

■ 刑事司法

我国庭前会议制度的适用与完善 / 刘振会 赵军 1

陪审员事实认定的障碍突破

——兼论陪审员事实审对罪刑体系之修正构想 / 李茜 13

■ 民事司法

民事侵权纠纷的若干热点问题 / 王永起 26

事实类型化进路中类案裁判思维的发现和适用

——基于涉以房抵债民间借贷纠纷的样本分析 / 王卉 陈蒙 王伟 42

■ 行政司法

国有土地上房屋征收类案证明标准的研究

/ 山东省高级人民法院行政庭课题组 54

行政裁量基准的适用情况分析与司法审查

/ 程程 71

■ 专题策划：内设机构改革问题研究

内设机构改革后审判管理的价值平衡与实践改进 / 贾升宗 81

探求法院内设机构改革的帕累托最优

——扁平化与专业化的衡平之道 / 金蕾 99

我国少年法庭组织形态的发展模式

——基于法院内设机构改革背景下的考察 / 褚宁 109

■司法综合

- 论孔子思想的司法蕴含 / 袁春湘 120
- 指导性案例的隐性适用及其矫正  
——从指导案例 1 号的适用切入 / 孙春华 137
- 规范与重构 : 中基层法院审判综合岗位人案配比审视与研究 / 张闰婷 146
- 破与立 : 法官绩效精准评价体系重构  
——以 H 法院“沐法币”精准称重工作量为中心 / 杨维松 158
- 司法责任制下中基层法官退出机制的审视与完善 / 杨富元 周明文 168
- 审判委员会审判经验总结的范式建构  
——以议案方式的改进为视角 / 徐振华 王星光 179

■案例评析

- 保证责任的承担与免除 / 李丰波 189
- 行政相对人要求变更行政协议的司法审查 / 蒋炎焱 孔腾 195

# 我国庭前会议制度的适用与完善

刘振会 赵军\*

**内容摘要** 推进以审判为中心的刑事诉讼制度改革,关键在于实现庭审的实质化。实现庭审实质化,需要建立完善的庭前会议制度,确立规范的程序,明确处理的事项和效力,充分发挥解决程序性事项、过滤瑕疵证据、明确争议焦点等功能,促进实现庭审集中、高效审理,最大限度地实现司法公正,彰显现代刑事司法文明。

**关键词** 以审判为中心 庭前会议制度 适用与完善

中图分类号:DF73 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)02-001-012

2018年1月1日,最高人民法院印发的《人民法院办理刑事案件庭前会议规程(试行)》(以下简称《庭前会议规程》)正式实施,庭前会议制度进入全面推行、规范适用的新阶段。本文以《庭前会议规程》的基本规定为视角,深入考察我国庭前会议制度的基本内涵、功能价值、实施状况,结合我国司法实践提出进一步改进、完善的构想。

## 一、我国庭前会议制度的基本内涵

庭前会议是指法庭决定开庭之后,开庭审理之前在法官主持下由控辩双方共同参加的解决、梳理案件程序性问题及部分实体性问题,旨在为庭审扫清阻碍、保证庭审集中审理的准备程序。<sup>①</sup>庭前会议是刑事诉讼程序精细化的产物,属于审前程序。<sup>②</sup>我国庭前会议制度在2012年刑事诉讼法中作出规定,最高人民法院《庭前会议规程》

\* 刘振会,山东省高级人民法院三级高级法官,中国海洋大学刑法学博士研究生;赵军,山东省高级人民法院法官助理。本文系2017年度山东省社科规划项目审判研究专项课题“以审判为中心的刑事诉讼制度改革研究”(项目编号:17CSPJ16)的阶段性研究成果。

① 闵春雷、贾志强:《刑事庭前会议制度探析》,载《中国刑事法杂志》2013年第3期。

② 审前程序是人民法院在开庭前为正式庭审做准备而进行的公诉审查、繁简分流、证据展示等一系列准备活动的统称。



从适用范围、处理事项、操作程序、法律效力等方面作出细化规定，使该制度具备了审前程序的基本内容和主要功能。

### （一）适用范围

根据我国法律和司法解释规定，召开庭前会议限于证据材料较多、案情疑难复杂、社会影响重大、控辩双方对事实证据存在较大争议、当事人提出申请、被告人及其辩护人申请排除非法证据的案件或情形。从我国司法实践看，将适用范围确定为上述六类案件或情形，可以满足庭审实质化的现实要求。庭审实质化不是所有案件都要求召开庭前会议，而是只有30%左右被告人不认罪或者被告人虽然认罪但案情疑难复杂、社会影响重大或控辩双方对事实证据存在较大争议等情形的案件需要根据案件实际情况决定是否召开庭前会议。<sup>①</sup>

### （二）处理事项

当前，我国庭前会议制度主要处理五类事项。一是处理程序性事项。听取控辩双方关于案件管辖、回避、是否公开审理等方面的意见，解决可能导致庭审中断的程序性事项。二是证据展示。控辩双方决定在庭审中出示的证据，在庭前会议中组织双方展示有关证据，听取控辩双方对在案证据的意见，梳理存在争议的证据，对没有争议的证据材料，庭审时举证、质证可以简化。三是处理非法证据排除问题。被告人及其辩护人提出非法证据排除申请的，听取被告人及其辩护人的意见，并由被告人及其辩护人提供相关线索或者材料，检察人员发表自己意见，作出说明。四是明确争议焦点。在庭前会议中归纳控辩双方的争议焦点，对控辩双方没有争议或者达成一致意见的事项，可以在庭审中简化审理。五是附带民事调解。组织附带民事诉讼当事人进行调解，达成调解协议的，附带民事部分不再审理，达不成调解协议的，庭审中的调解可以简化。

### （三）操作程序

我国法律和司法解释明确规定了庭前会议的运行程序。一是主持人明确。庭前会议一般由承办法官主持，其他合议庭成员也可以主持，承办法官还可以根据案件情况指导法官助理主持。二是参加人员的范围明确。公诉人、辩护人、附带民事诉讼当事人应当参加，被告人根据案件情况可以参加庭前会议，但被告人申请参加庭前会议或者申请排除非法证据等情形的，应当参加。三是召开时间、地点明确。可以在开庭审理前多次召开，也可以在再次开庭前召开。地点多为法庭或者其他办案场所，被羁押的被告人参加的，可以在看守所召开。四是会议方式明确。一般不公开进行，根据案件情况可以采用视频会议等方式。

<sup>①</sup> 李敏：《“三项规程”背景下的庭审实质化——“庭审实质化模拟审判暨高峰论坛”综述》，载《人民法院报》2018年5月16日第006版。

#### （四）法律效力

庭前会议的处理结果是否对控辩双方在庭审中的诉讼活动具有法律约束力是影响审判人员和控辩双方适用庭前会议积极性的核心问题之一，包含庭前会议是否要作出处理结果、处理结果的形式、以及处理结果的效力三个方面的内容。<sup>①</sup>目前，我国法律和司法解释对庭前会议的效力持谦抑审慎立场。首先，庭前会议应当作出处理结果，形式为书面报告，即庭前会议结束后应当制作庭前会议报告，说明庭前会议的基本情况、与审判相关的问题的处理结果、控辩双方的争议焦点以及就相关事项达成的一致意见等。其次，法律效力包含两个方面。一方面，对于庭前会议中达成一致意见的事项，开庭时法庭向控辩双方核实后当庭予以确认，对于未达成一致意见的事项，法庭可以归纳控辩双方争议焦点，听取控辩双方意见，依法作出处理。另一方面，对于控辩双方在庭前会议中就有关事项达成一致意见，在庭审中反悔的，除有正当理由外，法庭一般不再进行处理。对于明显事实不清、证据不足的案件，庭前会议中建议人民检察院撤回起诉，人民检察院不同意的，人民法院开庭审理后，没有新的事实和理由，一般不准许撤回起诉。

## 二、我国庭前会议制度的价值评析

### （一）促进控辩平衡

庭前会议充分保障控辩双方特别是辩方的各项诉讼权利，从庭前程序开始，最大限度实现控辩平衡。一是确保双方知情权平等保护。在庭前会议中进行证据展示、确定出庭证人名单等，最大限度向控辩双方公开案件信息，确保双方信息对称。二是有效防范不当公诉。刑事追诉意味着对被告人权利的限制或剥夺，及时有效阻止不当公诉进入正式审判程序是人权保障的应有之义。我国庭前会议制度赋予法院部分预审功能，通过听取控辩双方对事实证据的意见，对于明显事实不清、证据不足的案件，可以及时向公诉机关提出撤诉建议，防止对被告人的不当追诉。

### （二）促进庭审实质化

庭审实质化要求以庭审为中心，切实发挥庭审在查明事实、认定证据、保护诉权、公正裁判中的决定性作用。实现这一目标，需要将一些不影响庭审功能发挥的程序性事项解决在庭审之外，也要对庭审需要解决的事项作必要准备。我国庭前会议制度可以满足这一需要。一是通过对管辖、回避、是否公开审理、非法证据排除等程序性事项进行处理，防止庭审中断。二是通过对证据进行展示，明确法庭调查的重点，实现

<sup>①</sup> 卞建林、陈子楠：《庭前会议制度在司法实践中的问题及对策》，载《法律适用》2015年第10期。



庭审集中审理。三是通过召开庭前会议深入了解被告人、被害人及其亲属的真实想法以及是否存在对立情绪等状况，有针对性地作好庭审处置突发事件的预案，确保庭审顺利进行。

### （三）促进效率提升

庭前会议作为非正式程序，免去了正式庭审所必须的各方诉讼参与人到场，以及正式审理所必须的各种程序性要件所带来的诉讼投入和诉讼时间的消耗，与正式庭审相比，庭前会议召开所带来的诉讼成本要小的多。例如我省临沂法院审理的一起集资诈骗案，被害人达上千名，原本预计庭审时间10天，通过组织庭前会议，庭审仅用了4天时间。因此，以庭前会议促进审判效率的提高是刑事诉讼的明智的、必然的选择。<sup>①</sup>

### （四）促进实体公正

正当程序的基本功能是保障实质正义的实现。任何不利于实质正义实现的司法程序和制度，无论其看起来多么美好，都不具有程序的正当性。我国庭前会议制度具备促进实质正义实现的功能。庭前会议中，会议主持人可以根据控辩双方争议焦点，对案件进行梳理，使控辩审三方在庭审之前就能准确把握庭审重点，对于庭审的准备更有针对性，特别是为控辩双方补充相应的证据预留了更为充分的空间。一些涉及非法证据排除的案件，庭前会议虽然不能彻底解决证据的效力问题，但是控辩双方对争议证据是否为非法证据发表的意见，明确了双方的争议焦点，有利于法官在庭审对这些证据围绕争议焦点集中质证，更准确地查明事实，更公正地对案件作出裁判。

### （五）辅助程序分流

司法资源的有限性与实质正义诉求的无限性，永远是司法审判与当事人诉求之间不可调和的矛盾。进行必要的繁简分流，把有限的资源和智识运用到最重要案件、最需要实现正义的地方，是司法审判的现实的必然选择，也是世界各国刑事诉讼程序设计的共识和通行做法。庭前会议作为审前程序，应当承担必要的繁简分流功能，通过法官的有效引导以及控辩双方的有效参与，分析与辨明案件的性质，从而决定不同案件适用繁简程度不同的程序，实现案件繁简分流。我国法律对此作出了明确规定，人民法院通过召开庭前会议，根据被告人在庭前会议中的认罪情况，可以依法决定适用速裁程序、简易程序还是普通程序。司法实践中，控辩双方通过庭前会议展示证据、发表意见，被告人经过对相关证据的分析评估后自愿认罪认罚的，人民法院可以决定不适用普通程序审理。<sup>②</sup>

<sup>①</sup> 韩红兴：《刑事公诉案件庭前程序价值的反思》，载《法律适用》2007年7期。

<sup>②</sup> 戴长林、鹿素勋：《人民法院办理刑事案件庭前会议规程（试行）理解与适用》，载《人民法院报》2018年1月31日第006版。

### （六）促进矛盾化解

刑事诉讼不仅要实现惩罚犯罪、保障人权的目标任务，而且要通过程序的科学设计让当事人释放情绪，表达诉求，让被害人及其家属直接向被告人渲泻不满和愤怒，让被告人及其亲属直观感受到被告人行为给被害人造成的伤害，舒缓被害方心情、抚慰被害方心理，敦促被告人认罪悔罪，促使被告人亲属主动赔偿补偿被害方损失，最大限度地化解双方的矛盾和怨恨，修复被破坏的社会关系。我国庭前会议可以进行刑事附带民事诉讼调解，并在很多问题的解决上以控辩双方的合意解决为基本原则，有利于当事人之间矛盾纠纷的彻底化解。而且，庭前会议为认罪认罚从宽处罚制度的实施提供了良好契机和条件，通过庭前会议向被告人讲明认罪认罚的利弊得失，促使被告人在庭前认罪认罚，即使不能与被害方达成刑事和解和附带民事诉讼调解，也可以在一定程度上缓解被害方的愤慨情绪，从而实现当事人服判息诉的良好效果。

## 三、我国庭前会议制度的实施状况

### （一）基本情况

为考察我国庭前会议制度的实施状况，我们选取我省济南、淄博、菏泽三个有代表性的市作为样本，进行实证调研和样本剖析。调研情况反映，自2012年刑事诉讼法作出规定之后，庭前会议作为一项正式制度和程序，在司法实践逐步得到重视，呈现稳步推进的整体态势。

1. 适用数量逐年增长。2013年至2017年，<sup>①</sup>三市法院适用数量呈逐步上升趋势，除2014年略有下降外，其他年份均逐年增长，2013年至2017年，年均增长率为51%。（详见图1）

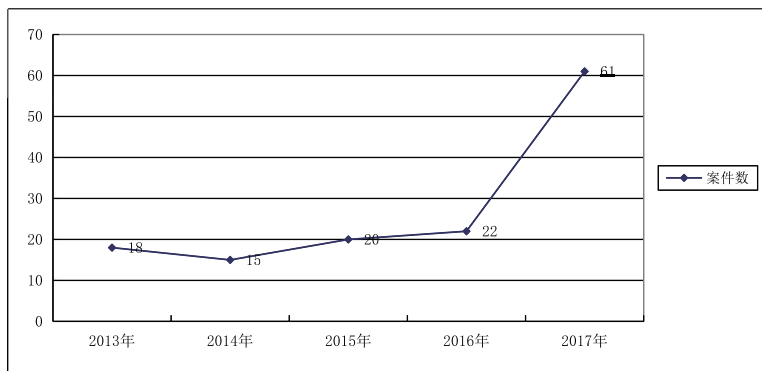


图1 适用庭前会议案件数量变化图

<sup>①</sup> 2012年刑事诉讼法于2013年1月1日开始实施，故调研起始年份为2013年。

2. 适用案件类型集中。召开庭前会议的 160 件案件中，案件类型主要为职务犯罪、破坏社会主义市场经济秩序犯罪和毒品犯罪。其中，职务犯罪 53 件，占 33.1%；破坏社会主义市场经济秩序犯罪 31 件，占 19.4%；毒品犯罪 20 件，占 12.5%（详见表 1）。

案由	职务犯罪	破坏社会主义市场经济秩序罪	毒品犯罪	侵犯人身权利犯罪	其他犯罪
数量	53	31	20	14	42
占比	33.1%	19.38%	12.5%	8.8%	26.2%

表 1 适用庭前会议的案件类型

3. 启动方式以法院启动为主。召开庭前会议的 160 案件中，法院依职权主动召开庭前会议的 152 件，占比 95%；检察院提出建议，法庭审查后召开的 6 件，占比为 3.8%；被告人及辩护人申请召开的 2 件，占比 1.3%。（详见图 2）

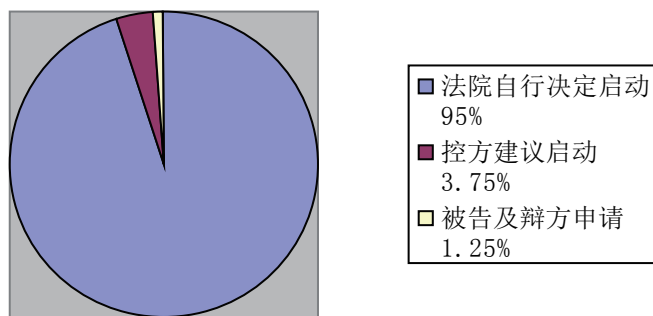


图 2 庭前会议启动主体

4. 启动理由以事实证据事项为主。召开庭前会议的 160 件案件中，因证据事项启动的共计 77 件，占 48.2%。其中，以“证据材料较多”为由启动的 51 件，占 31.9%；以“控辩双方对事实证据存在较大争议”为由启动的 16 件，占 10%；以“申请排除非法证据”为由启动的 10 件，占 6.3%。以“案情疑难复杂”为由启动的 53 件，占 33.1%，证据与事实事由合计达 82.3%（详见表 2）。

启动理由	证据材料较多	案情疑难复杂	社会影响重大	控辩双方对事实证据争议较大	申请排除非法证据	附带民事先行调解	变更罪名、因被告人身体状况无法参加庭审	信访隐患化解矛盾
数量	51	53	24	16	10	1	3	2
占比	31.9%	33.1%	15%	10%	6.3%	0.6%	1.9%	1.2%

表 2 庭前会议启动事由

5. 主持人以承办法官和合议庭为主。召开庭前会议的 160 件案件中，由案件承办法官单独主持的 94 件，占 58.8%，合议庭成员全部参加的 60 件，占 37.5%，法官助理单独主持的 6 件，占 3.7%。

6. 处理事项以程序性事项为主。召开庭前会议的 160 件案件中，涉及管辖的 16 件、回避 11 件、申请排除非法证据的 10 件、确定出庭证人名单的 11 件、申请调取新证



据的33件、申请重新鉴定的6件、进行证据展示的121件，而且庭前会议往往同时处理上述多个事项。证据材料的展示中，对有争议的证据大多会听取双方多次发表意见，具有质证性质。证据展示中存在上述情况的达61.9%。

7. 功能发挥成效明显。一是庭审质效明显提升。参加庭前会议的法官、检察官、律师普遍反映，召开庭前会议提升了庭审质量和效率。接受调查的法官、检察官、律师中，认为召开庭前会议明显提高庭审效率的比例分别为86.3%、75%和87.5%（详见表3）；认为明显提高庭审质量的比例分别为97.5%、92.5%和87.5%（详见表4）。二是办案周期明显缩短。通过召开庭前会议大大促进了办案效率，办案周期明显缩短。调研发现，与同期审理的类似案件相比，召开庭前会议的160件案件办案时间平均缩短30%左右，中级法院一审的重大复杂案件办案时间缩短了一半以上（详见表5）。三是权利保障明显加强。召开庭前会议在程序与实体问题上充分征求当事人、辩护人及诉讼代理人的意见，当事人的诉讼权利得到有效保障。参加庭前的会议的律师认为庭前会议使当事人诉讼权利保障得到强化的达97.5%。<sup>①</sup>

受访人员	总人数	认为庭审效率明显提高		认为庭审效率变化不大		认为庭审更加繁琐，效率降低	
		人数	占比	人数	占比	人数	占比
法官	80	69	86.3%	7	8.7%	4	5%
检察官	80	60	75%	11	13.7%	9	11.3%
律师	80	70	87.5%	8	10%	2	2.5%

表3 法官、检察官、律师关于庭前会议案件提高庭审效率的评价情况

受访人员	总人数	认为庭审质量明显提高		认为庭审质量变化不大	
		人数	占比	人数	占比
法官	80	78	97.5%	2	2.5%
检察官	80	74	92.5%	6	7.5%
律师	80	70	87.5%	10	12.5%

表4 法官、检察官、律师关于庭前会议提高庭审质量的评价情况

法院未召开庭前会议案件/召开庭前会议案件		平均办案天数		办案时间缩短比例(%)	
基层法院	普通案件	55	41	25.5	
	重大复杂案件	81	57	29.6	
中级法院	一审	普通案件	58	45	22.4
		重大复杂案件	79	37	51.9
	二审	普通案件	37	29	21.6
		重大复杂案件	50	32	36

表5 召开庭前会议与不召开庭前会议案件办理周期情况

<sup>①</sup> 调查了80名律师，其中78名律师认为庭前会议在保障当事人权利上作用明显，仅有2名律师认为作用不大。



## （二）存在的主要问题

1. 庭前会议适用率较低。2013年至2018年7月31日,济南、淄博、菏泽三市法院共审结刑事案件共计59695件,其中召开庭前会议160件,适用率为0.3%。其中,基层法院的适用比例低于中级法院和高级法院。在三市所属的30个基层法院中,庭前会议的适用率仅为0.9%,且有25%的法院没有召开庭前会议。主要原因是法官适用积极性不高,有的法官对庭前会议的适用有抵触情绪,认为召开庭前会议耗时费力,如果被告人异地羁押,提押被告人还要承担一定的风险。有的法官认为庭前会议的作用并不明显,庭前会议处理的程序性事项都能通过庭审程序解决,听取公诉人、辩护人的意见,可以在庭前通过电话沟通来实现。有的法官认为被告人认罪案件没有适用庭前会议的必要,案件管辖、申请回避、通知开庭等程序性事项也可通过其他方式、途径解决,最有召开必要的情形为非法证据排除问题,但庭前会议无法直接解决,如果双方对证据效力达不成一致意见,庭前会议召开便成为徒劳。这是庭前会议适用率不高的主要原因。问卷调查中,认为召开庭前会议很必要的法官,仅占44%(详见图3)。

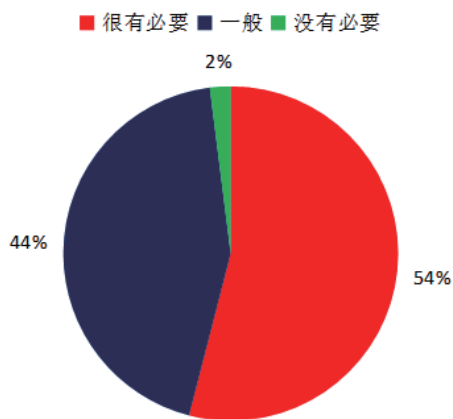


图3 法官对庭前会议召开必要性认识情况

2. 庭前会议的处理事项不统一。一是庭前会议处理事项范围过窄,有的案件仅处置管辖、回避、是否公开审理等简单程序性事项,不处理非法证据排除、不进行证据展示。二是庭前会议处理事项范围过宽,有的案件将很多应在法庭审理中解决的实体问题在庭前会议中处理,将庭前会议开成了法庭审理,甚至出现庭前会议实质化、庭审形式化的极端现象。例如某市基层法院审理一起集资诈骗案时,该案因涉案人数众多、证据繁杂、社会影响大等原因召开了庭前会议,庭前会议中,除处理程序性问题外,对案件的事实、证据、定罪量刑等问题几乎全部进行了讨论处理,开庭审理时全部程序都简化进行,成了走过场。三是庭前会议处理事项超出案件审理范围。有的案件庭

前会议召开既不处理程序问题，也不处理实体问题，而是处理案件之外的事情。在召开庭前会议的 160 件案件中，有 2 件是为化解信访隐患而召开的。

3. 被告人权利保障不充分。一是被告人参与权保障不到位。我国法律并未规定被告人必须参加庭前会议，被告人是否参加由审判人员自主决定。司法实践中，被告人被羁押的案件，法官往往基于诉讼成本和安全风险考虑，一般不让被告人参加。在召开刑事庭前会议 160 件刑事案件中，被告人参加庭前会议的仅 64 件，占比为 40%。二是被告人的法律帮助权保障不到位。获得必要法律帮助是被告人权利得以实现的重要途径。当前，庭前会议中对被告人的法律帮助没有实现全覆盖。有的共同犯罪案件部分被告人没有委托辩护人的，没有通知法律援助机构为其指定辩护人，也没有通知值班律师为其提供必要法律帮助，导致部分被告人在庭前会议中的诉讼权利难以行使，也给庭前会议处理相关事项造成了困难。

4. 庭前会议的作用发挥不到位。庭前会议解决的主要问题集中在管辖、回避、是否公开审理等简单的程序性事项上，而在非法证据排除等程序问题上的作用不明显。一是非法证据排除问题作出实质处理的少。庭前会议中公诉方是否撤回争议证据，完全由公诉方自主决定。只要其不同意撤回，法官无法作出实质处理。召开庭前会议的 160 件案件中，有 10 件案件辩护方提出非法证据排除申请，仅有 1 件在庭前会议中进行了非法证据排除（详见表 6）。二是程序分流、附带民事调解等功能发挥有限。召开庭前会议的 160 件案件中，通过庭前会议转为速裁程序或者简易程序审理的仅 2 件，在庭前会议中达成附带民事调解协议的仅 1 件。

庭前会议内容	案件数	庭前会议处置情况	
		作出处理	未作出处理
管辖	16	16	0
回避	11	11	0
辩方申请调取证据	17	17	0
申请不公开	12	12	0
附带民事调解	21	21	0
确定出庭证人名单	29	29	0
非法证据排除	10	1	9

表 6 庭前会议处理事项情况

#### 四、我国庭前会议制度的完善

##### （一）完善立法规定

1. 细化庭前会议适用案件的范围和标准。根据诉讼效率与诉讼经济原则，应当



以严格限制适用范围为原则,对“案情重大、复杂”与“社会影响重大”的情形作出明确规定。当前,根据司法机关把握的一般标准,<sup>①</sup>“案情重大”案件可以界定为“可能判处五年有期徒刑以上刑罚的重罪案件”,这符合世界各国庭前审查范围的一般要求。<sup>②</sup>“案情复杂”案件可以明确为“存在罪与非罪、此罪与彼罪等重大争议的案件,一人犯数罪案件,共同犯罪且被告人为三人以上的案件以及可能改变指控罪名的案件等。”“社会影响重大”案件可以明确为“危害国家安全犯罪,集团犯罪,危害食品、药品安全犯罪,黑社会性质组织犯罪,重大恶势力集团犯罪,邪教组织犯罪,涉外、涉港澳台犯罪以及国家工作人员严重职务犯罪案件等。”

2. 丰富权利保障内容。一是强化被告人的参与权。调整当前法律规定,以被告人参加为常态、以不参加为例外。只要被告人有参加意愿的,不附加任何限制条件。被告人不参加庭前会议,应当满足有辩护人参加、自己知道不参加的法律后果并明确表示不参加三个条件。二是赋予控辩双方证据展示启动权。目前,我国法律、司法解释仅规定了人民法院依职权启动证据展示程序,应当通过立法,赋予控辩双方证据展示启动权,即公诉人、被告人及其辩护人都有权要求对方展示庭审中出示的证据。而且,在次数上可以多次启动。三是赋予当事人对处理事项的异议权。允许被害人、被告人对法院未通知其参加庭前会议提出异议、允许当事人对法官没有全面处理特定事项以及对特定事项的处理结果等提出异议。<sup>③</sup>法院对上述异议审查后,认为异议成立的,可以对庭前会议处理事项进行重新审查,决定相关处理是否适当,不适当的及时予以纠正。

3. 强化庭前会议的效力。一是赋予程序性事项的处理决定强制约束力。对管辖、回避、排除非法证据、公开审理,申请重新鉴定或者勘验,申请调取证明被告人无罪或者罪轻的证据材料,申请向证人或有关单位、个人收集、调取证据材料,申请证人、鉴定人、侦查人员、有专门知识的人出庭等事项,人民法院作出处理决定后,对控辩双方具有强制约束力,除特殊情形外,在庭审中不再处理上述事项。特别是对于辩方提出的非法证据排除申请,庭前会议应当组织调查,并根据调查情况作出是否排除的决定。二是对定罪量刑等实体问题赋予一定的约束力。对庭前会议中被告人认罪的,以及控辩双方定罪量刑达成一致意见的,法庭审理中,只对其被告人认罪的自愿性以及双方协议的真实性进行调查,不再对内容进行调查。虽不禁止其反悔,但无正当理由反悔可作为认罪态度不好进行负面评价形成一定的约束力。

① 主要体现在各级法院审判委员会研究案件的范围上。

② 如英国只有可诉罪案件才经治安法官预审;美国只有重罪才经预审法官预审或大陪审团审查起诉;在法国,只有可能被判处五年以上徒刑的重罪案件,才必须经过预审程序。

③ 刘佳加:《刑事庭前会议:规范解释与规则完善——以〈人民法院办理刑事案件庭前会议规程(试行)〉为对象》,载《辽宁公安司法管理干部学院学报》2018年第3期。

## （二）完善司法机制

1. 建立独立的庭前会议主持人制度。避免先入为主，有效进行预断排除，是法官保持中立、实现公正裁判的基本要求。庭前会议由专门人员主持，可以有效进行预断排除。特别是，我国司法责任制改革的推行，刑事员额法官人员数量有限，由员额法官之外的法官助理专门负责召开庭前会议，可以有效缓解员额法官的工作压力。因此，可以借鉴西方国家的预审法官制度，建立独立的庭前会议主持人制度，实现主持庭前会议人员与庭审法官相分离。确定专门的刑事案件初审人员，由初审人员专司公诉审查与庭前会议工作，并且赋予庭前会议主持人必要的裁判权，包括对当事人的程序性请求、争议的处理决定权以及对当事人协议事项的确认权等。

2. 健全证据展示制度。一是要强化控方的证据展示义务。控方应当展示能够影响定罪量刑的全部证据，既包括证明被告人有罪、罪重证据，也包括证明被告人无罪的证据，但是涉及国家安全、国家秘密的证据除外。同时，对于公诉机关移送卷宗中记载的对被告人有利的证据，未予展示的，要强制控方进行展示。二是强化违反证据展示义务的后果。除有利于被告人或者系新证据等情形外，未经庭前会议展示的证据，不得在正式庭审中使用。三是强化证据展示的效力。证据展示中控辩双方无异议的证据，可以直接作为定案的根据，不再进行庭审举证质证。对证据展示中有争议的证据要在庭审中作为调查辩论的重点集中审理。

3. 建立双轨制庭前会议模式。庭前会议的内容既包括管辖、回避等简单事项，也包括非法证据排除、证据可采性以及定罪量刑的实体事项，不宜全部采用会议方式，可以实行双轨制方式，会议模式与听证模式并用。具体而言，对案件的简单程序性申请及争议，采用会议模式，在庭前会议主持人的主持下，控辩双方简要陈述观点后提交书面意见及证据等材料，不进行交叉询问，庭前会议法官对提交材料进行审查后直接作出裁决。对重大复杂案件或控辩双方对案件事实、证据及定罪量刑重要问题的适用法律存在严重分歧时，庭前会议适用听证方式，组织控辩双方进行交叉询问，并允许控辩双方适度对抗辩论，庭前会议主持人听审后依法作出裁决或记入笔录转交庭审法官审理。同时，为节约司法资源，提高工作效率，庭前会议可以采用视频方式进行。对于有多名被告人且被羁押于多地看守所的案件，以视频方式召开庭前会议，还可以降低押送风险。

## （三）完善配套制度

1. 建立公诉人、辩护律师“禁反言”制度。对于公诉人、辩护律师在庭前会议中发表的意见，禁止其在庭审中反悔或提出相反意见。因为，公诉人、辩护律师是专职法律工作者，应当具备扎实的专业知识和良好的职业道德。扎实的专业知识要求其在庭前会议中发表的意见应当符合事实和法律，良好的职业道德要求其依法进行指控或



辩护，不得歪曲事实、曲解法律，而且要对自己发表的意见承担法律责任。因此，建立公诉人、辩护律师禁反言制度符合法律职业要求，也可以有效防范任意指控或辩护，造成诉讼拖延和司法资源浪费。当然，禁反言制度不适用于被告人，因为被告人自由发表意见是其应当享有的诉讼权利，对于其虚假供述或陈述，由法官对其作出认定后由其承担相应法律后果。

2. 完善认罪认罚、从宽处罚制度。新修订的刑事诉讼法正式确立了认罪认罚从宽处罚制度，可以通过进一步完善这一制度，把庭前会议纳入制度的适用范围，细化适用标准方法，提升庭前会议功能。一是细化庭前会议中认罪认罚的从宽处罚幅度。结合量刑规范化标准，对庭前会议中认罪认罚的被告人，比到庭审中才认罪认罚的，从轻量刑幅度高5%-10%。二是明确庭前会议中认罪认罚的适用程序。对于认罪认罚的被告人而言，程序的简化、裁判的快速作出，可以使其免受等待裁判的心理负担，是其应当享有的程序利益。为此，可以细化认罪认罚案件的适用程序，对于可能判处五至十年有期徒刑的，<sup>①</sup>适用独任制简易程序；对于可能判处十年以上有期徒刑的，适用合议制简易程序；对于可能判处无期徒刑以上刑罚的，适用普通程序审理。

3. 完善法律援助制度。庭前会议中处理的事项既包括程序事项，也包括实体事项，会议以协商为主要方式，被告人往往需要进行利弊权衡，有时还涉及权利是否行使，存在权利受损风险。获得及时有效的法律帮助是被告人权利保护的重要保障，但是由于被告人权利保护意识及其家庭经济条件的不同，无法实现所有被告人都委托辩护人。可以最高人民法院、司法部开展刑事案件律师辩护全覆盖试点工作为契机，进一步完善法律援助制度，实现庭前会议辩护律师全覆盖。一是严格落实律师值班制度，对庭前会议中未委托辩护人的，确定值班律师为被告人提供法律帮助。二是扩大法律援助范围，把召开庭前会议案件的被告人纳入法律援助范围，被告人不聘请律师同意接受法律援助的，由司法机关委托法律援助机构为其指派律师提供法律援助。三是完善法律援（帮）助经费保障制度。明确律师值班补贴和法律援助经费标准，纳入政府财政预算，确保及时足额发放，调动律师参与的主动性和积极性，确保法律援（帮）助的效果。

（责任编辑：旷翔宇）

<sup>①</sup> 因为召开庭前会议的案件一般都是被告人可能判处五年以上有期徒刑的案件。

# 陪审员事实认定的障碍突破

——兼论陪审员事实审对罪刑体系之修正构想

李茜\*

**内容摘要** 面对司法实践的斑斓纷繁，陪审制对事实认定的天然优势也掣肘了其对“小前提”的精准获取。威格莫尔创建的证明机理理论，阐释了基于逻辑学、心理学、一般经验、叙事修辞等认定事实的路径选择，既证成了群体智识认定事实之正当属性，又为陪审员提供了司法证明与犯罪构成要件涵摄对应的心灵方程式。建立事实认定的辅助机制，也能进一步增益陪审员对事实认定的精准性与合理度。陪审员是犯罪构成体系的最终实践者，应吸纳英美及德日法系的优点，借助 IBE 模式打造“事实面”与“规范面”交融的罪行体系，以契合于我国审判主体之特征，最大限度地发挥刑事审判的价值与功效。

**关键词** 陪审制 事实认定 证明机理 IBE 模式 罪刑体系

中图分类号：DF718.2 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)02-013-025

陪审制是司法裁判史上最为古老而又长青的制度。陪审员群体因在生活场域富集的智识，而在案件事实的认定上具有天然优势，亦做出了不可磨灭的贡献。但由于群体智识内生性的视域限制，陪审员在司法“小前提”的获取过程中也衍生了多重障碍。本文以威格莫尔的证明机理理论为切入视角，探究 IBE (Inference to the Best Explanation 最佳解释推理) 图示证明对陪审员事实认定的障碍突破，提出辅助制度建构及罪刑体系修正之构想，以期增益群体智识之运用，助力事实认定过程臻于完善。

\* 李茜，湖南省永州市零陵区人民法院法官助理。  
本文获中国法学会第十二届中国法学青年论坛一等奖。



## 一、心智的疆域：陪审制历久弥新之缘由追问

追溯历史，古希腊 501 名陪审团公民对苏格拉底的死刑审判，开创了陪审团认定事实事实的先河。抚去陪审制在历史海潮中绵延承继的溢美流砂，笔者仅从心智界域与权重的角度去管窥其沉浮千年而光彩依旧之缘由。

### （一）博识之界：纵深与广博的立体知识建构

法官好似法律帝国的勇士，在规范与判例的崇山峻岭中奋力攀岩，其知识向度是以封闭而整齐的法律规范为界，不断纵向且深邃地拓进。陪审员群体恰如生活的百科全书，在常识与经验的烟海中破浪远航，其知识向度则是以生活场域为圆心，不断横向且宽广地延伸。面对纷繁复杂的实践挑战，审判知识应当也必须是专识与博识纵横耦合的立体建构。

### （二）说服之异：规范与质朴的伦理平衡互通

法官是博学勤练的“人为理性”之个体代表<sup>①</sup>，陪审员则是舞蹈在朴素正义之音中的众生影像；因此，控辩双方倾向于向法官陈述规范性的法则，而向陪审员传递道德伦理、公序良俗等价值性判断。但一场公正的庭审除需俘获法官的内心共振，还更需博得民众广泛的情感认同；而一份优秀的裁判文书，除需赢得控辩双方胜败皆服，更应期获民众普遍的信仰遵从。

### （三）证明之度：真理验证的心灵判断同质性

真理或许掌握在少数人的手中，但验证并接受真理的过程却需要最广大民众的参与。案件事实在证据锁链的环扣建构过程，亦即真理在法庭上的验证呈现过程。真理的验证若离开了群体智识的参与，显然是不坚实且也不完整的；特别是在内心确信的程度衡量上，无论是法官还是陪审员，其对证据证成与否的内心感知相差无异，从某种意义上讲，事实的认定本就是心灵的权重问题。<sup>②</sup>

## 二、庭审的质询：事实认定障碍之聚焦与透析

陪审制度改革以来，多地试点法院均在探索建立由 3 名以上陪审员和 2 名法官组成的 5 人以上大合议庭审理机制，河南、河北等地法院更是采用了人民观审团等事实

<sup>①</sup> [美] 诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会——迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 69 页。

<sup>②</sup> Wilson, Nigel, The influence of Professor J.H. Wigmore on evidence law in Australia, International Journal of Evidence & Proof, 2015, Vol. 19 Issue 1, p31.



审与法律审分离模式，但在中国现行审判模式中，陪审员依然是以个体姿态参与庭审，其经验、常识甚至特定场合的语境知识，不仅与群体智识的理论预设存在巨大差距，且还不足以应对庭审冲突的艰难质询。<sup>①</sup>

#### （一）检索：事实认定障碍之成像

Y市L区法院抽取了该院近3年来陪审员参与的1000件刑事普通程序案件进行调研，通过聚焦分析部分典型案例，检索出陪审员群体事实认定的主要知识障碍：

**障碍一：故事情节的过分依赖。**案例1（生产、销售有毒、有害食品罪）：邓氏父子于2010年注册经营了某保健酒业公司，并陆续在其生产的某男性护理酒中添加非食品原料西地那非，进行了少量散售，牟利近万元。

陪审员1（初中语文教师）：被告人的辩解虽然言语朴实，但至少是有情节、有故事的；但是公诉人所描述的案件事实过于抽象和离散，只在不断强调牟利、连续犯等专业术语，也未对被告人的故事进行有效回应。

**障碍二：生活实例的类比干扰。**案例2（非法经营罪）：吕氏夫妇经营一家副食店，二人在未取得烟草专卖许可证的情况下，套用蒋某的烟草专卖许可证进购香烟并销售，经营数额近6万元。

陪审员2（街道办事处干部）：辩方律师提出二被告人系借用蒋某的烟草专卖许可证进货并在自家店铺销售的借证经营，此观点虽有诡辩但不无道理，若二被告人是蒋某的雇工，为蒋进货并销售就不构成犯罪，但若在自家的店铺销售，则构成犯罪的界限很难把握。

**障碍三：常识惯性的偏见预设。**案例3（诈骗罪）：被告人吕某虚构了与某锰业公司总裁交好、具备采锰优势条件的事实，与受害人蒋某约定采取打洞炸挖的形式赴该公司采锰，并先后收取蒋某4万元投资款用以挥霍，且面对蒋某的疑虑又假借各种理由阻止蒋某现场查看。

陪审员3（收藏家协会会员）：据我对锰矿行业的了解，采锰需经正规审批程序且使用机械开采，本案中吕某所称采取打洞炸挖的形式显然是在偷锰，而蒋某对偷锰的做法应当也是明知，那么吕某对违法承诺的不履行也不应受到刑罚非难。

**障碍四：朴素情感的煽情唤醒。**案例4（贪污罪）：2004年，工行某支行会计李某利用职务之便，采取空头汇款的手段成功套取银行资金38万元，并携带柜台现金4万元潜逃，后于2015年主动投案自首并退还赃款，另有立功情节。

陪审员4（水利局工程师）：被告人的庭审忏悔让我特别动容。被告人的10年潜

<sup>①</sup> [美] 保罗·伯格曼、迈克尔·艾斯默：《影像中的正义：从电影故事看美国法律文化》，朱靖江译，海南出版社2003年版，第16页。



逃本是一种心灵的折磨，自首、立功和退赃更是其自我救赎的表现，因此我更倾向于从轻、减轻的处罚意见。

障碍五：事实构建的涵摄欠缺。案例5（合同诈骗罪）：荣某采用汽车租赁的方式，两次租赁高级轿车，并使用伪造证件将车迅速典当，套现20余万元用以经营挥霍，两车市值共计42万余元。

陪审员5（团区委干事）：我的本科曾是法律专业，对要件事实的涵摄归纳相对容易，但由于现有职业与所学专业的疏离，如再独立地整合证据、推导出要件事实，确实比较困难。

障碍六：羊群效应的从众心理。案例6（寻衅滋事罪）：苟某因怀疑有人对其跟踪、监视，遂手持铁锹砸向其居住酒店前停放的汽车，共损坏3辆汽车，损失达1万余元，但未造成车内人员损伤。案发当天苟某尿液检测结果呈甲基安非他明阳性。后经司法鉴定，苟某被诊断为精神活性物质所致精神障碍。

陪审员6（某乡镇村民）我是一个普通农民，也不懂什么专业性的知识，法官对“原因自由行为”理论的阐释，让我又开拓了视野，我很赞同承办法官的看法，也很珍惜每一次庭审学习、进步的机会。

## （二）汇集：障碍分布之表征

结合Y市L区法院对该院85名男性陪审员和23名女性陪审员事实认定的障碍统计，笔者发现了以下现象：

现象一：陪审员的性别、年龄或学历差异并不是障碍形成及差别化的缘由，尽管陪审员个体化差异下的起伏性趋同，但障碍曲线的波折起伏还是存在程度上的差异。

现象二：不论何种性别、年龄、学历、任期的陪审员，都难以摆脱其生活经历所形成的思维定势或偏见，这些干扰性因素在合议中并未得到有效抑制或剔除，甚至会因对纠偏的逆反心理而进一步加深。

现象三：辩方援引生活实例、社会贡献等进行出入罪行的类比或罪轻辩护，会对陪审员产生较大触动，部分男性陪审员甚至更倾向于站在人才培养、社会贡献和个人价值等角度去作出罪轻的意见。

现象四：据L区法院抽取的十二类多发刑事案件的障碍汇集统计显示，陪审员对如故意伤害等常见的自然犯罪不乏涵摄思维，只当涉及专业领域的法定犯罪或法律拟制等情况时，陪审员的涵摄思维欠缺才与故事情节依赖呈正相关，并常陷入彼此互促的恶性循环。

## （三）透视：事实迷影叠嶂之成因

通过L区法院对陪审员事实认定的障碍调研，笔者发现障碍成因主要集中在以下几方面：

成因一：说服对象与故事构建的差异。陪审员的优势在于运用其逻辑、经验等语境知识对现有证据搭建最合理的事实或者选择最佳故事。由于陪审员在我国当下的庭审模式中依然以个体姿态出现，加之法官负责对事实的共同认定及规则的单独适用，故公诉人说服的对象更偏重于法官，起诉状中所构建的故事也往往打破了时空顺序，以犯罪构成要件的形式呈现在法庭之上。

成因二：生活实例与罪刑法定的偏离。如果说法典是法官裁判的依据，那么生活则是陪审员认定事实的圣经。陪审员本是源自平凡生活的普通民众，其知识视野无法跳脱生活的参照系；但对专业的法官而言，判断被告人的行为是否构罪的先决条件在于是否罪刑法定、是否合乎犯罪构成要件。

成因三：认知惯性与法律逻辑的冲突。生活中的思维定势或常识惯性在一定程度上造成了陪审员对事实认定的偏见。案例3中，陪审员暗藏了一个并非正确但却为大众接受的认知，即不履行违法的行为值得鼓励。这种思维定势虽能契合大众认知，却忽视了对违法事实的虚构也是诈骗手段的一种。

成因四：合理同情与平等裁判的博弈。对抗制庭审模式中的陪审团模式，对事实的认定充满了戏剧性的意味。经验化的律师往往能利用陪审团成员们的同情心与怜悯心去为被告人争取较轻的处罚，或通过公众舆论向法庭施压。然而，法官不仅要考虑社会民众朴素的情感，更需要关注法定量刑情节以及类似案件中刑罚的均衡程度，故而对刑罚的运用会更为冷静与克制。

成因五：形象思维与抽象思维的距离。相较于普通民众尊崇的“5W式”叙事模式，法官另有一套专业的逻辑思维，如基于刑事审判的要件理论或民事审判的请求权思维，去完成事实的重构。故而陪审员或普通民众在庭审中所听到的故事，与法官最终记录于心的故事存在明显的差距。

成因六：小众话语与沉默螺旋的结局。陪审员存在着人生经历、知识视野、经验常识等多重个体差异，因此在案件合议中，相对专业的言论更能受到追捧而形成代表性话语；而一些少数派观念持有者，往往出于节约人际成本和风险共担等心理而在循环讨论中沉默发声。

### 三、实践的证成：证明机理与群体智识的合鸣

美国证据法学家约翰·威格莫尔在《司法证明机理》一书中首创了“证明机理”（principles of judicial proof）理论，该理论系建立在逻辑学、心理学、一般经验、叙事修辞等基础上的司法证明科学。“证明机理”理论不仅完美地证成了陪审制对事实认定的天然性优势与制度正当性，同时也为破解陪审员事实认定障碍指明了方向。



### （一）心灵论证的群体智识依赖

证明机理是指控辩审三方共同遵照证据推理的内在规律、经验习惯、叙事修辞等而合力建构语言性事实文本的过程。<sup>①</sup>庭审中的证据展现，经历了从开放到闭合的推演及从“原子”到“整体”的质构，所有反向信息的疑点和矛盾在控辩审三角交互中达成合理共识。<sup>②</sup>简单的说，司法证明的过程，就是通过证据与证据、证据与事实的逻辑关联，将“证据碎片”拼图成为“事实画卷”的心灵判断过程。<sup>③</sup>

威格莫尔认为，证明机理“主要关注争论性说服的推理过程，心灵对着心灵，律师对着法官或者陪审员，每一方当事人都力求打动裁判庭的内心。”<sup>④</sup>陪审团模式是心智汇集的强大机制，它通过“跨领域代表”的“集体审议”，反映社会之多元价值，<sup>⑤</sup>并达成事实认定之共识正义。<sup>⑥</sup>尤其在面对“应注意”与“能注意”、防卫行为是否过当等事实分歧时，“社会中一般行为方式之普遍持有的观念的巨大知识库”，以及直觉甚至是主观感觉，<sup>⑦</sup>更能指引事实认定的方向，因为“任何一个具体推论的强度都取决于被探索主题上的经验，而非逻辑。”<sup>⑧</sup>

证明机理理论既论证了群体智识认定事实之“正当目的”，又横跨了不同法系之结界，为破解陪审员知识障碍提供了“实践方法”。在此，笔者援引了一份对多维知识综合运用程度较高的实践案例，<sup>⑨</sup>结合威格莫尔发明的叙事法与图式法之两大“内心证明方程式”，<sup>⑩</sup>从逻辑建构、心理经验、叙事修辞等多维知识视角，全方面展示证明机理对陪审员智识提升的实践图景。

### （二）犯罪构成要件的逻辑涵摄

#### 1. 叙事法：要件事实的初步搭建

叙事法将所有的证据资料按一定的逻辑框架重新整排，对证据性事实的每一主张及该主张所依赖的次终待证事实进行叙述；并以一个叙事性概论来总结最终待证事

① 张保生：《证据法学》，中国政法大学出版社2009年版，第92页。

② [德]尤尔根·哈贝马斯：《交往行为理论：行为合理性与社会合理性》，曹卫东译，上海人民出版社2004年版，第106页。

③ 封利强：《司法证明机理：一个亟待开拓的研究领域》，载《法学研究》2012年第2期。

④ John Henry Wigmore, *The Principles of Judicial Proof*, William S. Hein & Co., Inc. Buffalo, New York, 2000, p.1.

⑤ 黄国昌：《美国陪审制度之规范与实证》，载《月旦法学杂志》2011年第7期。

⑥ 陈卫东、陆而启：《打开陪审团暗箱：事实认定的法庭结构理论分析》，载《江苏行政学院学报》2010年第5期。

⑦ Peter Tillers, David Schum, *Charting New Territory in Judicial Proof: Beyond Wigmore*, *Cardozo Law Review*, 1987, p.913.

⑧ [英]威廉·特文宁：《证据理论：边沁与威格莫尔》，吴洪淇、杜国栋译，中国人民大学出版社2015年版，第221页。

⑨ 参见马晓宇、杨蜜、李国平：《从有吸毒情节的贩毒人员住所查获毒品的认定》，载《人民司法》2016年第17期。

⑩ William Twining, *Theories of Evidence: Bentham and Wigmore*, Stanford University Press, 1985, p.121.

实。<sup>①</sup> 笔者运用叙事法援引该案例，并涵摄描述出符合犯罪要件的基本贩毒事实：

2014年5月12日22时许，被告人潘某在北京市东城区天桥商场门前，通过被告人高某向购毒人员梁某贩卖了甲基苯丙胺（以下以“冰毒”称）1包，重约5克，并由高某收取毒资1700元。后潘某安排高某再次购入毒品用于共同吸食。潘、高二人于2014年5月13日在二人的暂住地被民警抓获，其中潘某暂住地被起获冰毒0.1克，高某暂住地被起获冰毒6.12克。

上述基本事实的叙述在构成要件范围内展示了犯罪主体、贩毒时间、地点、查获毒品数目、毒资收取等情况，但因叙述的情节较为简单，陪审员仅能初步建立对事实的窥见洞视，却难以决断从潘、高二人住所查获毒品的是否应计入贩毒数量，而后的思量，则需要通过逻辑结构更为清晰的图式法加以完成。

## 2. 图式法：要件事实的逻辑整合

图式法主要表现为关键事项表(key-list)及图表(chart)的科学运用。“关键事项表”包含所有证据性事实及推论性事实，这些事实命题被以一定逻辑顺序整理编排，用以削弱或支持最终待证事实。“图表”则是描绘上述事实命题的逻辑关系，制图者通过列举最有说服力的论证来支持或反对最终结论，并建构一个连贯的结构以叙述对立的论证。<sup>②</sup> 首先我们将上述案情以更为详细的key-list阐明案发过程：

(1) E1：通话记录等证据 F1：潘某在东城区天桥商场门前临时回应梁某的购毒请求 G1：潘某产生贩毒故意。

(2) E2：潘某供述、安某证言等证据 F2：潘某临时从其毒品来源的上家安某处购入5克冰毒 G2：潘某为贩毒准备货源。

(3) E3：二被告人供述、通话记录等书证 F3：潘某安排高某向梁某送货 G3：高某产生贩毒合意。

(4) E4：二被告人供述、梁某证言 F4：高某送货完毕后，将收取的毒资1700元交予潘某 G4：潘某、高某共同实施了贩毒行为，且行为既遂。

(5) E5：二被告人供述、安某证言 F5：潘某收到1700元后，临时付给高某1600元让高某再行购入毒品用于共同吸食 G5：潘某、高某实施了毒资的处理行为，再次购毒。

(6) E6：现场检测报告、毒品成瘾认定书 F6：潘某、高某系吸毒人员，且吸毒成瘾严重。

<sup>①</sup> [英] 威廉·特文宁：《证据理论：边沁与威格莫尔》，吴洪淇、杜国栋译，中国人民大学出版社2015年版，第190页。

<sup>②</sup> Terence Anderson, David Schum, William Twining, Analysis of Evidence, Cambridge University Press, 2005, second edition, p.123.



(7) E7 :抓获经过、现场称重记录等证据 F7 :潘某暂住地被起获冰毒 0.1 克,高某暂住地被起获冰毒 6.12 克 G ? 暂住地查货的 6.22 克毒品是否应推定为二被告人贩卖毒品的总量?

(8) E8 :抓获经过、二被告人供述等证据 F8 :前 1-5 项的案发时间均集中在 2014 年 5 月 12 日 22 时许,第 7 项毒品缴获时间为 2014 年 5 月 13 日。

此份关于潘、高二人贩毒案的 key-list,包含了案件组成一系列证据性事实命题(E) 8 个推定性事实命题(F) 及 5 个要素性事实命题(G),其中 1 个推定性命题还待合议庭做出合理解释。该份 key-list 好似一列以时间为轴序的列车,每个车厢中都搭载了主要事实情节或推断,而时间维度本身就说明了一些事实发生与否的原因<sup>①</sup>。key-list 不仅清晰地展示了潘、高二人进行 5 克毒品的交易过程,还直观地引出了本案审理的焦点,即潘、高二人住处收缴的毒品是否应计入贩毒数量。基于审理焦点还涉及到运用心理学及一般经验对潘、高二人行为的合理解释,故下文待集中认定后再建构犯罪行为图表(chart)。

### (三) 证据矛盾聚焦与合理解释

威格莫尔认为,人类所有的知识都源于经验,经验为所有事件真相的信念形成提供了终结标准。面对事实认定的正反交叉口,与其陷入人为制造的各种证据规则寻求答案,不如依靠最广泛的一般理性、经验常识及心理反映等,去推进事实推导的自然心灵进程。

针对潘、高二人住处收缴的 6.22 克毒品是否应计入贩毒数量的问题,现有的关联性或可采性的证据规则无法提供任何指导,而《大连会议纪要》《武汉会议纪要》<sup>②</sup>也只是提供了事实认定完结时的裁判路径。本案中,合议庭以潘、高二人购入毒品的时间差、批次差,第二次购毒的临时起意及毒瘾人员心态探究等为关键因素,综合运用常理经验、心理推定及事件发展一般进程等知识,对潘、高二人的贩毒数目做出了慎重评价,最终将二人住处收缴的 6.22 克毒品排除在贩毒数目之外。

### (四) 案件事实构建的 IBE 模式

裁判事实的唯一性,要求裁判者对庭审中所呈现诸多事实版本择一选择或建构,这种最佳故事建构过程在实践中被称为最佳解释推理模式(Inference to the Best Explanation)。IBE 模式要求证明主体从已知结果出发来推导关联性解释,<sup>③</sup>并从众多相

<sup>①</sup> Peter Tillers ,David Schum ,Charting New Territory in Judicial Proof :Beyond Wigmore ,Cardozo Law Review ,1987 ,p.955。

<sup>②</sup> 根据《武汉会议纪要》的规定,贩毒人员被抓获后,对于其住所、车辆处查获的毒品,一般均认定为其贩卖的毒品;对有吸毒情节的贩毒人员,一般以其购买的毒品认定贩卖数量,确有证据证实购买部分并非用于贩卖的除外。

<sup>③</sup> Lipton.P. ,What Good is an Explanation? ,G.hon、S.S.Rakover :Explannation :Theoretical Approaches and Explanations ,2002 ,p.12。

关解释的开放性选择中找寻对案件事实唯一性、连贯性和完整性地最佳故事叙述。<sup>①</sup>

案件事实的建构在庭审中多以言辞形式存在。从某种意义上说，叙事就是修辞，“裁判凭藉判决修辞而获得形式正当性并能为公众接受。”<sup>②</sup> 陪审员在解释—推理—叙事的螺旋上升式的 IBE 机制中，<sup>③</sup> 进行了常情、常理与朴素正义等多维析辨，排除了“情怀”“贡献”“荣誉”等情感因素的不当干扰，完成了对证据资料、生活经验、逻辑推理、语法修辞、司法“前见”、常识习俗等隐形知识的“视域融合”。

根据 key-list 和事实认定的 IBE，我们终能以打破时空三维间距的逻辑图式去构建潘、高二二人贩卖毒品的案件事实。从图 2 可知，完整的图式法为陪审员提供了一份打破时空疆域的事实探秘地图。通过对逻辑学、心理学、一般经验、叙事修辞等多维知识的视阈融合，图式法将证据推理的多重姿态涵摄剪裁成规范要件的简明文图，而图式本身就是知识最完美的形态。<sup>④</sup>

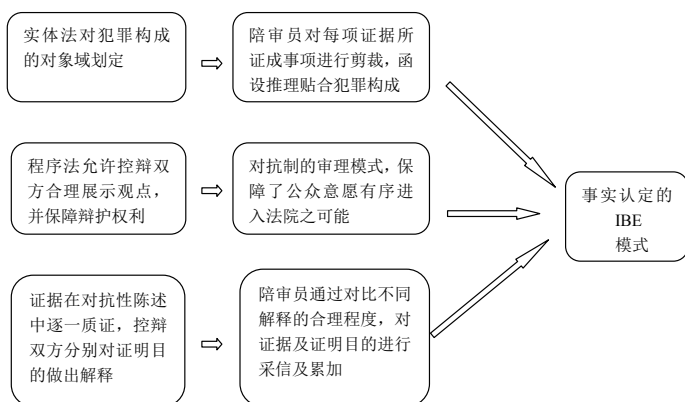


图 1 陪审员对事实认定的 IBE 模式

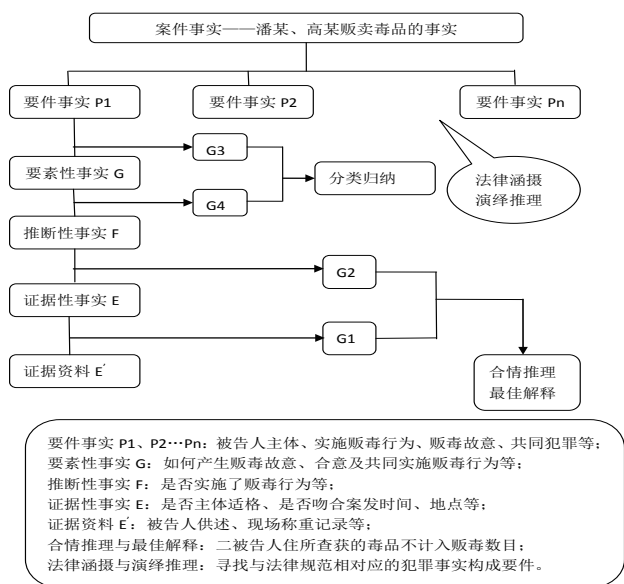


图 2 潘、高二二人贩卖毒品罪案件事实之认定图式

① Allan.R., The Best Explanation :Criteria for Theory Choice ,University of Chicago University of Chicago Law Review ,2009.

