

# 常州市检察院法治宣传活动集锦



举行员额检察官颁证暨宪法宣誓仪式



举办“共和国建设者走进检察机关”检察开放日活动



组织“扫黑除恶”专项斗争专题宣传



走访公益损害观察员，搜集公益诉讼案件线索



向农民送上“法律大礼包”



开展校园安全与自我保护教育

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

试论我国法官会议制度的应然图景

..... 吴向方（4）

从无序到有序：论财产保全审查机制的构建

..... 王文俊 郑 仪（11）

专业法官会议工作机制的健全与完善

..... 刘敬兵（16）

司法改革下的独任制问题研究

..... 金星（19）

## 调查研究

关于地方性法规立法起草工作的几点思考

..... 常州市人大常委会课题组（22）

关于打造网格化社会治理新模式的调研报告

..... 常州市委政法委调研组（26）

跨部门综合执法改革研究

——以常州市综合执法改革为例

..... 范红佳（29）

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2期  
(总第159期)  
2019年6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

---

**法学研讨**

论公证卷宗质量的现状、问题与优化  
..... 李强国 徐 臻 ( 32 )

论刑事法律援助值班律师工作定位与职责  
..... 纪海清 ( 37 )

刍论未成年人犯罪的司法处遇  
——以法院为中心视角  
..... 黄文娣 何健宏 ( 39 )

僵尸企业的清退之路  
——破产法实施的探索与构想  
..... 戴旭初 许 姣 ( 43 )

试论公司主要财产的认定标准  
..... 成 华 ( 47 )

---

**法律援助优秀案例**

下班洗澡离奇身亡  
孤儿寡母受援获赔  
..... ( 50 )

耄耋老人干活16 载无名分  
法援助力维权当“工人”  
..... ( 52 )

火灾无情法有情 法律援助暖人心  
..... ( 54 )

# 做一名会思考的理性法律人

马荣

激情是人类创造文明永不停息的精神动力，理性则是人类创造文明应始终坚持的审慎态度。当今社会，人们常说社会很浮躁，有很多的泡沫儿。其实社会缺失的恰恰就是这种没有激情的理性。很多人喜欢看热闹，关注的是那些肤浅的谈资，很少去思考热闹背后的问题，很少能做到保持理性。

古希腊哲学家亚里士多德有句著名的法谚——“法律是没有激情的理性。”可见，法律是人类因向往美好社会愿景而执着追求的激情，与构建和谐安宁家园的理性共同孕育的文明成果。理性的法律需要理性的个人、理性的法律人、理性的司法和理性的社会，可以说，只有远离舆论激情的感性，才能不带有主观色彩地看待法律的公平正义。

法律人的理性不仅是一种自然理性，更应是一种通过后天努力养成的人为理性。从某种程度上讲，法律就是一门艺术，一个人只有经过长期的学习和实践，才能获得对它的认知。也正因为如此，我国为法律人从业设定了非常高的准入门槛，法律职业资格证书享有“中国最难考试”“天下第一考”的殊荣，而从事法官、检察官或律师职业还有一定的学历、法律工作经历及道德品质方面的严格要求。

当今，法律人是最受人民群众尊重和依赖的职业群体之一，法律人无论是裁判案件，还是代表国家行使公诉权，抑或是代理当事人参与诉讼，不仅需要具备崇高的法律人格，还需要具有丰富的理性智慧。对每一名法律人个体而言，这种理性来源于不断的思考。作为法律人，是注定需要静下心来潜心思考，努力成为品德高尚、知识渊博的那一类人。

习总书记去年在中国政法大学考察时强调，要打破高校和社会之间的体制壁垒，加强法学教育、法学研究和法治实际工作者之间的交流。最高人民法院院长周强指出，司法实践部门和理论研究部门应当以强烈的历史使命感和责任感，携起手来，在实践中深化理论研究，在理论研究中始终关注司法实践，有效推进法学研究、教育和实践的深度融合。把总书记和首席大法官关于法律人加强交流与融合的谆谆教诲落实到具体行动中，首先要做的就是学会思考。

人类是有思维的高级动物，会思考，是人与动物最根本的区别之一。不同类型的法律人之间的交流是法律人个体间智慧的碰撞和融合，深入有效的交流必然是建立在彼此深入的思考基础之上的。一名优秀、合格的法律人当然更应该学会思考、善于思考。

作为一名法官或者是检察官，我们更应该拥有良好的法律操守，要努力地通过不断思考提升自己的人生观和价值观，走出自身的狭隘和局限，从而实现对公平和正义的正确认识和理解，在具体办案过程中摆事实、讲道理、释明法律、化解矛盾，实现惩恶扬善、扶弱救困的司法目的，使公平正义以人们看得见，感受到的方式实现，让当事人明明白白打官司。

总之，我们每一位法律人都要背负起理论和实务的共同期望，做一名会思考的法律人，不断在工作实践中用批判的眼光思考过去，不断地把思考的成果转化成司法实践中现实的生产力，真正做到“千淘万漉虽辛苦，吹尽狂沙始到金”，为推动各项司法工作顺利开展贡献更多的智慧和力量。

（作者系常州市中级人民法院党组书记、院长）



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

试论我国法官会议制度的应然图景  
..... 吴向方（4）

从无序到有序：论财产保全审查机制的构建  
..... 王文俊 郑 仪（11）

专业法官会议工作机制的健全与完善  
..... 刘敬兵（16）

司法改革下的独任制问题研究  
..... 金星（19）

## 调查研究

关于地方性法规立法起草工作的几点思考  
..... 常州市人大常委会课题组（22）

关于打造网格化社会治理新模式的调研报告  
..... 常州市委政法委调研组（26）

跨部门综合执法改革研究  
——以常州市综合执法改革为例  
..... 范红佳（29）

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2期  
(总第159期)  
2019年6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

---

**法学研讨**

论公证卷宗质量的现状、问题与优化  
..... 李强国 徐 臻 ( 32 )

论刑事法律援助值班律师工作定位与职责  
..... 纪海清 ( 37 )

刍论未成年人犯罪的司法处遇  
——以法院为中心视角  
..... 黄文娣 何健宏 ( 39 )

僵尸企业的清退之路  
——破产法实施的探索与构想  
..... 戴旭初 许 姣 ( 43 )

试论公司主要财产的认定标准  
..... 成 华 ( 47 )

---

**法律援助优秀案例**

下班洗澡离奇身亡  
孤儿寡母受援获赔  
..... ( 50 )

耄耋老人干活16 载无名分  
法援助力维权当“工人”  
..... ( 52 )

火灾无情法有情 法律援助暖人心  
..... ( 54 )

# 试论我国法官会议制度的应然图景

吴向方

为推进司法责任制落地生根,《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》(法发[2015]13号文件)(以下简称《文件》)提及专业法官会议制度构建,最高人民法院《关于落实司法责任制完善审判监督的意见》(法发[2017]11号)(以下简称《意见》)试图构造“集体会商机制,为法官办案提供裁判参考、总结审判经验、统一法律裁判尺度、保障法律准确实施。”制度设计初衷是美好的,但运行效果却不尽人意。尽管如此,本制度在推进司法责任制改革进程中的价值仍无法替代,但应当全面认清问题表现、把握问题根源,找到制度运行欠佳的行政管理行权逻辑理念有误、规则构建不当之处,有针对性地推动进一步改革。

## 一、弱化与异化之样:制度运行面临的双重困境扫描

最高人民法院《文件》第8条规定:“人民法院可以分别建立由民事、刑事、行政等审判领域法官组成的专业法官会议,为合议庭正确理解和适用法律提供咨询意见。合议庭认为所审理的案件因重大、疑难、复杂而存在法律适用标准不统一的,可以将法律适用问题提交专业法官会议研究讨论。”最高人民法院《意见》第6条规定:“各级人民法院应当充分发挥专业法官会议总结审判经验、统一裁判标准的作用,建立类案及关联案件强制检索机制,确保类案裁判标准统一、法律适用统一。”然而,

相关诉讼法并未规定法官会议制度为一级审判组织,咨询意见又无强制约束力,会议制度操作要么“过左”,要么“过右”,直接导致其各项功能发生偏差,出现了弱化与异化两面。

### (一) 功能发挥弱化

当前,法官会议制度具有较强的地方化特色。其运行的直接依据仅是最高人民法院的先后改革性倡导文件,制度运行甚是随意。

1. 会议召开现状不容乐观。一是客观上会议召开次数普遍不理想。通过全国区际司法协助“QQ群”调研得知,全国30个中西部法院,每周定期召开1次会议的法院仅有20%,每月定期召开1次的仅占70%,每月召开2次会议的不到42%。反向调查显示,每月一次会议都未召开,30个法院当中比例高达27%。四川省G市6个两级法院,2016年7月至2017年7月间,每周定期召开1次会议的法院仅3家,每月一次会议未召开的有2家法院。二是主观上法官参会积极性不高。原本具有自治性质的专业法官会议制度,现实中却并没有引起法官群体自身的足够重视。据笔者对四川省G市两级法院200名法官为数据采集样本分析,其中对参会意愿“说不准”的有20人,明确表示“不愿意参会”的有78人,表示“愿意参会”的有102人。在参会积极性上,主动参会人数仅过半。这

仅是广安G市两级法院的调查结果，但也能从一定层面上反映出，法官会议在司法实践当中的召开与运行，没有得到法官的普遍认同与积极支持。

2. 咨询功能发挥与预设有差距。一是咨询效果不理想。通过全国区际司法协助“QQ群”问卷，对东中西部的30家法院200名法官进行调查，65%以上法官认为会议制度运行中效果不太理想，仅有25%的法官认为效果很好，解决了审判实践当中的疑难问题。此外，据笔者对四川省G市两级法院的200名调查反馈，也仅有22%的法官认为较好，18%的法官认为很好，认为会议效果较差的有15%，认为效果一般的有45%。总体上，认为效果较好的还不到被调查法官人数的一半。二是会议制度被“架空”。据笔者对四川省G市法院调研，G市2016年中基层法院审委会讨论案件数，其中，G市中院提交审委会讨论案件总数为286件，这些案件中合议庭一致意见的有205件，存在分歧的有81件，而审委会对这些案件同意案件承办所在合议庭的有202件，同意多数意见的有70件，同意合议庭的少数意见的仅有14件。2016年X县法院提交审委会讨论案件数为202件，合议庭持一致意见的案件有167件，存在分歧的有35件，而这些案件当中，审委会同意合议庭一致意见的有155件，同意多数意见的有25件，同意少数意见的有22件。被调查的T区、P区两家法院也是存在这种现象。据调研统计能得出：四川省G市法院2016年中基层法院合议庭提交到审委会研究的案件数，审委会同意合议庭一致意见的案件数占到总数的70%以上，大量案件提交到审委会讨论，而未向专业法官会议提交咨询，专业法官会议被“架空”。提交审委会讨论的这些案件中，抗

诉、重审、法定刑以下拟判的案件相当少，审委会同意一致意见与大多数意见的案件，更是占到提交审委会案件的90%以上。

3. 总结审判经验与统一裁判尺度不佳。法官会议在总结审判经验与统一裁判尺度上效果很差。本为了应对司法改革背景下院庭长放权带来案件裁判不统一的挑战，《意见》第6条规定人民法院应当充分发挥专业法官会议总结审判经验、统一裁判标准的作用，应对改革带来挑战与风险的举措。然而，30家法院通过会议咨询，形成书面经验总结材料的法院仅7家，通过会议研讨形成指导性意见的法院仅4家。四川省G市两级的6家法院，有3家法院在召开法官会议时，没有记录，仅有法官口头研讨交流发言。另外3家法院，也仅作了会议记录，但对会议材料没有形成经验总结性材料，没有一家法院将经验用于指导法官裁判参考。

## （二）制度人为异化

专业法官会议制度，在现实中被异化严重，逐渐有演化为“小审委会”之势，对法官办案产生了“干扰”与“强迫”。

1. 咨询存在客观干扰。现实中，各地法院的法官会议制度运行各行其是。无序化的运作模式，导致出“行政干预”，甚至比行政干预更可怕。据对四川省G市200名法官反馈，发言时屡遭干预的有64人，偶尔遭受干预的有90人，未遭及未受到干预的有46人。发言时，“主动”或者“被动”遭受到干预的人数有154人，占调查总人数的75%以上。受干预的这部分法官进一步坦诚，在发言过程中，要么主动迎合过领导，要么被动“跟过风”，发言或多或少受到过领导或他人影响，并对受干预进行辩解。

2. 充当审委会前置程序。据被调查的

30家法院的法官反馈，有21家法院规定案件在提交审委会之前，须先提交专业法官会议咨询。如果专业法官会议的咨询意见与专业法官会议不一致，该案件也必须提交审委会。35%的法院规定，如果专业法官会议没有达成一致意见，或者合议庭未采纳专业法官会议的咨询意见，案件必须提交审委会。不可否认，大量的案件经过专业法官会议研讨，最终提交审委会的数量会大幅下降。但如果被“过分利用”，就有些“强人所难”了。如此，不符合“为合议庭提供参考”要求，让法官会议成“小审委会”之嫌。

3. 必须形成倾向性意见。审委会对案件的裁决，具有法律效力的决定权，源于审委会是法院内部的最高审判组织。而专业法官会议制度，法律并未赋予其对案件的裁决权，仅是法律适用的交流、咨询平台，对案件的裁判并无“定夺权”。可现实中，不少地方法院领导要求在专业法官会议运行中，必须对案件的咨询形成一致性意见或是倾向性意见。据调研30家法院有17家对此有明确规定。“长官式命令”赋予了法官会议对案件结果的形成，具有决定权。

## 二、逻辑之维转化：从便利行政管理到尊重司法规律

法官会议制度被弱化致使咨询与统一裁判尺度的效果不理想，以及被异化成人民法院内部的审判决策机构。从深层次分析，根源在于该制度运行背后行政化的异化逻辑。主要体现为组成机制封闭化、程序启动艰难化、发言规则干预化，这些因素制约着会议功能的充分发挥。

### （一）双重困境根源：行政化行权导致了功能弱化与异化

1. 行政化结构体系，酿成干预前提。

专业法官会议制度，目前仍是行政化结构色彩严重。一是普通法官无法参会。据调查的30家法院有18家对参会人进行“门槛”限制，如“10年以上审判经验”“资深法官”等，筛掉了大部分普通法官，年轻法官被排斥在外。有12家法院的三类专业法官会议，其人数均少于7人。二是行政化行权严重。现状是法官会议成员大部分人都是院庭领导。这既有责任心因素考量，也有行政权力、虚荣心作怪之嫌。以至于法官会议几乎成为了院庭长们的“高级法官俱乐部”。行政化的定案思维与行为模式，再次回到改革前的“行政化”老路上。

2. 行政审批模式，制约会议召开。会议程序的启动，不应通过权力之手开启会议“大门”。事实上这种做法却相当普遍。30家法院有16家会议召开的审批权在分管副院长手上。普遍先由法官提出问题，审判长提出申请，分管副院长予以审批，然后召集开会，其过程繁琐不亚于审委会。G市法院也是类似做法，G市法院被调研的76%法官对此抱怨纷纷。G市中院《专业法官会议运行规则》第六条规定：“专业法官会议由承办人提出申请，经庭长审查、分管副院长审批后召开，也可由院长、分管副院长根据工作需要直接决定召开。会议由院长、分管副院长主持。”而且不同审判业务的法庭之间开会，还需各自分管业务的副院长协商。会议的启动如此之繁与难，会议的召开与咨询效果便可想而知。

3. 发言规则不合理，造成行政干预。调研发现，很多法院在案件讨论时发言存在无序化，普遍让法官之间产生干扰。四川G市法院70%以上法官曾受到院领导发言的干扰。200名法官就有194名表示曾经发言时受到过干预。甚至表示，有时他们甘愿受别人干预。为探究根源，对这

194名受干预者再次调查，让每人提出一条受到干扰的理由。发现“干扰”并非仅仅是受到“被迫”，还有法官“自愿”的现实性困境。据调研反馈显示，认为“迫于领导权威”的法官人数占28%，认为“领导关系广、能协调好案件”的法官人数占22%，认为“发言受到干预”的法官人数占25%，认为“对案情不熟悉”的法官人数占18%，认为“自身能力有限”的法官人数仅占7%。调研得出，法官在参加专业法官会议时，“跟风”现象较为突出。如此“跟风”，导致发言不充分，没有体现出平等交流、自由碰撞观点之效果。反之，这种跟风行为，本质又源于实质意义上的“干预”。“干预”与“跟风”二者又互为恶果。

## （二）价值考量：从行政逻辑到司法维度转变的正当性

### 1. 行政逻辑在审判实践中的弊端性

其一，行权缺乏灵活，不利于回应审判需求。出于对法官关心、对案件负责，院庭长习惯了对案件行政化监督管理。反过来，我国法官对案件的裁判也形成了对行政化依赖的思维与行为习惯，稍微有点拿不准的案件就会层层报批。这种繁琐的行政审批模式，也决定了专业法官会议制度的命运难逃此逻辑限制。蕴含扁平化理念的专业法官会议制度，在实践当中又被科层化的审批、研究所束缚，会议制度无法启动快速回应机制，无法顾及司法实践的生活性。

其二，管理过于集中，不利于法官“相互协助”。行政手段为了推进事项的稳步开展，必须保证政令畅通。为此，行政管理对于“服从”最为热衷，对于管理权力集中最为讲究。如果法院内部集行政与裁判融为一体的权力过于集中，法官就会对“领导权威”产生过分依赖，不利于法官

个体“扁平化”地“相互协助”。审判管理与监督如果过于集中，也与当前审判权运行扁平化的改革理念相悖。

其三，集权过于宏观，不利于个案解决。一般涉及比较宏观的事务往往需要借助行政化管理模式推进，依靠高层位阶的权力“自上而下”向纵深处与细微化推进开展。这种推进方式，往往从问题的普适性、一般性出发考虑，并未顾及到问题的特殊性、实质性和个体性，甚至会忽视个体差异的现实性需求。法院内部如果仅仅靠行政化手段来推动审判权运行，就无法顾忌到法官个体在行使裁判权过程中的现实性司法需求，无法快速解决法官办案中的个别性、临时性问题。

### 2. 异化行权逻辑与司法改革理念不符

其一，行政干预无法还权于法官。法官会议制度是审判权运行机制改革的一环节。其运行，必须坚持司法改革理念的大前提，制度的完善也须以此为探索依据。在司法责任制改革向深水区推进之时，必须还权于合议庭、赋权于法官，法官只有“权力在手”，其才能挑得起责任的“重担”，任何给法官办案强加无理的限定、带上“沉重”的枷锁，诸如在专业法官会议的咨询时，让法官必须形成一致意见、倾向性意见，抑或是让承办法官必须接受咨询意见等，这些都是与司法责任制改革理念相悖。

其二，过问式管理不符合司改要求。《意见》第1条规定除审判委员会讨论决定的案件外，院庭长对其未直接参加审理案件的裁判文书不再进行审核签发，也不得以口头指示、旁听合议、文书送阅等方式变相审批案件。院庭长除了对特定案件通过程序监督实体以外，对于普通案件的审理更是不能亲自过问。根据改革要求与理念，院庭长不能理所当然以领导身份进入法官

会议对其他法官案件发表个人观点、左右他人裁判思路，更不能强迫他人接受自己裁判意见。传统行政化的行权管理案件模式，并不适于后员额制时代的案件监督。

### 三、应然图景：法官会议制度运行的司法路径构设

原本定位于咨询议案、平等交流审判经验的法官会议制度，在司法实践当中被传统行政逻辑行为所弱化与异化，未能体现出在司法改革年代辅助法官办案、统一裁判尺度应有的实际效果。故此，应当对该制度设立的功能定位、运行规则、运行程序等方面进行探究，找出本制度应有的运行轨迹与理想图景。

#### （一）功能维度：咨询议案的逻辑起点及衍生

##### 1. 美国联邦最高法院的全体法官联席会议制度之启示

类似于我国法官会议机制的有美国联邦最高法院的全体法官联席会议制度。其由全体大法官组成，主要对法律适用问题、裁判观点极不统一的案件进行讨论。审判庭作出判决后要在法院内部予以公开。如果非合议庭的法官在规定的时间内认为判决结果不符合常理，或者违背先前的判例，也可以提出法律意见，提请首席法官交付全体法官联席会议讨论是否交由大审判庭重新审理该案件。我国的专业法官联席会议制度，虽不是一级审判组织，但与大法官会议制度的运行有相似之处，均是借助法官集体的智慧实现裁判的准确性，统一法律的适用标准。我国法官会议制度应当克服封闭化严重、行政色彩浓重的弊端，在不突破我国法院审理案件相对封闭性前提下，应当充分发挥法官会议制度服务审判的各项功能。

##### 2. 参谋咨询议案——法官会议的功

能起点

在研究之前，必须解答两个疑问：一是专业法官会议制度性质是什么，是否为一级审判组织？二是法官能否不采纳倾向性咨询意见，坚持合议庭意见裁决？追本溯源，《文件》第8条内容，其关键词为“合议庭”“理解”“法律适用”“咨询意见”“参考”。由此推导出：一是设计制度的初衷是提供法律咨询功能。二是给法官在案件实体处理上“赋权”，合议庭可以提交会议咨询，并没有增加负担之意，更未规定是审委会的前置程序。三是咨询意见供合议庭“参考”适用。法官会议制度目前不是一级审判组织，不具有对案件裁判的强制性效力。

