

CHANGZHOUFAXUE

# 常州法学

常州法学会网址 <http://zlw.changzhou.gov.cn/class/BEQOOHIC>

2019

(总第158期)

1

# 市公安局法治宣传活动集锦



警营开放日活动，市民参观动员体验中心



法治宣传活动进社区



“阿汤哥说防范”、“叶子警官漫说”、“民警李建国”等系列微视频被网友追捧点赞



法制副校长走访新市民家庭



村头普法



学法考试，提高依法行政能力

# 新时代呼唤法学研究新作为

习近平总书记在看望参加全国政协十三届二次会议的文化艺术界、社会科学界委员时的重要讲话，深刻揭示了新时代中国特色法学研究应有的使命担当，深切表达了对法学法律界的殷殷期盼与厚重嘱托。坚持与时代同步伐，为新时代中华民族的伟大复兴培根铸魂，是广大法学法律工作者的神圣职责。

与时代同行，是法学研究的生命活力所系。踏合时代的节拍、把切时代的需求、应答时代的发问，法学研究才能与不竭的源头活水相贯通，才能有常新常青的精彩。要以习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，以饱满的政治热情、严谨的治学态度和开拓创新的精神，把思想和行动统一到为法治建设作贡献上来；要不断引领法学法律工作者始终坚持正确政治方向，牢固树立“四个意识”、坚定“四个自信”，坚持讲法治与讲政治的统一，坚定不移地走中国特色社会主义法治道路；要广泛汇集法学、法律工作者的智慧和力量，及时提炼、汇总和反映重要建议、工作对策、有益经验、创新成果，切实汇聚推进法治建设的强大合力。

发时代先声，是法学研究的责任使命所在。增进创新的勇气、形成原创的成果、发出时代的先声，法学研究才能为助力“全市重大项目攻坚年”活动，服务“种好幸福树、建好明星城”发挥应有作用。要坚持“立足本地、服务常州”原则，始终围绕党政中心工作来设定研究主题，回答领导关注、回应群众关切，当好党委政府的“智囊团”和“思想库”；要主动参与社会治理创新和平安法治建设，参与稳定风险评估、社会矛盾化解等工作，当好社会和谐稳定的促进者、群众合法权益的维护者；要大力开展应用法学研究，选择好主题、转化好成果，为加强区域法治建设、促进经济社会发展作出应有贡献。

为时代明德，是法学研究的培根铸魂所能。习近平总书记指出：“一个国家、一个民族不能没有灵魂，文化艺术工作、哲学社会科学工作就属于培根铸魂的工作。”“培根铸魂”一语，清晰点明了包括法学在内的哲学社会科学在国民心性塑造、民族精神弘扬中的独特作用，启示着法学法律工作者不仅要做好著书立说的工作，更要尽到为时代铸魂立德的责任。德不优者不能怀远，才不大者不能博见。要真正解决好“为什么人”的问题，自觉地将个人兴趣和社会需要统一起来，将学术责任和社会责任融为一体，涵养大格局、弘扬好学风；要做真善美的追求者和传播者，以深厚的学识修养赢得尊重，以高尚的人格魅力引领风气，在为祖国、为人民立德立言中成就自我、实现价值。



封面题字：王仲方  
(中国法学会原会长)

## 《常州法学》编委会

主任：姜洪鲁

副主任：张双庆

编委（按姓名笔画排序）：

严瑞忠 李 浩 张双庆

张加林 罗志平 周 忠

姜洪鲁 夏 明 顾 锋

高 军 黄 欣 蒋建伟

潘耿介 滕 晖

主 编：潘耿介

责任编辑：王 奕

章怡虹

# 目 录

## 司法体制改革专题

员额制背景下法官职业化与司法民主化的冲突与契合  
——试论“专家+大众”陪审制之构建

..... 裴 阳 ( 4 )

司法改革背景下行政诉讼司法建议制度的完善

.....刘 永 ( 13 )

员额制改革下法官的选任制度研究

..... 翁学超 ( 16 )

司改背景下法院内设机构改革初探

.....吴 奕 ( 27 )

## 区域法治建设专题

如何推动高质量法治武进建设

.....何 魏 ( 33 )

关于完善党委（政府）法律顾问制度的思考

..... 戴庆月 ( 38 )

推进基层政府综合行政执法改革的若干思考

..... 吴冰姿 ( 40 )

主管：常州市委政法委  
主办：常州市法学会  
编辑：《常州法学》编辑部

内部资料 免费交流  
2019年第1期  
(总第158期)  
2019年3月30日出版  
(季刊)

编辑部地址：

常州市龙城大道1280号  
市行政中心1号楼A座17楼1718室

编辑部电话：(0519) 85680672

编辑部邮编：213022

编辑部电子邮箱：czfxh@sina.com

承印：常州市通华印刷有限公司

刊号：苏新出准印 JS-D035

---

**法学研究**

市场监管行政执法与刑事司法衔接问题研究  
——以程序衔接机制为视角  
.....唐 鑫 ( 44 )

关于智慧法院建设的几点思考  
.....常 鑫 ( 47 )

我国环境侵权中因果关系举证责任倒置之适用  
——基于“山东富海公司大气污染责任案”之思考  
..... 贺枫娇 ( 50 )

---

**法律实务**

“套路贷”案件的套路与防治  
..... 周 运 李艳伟 ( 55 )

“酒托”案件的诈骗性质分析  
.....吴汉忠 王文韬 ( 58 )

---

**法律援助优秀案例**

学生夜半昏迷致瘫原因成谜  
法援律师巧诉讼获公平赔偿  
..... ( 61 )

262名建筑工人遭遇欠薪  
法律援助助力依法维权  
..... ( 64 )

家有8子难赡养 法援一招圆亲情  
..... ( 66 )

# 员额制背景下法官职业化与司法民主化的冲突与契合

## ——试论“专家+大众”陪审制之构建

裴阳

从早前的存废之争到逐渐步入法治化轨道，人民陪审员制度，这项已经延续了50多年的司法民主制度似乎从来都没有平静过。特别是在当前法官员额制改革推进过程中，如何建立一套真正适应法官员额制要求的新型陪审制度，是摆在我们面前的一个新课题。本文拟从当前陪审制度制约法官员额制的因素入手，提出法官员额制背景下重构我国陪审制度的基本思路，以期抛砖引玉。

### 一、法官员额制背景下我国陪审制度存在的价值

法官员额制提升了法官的职业化和精英化程度，是从专业角度保证公正司法的制度基础，是审判事务越来越专业化、技术化的必然产物。与之相反，陪审制度是国家审判机关吸收非员额法官或非职业审判员的人员作为陪审官或陪审员参加刑事、民事案件审判的制度，人民陪审员不具备员额法官的专业知识和任职经历要求。陪审制度如何适应法官员额制？这是当前摆在我们面前的一个全新课题。笔者认为，法官员额制后，陪审制度非但不能取消，反而应该加强，因为这一制度能与法官员额制、法官助理制形成较好的优势互补，主要体现在以下几个方面：

1、人民陪审员司法理念的多元化，可以弥补员额法官司法理念陈旧的缺陷。实现司法公正，必须理念先行。审判实践中，许多与现代司法理念相背离的现象仍大量

存在，如审判模式上“重义务，轻权利”、审判思维上“重实体，轻程序”、实体审判上“重公权，轻私权”、惩罚犯罪上“重制裁，轻保护”、审判效果上“重办案，轻预防”等。人民陪审员由于来自各行各业，其解决纠纷的理念呈现多元的特点，可以与员额法官职业理念形成有效互补。同时，人民陪审员通过亲自参加审判活动，直接了解案件的具体裁决过程，有益于其法律知识的增长和法律理念的形成。

2、人民陪审员的专业知识优势，可以弥补员额法官知识结构单一的缺陷。法官员额制度后，非法律专业人才很难进入法院或成为员额法官，法官队伍也因此失去了因法官来源渠道的多元化而拥有不同专业人才的优势。陪审员由于社会职业和生活经历不同，参与到一些专业性较强案件的审理中，可以弥补员额法官在知识结构上的局限，从而有助于法官更为准确地认定案件事实和适用法律，确保公正裁判。多年来的实践也证明，陪审制度可以充分利用社会上丰富的人才资源，吸收各行各业的专家参与审理专业性案件，从而使员额法官遇到的这一新问题迎刃而解。

3、人民陪审员的大众性思维，可以与员额法官的职业思维形成有效互补。人民陪审员大多来自基层，了解民情民意，往往更注重从社会道德标准的角度对案件进行评断，将社会公众的良心和善恶标准、是非观念融于司法过程之中。加之人民陪

审判员的社会职业和生活经历各不相同，如在法律对一些案件的处理没有明确规定或规定不具体时，人民陪审员的社会阅历及由此形成的大众性思维能帮助员额法官了解社会公众的思想动态，用客观的常人视角和思维方式来观察和分析案情，从而使法律的适用更为贴近人情世理，作出的判决更容易被公众所接受。

4、陪审制度可以帮助员额法官排除干扰，保障维护司法独立。司法独立是司法公正的重要保障。陪审员作为不特定的普通公民，民意的代言人，让其作为纠纷的审判者，其受到的干扰要比员额法官小得多。与员额法官相比，由于其只是偶尔参与司法活动，并没有固定的司法职位和人事关系，在审判过程中也就更能抵制来自于方方面面的干扰，从而更有助于维护审判的中立性和公正性。特别是对于一些有重大社会影响的案件，由陪审员参与一道作出司法裁判，相应地也就可以大大减轻对裁判法院和员额法官的压力。

5、实行陪审制度在客观上有助于弥补法官力量的不足，确保审判任务的完成。近年来，各级法院“案多人少”矛盾日益突出，案件积压和超审限现象较为普遍。而实行法官员额制后，一部分原本从事审判的法官成了法官助理或司法行政人员，从事审判的员额法官的人数比原来相应减少。实行陪审制度能够增强审判力量，缓解法院审判工作任务重与审判资源匮乏的矛盾。而广泛推行陪审制度，恰好又可以弥补员额法官员额的限制，缓解员额法官的工作压力。

## 二、当前陪审制度设计及其实际运作与法官员额制的冲突

我国的人民陪审员制度产生于第二次国内革命战争时期，沿袭原苏联陪审模式而来，在员额制背景推进法官精英化、职业化的新形势下，其运作中存在的问题越来

越明显。针对当前人民陪审员的整体素质不高、陪审流于形式、陪审职责未能充分发挥等问题，许多法官在调查中反映，导致这种现状的原因主要有三大因素，即我国陪审制度设计定位的偏差、制度设置的“先天性”不足和实际运作中存在的问题。

### （一）陪审制度的设计定位不符合法官员额制要求

《关于完善人民陪审员制度的决定》（以下简称《决定》）用“为了完善人民陪审员制度，保障公民依法参加审判活动，促进司法公正”表述了其立法目的。据此，可以对我国陪审制度作如下定位，即人民法院吸收非法律职业者参加法庭审判，与法官共同行使审判权的司法民主制度。这一制度设计定位直接决定了人民陪审员的非职业化，但过分强调了陪审制度的民主性，从而导致了人民陪审员的大众化和平民化。笔者认为，人民陪审员非职业化其实是指人民陪审员的非法律职业化，这种任职条件并不排斥人民陪审员在法律以外的其他专业上的特长。非但如此，陪审制度的生命力就在于人民陪审员具有员额法官所不具备的其他专业知识优势和大众性思维，能真正实现员额法官与人民陪审员之间的“优势互补”。但目前过分大众化的设计定位，非但不能在员额法官和人民陪审员之间形成有效互补，还与法官员额制背道而驰。从专业审判的角度来讲，在法官员额制背景下，一些原本具有审判职务的审判人员担任法官助理后尚不能行使审判权，更何况缺乏法律专业知识的人民陪审员呢。这就需要对陪审制度进行重新定位和设置，改变现实存在的人民陪审员大众化现象，充分发挥人民陪审员自身的专业优势，与员额法官的法律专长形成有效互补。

### （二）陪审制度本身的制度缺陷影响了员额制度改革推进进程

1、立法对陪审制度规定不够规范统一。54 宪法和 78 宪法都把陪审制度作为一项基本内容纳入，而现行宪法没有规定陪审制度，在程序法上规定的陪审制度显然没有立法依据。在 1983 年修改《人民法院组织法》时，对人民陪审员制度作了相应的“灵活”规定，即将原规定的人民法院审理第一审案件“应当实行陪审的制度”，改为“由审判员组成合议庭或由审判员和人民陪审员组成合议庭进行”；后来颁布的行政、民事诉讼法对陪审制亦作了类似的规定，都把人民陪审员置于一种可有可无的境地。三大诉讼法和《人民法院组织法》虽然都对陪审制度都作了规定，但三者的表述却不相一致。首先，陪审制度是否是基本原则表述不一致。《刑事诉讼法》将陪审制度作为基本原则加以规定；而《民事诉讼法》和《行政诉讼法》中规定的基本原则并不包含陪审制度。其次，对陪审员的权利义务表述不一致。《刑事诉讼法》和《人民法院组织法》规定，“人民陪审员在人民法院执行职务时，与审判员有同等的权利”，《民事诉讼法》中规定，“陪审员在执行陪审职务时，与审判员有同等的权利义务”，《行政诉讼法》中对此没有规定。第三，陪审员的名称表述不一致。《刑事诉讼法》和《人民法院组织法》中称“人民陪审员”，在《民事诉讼法》和《行政诉讼法》中则称“陪审员”。这种宪法规定的空白和其他法律规定的冲突，使陪审制度失去了应有的根本法支撑和法律严肃性。

2、立法对人民陪审员权利义务规定不具体。根据《决定》及相关诉讼法律规定，人民陪审员在法院执行职务期间，有着与法官平等的权利，而人民陪审员的特殊地位决定了其享有的权利不可能与员额法官完全一致。究竟人民陪审员参审时享有哪些权利和承担哪些义务，《决定》及相关

法律并没有作出明确具体的规定。如民事诉讼法第八十六条规定：“人民法院进行调解，可以由审判员一人主持，也可以由合议庭主持”。依据规定，人民陪审员不是审判员，在庭前和庭后都不能单独主持调解。人民陪审员作为合议庭成员不是主审法官，也不能单独主持调解，只能在审判长主持下参与调解，这种参与性是指与主审法官共同进行调解，还是可以在审判长委托下自行进行调解，法律没有规定。

3、立法对陪审案件范围规定不够宽泛。《决定》第二条第一项规定，人民陪审员参与审理的案件范围为社会影响较大的一审刑事、民事、行政案件。笔者认为这一规定存在三个问题，首先，将陪审案件范围仅限定在一审存在弊端：一方面，与一审案件相比，二审和再审案件争议更大，裁判结果更具决定性，人民群众也更加关注；另一方面，一审适用陪审制度审结案件的当事人上诉或申诉后，判决有可能被二审或再审员额法官更改或撤销，这与陪审制度的立法初衷相违背。其次，“社会影响较大”的标准比较含糊，缺乏可操作性。实践中，对于社会影响较大的案件，法院都会比较慎重，会因担心人民陪审员的审理水平影响案件的审判效果而主观地以“社会影响不大”为由而不适用陪审，从而导致应适用陪审案件数的下降。第三，从审理阶段看，陪审制度仅限于审判环节，使得陪审制度的司法民主功能无法在立案和执行阶段实现。事实上，立案环节涉及到当事人诉权的保护，是启动审判的前提，而执行环节则关系到当事人实体权益的最终实现，将这两个阶段排除于陪审制度的适用范围之外，显然不利于陪审制度司法民主功能的全面实现。

### （三）陪审制度的实际运作不适应法官员额制的需要

1、价值观的变化动摇了陪审制度存在

的根基。计划经济体制下，国家强调公民的政治意识而忽视甚至排斥人们对经济利益的追求，人们总是把参加陪审当成自己当家做主的政治任务去完成，所以积极性很高。而在当前的市场经济条件下，人民陪审员参加陪审要耽误自己的工作和时间，从个人角度讲，要影响他的经济利益；从企业角度讲，要影响它的经济效益。表现在个人方面，就是对陪审工作缺乏热情，推拖敷衍；表现在企业或其它经济实体上就是为职工参加陪审在劳动纪律上设置障碍。

2、社会的重视度不够导致人民陪审员角色错位。长期以来社会上对人民陪审员的地位和作用认识有偏，目前仍有人认为陪审制度是一种摆设，人民陪审员只不过是法院的一块门面，让其参与审理案件只是一个陪衬。一些法官思想上对陪审制度重视不够，认为陪审员不是法院工作人员，在法院无固定办公场所，也无固定到岗时间，且进行合议时找陪审员相对麻烦；还有的认为陪审员不熟悉法律，参与陪审反而妨碍了法院、法官的自由审判权，故在实践中，有的法官出于“怕麻烦、怕监督、怕干扰”的考虑，不愿意让人民陪审员参加陪审。而一些人民陪审员自己也仅仅把人民陪审员作为一种政治身份的象征，参与审案并无真正实意。有一些法院为了解决陪审与日常工作的矛盾，一批退休干部、下岗工人等成了专职人民陪审员，他们主要承担办理诉讼手续、送达法律文书等事务性工作，这种角色错位现象背离了陪审制度的本意。

3、人民陪审员选任面较窄造成代表性不够广泛。从目前各法院新选任的人民陪审员情况看，来源仍显狭窄，人民陪审员的选任有政府化、官员化、资本化的倾向，没有体现出平民化、民众性和广泛性。从原有立法来看，人民陪审员的产生主要有两种方式，一种是选举或单位推荐，另一

种是法院聘任，而《决定》则增加了“本人申请”的规定，这些都难以保证人民陪审员的素质，难以适应法官额制后审判工作的专业化要求。法律毕竟是一门科学，如果没有足够的法律专业知识而一味地依靠人民群众的主人翁精神这一抽象观念，那么对于一些复杂的案件，甚至一些简单的案件也就无法做到“认定事实清楚，适用法律正确”，必然会影响到审判质量，影响职业化目标的实现。

4、陪审经费缺乏保障影响人民陪审员的积极性。法律规定人民陪审员执行职务期间，由原工作单位照付工资，但由于经济体制发生的变化，一些单位不愿执行此规定。一些地方财政部门未能将人民陪审员报酬作为专款下拨，目前多数法院只能是象征性支付少量报酬。选举或者邀请一些单位的领导、骨干担任陪审员是实践中的习惯做法，绝大多数陪审员本身就承担着较为繁重的本职工作，客观上确实容易产生履行陪审职务与本工作的矛盾。普通陪审员除参加陪审外，还要正常履行其在本职岗位上的职责，当发生工审矛盾时，大部分陪审员会优先考虑自己的本职工作，而无故缺席陪审法庭。特别是常任制人民陪审员取消后，当聘任制人民陪审员因工作忙或其他原因不愿、不能参加陪审时，人民陪审员参加陪审的案件范围和数量必然大大缩减。

5、缺乏必要的专业培训，人民陪审员作用发挥有限。相当一部分法院对人民陪审员的法律业务知识和审判技能的培训重视不够，即使对人民陪审员组织了集中学习、培训，也仅限于发放几本通俗法律读本，参加几次观摩庭审而已。由于法律知识缺乏，导致一些人民陪审员不愿参加陪审，即使参加了陪审，也是敷衍应付，这种“陪而不审，合而不议”的现象比较突出，客观导致了陪审法庭审判成了事实上的员

额法官独任审判。即使陪审员在审理中发挥了应有作用，但其陪审意见对形成判决的作用也常常处于不确定的状态，这主要是由于我国法院中审判委员会的客观存在。根据法院组织法和有关诉讼法的规定，审判委员会对具体案件的讨论意见，在该院具有最终的决定意义，合议庭应当按照审判委员会的讨论作出判决，因此，有陪审员参与的合议庭所独立形成的判决意见，实际上并不具有最终的决定性。

6、对人民陪审员责任追究不到位，不利于司法公正的最终实现。最高法院制定的“两个办法”中明确规定办错案应受追究的审判人员是指各级人民法院的审判员和助理审判员，把人民陪审员排除在了责任追究的范围之外。《决定》第十七条规定人民陪审员有上述行为时，人大常委会可以免除其人民陪审员职务，构成犯罪的，可以依法追究其刑事责任。按照这一规定，对人民陪审员不履行或不当履行陪审职务尚未构成犯罪的，不能追究其经济或行政责任，只能免除其人民陪审员职务，而事实上免除人民陪审员职务对其并无实质性影响，这就使人民陪审员的责任追究制度形同虚设。《国家赔偿法》第十四条规定，赔偿义务机关赔偿损失后，应当责令有故意或者重大过失的工作人员或者受委托的组织或者个人承担部分或者全部赔偿费用。对有故意或者重大过失的责任人员，有关机关应当依法给予行政处分；构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。依此规定，如果由于人民陪审员的原因导致国家赔偿的，人民法院在适用上述条款追究责任人责任时存在尴尬。

### 三、融合法官额制与司法民主制的陪审制度重构思路

陪审制度强调司法民主，法官额制要求专业审判。从对人民陪审员的要求来说，司法民主强调的是人民陪审员来源的

广泛性，即人民陪审员的大众化，而专业审判强调的是人民陪审员身份的特定性，即人民陪审员的专家化。过分强调司法民主，势必会削弱陪审制度的专业优势，而过分强调专业审判又必然会影响到司法民主的广泛性，如何使陪审制度的司法民主功能与法官额制后的专业审判要求相得益彰？设立专家陪审和大众陪审相结合的陪审制度。

#### （一）改革陪审制度设计

1、重新定位法官额制后的陪审制度。解决好价值观念问题，是改革陪审制度的基础。笔者认为，要建立一个适应法官额制形势的陪审制度，就必须重新定位陪审制度，首先要对法官额制背景下人民陪审员的角色特征作一个正确的界定，而正确界定人民陪审员角色的前提是准确定位员额法官。《法官法》对员额法官的任职资格要求侧重于法律方面的专业知识和司法工作经历，而没有作出具备其他专业知识的任职要求，最终目的应定位为培养法律专家，即在提高法官法律专业知识层次的深度上下工夫，而由此带来的员额法官知识结构单一、知识面相对狭窄的缺陷恰好可以通过推行专家陪审来加以解决。但专家陪审决不是陪审制度的全部，因为陪审制度设立的目的就是赋予普通公民以审判权，弘扬司法民主，为了追求专业审判而舍弃一般群众参与审判的群众陪审制度显然是舍本求末的做法，违背了陪审制度设立的初衷。因此，员额制背景下我国陪审制度的基本定位应该是：充分整合社会人才资源，发挥人民陪审员的其他专业知识和大众思维优势，与员额法官法律专业知识和法律思维形成有效互补的司法民主制度。

2、增设专家陪审制度。在目前法官职业素质普遍不高，法律以外的其他专业知识相对较为贫乏的情况下，充分利用这种

社会人才资源无疑是法官额制建设的一条捷径。专家人民陪审员，是指由在一定领域具有专长的专家担任的人民陪审员，专门审理涉及高智能经济犯罪、知识产权、期货金融证券业纠纷、医疗纠纷等专业性疑难案件或法律疑难案件的人民陪审员。专家人民陪审员包括两类：一类是法律专家人民陪审员，如高等院校的法学教育工作者、法学科科研机构的研究人员、高级律师等，主要解决疑难法律问题。这种模式不仅能够弥补员额法官在发现、解释法律上的先天不足，同时也自然而然地解决了人民陪审员法律技术含量不足的问题。另一类是非法律专业专家人民陪审员，主要解决审理中出现的法律以外的其他专业性疑难问题。

3、完善现存的传统陪审制度。在当前的司法实践中，法律关系呈现出多元化、复杂化的趋向，审判工作已经成为一项专业性非常强的工作。为了适应非专业的普通民众能实实在在地行使裁决权，改革后的传统陪审制度应该把我国陪审员的职权主要定位在案件事实上，即让大众陪审员主要对围绕审查证据事实开展工作。同时也主要对事实负责，因为对案件事实和证明事实的证据的认定，陪审员只要具备常人的知识与智慧，即可作出评价与判断。据此，笔者认为，大众人民陪审员，是指具备《决定》规定的人民陪审员任职条件，参与非专业性案件审理的人民陪审员。为确保其所应具有的广泛代表性和与法官额制相适应的实际工作能力，应适当提高大众人民陪审员的准入门槛，在《决定》规定的一般应当具有大学专科以上文化程度的基础上，同时适当增加必须具有一定的法律知识和专业知识条件，以确保人民陪审员最起码的专业素质，同时还应严格规定遴选、任期和其他监督管理制度。

## （二）完善人民陪审员遴选机制

选任人民陪审员要做到业务素质现与政治素质并重，在充分考察人民陪审员的法律知识水平和其他专业知识的同时，要充分考察其是否具备正确的政治立场、思想观点、是否具备一定的政策水平、是否具备高度的组织纪律性和强烈的反腐倡廉意识、是否具备与其身份相称的道德品行和解决社会纠纷的责任感等，真正把既具有一定专业知识，又具有良好的政治品质和道德素养，在群众中有较高的声誉，能够秉公办事，不畏权势的人选任到人民陪审员的队伍中来。

1、大众人民陪审员的遴选。根据《决定》第八条的规定，人民陪审员的遴选程序是：社会推荐（或本人申请）-资格审查-法院提名-人大任命。笔者认为可以“社会推荐（或本人申请）-资格审查-选举确认-资格认定-社会公示-人大任命”：（1）法院在当地政府的协助下每年度从当地有陪审员资格的公民中挑选一定数量候选陪审员，制成名单，存入法院的计算机系统。这种一般选任中的资格审查不必过于严格，入选人数可以多一些。具体人数应根据每所法院管辖地区的人口、地域和案件数量来确定，一般应在200人至1000人之间。

（2）由辖区各单位和基层组织在符合人民陪审员基本条件的候选陪审员中好中选优，根据一定比例（如1:3）向法院推荐，或由个人直接向法院申请；（3）由法院会同同级司法行政机关组织对推荐人员进行书面法律知识测试，并进行政审，从合格的人员中确定候选人名单；（4）由人大组织从候选人中选举产生当选人民陪审员；（5）将当选人民陪审员提交人民陪审员任职资格审定委员会进行资格审定；（6）向社会公示获得资格认定的人民陪审员名单及其基本情况，广泛征求意见；（7）由人大常委会对通过资格认定且公示无不良反映的人民陪审员进行正式任命。

2、专家人民陪审员的遴选。专家人民陪审员侧重专业知识要求，必须在特定领域具有一定的专长和足够的实践经验，故不宜采用选举办法，可以由法院物色人选，经人民陪审员任职资格审定委员会认定后，提交人大常委会任命。

3、建议设立任职资格审定委员会。该委员会可由人大代表、有突出学术成就的专家、资深法官、基层组织和有关单位的领导组成。任职资格审定委员会对提请资格认定的各类人民陪审员，分别从群众基础、专业能力、道德素质等方面进行全面考察，对选举任命的大众人民陪审员还应附加面试。未经法官任职资格审定委员会进行资格认定或认定不合格的，不得任命为人民陪审员。

