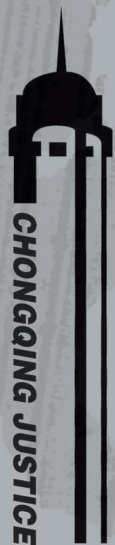


重庆审判



重庆市高级人民法院 主办

本期要目

- ◆ 以改革创新的精神不断加强和改进法院管理工作
- ◆ 以科学态度和创新精神做好司法统计工作
- ◆ 以终局性为目的谈民事再审改判标准
- ◆ 审判权与审判管理权科学运行机制的调研

3 2011(季刊)
总第43期



重庆审判

3 2011(季刊)
总第43期

崇法秉正 厚德为民

编委会

主 任 钱 锋
副 主 任 吴继生
委 员 (以姓氏笔画为序)
王 彦 田忠曼 刘 强
吕容亮 张 平 张俊文
岳新府 胡红军 唐亚林
袁胜强 彭 贵 蒙洪勇

审稿委员会

王利明 卓泽渊 沈四宝
龙宗智 付子堂 陈卫东
马怀德 尹 田 陈忠林

编辑部

主 编 吴继生
常务副主编 岳新府
副 主 编 吴 比 高 翔 吴雨亭
执行副主编 侯智全
责 任 编 辑 游中川 薛海明
印 刷 重庆三联商和包装印务有限公司

目录 CONTENTS

智库之声

05 情理与法理·····陈忠林

法院建设

队伍建设

09 以改革创新的精神不断加强和改进法院管理工作
——在全市法院院长座谈会上的讲话·····钱 锋
18 稳定基础上发力冲刺 巩固基础上不断提高
——在全市法院院长座谈会上的总结讲话(节选)·····余 捷

科学管理

23 以科学态度和创新精神做好司法统计工作·····孙海龙
院长访谈

25 两翼齐飞 推动法院工作科学发展·····本刊记者
文件解读

27 审判指导案例的功能、效力及其制度实现
——以中国特色社会主义法律体系形成为背景·····孙海龙 吴雨亭
33 《重庆市高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件
若干问题的指导意见》的理解与适用·····王 敏

本期策划 ——中国法学会审判理论研究会审判监督专业委员会第二届年会优秀论文选登

38 以终局性为目的谈民事再审改判标准·····吕容亮 阎 强
41 论我国民事再审有限性原则的完善
——以部分法院的民事再审司法实践情况为样本·····徐家清 向 亮
46 民事抗诉再审制度理论审视与实效分析
——以当事人穷尽上诉救济之建构为视角·····卢 君 孙南翔
50 民事再审诉讼心理干预路径初探·····叶 斌 王 栋 苏国华
54 监督抑或替代: 浅析会签文件第三条第(二)项规定之缺陷
——以民事抗诉再审的正当性设置为视域·····张 超

审判研究

获奖论文

57 给付行政模式下行政行政诉讼制度改革——以行政诉讼起诉期限的起算基点为视角	卢 君 石 珍
61 当代行政审判权的立体维度——以行政审判权同行政权“配比设计”为核心思路	邓 瑀
67 委托执行的困局与破解——一种管理学和经济学的对策分析	王 成
72 现行劳动争议解决机制下审判权之扩张与拘束——由实质审查向有限审查转变	叶 欢
77 司法能动视角下民事审判权运作机制定位与反思	吴 杰

实务探讨

81 完善刑事被害人救助制度构想——以重庆为视角	袁胜强 蒋佳芸
86 对我国死刑案件证明标准之现实思考	吴 雯
89 农村土地承包经营权流转制度的完善	李 静
93 司法解释在裁判中的适用——以《某高院审判案例参考》为参照	李富文 周宗辉

案例研究

99 行政诉讼原告资格认定——罗沁珍诉重庆市渝中区人民政府强制拆迁案	王 彦 尹 洁
102 判决书确定债权转让后的执行疑难	邹海浪 潘 勇 代桂林
103 非商品房欺诈性销售之法律责任	肖厚权
107 建设工程所涉欠条及债务人之认定	张科科
110 犯罪未遂与犯罪中止的界限	李亚非

调研报告

113 审判权与审判管理权科学运行机制的调研——审判管理的理论思考与实践路径	西南政法大学课题组
120 人民陪审员结构因素分析——以开县人民法院为样本	周 云 徐文辉

法苑广角

信息传真

22 最高人民法院到我市检查调研量刑规范化改革试行情况 // 112 重庆市七个法院荣获全国“立案信访窗口”建设先进集体称号 // 80 重庆法院《法律适用》通联工作受国家法官学院表彰 // 123 全市法院研究室工作座谈会在云阳召开 // 37 市高法院举行环境保护司法协调机制调研座谈会 // 98 重庆法院“院长邮箱”探索网上接待访成效显著 // 106 市高法院出台关于为两江新区创新发展提供司法保障的十条措施

法官文化

124 让文化成为可以传承的力量——清华研习三悟	高 翔
126 太行一柱峰凝碧	牟 倩
126 西柏坡颂	贺妮娟

走近十佳法官

127 系列之三：知产卫士曹 柯 办案能手陈中林

史海钩沉

128 重庆法院死刑第一案	曾维林 赵 青
---------------	---------

智库专家风采

04 厚积薄发 术业专攻——记陈忠林教授

西南法学名家

封三 追求程序正义 书写学术人生——著名法学家徐静村教授	徐 洁
------------------------------	-----



7月24日至25日，全市法院院长座谈会在武隆召开。市高法院党组书记、院长钱锋出席会议并发表重要讲话，钱锋院长总结了三年来法院各项工作取得的五大成绩和四点经验。同时还强调指出，全市三级法院要认真学习贯彻胡锦涛总书记“七一”重要讲话精神，以改革创新的精神不断加强和改进法院管理工作。市高法院党组副书记、常务副院长余捷作总结讲话。市高法院党组副书记、副院长唐信福主持会议。市高法院全体党组成员、副厅级以上干部、审委会专职委员、各部门主要负责人以及各基层法院院长，各中级法院院长、政治部主任、纪检组长、办公室主任、研究室主任参加了会议。

8月11日，市高法院中标的最高人民法院2011年审判理论重大课题《司法廉洁的制度与机制》举行开题论证会。课题主持人、市高法院院长钱锋出席会议并发表讲话。市高法院智库专家中国人民大学教授张志铭、中央党校教授林喆以及最高人民法院监察室综合室主任董炜、市纪委监委刘晓文等出席会议并对课题研究的重点难点和具体实施提出了宝贵建议。会上市四中法院院长孙海龙介绍了课题申报、研究计划、报告提纲、报告附件及课题组开展调研情况。子课题组代表王小林、刘忠文介绍了子课题研究计划、调研开展情况。会议由市高法院副院长吴继生主持。出席会议的还有市一、五中法院以及相关基层法院的部分领导，市高法院部分中层领导及课题组其他成员。



8月24日，全市法院执行工作座谈会在石柱召开。市高法院院长钱锋在会上指出，执行工作既是司法活动，也是群众工作。衡量执行工作的好坏，既要看考核指标，更要看人民群众的评判。对于执行工作而言，关键是看老百姓究竟得到多少实惠，为当事人兑现了多少“真金白银”。市高法院党组副书记、常务副院长余捷在会上作了题为《固化改革成果反制规避执行——全面推动全市法院执行工作新发展》的讲话。会议还进行了2010年重庆法院系统“无执行积案先进法院”授牌仪式，石柱、渝北等11个基层法院获得此称号。会议由市高法院执行局局长刘强主持。各中、基层法院执行工作分管院长、执行局长及市高法院相关部门负责人参加了本次会议。



6月28日下午,市高法院与两江新区管委会联合举办司法服务两江新区建设工作座谈会。会上,市高法院副院长宋令友就本次座谈会背景及主要目的作了介绍,专职审委会委员孙海龙介绍了《关于为两江新区创新发展提供司法保障的十条措施》的起草情况。两江新区党工委副书记曾菁华在会上对两江新区的总体功能定位、发展现状、建制特点等作了介绍,并对《关于为两江新区创新发展提供司法保障的十条措施》的修改与完善提出了意见和建议。

6月30日,市高法院隆重召开庆祝建党90周年座谈会。会上,市高法院副院长、政治部主任林蜀鲁代表市高法院党组对当前和今后一段时期的机关党建工作进行了部署,并提出四点工作意见:一、加强思想政治教育,充分发挥党的政治优势;二、加强审判执行工作,充分发挥党的保证作用;三、加强基层组织建设,充分发挥党的堡垒作用;四、加强工作机制建设,充分保障党的持续发展。



8月13-14日,市高法院举行推荐参加全国法院第23届学术讨论会的参评论文定评会。会议期间,按照公开、公平、公正的要求,与会评委分组独立逐篇审阅打分,然后共同讨论决议,最终从经多次评审筛选和反复修改的114篇重点论文中评出59篇作为报送最高人民法院第23届学术讨论会组委会的参评论文。市高法院副院长吴继生,市四中院院长孙海龙,重庆法院智库专家、中国人民大学教授张志铭,国家法官学院科研部副主任曹全来等院内外专家担任了定评会评委。

8月12日,全市法院商事审判工作座谈会在秀山召开。会议主题为优化商事审判质效,巩固发展商事审判成果,促进全年商事审判工作任务圆满完成。

市高法院副院长陈彬出席会议并作讲话。陈彬副院长要求全市法院商事审判部门进一步树立质效意识,突出重点,突破弱项,不断优化商事审判质效;进一步树立大局意识,突出重点,凝聚力量,充分发挥商事审判在保障改革发展方面特殊的作用;进一步树立创新意识,加强调研,注重实效,增强可持续发展能力。



8月5日,市高法院纪检组组长乔娅为渝北法院全体干警讲授了一堂党风廉政专题课。授课中,乔娅组长从当前重庆法院系统反腐倡廉实际出发,用身边的案例,以生动的语言,对法官职业群体为什么要深入持久地开展党风廉政建设、怎样加强自身反腐倡廉建设等现实问题作了深入浅出、发人深省的阐述。听课干警纷纷表示深受启迪,并在今后的工作中一定会恪守职业道德、加强廉洁自律、勤奋踏实工作,树立人民法官的良好形象。



厚积薄发 术业专攻

——记陈忠林教授

陈忠林，重庆大学法学院院长、教授、博士生导师。1951年生于重庆，1982年获北京大学法学学士学位，1986年获西南政法大学法学硕士学位，1996年6月获意大利比萨圣安娜高等大学（SSSUP）法学博士学位，1998年在西南政法大学破格评为教授，2003年当选第十届全国人大代表，并被推选为第五届国务院学位委员会法学学科组成员。现为第十一届全国人大代表，国务院特殊津贴专家，中国刑法学会、中国犯罪学会副会长、中国青少年犯罪研究会副会长，在中国人民大学、北京师范大学等十多个国内著名高校兼任教学科研职务。

在法学基础理论领域，陈忠林教授以人性的特殊性为基础，对现代法治的前提、基础以及“自由、人权、法治”等基本范畴作出了全新的解读，提出了现代法治是“人性之治”，“良心之治”，“常识、常理、常情之治”的法治观和法学教育观。

在刑法学基础理论领域，陈忠林教授以重构刑法调整对象和行为概念为价值、技术基础，对传统刑法理论进行了系统、全面的改造；对刑法的基本性质、调整对象、基本原则、刑法解释的基本原理、犯罪的本质及本质特征、犯罪构成理论、犯罪形态及刑罚的目的等刑法基本范畴，都做出了独树一帜的解读。

作为全国人大代表，陈忠林教授努力将科研成果转化为立法议案和改革建议，向全国人大常委会提交的关于司法制度改革、劳动教养制度改革、最高人民法院依法收回死刑核准权等多项议案和建议被国家最高立法机关和司法机关采纳。

陈忠林教授撰、译、编专著、教材20余部，在国际权威期刊《International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology》、《中国社会科学（英文版）》等国内外著名杂志上发表论文60余篇，有《自由、人权、法治：人性的解读》等教学科研成果获10余项省部级奖项，并先后获得重庆市先进工作者、重庆直辖10年建设功臣、重庆市名师等称号。

情理与法理（节选）

□ 陈忠林*

一、“没有不讲理的法，只有不懂法的人”

如果说只要坚持“恶法亦法”这种观点，在实际适用中就有可能将所有的法律规定都变为恶法的话，反过来讲，我们只要坚持“恶‘法’非法”，只要坚持“讲法必须讲理”，坚持对法律规范只能进行合理解释，我们的法律规定背离民众认同的情况就不会发生。用我的话来说就是：没有不讲理的法，只有不讲理的人。至少就刑法领域而言，我还没有发现有哪一种明显应该作为犯罪处理的行为，我们在刑法中找不到相应的条文来进行处罚，或者哪一种行为明显不该处罚，我们却必须根据刑法来定罪判刑的情况。如果前面关于刑法第17条第2款的解释是一个入罪例子的话，下面我们就来看一个尽管形式上刑法明文规定为犯罪，相关的司法解释也明确要求要处罚，如果运用到具体的案件中会严重违情背理，我们完全可以依照刑法的相关规定不认为是犯罪，不给予刑罚处罚的例子。在曾经震惊全国的石家庄爆炸案之后，为了从严打击非法制造枪支、弹药、爆炸物罪的犯罪，最高人民法院出台了一个司法解释。该解释规定：非法制造爆炸物1公斤以上，就可以按照非法制造爆炸物罪追究刑事责任；非法制造爆炸物20公斤以上的，就属于非法制造爆炸物罪中情节严重的情况，就可以判十年以上有期徒刑，无期徒刑、死刑。抽象地看这个规定，似乎没有什么不合理的地方。但是如果站在“恶法亦法”立场上，这个规定就可能造成极其严重的恶果。我家乡有一个山村，非常穷。但翻过一座山就有一个比较繁华的集镇。人们为了脱贫致富，便决定修一条公路。在无法争取到上级财政资助的情况下，村民们决定有钱出钱，有力出力。但这个村实在

太穷，实在没有多少钱可拿，最后大家决定每家凑50元，300多户人共凑了一万多块钱。这条要修的路有7公里左右。有点常识的人恐怕都知道，要修一条7公里的翻山公路，用杯水车薪来比喻1万多块钱可能发挥的作用恐怕也是太高。为了尽可能有效利用大家好不容易才凑齐的这一万多块钱，村民们决定就用这点钱来买点原料，自己制造炸药，以求能够减轻一点儿最艰苦的开山辟石工程的困难。就这样，前后一共制造了八百多公斤炸药。在这个炸药的制造、使用过程中，没有造成任何人的伤亡。村民们经过一年多的艰苦奋斗，终于公路通车了。可是，就在大家欢庆公路开通的时候，我们的司法机关来抓人了。他们将带头组织修路的村干部抓了起来，罪名是非法制造爆炸物。村里300多户村民联名写信，每家每户都签名按了手印，托一个从西藏回家探亲的干部交到了我的手里。看到这个信，我的心可以说是在流血。这个案件反映的是这样一个极其简单的事实：一个人主观上出于好心，客观上为社会做了好事，并且没有造成任何实际的损害，但是我们的司法机关却要根据我们的“法律”把他给抓起来，要判他十年以上有期徒刑、无期徒刑、甚至死刑^[1]。当我们的司法机关将我们法律作这样明显违情悖理的理解的时候，这样的“法律”还是人民的法律吗？这样的“法律”还可能是维护人民利益、体现人民意志的法律吗？难道我们的法律真的允许这种情况发生吗？答案当然百分之百是否定的！我国刑法第13条明确规定，在那些“依照法律应当受刑罚处罚的”的“犯罪行为”中，“情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪”，难道这个案例中

* 重庆大学教授、法学院院长、博士生导师，重庆市高级人民法院智库专家。

[1] 因为审判法院院长讲“人性”，该案被告最终被判10年有期徒刑。

的情况还不属于刑法第13条但书中规定的“情节显著轻微，危害不大”，不应该认为是犯罪的情况吗？事实上，最高人民法院已经对这个问题作出了肯定的答复。由于在机械执行最高人民法院上述司法解释的过程中，全国各地明显违背我国刑法基本宗旨的案件太多，各地的反映太强烈，最高人民法院后来对这个问题作了一个批复，修正了上述解释的内容。在相关请示的批复中，最高人民法院认为：在它第一个解释未出台之前非法制造爆炸物的行为，如果确实出于生产生活需要，客观上没有造成严重损害并且悔改态度好的，不认为是犯罪；在该解释出台后非法制造爆炸物，确实出于生产生活需要并没有造成严重损害，悔改态度好，可以免除刑罚处罚。我在很多地方都讲这个案子，因为这个案例太具有典型性了。这个案例的典型性在于：第一，尽管最高人民法院的第一个解释出台后，全国各地法院对机械执行这一解释进行了不同程度的抵制，即使如此，全国各地根据这个解释被定罪处刑的，至少也是数以万计；第二，我们的法律给我们对法律进行合理的解释留下了广阔的空间，只要我们坚持讲法必须讲理，就不可能找不到法律规定来消除某些法律规范中孤立地看来不合理的内容；第三，我们的司法、执法人员在适用法律的过程中，懂得讲理是多么的重要，如果全国所有的法院在处理这类案件时都稍微讲一点理，都对民众有一点起码的理解和同情，都像有的地方法院那样将发现的问题及时向最高人民法院反映，最高人民法院不就可以更及时地做出纠正性的批复^[2]，全国不就有数以万计的普通民众可以免于牢狱之灾吗？

我说“没有不讲理的法，只有不讲理的人”，这是就我们的法律应有的价值取向而言的。如果从技术层面来考察，我们则完全可以说“没有不讲理的法，只有不懂法的人”。稍微有一点法律知识的人都应该知道：以宪法为基础来解决、协调各部门法之间的矛盾和冲突，是一个国家法制统一的基本保证。因此，我们国家的法律都不应该是由一个相互孤立、零乱无章的规则凑成的大杂烩，而应该是一个以宪法为基础

来建立、理解和适用的和谐的统一体。在我们国家的法律体系中，任何一个法律规范都不是孤立的，每一个法律规范的内容都必须根据该规范在整个法律体系中的地位和作用，根据该规范与其他法律规范的关系来确定。例如，我们在理解刑法分则的每一个具体条文的规定时都不能得出违背刑法总则规定的结论；我们对每一个刑法总则条文的理解又都必须以刑法的宗旨和任务为指导，绝不容许出现背离刑法基本原则的情况；我们在理解刑法的宗旨、任务、基本原则时，又必须以宪法的规定为指导，绝不能允许出现与宪法规定相抵触的解释。我们在理解宪法规定的内容时，又应该以什么为指导呢？如果我们承认我们的国家是人民的国家，我们的法律是人民的法律，是人民意志的体现，这个问题的答案恐怕就只有一个：对宪法的规定，必须根据一个社会民众所普遍认同的基本道理、基本价值来解释，绝不允许得出宪法的规定是违背一个国家民众普遍认同的常识、常理、常情的结论。任何人只要看一看世界各国宪法（最高）法院有关判决，都可能会发现：不允许对宪法和法律做出明显违情悖理的解释，已经成为所有现代法治国家在解释宪法时所必须遵循的基本准则。如果宪法要根据普通民众所认同的基本道理来理解，其他任何法律又绝不能与宪法的规定相抵触，那么，在这样一种法律体系中，还可能有不合理的“恶法”的容身之地么？事实上，那些认为存在不讲理的“恶法”的人，实际上都是不知道法律是一个统一协调的体系的人，都是没有系统全面地掌握法律知识的人，都是不知道怎样将法律规定融会贯通的人。简言之，那些认为存在不讲理的“恶法”的人，都不可能是真正懂法的人。^[3]

二、现代法治是“常识、常理、常情之治”

当我讲，现代法治从根本上说应该是“常识、常理、常情之治”时，不少人提出这样的问题：如果现代法治应该是“常识、常理、常情之治”，那我们还学法律知识来干什么呢？发生了案子，我们只要按照

[2] 正是根据新疆高级人民法院等全国各地人民法院的情况反映，最高人民法院才作出了确实出于生产、生活需要非法制造爆炸物的，可以适用刑法13条但书不认为是犯罪，可以适用刑法第37条的规定免于刑事处罚的批复。

[3] 在今天真正实现了法治的国家，不允许不讲理的法存在已经不是理论问题，而是制度问题。美国联邦法院有权裁定议会制定的法律违宪，早已是事实；第二次世界大战后欧洲各国（包括亚洲的韩、日等国）纷纷设立了宪法法院、宪法委员会或授权最高法院审理不合乎宪法的法律。就各国的实践来看，由于宪法规定的高度抽象性，所谓违宪审查，实际上都是对法律规定是否符合常理的审查。

常识、常理、常情来处理案件不就行了吗？提这个问题的人，显然是从根本上误解了我的意思。常识、常理、常情是一个社会最基本的是非观、善恶观、价值观，是指导我们制定、适用、执行法律的指南，而不是具体的法律规范本身。我们的司法者、执法者在处理具体案件时，当然只能以相关法律的具体规定为依据。我主张现代法治是“常识、常理、常情之治”，是强调我们在执行、适用法律的过程中，绝对不能把我们的法律与民众普遍认同的基本道理对立起来，绝对不能对法律做出明显违情背理的解释。正如我在前面所讲过的那样，由于每一个具体的法律规定都是和谐、合理、统一的法律体系的组成部分，因此，我们要对具体的法律规范做出合理的解释，就必须以真正理解每一个法律规范应有的含义为前提，而要真正理解每一个具体法律规范的含义，又必须以全面系统的法律知识为基础。因此，全面系统地把握法律知识，融会贯通地运用法律知识，是对法律做出合理解释的基本前提。例如，只有对刑法第3条规定的罪刑法定原则、第4条规定的适用刑法平等原则、第5条规定的罪刑相适应原则、第13条规定的犯罪概念有全面系统的了解，我们才不会有面对非法制造迫击炮、甚至便携式导弹这样严重的犯罪行为感到束手无策的尴尬^[4]，我们才可能避免出现将伪造一分人民币的行为也判3年以上有期徒刑的荒唐^[5]。所以，强调讲法必须讲理，强调常识、常理、常情是法的基础、灵魂，绝不意味着我们的司法者、执法者不需要懂法，而是强调我们的司法者、执法者对法律的理解必须建立在合理的基础之上，建立在广大人民群众认同的基础之上，建立在系统全面把握法律的基础之上。这也绝不是将同法者、执法者的法律知识降到普通老百姓的水平，而是对他们提出了比现在更高的要求。

[4] 在2004年全国刑法学年会上，一位来自某最高司法机关的发言者谈到：由于刑法第125条规定的非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪的罪状中，并没有禁止非法制造迫击炮的明文规定。如何处理这类案件是他们感到困惑的一个难题。

[5] 在反驳笔者不应机械地理解罪刑法定原则的观点时，某著名刑法学者（在最高人民法院的相关解释没有出台以前）曾坚持：刑法由于第170条规定的伪造货币罪，没有数额的要求，即使伪造1分人民币的行为，也应依法处3年以上，10年以下有期徒刑。

“常识”、“常理”、“常情”到哪里去找？这是人们在质疑“现代法治是常识、常理、常情之治”时，经常提到的第二个问题。在提这个问题的人看来，每个人对常识、常理、常情都可能有不同的理解，如果按常识、常理、常情来理解、制定、适用法律，那么我们的法律适用就不可能有一个统一的标准。这是一个似是而非的看法。说这种看法“似是”，是因为无论是对常识、常理、常情的内容还是范围的理解，不同的个人之间都的确可能存在差异。同“立法者的意志”一样，得到民众普遍认同的“常识、常理、常情”，对于每一个人来说也是一种客观存在，也是一种认识的对象。由于人们的立场、价值观、经验、经历等方面的不同，人们不仅可能对某个观点、看法、行为规则究竟是否属于广大民众普遍认同的“常识、常理、常情”存在分歧（如一个人是否应享有安乐死的权利），即使在大家都认为某个观点、看法、行为规则属于常识、常理、常情的情况下，人们也可能对究竟如何理解这种观点、看法、行为规则而存在不同的认识（如大家都认为不应该害人，但对某种行为是否是害人则有不同的看法）。

但是，我不知那些不知常识、常理、常情何处去找的人是否认真想过：他们所提问题的本身包含着一个否认这个问题的悖论。从逻辑上讲，一个不知道常识、常理、常情何处可寻的人，一定是不知道起码的常识、常理、常情的人。那么，提出不知常识、常理、常情何处可寻的人，真的认为自己是连起码的常识、常理、常情都不知道的人吗？我相信，他们中的任何人恐怕都不会对这个问题做出肯定的回答。如果他们当中还真有人认为自己连起码的常识、常理、常情都不知道，那么，当我们说某问题是一个连起码的常识、常理、常情都不知道的人所提的问题的时候，这个问题还真的是一个问题么？当然，“不知常识、常理、常情何处可寻”这个问题的荒谬，不在于逻辑，而在于实践。如果从实践的角度来考察，任何不知道“常识、常理、常情”的人，都只可能是智力不成熟或精神不正常的人。常识、常理、常情是在一个社会中与自然打交道的基本知识和与人相处的基本道理，具备与自然打交道的知识是一个人“明事理”的基本前提，了解与人相处的基本道理则是一个人能“辩是非”必要条件。一个生活在社会中而不具备基本的

“明事理”、“辩是非”能力的人，只有两种原因：一是智力没有发育成熟，还不足以理解其他人都知道的基本知识或基本道理，再就是大脑中枢神经功能失常，丧失了理解辨认和控制自己行为所需要的基本知识或基本道理的能力。我曾问过那些不知道常识、常理、常情到哪里去找的人一个问题：如果你真的不知道常识、常理、常情何处可寻，你怎么活到今天呢？比如，正常人都知道盐不能当饭吃，你偏要一顿吃一斤；一般人过马路都红灯停绿灯行，你却偏要红灯行绿灯停；大家到商店买东西都要付钱，你偏要白拿；大家都知道不吃饭、不补充身体的所需要的营养物质人就会死，你偏不吃不喝要当神仙；一般人都知道不能无缘无故侵害他人利益，你偏要无事生非，见人就骂、就打、就杀；人家看见坏人作恶会气愤，看见好人受难会同情，他却处处反其道而行之……。大家想一想，如果真有这种时时事事都与常识、常理、常情背道而驰的人，他可能活到今天吗？

到这里，大家可能已经比较清楚了，常识、常理、常情是一个人在社会生活中明事理、辩是非所必需的基本知识和基本道理。与“立法原意”不同的是，对每一个正常的人来说，常识、常理、常情都不纯粹是一种外在的认识对象，而是一种通过日常生活的耳濡目染而融入了每一个正常人潜意识深处的是非观、价值观，是一种基于人的本性而对自己生存和发展必需的外在条件的认识，是一个人要生存、要发展的本性与自然规律、社会价值的有机融合，是人的本性在特定社会条件下自然的体现。所以，如果一定要问我作为现代法治之基础的“常识、常理、常情到哪里去找”的话，那答案就是：请到你们自己的本性中去找，请到你们心灵深处去找，请到你们自己的良心中去找。

这里谈到了“良心”，也许有必要解释一下什么是“良心”。因为许多著名的法学家都向我提过这样的问题：良心是什么？到哪里找良心？当然更有甚者，他们问的问题是：良心值几个钱？良心这个东西看起来似乎很神秘，说穿了也很简单。因为良心不是别的，良心是一个人对其所处社会最基本的是非观、善恶观、价值观的认识，是一个社会民众普遍认同的常识、常理、常情在一个正常人心灵中的反映。一个人在生活中作了好事，会得到其他人的表扬、奖赏；如果他做了危害他人、社会

的坏事，就会受到谴责、处罚；良心就因此而形成。所以，除了不懂事的小孩，大脑功能混乱的精神病人，每一个都不可能不知道什么是良心，都不可能没有良心。正如任何正常人都可能不了解作为自己生存必要条件的一个社会的常识、常理、常情一样，世上只存在一个人为了个人私利而黑了良心、昧了良心的问题，根本不可能存在一个正常人不知道什么是良心的问题。我们经常看到那些恶贯满盈之徒，“人之将死，其言也善”，恐怕就是最好的证明。正是由于作为现代法治基础的常识、常理、常情，存在于每一个人基于本性对人类社会最基本的善恶观、是非观、价值观的认识之中，存在于每一个人的心灵之中，存在于每一个人的良心之中，所以，所谓现代法治是常识、常理、常情之治，实质上意味着现代法治归根结底应是“人性之治”，“人心之治”、“良心之治”。“人是万物的尺度”^[6]，“法者，非天堕，非地生，出自人间，反而自正”^[7]。只要我们的法官、检察官在全面系统掌握法律知识的基础上，真正根据常识、常理、常情来理解法律、适用法律，真正凭着自己的良心来履行职责，他们所处理案件，就基本上不可能是错案。相反，如果一个法官、检察官是昧着良心，黑着良心来办案，那么不管他业务水平有多高，他经手的案子中就百分之百地存在问题。在这里，我想强调说明的是：司法人员必须依照良心来理解法律、执行法律、适用法律，是司法独立的核心。这既是马克思主义关于司法独立应有内涵的诠释，也是现代法治国家的宪法性要求。马克思在谈到司法必须独立，不能受任何政府官员的干预时，曾经强调“法官只服从法律”“只服从凭自己的真心所理解的法律”；第二次世界大战后欧洲各国宪法基本上都有“法官必须依照良心理解适用法律”的规定，就是在基本上建立了现代法治体系的东方国家如日本和韩国也都在宪法中明文规定：“法官必须依照良心履行职责”。听一听马克思的这些论述，看一看现代法治国家宪法的这些规定，我们会对司法良知有更深入的理解。

[6] 古希腊哲学家普罗泰戈拉名言，转引自[德]策勒尔：《古希腊哲学史纲》，翁绍军译，山东人民出版社1992年版，第87页
[7] 《淮南子·主术训》

以改革创新的精神不断加强和改进法院管理工作

——在全市法院院长座谈会上的讲话

□ 钱 锋*

同志们：

这次全市法院院长座谈会的主题依然是管理。2008年以来，全市法院紧紧围绕实现“跨越式发展、争创全国一流”的总体目标及全面部署，更新管理理念，增强管理能力，创新管理机制，改进管理方式，不断健全完善适合重庆法院实际的管理体制和运行机制，有力地推动了各项工作的全面发展进步，形成了争先恐后、比学赶超、朝气蓬勃、力争上游的良好局面。具体而言，全市法院管理工作取得的成绩主要表现在以下几个方面：

一、符合司法规律的法院管理体系日益健全。高级人民法院党组中院党组、协管基层法院党组的全市三级法院管理体制日益完善。法院审判管理、队伍管理、司法政务和后勤装备管理制度体系更加明晰。审判权、审判管理权配置得以优化，科学、规范的审判管理机制建立健全，有力确保了审判权公正、高效、廉洁运行。打破“一庭独揽、包案到底”的传统模式，执行权分权配置、分段运行改革稳步推进。完善公开审判机制，杜绝“暗箱操作”，促进“阳光司法”。妥善处理“朝华科技”和“星美联合”重整案、“瀛丹大厦”、“聚金万佳苑”强制执行搬迁案，以及文强、陈绍基、李堂堂贪腐案等一批重大敏感复杂案件。

二、立足于审判职能的社会管理亮点纷呈。紧紧围绕全市发展大局，严格依法办案，回应社会关切，加强审判指导，调整司法政策，为金融危机化解、经济结构调整、城乡统筹改革以及民生权益保障提供

优质司法服务。深化司法拍卖改革，将涉诉国有资产扩展至所有涉诉资产，司法拍卖全部纳入重庆联合产权交易所进行，彻底打破司法拍卖领域的“潜规则”，涉诉资产成交变现率、增值率大幅提高，受到吴邦国、贺国强、周永康等中央领导的高度评价。创设“院长电子邮箱”，有效畅通民意诉求表达。构建涵盖人民调解、行政调解、司法调解的“大调解”格局。建立了覆盖全市乡村的“便民诉讼网络”。

三、有利于调动积极性、创造性的队伍管理日趋完善。坚持“五湖四海”，拓宽选人用人视野，面向全国法院、全国高校选拔、引进优秀人才，重庆法院队伍“同质化”有效缓解。严格执行公开、竞争、择优的原则和要求，拓展高、中院选拔中层干部范围，“德才兼备、以德为先”的用人导向进一步确立。着眼于法院中、长期领导班子建设需要，储备高知识层次和专家型、复合型的优秀干部。加强职业道德和法官良知教育，预防、惩治腐败的思想和制度防线进一步筑牢。

四、顺应信息网络时代的数字化管理取得长足进步。充分利用信息化手段加强管理，统一开发全市法院共用共享的审判、执行、信访、政务管理软件和数据中心，“网上办案”、“网上办公”全面推行。审判质效评估调控系统初步建立并成功运行，审判质效数据采撷、动态分析、综合评估日趋精确，审判管理向信息化、数量化、动态化和精细化稳步迈进。2009年，全市法院审判质效指标在全国法院排名第10位，较2008年上升10位。2010年又跃升至第4位。今年上半年，在全国法院排名升为第3位。

五、应对复杂局势化解风险挑战的能力明显提

* 重庆市高级人民法院党组书记、院长。

高。克服时间紧、数量大、案情复杂和社会关注度高等多重压力,精心组织审理“涉黑”案件,实现了“不压低、不拔高,不缩小、不扩大,做到不枉不纵不漏”的目标和“依法、公正、文明、高效”的要求,维护和展示了重庆直辖市的良好法治形象。有效应对执行、民事审判领域腐败窝案发生后的困难局面和复杂局势,积极配合查处、加强思想引导,针对管理工作中存在的问题,举一反三、标本兼治,确保了人心不散、工作不乱、形象不降。

在充分肯定成绩的同时,我们要进一步思考和总结大家共同奋斗创造和积累的经验,以更好地指导和推进下一阶段的工作。具体而言,有以下几点:

一是顶层设计、总体规划。“不谋全局者,不足谋一域。”新一届高院党组组建之初,就全面总结了直辖以来重庆法院工作的成绩和经验,尤其是与京津沪法院、其他省区先进法院“两个标杆”对照检查,查找差距,自加压力,确定到2012年全市法院实现“跨越式发展、争创全国一流”的总体目标,以此统领和规划法院各项工作。重点围绕健全完善社会主义司法制度、构建廉政制度体系、优化司法职权配置等重大司法改革、管理课题,组织智库专家论坛,向全国专家学者借脑借智,既将行之有效的实践做法和成熟经验加以理论概括和总结,又运用最新理论研究成果指导实践探索纵深推进,确保了法院改革、管理工作的连续性、系统性和前瞻性。

二是一以贯之、持之以恒。科学的奋斗目标和指导原则一旦确定,就要一以贯之、持之以恒,不为眼前困难而始乱终弃,不为追赶潮流而朝三暮四,不为标新立异而朝令夕改。咬定青山不放松,任尔东西南北风。否则,表面上轰轰烈烈,实际上“涛声依旧”,新口号层出不穷,执行者无所适从。坚持一以贯之、持之以恒,要树立正确的事业观、政绩观,踏踏实实干实事、兢兢业业谋实绩,“巧取不如拙成”。要多做打基础、谋长远、合规律的事,少做随大溜、装门面、图虚名的事。坚持一以贯之、持之以恒,还要根据形势变化与时俱进、顺势而为。2005年,全市法院启动了司法拍卖改革,实现国有涉诉资产进入联交所拍卖。2009年,深化司法拍卖改革,将涉诉国有资产扩展至所有

涉诉资产,司法拍卖全部纳入重庆联合产权交易所进行。2010年以来,又推行涉诉资产互联网拍卖改革,竞买人足不出户就能参与司法拍卖,并引入“按揭”担保。由量变到质变,开创了司法拍卖工作的全新局面。

三是化繁为简、抓住实质。面对纷繁复杂的管理对象,最核心的就是“化繁为简、抓住实质”。比如,近年来,各种主题教育实践活动众多,人民法院如何开展,我一贯的观点是“万变不离其宗”,要抛开表面,追求实质,讲求实效,不做表面文章。人民法院各项主题教育实践活动都要围绕审判业务和队伍建设来开展,都要围绕党和国家的中心工作来开展。比如,“一讲二评三公示”、“发扬传统、坚定信念、执法为民”、“人民法官为人民”主题教育实践活动,中央政法委、最高人民法院和市委提了很多要求,但归根结底无非三点:一是特殊时期如何巩固党的执政地位,确保红色江山不动摇;二是如何做到司法为民;三是如何确保司法公正。把握了这三点,也就找准了各项活动的目标和方向。管用的东西不在于多,多了重点不突出,效果反倒不好。法院管理也是如此,不要搞得太复杂,要把复杂问题简单化,围绕核心和本职工作来开展,就一定收到实效。

四是重点突破、全面推进。法院发展能够四面出击、全面开花当然最好不过,但因各种条件所限,要做到全面发展很有难度,应当从薄弱环节和关键领域入手,以点带面才是根本方法。重庆法院对司法拍卖进行全方位改革,正是针对司法不廉70%发生于执行领域,执行不廉70%集中于司法拍卖的现状,通过机制创新破除“潜规则”。重庆法院之所以在审判质效方面取得长足进展,关键就在于抓住了审判质效这个“点”,从而带动了整个审判工作的大发展。在以点带面积累到一定程度,就得考虑整体推进。我们今年就在各个方面、各个领域固化定型、上档升位。比如调解工作搭建好平台,进一步强化“便民诉讼网络”功能,规范“文明立案窗口”,等等。

我们还清醒地认识到,全市法院管理工作还远远不到完美无缺、高枕无忧的程度。还有不少困难和问题,如果掉以轻心、视而不见,仍然可能成为跨越式发展的“拦路虎”、“绊脚石”。人民法院承担的职

责任更加繁重。在经济社会加快转型、利益格局深度调整、观念意识日益多元的阶段，更多更复杂的矛盾纠纷要通过司法程序化解。人民群众对法院依法保护其权利寄予更多期待。人民法院不仅要承担惩治犯罪、化解矛盾、维护稳定的职责，还要保障权利、维护民生，促进公平正义。“案多人少”的矛盾日益突出。截至6月，全市法院共收案179397件，占去年全年收案数量的62%，同比上升25.3%。广大中、基层法院法官长期超负荷工作，影响办案质量和身心健康，难以持续发展。法院管理能力和方式亟待改进提升。符合新形势新任务新要求的管理理念、管理方式亟需确立。执行机制改革还需深入。审判质效考评体系和综合业绩考核的科学性、指导性有待完善。管理精准化、精细化程度不够，管理死角、管理不严导致的严重后果时有发生。信息化建设还需加紧推进。作风和廉政形势不容乐观。群众观念、服务意识须进一步强化。人民群众对“执行难”反映仍然强烈。“权力寻租”的需求仍然存在，产生腐败的因素未完全清除。

我们梳理三年来法院管理工作取得的成绩和经验，不会因此就沾沾自喜、自以为是，而是要明确现在所处的方位和进一步前行的起点。直面存在的困难和问题，也不会因此妄自菲薄、丧失信心，而要明确下一步努力的突破口和重点。在经济发展深刻转型、社会管理体系创新和民主法治建设进程加快的时代背景下，人民法院要更好地发挥职能作用管理社会、服务群众，更好地健全完善自身管理体系，就要继续保持改革创新、锐意进取的精神状态，继续坚持“稳定、巩固、提高”的方针，从价值目标、观念理念、体制机制、管理方式、管理手段等各个方面检讨和完善管理工作，构建具有重庆法院特色的科学管理体系和法院管理服务社会的路径，助推实现“跨越式发展、争创全国一流”。在这里，我讲以下几点意见：

一、确保依法裁判与助推发展和谐统一

胡锦涛总书记在“七一”重要讲话中指出，“必须继续牢牢坚持发展是硬道理的战略思想，扭住经济建设这个中心，决不能有丝毫动摇”。作为国家司法机关，人民法院要严格依法办案，切实担负起中国特色社会主义法律体系捍卫者和实施者的责任。与

此同时，司法审判工作要紧紧围绕并切实服务于经济建设和科学发展这个中心来谋划和开展。这既是上层建筑服务于经济基础和生产力发展的应有之义，也是时代和社会赋予法院的神圣职责。因此，要进一步弘扬能动司法，拓展司法智慧，充分发挥司法的规范、引导、服务、保障功能，努力实现执法办案与服务经济建设合二为一，严格依法裁判与助推科学发展和谐统一。针对当前全市改革发展的重点难点而言，要注意从以下几个方面，完善司法政策，改进司法应对，把服务大局进一步引向深入。

有效跟进城乡统筹和“缩小贫富差距”的保障对策。市委三届九次全委会确定了“缩小三个差距，促进共同富裕”的奋斗目标和政策措施，是我市探索民生导向的科学发展之路的重大战略部署。市高法院已就妥善处理涉及农村金融服务改革创新中发生的各类纠纷案件提出要求，还将针对改革发展中热点难点问题加强指导。全市法院要认真执行、深入调研，妥善解决涉及农村“三权”抵押融资、农地流转、公租房建设管理等纠纷案件，确保重大改革项目稳步推进。

有效跟进“两江新区”、“保税港区”建设的保障对策。随着“两江新区”、“保税港区”以及开放开发园区建设的纵深推进，相关矛盾纠纷和法律问题必然会对审判执行工作提出新要求新挑战，对于可能面临的眼前以及长远问题和困难要提早调查，深入分析。比如，建设初期会主要涉及房屋拆迁、土地征用、劳动争议纠纷等案件，建成之后会涉及到涉外经贸、跨境物流、国际金融、电子商务纠纷等案件，以及法院正在或者将要面临的案件数量巨增、案件处理复杂、专业人才储备等问题。对此，要尽早准备，主动应对，未雨绸缪，不打无准备之战。

有效跟进旧城拆危和“城中村”改造的保障对策。应该说，全市法院对这项工作积累了较好基础和经验。全市危旧房改造工作中，明确危旧房改造的公益性，充分保护被拆迁人合法权益，依法开展强拆，取得良好效果。新的征收条例确定司法强拆的主体地位和作用。这是一项困难大、风险高、矛盾易激化的任务。各级法院务必高度重视、精心筹划，把工作做细做实，务必杜绝强制执行引发恶性事件。关键是

要紧紧依靠党委的坚强领导和政府的有力支持，整合资源形成合力，避免“单打独斗”唱“独角戏”。

有效跟进“转方式、调结构、控通胀”的保障对策。要正确处理经济转型和宏观调控中量大面广、敏感复杂的融资借贷、资产重组、房地产交易等纠纷，依法保障、引导、支持有利于经济转型的经济活动，促进宏观调控有效实施。加强对民间借贷纠纷案件审理工作的指导，维护健康、规范的民间借贷环境。此外，要积极延伸司法服务，与党委、政府相关部门建立良性互动的沟通协调机制，加强司法建议，发布审判“白皮书”，促进社会管理创新。

二、确保公正司法与服务群众最佳平衡

公正是人类永恒的追求，人类的历史可以说就是追求公正的历史。但是，公正不是抽象概念。公正实现的形式和程度离不开具体的发展阶段和制度环境，也不能脱离主流社会意识形态和价值观念。中国特色社会主义司法制度和法律体系的日益成熟完善，为司法公正提供了前所未有的体制保障和制度支持。同时，也对司法提出了联系群众、服务群众的更高要求。只有扎根于人民群众并为人民群众所接受，司法公正才有公信力和生命力。因此，审判执行工作中要牢固树立群众观念和“司法为民”指导思想，努力做到“审判理念更加为民、审判程序更加便民、审判结果更加护民”，积极打造“民生法院”，确保审判执行工作更加贴近民众、顺应民意、关注民生。

不断畅通人民群众在司法领域的诉求表达。在维权意识日益觉醒和以互联网为代表的现代通讯条件下，仍以“封、堵”的方式压制民意、应付民意，无异于掩耳盗铃、逆势而为。因此，对民意表达和利益诉求，要从观念、措施以及机制方面全面实现变“堵”为“疏”、变“封”为“导”，畅通诉求表达，引导理性维权。作为法官，无论是释明法律、解说政策，还是沟通思想、化解怨气，都要以宽容、包容心态，善对诉求、认真倾听。要坚持涉诉信访“有理推定”，最大限度让群众发表意见、表达心愿。重庆法院的“院长电子邮箱”之所以推广至全国，其核心价值在于开通了院长与群众直接沟通的“通道”，院长可以在第一时间听到基层声音，掌握最原始的社情民意，

既有利于群众反映问题的解决，又有利于加强监督改进管理。所以，各位院长要充分重视，务必亲自处理，确保“院长电子邮箱”功能最大发挥。

切实保障和维护人民群众的合法权利、民生诉求。法律通过确定权利义务实现对社会关系的调整和规范。可以说，法律既是社会关系的“度量衡”，也是人民权利的“记载表”。人民法院依法审判、公正司法的过程就是维护和保障人民群众合法权利的过程。近年来，全市法院改进审判管理，深化司法改革，构建科学规范的审判权、执行权运行机制，就是要把宪法法律赋予群众政治、经济、文化、社会等方面的权利落到实处。要总结推广“涉黑”案件审判经验，坚持实体与程序、惩罚犯罪与保障人权并重，切实保障当事人的陈述权、举证权、质证权、辩护权、上诉权等程序权利，让当事人打一场有尊严的官司。针对群众反映强烈的热点难点问题，回应群众关切，保障民生权益。落实好“司法保障民生十项措施”，维护人民群众在衣食住行和就业、医疗、社保等方面的民生权利。从严惩处涉及“黑恶势力”、“食品药品”等犯罪，保障人民群众的财产权、健康权、生命权。

努力提升新时期人民司法的亲合力、便捷性。司法是适用法律规定、遵循法定程序、运用诉讼技术的专门性活动，具有专业性、规范性、程序性等特点。人民法院坚持按诉讼程序、司法规律办案，并不代表法院只能机械执法，是没有感情、冰冷生硬的裁判机器。近年来，法院系统涌现的宋鱼水、陈燕萍等优秀法官之所以得到广大群众认同，就是因为他们心存法治理想与为民情怀，以高超的工作艺术将司法的公正性、权威性与诉讼的亲合力、便捷性有机结合，体现了司法文明和人文关怀。要加快建设“文明立案信访窗口”，统一规划标准，完善功能设施，强化诉讼引导。根据工作需要，在边远地区、民族地区恢复或新建人民法庭。尽早为人民法庭配置“巡回审判专用车”、“巡回审判箱”，延伸基层司法服务的触角。大力推进“便民诉讼网络”规范化建设，实现与基层综治网络的有机衔接和人民法庭的深度融合，强化诉讼便民和化解矛盾功能。

三、确保思想建设与制度建设两翼齐飞

“理想的滑坡是最致命的滑坡，信念的动摇是最危险的动摇”。思想政治工作和理想信念教育，是我党乃至人民法院的优良传统和宝贵经验。结合时代要求和重庆法院实际，我们积极探索思想建设融入法院文化，发挥浓郁厚重、喜闻乐见的法院文化的熏陶感染作用，春风化雨、潜移默化地滋润理想信念和职业道德。我先后两次讲授“七一”党课，分别就司法廉洁和职业道德建设与大家交流思想、分享心得。确立“崇法秉正，厚德为民”的重庆法院精神，以多种形式和载体打造“执法如山、公平如水”的法院文化氛围。将廉政文化作为重中之重，牢固树立“做清官是大智慧”、“法官良知是最好的法律”以及法官不廉“零容忍”、“终身禁业”等理念。各中、基层法院也“八仙过海，各显神通”。永川法院坚持“国学修身”，编撰《法官修身国学读本》，以传统文化浸润法官心灵，取法古圣先贤，培养浩然正气。今后工作中，我们要进一步将此项工作引向深入。当前，重点要深入学习胡锦涛总书记“七一”重要讲话。重温党的历史，缅怀丰功伟绩，深刻领会经过艰苦卓绝探索形成的伟大旗帜、正确道路、理论体系和制度体系，正本清源、激浊扬清，坚定理想信念，搞好理论武装。在此基础上，进一步深刻认识中国特色社会主义司法制度的必然性和优越性，不断增强政治认同、理论认同和实践认同，以实际行动捍卫党的领导、巩固党的执政地位、落实党的司法工作指针。

“制度更带有根本性、全局性、稳定性和长期性”。制度是思想的物化形式和客观载体。重庆法院的制度建设工程未曾一刻停息。持续多年的努力，已经卓有成效。全市法院在审判管理、队伍管理、司法政务和后勤管理等各个方面形成了一套相互衔接、相互联系的制度体系，以制度管人、管案、管事的机制已经建成并有效运行。就审判管理制度而言，今年是为期三年的“审判管理年”的总结验收年，将对全市法院涉及审判流程管理、案件质量评查、审判质效管理等五大体系的86项审判管理制度集中组织检查验收。全面系统的审判管理制度体系，必将有力推动全市法院审判管理科学化、规范化，为公正、高效、权威的司法审判提供坚实制度支撑。廉政制度方面，

包括廉政建设“四个一律”，“单方退出”、解决“隐性代理”在内的“制度反腐”体系初步形成并有效运行。从实施“物理隔离”、保障执业权利、搭建交流平台等方面建立健全制度，标本兼治，疏堵并重，全面规范法官与律师的关系，增进职业共识，改善司法环境。立足实际、严密配套、环环相扣、有机统一的廉政制度体系不断健全。

“天下之事，不难于立法，而难于法之必行”。在建章立制取得有效进展的今天，制度的有效执行已经成为矛盾的主要方面。近年来，重庆法院在廉政、安全和车辆管理方面出现的问题，多属有规不守、有令不行。因此，要以更多的精力和智慧推进制度执行。要牢固树立“制度面前没有特权、制度约束没有例外”的观念，确保“制度落地”，防止“制度休眠”。一项制度得到落实和完善，远胜于空谈。要加强对关键部位、重点领域制度执行的检查和督导，积极清理和检查制度出现的问题。认真分析影响制度实施的内外因素，准确把握制度自身缺陷及不足，及时进行针对性修改和完善，与时俱进赋予新内容，使之更具有操作性、更富合理性，用制度的力量实实在在解决问题。

四、确保机制创新与固化定型有效衔接

机制创新作为人民法院破解难题、科学发展的法宝，是人民法院自我完善和发展的动力。三年来，全市法院工作能够乘风破浪、不断前行，很重要的一条就是优化权力配置、推进机制创新，构建符合司法规律又适合工作实际的审判权、执行权、拍卖权运行机制。审判权运行方面，依托专门机构，整合管理权限，集约行使审判管理权，统筹审判质效指标和考核。执行权运行方面，将执行实施权、执行裁决权交由不同部门行使，执行实施分为启动、调查、处置、结案四个阶段，分别由执行部门的不同机构负责，打破“一庭独揽、包案到底”的传统模式。在此基础上，建立执行联动机制、快速反应机制和执行信息网络查询系统，规范执行行为，增强执行合力。司法拍卖改革方面，分解和部分让渡司法拍卖权，引入联交所第三方交易平台，集中监督联交所的拍卖活动，彻底打破司法拍卖领域的“潜规则”，从源头上确保司法廉洁。应该说，制度框架得以夯实，机制运行总体良

好，改革效果日益显著。

今后工作中，重点是要固化定型、总结提升已有的好经验好做法，纵深推进机制创新，实现内涵式发展。要固化定型审判质效考评机制。考核不是目的，目的是要通过考核促进科学管理、实现公正高效。要科学确定指标，加强数据研究，发挥审判质效考评体系评估、调控、激励的功能。进一步健全以审判质效考核为导向，包括审判信息处理、审判宏观决策、审判程序控制、审判质量控制、法官行为激励在内的综合性审判管理模式。要固化定型司法资源配置机制。探索完善民事案件速裁和行政诉讼、执行案件繁简分流机制，当繁则繁、宜简则简，难案精审、简案快审，缓解“案多人少”矛盾。进一步规范审判流程各个环节的协调配合，确保收结案动态平衡，提高结案均衡度。合理确定铁路法院以及知识产权法庭、金融法庭、环保法庭的运行模式和管辖范围，发挥专业优势，整合审判资源，提升司法效能。要固化定型司法评估、拍卖机制。深化司法拍卖改革，落实银行“按揭”服务，进一步提高成交率和资产变现率。引入行业协会的专家委员会作为第三方平台，提高资产评估的准确性和时效性。强化对司法拍卖、变卖的监督，确保竞买准入标准更加合理，司法拍卖更加公正高效。要固化定型诉调对接的纠纷化解机制。巩固人民调解、行政调解、司法调解各司其职、相互协调的“大调解”格局。对量多面广、群众关切的医疗、劳资、物业、交通事故赔偿等纠纷建立统一规范的诉调对接模式，提高化解能力，力争将纠纷解决于“对簿公堂”之前。

五、确保宏观建构与拾遗补缺齐头并进

三年多来，全市法院顺应全市大开放大发展的良好态势，趁势而上，积极作为，高起点规划发展目标，高标准建构管理体系，大手笔落实管理措施，办成了不少大事难事。目前，工作宏观架构基本健全，体制机制总体合理、管理职权职责顺畅，为今后一个时期法院工作的进一步发展奠定了较好基础。但是，如果貌似微不足道的细节不被重视和处理，新的矛盾和问题就会产生和积累。管理学上讲，一只木桶盛水的多少，并不取决于木桶壁上最长的那块木板，而是取决于木桶壁上最短的那块。同理，重庆法院跨越

式发展的整体水平，并不取决于发展最好、成效最明显的领域，而是取决于落后短板、管理死角，有些问题处理不好带来的结果甚至是“一票否决”。常言道，“细节决定成败”。在我们纵横捭阖于战略思维、宏图大略之时，还要俯身向下、眼睛向内，发现管理中的鸡毛蒜皮、细节漏洞。从小处入手，从点点滴滴的细节修补，在细节改进中规范管理，在细节完善中跨越发展，确保重庆法院的管理大厦更加稳固。我曾经收到当事人通过院长邮箱反映上诉案件“缴费难”问题，为此，我请相关部门专题研究，发文统一规范，有效解决了这个看似微不足道的问题。但是对于成千上万的当事人来说，体会缴费便利之同时，也会体会到司法为民的诚意。

尤其是在当事人诉求表达强烈的地方更要注意细节。比如，接访工作中，我们强调要耐心听取上访群众的诉求，完完整整地听取上访人的陈述诉求、理由。要将“听”作为一种作风来要求，作为一种能力来培养。“听”本身就是消除不满和对立的一种手段，是了解民意体察民情的一种重要渠道，也是明辨是非、分清曲直的一种办法。要落实“一把椅子、一张笑脸、一杯热茶、一句问候”的“四个一”要求。这些点点滴滴的关切，能实实在在地减轻或消解信访群众心中积聚的委屈和不满，让他们真正感觉到“文明立案窗口”的便利和温暖。否则，再完备的设施、再健全的制度也会流于形式、成为华丽摆设。我接过一个当事人的反映，说是2010年12月一审审结，提出上诉后，半年后不知案件下落。经调查发现，一审法院于今年4月才邮寄案卷材料，6月份中院才收到。案卷材料旅行了半年之久。这种问题不是新问题，有人大代表专门提过建议。这里要作为一项工作专项部署，要规范流程和监控程序，解决上诉案卷移转用时较长的问题。有的法院已经开展探索，如江北法院就通过规范上诉案件移送管理，案件移送平均时间为23天，比以往减少45天。近年来，案件审理、执行中不时有当事人自残自杀以及致对方当事人伤残的现象发生。首先要查明法院工作有无问题，有问题当然要处理。其实进一步想，如果法院工作并没有问题，也不代表我们的工作就尽善尽美。可否更加深入了解和掌握当事人

的情况，尤其是存在的困难，有针对性地做好说服疏导和力所能及的帮扶，消解怨气，杜绝悲剧发生，死人毕竟不是一件小事。对于法官个人而言，这无疑是“积德行善”。总之，管理中的宏观战略相对成熟定型后，微观层面的拾遗补缺、精益求精就尤为重要。

六、确保常态管理与危机应对双管齐下

从司法规律上说，司法裁判具有被动性，所谓“不告不理”。因此，相对党委政府部门的工作而言，法院管理工作具有较强的稳定性、规律性和程序性。法官也以沉稳厚重更为当事人信任。由于长期的工作习惯，可以说，法院的危机应对相对于常态管理而言，不论是成熟性和规范性，都有进一步强化的空间。其实，司法领域和诉讼阶段，既涉及基本权益，又属最后救济，更是民意汇聚、诉求激烈、矛盾复杂的特殊领域。近年来，司法个案屡次处于网络舆论风暴的漩涡，如许霆案、邓玉娇案、药家鑫案等，无不深藏当前社会“仇富”、“仇官”心理的酝酿发酵。持续高位运行的涉诉涉法信访，处理不慎就可能演变为报复社会的恶性事件或者严重危及稳定的群体性事件。去年以来，相继发生了湖南零陵区法院遭枪击（3人遇难）、河北青年申诉未果连捅秦皇岛中院法官（致2人重伤、2人轻伤）、江西拆迁户不满败诉对政府、检察院实施连环爆炸等恶性事件。还有法院安全管理事故。如上半年发生的酒驾警车伤人事件，机关食堂因天然气泄漏致爆事故。这是已经发生的事件，潜在危险恐怕不会让人乐观，现在没有发生并不代表以后不会发生。安保检查就经常发现当事人携带刀具、农药到法庭。我本人的院长邮箱也收到威胁炸楼的邮件。可见，危机、险情仍然存在、挥之不去，关键在提高警惕、积极应对。

增强危机应对和管理意识。作为院长，一定要充分把握当前社会矛盾的总体态势和表现形式，提高敏锐性和鉴别力，准确判断社会热点难点和敏感问题，善于从苗头发现趋势，“于青萍之未见风生水起”。尤其要注意持续高位运行的涉诉涉法信访。要有高度的忧患意识、危机意识，克服麻痹思维和侥幸心理，有针对性地开展危机应对和管理工作，化解危机于萌芽状态，坚决杜绝事态失控恶化、不可收拾。

提高应对舆论监督的能力。近年来，各地因为舆情尤其是网络舆情应对不当，辞官免职的事例不在少数。现在舆论监督力度不断加大，各大主要媒体天天都有监督报道。首先，要“走得正、行得端”，有接受舆情压力和民众围观的底气和信心。“涉黑”审判中，我们坚持最大限度向媒体公开，并主动邀请代表委员旁听庭审、听取意见，最大限度地保障人民群众的知情权、参与权和监督权，反而营造了较为宽松的舆论环境。其次，要善于“化危为机”。2009年，针对中青报记者报道重庆某基层法院错误执行的报道，我在当天上午即约见记者，对舆论监督表示感谢，提出“不回避、不狡辩、不护短”的处理原则，及时纠正错误执行，并通过媒体告之于众。所谓应对技巧，绝非避重就轻、掩盖矛盾。而是要习惯于监督，“有则改之，无则加勉”，对存在的问题釜底抽薪、切实解决，并举一反三，有效整改。再就是要争取主动，有所作为，适时推出法院的工作亮点和先进典型，提升法院工作的公信力和影响力。

确保法院机关和干警安全无虞。审判执行工作是化解矛盾而不是激化矛盾，是服务群众而不是得罪群众。按照这个原则，我们要不断提高能力、改进作风、改善方式，把安全事件发生的可能性降到最小。对于易发生安全事故的环节，突出重点，集中整治。一是车辆尤其是警车。全市法院车辆安全事故时有发生，致人死伤、影响恶劣。这里重申要坚决杜绝酒驾，“醉驾入刑”是法律，不是一阵风，务必长期坚持。二是机关安保。要充实力量、完善设施、健全制度，杜绝安全死角，为机关筑起一道安全可靠的“防护网”。三是被告人押解，杜绝被告人脱逃。四是案卷、枪支等，避免遗失、盗窃情况发生。

建立健全案件风险评估机制。“凡事预则立，不预则废”。要认真落实案件风险评估制度，准确掌握涉及面广、矛盾尖锐、容易激化，尤其是可能引起舆情关注、影响社会稳定的案件，尤其要做到底数清、情况明，预先制定应对方案，有针对性开展工作，确保案件妥善处理。对法院难以解决的问题，及时向党委汇报，争取政府相关部门支持，形成工作合力，减轻自身压力。九龙坡区法院处理“聚金万佳苑”经济

适用房建设项目先予执行案，先后三次开展风险评估，积极争取党委政府支持，完善应对策略和措施，确保了成功执结。

七、确保从优待警与严格管理有机结合

“政治路线确定之后干部就是决定因素”。打造一支“靠得住、信得过、有本事”的法院队伍，是重庆法院跨越式发展的根本保障。全市法院队伍在廉政、纪律方面出过不少问题，有的人还成了反面教材。但瑕不掩玉，全市法院队伍总体上是积极进取、无私奉献、招之能来、来之能战的，是政治上可信任、工作上可托付、人民群众可信赖的战斗队和服务队。正是广大干警的辛勤工作，重庆法院妥善应对复杂局势，有效化解风险挑战，各项工作有序推进、长足发展。因此，善待并管理好这支队伍，充分调动其积极性、创造性，始终是我们工作的重中之重。

从政治、工作、生活等各个方面关心爱护法院干部。近年来，有的同志积劳成疾，永远离开了我们，有的同志正躺在病床上，与病魔顽强斗争，一想起这些，让人十分痛心。也更加坚定了我们关心爱护、从优待警的责任感。“不让全市法院任何一个人掉队”，是我一直以来的理想，虽经风雨，初衷未改。当前法院工作已经驶上跨越式发展的“快车道”，为全市法院干警提供了干事创业、实现价值的广阔空间。事业发展需要人才辈出，人才成长需要事业支持。要坚持“德才兼备、以德为先”的用人标准，完善公开、竞争、择优的选人用人机制，实施“一线磨砺”、“双向交流”培养计划，让大批抱负远大、真才实学的人才尤其是青年人才脱颖而出、健康成长。对边远地区、艰苦岗位，踏实工作、业绩突出的同志要高看一眼、厚爱三分，不让老实人吃亏，不让投机钻营者得利，营造风清气正的用人环境。正值换届之际，领导干部要正确对待“进、退、留、转”，确保党的司法事业薪火相传、永续发展。不可否认，“案多人少”的矛盾、“案结事了”的要求给广大法官带来了巨大的身心压力。要进一步改进编制、经费管理，尽量提供良好的工作条件和坚实的后勤保障。要坚持心理咨询、健康体检等做法，疏导精神情绪、消除健康隐患。关心干警遇到的切身困难，采取各种措施，努力加以解

决，解除他们的后顾之忧。

严格教育、严格管理，切实解决队伍存在的问题。“严是爱，宽是害”。实践已经反复证明，法院队伍产生这样那样的问题，主要是队伍管理“失之于软、失之于宽”。领导者和管理者如果热衷于好人主义、怕得罪人，一团和气的背后就是危机四伏、隐患重重。执行、民事审判领域腐败窝案发生后，各级法院开展扎实的警示教育，到廉政基地参观、观看警示教育片、谈警示教育心得。这样的教育活动要常抓不懈、警钟长鸣。要改进教育方式，丰富活动形式，组织“红色之旅”，开展“唱读讲传”，重温红色经典，感悟传统文化。严格管理的核心在于“令行禁止”。首先，领导干部要以身作则、正人先正己。“其身正，则不令而行”。领导干部的腐败堕落，往往会带坏一个集体一群人。尤其是工作不久、涉世未深的年青人，人生观、世界观还不牢固，“近朱者赤，近墨者黑”。一旦出事，毁的不是一时，而是一生。这方面教训尤为惨重。当前，令不行、禁不止的人和事还不在于个别，接连发生的酒驾伤人事件就是明证，对于目无法纪、以身试法的人，要坚决处理、绝不手软，以霹雳手段狠刹歪风邪气，“处理一人，教育一片”。严格管理的要义在于“抓早抓小”。“祸患常积于忽微”。领导者和管理人要善于发现廉政、纪律方面的苗头性问题，比如“小圈子”、“小爱好”、“小动作”。“人之恶止于初则易”。小节不拘，养痍成患，必然因小失大。要完善领导责任和管理责任。应该说，这是管理工作中的薄弱环节，往往“就事论事”，处理直接责任人，对领导责任和管理责任息事宁人。政工和纪检监察部门要加强此项工作，严格执行兑现。

八、确保内部监督与外部监督良性互动

权力没有监督，必然导致腐败。近年来，全市法院按照“权力监督权力，权力制衡权力”的思路，健全了审判权、执行权和拍卖权运行机制，构建了相互衔接、环环相扣的制度防腐体系，规范了上级法院指导、监督下级法院以及院、庭长领导、管理的权限和形式，一个相对完善、自成体系的内部监督制约机制得以建立并有效运行。司法裁判工作不是自弹自唱、自娱自乐，而是承担着保障权益、维护正义的神圣职

