

CHANGZHOUFAXUE

# 常州法学

常州法学杂志社 <http://zh.changzhou.gov.cn/datas/BE000CHIC>

2019

(总第160期)

3

# 扫黑除恶专项斗争取得阶段性成果



中央扫黑除恶专项斗争第17督导组来常督导



市委书记汪泉约谈市公检法相关责任人



涉黑涉恶案件公开宣判后召开新闻发布会



清查整治治安乱点地区



扫黑除恶专项斗争成员单位开展全方位宣传动员



开展社会面宣传

## 牢牢把握法治社会的法理向度

法治中国的法理向度，是指中国特色社会主义法治理论的法哲学、法理学、法政治学的价值体系、理论基础和学理依据，它强调的是新时代中国法治理论的哲理性、法理性、学理性、科学性和实践性。

习近平总书记指出，要坚持马克思主义在我国哲学社会科学领域的指导地位，建设具有中国特色、中国风格、中国气派的哲学社会科学。法学作为哲学社会科学中最具实践性的学科，更需要结合实际，提出具有中国特色、能够解决中国问题的理论观点和学术思想。牢牢把握法治中国的法理向度，要求运用法哲学、法理学、法政治学等基本原理和方法，作出符合法治科学精神和法治国情的法理总结、法理解释和法理表达。

从法理向度研究和阐释法治的思想价值理论体系，涉及政治哲学、法哲学、法理学和中国特色社会主义理论体系，例如公民和国家公职人员的法治态度、法治心理、法治偏好、法治思维、法治方式、法治情感、法治认知、法治体验、法治信仰等。从法理向度研究和阐释法治的制度规范理论体系，涉及法治的基本制度、法律规范、法律体系、法治体系、法治程序、法治结构。例如关于全民守法和普法制度、法治文化建设制度体系的法理问题等。从法理向度研究和阐释法治实践的运行操作体系理论，涉及法治原理的应用、法治行为、法治实践、法治实效、法治实证和法治运行。例如关于法治国家、法治政府、法治社会、法治经济、法治政治、法治文化等各个领域的法理问题。从法理向度研究和阐释法治的相关关系理论体系，涉及法治存在发展的外部关系。例如法治与道德、纪律、政策、党内法规、习俗、乡规民约、社会自治规范、公序良俗等社会规范的法理关系；法治与互联网、大数据、人工智能、云计算、区块链、图像识别、基因科学、生命伦理、现代医学等新兴科学技术的法理关系等。

坚持法治中国的法理向度，应从当代中国国情和实际出发，洞悉新时代法治中国建设的基本矛盾、基本规律、主要特征，把握全面依法治国的的发展规律，增强法治的道德性、哲理性、法理性和实践性，使法治能够切实反映改革发展的基本特征，适应经济社会变革的内在要求，满足社会公众对法治的新期待新需求。

当前，还应当特别关注大数据、互联网等高科技带来的“实证研究革命”。大数据开发了人类“第三只眼”，通过对海量数据的快速分析、处理、挖掘，可以深入洞察充满未知的世界。传统的田野调查、问卷访谈、抽样调查、样本分析固然重要，但是大数据、“互联网+”、云计算、人工智能使我们获取海量数据信息变得更加便捷快捷。运用新技术、新方法、新手段，能让过去法治实证研究在样本海量收集、迅捷处理以及精细化、精准度等方面的不可能，成为互联网、大数据时代的可能。



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

副 主 编：蒋涵涛

责任编辑：王 爽

# 目 录

## 政法重点工作

高点定位 全域推进

倾力打造网格化社会治理新模式

..... 中共常州市委政法委员会（4）

利剑出鞘保安宁 扫黑除恶护民生

——我市扫黑除恶专项斗争取得明显成效

.....常州市扫黑办（7）

## “纪念律师制度恢复四十周年”征文

依法治国进程中律师制度发展演进及路径探索

.....张正朝（9）

执金钗治狱 怀玉德求真

——关于纪念律师制度恢复四十周年的若干思考

..... 蒋涵涛（15）

律师调解如何扬长避短

..... 黄纪成（19）

## 法学研究

人民法庭审判权功能重构的平衡思考

——以东部地区法院为样本

..... 王志刚（22）

网约车合法化及其安全监管问题研究

..... 邹玮鹏（27）

试析破产程序中的几个时间节点

..... 褚梦泽 褚效林 嵇大海（30）

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3期  
(总第160期)  
2019年9月30日出版  
(季刊)

编辑部地址：

常州市龙城大道1280号  
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：czfxb@sina.com

承印：常州市通华印刷有限公司

刊号：苏新出准印 JS-0035

武进区流动摊贩管理面临的困境与出路  
..... 包志杰 ( 37 )

主权意识、法律变革与社会回应的三重叙述  
——《近代中国的主权、法权与社会》评述  
.....周 萍 ( 41 )

#### 法律援助优秀案例

七旬老人致残无人担责  
法律援助解难终获赔偿  
.....( 46 )

67名工人群情激愤讨工资  
法律援助倾情奉献终维权  
.....( 48 )

环卫工遇车祸 法律援助索赔  
.....( 50 )

#### 案例分析

所有权人与其他权利人的拆迁安置利益应如何归属？  
——纪某甲诉顾某甲、顾某乙、纪某乙、  
纪某丙房屋拆迁安置补偿合同案  
..... 高妍彦 ( 52 )

入户盗窃308元是否可以罚金2000元？  
..... 李维峰 ( 54 )

快递包裹丢失责任的法律适用  
——某公司诉某某快递公司服务合同纠纷案  
.....朱加荣 陈德严 ( 55 )

# 高点定位 全域推进 倾力打造网格化社会治理新模式

中共常州市委政法委员会

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，取得了阶段性成效。

## 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、高规格、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、推进会等系列活动，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，组织赴省内外学习先进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、县两级网格中心落实事业单位编制，6个县属中心全部建成正科级事业单位，市中心正申请设立处级事业单位。市财政局、发改委、信息中心、电信公司等鼎力支持网格中心基建、网格信息化等工作，简化流程、压缩周期、优先保障。市机关事务管理局、水利局、检察、公安等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余平方米，其中仅指挥大厅就达500平方米以上。

## 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6119个，其中基础网格4830个、专属网格1289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，武进区、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，面向社会公开招聘，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量运行。

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230万余条。按照“六屏合一”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”，

## 政法重点工作

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警人员担任专职网格员，实现“多元合一、一员多用”。信息系统集的建设，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40余万件，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。



# 利剑出鞘保安宁 扫黑除恶护民生

## ——我市扫黑除恶专项斗争取得明显成效

### 常州市扫黑办

2018年扫黑除恶专项斗争开展以来，常州市委、市政府坚决贯彻落实习近平总书记重要批示指示精神和中央、省有关决策部署，坚持“有黑扫黑、有恶除恶、有乱治乱”总体方针，精心组织、系统谋划、协同推进，专项斗争取得了阶段性明显成效。今年6月，中央扫黑除恶专项斗争第17督导组下沉二组对我市督导期间给予了高度评价和充分肯定。

#### 一、提高政治站位，强力有序推进

市委、市政府坚持始终把开展扫黑除恶专项斗争作为增强“四个意识”、坚定“四个自信”、践行“两个维护”的重大政治任务，作为防范化解重大风险、推动高质量发展走在前列的重要保障，作为提升群众获得感、幸福感、安全感的民生工程，及时召开动员大会，第一时间对专项斗争进行部署。市委常委会会议、市政府常务会议多次听取专项斗争工作情况，研究具体措施。市委市政府理论中心组召开专题学习会，深入学习领会总书记关于扫黑除恶专项斗争的重要指示精神，提高政治认识、政治站位和政治自觉，强化斗争精神。市委书记汪泉多次专门批示并约谈政法机关和重点成员单位主要负责人，市长丁纯专题调研督导，指导推动专项斗争深入进行。市专项斗争领导小组坚定扛起牵头抓总、决策部署、督查督办等职责，先后6次召开会议，分析斗争形势，研究具体事项，解决实际

问题；经常性听取重点黑恶案件汇报，提出指导意见；督办重点案件，推动案件依法办理；制定出台《重大事项报告制度》《协调会商制度》《督查督办制度》等文件，建立完善组织指挥、沟通协调、督导检查等工作机制。各辖市（区）党委政府、市各成员单位主要领导切实履行职责，以高度的政治自觉推动专项斗争扎实开展。

#### 二、坚持依法严惩，重拳强势出击

聚焦涉黑涉恶问题突出的重点地区、行业、领域，把打击锋芒对准人民群众反映最强烈的黑恶势力犯罪，出重拳、下狠手、打要害，依法惩处了一批涉黑涉恶犯罪分子，黑恶案件查处数、“打财断血”等绩效居全省前列。开展“扫黑除恶 常州在行动”主题宣传活动，采取召开新闻发布会、公开宣判、公布典型案例等形式形成强大震慑效应，“钟山一号”追逃劝投行动绩效居全省第一。坚持严格依法办案，坚守法律底线，既不人为拔高、也不降低处理，确保打击精准、打出声威。

#### 三、主攻打伞破网，全力深挖彻查

认真落实“两个一律”“一案三查”要求，把扫黑除恶专项斗争、基层“拍蝇”结合起来，严格执行政法机关和纪委监委信息沟通、双向移送、核查反馈等制度，构建纪委监委介入涉黑涉恶案件排查机制，推动涉黑涉恶腐败、“保护伞”与黑恶案件同步侦办、同步查处。全面审查涉案人

## 政法重点工作

员背景，建立问题线索处置、黑恶案件排查和问责评估三项机制，优先处置问题线索，整合精干力量深度介入黑恶案件，严查“关系网”“保护伞”。

### 四、深化综合治理，推动标本兼治

坚持“扫、治、建”并行，建立健全从源头上遏制黑恶势力滋生蔓延的制度机制。开展“套路贷”及非法集资、赌博、征地补偿与工程建设领域乱象等三个专项整治行动。挂牌整治31个治安重点乱点地区和部位，持续开展“扫黄禁赌”、打击整治枪爆违法犯罪等行动。行业监管部门强化日常管理，整治行业突出问题，各辖市（区）也结合实际开展有针对性的整治行动。对涉黑涉恶腐败问题突出、涉案人员较多的地区和部门落实整治措施。召开全市政法干警警示教育大会，进一步加强政法队伍建设。推进网格化社会治理，发挥网格员在专项斗争中的宣传发动、线索排摸等作用，延伸了防黑反黑工作触角。

### 五、强化组织建设，夯实基层基础

开展村居“两委”换届“回头看”，对“两委”成员进行背景联审，及时调整不合格“两委”干部。实施“龙城先锋”工程，整体推进农村、城市两大阵地基层党建，构建起开放式党建工作体系。实施村党组织书记“5A制”晋档升级管理，选好配强各领域基层党组织班子。试点开展村干部队伍职业化管理，构建基层干部发展培养链。推行“支部书记讲党课”，开展“特色支部”创建活动。实施党员教育“3211工程”，增强教育实效。

### 六、加强组织领导，强化责任担当

全市两级扫黑办切实担当职责使命，全力发挥牵头抓总、组织协调、部署督导等作用。出台工作要点、重点任务责任分解方案等规定，建立联席会议、案件会商、挂牌督办等制度，组织开展业务培训、专题研讨。制定“套路贷”刑事案件工作意见，

挂牌督办重点涉黑案件，多次组织专家会商，把好案件质量关，先后三轮对辖市（区）和重点成员单位进行督导检查。开设举报电话，制定奖励办法，累计发放奖励经费30.7万元。

### 七、坚持边督边改，深化专项斗争

今年6月以来，全市认真落实中央督导组提出的意见和建议，全力抓紧抓好问题整改工作。进一步完善市委常委会、市委理论中心组、市政府常务会常态化学习机制。建立市委常委联系扫黑除恶专项斗争工作机制，将扫黑除恶工作纳入市委第九轮巡察内容，对有关单位落实扫黑除恶专项责任和问题整改进展情况进行检查。完善线索核查机制，加强跟踪督办。围绕“黑恶积案清零”目标，依法快办快结黑恶案件。开展“打财断血”专项攻坚，彻查涉黑涉恶案件资金流。统一调度全市纪检监察机关力量，对重点涉黑案件中发现的问题线索进行全面核查，进一步加大涉黑涉恶腐败“保护伞”的查处力度。深入开展三项专项整治行动，强化重点地区整治，挤压涉黑涉恶势力生存空间。加强行业领域管理，持续整治行业乱象，严防黑恶势力把持垄断、坐大成势。继续落实整顿软弱涣散村（社区）党组织工作。完善村（社区）“两委”成员联审机制。持续开展村（社区）“两委”换届“回头看”，做强基层基础。在全市组织开展层层谈话活动，督促问题突出地区和单位召开专题民主生活会或组织生活会，压实压紧各地各部门、各级领导干部的工作责任，努力取得专项斗争压倒性胜利，向党和人民群众交出一份满意的答卷。

## 依法治国进程中律师制度发展演进及路径探索

张正朝

伴随着我国改革开放的不断发展和深入推进，中国法治建设走过了波澜壮阔的40年历程，取得了举世瞩目的成就。今年是我国律师制度恢复重建40周年，律师制度恢复发展与法治建设一起，也走过了40年不平凡的伟大历程。本文就我国法治建设进程与律师制度发展演进、两者之间的关系以及律师在法治建设进程中的实现路径作一探讨。

### 一、法治进程的推进与律师制度的发展

我国的现代法制建设，是从新中国成立开始，真正的法治发展是在十一届三中全会以后。新中国律师制度无不伴随着国家法治建设而起落兴衰，大致可以划分为四个阶段。

#### （一）起步摸索阶段（1949年新中国成立至1978年十一届三中全会）

主要特征：从属于政治的法制建设时期，律师定位为国家法律工作者，具有强烈政治色彩，作用发挥有限。

新中国的法制建设开始起步，具有标志性的立法文件《中国人民政治协商会议共同纲领》和《五四宪法》先后颁行，刑法、婚姻、土地、劳动、组织等立法逐渐走上轨道，但是规范公权力的行政法、行政程序法几乎是空白，而且法制建设规范化程度较差。1957年以后特别是文革期间，法学教育被终止，司法机关被砸烂，新中国的法制建设被迫中断。

新中国的律师制度也处于起步阶段。1950年7月，政务院《人民法院通则》规定，人民法院应保障被告人有辩护权和请人辩护的权利。1954年7月，司法部《关于试验

法院组织制度中几个问题的通知》决定，在北京、上海、天津等大城市开展律师工作试点。同年《五四宪法》和《人民法院组织法》规定，被告人可以委托律师为自己辩护，“律师”一词第一次出现在新中国的第一部国家根本大法中。1956年1月，国务院批准了司法部《关于建立律师工作的请示报告》，同年7月，国务院颁布了《律师收费暂行办法》，律师业务由参与刑事诉讼扩大到民事案件。1957年上半年，新中国第一部有关律师制度的法规《律师暂行条例》（草案）成稿，但未发布施行。随着中国法制发展的起步阶段被迫中断，1959年司法部被取消，律师制度实际被取消。

#### （二）恢复发展阶段（1978年十一届三中全会至1997年党的十五大）

主要特征：法制建设的任务是建设社会主义法制。律师职业定位由国家法律工作者向中介机构转化。

1978年12月，党的十一届三中全会提出加强社会主义民主、健全社会主义法制的方针。这一时期法制建设的目标是“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”。国家两次修订宪法，颁布《人民法院组织法》《人民检察院组织法》《刑法》《刑事诉讼法》《民事诉讼法》《行政诉讼法》《香港特别行政区基本法》《澳门特别行政区基本法》，社会主义法律体系初步建成，司法系统恢复重建逐渐健全，法学教育也重新起步发展。

伴随着中国法制的发展，律师制度也恢复发展并尝试改革。1980年8月，第一部律师条例《中华人民共和国律师暂行条例》颁布，将律师定位为国家的法律工作

## “纪念律师制度恢复四十周年”征文

者。1986年7月，成立中华全国律师协会。司法部逐步尝试律师制度改革，进行合伙、合作制律师试点。律师职业的定位也逐渐发生变化。到1996年5月，新中国第一部律师法律《中华人民共和国律师法》将律师定位为“为社会提供法律服务的执业人员”，实际上将律师职业定位为中介服务，律师的社会地位有所回落。

### （三）蓬勃发展阶段（1997年党的十五大到2012年党的十八大）

主要特征：国家从法制建设转向推进依法治国，律师被定位为中国特色社会主义法律工作者。

法制发展从进行中性的、法律工具主义的法制建设，转向价值取向更加积极的法治建设与依法治国。国家不仅追求良性法律制度，还要积极推进依法治国。1997年9月，党的十五大将“依法治国，建设社会主义法治国家”写入了党章；1999年3月，国家又把“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”写入了宪法。中国特色社会主义法律体系已经形成，使“法治”和“依法治国”成为国家意志，中国法治建设掀开了新的篇章。

律师职业定位也发生变化。按照阶段末期中介机构的定位，2000年起全国进行律师制度改革，国办律师事务所全面改制，律师职业基本市场化。2002年，国家开展公职、公司律师试点。2003年，律师资格考试与初任法官、检察官考试合并为国家统一的司法考试。2007年，修订的《律师法》虽然规定律师是“接受委托或指定，为当事人提供法律服务的执业人员”，但同时明确“律师应当维护当事人合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平和正义”，实际上对律师职业重新定位。2010年11月，中办国办转发《司法部关于进一步加强和改进律师工作的意见》，强调指出“我国律师制度是中国特色社会主义司法制度的重要组成部分，律师是中国特色社会主

义法律工作者”，同时要坚持党对律师工作的领导，确保律师工作的社会主义方向。

### （四）全面依法治国新时代（2012年党的十八大至今）

主要特征：全面推进依法治国，律师定位为依法治国的一支重要力量。

党的十八大将“全面推进依法治国”与“全面建成小康社会、全面深化改革、全面从严治党”，作为党和国家四个全面战略布局之一。2014年10月，十八届四中全会审议通过了《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，中国的法治建设提高到前所未有的高度，明确了“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”的法治新理念，确立了“建设中国特色社会主义法治体系，建设法治中国”的总目标。党的十九大提出深化司法体制综合配套改革，全面落实司法责任制，努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。国家推行了一系列的司法改革，如全面推行法官、检察官员额制，推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革，出台领导干部不得干预司法活动相关制度，推进司法专业队伍正规化、专业化、职业化建设等等。

法治被高度重视，律师制度也得到空前的重视和加强。习近平总书记指出，律师队伍是依法治国的一支重要力量，要求切实加强律师工作和律师队伍建设。2015年，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合召开全国律师工作会议，这在我国律师事业发展史上还是第一次，律师第一次与公检法同为“法律职业共同体”的一员。随后，有关律师制度改革文件密集发布，如：中办国办《关于深化律师制度改革的意见》、《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》、《关于发展涉外法律服务业的意见》、《关于开展律师调解工作试点的意见》、《关于开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作的办法》以及司法部修订《律师事务所管理

办法》《律师执业管理办法》、全国律协修订《律师协会维护律师执业权利规则》《律师协会会员违规行为处分规则》以及律师协会、行业党的建设等工作全面加强，律师制度改革紧密地推进，律师队伍管理力度显著增强，律师执业权利有效落实。

从以上四个阶段得出结论，我国律师制度伴随着社会主义法治进程成长和成熟着，而且作为一支新兴的民主化法治化力量而崛起，律师制度发展体现以下法治特征：一是从国家法律工作者到为社会提供法律服务的执业人员，再到为当事人提供法律服务的执业人员；二是从单一刑事辩护到民事案件，再渗透到政治经济社会文化各个领域的法律服务；三是从单一行政管理到行政管理和行业自律“两结合”管理模式；四是从律师不问政治到积极参与议政；五是从业律师到兼职、公职、公司律师、法律援助专职律师并存的模式，也见证和实现着律师制度法治化进程。

## 二、律师的功能定位及与法治的关系

### （一）律师的功能定位

律师是为社会主义社会提供法律服务的专业人员，具有政治性、社会性、专业性、中立性的职业特性。

1. 政治功能。律师具有平衡公权力与私权利的博弈中促进民主与法治进步的政治功能。一是科学立法参与者。律师通过参与立法过程、提出立法意见建议，增强立法工作针对性、及时性和可操作性，提高立法科学化、民主化水平，保障立法质量。二是法治政府推动者。参与制定、评估政府的政策和规范性文件，对政府重大决策、重大项目等进行合法性审查。代理政府的行政诉讼、行政复议和参与信访接待，提高机关法治化水平。三是公民人权保护者。律师通过维护当事人的权利实现公民权利，同时监督国家权力的正当行使，实现对违法行使权力的对抗，维护社会公平与正义。

2. 社会功能。律师具有社会秩序调节

和法律秩序构建的社会功能。一是积极参与化解社会纠纷和矛盾冲突，调节社会和谐与稳定，发挥律师的社会调节功能。二是构建法律共同体，与司法部门相互配合、相互制约，促进司法公正与提升司法公信力。三是开展法治宣传教育，提高公民法律素养，规范公民社会行为，维护社会秩序。

3. 经济功能。律师具有创造价值并节省社会运行成本的经济功能。一是律师职业的发展得益于商业的繁荣和经济的发展，市场经济离不开律师参与的法治秩序和规则创制。二是律师在法律服务中提供“法律产品”，为经济建设保驾护航，减少经济纠纷，节省经济运行成本。三是律师通过维护和救济物权，保障民生，依法经营，维护经济的安全发展。