② 胡学军、涂书田：《司法裁判中的隐性知识论纲》，载《现代法学》2010年第5期。

③ [挪威]戴维·布德里特：《论解释的局限及理解之条件的解释学循环》，载拉尔森《社会科学理论与方法》，任晓等译，上海人民出版社2003年版，第61页。

④ Bruce L. Hay, Les Demoiselles D'Evanston :On the Aesthetics of the Wigmore Chart , Social Science Electronic Publishing , 2008 ,p211-224.



综上，威格莫尔的理论为陪审员事实认定之障碍突破开辟了一道直观而又形象的训练机制。或许即便是最为严谨的法官，威格莫尔的严密的图式推理也未必能见诸其文案记录，但其脑海中关于事实搭建的图式已默然形成，而这却是对陪审员知识完善的最严谨有效的路径选择。当然，陪审员知识素养的蕴涵提升，需要依靠其内在修为，以经验知识强化推理知识，以推理知识推展经验知识，并配以心理学、修辞学等语境知识，在生活的点滴磨练中不断萃取升华。

#### 四、制度的辅助：多维聚力的机制构建之设想

即使是最富经验的陪审员，以最合情理的语境知识去推断事实，都难以避免意识中潜在的惯性及偏见。因此，外部机制的辅助建构是防止陪审员事实认定无形偏离的重要保障。

##### （一）证据能力的庭前筛查

“证据是司法公正的基石。”<sup>①</sup>由于控辩双方会在证据资料的解释描述中加入品格、前科、动因等细节性评价，或通过其他变量对陪审员施加非直接影响，进而动摇陪审员的心理认知，甚至让陪审团的最终裁决变成了对被告人品格证据的操纵，而非对被告人行为的公正评价。<sup>②</sup>因此，在陪审员认定证据之前，必须对证据资格进行严格审查。相应的证据审查规则包括以下内容：

1. 证据资格审查。凡涉及陪审员参与审理的案件，所有证据资料必先经过证据资格的审查，合议庭可通过庭前会议等形式组织当事人进行证据交换及说明，并审查证据资格，与案件无关联的证据不得纳入庭审查。

2. 召集主体。庭前会议的主持人可由承办法官或审判长担任。陪审员不得参与庭前会议中证据资格审查部分，以防止其在庭前接触到证据实质内容，形成内心预判。

3. 审查主体。为保障庭前证据能力排查和庭审中证明力判定的主体分离，形式上的证据能力筛选可以交法官助理进行，对争议性较大或复杂的证据资格审查可交由承办法官或审判长认定。

##### （二）法律规范的初步释义

司法实践中，法官对陪审员法律问题适用的指导，往往被放置在事实认定之后，待到法官正式释义时，陪审员已对案件事实形成了一种多点互联的认知网络；而在对

<sup>①</sup> [英] 威廉·特文宁：《证据理论：边沁与威格莫尔》，吴洪淇、杜国栋译，中国人民大学出版社2015年版，第8页。

<sup>②</sup> Dam Simon, A Third View of the Black Box :Cognitive Coherence in Legal Decision Making ,University of Chicago Law Review , 2004 , p.514.



事实进行法律涵摄拼接过程中，陪审员又要将牢固成形的知识网撕裂，以完成与犯罪构成要件或法律关系的最佳投影，在此情况下，陪审员重构的案件事实未必比先前更优越。<sup>①</sup>专业的法官尚且需将目光来回流转于规范与事实之间，又何必对陪审员的事实构建进行阶段性的非难呢？

此时需要建立法律释明规则：一是法律规范释明。承办法官或审判长应在庭审前向陪审员通俗化介绍犯罪构成要件或民事请求权等规范含义，以减少陪审员在处理证据信息时的盲目性记忆，增强其对核心证据的合理关注。二是特别规定释明。诸如刑事责任转化、法律拟制等特别规定，承办法官或审判长应在庭前向陪审员特别说明，确保陪审员能理解特别规定之内核，以达对事实的精确定义。

### （三）案情述证的 IBE 模式

庭审实践中，民事案件当事人对证据罗列多带有随意性，而刑事案件控方的证据罗列，往往严格遵照物证、书证等证据种类的划分列举，从而增加了陪审员形成最佳案情叙述的难度。笔者建议控辩审三方结合剧场化的司法叙事要素（如主题（theme）、故事（story）、法理（theory）、情境（situation）、场景（scene）、效应（thelema）及剧情说明（scenario）等），打造故事叙述与事实构建的 IBE 模式。合议庭应引导当事人结合案件的自然发展顺序，以“故事构建”模式列举证据，并说明证据间的因果关系等。对叙事中的矛盾部分，当事人应向合议庭作出合理解释及论证。

## 五、体系的修正：罪刑体系与审判主体之契合

在刑事司法领域，不论事实认定抑或法律适用，都是围绕着犯罪构成体系而展开<sup>②</sup>，而案件的待证事实更是通过犯罪构成要件的形式表现。一国罪刑体系的建构只当真正契合于该国审判主体之实践特征时，才能最大限度地发挥刑法的价值与功效。

英美法系的陪审团模式绵延承继，除对群体智识的珍视与渴求外，其平面化的“双层次”体系也为陪审团的存续提供了强劲的技术支撑；同时在实体法的犯罪要素描述方面，英美法系往往提供了从“规范性”向“描述性”的技术过渡，特别是法官对陪审团指示中，犯罪要素往往表现为个案的、描述性的判断，陪审团的责任“非仅及于事实认定，还包括将认定之事实涵摄于法律之‘适用法律’在内。”<sup>③</sup>

德日法系的“三阶层”体系，亦是一种开放、递进、归类的证明模式，既保证了

<sup>①</sup> William L. Dwyer, *In the Hands of People: the Trial Jury's Origins, Triumphs, Troubles, and Future in American Democracy*, St. Martin's press, 2002, p170.

<sup>②</sup> 吴宏耀：《诉讼认识论纲——以司法裁判中的事实认定为中》，北京大学出版社 2008 年版，第 13 页。

<sup>③</sup> 张永宏：《论人民观审试行条例草案制度设计上的几个课题》，载《军法专刊》第 59 卷第 2 期。

对个体证据的单独审查，将犯罪概念具像化，又通过对个案要素和生活进程的归纳淬炼，将散落的证据碎片逻辑串联，完成了从事实类型到法律类型的过渡建构。在“三阶层”体系中，证据锁链形成于庭审之中，而非开庭之前，故证据间的疑点和矛盾更易被发觉，控辩审三方基于交互理性而达成最终事实认定<sup>①</sup>，是实质性证明的偶然所得，而非形式化庭审的预先设定。

反观我国平面耦合式“四要件”体系，虽以“事实特征”的形式“模拟”了犯罪事实的结构，为陪审员搭建了相对完整的叙事框架；但构成要件间所特有的闭合共生的依存关系，不仅捆绑了静态的罪刑评价，还束缚了动态的证明进程——囿于对要件概念的解释和提炼，陪审员对事实构建和知识生产总是朝向入罪的单一闭合形式，最终的结论也是“非黑即白”的判断，而不含“或多或少”之可能。

“四要件”体系的最大缺憾在于，事实的认定依赖于证据间相互印证的整体推导。证据锁链自侦查伊始即以整体形式传递之模式，不仅使审判机关向侦查机关让渡了部分审核证据、认定事实的权力，还让庭审演变成为对侦查结论的审核与确认。实践中“三家合作”的证明模式，忽视了正向信息在证明力射程之外的模糊边界，亦排除了反向信息聚合矛盾进而出罪的可能，不但使辩方难以通过个体证据击破耦合整体，也让裁判文书得以避重就轻的仅对证据锁链的完整性予以论证，而对证据间的矛盾疑点一笔带过。“四要件”看似严密的形式反使实质错误易于淹埋，故而难以约束刑罚权的正当行使。<sup>②</sup>

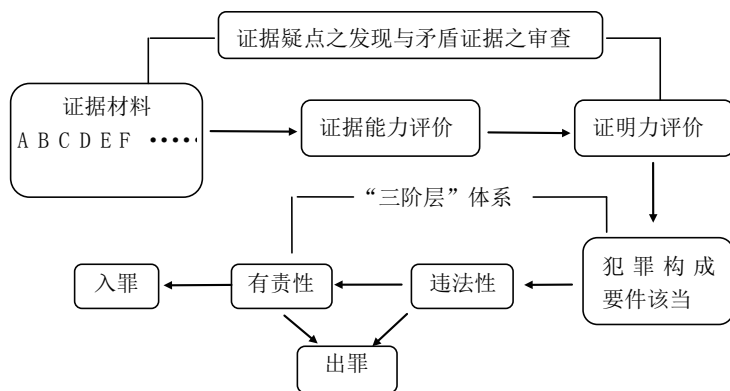


图3 IBE 模式下“三阶层”体系对罪刑的认定图

威格莫尔的“案件事实 IBE 模式”，不仅结合了对证据的经验常识判断，还遵循了故事建构的方式及知识，通过以证据建构故事、故事解释证据的双向互动，实现故

① 封利强：《司法证明过程论——以系统科学为视角》，法律出版社 2012 年版，第 48 页。

② 陈兴良：《刑法的知识转型（学术史）》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 103-108 页。

事模型与裁判类型之契合。<sup>①</sup>IBE 模式作为事实认定的通律，横跨了英美、日德两大法系之间峡谷差异，其方法之精义也应纳入我国陪审员对事实认定的司法证明过程。

同时，为弥补“四要件”体系对事实认定的单向闭合与法律适用的粗泛笼统，笔者建议将德日犯罪阶层中对犯罪事实不法性和有责性的判断吸纳至我国现有的罪刑体系中，在对事实认定的步骤方面，先进行“立证不法”的罪体核定，再进行“阻却不法”的责任排查。同时还应创建法官对陪审员认定的事实进行回应的阶段，即审查“罪体”是否存在，是否属于“刑法上有意义的行为”，并通过法官对“罪体”审查完成对被告人和犯罪人的同一性补强。<sup>②</sup>

“裁判之品质与判决之正确性息息相关。”<sup>③</sup>将我国现行的罪行体系改造成要素描述性罗列的“事实面”，再融以德日法系阶层体系的“规范面”，能够有力推进陪审员事实审改革的顺利实施。

### 结语：打破事实认定之障碍

陪审员参与司法决策的过程，是群体智识认定事实、验证真理的过程。借助于威格莫尔的证明机理的逻辑、心理、经验、修辞等多维视角，辅以外力制度构建和罪刑体系修正，我们可以帮助这群平民英雄打破其事实认定的障碍，令其以平凡却又广博的智识视域，去分析剥离证据的重重迷雾，探求法律事实的 IBE 图式建构，从而真正实现陪审制度对公平正义之推动和为民司法之愿景。

（责任编辑：王文斌）

<sup>①</sup> Richard Lempert, Telling Tales in Court: Trial Procedure and the Story Model, Cardozo Law Review, 1991, p559.

<sup>②</sup> 党建军、杨立新《死刑案件适用补强证据规则若干理论问题研究》载《政法论坛》2011年第5期。

<sup>③</sup> 何赖杰：《从德国参审制谈司法院人民观审制》，载《台大法学论丛》2012年第41卷特刊。



# 民事侵权纠纷的若干热点问题

王永起\*

**内容摘要** 民事侵权赔偿纠纷在所有民商事纠纷中,是法理密集程度最高的一类案件,理论艰深、逻辑复杂、法律严密,特别是侵权案件涉及无法财产化、市场化的人身权益保护,很难像对待合同法领域的法律问题一般,依据纯粹经济规律自如地设定规则,司法实务处理中必须纳入诸多价值考量,方能产生符合社会公平正义观念的法律公共产品。随着经济社会发展相伴而生的各种风险因素剧增,相应地民事侵权纠纷出现了许多新情况新问题,其中许多问题在立法层面处于真空地带,有些问题在法律的理解与适用上不一致,如《侵权责任法》规定的补充责任问题、共享经济下网约车运行中的侵权问题以及情谊行为中出现的损害问题等等。基于司法实务中存在的热点问题,结合侵权责任法理,提出处理原则,以为更好地处理该领域中的司法实务问题提供可供参考的思路和对策。

**关键词** 民事侵权 热点问题 侵权责任 法律适用

中图分类号:DF522 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)02-026-041

按照传统民法理论,侵权损害赔偿所生之债是债的发生根据之一,但侵权之债与合同之债的最大区别在于其是法定之债,不论立法还是司法必须贯彻公平公正等自然法理念,而且侵权法涉及无法财产化、市场化的人身权益,很难像合同法一般,依据纯粹经济规律自如地设定规则,司法案件处理中必须纳入诸多价值考量。随着社会的发展,从近代侵权法到现代侵权法的演进过程中,逐渐出现了侵权法蓬勃发展趋势,同时在市场经济日益发展的时下,合同法的发展趋势日益凸显,特别是随着责任保险制度的建立和社会保障制度的完善,给侵权责任法带来强烈冲击,使得合同法、物权法等民事基本法与侵权法的边界呈现模糊化趋势。司法实务中,侵权法与合同法

\* 王永起,山东省高级人民法院二级高级法官,审判监督一庭庭长,山东大学、山东师范大学兼职教授。

的深度融合、侵权责任和合同责任的相互交织、动态静态的时空转换等都给侵权损害赔偿纠纷的处理提出极大挑战。

## 一、《侵权责任法》规定的补充责任的理解与适用问题

《侵权责任法》试行之前，我国民事立法对侵权补充责任未置明文规定，最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第6条、第7条对安全保障义务人侵权责任以及教育机构侵权责任涉及到第三人侵权时的补充责任做出了明确具体的规定，从而弥补了立法层面的不足。尽管司法解释对侵权补充责任的规定填补了立法的空白，具有重要的理论价值和实践意义，但补充责任在实务操作中却是困难重重，各地法院和法官对补充责任的理解和适用大相径庭。《侵权责任法》第一次在立法层面规定了侵权补充责任，即第34条规定了劳务派遣单位的补充责任；第37条规定了未尽安全保障义务人的补充责任；第40条规定了教育机构的补充责任。传统民法理论认为数人之债分为连带之债和按份之债，数人共同侵权产生连带之债，数人分别侵权产生按份之债，特殊侵权产生替代责任，责任竞合产生不真正连带责任。补充责任作为《侵权责任法》规定的一种新的责任形式，不仅破坏了数人之债的逻辑结构，而且打破了数人侵权理论的平衡，从而引起学界的批评和质疑。补充侵权责任在司法实务中如何理解与适用尚存有较大分歧。一般理解补充责任与受害人承担的直接侵权责任相比应存在先后的顺位，受害人的损害赔偿请求权在行使上也存在先后顺序，即受害人应首先向直接侵权人请求承担损害赔偿责任，只有直接侵权人不能确定或者直接侵权人没有足够的赔偿能力时，才可以向补充责任人请求赔偿，但实务中，受害人并非按照上述顺位行使损害赔偿请求权，多数情况下而是将直接责任人和补充责任人同时起诉，请求责任人共同承担赔偿责任。在受害人同时起诉直接责任人和补充责任人的情形下，如果补充责任人也存有过失，是否同时与直接责任人承担与过失相应的赔偿责任，就成为司法实务中争议较大的问题。

### （一）侵权补充责任的法律性质

侵权法上的补充责任，是指两个以上的行为人违反法定义务，对一个被侵权人实施侵害行为，或者不同的行为人基于不同的行为而致使被侵权人的权利受到同一损害，各个行为人产生同一内容的侵权责任，侵权受害人享有的数个请求权有顺序的区别，首先行使顺序在先的请求权，该请求权不能实现或者不能完全实现时，再行使其他请



求权的侵权责任形态。<sup>①</sup>如储户在办理银行存款中,遭到第三人抢劫,银行工作人员没有及时采取防范和制止措施,致使储户的人身和财产受到损害。此案中第三人是直接实施侵权行为的责任人,而银行是负有对储户安全保障的义务人,在侵权责任承担上,第三人系直接责任人,而银行作为未尽安全保障义务人系补充责任人,两种责任存在先后的顺序。

关于侵权补充责任的法律性质,学界认识亦是见仁见智,不同学者对此有不同的解读,概言之有连带责任、按份责任、替代责任和不真正连带责任等几种学说。有观点认为,从责任类型或者责任形态看,补充责任是在不真正连带责任基础上分离出来的一种完全独立的新型责任形态,在责任体系的逻辑结构中,这种责任形态应当归属为连带责任,属于连带责任家族中的新成员。<sup>②</sup>但多数学者认为,直接责任人与补充责任人之间不是连带责任。有观点认为,第三人与安全保障义务人之间负担的是不真正连带责任。<sup>③</sup>但就其两种责任的性质而言,侵权补充责任与不真正连带责任之间具有明显的区别:不真正连带的各责任人之间是无连带的平行并列关系,赔偿权利人可以选择责任人来主张权利,而补充责任中的责任人与直接侵权责任人之间不是并列平行关系,而是具有顺位上的前后关系,受害人不享有选择的权利,只有在直接侵权人无法确定或者其没有赔偿能力的前提下,才能向补充责任人主张权利。此外,在因果关系上,直接侵权人的侵害行为是造成受害人损害结果的直接原因,两者之间具有因果关系,因而直接侵权人属于终局责任人,<sup>④</sup>而补充责任人只是由于不作为而致使受害人遭受损害,这种不作为与损害结果之间没有直接的因果关系,而不真正连带责任则不同,责任人的行为与损害结果之间均有因果关系。从司法实践中来看,对于补充责任人承担的责任一般是根据其过错程度判决其承担相应的责任,除非直接责任人下落不明,或者难以确定,即使权利人同时起诉直接责任人和补充责任人的,一般不会判决两者之间承担连带责任。总之,将侵权补充责任定性为连带责任和不真正连带责任,既与《侵权责任法》的立法原意不符,也与司法实务中的主流做法不符,因而笔者更倾向于将补充侵权责任定性为一种独立的侵权责任形态。

## (二) 侵权补充责任的认定和赔偿范围问题

安全保障义务人承担补充责任的前提是不能确定谁是直接侵权人或者直接侵权人没有全部赔偿能力,如果直接责任人有能力承担全部赔偿责任,则补充责任人无需承担补充责任。依据《侵权责任法》和最高人民法院相关司法解释的规定,认定补充责

<sup>①</sup> 杨立新:《中华人民共和国侵权责任法》条文释解与司法适用,人民法院出版社2010年版,第237页。

<sup>②</sup> 孙华璞:《关于补充责任问题的思考》,载《人民司法》2018年第1期。

<sup>③</sup> 王利明主编:《中华人民共和国侵权责任法释义》,中国法制出版社2010年版,第167页。

<sup>④</sup> 王利明:《侵权责任法研究(上)》,中国人民大学出版社2010年版,第584页。

任应当具备下列要件：一是补充责任人须具有过错，从最高人民法院司法解释和《侵权责任法》相关条文的内容解读，补充责任实行的是过错责任的归责原则，且这种过错一般表现为过失，而非故意；补充责任人侵权行为的表现形式系不作为，即补充责任人主要是基于其行为违反了法定义务、合同义务或者其他特定的义务；补充责任人的行为没有造成直接损害后果，但其不作为是损害后果发生的原因；在因果关系的判断上，补充责任一般采用相当因果关系作为法理依据。

在不能确定直接责任人或者直接责任人无力承担全部赔偿责任的情况下，是否意味着补充责任人要承担全部赔偿责任呢？依据《侵权责任法》第37条和司法解释第6条的规定，补充责任人承担的是“相应”责任，这涉及到对可预见规则及过错原则的适用问题。在直接侵权人不能确定或者没有赔偿能力的前提下，安全保障义务人承担的补充赔偿责任应当以其具有过错为归责原则，且在其可预见的范围内承担赔偿责任，即《侵权责任法》和司法解释规定的在安全保障义务人能够防止或者制止损害的范围内承担补充赔偿责任。由此可见，即使由补充责任人独立承担责任，亦并非全部赔偿责任。至于承担赔偿责任份额的比例应结合责任人的过错程度、行为原因力、自身获益情况、受害人过错等因素综合考虑，学者提出了“最终责任分担论”<sup>①</sup>“不真正连带债务的份额化处理”<sup>②</sup>等理论，提出在法律无明文规定的情况下，以比例分担为原则，平均分担为补充。

### （三）侵权补充责任的裁判方法

在补充责任人承担补充责任的情形下，《侵权责任法》和司法解释赋予权利人两个请求权，但就直接侵权责任和补充侵权责任之间的关系而言，权利人应先起诉请求直接责任人承担损害赔偿赔偿责任，只有直接责任人下落不明或者没有能力赔偿的情形下，权利人才可以起诉补充责任人请求其承担责任。这应当是权利人寻求诉讼救济的基本顺位，但如前所述，司法实务中受权利人极少单独起诉直接责任人或者补充责任人，而是同时起诉直接责任人和补充责任人请求其承担责任，即两个请求权同时行使，在此情形下，法院一般都是进行一并或者合并审理，依照最高人民法院人身损害赔偿案件司法解释第6条的规定，补充责任人可以列为共同被告或者第三人。司法实务中经常遇到的问题是权利人通常直接起诉补充责任人，而不起诉直接责任人，如果直接责任人是确定的，此时法院应通知直接责任人参加诉讼。具体处理时，法院经审理查明直接责任人具有完全的赔偿能力，可以实现对权利人的权利救济，此时补充责任

<sup>①</sup> 王竹：《侵权责任分担论—侵权损害赔偿责任人分担的一般理论》，中国人民大学出版社2009年版。

<sup>②</sup> 玄玉宝：《违约赔偿责任的构成及不真正连带责任的份额化处理》，载《人民司法·案例》2011年第2期。



人无需再承担补充赔偿责任；若经查明直接责任人没有赔偿能力或者赔偿能力不足，则依据补充责任人的过错承担相应赔偿责任。补充责任人对于侵害结果具有过错，应根据其过错承担一定比例的赔偿责任，其他赔偿责任由直接责任人承担，但若受害人或者直接责任人没有提供证据证明补充责任人具有过错，则补充责任人无需承担赔偿责任。

## 二、网约车经营模式下发生交通事故的责任主体问题

网约车是互联网时代涌现出的交通运输新业态，是共享经济的产物。网约车在为社会公众提供便捷高效出行服务的同时，因道路交通事故、运输合同等诉由产生的新类型纠纷案件亦应运而生，但因目前我国调整网约车所产生的法律关系的法律法规缺位，对司法实务中遇到的网约车平台经营企业与网约车司机之间的关系、运输合同关系、发生交通事故后的责任主体等问题，均缺乏统一明确的认知和裁判标准，各地法院审理类案的裁判意见也是见仁见智。本文仅就网约车发生的道路交通事故责任主体问题进行分析。

### （一）网约车运营模式及网约车司机与平台企业之间的关系

网约车经营模式是指乘客通过网络平台预约快车、专车、顺风车、出租车等出租汽车，由在网络平台注册的机动车向乘客提供出行服务。目前市面上比较流行的网约出租汽车主要有出租车、顺风车、快车、专车等四种，对应的运营模式也不尽相同。从广义上讲，只要是通过网络预约的出租汽车都是网约车，但上述四种常见的出租汽车在我国现行出租汽车政策层面是有区别的。2016年7月16日国务院办公厅发布的《关于深化改革推进出租汽车行业健康发展的指导意见》（下称《指导意见》）将我国出租汽车行业的子业态主要划分为巡游车业态和网约车业态，同时对顺风车作了原则规定。巡游车是指传统的出租车，传统客运服务方式主要是扬手招车、预约订车与站点租乘。近年来通过网络平台呼叫出租车与传统预约订车没有本质不同。网约车是与网络平台联系最为紧密的出租汽车业态，按照国务院办公厅的上述《指导意见》和2016年交通运输部发布的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》（下称《暂行办法》）的规定，商业实践中的专车、快车等出租汽车属于法律上的网约车，同时依据《暂行办法》的第16条的规定，网约车的实际承运人是网络平台。依据《指导意见》第10条的规定，顺风车，也称拼车，是由合乘服务提供者事先发布出行信息，出行路线相同的人选择乘坐合乘服务提供者的小客车、分摊部分出行成本或免费互助的共享出行方式。该《指导意见》将顺风车车主定位为合乘服务提供者，即顺风车业务中的承运人为顺风车车主。



在网约车新业态下，道路交通事故责任主体的界定与网约车的运营模式以及网约车司机与网络平台企业之间的关系息息相关，不同的运营模式直接决定了机动车的控制运行和运行利益的归属。大致可分：一是信息技术服务模式，主要见于出租车服务供应商与网约车平台企业之间，平台仅为出租车服务供应商与乘客之间提供信息和技术支持，协助出租车服务商和乘客之间达成运输服务协议；二是网络平台自营模式，即网络平台企业提供自有机动车辆，自行招聘驾驶员或者由专业劳务公司提供驾驶员进行运营，此种模式类似于机动车租赁公司经营模式；三是私家车模式，即私家车主通过注册加入网约车平台，由网络平台为注册的网约车提供服务信息，网约车一般为非专业运营车辆，机动车所有权人为车主，驾驶人一般也为车主本人。这是目前网约车行业普遍采用的模式，滴滴出行平台提供的快车、专车、顺风车等属于这种运营模式。

对于网约车与网络平台企业之间的关系，是实践中处理网约车交通事故责任认定的关键，实务中对两者之间的关系可谓众说纷纭，有的认为是劳动关系或者劳务关系，有的认为是居间关系等。在互联网的共享经济时代，对于网络平台与网约车之间的关系，如果囿于立法规定的传统法律关系的构成要件和认定标准，恐怕很难找寻一个完全对应的法律关系样式，不论劳动关系、劳务关系还是居间关系都难以按照现行《合同法》《劳动法》的相关规定进行界定，司法实务中不少网约车司机，以及网约车交通事故的受害人起诉时均主张网络平台与网约车司机之间是劳动关系或者劳务关系，网络平台企业应当承担交通事故责任，但得到法院支持的非常鲜见，主要原因恐怕在于许多法官仍然固守传统劳动关系或者劳务关系认定标准的思维定势。

网约车司机与网络平台之间的关系直接受制于网约车经营模式，这里仅以目前市面上普遍采用的私家车车主运营模式，即滴滴平台为例，都难以以劳动关系、劳务关系或者居间关系来一概界定双方之间的法律关系性质。笔者认为，对于网络平台经营者与相关从业人员之间的法律关系性质，若双方间签订了书面劳动合同或者其他合同中包含劳动权利义务内容的，可以从其约定认定劳动用工关系；若双方签订的合同系承包合同、经营合同、投资合同等，表明双方间建立的是风险共担、利益共享的利益分配关系，不应认定为双方间系劳动用工关系，而是网络平台经营者与私家车车主为了各自的利益而形成的合作关系，拟或挂靠经营关系，也就是说私家车车主以平台企业的名义，驾驶自己所有的车辆从事网约车经营，平台企业按照每单比例或者定期方式提取一定的服务费用。如滴滴平台企业与运营车主签订的协议名称为专快车服务合作协议，可见双方之间建立法律关系的本意是合作关系，而非劳动关系、劳务关系或者居间关系。

## （二）网约车运营中发生交通事故的责任主体问题

在网约车经营模式下，出行平台将乘客出行的信息传达给注册的机动车车主，而



机动车车主是运送乘客的实际承运人，在网约车运营过程中如果发生道路交通事故，机动车车主作为实际承运人和交通事故肇事人应承担道路交通事故的损害赔偿责任自不待言，但网约车经营模式下发生的交通事故，道路交通事故受害人往往将网络平台运营商与实际承运人一同诉请。以常见的滴滴网络平台为例，中国裁判文书网公开的类案裁判文书显示，此种情形下发生的交通事故责任纠纷，受害人一般起诉的交通事故责任主体是北京小桔科技有限公司、滴滴出行科技有限公司、北京远达无限科技有限公司，其中北京小桔科技有限公司是滴滴出行APP的设计者和开发者，滴滴出行科技有限公司是滴滴出行平台中快车、专车等网约车项目的运营主体，北京远达无限科技有限公司则是顺风车项目的运营主体。

对于网络平台的运营商应否承担道路交通事故的赔偿责任，目前各地法院的判例显示很不统一。笔者查询了中国裁判文书网公开的裁判文书，有的裁判滴滴网络平台运营商承担网约车的道路交通事故责任，而多数裁判认定滴滴出行平台的运营商无需承担赔偿责任，特别涉及顺风车发生的交通事故判决平台承担责任的更少。认定滴滴出行平台运营商无需担责的裁判理由主要是运营商不是实际承运人，机动车车主与平台属于合作关系，机动车车主自愿注册、自由接单，双方不存在控制和支配关系，平台只是为注册的网约机动车与乘客提供居间服务，且公安交通管理部门出具的交通事故认定书一般不会涉及滴滴平台运营商的事故责任，运营商对道路交通事故的发生没有过错。认定滴滴出行平台运营商担责的主要理由是滴滴出行平台收取机动车车主一定比例的服务费，从机动车运营中获得一定的运行收益；滴滴平台虽不控制和支配机动车，但对签约的机动车辆负有审查管理义务；乘客通过滴滴软件预约车辆，内心所信赖的是滴滴出行平台；滴滴司机在发生事故时，是执行滴滴出行平台发送的约车任务，该用车服务合同是乘客与滴滴出行公司达成的，并由该网约平台签约车主执行。此外交通运输部发布的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第16条也规定，网约车平台公司承担承运人责任，应当保证运营安全，保障乘客合法权益。即使判决滴滴平台公司承担责任，也是承担一定比例的责任，判令平台全部承担责任的比较少。

网约车服务作为一种互联网共享经济的产物，由此发生的道路交通事故责任如何处理尚缺乏明确法律依据，司法实务中应当依据网络预约出租汽车的不同业态及不同的运营模式确定道路交通事故的责任。对于传统出租汽车，尽管互联网条件下，客运服务方式发生了变化，但经营模式没有发生本质改变，应当依照《侵权责任法》关于机动车租赁情形下发生交通事故的处理原则确定交通事故责任。对于快车、专车等网约车，多数采取的是私家车经营模式，发生交通事故后，除机动车驾驶人应承担相应责任外，依据《侵权责任法》的基本原理，负责网约车运营的网络平台企业在网约车运营中获得一定的运行收益，且对注册或者签约的机动车负有选任监督管理之责，

判令其承担一定的赔偿责任对于网约车的健康发展是有利的，至于网约车驾驶人与网络平台公司之间承担何种责任，笔者倾向于因网约车发生交通事故的，在交通管理部门认定事故责任的基础上，由网络平台企业与私家车车主对交通事故受害人承担连带赔偿责任，既有利于保障受害人的利益，也有助于促进和推动网约车行业的健康有序发展。至于双方之间的关系则按照双方之间的合约进行处理。对于乘客在搭乘顺风车中发生交通事故的，因顺风车驾驶人系搭乘服务提供者和实际承运人，因顺风车产生的交通事故责任自然应由顺风车驾驶人承担，而网络平台企业是否承担责任，司法实务中争议较大，因顺风车车主与网络平台企业间不存在劳动用工关系，也不存在居间关系，仅是向顺风车车主提供信息技术服务，故司法实务中极少有案例判决网络平台企业承担责任。有观点认为，在顺风车预约业务中，尽管网络平台企业不是实际承运人，但网络平台组织了顺风车业务活动，也是交通事故危险源的启动者，乘客也是出于对网络平台的信任才选择乘坐顺风车，且顺风车车主一般是以营利为目的，因此，网络平台企业应当尽到相应的安全保障义务，应参照《侵权责任法》第37条的规定确定网络平台企业的交通事故责任，即补充赔偿责任。笔者认为，在顺风车业务中，网络平台企业是否承担责任，应当按照收益与风险一致的原则，根据网络平台公司的过错加以认定，若顺风车在注册时，网络平台公司没有对顺风车尽到适驾性审查、驾驶人适格性审查等注意义务，且在顺风车业务中有收益的，对其课以相应的补充赔偿责任是妥当的。

### 三、损伤参与度在人身损害赔偿案件中的适用问题

损伤参与度实际上是一部分比例因果关系，是日本学者最早提出的一种概念，即事故寄与度，我国医学界一般采用“损伤参与度”的概念。所谓损伤参与度一般是指在侵害人对受害人所致损害与受害人自身特殊原因共同存在的损害赔偿争议中，诸因素共同作用导致相应的损害后果，其中侵权损害行为在受害人损害后果所起作用的定量分割（或者因果比例关系）。参与度是一个技术上的概念，体现的是事实因果关系的关联程度。

在世界其他国家的立法例中，损害参与度主要适用于医疗损害赔偿责任中，其他类型的侵权损害赔偿责任一般不适用损害参与度的概念。但我国的司法实践中，损害参与度出现了扩张或放大适用的趋势，不仅法院裁判案件中出现了损害参与度的概念，而且一般侵权损害责任的专业司法鉴定意见中也经常出现损害参与度的结论。一般侵权损害赔偿案件中，构成侵权责任的因果关系较为明显，但一些特殊侵权案件中，因多种原因或者条件共同造成损害后果时，运用损害参与度有助于确定侵害人和受害人



在侵权损害责任中的比例，因而给损害参与度的适用保留了必要的空间。目前司法实践中对于一般人身损害赔偿纠纷案件中是否适用损伤参与度确定侵害人和受害人的过错程度及因果关系比例，存在不同观点：一种观点认为，不论何种类型的侵权损害赔偿案件，受害人所受的损失程度均可以参照损伤参与度予以认定；第二种观点认为，与受害人自身体质和疾病有关的费用，如伤残赔偿金、医疗费等可以考虑适用损伤参与度；第三种观点认为除医疗损害赔偿责任外，一般人身损害赔偿不宜适用损伤参与度，即损害参与度不宜放大适用范围。

笔者赞同第三种观点。主要理由是：损害参与度不能等同于一般侵权损害赔偿责任中受害人的过错程度和原因力，一般侵权责任中受害人的过错程度和原因力主要从其主观视角进行评价，即受害人在侵权责任中是否具有故意或者重大过失，而损害参与度所反映的是受害人的特殊体质对损害后果的形成所产生的影响，这种特殊体质对受害人而言是客观存在的事实，一般侵权损害赔偿中，受害人自身的特殊体质不能代表其具有过错，并不具有归责性，因而不宜适用损伤参与度。最高人民法院发布的指导案例第六批第24号案例认为，交通事故的受害人没有过错，其体质状况对损害后果的影响不属于减轻侵权人侵权责任的法定情形，由此确定了受害人特殊体质不适用因果关系的规则。换言之，不能因受害人具有这种特殊体质而减轻或者免除侵害人应负的侵权责任，但医疗损害责任作为一种特殊侵权责任形态属于例外情形，因为，在医疗损害赔偿责任中，患者的个体特质对损害后果的影响比较大，甚至影响病症特征和治疗效果，因而适用损伤参与度具有重要价值，因此，损害参与度的适用不宜无限扩张或者放大范围。

实务中值得注意的问题是医疗损害鉴定意见通常明确医疗过错、受害人自身体质，及其他因素在医疗损害中的参与度占比，鉴定机构对医疗损害参与度的结论仅仅是法院确定医疗过错程度大小的证据，并非各方当事人承担医疗损害赔偿责任的依据，医疗损害的赔偿责任比例需要法院根据各方当事人的举证，结合医疗机构的过错程度、患者病情的紧急程度、患者个体差异、当地医疗水平等因素综合加以判定。

#### 四、医疗机构侵害患者知情同意权的责任问题

《侵权责任法》第55条明确规定了患者依法享有知情同意权，医疗机构和医务人员原则上应当依法尊重患者的知情权和自主决定权，负有向患者告知诊疗信息的义务。法律创设医疗机构告知义务，是因为医疗行为具有服务合同的属性，且具有损害性的医疗行为应当具有正当性基础。医疗机构违反告知义务，侵害患者的知情权、自我决定权等民事权利并造成人身及其他合法权益损害的，应当承担损害赔偿责任。医疗机

构应当告知的内容主要是对患者做出选择具有决定性影响的信息，包括医疗机构的医疗水平、设备、技术状况等；患者病情以及医疗机构的检查、诊断方案等；检查、诊断结果等。目前，医疗机构普遍采用格式条款的告知形式，如果医疗机构未对格式条款的内容做出详尽说明，即使患者或者其亲属签字，仍做出不利于医疗机构方面的解释，推定医疗行为存在过错。但实践中，由于患者病情的不同，医务人员在履行告知义务可能会对患者隐瞒部分诊疗信息的特权，限制患者的知情同意权，这在学界被称为保护性医疗制度，它是基于价值位阶原则，即生命权高于其他任何一切权利，在此情形下可以向患者的近亲属履行告知义务，即允许患者近亲属代为行使知情同意权，这是医疗实践中的普遍做法，因此，认定医疗机构侵害患者知情同意权和未履行告知义务造成的医疗损害责任，需要灵活对待，不必苛求过于严格。最高人民法院《关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第5条对医疗机构侵害患者及其近亲属知情同意权的医疗损害责任的举证责任分配问题作了明确，患者依据《侵权责任法》第55条的规定请求医疗机构承担赔偿责任的，应当提供其与医疗机构存在医患关系、以及因侵害知情同意权受到损害的证据。实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医疗机构应当承担说明义务并取得患者或者其近亲属书面同意，但具有《侵权责任法》第56条规定的情形外，若医疗机构提交患者或者其近亲属书面同意证据的，应认定医疗机构尽到说明义务。在比较法上，在法国医疗机构违反告知义务侵害患者身体自我决定权的侵权行为属于医疗伦理侵权责任，我国民法学界部分学者亦持相同观点，如梁慧星教授认为，医疗机构侵害患者知情同意权造成损害责任属于医疗伦理侵权责任。《侵权责任法》第55条规定了医务人员违反告知义务要承担责任，因告知义务属于职务义务的一种，最终的损害责任由医疗机构承担，在举证责任分配上一般适用过错推定规则。

对于医疗机构或者医务人员违反告知义务，侵害患者知情同意权的具体损害赔偿范围，学界存在不同的观点：一种观点认为，医疗机构违反告知义务侵害的并非患者的身体权，而是患者独立于身体权之外的知情同意权，属于一般人格权范畴，对此可以进行精神损害赔偿。<sup>①</sup>另一种观点认为，医疗机构违反告知义务所造成的患者的全部赔偿都属于损害赔偿的范围，不但包括传统的身体和健康侵害所产生的人身损害，还包括身体自我决定权损害，可以获得财产损害赔偿和精神损害赔偿。<sup>②</sup>一般认为，医疗机构侵害患者的知情同意权损害的是患者的身体自我决定权，而该权利并非独立的人格权。身体权作为具体的人格权，包括身体的自我决定权和身体完整权，侵害了

① 王竹：《解释论视野下的侵害患者知情同意权侵权责任》，载《法学》2011年第11期。

② 夏芸：《医疗事故赔偿法—来自日本法的启示》，法律出版社2007年版，第489页。



患者的身体自我决定权，实质就是侵害了患者的身体权，其具体损害赔偿的范围自然不应限于精神损害赔偿。医疗损害后果可以分为现实权益损害和期待利益损害，因诊疗行为过失和医疗产品产生的损害一般表现为现实权益损害，即直接导致患者产生人身损害和精神损害，而医疗机构未履行告知义务产生的损害是期待利益的损害，主要表现为患者因此丧失治疗的最佳时机（包括存活几率）、最佳治疗方案，丧失了可预见的利益。1988年我国台湾地区的判决书即认为患者丧失生命存活的机会导致的损害，受害人及其近亲属有权请求损害赔偿。但是，医疗机构违反法律规定侵害患者的知情同意权，给患者造成损害，毕竟不是医疗机构的医疗行为过错造成的，损害后果与医疗行为间也不具有因果关系，且医疗机构未向患者履行告知义务，多数情况下是为了保护患者的需要，若对医疗机构课以过重的赔偿责任显然是不公平的，缺乏合理性正当性基础。最高人民法院《关于审理医疗损害责任纠纷案件适用法律若干问题的解释》第17条明确规定，医务人员违反《侵权责任法》第55条第1款规定义务，但未造成患者人身损害，患者请求医疗机构承担损害赔偿责任的，不予支持。因而对医疗机构或者医务人员侵害患者知情同意权的损害，司法实务中多倾向于适用公平原则，由医疗机构对患者或者其近亲属给予适当的经济补偿或者赔偿。

## 五、情谊或施惠行为中产生的损害责任的认定和处理

所谓情谊，顾名思义是指人与人在社会交往中产生的相互关切、爱护的情感。按照马克思主义理论的基本观点，人是各种社会关系的总和，在现实生活中任何人都需要进行社会交往，既需要别人的帮助和支持，也要帮助他人，人只有在社会交往中互助互爱才能促进社会关系和谐，因此，情感在人际关系中是非常重要的沟通联系纽带。所谓情谊行为，亦称好意施惠行为，通俗而言是指在现实生活中人们互相关爱、为了增进感情在日常生活中产生的社会交往行为，如相约喝酒吃饭、相邀结伴自助游等。按照德国学者的解释，所谓情谊行为，是指缺少行为人使法律后果产生的意思表示、没有相关的法律规定、法律层面之外的行为。<sup>①</sup>德国民法通说认为，情谊行为被界定为社交领域的一种生活事实，情谊行为的当事人不受法律的拘束和规制，也不产生合同上的给付义务，情谊行为的施惠者也不因不履行自己的承诺而承担相应的违约损害赔偿赔偿责任，总之，情谊行为是法律层面之外的日常生活事实，纯属社会生活层面的交往行为，不受法律调整，不是一种具有意思表示的民事法律行为，也不会产生私法上的效果。对于情谊行为的法律性质，传统民法理论认为，情谊行为不是法律行为，没

<sup>①</sup> [德] 迪特尔·梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出版社2001年版，第150页。

有意思表示中的效果意思，也不以追求私法上的效果为目的，仅仅是好意施惠，它追求是道德层面上发生的效果，以建立维持或者增进与他人相互关切爱护为目的。但随着时代的发展，人们社会交往活动的增多，情谊或者施惠行为中产生的损害也屡见不鲜，如共同饮酒致人死亡，其他饮酒人承担侵权责任的情形得到法院支持的不增多，且逐渐为社会公众所接受，如此一来，情谊行为与法律行为的界限就变得十分模糊。法律和道德都是人们应当遵循的行为准则，本来两者之间的边界就非常模糊，立法中的很多倡导性条款本身就是道德法律化的结果，再加之社会生活变动不居，导致本不应法律干预的道德领域中的争议逐渐纳入司法调整的范围，但情谊行为毕竟属于法律射程的边缘地带，司法审判中处理类似争议如何适用法律，如何找寻裁判依据，实务中殊难判断，且易生歧义，不同法官的理解认识大相径庭，各地法院的做法也是各行其是，这一点尤其在婚姻家庭案件、侵权损害赔偿案件中体现的更为凸显，如共同饮酒产生的损害赔偿案件，实践中驳回受害人诉讼请求的有之、判决共同饮酒者构成侵权承担赔偿责任的有之，基于公平原则判决共同饮酒者酌情给予适当补偿的有之，缺乏统一的裁判标准。现实生活中情谊行为类型繁多，但从司法审判的角度而言，发生争议的纠纷案件主要是以下三种情形。

#### （一）共同饮酒产生的损害赔偿责任的认定

共同饮酒，特别是逢年过节时聚会饮酒是一种正常的社会交往活动，但因共同饮酒产生的人身损害时有发生，人身伤亡事故发生后，共同饮酒人是否应承担受害人的损害赔偿赔偿责任，由于缺失明确具体的法律依据，各地法院认识不一，裁判结果也大相径庭，大体分野三种意见和做法：一种意见认为，饮酒者一般是具有完全民事行为能力的人，其对饮酒或者过度饮酒的潜在危险和严重后果是应当预见的，明知饮酒过量的危险性而没有控制自己的过度饮酒行为，属于民法上的自甘冒险行为，除其他饮酒者存在过度劝酒或者强制饮酒等特殊情形外，饮酒者应对自己的损害后果承担责任。第二种意见认为，共同饮酒行为是行为人之间相约和合意的民事活动，相互间负有一定的法律和道义上的提醒、劝阻、照顾、护送、通知等义务，共同饮酒者未尽到上述法律和道义上的义务，应当对饮酒者的损害后果承担适当的赔偿责任。第三种意见认为，共同饮酒作为一种情谊行为，不是民事法律行为，因而从法律的视角而言，共同饮酒人之间并不存在法律上的权利义务关系，共同饮酒者对饮酒者的损害均无过错，除其他饮酒者对受害人过度劝酒或者强制饮酒等特殊情形外，不对受害人的损害后果承担损害赔偿责任，但共同饮酒作为情谊交往活动，由受害人自身承担全部损失有失公平，故其他饮酒者对受害人的损害后果应当分担损失。

即使判决共同饮酒者承担了损害赔偿责任，各地法院的裁判理由和依据亦差异很大。有观点认为，饮酒本身是一种共同危险活动，共同饮酒者对共同危险行为负有提



醒、照顾的防范义务；还有的认为共同饮酒者之间相互负有安全保障义务，应对《侵权责任法》第37条的规定进行扩张解释。还有的判决认为，共同饮酒者对同系饮酒的人负有一种法定附随义务，即饮酒过程中和之后的注意义务，如劝阻、通知、协助、照顾和帮助等义务，如果共同饮酒者未尽到此种附随义务，则构成民法上的过错，应承担赔偿责任。也有部分判决意见径直认为，共同饮酒者对同席饮酒的人负有一般注意义务，这种义务是基于可预见性而客观形成的义务，或者基于情谊和善良风俗而产生的注意义务，或者基于邻人原则<sup>①</sup>产生的注意义务。

学界对于共同饮酒产生的法律责任也是见仁见智，有的认为受害人在饮酒后受到伤害，且与饮酒具有因果关系，共同饮酒者主观上对饮酒后产生的损害结果的发生没有起到照顾和阻止的责任，故应承担相应的民事赔偿责任。也有的认为，饮酒者应当明知饮酒后产生的后果，其应当对自己饮酒的行为和酒后的损害后果负责，如果由其他共同饮酒者承担责任，会导致自然人的法律义务和法律责任的泛化，与社会的正常交往活动相抵触，有悖于社会常理和责任自负的原则。

可以说，对于共同饮酒产生的人身损害赔偿在我国现行法律中仍是一个真空地带，判决同席饮酒者承担责任虽然理由各异，但都是在法律原则框架内的各自理解。笔者认为，对此类案件的处理应当坚持谦抑原则，以审慎的态度待之，既不能无限扩张侵权法中注意义务的范围，又能给予受害人适当的抚慰。因共同饮酒产生的致人损害，其他饮酒者是否承担相应的责任，在我国尚无现行法依据的情况下，不宜一概而论。首先应当认为，饮酒本身是一种充满潜在风险的社会交往活动，作为具有完全民事行为能力的饮酒人，一般对自己的身体是否允许饮酒、酒量大小以及饮酒可能产生的严重后果是完全能够预知的，其在饮酒中没有能够把控自己的行为，过度饮酒造成自身受到损害，应属于自甘冒险行为，由此产生的损害赔偿应当自负。但共同饮酒过程中，若其他饮酒者存有过错而造成受害人损害的，应当承担相应的损害赔偿责任。从笔者接触的案例中，其他饮酒者的过错主要有强迫性劝酒，劝酒人故意用言语或者行为刺激受害人，使得受害人碍于情面过量饮酒；明知受害人平时不饮酒或者具有特殊体质不适宜饮酒仍劝受害人饮酒；受害人饮酒过量后丧失自制能力，其他饮酒者未尽道义上的安全照顾、护送、通知义务等。至于其他饮酒者承担损害赔偿责任的性质需要根据各自的过错等因素综合考量。

## （二）相约结伴从事野外活动或者自助游中致人损害的责任认定

随着人们生活质量和水平的提高，越来越多的人重视结伴到野外进行各种亲近大

<sup>①</sup> 邻人原则是英美法系国家判断注意义务有无的重要原则，即应当爱护你的邻居，不应损害邻居的利益。



自然的活动中，修身养性，强身健体，如结伴进行旅游、登山、骑行、游泳等。在结伴从事野外活动中不慎造成人身伤亡的事件不断见诸媒体报端，有的为此诉诸诉讼，而对此类伤害事故如何处理，特别是结伴从事野外活动的其他人是否应对受害人的伤害承担赔偿责任，野外活动的场所管理者、经营者是否应承担安全保障义务等，《侵权责任法》和最高人民法院相关司法解释均未明确规定，司法实务中对类案的处理也是差异很大。

1. 非公共场所进行野外活动致害是否适用安全保障义务责任的问题。《侵权责任法》第 37 条规定的未尽安全保障义务的损害责任分为场所责任和组织责任。对于向社会公众开放的公共场所、经营场所，经营者、管理者未尽到安全保障义务造成他人损害应承担责任，而对于野外活动场所的管理者、经营者是否应承担安全保障义务，则司法实践中分歧较大。笔者认为，如果野外活动的场所属于法律规定的开放性公共场所，则场所的管理者、经营者对从事野外活动的人负有安全保障义务；如果野外活动的场所不是《侵权责任法》第 37 条规定的公共场所、经营场所，如不对外开放的水库、用于行洪的自然河道等，虽然管理者、经营者对场所设施依法负有管理维护的职责，但对擅自进入场所的从事野外活动者不负安全保障义务。

2. 相约结伴从事野外活动或者自助游致害的责任问题。相约结伴从事野外活动者或者自助游参加者相互之间是否负有相应义务并进而对受害人的意外伤害承担相应赔偿责任，是司法实务中存有争论的一个问题。依法理违反义务是承担责任的前提，此义务包括作为义务和不作为义务，义务既可以来源于法律规定或者合同约定，也可以来源于特定职务、业务以及先前行为的要求。相约结伴从事野外活动者之间一般都是临时组织的，即使有牵头组织者，也仅仅起到联系沟通召集作用，与特定职务、业务上的活动组织者具有本质不同，相约野外活动参与者之间更谈不上法律规定或者合同约定上的权利义务关系，一般属于社交层面的情谊行为。正因为如此，因相约结伴从事野外活动致人损害，其他参与者是否应承担赔偿责任，不同法院和法官对此理解和认识大相径庭，见仁见智。纵观全国各地法院对类案的裁判意见来分析，多数类似案件均判决或者调解对于受害人的意外伤害，其他参加者适当承担民事责任，不同的是有的判决参加者承担适当的赔偿责任，有的判决参加者分担民事责任，给予受害人适当的经济补偿。最高人民法院民一庭倾向性意见认为，当事人进行野外集体探险或者结伴自助游，各参与人系成年人，有完全民事行为能力，对野外集体探险或者结伴自助游具有一定风险应当明知。各参与人之间基于对风险的认识而产生结伴互助的依赖和信赖，具有临时互助团体的共同利益。尽管受害人的死亡属于意外死亡，参加野外探险或者结伴自助游的各当事人已尽必要的救助义务，主观上并无过错，但根据《民法通则》第 132 条“当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人



分担民事责任”以及《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第157条“当事人对造成损害均无过错，但一方是在为对方的利益或者共同利益进行活动的过程中受到损害的，可以责令对方或者受益人给予一定的经济补偿”的规定，可由参加野外集体探险或者结伴自助游的各当事人分担民事责任，给予受害人适当的经济补偿。鉴于各当事人对损害结果均无过错，故其不应再承担精神损害赔偿责任。<sup>①</sup>

笔者赞同最高人民法院的意见，主要理由是结伴野外活动参与者之间系基于相互信任或者相同爱好而形成的临时性组织，参与者结伴从事野外旅游、登山、游泳等活动正是基于共同的兴趣爱好和对风险的认识而相互结合，相互之间形成一种互助的依赖和信赖关系，具有临时互助团体的共同利益。参与者之所以通过某种方式参与此类活动，一方面是为了体验野外活动的乐趣，另一方面也是为了自身安全。一般而言，野外活动的参与者对从事野外活动的风险存有一定的认识，特别对危险性比较大的目的地，个体一般不会自身进行冒险活动，大多通过结伴方式从事危险性比较大的野外活动。参与者之所以能结伴而行，是基于参与者之间的特定关系以及对参与者在危难发生时同伴会救助的合理期待，以避免自身活动所带来的潜在风险。虽然结伴活动参与者之间不负有法律、合同上的注意义务，但结伴从事野外活动的参与者之间由于形成了互助依赖关系，相互之间有彼此照顾、救助的义务。但鉴于受害人损害结果的发生是意外造成的，各当事人间不具有过错，所以对于受害人的损害，由活动参加者分担受害人的损失比较符合类似活动的特点，利于保护受害人和活动参与者各自的利益。但是，如果活动参加者对于受害人的损害具有过错，则应承担相应的损害赔偿责任。特别是活动组织者更负有谨慎组织的合理注意义务，活动参与者若未尽到该义务，理应承担相应的民事责任。

### （三）好意同乘发生交通事故的情形下民事责任的承担问题

好意同乘，俗称搭便车，是指机动车驾驶人出于好意，无偿地邀请或者允许他人搭乘自己的机动车辆。好意同乘属于好意施惠行为的一种，德国判例中称为情谊行为，我国台湾地区的学者王泽鉴称为好意施惠行为，不论如何称谓，都是指驾驶人出于良好动机而无偿为他人提供某种利益的一种行为。

实践中，对于好意同乘中因交通事故给乘车人造成损害责任的法律性质一直存在着争议，有的主张是侵权责任，有的主张是违约责任，有的主张是侵权责任与违约责任的竞合。但理论界一般将其纳入侵权法调整的范畴。在侵权责任的承担上，实务界

<sup>①</sup> 参见最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》（第34集），法律出版社2008年版，第73-74页。

亦存在不同的认识，第一种意见认为，好意同乘中的车辆提供者不应当承担责任，主要理由在于机动车驾驶人在好意同乘中免费为同乘者提供运输工具，还要承担乘车人在内的诸多风险，而乘车人无需支付任何费用，就意味着不应承担任何风险，因此，应当适用乘车人“甘冒风险”的规则，由乘车人自负道理交通事故损害赔偿 responsibility；第二种意见认为，应当适用侵权法中的过错责任原则，即机动车驾驶人在一般过失的情形下应当免除责任，只有在重大过失的情况下才能承担侵权赔偿责任；第三种意见认为，好意同乘的侵权行为应当适用无过错原则，不因乘车有偿或者无偿加以区分，只要驾驶人造成乘车人伤害，均应当承担民事侵权责任。

好意同乘或无偿搭车是日常生活中普遍存在的一种现象，而且也是应当加以鼓励和提倡的，对于节约能源、保护环境具有积极的意义，它反映了一种相互依赖和信赖的社会交往关系，属于一种纯粹的情谊行为而非法律行为。好意同乘中因道路交通事故致乘车人致害，驾驶人应当承担适当的赔偿责任，目前司法实务中已达成普遍共识。最高人民法院民一庭亦认为，驾驶者应当对好意同乘者承担责任，好意同乘者无偿搭乘的行为并不意味着其甘冒一切风险，驾驶者对好意同乘者的注意义务并不因为有偿和无偿而加以区分。对于驾驶者同样适用无过错责任，搭乘者有过错的，应减轻驾驶者的民事责任；搭乘者无过错的，可以适当酌情减轻驾驶者的民事责任，但对于精神损害赔偿法院不予支持。<sup>①</sup>

好意同乘中的机动车交通事故责任作为道理交通事故侵权责任中的一种具体责任形式，如何既保障乘车人的生命健康安全，又能使驾驶人不至于承受过重的风险，是司法实践中需要认真加以利益衡量的。为此，实务中应当确认以下原则：第一，机动车驾驶人对好意同乘者应当尽到安全注意义务，这种注意义务不因有偿和无偿而有所区别；第二，机动车驾驶人应当对好意同乘者承担责任，好意同乘者无偿搭乘的行为并不意味着同乘的行为甘冒一切风险；第三，好意同乘侵权责任应当适用无过错责任原则，搭乘者有过错的，应当减轻驾驶人的民事赔偿责任，搭乘者无过错的，应当酌情减轻驾驶人的民事赔偿责任；第四，基于驾驶人与乘车人利益关系平衡的考虑，对乘车人主张精神损害赔偿的诉讼请求原则上不应予以支持。