在厘清了会议的咨询服务功能外，还需从机制上予以明确，让其不发生移位与越位：其一，应明确咨询研讨的核心功能。鉴于全国不少法院将会议制度拿来作为院庭领导直接过问案件的“场所”。原本仅仅承载案件裁判法律适用咨询、总结交流经验的平台，却给法官办案带来了现实性的困扰与负担，异化为小审委会之角色，要求会议必须形成一致意见。故此，建议各地法院《专业法官会议运行规则》当中，对本院会议运行的首要功能，严格明确在咨询上，为法官办案输入“内力”，增强办案底气。其二，应明确咨询意见仅供参考适用。会议原本是法官自治、咨询、交流平台，被法院内部行政化管理用作案件管理的一种手段，赋予了类似如合议庭与审委会在评议、研究案件的“决断权”，会议必须形成倾向性观点，法官必须接受与采纳咨询意见。探究原因，很多法院认为会议制度的存在必须为案件管理服务。但异化行政逻辑渗入司法活动领域，违背了司法规律要求的平等、自由原则。应让

法官会议制度归位到“参考”角色上来，明确合议庭是采纳“多数意见”还是“少数”意见。司法活动具有专业性，并非一定要遵从“少数服从多数”政治性的民主表决机制。

### 3. 统一裁判尺度——法官会议的衍生功能

让审理者裁判是时代对法官要求的趋势，原本集中在院庭长手中的裁判审批权被分散到每一个员额法官身上，这既是改革的初衷，但同时也是改革的风险点。为解决院庭长放权后法官裁判经验的不足以及裁判尺度的不统一，《意见》第6条这才给出专业法官会议制度在总结审判经验与统一裁判尺度、统一法律适用标准方面具有的功能。但笔者认为，审判经验总结、统一裁判尺度的功能，均是以咨询功能的有效发挥为前提。唯有发挥好咨询的核心功能，才有可能从大量的咨询案件中总结出类型化案件审理的经验，建立类案与关联案件的强制检索机制，实现裁判尺度的相对统一。

### (二) 规则维度：平等开放的静默式规律构设

笔者认为，生活中真正的权威，不是屈服于行政权力，而是人们对专业、素质与道德情怀的折服。审判实践也不外乎如此。

1. 领导法官应以平等身份研讨。法律工作是专业性工作，法院如医院。法官权威应当体现在审判技能的精湛、公正无私的道德情怀上，而不是行政级别的高低比较中。后员额制时代，领导法官如普通法官般都需要办案，都需要处理社会矛盾与纠纷。如果法官会议不是为广大法官办案提供咨询帮助，仅是领导层的御用组织，那么可以说，这种制度是司法行政化背景下审委会的“变种”。当然，院领导以案

件承办人、合议庭成员身份参加会议讨论无可非议。在参会时，如果领导认为案件裁判意见有重大错误，完全可以启动内部的监督程序。

2. 普通法官享有同等“发声”权利。会议制度的组成，现状是行政逻辑大于司法逻辑，会议封闭化严重。审判权的“完整性”受制于行政级别与法官等级，这就决定着普通法官的案件裁决，很可能受制于别人来决断。为避免案件的裁判被他人所“绑架”，最终担负错案的可能性风险，导致审理与裁判的又一次分离。特别是基层法院，普通法官众多，但现实却又无法成为法官会议成员，应当给予普通法官在案件研讨中平等的“发声”权利。

3. 应合理构建会议发言规则。首先，确立充分发言与独立表决机制。充分发言才能保障咨询效果，没有独立的决断，“盲目跟风”的意见，只是重叠，效果折扣，所以应让所有参会法官充分发表意见，独立表达观点。其次，确定异议保留制度。法官会议对案件进行咨询时，应体现各种观点的碰撞与交流原则。不求形成一致意见或是倾向性意见，至于少数人的不同意见，也应当允许存在与保留，仅供合议庭参考。再次，确立发言顺序与行政职务倒序机制。最高法院《意见》第8条，仅对专业法官会议制度的作用定位为提供法律咨询意见，至于如何咨询，咨询的过程与流程，并无直接、明确规定。为避免“领导定调，他人跟风”，应当让职务低、资历浅的人先发言，领导后发言，最后案件承办的审判长或主持人归纳意见，总结成研讨结论。

### (三) 运行维度：自由高效的功能动态化路径铺设

如上文所述，科层式的行政管理模式，

无法及时有效回应法官审判的现实性需求。法官会议制度的科层式行权，直接导致无法发挥其最大的功能价值。有必要铺设一条自由高效的咨询路径，发挥法官会议制度预设中的理想功能。

1. 赋予审判长启动会议召开权限。审批程序的繁琐与障碍，影响着法官主观心理状态的“不愿自找麻烦”。故才在整体上呈现出，一方面会议难以启动，另一方面不愿提交会议讨论与参加会议研究。导致会议制度的预设功能，没有发挥出预期的效果。鉴于此，很有必要赋予审判长启动会议权限，并由审判长协调与其他合议庭审判长之间的横向关系。扁平化的运作模式，不仅效益高，还能从机制构建上带来法官参加会议的主观积极性。在司法责任制时代，法官对案件的关心程度恐怕不亚于院领导。

2. 提倡承办法官担任会议召集与主持人。现状普遍是，通过行政手段、领导权威保障会议开展。但从本质看，仍然是行政干预司法的环节。长远看，法官会议制度改良与发展的趋势，应当是以“专业性”来提升“权威性”，用荣誉来吸引法官自觉参会，而不是靠召集人的“官阶”督促开会，[7] 故而应赋予审判长或法官行使会议召集权与主持人。如果院庭长以非承办人身份参加会议，也须以普通法官身份参会与发表意见。如果院庭长以承办人身份参加会议，就由其担任会议召集人与主持人。

3. 案件咨询研讨须遵守前置程序。为了解法官在研究普通程序案件时因不熟悉案情而盲目跟风，故有必要设置合理的前置程序。一是提交审理报告。建议在讨论该类案件时，由承办人将审理报告事先发送给法官会议的全体参会人员参阅，做到心中有数，减少主动性的跟风现象。二

是提前阅卷。针对普通程序案件，建议每周例行召开一次会议，规定会议召开的前两日，将案由、基本案情、法律适用焦点，以电子邮件形式通过办案系统发给会议成员阅览，必要时参会人员可以翻阅卷宗材料，核实有关信息，提高案件咨询研讨发言的针对性、实效性。

4. 构建经验总结与成果利用转化机制。在上文解决了咨询弱化与异化病垢后，应充分发挥咨询功能衍生出的审判经验总结、统一法律实施的裁判标准。在此，笔者认为应从这三步推进：第一步，健全法官会议咨询记录机制。对案件咨询过程进行记录备存。尽管此记录不如审委会记录具有法律约束力与强制力，但可作为类案审理的经验总结性材料为后续备查。第二步，梳理与总结类案裁判经验。《意见》第6条就要求各级法院通过专业法官会议总结审判经验，统一裁判标准。实践中，应由会议秘书定期从会议记录中梳理出各种常见、疑难案件的裁判思路。第三步，以各种形式将经验推广统一适用。法官会议咨询研讨的裁判思路都是集体智慧的结晶。各级人民法院应采取审判资讯、同类型案件裁判指引、内部刊物等多种途径供法官参阅，在一定范围内实现裁判标准的统一，法律实施标准与结果的统一。

（作者系常州市中级人民法院副院长）

# 从无序到有序：论财产保全审查机制的构建

王文俊 郑仪

发挥司法职能作用、保护企业合法权益，是新时代促进民营经济发展的纲领，也是司法机关责无旁贷的职责使命。司法实践中，基于查封、扣押、冻结措施的巨大影响力、威慑力，大量财产保全案件涌入法院，当事人滥用权利恶意申请保全时有发生，甚至出现过因恶意保全、恐慌性保全而引发企业“猝死”的情况。我国现行的法律法规中仅仅规定了当事人申请财产保全的条件，对于财产保全是否需要审查、如何审查、审查标准如何并未涉及。因此，建立财产保全审查机制，明确财产保全审查的范围、标准以及保全措施的适用条件等，为慎重决定是否采取查封、扣押、冻结提供制度依据，为严格依法适用查封、扣押、冻结措施提供规范依据，有效制约当事人不合理的财产保全申请，已经成为当务之急。

## 一、由来：财产保全审查机制的实践呼唤

### （一）财产保全的现状

1、保全目的异化，保全数量逐年递增。在司法实践中，当事人申请财产保全的目的已不再是单纯为了保障判决执行和防止损害，往往还有加快诉讼进程、迫使对方进行调解、打压竞争对手等目的。因此，申请财产保全的案件数量逐年增加。常州全市两级法院新收商事一审案件中，2014年当事人申请保全的案件数量为2724件，2015年为3660件，2016年为3718件。

2、审查标准缺失，裁定保全惯例化。

我国民事诉讼法没有对财产保全审查程序作出具体规定，为减少风险，法院往往会准许当事人的财产保全申请，并采取相应的保全措施。2014年，常州全市两级法院新收商事一审案件中，法院裁定采取财产保全措施的案件数占当事人申请数量的97%；2015年、2016年这一比例均为98%。

3、强制措施威慑，保全措施片面化。银行存款、厂房土地等因资产价值较高，往往成为当事人申请保全措施的不二之选。银行账户尤其是企业基本账户、不动产的保全占到了保全措施的绝大部分。但是，上述保全措施直接减少了企业的流动资金，降低了企业资产的效用，对企业正常生产经营、企业商誉产生严重影响。

4、权利约束缺乏，“三低一高”现象明显。财产保全费用低、门槛低、风险低，法院采取保全措施成本高昂日益成为普遍现象。财产保全损害赔偿的认定标准过高、赔偿范围狭小，即使保全错误，申请人面临赔偿的可能性以及赔偿金额都比较小，导致申请人申请财产保全几乎是零风险。

### （二）财产保全现状的反思

1、申请人权益与被申请人权益存在矛盾和冲突。法院作出保全裁定、采取保全措施，为判决能够获得执行提供一定的保证，申请人的实体权利也就有了实现的可能。但是，被申请人往往因被保全陷入了诉讼中的苦境，甚至不得不牺牲部分实体权利以尽快结束诉讼程序，其司法保护请求权几近沦为空谈。

2、保全制度的法定功能和财产保全的现实功能存在矛盾和冲突。保全制度设立的初衷就是为了保障将来生效给付判决得到及时有效的执行，兼具有保障利害关系人或胜诉方当事人的合法权益以及维护法院生效裁判的严肃性和权威性之功效。”由于当事人申请保全的目的多元化，财产保全制度的功能在司法实践中也逐渐异化为以保促调、促进诉讼程序尽快结束、满足债权人特定目的等等。

3、当事人保全申请的冲动与审查标准的缺失存在矛盾和冲突。我国民事诉讼法对申请人申请保全的门槛几乎未作任何限定：财产保全申请费最高为5000元、财产保全担保的成本较低、因申请保全错误而引发赔偿或纠纷的几率很小。同时民事诉讼法没有对财产保全审查程序作出具体规定，法院对于当事人不合理的保全申请是否应予准许、不合理的保全措施如何处理，容易陷入两难。

4、强制措施的影响力和企业经营的稳定性存在矛盾和冲突。查封、扣押、冻结被申请人的动产、不动产以及其他财产权，直接减少了企业的流动资金，降低了企业资产的效用，同时也影响了企业正常的生产经营。此外，查封、扣押、冻结措施对企业商誉产生重大影响，阻碍了企业的持续稳定发展。

## 二、剖析：财产保全审查机制的价值发现

1、衡平各方利益，确保司法公正。建立财产保全审查机制，从程序和实体上平等保护涉诉各方的合法权益：一方面，在审查机制中引入听证、复议程序，强调当事人对程序的参与，保障当事人的程序权利，可以有效缓和涉诉各方的利益冲突；另一方面，在审查机制中，可以综合考量申请人利益、被申请人利益以及社会公共

利益，从实体上平等保护涉诉各方的合法权益。

2、还原制度功能，提高司法权威。财产保全审查机制的建立，通过审查申请人所提出的保全金额、保全标的、诉讼请求、诉请的基础法律关系以及被申请人的经营状况、担保能力等，综合考量采取保全措施的必要性，从而将保全制度的功能严格限定在法定范围内，有效避免其功能的不当扩张。

3、遏制权利滥用，实现司法公平。审查机制通过具体的审查条件、明确的审查标准来提高申请保全的“门槛”，可以规范当事人财产保全的申请行为，抑制其申请保全的冲动，确保财产保全的必要性。同时，审查机制还包括对保全标的适当性、保全措施合理性的审查，贯穿保全程序的启动、执行以及救济阶段，能够全面、全程、全效的督促申请人合理申请财产保全、选择保全标的和保全方式。

4、促进企业发展，延伸司法职能。财产保全审查机制将财产保全标的和保全方式纳入审查范围，可以通过对财产保全措施适用顺序的规定、区分不同情形适用财产保全措施以及引入被申请人反担保机制等，在维护申请人合法权益的同时，减轻查封、扣押、冻结措施对被申请人企业的影响，避免出现救活一个企业的同时加重另一个困难企业负担的情形。

## 三、探索：财产保全审查制度的原则

1、合法性与合理性相结合。法院在财产保全审查过程中，应正确运用利益平衡原则，既要在法律的框架内正确适用财产保全的法律制度，又要在宏观经济形势的新变化对保全工作提出新需求时，达到保障企业当事人合法债权和被申请人企业生存的双赢。

2、原则性与灵活性相结合。法院采取

财产保全方式也应由单一化向多样性发展，充分考虑企业的承受能力和经营情况，采取灵活多样的方法帮助债务企业渡过难关。在财产保全过程中，注意因案制宜、因势利导，从有利于社会经济发展的角度出发，遵循既有利于保护债权人合法权益、又有利于保障被申请企业正常经营活动的原则，区分不同情况，灵活采取保全措施。

3、区分性与一致性相结合。财产保全措施应与财产保全目的相统一。申请人提出的保全数额与被保全的财产价值基本一致，保全执行过程中采取的手段、方式、方法应与申请人的保全目的相一致。针对具有发展前景的企业和企业主逃匿或恶意转移资产的企业，应分别采用柔性和刚性的保全措施。

#### 四、构建：我国财产保全审查制度的具体设计

慎用查封、扣押、冻结措施应贯穿于财产保全的整个过程：一是在保全申请阶段，对是否采取财产保全措施要慎重；二是在保全实施阶段，对保全措施方式的选择要慎重；三是在保全救济阶段，对于被采取保全措施的被申请人以及保全申请被驳回的申请人应给予一定的救济途径，保障其合法权益。

##### （一）程序启动审查：由模糊到明确，审查有据可依

1、审查要件。是否申请财产保全是当事人的自由，但是申请人提出申请并非是启动诉讼财产保全程序的充分条件，是否准许其申请取决于保全是否具有必要性，也即需要对当事人的保全申请进行形式审查和实质审查。

（1）形式审查要件。形式审查主要是针对当事人提交的相关材料是否符合形式要件所进行的审查，包括以下方面：第一，当事人应提供符合要件的财产保全申请书。

财产保全申请书的内容应当包括：申请人与被申请人的基本情况；请求保全的具体事项、金额和措施；事实和理由。第二，当事人应提供明确的财产线索。申请时已经存在的财产证据或线索，应当一次提供完毕，非申请人主观原因致无法提供的除外。财产证据或线索为银行存款、存单的，应当提供具体银行名称、账号和银行的确切地址。财产证据或线索为股票的，应当提供具体的股东账号、资金账号以及证券公司的确切地址。财产证据或线索为已经登记的不动产、特定动产及其他财产权的，应当提供有关登记机关最近一周内出具的登记资料，资料除了包含所有权人、权证号码、品牌、型号等基本信息外，还应当包含有无抵押权人和司法限制等信息。第三，申请人提交的申请材料不符合规定的，应按照规定限期补正。申请人在指定期限内仍不能补齐或者补齐后仍不符合要求的，法院将裁定驳回申请。

（2）实质审查要件。实质审查是对当事人申请财产保全的正当性和必要性所进行的审查，主要围绕当事人主体资格、保全标的、保全金额以及保全原因而展开，主要有以下方面：第一，申请人和被申请人都是本案当事人。第二，请求保全的财产是当事人争议的财产或者是被申请人的财产。第三，请求保全的财产价值金额以诉讼或者裁决请求的金额为限。第四，请求保全的原因是不采取保全措施将使申请人合法权益受到难以弥补的损害或使生效判决难以执行，具体情形包括：需要立即停止侵害、排除妨害的；需要立即制止转移、隐匿、变卖财产、抽逃资金行为的；被申请人生产经营严重恶化、存在不能履行债务的现实危险等。第五，当事人应提供证据证明存在需要采取保全措施的情形，具体包括：被申请人存在侵害、妨害行为；

被申请人转让房屋、土地使用权、股权等重要资产的相关材料，被申请人注册资本、股东变动的工商登记资料；被申请人已停止生产经营的相关材料，被申请人涉及重大诉讼或多起诉讼、主要财产或重要财产已经被查封、冻结、扣押的相关材料等等。

(3) 不予保全审查要件。财产保全是为保证将来判决的可执行性而设置的临时性程序，并非案件审理的必要程序，部分被申请人、保全标的因其自身的特殊性不宜采取保全措施或者不需要进行财产保全措施。此外，对于申请人的诉请明显缺乏事实和法律依据，不能得到支持的案件，也无需采取财产保全措施。

就被申请人而言，不需要采取保全措施的情形主要包括：一是不宜采取保全措施，采取保全措施将产生重大社会影响的单位，如国家机关、学校、幼儿园、医院以及以公益为目的的事业单位等；二是企业资质较高，不存在拒不履行生效判决可能的，如银行、保险公司、国有金融资产管理公司等金融机构；三是诉讼标的较小，被申请人的资产足以覆盖诉讼标的，不存在生效判决执行不到位的可能的。比如保全标的不足企业净资产的10%，且被申请人未涉及重大诉讼的。

就保全标的而言，不适宜采取保全措施的情形主要包括：一是不属于被申请人所有的财产，如案外人的财产；二是保障人民群众基本生活的财产，如企业、社会、政府等筹集的用于保障下岗职工基本生活的专项资金；社会保险机构开设的社会保险基金账户及资金；医疗费清欠专项资金；三是有特殊或专门用途的财产，如军队、武警部队等保密单位开设的“特种预算存款”、“特种其他存款”和连队账户的存款（军队、武警部队的其他存款除外），证券经营机构、期货经纪机构的交易保证

金等等。

就诉讼请求而言，不需要采取保全措施的情形主要包括：一是可能涉及虚假诉讼的。二是当事人的起诉应予驳回的，如重复起诉，原、被告主体资格不合格等。三是当事人的诉讼请求明显缺乏事实和法律依据，如借款期限尚未届满且不存在借款提前到期的情形，附条件的合同中合同履行条件尚未成就的等等。

2、审查标准。因为不能在财产保全时过多涉及案件实体问题、避免“未审先定”情况的发生，法官面临的最大困惑在于对于审查事项尤其是申请人申请保全的原因应审查到何种程度、申请人对于保全必要性的举证应证明到何种程度。我们认为，对于财产保全审查程序，标准只须达到较高程度的盖然性，即疏明的程度便可：一方面，在财产保全中，法院的裁决只是暂时维持被申请人财产的现状，并不是对其财产作出最终处分。因此，申请人仅需对相关问题进行疏明，让法官大致了解申请保全的原因、被申请人的情况；另一方面，财产保全程序具有较强的时效性，需要尽快处理，如果仍要求按照法定证据调查程序证明该项事实，容易造成诉讼迟滞。

3、审查方式。我们认为，财产保全审查可以采取以书面审理为原则，开庭审理为补充的审查模式。首先，为防止被申请人转移、隐匿财产，效率是其首要的价值追求，书面审查高效便捷。其次，财产保全毕竟是对被申请人物权的限制，尤其是在申请人的诉请能否得到支持处于不明确的情况下，一定程度上给予被申请人程序参与权，可以有效遏制申请人权利的滥用，增加审查程序的透明度和公正性。再次，灵活的审查方式赋予法官一定的自由裁量权，由法官决定采用何种审理方式进行审理，在坚持效率原则的基础上亦兼顾了公

正。最后，无论采取书面审理还是开庭审理的方式，法官都应当在裁定书中说明作出该裁判的理由，以规制法院在财产保全审查时的随意性。

## （二）保全措施审查：由被动到主动，保全有序规范

司法实践中，申请人在财产保全措施的选择上占据主动地位，法院一般是根据申请人的要求被动采取保全措施。然而，在经济利益的驱动下，申请人通常首选最有震慑力、影响力的，全然不顾被申请人的经营状况。因此，法院在保全措施的审查中，应根据不同被申请人的经营状况、不同的保全标的因地制宜的采取财产保全措施。

1、区分企业经营状况选择保全措施。根据财产保全审查的原则性与灵活性相结合原则以及统一性与区分性相结合原则，根据不同企业的经营状况而采取不同的措施。

2、区分不同标的选择保全措施。对被申请人企业的原材料、半成品、成品采取保全措施时，应当向其释明在法院监管下可以使用或销售，但必须将销售价款交法院冻结。对季节性商品、鲜活、易腐烂变质以及其他不宜长期保存的物品采取保全措施时，应责令被申请人及时处理，由法院保存价款。对企业机器设备等不需要办理产权登记的财产实施财产保全的，应采用就地查封、限制转移措施，允许被申请人继续使用。对被申请人所持有的证券、期货实施财产保全的，应冻结其资金账户，禁止证券资产进行非交易过户，但允许其继续交易。

3、创新保全措施。目前，申请人可以保险公司出具的保函为财产保全申请提供担保，我们认为，在财产保全阶段，被申请人同样可以银行保函、保险公司保函等第三方提供担保的方式作为其履行生效判决的保