4. 文化功能。律师具有弘扬法治精神及宣传法律文化的文化功能。律师文化是法治文化的表现形式，律师文化是律师群体的灵魂所在，律师执业活动本身就是一个宣传和普及法律文化的过程，律师通过执业活动弘扬法治精神，这也是律师职业应有的功能。

### （二）律师与法治的关系

1. 目标一致。法治是一种贯彻法律至上、严格依法办事的治国原则和方式，与“依法治国”概念基本一致。律师的职责是维护当事人合法权益、维护法律正确实施、维护社会公平正义。我国律师制度的基本价值取向与司法制度发挥法治工作队伍在全面推进依法治国中的功能作用是统一的。维护国家法律正确实施是律师制度的基本功能定位，公平正义价值目标也就是维护国家法律公正实施的目标。不断完善我国社会主义法治化是律师法治作用的最终目标。同样，律师在我国法治建设中发挥作用，也需要一个清明的法治环境。律师职业以“法律”为中心，律师需要依赖“法律”、运用“法律”，从而更好地维护“法律”，“法律”是律师的生命。

## “纪念律师制度恢复四十周年”征文

2. 互为依存。律师需要法治。律师制度是民主政治发展到一定阶段的产物，与民主政体紧密相连的法治环境，是律师制度赖以生存和发展的必要保障。专治国家权力集中在一小部分人手中，实施暴力高压政策，律师没有任何用处。因为作为律师的当事人手中没有权力，而法治国家权力属于人民，法律是人民制定的。政府依法治理国家、民众维护合法权益，都需要律师的专业帮助，只有在法治社会，律师才有存在的空间。法治社会需要律师，权力制衡是国家治理的最基本准则，权利义务是社会生活的最基本前提。法律被社会普遍认可和遵守是最基本要求。以公民权利为本位的法治社会表现形式之一就是律师。建立公平正义和谐的秩序，就是要实现法治社会，就一定要有律师的力量。

3. 作用相关。法治属于上层建筑，不同的国情决定了不同国家不同的政治制度，也决定了不同的法治模式。我国法治包括立法、执法、司法、守法四个方面，法律被实施的程度越高，说明该国的法律在社会治理中越有成效，也反映出律师的地位和作用更加显著。律师通过促进“善法”、“良法”产生，维护私权利、制约公权力，保障法律在社会生活中被合理有效地遵守、执行和适用，从而推动社会法治的进步和发展。

### 三、律师推动法治进程的路径选择

律师在全面推进依法治国进程中的作用是多方面的，是科学立法的重要参与者、是严格执法的积极促进者、是公正司法的坚定维护者、是全民守法的实践推动者。

#### (一) 参与科学立法，保障立法质量

1. 参与立法专家顾问制度。我国立法主体是各级人民代表大会及常委会，存在着代议机关代表的广泛性与代议机关立法人员专业性之间的冲突。在不可能全部由专业人员担任人大代表的前提下，聘任专业知识扎实、实务经验丰富、社会阅历广泛的律师加入人大立法专家顾问团队，直

接参与立法，成为可能和必要。律师精英甚至比一些缺乏实务经验的法学专家更具相对优势。像美国等西方国家十分重视发挥律师在立法中的功能，美国历史上第一个百年中，律师占众议院人数的40%以上，占参议院人数的60%以上。目前，应尽快出台相关办法和规定，组建人大专门和工作委员会立法专家团，规定律师的地位、比例与产生方式和职责任务。律师担任立法专家顾问的职责主要是：一是对各专门委员会提出的立法动议进行合法性审查、可行性论证；二是对拟定的立法草案发表法律意见；三是对委员会日常工作提供法律咨询，出具法律意见，从而推动立法更好地符合法定立法权限和立法程序，符合社会实际需求，保证立法质量。

2. 参与第三方立法和评估。为克服部门立法和立法的地方保护主义，积极探索委托第三方起草法律法规草案。律师作为提供法律服务的执业人员，其政治性、社会性、独立性、专业性的职业属性应当能胜任这一任务。立法机关可以将与日常生活联系较为紧密、需要丰富实践经验作为支撑的法律法规，委托律师协会组织优秀律师起草草案。对于部门争议较大的重要立法事项，立法机关在委托第三方进行立法评估时，第三方的组成人员中也应当包括律师，通过遴选入围评估的律师，以其独到的法律观察力和思辨力对居中评估具有特别意义。

3. 提供立法建议意见。目前，我国39名律师担任全国人大代表和政协委员，全国有1500多名律师担任各级人大代表，4100多名律师担任各级政协委员。律师人大代表应邀直接参与和修改法律法规规章，律师政协委员积极参与立法中涉及的重大利益调整论证咨询，其他律师以专家身份或社会公众身份，积极在立法草案公开征求意见时提出自己的建议，结合执业实践向有关部门反映法律法规规章中存在的问题，撰写并发表文章为法律法规规章的健全和完善提出意见和

建议。醉驾入刑等就是通过律师政协提案直接推动立法，劳动合同法、物权法、刑事诉讼法等多部法律法规的立法、修订也凝结着律师界的专业意见和建议。同时，探索人大常委会以及司法局聘任法律助理制度，也是在审议法规、议案和规范性文件时提供专业法律服务。

## （二）促进严格执法，实现依法行政

1. 担任政府法律顾问。按照《关于推行法律顾问制度和公职律师公司律师制度的意见》要求，目前已经基本实现政府、政府机关法律顾问全覆盖。社会律师、公职律师坚持以防范、控制法律风险为主，法律补救为辅，参与政府立法和规范性文件审查，参与重大行政决策研究并提出法律论证审核意见，对以政府或部门名义签订的合同、协议以及其他法律事务文书进行审查，代理行政复议、诉讼、仲裁、执行和其他非诉法律事务，承担领导干部学法 and 行政执法人员培训的相关授课任务，参与重大事项社会稳定风险分析与评估，帮助政府更多地运用法治思维和法治方式行使权力。但是，社会律师在为政府服务的广度和深度上还需进一步加强，更加有效防范行政管理和行政决策风险，减轻政府工作面临的大量社会管理难题所带来的压力，增强政府公信力。同时，进一步完善政府购买公共法律服务制度，通过政府统一采购的方式提供经费保障。

2. 参与重大行政决策。律师与民众关联程度紧密，往往比较关注政府行政决策。律师作为民众代表提出适宜的意见和建议，作为专家参与决策的可行性论证，利用执业特有风险意识和浓厚法律功底进行决策风险评估和合法性审查。政府在重大投资项目建设的立项审批、项目招投标、项目实施和项目验收全过程中，应当将律师的尽职调查、审查评价、法律意见作为审批或核准的重要依据，在风险分析和评估的各个环节，多渠道听取律师建议。

3. 代理涉诉行政案件。由于群众法律意识的增强、法院实行立案登记制受理案件，导致行政诉讼案件数量大幅增长，给律师代理行政诉讼案件提供了业务拓展空间，也必然会使行政机关更加注重规范自身的行政行为，避免行政诉讼。律师通过代理行政相对人涉诉行政案件，一方面可以保护行政相对人的合法利益不受行政机关公权力侵害；另一方面，通过代理案件，在法庭上就涉诉具体行政行为合法性、合理性、正当性与行政机关进行充分的辩论，从而推进依法行政、法治政府建设。

## （三）维护司法公正，保障基本人权

1. 全程介入司法维权。国家设立律师制度的目的之一，就是对司法活动进行监督制衡。律师参与民事代理和刑事辩护，享有知情权、陈述权、申请权、会见通信权、阅卷权、收集证据权和庭审中质证权、辩论辩护权等执业权利，对于司法机关全面准确查明事实、正确适用法律，让人民群众在每一个案件中都感受到公平正义，具有不可替代的重要作用。尤其是在刑事辩护领域，律师在侦查、起诉、审判各环节依法充分发表辩护和代理意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，监督司法机关依法办案，理性抗辩。司法实践也表明，如果不发挥好律师的作用，无视律师的合理意见，错案发生几率就会上升。这些年发生的赵作海、呼格吉勒、聂树斌、张氏叔侄等冤假错案，其中一个重要原因就是在案件审理中不重视律师的辩护意见造成的。律师的执业过程实际上是对国家司法权的监督和制约的过程，有助于减少司法腐败，促进司法公正。

2. 建立律师调解和代理申诉制度。目前在全国范围试点推行的律师调解制度，是在人民法院、公共法律服务中心、律师协会以及律师事务所四个层面设立律师调解室，加强律师调解与人民调解、行政调解、商事调解、行业调解、诉讼调解等有机衔接，充分发挥律师在化解社会矛盾纠纷中的专

## “纪念律师制度恢复四十周年”征文

业优势、职业优势和实践优势，推进形成中国特色的多元矛盾纠纷解决机制。同时，建立完善律师参与化解涉法涉诉信访案件机制，逐步实行申诉案件律师代理制度，关键是建立律师代理申诉案件的运作办法以及与法律援助衔接协调机制，从而达到既能化解信访、有效救济当事人合法权益、平息社会矛盾纠纷，又能拓展律师业务领域，维护司法最终裁判的公信力。

3. 推动刑事案件律师辩护全覆盖。据统计，法院审理的刑事案件，律师辩护率不到30%。全覆盖是指刑事案件审判阶段的律师辩护全覆盖，除人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护之外，其他适用普通程序审理的一审案件、二审案件、按照审判监督程序审理的案件，被告人没有委托辩护人的，人民法院也应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。同时，适用简易程序、速裁程序审理的案件，被告人没有辩护人的，人民法院应当通知法律援助机构派驻值班律师为其提供法律援助。这是推进司法改革和律师制度改革的重要举措，也是我国人权司法保障的一大进步，对于充分发挥律师在刑事案件中的辩护职能作用，维护司法公正，彰显我国社会主义法治文明进步具有重大意义。

#### （四）推动全民守法，协同社会治理

1. 深入开展法治宣传。律师队伍是全民普法的一支重要力量。律师办理具体法律事务的过程，本身就是一次法治宣传的过程。组建律师讲师团、律师参加普法志愿者队伍，积极开展法律六进、村居结对、法企同行等活动，广泛进行法律宣讲和法律咨询活动。针对企业家、学生、农民工等特定群体，开设法律讲堂、讲座、论坛等，有针对性普及相关法律知识。总结汇编律师办理的生动、鲜活的典型案例，开展以案释法活动。利用传统媒体、网络平台、自媒体等宣传与讲解法律法规，普及法律常识，弘扬法治精神。

2. 完善公共法律服务体系。律师执业已渗透到社会管理、社会生活的各个层面。在全面推进覆盖城乡的公共法律服务体系建设中，律师是中坚力量。从实践看，法律服务需求增长与供给不足的矛盾还比较突出，去年全国法院审理的2800多万件案件中，有律师代理的不到800万件。因此，还需要进一步完善公共法律服务体系，拓展法律服务领域，提升法律服务水平，为人民群众提供及时有效的法律服务。大力推进村（居）法律顾问工作，建立完善相关运作考核等制度。加快律师公共法律服务产品研发，全面推行“全生命周期”公共法律服务。加大实体、网络、热线平台融合发展，为社会公众提供更加便捷的法律服务。

3. 积极参与社会治理。律师除代理案件、担任顾问等工作以外，参与社会治理的方式也是多方面的。参与信访接待，协助政府接待信访群众，减轻政府接待工作压力。在法律援助窗口、诉讼服务中心、调解委员会、妇联、残联等窗口部门开展律师志愿服务，义务解答法律咨询。参与政府、法院等部门涉法涉诉案件化解工作，有效钝化和解决信访积案。专注未成年人、妇女、残疾人等保护事业，开展环保等公益诉讼活动，维护社会公共利益。协助基层组织和部门、行业开展依法治理，规范乡规民约、行业规章，协助处理相关涉法事项，帮助依法维权和纠纷化解，促进社会和谐稳定。

综上所述，律师事业发展与法治建设进程相伴而行，相互促进，共同进步。“法治兴，则律师兴；律师兴，则法治兴”，律师工作大有可为。只有坚持全面依法治国的总目标，坚定不移走中国特色社会主义法治道路，律师制度和律师事业才会始终走在健康发展的大路上，才能实现国家治理体系和治理能力现代化的发展目标。

（作者单位：常州市司法局）



## 执金针治狱 怀玉德求真

——关于纪念律师制度恢复四十周年的若干思考

蒋涌涛

律师的职业，对于笔者来说既熟悉又敬重。一是自己曾做过十年的检察官，“不打不相交”，有着若干次直面的接触，调到政法委后联系依然紧密。二是一直收藏常州地方文史资料，珍贵的有民国年间律师诉状集《治狱金针》等，属中国法制史上的一个重要组成部分。三是父亲退伍后先后在武进县第一律师事务所、常州联合律师事务所、张林芳律师事务所工作，二十年的律师职业生涯，对笔者有着长期的耳濡目染。有人说，常州也是一座包孕了多位法律大家的城市。这话一点也不假：近代法学奠基人董康、新中国第一任司法部长史良、最高人民法院元老级副院长张志让、冠名苏州大学法学院的王健等，都是法律界的翘楚。巧的是，这四位知名人物也都做过律师。

时至2019年，中国律师制度恢复四十周年。年龄的因素，我只对其中三十来年的经过有着亲身的感触，但是这已足够让自己深深地敬重这庄严而高尚的行业。

### 一、职业崇高威严，守护公平正义

1995年是笔者从事检察事业的第一年。这一年，院里一起二审案件的一名从犯被改判了无罪。一时间影响空前，什么声音都有。巧的是，不久后我竟接触到了那位被告人的律师，而且也是一位年轻人。交谈中他心态平和，谦逊地说：“其实我也没有想到法院能判无罪，我只是发现了一些问题，据理力争而已。”这几句话我

后来一直不能忘却，既对自己的工作生涯产生了深刻的警醒，又使我对律师的职业增添了几许敬意。

在后来更多庭审中，同样让我发现律师的办案责任心丝毫不亚于政法干警。一是律师的法律知识丰富，社会经验充足。当时流传这样一句话：“公安干警法律水平不如检察官，检察官不如法官，法官不如律师。”言语自是偏颇了，但细细思之，却也有几分道理。律师每次接的案件不相同，只能逼着自己学习学习再学习，生怕犯一丁点常识性错误。各类法律法规如烟海，不把握最新而实用的准绳，不抽丝剥茧洞察案情，根本无法在法庭上立足。而相比之下公检法机关各个部门业务相对固定，人员配备齐全，时间长了反倒容易产生经验主义、保守主义。二是律师的逻辑思维缜密，个人能力凸显。每名律师性格不同，办案手法不同，但几乎有同一个特点，那就是善于抓住蛛丝马迹，不放过对手的一丁点破绽。与一些政法部门的“集团作战”不同，律师更擅长单打独斗，反练就了综合实用的功夫。三是律师的辩护语言犀利严谨。民事庭审中，原被告的代理人自是短兵相接、据理直言，往往精彩纷呈、珠玑喷涌。而刑事案件中更会出其不意，有时弄得公诉人一头冷汗。后来，检察机关、律师协会常举办诉辩对抗赛，赛场上年轻人的唇枪舌战可谓酣畅淋漓，其中获胜的律师中有多人日后成为驰骋龙

## “纪念律师制度恢复四十周年”征文

城的“金牌大状”。

当然，律师制度恢复四十周年了，四十年里大浪淘沙，负面的例子也是有的，概括起来就是四个字：“害己害人”。毕竟，越是担负重要的法律职责，越应当更好地服务社会，避免受到不良染缸的影响，做出以恶制恶、违反职业操守的行径。

## 二、社会地位重要，服务领域全面

在绝大多数国家中，律师的社会地位都是较高的，尤其法治社会里，各类矛盾纠纷的基本通过法律渠道解决，因此律师的重要性更为明显。在美国，复杂的法律体系和大量的法律条文以及繁琐的诉讼程序，注定一般民众无法脱离律师自行处理法律相关事务，尤其是诉讼事务。在过去的四十年里，我国律师职业在国家发展进程中同样扮演着重要角色，已经参与到政治、经济、文化和社会生活的方方面面。律师对于当事人，就像医生对于患者一般，至关重要而不可或缺。

同时，律师应当属于社会中的精英阶层。他们提供法律咨询、参与诉讼、开展辩护，推动法治进程，促进公平公正，还具有引导公众舆论的作用。客观上，收入也普遍高于工薪阶层，有的名律师甚至如同明星一般光彩照人，天价难聘。其次，近年来一批法官、检察官、公安精英接连融入这支队伍，拓宽了律师的来源渠道，也有形形色色地加剧了地位上升之势。再者，不少律师积极投身法律援助、公益诉讼、未成年人救助保护等，在多个领域里取得了骄人成绩，获得了全社会的赞誉。

当然，具体的办案环节中，反面的情况也是存在的。例如，某些刑事案件审理中可能处于被动境地。拿公诉人提供“主要证据复印件”来说，制度的实行一定程度上吸收了当事人主义诉讼模式的优点，有利于避免法官先入为主，即在庭审前对案件定性已形成思维定式，从而保障了庭

审过程中控辩双方的对抗性及法官的中立性。但以往实践中多少存有弊端，有人挑选“非主要的”或片面的证据，目的就是“多留一手”，争取时间差。这种情形曾导致大量刑案中律师处于“习惯性的无奈”中。毕竟，主要证据的确定权基本由公诉机关掌握，司法程序中由具体承办人灵活操作。由于法律规定较为原则，主管人员也不可能对每个复印的主要证据进行检查，就造成移送法院的证据复印件存在较大的主观性、随意性。

随着各种诉讼程序的进一步规范，办案的各个环节都在逐步改善，这给予了广大律师工作者更多的制度保障。一方面是对律师个人的尊重，另一方面更是对当事人合法权利，对整个司法正义的维护。

## 三、好学进取开拓，引领社会风气

笔者回顾身边的律师友人，有科班学士、硕士出身的，有长期处在基层法律服务部门，多年后考得执业证的，也有从高校、行政机关、司法机关，甚至医界转行的。无论年纪大小，他们整体上求知若渴、虚心上进。可以毫不夸张地说，求知的主观能动性，值得全社会各个阶层学习。

海纳百川，有容乃大。各行各业，尤其是从事法律的工作人员，都应当怀着不断学习、终身学习的心态开展业务，切不可老大自居，疏于新知识新技术的掌握。一旦缺了某项技能，少了某项知识，今后很可能在工作中遇到盲区甚至雷区，无以招架应对。最让笔者钦佩的是，有的“60后”甚至“50后”律师，仍在不断地学习提升。类似建设工程纠纷、合同纠纷、医患纠纷、股权纠纷最新法规，电子商务、互联网金融、共享经济行业动态等，都广泛涉猎。既高屋建瓴，又不耻多问，学习的劲头丝毫不输于年轻人。多年前，会电脑打字、收发邮件就算懂电子科技了，而今天看来那只是皮毛的皮毛。不少的律师工作者已经走

在现代科技的前端，服务众多的高新企业，甚至勇于挑战和改写原有的国际格局。

当前，通过广大律师各自的学习和提升，我市有的律所业务范围已经涵盖了国际贸易、海外投资、资本证券、两岸事务、私募、投融资与并购、环境保护、海商海事等专业领域。有的成立了“投融资中心”，不仅解决法律问题，还为客户提供商业机会，促进客户合作，提供专业化、综合性法律服务；有的积极融入世界，构建全球化法律服务体系，引进和培养国际化的律师人才，全面提升国际法律业务的服务能力；有的还针对市场需求，加大对新三板、PPP、破产清算与不良资产清收业务等金融领域及合规领域的整合，健全和完善评价体系，推进建立专业化应用的技术平台等。

#### 四、机遇挑战并存，革新需求强烈

不可否认，现实中还有不少制约因素和不合理因素存在，影响着律师职业的正常开展，值得全社会的关注和重视。

1、关于侦查阶段的律师权利与困境。2012年《刑事诉讼法》修改以来，刑事案件中律师在侦查阶段的诉讼地位和诉讼权利得到了明确，但实践中，相关权利仍没有得到很好的发挥。有必要进一步完善相应的法律法规，建立与此相对应的制度，健全司法程序，使侦查阶段真正发挥律师的必要权利，真正实现惩治犯罪、保障人权目标。

2、关于律师参与调解工作。在传统社会观念中，将律师在纠纷解决中的角色定位为诉讼代理人，律师为赢得诉讼而据理力争，被视为增进对抗而不是促进合作的调解力量。我国律师调解制度的本质是律师作为调解员参与各类调解中，是律师与调解相结合的产物。因此，在制度中律师混合着“代理人角色”与“调解员角色”，而这两种角色在地位、理念、行为规范、行为模式等方面存在冲突。将不可避免地导致实践中律师调解员中立地位易受影响、

存在道德风险、参与调解动力不足等问题。从比较法视角看，建立和培育专门从事调解的律师事务所与律师是化解角色冲突的关键。但其目前在我国仍面临着律师行业与商事调解欠发达的困境，因而现阶段可主要从制度完善层面缓解因律师调解角色冲突产生的实践问题。

3、关于律师职业道德的完善。随着依法治国方略的推进，社会对法律服务需求愈发旺盛，律师作为法律服务市场的提供者和直接参与者，其职业道德建设是法律服务健康稳定发展的基石。我国律师行业起步晚，恢复的四十年来虽取得很大进步，但仍存在一些不足。例如，有的律师在接收案件时，有“事业前途”的顾虑，当听说另一方“来头大”，或是某领导亲属时坚决不接；有的方面参与公益诉讼，另一方面办案“性价比”观念过强，接手费用低的案件感觉抑价；有的经常抱有“对方也可能走关系”的疑虑，暗示当事人动动其他脑筋；有的为了自身某种目的，违反律师保密制度，损害当事人权益；有的属离开法检机关的转行律师，存在违规打听、干扰原同事办案情形；还有个别律师受境外组织影响，参与国内不法维权。这些问题都必须予以纠正，推动律师职业体制可持续发展。