（责任编辑：余晓龙）

<sup>①</sup> 参见最高人民法院民事审判第一庭编《民事审判指导与参考》（第36辑），法律出版社2009年版，第120页。



# 事实类型化进路中类案裁判思维的发现和适用

——基于涉以房抵债民间借贷纠纷的样本分析

王卉 陈蒙 王伟\*

**论文摘要** 类案检索结果处理和裁判规则的总结是“类案类判”的外在表现，制约“类案类判”实现的主要因素是裁判过程中的内在因素即裁判思维。在事实类型化进路下，以基础法律规范要件事实作为标准事实类型，以司法实践中出现的、对法律适用具有影响的事实构建其他事实类型，对各事实类型典型案例裁判思路进行分析比对，进而归纳类案裁判思维；将待决案件归入某一事实类型，为待决案件裁判提供思维指引。以涉以房抵债民间借贷纠纷案件为样本解析类案裁判思维的发现和适用。因以房抵债行为多样，理论和实践有较大争议且以房抵债的效力认定对基础法律关系产生影响，就以房抵债事实类型进行重构，通过裁判思路的比对，归纳出各事实类型下法官的裁判思维模式，即主要为形式主义和现实主义，在裁判理念、思路、论证及方法上秉承不同的进路。事实上，裁判思维的两种模式是对立统一的，在所有事实类型中，法官秉承严格规则与自由裁量平衡的价值取向，在标准事实类型案件中体现的是形式主义为主兼具现实主义的裁判思维，在非标准事实类型中则体现多种考量因素下形成的混合思维。选取待决案件，进行个案验证的过程是对前述步骤和总结出的裁判思维进行实操演示，以为个案提供可操作性指引。扩展类案裁判思维的研究和适用领域，民事法官裁判思维同质化程度将得到逐步提升。

**关键词** 事实类型化 类案类判 裁判思维 以房抵债

中图分类号：DF72 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)02-042-053

\* 王卉，山东省淄博市中级人民法院法官助理；陈蒙，山东省淄博市中级人民法院法官助理；王伟，山东省淄博市中级人民法院研究室副主任、法官助理。

当前，类案的司法实践聚焦于类案检索及其结果处理的程序性规范和常见类型案件的裁判规则总结，<sup>①</sup>是为“类案类判”的外在规制。然而，对法律适用形成内在制约的是法律思维，同质的价值取向、共同的思维范式和技术路径、知识共识<sup>②</sup>生发出法律统一适用的内在动力和意识自觉。裁判思维蕴含于案件审判。利用司法大数据资源进行类案检索、比对和分析，在法律规范描述的标准要件事实基础上，归纳审判实践中复杂多样类案事实及司法处断，探究法官裁判的思维理路，在解构、建构、运用中，法官裁判价值观、方法、技术交流渐达同质化、个案裁判思路明晰化，从而促进法律适用统一和法官队伍专业化。本文以涉“以房抵债”民间借贷纠纷<sup>③</sup>为样本，演示类案比对分析的方法步骤，由此归纳同质化的裁判思维并应用于个案中。

## 一、方法展示：事实类型化主线下法官裁判思维总结的步骤

以促进法官职业思维形成为目的的类案比对分析多因待决案件事实未能找到明确昭示法律意义的规范依据而激发。在要件事实基础上，归纳司法实践中由不同裁判事实要素构成的类案事实，在相应事实类型的司法应对中发现法官裁判思维的特点，引导法官在待决类案中的裁判思路。

### （一）简析诉讼争点——圈定法律规范——确定检索要素

考察两案或数案是否属于“同案”，并不是从程序意义上讲的，而是从不同案件中所争议的问题即诉讼争点角度而言的。<sup>④</sup>诉讼争点表述为案件事实能否归入法律规范的要件事实中，<sup>⑤</sup>因此，案件事实是明确诉讼争点的起点，此亦通常将事实相类案件定义为“类案”的原因，同时，法律规范行为模式涵射的事实具有显见的法律意义。综上，应当结合当事人诉辩，大致圈定待决案件相关法律规范，并根据该法律规范要件事实确定检索关键词。但是：（1）法律规范行为模式多为相对抽象的类型化表述，而类案事实多样；（2）当事人权利请求或抗辩主张所依据的事实和理由多为对生活事实的描述而未抽象表述为要件事实；（3）裁判文书多未进行生活事实向要件事实的明确归入；（4）依据经验和认知确定法律所调整的事项是可能的。因此，类案检索标签对事实要素的表述不应过于抽象。此外，由于以总结法官裁判思维为出发点，设定检索的时间和法院级别等条件不必过于拘泥，以确保样本的全面和代表性。

① 前者如《最高人民法院司法责任制实施意见（试行）》、重庆市涪陵区人民法院《关于类案检索参考的规定（试行）》，后者如北京市三中院关于类型化案件审判指引的研究成果、山东省高院开展类案证明标准研究。

② 房文翠、陈雷：《法律适用的内在约束力研究》，载《法制与社会发展》2011年第4期。

③ 本文所述“以房抵债”如无特殊说明，均指涉“以房抵债”民间借贷纠纷案件。

④ 冯文生：《以房抵债流押禁止规则适用实例解析》，载 [https://item.btime.com/m\\_9d465675e63b43862](https://item.btime.com/m_9d465675e63b43862)，2018年6月19日访问。

⑤ 个案争点可能是多层次的，因上一层级争点中要件的认定需要依据其他法律规范，即法律适用是多层次的。



## （二）分析事实特点——锚定标准事实——丰富事实类型

以法律规范要件事实为基础，分析类案事实特点，进行事实的类型化建构。<sup>①</sup>尽管以事实的生活化描述作为检索条件，但在司法过程中，法律利用类型而非概念来描绘案件事实的特征，在努力塑造事件类型时，能够为司法裁判寻找到适宜的评价标准，<sup>②</sup>因此，对检索出的类案进行分析时，应以要件事实作为基础类别并比对类案样本中出现的其他能够影响法律评价的事实情节，对类案事实进行归纳和分类。首先，对样本案件事实特点进行分析，包括直接归入要件事实、间接证实要件事实的事实、其他事实。通过数据统计，排除偶发性的、无用的事实要素，固定典型、有裁判价值的事实要素，即以实证归纳而非理论演绎的方法确定“案件事实的价值判断是否符合法律规则的价值预设”。<sup>③</sup>其次，据法律规范构建标准事实类型，并将样本案件事实与标准类型事实进行要素比对，以具有裁判价值的事实要素构建符合样本司法实践的其他事实类型。此过程实际是在样本事实、裁判说理和法律规范三者之间往复的基础上，对要件事实厘定、扩大或限缩的结果。在此建构过程的层面上，包括标准类型的所有事实类型所涵射的事实区分于生活事实、法律事实、要件事实等事实概念，可称为“裁判相关事实”。<sup>④</sup>

## （三）分析裁判要素——整合裁判思维——区分类型适用

事实问题及法律问题以不可分解的方式纠结缠绕在一起。<sup>⑤</sup>归纳裁判思维的过程与事实类型构建同步进行，是一个不能分裂的思维和操作过程。事实类型化过程最直接的产出是裁判规则，即形成类型事实——法律后果的准法律规范，但类案裁判统一性受质疑和成文法背景下，适用前案裁判规则欠缺实质合理性和形式合法性。而从裁判的主观活动层面，法官并非以创设裁判规则而获得裁判结论，而是以思维直接导出裁判结果。法官的价值追求、逻辑思维、解释法律、论证结论的能力直接决定类案法律适用的过程和结果。<sup>⑥</sup>思维之运用亦不似规则适用受条框制约，更关键的是抽象的价值、方法反而更具稳定性、更易同质化。因此，类型事实——裁判思维的研究现实意义明显。在具体的裁判文书中看不到事实认定与法律适用之间存在何种关联，<sup>⑦</sup>因此，应对各事实类型对应样本案例的当事人诉辩、认定事实、裁判理由、裁判结果等要素进行提炼；与此同时，在法律方法指引下，运用移情和换位进入司法者的思维世界，

<sup>①</sup> 有的要件事实是描述客观的存在；有的则是主观评价，但即使是主观评价也需通过客观的外在表现出来，类型化过程亦是主观要件客观化的过程。

<sup>②</sup> 张斌峰、陈西茜：《试论类型化思维及其法律适用价值》，载《政法论坛》2017年第3期。

<sup>③</sup> 黄泽敏：《案件事实的归属论证》，载《法学研究》2017年第5期。

<sup>④</sup> 法律事实来源于能够证明的要件事实，最终涵射于法律，是做出裁判的依据。参见李俊晔：《论要件审判“三段式”思维》，载《法律适用》2017年第23期。但本文研究目的下，事实不应局限于要件事实范畴，应扩展为对裁判产生直接或间接影响的事实。

<sup>⑤</sup> 陈金钊主编：《司法方法与和谐社会的建构》，北京大学出版社2009年版，第267页。

<sup>⑥</sup> 北京市第一中级人民法院课题组：《司法改革背景下加强人民法院法律统一适用机制建设的调查研究》，载《人民司法·应用》2018年第13期。

<sup>⑦</sup> 傅郁林：《民事裁判思维与方法——一宗涉及外国法查明的判决解析》，载《政法论坛》2017年第5期。

并比对自身同等情形下的裁判思路，方能与司法者建立有效沟通，最终整合归纳类案裁判思维：运用整体性和层次性思维，将样本案例作为整体，分析法官裁判思维整体表现；从理念、思路和方法等层层剥开法官裁判思维的内核。区分事实类型，探究不同类型下裁判思维的具体适用，从而为待决案件的裁判提供可操作性指引。

## 二、样本解析：以房抵债类案事实类型构建及裁判思路比对

对以房抵债行为性质的理论界定难以涵盖丰富的案件事实，且民事主体总是尝试突破法律规范行为模式。因此，跳出理论窠臼，利用前述方法将该类纠纷事实类型化并总结法官裁判思维具有相当的实践价值。

### （一）以房抵债样本检索及基本情况分析

以房抵债纠纷中，一方或双方以房抵债的主张是否符合《物权法》第 186 条、担保法第 40 条作为争点之一。《物权法》第 186 条要件事实为“债务履行期届满前；抵押人和抵押人约定：债务人不履行到期债务、抵押财产归债权人所有”，但检索时以“以房抵债”这种相对生活化的事实表述即可。基于此，样本检索以“民间借贷纠纷”案由——“判决书”为选择项，在“本院认为”中以“以房抵债”为关键词在中国裁判文书网进行检索；为体现类案裁判的最新思路，将生效时间确定为 2018 年，截至 6 月 13 日，符合上述检索条件的生效判决书共计 106 份，其中，高院 1 份、中院 35 份、基层法院 70 份；一审 72 份、二审 32 份、再审 2 份。

### （二）样本裁判相关事实要素分布统计和裁判相关性分析

从当事人诉辩看，样本案例中关于以房抵债行为效力认定的法律规范基础除前述《物权法》第 186 条、《担保法》第 40 条——效力限制性规定，还有权利实现条件和程序规定即效力认可的直接法律规定——《物权法》第 195 条。<sup>①</sup>上述法律规范要件事实直接指向如下要素：达成以房抵债合意；达成合意时间；合意的具体内容主要是抵债方式的约定。通过数据分析提炼出其他裁判相关事实要素：房屋性质和权属状况、当事人庭审中对以房抵债合意的认可等。

1. 关于以房抵债合意形式。在样本中，当事人签订《住房抵债协议》（或以房抵债协议书、以房抵付借款协议书等）的有 42 件；签订（包括与第三人签订）《商品房买卖合同》（或房屋买卖协议）的有 19 件；在借款协议中约定将房屋抵押（包括约定到期不能履行债务转移房屋所有权）的有 7 件；通过《投资协议》、口头约定、承诺书、收条等其他方式实现的 20 件；无协议或未达成合意的 18 件。可见，以房抵债合意形式多样，在进行事实归入时应结合当事人行为目的和法律规范之价值目标对合意形式

<sup>①</sup> 该法律规范要件事实多出现在担保合同纠纷、实现担保物权特别程序等案件中，样本中数量极少。



进行实质审查，判断是否属于以房抵债协议。

2. 关于合意达成时间及以房抵债履行方式的约定。样本中，有72件在债务履行期届满后达成合意，有8件在借款协议中同时约定。从合意内容看，有75件约定以房产转让偿还欠款，有26件约定将抵押的房产作价一定数额抵偿给债权人，有5件约定“用房产证抵押，到期不履行债务归债权人所有”。履行方式具体约定尽管不同，从法律评价上可分为转移房屋所有权和折价偿还借款两类。

3. 其他裁判相关事实。样本中，各方均认可以房抵债协议的有79件，各方就是否存在合意有争议的有23件。从房屋性质和权属状况看，因房屋性质影响以房抵债协议效力的有16件，涉及土地性质为宅基地、房屋为小产权房；因房屋不符合预售条件、未实际交付、房屋被查封等致使协议无效或不能履行的有21件。从裁判说理看，房屋性质、权属、交付等事实成为裁判相关事实要素，主要因其“影响要件事实认定”和“成为价值衡量因子”。

### （三）以房抵债事实类型构建及各类型案件裁判思路比对

据《物权法》第186条等基础法律规范并结合上述厘定的裁判相关事实要素，对样本中出现的裁判相关事实进行提炼，可构建以下事实类型：完全归入《物权法》第186条等法律规范要件事实的标准事实类型、实践中存在由裁判相关事实要素组合构成的其他非标准类型（见表1）。

表1：以房抵债事实类型构建

类型	序号	设定时间及合意形式	约定内容		其他……
标准类型	-1	债务履行期届满前，订立以房抵债协议	到期不能还款	抵押房产归抵债权人所有	
	-2	债务履行期届满前，订立以房抵债协议	到期不能还款	以抵押房产折价所得价款优先受偿	
其他类型 (非标准类型)	-1	债务履行期届满前，订立房屋转让协议	到期不能还款	约定未获清偿则案涉房屋归债权人所有	房屋转让实为用房担保
	-2	债务履行期届满前，订立以房抵债协议	到期不能还款	用房屋作价抵扣债务	债权人对作价超出债务部分予以补足；尚未取得涉案房产所有权
	-3	债务履行期届满后，订立以房抵债协议	到期不能还款	将房产折价卖给原告	
	-4	债务履行期届满后，订立以房抵债协议	到期不能还款	约定以房抵债变更原有借贷关系。	尚未取得涉案房产所有权
	-5	债务履行期届满后，订立以房抵债协议	到期不能还款	用房产抵扣借款	房屋未实际交付
	-6	债务履行期届满前，订立以房抵债协议	到期不能还款	以房屋抵扣借款，购房发票交付债权人	用以抵债的房屋为小产权，无法办理产权登记手续
	-7	债务履行期届满后，订立以房抵债协议	到期不能还款	以房屋抵扣借款	用以抵债的房屋为小产权，无法办理产权登记手续
	……				



在样本各事实类型案件中选取典型案例，全面、深入分析典型案例的裁判文书，沿着当事人诉辩、事实认定、裁判理由、裁判结果的路线，探究、重现法官在个案裁判中的思考，架构起每个事实类型和思维之间的桥梁——尽管对各类型案例分析最直接的产出是裁判规则，但规则作为一种结论性命题无法为思维的发现提供充足供给，且规则并非思维发现的必经之路，思维可从案例裁判要素的分析中直接获得。架构的过程不仅应对某事实类型案例进行横向分析，更应着眼以宏观和比较的视角发现案件裁判要素的异同（见表 2）。

表 2：以房抵债事实类型对应样本案例裁判分析

类型	对应表 1 序号	案件	诉讼请求	答辩意见	认定事实	裁判理由	裁判结果
标准类型	-1	于某与苗某、徐某民间借贷纠纷案（2018）鲁 0612 民初 922 号	偿还借款，但未提出以房抵债的诉求	所诉属实，目前没有偿还能力	借款协议中约定以住宅楼一栋作为抵押。如借款到期不还，则该房屋无偿归于某所有	借款协议有关以房抵债内容违反法律强制性规定无效	继续履行借款协议，偿还借款
	-1	赵某与刘某民间借贷纠纷案（2017）黑 7503 民初 223 号	偿还借款并在事实与理由中提出存在以房抵债合意的事实	因没有取得抵押权，以楼房抵押不成立	刘某借赵某涉案款项后出具借据，记载涉案房屋的房产证由赵某保管，借款到期不还，楼房归赵某抵债	借据中约定的以房抵债的内容无效	继续履行借款协议，偿还借款
	-2	某塑料加工厂、苏某民间借贷纠纷案（2017）粤 06 民终 2677 号	房产买卖合同因违反物权法和担保法而无效	并非是单纯的以房抵债关系，而是房屋买卖合同关系	在苏某不履行到期债务的情况下，苏某与冯某协议将涉案房产出售予冯某，价款部分用于抵偿苏某欠冯某的款项	约定实质是在苏某不履行到期债务时，冯某作为抵押权人，与苏某协议以抵押财产折价实现抵押权，符合物权法第 195 条规定	转让涉案房产行为违反法律禁止性规定的质疑不成立，不予支持
其他类型 (非标准类型)	-1	戚某与李某、金某等民间借贷纠纷案（2017）苏 10 民终 3450 号	对涉案借款不承担偿还责任	具有加入债务并以涉案房屋提供抵押性质担保的意思表示	签订房屋转让协议和还款计划书，约定将案涉房屋转让给戚某，诉争借款清偿期届满后如果未获清偿则案涉房屋归戚某所有。案涉房屋系单位分配的联建房	房屋转让实为“用房担保”，且该担保并非抵押，而非典型担保。债权人享有以房屋变卖、拍卖或折价抵偿债权的请求权	应当承担违约责任
	-2	叶某与魏某、泗某、某房地产公司民间借贷纠纷案（2017）苏 1302 民初 4227 号	偿还借款，房屋抵扣的是工程款，并非本案借款	对借款事实认可，但部分款项已用房产抵扣	借款到期前，签订《工程款抵购放协议》，约定乙方购买房屋，其中 250000 元抵扣工程款	双方签订的抵扣协议自签订之日起生效，在无其他违约情形下，双方应依照协议约定继续履行	偿还借款，其他按照抵扣协议履行



类型	对应表1序号	案件	诉讼请求	答辩意见	认定事实	裁判理由	裁判结果
其他类型 (非标准类型)	-3	牛某与李某、许某民间借贷纠纷案(2018)鲁1728民初83号	偿还借款,在事实与理由中提出存在以房抵债合意的事实	未答辩	借款到期后,签订房屋买卖合同两份,约定李某将阁楼和车库分别以15万元、15万元的价格出售给原告牛某。原告签订房屋买卖合同两份实际是以房抵债的协议,抵顶借款30万元	该房屋买卖合同的效力不属于法院审查的范围	偿还借款
	-4	王某、周某民间借贷纠纷案(2018)浙02民终146号	原借贷关系终止,双方建立了房屋买卖合同关系	双方借款关系合法有效,房屋买卖合同未签订	债务履行期届满后,双方签订《房屋抵押欠款转让协议》约定以房抵债方式变更原有的借贷关系。签订协议时尚未取得涉案房产所有权,房屋转让折抵欠款协议条件尚未成就	因债务已届清偿期,而债务人未按约履行房产交付义务,以房抵债协议未实际履行,原债务关系亦未消灭	归还借款本金
	-5	杜某与刘某、李某民间借贷纠纷案(2018)皖12民终526号	偿还借款及利息	并非以房抵债,只是购买房屋的意思表示	刘某用四套楼房折抵欠杜某的借款,签订房屋买卖合同未实际收到四套房屋	以房抵债的协议未实际履行	继续履行还款义务
	-6	侯某与吴某民间借贷纠纷案(2017)苏0302民初2748号	偿还借款,不接受以房抵债	以房抵债,不欠借款	债务到期不能还款,吴某将二套小产权房抵给侯某,并将房票、购房发票交给侯某	房子系小产权房,无法办理房产证,且原告亦表示不接受以房抵债	债务人以房抵债的主张不成立
	-7	薛某与赵某民间借贷纠纷案(2017)苏03民终1596号	不是借款人,不应偿还借款	借款事实属实	借款到期后,薛某、赵某及凌某达成协议,以凌某所建房屋抵偿债务,因用抵债的房屋为小产权房,无法办理产权登记手续	不产生物权变动的效果,债务人主张涉案债务以房抵偿完毕的主张不成立	继续偿还借款,对于以房抵债协议,可另行予以解决

对案例分析可见,标准事实类型下尽管当事人诉辩不同,但均直接以违反“流押禁止”规则认定以房抵债协议无效;非标准事实类型下不同事实类型案件的裁判中,大多未直接认定以房抵债协议效力、理由亦多样化。比对所有事实类型案件,不论事实要素相似抑或明显相异,裁判理由和结果均有异有同。从比对中以房抵债类案裁判思维得以发现和归纳。

### 三、总结归纳:不同事实类型下法官裁判思维的辨析

对样本案例的整体分析发现,以房抵债类案裁判思维契合民事裁判思维共性,亦蕴含着在对基础法律关系——民间借贷法律关系独特价值判断基础上的特点。故此,

裁判思维可作为包括以房抵债类案在内的各类民事案件的思维指引，但应区分限定适用于样本类案的个性之处。

### （一）两种进路：法官裁判之理念、思路、论证和方法的实践表现

关于裁判思维，立于不同立场有不同界定：能动主义和克制主义之分；三段论法和证明责任法之分；涵射思维、类型思维和反省思维之分；推论模式和等置模式之分，等等。但上述界定仅涉及思维的某一方面或角度，而思维是多条线纵横贯通的复杂主观活动，主要是裁判理念、思路、论证、方法在一个思维过程中融洽运用。不论何种角度界定，主要可归于形式主义和现实主义两种思维模式。

裁判理念上，形式主义多谦抑之姿、现实主义则显积极之态。谦抑是司法“消极的美德”，裁判应尊重法律和立法原意；积极的裁判在个案审判中不囿于文义。裁判思路上，形式主义采推论模式：形式的法律逻辑——演绎三段论推论和类比推论；<sup>①</sup>现实主义采等置模式：将事实一般化、将规范具体化，将事实与规范不断拉拢、靠近。<sup>②</sup>裁判论证上，形式主义使用三段论法、证明责任法——证明责任方法不仅在程序上推进诉讼，实际上形成新的三段论，即“证明责任分配规则”为大前提，“案件事实真伪不明”为小前提的方法；<sup>③</sup>现实主义的论证方法是利益衡量法，即获得案件事实后，结合个案事实，对案件所涉各种利益——各方当事人的具体利益和法律规范所涉之价值——进行审查和衡量，作出支持哪一方诉求和何种利益的实质判断。裁判方法上，形式主义采请求权方法——处理以请求权关系为内容的实例应以请求权基础（请求权规范基础）为出发点和历史方法；<sup>④</sup>现实主义则倾向受民法理论启发。

司法者裁判案件大致沿循一类一般思维模式，因为思维总是有始有终，但未必是机械化的流水作业、线性直向发展，而是视事实与规范之间的不同关系，在这二者之间往返。<sup>⑤</sup>以房抵债类案裁判思维模式符合上述判断，即整体上采一种一般思维模式，但根据事实类型有所区分。

### （二）所有事实类型：裁判思维整体上秉持衡平之价值取向

从样本类案整体分析，类案裁判说理的外观多体现了形式主义的思维进路；对以房抵债协议效力认定及基础法律关系处理的深层检视则显示对该类案件所涉债权

<sup>①</sup> 类比推论是个案事实超出了准用规则可能的文义射程，但基于规则之后的政策、原则、目的，认为可以将个案事实涵射进来。参见陈林林：《裁判的进路与方法——司法论证理论导论》，中国政法大学出版社2007年版，第116-117页。由此看来，尽管逻辑思路上类比推论最终符合形式逻辑的外观，但具体适用中有实质因素的考量。

<sup>②</sup> 郑永流：《法律判断形成的模式》，载《法学研究》2004年第1期。

<sup>③</sup> 胡学军：《论证明责任作为民事裁判的基本方法——兼就“人狗猫大战”案裁判与杨立新教授商榷》，载《政法论坛》2017年第3期。

<sup>④</sup> 参见王泽鉴：《法律思维与民法实例——请求权基础理论体系》，中国政法大学出版社2001年版，第42页。

<sup>⑤</sup> 郑永流：《法律判断形成的模式》，载《法学研究》2004年第1期。



人、抵押权人、债务人具体利益以及经济秩序、社会诚信等社会利益的衡量，以此实现裁判形式合法性和实质正义。因此，总体上看法官裁判秉持相对一致的裁判价值——衡平：始终是在严格规则与自由裁量之间来回摆动，在据法司法和不据法司法之间不断循环往复。<sup>①</sup>衡平<sup>②</sup>表现为：对以房抵债类案的裁判达致两种进路之平衡，在每一事实类型类案裁判上亦体现衡平基础上的选择；在类案整体及个案具体裁判中采用三段论论证，同时沿着据利益衡量找法适法的逻辑；事实类型相似的案件出现不同裁判思路或结果，如前述叶某与魏某、泗某、某房地产公司案和牛某与李某、许某案事实要素均有：约定以房屋作价抵顶债务，叶某案在债务履行期届满之前订立协议而牛某案则在债务履行期届满后订立，牛某案距离“流押禁止”的标准要件事实更远，但是法院认可叶某案中以房抵债效力但对牛某案则不予审查协议效力，其中体现一种适法技术的衡平。裁判思维模式的衡平运用并非完全依靠直觉，而是一定经验、知识并经反思后作出法律判断，由此，影响法律判断的规范、社会、传统等各种要素实现协调。

### （三）标准事实类型：形式主义为主兼具现实主义的进路

在标准事实类型的样本案例中，形式主义是主要裁判思维模式。因为标准事实类型是根据请求权基础法律规范获得，其事实要素与法律规范要件事实一致。在这一事实类型案件中法官裁判思维具体过程是：运用请求权方法分析当事人诉辩主张及相关证据初步得出案件事实高度符合标准事实类型的结论后，法官即形成谨慎之谦抑理念引导思维进展；继续沿着请求权方法并辅历史方法、运用证明规则及经验法则等方法形成裁判事实，与之几乎同步进行的是依据法律规范的文义和立法解释；在裁判说理时运用三段论方法或者证明责任方法进行涵射型论证，得出裁判结论。简言之，整个过程是在三段论逻辑框架下，以请求权方法为线展开。以样本中符合标准事实类型的于某与苗某、徐某案为例，探析法官对以房抵债协议效力认定的思维：债务人苗某借款当日出具的借款协议中约定“借期为45天，以住宅楼一栋作为抵押。如借款到期不还，则该房屋无偿归于某所有”，苗某认可签订协议的事实，因此确定以房抵债协议效力认定的请求权基础规范为《担保法》第19条，本案事实“债务履行期届满之前、以房屋作为抵押借款到期不还则该房屋归债权人（抵押权人）所有”与《担保法》第19条的要件事实一致，应适用形式主义裁判思维；由于双方当事人对借款及曾约定以房抵债的事实均认可，相关证据充分，前述认定事实进一步予以确认为裁判事实，同时明确《担保法》第19条是对流押行为的禁止。裁判说理中运用三段论推理：大前提——《担保法》第19条，小前提——裁判事实，结论——借款协议中关于以房抵债的约定

<sup>①</sup> [美] 罗斯科·庞德：《法律史解释》，曹玉堂译，华夏出版社1989年版，第1页。

<sup>②</sup> 此处衡平并非能够量化的平均主义，而是根据案件具体情形达成一种协调。例如，根据案件事实，单独运用严格规则主义的裁判进路亦为衡平，因为此时运用严格规则可达实质正义与形式正义。

违反法律的规定。

在某些情形下，案件事实完全符合某一法律规范之下标准事实类型，但严格适用形式主义将导致机械司法而引发道德和伦理风险——如泸州张学英诉蒋伦芳遗产纠纷案，此时，采用形式主义裁判思维应增加一步：对裁判结果进行合理性、正当性检视，如若不妥，则应恰当修正、调整思维模式，兼采乃至主采现实主义思维路径。

上述思维对于标准事实类型的其他类型民事案件同样适用。

#### （四）非标准事实类型：多种考量因素下形成混合型思维

审视样本类案非标准事实类型案例的裁判，并未发现明显的、区分性的标志性思维模式。即符合前文所述，裁判外观显示形式主义思路；内里则是形式主义和现实主义的综合运用，原因在于：法律形式主义是“在法制发展到较为成熟而未达至臻阶段的认识”<sup>①</sup>与当下法治环境相近，且向公众展示了依法审判。但当裁判事实要素无法恰当地归入某一法律规范时或者即使能够通过法律解释归入要件事实，但如简单形式化裁判违背立法之本意或法官自身亦犹疑不决，则采积极思维、适用等置模式、探究规范目的、运用利益衡量、借助民法理论得出结论并进行论证。

前述可知，非标准事实类型类案裁判主要区分为以下情形：（1）案件相关事实要素能够归入其他法律规范——该法律规范能够对请求权基础法律规范形成补充，则一个裁判过程实际两次采形式主义思维；（2）尽管并不符合标准事实类型，但裁判事实要素是认定要件事实的间接事实，实质上该类型与标准类型相同、是标准类型的具化，此时亦应以形式主义思维为主，例如，前述戚某与李某、金某案中法院认定《房屋转让协议》实为借款提供担保，实际适用“流押禁止”规则认定债权人不享有直接取得房屋所有权的权利；（3）与要件事实比较发现缺少关键事实，或者在要件事实之外有影响裁判的关键要素，应积极的检索法律规范和民法理论，考量不同裁判结果的社会效果及其与债法价值取向之关系——基于合同形成的债权债务关系中，保护债权是基本立足点，<sup>②</sup>同时应尊重当事人意思自治并兼顾债务人权利。在经衡量得出结论后，还应根据案件事实回到法律规范中寻找论证的根据。如前述王某、周某案，对债务履行期届满后双方签订以房抵债协议的认定，法院认为“二人通过建立新的债权债务关系取代原来的借贷法律关系。但案涉两份协议只是改变了原债务的履行方式，增加债权实现的途径与可能而非对原有借贷关系的否定”，实际是参考债务清偿期届满后以物抵债是“债之更改”抑或“新债清偿”的民法学探讨。

非标准事实类型的其他民事案件亦多用混合思维，但在立法目的、利益衡量的具体判断上与样本类案有所区分。

上述分析可知，裁判思维的形式主义和现实主义两种模式是对立统一的，因为实

① 胡铭、王霞《法官裁判思维中的法律形式主义与法律现实主义》，载《浙江学刊》2015年第4期。

② 司伟《债务清偿期届满后的以物抵债纠纷裁判若干疑难问题思考》，载《法律适用》2017年第17期。



质判断仍需立足于法律规则并尊重法律规则。

#### 四、个案验证：法官裁判思维在具体案件中的应变适用

类案裁判思维只有引导个案裁判正义方能实现类案研究目的。事实类型建构是建立在不完全归纳基础上，待决案件事实可能无法完全归入已建构的事实类型中，但裁判思维进路异曲同工。下面在刘某与赵某某民间借贷纠纷案中验证法官裁判思维。

##### 【案情简介】

2014年9月17日，刘某作为买受人，赵某、张某作为出卖人签订了房屋买卖合同一份，约定将坐落于A区一套房屋以446200元出卖给刘某，同日，赵某、张某出具收到条一份，载明：“今收到现金肆拾肆万陆仟贰佰元正。”涉案房屋现由赵某、张某占有使用。刘某诉称要求赵某、张某协助其办理涉案房屋的过户手续。赵某、张某辩称，该房屋买卖合同不是其真实意思表示，签订合同是为赵某某从刘某处借款提供担保，且未收到购房款。赵某某诉称，其与刘某系朋友关系，系案外人王某与刘某借贷关系中担保人，后因其向刘某借款8万元，刘某要求其为上述担保及借贷关系的提供担保，遂将其父母赵某、张某名下的涉案房屋以签订房屋买卖合同形式提供了担保。

##### 【案件解析】

本案的诉争焦点问题是赵某、张某与刘某签订的房屋买卖合同是否为赵某某的债务提供的担保。本案虽系因房屋买卖合同引起的纠纷，但实系民间借贷纠纷，据庭审双方当事人认可的事实及查明的事实，本案的主要事实要素有：

- 要素1：借款未约定履行期限；
- 要素2：在借款同日，双方签订房屋买卖合同；
- 要素3：房屋买卖合同行为系为借款行为提供担保；
- 要素4：涉案房屋未实际交付。

从上述事实看，该案符合以房抵债构成非典型担保的事实类型，但与样本案例戚某与李某、金某等民间借贷纠纷案事实要素并不完全相同，但可通过等置模式，将该案件事实要素靠近非典型担保的事实要素，以此作出裁决结果。

从裁判理念、思路上看，《担保法》第40条确定的行为模式要求有，一是双方之间有抵押约定；二是债务履行期届满抵押权人未受清偿时；三是抵押物的所有权转移为债权人所有。该案中，房屋买卖合同系为债务担保而存在，因未约定明确的债务履行期限，其不符合《担保法》规范中确定的债务履行期限届满，只有在刘某应要求赵某某履行，赵某某无力偿还时才能要求实现，现刘某直接主张涉案房屋的所有权，有悖于《担保法》第40条的规定。另，涉案房屋系赵某、张某的唯一住宅，若将房屋所有权转移，赵某、张某将无处居住，且赵某、张某年迈，若强制执行，对老年人的

权益将有所损害，亦应考量裁判结果的社会效果，即在利益衡量中应先保障基本生存权益。从裁判论证方法上看，运用三段论逻辑，查明的事实符合《担保法》第 40 条中关于禁止流押规定构成要件，故不应支持刘某的诉讼请求。证明责任法则是查明小前提以适用三段论的方法之一。本案中，庭审期间，刘某就支付房款的方式前后陈述矛盾，且未提交有关证据予以证实购房款实际支付的金额及支付方式等，故无法确认该房屋买卖合同签订系赵某、张某真实意思表示。从裁判思路上看，如果刘某的请求权系将涉案房屋折价、变卖等实现担保物权，在不进行利益衡量的情形下，可能得出不同的裁判结果。但刘某诉请协助办理房屋过户，则根据查明的事实，一是房屋买卖合同关系不成立；二是刘某诉讼请求所依据的事实违反法律的效力性强制性规定；三是经利益衡量，则最终将驳回刘某的诉讼请求。

上述验证案例裁判中整体上采衡平思维，在形式主义和现实主义逻辑、方法的融贯运用中，亦展现出对不同事实要素的灵活处理。

## 结 语

从事实切入探究裁判形成是合乎司法立场的逻辑进路。从案件事实到裁判思维的关键连接点仍是法律规范，规范是思维归纳的出发点和归宿，思维的过程中法律被解释、规范所涵射的事实类型得以明确，由此司法者在汲取类案裁判智慧的同时，对裁判方法进行反思和完善。因此，以思维为研究对象是促进法律统一适用的更根本和深层次的路径选择。由于立法对不同法律关系规范的目的和价值取向不同，因此，民事法官裁判思维的养成还应结合待决案件审理开展全面实证研究。尽管样本限定以房抵债事实于民间借贷纠纷案件之中，但是突破案由的制约对事实进行类型化界定能够拓宽思维研究的广度，亦未超越类案研究之范畴；裁判思维的研究还应根据民事案件流程扩展到立案、庭前证据交换、庭审等阶段，对审判各环节提供全面指引。

（责任编辑：王文斌）



# 国有土地上房屋征收类案证明标准研究

山东省高级人民法院行政庭课题组\*

**论文摘要** 随着我国城市化建设进程的加快和公共设施完善的需要,现实生活中因土地和房屋征收引发的纠纷屡屡发生,并被大量诉诸法院,引起了社会的广泛关注,成为行政审判的重点和难点。在国有土地房屋征收过程中,人民法院只有对房屋征收决定的合法性作出正确评判,才能有效规范行政机关的征收行为,切实保障被征收人的合法权益。本文根据《国有土地上房屋征收与补偿条例》及相关法律规定,结合当前行政审判实际,分析归纳了房屋征收决定各个环节可能出现的问题,总结形成了解决问题、化解纠纷的证据标准和裁判规则,以期对人民法院正确审理国有土地上房屋征收决定案件提供有益的借鉴。

**关键词** 国有土地 房屋征收决定 合法性审查 证明责任 裁判规则

中图分类号:DF713 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)02-054-070

开展类案证明标准研究是统一类案裁判尺度的重要举措,是提升法官司法能力的重要抓手。根据省法院党组统一部署,行政庭成立课题组对国有土地上房屋征收案件证明标准进行了专题调研。

## 一、研究背景

近年来,随着城市化建设的不断推进,因房屋征收拆迁引发的行政争议呈现大幅上升趋势,国有土地上房屋征收案件成为我国现阶段最重要的行政案件类型。国有土地上房屋征收涉及征收决定、补偿决定及若干关联行政行为,当事人对上述行为不服,都可以提起行政诉讼。房屋征收决定是实施房屋征收的基础环节,也是关键环节,当事人针对房屋征收决定提起诉讼案件最为典型,经过几年的审判积累,此类案件证明标准及裁判意见已部分形成共识,有些问题尚未形成共识,仍具有研

\* 课题组成员:黄明春、侯勇、姚美科、温贵能、徐奎浩、孙继发、郭喜珂。



究探讨的空间。我们专门针对房屋征收决定案件开展类案证明标准研究，主要基于以下几个因素：

### （一）案件数量较多，社会影响重大

为了规范国有土地上房屋征收与补偿活动，维护公共利益，保障被征收房屋所有权人及利害关系人的合法权益，国务院于2011年1月21日公布实施了《国有土地上房屋征收与补偿条例》，同时废止了《城市房屋拆迁管理条例》，改变了过去由建设单位拆迁的做法，明确了房屋征收是政府行为规定政府是征收补偿主体。被征收人因对政府作出房屋征收决定不服提起诉讼案件随之增多。近三年，全省法院共受理一审行政案件48988件，其中国有土地上房屋征收决定案件7838件，占一审收案总数的16%。房屋征收决定动辄涉及征收范围内成百上千户居民，容易触动人民群众的根本利益，对被征收人的生产、生活具有重大影响，事关当地社会稳定发展大局，往往被列入当地政府的重点工作，人民法院审理该类案件非常慎重。

### （二）所涉矛盾突出，处理难度较大

房产是我国城镇家庭最重要的财产，如果房屋征收补偿不能维持或改善被征收人原有的生活居住水平，或者远低于被征收人的期望值，征收行为就会引发严重不满。随着人民法治意识的不断提高，越来越多的民众寻求行政诉讼渠道主张权利。一般情况下，起诉房屋征收决定案件多为集体诉讼，涉案人数众多，情绪容易激动，在文书送达、组织庭审、协调处理等环节都存在较大难度。案件所涉矛盾从根本上来讲是被征收人较高的补偿要求与政府统一的安置补偿标准之间的矛盾，双方都不愿妥协让步，协调结案难度很大。政府实施征收多是为了旧城改造、棚户区改造、城市交通、公共事业等公共利益的需要，即使征收行为存在主要证据不足、违反法定程序等情形，由于征收决定涉及人数众多，且诉讼过程中已经有大部分被征收人签订征收补偿协议并将房屋拆除，撤销被诉征收决定将会给社会公共利益造成重大损害，人民法院只能依法判决确认被诉征收决定违法，并不能从根本上阻止政府征收行为的实施，也不能在房屋征收决定案件中解决被征收人的补偿问题，原告往往会提起上诉，在上诉无法实现其诉讼目的时，则会选择申请再审。近三年，国有土地上房屋征收决定类案件上诉率超过80%，申请再审率超过35%。

### （三）证明标准多元，裁判尺度不统一

国有土地上房屋征收包括多个环节，基于行政案件自身的审理规律，人民法院在审理此类案件时，首先审查原告起诉涉案房屋征收决定是否符合起诉条件，只有符合法定起诉条件的原告，才能启动法院对征收决定的合法性审查程序。而起诉条件包括多个方面，仅就原告主体资格而言，不同地域、不同法院甚至不同法官对具备原告主体资格的证明标准持有不同认识，同样情况的原告，有些法院肯定其原告主体资格，有些法院则否定其原告资格进而裁定驳回起诉。涉及到实体问题更是如此，如被诉征



收决定是否系为公共利益的需要而作出、征收房屋所要进行的建设项目是否符合“四规划一计划”、补偿资金是否足额到位、专户存储、专款专用等，对上述事实的认定需要依赖于基本一致的证明标准。但是司法实践中，不同地区、不同法院、不同法官对同一事实所掌握的证明标准不同，面对同样的证据，不同的法官可能会认定不同的事实，导致作出不同的裁判。证明标准多元化，裁判尺度不统一，从根本上影响了法院裁判的权威性和公信力。

#### （四）缺乏权威高效的类案检索机制

行政审判队伍不稳定、流动性强，其业务能力的持续传承受到一定的冲击和削弱，再加上熟悉行政审判需要一个相对较长的过程，用现代信息技术手段来弥补行政审判法官自身存在的不足就显得尤为必要。为进一步统一裁判尺度，《最高人民法院司法责任制实施意见（试行）》提出了建立类案检索制度，要求承办法官在审理案件时，依托办案平台、档案系统、中国裁判文书网、法信、智审等，对最高人民法院已经审结或正在审理的类案与关联案件进行全面检索，制作检索报告，并分情形作出处理。当前许多法院员额法官办案压力较大，法官助理尚未配备到位，如果承办法官再投入大量精力检索最高法院案例，无疑会增加办案负担，降低办案效率，且最高法院审理的案件类型有限，很多问题并无相应的类案可供检索。目前司法实践还没有形成权威高效的类案检索机制。我们开展类案证明标准研究，旨在通过研究类案裁判文书，抽象出类案的司法实践经验，最终形成“类案辅助办案系统”，法官可以借助它的技术手段帮助判断，即便是初入行政审判大门的新手，也能在证明标准的指引下顺利地作出正确的裁判。

## 二、研究方法

### （一）统计调查

充分利用山东案件大省的优势，立足审判实践，对全省近三年国有土地上房屋征收决定类案件逐一“过筛子”，全面统计案件审理中需要统一证明标准和裁判意见的具体问题，尤其针对上诉案件中，当事人认为原审法院判决证据不足、认定事实不清的情况，对涉及到的问题直接提取，作为证明标准的研究重点。同时坚持问题导向，借助法律适用问题季度研讨活动，面向全省行政审判人员进行调研，搜集并归纳审判实践中的难点问题和亟待解决的问题，有的放矢地开展研究。经统计调查，共归纳程序审查问题35项，实体审查问题27项，初步形成了开展证明标准研究的基本框架。

### （二）建立模型

本着“服务法官办案，统一裁判标准”的需求导向，课题组初步设计了辅助办案系统模型，即全面梳理国有土地上房屋征收决定类案件需要审查的全部问题，如起诉条件中需审查受案范围、原告资格等，合法性审查中需审查征收主体是否具有相应职

权、征收目的是否为了公共利益等，针对每一个子问题，借助于中国裁判文书网，按照“证明标准—审查要素—裁判意见”的顺序对每一个环节进行全面检索。在证明标准项下，列举负有举证责任的当事人一般需要提交的证据；在审查要素项下，明确人民法院需要重点审查的事项；在裁判意见项下，包括裁判结论和裁判理由部分，裁判结论直接说明对于该问题如何裁判，裁判理由部分是对裁判结论的详细说理和阐述，并附有法条链接和案例索引。这一模型建立之后，借助于法院智审系统嵌入数据平台，法官在办理此类案件时，输入遇到的问题，即可检索到关于该问题的证明标准、审查要素和裁判意见。如果想进一步了解，还可以根据案例索引搜索到具体的裁判文书。从而方便法官办案，统一裁判标准，提高办案效率。

### （三）案例检索

立足《国有土地上房屋征收与补偿条例》的具体规定，结合行政案件的审理规律，课题组认为国有土地上房屋征收决定类案件证明标准实质上应包括两大部分，即起诉条件审查和合法性审查。其中起诉条件部分包括受案范围、原告主体资格等十个大问题、三十多个子问题，合法性审查部分包括征收主体、公共利益等九个大问题、十多个子问题，尽可能涵盖司法实践中需要审查的所有问题。针对每一个问题，课题组成员以中国裁判文书网为依托，全面检索最高人民法院以及其他法院就相关问题的生效裁判文书，从每个文书中提取具体证据及裁判观点，结合法律、司法解释及各地审判经验中的证据规则，明确各种证据的形式要件、内容要素和不可采情形。课题组通过中国裁判文书网共检索相关案例 1000 余篇，通过对上述案例的分析，确定了各个问题的证明标准及相应的裁判意见。

### （四）征求意见

依托全省法院行政审判季度研讨活动和理论研究课题组机制，两次集中全省行政审判骨干力量集中研讨，反复研究修改调研成果。2018 年 7 月 17 日，在烟台召开的全省行政审判工作座谈会上，课题组将《国有土地上房屋征收决定案件证明标准（征求意见稿）》印发全省各中院和铁路运输法院与会代表，将征求意见列入会议重要议程，共征求修改意见 55 条。课题组还随时听取全省各级法院行政审判人员反馈的意见和建议，共收到反馈意见 20 余条。根据大家的建议，课题组对证明标准文稿反复论证修改，逐渐形成了较为完善的证明标准体系。从这个角度上讲，该课题凝聚了全省行政审判法官的集体经验和智慧。

## 三、证据分析

根据《中华人民共和国行政诉讼法》《国有土地上房屋征收与补偿条例》及相关司法解释规定，结合山东行政审判实际，以程序和实体审查为方向，对房屋征收案件



涉及的证据作如下分析，进而确定合理恰当的证明标准。

### （一）受案范围

#### 1. 房屋征收决定

（1）原告举证：原告需要提供房屋征收决定，也可以提供与房屋征收决定原件核对无误的复印件、照片、节录本等。

（2）待证事实：审查是否存在房屋征收决定或被告是否作出了房屋征收决定。

（3）效力认定：如果原告提供的相关证据证实确系被告作出房屋征收决定的，则属于受案范围，如果没有房屋征收决定的，起诉房屋征收决定则不符合行政诉讼受理条件。

#### 2. 房屋征收公告

（1）原告举证：原告需要提供房屋征收决定公告，也可以提供与房屋征收决定公告原件核对无误的复印件、照片、节录本等。

（2）待证事实：审查被告在发布房屋征收公告前是否作出了房屋征收决定；审查被告是否未作出征收决定，而是在征收公告中载明征收的具体内容。

（3）效力认定：如果原告提供的相关证据证实其起诉房屋征收公告，但是被告在公告之前作出房屋征收决定的，房屋征收公告不可诉，人民法院可以告知原告起诉房屋征收决定。原告不同意变更的，不符合行政诉讼受理条件。被告未作出房屋征收决定，在征收公告中载明征收具体内容的，公告可诉。

#### 3. 符合管辖规定

（1）原告举证：原告需要指明作出征收决定或作出征收相关行为的具体行政机关。

（2）待证事实：审查原告提起的诉讼是否属于受诉人民法院管辖范围。

（3）效力认定：如果原告提供的相关证据证实系由市、县级人民政府作出的房屋征收决定，由所在地中级人民法院管辖，立案后发现不属于本院管辖的，则应移送有管辖权的人民法院。

### （二）原告主体资格

#### 1. 房屋所有权人

（1）原告举证：原告需要提交房屋产权证书等权属证明材料、房屋征收决定或公告。

（2）待证事实：审查房屋产权证书等材料，判断原告对涉案房屋是否拥有合法产权；审查房屋征收决定，判断涉案房屋是否在征收范围内。

（3）效力认定：如果原告提供的相关证据证实其系房屋所有权人，则具有原告主体资格。

#### 2. 公房承租人

（1）原告举证：原告需要提供租用公房凭证或房地产交易中心等部门公房租赁合同登记备案资料等、租赁当事人身份证明、房屋征收决定或公告。

（2）待证事实：审查租用公房凭证或房地产交易中心等部门公房租赁合同登记备

案资料及当事人身份证明，判断涉案房屋是否系公房，原告是否系公房承租人；审查房屋征收决定，判断涉案房屋是否在征收范围内。

(3) 效力认定：如果原告提供的相关证据证实其系直管公房、单位管理的国有公房承租人，则具有原告主体资格。

### 3. 经租房承租人

(1) 原告举证：原告需要提供经租房租用凭证或房地产交易中心等部门租赁合同登记备案资料等、租赁当事人身份证明、房屋征收决定或公告。

(2) 待证事实：审查经租房租用凭证或房地产交易中心等部门租赁合同登记备案资料及当事人身份证明，判断涉案房屋是否系经租房，原告是否系经租房承租人；审查房屋征收决定，判断涉案房屋是否在征收范围内。

(3) 效力认定：如果原告提供的相关证据证实其系经租房承租人，则具有原告主体资格。

### 4. 廉租房承租人

(1) 原告举证：原告需要提供住房保障管理部门审核通过的廉租房登记材料、租赁当事人身份证明、房屋征收决定或公告。

(2) 待证事实：审查住房保障管理部门审核通过的廉租房登记材料及当事人身份证明，判断涉案房屋是否系廉租房，原告是否系廉租房承租人；审查房屋征收决定，判断涉案房屋是否在征收范围内。

(3) 效力认定：如果原告提供的相关证据证实其系廉租房承租人，则具有原告主体资格。

### 5. 购买房屋但未办理转移登记的购买人

(1) 原告举证：原告需要提供购房合同或其他相关证据材料、房屋所有权人出具的不存在房屋所有权争议的书面情况说明或房屋所有权争议已通过民事诉讼等途径予以解决的生效法律文书、当事人身份证明、房屋征收决定或公告。

(2) 待证事实：审查购房合同或其他相关证明材料及当事人身份证明，判断原告是否系涉案房屋的购买人；审查房屋所有权人出具的不存在房屋所有权争议的书面情况说明或房屋所有权争议已通过民事诉讼等途径予以解决的生效法律文书，判断涉案房屋权属是否有争议；审查房屋征收决定，判断涉案房屋是否在征收范围内。

(3) 效力认定：如果原告提供的相关证据证实房屋权属无争议的，则购买人具有原告主体资格；房屋权属有争议的，购买人不具有原告主体资格。

### 6. 征收范围内未包含原告的房屋

(1) 双方举证：原告或被告需要提供房屋所有权证等房屋权属证明材料、当事人身份证明、房屋征收决定或公告。

(2) 待证事实：审查房屋所有权证等材料及当事人身份证明，判断原告是否系涉



案房屋的所有权人；审查房屋征收决定，判断涉案房屋是否在征收范围内。

(3) 效力认定：如果双方提供的相关证据证实起诉人房屋未在征收范围内，则房屋所有权人不具备原告主体资格。

#### 7. 一般承租人

(1) 双方举证：原告或被告需要提供房屋所有权证等权属证明材料、租赁合同、房屋征收决定或公告。

(2) 待证事实：审查房屋所有权证、租赁合同，判断原告是否系被征收房屋的一般承租人；审查房屋征收决定，判断涉案房屋是否在征收范围内。

(3) 效力认定：如果双方提供的相关证据证实系房屋的一般承租人的，则不具备原告主体资格。

#### 8. 被征收人已签订征收安置补偿协议或领取补偿款、安置房

(1) 双方举证：原告或被告需要提供如下证据：房屋所有权证、征收安置补偿协议、领取补偿款或安置房的材料、房屋征收决定或公告。

(2) 待证事实：审查房屋所有权证及房屋征收决定，判断涉案房屋是否在征收范围内；审查征收安置补偿协议及领取补偿款或安置房的材料，判断原告是否已签订征收安置补偿协议、领取补偿款或安置房。

(3) 效力认定：如果相关证据证实被征收人已签订征收安置补偿协议、领取补偿款或安置房后，仍对房屋征收决定不服的，具备原告主体资格。

#### 9. 按照法律规定由法定代理人、指定代理人、代表人为诉讼行为

(1) 原告举证：原告需要提供当事人身份证明、法定代理人、指定代理人、代表人身份证明。

(2) 待证事实：审查原告是否系无诉讼行为能力人；审查法定代理人、指定代理人、代表人身份是否适格。

(3) 效力认定：如果原告提供的相关证据证实系无诉讼行为能力人本人或其他人提起诉讼的，则不符合行政诉讼起诉条件。

### (三) 有具体的诉讼请求

#### 1. 诉讼请求过于笼统的情形

(1) 原告举证：原告对房屋征收决定提起行政诉讼，其诉讼请求一般应当为：请求判决撤销房屋征收决定、请求确认房屋征收决定违法、请求确认房屋征收决定无效等。

(2) 待证事实：审查原告的诉讼请求是否明确具体。

(3) 效力认定：如果原告起诉请求撤销或确认整个征收行为违法的，则属于没有明确的诉讼请求的情形。

#### 2. 诉讼请求涉及多个行政行为的情形

(1) 原告举证：原告对房屋征收决定提起行政诉讼，其诉讼请求一般应当为：请求

判决撤销房屋征收决定、请求确认房屋征收决定违法、请求确认房屋征收决定无效等。

(2) 待证事实 : 审查原告的起诉状中有几项诉讼请求, 其诉讼请求所涉及的行政行为是否属于不同类型的行政行为。

(3) 效力认定 : 如果原告除针对房屋征收决定外, 还针对其他行政行为在同案中提起诉讼的, 则不符合行政诉讼起诉条件。

### 3. 一并提起行政赔偿的情形

(1) 原告举证 : 原告对房屋征收决定提起行政诉讼, 其诉讼请求一般应当为请求判决撤销房屋征收决定、请求确认房屋征收决定违法、请求确认房屋征收决定无效等。原告在提起上述诉讼请求的同时, 一并提起行政赔偿诉讼请求。

(2) 待证事实 : 审查原告在起诉状中是否一并提起了行政赔偿请求。原告一并提起行政赔偿请求的, 有无具体的赔偿事项以及数额等。

(3) 效力认定 : 如果原告一并提起行政赔偿请求, 但无具体的赔偿事项以及数额的, 则属于没有明确的诉讼请求的情形。

## (四) 有明确的被告且被告适格

### 1. 被告明确

(1) 原告举证 : 原告起诉状中指向了具体的、特定的被诉行政机关。

(2) 待证事实 : 审查起诉状, 判断原告提供的被告的名称等信息是否足以使被告与其他行政机关相区别。

(3) 效力认定 : 如果起诉状列写被告信息不足以认定明确的被告的, 则不符合行政诉讼起诉条件。

### 2. 被告适格

(1) 原告举证 : 原告需要提供房屋征收决定或公告。

(2) 待证事实 : 审查房屋征收决定, 判断被诉行政机关是否作出了被诉房屋征收决定。

(3) 效力认定 : 如果原告提供的相关证据证实被诉行政机关不适格的, 人民法院应当告知原告变更被告, 原告不同意变更的, 则不符合行政诉讼起诉条件。

## (五) 起诉期限

### 1. 行政机关告知诉权和起诉期限的情形

(1) 原告举证 : 原告需要提供房屋征收决定或公告。

(2) 待证事实 : 审查房屋征收决定或公告中是否明确告知了诉权和起诉期限 ; 审查房屋征收决定或公告向当事人送达或公开发布的日期。

(3) 效力认定 : 如果原告提供的相关证据证实房屋征收决定或公告中明确告知了诉权和起诉期限, 原告在六个月内起诉的, 则不超过法定起诉期限, 超过六个月起诉的, 超过法定起诉期限。



## 2. 原告先行申请行政复议的情形

(1) 原告举证 :原告需要提供房屋征收决定或公告、行政复议决定书。

(2) 待证事实 :审查行政复议决定书向当事人的送达时间 ;审查复议决定书中是否明确告知诉权和起诉期限 ;审查对原行政行为的起诉是否超过了法定起诉期限。

(3) 效力认定 :如果原告提供的相关证据证实其收到行政复议决定书之日起十五日内起诉的,则符合法定起诉期限 ;超过十五日提起诉讼的,超过法定起诉期限。

## 3. 行政机关未告知诉权和起诉期限的情形

(1) 原告举证 :原告需提供房屋征收决定或房屋征收公告。

(2) 待证事实 :原告提起行政诉讼的时间 ;被告作出被诉征收行政行为的时间 ;征收机关是否告知了原告诉权和起诉期限 ;原告知道或应当知道被诉征收决定的时间,是否有证据证明原告知道或者应当知道被诉征收行为 ;行政机关未告知诉权或起诉期限的,原告自知道或应当知道征收行政行为作出之日起提起诉讼是否超过1年。

(3) 效力认定 :如果原告提供的相关证据证实行政机关作出房屋征收决定,未告知诉权和起诉期限的,原告从知道或应当知道行政行为内容之日起提起诉讼不超过1年的,则符合起诉期限的规定 ;超过1年的,超过法定起诉期限。

## 4. 不属于起诉人自身的原因延误期限的情形

(1) 原告举证 :原告需要提供因不可抗力等非自身原因导致起诉超过法定起诉期限或已经向人民法院起诉,人民法院应立案而未立案等证据材料。

(2) 待证事实 :原告是否因不可抗力等原因造成延误起诉期限 ;原告是否有证据证明就同一案件向法院提起过诉讼,而受诉法院既不立案,也未出具书面裁定 ;原告是否因申诉信访等自身原因延误起诉期限。

(3) 效力认定 :如果原告提供的相关证据证实因不可抗力等原因造成延误起诉的,则应予扣除相应期限。因当事人单方向有关部门申诉信访耽误的期间,不应扣除。

(六) 不属于重复起诉或撤回起诉后再行起诉具有正当理由或诉讼标的未被生效裁判或者调解书所羁束

### 1. 起诉因没有事实根据被驳回起诉后,具有新证据的情形

(1) 原告举证 :原告需要提供驳回起诉裁定、所起诉的事实存在或房屋征收决定等新证据。

(2) 待证事实 :审查原告是否曾提起相关诉讼及相应裁判文书 ;审查本次诉讼是否具有新的事实依据。

(3) 效力认定 :如果原告提供的相关证据证实其起诉曾因事实不存在被驳回起诉后,具有新证据的,则其再次起诉不构成重复起诉。

### 2. 起诉因被告不适格被驳回起诉后或听从法院释明后,以适格被告提起诉讼的情形

(1) 原告举证 :原告需要提供驳回起诉裁定、房屋征收决定或公告等相关证据。



(2) 待证事实 :审查原告是否曾提起相关诉讼及相应裁判文书 ;审查本次起诉的被告是否作出了房屋征收决定。

(3) 效力认定 :如果原告提供的相关证据证实系以适格被告重新提起诉讼,则不构成重复起诉。

### 3. 未按规定缴纳案件受理费按撤诉处理后再次起诉的情形

(1) 原告举证 :原告需要提供驳回起诉裁定、缴纳案件受理费凭据、房屋征收决定或公告。

(2) 待证事实 :审查原告是否曾提起相关诉讼及其裁判文书 ;审查本次起诉是否已缴纳案件受理费。

(3) 效力认定 :如果原告提供的相关证据证实本次起诉已缴纳案件受理费的,则不构成重复起诉。

### 4. 诉讼标的未被生效裁判或者调解书所羁束

(1) 原告举证 :原告需要提供生效裁判或者调解书、房屋产权证书、房屋征收决定。

(2) 待证事实 :审查其他公民、法人或者组织是否针对房屋征收决定曾提起相关诉讼以及相应的裁判文书 ;本次诉讼与其他诉讼是否针对同一行政行为 ;审查诉讼标的是否被生效裁判或者调解书所羁束。

