动者与用人单位就赔偿发生争议的，依照国家有关劳动争议处理的规定处理。由于职工基本医疗保险实行“现收现付”制，即“用现在的钱看现在的病”，即使补缴也是从当前开始续保，空缺期产生的医疗费用不能报销。因此，《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第一条对社会保险争议的范围作出明确规定：“劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理”。人力资源和社会保障部令第 13 号发布的《实施〈中华人民共

和国社会保险法〉若干规定》第十九条规定：“用人单位在终止或者解除劳动合同时拒不向职工出具终止或者解除劳动关系证明，导致职工无法享受社会保险待遇的，用人单位应当依法承担赔偿责任。”综上，劳动者以用人单位未为其办理职工基本医疗保险为由，虽经补缴仍然导致劳动者无法享受空缺期的超过第三人责任部分的非用工负伤的职工基本医疗保险待遇损失，有权要求用人单位赔偿。

（作者单位：常州市委政法委）

案例分析

（上接第 48 页）

本案系被害人主动挑起矛盾纠纷，在双方揪打中，互有拳击行为。被害人因身形高大，直接拳击刘某头部，而刘某因身形矮小，只能拳击被害人胸部，根据一般常识判断，对胸部拳击不足以造成严重危害后果；且根据司法鉴定，被害人胸部仅有轻微伤，即刘某拳击的暴力危险程度较小。因此，即便推定刘某应当知道其出拳击打行为会造成伤害后果，但根据其出拳力度及直接造成的伤害程度，也应当认定其轻信能够避免这种结果的发生。

（三）从对行为结果的态度考察，被害人发生死亡结果完全是违背刘某的主观意愿。

刘某在发现被害人倒地后，及时停止揪打并上前搀扶被害人，未继续实施殴打，并听从单位安排，如实向公安机关陈述事发经过。因此，被害人发生死亡结果完全

是违背刘某的主观意愿，而非放任危害结果的发生。

【观点】

笔者认为，司法实践中，对故意犯罪与过失犯罪在个案中难以清晰辨别时，应当在罪刑法定的基本原则下，结合个案特殊性及一般人的社会常情作出认定。

在一般争执或殴打中发生的致人死亡案件，行为人的行为尚未直接造成被害人轻伤以上的后果，其行为仅系次要、间接诱因，虽不能排除行为与结果之间的因果关系，但基于被害人的死亡结果具有现实的复杂因果关系，其死亡结果确系具有偶发性，对此情形认定为过失犯罪，更符合社会公众的一般心理预期。

（作者单位：江苏常联律师事务所）