4、关于法律援助的值班律师制度。随着全面依法治国与人权保障的不断推进，我国律师值班制度的重要性日益凸显。法律援助对经济困难和罪行严重的当事人来说是一项必要的制度，但值班律师制度尚处于发展期，亟需进行深入的研究探讨以推动有效落实。

5、关于认罪认罚制度。在律师的积极参与下，认罪认罚从宽制度具有目标价值、基础价值和关怀价值，改革初步成效表现为案件审理时间缩短、被告人服判息诉率提高等。但也带来程序运行紊乱、审查方式不一、量刑标准不完整等新问题，

## “纪念律师制度恢复四十周年”征文

需要及早辅之以配套机制。这一点，检察机关同样引起了重视，积极协同律师工作者开展相关工作。江苏省检察院副检察长蒋永良提出：“将进一步强化主导意识，提高认罪认罚从宽制度的适用率。进一步加强认罪认罚刑事案件衔接机制建设，推动从侦查、检察到审判的全流程无缝对接高效高质地适用认罪认罚从宽制度。进一步强化刑事司法能力建设，提高办理认罪认罚案件质效。”

6、关于高科技大数据时代律师执业风险。律师执业风险分为规范风险与市场风险，在“互联网+大数据”背景下，两种风险同时凸显。传统的阶段性风险控制策略存在对律师管理过度而权利保障不足的结构缺陷，在应对市场风险方面更是显得难以全面到位。今后应从增强律师执业技能、强化律师协会服务职能、完善律师执业责任保险制度、强化律师专业化和团队化建设、加强工作流程内部管控等方面构建新型执业风险控制体系。

#### 五、未来前景宽广，肩负更多期望

四十年弹指一挥间。恢复重建的律师职业日益崇高可敬，同时也充满了竞争和期许。习近平总书记指出：“法治国家、法治政府、法治社会三者各有侧重、相辅相成。要在全社会树立法律权威，使人民认识到法律既是保障自身权利的有力武器，也是必须遵守的行为规范，培育社会成员办事依法、遇事找法、解决问题靠法的良好环境，自觉抵制违法行为，自觉维护法治权威。”

科技飞速发展的时代，也是人类智慧和管理能力大幅提升的时代。是社会大众对法治需求日益旺盛的时代。面对众多的新平台、新领域，广大律师工作者既会有无限的机遇，又会面临新的压力和挑战，有必要从行业内部外部共同发力，除弊兴利、展望未来。今年，省内有关兄弟城市探

索了律师进驻法院的中立评估机制，对起诉到法院的案件进行法律评估，出具中立评估意见书供当事人参考，引导当事人对诉讼结果作出合理预期，根据当事人意愿进行调解或引导和解。这一创举也成为了全国政法领域全面深化改革的重点推进项目，值得广泛的借鉴和参考。

正如雅克·卢梭说的：“一切法律中最重要法律，既不是刻在大理石上，也不是刻在铜表上，而是铭刻在公民的内心里。”得民心者得天下，仗法律者走天涯。笔者以为，一名优秀的律师，不但要有良好的法律知识，还要有良好的综合知识与素养，有胸怀眼界，有胆识担当。当尽职尽责的律师，实际上也是一个自我完善过程、一个不断成长过程，需要经常审视自身，用高于任何职业的责任要求来约束自己，尤其应把握两个重要原则：一是保持法律人格的独立性，不在利益面前丧失法治精神。对客户不合法的行为和要求果断提出纠正性法律意见；对对方当事人依法行事要予以肯定和尊重，以自己的执业活动乃至生活中的言行向周围人群传递法治精神。二是正确处理和把握与司法工作人员的关系，体现有理有节、不卑不亢。既全面维护法律共同体共同的职业尊严，又敢于对司法人员不依法办事，甚至徇私枉法的行为进行理性斗争，始终捍卫自身的职业尊严。

（作者单位：常州市委政法委）

## 律师调解如何扬长避短

黄纪成

从参与调解到主导调解的跨越，从代理一方到居中第三方的身份转变，现代律师制度与传统调解制度有机结合，成就了当代的律师调解制度。笔者尝试通过分析律师调解的优势劣势，探寻扬长避短的路径，以期追求律师调解制度与律师在商事仲裁、法律援助等其他成熟制度中所起作用同样积极的法律效果。

### 一、律师调解的独特优势

1、律师释法明理专业性强，人民调解制度为化解纠纷、构建和谐作出了杰出贡献，但人民调解员年龄偏大、文化程度较低、法律专业性较差等普遍现象受到各方诟病。调解作为一种纠纷解决机制，不仅要求调解员具有丰富的社会经验、专业技能和高超的调解技巧，更需要具备扎实的法律功底和运用法律的能力。律师在主持调解过程中，对于案件的事实、证据进行分析、判断，能够结合法律法规的规定，向当事人予以充分到位的释明，而不是一味地基于情感、道德、感觉来辨别是非。

2、律师调解有助于提高调解协议的执行力。律师可以充分利用自身专业知识为当事人进行理性分析，促使当事人对自身享有权利和应尽义务清醒认识。同时，律师严谨的逻辑思维和防范法律风险的职业素养，能够起草更具操作性和法律效力的调解协议。达成调解协议后，当事人更愿意依约履行，即使当事人违反调解协议拒

不履行，也便于法院依申请确认调解协议的效力并实施强制执行。

3、律师办理非诉讼事务的思维模式和社会资源更有助于化解矛盾。当前，大量律师在从事非诉讼业务，以专业的风险控制技能、丰富的行业知识获得了社会认可，同时也获得了更多的社会资源。律师调解可以通过律师非诉讼法律服务的思维、知识和社会资源，在对立的各方当事人之间寻求利益共同点，使各方当事人在律师的主导下，在一个更加平和的氛围中进行商谈，使纠纷在公正的框架内得到解决。通过引导当事人进行合作，法商融通，设计出有助于各方共赢的调解方案。从而化腐朽为神奇，让冤家变亲家。

4、律师调解的目标不仅仅是解决具体纠纷，还包含普法宣传、预防风险等内涵。律师在主持调解过程中，必定会结合事实解释法律、适用法律，对于个案当事人普及法律知识、疏导情绪纠结。从面上来说，无论作为一名社会工作者、还是作为一名法律职业共同体中的社会主义法律工作者，普法教育和预防矛盾纠纷的发生，都是律师义不容辞的义务和职责所在。律师调解，不仅能化解具体的纠纷个案，也能通过个案为普及法律、建设法治社会作出贡献。

### 二、律师调解也存在劣势

1、律师正常收费与调解只能低价让律师面临利益抉择。律师办理诉讼和非诉讼

业务时，遵照律师收费标准，可以收取相对高额的律师费用。律师调解按照有偿和低价的原则向当事人收取调解费，或者由政府采购服务渠道解决调解经费，两者之间的差距，可能会影响到律师调解员的积极性。或者在可调可诉之间，律师为了追求高收费，而忽视调解的可能性，使律师调解制度趋于虚设。

2、长期以来调解不收费的惯性思维与在律师事务所设立的调解工作室可以按照有偿和低价的原则向当事人收取调解费的不适应，导致当事人放弃选择直接申请调解纠纷。尽管相关的收费标准尚未出台，但对于收费标准的高低，费用如何收取，以及调解成功与否对收取费用的影响等等因素，都可能导致当事人对于直接申请律师事务所调解工作室进行调解的可能性降低。

3、律师如果缺乏有效的调解方法，对社情民意、基层治理等情况了解不深、黏合度不够，就可能无法促成调解。人民调解员能够充分运用情理分析、道德约束和社会舆论等乡土方法，劝说当事人将心比心、换位思考、明理忍让，成功化解了大量纠纷。律师的职业特性偏向于“学者”，具有法律问题理论研究和实践适用的“一意孤行”的精神和意志，“惜时如金”，对于不理性的纠纷当事人缺乏说服的耐心和技巧。律师调解精确的法律分析、说理解释，也可能反而助长某些当事人的维权欲望，不利于纠纷的化解。对于邻里、家庭、婚姻等民间矛盾纠纷，律师调解缺乏借助社会关系化解的能力。

4、调解曾被个别法院作为拖延立案的手段，个案中律师或当事人均对调解缺乏认识。许多纠纷都爆发在基层，表现为邻里、家庭和婚姻等民间纠纷，金额不大，法律关系简单，但纠纷当事人文化素质不高，

调处难度较大，牵涉的时间和精力较多，律师对于此类纠纷的调处缺乏热情。同时，纠纷当事人还可能认为，调解不能化解纠纷，而是法院拖延立案的理由，从而拒绝律师调解。

### 三、律师调解扬长避短之措施

1、在律师行业深入宣传贯彻党的十九大精神，推动律师行业更加紧密地把握新时代新责任新使命，为实现法治中国梦、实现强国梦贡献力量。法律援助制度已经实行多年，为律师体现社会价值、履行社会责任搭建了平台。律师调解制度代表了调解制度与时俱进的重大创新，也成为从传统调解向现代调解转型的标志性成果。调解律师应该具有作为社会主义法律工作者的政治觉悟，和维护社会公平正义、促进社会稳定和谐的大局观念，努力降低当事人维权成本，有效化解各类矛盾纠纷。这些都离不开在律师行业加强党性教育，结合当前政治、经济环境，树立“为人民服务”的高尚理念，既要解决律师“不愿做”、“怕难做”的抗拒、惧怕情绪，也要促进社会认识、信任律师调解，乐意接受律师调解。

2、推动建设名优律师调解员工程，树立律师调解的社会威信和公信力，增强当事人接受律师调解的信心。律师收入来源于委托人在具体事务中支付的报酬，要想律师对低报酬甚至无偿的调解工作踊跃参与，必须提升荣誉激励。向社会推广名优律师调解员，鼓励有一定威望、调解成功率高、在律师调解工作中表现出色的律师，在人民法院、公共法律服务中心、律师协会、律师事务所四种工作模式下以其个人姓名命名调解工作室，既能增加律师调解员的工作动力，对律师调解员也是一种约束，使律师调解员在调解时更珍惜荣誉，更能

接受当事人的监督，更能促进律师调解制度的公信力建设。

3、加强律师调解与诉讼、仲裁以及人民调解、司法调解等各类调解的融合对接。多地法院（法庭）和区县、乡镇（公共法律服务中心）设有调解机构，律师调解可以与这些调解机构合署办公，成为化解法院积压案件、缓解诉讼压力的重要力量。建立纠纷流转审批制度，各方当事人均同意接受律师调解的案件，经当事人自愿签署调解申请书、选择律师调解员，案件可流转至律师调解工作室办理。律师调解工作室应在规定时间内组织调解，记录调解过程，并回复调解结果。律师调解形成调解书后，当事人可以申请司法确认，经过司法确认的律师调解书与法院法律文书效力相同。

4、鼓励成立专业律师调解组织，帮助化解重点领域矛盾纠纷。在医患纠纷、交通事故、消费维权、知识产权等专业性领域，完全可以打造特色鲜明的律师调解组织。加强律师调解组织与专业部门的对接。专业部门通过向律师调解组织购买服务的方式，委托律师调解组织开展调解，并由专业部门对律师调解加强监督和指导。

5、律师要加强调解技能培训。从调解前的研究评估，到调解中的谈判协调，乃至调解后的整改规范，不仅需要扎实的法律知识，还需要对行业的熟悉，良好的沟通技巧，甚至需要终极的管理能力、处世智慧和人格魅力。对于律师调解员来说，调解技能培训必不可少。律师协会可以通过岗前培训、继续教育、执业交流等方式，提升律师调解员的调解功底，使律师调解员兼具完备的法律和调解双技能，增加律师调解的“粘合力”，提高调解成功率。

6、要严格规范律师调解工作程序，除

向当事人提供承办律师调解工作的律师事务所和律师调解员名册，并在公示栏、官方网站等平台公开名册信息，方便当事人查询和选择以外，律师调解组织应确定相关的记录人员，在律师调解员组织调解时，该记录人员应当用书面形式记录争议事项和调解情况，并经双方当事人签字确认。有条件的地方，可以配备相关的录音录像系统，实时记录调解过程。在调解过程中形成的经各方当事人认可的文字记载或者影音资料，除涉及国家利益、社会公共利益和他人合法权益以外，当事人无需再行举证。

在深化律师制度改革的今天，律师作为法律职业共同体的重要组成部分，在现代法治社会中不仅仅是提供法律服务的市场主体，更是社会矛盾化解、社会治理创新的重要力量，完全具备为矛盾双方圆融解决纠纷的能力，理应成为纠纷解决方式理性选择的促进者。律师调解拓展了律师在现代法治社会中不可替代的社会主义法律工作者的功能，开启了纠纷化解的新路径，为东方经验注入了新活力。

（作者单位：江苏张林芳律师事务所）

# 人民法庭审判权功能重构的衡平思考

——以东部地区法院为样本

王志刚

随着社会的不断发展和进步，人民法庭设立之初的“两便”功能已日趋式微，人民法庭的便民功能也不断受到质疑，在理论界和司法实务界，一直存在人民法庭的“存废之争”。但人民法庭作为化解纠纷、维护社会稳定的排头兵，随着司法改革的不断推进，人民法庭（特别是经济发达的东部地区）其功能定位和司法技术等也应有转变。文章以常州地区人民法庭运行现状作为实证分析的基础，逐一剖析人民法庭当前功能定位存在的问题，并尝试提出东部地区人民法庭改造的基本路径，即以繁简分类为基础，核心定位于解决简单民事案件，对案件进行专业化类型分流，缓解现在人案矛盾激化的现实状况。

## 一、人民法庭设立初衷及其发展

人民法庭在设立之初，主要目的是“便于当事人诉讼，便于人民法院审判”，是司法群众路线主要载体和集中体现。随着人们的物质生活水平有了较大改善，我国的交通和通讯状况已发生了根本变化，社会、经济的发展，司法理念的更新、城市化的大规模推进以及交通改善、信息化技术进步，人民法庭设置之初的制度、经济、技术条件等均已发生了显著变化。在相当一部分地区，设立人民法庭“两便原则”的前提，即妨碍人民群众参与诉讼和法院审判的障碍已经消除，更有学者主张要废除人民法庭。

### （一）创立停滞期（1949年至1977年）

1964年《中华人民共和国人民法院组

织法》规定：“基层人民法院根据地区、人口和案件情况，可以设立若干人民法庭。人民法庭是基层人民法院的组成部分。”1963年7月最高人民法院《人民法庭工作试行办法（草稿）》，从人民法庭的性质、规模布局、名称、组成人员、主要任务等方面做出了详细规定，但由于该时期国家政治生活的激烈变化，正处于起步阶段的人民法庭制度建设遭到严重摧残，被迫处于停滞状态。

### （二）蓬勃发展期（1978年至1993年）

上个世纪80、90年代，在发展社会主义民主，加强社会主义法制的大背景下，全国范围内掀起了一股创建人民法庭的热潮。人民法庭如雨后春笋般地建立起来。有的选择适当地点易地新建，有的就地翻、扩建；有的利用旧房进行改造。人民法庭的面貌有了明显改观。在此期间，我国人民法庭数量呈逐年增加的态势。据统计，1987年全国人民法庭的数量已达15000多个；截止到1992年底，全国已建立人民法庭18000多个，配备法庭干部70000余人。

### （三）改革转型期（1994年至今）

对法庭的改革，是通过对其布局的调整、结构模式的调整，使法庭的人员配备、物质装备与辖区经济发展状况相适应，使人民法庭的职能作用得到最大程度的发挥。因而，法庭改革和建设，必须在遵循“两便”原则的基础上，坚持从实际出发，按照严肃执法、公正裁判的要求进行。1994年，江苏省率先在苏南部分基层人民法院进行法庭



改革的试点工作,将原有的法庭,以2至3个法庭合并为一处,在原辖区内地理位置处于中心、交通便利的乡镇成立一个新法庭,或以一个法庭为基础,兼并2至3个法庭的人、财、物。至1997年底,该省共撤销人民法庭80余个,合并成立20余个法庭,人民法庭设置的新格局已初步形成。

## 二、当前东部地区人民法庭审判权运行现状

1、从职能来看,人民法庭的职能主要有立案、审理、执行这三大块。目前,除了审理职能全部具备外,立案和执行的权能并不明确,部分法庭具有立案和执行权,但法庭的立案和执行一般不属基层法院立案庭和执行局领导,而是直接归属法庭庭长领导,因立案登记制的出台,为了进一步规范案件的受理,部分基层法院又将人民法庭的立案权收归院本部。此外,为了解决执行难,统一调配执行力量,人民法庭的执行权也逐渐收归执行局。

类特定类型案件(如医疗事故、劳动争议案件)外,法庭受理的案件类型、标的上限等和基层法院基本没有太大差异,案件类型一般集中在婚姻家庭、机动车道路交通事故、分期付款买卖合同纠纷、民间借贷等几大主要案由上,另外有部分法庭为专业法庭,如天宁法院经济开发区法庭专业受理金融类案件;天宁法院兰陵法庭以受理机动车交通事故损害赔偿案件为主,占比达到53%。

3、从人民法庭人员的年龄构成来看,行政编制人员主要集中在45岁以下,45岁以上人员占少数;从学历构成来看,行政编制人员均具有大学本科以上学历(除溧阳法院埭头法庭),每个法庭至少有1名以上的研究生学历人员(除天宁法院经济开发区法庭),法庭员额法官年均办案量均在200件以上,最少的为埭头法庭,年均办案量为212件,最高的为新北法院孟河法庭,年均办案量在500件以上。

法庭名称	立案	审理	执行
武进法院前黄法庭	有	有	2017年10月以后收归院本部
武进法院高新法庭	有	有	2017年10月以后收归院本部
武进法院奔牛法庭	有	有	2017年10月以后收归院本部
溧阳法院天目湖法庭	无	有	无
溧阳法院高渡法庭	无	有	无
溧阳法院竹箠法庭	无	有	无
溧阳法院埭头法庭	无	有	无
金坛法院薛埠法庭	无	有	无
金坛法院东林法庭	无	有	无
新北法院孟河法庭	无	有	无
天宁法院兰陵法庭	无	有	无
天宁法院经济开发区法庭	无	有	无
丹阳法院横林法庭	有	有	无
丹阳法院陵上傅法庭	有	有	无

2、从受理案件的类型来看,人民法庭目前主要是处理民商事案件,一般不处理刑事自诉案件,在民商事案件类型上,除某几

部门	男	女	法官	法官助理	书记员	2017年受理案件数(件)	2017年平均受理案件数(件)	学历构成(%)	行政编制人员学历构成			行政编制人员学历构成		
									本科	硕士	博士	本科	硕士	博士
武进法院前黄法庭	5	2	1	6	1440	180	27%	0	5	2	4	3	0	0
武进法院高新法庭	5	1	0	6	1770	295	30%	1	6	1	2	0	0	0
武进法院奔牛法庭	4	1	1	6	1661	276	24%	0	5	2	3	2	0	0
溧阳法院天目湖法庭	5	2	0	7	1236	176	22%	2	2	1	1	4	0	0
溧阳法院高渡法庭	5	2	0	7	1206	172	22%	2	2	1	1	4	0	0
溧阳法院竹箠法庭	5	2	0	7	1206	172	22%	2	2	1	1	4	0	0
溧阳法院埭头法庭	5	2	0	7	1206	172	22%	2	2	1	1	4	0	0
金坛法院薛埠法庭	5	2	0	7	1206	172	22%	2	2	1	1	4	0	0
金坛法院东林法庭	5	2	0	7	1206	172	22%	2	2	1	1	4	0	0
新北法院孟河法庭	5	2	0	7	1206	172	22%	2	2	1	1	4	0	0
天宁法院兰陵法庭	5	2	0	7	1206	172	22%	2	2	1	1	4	0	0
天宁法院经济开发区法庭	5	2	0	7	1206	172	22%	2	2	1	1	4	0	0
丹阳法院横林法庭	5	2	0	7	1206	172	22%	2	2	1	1	4	0	0
丹阳法院陵上傅法庭	5	2	0	7	1206	172	22%	2	2	1	1	4	0	0

### 三、人民法院“两便”功能的弱化

#### (一)“便于当事人诉讼”功能的弱化

1、城市化进程使法庭地理位置优势不复存在

本着以“被告住所地”为基本管辖的原则,如果被告住所地在法庭辖区,那么原告就必须到被告辖区的法庭起诉、立案,但随着近年来城市化水平的不断提高,许多当事人的户籍虽然在农村,但大多数已经搬到城区居住,如果选择在法庭开庭,许多时候原告、被告均要从城区赶至乡下派出法庭开庭,徒增了双方当事人的诉累。特别是东部经济发达地区,目前均已实现“村村通公路,村村通公交”,乡镇到中心城区均有公交车直达,而镇与镇之间的公交系统反而不是那么方便。从当事人角度出发,和到相邻乡镇的人民法院相比,到院本部参加诉讼花费的时间和费用甚至更低,对此当事人颇有微词,人民法院地理位置优势不复存在。

2、诉讼服务的便利化弱化了当事人的直接参与性

近年来随着东部地区经济水平不断发展,特别是东部地区法律服务业突飞猛进,更多的当事人已不是自己亲自参与诉讼,而是选择由律师或者法律工作者为其代理诉讼,而这些法律机构大多位于主城区,远离法庭。事实上,他们到基层法院本部立案、开庭更为方便。如以2017年c市w区三个派出法庭收案情况作为统计,2017年上述3个法庭的案件,其中有50%以上的案件均有律师或者法律工作者参与,在这些案件中,立案、交费、开庭等都是由律师或者法律工作者代劳,当事人根本就不需要亲自赶到派出法庭。而上述三个法庭距离院部均在10公里以外,对于诉讼代理人来说,如果能够在院本部立案、开庭事实上应该更为方便。