(3) 效力认定 :如果原告提供的相关证据证实房屋征收相关事实被生效裁判或者调解书所羁束的,则其认定的事实直接适用于本次诉讼。

### (七) 对合法权益不产生实际影响

#### 1. 房屋征收补偿安置方案

(1) 原告举证 :原告需要提供房屋征收补偿安置方案或与原件核对无误的复印件、照片、节录本等。

(2) 待证事实 :审查房屋征收补偿安置方案是否对原告权利义务产生实际影响。

(3) 效力认定 :如果原告提供的相关证据证实系对房屋征收补偿安置方案不服提起诉讼的,则不符合行政诉讼起诉条件。

#### 2. 拟房屋征收决定、公告

(1) 原告举证 :原告需要提供拟房屋征收决定、公告或与原件核对无误的复印件、照片、节录本等。

(2) 待证事实 :审查行政机关发布的拟房屋征收决定、公告是否对原告权利义务产生实际影响。

(3) 效力认定 :如果原告提供的相关证据证实系对拟房屋征收决定、公告行为提起诉讼的,则不符合行政诉讼起诉条件。

3. 征收补偿方案的论证、公布或征求公众意见及意见修改情况公布、听证行为、调查询问等行为



(1) 原告举证 :原告需要提供行政机关组织征收补偿方案的论证、征求意见、听证行为、调查询问、社会稳定风险评估等活动的书面证明材料。

(2) 待证事实 :审查征收补偿方案的论证、公布或征求公众意见及意见修改情况公布、听证行为、调查询问等行为对原告权利义务是否产生实际影响,有无可能造成被征收人及其利害关系人实体权利损害的情形。

(3) 效力认定 :如果原告提供的相关证据证实系对行政机关组织征收补偿方案的论证、征求意见、听证行为、调查询问、社会稳定风险评估等活动提起诉讼的,鉴于上述行为原则上不可诉,则不符合行政诉讼起诉条件。

#### 4. 社会稳定风险评估

(1) 原告举证 :原告需要提供社会稳定风险评估报告等书面证明材料。

(2) 待证事实 :审查社会稳定风险评估报告是否影响原告的合法权益。

(3) 效力认定 :如果原告提供的相关证据证实系对社会稳定风险评估行为提起诉讼的,则不符合行政诉讼起诉条件。

#### 5. 征收调查登记

(1) 原告举证 :原告需要提供相关征收调查登记资料。

(2) 待证事实 :审查征收调查登记行为对原告权利义务是否产生实际影响。

(3) 效力认定 :如果原告提供的相关证据证实系对征收调查登记行为提起诉讼的,则不符合行政诉讼起诉条件。

#### 6. 对未经登记的建筑进行调查、认定和处理

(1) 原告举证 :原告需要提供证据证明房屋征收部门是否对征收范围内未经登记的建筑进行了调查、认定和处理。

(2) 待证事实 :审查市、县级人民政府确定的房屋征收部门对或者未对未经登记的建筑进行调查、认定和处理的行为,是否对原告权利义务是否产生实际影响。

(3) 效力认定 :如果原告提供的相关证据证实系对房屋征收部门对未经登记的建筑进行调查、认定和处理行为提起诉讼的,则不符合行政诉讼起诉条件。

#### (八) 征收主体资格

##### 1. 市、县级人民政府

(1) 被告举证 :被告需要提供加盖单位印章的征收文书(征收决定、征收公告等)。

(2) 待证事实 :审查作出房屋征收决定的市、县级人民政府是否具有相应的职权。

(3) 效力认定 :如果被告提供的相关证据证实系市、县级人民政府具有作出国有土地上房屋征收决定的,则被告具有法定职权。

##### 2. 开发区管理委员会

(1) 被告举证 :被告需要提供加盖单位印章的征收文书(征收决定、征收公告等)开发区管理委员会的批准设立文件。

(2) 待证事实 : 审查开发区管理委员会的批准设立机关是否为国务院或者省级人民政府。

(3) 效力认定 : 如果被告提供的相关证据证实系国家级经济技术开发区管理委员会和省级经济技术开发区管理委员会有权对辖区内国有土地上房屋进行征收的, 则被告具有法定职权。

#### (九) 公共利益需要

##### 1. 因国防和外交的需要实施征收

(1) 被告举证 : 被告需要提供国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划、专项规划。

(2) 待证事实 : 审查需征收房屋的建设活动是否符合“四规划”; 如果不能提供“四规划”, 根据被告提交的建设项目立项批准文件、政府工作报告、政府年度工作计划、其他有关国家机关证明文件等审查被告作出房屋征收决定是否为了国防和外交的需要。

(3) 效力认定 : 如果被告提供的相关证据证实系因国防和外交的需要作出房屋征收决定的, 则符合公共利益的需要。

##### 2. 因基础设施建设的需要实施征收

(1) 被告举证 : 被告需要提供国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划、专项规划。

(2) 待证事实 : 审查需征收房屋的建设活动是否符合“四规划”; 如果不能提供“四规划”, 根据被告提交的建设项目立项批准文件、政府工作报告、政府年度工作计划、其他有关国家机关证明文件等审查被告作出征收决定是否系由政府组织实施的能源、交通、水利等基础设施建设的需要。

(3) 效力认定 : 如果被告提供的相关证据证实系因基础设施建设的需要作出房屋征收决定的, 则符合公共利益的需要。

##### 3. 因公共事业的需要实施征收

(1) 被告举证 : 被告需要提供国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划、专项规划。

(2) 待证事实 : 审查需征收房屋的建设活动是否符合“四规划”; 如果不能提供“四规划”, 根据被告提交的建设项目立项批准文件、政府工作报告、政府年度工作计划、其他有关国家机关证明文件等审查被告作出征收决定是否系由政府组织实施的科技、教育、文化、卫生、体育、环境和资源保护、防灾减灾、文物保护、社会福利、市政公用等公共事业的需要。

(3) 效力认定 : 如果被告提供的相关证据证实系因公共事业的需要作出房屋征收决定的, 则符合公共利益的需要。

##### 4. 因保障性安居工程建设的需要实施征收



(1) 被告举证 :被告需要提供国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划、专项规划、国民经济和社会发展年度计划。

(2) 待证事实 :审查需征收房屋的建设活动是否符合“四规划一计划”;如果不能提供“四规划一计划”,根据被告提交的建设项目立项批准文件、政府工作报告、政府年度工作计划、房屋征收申请书、建议书、其他有关国家机关证明文件等审查被告作出征收决定是否系由政府组织实施的保障性安居工程建设的需要。

(3) 效力认定 :如果被告提供的相关证据证实系因保障性安居工程建设的需要作出房屋征收决定的,则符合公共利益的需要。

#### 5. 因旧城区改建的需要实施征收

(1) 被告举证 :被告需要提供国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划、专项规划、国民经济和社会发展年度计划。

(2) 待证事实 :审查需征收房屋的建设活动是否符合“四规划一计划”;如果不能提供“四规划一计划”,根据被告提交的建设项目立项批准文件、政府工作报告、政府年度工作计划、房屋征收申请书、建议书、其他有关国家机关证明文件等审查被告作出征收决定是否系由政府依照城乡规划法有关规定组织实施的对危房集中、基础设施落后等地段进行旧城区改建的需要。

(3) 效力认定 :如果被告提供的相关证据证实系因旧城区改建的需要作出房屋征收决定的,则符合公共利益的需要。

#### 6. 通过商业开发的形式或市场化运作模式进行保障性安居工程建设或旧城区建设是否符合公共利益的需要

(1) 被告举证 :被告需要提供国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划、专项规划、国民经济和社会发展年度计划。

(2) 待证事实 :审查被告征收房屋所进行的建设活动是否属于公共利益的需要。

(3) 效力认定 :如果被告提供的相关证据证实系通过商业开发的形式或市场化运作模式进行保障性安居工程建设或旧城区改建的,则不能否定征收的公益目的。

#### 7. 将个别建设年限较短的房屋纳入棚户区改造范围是否符合公共利益的需要

(1) 被告举证 :被告需要提供国民经济和社会发展规划、土地利用总体规划、城乡规划、专项规划、国民经济和社会发展年度计划。

(2) 待证事实 :审查被告征收房屋所进行的建设活动是否属于公共利益的需要。

(3) 效力认定 :如果被告提供的相关证据证实系将个别建设年限较短的房屋纳入棚户区改造范围的,则不能否定征收的公共利益目的。

#### (十) 房屋征收范围

##### 1. 房屋征收范围在批准用地范围内

(1) 被告举证 :被告需要提供建设项目批复、国有土地使用权证明、房屋征收范

围红线图。

(2) 待证事实 : 审查确定的房屋征收范围是否在批准用地范围内。

(3) 效力认定 : 如果被告提供的相关证据证实征收红线范围没有超出批准用地范围, 则认为确定的房屋征收范围合法 ; 如果征收红线范围超出批准用地范围, 则认为确定的房屋征收房屋违法。

2. 房屋征收范围既包括国有土地上的房屋又包括集体土地上的房屋

(1) 双方举证 : 被告需要提供建设项目批复、国有土地使用权证明、房屋征收范围红线图 ; 原告需要提供集体土地使用权证、房屋权属证明。

(2) 待证事实 : 审查房屋征收决定中房屋征收范围是否既包括国有土地上的房屋, 又包括集体土地上的房屋。

(3) 效力认定 : 如果相关证据证实房屋征收决定中的房屋征收范围既包括国有土地上的房屋, 又包括集体土地上的房屋, 则认为确定的房屋征收范围违法。

3. 特定情况下征收红线范围外的部分房屋

(1) 双方举证 : 被告需要提供建设项目批复、国有土地使用权证明、房屋征收范围红线图 ; 原告需要提供房屋权属证明。

(2) 待证事实 : 审查行政机关特定情况下征收红线范围外的部分房屋是否合法。

(3) 效力认定 : 如果相关证据证实征收超出规划红线范围外的部分房屋, 且该房屋属于整栋建筑一部分时, 则可以认为确定的房屋征收范围合法。

(十一) 房屋调查登记

1. 对征收范围内的房屋进行调查登记

(1) 被告举证 : 被告需要提供被征收房屋现状测绘调查表、房屋调查结果公示及公示照片、房屋统计明细表及公示照片。

(2) 待证事实 : 审查被告是否对征收范围内的房屋进行调查登记并公布调查结果。

(3) 效力认定 : 如果被告提供的房屋调查登记材料经审查合法, 则认为被告履行了房屋调查登记职责, 程序合法。如果被告提供的房屋调查登记材料经审查不具有真实性、合法性, 则认为被告未依法履行房屋调查登记职责。

2. 对征收范围内未登记的房屋进行处理

(1) 双方举证 : 被告需要提供被征收房屋现状测绘调查表、房屋调查结果公示及公示照片、房屋统计明细表及公示照片 ; 原告需要提供对房屋依法享有处分权利的相关证据材料。

(2) 待证事实 : 审查被告是否对征收范围内未登记的房屋依法进行处理。

(3) 效力认定 : 如果相关证据证实除未登记的房屋属于违法建筑之外, 被告将未登记的房屋纳入征收范围并依法调查公示的, 则认为被告履行了房屋调查登记职责, 程序合法 ; 被告未将未登记的房屋纳入征收范围并依法调查公示的, 则认为被告未依法履行房屋调查登记职责。



## （十二）征收补偿方案

### 1. 征收补偿方案的论证、征求公众意见及意见修改

（1）被告举证：被告需要提供市、县级人民政府组织论证征收补偿方案的材料、公布征收补偿方案并征求公众意见的材料、公布征求意见情况的材料、公布根据公众意见修改方案的材料。

（2）待证事实：审查征收补偿方案的作出部门是否是房屋征收部门；审查市、县级人民政府是否对征收补偿方案进行了论证，组织论证的主体是否是市、县级人民政府；审查征求意见情况是否进行了公布；审查是否根据公众意见对征收补偿方案进行了修改。

（3）效力认定：如果被告提供的相关证据证实其作出征收补偿方案履行了论证、公布、征求意见、修改方案等程序，则程序符合法律规定；未组织论证征收补偿方案、未向公众征求意见的，属于违反法定程序。

### 2. 听证程序

（1）被告举证：被告需要提供征收项目为旧城区改建项目、征求意见材料显示过半数被征收人有异议的、听证会笔录或有关证明材料。

（2）待证事实：审查是否有过半数被征收人提出了异议；审查是否有召开听证会的材料，参加听证会的人员中是否有公众代表和被征收人代表，听证会是否提前通知，通知是否送达，听证会主持人员是否符合规定，听证会是否形成了笔录，是否根据笔录记载形成了报告等；审查根据听证会报告，如果征收补偿方案确有不合规定之处，是否进行了修改。

（3）效力认定：如果被告提供的相关证据证实其召开听证会符合《国有土地上房屋征收与补偿条例》第11条第二款的规定，则听证会程序合法；未召开听证会或听证程序违法的，违反法定程序。

### 3. 征收补偿方案的公示

（1）被告举证：被告需要提供征收补偿方案公告或与征收补偿方案公告原件核对无误的复印件、照片等。

（2）待证事实：审查征收补偿方案公示期限是否少于30日。

（3）效力认定：如果被告提供的相关证据证实征收补偿方案公示时间不少于30日的，则符合《国有土地上房屋征收与补偿条例》第11条第二款规定的法定程序；征收补偿方案公示时间不足30日的，违反法定程序。

### 4. 征收补偿方案的内容

（1）被告举证：被告需要提供市、县级人民政府批准的征收补偿方案。

（2）待证事实：审查征收补偿方案是否包含房屋征收部门、房屋征收实施单位；房屋征收范围、征收依据、征收目的、签约期限等；被征收房屋的基本情况；补偿方式、补偿标准和评估办法；用于产权调换房屋的地点、单套建筑面积、套数，产权调换房屋

的价值认定 ;过渡方式和搬迁费、临时安置费、停产停业损失补偿费标准 ;补助和奖励。

(3) 效力认定 :如果被告提供的相关证据证实征收补偿方案的内容包含上述全部内容 ,则符合《山东省国有土地上房屋征收与补偿条例》第 13 条第二款规定的法定程序。征收补偿方案的内容缺少一项或多项的 ,违反法定程序。

#### 5. 征收补偿方案中补偿方式、补偿标准

(1) 被告举证 :被告需要提供市、县级人民政府批准的征收补偿方案。

(2) 待证事实 :审查征收补偿方案中被征收房屋的基本情况是否符合事实 ;补偿方式是否符合《国有土地上房屋征收与补偿条例》的规定 ;补偿标准是否符合当地相关政策 ;评估方法是否符合《国有土地上房屋征收评估办法》的规定 ;产权调换房屋的价值认定是否符合《国有土地上房屋征收评估办法》的规定 ;搬迁费和临时安置费的标准是否符合所在市的相关政策 ;停产停业损失是否符合《山东省国有土地上房屋征收停产停业损失补偿办法》的规定等。

(3) 效力认定 :如果被告提供的相关证据证实征收补偿方案确定的补偿方式、补偿标准合理的 ,则符合《国有土地上房屋征收与补偿条例》《山东省国有土地上房屋征收与补偿条例》《国有土地上房屋征收评估办法》《山东省国有土地上房屋征收停产停业损失补偿办法》等法规的强制性规定。征收补偿方案确定的补偿方式、补偿标准不合理或不符合上述法律规定 ,征收补偿方案违反法律、规定的强制性规定。

#### (十三) 社会稳定风险评估报告

(1) 被告举证 :被告需要提供社会稳定风险评估报告。

(2) 待证事实 :审查被告是否进行了社会稳定风险评估。

(3) 效力认定 :如果被告提供的相关证据证实其进行了社会稳定风险评估 ,则符合《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 12 条的规定 ;被告没有进行社会稳定风险评估 ,违反法定程序。

#### (十四) 政府常务会议讨论决定

(1) 被告举证 :被告需要提供征收决定涉及被征收人数量较多的材料、提交经政府常务会议讨论决定的材料。

(2) 待证事实 :审查在涉及被征收人数量较多的情况下 ,房屋征收决定是否经过了政府常务会议讨论决定。

(3) 效力认定 :如果被告提供的相关证据证实其在征收决定涉及人数较多的情形下 ,经过政府常务会议讨论决定 ,则符合《国有土地上房屋征收与补偿条例》第 12 条的规定 ;未经政府常务会议讨论决定的 ,违反法定程序。

#### (十五) 征收补偿费用

##### 1. 征收补偿费用到位情况

(1) 被告举证 :被告需要提供相关部门 (如财政部门) 出具的房屋征收补偿资金



已足额到位的证明或银行出具的转账凭证、资金存储证明等。

(2) 待证事实 :审查是否有相关资金存储证明,存储证明上显示的数额是否构成足额到位 ;审查征收补偿费用到位时间是否是在征收决定作出之前。

(3) 效力认定 :如果被告提供的相关证据证实征收补偿费用已经足额到位,则符合《国土地上房屋征收与补偿条例》第12条第二款的规定 ;征收补偿费用在征收决定作出前未足额到位的,违反法定程序。如果被告有证据证明大部分被征收人已经选择房屋安置等实物安置的,应在总额中扣减房屋等实物安置费用,则不宜仅以资金数额认定征收补偿费用是否足额到位。被告提供的证据显示征收补偿费用在征收决定作出后才到位的,不符合《国有土地上房屋征收与补偿条例》第12条第二款之规定。

## 2. 征收补偿费用专户存储情况

(1) 被告举证 :被告需要提供相关部门(如财政部门)出具的房屋征收补偿资金已足额到位的证明或银行出具的转账凭证或资金存储证明等。

(2) 待证事实 :审查是否是专户存储,补偿费用是否存储于政府或相应职能部门名下。

(3) 效力认定 :如果被告提供的相关证据证实征收补偿费用已存入专门用于征收补偿费用的存储账户,则符合《国有土地上房屋征收与补偿条例》第12条第二款的规定。被告提供的证据显示资金并非存储于被告或相应职能部门名下,而是存储于其他单位名下且无证据佐证资金用途的,则不符合《国有土地上房屋征收与补偿条例》第12条第二款的规定。

## (十六) 作出房屋征收决定及公告

(1) 被告举证 :被告需要提供房屋征收决定、房屋征收决定公告、房屋征收决定公告在征收范围内张贴或采用其他方式公布的相关材料。

(2) 待证事实 :审查房屋征收决定公告是否实际张贴或是否采用其他方式公布 ;审查房屋征收决定公告是否载明了征收决定的内容及征收补偿方案 ;审查是否载明了行政复议、行政诉讼等权利救济途径等事项。

(3) 效力认定 :如果被告提供的相关证据证实已经公告了房屋征收决定,则符合《国有土地上房屋征收与补偿条例》第13条的规定 ;不能证明发布过公告的,违反法定程序。被告提供的房屋征收决定公告中附有征收补偿方案,符合《国有土地上房屋征收与补偿条例》第12条的规定 ;未附有征收补偿方案的,违反法定程序。被告在公告中载明了权利救济途径,符合《国有土地上房屋征收与补偿条例》第13条的规定 ;未载明权利救济途径的,违反法定程序。

(责任编辑 :姜燕)



# 行政裁量基准的适用情况分析 与司法审查

程程\*

---

**内容摘要** 实际执法过程中，围绕作为执法依据的行政裁量基准的适用，行政机关与相对人之间存在较多争议。针对裁量基准是否作为行政执法依据的问题，法院在审判过程中采取了截然不同的处理方式。为保证行政裁量基准在司法实践中的正确适用，法院应当依次从裁量基准的合法性、有无裁量瑕疵、是否违背个案正义和具备正当理由等方面进行审查。

**关键词** 行政裁量 裁量基准 个案正义 正当理由

中图分类号：DF74 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)02-071-080

---

当前，通过制定行政裁量基准以规范裁量权的行使已成为我国行政机关的普遍选择。2015年，由中共中央、国务院联合印发的《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》对进一步完善我国行政裁量基准制度提出了明确的要求，即“建立健全行政裁量权基准制度，细化、量化行政裁量标准，规范裁量范围、种类、幅度”。然而，由于现行法律法规中鲜有涉及裁量基准适用问题的规定，不同地区关于行政裁量基准的规定各不相同，导致日常执法活动中有关裁量基准适用的争议不断出现。为此，充分把握行政裁量基准的内涵，深入观察实务中裁量基准的适用情况，并就不同情形下法院对待裁量基准的态度进行分析，为我国司法实践中行政裁量基准的正确适用提出建议，便是本文探讨的主题。

---

\* 程程，南开大学法学院硕士研究生。



## 一、行政裁量基准的界定

### (一) 行政裁量基准的内涵

关于行政裁量基准内涵的界定，我国行政法学界尚存争议。有观点提出，“所谓行政裁量基准，是指行政执法者在行政法律规范没有提供要件——效果规定，或者虽然提供了要件——效果规定但据此不足以获得处理具体行政案件所需之完整的判断标准时，按照立法者意图、在行政法律规范所预定的范围内、以要件——效果规定的形式设定的判断标准。”<sup>①</sup>此种观点强调行政裁量基准需具备“要件——效果”条件方能成立。应当认为，“要件——效果”说为我们更加准确地界定裁量基准提供了有利方向，即行政裁量基准是将同时具备两种以上效果选择的裁量权的内容进行区分，为特定的要件与效果之间的有效联接，提供明确具体的指引。

另有观点认为，“所谓裁量基准，是指具有法定裁量权的行政机关对其法定授权范围内的裁量权予以情节的细化和效果的格化而事先以规则的形式设定的一种具体化的判断选择标准，其目的在于对裁量权的正当行使形成一种法定自我约束。”<sup>②</sup>该观点对裁量基准的法律属性作出判断，主张行政裁量基准同时具有“规则主义”和“行政自制”的特点。

其他有关行政裁量基准的定义，多是对行政机关如何行使裁量权的现状描述，如认为“裁量基准是行政机关专门为规范行政执法裁量而制定的具体判断和裁量标准，在特殊情形中可以不予适用。”<sup>③</sup>

综合以上不同定义方式，本文以为，所谓行政裁量基准，是指行政机关依据法定职权并按照法定程序制定的，以特定的“要件——效果”形式，将其法定授权范围内的行政裁量权予以细化和具体化，为裁量权的规范行使提供统一、明确标准的行政规则。

### (二) 行政裁量基准的法律属性

#### 1. 行政裁量基准具有规则属性

行政裁量基准在本质上属于行政规则，其设定并无法律授权，对外部主体不会产生强制约束力，因而不能被划归于行政立法范畴。虽然行政裁量基准在实践中可以得到行政机关的遵循，并产生事实上的拘束力，但这种事实性的拘束力并非法的拘束力，裁量基准不会因此而获得法源地位。<sup>④</sup>

#### 2. 行政裁量基准是具体化的裁量规则

① 王天华：《裁量标准基本理论问题刍议》，载《浙江学刊》2006年第6期。

② 周佑勇：《裁量基准司法审查研究》，载《中国法学》2012年第6期。

③ 参见姜明安：《行政裁量基准的软法规制》，载《法学论坛》2009年第4期。

④ 参见王贵松：《行政裁量基准的设定与适用》，载《华东政法大学学报》2016年第3期。

一般来说,制定行政裁量基准的前提条件是现行的行政法律规范中,没有对具体情况下执法者应如何行使裁量权作出规定。另外,考虑到实践中行政裁量主要适用于行政处罚领域,通过对涉及处罚事项的裁量基准文本的整理和观察可知,行政机关通常会在法律授予的裁量权限范围内,基于全方位的考虑,根据处罚标准划分若干不同的处理情形,每一种情形对应一种裁量规则。

在“焦某诉淮南市公安局田家庵分局等处罚案”<sup>①</sup>中,作为法院审理依据的《安徽省公安机关行政处罚裁量权基准》,为应当如何行使行政处罚裁量权提供了具体的判断标准。涉案裁量基准规定,“为赌博提供条件,获利 500 元以上不满 1000 元的,处 5 日以下拘留。为赌博提供条件,获利 1000 元以上的,以及多次为赌博提供条件的……有情形之一即属于情节较重。”该裁量基准以赌博获利的金额以及提供赌博条件的次数作为处罚标准,将行政处罚裁量权的适用划分为两种情况,且每一种都有相对应的量罚规定。由此可见,通过制定行政裁量基准,得以使大量原则性的行政法律规范具体化,从而规范行政裁量权的正当行使。

### 3. 行政裁量基准具有参考属性

根据裁量基准的非法源地位与行政裁量的本质要求,行政裁量基准在实际适用过程中无疑处于参考适用的地位,有关主体需要根据个案的具体情况决定是否适用。<sup>②</sup>

## 二、行政案件折射出的裁量基准适用争议

目前,我国行政机关纷纷制定了各式各样的行政裁量基准,比较有代表性的如广州市人民政府 2009 年发布的《广州市规范行政执法自由裁量权规定》。该裁量基准在全国范围内首次对所有涉及裁量权行使的行政执法行为进行规范,包括对行政处罚、行政许可、行政征收、行政强制等各类行政行为均提出了具体的裁量要求。除此之外,在《湖南省行政程序规定》《山东省行政程序规定》以及《浙江省行政程序办法》等地方政府规章中,亦对行政裁量基准的制定与实施提出了具体要求。可以说,我国行政裁量基准制度正朝着日益健全的方向迈进。

然而,行政裁量基准在实际适用过程中出现了一些新的争议。对此,笔者对涉及裁量基准适用的案例进行整理与归纳,从整理的案件情况可以看出,在是否应当适用行政

<sup>①</sup> 安徽省淮南市田家庵区人民法院(2017)皖 0403 行初 68 号行政判决书。

<sup>②</sup> 法国行政法中关于“指示制度”的规定,或许能为准确界定行政裁量基准的性质提供有利借鉴。所谓“指示”,是指具有自由裁量权限的行政机关,事先为自己及下级机关规定一个标准,作为行使自由裁量权的指导,但仍然保留根据每个案件的具体情况,决定是否适用这个标准的权力。法国的指示制度强调,指示在行政机关行使裁量权的过程中仅仅起到参考和指导的作用。参见王名扬:《法国行政法》,北京大学出版社 2007 年版,第 142 页。



裁量基准的问题上，相对人与行政执法机关之间存在较大的争议，主要分为两种情况。

### （一）未将裁量基准作为执法依据引发的争议

当行政机关未依据裁量基准的内容作出执法决定时，双方当事人间往往就被诉行政行为的合法性发生争议。

在“周某与湖南省司法厅处罚上诉案”<sup>①</sup>中，上诉人主张，被上诉人湖南省司法厅没有按照《湖南省司法行政机关行政处罚裁量权基准》有关“情节严重”的具体内容进行判断，而是单纯依照《行政处罚法》和《全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定》中的相关规定直接作出处罚决定，其处罚行为违法。

在“林某与济南市槐荫区食品药品监督管理局处罚上诉案”<sup>②</sup>中，上诉人提出，被上诉人所作处罚决定适用法律错误。其理由之一是，根据《山东省食品药品行政处罚裁量基准（食品）（试行）》和《山东省规范行政处罚裁量权办法》第12条的规定，上诉人并未影响被上诉人从源头上追查问题食品，被上诉人在无法证明上诉人拒不改正的前提下，不应直接作出罚款决定。据此，上诉人认为，本案中被上诉人没有适用《山东省食品药品行政处罚裁量基准（食品）（试行）》《山东省规范行政处罚裁量权办法》进行行政处罚的行为违法。

### （二）裁量基准作为执法依据情况下的争议

#### 1. 裁量基准能否作为执法依据的问题

在某些行政案件中，作为执法依据的裁量基准可能会因自身的规则属性而受到来自相对人的质疑。在“黄某与珠海市交通运输局交通运输行政管理案”<sup>③</sup>中，黄昌富上诉称，《珠海市交通运输局行政处罚自由裁量权细化标准》只是一个行政内部文件，不属于我国的行政法律渊源，不能充当行政处罚的法律依据。并且，《行政处罚法》中明确规定大额罚款必须通过法律或者条例来规定。据此，上诉人认为本案中适用法律错误。针对黄某提出的上诉理由，被上诉人却主张其所依据的《珠海市交通运输局行政处罚自由裁量权细化标准》是依法定程序制定而成，可以作为行政执法的依据。

#### 2. 裁量基准的具体适用问题

##### （1）裁量基准作为执法依据的争议

在“浙江某建工集团（沈阳）建筑工程有限公司与沈阳市地方税务局第二稽查局行政处罚案”<sup>④</sup>中，原告诉称被告依《辽宁省地方税务局税务行政处罚裁量基准（试行）》作出的处罚适用法律、法规错误。其理由为：第一，原告主张，其自身不属于涉案裁

① 湖南省长沙市中级人民法院（2017）湘01行终152号行政判决书。

② 山东省济南市中级人民法院（2017）鲁01行终285号行政判决书。

③ 广东省珠海市中级人民法院（2016）粤04行终27号行政判决书。

④ 辽宁省沈阳市和平区人民法院（2014）沈和行初字第00084号判决书。

量基准规定的适用对象，因而裁量基准对其不发生效力。第二，裁量基准的适用违背法不溯及既往原则。本案讨论的行政裁量基准是在处罚决定书所认定的相关事实发生之后才开始实施，对先前行为适用新的规定进行处罚，明显违背了法不溯及既往的基本原则。对此，被告答辩称，其所依据的涉案裁量基准是行政机关根据自身的职能和权限制定而成，符合有关法律法規规定的幅度和标准要求，是合法有效的规范性文件。

### （2）裁量基准的机械适用问题

裁量基准适用的另一情况表现为僵化教条地适用裁量基准，忽视个案具体情况。在“广州某运输有限公司与广州市城市管理综合执法局番禺分局处罚上诉案”<sup>①</sup>中，对于该运输有限公司未申请办理《广州市建筑废弃物处置证》却从事建筑废弃物运输的行为，被告番禺区域管执法局依据《广州市建筑废弃物管理条例》《广州市城市管理综合执法条例》以及《广州市城市管理综合执法规范行政处罚自由裁量权量化细化基准表》等相关规定对其处以罚款 240000 元。该运输有限公司认为，其未办理《广州市建筑废弃物处置证》的行为虽与作为本案裁量基准的《广州市城市管理综合执法规范行政处罚自由裁量权量化细化基准表》中的个别情节相吻合，但尚不具备《广州市城市管理综合执法规范行政处罚自由裁量权暂行规定》中规定的其他严重违法情节。另外，其已经申请办理了《广州市建筑废弃物处置证》，应当按照《行政处罚法》和《广州市规范行政执法自由裁量权规定》中的从轻处罚要求进行处罚。广州市城市管理综合执法局番禺分局始终无视客观事实，一味僵化地适用涉案裁量基准对上诉人作出行政处罚的行为，完全违背了公正处罚的原则，属于裁量基准适用错误。

## 三、司法机关对于行政裁量基准如何适用的态度

司法实践中法院如何看待裁量基准的适用问题？是否将裁量基准作为其审判的依据？有无例外情况？这些问题对于完善我国行政裁量基准制度，规范与推动行政裁量基准的实施，无疑具有举足轻重的作用。

### （一）被告未将裁量基准作为执法依据时法院的态度

#### 1. 对行政机关未适用裁量基准的争议不作回应

某些情况下，法院在审判过程中没有对裁量基准的适用问题作出回应。在“庸某与北京市门头沟区交通局处罚决定书上诉案”<sup>②</sup>中，对于北京市门头沟区交通局没有依据《北京市关于规范行政处罚自由裁量权的若干规定》《交通运输部关于规范交通运

<sup>①</sup> 广东省广州市中级人民法院（2015）穗中法行终字第 219 号行政判决书。

<sup>②</sup> 北京市第一中级人民法院（2017）京 01 行终 842 号行政判决书。



输行政处罚自由裁量权的若干意见》等裁量规定,而是参照有关“区领导批示”和“高限处罚精神”进行行政处罚的行为,二审法院没有给予明确回应,并直接根据《中华人民共和国道路运输条例》和《道路货物运输及站场管理规定》中的相关内容,判定被诉处罚决定合法,适用法律无误。

## 2. 对是否适用裁量基准予以回应

在一些案例中,法院就是否适用裁量基准的问题作出回应,包括以下两种情况:

### (1) 法院认为应当适用行政裁量基准的规定

法院一般认可裁量基准的适用效力,并依据裁量基准的具体要求判断被诉行政行为是否合法有效。在“周某与湖南省司法厅处罚上诉案”中,二审法院认可了《湖南省司法行政机关行政处罚裁量权基准》的效力,同时认为上诉人的行为符合其中规定的“违法行为情节严重”的情形,由此判决上诉人的主张不能成立,维持一审判决。又如“湖南某物流有限公司与新化县公路管理局道路交通管理行政处罚案”<sup>①</sup>中,原告湖南某物流有限公司以《湖南省普通公路行政处罚自由裁量权基准制度》为根据,认为被告没有遵守该制度规定且滥用职权进行处罚的行为违法,请求法院依法撤销被诉处罚决定。法院经审理认为,行政处罚权的行使应当按照《湖南省普通公路行政处罚自由裁量权执行基准》等相关裁量基准的具体规定进行。被告新化县公路管理局适用《中华人民共和国公路法》和《公路安全保护条例》的做法虽然正确,但其对原告处以10000元罚款的行为需要符合相关裁量基准文件的要求,否则属于行政处罚明显不当。

### (2) 法院认为不应适用行政裁量基准的规定

司法实践中,法院逸脱裁量基准的规定进行审判的情形并不多见,较为典型的案例是“周某诉文山交警行政处罚案”<sup>②</sup>。本案一审法院认为根据案件的实际情况及《云南省道路交通安全违法行为处罚标准暂行规定》第9条的规定,被告以最高限额对原告周某作出的处罚决定显失公正,判决变更原处罚决定。但二审法院经审理认为,应当结合个案的具体情况进行判断,文山交警没有适用作为本案裁量基准的《云南省道路交通安全违法行为处罚标准暂行规定》具备正当理由,因此,法院最终没有以涉案裁量基准作为其审判的依据,而是决定撤销一审判决,维持原处罚决定。

## (二) 裁量基准作为执法依据时法院的态度

### 1. 直接依法裁判,回避对裁量基准的评价

有些情况下,针对相对人对作为执法依据的裁量基准提出的质疑,法院会选择依

<sup>①</sup> 湖南省新化县人民法院(2015)新法行初字第32号行政判决书。

<sup>②</sup> 本案中,被告文山县公安交警大队根据《道路交通安全法》对原告周文明的违章超速驾驶行为作出行政处罚,原告不服,向法院提起诉讼。围绕是否可以逸脱行政裁量基准的争议,本案的一、二审法院先后发表了截然不同的审判意见。

照相关法律规定直接作出判断，避而不谈裁量基准的适用问题。在“广州某运输有限公司与广州市城市管理综合执法局番禺分局处罚上诉案”中，法院仅仅对被上诉人不遵守法定程序作出《行政处罚决定书》的问题进行了审查，并依据《行政处罚法》等相关法律的规定作出裁判，对于当事人之间围绕着执法机关是否僵化教条地适用裁量基准的争议，没有给予特别的回应或评论。

### 2. 直接参照适用

一些法院对作为被诉行政行为依据的裁量基准采取直接参照适用的态度。比如，在“田某诉桐庐县公安局城南派出所处罚案”<sup>①</sup>中，争议的焦点在于案件第三人的行为是否属于《治安管理处罚法》第 43 条规定的情节较轻的情形。对此，法院直接参照被告所依据的《浙江省公安机关行政处罚裁量基准》第 52 条的规定，同时，结合相关证据以及案件的起因、发展和后果等因素，认定被告所作的第三人行为属于伤害后果显著轻微的结论正确，行政处罚无误，原告提出的诉讼请求不能成立。

此外，在“浙江某建工集团（沈阳）建筑工程有限公司与沈阳市地方税务局第二稽查局行政处罚案”“北京某电气有限公司与北京市石景山区食品药品监督管理局处罚上诉案”<sup>②</sup>等行政案件中，法院对行政机关依据裁量基准进行行政处罚的行为均表示认同，判定被诉处罚决定适用法律正确，裁量幅度适当。

### 3. 不予适用

某些案件中，法院经审查决定不予适用行政裁量基准。在“何某与珠海市公安局交通警察支队香洲大队行政处罚纠纷上诉案”<sup>③</sup>中，上诉人何某与被上诉人香洲交警大队之间就处罚决定是否存在裁量失衡问题发生争议。二审法院的审理意见表明，被上诉人以其无法修改全省公安交通管理综合应用平台之设定为由，提出自身无法对罚款额度进行调整的主张，实际上违背了《行政处罚法》所规定的处罚须与违法行为的事实、性质以及社会危害程度相当的规定，由此法院决定撤销原审判决，变更原处罚决定。值得注意的是，本案中被上诉人所运用的电脑平台关于罚款幅度的设定，实质上发挥着行政裁量基准的作用。但是，该裁量基准没有发挥具体情况具体分析的作用，这也成为法院不予适用电脑平台有关规定的理由之一。

## 四、司法实践中行政裁量基准的适用规则

综上所述，究竟应当如何适用行政裁量基准，目前我国法院的处理方式大相径庭。

① 浙江省桐庐县人民法院（2017）浙 0122 行初 1 号行政判决书。

② 北京市第一中级人民法院（2018）京 01 行终 33 号行政判决书。

③ 广东省珠海市中级人民法院（2015）珠中法程（行政）终字第 34 号行政判决书。



以下就司法实践中行政裁量基准的正确适用问题，提出如下处理步骤：

### （一）裁量基准自身的合法性审查

行政裁量基准若要成为法院审查行政裁量决定的依据，首先必须通过法院的合法性审查。《行政诉讼法》第64条规定，人民法院在审理行政案件中，经审查认为本法第53条规定的规范性文件不合法的，不作为认定行政行为合法的依据，并向制定机关提出处理建议。行政裁量基准作为规范性文件的代表形式之一，其适用的前提便是被法院判定为合法。依照《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉的解释》的规定，行政裁量基准在以下三种情况下应被判断为违法，法院不予适用：第一，权限违法。即超越制定机关的法定职权或者超越法律、法规、规章的授权范围；第二，内容违法。即与法律、法规、规章等上位法的规定相抵触，或者没有法律、法规、规章依据，违法增加相对人的义务或者减损相对人的合法权益；第三，程序违法。即未履行法定批准程序、公开发布程序，严重违反制定程序。

另外，经审查确认合法的行政裁量基准，如果其针对作为上位法的抽象行政法律规范进行了精准详细的解读，尽管在内容上或许进行了一定程度的扩大解释，但在制定目的方面与上位法始终保持一致，是对原则性法律规范的正确解释，法院即应当以裁量基准的具体规定作为审判依据，以此判断被诉行政行为是否合法。

对于涉及专业性问题的行政裁量基准，基于对其本身较强的专业性和复杂性特点的考虑，法院一般需要给予这类裁量基准较高的司法尊重，直接适用裁量基准的规定进行审判。诸如在食品药品、交通运输等专业领域的行政处罚中，均会涉及对某些技术或政策的特殊考量，而这些考量也会在相应的处罚基准中有所体现。<sup>①</sup>在“北京某电气有限公司与北京市石景山区食品药品监督管理局处罚案”中，考虑到食品安全问题的特殊性与重要性，针对该电气有限公司未取得经营许可即从事食品经营活动的行为，法院需要遵循相关裁量基准的特别规定进行判断。《北京市食品行政处罚裁量基准》作为适用于食品生产、经营、使用等各项活动中的违法行为的处罚裁量标准，其根据适用于食品安全领域的专业要求，将各种违法行为依据社会危险性的大小划分为A、B、C三个裁量档次。对于原告未取得经营许可的行为，《北京市食品行政处罚裁量基准》将其划归为“违法行为本身社会危害性严重的”情形，属于裁量A档。在此基础上，法院可以判断被诉处罚行为是否合法。

除上述情况外，对具有瑕疵而不影响其合法性的行政裁量基准，法院亦可以选择不予适用。行政裁量基准具有下列情况的，可认定裁量基准存在瑕疵：第一，裁量基准的

<sup>①</sup> 参见宋华琳：《行政许可审查基准理论初探——以国内航线经营许可领域为例证》，载《浙江学刊》2010年第5期。



规定不够全面，对实践中出现的问题没有规定相应的处理措施；第二，裁量基准的规定还考虑了其他不相关因素，对行政裁量权的有效行使造成干扰和阻碍。如受到党委政策或上级领导指示的影响，裁量基准在法定授予裁量权范围内对违法事项一律从重处理。

### （二）违背个案正义的裁量基准不予适用

某些情况下，裁量基准的僵化适用可能违背力求实现个案正义的裁量本质，由此导致行政裁量权的怠惰。就本质而言，行政裁量是立法机关赋予行政机关在进行某一项项目时，享有依据特定的方针，在斟酌一切与该案件有关的重要情况，并衡量所有的正反观点之后，决定其行为的自由。<sup>①</sup>行政裁量的本意，旨在要求行政机关根据案件的具体情况，依法有效地行使行政职权，从而实现个案正义。如同戴维斯在《裁量正义》一书中主张的，世界上任何法律制度都存在巨大的裁量权，取消裁量会使政府的进程瘫痪，并且窒息个别化的正义。<sup>②</sup>所以，法院在审查过程中，应当结合具体案情对裁量基准的适用进行审慎考虑，拒绝适用违背裁量权本质的裁量基准。

在“广州某运输有限公司与广州市城市管理综合执法局番禺分局处罚上诉案”中，法院没有针对执法机关是否僵化教条地适用裁量基准的争议做出回应。笔者认为，基于具体情况具体分析的量原则，当案件中的违法行为已经发生改变，或其不再具备适用裁量基准的条件，法院应当根据实际案情选择是否采用裁量基准作为审查依据。该案中，该运输有限公司在行政处罚决定送达之前就已经提交申请，并积极办理《广州市建筑废弃物处置证（运输）》的相关手续，此时先前未予办理处置证的违法行为已经发生改变，同时符合上位法中有关“从轻处罚”的条件，继续适用裁量基准则有违个案正义。因此，法院在审理时应当根据个案具体情况进行考虑，避免裁量基准的僵化适用。

### （三）例外情况下允许逸脱行政裁量基准

事实上，出于统一行政执法的目的，行政裁量基准往往一经发布便会得到行政机关的适用，长此以往，便对行政机关产生一种拘束效力。这就要求行政机关在适用裁量基准的过程中，必须做到同等情况同等对待，否则，行政机关没有适用裁量基准的行为，实际上是违反了平等原则。可是，如果根据个案情况可以判定，裁量基准的相关规定不适用于案件中的争议情形，那么在能够说明正当理由的前提下，法院应当认可行政机关逸脱裁量基准的做法。所以，在特殊情形下，判断是否具备逸脱裁量基准的正当理由，也是法院决定是否适用裁量基准进行判案的重要考量之一。

何为“正当理由”？目前无论是行政法学界或是实务界均没有得出确切的结论。面对“周某诉文山交警行政处罚案”中具有争议性的逸脱裁量基准的做法，王天华教

<sup>①</sup> 参见翁岳生：《行政法》，法制出版社2009年版，第266页。

<sup>②</sup> 参见[美]肯尼斯·卡尔普·戴维斯：《裁量正义——一项初步的研究》，毕洪海译，商务印书馆2009年版，第246页。



授认为，该案中文山交警逸脱裁量基准的行为具备正当理由：一是超速行驶作为该地区引发事故的主要原因，此类违法行为需要从严处罚；二是文山交警对超速行驶一直适用上限处罚，如不适用则有违平等原则。<sup>①</sup>二审法院正是对上述理由予以采纳，没有适用裁量基准作为其审判的标准。而对于如何确定本案是否存在“正当理由”的问题，王天华教授主张，从法院的判决意见可以推知，以维护公共秩序和保护相对人的合法权益为根本出发点，同时兼顾比例原则和平等原则，最终得以为行政机关逸脱裁量基准提供充分的正当理由。<sup>②</sup>由此可见，正当理由的成立，一方面是出于对个案正义的维护，另一方面则与社会公共利益的取向相一致。

笔者认为，可以将构成“正当理由”的基本要素概括为三点：第一，必须根据具体案件的实际情况进行判断，有充足可靠的事实证据和法律依据证明只有在偏离行政惯例的情形下才可以使案件得到公正处理；第二，需要符合社会公共利益，不得为实现个案正义而损害公共利益、破坏社会秩序或与一般公序良俗相违背；第三，逸脱行政裁量基准不应与一般法律的立法目的及基本原则相冲突。这意味着，如果有关主体能够证明逸脱裁量基准是符合相关法律的立法目的或满足诸如平等原则、比例原则和信赖保护等基本法律原则的规定，则可以成为逸脱行政裁量基准的正当理由。在实际审查过程中，法院应当根据上述条件，考虑行政机关逸脱裁量基准的行为是否得以构成“正当理由”，以确保行政案件可以得到公正的处理。

## 结 语

本文在准确把握行政裁量基准内涵的基础上，借助对当前实务案例的整理和分析，对实践中存在的行政裁量基准适用争议以及法院的不同处理方式作出了初步勾勒，进而提出司法实践中法院应当如何适用裁量基准的可行路径，尤其是对行政机关得以逸脱裁量基准的正当理由进行界定。希望通过本文的讨论，可以进一步推进我国行政裁量基准理论与实务的研究和发展。

（责任编辑：余晓龙）

<sup>①</sup> 参见王天华《裁量基准与个别情况考虑义务——周文明诉文山交警不按“红头文件”处罚案评析》，载《交大法学》2011年第2卷。

<sup>②</sup> 参见王天华《裁量基准与个别情况考虑义务——周文明诉文山交警不按“红头文件”处罚案评析》，载《交大法学》2011年第2卷。

# 内设机构改革后审判管理的价值平衡与实践改进

贾升宗\*

**内容摘要** 内设机构改革并不是弱化审判管理，而是对审判管理模式和水平提出了更高的要求。随着法院内部管理者数量、管理层级的大幅减少以及管理幅度的大幅增加，在缺乏配套审判管理模式的情况下，原有科层化模式在实践运行中产生了诸多问题，究其根源就在于法院内部对管理者“善治”逻辑惯性的依赖。因此，应当建立一种新的逻辑体系，处理好合议庭与院庭长之间、管理者“善治”与信息化和制度化管理之间、类型化和专业化与个案型和管理型之间、司法责任制与审判管理需求之间矛盾冲突的博弈平衡，并在此价值取向的基础上，探索构建现代理性的审判管理模式。

**关键词** 审判管理 合议庭 院庭长 博弈平衡

中图分类号：DF813 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)02-081-098

审判管理是依据审判规律服务、规范、监督、优化人民法院审判活动的有效方式，历来为人民法院所重视。然而，随着各地法院大规模精简内设机构及庭室负责人数量，原有的科层化审判管理模式遭受巨大冲击，如何重新改进审判管理模式、充分发挥审判管理作用成为新的课题。苏力教授在《各行其是：法学与司法》译序中提出“科层制必将以另一种形式重现于法院江湖”这一难题<sup>①</sup>，实质上便是对改革后法院审判管理现状的担忧。内设机构改革后法院审判管理的现状如何？存在哪些问题？应当如何进行价值取向？应该如何有针对性地进行制度改进？本文在对全国部分试点法院以及 S 省 Q 市法

\* 贾升宗，山东省青岛市中级人民法院法官助理。

① [美] 理查德·波斯纳《各行其是：法学与司法》，苏力、邱遥译，中国政法大学出版社 2017 年版，第 3 页。



院进行实证研究的基础上，对审判管理的价值取向与实践进路进行有针对性的探索。

## 一、内设机构改革后法院审判管理的现状考察

“四五改革”之前，人民法院的审判管理模式主要是“多主体、多层次、复合式”的科层化审判管理模式<sup>①</sup>，遵循着主审法官—合议庭—副庭长—庭长—副院长—院长的管理逻辑。但是，“四五改革”特别是内设机构改革后，法院整体现状的变化对审判管理产生了巨大影响。

### （一）科层化审判管理模式实践基础的消解

科层化审判管理方式产生的基础有三：一是人民法院深受行政化、科层化思想影响，科层化的干部管理体制可以有效满足法官们普遍存在的成就感社会心理需求<sup>②</sup>；二是前三轮改革导致内设机构和部门负责人数量的不断膨胀，庭室负责人的管理幅度不大，有足够的时间、精力和客观基础进行逐一有效的“人盯人式管理”；三是原有制度背景下进行法院内部、法院之间有效地协调统一，科层化是一种在计算了所有成本收益之后相对最为理性的制度。<sup>③</sup>然而，内设机构改革后，科层化的存在基础产生了巨大变化：

一是去行政化成效显著。本轮改革以去行政化为主要价值导向，法官的权利边界不断扩大，院庭长等原有审判管理主体的审判管理权力相应缩小，特别是随着内设机构的大幅度精简，部门负责人数量的大幅度减少，法官群体对于行政职务晋升带来的成就感需求满足明显降低，可以专心依靠单独的职务序列管理以及配套工资制度获得成就感需求满足。

二是部门负责人数量大幅减少、管理幅度大幅增加。目前全国法院内设机构改革存在以下四种模式：精简庭室模式<sup>④</sup>、工作团队模式<sup>⑤</sup>、平台、工作部或者中心模式<sup>⑥</sup>以及平台、中心等与工作团队相结合模式<sup>⑦</sup>。法院内设机构数量大幅度减少，部门负责人数量大幅减少，管理的幅度增加，导致原有院庭长们“人盯人式”的科层化管理根本无从开展。以S省Q市两级共11家法院改革前后为例。

① 杨凯：《审判管理理论体系的法理架构与体制机制创新》，载《中国法学》2014年第3期。

② [美]理查德·波斯纳《各行其是：法学与司法》，苏力、邱遥堃译，中国政法大学出版社2017年版，第3页。

③ [美]理查德·波斯纳《各行其是：法学与司法》，苏力、邱遥堃译，中国政法大学出版社2017年版，第3页。

④ 该模式是仅保留部分法院内设庭室，代表法院为北京知识产权法院和北海铁山港法院。

⑤ 该模式是取消所有庭室，全部建立工作团队，代表法院邢台广宗法院和株洲芦淞法院。

⑥ 该模式是建立工作平台、工作部或者工作中心，代表法院为北京四中院和江西安远法院。

⑦ 该模式是在审判执行领域全部建立团队，在管理领域设立平台或者中心，代表法院为珠海横琴法院和湖南资兴法院。

表一 内设机构改革前后数据对比

	改革前	改革后	幅度
内设机构总数	237 个	122 个	降低 48.5%
审判业务部门总数	160 个	83 个	降低 48.1%
审判业务部门主要负责人总数	160 个	83 个	降低 48.1%
内设机构平均管理干警数	10.4 个	20.2 个	增幅 94.2%
审判业务部门平均管理干警数	12.3 个	23.8 个	增幅 93.5%

注：以上数据均不包含派出法庭。

三是科层化审判管理的成本收益比不再合理。内设机构改革后，科层化审判管理的时间成本、程序成本明显上升，效果明显下降。特别是在信息化、大数据、人工智能与审判执行工作的深度融合背景下，法院内部、法院之间的信息交换速度大大加快，以及案例制度的逐步建立完善，法官们对外部审判监督管理的依赖大大降低，科层化已经不适应审判实践。

## （二）缺乏审判管理配套制度所导致的尴尬处境

组织是由一系列相互依赖的子系统组成，拥有产生稳定性的内在机制，当组织面临变革时，这种结构惰性就会产生反作用力以维持原有的稳定状态，如果只对一个子系统实施变革而不影响其他子系统，那么变革就会被更大的系统抵消。<sup>①</sup>因此，内设机构改革后的当务之急是探索构建配套的现代理性审判管理模式，否则已经构建起雏形的法院扁平化模式必将随之崩塌，人民法院也必将在审判执行压力不断增大的背景下重新建立起复杂的管理层级，从而使改革后的审判管理模式继续陷于行政化、科层制的窠臼。然而，大多数法院在推进内设机构改革的过程中，局限于内设机构的减少与庭室管理者的减少，忽略了与之相配套的审判管理机制的探索。

一是继续沿用原有科层化审判管理模式。虽然内设机构与内设机构负责人大幅度减少，却依然延续之前的科层化审判管理模式，审判管理层层依靠副庭长、庭长、副院长、院长，由于被管理者人数的暴增，院庭长往往劳心劳力却又效果有限，很多案件一直处于排队等待之中，不同程度地影响了案件的审判质效。

二是基本放弃审判管理。S省Q市法院审判业务部门平均管理干警数由原来的12.3人骤涨至23.8人，干警数最高的庭室接近40人。由于管理的人员较多，再加上受干预司法的顾忌以及缺乏必要的配套审判管理制度保障等因素影响，不少业务庭出现不敢管理、不愿管理、不善管理的现象，案件裁判尺度不统一、未结案件和长期未结案件数量大幅上升等问题表现突出。

<sup>①</sup> [美] 斯蒂芬·罗宾斯、蒂莫西·贾奇：《组织行为学》，孙健敏、王震、李原译，中国人民大学出版社2016年版，第470页。



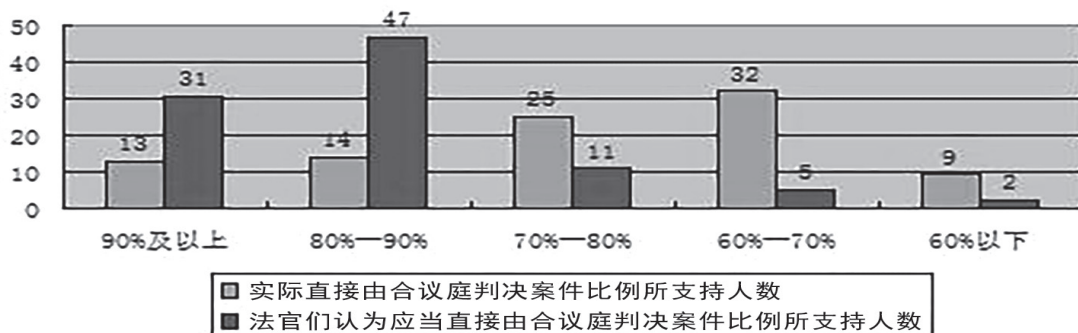
三是出现变形科层化管理。主要有两种表现形式：一是表面上改革审判管理方式，发挥合议庭作用，建立专业法官会议，完善审判委员会，实际上并未充分贯彻制度改革的初衷，形式上合议庭—专业法官会议—审判委员会在实际运行过程中依旧延续主审法官、合议庭—庭长—院长的老路。二是部分法院在精简后的庭室内部设立小组，原有的庭长担任副庭长或者组长，依然划分审判管理的“管辖范围”。

## 二、审判管理存在问题与根源因素的实证分析

以S省Q市11家法院为研究样本，笔者采取问卷调查方式对改革后审判管理中存在的问题进行了实证研究，共发放调查问卷100份，回收有效问卷96份，有效问卷回收率为96%。

### （一）存在问题分析

1. 合议庭虚置化致使大量问题上交解决。合议庭群体决策机制不畅等问题广泛存在，导致将大量本可以解决的问题上交：一是合议庭成员间信息交互水平偏低。<sup>①</sup>其他合议庭成员在评议前主要依靠简单浏览一遍卷宗或者靠承办法官介绍的方式来了解案情和争议焦点，成员之间接受的信息类似度高。二是评议目标混乱。<sup>②</sup>合议庭评议包括实体、程序、法律、事实等诸多问题，且没有明确讨论顺序，无序性降低了目标导向性。三是合议庭固定性较强。随机组成合议庭原则贯彻较少，合议庭的相对固定导致合议庭成员关系密切、思维雷同。四是评议决策能力较弱。由于合议庭评议次数、评议方式、表决方式以及上交案件类型及数量缺乏硬性规定，导致合议庭将大量涉及事实、程序问题上交专业法官会议讨论解决。