责，行使着社会管理、定分止争的法定职权。要创造条件让人民批评、监督法院。这是一种气度、一种责任，是一项司法原则、司法制度，也是跳出司法神秘主义和封闭运行，永葆司法生命力和公信力的应有之义。要形成内部监督与外部监督有效衔接、良性互动关系。通过外部监督促使内部监督机制不断建立健全。首先，要坚定不移地推进司法公开。要将“阳光司法”的理念融入审判权、执行权运行机制和管理体制的改革完善中，实现裁判过程、裁判依据、裁判理由、裁判结果公之于众，确保审判权、执行权在“众目睽睽”之下运行。其次，拓宽人民群众参与、监督司法的途径。落实人民陪审员、廉政监督员等制度，让广大群众走进法院、了解审判，消弭司法神秘感、陌生感。

坚持党的领导和自觉接受人大及其常委会监督。“办好中国的事情，关键在党”。党对法院工作的领导，是确保正确政治方向和履行法定职责的基础。人民代表大会制度是我国的根本政治制度。自觉接受党的领导以及人大及其常委会的监督，是近年来全市法院改革创新、执法办案、司法为民等各项工作有效实施的重要保障。在纵深推进法院管理、实现跨越发展的过程中，这项工作只能加强，不能削弱。要积极拓展接受监督的渠道，完善固定联系人大代表、政协委员的制度，把沟通联系工作做在平常之时，改进在细微之处。定期听取代表委员对法院工作的意见建议要常态化，并以此为动力，不断加强和改进各项工作。

九、确保传统管理与网络管理综合运用

在信息化时代，大力推进网络化、数据化管理方式，不是对传统管理方式的简单否定、另起炉灶，而是要依托于传统管理的深厚底蕴和成功经验，以信息化改进、提升管理手段和管理方式。所谓“工欲善其事，必先利其器”。在新的管理方式的引进和运用过程中，必然涉及到新旧两者的冲突和磨合，有时甚至会此消彼长、回旋反复。可以想见，信息化虽然是发展方向、大势所趋，但推进过程也不会一帆风顺。作为决策者和管理者，我们对此要有清醒地认识，既要坚定不移、不遗余力地推进信息化，还要对信息化推进过程中可能涉及到的观念保守、能力不够、技术不成熟乃至利益阻力等困难和问题有充分地思想准

备。要将思想教育、良知培养以及科层管理、制度规范等传统管理的精神发扬光大，而且要以信息化方式延伸管理视野、拓展管理资源，增强管理能力、提升管理效率。总之，要统筹兼顾、综合协调，实现传统管理与信息化管理的综合运用、相得益彰。

继续推行“网上办公”、“网上办案”。尽管重庆法院“网上办公”、“网上办案”进展明显，但软件、硬件、操作以及观念方面的困难和问题已经显现，并且不会很快消除。针对这些问题，要加快升级完善审判管理、执行管理、信访管理系统及办公软件，增加简易案件快审、裁判文书纠错、关联文书生成、电子档案建设等功能，更加体现人性化和便捷性，让一线同志切实感受到“网上办案”、“网上办公”之便。加快建成信息化数据管理中心。信息化、数据化管理的核心在于助推全市法院克服信息孤岛、实现资源共享，以及系统数据的自动生成和精确分析，从而确保法院管理、执法办案以及服务群众更加科学、规范和高效。其关键就在于数据的开发运用。没有数据的支撑，就是表面上、形式上的信息化，一线法官更多地感受就是传统办案之余，还要附加一个“扫描之累”。因此，要整合力量，加紧攻关，早日建成集成系统的数据管理中心和安全顺畅的“信息高速公路”。加快建成“服务型”法院门户网站。信息化浪潮的深入推进，将极大地改变人们的行为方式和生活方式，也必将对司法服务带来深刻的变革。全市法院要顺应时代、主动作为，充分利用法院门户网站，整合信息资源，强化互动功能，不断探索网上立案、网上送达、网上庭审、网上信访等服务功能，为人民群众提供更加便利化人性化的司法服务，不断提升司法公信力和权威性。

“不畏浮云遮望眼，只缘身在最高层”。2008年初的院长会议上，同志们为“跨越式发展”而“坐不住”的神情还历历在目，干事创业、奋发有为的豪气记忆犹新。屈指算来，现在距2012年，已是近在咫尺。三年多的奋斗、创新和发展，经过大风大浪的考验，经过稳定、巩固、提高的积累，现在的重庆法院已经处于跨越发展的新阶段。让我们坚定信心、振奋精神，百尺竿头、再进一步，全面加强和改进法院管理工作，早日实现“跨越式发展、争创全国一流”的奋斗目标！

稳定基础上发力冲刺 巩固基础上不断提高

——在全市法院院长座谈会上的总结讲话（节选）

□ 余捷*

回顾上半年的工作，全市法院更加注重创新和落实制度，更加注重建立和固化机制，更加注重加强和优化管理，取得了良好的成效。但是，我们也应清醒地认识到，在审判质效、工作作风、司法能力、机制建设以及案多人少矛盾、干警职级待遇等方面，仍然存在不足和诸多需要解决的问题：一是全年重点工作推进还不够理想。年初全市法院院长会议确定的35项重点任务，除去8项全年性工作任务，截止6月底只完成了11件，时间过半任务完成未过半。虽然多数重点任务未能完成事出有因，但是客观上导致了下半年我们的工作任务更重、时间更紧张。二是审判质效有待全面提升。尽管审判质效评估调控系统建立后，全市法院审判质效优势指标继续领先，整体呈现“齐头并进、优势扩大、稳中有升”的可喜态势，然而一些质效指标并不理想，五成指标尚未达到既定目标，令人隐隐担忧。三是做群众工作的能力亟待增强。个别涉诉涉执信访积案并未真正“事了”，新的申诉信访不断，群访事件时有发生，涉诉涉执信访案件仍然高位运行。四是法院管理有待全面加强。上半年一些法院发生的酒驾伤人事件、网上泄密事件、燃气爆炸事件等等，无不暴露出管理不力、管理不细、有令不行、有禁不止等问题。五是在提升司法公信、树立司法权威，优化审判资源、解决“人案矛盾”，加强调查研究、固化工作机制等方面，我们还有很多的工作要做。在下半年工作中，我们务必要有充分的

思想准备，既要看到成绩、看到优势，又要认识不足、认清形势，既要努力实现年初既定工作目标，又要根据形势需要调整工作重点，真抓实干，奋力拼搏，确保各项工作圆满完成。

一、狠抓执法办案，全面完成审判任务

中国特色社会主义法律体系如期形成，总体上实现“有法可依”，“有法必依、执法必严、违法必究”则成为我们更加紧迫的任务。全市法院务必紧紧围绕执法办案这个中心，切实履行维护稳定、服务发展、保障民生、促进和谐的职责。

一是要增强依法办案能力。今年6月上旬，全国大法官研讨班专题研究了中国特色社会主义法律体系形成后人民法院的历史使命问题。基于社会各界、人民群众对人民法院执法办案、服务大局、司法为民的要求是越来越高，王胜俊院长提出了“十个始终坚持”的要求。昨天上午钱锋院长也强调，执法办案要实现“严格依法裁判与助推科学发展和谐统一”、“确保公正司法与服务群众最佳平衡”。全市各级法院要深入研究中国特色社会主义法律体系形成后执法办案中遇到的新情况、新问题，准确把握形势任务，坚持依法公正办案，严把事实关、证据关、程序关和法律适用关，确保宪法法律正确实施，树立和维护司法权威。对新颁布实施的《刑法修正案(八)》、《社会保险法》等法律法规，及时组织学习，准确把握精神，熟练运用到司法实践中。坚持发挥司法的能动作用，遵循司法客观规律，不断探索实践、总结推广社会管理的新方法、新机制，使

* 重庆市高级人民法院党组副书记、常务副院长。

法院执法办案、参与社会建设更具前瞻性、针对性和实效性，实现司法审判功能作用的最大化。

二是要突出审判工作重点。三季度是办案的“黄金时间”，只有多办案、快办案、办好案，才能避免岁末年初结案“波峰低谷”的现象，才能为四季度圆满“收官”打好基础。下半年及今后一个时期应当突出抓好三方面的审判工作。一要依法审理事关大局的案件。切实抓好“涉黑涉恶”案件的审判，坚持“八字铁律”不动摇，推进“打黑除恶”专项斗争。依法妥善审理经济结构战略性调整中发生的金融、投资等纠纷案件，涉及战略性新兴产业的案件，因征地拆迁、企业破产等引发的政策性强的案件。针对上半年房地产纠纷案件增幅达45.1%的新情况，务必加大审判力度，保障和引导房地产“新政”的顺利实施。要在精心调研的基础上，及时制定贯彻落实市委三届九次全委会精神的意见，出台《为两江新区创新发展提供司法保障的十条措施》、《审理两江新区土地征收案件指导意见》，切实为大局服务。二要审慎审理社会关注的案件。依法审理食品药品安全、危险驾驶、职务犯罪等社会各界十分关注的案件，积极参与打击有毒有害食品药品违法犯罪百日专项行动。认真贯彻《关于为推进农村金融服务改革创新提供司法保障的意见》，依法妥善处理涉及农村“三权”抵押融资以及农资供应、农产品销售等纠纷案件。加快完成试点设立环境保护法庭工作，依法审理环境污染案件，保障和服务环境保护模范城市建设。三要妥善调处涉及民生的案件。及时审结医疗、教育、住房保障等案件，切实维护群众在衣、食、住、行以及教育、医疗、就业、社保等方面的基本权利，推动缩小“三大差距”。加强对妇女、儿童、老人及婚姻家庭中无过错方的保护，依法扩大婚姻案件“人身安全保护令”适用范围，有效预防和制止家庭暴力，并尽量修复受损的家庭关系。针对上半年劳动争议案件增幅较大的情况，要正确运用快速办案机制，快立、快审、快结、快执，确保劳动者特别是返乡农民工的权利得到及时有效地维护。

三是要全力破解执行难问题。司法裁判得不到有效执行，导致矛盾积累、激化，已成为影响社会稳定和司法公信力的突出问题。从上半年的审判质效分析来看，一些执行指标不太理想。下半年，全市法院一定要强化执行攻坚，通过开展反规避执行专项活动，开展以货运公司为被执行人的交通事故人身损害赔偿案件的专项执行，深入推进无执行积案先进法院、清理委托执行案件工作，严格限制被执行人的融资、经营、高消费等行为，加大对虚假诉讼、抗拒执行、执行“保护伞”的打击力度，打好主动仗，严惩规避执行的“漏网之鱼”。在开展反规避执行活动中，要深入研究“执行不能”案件的确认标准，正确区分真正应当终结执行与表象“执行不能”的案件。要固化分权制衡、快速反应、横向联动、阳光拍卖等机制，形成反制规避执行的长效机制。但对于涉及土地征收、房屋拆迁等案件，各级法院要认真贯彻执行最高人民法院《关于坚决防止土地征收、房屋拆迁强制执行引发恶性事件的紧急通知》，严格依法审查，慎用强制手段，限制强拆行为。特别是对于申请先予执行的案件，原则上不得允许，确需实施先予执行的，必须层层审查把关，报市高法院审批，坚决防止因强制执行土地征收、房屋拆迁案件引发恶性事件。针对贯彻《紧急通知》过程中发现的问题，要多听取地方党委、人大及政府有关部门的意见，及时形成符合我市实际的规范性司法意见。

二、落实司法为民，积极打造民生法院

市委三届九次全委会提出将“缩小三个差距、促进共同富裕”作为一项民生工程。我们一定要按照市委的要求，全面加强和改进司法为民工作，让司法更加亲近于民、更能惠及于民。

一是要切实用好便民诉讼网络。在便民诉讼网络实现“全覆盖”之后，最重要的工作就是抓落实，充分发挥其作用。根据《关于委托乡镇便民诉讼站、便民联系点协助立案的办法》，人民法庭工作人员每年到便民诉讼站开展巡回审判不得少于20个工作日，到便民诉讼联系点开展巡回审判不得少于12个工作日，这个标准不能低，也绝不能“偷工减料”。

各机关业务庭也必须安排相关案件到乡镇、村社公开开庭，并采取“假日法庭”、“夜间法庭”、“水上法庭”等灵活方式进一步方便群众诉讼。同时，要提速边远地区、民族地区人民法庭恢复和新建工作。根据最高人民法院的精神，已申报并经市高法院审核通过的23个恢复和新建人民法庭，应及时启动相关工作，但必须结合实际、因地制宜，注重与便民诉讼网络的融合，避免审判资源浪费。

二是要优化和加强服务窗口建设。要在年内全面建成便民、规范、统一的立案窗口，让群众起诉维权更容易、更方便。加强释法解惑工作，把诉前指导、判后答疑作为窗口工作的重要内容，服务群众诉讼更加周到。进一步加大司法救助力度，健全包括诉讼费“缓减免”和执行救助、信访救助、刑事被害人救助及法律援助在内的司法救助体系，并完善救助基金管理机制。要充分考虑当前物价上涨、需要救助的人员和金额增多等情况，尽量简化司法救助申领程序，依法扩大救助实施范围，增强司法救助的社会效果。

三是要全面加强案件调解工作。调解工作好坏与否，直接关系到“案结事了”工程的成败。前不久，中央16个部门联合发布《关于深入推进矛盾纠纷大调解工作的指导意见》，进一步明确了调解原则、调解机制、调解保障等。全市法院要切实拉长调解链条，大力推进立案调解、行政协调、执行和解、再审审查调解等工作。加强调解工作规范化管理，根据各类案件的特点，明确应当优先调解的范围，明确调解的时限、要求和程序，建立调解效果评价机制，防止“久调不决”、“以调压判”，实现调解质量与调解效率“双提升”。要增大委托调解的比例，拓展邀请调解的领域，就劳动争议、交通事故、医疗事故等纠纷案件建立统一规范的“诉调对接”模式，有效化解社会矛盾。

四是要不断巩固信访清积成果。最高人民法院将约期接谈制度的试点定点在我市法院。约期接谈就是主动倾听群众意见。钱锋院长指出，要将“听”作为一种作风来要求，作为一种能力来培养。要坚

决摒弃对涉诉信访人“望而生厌”的思想，多接触、多倾听、多交流、多沟通，让信访人真正“信服”而不再“信访”。坚持以群众工作统领涉诉信访工作，推进领导干部下访制度化，落实指令化解工作机制，实践“十查九问法”，件件抓落实，事实求实效。要全面总结集中清理涉诉涉执信访积案的的成绩，凝练经验，固化方法，建立健全涉诉信访工作长效机制。各级法院领导特别是“一把手”务必高度重视涉诉信访工作“一盘棋”推进，加强立、审、执、监协调配合，抓好信访个案风险评估，进一步从源头上预防和减少涉诉信访案件及突发事件。

三、强化法院管理，扎实推进各项工作

全市法院要坚持以提高审判质效，坚定决心不动摇，坚持方向不改变，保证审判质效始终保持在较高水准，确保法院工作始终驶在“快车道”。

一是要充分发挥评估调控系统的作用。今年上半年，全市法院审判质效总体趋好，但我们绝不能沾沾自喜、固步自封，必须清醒地看到薄弱环节，如岁末年初人为干预收案严重、收结案比波动异常，信访投诉率、执行标的到位率等薄弱指标仍未得到较大改观，生效案件改判率、申诉率、信访投诉率等均高于全国平均值。虽然对审判质效的评估不是绝对精准，但大致反映出全市法院的审判质效状况。我们必须找出差距，审视不足，充分重视，切实改进。市高法院审管办要继续抓好“一上两下”审判质效评估调控系统建设，正确引导各级法院“补差、固强、增优”，确保全市法院审判质效指标“差项调好、好项调优”。市高法院各审判业务部门要充分发挥“条线指导”的作用，加强类型化案件调研指导，不断提高各业务线薄弱指标值。如针对审判质效有关问题，市高法院决定开展“案结事了”工程，相关部门要及时出台检查实施方案，考评“案结事了”相关指标，检验“案结事了”效果，推动此项工作深入开展。各中、基层法院也要按照《关于进一步加强和创新加强审判管理工作的意见》，及时成立专门的审判管理机构，适时对审判执行工作态势进行分析，加强案件质量的监控和流程管理，以评估调控为手

段，努力实现审判质效“优势更优、整体更好”。

二是要正确认识调控与考核之间的关系。对于这个问题，从昨天的分组讨论的情况来看，仍然有些同志认识模糊。审判质效评估调控系统确定的目标值，是重庆法院为争创全国一流所确定的奋斗目标。它虽与年度目标考核相关，但不是年度目标考核的具体标准。目标考核中的计算公式与审判质效评估指标是完全一致的，虽有计分方法的差异，但二者是“正相关”的，即是在审判质效评估中得分高的法院，在目标考核中得分也一定高。一直以来，我们就是以目标考核为导向，推动全市法院不断提升审判质效。即使在目标考核中没能进入“第一方阵”的法院，但只要其案件质量在不断提高，就是对重庆法院在全国法院案件质量评估排名升位作“添砖加瓦”的贡献。

三是要借力信息化建设助推法院管理。随着“网上办案”、“网上办公”系统的不断完善和深度应用，建设数据管理中心，强化数据的“云计算”、“仓储集散”应用，已成为当前和今后一个时期全市法院信息化建设的重中之重。建成后的数据管理中心，将使过去各管理模块的“物理连接”变成建成后各“信息分子”间的化学反应，变管理质效调控的“每年体检”为“时时保健”。数据管理中心的建设涉及硬件保障、软件开发、数据收集、系统维护等各个方面，需要全市各级法院及各部门通力配合。一要强化数据录入。必须对现有的审判、政务、队伍系统的所有信息点进行全面检查，对数据不完整的要全面补录，对数据不准确的要认真核对，对数据不及时的要迅速更新。二要加强基础保障。为适应即将建成的数据管理中心对数据交换、数据采集、系统应用的要求，各级法院需要及时采购路由器、交换机等实现宽带升级，需要采购打印机、验证器等保证诉讼文书辅助生成系统的正常应用，要尽快落实相关设备的采购工作。三要形成整体合力。在信息化建设深入推进阶段，要充分发挥各中、基层法院和市高法院各业务部门的作用，变单纯应用为主动建设，形成整体合力。市高法院政治部、审

管办、行装处等部门要根据各自职能分工，确定专人对管理的信息点、流程设计、功能需求进行认真研究，按时提供给软件公司进行研发，确保各项管理工作均能借助信息化手段发挥最大功效。

四、加强党建工作，推进法院队伍建设

按照中央、市委和最高人民法院的部署，各级党组织和广大党员当前的首要政治任务是学习贯彻胡锦涛总书记“七一”重要讲话精神。全市法院要精心组织，力求学实、学深、学透，切实把思想统一到讲话精神上来，把行动落实到各项要求上来。一要把学习胡锦涛总书记重要讲话贯穿“创先争优”和“发扬传统、坚定信念、执法为民”主题教育实践“两项活动”的始终，重温党的历史，强化党性观念，继承和发扬党的优良传统和作风。大力开展社会主义法治理念教育、“人民好法官”等活动，抓好思想教育、学习培训、民主生活会等，切实增强队伍的大局意识、宗旨意识和责任意识。二要按照“抓党建带队建促审判”的要求，加强基层党组织建设，实现党的组织和党的工作在全市法院全覆盖。要切实做好即将启动的基层法院领导班子换届工作，各级法院领导要正确面对换届“进、退、转、留”，秉着对组织负责、对人民法院事业负责的态度，坚持抓好管理，确保换届期间思想不散、队伍不乱、工作不断，全面完成年初部署的各项工作任务。三要认真组织开展群众观点大讨论活动，紧紧围绕“增强感情、改进作风、提高能力”进行深入讨论，深化广大干警对群众观点的认识、理解和认同，进一步提高坚持群众观点、坚持群众路线、坚持司法为民的自觉性。尤其要加强和改进作风建设。很多时候群众对案件处理不满意，往往是因为法官的作风不佳，缺少亲和力，缺乏亲近感，缺少必要的思想沟通。只有下大力气解决好群众观念淡薄、作风简单粗暴、工作粗枝大叶等问题，我们的工作才会得到群众发自内心的尊重。四要坚持加强司法廉政建设，进一步健全惩治和预防腐败体系，构建廉政风险防控机制，严肃查处违纪违法人员，确保司法公正廉洁。市高法院将继续开展司法巡查

工作,着力解决“隐性代理”、内部人员干扰办案等问题,扎实推进司法廉洁。下半年,关于队伍建设的工作任务还很重,如法官遴选、人才引进、教育培训、一线锻炼、岗位练兵等,这些工作均必须按照年初的计划件件抓好落实、抓出成效。对昨天分组讨论中,不少同志提出的“案多人少”、法官断层、职级偏低、待遇不高等问题,一方面各级法院党组要积极争取当地党委、人大、政府及有关部门的支持和帮助,另一方面要善于优化整合人力资源、多措并举关爱干警、想方设法为干警心理减负。市高法院相关部门要切实加强关于激励机制的调研,适当增加单项工作奖励项目,不断改进评先评优方式方法。各中、基层法院对本院的先进典型,也要及时向上级法院申报表彰,充分调动干警的工作积极性。对于“四清四定”中人员清退、“购买服务”等问题,市高法院高度重视,已与相关部门加强沟通协调,力争及早妥善解决。但在当前,相关法院仍要做好人员清理清退的准备工作。

五、重视基层基础,保障整体跨越发展

基层基础是人民法院工作的根基,加强基层基础工作是跨越式发展的重要保证。一要进一步加强司法行政装备工作。深入推进全市法院司法行政工作达标建设,严格按照“五个达标、一个加强”的要求,定期清理达标任务,落实达标措施,开展期中检查,及时发现、分析并解决存在的实际问题。要着力解决经费保障中遇到的问题,立足工作实际,着眼现实可能,建立起确保经费正常增长、及时到位的机

制。在法官学院重庆分院建设、数字化法庭建设、立案信访窗口规范化建设、便携式巡回审判箱购置、全市法院警车GPS管理系统建设等方面,要狠抓落实,力推进度,早日完成任务。二要更为严格地落实安全保卫措施。前不久,最高人民法院领导再次来渝检查安保工作,对我市法院为期一年的安保整改给予了充分肯定,同时也提出了新的要求。下一步,必须抓紧落实安保装备配备,加强与公安机关的联防联控,想方设法确保办公区与审判区、接待区安全隔离,特别是新建办公楼的法院一定要考虑到这个问题,为法院安保工作提高“保险系数”。三要继续做好舆情信息和宣传工作。要按照最高人民法院提出的“加强公共关系建设”要求,保持高度的新闻敏锐性,增强舆论危机应对能力。对于媒体的客观“负面”报道,更加注重风险评估、注重舆情引导,不要让小问题酿成大后果。对不实报道,及时澄清事实真相,回应社会关切,把握舆论引导的主动权。与此同时,要加强法制宣传和正面宣传报道,抓好“法案关注”、“拍案警世”等栏目的选题,以案说法,教育群众。对于我们身边像毛义权同志那样优秀的法官,要充分运用网络、报纸、电视等加大宣传力度,秀出重庆法院的先进典型。四要把与人大代表、政协委员的沟通联络工作做在平时,用好结对联系机制,主动上门征求意见,积极争取他们对法院工作的理解与支持。对代表、委员关注的案件,要完善统一交办、归口管理、分级负责、督查督办等工作机制,早办理、早沟通,确保取得良好的效果。

最高人民法院到我市检查调研量刑规范化改革试运行情况

7月12至7月17日,最高人民法院审判长张滨生一行对我市量刑规范化改革试运行情况工作进行检查调研。张滨生审判长对我市量刑规范化改革试行的工作表示肯定,认为重庆市高、中、基三级法院量刑规范化工作符合最高人民法院的要求,同时也指出开展量刑规范化及量刑规范化办案系统的推广应用在现阶段已不是要不要做的问题,而是如何做好、如何做得更好的问题,希望重庆法院系统全面重视,共同把这项工作推向深入。

以科学态度和创新精神做好司法统计分析工作

□ 孙海龙*

司法统计分析工作是法院做好各项工作的基础，重庆法院在狠抓科学管理工作过程中，日益重视发挥司法统计的基础性作用，以科学态度和创新精神不断加强司法统计工作。通过充分运用信息技术保障数据的实时真实，学习掌握科学先进的统计工作方法，切实加强整体审判运行态势分析、案件质量评估分析和专项审判工作分析水平，更好地服务领导决策，服务法官审判，服务社会发展。

一、深刻认识司法统计工作在法院科学管理中的基础性地位和重要意义

司法统计分析对于法院工作的基础性地位和重要意义，首先体现在宏观的法院科学管理过程之中，可以说，不加强司法统计工作，科学决策就无法作出。一个好的决策过程，就是认识事物、把握规律、因势利导地促进其科学发展的过程。当下，法院在诸多方面面临前所未有的困难、挑战和发展机遇，需要我们透过数据变化把握发展规律。事实上，法院外部的社会经济文化政治发展状态、趋势，例如关乎国家发展和老百姓生活的重要指数变化，以及法院内部的整体状况，例如人员结构素质，案件数量类型，物质条件保障等等现实状况及其发展趋势，决定并制约着司法审判事业的发展。客观上要求我们法院的各层领导必须了解法院内外部的总体现状及发展趋势，这样才可能作出正确的宏观决策，既善于通过制定良好的司法政策指导法律适用切实解决纠纷，保障秩序、维护公平，又善于通过法院工作的统计分析及其宣传等转化运用赢得社会广泛理解支持。做到有所为有所不为，形成内外的良性互动，服务经济社会科学发展和法院自身科学发展两个大局。

其次体现在法院的具体审判管理过程之中，可

以说不加强司法统计分析工作，审判管理就无法开展。审判管理的目的在于提高审判质量，即提高案件审判的公正、效率和效果水平。而要实现这一目标，首当其冲的是要及时全面地掌握审判工作信息，即与审判工作有关的主要要素的现状及其发展趋势，包括法律和司法政策情况，审判人员情况，案件受理和审判质效情况，审判资源配置与案件变化的匹配情况，法官、当事人和社会的反映情况等；其次，要实现这些审判工作信息与相关审判工作主体能够对称，即能够及时为法院的院长、庭长对审判资源的调度和司法政策的把握，以及为审判委员会、合议庭和法官裁判案件过程中自由裁量权的行使提供科学依据、标准尺度和指导案例。伴随案件数量持续增加、新型疑难案件不断出现，法官必须及时掌握有关审判信息，切实提高案件的审判质量，进而通过司法公正提升司法公信，树立司法权威，这样才能逐步完善公正高效权威的社会主义司法制度。因此说，法院的科学管理尤其是审判管理的过程，就是不断地收集、处理、发布、运用审判信息的良性互动过程。而在此过程中，司法统计分析工作无疑是最基础的，也是最重要的。

二、牢牢遵循统计科学和司法工作规律，做到“全面、准确、及时、科学”

统计工作不但要遵循客观规律，而且还要遵守相关法律规定。司法统计分析工作要求更加严格，标准更高。司法统计分析工作要做到“全面、准确、及时、科学”，就必须讲求真实、讲求方法。

首先，通过信息技术的应用，保障司法统计数据实时和真实。数据是司法统计分析工作的基础，原始数据必须真实。记得前总理朱镕基给会计学校的题词是“不做假账”，发人深思。对司法统计工作的最基本要求就是真实，而真实包括全面、准确、及时三个方面，缺一不可，否则都可能给数据使用者

* 重庆市第四中级人民法院党组书记、院长。

带来误导。即不应该有事前的任何预设目的,而是老老实实地收集、汇总各类审判信息,并及时地将这些全面而准确的审判信息呈现给有关审判工作的主体。这是司法统计工作的基本职责,也是司法统计工作的重要贡献。因为,即使没有提出任何建议,仅仅靠全面、准确、及时的数据,也一定能够通过审判工作的相关主体有效转化为决策和裁判的依据,数据真实的力量和作用得以实现。通过广泛应用信息技术,切实保障司法统计数据的实时和真实。重庆法院近年来通过大力推行“网上办案”、建立“数据中心”,做到三级法院联网数据共享,电子卷宗与审判工作同步形成,审判执行信访考核等系统相互衔接,相关司法统计数据实时自动生成,审判管理调控及时有效。笔者在体会邓小平同志讲的“科学技术是第一生产力”深刻内涵的同时,真切地感受到法院广泛应用科学技术,能够提升审判力。

其次,司法统计分析工作是创造性的工作,一定要讲求科学方法。同样的数据,不同的人可能会得出不同的结论,提出不同的工作建议。比较其真伪、优劣,主要在于分析方法是否科学。这里对司法统计工作提出的“科学”要求,主要是指统计方法必须做到科学,同时也包括得出结论和提出建议要尽量科学两层含义。可以说,司法统计工作是一项基于统计学科要求并服务于司法工作的交叉性、复合型的工作。换言之,负责司法统计工作的同志,必须学习掌握统计科学知识和科学方法,必须熟悉司法工作的一般规律,能够通过司法统计设计、司法统计调查、司法统计资料,综合运用各种分析方法,例如综合分析和专题分析方法、静态分析和动态分析方法等,开展司法统计分析工作。重庆法院在每年两次的年度和半年院长工作座谈会上,重要的文件之一就是审判质效评估调控分析报告和各类审判特点及其质效分析报告,通过横向和纵向比较分析、整体和分类审判质效分析、类型化案件特点及其法律适用分析、法院审判与社会发展动态分析等等,极大地提高了全市三级法院院长的审判管理水平。

三、坚持开拓创新精神,发挥司法统计分析服务决策、服务审判、服务发展的作用

司法统计分析工作要有“顶天立地”的追求,所谓“立地”即指采集数据必须全面、准确、及时,这里重点谈谈“顶天”——如何加强专题统计分析,切

实服务决策、服务审判的问题。我们应该认识到,专题统计分析既是统计工作的薄弱环节,更是统计工作的高端产品,将对审判和管理发挥不可估量的积极作用,必须采取有效措施予以加强。

基于重庆法院工作经验,宜在三个方面加强专题统计分析工作:

一是在面上建立定期的审判运行态势及各类审判特点和质效分析制度。以最高人民法院发布的案件质量评估指标数据和其他司法统计数据为基础,开展半年和年度审判工作运行情况评估分析,客观评估审判质量即公正、效率、效果情况,总结发现案件特点及其法律适用规律,提炼审判经验,查找薄弱环节,提出优化审判资源配置和办好类型化案件等具体措施,形成分析报告。通过专题向审判委员会报告、作为院长工作会议等重要会议的参阅材料、及时发布给全体法官等措施,有效影响院长、庭长和法官的管理行为和审判方法。

二是在点上针对审判和管理工作中重要和突出的问题开展专题统计分析。每年确定的重点工作任务,以及工作中反映出来的需要很好解决的突出问题,应该成为专题调研的对象,要对相关对象的类型、数量、特点等进行统计,不能仅仅停留在宏观和中观的原则性建议层面,而要进入有针对性的微观点上,主要是对一定时间段的横向和纵向数据进行比较分析,总结出静态的定量结果和动态的定性趋势,提出可操作的具体规范性制度建议或其他切实解决问题的对策。

三是在法院内外结合点上进行分析,发布“审判白皮书”。司法根植于社会发展之中,必须树立起实现服务经济社会科学发展和法院自身科学发展两个大局的良性互动理念。通过司法统计分析,我们能够发现案件的数量、类型特点以及类型化案件事实、证据特点及其法律适用的发展变化往往与一定时期的社会发展特点紧密相连,而纠纷作为社会发展中利益冲突的极端方式呈现并经由法院处理的过程,不仅是化解矛盾维护秩序和公平的过程,也是矫正、促进社会科学发展的过程,更是增进司法公信和权威的过程。重庆法院每年选择司法与社会经济文化发展最为密切的结合点做文章,发布“未成年审判白皮书”、“涉黑审判白皮书”等,有效发挥了审判的示范辐射作用,促进了社会管理创新,取得积极良好的社会效果。

两翼齐飞 推动法院工作科学发展

——南岸区人民法院党组书记、代院长王子伟访谈录

□ 本刊记者

【记者】在7月下旬召开的全市法院院长座谈会上，钱锋院长作了题为《以改革创新的精神不断加强和改进法院管理工作》的重要讲话。作为刚上任的基层人民法院主要负责人，你对此有何感想？

【王子伟】准确理解和把握这次会议的主题，贯彻落实好钱锋院长的讲话精神，对于南岸法院进一步统一思想认识、实现跨越式发展具有十分重要的指导意义。

人民法院作为国家审判机关，公正是其生命和灵魂。加强和改进法院管理工作的终极目标，就是确保司法公正。因此，作为法院管理工作的重中之重，一是要抓好队伍建设，确保司法廉洁；二是要抓好审判工作，发挥好职能作用。二者缺一不可，两翼齐飞，才能推动法院工作科学发展。

【记者】队伍建设、廉政建设是老话题了。钱锋院长在这次的讲话中，也用了较大的篇幅来阐述相关问题。你作为南岸法院主要负责人，下一步准备怎样来抓队伍建设、廉政建设？

【王子伟】南岸法院现有干警129人，硕士及以上学历者35人，占干警比例为27%，干警学历水平较高，专业素质不错。多年来，南岸法院在廉政建设上采取了不少的举措，也取得了很好的成效。然而，这些并不是能够确保司法廉洁的充要条件。过去的成绩代表的只是新的起点。廉政建设重在持之以恒，常抓不懈。丝毫的松懈和麻痹大意带来的危害都可能是致命的。

因此，在廉政建设上我们将抓好以下几个方面：一是班子引廉带好头。在党风廉政建设上，院

领导班子成员要以身作则，率先垂范，做好勤政廉政模范。“从政不为己，掌权不谋私。清清白白做人，老老实实做事。”院党组一班人应大声喊出“勤政廉政向我看齐”的口号，从我做起。二是教育倡廉重实效。要扎实开展“人民好法官”、“创先争优”等主题教育活动，注重教育的针对性和有效性。党风廉政教育经常化，一方面充分利用法院系统涌现出来的大量先进典型开展激励教育，向模范学习；另一方面利用反面典型案例现身说法，开展警示教育。三是制度保廉建长效。继续推行党风廉政建设责任制；严格执行“五个严禁”和“四个一律”的规定。认真贯彻落实市高级人民法院建立的“单方退出”机制等廉政物理隔离措施。进一步加强对审判、执行、司法评估拍卖等重要岗位的监督力度，切实防止利用审判技巧操弄法律的现象出现。四是检查督廉重落实。“徒法不足以自行，”要坚持和完善制度督察工作，加强对制度落实执行情况的督查。对热点岗位、易发现象开展突击检查，对苗头问题专项督察，努力使各类隐患化解在萌芽之中。要变被动监察为主动监察，充分发挥执法廉政监督员和兼职纪检监察员的作用，将纪律监督与规范审判、案件评查、信访投诉相结合。五是文化育廉强自律。法官要秉公执法，关键在于要有公正善良之心。我们要通过加强法院文化建设，培育具有公正善良之心的法官。因此，我们要在院党组和机关党委引领下，依托党支部、工会、共青团、妇委会等平台，广泛开展读书征文、文艺表演、体育竞赛等文体活动，繁荣法院文化，营造风清气正、健康向

上、生动活泼的法院文化氛围。通过提升法院的文化品位,提升法官个人修养,激发干警树立人格观,守住防腐底线;提高涵养度,用知识和智慧战胜贪欲。

【记者】你前面提到“两翼”之一是抓好审判工作。你认为怎样才能抓好审判工作?同时,对于当前各级法院比较关注的审判管理工作,你是怎样看待的?

【王子伟】审判是人民法院作为国家审判机关的重要职能,是法院的工作重心。创新和加强审判管理,则是更好地实现职能作用的有效途径,是人民法院实践社会管理创新的重要内容。

南岸法院今年1-7月收案7259件,同比增长23.5%,工作任务相当繁重;结案3817件,同比增长9.4%,干警们很辛苦,工作也很努力。从审判质效数据情况看,有的指标完成不错,但也有相当部份指标较薄弱,与其它兄弟法院相比存在差距。为此,我们将从以下几方面着力:

一是强化绩效考核。质效指标不是我们审判工作的目的,但它是我们审判工作成效的直接反映,是当前情况下衡量审判工作最准确、最客观、最科学的标准。因此,我们要以绩效考核为抓手,依据科学完善的考评体系,将审判执行工作与审判质效指标联系起来。对考核结果,实行与评先评优结合,与职级晋升联系,与工作经费挂钩,进一步完善考核工作机制,明确工作职责。通过强化办案人员的“指标”意识,从院长到庭长,从审判长到承办法官、书记员,要做到人人心中有指标,人人明白指标,人人参与优化指标,从而不断改善南岸法院审判质效数据状况,不断推动和完善南岸法院审判执行工作。

二是强化案件提速机制。迟到的正义亦非正义。要按照《人民法院第三个五年改革纲要》精神,遵循审判规律,提升司法效能,严格审限审批,压缩每一起案件在审限内的滞留期间,对法律无限制性规定而容易导致审限失控的审判连接点、审理交接配合点的用时加强管理,加速案件各环节的承接流转。要加强案件审限管理,对案件的立案审查、

排期开庭、审限跟踪、结案归档等整个审理过程中的各个环节实施动态管理和监督,确保及时立案、及时审理、及时结案、及时归档,克服久拖不立、久拖不审、久拖不执的现象,提高审判的时效性,维护当事人的合法权利。要合理组织审判资源,不断完善速裁机制,切实做到“难案精审,简案快审”。

三是强化案件质量管理机制。要不断完善以提高案件质量为主要内容的案件评析制度。一要以被上级法院改判、发回案件,以及重点信访案件为重点开展案件质量评查工作;二要定期开展阶段性的法律文书评查和案件质量分析。对于发现的问题,要及时分析并通报问题产生的原因及改进的办法,明确相关人员的责任。审管办要结合每月的质效数据,分析发布“审判质效数据情况通报”。逐步形成日常性、审务性、长效性、主动性的案件质量管理工作格局。

四是强化案件监督指导机制。坚持审限通报、案件质量评查通报、发改案件评析通报、作风纪律检查通报、信访投诉问题通报、调研信息完成情况通报,将完成情况考核到庭到人,作为年底评优评先的重要依据,并载入法官业绩档案。进一步强化审判监督,坚持有错必纠原则,切实维护群众合法权益。

五是强化矛盾纠纷化解机制。坚持“调解优先、调判结合”的原则,把调解结案率、指导调解案件数量作为法官业绩考核的一项重要内容;加强对调解案件的监督,严防违法调解的现象出现。努力通过调解、协调工作,化解各类纠纷案件,做到案结事了。以人民群众的司法需求为工作的出发点,强化法律引导和释明工作,坚持快立、快审、快执。始终坚持“以人为本”,努力完善涉诉信访工作机制。强化院、庭长对口接访工作,及时稳妥解决来信来访当事人问题。强化信访责任意识,做好判后答疑工作,从源头上预防和减少信访。

“雄关漫道真如铁,而今迈步从头越。”南岸法院作为直辖市主城区的基层人民法院,工作任务艰巨而光荣,我们有信心、有决心在高、中两级法院的指导下,在区委的领导下,不断创造新的佳绩!

编者按：2011年10月1日《重庆市高级人民法院关于加强参考性案例工作的意见（试行）》正式施行。为加深对审判案例指导制度重要性的认识，全面把握文件精神，准确理解其主要条款的含义，特刊发此文。

审判指导案例的功能、效力及其制度实现

——以中国特色社会主义法律体系形成为背景

□ 孙海龙* 吴雨亭**

欲使一项制度发挥出强大的实践功能，需要人们为它奠定科学而坚实的法理基础，并在此基础上进行严密的制度建构。审判案例指导制度更应如此。2010年11月26日《最高人民法院关于案例指导工作的规定》（法发[2010]51号）（下称《案例规定》）的出台，让中国特色的审判案例指导制度^[1]终于从一个理论界与实务界讨论多年的构想跃升到制度层面，这既是对中国特色社会主义法律体系形成的及时回应，也是我国案例指导经验在长时期积累总结后的成果体现。虽然当前审判案例指导制度渐趋进入到具体的制度完善和实施阶段，但相关争论依然较多，包括最基本的如审判案例指导制度的功能、性质、效力、制定主体、具体适用等方面都未能达成一致认识，这样下去势必影响到审判案例指导制度的实践进程和运行效果。造成这种局面的主要原因之一是相关讨论更多停留在制度原理方面，而未能有效地探讨制度设计的法理根据并进行精细的制度设计。本文主要从审判案例指导制度的功能定位、效力根据和实践路径三个方面进行了法理分析和具体制度设计。

一、中国特色社会主义法律体系形成后审判案例指导制度的功能定位

* 重庆市第四中级人民法院党组书记、院长。

** 重庆市高级人民法院研究室编辑科科长。

[1] 我国案例指导制度整体上讲是广义的政法案例，至少有三个系列：公安指导案例系列、检察指导案例系列和审判指导案例系列，分别指导公检法三机关的办案工作。本文针对法院暨狭义的司法，故采用“审判案例指导制度”的概念。

（一）构建中国特色审判案例指导制度是完成新时期司法职能的重要途径

全国人大常委会委员长吴邦国同志在2011年1月25日关于形成中国特色社会主义法律体系座谈会上指出，“法律的生命力在于实施。中国特色社会主义法律体系的形成，总体上解决了有法可依的问题，在这种情况下，有法必依、执法必严、违法必究的问题就显得更为突出、更加紧迫”。^[2]可见，新时期的司法面临着新的挑战，要回应时代提出的新要求并完成新任务。首先，立法的完善要求司法向精细化转变。伴随着中国特色社会主义法律体系的形成，人们对司法提出了更高的要求，期望司法能够实现一种更为精细化的运作，更为透明、高效和公正。其次，精细化司法的目标应当从基础性正义向更高品质的正义迈进。粗放型司法的时代，尚不具备成熟的立法条件和基本的司法基础，只能实现基本和基础性的正义目标。但这种基础性正义的实现过程粗疏且不确定性很强，并未在立法和裁决结论之间提供一种更为明晰且有效的中间机制，例如广为诟病的“同案不同判”的现象和背后存在的问题。而现阶段对司法的精细化要求，一方面蕴含着各方对司法未来发展方向的期待，另一方面也说明当代中国司法已初步具备了向社会提供更高品质正义的能力。再次，高品质正义的实现离不开中国特色审判案例制度的构建。每一份生效裁决的作出都

[2] 参见人民网 <http://politics.people.com.cn/GB/1024/13811794.html>，2011年6月1日访问。

是司法运作的直接体现,对任何国家司法水平的检验,都必须通过考察具体案件来综合评价。在我国,审判案例制度主要是总结审判经验,统一法律适用,并借此实现司法更为精细化的运作,力求避免司法偏差,从而实现更高品质的正义。

(二) 审判案例指导制度是保障法律有效实施和发展完善的重要途径

如果说错案追究机制是一种“纠错”机制的话,那么应该说审判案例指导制度便是一种“纠偏”机制,而且相对前者的事后特点而言,其更加注重事前的引导和综合平衡。2005年最高人民法院发布的“二五改革纲要”明确提出了“建立和完善案例指导制度,重视指导性案例在统一法律适用标准、指导下级法院审判工作、丰富和发展法学理论等方面的作用”,让案例指导制度的三级功能得以成形。

1、初级功能:总结审判经验,统一法律适用,实现类似案件类似处理的法治原则

建立案例指导制度“最初的、直接的导因,就是这些年在人民法院的判决里面出现了比较多的同案不同判的情况”。^[3]造成同案不同判的原因一般认为主要有以下五个:第一是立法的不完善;第二是各地的经济、社会和文化发展水平不同;第三,案件自身的复杂性和多样性导致不同的法官对同一或类似案件存在不同的判断;第四是当前法官素质参差不齐造成对法律不当理解;第五是司法腐败所致的对自由裁量权的不正当运用。上述几个原因之中,立法问题已经得到了阶段性的解决。但立法与判决不是简单的一一对应的关系,立法完善并不必然让案件的裁决结果自动获得理想意义上的同一。要实现类似案件类似处理的法治原则,还需要案例指导制度来不断总结审判经验,最大限度地减少法律适用上出现的不当偏差。与抽象法律条款不同,案例提供的是完整、具体的裁判过程,给予了法官一个非常准确清晰的比对样本。这种比对和参照模式的制度化推行,可以在很大程度上减少复杂疑难案件、法官素质和自由裁量权所产生的同案不同判现象。^[4]

[3] 刘作翔:“我国为什么要实行案例指导制度”,载《法律适用》2006年第8期。

2、中级功能:有利于形成裁判规则,进而发展完善法律体系

案例指导制度的功能发挥还可以延伸到与立法的良性互动关系上来,并在一定程度上起到促进立法完善的作用。在我国立法与司法的关系中,司法不直接享有造法功能,这也是我国案例指导制度同西方判例法国家运作模式的主要差别之一。不过需要明确的是,这不等于在司法过程中就没有丝毫的创造性,只是在完全消极地履行适用法律。要知道,“创造性是司法裁判一个不可避免的特征”。^[5]社会生活日新月异,很多新的社会关系模式与要素源源不断地产生。相对于立法而言,这些新的内容会首先表现在一个个鲜活的案例里,而法官在处理这些案件时必须具有不同程度的创造性才可以较好地契合立法精神。因此,在新的立法出台之前,案例会起到累积立法素材,并对这些素材进行模式化与加工的作用。通过案例指导制度的实施,可以为新的立法累积到的素材主要有:揭示出新的需要统一立法来规范调整的社会关系、提炼出新的司法经验与司法规律等。在一定程度上司法所起到“超前立法”效应,也是司法对立法所能实现的更为积极的功能。

3、高级功能:丰富和发展法学理论

在法律实践与法学发展之间,应当建立起一种有效的互动关系。当前关于案例指导制度的各种讨论中,发挥案例制度对于丰富发展法学理论的促进作用常常被人们忽视。法学理论应当是建立在当代法律实践的基础上,是对法律实践的总结提炼升华;反过来,新的法律实践会提出新的理论要求,这样会促进法学理论本身的更新和发展。法学理论发展的历史也表明,法学家积极研讨疑难与典型案例,成为推动法学发展的主要途径之一。例如发生在古希腊时期的苏格拉底审判,当代的二战战犯审判,再如近年我国发生

[4] 需要特别指出的是,地区发展不平衡所产生的同案不同判在一定意义上具有合理性——统一不是僵化地绝对一致,而是承认差异的合理存在,并给予相对不同处理的空间的合理存在。对于这一点,可以通过各地高级人民法院发布参考性案例给予一定程度的解决。

[5] [意]卡佩莱蒂:《比较法视野中的司法程序》,徐昕、王奕译,清华大学出版社2005年版,第40-41页。

的广为关注的孙志刚案、许霆案、药家鑫案等等，都引发了持续的讨论，对推动法律思想与相关的制度构建都起到了至关重要的作用。法学家们可以通过对指导性案例的处理模式和从中总结出的审判经验和司法规律等内容的积极研读，来推动我国法学理论的更快发展，并进一步将相关理论成果转化为推动司法实践的动力，不断提升司法实践的层次和水平，从而建立法学理论、司法实践以及立法完善三者之间的良性互动。

二、审判指导案例的法律效力及其法理基础讨论：以最高人民法院《案例规定》为样本

《案例规定》第七条规定：“最高人民法院发布的指导性案例，各级人民法院审判类似案例时应当参照。”这条规定不长，却是我国审判案例指导迈出的历史性一步。它表明指导性案例^[6]与以往最高法院发布的公报案例、人民法院案例选、中国审判案例要览，以及地方法院自行发布的案例等，在效力上截然不同。^[7]要正确理解指导性案例的效力，就必须首先解决指导性案例的性质问题，并在此基础上理解什么是“应当参照”以及为什么要“应当参照”——前者是对“应当参照”的文义解释，而后者则是要明确“应当参照”的法理基础。

（一）指导性案例的性质：准司法解释

主流观点认为，案例指导制度属于一种法律适用机制^[8]，而非创制法律。但同样必须明确的是，虽然法律适用过程不是直接创制法律的过程，但它也是一个富有创造性的过程，否则就不能对法律进行有效的解释、说明和补充，也没有必要对司法经验和规律进行总结。现阶段，这种带有一定创造性的法律适用过程更多地是以最高人民法院发布司法解释来体现。但

最高人民法院的司法解释权应当以何种方式行使并无具体的规定，实践中既可以通过抽象条文的形式，也可以通过批复等方式有针对性地对某一具体问题予以指导。指导性案例的发布主体和程序与司法解释同一，二者在功能设定上也都是为了解决法律的具体适用问题。且无论司法解释还是指导性案例，都必须由最高人民法院审判委员会讨论决定。但司法解释具有规范性和抽象性，表现为直接的规范性条文。虽然指导性案例也具有一定的规范性，但它是通过具体案例指导实践，通过案例中型塑出规范司法活动本身的一些经验与规律性内容。这种来自于审判一线的经验总结，在任何时候都是以案例的形式出现，而作为其核心的裁判规则，也离不开案例这个载体孤立地存在。另外，二者在适用方式等方面的要求也存在明显差异，司法解释具有直接适用的规范效力，而指导性案例不能作为规范直接适用。

因此，将指导性案例定义为准司法解释较为恰当。“指导性案例是可以解释法律的，在一定意义上可以作为最高人民法院解释法律的一种形式。它经过最高人民法院的最高审判组织审议通过，因而具有一定权威性、正当性和参照力。”^[9]但案例本身的特点决定了它和司法解释的不同，不宜将指导性案例性质提升至司法解释这一层面。最高人民法院要求各级法院“应当参照”指导性案例，既体现出指导性案例与司法解释之同，也体现出其与司法解释之异。

（二）什么是“应当参照”：“应当”与“参照”的有机结合

对于指导性案例“应当参照”的文义解释应包括两个方面：首先是“应当”的含义，其次是“参照”的对象和方式，两者缺一不可。首先，“应当”的意思是，在处理类似案件过程中必须适用指导性案例，并与指导性案例的“法律适用应当基本统一，裁判结果应当保持相对一致”，此外还要求“法官在处理类似案件时，庭审中应当尊重律师和当事人对指导性案例的举证，裁判理由中应当遵循指导性案例的论述和说理”。

[6] 严格地讲，这里应是指导性审判案例即法院发布的指导性案例，不包括检察院发布的指导性案例。

[7] 值得注意的是，与最高人民法院《案例规定》关于指导性案例法律效力的规定不同，《最高人民检察院关于案例指导工作的规定》（高检发研字[2010]3号）的第十五条规定，“指导性案例发布后，各级人民检察院在办理同类案件、处理同类问题时，可以参照执行”。

[8] 参见刘作翔：“我国为什么要实行案例指导制度”，载《法律适用》2006年第8期；郇永吕、刘克毅：“论案例指导制度的法律定位”，载《法律科学》2008年第4期。

[9] 皋陶、曹守晔：“坚持能动司法理念 探索案例指导制度”，载中国应用法学研究所网站 <http://yyfx.chinacourt.org/public/detail.php?id=428>，2011年7月2日访问。

^[10]这是指导性案例作为准司法解释的应有之义,也是其切实发挥指导作用的内在要求。其次,“参照”的对象和范围可以确定为指导性案例及其裁判规则,即是案例和裁判规则的综合体。如前所述,指导性案例中提炼出来的裁判规则并不是抽象条文和规范,不能脱离案例本身所设定的具体语境而单独存在。而指导性案例的灵魂或者说眼睛在于提炼出来的裁判规则,因为只有这样,才能为法官参照指导性案例提供准确的切入点。案例是裁判规则产生的基础,裁判规则是案例指导功能发挥的方向与指针。单有案例会令“参照”无的放矢,单有裁判规则也会使“参照”在事实上成为一种单纯的规则适用,丧失了案例的独特价值,不仅不能统一法律适用,反而会造成更多不必要的认识偏差。准司法解释不等于司法解释,对其参照的方式也有所不同,“考虑到指导性案例是最高人民法院审判委员会讨论决定的,具有解释法律、指导裁判的性质和作用。因此,至少可以作为裁判说理来引用。”^[11]

我们认为,综合来看,无论从《案例规定》第七条的文义出发还是从指导性案例的性质出发,“应当”与“参照”两个要求都是密不可分的。在实践中应尽可能地将“应当”的刚性与“参照”的柔性有机结合。对法官而言,在应当参照指导性案例的情形中,裁判说理部分对案例及其裁判规则的引述并非可有可无,而是必需遵循的义务,但不将案例及其裁判规则作为裁判依据直接引用,同样也是指导性案例有别于法律条文、司法解释的外在体现。

(三)为什么“应当参照”:基于客观性与科学性的普遍效力

对于指导性案例为什么具有“应当参照”的效力,目前主要有两种主张。一种认为指导性案例具有“法律上的拘束力”,^[12]另一种认为指导性案例具有“事实上的拘束力”。^[13]关于“法律拘束力”,与我国作为成文

法国家在立法与司法关系的制度设计并不相符,而“事实拘束力”之说对案例指导制度的性质、效力依据及其功能也并未给出一个令人信服的答案。可见,迄今为止这个问题仍然没有得到很好地论证与合理解决。造成这种困境的根本原因在于没有找到恰当的切入点,我们现在主要从以下两个角度对此展开论证和说明。

第一,从裁判规则本身的内涵和性质看。裁判规则主要是从案例中所提炼出来的法律适用解释性规则、法律规范补充性规则或者关于事实认定和法律适用等的裁判方法。由其内容构成可以看出,广义上它属于法律解释与方法的范畴。我们知道,法律解释者在析出这些解释性内容及裁判规则时当然不是随意的,而是有着明确的依据与标准来进行解释工作的,他“只是想认识:从正确的理解看来,规范‘原本要表达的内容’。他不只想提出‘他的’解释,毋宁想说明规范本身、规范的规整脉络本身所要求的解释,借着自己的陈述,他只想让规范‘本身开口’”。^[14]由此可见,裁判规则本身具有一定的客观性与科学性的特征。据此,它也获得了一种普遍适用的效力。再从裁判规则的具体形成模式看。裁判规则的析出和形成主要有两种模式。一是通过立法的方式。这种方式本身的效力和权威性不必过多申说,但立法方式一个不可忽视的特点在于,它需要具备成熟的法律技术、法学技术,以及更为重要的成熟的司法文化和作为这种司法文化背景的稳定的社会关系的支持。裁判规则还可以通过司法活动的方式形成,即司法机关通过案例及案例指导制度的方式来总结并规定。只不过这种方式直接看上去,由于其出台的过程披上了机关的外衣,所以人们易于形成一个误解或者模糊性的认识,即认为这些内容具有普遍性效力是由于这些机关自身的权威性,而不是基于这些内容本身的性质所赋予

[10] 罗东川:“关于案例指导工作的几个问题”,2011年5月“中国特色案例指导制度研讨会”参会论文。

[11] 胡云腾:“谈指导性案例的编选与参照”,载《人民法院报》2011年7月20日,以及“胡云腾解读《关于案例指导工作的规定》”,载东方法眼网站, <http://www.dffy.com/fazhixinwen/lifa/201101/20110111195043.htm>, 2011年7月2日访问。

[12] 有观点认为,案例指导制度必须赋予指导性案例以法律效力,使其具有明确的拘束力。参见蒋惠岭:“建立案例指导制度的几个具体问题”,载《法律适用》2004年第5期。

[13] 参见秦旺:“论我国案例指导制度的构建和适用方法——以《最高人民法院公报》为分析样本”,载葛洪义主编:《法律方法与法律思维》(第4辑),法律出版社2007年版;陈灿平:

[14] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第195页。

的。事实上,正是其内容自身的某种客观性与科学性,才决定了它具备普遍性的效力。

第二,从先例之于司法实践的作用看。虽然由于宪政与司法体制不同,我国的指导性案例与判例法国家中的判例对于司法实践的意义有着明显的差别。但在普遍意义上,作为司法活动主要组成部分的案例,它是人们司法经验和司法智慧的一种现实载体。作为一次完整的司法活动结果的典型案例,在浅层次上它只是构成对该案的一种终局性法律处置,但在深层次上,其法律处置模式和内涵的司法经验与规律,对以后即将发生的类似案件而言,无疑会形成一种示范作用。这些环节都是古今中外司法活动中的一些规律性内容,对人们的相关司法活动具有一种客观的约束力。可见,由于案例及裁判规则本身的客观性与科学性,使得最高人民法院审判委员会发布的指导性案例享有“应当参照”的效力,有其内在的合理性与必然性。

三、完善审判案例指导制度的实践路径

鉴于我国大陆法系传统主导、法官运用案例制度技术欠缺等条件,特别是现有案例指导制度规定缺乏操作性,我们认为,在构建案例指导制度的过程中,重点需要加强四个方面的工作:完善案例指导制度体系设计、大力提高法官案例意识、建立健全案例指导具体适用规则、高起点建设案例发布检索运用系统。

(一) 完善案例指导制度体系设计:建立各审级法院间的良性互动

为适应我国社会经济文化发展程度差异较大而法律统一适用之间冲突的现实,在构建审判案例指导制度时应当借鉴我国法律体系中国家法律与地方性法规相结合的建设经验。(1) 采取最高法院发布指导性案例与地方高级法院发布参考性案例相结合的制度框架。指导性案例适用于全国法院,参考性案例适用于发布的高级法院所在辖区法院,同时,参考性发布应经过最高法院备案,并与指导性案例采取统一的发布平台,以及时发现并避免不同高级法院发布的参考性案例的冲突。(2) 充分调动中基层法院发现、编撰、运用案例的主体作用。绝大部分案件是由中基层法院办理的,新型、疑难等典型案件容易首先在中基层法院出现,因此,虽然中基层法院不能发布案例指导审

判^[15],但应建立能调动中基层法院撰写上报案例积极性的制度。

(二) 提高法官的案例意识:动态法典^[16]理念的引入

思想高度决定行动力度。要大力提高法官案例是动态法典的理念,及时总结审判经验,深入挖掘具有参照作用的案例,认真总结提炼案例中的裁判规则,以指导性和参考性案例确定的裁判规则规范类似案件的裁判尺度。“案例是动态法典”的内涵,既指抽象的、一般的静态法典的文本法律规范通过具体案件的法律适用变成“活法”的过程,也指法院通过总结审判经验确定并发布典型案例及其“裁判规则”指导类似案件裁判的过程。由于立法的不完善及滞后性,特别是由于法律的原则性规定不可避免地会导致自由裁量权运用的不规范及裁判尺度的不统一。以案释法有迫切的现实需要,案例的灵魂在于总结提炼出来裁判规则。尤其需要指出的是,追求“同案同判”,应该是指类似案件适用相同的裁判规则,而不是指简单追求裁判结果的相同;是裁判方法的内在一致性,而非裁判结果的外在相同性。这种裁判规则虽然不等同于成文的“静态法典”,但都是在维护司法公正这个大前提下的殊途同归。与此同时,案例中提炼的裁判规则从实践中来,并通过一定方式适时地推行到实践中去,充分发挥了“动态法典”所具有的灵活性与现实功能,弥补了成文法的不足。案例指导制度的有效实施关键在于提高法官的案例意识,增强法官发现、挖掘、运用案例的能力^[17]。因此,在案例编写体例的规定中,需要明确裁判要点应完整表达裁判规则且合法、合理、准确、精炼;在撰写的指导性或参考性案例的署名问题上应该有利于调动各方积极性^[18]。

(三) 具体运用:案例指导制度的实现路径

[15] 事实上,部分中级人民法院已经通过发布“参阅案例”、“案例参考”等方式实实在在地运用案例指导着审判实践。例如,西安市中级人民法院每季度发布《参阅案例》,基层法院法官在办理类似案件时常常参照。

[16] 蒋惠岭:“认真对待作为‘动态法典’的案例”,载《人民法院报》2005年8月1日。

[17] 参见《重庆市高级人民法院关于加强参考性案例工作的意见(试行)》第一条规定。

首先需要研究的是案例的效力问题。指导性案例是最高人民法院发布的,对全国各级法院审理类似案件具有“应当参照”的拘束力,而参考性案例是由高级人民法院发布的,其效力是否与指导性案例效力相同,最高人民法院没有作出规定,理论界的争论较大,可以明确的是其效力范围仅限于辖区法院。指导性案例的性质为准司法解释,高级人民法院发布的参考性案例只能是规范性司法文件,具有“可以参照”的效力。

其次,关于适用指导性案例及其裁判规则的类似案件的范围,应当限定在比较窄的范围内试行,而适用条件的设定应该明确易操作,如对“类似案件”可以作出具体规定,明确为四个条件:案由相同、法律关系属同一种类、案件事实以及争议焦点相似。上述标准清晰易懂、操作性强,基本能够框定符合要求的类似案件,也足以剔除不应当进行参照的其他案件,并有效避免实务中对“类似”一词的宽泛理解造成的偏差^[19]。除了要求具备以上四个条件,还需注意在适用过程中对所参照案例的事实认定及法律适用进行区分,对所参照案例和待决案件是否为类似案件予以识别,确保适用案例及其裁判规则的准确性。

再次,必须切实加强指导性案例及其裁判规则的具体适用,包括如何提炼裁判规则以及如何适用两个方面。关于裁判规则的提炼内容大体可以包括以下三方面内容:一是法律适用的解释性规则,二是法律精神特别是部门法立法指导思想指引下的法律补充性规则,例如有些兜底条款的细化;三是针对事实认定或法律适用的裁判规则,即裁判方法的总结。裁判规则只有在具体适用后才获得生命,而相关程序性规范或者说技术又是得以具体适用的基础性保障。纵观激活规则适用的技术,无非是明确裁判者主动适用规则,或者是交由当事人作为维护自己权利的武器。因此,可以考虑从法院和当事人的角度分别对“参照”的内

涵予以具体化。对法院,可规定“法官在具体适用指导性案例或参考性案例及其裁判规则时,对相关案例及其裁判规则均不能作为裁判依据直接引用,但对指导性案例及其裁判规则应当在裁判说理部分引述,对参考性案例及其裁判规则可以在裁判说理部分引述。”在出现例外情况认为不应适用的,要求合议庭或独任法官提出书面意见报审判委员会讨论并备案;对当事人,可规定“当事人在诉讼过程中以指导性案例、参考性案例及其裁判规则支持自己诉求的,人民法院应当予以审查并在裁判文书说理部分对是否参照说明理由。”^[20]从中可以看出,将案例及裁判规则排除在裁判依据之外,体现了案例的“参照”特性和其与成文法律规范的根本区别。但在一定情形下,法院有义务在裁判说理部分对相关案例及裁判规则予以引述或作出适当回应。

(四) 充分运用信息技术,建设高效的案例发布检索运用系统

加强案例编纂制度,主要是做好前期案例的选编、上报、审核、发布,也要考虑到后期案例的汇集、清理和废止等项具体工作。其中值得重点强调的一点是要建立对已发布案例的定期清理制度。在新的指导性、参考性案例发布前,要对从前的案例进行梳理,看是否与新颁布的法律法规相抵触,对于以后的审判是否还具有可参照的价值,如果出现相关问题,必须通过审委会讨论后及时废止。在完成以上诸项工作的过程中,要充分利用各种信息技术手段,高起点地建设案例的发布检索系统,不仅要建设专用网站统一发布指导性案例和参考性案例,还要加强系统的智能检索案例功能,这样才能方便运用,充分激活案例的生命力。

总之,作为我国司法改革的阶段性成果之一,随着理论界和实务界的不断参与和深入,以及相关配套制度的出台,案例指导制度必将释放出其促进法律实施和发展完善,以及推动法治进步的更大效能。作为一线法官,我们不仅要积极学习相关研究成果,更要勤于和善于观察总结司法经验,通过研究制订具有先进理论性、科学性和操作性的制度示范文本,为不断丰富和发展具有中国特色的审判案例指导制度作出我们的贡献。

[18] 参见《重庆市高级人民法院关于加强参考性案例工作的意见(试行)》第十条第二款规定。

[19] 参见《重庆市高级人民法院关于加强参考性案例工作的意见(试行)》第三条第二款规定。

[20] 参见《重庆市高级人民法院关于加强参考性案例工作的意见(试行)》第四条规定,这是案例指导制度得以适用非常重要的内容。

《重庆市高级人民法院关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》的理解与适用

□ 王 敏*

2011年8月15日重庆市高级人民法院发布了《关于审理民间借贷纠纷案件若干问题的指导意见》(以下简称《指导意见》)。为更好地理解与适用,本文拟对该《指导意见》起草的背景、主要内容及适用范围、主要条款的理解与适用作简要的说明。

一、《指导意见》起草的背景

民间借贷虽然有利于我国信贷市场多层次结构的形成,但是因操作失范,管理者监管缺位等原因,其又凸显出风险较高,纠纷易发的缺点。近年来,民间借贷纠纷案件急剧上升,涉案标的逐年增大,案件越来越复杂,所涉及的法律适用问题越来越突出,迫切需要廓清法理,明确法律适用,对审判活动给予引导。