4、人民陪审员的个案选任。《决定》第十四条规定以随机抽取的方法产生个案人民陪审员，建议在此基础上增加“庭选”程序，即当某个具体案件需要陪审时，由法院按一定比例（如1:3）随机抽取，并通知他们在开庭时参加庭选。在庭选过程中，候选人民陪审员与当事人见面，并由法院将候选人民陪审员的基本情况告知双方当事人，双方当事人可交叉提出自己选择的候选人，对方当事人可以享有一定数量的否决权，直至双方均同意即可确定。

### （三）重构陪审法庭运作模式

1、陪审法庭审理案件的范围。（1）按照适用程序划分。依照我国法律规定，以简易程序审理的案件由审判员独任审判，人民陪审员无权审理，因此人民陪审员只能陪审按普通程序审理的案件。（2）按照审级划分。宜将陪审制度扩展到二审和再审程序，以更广泛地体现司法民主。（3）按照审理的阶段划分。在立案和执行环节推行陪审制度，对在立案环节需要进行诉前财产保全、执行中需要作出如变更、追回被执行主体等实体裁定的，可由员额法

官与人民陪审员共同组成合议庭处理。由于诉前财产保全涉及到拟保全的财产是否为被告所有、执行中拟变更、追加的执行主体是否与本案有事实上的债权债务或其他应承担实体责任的法律关系等实体问题，这就为陪审员参与提供了条件和可能。

2. 陪审法庭的组成模式。（1）对非因案情复杂，而是法律规定必须组成合议庭或因受审理期限限制而组成陪审法庭审理的一审案件，一般采用“一二”模式，即由一名员额法官和二名大众人民陪审员组成陪审法庭审理。（2）对于案情复杂的案件，宜采用“二一”模式，即由二名员额法官和一名大众人民陪审员组成陪审法庭，减少因大众人民陪审员专业知识的欠缺可能对裁判产生的负面影响。（3）对非法律专业专家人民陪审员参与审理的专业性疑难案件宜采用“一二”模式，因为此类案件的难点在事实部分，因此由一名员额法官在两名专家人民陪审员认定事实的基础上直接裁判定案具有一定的合理性。（4）对由法律专家人民陪审员参与审理的法律疑难案件，亦可采用“一二”模式，可以充分发挥法律专家人民陪审员的法律专业优势。（5）二审或再审陪审法庭可采用“二一”模式，即由二名员额法官和一名大众人民陪审员组成陪审法庭审理，或“一二”模式，即由一名员额法官和二名法律专家人民陪审员参加审理。事实一般在一审中都已查清（如果没有查清，可以发回重审），故二审和再审的重点是法律审。（6）立案和执行陪审法庭可采用“二一”模式，即由二名员额法官或执行法官和一名人民陪审员组成。

3、人民陪审员的权利和义务。笔者认为，必须明确人民陪审员的职权，包括参与案件调查、核实证据、认定事实、独立评议等，保证人民陪审员能真正履行与法官同样的职责。尤其要赋予人民陪审员案

件先悉权，保证人民陪审员切实地参与到诉讼的各个环节中。人民陪审员还应积极向社会宣传法律、法院和法官，及时向法院反映广大群众的司法需求，起到法院与群众之间的桥梁纽带作用。人民陪审员的权利主要有：（1）审判权。大众人民陪审员享有主要享有完全的事实审查权，同时享有与自身法律专业水平相适应的裁判权。在评议案件时，应该分成二个阶段，一是认定事实的评议，二是适用法律的评议。在认定事实阶段，陪审员享有完全的表决权，并按少数服从多数的原则确定最终意见，陪审员的多数意见即可成为合议庭的裁决意见。在法律适用阶段，要确立合议庭中员额法官的主导地位，陪审员此时享有不完全的表决权，其在发表适用法律方面的意见前应接受员额法官的指导，亦按少数服从多数的原则确定合议庭的最终意见，但当员额法官在适用法律方面的意见为少数时，须提请审判委员会讨论，由更高层次的员额法官来决定。专家人民陪审员既享有事实审查权，又享有裁判权，但侧重于事实审查，即侧重参与开庭审理案件、调查、认定事实等。为了保证人民陪审员充分行使审判权，应在开庭前将起诉书或起诉状、答辩状送人民陪审员一份，让其了解案件的基本情况或争议焦点；在庭审中要由法官引导陪审员熟悉相关法律条文，领会有关法律精神等。（2）调解权。人民陪审员可在庭审中参与调解，也可单独组织当事人进行庭外调解。当前，许多法院还在聘请人民陪审员担任人民调解员，促进诉讼调解与大调解机制的有机衔接方面，做出了有益的尝试，化解了一大批矛盾纠纷，收到了较好的社会效果。（3）监督权。在审理中发现员额法官或法官助理有违法审判或其他不正当行为，有可能影响案件公正审理的，人民陪审员有权向院长或审判委员会提出，必要时可直接向人

大常委会提出，相关部门应当认真处理，并将结果告知人民陪审员。（4）质询权。非法律专业专家人民陪审员，在员额法官没有采纳其认定的事实而可能导致错误裁判的，可行使质询权，员额法官应接受质询，如有错误应及时纠正。（5）列席审委会的权利。对按《决定》第十一条第二款规定的程序提交审判委员会讨论的案件，应赋予人民陪审员列席审判委员会的权利。列席期间可以发表意见，但无表决权。（6）获得报酬权。人民陪审员在履行职务期间除按《决定》第十八的规定享受相应补助外，还应设立专门的陪审津贴。陪审津贴、误工补助等陪审经费应纳入地方财政预算，由人民法院管理。此外，人民陪审员还享有阅卷、署名、表决等权利。人民陪审员的义务主要有遵守审判纪律、保守审判秘密，依法履行职务、按时出庭等，如有应当回避情形的，还应主动申请回避。

4、人民陪审员与员额法官及法官助理的关系。（1）员额法官是庭审活动的主持人，但应接受人民陪审员的监督。审判长由员额法官担任，担任审判长的员额法官对整个案件的事实认定和适用法律负责。

（2）人民陪审员在陪审法庭中处于相对从属的地位，在其承担职责范围内对员额法官负责，同时监督员额法官和法官助理的审判活动。（3）法官助理应完成员额法官和人民陪审员交办的办理诉讼手续、组织庭前交换证据、实施诉讼保全、送达法律文书等辅助性工作，并对员额法官和人民陪审员负责，接受人民陪审员监督。

#### （四）建立健全与陪审相关的几个制度

1、建立人民陪审员分类管理制度。基本设想是在同级人大设立陪审事务工委对人民陪审员进行归口管理，具体负责对人民陪审员的资格审查、职务任免、业务培训、业绩考核和履职监督等工作。在法院内部

设立人民陪审员管理办公室，由专门人员负责人民陪审员的联络、履行职务的具体安排、审查补助费用的发放等行政性事务的管理工作。

2、建立人民陪审员任期制度。《决定》第九条关于人民陪审员任期五年的期限明显过长，且对连任未作规定。笔者认为，五年的任期规定只能适用于专家人民陪审员，而对大众人民陪审员的任期应规定相对较短的期限，如一年。专家人民陪审员只行使有限的审判权，故在任期制度设计时应考虑相对较长的期限，且对其连任次数可不加限制。大众人民陪审员享有完全的审判权，经常更换有利于预防腐败，同时还可以使更多的人参与审判，故在任期制度设计时应考虑相对较短的期限，且规定连任不得超过两届。

3、建立人民陪审员培训和保障制度。要加强对人民陪审员进行业务培训，及时更新知识，提高法律适用水平。基层法院着重加强对人民陪审员审判技能的培训，高级、中级法院着重加强对人民陪审员司法理念、法律专业知识的培训。建议由省一级人大、法院、财政主管部门对人民陪审员的经费支出制度进行统一规定，地方财政和法院落实经费保障。建立完善人民陪审员人身安全保障制度，对受到当事人威胁的人民陪审员要落实必要的安全保护措施，在条件允许的情况下可以为人民陪审员办理职业安全综合保险。

4、建立健全人民陪审员监督管理制度。人民陪审员的选任、培训、考核等方面由基层人民法院会同同级人民政府司法行政机关共同进行管理，但各自的具体职责尚需作出更加细化的规定。法院内部也要进一步明确承担人民陪审员日常管理工作的具体管理部门，建立陪审员的信息沟通工作制度，与每个人民陪审员必须经常保持联系，与人民陪审员所在的单位多加强联

络与协调。要进一步完善人民陪审员考核机制，赋予人大常委会对人民陪审员考核制度制定和考核活动的参与权，使人大常委会对人民陪审员的考核权和任免权有机衔接。要进一步完善对人民陪审员的监督机制，在落实《决定》关于对人民陪审员事后监督的基础上，加快事前、事中监督机制，确保人民陪审员依法行使审判权。

5、健全人民陪审员责任追究制度。可参照《中华人民共和国法官法》，对陪审员的行为作如下规范，即陪审员执行职务时不得有下列行为：“①徇私枉法；②刑讯逼供；③隐瞒证据或伪造证据；④泄露案件所涉及的国家秘密、商业秘密或审判工作秘密；⑤滥用审判职权，侵犯公民、法人或其他组织的合法权益；⑥玩忽职守、造成错案或给当事人造成严重损失；⑦故意拖延办案，贻误工作；⑧利用审判职权为自己或为他人谋取私利；⑨私自会见当事人及其代理人，接受当事人及其代理人的请客送礼的；⑩其他违法乱纪的行为。”如果陪审员有上述违法违纪行为，根据情节轻重，分别由陪审事务工委作出警告、通报批评等纪律处分；拒不履行职务造成严重后果，或无正当理由拒不履行职务三次以上的，由人大常委会免除其人民陪审员职务；对人民陪审员履行职务时违反审判纪律或违法审判情节轻微的，由陪审事务工委作出警告、通报批评等纪律处分；违法审判情节严重或因滥用职权、玩忽职守等原因造成错误裁判的，由人大常委会免除其人民陪审员职务，并由任职法院向其所在单位发出行政处分的司法建议；对于因人民陪审员故意或者重大过失导致人民法院承担国家赔偿责任的，视情节由其承担部分或者全部赔偿费用。

（作者系常州市中级人民法院副院长）

# 司法改革背景下行政诉讼司法建议制度的完善

刘永

司法监督是保证行政机关行政行为公正、合法的重要途径。党的十九大报告中提出，我国要建立“法治的政府”，“要把权力装进制度的牢笼”。有必要通过司法改革，用完善的法律制度来规范和监督行政机关的行政行为，对违法的行政行为进行审查和纠正。在《中华人民共和国行政诉讼法》（以下简称《行政诉讼法》）第一条中也明确了人民法院要“监督行政机关依法行使其合法权利”。法院可以通过行政判决来纠正违法的行政行为，但由于诉讼时间长、费用高，加上行政机关与司法机关微妙的关系，行政判决未必是最好的解决行政争议方法。行政诉讼法设立行政诉讼司法建议制度作为辅助解决行政纠纷的途径。

## 一、司法建议的概念及其制度价值

### （一）司法建议的概念

“建议”一词，在《现代汉语词典》里是指向有关方面提出（自己的）主张；或对事情的处置或兴办提出具体的意见。可以看出，建议是一方向另一方通过较为柔和、委婉的方式提出解决问题的意见和主张。

司法建议，是指司法机关在司法过程中，向其他单位提出处置问题的主张和意见。广义上的司法建议包括法院提出的司法建议和检察院提出的检察建议。

行政诉讼中的司法建议主要是指司法机关在依法监督和审查行政行为过程中，为纠正不合法或不合理的行政行为，对行

政机关提出的司法建议。

### （二）行政诉讼司法建议制度价值分析

首先，司法建议制度是法院的行政判决的重要补充。囿于受案范围的限制，法院对行政行为的司法审查并不是全方位的。即使属于司法审查范围，也只能对行政行为的合法性进行审查。对不合理的行政行为，除个别情况可适用变更之外，法院是无权进行审查的。通过司法建议，法院可以把自己的意见和观点传达给行政机关，纠正行政机关的失误。使行政判决无法顾及的问题，通过司法建议的方式解决。

其次，有利于更好地处理司法权和行政权的关系。我国有长期的司法权长期依附于行政权的历史传统。时至今日，有的政府还把法院看作自己的工作部门，把法官称为“法院干警”，甚至要求法官协助执行行政事务。对于法院的司法审查和监督，行政主体是有对立情绪的，刚性的判决也不利于顺利执行。司法建议以其柔和的处理问题的方式，较容易被诉行政主体接受，有利于缓和审查者和被审查者对立的关系。

再次，司法建议制度促进法院能动司法，实现“有错必纠”的司法理念。有错必纠是行政机关的执法理念和法院的司法理念，而行政诉讼的受案范围限制了法院对部分瑕疵行政行为的纠正。司法建议制度解决了法院不能通过审查、判决纠正错误的难题。这是贯彻有错必纠的司法理念，也是促进法院能动司法的探索和尝试。除此之外，较之于行政判决，通过司法建议

的方式解决纠纷时效率更高，有利于节约司法资源。

## 二、司法建议在行政诉讼中的分类

司法建议在行政诉讼法中的具体表现在现行《行政诉讼法》及司法解释中。根据司法建议在诉讼中出现的时间不同，将其分为以下几种司法建议：

### （一）诉前司法建议。

《行政诉讼法》第25条第4款规定：人民检察院……应当向行政机关提出检察建议，督促其依法履行职责。

### （二）审理时期司法建议。

《行政诉讼法》第64条规定：人民法院在审理行政案件中，经审查认为本法第53条的规范性文件不合法的，不作为认定行政行为的依据，并向制定机关提出合理建议。第66条第二款：人民法院对被告经传票传唤，无正当理由拒不出庭或未经许可中途退庭的情况予以公告，并可以向监察机关或被告的上一级行政机关提出依法给予其主要负责人或者主要责任人员处分的司法建议。

### （三）判决时期司法建议。

最高人民法院发布的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《司法解释》）。根据《司法解释》第59条的规定，判决撤销违法的被告具体行政行为将会给国家利益、公共利益或者他人合法权益造成损失的，人民法院在判决撤销的同时可以向被告和有关机关提出司法建议；《关于行政诉讼撤诉若干问题的规定》（以下简称《撤诉规定》）第1条规定：“人民法院经审查认为被告具体行政行为违法或者不当，可以在宣告判决或者裁定前，建议被告改变其所作的具体行政行为”。

### （四）执行时期司法建议。

《行政诉讼法》第96条：行政机关拒绝执行的，人民法院可以向监察机关或行

政机关的上一级行政机关提出司法建议。接受建议的机关，根据有关规定处理，并将有关情况告知人民法院。《关于依法保护行政诉讼当事人诉权的意见》第6条规定：“要建议政府和有关部门正确理解和评价行政诉讼败诉现象，修改和完善相关考评制度，防止和消除由此产生的负面影响”。

根据作出建议机关不同，司法建议又可分为法院司法建议和检察院司法建议。现有的司法建议中，《行政诉讼法》第25条规定的司法建议是检察院司法建议，其他的都属于法院司法建议。

## 三、行政诉讼中司法建议制度存在的问题

2012年以来，行政诉讼法中司法建议条款数量逐渐增加，意味着司法建议在处理司法机关与行政机关的关系中起着重要作用。但该制度在建立之初就存在诸多问题。随着司法改革的深入，行政诉讼各项制度都逐渐趋于完善，而司法建议制度这些问题没有得到根本解决，使得这项制度的效力较低，没有达到预期效果。司法建议制度存在的问题主要有以下几方面：

### （一）违背了当事人法律地位平等原则

当事人法律地位平等原则是行政诉讼基本原则，此原则要求当事人享有平等的诉讼权利和诉讼义务。在行政诉讼中，原告如果经传票传唤无正当理由拒不出庭或未经允许中途退庭的按撤诉处理出现这种情况时对原告要按撤诉处理，而被告如果出现上述情况，则按《行政诉讼法》第66条第二款：人民法院对被告予以公告，并可以向监察机关或被告的上一级行政机关提出依法给予其主要负责人或者主要责任人员处分的司法建议。而不是直接按照民事诉讼法中规定的缺席判决。这显然是违背当事人平等原则的。

### （二）让抽象行政行为的司法审查形同虚设

《行政诉讼法》修订后，增加了对抽象行政行为的司法审查。目的是通过对该种行政行为的审查，纠正和撤销不合法的抽象行政行为。而该法第64条的司法建议的相关规定及《司法解释》规定，对不合法的规范性文件，人民法院除了可以向制定机关提出建议外，抄送制定机关的同级人民政府或者上一级行政机关。但这也无法保证不合法的规范性文件被取缔。这导致原来经过审查为不合法的规范性文件还会继续存在，这使得法院对抽象行政行为的司法审查变得毫无意义。

### （三）司法建议缺乏约束力

由于多数司法建议不要求受建议行政主体回复其处理结果，往往对接受建议者没有约束力。因为受建议者是否按法院的建议采取相应的行动，法院不得而知。行政诉讼法第96条虽要求受建议者反馈，但以什么形式告知法院，法院如果对被告知的内容不满意该怎么办等，行政诉讼法及司法解释并没有明确的规定，法院并不能保证通过司法建议达到其想要达到的目的。

此外，在司法实践中还会出现一些不规范运用司法建议的情况。如，法院在是否作出司法建议上表现得很随意：提不提建议随意，建议内容随意，法院随意用司法建议取代判决等情况等。

## 四、完善我国行政诉讼中司法建议制度的构想

司法建议制度缺陷降低了其在行政诉讼中的价值和法律地位。通过行政判决纠正错误的行政行为固然有立竿见影的效果，但与判决相比，完善的司法建议制度在效率和易被接受方面更有优势。可见，司法建议作为行政判决的必要补充，是不可或缺的。2017年行政诉讼法的修订为司法建议制度的完善指明了方向：在行政诉讼法第25条不仅增加了检察院的司法建议权，还规定了在检察建议不起作用时，检察院可以提起行政诉

讼。司法建议的后续司法行为在一定程度上促使行政机关对行政建议的重视，保证司法建议的司法效力，可以作为司法建议制度完善的方向。除此之外，本文认为还需从以下几方面加以完善：

首先，建立和完善司法建议的司法程序。通过确定司法建议的法定情形，安排严格的建议程序，明确司法建议的格式和内容，使司法建议制度更及规范，避免法院在运用司法建议方面的随意性。也避免不同法院在对类似的案件做出的司法建议不一致，影响法院的司法权威。也避免以司法建议替代行政判决的滥用司法建议的行为。

其次，明确司法建议的司法效力。诉讼判决的司法效力已为法律确定，其法律地位也已确立。而司法建议制度的性质、法律地位都未在法律中予以明确，其在司法实践中，亦不被受建议者重视。应在行政诉讼法中明确司法建议制度的效力，让司法建议得到尊重，方能实现司法建议应有作用。借鉴检察院的司法建议，如果接受司法建议的行政主体没有回复，或者回复的内容没有达到法院的要求，法院可直接作出判决。这样方能引起行政主体的重视，彰显司法建议的效力。

再者，明确司法建议的种类和范围。以司法建议取代行政诉讼判决不是最好的选择。毕竟法院判决的效力已根深蒂固、深入人心。国外解决行政纠纷的方式更多是司法审查。我国目前行政诉讼受案范围较为狭窄，限制了审判权的适用范围，司法建议只是弥补这种缺憾的补充，一味增加司法建议在行政诉讼的分量，并非行政诉讼的发展方向。明确司法建议的种类和范围，废除和变更现有的违背原则的司法建议，使司法建议制度更趋合理。

（作者系常州市司法局副局长）

# 员额制改革下法官的选任制度研究

翁学超

近年来，随着我国经济社会发展进入转型期，社会矛盾纠纷大量涌向法院，人民群众对司法公正的期待更甚以往。法官是司法活动的主体，建设一支高素质的法官队伍是实现司法公正的重要保证。为了解决法院工作面临的种种问题，推行法官员额制改革无疑被人们寄予了厚望。继党的十八届三中全会作出了全面深化司法改革的重大战略部署后，中央全面深化改革领导小组会议审议通过了《关于司法体制改革试点若干问题的框架意见》，对若干司法体制改革重点难点问题确定了政策导向，其中一点就是要对法官实行有别于普通公务员的管理制度，建立法官员额制，把高素质人才充实到办案一线。这是十八届三中全会以来首次明确提出实行“法官员额制”。2014年7月，最高法院发布《人民法院第四个五年改革纲要》，进一步明确提出建立法官员额制度，“对法官在编制限额内实行员额管理”。其后，上海、广东等地陆续展开了试点工作。实行法官员额制，必然要对法官进行严格的遴选，因此，如何选任法官成为普遍关心的问题，这是员额制改革的重点和难点，同时也成为了本次改革能否成功的关键。

## 一、员额制改革下法官的选任制度梳理

### （一）背景——全面推进依法治国方略下法官员额制改革的再启动

#### 1. 法官员额制的概念

对于法官员额制的概念，学界多有探讨，如于建平：“法官员额制度，就是根

据一定的标准固定法官的数量，集中行使审判权的制度”。其中“一定标准”的说法较为笼统。郭毅敏、闻长智、袁银平结合《法官法》的规定和最高人民法院有关文件精神分析认为，所谓法官员额制度，就是综合考虑全国法院和各地法院的具体情况，依据审判工作量、辖区面积和人口、辖区经济发展水平以及法官队伍现状等因素，在现有编制内对各级人民法院合理确定法官的额度。这一定义明确指出了确定法官员额的标准，本文采纳这一定义。笔者认为，法官员额制应当包括两个方面的含义：其一，法官人数——包括全国范围内的法官人数和某一特定区域内的法官人数在一定时期内应当是相对固定、基本稳定的；其二，法官员额的确定应科学、合理，既符合审判实践需要，又与财政保障等基本国情相适应。

#### 2. 我国法官员额制改革的历史梳理

回顾近年来的改革进程就会发现，法官员额制并不是这两年才有的新鲜提法。早在1999年10月，最高人民法院发布的《人民法院五年改革纲要》（即“一五改革纲要”）中就明确提出要“对各级人民法院法官的定编工作进行研究，在保证审判质量和效率的前提下，有计划有步骤地确定法官编制”。2001年，《法官法》修订时规定：“最高人民法院根据审判工作需要，会同有关部门制定各级人民法院的法官在人员编制内员额比例的办法”。2002年最高人民法院在下发的《关于加强法官队伍职业化建

设的若干意见》提出：“实行法官定额制度。在综合考虑中国国情、审判工作量、辖区面积和人口、经济发展水平各种因素的基础上，在现在编制内，合理确定各级人民法院法官额。”2005年10月，最高人民法院“二五改革纲要”再次提出：“根据人民法院的管辖级别、管辖地域、案件数量、保障条件等因素，研究制定各级人民法院的法官额比例方案，并逐步落实。”但是，实践中法官额制的推进却极为艰难、缓慢，以至于在2006年，蒋惠岭（时任最高人民法院司法改革领导小组办公室副主任）撰文感慨“法官额制之难”，指出，2001年《法官法》修订有三项重大变化：一是法官学历由专科改为本科；二是建立全国统一的司法考试制度；三是建立法官额比例制度。这三项改革都是硬任务，也是法院经过不懈努力争取到的成果。该修正案实施后，学历问题和司法考试问题很快得以解决，唯有法官额制，在法官法修改5年之后仍在调研、试点阶段。但就在她感慨之后，法官额制改革又陷入踟躇不前的境地，直至再过8年，如引言所述，中央在全面推进依法治国的重大战略部署下，又明确提出实行“法官额制”，并被最高人民法院写入“四五改革纲要”，继而在上海、广东、海南等全国各地展开了新一轮的试点，也在学界再度引燃这个话题。

### 3. 法官额制改革对推进司法改革的 意义

本轮司法改革主要包括完善司法人员分类管理、完善司法责任制、健全司法人员职业保障和推动省以下地方法院检察院人财物统一管理四大类内容，其内核主要是内部的“去行政化”以及外部的“去地方化”，以期最大限度地实现司法公正。法官额制作为司法人员分类管理的关键

举措，对加强法官职业化建设、提升法官队伍素质、提升审判质效和司法公信等具有重要意义，可以说，对司法改革的推进具有基础性作用。

虽然自2002年起，最高人民法院即提出加强法官职业化建设，但由于历史和国情原因，我国法官队伍建设存在很多问题。一方面，队伍实际与审判任务的要求不相适应，审判质量和效率难以保证，另一方面，腐败案件时有曝出，严重影响司法公信。分析我国法官队伍现状，主要有三大问题：一是法官职务非法官化。《法官法》规定：“法官是指依法行使国家审判权的审判人员。”但长期以来，我国法院内部存在大量非审判岗位的具有审判职称的“法官”，其中相当一部分人甚至完全没有审理过案件。二是法官职位行政化。我国法院中法官职位从助理审判员到院长分别对应不同的行政级别，法官管理类同于普通公务员。一名法官如果表现优秀，想获得晋升，只能寄望于行政职级的擢升。而由于审判权运行的行政化倾向，院、庭长并不直接通过办理案件行使审判权，造成法官的总量不断增长，但实际在一线办案的力量却并未显著增加，很多法院一线的办案骨干都是30岁甚至更年轻的助理审判员。三是法官素质参差不齐。与法治发达国家相比，我国法官准入门槛较低、人员组成混杂、整体素质水平有待进一步提升。如有研究者提出的考证资料：山东泰安市法院近70%的人员是二十世纪八十年代从其他单位选拔、军人转业安排和向社会招考的，其中正规院校法律专业毕业的只占法官总数的15%，其余大部分是通过在职自考、函授、业大等途径毕业的。

法官的素质和水平决定了裁判的品质。现代法治理念的践行、司法公信的树立，都有赖于法官的较高素养。诚然，我国法

官队伍的现状及管理模式与我国法治进程的发展有着密切联系，事实上在特殊的历史时期，广大未经正规法律专业教育的法院干部为法院的发展做出了不可磨灭的贡献，但从目前社会发展形势来看，法治建设的新要求、人民群众的新期待呼唤更加高素质、精英化、符合现代法治需求的法官。实行法官额制，就是通过严格的准入条件和选拔程序，让优秀的法官留在法官队伍中，并对法官实行有别于普通公务员的管理体制，真正建立以审判为中心、法官为主体的工作制度，确保专业过硬、品行正直的法官掌握审判权，保证裁判的质量和效率，真正树立司法公信。

## （二）法官选任制度的涵义与功能

### 1. 法官选任制度的涵义

根据《现代汉语词典》，“选任”解释为“选拔任用”，“制度”解释为“要求大家共同遵守的办事规程或行为准则”。据此解释，法官选任制度就是指选拔任用法官的规则。结合本文讨论的员额制改革的语境，笔者认为法官选任制度包含以下三方面内容：一是选什么人做法官？即法官的任职资格，主要包括专业、经验、品德等因素；二是怎么选拔法官？主要包括选任的主体、方式、程序；三是未进入法官额制的具有审判职称的人员怎么办？包括未入额人员的分流与安置。