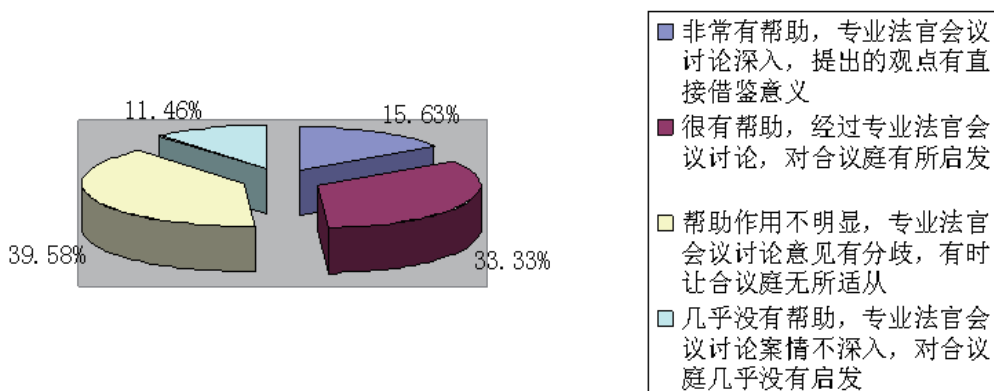


图一：合议庭实际直接判决案件比例与应当直接判决比例所支持人数对比

<sup>①</sup> 余亚宇：《群体决策心理视角下的合议庭评议功能之弥合》，载《法律适用》2014年第1期。

<sup>②</sup> 张雪纯：《我国合议制裁判的缺陷及其完善——基于决策理论的分析》，载《法学家》2009年第3期。

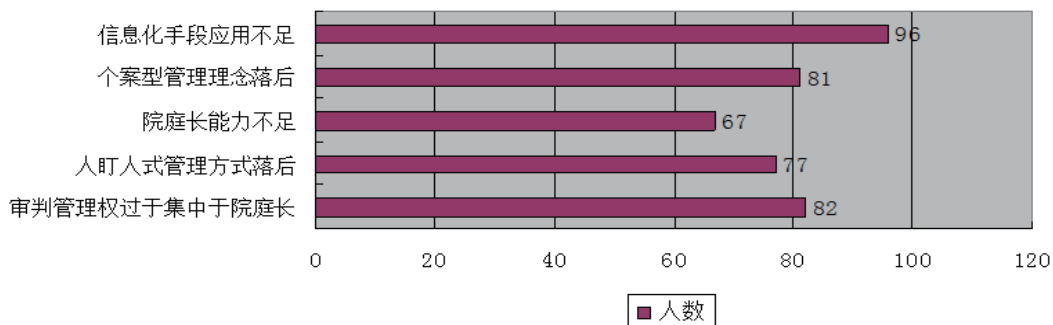
2. 专业法官会议偏离预期轨迹导致行政化、科层化重新萌芽。本轮改革的主要目的是实现“由审理者裁判，让裁判者负责”，让院庭长们尽量少参与个案管理，但受各方面压力影响，最高法院又赋予院庭长各种监督管理责任，在没有审核把关权的情况下，专业法官会议成为了庭长监督管理的主战场。但是受限于专业法官会议功能定位不清晰、议事范围不明确、程序运行不规范等因素影响，<sup>①</sup> 案件处理效率极低，大量的案件处于排期等待，同时这种不规范也使得行政化与科层化重新萌芽。问卷调查发现，32.29%的受访者认为行政化、科层化很有可能重新萌芽，56.25%的认为有一定可能，6.25%的认为不好说，仅有5.21%的认为可能性不大。



图二：经专业法官会议讨论对合议庭有多大帮助

3. 信息化监督管理手段作用发挥明显不足。内设机构与部门负责人数量的大幅减少，审判庭中被管理者大幅增多，这两者的冲突导致目前审判管理中一个突出的问题，即如何以在效率和成本考虑的前提下进行有效的大规模管理。要解决这个问题，唯一的办法就是信息化建设，通过信息化流程将审判监督管理程序置于审判权力运行机制之中，最大限度地保障法官权力，同时又可以通过大数据实现对大量被监督管理主体的监督管理，提升监督管理的效率。问卷调查发现，17.7%的受访者当前审判管理的效率比较高，42.7%认为比较低，39.6%认为一般。笔者对审判管理效率的提升空间予以列举，问卷反馈情况如下。

<sup>①</sup> 梁桂平：《论专业法官会议的功能定位及运行模式》，载《法律适用》2016年第8期。



图三：审判管理效率提升空间列举

4. 案件质量评估与审判绩效考核简单衔接且作用发挥有限。案件质量评估是案件质效的“体检表”，目的在于评价，审判绩效考核则是“成绩单”，目的在于激励。<sup>①</sup>但绝大多数法院仅将二者简单衔接，将案件质量评估指标稍加变化作为绩效考核指标，导致“结案均衡度”等不能反映公正与效率的指标进入考核之中，很多非量化指标未能进入考核。问卷调查发现，27.08%的受访者认为当前的案件质量评估与审判绩效考核能够准确反映审判实践情况，70.83%的受访者认为不能，2.09%的认为不好说。

5. “二八定律”仍然存在且工作积极性有明显下降趋势。“二八定律”即部门内部2个人完全适应工作、6个人基本适应工作、2个人完全不能适应工作。<sup>②</sup>随着人员分类改革的推进，如何激励未入额法官以及短期内无法入额的司法辅助人员的工作积极性是面临的一大问题。与此同时，内设机构以及部门负责人岗位的大幅减少，传统通过职务晋升对干警进行激励的方式收效也会相应减少。通过问卷调查发现，11.46%的受访者认为职务晋升机会的减少肯定会影响工作的积极性，57.29%的认为有影响，20.83%的认为一般不会影响，2.089%的认为绝对不会影响，8.34%的认为不好说。而对于职务晋升的替代措施，17.71%的受访者认为法官等级晋升和工资绩效制度改革能够完全替代，63.54%的认为不能完全替代，18.75%的认为不好说。

## （二）根源因素：管理者“善治”逻辑惯性下的依赖

“把司法公正寄希望于院庭长的独善其身和有效把关，本身就是审判权运行机制中的一种人治思维。”<sup>③</sup>科层化审判管理模式的基本逻辑是通过层级管理者的“善治”发现、分析、解决审判运行过程中的种种问题，但是管理者人数的大量压缩抹除了管理者“善治”的实践运行基础。合议庭将问题上交、专业法官会议中带有行政化属性

① 陈忠、吴美来：《案件质量评估与审判绩效考核衔接机制研究》，载《法律适用》2014年第3期

② [美]斯蒂芬·罗宾斯、玛丽·库尔特：《管理学》，刘刚、程熙镛、梁晗等译，中国人民大学出版社2017年版，第444页。

③ 重庆市高级人民法院课题组：《审判管理制度转型研究》，载《中国法学》2014年第4期。



的管理，体现的依然是这种管理者“善治”逻辑惯性下的依赖；“人治”模式的局限性导致管理幅度必然不大，探索高效的大规模管理方式是适应现状的当务之急；质量评估与绩效考核以及行为激励问题则是对管理现状改变而“人治”逻辑未改变的审判管理所产生必然结果的担忧。因此，当前的紧迫任务是建立一种迥异于管理者“善治”的逻辑体系的配套审判管理模式，通过制度性规定取代原有“人治”发挥的主导性作用。

### 三、价值取向：审判管理理念中的冲突与平衡

内设机构改革在加剧审判管理中原有的冲突的同时，也产生了新的冲突博弈，苏力难题的本质就是对这些价值冲突博弈能否有效解决的担忧。

#### （一）审判监督管理“第一位”与“第二位”主体之博弈平衡

审判管理的主体问题是现代理性审判管理模式首先需要解决的问题。

##### 1. 合议庭成为审判监督管理“第一位”主体的必要性分析

科层化审判管理理念中，审判管理的“第一位”主体是院庭长，合议庭只是被管理的对象。这一理念在司法责任制及其配套改革的背景下受到极大地冲击，一方面是“让审理者裁判，由裁判者负责”，赋予独任制法官和合议庭更大的裁量自主权，弱化院庭长的管理职能；另一方面是部门负责人数量的大规模精简，管理幅度的大规模增加，导致院庭长们在实践操作层面难以坚持审判管理的“第一位”主体地位。因此，与其通过发挥改革后很难发挥好的院庭长的审判管理作用，不如从根源上提高合议庭对案件、当事人、审判程序的自我管理、自我监督职能，<sup>①</sup>改革合议庭成为审判监督管理的“第一位”主体，院庭长成为“第二位”主体。

##### 2. 合议庭成为审判监督管理“第一位”主体的可行性分析

审判权力监督管理的价值追求主要是两项：一是司法公正，二是司法效率，我们可以从法经济学的角度更直观地对不同主体承担审判权力监督管理主导作用的结果进行分析。所谓司法公正，从法经济学的角度来看即法律误差损失降为最低，我们将其设为A，那么合议庭承担审判权力监督管理机制主导作用下的法律误差损失为A1，院庭长、专业法官会议以及审判委员会等承担审判权力监督管理机制主导作用下的法律误差损失为A2。所谓司法效率，从法经济学的角度来看就是单位产出情况下的成本支出最低，包含审判监督管理程序成本和信息费用成本，设为B，那么合议庭承担审判权力监督管理机制主导作用下的成本支出为B1，院庭长、专业法官会议以及审判委员

<sup>①</sup> 江必新：《论审判管理科学化》，载《法律科学》2013年第6期。



会等承担审判权力监督管理机制主导作用下的成本支出为  $B_2$ 。<sup>①</sup>

在法律误差损失  $A$  的衡量中,  $L$  为产生损失的概率,  $A_1 \times L_1$  并不必然大于  $B_2 \times L_2$ , 原因在于在员额法官制度改革背景下, 合议庭内部员额法官的法律素养与院庭长们相比差距不大, 因此院庭长、专业法官会议等的监督管理与合议庭监督管理的原理一致, 均来自于群体决策理论, 通过群策群力来让问题解决得更好, 来让法律误差损失更小。但是基于边际效应原理, 多人监督管理的效果实际上在超过三人或者五人之后是迅速减小的, 作用并不是很大。<sup>②</sup> 而对于极少数合议庭难以解决的问题由院庭长们监督管理解决, 则可以有效减小法律误差损失。因此, 合议庭内部充分自我监督管理与院庭长们通过专业法官会议或者审判委员会予以监督管理两种情况下的法律误差损失相差无几。

在成本控制  $B$  的衡量中,  $B_1$  明显小于  $B_2$ , 将审判权力监督管理程序置于审判权力运行程序之中, 依靠合议庭内部监督管理解决大多数问题, 而不使其进入院庭长、专业法官会议以及审判委员会等冗长的程序设定之中, 可以极大地减少后续的程序成本和时间成本的支出。同时, 内设机构改革导致院庭长数量大幅度缩减与监督管理幅度大幅度增加, 使得管理的时间成本提升更加明显。因此, 在成本控制考量中, 由合议庭承担审判权力监督管理机制主导作用更为合理。综上, 司法责任制改革背景下, 合议庭成为审判监督管理的“第一位”主体, 发挥审判权力监督管理主导作用, 而院庭长、专业法官会议以及审判委员会成为“第二位”主体, 发挥必要的补充作用, 是计算了成本收益之后最为理性的制度选择。

## (二) 管理者“善治”与信息化、制度化管理之博弈平衡

司法责任制改革是一个整体, 法院内部更少的管理者与更多的被管理者是内设机构改革的目标, 现在也成了审判管理改革的逻辑起点。如何在如此背景下有效地进行审判管理是目前摆在审判管理改革面前一个难题, 信息化、制度化手段成了不二之选, 这既能避免直接的审判干预, 也为这种扁平化背景的精细化审判监督管理提供了技术手段。传统的法院科层化审判管理模式, 其逻辑基础就是对管理者“善治”的依赖。然而去行政化至今, 法院内外从思想观念到对审判规律的认知早已今非昔比, 完全依赖院庭长对于案件裁决的审核把关来提升案件的审理质效并非良策。然而现阶段的复杂审判现状又决定了完全摒弃院庭长的审判管理、完全依靠法官自身也并不现实。因此, 在以合议庭为审判管理“第一位”主体、院庭长为“第二位”主体的背景下, 探索一条主要运用信息化和制度化方式将二者串联的方式才是正确路径,<sup>③</sup> 既能适当发挥

① 桑本谦:《法理学主题的经济学重述》,载《法商研究》2011年第2期。

② 张雪纯:《我国合议制裁判的缺陷及其完善——基于决策理论的分析》,载《法学家》2009年第3期。

③ 重庆市高级人民法院课题组:《审判管理制度转型研究》,载《中国法学》2014年第4期。

院庭长的审判管理职能，减少法官有权放任或者能力危机对案件审理的影响，但又非直接干预，确保了合议庭独立自主行使审判权。同时，信息化手段的运用也能为审判权力监督管理拓展一个新的视角，即诉权保障视角。诉权是审判权产生的基础，但是我们在研究很多审判问题或者审判管理问题时往往忽略诉权。现阶段，构建科学审判权力监督管理机制的直接目的主要是提升审判的质量和效率，在忽略诉权监督管理的背景下我们更多地采取不断自我加压的方式从内部寻求完全实现审判权力合理运行以及审判权力监督管理机制合理运行的方式。这不能完全归咎于法院，在信息化手段不发达、审判流程信息采集不到位的时代，我们能够向行使诉权的当事人群体公开的大多只能是案件的承办人、审理结果等为数不多的几项数据，要诉权主体依靠这些实现对审判权力运行甚至审判权力监督管理机制运行的监督管理，无从谈起。因此，在智慧法院建设的今天，在构建审判权力监督管理机制的信息化流程的同时，通过司法公开的手段将审判权力运行、审判权力监督管理的详细过程信息公开给诉权主体，也应当是信息化监督管理的应有之义。

### （三）类型化、专业化与个案型、管理型之博弈平衡

传统审判管理模式重点集中在两个方面，一是个案型管理，即通过院庭长“人盯人”“人盯案”的方式来进行案件管理，二是管理属性突出，主要体现在案件质量评估和绩效考核中的硬指标、硬要求上。改革后，这种管理方式已经明显不适应新的背景环境，庞大的案件基数与大幅缩水的院庭长数量冲突导致个案型管理无法进行，院庭长更应该通过专业法官会议、审判委员会的方式进行类型化的指导；合议庭逐步成为审判监督管理“第一位”主体也使得原有的硬性考核管理方式不再具有现实基础，整个审判管理制度应该围绕如何提升审判权力运行专业化的内生动力的方向进行转型。因此，由个案型到类型化、由管理型到专业化的嬗变，才更符合审判工作自身的规律，才应该是审判管理体制机制的发展进路。<sup>①</sup>

### （四）审判监督管理需求与遵循司法规律结构张力之博弈平衡

审判管理需求与遵循司法规律之间的冲突在内设机构改革后表现得更为明显。审判管理模式构建过程中，首先应当明确的是审判权毫无疑问是基础性的、第一位的，审判管理权是服务性的、第二位的，明确界定这二者之间的合理界限与互动权限。<sup>②</sup>作为第一位的审判权，有其自身的运行规律，无论是独任制审判的主审法官还是合议庭，是审判权行政的基础单位，也是进行自主审判管理最有效的单位，外者的干预都会在一定程度上侵蚀审判权。作为第二位的审判管理权，因其产生基础及其权力性质

<sup>①</sup> 杨凯：《审判管理理论体系的法理架构与体制机制创新》，载《中国法学》2014年第3期。

<sup>②</sup> 龙宗智：《审判管理：功效、局限及界限把握》，载《法学研究》2011年第4期。



而言,不可避免地会带有一定的行政权属性,但是这些行政权属性必须控制在合理的范围内,不允许存在之前科层化的“层层审批式管理”,也不允许存在名义上的主审法官、合议庭——专业法官会议——审判委员会,实质上依然由院庭长掌握案件审理情况的“控制型管理”,更不允许存在通过行政色彩浓厚的案件质效评估和绩效考核来影响案件审理的“指标型管理”。要做到这些,就需要建立一套能够有效平衡审判管理需求与去行政化导向的审判管理制度,真正做到研究审判规律、服务审判规律。

#### 四、实践改进:现代理性审判管理模式的构建路径

现代理性审判管理模式应当以法院审判权、审判管理权科学一体化设置为逻辑起点,包含审判权力运行中的审判管理流程建设、对标管理流程的信息化建设、案件质量评估与审判绩效考核制度建设以及法官培养与行为激励结合制度建设。

##### (一) 审判权力运行中的审判管理流程建设

审判权力运行过程中的审判管理是整个审判管理模式建设的核心环节,重点是在保证合议庭独立审判的基础上,强化合议庭的自我监督管理职责,发挥院庭长的综合性管理职责。

##### 1. 强化合议庭自我管理职责

作为审判监督管理的“第一位”主体,应主要从以下六个方面进行重新规制:一是明确合议庭产生及人员构成。明确合议庭随机组成为原则,充分发挥资深法官的经验优势、年轻法官的认知优势以及陪审员的群众视角优势。<sup>①</sup>同时,探索在建筑工程、破产等少数过于专业化领域实行固定合议庭,固定合议庭数量不宜超过总数的20%。二是建立强制性中间评议制度。合议制最主要的两项内容便是庭审和评议,应当在法律层面建立庭审前的中间评议制度,<sup>②</sup>主要作用有:一是加强合议庭成员对案情了解,形成合议庭成员个体认知,二是对程序性事项进行讨论,形成科学决策避免承办法官单独决定。三是规范评议目标程序。中间评议目标排序为案情了解—程序运行,判前评议目标排序为程序问题—证据采信—事实认定—法律问题讨论—裁判形成—是否提交专业法官会议,均需在合议庭笔录中进行分类陈述。四是增设合议庭成员监督管理程序。为确保合议庭评议有效性,应当在承办法官提交中间评议和判前评议笔录的同时,其他合议庭成员自行提交评议意见,上传系统并附卷。五是严格规范合议庭提交专业法官会议讨论案件类型及数量。合议庭提交专业法官会议讨论的案件问题仅包括少

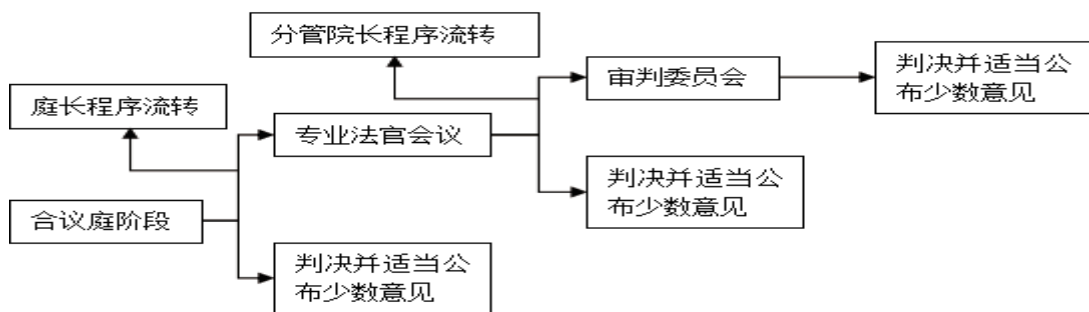
<sup>①</sup> 重庆市高级人民法院课题组:《审判管理制度转型研究》,载《中国法学》2014年第4期。

<sup>②</sup> 林劲松:《我国合议庭评议制度反思》,载《法学》2005年第10期。

数疑难法律问题和部分案件协调问题，不包括事实和程序问题，将合议庭成员提交案件数量列入绩效考核，每年不得超过合议庭案件总数的20%。六是探索在商事、知识产权、涉外等案件判决书中公布少数意见，<sup>①</sup>这几类案件矛盾相对缓和，公开的少数意见内容仅限于法律适用问题，公开的主要方式是在多数意见之后作为反面论据予以证明。

## 2. 发挥院庭长的综合性管理职责

作为审判监督管理的“第二位”主体，院庭长在审判管理中所承担主要是综合性管理职责，主要分为两类：一类是实体性监督管理权。一是整体审判质效的监管，包括根据职责权限，对审判流程进行检查监督，对案件整体质效的检查、分析、评估，分析审判运行态势，提示纠正不当行为，督促案件审理进度，统筹安排整改措施，对存在的案件质量问题集中研判等；二是个案的监管，即对《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》第24条规定的“四类案件”进行监督；三是纪律作风的监督，即通过接待群众来访、处理举报投诉、日常监督等方式发现案件审理中可能存在的问题，提出改进措施。另一类是程序性监督管理权。一是程序流转权，除极个别情况外，合议庭直接表决提交专业法官会议讨论，庭长作为“程序中转运站”主要从事程序审批与专业法官会议组织；专业法官会议直接表决提交审判委员会讨论，分管院长则进行提交程序审批。<sup>②</sup>二是裁判标准整理规范权，院庭长作为专业法官会议和审委会的组织者，有职责对于经过讨论形成的本部门、全院的类案裁判标准进行整理，并下发各合议庭进行规范。三是信息共享权，对于上级法院、本院审判管理部门以及其他相关的案件信息，如各项质量评估数据、考核数据等及时共享给合议庭。



图四：院庭长程序流转权

## （二）对标管理流程的信息化建设

为全面契合改革后的审判管理流程，从以下三个方面对信息化流程进行改造：一是在信息化平台中对合议庭阶段程序以及合议庭成员权限进行补充修改。在合议庭组成阶段，电脑随机生成合议庭，需采用固定合议庭形式的由庭长进行审批并备案；增

<sup>①</sup> 张泽涛：《判决书公布少数意见之利弊及其规范》，载《中国法学》2006年第2期。

<sup>②</sup> 重庆市高级人民法院课题组：《审判管理制度转型研究》，载《中国法学》2014年第4期。

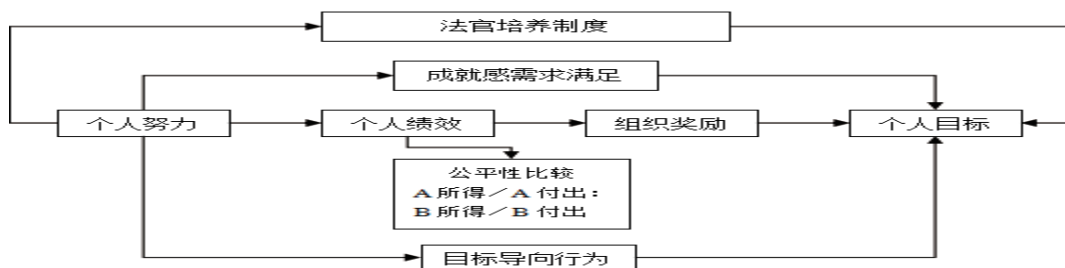


加中间评议阶段，并在承办法官端上传合议庭笔录，在其他合议庭成员端设置上传评议意见；对于合议庭多数认为应当提交专业法官会议讨论时，需在信息化平台注明问题类型，并进行自动计数统计；合议庭承办法官在信息化平台端申请专业法官会议讨论，并进入庭长平台。二是在信息化平台中对院庭长权限进行补充修改。庭长端负责对符合条件的案件予以审批通过，并通过信息化平台进行专业法官会议排期；分管院长向审判管理部门提交审判委员会召开申请；院庭长对相关信息以及裁判标准进行及时通知。三是在信息化平台改造过程中注意征集审判业务部门、院庭长以及审判管理部门意见，并由员额法官等共同参与，并注重管理学、司法统计学和审判管理学等交叉学科理论的借鉴研究，<sup>①</sup> 确保流程设计合理，真正服务审判。

### （三）案件质量评估与审判绩效考核制度建设

针对改革后的审判权力运行与审判管理实践，应从以下四个方面做好案件质效评估和审判绩效考核工作：一是将案件承办绩效考核赋分与错案责任承担分担到合议庭每个成员。在考核赋分过程中，将原先单独给予主审法官的1分，变为以主审法官为主、合议庭其他成员为辅的模式，具体的分数分割比例可以为8:1:1（以三人合议庭为例），以提高合议庭其他成员参与内部管理的积极性。错案责任承担则进一步明确为承办法官承担主要责任、合议庭其他成员承担次要责任模式，并相应划分比例。二是定量与定性相结合。完全的定量考核并不符合审判规律，应该依据评估考核数值设定几个合理的区间，比如优秀、良好、合格、不合格等，对于最好与最差的个别人员进行具体量化，而对于其他人员则应以定性评估为主。三是一定程度上加强合议庭成员对案件质效评估的作用，减少院庭长作用，杂糅多种因素复杂化质效评估指标和绩效考核考量因素，提升其心理信服程度。四是由单纯结果导向转变为过程与结果并重导向。改变过去只关注案件审结后指标的情况，将过程与结果相结合，建立良好的评估导向，引导法官不仅注重结果也重视程序运转。

### （四）法官培养与行为激励结合制度建设



图五：法官培养与行为激励结合制度模型

<sup>①</sup> 杨凯：《审判管理理论体系的法理架构与体制机制创新》，载《中国法学》2014年第3期。

探索将法官培养制度与美国管理学家斯蒂芬·罗宾斯的动机理论<sup>①</sup>相结合：一是发挥审判实绩考核在法官培养制度中的导向作用。现阶段法院内部的法官培养制度主要包括两类：一是法官助理到法官的培养，二是员额法官的精英化培养。第一类，应当在法官助理阶段设置初级、中级、高级三个等级，每一等级设定年限及递进名额限制，并将审判实绩考核成绩作为晋级的重要参考依据，考核成绩特别优秀者可相应减少晋级年限；第二类同理。<sup>②</sup>二是进行科学有效的目标管理。重新建立完善包含人民法院工作目标—内设机构目标—审判团队目标—个人目标的四级目标体系，注意总体目标与分级目标要协调一致。<sup>③</sup>三是给予成就感需求满足。成就感的需求有两种，一种是管人，一种是管事。在继续推进法官单独职务序列以及配套薪酬制度改革的同时，探索相对固定的审判长负责制，在合议庭内部负责监督管理事项的组织，发挥其“管事”作用。

## 结 语

改革后审判管理诸多问题的根源就在于对管理者“善治”逻辑惯性的依赖，应当建立一种迥异于管理者“善治”的逻辑体系，探索合议庭成为审判管理的“第一位”主体、院长成为审判管理的“第二位”主体，同时处理好管理者“善治”与信息化和制度化之间、类型化和专业化与个案型和管理型之间、司法责任制与审判管理需求之间之间矛盾冲突的博弈平衡。在此价值取向的基础上，探索构建包含审判权力运行中的审判管理流程建设、对标管理流程的信息化建设、案件质量评估与审判绩效考核制度建设以及法官培养与行为激励结合制度建设等内容的现代理性审判管理模式，以期对审判管理改革实践有所助益。

（责任编辑：姜燕）

附件一：关于法院审判管理有关情况的调查问卷

附件二：关于法院审判管理有关情况的调查问卷汇总表

<sup>①</sup> [美] 斯蒂芬·罗宾斯、玛丽·库尔特：《管理学》，刘刚、程熙镕、梁晗等译，中国人民大学出版社2017年版，第444页。

<sup>②</sup> 胡云腾：《法院改革与民商事审判问题研究——全国法院第29届学术讨论会获奖论文集（上）》，人民法院出版社2018年版，第105页。

<sup>③</sup> 邹碧华：《法院的可视化管理》，法律出版社2017年版，第63页。



附件一：

## 关于法院审判管理有关情况的调查问卷

**说明：**为了增加调查研究的实证资料，更好地发挥审判管理职能，提升法院审判执行质效和各方面工作效率，我们结合司法实践对内设机构改革后法院审判管理所涉及的相关问题进行了列举，并制作了这份问卷。本调查问卷无标准答案，请您结合自己的理解和具体工作经历进行回答。本问卷除特殊注明问题以外，一般为单选题，请在（ ）内或者\_\_\_\_\_中填写您认为正确的选项或理由。本问卷调查情况仅用于理论调研目的。对您个人的问卷情况，我们将予以保密。感谢您的支持和合作！

### 一、您的基本情况：

- ( ) 1. 您的性别：  
A、男  
B、女
- ( ) 2. 您的年龄：  
A、20-29岁  
B、30-39岁  
C、40-49岁  
D、50岁以上
- ( ) 3. 您的学历：  
A、研究生及以上  
B、大学  
C、高中及以下
- ( ) 4. 您的工作单位：  
A、中级法院  
B、基层法院
- ( ) 5. 您在法院的工作年限：  
A、5年及以下  
B、5—10年  
C、10—20年  
D、20—30年  
E、30年以上
- ( ) 6. 您的职务：（本题可多选）  
A、中层正职以上  
B、中层正职  
C、中层副职  
D、员额法官  
E、司法辅助人员  
F、司法行政人员

### 二、您对法院审判管理的认识：

- ( ) 7. 您所承办或者参与办理的案件中由合议庭评议后直接作出裁判的案件



- 占比为：
- A、90%以上  
B、80%——90%  
C、70%——80%  
D、60%——70%  
E、60%以下
- ( ) 8. 您认为由合议庭独立作出裁判不需要提交专业法官会议及审委会研究决定的案件占比应当为：
- A、90%以上  
B、80%——90%  
C、70%——80%  
D、60%——70%  
E、60%以下
- ( ) 9. 您认为行政化、科层化在当前审判管理制度环境下有没有可能重新萌芽：
- A、很有可能  
B、有一定可能  
C、可能性不大  
D、绝不可能  
E、不好说
- ( ) 10. 您认为案件经过提交专业法官会议讨论后，对合议庭作出最终决议是否有帮助：
- A、非常有帮助，专业法官会议讨论深入，提出的观点有直接借鉴意义  
B、很有帮助，经过专业法官会议讨论，对合议庭有所启发  
C、帮助作用不明显，专业法官会议讨论意见有分歧，有时让合议庭无所适从  
D、几乎没有帮助，专业法官会议讨论案情不深入，对合议庭几乎没有启发
- ( ) 11. 您认为当前审判管理的效率如何：
- A、效率比较高  
B、效率比较低  
C、效率一般
- ( ) 12. 您认为当前审判管理效率哪些方面还有提升空间：（本题可多选）
- A、信息化手段应用不足  
B、个案型管理管理理念落后  
C、院庭长能力不足  
D、人盯人式管理方式落后  
E、审判管理权集中于院庭长  
F、其他，请详细说明\_\_\_\_\_
- ( ) 13. 您认为下述哪些措施可以有效提高审判管理效率：（本题可多选）
- A、优化信息化流程实现规模化管理  
B、创新新的审判管理制度  
C、扩大院庭长管理权限



- D、审判管理纳入业绩考核之中  
E、其他
- ( ) 14. 您认为当前的案件质量评估与审判绩效考核是否能够准确反映审判实践情况：  
A、能  
B、不能  
C、不好说
- ( ) 15. 您认为当前的审判管理现状下审判质效是否会出现问题：  
A、绝对会出问题  
B、有可能会出问题  
C、一般不会出问题  
D、绝对不会出问题  
E、不好说
- ( ) 16. 内设机构数量减少意味着职务晋升机会的减少，这是否会影响您的工作积极性：  
A、肯定会  
B、有可能会  
C、一般不会  
D、绝对不会  
E、不好说
- ( ) 17. 您觉得法官等级晋升、工资绩效制度改革等能否完全替代职务的晋升带来的激励效果：  
A、能  
B、不能  
C、不好说
- ( ) 18. 您认为最有效的审判监督管理方式是哪一种：  
A、合议制作用的充分发挥  
B、院庭长管理  
C、专业法官会议  
D、审判委员会  
E、其他（请具体说明）\_\_\_\_\_

**感谢您对我们这次问卷调查工作的支持！**

**最后，为了进一步改进和提高我们的工作，请对法院审判管理工作提出您的意见和建议：**

---

---

---

附件二：

## 关于法院审判管理有关情况的调查问卷汇总表

(本调查问卷共发放 100 份, 实际回收 96 份)

调查重点	问题	备选项	选择情况
基本情况	您的性别:	A、男 B、女	A <u>44</u> B <u>52</u>
	您的年龄:	A、20—29 岁 B、30—39 岁 C、40—49 岁 D、50 岁以上	A <u>34</u> B <u>31</u> C <u>18</u> D <u>13</u>
	您的学历:	A、研究生及以上 B、大学 C、高中及以下	A <u>33</u> B <u>60</u> C <u>3</u>
	您的工作单位:	A、中级法院 B、基层法院	A <u>50</u> B <u>46</u>
	您在法院的工作年限:	A、5 年及以上 B、5—10 年 C、10—20 年 D、20—30 年 E、30 年以上	A <u>26</u> B <u>18</u> C <u>21</u> D <u>16</u> E <u>15</u>
	您的职务:	A、中层正职以上 B、中层正职 C、中层副职 D、员额法官 E、司法辅助人员 F、司法行政人员	A <u>4</u> B <u>16</u> C <u>19</u> D <u>33</u> E <u>26</u> F <u>14</u>
对法院审判管理的认识	您所承办或者参与办理的案件中由合议庭评议后直接作出裁判的案件占比为:	A、90%以上 B、80%—90% C、70%—80% D、60%—70% E、60%以下	A <u>13</u> B <u>14</u> C <u>28</u> D <u>32</u> E <u>9</u>
	您认为由合议庭独立作出裁判不需要提交专业法官会议及审委会研究决定的案件占比应当为:	A、90%以上 B、80%—90% C、70%—80% D、60%—70% E、60%以下	A <u>31</u> B <u>47</u> C <u>11</u> D <u>5</u> E <u>2</u>
	您认为行政化、科层化在当前审判管理制度环境下有没有可能重新萌芽:	A、很有可能 B、有一定可能 C、可能性不大 D、绝不可能 E、不好说	A <u>31</u> B <u>54</u> C <u>5</u> D <u>0</u> E <u>6</u>
	您认为案件经过提交专业法官会议讨论后, 对合议庭作出最终决议是否有帮助:	A、非常有帮助, 专业法官会议讨论深入, 提出的观点有直接借鉴意义	A <u>15</u> B <u>32</u> C <u>38</u>



		B、很有帮助，经过专业法官会议讨论，对合议庭有所启发 C、帮助作用不明显，专业法官会议讨论意见有分歧，有时让合议庭无所适从 D、几乎没有帮助，专业法官会议讨论案情不深入，对合议庭几乎没有启发	D <u>11</u>
	您认为当前审判管理的效率如何：	A、效率比较高 B、效率比较低 C、效率一般	A <u>17</u> B <u>41</u> C <u>38</u>
	您认为当前审判管理效率哪些方面还有提升空间： (本题可多选)	A、信息化手段应用不足 B、人盯人式管理落后 C、院庭长能力不足 D、审判管理理念落后 E、审判管理制度不符合时下现状 F、其他	A <u>96</u> B <u>81</u> C <u>67</u> D <u>77</u> E <u>82</u>
	您认为下述哪些措施可以有效提高审判管理效率： (本题可多选)	A、优化信息化流程实现规模化管理 B、创新新的审判管理制度 C、扩大院庭长管理权限 D、审判管理纳入业绩考核之中 E、其他	A <u>96</u> B <u>90</u> C <u>31</u> D <u>45</u>
	您认为当前的案件质量评估与审判绩效考核是否能够准确反映审判实践情况：	A、能 B、不能 C、不好说	A <u>26</u> B <u>68</u> C <u>2</u>
	您认为当前的审判管理现状下审判质效是否会出现问题：	A、绝对会出问题 B、有可能会出问题 C、一般不会出问题 D、绝对不会出问题 E、不好说	A <u>17</u> B <u>51</u> C <u>18</u> D <u>2</u> E <u>8</u>
	内设机构数量减少意味着职务晋升机会的减少，这是否会影响您的工作积极性：	A、肯定会 B、有可能会 C、一般不会 D、绝对不会 E、不好说	A <u>11</u> B <u>55</u> C <u>20</u> D <u>2</u> E <u>8</u>
	您觉得法官等级晋升、工资绩效制度改革等能否完全替代职务的晋升带来的激励效果：	A、能 B、不能 C、不好说	A <u>17</u> B <u>61</u> C <u>18</u>
	您认为最有效的审判监督管理方式是哪一种：	A、合议制作用的充分发挥 B、院庭长管理 C、专业法官会议 D、审判委员会	A <u>48</u> B <u>19</u> C <u>27</u> D <u>2</u>

# 探求法院内设机构改革的帕累托最优

## ——扁平化与专业化的衡平之道

金蕾\*

**内容摘要** 扁平化和专业化的争论实质上是内设机构设置的模式、层级和规模的问题。首先，根据科层制扩张理论和反自身性理论，分析了内设机构的现实困境。论述了专业化审判的现实需要及条件，认为专业化审判至少包括以下几个方面：审判主体专业化、法官思维和知识的专业化、审判机制的专业化正规化、审判理念的专业化。其次，运用管理学中的基本理论，如组织结构六要素、组织结构类型、科层制、内设机构划分的依据、管理幅度和管理层次等，阐释了内设机构改革过程中的基本问题。再次，运用经济学边际成本理论，寻求扁平化与专业化的自洽，实现内设机构改革的帕累托最优。分析了三对关系，即扁平化和专业化的关系、司法审判与司法政务的关系、方便诉讼与便捷管理的关系。内设机构打破庭室格局，完全按照扁平化的原则设置，仅适用于新设法院。大多数法院存在科层制的历史遗留问题，并不适用完全的扁平化。去行政化并非完全否定科层制，过度扁平化会导致管理幅度过宽，导致事无大小巨细全面管理，带来管理无效。现阶段法院内设机构改革在保持庭室建制的基础上，坚持适度扁平化。审判专业化可以通过设置专业化合议庭、专业化审判团队等多种方式实现。将法院内设机构分为四类，在扁平化基调下，纯行政类、偏行政的审判辅助部门实行金字塔式的科层制模式设置，纯业务类、综合审判部门、偏业务的审判辅助部门实行庭室+团队模式。阐释了专业化审判庭设置的法律依据、理论依据、现实依据。

**关键词** 法院内设机构 扁平化 专业化

中图分类号：DF812 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)02-099-108

\* 金蕾，山东省枣庄市中级人民法院法官助理。



随着法院内设机构改革的深入推进，理论界和实务界两种倾向悄然而生。一种倾向是将现行司法运行中出现的问题归因于科层制度，批驳传统科层制组织形式，认为其违背司法规律，限制了法官的自由裁量权。无视科层制的优势，不区分机构性质职能，盲目追求完全的去行政化和扁平化；另一种倾向是以专业化的视角审视现行内设机构改革，认为去行政化与司法专业化的要求相背离，极力主张保留更多的庭室。2018年5月，中央机构编制委员会办公室、最高人民法院《关于积极推进省以下人民法院内设机构改革工作的通知》规定：内设机构实行扁平化管理，减少管理层级，优化工作流程，提高运行质效。同时规定，为适应经济社会发展需要，提高审判专业化水平，有条件的基层人民法院可在规定的内设机构总数内，根据案件数量、案件类型、办案法官、人员配备等实际情况，探索专业化审判组织的设置形式。扁平化和专业化的争论实质上是内设机构设置的模式、层级和规模的问题。本文立足于100人以上的中基层法院，针对上述两种情况，力求在内设机构“扁平化”和“专业化”道路上实现自治。

## 一、缘由：争论因何而来

### （一）内设机构现实困境

长久以来，法院系统均按照行政机关运行模式即科层制设置和运转，管理职能和审判职能混同，导致司法行政化倾向。主要表现为：一是组织体系的科层化。自上而下，院长—副院长—审判委员会—庭长—副庭长—干警。不区分综合部门和业务部门，基本为“一正一副”“一正两副”，且惯用称谓是中层正副职。二是权力配置的合一性。院庭长全面负责本院（庭）的各项工作，除了日常党务、政务管理工作外，还参与业务管理，另外，自身也参与审判和讨论案件，司法管理权和审判权混同。三是司法决策的科层化。司法的亲历性是司法公正的必备要素，要求审判人员亲自参与庭审，直接听取当事人双方的诉辩主张、理由、依据，形成自由心证，并对案件作出裁判。司法实践中，审判委员会制度、院庭长签批案件制度等形成行政对司法的渗透，导致了司法决策背离司法亲历性。

科层制扩张机理理论认为，科层制一旦确立，就会呈现不可遏制的扩张趋势，其典型表现就是科层组织的不断膨胀。<sup>①</sup>例如：Z市中级人民法院内设机构变迁。1973年5月内设刑庭、民庭、办公室。1980年-1981年增设经济庭、司法行政科、政工科。1984年增设刑二庭、信访处、研究室。1987年增设行政审判庭，1998年-2006年，政治部分设组织人事处、法官管理处、教育培训处，民庭增至4个。至2006年

<sup>①</sup> 参见付磊：《刑事司法科层制之反思》，中国政法大学出版社2016年版，第43-48页。

法院内设机构达到26个。2007年-2014年,根据工作需要,继续增设刑事审判第三庭、信访办、信息管理处、民事审判第五庭、赔偿委员会办公室、新闻办公室、审判管理办公室、审务督查处、执行三庭、破产清算庭、未成年人综合审判庭等。截止2018年Z市中级法院内设机构达到37个,另有诉讼服务中心、法官培训中心2个事业单位。

以上这种系统内部不断分化、整合以应对社会复杂性的一个非预期后果就是,这种功能应对指向了自身,出现了自反身性(self-reflexivity),即复杂性应对本身使得自身也产生了复杂性问题,比如庭室之间的冲突、法官行为监控和庞杂的行政事务,从而产生克服新的复杂性问题的需要。为此,法院内部设立了大量的辅助性事务性机构,专门管理由于大量庭室设立出现的行政事务,还基于内部权力制约,将一些庭室的权力划出专门行使,并设置了对这些众多庭室进行内部监督的机构。<sup>①</sup>具体表现和后果如下:

1. 部门配置不合理致使审而不专。37个内设机构和2个事业单位,其中,业务部门18个,行政部门12个,综合审判部门及审判辅助部门8个,业务部门与非业务部门数量相当。非业务部门大有对业务部门形成包围之势,每个业务部门几乎都要对应19个非业务部门,“上面千条线,下面一根针”,审判人员疲于应付各种事务性工作,无法专注于审判业务,也没有精力深耕深层次问题。同时,部门之间业务分工过于精细,导致审判人员仅专注于本领域问题,不利于培养“一专多能”人才。

2. 科层制导致机构运行效率低下。现行管理层面,不论综合部门还是业务部门,均采用科层制模式,以业务部门为例:自上而下划分为院长—副院长—庭长—副庭长—法官5个管理层级。重要议题、常规事务均层层审批、层层签发,部门自主性、干警创新力严重挫伤,机构臃肿,效率低下。

3. 职能交叉、重叠、混同可能诱发相互推诿。如立案庭与诉讼服务中心在诉讼引导、判后答疑、材料转交等方面;研究室和审管办在司法统计方面;教育处和审管办在考核方面;教育处和机关党委在党建方面;人事处和法官管理处的人事信息管理,等等。职能交互重叠导致部门职责权限不清,进而可能导致相互推诿扯皮。

4. 不当政绩观导致资源浪费。为了解决职级待遇问题,尽可能多的设置部门,导致部门人数普遍较少,“1人室”“2人室”现象大量存在,有时甚至只有机构而无人员。一方面会分散有限的审判力量,另一方面会导致忙闲不均。同时,为了证明机构设置的合理性,防止部门无事可做,实现虚置部门实置化,不停组织一些不必要的会议,统计一些无关痛痒的数据、资料,严重牵扯干警精力。

<sup>①</sup> 刘忠:《论中国法院的分庭管理制度》,载《法制与社会发展》2009年第5期(总第89期)。



## （二）审判专业化的需要

内设机构改革过程中，广大实践工作者、理论工作者根据不同的考虑，纷纷提出了设置专业化审判庭的意见。有人认为，内设机构改革背景下，原有审判庭大规模裁撤、合并，专业化审判缺少现实条件；有的认为，民事案件和商事案件基本理念存在差异，应分别设置；有的基于家事案件的人身性、隐私性、伦理性，提出设立家事审判庭；有人主张设置金融法庭，完善不良贷款处置；有的基于环境资源案件的跨区域性、因果关系的复杂性，主张保留环境资源审判庭；有的基于交通事故案件、医疗纠纷案件的特殊性，主张设置交通事故法庭、医疗纠纷法庭……即便目前已存在的专业化审判庭，也存在设置标准不统一的问题，除了大多数按照案由划分外，还有以诉讼程序为标准，成立小额速裁庭，以审判对象为标准，成立未成年人案件综合审判庭，审理所有涉及未成年人的刑事、民事、行政案件。实践中，北京昌平在东小口法庭成立首个家事审判法庭，探索建立符合家事审判规律的工作机制，集中审理昌平东部地区的家事案件。<sup>①</sup>经最高人民法院批准，2017年12月，全国首个专门金融法庭——深圳金融法庭在前海深港现代服务业合作区正式成立。<sup>②</sup>

上述这些提法，潜藏着一个逻辑问题，即专业化审判要以设立专业化审判庭为前提。最高院“四五改革纲要”对专业化审判进行了初步描绘：首先，建立以审判为中心的诉讼制度，尊重司法规律，确保庭审在保护诉权、认定证据、查明事实、公正裁判中发挥决定性作用，对法官专业化素质和司法能力提出更高要求。其次，健全审判权力运行机制，完善以审判权为核心、以审判监督权和审判管理权为保障的审判权力运行机制，落实审判责任制，对专业化审判机制提供机制保障。《关于进一步推进案件繁简分流优化司法资源配置的若干意见》明确提出：“推广专业化审判。在充分考虑法官办案能力、经验及特长等因素的基础上，根据案件的不同类型确定审理类型化案件的专业审判组织，根据案件的繁简程度确定专门审理简单案件与复杂案件的审判人员。”至此，专业化审判至少包括四层含义：一是审判主体专业化，包括专门法院，如知识产权法院；专业化法庭，如少年法庭、家事法庭等；专业化合议庭，如民间借贷、物业等专业化合议庭；专业法官，如指定专门法官审理特定案件。二是法官思维和知识的专业化，包括专业审判知识、专业思维能力、专业审判语言等。三是审判机制的专业化正规化，从主体的设置、主题的选定、业绩考核、司法技能培育等方面形成健全的机制。四是审判理念的专业化，如上海知识产权法院在推进知识产权专业化审判过程中形成了创新、法治、平衡、开放的理念。<sup>③</sup>因此，专业化审判不仅仅包括主体

<sup>①</sup> [http://www.dzwww.com/xinwen/shehuixinwen/201808/t20180803\\_17684988.htm](http://www.dzwww.com/xinwen/shehuixinwen/201808/t20180803_17684988.htm)，2018年8月3日访问。

<sup>②</sup> 肖波：《深圳金融法庭敲响第一锤》，载《人民法院报》2018年1月17日。

<sup>③</sup> 李兆杰、牛艳：《人民法院推进专业化审判路径探析》，载《人民法院报》2017年5月3日。



的专业化，还包括其他方面，即便主体专业化，也可通过设立专业化合议庭、专业化审判团队等其他方式实现。

## 二、基点：内设机构改革的理论基础

内设机构改革涉及管理学、经济学等方面的基础理论，实现机构扁平化和专业化的自洽，必须以下述理论为根基。

### （一）组织结构六要素

组织结构的六种基本要素：工作专门化（有称为劳动分工）、部门划分、职权和职责、管理幅度、集权和分权、正式化。工作专门化是指把工作活动分成单个任务，为了提高产出，个人专门从事工作的某一部分而不是整项工作，又被称为劳动分工。把工作进行分类的方式称为部门划分，最常用的是按职能划分部门。管理幅度是指一位管理者能够有效指挥多少个下属。大多数人倾向较小的幅度（通常不超过6人），以便对下属保持密切控制。也有学者认为管理幅度受级别影响，高层管理者的管理幅度应比中基层小。随着人类认识能力的提升和信息技术的发展，上述传统观点受到挑战，如当今许多公司让员工从事一系列广泛的工作，出现跨职能团队，拓宽管理幅度。<sup>①</sup>六要素正好与法院内设机构改革的相关因素契合。机构扁平化和审判专业化强调按照一定的标准和流程管理事务和审理案件，其要义之一即为部门划分，进而要求明确职责权限，划分管理层次和管理幅度。通过集权或分权治理结构，建立一系列正式化的规章制度。

### （二）组织结构类型

组织结构主要分为机械式（或科层制组织）和有机式。机械式组织是严格且密切控制的结构，包含组织结构全部六要素的传统方面：高度专门化、严格的部门划分、清晰的指挥链、会形成金字塔形结构的窄小管理幅度、集权、高度正式化（或制度化）。有机式组织是灵活且具有高度适应性的结构，侧重合作、不断调整的职责、极少的规则、非正式的沟通、分散的决策权、会形成扁平结构的较宽的管理幅度。<sup>②</sup>常用的组织设计主要有传统型的职能结构和当代的团队结构、矩阵与项目结构。职能结构是指把相似或相关职业专长组合在一起的一种组织设计，可以把这种结构看成按职能划分部门的方式在整个组织中的运用。团队结构是指整个组织是由工作小组或团队组成的一种

<sup>①</sup> [美] 斯蒂芬·P·罗宾斯：《管理学：原理与实践》（原书第9版），毛蕴诗主译，机械工业出版社2015年版，第142-150页。

<sup>②</sup> [美] 斯蒂芬·P·罗宾斯：《管理学：原理与实践》（原书第9版），毛蕴诗主译，机械工业出版社2015年版，第151-152页。



结构，赋予员工权力是关键，员工对各自领域中的工作绩效负责。在大型组织中，团队结构和职能结构互为补充，这就使组织既有科层机构的效率又有团队的灵活性。矩阵与项目结构是指从不同的职能部门抽调专业人员从事由项目经理负责的项目工作，当员工完成分派给他们的项目任务以后，就会再回到原来的职能部门，其独特之处在于产生了双重指挥链。<sup>①</sup> 根据组织结构类型和司法专业化、机构扁平化的现实需求，宜分情况使用不同的组织结构。

### （三）科层制在司法领域的适用

科层制与司法管理高度契合性。19世纪末期，马克斯·韦伯对科层制进行了深入阐释，形成了科层制理论。主要特征如下：1. 分工明确；2. 职权体系清晰，按照等级制要求确定上下级关系；3. 规则体系明确，将规则视为科层组织的最高权威；4. 量才为用，职位晋升以其工作业绩、资历为标准；5. 权从职位；6. 公私分开。<sup>②</sup> 其核心特征为权力配置的等级化、权力运作的书面化、权力运行的规则化。职能分工的专业化和严格的上令下从体系最大限度保证了科层组织的决策能够迅速得到执行。司法管理本质上仍然属于一种行政行为，更容易通过统一的组织体系实现对效率的追求。科层制“左右分科，上下分层”的职能分工，以及等级化的权力配置，有助于提高司法管理效率。科层组织最高权威统筹安排相关事项，监督下级执行，有助于司法决策的统一，避免各行其是。<sup>③</sup> 因此，科层制之司法管理层面有适用的余地。然而，科层制推崇的等级化的上令下从体系严重压制审判人员独立性和自主性，科层制集权色彩、决策程序、决策方式和司法审判合议庭成员平等原则存在冲突，损害法官独立地位，限缩法官自由裁量权，因此，诸如司法审判等司法核心事项都不适用科层制。

### （四）内设机构划分的依据

管理学常用的部门划分类型主要包括：职能、产品、顾客、地区、流程。<sup>④</sup> 现行司法行政部门主要按照职能划分，业务部门主要是案件类型、诉讼程序、当事人，这种分类与管理学中的产品、顾客、流程相对应。业务部门的划分不得不考虑法理学中法的部门划分依据。法的部门的划分依据主要是调整对象和调整方法，前者是主要标准，后者是辅助标准。审判庭划分依据，主要是案件类型、调整方法。

### （五）管理幅度和管理层次的关系

内设机构改革过程中，应考虑管理幅度和管理层级的关系，确定相关科室规模，

<sup>①</sup> [美] 斯蒂芬·P·罗宾斯：《管理学：原理与实践》（原书第9版），毛蕴诗主译，机械工业出版社2015年版，第154-156页。

<sup>②</sup> 转引自付磊：《刑事司法科层制之反思》，中国政法大学出版社2016年版，第26-27页。

<sup>③</sup> 转引自付磊：《刑事司法科层制之反思》，中国政法大学出版社2016年版，第64-72页。

<sup>④</sup> [美] 斯蒂芬·P·罗宾斯：《管理学：原理与实践》（原书第9版），毛蕴诗主译，机械工业出版社2015年版，第143-145页。

是否需要设置二级部门及副职。

管理层次受到组织规模和管理幅度的影响。它与组织规模成正比：组织规模越大，包括的成员越多，则层次越多。在组织规模已定的条件下，它与管理幅度成反比：主管直接控制的下属越多，管理层次越少，相反，管理幅度减小，则管理层次增加。管理层次与管理幅度的反比关系决定了两种基本的管理组织结构形态：扁平结构形态和锥型结构形态。影响管理幅度的因素主要包括：主管和下属的工作能力；主管所处的管理层次；下属工作相似性；计划的完善程度；非管理事务的多少；助手的配备情况；信息手段的配备情况；工作地点的相近性；工作环境。<sup>①</sup>较宽的管理幅度可以减少管理层次，从而可以加快信息的传递速度，提高组织高层决策的及时性，还可避免上级对下级工作的过多干预，从而有利于发挥下级在工作中的主动性；较窄的管理幅度则可以减少每个层次的管理者需要处理的信息数，从而有利于有价值的信息被及时识别和利用，还可以使管理者有较多的时间去指导下属，从而有利于下属工作能力的提高。<sup>②</sup>按照管理学适度原理，管理幅度既不能过大，也不能过小，必须在两个极端找到最恰当的点，实现适度组合。

### 三、破解：扁平化与专业化的自洽

内设机构扁平化与专业化改革之路，可以运用经济学中的边际成本理论，达到机构管理和运转的帕累托最优。边际成本是指额外一单位产量所引起的总成本的增加。<sup>③</sup>利用帕累托最优状态标准（简称帕累托标准），可以对资源配置状态的任意变化作出“好”与“坏”的判断。如果既定的资源配置状态的改变使得至少有一个人的状况变好，而没有使任何人的状况变坏，则认为这种资源配置状态的变化是“好”的；否则认为是“坏”的。这种以帕累托标准来衡量为“好”的状态改变被称为帕累托改进。利用帕累托标准和帕累托改进，可以定义所谓“最优”资源配置，即如果对于某种既定的资源配置状态，所有的帕累托改进均不存在，即在该状态上，任意改变都不可能使至少一个人的状况变好而又不使任何人的状况变坏，则称这种资源配置状态为帕累托最优状态。帕累托最优状态又被称做经济效率。满足帕累托最优状态就是具有经济效率的；反之，则是缺乏经济效率的。<sup>④</sup>实现内设机构改革的帕累托最优，找寻边际成本

① 周三多、陈传明、刘子馨、贾良定：《管理学原理与方法》（第7版），复旦大学出版社，第196-199页。

② 周三多、陈传明、刘子馨、贾良定：《管理学原理与方法》（第7版），复旦大学出版社，第94页。

③ [美]N·格得里高利·曼昆：《经济学原理》（微观经济学分册）（第6版），梁小民、梁砾译，北京大学出版社，第272页。

④ 高鸿业：《西方经济学（微观部分）》（第7版），中国人民大学出版社，第257页。



的最佳值，达到扁平化与专业化的自治，主要通过以下途径：

### （一）正确处理好几对关系

1. 扁平化和专业化的关系。内设机构的设置打破庭室格局，完全按照扁平化的原则设置，仅适用于新设法院。大多数法院存在科层制的历史遗留问题，并不适用完全的扁平化。去行政化并非完全否定科层制，过度扁平化会导致管理幅度过宽，导致事无大小巨细全面管理，带来管理无效。现阶段法院内设机构改革在保持庭室建制的基础上，坚持适度扁平化。审判专业化影响因素包括人员素质、审判机制、机构设置等多方面，设置专业审判庭并非实现审判专业化的唯一途径，可以通过设置专业化合议庭、专业化审判团队等多种方式实现。

2. 司法审判与司法政务的关系。有组织的地方就有管理。内设机构改革并非削弱管理，而是以服务审判为目的，理顺管理关系，建立科学高效的现代管理机制。在明确职责权限的基础上，某些方面的管理甚至是加强了，如：法官业绩管理、司法辅助人员管理、党建管理等。

3. 方便诉讼与便捷管理的关系。方便群众诉讼，让群众获得更好的司法体验是人民法院的职责和使命之一。但是方便群众诉讼可以通过多种渠道实现，设立更多的内设机构和乡镇法庭不是唯一办法。未来趋向于以信息化建设更好的方便群众诉讼，提高司法水平。

### （二）扁平化管理的实现路径

法院内设机构改革应明确部门属性，理顺职责权限，按照扁平化模式进行机构合并重组，处理好服务和管理、放权与控权的关系。

#### 第一步，机构分类。

除了部分新设法院，大部分法院均是在原有机构框架范围内进行合并、重组，现行内设机构大致可以分为如下几类：第一类是纯行政类，主要包括政治部、办公室、行装处、宣传处等，主要职能：人事管理、党建、教育培训、宣传、经费管理、物质设施管理、档案管理、车辆交通。第二类是纯业务类，主要包括各类刑事、民事、行政、审监庭、执行局等，主要职能：各种民商事、刑事、行政案件的审理、执行裁决等。第三类是综合审判部门，主要包括研究室、审管办等，主要职能：信息调研、司法统计、审判流程管理、审判质量管理。第四类是审判辅助部门，又分为偏行政部门和偏业务部门，偏行政部门包括法警队、技术室、信息中心等，主要职能安全保卫、警务保障、押解、信息通讯、委托评估鉴定、信息管理；偏业务部门包括立案庭，主要职责：立案审查、来信来访、诉讼引导、材料转递。

#### 第二步，改革路径。

科层制在司法领域的适用，应主要在司法管理层面。司法管理具有行政属性，科

层制所追求的效率、统一，正好契合司法管理的需要，因此，综合部门可以运用科层制理论进行设置。业务部门改革的关键在于去行政化。根据现行《中华人民共和国人民法院组织法》，法定的审判组织主要是合议庭、独任审判员等。审判无论采取何种方式，都存在一定的管理。除了自我管理外，其他管理均对应一定的管理模式和管理幅度。团队结构的扁平化运作具有灵活性和高度适应性，能够减少管理层级，分散决策权，符合审判团队组建的初衷。审判业务机构改革可以采取分庭模式和团队模式相结合，审判庭下设若干专业化审判团队，明确审判庭的管理组织的地位（行政管理单元），突出法官、合议庭、独任审判员、审判团队（业务单元）在审判中的主体地位。庭长作为管理机构负责人，同时作为入额法官，建议不再保留行政级别，适当提高待遇，增加津贴补贴，工资高于同级别法官。