2010年,市高法院成立了《审理非金融借款合同纠纷案件相关法律适用问题》的调研课题组,对包括民间借贷纠纷案件在内的非金融借款合同纠纷案件的基本情况、裁判理念、举证责任分配、各种情形下利息的计算标准、高利贷的认定、合法形式掩盖非法目的的效力认定、民刑交叉的情形、诉讼时效等突出问题进行了调研,在调研报告的基础上起草了《指导意见》。该《指导意见》广泛征求并吸纳了全市部分中、基层人民法院、市人大法工委、市政府法制办、市金融办、人行重庆分行、市银监局、市工商联、市律协以及部分专家学者的指导意见,并经市高院审判委员会讨论后修改形成。

* 重庆市南岸区人民法院研究室法官,原重庆市高级人民法院民二庭审判长。

二、《指导意见》的主要内容及适用范围

《指导意见》共20条,内容包括民间借贷纠纷的审理原则、几个重要的法律适用问题、指导意见的适用范围和施行时间等。几个重要法律适用问题包括审理民间借贷纠纷中当事人确定、举证责任分配、各种情形下利息的计算标准和起算时间、时效、民刑交叉案件的处理等。《指导意见》的适用范围是适用于自然人与非金融企业之间或者自然人相互之间的借贷纠纷。在征求指导意见时,市金融办建议“经地方政府金融主管部门和其他部门批准设立的从事贷款、担保、典当、融资、租赁、基金等金融业务的企业法人机构发放贷款引发的纠纷,不适用本指导意见。”考虑到上述企业虽然不是金融企业,但是经批准开展金融业务,其开展金融业务时除了遵守相关法律法规外,还受到相关的地方、部门规章的约束,其发放贷款的行为并不是简单的民间借贷,因此不应当适用本指导意见的规定,对于这些企业发放贷款引发纠纷所产生的法律适用问题,将另行出台规范性文件予以规范。故《指导意见》采纳了市金融办的建议。

三、《指导意见》主要条款的理解与适用

(一) 关于当事人的确定

《指导意见》第三条和第六条规定了当事人确定的基本原则和除外情形。民间借贷纠纷是合同纠纷的一种,合同相对性原则作为合同法的重要原则对当事人的确定具有重要的指导意见,因此在确定民间借贷纠纷的当事人时就应当在合同关系的当事人之间确定,合同当事人体现在合同中通常为合同的订立者,

即合同载明的合同签订方。但是,民间借贷纠纷的当事人之间常常没有签订书面的借款合同,而是在借款后由借款人向出借人出具借条等债权凭证,这些债权凭证在内容上基本具有借款合同的要素,实际就是借款合同,因此,第三条同时又规定,没有签订书面借款合同的,以其他债权凭证载明的出借人和借款人为原告和被告。但以合同相对性原则来确定当事人也有除外情形,即其他人可能作为实体权利的享有者或者义务的承担者时,也可以作为当事人参加诉讼。《指导意见》第六条就对此作出了规定,“夫妻一方签订的借款合同,出借人以夫妻双方为被告提起诉讼的,人民法院应予准许”。对于第六条的规定,征求意见时有两种意见,少数意见认为严格坚持合同相对性原则,应当只列签订合同的夫妻一方为被告,至于用夫妻共同财产偿还债务是执行中的问题;多数意见认为,执行中不能直接追加夫妻另一方为当事人,如果只列签订合同的夫妻一方为当事人,很难执行得到登记在夫妻另一方名下的夫妻共同财产,虽然借条上只有夫妻一方签名,如果属于夫妻共同债务的,夫妻双方承担连带责任,故出借人将夫妻二人列为被告的,人民法院应予准许。《指导意见》采纳了多数意见。

《指导意见》第五条规定了法定代表人签订的合同如何确定当事人的问题。法定代表人从事民事法律行为既有可能代表个人,也有可能代表企业。《最高人民法院关于适用〈民法通则〉若干问题的指导意见》第五十八条的规定:企业法人的法定代表人和其他工作人员,以法人名义从事的经营活动,给他人造成经济损失的,企业法人应当承担民事责任。因此对于法定代表人签订的合同,应当审查法定代表人是以个人名义还是以企业名义签订的合同,以个人名义签订,列个人为当事人,以企业名义签订,列企业为当事人。

(二) 关于举证责任

《指导意见》第七条规定了原告仅依据借条提起诉讼,被告辩称借条上的签名或盖章是虚假的,在原、被告均不申请鉴定的情况下,举证责任由谁承担的问题。此条在实践中争议很大,一种意见认为,根据“谁主张谁举证”的原则,被告辩称借条上的签名或盖章

是虚假的,应当由被告承担举证责任。另一种意见认为,此种情况下,应由原告承担申请鉴定等方面的举证责任。因为由原告申请鉴定还是由被告申请鉴定并非只是一个程序性的规定,其可能涉及到证明责任的最终分配问题。被告抗辩借条上的签名或盖章是虚假的,当然要承担举证责任,但是其举证责任可以通过向法官提供笔迹或公章比对的样本即可完成;但是,如果法官仍不能判断其真伪时,则可能面临判断谁应当承担败诉的后果的问题。依据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第五条之规定:在合同纠纷案件中,主张合同关系成立并生效的一方当事人对合同的订立和生效的事实承担举证责任,出借人应当举证明借条的订立和生效的事实,否则,其可能承担不利的后果。因此,当借条上的签名或盖章是否是借款人所为不能确定时,应当由出借人承担不利的法律后果。《指导意见》采纳了第二种意见,将举证责任分配给了原告,但同时将提供笔迹和公章比对本样本的责任分配给被告,因为被告的笔迹和公章在被告处,原告无法或难以获得,被告拒不提供的,人民法院可以直接认定借条上的签名或盖章是真的。还需要注意的是,此条所指的情况是原、被告均不申请鉴定的情况,如果被告主动申请鉴定,人民法院应当准予,并不适用此条的规定。

《指导意见》第八条是关于支付方式的举证责任由谁承担的规定。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第五条规定:对合同是否履行发生争议的,由负有履行义务的当事人承担举证责任。民间借贷纠纷中,出借人证明其款项已经支付的证据往往只有借据,对于支付方式在没有其他证据的情况下往往陈述为现金交付,实践中发现出现了很多通过借据来掩盖高利贷、非法债务的情形,为了防止此类情况的发生,《指导意见》认为对于金额较大的案件,不能仅凭借条就对借款事实和金额作出认定,人民法院应当对支付的方式进行审查,确定由出借人证明支付方式,出借人陈述现金交付使用的,由人民法院根据当事人陈述、现金交付金额、出借人支付能力、交易习惯等,依据民事诉讼的证明标准综合审查判断。举例

说明,在一起民间借贷纠纷中,原告起诉所举示的证据为借据,借据上载明被告收到现金300万元,原告作为一名普通的公司职员,其是否有能力出借300万元,300万元的现金支付在现实生活中又显得不合常理,这些都足以引起法官的合理怀疑,法官要求原告进一步举证证明借款的支付方式,原告对款项支付的时间地点作了进一步的陈述,并举示了银行取款记录以证明其300万元现金为其在自有帐户中的取款,举示了银行综合帐户查询记录、借条等,以证明300万元的资金来源于其自有资金和向其他人的借款,因此,法院认为,原告举示了借据,款项来源的证据,并且对现金支付作了合理的解释,其已经达到了民事证据的证明标准,据此认定原告履行了借款合同中的贷款义务。

《指导意见》第九条是关于出借人仅凭银行划款凭证起诉的案件,借款人辩称出借人向其划款系出借人偿还双方以前的借款并且借条已经灭失,借款关系是否成立的举证责任由谁承担的规定。一种意见认为,根据“谁主张谁举证”的原则,此种情况下,借款关系是否成立的举证责任由借款人承担,即对“偿还双方以前的借款并且借条已经灭失”承担举证责任,如果不能证明借条已经灭失或不能提供双方之前存在借款的其他证据,则应当认定借款关系成立。另一种意见认为,出借人仅凭银行划款凭证起诉的案件,借款人辩称出借人向其划款系出借人偿还双方以前的借款并且借条已经灭失,借款关系是否成立的举证责任由出借人承担。因为划款仅是一种事实行为,不能证明债权成立。根据证据规则的规定,出借人应当举证证明借条的订立和生效的事实,否则,其可能承担不利的后果。《指导意见》采纳了后一种观点。

(三) 关于利息

《指导意见》第十一条是关于如何界定高息以及已支付的高息能否请求返还和冲抵本金的规定。《最高人民法院关于审理借贷案件的若干意见》第六条规定,民间借贷的利率可以适当高于银行的利率,各地人民法院可以根据本地区实际情况具体掌握,但最高不得超过银行同类贷款利率的4倍。考虑

到市内各商业银行的利率不同,为统一裁判尺度,《指导意见》规定将高息的认定标准统一为高于人民银行公布的同期同类贷款利率的4倍。关于已支付的高息能否请求返还的问题,一种意见认为,当事人关于高息的约定应当无效,已经支付的高息可以按照合同无效请求返还并冲抵本金。另一种意见认为,根据《最高人民法院关于审理借贷案件的若干意见》规定,对于高息的态度是不予保护,所以即使支付了高息,已经清结的债权债务人民法院不再予以干涉,对于返还的请求不予支持,但没有支付完毕本金的,审理过程中可以请求冲抵本金。《指导意见》采纳了第二种意见。

《指导意见》第十二条是关于没有约定支付利息或利率以及约定不明的情况下如何主张利息或利率的规定。之所以规定此条,是因为审判实践中,有的法官混淆了利息和利率的概念,认为法律规定存在冲突,其实并不存在冲突。利息是指货币所有者因为贷出货币从借款人手中获得的报酬。利率是指一定时期内利息的数额同借贷资金本金的比率。《最高人民法院关于审理借贷案件的若干意见》第八条规定,借贷双方对有无约定利率发生争议的,又不能证明的,可参照银行同期贷款利率计息。《合同法》第二百一十一条规定,没约定利息或约定不明,视为不支付利息。《最高人民法院关于审理借贷案件的若干意见》第八条中“借贷双方对有无约定利率发生争议”的情况是指借贷双方虽然约定应当支付利息,但未约定利息标准或约定不明的情况,此时,可以参照人民银行公布的同期同类贷款利率计息。对于借贷双方没有约定支付利息的,应当参照《中华人民共和国合同法》第二百一十一条的规定,视为不支付利息。对于当事人虽未约定利息,但已经支付了的是否以合同法第二百一十一条规定要求返还的问题,《指导意见》认为,当事人虽未约定利息,实际支付了利息应当视为以实际履行对合同进行了变更,不得以合同法第二百一十一条规定要求返还。

《指导意见》第十三条是关于复利的请求能否得到人民法院支持的规定。《最高人民法院关于贯彻执

行<中华人民共和国民事诉讼法通则>若干问题的指导意见》第一百二十五条规定,将利息计入本金计算复利的不予保护。最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干指导意见》第七条规定,出借人不得将利息计入本金谋取高利,审理中发现债权人将利息计入本金计算复利的,其利率超出银行同类贷款利率四倍的部分不予保护。根据后法优于前法的法律适用原则,最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干指导意见》第七条的规定确立了对复利适当保护的原则。因为将利息计入本金再计算利息实际上是对利息计算方法的约定,只要谋取的不是高利,就不受最高人民法院关于贯彻执行<中华人民共和国民事诉讼法通则>若干问题的指导意见》第一百二十五条的限制。因此《指导意见》规定:出借人根据约定将利息计入本金请求借款人支付复利的,其利率只要不超出人民银行公布的同期同类贷款利率的4倍,可以支持,超过部分不予支持。还有一种意见认为收取复利应为金融机构特有的权利,因此将利息计入本金计算复利的一律不予保护,但是在向人民银行征求意见时,其认为收取复利并非金融机构特有的权利,故《指导意见》没有采纳这种观点。适用此条时需注意两点:一是当事人需明确约定将利息计入本金收取复利;二是折算后的利率标准不超过人民银行公布的同期同类贷款利率的4倍。

《指导意见》第十四条是关于逾期利息和违约金能否同时主张的规定。当事人在借款合同中可能同时约定逾期利息和违约金,根据私法自治原则,应当承认其法律效力。但在民间借贷纠纷中,当事人总是通过各种各样的方式来规避高息,其中也包括了既约定逾期利息,又约定违约金的情况,因此,债权人同时主张逾期利息和违约金的,合计换算后的实际利率没有超过银行同类贷款利率4倍时,人民法院可以予以支持。折算后的实际利率超过银行同类贷款利率4倍的,超过部分不予支持。

《指导意见》第十五条是关于逾期利息的计算标准和起算时间的规定。关于逾期利息如何主张的问题,《合同法》第二百零七条规定,借款人未按照约

定期限返还借款的,应当按照约定或者国家有关规定支付逾期利息。所以,借款合同中约定了逾期利息的,只要约定的逾期利息不超过法律规定,即人民银行公布的同期同类贷款利率的4倍的,可以主张。实践中的问题是没有约定的情况下如何主张逾期利息。逾期利息实际上就是当事人在逾期还款的情况下应当支付给贷款方的利息,包括合同期内利息和逾期付款违约金。从合同法对违约金的规定来看,《合同法》第一百一十三条规定:“违约的赔偿责任应当相当于因违约造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益。”借款方逾期还贷,贷款方的损失应当包括其到期应当收回的本金和利息,以及收回的本金和利息再贷出所应得的利息。因此,当事人之间虽然没有约定逾期利息,但按照合同期内利息来主张逾期利息并不足以弥补贷款方的损失。从违约金的性质来看,违约金应当具有补偿性和一定的惩罚性,借款合同纠纷中,在当事人逾期还款的情形下,如果按照原合同约定的利息标准计息,借款人就宁愿通过违约来获得资金,而不会受到任何惩罚,因此逾期利息的目的既在于对违约占用贷款人的资金造成的损失予以补偿,又在于对违约行为进行惩罚。最高人民法院《关于逾期付款违约金应当按照何种标准计算问题的批复》(最高人民法院法释[1999]8号)规定,对于合同当事人没有约定逾期付款违约金标准的,人民法院可以参照中国人民银行规定的金融机构计收逾期贷款利息的标准计算逾期付款违约金,中国人民银行调整金融机构计收逾期贷款利息的标准时,人民法院可以调整计算逾期付款违约金的计算标准。因此,对于当事人没有约定逾期付款违约金的,最高人民法院的态度是可以参照人民银行逾期贷款利率计算违约金。综上,在没有约定逾期利息的,也没有约定合同期内利息的情形下,可以按照人民银行逾期贷款利率支付逾期利息。没有约定逾期利息的,但约定了合同期内利息的情形下,参照《中国人民银行关于人民币贷款利率有关问题的通知》(银发[2003]251号)第三条关于罚息利率在约定利率再上浮30%-50%的规定,在合同期内利率的基础上上浮30%,但上浮后不得超过人民银行公布的同期同类贷

款利率的4倍。之所以要在30%-50%的幅度范围内规定30%，主要考虑了以下两点：一是统一裁判尺度；二是因为双方对逾期利息并未约定，采用30%的下限更为公平，也有利于促使出借人积极行使权利。借款人应当支付逾期利息的起算时间，应从合同约定的还款期限届满之日起算。没有约定还款期限的，根据《合同法》第二百零六条的规定，借款人可以随时返还，出借人也可以催告借款人在合理期限内返还，因此出借人可以随时主张债权，但应给借款人合理的准备期限，故逾期利息的起算时间应从准备期间届满之日起计算。合理的准备期间应结合双方当事人的交易习惯、欠款数额，债务人的履行能力等几个方面确定。

（四）关于时效

《指导意见》第十六条第一款对没有约定还款期限的借条如何计算时效作出了规定。借条的内容基本上具有借贷合同的几个要素，借款人未在借条中写明偿还时间，只是属于双方对此债务的履行时间约定不明。因此，未注明偿还时间的借条，出借人的权利只有在向借款人要求偿还而被借款人拒绝时构成对出借人权利的侵害。在这种情况下，出借人可以随时向借款人要求还款，诉讼时效从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日开始计算。第十六条第二款是关于没有约定还款期限的欠条如何计算时效的规定。出借人催告借款时借款人出具的欠条，是当事人之间仍

然存在借贷关系的书面凭证，但该欠款条标志着债权人已就借款债权行使过催告，借款人没有履行或不适当履行，出借人对债务人的履行意愿、履行能力已经了解，已知道或者应当知道其权利可能遭受侵害的事实，在这种情况下，应从欠款条所确定的还款日期之次日起计算诉讼时效期间；没有载明还款日期的，应从欠款条出具的第二天开始起计算诉讼时效，但名为欠条，实为借条的除外。

《指导意见》第十七条是关于借款已过时效后，借款人在出借人的催收通知上签字或盖章的法律后果的规定。最高人民法院《关于超过诉讼时效期间借款人在催款通知单上签字或者盖章的法律效力问题的批复》(1999年1月29日最高人民法院审判委员会第1042次会议通过，自1999年2月16日起施行)规定：“根据《中华人民共和国民事诉讼法》第四条、第九十条规定的精神，对于超过诉讼时效期间，信用社向借款人发出催收到期贷款通知单，债务人在该通知单上签字或盖章的，应当视为对原债务的重新确认，该债权债务关系应受法律保护。”虽然此批复针对的是信用社为债权人的借款案件，但根据对债权平等保护以及债务应当清偿的原则，《指导意见》规定对于除了信用社以外的其他民事主体为债权人的民间借贷案件，也应当适用批复的规定。

市高法院举行环境保护司法协调机制调研座谈会

7月14日下午，市高法院举行了环境保护司法协调机制调研座谈会。市高法院、市检察院、市公安局和市环保局的相关领导和部门负责人共计17人参加了会议。与会同志分别对《重庆市高级人民法院关于试点设立专门审判庭集中审理刑事、民事、行政环境保护案件的意见（讨论稿）》和《重庆市高级人民法院、重庆市人民检察院、重庆市公安局、重庆市环境保护局关于办理环境保护案件若干问题的意见（试行）（征求意见稿）》进行了深入讨论。市高法院审判委员会专职委员孙海龙总结指出：保护环境是大家共同的事业；要积极稳妥推进环境保护司法工作。会议由研究室主任岳新府主持。

编者按:

今年七至八月,中国法学会审判理论研究会审判监督专业委员会开展了第二届学术年会征文活动。有关专家学者在全国报送的数百篇论文中评选出优秀论文十五篇作为交流材料,市高院审监庭报送的《以终局性为目的谈民事再审改判标准》一文入选并在会上交流。这次活动得到我市三级法院的高度重视,经有关部门精心组织,有关法官辛勤撰写,共向会议报送论文二十六篇,报送论文数居全国前列。本刊遴选五篇送评论文,并特辟“中国法学会审判理论研究会审判监督专业委员会第二届学术年会论文选登”栏目予以刊载,以飨读者。

以终局性为目的谈民事再审改判标准^[1]

□ 吕容亮* 阎强**

引言

公正与效率永远是司法工作的主题,而再审程序对公正与效率的体现尤为突出。这是因为我国的法律制度并未将再审程序纳入两审终审的审级制度中,而是把再审程序被设计为是一项带有纠错性质、可以随时启动、对实体和程序进行全面审查的最终解决机制。再审程序的这种性质不仅终极性地体现了维护法律权威、稳定社会关系的公正一面,而且也体现了解决社会矛盾、防止诉权滥用的效率一面。

民事再审程序作为再审制度的一个重要组成部分,经过多年发展,其内容已经得到了极大的丰富和发展。但是,目前的民事再审程序并不能完全满足各种利益主体对司法公正与效率的追求,并在多方面收到了质疑^[2]。其中最重要的方面之一就是民事再审的终局性。从最高人民法院统计的2010年全国法院再审案件改判率来看,全国平均改判率达到了25.38%,发

回重申的占12.11%^[3]。笔者所在的重庆市法院系统改判率达到了约30%,发回重审率为4.7%^[4]。生效裁判的终局性受到严重动摇。

民事再审改判标准是民事再审终局性的主要内容之一。如果司法机关不能在民事再审改判标准的原则性问题上取得一致,那么无论是对公平正义的实质追求,还是对程序安定的形式保护均无法实现,民事再审的终局性亦无法谈起。因此,对民事再审改判标准的研究,直接关系到民事再审的终局性,以最终达到构建一个公正、高效、统一、权威法律制度的目的。

本文从现行民事再审程序的内容和特点入手,分析现行民事再审程序的价值取向,探讨民事再审改判标准与既判力的关系,对司法实践中的实体和程序民事再审改判标准进行了具体探讨,以尽可能维护生效裁判的权威。

一、现行民事再审程序的特点

现行法律对民事再审程序的规定可以从诸多法律及司法解释中见到。《中华人民共和国宪法》第41条应是再审程序的法律渊源。但宪法条款规定的只是当事人的申诉权,而这种申诉权只是民事再审程序的一个组成部分。除此之外,法律对民事再审程序的规定还有另一个重要组成部分,就是“以审判监督为基本理念,强调国家的监督权力,带有很强的职权主义色彩,甚至出现了立法上的国家主义倾向”^[5]。这在《中

* 重庆市高级人民法院审判监督庭庭长。

** 重庆市高级人民法院审判监督庭法官。

[1] 本文所称改判包括改判和发回重审。

[2] 相关内容见最高人民法院:《民事诉讼程序改革报告》,法律出版社,2003年,第265、267页

[3] 最高人民法院网站:《2010年全国法院审理各类案件情况》
http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/201103/t20110324_19084.htm,
最后访问日期2011年7月25日

[4] 重庆市高级人民法院内部统计资料

《中华人民共和国民事诉讼法》第16章“审判监督程序”、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》、《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》等诸多法律法规中均有表述,在此不再赘述。总的来看,现行民事再审程序具有启动主体多元化^[6];启动程序随时性^[7];再审次数无限性^[8];再审审级多样性与不确定性^[9];再审理由和条件多样化^[10]五大特点。

二、现行民事再审程序的价值取向

上述民事再审程序的特点,实际上反映了民事再审程序背后不同的立法价值取向。而民事再审程序的价值取向决定了民事再审改判标准的适用方向。因此,研究民事再审改判标准必须要以民事再审程序的价值取向为指导。价值取向本身属于哲学范畴,是指人们面对或处理各种矛盾、冲突、关系时所持的基本价值立场、价值态度以及所表现出来的基本价值倾向^[11]。从学术界对再审程序的价值取向观点来看,主要包括了实质正义与程序公正、程序安定、诉讼效益之间的平衡。但现行民事再审程序既强调了程序公正,又把实体错误摆在核心位置;既追求再审的效率,却在制度上设计了无时间、次数限制的再审机制,既要求依据法律规定的事由进行再审,又对某些再审事由表述过于模糊。因此,只有先对民事再审程序的价值取向作一探讨,才能对民事再审终局性的再审改判标准获得理论上的明晰,从而指导民事再审改判标准的具体适用。

有学者认为,“我国法律再审标准经历了从实体

真实主义——实体真实和程序合理并重主义——既判力的转变”^[12]。另有学者认为,“我国的民事再审模式是政策形成性的”、“……再审制度的理念……发生了不同程度的变迁……诉权成为立法的中心……强调职权主义的诉讼模式为一定意义上的当事人主义取而代之……传统的客观真实也为逐渐让位于法律真实和诉讼真实”^[13]。上述观点无疑反映了我国民事再审程序今年来的发展,从《中华人民共和国民事诉讼法》对再审事由最近的修订以及最高人民法院的有关司法文件来看,民事再审程序的价值取向其实一直处于变化之中。实体正义已经不是绝对标准,当事人的申诉权成为了主要的再审渠道^[14],对“证据随时提出主义”的摈弃也带有法律真实的意味等。但是,上述法律法规的变化并不代表再审程序的价值取向根本性的变化。例如再审事由之一“违反法定程序”必须要达到“可能影响案件正确判决、裁定”的程度才会引起再审程序;“新的证据”概念也在最高人民法院的有关文件中作出了不同的解释;国家公权力仍然处于再审启动的决定地位等。总的来说,目前我国再审程序的价值取向不仅没有形成统一的理念,反而法律的规定正处于一个交错混杂的时代,既有“实质正义、有错必纠”的传统,又夹杂着一些“法律真实、依法纠错”的清新。在不同价值取向的影响下,再审过程中如何适用改判标准就成了一个多元化的,充满矛盾的选择。

三、民事再审改判标准与判决既判力的关系

不同的价值取向为民事再审程序中的改判标准指明了方向。但价值取向本身并不是一个法律概念,其与历史传统,习惯,政策、法律目的等多种因素有关。在民事再审程序中具体适用再审改判标准,除了以价值取向本身作为指导外,还应以与再审改判概念相对应的判决“既判力”原则进行法理分析。事实上,最高人民法院早在2001年出台的《关于确定民事侵权精神损害赔偿责任若干问题的解释》中就作出了带有

[5] 刘敏:《宪法理念的重新定位与民事申请再审程序的重构》,《法商研究》2006年第4期。

[6] 见《中华人民共和国民事诉讼法》第177条

[7] 见《中华人民共和国民事诉讼法》第177条、第182条

[8] 见《中华人民共和国民事诉讼法》第177条、178条

[9] 见《中华人民共和国民事诉讼法》第177条、178条;《最高人民法院关于适用中华人民共和国民事诉讼法审判监督程序若干问题的解释》第27条、第28条

[10] 见《中华人民共和国民事诉讼法》第179条;《最高人民法院关于适用中华人民共和国民事诉讼法审判监督程序若干问题的解释》第30条、第33条

[11] 人民网:河北省社会科学基金项目课题组:《坚持正确改革取向 促进社会公平》, <http://theory.people.com.cn/GB/13429390.html>, 最后访问日期2011年7月25日

[12] 董伟威、陈浩:《既判力视野下的再审标准》,《人民司法》2006年第8期,第44页

[13] 汤维建,《我国民事再审制度的模式变迁》,《法商研究》2006年第4期,第32页。

[14] 见最高人民法院:《第一次全国民事再审审查工作会议纪要》第1条

“既判力”概念的解释,明确提出了在损害赔偿诉讼中前诉对后诉的拘束作用^[15]。随后,《最高人民法院关于民事诉讼证据若干问题的规定》亦规定“已为人民法院发生法律效力裁判所确认的事实”当事人无需举证^[16]。而2011年1月最高人民法院召开的“第一次全国民事再审审查工作会议”中则第一次明确提出“既判力”一词。在该会议的会议纪要第3条明确提出:

“民事再审审查工作……既要注重保护当事人的申请再审权,又要注重维护生效裁判的既判力”^[17]。

该会议虽然是针对民事再审审查工作,但是司法实践中民事再审审查的内容不可避免的也会成为民事再审审理的内容。从这个意义上说,最高人民法院不仅在民事再审审查程序中引入了既判力概念,而且将这个概念相应地带入到民事再审审理程序之中。

既判力的概念最早起源于罗马法的“一事不再理”原则,并在大陆法系和英美法系的诉讼理论所承认和发展。既判力在我国法律中并没有规定,其准确定义也没有统一。有学者认为我国法学界对既判力比较有代表性的定义为“生效的民事判决所裁判的诉讼标的对双方当事人和法院具有强制的通用力或者确定力”^[18]。另有学者将既判力与英美法系的“已决事项或案件”(res judicata)理论相对应,指既判力是“有完全事务管辖权的法院作出的终局判决对当事人及利害关系人的权利具有决定作用,同时该判决绝对地组织他们就同一请求和诉因再行起诉”^[19]。

对民事再审改判与既判力的关系来说,学术界有多种学说,主要包括否定说与妥协说。否定说强调既判力对再审改判的否定,在原理上又分为实体法说和诉讼法说。实体法说认为裁判内容在当事人之间创立

了——即使是错误的——不容改变的法律关系^[20]。诉讼法说则认为当事人自由选择程序决定了判决内容的约束力^[21]。否定说的这2个分支学说均强调既判力的效力而否认再审改判的合理性。妥协说认为再审改判是对法律公正性的维护与法律稳定等的平衡,是既判力的一种例外、妥协和让步。此外,还有学者认为既判力与再审改判的关系是相互对立的,两者的矛盾只能解释为一种新既判力关系,即再审审理是将只在形式上拥有既判力的生效裁判从实质上加以验证,“将伪既判力揭露、为真既判力补强”^[22]。

上述各种学说虽然各有道理,但是并不能很好地解释我国立法对民事再审程序的不同甚至矛盾的规定。否定说完全不符合“纠错”的立法现实。妥协说也未能解释这种“妥协、让步”与生效裁判的界线。新既判力理论虽然较好的解释了司法实践,但实质上是否定了生效裁判的效力,将生效裁判置于一种未知之地,用“推定”的方法来重新赋予生效裁判的既判力,这不符合生效裁判“立即生效”的特点,也无法解释再审判决本身的既判力问题——因为再审判决仍然可能面临又一次再审。笔者认为,既判力理论在我国的再审程序中应当得到认可,两审终审程序下的生效裁判既判力应当得到尊重。在再审判决未确定之前,再审审理与既判力的关系并不矛盾。再审程序只是立法机关基于各种考虑而规定一种特别救济程序,其目的不在于否定生效裁判,而对生效裁判内容作出不同标准的评判。最核心的是,再审程序并不是一种当然提起的程序。无论是对当事人或法院来说,生效判决即使存在瑕疵也并不必然会启动再审程序。因此,从这个意义上说,再审程序是从另一个方面维护了生效裁判的既判力。即使再审程序改便了生效裁判,这也只是从另一个视野、从另一种层面、以另一种标准和一种法律规定的特别方式创设了一个拥有全新既判力的判决,而不是对原生效裁判(下转第45页)

[15] 见最高人民法院《关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第6条

[16] 《最高人民法院关于民事诉讼证据若干问题的规定》第9条第1款第4项。

[17] 最高人民法院:《第一次全国民事再审审查工作会议纪要》第3条

[18] 江伟:《民事诉讼法》,北京高等教育出版社,北京大学出版,2000年,第276页。

[19] 王合静,《民事判决的终局性—既判力论与民事再审制度的平衡》,河南省政法管理干部学院学报,2005年第3期,第125页。

[20] 相关内容见:(日)高桥宏志,《民事诉讼法制度与理论的深层分析》,林剑锋译,法律出版社2003年,第478页

[21] 相关内容见:王亚新,《对抗与判定——日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2002年,第339页

[22] 董伟威,陈浩:《既判力视野下的再审标准》,《人民司法》2006年第8期,第46页。

论我国民事再审有限性原则的完善

——以部分法院的民事再审司法实践情况为样本

□ 徐家清* 向 亮**

为切实解决“申诉难”，2008年4月1日施行的《民事诉讼法》修正案对审判监督程序作了重大修改。修正案施行后，“基本上解决了当事人申请再审难的问题，民事再审审查制度的功能作用得到了有效发挥，制度改革的政治意义和法律意义充分彰显。”^[1]但是，此次修改立足解决“申诉难”问题，而未对我国民事再审制度进行全面修订。当前，民事诉讼法第四次修订的工作已经正式启动，积极为修法工作建言献策成为理论界和实务界的共同使命。本文拟就我国再审制度运行中存在的“无序再审”、“无限再审”等问题进行实证研究并提出建议，以期为修改我国民事再审制度提供实务上的素材和实践上的支撑。

一、现象与问题：三类民事再审案件及其背后的冲突

实务中，当事人“不打二审打再审”^[2]、“以非上诉事由打再审”^[3]的情况十分常见，“无限再审”或“反复再审”^[4]的现象较为突出。这三类案件，再审的事由、程序及裁判的结果可能都符合法律规定，但案件背后涉及的程序冲突和价值冲突值得高度关注。

（一）“不打二审打再审”

1. 个案回放：涂某（本诉原告、反诉被告）与陈某合伙协议纠纷一案，一审判决：驳回涂某要求陈某

支付违约金13万余元的诉讼请求；驳回陈某要求涂某支付工程款收益16万余元的诉讼请求；驳回陈某要求涂某支付违约金13万余元的诉讼请求；并就案件受理费8768元、鉴定费12000元、保全费420元负担进行了处理。一审判决生效后，陈某不服，向检察院申诉。检察院抗诉后，上级法院裁定：提审本案，再审期间中止原判决执行。^[5]

2. 类案统计：据江西法院统计，2006年~2009年期间，江西法院受理民事抗诉案件共356件，其中对二审裁判提起抗诉的91件，对一审生效裁判提起抗诉265件。74.44%的抗诉案件是未经上诉审而生效的一审裁判。^[6]另据北京二中法院统计，该院2010年受理的539件民事申请再审案件中，除85件为调解结案的一审案件外，其余均为不服一审裁判未经上诉而直

[2] “不打二审打再审”是指当事人对一审裁判不服，但不提起上诉，而在一审裁判发生法律效力后向法院申请再审或向检察机关申请抗诉的情形。

[3] “以未上诉事由打再审”，是指当事人在二审中未对一审裁判某些内容表示不服并提出上诉，二审裁判发生法律效力后，当事人以二审中未提出过的事由申请再审的情形。

[4] 无限再审或反复再审，是指民事案件的再审裁判作出后，经当事人申请、检察机关抗诉或人民法院决定，对再审裁判进行无限制的再次再审的现象。

[5] 参见重庆市云阳县人民法院（2009）云法民初字第245号民事判决、重庆市第二中级人民法院（2011）渝二中法民抗字第3号民事裁定。

[6] 李振峰：“民事抗诉权运行限度的实证分析与思考”，载江必新主编：《审判监督指导》（2010年第3辑），人民法院出版社2011年3月版，第25页。

[7] 林文学 刘小飞：“论我国民事再审审查制度的完善”，载《法律适用》2011年第7期（总第304期）。

* 重庆市第二中级人民法院审判监督庭庭长。

** 重庆市第二中级人民法院研究室法官。

[1] 苏泽林：“强化审判职能，服务发展大局努力推进民事再审审查工作科学发展——在第一次全国民事再审审查工作会议上的讲话”，载《立案工作指导》2011年第1辑，人民法院出版社2011年版。

接申请再审的案件，占当年该院民事申请再审案件的84.23%。^[7]当事人基于各种原因或目的“不打二审打再审”的现象十分突出。

根据《诉讼费用交纳办法》（以下简称《办法》），人民检察院抗诉启动的再审案件不交纳诉讼费用。实务中当事人利用《办法》规定，放弃上诉权而直接申请抗诉的情形随之出现。根据《办法》的规定，因有新证据申请再审的，当事人应交纳诉讼费用，但因操作困难（再审案件的特殊性），此种情形真正让当事人补缴诉讼费的案件较少。^[8]有的当事人为规避诉讼费用“不打二审打再审”，甚至出现“在原审中掌握了对其有利的关键性证据，但为了拖延诉讼等目的，在一审、二审中故意不提供”的现象。^[9]

（二）“以未上诉事由打再审”

1.个案回放：甲、乙诉丙医疗损害赔偿纠纷一案，一审法院认定甲、乙的损失为40万余元，判决丙赔偿甲、乙10万余元。甲、乙上诉称，原审责任划分不当，适用法律错误。丙上诉称其医疗行为无过错且与患者死亡无因果关系，不应担责；原审法院适用城镇居民标准确定赔偿金额不当。二审法院认为上诉理由均不成立，判决驳回上诉，维持原判。终审判决生效后，甲、乙以非上诉事由即一审判决计算被扶养人生活费年限错误为由申诉，检察院抗诉后，法院再审判决撤销二审判决，纠正了被扶养人生活费年限的计算错误。^[10]

2.类案统计：据重庆二中法院统计，2011年1~6月，该院二审判决被重庆高院再审改判6件，其中当事人以非上诉事由申请再审并导致二审判决被再审改判的3件，占同期二审判决被再审改判总数的50%。另据最高法院林文学法官介绍，“在高级法院和最高法院受理的申请再审案件中，当事人提出未在上诉时主张的理由较为常见”。^[11]

[8] 同注7。

[9] 李浩：“再审的补充性原则与民事再审事由”，载《法学家》2007年第6期。

[10] 参见重庆市万州区人民法院（2008）万法民初字第2821号民事判决、重庆市第二中级人民法院（2009）渝二中法民终字第1307号民事判决和（2010）渝二中法民再终字第47号民事判决。

[11] 同注7。

民事二审奉行有限审查原则，除上诉请求以外原判决违反法律禁止性规定、侵害社会公共利益或他人利益的之外，二审审理范围仅限于上诉请求的有关事实和法律适用。当事人未上诉之事由（如案型二的情形），自不属二审审理范围，但当事人以此事由申请再审却属再审审理范围，^[12]再审审查认为该事由成立并对二审判决进行了改判，亦符合法律规定。“以非上诉事由打再审”会出现一个冲突和悖论：即合法正当的二审判决是必然被再审改判并“纠错”，民事二审程序与民事再审程序之间的关系紧张。

（三）“无限再审”或“反复再审”

1.个案回放：陈某离婚一案，一审判决准许双方离婚；价值21万元的房屋判归陈某，陈某补偿吕某4万元，共同债务14万元由陈某承担。一审判决生效后，检察院抗诉，广西高院指定防城港中院再审，再审改判房屋归吕某所有，吕某补偿给陈某12万元。后广西高院提审本案，判决维持原再审判决。陈某不服并要求再次再审，广西高院再次裁定本案再审。再次再审后，广西高院裁定：撤销广西高院、防城港中院及东兴市法院的所有判决，把案件发回东兴法院重审。媒体对本案广为报道，称陈某在6年内打了32场官司。^[13]

2.类案统计：据重庆二中法院统计，该院2010年上半年审结再审案件19件，其中有2件案件系再审之后的再次再审。当期再审案件之中有10.53%的案件是对再审裁判的再次再审。也即实务中有一层以上的再审案件未现实“再审不审”目标或者说有一层以上的案件是“反复再审”或“无限再审”。^[14]

司法判决要有权威性，不能无限制的被推翻，也

[12] 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉审判监督程序若干问题的解释》第三十二条的规定：除涉及国家利益、社会公共利益，或者当事人在原审诉讼中已经依法要求增加、变更诉讼请求，原审未予审理且客观上不能形成其他诉讼的外，人民法院应当在具体的再审请求范围内或在抗诉支持当事人请求的范围内审理再审案件。

[13] “法院一审再审 小学校长6年打了32场官司”，搜狐网：<http://news.sohu.com/20060515/n243238297.shtml>，2011年7月20日访问。

[14] 参见重庆市第二中级人民法院《2010年本院进入再审情况一季度季报》、《2010年本院进入再审情况二季度季报》（未发表）。

不能无限制地被重审。终审判决可以无期限、无限制地被推翻,判决没有终结性,人们的法律关系长期处于不确定的状态,给社会秩序的稳定带来极大的破坏。^[15]然而,司法统计显示,司法实践中类似于案型三的一个案件经过多次再审的“再审不再”情形占到再审案件总量的一层以上,“无限再审”、“反复再审”的现象较为突出,纠正错误裁判与保持生效裁判稳定性之间的冲突严重。

二、影响与成因:三种消极影响源于制度设计欠妥

(一) 影响:损害公平正义导致程序冲突

收取民事案件诉讼费用对减少国家财政开支、防止当事人滥用诉权、制裁民事违法行为、维护国家主权和利益具有重要意义。^[16]缴纳诉讼费用,既是规制权利滥用的需要,又是当事人接受司法服务这一公共产品应当支付的费用。“不打二审打再审”成为当事人规避诉讼费用、拖延诉讼甚至规避执行的合法手段,成为当事人规避法律、谋取私利的工具,损害了社会公平正义;生效裁判的确定性、稳定性是与法律信仰和司法权威密切相关,既判力的作用是通过维护裁判的稳定来赢得人们对法的崇尚。重新审判的目的最终是为了赢得人们对司法神圣的敬仰和对司法定纷虔敬的尊重。纠错功能是再审制度的核心,再审裁判对原生效裁判进行改判,则意味着原生效裁判确有错误。非上诉事由不属二审审理范围,但却属于再审的审理范围。合法且正当的二审裁判存在必然被再审改判的命运,损害了二审裁判的权威性;不顾程序过程的公正性及裁判的确定性,随时推翻法院已作出的生效裁判,这会给当事人和社会公众产生一种“生效裁判亦被经常改判”、“生效裁判确定的事项或内容没有多大强制力和约束力”等感觉或印象。如这种感觉或印象被泛化成一种普遍的社会心理,非但不能强化和维系司法的权威性,而且就会使社会公众对司法不信任,削弱司法权威性,减损司法公信力。

[15] 柯阳友:“既判力理论与再审制度的冲突与平衡”,载《法律适用》2006年第7期(总第244期)

[16] 江伟主编:《民事诉讼法学原理》,中国人民大学出版社1999年版,第575-576页。

(二) 成因:制度设计的三处“硬伤”

1.“硬伤”之一:诉权滥用规制不力。当事人基于规避诉讼费用或拖延诉讼等目的“不打二审打再审”显属权利滥用。现行再审制度对当事人基于规避诉讼费用、拖延诉讼、规避执行或其他目的的恶意规避行为及其发动再审的行为缺乏规制。同时,根据《审判监督司法解释》第十条的规定,再审“新的证据”包括“原审庭审结束前已经客观存在庭审结束后新发现的证据”和“原审庭审结束前已经发现,但在规定的期限内不能提供的证据”两种情形,但上述规定具有较大的弹性,一方面当事人可通过举证将不属“庭审结束后新发现的证据”变为“庭审后新发现的证据”;另一方面当事人可提供诸多理由或借口将“在规定的期限内能提供的证据”变为“在规定的期限内不能提供的证据”。这亦为当事人拖延诉讼、实施证据突袭等权利滥用行为打开了方便之门。现行再审制度、诉讼费用交纳办法存在漏洞,且无力规制当事人基于规避诉讼费用、实施证据突袭、拖延诉讼甚至谋取私利等目的的诉权滥用行为。

2.“硬伤”之二:程序之间衔接不畅。程序是方式、步骤、顺序和时限的总和。因为“程序是有序相联系的”,^[17]故彼此衔接、前后承继、顺畅有序是法律程序的内在要求,亦是法律程序安定性的需要。诉讼程序作为司法程序最重要、最基础的部分,亦应如此。民事诉讼程序包括一审程序、二审程序和再审程序,^[18]除具有法定情形,依一审程序作出的裁判,应被二审程序所尊重;依二审程序作出的裁判,应被再审程序所尊重。“以非上诉事由打再审”情形之下,合法的二审裁判被再审改判成为必然,依据合法的二审程序所作出的二审裁判,得不到再审程序的尊重。此种情形之改判,是司法内部损耗公信力和权威性的制度硬伤,在司法公信力和权威性本就不高的现状之下尤其是如此,其不仅直接损害了二审裁判的既判力和权威性,且为当事人滥用诉权和浪费司法资源留下了方便之门。其原因在于再审程序设二审程序之间衔接不畅。

[17] 同注16,第152页。

[18] 此处的诉讼程序是狭义的诉讼程序,不包括非诉程序和执行程序等广义的诉讼程序。

3.“硬伤”之三：重复再审缺乏限制。既判力理论与民事再审制度是一对在内涵和价值理念上互异的理论，二者作用于维护司法判决终局性的趋同点就在于民事判决终局性的相对性。裁判的稳定性不但意味着法律不因人而异，而且体现着司法对权利义务的最终决定力量，从而树立司法的神圣感和权威性。因此，“再审程序和既判力理论的最终目的应是一致的。”^[19]然我国民事再审制度对于再审审级、再审次数并无限制，虽对当事人申请再审有两年期限的规定，但对法院决定再审、检察院抗诉再审未作时间及次数限制。多头申诉、多次申请再审、申请抗诉以及多次再审、反复再审现象突出。本文前述案例三，案件经过一审、二审之后，又经过了多次再审，最后又撤销之前的全部裁判，发回重审。实务中有一层以上的再审案件被再次再审，生效裁判被无限制的推翻，无限制地重审，既耗费了有限的司法资源，严重损害司法权威，又增加了当事人的诉累，使人们的法律关系长期处于不确定的状态，给社会秩序的稳定带来极大的破坏。其原因在于我国民事再审制度欠缺有限性。

三、对策与建议：建立并完善民事再审有限性原则

“人们凭借申诉权排斥非正当或者说非实质地获得既判效力的裁判，此可谓以否定之方式更好地维护司法既判力之原则以及司法权威”、“具有相反相成之趣”、“这种维护显然只有补充的意义，显然只能是例外而有限的。”如果通过再审程序否定生效裁判的既判力是一种常态，是经常性的、普遍性的，而不是例外性的、个别性的，则一方面意味着绝大多数生效裁判是错误的、非正当的；另一方面意味着两审终审审级制度的制度价值为负或者说没有存在的价值；同时还意味着纠纷虽经两审终审，但仍将长期处于悬而未决的状态。基于我国现行再审制度存在的与二审程序衔接不畅、缺乏再审有限性和对滥用诉权行为规制不力等问题，有必要建立学者呼吁的民事再审有限性原则。因再审的有限性，是指将再审程序定性为补教程

序，^[20]因此，意指“再审相对于上诉、申请复议等救济途径而言，是一种补充性的救济方式”的补充性规则属有限性原则的应有含义和当然内容，抑或说再审的有限性决定了其补充性。也即学界所论述的再审补充性原则本质上可归入再审有限性原则之内。笔者认为，可以《民事诉讼法》再次修订为契机，建立并完善我国民事再审有限性原则，其具体内容如下：

（一）严格启动再审的条件

针对终审裁判可以无期限无限制地被推翻，判决没有终结性，终审不终、再审不再、无限申诉的问题，有必要限制启动再审的条件，采纳未经二审的案件不得进行再审（一审终审的除外）、终审后发现新的证据的不得再审、最高人民法院终审的案件不得再审、无纠错可能性的案件不得进行再审等意见^[21]，以及涉及身份关系的案件不得再审、当事人已行使处分权的案件不得再审等意见。如此修订完善之后的民事再审制度，可有效解决“不打二审打再审”的问题。

（二）设立抗诉的前置程序

正如孙祥壮法官所言：在司法实践中，当事人多头申诉是一种普遍现象，不仅造成复杂的程序法问题，而且导致重复劳动和浪费司法资源等弊端。确立“法院先纠错，检察后抗诉”的模式，一是有利于提升法院申请再审案件的审理质量，此种模式之下，法院可建立问责机制对原审或原审法院及有关人员进行问责，从根本上提升法院纠错的有效性，从而有效地促进再审质量的提升；二是有利于提高检察监督的质量和效果。因为经过法院审查后，存在突出问题的案件范围逐渐缩小，检察机关可以集中力量关注有问题的案件，便于提高抗诉质量；三是有利于促进矛盾化解在基层，由于抗诉在后，将有效提高原审法院自行纠错的主动性，从而使大多数申请再审案件不必“上提一级”，即可纠正，高级法院和最高法院的案件压力将有效减轻，维稳压力也会得到有效缓解。^[22]建

[19] 王合静：“民事判决的终局性—既判力论与民事再审制度的平衡”载《河南省政法管理干部学院学报》2005年第3期。

[20] 田平安 肖晖编著：《民事诉讼法学改革开放三十年》，法律出版社2010年版，第343页。

[21] 李忠诚 陈刚：《中国法学会诉讼法学研究会1998年年会综述》，载《中国法学》1999年第1期。

[22] 孙祥壮：“理想与现实之间：民事再审程序的再修改”，载《法律适用》2011年第7期（总第304期）。

立此种模式，亦可有效遏制当事人“不打二审打再审”等规避诉讼费的诉权滥用行为。

（三）建立再审补充性规则

当事人如在第一审程序中就已经知道裁判存在重大程序或实体错误，完全有机会通过上诉或者申请复议等诉讼权利主张撤销或者变更一审裁判，而未通过上诉或者申请复议主张的，则不能在裁判生效后再以该事由主张撤销或者变更裁判。即当事人可以通过异议、复议或上诉的方式提出不服原裁判的理由而未提出，在申请再审时再提出该理由的，不予支持。确定再审补充性规则，“不仅有助于充分发挥一审、二审程序功能，提高审判效率，强化既判力，而且对于培养当事人正确运用诉讼权利、尊重生效裁判效力的诉讼意识也具有积极的作用。”^[23]补充性规则要求当事人充分利用审级制度内的权利救济途径获得救济，当事人基于规避诉讼费用、实施证据突袭、拖延诉讼甚至谋取私利等

[23] 同注7。

目的“不打二审打再审”的诉权滥用行为将得到有效遏制。同时，笔者认为，有必要进一步完善现有的再审补充性理论：一是增加当事人应当知道的情形，即规定当事人知道或者应当知道原一审裁判存在重大实体或程序错误，应通过异议、复议或上诉的方式救济；二是增加当事人依据非上诉事由申请再审的不予支持的规定。如此完善，既可防止当事人以其不知道原一审裁判存在错误而为“不打二审打再审”，又可有效解决再审程序与二审程序衔接不畅的问题。

（四）建立民事再审终结机制

在限制当事人向法院申请再审的条件、限制当事人向检察院申请抗诉的安排之下，启动再审将更加严格，“申诉滥”的问题将得到有效缓解。但如不对再审的次数作出限制性规定，再审之后再再审将成为可能并成为现实。故此时有必要对再审的次数进行限制，建立再审终结机制以根治类似于本文前述案例三的“重复再审”和“再审不再”，即在修订《民事诉讼法》时增加“同一案件经过两次再审即告终结”的规定。

（上接第40页）既判力的否定。再审裁判之所以拥有有更高的效力，是在于法律的选择，而不是对生效裁判既判力的否定。例如，对确实无法查证的事实，即使认为事实本身可能与原裁判认定的相反，但也仍然要尊重原裁判的认定，而不能基于类似二审的上诉审理权予以改判。再审程序对生效裁判的这种维护一定要体现在与两审终审不同的再审启动审查标准和再审审理标准上。由于再审启动审查标准不可避免的会在再审审理中进行审查，再审程序对既判力的维护实际体现在再审审理标准——也就是再审改判或维持——的审查内容上。

因此，既判力原则对民事再审审理的要求是：民事再审审理的改判标准绝不同于两审终审的审理标准，它需要另一个层面的标准和思想价值观对生效裁判进行评判——尽管这种评判的内容可能与生效裁判的内容相同。再审审理进行改判时不仅要发现真相，更要从实体上排除由于经验、学识，诉讼理念或价值观等随时间推移而产生的对事实、法律的认识不一致

对案件的影响，不仅要关注程序不当引起的后果，更需要保障程序自身的安定价值与诉讼的效率，不仅要着眼于个案，而且更要关注整个社会的公共利益和历史的正义。

四、结语

我国的民事再审程序，由于立法背后的价值取向不统一，呈现了既注重“客观公正，有错必纠”，又强调“法律真实，依法纠错”的矛盾局面。这种不同的价值取向为民事再审程序中如何适用改判标准带来了困惑。而除了价值取向本身这个哲学概念外，再审审理需要以既判力的法律理论为指导，特别注意我国生产力发展水平参差不齐，法律参与者水平各一，人民群众对公平正义的客观需求等情况，更加灵活的适用再审审理标准。对于民事再审的终局性来说，只有在民事再审改判的基本原则上取得一致，并对法律规定的实体与程序问题获得统一处理，民事再审的终局性才能更好地得以维持。

民事抗诉再审制度理论审视与实效分析

——以当事人穷尽上诉救济之建构为视角

□ 卢 君* 孙南翔**

作为我国的法律监督机关，民事抗诉权属于检察机关法律监督权在民事诉讼领域的具体体现。自2008年4月1日民事诉讼法修正案将民事抗诉事由细化为十三项加一款以来^[1]，检察院的抗诉数量逐年呈现上升趋势，抗诉发改率维持在40%左右^[2]，足以彰显检察机关在民事领域监督审判机关、维护司法公正的显著作用。然而，现实中长期以来检察机关民事抗诉权的正当设置和合理运作遭遇现实困境和学者质疑。基于此，笔者藉由具体实证数据对民事抗诉制度是否真正实现实体正义和程序正当、是否最大程度符合公正和效益原则、是否可以进一步实现帕累托最优等进行深入分析进行深入分析。

一、研究与困惑：重庆某中院民事抗诉再审案件情况实证分析

依据最高法公布的司法统计数据^[3]，2009、2010年全国法院审理民事再审案件数量分别为38070件、41331件。检察院民事抗诉数量占法院再审审判数量

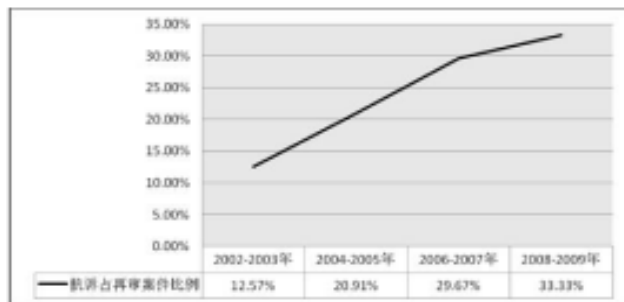
将近30%；检察院民事抗诉数量呈现上升的趋势，特别是自2008年民事诉讼法修正案施行以来，检察院民事抗诉数量在2009年达到11226件；民事抗诉的准确率有所降低，在2009年抗诉的发改率为三年来最低。

为深入研究检察机关民事抗诉效果，笔者对重庆市某中级人民法院民事抗诉案件进行实证调研，分析表明民事抗诉存在如下特点：

（一）民事抗诉案件绝对量增长，其占民事再审案件相对量上升

自2002年至2009年，重庆某中院受理民事抗诉案件总量即绝对量呈现上升的趋势，2006年受理民事抗诉案件数达到22件。如图1所示，该中院民事抗诉案件占再审案件总数相对量呈现上升的趋势，2008年以后，民事抗诉占再审数比重一直保持在30%以上。

图1：2002—2009年重庆某中院民事抗诉案件占民事再审案件比例图



（二）民事抗诉案件维持原判率高，发改率较低
如表1所示，2002年至2010年这9年期间，民事抗诉总平均再审改判率仅有19.51%，总平均发回重审率仅有4.88%，而总平均再审维持率高达59.76%，2009、2010年民事抗诉再审维持率高达66.67%。

* 重庆市第三中级人民法院副院长。

** 重庆市第三中级人民法院实习法官助理，西南政法大学国际法学硕士研究生。

[1] 详见民事诉讼法第179条、第187条，当事人申请再审事由与检察机关民事抗诉事由完全重合，本文将抗诉事由简称为十三项加一款。

[2] 本文所称的民事抗诉再审发改率为民事抗诉再审改判率与民事抗诉再审发回重审率的简单相加。发改率能够较直接反映生效裁判的错误率。数据来源于国家统计局国家统计局年鉴网页：<http://www.stats.gov.cn/tjsj/ndsj/> 最后访问日期：2011年7月20日。

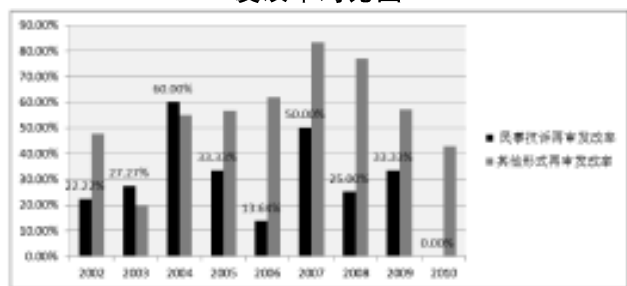
[3] 数据来源：最高法司法数据，网站<http://www.court.gov.cn/qwfb/sfsj/>。最后访问日期：2011年7月20日。

表 1: 2002 - 2010 年重庆某中院民事抗诉再审案件效果分析表

年份	抗诉情况	改判率	发回重审率	维持原判率	调解率	终结率和其他
2002		22.22%	0.00%	66.67%	11.11%	0.00%
2003		27.27%	0.00%	63.64%	9.09%	0.00%
2004		40.00%	20.00%	20.00%	0.00%	20.00%
2005		22.22%	11.11%	44.44%	11.11%	11.11%
2006		4.55%	9.09%	77.27%	4.55%	4.55%
2007		50.00%	0.00%	50.00%	0.00%	0.00%
2008		25.00%	0.00%	41.67%	8.33%	25.00%
2009		33.33%	0.00%	66.67%	0.00%	0.00%
2010		0.00%	0.00%	66.67%	0.00%	33.33%

启动民事再审有三种途径，一是当事人向法院申请再审；二为法院自行决定再审；三是检察机关抗诉。如图 2 所示，笔者以民事抗诉再审发改率与其他形式民事再审发改率进行比较，自 2005 至 2010 年，其他形式再审发改率均大幅度高于民事抗诉再审发改率。

图 2: 2002 - 2010 年重庆某中院民事再审案件发改率对比图

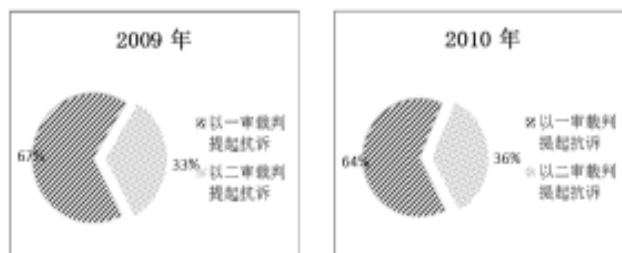


(三) 大部分当事人选择向检察院申请抗诉，而非提起上诉

如图 3，以 2009、2010 年为例，民事抗诉再审案件中针对一审裁判提出抗诉的案件数远高于针对二审提出的抗诉，在 2009 年重庆市某中院以一审裁判提起抗诉的比例高达 67%，2010 年的比例高达 64%。在我国其他地区也发现对一审生效裁判民事抗诉案件比例过高的现象，如 2006 至 2009 年江西省全省法院统计该比例达到 74.4%^[4]，在安徽该比例甚至高达 80%。^[5]

上述数据分析反映出当前我国民事抗诉再审制度存在以下趋势：第一，在民事抗诉再审领域检察院运用职权提起民事抗诉趋于频繁；第二，检察院民事抗诉准确率保持在低位，对启动民事抗诉程序不加

图 3: 2009、2010 年重庆市某中院民事抗诉案件生效裁判分析图



严格限制并不能最大程度的识别裁判不公进而最大程度的保护当事人的利益；第三，民事抗诉案件大多并未充分利用我国民事上诉审制度，而直接申请检察机关民事抗诉。

(四) 当事人不服一审裁判司法救济路径的功利主义分析

诚如当代著名法经济学者波斯纳所言：“最大限度地减少法律实施过程中的经济耗费，不仅是司法活动所应追求的目标，同时也是设计、评价一项法律程序效率高低的重要标准”。^[6]若当事人不服一审裁判，若选择向检察院申请抗诉，如图 4 所示，至少需要经过三道法定程序、三个司法部门配合才有可能获得救济机会。当事人向检察院申请抗诉过程最为繁琐，耗费司法资源最多。民事抗诉耗时间远多于再审申请耗时间。依据现行民事诉讼法规定，人民检察院受理民事申诉案件后决定立案的期限最长可为 30 日，人民检察院在调阅人民法院审判案卷后审查的期限最长可为三个月，接受抗诉的人民法院自收到抗诉书起到做出再审裁定期限最长为 30 日。期间的耗损致使本应及时到来的正义迟迟不能出现。

我国现行民事抗诉制度并没有对抗诉再审启动程序施加严格的限制，同时亦未规定当事人申请抗诉的生效裁判级别。在现实中，当事人在裁判既判力未确定前不提起上诉而直接待到上诉期满申请检察

[4] 李振峰.《民事抗诉权运行限度的实证分析与思考》，载《审判监督指导》，2010 年第 3 辑，第 26 页。

[5] 资料来源：法制网——法制日报，发布时间：2010-12-31 网址：http://www.legaldaily.com.cn/bm/content/2010-12/31/content_2424076.htm?node=20732，最后访问日期：2011 年 7 月 20 日。

[6] [美]理查德·A·波斯纳著，蒋兆康译：《法律的经济分析》，中国大百科全书出版社，1997 年版，第 717 页。

机关抗诉的现象较为普遍。民事抗诉正在逐步酿成我国诉讼领域的“公地悲剧”。

二、寻源与析明：当事人穷尽法院上诉救济的理念基石

国外多数国家承袭古罗马法的传统，主张“一事不再理”原则和私权神圣的观念，检察机关一般不主动参与民事诉讼领域，在大陆法系国家明文规定检察机关应尊重终审判决的效力和权威，不能对法官独立行使审判权构成“威胁”。德国、日本、法国等对民事再审启动程序的设置均以维护生效裁判稳定性和程序安定性为前提，保护当事人权利为中心，特别是将当事人之前故意不行使或怠于行使自己权利的情形排除在再审之外，进而在法院裁决的公正性和确定性中找到平衡。相对于上诉、申请复议等救济途径而言，德国《民事诉讼法施行法》中规定再审是一种补充性、例外性的救济方式。若在一审程序中引起裁判错误的事由业已存在，当事人应当通过上诉、提出异议和请求复议等常规方式寻求途径，而不应等到判决生效后在提起再审之诉。^[7]法国、日本等国家民事诉讼法中也有类似的规定。^[8]

我国在民事抗诉实践中存在过于追求实体公正，忽略程序正义和制度效益，导致民事再审启动无确切标准。笔者认为，在民事抗诉再审制度的改革中应该结合中国现实国情，民事抗诉再审程序的启动应科加必要的限制——当事人穷尽上诉救济。

（一）检察机关司法谦抑性的内在要求

根据民法私权神圣的理念，当事人可以在其私权领域内行使起诉权、上诉权和放弃自己诉讼请求或接受对方诉讼请求的权利。如果检察院对未侵害国家利益、公共利益的生效裁判利用职权自行提出民事抗诉，明显违背民事主体的处分原则，是国家权力对私法权利的横行干预。鉴于目前我国以国家利益、公共利益为由提起的民事抗诉数量很少，多数检察机关的抗诉是以侵害当事人利益为由^[9]，抗诉案件中相当部分属于检察机关自行提起，检察机关若大范围参与民事抗诉活动，将严重削弱法院裁判的既

判力，导致既定民事权利被破坏和重塑。

（二）当事人及时行使救济权利的必然选择

民事裁判生效后具有既判力，非经法定程序不得更改或撤销，这既是对双方当事人的保护，也为维护社会秩序的稳定和安宁。造成裁判错误的事由若在一审程序中就已经存在，当事人完全可以通过上诉、请求复议等常规方式寻求救济，而不应该等到判决生效后利用检察机关的职权申请民事抗诉救济。若一方当事人明知可行使自己权利却未行使或怠于行使，本身应被视为对自身权利的放弃。否则，将导致民事诉讼程序启动的非正当，不利于平等的保护双方当事人，更可能严重损害其他关系人的信赖利益。

（三）司法资源合理优化配置的切实保障

根据民事诉讼法的规定，二审程序的法官可以在重新调查事实和证据的基础上对案件做出裁判，完全不受一审程序认定的事实和证据约束。从制度设计出发，我国二审程序完全可以解决一审裁判证据和事实认定、适用法律等问题。另一方面，以司法实践角度，检察机关受理当事人的民事抗诉以后，经过调查、审核、决定、向上级检察机关提起抗诉至最终由法院进行的再审，均需要耗费大量的人力、物力和财力，调动、投入大量的司法资源，大范围的浪费我国宝贵的司法资源。

（四）再审特殊救济功能的本质内涵

民事审判监督程序不同于一审和二审程序，属于特殊的救济程序，既不是民事案件审理的普通程序，也不是裁判民事纠纷的必经途径。目前我国司法领域存在民事抗诉再审程序一般化的趋势。鉴于民事抗诉再审没有规定程序上的限制条件，一审裁决结束后，相当部分当事人将目光投向检察院，而非启动法院系统的上诉常规程序。在我国当前二审终审制中，并非所有的案件都有必要走向再审程序，民事抗诉再审启动设置前提条件——当事人穷尽上诉救济要求当事人优先在常规程序中优先获得救济，保障我国二审终审制度。

三、对策与出路：民事抗诉再审制度当事人穷尽

[7] 德国民事诉讼法第582条规定。

[8] 详见法国民事诉讼法典第595条，日本民事诉讼法第420条。

[9] 李振峰先生曾在江西省做过调研，发现2006—2009年江西省法院受理的民事抗诉案件涉及国家利益和社会公共利益数量仅占民事抗诉总量的2.8%。注释出处同脚注6。

法院上诉救济条件之建构

根据现行民事诉讼法的规定,只要人民检察院向人民法院提起抗诉,人民法院应当再审且再审应当开庭审理。虽然此规定能够在一定范围内治愈我国司法不公和腐败的痼疾,但是若不对民事抗诉再审启动附加任何条件,不仅不利于法院审判权的独立行使与当事人私权的良性运作,而且造成检察院民事抗诉案件良莠不齐并导致司法资源被不合理浪费。

(一) 确立民事抗诉再审程序启动前提——当事人穷尽上诉救济

穷尽上诉救济是启动民事抗诉再审的阀门,在设置上应采取谨慎的态度。在我国新一轮民事诉讼法修订中,笔者认为,在民事抗诉再审制度中应明文确定检察院提请民事抗诉再审程序启动的必要条件——当事人穷尽法院内部上诉救济,即当事人在上诉期间不上诉或撤回上诉的,若不构成例外事由,检察院不启动民事抗诉程序。