证，从而避免其财产被采取保全措施。

## （三）完善救济程序：由限制到开放，救济全面有效

1、健全保全复议程序。民事诉讼法规定对财产保全裁定不服的，当事人可以自收到裁定书之日起五日内申请复议一次。但是，对于法院驳回保全申请的方式及申请人是否有复议的权利，却未有涉及。我们认为，审查财产保全申请，法院应向申请人告知申请财产保全必须具备的条件。财产保全申请不符合条件的，应当书面裁定驳回申请，并告知申请人具有复议的权利。申请人提出复议申请的，应当以书面形式提出，载明申请复议的事实及理由，并提供相应证据。

2、引入保全异议程序。法院在采取财产保全措施后，应及时向被申请人告知相关保全情况。被申请人要求变更财产保全措施的，可以向法院提出异议。对于被申请人的异议，法院可以引入听证程序，召集双方当事人进行对质协商，通过当事人双方的参与，纠正保全措施的不足、转换保全方式，将保全措施对企业的影响降到最低。

3、建立动态保全机制。财产保全措施可以贯穿诉讼整个过程。诉讼前或诉讼初期，申请人的申请被驳回的，在诉讼过程中，若申请人补足了相关证据材料，或发现被申请人经营状况急剧恶化，或存在恶意转移财产等行为的，申请人仍然可以继续向法院申请财产保全。此外，在财产保全措施采取后，申请人可以依据被申请人的经营状况、财产情况的变化申请变更财产保全措施。

（作者单位：市中院民二庭）

# 专业法官会议工作机制的健全与完善

刘敬兵

专业法官会议制度是本轮以司法责任制为核心的司法改革中新推行的一项制度。在实际运行中，由于专业法官会议机制尚处于起步尝试阶段，最高人民法院《关于健全与完善专业法官会议工作机制的意见》正在调研制定之中，有的法院在专业法官会议的功能定位、成员组成、提起和启动程序、讨论范围、议事规则、结论应用等方面还不够成熟完善，实际运行中存在偏差。对此需要展开针对性调查研究，进一步健全和完善各项工作机制，推动专业法官会议制度真正发挥其功能和作用。

## 一、专业法官会议的功能定位

功能定位是专业法官会议制度中的首要问题。《人民法院第四个五年改革纲要》中法官会议制度功能是“规范院、庭长对重大、疑难、复杂案件的监督机制”。在《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》中首次正式提到专业法官会议这一概念，并明确其功能定位是“为合议庭正确理解和适用法律提供咨询意见”，同时，将案件提交专业法官会议讨论被列为审判长的一项审判职责，也是院、庭长行使审判管理和监督权的一种方式。最高人民法院2018年12月4日印发的《关于进一步全面落实司法责任制的实施意见》第8条进一步明确：各级人民法院应当健全专业法官会议制度，切实发挥专业法官会议统一法律适用、为审判组织提供法律咨询的功能。从以上文件规定可以看出，专业法官会议的功能定位在近几年中有一个演变过程，最高法院根据近几年各地法院的探索和实践，最终将专业法官会议的功能定

位于“统一法律适用、提供法律咨询”，这是今后专业法官会议各项工作机制的出发点和落脚点。实践中有的法院规定“专业法官会议讨论实施与审判工作密切相关的审判管理事务，如案件分配机制、法官业绩考评、业务培训方案、对法官助理和书记员的管理等”，这些规定与专业法官会议功能定位相距甚远，应予以摒弃。

## 二、专业法官会议成员的产生和配置

当前，法院法官专业会议机制无论从人员选任、成员组成还是会议规则来看，仍带有较为浓厚的行政色彩。有的甚至对组成人员的选任基本由院长或分管副院长通过类似行政任命的形式指定，并且主要成员均由审判委员会委员、院庭长等具有行政色彩的“官员”兼任，资深法官仅占较少比例。《关于进一步全面落实司法责任制的实施意见》第8条明确：专业法官会议成员不以职务、等级为必要条件，参会人员地位平等。因此，专业法官会议是一个开放性组织，专业法官会议不同于审判委员会委员的有限性及稳定性，在成员的选择上可不拘一格，在成员数量上可取消人数限制，所有入额法官都应具备参加专业法官会议的资格，只要具有议事能力即可。组合形式可以是多元的，有什么样的问题，就找合适的人来研究解决，没有必要拘泥于庭室、条线之限。同时，为了防止对案件审理造成不当干预，如符合民事诉讼法规定的回避情形，参会人员应当自行回避。

对于法官较多、案件较多的法院，可以考虑设置专业法官会议人选库，并注明每位法官的专业特长和审判经历。合议庭认为有必要将案件提交专业法官会议讨论

时，可以由合议庭根据案件类型，以及所涉法律问题新颖、难易程度，提供希望参与讨论的法官名单。合议庭持不同意见的成员，可以分别提出建议参会的法官名单，由审判长汇总提出。至于参会人员是否有领导职务、来自哪个庭室、具体数量要求，都可以灵活处理。有时为了帮助法官助理科学成长，也可以安排助理列席会议旁听。

### 三、专业法官会议的提请及启动

按照《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》，将案件提请专业法官会议讨论的途径有二：一是由审判长代表合议庭提请；二是院、庭长对于“四类案件”可以依职权决定提请。据此，提请主体具有特定性：一类主体是合议庭中的审判长，由他将符合《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》规定的案件提交专业法官会议讨论；一类主体是院、庭长，由他们在行使对“四类案件”的监督权时，要求将案件提交专业法官会议讨论。考虑到独任法官审理的一般是简易程序案件，如果确实存在重大、疑难、复杂情形，应优先考虑将简易程序转为普通程序，所以独任法官无权将案件提交专业法官会议。

实践中存在的主要问题是：合议庭将案件提请专业法官会议讨论，具体提请给谁，是否必须报请庭长或分管副院长批准才能召开，庭长或分管副院长是否必须参加会议，会议是否必须由在场职务最高者主持。专业法官会议机制的设立初衷在于及时充分满足主审法官在审判实践中的咨询服务需求，所以由审判长提请召开专业法官会议，无须层层审批。对可以在本审判庭范围内解决的问题，审判长可以向庭长提出，庭长进行形式审查后，即可适时召集庭内法官开会。对需要跨越审判庭，或者需要召集多个审判庭法官开会研究的案件，审判长向庭长、分管副院长提请，由院、庭长形式审查后，即可召集通知相关法官参加。至于院、庭长是否一定要参加专业法官会议，可区分情况而定。如果

案件本身就是院、庭长依职权提请讨论的，相关院、庭长自然应当参加会议，发表意见，并记录留痕。如果案件是审判长提请讨论的，参会人员范围则交由合议庭自主决定。一般来说，会议的召集人或主持人可以是相关合议庭的承办法官、审判长、庭长或者分管院领导，强调成员之间的平等性更加重要，努力的方向应当是强化专业法官会议在提升法官智识上的吸引力，而不是靠主持人的官阶来吸引大家参与。

### 四、专业法官会议讨论范围

按照《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》，提请专业法官会议讨论的案件主要有两类：一类是合议庭认为所审理的案件因重大、疑难、复杂而存在法律适用标准不统一的，可以将法律适用问题提交专业法官会议研究讨论；另一类是院、庭长依审判监督职权提请讨论的“四类案件”。前一类已明确只讨论法律适用问题，后一类根据审判亲历性的要求，也应当局限于法律适用问题。另外，审判长有权将合议庭处理意见分歧较大的案件提交专业法官会议讨论或按程序建议将案件提交审判委员会讨论决定。《关于进一步全面落实司法责任制的实施意见》第8条明确：判决可能形成新的裁判标准或者改变上级人民法院、本院同类生效案件裁判标准的应当提交专业法官会议或者审判委员会讨论。院长、副院长、庭长对“四类案件”审理过程或者评议结果有异议的，也可以决定将案件提交专业法官会议进行讨论。但是，院、庭长的审判管理和监督活动应当严格控制在职责和权限的范围内，专业法官会议不是审判管理和审判监督的主体，因能及时汇集种类重大、疑难、复杂案件的审理信息流而成为发现问题的渠道，在功能上仍重在“统一法律适用、提供法律咨询”，在性质上仍属于审判业务法律研讨的专业性组织。因此，必须切实防止专业法官会议制度在实际运行中“走样”“变异”，尤其不能让专业法官会议变成院、

庭长不当过问、干预具体案件的特别通道，甚至导致本身功能定位与审判权、审判管理监督权职能混同。

事实认定问题、政策把握问题，原则上不应提交会议讨论。实践中，一些法院将专业法官会议的讨论范围放宽到事实认定问题，个人认为这是违反《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》精神的。即使涉及事实认定问题，凡是提交专业法官会议讨论的，也应当是举证责任分配等可以转换为程序法或证据法问题的事项。至于法官与人民陪审员在事实认定问题上分歧的，还是按照相关试点方案，提交审判委员会讨论决定为宜。

### 五、专业法官会议议事规则

在实践中，专业法官会议存在意见过多无从选择、领导意志决定讨论结果、附和他人意见等情况，这就需要科学设计专业法官会议的议事规则。一是要确立科学的发言顺序，在听取汇报、询问、讨论程序后，参照审委会议事程序，由资历最浅的法官最先发言，职务最高的法官最后发言，这样既能减少法官的心理压力，也有助于形成良好的与会氛围，防止领导意志影响其他发言人而使讨论结果失真；二是要确立充分陈述和独立表决的规则，专业法官会议成员发表意见时不应结合讨论案件事实和相关法律规定充分发表意见并阐明理由和法律依据，依法独立、有理有据地给出自己的意见；三是实行多数决定和少数意见保留规则。为了实现统一裁判尺度的功能，按照参会人员二分之一以上同意，形成多数意见，并作为专业法官会议建议意见，少数意见同时记录在卷，共同作为审判组织的参考依据。对于分歧较大的案件，会议秘书应梳理各种观点及主要依据，形成书面的咨询意见报告单，便于对合议庭形成较为明确的裁判指引。

### 六、专业法官会议后续程序

这里的后续程序主要是指：1、专业法官会议形成建议意见后，如合议庭未予采

纳，合议庭是否必须说明不采纳的理由，或者将案件提前审判委员会讨论。对此，《关于进一步全面落实司法责任制的实施意见》第8条已明确：合议庭不采纳专业法官会议一致意见或者多数意见的，应当在办案系统中标注并说明理由，并提请庭长、院长予以监督，庭长、院长认为有必要提交审判委员会讨论的，应当按程序将案件提交审判委员会讨论。2、如何认定合议庭裁判责任。如果合议庭将案件交由专业法官会议讨论后，合议庭采纳法官会议多数意见的，应推定合议庭在主观上无过错，不属于审判责任追究中“故意违反法律法规的，或者因重大过失导致裁判错误并造成严重后果”的情形。由此，在保持“采纳法官会议意见，审判责任仍由合议庭承担”这一基本原则不变的前提下，可取得在合议庭积极采纳法官会议意见与独立承担审判责任之间的契合。在案件属于“四类案件”而由院、庭长提交法官会议讨论的，若合议庭的复议意见与法官会议意见不一致，院、庭长认为合议庭的复议意见与以往判决相矛盾的，应当将案件提交审判委员会讨论，由审判委员会讨论决定。如此，一方面为合理评估院、庭长审判监督职责的履行情况提供了依据，另一方面也为合议庭坚持自主裁判留下了空间。

专业法官会议制度是在当今司法改革的大背景下诞生成长的，法官会议所形成的意见虽对合议庭并无强制约束力，仅供其参考，但由于其所具有的集体会商功能使其在类案处理、适法统一、审判监督方面发挥出了特殊的、独立的价值。专业法官会议已逐渐展现出了其深厚的价值基础和强大的制度功能，为推进司法改革提供了有效的实践路径。相信随着司法改革的不断深入发展，专业法官会议工作机制将得以不断健全、完善和发展，专业法官会议功能和价值将会得到进一步充分释放。

（作者单位：市中院民五庭）

# 司法改革下的独任制问题研究

金星

## 一、独任制度审判的法律渊源

### (一) 我国的独任审判的法律规定

所谓独任制，是指由审判员一人对具体案件进行审理和裁判的制度。人民法院审理民事案件应以合议制为原则，但对简单的案件可以适用独任制。在案情简单，且可以保障案件审判质量的前提下，独任制可以方便当事人诉讼，便于人民法院审判和及时审结案件。独任制一般在两种情况下适用：一是基层人民法院和它派出的法庭审理的第一审民事案件权利义务关系明确、事实清楚，争议不大的；二是人民法院依据特别程序审理的非诉案件中，除选民案件和重大复杂案件以外的其他案件，也可以适用独任制。人民法院在审理案件的过程中，如果发现案件重大复杂，适用独任制可能影响审判质量的，可以由简易程序改为普通程序，即由独任制改为合议制。

1、《中华人民共和国法官法》的规定。法官法第五条规定“法官的职责：（一）依法参加合议庭审判或者独任审判案件；（二）法律规定的其他职责。”人民法官是具体行使国家审判权的人员，因此，人民法官的主要职责就是通过诉讼过程依法审判案件，并依法作出裁判。审判各类案件是指人民法官依照法律的规定，通过对案件的审理，全面的客观的查明案件的客观事实，并适用中华人民共和国的法律以作出判决的活动。根据人民法院组织法以及刑事诉讼法、民事诉讼法等法律的规定，

人民法院审判案件采用合议制和独任制两种审判组织形式。采用合议制审理的案件，一般由审判员组成合议庭，一审案件也可以由审判员与人民陪审员组成合议庭。对于简单的民事案件和轻微的刑事案件，可以由审判员一人独任审判，这个就是独任制度的法律来源。人民法官履行审判职责的具体方式就是参加合议庭，作为合议庭成员审理案件，或者独任审理案件。

2、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》的规定。对民事案件而言，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第39条第2款、第160条和第178条之规定，适用简易程序审理的民事案件，适用特别程序审理的除选民资格案件或者重大、疑难的案件以外的其他案件，由审判员一人独任审理。因此，仅就民事案件而言，独任制只适用于基层人民法院依第一审程序审理的简单民事案件或按特别程序审理的普通非讼案件。值得注意的是，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第369条规定，实现担保物权案件可以由审判员一人独任审查。担保财产标的额超过基层人民法院管辖范围的，应当组成合议庭进行审查。此处“担保财产标的额超过基层人民法院管辖范围”，可以理解为《中华人民共和国民事诉讼法》第178条所规定之“适用特别程序审理之重大案件”。此外，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第294条规定，

人民法院对第三人撤销之诉案件，应当组成合议庭开庭审理。对该条之反对解释即为：第三人撤销之诉案件不能适用独任制审理。

依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百一十条，适用简易程序审理案件，对可能判处三年有期徒刑以下刑罚的，可以组成合议庭进行审判，也可以由审判员一人独任审判；对可能判处的有期徒刑超过三年的，应当组成合议庭进行审判。（1）对于可能判处三年有期徒刑以下刑罚适用简易程序审理的案件，人民法院可以根据案件的不同情况，组成合议庭进行审判，可以由审判员一人独任审判。“三年有期徒刑以下刑罚”是指刑法规定的三年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金、单处剥夺政治权利等刑罚。其中有期徒刑包括三年及其以下有期徒刑。可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件，一般来说，属于较轻的刑事案件，所以，本条规定可以组成合议庭审判，也可以由人民审判员一人独任审判。对于需要组成合议庭进行审判的，合议庭的组成人员可以根据本法第一百七十八条第一款的规定，由审判员三人或者由审判员和人民陪审员共三人组成合议庭进行。一般情况下，对于被告人少、案情简单清楚、证据基本充分，被告人认罪、适用法律定罪量刑也较为明确，可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件，人民法院可以适用独任审判的形式，这有利于及时结案、节约司法资源。对于案情相对复杂、证据之间存在疑问，人民法院认为需要组成合议庭进行审判的可能判处三年有期徒刑以下刑罚的案件，可以组成合议庭进行审判。（2）对于可能判处的有期徒刑超过三年的案件，法律规定应当依法组成合议庭进行审判。一般来说，有期徒刑超过三年的案件，属于比较严重的犯罪案件，规

定应当组成合议庭进行审理是必要的，由多名审判人员或陪审员合议，充分讨论，有利于进一步查明案件事实，有利于案件的公正审判。根据刑法第四十五条的规定，有期徒刑的期限，为六个月以上十五年以下。根据刑法第六十九条第一款关于数罪并罚后刑期的规定，有期徒刑总和刑期不满三十五年的，最高不能超过二十年，总和刑期在三十五年以上的，最高不能超过二十五年。这里的“有期徒刑超过三年”，是指最低刑为三年以上不包括三年有期徒刑，最高刑为二十五年有期徒刑。

3、独任审判和合议庭的关系。独任审判优势在于效率优先，由于一人裁判，所以以该人民法官的意志和其对于法律的理解，在其认定的客观下，进行裁判。显然效率是更为便捷的，客观上清除了意见无法统一的合议性纷争，能够保证判决书说理性统一。同样，由于是独任所以如果审判员，存在主观或者客观上的问题，那么独任审判，可能会导致，审判的不公或者客观上的错误。而合议庭的存在也适度修复了这种可能存在的审判不公或者客观错误。

## 二、我国独任审判制度的运行情况——以常州地区数据为分析样本

### 1、2016年度基本情况

全年独任案件 37107 件。

其中按照地域划分，天宁法院 4788 件，钟楼法院 4545 件，新北法院 5617 件，金坛法院 5459 件，溧阳法院 7111 件，武进法院 7742 件，经开区法院 1845 件。

按照类型划分，民事案件 32560 件，刑事案件 4532 件。

按照结案类型划分，撤诉案件 6462 件，调解案件 12863 件。

按照案件案由分类：

| 序号 | 案由          | 数量   | 占比     |
|----|-------------|------|--------|
| 1  | 机动车交通事故责任纠纷 | 6971 | 18.79% |
| 2  | 民间借贷纠纷      | 4799 | 12.93% |
| 3  | 离婚纠纷        | 4049 | 10.91% |
| 4  | 买卖合同        | 2898 | 7.80%  |
| 5  | 盗窃罪         | 1701 | 4.58%  |
| 6  | 金融借款合同      | 1481 | 3.99%  |
| 7  | 分期付款买卖合同    | 1269 | 3.42%  |

## 2、2017 年度基本情况

全年独任案件 40528 件。

其中按照地域划分，天宁法院 5557 件，钟楼法院 5180 件，新北法院 5905 件，金坛法院 5985 件，溧阳法院 7722 件，武进法院 7685 件，经开区法院 2494 件。

按照类型划分，民事案件 35732 件，刑事案件 4790 件。

按照结案类型划分，撤诉案件 7016 件，调解案件 13681 件。

按照案件案由分类：

| 序号 | 案由          | 数量   | 占比     |
|----|-------------|------|--------|
| 1  | 机动车交通事故责任纠纷 | 7022 | 17.33% |
| 2  | 民间借贷纠纷      | 6000 | 14.80% |
| 3  | 离婚纠纷        | 4062 | 10.02% |
| 4  | 买卖合同        | 3312 | 8.17%  |
| 5  | 盗窃罪         | 1763 | 4.35%  |
| 6  | 金融借款合同      | 1629 | 4.02%  |
| 7  | 分期付款买卖合同    | 1034 | 2.55%  |

## 3、独任审判存在的问题

适用范围过于狭隘，没有能够充分适用。

因无法送达而不得不公告送达的，送达方式决定了整个案件必须抛弃适用独任审判而必须依照合议庭的形式进行审判。

部分法官庭审驾驭能力不足，导致独任审判方式存在较大的庭审效果以及人民满意度都较差的结果。

## 三、进一步完善我国的独任制审判

1、独任审判制度应当建立起类案处理机制。民事案件中，金融机构的借贷案件、普通的民间借贷案件、普通的婚姻案件、普通的机动车事故案件等事实简单、法律关系清楚的案件应当建立类案处理机制，独任审判法官充分利用类案机制，快捷准

确的审判。进一步加强主要案件的处理方式总结，判断案件的审理指南的确定。完善民间借贷、机动车事故、离婚、盗窃、买卖合同的审判思路，对同一案件的情况充分的运用归纳法进行分析处理，将案件予以统一处理。独任审判的弥补，建立其独任审判和合议庭审判的有机统一，不以程序性事务来确定，特别是公告送达性合议庭案件，或者考虑合议庭是否组建由当事人协商确定考虑的方案来运作。

2、“让审理者裁判、由裁判者负责”是中国共产党十八届三中全会提出的司法改革目标。其目的是改变司法权运行行政化体制性，改变现有的法官判案要由院、庭领导把关和审批的行政色彩制度，根除掉长久以来存在的案件判者不审、审者不判的严重脱节的司法问题。

案多人少，是当前人民群众日益增长的司法需求和人民法院自身司法能力之间的矛盾，扩大独任审判制度的适用，准确合理的适用独任审判制度，进一步完善独任审判制度，可以有效的解决司法改革中的去行政化，有效实现“让审理者裁判、由裁判者负责”的司法改革目标。有效的独任审判制度，由员额法官集中全部的精力放在庭审查明事实、听取庭审诉讼参与人的意见后作出依法作出评判、审核并签署法律文书。由法官助理提前做好集中阅卷、调查及庭前核对当事人身份并确定开庭时间的相关工作，由书记员做好送达、庭审记录、装订卷宗工作。基层法院 75% 的案件都是相对的事实清楚、案情较简单的案件，从这些案件的重复性、事务性、简单性、持续性的工作上解脱出来后，员额法官作为独任法官可以把主要精力放在另外的 25% 左右的案情疑难复杂的案件上。在司法改革的大背景下，员额的独任法官成了案件审理的主角，完全的主角。对一

（下接第 28 页）

# 关于地方性法规立法起草工作的几点思考

常州市人大常委会课题组

立法起草在整个立法过程中，处于立法立项之后、立法审议之前，是立法活动的基础环节。设区的市地方立法刚起步，对立法理论、立法技术等方面缺乏必要的知识和经验，研究地方立法起草对推进精准立法、提高立法质量具有十分重要的意义。