据此，在扁平化基调下，纯行政类、偏行政的审判辅助部门实行金字塔式的科层制模式设置，纯业务类、综合审判部门、偏业务的审判辅助部门实行庭室+团队模式。

### （三）专业化审判庭设置的思路厘清

内设机构改革的成果应以法律的形式固定下来，通过修改人民法院组织法，按照机构法定、编制法定、职责法定的要求，明晰机构名称，避免职责交叉，未经法定程序不得随意增加机构数量和编制。但改革成果法定并非完全否定按照专业化审判的需求设置相应的审判庭。正如行政庭的历史演进，随着法治进程的推进和民众法治意识的觉醒，“民告官”案件急需专门法律调整，1989年颁布《中华人民共和国行政诉讼法》，同时，设置行政庭审理“民告官”案件，而这次内设机构改革的一致意见也是保留行政庭。专业化审判庭的设置需要具备如下条件：

一是法律依据。审判庭作为管理层级和管理单元，不可避免的自带科层制的负面效应，如，反功能理论和扩张机理理论。反功能理论主张，科层制为了实现效率而进行具体化设计，常常会导致仪式化或特别刚性的行为，而这两者都有损效率的实现，并导致科层制背离其价值目标，产生“科层制反功能的怪圈”。扩张机理理论认为，科层制一旦确立，就会呈现不可遏制的扩张趋势，其典型表现就是科层组织的不断膨胀。<sup>①</sup>因此，专业化审判庭的设置必须遵守严格的法律程序，事先报批，未经批准，不能成立独立编制的专门化审判庭。

二是理论依据。如前所述，审判庭划分的依据，主要是案件类型、调整方法。专业化审判庭的划分要考虑案由关联度、人案均衡度，避免庭室职能交叉，避免人为割裂案件之间的联系。商事审判庭的设立与否，取决于民事案件和商事案件的关联度和区分度。我国民商分立和民商合一的争论由来已久，商事案件和民事案件的审判理念

<sup>①</sup> 参见付磊：《刑事司法科层制之反思》，中国政法大学出版社2016年版，第43-48页。



和思路不同。商事审判理念主要包括：1. 尊重商主体意思自治理念。商主体被假定为合理的经济人，其在思维方式、决策标准、表示方法上均与民事主体存在差异；对于缔约成本、经营风险、营利预期以及是否契合商业公平等，商主体有其独特的价值判断标准。2. 保护营利的理念。即商事行为有偿性推定，对可得利益的保护，促进商事交易的流转。3. 保障交易安全的理念。主要包括：保障商事交易的透明度，坚持外观主义和要式主义的适用，注重企业责任的变化。4. 保障交易便捷的理念。商法为促进商事交易的迅捷多采取短期时效主义，法院应当严格审限管理，严格中断、终止事由的审查。<sup>①</sup> 根据上述分析，中级法院以上有必要设置商事审判庭，专门从事公司、票据、保险等方面的审判，提高对下指导的针对性和有效性。

三是现实依据。专业化审判庭的设置要根据各地实际情况，符合经济社会发展的现实需要，循序渐进的推动设立。例如，2017年12月全国首个金融法庭在中国改革的前沿阵地深圳成立，有其特殊的现实需要。深圳是国内金融企业门类最全、机构最多的城市之一，证券公司营收规模居全国首位，金融业资产规模居全国第三，新兴金融业蓬勃发展，金融领域创新快、模式多，也产生了大量金融纠纷案件。深圳金融法庭的成立，有利于加强金融审判机制专业化，提升金融审判质效，充分发挥司法裁判对金融市场的指引和规制作用，更好地服务经济社会发展大局。<sup>②</sup>

法院内设机构改革的大幕已启，行百里者半九十，越是到了改革的攻坚期越要迎难而上。内设机构改革成效需要一系列体制机制的综合运行来保障。深化司法体制综合配套改革要以全面落实司法责任制为重心，统筹推进员额制改革，完善司法人员分类管理，打造职业化司法人员队伍。通过明晰权责，明确改革时间表、路线图，不断推进各项改革任务落地生根。

（责任编辑：郝晓越）

<sup>①</sup> 彭春、孙国荣：《大民事审判格局下商事审判理念的反思与实践——以基层法院为调查对象》，载《法律适用》2012年第12期。

<sup>②</sup> 肖波：《深圳金融法庭敲响第一锤》，载《人民法院报》2018年1月17日。

# 我国少年法庭组织形态的发展模式

## ——基于法院内设机构改革背景下的考察

褚宁\*

**内容摘要** 从案件数量及审判模式的业内认可度来看，少年审判在我国庞大的法院审判体系中是个小众。三十余年来，少年法庭的建设不仅始终没能跳出“案件量”的梗阻，反而在司法改革各种举措的影响制约下反复“自转”，日渐萎缩。在 2018 年 5 月份最高法院推行的内设机构改革背景下，全国现有的少年法庭，特别是基层法院的少年法庭，面临被全面撤并的命运，少年法庭改革回归原点。基于此，笔者从收案类型、收案庭室、收案法院及收案对象四种视角出发对目前司法实践以及理论探讨集中的几种少年法庭组织形态做出评价，并对下一步我国少年法庭组织形态的整体思路提出建议。

**关键词** 少年法庭 组织形态 内设机构改革

中图分类号：DF82 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)02-109-119

少年审判在我国庞大的法院审判体系中是个小众，从目前的案件数量而言难以独自维系一个完整的庭室；从审判模式的典型性来看，尚未跳脱传统刑事、民事审判的既有框架，少年审判中最具特色的帮教工作也大多是“墙内开花墙外香”，尚未获得业界同行的认可。三十余年来，少年法庭的建设不仅始终没能跳出“案件量”的梗阻，反而在司法改革各种举措的影响制约下反复“自转”，甚至日渐萎缩。我国少年法庭从高峰时期的全国 3300 多个跌至如今的 2200 多个，更令人扼腕的是，在 2018 年 5

\* 褚宁，济南大学政法学院副教授，最高人民法院中国应用法学研究所 2017 级博士后，法学博士，硕士生导师。本文系中国法学会 2018 年度部级法学研究课题“从‘小儿酌减’走向‘少年订制’的我国少年刑事司法体系构建”(CLS(2018)D107)；2015 司法部国家法治与法学理论研究项目“我国未成年人附条件不起诉制度法理基础研究——以关怀伦理观为视角”(项目编号：15SFB5019)；2018 年度山东省社会科学规划审判专项“司法改革背景下的我省少年审判机构改革方向和路径研究”(18CSPJ04)阶段性成果。



月份最高法院推行的内设机构改革背景下,全国现有的少年法庭,特别是基层法院的少年法庭,面临被全面撤并的命运,少年法庭改革将回归原点。为此,笔者从收案类型、收案庭室、收案法院及收案对象四种视角出发对目前司法实践以及理论探讨集中的几种少年法庭组织形态做出评价,并对下一步我国少年法庭组织形态的整体思路提出建议。

## 一、少年法庭改革中的困窘

### (一) 少年审判机构在组织形态更迭中求“生存”

自专门的少年审判产生三十余年来,最高法院和绝大部分省级法院始终没有建立起指导全国和本地少年审判工作的统一的少年法庭机构,导致缺乏合力,进而制约了少年审判工作的发展。少年审判机构的组织形态历经了从“刑事单一化”到“综合化”“集中化”的变迁。目前,全国各地法院的少年审判组织模式多达八种,包括专人审判、挂靠审判(未成年人案件审判庭与其他审判庭合署办公,一套人马、两块牌子)、未成年人案件合议庭、未成年人刑事案件审判庭、青少年刑事案件审判庭、未成年人案件综合审判庭、少年家事审判庭(家事少年审判庭)以及跨区域集中管辖的未成年人案件审判庭等。近年来,随着大量少年刑事案件在审前阶段“分流”,案件数量急剧下降,少年法官工作量与其他审判庭反差巨大。

2016年5月,最高人民法院启动推进家事审判方式和工作机制改革,在其提供的两种试点模式下(少家合并试点与少家分头试点),截至2018年6月,全国有118个中级、基层法院参与最高人民法院家事审判改革试点,超过400个中级、基层法院参与各高院试点,90%以上试点法院成立了专门家事审判机构,其中独立建制的家事审判庭或少年家事审判庭超过70%。<sup>①</sup>然而,试点过程中暴露出少年与家事审判融合模式的一些不足:一方面,少年审判方式及工作机制的独特性对家事审判极具启发性;另一方面,数以百万计的家事案件存在着淹没年仅约五万件的风险,进而导致少年刑事审判特色弱化。在分头试点的模式中,虽保留了少年法庭的“火种”,但由于家事案件与少年案件多有交叉,家事审判庭将涉少家事案件从少年法庭抽离,使得案件本已不多的少年法庭案源进一步减少,少年审判机构仍面临被撤并的风险。

最高人民法院于2018年5月份下发的《中央机构编制委员会办公室、最高人民法院关于积极推进省以下人民法院内设机构改革工作的通知》对基层法院的机构设置

<sup>①</sup> 参见周强“在家事审判方式和工作机制改革试点工作总结大会暨家事审判方式和工作机制改革联席会议第二次全体会议上的讲话”,2018年7月19日。



提出“优化、精简”的要求：

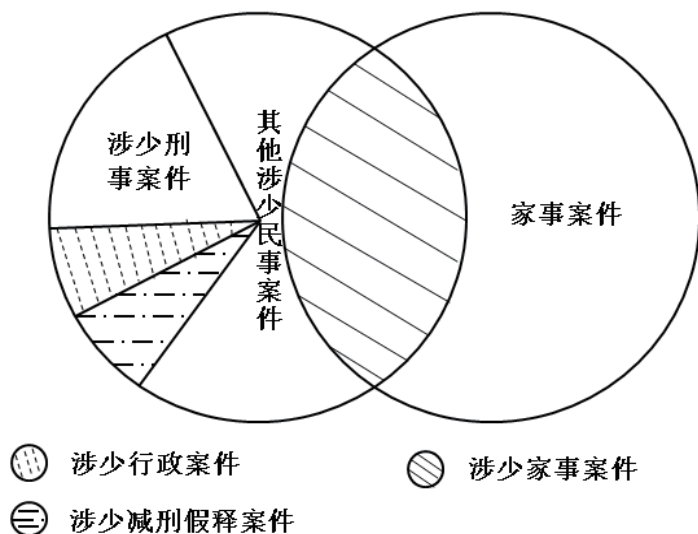
“扁平化管理……政法专项编制 50 名以下的基层人民法院，内设机构总数不超过 5 个，51-100 名的一般不超过 8 个，101-200 名的一般不超过 10 个，工作任务较重或 201 名以上的，可以根据工作需要适当增加审判业务机构并从严审批。”

“扁平化管理”是此轮内设机构的改革方向，具体要求是减少管理层级，提高运行质效。然而，未成年人案件综合审判的模式则是以“未成年人”这一类人群为对象从审判模式、理念等方面实现的“精细化审理”。在人员较少的基层法院保留独立建制的未成年人案件审判庭基本失去可能性；即便是在综合审判庭内增设少年审判团队的方案也会因为案件量少、无法满足年底考核要求等原因而难以实现。为此，设计出接地气的能够融入内设机构改革、既能保留少年审判特色、又能够稳定少年审判队伍的少年法庭组织机构的方案是当务之急。

### （二）受案范围不统一，造成上下级法院审判业务对接、指导难

总体看来，少年审判的受案范围包括四大类，分别是涉少刑事案件、涉少民事案件、涉少行政案件，以及涉少减刑、假释案件。少年审判的受案范围如下图所示：

★ 少年审判案件受案范围



笔者在研究过程中发现，不同类型的案件在受案范围方面的问题各异，<sup>①</sup>尤其以涉少民事案件问题突出：

<sup>①</sup> 笔者于 2018 年 2 月参与对 B 市部分法院少年法庭工作开展情况的调研活动，鉴于本文并未以课题组名义投稿，本人仅就其中的现象加以描述，涉及的相关法院分别以字母替代，并忽略具体数据。



涉少刑事案件方面，各法院受案范围相对一致，主要审理被告人与被害人为未成年人的刑事案件。<sup>①</sup>问题较多集中于涉少民事案件，各法院之间的受案范围存在较大差异。隶属同一管辖地域范围内的基层法院之间，及上下级法院之间均有不同。例如，B市F区法院在历经司法改革后成立了速裁庭，大量抚养、探望类案件由速裁庭拦截。这种做法与该院所处的案件管辖地域范围内的其他基层法院不尽一致。如此，一方面使得本就“无米下锅”的未审庭更加捉襟见肘；另一方面，还引发了同类型案件在同级别法院之间由不同部门受理，由于非未审部门在涉及未成年人利益保护方面的工作制度与审判理念层面区别于未审庭，使得“保护、教育”的审判理念不能充分发挥。此外，上下级法院涉少民事案件受案范围的不统一，极易导致审判业务的多头指导或缺乏指导，影响法律适用的统一。

关于涉少家事案件的归属。基于涉少刑事案件案源的严重不足，涉少家事案件成为少年审判中填补案件量的主要来源。该环节的问题集中体现于——少年与家事审判重叠部分——涉少家事案件的归属不明：一方面，根据《最高人民法院民事案件案由规定》第二部分关于婚姻家庭类纠纷规定，以及《最高人民法院关于开展家事审判方式和工作机制改革试点工作的意见》关于家事案件试点案件范围的规定——涉少家事案件属于家事案件；然而，由于此类案件涉及未成年人权益保护，大部分成立了未成年人审判庭的法院将其划归少年法庭审理。从目前的试点情况看，民庭在与少年庭对这部分案件进行划分时多采取的“一刀切”模式，要么将涉少家事案件从少年法庭全部抽离，要么将家事案件（其中80%为离婚案件）全部留给少年庭，前者进一步加剧了少年法庭的案源窘迫，后者则造成了少年庭法官陷在家事案件中无法抽身。

（三）依附于“成年人案件收案机制”的“未成年人案件收案机制”导致案件数量捉襟见肘

笔者认为，将“未成年人案件收案机制”附设于“成年人案件收案机制”之上是导致少年庭案件数量捉襟见肘的核心要素。传统的案件类型通常根据法律关系的属性进行划分，分别产生刑事案件、民事案件、行政案件，这也是我国的三大诉讼法各自对应的法律关系。法院各业务庭室的受案范围以法律关系为划分标准加以区分，若以各业务庭的受案内容为横轴，则少年案件是以“涉及未成年人权益”为识别标准而形成的纵轴，两轴交叉结合产生的方为少年法庭受案范围。然而，这种将少年案件直接套用在成人法律关系上的收案机制，必然导致少年案件附属于成人审判，不具有独立

<sup>①</sup> 具体包括：1. 被告人实施被指控的犯罪时不满十八周岁、法院立案时不满二十周岁的案件；2. 被告人实施被指控的犯罪时不满十八周岁、法院立案时不满二十周岁的共同犯罪案件；3. 未成年人人身、财产权利受到侵害的刑事案件。受案范围相对较大的法院将被告人是普通高等学校在校大学生的犯罪案件也纳入受案范围。H法院还将申请人为未成年人的依法不负刑事责任的精神病人的强制医疗程序案件；涉及未成年人的虐待罪；涉及未成年人的遗弃罪；重婚罪也纳入少年审判的范围。

的收案稳定性，其后果是：当成人审判制度或机制发生调整时，将对少年审判造成巨大影响，今天少年法庭在司法改革中的“飘摇地位”就是最直接的例证。基于上述现状，在司法体制改革中，很多地方没有将少年法庭改革纳入改革总体布局中通盘考虑。内设机构改革要求减少内设机构，由于少年法庭案件数量相对少，一些法院打算取消少年法庭。

#### （四）考核机制不符合少年司法规律，少年审判队伍不稳定

统计显示，各参与调研法院的未审庭人员队伍呈现两个特点：一是队伍不稳定性加大，且人数呈萎缩趋势；二是限于案件量较少的实际情况，员额法官指标少。究其原因，少年司法制度要求法官在办案的同时，还须开展社会调查、法庭教育、回访帮教、法制宣传教育等案外延伸工作和社会事务性工作，这些工作量可能几倍于普通案件，且周期长、显效慢。法院仍单纯以办案数量为标准考评少年法庭工作，并未将庭外延伸工作纳入考评体系，少年法庭法官在业绩考核方面一直靠“热情”和“爱心”投身工作，欠缺制度层面的保障。

#### （五）“唯案件量”的认识理念导致对少年审判中真问题的散焦

少年法庭工作并不仅仅等于少年法庭机构的建设工作，其涵盖了更为广阔的内容。根据最高人民法院2010年7月23日下发的《关于进一步加强少年法庭工作的意见》，少年法庭工作包括五部分内容：少年法庭机构建设、少年法庭法官队伍建设、少年法庭工作制度建设、少年法庭工作配套机制、考核保障建设。<sup>①</sup>之所以将少年法庭机构建设作为少年审判体制机制改革中的首要着力点，一方面由于少年法庭机构建制是少年审判工作开展的基本物质前提，目前少年法庭面临“生存危机”，机构建设问题成为阻碍少年审判工作前进的最大障碍；另一方面，由于司法改革中以“案件量”决定少年法庭机构建制、员额配比的片面认识，司法改革中各项部署要求，以及优化司法资源配置、降低司法成本等目标均被置于“案件量”的麾下。

唯案件量“马首是瞻”的倾向，实则是对少年法庭机构“独立性”认知不足的结果。我国现有的少年司法制度无论从顶层设计到基层运行机制无一不是在成人司法模式基础上的“修补”与“调整”。将眼光聚焦于“案件量”，并以此为“中轴”打造少

<sup>①</sup> 其中，少年法庭机构建设主要是指少年法庭工作的组织领导和业务指导体系，以及审判机构的组织模式问题；少年法庭法官队伍建设，是指对少年法庭法官的选任、业务培训等事项；少年法庭工作制度建设是指，少年法庭的特色工作制度的建设问题，主要包括社会调查报告制度、共同犯罪的分案审理制度、圆桌审判方式、法庭教育程序、非监禁刑的适用、与执行机关的协作、协助未管所、社区矫正部门的跟踪帮教工作、判后回访工作、开拓未成年人民事和行政案件审判的新思路和新方法等内容；少年法庭工作配套机制主要涵盖了“政法一条龙”+“社会一条龙”+法制宣传三个层面的内容。“政法一条龙”是指，党委政法委、公安、检察、司法行政等部门；“社会一条龙”是指，未成年罪犯的安置、帮教措施的落实、确保未成年人民事和行政案件得到妥善处理、推动涉诉未成年人救助制度建立和完善等工作机制的建设；少年法庭法官的考核保障主要针对庭审以外的延伸帮教、法制宣传教育、社会治安综合治理工作等内容如何纳入少年法庭法官的业绩考核的相关意见。



年审判，失去的是对少年审判中关乎少年权益保障的真正问题的关切。所谓“真问题”是指围绕着少年审判制度建设的一系列问题，诸如，社会调查报告制度、共同犯罪的分案审理制度、圆桌审判方式、法庭教育程序、非监禁刑的适用、与执行机关的协作、协助未管所、社区矫正部门的跟踪帮教工作、判后回访工作、开拓未成年人民事和行政案件审判的新思路和新方法等内容。对“案件量”的过分关注，并因此牵动了少年法庭的存废，导致对少年法庭工作中真问题的忽略，不可不谓少年审判发展进程中的“倒退”，也是对少年审判司法规律的无视。

## 二、少年法庭组织形态的四种发展模式对比考察

2018年5月份最高法院推行的内设机构改革，全国各级少年法庭，特别是基层法院的少年法庭，面临被全面撤并的命运，少年法庭的建设将回归原点。由于内设机构改革对少年法庭带来的冲击以打散、打乱、裁撤少审机构为表现形式，其破坏的是少年审判机构的专门化，背后的隐忧是少年审判队伍的持续不稳定性及少年特色审判方式及制度的断层化。为此，笔者试将目前司法实践及理论探讨集中的几种适于维持少年法庭机构专门化的模式置于内设机构改革背景之下进行利弊评价：

### （一）以收案范围为中轴的发展模式——未成年人案件综合审判模式

这种模式是指，在现有综合审判组织架构的基础上，进一步适当调整，统一受案范围，使得三级法院在组织架构、人员管理、业务指导与培训上形成严密统一。这种模式的优势在于司法成本的投入、调整范围小，人员变动少，最为节约司法资源。由于法院系统在未成年人案件综合审判模式中积累的审判经验丰富，故只需最高法院和省级法院层面对少年法庭进一步科学研究、确定受案范围，各辖区中、基层法院按照要求跟进；此外，该种模式能够形成三级法庭自上而下的统一架构，较好地完成对少年特色制度的延续、创新以及与社会力量的对接。<sup>①</sup>

笔者认为，综合审判模式是顺应少年司法规律，确保审判专门化的最佳方案。然而，将该方案置于目前司法改革的背景下，显得颇为理想化。其难点在于：第一，科学的收案范围难以确定。各地案件量差异巨大，以案件量较多的北京市海淀区法院涉少案件为例，仅其刑事案件在2017年之前即可达百件左右，而诸如青海、贵州省某些县市的收案量一年仅几件，特别是一些务工人员输出地区，即便是调整过的受案范围也无法维系一个独立未成年人案件审判庭的生存；此外，为增加案件量而扩大的收案范

<sup>①</sup> 参见北京市高级人民法院少年法庭改革调研课题组：《司法改革背景下的少年法庭发展路径——基于对部分省市法院少年法庭的实地考察》，载《全国法院少年法庭改革方向及路径研讨会获奖论文集》，第12页。

围中，部分案由可能并不明确体现未成年人“预防、保护”的司法理念，仅仅为了解决“吃不饱”问题而调整的受案范围反而可能削弱少年审判的特色。第二，“精细化审理”难以在“扁平化管理”的总体要求下脱颖而出，少年法庭改革无法在内设机构改革的背景下顺势调整。最高法院在内设机构改革中对基层法院的机构设置提出“优化、精简”的要求，从数量上提出了“5、8、10”的限制。少年法庭所需的“精细化审理”与内设机构要求的“扁平化管理”不具有天然相融性。第三，削弱司法资源优化配置，少年与家事审判重叠搭建机制平台。在采取少年与家事审判改革分头试点地区，将出现少年审判与家事审判就相似工作内容（如家事审判推进的儿童利益最大化、社会观护、心理疏导、判后帮教回访等特色工作与少年审判相通、相近）各自搭建机制平台、重复探索的情形，一方面提高了司法改革成本，另一方面分散了未成年人社会保护力量，不利于未成年人社会保护资源的集约化。

## （二）以收案庭室为中轴的发展模式——少年家事融合审判模式

少年与家事审判融合模式是指设立少年家事审判庭负责审理涉未成年人案件与家事案件。少年审判与家事审判以内部保持相对独立为底线的基础上相互融合。这种模式的优势在于：首先，有利于资源共享，优势互补。少年法庭积累了充沛的办案经验，而家事审判则面临案多人少、经验不足的问题，通过整合二者资源，有利于促使少年审判对家事审判形成助力；其次，有利于最大限度保护未成年人合法权益，有助于维护家庭稳定；最后，在司法改革的背景下，有利于解决案件划分和司法资源配置问题。以案件划分为例，目前分案制度是根据案由进行的随机分案机制，少年案件是基于“人”进行划分的案件类型，混杂于传统的基于法律关系进行划分的各类案件之中，没有为“少年审判”专门设立的案由，也难以设计出以“少”字开头的案件号，因此将涉少家事案件从家事法庭或者民庭分离出来，再归入独立的少年法庭的案件划分方式难以实现。少年家事审判可以降低该操作的难度，在将家事案件统一纳入少年家事审判庭内之后，再梳理出涉少家事案件相对可行。总体而言，这种模式既精简了机构，也符合员额制的人员选拔要求，且避免了少年审判与家事审判“业务交叉”“多头指导”等问题。

然而，少年与家事审判融合并非“毫无破绽”：第一，两类审判的法律理念和适用存在较大差异。少年审判的视角构筑于未成年人权益保护的基石之上，而民事审判的基础原则是“平等保护”；少年审判特色工作的传统形成于刑事审判，与家事审判在证明标准、调查取证的主动性、对案件干预程度等方面存在较大差异。具体表现为：刑事法官倾向于查明事实真相，以期达到“排除合理怀疑”；民事法官遵循优势证据规则，以及当事人双方诉讼资源对等前提下的对抗式诉讼模式，导致民事法官在调查取证的能动性以及对案件的干预度等方面远低于刑事法官。第二，少年与家事审判的融



合需要一定司法成本的前期投入。两类审判的融合涉及法院内部及外部机构、人员的调整变动，少年司法的“两条龙”衔接需要做好准备，人员及编制的安排需要提前做好测算。第三，涉少审判部分难以保持独立性。由于家事案件数量庞大，出于满足个人工作量和完成庭室总体审判任务的双重需求，少年审判法官仍要审理大量非涉少家事案件，如继承类的分家析产案件并不适宜进入少年审判范围，其很难体现社会观护、合适成年人等少年审判的特色工作，反而会削弱少年审判特色。

### （三）以收案法院为中轴的集约发展模式——指定集中管辖模式

该模式是指，于上世纪九十年代始于江苏省连云港市法院率先试点的指定集中管辖模式，具体表现形式是在原有的少年综合审判庭的基础上，将分散于各基层法院的涉少案件集中到某些特定法院少年法庭审理，从而进一步体现少年司法的专业化和集约化。江苏、上海的部分法院曾经尝试该模式，后由于未成年人综合审判模式与少年家事审判融合模式的冲击逐渐淡出。目前采取该模式的城市包括安徽芜湖、山西大同、辽宁辽源、宁夏银川等，江西省也在对如何推行指定集中管辖模式进行积极的探索。该模式的优点在于：第一，在内设机构改革背景下，可以集中、保存一部分优势审判资源，实现少年审判经验和品牌的传承，进一步细化业务分工，使审判指导和管理更加便利，有利于提高少年审判的规范化和专业化。第二，解决少年法庭案件量“吃不饱”的问题，使审判资源配置得到优化，审判效率得到提高。第三，使改革于法有据。最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第465条规定，“对未成年人刑事案件，必要时，上级人民法院可以根据刑事诉讼法第二十六条的规定，指定下级人民法院将案件移送其他人民法院审判”，这种改革模式还能够为探索建立少年专门法院积累经验。

该模式的问题在于：第一，指定集中管辖将分化最高法院于2006年既定的未成年人案件综合审判的思路，与少年家事融合趋向于综合审判的思路也相悖。原因在于，涉少民事案件集中管辖会在一定程度上影响当事人诉讼的便利性，指定集中管辖主要适用于未成年人刑事案件，未成年人民事案件仍分别消化于原法院的民庭内。目前，采用集中管辖模式的法院基本停留在少年刑事审判层面，综合审判层面尚无相对成熟的经验。第二，指定集中管辖模式对公检法司的四方配合提出较高要求，涉及检察院的分案机制，以及未成年被告人的羁押等问题，尤其，在不具备单独关押场所之处将出现未成年犯与成年犯混同关押的情形。第三，指定集中管辖模式对适用地的地理位置、未成年被告人羁押场所等因素提出综合要求。从诉讼便利和效率角度出发，该模式较适宜在间距较小的城市推广，排斥山区和间距较远的县城。此外，指定集中管辖地应具备未成年犯与成年犯分别关押的硬件能力，进而实现对未成年人的保护教育。第四，改革的力度不大，对法院全部审判格局的影响较小，在调整内设机构改革中，

恐难以成为一类专业审判。

#### （四）以“人”为中轴的发展模式——审判机关“先议权”模式

该模式是指，在审理对象层面将未达刑事责任年龄未成年人的构罪行为、虞犯（即犯罪临界行为）等未成年人案件纳入少年法庭管辖。基于我国少年司法制度呈现出的行政干预体系与刑事司法体系的二元结构，我国目前少年法庭审理的刑事案件仅是未成年人罪错行为中的犯罪行为。换言之，属于未成年人罪错行为的违法行为未被纳入少年法庭的审理范围。在《预防未成年人犯罪法》《治安管理处罚法》《禁毒法》等法律规定的调整下，未成年人违法行为主要经由行政性干预措施调整。<sup>①</sup> 严重程度极高的未成年人严重不良行为，及未达刑事责任年龄未成年人的构罪行为并不进入刑事司法的视野。然而，这种行政干预方式不仅未达到制度设计初衷，还由于存在着法律依据不足、程序封闭简单、无法有效与管教并存，以及惩罚色彩浓厚等问题，<sup>②</sup> 导致对未成年人违法行为的放纵，近些年频发的未成年人恶性违法事件无法得到有效应对所引发的关于“降低刑事责任年龄”的争论就是显著例证。

国外法治发达国家和地区的少年司法体系大多是与成人刑事司法体系并行的两套系统，使二者发生勾连的诉讼机制是“先议权”的行使。进而，通过“逆送程序”或者“弃权制度”实现少年案件在少年司法体系与成人刑事司法体系之间的流转。“逆送程序”的代表国家和地区是日本、台湾，少年法院享有对一切少年案件的“先议权”，罪行严重的案件通过“逆送”程序从少年法庭回归成人刑事司法体系，较轻罪行则由少年法院审理。美、英等国则通过弃权制度、转处制度，根据法律的规定、检察官或法官的自由裁量实现对未成年人重罪、轻罪的分流，少年法庭享有对未成年虞犯、身份犯、严重不良行为者的司法裁判权。相较之，我国对未成年人犯罪案件的处理是直线单向的，若将未成年人违法案件均纳入少年法庭的管辖范围，一方面扩大了少年法庭的管辖范围，扩充了案源，同时也切实起到对青少年犯罪的预防作用。

当然，这种变革将对我国行政处罚体系和刑事司法体系产生重大影响，也挑战了未成年人刑事司法体系中公检法三机关之间的既有格局。然而，无论是出于对少年司法以“审判为中心”的诉讼规律的尊重，还是从稳定、维系少年法庭收案量的现实出发，守住审判机关作为少年罪错案件“先议权”的底线是当务之急。

<sup>①</sup> 如，公安部于1982年印发《公安部关于少年犯管教所收押、收容范围的通知》将收容教养的决定权收归公安机关所有。

<sup>②</sup> 参见姚建龙《中国少年司法的历史、现状与未来》，载《法律适用》2017年第19期。



### 三、我国少年法庭机构建设的发展路径

#### (一) 顶层设计——以涉少案件审判、管理的统一归口为目标

就顶层设计而言,最理想方案是,最高法院成立独立的未成年人案件审判庭,对全国各类涉少案件进行统一归口审理。在最高法院层面成立独立建制的未审庭是全国未成年人案件审判工作的“定海神针”,各地长期存在的审判队伍不稳定、少审特色工作开展缺少保障等问题将迎刃而解,其职能涵盖目前研究室少年办行使的全部职能,具体包括:负责指导和协调全国法院少年法庭日常工作,参与有关未成年人立法活动,研究征集有关未成年人的法律、法规、规章草案的意见,对下级法院和有关部门提出的法律适用问题进行答复,起草司法解释、规范性文件及有关组织、协调、编撰等工作。此外,行使各地经上诉或请示至最高院的涉少刑事、民事、行政案件的审判职能。在最高法院层面成立独立的未成年人案件审判庭之前,由研究室少年法庭工作办公室代行其职,分散在最高法院各专业庭室的涉少案件须征求研究室少年办意见,最终形成,少年法庭组织机构的日常管理工作,涉少刑事、民事、行政、减刑假释案件的审办工作、涉少司法解释的出台均经由少年法庭工作办公室统一经办的局面。

值得一提的是,一个地区的少年法庭组织形态受到当地涉少案件数量、员额法官数量、内设机构改革要求、上级法院指导意见、少年法庭工作发展基础,乃至当地自然地理环境等因素的影响。从整体思路而言,尽管建立自上而下统一的组织机构体系是少年法庭抵御各种风浪的最稳固方式。然而,从少年法庭建设所依附的多种因素来看,本文所探讨的任何一种少年法庭组织模式都不能够“放之四海皆准”,统一的组织机构将可能导致“单一”形态在不同地区遭遇“水土不服”,或破坏某地既有少年审判品牌。为此,就全国范围的少年法庭组织形态而言,笔者赞同由最高法院统一指导,各地法院因地制宜发展的整体思路。

#### (二) 赋予高、中级法院少年法庭工作指导机构一定的刚性职能

在最高法院统一向下指导开展工作的同时,赋予省级、中级法院在当地少年法庭组织机构建设方面一定的刚性权力。从我国少年法庭组织形态适宜多元化发展的司法规律来看,省级、中级法院承载着承上启下的枢纽功能,“对上”接受上级法院的宏观指导,“对下”贯彻上级思路并设计出确保该思路在当地“落地”的具体方案。从目前内设机构改革背景下,省级、中级法院的少年法庭工作指导机构已陷入严重的无能为力状态。与所在法院党组的刚性领导相比,上级法院就少年法庭工作建设的指导不具强制力。由于内设机构改革是司法体制改革和综合配套改革的重要内容,改革方案赋予基层法院在框架内的自主决定权,具有明显刚性属性。而工作内容多局限于创



建、调研等层面，且仅具有指导效力的省级、中级法院少年法庭指导机构在上、下均为刚性的制度环境内几乎无法“施展拳脚”。基于此，笔者赞同以下思路：首先，高、中级法院必须在最高法院统一指导下开展工作。其次，基于少年审判工作的专业审判属性，须在一定行政区域内统一标准，否则难以符合专业审判要求，也难以实现可持续发展。在最高法院不宜就少年法庭组织形态在全国范围内统一形式的情形下，明确赋予省院或中院在审判机构形式、审理案件范围、人员配备标准、绩效考核办法等基础要素方面一定的刚性权限，从而为确保少年审判作为一种专业审判形态能够在一定区域内发展壮大创造制度环境。

### （三）基层法院少年法庭坚持多元化发展方向

基层法院是实现和落实我国少年审判基本思路和理念的前沿阵地，也是内设机构改革的核心“地带”。从前述内设机构改革的刚性效力来看，欲保留少年法庭的火种，少年审判组织机构的形态必在服从本院内设机构改革方案的基础上，结合其涉少案件数量、员额法官数量、上级法院指导意见、少年法庭工作发展基础，乃至当地自然地理环境等因素实现多元化发展。目前各地少年法庭的组织形态已经开始重新洗牌，在原有的专人审理、合议庭、独立建制未审庭、少年家事审判庭，指定集中管辖等形态的基础上，开始探索成立少年审判团队、少年家事审判团队，以及挂靠人民法庭等新的形式。

不可否认，无论我们如何呼吁少年审判在利国益民、保护未成年人成长方面的重大意义，就少年审判工作而言，内设机构改革的推进是以牺牲少年审判机构专门化为代价的审判资源配置方式。在少年审判专门机构缺失的日子里，最高法院从少年审判队伍、少年审判方式、工作机制的建设上制定全国自上而下的统一规范，确保“组织不在，方式在；人员流动，机制不变”亦不失为应对现有局面的良方！

（责任编辑：姜燕）



# 论孔子思想的司法蕴含

袁春湘\*

**内容摘要** 孔子是儒家学派的创始人，儒家思想是中华优秀传统文化的重要内容，是我们文化自信的重要基础。孔子思想以仁为核心，以礼为形式，以和为理想，这些思想对我国传统法律文化产生重要影响。孔子有关德主刑辅、礼先刑后、无讼、慎刑、好生恶杀等思想更是我国传统司法文化渊源，有些思想至今仍具有强大的生命力。

**关键词** 孔子 仁 礼 德治 慎刑 司法

**中图分类号**：DF08 **文献标识码**：A **文章编号**：1674-3156(2019)02-120-136

2015年11月3日，习近平总书记在北京人民大会堂会见第二届“读懂中国”国际会议外方代表时指出，“我们从哪里来？我们走向何方？中国到了今天，我无时无刻不提醒自己，要有这样一种历史感。……中国有坚定的道路自信、理论自信、制度自信，其本质是建立在5000多年文明传承基础上的文化自信。”我国文化自信力又有三个方面的来源，即优秀的中华优秀传统文化、革命文化以及先进的社会主义文化。儒家思想文化无疑是5000多年中华文明中极为重要的内容。儒家思想代表了中国人的核心价值观，这套核心价值观符合中国人生存的历史环境、历史条件、生产方式、交往方式，符合中国社会的需要，所以成为了中国文化的主体部分。<sup>①</sup>从中华民族精神的主导方面看，应当说儒家的文化和价值在塑造中华民族的民族精神方面起到了不可替代的重要作用。<sup>②</sup>

孔子是儒家学派的创始人，是我国伟大思想家、教育家、哲学家，其实，孔子还是伟大的法律思想家。“孔子在伦理学上的杰出成就一定程度上掩盖了他的其他思想，特别是法律思想的光辉，以致中外许多思想界的大师，往往把他说成是一位道德论者。”<sup>③</sup>孔子做过鲁国的大司寇，负责治安，掌管刑狱。他的一些弟子、徒孙等也从事

\* 袁春湘，最高人民法院研究室综合处处长，法学博士。

① 冯爱冰：《儒家思想在定纷止争中的应用》，法律出版社2017年版，第8页。

② 陈来：《中华文明的核心价值——国学流变与传统价值》，生活·读书·新知三联书店2015年版，第162-166页。

③ 杨景凡、俞荣根：《孔子的法律思想》，群众出版社1984年版，第59页。

士师等司法职务,并且在司法实践中贯彻孔子仁爱礼治思想。孔子关于正名、伦理纲常、德教为主,刑法为辅、礼刑结合等仁政礼治思想,对后世法律思想和法治文化产生深远影响。张晋藩教授认为,儒家学说是缔造中华法系的灵魂。<sup>①</sup>陈寅恪先生认为儒家对传统社会制度尤其是法律制度影响巨大,“李斯受荀卿之学,佐成秦治。秦之法治实儒家一派学说之所附系。《中庸》之‘车同轨,书同文,行同伦’(即太史公所谓‘至始皇乃能并冠带之伦’之伦),为儒家理想之制度。汉承秦业,其官制法律亦袭用前朝。遗传至晋以后,法律与礼经并称。儒家《周官》之学说悉入法典。夫政治社会一切公私行动莫不与法典相关,而法典为儒家学说具体之实现。故两千年来华夏民族所受儒家学说之影响最深最巨者,实在制度法律公私生活之方面;而关于学说思想之方面,或专有不如佛道二教者。”<sup>②</sup>

孔子思想也是世界人民的共同精神财富,孔子被尊为“世界十大思想家”之首,并与耶稣、释迦牟尼、穆罕默德相提并论。孔子所代表的“亚洲价值观”也引起世界的广泛重视。<sup>③</sup>孔子思想对世界法律文化影响也非常深远,即使现代法治文明非常发达的美国,也能从孔子思想中汲取智慧。在美国联邦最高法院主楼后部,即法院东庭的门上(并非法院正门),三角门楣上协调排列着的16个各有含义的人物,以摩西、孔子、梭伦为中心,三个人的巨大塑像中,中间是摩西,代表天意、宗教;左边是孔子,代表人伦、道德;右边是梭伦,代表政治、法律。为道至善,道为万教之根,德为万法之本。不论在东西方,道德都是法律的基础。可见,孔子思想在美国司法历史上的地位。不仅如此,美国联邦最高法院甚至在具体判例中引用孔子语录。例如,2014年11月26日,美国联邦最高法院作出历史性裁定,宪法保障同性伴侣有结婚的权利,州政府无权禁止,令原本不接受同性婚姻的十四个州,不能再禁止同性婚姻。最高法院26日的裁决使美国实现全国同性婚姻合法化。大法官肯尼迪在判词中,引用孔子在《礼记·哀公问》的名言,“为政先礼。礼,其政之本与”,认为不论东西方文明,婚姻都是人类社会制度的基石,异性与同性婚姻,并无分别。

## 一、“仁”的思想

《论语》中讲“仁”的地方有58章,“仁”字出现109次(“君子”出现107次),是出现频率最高的汉字。与此同时,“爱”字出现9次。孔子的思想是以“仁”为基本内核、以“礼”为外在实现形式、以“和”为精神风韵,注重以人为本,充满人文

① 张晋藩:《中华法系研究论集》,中国政法大学出版社2010年版,第109-112页。

② 陈寅恪先生审查冯友兰的《中国哲学史》报告(三)中的观点,转引自袁伟时《文化与中国的转型》,浙江大学出版社2012年版,第115页。

③ 蒙培元:《蒙培元讲孔子》,北京大学出版社2005年版,第190页。



关怀，饱含着对人类社会及人与自然和谐相处的理想。

### （一）仁的内涵

“仁”的字形是从“二”从“人”，说明只有两个人才表示出“仁”字的意思，“人与人相互，才能证现出一个抽象的人格。”<sup>①</sup>“可见孔子说的仁，只是教人怎么做人，只是教人能尽其性，自然能尽人之性。”“所以孔子所说，是平等的人格主义。”<sup>②</sup>

孔子说：“仁者，人也，亲亲为大。”<sup>③</sup>“道不远人，人之为道而远人，不可以为道。”<sup>④</sup>孔子重视人，给人有很高很精彩的评价，例如“故人者，天地之德，阴阳之交，鬼神一会，五行之秀。”<sup>⑤</sup>“故人者，天地之心，而五行之端，食味别声被色而生者也。”<sup>⑥</sup>“惟天地万物父母，惟人万物之灵。”<sup>⑦</sup>“弟子入则孝，出则悌，谨而信，泛爱众而亲仁，行有余力，则以学文。”<sup>⑧</sup>“克己复礼为仁。”<sup>⑨</sup>《论语·颜渊》记载：“樊迟问仁。子曰：‘爱人’。问知，子曰：‘知人’”。西汉学者杨雄评价说：“仲尼多爱。”<sup>⑩</sup>孟子认为仁就仁爱，他说：“仁者爱人。”<sup>⑪</sup>《孔子家语·大婚》记载，孔子与鲁哀公对话时说：“爱政而不能爱人，则不能成其身；不能成其身，则不能安其土；不能安其土，则不能乐天；不能乐天，则不能成其身。”《论语》记载：“子曰：‘道千乘之国，敬事而信，节用而爱人，使民以时。’”《论语·公冶长》记载孔子的志向：“老者安之，朋友信之，少者怀之。”这里孔子虽然没有直接讲仁，但他的理想已经充分展示了他的仁慈胸怀。孔子认为政治的本质是爱护民众，继承和发扬了商周以来“敬天保民”的民本思想。

孔子的仁爱思想不仅体现在对人的关爱上，而且体现在对生命乃至大自然、对生灵的热爱。如孔子在注释《易经》时说：“天地之大德曰生”。孔子说：“子钓而不纲，弋不射宿。”<sup>⑫</sup>是说孔子用鱼竿钓鱼而不用渔网捕鱼；弋射的方式获取猎物，但是从来不会射取休息的鸟兽。孔子还说过“骥，不称其力，称其德也。”孔子认为马绝不是仅仅供人役使的工具，有灵性，是人类的朋友，应当受到尊重。这些生态观念集体体现在儒家的“天人合一”“天人感应”等思想上。有一次孔子问子路、冉有、公西华和曾皙的志向，前三个人都谈得很好，雄心勃勃，心系天下，而孔子只高度表扬了曾皙。曾皙说：“莫春者，春服既成，冠者五六人，同志六七十，浴乎沂，风乎舞兮，咏而归。”<sup>⑬</sup>

① 梁启超：《孔子与儒家哲学》，中华书局2016年版，第19页。

② 梁启超：《孔子与儒家哲学》，中华书局2016年版，第19页、21页。

③ 《中庸》第二十章。

④ 《中庸》第十三章。

⑤ 《孔子家语·礼运》。

⑥ 《孔子家语·礼运》。

⑦ 《尚书·泰誓上》。

⑧ 《论语·学而》。

⑨ 《论语·颜渊》。

⑩ 《法言·君子篇》。

⑪ 《孟子·离娄下》第二十八章。

⑫ 《论语·述而》。

⑬ 《论语·先进》。

曾皙的逍遥正好表达了孔子最高理想，即人与自然的和谐相处，达到天人合一的境界。汉代统治者根据“天人感应”理论，将德礼政刑统一，又将阴阳五行观念融入政治法律中，如阳为德、阴为刑，因此，德主刑辅；春夏为阳，秋冬为阴，阳主生，阴主杀，所以应当顺应天时，不违背天意，实行“秋冬行刑”的制度，规定春夏不执行死刑。除谋反大逆“决不待时”以外，一般死刑犯须在秋天霜降以后，冬天以前执行。对后世有着深远的影响，唐律规定“立春后不决死刑”。明清律中的“朝审”“秋审”制度亦可渊源于此。

## （二）仁的实践方法

颜渊请教孔子如何达到仁的境界，孔子说，“克己复礼为仁。一日克己复礼，天下归仁焉！为仁由己，而由人乎哉？”<sup>①</sup>意思是说，努力约束自己，使自己的行为符合礼的要求，就可以达到理想的境界了。颜渊又问，具体应当如何去做呢？孔子说，“非礼勿视，非礼勿听，非礼勿言，非礼勿动。”意思是不符合礼的事，就不要去看、不要去听、不要去说、不要去做。孔子所讲的礼，在当时是指社会生活中的各种礼仪规范，本质是仁，是实现仁的具体学习和修养方法。所以，礼就像一把随时衡量每个人内心的尺子，有辨别功能，如分辨上下等级名分的关系、差异。“非礼以辨君臣上下长幼之位也”，而“君君，臣臣，父父，子子”的正名是政治的核心和根本，各安于自己的名分，社会就保持良好的秩序。可见，通过礼的实行，仁的实践方法非常简单，因此，孔子说，“仁远乎哉？我欲仁，斯仁至矣。”<sup>②</sup>宋代朱熹发展了孔子仁和礼的思想，他认为仁就是人内心的完美道德境界，礼不仅仅是具体的礼节，而是泛指天理，把克己复礼的内涵扩大了。

## （三）仁的思想在法治上的具体体现

仁是孔子思想的核心和基础，是其政治主张和法治思想的灵魂，体现在法治思想方面，以下例子说明孔子政治法律主张体现的是深厚的人文关怀。

一是以义断案。孔子说，“凡听五刑之讼，必原父子之情，立君臣之义以权之。意论轻重之序，慎测深浅之量以别之。悉其聪明，致其忠爱以尽之。”<sup>③</sup>意思是说凡是审理五种犯罪案件，必须根据父子之情，依照君臣之义来衡量。根据犯罪情节轻重和罪过的深浅以区别对待。探明案情，不仅尽量靠聪明才智，更要极力发挥自己的忠爱之心。《论语·子路》记载，叶公语孔子曰：“吾党有直躬者，其父攘羊而子证之。”孔子曰：“吾党之直者异于是：父为子隐，子为父隐，直在其中矣。”又如“舜窃负而逃，乐望天下”。<sup>④</sup>孔孟之道认为伦理亲情高于法律规定。家庭是社会的细胞，齐家才能平

① 《论语·颜渊》。

② 《论语·述而》。

③ 《孔子家语·刑政》。

④ 《孟子·尽心上》。



天下,试想如果最亲密的人之间都不存在信任,这样的冷冰冰的社会能够存在下去吗?因此,我国历代立法者多肯定此项原则,直到民国《刑法》仍规定,藏匿犯罪的亲属可以减轻处罚。我国当代刑事立法也吸收了儒家“亲亲相隐”的思想。我国新修订的《刑事诉讼法》第108条规定:“经人民法院通知,证人没有正当理由不出庭作证的,人民法院可以强制其到庭,但是被告人的配偶、父母、子女除外。”

孔子这种根据人伦仁义精神断案对后世的司法审判产生很大影响,例如春秋决狱制度。春秋决狱又称“经义决狱”,是西汉中期儒家代表人物董仲舒提出来的,是一种审判案件的推理判断方式,主要用孔子的思想来对犯罪事实进行分析、定罪。即除了用法律外,可以用《诗》《书》《礼》《易》《乐》《春秋》六经中的思想来作为判决案件的依据。在西汉中期儒家思想取得正统地位后,董仲舒等人提倡以《春秋》大义作为司法裁判的指导思想,凡是法律中没有规定的,司法官就以儒家经义作为裁判的依据;凡是法律条文与儒家经义相违背的,则儒家经义具有高于现行法律的效力。

春秋决狱主要是根据案件的事实,追究犯罪人的动机来断案。如果他的动机是好的,那么一般要从轻处理,甚至可以免罪。如果动机是邪恶的,即使有好的结果,也要受到严厉的惩罚,犯罪未遂也要按照已遂处罚。例如“君猎得麋判”：“君猎得麋，使大夫持以归。大夫道见其母随而鸣，感而纵之。君愠，议罪未定。君病恐死，欲托孤幼，乃觉之：“大夫其仁乎？遇麋以恩，况人乎？”乃释之，以为子傅。于议何如？仲舒曰：“君子不麇不卵，大夫不谏，使持归，非义也。然而中感母恩，虽废君命，徒之可也。”董仲舒认为，君子捕获幼鹿，大夫没有进谏，反而“持归”，违背《春秋》，应当定罪；大夫被母鹿鸣叫感动，释放小鹿，虽违背君命，但这种仁爱举动应当提倡。<sup>①</sup>又如“甲有子乙以乞丙判”<sup>②</sup>：甲把儿子乙送给了丙，丙将乙养育，乙长大后，有一天甲醉酒后对乙说：你是我的儿子。乙一气之下打了甲二十棍子。甲跑到县官那里告状，要求判乙死罪，按照当时的法律，儿子打父亲要处死刑。但董仲舒认为甲生了儿子不亲自抚养，父子关系已经断绝，所以乙不应被处死刑。

二是慎刑。孔子说：“听讼，吾犹人也。必也使无讼乎。”<sup>③</sup>孔子是说他审理案件和别人没有什么不一样，如果说有不同，那就是孔子要使天下不再有纷争，天下无讼！他的理想是国家没有刑律、没有监狱。何等的大爱！《礼记·礼运》记载孔子这种大爱大同思想，“大道之行也，天下为公，选贤与能，讲信修睦，故人不独亲其亲，不独子其子，使老有所终，壮有所用，幼有所长，鳏寡孤独废疾者皆有所养；男有分，女有归，货恶其弃于地也不必藏于己，力恶其不出于身也不必为己，是故谋闭而不兴，盗窃乱贼而不作，故外户而不闭，是谓大同。”

① 程树德：《九朝律考》，中华书局1963年版，第164页。

② 同上。

③ 《论语·颜渊》。

如何才能达到天下无讼“无所用刑”呢？孔子说：“圣人之治化也，必刑政相参焉。太上以德教民，而以礼齐之。其次以政言导民，以刑禁之。刑，不刑也。”<sup>①</sup>主要是用德礼教化民众，从而少刑，即使用刑，其目的是教化、预防，为了最终无刑。“民可道也，而不可强也。”<sup>②</sup>孔子曾遇到一个案子，父亲告儿子不孝，他没有立即处理，而是放到一边，搁置了好几个月。期间孔子可能做了调解说服工作，父亲撤诉，不告了。当时鲁国执政季桓子很不高兴，有意见，找到孔子质问，为什么不要利用这样的典型案例，在鲁国倡导孝道。孔子说，“上失其道而杀其下，非理也。不教以孝而听其狱，是杀不辜。”<sup>③</sup>意思是说，当政者平时没有好好地教化人民，等他们不孝的情况下，又以不孝定罪处罚，这不是相当于把人民置于陷阱，滥杀无辜吗？

孔子慎刑的一个重要方面是好生恶杀。《孔子家语·好生》记载，孔子晚年的时候曾提醒鲁哀公要向舜学习，舜的最大特点就是好生恶杀。季康子问政于孔子曰：“如杀无道以就有道，何如？”孔子曰：“子为政，焉用杀。子欲善而民善矣。”他进而认为，“君子之德风，小人之德草，草上之风必偃。”<sup>④</sup>就是如果实施仁政，注重教化哪里还用得着刑杀呢。孔子说过：“今之听狱者，求所以杀之。古之听狱者，求所以生之。”<sup>⑤</sup>“民有小过，必求其善以赦其过；民有大罪，必原其故以仁辅化。如有死罪，其使之生，则善也。”<sup>⑥</sup>孟子所主张的“省刑罚”“不嗜杀人”思想以及后世的轻刑化、少杀慎杀等刑事司法思想可以说都是源于孔子慎刑思想。

孔子慎刑思想还体现在对疑案的处理上。孔子说：“有指无简，则不听也。附从轻，赦从重。疑狱则泛与众共之，疑则赦之。皆以大小之成之。”<sup>⑦</sup>有人指证但经过核实不能确定犯罪事实的，就不能定罪。要依法量刑，可轻可重的从轻；可赦免的，原判较重的则先赦免。任何案件都要根据罪行大小按照法律定罪处罚，就是现在的罪行法定刑法原则。

三是礼重于法。孔子还认为，人之所犯罪是有原因的，“凡民之奸邪盗窃靡法妄行者，生于不足，不足生于无度，无度则小者偷惰，大者侈靡，各不知节”<sup>⑧</sup>即不知节制等道德缺陷造成奸邪盗窃违法妄行犯罪。又如，“不孝者生于不仁”“杀上者生于不义”“斗变着生于相陵（互相侵侮）”“淫乱者生于男女无别”等。孔子认为“不豫塞其源，而辄绳之以刑，是谓为民设阱而陷之也。”不以礼教化而动不动就实施刑罚，等于给人民设下陷阱。

① 《孔子家语·刑政》。

② 《郭店楚墓竹简·尊德义》。

③ 《孔子家语·始诛》引《荀子·宥坐》。

④ 《论语·颜渊》。

⑤ 《汉书·刑法志》。

⑥ 《大戴礼记·子张问如官》。

⑦ 《孔子家语·刑政》。

⑧ 《孔子家语·五刑释》。



冉有问孔子说，古代先王制定法律，规定刑罚不加在大夫身上，礼不用到平民身上，那么，大夫犯罪就可以不加刑罚了？平民就可以不用礼来约束了？孔子说，不是这样的。古代大夫属于有廉耻的人，他们即使犯罪，也有相应的自定罪名，不忍正面直呼其有罪，如犯了不廉污秽之罪的，叫做“簠簋（古代祭器）不饬（整齐）”；犯了男女淫乱之罪的，叫做“帷幕不修”；犯了罔上不忠之罪的，叫做“臣节未著”；犯了不胜其职之罪的，叫做“下官不职”；犯了触犯国家法纪之罪的，叫做“行事不请”<sup>①</sup>。大夫犯了这五种犯罪，会戴上用毛做帽带的帽子，穿上白色的丧服，端着盛水的盘子，上面放一把剑，走到君王面前，请求自刎谢罪。犯了大罪的，要面朝北下跪，听到君王命令后自杀。可见古代大夫犯罪不需要君王派司法官捆绑牵制或施以刑罚，而是犯罪的士大夫自觉自裁，孔子认为这是教化的结果。可见犯罪的士大夫与一般民众适用刑罚上只是方式方法不同而已，都不能逃避刑罚制裁。孔子虽然讲的是古代先王时期对大夫犯罪的处罚，但他是复古主义者，这里能清楚地表明其拥护这样的刑罚适用原则，表明其在法律适用上主张平等主义的。当然，有人认为，尽管孔子主张礼法并用，在礼法的关系上还是更重视礼的作用，并且在刑罚的适用上，孔子有一定的官贵民贱的思想。<sup>②</sup>

孟武伯的家臣叛乱，孟武伯请教孔子该怎么办，孔子说，做别人的家臣却图谋叛乱，天下人都不会宽恕他的，他会自己回来，你就等着吧。三十天后，家臣果然返回归附孟武伯。孟武伯要拘禁他，于是又请教孔子。孔子说：“不可，你对待家臣未能以礼相待以致于情义你们彼此情意不同，所以他才会离开你。现在他主动回来了，他犯的罪因此得以抵消，为什么还要囚禁他呢？假如你提高礼仪修养来对待他，他离开你还能够去哪里安身呢？”结果，孟武伯打消了囚禁家臣的想法。<sup>③</sup>

四是司法人文关怀。司法的本质是人文关怀，一个好的司法官必须慈悲为怀，对人怀有悲悯的情怀，才能尊重生命，感化同类，教化众生。子张问孔子，说《尚书》中说，对待老百姓像养护婴儿一样，审理官司也可以这样吗？孔子说，当然可以了。古代审判官厌恶犯罪的恶念而不厌恶犯罪者本人，寻求使罪犯活下来的理由，实在无法减轻他们的罪行才处罚他们。现在的审判官正好相反，总是寻找杀死他们的理由，这样是违反先王之道的。孔子还说，“古之听讼者，察贫贱，哀孤独及鳏寡老弱不肖而无告者，虽得其情，必哀矜之。”<sup>④</sup>

孔子的一个学生叫高柴，又称子羔、子皋、子高、季羔，在卫国做士师，掌管刑狱，执行刑罚时依法砍掉了一个人的脚。不久，卫国发生蒯聩之乱，季羔逃跑，到了城门，

①《孔子家语·五刑释》。

②《孔子家语·五刑解》题解部分，商务印书馆2011年版第347页。

③《孔丛子·刑论》。

④《孔丛子·刑论》。



发现守门的正是被他砍断脚的人，那人见季羔要逃出城，说那边城墙有个缺口，季羔说君子不跳墙。那人又说，城墙这里有个洞，季羔说君子不钻洞。那人只好说，这里有间屋子可藏，季羔才进屋躲藏。躲过了追捕，季羔将离开时问那个人，说“过去我不能破坏国君的法令而亲手砍断了你的脚，现在我处在危难中，这正是你报仇雪恨的机会，但你却三次让我逃命，是为什么呢？”那人说，“砍断我的脚，本是我罪有应得，这时无可奈何的事。您依法行刑时，先对别人用刑而把我放在后面，是想让我免于刑罚，这我是知道的。当判决定罪后，临到对我行刑时，您脸色很忧伤。看到您的脸色，我又了解到您的内心。您并非是偏爱我啊，您天生是位君子，这样的表现完全是发自内心本性。这就是我喜欢您的原因。”孔子听说这件事后大加赞扬说，“季羔做官做得多好啊！他执行法令标准一致。心怀仁义宽恕就能树立恩德，而严刑暴虐就会结下仇怨。公正地执行法令，就是季羔把！”<sup>①</sup>