### 2. 法官选任制度的功能

法官选任制度是整个法官制度体系的入门和起点，对于确保法官素质、保障司法公正、树立司法公信具有重要意义。

法官不同于普通的国家公务人员，具有其高度的职业特点和规律：法官从事法律的具体适用工作，需要具备现代的法律思维、缜密的逻辑能力以及深厚的法律功底，对专业性要求高；法官每天在做查明事实、判断是非的工作，需要具备丰富的

社会阅历和法律工作经历，对经验性要求高；法官手执裁判大权，可以决定经济利益的纷争甚至是人的生死，对职业道德要求高。只有通过科学的制度设计，以严格的标准和程序精心选拔，才能确保真正符合职业要求的法官脱颖而出，掌握好国家司法权，切实维护社会公平正义。

科学的法官选任制度有利于审判权依法独立公正行使。长期以来，“行政化”和“地方化”是困扰我国法院工作的两大痼疾。建立科学的法官选任制度，可以弱化领导个人对法官任职的影响，保证法官是凭过硬的业务能力和道德品质、通过专门机构依据法定的条件和程序选出，从而保障其依法独立审判；可以弱化地方党委、政府对法官选任等人事工作的影响，避免地方不当干预。

科学的法官选任制度有利于真正树立司法公信。司法公信通常指社会公众的心理对司法裁判所具有的认同感，主要是指社会公众对法院裁判和法官的信任程度。一套科学的法官选任制度，包含了严格的选任标准、权威的选任机构、公开的选任程序，自然可以保证选任结果的可信度和接受度高。因此，社会公众对法官的信任度、对司法裁判的认同度必然更高，司法公信和司法权威必然进一步得以彰显、提升。

## （三）法官选任制度与员额制改革

从上述分析可以看出，科学的法官选任制度是员额制改革的必然要求。与此同时，我们也要看到，法官选任制度是员额制改革推进的关键和难点所在。有研究者指出，构建法官额制涉及五个基本问题，即：多少法官才算够——比例问题；怎么选法官——标准问题；剩下那些当不成法官的人员怎么办——分流问题；当上法官以后的保障和激励问题；法官减少后，“案

多人少”怎么解决——审判权运行机制改革与辅助人员配备问题。中央已明确法官员额的比例不超过法院现有中央政法专项编制的39%，那么接下来最关键的问题就是法官的选任问题。事实上，如前文所述，法官员额制从提出至今，已逾15载，之所以迟迟未取得实质性进展，固然有外部政策不到位的原因，根本的难点还在于法官的选任。推行员额制势必对现有的审判人员进行精简，而入额的法官可能享受更高的待遇、更完善的职业保障，那么谁上谁下？这就牵涉利益之争，某种程度上这是法院对自己“动刀子”。细分之，这些“利益群体”从年龄上可分为老、中、青；从职位上可分为院、庭长（院领导层中又可以具体细分出分管审判业务的院领导和纪检组长、政治部主任），普通审判员、助理审判员，助理审判员又分为刚任命不久的助审员以及具有较丰富办案经验、已成为所在部门业务骨干的助审员；从部门上可分为业务部门和综合部门，以及立案庭、研究室这样的“综合业务部门”，如何从中挑选法官？如果说现有的法官选任制度与员额制的要求不相匹配，那么应设计怎样的制度，并有效地推行下去，以确保真正客观、公正地选拔出需要的精英人才？这，正是当前改革推进中迫切需要解决的现实问题。

## 二、法官选任制度的域外经验借鉴

综观世界上各法治发达国家，在其法治发展的进程中，经长期积淀，均形成了较为先进的行之有效的法官选任制度。对此，笔者试图从法官的任职资格、选任方式、选任程序三方面对大陆法系和英美法系主要国家的法官选任制度做一梳理，以期对完善我国法官选任制度有所裨益。

### （一）两大法系主要国家法官选任制度

#### 1. 关于法官任职资格

（1）大陆法系主要国家法官的任职资格

大陆法系国家在法官任职资格上采取的是“严格的资格考试加专业技能训练”模式，即：在完成法律专业学习后，必须通过竞争激烈的法官资格考试并接受严格的司法实践训练后方能获取法官资格。

在德国要想成为职业法官，有这样一些基本要求：（1）在大学法律专业进行三年半的在校学习。为保证所培养出来的学生具有较高的专业素质，法律要求必须是正式的全日制高等法学教育。（2）专业学习成绩合格后可以参加第一次国家考试。该考试难度较大，通过率较低，而且原则上只能重考一次。据资料显示，第一次考试中约三分之一的考生成绩不及格，而通过考试的考生中有一半以上的人成绩仅为“及格”或“中下”。（3）第一次国家考试通过后即进入为期两年的实践性专业培训阶段，成为“见习司法员”，在法院、检察院、行政机关、律师事务所以及行政机关等不同岗位接受全面训练，并最终选定自己的司法职业。（4）实习期满后再次参加第二次国家考试，成绩合格者方能获得从事法律职业的资格继而可以申请法官职位。

在法国，要成为法官必须经历以下几步：（1）在大学完成4年的法律专业学习。

（2）通过政府统一组织的考试进入国家司法官学校。（国家司法官学校的招生还包括公务员和律师，但要求公务员必须有4年以上工龄，律师必须有8年以上从业经历。）（3）进行为期31个月的培训，包括社会实践、理论学习和专业实习。（4）培训结束后根据学员的成绩排出名次，供选择最初职位之用。此外，法国也直接选任法官到法院工作，具有法律专业高级职称并已从从事过四年司法工作的人士、法学博士、领取国家津贴的法律专业教员和研

## 司法体制改革专题

究人员才有资格入选，而且通过该类渠道录取的人数极少。

在日本要取得法官资格同样非常艰难

(1) 完成4年的法学专业学习。(2) 通过严格的国家司法考试。日本的国家司法考试分为两次，通过第二次考试后还要参加面试。整个司法考试的通过率大约只有3%。(3) 经最高法院任命，成为司法修习生，在司法研修所进行2年甚至更久的研修期训练，其中包括到法院、检察院和律师事务所进行实习。(4) 研修考试合格后，可以选择进入法院，但此时仅能作为助理法官，不能主审或独任审理案件。通常，若要担任地方法院和家事法院的法官，往往要求一名助理法官工作10年以上，能在任助理法官5年后即升任法官的可谓少之又少。

(2) 英美法系主要国家法官的任职资格

英美法系国家由于其法律体系和法律适用的特点，比较注重法官的专业素质和法律工作经验，因此，在法官任职资格上多采取“律师执业资历前置”模式，即：从法学专业毕业后，通过律师资格考试，从事律师达一定年限，再经过严格的条件和程序选拔为法官。这种模式下选拔出来的法官多具有“年长、实践经验丰富、专业素质高、独立执法意识强”的特点。

美国的司法实践中，担任联邦法院的法官必须是：(1) 美国公民；(2) 在美国大学法学院毕业并获得法律博士学位；(3) 经过严格的律师资格考试，取得律师资格，并从事律师工作（主要是出庭律师）若干年。美国设在律师协会的“联邦法官评审常委会”在评审时候一般要考虑品行、适用法律的能力、职业经验、司法智慧、敬业精神、健康状况、财务责任以及公益活动背景等因素。此外，法学教授也可以担任联邦法院法官。担任州法院法官的条件

一般比上述条件宽松，如有的州选任法官是通过选举制，所产生的法官可能没有法律背景、也没有出庭律师经历，但将进行一定期限的专业训练，并要求通过考试。

英国除了治安法官外，其余法官均从资深律师中经过严格的推荐和考核程序来选任：在英格兰和威尔士，郡法院或刑事法院任职的巡回法官，须从从业10年以上的出庭律师或任职5年以上的记录法官中加以选任；记录法官须从从业10年以上的出庭律师或事务律师中选任；高等法院法官应至少有从事出庭律师10年以上的经历，并且年龄要在50岁以上；上诉法官则要有担任高等法院法官或从事出庭律师15年以上的经历。英国高等法院的法官们往往是一路从重点中学升至牛津、剑桥等名校，接受严格的法律专业训练，并进入律师行业。因为其漫长的职业进路，所以在英国很难见到40岁以下的法官。

大多数国家均针对不同层级的法院设置了不同的法官任职资格。上级法院的要求往往更高，要求专业功底更深厚、职业经验更丰富。如在德国，取得法官职位之后，首先要作为见习法官在初审法院工作3—5年，具有初审法院10年以上的任职经验才有可能升任上级法院法官。日本则规定必须曾任高等法院院长或者法官10年以上或任检察官、律师、教授、副教授20年以上，且年满40岁，才有资格任最高法院法官。

### 2. 关于法官选任方式

多数国家采取任命制，但也有国家因国情、历史沿革等原因，同时采取任命制和选举制。

#### (1) 任命制

任命制更加符合审判权作为一种判断权的特性，对保证司法独立具有重要意义，因此大多数国家的法官（包括德、法、日、英及美国联邦法官）均通过该方式产生。

德国的联邦法官由总统任命，各州的法官由州司法部长任命。法国各级法院的法官都是由总统或司法部长任命产生的。日本最高法院院长由天皇任命，其他法官由内阁任命，但最高法院法官和高等法院院长的任命由天皇加以认证，相当于作出背书，以增加其任命的庄重性。英国的各级法官分别由大法官或女王任命。而美国宪法则规定总统有权提名任命联邦法官，这也是该国三权分立的政治体制的产物。

### （2）选举制

选举制是指法官由选民直接或间接选举而产生的制度。由于选举产生的法官其专业素养难以保证，且难保不会受选民意见的影响作出有失公允的裁判，所以在美国还出现了经“改良”的法官选举模式——“密苏里方案”，即由律师界推选出的三名律师、州长任命的3位外行人士和首席法官组成的特别委员会向州长提名3位法官人选，由州长从中任命1人为法官；法官在下一届普选中接受选民投票决定其去留；若法官未获得连任，则按同一程序另选他人。这种选任方法一定程度上克服了选举制的缺点，被越来越多的州所采用。

### 3. 关于法官选任程序

在德国，州法院法官的最初选任由通过司法考试的人提出申请，各州的司法部负责根据成绩和针对个人品行的面试进行优中选优来决定。联邦最高法院的法官选任，由一个联邦司法部长担任主席的22人委员会负责进行，经联邦司法部长提名，由联邦总统任命。法国的最高法院法官和上诉法院院长经最高司法委员会提议，由总统任命，其他法官经最高司法委员会提议由司法部长任命。日本建立了极具特色的“国民审查”制度，即，最高法院的院长和法官获得任命后，依照该国法律规定，需要在第一次众议院议员总选举时提交国

民进行审查，以投票决定其是否受到信任，此后每10年再次交付审查，以此类推。美国的联邦法院法官选任主要程序为：由总统提名，经律师协会法官评审常务委员会评议后交参议院审核通过。首先交参议院司法委员会审查，然后再交参议院表决。

### （二）两大法系主要国家法官选任制度对我国的启示

1. 法官任职资格必须要求具备“过硬的专业、丰富的经验、良好的品行”。两大法系主要国家均要求法官必须经过正规、系统的法学教育，均要求法官通过难度大、淘汰率高的法律专业资格考试，均要求法官经过严格的职业培训；两大法系主要国家均对职业经验作出了要求，如日本的助理法官往往工作10年以上才有资格担任地方法院和家事法院的法官，英国的高等法院法官更是要在任职10年以上的出庭律师中挑选；两大法系主要国家均要求法官具有良好的道德品质，如在德国申请成为州法院法官必须通过一系列面试以对申请者的个人品行有更深入的了解，而英美国家由于走的是法官精英化的道路，法官会格外珍惜职业。

2. 法官的选任方式和程序必须“严格、科学、符合职业特点”。在两大法系主要国家，法官的选任都有其严谨的制度设计，以保证选拔的公开、公平、公正，确保从众多的法律人才中选拔出精英掌握国家司法大权。从任命主体来看，层次均较高，多是国家元首或政府首脑，这种高层次的任命有利于强化法官的职业神圣感，并有利于防止地方势力的干扰。从选拔程序来看，要经过漫长的学习、考试、实习或律师执业期，设立了审查法官候选人素质的专门机构，还设置了司法评估和行政决定程序，通过如此严格的程序被选拔到岗位上的法官可谓是“历尽艰辛”。如此这般，

方能保障法官队伍的整体素质。

### 三、我国法官选任制度现状审视

#### (一) 新中国成立以来我国法官选任制度发展脉络回顾

新中国成立伊始，法官选任制度处于初设期，仅规定最高人民法院院长、副院长、审判委员会委员由中央人民政府任免，对其他各级法院法官的选任未作法律上的明确规定。1954年颁布的《人民法院组织法》规定，各级人民法院院长由本级人民代表大会选举、罢免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员由本级人大常委会任免，并规定担任审判人员需年满23周岁，但未对审判人员的文化水平和专业素质提出具体要求。1983年修改《人民法院组织法》时，加入了“人民法院审判人员必须具备法律专业知识”的表述。1995年颁布的《法官法》对法官任职资格作出了明确的专业化要求，“高等院校法律专业毕业或者高等院校非法律专业毕业具有法律专业知识，工作满二年的；或者获得法律专业学士学位，工作满一年的；获得法律专业硕士学位、法律专业博士学位的，可以不受上述工作年限的限制。”并规定初任法官必须经过考试。1999年最高人民法院发布“一五改革纲要”，开始将法官制度改革作为整个法院体制改革的重要内容。2001年修订《法官法》，将法官学历要求由专科提高到了本科，并建立起全国统一的司法考试制度，法官选任制度进一步健全。2002年最高人民法院发布《关于加强法官队伍职业化建设的若干意见》，提出了法官队伍职业化建设的各项改革措施，要求提高法官的任职门槛。自此法官选任制度不断趋于完善。

#### (二) 我国现行法官选任制度基本情况

从我国现行法官选任制度来看，主要有：

1. 任职资格方面。《法官法》规定担

任法官必须年满23周岁，大学本科以上学历（考虑具体国情，规定了部分地区经最高人民法院核定可放宽至法律专业大专毕业），具有1—3年的法律工作经历，通过国家统一司法考试（除法院院长、副院长外）。

2. 选任方式方面。我国兼采选举制和任命制，规定各级人民法院院长由对应的人民代表大会选举产生，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由本法院的院长提请对应的人民代表大会常务委员会任免；助理审判员由本院院长任免；在省、自治区内按地区设立的和在直辖市内设立的中级人民法院院长，由省级人大常委会根据主任会议的提名决定任免，副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由高级人民法院院长提请省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会任免。

3. 选任程序方面。呈现出鲜明的行政化特点，法官按照《公务员法》及有关党政干部管理规定，依其对应的行政职级，分别由地方党委和该院党组（党委）管理。法院院长、副院长的人选，实际上要纳入各级党委的统一人事安排，由地方党委确定、组织部门考察，并由党委提名交同级地方人民代表大会等额选举或人大常委会决定任命。审判委员会委员、庭长、副庭长、审判员由该院院长提名，报同级人大常委会任命。助理审判员则通常是从通过司法考试和公务员考试的人中选拔，由该院院长直接任命（目前我国法院还存在着军转干部等进入渠道）。而法官职务的晋升同样主要取决于其行政职务的晋升，行政职级的高低成为体现法官事业成就的最主要标准。

#### (三) 我国现行法官选任制度存在的问题

1. 关于法官任职资格的规定仍然较为

宽泛。表现在以下几个方面：（1）对初任法官法律专业背景要求偏低。首先，仅规定本科以上，没有要求必须是全日制正规高等教育，实际包含了函授、自学考试等成人教育，这一要求已经与形势的需要不符。作为一名现代法官，不仅仅要求其掌握基本的法律知识，更重要的是掌握现代的法治理念和法律思维，并养成良好的法律素养，这些都需要经过长期的专业学习、训练、熏陶才能取得。其次，“非法律专业本科毕业生具有法律专业知识”，如何判断此处的“具有法律专业知识”？没有经过正规、系统的法学教育，很难适应新时期审判工作的需要。（2）对法律职业经验要求偏低。首先，何谓“从事法律工作”？实践中往往将“在法院工作”等同于“从事法律工作”，导致许多后勤、行政人员被任命为法官。其次，对“从事法律工作”的年限要求较短，初任法官往往缺乏必要的司法实践经验。最后，对初任法官年龄要求偏低。23岁的年龄要求，难以保证法官有丰富的阅历和法律工作经历，仅仅凭理论知识难以有效化解矛盾纠纷。（3）《法官法》规定，人民法院的院长、副院长应当从法官或者其他具备法官条件的人员中择优提出人选。何谓“其他具备法官条件的人员”？这一制度的设计本是衡量候选人是否具备相应法律素养的，但在实践中往往被用来规避司法考试制度。我国法官选任制度存在着鲜明的行政化特点，稍加关注，就可看到很多并不具有法学教育背景、更未通过司法考试的乡镇书记、区委书记、市委书记或其他官员转任各级法院院长，这很显然不符合现代法治的发展方向。（4）不同层级法院法官的任职资格要求区别不大。法院的层级越高，对法官的专业素养、职业经验的要求也越高。但我国《法官法》针对不同层级法院仅作了法

律工作年限上的区分，未作更细致的要求。

2. 关于法官选任方式和程序的规定与职业特点不尽相符。（1）选任程序较粗放。《法官法》虽然规定了不同等级法官的任免或选举机关，但没有明确规定提名、考核、选举、任命等程序，缺乏对法官候选人的综合素质进行审查的专门机构。权力机关（人大及其常委会）对法官候选人的业务素质等方面基本没有详细了解的渠道和程序。（2）选任方式和程序行政化。法官的选任几乎套用普通公务员的选拔任用程序，法院的行政化、地方化色彩浓厚。而对外，由于法院的人员编制、干部职数掌握在地方党委、政府手中，导致法院天然地腰杆不硬、底气不足，为少数领导干部干预司法提供了条件。（3）上下级法院法官的逐级晋升制度不完善。司法权的多极性和权威性决定了高审级法院的法官应当比低审级法院的法官素质更高。在上级法院法官职位出现空缺的情况下，从基层开始层层择优选拔，有利于维护司法的权威和公正。但目前我国法院上下级法院之间法官的晋升还是以行政化的模式来进行，不能保证将下级法院的优秀人才选拔到上级法院，也不能确保上级法院的审判质量优于下级法院。

#### （四）我国现行法官选任制度问题的成因

1. 历史文化原因。我国古代法官与行政官不分，行政长官兼具司法裁判权力，这种现象一直延续至清代。清末民初我国的法官与行政官已分开设立，新中国成立以来更是建立了完整的人民法院组织系统，并在宪法中确立了人民法院独立行使审判权的原则，但总的来看，与西方法治发达国家早早建立起独立的司法机构和法官相比，现代法官选任制度在我国仍是一个新鲜事物。今天虽然我们已意识到其重要性

和必要性，但要改变法官选任制度不科学的现状还需要一个过程。

2. 法治观念原因。长期以来司法的功能作用并未得到充分发挥，法院仅是专政工具之一，法官也并未被作为精英化的职业予以特殊对待，更多地是强调法官的群众性。直到改革开放对依法治国的逐步重视，法治发展才步入快车道。但即便如此，前几年依然在法治观念上出现了反复，出现了“能动司法、服务大局”的提法，以及“平民法官”和“精英法官”之争，仍有不少民众认为法院与政府除了工作职能外没什么区别，不认为法官职业需要以专门的制度作为支撑。

3. 政治体制原因。在政治权力架构中，法院的人、财、物以及工作运转无不受到党委、人大、政府的制约，是故法官选任也概莫能外。如此多的外界制约、束缚使得法官选任不可能完全按照职业特点和司法规律进行。而另一方面，法院既然无力抗拒这种制度安排，在有限的空间之中，为了求得良好的生存环境，往往在无奈之中还必须迎合、依附于这些外在的权力。

4. 司法基础原因。我国的法院人员集中增长于改革开放后的头20年内，大批初中、高中文化水平的乡村干部、中小学教师和军队复员转业人员集中调入人民法院。这一群体中多数是通过业大、函授、党校等取得学历，受过正规院校法律专业训练的法官比较少。所以，我国《法官法》所确立的法官选任制度是有当时的历史背景的。《法官法》施行后，由于法院队伍新陈代谢速度缓慢，专业化水平还有待进一步提高。同时，我国目前还处于社会主义初级阶段，区域发展不平衡的问题很比较严重，很多老少边穷地区还十分缺乏法律人才。

**四、员额制改革下完善我国法官选任制度的建议**

我国目前的法官选任制度在特定期对提高法官队伍整体素质、提升司法公信起到了非常重要的作用，但受历史局限性和其他多种客观因素的影响，与推进员额制改革的要求不相适应。关于改进的设想，笔者认为，应区分当务之急和长远之计：当下最紧要的是就现任具有审判职称人员开展遴选和分流，把改革逐渐推向深入。长远来看，应在吸收借鉴国外先进经验做法基础上，考量现实因素、按照职业要求、完善制度设计，科学构建与我国国情相匹配的现代法官选任制度。

### （一）当务之急：有序推进改革

1. 改革进路探析——党的领导，循序渐进

本轮司法改革已经被纳入全面推进依法治国的重大方略进行周密部署、强力推进，我们应紧紧抓住这一有利契机，依靠各方面的充分理解和大力支持，冲破各种政策瓶颈，积极推进各项改革措施。在法官职业的管理和保障方面，具体到《法官法》和《公务员法》，应该适用特别法优于一般法的原则，适时启动《法官法》的修订，以进一步增强其制度设计的科学性、严格性、可操作性，使当前的改革举措于法有据。渐进式的改革路径可以保持创新和稳定的相对平衡，最终随着我国法治现代化发展成熟而使现代法官选任制度真正落地生根，所以改革的推进必须坚持实事求是、积极稳妥、循序渐进。

2. 改革试点考察——目标坚定，审慎把握

推行员额制改革，要从现有法官队伍中选出业务能力强、经验丰富、具有良好职业操守的优秀法官，最理想的情况是，通过公开公平的竞选，把最符合审判需要的优秀法官选出来，并委以重任。从各地法院开展的改革试点来看，选任法官的方

法大致有两种：一种是院、庭长以及审判员职务以上的法官不参加选拔即可任命为法官，另一种是通过笔试、面试公开选拔法官。第一种任命法官的方式主要参照法官的行政职务和法律职称，而第二种则是考察法官的法律知识和业务能力。不论最终采取了何种方式选拔法官，都必须严格标准、竞争择优，不搞“唯资历论”、“唯职务论”，否则会出现违背改革初衷的“反效果”：一是在解决了院、庭长行政化的问题后，又将出现审判长行政化的新问题，员额法官变成了一个个签批文书却不亲历审判的“小庭长”；二是部分年轻的业务精英被排除在法官队伍之外，没有实际办案能力的却要办大量案件，想干的干不了，不想干的硬要干；三是带有行政色彩的任命会降低法官在团队内权威，影响团队的协调与整合。在改革公平性受到怀疑的情况下，从审判岗位调整下来的法官助理难免有一定的抵触情绪，其与法官之间的关系难以协调，也会对审判工作的开展造成不利的影 响。更有甚者，年轻的法官会选择“用脚投票”，辞职从事律师、法务等工作，导致法院队伍产生更加严重的断档。所以，应注意把握好目标和手段的关系，统筹考虑，审慎施行各项政策，努力实现改革的预期效果。

### 3. 改革措施落实——科学设计，稳妥施行

笔者认为，要做好员额制改革下的法官选任工作，可从以下三方面着手：

(1) 合理设置入额标准。员额法官的选任主要还是参照“专业、经验、品行”三方面标准。专业方面，应以审判业绩为主要依据，可综合考察申请人近三年办案的数量和质量，抽查若干裁判文书，抽取庭审进行观摩，并考察其调研成果，以判断其庭审驾驭能力、分析判断能力、法律

适用能力和文字运用能力。经验方面，则应综合考虑申请人任职年限和从事审判业务工作时间，重点是考察其审判经验是否丰富。据笔者观察，一批年龄在三十五岁左右、从事审判工作十年以上的审判人员刚好处于专业和经验结合的上佳状态。同时，应当根据法院审级的不同来确定不同的法官选任条件。如最高法院、高级法院可要求法官具备法学硕士以上学历、十五年以上审判经验、办理过一定数量案件并公开发表过相当级别的调研成果，中、基层法院则偏重纠纷的解决，法官应当具备法律本科学历、五年以上审判经验、审理过较多数量案件的审判经验等。品行方面，可通过投诉举报以及对同事、邻居的调查走访等途径进行了解。

(2) 严格法官选任程序。可以采取考试加考核的形式对申请人进行遴选，重点在考核环节，笔试成绩不宜超过30%。建立由党的组织部门代表、审判业务专家、检察业务专家、人大代表、政协委员、学者等组成的法官遴选委员会，对申请人进行审查、考核。现职的院、庭长在员额制改革中是否应参与竞争？笔者认为，竞争择优是必须坚守的原则，但在实践操作中，也要考虑一些实际情况。在员额制改革的推行期，可以安排院长、副院长自然进员额；政治部（处）主任、纪检组长由于不分管业务，不进员额，仅享受院领导待遇；其余人员，包括庭长、副庭长、审判员、助理审判员，一律站在同一起跑线上进行竞争，公开选拔。

(3) 稳妥推进人员分流。人员分流工作是推行法官员额制改革的难点所在，应考虑两点：一是如何对未入额人员进行稳妥安置，确保改革顺利推行下去，二是如何在推进改革的同时消化巨大的案件量，圆满完成审判任务。笔者在此提出以下建

议：一是“两个愿意”的政策。笔者在湖北黄石考察时了解到，当地为减小改革推进的阻力，提出了“两个愿意”的政策，即在符合提前退休条件且愿意提前退休的，可以给予职级上的提升并安排提前退休；不愿意参加法官员额竞选又愿意交流到地方党政部门的，由政法委协调安排岗位。该做法可资其他地方参考借鉴。二是实行“新人新政策、老人老办法”。对转岗从事审判辅助或司法行政工作的，按照“老人老办法”的原则，过渡期内，保留现有的法律职务和待遇，员额空缺再行选任为法官的，法官等级继续晋升。三是建立入额法官的退出机制。对进入员额的法官进行定期考察，对办案业绩、职业操守不符合要求的进行调整，为一时落选的优秀法官提供入额机会。四是在基层法院设立限权法官、简易法官岗位。在改革的过渡期，可在基层法院设置一定的治安、家事、小额诉讼等限权法官，专门负责轻罪、离婚、继承、小额民事等简单案件的调解和审判工作，使他们充分发挥自身的工作特长。四是做好法官助理的激励工作，要明确法官助理的职业提升空间，保护其工作积极性。对于受现有条件限制，不得不转为法官助理的部分年轻、骨干的助理审判员，建议设定三至五年的过渡期。在过渡期内如果这些人员能够出色完成法官助理的工作职责，应当保障其在同等条件下优先晋升为法官。