3、法庭设施的不配套徒增了当事人的

诉累

2005年9月最高人民法院《关于全面加强人民法院工作的决定》,经基层人民法院同意,人民法院可以直接受理案件。从方便人民群众的角度出发,部分法庭设立了诉讼服务窗口,但在实践中,由于法庭人员、设施的不完善,反而不便于当事人。如对于被告身份信息的提供,基层法院立案庭会有专门的人员定期到公安部门进行统一查询,但法庭需要当事人手持调查令到法庭辖区派出所自行查询,有时还会遇到公安部门以保护公民隐私、上级有规定不允许当事人自行查询等理由受到阻碍;另一方面,法庭受理的案件大多不能当场决定是否立案,有的时候还需要庭长进行必要的把关,所以当事人在递交材料后,还要再次等待通知进行交费,有的法庭案件实在过多,往往会通过诉前人民调解进行分流,所以当事人在法庭立案可能要在递交材料、交费、诉前调解、开庭、交公告费、补交诉讼费等方面多次往返奔波,对于居住在中心城区的群众,确实是平添了诸多诉累。

#### (二)“便于人民法院行使审判权”功能的弱化

1、大量的事务性工作加剧了人案矛盾

一方面,随着司法体制改革的推进,法官身份的吸引力,致使法院内部原有的辅助人员、行政人员向法官身份聚集,审判辅助人员相对不足,大量审判辅助工作需要法官亲自处理。如部分法庭为了方便当事人诉讼,设置了诉讼服务窗口,这就意味着要增加窗口接待人员、财务人员、内勤,也就势必要求从审判岗位上抽调相关的人员从事大量的事务性工作。另一方面,人民法院如同基层法院中的基层法院,在审判工作之余还有大量其他繁杂的工作。如庭长作为法庭负责人要参加各种审判或行政性会议,不定期参与当地党委

政府纠纷的协调,完成上级法院和镇街党委政府组织的各类活动,接待立案和咨询的群众,指导法庭立案、诉讼与执行,统筹法庭信息宣传及调研工作等等。

## 2. 上、下班时间、成本陡增,影响审判效率

目前,由于工资发放的规范程度越来越高,原本地方各级法院对派出法庭发放的法庭补贴、交通补贴、加班补贴等现在都不能发放,特别是“公车”改革后,所有的公车都不能作为法庭工作人员上下班交通工具使用,这使得在法庭工作的同志,要么自己开车,要么自己乘坐公共交通工具,有些较远的派出法庭距离中心城区达30余公里,可以说在法庭工作的同志不但收入没有任何增加,要么每月自己开车,耗费大量的交通成本;要么自己乘坐公共交通工具,耗费大量的时间、经济成本。对于有行政编制的公务员尚且能够维持,但那些拿着低微收入的合同制书记员等编外人员来说,真的是一笔不小的开支,所以这些居住在市区的编外人员一旦分配至派出法庭,往往就辞职走人。而目前新招录聘用书记员要省院统一组织,程序较为复杂,导致法庭长期缺少书记员,严重影响审判效率。

## 3. 法庭干警的边缘化,不利于提高审判工作积极性

由于地处法庭,远离院本部,大多数同志往往不愿意到法庭工作,觉得在法庭工作好像就是法官自身办案水平、能力等均低人一等,特别是长期坚守法庭的同志,不被院机关的其他同志所熟悉,也不被领导关注和了解,边缘化和编外感情重,工作积极性自然难以提高。从横向来看,法庭的干警缺少与其他干警的交流学习,很多法庭的干警无法及时更新新的审判知识、审判理念,有的法官在庭审、调查取证、裁判文书制作方面与法院本部同志相比,

存在诸多不规范之处,有的甚至用一句俗语“乡下的狮子乡下跳”,来打比喻说没必要向城里的法官那样规范。

从纵向来看,虽然近年来东部地区的法庭硬件措施越来越好,但像全省、全市集中视频学习这样一些活动,法庭干警由于案件较多、路途较远等原因,基本无法参加。

## 四、人民法庭审判权重构的路径选择

### 1. 人民法庭数量上应当逐步稳定,不再新设

对于取消人民法庭的问题,来自于法院方面反对的声音可能较多,除了前述对人民法庭持保留和赞成态度的理由外,一个可以理解的但难以摆上桌面的理由,同时也是关系到利益方面的理由是,因此会造成一部分职位的减少。

以前大力推行人民法庭制度,主要是为了解决法院内干警职级问题,如日前东莞人民法庭级别均为副科级设置,但全市20名人民法庭庭长全部高配为正科级,32名副庭长配备为副科级,15名法官解决了副科级,科级以上法官占法庭法官总数的37.43%。但随着司法体制改革的深入推进,法官要逐步退去行政级别,改由法官等级来评判,且普通员额法官与有行政级别的法官之间的收入差距正在逐渐缩小。

所以说,东部地区的人民法庭数量上应当维持目前的现状,基于目前法院案件越来越多,而新的办公场所又得不到增加,所以目前东部地区的人民法庭,暂时不能废除,其还担负着承接大量案件的重任。

### 2. 要以案件审理为主,适当兼顾立案、执行

基于目前人案矛盾突出,为了集中办案力量,也为了更好的规范法庭立案程序,对于法院于法庭之间如何界定案件的管辖,往往有的法院内部人士都搞不清楚,更何况是当事人或者是律师,经常有当事人及

律师为了一个案件，从法院立案庭至法庭立案窗口，多次往返奔波，方便当事人诉讼，减少当事人诉累。人民法院不再适宜设立立案窗口，应当由基层法院立案庭统一收案较为适宜，再由立案窗口根据原告当事人的住所、案件的性质、各法庭的总体办案量进行统一分配。

对于执行来说，其更需要团体作战和各方面的配合，特别是司法警察的大力配合，而目前法庭上实施执行的力量过于单薄，又得不到法警的有力配合，从解决执行难出发，其实应当将散落于各个法庭的执行力量，进行归并是有效的手段。部分基层法院也正是看到了这一点，正逐渐的将散落在各人民法庭的执行权进行收归。对于部分离中心城区较远的法庭，每年集中一段时间驻点执行，即将执行干警集中某一段时间派驻法庭，重点解决一批需要找人、找物的案件即可。

### 3. 警周分流，向专业化、特色化方向发展

人民法庭设立之初，方便偏远地区群众诉讼是法庭设立的重要考量因素。随着时代发展，特别是交通运输状况的持续改善，特别是在城区中的人民法庭方便诉讼的作用正在弱化，取而代之的是群众对于诉讼专业化的要求，以及法学学科类型化、专业化发展趋势下专业法庭建设的需求。地处于主城区范围内的人民法庭，可将其打造为审理特定类型民事案件为主的专业化法庭：如建立交通事故巡回法庭，将审判力量派驻到交警部门事故处理大厅，第一时间为交通事故当事人提供司法支持；建立劳动争议巡回法庭，将解决劳资纠纷与政府的信访挂钩，通过部门联动实现“多赢”，将司法与政府社会组织整合到纠纷化解体系当中，有效降低司法成本、提高矛盾处置效率。

部分离主城区较远的人民法庭仍应秉

承传统发展定位，以快速化解纠纷为第一要务，将案件范围主要侧重于辖区内相对简易的民商事案件纠纷，对于那些疑难复杂的民商事案件以及新类型案件，比如建设工程类案件、公司诉讼、案情较复杂的家事类案件、严重的特殊侵权案件等，人民法庭应当不再予以受理。这一类型的案件，要么案情复杂，要么易引发群体性事件，要么矛盾激化，如果由人民法庭处理，不但不能快速化解纠纷，反而有可能将案件办为夹生饭，这不仅不利于当事人正当权益的维护，而且还会为法院工作平添诸多压力，影响办案效率。

### 4. 采取倾斜政策，提高法庭干警职业保障

一是要积极改善法庭工作环境，尽量为法庭干警提供职业保障。在政策允许的范围内，争取为法庭干警发放法庭补贴、交通补贴等，创造拴心留人的良好环境。二是进一步健全完善交流轮岗制度，激发法庭干警的活力。各基层法院应根据实际情况，制定出切实可行的交流制度，保证法庭干警的正常流动。三是开通视频会议功能。法庭干警可参加上级法院召开的视频会议，使政治学习、活动部署、业务学习等会议精神直接传达到每名法庭干警。

（作者单位：武进区人民法院）

# 网约车合法化及其安全监管问题研究

邹玮鹏

网约车是指基于互联网平台构建服务体系,有效整合乘客和车辆间合理的运输能力的供求信息,平台指派符合法律规定的车辆和驾驶员,提供非巡游的预约出租汽车服务的经营活动。在我国经济水平、居民生活水平日益提高的背景之下,以4G网络和手机智能APP为基础的互联网络为大众的生活提供了方便。在这样的背景之下,网约车已逐渐成为人们出行的重要交通工具,以其预约乘坐的便利性和支付方式的多样化填补了城市公交、出租汽车等传统交通工具较为单一服务模式的空白,受众群体日趋壮大,最后迎来了井喷式的发展。但是由于网约车出道伊始就被“黑车风波”和虚拟身份所困扰,网约车行业是否能够健康、安全并持续发展成为人们所关注的热点话题。在笔者看来,部分网约车与黑车虽同属于私家车领域,但前者对接了第三方服务平台,需要接受平台相应的监管,然后“黑车”并没有服务平台监管,这使得两者存在着本质的区别,这也使得网约车的合法化存在了可能性与必然性,而合法化后的安全监管问题也是笔者想进一步探讨的。

## 一、网约车的合法化历程

### (一) 网约车的起源

网约车业务2009年起源于美国,开创该业务的Uber(优步)目前在全球350多个城市,中国21个城市开展业务。而随着优步在中国各个城市用户数量迅速增长的同时,本土网约车平台也如雨后春笋一般,滴滴出行、神州专车、易道用车等平台在全国200多个城市开展业务,逐步覆盖到了出租车、专车、快车、顺风车、代驾等多条业务

线,为全国2亿多用户提供便捷的召车服务。

### (二) 网约车的坎坷合法路

网约车是共享经济的代表,对车辆和道路资源的有效利用有利于缓解城市交通压力,减少社会资源的浪费,却也是互联网新技术对传统行业的冲击和颠覆。网约车在促进传统出租车行业转型升级的同时,也不免发生了与出租车司机群体间的利益冲突和对抗,引发了一系列的社会问题。而在网约车合法化之前,由于互联网技术等领域的法律空白,中国各地政府在很长一段时间内对网约车采取含混态度,虽然“抓黑车”行动时常把网约车一起打击,但总体上对网约车采取了宽容态度,至网约车获得合法身份之前,中国没有一个城市宣布全面禁止网约车。就这样一种始终处于法律调整范围外,既没得到法律允许却也没受到法律禁止的网约车服务行为,在迎合了人民群众生活需求不断发展的同时由于各类利益冲突和社会化问题引发各类争议,网约车的合法地位急需得到法律的确认。

从2015年1月,交通部联合有关部门研究深化出租汽车行业改革和规范发展网约车的政策,着手进行顶层设计开始,网约车的未来方向日趋明朗化。而随着同年10月8日国内第一张网约车平台资质许可的发出,再到交通部副部长刘小明在2016年7月28日出席国务院新闻办的记者会,解读了国家《关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的指导意见》、《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》,正式事实上允许私家车加入到网约车行列,而这一天也成为全球网约车发展的里程碑式时刻。2016年

10月8日起,北京、上海、深圳等城市相继发布了网约车管理细则征求意见稿,而笔者所在的常州市也于2016年底出台了《常州市市区网络预约出租汽车经营服务管理实施细则(试行)》,全国各大城市都开始发布各类网约车管理办法。至此,国内网约车在遇到不少波折后终于实现合法化。

## 二、网约车合法化后存在的问题

自2016年7月网约车合法化后,各地先后公布了实施细则,但如何平衡网约车与出租车的关系,如何实现网约车与出租车一样的监管等问题,并没有随着网约车的合法化自然化解。而本就引起社会舆论强烈关注的网约车安全问题也没有因为各地网约车管理暂行办法的推行而有所减少,多起安全事故的发生依旧显示出网约车在合法化后依旧存在着各类问题。

### (一)合法化的网约车数量少、门槛高

以笔者所在的常州市为例,常州出台《常州市市区网络预约出租汽车经营服务管理实施细则(试行)》是在2016年年底,该细则对网约车车辆准入条件、网约车驾驶员准入条件等做了详细规定,并设置了4个月的过渡期。但网约车合法化两年过去了,常州市取得合法手续的网约车仅983辆,仅6家平台具有网约车的运营牌照。而常州市面上网约车保有量最大的“滴滴”公司,合法注册的数量仅156辆,另数千辆的网约车显然仍处于无证营运状态。而驾驶员同样需要取得相应从业资格,相对于常州市983辆的合法网约车,取得相应从业资格的驾驶员仅52人,即使不计算外地在常的合法网约车,仍有900多人处于无“证”驾驶状态。为何会出现这样的现象,究其原因恐怕是因为网约车的合法化准入门槛较高,合法网约车对车辆价格、轴距、排量等有很高的门槛,而把车辆从私家车变为营运性质,又意味着报废年限缩短,保险费用上涨,过高的准入门槛、耗费大量时间且通过率并不高的从业资格考试、越来越透明的运费,也使得许多在营的网

约车失去办理合法网约车手续的动力。

### (二)平台管控不严,乘客隐私暴露

随着网约车规模扩大,接入平台的私家车数量快速增长,某些良莠不齐车辆无法具备管理办法所需条件,无法真正接入平台合法从事经营,部分私家车车辆及车主仅仅依靠网约车平台临时从事网约车服务经营,网约车平台缺乏对这些车辆的长效管理监督机制,使得平台对司机缺乏安全监管,网络注册无法审核出信息冒用。司机背景调查包括犯罪记录和违章记录等无法被查实,在这样的情况下允许其运营势必给日后的安全问题买下了隐患。与此同时,网约车评价机制也出现了一定程度的失灵,乘客评价会导致个人信息随之泄露,乘客为避免骚扰而不敢作出诚实评价,投诉机制在数量激增的情况下又不够通畅,乘客在发生问题后投诉维权十分困难。

### (三)安全问题频发,立法尚不完善

2016年5月5日,深圳24岁女教师深夜搭乘假牌网约车后被杀害;2016年11月24日,嘉善网约车女司机深夜拉客遭勒杀后抛尸;2018年5月10日,21岁空姐深夜乘坐滴滴顺风车遭司机杀害。这一桩桩的恶性案件伴随着整个网约车行业的诞生与发展,一次次的甚嚣尘上,一次次的触碰到社会大众的敏感神经。可以说,网约车的合法化道路走的如此艰难正是由于这一系列的安全问题,即使在网约车地位合法化后的今天,由于笔者在前文中提到的合法网约车数量少、门槛高、平台管控不严、乘客隐私易被泄露等等因素导致真正被监管的网约车数量不多,而大量的接入平台的私家车很多不符合准入门槛同样从事着网约车经营服务。这些车辆不像出租车拥有统一的标志标识,没有统一安装GPS定位系统,违法犯罪行为具有很强的随意性和隐蔽性。而由于全国大部分城市都还只是将管理办法停留在意见稿试行阶段,所以办法细则不够具体详细;涉及网约车管理的行政法律法规尚不完善,这些都导致

了网约车安全问题的频频发生。

### 三、网约车安全监管的建议

#### (一) 管理办法创新，推进网约车立法

当前，网约车的合法地位虽然得到了确认，对其的管理也有了基本的管理办法，但是其在法律上依旧存在着诸多漏洞，当纠纷问题出现后很难依靠试行的管理办法予以解决，而找到适当的法律依据也是十分困难的。因此要加快立法，建立起有针对性、行之有效的监管机制；各地各部门可以依据当地的网约车管理办法细则进行监管模式的创新发展探究，根据不同地区间的差异和特点做一些个性化的创新。

#### (二) 强化平台审核，保障乘客和司机自身安全

网约车平台理应实行有效的责任制度，分清责任和义务。对网络平台设立经营许可的同时，也应鼓励平台采用更为先进的互联网技术，加强信息的保密性，保证消费者人身和信息安全。在相关资料的审核中，网约车平台作为运营主体，更应该做到严谨规范，不仅仅是通过网络信息提交的方式来审核网约车司机的资质，网约车司机还应当接受背景调查，包括犯罪和违章记录，避免在经营规模不断扩大时放松对司机队伍的审查行为。笔者认为，网约车平台可以系统录入司机的真实照片，以充分保证其相关信息的真实完整，做好归档记录以备监管部门检查。在订单确认之前，网约车平台应当将车辆及司机的真实图像信息进行反馈以便乘客核对上车。对网约车服务过程中，所发生的乘客人身及财产损失，网约车平台应与司机负连带责任，用以督促网约车平台严格审查。同时，司机的安全问题也需要关注，网约车平台经营公司应该定期开展岗前培训和日常教育，开展各类突发情况的应急演练，保障驾驶员的合法权益。

#### (三) 健全相关行政部门监管机制

无法律则无行政，但是随着各地管理办法的出台，行政监管的合法性做实，所以当前不是要不要监管的问题，而是如何监管并

取得良好效果的问题。相关行政监管部门应加强与网约车平台公司的信息互通，而网约车平台应当将所有车辆及司机情况报送至有关监管部门，包括驾驶员的身份信息、图像采集、车辆数据资料等。监管部门应当进行备案，并以不定期随机抽查方式，与公安部门的有关数据进行比对，以便对网约车的违法或者违规行为，及时采取相应的处罚措施，必要时，追究其刑事责任。

#### (四) 强化联合监管，注重路面执法

2018年交通运输部、中央网信办、工信部、公安部、中国人民银行、税务总局和国家市场监督管理总局等七部门，联合印发了《关于加强网络预约出租汽车行业事中事后联合监管有关工作的通知》（交运运[2018]68号）。各级交通运输、网信、通信、公安、人民银行、税务、工商和市场监管等部门应该依照《通知》的要求，建立健全事中事后的联合监管工作机制，充分发挥各自职能，加快形成部门协调、上下联动的监管机制。对于已发现的网约车违法违规行为，可以由联合监管部门根据违法违规情节，作行政处罚或下架应用程序（APP）、停止网络服务的处理。然后将处置建议逐级报送至上一级部门，加强源头管理。与此同时，基层的交通运输部门及公安部门应建立路面联合执法机制，加强对机场、火车站、客运站、商场等人流客流聚集场所的网约车违法违规行为的联合查处。对于涉及举报投诉的网约车违法违规行为，建立倒查机制，在对违法违规车辆的驾驶员及车辆进行处罚外追究网约车平台的监管责任。

随着各地网约车管理办法的陆续出台，网约车行业正迎来新的发展机遇。很多不足和问题却也依旧没能完全解决。但是随着网约车行业的不断发展，信息化创新监管手段的加强，政府部门的监管机制不断完善。政府部门、企业、从业人员、乘客及行业协会共同参与的多元治理机制将会推动网约车行业进一步健康发展。

（作者单位：武进区运输管理处）

## 试析破产程序中的几个时间节点

褚梦泽 褚效林 嵇大海

企业破产往往是一个较为漫长而复杂的过程。这一过程中的若干重要节点所遇到的问题，处理得是否妥善，关系到破产程序能否顺利推进。本文以破产法及其司法解释等规范为依据，结合破产实务，分析研究破产过程中若干节点事项的具体处理方式。

### 一、破产申请受理日

破产申请受理日是法院裁定受理破产申请的日期，同时，也是破产程序中的第一个节点，而且是破产程序中最重要节点。因为随着破产申请受理日的确定，债务人在经济业务的处理原则、方式和程序等方面，都要比原先的正常经营时有较大的变化。

#### （一）破产的基本条件

《中华人民共和国企业破产法》（以下简称破产法）第二条规定：①企业法人不能清偿到期债务且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照破产法规定清理债务；②企业法人有前款规定情况，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照破产法规定进行重整。该规定中所称的“清理债务”、“重整”，都是破产程序中的具体程序。应当注意的是，破产有狭义和广义之分，狭义上的破产就是指破产清算活动；而广义上的破产概念包括破产清算、破产重整和破产和解。

#### （二）破产能力的规范

所谓破产能力是指债务人能够适用破

产程序解决债务清偿问题的资格。换言之，债务人只有在具备法定条件时，其方可自行向法院提出破产申请或者由债权人（或清算义务人）向法院申请其破产。按照破产法的规定，以下法律主体具备破产能力或可参照该法的相关程序清偿债务：

①企业法人。破产法规定，破产企业应该是企业法人。破产法第二条第一款、第二款破产主体都表述为“企业法人”；②个人独资企业和其他经济组织。破产法第一百二十五条规定，其他法律规定企业法人以外的组织的清算，属于破产清算的，参照适用破产法规定的程序。据此，法释〔2012〕16号文件明确规定，在个人独资企业不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的情况下，可以参照适用企业破产法规定的程序进行破产清算。综上，目前，除企业法人以外，合伙企业、农民专业合作社、个人独资企业和民办学校均可以参照破产法规定的破产清算程序来清偿债务。当然，上述规定仍然存在不足之处，即未将企业法人以外的组织的破产重整和破产和解两大程序纳入调整范围，该问题有待于有权机关予以明确。