(二) 民事抗诉再审启动限制条件的例外事由

有原则就有例外,为彰显实质公正,民事抗诉再审制度中的例外事由同样不可或缺。经梳理和甄别现行民事诉讼法第179条规定检察机关民事抗诉十三项加一款再审理由后,笔者认为:第一,因发现新证据^[10]而申请民事抗诉,由于确属客观情形而无法预见,当事人虽未穷尽法院上诉救济,但根据正义原则仍应当允许其申请民事抗诉再审;其次,对于以司法人员未履行取证义务或审判人员在审理该案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为为由,因为纠正能力并非落在当事人力所能及的范围内且检查机关依法享有监督的权力,当事人通过民事抗诉再审制度寻求救济应被允许;最后,由于据以做出裁判法律文书被撤销或变更的事实发生在裁判生效之后,当事人无法预见因而应允许启动民事抗诉再审保障民事主体的权益。

值得说明的是,若当事人在上诉期由于客观事由不能提起上诉,应适用我国现行民事诉讼法第79

条规定:当事人因不可抗拒的事由或者其他正当理由耽误期限的,在障碍消除后的十日内,可以申请顺延期限,是否准许,由人民法院决定。在上诉期末上诉的不可抗拒的事由或者其他正当理由,由人民法院决定是否顺延上诉期,督促当事人切实利用常规程序维护自身合法权益。

(三) 民事抗诉再审穷尽上诉救济制度当事人例外事由的证明责任

依据民事诉讼法“谁主张、谁举证”的精神,民事抗诉再审启动例外事由的证据证明责任原则上应落在当事人身上。民事诉讼法同样规定,人民检察院对人民法院民事审判活动监督的权限在于启动再审程序,在生效裁判的审理范围就生效裁判的事实认定、适用法律以及是否违反法定程序、是否存在审判人员受贿徇私舞弊、枉法裁判行为进行监督。在上述范围内,人民检察院可以调查收集证据,这部分与当事人举证的范围耦合。

笔者认为应该将上诉期末上诉的例外事由证明责任归于当事人,但是考虑到可能存在当事人客观原因、实际能力等难以提供证据,检察机关可以依当事人申请对例外事由进行调查和核实。

(四) 法院启动民事抗诉再审前应进行形式审查

法院再审作为非常规救济程序,启动再审程序意味着可能对具有既判力的裁判进行修正,其构成对裁判确定力和权威性的撼动,非经法定事由不得启动再审。笔者认为,法院应该形式审查具体的民事抗诉再审法定事由,查明当事人是否曾放弃上诉权利;若放弃上诉权利,是否构成法定例外事由;若不构成法定例外事由,对民事抗诉不予受理,将检察院民事抗诉书退回并说明理由。

如果说司法是社会正义的最后一道防线,那么启动再审程序就是司法正义的最后一道防线。^[11]基于我国国情现状,一方面,作为被赋予法律监督权的国家机关,检察院民事抗诉权设置和运行有其正当性基础。另一方面,为谦抑克制民事领域职权主义盛行、平等保障当事人双方地位、充分发挥再审特殊救济制度、合理优化配置资源,对检察机关民事抗诉再审启动施加严格限制是合理亦是必要的。通过建立民事抗诉再审当事人穷尽法院上诉救济的制度,希冀衡平民事主体利益,实现定纷止争、服判息诉,最终达到构建和谐社会的宏伟目标。

根据我国《证据规定》第44条,再审程序中的新证据是指“原审庭审结束后新发现地证据”。

[11] 王俊杰:《法的正义价值理论与民事再审程序构建》,人民法院出版社2007年版,第129页。

民事再审诉讼心理干预路径初探

□ 叶 斌* 王 栋** 苏国华***

我国民事再审制度被赋予了“实事求是、有错必纠”的制度功能，但实际运行中也存在诸多缺憾。据统计，2008年4月至2010年11月间，全国各级法院共裁定提审9855件，指令再审15335件，再审率为18.6%。^[1]其中，民事再审占据了大部。频繁的“翻案”在一定程度上减损司法裁判的公信力，消减司法化解矛盾纠纷的效果。造成上述现状的重要原因在于审判中忽视了当事人诉讼心理的影响。

一、民事再审诉讼心理干预与司法公信

诉讼心理突出地表现为当事人之间的心理博弈和相应反应，基本反映出整个诉讼过程中其他诉讼参与人及诉讼主持者对该诉讼的看法和心理倾向。^[2]根据对民事再审程序和司法公信的作用向度，当事人诉讼心理可分为正面诉讼心理和负面诉讼心理，二者分别起到积极和消极的影响作用。

当事人诉讼心理对民事再审程序的影响，从民事再审的启动、再审审理的过程以及再审结果的外化三个方面得以体现。具体而言，若当事人持正面诉讼心理，其对于是否设法启动再审程序会有理性认识，例如单纯因证据不足而败诉就不倾向于设法启动民事再审，即便设法启动也会通过申请等正当途径而非上访、施压等非理性方式；在民事再审程序启动后，持正面诉讼心理的当事人也会严格在法律赋予的权利义务范围内作出合理诉讼行为而非采取其

他不当行为；持有正面诉讼心理的当事人往往对民事再审结果有着合理预期，即使再审败诉也易于接受符合法定审理规则和正当程序的裁判结果，而非反复纠缠于绝对的实体公正和个案正义，认为民事再审就应当有“错”必纠。

司法公信在相当程度上是一种心理现象。尽管设置民事再审制度的出发点在于司法认知的可错性和诉讼程序的瑕疵性，但“一个有效的司法制度的一个重要因素是判决的终局性，如果一个解决方案没有时间限制并可以用不同理由反复上诉和修改，那就阻碍了矛盾的解决”。^[3]如果当事一方基于其朴实的法律信念或受负面诉讼心理的影响，通过不合理的方式启动民事再审程序，置古老的、肇始于罗马法的既判力（或称之为“一事不再理”）原则于不顾，将影响整个司法程序的公信力。

立足于民事再审尤其是再审启动环节中当事人的负面诉讼心理表征，在把握多维成因的基础上对当事人负面诉讼心理加以合理干预，引导至正面的诉讼心理，是经由民事再审程序实现司法公信的重要途径。

二、民事再审负面诉讼心理表征及成因

负面诉讼心理，是指当事人在争诉过程中产生的各种心态变异和扭曲，并给案件审理和矛盾化解带来一定的负面影响。^[4]

（一）常见负面诉讼心理

1、规避心理。避免或逃脱责罚是人类的一种本能，^[5]多数人在“有利”与“不利”两种形势的抉择

* 重庆市合川区人民法院第一人民法庭副庭长，法学硕士。

** 重庆市合川区人民法院第二人民法庭助理审判员，法学硕士。

*** 重庆市合川区人民法院研究室书记员，法学硕士。

[1] 《全国法院民事再审案件结案率达85.4%》，载新华网，2011年7月23日访问。上述数据为民事再审方面的数据。

[2] 李丕赋、刘泽宇：《基于当事人诉讼心理的司法应对研究》，载北京市丰台区人民法院网，2011年7月24日访问。

[3] 美国联邦法院的首席上诉法官爱德华兹在谈及判决的终局性时所论。

[4] 杨建：《对当事人不当诉讼心理进行分析并提出对策》，载中国法院网，2011年7月24日访问。

中都会选择趋利避害,为避免这种不利于己的诉讼结果发生,多数人都会选择规避甚至采取欺骗手段。如发生在大连保税区的大丰贸易公司诉三太中心房屋租赁合同一案,案件事实与法律关系并不复杂,但却经历了一审、二审以及三次再审,长达七年之久,^[6]其根由在于被告持规避责任的负面诉讼心理,以伪证作为新证据多次启动再审。

2、固执心理。美国心理学家布莱姆把试图恢复自尊与自由的动机状态称为固执心理。当自身行为可能受到他人否定性指责时,人们往往感觉自己的自尊和自由受到威胁,第一反应就是力图去恢复它们,找出各种理由为之辩护。这表现在再审程序中尤为明显。早些年发生在湖北的“再再再审”案,经过两次审理,两次抗诉,三次再审,败诉当事人仍然未放弃申诉,^[7]这是典型的固执心理表现。

3、怀疑心理。怀疑是一种心理疾病,属于偏执型的性格缺陷。^[8]再审中这一负面心理集中表现为对法院、法官的不信任,部分败诉当事人不是检讨自己在诉讼证据和依据上的缺陷,而是先入为主怀疑司法的公正性,因而倾向于设法对生效裁判启动再审。如果利益诉求经民事再审后仍未得以支持,持有怀疑诉讼心理的当事人就会对民事再审程序正当性及公正性产生进一步的怀疑。

4、焦虑心理。焦虑心理往往使人显得谨小慎微,对事缺乏信心,对困难估计过重。持焦虑心理的诉讼当事人常常纠缠于案件的细枝末节,并急于从法官处获知案件审理结论。当法官受制于工作纪律不便表态时,当事人容易产生言语甚至行为攻击性倾向。民事再审启动没有次数限制的制度缺陷,在一定程度上向部分当事人提供了“缠讼”的可乘之机,导致部分当事人通过频繁启动再审以缓解自身焦虑。

5、投机心理。投机心理是人们企图偶然地获得成功或意外地免去不幸的一种心理。^[9]部分当事人可

能明知自身利益诉求难以得到法律支持,因而导致一审或二审败诉,但对民事再审的结果抱有投机心理,故对生效民事裁判提起再审申请,甚至通过信访或要求检察院提起民事抗诉等途径向人民法院施压,企图以提起民事再审程序达到改变生效民事裁判的目的。

(二) 负面诉讼心理之缘起

当前,我国民事再审程序中当事人负面诉讼心理的产生,与法治文化传统、制度环境等国情土壤以及诉讼主体的个体素养密不可分。

1、“情理法”位序的法律传统影响。与现代法治理念较为深入人心的欧美发达国家相比,“法理情”位序的现代法治理念并未完全根植于当下中国,当前民事诉讼当事人仍在相当程度上受制于“情理法”位序的传统法律观,即在情理与法律的关系上,强调法律源于情理,所谓“十法九例,无例不成法”;就法律与情理的位序而言,突出情理的优先地位,民谚就有“人情大于王法”、“有理走遍天下,无理寸步难行”的说法。对于人民法院运用诸如证据规则作出的民事生效裁判,即有可能因有悖于“情理法”位序的法律传统,而难以为当事人所接受,由此引发当事人提起民事再审程序。

2、不尽完善的制度设计诱导。作为人民法院的案件纠偏程序之一,民事再审程序的立法司法指导思想强调“实事求是、有错必纠”,即强调实体正义的实现以及个案正义的伸张。这一制度设计初衷正契合了当事人对个案正义优先、普遍正义次之的心态,导致当事人对民事再审程序寄予不尽合理甚至过高的心理预期,从而频频对生效民事裁判文书提起民事再审程序。

3、诉讼主体个体素养制约。在民事再审程序中固执己见的当事人法律素养相对较低,其对法律的正当程序认知程度相对有限。怀疑心态越重的当事人在败诉后越有可能提起民事再审程序,且可能利用民事再审没有次数限制和有效的期间限制等制度疏漏,采取“缠讼”、上访的方式表达利益诉求。败诉一方当事人意识到民事再审诉讼仍存在一定的胜诉概率,便愿意穷尽包括民事再审程序在内的一切

[5] 自然选择说认为人类趋利避害的本能是生存竞争选择的。

[6] 吴京堂:《一起经过二三次再审案件给我们的启示》,载中国再审网,2011年7月22日访问。

[7] 从玉华:《湖北“再再再审”奇案调查》,载《中国青年报》,2004年10月19日第六版。

[8] 乐国安:《现代应用社会心理学》,兰州大学出版社1995年版,第206-207页。

[9] 王洪山:《犯罪心理学》,群众出版社2005年修订版,第173页。

可能手段改变不利于己的裁判结果,从而采取投机诉讼策略提起民事再审程序。

三、民事再审诉讼心理之可塑性^[10]分析

(一) 可塑性存在基础

当事人诉讼心理的可塑性首先缘于社会心理的可塑性。根据社会心理学的观点,社会心理的形成是一个与足以影响社会心理的经济、政治、文化等多方因素的相互作用的过程,影响因素的改变往往导致社会心理的同向或异向变化。诉讼心理作为社会心理的从属范畴,自然也不例外,所不同的是影响因素具有诉讼行为和诉讼利益的特殊性。¹

正如有观点认为,可控性是诉讼心理的基本特征之一。^[11]诉讼心理可塑性的第二个存在基础,便是诉讼心理具有可控的基本特征,也就是通过诉讼引导者——法院和法官的主观能动,对当事人的诉讼心理能产生直接或间接的作用。此外,司法政策的允许及鼓励,成为法院对诉讼心理可塑的现实条件。在今年召开的全国民事再审审查工作会议上,最高人民法院常务副院长沈德咏强调要“最大限度地争取人民群众对司法活动的理解和对司法裁判的认同。”^[12]

(二) 塑造效果的实现

民事诉讼当事人在参与诉讼活动过程中存在心理求衡的过程,也即“诉讼当事人因纠纷的性质与激烈程度,诉讼进行中某些阻碍诉讼目标实现的因素影响而导致心理不平衡或产生某种不适,通过诉讼求得满足、恢复,最终达到心理平衡的过程。”^[13]心理求衡的其中一个重要形态便是“自我调适”,也就是诉讼意图尤其是不当意图得不到满足的当事人,通过理性反思自己的诉讼目标,意识到不当意图“在法律和司法公正的条件下未得到支持和保护是应有的结果。”^[14]可见,经过当事人诉讼心理的自我调适,有

助于增进对司法的认同和判决的服从。法院对诉讼心理的干预,是通过审判人员的合理引导以及法院依法开展司法活动、进行制度完善等行为,经由当事人诉讼心理的“自我调适”发挥作用,促使形成正确的心理形态,使诉讼行为趋于理性,进而提高司法认同度与服从度的过程。

(三) 可塑性的限度

法院对开展诉讼心理干预的过程及效果受制于一定限度。首先,主体受限。法院是国家审判机关,行使司法职权和开展司法行为必须在法律允许的范围内进行,司法中立原则不能违背。其次,过程受限。法院对诉讼心理的干预,须经由主体的自我心理求衡而发挥作用,干预效果的实现依赖于对诉讼主体诉讼心理的具体关注。最后,效果受限。决定心理干预效果实现程度的因素多种多样,法治环境、法律关系、当事人特质、对方当事人行为以及法官能力等均能影响心理干预效果。以法律关系为例,在民事案件中,侵害人身权的案件一般比合同案件矛盾对抗更为激烈,心理干预难度更大,原告一方也更难以认同对其不利的判决,对司法持不信任心态的可能性也更大。诉讼心理干预作为实现司法公信的其中一种方式,不可能奢望百分之百实现干预目的,需要借助其他措施的配合。

四、民事再审诉讼心理干预之实现

在我国现行的民事再审模式中,人民法院对案件审理起着主导作用,这为人民法院在民事再审程序中干预当事人诉讼心理提供了便利条件。经由心理干预矫正当事人负面诉讼心理,有助于确立当事人对民事再审程序的正面诉讼心理,修复被贬损的民事再审程序中的司法公信力。

(一) 关于诉讼心理干预的几个问题

1、干预的界定。心理干预是临床心理学最常用的治疗方法,是在心理学理论指导下有计划、按步骤地对一定对象的心理活动、个性特征或心理问题施加影响,使之发生指向预期目标变化的过程。^[15]本文借用心理干预这一心理学术语,但所指涉的内容并不仅限于按照心理学理论对当事人负面诉讼心理的微观层面予以引导,而是将视野扩展至宏观制度层

[10] 本文所称诉讼心理的可塑性,是指通过法院、法官的主观能动,使当事人的负面诉讼心理转化为符合现代法治精神和我国司法完善方向的正面诉讼心理的可能性。

[11] 鲁千晓:《论诉讼心理的形成机制及其特点》,载《社会心理科学》1998年第3期,第24页。

[12] 《最高人民法院首次召开全国民事再审审查工作会议》,载中国广播网,2011年7月24日访问。

[13] 鲁千晓:《论诉讼心理的形成机制及其特点》,载《社会心理科学》1998年第3期,第22页。

[14] 鲁千晓:《论诉讼心理的形成机制及其特点》,载《社会心理科学》1998年第3期,第23页。

面、文化传统层面等更为广义的宏观公众诉讼心理干预。由此,本文所指的干预是指人民法院在综合运用心理学、社会学、法学等相关理论的基础上,对民事再审程序中当事人负面诉讼程序予以有计划、有步骤的引导,矫正当事人对民事再审程序的负面诉讼心理,最大限度使之确立对民事再审程序的正面诉讼心理,进而提升民事再审程序及整个司法程序的公信力。

2、干预的前提。对民事再审程序中的当事人负面诉讼心理的干预应当大体限定于法律法规赋予人民法院的职权范围内,并适度发挥当前能动司法的主动介入策略,对微观层面的当事人或宏观层面的社会公众的诉讼心理予以正确引导。同样,对当事人负面诉讼心理的干预应当以充分保障当事人诉权为前提。

3、干预的路径取向。这种宏观及微观相结合的诉讼心理干预并不是盲目的,而是在分析当事人负面诉讼心理的表征及成因的基础上,对当事人负面诉讼心理的要素进行深度剖析,厘清当事人负面诉讼心理要素的变量与常量,严格区分可干预要素与不可干预要素,并在此基础上探索心理干预路径。

(二) 民事再审诉讼心理干预路径

1、在制度层面坚守司法规律,引导当事人对民事再审程序形成正面诉讼心理。在当前的民事再审程序中,人民法院更多的是扮演的一个被动的角色,在一定程度上存在迁就、迎合、甚至屈从于当事人负面诉讼心理的倾向。如前所述,“实事求是、有错必纠”的民事再审指导思想在一定程度上助长了当事人对民事再审程序寄予不合理的心理预期,对绝对实体正义的过度追求并不契合民事再审作为正当程序保障的司法规律。因此,人民法院在决定是否再审以及作出再审结论过程中,应紧紧围绕案件本身的事实、证据和法律规定办事,而不应屈就于当事人不当的实体正义需求以及公众舆论。换言之,民事再审程序应当符合司法规律,作为一种纠错程序,民事再

审程序并不必然实现申请再审当事人的利益诉求,人民法院应当通过对民事再审规律的遵从与澄清、还原民事再审程序的程序保障功能,以实际民事再审程序的运行以及典型民事再审个案展示,对当事人及社会公众展开鲜活的法治宣传与舆论引导。

2、在传统诉讼文化改良方面充分发挥司法能动性。克制与中立一贯是司法的特质,但是转型中国这一特定语境下,不尽健全的法治环境对民事再审程序中的当事人形成负面诉讼心理起到了推波助澜的负面影响。法治意识淡薄、权大于法、面子甚于法律、追求绝对实体正义……凡此种种,皆是民事再审程序难以承受之重,在当事人一再提起的民事再审程序面前,判决的稳定性、终局性难以确立,遑论赖此实现司法公信力。在这一特定历史时期,“需要司法发挥能动性,需要司法不仅能够事后补救,更需要事前干预;不仅要求司法严格的法律适用,也需要法院对个案公正的拷问与求证以修正司法的实质性公正。”^[16]人民法院应当也必须以自身的民事再审程序,通过典型民事再审个案公开、维护判决既判力等途径,逐步将程序正义、普遍正义的现代法治理念注入公众法律文化基因,最大限度维系法院判决的既判力和权威性。

3、在微观心理层面与当事人充分互动。当事人之所以对民事再审程序形成负面诉讼心理,其中一个重要原因是法官在办案过程中忽视了与当事人的充分沟通互动。“法官的职责及其角色地位决定了它对案件及当事人的态度只能是实事求是、客观公正。这一定位并不能成为法官人性化审判的阻碍,相反他是法官人性化的保证。法官应当在坚持法律的前提下,努力去适应当事人的角色眼光,尝试从当事人的心态去考虑,一齐达到和当事人的心理共鸣。让当事人真正感觉到,法官是真正公正的,是为民服务的。”^[17]法官应当在一审或二审审理终结后以与当事人充分沟通,准确把握当事人心理变化和真实想法,及时发现当事人负面诉讼心理苗头,通过提高司法透明度、进行判前释法、判后答疑、说服教育、依法训诫等方式,引导当事人摒弃负面诉讼心理,最大限度实现心理平衡,从源头上防止当事人形成负面诉讼心理。

[15] 浙江大学:《护理心理学》, <http://jpkc.scezu.com/hlxlx/showindex/752/566>, 2011年7月24日访问。

[16] 邓俊明:《能动司法的三个向度》,载人民法院网,2011年7月24日访问。

[17] 学武、袁长伟、孙守:《以民事诉讼为视角浅析当事人不良诉讼心理》,载中国论文下载中心网,2011年7月24日访问。

监督抑或替代： 浅析会签文件第三条第（二）项规定之缺陷 ——以民事抗诉再审的正当性设置为视域

□ 张 超*

要理解法律，特别是要理解法律的缺陷。

——边沁

最高人民法院和最高人民检察院于今年三月会签了《关于对民事审判活动和行政诉讼活动实行法律监督的若干意见（试行）》（为行文方便，简称“会签文件”），旨在完善检察机关对民事、行政诉讼实施法律监督的范围和程序。会签文件第三条规定：“人民检察院对于已经发生法律效力的判决、裁定、调解，有下列情形之一的，可以向当事人或者案外人调查核实：（一）可能损害国家利益、社会公共利益的；（二）民事诉讼的当事人或者行政诉讼的原告、第三人在原审中因客观原因不能自行收集证据、书面申请人民法院调查收集，人民法院应当调查收集而未调查收集的；（三）民事审判、行政诉讼活动违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定的。”其中第（二）项之规定，理论上称为法院取证缺漏。会签文件将之列入为抗诉机关可以向当事人或者案外人调查核实的情形，即对法院取证缺漏所涉及的证据，抗诉机关可以向当事人或者案外人进行调查核实，一方面调查

法院是否存在取证缺漏的行为，另一方面对法院取证缺漏行为所涉及的证据代为调取。^[1]笔者认为该规定在理论上有障碍，在实践中有危害，不具有正当性，应当予以适当调整或者进行限缩解释。试撰文以论之。

一、监督本位之固守：抗诉机关不应代为取证

我国现有的立法已经将检察机关的性质确认为国家的法律监督机关。检察权完全是与行政权以及审判权相并立的国家权力，都处于最高权力之下。^[2]例如，《宪法》第一百二十九条关于“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关”的规定，确立了检察机关法律监督的基本性质和职能，该规定在有关立法中得到具体体现，例如《民事诉讼法》第十四条规定：“人民检察院有权对民事审判活动实行法律监督。”对于监督方式，《民事诉讼法》第一百八十七条规定：“最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第一百七十九条规定情形之一的，应当提出抗诉。地方各级人民检察院对同级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，发现有本法第一百七十九条规定情形之一的，应当提请上级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。”可见，抗诉是检察机关对民事诉讼活动进行监督的主要手段，是督促原审法院之上一级法院

* 重庆市高级人民法院审判监督庭法官。

[1] 该会签文件也是对中央部署的司法改革任务的具体落实，会签文件第三条第（二）项规定的抗诉机关可以调查核实的内容有两种观点：一种观点认为是程序问题，即调查核实民事诉讼当事人是否存在因客观原因不能自行收集的证据，是否向法院书面申请过以及法院是否调查过；另一观点认为该条所列程序问题只是一个抗诉机关的一个判断问题，核心是实体问题，即抗诉机关直接收集法院取证缺漏行为所涉及的证据。

[2] 胡锦涛主编：《宪法学原理与案例教程》（第二版），中国人民大学出版社，第386页。

[3] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆1993年版，第548页。

纠正错误裁判的手段。这正合监督之本意，即察看并督促。^[3]除了抗诉以外，还有一种比抗诉更为柔和且可以让法院纠正错误的手段，那就是检察建议。这种手段更为符合我国国情，在会签文件中多次出现。^[4]其实，以检察建议的方式实施监督并非会签文件的首创，早在二零零一年九月三十日最高人民检察院发布的《人民检察院民事行政抗诉案件办案规则》中就已明确。该规则第四十七条规定了“原判决、裁定符合抗诉条件，人民检察院与人民法院协商一致，人民法院同意再审的”等可以提出检察建议的各种情形。

依法对当事人因客观不能取得的材料进行协助调取是人民法院的职责。这在立法上的规定是明确无歧义的。例如《民事诉讼法》第六十四条关于“当事人及其诉讼代理人因客观原因不能自行收集的证据，或者人民法院认为审理案件需要的证据，人民法院应当调查收集。”赋予了人民法院调查取证的责任。最高法院《关于民事诉讼证据若干问题的规定》（简称《民事诉讼证据规定》）第十七条将人民法院的调查取证权进行了限制和规范。^[5]该条将“当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料”并提出申请，作为人民法院调查取证的实质要件和形式要件。应当说完全符合《民事诉讼法》有关规定的精神，也是人民法院取证合法性与正当性的法律根据。相反，该项工作不是抗诉机关的职责，因为

[4] 从会签文件第七条规定可以看出，检察建议可以引起再审，从而纠正生效裁判之错误。有学者认为，检察建议的好处很多，既不伤法院的面子，也不伤检法两家的和气，且能达到纠正错误裁判之目的。

[5] 该条规定：符合下列条件之一的，当事人及其诉讼代理人可以申请人民法院调查收集证据：（一）申请调查收集的证据属于国家有关部门保存并须人民法院依职权调取的档案材料；（二）涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的材料（秘密材料）；（三）当事人及其诉讼代理人确因客观原因不能自行收集的其他材料。理论界将该规定作为支撑协同型民事诉讼模式的学说论据。

[6] 会签文件第三条第（二）项所涉及的第二个问题是证据种类问题。有观点认为会签文件扩大了人民法院调查收集的证据种类，包括民事诉讼法规定的七类证据。笔者认为，根据体系解释方法，结合《民事诉讼证据规定》第17条可见，人民法院根据当事人的申请，调查收集的证据应当限于“材料”，会签文件所指证据，同样应当限于材料。

[7] 之所以如此说，是因为有观点认为，检察机关根本就不该介入民事案件双方当事人争议的证据问题，只能限于监督法官在程序上的合法问题，在工作上的廉洁问题。

对于国家机关来说，“法无授权即禁止”。会签文件第三条第（二）项所指的证据种类，一般限于书面证据或者材料，而不包括证人证言等证据。^[6]

无论是抗诉，还是检察建议，都是实现监督的当然手段，应当说，都是其法律本位的固守，这些手段是无庸置疑的。^[7]诚然，从监督的定义来看，监督与替代、帮助之间没有语义上的联系，更无职能上的雷同或者含混。抗诉明显表现为督促，检察建议明显表现为提醒，没有替代的含义。因此可以说，检察机关在民事诉讼活动中，对审判机关的审判活动进行督促是其本分，但是，如果替代法院的某些工作例如取证工作则是越位，是一种明显违反程序正当性的行为。“程序是法治和恣意而治的分水岭。”^[8]

二、平衡构造之维护：抗诉机关不能代为取证

二十世纪末，特别是《民事诉讼法》（一九九一年）颁行后，我国法院逐步实现了诉讼模式的转换，由职权主义诉讼模式转化为辩论式诉讼模式。前者的特点是“当事人一张嘴，法官跑断腿”，后者的特点是“谁主张，谁举证”，即“举证之所在，败诉之所在。”^[9]这个规则在《民事诉讼法》第六十四条中得到体现，该条规定：“当事人对自己提出的主张，有责任提供证据”。在民事诉讼辩论主义模式下，作为中立地位的人民法院本不应该根据一方当事人的申请代为调查相关证据，其对双方争议的涉及实体利益的证据，重在核实而不是调查，调查是核实的手段。之所以存在当事人客观不能调取证据的情况，与我国的律师制度以及相关的配套制度的先天不足不无关系。有观点认为，法院的调查取证权违背了法官中立原则，破坏了法院和当事人之间的合理角色地位，给程序公正造成了极大的损害。^[10]如果从这个角度分析，抗诉机关就更不应该行使这个权力。

辩论式诉讼模式还表现为原告、被告等当事人在法庭上的平等对抗，法官居中裁判的审理机构关系，而当事人各方诉讼上的平等性，法官的中立性，则是公正裁判的基础。因此，在民事诉讼中公权弱化即公权力一般不得干预民事诉讼当事人的私权利，私权自治包括当事人对民事诉讼权利和实体权利有

[8] 西方法谚。

[9] 古罗马法谚。

[10] 段贞锋：《民事诉讼中的法院调查取证权论析》，《法制与社会》2008年32期。

处分权。这是《民事诉讼证据规定》限制和规范人民法院取证权的理论根据。《民事诉讼证据规定》第五十条规定：“人民法院依照当事人申请调查收集的证据，作为提出申请的一方当事人提供的证据。”该规定说明，依申请而收集的证据之举证责任没有变化，仍在负有举证责任的当事人一方。抗诉机关介入民事案件，无论有多大的理由，都有作为一方当事人代理人的嫌疑，而且在形式上也类似一方代理人。这种情势本身已让被申诉方感觉到了公权力的压力，如果还将其权利扩张到民事诉讼争议焦点问题的取证上，会让被申诉方感觉到其与申诉方在力量上的更加不对等。可见，会签文件第三条第（二）项加重了平衡被打破的度。正所谓“素朴的绝对的正义感，往往却是证据法则最大的杀手。”^[11]赋予抗诉机关这样的权力，表面上看纠错有力，符合正义要求，实际上不但突破了抗诉机关的监督地位，而且冲击民事诉讼当事人双方在法庭上的形式对等的构造。

有原则就有例外，在代为取证的问题上，如果涉及国家利益、社会公共利益的问题时，抗诉机关依法调查取证，就具有相当的正当性了。会签文件第三条第（一）项规定所指国家利益、社会公共利益，抗诉机关可以调查核实，在此过程中，必然涉及对实体问题的调查取证。从法国、德国、日本等国家规定的检察机关提起民事诉讼制度考察，会签文件的这个规定完全符合抗诉机关的机关性质。^[12]

三、裁判权威之树立：抗诉机关不可代为取证

人民法院在民事诉讼中居主导地位，是审判活动的组织者和指挥者。对于会签文件第三条第（二）项规定所指的“客观不能证据”的判断，包括对是否客观不能、是否符合收集的期限条件以及与案件的关联程度等等问题的判断。这些判断均应当由法院完成，而不应由其他机关代为完成。这个结论在《民事诉讼法》第七十条的规定也可以找到根据。如前所述，“客观不能取得的证据”本身还有一个判断的问题，原审如果基于申请期限的原因或者基于该证据

与案件的关联程度不够等原因而未调取，而抗诉机关认为符合客观不能的条件，并根据这一认识而代为调取，从而直接否定了法院的决定。在此意见相左的情势下，如果再审法院认为原审未调取的行为是正确的，认同原审的做法。于是，在检法两家之间加强了意见的分歧。当法院的看法与检察院对案件的看法发生明显对立时，这就很难保证检察院不去利用自身的优势地位干扰审判，这种干扰往往会由于有一个法律监督的宪法外衣而显得无比的正当。^[13]至少，这种情况的出现，必然让法院的权威，让裁判的公信度受到影响，该影响必然在申诉方及其亲属朋友以及周围群众的中蔓延。同时，抗诉机关代为调查取证还容易产生“激活效应”。一方面会让更多的民事诉讼当事人向抗诉机关申诉，并申请调查取证以实现自己的各种目的。另一方面，会让更多的当事人，怀疑人民法院生效裁判的正确性，从而不履行判决义务，或不接受判决结果，并弃诉讼而走信访之路，从而加剧申诉信访量，影响社会稳定。

抗诉机关在民事诉讼中代为取证不但没有合理性，也毫无必要性。如果该证据材料可能影响判决裁定的公正的，抗诉机关可以此为理由，提起抗诉。其法律依据是《民事诉讼法》第一百七十九条的规定。该条第五项将“对审理案件需要的证据，当事人因客观原因不能自行收集，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的”规定为抗诉机关可以提起抗诉的法定理由。^[14]提起抗诉时，检察机关可以建议人民法院调查收集；进入再审后，抗诉机关可以督促人民法院调查收集。这样做既合法，也合理，且可将对法院裁判权威的影响降到最低限度，何乐而不为。有观点认为，抗诉机关代为取证后，先行对证据的证明力进行判断，如果认为所取证据能够证明原审判决、裁定确有错误，再提起抗诉。反之，如果认为所取证据不能证明原审判决、裁定有错误，则不提起抗诉。因此，抗诉机关代为取证，有其积极意义。笔者认为，这种观点是从结果意义上进行思考，是唯结果论的表现。这种观点忽视了抗诉机关的基本职能，容易导致抗诉机关的功能紊乱，是不可取的。

四、修改规定及解释规定之初步建议(下转第60页)

[11] 西方法谚。

[12] 田平安：《民事诉讼法原理》，厦门大学出版社出版，参见第108页——112页。

[13] 胡锦涛主编：《宪法学原理与案例教程》（第二版），中国人民大学出版社，第387页。

[14] 可见，法律已经明确规定，抗诉机关在此类情况下即可抗诉，并不以实际取得实体证据为前提。

给付行政模式下行政行政诉讼制度改革

——以行政诉讼起诉期限的起算基点为视角

□ 卢君* 石珍**

本文试图选取行政诉讼期限起算基点这一几乎被忽视的视角，通过司法审查的价值梳理，分析行政诉讼期限起算基点的功能缺失，并警醒国家机关进行有效地立法回应与司法对接。

一、现实困境与追问：权利救济的制度障碍

案例^①：A、B夫妇曾生育一子C。2002年C被诊断为全身性皮肤病。A、B夫妇于2003年4月向D市E区人口与计划生育委员会（以下简称计生委）申请生育第二胎。同年10月，D市病残儿医学鉴定专家组对C进行了医学鉴定，其鉴定结果为：“疾病诊断：Hallopeau-siemen型营养不良性大疱性表皮松懈症；病残程度：符合国家计生委病残儿鉴定标准（十一）1款规定；医学建议：再生育二胎，应有可靠的产前检查”。2004年1月，计生委向A、B夫妇发放了《再生育服务证》。2008年3月，A、B夫妇再生一女F，同年8月，F经诊断患有遗传性营养不良性大疱性表皮松懈症。2009年6月，A、B夫妇提起行政诉讼，请求确认D市E区人口与计划生育委员会的行政行为违法。原告诉称，根据《D市人口与计划生育条例》规定，有一个子女的夫妻，若其第一个子女患有遗传性疾病，不能成长为正常劳动力，需经医学干预后，才能申请再生育一个子女。又根据《D市再生育审批程序》规定，乡、民族乡、镇人民政府、街道办事处人口与计划生育工作机构收到再生育申请后应进行审核，并对申请的内容进行调查。原告称自己在申请生育第二胎时，已经注明C患有Hallopeau-siemen型营养

不良性大疱性表皮松懈症，该病被明确列入了遗传性疾病的目录之下。但计生委严重怠于履行法定审查职责，未发现C患有遗传性疾病，以致错误做出可以再生育的行政许可。故请求人民法院确认该许可行为违法。最终，法院认为，行政诉讼法第二十九条规定“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的，应当在知道做出具体行政行为之日起3个月内提出”，而计生委做出发放《再生育服务证》行为之时为2004年1月，则A、B夫妇最迟提起诉讼之时应为2004年4月，但A、B夫妇提起诉讼之时却为2009年6月，超出了三个月的起诉期限，故裁定驳回起诉。

或许，这仅仅是众多司空见惯的法院判例中微不足道的一个，它未必能引起大家更为广泛的思考，更毋宁说对其所反映出来的法律命题进行一种解构性的批判了。然而，若认真对待与考量上述个案中精致的细节，我们当可窥见表象之后所掩藏着问题之所在。我们会疑虑，法律真的可以期待“A、B在领取《再生育服务证》之后的三个月内及时的向法定的机关寻求公权救济”吗？行政行为可分为授益性行政行为与负担性行政行为。对于负担性的行为，相对人可凭借直观的感受去领会该行为对于自己的压抑与侵害，这时受损一方若认为这样一种限制性作用不应加诸于己身，自然可以及时地寻求救济。然后，对于授益性的行为，即使其违法状态在现实上对行为之承载方加诸了负担，但由于此后果首先潜藏于表面所授予的利益中不易为人所知，因此受损一方往往无法及时寻求救济。如案例中所示，计生委并未拒绝A、B夫妇的申请，反而满足了他们的诉求。基于对该许可行为的信任，他们如何能获知其由于遗传

* 重庆市第三中级人民法院副院长。本文荣获优秀奖。

** 重庆市第三中级人民法院实习法官助理，西南政法大学宪法学与行政法学硕士研究生。

〔1〕 本案为重庆市涪陵区发生的真实案例。

病而不能优生的事实,又如何去体会该许可行为梦魇般的错误?显而易见,A、B夫妇无法在自身的诉求被满足的情况,以诉讼方式表达对该许可行为的不满。只有当特定的损害事实呈现于A、B夫妇面前,他们才可能意识到自己的利益受到了渎职机关行为的侵犯。然而,起诉期限的存在却阻碍了相对人权利救济的进路。可以说,权利救济在上述案例中的不敏感乃至缺席,正昭示了权利救济之殇,至少从评价现行的行政诉讼起诉期限制度的视角而言,确实如此。

二、功能定位与审视:起诉期限的价值重估

就行政诉讼起诉期限的理论基础而言,学者们一般概括为以下几点:分权制约均衡理论、行政权力效率理论、现代诉讼效益理论。^[2]此类观点确实不失其合理性。一方面,自由主义倾向往往被视为同限制与抵抗政府对公民权益暴虐的征夺有关,但是无论明确的还是不明确的,自由主义同时也应该包含着对个人与社会关系的一种更为广泛的解释^[3]——尤其是应考虑对晚近的社群主义文化冲击传统自由主义理念所衍生的后果加以更加精致的解释。这种社群主义提醒我们注意自己藏身于各种社会关系并扮演着各种社会角色的事实,并且对自由主义中极度的“个人主义”或“原子主义”加以拒斥,从而赋予了纷繁复杂的社会状态之下行政机关更为自主的自由裁量权。这点从行政给付这种新颖的公共行政方式在不断凸显其重要性中可以得到佐证。可以说,发轫于福斯托夫“生存照顾”理论的行政给付领域,在日渐吞噬以前那种基于秩序维持所构筑的传统的规制行政领域,前者作为一种积极地追求“国民生活之可能性及其改善”^[4]更加强烈的排斥其他权利抑或权力的干涉,更加注重其行为的自主性与效益。这种要求反映到行政诉讼法领域,就体现为不对公民的诉权进行无限制的保护,而给诉权的行使加诸了限定性的时间约束。另一方面,就现代宪政国家中权力分立与制衡的制度构架而言,司法权与行政权并不存在

权力层级上的高低之分。司法权审查行政权的合法性并非不言自明,尤其是司法的阳光几乎照耀到所有行政公共权力的领域之时,司法权本身也更应受到审查与监督。尽管公法学着重研究的是在公权力运用过程中如何对公权力进行规范、控制,使公权力的运行高效,防止其对于公民私域的暴虐;但是,从行政权存在的伦理基础,可以消解司法权对于行政权的过分控制。这种消解反映到行政诉讼法领域,便体现为司法权不能无限制的控制与监督行政权的行使。必须满足一定的时间条件与行为条件,司法权才能将行政权的运行纳入自己评判的范畴。因此,就时间因素对法的规范效力以及法律关系的影响而言,行政诉讼提炼出了专门性的起诉期限制度。

但是,不可忽略的是,行政诉讼起诉期限制度作为行政诉讼的一个重要环节,它必然承载着司法审查的功能。人民主权理论彻底改变了人们对于国家和政府的观念,也改变了民众在政府权力面前的弱势地位,使政府权力在历史上第一次不再是民众的枷锁,而成为全体国民的财富。这种理论认为每个人都具有一种基于自然地不可侵犯性,这种不可侵犯性即使以社会整体利益之名未经法定程序并依法定理由也不能逾越。而要使归结于个人的权利不至于无端受损,并毁灭每个人道德思考能力与主体性的信仰行为,必须将强制命令的范当控制在确定的界限之内。司法审查的目标在于确认与限制公共权力的运行在其权力界限范围之内,并且为已经遭受了侵犯的个体或者个案提供矫正性的救济手段。即,通过行政诉讼,原告可以借助强大的司法公权以对抗强势的行政公权,以修正原告处于弱势地位的权利结构,在司法这一层面上创造出均衡的新的权利结构状态,从而使得相对人合法权益得到弥补和矫正。^[5]而起诉期限制度作为构成行政诉讼制度的一个有机组成部分,若脱离了既定的行政诉讼整体功能的情景,就其本身而言是没有意义的。它的意义必须以其承载的整体功能为依托,再衍生属于其自身特定的功能,否则便无法保持整体目标的稳定实现和平衡发展。就好比,基于社会整体联系的前提,自由主义不能排斥社群主义的解构而偏执于不受他人干涉的独断性的权利。

综上所述,尽管起诉期限其本质是法律上基于对权利人利益以外的他益的考虑而限制权利行使的

[2] 张福刚. 试论我国行政诉讼时效完成障碍制度[J]. 行政与法, 2009, (07):71-73.

[3] [加]威尔·金里卡. 自由主义、社群与文化[M]. 应奇, 葛水林译. 上海: 上海世纪出版集团, 2005:1.

[4] 杨建顺. 论给付行政的法原理及实现手段[J]. 载杨建顺主编: 《比较行政法——给付行政的法原理及实证性研究》[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2008:4.

措施,是对行政行为确定力与效率予以确认与保护的一种立法策略,是三权分立与制衡理念的又一次阐释。但是,它必须立足于行政诉讼监督行政权力运行与维护相对人合法权益这一前提性的功能之上。

三、实践反思与警醒:起算基点的机制检讨

根据我国现行的法律规定,行政机关同时告知了相对人行政行为

的内容、诉权以及诉讼期限的,针对行政行为而可以寻求司法救济的起算时间点都应当在知道或应当知道做出具体行政行为之日起计算。若不加细致的考证,上述规定并无太多问题,然而若将之置于更为广阔的视野下,加以一种全新的评估与分析,当可见其诟病之处。

在学界对公共行政历史变迁的典型叙事中,国家的公共行政经历了从“守夜人式国家”到“行政国家”的变迁。从对封建暴政的心有余悸,到对“市场失灵”的恐惧,国家也跨越了“原子主义”的自由主义时期过渡到了社群主义下的自由主义年代。政府职能的扩张已经是不争的事实,行政权力几乎触及社会的各个角落。^[6]而在与之同时,行政法逐渐从“防范国家权力”的秩序行政模式之下迈向了“通过国家的权利,向国家要求权利”的给付行政模式。这样一种转变,也意味着干预行政行为不再是行政领域唯一的擎天之柱,行政给付行为也开始以一种主人翁的姿态登上了行政领域的历史舞台。在日本,尽管学界对给付行政概念的表述有不少差异,但对于行政给付在本质上属于“授益性行政活动”的认识并无二致,而目授益行为所生权利和利益也无公法或私法属性的严格区分。^[7]

具体而言,干预行政强调国家基于一定的行政目的,为维护公共安全与秩序,可以凭借其掌握的权力对公民、组织实施一定的限制、制裁或者强制。此时,权力的行使一方与权力的作用一方处于一种明显对立与冲突的状态。因此,由于这种权利克减与损益或义务增加与不予免除的存在,行政相对人一方自然能以直观之感受体验到权益受损之事实,故往往能及时对该行为做出反应。并且,干预行政的做出往往以听取相对一方的陈述与申辩、告知相对人事

实与理由为前提。这样,自干预行政行为做出之日起,相对人在时间上拥有比较充分的考虑和选择机会。然而,行政给付以积极增加公共利益为直接目的,通过一定供给性行为帮助公民、组织改进生存状况为内容的国家行政,是一种赋予相对人某种利益与行为自由的授益行为。这种表征上天然的伪装,能够消解当事人的警惕性,致使相对人无法及时诉诸于救济。下面,笔者通过几个案例加以描述这种事实的存在。

案例一,在移民搬迁中,行政机关未告知内部文件中关于划分搬迁对象类别的规定,致使相对人在不知其可以参照工矿企业搬迁补偿标准获得补偿的情况下,与行政机关达成了以生活居民标准补偿的移民补偿合同。此时,我们无法期待相对人一方能够在未知此隐瞒情况之时,主动通过法定途径要求撤销原移民补偿合同,并与行政机关重新签订以工矿企业标准补偿的补偿合同。

案例二,设立危险化学品生产、储存企业及其改建、扩建,都应当符合国家规定的条件,并向安全生产监督管理部门办理审批手续。若企业本身并不具备国家规定的硬性条件,并且这种条件的缺失在审批材料上可以反映出来,但安全生产监督管理部门未尽到审批时相当的注意义务,违法发放了行政许可,最终导致了事故的发生。此时如何确定起诉期限的起算点?显而易见,无法期待该企业在自身的诉求被满足的情况,以诉讼方式表达对该许可行为的不满。当只要当特定的损害事实呈现于申请人面前,他们才可能意识到自己的利益受到了渎职机关行为的侵犯。但由于起诉期限的存在,却存在阻碍相对人权利救济进路的可能性。

在上述案例中所凸显出来的司法困境,其实就在于对行政诉讼法对起算点设置的不合理。行政诉讼的功能定位在于通过纠正违法的行政行为及相应的行政赔偿,切实有效地保护了当事人的合法权益,同时对一些违法的行政行为及滥用权力等的不良行政起到了制止和预防的作用,节省或减少了行政违

[5] 谭宗泽.行政诉讼目的的新论——以行政诉讼结构转换为维度[J].现代法学,2010,(04):53.

[6] 李国兴.超越“生存照顾”的给付行政[J].中外法学,2009,(01):830.

[7] 柳严涛,刘宏渭.行政给付的性质界说[J].东岳论丛,2006,(01):189.

法成本,相应地提高了行政成本的运作率。但是,依据不告不理的原则,这样一种对行政权运行的监督与纠正必须依靠于行政相对人的起诉。相对人只有意识到权利被侵害才可能诉诸于司法救济途径。也就是说,对相对人诉与不诉的选择自由,必须给予实质上充分的尊重,至少在相对人意识到自己的权益受到侵害之后,能有一个适当的时间期加以恰当的考虑并合理的安排自己的行为。如前描述的授益性的给付行为无法在该行为做出之时便给相对人一种权利受损的切肤之痛。当相对人意识到该授益行为侵犯自己的权益之时,距离行政作出之日往往已超出了三个月的期限。因此,起诉期限的起算点应当从相对人知道或者应当知道权利被侵害时起计算。只有如此,针对当事人在法律给予的特定时间里没有起诉的事实,法律取消当事人诉诸司法救济权利才能获得伦理上的正当性证成。

四、法律对接与回应:正当裁判的技术弥补

(一) 立法修改

1.将《行政诉讼法》第三十九条修改为“公民、法人或者其他组织直接向人民法院提起诉讼的,应当在知道或者应当知道权益受侵害之日起3个月内提出。”

2.通过司法解释对《行政诉讼法》第三十九条加以解释:若被诉行政行为是负担行政行为,那自相对人获知行为内容之日,视为应当知道权利被侵犯;若被诉行政行为是授益行政行为,那么相对人遭受损失之日,视为应当知道权利被侵犯。

(二) 司法个案平衡

“因循守旧的成文法与日新月异的社会发展之间的巨大差距”已经产生了普遍意义上的司法能动主义。^[8]法官在没有法律的情况下或者按照法律规定判决会导致不正当的个案裁判之时,就必须借助于其他法律原则或者工具以填补法律与现实中的空白。“合法性”中的“法”,首先肯定包括授权行政主体实施具体行政行为的“法”,而该“法”肯定不仅包括了立法者所拟定的事实要件与法律效果——法律评价,还包括立法者做出该种评价的目的。而就行政诉讼的法律效果而言,必须确保行政相对人在其质疑行政行为的合法性之时享有直接诉诸司法机关寻求救济的可能性。如前所述,关于行政起诉期限起算点的确定也必须给行政相对人留有思考与选择的时间期。针对类似于文中案例所示之情形,不能合理期待行政相对人对授益行为掩盖下的侵权效果能够及时并理性的做出诉讼法的反应。若行政相对人无法及时获知该授益行为侵犯了其权益导致未能法定的起诉期限内及时行使诉权,可以将之视为有正当理由而超过了现行法上的期限要求。这样,不拘泥于形式法治的外壳,通过不违背法律目的的合理解释,为个案的公正解决提供了司法上的保证,实现了实质法治的目标。

[8] 侯学勇.法律解释方法的证立功能与司法能动主义[J].华东政法大学学报,2010,(01):119.

(上接第56页)如前所述,抗诉机关对民事审判活动进行监督具有正当性,但是,监督不是取代,监督方式具有法定性,抗诉机关应当在这个范围内思考问题,开展监督工作。然而,会签文件将法院取证缺陷行为所涉及的证据直接规定为抗诉机关代为调取,无论从诉讼法理论上分析,还是在再审审判实践中运行,都不具有正当性,应当予以修正。根据上述理由,笔者建议对会签文件第三条第(二)项规定作如下修改:

民事诉讼的当事人或者行政诉讼的原告、第三人在原审中因客观原因不能自行收集证据、书面申

请人民法院调查收集,人民法院应当调查收集而未调查收集,人民检察院可以提起抗诉,人民法院应当再审,并可以指令原审再审。

同理,根据上述理由,也可以对会签文件第三条第(二)项规定作如下限缩解释:

会签文件第三条第(二)项规定所指的调查核实仅指调查涉案证据是否属于当事人确因客观原因无法取得、当事人是否在规定期限内向法院提出过书面申请、法院是否存在应该调取而未调取的情况等三个方面的内容,本规定所指调查核实不包括抗诉机关代为取证。

当代行政审判权的立体维度

——以行政审判权同行政权“配比设计”为核心思路

□ 邓 瑀*

一、思维的起点——引起思索的几个案例

案例一：张某诉芜湖人事局不平等对待案^[1]

2003年6月，25岁的张某报考了芜湖市公务员招聘考试，成绩名列第一，却因为体检发现携带乙肝病毒而被取消录取资格。通过行政复议程序救济未果后，张某以被告芜湖市人事局的行为剥夺其担任国家公务员的资格，不平等看待乙肝患者为由，提起行政诉讼，请求法院依法判决被告的具体行政行为违法。经过一、二审诉讼程序，法院最终作出了确认被告行政机关具体行政行为证据不足的生效判决，“乙肝歧视第一案”以张某胜诉而告终。

案例二：田某诉北京科技大学教育行政案^[2]

1998年底，因考试违纪被学校作退学处理，北京科技大学学生田某一纸行政诉讼状将母校告上法庭，要求判令学校按规定向自己颁发毕业证和学位证，办理相应的毕业手续，并相应赔偿。经过两审程序，法院最终以北京科技大学未依正当程序作出退学处理决定，应属无效为由，支持了田某诉讼请求。与之相反，2004年王某诉广西医科大学要求撤销退学处分决定案以及北京某大学经管学院会计系98级女学生严某起诉所在大学的类似案件，则被受案法院以此类纠纷不属于人民法院直接受理行政案件的范围为由裁定驳回。

案例三：王某诉上海某区房地局政府信息公开案^[3]

2008年6月，被拆迁人王某向上海市的某区房地局提起政府信息公开申请，但未获得批准。王某遂诉至法院，要求该区房地局履行信息公开义务。庭审中，合议庭就王某是否具备行政诉讼原告主体资格、该城市房屋拆迁安置补偿协议是否属于政府信息等问题激烈争论，经过反复研究、评议，法庭最终支持了王某的诉讼请求。

以上案例突破了传统行政诉讼受案制度的局限，诞生之初均引起法律理论、实务界的广泛关注和普遍争议，其个性化价值思辨与逻辑争论本文在此不作具体探讨，引起笔者思索的是，面对实践发展中符合行政诉讼基本理念并日益多元化的社会利益诉求，我国现行的行政诉讼制度应当如何回应？改进行政审判权制度，拓展司法审查的范围和深度自然成为客观需要，那么当代行政审判权制度又当如何建构？

二、思维的方法与过程：“配比设计”观点的提出

（一）研究对象的概念厘定

我国理论界对行政审判权的界定众说纷纭，依据著名行政法学家罗豪才教授的解释，行政审判权

* 重庆市第五中级人民法院法官。本文荣获优秀奖。

[1] 王建华：《中国乙肝第一案纪实》，载 <http://so.110.com/panli>，2010年3月26日访问。

[2] 李斌：《教育行政系列案例》，载 <http://hayo.apr.com/panli>，2010年6月日访问。

[3] 张新平：《新型拆迁案件检索》，载 <http://soguer.unt.com/panli>，2010年7月2日访问。

[4] 罗豪才：《行政审判问题研究》，北京大学出版社1990年版，第13页。

[5] 关于行政审判权界定理论界众说纷纭，定义之争并非本文重点，因罗豪才教授的观点倾向于文义和描述性解释，符合本文引用需要，故笔者采其观点。

是指“人民法院依法审理和裁决行政案件的权力”。

[4][5]其法律特征包括：法院通过司法程序解决行政争议的一种权力；行政审判的对象是行政争议案件；行政审判权的核心是审查具体行政行为的合法性；行政审判权由国家强制力予以保障；行政审判权是一种事后的监督权。作为以行政审判权设定、运行为中心的法律制度，行政审判权制度的基本内容包括：主管和管辖权、对行政行为的司法审查权、对起诉的审查权、证据审查权、诉讼活动指挥权、判决和裁定权、强制执行权、司法建议权等。[6]对行政行为司法审查的广度与强度是行政审判权制度的核心。我国现行行政审判权制度主要规定于1989年颁布的《行政诉讼法》，体现在行政诉讼受案范围、具体诉讼程序等规则中。

（二）历史与实证的思维视角

1、从历史沿革探寻我国行政审判权制度运行变迁规律

对行政审判权制度运行轨迹的研究必须纳入行政法治整体沿革中，回顾历史，我国的行政法治发展历程大体层现四个阶段：萌芽期(1949—1957年)、挫折期(1957—1978年)、恢复期(1978—1989年)、深入发展期(1989—)。1989年我国第一部《行政诉讼法》的颁布正式确立了行政诉讼制度，标志着我国行政法治深入发展时期的到来。

（1）改革初期转型背景下政府模型的行政法治化构建

如果进一步对我国现代行政法治建设进行阶段性分析，《行政诉

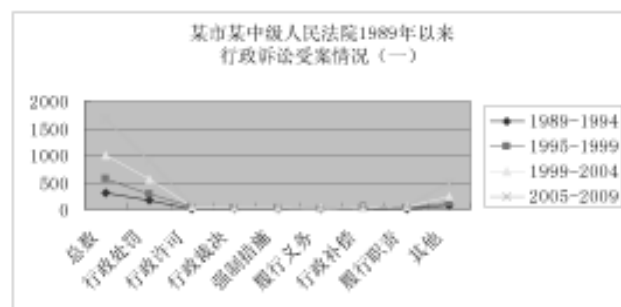
讼法》颁布后，从1989到2004年的15年可以划为一个单元，其特点与改革初期政府转型背景相适应。其间，伴随着行政强制型政府向事务型政府的职能转变，我国行政法治框架日渐成熟：



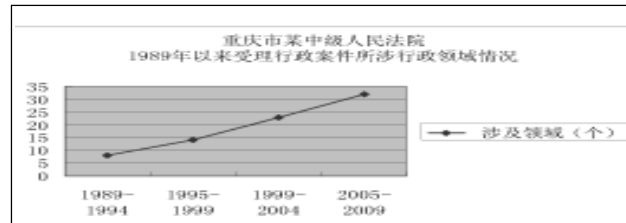
其一，行政诉讼法、国家赔偿法催生责任政府。

[7]内涵在于依法

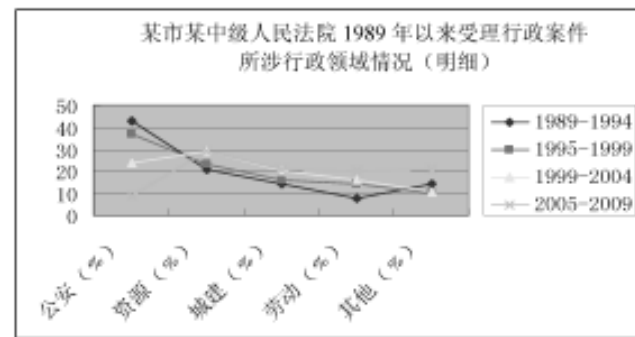
行政与司法审查。其二，行政处罚法、行政许可法构建有限政府。即政府职能的有限性定位(主要限于社会管理和公共服务、市场监管、经济调节等方面)、权力有限(制定范围、设定程序、实施监管)，理顺政府和市场、政府和社会的关系。[8]其三，行政复议法等构筑便民政府，增加公民诉愿的途径，赋予行政相对人提请对行政规范性文件进行审查的权利，扩大其参与监督的行政领域，并强化相应的救济功能。其四，行政监察法、公务员法构建廉洁高



图表一



图表二



图表三

[6] 罗豪才：《行政审判问题研究》，北京大学出版社1990年版，第13页。

[7] 刘宗德、彭凤至：《行政诉讼制度》，中国法制出版社2002年版，第1321页。

[8] 蔡志方：《行政救济与行政法学》，台北三民书局1993年版，第151~152页。

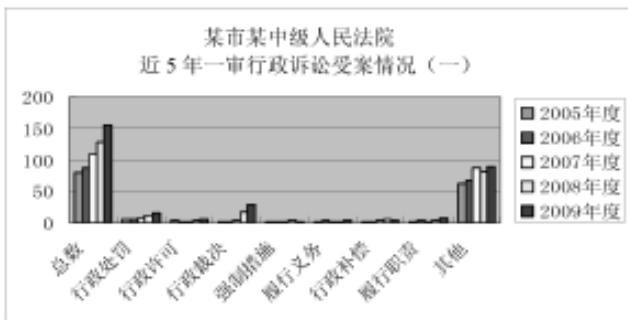
效政府。

(2) 我国行政法治渐进中行政审判权制度运行的变迁规律

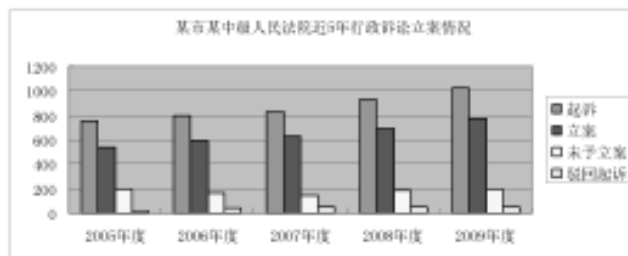
以上统计图表显示,自1989年我国第一部《行政诉讼法》颁布以来,随着行政法制化进程的推进和公民法律意识的增强,我国行政诉讼不断深化发展,体现于行政案件数量的逐年递增和纳入司法审查的行政领域日渐宽广。同时,社会建设、发展方式的进步以及政府职能的转变则导致行政权内涵由强制型特征向事务管理型转化。与之相应,在司法程序上体现为行政案由的多元化变迁:由起初集中于行政执法审查(以行政处罚为核心)向多元化的行政管理行为审查变迁;由以公安、资源、城建、劳动为核心的传统领域向文化、卫生、教育等新兴领域变迁。行政审判权制度运行层现出明显的与行政权制度同步关联的变迁规律。

2、以实证样本分析我国行政审判权制度的现实变革需求

2004年3月22日国务院发布的《全面推进依法行政实施纲要》将我国行政法治建设向纵深推进。该纲要概括了全面推进依法行政的指导思想和基本原则,并明确要用十年时间基本建成法治政府的目标,亦为我国审判权制度改革提出更高要求。——管中窥豹,时见一斑。笔者仍将以所在地区2005-



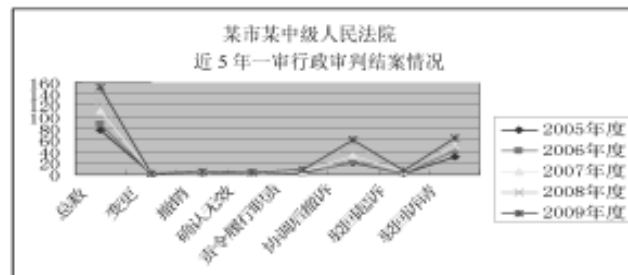
图表四



图表五

2009年行政审判司法统计资料为实证样本,对我国行政审判权制度运行的现状加以剖析:

(1) 行政案由多元化变迁趋势更加明显

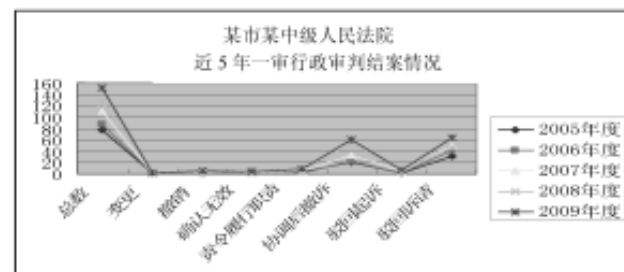


图表六

对比1989-2004年相关司法统计数据(图表三)可见,2005-2009

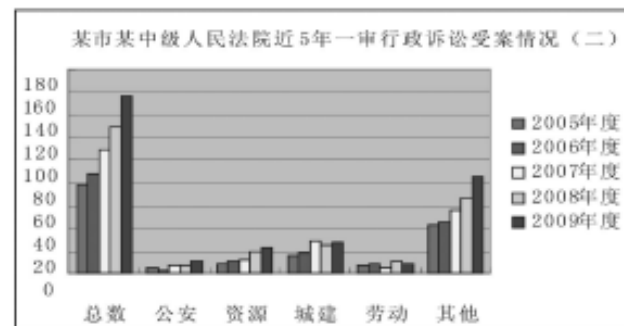
年行政审判权对各个行政领域、各类行政行为司法审查之多元化发展趋势更加明显,法治文明对行政诉讼制度的要求日益提高,行政审判权的扩张成为时代必然。

(2) 受案范围局限性强



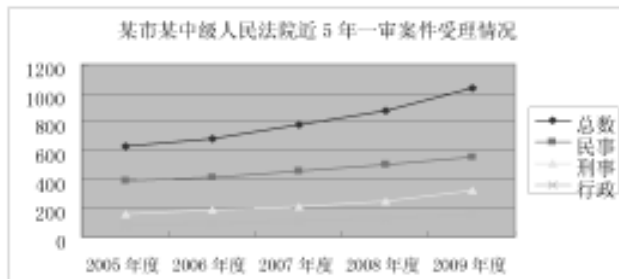
图表七

图表四显示,从2005年到2009年期间,随着地区经济、社会的发展,各类社会矛盾愈发突出,案件总量逐年递增,但民事、刑事、行政三类案件中,行政案件增幅最小,亦明显低于平均水平(案件总量增幅)。通过对立案情况的进一步调研发现,此现



图表八

象很大程度上源于现行《行政诉讼法》受案范围的局限（详见图表五、六）。



图表九

对未予立案情况的深入调研发现，随着依法行政理念的深入，公民权利意识正达到前所未有的高度，行政相对人要求司法监督、维护合法权益的诉求不断向广度与深度延展。现行《行政诉讼法》受案范围回应这一现实社会需求日显尴尬。

（3）行政审判权刚性不足，司法审查欠缺效度

以上结案情况显示，通过司法审查，法院确认行政行为违法，而直接在程序中予以纠正的并不多见，相当比例的行政诉讼当事人无功而返，诉讼效益不容乐观，即便行政机关确有过错，案件也往往通过行政协调加以解决，行政行为之合法性审查、司法界定程序演变为“变相”的纠纷调解程序。面对强势的行政权，行政审判权略显苍白无力。

（4）司法可接受性亟待改进

问卷一：您对现行行政诉讼制度是否满意

调查人数：100

	很满意	不太满意	勉强接受
人数	6	62	32
百分比	6%	62%	32%

问卷二：您认为现行行政诉讼制度哪些需要改进

调查人数：100

	受案范围拓展	审判权加强	程序设计便民	加重被告义务	立案公开	结案方式改进	执行加强
人数	81	91	62	71	49	41	39
百分比	81%	91%	62%	71%	49%	41%	39%

调查结果显示，现行的行政诉讼制度在受案范围、审判权设置、程序设计、运行机制等方面司法可接受性均不尽人意，尤其是受案范围与审判权设

置均难以有效回应社会群体日渐深广的利益诉求，面对行政权内涵的变迁与外延的积极扩张，以行政审判权为核心构建更加科学合理的司法审查制度势在必行。

将实证分析结果加以整合，我国行政审判权制度现实变革要求轮廓初现，实践发展呼吁行政审判权的合理扩张：首先是广度拓展，即对行政权司法审查范围扩大；其次是强度增加，即相应司法审查力度加大。未来的制度构建，行政审判权立体维度成为核心。