## 一、立法起草的概念、模式及其特点

地方性法规立法起草（以下简称立法起草），是指法规准备草拟到送审草案完成阶段。此环节不仅是指法规条文的起草，还包括前期的立法调研论证，以及草案形成后的意见征集、研讨和修改。前期调研和论证在于探究法规需要解决的问题和解决的方式；具体条文的草拟，即根据数据、资料进行法条的编撰；后期的研讨和意见征集是对初稿进行修改优化，保障草案质量。

立法起草主要有三种模式，即政府起草、人大起草和委托第三方起草。无论哪种模式，都不可避免地受机构地位、性质、治理偏好、行政伦理以及立法经验等因素影响，利弊互见。

1. 政府起草。政府在社会治理过程中提炼出普适的治理措施，经立法技术处理后，成为最经济最有效的第一手立法资源。无论从专业性还是实践经验看，行政管理机关或相关执法部门具有一定优势，这种优势使立法内容具有针对性和现实意义。立法起草机关与执法机关的同一性，为执法机关准确把握法规精神和原则，以及正确实施法规创造了便利条件，节约了执法成本。但是这一模式下，政府一般会指定某个行政主管部门牵头起草，而行政主管部门往往立足部门利益，起草的法规更像

一部“部门规范性文件”，而非适用于全市的行政法规。此外，立法者又是执法者的弊病也显而易见，“借法扩权”“借法逐利”成为一种通病。

2. 人大起草。人大在立法立场上的超然地位和独立人格，可以有效防控部门利益对立法的渗透，起草内容更接近于实质正义。人大立法，从立项、起草到审议，能够保证立法宗旨一以贯之，避免了因部门博弈而出现的立法反复和动荡，节约了立法成本。然而，人大立法者不直接参与政府管理，对社会治理的具体情况缺乏经验，因此需要花更多的时间、精力去做全面、深入的调研，而即使做了充分的调研，也可能出现立法内容与行政管理现实契合不够的情况。

3. 委托第三方起草。委托第三方起草曾一度被认为是化解部门利益法制化、防止立法腐败的一剂良方，也被认为是提高法规执行力的重要途径。专家学者具有立法理论和立法技术方面的优势，起草的文本形式规范、内容合法。但其缺陷也很明显，专家学者由于缺乏社会治理实践，将一些过于超前和理想化的立法理念融入法规草案中，起草的法规文本“不接地气”，缺少对现实的回应，被形象地称为“正确的废话”。如委托高校起草的《南京市住宅物业管理条例》，其专家草案稿与颁布实施的法规文本差距显著，条文采用比例低。

## 二、我市地方立法起草工作现状及存在的问题

我市已出台的四部法规和正在审议的两部法规，除了《常州市制定地方性法规

条例》由人大起草，其他都采取了政府起草模式。《常州市制定地方性法规条例》是地方立法的“程序法”，属于《立法法》第五十三条所述“综合性、全局性、基础性”的重要法规草案，由人大常委会工作机构起草更为合适。“实体法”因涉及到具体行政管理事项，则由政府起草。其中，由政府起草的法规草案，审议之后的修改率高达百分之六十至七十，大致存在以下几方面的问题：

1. 单一起草模式显弊端。政府起草的法规草案，都是由政府行政主管部门负责起草。政府部门会组织一个由本单位业务部门、法规部门共同参与的立法起草小组，依照上位法、参照其他城市的相关法规并结合本市实际情况，起草法规草案。以政府部门为主导的立法起草，存在以下问题：一是立法意图不明确。这几部法规草案普遍存在立法意图不明确的现象，要通过立法建立怎样的社会制度、解决什么问题、达到怎样的治理效果，草案不能较好体现，只是规定和制度的罗列，而这些规定和制度之间有时还缺乏逻辑性甚至相互矛盾。二是部门利益痕迹重。许多政府部门不顾权力的设置和社会利益的合理分配，只顾扩大自己部门的权力或只考虑本部门利益，例如在可以通过其他行政手段解决问题的情况下设置许可；为保护地方利益、部门利益，对正常的市场竞争进行限制和不正当干预；设置过多的处罚措施，为罚而罚，以罚代管；缺少对行政部门的监督和行政相对人的权利救济等。有些部门，甚至为了通过立法为本部门谋取不正当利益，在立法起草过程中不如实陈述。此外，与政府部门有利益关联的一些地方利益集团，也在影响着地方性法规的起草。

2. 公共问题治理混淆不清。公共问题治理，可以通过立法或者制定政策来解决。在社会治理体系中，法律和政策是紧密相连、相互协调的制度体系，法律和政策应

被同等重视和对待，任何“泛法律化”和“泛政策化”都是有害的。在我市获得地方立法权后，地方治理出现了一种对立法的集体热衷，各部门都热情高涨地报送了很多立法建议项目，有的甚至多次到人大协调希望能将本部门报送的立法项目列入计划或者规划；另一方面，经历过一次复杂而艰辛的立法过程之后，他们却不再热衷于立法，希望通过更容易实现的公共政策来解决问题。从一些部门提供的立法草案中不难看出，立法问题与执法问题、法律问题与政策问题常常混淆不清，使得起草质量大打折扣。

3. 草案论证不充分。立法起草阶段的调研论证，有流于形式的倾向。报送审查的法规草案，从形式上基本符合要求，但是内容上却不尽如人意。草案虽然经过了各种调研座谈、法制机构审查、相关部门会签、政府常务会议讨论通过等程序，但是依然遗留了很多合理性问题甚至合法性问题。在重大事项、重要制度的确立方面，很多都没有经过专门的论证，特别是设立新制度，往往是参考借鉴别的城市的经验做法或者法规条款，在必要性和可行性方面缺乏必要的论证。草案阶段的“遗留问题”常常给人大审议修改增加难度，有些内容甚至需要“全面复盘”。

4. 立法起草缺乏协调。立法起草缺乏协调主要表现在两个方面，一是涉及两个或两个以上部门的立法起草缺乏协调。涉及两个以上部门利益的立法草案，往往会引起部门之间争权诿责，导致立法冲突，最终影响法规的实际效用，并且减损法规的权威性和公信力。而政府法制机构在进行这类协调时，往往会追求效率而进行立法妥协，逃避甚至掩盖矛盾，最终在人大审议阶段爆发出来。二是地区之间的立法起草缺乏协调。比如《常州市天目湖保护条例》，天目湖的上游来水在安徽境内，想要更好的保护天目湖水源地，需要与上游地区协同努力。而地方性法规的

适用范围仅限于本市行政区域内，是否可以采取与相邻城市联合立法的形式解决这类问题，值得探索，而城市之间的立法协调难度则将更大。

5. 立法起草内容不规范。立法起草是复杂系统，地方立法为了追求体系和结构上的完整，在立法内容上，将不同的上位法内容集中规定在一部地方性法规中，导致地方性法规成了某种归纳性文件，地方特色不明显；在立法结构上，追求篇章节条款项目齐全，常常做出华而不实的“巨无霸”，真正管用的条款淹没在文海之中，难以凸显。

### 三、完善立法起草工作的一些建议

1. 优化立法起草模式。立法起草应充分发挥政府主管部门的作用，而不是让它回避和缺位。同样，人大起草也不可能万无一失，利弊共存。而委托第三方起草更是存在无法克服的缺陷。因此，实现精准立法的关键不在于倚重或者隔离某一方起草主体，而在于充分发掘并整合各方优势，相对可靠的办法是建立一种协作起草模式。一是政府为主组织起草，由政府法制机构牵头，政府主管部门和密切关联部门、人大专门工作委员会和法制工作委员会、专家学者等组成起草小组起草。二是人大为主组织起草，由人大法制工作委员会牵头，人大专门工作委员会、政府有关部门、政府法制机构、专家学者等组成起草小组起草。协作起草模式，可以更好地凸显人大在立法中的主导作用，在立法起草阶段就明确立法意图，有效避免单一起草模式的各种弊端。

目前，我市地方立法实行四方联动机制，即起草部门、政府法制机构、人大专门工作委员会和人大法制工作委员会四方共同参与立法起草、调研论证、审议修改的全过程。这一工作方法是在单一由政府起草模式显现弊端之后作出的一种尝试和探索，对提高立法质量和立法效率确有帮助。但由于人大在立法起草阶段介入不够深入，在准确立法意

图、限制部门利益方面稍显不足，草案的修改率依然居高不下。因此，采取协作起草模式，强化人大在立法起草阶段的主导作用，可以从源头把握立法方向，搭建立法框架，平衡各方利益，制定出更符合公共利益和治理需求的法规草案。

2. 注重公共问题的立法甄别。在坚持问题导向的法治思维下，立法起草前，应当对公共问题进行立法甄别。公共问题由主管部门和关联部门在其治理领域内，就其产生的背景、原因、性质、范围、内容以及法律、政策依据等方面深入研究。这一阶段的核心任务是全面发现公共问题，无论是体制问题还是机制问题、政策问题还是法律问题、执法问题还是立法问题，尽可能悉数罗列。然后逐项解析成相对独立的单元问题，并对每单元问题提出初步的规则调整意见，规则调整可以是道德的、行政的，也可以是法律的。公共问题梳理结论还应当经过梳理部门法制机构法律审查，提出意见。公共问题的出现，不宜动辄立法调整，而要根据问题梳理的结果具体确定调整方法。在明确需要规则调整的前提下，比较选择每单元问题治理的规则类型。在此基础上，综合权衡确定调整规则的概括类型。

政策和法律功能不同，各有存在的价值。因此，两者在公共问题治理上需要协同发挥作用，缺一不可。公共问题的调整规则选择政策抑或选择法律，要根据公共问题调整规则的性质作有区别的安排。凡政策调整有效的，选择政策调整，制定行政规范性文件；凡政策调整失灵、超出政策权限或调整的社会关系成熟稳定的，考虑立法调整。凡确需立法调整，但立法条件不成熟，可先行政政策调整，待社会关系基本成熟，将行政规范性文件上升为地方立法。绝不可简单粗暴地一味追求立法调整，不可为立法而立法。

3. 加强立法起草前评估。针对草案论

证不充分的现状，可以建立立法起草前评估制度，规范起草论证的具体要求。一是合法性评估。合法性评估重点关注拟设立的法律规则权限问题，是否在法的框架之内，突破法的框架的规则不得设定。符合法律保留“由宪法、法律规定的只能由法律作出规定的事项”，在没有法律明确授权的情况下不得设定。其次是是否符合地方立法权限，主要评估拟设立的法律规则是否属于“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护”等地方立法范围和事项。需要指出的是，地方立法范围应作广义解释：“指有关城乡公共服务及其管理活动，包括经济、政治、文化、社会、生态文明方面的建设与管理。”最后是草案具体条文的设定是否符合上位法的规定。二是有效性评估。立法起草的本质是对社会价值（利益）的选择、综合和分配活动，这种关涉利益分配的法律规则有效性评估至少应体现公平和效益。公平是立法的底线，立法起草在分配社会价值、规定社会成员权利义务时，要十分关切权责的分配是否平衡、适当，注意社会与政府的权利义务的平衡适当，重点防范立法资源向政府倾斜。同时，要考虑社会成员之间的权利义务的平衡适当，体现立法平等。效益是立法的追求，对于地方立法起草涉及经济性质的、有形的、可以用货币测量的立法项目，可以适用成本效益分析法，比如环境保护方面的立法。对于社会价值无法货币化的项目，立法起草可采用成本有效性分析，即为同一立法项目制定多个起草方案，并分析比较其优劣性，进而决定立法起草方案。

4. 建立立法起草协调机制。针对部门立法协调，立法项目涉及两个以上行政主管部门的立法起草工作，应当由所涉及部门共同协商确定得出立法起草方案，不得由一个部门单独包揽；起草部门不能协商作出立法起草方案的，提交他们的共同上级决定。起草过程中，行政管理部门之间的分歧或者矛盾，由政府法制机构牵头组

织协调；政府法制机构协调不了的，提交市政府分管领导组织协调。涉及行政管理方与行政相对方或者行政相对方之间利益分配的协调，由人大法制工作委员会牵头组织协调。针对区域立法协调，如何加强区域之间立法协调工作，东北三省省级政府间的地方立法作出了先行探索。根据东北三省政府间达成的协议框架，明确了区域间地方行政立法的三种模式：紧密型协作模式、半紧密型协作模式和分散性协作模式。每一模式所针对的对象有所差异，对于群众关心的难点、热点、重点立法项目，由东北三省共同起草；对于半紧密的事项，由一地带头起草，其他两地予以配合；其他立法项目，可由一地独立起草，而起草成果可以由三省共享。这种地区间协调起草模式，有利于节约立法成本，减少地区之间的立法冲突，是促进立法科学化的新方向。而建立这样的区域立法协调机制，还需由省级层面进行协商规制。

5. 规范立法起草的内容。地方立法不宜刻意追求“大而全”或者“小而全”，应立足实际，量体裁衣。一则立法法明确要求下位法一般不作重复性规定；二则重复性规定过多，将削弱地方立法权威，使地方特色稀释淡化，这种地方立法纯粹是“面子工程”，华而不实。地方立法必须追求经济。不仅立法内容要讲究经济，立法结构同样要求经济，除为保持最低限度的逻辑完整性要求外，不必过分追求章节结构，实用为上，操作为要，能立几条立几条。名称可以为若干规定或若干办法，地方性法规还可以采用人大决定的形式。

地方性法规立法起草工作，应当在实践中不断总结、积极探索、努力优化。做好立法起草，才能为制定一部优秀的地方性法规打下坚实的基础。

（课题组成员：盛建良、周智夏、许玲、王晨皓、陆盈帆、李彦）

# 关于打造网格化社会治理新模式的调研报告

常州市委政法委调研组

2017年8月以来，常州市认真贯彻落实省委、省政府关于创新网格化社会治理机制的决策部署，在省“网格办”有力指导下，坚持系统化思维、全局性站位，全力打造全要素、全市域、智能化、大联动的网格化社会治理模式。

## 一、党政统筹，强力推进

高点定位、高位谋划、四级联动、全域覆盖，形成网格化社会治理高起点、高标准、高质量推进的工作格局。

一是高层高位推动。市委、市政府把网格化社会治理纳入推动高质量发展、建设明星城等工作全局中定位和谋划，印发网格化社会治理实施意见、网格化助推乡村振兴实施意见等文件，召开动员会、推进会等系列会议，动员会一直开到村（社区），全市1500余人参加，是常州政法综治系统有史以来规模最大的会议。实行“一把手工程”，各级成立由党政主要领导任组长的领导小组，市委书记汪泉亲自作动员部署，市长丁纯主持召开政府常务会议进行专题研究，市委副书记、政法委书记蔡骏带领辖市（区）党政主要领导赴苏州、无锡学习考察。市、县两级先后开展由四套班子领导参加的调研、督导、视察等活动40余次。市、县两级组建实体化运作的网格化工作专班，组织赴省外学习先进30余次，开展督导调研、协调会办、培训辅导等系列活动，有章有序推进各项工作。

二是分层分类试点。推进区域试点，天宁区顺利完成省级试点任务，每个辖市

（区）2个镇（街道）先行先试、打造样板，新北区薛家镇新晨社区试点做法得到省委常委、政法委书记王立科充分肯定。推进行业试点，在文教、金融、卫生等行业领域探索专属网格精细化、精准化管理模式。推进项目试点，全市设置网格重点环节和细分领域试点项目23个，各地也分别确定一批试点项目，各有侧重、竞相发展。

三是优先优质保障。推动市、县两级网格化服务管理中心事业单位全覆盖，市编办批复5个辖市（区）中心建成正科级事业单位，核定了事业编制和社会化用工数量，市级中心、金坛区中心也已列入议事日程。市财政局、发改委、信息中心、电信公司鼎力支持中心基建、网格信息化等工作，简化流程、压缩周期、优先保障，全市各级累计投入中心基建和信息化建设经费4000余万元。市机关事务管理局、水利局全力支持市级网格中心选址、改造等工作，相关部门全力协同、“一路绿灯”，在全省率先建成一流的市级中心，中心办公面积1000余m<sup>2</sup>，其中仅指挥大厅就达500m<sup>2</sup>以上。

## 二、重点突破，科学建网

先后出台两个指导意见，统一网格怎么划、人员怎么配、系统怎么转、中心怎么建等重点事项，高质量建好“一张网”。

一是优化网格设置。以镇、村两级为实施主体，因地制宜、科学划分，全市共设置网格6257个，其中基础网格4962个、专属网格1295个，全部上图标注和统一编

码。梳理网格要素，制定制度规范，明确职责任务、事项处置、数据流转等规则，近40个部门9大类1107个事项下沉到网格。

二是强化人员配备。建立以网格长、专职网格员、兼职网格员、网格志愿者、网格联络员为主体的网格服务管理队伍，全市共配备专职网格员3420名、兼职网格员9660名。各地以新招录和转隶为主渠道狠抓专职网格员配备工作，武进、新北区将专职网格员配备向农村网格拓展。天宁区出台兼职网格员选任管理办法，面向社会公开招录，依据考核绩效进行奖励补助。溧阳市探索建立网格监督员队伍119人，由中心管理使用，专司“网格找茬”，与网格长、专职网格员“猫鼠对抗”，推动网格化工作高质态运行。

三是深化信息集成。自主建设“常州市网格化社会治理联动指挥平台”，覆盖市、区、镇、村、网格五级用户，符合国家和省标准规范，个性化功能创新出彩。完成村（社区）电子政务外网线路敷设、带宽扩容工作，配备“全要素网格通”8507台。完成公安标准地址库改造，与19个部门的业务系统实现交互共享，汇聚人口信息524万余条、房屋信息23万余条。按照“四屏合一”模式推进信息化集成工程，市、县、乡三级中心统一标准、整体联动。

四是实化中心建设。推行网格化服务管理中心与综治中心、合成维稳中心“三中心合一”模式，打造社会治理的枢纽型、实战型平台。制定《网格化服务管理中心管理规范》，明确中心职责、内设机构、进驻人员、业务流程、内部管理等组织架构和制度体系，分解工单派遣、研判分析、督查指导、事项协调、应急指挥等十大任务，构建上下贯通、横向联动、内部统一的规范化、高效化运行机制。

### 三、创新驱动，激发活力

把学外地之长与创本地之新结合起来，

大胆探索、鼓励创新，为网格化社会治理工作不断注入新的生机活力。

一是党建引领更显突出。探索网格党建工作体系构建新思路，将党支部建在网格、党建服务点设在网格、党员纳入网格，全市3900余名机关党员干部配置到网格担任联络员。探索网格深层次嵌入党建新模式，钟楼区将许巧珍“7+”工作法融入网格，主要做法被民政部评为2018年度全国优秀社区工作法；天宁区网格工作与党建同步谋划、基础网格与党组织同步设置、网格事务与党建工作同步推进，实现了党建引领、党群融合的有机统一。探索网格党建工作实质化运行新机制，经开区推行网格联络员会办制度，武进区推行党员议事督导法、开展“领导干部一日网格员活动”，架起了党心民心“连心桥”。

二是资源要素更趋集约。人员队伍集约利用，整合城管、公安等部门条线协辅人员担任专职网格员，实现“多元合一、一员多用”。信息系统集约建设，武进、新北以网格化平台为依托，把部门条线建到基层的信息系统进行归并整合。指挥中心集约合成，溧阳、金坛、武进、钟楼等地推行网格化与数字化城管、12345、综合执法、应急管理“多平台合一”模式，实现中心共建、人员共用、信息共享。改革事项集成推进，武进区探索将网格管理与窗口服务、队伍执法等改革事项协同推进，打造富有特色的集成管理改革样板。

三是多元共治更具活力。建立健全多层次协商机制，推动政府治理和社会调节、居民自治良性互动，溧阳市“百姓议事堂”、天宁区“社区管家”“和谐促进会”等做法被《人民日报》推介。建立健全多元化协同机制，金坛区在全省率先出台《新的社会阶层人士作为志愿者参与网格化治理的实施办法》，武进区大学新村在网格内设置“一长八员”，天宁区引导尤辉科技

服务站、瑞文心理工作室等众多社会组织参与。建立健全多渠道协作机制，运用市场化机制、开放式架构、智能化手段搭建群防群治新平台，金坛区“群言堂”、天宁区“民情茶座”、新北区微信小程序、溧阳市“我爱我家”手机APP等深受群众欢迎。

四是智能应用更加深入。智能化采集，推广小区智能门禁系统，具有身份信息自动采集、重点人员服务管理等新功能，数据信息实时上传至网格化平台。智能化管理，依托GIS地图开发实时定位、轨迹查询、热力图、智能推送等功能，让网格员管理更加方便；将视联网指挥系统无缝嵌入网格平台，各级中心实现与网格员的实时视频通话、指挥调度等。智能化应用，会同百度、海康等科技领军型企业试点推进“智

慧社区”建设，实现了重点信息多维采集、安全隐患多维感知、治安风险多维分析、网格治理多维支撑。

五是平安主业更为专注。第一时间感知社会风险，广泛排摸涉黑涉恶、非法集资等线索，重点巡查出租屋等重点场所、特殊人群等重点人员、消防安全等重点领域，严格管控寄递物流等新业态、互联网等新阵地，全市累计上报、流转平安稳定类事件16.3万件，厚植了平安稳定根基。把“双格融合工程”列为全市创新社会治理重点项目，推动“警格·网格”联动共治，打造网格警务升级版。制定考核办法，开发考核模块，将有价值的网格事项、有效的基础数据作为加分项，引导各地各部门大力破解平安稳定热点难点问题。