## （二）着眼长远：完善相关制度

1. 提高初任法官任职资格。将来可以实行更严格的准入条件：（1）学历上应明确规定必须是正规全日制高等法学教育本科以上学历，以确保入职法官接受过系统、扎实的法学教育训练。（2）进一步强化任职培训。探索建立独立于法院之外的法官培训机构，组织为期2年的任职培训并强化

司法实务训练。对培训考核合格的再向法院输送。（3）提高初任法官的年龄要求，可从23岁提高到28岁。（4）提高法律工作年限要求。严格界定“法律工作年限”的内涵，可以考虑界定为实际从事立法、审判、检察、律师、法学教育等工作经历，针对不同层级法院设置不同的法官任职条件。（5）逐步取消助理审判员的任命。要么按照法官选任程序竞争员额法官，要么转为法官助理。

2. 多元拓展法官选任渠道。借鉴法治发达国家经验，我国的法官选任渠道还应作进一步完善：（1）进一步完善上下级法官流动机制。初任法官原则上首先到基层法院工作，上级法院的法官出现缺额时，应留出一定名额从下一级法院法官中遴选，待条件完全成熟后，原则上全部从下一级法院法官中遴选。同时，上级法院可以定期下派法官到下级法院挂职锻炼，使法官进一步积累基层工作经验，形成良性互动。

（2）完善从律师、学者等优秀法律人才中选任法官的制度。

最高人民法院1999年制定的“一五改革纲要”中已提出该做法，今后，随着法官的待遇、保障进一步提高，职业吸引力将会进一步增强，应当更加积极地吸纳优秀人才加入法官队伍。（3）建立法官选任与公务员考试的衔接制度。建议以省为单位建立法律专业人才储备库，将学历符合要求、通过司法考试、公务员笔试合格但未被录用的人才纳入其中，以便法院在人员出现空缺时可以随时补充新鲜血液。

（作者单位：常州市中级人民法院）

# 司改背景下法院内设机构改革初探

吴奕

新一轮司法改革由最高决策层以“顶层设计”的方式直接启动，人民法院在国家司法体系中的地位决定了其必将处于本轮司法改革的重心，改革的难度可想而知。这就要求人民法院内设机构的改革既要契合司法改革的总体目标，也要符合司法规律和当前司法实践的要求。目前人民法院内设机构设置和运行上具有很强的“行政化”色彩，“去行政化”既是人民法院内设机构改革的重要动因，也是改革的具体进路。笔者认为，考察和反思实践中各地方在法院内设机构改革上的种种尝试，组建“审判团队”是法院审判业务机构改革的最佳模式，而在非审判内设机构改革上，宜采用“大部门”的模式。

## 一、人民法院内设机构运行的特点

人民法院内设机构改革，特别是关于审判组织的改革历来都是司法改革的重要内容。迄今，有关人民法院改革的“五年纲要”已经发布到了第四个。仔细考察会发现每次“五年纲要”都会涉及到法院内设机构的改革。这一方面体现了高层对人民法院改革的重视，另一方面也反映出以往内设机构改革的不彻底。在此，我们有必要对人民法院内设机构的运行有清醒的认识，对其运行中呈现的特色作出理论上的分析，并反思其存在的问题。法院内设机构的改革是当前继续推行人民法院内部运行机制改革应当面对的难题。

## 一、当前人民法院内设机构设置存在

的问题

### 1. 内设机构的不断扩张

纵观各级人民法院内设机构的设置，无论是审判业务机构还是非审判业务机构，均经历了从简单到复杂的转变。虽然经过历次机构改革，但结果不尽如人意，甚至产生了越精简越膨胀越臃肿的怪象。

分析各级法院内设机构的数量，则呈现出不断增长的态势。其中，尤其是非审判业务机构不断增加，在很多地方甚至已与审判业务机构平分秋色。法院层级越高，分工越细，往往内设机构也就越多。据不完全统计，以北京第一中级人民法院为例，其内设机构多达29个，其中审判庭19个，综合部门10个；以朝阳区人民法院为例，其内设机构多达23个，其中审判庭11个，综合部门12个。

分析各级法院内设机构的类型，则呈现出不断扩张的趋势。考察各级人民法院内设机构的名称可以看出，无论是传统的三大审判庭，还是非审判业务庭的综合部门，或者是顺应审判“专业化”要求的各专业审判机构，均呈现出不可阻挡的扩张势头。

仔细分析法院内设机构不断增加和扩张的原因，固然与国家经济的快速发展和整体司法环境的变化有关，但不可否认的是，更多地则是与法院行政化的管理体制以及为了解决法院干警职级待遇有着密切的关系。

## 2. 内设机构的职能交叉

令人困惑的是，法院内设机构数量的不断增加和类型的不断扩张，并没有解决“案多人少”的矛盾。相反，内设机构的不断扩张反而造成了机构之间的职能交叉、重叠，甚至造成了部门之间职能的冲突。

一方面，人民法院内设机构往往承担着多种职能，例如本应承担审判职能的审判机构却主要发挥着行政管理作用，或者是本应负责行政管理事务的办事机构却也负责案件的审理与裁判职能。实践中也存在内设机构在法院机制运行中的职能定位模糊，甚至出现纯粹为了与地方党政机关的对接而设立有关机构的荒诞现象。

另一方面，人民法院内设机构的不断增加也造成了法官向非审判业务机构的分流。本应承担审判职能的法官，由于流向了非审判业务机构，便不再从事审判业务。而且，现实中长期存在着法官的职级待遇与行政级别挂钩的现象，也使得法官更愿意从事相对而言比较轻松的行政管理事务。

## 二、人民法院内设机构改革的实践探索与模式评价

2016年8月，中央编办与最高法院联合印发的《省以下人民法院内设机构改革试点方案》，就审判业务机构的科学设置和非审判业务机构的有效整合又提出了明确要求。在上述文件的指导下，各地法院在实践中做了很多有益的尝试和探索。对此，需要进行理论上的分析和论证，对于先进经验和做法要予以推广，对试点改革中的教训要认真吸取。

### （一）“审判团队”模式

在《司法责任制意见》第4条的框架内，各地法院在探索“审判团队”模式时，各有特点。概括起来，主要有以下做法：

（1）随机组成合议庭。法院根据受理案件的类别，通过电脑随机生成的方式，由

法官或者法官与人民陪审员组成合议庭。一般而言，案件的承办法官同时担任合议庭的审判长。例如最高人民法院巡回法庭就采取此种方式。“随机组成合议庭”的方式在实现法院的扁平化管理，提高司法公信力和司法权威方面能够发挥重要作用。其弊端则是对于案件数量和法官人数较多的法院而言，在运行中会存在诸多的不便，不利于提高诉讼效率。

（2）相对固定的审判团队。对于受理案件数量较多的人民法院，则会组建相对固定的审判团队。上文谈及的深圳市福田区法院为例，其依法公开选拔了35个审判长（院内32人，院外3人），采用1+2+3+4的方式，即以审判长（1人）为核心，包括普通法官（2人）、法官助理（3人）、其他司法辅助人员（4人）。“相对固定的审判团队”模式在提高诉讼效率，保证审判质量方面拥有不可比拟的优势。但其缺点也是显而易见的，即团队成员长期固定后容易形成新的利益共同体，不利于监督的落实。

（3）独任制下的审判团队。基层、中级人民法院审理适用简易程序的案件和法律规定其他案件时，可以组建由一名法官与法官助理、书记员以及其他必要的辅助人员组成的审判团队，即“1+1+1”的模式。当然，这种模式并不是一成不变的。各地法院根据受理案件数量、案件复杂程度及法院人员组成情况，也可能采取“1+n+n”的模式。

基于我国各地经济发展、人口分布的不平衡，各级各地法院受理案件数量、案件类型及法院人员组成也存在很大差别，因此在适用“审判团队”时也不可能全国实现“一刀切”。究竟采取哪种审判团队的组建方式，宜由各地高级人民法院根据该地区实际予以统筹规划和指导。

### （二）“审判庭+审判团队”模式

与上一种模式相比，此种内设机构的改革并不取消法院内部审判庭的设置，而是继续予以保留。当然，审判庭的保留也是有限度的，并不是原有审判庭的全部保留，而是在优化现有审判资源配置的基础上进行的。以江苏省某基层法院为例，其成立了立案庭、民事审判第一庭及第二庭、刑事审判庭、行政审判庭和审判监督庭。该院组成了25个审判团队，共43名办案法官，占在编干警36.4%。审判长团队由审判长和1-2名助理法官、1名书记员组成。主审法官团队由主审法官和1-2名书记员组成，初步实现了从金字塔形向扁平化的转变。

考察该基层法院的改革会发现，审判庭虽仍然保留了，但院、庭长的权力也受到了很大的限制。院、庭长定案和签发文书的做法全面取消，转而由审判长对团队的所有案件负总责，而主审（独任）法官仅需负责本人承办的案件。应该说，此种改革尝试的优势较为明显，一者，实现了法院内部“去行政化”，突出了法官、合议庭办案的主体地位；二者，成功调和了审判权合理运行与内设机构整合之间的矛盾。

### （三）“审判庭+综合办公室”模式

在“去行政化”和整合、精简机构的道路上，北京市第四中级人民法院和北京知识产权法院在成立之初就走在了全国的前列。囿于现行体制的制约，两家法院虽也带有行政管理的色彩，但初步实现了审判组织的扁平化、专业化。

可以看出，此种内设机构改革的探索，旨在发挥法官裁判的中心作用，突出法院行使审判权的特性，在现有框架内最大限度地减少行政力量对审判权运行的干扰，健全司法权的运行，真正实现“让审理者裁判，让裁判者负责”。

当然我们也应当看到一物的两面，“综

合办公室”模式的改革也并非无可挑剔。同样拿北京第四中院来讲，其在审判组织的组建中依然带有行政化色彩。例如，在法官遴选入额条件上列明“年龄35周岁以上，担任正科级别3年以上以及从事审判工作5年以上”，对法官行政级别的要求本身就与“去行政化”的司法体制改革相背离。

此外，前述样本还存在一个不可忽视的问题，也即样本偏差，这两家法院不仅新近成立，且在成立之初便背负“改革”使命，一者不像其他法院一般，背负沉重的“历史包袱”，二者也不存在既有权力体系和既得利益团体的障碍和阻力。

### 三、人民法院内设机构改革的展望

随着司法体制改革的不断深入，法官员额制改革已基本结束，人民法院内设机构则被提上了改革日程，且日益紧迫。作为“去行政化”改革中的关键一环，此次改革对解决人民法院内设机构行政职能与司法职能的交叉与重叠，祛除影响法院独立行使审判权的因素具有十分重要的意义。

#### （一）改革应当坚持的理念和原则

理念是行动的先导。人民法院内设机构改革，应当秉承法院配置内设机构的国际经验和理念。追求审判资源的优化配置、追求司法公正与审判独立的实现以及追求审判效率的提高，应是本轮人民法院体制改革始终坚守的理念。否则，此轮改革，仍有可能重走以前法院体制改革走过的弯路，重复“精简→扩张→再精简→再扩张”的老路。

根据《人民法院第四个五年改革纲要》《省以下人民法院内设机构改革试点方案》的要求，人民法院内设机构的改革，应当坚持以下原则：

#### 1. 精简效能原则。

实践证明，内设机构越多，机构就越臃肿，必然导致管理层级的增多，也必将

导致审判效率的低下，最终引发人民群众的抱怨和责难。因此，人民法院内设机构设置的改革，应当严格控制各级法院内设机构的规模，适当整合机构，避免以往机构设置时的随意性，不再因人而设机构，更不能越改越多，重点是要减少管理层级，提高人民法院工作效率。

### 2. 服务审判原则。

人民法院内设机构的改革，应以健全审判权的运行机制为目标，按照以服务审判作为重心的机构设置模式来加以推进。“凯撒的归凯撒，上帝的归上帝。”在机构改革中，要突出审判业务机构的审判职能，发挥非审判业务机构的服务保障职能，从而促进审判体系和审判能力现代化的实现。

### 3. 分级设置原则。

人民法院内设机构的改革，必须结合现实以“相对合理主义”的方式加以推进，照顾到各级法院的审级职能、办案数量、人员编制等情况，不能搞“一刀切”，应当做到具体情况具体分析。

## (二) 人民法院内设机构改革的规划

各级人民法院的具体职能有所差异，在四级法院体系中，“最高法院，是一个国家制度体系中独立行使司法权并居于司法体系最高位阶的司法系统，具有终极的国家审判职能和强大的社会控制功能”。最高人民法院的这种特殊地位决定了其内设机构必然也区别于地方各级人民法院。因此，以下所谈的内设机构改革规划仅涉及省以下人民法院。

### 1. 审判业务机构改革

就人民法院所肩负的使命和承担的职能而言，审判业务机构是最核心的机构，因此，改革法院内设机构的重心也应当是集中在审判业务机构的整合上。诚如前述，现阶段各级法院审判业务机构设置的特点主要呈现为：以数字序号排列审判庭以及

审判庭的分工越来越精细。由此带来的直接变化便是庭长、副庭长等法官“领导”的增加，从而致使法院管理层级以及“关卡”的增多，而审判质量和审判效率却未必实现了相应比例的提高。这种状况必须做出改变。

(1) “审判庭”与“审判团队”的抉择。笔者以为，组建“审判团队”是法院审判业务机构改革的最佳模式。“审判团队”作为推进审判权运行机制改革的新生事物，其试点探索也已初见成效。它确实精简了法院的内设机构，不仅提高了审判效率，而且也提高了审判质量，实践中业已积累了许多宝贵经验。“审判团队”是落实法官额制改革成果，完善司法责任制的理想组织形态。

具体到“审判团队”的组成方式上，应当结合法院审级职能、入额法官人数、案件受理数量、案件复杂程度及辅助人员配备情况加以综合考虑，应当做到原则性与灵活性的结合。

在“审判团队”明确的情况下，需要讨论的问题是，“审判庭”是否需要裁撤？实践中的做法不一。有的法院撤销了审判庭，法院组织结构演化为“法院→法官”；有的法院仍然保留了审判庭，组织结构呈现为“法院→审判庭→法官”。究竟应当选择哪种做法，不宜搞“一刀切”，可以分别考虑以下情形作出选择：

其一，中级以上人民法院宜设置审判庭。除了直接受理的一审案件以外，中级以上人民法院还需承担大量上诉案件的审理，案件数量多，而且法官人数也较多。这种情况下，从组织管理学讲，如果只组建“审判团队”而不设置“审判庭”，将很难进行有效的审判管理。需要注意的是，即使设立审判庭，也应当遵循“精简效能原则”，不能再像以往一样随意设置审判庭。

其二，基层人民法院是否设置审判庭，应当因地制宜。对于法官人数较少的，而且受理案件数量较少的基层法院，不再设立审判庭，直接组建“审判团队”即可。前文谈及的横琴新区法院即是如此，该院只有8名法官，每年受理案件也只有数百件。类似这种情形的基层法院，如果再设置审判庭，再配以庭长、副庭长，既不利于提高审判效率，也不利于“去行政化”。相反，如果法官人数较多，案件数量也很多，仍有必要设置审判庭。以2016年朝阳区法院为例，其法官达200余人，共受理案件96000余件。这就使得设置审判庭仍是必要的。

其三，设立审判庭，适度专业化即可，不宜再进行更精细的划分。具体来说，一般按照立案、刑事、民事、行政、审判监督、执行等专业领域分设，避免实践中长期盛行的在某一领域下又划分成若干审判庭的做法。北京市第四中级人民法院即是典型，其审判庭正是按照上述专业领域设立了5个。

其四，根据《省以下人民法院内设机构改革试点方案》的要求，人员编制在50人以下的法院，可设置综合审判庭。如此的话，更能减少法院的层级管理，更利于实现“扁平化管理”。

其五，设立审判庭，也并不意味着仍要实行案件审批制，而是要确立法官、合议庭办案的主体地位，应当淡化庭长、副庭长等角色的行政色彩。“审判庭+审判团队”的组织架构，意在建立新型审判权的运行机制。

(2)“审判团队”成员的关系。审判权力运行机制的健全，有赖于审判团队成员之间良好协作。无论是相对固定的审判团队，还是不固定的审判团队建设，审判长与普通法官之间的关系都应当是良性的。从实现“扁平化管理”“去行政化”的角

度考虑，在案件审理中，审判长都不应是行政管理者。当然，审判长享有普通法官没有的权力，但在合议庭评议案件时，普通法官作为合议庭成员，与审判长享有平等的权力。

此外，也应当正确认识法官和法官助理、书记员之间的关系。法官助理、书记员属于审判辅助人员，有其独立的职责，根据规定和法官的指示从事一些服务审判的辅助工作。但应当明确，它们并不依附于法官，相互之间也不存在命令与被命令的行政关系。

## 2. 非审判业务机构之改革

非审判业务机构包括审判辅助机构和司法行政机构。法院内设机构改革成功与否，审判业务机构的改革当然是重心，但非审判业务机构的改革难度也不容小觑。现实中，一些法院的非审判业务机构已经与审判机构平分秋色，甚至在有的地方有超越之趋势。“目前一个法院内的行政管理机构和人员与审判机构和法官‘平起平坐’，甚至行政人员的地位显得更加重要，实属轻重不分。”应当明确的是，非审判业务机构的职能主要是服务审判工作，其发挥的是服务保障作用。

在非审判业务机构中，为了加强党的领导，党委应当是专门设立的；监察室是要根据有关规定专门设立的，也是不能撼动的。

至于其它的非审判内设机构，可以考虑采用“大部门”模式，设置“综合行政办公室”和“司法服务综合办公室”的方式予以整合。将现有的政治处、办公室、新闻宣传办公室、财务等司法行政机构纳入“综合行政办公室”；将现有的研究室、审判管理办公室等司法辅助机构纳入“司法服务综合办公室”，主要负责助理法官、书记员的管理工作。此外，鉴于司法警察

在保证审判安全、提押嫌疑人以及强制执行等工作中的特殊作用，可以考虑成立专门的内设机构——司法警察大队。原则上，各级法院不宜再设立新的非审判业务机构，但根据司法改革的需要，各法院根据自身的需要，可适当设置诉讼服务、信息技术等机构。

在非审判业务机构的改革进程中，还可以考虑社会化购买司法服务、物业管理服务等，以加强司法政务、司法技术保障，从而实现编内编外都服务于审判工作这个重心。

### 3. 院长、庭长等“领导”角色的重新定位

改革人民法院内设机构，健全审判权力运行机制，重在祛除人民法院的行政色彩。这促使我们不得不重新将目光投向法院“领导”的身上。面对本轮自上而下推行的“洗牌”，法院“领导”又该如何正视“奶酪”被动的现实呢？

(1) “院长”角色的定位。司法实践中，法院院长无疑居于法院内部权力金字塔结构的顶端。关于法院院长的角色，有学者通过实证考察发现，在当代中国法院院长的多元角色中，“管理者”角色扮演最为充分与重要，“政治家”角色次之，而“法律家”角色则强调不多。

可以设想，即使在法院体制深入改革之后，在我国政治体制下，法院院长仍将集“党、政、法”大权于一身。然而，随着法院体制改革多项举措的推行，法院院长的角色必定要发生一定的变化。首先，院长“法律家”的角色会愈加重要。院长也必须深入到工作的第一线，按照要求亲自办案，并实现常态化、制度化。其次，除非是院长亲自参与审理的案件，否则不得就案件的裁判做出指示。与以往相比，其行政“管理者”的角色会有所减弱。最后，

如果省以下法院人财物统一管理得以落实，则院长“政治家”的角色也会减弱，不必再为获取法院发展的各种资源和空间而付出过多精力。

(2) “庭长”还是领导吗？法院内设机构改革的结果之一便是审判庭“庭长”不再是所有法院的必需配置，而且即便是在保留了审判庭“庭长”的法院，“庭长”职位也将是稀缺资源。随之而来的问题便是“庭长”还是“领导”吗？

考察现阶段各试点法院的改革会发现，庭长已不再是像以往的“庭长”了，其权力大大缩减。案件审批制基本取消，以往很多由庭长行使的权力还给了审判长。除非是庭长亲自参与审理的案件，否则不得就案件的事实认定或者法律适用做出指示。庭长虽不可避免地仍具有一定的行政性质，但应明确的是，“庭长”首先是法官，审判工作是其最主要的职责。

理想的情况是，庭长转化为专家型法官，并承担一定的审判管理职责。庭长不再从事繁杂的行政事务，而是主要参与重大、疑难、复杂案件的审理工作，指导普通法官提升审判水平。此外，出于法院管理的需要，由其与法院院长或副院长联系沟通审判庭内部管理事宜。也许随着改革的深入，“庭长”更多地成为一种职业荣誉，而不是“领导”岗位。

（作者单位：常州市中级人民法院）

# 如何推动高质量法治武进建设

何 魏

党的十八大以来，党中央就全面依法治国做出了一系列重大决策，提出了一系列全面依法治国的新理念新思想和新战略。全面依法治国委员会第一次会议召开，将这些理念归纳为“十个坚持”、“一个明确”，并明确了依法治国委员会七大工作要点。回顾全面依法治国理念的发展，正如党的十九大报告所强调的，是国家治理的一场深刻革命，伴随着这场革命，同步进行的，是我国经济已由高速增长阶段向高质量发展阶段的转轨。近年来，省市各级领导人审时度势，先后提出要让法治成为地方发展核心竞争力的重要标志，法治建设应当迈上高质量发展新阶段，为此笔者结合武进实际与各地先进经验，就如何推动高质量法治武进建设进行研究探索，以期为进一步法治建设工作提供参考。

## 一、法治武进建设现状

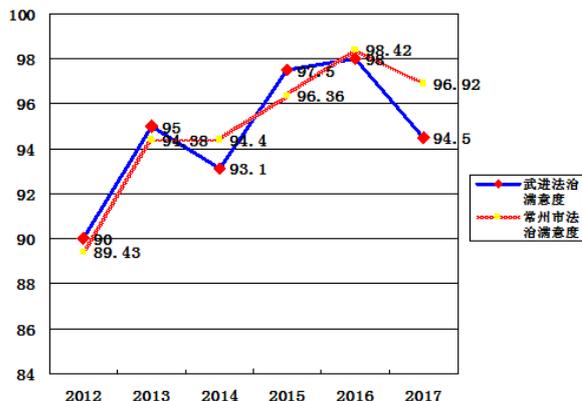
近年来，法治武进建设取得了显著成就，连续6年被评为全省法治创建示范县（市、区），2015年法治办被评为全国法治建设先进单位。然而，当前武进区法治建设却面临着较大的考验：一方面，武进区法治建设的群众口碑并不高，与所得的荣誉极不相称，另一方面，高质量发展的新形势，人民日益提升的社会需求，对法治建设提出了新要求。

### （一）法治建设满意度测评数据分析

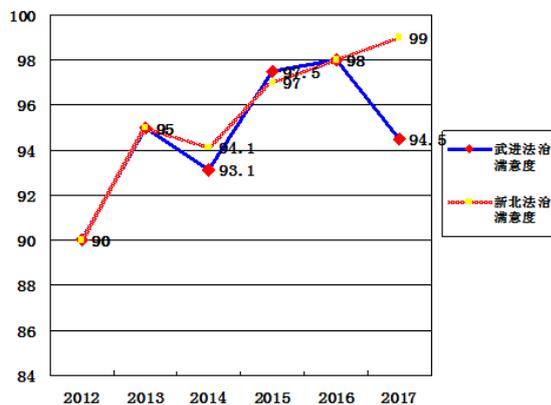
1、江苏省法治满意度测评数据分析。2017年，我区法治建设总体满意度为

94.5%，低于全市平均水平（详见历年武进与全市法治满意度平均值对比图），与常州市先进地区（新北）相差4.5分（详见历年武进与新北法治满意度对比图）。近三年，武进区法治建设满意度波动较大，2017年较2016年下降3.5个百分点，同时，多个单项测评数据已经连续两年倒退。特别是“党委政府涉及百姓利益重大决策”的满意度连续两年在常州市排名末位，“政府机关及工作人员按国家法律和政策为群众办事的表现”，及“社区（村）委为群众服务办事表现”两项满意度都十分靠后。百姓反映当前法治建设最需解决的10类问题中，武进区有5类问题在全市数量最多，如：环境污染、食品药品安全、违规收费、医患矛盾、企业用工不规范等等。而公检法司等政法部门执法办案和服务情况，有很大比重评价为“说不清”，反映出公正司法领域工作的群众知晓率不高。

历年武进与全市法治满意度平均值对比

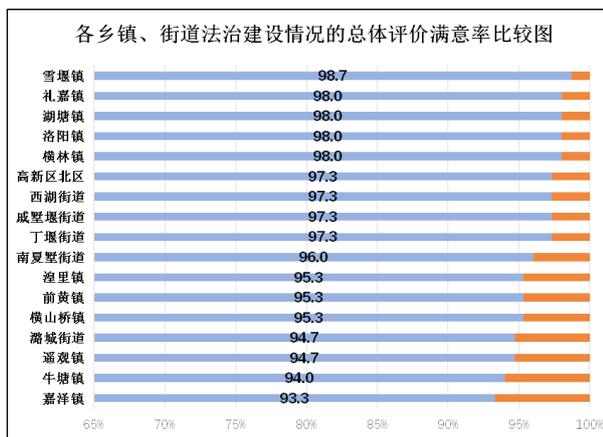


历年武进与新北法治满意度对比



## 2、武进区自主测评数据分析

武进区自主调查显示，有 96.4% 的受访者对武进当地法治建设情况的总体评价表示“满意（含‘基本满意’和‘一般’）”，同比上升 1.3 个百分点；其中，“满意”、“基本满意”和“一般”分别占 56.1%、30.5% 和 9.8%。全区 17 个乡镇、街道中，雪堰镇满意率最高，为 98.7%；嘉泽镇最低，只有 93.3%，两地之间相差 5.4 分，差异较为明显。各乡镇、街道法治建设情况的总体评价满意率比较见下图：



综合以上数据分析，武进区法治建设总体发展速度滞后于周边县区，下降幅度明显，党委政府依法决策、公职人员依法办事、基层干部为民服务水平不高，公检法司等政法部门工作知晓率不高，部分行政执法领域问题比较突出，各乡镇板块法治建设发展水平参差不齐，经开区板块 6 镇普遍在全区平均值以下，说明区划调整对群众的法治满意度存在影响。