（三）思辨与逻辑的思维方法

1、“配比设计”：关于行政审判权制度价值的思辨

“目的是全部法律的创造者。每条法律规则的产生都源于一种目的，即一种实际的动机。”^[9]

——耶林

行政诉讼制度为什么而设置？行政审判权的行使究竟希望达到何种的理想目标？行政诉讼“元问题”的追问，关乎整个行政诉讼法学理论体系的逻辑起点和归宿，直接决定着微观规则的设计。笔者主张回归到宪政的视角，从制度平衡的角度加以认识。——“行政法的功能不再是保障私人自主权，而是代之以提供一个政治过程，从而确保在行政程序中广大受影响的利益得到公平的代表。”^[10]而“必要的政策平衡就其内在本性而言就是自由裁量的过程，归根结底就是政治的过程。”^[11]——我国行政审判权制度运行的变迁规律亦表明，尊重行政审判权与行政权在多元化变迁过程中的现实关联，把握二者辩证关系，进行行政审判权“配比设计”成为未来制度改革的基本方向。

有学者在研究“行政诉讼类型化”问题时论证

[9] 【美】博登海默：《法理学》，邓正来等译，法律出版社2003年版，第46页。

[10] 【美】理查德·B·斯图尔特：《美国行政法的重构》，沈岍译，商务印书馆2002年版，第2页。

[11] 【美】理查德·B·斯图尔特：《美国行政法的重构》，沈岍译，商务印书馆2002年版，第22页。

[12] 马怀德：《行政诉讼原理》，法律出版社2003年版，第8页。

行政审判权与行政权的关系,认为审判权与行政权关系的准确定位是有效解决行政争议的关键:一方面,旨在对行政权扩张性的平衡,审判权应当理直气壮地就其合法性进行审查;另一方面,作为一种有限的权力,审判权又必须对行政权的正当运用给予应有的尊重,避免造成对行政权的侵蚀。而行政诉讼的类型化则能在不同种类法律关系中厘清审判权与行政权的界限,确保行政审判权的有效运作。^[12]——以上观点,为行政审判权“配比设计”提供了重要思路。结合我国行政审判权制度的现实变革需求,关于行政审判权对行政权的审查关系,亦即“配比设计”方式,笔者认为大体可以分为两方面:一是横向关系,即行政审判权立体之维,主要体现于行政诉讼受案范围,反映行政审判权对行政行为的监督力度;二是纵向关系,即行政审判权运行之度,体现为司法审查强度,“主要涉及司法最终性、行政自主性与行政审判权之间的关系问题”。^[13]

2、服务行政:“配比设计”的逻辑基点

服务型、法治型政府的建设背景,直接决定了当代行政权制度变

迁,也成为未来行政审判权制度“配比设计”的逻辑基点:

其一,行政权内涵的深化。服务型政府的要求客观上行政权内涵由刚性的秩序维护、行为监管,向更为弹性的公共服务、资源分配、社会管理演变,行政合理性原则被赋予更高的要求。

其二,行政权外延的积极扩张。服务型政府的多元化功能将行政权推向了更为广阔的社会生活空间,新时期重要的社会建设使命提升了传统行政权“政治、经济、文化”的三维扩张的运行方式,其外延在“政治、经济、文化、社会”范畴内积极延展。

其三,服务型政府的管理性、服务性要求决定了行政权的主动性与天然扩张性,而法治政府的建

设需要,则将行政权的合法性保障推向聚焦点,如何设定程序、完善监督实现行政权的良性运行成为首当其冲的问题。

三、思维的结论:当代行政审判权的立体维度

(一) 横向配比:当代行政审判权的立体之维

1、行政审判权的四维扩张

有学者从“三维扩张”的角度全面论述了行政审判权的走向,系统分析了其扩张的三维历程、三维环境以及机制的完善。^[14]三维环境包括:“政治民主是保障行政审判权得以顺势扩张的社会前提,经济民主是保障行政审判权得以顺势扩张的物质基础,文化民主是保障行政审判权得以顺势扩张的精神动力。”^[15]对此,笔者认为,随着新时期社会建设的全面进行,行政权外延在“政治、经济、文化、社会”范畴内积极延展,行政审判权亦必须相应扩张,传统三维环境应提升为“政治、经济、文化、社会”的四维领域,以平衡行政权的天然膨胀性、保障其合法、规范、合理的行使。

2、行政诉讼的类型化改造

面对新时代社会群体日渐深广的利益诉求,笔者建议通过“明定主义”模式下行政诉讼类型化改造厘定行政审判权的立体框架,实现其合理扩张。^[16]

其一,撤销诉讼。由行政诉讼的目的决定,起诉主体不仅包括行政相对人,亦包括权益受到行政行为影响的其他利害关系人。

其二,确认诉讼。司法权对行政法律关系状态的定性,包含行政行为违法性确认和主体间行政法律关系确认,对其它诉讼有预决作用。

其三,变更诉讼。行政行为显失公平,法官得通过自由裁量行使变更权,实现当事人的制度化救济。但应对此权利加以限制:一是禁止不利变更,以保障相对人诉权;二是禁止任意变更,以保证行政诉讼的严肃性和社会效益。

[13] 胡玉鸿:《权力关系与行政诉讼》,载《法律科学》,1998年第4期。

[14] 杨海坤、章志远:《中国行政法基本理论研究》,北京大学出版社2004年版,第17页。

[15] 赵贵龙:《论行政审判权的走向》,载《中国软科学》,1997年第3期。

[16] 宋炉安:《论行政审判权》,载《行政法论丛》(第1卷),法律出版社1998年版,第342—354页。

其四，履行诉讼。旨在行政不作为情况下，请求法院判令行政机关履行法定义务。具体适用可规定为两个方面：第一，应由其管辖而拒绝的；第二，对申请不作答复的。

其五，给付诉讼。协调具体行政措施与公民合法权益的冲突，包含行政合法行为给公民造成损失情况下国家应承担的补偿责任与违法行政导致的国家赔偿责任。

其六，抽象行政行为审查诉讼。我国现阶段关于规范性文件的审查仅限于行政复议和上级机关的审查备案，作用十分有限。对此，应拓展行政审判权运行广度，实现规范性文件的司法审查，加强抽象行政行为的监督。

其七，机关诉讼。将行政机关之间的权限争议纳入司法程序，根据《国务院组织法》、《地方组织法》和《国务院行政机构和编制条例》等有关行政组织的法律规范进行处理。^[17]

其八，内部诉讼。受“特别权力关系”理论影响，我国目前将此类行为排除在行政诉讼受案范围之外，致使公务员权利救济渠道过窄。对此，笔者认为，可借鉴日本行政诉讼法观点，司法一般不介入为维护内部纪律而采取的惩戒处分，但超过单纯维护纪律，将特别权力服从者从特别权力中排除出来的行为，或涉及有关作为公民法律地位的措施，都将构成司法审查的对象，例如辞退、开除等。^[18]

其九，行政公益诉讼。建立公益诉讼制度有利于弥补国家行政管理的纰漏，监督行政机关的行政活动，亦可调动公民保护公共利益积极性，预防危害社会公共利益行为的发生，尤其体现于公害、环境污染、行政性垄断、自然资源、国有资产流失等案件中。

（二）纵向配比：当代行政审判权的运行之度

[17] 杨阳：《浅析影响行政审判权的因素》，载《行政法论丛》（第3卷），法律出版社2000年版，第112—201页。

[18] 马原：《行政诉讼知识文库》，北京师范学院出版社1991年版，第73-74页。

[19] 佟海东、朱海宏：《从六个方面谈拓展行政审判权》，载 <http://www.chlawy.com.cn/templates/inc>，2010年6月6日访问

现行行政审判权刚性不足造成了行政司法审查欠缺效度，行政诉讼制度难以充分回应社会诉求，直接影响到行政审判的可接受性。有鉴于此，笔者建议重新架构行政审判权运行框架，强化其职能配置：

其一，违法推定权。指当具体行政行为被诉至法院，一旦案件受理，就推定被诉行为违法，除非行政机关提供充分证据推翻。^[19]

其二，强制出庭权。对某些社会影响较大、公众关注度高的行政案件，法院得强制被告到庭应诉，必要时可适用拘传。

其三，强制答辩、举证权。旨在防止被告消极应诉行为损害公共利益。如其不答辩、不举证或怠于举证，法院得加以督促乃至惩戒、制裁。

其四，单方的释明权。“在行政诉讼中，在原告的主张不正确、有矛盾或者不清楚、不充分时，法官有向原告提出关于事实及法律上的质问或指示，让原告把不正确和有矛盾的主张予以排除，把不清楚的主张予以澄清，把不充分的证据予以补充的权能”。^[20]通过法官释明权的行使可以对辩论主义进行合理的限制和修正，纠正完全当事人主义带来的诉讼迟延、成本增加等缺陷，亦有利于保障当事人诉权的充分正确行使，实现实质正义。

其五，诉讼程序选择权。法院得自主决定诉讼程序和结案方式。美国学者丹尼斯·朗认为，权力概念的落脚点在于其控制性，行政审判权和其他权力一样具有控制性特点。^[21]诉讼程序自主选择，有利于行政司法审查的有效控制和司法权威的树立。

其六，调查取证权。行政诉讼中双方当事人举证能力悬殊，为确保诉讼地位实质平等，实现行政相对方与行政机关的有效对抗，应强化人民法院的调查取证权，扩大原告申请人民法院调查取证的适用范围，同时严格行政机关的配合义务。

[20] 【日】谷口安平：《程序的正义与诉讼》，王亚新、刘荣军译，中国政法大学出版社1996年版，第79页。

[21] 【美】丹尼斯·朗：《权力论》，陆震伦等译，中国社会科学出版社2001年版，第89页。

委托执行的困局与破解

——一种管理学和经济学的对策分析

□ 王 成*

目睹当前委托执行的艰难形势，和最高人民法院连续十年的工作报告提到委托执行^[1]，让人不由地陷入对委托执行体制的审视与反思。也许如某法学教授所言，人民法院在破解“执行难”的内置式改革思路“已经穷尽了自己的想象力”^[2]。然而，“想象力”的“穷尽”可能正是因为我们困囿于传统思维和办法，以致看不到另一个角度的世界。如果我们跳出窠臼，从多学科视角进行观察，或许会看到未曾发现的扭曲之处。

一、委托执行的价值

作为人民法院间的一项重要司法协助制度，委托执行大致有这些价值：(1) 降低执行成本；(2) 缩短执行时间；(3) 提高执行效果；(4) 减少执行冲突；(5) 提升司法形象。(1) 到 (4) 点实际都属于广义的效率问题。民事执行权配置的价值目标在效率与公正关系上是以效率为优先^[3]，这使得本文从管理学和经济学角度来研究委托执行成为可行。

当然，委托执行也是一把双刃剑。案件被委托到被执行人或被执行财产所在地法院执行，更利于地方保护主义的发挥。但有人持相反观点：受托法院便

于主动向执行地党委、人大汇报工作安排和具体方案，及时向政府和有关部门通报情况，督促相关部门依法办案，瓦解地方和部门保护主义^[4]。问题关键在于受托法院的立场。如何左右受托法院的策略选择，正是本文利用博弈论要分析的问题。

二、委托执行体制演变与困局

回顾近 30 年民事执行的发展历程，委托执行体制的演变大体呈三个阶段。第一阶段以 1982 年《民事诉讼法（试行）》确立委托执行制度为标志，这是委托执行的草创阶段。第二阶段是委托执行制度的完善阶段。以 1991 年《民事诉讼法》颁布为起点，最高人民法院又先后在两部司法解释^[5]中进行了较为详细的规定。经过十多年的运行实践，自 1998 年《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》出台至 2000 年，在执行机构机制改革的大背景下，委托执行制度改革也达到一个高潮^[6]。至此，委托执行体制改革基本告一段落，形成的格局一直延续至今。本文即以这次改革形成的体制为研究对象。

* 重庆市沙坪坝区人民法院少审庭助理审判员。本文荣获优秀奖。

[1] 参见 2000 年至 2009 年最高人民法院工作报告。

[2] 张志铭：“执行体制改革的想象空间”，载 http://legaldaily.com.cn/2007fxy/2008-11/02/content_972791.htm，2009 年 4 月 13 日访问。

[3] 谭秋桂：“民事执行权的配置方式与民事执行体制的构建”，载《法律适用》2006 年第 1-2 期，第 61-62 页。

[4] 童妍：“委托执行，难在哪”，载《人民法院报》2007 年 8 月 10 日第 3 版。

[5] 《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（1992 年）和《关于人民法院相互办理委托事项的规定》（1993 年）。

[6] 2000 年，最高人民法院连续出台四部关于执行体制改革的规定和通知：《关于高级人民法院统一管理执行工作若干问题的规定》（2000 年 1 月），《关于加强和改进委托执行工作的若干规定》（2000 年 2 月），《关于跨省、自治区、直辖市委托执行工作有关问题的通知》（2000 年 5 月），《关于改革人民法院执行机构有关问题的通知》（2000 年 9 月）。

关于当前委托执行困境的探讨很多^[7]，从这些资料提供的数据看，委托执行的执结率和回复率（含执结）大致各在 10% 和 20% 左右，高的也只在 30% 上下，低的甚至为 0，运行效果很不理想。运行中的“乱”和“难”主要表现在：（1）委托法院的审查与送出环节。应委托的不委托，不应委托的乱委托、“甩包袱”；委托手续、资料不全；移送不及时，错过执行良机；超期委托；委托出去后不纳入案件信息管理系统。（2）案卷的移转送环节。周转环节太多（经两方中、高级法院批转），批转手续繁琐，批转时间长，递送时间长，案卷易丢失；委托法院不能及时掌控案件进展，委、受托法院之间联系不畅。（3）受托法院的接收环节。接收后只作登记不立案甚至不登记，执结后才立案，找借口退卷。（4）受托法院接收后的环节。久拖不执，消极执行，执行不到位，久执不结，随意中止或终结；急于回复，回复不及时，随意退卷。（5）委托出去后的委托法院环节。“一托了之”，不过问、不催办，委托出后即作结案；对受托法院的函告不回复、回复不及时。

三、委托执行体制透视与分析

（一）博弈分析 1：“囚徒困境”

人民法院是由各级法院及成员组成的群体，而“理解群体行动的唯一正确途径是理解组成群体的个人，怎样为了实现既定目标而作出各自的选择”^[8]。

[7] 晚近的资料可参见：王佳舟：“委托执行 理想与现实的艰难博弈”，载《人民法院报》2008 年 10 月 19 日第 8 版；付华峰、龚剑华：“完善委托执行工作的规范化管理”，载《人民法院报》2008 年 4 月 16 日第 5 版；童妍：“委托执行，难在哪”，载《人民法院报》2007 年 8 月 10 日第 3 版；冯嘉林：“委托执行不能‘打水漂’”，载《法律适用》2007 年第 2 期；段金亮：“委托执行函告回复率低应予重视”，载《人民法院报》2006 年 8 月 30 日第 7 版。在此，笔者对上述同仁的辛苦劳动表示谢意！

[8] Peter C. Ordeshook, *Game Theory and Political Theory* (Cambridge University Press, 1986). 转引自[美]戴维·M·克雷普斯著：《博弈论与经济模型》，邓方译，商务印书馆 2006 年版，第 3-4 页。

[9] 博弈论还包括合作博弈，它以联合体为分析单位，相对非合作博弈它存在一个“有约束力的协议”。实务中，一些地方法院以签订执行协作协议来破解委托执行困局，实际就属于合作博弈。但签订大范围执行合作协议成本高昂，协调难度大，这种情况较少，因此委托执行博弈主要是非合作博弈。

下面利用以个体参与者为分析单位的非合作博弈理论，分析各地法院在无合作协议的条件下如何博弈^[9]。

对单个法院来说，处理外地委托案件需要承担执行压力，投入执行时间和力量，却几乎没有“回报”（案件压力的减轻、考核成绩的增进、同级党委政府与上级法院的肯定等），而消极对待一般不会有直接的负面影响，因而它不会有太大的积极性。但是，它也有跨辖区执行的需求，希望得到其它法院的帮助进而长期合作。然而，这种协作为什么不能有效的形成呢？可从下面分析中找到答案。

以 A 和 B 两家法院为例，设它们互有一件委托案件需要对方执行。对 A 法院，设处理一件委托案件的成本是 1，没有回报，但对方法院从而得到 2 单位回报；不处理的成本是 0，当然对方得到的回报也是 0。对 B 法院也是如此。则 A、B 法院相互委托执行博弈的收益（成本与回报之差）矩阵表述如图一：

		B 法院	
		处理	不处理
A 法院	处理	[1, 1]	[-1, 2]
	不处理	[2, -1]	[0, 0]

注：括号中的第一个数字是 A 法院的收益，第二个数字是 B 法院的收益。

图一

不难看出，如果 B 法院选择处理，A 法院的最优策略是不处理；如果 B 法院选择不处理，A 法院的最优策略仍然是不处理。同样，不处理也是 B 法院的最优策略。因此，该博弈的纳什均衡——所有参与者的最优策略组合，就是[不处理，不处理]。这是一个双方法院收益均为 0 的博弈结果，由于博弈模型“囚徒困境”反映了这种无效率的结局，因此笔者称之为委托执行的“囚徒困境”。

纳什均衡是一种所有参与者都没有积极性打破的均衡或者说常态。尽管存在一个更有效率的策略组合——协作（如图一的[处理，处理]），但这不能自动办到，因为它不符合个体理性。除非有一个外力介入进来，比如我们经常看到两地法院领导进行衔接、上级法院从中斡旋等，通过协调实现个体理性与集

体理性的统一，从而达到双赢。但这种方式显然成本很高，只具个案意义，不是长效机制。

（二）博弈分析 2：“逆向选择”

“逆向选择”是一种发生在信息不对称情况下的经济现象，属于非对称信息博弈的策略选择。委托案件的“质量”（是否符合委托条件、难易程度）就是一个非对称信息，即委托法院了解而受托法院不了解的信息。非对称信息下的逆向选择加剧了委托执行的困境。

委托法院的“甩包袱”和受托法院的消极应对是典型的逆向选择。为说明这一现象，设受托法院的“努力水平” P 是委托案件质量 Q 的正相关函数^[10]，为简便起见，设为 $P=Q$ ； Q 在 $[0, 10]$ 区间上均匀分布， Q 越小代表结案越难， Q 为 0 即案件根本不符合委托条件，“均匀”意指可能委托执行的案件质量从低到高出现的概率相同。那么，如果所有质量的委托案件均被移送，受托法院预期案件的平均质量 $Q=5$ ，愿意付出的努力 $P=5$ 。但此时，对 $Q>5$ 的案件，委托法院在判断受托法院的努力水平可能不会超过 5 之后，觉得自己执行更划算，因而只对 $Q<5$ 的案件进行移送（逆向选择），结果移送出去的案件平均质量 Q 降为 2.5 ，则 P 也随之降到 2.5 。但此时， $Q>2.5$ 的案件又退出……如此下去，最后的均衡是 $P=Q=0$ 。

$P=Q=0$ 是一个低效率的均衡，表明委托执行被不符合委托条件的案件所充斥，受托法院则没有努力的愿望。当然，这是在理想化模型下推理出的极端情况。实际中，对容易执结的跨辖区案件，委托法院偏好自己去异地执行，对执行难度大或可能中止的案件，由于委托出去后既可减轻办案压力，又可提高执结率（有的地方不统计委托案件），则“何乐而不托”。实践中，受托法院感觉委托案件大多“难啃”原因正在

于此。在对委托行为无有效治理的情况下，“逆向选择”的委托执行可能演变为调节执结率的“避难所”。

（三）激励分析

由于受托法院是整个委托执行运转的关键，这里主要讨论对受托法院的激励。激励的本质是推动个体付出努力的一种心理诱导^[11]。现行体制对受托法院的激励大致来自两个方面。第一，其它法院的对等协助。受托法院在努力承担外地委托案件的同时当然也期望本院的委托案件得到同样对待。如果本院委托案件屡屡得不到执结或回复，激励水平降低，受托法院的努力水平也会降低。有法院统计数据表明，本院委托案件持续低执结率与回复率的同期，受托案件的执结率与回复率呈逐年下降趋势^[12]。第二，上级的督促和惩戒。根据“双因素理论”：影响人工作动机的因素可分为保健因素和激励因素两大类；保健因素只能消除人的“不满意”状态，但不能激发积极性；激励因素才能激发积极性，提高“生产率”。上级的督促和惩戒只能催生“保健因素”，仅在该因素作用下，受托法院为避免陷入“不满意”状态而“不求无功，但求无过”，缺乏高效执行协作所需的主观动力。

（四）流程分析

如今，许多高级法院已建立跨省执行案件的统一委托和受托制度。按这一制度，委托函件先由委托法院通过所属高级法院转交对方高级法院，然后再由对方高级法院批转给受托法院执行。对基层法院的案件，有的甚至还须经由中级法院转递。案件移送环节如此之多，费时、易丢案卷不难想象。据不完全统计，仅仅从委托法院收案至受托法院立案耗时一般就可达两个月。

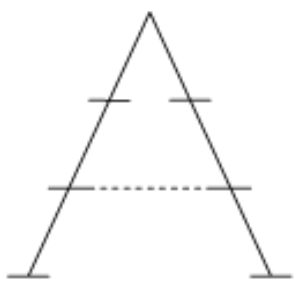
信息传递的延误与失真是等级制度组织里的通病。为此，法国管理学家法约尔设计了一种同级之间横向联系的“桥”，即“法约尔桥”，以克服这种弊病（如图二）。利用“法约尔桥”，信息可以横向直接传递，而不必沿权力“金字塔”的两边迂回，但它要求在横向沟通前征求各自上级的意见，并在事后立即向各自的上级汇报^[13]。

[10] 一般来说，一个执行案件越容易结案，执行法院越愿意投入力量和时间，即努力水平越高。

[11] 倪杰主编：《管理学原理》，清华大学出版社 2006 年版，第 272 页。

[12] 参见前注〔7〕《委托执行 理想与现实的艰难博弈》提供的数据。

[13] 同前注〔11〕，第 40 页。



图二

实际上，在 2000 年委托执行体制改革前后的很长一段时间，就已存在由委托法院直接向受托法院移送的做法。只是由于运行不畅且太过混乱，常常仰赖上级法院出面协调和监督，历史才滑向另一个方向。在委托法院与受托法院之间搭建一座“法约尔桥”并非不可行，《关于跨省、自治区、直辖市委托执行工作有关问题的通知》的相关规定^[14]已经奠定了部分基础。剩下的问题是，在废弃统一委托和受托制度后，如何使上级法院的监督、协调更为及时和有效。

（五）冲突管理分析

冲突是任何群体或组织中不可避免的社会现象，人民法院组织也不例外。受托法院对委托法院的委托案件不（及时）受理、执行和回复，委托法院对受托法院的函告、函请不（及时）处理和答复，两法院对执行委托案件发生争议等等，都属于委托执行中的冲突。现代冲突观认为，冲突并非都是不良的、消极的，它也有建设性、推动性的一面。比如，委、受托法院之间的冲突可能促进委托执行的监督与协作。因此，进行科学、有效的冲突管理，控制并利用其影响，可以促进组织绩效的提高。

委托执行中的冲突问题并不总是思想认识、协作精神的问题，也部分属于冲突管理上的原因。按现行委托执行制度，如果受托法院不作为且超出一定

期限，委托法院只能向其上级法院请求指令执行；如果仍不凑效并超出一定期限，只能再行向其又一层上级逐级请求。受托法院对委托法院的不作为也基本采此模式。如果双方在执行中发生争议，一般是先协商，协商不成的，再逐级报请共同的上级法院协调处理。^[15]这种管理方法的弊病是：（1）反应迟。委（受）托法院需被动地等待期限流逝殆尽方能做出反应，而上级法院也只能被动等待汇报方可得知冲突情况。（2）易失控。上级法院的协调取决于下级或对方下级的报请，一旦下级放弃请求支援，委托案件可能处于失控状态。（3）成本高。委、受托法院双方均缺乏自行协调、快速解决冲突的积极性（激励问题），而一味堆砌到上级法院势必造成上级法院不堪重负。同时，上级协调程序的滞后与低效反过来又打击请求方的期待信心，以至其放弃该解决途径，造成案件长期搁置，形成“呆坏帐”。

四、“文牒制度”构想与论证

现代经济学认为，如果一种制度安排不能满足个人理性的话，就不可能实行下去。所以解决个人理性与集体理性之间冲突的办法不是否认个人理性，而是设计一种机制，在满足个人理性的前提下达到集体理性。^[16]“文牒制度”构想即为追求这种思想。

（一）文牒是什么

笔者设想，以一种文书作为媒介来促进委托执行体制的有效运转和功能发挥，由于该文书不同于传统公文，笔者姑且称之为“文牒”。文牒整合了委托法院致受托法院的《委托执行函》、委托方高级法院致受托方高级法院的《转交函》和受托方高级法院致受托法院的《批转函》，不仅是双方联络的说明，同时也是委托法院动用外地执行力量的依据。更重要的是，文牒类似一张“汇票”，是委托法院对受托法院的“支付”或“债务凭证”，并可在各执行法院间“转让”和“流通”，成为调动委托执行积极性的激励手段，从而改善博弈格局、理顺信息传递和进行冲突管理。

（二）文牒制度概略

为行文简便，下面以最高法院、高级法院和执行法院（包括中级、基层法院）三级执行管理模式为例进行说明。

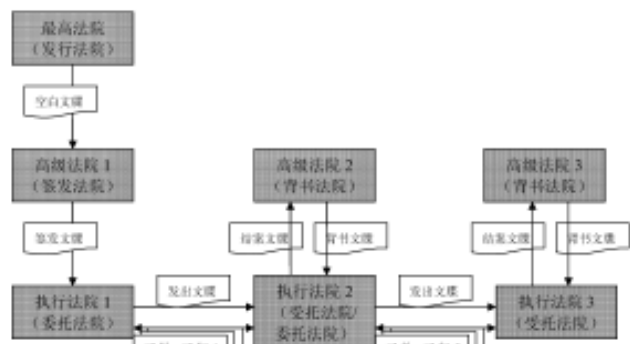
[14] 该通知要求委托法院和受托法院分别向各自的高级法院报送委托案件的发出或办理情况，并汇总核对后向最高法院报送。

[15] 参见《关于人民法院相互办理委托事项的规定》第22、24条，《关于人民法院执行工作若干问题的规定（试行）》第125条。

[16] 张维迎著：《博弈论与信息经济学》，上海人民出版社2004年版，第6页。

1. 文牒的使用与管理。文牒是委托执行的“通行证”，附有文牒的委托函件受托法院必须受理。空白文牒由最高法院统一发行编号，由高级法院签发后（签发文牒）供所辖执行法院发出使用（发出文牒）。结案后的发出文牒（结案文牒）报所属高级法院背书（背书文牒），用于下一次委托执行。但背书文牒须在生效期（执行期限 + 异议期限）满后使用^[17]，提前背书使用的文牒无效，后手受托法院可拒绝受理。背书发出后又结案的文牒可以再次背书使用。最高法院应当通过各种管理和考核手段控制空白文牒的发行量，通常的发行只用于换发破损文牒或挂失文牒。

2.文牒的流程。委托案件采取横向移送方式，直接由委托法院向受托法院寄送委托函件。文牒连同委托函件寄到受托法院后，符合委托规定的，受托法院必须立即立案。委托手续不全的，由受托法院通知委托法院在合理时间内补齐。未能及时补齐或不应当委托的，受托法院可以退卷，但文牒不退。受托法院结案（执结、中止或终结、退卷）并函复委托法院后，将结案文牒交所属高级人民法院确认背书。高级人民法院在文牒生效期满后再次背书下发给所辖执行法院使用，如此循环往复。如图三：



图三

3.挂失程序。如果某编号文牒不慎遗失或灭失，可以由高级法院向最高法院申请挂失。最高法院在全国法院系统对该文牒进行“公示催告”，有法院申报“权利”的，由最高法院调查后裁决；公示催告期满无人申报的，宣告该文牒无效。

4. 异议程序。如果认为受托法院的退卷或结案不符合规定，委托法院可以向所属高级人民法院请求启动异议程序，要求收回文牒。如果受托法院既不退卷也

不回复或迟迟不结，委托法院可以在催告期限或执行期限^[18]届满后请求启动。被请求高级人民法院应当在异议期限^[19]内向受托方高级人民法院提出异议，共同协商决定是否收回文牒。协商不成的，可报请最高法院裁决。如果对方法院怠于解决，委托方高级人民法院可按挂失程序处理，换发文牒。

(三) 文牒的功能

文牒将委托执行劳动量化和显性化,还具有使用价值,可极大提高受托法院的激励水平。同时,以文牒作为载体,可实现委托法院与受托法院之间“法约尔桥”的搭建,提高委托执行传递效率。

更为重要的是，文牒改善了博弈格局，使各执行法院在重复博弈中实现共赢。仍以前面图一为例，由于受托法院处理对方委托案件可以得到文牒，而文牒又可用于自己的委托案件，回报相当于2，因此其收益不再仅仅是成本付出-1，而是 $2-1=1$ ；如果不处理则得不到文牒（通过异议或挂失程序收回），回报为0^[20]。那么，A、B法院相互委托执行博弈的收益矩阵表述如图四，其纳什均衡是[处理，处理]。可见，文牒作为处理委托案件的“对价”改善了参与者的收益结构，使之倾向于合作。

		B 法院	
		处理	不处理
A 法院	处理	[1, 1]	[1, 0]
	不处理	[0, 1]	[0, 0]

注：括号中的第一个数字是 A 法院的收益，第二个数字是 B 法院的收益。

图四

利用文牒可加强制约,提高违规成本,改善信息劣势一方和流程被动一方的不利地位。对委托法院来说,委托执行需要支付“代价”——(下转第76页)

[17] 避免还在执行期或有争议的文牒进入流通。异议期限是指后面论述的异议程序期限。

[18] 参见民事诉讼法第206条第1款和《关于加强和改进委托执行工作的若干规定》第4条。

[19] 可根据公函往来时间合理确定。

[20] 实际上, 由于异议程序的启动会引起上级法院的调查和问责, 因此回报可能为负。

现行劳动争议解决机制下审判权之扩张与拘束

——由实质审查向有限审查转变

□ 叶欢*

近年来，人民法院主导劳动争议处理的趋势已愈演愈烈。一方面，劳动争议受案范围扩大、受案数量激增、单案诉讼请求多达十几项，人民法院为此配备了大量的审判人员，有的法院甚至还专门设立了劳动争议审判庭。另一方面，人民法院不堪重负，案多人少矛盾突出；面对现实中劳动争议事无俱细的复杂性和政策管理的多变性，法律研究已遭遇瓶颈，即便最高人民法院不断出台司法解释，实践中的问题依然层出不穷，令司法鞭长莫及；法院审判权扩张的同时削弱了协商、调解以及仲裁在劳动争议解决中应有的作用，造成资源浪费，效率低下；且对抗性的诉讼模式并非处理劳动争议的最佳模式。这一切都不得不让人反思，人民法院在社会在整个劳动争议解决机制中的正确定位。

一、人民法院审判权的运行现状

（一）强大审判权的核心：对仲裁裁决全案实质审查

法院对仲裁裁决的全案实质审查制度是指：人民法院审理劳动争议案件，不受仲裁调查的事实和证据之限制，当事人可重新举证，人民法院就案件事实进行全面重新调查；也不受当事人诉讼请求之限制，对申请人申请仲裁的全部事项进行审查并就各请求事项作出裁决。按照一审普通程序的设计，案件须指定举证期限，查明事实，进入实体审理；因原仲裁裁决书不发生法律效力，为保证法院生效裁判文书的执行确定性，法官不得不将所有的劳动争议事项一一判明，其效果便是对仲裁裁决的全案实质审查。

* 重庆市第五中级人民法院法官。本文荣获优秀奖。

很多学者抱怨我国劳动争议处理效率低下，将原因归结为“一裁两审”的处理程序和仲裁质量的低劣；很多法官抱怨法院受理的劳动争议案件太多，将原因归结为诉讼费收得太便宜，殊不知真正的原因在于审判权的过于强大。全案实质审查制度是一把双刃剑，能够保障劳动争议案件的客观公正性，是树立法院审判权威的王牌；但又以牺牲效率，浪费审判资源、虚化仲裁程序为代价，甚至混同行政管理职能，弊大于利。

（二）审判权扩张的助推：立法指导思想的激进与当事人的趋利性社会心理

2007年4月1日起施行的《诉讼费用交纳办法》将劳动争议案件诉讼费改为每件交纳10元，其立法的本意是为了降低法院门坎，让普通劳动者都能够打得起官司。但事与愿违，法律对劳动者的体恤也让用人单位得到了共享，就是这样的一个“民心工程”却成了用人单位用来对付劳动者的手中利器、玩弄审判权的尚方宝剑。在“权利用尽”的思想作用下，“一裁两审”的劳动争议处理程序成为了“名符其实”的一裁和两审，法院受理的劳动争议案件急剧上升。法院虽不计成本的满负荷运作，亦未能给劳动者带来真正廉宜的公正。遗憾的是，现实的问题并未引起立法者的重视，2008年的《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》依然沿袭了这种立法理念，将劳动争议仲裁改为不收费。诉讼费的减免降低了用人单位的违法成本，增加劳动者的诉累，矛盾纠纷长久得不到解决，审判权也因此过度膨胀，终于在劳动争议解决机制中被推向了权利的顶峰。

（三）审判权过大的反思与检讨：一裁终局的应

用及评价

“一裁两审”的劳动争议处理程序在学术界一直备受争议,终于在应用了15年之后有了突破。一裁终局的立法创新借鉴了国外将劳动争议案件进行分类、分流处理的作法,采用种类与标的相结合的列举方式将小额案件和争议不大的案件分离出来实现高效处理,能在一定程度上减轻审判工作的压力。但同时,一裁终局又有其局限性,作为立法的一种尝试,目前还显得比较保守和不成熟。

首先,在制度设计上存在法理的冲突与实践的障碍。一裁终局制度本身应与自愿仲裁原则相结合,否则等于剥夺当事人的诉权。在强制仲裁的背景下实行有条件的一裁终局自然会产生很多矛盾,理论上被学者们质疑最多的便是劳动者与用人单位诉权的不平等^[1]。立法者们希望通过一裁终局实现效率,又唯恐劳动者这一弱势群体失去保护,犹如父母呵护学步的婴童一般,既想让孩子尽快独立行走,又生怕跌倒总舍不得放手,平衡的结果便是在诉权上实行差别化对待,但却构成了对民事诉讼平等原则的巨大挑战。此外,调解仲裁法将“适用法律、法规确有错误”作为申请撤销裁决的事由违背了一裁终局的初衷,法院对该法条的理解和适用十分犯难,在审理撤销仲裁的案件中对案件适用法律进行审查无异于对仲裁的正确与否作出判断,中级法院以适用法律错误为由作出的撤销裁定势必对基层法院日后(或正在进行中)的审理构成影响^[2],变两审终审为实质的一审终审,对劳动者形成更大的不公平。

[1] 顾玉彬、吴明霞:《再论劳动争议仲裁程序与诉讼程序的合理衔接——对〈中华人民共和国劳动争议调解仲裁法〉中仲裁程序设置的再思考》,载《行政与法》2009年第3期。

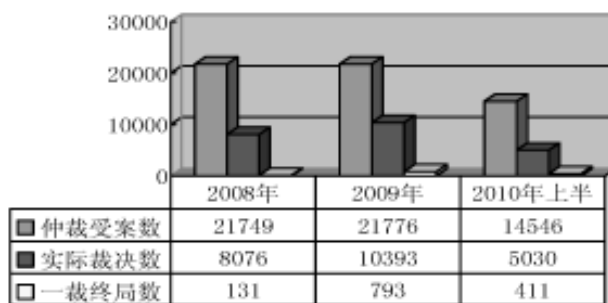
[2] 详见渝五中法(2010)民特字第77、78、79号系列案件。4名劳动者因相同的事实与用人单位和派遣单位发生劳动争议申请仲裁,其中3人的申请标的属于一裁终局的范围。经过仲裁后,用人单位不服,就超标的案件向基层法院提起诉讼,其余3件案件则以适用法律错误为由申请中级法院撤销。中级法院审查后发现仲裁裁决的处理整体上没有问题,仅仅其中连带责任一项适用法律存在问题,但若忽略该问题,又担心基层法院会认为仲裁得到了上级法院的肯定而形成误导,于是陷入了两难的境地。

[3] 数据来源:重庆市劳动争议仲裁委员会。

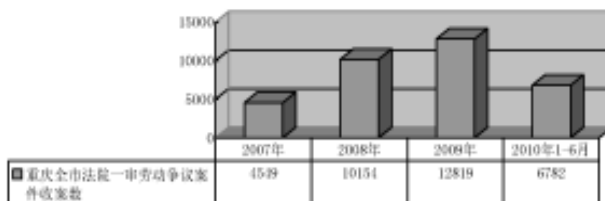
[4] 数据来源:重庆市高级人民法院。

其次,仲裁与诉讼的衔接尚须进一步规范。新法实施后,由原来的仲裁委员会与一级法院衔接变成了仲裁委员会与两级法院衔接,适用法律的统一和程序细节的处理显得更为重要。实践中由于缺乏统一的标准,各地的做法不一,特别在对一裁终局适用范围的理解上存有较多的分歧,处理不好就会让当事人在两级法院之间来回折腾。例如:仲裁裁决书中交待双方当事人不服裁决可向法院起诉,用人单位向基层法院起诉后被裁定认为是终局仲裁而不予受理,用人单位未对该裁定上诉,转而申请中级法院撤销仲裁,中级法院又认为仲裁事项中部分不属于一裁终局的范围。由此就产生了这样一个问题:究竟谁对一裁终局说了算?仲裁委、基层法院还是中级法院。反过来,用人单位又能否超出调解仲裁法第49条之规定仅以非终局裁决为由申请中级法院撤销,诸如此类问题需要司法解释进一步的明确和规范。

最后,一裁终局的适用范围过窄,发挥作用十分有限。据统计,重庆市2008年以来一裁终局的案件数占裁决总数的比例不到8%,占立案总数的比例不到0.3%。详见下图^[3]。



法律划分的小额仲裁似乎太“小”,实践中一裁终局发挥的作用微乎其微,从法院近年来案件统计分析中也能得出相同的结论。见下图^[4]。



一裁终局制度实行后,法院受理的劳动争议案件数不但没有减少,反而又新增了撤销裁决的案件,仲裁裁决被撤销后,当事人不能申请重新仲裁,只能

向人民法院起诉,在一裁终局的案件处理中,审判权的地位没有丝毫动摇的迹象,反而进一步得以强化。

二、人民法院审判职能的分析与定位

(一) 症结:劳动争议案件=普通民事案件?

我国经济制度的发展变化直接影响着劳动争议的立法改变。建国初期,为解决私营企业的劳资争议,制定了《关于劳资关系暂行处理办法》;随后劳动部又发布了《劳动争议仲裁委员会组织及工作规则》和《关于劳动争议解决程序的规定》,处理包括国营、公营、私营、公私合营和合作社企业的劳动争议。资本主义工商业改造完成后,立法的指导思想发生了错误,认为资产阶级已经消灭,人们的根本利益是一致的,劳动争议的发展趋势是越来越少,1955年7月以后,中央劳动部便陆续撤销了各地的劳动争议处理机构。^[5]改革开放后,社会经济体制和劳动制度发生了重大变化,中断了30年的劳动争议仲裁制度在1986年得以恢复,直至1993年我国的各项劳动制度和立法才基本确立。由于我国真正意义上的劳动争议立法起步较晚,加之社会主义经济制度的特性,决定了我国的劳动争议制度没有现成的立法体系可借鉴,其立法理念和技术仍不成熟。

劳动法不同于民法。民法是私法,劳动法是公私融合法;民法是平等保护法,劳动法是偏重保护法;民法是经济人法,主体追求利润最大化,劳动法是社会人法,用人单位须承担社会责任。^[6]长期以来,人们忽视劳动争议案件的特殊性,在实体上不熟悉社会保险、工伤认定等劳动法规政策,习惯按照处理普通民事案件的逻辑思维来处理劳动争议案件;在程序上完全按照普通民事诉讼程序进行劳动争议案件的审理,是形成“全案实质审查制度”、仲裁与诉讼衔接冲突、司法资源极度浪费的根源。¹

(二) 排斥:劳动争议的“脚”穿民事诉讼程序的“鞋”

劳动关系因涉及职工的劳动权利、工资福利、社会保障、劳动保护等问题,跟每个普通公民和普通家

庭息息相关,直接影响着国家的经济民生和社会的稳定发展,历来为各国政府所重视,属于政府的重点监管领域。劳动争议案件相对普通民事案件而言则带有更明显的时代性、社会性和广泛性,劳动争议案件的特殊性决定了其对民事诉讼程序适用的排斥,包括两个层面:一是诉讼和审判并非是解决劳动争议的最佳途径,二是劳动争议案件不宜适用普通民事诉讼程序审理。具体表现在以下几个方面:

1、劳动争议案件带有很强的政策指导性和专业性,劳动行政部门相对法院而言对劳动政策的把握更加全面、准确和及时,仲裁则能够更加有效地贯彻“三方原则”,因此劳动监察和仲裁更利于劳动争议的处理,法院的民事诉讼似乎没有多大优势。

2、劳动争议案件具有当事人双方非完全对抗性的特点,尤其是不解除劳动关系的案件,劳动者与用人单位今后还将长期共处,不宜让劳动者与用人单位直接对驳公堂,激化冲突^[7],动用最严格的诉讼程序来解决问题。

3、劳动者对用人单位的人身依附性决定了其与用人单位之间主体地位的实际不平等,适用普通民事诉讼程序则实际构成对劳动者的不平等保护。

4、劳动争议案件的处理讲求快捷、简便、廉宜,方便劳动者适时维权,尽快解决不稳定的劳动关系,如须花费大量的时间和精力去进行繁琐的程序,则会让更多的劳动者选择保持沉默。

(三) 争论:仲裁与审判的主辅角色

国际上处理劳动争议一般遵循自愿原则和强制原则,根据不同的原则又产生了所谓“裁审自选、裁审分离”的双轨解决机制和“裁审衔接”的单轨解决机制。自愿原则起源于14世纪的国际商事仲裁制度,主要为法国、美国、爱尔兰等欧美国家采用,特别强调程序的正当性和当事人的意思自治;在欧洲以诉讼为主的一些国家则专门设立劳动法院、劳动法庭

[5] 史探径著:《劳动法》[M].北京经济科学出版社,1990年版。

[6] 王全兴、侯玲玲著:《民事诉讼法适应劳动诉讼的立法建议》载《中国劳动》2001年第6期。

[7] 争议从产生到诉诸法庭发生的变化是:争议双方在矛盾的处理过程中会逐渐放弃其原始立场而采取更为敌意的行动,并最终失去理性沟通的努力。对审理结果的关注往往代替了对起始争议的理解和处理。参阅格拉斯尔的冲突激化理论,Friedrich Glasl: Konfliktmanagement. Ein Handbuch fuer fuehrungskraefte. Beraterinnen und Berater, Ben: Paul Haupt Verlag, 1997。

或普通法院特别程序,实质是诉讼与仲裁结合的产物,通常由一个中立法官为主导,并有代表雇主和劳工立场的代表参加审理。实行强制原则的国家,政府往往起主导作用,劳动仲裁机构在政府的主导下设立,实际是政府职能的延伸,即便赋予其准司法权,行政权与司法权也很难分离。日本和澳大利亚等国家赋予仲裁终局效力,当事人不能再向法院起诉^[8];而韩国将强制仲裁视为行政仲裁,当事人不服可提起行政诉讼或申请复议^[9]。香港地区虽然与内地同样采取一裁和两审,但其审判的作用却完全不同,对劳动争议仲裁实行有限上诉原则,劳动争议主要由小额仲裁处和劳资审裁处解决,只有在涉及法律问题或超出管辖的情形下才被允许向高等法院的原讼法庭上诉,而向上诉法庭上诉更被限定在涉及对公众具有普遍性重要的法律问题时才被允许。^[10]

纵观各国的劳动争议解决机制,均将仲裁作为解决劳动争议的重要程序。在实行“裁审衔接”的机制下,仲裁程序更符合劳动争议的特性,更有利于争议的处理,在劳动解决机制中应当扮演主要角色,起主导作用,而审判作为对仲裁的监督和一种补充救济方式应退到次要的地位,发挥辅助作用,否则仲裁便无存在的必要。

三、现行劳动争议解决机制下人民法院的职能转变

(一) 立法的选择:改变裁审关系亦或转变审判职能

我国劳动争议处理程序繁冗,效率低下已是一个不争的事实,如何改变这种现状,很多学者提出应改变现行的裁审关系。对于裁审关系的设计归纳起来大体有五类主张:一是“只审不裁,取消仲裁”;二是“只裁不审,仲裁终局”;三是“或裁或审,当事人选择”;四是“先裁后审,仲裁前置”;五是“案件分类,区别处理”。^[11]前两种设计又称为单一机构

模式,主张要么设立专门的劳动法庭或劳动法院,要么实行仲裁终局。设立专门的劳动法庭或劳动法院是个极为复杂的工程,不仅需要大量细致的立法活动和准备工作而且构成对司法体制的改变,让公众难以接受,不合现实。而实行仲裁终局在现阶段又面临仲裁人员专业性、职业性不强,仲裁机构缺乏监督、权威性不够,难以独立担当解决劳动争议重任的困局。“或裁或审,各自终局”的观点则遭到了更多批判,不仅易造成仲裁部门与法院适用法律的不统一,而且让当事人自由选择诉讼或仲裁,则势必会引发劳动争议诉讼的爆炸。当事人意思自治必须建设在完全平等的基础上,劳动关系中的人身依附关系,及劳动力市场的供求失衡和就业矛盾,让劳动者处于弱势地位,几乎没有对话权,很难保证意思自治的真实性。上世纪经济危机的爆发和工人大规模的抗议让各国政府意识到放任不干预的劳工政策已无法有效解决社会矛盾和劳资争议,于是一些国家开始设立以政府为主导的仲裁机构和调解机构,积极参与劳动争议的协调和斡旋,实行强制仲裁已成为一种发展的趋势。^[12]与“案件分类,区别处理”设计相对应的便是调解仲裁法制定的“一裁终局”制度,但其局限性前面已叙,不再赘述。相比之下,“裁审衔接”的制度设计更符合我国的国情和劳动争议的特点,仍然是目前最适合的处理模式,在这种情形下,审判权职能的转变就显得尤为必要。

(二) 转变的方向:重监督轻裁判、重程序轻实体

香港地区以其快捷、有效的劳动争议解决机制被誉为世界劳资关系最和协的地区之一^[13],其“有限上诉原则”对于我国劳动争议审判权职能的转变具有重要借鉴意义。我国也可将审判权限定在只对仲裁程序和法律适用进行审查的范围内,笔者称之为“有限审查原则”。实行“有限审查原则”可以避免对

[8] 周信利著:《美日劳资争议仲裁制度之研究》[J].载台湾中国文化大学劳工研究所发行的《劳工研究》季刊第96期,1989年7月。

[9] 王全兴、侯玲玲著:《我国劳动争议处理体制模式的选择》,载《中国劳动》2002年第8期。

[10] 王国社著:《内地与香港劳动争议制度比较研究》,载《现代法学》2004年第6期。

[11] 王文珍、王全兴、黎建飞、孙德强:《专家纵谈劳动争议体制改革》(下),载《中国劳动》2006年第7期。

[12] 江伟、肖建国著:《劳动争议仲裁制度的比较研究》[J].载《法律科学》,1995年第2期。

[13] 赵龙著:《内地与香港劳动争议处理制度比较研究》,福建师范大学硕士学位论文,2008年6月。

仲裁的全案实质审查,当事人可不必重复举证质证、法官也不用重新调查事实,诉讼是仲裁的延续而非重新开始;同时,“有限审查原则”可引起当事人对仲裁程序的足够重视,树立仲裁的权威。对法律适用的审查能够对仲裁形成有效的监督,实践表明,在程序正当的前提下,处理劳动争议案件的难点往往不是对事实的调查和认定,而是如何适用法律。因此,法院只要把握好程序关和法律关,便能事半功倍,不但能实现处理劳动争议的效率价值,也能确保案件的实体公正和程序公正。

(三) 具体制度的设计

1. 当事人对劳动争议案件仲裁裁决不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院提起诉讼;期满不起诉的,裁决书发生法律效力。

2. 当事人仅以仲裁裁决认定事实错误为由起诉或者要求人民法院重新核查事实的,裁定不予受理或驳回起诉。

3. 一审法院受理案件后对以下内容进行审查:(1) 仲裁裁决适用法律、法规有无错误;(2) 作出裁决的劳动争议仲裁委员会有无管辖权;(3) 仲裁是否

违反法定程序;(4) 仲裁裁决所依据的证据是否是伪造的或当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据;(5) 仲裁员在仲裁案件时有无索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为。

4. 一审法院经过审理,按照下列情形,分别处理:(1) 仲裁裁决适用法律正确、程序正当,则判决支持原仲裁裁决,驳回原告诉讼请求;(2) 仲裁裁决适用法律错误,则重新适用法律予以判决;(3) 仲裁裁决违反法定程序,可通知仲裁委员会重新仲裁,仲裁委员会重新仲裁的,则裁定终止审理;仲裁委员会拒绝重新仲裁的,由人民法院在查清事实的基础上予以判决。

5. 人民法院审理劳动争议案件,无需指定举证期限;当事人如有证据应在开庭前提交;仅以适用法律错误为由提起诉讼或没有证据提交的,可在询问当事人、查阅案卷资料后径行判决。

6. 二审法院原则上只受理对一审法院重新查明事实并判决的上诉案件。对涉及人数众多,在本辖区影响重大的案件,一审法院可报请二审法院审理,二审法院也可以自行提级审理。对重大疑难的法律适用问题可通过内部请示和加强指导的方式解决。

(上接第71页) 文牒,如果不符合委托规定或不及时函复,会遭到受托法院退卷^[21],文牒将白白损失,因此它必然遁规而行。而对受托法院来讲,由于异议程序的约束,已方责任会造成文牒收回,并且异议程序必然启动上级法院的过问、调查、督促甚至问责,它也必然不会违规。即使受托法院在异议程序启动前将文牒背书转手也没用,一来后手受托法院会不认可,二来前手委托法院还可通过挂失程序宣告无效。

文牒制度的目的不在于消灭冲突,而在于及时化解冲突,避免冲突“沉淀”、“淤塞”。在文牒的驱使下,无论是委托法院,还是受托法院,均有动力积极向上级法院寻求协调,从而使冲突得到及时解决。而且,在前述制衡机制的作用下,消极的、非良性的冲突(如乱委托、乱退卷等)将大大减少,剩下的将

多是具有建设性的冲突,多是双方为着把委托执行依法办好而产生的认识上冲突。这样,委托执行冲突的管理将更有效率,上级法院的协调将更具针对性。

结语

制度的改革与改进是一个系统工程,委托执行的困局也并非仅仅在于管理体制的不科学和博弈规则的不合理。作为司法体制大系统的一个子系统,委托执行体制不仅需要优化自身,同时也需借力于周围系统。同样,文牒制度也只是整个委托执行体系的一个子系统,它的作用发挥也需依赖其它相关制度配合,如委托条件、退卷条件、结案标准等攸关成败。还有,法院并非执行的最终受益人,文牒对法院的价值取决于所有法院对之的认可和确信,因此需要从制度纪律、目标考核乃至精神奖励等多方面给予呼应和打造。否则,文牒可能沦为一般的公文,文牒制度也可能“停摆”。

[21] 参见《关于加强和改进委托执行工作的若干规定》第11条第2款。

司法能动视角下民事审判权运作机制 定位与反思

□ 吴 杰*

一、司法能动视角下理念之争

能动司法理念大体有以下几种解读：一是指美国的司法能动主义，即裁判案件时不遵循先例，或者背离通常的裁判方法，或者直接造法。二是能动司法是审判方式上当事人主义向职权主义诉讼模式的回归。三是认为能动司法只是功能意义上的能动。其基本观点是能动司法不同于西方司法能动主义，能动司法是服务型司法、主动性司法、高效性司法。强调司法要服务大局、服务社会。

当前，理论界主流观点认为，能动司法的使用应立足于第一个方面，即应与法律方法或法律解释联系起来，反对在审判方式和法院功能意义上使用，原因在于审判方式与司法功能意义上的能动司法与以往的司法改革目标背道而驰，更有违司法根本原理之嫌。笔者认为，如果以能动司法为视角考察民事审判权运作机制，能动司法不仅存在于法律解释层面，还存在于审判方式和法院功能的层面。

二、司法能动应然之维——诉讼法理与非讼法理之分

（一）民事审判权定义及诉讼对象与非讼对象区分

司法权分为民事司法权、刑事司法权和行政司法权。民事审判权作为司法权中的一种权力，具体指处理民事诉讼时行使的国家权利。民事审判依处理事件是否具有讼争性不同，分为争讼审判和非讼审判。审判权行使的对象是诉讼事件和非讼事件，

诉讼事件与非讼事件区别标准一般以国家作用来区分，具有民事行政性质的事件被称作是非讼事件。诉讼事件的目的是通过实体法以确定私人之间的权利义务关系，如确认所有权之诉等。非讼事件的目的并不在于确定私人之间的法律关系，而且其具有较强的公益性。如监护事件、遗产分割事件等。审理诉讼事件与非讼事件适用的程序法理不同，诉讼事件是依据实体法上的要件认定当事人主张的真伪，法院并无自由裁量的余地，因此，应依据诉讼法理进行审理；非讼事件法院有较大自由裁量的空间，应适用非讼法理。

（二）民事审判权运作机理之能动与被动——诉讼法理与非讼法理

民事审判权运作机制中包含两个基本法理，即诉讼法理和非讼法理。诉讼法理目标在于，为使对立双方当事人信服，诉讼程序由当事人来主导，要求法院遵循依诉讼法理所制定程序进行，目的是获得慎重且正确的裁判。依诉讼法理所制定的繁琐诉讼程序会使当事人负担较大的诉讼费用与诉讼成本，于是，民事审判权运作机制也包含非讼法理，非讼法理的目标在于实现迅速且经济的裁判，因此，非讼法理不要求法院对案件采取仔细且慎重的裁判。诉讼法理主要由处分权主义、辩论主义、当事人进行主义等原则构成。非讼法理与诉讼法理相对应，非讼法理也主要由三个原则所构成，即职权调查主义、职权探知主义、职权进行主义等。^[1]因此，非讼事件所适用的非讼程序与诉讼事件所适用的诉讼程序存在明显不同，例如，程序构造上不以对立当事人构造为前提；排除处分权主义，适用职权探

* 重庆市荣昌县人民法院副院长，法学博士。本文荣获优秀奖。

知主义；审理一般不公开；采取裁定形式裁判等。

（三）处分权主义的被动与职权调查主义的能动

民事诉讼的对象是私法上的权利或法律关系，按照私权自治的原则，诉讼请求层面上应服从当事人的自由处分，因此，处分权主义是指法院不依职权开始民事诉讼，即诉的提起与否，要求法院裁判的事项，以及终结诉讼方面均由当事人决定。简而言之，处分权主义具有三方面内容，即诉讼开始、诉讼审理的对象以及范围和诉讼终结均由当事人决定。也就是说，诉讼启动只能由当事人决定，法院不能依职权启动某个诉讼的审理，法院也不能任意扩大或缩小案件审理的对象及范围，此外，在诉讼终结上，法院也必须尊重当事人的决定。

职权调查主义与处分权主义相对应，也有三方面内容：一是不同于处分权主义的“不告不理”原则，法院必要时可依职权开始诉讼程序；二是法院不受当事人请求对象及范围约束；三是当事人诉讼终结权利应受限制，也就是说，在没有法院允许的情形下，当事人不能任意地终结诉讼。

非讼事件的对象与民事诉讼的对象有所不同，民事诉讼对象是私人之间的权利义务关系，而非讼对象往往带有较强的公益性。如非讼事件中的人事诉讼，其对象是人的身份关系，身份关系不仅对当事人的子女及其亲属有影响，也对其他的第三人有影响。因此，离婚、解除抚养关系等人事诉讼中，原则上不允许当事人自由处分，于是，非讼事件一般采取的是职权调查主义。由此可见，民事审判权行使针对的对象不同，司法能动与被动也存在着不同的要求，非讼对象因为有公益性，法院必须采取职权探知主义，因此，在非讼事件中，民事审判权运用发挥着主动性或能动性是司法能动的必然之维。

（四）辩论主义的被动与职权探知主义的能动

辩论主义是指当事人具有或负担判决基础事实的收集、提出权限以及责任的原则。具体而言，诉

讼资料（应作为判决基础的事实）、事实证明以及应调查证据的决定权在于当事人，法院不能以当事人未提出的事实作为判决基础。辩论主义的内容据此可归纳为三个方面：一是法院就当事人未主张的事实不能作为裁判的基础；二是法院就当事人之间没有争议的事实必须原封不动地作为判决的基础；三是法院就所争议的事实依据证据加以认定时，证据方法必须由当事人提出（即不能进行当事人未主张之证据调查）。

职权探知主义与辩论主义相对应，简单言之，职权探知主义赋予了法院依职权调查证据的权利，既然法院可以依职权调查事实与证据，对当事人之间没有争议的事实当然对法院的心证无法拘束。此外，法院可以依职权调查当事人所未提出的事实，所以也可以将调查结果作为认定事实的依据。职权探知主义三方面的内容是：一是法院不受当事人辩论的拘束，当事人未提出的事实也可以作为裁判的资料；二是当事人的自认不拘束法院；三是法院就当事人提出证据之外的证据，也可依职权进行调查。

职权探知主义让法院负有确定判决基础之事实的责任。正如《日本民事诉讼法》第20条的规定：“人事诉讼中裁判所可以斟酌当事人未主张的事实，且可依职权进行证据调查”。由于非讼事件涉及公益事项，非讼判决不只对当事人，且对第三人产生有利与不利的影响，于是，法院有依真实作出判决的必要，因此，法院对裁判上的重要事实必须依职权进行调查，重要事实的证明也由法院来决定。而以辩论主义作为理论基础的主张责任与提供证据责任在非讼事件中就不能适用了。

在诉讼资料的收集与提出方面，诉讼事件与非讼事件也适用着截然不同的原则。辩论主义贯彻的是当事人自我责任原理，法院在事实收集与证据提供上采取消极与被动立场，但是，在非讼事件的审理中，法院必须对事实及证据的可靠性和真实性负责，这既是源自公益性的要求，也是出于对弱势当事人的保护。因此，民事审判权运用机制要求法院在非讼事件的裁判上必须具有服务性、主动性和高效性，这完全符合非讼程序的法理，也是民事审判权运用机制中发挥主动性或能动性的必然之维。

[1] 诉讼法理与非讼法理的区分还在于，言词主义和书面审理主义以及公开原则等程序构造上也有所不同，诉讼法理强调对于当事人权利的保障，采取了言词、公开、对审、判决程序的构造；而非讼法理对当事人权利保障并不充分，采取的是书面、非公开、审问、裁定程序的构造。

（五）当事人进行主义的被动与职权进行主义的能动

在民事审判权运做机制中，法院对事实加以认定，并在事实基础上发现并解释所适用的法律，这被看作是法院的专责。而民事判决是在事实认定基础上，适用法律并形成裁判的活动，因此，民事判决的基础工作有两个方面：一是收集事实与提出证据，以查明案件事实的实体形成层面；二是实施与整理（口头）辩论程序的程序形成层面。对于民事审判的基础工作，即实体与程序形成究竟由法院主导，还是当事人主导，大致分为当事人主义和职权主义。

当事人主义与职权主义在程序形成层面又分为当事人进行主义和职权进行主义，如在决定传唤双方当事人、组织当事人辩论及证据调查、决定诉的合并或分离、决定诉讼中止与终结等程序事项上，根据法院与双方当事人所发挥作用的不同，分为当事人进行主义与职权进行主义。也就是说，所谓当事人进行主义是指，在诉讼程序构筑与进行上，由当事人主导。反之，由法院主导的，称为职权进行主义。

民事诉讼是私人之间解决私权关系的制度，诉讼发展史上曾经将实施诉讼的主导权赋予当事人，但事实证明如果是由当事人主导及决定诉讼程序实施，很容易产生诉讼迟延，也容易产生程序上的混乱，如果由法院决定诉讼程序的进行，则有助于迅速、公平、适当地解决纠纷。因为，民事诉讼是公权解决纠纷的制度，从制度运营效率角度考虑，不论是诉讼事件，还是非讼事件，均应采取职权进行主义模式，即发生了当事人主义和职权主义交错适用的现象。

诉讼法理与非讼法理是民事诉讼两大基本法理，以处分权主义与职权调查主义；辩论主义与职权探知主义；当事人进行主义与职权进行主义的相互对应关系构成了当事人主义与职权主义的划分基础，各个原则之间的相互对应关系集中体现了民事审判权在实体和程序形成层面的能动与被动之思辨关系，只有客观务实地分析上述诸原则在民事诉讼中运行机理才是正确理解并践行司法能动与被动的关键所在。

三、司法能动必然之维——当事人主义的修正与补充

十九世纪末以来，在欧洲大陆法系以德国和奥地利为代表的国家出现了反思民事司法消极性与被动性的趋势，在民事诉讼领域发生了一系列变革。首先，在程序进行层面上，法院与当事人之间的作用分担有了显著的变化，职权进行主义逐渐抬头并得以推行。其次，在实体形成层面上，对以古典辩论主义为代表的当事人主义加以补充与修正。与之相应，日本民事诉讼法制定了有关真实义务和补充证据调查制度（法院就当事人所提供的证据无法获得心证时，认为必要时可以依职权进行证据调查）等规定。同时，规定了释明权（义务）和真实义务。第三，在法律解释与适用层面上，引入了法律观点指出义务等。综上所述，在当今民事审判权运做机制中，出现了法院与当事人能动与被动交错的现象，这进一步模糊了当事人主义与职权主义的固有边界。

（一）处分权主义的被动与职权调查主义的能动之交错适用现象

民事司法具有消极性或被动性特点。依审判对象的不同，有处分权主义与职权调查主义的划分。一般而言，在通常的民事诉讼中法院采取的是消极立场，但在某些特殊情形下法院也有发挥能动性的必要，具体从以下几方面来分析。

首先，如果民事诉讼的对象有较强的公益性，就不能采取私权自治原则任由当事人处分了，此种情形下法院应以主动、积极姿态介入。如依日本民法典731条和744条的婚姻撤销与无效确认诉讼中，作为公益代表的检察官能够起主动提起诉讼。在我国公益诉讼的理论探索中，也有很多学者建议检察机关也可以作为公共利益代表起诉损害公共利益的行为。其次，在通常民事诉讼中，诉讼要件也有公益性，除了作为抗辩的诉讼要件（仲裁协议的存在）外，法院对诉讼要件也应积极、主动地展开调查，即贯彻的是职权调查主义。第三，在有关诉讼费用的裁判上。诉讼费用裁判是民事诉讼纠纷处理上的付随裁判，诉讼费用由于具有维持裁判制度的公共目的，因此，诉讼费用不受处分权主义的约束。最后，在形式的形成之诉中，如共有物分割之诉等。此类

诉讼由于没有法定的形成要件,法院有必要对案件事实展开全面调查,并通过自由裁量以确定合理的分配界限与标准,这类诉讼也不受当事人所主张的分割标准约束,也排除处分权主义的适用。上述四个方面在民事审判权运作机制中均必须以能动司法手段来加以应对,这显然已经摆脱了民事司法消极性的特点,转向能动司法之趋势。

在非讼事件的审理与裁判中,例如,对于有公益色彩的人事诉讼,在诉讼开始的问题上,依然采取的是“不告不理”的原则,也就是说,虽然非讼事件贯彻的是职权调查主义。但在诉讼的开始方面,仍维持的是处分权主义,即如果当事人不提出诉讼请求,法院也不能主动地加以审判。可见,通常民事诉讼中被奉为一般原理的处分权主义,在特殊情形下仍有适用发挥司法能动作用的职权调查主义的情形,同时,以人事关系为对象的人事诉讼中,也有适用消极和被动的处分权主义之空间,因此,处分权主义与职权调查主义具有交错适用的现象。

(二) 辩论主义的补充与修正——释明权、真实义务和法观点指出义务

在诉讼资料的收集上,辩论主义采当事人自我责任原理。如严格贯彻自我责任原理,极有可能使本应胜诉当事人败诉,结果是当事人失去对法院裁判的信赖。因此,法院应主动、积极地介入到民事诉讼之中。将法院释明权(义务)、法律观点指出义务以及当事人真实义务作为辩论主义的补充,但在诉讼资料收集方面仍应以辩论主义作为基本原理。