（三）企业人员下落不明、资产不清的破产申请

法释〔2008〕10号文件规定，债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算，符合破产法规定的，法



院应依法予以受理。在适用该文件规定时，应当注意以下几个问题：①债务人能否提供财产状况说明、债权债务清册、职工安置方案等相关材料，并不能成为其进入破产程序的障碍；②法院受理破产案件后，应当同时指定管理人追收债务人财产，管理人应当及时地向法院报告债务人的财产状况；③经管理人调查，债务人确无财产可供分配或者其财产不足以支付破产费用的，管理人应当及时地请求法院裁定终结破产程序；④在破产程序终结后二年内，发现应追回财产或者应分配财产的，债权人可以请求法院追加分配；⑤债务人的股东、董事、高级管理人员等相关人员不依法履行法定义务的，导致清算不能或者造成债权人损失的，债权人等利害关系人有权请求法院予以必要之救济。

#### （四）吊销执照、停止经营企业的破产申请

法经（2000）23、24号函指出，企业法人营业执照被吊销后，应当由开办单位（包括股东）或者企业组织清算组依法进行清算，停止清算范围外的一切活动。这里的“开办单位或者企业组织的清算组”是法律规定的清算义务人。所谓清算义务人，是指一个企业终止经营即解体以后，依照法律规定，应承担其清理债权债务，并负有以企业资产清偿其债务的法定义务的单位或个人。一般来说，不同类型的企业应由其相应的清算义务人履行清算责任：①全民所有制企业的清算义务人为上级主管部门；②集体所有制企业的清算义务人为集体企业的开办者、开办集体企业的主管部门或审批部门；③有限责任公司的清算义务人为股东；④股份有限公司清算主体为公司董事会或股东大会确定的人员；⑤外商投资企业的清算义务人为其权力机构（董事会）成立的清算委员会。

#### （五）破产申请人的主体资格

破产申请人的主体资格是指符合法定条件的主体有权依法向法院申请破产或者申请对其他主体进行重整、清理债务或破产清算，即破产申请权的主体适格问题。按照破产法的规定，下列单位或个人具有破产申请人的主体资格：

1. 债务人。债务人可以向法院提出重整、和解或破产清算申请。目前，债务人享有破产申请权已经成为各国破产立法的通行做法，其主要原因是：①较债权人而言，债务人更加了解自己的财务状况和经营情况，法律鼓励债权人及时申请破产，以避免债务人财产状况继续恶化，从而间接地保护了债权人的利益；②进入破产程序后，债务人仅以自己的全部财产作为清偿全部债权的标的。实际上，这是一种免责制度，对于债务人而言，可使得自己尽快地从债务危机中解脱出来。

2. 债权人。债务人不能清偿到期债务，债权人可以向法院提出重整或者破产清算的申请。

3. 负有清算责任的单位或个人。企业法人解散但未清算或者未清算完毕，其资产不足以清偿债务的，依法负有清算责任的人应当向法院申请破产清算。具体而言，“依法负有清算责任的人”包括负有清算义务的债务人的主办单位、主管部门、股东和董事等。

#### （六）破产申请的受理

债权人申请破产的，法院自在收到申请之日起五日内通知债务人，债务人对破产申请有异议的，应当向法院提出，再由法院裁定是否受理。对于债务人负责人下落不明且其办事人员中无人接收通知书的，可采用公告送达方式处理。经审查不符合破产条件的，应作出不受理申请的裁定送达申请人并说明理由。申请人对裁定不服，

可向上一级法院提起上诉。除以上情况外，法院应当自收到破产申请之日起十五日内裁定是否受理。

#### (七) 破产申请受理后的前期工作

1. 指定管理人。法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人。管理人是破产法上的重要机构，凭借其具备的专业知识和执业能力组织破产管理事务，例如接管债务人财产等。

2. 告知债务人有关人员应履行的义务。债务人进入破产程序后，应书面通知债务人的法定代表人及其他有关人员，要求其自法院受理破产申请的裁定送达债务之日起至破产程序终结之日，必须承担下列义务：①妥善保管其占有和管理的财产、印章、账簿和文书等资料；②根据法院和管理人的要求进行工作，并如实回答询问；③未经法院许可，债务人有关人员不得离开住所地。上述“有关人员”具体包括债务人的法定代表人、经法院决定后的债务人的财务管理人员和其他管理人员。

3. 要求债务人提交相关资料。债权人提出破产申请的，债务人在裁定送达之日起十五日内，应向法院提交财产状况说明、债权债务清册、有关财务会计报告以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况。

4. 主持债务人与管理人交接。交接的主要内容应包括：①债权债务的权利交接。一般情况下，债务人的财务管理人员须将相关债权债务凭证移交于管理人处，由管理人妥善保管。同时，这也意味着有关债务人的债务清偿和债权行使等只能向管理人进行；②监督债务人向管理人进行实物资产交接。在破产实务中，多以相关权属证书的交接为准。在交接过程中，多由法院破产审判合议庭派员监督交接双方；③办理档案、印章、证照的交接。

5. 通知申报债权。法院应当自裁定受

理破产申请之日起二十五日内发函通知已知债权人向管理人申报债权，并予以公告。已知债权人如何确定是实务中的难点。目前，多以债务人的应付账款、其他应付款等负债类明细账所载的债权人为准。同时，应当注意的是，认为公告的效力仅及于未知债权人的观点是不全面的，公告的受众是公众而不仅限于未知债权人。其效力甚至及于全体债权人和全体债务人等。

#### (八) 破产程序启动对有关主体的法律效力

由于我国破产法采取破产申请受理主义，故法院裁定受理破产案件才意味着破产程序的开始。破产程序作为一种强制性和概括性的债务清偿程序，其涉及的债权人、债务人、第三人均受到该程序的约束。相应的民事诉讼和民事执行等程序也因债务人进入破产程序而受到一定的影响。

##### 1. 破产程序启动对债务人财产的效力

①法院裁定受理破产申请的同时，应指定管理人接管债务人的财产；②法院受理破产申请后，债务人对个别债权人的债务清偿无效。故法院应通知债务人立即停止对个别债权人的清偿。但是，该清偿行为使得债务人受益的除外。

##### 2. 破产程序启动对债务人诉讼、仲裁及强制措施效力。破产法规定：

①法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当中止；②破产申请受理后，为防止资产流失或其他原因影响破产程序依法进行，法院可根据管理人的申请或者依职权，对债务人全部或部分财产采取保全措施；③法院受理破产申请后，对于受理破产申请前形成以债务人为被告的民事诉讼应停止受理，由债权人依法向管理人申报债权；④法院受理破产申请后，有关债务人的民事诉讼，一律由受理破产案件的法院管辖，即所谓的

“管辖恒定”原则；⑤在管理人接管债务人财产后，破产前已经开始但尚未终结的诉讼或仲裁继续进行。

3. 破产程序启动对债权及债权人的效力。破产法规定：①法院受理破产申请之日，债务人未到期债权视为到期；②附利息的债权，自法院受理破产申请之日起停止计息；③债权人只能依破产程序行使权利；④向债务人取回标的物的权利，只能向管理人行使。

4. 破产程序启动对第三人的效力。法院受理破产申请后，依据破产法授予管理人的职权，在一定范围内对第三人产生以下法律效力：①债务人的债务人（即次债务人）或债务人的财产持有人（以下统称第三人）应向管理人清偿债务或交付财产，第三人故意违规仍向债务人清偿或交付的，不免除其清偿和交付的义务；②第三人主张的取回权、债权人主张的抵销权和优先受偿权，均应向管理人提出；③管理人接管企业后，应对破产程序启动对债务人与对方当事人双方均未履行完毕的合同进行清理评估，由管理人作出解除或继续履行的决定并通知对方当事人。

5. 破产程序启动对债务人先前处分行为的效力。破产法规定，管理人接管债务人财产后，应当对债务人的在破产受理前的处分行为进行审查，对因债务人不当行为而使其责任财产明显减少的，管理人有权请求撤销，行使追回权、索赔权，以维护债权人的利益。目前，破产法及其相关司法解释明确规定，对出现下列情形的，管理人可以向法院撤销处分行为：（1）法院受理破产申请前一年内，涉及债务人财产的下列行为，管理人有权请求法院予以撤销：①无偿转让财产的；②以明显不合理的价格进行交易的；③对没有财产担保的债务提供财产担保的；④对未到期的债

务提前清偿的；⑤放弃债权的。（2）法院受理破产申请前6个月内，债务人出现破产原因仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求法院予以撤销。

## 二、裁定重整日

### （一）重整程序的启动

破产重整程序大致上可分为以下三个环节：①申请。债务人或债权人，均可按照破产法的规定，直接向法院申请对债务人进行重整。此外，在法院依法受理破产申请后、宣告债务人破产前，债务人或者出资额占注册资本十分之一以上的出资人，亦可向法院申请重整；②批准。法院经审查认为重整符合破产法规定的，应当裁定债务人重整，并予以公告。这一裁定的日期即为裁定重整日；③终止或延期。从法院裁定债务人重整之日起至重整程序终止，为重整期间。一般情况下，至重整期间届满，重整计划仍然未完成的，法院应当及时裁定宣告债务人破产。但是，管理人申请延期且得到法院支持的除外。

### （二）重整对相关各方的法律效力

1. 营业事务及财产：①在重整期间或重整计划执行期间（以下统称重整期间），经债务人申请，法院批准，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务；②经批准由债务人管理财产和营业事务的，按破产法规定已接管债务人财产和营业事务的管理人，应当向债务人移交财产和营业事务；③管理人负责管理财产和营业事务的，可以聘任债务人的经营管理人员负责营业事务。

2. 担保权的行使和新设：①在重整期间，对债务人特定财产享有的担保权暂停行使。但在出售式重整中，担保权的行使一般不受影响，即只要该担保物已变价的，担保权人就有权行使担保权；②在重整期间，债务人或管理人为继续营业而借款的，

可以为该借款设定担保。但一般地,设定担保负担须经法院批准或者债权人委员会许可。在实务中,管理人需要对债务人继续经营的可行性进行科学的论证和评估。

3. 取回权、收益分配权的行使和限制:

①债务人合法占有他人的财产在重整期间债权人要求取回的,应当符合事先约定的条件;②在重整期间,债务人的出资人不得请求投资收益分配;③除经法院同意以外,债务人的董事及其他高级管理人员不得向第三人转让其持有的股权。

4. 重整程序的终止:①重整期间出现经营、财产状况继续恶化、缺乏挽救的可能性等破产法第七十八条列举的情形,经管理人或利害关系人请求,由法院裁定宣告债务人破产,裁定终止重整程序。②重整计划草案未获得债权人会议表决通过,且未获得法院批准,或者已获得通过但未获得批准,由法院裁定宣告债务人破产,裁定终止重整程序;③债权人会议各表决组表决通过重整计划草案,且重整计划已获得法院批准,或者重整计划在债权人会议部分表决组表决未通过,但经债务人或管理人申请,法院裁定批准重整计划草案,应裁定终止重整程序,并予以公告,进入重整计划执行期间。

### 三、破产宣告日

法院裁定宣告债务人破产之日,即破产宣告日,是破产程序中又一个重要节点。变价出售破产财产,必须安排在破产宣告日之后,不能在此之前。破产法的条文中,除破产重整、和解程序外,其他章节、条款中,都没有规定法院应在宣告债务人破产的具体适用条件,这给破产宣告程序带入了“无法可依”的现实困境。

(一) 破产法中涉及破产宣告的相关规定

1. 一般规定,破产法并未直接规定企

业具有可以破产的情形(破产原因)就直接宣告破产,而是使用“清理债务”和“进行重整”这样的表述。这样表述更加有助于企业的更生,也就是说,在清理债务和进行重整后,某些企业或许还能绝处逢生,重新进入市场,故暂不宣告这类债务人破产,待出现必须破产的相应情形时,再裁定宣告债务人破产,并改称其为破产人。

### 2. 特别规定

破产法也规定了进入破产程序的企业,在符合法定条件时,应当由法院依法宣告其破产,这些规定见于破产法第八、九章重整及和解的章节中,其具体规定包括:

①在重整期间,出现“债务人经营状况和财务状况继续恶化”等破产法第七十八条列举的情形之一时,经管理人或者利害关系人请求,法院应当裁定终止重整程序,并宣告债务人破产;②债务人或者管理人未按期提出重整计划草案的,法院应当裁定终止重整程序,并宣告债务人破产;③重整计划草案未获得通过且未依照破产法第八十七条的规定获得批准,或者已获得通过的重整计划未获得批准的,法院应当裁定终止重整程序,并宣告债务人破产;④债务人不能执行或者无正当理由拒不执行执行重整计划的,法院经管理人或者利害关系人请求,应当裁定终止重整计划的执行,并宣告债务人破产;⑤和解协议草案经债权人会议表决未获得通过,或者已经债权人会议表决通过的和解协议未获得法院认可的,法院应当裁定终止和解程序,并宣告债务人破产;⑥因债务人的欺诈或者其他违法行为而成立的和解协议,法院应当裁定无效,并宣告债务人破产;⑦债务人不能执行或者不执行和解协议的,法院经债权人请求,应当裁定终止和解协议的执行,并及时宣告债务人破产,以便开展后续的破产清算工作。

以上列举在相应情况出现时,经管理人、债权人和其他利益相关人请求,法院裁定宣告债务人破产。但这几项规定只仅限于在债务人依法重整、和解时才能适用。而重整、和解只占众多破产案件中的少数。未实施重整、和解程序的多数破产案件,应当在何时、何种情况下宣告债务人破产,破产法没有载明,需要学界和实务界共同探讨。

## (二) 宣告债务人破产必须具备的条件

1. 不能清偿到期债务,资不抵债或者明显缺乏或者丧失清偿能力。
2. 进入破产程序后经调查、分析和论证,发现债务人已确无挽救之余地。通过充分、适当的程序,在确认债务人具备破产法及其解释规定的“破产原因”,且排除进行重整、和解或以其他方式避免债务人破产的可能性以后,管理人方可考虑请求法院裁定宣告债务人破产。

## (三) 宣告债务人破产时间适当性的把握

法院裁定宣告债务人破产一般应在管理人向债权人会议提交破产财产变价方案前作出。否则,管理人提交债权人会议审议表决的破产财产变价方案就失去法律基础。破产法条文中已注意到这一点:破产法第六十一条第一款第八项是“通过债务人财产的管理方案”,第九项则为“通过破产财产变价方案”。原因在通过财产管理方案时,若法院尚未裁定宣告债务人破产,管理债务人财产时,则无须考虑债务人是否已宣告破产,故破产企业仍称为债务人,其财产称为债务人财产;审议表决财产变价方案时,应该是已宣告债务人破产,此时债务人的财产才称为破产财产。这就是说,宣告债务人破产必须在审议表决破产财产变价方案的债权人会议之前。

但是,如果时机尚不成熟就请求法院

裁定宣告债务人破产,会有违法者尽可能挽救债务人的初衷,而延迟至第一次债权人会议结束后再宣告债务人破产,或者可能需要召开第二次债权人会议审议表决变价方案,或者可能形成先提出破产财产变价方案再宣告破产的倒置顺序。据此,除具有重整、和解及其他特殊情形外,裁定宣告债务人破产最适当的时点,应该是审议表决破产财产变价方案的债权人会议召开前。

根据破产法第四十三条的规定,债务人财产不足以清偿所有破产费用的,管理人应当提请法院终结破产程序。法院应在收到请求之日起十五日内裁定终结破产程序,并予以公告。此时,是否还需要法院裁定债务人破产,破产法中并未提及该内容,按原文义应理解为无须先裁定宣告破产,再裁定终结破产程序。

## (四) 宣告破产对破产企业的法律效力

1. 企业及资产、负债性质的改变。前文已述及随着破产裁定的生效:①破产清算企业即债务人称为破产人或破产企业;②债务人的财产称为破产财产;③法院受理破产申请时对债务人享有的债权称为破产债权。

2. 如果宣告破产后再有债务人、债权人、出资人申请对债务人进行重整或和解的,法院不再受理。这充分地体现了破产清算程序的不可逆性。由于债务人破产程序是不可逆的,程序适用上的错误往往是难以补救的,故有必要在宣告债务人破产前,由法院牵头各利害关系人、管理人等组织论证,结合债务人的实际情况和具体法律规定,再对债务人作出是否裁定宣告其破产的决定。

3. 在破产重整期间或重整计划执行期间,或者在和解协议执行期间,法院依法裁定宣告债务人破产,应同时裁定终止重

整程序或裁定终止重整计划的执行，或裁定终止和解程序。

4. 宣告企业破产并裁定终止重整程序或终止重整计划或和解协议执行的，债权人在重整计划或和解协议中作出的放弃部分债权、受偿优先权等承诺随即丧失效力；债权人因执行重整计划或和解协议而从债务人财产中所取得的清偿款项不必返还，债权未受清偿的部分作为破产债权，在破产清算程序，按照一定顺序和比例受偿。

存在以上情形的债权人，只有在其他同一顺位债权人同自己所受的清偿达到同一比例时，才能接受分配。否则，视为偏袒性清偿，经管理人请求，法院应依法撤销该清偿行为。

#### 四、破产程序终结日

“破产程序终结日”这一概念，破产法中很少涉及，而“最后分配公告日”概念使用频率较高，并以此作为一个规范破产财产分配中的重要节点。其实，最后分配公告日与破产程序终结日在时点上应理解为是一致的，破产法规定最后分配完毕后，由管理人提请法院裁定终结破产程序。法院根据管理人提交的相关文书（一般是指×××管理人《关于提请人民法院裁定终结破产程序的报告》及其附件）裁定终结破产程序并予以公示。法院作出终结破产程序裁定的日期即为“破产程序终结日”，该时间节点一般与最后公告日相一致。

1. 破产财产分配时，对于附生效条件或解除条件的债权，管理人应当将其分配额提存。管理人据此提存的分配额，在最后分配公告日，生效条件未成就或者解除条件成就的，应当分配给其他债权人；在最后分配公告日，生效条件成就或解除条件未成就的，应当交付给债权人。

2. 债权人未受领的分配额，管理人应当提存。债权人自最后分配公告日起满二

个月仍不领取的，视为放弃受领分配的权利，管理人或法院应当将提存的分配额分配给其他债权人。

3. 破产财产分配时，对于诉讼或仲裁未决的债权，管理人应当将分配额提存，自破产程序终结之日起满二年仍不能受领分配额的，法院应将提存的分配额分配给其他债权人。

4. 担保法解释第四十四条第二款规定，债权人申报债权后在破产程序中未受清偿的部分，保证人仍应当承担保证责任。债权人要求保证人承担保证责任的，应当在破产程序终结后六个月内提出。

#### 五、结语

破产程序是一个比较复杂的过程。梳理该程序中的几个主要时间节点有助于实务者准确把握相关规范、熟悉操作流程和掌握实务技巧。同时，有必要关注破产法中有待完善的具体规范，例如破产宣告的具体适用条件和时间节点尚未明确等。此外，债务人财产不足以清偿破产费用时，法院根据管理人的请求裁定终结破产程序前，是否需要另行裁定宣告债务人破产。随着破产法修订工作被列入十三届全国人大常委会立法规划，上述问题有望得到立法层面的回应。

（作者单位：淮安鹏程联合会计师事务所）

## 武进区流动摊贩管理面临的困境与出路

包志杰

### 一、流动摊贩的概念

#### 1. 流动摊贩的定义

流动摊贩并没有一个系统性的、理论性的定义。根据地区、文化、时代的不同,学者们提出的定义也各不相同。香港曾称流动摊贩为“走鬼”,顾名思义这是对流动摊贩的形象比喻。车克辛对流动摊贩的认识更加深刻,他指出流动摊贩是没有经营许可证、没有固定场所、擅自摆摊设点、占道经营的弱势群体。笔者对车克辛的观点表示非常的赞同,这是城市化进程中的一个必经阶段,大量农村闲散劳动力、外来流动人员在城市中无生活来源,从而以低成本、临时性、流动式的经营方式,最大程度地追求利益,成为流动摊贩,他们给城市环境带来了脏、乱、差的问题,他们给城市交通带来了拥堵、安全的问题,他们给社会治安带来了严重的隐患。

#### 2. 流动摊贩的特点

从流动摊贩定义的理解中,对流动摊贩的特点可以进行以下的概括:首先,从法律层面指出流动摊贩未得到政府的行政许可,属于无证无照经营;其次,从特点属性指出流动摊贩的流动性,他们没有固定场所,大多集中在人口流动较大的商业区和人口密集的居住小区周边;最后,从对象层次指出流动摊贩的主体是弱势群体,这也从我们日常城市管理执法中得到了印证,流动摊贩大多是文化程度低、没有固定住所、无固定收入的群体,有的对象不仅年老多病,更有甚者是残疾人。

#### 3. 流动摊贩的影响

流动摊贩在现实存在中有一定的“合

理性”,它暂时缓解了一部分人的就业压力,同时方便了部分市民的生活,但从城市管理上看却存在很大的外部不经济性,因此,城管执法部门对流动摊贩进行管理的现实原因是流动摊贩的外部不经济性,主要体现在以下三个方面。

第一,扰乱正常的经济秩序。流动摊贩是无证经营,不缴税,无偿占用公共资源,对其它正规经营的商贩造成不公平竞争,为假冒伪劣者提供了市场,扰乱了市场秩序,阻碍了市场优胜劣汰功能的发挥。此外,经营食品的流动摊贩还会引起食品安全问题,对市民生命健康造成威胁,因此政府必须要管。