## （二）高质量发展对法治建设的新要求

经济发展、改革开放、城乡建设、文化建设、生态环境、人民生活六个“高质量”发展都为法治建设提出了新要求。一是经济发展高质量，更加注重知识产权司法保护、市场主体的救治和退出机制建立、破产制度建设、诚信体制完善等，需要营造健康的法治环境。二是改革开放高质量，为破除制约市场经济的体制机制障碍，正在实施的各项政务服务改革措施，需要体现依法决策，事中事后监督机制的完善。三是城乡建设高质量，更加注重共建共治共享的社会治理模式，公共法律服务体系的延伸，社会矛盾的法治化处理等。四是文化建设高质量，需要法治德治共建，弘扬社会主义核心价值观与弘扬法治同步进行。五是生态环境高质量，需要加强对生态环境、资源保护等领域损害公共利益行为的法律监督，优化生态环境领域案件的办理机制等。六是人民生活高质量，需要在追求智能化的同时，有法治的安全保障，切实解决群众关切的法治问题，提升公众安全感和法治满意度。

## 二、阻碍高质量法治武进发展的主要原因

一是服务大局结合点不多。有为才有

位，法治建设必须服务于经济社会发展和改革的大局，才能彰显其重要性。然而当前，武进区2018年全面深化改革领导小组布置的39项改革创新项目，政法部门仅有4项。近两年开展的行政执法体制改革，政务服务体系改革，多项涉及百姓重大利益的改革，没有明显感受到“公众参与、专家论证、风险评估、合法性审查、集体讨论决定”等5个必经程序的体现。特别是公众参与渠道不畅通，导致信访案件数量较多。城乡规划项目的决策程序虽然比较完善，但部分程序如公众参与也流于形式。其他如“制定全面深化改革的重大政策措施，制定环境保护、生态建设、防灾减灾、社会保障、安全生产、食品药品安全、教育卫生、劳动就业等涉及群众切身利益的重大决策，制定为民办实事重大事项”等，均应采取5个必经程序而未实现。

二是关键少数重视度不够。十八届四中全会公报提出，“把法治建设成效作为衡量各级领导班子和领导干部工作实绩重要内容，纳入政绩考核指标体系”。然而纵然是近年来提出“不以GDP论英雄”，把民生改善、社会进步、生态效益等指标和实绩作为重要考核内容，但法治建设与政绩考核似乎也“相距遥远”。目前，我区仅将法治建设纳入了对所有机关的综合绩效考核，法治建设在对领导的政绩考核指标体系中长期处于“边缘化”，是一项软指标、软任务，停留在口头上、藏身于文件中，缺少应有的“约束力”。武进区领导班子和领导个人考核主要采用网络测评形式，测评体系中法治建设内容少之又少，与领导干部晋升、任免、奖惩没有直接关系，并没有真正实现把

能不能遵守法律、依法办事作为考察干部重要内容，无法倒逼地方领导干部在重视经济发展同时，也重视法治建设，重视公平正义。

三是督查问责制约力不强。作为依法治区办，对各板块、各部门法治工作督查问责不严，整改问责不实。每年行政执法评议发现的问题，后续跟进措施不多；述法工作抓得不紧，没有与纪委监委等部门联合参与到述职述廉述法工作现场评估中去，导致法治办存在感不强；党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责还没有形成有效评价机制，没有从根本上强化党政负责人的法治意识，造成一些问题反复、满意度评价持续落后。

四是创新举措落地性不足。近年来，武进区虽然严格按照中央、省、市部署，认真开展创建活动，有关单位也出台了許多创新举措，但实际操作过程中，仍存在着“一阵风”、甚至“遇到困难掉头走”现象，甚至没有实现长久效应、放大效应，导致法治成效不明显，群众不满意。例如法律顾问智库成立以来，在为政府提供顾问服务的同时，在党委、人大、政协等其他领域发挥作用不明显，让人误解为虚有其表，与政府法律顾问团“换汤不换药”。另有一些措施与群众期盼不匹配，搭花架子，喊空口号，不解决实际问题，做表面文章，没有把法治工作真正做到群众心坎里。

### 三、推动高质量法治武进发展的主要途径

(一) 加强法治参与，全力保障促发展应当实现法治工作与武进全面深化改

革的各项任务相衔接，以法治手段破解制约经济社会发展的体制机制难题，做到重大改革于法有据、依法进行。

1、配套行政体制改革。武进区全面优化政务环境，加大简政放权，积极打造“大政务一站式”融合服务平台，逐步形成区、镇、村三级全覆盖的集成政务服务体系，持续推进执法体制改革和行政审批改革。作为法治工作，应当紧随改革步伐，把行政执法评议扩大到行政审批局、综合执法局等新主体，及时指导相关部门规范执法和服务。及时梳理行政体制改革中涉法环节存在的问题，开展工作调研，协调解决改革中的法治难题。

2、配套市场经济转型。应当实现市场监管由行政管理向法治监管转型。审批权集中后，事中事后监管更加重要，针对目前武进区事中事后监管机制不健全，法规部门不完善的情况，明年开展监管机制建设推进专项行动。针对我区知识产权保护和上市企业发展，在已出台《关于武进区政法机关服务保障企业上市发展的实施意见（试行）》的情况下，敦促有关部门出台实际操作相关方案，通过具体化的法治手段，全力维护企业合法权益，保护上市企业。针对目前我区群众对诚信建设获得感不强的现状，应当推进行政执法类部门全面应用“国家企业信用信息公示系统”，激励行政对象诚实守信，从而在全社会努力营造公平、公正、透明、稳定的市场环境。

3、配套基层社会治理。十九大报告提出了要打造共建共治共享的社会治理格局，全面依法治国委员会第一次会议要求加快推进这一进程。武进区拟定乡村振兴战略，

其中法治篇也纳入了社会治理项目。特别要结合当前武进区推进网格化集成管理，不断完善各项环节，在阶段性应用后，由各部门各层面反馈问题，特别是梳理法治类问题，邀请法律顾问和各部门法规审核科室对做评估提对策，确保堵住法律漏洞，避免法律风险。针对目前较为突出的物业纠纷问题，通过法院、住建、司法等部门研究制定一套联合预防化解机制，发挥政府治理、社会调节、居民自治等各方面良性互动，使法治深入社区居民心中，成为安居保障。

## （二）加强顶层设计，考核督查强队伍

1、关键少数纳入法治政绩考核。应当成立包括纪委（监委）、组织部、政法委、政府法制办在内的联合考核班子，在现有《武进区干部选拔任用条例》基础上，制定一套适应武进实际，又高度统一，相互协调配套的评价选拔考核机制，确保从干部培养、任命、监督、奖惩、问责、免职等每个环节都有法治考核的参与。应当采取集中与日常相结合的考核方法。在对本地区、部门法治建设年度计划、制度规范、工作举措等工作持续性督促基础上，可适情协调相关职能部门参与，对重点问题开展调研性绩效评估，对某一领域阶段性工作进行检查等，这种跟踪式日常考核，可以有效挤压集中突击“迎考”的水份，呈现法治建设实绩。与区委组织部协商改进《领导班子评价民主测评表》、《领导干部能力素质民主测评表》等，确保测评体系科学体现法治政绩。

2、第一责任人督查规范化开展。全面依法治国委员会第一次会议强调了，

要“完善党政主要负责人履行推进法治建设第一责任人职责的约束机制”。区依法治区办应联合区委办、区政府办、区委组织部等部门，研究制定一套完善的督查考核机制，以及结果运用机制。确保党政主要责任人积极重视法治工作，特别要将依法决策、研究部署法治工作、带头学法守法用法方面的指标具体化，使第一责任人履职有据可循，有章可依。督查前后，相关部门召开联席会议，并做好结果通报。

3、补充建立法律智库应用机制。为切实发挥智库律师作用，针对已经建立的法律顾问智库，明确服务事项和规程，明确启动智库程序及责任部门，对做出突出贡献的智库律师加以奖励，对于参与度不高的智库律师要有灵活的退出更新机制。可将法律智库平台从区级拓展到基层板块和职能部门，在推进机关法律顾问和公职律师的过程中，解决重大决策的合法合理问题，确保党政决策符合百姓利益，获得百姓认可。

### （三）加强为民意识，蹄疾步稳创新路

1、树立为民理念强队伍。依法治国系列思想中，明确要“坚持建设德才兼备的高素质法治工作队伍”，针对武进区各级干部服务群众满意度不高的现象，应从根本上提高法治队伍政治站位，始终秉持以人民为中心的理念，优先解决群众反映的突出问题，确保法治顺应民意、体现民情、赢得民心。每年，武进区自主开展法治建设满意度测评，应当从对镇（开发区、街道）和政法部门，扩大到所有机关部门，以此提升队伍为民服务意识和水平。

2、坚持化解难题求突破。围绕“解

决法院执行难问题”，政法机关全力查办“拒不履行判决、裁定罪”刑事案件，有效维护司法权威；围绕遏制非法集资高发态势，切实加大金融行业监管力度，严厉打击违法犯罪；围绕环境污染问题突出的情况，武进区已在公安分局建立了“生态环境犯罪侦查大队”，选配和干警进驻环保局，专门从事污染环境犯罪侦查和联合执法等获得，同时研究制定了《涉环保类案件联合快速办理机制》，应当发挥好工作合力，切实解决污染问题；围绕食品安全、医患矛盾、企业劳动关系问题，可敦促市场、卫计、人社等部门进行专项治理，积极宣传治理成效，扩大法治建设知晓率。

3、坚持创新理念促能动。继续开展创新社会治理“双推”计划，对成功实践的法治项目，推广应用，对于新申报的项目，积极协调推进。应当明确突出法治问题涉及部门必须提出创新社会治理项目，邀请法律顾问、群众代表等开展项目绩效评估，邀请媒体公开征集创新社会治理需求与建议，及时跟进宣传项目成效，使创新工作更接地气，持续开展。

（作者单位：武进区委政法委）

# 关于完善党委（政府）法律顾问制度的思考

戴庆月

根据《省政府关于建立政府法律顾问制度的意见》（苏政发〔2016〕8号）的文件精神，2016年9月，新北区成立了区政府法律顾问委员会。根据《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的实施意见》（苏办发〔2017〕27号）文件精神，2018年1月，新北区聘任了区委法律顾问、法律专家库成员。本文结合工作实际，就完善党委、政府法律顾问制度中的一些问题进行探讨。

## 一、新北区法律顾问工作的基本情况

新北区政府法律顾问委员会、区委法律顾问和法律专家库均先后成立，已经实现法律顾问全覆盖。

### 1、区政府法律顾问委员会相关情况

区政府法律顾问由执业律师、法学专家及新北区行政管理实际工作者组成。除主任委员、副主任委员是公务员外，目前共计有17名法律顾问，其中高校教授2名，执业律师15名。法律顾问委员会对应区政府工作职责，根据业务专长分为若干专业组，分别为综合业务、招商引资、城乡建设、知识产权、社会事业、环保与资源利用等，且专业组与分管该领域的区政府领导一一对应，保证对区政府层面涉及的法律问题实现全覆盖。

### 2、全区行政机关法律顾问聘任情况

新北区所有行政机关均已经配备法律顾问，分三种模式：一是单独聘任，由行政复议、行政诉讼案件的行政机关自行选择聘任；二是几个单位合聘，如区财政局、区审计局和区属国有企业常高新集团共同聘请南京锦天城律师事务所作为法律顾问，区财政局、审计局业务接近，法律事务相对较少，共同聘请专业性强的顾问团队，资源利用更为高

效；三是借助区政府法律顾问委员会，如区社会事业局，有文体教育、卫生计生等多项职能，聘请单个法律顾问恐其不能胜任，聘请多个法律顾问则费用过高，故统筹利用区政府法律顾问委员会的律师。

### 3、区委法律顾问、专家库相关情况

我区按照政治过硬、素质过硬、作风过硬要求，在法律实务、法学研究等领域，精心组织推荐并严格考察，聘请了5名区委法律顾问和10名法律专家库成员。5名区委法律顾问人选包括2名法学专家和3名律师，10名区委法律专家库成员人选包括7名长期从事法律工作的公职人员和3名律师。其他党委部门不再另行聘请法律顾问，将由区委法律顾问一并负责。

### 4、我区法律顾问制度发挥的主要作用

目前，我区的法律顾问主要从事以下工作：结对区领导，主要从事文件审查、合同审查等工作为区领导把好法律关；根据行政机关的需要，结合法律顾问自身的专长，开展法制培训；配合法制办参与了各类合同的法制审查，参与各类谈判；参与行政复议、各类诉讼案件应诉及重大社会矛盾的化解。

## 二、我区法律顾问制度运行过程中存在的问题

我区的法律顾问制度建立以来，在依法治区方面发挥了重要的作用，但是还是存在一些问题亟需解决：

一是法律顾问工作还存在“只顾不问”的现象。虽然我区已经实现了法律顾问全覆盖，但是法律顾问并未能触及行政决策等核心领域，原因如下：（1）行政机关主要是领导层面对外聘的法律顾问缺乏信任，

认为律师属于营利性中介机构，不是体制内身份，对其纪律意识和保密意识存在质疑，故涉及到重大、核心或者敏感的法律事务更倾向于借助法制机构或是法院的力量去解决。（2）部分案件法律顾问介入时间过晚，基本上是某个行政行为即将作出（如过两个小时就要上政府常务会议通过）或者已经作出产生不利后果时，才通知法律顾问，变成了法律顾问为某个行政行为“背书”或是“善后”，法律顾问由“消防员”变成了“救火队员”。（3）法律顾问的报酬支付形式还有待商榷，一刀切难以提高工作积极性，按劳支付劳动量又难以计算，很难保证公平公正。

二是法律顾问自身原因对工作质量造成一定影响。集中在区级部门和镇（街道）聘请的法律顾问，主要有以下几种情形：（1）本地律师由于业务量限制，专业未能细分，属于“全科医生”，在面对规划、城建等比较专业的领域，尤其是行政相对人聘请了北京、上海等地专业律师后，业务能力上处于劣势；（2）一些行政机关聘请法律顾问主要凭领导个人的好恶，可能比较擅长民商事领域，对于行政法律事务并不熟悉；（3）个别法律顾问名气比较大，可能是多家行政机关的法律顾问，法律顾问的身份对其而言就是一项荣誉，真正有法律咨询事务时，根本无暇兼顾。

三是法律顾问的站位及先天特性，也导致其介入党委、政府核心领域不深。一些法律顾问在协助处理行政机关的法律事务时，政治站位不够高，大局意识不够强，以民商法的视角或是以获取高额代理费为目的去思考化解方案，片面追求眼前利益的最大化，而忽略了行政机关维护社会稳定、维护正面形象等其他特殊要求。还有一些法律顾问本身是某个行政机关的法律顾问，却利用在为该行政机关提供服务过程中获知的信息去为其行政相对人提供法律服务。

### 三、完善法律顾问制度的几点建议

一是通过遴选建立省级法律顾问专家

库。建议省司法厅、省政府法制办和省委办公厅法规室建立省级法律顾问专家库，搭建网络平台，在全国范围内遴选知名律师、法学专家入库，根据擅长领域分类，明码标价，全省的党委部门和行政机关可以直接在网络平台上选择购买服务。一来可以使党委、政府部门根据需要的法律类型选择合适的法律顾问，选拔的程序和价格也更为透明；二来可以通过对平台中法律顾问接受顾问单位的数量的上限进行限制，减少甚至杜绝法律顾问“荣誉化”的现象。

二是量化、细化考评机制。出台制度，对法律顾问的工作规则、考核办法进行细化、量化。结合定量、定性考核标准，实行优胜劣汰，让法律顾问在有偿服务模式，提升法律顾问服务工作的质量认真、勤勉地提供专业服务。按照市场规则，与法律顾问签订聘用协议、保密协议，对重大顾问事项的成果书面化，提供书面法律意见，并将其列入考核，形成能进能出、有奖有惩、合理更新的机制。

三是加强对法律顾问的培训。一方面，加强政治学习、摆正政治站位，促使其从全局的角度看问题；另一方面，创造条件让法律顾问参加本单位的条线培训，让法律顾问加深对顾问单位工作的了解，更加专业地去处理相关法律问题。

四是大力培养本单位的法律人才。一些机关因为法律服务可以购买，而忽视了本单位法律人才的招录和培养。事实上，在面对不同的法律顾问就同一事务提供了不同的法律意见或者一些确实不宜由法律顾问知晓的事务时，就需要本单位的法制工作人员甚至是领导根据自身的法律素养作出判断。因此，公务员尤其是领导干部，必须加强法律知识的学习，努力提升自身的法律素养，确保法律意见建议的质量，确保决策的合法性、科学性和严肃性。

（作者单位：新北区党政办）

# 推进基层政府综合行政执法改革的若干思考

吴冰姿

十八届三中、四中全会强调深化行政执法体制改革，整合执法主体、减少行政执法层级、相对集中执法权、推进综合执法，着力建立权责统一、权威高效的行政执法体制。2014年11月，江苏省政府同意常熟市可以在各建制镇开展相对集中行政处罚权试点工作，首次尝试对非行政管理体制改革试点乡镇行政执法体制改革工作，即在基层镇域范围内，除了必要的派驻、委托执法外，可以通过相对集中行政处罚权这一法律路径，减少多层多头执法，推进执法重心下移、执法权责统一。

本文将在乡镇（街道）开展相对集中行政处罚权的改革统称为基层政府综合行政执法改革，思考分析此改革需求、方案经验和遇到的问题，并尝试提出一些对策。

## 一、基层政府综合行政执法改革的需求

一是解决执法滞后问题。一方面，基层政府存在执法需求。基层人员工作在第一线，最易发现和感知违法隐患或违法行为。但是根据现行法律，乡镇（街道）不是行政执法主体，因此基层政府发现此类情况时通常为报上级政府及其部门进行执法。另一方面，上级政府执法资源有限。各条线执法重点通常倾向于主城区，距离主城区较远的区域往往巡查力度不足，易产生取证不及时、执法成本增加、执法不合理等问题。赋予基层政府行政执法权，就能有效缩短行政执法的周期和半径，进一步优化资源配置，真正实现“看得见的管得着，管得着的看得见”。

二是释放上级政府执法压力。县一级执

法人员呈现出“双向分散”的结构特点，即横向上具体分配至不同条线参与执法的行政执法人员数量少；纵向上分配进行乡镇（街道）执法的行政执法人员数量更少。基层政府综合行政执法改革通过将乡镇（街道）联系密切、执法难度小、执法程序简单的行政处罚权下放由条件成熟的乡镇（街道）集中行使，可以达到合理分配执法资源、释放县级政府的执法压力的双利目的。

三是扩大综合执法效益，适应区域发展规划。下放行政处罚权后，权力划分和执法资源可以得到更加合理的分配，执法队伍有效整合，执法周期和执法半径有效缩短，更有利于维护公平公正的社会秩序，推动区域政治、经济、文化良性发展。同时，基层政府综合行政执法改革是一个长期的过程，在推进改革的过程中动态地了解区域发展情况，及时调整执法改革工作方法，充分发挥多领域综合执法优势，以适应区域发展状态，进一步扩大改革效益。

## 二、基层政府综合行政执法改革中的不同方案

基层政府综合行政执法改革以省、直辖市、自治州为单位各自试验推进，各地级市、县、辖市（区）采用了不同的方案，形成了不同的经验。笔者认为，不同的方案均体现出了县级行政区划内的一致性与乡镇（街道）的差异性、县级政府的管控与基层政府的自主性之间的平衡，可以归纳为以下三类：

1. 侧重乡镇（街道）的差异性和基层政府的自主性。最大限度满足基层执法需

求,实现改革的社会效益。以常州市为例,辖市(区)根据省、市批复在各自行政区划内进行规划落实,市级部门给予相关指导支持。从全市层面来看,各辖市(区)下放权力事项类别和数量差异明显,如常州市天宁区郑陆镇承接了人力资源和社会保障、畜牧业、水行政管理、卫生计生、城市管理、物业管理、职业卫生等方面共578项行政处罚权;常州市新北区春江镇仅承接城市管理、物业管理等方面共65项行政处罚权。此种方案充分考虑了城区和城郊的差异,极大适应了乡镇(街道)发展方向和功能侧重,但是也存在区域间参差不齐、难以统筹推进的弱点。

2. 侧重县级行政区划内的一致性和县级政府的管控。以山东省青岛市胶州市为例,辖市层面成立综合行政执法局,成立支队派驻乡镇(街道),通过基础信息管控平台在具体执法和技术支持上实现全域的贯通和共享。这一方案意在统筹推进区域改革工作,有利于理顺上下级关系,便于上级对下级提供资金、业务、技术等方面的支持,进一步提高综合执法水平。但是该方案难以兼顾基层地域之间的差别,在适应基层功能发展上较弱。

3. 重视县级行政区划内的一致性与乡镇(街道)的差异性、县级政府的管控与基层政府的自主性之间的平衡。以徐州市睢宁县为例,在8个率先试点镇以“37+N”的模式下放权力事项,即在环境污染、违法用地、交通超限等方面37项共有行政处罚权基础上,由各镇结合本镇实际添加“N”项行政处罚权。这一方案要求改革在推进前期就做好大量的筹备论证、协调统一工作,优点在于可以在适应不同乡镇(街道)实际需求的同时,兼顾上级对下级的统一管理,并且有利于试点经验的复制和全面铺开。

**三、基层政府综合行政执法改革遇到的问题**

### (一) 城管综合行政执法与基层政府综合行政执法

自20世纪90年代开始试点推行城管领域相对集中行政处罚权,至十八届三中全会提出深化行政执法体制改革、推进综合执法的要求,行政执法体制改革已经迈入新阶段。城管综合行政执法是将与城市管理相关的其他行政执法部门的行政处罚权集中由城管部门综合行使,而基层政府综合行政执法则是将县级行政处罚权经过筛选,选取其中更适宜由乡镇(街道)行使的权力事项集中由乡镇(街道)来行使。两者存在显著区别:

1. 筛选行政处罚权的原则不同。城管综合行政执法在筛选集中行使的行政处罚权时以职能相关程度为原则,集中那些与城市管理密切相关的处罚权由一个主体行使,有利于提升执法效果。基层政府综合行政执法则以适应基层、提高综合执法效果为原则。由乡镇(街道)相对集中行使此类权力事项应当结合实际情况将可以解决目前处罚权主要集中在县级部门导致有权执法的看不见、看得见的无权执法等问题的处罚权进行下放,而一些必须由县级部门实行统一管理或者专业性较强不宜集中的行政领域和事项则不能下放。

2. 行政处罚权行使层级不同。城管综合行政执法是条线层面的相对集中行政执法,上下级城管条线部门的处罚权基本统一,可以进行上下级一对一的指导和监督;基层政府综合行政执法是区域层面的相对集中行政执法,乡镇(街道)往往集中行使上级政府多个条线执法部门的处罚权,需要接受来自上级多个条线的指导和监督,改革涉及的范围和关系更为复杂。

3. 下放权力部门受影响不同。城管综合行政执法中处罚权下放部门的相关权力是整体转移,不存在继续行使该权力的情形;基层政府综合行政执法中处罚权下放

部门仅下放了某区域的处罚权，在其他区域仍然需要继续行使该权力。

笔者认为，在推进基层政府综合行政执法改革时不可照搬城管综合行政执法改革的经验做法，而是应当在着眼两者之间差异的基础上，分析和解决推进基层政府综合行政执法改革中遇到的问题。

## （二）推进基层政府综合行政执法改革中遇到的问题

基层政府综合行政执法改革推进过程中始终需要理顺的是人的关系和权的关系，因此在推进中遇到的问题可以归结为以下四个方面：

1. 下放基层政府行使的行政处罚权与其实际需要不相适应。具体包括三种情况：一是行政处罚权下放过多，超出承接能力；二是行政处罚权下放过于保守，不能满足实际需要；三是下放权力与实际需要不匹配。该方面问题易造成下放的权力停留在纸面上，不能被充分行使，而实际达到的综合执法效果不如人意。

2. 下放基层政府行使的行政处罚权在行使中的上下级衔接问题。一方面，在行政处罚权下放的“交接棒”时期，上下级在新旧案件管辖和处理的权限上容易产生分歧。另一方面，基层政府在行使相应行政处罚权的同时，与上级实现行政检查、行政监督、行政强制等前后道环节的连接贯通同样是关键之处。

3. 综合执法人员数量不足。目前县级政府执法力量不够充盈，综合行政执法改革中往往存在人手上的上下级供需矛盾，极大影响执法业务的“传帮带”效果。同时，受执法人员编制要求，一般不允许执法辅助人员直接参与执法，而依靠编制扩充尚不能满足需求，故易造成综合执法人员数量难以适应执法任务体量。

4. 综合执法水平有待提高。综合执法需要逐步培养执法人员成为多个领域的

执法多面手。但是目前往往还是一个执法人员专职从事一个或少数领域的执法工作，在全面打通领域界限上做的还不够到位。

## 四、关于基层政府综合行政执法的几点思考

1、对下放权力事项进行合理的动态调整。下放行政处罚权前应考虑基层政府的执法需求以及执法水平，经过一段时期的实行后还需要综合考虑执法效果。一方面，若执法效果不佳且原因是基层政府现实未存在该执法需求或执法水平确实无法适应执法要求，则是否可以考虑收回该项行政处罚权？另一方面，若在改革中发现基层政府出现新的执法需求，待时机成熟是否也可以将新的行政处罚权力下放？徐州市睢宁县2016年6月开始试点改革，平均下放各试点镇行使行政处罚权104项，后睢宁县发现其中大量权力事项被实际闲置，故在论证后缩减试点镇行政处罚权平均37项。对此，笔者认为可以参考规范性文件后评估制度或重大决策后评估制度，在权力下放运行一定时间后进行程序性的详尽评估，并依据评估结果作出合理调整，在遵守相关规定和程序的前提下保证行政权力行使的相对稳定性和社会公信力。

2、行政处罚权与强制执行权的衔接。乡镇（街道）行使相对集中行政处罚权和与之相关的行政强制措施是有法可据的，《行政处罚法》第十六条“国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权，但限制人身自由的行政处罚权职能由公安机关行使”，省政府可以决定乡镇（街道）行使相对集中行政处罚权。同样，《行政强制法》第十七条第二款“依据《行政处罚法》的规定行使相对集中行政处罚权的行政机关，可以实施法律、法规规定的与行政处罚权有关的行政强制措施”，乡镇（街道）可以行使与相对集中行政处罚权有关的行政

强制措施。由此产生这样一个问题：行使相对集中行政处罚权的基层政府是否具有行政强制执行权呢？《行政强制法》第三十四条规定“……具有行政强制执行权的行政机关依照本章规定强制执行”，而根据第十三条第二款“法律没有规定行政机关强制执行的，作出行政决定的行政机关应当申请人民法院强制执行”的规定，行政机关具有行政强制执行权需要由法律授权。目前，《中华人民共和国城乡规划法》等法律授权县级以上政府、公安、海关、审计、税务、财政等行政机关部分行政强制执行权，但是均未涵盖乡镇（街道），故笔者认为行使相对集中行政处罚权的基层政府没有行政强制执行权。因此，行政机关强制执行权可能有两种方案：一是由具有强制执行权的原行使该处罚权的行政机关进行强制执行，一是由基层政府申请法院强制执行。笔者认为应当采用后一方案。从《行政强制法》第十三条第二款来看，有权强制执行的行政机关与原行政处罚决定作出机关应为同一主体，但是存在一个例外，即《中华人民共和国城乡规划法》第六十八条赋予县级以上人民政府强制拆除权，与作出原行政处罚决定的县级政府部门不一致。虽然存在法定例外，但是笔者认为仍然应当以《行政强制法》第十三条第二款为原则，因此在处理基层政府综合行政执法改革中的行政强制执行问题时，应当由基层政府根据《行政强制法》第五十三条的规定申请人民法院强制执行。