法院释明分为积极释明和消极释明。释明权的范围原本只限定于消极释明,但今天普遍认为积极释明对案件事实的解明也是必要的。笔者认为对积

极释明应当设定一定界限,应设定两个标准:一是依照诉讼的经过和裁判资料,明显发现当事人请求系不同请求时;二是当事人之所以未提出该正确请求,是基于误解或未注意。法院释明作为诉讼指挥权的一种,在消极释明范围上并无争议。司法能动范围与界限主要受积极释明范围与界限的约束,为积极释明设一定界限是行使司法能动的关键。

法规解释与法律适用属于法律判断问题,不受当事人陈述与意见的约束。但是,当事人与法院在法律上的见解存在着不同时,并且当事人又未注意到此不同,法院作出与当事人法律观点不同的判决时,就会造成所谓的突袭裁判。法观点指出义务认为,法观点指出义务是在承认在法律问题上法院有主导权的前提下,才承认与当事人有进行讨论的义务,也就是说,讨论目的在于避免对当事人造成突袭,并使当事人充分了解法官的法律观点。因此,法官与当事人之间的地位并非是平等的,当法官与当事人意见不一致时,最终仍应尊重法官法律适用的优先性。笔者认为在法律适用层面上能动司法可概括为“能动中有消极”的特征。

当事人的真实义务,是指认为不真实的事实在诉讼中不能主张,或者不能就对方当事人所主张的与真实相一致的事实提出异议,这就是所谓的当事人诉讼法上义务——真实义务。真实义务作为对古典辩论主义的修正提出的。笔者认为真实义务仅仅是诉讼法上的道德及伦理义务,违反真实义务并不能产生直接的法律后果。但违反真实义务并不排除间接法律后果,如适用诚实信用原则(禁反言),或是法官对此形成不利心证等。因此,在真实义务上还是有必要保持司法被动性与消极性的特点。

重庆法院《法律适用》通联工作受国家法官学院表彰

近日,国家法官学院在云南召开2011年《法律适用》通联工作会,最高人民法院副院长万鄂湘出席会议并讲话。会议对在通联工作中取得突出成绩的9个先进单位和9名先进个人予以了表彰,重庆法官进修学院和重庆法官进修学院副院长黄朝军同志分别被评为2011年《法律适用》通联工作先进单位和先进个人。

完善刑事被害人救助制度构想

——以重庆为视角

□ 袁胜强* 蒋佳芸**

刑事被害人救助^[1]是构建社会主义和谐社会的必然选择,刑事被害人救助的发展是一个渐进的过程。目前,重庆市刑事被害人救助已经进入“制度性救助”阶段,但尚未形成独立于司法救助的刑事被害人救助制度;惠及的刑事被害人已经日渐广泛,但还带有化解刑事被害人激烈信访的“滞后性”与“被动性”。在大力推进“五个重庆”建设的历史进程中,只有不断完善刑事被害人救助制度,才能全面体现“重

庆模式”的内涵,才能最大程度地满足广大市民日益增长的“民生”、“幸福”诉求。

一.观念转变:明确维权安民的政府责任

2004年2月,山东省淄博市出台《关于建立犯罪被害人经济困难救助制度的实施意见》,拉开了国内刑事被害人“制度性救助”的序幕。随后,刑事被害人救助制度如雨后春笋般在全国多个省、直辖市、自治区铺开。2008年10月,重庆市委政法委、市财政局联合出台《重庆市司法救助资金管理暂行办法》,将刑事被害人救助纳入司法救助范畴积极开展,取得了一定的社会效果。但重庆市刑事被害人救助还停留在政府权利行使的观念下,为“安抚”、“息诉”、“息访”而给予刑事被害人的特殊照顾和额外恩惠,浓厚的“权力本位”色彩,成为救助制度发展的掣肘。进一步完善重庆市刑事被害人救助制度,首先应当转变观念,由“权力本位”转变为“义务本位”,即由“济困息访”的政府权力行使转变为“维权安民”的政府责任担当。

着眼于政府与公民关系,救助刑事被害人是政府不可推卸的义务和责任。正如犯罪学家杰里米·边沁所说,社会对受到伤害的个人负有救助的义务。公民通过权利的让渡取得政府的保护,以“私力救济”的放弃获得政府更有力的“公力救济”,政府垄断了使用暴力打击犯罪、惩罚犯罪的权力,也因此承担为社会成员提供一个安全的生存、生活环境和打击犯罪、保护公民的责任。由于政府没完全尽到维护社会治安、保持良好社会秩序的职责导致犯罪的发生,政府应当对犯罪结果承担责任。在“公力救济”体制下,被害人“私力复仇”被禁止,被害人的权利受到重大

* 重庆市高级人民法院刑二庭庭长。

** 重庆市高级人民法院刑二庭助理审判员。

[1]近年来,刑事被害人救济话题中“赔偿”、“救助”、“救济”、“补偿”、“援助”等术语混淆、概念不清。广义的刑事被害人救济包括赔偿、补偿、救助、援助等方式。狭义的刑事被害人救济包括补偿、救助两种方式。刑事被害人赔偿是指在刑事犯罪行为同时侵害刑事被害人合法权益的情况下,由刑事被告人以及依法应当承担该项民事侵权责任的其他主体,对刑事被害人以及依法享有该项民事赔偿请求权的其他主体,依照民事法律规范所进行的赔偿;刑事被害人补偿是指在刑事被害人未能获得或者难以获得赔偿的情况下,由国家或具有行政主权之地区政府基于法律规定的替偿义务,以给付刑事被害人或其他法定权利人一定额度的补偿费用的形式,弥补其因刑事犯罪所遭受的经济损失;刑事被害人救助是指国家对一定范围内遭受犯罪行为侵害而又没有得到充分赔偿的被害人及其家属,通过法律程序给予其一定物质救助的制度;刑事被害人援助是指国家机关、社会组织基于法律规定的义务或者法律的倡导,为困难刑事被害人或其他利益主体提供帮助或道义扶助的行为。通常所说刑事被害人救济是狭义的,理论界与实务界基本认可“先制定并实施积极的救助政策,后制定并实施可行的补偿立法,分阶段建立刑事被害人救济制度”的路径选择。目前我国尚处于刑事被害人救助阶段。参见陈彬、李昌林等著《刑事被害人救济制度》,法律出版社,2009年5月第1版 第8-11页。

限制,在诉讼中很难全面维护自身权益,这时对被害人进行社会恢复的义务就落在了国家的身上,如果政府对受到严重伤害而又经济困难的被害人不救助,显然是一种未能完成政府“公力救济”使命的不负责任的行为。^[2]可见政府对犯罪结果承担责任不仅体现在打击惩罚犯罪上,还体现于对被害人因犯罪遭受的经济损失“埋单”,这并非是对社会成员的一种恩惠和照顾,而是政府不可推卸的义务和责任。

立足于“重庆模式”要求,救助刑事被害人是维权安民的政府责任担当。一切为百姓着想,通过建好“五个重庆”,做好十件民生大事,搞民生财政,促进百姓生活条件的不断改善,增加人民的幸福感,营造党和政府的良好声誉和口碑,实现执政的必然性和制度的优越性,^[3]这就是“重庆模式”的全面阐释。立足“重庆模式”,市委提出“做到两个百分之五十”的要求,即领导干部投入百分之五十以上的精力抓民生;财政支出百分之五十以上用于民生。“重庆模式”以“民生”为主旋律,以关注民生、保障民生、发展民生为政府职责所在。刑事被害人遭受人身权和财产权双重损害,陷入生活困境,或引发涉法涉诉信访,有的甚至引发报复性犯罪,严重影响“民生”发展,关注刑事被害人、保障其合法权益就是关注民生、保障民生。对于大力推进“五个重庆”建设的政府而言,救助刑事被害人是关注民生、保障民生的体现,是“维权安民”的政府责任担当,是“重庆模式”内涵的全面体现。

二、模式选择^[4]: 采取独立的地方立法形式

2009年3月,中政委、最高法、最高检、民政部、司法部、财政部、人力资源和社会保障部下发《关于开展刑事被害人救助工作的若干意见》,至2011年初,已有十七个省、直辖市、自治区相继出台刑事被害人救助工作实施办法,还有一些省份将刑事被害

人救助工作纳入民事司法救助范畴,^[5]形成了单列和混合两种模式。单列模式是将刑事被害人救助从司法救助制度中剥离出来,以政策性文件或地方立法予以规范的模式。其中江苏无锡、宁夏回族自治区采用地方立法形式。混合模式未单独就刑事被害人救助制度制定专门的规范性文件,而是将其纳入司法救助、涉法涉诉救助或执行救助体系之中积极开展落实。如浙江省、重庆市刑事被害人救助纳入司法救助,单列前的云南省刑事被害人救助纳入执行救助,吉林省纳入涉诉涉法信访救助。

刑事被害人救助有别于民事司法救助的特性,决定由混合模式转变到单列模式的必要性。

一是赔偿主体的特殊性。由于侦查技术的限制,大量刑事案件无法破获,赔偿主体不明,被害人无从索赔。而破获的犯罪特别是暴力犯罪的罪犯大多经济困难,加之被判处刑罚有的甚至被判处死刑,无力赔偿的现象极为普遍。据中国犯罪学研究会调查,80%的刑事被害人无法获赔。^[6]

二是救助对象的特殊性。刑事被害人遭受人身权与财产权的双重损失,由此引发的上访率和申诉率呈上升趋势。据统计,2004-2006年全国各级检察机关受理的不服法院生效刑事裁判申诉案件中,属于被害人申诉的比例均在30%以上,2006年这个比例达到37.38%^[7]。有的甚至引发严重报复性犯罪。^[8]

三是救助程序的特殊性。刑事被害人遭受犯罪行为侵害,家庭生活、医疗救治陷入严重困境,其救助的紧迫性远甚于民事司法救助,“救急”是刑事被害人救助制度的基本特性,救助程序在公平公正前提下,兼具及时性、简洁性、便捷性。

政策与法律约束力及宣示意义的差异,决定从政策性文件上升为地方性立法的必要性。

一是政策性文件效力层级低,约束力不足。江苏无锡和宁夏两地采用地方立法规范刑事被害人救助

[2] 房保国著《被害人的刑事程序保护》,法律出版社,2007年5月第1版,第364页。

[3] 李希光 顾小琛:“重庆梦与中国模式”载《中国社会科学内部文稿》,2010年第4期。

[4] 需要指出的是,刑事被害人救助模式不同于刑事被害人救济模式。理论与实务中普遍认同的符合我国实际的刑事被害人救济模式是分阶段建立我国刑事被害人救济制度,即先实行救助政策后实行补偿立法的模式。正是在这一刑事被害人救济模式下,全国各地纷纷“试水”刑事被害人救助,在实践中形成了单列与混合两种刑事被害人救助模式。

[5] 李恩树:“刑事被害人救助工作‘落地’两年地方司法机关执行给力17个省出台刑事被害人救助办法”载《法制日报》,2011年2月10日。

[6] 傅剑峰:“最高检力推被害人补偿立法”,载《南方周末》,2007年1月18日A1版。

[7] 王斗斗、张庆申:“刑事被害人权利几被遗忘问题引起最高法最高检高度关注,救助刑事被害人‘两高’合力破题”,载《法制日报》2007年8月28日第8版。

制度,具有较强的稳定性和法律约束力,是法的正式渊源之一。而政策性文件不具有法律约束力,仅在制定主体权力范围内实施,效力层级低、稳定性不强、约束力不足、难以长久实施。

二是政策性文件透明度不够,宣示意义不强。地方立法公开地、一次性地公布,透明度高、宣示意义强。社会成员能通过互联网轻松获知宁夏和无锡两地救助条例的具体内容。而政策性文件的公布没有统一规定,公布的方法也不一致,各地的刑事被害人救助政策性文件鲜有公开公布的,透明度和宣示意义远不及法律。

三是政策性文件制定技术参差不齐,质量高低不一。政策性文件制作主体具有广泛性,法律水平不一,制定技术参差不齐,质量难以保证。而地方立法的主体是地方立法机关,立法技术高,立法程序严格,立法质量大大高于政策性文件。

正如2010年3月云南省八部门联合下发《云南省开展刑事被害人救助工作实施办法(试行)》实现从混合模式到单列模式的转身一样,从混合模式中剥离出来,从司法救助一体化到刑事被害人救助单列化,从政策性文件上升为地方立法,是进一步完善、规范重庆刑事被害人救助制度的路径选择。

三、制度设计:量力确定救助范围与按需设置救

助程序

(一) 实体部分

1、遵循量力救助、逐步提高的原则。

替偿性救助还是量力救助,是确定刑事被害人救助实体内容的原则问题,我们可以从社会发展程度、救助需求与救助能力进行考量。

以社会发展程度考量。对刑事被害人未获之赔偿进行替偿性救助固然是救助制度的理想目标,但由于加害人赔偿能力有限,侦查技术、执行手段局限,无法获赔的刑事被害人大量存在,而我国经济、社会文明均处于发展中水平,民众一时难以接受将大量的社会公共资源用于对未获赔或未完全获赔的刑事被害人进行替偿性全额救助,仅仅呼吁伸出“国家之手”救助陷入困境的刑事被害人。加之,当下社会诚信制度不健全,替偿性救助的便利性和保障性可能导致被害人殆于行使对加害人的追索权,加害人趋利避害故意逃避执行,导致执行难的现状更加恶化。

从救助需求与救助能力分析。以重庆市2006—2010年刑事附带民事案件执行情况为例,执结案件的比重逐年有所提高,但执结案件中通过自动履行、和解、强制执行而最终执行到位的比重依然较低。五年中,未执行到位或未全部执行到位的案件比例超过70%,案件数量约920余件/年,附民案件的执行

年度 (年)	执结案件 (件)	执结情况(件)						执结标的 (万元)	未结 案件 (件)	未结标的 (万元)
		不予执行	自动履行	和解	强制执行	终结	其他			
2006	871	6	63	70	91	557	84	1686.5603	273	5127.9028
2007	900	3	85	57	87	584	84	3788.5262	341	4535.1377
2008	915	4	63	81	108	537	122	3388.1415	317	2949.4998
2009	1159	1	102	84	128	685	159	4930.7882	229	2286.5814
2010	1296	10	149	148	469	242	278	12559.76	90	716.0474

(2006—2010年重庆市刑事附带民事案件执行情况)

[8] 韩浪泼硫酸案是一起典型的报复性犯罪。2005年4月,韩浪6岁的儿子被张家13岁的小儿子掐死后扔进一口井中。张家小儿子因此被收容教养3年,判决的15万赔偿款韩浪分文未得。因为支付不起停尸费,6岁的儿子在死后半年才下葬。心生怨恨的韩浪在2006年11月25日,把硫酸泼向了张家的大女儿张萌,张萌被烧伤面积达15%。2007年8月27日,房山法院以危险方法危害公共安全罪,判处韩浪有期徒刑13年,剥夺政治权利3年。参见周逸梅:“法官庭后斥责原告没良心”,载《京华日报》2007年8月28日第8版。

标的平均约6.57万/件,每年约6000余万元未能执行,重庆市的现有财力尚不足以满足这一需求。

从社会发展现状出发,立足重庆市的经济状况,确立量力救助、逐步提高的原则,正确界定救助对象、合理设置救助条件、量力确定救助金额,随着社会、经济的发展逐步扩大救助范围、提高救助金额,使之与社会发展、经济水平相适应,是符合救助制度初衷,具有现实性、可行性的正确选择。

2、救助对象

从我国目前刑事被害人救助试点情况看,救助对象为直接被害人(直接遭受犯罪行为侵害的人)及间接被害人(即直接被害人的近亲属)。对直接被害人的界定,狭义说认为直接被害人就是作为犯罪对象的被侵害人,与犯罪行为具有刑法上的直接因果关系;广义说认为因犯罪行为遭受伤害的人都是直接被害人。包括作为犯罪对象的被侵害人,同犯罪作斗争、见义勇为受伤的人,偶然遭受伤害的人。建议采用广义说。首先,广义说界定的直接被害人范围与国内有权就犯罪的损害后果提起附带民事诉讼或民事诉讼的主体范围相当,也符合世界各国被害人救助或补偿立法的主流。^[9]其次,广义说更能体现公平正义。犯罪行为所误伤的人,见义勇为的人的伤害结果毕竟是由于犯罪行为所引起,纳入救助的被害人之内,体现了公平的理念。我国对见义勇为的鼓励政策并不完善,将其纳入救助对象之中,有利于鼓励公民积极与违法犯罪行为作斗争,推进社会主义精神文明。最后,广义说不必然加重救助压力。宽泛的界定刑事被害人范围,设置一个较低的门槛有利于扩大惠及面,但范围的界定仅是被害人获得救助的基础和前提,并不意味着在救助资源有限的现状下,所有被害人都能获得救助,还要符合损害结果、经济现状等救助条件。^[10]

3、救助条件

损害事实作为刑事被害人救助的首要条件有以下几个标准:一是犯罪类型、手段标准,以暴力犯罪所引起的对人的生命、健康以及精神上的损害为对象;^[11]二是犯罪结果标准,救助对象为身体受到犯罪伤害造成伤残、死亡的被害人。非暴力犯罪甚至过失犯罪给被害人带来的生活生存危机也是很多的。比如交通肇事、过失导致群体中毒等等。^[12]无锡刑事被害人救助采用该标准;三是犯罪类型、手段加犯罪结果双重标准,即救助对象为因暴力犯罪导致伤残、死

亡的被害人。宁夏刑事被害人救助采用该标准。^[13]笔者建议采用犯罪结果标准。从刑事附带民事案件的受案情况看,主要是故意伤害、交通肇事、抢劫、故意杀人、寻衅滋事等。国外将交通肇事排除在救助之外,究其原因主要是具备完善的交通保险足以使被害人获得补偿。我国目前的交通保险远远不能弥补被害人的损失,且交通肇事案件数量大,被害人遭受的损害惨重,排除交通肇事被害人救助不合国情。危害结果反映被害人受损程度、生存现状,与需救助的程度相对应,以此为标准合情合理。

因犯罪行为而陷入特殊困难是刑事被害人救助的核心条件。救助资源具有有限性和稀缺性,需对被害人家庭经济状况进行考查,以存在特殊困难为条件,才能实现资源价值的最大化,确保有限的资源用于最需要救助的被害人。各地的救助试行制度都明确了这一条件,如宁夏、江苏无锡、山东淄博、山东青岛、福建福州等地的救助办法中都明确规定特殊困难这一条件,符合客观现实,体现了量力救助、逐步提高的原则。

4、救助额度

救助金的确定遵循量力救助、逐步提高以及一次性经济救助的原则。救助金的实质是困难救助金,重在解决受伤被害人治疗困难、重伤或严重残疾被害人及家庭成员,死亡被害人家庭成员的基本生活困难,精神损失不在救助之中。救助金额应当根据刑事被害人实际损害后果、加害人及其他赔偿义务人实际赔偿能力以及刑事被害人的家庭经济状况、维持最低生活水平所必需的支出等情况确定。从各地的试行情况看,都明确了救助金的最高限额,有的地方还规定了最低限度,以及特殊情况下的最高限额,但由于地方财力不均衡因而标准不一。如:宁夏救助金一般不超过一万元,有特殊困难不超过五万元;江苏无锡一般不超过一万元,特殊情况不超过本市上一年度职工年平均工资的三倍;青岛为3000元以上3万元以下,特殊情况专门研究规定。重庆市的救助额度与民事司

[9] 德国、法国、比利时、丹麦、芬兰、瑞典等国家,直接被害人包括作为犯罪对象的被侵害人,同犯罪作斗争、见义勇为受伤的人,偶然遭受伤害的人;英国、加拿大安大略省、澳大利亚新南威尔士州、葡萄牙等国家以及中国香港地区,直接被害人包括作为犯罪对象的被侵害人,同犯罪作斗争、见义勇为受伤的人。

[10] 陈彬、李昌林等著《刑事被害人救济制度》,法律出版社,2009年第1版,第77页。

[11] 田思源著《犯罪被害人的权利与救济》,法律出版社,2008年3月第1版,第197页。

[12] 孙谦:“建立刑事被害人国家补偿制度的实践意义及其理论基础”,载《人民检察》2006年第9期(上)。

[13] 参见2010年10月1日起实施的《宁夏回族自治区刑事被害人困难救助条例》第2条。

法救助一致,一般不超过3万元,特殊情况最高不得超过5万元。相比之下,重庆市刑事被害人救助的力度较大,与地区经济水平相适应,刑事被害人救助一般情况的最高限额可以三万元为标准,鉴于近五年重庆市附带民事诉讼案件的执行标的约6.57万/件,建议将特殊情况下的最高限额提高到六万元左右,并在经济发展到一定水平之后对救助额度进行逐步提高。

(二) 程序部分

1、现有救助程序之弊端

重庆市刑事被害人救助纳入司法救助体系之中,其救助程序尚不完全符合及时救助、简化程序原则的要求,存在救助机关不统一,审批效率低下、启动相对滞后等局限。

一是决定机关不够统一。根据《重庆市司法救助资金管理暂行办法》之规定,救助金额低于5000元的由各级公、检、法办案机关自行决定,超过5000元的报市司法救助办公室决定。以金额为标准将决定权一分为二分配给司法救助办公室和公、检、法办案机关,各级办案机关、司法救助办公室均有一定程度的决定权,呈现出多头负责、分级救助的特点,决定机关不够统一。

二是审批程序复杂冗长。层层上报的救助审查机制是各地救助机制的共性,审批程序冗杂、救助效率低下。重庆基层法院的救助审批程序为:承办人提出—基层法院审批—中级人民法院审批—市高法院审批—市司法救助工作办公室决定。各级法院内部还存在烦琐的审批环节,与刑事被害人救助的迅捷性、简洁性要求相去甚远。

三是程序启动相对滞后。刑事被害人救助程序的启动主要在法院审执环节,尤其是执行阶段。重庆市2011年第一、二批司法救助案件中,对刑事被害人在立案、侦查、起诉环节进行救助仅三件,进入审判环节后,也多在执行阶段提起。而国外许多国家自被害人报案之日起即可申请国家的救济,能及时有效地保护被害人权益。

2、遵循及时救助、简化程序的原则。

救助程序直接影响救助制度的实施效果,构建科学合理的救助程序是刑事被害人救助制度的重要内容。最初国外刑事被害人救助或补偿奉行最后顺序原则,即只有在判决生效后,被告人确无实际执行

能力,方能启动救助程序由国家予以救助。顺位救助原则不能及时缓解刑事被害人亟待解决的就医、生活困难。确立及时救助、简化程序的原则,在加害者缺乏赔付能力状况明显时,及时启动救助程序,使被害人能够通过及时、公平、方便的救助程序获得救助,才能有效地防止被害人受到第二次伤害的风险,体现“救急”这一刑事被害人救助制度的基本特色。

3、救助程序的具体设置

建立健全重庆市刑事被害人救助制度,应当强调救助程序的权利保障功能,遵循及时救助、简化程序的原则,体现程序公正与效率的内在统一,统一救助机关、简化审批程序、规范启动方式,做出科学合理的设计。

主管机关。将决定权以金额为限一分为二分配给司法救助办公室与办案机关无太大必要。由对被害人、加害人基本情况比较了解的公、检、法办案机关审查决定,报市委政法委下设的刑事被害人救助办公室备案,救助办公室有权进行监督、提出意见,这种模式既保证了救助的迅捷、及时性,又足以体现市委政法委的统筹,具有科学性和可行性。

启动方式。江苏无锡、宁夏两部仅有的地方立法以及重庆的现行模式都仅规定依申请启动救助的方式。近年来,刑事被害人救助虽在理论与实务中迅速发展,但宣传力度不够、社会认知不足,许多刑事被害人不知道申请救助的权利,进行救助也是政府的一项责任和义务,因此,建议引入公、检、法依职权主动启动救助程序的方式,两种方式并存使刑事被害人救助更给力。

调查取证。救助程序启动后,办案机关及时了解被害人、加害人相关情况,通过走访当地居(村)委会、家庭成员所在单位,调查邻居、社区民警等方式,全面客观了解加害人的赔偿能力、被害人家庭经济状况,对符合救助条件的,提出救助意见,以保障救助的实体公正。

救助程序。简化层层审批的救助审批程序,由公、检、法办案机关提出意见,报其省级机关审批决定,报市刑事被害人救助办公室备案,并将救助决定送市财政部门,财政部门以“一案一拨”形式,在五个工作日内将救助资金拨款给办案机关,由办案机关在三个工作日内,通知救助对象领取。

对我国死刑案件证明标准之现实思考

□ 吴 雯*

一、对我国死刑案件证明标准的反思

我国《刑事诉讼法》第162条第(一)项规定的“事实清楚、证据确实充分”(以下简称“确实充分”)被认为是我国刑事证明标准的基本内容。该标准促使司法人员积极收集证据,以铁证办铁案,收到了较好的社会效果。然而,“确实充分”仅是对案件事实及证据状况的客观描述,为何确实?何为充分?如何判断证明是否达到了标准,仅仅从“确实充分”本身找不到答案,法官只能凭借常识和经验判断证明是否达到了标准。对同一案件不同法官得出不同甚至截然相反的结论的情况并不少见。

无论大陆法系的“内心确信”的证明标准,还是英美法系“排除合理怀疑”的证明标准,都是从人的主观认识着手,对裁判者的心理状态加以规范,证明标准以证据自由评价为基础,指证据的取舍、证明力的大小及案件的事实认定,均不由法律加以规定,而是由法官秉承良心、理性自由判断。这是符合诉讼证明的客观规律,因为证明的过程本身就是裁判者意志的参与过程。只有从内心状态入手,裁判者才可能把握证明的实质,从而使诉讼符合立法要求。而我国的“确实充分”的证明标准没有对裁判者的内心状态予以规定,使其难以衡量和把握对事实的证明应当达到何种程度,是一个一般性、总体性、政策性的要求,而不具有规范意义的具有操作性的法律要求。^[1]

对于死刑案件,我国《刑事诉讼法》没有单独规定证明标准,而是与普通刑事案件一样,统一适用“确实充分”为证明标准。这一证明标准的不足之处

在死刑案件的适用中尤为突出:一是对死刑案件证明标准认识模糊,其适用缺乏统一性和均衡性;二是死刑案件量刑标准缺失。“确实充分”标准目前只适用于定罪环节,死刑案件的量刑更多地依赖死刑政策,缺乏诉讼性和公开性。三是司法实践中对“留有余地”死刑政策的严重误解,容易造成死刑误判。^[2]

证明标准的设立,意在于规范刑事诉讼的证明活动,最终保障刑事裁判结果的正确性。所以,证明标准应当具备两个特性:一是技术上的可操作性,二是效果上能够保障刑事裁判的质量。针对死刑案件证明标准存在的上述问题,以及近年来发现的引起社会强烈反响的死刑冤错案件,学界和实务界纷纷提出主张,呼吁提高我国死刑案件证明标准。诚然,提高死刑案件的质量是一个系统工程,并非单纯提高证明标准就可以完全解决。但是,这并不能否认提高死刑案件的证明标准对减少死刑错案、控制死刑适用有积极的意义。实践中出现的多起死刑错案,其误判的原因之一就是缺乏对死刑案件证明标准的强调和重视。死刑案件证明标准规定越严格,实践中对证明标准的把握就越准确。由于死刑具有不可回复性的特点,相对于其他自由刑而言,它是一种剥夺生命权,消灭肉体的刑罚。将死刑案件与其他刑事案件加以区别,是尊重生命保障基本人权的表现。我国政府已签署《公民权利和政治权利国际公约》,设置了专门的死刑复核程序,体现出我国对待死刑问题上采取更为谨慎的态度。所以,无论是我国的司法现状,还是国际公约针对死刑所规定的基本准则,都促使我们在构建死刑证明标准时采取“提高标准”的基本态度。^[3]

与此呼应,区分定罪程序与量刑程序,尤其在死刑案件中设置专门的量刑程序也被广泛提出和接受。我国刑事审判传统上重视定罪事实的证明,对量刑事

* 重庆市第一中级人民法院刑二庭庭长。

[1] 龙宗智:《确定无疑——我国刑事诉讼的证明标准》,载《法学》2001年第11期。

[2] 牟钰:《死刑案件证明标准研究》,硕士学位论文。

实的证明相对不看重。影响案件最终处理结果的主要是定罪事实。量刑事实应证明到何种程度没有明确的法律规定,实践中很多情况下以优势证据作出决断,甚至连优势证据都达不到。可能判处死刑的案件中,在定罪事实确定后,适用死缓还是死刑立即执行往往有赖于量刑情节的认定。因而,重视量刑情节,设置独立的量刑情节证明标准对控制死刑适用有重要意义。由于死刑的特殊性,对可导致死刑判决的量刑情节要求与犯罪构成要件一样进行高标准的证明是必要的。这实际上要求审判人员适用死刑时要做出罪名是否成立和是否应适用死刑两次裁决,在罪名成立、证明标准不变的情况下增加了死刑适用的难度。设置独立的量刑环节也可避免一些审判人员由于担心死刑误判而不敢对一些案件作有罪判决,从而导致疑罪从无原则滥用的情况。^[4]

二、对我国死刑案件证明标准最新规定的解读

2010年5月,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部和司法部联合发布《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》(下称《规定》)作为指导办理死刑案件的最新规定,对证据“确实充分”这一标准予以细化:一是定罪量刑的事实都有证据证明;二是每一个定案的证据均已经法定程序查证属实;三是证据与证据之间、证据与案件事实之间不存在矛盾或者矛盾得以合理排除;四是共同犯罪中被告人的地位、作用均已查清;五是根据证据认定案件事实的过程符合逻辑和经验规则,由证据得出的结论为唯一结论。《规定》强调死刑案件证明标准要高于其他刑事案件,在保证正确认定犯罪事实成立特别是被告人实施了犯罪行为的前提下,还要保证适用死刑不出任何差错,既要确保不错判,还要确保不错杀。对犯罪事实的存在,特别是被告人实施了犯罪行为的认定应当达到确定无疑,排除一切合理怀疑的程度,既要能从正面肯定的角度做到内心确信无疑,又要能从反面否定的角度做到排除合理怀疑得出惟一结论,否则就不能作出有罪认定的裁判,体现了排除一切合理怀疑的精神。^[5]

《规定》反映了司法实践的迫切要求,具有非常

重要的现实意义:首先,符合国际法有关规则。联合国《关于保护面对死刑的人的权利的保障措施》第4条明确规定,“只有在对被告的罪行根据明确和令人信服的证据,对事实没有其他解释余地的情况下,才能判处死刑。”这一规定,是对死刑案件适用“排除合理怀疑”证明标准的特殊的、也是更具有操作性的要求。“对事实没有其他解释余地”,比“排除合理怀疑”更为强调事实判断结论的唯一性与排他性,是最高的证明要求,充分体现了“慎用死刑”的精神。其次,建立有差别的刑事案件证明标准已成为主流的法学观点。而我国刑事诉讼法对证明标准没有采取区别化的立法方式,因此,在死刑案件仍然采用法律所确认的“确实充分”的证明标准的情况下,通过执行性、解释性法律文件去具体界定和解释这一标准。防止冤错案件,固然需要办案人员改变观念、提高素质,更需要在诉讼和证据制度上强化刑事案件办理,尤其是死刑案件办理的防错机能。其中,严格死刑案件证明标准是一重要环节。而严格证明标准,除了在案件办理各个环节上的实际把关外,首先应当在制度规范上使其更为严格,从而设置防止司法人员主观随意性的制度条件。更为重要的是,《规定》通过对刑事诉讼法规定的证明标准做出具体的解释,帮助司法人员掌握“案件事实清楚,证据确实、充分”的具体要求;帮助他们通过“相互印证”、“排除矛盾”等方法去检验证据是否确实、充分;帮助他们自觉地运用经验法则与逻辑法则去判断证据和事实,求得合理的心证;帮助他们运用唯一性和排他性标准作最终的事实判断,具体的证明标准解释,对于法官准确地把握证明标准,并促使法官合理、可靠的心证产生,将发挥积极的作用。^[6]

此外,与案件相关的事实及事实要素纷繁复杂,考虑司法资源的限制以及案件证明的必要性与可能性,在死刑案件中,关于犯罪构成要件的事实、关系到死刑适用的量刑事实,以及在共同犯罪中所处地位和所起作用的事实,是证明的主要对象,必须明确其适用最严格的证明标准。而对其他事实,如某些不影响定罪和适用死刑的案件事实包括部分程序法事

[3] 牟钰:《死刑案件证明标准研究》,硕士学位论文。

[4] 秦宗文:《死刑案件证明标准困局与破解》,载《中国刑事法杂志》2009年第2期。

[5] 吕广伦、罗国良、刘雅玲、王锋永、冯黔刚、朱晶晶:《办理死刑案件审查判断证据的若干问题》,载《人民司法(应用)》2010年第13期。

实,则可适当地降低标准。因此,在证明标准的解释性规定中,对必须适用该标准的证明事项做出明确的要求。区分刑事诉讼的证明对象并设置不同的证明标准,既符合刑事证据问题的基本理论,也避免因一些细枝末节问题而久拖不决,有利于提高死刑案件的办案质量。

三、对我国死刑刑事政策的理解

“保留死刑,严格控制死刑”是我党一贯的死刑政策,其关键在于坚持“少杀慎杀”,逐步把死刑案件的数量降下来。刑事政策是刑事立法与刑事司法的灵魂,对死刑政策的正确理解、统一认识、严格稳妥执行,是司法人员把握好死刑案件证明标准、确保死刑案件质量的重要保证。

(一) 强化“严格控制死刑”政策的价值理念

司法实践表明,法官在办案中必须剥离与案件无关的事实,挑选出需要的事实,并拿模糊的事实与证据规则比对,重建法律事实。案件事实的发现与证据的判断,总会带有主观色彩,离不开价值观念的指向或导引。美国死刑案件审判中,检察官和辩护律师在挑选陪审团成员时非常关注其对死刑的态度,赞成死刑或反对死刑者往往会被控辩一方要求回避。审判者对死刑的态度对死刑案件的审判有着重要影响,一是对证据评判的影响,二是对证明标准的把握的影响。因为案件是否达到法定标准是由审判者来把握的,同时审判者的看法得到尊重是审判独立的本质要求。如果法官对死刑的适用持追求的态度,单纯提高证明标准意义不大。^[7]强化“严格控制死刑”政策的价值理念,才能够从指导思想革除长期以来司法人员有罪推定、重打击、适用死刑不甚严格的积弊。

(二) 准确把握“两个基本”政策运用范围

基本事实清楚,基本证据确凿的“两个基本”是“严打”斗争中提出的重要办案原则,也是“严打”斗争中必须坚持的重要刑事政策。多年的司法实践证明,坚持“两个基本”,对于统一司法人员在刑事证明标准方面的思想认识,形成打击合力,提高刑事诉讼效率,发挥了极其重要的指导作用。“两个基本”提出的初衷是指在办案中不应纠缠案件的细枝末节,防止久拖不决,但在执行中却变成了事实基本清楚、证据基本充分。如果继续沿用这一传统的司法观念、

[6] 新华网:2010年6月8日,《死刑案件证明标准的规定具有重要的现实意义》。

司法思维,降低要求,草率定案,犯罪嫌疑人、被告人的合法权益得不到有效保护,冤案、错案不可避免。因此,正确理解“两个基本”的原则,必须坚持做到据以定罪量刑的犯罪事实准确、犯罪证据确凿,摒弃事实基本清楚、证据基本充分即可定罪的错误认识和做法。应当说,对证据确实、充分标准含义和要求的解释,不仅对于避免死刑案件出现冤错案件有着积极意义,而且对于贯彻少杀、慎杀的刑事政策,也将产生积极的作用。^[8]

(三) 正确理解“留有余地判处死缓”政策的实质

“留有余地判处死缓”政策制定的初衷是为了指导法院正确适用死刑立即执行和死刑缓期两年执行,针对犯罪事实已查清,论罪应当判处死刑,但在具体量刑情节方面证据存在缺陷或对被告人是否具有可以从轻处罚、不需要适用死刑的具体量刑情节上存在较大分歧,为稳妥起见,按严格控制死刑的刑事政策的需要,而留有余地判处死缓。

“留有余地判处死缓”案件通常有两种情况,一是定罪的证据有点软,所以保守判处死缓;二是定罪证据确实,但影响量刑的证据存有疑点,而判处死缓。前一种属于刑事疑案的范畴,定罪证据存疑,即谁实施了犯罪行为,犯罪事实的具体内容和情节都无法准确判定,证据在质与量上存在不足,无法得出确定结论,按照疑罪从无原则,法院应当作出被告人无罪的判决,而非留有余地判处死缓。但在实践中,出于来自社会各方面的压力考虑,法院在处理定罪证据存疑的案件时,并不判处被告人无罪,而是人为扩大“留有余地”的外延范围,将“留有余地”的政策扩大解释为定罪证据不足的留有余地和量刑的证据不足的留有余地判决两种,在定罪证据存疑的情况下,对被告人“留有余地”判处死缓,其结果无异于将国家应当承担因案件事实证明不力法律后果,转嫁为不利于被告人的刑事责任,这就造成了严重的司法不公,削弱和动摇了司法权威的公信力。^[9]

[7] 秦宗文:《死刑案件证明标准困局与破解》,载《中国刑事法杂志》2009年第2期。

[8] 吕广伦、罗国良、刘雅玲、王锋永、冯黔刚、朱晶晶:《办理死刑案件审查判断证据的若干问题》,载《人民司法(应用)》2010年第13期。

[9] 牟钰:《死刑案件证明标准研究》,硕士学位论文。

农村土地承包经营权流转制度的完善

□ 李 静*

一、农村土地承包经营权流转概述

1、农村土地承包经营权性质界定

土地承包经营权究竟是何种权利,学界主要存在着三种争议:即劳动关系说、债权说和物权说。

[1]这三种学说的主张均有一定的道理,但综合考察,物权说要更为合理。理由在于:根据物权法定原则,承包合同规定的该权利的内容、效力等须受法律明确规定所限制,这对于明确承包内容、减少争议发生意义重大;权利救济上,物权说的保护范围和强度远大于债权说,权利人可行使物权请求权

* 重庆市渝北区人民法院民三庭庭长。

[1] 劳动关系学说认为,土地承包经营关系就是劳动组织内部的一种劳动关系;债权学说认为,农村土地承包经营权的内容是由合同确定的,并且仅在发包方和承包人之间发生关系,不具有对抗第三人的效力,基于联产承包合同所取得的农地使用权(即目前的农村土地承包经营权),属于债权性质;物权学说认为,现行的农村土地承包经营权虽然在性质上与债权有相似之处,但从本质上来看,其还是属于物权的。

[2] 对于劳动关系说,现今随着实践的发展,承包人独立性加强,其取得的承包经营权已完全不同于具有人身从属性的劳动权利,而是一种独立的民事权利,因而,劳动关系说在此显然已无适用空间。

[3] 叶华《农地承包权具有所有权性质》,《中国农村观察》,1998年第6期。所有权学说认为,集体和成员的关系决定了“三权分离”(即所有权、承包权和经营权的分离)下的农地制度是集体占有基础上的农民个人所有,即复合所有制。承包权实际就是农民个人所有权,而“三权分离”中的“所有权”仅指集体层次的所有权或称集体占有权。用益物权学说认为,农村土地承包经营权应是用益物权。理由在于:农村土地承包经营权是以对土地的使用、收益为主要目的的权利,主要是对农用地使用价值进行支配,这与担保物权主要就物的交换价值进行支配相区别,而与用益物权的内容更基本相同;农村土地承包经营权是以享有和行使对农用地的占有为前提的他物权;国外的相关立法经验,具有代表性的是《德国民法典》、《法国民法典》及《瑞士民法典》都将其归类为用益物权。

如请求妨害预防、排除妨害、请求返还等对抗发包人和第三人;承包经营权人基于物权而享有的权利自主性更大,可以有效地促进土地承包经营权的流转。[2]

既然农村土地承包经营权为物权,那它究竟又是何种物权呢?理论上存在所有权说和用益物权说之争。[3]对于所有权说,明显违背了“一物一权”的物权原则。而用益物权说相对而言较为科学,并得到了我国立法实践的支持。[4]当然,基于土地资源的重要性,一些学者也有强调其是在“一定范围内处分经营权的权利。”[5]

2、农村土地承包经营权流转之内涵

农村土地承包经营权发源于安徽凤阳小岗村,作为具有“中国特色”的一项法律制度,被认为“带有乡土的粗糙”,其是指农村土地承包经营权人依法享有的对其承包经营的耕地、林地、草地等占有、使用和收益的权利。而对于“农村土地承包经营权流转”的内涵,目前理论界和立法实践仍是提法不一。[6]笔者认为,在此应结合物权法理论,同时考虑《土地承包法》、《物权法》等相关规定,可将其界定为:在确定物权属性的农村土地承包经营权的前

[4] 我国《物权法》第125条规定,农村土地承包经营权是指农村土地承包经营权人依法享有的对其承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益的权利。

[5] 河山、肖水《物权原理理解与批判》北京,群众出版社2005年版第158页

[6] 有人认为“农村土地承包经营权主动流转,是指农村土地承包经营权在市场机制的作用下,在集体经济组织内部承包经营户之间、非同一集体组织承包户之间以及承包经营户与非承包经营户的组织个人之间所产生的,以转让、出租、抵押、出资、继承、赠与为主要方式的积极作为的农村土地承包经营权发生转移的行为。”还有人认为“农村农村土地承包经营权流转是指农村农村土地承包经营权主体和农村农村土地承包经营权内容的变更。”曹务坤:《农村土地承包经营权流转研究》,北京:知识产权出版社,2007年版第148页

前提下,在不改变农用地所有权权属和用途的基础上,农村土地承包经营权人依法将其合法取得的农村土地承包经营权通过转让、转包、出租、互换及入股等方式转移给他人的行为,该行为的实质是对农用地的占有、使用、收益及有限制的处分权的流转。

3、农村土地承包经营权流转的价值取向

“国内外经济发展的历史表明:一切稀有资源优化配置的主要途径是流通转让。”^[7]作为稀有资源的农村土地承包经营权流转是农村社会主义市场经济历史和逻辑的必然发展过程,^[8]具有其特定的价值取向:一方面,农村土地承包经营权的流转能够创造更多的经济价值,达到实现土地资源优化配置、逐渐完善社会主义市场经济体系的目标。另一方面,农村土地承载着支撑中国粮食安全的作用,这是一个不可动摇的根本性价值取向,而其流转有可能导致农地的大量流失和农民的合法权益遭到侵害等社会问题,如何平衡各种冲突是讨论土地承包经营权流转价值的重要前提。

4、农村土地承包经营权流转之具体方式

在农村土地承包经营权理论基础的支持下,我国农村土地承包经营权的流转经历了一个从禁止到限制再到不断放开的发展过程。尤其是我国2007年《物权法》的颁布,更是对农村土地承包经营权的流转机制予以了承认。《土地承包法》和《物权法》对于农村土地承包经营权的流转方式主要规定了转包、出租、互换、转让、入股、抵押、继承等,而在实践中还产生了其他一些流转方式,主要有代耕代种、反租倒包等。当然,实践状况还远远不止这些,如江苏试点土地承包经营权置换城镇社保改革,重庆市2010年推出的农民进城计划,更是拉开了中国最大规模户籍改革的帷幕,^[9]而其中的农村土地承包经营权的问题也是最为具有争议的话题,这绝非仅仅是几个法律条文的规定所能解决的,对于这一改革中涉及到的相关法律问题笔者将在下文作进一步的论述。

二、农村土地承包经营权流转之立法缺陷

虽然目前相关农村土地承包经营权流转的法律规定愈来愈进步,但是结合立法现状和实践发展的考量,我国农村土地承包经营权流转制度还是存在着一些不容忽视的问题,这些问题会涉及到经济、社会、法律等多方面,但鉴于本文主旨所在,笔者仅就农村土地承包经营权流转制度所存在的立法缺陷进行研究。

1.土地产权界定不清

农村土地承包经营权之流转其实质是该项权利在不同的主体之间进行流转,因此,必须首先明晰其产权问题。目前,对于这一问题,我国《宪法》第10条、《民法通则》第74条及《农村土地承包法》第12条均有涉及。从这些条文规定来看,我国农村土地所有权主体包括乡(镇)一级集体经济组织、村集体甚至还包括了村民小组。而法律对各级集体经济组织行使权利的代理人的行为框架却未作出明确规定。此外,虽然法律将大多数农地的所有权赋予了农民集体,但国家却保留了如土地征用权等大量的实际控制权,使得国家拥有了比所有权主体更大的权利。这种集体土地所有权主体多样化和实质主体权利的虚置,使得农村土地市场的发育面临严重的制度障碍。

2.现行法律对农村土地承包经营权流转方式的规定较为粗糙狭隘

相对于过去对土地流转问题只作抽象规定的做法,现行法律规定有所进步。但对于现实中土地承包经营权流转中出现的形形色色的问题而言,其仍是比较粗糙的。下文仅就其中几种法定流转方式存在的问题进行阐述。

一是农村土地承包经营权的转让。存在的问题主要表现在两个方面:首先是《农村土地承包法》将转让与互换的方式并列,引起逻辑上的矛盾;其次对于农村土地经营权的转让,《农村土地承包法》规定须经发包方同意,但是我们上文已分析,该权利在性质上属于物权,对其做如此严格之限制,似乎与其物权特征不相符合,倒更接近于双务合同中的债权债务的转让。

二是农村土地承包经营权的互换。对于该种流转方式,现行法律规定强调主体和客体均应属于同一集体经济组织。这种规定过于狭隘,限制了农村土地承包经营权的合理流转。

三是农村土地承包经营权的转包。存在的问题主要有:立法忽视了对于转包中受让人的物产权

[7] 施晓琳《论土地承包经营权人的权力和义务》,载《农业法学》2001年第9期

[8] 李明秋、王宝山《中国农村土地制度创新及农地使用权流转机制研究》,北京,中国大地出版社2004年版,第284页

[9] 《重庆户改:10年内1000万农民转户进城》,http://news.stockstar.com/wiki/topic/MS_20100806_30000568.xhtml

利, 与该项权利物权之属性不符; 实践中存在着较多的二次转包现象, 而这种方式往往会引发诸多的合同纠纷, 法律对这种二次转包现象未明确禁止。

四是农村土地承包经营权的出租。存在的问题有: 对于承租人的物权权利没有顾及; 对于实践中的多次转租现象也未进行适当限制。

五是农村土地承包经营权的抵押。存在的问题有: 我国立法将以家庭承包经营方式取得的农村土地承包经营权排除在可抵押范围之外, 而对其他方式取得的土地承包经营权的抵押, 态度也颇为谨慎。或许是出于担忧一旦开禁土地承包经营权抵押, 容易导致农民失去基本生活保障。^[10]但实际上这种担心有过虑之嫌, 农民是弱势群体, 但并非弱智群体, 其会对涉及自身切身利益抵押的利害关系进行合理判断。而且从立法技术上讲, 既然都允许更为彻底的权利流转方式转让的存在, 为何对于抵押却如此警惕?

六是农村土地承包经营权的征收。存在的问题有: 对于征收所应符合的公共利益法律未明确规定; 对于土地征收的程序也缺乏相应的法律规定; 关于征收补偿问题落实不到位。^[11]

3. 对农村土地承包经营权流转双方权利的保护力度不够

在这一问题上, 《农村土地承包法》对于农村土地承包经营权流转过程中发包方的不当限制行为规定了各种民事责任, 但是对于流转双方主体之间以及来自除发包人之外的第三人的侵害, 却未规定权利人该如何维护自己的权利。

4. 对于流转中土地的保护制度不够健全

虽然现行法律确立了“不得改变土地所有权性质和土地的农业用途”原则, 也规定了由相关部门予以处罚, 但应采取何种处罚却没有明确规定。制裁性规范的缺乏, 对于农地的保护而言是不利的。

5. 对于现实问题存在立法空白

上文中提到目前在许多地方兴起的户籍改革, 而户籍改革的核心可是土地问题。对于农民土地问题, 各地方有不同做法, 笔者仅选目前为止规模最大、最为典型的重庆户籍改革中的情况进行论

述。重庆此轮户籍制度改革有许多突破性的规定、有许多内容甚至突破了法律规定。如转户进城后还允许保留土地的规定, 与《中华人民共和国农村土地承包法》第26条第3款“承包期内, 承包方全家迁入设区的市, 转为非农业户口的, 应当将承包的耕地和草地交回发包方。承包方不交回的, 发包方可以收回承包的耕地和草地”的规定不相符。而出现这种情况后, 不管是政策还是法律都未为权利受损方提供有效的救济渠道。立法在这方面的无为显然是不合适的。特定情况下改革中出现政策突破立法规定的情况并非不妥, 但至少要能为权利受损方提供救济途径才会利于改革的持久进行。

当然, 除了以上问题外, 还有诸如政府的定位不够准确、土地流转市场不够健全等, 但在此, 因主要在于讨论立法缺陷, 因而, 对于其他问题本文就不再论及。

三、完善农村土地承包经营权流转之立法建议

针对我国农村土地承包经营权流转中存在的上述缺陷, 笔者特提出如下立法建议。

(一) 构建明晰的农村土地产权制度

目前的农村土地所有权体系层级较多, 比较模糊, 易于引发争议。笔者认为, 必须构建明晰的农村土地产权制度, 具体设计为: 将所有权主体统一为村集体, 而取消目前的三级所有的现象。^[12]合理地界定所有权主体所享有的权利义务以及代理人的权利义务, 确认集体成员的地位并充实集体成员权的内容, 最重要的是共同决策的权利和选任、罢免代表人的权利。此外, 还应细化土地产权权能, 明确界定农村集体土地所有权、承包经营权、收益权和处置权的权利内容及其相应的义务, 权利获得的资格、条件和程序等, 特别是在权利上主体应享有完整的占有、适用、受益及处分的权利, 避免所有权主体虚置, 名不副实。

(二) 完善农村土地承包经营权流转方式

针对上文指出的我国农村土地承包经营权流转方式存在的问题, 笔者认为, 在立法上可考虑作如下规定:

1. 对于土地承包经营权的转让

首先是须将其与农村土地承包经营权出租做明确的区分; 其次是还原农村土地承包经营权人的物

[10] 孟勤国等著:《中国农村土地流转问题研究》, 北京: 法律出版社, 2009年版第66页。

[11] 《六审物权法草案已臻成熟·将加强保护国有资产》, <http://finance.people.com.cn/GB/8215/79968/79990/5507498.html>, 最后访问时间: 2010年9月12日10:05

[12] 崔文星:《关于完善农村集体土地所有权主体制度的思考》, <http://wenku.baidu.com/view/bf29f0946bec0975f465e268.html>

权性权利,取消转让农村土地承包经营权转让须经发包人同意的规定。当然,出于保护农村土地的考虑,集体经济组织可以对转让行为进行监督,对于不符合法定流转条件的行为进行干预。

2.对于农村土地承包经营权的互换

从有利于促进农村土地流转的角度出发,在其他条件都具备的情况下,可以适当放宽主体和客体的限制,即不局限于同一集体经济组织成员和同一集体经济组织的土地。

3.对于农村土地承包经营权的转包

首先是肯定受让人的物权权利;其次是法律应明确禁止土地承包经营权的二次转包,以避免二次转包引发的一系列纠纷。此外,在分析转包与出租的关系时,可以发现两者在内容上并无本质区别。由于土地出租曾被认为是一种剥削行为而为立法所不允许,就采用了模糊的转包概念。但现在对农村土地承包经营权出租与转包再进行分别界定已经没有实际意义,反而给实际操作造成混淆。将转包吸纳入出租,统一使用农村土地承包经营权出租的概念可能更加符合民法传统。

4.对于农村土地承包经营权的出租

赋予承租人相应的物权性权利,主要为土地承包经营权转让时,在同等条件下,承租人有优先受让权;承租人在承租期间,不得再行转租其享有的权利,以避免多次转租对土地承包经营权人对其权利的支配力。

5.对于农村土地承包经营权的抵押

抵押可谓只是为农民多提供了一种可供选择的流转方式,在立法上对其予以开禁,允许包括通过家庭承包方式取得土地承包经营权在内的权利进行抵押。但其真正实现还需要农村金融担保制度的创新。例如设立土地合作金融机构,农户在需要生产经营资金时,可以将自己的土地承包经营权抵押或者租赁给土地合作金融机构,由其为农户提供所需资金。当然在抵押过程中应注重程序的设计,如进行必要的登记、审查等。

6.对于农村土地的征收

首先是须对公共利益进行合理界定,为了切实保护农村土地,可以采用严格限定的做法,选用列举性规定,以对土地征收的公共目的加以严格限制;规范土地征收的程序,尤其是在程序的设置中注重村民权利的保护,如必要时可进行听证等;在征收土地的补偿上,主要是明确界定主体,合理计

算、分配补偿费,对于补偿方式有必要改变传统的方式,建立失地农民的社会保障体制。

(三) 增强对农村土地承包经营权流转双方的保护力度

要增强对农村土地承包经营权流转双方的保护力度,主要体现在可以采取物权保护方法和债权保护方法相结合的方式来构建综合保护的体系。对于土地承包经营权流转双方之间及来自第三人侵害的行为,物权保护方法可考虑:请求确认农村土地承包经营权;请求返还农地;请求防止或排除妨害;请求恢复原状。而债权保护方法可考虑:合同违约救济;返还不当得利等。同时,还应健全农村土地承包经营权纠纷解决机制,诉讼主体制度、证据制度、保全程序、审判程序、执行程序等尚需从立法上作进一步完善,以便更好地保护农民的合法权益。

(四) 建立健全流转中农村土地保护制度

在这一问题上,主要是须补充制裁性法律规范,明确对于违反“不得改变土地所有权性质和土地的农业用途”原则的行为,所给予制裁的机关及惩罚的种类,以便能对实践中存在的危害土地的行为真正起到威慑作用。

在对农村土地承包经营权的改造中,也有学者提出了比较具有创新性的观点,如有观点认为可将我国现有土地承包经营权平衡过度到农用地使用权,形成真正意义上的用益物权了,这些提法有助于我们打开思路,在今后对这一领域进行更为深入的思考。^[13]

(五) 加快应对新情况的立法进程

对于诸如户籍制度改革中出现的“政策大于法律”的情况,在一定阶段存在是不可避免的,但是如果法律长期不作为就难辞其咎了。对此,我们可以分阶段的进行立法完善上的考量:在制定政策的同时考虑到与法律规定的适应性;在不得不突破法律规定时至少在立法上要迅速做出反应,为改革中出现纠纷的利益受损者提供救济渠道;在条件成熟时,尽快对地方性法规进行修订,包括户籍改革中涉及土地承包经营权收回的条件、程序、补偿标准及救济程序;当各地户籍改革规模化发展时可考虑制定全国性法律法规对相应的情况进行规定。

[13] 杜江涌:“农用地权利的现状分析与立法规划”,《农村经济》2005年第3期,93页

司法解释在裁判中的适用

——以《某高院审判案例参考》为参照

□ 李富文* 周宗辉**

一直以来,司法解释的适用——这一舞动在法律规则和社会价值之间的精灵——承载着诸多分歧与争论、期待与忧虑。它是立法中心模式和司法中心模式竞争的地带,是司法解释的适用与规则之治耦合的中心。本文以《某高院审判案例参考》(2007年——2010年)收录的203个适用司法解释的66个案例为范本,揭示司法实践中适用司法解释的规律,探讨司法解释在裁判中适用的前提、时机和方式,力求最大程度消解法官在适用司法解释过程中的主观恣意性,进而最终实现法律效果与社会效果的有机统一。

一、适用司法解释问题的本体分析

司法解释仅借助文字形式来表达,司法解释体系不会天天发生变化,社会生活却丰富多彩且不断变化,将固定化的、普适性的司法解释适用于多样且多变的具体个案,自然会出现矛盾。“法律的解释不是计算题,而是一种创造性的精神活动。在遇到临界案例时,解释者必须考虑各种不同的解释观点,并说明

其选择某种观点为决定标准之理由。”^[1]法律适用的不周延性、滞后性和不合目的性,决定了适用司法解释进行裁判成为当下司法之需。近年来,各地法院运用司法解释进行裁判引发争议的案件亦不绝于耳。^[2]为保证研究素材的准确性、客观性与代表性,笔者不但将会选择《某高级人民法院审判案例参考》收录的案例作为范本展开实证分析,还将以某区法院法官为调查对象,对司法解释在审判实践中的适用现状进行分析。

(一) 漏洞与填补:以“司法解释的适用状况”为切入点

法官裁判的一个基本要求是“以事实为依据,以法律为准绳”,即法官必须“依法审判”。通常所说的“依法审判”是指依法律规则裁判,而没有论及司法解释原则的适用问题。如在2007年—2010年间《某高级法院审判案例参考》收录的203个案例中,直接或间接适用司法解释进行裁判的有66个,占案例参考总数的33%。^[3]在涉及司法解释裁判的66个案例中,一审援引司法解释的有43个,二审援引司法解释的有23个;疑难案件与新类型案件分别占66个援引司法解释案例的52%和48%。具体情况见下列第一、二、三组图表:

深入个案化研究,可以看出,适用司法解释的66个典型案例占参考案例总数的33%,疑难和新类型案件是适用司法解释的主要场域。之所以如此,是因为

* 重庆市万州区人民法院研究室干部。

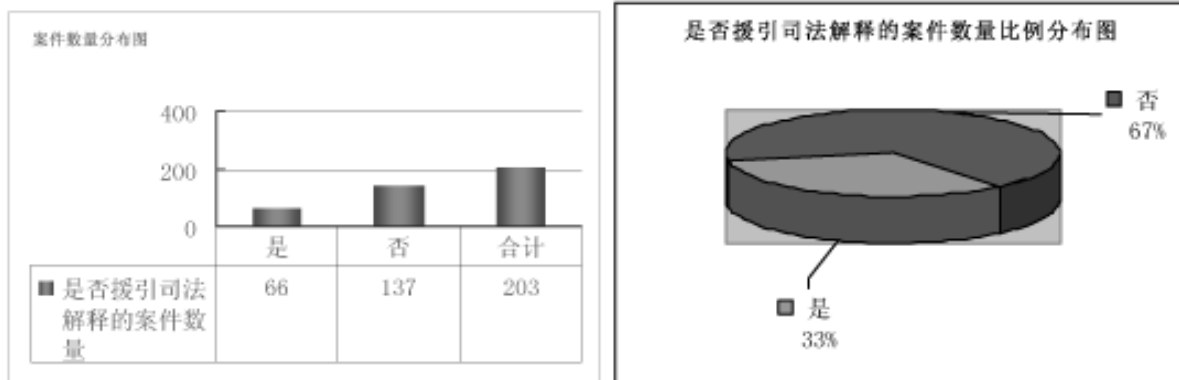
** 重庆市万州区人民法院五桥人民法庭庭长。

[1] 〈德〉卡尔·拉茨:《法学方法论》,商务印书馆2003年版,第221—222页。

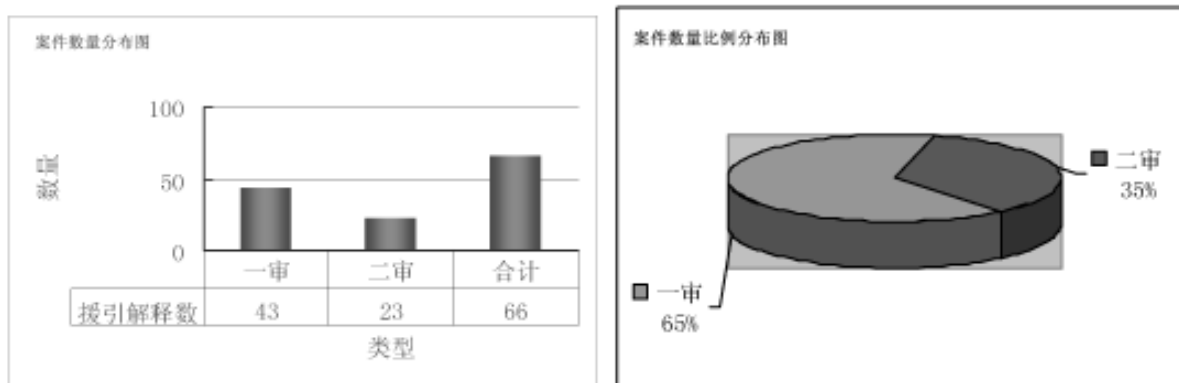
[2] 刘亚林著:《张学英诉将伦芳交付遗赠财产案观点综述》,载《人民司法》2002年第7期。贞操权案(李建平:《贞操权价几何?——浙江首例“贞操权”官司透视》,载《法制日报》2002年6月16日);亲吻权案(赖永强:《赔我亲吻权因车祸嘴唇受损一女士索赔损失3.9万元》,载《华西都市报》2001年7月25日);滥用诉讼权利案(王进:《法院对“五毛钱”官司说不——最高人民法院副院长称:对“滥用诉讼权利”行为,应慎重立案》,载《中国青年报》2002年10月9日)等。

[3] 具体案例情况可见《重庆高院审判案例参考》收录的第1—4集。

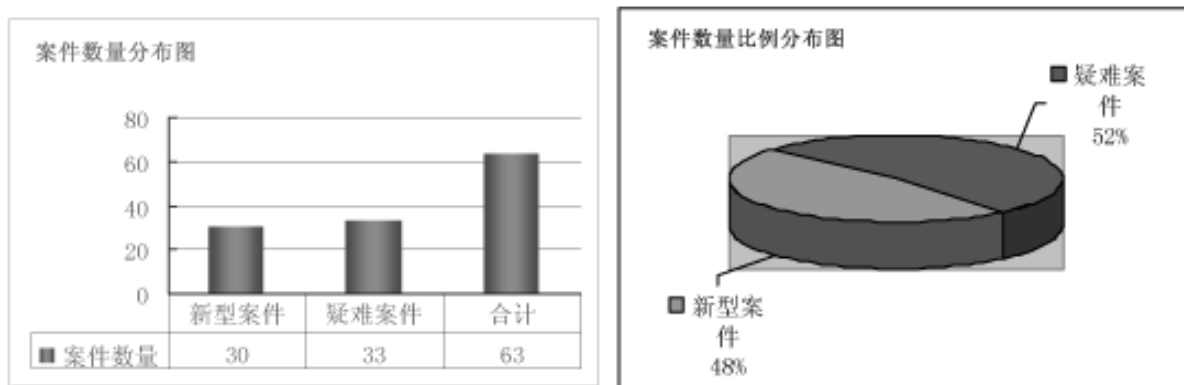
图表一：适用司法解释裁判的案件分布情况



图表二：一、二审适用司法解释裁判的情况



图表三：新型案件和疑难案件适用司法解释裁判的情况



在不少新类型案件和疑难案件中，既没有现存的法律规则可供适用，也没有可供参考的类似案例。作为一种柔性规制手段，司法解释具有极高的涵摄面和包容性，可以有效弥补法律规则适用的模糊地带和漏洞，进而可以确保法律解决纠纷的完全性。

(二) 适用和理解司法解释的多元性

如果我们对案例精选仔细分析，就会发现：错的往往不是司法解释，而是我们适用司法解释的理解不

够。诚然，严格依法办事是法官的天职，但为什么对同样的司法解释会有不同的理解？即便是相同的理解在适用于同一个案件时又会得出不同的结论？并且在得出同一结论时还会有不同的处理方式（即对当事人的权利义务作出不同的安排）？对于同一个案件，如果承办的法官不同，由于法官们所关注的价值不同，细心和耐心的程度也有所不同，审理的方向和重点必然会各呈倾向。我国著名学者吴经雄曾经对此作了如

下经典性的表述：“法官的人格和学问，对于法制的兴衰关系至重；主政者能使法律完美，而不能使法官个个聪明正直，这份工作还须有待于善良的法律教育和道德熏陶的理想法官，除正直无私，还须有一种独特的聪明，随时于无形中修正解释法律——寓立法于裁判之中——使法律适应千变万化的环境。”^[4]