《论语·子张》中记载曾参告诫其弟子阳肤如何做士师的故事。曾子说，“如今政治失去道义，百姓的心也离散很久了。你作为司法官，如果明晓了百姓犯罪的事实，应当是哀伤怜悯他们，决不能为自己破了案而沾沾自喜！”可见这种悲悯、仁爱情怀已经在孔门中代代相传了。孔子任鲁国司寇就三年左右的时间，“他不仅取得了现实的成功，更为几千年的封建司法，提供了一种伟大的人道传统。”<sup>②</sup>

法律可以是无情的，但法官不应是冷冰冰的。中国青年政治学院副校长林维教授到最高人民法院刑事审判庭挂职，从事死刑复核案件工作后曾感言：“没办过案子没接触过被告人被害人家属的，感受不直接。”“看着卷宗上的名字判决，跟看到人再决定其生死是不一样的。”“因为法官在判案的时候首先是个人，其次是法官。从学者的角度，我的基本立场是谨慎对待死刑，但到了司法实务，肯定也会有矛盾。”等等，林维教授的这些感受其实就是他感到人性里的恻隐。<sup>③</sup>

习近平总书记提出“以人民为中心”执政理念，对司法机关提出“努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”目标。司法为民是人民司法的优良传统，在新的历史时期，人民群众对司法有新的要求、新的期待，其中，重要的一个方面就是司法的人文关怀，注重司法服务细节，不仅让人民群众感受的公平正义而且让人民感受到人文司法的关怀，让人民有尊严地参与司法，关心司法，支持司法，监督司法。

## 二、中庸之道

孔子思想是多元的，不是单纯强调某一方面，例如《论语》里说，“所重，民、食、

① 《孔子家语·致思》和《韩非子·外储说左》。

② 鲍鹏山：《孔子传》，中国青年出版社2013年版，第174页。

③ 说刑品案：《死刑核准权收回十年》，载于在你辩护网，2017年6月2日。



丧、祭。”<sup>①</sup> 看见孔子的思想里重生也重死，重仁也重礼，重物质也重精神，重人文也重宗教等。孔子反对走极端，这些集中体现在其中庸思想上。

### （一）孔子的中庸思想

《中庸》认为“天命之谓性，率性之谓道，修道之谓教。”“喜怒哀乐之未发，谓之中；发而皆中节，谓之和。中也者，天下之大本也；和也者，天下之达道也。致中和，天地位焉，万物育焉。”这里讲的是中庸之源之本之性，对孟子、荀子的思想产生影响。孟子性善论，荀子性恶论。荀子解释“性”和“伪”。孟子评价孔子则是“可以仕则仕，可以止则止，可以久则久，可以速则速”，这种评价比较接近孔子对自己的评价，即“无可无不可”<sup>②</sup>，没有什么必须去做的，也没有什么不必去做，判断的标准只有“义”，孟子对此思想也有继承发挥，如“大人者，言不必信，行不必果，为义所在。”<sup>③</sup>。朱熹在《中庸》章句集注中说，“中者，不偏不倚、无过不及之名。庸，平常也。”

孔子善于用形象的事物和现实场景讲中庸的道理，例如他到鲁桓公的庙里参观，发现“宥坐之器”，即古代国君放在其座位右边以示警戒的“欹器”，相当于后世的座右铭。这种器物，里面没有水时就倾倒，水倒满时就倒下，水倒得不多不少时就端正。孔子还善于现场教学，让弟子们做实验，往欹器中灌水观察。孔子启发式感叹，“夫物恶有满而不覆哉？”子路就问，“敢问持满有道乎？”孔子说：“聪明睿智，守之以愚；功被天下，守之以让；勇力振世，守之以怯；富有四海，守之以谦。”<sup>④</sup>人生既要懂得做加法，也要懂得做减法。又如，子贡观看年终的蜡祭（古代年长祭祀群神），孔子问子贡快乐吗？子贡说，一国的人都像疯了一样，我不知道有什么可快乐的。孔子说，百姓辛苦了一年，才得以享受这一天的快乐，这一天的快乐恩泽，你是不能理解的。只是紧张而不松弛，文王、武王都做不到；只是松弛而不紧张，文王、武王也不会这样做，一张一弛，有劳有逸，这才是文王、武王治理天下的办法。

孔子说，“君子中庸，小人反中庸。君子之中庸也，君子而时中；小人之反中庸也，小人而无忌惮也。”<sup>⑤</sup>君子能在适当的时机做正确的事；“过犹不及”<sup>⑥</sup>。《吕氏春秋·察微》、《孔子家语·致思》、《说苑·政理》、《淮南子·齐俗》、《道应》都载子贡赎人而不要报酬的故事。鲁国政府规定凡是从其他国家赎回鲁国人的行为都可以回到鲁国从国库报销赎人所花的费用。子贡赎了很多人但不要报酬。孔子知道后对他进行了批评。子贡不理解。孔子认为今后没有人再去做好事赎人了，因为其他人赎人时会有顾虑了，是要报酬还是不要呢？要报酬，别人会把他与子贡比较，认为他道德境界没有子贡高，

① 《论语·尧曰》。

② 《论语·微子》。

③ 《孟子·离娄下》。

④ 《孔子家语·三恕》。

⑤ 《中庸》第二章。

⑥ 《论语·先进》。

不要报酬，他可能又没有子贡那么有钱，可以任性不要报酬，最后可能干脆不赎人了。可见赎人是行善，是好事，但是做好事又不要奖励性报酬，就过了。又如孔子认为先王制礼的标准也是过高过低，“先王制礼，过之者俯而就之，不至者企而及之。”<sup>①</sup>

如何做到中庸呢？孔子认为达到中庸其心必诚，从从容容、坦坦荡荡就能符合中庸，是圣人表现出来的形象。正如“诚者，天之道也；诚之者，人之道也。夫诚，弗勉而中，不思而得，从容中道，圣人之所以定体也。诚之者，择善而固执之者也。”<sup>②</sup>如果有诚心，不用勉强就能做到，不用思考就能拥有。真诚的人，就是选择好善的目标执着追求的人。

## （二）中和法律思想

孔子说：“礼之用，和为贵”<sup>③</sup>，这种“中和”思想反映在我国古代礼法体制上就是“中和”的法律文化。俞荣根先生认为，“中和”文化是中华法系的特征：伦理法：道德与法律之和；天理、国法、民情：法的天人之和；礼法体制：法统之和；法律多元：实在法之和；德主刑辅：综合为治之和；罪行法定与非法定：定罪量刑之和；无讼：法律生活之和。<sup>④</sup>

一是为政中和。“仲尼曰：善哉，政宽则民慢，慢则纠之以猛。猛则民残，残则施之以宽。宽以济猛，猛以济宽，政是以和。”<sup>⑤</sup>。这种思想发展到战国末期儒家思想家荀子那里，就提出了“故公平者，听之衡也；中和者，听之绳也”<sup>⑥</sup>。这种中和思想体现在司法上就是要求罪与刑相称，“刑称罪则治，不称罪则乱”<sup>⑦</sup>。这与我们现在的“宽严相济”刑事司法政策的“当宽则宽，当严则言，宽严相济，罚当其罪”。

二是德礼并用，刑政相参。孔子说：“道之以政，齐之以刑，民免而无耻。道之以德，齐之以礼，有耻且格。”<sup>⑧</sup>他认为单纯实施政令、刑罚，民众只会有侥幸心理，不会养成自觉奉法守礼的品性。仲弓问于孔子曰：“雍闻至刑无所用政，至政务所用刑，至刑无所用政，桀纣之世是也；至政无所用刑，成康之世是也。信乎？”孔子曰：“圣人之治化也，必刑政相参焉。太上以德教民，而以礼齐之。其次以政言导民，以刑禁之。”“不教而杀谓之虐；不戒视成谓之暴；慢令致期谓之贼。”<sup>⑨</sup>可见，孔子主张运用政令、刑罚、道德、礼仪等多种手段治理国家，教化民众，并且政令、刑罚、道德、礼仪不是简单的相加，而是多方的中和，礼法不分、礼法一体、既有以礼为法、法在

① 《孔子家语·曲礼子贡问》。

② 《孟子·离楼上》。

③ 《论语·学而》。

④ 俞荣根：《和：中华法系之魂》，载朱勇主编：《中华法系》（第四卷），法律出版社2014年版，第17-19页。

⑤ 《左传·昭公二十年》。

⑥ 《荀子·王制》。

⑦ 《荀子·正论》。

⑧ 《论语·为政》。

⑨ 《论语·尧曰》。



礼中，也有非礼无法、出礼入刑，还有以礼率法、援礼入法，从而形成中华法系的独有特征。<sup>①</sup>陈顾远先生认为，过去儒家与法家之争，王道与霸道之争，无非礼与刑之争而已，但自从汉代以后，法家衰微而儒家兴盛，礼刑而唯一，刑之所禁必为礼之所不容，礼之所许，亦必为刑之所不禁，并且礼以德教为主，法以刑教为务，四维八德均可于刑律内求得其迹，法律与道德充分显示其同质异态之体相。<sup>②</sup>

儒家中庸思想源于儒家对自然规律的崇尚，大自然本身就有强大的调和能力，加上我国是典型的平原温带自然环境，民族性格就有温和包容的特性，所以儒家中庸思想非常契合民族性格，这就是儒家中庸能大行其道、中华文明从未灭亡断裂的原因。纵观我国两千多年的传统政治文明，实际上是儒家中庸思想的实践，呈现外王内法的特征。“汉武之后，以儒家思想为主流，既吸收了夏商周的天道观念，又融入了法家的某些思想内容，从而形成了中国法思想史上“儒法合流”的主轴线索。”<sup>③</sup>

我国当前和今后一个很长时期，处于社会转型，实现从封闭向开放转型，从农业文明向工业文明的转型，从人治向法治的转型，从传统向现代转型，从民族解放到民族振兴，从国家富到国家强，在时空压缩的条件下，要完成西方资本主义发达国家历经几百年才完成的历史任务，实现两个一百年奋斗目标的中国梦，中国共产党的治理也应从历史和现代两个层面汲取智慧经验，不可能专注于一个或几个方面，也不可能仅依靠一个或几种治理方式，而是统筹、综合。例如“四个全面”战略布局；“五位一体”总体布局，党的领导、人民当家做主与依法治国有机统一，依法治国与以德治国相结合等就是这种政治智慧。

现代国家司法是社会治理的安全阀、不同阶层利益的调解器，是社会情绪的减压阀，是社会安全感和公平正义的精神寄托。我国现阶段面临着社会阶层分化，利益调整，思想多元等矛盾，尤其是国家长远利益与个人短期利益，集体利益与私人利益冲突的情况下，司法更应保持中和品性，调和社会冲突，成为实现民族振兴、国家富强、人民福祉的定海神针。

### 三、以法崇礼

孔子推崇维护礼，认为礼是“涵养人格的利器”<sup>④</sup>。孔子认为，“夫礼，先王所以承天之道以治人之情。列其鬼神，达于丧、祭、乡射、冠、婚、朝聘。故圣人以礼示之，则天下国家可得礼正矣。”<sup>⑤</sup>梁启超认为，“礼字本义，不过从祭器出来”，“最古的礼

① 俞荣根《和：中华法系之魂》，载朱勇主编《中华法系》（第四卷），法律出版社2014年版，第40页。

② 陈顾远：《中国法制史概要》，商务印书馆2011年版，第55页。

③ 黄源盛：《中国法史导论》，台北照元出版有限公司2012年版，第79页。

④ 梁启超：《孔子与儒家哲学》，中华书局2016年版，第21页。

⑤ 《孔子家语·礼运》。

不过是宗教上一种仪式”，“凡初民种种制度，大半从宗教仪式增广脱变而来。……我国的礼也是这样，渐渐把宗教以外一切社会习惯都包含在礼的范围内，“礼”字成立人人当履行的意义。……到这时候，礼的性质，和法律差不多，成为社会上的一种制裁力。”<sup>①</sup>从《孔子家语》《左传》《礼记》《荀子》等文献有关礼的论述看，礼的性质实际上相当于法律，如“故夫礼者，君之柄，所以别嫌明微，俟鬼神，考制度，别仁义，立政教，安君臣上下也。”“夫礼，所以整民也”。<sup>②</sup>“礼者，君之大柄也。”<sup>③</sup>“礼者，法之大分，群类之纲纪也。”<sup>④</sup>

孔子认为，礼可以养成人类自动自治的良好习惯，实属改良社会的根本办法。孔门认为，礼发于人的欲望情感，但又是欲望情感的节制。正如“礼，节也”、“礼节民心”<sup>⑤</sup>、“喜怒哀乐发而皆中节”<sup>⑥</sup>。“恭而无礼则劳，慎而无礼则蒺，勇而无礼则乱，直而无礼则绞。君子笃于亲，则民兴于仁；故旧不遗，则民不偷。”<sup>⑦</sup>这里讲的礼既是调整人与人之间的关系的行为规范，也是满足人与人之间情感需要的基本方式。与法、刑相比，礼是主动的正面的社会规范，主要功能在于预防，然而，礼一旦不被遵守，遭到破坏，还是依靠刑罚对社会犯罪进行制裁，这就是“出礼入刑”。所以，孔子认为，“顺天之道，礼度既陈，五教毕修，而民犹或未化，尚必明其法典以申固之。”“化之弗变，得之弗从，伤义以败俗，于是乎用刑。”<sup>⑧</sup>《大戴礼》曰：“刑法者所以威不行德法者也。”礼是刑的先导，刑是礼的保障，儒家承认刑罚的必要，不是为刑而刑，而是“明刑弼教”，法律为道德服役而已。《清通志·刑法略》曰：“德礼之所不格，则刑以治之。”这就是孔子以法崇礼的思想。例如，孔子认为有四类犯罪都可以不必须详加审理，就可判处死罪，一是用巧言曲解法律，假冒名义擅改法令，利用歪门邪道扰乱国政的，要杀；二是制作淫声浪调，奇装异服，奇巧怪异之物，以动摇扰乱君王的，要杀；三是行为诈伪而顽固，言辞虚伪又诡辩，学非正道而广博，顺从邪恶又曲加粉饰，以蛊惑民众的，要杀；四是利用鬼神、时日、卜筮，以惑乱民众的，要杀。这四类犯罪中，都是因为违反礼法的。其中，孔子做鲁国司寇，杀少正卯的理由就是以前述的第三个罪名。孔子认为，这是最重要的，其余还应禁止的还有十四项，这些物品不得在市场上买卖：天子赐给的命服、命车，圭璋璧琮，宗庙祭祀用的礼品，军用兵军旗，祭祀用的牲畜和酒，作战用的兵器铠甲，家用器具，粗细宽窄染色不符合规定标准的麻布丝绸，器物雕刻精巧、特别华丽的锦缎珠玉，衣服饮食，未成熟的果实，没成材的树木，幼小

① 梁启超：《孔子与儒家哲学》，中华书局2016年版，第22页。

② 《左传》（庄二十三年，曹刿语）。

③ 《礼记·礼运》。

④ 《荀子·劝学篇》。

⑤ 《乐记》。

⑥ 《中庸》。

⑦ 《论语·泰伯》。

⑧ 《孔子家语》。



鱼鳖鸟兽等。买卖这些物品大都是不符合礼教，不利于治理民众。

孔子认为，大罪有五等，杀人是最低一等的，严重的犯罪是悖逆天道、人伦、礼法。例如孔子犯悖逆天地罪行的要处罚五代，犯诬蔑文王、武王罪行的要惩罚四代，犯悖逆人伦罪行的要惩罚三代，犯以鬼神害人罪行的要惩罚二代，犯杀人罪行的只判他本人。

此外，孔子还主张以刑维孝，如“五刑之属三千，而罪莫大于不孝。要君者无上，非圣者无法，非孝者无亲。此大乱之道也。”<sup>①</sup>孔子认为暴力威胁君王，非难反对圣人，非难反对孝行的三种人都是不孝的，是天下大乱的根源。

从以上可以看出，尽管孔子及儒家反对极端，中和礼治与法治，但整体上看，其思想偏重于德礼，提倡礼治主义和德治主义，国家统治和治理的关键靠统治者、士大夫的仁德和修养，由于个人道德品性的不确定性，这种因人而异的治理更容易导致人治主义。孔子认为，一个社会的稳定和谐主要靠贤明的君王和贤能的臣子共同努力，例如鲁哀公问孔子为政之道时，孔子说，“文、武之政，布在方策。其人存，则其政举；其人亡，则其政息。人道敏政，地道敏树。夫政也者，蒲芦也。”<sup>②</sup>

#### 四、正名道术

后人常称孔学为名教。“正名”是孔子在政治上的主张，他认为，治理国家首先要“正名”。“名不正则言不顺，言不顺则事不成，事不成则礼乐不兴，礼乐不兴则刑罚不中，刑罚不中则民无所措手足。”<sup>③</sup>“正名”就是“君君臣臣，父父子子”就是人人“正其身”，按照“名分”履行人生职责，尽自己的义务。君要按照君的标准去做君，臣要按照臣的标准去做臣。推而广之，夫妇、兄弟、朋友之间也能互有其情分，各有其义务，社会秩序也就跟着正了。

##### （一）孔子的正名思想

孔子“正名”思想对我国法律文化的影响很大，例如中华法系的以家族伦理义务为本的特征形成就与孔子的正名思想有很大关系。数千年的历史中，个人地位不显，家族观念居先，民事以道德、伦理为尚，刑法之外没有独立的民法，即使民事诉讼也常常出礼入刑，本属于民事责任，违者可能负刑事责任等等。之所以如此，可能是孔子的正名思想被误导或者曲解了，统治者往往仅仅从有利于自己统治的方面阐发孔子的正名思想，例如《史记》记载，“景公问政孔子，孔子曰：‘君君，臣臣，父父，子子。’善哉！信如君不君，臣不臣、父不父、子不子、虽有粟，吾得而食诸？”齐景公认为

① 《孝经·五刑》。

② 《中庸》第二十章。

③ 《论语·子路》。

孔子讲得太对了，他说如果这些做臣子的不像臣子，那我们齐国哪怕有再多的好吃的，我也吃不到嘴里去呀！齐景公只看到臣子该尽什么义务！其实，孔子强调的是礼的相互性，尤其是强调强者的道德，他首先强调的是君该如何做，父该如何做，这是难能可贵的。孔子主张的“七教”理论就是如此，“上敬老则下益孝，上尊齿则下益悌，上乐施则下益宽，上亲贤则下择友，上好德则下不隐，上恶贪则下耻争，上廉让则下耻节，此谓七教。七教者，治民之本也。”<sup>①</sup> 尽管在古代人民不可能成为平等的政治主体，礼的实质因不同地位而呈现不平等性，但那时孔子能提出君者不可任意行使权力，迫使臣下者服从个人意志，相对于周礼而言，已经是较大的进步。“君使臣以礼，臣事君以忠。”孟子也主张，“君之视臣如手足，则臣视君如腹心；君之视臣如犬马，则臣视君如国人；君之视臣如土芥，则臣视君如寇仇”<sup>②</sup> 孔子这里主张礼对等原则，即要相互尊重对方。“所谓大臣者，以道事君，不可则止。”当“道”不能顺利实行时，臣可以“犯君”，“犯”而仍不能实行，则可以离开。可见孔子并不是固守“礼”的具体条条框框，他所追求和强调的是遵循礼的基本精神、基本原则，就是“重民”的人文精神。所以，孔子虽重“名”，却求实；虽倡礼，却不离道。

孔子推崇周公，周公是周朝大思想家、大政治家，为周朝“制礼作乐”，提出“以德配天”、“敬天保民”的思想，从而使周礼对殷礼既有继承，又有所改进，就是增加了人文精神，孔子以“郁郁乎文哉”赞扬周礼的人文精神。孔子继承周礼的这种精神，又有所进步的是其强烈的反抗精神。如《春秋》重人，诸讥皆本此。<sup>③</sup> 梁启超认为：“《春秋》对于当时天子诸侯大夫，凡有劳民、伤民，多取予之事，一一讽刺，无假借。（《左传》及《春秋繁露》引证极多，不具列）不外欲裁抑强有力者之私欲，拥护多数人之幸福。对于违反民意之君主，概予诛绝。”<sup>④</sup> 所以梁启超认为“儒家哲学也可以说是伸张民权的学说，不是拥护专制的学问；是反抗压迫的学问，不是奴辱人民的学问。所以历代儒学大师，非唯不受君主的指使，而且常受君主的摧残。要把贼民之罪加在儒家身上，那真是冤透了。”<sup>⑤</sup> 这可以说明，为什么一些国君不喜欢、不能接受孔子思想，孔子不得不感叹，“道不行，乘桴浮于海”<sup>⑥</sup>。

## （二）司法之道

孔子主张礼的实质精神，就是符合仁，就合乎礼。“汝为君子儒，毋为小人儒。”<sup>⑦</sup> 孔子所谓“君子儒”；乃在其职业上能守道义，以明道行道为主。不合道则宁弃职而去。”

① 《孔子家语·王言解》。

② 《孟子·离娄下》。

③ 《春秋繁露·俞序》引。

④ 梁启超：《孔子与儒家哲学》，中华书局2016年版，第74页。

⑤ 梁启超：《孔子与儒家哲学》，中华书局2016年版，第104页。

⑥ 《论语·公冶长》。

⑦ 《论语·雍也》。



礼、乐、射、御、书、数为“小六艺”，《诗》《书》《礼》《乐》《易》《春秋》为“大六艺”就是道与术的区别。

《论语》记载，齐桓公为了争夺君位，杀死了自己的哥哥公子纠。召忽和管仲都是公子纠的老师，召忽自杀殉身，管仲不但不死，反而做了齐桓公的相。按照当时礼的评价标准，管仲是“不仁”的，但在孔子看来，管仲辅佐齐桓公，九次联合诸侯订立同盟，避免了战争，还有“管仲相桓公，霸诸侯，一匡天下，民到于今受气其赐”，这些贡献就是算得上仁德，孔子连说“如其仁，如其仁”。

一个反面的例子就是邓析办学。邓析在郑国办法律培训学校，帮人打官司，要是其推动“为权利而斗争”尚能流芳百世，但他落得个“操两可之说，设无穷之辞”的恶名，“更糟糕的是，他把学生教成了玩弄法律的讼棍了。”<sup>①</sup>例如，《吕氏春秋·离谓》记载，有一个富人掉进河里淹死了，尸体被人捞上来。捞尸人想趁机敲诈一把，要高价的报酬，富人家不给，觉得要价太高，双方僵持。过了一段时间，捞尸人急了，找到邓析，邓析说“这尸体他家人到别处能买到吗，你别急，等着。”富家人也着急了，也来找邓析，邓析说“他捞上来的尸体除了卖给你们家，还能卖给别人吗？别着急，等着。”邓析“以非为是，以是为非。是非无度，而可与不可日变……”<sup>②</sup>这样玩弄聪明，操纵别人，他所教的只是帮人打官司的技巧，怎么能培养学生对法律的尊重和法律精神呢？

“君子上达，小人下达。”<sup>③</sup>孔子与邓析的区别在孔子教学生走正道，邓析教学生走邪道；孔子教给学生的是“道”，掌握礼的实质精神就是仁，邓析交给学生的只是“术”，只有法律技艺，没有法律实质精神，不能培养法律职业精神。孔子实质正义的思想对我们现在的司法仍有借鉴意义，即司法既不是法律人单纯的竞技，也不是机械地适用法律，而是实现公平正义的高层次社会活动。

司法是情理法的统一。孔子说审理诉讼案件大的方面有三条：对待百姓一定要宽厚，对待百姓宽厚的方法在于体察民情，体察民情的根本在于义。因此，裁决诉讼不宽厚是破坏法纪，有宽厚之心却不体察民情是轻慢法纪，体察民情却不合乎道义断案就不能公正，裁判不公百姓就会有怨恨。所以，善于裁判的人审理诉讼时不会偏离讼辞，详查讼辞不脱离实情，以实情判决不违背道义。《尚书》说，定罪的时候要上下比照其罪行，但不能错乱讼辞。<sup>④</sup>孔子认为审理案件首先要本着宽厚仁爱之心去查明事实，分清是非，再去体察民情，参照法纪，酌以道义，做出裁判，实现公平正义。孔子提出了司法要实现“天理、人情和国法”相统一的命题。这是儒家思想在为司法解决人

① 鲍鹏山：《孔子传》，中国青年出版社2013年版，第55页。

② 《吕氏春秋·离谓》。

③ 《论语·宪问》。

④ 《孔丛子·刑论第四》记载，“治必以宽，宽之之术归于察，察之之术归于义。是故听而不宽是乱也，宽而不察是慢也，察而不中义是私也，私则民怨。故善听者，听不越辞，辞不越情，情不越义。《书》曰：‘上下必罚，亡僭乱辞。’”



间纷争提供的法律“解释框架和运思方式”，<sup>①</sup>体现了中国人的司法智慧，是中华法系中一个极为鲜明的特色，其思想基础是中庸之道，是中国人传统的综合思维方式的结果，<sup>②</sup>即“天命之为性，率性之为道，修道之为教”，天命人性修道政教是一体的，正如孔子思想里仁礼情义难以分开一样。<sup>③</sup>天理天道不可违，是最高法则，人之常情即为入道人性人伦，理中有情，情中有理，情理合一，入情入理，通情达理。“天理是理，国法人情也是理；国法是法，天理人情也是法”，情理法三位一体。天理人情国法相统一的思维方式影响着中国传统的司法，古代一些经典案例大都是体现了这种智慧，具有这种能力，也往往被广泛赞誉，从而成为千古名吏。如清代名吏徐士林本人深谙断狱机理，能“握一狱之关键，晰众口之异同，而折以是非之至当，揆之天理而安，推之人情而准，比之国家律法而无毫厘之出入。”<sup>④</sup>天理人情国法相统一在现代社会仍然有很强的生命力，例如西方自然法学、分析实证法学和社会法学等法学学派的产生都有社会背景，它们的使命也为了解决社会问题，然而每个学派都有局限，以其单一思想和思维去解决具体的案件更是难以达到理想效果。而天理人情国法相统一可以说早已蕴含西方过去及当今法学思想之精华，将天道人法各要素融会贯通，运用自如，现在仍不失为高超的司法艺术。

### （三）司法之术

孔子的弟子如曾子、仲弓等经常问一些如何断案问题，孔子的精彩答复对后世的司法都很有启发意义。

一是孔子认为，审理案件在查明案件事实过程中，要保持客观中立，注重客观事实，忌主观臆断。《论语·子罕》中记载孔子的“绝四”思想：毋意，不要捕风捉影的猜想；毋必，不要把事情看得死死的；毋固，不要固执自己片面的看法；毋我，不要把“我”看得太大，处处放在第一位，即不要有自私之心。“绝四”思想运用在审理案件上有利于查明案件事实，保持司法客观中立，有利于公正司法。孔子认为，审理诉讼“必

① 许章润：《汉语法学论纲》，广西师范大学出版社2014年版。

② 蔡德贵先生认为综合性思维方式是中国人特有的思维方式，这种思维方式表现在宇宙观方面的天人合一、认识论方面的审微察著、发展观方面的阴阳和合、方法论方面的中庸之道。参见蔡德贵：《孔子VS基督》，世界知识出版社2008年版，第166页。

③ 如蒙培元认为：“仁与礼是内在情感与外在形式的关系，二者是统一的。”（蒙培元：《蒙培元讲孔子》，北京大学出版社2005年版，第64页。）《礼运》说：“礼义者，……所以达天道、顺人情之大者也。”《丧服》说：“凡礼之大体，……有思有理有节有权，取之人情也。”

④ 徐士林（1684～1741）是康熙后期著名的士人，被乾隆皇帝誉为“忠孝性成”的一代楷模，字式孺，号雨峰。文登人。江苏巡抚，卒祀京都贤良祠。徐士林精于断案，史称“治狱如神”。《徐雨峰中丞勘语》收录了徐士林所作的判例件，是清代著名的判例集，阐述了在中国清代，律、例、成案以及人情、事理是如何被司法官员糅合成一个比较完美的适用于各种具体案件的法律体系。近代书画家李祖年（1869-1928）（又名组申，字搢臣，号纪堂。江苏武进人。晚清历任知县、知府。民国时，任山西财政厅厅长。工书，善画，精鉴赏；兼通医学。辑有《圣译楼丛书》（计有《律服考古录》《山左碑目》《徐雨峰中丞勘语》三种。）在《徐雨峰中丞勘语》所作的序言中评价：“乃观是书，握一狱之关键，晰众口之异同……而无毫厘之出入。吁！何其神也。”



尽其辞矣”，即一定要听完诉讼双方的申辩之辞，坚持证据优先，证据优于口供，“夫听讼者，或从其情，或从其辞。辞不可从，必断以情。”他曾批评过子路说：“片言可以折狱者，其由也与！”<sup>①</sup>。子路性急，胆子大，鲁莽，只听单方面的供词就判决案件，所以孔子认为不当。

二是注重审理案件的程序。<sup>②</sup>仲弓问孔子审理案件定案事实有谁来完成？孔子说，案件首先由狱官来审定，然后狱官把审理情况报告给狱长。狱长审理后，再报告给大司寇。大司寇审理后，再报告给君王。君王又命三公和卿士在种有酸枣的审理处会审，然后把审理结果报告给君王。孔子认为审定的程序是很慎重的。<sup>③</sup>可见，虽然从周代开始中央有司寇这样的专职负责刑狱的官员，但是审理案件上，还是不能实现审判专业化，君权之下才实现行政权与司法权的相对分离，但行政权对审判权的参与、介入都是法定的，正当的，实质上君权、王权对司法权的支配，这从而形成影响我国两千多年的司法行政化，是典型的审者不判，判者不审。

三是注重司法民主。孔子在鲁国做司寇的时候，听诉断案注重发扬司法民主，在审问判决案件时，都要征求众人的意见，大家都发表了自己的意见，然后孔子才说，应当听冲某某的意见，他的看法基本正确。孔子说，“大司寇正刑明辟以察狱，狱必三讯焉。”<sup>④</sup>“狱必三讯”就是审案时必须听取群臣、群吏和万民的意见。

早在西汉时期，就有些儒家甚至认为，孔子受命于天，继承周朝之后，开辟了一个没有皇朝、没有帝王的时代，是一个无冕的“素王”，主要是因为孔子晚年修《春秋》，其本意不是为鲁国修史，而是代王者立法，有王者之道，而无王者之位。<sup>⑤</sup>现在有学者认为，“70岁的孔子就是人间的立法者。更具体第说，孔子是传统习惯、社会规范与是否标准的传承者；提炼者、制定者，他通过《春秋》的编纂，礼乐诗书的整理，并以招徒讲学等方式，把一整套具有规范性的话语体系全面推向社会、推向未来，从而完成为天地立心、为人间立法的使命。”<sup>⑥</sup>70多岁的孔子就像他自己所说的“从心所欲而不逾矩”，已经达到所思所想所说所做都具有正当性和示范性，绝对算得上一位伟大的法律思想家，尽管他本人更偏重于提倡礼治。

（责任编辑：李宁）

①《论语·颜渊》。

②《孔子家语·刑政》。

③《孔子家语·刑政》记载，孔子说，“成狱成于吏，吏以狱成告于正。正既听之，乃告大司寇。大司寇听之，乃奉于王。王命三公卿士参听棘木之下，然后乃以狱之成告于王。”

④《孔子家语·刑政》。

⑤冯友兰：《中国哲学简史》，天津社会科学出版社2005年版，第45页。

⑥喻中：《自由的孔子与不自由的苏格拉底》，中国人民大学出版社2009年版，第13页。

# 指导性案例的隐性适用及其矫正

——从指导案例1号的适用切入

孙春华

**内容摘要** 最高人民法院颁布的《关于案例指导工作的规定 实施细则》已对引述要求作出了明确规定。法官在司法实践中对指导性案例的适用出现“用其实不用其名”的隐性适用为主的现象。文章从动机和心理层面进行成因分析,法官对指导性案例的隐性适用是基于实用主义的考量,一方面是多一事不如少一事的心态,避免说理论证负担。另一方面是自我保护心态下的求稳心理,降低“错案追究”的风险。而适用规则缺位导致缺乏外在驱动力,适用技术的瓶颈制约以及裁判思维的反向性,为基于实用主义的隐性适用方式提供了现实土壤。指导性案例的隐性适用规避了指导性案例与待决案件之间如何进行的识别、比对、相似性判断、参照等活动,逃避了说理论证的义务,与诚信裁判的基本要求相悖,无法充分彰显案例指导制度的应然价值,制约了指导性案例功能的正常发挥。从隐性适用迈向明示适用是一项系统而复杂的工程,一方面从“利用工具价值”迈向“尊重内在价值”理念变革,激发内在驱动力;另一方面,从“判断 检索 比对 运用 结论”来阐释案例适用进程,提升适用指导性案例的司法技艺。从隐性适用向明示适用迈进,使应然价值转化为实然效果,以期更好地实现指导性案例与法律统一适用目标的对接,充分发挥案例指导制度对司法实践的积极推动作用。

**关键词** 指导性 案例 隐性适用 矫正

中图分类号:DF0 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)02-137-145

\* 孙春华,山东省滨州市滨城区人民法院二级法官。



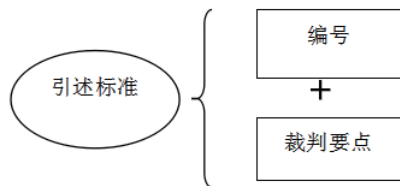
## 引言

指导性案例的适用问题是近年来学术界讨论的热点问题，司法实践中指导性案例也被大量适用。<sup>①</sup>梳理当前的研究成果发现，指导性案例适用方面的研究已蔚然可观，主要集中在对案例指导制度构建或动态实践情况进行总结探讨<sup>②</sup>，但大都以已发布的全部指导性案例为研究对象，有失笼统，且排除了实质上已经引用但形式上未出现指导性案例字样的隐性适用的案例，难以较为全面的分析。而“用其实不用其名”的隐性适用在司法实践中普遍盛行，甚至已演变成一种“潜规则”。鉴于此，本文以最高人民法院首批发布的适用频次较高的“指导案例1号”（上海中原物业顾问有限公司诉陶德华居间合同纠纷案）<sup>③</sup>的适用为分析对象，客观描述司法实践中法官对指导案例1号适用境况，分析隐性适用普遍盛行的成因和现实影响，并就如何从隐性适用迈向明示适用提出管见。

### 一、实践检讨：指导案例1号司法实践适用现状分析

最高人民法院于2015年6月2日发布的《关于案例指导工作的规定 实施细则》（以下简称《实施细则》）已就参照规则作出了相关规定。

#### 《实施细则》引述标准



为考察案例指导制度的运行实效，本文以最高人民法院最早发布且引用频次较高的“指导案例1号”为研究对象<sup>④</sup>，通过剖析个案的适用情况，以期收到解剖麻雀的功效。

解析以“跳单、不构成违约”为关键词检索并甄别出的50件判决与指导案例1

① 参见郭叶、孙妹：《最高人民法院民事指导性案例司法应用情况2017年度报告》，载《中国应用法学》2018年第3期。

② 参见于同志：《论指导性案例的参照适用》，载《人民司法》2013年第7期。

③ 为节约篇幅，“指导案例1号”的内容请参见《最高人民法院 关于发布第一批指导性案例的通知》。

④ 笔者分别以“居间合同”、“居间合同、跳单”、“跳单、不构成违约”、“指导案例1号”、“第1号指导性案例”为关键词，在北大法宝——司法案例上对判决书进行全文检索，检索时间自《实施细则》发布之日2015年6月2日起至最后检索日2018年6月1日止，分别获得4763件、150件、57件、2件、1件，通过逐一甄别，符合条件的分别为4300件、137件、50件、2件、1件。

号的关系,根据是否标注指导案例编号,本文将适用方式分为“用其实不用其名”的引述以及“用其名不用其实”的引述。其中42件“用其实不用其名”案件中,有17件直接引用指导案例1号的裁判理由或要点,表述、观点和裁判结果高度重合;有25件虽然表述不完全一致,但与指导案例1号的裁判精神一致,其中18件判决结果一致,上述案件均系不规范的适用方式,出现了表达与实践的背离。

#### (一)“用其实不用其名”:未标注编号,引述裁判规则

1. 直接引述裁判理由。法院认为部分未出现“指导案例”字样,但直接引述了指导案例1号中“裁判理由”的具体表达。42件案件中有10件直接引述指导案例1号裁判理由。如上海(2018)沪01民终1496号案件中,法院认为部分关于“跳单”是否构成违约与指导案例1号裁判理由完全一致。

2. 二审直接引用裁判要点。虽然直接引用裁判要点作为案件裁判理由符合《实施细则》的部分引用要求,但其依然没有按照引用要求标注指导案例编号,也未出现“指导案例”字眼。该7件引用裁判要点的案件中,有4件为一审直接引用裁判理由,二审直接引用裁判要点,结论与指导案例1号结论均一致。如山东(2016)鲁15民终2400号案件完全符合上述情况,而辽宁(2016)宁01民终641号案件,一审认定违约,二审直接引用指导案例1号裁判要点予以改判,结论与指导案例1号结论一致。

3. 二审裁判精神高度一致。法官尽管在外观形式上并未直接明确适用裁判理由或裁判要点,但二审裁判规则与指导案例1号一致。该25件中18件结论与指导案例1号结论一致,7件酌情支持200元到2万余元不等。如(2018)苏10民终197号案件,法院认定未利用原告中介的房源信息,与指导案例1号规则一致,但同时认为确认书系格式文本,限制了买房人的权利,不应作为裁判依据,系对指导案例1号的扩大适用。

从上述情况可以看出,部分引用指导案例1号规则的案件,易出现与指导案例1号结论不一致的情况,甚至出现了夸大适用。指导案例1号对跳单约定认定有效,进而依约判断是否违反约定。上述案件中有5件认定禁止跳单条款无效,与最高人民法院官方说明对指导案例1号的解读,对效力认定不符,但最终都采用了与指导案例1号一致的标准来认定是否存在跳单行为。最高人民法院已就指导性案例的适用提出了规范要求,但司法实践中出现“演绎式援引,结论指导”为主,论辩式推理不足的情况。

#### (二)用其名不用其实:标注编号,未引述裁判规则

以上述时间范围为限,以“指导案例1号”“指导案例第1号”为关键词进行检索,仅检索到福建(2017)闽02民终1999号案件,一审法院认为部分直接引用裁判要点,认定不构成违约,二审法院并未对指导案例1号进行比较,而是采用回避的态度,亦未进行充分的说理论证,认定购房人利用了中介房源信息,改判支付中介佣金及违约金。



### （三）小结：隐性适用成为“潜规则”

通过上述分析，指导性案例适用数量微量化；从质量来看，绝大部分案件不符合《实施细则》引述标准，“用其实不用其名”的隐性适用占比80%以上，<sup>①</sup>没有释明论证理由的依据或出处，与指导案例的引述标准不符，亦缺乏相似性对比，本文将其称之为“隐性适用”。<sup>②</sup>而“用其名不用其实”的案件占比非常少，且结论与指导案例1号不一致，本文不再进行探讨。本文主要探讨“用其实不用其名”的引述方式。隐性适用违背了案例应当以公开的方式被适用的要求，运行实效不理想。

## 二、原因剖析：理念与实践操作的双偏离

如果将案例指导制度理解为一种司法能动的体现，<sup>③</sup>“隐性适用”突显了“能动又不能动”的悖论，即法官在司法实践中积极适用指导性案例，却以遮遮掩掩的行为和态度来适用。在指导案例1号中，80%以上后案承办法官对其只字不提，甚至在当事人已有引用时，也鲜有回应。由指导案例1号个案的实证分析结论，上升至对案例指导制度的观察，法官为何不依照最高人民法院的规定明示适用指导性案例而选择以隐性适用？这种行为逻辑的心理活动和动机是什么？现实因素又有哪些？

### （一）内在动机：基于实用主义的考量

1. 多一事不如少一事的心态：避免说理论证负担。案例适用是一项复杂的活动，与依照成文法规则的推理相比，将指导性案例引入裁判过程，无论是否适用，都要提出相应理由加以说理论证。通过访谈，得知80%被调查者认为可以避免司法论证负担。<sup>④</sup>指导案例在我国是新生事物，各地法官普遍没有养成参照指导案例的裁判习惯，<sup>⑤</sup>尤其是在“案多人少”的基层法院，基于省事、避免不必要的错误，本着多一事不如少一事的心态，选择隐性适用可以规避论证说理义务。如上海（2018）沪01民终1496号案件，直接引述指导案例1号裁判理由，避免了该案与指导案例1号相似性比对等论证。

<sup>①</sup> 参见耿协阳：《指导性案例适用方法探析——以指导性案例适用现状为出发点》，载《尊重司法规律与刑事法律适用研究（上）——全国法院第27届学术讨论会获奖论文集》。

<sup>②</sup> 本文的隐性适用是指审判过程中，当事人请求法官参照指导性案例进行裁判，法官对此在裁判理由部分未明确作出回应，或直接引用指导性案例裁判理由或要点进行裁判或实质上参照指导性案例所体现的原则或精神，而形式上并不出现指导案例编号及字眼。而法官在适用指导性案例时，按照《实施细则》的引述标准予以表述，本文称之为明示适用。

<sup>③</sup> 参见李仕春：《案例指导制度的另一条思路：司法能动主义在中国的有限适用》，载《法学》2009年第6期。

<sup>④</sup> 笔者就隐性适用原因对30位法官访谈，得知80%被调查者认为避免司法论证负担，85%被调查者认为缺乏相似性判断标准，想用却不会用或不敢明示适用。

<sup>⑤</sup> 郭峰、吴光侠、李兵：《关于案例指导工作的规定 实施细则的理解与适用》，载《人民司法》2015年第17期。

2. 自我保护心态下的求稳心理：降低“错案追究”的风险。办案终身负责制的高压之下，最大限度地减少风险是法官办理案件的重要考虑因素及心理动因。<sup>①</sup>若存在援引不当，法官可能面临“错案追究”的风险，明示适用不是一个理性选择，而隐性适用可以降低司法职业风险，较好地回避这一问题。在上述50件案件中，绝大部分案件没有与指导案例1号基本案情进行相似性比对。

3. 实用主义的主观动机：提高可接受度和办案效率。案例有时只是法官寻找法条的跳板，当遇到疑难案件找不到法条时，先找类似的案例，然后根据案例中所引用的法条再去找法条，<sup>②</sup>而裁判要点作为指导性案例的精华，可以为法官提供“快餐式”的判决指南。如指导案例1号通过对居间合同中当事人关于禁止跳单条款效力，及是否构成违约的解释，在某种意义上等于确立了一项解释性的裁判规则。在此之后的类似案件，如果遵照或借鉴指导案例1号所确立的裁判思路，不仅可以保证判决正确，提高判决的可接受性，为自己的裁判获得正当性证明，而且可以提高裁判效率，且隐性适用简便易行、安全可靠，不失为一种理性经济人的选择。

## （二）现实土壤：隐性适用产生的三大因素

外在驱动力不足、裁判思维差异以及适用技术欠缺是产生法官采取以隐性方式适用指导性案例的司法土壤。

1. 适用规则缺位：缺乏可操作性。尽管《实施细则》第9-11条已对如何适用作出规定，但上述规定均系指引性规定，其余内容为指导性案例包括规范结构、遴选条件等程序化要求的管理规定，可操作性不足。而“应当参照”的问题在于“仅从否定的角度排除了指导性案例的法律规范、法律渊源属性，但没有从肯定的角度揭示案例参照的内容及其性质，难以理解和操作”。<sup>③</sup>调查显示，90%以上的受访法官认为关于指导性案例的相关规定缺乏实践可操作性，想用而不会用。

2. 裁判思维差异：思维路径存在反向性。我国法官受成文法思维的影响，习惯“从一般到特殊”的演绎推理方式，立足于现有法律法规的明确规定，通过“规则加事实等于结论”这一演绎逻辑的提炼公式，运用法律解释将案件事实成功涵摄于法律规范之。<sup>④</sup>而指导性案例的适用，要比对指导性案例与待决案件相似性和不同点，是一种“从特殊到特殊”的思维方式，案例可能会有启发，但其规则方面的碎片化、零散化，困扰了固有的思维模式，且适用过程对法官类比推理技术的高要求，裁判思维的差异，是造成隐性适用的一个重要原因。

① 参见陈幸欢《司法改革背景下法官竞争格局与求稳心理分析》载《江西社会科学》2018年第3期。

② 参见杨会、何莉苹：《指导性案例供需关系的实证研究》，载《法律适用》2014年第2期。

③ 冯文生：《审判案例指导中的“参照”问题研究》，载《清华法学》2011年第3期。

④ 胡国均、王建：《指导性案例的司法运用机制——以〈关于案例指导工作的规定〉的具体适用为视角》，载《上海政法学院学报》2012年第4期。



3. 适用技术缺失 :法官不谙熟案例适用技能。有调查显示,81%的被调查者认为需要制定相似性判断规则,但在判断标准上说法不一,超过半数的被调查人员认为应以案件事实、争议焦点作为相似性判断的标准,还有18%的被调查人员认为可以以主观感觉作为判断标准。<sup>①</sup>如何识别指导性案例?在待决案件的事实构成与指导性案例不尽相同时,如何区别指导性案例与待决案件的差别?《实施细则》并未作出明确规定,学术界对案件相似性判断标准也众说纷纭。由于对如何参照案例缺少可操作性规定,导致“长期沉浸于制定法和司法解释环境中的法官们,对于指导性案例及其适用的陌生是相当根深蒂固的”,<sup>②</sup>相似点的判断仍然是难题。选择以隐性的方式来适用案例,可以避免将那些适用案例的复杂过程展示出来。上述案例中,无论是直接引述指导案例1号的裁判理由、裁判要点还是与裁判精神一致,均回避了展示适用案例的复杂过程。

受以上因素的制约,本着“多一事不如少一事”、“不求有功、但求无过”的心理加之实用主义动机的考量,法官在适用指导性案例时,怀着一种“想用却不敢用”或“想用却不会用”的复杂心态,更加倾向于选择以一种从形式上不为外界所察觉的隐性方式适用。<sup>③</sup>

### 三、路径探索:指导性案例从隐性适用迈向明示适用

指导性案例序号至少具有六方面的功能:构成、整合、表征、检索、参照、变更,它们覆盖了案例指导制度从编纂(构成、整合)认知(表征、检索)运用(参照)完善(变更)的运行全过。<sup>④</sup>引述指导性案例编号,方便检索。而“用其实不用其名”的隐性适用难以从案例库中检索样本,背离了裁判说理、案例开放性、明示化适用和诚信裁判要求,不利于对法官裁量权进行监督,违背了《实施细则》的引述要求,适用成为法官基于感性判断等主观性因素所作出的任意选择,易造成同案不同判的结果。虽然法官隐性使用指导性案例有诸多可以理解的原因,但有更多、更强的理由要求变法官隐性使用指导性案例为明示使用。<sup>⑤</sup>明示适用所要求的以公开、明确的方式利用案例进行推理和论证义务,有利于提高裁判文书的说理性,也增加司法的公信力,提

<sup>①</sup> 赵瑞罡、耿协阳《指导性案例“适用难”的实证研究——以261份裁判文书为分析样本》,载《法学杂志》2016年第3期。

<sup>②</sup> 孙光宁:《反思指导性案例的援引方式——以〈关于案例指导工作的规定〉实施细则为分析对象》,《法制与社会发展》2016年第4期。

<sup>③</sup> 参见孙海波:《指导性案例的隐性适用及其矫正》,载《环球法律评论》2018年第2期。

<sup>④</sup> 刘风景:《指导性案例序号的功能定位与设置技术》,载《交大法学》2013年第2期。

<sup>⑤</sup> 张骥:《再论类似案件的判断与指导性案例的使用——以当代中国法官对指导性案例的使用经验为契口》,载《法制与社会发展》2015年第5期。



高判决的可接受性。

### （一）理念变革：从“利用工具价值”迈向“尊重内在价值”

隐性适用过分强调和重视指导性案例的工具性价值，忽视了案例本身所蕴含的实现同案同判的内在价值。案例指导制度的功能不应当放任其沦为判决结论的指导，而应重新定位于侧重判案思维的指导以及规则适用技术的指导<sup>①</sup>，鼓励和引导法官在裁判过程中参照指导性案例进行说理，深入挖掘案例背后蕴含的裁判规则，借鉴指导性案例法律适用的方法，提供判决书或指导性案例的写作模板，允许所有法官在他认为有价值的案件中，按指导性案例的模板要求来撰写判决书。<sup>②</sup>鼓励法官模仿指导性案例进行说理，从根本上摒弃工具主义的案例适用观，通过信奉、尊重和认可指导性案例的内在价值，启发法官以明示的方式适用案例进行推理和论证，<sup>③</sup>从动机和心理层面引导法官回归理性的裁判逻辑，使其想明示适用指导性案例，开拓思维路径，避免案例指导制度功能异化为“结论指导”。如指导案例1号对禁止跳单条款的有效认定，及对是否利用中介房源的关键事实认定的表述，法官在处理待决案件时应挖掘其内在价值。

### （二）适用路径：从“隐性适用”迈向“明示适用”

法官适用指导性案例的过程，是司法方法和裁判技术实践的过程，其运作依赖于归纳和演绎相结合的推理思维，遵循从特殊到一般再到特殊的过程。司法技术层面在借鉴英美法系的判例识别技术的基础上，制定本土化的案例识别技术，目前已有相关研究集中探讨此问题。<sup>④</sup>法院在作出裁判的过程中所运用的程式、理路、方法等司法技术，落脚点在于对个别指导性案例的深入理解和对未来个案审理的理论指导和实务指南，将法学理论争议转换为可操作的民事程序法规则，<sup>⑤</sup>以构建类案识别规则和标准，对指导性案例的引证，进行支持性引证、区别性引证和背离性引证。<sup>⑥</sup>结合已有研究，本文探索指导性案例适用流程。

1. 判断：法律规定是否需要法律解释或是否存在漏洞，存在法律疏漏方可参照指导性案例进行裁判。

2. 检索：依据案由、法律关系、争议焦点等内容对指导性案例进行检索，对指导

① 刘珊：《案例指导制度在法学方法论上之检讨以司法标准化为背景》，载《西部法学评论》2017年第6期。

② 参见李红海：《案例指导制度的未来与司法治理能力》，载《中外法学》2018年第2期。

③ 参见孙海波：《指导性案例的隐性适用及其矫正》，载《环球法律评论》2018年第2期。

④ 参见耿协阳：《指导性案例适用方法探析——以指导性案例适用现状为出发点》，载《尊重司法规律与刑事法律适用研究（上）全国法院第27届学术讨论会获奖论文集》2016年。

⑤ 参见曹志勋：《论指导性案例的“参照”效力及其裁判技术基于对已公布的42个民事指导性案例的实质分析》，载《比较法研究》2016年第6期。

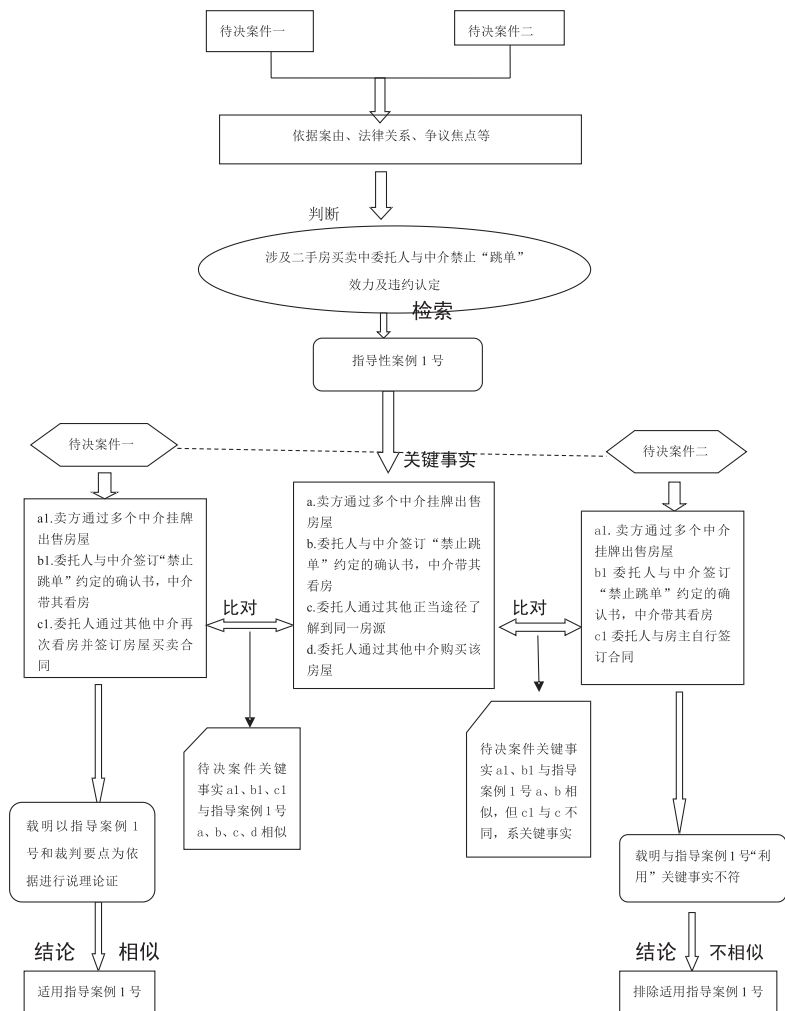
⑥ 张骥：《再论指导性案例效力的性质与保证》，载《法制与社会发展》2013年第1期。

性案例和待决案例进行初步形式上的比较。如指导案例1号涉及二手房买卖居间中跳单违约的认定,如待决案件涉及二手房买卖居间佣金支付的认定,因二者法律关系不同,则应予以排除,如待决案件涉及跳单违约,因法律关系、争议焦点相同,则指导案例1号可作为基准案例。

3. 比对:适用指导性案例时,法官应对待决案件与指导性案例进行案件事实的比对,对两者的相似度作出判断。何为类似案件类似审判?学者们进行了多种理论尝试。<sup>①</sup>一是以关键事实、法

律关系、案件的争议点、争议法律问题作为类似案件的比对标准。二是同案同判最终要诉诸实质理由论证。三是相似性包括相关相似性与决定相似性,其中决定相似性是指价值判断的实质理由。四是形成指导性案例适用的方法、技术与实施细则的关键在于进行事实要点相似性判断。学者们为寻求相似点所确定的标准虽然在理论上能够自圆其说,但对于处理具体案件的法官来说却过于模糊。最高人民法院发布的指导性案例有点类似美国的判例规则。美国判例规则的一个基本模式是条件结论式,即如果存在X+Y+Z……的事实(条件),那么就会有A+B+C……的判决(结论)。其中X, Y,

指导性案例适用过程演示图



<sup>①</sup> 参见王利明:《我国案例指导制度若干问题研究》,载《法学》2012年第1期。

Z等条件是从判例的具体案情保留和提炼的关键事实，而所谓关键事实，就是该事实的存在与否会影响到判决的结论，从而对判例规则产生关键性影响；A，B，C等结论则是法院通过演绎推理论证得到在这些事实情况下应当作出的判决或处理。这两个部分共同构成了判例规则。<sup>①</sup> 指导案例1号有否“利用”之判断标准，实际上采纳的是相当因果关系。<sup>②</sup> 如果买方没有通过其他途径得到房源信息，利用该中介信息又撇开，构成违约。

4. 运用：增强裁判说理。经过论证一旦决定参照某个相关的指导性案例，就应当在待决案件判决说理部分加以适用，适用指导性案例要以诚信原则规范自己的案例适用活动，应当在裁判说理部分如实地向外界展示案例适用的全部过程，规范地将编号及裁判要点引述，让公众真正理解案例是如何在法律适用中发挥作用的。此外，利用排除适用技术及综合的情势权衡，平衡背离与参照的关系，发现案例指导规则存在缺陷而需要排除指导性案例的适用时，应合理地避开该指导性案例的实际指导。

5. 结论：经上述步骤，如果适用不存在问题，作出与指导性案例一致的裁判结论。待决案件适用指导性案例，找出法律问题和关键事实，用类比推理的方法与指导性案例的法律问题和待判事实进行比较，如两案相类似，辅之情势权衡进行综合分析，以判定是否适用，作出裁判。

## 结 语

员额制法官办案需要指导性案例指导和辅助，统一法律适用及司法裁判尺度需要指导性案例这个重要手段。<sup>③</sup> 现实远比逻辑复杂，隐性适用的大量存在侧面说明法官缺乏制度自信，<sup>④</sup> 从类推适用对案例指导制度的活动路径予以规范考察，通过采取一些制度性的措施鼓励法官明示适用指导性案例，助推“同案同判”法治目标的实现。

（责任编辑：郝晓越）

<sup>①</sup> 邓矜婷：《美国判例体系的构建经验——以居间合同为例》，载《华东政法大学学报》2014年第2期。

<sup>②</sup> 其木提：《论“跳单”之认定标准——最高人民法院指导案例1号评释》，载《交大法学》2016年第4期。

<sup>③</sup> 胡云腾：《如何参照指导性案例》，载《人民法院报》2018年8月1日。

<sup>④</sup> 参见郑智航：《中国指导性案例生成的行政化逻辑——以最高人民法院发布的指导性案例为分析对象》，载《当代法学》2015年第4期。



# 规范与重构：中基层法院审判综合岗位 人案配比审视与研究

张闰婷\*

**内容摘要** 我国法院人员分类管理与司法责任制改革相应而生，但是效果如何引人思索。本文研究了审判综合岗位运行情况、分析了审判综合岗位运行现状及原因，并以时间案件人员为轴，剖析审判综合岗位的逻辑切入点和解决法。本文分为三部分，第一部分是审判综合岗位运行情况的分析，以R市中基层法院为分析样本。审判综合岗位从岗位分布、案件类型和办案比例看呈现“杂”的特点，又存在职能多元化、组建多样化、法官稀有化等特点。第二部分是审判综合岗位运行现状的原因分析。改革过渡化、审判专业化、思维差异化、管理幅度化和人员落差化，都是审判综合岗位现状呈现三“杂”四化的成因。第三部分探讨审判综合岗位人案配比设置的基本逻辑。首先，从人员、案件和时间的角度，探求审判综合岗位人案配比的科学设置，以时间为轴，探求办理案件数公式，并通过办案利用率概念的引入验证人案配比的设置科学性，最终得出审判综合岗位人案配比的大致设定；其次，从人员和案件的角度，探求繁简分流和人员无缝衔接，创新繁简分流的新机制；再次，从人员角度出发，以人为中心探索法院审判综合岗位人才培养和评价体系。