3、加强编制支持，重视发挥辅助执法作用。增加编制支持和人员倾斜，同时加强执法辅助人员的规范化管理，合理分派执法辅助人员从事内部行政管理事务和部分外部执法的辅助性工作，减轻综合执法人员的执法压力。此外，笔者认为综合行政执法人员的管理应以基层政府为主，不应再受上级部门直接调派。一方面，综合行政执法人员与基层政府之间存在人事隶属关系，在行使行

政处罚权并以基层政府的名义开展行政执法工作时，应当具有独立性。另一方面，基层政府行政资源有限，在建立执法队伍时应以精简高效为原则，梳理行政执法人员与基层政府、上级部门之间的关系时也需要遵循此原则。若综合行政执法人员仍然随意可经上级部门调派，或仅承担某一条线的行政执法任务，则基层政府行政执法改革的内涵将限于权力下放，无法称之为综合执法。

4、提高执法人员执法质量。上级部门应当加强对基层政府的业务指导与监督。综合行政执法人员承担着上级多个条线的行政处罚权，这对执法人员的执法业务能力提出了更高的要求且涉及安全监管、环境保护等方面的行政执法也具有一定专业性，因此综合执法不能脱离区域环境，应当接受上级部门的业务指导。业务指导的方式应当是多样的，不仅应加强定期的执法培训，而且还应密切上下级之间日常的业务交流和健康的人员交流，形成良性循环。在监督方面，笔者认为可以从以下三方面予以强化：一是建立健全信息平台。建立健全信息平台是为了便于行政执法信息的对接，也是为了便于行政执法监督的开展。因此，信息平台的建设应从实践性着手，保证操作的简易、有效和时效性，便于条线部门及时了解执法情况。二是加强事前、事后监督。除了通过信息平台进行日常监管之外，执法监督还需要加强事前和事后监督。事前监督即是需要加强执法证件管理工作，明确执法标志、执法程序和执法文书的统一；事后监督则是通过行政复议、行政诉讼和定期考核进一步加强监督效果。三是重视社会监督。借助互联网、多媒体平台畅通投诉举报渠道，加强政府信息公开，及时回应社会关切，提升社会监督的透明度和时效性。

（作者单位：天宁区司法局）

# 市场监管行政执法与刑事司法衔接问题研究

## ——以程序衔接机制为视角

唐 鑫

### 一、市场监管行政执法与刑事司法衔接问题概述

市场监管局是国家“放管服”深入推进的产物，是国家依法赋予行政权力的行政执法机关，是依照法律、法规或者规章的规定，在职责范围内对市场监管领域的违法行为具有行政处罚权的行政机关。市场监管行政执法是指市场监管部门根据职权对违反法律、法规的违法行为所采取的管理和处罚行为。刑事司法机关，是指依法具有刑事执法权的组织，主要是公安机关、人民检察院、人民法院。刑事司法则是指国家司法机关对触犯刑法的严重危害社会的犯罪行为所采取的处罚行为。一般而言，当市场监管部门具体行政执法行为的客体是行政违法行为时，如果该行政违法行为达到一定的社会危害程度并触犯了刑法，行政违法行为就转化为刑事违法行为即犯罪，对该行为的处理也就相应地由市场监管行政执法范畴进入到刑事司法范畴。在现实操作中，有的市场监管执法机关不依法向刑事司法机关移送涉嫌犯罪的案件，有的刑事司法机关不接受市场监管执法机关移送的涉嫌犯罪的案件等情况，导致社会生活中出现了以罚代刑、有罪不究的情况，严重影响了法治的进程和社会稳定。

行政执法与刑事司法衔接的问题，已经引起了国家相关部门的重视。2001年4月国务院于发布了《关于整顿和规范市场

经济秩序的决定》，同年7月公布实施了行政法规《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》（国务院令第310号），规定行政执法机关的移送行为。最高检于2001年12月3日印发了《人民检察院办理行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》对行政执法机关向检察机关移送的案件，检察机关受理、审查、立案、复议、立案监督等程序作出了规定。2004年3月最高人民检察院、全国整顿和规范市场经济秩序领导小组办公室（以下简称“整规办”）、公安部在总结经验基础上，联合签定了《关于加强行政执法机关与公安机关、人民检察院工作联系的意见》（高检会〔2004〕1号）。2006年，最高检、“整规办”、公安部、监察部联合下发了《关于在行政执法中及时移送涉嫌犯罪案件的意见》（高检会〔2006〕2号），意在加强有效衔接。2015年，为了进一步打击食品药品违法犯罪，国家食品药品监督管理总局、公安部、最高人民法院、最高人民检察院、国务院食品安全办联合印发了《食品药品行政执法与刑事司法衔接工作办法》的通知，全面加强食品药品行政执法与刑事司法的衔接工作。这一系列行政法规、规定、意见的颁布，为市场监管部门等行政执法机关依法移送涉嫌刑事犯罪案件提供了规则。

市场监管行政执法与刑事司法相衔接的核心是程序问题，完备的程序规则、严格的程序要求才能使市场监管部门在行政

执法过程中及时依据程序要求将涉嫌犯罪的案件依法移送给有刑事案件管辖权的刑事司法机关定罪处罚，刑事司法机关将不构成犯罪的违法案件移送给市场监管执法部门行政处罚，从而实现行政执法与刑事执法的有效衔接，避免出现行政处罚代替刑事处罚，有罪不究，该罚不罚的现象发生。

## 二、市场监管行政执法与刑事司法衔接程序现存的问题

市场监管行政执法与刑事司法衔接程序现存的主要问题是市场监管部门与刑事司法机关衔接途径不畅，各地程序要求差异大，缺乏统一的实际操作程序，移送程序标准不一，主要表现在以下方面：

1、市场监管部门不移送涉罪案件问题。有的市场监管部门为了部门利益、有的市场监管执法干部出于私利对于应当移送的涉罪案件只作为一般的行政违法案件给予行政处罚结案，以罚款代替刑事法律制裁。

2、刑事司法机关不接受移送的涉罪案件问题。公安等刑事司法机关对于市场监管部门移送的涉罪案件、尤其是棘手的涉罪案件，有时会抱着“多一事不如少一事”的思想，而不愿意接受市场监管部门移送的涉罪案件。

3、两机关移送与接收案件的程序不明确。市场监管部门会面临移送程序不明确的问题，如关于移送的标准问题，移送的期限、不依法移送和不依法接受移送的法律责任等问题；司法机关对案件的接受程序规定不明确，由检察机关、公安等内部何部门进行接收，接收的程序，接收的反馈，以及接收后认为不应当接收等各种情况的处理问题。以移送期限为例，目前，市场监管部门内部对于涉嫌犯罪案件何时移送大致存在着三种观点：第一、行政机关可以先处罚后移送。根据《行政处罚法》第二十八条第二款：“违法行为构成犯罪，人民法院判处罚金时，行政机关已经给予

当事人罚款的，应当折抵相应罚金。”行政处罚法对于人民法院判决之前、也就是进入司法程序之前的行政处罚的效力予以确认，行政机关有权先处罚后移送。第二、行政机关认为已经构成犯罪的，不能处罚、必须直接移送。依据是参照原国家工商总局工商法字（1999）第195号答复：“……工商行政管理机关在查处案件的过程中，认为案件当事人的行为已经构成犯罪的，应当将案件移送司法机关，不再进行行政处罚。”第三、接到公安机关的立案通知后，行政机关应马上将相关案件移送。依据是国务院于2001年7月4日颁布的《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》第十二条：“行政执法机关对公安机关决定立案的案件，应当自接到立案通知书之日起3日内将涉案物品以及与案件有关的证据材料交公安机关，并办结交接手续；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。”因此，需要有一个较高层级的部门对市场监管部门移送和刑事司法机关接收的程序做一个全面细致的规定。2015年的《食品药品行政执法与刑事司法衔接工作办法》对食品药品行政执法领域的行刑衔接做了一般性的规定，但是对于两个部门的证据互认等问题并未明确。

4、两机关对于案件定性及证据标准分歧问题。市场监管部门与司法部门对于案件定性以及证据收集标准存在分歧，导致了对案件定性意见不统一，并容易发生相互扯皮、推诿以至于不移送、草率移送、不接受移送的现象。比如，对于非法经营罪，《最高人民法院 公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》中有一兜底条款“从事其他非法经营活动”，那么这个其他到底包括哪些项目？无照经营哪些项目会涉及非法经营罪？这些都会给市场监管部门带来很大的困惑。证据收集方面，刑事案件与行政案件在定案证据

的收集、标准和要求上不尽相同，行政案件所收集的证据往往达不到刑事证据的要求。市场监管部门移送时，公安机关会按照刑事案件的证据标准来要求市场监管部门移送案件的证据收集，结果就会出现公安机关认为证据不完善退回市场监管部门。

5、缺乏刑事司法机关向行政机关移送案件的规定。两法衔接不仅只是行政机关涉罪移送的问题，理应包括刑事司法机关先期处置的案件经调查不构成犯罪但构成行政违法行为的移送问题。目前，所有两个部门衔接的规定中均主要强调涉罪移送问题，而对于刑事司法机关向行政执法部门移送案件具体什么程序，时限要求，涉案财物移交等都没有明确规定。

### 三、市场监管部门与刑事司法程序衔接问题的原因

1、现有立法缺少关于衔接程序的详细性规定。虽然最高法、最高检、国务院及各行政执法部门就向司法机关移送案件制定了很多法规以及规范性文件，但是原则性规定多、实务性规定少，缺乏可操作性，对于案件何时移送、移送前如何进行行政处罚、司法机关怎么移送行政案件等问题没有明确规定。如在最高检制定的《人民检察院办理行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》所确定的是检察机关对行政执法机关已移送的涉嫌犯罪案件有立案监督权，《关于加强行政执法机关与公安机关、人民检察院工作联系的意见》中提出了“经协商同意，（检察机关）还可以派员查阅有关案卷材料，行政执法机关应予配合”等等，上述规定是非常原则的，没有详尽的程序规定。

2、部门利益的驱动。市场监管部门的案件往往涉及到金钱利益，有时会认为自己处罚的案件一旦移送交给公安司法机关，就等于让渡了对违法者的控制权，会影响到本部门的利益。即使向公安司法机关移

送了案件，也是因为涉及到自己无法处理的一些案件，需要刑事司法机关来处理时才进行移送，而这样的移送是“一送了之”。而公安等刑事司法机关也会受到利益的驱动而不愿意接收案件，尤其那些周期长，调查取证难度大的案件，如传销犯罪案件，有的公安机关不愿意接受案件，或者以证据不符合公安要求为理由不接收。

3、市场监管部门与刑事司法机关沟通不畅。市场监管部门与刑事司法机关往往是有需要才去沟通协调，除食品药品领域外，对于行政执法与刑事司法的衔接问题缺乏程式化的规定。案件移送与接收，有时甚至是凭着私人感情去联系沟通。双方并未有把行政执法与刑事司法的衔接上升到制度层面。缺乏沟通，也导致了在涉及案件移送时，市场监管部门对移送期限、移送标准等无所适从。

### 四、市场监管执法与刑事司法相衔接的程序实现途径

#### （一）完善两者程序的衔接

建议人大、政府等制定统一标准，加强本区域内行政执法机关与刑事司法机关的合作，完善行政执法与刑事司法的程序衔接机制，就衔接的程序、内容等作出制度层面的规定。

#### （二）确定两机关衔接的部门

明确市场监管机关和刑事司法机关内部各个部门的职责，具体规定衔接部门，防止机关内部推诿扯皮。在市场监管部门和刑事司法机关内部可以实现调查、处理分离。相关的案件先由办案人员负责调查，提出初步处理意见，然后交由法制部门审查，提出行政处罚或移送刑事司法立案侦查的建议。

#### （三）建立与衔接机制程序相关的配套制度

1、完善考核制度。一方面要彻底废除

（下接第 49 页）

# 关于智慧法院建设的几点思考

常 鑫

人类总是在试图扩张自己的能力。物联网、大数据、人工智能等技术科学的勃兴，就是人们在新一轮技术革命中追求自我能力拓展的最好注脚。从第一台神经网络计算机的诞生，到现代围棋智能体 AlphaGo 先后打败李世石和柯洁的孤独求败；从第一台可编程机器人的发布，到百度 CEO 李彦宏乘坐无人驾驶汽车驶入五环，现代科学技术正在以惊人的速度向前狂奔，并引发了迄今为止释放人类潜能的最伟大的革命。

物质基础的变革必然引起上层建筑的变化，以法院为代表的司法机关正在主动结合司法工作特点，将现代信息技术与司法人员深度融合，探索构建司法运行的新模式。2016 年，最高院印发了《人民法院信息化建设五年发展规划（2016-2020）》；同年国务院印发了《“十三五”国家信息化规划》，明确支持智慧法院建设；2017 年，最高院印发《最高人民法院关于加快建设智慧法院的意见》，进一步对智慧法院建设提出具体目标和要求。从贵州法院政法大数据系统到深圳鹰眼执行综合应用平台，从“电子卷宗+全景语音+智能服务”为主要内容的智慧审判苏州模式到上海法院刑事案件智能辅助办案系统…各地智慧法院建设如雨后春笋般涌现，可谓亮点纷呈、百花齐放。我们在为智慧法院建设所取得的成就而欢欣鼓舞的时候，也必须对智慧法院建设中存在的疑问做一些冷静的思考。

## 1. 我们会误入技术绝对主义的歧途吗？

技术作为人类改造客体世界的可操作

性手段、程序和方法，与理性具有天然的契合性。理性思维的逻辑分析、预测功能以及权衡利弊的理智选择能力，与信奉效率至上的技术联姻，最终融合为工具理性。以可计算性、可预测性、可重复性和可置换性为基本要求的技术逻辑，以效率优先为原则的工具理性思维，以普遍性、非人格性为特征的形式合理性品格，以技术进步为衡量标准的价值主旨，构成了工具理性的思维方式和行为方式。工具理性因强调客观性、规范性和可操作性，通过规则和程序有效规制权力，排除价值判断和人为干扰，因此在行政管理、社会经济管理、政治生活等方面表现卓越。

但是，理性主义的技术思路不可能为人类提供知识的全部图景，也无法为人类面临的各种问题提供完整的解决方案。在司法领域，诉讼是一个开放的过程，一方面，这个开放场域内的信息众多繁杂且真假难辨，在这样的场景中，呈现于法庭之上的案件事实只是真实客观事实的一角，法官需要通过残缺的信息做出判断、决策。另一方面，法官的判决结果还会受到多方面的影响，有时甚至是社会性、情感性因素的影响。因此，在这种开放而非封闭的裁判场合下，信息时时流动且变化，人工智能可能无法完全“施展拳脚”。

事实上，科技乌托邦并不能完全代表着人类的未来。理想的人类社会应该是人的智性、心性和德行都能得到高度发展的社会。科学技术可以使人的智性得到发展，但这种

发展不可能没有极限，而且人的智性过度发展可能会使人（包括法官）丧失人性中更为宝贵和自然的组成部分，如心性和德行。

## 2、法院可以以及应当“智慧”到何种程度？

根据最高院印发的《最高人民法院关于加快建设智慧法院的意见》，智慧法院是人民法院充分利用先进信息化系统，支持全业务网上办理、全流程依法公开、全方位智能服务，实现公正司法、司法为民的组织、建设和运行形态。从概念界定来看，司法系统所理解的智慧法院，以大数据、云计算等先进信息技术为依托，以业务网上办理、流程公开、智能服务为主要功能，以公正司法、司法为民为最终目标。但是，这一个内容宽泛的开放性概念，智慧法院的建设程度并不清晰。

从司法实践来看，目前智慧法院的建设分为两种类型、两个方向，一种是审判辅助事务及诉讼服务、司法公开的智能化，如自动生成电子卷宗、自动关联当事人案件、智能推送审判辅助信息、庭审全景语音、互联网辅助庭审等等，另一种是科技深度介入办案核心事务，如上海政法系统联合企业正在研发的上海刑事案件智能辅助办案系统（又称 206 工程），它主要为解决刑事案件办案中存在的证据标准适用不统一、办案程序不规范等问题，并且在事实上已经介入了公检法办案的核心事务。

就上述两种类型而言，前一种主要体现了技术对体力劳动的解放：庭审不必依靠书记员打字记录、撰写判决不必再费力搜索法律文献……但应当看到，这种解放是局部的、破碎的、不成体系的，最多称得上是“智能”，但绝对谈不上“智慧”。与此相比，后一种类型依靠海量数据与算法编程，通过模仿和学习法官审理案件的过程，试图让智能系统像人一样能够处理案件，显然，这种脑力劳动的解放更接近“智

慧”的概念，也与司法系统的勃勃雄心更加吻合。但这条路究竟能够走多远，最终还要取决于科学技术的发展程度。

## 3、智能办公系统如何定位？

作为一名基层法院人，笔者确实无法预测未来科技的发展趋势和最终样态，但从法官职业特性、审判工作机理、诉讼程序原理等多个方面来分析，智能办公系统无法也不可能取代法官，它的定位只能也必须是法官办案的辅助工具。

首先，法官与医生一样，是世界公认对专业化、职业化、伦理化要求最高的职业，若人工智能在未来取代医生和法官也就意味着人类失去社会的主导权，这就不是人工智能能否在司法领域发展的问题，而是人类和人工智能谁主导这个世界的问题，取代必然意味着灭亡，这是人类最不愿看到也不允许发生的事情。

其次，人工智能系统是人类智慧的结晶，但智能只是机器对人类某些行为自动化的模拟。而智慧是人类心性、智性和灵性经过上万年多方因素的积累和沉淀，它是一种感觉、意识、品位、兴趣、品质、信仰、情谊等的有机复杂体，这些是无法用程序编写的，因而人工智能对人脑的模拟只能做到形似而无法做到神似。从逻辑上讲，人工智能可以在某个

或某些环节超越人类的能力，比如运算速度、数据储存、搜索分类等，但由于人工智能受制于人类设计所导致的机械性、滞后性和不完善性，决定了人工智能无法全面超越更无法控制人类。

最后，法官的活动场域是审判，它既是一种实践性的法庭技术操作活动过程，又是一次复杂的逻辑思维活动过程，这种技艺的积习有赖于长年的法律浸淫和理性实践。审判要所面对和处理的是人性最丑恶、最复杂和最危险的社会关系，法官要胜任审判工作需要具备对事态人心具有深刻的

洞察力与一颗仁爱之心和情理之心，社会情势的复杂性和无限性与法律的抽象性和稳定性相冲突需要法官自由裁量权才能解决……如此种种，科技根本不可能独自面对，它只有在人的控制下才能发挥作用。

#### 4、技术独裁与算法黑箱如何破解？

传统上，法官在做出判决之前，需要进行充分的说理和论证，这些都是公众可以审阅的。但是，智能自主决策系统并不如此运作，人们只要负责输入一些数据，系统就会得出相应结论，普通人根本无法理解其算法的原理和机制，技术独裁和算法的不透明性问题由此产生。

早在2013年，美国威斯康辛州初审法院在一起刑事案件中，曾援引再犯风险评估系统（COMPAS）的评估意见判处被告人相应刑罚，被告人以法院对COMPAS评估的依赖侵犯其正当程序权利为由，向威斯康辛州最高法院提出上诉，但州最高法院最终驳回了上诉请求。至少在美国，当算法

涉嫌做出错误评估或决策的时候，法院倾向于保护算法产品厂商的商业秘密，法院没有要求厂商公开算法代码，也没有要求厂商用普通人可以理解的自然语言解释算法的基本原理、功能和目的。

但是，人不可能控制或约束自己根本不懂的东西，专业技术与算法的可解释性是其自身成立的前提。对于关乎个体权益的自主决策系统，人们在设计之初，就需要提前构建技术公平规则，加强自主决策系统的透明性、可责性以及编程规则的准确性，而这项工作单单依靠技术人员或者是司法人员都是难以实现的。

智慧法院是我国司法界对世界司法文明做出的一次有益努力和尝试，但任何一项开创性的活动单凭热情和努力并非一定到达彼岸，只有在理想与现实之间保持“目光之往返流转”，只有不断地发现问题、解决问题，目标才会离我们越来越近。

（作者单位：常州市经开区法院）

（上接第46页）

罚没款等预算指标的考核，让行政执法人员专心执法、严格执法；另一方面对两机关的衔接要进行考核，促使两部门及时做好移送和接受工作。

2、具体规定两机关的证据衔接制度。对涉嫌犯罪的行政案件需进行刑事诉讼，因此在认定事实和证据上应适用“证据确实充分”的标准，从而使之能与刑事诉讼的证明标准一致。对于市场监管机关在行政执法环节依法获取的材料要明确其在刑事诉讼上的证据效力。例如：对在行政执法中扣押的书证、物证等实物证据，是否可视为司法机关依法收集、调取的证据，直接转换为刑事诉讼证据；对有关检验报告、鉴定结论等专门性证据材料，司法机

关是否只作出要式程序审查，即可决定是否作为刑事诉讼证据；对在执法过程制作的调查笔录、询问笔录，以及行政相对人的陈述笔录、自书材料等言词证据材料，是否可以作为证据直接采纳等等，这些都需要有明确的规定，以方便两机关顺利衔接。

3、建立网上衔接、信息共享机制。市场监管部门与刑事司法机关共同建立数据平台、技术资源等“网上衔接，信息共享”机制，可就相关案件及时介入，及时移送，保证案件移送的及时、公开、透明。

（作者单位：武进区市场监督管理局）

# 我国环境侵权中因果关系举证责任倒置之适用

## ——基于“山东富海公司大气污染责任案”之思考

贺枫娇

一、问题提出：“山东富海公司大气污染责任案”中的举证责任倒置适用

(一) 山东富海公司大气污染责任案的发展始末

1995年，曲忠全承包一处集体土地种植樱桃。2001年，山东富海实业股份有限公司（以下简称富海公司）迁至曲忠全樱桃园毗邻处从事铝产品生产加工。2009年4月，曲忠全提起诉讼，请求富海公司停止排放废气，赔偿其损失501万余元。为证明其主张，曲忠全提交了烟台市牟平区公证处勘验笔录、烟台市农产品质量检测中心出具的樱桃叶片氟含量检测报告等证据。后经双方共同选定和取样，一审法院委托山东省农业科学院中心实验室对樱桃叶片的氟化物含量予以检测，检测报告表明：距离富海公司厂区越近，樱桃叶片氟化物含量越高。富海公司提供樱桃树叶氟含量检测报告、厂区大气氟化物含量检测报告、烟台市牟平区气象局出具的2008年2月至2009年5月的气候情况等证据，拟证明其不存在排污行为，曲忠全樱桃园受到损害系气候原因所致。

山东省烟台市中级人民法院一审判决富海公司停止排放氟化物，赔偿曲忠全损失204万余元。曲忠全、富海公司均不服提起上诉。山东省高级人民法院二审判令富海公司赔偿曲忠全224万余元。富海公

司不服，向最高人民法院申请再审。

最高人民法院审查认为，曲忠全提交的公证勘验笔录和检测报告，与相关科普资料、国家标准以及一审法院委托专业机构出具的检测报告等证据相互印证，足以证明曲忠全的樱桃园受到损害，富海公司排污，排污和损害之间具有关联性，已完成举证证明责任。富海公司作为侵权人，其提交的樱桃树叶氟化物含量检测报告中距离厂区越近浓度越低的结论有悖常识；厂区大气氟化物含量检测报告系2010年5月7日作出，与本案待证事实不具有关联性；天气原因亦不能否定排污行为和损害之间的因果关系。考虑到确实存在天气恶劣等影响樱桃生产的原因，二审法院酌情判令富海公司对曲忠全的损失承担70%的赔偿责任，认定事实和适用法律均无不当。

(二) 山东富海公司大气污染责任案中的因果联系举证责任倒置之体现

《最高人民法院关于审理环境侵权责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第六条规定，被侵权人根据侵权责任法第六十五条规定请求赔偿的，应当提供污染者排放了污染物；被侵权人的损害；污染者排放的污染物或者其次生污染物与损害之间具有关联性的证明材料。本案判决作出于上述司法解释之前，在适用侵权责任法第六十六条因果关系举证责任倒置原则

的同时，要求被侵权人就污染行为与损害结果之间具有关联性负举证证明责任，对于细化被侵权人和污染者之间的举证责任分配，衡平双方利益具有典型意义，体现了审判实践在推进法律规则形成、探寻符合法律价值解决途径中的努力和贡献。

## 二、目前我国环境侵权司法审判中举证责任倒置的适用

### （一）因果关系推定论

所谓举证责任倒置，指的是将通常情形下本应由主张权利的一方当事人（一般是原告）就某种事由存在与否不承担举证责任，而转移由对方当事人（一般是被告）就某种事实存在或不存在承担举证责任，若是对方当事人不能提供证据证明事项的存在或不存在，则推定原告的事实主张成立的一种举证责任分配制度。而此种制度适用到环境侵权中，具体是指因果关系的倒置，即由污染者承担因果关系不存在的证明责任。

参与《侵权责任法》起草的学者认为，举证责任倒置的建立相当于我国因果关系推定原则确定。在司法实践中，部分法院以因果关系推定论运用在审判中。具体而言，在法院在审理环境侵权案件的过程中，要求按照因果关系推定的方式，要求受害人对于因果关系的认定要提供初步的证据，才能引起举证责任的倒置。如某法院审理的案件〔（2013）岳民初字第588号〕，本案件中受害人完成了污染行为、损害后果的举证，而没有对养殖鱼类死亡原因进行举证，法院认定受害人未完成初步举证责任，并导致本案被告举证不能，驳回其诉讼请求。

严格来说，按照法条字面所体现出的举证责任倒置与因果关系推定论是有实质的区别的。减轻污染受害者证明难度主要

有两种路径：一是降低证明标准；二是对证明责任进行重新分配。因果关系推定属于前者，证明责任倒置属后者”。二者最根本的区别在于因果关系推定仍然要求受害人提出能够证明因果关系存在的初步证据，而证明责任倒置不需要。完全的举证责任倒置具有的单一僵硬性特征，无法单独阐释现实世界的多元性。从对我国《民事证据规定》施行以来的环境民事裁判文书的检索来看，以最高人民法院“蝌蚪案”为代表的司法实践的真实状况是，完全实行倒置者寥寥无几。严苛的举证责任倒置即是从一种极端到另一种极端，立法者的本意也不是将举证责任完全置于被告之身。因此学界有很多学说主张《侵权责任法》第66条是对我国因果关系推定的确定，而不是仅仅按照字面意思，让侵权人负所有的举证责任。实践中用此方式的法院也很多，本文提到的“山东富海公司大气污染责任案”便是需要原告承担就污染行为与损害结果之间具有关联性负举证证明责任。