（三）法官对司法解释的认知参差不齐

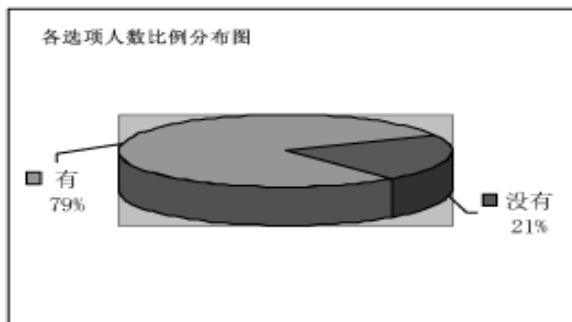
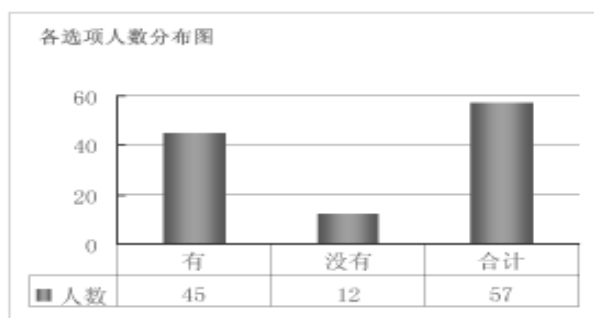
为了进一步弄清这一问题，笔者曾经以问卷的形式在某基层法院中展开调查，并与其中 20 名相熟的法官进行了深入交谈，获得了来自司法一线的翔实资

料。本次调查共发出问卷 60 份，收回 57 份。具体调查结果见下列第四、五、六组图表：

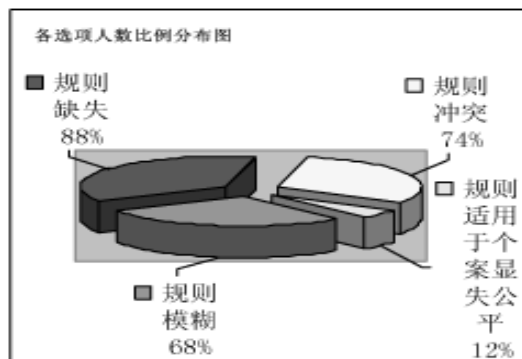
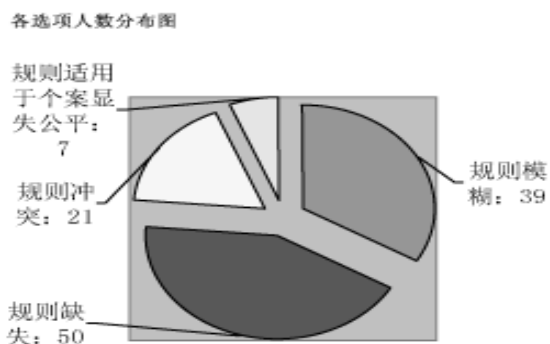
由第四组图标可以看出，多数法官有过直接援用司法解释作出裁判的经历，只有少数法官迄今为止还未曾直接援用司法解释作出裁判。

由第五组图标可以看出：规则模糊、规则缺失以及规则冲突被多数法官作为援用司法解释进行裁判的理由，大致理由是在这种情形下适用司法解释对个案作出裁判，当事人能够接受；对于规则适用于个案显失公平的情形，只有极少数法官考虑援用司法解释作

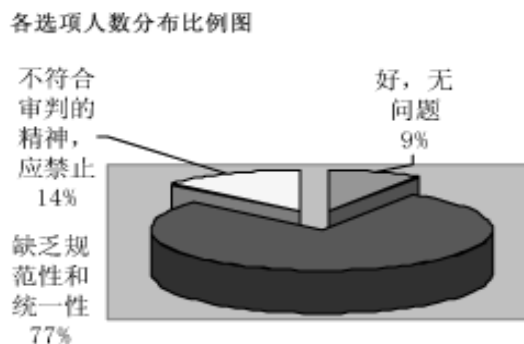
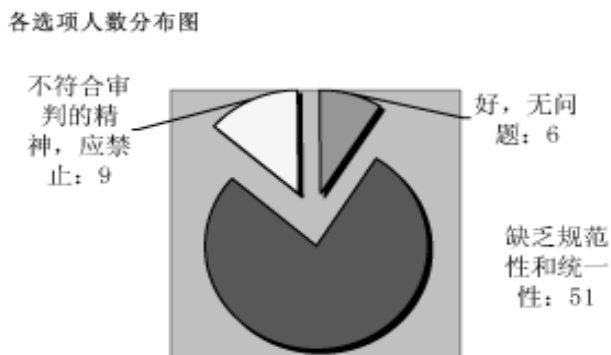
图表四：直接援引司法解释对个案进行裁判的情况



图表五：出现下列何种情形，是否考虑援引司法解释进行裁判（可以多选）



图表六：适用司法解释对个案进行裁判的做法存在哪些问题（可以多选）



出裁判,理由是规则在必要时必须向正义作出让步,不过,这些法官认为在《某高院审判案例精选》中未见到此类案例。

由第六组图标可以看出,大多数的法官认为适用司法解释对个案进行裁判缺乏规范性和统一性,因此,如何完善司法解释适用的方法与途径、最大限度地消解利用司法解释裁判可能带来的主观恣意性是我们进一步努力的方向。

二、司法解释适用的时机与方式

以第五组图标为例,规则模糊出现时,即虽有法律规定,但存在模糊不清或有歧义的情况,有68%的法官援引司法解释;规则缺失出现时,即对相关问题没有相关规则的规定,有88%的法官援用司法解释;在出现规则冲突时,即对同一事件存在不同的法律规定且相互冲突,有74%的法官引入司法解释;在出现规则适用显失公平时,即将其适用于个案会出现明显的不公正结果,有12%的法官适用司法解释。在不同的情景下,适用司法解释有其不同的适用方法。

1、规则模糊。法官需对规则进行解释,而利用司法解释正是解释方法的一种。通过司法解释探寻立法者意志,作为文意解释的突破口;通过司法解释承载的法律价值,全面认识法律的目的,最终依据司法解释为法官创造性和能动性的适用法律解释活动提供依据。

2、规则缺失。规则的缺失在很大程度上是“法律漏洞”的产物,“是指法律对其调整范围内的特定案件类型缺乏适当的规则,或立法和司法解释者有意保持沉默,对应该规定的规则不予规定,或者依规则的意义及目的,其不宜适用于某具体案例,而导致的计划上的不圆满性。”^[4]一般而言,法律规则缺失时并不可直接适用司法解释,因为在漏洞的场合,法官仍可基于“类似案件类似处理”的准则,以类推的方式将个案归纳到一条与之最为接近的规则之下。“以便当

缺乏在严格意义上可以适用的法规时,借助于司法原则和司法解释,从中推出判决的根据。”^[6]

3、规则冲突。首先适用的是协调规则冲突,在不同位阶的法律规则之间,以上位法优于下位法为准;在同一位阶的法律之间,以特别法优于一般法、新法优于旧法(包括法律规定的不溯及既往的情况)为准。但如果属于同一位阶的法律规则之间又无特别法与一般法、新法与旧法的分别时,对冲突的解决就有赖于法律原则和司法解释来把握规则的规整要旨。事实上,规则的冲突尤其是隐性规则的冲突体现了规则背后深层次的价值冲突。法官利用原则和司法解释对适用规则进行选择时,没有统一的模式,而更多的是结合个案对原则价值的分量。在依据较完善的立法体系下,更多的是隐性的规则冲突在司法过程中被司法者发现。

三、司法解释适用的程序和说理论证

如果具有概括性且数目不定的司法解释的适用不受任何限制,它要么沦为空洞的口号,要么成为法官实现个人主观理想和偏好的工具,司法过程也会如同脱缰的野马恣意横行。为了避免法官滥用自由裁量权,我们必须采取慎重选择和充分论证的适用方法。

(一) 适用的限制前提

司法解释的适用,应以承认法律规则具有适用上的优先为前提。在接受访谈的57名法官中,有50名(占88%)法官认为在个案裁判时适用司解释的限制前提理解不清。笔者认为,如果法律规则已经有明文规定,并且适用该规则与适用司法解释能获得同一结论时,应径行适用该法律规则的规定,不得置规则于不顾而适用解释,即学界所称的“禁止向一般条款逃逸”。与司法解释相比,规则有着相对明确的假定、行为模式和处理后果,更有利于提高司法的可预期性和确定性。法官“不是一位随意漫游、追逐他自己的美善理想的游侠”,^[7]需在实现个案正义与维护法的安定性之间寻求平衡。在依据规则能够妥善解决纠纷的情况下,不能转向直接适用司法解释,不能以司法解释的名义来实现个人的主观理想和个人偏好。

[4] 吴经雄:《法律哲学研究》,清华大学出版社2005年版,第227-228页。

[5] 卡尔·拉伦茨:《法律方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第281页。

[6] 庞德:《通过法律的社会控制 法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第99页。

（二）严格的适用程序

严格的司法解释和适用程序在实践理性上统一于社会化需求，在价值内涵上结合于对正当性的诉求。多元化和差异性是现代社会的重要属性，差异化的价值观点对传统的法律规则提出挑战，司法解释作为柔性手段为这种价值冲突与博弈提供了弹性空间。“当价值一元不复存在时，程序一跃成为价值的原点”^[7]，使得司法解释适用程序在多元的社会需求下契合。

下面拟结合《审判案例参考》2007年第2辑（原告熊军诉被告张金文、王德菊民间借贷纠纷案）来展示适用程序过程：

〔案例〕张金文、王德菊夫妇（以下简称张氏夫妇）为参加旧城改造安置还房，于2004年7月15日向其儿子张小中（以下简称张子）借款11万元，并出具借条一份，按银行同期借款利率四倍计息。2004年7月11日，张子向熊军出具借条一份：张子向熊军借款人民币12万元整，按银行同期利率四倍计息。2006年9月1日，张子与熊军达成一份《债权转让协议》，约定将张子享有的张氏夫妇11万元借款本息转让给熊军以抵销张子尚欠借款的部分本息。2006年9月15日张子向张氏夫妇邮寄送达债权转让通知书。2006年7月25日，熊军向张氏夫妇邮寄催款通知书和债权转让协议书，但张氏夫妇拒绝签收。熊军起诉要求张氏夫妇立即归还借款，并支付约定利息。一审法院认为张子与张氏夫妇之间借款真实，应受法律保护；张子与熊军之间的债权转让协议不违反法律禁止性规定，且依法履行了通知义务，据此判决张氏夫妇向熊军归本还息。

该案中，一审法院判决借贷关系有效，其严格的程序应伴随司法解释适用的全过程：在适用解释之前，应遵循其适用的限制前提，找寻规则或可以适用的类推方法，即穷尽规则；对于所有借贷案件而言，若其系意思自治，则有效。因此，张氏夫妇与张子之借款有效。就本案而言，一审法官认定张氏夫妇与张子

之间借贷关系有效，在该个案中发掘了隐含在条文文字背后的法律价值，依此阐明可供适用的法律规定的內容，认为特定个案事实可被涵摄于法律规范，然而，本案除了适用实定的法律原则外，没有考虑另外一个公序良俗的社会价值取向，这使得由涵摄所推论出的仅法律效果显得有所不妥。这也是张氏夫妇提出上诉的根本原因，此时需运用另一种论证方式——论辩性论证说理。

（三）充分的论证说理

充分的论证说理是司法解释适用的基本要素。法律原则模糊的结构、抽象的内容以及所涉及价值判断的主观性，都决定了其适用需要更强的论证说理。在适用非法定的法律规则时，必须充分论证其存在法律性；司法解释适用的选择，裁判者应论述已经满足“禁止向一般条款逃逸”的前提，即穷尽规则；同时针对个案说明选择所适用司法解释的原因，说明是在规则模糊、规则缺失、规则冲突等何种场景下适用，是否有相冲突的规则或原则；当证明性论证说理不能提供充分、可接受的解决方案时，即出现规则冲突时，法官转而求助于论辩性论证。此时需要法官进行利益衡量，比较得出某一规则在具体案件中具有较大的重要性而优于他规则获得适用。

就本案而言，对于张氏夫妇提起的上诉，二审法院在判决中充分展示了论证说过程（二审法院终字第325号判决书摘要）：张氏夫妇年过七旬，需其子关心照顾，60平米安置用地所建房屋系张氏夫妇养老栖身之所，张子作为负有赡养义务之子，明知父母无偿付能力，在律师参与下，经几易其稿，最终形成由其与父母签署约定四倍借款利息且包含严格违约责任的借条，后又将该债权转让给熊军。如按借条约定利息条款计算，现该11万元款项利息累积已达数十万元，本可安享晚年的高龄父母将陷于债务困扰之中。张子的相关行为不符合道德观念。法庭不是单纯诉讼竞技场，保护老年人权益，体现民生民权，是法院审理案件应充分考虑的因素。综上，认定张子和熊军之间债权转让不成立，熊军相应诉请不予支持。原判认定事实不清，适用法律有误，实体处理不当，经二审法院审委会研究决定，判决撤销一审判决。

[7] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第88页。

[8] 季卫东：《法治秩序的构建》，中国政法大学出版社1999年版，第53页。

四、构建司法解释适用的能动模式

上述张氏夫妇与张子借贷纠纷案一审裁判体现出对意思自治的遵循,二审判决则注意到了本案的大量事实反映出与公序良俗的相悖,最终依公序良俗撤销了一审判决。那么,应该如何取舍代表不同利益和价值的法律和司法解释呢?对此,我们认为应该建立司法解释适用的能动模式。

通过对司法解释适用案例的归纳以及对适用方法的总结,建立司法解释适用的“能动类型”模式,是消除司法解释适用确定性悖反的重要途径。“没有一个公式能够告诉我们什么行为是不道德,从而是不正当的……讲究实际的法学家所关注是将不同的情况加以归类,并找出每一类情况所应适用的特定原则。”^[9]运用这种归纳的方法,“法院裁判的事件愈多,提出比较的可能性也随之增长;因此,作出确定可靠的裁判之机也随之增加,而残留的必须作不那么确定的裁判之判断空间也将随之缩小。”^[10]

一般意义上的能动类型模式,有三个标准:即同一类型在理论评价上趋于能动一致,在相同的条件它们应受到同等待遇;事物之间的根本特征或属性,类

型与原型之间必须存在某种一致性或相近性;其对象能动以一定的方式反复显现。^[11]因此,作为司法解释适用的能动类型模式,应有以下三个标准:即同类案件蕴涵了相同或类似的伦理价值和道德标准,应受到相同价值的评判,需要得到相同类或类似的平等处理待遇;这些案件反映了相同或相似的社会原型,并以此作为归纳的基础;这类案件有可能在司法实践中反复出现。通过上述标准,建立司法解释适用的能动类型模式,使裁判者的目光在个案与适用解释间往返,为解释的适用提供相对准确且规范的指导。

司法解释可作为法官背后的伦理支撑,可在规则不能时作为填充剂与纠偏器。司法领域是法律原则作用彰显的场域,而公序良俗的作用不应忽视。在以规则和司法解释的适用情形中清晰表述社会正义感的努力中,案例指导或参考从来没有被放弃,它们在那些重大的司法实验室里由法官不断地重复检测。正如苏力先生所言:“在中国的法治追求中,也许最重要的并不是复制西方司法制度,而是重视中国社会中那些起作用的,也许并不起眼的先例、良俗,注重经过人们反复博弈而证明有效的司法制度。否则,正式的司法就会被规避、无效,而且会给社会秩序和文化带来灾难性的破坏。”^[12]对于司法解释裁判,我们应抱宽容和鼓励的心态,对其适用前提、时机、方式作规范化的不懈努力,最大程度上消解其引发悖反和恣意性的可能性。完善规则与引入司法解释两个并济的纠纷解决体系,使司法解释飞舞于法律与社会价值之间,生生不息。

[9] 卡尔·拉伦茨:《法律方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第313页。

[10] 卡尔·拉伦茨:《法律方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第174页。

[11] 李可:《类型思维及其法学方法论意义——统抽象作为参照》,载《金陵法律评论》2003年秋季版,第102页。

[12] 苏力:《法治与其本土资源》,中国政法大学出版1996年版,第36页。

重庆法院“院长邮箱”探索网上接访成效显著

2008年7月,市高法院通过媒体公布全市法院46名院长的互联网邮箱地址。“院长邮箱”利用网络信息技术畅通群众诉求表达,化解怨气、减少上访,发现问题、改进工作的作用日益显现。截止2011年7月共收到群众邮件17000余件,三级法院院长共批示交办7500余件,办理落实7200余件,一批矛盾纠纷和群众困难得到解决。全市法院涉诉信访率2009年较2008年下降30.1%,2010年较2009年下降33%,2011年1-7月同比下降19.2%。集体访、进京访明显减少,极端访实现“零目标”。

行政诉讼原告资格认定

——罗沁珍诉重庆市渝中区人民政府强制拆迁案

□ 王彦* 尹洁**

【裁判要旨】

《中华人民共和国物权法》第三十条规定：“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。”物的存在是物权存在的基础，因拆除房屋这一事实行为使物归于灭失的，物权也随之消灭。因此，房屋被强拆后，当事人在民事诉讼过程中达成的确认被强拆房屋所有权的调解书不能产生物权变动的法律效力，当事人不能因此享有被强拆房屋的物权。被诉行政行为是针对该房屋作出的强拆行为，被该行政行为影响的是权利人对该房屋享有的物权。因当事人对被强拆房屋不享有物权，故其与强拆行为不具有法律上的利害关系，也就不具有对该强拆行为提起行政诉讼的主体资格。

一、基本案情

2009年6月3日，重庆市渝中区人民政府责成相关部门，对重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋进行了强拆，在对房屋进行强拆时，房屋登记的合法产权人是周兴伦。2010年5月6日，罗沁珍与周兴伦在重庆市九龙坡区人民法院达成（2010）九法民初字第2922号民事调解书，该调解书约定：重

庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋产权归罗沁珍所有。2010年5月26日，罗沁珍向重庆市第五中级人民法院提起行政诉讼，要求确认重庆市渝中区人民政府2009年6月3日对重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋进行强拆的行为违法。

二、法院裁判

重庆市第五中级人民法院一审认为：

原告罗沁珍起诉的诉讼请求是确认被告重庆市渝中区人民政府责成有关部门强制拆迁原告位于渝中区大坪下肖家湾115号房屋的行为违法。经审查，被告责成有关部门于2009年6月3日对大坪下肖家湾115号房屋实施强制拆迁时该房屋产权证上载明的产权人是周兴伦，并非原告罗沁珍，其具体行政行为涉及实际权利的主体是周兴伦。虽然原告罗沁珍于2010年5月6日经九龙坡区人民法院（2010）九法民初字第2922号民事调解书确认渝中区大坪下肖家湾115号房屋产权归原告罗沁珍所有，但被告对115号房屋强制拆迁的具体行政行为已于2009年6月3日实施完毕。原告依据民事调解书的确认，于2010年5月26日对被告已经实施完毕的具体行政行为提起诉讼不具有行政诉讼原告资格，其起诉不符合《中华人民共和国行政诉讼法》第四十一条规定的起诉条件。故，依照最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十四条第一款第（二）项的规定，裁定：驳回原告

* 重庆市高级人民法院行政审判庭副庭长。

** 重庆市高级人民法院行政审判庭助理审判员。

罗沁珍的起诉。

罗沁珍不服一审裁定，向重庆市高级人民法院提出上诉。其上诉理由是：1、由于上诉人罗沁珍是重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋的真正产权人，故与被诉具体行政行为有着法律上利害关系的是罗沁珍，而非周兴伦，具体行政行为侵犯的是罗沁珍的合法权益，并对罗沁珍的权利义务产生了实际影响，罗沁珍有权提起行政诉讼。2、被诉行政行为是否实施完毕并不影响原告资格的认定。无论认定与被诉具体行政行为有着法律上的利害关系的事实，是发生在具体行政行为实施完毕前或者实施完毕后，合法权益受到被诉具体行政行为侵犯的公民、法人或者其他组织都有权提起行政诉讼，所以产权人罗沁珍有权提起行政诉讼。

重庆市高级人民法院二审认为：

本案被诉行政行为是2009年6月3日重庆市渝中区人民政府责成相关部门对房屋所有权人登记为周兴伦的重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋进行强制拆迁的具体行政行为。《物权法》第三十条规定：“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力”。物的存在是物权存在的基础，因拆除房屋这一事实行为使物归于灭失，物权也随之消灭。因此本案涉及的重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋在2009年6月3日被强制拆迁时其物权已归于消灭。2010年5月6日，周兴伦与罗沁珍在重庆市九龙坡区人民法院达成（2010）九法民初字第2922号民事调解书，该调解书确认了周兴伦与罗沁珍之间的协议，即：重庆市渝中区下肖家湾115号房屋的产权归罗沁珍所有。由于重庆市渝中区下肖家湾115号房屋的物权在2009年6月3日已消灭，而房屋的产权，即所有权是物权的一种表现形式，因此（2010）九法民初字第2922号民事调解书不能产生物权变更的法律效力，亦不能使罗沁珍享有重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋的物权，罗沁珍通过该民事调解书获得的是周兴伦位于重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋因被拆迁而享有的补偿安置权。《最高人民法院关于

执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第十二条规定：“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的，可以依法提起行政诉讼”。本案被诉具体行政行为是强制拆迁行为，该行为产生了消灭物权的效力。由于罗沁珍不享有对重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋的物权，其与被诉具体行政行为不具有法律上的利害关系，因此其不具有对本案被诉具体行政行为提起行政诉讼的主体资格。《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第四十四条第一款第（二）项规定：“起诉人无原告诉讼主体资格的，应当裁定不予受理；已经受理的，裁定驳回起诉”。由于罗沁珍无原告诉讼主体资格，其起诉依法应予驳回。故，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第六十一条第（一）项之规定，裁定：驳回上诉，维持原裁定。

三、案件评析

本案争议的焦点问题是罗沁珍是否具有对渝中区人民政府的强拆行为提起行政诉讼的主体资格。对此有两种不同的观点：

第一种观点认为罗沁珍具有提起行政诉讼的主体资格。因为本案被诉行政行为是针对渝中区大坪下肖家湾115号房屋作出的行政强拆行为，在强拆时该房屋登记的所有权人为周兴伦，行政强拆行为使该房屋归于灭失，影响了周兴伦对该房屋物权的行使以及获得物上利益的权利，周兴伦对该行政强拆行为不服，享有对该行政强拆行为提起行政诉讼的权利。在渝中区大坪下肖家湾115号房屋归于灭失后，周兴伦与罗沁珍在民事诉讼过程中达成了调解协议，该调解协议约定罗沁珍享有渝中区大坪下肖家湾115号房屋的所有权，因此，该协议可视为周兴伦将其对行政强拆行为提起行政诉讼的权利转移给了罗沁珍，罗沁珍因此具有提起行政诉讼的原告主体资格。

第二种观点认为罗沁珍不具有提起行政诉讼的主体资格。因为渝中区人民政府的行政强拆行为导致重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋归于灭失，

其物权也归于消灭。在物权已经消灭之后，罗沁珍与周兴伦达成的民事调解书不能产生物权变动的法律后果，因此，罗沁珍不能因为民事调解书而对该房屋享有物权，故其与渝中区人民政府的行政强拆行为不具有法律上的利害关系，也就不具有提起行政诉讼的主体资格。

笔者同意第二种观点，理由如下：

依据《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第十三条之规定：“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的，可以依法提起行政诉讼。”罗沁珍是否具有原告资格取决于其与被诉行政行为是否具有法律上的利害关系。

法律上利害关系之所以产生，乃是因某一法律事实的产生，使行政相对人与被诉行政行为发生关联，并导致其权益受到影响，法律关系的状态决定着当事人是否具备原告资格。因此，在各种法律关系发生交叉时，首先应当解析各种法律关系的状态，而后对当事人与具体行政行为之间是否具有法律上利害关系作出判断。尤其是先有行政法律关系存在，而后民事行为介入行政法律关系，从而发生行政法律关系与民事法律关系交叉的情形。一般而言，行政相对人与被诉行政行为之间具有法律上利害关系必须同时具备以下三个要件：一是成熟的具具体行政行为已经付诸实施；二是行政相对人受法律保护的权益受到了实际的损害；三是该具体行政行为与行政相对人的合法权益受损之间具有因果联系。只有同时具备上述三个要件，才能认定具体行政行为侵犯了行政相对人的合法权益，行政相对人与该具体行政行为具有法律上的利害关系。有时候，具体行政行为与相对人受保护权益之间的因果联系，也会因某一法律事实的产生而转化，利害关系也会由此发生变化。

在本案中，被诉行政行为系重庆市渝中区人民政府于2009年6月3日，责成相关部门对重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋进行强拆的具体行政

行为。该行政行为在2009年6月3日已经付诸实施，并在当日实施完毕，重庆市渝中区下肖家湾115号房屋在当日已被强制拆除。《中华人民共和国物权法》第三十条规定：“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生效力。”由于在2009年6月3日，重庆市渝中区下肖家湾115号房屋因强制拆除导致物已经灭失，故基于该房屋而享有的物权在当日也已经消灭。

2010年5月6日，周兴伦（即该房屋被强拆时合法的所有权人）与罗沁珍达成了民事调解书，约定重庆市渝中区下肖家湾115号房屋的产权归罗沁珍所有。该调解书系双方当事人民事诉讼中达成的生效法律文书，属有效协议。在调解书达成之前，重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋已被强制拆除，其物权已于2009年6月3日归于消灭。物权的存在，是对该权利进行变更或转让的前提条件，在物权已经归于消灭的情况下，民事调解书不能产生物权变更的法律效力，亦不能使罗沁珍享有重庆市渝中区下肖家湾115号房屋的物权，罗沁珍通过该民事调解书获得的是债权，即周兴伦位于重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋因被拆迁而享有的补偿安置权。

本案被诉行政行为是对重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋进行强拆的行为，该行政行为产生的法律后果是导致重庆市渝中区大坪下肖家湾115号房屋的物权归于消灭，因此，该行政行为影响的是房屋的物权，只有对被强拆房屋享有物权的人，才与该行政行为具有法律上的利害关系，具有对该行政行为提起行政诉讼的主体资格。罗沁珍在强拆行为实施后，原物权人周兴伦放弃对强拆行为提起行政诉讼，且房屋灭失无法实现物权变更的情况下，通过民事调解书确定了与周兴伦的债权关系。因此，罗沁珍作为债权人，行政强拆行为对其合法权益并不产生实际影响，故，罗沁珍与被诉行政行为不具有法律上的利害关系，不具有对本案被诉行政行为提起行政诉讼的主体资格。

判决书确定债权转让后的执行疑难

□ 邹海浪* 潘 勇** 代桂林***

【案情】

某资产管理公司依据发生法律效力民事判决书向法院申请执行，请求被执行人某技术应用开发研究所履行法律文书确定的义务，支付权利人欠款60万元。因被执行人暂无可供执行的财产，法院裁定终结本次执行程序。此后，资产管理公司与李某签订债权转让协议，以30万元的价格转让该笔债权，债权转让书面通知了债务人某技术应用开发研究所。李某遂向法院申请，请求变更其本人为本案申请执行人，并提供了转让协议及债权转让通知函。

【分析】

对于能否在执行程序中直接裁定变更李某为本案的申请执行人，主要有两种观点。第一种观点认为，本案中的债权转让具有“买卖判决书”的性质，转让行为无效，裁定变更李某为申请执行人没有法律依据，应当裁定驳回其申请。第二种观点认为，资产管理公司与李某之间的债权转让行为，系普通民事主体之间的自由约定，其约定及转让程序符合《合同法》的规定，李某是合法的债权权利承受人，故应支持李某的申请。

【评析】

笔者同意第二种观点。理由如下：

1、从理论层面看，执行程序中权利主体的变更是判决的既判力和执行力扩张的直接结果。原则上，一旦法院作出终局判决，判决对于人的效力即已确定，其只能对判决中所载明的债权债务人有有效；但在执行程序中，如果发生诸如当事人死亡、法人终止之类似情形，执行依据的效力范围将扩展至其权利承受

人。由于类似情况的发生，既有可能是客观的，亦有可能是主观的。那么，我们必须承认执行依据中的权利人与义务人可依当事人的主观意志进行协商变更。

2、从实体法的角度看，债权人与受让人之间达成协议，并通知债务人的，即可发生债权转让的效力。而《合同法》所禁止的债权转让情形分别是：根据合同性质不得转让、按照当事人约定不得转让、依照法律规定不得转让。结合本案情形，合同性质与当事人的约定均不对债权转让造成任何障碍，关于判决书所确定债权的转让问题目前亦属于法律无规定或者说规定不明确的阶段，但绝非法律规定不得转让。按照私法自治的基本理念，资产管理公司将判决书确定的债权转让给李某，在实体法上不应存在任何争议。

3、从司法实务的角度看，最高人民法院《关于审理涉及金融不良债权转让案件工作座谈会纪要》规定：金融资产管理公司转让已经涉及诉讼、执行或者破产等程序的不良债权的，人民法院应当根据债权转让合同以及受让人或者转让人的申请，裁定变更诉讼主体或者执行主体。按此规定，涉及金融不良债权的转让行为，法院须认可执行主体的变更请求，其本质上还是尊重私法自治的基础，这一规定的缘由、外观及效果均与本案极为相似，在法律规定不甚明了的状况下，完全可以参照适用该规定。

4、“买卖判决书”是经济快速发展和法治意识逐步提升之后所出现的新事物，不可否认，在某种角度来看，它可能损及法律、法院的权威，但绝不能因此认定转让判决书所确定的债权行为无效。实质上，维护法律及法院的权威应从强制执行的效果上予以考察：如果强制执行的效果好，即便不允许“买卖判决书”也不会有人质疑法律的权威；如果强制执行的效果差，即便允许“买卖判决书”也终究会使法律成为“嘲笑的对象”。

据此，本案应裁定变更李某为申请执行主体。

* 重庆市綦江县人民法院书记员。

** 重庆市綦江县人民法院第二法庭庭长。

*** 重庆市綦江县人民法院第三法庭庭长。

非商品房欺诈性销售之法律责任

□ 肖厚权*

裁判要旨

因非商品房一房二卖导致不能交付，应当承担返还购房款和赔偿损失的违约责任，其损失赔偿额包括合同履行后可以获得的利益，即房屋差价。

案情链接

墙方建、汪忠英夫妻系垫江县行政中心拆迁安置户。2005年11月3日，墙方建、汪忠英与夏斌签订《房屋买卖合同》将其所有的位于垫江县行政中心安置房A3栋2单元2楼面积为131.9平方米的住房一套，以68588元出卖给夏斌所有。2006年6月6日，墙方建、汪忠英交付房屋和钥匙给夏斌。夏斌接房后，于2006年11月19日安装了雨棚和防盗网，因夏斌长期在外打工，未作室内装修，也未实际居住。后墙方建、汪忠英支付了修建化粪池、安装电共支出4530.5元，墙方建、汪忠英认为应由夏斌缴纳，但又联系不上夏斌，便于2008年3月3日向夏斌寄送了《关于解除与夏斌同志房屋买卖合同的通知》，同时还在垫江县公证处对其行为和进行了公证，墙方建、汪忠英认为夏斌未在三个月内提出异议，该房屋买卖合同业已解除，遂于2008年7月25日将该房屋以118800元通过中介公司出售给洪云。墙方建、汪忠英与洪云签定的房地产买卖合同约定：签订合同时支付房款100000元，余款在办理产权证时支付，违约金按成交价格的5%计算。合同签订后，洪云当即支付了房款100000元，中介费2000元。2008年7月27日，洪云搬入该房屋居住，并在居住期间对该房屋进行了简单装修，其支出为：安装防盗网2517元，换锁150元，安装水电气360元，防滑地砖60元，整修卫生间1200元，共计4287元。夏斌知道该房屋又被卖后，遂诉至法院，请求判令

墙方建、汪忠英履行双方签订的《房屋买卖合同》约定的义务并支付违约金7000元，垫江法院于2009年4月22日作出(2009)垫法民初字第198号民事判决，一、墙方建、汪忠英在本判决生效后立即将垫江县行政安置中心A3栋二单元二楼住房一套(131.9 m²)交予原告夏斌所有，同时为原告办理房屋所有权证和土地使用证。二、由墙方建、汪忠英向夏斌支付违约金人民币7000元。判决生效后，法院于2009年11月26日将洪云强制搬出该诉争的房屋，洪云在搬出该房屋时支出搬运费700元。洪云遂以墙方建、汪忠英一房二卖为由诉至法院要求墙方建、汪忠英退还购房款100000元，支付违约金600元和借款利息21000元，赔偿房屋上涨差价损失102500元和装修费、搬迁费等损失30000元，共计254000元。本案在审理过程中，委托重庆中鼎资产评估土地房地产估价有限责任公司对该诉争房屋的现市场价值进行了评估，其价值为204400元。

一审法院审理后认为，洪云与墙方建、汪忠英双方当事人签定的房地产买卖合同是双方当事人真实意思表示，没有违反法律法规的禁止性规定，合法有效，双方均应按照合同约定履行各自的义务。在本案中，洪云的义务就是按照合同约定支付房款，墙方建、汪忠英的义务就是按照合同约定交付房屋并且协助办理产权手续。现洪云已经按照合同约定支付了100000元房款，墙方建、汪忠英也应按照合同约定将房屋交付给洪云，但是本案的实际情况却是，由于墙方建、汪忠英一房二卖，导致已经交付洪云使用的诉争房屋被本院强制执行形成事实上的没有交付且不能继续履行交付义务，现墙方建、汪忠英不能履行交付房屋的义务属于事实上的不能履行，故应当承担返还购房款和承担赔偿损失的违约责任。根据《中华人民共和国合同法》第一百一十三条第一款“当事人一方不履行合同义务或

* 重庆市垫江县人民法院审判监督庭庭长。

者履行合同义务不符合约定,给对方造成损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益,但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”的规定,墙方建、汪忠英的违约行为造成的损失包括给洪云造成的积极损失和消极损失,在本案中的积极损失就是洪云在签定合同后支出的相关费用,消极损失就是双方当事人履行合同后,洪云可以获得的利益。因此,墙方建、汪忠英除了应当承担返还购房款 100000 元的责任以外,还应当承担赔偿原告装修费 4287 元、中介费 2000 元、强制执行时搬运费 700 元、房屋差价 85600 元的责任。据此判决,由墙方建、汪忠英在本判决生效后 10 日内返还洪云购房款 100000 元,并赔偿洪云装修费 4287 元、中介费 2000 元、强制执行时搬运费 700 元、房屋差价 85600 元,总计 192587 元。

墙方建、汪忠英不服一审判决,提出上诉,认为自己的拆迁安置房并未取得产权证,根据《城市房地产转让管理规定》不得转让,双方签定的房屋买卖合同应属无效,由于洪云在买房时已经明知该房没有产权证,故应当承担合同无效后的相应责任,要求改判自己只赔偿洪云装修费损失 4287 元和强制执行时搬运费损失 700 元。洪云则答辩称,原审事实清楚,适用法律正确,请求依法维持原判。

二审法院审理后认为,本案双方当事人争执的焦点在于,双方签订的《房屋买卖合同》的效力以及本案赔偿范围的确定。结合本案案情,双方作为房屋买卖方分别在 2008 年 7 月 25 日签订的《房屋买卖合同》上签名捺印,该签名捺印均为双方当事人真实意思的表示,没有违反法律法规的禁止性规定,合法有效,双方均应按照合同约定履行各自的义务。在本案中,买房方洪云的义务就是按照合同约定支付房款,卖房方墙方建、汪忠英的义务就是按照合同约定交付房屋并且协助办理产权手续。现洪云已经按照合同约定支付了 100000 元房款,墙方建、汪忠英理应按照合同约定将房屋交付给洪云,但是现在由于墙方建、汪忠英的一房二卖行为,导致已经交付洪云使用的诉争房屋被法院强制执行,形成事实上的没有交付且不能继续履行交付。墙方建、汪忠英不能履行交付房屋的义务属于事实上的不能履行,系根本违约,应当承担返还购房款和承

担赔偿损失的违约责任。根据《中华人民共和国合同法》第一百一十三条第一款的规定,墙方建、汪忠英的根本违约行为造成洪云购房目的落空,其不能按约取得本案房屋,其所遭受的损失应包括直接损失和间接损失。在本案中的直接损失就是洪云在签订合同后实际支出的相关费用;间接损失双方履行合同后,洪云可以获得的利益,即本案房屋买卖合同履行后,洪云享有诉争房屋所有权。因此,原判认定事实清楚,适用法律正确,应予维持。上诉人的上诉理由不能成立,其上诉请求应予驳回。据此判决,驳回上诉维持原判。

评析

双方当事人在本案中争议的焦点是:一、墙方建、汪忠英与洪云签定的房屋买卖合同效力如何。二、本案赔偿范围如何确定。

一、房屋买卖合同效力的认定。

(一)墙方建、汪忠英向夏斌寄送《关于解除与夏斌同志房屋买卖合同的通知》能否达到解除房屋买卖合同的目的?

在本案中,墙方建、汪忠英夫妇为了达到一房二卖获取更大利益的目的,便以修建化粪池、安装电等费用应由夏斌缴纳但又联系不上夏斌为由,发出《关于解除与夏斌同志房屋买卖合同的通知》,以达到解除双方合同的目的。笔者认为该通知不能达到解除双方合同的目的,其理由是:

根据合同法的规定,合同的解除有法定解除和约定解除两种。在本案中,墙方建、汪忠英与夏斌没有约定解除合同的条件,要想解除合同只能根据《中华人民共和国合同法》第九十四条规定的五种法定情形解除合同。即:(一)因不可抗力致使不能实现合同目的;(二)在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务;(三)当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行;(四)当事人一方迟延履行债务或者其他违约行为致使不能实现合同目的;(五)法律规定的其他情形。

在本案中,墙方建、汪忠英夫妇与夏斌签定房屋买卖合同后,双方按照合同约定均实现了自己的合同目的,即墙方建、汪忠英夫妇取得了价款,夏斌得到了房屋,并且已经履行完毕。只是墙方建、

汪忠英夫妇认为修建化粪池、安电等费用应由夏斌缴纳，那么该债务是不是主要债务呢？根据合同法的规定，主要债务是指合同规定的具有重要地位的、决定合同性质的合同义务，主要债务不履行将导致合同根本没有履行、合同目的根本没有实现。很显然，该债务不是主要债务，墙方建、汪忠英夫妇也不能以此为由进行催告并要求解除合同，因此，墙方建、汪忠英夫妇发出《关于解除与夏斌同志房屋买卖合同的通知》不符合合同法关于解除合同的法定条件，不能达到解除双方合同的目的。

（二）没有取得房屋产权证的房屋能否进行买卖？

墙方建、汪忠英夫妇提起上诉的一个主要理由就是，自己的房屋是拆迁安置房，在买卖时并未办理房屋产权证，不能进行买卖。笔者认为，是可以进行买卖的，理由是：

拆迁安置房是指因城市规划、土地开发等原因进行拆迁，而安置给被拆迁人或承租人居住使用的房屋。由于本案的拆迁安置房不是出让土地，且房产证正在办理中，该房屋能否进行买卖的关键在于对《城市房地产管理法》第三十八条的理解和认识。

《城市房地产管理法》第三十八条的规定是合同的生效要件还是物权变动的要件？根据《物权法》第十五条“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同的效力。”规定，出卖人订立房屋买卖合同的目的是取得价款，买受人支付价款的目的旨在取得房屋的所有权，物权变动的原因就是房屋买卖合同，房屋所有权转移就是这一结果的结果。即房屋买卖合同是原因，房屋过户登记才是结果。因此，《城市房地产管理法》第三十八条规定的转让条件，应当理解为房地产变动的结果条件，而不是合同的生效要件。该条件只是房地产登记部门在办理房地产变更登记时审查的条件，不符合该条件的，房地产登记部门不予过户，不让物权发生变动，但不影响转让合同的效力。故本案诉争的房屋是可以买卖的。

（三）“一房二卖”合同的效力

根据《合同法》第四十四条“依法成立的合同，

自成立时生效。”的规定，合同是否有效，从签定之日就已经确定，而不是通过合同是否履行来决定合同的效力。根据《物权法》第十五条将不动产物权变动的原因与结果进行区分的规定，合同效力是独立存在的，合同是否履行，涉及的是当事人是否违约的问题。如果合同具备法律规定的生效要件，则应认定合同生效，当事人应该受到合同的约束，违约者应该承担违约责任。根据这样的理解，在房屋买卖合同中，由于办理物权变动登记属于合同履行，在一房二卖的情况下，肯定只能有一个买受人才能取得房屋的所有权，而其他买受人虽然不能取得房屋的所有权，但是他们仍然可以根据有效的合同请求追究出卖方的违约责任等方式来保护自己的权利，因此，“一房二卖”的房屋买卖合同是有效的。

本案中，双方当事人均具有相应的民事行为能力，签定的房屋买卖合同意思表示真实，不违反法律或社会公共利益，也未违反法律关于效力的禁止性规定。因此，双方当事人签定的房屋买卖合同合法有效。

二、赔偿范围的确定。

由于墙方建、汪忠英的一房二卖行为，导致已经交付洪云使用的诉争房屋被法院强制执行，形成事实上的没有交付且不能继续履行交付，墙方建、汪忠英的行为已经构成根本违约，应当承担违约责任。根据《中华人民共和国合同法》第一百一十三条第一款“当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，给对方造成损失的，损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”的规定，赔偿的损失包括直接损失和间接损失。

对直接损失的计算，不存在歧义。在本案的直接损失就是就是洪云在签订合同后实际支出的房款100000元、房屋装修费4287元、中介费2000元、强制执行时搬运费700元。但是对间接损失即本案房屋买卖合同履行后，洪云享有诉争房屋所有权而带来的房屋差价损失如何计算有一定的分歧。该间接损失的计算涉及一个现行价值的评估时点问题，是以发生纠纷时的时间还是以起诉时的时间、执行终结时的时间为现行价值的评估时点？由于近年来的

房屋价格上涨较快,不同的评估时点,房屋差价肯定不同。为了公平,笔者认为应以原告起诉时的时间为房屋现行价值的评估时点。理由是:(1)近年来房屋价格上涨较快,由于纠纷发生后离诉讼和执行还有一定的时间,如果是发生纠纷时的时间为评估时点,明显对买房屋人不利,不利于保护诚信的当事人。(2)如果以执行终结时为评估时点,由于对执行终结的时间以及是否自动履行无法预测,

且房屋价格变动的趋势也无法准确把握,不便操作,明显对被告不利。(3)如果以起诉时的时间为评估时点,对原告、被告双方均公平,原告知道的权利受损,提起诉讼,既是对原告利益的保护,也是对被告不诚信的惩罚。因此本案以起诉时的时间为评估时点,通过评估,诉争的房屋现行价值为204400元,其房屋差价就是204400元-118800元为85600元。

(上接第128页)江海云、钟玉先等先后上台控诉连绍华罪行,工人代表罗成铭还宣读了16封码头工人要求法庭枪毙连绍华的意见书。

主审官宋学武向连绍华核实姓名年龄、犯罪事实后,提交法庭评议,法庭一致同意判处连绍华死刑立即执行。最后主审官宋学武宣读市法院判决书,主文称:“连绍华参加特务组织,进行反革命活动,并利用封建势力剥削压迫工人,扰乱社会秩序,

判处死刑,剥夺公权终身。全部财产,除酌留家属必需生活费用外,予以没收。”^[1]连绍华随即被验明正身,押赴刑场,执行枪决。《新华日报》对公审大会实况进行了详细报道。

枪决连绍华后,市区工人拍手称快,奔走相告“法院打了个大沙罐”^[2];重庆市川剧团创作了川剧《枪毙连绍华》,巡回演出,颇受群众欢迎。至今,“连绍华案”成为当时码头工人反霸斗争的典型。

[1] 判决仍沿用民国时期法院格式:主文、事实、理由三等式。

[2] 镇压反革命、土改革命时期,枪决人是打头部,故称“打沙罐”。

市高法院出台关于为两江新区创新发展提供司法保障的十条措施

8月3日,市高法院出台《关于为两江新区创新发展提供司法保障的十条措施》,要求全市法院充分发挥审判职能作用,为两江新区创新发展提供司法保障。具体内容:

一、加强前瞻性司法政策研判。二、提高司法服务质效。三、平等保护中外投资者合法权益。四、开展“审务进两江”活动。建立三级联席会议制度。五、支持金融改革创新。六、创新环境司法保护机制。七、加强知识产权司法保护。八、联动化解易发多发矛盾纠纷。九、加大生效裁判执行力度。十、完善统筹协调司法保障机制。

关于建设工程所涉欠条及债务人之认定

□ 张科科*

【案情】

原告：袁某祥

被告：王某、袁某（二被告均未到庭）

2007年被告王某、袁某共同修建珞璜郭坝小区钟某、吴某等户联建房E、F栋，2007年8月12日被告袁某以江津区马宗建筑安装工程有限公司（以下简称马宗建司）的名义与袁某祥、袁某红就该小区E、F栋的建安工程签定了工程承包协议，约定：该工程由被告袁某提供材料，原告实行单包工，进行房屋的修建。协议签定后，袁某红退出，由原告袁某祥单独承包。该工程于2008年8月完工，原、被告双方进行了结算，现已交付使用。被告王某在书面答辩中认可其参与了被告袁某所承包的该工程项目，主要是协助袁某工作，负责卖房收钱。2008年8月25日，被告王某向原告袁某祥出具工程款80000元的欠条一张，载明“今欠到袁某祥工程款捌万元正（80000元）欠款人王某”，被告袁某在欠条上签字“属实，袁某”。被告袁某以马宗建司项目负责人的名义与原告袁某祥签订的工程承包协议，马宗建司并未加盖公章，2011年1月20日，马宗建司出具书面证明，被告袁某承建的珞璜郭坝小区钟某、吴某等户联建房E、F栋工程没有挂靠该公司，其与原告袁某祥签订的工程承包协议属个人行为，工程欠款也与公司无关。近两年来，原告多次向二被告催收工程款无果，请求法院判令二被告付清工程款80000元。

【审判】

重庆市江津区人民法院审理认为，原告袁某祥为自然人，不具备承包修建建设工程的资质，其与被告袁某签订的工程承包协议，因违反法律法规强制性规定，属无效合同。但原、被告双方依签订的工程承包协议已履行完毕，经双方当事人结算后，出具的欠条，是对尚欠工程价款的确认，被告应当按欠条支付工程价款。被告王某出具给原告袁某祥的欠条，表明欠款人为王某，但被告袁某在欠条上签“属实”，且工程承包协议是由被告袁某签订的，根据合同的相对性原则，被告袁某应承担合同相应的权利义务。关于被告王某辩称该工程由被告袁某负责，其不应承担责任的问题，被告王某书面承认与被告袁某等人共同修建珞璜郭坝小区钟明辉、吴正全等户联建房E、F栋，与原告袁某祥陈述相一致，且欠条系被告王某出具的，也证明其愿意承担支付欠款的义务，因此，被告王某辩称理由不能成立。欠条中欠款人虽为王某，但其债务应视为共同债务，应当由二被告对欠款共同承担清偿责任。法院判决：被告王某、袁某向原告袁某祥共同支付欠款80000元。

【评析】

在本案中，对于袁某在欠条上签“属实，袁某”如何定性存在不同的观点。

第一种意见认为，应由被告王某向原告袁某祥予以清偿80000元的工程欠款，驳回原告袁某祥对被告袁某的诉讼请求。理由是当事人应当对自己的主张提供证据加以证明。被告王某书面辩称，其与谢

* 重庆市江津区人民法院法官。

某、被告袁某三人合伙从事珞璜郭坝小区联建房E、F栋,没有提交相应的依据证明三人是该工程的合伙人,根据工程承包协议、欠条等证据,也不能证明三人是该工程的合伙人,被告王某辩称三人是该工程的合伙人没有事实和法律依据,其理由不应支持。欠条明确表明欠款人为王某,被告袁某只在欠条上签“属实”,具有证明的含义,且被告袁某未到庭陈述事实,不能证明被告袁某是该欠款共同债务人。被告袁某与原告袁某祥签订的工程承包协议,并未有被告王某的签字,不能认定二被告是合伙关系。因此,不能推断被告王某出具的欠条是被告袁某与原告袁某祥履行工程承包协议所产生的债务。

第二种意见认为,欠条应视为二被告共同向原告袁某祥出具的,应当由二被告对欠款共同承担清偿责任。

笔者同意第二种意见,理由如下:

(一) 工程承包协议与欠条之间具有证据上的关联性。

判断证据是否具有关联性,实质上就是判断证据是否具有证明性和实质性。对关联性的判断其实并没有固定的标准,这只是一个经验问题,很大程度上依赖于人们的常识与经验来判断。法官在判断证据的关联性时,主要依据一般的逻辑和经验进行。^[1]在理清案件待证事实的情况下,要判断某项证据是否具有实质性,考察该证明目的是否有助于证明本案中的争议事实,即待证的事实。如果特定证据的证明目的并非指向本案的待证事实,则该证据不具有实质性,也就没有关联性。^[2]主要是考察当事人提出该证据的证明目的,在本案中,待证的事实是欠款人究竟是谁的问题,案件主要审查的是王某出具的欠条和原告袁某祥与被告袁某之间订立的工程承包协议有无关联。

在本案中,马宗建司出具了书面证明,证实被告袁某所承建的珞璜郭坝小区钟某、吴某等户联建

房E、F栋工程并没有挂靠该公司,其以马宗建司的名义签订的承包协议属个人行为,工程欠款也与公司无关。经审理查明,原、被告所签订的工程承包协议中在合同的甲方位置虽印有马宗建司的名称,但并未加盖该公司公章,而只有被告袁某的个人签名。因此,袁某的行为既不能构成职务行为,亦不能认定为表见代理,而应属其个人行为,其应当对履行该承包协议所产生的欠款承担清偿责任。建设工程案件中无论工程款还是劳务费,实际欠款人在出具欠条时往往在落款处写“经手人,某某”、“属实,某某”,为了逃避还款责任而故意避实就虚,而债权人一般并未注意到此处细节,只要债务人出具的欠条载明了所欠的金额及其签名便可,这为此后的纷争埋下了隐患。就本案而言,不能孤立地看待王某所出具的欠条,虽然王某未在原告袁某祥签订的协议上签名,二被告也未到庭应诉,但事实上王某的书面答辩已经表明王某参与了该工程,并与袁某系合伙关系,在整个工程的施工过程中,被告袁某是总负责,王某只是负责财务等工作,与原告袁某祥的陈述相一致,达到了原告袁某祥的证明目的,即80000元的工程欠款是因履行工程承包协议产生的。王某的书面答辩意见、工程承包协议和欠条有助于证明本案的争议事实,具有实质性,因此,也具有关联性。虽然袁某并未在欠款人处签名,在欠条上是“属实,袁某”,但工程欠款是由工程承包协议的履行产生的,其属实的含义并非只是证明的意思,且袁某作为合同的相对方,应当承担合同的权利义务,因此,袁某应当与王某共同对80000元的欠款承担清偿责任。

(二) 对欠条的认定并未突破合同的相对性原则,而是对债务承担的认定。

所谓合同相对性是指合同只对缔约当事人具有法律约束力,对合同关系以外的第三人不产生法律约束力。合同相对性原则主要包含两个层次的含义:一是除合同当事人外,任何其他人不得请求享

[1] Adrian Keane, *The Modern Law of evidence*, 4th ed., Butterworths, London, Dublin, Edinburgh, 1996, at p20.

[2] 汤维建、卢正敏:《证据“关联性”的涵义及其判断》

[3] 傅静坤:《二十世纪契约法》,法律出版社1997年版,第153页。

有合同权利；二是除合同当事人外，任何人不必承担合同责任。^[3]此原则的产生源于当事人的特定性，所谓“无契约即无责任”，合同外第三人没有参与契约合意的形成，故不必承担合同义务，当然也不能享受合同权利。从合同的相对性原则看，对欠条的认定并未突破合同的相对性原则。从欠条产生的原因上进行分析，原告袁某祥与被告袁某履行了共同签订的工程承包协议，且被告王某认可其参与了该协议中所约定的工程项目。虽然在该协议中并无王某本人的签字，但其协助被告袁某工作的行为，实际上是与其共同履行合同所约定的内容。在该工程完工结算后，被告袁某尚欠原告 80000 元的工程款，被告王某在欠款人处签名，进一步证实了二人的共同履约行为。

所谓债务承担，是指在不改变合同的前提下，债权人、债务人通过与第三人订立转让债务的协议，将债务全部或者部分转移给第三人承担的法律现象。^[4]债务承担，按照承担后债务人是否免责为标准，可分为免责的债务承担和并存的债务承担。其中免责的债务承担是指第三人代原债务人的地位而承担全部合同债务，使债务人脱离合同关系的债务承担方式。并存的债务承担是指债务人并不脱离合同关系，而由第三人加入到合同关系当中，与债务人共同承担合同义务的债务承担方式。同时，合同法第八十四条“债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意”规定，明确了债务承担的法律依据。在本案中，被告王某在该欠条的欠款人处签上自己的名字，表明其愿意对被告袁某依工程承包协议所产生的债务予以承担。同时，被告袁某也在该欠条上签有“属实，袁某”，而不仅仅是证明的含义，表明袁某并未脱离原合同关系，而是与加入到该合同关系中的王某共同承担该合同义务。原告袁某祥接受了二被告所出具的欠

条，证明作为债权人的原告是同意债务人袁某将其合同的义务转移给第三人王某的。综上，二被告向原告共同出具欠条的行为属于并存的债务承担，因此，被告王某作为新的债务人应当与被告袁某共同对该欠条的欠款承担清偿责任。

（三）无效的工程承包协议并不排除就履行该协议应当承担的义务。

根据最高人民法院《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第四条“承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效”的规定，原告袁某祥和被告袁某均系没有资质的自然人，二人所签订的工程承包协议属无效合同。《合同法》第五十八条规定，合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。建设工程施工合同具有特殊性，合同履行的过程，就是将劳动和建筑材料物化在建筑产品的过程。《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》第二条规定“建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收合格。承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持”。根据我国建筑行业的现状，衡平合同各方当事人的利益，该《解释》确立了参照合同约定结算工程价款的折价补偿原则。^[5]这与《民法通则》、《合同法》第五十八条的规定并不矛盾，而是在处理无效的建设工程施工合同纠纷案件中具体体现了《合同法》规定的无效处理原则。

根据《解释》第二条的规定，虽然该承包协议无效，且承包方未能提交该工程竣工验收的依据，但原、被告双方均依照该协议履行完毕，在完工后双方又依协议约定的工程价款进行了结算，从已交付使用上看，证明该工程是竣工验收合格的，因此，履行该承包协议所产生的工程欠款应当予以支付，若不对依无效合同所产生的工程欠款加以认定，实际施工人的权益将很难得以保护，不能因无效的工程承包协议排除二被告应当承担的还款义务。

[4] 王竹、周云涛：《民法通则一本通》，法律出版社 2009 年版。

[5] 最高人民法院民一庭编著《最高人民法院建设工程合同司法解释的理解与适用》[c] 北京：人民法院出版社，2004。

犯罪未遂与犯罪中止的界限

——王某、邵某抢劫、故意杀人案

□ 李亚非*

【裁判要旨】

行为人在罪过支配下实施犯罪的过程，就是其罪过内容实现的过程，罪过实现的程度不同，决定着犯罪发展的形态不同。罪过全部实现，犯罪就达成既遂状态，反之，犯罪就处于未完成状态。在犯罪未完成的情形下，行为人罪过中的意志因素又决定犯罪形态属于犯罪未遂还是犯罪中止。

【案情摘要】

被告人王某，男，39岁，农民。

被告人邵某，男，33岁，农民。

2002年6月6日，被告人王某主谋并纠集被告人邵某预谋实施抢劫。当日10时许，二人携带事先准备好的橡胶锤、绳子等作案工具，在北京市密云县鼓楼南大街骗租杨某某（女，29岁）驾驶的松花江牌小型客车。当车行至北京市怀柔区大水峪村路段时，经王某示意，邵某用橡胶锤猛击杨某某头部数下，王某用手猛掐杨的颈部，致杨昏迷。二人抢得杨某某驾驶的汽车及手机、寻呼机等共计价值人民币42000元的物品。

王某与邵某见被害人杨某某昏迷不醒，遂谋划用挖坑掩埋的方式将其杀害灭口。杨某某佯装昏迷，趁王某寻找作案工具，不在现场之机，哀求邵某放其逃走。邵某同意掩埋杨某某时挖浅坑、少埋土，并告知掩埋时将其脸部向下。王某返回后，邵某未将杨某某已清醒的情况告诉王某。邵某挖了一个浅坑，并向王某称其一个人埋即可，便按照与杨某某事先的约

定将杨某某掩埋。王某、邵某离开后，杨某某爬出土坑获救。经鉴定，杨某某所受损伤为轻伤。检察机关指控、一审法院判决王某、邵某均构成抢劫罪、故意杀人罪（未遂），被告人上诉后，二审法院认定王某、邵某均构成抢劫罪，王某构成故意杀人罪（未遂），邵某构成故意杀人罪（中止）。

【分歧意见】

在本案处理过程中，对被告人王某、邵某使用暴力手段抢劫他人财物，均构成抢劫罪没有争议。但对于二人为了灭口掩埋被害人的行为如何定性存在分歧：一种观点认为，二人出于杀人灭口的故意，共同实施了掩埋被害人的行为，均已构成故意杀人罪（未遂）；另一种观点认为，在掩埋被害人的犯罪中，二被告人罪过的内容不一样，被告人王某构成故意杀人罪（未遂），被告人邵某构成故意杀人罪（中止）。

【要点提示】

正确解决本案的争议问题，需要着重把握以下几个问题：

- 1.故意犯罪完成形态与未完成形态划分的标准是什么？
- 2.在故意犯罪未完成形态中，未遂、中止的界限是什么？
- 3.本案被告人王某、邵某在掩埋被害人过程中的罪过有无不同？有什么样的不同？各自符合什么样犯罪形态的标准？
- 4.在共同犯罪的范围内，各行为人的犯罪能否表现为不同的形态？

* 重庆市石柱县人民法院法官。

【问题讨论】

一、行为人主观罪过的实现程度是划分故意犯罪完成形态与未完成形态的标准

故意犯罪形态是故意犯罪的具体表现形式。根据罪过的实现程度，一般可以将故意犯罪的形态分为犯罪的完成形态和犯罪的未完成形态。犯罪的完成形态一般又称为犯罪的既遂形态，犯罪的未完成形态则有犯罪未遂和犯罪中止两种典型表现形式。

人们的一切行为几乎无一不是在主观意识支配之下实施的，相应的，犯罪行为是在罪过的支配下实施的，是罪过的外在表现，或者说犯罪就是罪过的实现。因此，罪过是决定犯罪行为性质的内在因素，犯罪的行为、结果、对权益造成的侵害等都是罪过的外在表现形式。犯罪的完成，本质上就是罪过的实现，犯罪的未完成，也就是罪过尚未完全实现。因此，判定一个犯罪既遂和未遂的标准应当是罪过的实现程度。要正确解决犯罪的完成形态与未完成形态，必须从行为人的罪过出发。

在现实生活中，罪过的表现形式林林种种，不同的罪过得以实现的方式和样态也各不相同。根据刑法分则的具体规定，罪过实现主要有以下几种实现方式：

一是罪过的实现以某种法定结果的发生为标志。如，杀人的故意、抢劫的故意、抢夺的故意、贪污的故意、盗窃的故意、诈骗的故意等的实现，都以一定的物质性的、可以具体测量的、有形的损害结果为标志。杀人的故意以被害人的死亡为实现标志，伤害的故意以致被害人身体轻伤或者重伤为实现标志，贪污、盗窃、诈骗等故意的实现，以行为人占有一定的财物为标志。这类以发生某种法定结果为成立标志的罪过支配下实施的犯罪，既遂的标准当然就是该结果的发生，这类犯罪在理论上通常称为结果犯。

二是罪过的实现以某种法定行为的完成为标志。如，强奸的故意、脱逃的故意、偷越国边境的故意、诬陷的故意等的实现，往往并不以特定结果的发生，而以某种法定行为的完成为标志，强奸故意以违背妇女意志强行与其发生性行为为实现标志，脱逃故

意、偷越国边境故意、诬陷故意，则是以行为人实施脱逃行为、偷越国边境行为和诬陷行为为实现的标准。这类罪过支配下实施的犯罪，既遂的标准当然是该法定行为的完成。这类犯罪在理论上称为行为犯。

三是罪过的实现以造成发生某种法定危害结果的危险状态为标志。我国现行刑法规定的放火、决水、爆炸、投毒、破坏交通工具、破坏交通设施、破坏电力设施等犯罪故意的实现，就属于这种类型，罪过不以特定危害结果的发生，而以造成危险状态为实现标志。这在刑法理论上称为危险犯。

四是罪过的实现以行为人着手实施某种法定的行为为标志。我国现行刑法规定的组织、领导、参加黑社会性质组织、煽动民族仇恨、民族歧视、传授犯罪方法罪的犯罪故意，就属于这种类型，行为人一经着手实行前述法定行为，其犯罪故意即被认为已经实现，犯罪即告既遂。这在刑法理论上称为举动犯。

上述关于罪过实现方式的简单归纳，远不足以穷尽所有罪过的实现方式。在司法实践中，对犯罪既遂与否的把握，应当从具体罪名的罪过出发，进行具体的、辩证的考察，如果行为人的行为足以表明支配其选择和实施犯罪的罪过的内容已经实现，就成立犯罪既遂。简而言之，犯罪既遂的标准应当是罪过的实现。

二、犯罪未完成形态中，犯罪未遂和犯罪中止的界限在行为人罪过中意志因素不同

犯罪未遂和犯罪中止都属于故意犯罪的未完成形态，它们同犯罪既遂的区别就在于支配行为人实施犯罪的罪过没有完全实现。

关于犯罪未遂和犯罪中止的界限，我国刑法理论的通说认为，犯罪未遂是指行为人已经着手实行犯罪，由于其意志以外的原因或者障碍，而未能达成既遂的情况。犯罪中止是行为人基于自行放弃犯罪意志、自动中止犯罪而未达成既遂的情况。无论犯罪未遂还是犯罪中止，都是罪过的内容没有完全实现的犯罪形态，它们的区别只在于罪过的内容没能实现是基于行为人自动放弃犯罪还是由于行为人意志以外的原因。

简而言之，犯罪未遂是由于行为人意志以外的

原因使得犯罪未能完成，犯罪未完成的实际结果不是行为人所意欲的，即欲为而不能为；犯罪中止是由于行为人出于自己的意志主动放弃可以继续实施和完成的犯罪，即能为而不为。这是犯罪未遂同犯罪中止的本质区别。

三、被告人王某构成故意杀人罪（未遂），被告人邵某构成故意杀人罪（中止）

本案中，被告人王某同邵某预谋抢劫被害人后杀人灭口，在犯罪过程中，二人将被害人打昏并决定挖坑掩埋以实现杀人灭口的预谋，被害人苏醒后，哀求邵某留其性命。邵某同意并在瞒着王某的情况下，要求被害人配合，采取了挖浅坑、将被害人面部朝下、少埋土的方法，使得被害人逃生获救。在当时的环境、条件下，邵某能够完成杀害被害人灭口的犯罪，但他从主观上自动、彻底打消了原有的杀人灭口的犯罪意图，采取措施帮助被害人逃生，有效地防止了被害人死亡的结果发生，符合犯罪中止的条件，构成故意杀人罪（中止）。

相比邵某，被告人王某所犯故意杀人罪的犯罪形态显然不同。他杀害被害人灭口的意志坚定，其主观态度自始至终没有发生变化，被害人被掩埋后没有死亡、得以逃生获救，完全是其意志以外的原因造成的，因此王某构成故意杀人罪（未遂）。

四、在共同犯罪中，各行为人的犯罪可以表现为不同的犯罪形态

成立共同犯罪，要求各行为人必须有共同犯罪的主观故意，也必须实施了共同犯罪的行为。但是，这并不一定意味着各行为人在共同犯罪中的犯罪形态必然一致。司法实践中大量的犯罪现象表明，正如在共同犯罪中各行为人的地位、作用会有所不同一样，各行为人对犯罪后果的主观态度也完全可能有所不同。正如本案两被告人的行为一样，王某与邵某在完成抢劫犯罪后，共谋杀害被害人灭口。但是，在杀害被害人的过程中，因为被害人的哀求，邵某产生了恻隐之心，决定放弃杀害被害人，并采取了相应措施，使得被害人能够得以逃生，有效地避免了被害人死亡的结果发生，其行为当然构成故意杀人罪的犯罪中止；而被告人王某的犯罪形态就不一样，他坚定杀害被害人灭口的信念，继续实施杀人行为，并最终误以为犯罪目的已经实现，其行为完全符合故意杀人罪犯罪未遂的条件。

【讨论归纳】

故意犯罪既遂的过程，在本质上就是行为人罪过实现的过程。在故意犯罪未完成的情形下，存在犯罪未遂和犯罪中止两种形态，二者的根本区别在于行为人意志因素的内容不一样：犯罪未遂之所以没有达成既遂是由于行为人意志以外的原因造成的，行为人是“欲为而不能为”，犯罪中止没有达成既遂是由于行为人自动放弃的结果，行为人“是能为而不为”，这是犯罪未遂同犯罪中止的本质区别。