---

（上接第21页）

般的简单的案件办理中的各类问题，完全由员额法官依照独任审判制度，依据事实和员额法官对法律的理解进行判定，不再需要院、庭长审批，更不需要上审判委员会会议；而特定的法官专业会议的意见也只是一种参考和辅助。

司法改革的大背景下，对于独任法官的监督和完善的完善，也是制度的需求，和客观的要求。首先，员额法官的入门要求，必须严格把好员额法官的入口关，真正把业务水平高、司法经验丰富、审判业绩突出的高素质人才选拔进入员额法官队伍，应当对考察人选对象是否具有与司法责任制改革相适应的审判工作能力、作风和司法廉洁职业操守，是否具有有良好的法律素养，能否独立承办重大复杂案件进行全面考察。其次，在赋予独任员额法官更大审判权力

的同时，进一步规范和完善审判管理和监督，建立院庭长审判和监督权力清单，监督不得超越范围，不得任意监督，并且进一步完善信息化审判管理机制，健全司法过错责任追究机制，坚持有序放权和有效监督相统一，切实做到放权不放任、监督不缺位。第三，入额法官独任审判，不是待遇，不等于终身入额，入额法官考核不过关、作风不过硬的就必须退出员额，形成能进能出，能者上，庸者让的正确风向标。第四，对于独任审判过程中出现的，当事人和媒体等的评价要客观对待，原则上应该等案件裁判后再对独任员额法官进行适度监督，在员额法官独任审判时，其身份性质独立，应不得干扰。

（作者单位：常州市中级人民法院）

# 跨部门综合执法改革研究

## ——以常州市综合执法改革为例

范红佳

综合行政执法是在相对集中行政处罚权基础上对执法工作的改革,不仅将日常管理、监督检查和实施处罚等职能进一步综合起来,而且据此对政府有关部门的职责权限、机构设置、人员编制进行相应调整,从体制上、源头上改革和创新行政执法体系。依据江苏省政府法制办《关于常州市在相关镇(街道)开展相对集中行政处罚权工作的复函》(苏府法函〔2017〕53号)精神,常州市在2017年启动综合执法改革工作,目前综合执法改革还处于过渡磨合期,期间有丰硕的成果也有亟待解决的难题。

### 一、常州综合执法改革现状

2017年,常州市按照国务院、省政府对开展相对集中处罚权工作的有关要求在各辖市、区开展试点工作,其中包括1个经开区和9个乡镇、街道,各地相应成立综合执法局(办),承接行政处罚事项。以新北区孟河镇为例,18年3月,孟河镇成立综合执法局,由原孟河镇城镇建设与管理局城镇管理与行政执法中心、原孟河镇环境保护与安全生产监督管理局、原组织人事和社会保障局劳动监察科合并组成,按照网格化管理的模式将全镇划为三个片区,分别设置3支执法中队,由44名综合执法人员担任网格巡查员,统一行使城管和劳动2个部门78项行政执法权。按照巡办分离原则,巡查员负责现场发现问题、上报线索、核实群众反映的问题、核查处

置结果。通过执法集成、人员下沉,既增强执法的话语权,又打破条线的壁垒藩篱。在综合执法局和网格化治理的基础上,孟河镇建立了综合指挥中心,对接上级各职能部门端口,配备移动终端,形成发现问题、报告问题、解决问题闭环网络,智能联动平台实行城市管理、便民服务和社会治安“三网合一”及工作流、信息流、管理流“三流融合”。整合环保、国土等平台信息数据,无缝对接公安信息中心数据,以实现全镇“人、地、事、物、组织”等“云”基础数据信息实时调取。通过“一长六员”的巡查上报,由指挥中心实现信息汇聚一派分处置一跟踪监督。行政触角延伸到企业和群众身边,大大缩短了信息传递与处理的时间,提高了行政效率,避免了公共管理资源的浪费。

### 二、改革推进过程中的存在问题

1、权力下沉中衔接不畅。国家和地方关于涉及街道、乡镇的法律法规之间或政策之间往往缺乏有机衔接,这导致基层的行政执法工作缺乏标准、难以统一。同时,当前各级政府公共管理事务中管理事项和责任“下沉”,但由于人员、设备、技术等问题,执法权限却没有伴随着“下沉”,街镇政府在行使管理职能的过程中,常常会发现环保、城建等具体领域违法行为的线索,但自身并无处罚的权限,这就会出现“管得着的看不见、看得见的管不着”

现象，使就近执法、属地管理的构想难以统筹。

2、现有法律法规存在缺位与冲突。特定行政执法领域有各自部门性的法律法规，如中华人民共和国《环境保护法》、《食品安全法》等，各自的行政执法规范不统一。不仅是不同领域，即使在同一领域，不同的行政主管部门的规章对行政执法程序要求也不尽相同，比如工商、食药都有食品领域的监管职能，《工商行政管理机关行政处罚程序规定》第五十七条“适用一般程序处理的案件应当自立案之日起九十日内作出处理决定”，而《食品药品行政处罚程序规定》并没有严格规定处理案件的期限。在常州市一级工商、食药、质检已合并成市场监督管理局，但不同的法律适用和不同的执法流程不利于案件办理和后续的监管审核。目前，开展相对集中行政处罚权和综合执法的唯一法律依据只有《行政处罚法》第十六条，如果想全面推开综合执法改革，须经过国务院或经国务院授权的省级政府的批准，这也属于综合执法改革的一个限制因素。

3、相对集中行政处罚权与综合执法的分头管理体制给改革带来障碍。虽然综合执法的改革与相对集中行政处罚权的改革是一体的，但它们事实上分属两套管理体制——相对集中行政处罚权归法制部门负责，而综合执法则由综合行政执法改革部门（如编制管理部门）负责。不同部门对以上概念的认知并不一致，所执行的标准和程序也未尽相同，试点乡镇的综合执法局面对“一根针串多条线”的窘境。目前的综合执法改革工作，仅仅是对试点区、镇的改革，未充分考虑到不同层级政府的具体职责范畴以及履职方式的差异性，亟需避免因取消执法队伍而遭到上级职能部门质疑的情况。

4、人员配备少、执法事项多、执法能力欠缺。常州试点乡镇街道各配备持证执法人员10人左右，但真正在执法一线的持证人数还低于此，加上执法事项繁多、执法领域复杂，现有人员并不足以应对繁多的日常执法任务。目前，各试点均有大量执法协管人员，由于专业素质较低且没有执法权力，不得单独从事行政执法的立案、受理、调查、作出决定等行政执法活动，往往是协管人员上街巡查，发现违法行为及时记录，再由执法人员出具法律文书，这不利于案件前道的证据留存和后续的法制审核。

5、部门间的职权分设与执法衔接存在问题。综合行政执法要实现执法和监管的“无缝对接”，说易行难。一方强调行政处罚权划转后，行政监管职责应当随之划转，与行政处罚相关的行政监管应由综合执法部门承担；另一方认为按照“谁审批谁监管”的原则，综合行政执法部门只有在发现需要予以行政处罚的行为时才行使“行政检查权”，而日常的监管职责依旧由主管部门承担。

6、自由裁量监管缺失。综合行政执法部门在办理行政处罚案件中自由裁量度较高，各执法区域内执法人员能力参差不齐，容易出现处罚畸轻畸重的案例。如果在不同管辖区域内或在同一辖区中出现“同案不同罚”的情形，对行政执法的公信力、综合执法的权威性都会产生消极影响。

7、法制审核制度尚未完善。综合执法的法制审核主要出现在以下几个方面：一是在查清案件事实后，对案件的证据材料进行审核，二是在作出处罚决定之前对适用法律、自由裁量进行审查，三是在执法全过程中，对行政执法程序的合法性把控。但法制审核制度的欠缺在试点工作中普遍存在，现有审核方式多为分管领导的阅卷、

签字，其自身角色的局限性削弱了该审核的有效性。

### 三、关于综合执法改革的思考

1、信息平台建设。积极创新监管方式，“大平台+综合执法”总揽全局。结合智能终端、大数据、音视频通讯等先进技术，着力建设覆盖执法指挥协调、执法队伍监督、执法事件处置、执法全过程记录、执法监察考核、执法数据分析的“六大执法体系”，平台通过构建考核层、执行层、数据层、支持层“四层服务”结构，一条线打通综合行政执法全流程。以执法指挥调度体系为例，通过接入公安、环保、国土三大信息流，将街面探头、人员、企业、重点区域进行可视化展示，指挥中心可随时调看事件位置并快速查看附近队员进行调度。信息平台将网格员巡查过程中发现的信息、线索记录上传，指挥中心立案分派，相关部门处置反馈，网格化信息员现场核查结案，闭环运作不仅提升了执法的监管力度，还扩充了社会多元化管理体系。大平台还应包括行政执法案件的流转系统，整合执法案件的合法性审查、自由裁量权监管、各部门间案件移送等功能，实现“执法责任网格化、勤务管理可视化、法规应用编码化、处罚审批网络化、案卷管理电子化”。

2、体制机制建设。一要加强协调配合，协调好行政管理部门和综合执法机构之间的关系。综合执法部门与相关管理部门应当建立完善违法案件移送制度、行政执法协助制度、“两个相对分开”制度、行政执法与刑事司法衔接制度，建立健全信息共享机制，相互通报有关行政管理信息。二要落实三项制度，强化对执法活动的监督制约。建立行政执法公示制度、完善行政执法全过程记录制度、落实重大行政执法决定法制审核制度，推进阳光执法，妥

善处理执法中涉及人民群众切身利益的矛盾和问题，促进严格规范公正文明执法。三要加强编制管理。按照“编制随职能走，人员随编制走”原则，力求人员编制重点用于执法一线。基层一线队伍编制不足的，优先从本地区本层级调剂解决，同一行政区内，综合执法人员定期轮岗。推动综合执法队伍统一服装标识、统一执法证件、统一执法平台、统一执法专用章、统一法律文书，不断提高队伍素质和执法水平。

综上所述，跨部门综合执法改革，首先要从顶层设计上打通制度的“瓶颈”，给予综合执法法律、法规上的定位以及财政上的保障，使其能够“旗帜鲜明”地履行法律、法规授予的职能。其次要尽可能从有利于综合执法规划、管理、实施角度，把现有分散在不同部门、机构里涉及规划、管理、实施职能集中起来统一归于综合执法部门，采取联合会议的形式处理执法过程中重大、疑难、复杂问题。再次通过社会招考引进年轻人才充实执法队伍，同时加强对现有综合执法人员的知识更新定期培训工作，努力提高执法人员综合运用法律、法规和规章的能力和基本素质，使其能够胜任应对执法过程中出现的问题。同时着手把现有的网上查询、管理系统加以整合促使信息互通互补，形成“大平台”把控全局，达到节约资源提高效率的良好效果。

（作者单位：新北区司法局）

# 论公证卷宗质量的现状、问题与优化

李强国 徐臻

公证质量历来是公证工作的生命线，是公证行业健康发展的基石。公证卷宗作为公证内容与程序的形式化体现，其的质量既是公证质量的重要组成部分，也是衡量公证质量高低的重要依据，有必要对公证卷宗质量的高低问题予以关注。为此，本文拟对近五年来省、市公证卷宗质量检查中发现的问题进行梳理，分析影响公证卷宗质量提升的主要因素，提出优化完善公证卷宗质量的对策建议，从而有利于公正卷宗质量检查制度的完善。

## 一、近五年来全省公证卷宗质量现状与特点

根据江苏省公证协会对2014-2017年全省公证卷宗质量检查通报，基本情况如下：2014年全省共检查卷宗1265件，合格卷宗1128件，占总数的89.17%；基本合格卷宗137件，占总数的10.83%，没有不合格卷宗。2015年全省共检查卷宗1274件，合格卷宗1196件，占总数的93.88%；基本合格卷宗77件，占总数的6.04%，不合格卷宗1件，占总数的0.08%，有58个公证处卷宗合格率达到100%。2016年全省共检查卷宗1310件，合格卷宗1270件，占总数的96.95%；基本合格卷宗40件，占总数的3.05%，没有不合格卷宗，有70个公证处卷宗合格率达到100%。2017年全省共检查卷宗1356件，合格卷宗1241件，占总数的91.52%；基本合格卷宗115件，

占总数的8.48%，有46个公证处卷宗合格率达到100%。

通过省公证协会对公证卷宗质量检查结果的通报进行分析，发现近五年来全省公证卷宗质量具有三个基本特点：

一是公证卷宗质量不稳定，总体不断提高但时有反复。从2014年到2016年的三年间，全省范围内办证不规范的现象有相当明显的改善，公证卷宗质量不断提高，合格公证卷宗的比例从不到90%上升到近97%，而基本合格卷宗无论是数量还是所占比例均呈现出大幅下降的趋势。然而，2017年的数据却有些许反常，首先在卷宗合格率上并没有在2016年的基础上进一步提升，反而有所回落，甚至仅仅是略高于2014年的数据；在合格率达到100%的公证机构数量上，2017年也较上一年减少了三分之一，呈现出一定的反复性。

二是公证卷宗质量区域发展不平衡。从通报看，全省有一半左右的公证机构存在不同程度的质量问题，苏南、苏北、苏中虽无明显的区别，但市级公证机构相对来说公证卷宗质量相对较高，区、县公证机构存在的问题相对突出，个别公证机构合格率只有50%，呈现出区域发展的不平衡性。

三是民间借贷类公证卷宗质量问题相对突出。近四年主要集中检查合同、遗嘱、保全证据、继承、委托、现场监督、民间

借贷、赠与等八类公证事项，虽然各类公证事项均存在一些问题，但相比较而言民间借贷公证存在问题较为突出，存在较为严重的质量隐患。例如借款协议中缺少违约责任条款、大额借款协议中约定不符合交易习惯的现金交付、借款协议中利息约定超出法律的强制规定（有的年息甚至高达180%）。

## 二、近五年来公证卷宗质量存在的主要问题

对于全省公证卷宗质量存在的问题，可以从程序与实体两个方面加以分析。程序方面存在的问题主要体现在办证、管理等环节，实体方面存在的问题主要体现在材料真实性、证据、公证文书等方面，具体如下：

### （一）程序方面存在的问题

公证办证程序可分为办证与管理两个环节。办证环节存在的不足主要有：一是申请、受理不规范。申请表填写不规范。表现在遗漏申请人、申请人遗漏签名、申请公证事项与公证证词的事项不符（如申请表记载委托，但证词是签章）、公证书用途填写不规范、未填写证人的基本情况、填写提供的材料名称与事实不符、申请人及代理人特别是境外人士相关信息填写错误。收费不规范，减免收费无相关审批意见附卷。违反执业管辖规定，跨执业区域办证。二是审查核实不到位。主要表现为核实流于形式，对效力较低的证明材料未进一步核实或满足于电话核实、对有疑点的证明材料未作核实、核实的方式不规范、证人的资格未作严格的核实，应该核实的事项未作核实（如继承公证未核实婚姻、有无遗嘱等），当事人提供的复印件上缺少公证员的核对章或当事人签名。三是笔录、

告知针对性不强。主要表现为缺乏专项告知书记录，笔录中的告知内容错误、引导性的告知欠缺，笔录内容与公证文书内容不一致，笔录修改处未捺指印、笔录遗漏签名，对法律文书的修改意见、当事人拒绝修改的意见在笔录中未记载，笔录重点不明确、存在为做笔录而做笔录的现象。四是办证程序不规范。主要表现为保全类公证无工作记录或工作记录不完整，需要两人共同办理的公证事项但卷宗中只反映出一人办理，现场监督公证无现场公证词存卷，公证书制作不规范，公证书格式使用不当（如证词应使用要素式格式而未适用，定式公证书随意增减内容），存在公证员未亲自办证等情况。

办证管理环节存在的不足主要有：一是审批不规范。审批是确保公证质量的重要环节，但公证卷宗质量检查中发现审批不规范的情况，如审批人签名或签署日期不全、未经审批出证、先出证后审批，甚至出现公证书拟稿签发日期、办结日期、出证日期不一致的情况。特别是现场监督类公证，各公证机构做法不一，出证日期混乱，存在倒签现象。二是管理有漏洞。在卷宗检查中还发现超期限办证但卷宗中无延期的审批意见，终止卷宗未立卷，终止公证无承办人申请报告、审批意见和送达依据，未按规定及时归档甚至出现立卷日期错误等低级错误。

### （二）实体方面存在的问题

公证卷宗质量在实体方面存在的不足主要体现在：一是材料真实性存疑。公证卷宗质量实体方面的问题有很大一部分表现在证据材料的真实性存疑，例如关键性的证明材料为伪造，笔录中所记载的当事人陈述是编造的，当事人提供的证明材料

虽真实但修改处未盖章，有的证明材料无出具日期，有的证明材料不完整，甚至有遗漏继承人的情况。二是证据充分性不够。除上文提及的证明材料不真实的情况之外，还有一个不容忽视的质量问题就是证明材料不充分、证据链不完整，导致需要证明的事实存在疑点。例如涉外亲属关系公证中缺少申请人与关系人之间的直接证明；民间借贷合同公证中缺乏借款方的婚姻状况证明；抵押财产、赠与财产无登记簿查询，难以判断是否存在抵押、查封等限制处分的情况；被继承人既不随父姓也不随母亲姓，没有相关证明，笔录中也就无相应的记载；笔录内容与公证文书内容不一致、工作记录内容不完整或记载错误导致公证书证据缺失或不充分。三是公证文书的准确性、合法性存在问题。法律文书的内容是否有歧义及是否合法直接关系到文书的履行，公证书的正确与否直接影响到公证书的使用。卷宗检查中发现公证文书瑕疵较多，有些问题还比较严重。如：民间借贷协议上有关利息、违约金的约定超出法律规定的范围，变更子女抚养关系协议中将抚养费与生活费、教育费、医疗费相混淆，遗嘱、赠与文书中未表述是作为受益人的个人财产还是作为夫妻共有财产或者语义表述模糊，合同签署日期不准确或遗漏签名，有的合同主体不当，有的超越代理权，有的法律文书由当事人提供，虽存在合法性问题但当事人拒绝修改。在公证证词方面问题较多，以继承公证为例，主要有继承标的表述错误，存款仅写账号不写具体数额，证词表述逻辑混乱，适用法律错误（甚至出现民法总则尚未实施却适用民法总则），涉及转继承或代位继承时常遗漏继承人，证词表述查明的死亡原

因、地点、时间等事实与卷宗材料中记载的事实不符等。

### 三、影响公证卷宗质量的因素分析

根据当前有关公证的相关制度规定，结合近年来公证卷宗质量检查暴露出来的问题，我们认为奖惩机制的缺位、规范的不明确、标准的不合理及审批程序的不严格等都是影响公证卷宗质量提升的重要因素。

#### （一）奖惩机制缺位

奖惩机制的不到位主要体现在三个方面：一是公证卷宗质量检查通报很少具体化，点名到姓的情况很少发生。对于出现问题的卷宗以及公证人员没有相应的公示措施，有些公证机构传达精神不到位，这就导致一部分办证存在瑕疵的公证人员对于卷宗质量不够重视，公证卷宗质量无法得到巩固、提高。二是公证人员收益与公证质量挂钩的制度未落实到实处。具体而言，在卷宗检查中出现问题的公证人员在劳动收益部分并没有明显体现出瑕疵卷宗的影响。三是无差别缴纳公证执业保险。公证执业保险推行的目的，是使公证员违法执业给当事人造成的损失能够得到相应赔偿，以保护当事人的合法权益，提高公证工作的社会信用度。然而在实际操作中，不少公证机构为避免影响扩大，即使因错证产生赔偿也并不动用执业保险对当事人进行赔偿也很少因此而提高该公证人员保险缴纳的数额，致使提高公证卷宗的质量难以成为全体公证人员的自觉行动。

#### （二）规范不明确、标准不合理

制度建设中的不规范、不合理主要体现在以下三个方面：一是制度建设落后与现实需要。现行的公证程序规则已经实行十多年，司法部相关的办证规章有的还

是上世纪颁布的，修改滞后导致与现实生活脱节，无新型业务办证指引（规范），不少新业务的开展是摸着石头过河，直接影响公证业务的办理和公证卷宗的质量。二是现有的卷宗质量评价标准中有的规定过于笼统、缺乏可操作性。如询问笔录过于简单，针对性不强定性为基本合格，但对简单、针对性的判断标准并不明确；又如询问笔录中修改处未盖章或捺指印定为基本合格，但询问笔录中记载细微瑕疵定为合格，两者存在矛盾之处或不统一之处；又如，公证文书存在瑕疵但尚不影响使用定为基本合格，但何为不影响使用？是依当事人的判断还是文书使用部门的判断，抑或是公证检查人的判断并无明确的依据。再如，有的法律文书由当事人提供，虽存在合法性问题但当事人拒绝修改，承办公证员如不予办理可能面临投诉，如尊重意思自治又面临法律风险，规则及评定标准对此并不明确。三是有些公证事项缺乏统一性规定。如现场监督公证，对是否需要现场公证词存卷目前尚无统一的要求；遗嘱公证在打印稿上是否需要代书人签名争议不断。凡此种种，既导致公证人员的执业行为标准化、规范化难以实现，也导致了公证卷宗质量的反复。

### （三）审批环节把关不严

公证卷宗质量首先需要承办人具备较高的执业能力和水平，特别是良好的操作习惯，但公证审批无疑是保证公证质量的重要环节。在业务量比较大的公证机构，客观上审批人审批量较大，在卷宗质量检查中常发现有的公证机构审批流于形式，存在只批不审的情况，有些证词出现低级错误，应该发现却没有发现。有的公证机

构虽然业务量并不大，但只有一个公证员，只好由司法行政部门领导代为审批，不仅无法保证公证质量而且存在程序违规的风险；有的公证机构只有两名公证员，为保证程序合法，只好相互审批，初任公证员本需要别人指导此时却充当了把关人，要保证公证质量确实勉为其难。