第二,影响公共交通安全。流动摊贩为了获取可观的利润,主要在繁华商圈车站附近、居民密集区周边,这些位置通常交通拥挤、人流量较大,擅自占道经营容易导致交通堵塞,影响了公共交通安全。政府必须制定“严禁擅自占用城市道路摆摊设点”的规定,如果大家都不缴纳税费、管理费和场地租赁费等,占用城市道路做生意,城市就必然处于一种混乱的状态。

第三,污染环境影响居民日常生活。流动摊贩没有固定的经营场所,尤其是食品蔬菜类的摊位,在经营过后经常会遗留大量的白色垃圾以及果皮纸屑,在增加城市清洁工作量的同时,也严重影响了城市的市容市貌和环境卫生。同时,流动摊贩的叫卖声、高音喇叭的宣传声等对周边居民的日常休息造成了不良影响,距离比较近的居民,都可以闻到油烟的味道,扰民现象非常严重。

## 二、我区流动摊贩管理的现状分析

### 1. 我区流动摊贩管理的发展历程

我区政府部门对城市流动摊贩的管理模式与流动摊贩的规模、数量以及外部负效应有着深刻紧密的联系。1978年十一届三中全会之后管理主要分三个阶段：

第一阶段（1978年—1995年）：城市流动摊贩的井喷式发展与管理的无序化，市场经济的蓬勃发展，农村人口开始涌入城区，由于受历史条件的限制，当时并没有农贸市场、大型超市等，流动摊贩依靠走街串巷售卖商品，给城市卫生管理造成不利影响。市容管理部门随之建立起来，但是不具备法律层面的合法性，只是临时机构，机构的人员也大多是临时性的非编制人员。在这个阶段，城市流动摊贩整体数量和规模在一定程度上无法对市容市貌产生较大的负面影响。

第二阶段（1996年—2006年）：城管与流动摊贩矛盾逐步加深，随着社会的不断发展，同时在社会领域的各种矛盾也不断的凸显出来，就业矛盾尤为明显，流动摊贩带来的负面影响也逐渐增多：如无证经营、交通拥挤、扰民、环境卫生脏、乱、差等现象。因此，政府开始重新重视流动摊贩的治理问题。一系列相关的文件和法律相继出台执行这些文件制度以及法律法规的政府部门也随之应运而生。但是由于流动摊贩数量急剧增长，相关法律法规还不够完善，多年来对流动摊贩实行封堵流动摊贩和城市管理部门经常“你下班我上班”，“打游击战”，耗费大量人力物力，却没有取得明显效果，常常发生正面冲突，流动摊贩的暴力抗法与部分城管人员的暴力执法现象时有发生，一部分执法人员的粗暴执法方式，给城市管理形象造成了负面的影响。而且这样的冲突从个体间的冲突发展为流动摊贩和城管部门间的集体冲突，城管与摊贩之间的矛盾不断激化。

第三阶段（2006年至今）：寻找解决城市流动摊贩的路径原则。2006年，“崔

英杰故意伤害人案”的发生引发了民众对城市管理制度民主大讨论。成为反思和推动城管执法体制变革的契机，让城管与流动摊贩的矛盾完全显性化，成为各大媒体的头版头条，流动摊贩的数量并没有因为曝光的案件减少，还不降反升。这给政府造成前所未有的压力，面对压力正确合理的对待城市流动摊贩科学有效的引导城市流动摊贩合法化，成为各级城市管理主管部门的核心议题。公职人员认为应强化政府机构的职能来治理流动摊贩，社会大众则认为应解禁对城市流动摊贩的管理，这些对城市管理改革的大讨论对破解流动摊贩的治理有一定的推动作用。

### 2. 我区流动摊贩的主管部门和执法依据

目前，武进区城管局是流动摊贩的主管部门，2003年随着武进区城市管理行政执法大队的成立，流动摊贩的执法管理主要由执法大队实施，武进区城市管理行政执法大队下设湖塘中队、高新北区中队、牛塘中队等九个城管中队。在日常的巡查管理和执法管理中，流动摊贩大量占用了城市管理行政执法的力量。

当前执法人员主要根据《江苏省城市市容和环境卫生管理条例》和《常州市城市市容管理条例》两部条例对流动摊贩进行行政处罚。《江苏省城市市容和环境卫生管理条例》第五十条第三款明确规定擅自占用道路、人行过街桥、人行地下过街通道、地铁通道以及其他公共场地摆摊设点的，责令停止违法行为；继续违法经营的，可以暂扣其兜售的物品及其装盛器具，处以二十元以上二百元以下罚款。决定暂扣的，应当出具暂扣清单，要求违法行为人按照规定时间到指定地点接受处理。逾期不到指定地点接受处理造成损失的，由违法行为人承担。《常州市城市市容管理条例》第二十二条款规定未经批准，任何单位和个人不得擅自占用城市道路以及其他公共场地摆摊设点、举办各类宣传展示活



动。临时占用经营或者举办活动的，应当遵守有关时间、地点等规定，并保持环境整洁。我区城市管理部门实际执法过程中主要依据这两部条例对流动摊贩的经营工具进行暂扣，同时按照最高标准对当事人处200元的罚款。

### 3. 我区城管与流动摊贩存在的矛盾

我区城管对流动摊贩的打击一直处于持续状态，打击的力度和手段也在不断的变化和调整中。无论从新闻媒体还是从人们印象中，流动摊贩和城管已经捆绑在了一起，谈到城管就会联系到流动摊贩，他们之间的矛盾关系也升级成了社会的焦点问题。城管与流动摊贩之间的矛盾与冲突最极端的表现是城管在执法进程中采取暴力手段强制执行而另一方流动摊贩进行暴力回应。暴力执法，是指城市管理行政执法机关在组织力量进行执法工作时，没有按照法律规定的执法步骤进行严肃的执法，而是滥用手中的职权对被管理者进行围攻、殴打、辱骂、强行扣押没收物品等伤害行为。近几年来，暴力抗法也日趋严重，全国各地发生过很多起暴力抗法事件，例如2014年9月24日，佛山一店主因不满城管队员拆除店铺违法广告，烟店老板持刀追砍城管队员。在我区，流动摊贩跟城管之间的矛盾也存在已久，阻碍执法的事件也多次发生，2018年10月，在午间流动摊贩整治中一名摊贩就煽动现场群众，阻挠现场执法人员对其经营工具的暂扣，最终，在公安民警的处置下，才得以平息。

### 三、我区流动摊贩管理的困境及原因分析

#### 1. 城管执法法律保障不够完善

我区的城管执法体系和城市长效管理考评体系决定了流动摊贩的治理只要集中在九个执法中队和三个综合执法局（办），国家层面的法律依据主要是《行政处罚法》，江苏省省级层面的法律依据主要是《江苏省城市市容和环境卫生管理条例》，常州市级层面的法律依据主要是《常州市城市市容管理

条例》，我国至今没有一部法律明确城管的执法主体资格和方式，在日常执法中的地位缺失经常遭到执法相对人和群众的质疑，执法相对人认为自己没偷没抢，没有触犯法律。城管执法人员的执法活动仅仅由《行政处罚法》规定的行政处罚权的授权，这也导致了城管执法人员执法内容多，操作困难。

#### 2. 城管执法队伍自身存在的问题

城管执法部门执法力量薄弱，武进区城市管理行政执法大队派驻在九个中队的正式执法人员只占到中队工作人员的十分之一，执法力量非常有限，日常对流动摊贩的处理主要通过驱赶的方式进行管理。在集中整治期间，对流动摊贩采取暂扣、罚款的单一的方式。通过对2017年度12319平台举报的统计，有65%以上的有效举报内容都是流动摊贩，对于流动摊贩的整治需要动用大量的人力、物力，消耗大量的时间，而且暂扣和罚款过后流动摊贩依然得不到有效的控制，这种以罚代管的模式需要城管执法队员通过提高管理能力，加大执法能力，有效的遏制流动摊贩的滋生和蔓延。

#### 3. 管理相对人的特殊性

流动摊贩的特点导致流动摊贩身份的特殊性，他们属于社会弱势群体，收入水平不高，文化水平不高，生活水平较低，因为收入低，没有资本开设店铺，只能选择成本低的流动摊贩，所以他们的生活充满了无奈与艰辛。流动摊贩的行为在现有的法律体制和城市管理制度下不被现有法律承认，属于违法行为。由于流动摊贩在市场竞争中处于劣势地位，这样的弱势身份以及他们积极谋生的态度使得社会理解和同情他们，从而默许其摆摊谋生的方式。这使得在城管执法和流动摊贩的博弈中，流动摊贩获得不少公众的支持和同情。相对而言，城管执法人员有维护城市环境和秩序的义务和责任，他们有法律依据暂扣、驱赶、罚款流动摊贩，但公众往往在城管与流动摊贩的对峙中同情弱者，从主观上

支持流动摊贩,质疑和抨击城管执法行为的合法和正当性,从而给城管执法带来了很大的社会舆论压力。

#### 四、我区流动摊贩管理的对策及建议

##### 1. 加快完善相对集中行政处罚权,推进综合执法

目前,武进区滄里镇、雪堰镇、西湖街道成立综合执法局(办),进行相对集中行政处罚权的试点工作,这有利于解决执法主体的资格,使执法队伍更加明确,扩大了城市管理执法人员队伍,有效解决执法力量薄弱的难题。我国实施相对集中行政处罚权制度是我国行政管理体制改革与行政执法体制改革的一项重要举措,城管执法有别于海关、工商、质监、药监、公安等行政执法类别,有其自身的特点,所以更需要加强立法,用健全的法律法规来保证这项行政执法的顺利开展。我区应根据部署加快推进综合执法改革,制定了一系列规范性文件,城管执法人员、主要任务、统筹规划、严格执行、注重执法的程序正义、规范监督执法等方面进行全面的制定,这样才能更好的规范城管执法。

##### 2. 加强规范执法行为,提升队伍能力

城市管理执法的目的是为了提高城市的生活环境和居住环境,城管局应该大力加强执法队伍的建设,不仅仅局限于正式队员,同时要加强对协管员队伍的法制化建设。第一,规范执法队伍的执法行为,制定执法行为标准,现场执法过程按照要求进行全过程记录,同时,协管员应该最大限度的做好执法辅助工作。第二,加强学习法律条款,提高业务素质,执法人员的执法活动是需要专业知识的支持,只有扎实学习理论知识,才能在执法实践中获得成功。第三,建立长效的约束监督机制,对执法办案人员进行考核,督查中队定期和随机对执法队员办理的案卷进行调阅,对执法办案情况进行实时跟踪,区法制部门对案件办理情况进行监督。

##### 3. 实行疏导结合,以疏为主的管理政策

从城市管理执法的长效考核看,一味以行政强制措施管理流动摊贩是一种治标不治本的方法,只能在短时间内取得不错的效果,并不能解决好这一顽疾。韩国的一些城市在发挥流动摊贩自身的积极性显著提升执法效果走在世界前列。流动摊贩建立了自己的协会,政府城市管理部门有计划的为协会提供服务,管理者和被管理者达成共识,流动摊贩在规定的的时间和规定的地点活动。这是双方沟通式的管理模式。从法制政府建设的方向看更多的是法治管理的理念。

从武进的实际情况和长远发展来看,中心城区即长效考评区域内应该严格管理流动摊贩,实行疏导结合,以疏为主,合理、有序、科学、规范地引导,对流动摊贩根据实际情况划分时间段、划分区域、划分场所管理。例如售卖早餐的流动摊贩可以由小区物业和所辖社区进行区域规划,在不影响小区和周边交通的前提下,在小区内开辟一个固定区域,限定售卖时间。这样既有利于服务小区居民,有利于管理流动摊贩,同时加强流动摊贩对卫生等方面的教育,这样有利于取得一个双赢的局面。

##### 4. 推进以社区为核心基础的城管执法服务

社区作为现在行政体制最基层的组织,是居民的日常生活的重要载体,社区作为一个居住单位比工作单位更加具有固定性。北京的革新西里社区,在社区居民的同意下,结合社区自身的实际区域条件,由社区居委会出面引导流动摊贩在辖区的地点,规定的时间可以摆摊设点。我们应该让社区广泛参与到城市管理中,大力发展社区城市管理志愿者队伍,以社区为网络,流动摊贩可以由社区工作人员或志愿者进行说服管理,减少城管执法人员和流动摊贩的对立面,学习北京的社区模式,鼓励社区科学合理制定方案引导流动摊贩的设置,开启一个和谐的美好篇章。

(作者单位:武进区城管局)

# 主权意识、法律变革与社会回应的三重叙述

## ——《近代中国的主权、法权与社会》评述

周萍

在汤因比“挑战与反应”（Challenge and Response）模式下，东亚国家的近代史即是一部应对西方文明的挑战而不断寻求自己的道路的历史。这一印记在法律发展史上尤为明显，不仅包括司法主权意识觉醒后，统治阶层和上层人士应对收回司法主权的挑战而作出的回应；还包括整个社会对统治阶层自上而下推动的、疾风骤雨式的法律变革产生的回应。然而，在奉行“强权即公理”的近代国际社会，收回司法主权终究要靠强大的国力，而非片面地舍弃本国法律传统，强求与“西律”全盘一致。观诸中国自清末以来的法律变革，虽有统治者的持续推动、法律精英的不懈努力，但始终未能真正收回司法主权，同样也始终未能真正扎根到中国社会当中。直到新中国成立，在收回司法主权的同时亦将旧有“法统”涤荡殆尽。张仁善教授新著《近代中国的主权、法权与社会》，即以严谨的学术态度、实证的研究方法、图文并茂的形式，为读者展现近代中国力图收回司法主权的历史以及整个社会对自上而下的法律变革道路的回音。

### 一、收复司法主权道路的“上下求索”

主权是一个国家对其管辖区域所拥有的至高无上的、排他性的权力。司法主权即是国家主权在司法上的体现，它不容许非源自本国主权的法律在本国领域内适用，更不容许非本国政府设立的法院在本国行

使审判权。中国司法主权的沦丧，始于1843年清政府与英国签订的《中英五口通商附粘善后条款》等条约中，英国取得的领事裁判权。1868年《上海洋泾浜设官会审章程》又使外国人取得了租界内的司法权。然而，自1843年之后半个多世纪的时间里，即便是在中国上层社会，尚牢牢守着“华夷之辨”的传统观念，认为领事裁判是“以夷制夷”的便宜举措。司法主权意识远未普遍觉醒。直到甲午战争后，有识之士方才意识到司法主权问题的严重性。“外人来者，自治其民，不与我平等权利，实为非常之国耻。”而清廷统治阶层认识到这一点，则更是在《辛丑条约》签订、中国直面亡国灭种危机之后。不过，同样也正是八国联军侵华之役，使西方人认识到：“无论欧美日本各国，皆无此精力与兵力，可以统治此天下生灵四分之一。”尚须维持清廷作为其代理人的统治。因此，1902年，英国率先抛给清廷一个“香饽饽”：《中英续议通商行船条约》第12款规定“中国深欲整顿本国律例，以期于各西国律例改同一律，英国允愿尽力协助，以成此举。一俟查悉中国律例情形及其审断办法，及一切相关事宜皆臻妥善，英国即允弃其治外法权。”嗣后美、日等国与清廷签订的商约中亦有类似条文。是以在救亡压力和列强许诺的双重作用下，大刀阔斧地改革本国法律、引进西方法律，最终使本国法

律与西方法律完全一致，从而收回司法主权，就成为了当时上层人士孜孜以求的道路。也是“改革派”“西化派”对抗“礼教派”“国情派”最有力的理由。

然而，正如作者指出，列强的许诺本身便相当含糊，难以执行。试问：“中国律例何时能与西国律例改同一律？中国律例与审判及相关事宜何种程度才‘皆臻妥善’？‘西国’那么多，中国律例要和哪个国家一致？”更何况法律归根到底是民族精神的产物，西方法律的自由、平等与法治精神固然是追求的目标，但若将本国旧有的法律传统一刀切断，只追求文本上、法条上的新式与西化，这样的法律又如何去施行？清末“礼法之争”的大论战便是这一问题的突出表现。对此，法律精英人士付出了巨大努力以弥合传统与西化的鸿沟。如在1911年和1918年两次举行的遍及全国的民事习惯调查活动，以期作为制定民法典的参考。同时，法律精英群体也从未放弃一切机会向列强呼吁中国司法已臻改良，要求收回司法主权。巴黎和会、华盛顿会议中国代表均提出撤废领事裁判权的要求。然而，在“弱国无外交”的国际环境下，列强始终未能尊重中国的呼吁。1926年来华的“中国法权调查委员会”依旧指摘中国司法种种缺点，并以此作为拒不放弃领事裁判权的依据。

因此，在南京国民政府成立后，国人对收回司法主权的道路有了更进一步的认识。即一方面对内固然要继续推动司法改革，但另一方面对外应当理直气壮地要求收回司法主权，并须付诸实际行动。1929年12月，国民政府宣布自次年元旦起，撤废列强在华领事裁判权，凡侨居中国之外国人，应一律遵守中国政府依法颁布之法令章程。1930年改组上海公共租界临时法院为上海特别法院，将上海租借地的司法

主权收回。同年8月司法院颁布《改定华洋诉讼办法》，不再承认所有在华外国法庭的效力。最终，1943年在太平洋战争的压力下，英、美等国与国民政府签订协议宣布放弃领事裁判权。然而驻华美军所犯下的刑事案件仍由美军军事法庭审理。直到1949年新中国建立，方才完全、彻底收回司法主权。历史证明，收复司法主权，归根结底要靠国力的强大与国际地位的提升，要靠民族意识的觉醒与各个阶层同心协力的行动。

## 二、司法改革与法制建设的得与失

前文已述，自清末以来，通过不断地自我改革，移植、吸收西方法律以实现中外法律制度的一致从而收回司法主权，是一代代法律改革者和法制建设者的共识。但中国传统的法律制度发展至清末已渐僵化，不仅与西方国家发达的民商事法律和完备的诉讼程序以及司法制度相差甚远，以至无法因应上海、广州等经贸发达、社会风气渐开的地区之需要，而且清代司法审级繁多、庸官食墨、吏幕舞弊、监狱惨酷等弊端也实在是到了非改不可的地步。正如作者指出，法界人士持续不断地拿收回司法主权“说事”，也有借助民族主义的动力，改良国内司法的一面。

就司法体制而言，书中以南京国民政府时期的司法制度建设与司法权的运行为例，指出当时改革者们的主要方法有二：一方面明确司法权的宪法定位，不断呼吁并坚持司法独立；另一方面则是不失时机地调动舆情声援司法改革。就前者而言，在南京国民政府强调“以党领政”、使国民党对政权居于垄断地位且使蒋介石个人对党、政均居于独裁地位的训政时期，司法界人士始终把中国实现法治的希望寄托在司法权独立上，坚持司法权作为五权之一的独立地位。最终使法官独立审判、司

法院解释宪法并有权解释一切法律法令、法官终身制等司法独立的应有之义均称为1946年《中华民国宪法》的条文。就后者而言，则利用20世纪先进的印刷、传播手段，广为宣传推进司法改革、实现司法独立、收回司法主权三大理念。作者以专章介绍近代的法学期刊，尤重于介绍近代法学期刊对各个时期的司法改革所起到的“推手”作用，是为本书的一大特色。

然而，由于近代的司法改革皆是由统治者自上而下进行，且无论是清廷、北洋政府统治集团还是国民党统治者，皆是大权在握难以受到制约。因此司法改革的“顶层设计”往往在统治者的利益与法治精神的冲突之间选择了前者。例如，南京国民政府时期的司法体制虽远较清末和北洋政府时期完备、发达；但另一方面，国民党一手推动的“司法党化”却严重干预了司法独立，并使得司法行政权与司法审判权始终权限不清。因此，总体上看，“在实践司法独立理论过程中，司法权一直未能完全摆脱其他权力包括党权、军政权等的束缚，无法获得真正独立的空间。”

就新式法律的制定而言，各个部门法的制定与司法体制改革基本同步，均在清末宣布仿行立宪、启动法制改革之后迅速形成高潮。即便处在激烈的礼法之争当中，清廷亦在三年多的时间内完成了《大清新刑律》《大清民律草案》《公司律》《破产律》《大清刑民事诉讼法》等一系列法律草案。南京国民政府时期法典制定的速度亦不逊清廷，如《中华民国刑法》用时不到一年，《中华民国民法》从总则到亲属、继承一共五编总共不过两年左右。至1936年5月5日“中华民国宪法草案”（“五五宪草”）的颁行，南京国民政府的“六法体系”初步形成，也标志中国法制近代化的基本完成。论其完备性，似乎

并不输于德、日等大陆法系国家，但这是否标志着中国近代法律体系快步走向成熟？作者指出，即便就这些法律文本来看，在收回司法主权的意识下过分强调立法的速度、效率与新颖性，已经导致了许多方面的问题，即过于审慎、过于细密、过求划一、过于信法、陈义过高、过于模仿、过重形式以及解释法律过于寻章摘句。论其原因，则还是因为在收回司法主权的压力下，近代中国迫切需要看得见、摸得着的法律文本呈现在列强面前。从而失去了“内发型”或“原发型”近代化氛围下那份应有的气定神闲、从容不迫的立法风度。笔者认为，这种片面强调法律文本上的现代性的法律发展模式，不仅会产生纸面上的法律难以获得实效的问题，而且还会对整个法制系统造成“内伤”，即仓促出笼的一部部法律必有不甚稳妥、有待将来修改的地方，而整个法律体系是“牵一发而动全身”，修改此法往往又涉及到彼法的修改。从而在不断的“立、改、废”当中失去法应有的安定性。