重庆市七个法院荣获全国“立案信访窗口”建设先进集体称号

7月26日至7月28日，在黑龙江省大庆市召开的全国法院“立案信访窗口”建设经验交流会上，最高人民法院对全国法院在“立案信访窗口”建设中做出突出成绩的先进集体进行了通报表扬。市一中法院、市二法院、江北区法院、云阳县法院、垫江县法院、酉阳县法院、九龙坡区法院荣获全国“立案信访窗口”建设先进集体殊荣。市二法院“坚持抓点带面、突出功能延伸、倾情打造三峡库区司法为民示范窗口”的做法在大会上进行了交流。

审判权与审判管理权科学运行机制的调研

——审判管理的理论思考与实践路径

□ 西南政法大学课题组*

基于审判管理乃实践中生长、完善和发展的产物，本课题研究在不带理论预设的前提下，通过对相关资料的收集消化、比较广泛的问卷调查、部分法院的审判管理工作访谈、全国法院相关情况的梳理，特别是剖析了重庆法院审判管理样本，以获得对审判管理比较全面、清晰的认识，在此基础上试图对审判管理权、审判管理运行机制、审判管理具体实践提出比较系统的理性认识。

一、现状与问题：审判管理的实证研究

审判管理是人民法院负有审判管理职责的机构和人员以审判活动及与审判活动相关的事务为对象，按照司法规律或原则的要求，通过对审判权及审判权运行方式的监督和制约，实现对审判公正、高效、廉洁保障的一系列活动的总称。审判管理权，是指对审判人员和审判组织的产品质量和行为正当性的控制权以及审判活动的整体协调权。三个五年改革纲要我国审判管理改革的三大坐标，以此为分水岭可将我国法院审判管理发展史界分为行政化强势管理、去行政化弱势管理、技术性考评管理和专门化制衡管理四阶段。目前全国典型的审判管理模式有传统审判管理型、绩效管理型、诉讼服务型、两权关系型、内部分权制衡型。

(一) 法官对审判管理的认识：调查问卷及其结果分析

1. 调查样本选择：形式、结构、对象和方法

* 课题主持人孙海龙，重庆市第四中级人民法院院长，西南政法大学兼职教授，博导。课题组成员张俊文、高翔（执笔）、王红君（执笔）、钟宣、张建文、张维。

本次调查对象从地域上既包括重庆市高、中、基层三级法院，还涵盖具有审判管理特色的全国5个省、市高、中、基层三级法院。从法院系统内部看，包括了各个主体，包括院长、审委会委员、庭长、审判长、审判员、书记员，同时涵盖法院各个部门，包括审判业务部门、审判执行部门、综合业务部门、司法行政部门。因此，上述调查对象决定了对审判管理制度认识和实践反馈在全国范围内具有广泛性和代表性。

在重庆市范围内发放400份调查问卷，二、三、四、五中院由本院及辖区2个基层法院填写，一中院由本院及辖区3个基层法院填写。每个法院各填写25份，由院领导、审委会委员、庭长、法官、法官助理（或书记员）各5人分别填写，如除院领导外的审委会委员不足5人，可由庭室负责人填写。本市内问卷共计收回397份，有效395份。

向湖南、江苏、北京、广东、四川、浙江、上海7省（市）各委托发放问卷100份，其中高院、1个中院、2个基层法院各25份，每个法院请院领导、审委会委员、庭长、法官、法官助理（或书记员）各5人分别填写，如除院领导外的审委会委员不足5人，可由庭室负责人填写。其中收回问卷共计430份，有效407份。

2. 调查结果分析：对审判管理理论认识不一

法律制度的思考就更应借助于对经验的反思。就审判权与审判管理权的运行而言，各级法院、不同部门的法治视域，亦是我们理论之思的重要参考。根据调查问卷答题统计，对审判权与审判管理权运行机制认识及时间主要反映出以下情况：

(1) 对审判管理合理性的认识,普遍认为审判管理有必要,且与依法独立审判不矛盾。从重庆市调查结果统计来看,97.7%的调查对象认为审判管理有必要,认为没有必要和不了解情况的仅占不到3%,认为审判管理与司法独立不矛盾的占86.5%;从外省市调查结果来看,88.2%的调查对象认为审判管理有必要,86.4%的认为审判管理与司法独立不矛盾。从上述统计来看,法院系统内部对审判管理必要性及与司法独立的关系上看,已达成普遍统一认识。

(2) 对审判管理核心理念和权力性质的认识,理念趋于统一,性质认识争议颇大,但理念上对监督与服务主次关系认识不一。从调查结果统计来看,持审判管理核心理念是“监督为主,服务为辅”观点的,占重庆市调查对象的42.2%,占外省、市调查对象的36.36%;而持审判管理核心理念是“服务为主,监督为辅”观点的,占重庆市调查对象的38.9%,占外省、市调查对象的41.7%。对审判管理权性质认识,司法实践中争议颇大。认为审判管理权本质上是行政权的,占重庆市调查对象的22.3%,占外省、市调查对象的11.7%;认为本质上是司法行政权力的,占重庆市调查对象的22.3%,占外省、市调查对象的11.7%;认为审判管理权是审判权本身包含的一种权力的,占重庆市调查对象的22.2%,占外省、市调查对象的27.2%;认为审判管理权是由审判权衍生出来的一种权力,占重庆市调查对象的13.6%,占外省、市调查对象的14.7%。

(3) 对审判管理权要素的认识,普遍认为管理主体广泛,管理客体系审判执行行为,管理内容全面。根据统计结果显示,重庆本地58.2%,外省、市52.08%的调查对象选择了复合性的选项,即审判管理主体包括院长、庭长、审管办、审判委员会、法官自身。单一选择上述一类主体的重庆本地、外省、市均不到1%。由此可知,审判管理主体的广泛性已成为大家的普遍认识。对审判管理权客体的认识,重庆本地80.7%,外省、市78.8%的调查对象认为应为审判执行行为,同时仍有少部分调查对象认为审判管理权客体是法官。对于审判管理内容,课题组设计了四个选项,分别是:院庭长管理、审委会对审判工作的指导、审判管理办公室的职能行使、法官自律管理。其中四个选项全选的占重庆市调查对象的48.6%,占外省、

市调查对象的49.8%;选择前三个选项的占重庆市调查对象的20.7%,占外省、市调查对象的14.7%。

(4) 对审判管理专门机构的认识,普遍认为应建立专门审管机构,但机构名称认识不一,管理职责存在“大小之争”。专门的审判管理机构是审判管理权运行中的重要主体。根据统计来看,认为审判管理需要专门机构专门管理的,占到重庆本地调查总人数的82.53%,占到外、省市调查总人数61.67%。但就专门审判管理机构名称,各地却存在了多种认识,尤以审判管理办公室与审判事务管理办公室居多,这也与全国各地设立的审管管理专门机构形成了对应。对审判管理专门机构职责认识上,认为审判管理专门机构职责限于“流程管理、绩效考核、案件评查、司法统计、审委会事务”的,重庆法院系统调查结果显示有13.6%,外省、市法院结果显示有20.1%。而更多的调查者则认为审判管理专门机构职责不仅包括上述内容,还应包括其它审判管理事务的,如统计结果显示,该类调查者占到重庆人数的52.6%,占到外省、市人数的40.5%。由此可见,司法实践中对于审判管理职责的限定各地存在小管理与大管理的争论。

(5) 对审判管理权运行机制的认识上,实现审判信息对称需要各类管理信息,审判流程管理功能全面。审判管理权最重要的功能就是实现审判信息对称,解决各级管理主体信息不对称的问题。其中选择个案信息、类案信息和整体审判运行信息的最多,占到被调查者总数的57.7%,其中审判员职称的调查对象选择个案信息和类案信息居多,占该类主体的80.5%,院、庭长和专门审判管理机构侧重于个案信息、类案信息和整体审判运行信息。由此可知,实现审判信息的对称各类审判管理主体有着不同的需求。对于审判流程管理功能而言,占重庆市本地68.6%,占外省、市65.8%的调查对象,认为审判流程管理不仅限于审限监督、节点控制、网上审批,还包括案件查询和提供数据基础。由此可知,审判流程管理是一个系统管理,是各项审判管理工作开展的基础。

(6) 各地对各种审判管理模式、经验彼此了解不够。如针对重庆审判管理满意度测评中,重庆本地调查对象中有52.15%认为满意,而在外省、市调查对象中64.61%却选择了不了解。同时就个人赞成的审判管理模式中,重庆本地调查对象有53.67%,外省、

市调查对象中有 63.63% 选择了“不是很了解”选项。而在北京海淀区审判事务管理模式、江苏法院绩效管理新模式、成都中院两权改革模式、重庆法院做法等，也是分布数据大体均等。由以上可知，审判管理模式仍处于探索阶段，各地对各种审判管理模式、经验彼此了解不够。

(7) 主观题答题率不高，反映对审判管理具体内容了解有限。在本次调查问卷第三部分涉及了三道主观题，但就答题情况来看，存在答题率不高情况，重庆市范围内答题率为 53.2%，而外省、市答题率更是仅有 38.7%。由此可知，普遍存在对具体审判管理了解程度有限。同时就“应当如何通过科学的审判管理实现审判权的正常运行？请留下对审判管理的认识及建议”问题，答题内容难以符合题意。由上述可知，审判管理工作还有待进一步推进，加强大家对审判管理的认识。

(二) 小结：当前审判管理的成绩和问题

1. 对加强审判管理重要性的认识普遍提高

一方面，加强审判管理是做好法院自身工作的需要。近年来法院面临着如何有效解决案多人少矛盾和提高审判质效的两大困难，而加强审判管理无疑是重要的解决途径。人民法院是国家的审判机关，审判工作是中心工作，执法办案是第一要务，必须向社会、向人民提供高质量高效益的司法产品，作为履行司法职责的基本方式，作为履行社会责任的评价标准。从一定意义上讲，法院也要像现代企业打造优质产品一样狠抓司法产品质量管理，始终坚持管理出效益，管理出质量，管理出成绩，管理出公正，管理出廉洁以及管理出人才的理念，切实把严格管理作为提高司法能力，改进审判作风，树立司法权威和彰显司法公信的根本途径。

2. 审判管理科学运行机制尚未真正建立

各地法院陆续成立审判管理专门机构，在朝着有独立编制和人员的方向发展，但是到底如何科学地开展审判管理工作却没有达成一致，甚至还产生了与研究室、立案庭、政治部、审监庭等原有机机构职责分工存在交叉、需要协调等新问题。这背后可能是两个方面的问题，一是审判管理的理论研究不够，无论是从问卷调查法官对审判管理的认识来看，还是从法院进行审判管理的不同模式来看，可以透视出

来法院内部对审判管理深层认识的不同，更折射出来人们对审判管理理论研究得不够。二是更深层次上表现出来人们对审判工作规律和依法独立行使审判权认识的差异。

二、理论创新：审判权与审判管理权的基础理论

(一) 审判管理权性质：动态的审判职权优化配置

近年来，关于优化审判职权配置的理论研究和实践总结成果十分丰富。^[1]人们的注意力和观点几乎是一种静态的审判职权优化，即从制度上如何科学界定上下级法院之间、以及法院内部审判业务部门之间、综合部门之间、审判业务部门与综合部门之间的职权配置，甚至认为，职责明确后就可以按部就班地达到“更加合理的职权结构和组织体系”。

但是，事实证明，审判职权的配置不仅需要静态的优化，更需要的是动态的优化过程。从法院审判和管理实践深切地感受到，所谓加强审判管理的过程，就是动态的审判职权优化配置过程。认识并提出这样的命题，具有重要意义。一是二者之间既有联系，又有差异。从目的或结果来看，加强审判管理就是为了更好地提高审判的质量、效率和效果，更好地构建公正、高效、权威的社会主义审判制度，而这与静态的优化审判职权配置的目标完全一致。从过程或手段来看，加强审判管理不仅需要静态的审判职权配置作为基础，而且是对静态的审判职权配置的补充和调整。静态的审判职权配置主要解决法院及其部门的职能分工问题，而审判管理则主要解决或说很好协调各个法院及其部门之间的人员、任务，其既可能是提供必要的有用信息，促进法院及其部门的自身工作，也可能是调度调整审判力量。例如，进行审判的整体运行态势分析，特别是对于类型化案件的统计分析，典型案件的指导，以及案件质量的评估，来加强审判质效工作；再如，法院中经常发生的人员调度，根据审判运行情况，对业务部门之间或业务与综合部分之间进行必要的人员调整，促进各有关业务或综合部门人员与任务更加匹配；等等。二是可以

[1] 2010 年 11 月，最高人民法院研究室在重庆举办了全国法院“优化审判职权配置理论与实务研讨会”，会议共收到论文 200 余篇，全方位地反映了全国法院的相关研究成果和实践经验总结。

更好地定位审判管理。充分认识审判管理的本质就是动态的审判职权优化配置,有利于正确处理审判管理权与审判权的关系,找准审判管理的科学定位——为审判服务,提高审判质效。从而对审判管理机构的内容、运行方式等具有决定意义。

(二)审判管理权的权能:审判事务管理权与审判指导监督的两分法

1. 广义审判管理权体系之弊

若将审判管理权与审判事务管理权等同视之,广义审判管理权体系中审判指导监督权的性质、地位及功能会出现难以解释甚至自相矛盾的命题,审判事务管理权的发展也将受到重大制约。

审判事务管理权的行政性与审判指导监督权司法化的对立。审判权(包括审判指导监督权)是纯司法性的,不带任何行政色彩。但审判事务管理权具有不同于审判权的特征,甚至可称为“审判权中的行政权”。^[2]表现在四方面:(1)主动性。审判事务管理权的行使,依照一定原则和方式凭管理方单方意志作出某种处理决定,具有明显的主动性,不符合审判权被动性特征。(2)非裁决性。审判权的功能是解决诉讼主体的权益纠纷,审判事务管理权显然不具备此功能。它虽然也关注案件的审理,但最终是为了规范审判活动,提高案件质量与效率,并不是一项实体的裁决性权力。(3)综合性。审判事务管理权是兼具司法性与行政性的权力。真正的司法性权力必须通过诉讼法加以确定,诉讼法无审判事务管理权的概念,是为满足审判权公正高效运行需求而在实践中形成和完善的。审判事务管理的一些手段和方式,如审判质效考核、案件质量评查等,也与行政管理中的考核监督理论有渊源。^[3](4)责任性。责任性是行政权的一般属性,审判主体如果滥用审判权,将受到差错审判责任追究,如承担纪律责任等,这种追究显然具有行政性。故而,在广义的审判管理权体系中,存在两种性质截然不同的与审判相关的权力,这可能带来整个审判管理体系定位的混乱冲突和无所适从。

广义审判管理权概念将模糊审判指导监督权的

司法属性。上级法院、审委会或院庭长的审判指导监督,体现为监督与被监督、指导与被指导关系,既充分尊重审判组织或审级的独立裁判权,鼓励和引导独立裁判,又严格按照合理规范的程序及方式指导监督案件裁判,并不是行政式的命令与服从,具有鲜明的司法性。审判管理权就文义而言是以“管理”为中心的权力,而管理与行政化、行政属性总有斩不断、理还乱的联系。只要是管理,就有自上而下的命令与服从,就不可能真正洗净行政化的色彩,审判管理也不能逃脱这个定律。沿用广义审判管理权的概念及体系,归属其中的审判指导监督权从一开始即被人为、自动烙上行政化的印记,这显然于“去行政化”的初衷是悖离的。即便能够竭尽所能论证“此”审判指导监督权非“彼”行政管理性权力,亦存在一个复杂艰辛的过程。^[4]将上级法院、审委会或院庭长的审判指导监督权称为审判管理权,可能是源于泛泛的归类或无意中的表达习惯,并被人们习以为常地接受并广为使用,但这一开始就是个“美丽”的邂逅。

广义审判管理权概念不利于审判事务管理权体系的发展。审判权的专业性决定了审判事务管理权的专业性,审判事务管理权虽具有行政性,但决不同与纯粹的行政管理事务,必须运用符合审判权属性和运行规律的方式管理审判事务。程序控制是审判事务管理的中心环节,通过程序控制实施审判事务管理,这是审判权特殊性及司法活动内在规律的必然要求。审判流程管理凭借的是程序法律及相关司法解释,而非管理者的个人意志,实质是以程序为中心的管理和法律的管理,也与行政化管理有本质区别。^[5]将审判事务管理权归于笼统的审判管理权名下,将掩盖审判事务管理权兼具司法性与行政性的复杂属性,不仅容易形成思路的误区,也会误导审判事务管理改革的实践。同时,审判事务管理权与同属广义审判管理权体系的审判指导监督权,在性质、特征及内容等方面并无多少实质关联,甚至体现出一定的对立性。这些,都将制约审判事务管理权的健康发展。

[2] 石晓波著:“论审判权中的行政权扩张”,载《广西政法管理干部学院学报》2004年第1期,第56页。

[3] 当然,这些联系和渊源,都必须服从司法自身规律,以服务审判权运行为前提,不是用行政手段对审判权进行管理。

[4] 四川成都中院正在轰轰烈烈推行并受到关注的“两权”改革(审判权与审判管理权),也采用的广义审判管理权的概念,包括审判监督指导职权,不能不说是一种遗憾。

[5] 肖宏著:《中国司法转型期的法院管理转型》,载于《法律适用》2006年第8期,第67页。

2. 审判管理权一分为二的基本价值

将审判指导监督权从广义审判管理权体系剥离,使审判事务管理成为审判管理权的全部和唯一内容,以上弊端将迎刃而解、不攻自破。

审判指导监督权得以“回家”。审判指导监督权是一项司法性权力,甚至是审判权的一种体现形式,这个论断在中国语境中更具有不可辩驳的正当性。在我国,审判权行使注重强调审判组织依法独立审判与加强审判指导监督的统一。我国《宪法》规定,人民法院独立行使审判权。《人民法院组织法》等法律并未明确赋予合议庭或法官独立审判的权力。审判独立原则在我国更多是指人民法院作为一个司法整体依法独立审判,而不是合议庭或法官独立审判。从这个意义讲,审委会、院庭长的审判指导监督权本身就是审判权的天然组成部分和自然延伸,确无将之归入审判管理权的道理。即使是上级法院的审判指导监督权,也完全按照诉讼法运行并尊重下级法院的审级独立,这无疑是一种审判性质、司法性质的权力。

审判事务管理权得以“正名”。审判指导监督权分离出去之后,审判事务管理权可名正言顺地单独“享用”审判管理权称谓,审判管理权的概念及外延不再是一团乱麻,也不再气短三分、羞羞涩涩地回避“行政化”的问题,而可以理直气壮地承认审判管理权是一种具有行政属性的审判领域的复合型权力。审判事务管理权作为审判权的从权,其主要功能是保障及辅助审判权的正确和高效行使。审判管理对审判人员的管理目标应当分两个层次,一是不违法地行使审判权,二是更具效率与更公正地行使审判权。^[6]前者是审判事务管理对审判人员的最低要求,后者是审判事务管理的更高追求。审判权的顺利运行客观需要科学的审判事务管理,两者协调统一到公正与高效上。

总之,在审判指导监督权顺利“回家”并理清与审判权的关系后,审判事务管理权将赢得广阔的发展空间,足以构建自身理论体系并不断丰富管理实践,不会再陷于永无休止的论证和纠葛不清的困局之中。

(三) 审判管理权的功能定位: 最大限度实现审判信息对称

信息对称理论兴起于经济学界,意指在市场条件下,要实现公平交易,交易双方掌握的信息必须对称。信息不对称是社会生活的普遍特征,审判活动也不例外。审判活动的信息对称,是指与个案、类案及审判整体状况相关的案件信息在审判机构、审判组织、法官等主体间均匀分布,各自获取和拥有对方所掌握的信息,以最大限度促进审判质效。

1. 审判信息不对称是提高审判质效的最大障碍。合议庭等审判组织在审判信息结构中总是以独立单元的形式运行,无论是个案的流程信息、质量信息以及类型化案件的经验总结信息,都处于相对闭塞的状态。在传统的审判管理模式中,合议庭、法官只能从院庭长有限的审判指导活动和审判庭单一的审判管理活动中获取零散、低端、个别的流程信息、质量信息,对类型化案件的经验总结信息和审判整体运行态势信息更是只可“望梅止渴”。另一方面,院庭长等审判机构负责人对法官审判信息的知悉、掌握也渠道不畅、途径狭窄,只能从庭务会研究个案等形式获取,远不能满足精细化审判管理需要。

2. 审判信息对称的主要对象是案件信息。案件是审判活动的中心内容,案件信息是审判信息的核心要素。案件信息应在三个层面实现对称。其一,个案信息对称。主要包括流程信息和质量信息。审判管理活动各主体应在各自权限内知悉案件的立案、排期开庭、审理、送达、审限、移送上诉等不同诉讼阶段的流程信息,尤其是审限延长、中止、审限扣除、中断等关键流程信息。质量信息在个案信息中地位显要,审判管理活动各主体应知晓案件被改判发回重审的具体情况、裁判文书差错情况等质量信息。其二,类案信息对称。类案信息是对某类案件裁判规则、审判经验、法律适用难题及解决对策的系统总结。实现类案信息对称,是审判管理更高层次的要求,有助于从面上提升审判质量和裁判水平。其三,整体审判运行信息对称。审判活动各主体应掌握审判工作基本情况、指标数据走势及存在问题,尤其是案件质量评查情况、审限管理情况、改判发回重审案件情况等综合性审判管理信息,形成审判工作“晴雨表”。

3. 审判信息对称的主体是审判机构、审判组织和法官。个案、类案和整体审判运行信息要实现对称,就应在审判机构、审判组织和法官间合理分布,

[6] 潘昌锋、王亚林、张广兄著:《审判管理应以服务管理和惩戒管理并重》,www.chinacourt.org 2009年5月3日访问。

实现“各取所需、各尽其能”。对于个案信息对称,法官需要掌握个案流程及质量信息,以便对曾经的审判活动有准确的认识,及时发现和纠正程序及实体方面的不当作法;院庭长需要以此作为优化管理的第一手资料。对于类案信息对称,法官需要知悉并作为指引今后裁判的参考,院庭长需要掌握作为进一步优化审判指导监督的依据。对于整体审判运行态势信息,绝非与普通法官无缘,而大有裨益,法官可从中洞察结案率、调撤率、发改率、人均结案数等与法官审判活动密切相关的审判质效指标,并作为调整审判行为、提升审判质效的信息源;院庭长更可从中获取最全面、深入的审判管理信息,实现科学决策、科学管理,优化审判资源配置。

4. 审判管理功能应定位为最大限度实现审判信息对称。根据信息传播学基本理论,要实现信息对称,首要的是信息收集、交换、反馈平台的构建。成立审判管理专门机构不仅是为整合审判管理资源,更是为了构筑审判信息对称平台。与其说审判管理办公室是管理机构,毋宁说是审判信息交互中心。设立审判事务管理专门机构,重要目的是为了将各个审判管理环节信息有效整合,实现一体化运行。首先,是集聚信息。将分散在立案部门及审判庭的个案、类案及综合类审判管理信息集中到审管办,形成“扁平化”的信息管理模式。审判活动各主体可根据自身需要在这个统一平台中获取有价值的信息。审判管理机构还应承担对纷繁紊乱的审判信息进行梳理、归类、分析的职能。其次,是交换信息。院庭长可通过与审判管理专门机构的联系协调,取得与自身有关的审判信息,并配合审判管理部门督促分管部门或本部门审判流程制度、质量控制工作的落实。审判管理部门也可从院庭长处获得直观的基础信息。最后,是反馈信息。审判管理部门编撰的审判运行态势分析、案件质量评查通报、审判指导意见、审判质效指标统计等载体,都是为了向审判庭、合议庭和法官反馈有价值的审判管理信息。

(四) 审判管理权要素分析

1. 管理主体

在以人为本的现代管理理念下,管理主体不仅包括传统意义上的管理者,如院、庭长以及审判管理专门机构,而且包括被管理者,如审判人员以及其他

辅助人员,还包括司法相对人,主要是当事人和其他诉讼参与人。上述主体,特别是管理者、被管理者,作为“管理伙伴”,相互作用,共同致力于实现司法目的,故都是审判管理的主体。需要说明的是,审判委员会通过总结审判经验指导审判工作时,已不是行使审判权的审判组织,而是管理者,当然属于管理主体的范畴。要注意区分管理主体与管理者,管理主体与审判活动主体的区别。

2. 管理客体

审判管理的范围不仅包括法院内部的审判执行活动,而且包括司法相对人参加的其他诉讼活动。^[7]审判管理改革的目的,是要重构一种以人为本的管理模式。这种管理模式,与现代法治理念相一致,不会给法官增加新的桎梏,更不是原先行政管理模式的替换。其客体是法官依法行使审判权的行为或者说审判活动,而非法官这一审判主体本身。^[8]有观点认为,审判管理关系的客体是法官,而不是法官依法行使审判权的行为。^[9]笔者不认同这一观点,法官既是被管理者,又是管理者,在管理关系中,管理者和被管理者只有角色的不同,地位是平等的。在管理过程中,“既要尊重法官独立司法人格,又要加强对法官审判活动的监督,还要激励法官积极参与审判管理,形成审判管理集体参与的局面,以此拓宽司法民主决策和民主管理的平台,使审判管理不取决于某个法官的权力意志,而是集中多数法官的智慧。”^[10]将法官作为管理关系的客体,是不尊重法官的表现,是“专对人”的管理,而不是“对事”的管理。

3. 管理内容

审判管理的内容是,通过院庭长参与引导案件评议和裁判文书审核、审判委员会指导监督重大案件以及专门机构的案件评查、绩效考评规范法官的审判行为,保证司法活动的公正、廉洁、高效。同时,要充分调动被管理者的积极性,发挥他们对审判管

[7] 这里的司法相对人,系指狭义的司法相对人,即与法院审判执行活动有法律利益关系的公民、法人和其他组织。

[8] 许建兵:《中国特色审判管理机制构建之构建》,载《法律适用》2009年第9期,第55页。

[9] 胡志斌:《关于法院审判管理机制的探讨》,载《法治研究》2008年第9期,第38页。

[10] 陈旭:《探索审判管理新模式》,载《人民司法》2000年第2期。

理的支持与反馈作用。

4. 管理手段

审判管理必须以不破坏审判活动的独立性为界限，这是设置审判管理权不可动摇的原则。确定管理方式，需从审判工作实际出发，尊重司法审判规律和特殊性，绝不能混同于公共行政管理或者企业管理。选择管理手段，应秉承“一切有利于服务法官、有利于监督法官”的基本理念，以激励、约束和服务为审判管理的主要手段。

三、实践路径：审判管理方法与管理机构职责

优化审判管理的实践路径，主要通过完善审判管理方法、健全管理机构职责实现。审判管理方法方面，包括审判流程管理、审判质效调控、审判质效考核及信息化在审判管理中的运用。

关于审判流程管理。当前各地审判流程管理实践存在重结案管理、轻案件信息录入审查，重审限监督、轻案件移送管理，重考核指标节点监督、轻审判流程全程管理等问题。构建完整的审判流程管理体系，一是应建立相对完善的审判工作规范体系，对立案、送达、保全、庭前调解、庭审、执行、归档等案件审理、执行的各个阶段、各个环节在时限、质量等方面应达到的标准作出具体规定，使案件的流程管理有明确的标准。二是建立科学合理的审判流程控制体系。从立案、排期、开庭到送达、结案、执行、归档形成统一的控制枢纽，并依托计算机网络技术等高科技手段对审判流程进行严谨周密、全程动态的管理。三是构建审判流程配套机制。通过健全审判流程管理评价机制，结合案件质效评估、审判态势分析等管理方法，使审判流程管理真正实现管理功效。

关于审判质效调控方面。审判质效评估调控系统的正常运行，离不开有效的保障机制。一是科学确定调控指标。根据最高人民法院评估的26项指标，精选集中反映审判质效和制约法院评估得分的弱项指标，作为调控指标。紧跟最高法院评估指标变化，紧扣审判工作重点，适时增减调控指标，使质效指标不断优化。二是建立审判质效评估调控系统管理制度。高级法院研究制定确保审判质效评估调控系统运转正常的管理制度，把调控指令的贯彻落实情况纳入工作目标考核，加大督查督办力度。各法院建立审判质效分析例会制度，检查审判质效指标实现情况，认真查找不足，分析原因，提出整改措施。

关于审判质效考核方面。审判质效考核具有规范权力运行、服务司法决策、保障审判管理、促进审判质效、考核工作实绩五大功能，但也存在个别指标权重欠妥、地区差异考虑不够、审级监督考核不足、质效考核成本偏大等问题，应进一步合理确定指标权重、充分考虑地区间差异、充分体现审级监督降低质效考核成本。

信息化运用方面，从审判管理的历史进程来看，其被正式提出的那一天起，就被打上了信息化的烙印，在其后发展中，二者更是如影随形。充分发挥信息化手段对审判管理的加速器作用，应重视信息化运用与审判组织结合、程序管理与实体质效的统一、信息管理与安全保密的关系等问题。尤其是同传统办案模式相比，“网上办案”模式增加了同步录入办案信息的工作量，对审判组织的分工要求更高。探索适合“网上办案”的新型审判组织模式，应适当增加办案辅助人员，改造合议庭组成结构。

审判管理组织机构的设置与职责方面，主要包括成立审判事务管理专门机构、明确审判事务管理专门机构的职责、探索审管办的科学工作方法。

成立审判事务管理专门机构方面。成立专门管理机构，可整合现有审判事务管理资源，集中行使原来分散在各部门的审判事务管理职能，统一协调审判事务管理工作，形成“扁平化”的管理模式，克服审判事务管理指挥链条过长、协调环节过多、信息传递不畅等问题，变分散管理为集中管理，变职权管理为服务管理，实现行政管理与审判管理相分离、审判事务与实体审判相分离。四级法院有条件的都应成立专门的审判管理机构，基层法院审监庭可向审管办过渡和转化。

明确审判事务管理专门机构的职责方面。审管办应“有所为有所不为”，以程序性为主，实体性为辅；立足中观，偏重宏观，兼顾微观；服务为主，监督为辅；管理性为主，事务性为辅；事前事后管理为主，事中管理为辅，承担管理与规范、评价与考核、服务与指导、组织与协调等具体职责。

为实现工作职责，审管办可采取多种方法，但互动、量化、技术三个方法最根本最长效。在创建之初，可首先采取四个措施：汇集整理、健全审判管理制度；开发网上办案系统和审判绩效考核系统软件；开展裁判文书评比、案件评查告示专项活动；创设和运用内部刊物等有关载体。

人民陪审员结构因素分析

——以开县人民法院为样本

□ 周 云* 徐文辉**

《法院组织法》、《刑事诉讼法》及《民事诉讼法》概要地规定了我国的人民陪审员制度，人民法院审判第一审案件，可以由审判员和人民陪审员组成合议庭，人民陪审员在执行职务期间，是他所参加的审判庭的组成人员，同审判员有同等权利。但人民陪审员制度也从必须适用的原则过渡到任意采用的庭审方式。^[1]

人民陪审员制度的设立目的是保障公民依法参加审判活动，实现和保护司法公正，彰显司法民主，最大限度地实现个案实质正义，增强当事人对法院裁判的服判息诉度与认可度。人民陪审员制度虽已产生了良好的社会效应，但仍应致力寻求该制度实际存在的问题，研究分析后并予以完善。因为确立人民陪审员制度本身并不能理所当然地实现预设的目的，而是在详尽规定该制度具体架构及其他制度予以配合的前提下，方能使人民陪审员制度更好地给社会与人民带来自由、民主及正义。

一、人民陪审员参加合议庭概况

开县人民法院管辖区域内人口众多，达160多万，现有法官69人，人民陪审员50人^[2]，遍布于全县各个乡镇。自2009年12月20日至2011年6月19日，

* 重庆市开县人民法院副院长。

** 重庆市开县人民法院审判管理办公室书记。

[1] 1954年《宪法》第75条规定：人民法院审判案件依照法律实行人民陪审员制度。同年颁布的《人民法院组织法》第8条规定：人民法院审判第一审案件，实行人民陪审员制度，但是简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件除外。

[2] 本数据由开县人民法院政治处提供。

开县人民法院审结案件6810件，有陪审员参加合议庭的结案数达1190件(详见表一)，一审案件陪审率大幅度超过预定标准。

在2010.12.20—2011.06.19期间，刑事、民事、行政案件的陪审数分别是128、413、7件，陪审率^[3]分别为：99.22%、86.40%、87.50%，占陪审员参加合议庭结案数的比例分别为：23.36%、75.36%、1.28%。该组数据表面上似乎能够说明参审案件类型不均衡^[4]，但实际上行政案件结案数远低于刑事及民事案件，不具有可比性，只能就案件类型分析各自一审陪审率，而该三种类型案件的陪审率都远高于市高院的陪审率标准(50%)。

从数据库中，我们并不能采集到当事人主动申请陪审员参与案件审判的数据，因法律意识的欠缺及法官未履行释明义务，导致相当部分的当事人并不知道享有该项权利。

表一：开县法院陪审员参加合议庭结案情况

期间 / 指标	受理案件数 (含旧存)	结案数	陪审员 参加合 议庭结 案数	一审普通程序 结案数 (刑、民、行)			一审案 件陪审 率
2009.12.20— 2010.12.19	4381	4402	642	283	992	18	49.5614%
2010.12.20— 2011.06.19	3145	2408	548	129	478	8	89.1057%

[3] 一审案件陪审率 = 陪审员参加合议庭结案数 / 一审普通程序结案数。

[4] 袁定波：《最高人民法院：人民陪审员制度遭遇“四道坎”》，载《法制日报》2008年5月8日第5版。

二、人民陪审员性别、年龄及职业分析

50名陪审员中男性43人，女性7人。参加合议庭共1912次，其中女性陪审员参加数241次，组成性别比例较不均衡，参加合议庭次数相差也较为悬殊。纵观法院内部各审判业务部门，男性审判员实为各庭室业务骨干，男、女性在思维方式、思考角度及理性层面存在一定的区别，如能相互配合，彼此间交流意见，则有利于清晰地厘定各种有助于认定案件事实的情节。

年满23周岁便有资格申请或者被推荐担任人民陪审员。开县法院人民陪审员的年龄结构从29岁到65岁，以中年人为中坚，老中青协调存在的结构较为合理(表二)。多数陪审员年龄介于30岁到60岁之间，精力充沛；60岁以上的陪审员则已退休，时间充裕。各人民陪审员充分利用自身“民间智慧”的优势，弥补专业法官在知识结构上的缺陷，利用生活经验在道德层面进行分析，而“道德原则约束力的加强，当然是通过将他们转化为法律规则而实现”^[5]，霍姆斯也说：“法律乃是我们道德生活的见证和外部积淀。”^[6]各年龄阶段的人民陪审员之间的经验交流则有利于提升认定事实及适用法律方面的能力。

表二：开县法院人民陪审员年龄构成

年龄	人数
23 ≤ Age ≤ 30	1
30 < Age ≤ 40	10
40 < Age ≤ 50	19
50 < Age ≤ 60	14
60 < Age	6

50名人民陪审员在政治面貌及职业方面，47名中共党员，3名群众。4名教师（含退休），个体户、公司企业员工各1名，2名已退休但具体职业不详，其余皆为党政、事业单位及人民团体干部。人民陪审员选任范围较为狭窄，“人民性”难以体现，党政机关干部未必都对法律法规及司法解释熟悉。人民陪审

[5] E·博登海默，邓正来译：《法理学：法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1998年版，第391页。

[6] 转引自E·博登海默，邓正来译：《法理学：法律哲学与法律方法》，中国政法大学出版社1998年版，第394页。

员包含部分人民代表，人民代表享有对法院的案件审理进行监督的宪法性权利，兼具“运动员”及“裁判员”双重身份。

三、陪审员的选任方式分析

全国人大常委会《关于完善人民陪审员制度的决定》及最高院《人民陪审员管理办法（试行）》规定人民陪审员的选任方式包括公民本人提出申请及公民所在单位、户籍所在地或者经常居住地的基层组织推荐。1963年最高人民法院通知要求“各地的人民陪审员的选举应在选举基层人民代表的同时进行”^[7]，此举能大幅度减少选任成本。现有陪审员50人中，新任38人，继任12人；单位推荐31人，本人申请19人；本人申请所占比例仅为38%。（表三）。

表三：人民陪审员不同选任方式产生的数量情况

新任		继任	
单位推荐	本人申请	单位推荐	本人申请
26	12	5	7

人民陪审员事关各种权属纠纷及犯罪的裁判，事关人民的切身利益，不可敷衍而为。公民个人申请则能表明自己参与案件审理的意愿，单位推荐则不排除敷衍塞责的可能性，宜扩大本人申请选任陪审员的数量。

四、陪审员的学历结构分析

《关于完善人民陪审员制度的决定》第四条第二款表明：担任人民陪审员，一般应当具有大学专科以上文化程度。若严格执行该条款，则开县法院现有人民陪审员将近一半丧失选任的资格（表四）。但事实上，“高学历人民陪审员”实际很少参与案件的审理，6名有本科学历的人民陪审员，在一年半时间中，参加合议庭的案件数仅为1件。司法实践中错案产生与否，与法官是否具备大专以上文化程度并无必然联系。^[8]

每个法院的辖区都有其自身的特点，开县属于国家贫困县，受教育程度无法与主城区比拟。对学历

[7] 王敏远：《中国陪审制度及其完善》，载《法学研究》1999年第四期。

[8] 吴丹红：《中国式陪审制度的省察——以〈关于完善人民陪审员制度的决定〉为研究对象》，载《法商研究》2007年第三期。

条件的放松,对开县来说显得更加公平和合理。但近期开县发展势头强劲,开县当地政府也不遗余力地重金聘请高学历人才为开县服务,待下一届人民陪审员选任时,届时较容易产生一批高学历的人民陪审员,但应尽力避免“零陪审”事件发生。

陪审员的高学历选任条件易形成“精英化”及“专业化”的局面,“如果我们需要利用的是人民陪审员的专业能力,那我们完全可以选择法律工作者来担任人民陪审员”^[9],且“人民性”也将逐渐褪去,但即使是专家学者也会对某一知识点持截然相反的理论学说,进而对事实认定及法律适用产生影响。

表四:人民陪审员的学历构成情况(含后学历)

学历	人数
小学	1
初中	4
高中、中专	18
大专	21
本科	6

五、陪审员参加合议庭的频率分析

人民陪审员参加合议庭审判的,应当在人民陪审员名单中随机抽取。2010年度,参与合议庭的结案数为0的人民陪审员15位;1到20件则有22位,超过100件有3位;2011上半年度则有26位人民陪审员未曾参与案件审理(表五)。经过严格筛选的人民陪审员大量闲置,造成资源的不合理利用,而部分人民陪审员大量参与案件审理。

2010年,人民陪审员最多结案数是163件,2011年上半年参与审理的案件数就达到143件,成为“专职合议庭成员”(表六)。受交通因素的制约,各法庭只能专门抽取居住在管辖区域内的人民陪审员,降低司法成本,人民陪审员遂成为法庭专属陪审员。

非法律职业者参与审判,可以制约审判员裁判的任意性,同时能充分利用陪审员的“非法律职业技巧”。若人民陪审员成为法院“编外法官”,则容易形成职业法官的思维,逐渐失去本身的非法律技巧,同

时权利将演变成权力,成为权力寻租的对象。审判是司法公正的“水源”,即使某个别案件出现腐败,也会极大地损害司法公正及权威,水源被污染,清洁之水又从何而来?

表五:人民陪审员参加合议庭案件数情况

	2009.12.20—2010.12.19		2009.12.20—2010.12.19	
陪审案件数	人数	案件总数	人数	案件总数
0	15	0	26	0
0 < Case ≤ 20	22	134	11	103
20 < Case ≤ 50	5	135	5	147
50 < Case ≤ 100	5	373	6	397
100 < Case	3	379	2	244

表六:参加合议庭案件数最多的五位陪审员情况

2009.12.20—2010.12.19		2009.12.20—2010.12.19	
姓名	陪审案件数	姓名	陪审案件数
罗登元	163	李方富	143
刘太均	115	罗登元	101
李方富	101	彭小明	80
彭小明	96	祁家艳	77
祁家艳(女)	85	邓长海	69

六、现行制度存在的问题及解决问题的相关建议

议

“穷则变,变则通,通则久”。该逻辑推理的前提是探寻到现有存在问题的症结,若无视问题的存在,“变”则显得毫无益处,无助于从根源上解决问题。通过对开县法院人民陪审员的各种构成要素的简单对比及分析,其中不乏正确做法,但存在的问题也亟待解决。如人民陪审员数量少,选任的职业范围狭窄,以推荐方式而被选任为陪审员的比例较大,陪审员工作量比例失衡,主动申请人民陪审员参与审理的次数屈指可数。

一个制度完善应在现有的法律范畴内逐步调整,而不是脱离实际,照搬他国现成的制度(英美的陪审团制度及法德的参审制)。每个国家的历史文化传统及国民心理都不尽相同,完全照搬则可能无法实现制度预设的目标,甚至产生相反的效果。在法律范畴外对制度进行改革,本身就不是法治国家所应有的行为,因为这种改革的实施,并未依法而行,但可为之后的立法提供理论参考。

[9] 吴丹红:《中国式陪审制度的省察——以〈关于完善人民陪审员制度的决定〉为研究对象》,载《法商研究》2007年第三期。

以“既无历史根基、现实基础，也被实践证明不能为我所利用”^[10]而主张废止人民陪审员制度，更是对现有法律的熟视无睹，因为人民陪审员制度有利于司法公正、司法民主、司法公开、司法独立、司法廉洁、普法教育^[11]，仍有其存在的合理价值。

（一）增加人民陪审员数量，扩大选任范围

陪审员队伍涵括大量的党政机关干部，使其他普通公民失去参与审判的机会，也使“人民”二字失去真实含义。陪审员队伍中应包括农民、工人、个体户、党政机关干部等各行各业的公民，并且所占比例应均衡分布，最大限度地将“民间智慧”吸纳至审判中来。只有从人数尽可能多的陪审员遴选名单中随机抽签产生足够数量的非法律专业人员充任具体案件的陪审员，才可能使法庭对法律的理解与公众保持一致^[12]。

（二）扩大当事人申请陪审员参与审理的案件数

司法自由进程中应逐步赋予公民更多的合法权利，加强普法力度，提高当事人的法律意识和法律知

识。在审判中，法官应对当事人履行释明义务，告知其具有申请人民陪审员参与审理的权利，人民陪审员来自于人民，能从普通民众的角度思考问题，解决问题。

（三）提高公民本人申请选任人民陪审员的比例

兴趣是个人能否较好地完成工作的一个重要因素。本人申请参加人民陪审员的选任，可以充分利用公民的兴趣和责任心，将审判工作做到尽善尽美，对当事人的权属纠纷及犯罪认定承担道义上的责任。扩大因个人申请而被选任为人民陪审员的数量，需要人民法院加大人民陪审员选任工作的宣传力度，动员符合选任条件的公民积极参与，并在经费上予以保障。

（四）限定人民陪审员参与案件审理的案件数

合理使用人民陪审员资源，需要防止“零陪审”和“专职合议庭成员”现象的产生，该两种现象的产生只能说明法院没有很好地贯彻落实人民陪审员制度。被选任为人民陪审员，仅是参与案件审理的资格与前提，但并不必然成为某案件合议庭的成员。在人民陪审员任期内，对其参与审理的案件数予以规定，参考以往年份的一审案件陪审率，将每年参加合议庭的次数限定在10次至15次之间，让每个陪审员都机会均衡地参与陪审工作中来，为我国的司法民主献礼。

[10] 肖玲、韩一衍：《论人民陪审员制度的废止》，载《理论导刊》2009年第四期。

[11] 参见何家弘：《陪审制度纵横论》，载《法学家》1999年第三期。

[12] 杨支柱：《打死我也不当人民陪审员》，载《凤凰周刊》2004年第27期。

全市法院研究室工作座谈会在云阳召开

6月29日，全市法院研究室工作座谈会在云阳召开，会议的主要任务是传达、贯彻全国法院研究室主任暨调研成果转化会议精神，全面掌握全市法院调研工作会议精神贯彻落实情况，并切实抓好第23届学术讨论会学术论文的组稿和2011年度全市法院重点调研课题的推动工作。最高人民法院审判委员会委员、研究室主任胡云腾莅会作重要讲话。云阳县委副书记、县长张学锋，云阳法院党组书记、院长罗伟在会上分别致辞。市高法院审判委员会专职委员孙海龙在会上指出，近几年来，重庆法院的调研工作取得了成绩，但仍是逆水行舟，远未达到有机运转的程度，不能懈怠。出席会议的还有市二中法院政治部主任樊非、市高法院研究室主任岳新府、副主任吴比、高翔和五个中级法院研究室主任，2011年全市法院重点调研课题、学术论文负责组织工作的联系人、承担全市法院重点课题的基层法院分管领导及研究室主任、第22届学术讨论会获奖论文作者等。

让文化成为可以传承的力量

——清华研习三悟

□ 高翔*

夏末时节，随重庆法官素能高级研修班于清华园研习半月。半月时光，常有冲动，想从陶土面砖和中西兼容的建筑中触摸百年印记，想从清华百年文化传统中找寻适合自己的文化品格，想浸润在老师精彩而个性的讲授中有所悟。渐渐地，有了“心之悟、性之悟、习之悟”三悟。

一、心之悟：家国情怀之心

邂逅在清华园每个角落，总会有这样或那样令人振奋的辞句以这样或那样的形式反反复复进入眼里、刻在脑里、留在心里：校训——自强不息、厚德载物，校风——行胜于言，学风——严谨、勤奋、求实、创新，体育精神——为祖国健康工作五十年。本不是清华人，却为这深至骨髓、代代传承的清华精神所震撼，被这份百年的厚重文化深深打动。徜徉在时光长河，从庚子赔款立校耻后勇，到抗战烽火辗转办学不弃，至世界知名大学建成；从梁启超先生四大导师开风气之先，朱自清莲之高节不为五斗米折腰，费孝通先生洞见乡村社会变迁，到钱三强、邓稼先两弹元勋科技强国，都可归结为一处：清华人强烈的家国情怀。研习中诸位老师风格各异，章法不一，但均能感受到当代中国知识分子强烈的家国情怀和朴素良知。当然，清华学子骑着自行车在校园里来去匆匆的身影，会觉得这是又一个载着梦想出发的起点。

家国情怀，寄托多少经世济国理想，承载多少千秋家国梦，意含多少君子之道。身处清华，神交先贤，品味文化，这种家国情怀从未有过的强烈和直接，继而会思量我们司法人应怀抱怎样的家国情怀。清华人的家国情怀是中华传统家国梦想之一部，融练到当代司法人心中，就是“立足自我、心系司法”，“立

足司法，心系天下”的情怀。一直以为，法官的家国情怀，“国”就是法治建国，“家”就是人文情怀。自清末变法修律近现代法治思想的引入，新文化运动“德先生、赛先生”的启蒙，至社会主义法治理念的形，再至依法治国的未来，在党的领导下实践法治建国，司法公器坚如磐石，就是法官的“国”之梦。无论是儒家传统推己及人的仁爱之心，还是党的群众路线，都可认为人文司法、人本司法就是法官的“家”之梦。身为法官，如若用手中裁判之笔书写正义，书写司法家国梦，则甚为幸事。

家国情怀，实为一种文化精神，或是文化力量。清华老校长梅贻琦前辈曾如此论道大学精神：“大学者，非大楼而谓也，有大师而谓也”。法院精神莫不如此，法院兴者，非物质显也，而在精神达也。法院文化，不仅在主题浮雕的精巧隽永，不仅在法院精神的精准意赅，不仅在法官文学的淡泊怡情，更在法官群体知识、方法、伦理、情怀的统一。这种才情，方是先进法院文化的根基和法院发展重要的积极力量。才情何以萌芽、固化和传承，在人文气息浓厚的环境中系统研习当是好的引子。对于研修班此类快餐式的研习，感味文化或许比知识学习更有意义和价值。只要用心品味，在心里播下一颗文化的种子，快餐也会成为盛宴。有了种子，开启了心智，激发了才情，再假以时日成为习惯，法院文化和精神就会真正养成。

二、性之悟：修身善思之性

修身是中国传统文化的主题，甚至可以认为儒学经典是一部修身之学而非治国之学。洁身自律、养成良知、气养浩然，无论是源于人本性之善，还是司法职业操守，无不体现法官的修身之道。法官修身，除了传统的理想信念、职业道德教育，文化的滋润更是心灵鸡汤。有文化修养的法官更容易从文化中形成内心准则和良知认同，是非判断标准也更容易符

* 重庆市高级人民法院研究室副主任。

合社会公平正义观,也更容易将社会公认价值观内化为自己的价值信条。此次研习的很多课程,都以文化滋养引领着良知养成。古典音乐欣赏牵着我们的心灵走近音乐世界,品读人类表达思想情感最轻盈的舞步,品尝人生如歌的音乐哲学;国学经典的熏陶,使我们在“格物、致知、诚意、正心”的修身过程中更加尊重君子的美玉之德,而后三省其身;黄帝内经养生、压力与情绪管理,教诲我们善待自己、关爱他人;政务礼仪讲习,使我们方知何为彬彬有礼、有理有节。这种以修身为导向的研习,似于知识讲授无关,但实是教授更具本源性、普适性的知识——文化。一个人有无文化,除了知识外,更指人文素养。法官最欠缺的,不是知识,而是文化。只有具有一定的人文素养才能富有人性,才能具有尊重人的尊严和价值的意识。

法官修身,既在于静听,更需要善思。讲台上老师纵横捭阖,我们的思想也需与之共舞,平时读书学习,分析事物,无时无刻离不开善思。只有在持续不断的思考中,才能真正有所修养。一直以为,法院应是善于思考的机构,法官应是善于思考的人群。精研善思,是法院的社会责任、法官的司法义务、司法的应尽本分。法学学科系经世致用之学,法官职业乃悬壶济世之业,司法不仅是社会现象,也是文化现象,与哲学、政治、经济甚至文学、艺术都有内在关联。法官应试着学会用法律去阐明文化,用文化去理解法律,或者说有一种以司法之眼观社会文化之象的责任。一个志存高远的法官,不仅应当始终致力于从那些很琐碎但又值得小题大做的实际问题中提炼一般性裁判规则,也可关心和思考事关法治进程、法院发展和社会治理的宏大话题,做到“顶天立地”,既仰望星空,立意高远,又脚踏实地,实实在在。即便是并非处于显赫位置的普通法官,只要修身养德,善于思考,不顾虑自己人微言轻,同样可以“为天地立心,为生民立命”,同样可以行“为往圣继绝学,为万世开太平”之事。

三、习之悟:博采兼收之习

古人云,只知其一,其实不知;有法学家认为,只知法其实不识法,法理在法外。古今中外论学习,莫过专精和博览两途。法院的学习,以往着重的是专精,这由司法的专业性决定,无可厚非,且需更专更精。然而,法学本是哲学社科分支,司法是社会的司法,司法现象与社会现象环环相扣,司法问题与社会问题处处交织,仅仅目光向内在某个部门法领域有

所建树,不一定是最好的学习之道,也不一定是最好的解决实务问题之理。

此次研习侧重博览,所涉题目既包含现代领导学、公共管理学,新兴学科公共危机治理、媒体舆论引导,也有事关国家大势的国际形势及政治体制改革,还有与经济社会发展相关的宏观经济形势解读。所涉领域,涵盖政经人文,贯通古今中外,真有点“纵有千古,横有八荒”的味道。这种“广角镜”似的培训设计,放眼看法律之外的思维方式,无疑给法官提供了思考的新天地,在这个“广角镜”下也更能折射出司法的时代寓意与现实反映。“物并育而不相害,道并行而不相悖”,在合理分配学习时间和精力前提下,博采兼收总是件好事。有人指出,当今法律界与其他领域在重大法律问题上难以形成共识,重要原因在于长期的知识壁垒及互不相往来的状况,局限了各自判断。就法官而言,多学点法律之外的东西,未尝不是增强司法裁判社会可接受性的途径。

博览并不否定专精,两者有相互转化、影响和促进的逻辑关系。“一物不知,儒者之耻”的时代已经过去,现代知识的复杂性、广延性、精细化已非几部经史子集那么简单。面对浩如烟海的知识体系,应当根据自己的从业性质和学习爱好确定阅读半径,圆心是个人专业和爱好。与个人专业和爱好密切相关的,当然在阅读半径内;有一定相关的,在阅读半径的边缘;与专业完全无关且个人没有兴趣的,自然在阅读半径外。然后再根据自己的精力和需要灵活调整阅读半径的长短。此次研习的各个知识点,也是激发我们进一步学习的兴奋点,促使我们深入地学习。在深入学习中,梁启超先生“鸟瞰、解剖、会通”的三步读书法可能有所启示,对阅读半径内的核心知识应当解剖、会通,半径外的就只能鸟瞰了。专精也代表学习的理解力,博览开阔了视野后能实现更高层次的专精。以研习法律为例,最粗浅的阅读是文字,之后是文义,精深的是文字与文义背后的法律精神。如果没有广阔的视野和丰富的知识结构,恐怕很难真正地读懂法律。

一个学院,或者法院,最值得也最可能传承的应该是文化。一旦文化形成传统,就会凝成强大力量,就会有历史价值。正如同司法事业需要薪火相传,法院文化更应该成为可以传承的力量,并深深影响一代代法院的发展。清华研习是不错的开端,但我们仍在路上。

——重走革命路

金缕曲·观太行

牟倩

烽火飞鸣镝。秋风紧，山河破碎，神州危矣！扶桑鼙鼓动地来，倾覆关河表里。极目是，乱流横溢。强梁由来多短命，看风云龙虎起同侪。射雕手，破虏计。

太行一柱峰凝碧。人道是，平型关捷，尽舒豪气。记取当年英雄血，红了家国天地。收拾得，金瓯完璧。我辈今朝同啸咏，期无负先贤峥嵘意。丹旗展，更飘逸。

（作者单位：市高法院）

西柏坡颂

贺妮娟

太行山下，西柏山村，山翠花红，滹沱水丰。
主席挥师，登船东上，风寒浪起，船歌洋溢。
天飞云霞，风卷红旗，柏坡振奋，谁人勘比。
平分土地，耕者其田，百万民工，奋勇支前。
三大战役，石破天惊，帅卧农庄，调天遣地。
二中全会，戒骄戒躁，两个务必，党风自律。
山水惜别，锣鼓相送，中央一出，江山万里。
国旗飘飘，鲜花似海，马列主义，感撼天地。
耿耿大业，日日艰辛，继往开来，民族一体。
追思往昔，英雄已矣，承志继业，泪化风雨。
赞兮叹兮，旦复旦兮，一纸诚意，一腔衷曲。

（作者单位：市高法院）

走近十佳法官系列之三：

知识卫士曹 柯



曹柯，男，34岁，汉族，大学本科，中共党员，现任重庆市第一中级人民法院民三庭审判员（审判长）。2007年以来，先后被评为优秀法官、优秀公务员和重庆市审判业务标兵，荣立个人三等功1次。

五年来，他先后承办国内外民商事案件、知识产权案件200余件，结案率90%。在办理的

案件中，无一件发回重审案件，无一件导致涉诉信访案件，无一件超期审结的案件，无一件错案，上诉改判率低于1%。在依法办案，公正判决案件中，注意释法明理，定纷止争。如北京慈文影视制作有限公司起诉重庆网通、长城宽带等一批互联网接入服务企业侵犯电影作品网络传播权系列案，多家媒体进行了报道，取得了良好的社会效果。所审理的案件连续两年入选《2009中国法院知识产权司法保护50件典型案例》。

他认真履行审判长职务，规范开庭审理案件，顺利通过了市人大常委会对法院庭审工作的评议；严格、细致地审阅法律文书，没有出现裁判文书错误；督促提高合议庭审理案件的效率，所在合议庭审理案件的周期较以往明显缩短，平均3-4个月审结一件知识产权或涉外商事纠纷案件。重视诉讼调解工作，把调解工作贯穿于案件审理的全过程，调撤率达到了50%以上。

办案能手陈中林



陈中林，男，45岁，汉族，大学本科，中共党员，现任市三中法院民一庭审判员、审判长。多次被评为优秀法官、办案能手，6年年度考核为优秀等

次，荣立个人三等功1次，是重庆市审判业务标兵。2008年12月，被评为全国法院民事审判工作先进个人。2009年9月，被重庆市人民政府授予第三届重庆市先进工作者荣誉称号。

他十分注重对法律理论知识的学习与更新，注重对审判实践经验的积累与总结，具有深厚的法学理论功底，在民事审判领域发挥了业务骨干作用。自2002年从事民事审判工作以来，他个人共计审结二审民事案件900多件，无因错判而再审改判的案件，审结一审民事案件近30件，无一件重大改判或发回重审。2009年，他所在的合议庭实现了三中院民事审判合议庭结案数量最多、审结率最高、一名合议庭成员个人结案数第一、另一名合议庭成员结案率为100%、本人在审判长中结案数最多的五个第一。他注重在办案中创新法律适用方法，承办的陕西某公司与谢某某建设工程施工合同纠纷一案，宣判后双方当事人均感到满意。他将该案的法律适用撰写了《从一案例析未完建设工程的结算》论文，被最高人民法院机关刊物中文核心期刊《人民司法》2008年第21期采用，形成了对未完建设工程结算具有指导性意义的经典案例。

重庆法院死刑第一案

——连绍华特务、恶霸案

□ 曾维林* 赵青**

重庆市人民法院成立于1950年1月16日，连绍华特务、恶霸案是该院成立后的第一个死刑案。

连绍华1910年出生于重庆，1935年到临江门码头当运输工人，后成为临江门一带有名的恶霸，控制着朝天门到大溪沟码头二万多搬运工人；1940年参加国民党、三青团，先后任内二警参谋、社会服务总队第三大队大队长、伪保长、车站站长、运输工会常务理事、义字号袍哥大爷；1947年参加中统特务组织，任通讯员、分队长、反共五人小组组长等职。

连绍华在临江门码头称霸期间，不仅要求分得各运输单位的股份二成，还逼迫一千多工人交“福利金”三万元，若工人无力缴纳“福利金”，则以百分之五十的月息垫借，借此高利盘剥工人；其家的妻妾零用、小孩学费、马夫、马匹等全部费用也向工人分摊，逢年过节还叫工人向他家送油送肉。至于连绍华以收“码头费”为名，向过往临江门的商贩收取的费用更是数不胜数。他还任意打骂工人，临江门修桥时，有个工人把灰浆沾了点在他三姨太裤脚上，第二天连绍华便派人来将这个人活活打死，先后共有李德良、郭云孝、张云成等20个工人被他和打手打死。他强奸妇女和工人家属达20人之多。连绍华共娶了4个老婆，大老婆受虐待后用刀割大腿而死；张文碧被强占后，逼得原夫写“送约”，其原夫后投江自杀身亡；周素卿被强占后，逼得原夫逃离他乡；林文华被强占后，其原夫被刑警队毒

打成疯癫，下落不明。

连绍华不仅是恶霸，还是国民党特务。1947年5月，其与特务李鸿泽、张汉杰等人去北碚乡村建设学院逮捕进步教师学生10人；1949年“九·二”大灾后，其污蔑共产党放火，逮捕黄麻子、丐童罗小娃等10余人。其任伪保长期间，长期敲诈勒索，有家纸烟厂的工人睡迟了，连绍华借口“有共产党人在开会”敲了老板五十支枪弹费。有个老百姓因缴不起枪弹费，借钱交后还不起，免费挑了两个月水抵账。

因连绍华盘剥工人，打死群众，欺压良民，强奸妇女，无恶不作，1950年2月在反霸斗争中，临江门一带的搬运工人，纷纷向重庆市公安局举报连绍华的恶霸、特务罪行。公安机关当即逮捕了连绍华，并于同年4月将连绍华特务恶霸案向重庆市人民法院提起公诉。

重庆市人民法院于1950年5月14日上午在市中区捍卫中学广场设立法庭，召开了由市民和码头工人组成的2万人的公审大会，公审特务恶霸连绍华。当连绍华被押解途经街道时，群众拥满两旁，驻足观看。十点大会开始，首先由大会主席、工人代表罗成铭致辞，并宣布大会主席团名单：市人民法院院长宋学武、西南公安部处长程诚、警备部覃泉水、码头工会筹备主任尹楠如、工人代表罗成铭、陈国钧、万栋才。接着宋学武院长宣布法庭组成人员：重庆市公安局为公诉人，宋学武为主审官，工人代表陈国钧、万栋才、邹鸿图、周炳林为陪审官，孙绍文为书记官。八名法警将连绍华押入法庭后，公安机关宣读起诉书，工人代表罗成铭、(下转第106页)

* 重庆市第一中级人民法院退休干部。

** 重庆市第一中级人民法院研究室干部。

追求程序正义 书写学术人生

——记著名法学家徐静村教授

徐静村，1940年出生于四川省江安县，1963年毕业于西南政法学院法律系，1979年起在西南政法大学任教，现任西南政法大学教授、诉讼法学博士研究生导师，国家精品课程刑事诉讼法学负责人、国家级重点学科诉讼法学学术带头人、国家级教学团队负责人，曾任西南政法大学副校长、《现代法学》主编，曾兼任全国法律硕士专业学位教育指导委员会委员、国家统一司法考试协调委员会委员、教育部高等学校法学教学指导委员会委员、中国法学会诉讼法学研究会副会长、中山大学法学院院长，被16所大学聘为兼职教授或客座教授。1989年被国家教委、人事部和全国总工会联合授予全国教育系统劳动模范称号，1992年获国务院有突出贡献专家政府特殊津贴。

从教30多年来，徐静村教授已出版法学著作30余种，发表学术论文百余篇，著述总字数约1000万字。著述中有18项获得省市以上优秀科研成果奖。同时，他在我国刑事诉讼法学理论建设和立法活动中贡献卓著，是我国刑事诉讼程序理论和立法转型的主要参与者和有力推动者。1996年1月，徐静村教授应全国人大邀请参加了刑事诉讼法修正案的立法工作，在立法中发挥了重要作用。2000年，徐静村教授最先提出刑事诉讼法再修改的主张，主持完成了2003年出版的《21世纪中国刑事程序改革研究》和2005年出版的《中国〈刑事诉讼法〉（第二修正案）学者拟制稿及立法理由》两本专著，对我国刑事诉讼法律制度进行了全新的构建，是我国在新世纪进行刑事程序改革的第一个建议蓝本，在诉讼法学研究领域中处于领先地位，引起了立法机关、诉讼法学界和实务部门的高度重视。

徐静村教授也是律师学和法情报学的奠基人和创始人，在证据理论和侦查辩证法领域也有卓越建树。时至今日，他仍笔耕不辍，不断探索新的领域，新近与司法机关合作，完成了“减刑、假释制度改革研究”课题，并且成功试验了法学研究成果直接服务于司法实践的新方法，为法学研究开创了一种新的研究模型。

30多年来，徐静村教授为我国诉讼法学教学研究的恢复和发展做出了重要的历史性贡献。自1980年他



编写教材以来，不断将理论研究成果运用于教学，不断丰富和完善刑事诉讼法教材。在1994年主编的统编教材中，他第一次将刑事诉讼基本原理写入教材；1997年主持完成的“刑事诉讼法学教材与教学方法改革研究”重大课题，其中教材部分为本学科构建了新的理论体系，设计了新的教学方法，被学界誉为“新中国第三代教材的首创之作”，开辟了法学教学的新路径。

徐静村教授倾注全部心血，为国家培养了大批法学人才。自20世纪80年代招收硕士研究生，1995年春开始招收博士研究生，他所指导的研究生中已有146人获得硕士学位、41人获得博士学位。他所指导的博士论文中有两篇分获2001年和2003年全国百篇优秀博士论文奖（2001年，龙宗智《刑事庭审制度研究》；2003年，孙长永《沉默权制度研究》）。他是迄今为止全国法学界惟一位两次获得全国优秀博士论文指导教师奖的博士生导师。

他的事迹得到了社会广泛的关注，被列入《中国法学家辞典》、《当代中国社会科学学者大辞典》、《当代中国教育家大辞典》、《亚太地区名人辞典》和《世界著名学者辞典》、《中国百科专家人物传集》、《中国百科学者传略》、《中华英模大典》、《科学中国人丛书？中国专家人才库》、《二十一世纪人才库》、《中国当代社科精华》、《中华成功人才大辞典》等辞书。2005年入选《当代中国法学名家》。2009年教师节作为先进个人代表受到教育部表彰，并于9月9日受到胡锦涛等中央领导同志的亲切接见。（作者：徐洁）

封面设计：龙之舟
刊名组字：米 芾



主办：重庆市高级人民法院
编辑：《重庆审判》编辑部
地址：重庆市渝北区红锦大道 58号 邮编：401147
电话：(023)67673369 67673268 传真：(023)67673245
E-mail: cqjustice@126.com
准印证号：渝内字（10）-（241）号