### 四、完善公证卷宗质量检查的建议

针对当前公证卷宗质量检查中出现的问题，可从卷宗质量检查标准、卷宗质量检查方法、卷宗质量检查结果应用等方面予以优化。

#### （一）优化、细化公证卷宗质量检查标准

可以从优化与细化公证卷宗质量检查标准两个角度出发：一是优化公证卷宗质量检查标准。现行的省公证卷宗质量检查评定办法主要是依据2012年1月7日中国公证协会第六届常务理事会第七次会议通过的《公证质量评价标准（试行）》所制定，此评定标准对程序性的规定较为烦琐（有些条款甚至自相矛盾，同一种情形既是合格又是基本合格），而对证据审查、法律文书等实体性的规定则较为笼统，有些要求过低。随着公证形势的变化，也需要与时俱进，对相关标准进行修订，对相关公证法律法规以及相关办证规则进行优化，以充分发挥其对公证执业活动的引导、示范、规范作用。二是细化公证卷宗质量检查标准。前文提及现行的公证卷宗质量检查办法中存在诸多不明确、不合理之处，需要对相关条款进行细化，特别是对同一类公证事项，各地做法常常不一，为规范起见，省公协有必要根据本省的实际状况，在与相关部门会商后，对办理相关公证事项提出具体的指导意见，并将执行情况纳

入卷宗检查。

## （二）优化公证卷宗质量检查的方式

目前卷宗质量检查主要采取年度集中检查和专项检查相结合的检查方式，集中检查主要抽查八大类公证事项，集中检查时分两组进行交叉检查，另设立评审组进行最终评定。笔者认为鉴于全省各公证机构大多按要求将相关材料进行扫描，在集中检查时可要求各地报送的卷宗与扫描件一并报送，也可检查公证系统中各地被抽查卷宗的审批记录，以防人为修改。集中检查时，可分三组进行，这样可避免相互干扰。对检查人发现的问题，可由本组专家确认后上报评审组，评审组复核确认后，应根据评定标准确定等第，如改变检查小组的意见，应与检查人交换意见并说明理由，如意见分歧较大，可交由相关专题委员会研究后确定最终等第。

为尽可能反映卷宗真实情况，可改变调取卷宗集中于一地检查的做法，组成检查组分头到各市集中抽查，根据事先确认的类别、卷宗号现场抽取卷宗，当场检查、当场评定，当场反馈意见，这不仅可提高检查的真实性，也便于及时整改提高。为尽可能提高检查的效果，可抽调质量检查与评定委员会、业务指导委员会成员的专家组成联合检查组，巡回各地进行检查、指导，而不是仅满足于检查。

## （三）深化卷宗质量检查成果的应用

为克服为检查而检查的情况，应加强公证卷宗质量检查成果的应用。一是建立卷宗质量检查结果书面通报制度。对做的好的公证机构、公证员进行表扬，并对好的做法组织推广；对做的较差的公证机构、

公证员进行通报批评并督促整改。二是建立卷宗质量检查结果研判制度。要对检查中发现的共性问题进行研究，分析产生的原因，提出解决之道；对争议较大的问题或倾向性问题，可提交相关专题委员会研究，提出指导意见，制定相关办证规范；也可从中选择一些问题作为课题发给公证员进行研究、撰写论文或组织沙龙进行探讨，对研究成果进行评定后汇编成册，供公证员办证参考。三是建立典型卷宗示范制度。可以对检查中发现的好、坏案例进行梳理，以指导案例的形式发布各公证机构参考。为防止公证质量的反复，对于全省范围内出现的卷宗问题，可以在一段时间后进行公证卷宗质量复查，并督促各公证机构落实。四是建立信息反馈制度。应当主动与公证使用的部门进行沟通，收集公证书使用和反馈信息，汇总后通报公证机构，指导后续公证办理。

总之，影响公证卷宗质量的因素是多方面的，其关键在于提高公证人员的工作责任心、提高其执业能力和水平，而通过不断完善公证卷宗质量检查的各项措施不仅可以促进公证卷宗质量的提高，而且可以促进公证质量的提高和公证行业的健康发展，不断增强公证的公信力，满足社会对公证的新期待。

（作者单位：常州市常州公证处、常州大学公证研究中心）

# 论刑事法律援助值班律师工作定位与职责

纪海清

目前，法律援助值班律师制度逐渐兴起且发展前景广阔。实施这一制度，不仅可进一步提高刑事辩护率，推动认罪认罚从宽制度的革新，而且还可完善法律援助制度。对该制度中值班律师的职责进行分析，找出履职过程中所存在的问题，进一步完善值班律师工作职责，确保其职能的有效发挥，以此来确保刑事法律援助制度的可持续发展。

## 一、值班律师的定位

值班律师是特殊的辩护律师。值班律师同犯罪嫌疑人、被告人自行委托的律师及基于相关法律法规由法律援助机构为其安排律师相同，均是辩护律师。然而，现阶段法学界对于这一制度的认识存在缺陷，其中有两个重要的问题需要解决：

其一，辩护的理念已然从传统的审判辩护延伸到了实体辩护与程序辩护并重、审判辩护与审前辩护并存的模式。2012年，刑法修正案重点修改了第三十五条中“辩护人的责任”，将以前的“维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益”修订为“维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益”，这同前一条规定：“提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见”属于并列关系，这便是典型的实体辩护与程序辩护并重、审判辩护与审前辩护并存的新格局。在这一情形下，便不只是将出庭作为被告人辩护的重要场所，审判前、审批中也应积极有效保

障犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利和其他合法权益。这实质上属于辩护。以这一概念为切入点，现阶段值班律师工作也理所当然属于辩护的范围中。

其二，在值班律师制度尚未确立前，辩护律师不只是包含了当事人自行委托的律师，也包括了法律援助机构按照相关法律规定为其安排的援助律师。理论层次分析得知，相比于当事人自己委托的律师，法律援助律师只是来源有所不同，两者工作性质及职能定位均为辩护律师。现阶段又出现了值班律师，其同法律援助律师也不存在本质差别，也属于辩护律师。

值得注意的是，“值班律师”也具有一定的特殊性，其不只是表现为它不是当事人自己委托的律师，也不是法律援助机构基于特定个案安排的律师，而是并不是基于个案，统一指派到人民法院或看守所值班的方式、随时能够为当事人提供法律服务的律师。换言之，在刑事诉讼方式上，其同委托的律师和一般法律援助律师之间存在一定的差异，这便是其特殊性。然而，在工作性质、法律服务提供方面，三者均扮演着辩护律师的角色。

## 二、刑事法律援助值班律师工作职责的完善建议

### （一）明确值班律师的身份定位

为了有效避免出现职责履行过程中存在的各种问题，值班律师应正确地定位自身角色，法律法规应将值班律师确定为法

律帮助者。值班律师扮演着法律帮助的角色，不得出庭进行辩护，也并不是常规意义的辩护律师。首先，值班律师与一般法律援助律师之间具有一定的差别，其职责、工作方法等不同，角色之间不得混淆。针对法律援助来讲，法律援助律师应为援助对象提供各种服务，包括出庭辩护等，维护其合法权益。显然这一做法难以有效地满足大量犯罪嫌疑人、被告人的“初级需要”，即简单的法律咨询需求。基于此，值班律师则以法律帮助者的角色介入其中，为犯罪嫌疑人、被告人提供帮助，解答其法律疑惑之处，满足其法律需求。其次，由于现阶段我国司法资源较为匮乏，再加上分布不合理等，假设把值班律师的职责拓展到出庭辩护，为当事人提供所需帮助，这一做法在一定程度上限制了法律援助制度的有序进行。

### （二）建立各诉讼阶段工作衔接机制

任何一个案件，从侦查到审批均需要值班律师与法律援助律师、委托辩护律师科学分工与有效衔接，构建值班律师与法律援助律师、委托辩护律师之间的有效衔接制度，值班律师需要作为犯罪嫌疑人、被告人的“急诊医生”，认真分析病因，进行对症治疗，做好各种准备。值班律师应第一时间同当事人见面，翻阅卷宗，并将当事人意见如实记录，为辩护律师提供可靠的信息。值班律师将基本职责完成后，辩护律师便可扮演“门诊医生”，继续做好辩护职责的后续工作，这一做法使辩护律师无需投入大量的精力与时间去处理法律咨询，而且还能够对案件事实予以全面了解，迅速投入到后续辩护程序中。同时，值班律师同辩护律师的衔接过程应当得到司法机关的有效保障，促使前一阶段值班律师的法律帮助能够同后一阶段辩护律师的辩护工作有效衔接不中断。另外，应有

效避免值班律师私自收费、恶意招揽案源及私自转化为辩护律师，使得值班律师难以同辩护律师密切衔接。只有法律援助律师、委托辩护律师及值班律师各司其职，积极履行自身职责，才能够确保法律援助力量充分发挥其作用。

### （三）赋予值班律师阅卷权，推行卷宗电子化

首先，法律应对值班律师阅卷权予以明确。其次，确保阅卷权的顺利施行。虽然值班律师只是帮助者的角色，不具备辩护人的相关职能。但是基于相关法律规定，应当赋予其阅卷权利。对于我国刑事案件进行分析得知，大多数是犯罪事实清楚、情节轻微、罪刑在三年以上的案件。对于这一类案件，值班律师应充分行使职能，第一时间向当事人或执法人员进行询问。对于案情过于复杂的案件，特别是犯罪嫌疑人存在认罪认罚情节的，值班律师只需要发挥咨询的职能。因此，为高效解答咨询，应对值班律师阅卷权予以明确，公安机关、检察院、法院应合理安排阅卷时间及地点，确保值班律师能够迅速查阅到卷宗，第一时间同犯罪嫌疑人、被告人予以交流沟通，有效保障其合法权利。另外，应提高值班律师阅卷的效率。为了实现高效阅卷，我们应努力促使卷宗实现电子化。公安机关、检察院、法院应广泛推广卷宗电子化技术，构建卷宗电子网络系统，各方可共享电子卷宗。值班律师则可随时随地浏览电子卷宗，第一时间掌握案情，这一做法不仅能够对值班律师的阅卷权予以有效保障，而且还能够将诉讼资源予以有效节省，实现高效诉讼。

### （四）赋予值班律师会见权，完善会见权救济机制

与阅卷权相同，应赋予值班律师会见

（下接第 42 页）

# 自论未成年人犯罪的司法处遇

## ——以法院为中心视角

黄文娣 何健宏

### 一、未成年人犯罪的理论探讨——以国家亲权理论的反思为视角

未成年人犯罪的处遇应当有别于成年人的社会认知，其理论基础为国家亲权理论。然而，何谓国家亲权？所谓国家亲权，有三个基本内涵：一是国家居于未成年人最终监护人的地位；二是国家亲权高于父母的亲权；三是国家在充任未成年人“父母”时，应当为了孩子的利益行事。由此可见，国家亲权强调以少年福利为本位，其最大价值在于实现未成年人的最大化利益，从而使未成年人的司法处遇有别于普通刑事司法制度，让“国家处理未成年人罪错案件的权力贴上了爱的标签，使这种权力的运作含有强烈的情感倾向。”

然而，国家亲权理论也不是十全十美的，不管在理论上还是在应用上，其均处于不断革新之中。笔者认为，国家亲权理论有以下两个可反思之处，一是某些披着“亲权”外衣、实则以“国家权力”为主导的伪善的司法处遇，二是过分强调“亲权”而导致犯罪处遇脱离公权力的视野、社会处置犯罪的一般预防失控的理念。

### 二、未成年人犯罪的司法处遇难题

#### （一）法院的角色定位及困境

关于在未成年人犯罪的司法处遇中法院的角色定位问题，十八届四中全会已经给出了答案，即《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》所明确指

出的“以审判为中心”理念。何谓“以审判为中心”？一是指审判在公诉案件刑事诉讼程序中居于中心地位；二是指在审判中，庭审（开庭审理）成为决定性环节。需要注意的是，以审判为中心不是指以法院为中心，而是指侦查、起诉和执行要围绕着审判这一中心而展开，这意味着在司法程序中，法院不能仅仅作为终点、更要成为中心点，不能片面强调侦查，更要通过庭审把握实体正义。“以审判为中心”是整个司法活动的要求和必然趋势，在未成年人的司法处遇领域亦是如此。这就需要法院突破处遇困境，提升自身的“引力”，让司法程序的各个环节都自觉地“环绕”审判。

过去法院在未成年人的处遇上相对被动，虽然也进行了少年法庭等有益的试点工作，但大多是在“怎么判”上大做功夫，鲜有对司法链条上的制度衔接问题作出回应。因此，探讨法院在面对未成年人犯罪“公诉转自诉”案件时的处遇困境是有必要的。所谓公诉转自诉案件，在未成年人犯罪案件中，主要是指被害人在人民检察院作出相对不起诉或者附条件不起诉的决定后转向人民法院寻求救济的一类案件。我国《刑事诉讼法》第176条规定：“对于有被害人的案件，决定不起诉的，人民检察院应当将不起诉决定书送达被害人。被害人如果不服，

可以自收到决定书后七日以内向上一级人民检察院申诉，请求提起公诉。人民检察院应当将复查决定告知被害人。对人民检察院维持不起诉决定的，被害人可以向人民法院起诉。被害人也可以不经申诉，直接向人民法院起诉。”第271条第2款规定：“对附条件不起诉的决定，公安机关要求复议、提请复核或者被害人申诉的，适用本法第一百七十五条、第一百七十六条的规定。”这类自诉案件法院是否都应当受理？答案肯定是不能，原因如下：一是案多人少。一旦被害人不服皆可起诉，那么不起诉决定的案件分流功能便无从谈起，且囿于公诉机关的参与空缺，法官将面临巨大的工作量；二是应当尊重检察机关的起诉裁量权。根据起诉便宜主义，检察机关在合理限度内有权决定起诉与否，对于检察机关的此一权利，法院应当予以一定的尊重。如果法院对这类案件来者不拒，那检察机关的不起诉决定书往往就沦为了一张废纸。

## （二）关于未成年人犯罪司法处遇两项基本制度的反思

1、我国合适成年人参与制度的不足与反思。“合适成年人”作为一项刑事诉讼中的特别制度，其基本含义是指警察在讯问未成年犯罪嫌疑人或患有精神病的犯罪嫌疑人时，必须有合适成年人到场。《刑事诉讼法》第270条第1款规定：“对于未成年人刑事案件，在讯问和审判的时候，应当通知未成年犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。无法通知、法定代理人不能到场或者法定代理人是共犯的，也可以通知未成年犯罪嫌疑人、被告人的其他成年亲属，所在学校、单位、居住地基层组织或者未成年人保护组织的代表到场，并将有关情况记录在案。到场的法定代理人

可以代为行使未成年犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利。”这是“合适成年人制度”在我国立法上的体现，但存在两点缺陷：一是没有对合适成年人的权利义务作出规定。刑诉法只规定了法定代理人的诉讼权利等同被告人，没有明确其他合适成年人可否享有与法定代理人相等的诉讼权利。笔者认为，合适成年人参与到法庭审判中，应视为未成年人主体意志的延伸，既然法定代理人行使被告人权利理所当然，那么也不应对其他合适成年人的此等权利有所苛责，法律应为其发挥作用创设足够的便利条件，“但须以维护未成年犯罪嫌疑人的权益为前提。”二是合适成年人的角色选择不存在顺位，而刑诉法却规定只有当法定代理人通知不能或是不便通知的时候才能考虑其他的成年人加入，这不利于保护为未成年人利益。

2、我国刑事和解制度的不足与反思。所谓刑事和解，是指从人权保障、人性化办案的角度出发，从而恢复被破坏的社会关系，以减少对抗、化解矛盾、促进社会稳定与和谐的一种司法制度。《刑事诉讼法》第五编以专章“当事人和解的公诉案件诉讼程序”来规定刑事和解制度，但该章只有简单的三个条款，也没有对未成年人案件作出特殊规定，而是与成年人刑事案件一样，在刑种、刑期等方面并未作出特殊规定。另一方面，恢复性司法强调全面恢复，既包括对施害人关系的恢复，如真诚悔过、赔偿、致歉以期重返社会，也包括对受害人关系的恢复，如接受道歉、物质补偿弥补心灵创伤并谅解施害人，使双方之间的人际关系由“仇”转“和”。但在司法实践中，刑事和解工作往往“受到以满足被害人物质补偿这一功利性目标影响”，倾向于片面的满足被害人的物质需求，至于犯罪嫌疑人的悔过真诚与否实难考量。因

此，对于犯罪嫌疑人来说会产生只要用钱满足被害人就可促成刑事和解的错误认识，矫正犯罪效果较差。如何平衡两者之间的关系，我国立法并未给出明确的答案。

### 三、司法处遇制度改革之进路

#### （一）国家亲权的修正和社会亲权的构建

对于为成人犯罪的处理，无论是强调“国家”的属性，还是强调“亲权”属性，都不合时宜，只有让二者得到区分处遇才能发现适当的进路。即应当重新构建社会亲权的理论体系，让司法机关等国家权力在一般的未成年人犯罪前保持克制，通过刑事和解、保释等制度尽快脱离公权力领域，尽量体现其“亲权”属性；在处理严重的犯罪时，司法管辖权毋庸置疑，但司法权力也仍需在社会力量前保持克制，即不仅要求司法机关处遇此类犯罪宽待其过，还要求尽量让社会力量参与其矫正，而监禁等自由刑的使用须恪守谨慎。

#### （二）司法处遇制度的构建

##### 1、及区分处遇制度构建

一是要继续注重处遇专门化。未成年人审判机构的探索，已历经三十一载，由最初的刑事合议庭发展为未成年人案件制定管辖审判庭。应当肯定，我国未成年人司法工作的发展脉络是清晰且值得称道的。但在司法实践中往往出现专门化的审判组织案源不足而导致被撤销、合并的问题。在此需要明确的是，专门化的处遇原则必须坚持，不仅仅是审判组织的专门化，还需注重审判人员职业素养的专业化，且无论组织形式如何必须密切沟通社会力量，在必要时能方便未成年人完成社区矫正；在处置措施体系上建议引入保安处分作为刑罚的替代措施以区分成年人的处置措施，建立社区矫正—保安处分—刑罚的三重处遇体系；此外在立法上，笔者

尤为关切的是未成年人专门的诉讼法，虽然刑事诉讼法对未成年人有了专章规定，但如刑事和解等制度仍没有被立法者特殊关照。

二是要注重区分处遇。这里的区分处遇，非指未成年人与成年人的待遇区分，而特指在整个未成年人犯罪案件体系中做到重罪与轻罪的区分。基于上述国家亲权的修正建议，笔者在此再次强调，对于不同性质的犯罪案件，司法力量、社会力量的配置既不能千篇一律，也不能对罪错程度大致无二的案件处遇上有失偏颇，对于轻罪的矫治应当留个社区更多的空间；对于重罪的处遇，司法机关需要综合被告人所犯案件性质恶劣程度、悔过情况、社区改造可能性、被害人情况等予以不同程度的宽待，但这种宽待的范围相较于轻罪的处遇要狭窄。

三是要深入探索法治的本土资源。正如朱苏力老师在《法治及其本土资源中》写道：“在中国的法治追求中，也许最重要的并不是复制西方法律制度，而是重视中国社会中的那些起作用的，也许并不起眼的习惯、惯例，注重经过人们反复博弈而证明有效有用的法律制度。”例如始于汉代的颂系制度，规定老少、废疾和妇女等人犯罪可不戴刑具。唐朝亦沿用该制度，《唐六典》规定，“杖笞与公坐徒，及年八十、十岁、废疾、怀孕、侏儒之类皆颂系，以待弊”。从这一制度可以看到，我国古代未成年人犯罪能够受到司法处遇的优待，尤其是在刑罚执行待遇上。联系到我们今天的关押制度，对于未成年人不能简单以成年人待之，相反要分开关押，并提供心理辅导、知识教育等服务帮助其重返社会。

2. 衔接性的制度构建——庭前审查之于法院的重要意义

从防止公诉权恣意的角度，有学者提

出了构建庭前起诉审查程序的建议：“为遏制公诉权的滥用，强化对被追诉人权利的保障，我国也应当遵循诉讼规律，尽快构建庭前的实质性起诉审查程序。”

所谓刑事庭前审查，也称预审听证，是指法院对欲提交审判的公诉案件进行初步的审查，在此基础上决定是否将刑事案件交付法庭审判的诉讼活动，被认为是衔接公诉与审判的重要环节。其基本功能至少有过滤、分流、庭前准备、司法审查四种。从这四种基本功能来看，我们又能将其分为两个大体的方向：庭前分流与限制恣意。

正是基于这两个方向，笔者认为这一制度对于检察机关和审批机关的制度衔接可以从两个方面发挥作用。一方面，从制约检察机关来说，该制度创设初衷便是为防止滥用诉权，其内涵应当包括滥用不起诉裁量权，实践中如果出现应该作起诉决

定而只做附条件不起诉的情况，据此，法院应该有所审查，发现检察机关属于滥用诉权情况的应当提出司法建议，并受理该自诉案件；另一方面，从程序分流的角度来说，当法院发现检察机关的附条件不起诉决定符合规定时应当阻止案件流入法院裁判的领域，至于该不起诉决定需要符合何种规定，笔者认为，法院在审查时还是应当保持对公诉权的充分尊重，对不起诉决定的审视不应是对不起诉与否的第二次的裁量，只要检察机关的处理尚在合理范围即应认为该附条件不起诉符合规定。