### （二）举证责任分配论

同时，也有学者对因果关系推定论持反对观点，认为《侵权责任法》第66条实质上只是举证责任的分配制度，而非因果关系推定规范。尽管适用该规定与适用因果关系推定的结果是相同的，即在加害人不能证明其行为与被害人损害结果之间不存在因果关系时，因果关系被视为存在。但是，这不是因果关系推定适用的结果，而是加害人没有完成其举证责任所导致的举证不能的后果。

在实践中，也有部分法院则是直接按照法条字面的规定适用举证责任倒置，只要受害方提出污染行为、损害后果，就转而由污染者承担因果关系不存在的举证责任，如某市中院审理的案件〔案号（2005）

蚌民一终字第 285 号], 同样是水污染导致的水产损失案件, 受害人只提供污染者污染行为与损害结果的证据, 并未提供证据证明损害原因, 但是法院认定受害人完成举证责任, 根据举证责任倒置, 要求污染者证明因果关系不存在。

举证责任倒置时, 加害人不仅要承担因果关系不存在的说服责任, 而且要承担首先提出证据证明因果关系不存在的责任。换言之, 对于因果关系这一责任构成要件, 受害人不承担任何举证责任。而在适用法律上的因果关系推定时, 尽管加害人也要承担因果关系不存在的说服责任, 但是其责任承担是以受害人完成对基础事实的证明为前提的, 其并不承担首先提出证据的责任。支持举证责任分配制度的学者认为, 举证责任倒置与因果关系推定有本质的区别, 不能看作同种, 既然法律明文规定了举证责任倒置制度, 就不能把其与因果关系推定相混淆, 因为其在适用上有很大的区别, 法理完全不同。

### 三、国外环境侵权的举证责任分配

#### (一) 大陆法系之因果关系推定理论

大陆法系的因果关系推定论也是从“谁主张谁举证”开始发展的。在德国, 依 1900 年《德国民法》第 823 条规定, 环境污染案件中因果关系证明责任一直恪守由原告承担。到 1923 年 12 月 22 日日本最高裁判所以罗森贝克的“规范说”作为理论支撑, 在一起由工厂烟囱排放含硫烟尘对周边农田造成损害诉讼一案判决表明, 受害人应对损害及存在的侵权因果关系承担证明责任。鉴于“规范说”有较强的逻辑性和可操作性, 以及能够维持法律形式上的公平等优势, 一些传统的大陆法系国家或地区一度视之为通说。随着社会的进步和发展, 德日等国在现代民事司法实践中

相继发展出“证明责任减轻”理论来弥补传统证明责任分配理论的不足。到 1985 年, 减轻原告的证明责任情况才有所改观。德国法院在“化铁炉案”(KuPolofen Case)中指出, 被告就污染物的排放系在合法限度内进行这一情形负担证明责任, 但根据《德国民法》第 823 条的规定, 原告仍需就因果关系的要件事实承担客观证明责任。1991 年生效的德国《环境责任法》, 在行为责任和危险责任的理论基础上, 确立了因果关系推定制度。环境侵权因果关系的复杂性和科学不确定性等特征以及保护受害人的价值追求, 德、日等大陆法系国家因此产生了诸如优势证据(或盖然性因果)、疫学因果、间接反证、设备责任及姑且推定等众多因果关系推定理论学说, 分别用以指导各国立法及司法实践。

以德、日为代表大陆法系国家环境侵权因果关系推定立法、学理及判例观之, 呈现自“由受害人在因果关系上提供初步证据达到一般证明程度”, 改变为“达到低度盖然性证明程度”, 再到“仅就行为与损害之间存在关联性作出说明”, 因果关系证明责任呈现受害人负担逐渐弱化, 加害人就其行为与受害人损害结果之间不存在因果关系证明责任呈强化态势。这让我们思考, 在因果关系推定中, 被害人的合理举证范围应该是什么, 在我国又应该对被害人设置怎样的举证范围。

#### (二) 英美法系之降低证明标准

以美国为代表的英美法系国家在环境侵权因果关系证明责任分配呈现出与大陆法系国家不同思考脉络。源于判例法本质的美国, 针对因果关系证明难度, 在诉讼上采取降低证明标准技术方法实现证明责任的减轻效果。美国加州地方法院在审理著名的“辛德尔诉阿伯特实验室”一案中,

首创“无因果关系理论”，指出加害行为与具体个人损害结果之间的因果关系存在难以证明、且在加害人和受害人均有多人情况下，从常识出发，众加害人的行为与众受害人的损害结果之间存在着一定的因果关系，就可以推定每个受害人与每个加害人之间存在着因果关系。无因果关系理论其实就是一种对因果关系进行推定的方法。基于“降低错误判决之整体发生几率”及“当事人公平”考量，美国采取了“证据优势”证明标准，衡量因果关系“存在的盖然性”与“不存在的盖然性”。例如《美国密歇根州环境保护法》中规定，原告只需提出表面证据，证明污染者已经或很有可能有污染行为，案件即可成立；若被告否认有该污染行为和危害后果，则必须提出反正。为了进一步控制错误发生几率，有意识接近实体真实，在其后实体法法典化中，基于判例法的积累，在实体法中有意地将证明责任分配问题纳入，甚至明示各个实体法要件证明责任分配，课以当事人由“优势证据”提升至“明白且具有说服力证据”较高证明度标准。

英美法系该理论对原告需要提出的证据要求很低，相对大陆法系需要提出关联性证据，英美法系的原告只需提出表面证据。但是其独特的判例法本质积累的常识，是我们大陆法系国家从本质上就无法效仿的。既然是基于法典的法律，就应该在法律中明确原告的举证范围，仅仅有表面证据而没有关联性证据，可能会因为法律本质的原因而导致一定的不公平性。相比较来看，我国更应该参考的是以德、日为代表的大陆法系有关原告举证范围的内容。

#### 四、我国环境侵权因果关系举证责任的合理适用

##### （一）适用理论

笔者认为适用因果关系推定论是我国环境侵权因果关系举证责任分配的不二选择。目前司法实践中仍然有同案不同判的现象，一些法院仍然在用举证责任分配论。“书本中的法”与“现实中的法”不尽相同，这便要探究立法者的本意，衡量举证责任中的公平性。

完全的举证责任倒置是一种失衡的制度，苛以被告过重的举证责任，往往会矫枉过正，难以实现真正的公平。霍姆斯告诫我们：法律体现的是在观念竞争中获胜的信念并将其转化为行动，只要对立的观念仍然在战斗，相反的观念仍然保有一席之地，那么制定法律的时机就没有成熟，注定获胜的观念尚无权主导该领域。如果法官将他对一方或另一方有意无意的同情在时机尚未成熟的时候硬注入法律，而忘掉了在他看来的首要原则却被他的同胞认为是错误的，这将是一种灾难。证明责任倒置实质上反映的是实体价值取向上的逆转。从我国近年的司法实践来看，法院往往设置原告必须对因果关系承担初步的举证责任这一前提，本文中提及的“山东富海公司大气污染责任案”也是2015年最高院发布的典型案例，具有指导意义。较多的法院在实践中发现了绝对的举证责任倒置的弊端，并将其改变。在理论中，以杨立新教授牵头的中国人民大学民商事法律科学研究中心“侵权责任法司法解释研究”课题组曾起草的《侵权责任法司法解释草案建议稿》就明确指出，依照第66条规定由污染者举证证明因果关系要件的，被侵权人应当首先承担因果关系具有可能性的初步证明，未证明具有存在因果关系可能性的，不得进行因果关系推定。

##### （二）原告的合理举证责任范围

按照因果关系推定理论，原告负有一

定的的举证责任，所谓“一定的举证责任”究竟是什么范围，笔者认为应该根据环境损害对象（人身损害和财产损害）的不同而分类设计。

首先是环境造成人身利益损害的，应该采用疫学因果关系理论进行因果关系推定。只要原告能够证明其病因是某种特定污染因子，且系该区域污染源排放这种特定污染因子，即可初步推断污染源的排放与该区域患病有因果关系。被告反证着重于对因果关系链中某一环节否定才可免责。疫学因果关系理论多用于英美法系中环境对人身产生损害的案例中，对我国的理论具有引导意义。这样的规定原因在于，工业科技发展的速度较快，环境侵权对人身健康造成损害，往往是以多数群体为对象，以疫病的形式表现出来，这种潜在的因素是难以查明但是影响巨大的。原告承担举证疾病与污染之间的联系，再根据统计和观察，以盖然性判断某种特定污染因子与疾病间存在因果关系，相较其他因果关系理论，采用疫学因果关系理论解释或说明环境侵权造成人身健康利益损害，无疑更符合病理学原理，贴近事物发生本质，具有合理性和科学性。

对于原告在环境侵权造成人身健康利益损害的诉讼中，证明义务达到什么程度，才能达到法官确信的盖然性判断标准？由于疫学因果关系理论的科学性和客观性，其分析结果相较于当事人的举证更具有可采性，因此原告仅需要举证出其人身损害与该污染之间的关联性。此外，人身健康利益处于法律最高保护位阶，为了更好的保证人身健康利益，在诉讼中，举证责任应该降低，笔者认为达到初步的关联性举证即可。

二是环境侵权造成财产利益损害的，

可采用优势证据理论进行因果关系推定。原告诉求经济赔偿会提交财产权益损失的具体证据（包括数量和金额）、污染排放、两者因果关系证据链（污染排放会导致财产权益损失），法官根据证明的情势推定因果关系存在，然后由被告就其行为与损害之间不存在因果关系承担证明责任。

财产损害原告负有的举证范围应大于人身损害的举证范围，由于优势证据理论推定需要相对充足的证据提供，进而进行因果关系推定，此时原告需要承担较为完善的具体证据和因果关系证据链。另外，从法益保护等级来看，财产利益位阶第一人身健康利益，其保护力度体现在证明标准上显然高于人身健康利益，采用优势证据是一项合理的方式。虽然传统的一元化理论主张原告对于人身和财产损害采取同一种标准，但是笔者认为传统的一元化标准并不利于对人身利益和财产利益的区分，法律的规定还是要一定程度体现对不同法律位阶利益保护的差别，如若完全相同，会导致一定的不公平现象存在，区别情况区别对待才能实现相对的公平。

（作者单位：东南大学法学院）

# “套路贷”案件的套路与防治

周运 李艳伟

“套路贷”并不是刑法规定的罪名，而是具有系列犯罪特征和严重社会危害的类型犯罪，主要是指在借贷过程中，使用欺诈甚至违法、犯罪的手段，获取不正当利益。其本质是通过制造民间借贷假象，非法获取借款人的大量钱财。

## 一、“套路贷”案件的基本表现

“套路贷”案件在借款人走入借款的第一步，即层层相扣、环环相接，直至无法脱身。

### （一）“套路贷”的“套路”形式

1. 签订虚假的合同，伪造银行流水。放贷人多以“小额贷款公司”的名义，通过网络和街头发布小广告，吸引人员前来借款。借款人“上钩”后，通过言语利诱、胁迫等方式，以“手续费”“保证金”等名义，让借款人签订表面借款金额远远高于实际借款金额的合同。伪造银行流水是将合同的数额通过银行转账的方式打进被害人账户，在银行的监控下让被害人取出现金并走出银行，营造一种借款人已经拿到合同签订钱款的假象。在没有监控的场所，放贷人借故扣除部分款项，使借款人到手金额明显少于合同款项，还要求借款人同时签订房产抵押合同、租赁合同、房产买卖委托书等。

2. 故意制造借款人违约或单方面认定借款人违约。放贷人会通过各种手段阻止借款人提前或按时还款，让借款人违约。在借款时，放贷人员与借款人口头约定“违

约条款”，如不允许向他人借款、在车上安装GPS等。嗣后又指使同伙人员诱骗借款人找他人借款，并抓现行，或以车上无法安装GPS，单方面认定借款人违约，以此要挟借款人还钱，要求对方按照合同约定赔偿“违约金”“手续费”等，而这些费用往往比借款金额高出数倍甚至十倍。

3. 欺骗或逼迫借款人再签订借款合同，陷入以债养债的恶性循环。借款人无力还款时，放贷人员极力“劝说”借款人不要让家人知晓，以免家人知道巨额外债后担惊受怕，最好通过“平账”的方式还清借款。所谓“平账”，即由另一家贷款公司偿还第一家公司的钱，借款人再签下更高额的欠款合同。放贷人或者中介人员介绍其至其他贷款公司或者个人，以同样的手法再签订一个更为虚高的借款合同用来“以贷平账”，进一步抬高借款金额。“平账”的过程其实是垒高债务，将虚增款项坐实，导致借款人的债务越来越多。

4. 软硬兼施讨要债务，借助诉讼侵占借款人财产。放贷人为了索债不遗余力，有的采用“电话轰炸”、语言威胁、油漆刷枪、堵钥匙孔、拿着高音喇叭在被害人小区喊话、给被害人家属送花圈等“软暴力”；有的用非法拘禁、言语咒骂、殴打等暴力手段，给借款人及其家属施加压力，迫使被害人以房产、车辆抵债。有的团伙甚至组建“法务组”负责制造法律陷阱，利用签订的合同及银行流水等证据，向法院提

起诉讼，通过虚假诉讼的方式侵占财产。

## （二）“套路贷”案件的主要特征

1. 作案手法形同“传销”。“套路贷”具备民间借贷的合法外观，双方签订的合同中，高额违约金和保证金是出借方实施诈骗手段的主要“套路”。实施“套路贷”的人员不是一个犯罪主体的策划和事实，而是几个主体的共同参与。在参与整个“套路”的过程中，有恶意垒高借款金额，有职业中介人联络双方，从中赚取高额“好处费”。不同的借款主体通过中介人员联系起来，通过“中介费”“好处费”“平台建设费”等名义从中收取各种非法利益。在转贷平账过程中，再将虚高的债务打包传给下家，手法形同传销，被害人债务越来越高。

2. 最终目标是房屋车辆等高价值财产。欺骗借款人一次次签下借条不是最终目的，骗子瞄准的是借款人的房产、汽车等高价值财产。在借款之前，贷款人会询问借款人的财产状况，视其房产情况再决定是否放贷，有多套房产的人员属于优质客户。放贷人员还会到借款人家中进行“家访”，目的是核实房产真假和具体位置，要求借款时以房屋或车辆抵押。一旦借款人无法还款，通过诉讼的方式要求实现抵押权偿还“债务”。

3. 法院审查难度大。套路放贷行为人在放贷之前就已经精心设计各类手续，通过伪造银行流水、让被害人跟现金合影等方式，制造完整的借款证据链闭环。职业放贷群体熟悉相关法律规定，将借款包装成“合法合理”的形式，满足法律对事实审查和举证责任的认定标准，导致被害人难以提供反驳证据，最终承担败诉的风险。职业放贷群体内部分工明确，在资金来源、洽谈、介绍业务、要账和起诉等环节各有分工，单打独斗的被害人难以对抗精心策

划的“套路”，往往陷入放贷人的套路中致使虚高债务越来越多。

## 二、“套路贷”的衍生层次

寻求小额贷款公司的借款的被害人，一般有以下几类群体：一是自身的银行征信存有不良记录，无法通过正常途径向银行借贷；二是收入等硬性条件不具备商贷资格，只能转向网络借贷或小额贷款等方式；三是鉴于小贷公司无抵押放款快的特点，心甘情愿走入骗贷的套路。一部分“套路贷”从针对一般人员衍变为以特定群体为作案目标。

（一）“校园贷”升温发酵。“校园贷”主要是指被害人仅向非法借贷平台或借贷人提供学生证、身份证，同时提供家属电话或常用联系人，即可借到几千元乃至上万元的现金，已成为一种校园内借贷手续简单、借贷门槛低、贷款金额较大的借款途径。“校园贷”和“套路贷”往往交织在一起，大学生群体经济能力有限，大部分无收入来源，还不上贷款后容易成为“套路贷”的受害者，也有可能作为作案人的助推器，利用在校学生的环境优势，麻痹学生，不断发展二级代理，吸引更多的学生群体上当受骗。在多起“校园贷”的案件中，由于学生涉世未深，心理承受能力较弱，在遇到侮辱、胁迫或者骚扰催款时，都最终以悲剧收场。

（二）“美容贷”悄然存在。校园贷因超高利率、裸贷以及暴力催债等一系列问题，已被银监部门、教育部门等机构先后监管，一些网贷平台相继退出校园贷市场。然而，一些平台换上其他名目继续登场，瞄准的还是缺乏社会经验、金融消费知识不足却有超前消费欲望的年轻人群。国内医美市场规模扩大，一些金融公司纷纷涌入平台，打折“零首付”“零利息”的多样化医美分期服务。医院或美容机构获得

客源，贷款平台收获客户，中介赚取佣金，消费者却被步步诱导，最终欠下巨额外债。部分贷款中介与美容机构勾结在一起，利用信誉良好的消费者，疯狂从贷款平台套取现金。

### 三、防治“套路贷”应采取的策略

目前，各省地区都在大力打击“套路贷”等新型诈骗，“套路贷”的预防包括内外结合、惩防并举，应从公民自身、司法机关和政府监管三个方面共同采取措施，才能有效地应对“套路贷”案件的频发，尽可能减少民众的财产损失。

#### （一）提高民众的预防能力和法律观念

一是树立正确的消费观念。天下没有免费的午餐，切勿贪图不劳而获，在明知没有偿还能力的情况下不要触碰名目繁多的贷款。克服从众心理，减少攀比心态，根据自己的实际情况做好财务规划，慎重衡量和评估自己的还款能力。加强对金融知识的学习，自觉抵制高利诱惑和各种骗局。

二是加强甄别能力。套路贷和高利贷、一般民间借贷有所区别。从行为目的上，合法的民间借贷是在法律规定的利率范围内盈利，高利贷是以获取高额利息为目的，套路贷的目的不在于“吃本金”“吃利息”，而是利用借款人着急用钱而又无法从正规金融机构贷款的心力，通过一步步设套，最终非法占有被害人的财产，本质是一种犯罪行为。从手段方法上，套路贷的作案人员采取拒接电话、“失踪”等方式，让被害人在约定期限内无法按照约定还款，从而被迫违约，高利贷是出借人希望借款人在付出高利息的同时，按照约定归还本金。从法律后果上，套路贷本质上属于违法犯罪行为，借款本金和利息都不受到法律保护，高利贷是超过高额利息部分不受法律保护。

三是加强证据意识。贷款应当到各类

银行等正规金融机构，不要轻信无金融从业资质的个人、中介发布的无抵押广告信息。如果遭遇符合“套路贷”的违法犯罪，应当提高警惕，在保证安全的前提下尽可能保留证据，并及时报警处理。对于遭遇的软暴力或暴力逼债，应当寻求公权力解决，以维护自己的合法权益。

#### （二）加大司法惩戒力度

一是出台相关意见。针对一些地方不时爆出“套路贷”案件，最高人员法院下发《关于依法妥善审理民间借贷案件的通知》，通知明确披着民间借贷外衣，通过“虚增债务”“伪造证据”“恶意制造违约”“收取高额费用”等方式非法侵占财物的“套路贷”诈骗等新型犯罪。上海、浙江、江苏相继出台了关于办理“套路贷”刑事案件的工作意见。

二是统一执法尺度。有必要梳理相关法律条文，及时出台司法解释和规范性文件，解决当前实践中的法律适用难题。“套路贷”虽然属于近几年出现的新型犯罪，但其作案手法并不出奇，现有法律都有相应的规定，司法机关应以类型化思路梳理相关法律条文，形成办案指南，便于实践部门操作办理。如“套路贷”涉及的罪名、罪数、定罪数额、共同犯罪认定标准、管辖等问题，都需要进一步明确和细化。出台相应的标准，目的在于不同阶段的办案机关在案件办理过程中，能达成共识，对于侦查的方向、证据的收集和定罪的思路能有清晰的判断，避免司法机关各自为政造成执法不统一。

#### （三）履行政府监管职责

一是强化事前监控。由事后惩治模式转向“事前审查、事中监管”的模式。当前对于“套路贷”案件的规制基本在案件发生后，司法机关被动性介入，而之前可

（下接第 63 页）

## “酒托”案件的诈骗性质分析

吴汉忠 王文韬

近年来，“酒托”案件并不鲜见，关于此行为是否构成犯罪以及构成何种犯罪颇有争议。被害人哭诉着自己如何被欺骗，这种行为必须受到法律制裁；围观者认为大部分被害人抱着违背道德的不纯的目的与“酒托女”见面消费，对于高额消费有认知，不存在受害的问题；理论界与实务界对于此类案件亦有不同观点。因此，“酒托”案件罪与非罪、此罪与彼罪的问题尤其是法理基础需进一步探究，以此提高对“酒托”案件刑法评价的科学性与准确性。

### 一、“酒托”案件的基本模式及类型

所谓“酒托”案件是指，咖啡厅、酒吧等高档消费场所负责人、“键盘手”、“传号手”、“酒托女”几方事先约定分工、分成，先由“键盘手”冒充年轻女性在网络上与男被害人聊天，获取对方个人信息，再由“传号手”将相关信息传递给“酒托女”，后由“酒托女”以恋爱、交友、“一夜情”等名义将被害人约至指定场所高额消费，消费结束后，“酒托女”寻机摆脱被害人，并不兑现恋爱、交友、“一夜情”等承诺。

此类案件主要分为两种情况，第一种为“单一的虚构事实、隐瞒真相”，即仅在约见被害人环节存在以恋爱、交友、一夜情等虚假借口欺骗被害人的情况，在后段消费环节没有以次充好、以假充真欺骗被害人，只是消费价格比较高。第二种为“双重的虚构事实、隐瞒真相”，即除却在第一环节的欺骗，在后段消费环节亦存在欺骗行为，主要表现为以假酒冒充高档酒的“以假充真”，或者以低档酒、劣质酒冒

充高档酒的“以次充好”。案件的分类对定罪与否有重大影响。

实务中，如若认定“酒托”案件构成犯罪，一般均以诈骗罪定罪量刑，但这是在后段的消费环节中不存在犯罪嫌疑人通过暴力、胁迫或者其它犯罪行为获得财物的情况下。另外，在后段消费环节以假冒冒充高档酒“以假充真”，或者以低档酒、劣质酒冒充高档酒“以次充好”可能涉嫌生产、销售伪劣产品罪和诈骗罪的想象竞合，从一重罪，一般情况下定诈骗罪。因此，讨论“酒托”案件的性质实质上主要是讨论是否构成诈骗罪。

### 二、“酒托”案件定性的观点及争议焦点

#### （一）观点争议

上述对“酒托”案件的分类是讨论案件性质的基础，在此基础上，有人认为此类案件只属于商业欺诈、不正当竞争，不构成犯罪；有人认为只有“双重的虚构事实、隐瞒真相”的情形才构成犯罪；有人认为两种情形都构成犯罪。

首先，认为“酒托”案件不构成犯罪的理由：（1）消费场所提供了一定酒水，给付了对价，履行了主要义务，存在真实交易，其行为只是为了获取不合理的高额利润，并不是纯粹为了非法占有被害人财产；（2）如果是“单一”的情形，被害人产生的认识错误是以为“酒托女”会与自己一夜情、恋爱等，没有基于认识错误而处分财产这一诈骗罪中的关键环节。（3）如果是“双重”的情形，实践中，被害人往往并不关

心酒水的真假及真实价值，有的甚至是明知这类消费场所的酒水参杂参假仍然消费，基于其它目的放弃自己的财物，因此，也不存在基于认识错误而处分财产的情况，实质是一种阻却违法性的承诺。

其次，认为只有“双重的虚构事实、隐瞒真相”的情形才构成犯罪的理由：（1）“单一”的情形只是单纯的引诱他人高额消费，不具有欺诈交易的性质，因此，不构成犯罪。（2）“双重”的情形中，因为消费的酒水存在假冒的情况，致使被害人陷入认识错误而交付财物，构成犯罪。

最后，认为“酒托”案件构成犯罪的理由：（1）“酒托”案件由“网络诱骗”和“托店消费”两部分构成，前后相承目的在于骗取被害人钱款，因此，必须将两部分结合起来作为一个整体看待。在“单一”的情形下，被害人的认识错误是对进店消费的实质目的——恋爱、一夜情、交友的认识错误，而不是对酒水本身；其虽然获得了真实酒水这一对价，但因其实质目的未实现，仍存在财产损失。（2）在“双重”的情形下，构成犯罪无需特殊说明。

### （二）实质焦点

诈骗罪的基本构造是：行为人实施诈骗行为——对方产生认识错误——对方基于认识错误处分财产——行为人或者第三人取得财产——被害人遭受财产损失。

对照诈骗罪的基本构造，“酒托”案件在“行为人实施诈骗行为”、“行为人或者第三人取得财产”环节上没有问题，争议焦点主要集中在另外的环节。关于认识错误：（1）被害人对恋爱、交友、一夜情等目的的认识错误，是否能算是对财产处分的认识错误。（2）在“双重”情形下，如果被害人对酒水的真假有所怀疑，是否存在认识错误；关于财产损失：在“单一”情形下，被害人在获得了真实对价产品时，是否存在财产损失；在“双重”情形下，

如果被害人对酒水真假不在乎或者明知酒水有异常的情况下，为了面子仍然自愿付款，该承诺行为是否能阻却违法。

上述几种观点的争议实质主要在这几点，由于理论选择的不同，导致其反映到具体案件中对案件认定的结果会产生差异。

### 三、争议焦点的理论解析

第一，关于认识错误。诈骗罪中认识错误的内容必须是处分财产的认识错误。有观点认为，诈骗罪中被害人的认识错误本质是与法益有关的认识错误，如果被害人基于此种认识错误处分了财产，就能认定成立诈骗罪，如果被害人的认识错误与法益无关，则不成立诈骗罪，对法益性质、种类、范围的认识错误属于与法益有关的认识错误，对动机、目的、价值判断、未来未知的事实的认识错误属于与法益无关的认识错误。具体到“酒托”案件中，被害人对恋爱、交友、一夜情等动机、目的的认识错误，不属于与法益有关的认识错误，不是诈骗罪中的认识错误。另一种观点认为，“酒托女”虚构的交友、恋爱、一夜情等理由是被害人同意高额消费的根本原因，如果没有这些原因，被害人根本不会处分财产，前后有因果关系，因此，可以将被害人关于见面、消费目的的认识错误作为导致被害人处分财产的认识错误看待。笔者赞同第一种观点，“酒托”案件中，被害人作为一个正常的成年人对自己高额消费的性质、范围、金额等有充分认知的情况下（主要是指“单一”情形），其在“酒托女”的诱骗下对消费动机的认识错误不属于诈骗罪中的认识错误，不能认定为诈骗罪。