就近代法学教育、法律人才的培养与近代社会法律精英群体而言，随着清末司法改革的掀起，法学骤然成为显学，大量青年赴国外学习法政，国内的“法政学堂”亦如雨后春笋般兴起。从而形成了西方“法律人”意义上的近代中国法律精英阶层。作者同样以专章介绍了自沈家本、伍廷芳，至王宠惠、顾维钧，再到王世杰、张君勱等整个近代法律精英阶层的理想与贡献。同样面对着收回司法主权的压力以及通过对内司法改革以收回司法主权的路径，近代法律精英群体的成长和法学教育的繁荣，堪称是近代司法改革带来的效益最显著的“副产品”。与各个时期司法改革的成败得失相比，近代法律精英群体的理想抱负、所作所为与最终命运似乎更是收回司法主

权压力下，近代中国法律发展步履蹒跚的苍凉写照。他们的学识并不输于同时代西方法学家，他们为收回司法主权所作的努力亦载诸青史。但是在“大时代”的浪潮下，他们的理想抱负最终未能实现，伴随着以《六法全书》为代表的“法统”在人民战争的炮火中灰飞烟灭。

### 三、法律与社会的互动与平衡

法律的变革诚然会影响社会，社会的变迁亦深刻影响着法律。如前文已述的在近代传播条件下法学期刊对司法改革的推动，以及新式法学教育所产生的法律精英群体的社会影响。但在整个近代中国，除上海、广州、天津等受“欧风美雨”影响较大的城市之外，广大内地仍较多地保留着传统自然经济与以家族制度为主的社会结构、生活方式等。而近代法制变革影响社会至巨，社会对此亦作出激烈回应的，正是对家族制度的变革。书中，作者从政治层面的变革、立法层面的变革、社会层面的变革与司法层面的变革四个角度展开论述。

首先在政治层面上，从《大清新刑律》引发的礼法之争到南京国民政府短短两年内制定出来的民法典，正是为了实现尽快变革法律、效仿西方从而收回司法主权的政治目的而导致的结果。虽然如前文所述，在清末和民初曾举行了两次大规模民事习惯调查活动，但真正到南京国民政府制定民法典时，则又本着“训政时期”以三民主义理念改造社会的目的，未能充分吸收民事习惯，过分继受外国法。如有学者指出，南京国民政府民法典中有关婚约的规定，在形式上与固有法中的订婚制度相近，但在效果上则取法于德国与瑞士民法，使本国固有订婚制度的诚信观念破坏殆尽。正如作者指出：“民国时期过于偏重政治对家族制度的作用，有时可能适得其反，

引起社会的不安。”

在家族制度的立法层面上，从《大清民律草案》到南京国民政府《中华民国民法》，均移植了欧陆法系的亲属与继承规则。就婚姻制度而言，针对包办婚姻、早婚早育等陋习弊病，近代民法确立了婚龄的限制标准与一定的婚姻自由精神。如《大清民律草案》《中华民国民律草案》与《中华民国民法》均将婚龄确定为男18岁、女16岁。在婚姻自由方面，《中华民国民法》第972条规定“婚约，应有男女当事人自己订定。”在亲属与继承方面，《大清民律草案》与《民国民律草案》尚未完全废除宗祧继承，但《中华民国民法》已完全废除了宗祧继承。继承人只分为法定继承人和指定继承人两种，法定继承人的顺序为：配偶、直系卑亲属、父母、兄弟姐妹、祖父母。遗嘱可以在上述继承人当中任选其一。尤为值得称道的是，《中华民国民法》贯彻了平等精神，废除了废除嫡子、庶子、嗣子、私生子之分。诚然，新民法的规定有利于实现个性解放与男女平等，但在社会层面上，也极大地破坏了宗族组织。带来一个重大的社会问题，即是以往由宗族承担的教亲睦族、互助救济、稳定乡里的功能无法有效发挥，社会中老一輩的父权意识与年青一代的独立意识亦频起冲突。而国民党政权的迅速腐化，也使得其虽然推行“新生活运动”，但在广大乡村基层收效甚微。未能通过政府有效的引导弥补法律与社会的鸿沟。

因此，在直面社会现实的司法实践层面上，作者通过引证当时的具体案例，展现了当时法官频频游走在“传统与现代之间”的苦心。如年轻人针对包办婚姻而提出的离婚案件，“大理院一味遵从旧律旧俗，势必与时势相悖，完全按照新式思想判断，未必与社会实际完全相符。只得采取‘父

母代订之婚姻不能离异，但非经由本人同意者，可不履行婚约’的方法，审理离婚案件。可谓新旧兼顾，煞费苦心，也充分展示了大理院推事们的司法睿智。”正是依靠法官新旧兼顾的苦心和解释法律的睿智，才有效弥补了制定法与社会现实的脱节，促使家族制度在新旧之间平稳过渡，在整个民国时代亦始终未因司法判决而引发社会冲突。

总之，在强烈的收回司法主权意识下，近代以来的法制变革从某种程度上来说亦是“政治挂帅”，一味求西化、求速、求新，未能很好地考虑传统与西方的关系。即便是需要加以改革的传统陋习，也随着国民党政权的迅速腐化而未能发挥政府应该发挥的职能，从而导致法律与社会的摩擦，反而是在司法实践中，依靠法官的苦心与智慧，勉强实现了法律与社会的平衡。

#### 四、结语：追求法律的法治精神与民族品格

通观作者的论述，近代以来面对着收回司法主权的挑战，政治统治者和法律精英阶层均选择了通过改造本土法律、移植西方法律来“换回”司法主权的道路。历史证明，这条道路不仅未能真正收复司法主权，反而产生了本土法律传统横遭割裂、新式法律规则“水土不服”、自上而下的法律改革道路始终无法与统治者的利益相区别从而难以贯彻法治精神等一系列问题。尽管在整个近代社会的发展过程中，社会各阶层也力图调和二者之间的冲突，或呼吁立法不应盲目西化而应当重视本国传统与民间习惯，或力倡“新生活运动”号召民众与传统告别，或在司法实践中运用“中国人的智慧”解释法条实现法律与社会的平衡……然而，连绵不绝的战火，风起云涌的革命，慷慨激昂的民族主义心态使整个社会难以平心静气地来面对以上几个方

面的冲突，并作出理性的思考与抉择。正如作者指出：“次殖民地背景下，国人法律心态的焦虑，促使法律演进违背自身规律，法律近代化轨迹的畸形就在所难免。法律的近代化充其量是法律文本的西化，而非文本与本土社会有机结合的近代化。”虽然解放战争的炮火彻底收回了司法主权，摧毁了旧法统，但因历史原因长期以来并未形成法治社会。直到改革开放后重新踏上建设法治社会的道路。

因此，通观本书，收回司法主权看似仅是一个单一的“历史任务”，实际上背后需要一整套社会工程。归根结底，是要靠国力的提升与民族的自信来实现自身国际地位的提升，从而获取收回司法主权最重要前提要件；与列强平等对话的地位与实力。即以当下为例，当下中国的法制尚未达到法治国家的目标，亦未处处让外国都感到满意，但就司法主权而言，则是实实在在的拥有者，外国丝毫无法干预。是以当面临法制改革的问题时，笔者认为，一个国家所需要的是在客观审视西方法治精神与本国法律传统的基础上，既追求法治精神，也形成民族品格。寻找可能引发社会矛盾与风险最小的“突破口”，以渐进的方式改良法制。同时，政府也应当在引导社会风气上有所作为，促使整个社会尽快告别那些完全不符合法治精神的陈规陋习，以引导法制改革与社会发展进入良性循环圈。

（作者单位：天宁区人民法院）

## 七旬老人致残无人担责 法律援助解难终获赔偿

案件名称：朱某某交通事故赔偿案

援助机构：常州市天宁区法律援助中心

受理日期：2017.9.4 办结日期：2018.7.20

承办单位：江苏金牌律师事务所 张晶金律师、郝燕媛律师

### 【案情简介】

受援人朱某某在2017年6月11日05时50分许，驾驶电瓶三轮车沿中吴大道北侧车道由东向西行使至中吴大道和平路口处，车辆通过路面一坑洼处时摔倒，后朱某某被110送至医院治疗，全身多处骨折，交警认定朱某某在沿中吴大道北侧行驶时发生事故，该路面坑洼处为轨道交通施工所留。

之后朱某某向天宁区法律援助中心申请法律援助，援助中心认为其符合法定的法律援助条件，指派江苏金牌律师事务所张晶金、郝燕媛律师共同办理本案。根据谈话以及朱某某提供的证据及承办律师自行调取的材料，承办律师向法院提起诉讼要求被告赔偿各项费用合计101314元，最终法院扣除了医药费医保统筹支付的金额，判决常州市轨道交通发展有限公司赔付62865.25元。

### 【案件详情】

2017年6月11日05时50分许，75岁的朱某某驾驶电瓶三轮车出门，行驶到中吴大道和平路口一坑洼处时，因车辆失去平衡，致朱某某连人带车摔倒，当时倒地不起。后朱某某被110送至医院治疗，全身多处骨折。2017年7月17日，天宁交警大队出具“道路交通事故认定书”，认定朱某某在沿中吴大道北侧行驶时发生

事故，该路面坑洼处为轨道交通施工所留。

经初步治疗出院后，朱某某来到天宁区法律援助中心寻求法律援助，援助中心进行审核后认为其符合法定的法律援助条件，指派江苏金牌律师事务所张晶金、郝燕媛律师承办此案。两位律师接受指派后随即与朱某某联系，并于2017年9月6日在事务所接待了朱某某及其儿子。根据谈话以及朱某某提供的证据，律师发现在事故现场施工的可能为江苏先达建设集团有限公司。为了确认责任方，律师来到常州市轨道交通发展有限公司调查询问案发地施工负责人，确认当时在场的施工单位系江苏先达建设集团有限公司、常州市武进市政工程有限公司两公司，并获取了相关施工合同材料。

在诉讼材料准备充分后，律师将上述两单位作为被告向常州市天宁区人民法院提起诉讼并申请司法鉴定。第一次开庭中，法庭就两被告负责施工范围做了初步了解。之后律师陪同朱某某选择鉴定机构并进行伤残鉴定。朱某某的情况经司法鉴定构成十级伤残。鉴定结果出来后，法院安排第二次开庭，庭审中先达公司表示其施工区域建有围挡，事故发生地在围挡以外；武进市政公司表示该区域确实由其负责施工，但工程已于2017年3月14日竣工验收且验收合格，故朱某某的受伤与其无关。并



提到了中铁十一局集团城市轨道交通工程有限公司才是该区域地铁工程的总承包单位。法庭在无法确认事故发生地的实际负责单位的情况下，给出撤诉的建议。为了有效维护当事人合法权益，律师经过与朱某某本人及家人协商，决定撤诉后将涉案四个单位全部作为被告重新起诉。

2018年4月25日，律师以常州市轨道交通发展有限公司、中铁十一局集团城市轨道交通工程有限公司、江苏先达建设集团有限公司以及常州市武进市政工程有限公司为共同被告，向天宁法院提起诉讼，要求被告赔偿医药费、护理费、营养费、交通费、残疾赔偿金、精神损害抚慰金等各项费用合计101314元。庭审中虽然四被告依旧互相推诿，但事故发生地所有责任单位均以作为被告列席，法庭得以查清事故发生地具体分工情况。2018年7月20日，天宁法院确认常州市轨道交通发展有限公司为赔偿责任主体，在扣除了医药费医保统筹支付的金额后，判决被告常州市轨道交通发展有限公司赔付62865.25元，案件受理费、鉴定费也均由其负担。

本案的核心问题在于：一个建设工程项目往往由多家单位共同施工，具体区域的负责管理，外部人员很难了解确认，这就导致一旦发生事故，责任主体很难确定。

本案属于单方事故，没有具体相对方。交通事故的发生系由于地面坑洼，地面坑洼又是由于地铁施工造成，本案虽有交警大队出具的“道路交通事故认定书”，但实际上属于侵权责任的范围，涉及到公民健康权纠纷。虽然《中华人民共和国侵权责任法》第九十一条明确规定：“在公共场所或者道路上挖坑、修缮安装地下设施等，没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的，施工人应当承担侵权责任。”但这里的“施工人”如何认定？本案中，援助律师和办案法官都没有机械办案，而是考虑到实际情况，灵活选择诉讼程序。第一次诉讼中，在发现在掌握的情况不足以确认责任主体时，及

时撤诉，充分保证了当事人的权益。第二次诉讼，能够结合前一次的内容，向法庭充分说明事故发生的具体情况，各方责任状态，提交代理意见：在本案事故发生时，朱某某出于正常通行中，且事故发生前一天下过大雨，导致其对前方路面是否有破损无法预见。而朱某某是否违反交通管理、驾驶无牌车辆的行为与本案事故的发生没有必然的联系，故朱某某本人对事故发生并没有责任。而1、依据轨道公司与武进市政的合同，合同中约定了质保期，事故发生在质保期内，武进市政应当承担赔偿责任。2、根据武进市政在庭审中所述，先达公司负责对事发路段的修补，且根据合同被告在事发路段附近施工，在施工地点及其毗邻地区发生事故对伤者造成的损失，都应有施工单位负责。3、中铁十一局作为该路段工程的总承包方，在其工程下小项目公司工程交接期间发生的事故应当承担赔偿责任。4、轨道公司作为工程总发包方，对轨道工程在施工过程中的安全负有全面的监督和管理义务，应对施工区域及时履行安全巡查义务并对发现的安全隐患予以排除，由于其未能及时消除安全隐患而导致他人受伤，应承担相应赔偿责任。最终法院采纳了律师部分代理意见，使朱某某的损失得到了充分的赔偿。

#### 【案件点评】

2012年，发改委发文批准常州市城市轨道交通建设规划。自地铁线路开工以来，由于地面坑洼造成的类似事故绝对不止本案一例。轨道交通建设本身涉及范围广，配套设施施工复杂，并且会在城市交通中心进行施工。有的工地交接过程中并不能及时充分的建造围挡以保证通行安全。发生类似事故后，受害人如何得到有效赔偿，就需要各施工单位、建设部门等能够分清责任，主动承担。当然更重要的是，要做好安全巡查工作，及时消除安全隐患，有效防止类似事故的发生。

## 67名工人群情激愤讨工资 法律援助倾情奉献终维权

案件名称：农民工讨薪纠纷

援助机构：金坛区法律援助中心

受理日期：2018.9.18 办结日期：2018.11.27

承办单位：江苏兴坛律师事务所 邹建丽律师

### 【案情简介】

2018年9月17日，十几名工人来到金坛区法律援助中心（以下简称区中心），气愤讲述某光伏科技有限公司不仅拖欠了他们几个月工资不发，且突然在一周前一纸裁员通知无故将他们辞退的违法事实。其他同样被通知裁员和被拖欠工资的工人也陆续赶到区中心。区中心立即开通法律援助“绿色通道”，组织安抚工友情绪并协调进行有序统计汇总。

该案件系追索劳动报酬案，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，经区中心审查，符合法律援助条件，并指派江苏兴坛律师事务所邹建丽律师办理该案。最终，65名农民工与企业达成调解协议，另外2名农民工则通过诉讼途径取得了工资。

### 【案件详情】

2018年9月17日，十几名工人来到金坛区法律援助中心（以下简称区中心），气愤讲述某光伏科技有限公司不仅拖欠了他们几个月工资不发，且突然在一周前一纸裁员通知无故将他们辞退的事实。其他同样被通知裁员和被拖欠工资的工人也陆续赶到区中心。区中心立即开通法律援助“绿色通道”，组织安抚工友情绪并协调

进行有序统计汇总。该案件系追索劳动报酬案，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，经区中心审查符合法律援助条件，指派江苏兴坛律师事务所邹建丽律师办理该案。经了解，该公司有100多名员工，自2018年4月开始就拖欠工人工资，部分员工已自行离职，9月份公司以经营不善为由开始裁员。承办律师对受援人的身份信息、拖欠工资金额和入职时间等重要案情反复进行核对后登记。最终受援助的工人名单为67名。

承办律师在准备提起劳动仲裁材料过程中，发现工人们无法提供有效书面证据，可能导致立案难。鉴于公司方面负责人避而不见，躲在外地拒不出面，工人取证难，无法取得有效证据。后由工人代表出面，向金坛区劳动监察大队反映公司拖欠社保一事。金坛区劳动监察大队受理后，前往公司调查，调取了公司员工花名册和工资表，承办律师向金坛区劳动监察大队调取了以上书面证据。

经过整理承办律师发现该案比较复杂，类型不一，67名工人案情为三类：第一类20人是已自行离职的，第二类20人是被公司书面通知解除劳动关系的，第三类27人是尚在在职但因工资久拖不发欲解除劳动关系

的,承办律师根据三种分类制定相应的方案。针对第一类工人,根据《江苏省工资支付条例》第十二条的规定,劳动者提供正常劳动,用人单位应当及时足额支付劳动者工资,公司拖欠工人工资系违法情形,核对工资表后,依法为这一类工人主张拖欠的工资数额;针对第二类工人,根据《中华人民共和国劳动合同法》第八十七条,用人单位违反本法规定的解除或者终止劳动合同的,应当依法支付赔偿金,本案公司以经营不善为由向20名工人发送了书面解除劳动合同的通知,且本案并不符合关于裁员的法律规定,因此公司单方面解除劳动合同,程序不合法,系违法解除劳动合同。除了可以为这一类工人主张拖欠的工资外,还可以主张违法解除劳动合同的经济赔偿金;针对第三类工人,根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十八条、第四十六条及第四十七条的规定,用人单位未及时足额支付劳动报酬、未依法为劳动者缴纳社会保险费的,劳动者可以解除劳动合同,用人单位应当向劳动者支付经济补偿,承办律师为这一类工人制作书面律师函,向公司邮寄送达解除劳动合同的通知书,声明因公司拖欠工人工资、社保等违法情形,要求与公司解除劳动关系,公司应立即纠正违法情形。随后查询确认公司有关负责人已签收,承办律师除了可以为这一类工人主张拖欠的工资外,还可以主张解除劳动合同的经济赔偿金。

此后数天内,承办律师加班加点书写了67份劳动仲裁申请书,将每个工人的入职时间、工种、拖欠工资金额反复核对,为每个工人提交相应的证据材料送往金坛区劳动仲裁委立案,并与劳动仲裁委保持沟通,协调送达事宜。劳动仲裁委多次约谈公司方面,主张调解事宜,但公司方面态度强硬,一直未能调解。劳动仲裁委遂向公司方面送达了开庭传票。开庭前夕,在金坛区劳动仲裁委的主持下,双方均于

2018年9月30日进行正式调解。当天,67名工人、公司经营负责人和财务负责人均到场,对拖欠工资的数额进行了逐个确认,承办律师认真核对金额进行签字确认,最终经调解达成一致意见,公司承诺最迟在2018年10月31日前一次性支付所有拖欠的工资。最终只有2名工人因工资数额有异议,尊重其意愿尚未签署调解方案。

2018年10月25日,承办律师到庭参加最后2名工人的庭审,最终经过裁决胜诉。

#### 【案件点评】

习近平总书记要求各级政府要切实做好农民工工作,加大力度解决拖欠农民工工资问题。中央政府大力推进法律援助惠民工作,提出扩大法律援助覆盖面,突出精准法律服务目标,让困难群体能得到及时有效的法律援助。本案例中中心在面对面群体性讨薪纠纷时第一时间启动法律援助绿色通道,指定经验丰富的承办律师及时介入,承办律师依据《江苏省工资支付条例》第十二条、《中华人民共和国劳动合同法》第八十七条、第三十八条、第四十六条及第四十七条的规定,精准的将该案件分成三种类型分别制定不同的诉讼方案,运用专业的知识、热情的服务、精细的准备为67名工人依法维权。面对67名工人兄弟姐妹,承办律师视为亲人,加班加点,不辞辛劳,对案件事实的判断准确无误,对法律的运用灵活有余,三种方案的制定,确定了67名工人维权的正确性、精准性和高效性,承办律师心里明白,这不仅仅是一起群体性讨薪纠纷,处理不好就会变成一桩群体性上访,根本上涉及社会稳定,尤其在国庆这个重要敏感的时间节点,社会责任的驱使让承办律师兢兢业业、认真负责的为67名工人办好此案,让他们切实感受到政府的温暖、法律援助的便利。

## 环卫工遇车祸 法律援助索赔偿

案件名称：宋某某工伤赔偿纠纷

援助机构：钟楼区法律援助中心

受理日期：2018.4.3 办结日期：2018.11.19

承办单位：江苏开太律师事务所 宋建忠律师

### 【案情简介】

宋某某系已过退休年龄的环卫工人，在扫地作业时被无号牌三轮车撞成重伤，后经鉴定为一级伤残。因单位未帮其缴纳社保，肇事方赔偿能力弱，受援人家属申请法律援助，钟楼区法律援助中心指派江苏开太律师事务所宋建忠律师为其提供法律援助。宋建忠律师接受指派后，第一时间与受援人宋某某家属就案件的事实、证据、法律适用、诉讼风险及诉讼策略等进行了沟通与交流，听取了受援方的意见和建议。在此基础上达成共识及办案思路。通过律师的努力，最终法院判决环卫公司赔偿 265025.93 元，并且自 2018 年 4 月起每月支付宋某某伤残津贴、生活护理费共计 4969 元。

### 【案件详情】

宋某某系 2016 年 6 月 1 日入职常州某环卫服务有限公司环卫保洁工。2017 年 3 月 22 日 21 时 30 分许，宋某某在常州市钟楼区邹区镇邹新路双洋百货路段扫地作业时，被经过此处的李某某无证驾驶的无号牌三轮车撞飞，后被送往常州二院进行救治。二院为其实施了双侧开颅血肿清除+去骨瓣减压术+气管切开术，前后住院共 106 天。宋某某现为植物人，由家人全天候进行护理。