（作者单位：常州市经开区法院）

（上接第 38 页）

权，并且，为了有效避免出现值班律师单向、被动地行使会见权，应要求公安机关、检察院、法院积极配合。不管是犯罪嫌疑人、被告人自己提出请求，还是值班律师主动要求会见当事人，相关机关都应及时安排。如“无救济则无权利”所言，不仅要值班律师工作职责予以细化，对值班律师是否拥有会见权予以明确规定，还应制定值班律师权利救济机制。针对侵犯值班律师会见权的行为，国家应设定制裁后果，对于肆意剥夺值班律师会见权的行为，法院应对其进行司法审查。鉴于此，法律援助机构应积极保障值班律师权利，制定相对应的奖惩制度，对值班律师培训内容予以细化，引导值班律师对自身权利予以正确

行使，实施有效的救济对策，对值班律师的权利予以有效保障。

### 三、结语

综上所述，目前我国司法改革进程中提出了值班律师制度，并对其予以了有效的丰富与拓展。换言之，值班律师制度有效地弥补了法律援助制度的缺陷。我们应借助这一契机，有效把握机遇，进一步完善值班律师制度，进一步提高刑事法律援助效率，有效保障当事人利益，确保司法公正。

（作者单位：常州市法律援助中心）

# 僵尸企业的清退之路

## ——破产法实施的探索与构想

戴旭初 许姣

### 一、僵尸企业概况

“僵尸企业”是经济学家彼得·科伊等提出的一个经济学概念，原指那些无望恢复生气，但由于获得放贷者或政府的支持而免于倒闭的负债企业，它们占用大量资金、社会资源，却不产生经济效益。李克强总理对僵尸企业的定义是：不符合国家能耗、质量、环保、安全等标准，连续亏损三年以上，不符合结构调整方向的企业。我们可从僵尸企业成因、存在状态和处置方式了解其概况。

（一）僵尸企业的成因。一是不恰当的政绩考核和维稳的增长压力，促使政府尽力从资金上维持一些僵尸企业的生存；二是不当的业绩考核和责任的追究，又使银行不断地让一些“僵尸企业”靠输血维持；三是现行企业破产制度不健全，政府、企业、银行、法院，对“僵尸企业”市场出清望而生畏。

（二）从存在状态看，一类是名存实亡型僵尸企业，这类企业实质已经消亡，不再生产经营，只是因为国家法律不健全而没有进行清算注销，在工商登记中还留存这些企业名称。一类是吸血型僵尸企业，这类企业虽然已经连续亏损，甚至资不抵债，但靠着地方政府、商业银行的输血还在生产、经营，继续占用大量的社会资金和资源，这类企业危害性较大。

（三）僵尸企业的处理方式。按照中央指导方向清理僵尸企业是“重组救活为主、破产退出为辅”，与推进供给侧结构性改革相结合。

清理僵尸企业，为有竞争力的企业腾出更多社会资源和空间，对促进社会经济良性发展很有价值。笔者认为，对于只差清算、注销程序性手续的僵尸企业，还是应该完善立法，确保督促其完成清退市场的手续；对于拥有知名品牌的企業，拥有“壳资源”的企业，有特色经营产品的企业，将来有盈利的可能，可通过重组、重整的方式将其救活，但要避免从一种僵尸企业状态进入另一种僵尸企业状态；对于一些资不抵债已符合破产条件的大型僵尸企业，虽然地方政府为政绩，商业银行避免坏账仍在不断输血而坚决不破，还是应该通过破产程序来解决这一类企业，当然还应考虑重整优先原则。

### 二、企业破产难的原因

《企业破产法》由全国人大常委会2006年审议通过，自2007年6月1日开始实施。据初略统计在此之前我国每年有4000多万企业符合破产条件，实施后我国法院每年仅受理2000多件破产案件，2015年有所回升至3000多件，显然这与应当进入破产程序的企业现状不符。企业破产难的原因主要有以下几个方面：

（一）地方政府和商业银行干预企业破产。地方政府通常借助政府托管平台和某些大型僵尸企业有密切往来，如果企业破产会影响社会稳定性、地方政绩及账面亏损。同样企业破产，商业银行也会形成坏账，加之银行不当的业绩考核和责任的追究。商业银行和地方政府都会选择对僵

尸企业输血，但这些帮扶救治措施不但没有解救企业，反而浪费了社会资源，占用了大量社会资金，并向市场释放了错误的信用信号，使得僵尸企业“僵”而不死。

（二）法院不愿意受理破产案件。实践中，法院不愿意受理破产案件主要出于几个因素：破产案件行政协调成本太高；破产案件的专业性很强，且费时耗力；破产案件对面广量大的普通债权人债权通常得不到有效清偿；除个别法院外，全国绝大部分法院也没有专门的破产法庭和破产法官队伍。

（三）专业人士未有效配置。按照《企业破产法》规定可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介结构担任破产管理人。为有效处置处理僵尸企业，管理人队伍已扩容，但绝大多数法院尚未制定管理人分级制度。实践中，单纯靠摇号等随机方式产生管理人的制度，使得复杂疑难的破产案件摇落到相对缺乏经验和专业技能的管理人，使得这些破产案件面临尴尬境地。破产管理人不仅要多，还应该分级并有效配置。

（四）破产法体系中缺乏个人破产。我国目前的《企业破产法》只适用于独立法人资格的企业，我国并无个人破产制度。因此个体工商户、合伙企业、个人债务都不适用破产法，很多商事主体债务得不到清理，债权人债务得不到有效清偿，这也给社会产生很多信用垃圾。现实中，普遍存在企业主对企业债务承担担保责任的现象，企业破产但是企业主的债务却得不到清理。

（五）文化传统与商业习惯因素。中国人“好面子”的文化与商业传统观念认为“破产”是件不吉利的事情，人们会尽可能通过其他途径，甚至“跑路”，而非破产程序解决债权债务问题。

综上，破产制度在我国长期失灵，造成市场难以正常出清，僵尸企业得以苟延

残喘，占用信贷等宝贵资源，抬高企业杠杆率，加剧产能过剩，衍生大量信用垃圾，侵害债权人和股东的合法权益，扭曲市场价格信号，限制了市场优胜劣汰的“创造性毁灭”作用的正常发挥。

### 三、对《企业破产法》实施的探索和建议

供给侧结构性改革的核心是对市场进行结构性调整，去产能、去杠杆、去库存，焕发市场的内在活力，优化劳动力、土地、资本和技术等市场要素的配置。需要强调的是供给侧结构性改革的重心在于提供市场化的制度供给。这些市场化制度中，破产制度最为重要，是治愈当前经济中产能过剩顽疾的一剂治本良方。

#### （一）打消对破产的误解与确立重整优先原则

从上述破产障碍看，一些地方政府和商业银行会选择避免僵尸企业破产，虽然明知死守着一个没有经济效益的企业，还要不断的输血也不见得是多好的政绩，但是对于地方政府和商业银行而言，还是选择继续维持现状。但是如果通过调研，会发现企业通过重整、兼并等方式可有效整合企业的优势，不仅可以减去企业的负担，还可能更好的为地方创收，实现经济的发展。实践中也存在不少这样成功的案例，虽然有短暂的阵痛，但是从长期发展看是有利的。破产不一定只有毁灭减损的效果，更有毁灭性创造的价值，更避免陷入“父债子还”的怪圈。

当然破产管理人、债权人应树立破产重整优先原则。美国破产法中，破产重整有绝对优先的原则。正因为这原则美国通用，美联航空才得以重生和发展，而我国的东星航空却沦为破产清算，债权人10%清偿率，导致破产大规模侵权的诟病。这也是中央在清理僵尸企业过程中一再强调“重组救活为主、破产退出为辅”的原因。

#### （二）管理人扩容与管理人分级制度

## 并行

管理人已经扩容，增加管理人数量为处理僵尸企业储备人力资源是需要的，但是管理人分级制度尚未形成。我国特别江苏一带，选择管理人主要是通过摇号等方式随机产生，能进管理人名册的中介机构都是经过审核挑选，但在管理经验、业务水准上终究存在差异，对管理人进行分级制度，不同级别的管理人重点处理不同大小、难易程度的破产项目，这在分类化处理清理僵尸企业过程中显得尤为重要，在这点上广东、浙江等省市运用得比较多。对于大批量的需要清退注销的企业具有合格水平的管理人应该可以操作，但对项目大、难度高的破产案件就需要由经验丰富、水准优良的管理人操作。相应管理人的考评机制也需要形成制度化，这也是市场化发展的基本要求。

对于特殊、重大的破产企业，包括国有企业、商业银行破产、大型破产重整项目等，这些破产项目本身更专业、更繁琐，应该选择对专业领域有所研究，有所建树的管理人团队。当然法律规定这些项目是通过竞标方式产生管理人的，但笔者认为要有效处置僵尸企业，管理人分级制度还应该深入细化。

### （三）重整优先原则与庭外重组和预重整制度

破产法律一般有三个目的。首先，破产法确保债务人的破产被平等公平地分配给债权人；第二，防止无力偿还债务的债权人作出损害部分债权人利益的行为，从而保护全体债权人；第三，通过破产免责制度，提供债务人一个重新开始的机会，这也是破产法最为重要的目标。破产程序有破产清算和破产重整两种方式。破产不仅应该有程序性分配清算功能，更应该有破坏性重生的功能。我们可借鉴美国破产法破产重整绝对优先的原则，正因为这原则，当初通用公司等行业领军企业才得以保存。同时为解决企业“过大而不能破产

(too big to be bankrupt)”的问题，还可探索庭外重组、预重整制度，将最大保护那些拥有知名品牌的企业，拥有“壳资源”的企业价值。

第一，庭外重组。法庭外债务重组，是指在破产程序之外，无力偿债的企业与其债权人之间通过协议的方式，对企业进行债务调整和资产重组，以实现企业复兴和债务清偿的一种拯救手段。它是与正式的司法重整相对应的一种非正式的和非司法的自愿拯救机制。自20世纪70年代中期英格兰银行创立法庭外债务重组的“伦敦模式”（London Approach）以来，对陷入财务困境的企业在法庭外重组已经被广泛地运用，并被视为是对破产法规定的正式重整程序的一种补充和更有利的替代方法而存在。庭外重组可以适用债务减免、债转股、贷款、增资及并购等各种方式，充分尊重当事人的意思自治，并可避免公开的调查和外部监督，保护企业的声誉，有利于债务人和债权人在相关市场上维护市场信用，可以大大减少解决债务问题的总成本。但是庭外重组的制度先天缺陷是只有协议的效力而没有强制力。且债务企业不得不面临与众多债权人分别谈判的交易成本，而且还不可避免地会出现“钳制”问题。庭外重组应当建立一个怎样的机制，既能约束不同意的债权人，使庭外重组不至于因为个别债权人的个别行动导致重组失败，同时又能尊重这些异议债权人的意见，保护这些异议债权人的财产权利？这些都是大家探讨研究的问题。目前为止，许多国家的庭外债务重组模式主要是适用于金融机构或仅适用于金融机构，有时甚至仅适用于银行，如伦敦模式。但该模式为商业银行破产选择了较为稳妥的通道，值得大家探索研究。

第二，预重整。预重整制度是介于传统重整和庭外重组之间的重整模式，债务人向法院提出破产申请前，预先与其他利害关系人协商、决定重整计划之内容以及各利害关

系人权益的保护。预重整制度在美国已是成熟的制度，有传统重整的优势，又避免庭外重组“钳制”僵局的成本。与传统重整相比，预重整的协商和征集意见都发生在重整申请之前，所以预重整时间短，结果更确定。其次，预重整对商业的消极影响被缩小化，避免同业竞争对手大做文章。最后，债权人在提起重整程序前必须就预重整计划进行谈判、起草并通过计划。这样申请重整后法院需要做的工作大大减少，成功的预重整案件必然比传统重整案件花费的时间少，而且成本也低。随着破产申请增多，选择预重整，或与法庭内重整程序的迅速解决机制相结合，对平衡债权人利益和企业的经营价值有重要作用。但是预重整在我国还在探索中，没有形成系统的制度。

#### （四）破产机构的改革

我国破产主要靠法院的力量，所以没有政府的配合和支持，法院一般不愿接受这个“烫手山芋”。毕竟破产案件行政协调成本太高，专业性强、费时耗力，又不符合法院结案标准，因此以诉讼方式进入破产程序的少之又少。除个别法院外，法院内部也没有专门的破产法庭和破产法官队伍。他山之石可攻其玉，在我国可以设立破产法庭专职处理破产案件，或者借鉴英美等国及香港地区政府管理破产事务的经验，设立破产管理局来负责推动破产法的实施与修改，管理破产方面的行政事务。

许多发达国家都设有破产管理局，并赋予以下职权：

（1）搜集破产法实施现状与问题，为精准实施与修改破产法做出规划。破产管理局作为官方机构，有途径追踪债务人财产的分配情况，了解各种债权的清偿情况，分析整理破产法的表现和效用，有能力推动立法领域和司法实践的发展。

（2）考察董事、监事和高级管理人员履行诚信义务情况，发现和认定他们违反

破产法的事实，追索董事、监事和高级管理人员的责任，并将追索的数额在债权人之间公平分配。

（3）作为破产管理人的管理者，破产管理局可以监督检查破产管理人在破产程序中履行职责的情况，防止破产管理人滥用职权，以确保破产管理人按照法律规定专业处理破产事务，提升破产程序的效率。

#### （五）制定个人破产法

很多僵尸企业情愿选择“跑路”也不愿意破产，原因是企业主对企业债务提供担保，企业破产了，但企业主缺乏债务清理机制而陷入债务泥沼不能自拔。没有个人破产制度的破产法是不完整的，也影响了困境企业申请破产的积极性。西方国家有成熟的个人破产制度。美国2013年破产清算案件728,833件中，其中个人债务重整案件333,626件，个人破产占整个破产案件的45%。客观上市场经济越完善的国家，越重视破产法的制定与实施，破产案件也越多，反过来也促进社会资源流向优质企业而形成良性循环。随着我国信用制度的信息化建设，社会信用成本的提高，个人破产制度的制定可实施也具有可行性。特殊的商事主体，企业主、高管等的个人破产及法律责任也是研究和讨论的重点。

“不知死，焉知生”，僵尸企业不能有效的清退，优质企业就没有更好的发展空间。本文是笔者根据自身破产管理人的经验对僵尸企业清退的一点设想与探索，尚待实践检验。僵尸企业清退是及其复杂的系统工程，而完善破产制度是解决该问题的利器。现实需要我们改变思路、寻找出路，而不是妄自菲薄、退缩不前。重新探索破产法，依法去“僵”，让生产要素更加市场化流动，这是中国经济结构转型的重要一步。为什么不让我们的思路更开阔一些呢？

（作者单位：北京大成（常州）律师事务所）

# 试论公司主要财产的认定标准

成 华

## 一、问题提出及意义

《公司法》第七十四条第二项规定，对股东会决议转让公司主要财产投反对票的股东，可以要求公司回购其股权。本条是在公司法“资本多数决”的大背景下，赋予中小股东或少数股东维护自身权益的救济措施的制度设计。立法的目的在于，当公司的控股股东或代表多数表决权的股东利用股东会决议的方式，客观上造成“绑架”或“裹挟”其他股东、使其合理期待的利益落空或者蒙受额外风险的威胁时，后者可以利用本条规定的救济措施，实现退出公司的目的。基于此规定，什么是公司的主要财产，就成为解决这一争议时必须解决的问题。公司的主要财产，是指价值大的财产，还是指在公司运营中起主要作用的财产，亦或是可以为公司带来主要收益的财产？《公司法》及其他法律、司法解释对此没有全面规范，也没有认定公司主要财产的标准。在散见的公开的判例中有些涉及到公司主要财产的认定，但判决基本没有阐述其理。

因此，笔者认为，在此类公司回购股权案件中，为公司主要财产的认定确立一个合理的标准是异议小股东利益的保护以及防止异议小股东滥用权利，保持公司股权架构稳定进而保持公司持续经营的前提，也是《公司法》第七十四条立法目的的实现前提。在此讨论公司的主要财产的认定标准，于司法实践也有

一定的裨益。

## 二、公司主要财产的一般认知和法律规定

主要财产一般是指价值数额大的财产，所谓大小一定也是比较的结果，只有在与全部财产比较的情况下，其价值数额达到全部财产一定比例时，方可称为主要财产。因此，若以“量”论，主要财产的认定标准应当是从该财产价值所占公司总资产的比例来考虑。因为公司制度就是法律将资产独立拟制为法人并以该独立资产对外承担责任的制度，公司的本质即资产，故若案涉财产金额占公司资产总额较大比例的，则该资产对公司当然就是主要的，认定该资产为主要财产乃是应有之义，也符合一般的社会生活经验和常识。

在对于“较大比例”的确定的问题上，《公司法》第一百二十一条规定：“上市公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额百分之三十的，应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。”该规定实际将“金额超过公司资产总额百分之三十”作为“出售重大资产”认定标准，并对相应股东会表决程序做出刚性规定，以保护中小股东的权利。据此，笔者认为，该规定虽是针对上市公司且采用“重大资产”的表述，但将“金额超过公司资产总额百分之三十的”作为认定为主要财

产的标准是合理的，亦是符合《公司法》七十四条立法本意的，这样规定一个标准也使得《公司法》第七十四条的适用得以自洽。

然而，仅仅以“量”为标准认定主要财产也是不全面的，实践中往往有些资产对公司十分主要，但在以金额论时却占公司资产总额很小或者根本无法以金额准确度量，此时就应当考虑从“质”的维度认定。如《上市公司重大资产重组管理办法》第十二条规定了：重大资产重组中，重大资产的界定标准，主要是以占期末总资产的比例加以认定，该条同时规定“购买、出售资产未达到前款规定标准，但中国证监会发现存在可能损害上市公司或者投资者合法权益的重大问题的，可以根据审慎监管原则，责令上市公司按照本办法的规定补充披露相关信息、暂停交易、聘请独立财务顾问或者其他证券服务机构补充核查并披露专业意见。”该规定不仅肯定了“量”的认定标准，还确立了在“量”不足时，以“是否损害上市公司或投资者权益”为认定重大资产的标准，后一标准实际就是从资产的性质出发，评价其主要性的一种认定方式。可见，在实践和规定中，对于“重大资产”的认定和判断不仅有赖于数量标准，还有赖于资产的性质。

### 三、对于“量”和“质”两种标准的适用方法的探讨

综合现有的规范性文件中有关公司重大资产或者说主要财产，我们会发现采用“量”标准去判断不仅具有普遍的合理性、可操作性而且符合客观规律。故笔者认为，在认定时应当首先要从量（即比例）上判断，若符合“金额超过公司资产总额百分之三十”的标准的，则直接认定为主要财

产。总之，《公司法》第一百二十一条规定的比例是明确且可操作的，应该成为对主要财产认定的首要的刚性标准。尽管该条规定规范的是股份有限公司的主要财产的标准，合理地也可以适用于有限责任公司，笔者认为，在有限责任公司主要财产的认定上，该项百分之三十的标准可以适当降低些，因为股份有限公司的资产规模一般会比有限责任公司的资产规模大很多，财产结构也有较大差异，如果将主要财产的标准定的过高，不利于公司的持续经营，也不利对异议股东权益的保障，至于采用何种标准，应该在个案中具体考量确定。

在遇到某些特定资产可能价值数额达不到主要财产的标准，但在不同的公司里对持续经营起着重大作用的情形时，就应当以财产的性质对于公司是否主要为标准做出判断。然而法律、法规对于将此类资产认定为主要资产的相关标准却没有涉及。笔者认为，若从财产的性质角度出发，主要财产的可以从下列不同作用方面进行认定，即可体现财产在质的方面的内涵。具体有：（一）能够确保公司能够经营永续的财产，属于公司的主要财产。这类财产无论价值几何，公司如果缺少这些财产持续一个较长时间，公司存续经营的前提就被打破。这类资产可分为确保合法性的财产和确保持续运行的资产，如公司的环保设立是保证公司在遵守环保法律条件下持续经营的财产，知识产权财产等。另一类是公司维持经营所必不可少的专门财产，如生产线中必不可少的关键设备、关键的自制、改制设备财产，以及缺少该等财产，公司运营即可能长时间停止的财产。（二）能够为公司带来较大收益的财产或财产权利。一般而言，公司的全部资产有机结

合直接或间接为公司创造收益，但有一些财产可以独立为公司创造收益，当该类财产所创造的收益占到公司整体收益的一定比重时，这类财产对公司的收益具有主要性，自然属于公司的主要财产，钢铁厂余热蒸汽对外供应管网财产，当蒸汽销售收益占到公司总体收益一定比例时，这些管网就成了公司主要财产。正如一项对外投资所获收益，也可能占到公司总收益的一定比重，这一项对外投资也同样成为公司主要财产。

综上，认定主要财产应当首先采用“量”（即占公司总资产之比例）进行认定，只要符合比例标准，应当一律认定为主要财产；若某些财产虽然占比较低但可能对公司持续经营起着重大作用的，则应当适用“质”（即性质上对公司的重要性）的标准，结合个案中公司个性做出判断，如果具有主要性，也应当认定为主要财产，唯此方能实现《公司法》第七十四条的宗旨。

#### 四、判例管窥

（2017）鲁0891民初2696号《民事判决书》所载，原告主张某集团有限公司回购其股权的理由之一即为公司转让主要资产（一笔价值1.6亿元的债权）。该判决所载：“本院认为，公司转让的财产是否为主要财产，取决于公司转让的财产是否影响了公司的正常经营和盈利，导致公司发生了根本性变化。是否公司常规经营核心资产，转让财产的行为是否实质影响了公司设立目的及公司存续，是否影响了公司的正常经营当在考察之列。”进而认为：“本案被告向他公司转让债权，非属公司主要经营业务范围，虽然金额巨大，但尚不能证明影响了被告的正常经营使被告经营产生重大变化。”因此驳回了原告