在诈骗罪中，当被害人在主观上对行为人所虚构的事项完全信以为真时，认定其陷入认识错误没有问题，问题在于，被害人对所诈称的事项有所怀疑时，是否还能算作陷入认识错误。关于这一点，无论是大陆法系、英美法系，还是我国，传统观点一致认为被害人对行为人所诈称的事

项有所怀疑时，也不影响诈骗罪的成立。在“酒托”案件中，当被害人对酒水的情况存在怀疑（区别于不在乎真相和明知真相的情况），但基于侥幸心理，宁愿相信商人有诚实的品德，以及没有切实有效的办法鉴别真伪，其做出处分财产的行为，应当构成诈骗罪。

第二，关于财产损失。我国刑法没有明文要求财产损失，但诈骗罪是侵犯财产的犯罪，要求财产损失理所当然。大家比较认可的关于财产损失的判断方式是，先将行为人因欺骗行为所取得的财产与其提供的对价在纯客观价值上进行比较，如果取得的财产价值高于提供的对价，则受骗者存在财产损失；如果二者相等，则客观地比较受骗者就所处分的财产与所接受的对价的主观价值，如果受骗者所处分的财产的主观价值高于所接受的对价的主观价值，则受骗者存在财产损失。具体到“酒托”案件，关于是否存在财产损失的争议主要存在于“单一”的情形中，即在行为人提供了不存在以假充真、以次充好的酒水等的情况下，被害人是否遭受了财产损失。认为不存在财产损失的观点主要的依据是仅需将行为人因欺骗行为所取得的财产与其提供的对价在纯客观价值上进行比较；认为存在财产损失的观点其主要的依据是主流判断观点，即被害人至这些消费场所高额消费的目的——交友、恋爱、一夜情等未实现，且是根本不可能实现。笔者认为，在判断“单一”情形的“酒托”案件中是否存在财产损失，应细化到“酒托女”和被害人之间约定的详细见面理由是否实现，不同案件可能约定的见面理由不同，不过，从实际发生的案例中看，大部分见面理由是不可能实现的，因此，实务中一般都认定此类案件存在财产损失。

第三，关于承诺效力。承诺有阻却违法的效力，但前提是承诺必须出于被害人的真实自由意志，值得讨论的是基于认识错误的

承诺的效力。关于此，有两种不同的观点，本质错误说认为，如果被害人没有陷入错误（或者知道真相）就不会做出承诺时，该承诺无效；法益关系错误说认为，如果仅仅是关于承诺动机的认识错误，应认为该承诺具有效力，如果因为受骗而对所放弃的法益的种类、范围或者危险性发生了认识错误，其所做的承诺无效。在“酒托”案件中，认为承诺无效构成犯罪的观点依据的是本质错误说，即被害人如果没有陷入“高消费付款后就能恋爱、交友、一夜情”的认识错误，就不会同意高消费付款，其承诺无效；认为承诺有效不构成犯罪的观点依据的是法益关系错误说，该观点解释，“酒托”案件被害人对酒水真假不在乎或者明知酒水有异常的情况下，为了面子仍然自愿付款，其对于自己受损害的法益即高消费付款的种类、范围、风险等并无认识错误，其陷入的是对消费动机的认识错误，因而其所做的承诺有效，阻却“酒托”的违法性。笔者比较赞同法益关系错误说。

#### 四、结语

综合上述观点，笔者认为，在“单一”的情形下，虽然有财产损失（按照主客观共同判断的观点），但是其不具备诈骗罪要求的认识错误（诈骗罪中的认识错误需是与法益有关的认识错误），因而不构成诈骗；在“双重”的情形下，即使被害人对酒水的真假有所怀疑，仍然构成诈骗罪（按照传统观点），但是，如果被害人对酒水真假不在乎或者明知酒水有异常的情况下，为了面子仍然自愿付款，该承诺阻却违法，不构成诈骗罪（按照法益关系错误说）。实务中的案件情况远比本文讨论的复杂，即便本文按照某种理论得出罪与非罪的结论，碰到具体案件还是要具体分析，不能一概而论。

（作者单位：武进区人民检察院）

## 学生夜半昏迷致瘫原因成谜 法援律师巧诉讼获公平赔偿

案件名称：潘某与某学校健康权纠纷案

援助机构：常州市武进区法律援助中心

受理日期：2017.11.10 办结日期：2018.7.24

承办单位：江苏日月泰律师事务所

承办人：盛陆奇律师

### 【案情简介】

潘某在校就读期间突发昏迷住院，后经医院确诊为脑部大面积梗塞、出血以及肺部水肿感染，住院治疗后潘某因脑部功能受损导致意识不清、四肢活动受限生活无法自理。因赔偿问题无法协商需通过诉讼解决，潘某向武进区法律援助中心申请法律援助，中心指派江苏日月泰律师事务所盛陆奇律师作为本案援助律师。通过法院诉讼，最终常州市武进区人民法院判决某学校赔偿潘某各项损失共计677565.8元。

### 【案件详情】

潘某，女，1997年7月12日生，武进区嘉泽镇人，系某学校在校学生。2016年3月16日晚10时许，潘某在老师办公室内突然昏迷，后经医院确诊为脑部大面积梗塞、出血以及肺部水肿感染，导致潘某脑部功能严重受损以及神志不清、四肢活动受限等后遗症，生活完全不能自理。后潘某父母多次与校方协商后续赔偿事宜，双方未能达成一致。潘某父亲向武进区法律援助中心申请法律援助，武进区法律援助中心指派江苏日月泰律师事务所盛陆奇律师承办。

承办人接受委托后，先后四次走访当地派出所以及校方。根据当地派出所询问

材料，证实潘某为某学校住校学生。2016年3月16日晚9-10时许潘某被班主任徐某叫至值班办公室。当晚10时30分左右，校方听徐某呼救称潘某突然昏倒抽搐口吐白沫。校方于当晚11时30分许将潘某送至医院。承办人认为潘某作为在校寄宿就读的学生，寄宿期间服从校方的规章制度，校方具有管理义务。潘某此次损害与履行职务的徐某有关，应认定潘某的相关损失与校方具有因果关系，校方应当承担相应的赔偿责任。经德安医院司法鉴定所鉴定，潘某被评定为一级伤残，并需要长期护理依赖。

2018年1月2日，本案正式向武进区人民法院起诉，诉讼请求为要求某学校赔偿潘某相关损失1542639.68元并承担诉讼费。本案先后经历了简易程序转普通程序，共公开开庭进行了审理两次，补充质证两次，组织双方调解三次。

庭审中，法庭归纳了本案的两大焦点：1、校方与潘某是否应当承担责任；2、潘某的损失金额。围绕第一个争议焦点，原告方面提交了承办人调取的当地派出所对潘某的同学以及班主任徐某的询问笔录，承办人认为徐某系被告某学校的教职工，事发当晚徐某将潘某从宿舍床上叫起至值

班室的行为是履行职务，根据《中华人民共和国侵权责任法》以及《学生事故处理办法》的规定，应当由工作单位即被告某学校承担责任。另据笔录以及就医记录，校方工作人员在不具备抢救条件及资质的情况下未将潘某及时送医救治，延误了最佳的抢救时机，校方对潘某的各项损失应当承担赔偿责任。被告某学校对案发过程以及证据询问笔录没有异议，但认为潘某是因为突发疾病导致此次损害且校方对于抢救无过错，校方不应当承担赔偿责任。庭审中法庭也查明潘某没有既往脑部病史。关于责任划分，承办人认为校方作为潘某在校寄宿期间的管理方，如出现不符合管理者的义务或行为准则而导致的损害，校方应当承担赔偿责任。另校方在事发后没有第一时间将潘某送至最近的医院抢救治疗，潘某的脑部功能因延误抢救时机而导致不可逆严重受损，校方应当承担主要责任。据此，承办人认为潘某的此次损害与被告某学校有关联，且被告存在两处过错，根据法律规定需要承担赔偿责任，应当按主要责任赔偿损失。

关于第二个争议焦点潘某的各项损失数额，原告潘某方面提交了医疗费发票、出院小结、病历本以及自购药和辅助器械的票据及购买证明。庭审中原告方提供自购药和辅助器械的票据不全，有些网购药品没有正式票据，因此被告方对于医药费以及辅助器具费有异议。承办人通过对病历本的记载以及相关医药常识的阐述对自购药和辅助器械的关联性和必要性进行论证，法庭也考虑到因潘某病情危重，认为购买抢救用的自购药物以及后期康复的辅助器械系潘某治疗所需，最终在承办人的协调下原被告双方对医药费和辅助器具费都予以了确认。

庭审后，法院曾组织原被告双方多次

调解，但双方无法达成一致。法院认为，潘某此次损害虽系寄宿期间导致，双方对损害诱因分歧较大，因事发时只有潘某和班主任徐某在场，而潘某因脑部功能严重丧失无辨认能力也无法陈述。因脑出血具有多种诱因，医学上无法认定本次损害诱因，校方也无证据证明损害是由原告潘某自发性疾病造成。因此判决被告某学校承担50%的赔偿责任，最终判决校方赔偿677565.8元，扣除垫付费208961.93元，余款468603.87元。案件判决后，潘某的家属表示满意并服从判决。

### 【案件点评】

学生潘某在校昏迷究竟是何种原因所致，是本案有待查明的关键。由于案发现场只有老师徐某与潘某两人在场，潘某因脑部一级伤残已无法自我表达，仅凭老师徐某的陈述已无法还原事实经过。校方坚称此次伤害事故系潘某自身疾病原因导致，与校方无关。因潘某家人对案发现场的情况一无所知，也没有录音录像等能够证明案发经过的证据，本案事实方面举证难度较大。为证明案发经过以及校方工作人员的行为与损害结果的关联性，承办律师做了几点工作：

一、律师通过审阅公安机关询问笔录，归纳出两点事实并向法庭陈述：1、潘某与老师徐某在案发前曾因班级管理事宜有过数次争执，徐某于案发当晚叫潘某去办公室并非正常教学缘故，且案发时应当是学生晚间休息时间；2、潘某突发昏迷后，校方在不具备抢救条件的情况下未及时将潘某送医院救治，延误了最佳的抢救时机；

二、律师查阅并向法庭出示了潘某的病例档案，证实潘某没有脑部疾病或者高血压的病史档案记录。潘某家人也向法庭陈述潘某没有家族遗传病史，之前也无相关病史，从侧面证明了案发前潘某没有诱

发脑部疾病病理基础；

三、因潘某入院诊断中有头部“硬膜外血肿”，律师查阅医学知识得知硬膜外血肿多数因外伤所致，申请法院调查取证征询相关医学专家意见，用以向法庭证明潘某在本案中突发脑部出血昏迷的诱因不能排除外力因素，并非校方认为的损害完全由自身疾病诱发而与校方无关。

综合上述事实，律师向法庭陈述观点：根据现有证据虽不能直接证明潘某所受伤害系老师徐某所致，但其损害的发生与徐某的行为具有一定关联，且无论是校方还是鉴定机构都没有确切证据证实损害结果是由原告自身疾病诱发导致，也不能排除外伤因素导致损害发生的可能。因此本案不能因为潘某因失去认知能力无法陈述举证而判决原告承担不利后果，应综合考虑

能够查明的案件事实认定双方责任。律师认为校方及其工作人员无论在案发诱因以及案发时的处置方面都存在过错，建议由校方承担主要以上责任。经过庭审，法院认为虽然原被告双方都没有确切的证据证明对方直接导致了损害结果的发生，鉴定机构也无法对潘某此次伤害的诱因作出明确的原因鉴定，但考虑到潘某损害结果严重，且校方及其工作人员的行为确有不当之处，最终法院依据《民法总则》第六条、《侵权责任法》第二十四条作出判决，由校方按50%比例承担原告潘某的各项损失。

---

（上接第57页）

能已经对被害人和社会秩序已经造成了恶劣影响，相关的赃款处于追缴不明的境地。单纯依靠刑事打击“套路贷”，效果未必最佳。还应注意运用民法、经济法、金融法，加强对金融主体和金融行为的审查和规范，构建完整的法律体系和监管机制，将风险扼杀在摇篮中。

二是扩大普法宣传。采取有效方式普及宣传力度，向社会公众宣传国家金融法律法规和信贷规则，公布典型案例，提高民众对于“套路贷”案件的识别，增强自我保护意识，自觉抵制可能发生的“套路贷”。针对学生群体，教育部门可给入学新生发放《校园贷风险告知书》等防范材料，利用校园网、微信微博、讲座、专题班会等渠道向学生介绍不良网络贷款的典型案例，增强安全防范意识。

三是破解融资难题。金融机关应该改进金融服务，针对有小额借贷和资金周转需求的群体，开发相关信贷产品，以解短期资金周转的燃眉之急。畅通实体经济融资渠道，加强供给侧结构性改革，消除信贷资金供需紧张的矛盾，从根本上铲除“套路贷”滋生的土壤，才能最大程度压缩“套路贷”等违法犯罪的生存空间。

（作者单位：武进区人民法院）

## 262 名建筑工人遭遇欠薪 法律援助助力依法维权

案件名称：建筑工人拖欠劳动报酬纠纷

援助机构：常州市新北区法律援助中心

受理日期：2018.1.25 办结日期：2018.10.8

承办单位：江苏益同盛律师事务所

承办人：蔡丽燕律师

### 【案情简介】

2017年年底，常州市新北区孟河镇某工业园区2期建设工程项目262名建筑工人遭遇欠薪，向当地派出所和政府集体上访反映情况，区委政法委（司法局）、区维稳办、城建局等单位及时组成工作组介入协调。新北区法律援助中心主动与协调工作组对接，并会同江苏益同盛律师事务所蔡丽燕律师提前介入，和分包人及工人代表接触沟通，积极劝说欠薪工人依法维权。在绝大部分建筑工人同意申请法律援助依法维权后，2018年4月初，区法律援助中心向江苏省法律援助基金会报告情况并争取资助后，正式将该案件指派给江苏益同盛律师事务所蔡丽燕律师。蔡律师以7名各施工班组的班组长为原告，将项目总承包人及各级分包人等6人作为共同被告，依法维权提起民事诉讼。新北区人民法院于2018年10月判决5名各级分包人承担连带清偿责任，支付拖欠的民工工资222.58万元。

### 【案件详情】

新北区孟河镇某工业园区2期建设工程项目由常州某房地产开发公司开发，工程总承包人常州某建设集团有限公司又将该工程项目进行了分包，分包人包括某建筑劳务有限公司、王某、某工程项目管理咨询有限公司、某搭建有限公司以及实际承包人张某等5人。

2017年年底，工程实际承包人张某资金出现问题，承包项目在接近完工的情况下被迫停工，木工、瓦工等7个班组的262名工人被要求提前结算退场，但张某未能按照合同约定支付工人工资。两百多名施工人员围堵工程现场集体讨薪并到当地派出所报案求助，声称在农历年前不能拿到拖欠的工资，将到各级政府集体上访。事件爆发后，新北区及时组成工作组介入协调处理，在农历年前兑现了部分工资，但是还有222.58万元民工工资未能得到偿付。

得知上述情况后，新北区法律援助中心主动与协调工作组联系，并联系蔡丽燕律师先期介入与项目工程各方进行洽谈与协商，希望尽早拿回农民工工资，但分包方各执己见，未能达成偿付协议。经综合考量，区协调工作组、区法律援助中心决定争取工人们的支持，通过法律途径依法维权。在取得绝大部分现场施工人员同意后，区援助中心正式指派，蔡丽燕律师将总计262名农民工进行分组，按现场施工时各自所属工种，即木工、瓦工、钢筋工、粉刷工、架子工等施工班组为单位，各班组工人分别授权给七名施工班组长，然后以这七名班组长为原告，代表各自施工班组成员的共同利益，以实际承包人张某、分包人某建筑劳务有限公司、王某、某工程项目管理咨询有限公司、某搭建有限公司、

工程总承包人常州某建设集团有限公司等6人为被告，向新北区人民法院提起诉讼。

建设工程施工纠纷案件本就复杂，再加上各受援人文化程度普遍较低，对其所参与建设的工程项目应有的资料没有法律概念，本案证据收集难度很大。援助律师通过搜集维稳办、城建局等单位掌握的资料，以及与该项目总承包人和分包人的多次斡旋、洽谈和沟通，取得工程项目层层分包的部分合同；得到受援人所处工程分项目提前退场所对应的退场清单、工程量结算清单等工程款核算证据；与七名班组长反复讨论核实，耐心讲解并引导他们进行清查对账、反复确认具体欠薪数额。在牺牲了整个清明假期和连续加班两周后，蔡律师于4月中旬正式向新北区人民法院提交了七组诉状，以及诉状所对应的一大箱证据材料。

由于本案七名原告代表着262名农民工的劳动报酬，案件容不得拖延；而本案涉案被告多，涉及的工程项目承包分包关系复杂混乱，新北区人民法院特组织案件相关方进行庭前证据交换，使原被告双方代理人在庭前做好了充分的庭审质证准备。即便如此，法庭审理依然由简易程序转换成合议庭审理。本案如果仅起诉实际承包人张某偿付欠薪，原告很可能得不到实际偿付，因此援助律师把工程的总承包人和各分包人均列为被告，要求他们与张某承担连带清偿责任。此举逼着各被告方为了证明自己无责，向法庭提交了一系列证据，被蔡律师有效地用来补证，从而反证其他被告需承担的责任。

#### 【案件点评】

本案最关键的问题就是证据：

1、被告王某提交的劳务费用付款清单，用以证明自己没截留工程款。蔡律师认为正是这些工程款在支付流程上记载的内容所反映的事实，反证了总包公司、各分包公司对各方分包工程项目事实的明知，从而印证了各方对张某劳务合同的非法分包须共同承担责任。

2、被告某搭建公司提交的项目分包合

同，用以证明其与张某承包工程项目无关，与原告无关。蔡律师认为根据该搭建合同显示项目经理是王某，而之前总包公司提交的其与某劳务公司劳务分包合同的项目经理也是王某，而同一人在同一工程的两个项目中同时担任项目经理是被禁止的，这实质上反映了总包公司在该工程项目承包建设上进行了违法操作，违法分包。

3、总包公司提交其与某劳务公司的劳务分包合同和张某班组剩余工程量清单，用以证明现场对剩余工程量的测绘和工程款确认。蔡律师认为凭此仅证明工程量，不能证明原告对工程款结算数额的确认，因为工程款数额的确认应当以结算单为准；但也说明了总包公司对工程结算的过程是参与的，从而反证了原告主张的款项是经多方确认过的。

4、总包公司提交原告的承诺书，用以证明原告已经承诺放弃对其进行工程款追索。蔡律师认为原告当时情势所迫：2017年年底张某与王某解除合同，要求建筑工人提前撤场清算，承诺书是在张某当时答应原告方全款支付民工工资的情况下签署的，并且不签字就拿不到任何款项，所以原告等施工人员是在为了拿到部分款项的情况下，不得不签字的，完全是被迫签署的。依照我国合同法规定，受到胁迫情况下签署的协议是无效的。且总包公司和其他分包方明知情势发生重大变更，张某资金出了问题，本应当早有预估和防备，却依然向张某支付款项，而没有把工资交付到实际施工人手中。为此，原告有权向各方主张剩余欠薪。同时此举也证实该工程层层违法分包，5名被告应为拖欠的款项承担连带清偿责任。

新北区人民法院基本采纳了蔡律师的意见，支持了原告全部诉讼金额，就各方需要承担的清偿责任部分，因考虑到总包公司已经超额支付了全部工程款，工程发包也是有相应资质的分包方，从而免除了总包公司清偿责任连带，而其他5名项目分包方，需要为此承担连带清偿责任。

## 家有 8 子难赡养 法援一招圆亲情

案件名称：老年人赡养纠纷

援助机构：金坛区法律援助中心

受理日期：2018.5.4 办结日期：2018.8.20

承办单位：江苏剑群律师事务所

承办人：毛霞律师

### 【案情简介】

申请人蒋某某与王某某于 1965 年 6 月 18 日再婚，再婚前，蒋某某与前夫育有三个子女，王某某已有四个子女，两人婚后生育一女，共计有 8 个子女。在 1989 年 7 月 24 日，当时的金坛县人民法院对王某某、蒋某某赡养案曾经作出了民事调解书，调解书中载明了各子女（除蒋某某再婚前的 2 个儿子外）每月支付王某某、蒋某某赡养费 12 元，医药费由各子女平均承担。1998 年王某某去世后，该 6 名子女没有再向蒋某某给付过赡养费、医疗费，其他子女也未赡养。现蒋某某要求子女赡养而引发纠纷，向金坛区法律援助中心申请法律援助。因蒋某某年逾八十，又为肢体二级残疾，符合法律援助条件。金坛区法律援助中心指派江苏剑群律师事务所，安排毛霞律师作为蒋某某的代理人代理该赡养纠纷案件。经过承办律师多次与当事人子女沟通协调，最终通过调解的形式帮助当事人圆了赡养的难题。

### 【案件详情】

蒋某某与王某某于 1965 年 6 月 18 日再婚，再婚前，蒋某某与前夫育有三个子女，王某某已有四个子女，两人婚后生育一女。共计有 8 个子女。蒋某某与王某某再婚时，王某某的四个子女当时均未成年。在 1989 年 7 月 24 日，当时的金坛县人民法院对王某某、蒋某某赡养案曾经作出了民事调解

书，调解书中载明了各子女（除蒋某某再婚前的 2 个儿子外）每月支付王某某、蒋某某赡养费 12 元，医药费由各子女平均承担。1998 年王某某去世后，该 6 名子女没有继续对蒋某某给付赡养费、医疗费。况且因物价上涨，生活水平提高，原调解书约定的赡养费已远远不能满足受援人的实际需要，现蒋某某要对子女赡养纠纷申请法律援助。该案件系因赡养老年人引起纠纷的案件，申请人蒋某某年逾八十，又为肢体二级残疾，根据《江苏省法律援助条例》第十条、第十三条、第十八条的相关规定，蒋某某依法提供了相关的证明材料。经金坛区法律援助中心审查，符合法律援助条件，决定为其提供法律援助，并指派江苏剑群律师事务所毛霞律师办理该案。

承办律师接受指派后，及时接待当事人，了解相关情况。据当事人蒋某某陈述，其是残疾人，行动不便，身体状况也不好。在其丈夫王某某去世后，她一直是跟着小女儿（与王某某再婚后所生的女儿）生活的。平时也一直是由小女儿照料生活日常起居。她与王某某共有的市区的老房子被政府拆迁了，安置了一套 35 平米左右的安置房，现在出租在外，由蒋某某本人收取租金每月 600 元。除了这笔房屋租金外其本人也无其他生活来源。虽然当地法院在 80 年代就曾经对其赡养问题出具过调解书，但是

子女们在王某某过世后并没有完全履行对蒋某某的赡养义务，有的更是多年来从未探望，形同陌路。因为拆迁安置房属于王某某与蒋某某的夫妻共同财产，为避免将来的纷争，蒋某某希望将房子留给小女儿，她也继续跟着小女儿生活。由小女儿负责生老病死，希望其他子女能够放弃该安置房的继承份额。

承办律师在本案开庭审理前，根据原调解书的调解内容，主动与王某某再婚前的四个子女取得联系。向他们询问对蒋某某赡养事宜，了解为何不愿赡养？通过沟通发现，王某某的大儿子刚因癌症经过手术治疗，且已丧偶。当年蒋某某再嫁王某某的时候，其作为家中长子，不久便参加工作，并扶持弟妹，帮衬家里了。他认为自己也已经需要女儿赡养了，无力再赡养蒋某某。其他的子女则认为蒋某某再嫁其父亲的时候是个残疾人，无法劳动，根本没有抚养过他们。他们按照当年的“调解书”赡养到父亲过世已经是尽了赡养义务。而蒋某某与王某某再婚后的女儿则认为，母亲自父亲过世后一直由其照顾，其他人都不管不问，将来父母亲名下的安置房倒要作为共同财产和兄弟姐妹们平分，自己太吃亏了。到时候再闹起来的话，自己也没地方去说理。虽然母亲有意把房子留给自己，但是过户手续也办不了。既然其他人都不管母亲，就应该放弃房子的继承权。结果双方僵持不下，都不让步，觉得各有各的委屈。通过沟通，承办律师发现王某某的大儿子在家族里的威信较高，后通过联系王某某的大孙女，几次沟通，希望做通王某某大儿子的思想工作。本案开庭前经过多次协调，虽未能达成调解，但是基本意向已经明确。在开庭审理时，承办律师当庭继续进行调解，动之以情，晓之以理。在王某某大儿子带头表态之下，6子女终于达成了一致意见。在庭审中又发现蒋某某再婚前还有2个儿子，当初再嫁时尚且年幼，未曾与蒋某某一同生活。遂设法及

时联系到该2人，依法追加被告，并让其立即到庭参加法庭审理。最后8个子女当庭在调解协议上签字，同意由小女儿负责蒋某某的生老病死一切事宜，父母共有的安置房待老人百年后归小女儿所有。其余7名子女在蒋某某终老后30日内协助小女儿办理争议房屋过户手续。案件最终以调解结案，让老人可以享晚年。

#### 【案件点评】

本案中，承办律师通过及时沟通，发现了受援人以及各子女之间真正的矛盾焦点。对于再婚前的子女、有抚养关系的继子女、婚生子女之间的父母子女关系，通过对当事人进行法律上的释明，使各子女明确了自己的法定义务。对于这样的重组家庭，矛盾重重，强行判决未必能够真正化解纠纷，还可能伤及兄弟姊妹间的感情。毛律师认为，对于老年人的赡养，体现的应该不只是经济上的扶助，还包括精神上的关怀。

《婚姻法》第二十一条规定，子女对父母有赡养、扶助的义务。子女不履行赡养义务时，无劳动能力的或生活困难的父母，有要求子女付给赡养费的权利。第二十七条规定，继父母与继子女间，不得虐待或歧视。继父或继母和受其抚养教育的继子女间的权利和义务，适用本法对父母子女关系的有关规定。从以上法律规定可知，形成事实抚养关系的继父母子女之间的权利义务关系，适用婚生父母子女之间权利义务关系的法律规定。如果继父母与继子女之间形成了抚养关系，继子女也相应地对继父母有赡养义务。受援人再婚前的子女则当然适用父母子女的法律规定，其相互之间的赡养、继承适用法律规定。

# 搬迁启事

市法学会秘书处已迁至市行政中心  
1号楼A座1718室（龙城大道1280号），  
希各周知。

电 话：85680672

邮 编：213022

邮 箱：czfxh@sina.com

# 金坛区法院法治宣传活动集锦



12.4宪法日宣誓活动



院长宋文良接受《法在身边》节目采访



法治大讲堂走进农村



法治教育课



社区宣传



普法进机关，开展警示教育