2017 年 4 月 27 日，经常州市钟楼交警大队认定肇事驾驶员李某某负该起事故的

全部责任，宋某某无责任。

2017 年 7 月 17 日，常州市人力资源和社会保障局对宋某某受到的事故伤害认定为工伤。2018 年 3 月 24 日，经常州市劳动能力鉴定委员会鉴定，宋某某之伤构成一级伤残，停工留薪期为 12 个月。后来某某家属向常州市钟楼区法律援助中心申请法律援助。因该案系请求给予社会保险待遇的案件，且申请人提供了社区出具的经济困难证明，经钟楼区法律援助中心审查，符合法律援助条件，并指派江苏开太律师事务所宋建忠律师承办该案。

宋建忠律师接受指派后，第一时间与受援人宋某某家属就案件的事实、证据、法律适用等进行了沟通与交流，形成了以下办案思路：1、宋某某因工作的原因遭受机动车交通事故伤害，其既可向肇事者李某某主张人身损害赔偿的侵权责任，也可向其所在单位主张工伤保险待遇赔付责任。但就医疗费、护理费等实际发生的费用，相关法律规定权利人不得重复受偿。相比之下，用人单位经济效益较好，据此确定先向环卫公司主张权利。因诉讼周期较长，紧接着起诉李某某给予交通事故赔偿。2、宋某某为一级伤残及完全生活自理障碍，法律规定能够调解的可作一次性解决，调解不成的通常裁判按月赔付，以何种方式结案由受援方根据具体情况作决定。3、受

援方主张的部分辅助器具费用（如空调、吸痰机、制氧机等），因相关法律规定不是非常明确具体，有可能会得不到支持。

2018年6月4日，承办律师向武进区劳动人事争议仲裁委员会申请劳动仲裁，因宋某某已超过退休年龄，武进区劳仲委于同日做出不予受理案件通知书。承办律师随即向武进区人民法院起诉。2018年8月9日，该院立案受理。

2018年8月29日本案公开审理，焦点在于：1、宋某某已向钟楼区人民法院起诉李某某主张交通事故人身损害赔偿，因实际损失不得重复赔偿，承办法官提出拟将该案中止审理，待钟楼法院判决后再行恢复审理的处理意见。2、对于城管队员事后自愿捐款并通过环卫公司付给宋某某的2万元以及环卫公司付给宋某某夫妇生活费1508元是否应当扣除的问题。3、相关法律规定，只有假肢、义牙等辅助器具可以报销，宋某某主张的空调、制氧机等辅助器具费用能否支持的问题。4、宋某某夫妇本人工资标准的问题。针对上述焦点，承办律师阐述了自己的观点：1、钟楼法院案件撤诉，该案先行审理，不让用人单位规避责任。2、捐款尽管通过环卫公司交付给宋某某，但不能改变赠与性质。环卫公司支付的生活费，相关凭证记载为慰问金，显然也属赠与性质，应归宋某某所有，不能抵扣。3、宋某某为植物人，配置制氧机、吸痰机等辅助器具是生命得以维系的必要基本保障，应予支持。4、基于法律规定，尊重法庭按照环卫公司提交的工资支付凭证，据实核定宋某某夫妇事发前的本人月平均工资标准分别为2238元、2670元。

2018年9月20日武进法院作出如下民事判决：一、环卫公司于判决生效之日起十日内一次性支付宋某某急救费、医疗费、护理费、辅助器具费用、住院伙食补助费、停工留薪期工资、一次性伤残补助金共计265025.93元。二、环卫公司自2018年4

月起每月支付宋某某伤残津贴、生活护理费共计4969元。

#### 【案件点评】

本案是一起交通事故引发的工伤保险待遇纠纷案件，受害者已超出退休年龄、被撞成植物人。因此案件的处理中会涉及到能否认定工伤、能否重复赔偿、能否一次性赔偿以及如何确定具体赔偿项目与金额等法律问题。

就超过法定退休年龄的劳动者（含农民工），如未享受养老保险待遇或领取退休金的，相关法律规定在工作时间、因工作原因受伤的，应当认定为工伤。因此本案中市人社局认定受援人为工伤，无论用人单位是否认可。

相关法律规定本案中受援人享有重复赔偿的权利，既可向交通事故的肇事者主张人身损害赔偿的侵权责任，也可向用人单位主张工伤保险待遇，但就医疗费、护理费等实际发生的费用不得重复赔偿。鉴于本案肇事者没有赔偿能力，受援人先向用人单位主张工伤保险待遇赔偿，主动避免了用人单位提出扣除医疗费等实际发生费用的抗辩。

就能否一次性支付工伤保险待遇问题，原江苏省劳动和社会保障厅《关于实施〈工伤保险条例〉若干问题的处理意见》（苏劳社医〔2005〕6号）第二十四条规定可一次性支付。但上述文件已被苏人社规〔2016〕3号文件作废，因此审理法院根据《工伤保险条例》的相关规定判令用人单位按月支付伤残津贴及生活护理费。

工伤职工依法可以主张辅助器具费用。常见的安装假肢、假眼、假牙、矫形器和配置轮椅通常会得到支持，但对于植物人因维系生命所需的制氧机、吸痰器等辅助器具能否予以支持，法律未有明确规定，但该费用的发生与工伤事故具有直接因果关系，且系必须支出的合理费用，应得到支持。

## 所有权人与其他权利人的拆迁安置利益应如何归属？

——纪某甲诉顾某甲、顾某乙、纪某乙、纪某丙房屋拆迁安置补偿合同案

高妍彦

### 【裁判要旨】

所有权人在与非所有权人就拆迁安置利益有所冲突时，在确认和分割拆迁安置利益时应当倾向于所有权人，因为所有权人对被拆迁的房屋享有的是直接处分的权利，而其他权利人之所以能获得拆迁安置利益皆因与所有权人有特定的债的关系或身份关系。但不得有害居住权人享有的安置面积使用权，因为安置面积使用权关系到居住权人的生存权问题，对此法律必需进行保障。

### 【基本案情】

原告纪某甲诉称：2013年12月26日，被告与常州市\*城拆迁安置办公室签订房屋征收安置协议书，对登记于顾某某名下的位于常州市武进区\*城村后三组的房屋的征收补偿等事宜作出了约定，原告纪某甲作为被安置人口，两被告选择人口安置与拆迁办签订了征收补偿协议，总安置面积为280平方米。后被告分别从拆迁办获得安置房屋，原告经查询才得知拆迁办已将安置协议下的房屋全部交付被告。被告严重侵害了原告的合法权益，现诉至法院，请求判令被告赔偿\*城花园80平方米房屋按当期计算的市场价折算赔偿、本案诉讼费用由被告承担。

被告顾某甲辩称：1. 协议签订时间为2013年12月26日，原告的诉讼请求已经超过诉讼时效；2. 原告正常安置的话享受80个平方，与房屋拆迁总补偿款无关，也与我们领的拆迁安置房没有关系，原告需

要找有关部门争取他享有的权利。3. 被拆迁房是祖宅，是由我们继承的，所拿面积不涉及原告的份额。综上请求驳回原告的诉讼请求。

被告顾某乙辩称：当时拆迁是按照人口来拆的，拆迁应该有原告的份额。我和被告顾某甲商量的方案瞒着原告，当时直接扣了原告的40平方份额。拆迁的过程原告是不知情的。我们一家拿的120平方不存在原告的份额，我是按照我家三口人拿的房。

被告纪某乙辩称：我没有参与，我认为是按照拆迁安置补偿协议，原告享有80平方。

被告纪某丙辩称：我对拆迁不清楚，我不在现场。

法院经审理查明：2013年12月26日，被告顾某甲、顾某乙（乙方）与常州市戚墅堰区\*城街道拆迁安置办公室（甲方）签订房屋征收安置协议书“被拆迁人（顾某某）、顾某甲、顾某乙。甲方安置乙方房屋坐落\*城小区，房屋建筑面积280平方米，其中：安置人员顾某乙、纪某乙、纪某甲、纪某丙建筑面积160平方米，安置房价160×650=104000元；其他照顾安置人员纪某甲（大龄）建筑面积40平方米，安置房价1400元/平方米；其他情况安置：a. 40×1400=56000元、b. 80×2150=172000元；安置房总价为332000元。根据双方签订的房屋征收补偿协议书之结算，乙方房屋征收补偿总费用为403000元，安置房总

价为332000元，现甲方应付乙方房屋征收补偿安置差额71000元。”同日，被告顾某甲（乙方）与常州某房屋拆迁公司（甲方）签订房屋征收补偿协议书，主要载明：“甲方征收乙方坐落在\*城镇\*城村后\*城51号；产权性质私有；产权人顾某某；建筑面积188.47平方米；补偿形式统一安置实行产权调换；双方结算甲方应付乙方房屋拆迁补偿费总计403000元。”

另查明，被告顾某甲与被告顾某乙于2013年12月30日签订协议书一份，主要内容为：顾某某（已故）位于\*城村后三组的房屋于2013年12月26日按人口安置方案签约，协议安置280平方米，还有80平方米需纪某丙结婚生子后方可安置；经顾某某之子顾某甲、女儿顾某乙协商，顾某甲得120平方米，顾某乙自愿将纪某丙结婚生子后安置的80平方米中的40平方米赠与顾某甲，顾某甲得160平方米，其余安置面积归顾某乙分配。

再查明，因拆迁安置，顾某甲安置房屋为：常州市武进区\*城花园58幢甲单元402室（92.5平方米，系高层房）及常州市武进区\*城花园3幢甲单元601室（124.88平方米，系多层房）；顾某乙安置房屋为：常州市武进区\*城花园46幢乙单元1003室（123.12平方米，系高层房）。上述房屋至今未领权属证明。原告申请对常州市武进区\*城花园小区2018年4月17日的市场交易价进行评估，因\*城花园小区系安置小区，常州某房地产评估事务所出具建议价说明：常州市武进区\*城花园小区多层房地产建议基准均价约4800元/平方米，高层房地产建议基准价约为5000元/平方米。

#### 【裁判结果】

常州经济开发区人民法院于2018年7月31日作出判决：一、被告顾某甲于本判决生效之日起10日内支付原告纪某甲拆迁利益302000元；二、驳回原告纪某甲的其

他诉讼请求。

顾某甲不服原审判决，提起上诉。常州市中级人民法院于2019年3月17日驳回上诉，维持原判。

#### 【裁判理由】

根据法律规定，诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。根据当事人陈述，原告对于房屋拆迁过程及拿房事宜均不清楚，自被告领完房屋后才知道，故其诉讼时效未过法律规定。

坐落于常州市武进区\*城镇\*城村后\*城51号房屋产权人系顾某某，被告顾某甲及被告顾某乙系顾某某的合法继承人。其二人依法享有被征收房屋价值的补偿（含房屋产权调换）。但原告作为被安置人口，而原房屋所有权人即顾某某正借助安置对象方能取得面积为280平方米的安置房，故原告依法享有安置面积使用权。因被告取得了安置房屋的所有权，故原告有权要求将该居住使用权折价归并，主张对应的拆迁利益。

根据被告顾某甲、顾某乙与常州市\*城拆迁安置办公室签订的房屋征收安置协议书，该房屋系人口安置，原告享有安置面积为80平方米，被告顾某乙、纪某乙、纪某丙作为被安置人口享有120平方米的安置面积。顾某甲与顾某乙之间签订的协议，侵害了原告享有的安置面积使用权，对原告无效。顾某甲因拆迁享受的房屋安置面积中含有原告应享有的80平方米的安置面积，其应返还该部分拆迁利益。现安置房80㎡的居住使用权经评估市场价为384000元，扣除顾某甲安置取得时支付的对价82000元（40平方米×650元/平方米+40平方米×1400元/平方米），顾某甲仍支付原告房屋居住使用权归并款302000元。

#### 【案例注解】

因权利来源的不同，拆迁安置利益的

（下接第56页）

## 入户盗窃 308 元是否可以罚金 2000 元？

李雄峰

### 【基本案情】

某日上午，刘某某趁无人之际，进入罗某某家中，窃得罗某某家中的挂烫机、茶具、餐具等物品，价值人民币 308 元。案发后，被窃物品已由公安机关追回并发还被害人。检察机关起诉后，刘某某因犯盗窃罪，被法院判处罚金 2000 元。

### 【分歧意见】

本案的定性及单处罚金并无分歧，但对罚金的金额有两种意见：一种认为，根据最高法院、最高检《关于办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《解释》）第十四条：“因犯盗窃罪，依法判处刑罚的，应当在 1000 元以上盗窃数额的 2 倍以下判处刑罚；没有盗窃数额或者盗窃数额无法计算的，应当在 1000 元以上 10 万元以下判处刑罚。”刘某某盗窃数额的 2 倍低于 1000 元，故应当以最低限即 1000 元对其判处刑罚。第二种认为，刘某某入户盗窃数额没有达到数额较大的标准，其构成盗窃罪是因为其实施了入户盗窃行为，入户盗窃不以数额较大为构成要件，故应适用《解释》第十四条第二部分：“没有盗窃数额或者盗窃数额无法计算的，应当在 1000 元以上 10 万元以下判处刑罚。”

### 【案件评析】

笔者赞同第二种意见。理由如下：

首先，对刘某某在 1000 元以上盗窃数额的 2 倍以下判处刑罚有违罪刑法定原则。刑法的一个重要基本原则是罪刑法定，即：刑法没有明文规定为犯罪行为的不得定罪处罚，刑法对某种行为某种情节规定了某种法

定刑的，不可以处以另外的法定刑或法外刑。刑法规定了盗窃罪的主刑幅度，但没有具体规定罚金刑幅度。《解释》第十四条对此进行了补充——“因犯盗窃罪，依法判处有期徒刑的，应当在 1000 元以上盗窃数额的 2 倍以下判处刑罚；没有盗窃数额或者盗窃数额无法计算的，应当在 1000 元以上 10 万元以下判处刑罚。”盗窃罪的基本情形是以达到数额较大以上为构成要件的，罚金显然要在 1000 元以上盗窃数额的 2 倍以下判处；入户盗窃、多次盗窃、携带凶器盗窃、扒窃等补充盗窃情形并不以盗窃数额较大为构成要件，故应当在 1000 元以上 10 万元以下判处刑罚。本案中，刘某某构成盗窃罪的原因是其实施了入户盗窃行为，对其处罚应当按照入户盗窃行为来处罚，其罚金显然应当在 1000 元以上 10 万元以下判处。

其次，对刘某某在 1000 元以上盗窃数额的 2 倍以下判处刑罚有违罪刑相适应原则。刑法的另一个重要基本原则是罪刑相适应原则，即刑罚的轻重应当同行为人所犯的罪行和应当承担的刑事责任相适应。如果两人同时实施入户盗窃行为，一个没有窃得财物，一个窃得财物 308 元，其他情节完全相同，从危害结果来说，显然窃得财物的要比没有窃得财物的危害大。如按照争议的第一种意见，对没有窃得财物的，要在 1000 元以上 10 万元以下判处刑罚，对窃得 308 元财物的，只能在 1000 元以上盗窃数额的 2 倍以下判处刑罚，又因盗窃数额的 2 倍低于 1000 元最低限，故只能判 1000 元罚金。这样就会

（下接第 56 页）



## 快递包裹丢失责任的法律适用

### ——某公司诉某某快递公司服务合同纠纷案

朱加荣 陈德严

#### 【案情】

某公司欲向深圳某公司出售一台 VOC 气体检测仪，通知某某快递公司上门取件。快递公司安排陈某上门揽件并验视快件内件，但该快件被送达深圳后并未在指定地址签收而导致最终丢失。后来某公司多次与快递公司交涉均未达成解决方案，于是向法院提起诉讼，请求判令赔偿损失 11300 元。

#### 【裁判】

法院认为，某公司通过快递公司邮寄包裹，原被告之间形成服务合同关系，双方均应按照合同约定全面履行义务。被告在送达过程中将原告的快件遗失，造成原告直接经济损失，应承担相应的赔偿责任。本案中，被告不能证明其揽收员已经提醒原告对物品进行保价；而原告明知物品比较贵重也未要求保价，故原、被告双方均存在一定过错。根据过错程度、责任力大小，判决某某快递公司承担 70% 责任，向原告某公司支付赔偿款人民币 7910 元。

#### 【评析】

关于快递公司丢失包裹的责任承担，有三种不同观点：第一种认为，快递公司义务是将快件完好无损地交给快件明示的收件人，快件丢失应由快递公司承担全部赔偿责任；第二种认为，双方系服务合同关系，应严格按照合同的约定进行赔偿；第三种认为，对于快递丢失，应综合考虑双方的合同约定、过错程度、责任力大小等因素，确定各方责任。笔者赞同第三种观点。

1、可能适用快递服务合同的法律规范。相关法律法规散见于合同法、邮政法和快递市场管理办法等。合同法第三百一十一条，承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任。邮政法第四十七条（一）保价的给据邮件丢失或者全部损毁的，按照保价额赔偿；部分损毁或者内件短少的，按照保价额与邮件全部价值的比例对邮件的实际损失予以赔偿。（二）未保价的给据邮件丢失、损毁或者内件短少的，按照实际损失赔偿，但最高赔偿额不超过所收取资费的三倍。快递市场管理办法第二十条，快件（邮件）发生延误、丢失、损毁和内件不符的，经营快递业务的企业应依法予以赔偿。

2、快递面单的背面格式条款之效力。快递市场管理办法第十九条规定，免责条款应当在快速运单上以醒目的方式列出，并予以特别说明。本案中，因揽收员对面单上的格式条款未明确告知，对原告而言显然是不合理的，故该格式条款对当事人不具有约束力。

3、过错责任在本案中的适用。快递公司揽收员在上门取件时，未按照工作规范要求向托运人讲明贵重物品需要保价，未尽提示义务，存在过错，不能简单适用该公司未报价五倍赔偿快递费之规定。托运人在自行填写快递面单时，对面单的书面告知置之罔闻，对自己的贵重物品的托运没有主动告知揽收员，致使揽收员也没有对快递物品的重要性引起足够重视。因此，

## 案例分析

在该服务合同的形成过程中，双方均存在过错。快件在邮寄及送达过程中始终处于被告快递公司的控制之下，丢失的直接原因是快递公司管理不善造成，快递公司应承担主要责任，因为完好无损地将托运物

品安全送达是快递公司的基本义务。

（作者单位：响水县人民法院；钟楼区人民法院）

（上接第 53 页）

确认和分割可以分为两类：一类是同一权利来源的拆迁安置利益确认和分割之诉，一类是不同权利来源的拆迁安置利益确认和分割之诉。同一权利来源的拆迁安置利益确认和分割之诉，即当事人之间对同一权利来源的拆迁安置利益存在共有关系或存在所有权人不明而形成的拆迁安置利益确认和分割之诉。共有关系一般包括家庭共有、夫妻共有、继承共有、约定共有。

所有权人不明一般发生在登记的所有权人和实际所有权人不同的情况下。不同权利来源的拆迁安置利益确认和分割之诉，即当事人之间对同一被拆迁房屋因不同的权利来源而享有不同的拆迁安置利益，为此需要从整个拆迁安置利益中确认和分出属于自己的一部分拆迁安置利益。

（作者单位：常州经济开发区人民法院）

（上接第 54 页）

设有窃得财物的反而比窃得财物的罚金刑幅度还要重，显然是有违罪刑相适应原则的。

再次，对刘某某在 1000 元以上 10 万元以下判处罚金完全符合刑法和《解释》的规定精神。根据刑法第 264 条的规定，入户盗窃及多次盗窃、携带凶器盗窃、扒窃同盗窃数额较大的财物都是盗窃罪的入罪情形。但“数额较大”位于其他盗窃行为之首，是盗窃罪的基本情形；入户盗窃及多次盗窃、携带凶器盗窃、扒窃是盗窃罪的补充情形，且入户盗窃等补充情形不以盗窃数额较大为必要条件，这也是《刑法修正案（八）》将入户盗窃、多次盗窃、携带凶器盗窃、扒窃等行为入刑的本意所在。但需要注意的是，刑法只是将多次盗窃、入户盗窃、携带凶器盗窃或者扒窃等补充情形同数额较大并列，数额巨大、数额特别巨大并没有区分是盗窃基本情形还是入户盗窃等补充情形。这样，必然存在入户

盗窃等补充情形同盗窃基本情形竞合的情况，如入户盗窃数额较大、入户盗窃数额巨大、入户盗窃数额特别巨大等等。根据刑法的规定，实践的通行做法是：当盗窃数额尚未达到数额较大，但存在多次、入户、携带凶器盗窃或者扒窃等补充情形时，以盗窃的补充情形入罪；当盗窃数额达到数额较大、巨大、特别巨大时，如果还存在多次、入户、携带凶器盗窃或者扒窃等情形，应当优先适用基本情形即数额优先，多次、入户、携带凶器盗窃或者扒窃等情形作为犯罪情节。本案中，刘某某盗窃数额尚未达到较大标准，但其具有入户情节，应当以入户盗窃这一情形入罪，处罚也应当依照入户盗窃情形处罚。

（作者单位：常州市天宁区人民法院）

# 常州市打造网格化社会治理新模式



省委常委、政法委书记王立科，副省长，公安厅厅长刘旸视察市网格中心



市网格中心全景图



各市（区）均已建成网格中心并投入实战



业务培训



实地走访



网格员走访中发现“非法行医”后，相关执法单位联动处置