诉请。

对此判决，裁判者从该被转让财产对公司正常经营是否有影响作为判断标准，对财产价值数额基本没有考虑。笔者认为，一项财产是否为主要财产首先要考察其价值及所占总资产的比重，如果在价值已经达到了主要财产的价值标准，该项财产自然属于主要财产了，只有在价值标准不能认定为主要财产的，则属于再考察其对公司正常经营的影响程度的范围，对“主要财产”概念本身的否定，于法无据。除非法律规定，一项财产不论其价值几何，被转让后影响公司正常经营的，才可判断其为主要财产。

该判决的另一个问题，即是没有分析、说理为什么转让案涉财产而不影响公司正常经营活动的进行，而是径行得出不影响的结论。笔者认为，这一部分的缺失，对一个不通经营管理的裁判者而言，以其勉为其难则不如不加涉及，或恐还可避免触碰司法判断代替商业判断的禁忌。为此，不惜陷于裁判不讲理的流弊。因此，认定公司主要财产，不仅要符合法律而且还要避免与常识、经验的冲突。

总之，认定公司财产是否为其主要财产，应以该财产的主要性为判断标准，主要性的两个条件即数量、性质均应顾及，数量达标的即为主要财产，即使数量上不及主要财产标准，但在性质上有其主要性，仍可以认定为主要财产。

（作者单位：江苏博爱星（南京）律师事务所）

## 下班洗澡离奇身亡 孤儿寡母受援获赔

案件名称：彭某意外死亡赔偿案

援助机构：常州市天宁区法律援助中心

受理日期：2018.4.11 办结日期：2018.6.8

承 办：江苏金牌律师事务所 宦强律师

### 【案情简介】

彭某某于2017年5月进入常州市某环境科技有限公司从事空调安装工作，2018年3月16日8时许，彭某某被发现意外死亡，经公安部门勘查，确认系因房屋内电热水器漏电致使其触电身亡。死者家属与公司协商赔偿事宜未果，一直信访且不同意将死者火化。经天宁区法律援助中心指派，江苏金牌律师事务所宦强律师为死者家属提供法律援助。

为尊重风俗、解决纠纷，援助律师先动员家属为死者办后事，然后为家属制定了诉讼、仲裁方案：一方面，通过侵权责任纠纷起诉用人单位，同时因用人单位法定代表人租用民房用于死者住宿，用人单位法定代表人及房东存在安全保障义务，故追加用人单位法定代表人及房东承担连带责任；另一方面，通过侧面了解到用人单位购买了雇主责任险，协调家属及用人单位申请工伤，以保障赔偿的履行能力。最后，了解到用人单位未与死者签订书面劳动合同，再通过主张双倍工资以此增加谈判调解的筹码。

立案后，各被告同意接受调解，并共

计赔偿死者家属100万元。案款在2018年7月已经全部履行完毕。

### 【详细情况】

2017年3月7日，于某某与湫某某签订《房屋租赁合同》一份，约定于某某向常州市某环境科技有限公司租赁某处房屋用作公司员工宿舍及仓库，房屋内有淋浴器等供使用。彭某某2017年5月入职后被安排入住至员工宿舍，直至意外触电身亡。意外发生后，受援助人向某公司讨要相关赔偿，经公安多次协调未果，后又多次聚集至天宁区信访局。区信访局建议受援人申请法律援助，区法律援助中心指派江苏金牌律师事务所宦强律师办理案件。

接受指派后，宦强律师第一时间与家属见面，在了解案情作出法律分析的同时，建议先行为死者办理后事，然后进一步通过仲裁、诉讼等合法、合理途径处理赔偿事宜，并分析了承担赔偿责任的主体、赔偿责任划分、主张赔偿的法律依据、主张赔偿金额、需要准备的证据材料等。因死者系下班后在宿舍身亡，家属申请工伤认定存在一定困难，同时考虑用人单位未为死者缴纳社会保险、但购买了雇主责任险，因

此以公司名义申请工伤认定，以此获取保险赔偿。泐某某系房屋出租方和热水器所有权人，律师前期调取的租赁合同明确记载了热水器属于租赁范围，房东对租户负有安全保障义务，而作为承租人的某公司及签订租赁合同的法定代表人于某某，同样负有安全保障义务。基于以上几点，律师建议以生命权、健康权、身体权纠纷起诉常州市某环境科技有限公司、于某某、泐某某。对于赔偿金额的确定，虽死者彭某某系河南户籍且在常州生活未滿一年，同时受援助人也一直在老家河南生活、学习，但基于保护弱者、多争取赔偿的原则，仍然按照江苏省城镇赔偿标准主张相关费用，经计算后，以三被告需承担 100% 的赔偿责任，赔偿金额为 1050632 元。

律师在收集证据过程中，发现某公司未与死者彭某某签订书面劳动合同，又从劳动仲裁入手，要求用人单位支付因未签订书面劳动合同而因支付的双倍工资差额。

2018 年 6 月 8 日，天宁区人民法院开庭审理本案，律师到庭参加诉讼，在诉讼过程中，经过法官、三方律师等多方面协调沟通，最终达成调解方案，由常州市某环境科技有限公司承担 85% 赔偿责任，共计赔偿 85 万元，房东泐某某承担 15% 赔偿责任，共计赔偿 15 万元，所有赔偿款项于 2018 年 7 月 31 日前支付完毕。截至 2018 年 7 月底，调解款项已经全部支付到位。

#### 【案件点评】

本案在办理过程中存在如争议：死者彭某某系下班后洗澡时因热水器漏电意外身亡，认定工伤有一定困难；要求房东及法定代表人因违反安全保障义务而承担相应责任存在举证困难、承担比例较小等风险；此外，用人单位因未签订书面劳动合同而因支付的双倍工资是否有继承权，在

劳动仲裁立案时存在较大争议。法援律师与劳动仲裁委沟通后，劳动仲裁委以案件涉及《继承法》等法律关系，不属于劳动仲裁受理范围，因此决定不予受理，由此主张双倍工资案件进入诉讼程序；最后，本案中的赔偿标准应当适用河南省农村标准还是江苏省城镇标准存在较大分歧。法援律师在与家属多次沟通过程中，既从法律上正确引导当事人分析案情，又从平息矛盾、保护弱者角度多方沟通协调，最后取得满意效果。

本案是一件由涉访、涉亡的信访案件转化而来的法律援助案件。接受案件后，考虑到案件实际情况，在对法律权益进行分析的同时，积极对死者家属做思想工作，先对死者火化料理后事，避免进一步的信访、闹访。

其次，从法律上，对死者死亡赔偿的责任主体、责任分析、适用案由、证据举证等也存在较大争议。在对相关主体逐个研究并综合分析后发现，某公司系成立 2 年不到的企业，用工模式、业务水平等均不规范，且未为死者缴纳社会保险，其法定代表人对赔偿也是一直采取回避的消极态度，而出租屋房东更是坚持自己没有任何责任。在相关责任主体赔偿能力、赔偿意愿均较低的情形下，法援律师发现用人单位曾购买雇主责任险且在保险期限内，因此先考虑从工伤死亡赔偿角度切入。因死者系在出租屋内触电身亡，触电时间、触电地点均与工伤认定要求存在差异，为此，积极与企业沟通，从企业角度先申请工伤认定，法律依据为《工伤保险条例》第十四条。其次，如果认定为工伤，赔偿责任主体仅仅为企业，但法援律师分析房东及法定代表人在租房过程中，因未尽到

（下接第 56 页）

## 耄耋老人干活 16 载无名分 法援助力维权当“工人”

案件名称：老年人确认劳动关系法律援助案

援助机构：常州市金坛区法律援助中心

受理日期：2018.4.28 办结日期：2018.9.3

承 办：江苏兴坛律师事务所 张华律师

### 【案情简介】

吕大爷在 2001 年 12 月份被原城东卫生院（现更名为东城卫生中心，下同）聘做门卫（当时已 63 岁），一干就是 16 年。2017 年 8 月 18 日，东城卫生中心以原城东卫生院土地使用权已出让、于 2017 年 8 月移交管理权为由，通知吕大爷于 2017 年 9 月 1 日解除劳务关系，在 2017 年 9 月 5 日支付了最后一笔 838.8 元工资，并要求吕大爷夫妇搬离已经住了 16 年的门卫室，却不给任何的补偿。吕大爷认为东城卫生中心这种做法于情于理于法都显失公平，遂寻求法律援助，要求讨回公道。金坛区法律援助中心审查后决定为吕大爷提供法律援助，并指派江苏兴坛律师事务所张华律师办理该案。经过努力，金坛区人民法院采纳了承办律师的代理意见，确认了双方的劳动关系，并支持了吕大爷补偿最低工资差额 3 万余元的诉讼请求。目前，基于劳动关系的确认，承办律师正为吕大爷提请养老保险待遇及加班工资的诉讼。

### 【详细情况】

吕大爷自 2001 年 12 月到原城东卫生院（现更名为东城卫生中心）做门卫，当时他已经 63 岁，其工作职责有安全保障、

分发报纸信函、打扫卫生、冲洗厕所、维护车辆等，同时还为卫生院烧锅炉保障住院病人及卫生院工作人员的开水供应。其老伴申大娘也过来与吕大爷一起住在门卫室，并帮着一起给卫生院干活。当时约定吕大爷每月工资 560 元，节假日不休息，卫生院予以适当补偿。其中“适当补偿”主要是指卫生院里的硬纸板及盐水瓶等东西归吕大爷所有，作为吕大爷的奖金及申大娘的工资。至 2006 年，卫生院新任院长不同意杂物继续归吕大爷所有，吕大爷只剩下 560 元的工资。吕大爷和申大娘一直要求增加工资，院长虽然多次口头答应加，但一直不兑现。2017 年 8 月，卫生院地块土地使用权由国土部门出让给某控股公司，卫生院要求与吕大爷解除合同并搬离门卫室。吕大爷认为自己与老伴多年以极低的工资为卫生院干活，没有得到公正对待，坚持不搬离，并找到金坛区法律援助中心寻求法律帮助。金坛区法律援助中心审查后决定为吕大爷提供法律援助，并指派江苏兴坛律师事务所张华律师办理该案。

承办律师认为，本案争议的焦点是原、被告之间是劳动关系还是劳务关系。因为只有确认了劳动关系，才能寻求补偿劳动

报酬。考虑到吕大爷年纪大，行动上不方便，案件又历史久远，被告主要负责人多次更换，在调查取证上存在一定难度。承办律师坚持自己多跑路，凡是自己能办的事绝不要求吕大爷去办，所有材料自己打印，不让吕大爷多花钱。他多次到被告单位了解案情，访谈原告同事，打印历史档案，掌握吕大爷在单位上班的经过，力求做到客观具体，同时通过各种渠道拿到吕大爷在单位的工资记录和财务记录，为本案在法庭上能拿出过硬的证据打牢基础。

《劳动合同法》第四十四条规定，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止。《劳动合同法实施条例》第二十一条规定，劳动者达到法定退休年龄的，劳动合同终止。该条例对于未享受养老保险已达退休年龄员工的劳动关系终止问题的规定，赋予了用人单位在劳动者已达法定退休年龄时享有对劳动关系的终止权，即该员工已达法定退休年龄的，用人单位与员工均有权选择终止劳动合同或延长劳动合同。该规定并不必然导致与用人单位形成的劳动关系，在劳动者已达法定退休年龄时就自动终止。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）》第七条规定，用人单位与其招用的已经享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼，人民法院应按劳务关系处理。该规定虽然不能反推，但进一步明确了在劳动者没有享受养老保险待遇或领取退休金的前提下，对于符合劳动关系的劳动争议处理应尽量加强对劳动者权益的保护。因此，用人单位与其招用的已达到或超过法定退休年龄但未享受基本养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，双方之间用工情形符合劳动关系特征的，应按

劳动关系特殊情形处理。据此，原城东卫生院、东城卫生中心是否与吕大爷构成劳动关系及最低工资差额，原城东卫生院作为具有用工主体资格的用工单位，与吕大爷存在事实上的用工及从属制约关系，吕大爷在从事门卫、保洁等工作过程中，受用工单位管理、约束，工作时间、场所固定，工资按月支付，与吕大爷建立用工关系以及用工时，吕大爷虽已超过法定退休年龄，但未享受基本养老保险待遇或领取退休金，据此，吕大爷与原城东卫生院之间的用工情形符合劳动关系的特征，应按劳动关系特殊情形处理。故双方的用工关系构成劳动关系，用工单位应当支付低于当地最低工资标准的差额部分。

2018年8月28日，金坛区人民法院采纳了承办律师的代理意见，确认了双方的劳动关系，并支持了吕大爷补偿最低工资差额3万余元的诉讼请求。目前，基于劳动关系的确认，承办律师正为吕大爷提请养老保险待遇及加班工资的诉讼。

#### 【案件点评】

本案关键是对《劳动法》和《劳动合同法》的适用，有两点是值得研究的焦点：一是劳动关系的确认。我国劳动法已多年未作修改，虽然《劳动合同法》等相关配套法律一直在增加完善，但囿于劳动法的相对滞后、其发挥的作用十分有限。如何通过法条的解读和适用使其更有利于保护劳动者合法权益，是司法实践特别是庭审辩论中的难点；二是劳务关系与劳动关系的区别。不能单纯从有没有超过法定退休年龄去判断，而是需要根据案件事实，兼顾雇佣双方实际工作关系，从本质上去区分。

因为老龄化的日益加重、平均寿命的

（下接第56页）

## 火灾无情法有情 法律援助暖人心

案件名称：李某一般人身损害赔偿纠纷

援助机构：武进区法律援助中心

受理日期：2018.1.25 办结日期：2018.10.8

承办：江苏常弘律师事务所 朱琴芳律师、陈霁寒律师

### 【案情简介】

李某系外来打工人员，长期租住单位对面的某宾馆。2017年12月14日下午4时30分左右，某宾馆发生火灾，李某全身多处被烧伤。事故发生后，李某多次找到某宾馆经营者庄某商谈赔偿事宜，但是庄某称火灾系第三方引起，坚决不愿赔偿。因赔偿交涉无果，李某遂向常州市武进区法律援助中心申请法律援助。援助中心受理该案后，指派了江苏常弘律师事务所朱琴芳、陈霁寒律师具体承办。接受指派后，承办律师多次前往派出所、消防大队、工商局进行调查取证，为立案准备好充分的证据材料。本案经两次开庭，承办律师在庭审中再次明确诉求。承办法官本对该案的判定尚存疑虑，承办律师就法律适用问题进行充分详尽的阐述后，承办法官最终认可并支持了本案的诉求。案件判决后，太阳岛宾馆向受援人履行了赔偿义务。

### 【详细情况】

李某系江苏某电器有限公司的外来打工人员，自2017年10月16日起长期住宿在某宾馆处，并向其预付了三个月的租金。2017年12月14日下午4时30分左右，某宾馆发生火灾，当时李某正在房间内休息，全身多处被烧伤。事故发生后，李某

被送至常州市第二人民医院（阳湖）进行治疗，诊断为吸入性损伤，全身多处烧伤Ⅱ度5%，于2017年12月27日出院。就上述事故，李某多次找到某宾馆经营者庄某商谈赔偿事宜，庄某称火灾系第三方引起，与宾馆无关，坚决不愿赔偿，李某向武进区法律援助中心寻求帮助。经审查，武进区法律援助中心于2018年1月25日将该案指派给江苏常弘律师事务所，由该所朱琴芳、陈霁寒律师具体承办。

接到指派后，承办律师立即与受援人取得联系。承办律师发现受援人手中除了一份病历资料及一份用人单位开具的证明，并没有被告的相关信息及关于案件事实经过的证据材料。承办人告知受援人需要提供详细的被告主体信息及案件事实的证据，否则本案面临无法立案及败诉的风险。受援人表示对此产生的法律风险已经清楚，希望承办律师能设法帮忙调查取证。根据受援人反映的情况，承办律师第一步就是前往某宾馆所在地的派出所调查取证。据受援人陈述，火灾发生当日受援人拨打110报警，承办律师调取了接处警工作登记表，本想用于证明火灾发生的事实，但发现该份证据与事实有一定出入：登记表所记载的火灾地址并没有涉及到宾馆而是该宾馆

一楼的超市，且登记表记载并无人员伤亡。承办律师认为，仅有该份证据完全无法证明事实，于是第二次前往派出所了解具体情况，并调取了超市经营者的暂住信息。承办律师还要求受援人提供其与某宾馆之间的转账记录，用于证明两者之间的旅店服务合同关系。

根据证据材料，承办律师确定了办案思路。本案受援人是在旅店休息时遭受第三方的侵害，到底是选择起诉旅店还是实际侵权人？承办律师准备了两套诉讼方案，因考虑到实际侵权人系浙江温州人，且事发后不在常州，无法取得联系，若将实际侵权方起诉在内，一则影响诉讼进程，二则也无法取得实际执行。向已回山东的受援人分析两种诉讼方案的利弊后，建议选择只起诉某宾馆对受援人的权益保障更有利。受援人表示完全同意承办律师的诉讼方案。

确定好诉讼方案后，承办律师将准备好的诉讼材料提交到法庭准备立案，但是立案庭要求承办律师提交本次火灾事故的责任认定书。承办律师向立案庭法官解释，根据本案确定的起诉对象及案由，并没有调取事故认定书的必要。但是，立案庭为了充分了解案情，还是坚持律师调取相关材料。为了配合法庭的工作，承办律师先向受援人了解消防队是否有调查及具体是哪个消防队来处理的。受援人表示其不太清楚具体的情况，承办律师只能向火灾发生地就近的消防队了解。当日处理火灾的消防队称因为事故认定并非由他们出具，建议律师前往消防大队了解相关情况。于是，承办律师又前往常州市公安消防队武进区大队，并与实际承办人员取得联系，工作人员称本起火灾事故并没有进行事故认定书，如果确有需要，他们只能出具一

份证明。待消防队工作人员准备了约一周时间后，承办律师再次前往消防大队调取了相关资料。

用于诉讼的证据材料准备充分后，承办律师再次向立案庭提交，案件得以顺利受理。立案后，承办律师历经了两次庭审。第一次开庭时间是2018年5月17日，某宾馆到庭作出抗辩，且情绪相当激烈，强烈认为其不需要承担赔偿责任；第一次庭审后因法院人员调动，本案更换了承办法官。第二次开庭时间是2018年7月5日，某宾馆未出庭。一开始承办法官对承办律师的观点并不完全认同，承办律师在庭审中多次明确观点，并在案件事实上充分阐述法律适用问题，最终承办法官认可了承办律师的观点，并支持了本案的诉求。武进法院于2018年9月29日作出判决，判决宾馆向受援人支付各项赔偿共计22975.13元。判决后，某宾馆对上述判决没有提出任何异议，且于2018年10月份按照判决书内容向受援人实际支付了赔偿款。

#### 【案件点评】

本案最关键的两个问题就是案由和证据。

第一，本案中受援人在宾馆房间休息时因火灾造成其人身伤害，既可以向提供服务的宾馆主张违约赔偿，也可以要求实际侵权人赔偿，属于请求权竞合。承办律师在选择诉讼方案时选择了主张违约赔偿，一方面可以减轻原告方的举证责任，另一方面可以保障诉讼程序及执行程序的顺利进行，故无需将不能实际取得联系的侵权方拉到诉讼中来。所以，为了更好的保障受援人合法权益，本案最终确定的案由是旅店服务合同纠纷。

第二，民事诉讼案件最关键胜诉点就

## 法律援助优秀案例

是证据。本案若仅仅靠受援人提交的证据，不但不能使诉讼顺利进行，更别谈如何胜诉了。承办律师花费了大量的时间、精力为受援人调查取证，三次前往派出所、消防队，并到工商部门调取宾馆的工商信息。承办律师还经历了两次立案，两次开庭。

承办律师紧紧围绕本案的几个争议焦点，积极、充分地调查取证，最后使得本案的诉求获得了法院的支持。

（上接第 51 页）

安全保障义务，也存在一定过错，在此情形下，法援律师建议的诉讼策略为先以生命权、健康权、身体权纠纷起诉，将用人单位、单位法定代表人、房东均列为被告，且要求承担全部赔偿责任。

此外，在案件办理及取证过程中，发现用人单位未与死者签订书面劳动合同，由此法援律师建议继续向用人单位主张双倍工资差额，由此增加后续调解、谈判筹码。在劳动仲裁案件立案后，因天宁区劳动仲裁委决定不予受理，由此进入诉讼程序。法援律师立即准备诉讼材料进行立案，

以受援助人名义向用人单位主张未与死者彭某某签订书面劳动合同双倍工资的差额工资 70000 元。

最后，在生命权、健康权、身体权纠纷案件开庭时，承办法官及各方代理律师在充分举证、质证之后，又多次协调沟通，并将另案主张的双倍工资的差额工资 70000 元一案一并处理，最后促成达成了调解方案，受援助人在一个月后就拿到了全部一百余万的赔偿款。

（上接第 53 页）

延长、法定退休年龄调整的相对滞后、社会保障制度的不健全，现实生活中法定退休年龄之后依然工作的人员越来越多，如何保护这一部分劳动者的合法权益显得十分重要。本案中，原卫生院作为公有单位，在长达 10 年的时间里一直支付明显不合理的工资待遇，表明被告在主观上认为原告超过法定退休年龄的雇佣关系必然是劳务关系，一直不解决待遇问题，认为原告因为年龄大必然不敢提出辞职等其他要求，

具有故意嫌疑，这在现实生活中非常常见。该案的辩论和判决在劳动关系领域对被告类似的行为具有一定的震慑作用。

# 钟楼区司法局法治宣传活动集锦



省司法厅周红莽副厅长调研钟楼区司法行政工作



举办“依宪治国，做法律明白人”法治文化演出



成立钟楼区法律服务志愿者协会



开展行政执法人员培训



举办“法律大讲堂”



专题培训人民调解员