**关键字** 中基层法院 审判综合 岗位 人案配比

中图分类号：DF813 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)02-146-157

\* 张闰婷，山东省日照市中级人民法院法官助理。

## 引言

美国学者奥斯本和盖布勒在《改革政府：企业家精神如何改革着公共部门》一书中提出，改革政府的一个原则就是：掌舵而不是划桨。这个原则带给法院司法责任制改革的启示又是什么？实践中，三个员额法官配备一个法官助理、一个书记员的情形，不在少数，审判综合岗位<sup>①</sup>员额法官身兼数职，如何掌舵？审判综合岗位职能，从字面即可看出，审判和综合职能兼而有之，司法责任制改革后，审判综合部门人员有部分成为员额法官，员额法官要深入一线办案，另外审判综合岗位虽未有员额法官，但有审判辅助人员辅助办案，在此情形下，审判综合岗位原有职能与新增职能如何兼容、人案配比是否合理，成为关键，其关系到司法责任制能否落到实处、生根开花。现行中基层法院审判综合岗位人案配比存在什么问题？原因是什么？又如何跟进？本文以 R 市法院及所辖 5 个基层法院为分析样本，剖析现状及成因，有针对性地探求改革路径。

## 一、三“杂”四化：中基层法院审判综合岗位设置的突出问题

## (一) 现实境况：以 S 省 R 市两级法院审判综合岗位为例

第一，从岗位分布看，中基层法院审判综合岗位呈现出“杂”的特点。R 市中院研究室和审管办负责人为员额法官，D 区法院的审管办负责人为员额法官，L 区法院审管办和研究室各有 1 名法官助理辅助法官办案，其余样本法院的审管办和研究室未设置审判综合岗位，另由于内设机构改革，W 县法院研究室和审管办已合并但未有员额法官和辅助办案的审判辅助人员。

样本法院基本情况表

样本法院	辖区基本情况
R 市中院	地级市，常住人口 303.68 万人，员额法官 43 名，审判综合岗位员额法官 2 名
D 区法院	中心城区，常住人口 81.71 万人，员额法官 50 名，审判综合岗位员额法官 1 名
L 区法院	远郊区，常住人口 43.23 万人，员额法官 29 名，审管办、研究室无员额法官
J 县法院	远郊区，常住人口 51.42 万人，员额法官 46 名，审管办、研究室无员额法官
W 县法院	远郊区，常住人口 114.95 万人，员额法官 37 名，审管办、研究室无员额法官

<sup>①</sup> 关于审判综合岗位的概念，笔者将其界定为司法责任制以来既有综合职能又有业务职能的岗位，本文指研究室和审判管理办公室的部分岗位，含员额法官和审判辅助人员岗位。此处审判综合岗位要与内设机构改革中人员编制较少法院可以设置的综合审判庭相区分。



样本法院	辖区基本情况
K区法院	中心城区，常住人口12.37万人，员额法官15名，审管办、研究室无员额法官

第二，从案件类型看，中基层法院审判综合岗位呈现“杂”的特点。审判综合岗位人员尤其是员额法官具有扎实的理论功底和丰富的审判实践经验，其能够办理的案件类型非常宽泛。如R市中院审判综合岗位2名员额法官于2017年5月至2018年2月均编入民事审判团队办理民事案件，后1名员额法官编入执行裁决团队办理执行异议、复议案件。D区法院审判综合岗位员额法官编入审监团队办理申诉申请再审案件。L区法院审判综合岗位2名法官助理分别编入民事和商事团队，辅助民商事案件。

第三，从办案比例看，中基层法院审判综合岗位呈现“杂”的特点。从特定区间<sup>①</sup>结案数看，R市中院审判综合岗位2名员额法官办案数占所在团队员额法官平均办案数的85.71%和91.54%，D区法院审判综合岗位1名员额法官办案数占所在团队员额法官平均办案数的64.30%。《最高人民法院关于加强各级人民法院院长办理案件工作的意见（试行）》明确了“基层、中级人民法院的庭长每年办案量应当达到本部门法官平均办案量的50%~70%”，但审判综合岗位员额法官的办案比例并不明确，各法院在司法实践中均设置了不同比例，审判综合岗位法官助理辅助案件数亦没有硬性规定。

## （二）典型特征：基于审判综合岗位现状的考察

第一，中基层法院审判综合岗位呈现职能多元化的特点。有的审判综合岗位承担司法统计工作并运用数据宏观管理审判质效，还负责案件质量评查、案件流程管理以及审判委员会日常工作，有的审判综合岗位承担调查研究、宣传、综合材料撰写等工作，除此之外还要承担案件审理工作。

第二，中基层法院审判综合岗位呈现团队组建多样化特点。经调研发现，涉审判综合岗位有四种团队组建形式：一是编入其他型：审判综合岗位员额法官编入其承办案件所属团队审理案件，审判辅助人员为案件所属团队人员；二是独自组建型：直接组建自己的审判综合团队，员额法官、法官助理和书记员均由审判综合部门人员担任，办理某种类型案件；三是交叉混合型：1. 审判综合岗位员额法官编入其他团队，法官助理由审判综合部门内部人员担任，书记员由案件所属团队书记员担任；2. 审判综合岗位员额法官编入其他团队，法官助理由案件所属团队的法官助理担任，书记员由审判综合部门书记员担任；3. 审判综合部门员额法官编入其他团队，有多个助理或书记员，助理和书记员分属审判综合部门和案件所属团队。R市两级法院的审判综合岗位，均属交叉混合型。第四种：“大综合”类型，审判综合岗位无员额法官，但有审判辅助人员，且审判辅助人员亦协助办案，如北京市延庆法院综合审判团队的成员为院长、1名专

<sup>①</sup> 特定区间指：统计区间2017年5月1日至2018年4月30日。

职审委会委员，其他5名均为综合部门未入额法官，另外还有书记员。<sup>①</sup>

第三，中基层法院审判综合部门呈现员额法官稀有化特点。以R市中院和该辖区5个基层法院为例，因1家法院内设机构改革，现共有审管办、研究室11个部门，但是仅有员额法官3名，审判综合部门的员额法官当属凤毛麟角。

第四，中基层法院的审判综合部门呈现未入额人员普遍化特点。以R市中院和该辖区5个样本法院为例，两级法院研究室和审管办现有人员43人，但是仅有3名员额法官，未入额人员在两级法院研究室和审管办中占比较高，如何在司法责任制背景下，激发此类人员的积极性和主动性，成为关键。

### （三）客观现实：审判综合岗位现行运行方式的困惑

#### 1. 审判综合岗位两项工作如何兼顾：“侧重”还是“均衡”？

审判综合岗位的工作涵盖审判+综合两项，审判综合岗位人员首先要解决的是如何兼顾两项工作，有所侧重还是均衡发展？合理的方式应该是两项工作相互促进、相互帮衬，审判工作能够更好地为审判研究、审判管理提供业务支撑，而综合工作能够为审判工作提供理论升华、经验总结的能力加持。

#### 2. 审判综合岗位办案目的仍不明确：“求量”抑或“保质”？

目前，审判综合岗位办案目的亟需进一步明确，是完成各法院规定的任务数（或比例数）即可，还是应充分发挥审判综合岗位的优势，与审判研究紧密结合，统一裁判尺度、解决疑难复杂问题。在司法责任制改革之初，审判综合岗位办案目的难免会偏于应付办案，但是随着改革的深入，审判综合岗位办案目的应逐步摆脱“量”的束缚，真正发挥出“质”的优势。

#### 3. 审判综合岗位业绩评价如何公允：“100%”还是“1+N”？

从纵向时间维度看，审判综合岗位原职能部门部分工作，已是100%的工作量，改革后审判综合岗位人员承担的办案任务则是100%之外的N，审判综合岗位的工作量处于正向发展趋势，但其业绩评价是否亦呈正向发展趋势并不尽然，业绩评价如何跟进亦是难点，与其他审判团队使用同一标准以及与综合部门使用同一标准均不尽合理。

## 二、原因剖析：审判综合岗位运行现状的事由分析

### （一）改革“过渡化”：审判综合岗位适应改革大潮的必然表现

党的十九大明确指出：“深化司法体制综合配套改革，全面落实司法责任制”，党的十九届三中全会通过的《中共中央关于深化党和国家机构改革的决定》指出：“深化司法体制改革，优化司法职权配置，全面落实司法责任制，完善法官、检察官员额制，

<sup>①</sup> 郑东梅：《延庆法院出台措施确保综合审判团队运行成效》，载 <http://bjgy.chinacourt.org/article/detail/2017/05/id/2831608.shtml>，2018年5月20日访问。



推进以审判为中心的诉讼制度改革,推进法院、检察院内设机构改革,提高司法公信力,更好维护社会公平正义,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。<sup>①</sup>”司法责任制改革确立了法官办案主体地位,围绕“让审理者裁判,由裁判者负责”的目标,需要不断探索建立新型审判权运行机制,取消行政化案件审批制。审判综合岗位员额法官和审判辅助人员,大部分人长时间不审理案件,司法责任制改革之初,势必会遭遇重拾审判业务或是初次接触审判业务的阻力。

### (二) 审判“专业化”:审判综合岗位与审判实务再遇的必经过程

审判专业化是审判活动的必然要求,也是司法责任制改革的必然发展趋势,员额制是实现法官专业化、职业化的重要基础制度,将优秀人才吸引到办案一线,最终目的是提高办案质量、效率和公信力。审判综合岗位员额法官办案,就是将优秀人才吸引到一线办案的重要举措,同时也应注意,随着法律、法规和司法解释不断修订完善,审判综合岗位人员在某些情况下需要重新学习修正。目前,正值“全面推进法院人员的规范化、专业化、职业化建设”<sup>②</sup>的关键期,各级法院均注重努力提升法官的职业素养和专业水平。审判专业化给审判综合岗位员额法官和审判辅助人员既带来了机遇,也带来了挑战。审判综合岗位的员额法官大多原是业务骨干,由于调查研究、组织协调或是综合管理能力突出,而被委以审判综合岗位的重任,他们除了要做精做细原职能部门项下的工作,还要将审判业务能力迅速提升、拔高到专业化审判的高度,这不仅仅需要时间经验积累还需要更精更准地对审判实务进行全方位掌控。

### (三) 思维“差异化”:审判综合岗位新旧职能触碰的适应途径

审判综合岗位人员办案,其行使的是审判权,而审判综合岗位原来职能,更多是一种行政权,行政权本质上是一种管理权。审判权需要对案件事实和法律适用进行判断、裁决,行使的是判断权和裁决权,具有亲历性、中立性、程序性等特点;审判权还具有终局性,对纠纷实行的是司法最终解决原则,原则上一事不再理,<sup>③</sup>员额法官在审判组织内部是平等关系,秉承的原则是少数服从多数。审判综合岗位原有职能多是一种行政管理权,不具有终局性,所从事工作具有一定程度的重复性,比如审判管理业绩通报、绩效考评等周期内反复开展,比如调查研究、宣传等也都是常态化、周期性的工作。这是两种不同的权力,差别较大,同一人行使两种性质不同的权力,会有思维上的差异化,从事差异化较大工作自然需要一个转换适应过程。

### (四) 管理“幅度化”:管理效能需要减少管理外事务的矛盾集合

审判综合岗位原有职能主要是一种行政管理权,在管理学理论上,要实现减少外

① 2018年2月28日,党的十九届三中全会通过《中共中央关于深化党和国家机构改革的决定》。

② 《最高人民法院关于全面深化人民法院改革的意见——人民法院第四个五年改革纲要(2014-2018)》。

③ 徐家新:《建立符合职业特点的法官管理制度》,载《人民日报》2016年4月18日。



部不当干预、提高主体工作效率的目标，目前较为推崇的做法是减少管理层次，增强管理幅度。<sup>①</sup>非管理性事务的多寡程度也影响着管理幅度，最终影响管理效能。在假定其他条件不变的情况下，管理幅度越大，则组织越有效率，但超过了某一点，宽幅度会导致管理效果降低，当幅度变得过大时，下属员工的绩效会因为管理者没有足够的时间提供必要的指导和支持而受到影响。<sup>②</sup>审判综合岗位人员办理案件，需要占用相当一部分时间，如何找到一个临界点，既能够处理非管理性事务，又能够最大程度上减少对管理幅度产生的消极影响，最终对管理效能产生积极影响，成为审判综合岗位效能发挥的关键。

#### （五）人员“落差化”：审判综合岗位人员身份变化的隐忧表现

谈到审判综合岗位“人”的因素，则需谈到审判综合岗位的未入额法官，前文已述及，审判综合岗位上未入额人员比例较高，《最高人民法院关于人民法院研究室是否属审判业务部门的复函》（法函〔1995〕62号）明确了“研究室是一个综合性的审判业务部门，其人员属于审判业务人员。凡符合《中华人民共和国法官法》规定的条件的，均应任命审判职务”。该复函同样明确了各级法院研究室的主要职责，其中涵盖了办理审判委员会的会议事务，参加对疑难案件的研究、讨论等，办理审判委员会的会议事务的职责目前多数法院已交由审管办负责，但应该明确的是，司法责任制改革前，研究室、审管办符合《法官法》条件的人员均已任命为审判员、助理审判员，又有大部分人员未有审判实践经验，司法责任制改革后，审判综合岗位人员入额比例则低之又低，在司法责任制背景下，此类人员如何分类管理、如何分配岗位是分流还是坚守、如何激发此类人员的工作潜力和热情，成为关键。

### 三、改革进路：审判综合岗位人案配比<sup>③</sup>设置规范的思索

在我国现阶段，案多人少的矛盾非常突出，司法责任制改革前，我国法官配置比例大概是每10万人有14.3名法官<sup>④</sup>，司法责任制改革后，我国法官数由211990人减为120138人<sup>⑤</sup>，法官配置比例进一步降低，而案件数却不断增加，人案增速不同步，人案配比亦不合理，如何提升人案配比的科学性，尤其是发挥审判综合岗位人案配比的科学性，更为本文论述的关键点。

① 参见敬海新：《基层政府社会管理扁平化机制建设对策》，载《理论探讨》2013年第5期。

② [美]斯蒂芬·P·罗宾斯、玛丽·库尔特《管理学》，孙健敏等译，中国人民大学出版社2008年版，第259-260页。

③ 《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化资源配置的若干意见》提出人案配比科学性概念。

④ 王梦遥：《最高法再谈“案多人少”：人案增速不同步、配比不合理》，[http://news.ifeng.com/a/20160913/49964648\\_0.shtml](http://news.ifeng.com/a/20160913/49964648_0.shtml)，2018年6月27日访问。

⑤ 2018年《最高人民法院工作报告》。



(一) 人案时因素 : 审判综合岗位 “ 人员案件时间 ” 配置的科学设定

审判综合岗位周期内不仅要办理案件 , 还要处理综合管理和调查研究等工作 , 故审判综合岗位更要合理配置人员、案件和时间三者之间的关系。

1. 探求 “ 人员案件时间 ” 的科学化配置因素设定

——人员因素  $n$ , 在精确测算人员、案件数量和工作量基础上 , 动态调整不同法院、不同审判部门的审判力量。<sup>①</sup>

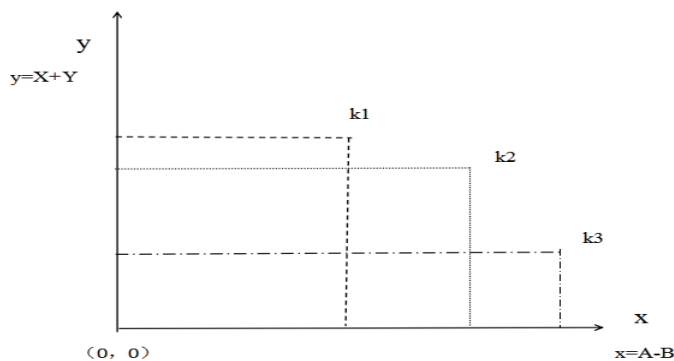
——时间因素 :

A: 代表一个周期内时间总和。

B: 代表不能利用为结案的时间 ( 即审判综合岗位还要包括从事综合管理和调查研究等的时间 )。

X: 审结一个案件的时间。

Y: 每结一案损失的时间。



通过上述可知 ,  $x=A-B$  即办案可利用时间 ,  $y=X+Y$  即审结一案有效时间 ,  $k=x/y$ , 代表周期内办案数 ,  $x$  越大且  $y$  越小 , 则办案数越多 , 反之  $x$  越小且  $y$  越大 , 则办案数越少 , 即  $k_3>k_2>k_1$ 。

——案件因素 : 通过人员和时间可以计算周期内的结案数。

$$N = : n \times ( A - B ) / ( X + Y )$$

2. 区分难度系数合理计算审判综合岗位员额法官办案数

——审结难度系数一般的案件数量的计算。以二审民事案件为例说明 , 审结一案时间分配大致如下 : 庭前阅卷 1 小时 + 庭审 1.5 小时 + 合议、研究案情 0.5 小时 + 制作裁判文书 3 小时 + 宣判 0.5 小时 = 6.5 小时 , 如以一周办案数为例计算 , 不能利用时间  $B$  暂定为 4 小时 , 每结一案损失时间为 0.5 小时 , 则一名普通员额法官一周结案数 ( 每天工作 8 小时 ) 为 :  $N = ( 40 - 4 ) / ( 6.5 + 0.5 ) = 5.1$  件。

<sup>①</sup> 《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化资源配置的若干意见》。

审判综合岗位员额法官一周结案数（以办案时间为1天计）： $N = (40 - 4 - 32) / (6.5 + 0.5) = 0.57$ 件；

审判综合岗位员额法官一周结案数（以办案时间为2天计）： $N = (40 - 4 - 24) / (6.5 + 0.5) = 1.7$ 件；

审判综合岗位员额法官一周结案数（以办案时间为3天计）： $N = (40 - 4 - 16) / (6.5 + 0.5) = 2.9$ 件；

审判综合岗位员额法官一周结案数（以办案时间为4天计）： $N = (40 - 4 - 8) / (6.5 + 0.5) = 4.0$ 件；

审判综合岗位员额法官一周结案数（以办案时间为5天计）： $N = (40 - 4 - 0) / (6.5 + 0.5) = 5.1$ 件。

——审结难度系数较大案件数量计算，如果案情复杂的话，庭前阅卷、庭审、合议和研究案情、制作裁判文书的时间则有可能增加以致翻倍，时间大致如下：庭前阅卷2小时+庭审3小时+合议、研究案情1小时+制作裁判文书6小时+宣判0.5小时=11.5小时。其他条件同前述，一名普通员额法官一周审结难度系数较大案件的数量为： $N = (40 - 4) / (11.5 + 0.5) = 3.0$ 件。

审判综合岗位员额法官一周结案数（以办案时间为1天计）： $N = (40 - 4 - 32) / (11.5 + 0.5) = 0.33$ 件；

审判综合岗位员额法官一周结案数（以办案时间为2天计）： $N = (40 - 4 - 24) / (11.5 + 0.5) = 1.0$ 件；

审判综合岗位员额法官一周结案数（以办案时间为3天计）： $N = (40 - 4 - 16) / (11.5 + 0.5) = 1.7$ 件；

审判综合岗位员额法官一周结案数（以办案时间为4天计）： $N = (40 - 4 - 8) / (11.5 + 0.5) = 2.3$ 件；

审判综合岗位员额法官一周结案数（以办案时间为5天计）： $N = (40 - 4 - 0) / (11.5 + 0.5) = 3.0$ 件。

在司法实践中，设定普通员额法官和审判综合岗位员额法官的办案比例数，因审判综合岗位从事调研宣传、审判管理等工作，故办案量要予以扣除，因素B在计算办案量的过程中具有重要作用，通过走访调研，审判综合岗位从事综合管理和调查研究的时间大致为每周2-3天，则相应办案时间亦为2-3天。若办案时间为2天： $1.7/5.1$ （33%）、 $1/3$ （33%），比例数为33%；若办案时间为3天： $2.8/5.1$ （55%）、 $1.7/3$ （55%），比例数为55%。综上，可大致给出审判综合岗位法官的办案量区间（33%～55%）。

### 3. 以办案利用率验证审判综合岗位人案配比科学性



员额制是一种劳动力配比机制的改革<sup>①</sup>,在上述因素基础上笔者探求计算办案利用率的公式 = :  $\frac{A-B}{X+Y} \times \frac{X}{A}$ 。

普通员额法官审结难度系数一般案件的办案利用率,经计算(A,a)为83.6%,超过80%;普通员额法官审结难度系数较大案件的办案利用率,经计算(A,b)为86.3%,二者均超过80%。

审判综合岗位员额法官审结难度系数一般案件的办案利用率,若以办案时间2天计,经计算(B,a)为27.9%,尚未超过30%;审判综合岗位员额法官审结难度系数较大案件的办案利用率(B,b),经计算为28.8%,亦未超过30%。

若以办案时间3天计,审判综合岗位员额法官审结难度系数一般案件的办案利用率,经计算(C,a)为46.4%,审判综合岗位员额法官审结难度系数较大案件的办案利用率,经计算(C,b)为47.9%,两者均未达到50%。

通过办案利用率的验证可知,办案利用率的差距来自纵向,即(A,a)(B,a)和(C,a)之间以及(A,b)(B,b)和(C,b)之间的差距明显,而横向之间的差距并不显著,即(A,a)和(A,b)(B,a)和(B,b)(C,a)和(C,b)各自之间差距并不大,此亦为审判综合岗位专门办理繁案提供支撑。

#### 4. 科学设定审判综合岗位员额法官和审判辅助人员办案比例

审判综合岗位员额法官的办案量设定可在《关于加强各级人民法院院庭长办理案件工作的意见(试行)》的基础上进行。对于中基层法院的审判综合岗位的员额法官可以普通员额法官办案量为基础进行比例设定,通过前述(33%~55%)的论证,各法院可根据各自实际四舍五入在区间(30%~60%)进行设置。对于中基层法院的审判综合岗位员额法官(部门负责人)可以在庭长办案量(每年办案量应当达到本部门法官平均办案量的50%到70%)的基础上进行比例设定,审判综合岗位员额法官(部门负责人)的比例可以设置为50%×30%到70%×60%之间,即15%~42%之间。审判综合岗位审判辅助人员辅助办案比例可以在上述基础上进行,如果审判综合部门

不同岗位员额法官审结不同难度系数案件办案利用率情况表		
	审结难度系数一般案件 办案利用率 a	审结难度系数较大案件 办案利用率 b
普通员额法官 A	$\frac{40 - 4 \times 6.5}{6.5 + 0.5} \times 40$	$\frac{40 - 4 \times 11.5}{11.5 + 0.5} \times 40$
审判综合岗位员额法官 B (办案时间: 2 天)	$\frac{40 - 4 - 24 \times 6.5}{6.5 + 0.5} \times 40$	$\frac{40 - 4 - 24 \times 11.5}{11.5 + 0.5} \times 40$
审判综合岗位员额法官 C (办案时间: 3 天)	$\frac{40 - 4 - 16 \times 6.5}{6.5 + 0.5} \times 40$	$\frac{40 - 4 - 16 \times 11.5}{11.5 + 0.5} \times 40$

<sup>①</sup> 葛先国:《员额制改革背景下基层法院新型审判团队构建的实践阐释》,载《人民法院报》2018年6月28日。

负责人为审判辅助人员的，辅助办案比例可以参考审判综合岗位员额法官办案比例。

## （二）人案角度：探索尝试审判综合岗位审理案件与繁简分流契合

前述部分以时间为轴，计算员额法官和审判综合部门员额法官的人案配比情况，此部分，笔者抛开时间成分，分析人案配比，找到二者之间的连结点，即“要实现办案的人员、案件数量以及司法程序有机高效无缝衔接，最大限度地挖掘办案潜力，提高司法‘生产力’”。<sup>①</sup>

### 1. 繁简分流模式单一性为人案契合寻找到连结点

目前，我国繁简分流模式仍然十分单一，以民事案件为例，一审案件抛开简易程序和普通程序的区分，区分标准并不清晰，民事二审案件更是难以真正做到繁简分流。在司法实践中，繁案甄别可分为以下几种方式：目前较为通行的做法是立案阶段直接分流，极少情形下会采用多部门会商分流的方式，即立案部门、审判庭和审管办多个部门会商。许多繁案的甄别要进入审理程序才能体现出来，繁简分流的单一性，成为阻碍法院审判效率提升的桎梏。若案件繁简无法甄别，更谈不上“该繁则繁，当简则简，繁简得当”。繁简分流的程序选择机制，应走出“公正与效率”二者关系的窄胡同，更多地从“当事人程序选择权”<sup>②</sup>及法官的立场来考虑程序的设置及运作，寻找满足多元需求的繁简分流路径。探索尝试由法官参与的繁简分流模式，正是杜绝“隔靴搔痒”的最好方式。

### 2. 探索由法官参与的繁简分流新方式——繁案退出机制

《最高人民法院关于民商事案件繁简分流和调解速裁操作规程（试行）》也规定在调解或者审理中案件的程序转换问题，亦为繁案退出提供支撑<sup>③</sup>。以民商事案件分流模式为例说明：

——初次分流：“各入其道”基础上的随机分案。“适宜调解的，征求当事人意见后，转入调解程序；应当适用简易程序、速裁的，转入相应程序；应当适用特别程序、普通程序的，根据业务分工确定承办部门”<sup>④</sup>。在此基础上根据案号随机分案，分案不能以法官个人未结案件数为分案依据，而是统一分案，如遇法官休产假、病假等原因，则需要跳过分案，另外，如果结案压力不大，有的法官办案速度较快，则可以申请 double 分案，如果遇到关联性案件以分给同一法官或者同一合议庭法官承办为宜，但下次分案可以自行跳过。初次分案只分给特定法官<sup>⑤</sup>，以备繁案退出。

<sup>①</sup> 罗书臻：《最高人民法院出台意见推进案件繁简分流提高“司法生产力”》，载《人民法院报》2016年9月14日。

<sup>②</sup> 傅郁林：《繁简分流与程序保障》，载《法学研究》2003年第3期。

<sup>③</sup> 《最高人民法院关于民商事案件繁简分流和调解速裁操作规程（试行）》第6条规定：在调解或审理中，由于出现或发现新情况，承办部门和法官决定转换程序的，向程序分流员备案。已经转换过一次程序的案件，原则上不得再次转换。

<sup>④</sup> 《最高人民法院关于民商事案件繁简分流和调解速裁操作规程（试行）》第3条。

<sup>⑤</sup> 特定法官指院长和审判综合岗位员额法官以外的员额法官。



——二次分流：繁案退出为辅。每年度每名员额法官可以选择一定数量的繁案退出，即可由原承办法官变更至审判综合岗位员额法官。如审判综合岗位1名员额法官编入民事审判团队，该团队普通员额法官5名，则可以规定每名员额法官每年可以通过繁案退出机制退出案件5件，由审判综合岗位员额法官办理，审判综合岗位员额法官针对该25件繁案进行审理。

### 3. 繁案退出机制与审判综合岗位专门办理的真正糅合

前述已明确审判综合岗位员额法官办案利用率与普通员额法官的办案利用率相比略低，但审结难度系数不同的案件对办案利用率的影响并不大，笔者因此赞同繁案由审判综合岗位员额法官审理，因其更能够注重经验总结、调查研究。如果繁案退出机制行得通，则无需对审判综合岗位设置一定的比例限制，此条路径与比例限定法路径并行不悖，可由审判综合岗位员额法官选择，比如其若审理繁案退出机制的繁案，则每年度无需受比例数（30%～60%或15%～42%）的限制。普通员额法官则可以用掉繁案的包袱快速提升办案效率。院庭长带头审理疑难复杂案件亦可与繁案退出机制对接，本文不再阐述。

#### （三）以人为本：审判综合岗位资源配置的协同<sup>①</sup> 配套措施

“根据法院审级、案件繁简等相关因素，合理确定法官、法官助理、书记员的配置比例，科学界定各自职能定位及其相关关系，最大程度地发挥审判团队优势。”<sup>②</sup> 审判综合团队的优势如何发挥，归根结底要解决“人”的问题。

1. 尊重法院发展规律，实行审判综合岗位任职轮调制度。新形势下，审判综合岗位人员工作难度未减反增，对审判综合岗位员额法官如此，对转为法官助理的未入额法官亦如此，在组建过程中要考虑到我国法院实际，另外还要充分体现审判综合岗位人员意愿。审判综合岗位员额法官可以实行任职轮调制度，服务年限达到一定期限后，可在尊重个人意愿基础上交流岗位。另外速录员和书记员的配备，可专门为审判综合岗位配备固定人员，亦可采取社会购买方式进行，进一步规范团队运作。

2. 上下级法院联动，促法院系统审判综合型人才养成。借鉴台湾地区调办事模式，本法院内审判岗可到综合岗调办理与下级法院法官到上级法院调办事，具体为法官可定期借调至综合业务部门或管理部门，或到高等级法院担任助理，二到三年后再回归审判岗。<sup>③</sup> 笔者认为，审判综合岗位可以借调下级法院法官或辅助人员，以缓解审判综合岗位工作压力。对于审判综合岗位新入额法官亦可到下级法院审判综合岗位进行锻炼。

3. 注重人才梯队培养，鼓励新进人员到审判综合岗锻炼。搭建科学的人才培养体

<sup>①</sup> 2017年6月26日，习近平总书记在中央深改组第三十六次会议上深刻指出：“注重系统性、整体性、协同性是全面深化改革的内在要求，也是推进改革的重要方法，改革越深入，越要注意协同。”

<sup>②</sup> 《最高人民法院关于进一步推进案件繁简分流优化资源配置的若干意见》。

<sup>③</sup> 蒋惠岭：《同步推进司法改革的五大配套工程》，载《法制日报》2016年1月20日。

系,鼓励和支持法院新进人员到审判综合岗位锻炼。审判综合岗位要求具备组织能力、综合材料撰写能力、宏观协调能力等,在此岗位上得到的锻炼,对新进人员来说不单单是办案经验的积累,还有对法院整体发展脉络的熟悉和对法院整体架构的把握,能够以更广阔的视角和更全面的素质,投身法院工作,如果新进人员能够在此岗位锻炼二到三年时间,对其综合素质的提升具有积极意义。

4. 构建科学评价体系,重在裁判规则指引和审判经验总结。唯案件数论英雄的概念,在衡量审判综合岗位员额法官的过程中行不通。在法官业绩考评方面,对审判综合岗位员额法官的测评应减少案件数量的分值因素,如果繁案退出机制行得通,或是审判综合岗位法官集中力量审理繁案,审判综合岗位法官能够对其办理的新型、疑难、复杂案件进行深入挖掘、推敲,其通过审理繁案而进行裁判规则指引和审判经验总结的作用和效能,对法院来说更加弥足珍贵。现有评价体系下,审判综合岗位法官无论是在办案数量上,还是在调解能力上,都不占优势,因为没有案件数量的优势和充裕的办案时间保障,“办案能手”“调解能手”的称谓不属于他们,但是审判综合岗位员额法官和辅助人员的能力毋庸置疑,其以通过化解繁案形成裁判规则、编发指导案例、形成研究报告的方式,亦应得到肯定和褒扬。

5. 给予正向发展展望,科学勾勒审判综合岗位职业前景。对于有过审判综合岗位经验的人员以及坚守在审判综合岗位的人员,要给予其正向发展的展望,比如韩国的裁判研究官制度即为我们提供借鉴,在韩国大法院,在大法官外设裁判研究官,裁判研究官是成为高级法院法官的必经阶段<sup>①</sup>。我国亦可以借鉴裁判研究官制度,在员额法官遴选等过程中将审判综合岗位经验作为一项正面的积极评价因素。正确规划审判综合岗位人员的职业前景,对法院工作长远科学发展具有重要意义。

## 结 语

目前,我国审判综合岗位资源配置,彰显法院研究能力和水平,颇具必要,与法官必须在一线办案的精神亦相契合。在英美法系法官司法知识生产体系中,法官本身就具有较强研究能力,这是命题的前提也是本身,待到我国法官人人都是研究型法官,则亦无必要区分审判综合岗位和审判岗位之区别。本文对审判综合岗位人案配置做简要分析,实乃抛砖引玉之举。

(责任编辑:郝晓越)

<sup>①</sup> [韩]郑二根:《韩国司法制度的历史、发展与改革》,载陈刚主编:《混合法制下的民事诉讼》,中国法制出版社2007年版,第268页。



# 破与立：法官绩效精准评价体系重构

——以H法院“沐法币”精准称重工作量为中心

杨维松\*

**内容摘要** 司法责任制改革后法院的组织架构、管理模式、工作流程发生了颠覆性变化。其中法官员额制要求去行政化,打破原有的庭室建置,取消庭长管理层级,法官不再按照公务员级别晋职晋升,实行扁平化管理,势必破除以公务员管理模式为基础的法官绩效评价制度。同时,案件类型、难易程度、办案主体、人员配置和工作性质等方面的差异性又决定了不能简单以办案数量考核法官绩效。重构对两类组织(审判团队、综合部门)和三类人员(员额法官、法官助理、司法行政人员)分类考核,对不同工作性质的工作量用“沐法币”称重衡量,实现法官工作可量化、可换算、可比较,直观反映绩效优劣,并与员额进退、职级晋升、绩效奖金等方面挂钩,杜绝人为干预因素,让客观数据说话。

**关键词** 司法责任制改革 司法体制综合配套改革 绩效 办案数量

中图分类号:DF82 文献标识码:A 文章编号:1674-3156(2019)02-158-167

党的十九大报告指出“深化司法体制综合配套改革,全面落实司法责任制,努力让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义”。司法责任制改革既涉及司法权力的优化配置,又涉及司法管理体制的调整;既涉及司法权力运行机制的完善,又涉及人财物等配套措施的跟进,是一个复杂的系统工程。随着司法责任制改革的深入,与之对应的综合配套体制改革也应有序推进。<sup>①</sup>在未来一段时间内,综合配套体制改革将成为我国司法改革工作的重点。<sup>②</sup>本文以称重案件工作量为切入点探讨法官绩效精准评价体系重构,旨在为深化司法体制综合配套改革提供先行先试的经验做法。

\* 杨维松,山东省临沂市临沭县人民法院法官助理,法学硕士。

① 张万洪:《将司法改革进行到底——司法体制综合配套改革展望》,载《现代法学》2018年第1期。

② 张建、李瑜青:《法官绩效考评制度的功能与反思》,载《华东理工大学学报(社会科学版)》2016年第5期。



## 一、现实困境：为什么要重构？以办案数评价绩效有哪些困境？

之所以重构法官绩效精准评价体系，是因为司法体制改革要求去行政化，实现平行化、扁平化运转，主要表现在：（1）去机构设置的行政化，取消科层建置；（2）去内部管理的行政化，取消庭长管理层级，取消院庭长对案件的审查、分配、签发裁判文书等权限；（3）去法官身份的行政化，法官不再按照公务员级别晋职晋升。过去以“人盯人、人管人”的公务员管理模式为基础的法官绩效评价体系已无法适应司法改革的新需要，<sup>①</sup>倒逼法官绩效评价体系的重构，建立一套能够真实客观反映法官工作绩效的精准评价机制势在必行。<sup>②</sup>

目前，最高人民法院又出台了《关于加强各级人民法院院庭长办理案件工作的意见（试行）》，明确强调院庭领导带头办案，对院庭长办案数量按“阶梯比例”方式提出明确数量要求，并带头办理重大疑难复杂案件，院庭长办案情况要接受干警监督，纳入绩效考核。<sup>③</sup>这就出现了问题——用办案数量考核法官绩效的前提和基础是事物具有同质性或统一性，即案件难易程度相等、法官办案能力相等、考核对象一致。遗憾的是，案由、案件难易程度不仅千差万别，法官资历、业务能力也不尽相同，考核对象所从事工作种类也有差异，一味地强调单纯用办案数量来排名考核工作，并非能真实反映法官的实际工作情况，也体现不了法官付出的心血和工作量，因此用办案数量考核法官绩效存在以下困境：

### （一）案件类型的差异性决定了不能单纯以办案数量考核绩效

案件类型的差异性就决定了不同案件的审理难易程度，进一步影响案件的审结效率。其差异性主要体现在不同案由的案件之间、同一案由但争议内容不同的案件之间、案由与内容基本相同但当事人不同的案件之间等等。因为案件类型的不同，其难易程度存在较大差异性，付出的工作心血也就不能用同一把尺子来度量。例如审理建筑工程、医疗纠纷案件常常涉及到鉴定问题，与审理离婚案件相比较，付出的工作量要多；破产案件的工作量要比审理简易民事案件的工作量大得多。再如，再审案件的工作量往往要比原审案件的工作量要多，刑事附带民事案件的工作量往往要比民事案件的工作量要多。所以，单一地用办案数量考核法官绩效明显存在着不合理性。<sup>④</sup>

① 高沈波：《我国法官绩效考评机制完善研究》，华东政法大学2016年硕士论文。

② 崔永东、杨海强：《论检察人员司法责任制体系的构建——兼与李建勇教授商榷》，载《探索与争鸣》2016年第12期。

③ 《最高人民法院关于加强各级人民法院院庭长办理案件工作的意见（试行）》中明确要求，基层、中级人民法院的庭长每年办案量应当达到本部门法官平均办案量的50%-70%。基层人民法院院长办案量应当达到本院法官平均办案量的5%-10%，其他入额院领导应当达到本院法官平均办案量的30%-40%。

④ 姚正陆：《法官评价机制的检讨与改革》，载《法律适用》2003年第8期。



## （二）办案主体的差异性决定了不能单纯以办案数量考核绩效

法官作为案件的承办人，对审判效率起着举足轻重的作用。其差异性主要体现在：一是工作能力差异。不同年龄阶段其理论水平、业务能力、实践经验等不同，工作年限越长、经验越丰富的法官处理同类型案件的工作量相对较少，但年轻法官因其理论系统较为全面、扎实，在理论适用以及案件分析说理上可能更胜一筹；二是自身性格差异。性格非内心、积极的法官在与当事人的交流当中可能更为左右逢源，其调查、送达、调解等效率也会比性格内向的要高。再者，性格的差异也影响其自身的抗压能力，进而影响案件的审结效率。<sup>①</sup>抛开上述因素，以办案数量作为指标考核，就会出现“吃不饱”和“吃不消”现象，就会导致绩效评价失真。由于传统的“相马”分案机制，立案是由立案庭集中办理，然后转交各业务庭办理，业务庭庭长根据案件的难易程度和法官手中的存案数量、办案能力等选择相匹配的法官承办，案情较复杂的案件，一般会相中业务能力较强的法官，导致业务能力较强法官的发改案件数量多于业务能力较低的法官。单纯以结案数和发改率为考核指标，就出现了能者反而绩效评价分低于其他人员的怪现象，于是法官不自觉地就会担心分到疑难复杂案件，因此这样考核不但起不到鞭策督促作用，反而产生了抵触情绪，造成负面影响。

## （三）人员配置的差异性决定了不能单纯以办案数量考核绩效

审理案件的组织形式不同也会导致法官工作量的不同。普通审判团队实行“1+1+1”（1名员额法官+1名法官助理+1名书记员）的标准建制，而特岗团队（入额院领导、研究室主任、审管办主任、诉讼服务中心主任等所在的审判团队）员额法官因需承办大量管理类工作，承办案件数量较少，故只配备1名法官助理，不再配备书记员；速裁团队因办案量大，事务性工作繁多，故在标准建制的基础上多配备1名书记员和2名人民陪审员。而让优秀的法官助理和人民陪审员有效协助员额法官处理案件送达、调查、记录、装订、信息录入、案件归档等各种审判辅助性事务，员额法官才能把更多的时间和心思投入庭审及文书制作，才能把办理案件的效率大幅度提升。因此，在人员配置不相同的情况下，采用“一刀切”以办案数量为指标考核，就失去了考核的公平性。

## （四）工作性质的差异性决定了不能单纯以办案数量考核绩效

法官，是绩效评价的对象。我国《法官法》对法院的评价对象有具体规定，仅限于法官。但由于历史原因及客观需要，法院编制中存在事业编制、工勤编制等非法官人员，如果仅对法官进行考核，就存在考核范围不周延的情况，势必影响客观评价。再者，即使司法责任制改革后，存在的法官助理、书记员又该如何绩效评价？同时，法院的职能部门设有负责审判工作的业务庭室，还包括组织人事、后勤保障等综合部

<sup>①</sup> 冯娇雯：《论法官绩效评价体系的构建——以审判权独立运行为视角》，载《党政干部论坛》2015年第6期。

门,由于各庭室之间的工作性质、工作内容、工作目标均有千差万别,用同一考核指标来测评不同干警的工作成绩,就会出现绩效评价失真的现象。<sup>①</sup>这就要求各地法院在制定绩效考核办法的时候,从各自的具体情况出发,将综合部门及其他辅助部门的工作人员一并纳入考核的范围,但这并不意味着可以采用同一的考核办法。

## 二、理论支撑：重构法官绩效精准评价体系的基础理论

鉴于上述弊端的思考,笔者认为无论审判团队与综合部门的工作内容存在多大的差异,无论员额法官、法官助理、司法行政人员的工作性质存在多大的差异,无论案件类型、难易程度、办案能力等存在多大差异,他们的工作都具有一个共同点——用自己的行为为工作付出了工作量。那么就能通过参照物的基准值,用虚拟币值称重具体工作量,工作难易程度大小融合了工作量的多少,然后用具体分值体现出来,实行可加可见的积分制评价体系,并把考核分值与员额进退、职级晋升、绩效奖金等方面挂钩,突出考核结果的运用,就可以解决上文绩效考核的诸类弊端。<sup>②</sup>例如,民商事案件之间的换算,可选取近三年全院普通民事、商事、刑事、行政案件的案件受理总数、人均办案总数、每个专业案件的办案最高数,与速裁案件相对应的数值进行比值换算,即可确定普通案件的价值量。1标准速裁案件:1件民商事案件=1:3.5,因审结1标准速裁案件=1标准工作量=1沐法币,那么1件民商事案件=3.5标准工作量=3.5沐法币。

### (一) 数目字管理

数目字管理是精准评价的最佳方式。它最早来源于黄仁宇的著作,是指整个社会资源均可以如实计算,整合进一个系统(核心是正确规范的产权制度),可以自由进行流动和兑换。<sup>③</sup>同时,黄仁宇在《黄河青山》一书中认为,“如果社会可以接受财产权绝对且至高无上,一切就可以加加减减,可以继承、转移及交付信托。因此,物质生活的所有层面,不论是私人或公众,就可以在数字上处理。财富的可交换性利于财富的积累,创作出动态的环境。”黄仁宇还认为,传统中国治理最大的问题就是没有“数目字管理”。

笔者设想,如果将该管理模式引入到对法官的评价中,那么它的出现无疑是填补了“数目字管理”在法官绩效评价领域的空白。这种评价模式的新颖之处在于:它兼具行为导向和结果导向的双重属性,它不再把司法审判工作作为不可分割的整体,而

<sup>①</sup> 张建《法官绩效考核制度中结案考核及其悖论——以J市基层人民法院的司法实践为例》,载《法律社会评论》2015年第10期。

<sup>②</sup> 郑家泰、司淑玉:《论建立科学的法官绩效评价机制》,载《山东审判》2004年第3期。

<sup>③</sup> 黄仁宇《赫逊河畔谈中国历史》,北京三联书店1997年版,第165页。黄仁宇在多种著作中强调,传统中国之所以无法走向新秩序,其原因在于数目字管理的缺席。参见黄仁宇:《万历十五年》(增订纪念本),中华书局2006年版;参见黄仁宇:《放宽历史的视界》,生活·读书·新知三联书店2001年版等。



是对其加以分解,抓住其中可以量化的部分量化成各种具体的指标,对法官的审判工作进行绩效考核;它所评价的对象不仅侧重于法官的审判行为举止,还侧重于法官的审判工作结果成绩,是一种不间断地持续监控。

一方面,各种考核指标的建立使得法官的审判工作变得精确可测量,通过一系列明确的统计数据表现出来,这使得法官的表现似乎有了一个客观的衡量方式;另一方面,无影无形却又无时无处不在的绩效考核制度对法官的审判活动施加了潜移默化的影响力,仿佛时刻有一双眼睛在盯着每个法官。如果把法官绩效考核制度放到福柯的理论脉络中来考察,它可被视作是高度复杂和精细的“规训”技术,是知识与权力的完美结合,相比于先前的“人治”式的法院管理方式,它在技术上可谓是“升级换代”了。<sup>①</sup>

## (二) PDCA 管理循环

机制不同于制度,强调的是一种动态的运转模式,是通过制度系统内部组成要素按照一定的方式相互作用实现其特定的功能。PDCA 管理循环,是由美国质量管理专家休哈特率先提出,由戴明采纳、宣传、普及,亦称戴明环,其理论为 P-Plan, 计划策划;D-Do, 实施执行;C-Check, 检查反馈;A-Action, 行动处理。<sup>②</sup>任何一项工作,都可以将其从时间上划分为计划阶段、实施阶段、检查阶段、处理阶段四个阶段,亦可以划分为行为过程和结果终结两个阶段,对其绩效评价就贯穿了工作的全过程:在工作的行为过程阶段,可以采用行为导向型的绩效评价机制;在工作的结果终结阶段,则可以采用结果导向型的绩效评价机制。同时,将结果导向型评价结果反馈到工作的行为过程中,不断矫正、改进、提升行为;改进后的行为必然提升工作的结果绩效。如此反复循环,以行为导向考核的结果带动和提高结果导向的考核指标、同时又以结果导向的考核指标反作用于行为导向考核的绩效实施过程。法官绩效精准评价体系的构建就应强调动态运转模式,评价结果不仅是“成绩单”,更是“体检单”。

传统的行为导向型评价机制侧重于对法官日常行为的管理,一是适用于审判工作中易分解、易识别的工作,对于法官的责任感、正义感、敬业感等那些不能分解、不宜分解的审判工作就会束手无策;二是无法避免在法官绩效考核中亦会出现“刷数据”的现象。用结果导向型评价模式,会导致唯结果论英雄,不问行为过程细节,势必诱发恶性竞争。可见,单纯运用某一方法来衡量法官的绩效表现都存在诸多不可避免的弊端,笔者认为可以将二者予以糅合,长短互补,必会相得益彰。

法官在接待案件当事人时的行为态度、在开庭审理案件时的庭审驾驭行为举止等,就应以行为导向型的评价机制对其考核。如此为了规范法官的司法行为,更多的是侧重于他们在案件审理过程中的行为约束,其考核亦是依据行为导向为参照。同时,将

<sup>①</sup> 李拥军、傅爱竹:《“规训”的司法与“被缚”的法官》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2014年第6期。

<sup>②</sup> 缪芳:《PDCA 循环在全面预算管理中的应用分析》,载《企业改革与管理》2017年第17期。

当事人对法官的行为举止的满意结果进行量化考核，并将法官审理案件的结果，例如上诉率、发改率、服判息诉率、均衡结案率等纳入评价范围。通过这些量化考核指标的结果做出判别并将其结果反馈至由行为导向的具体审判工作中，对法官的审判行为举止进行矫正、再提高；将矫正后的行为导向作用于结果导向下的量化指标，由于审判行为举止的不断矫正和提升，其审判结果的量化指标亦随之不断提升。如此反复循环，以审判结果矫正审判行为，以矫正的审判行为提升审判结果，再以提升的审判结果矫正审判行为，构成一个良性评价机制循环。总之，法官在绩效评价阶段需要根据不同评价作用对象、范围、以及评价的影响因素来选择绩效考核的具体方法。在实际工作中，将结果导向型以及行为导向型中的优点与缺点进行优势互补，更有利于促进法官队伍素质的提升和管理，黄仁宇的“数目字管理”就是很好的例子。

### （三）商品的价值量

商品的价值是由劳动形成的，因此商品的价值只能用它所包含的“形成价值的实体”即劳动量来计量。劳动本身的量是用劳动的持续时间来计量，而劳动时间又是用一定的时间单位如小时、日等作尺度。劳动时间是衡量价值量的天然尺度，商品的价值量决定于生产该商品所耗费的劳动时间的多少，即生产某种商品花费的劳动时间愈多，它的价值量就愈大；反之，则愈小。同理，每一起案件的价值量也可以用法官审理该案件的耗时量计算。<sup>①</sup>

马克思主义政治经济学认为，商品的价值量是由社会必要劳动时间决定的，即在现有的社会正常的生产条件下，在社会平均的劳动熟练程度和劳动强度下制造某种使用价值所需要的劳动时间。个别劳动时间是指不同的商品生产者生产商品各自所耗费的劳动时间，具体到案件审理工作，可称之为“个别办案时间”，它不能够决定案件的价值量。主是是因为个别办案时间至少受到以下三个因素的影响和干扰：第一，不同的主审法官审理案件的方式方法有好有差；第二，不同的主审法官的案件审理水平有高有低；第三，不同的主审法官审理案件的劳动有勤有懒。<sup>②</sup>这三个因素使得个别办案时间具有两个特点：一是它的不确定性，二是它的多样性。从而导致不同的主审法官各自审理一件同样的案件所耗费的劳动时间千差万别、各不相同。如果每个主审法官的个别劳动时间都能决定自己所审理的案的价值量，那么主审法官的方法越差、水平越低、劳动越懒，他们审理案件所花费的劳动时间就越长，他们审理的案的价值量也就会越大。这不仅会出现同样的案件会有不同的多种多样的价值量的情况，而且是与经济规律和社会进步的要求相背离的，因为它保护和鼓励的是落后和懒惰，导致的只能是审判效能的倒退。因此，在法官的绩效考核中一定要选取一个科学合理的

<sup>①</sup> 梁珍、何婷：《浅析马克思主义劳动价值论的当代意义》，载《文学教育（中）》2016年第9期。

<sup>②</sup> 参见张丰兰：《马克思总量货币理论及其时代价值》，载《当代经济研究》2013年第6期。



基准值——审理案件的社会必要劳动时间。

### 三、框架结构：重构法官绩效精准评价体系的具体设计

#### (一) 基本原则

1. 尊重审判规律。违背审判规律的绩效考核无疑是缘木求鱼，因此要紧扣司法体制改革要求，在尊重审判规律的前提下进行探索考核新模式，评价过程坚持动态、开放、可调整，一把尺子量到底，直接考核到审判团队，力争覆盖主审法官、法官助理和书记员等所有干警和干警的所有行为，让不同团队的绩效可量化、可换算、可比较。<sup>①</sup>

2. 全面客观公正。把绩效评价标准作为工作开展的“风向标”和“指挥棒”，团队考核指标包括工作绩效、队伍管理、调研宣传和民主评议四个方面，突出工作实绩，民主评议仅占评分的20%。实行积分制计分方式，设置办案数量、质量、效率三类指标，赋予不同权重分值，全面衡量团队审判绩效，杜绝主观人为操作，让考核分数自己说话。<sup>②</sup>

3. 简便易行可操作。法官绩效考核机制的制定要可比较、可期待，要让被测评干警对自己的行为有所认知，对行为结果可期待，让每一项指标具有可操作性，让全体干警能够遵照执行，避免“假、大、空”等口号式呐喊。

4. 对接基础上创新。法官考核机制的构建要与上级法院考核指标无缝对接的基础上创新分类考核、分级考核，如结案率、结收比等数据的一致性，为干警竞争搭建更加公平合理的平台，不能“一人一个号子，各吹各的调”。

5. 考核结果的运用。法律必须被信仰，否则它将形同虚设。<sup>③</sup>制定绩效考核奖惩挂钩办法，将评价结果与政治待遇、物质奖励、荣誉奖励、培训学习、上下班考勤和保障供给等挂钩，充分发挥绩效考核的“指挥棒”功能，坚持优胜劣汰原则，激励干警“不等扬鞭自奋蹄”。

#### (二) 基本原理

1. 明确考核指标为工作量，确定行为可换算。上文论述了案件类型存在差异、法官办案能力存在差异导致了法官绩效考核不能根据办案数量来考核，应充分考虑法官审理案件的具体工作量。而工作量最终体现在具体行为上，每一个工作量都是由具体的行为组成的，其行为之间是可换算的，即不同工作的具体行为具有考核的共性。

2. 确定计算基准值，实行积分加减制。积分制原则是指在确定了案件的基础分值

<sup>①</sup> 陈润霖、梁展欣、梁春祥等：《依托法官档案系统 创新绩效考评工作》，载《人民法院报》2018年3月22日第08版。

<sup>②</sup> 于范：《法官考价客观化的理性探讨》，载《人民司法》2002年第8期。

<sup>③</sup> [美]伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，中国政法大学出版社2002年版，第3页。

后,根据审判过程中的行为优劣进行加减分,<sup>①</sup>并根据案件的复杂难易程度设置浮动加分项。正是由于案件难易程度的不同导致了案件工作量的不同,因此需要找准参照物,即基准值。

3. 设置浮动分值,实行开放性的政策。充分考虑民商事案件中当事人人数众多、反诉、保全、评估鉴定,刑事案件中附带民事诉讼、被告人人数众多、作案起数众多等因素,在基础分值的基础上,增加浮动分值。对考核范围之外的行为亦采取开放性原则,<sup>②</sup>法官可对正面应倡导的行为申请加分,经研究符合加分条件的,可以认定为考核分数。<sup>③</sup>

4. 用虚拟币值称重工作量,赋予购买力。引用虚拟币值称重衡量工作量,币值本身不具有价值,是衡量案件价值量的一种虚拟货币符号,执行价值尺度、流通手段、支付手段三项货币职能。考核分数的高低代表了法官工作量的大小,工作量越大,分数越多,沐法币越多,购买力越强;反之亦然。

### (三) H 法院精准绩效评价体系的具体设计

通过上述对理论支撑、基本原则、基本原理的思考,笔者设计一套精准的法官绩效评价体系,用 48 个字概括为:考核分类,内部分级;币值称重,内部通兑;案件基准,速裁衡量;难易类型,分值体现;积分计算,可加可减;资源倾斜,六个挂钩。

1. 考核分类,内部分级。改变传统考核审判部门和综合部门混同考核的方式,突出可比性,将审判团队和综合部门分开考核,审判团队之间相互竞争,综合部门之间放在同一平台比较。为了进一步凸显考核的科学性和合理性,综合考虑诉讼服务中心和执行局下设多个团队的实际情况,又创造性地提出了分级考核,将审判团队、综合部门之间的考核作为一级考核,诉讼服务中心、执行局下设的团队之间的竞争评比作为二级考核,一级考核与二级考核之间传而贯之,无缝衔接,执行局局长和诉讼服务中心主任仍接受全院一级考核,既体现管理的整体性,又体现内部差异性。同时,综合部门的考核应突出受众群体对其工作量的满意度评价,而不能一味追求工作量的多少。例如,某一干警的服务保障行为是消极的、负面的,其提供的服务保障行为越多,负作用就越大。因此,应该以受众的满意度对其行为进行考核,采用星级满意度评价模式,按照一至五个红或黑的五角星打分,每一颗红星加 0.1 分;每一颗黑星减 0.1 分。

2. 币值称重,内部通兑。创新引用“沐法币”称重案件工作量,其本身不具有价值,是用以衡量案件工作量的一种虚拟货币符号,主要在法官绩效评价中用以衡量案件审理工作量的一种价值符号,具备货币性和商品性双重属性。“沐法币”在 H 法院衡量、

<sup>①</sup> 刘广林、冀宗儒:《责任与伦理:违法审判责任的局限及补救》,载《社会科学研究》2016年第5期。

<sup>②</sup> 傅爱竹:《被缚的法官:规训的逻辑与法官绩效考核制度之反思》,载《研究生法学》2014年第4期。

<sup>③</sup> 林劲标:《广东完善法官绩效奖惩激励机制》,载《人民法院报》2009年11月2日。



换算审判、执行、行政保障、诉讼服务以及调研宣传等工作，在H法院的范围内执行价值尺度、流通手段、支付手段三项货币职能，可定义为准货币。在现实世界，“沐法币”是一种特殊商品，需要通过现实的案件审理进行兑换购买。1标准工作量=1考核分值=1沐法币，工作量越大，考核分值越多，沐法币也越多，购买力越强；反之亦然。如G法官审理了25件标准速裁案件，根据1件标准速裁案件=1标准工作量=1沐法币的兑换公式，G法官就可以兑换25沐法币。根据《绩效考核办法》规定某一市级荣誉价值20沐法币，G法官就可以用其手中的20沐法币购买该荣誉。

3. 案件基准，速裁衡量。由于案件难易程度的不同导致了案件工作量的不同，因此需要找准参照物，即基准值。H法院采用以法官审理案件的工作量为主要依据的法官绩效评价体系，是一种先对速裁案件审理的工作量进行时间统计，再将法官审理其他案件工作量与速裁案件的工作量进行对照，确定每起案件的具体工作量。这种方式的优点在于思路清晰、结构完整、计算简便，在法官审理案件工作量量化考核中有着独特的价值。之所以选取速裁案件作为参照物进行衡量案件的工作量，是因为：(1)速裁案件的“入口”和“出口”是确定的。“入口”是指速裁案件在立案环节就进行了繁简分程序，立案前，对适宜速裁的案件主动分流至速裁团队，立案后，在送达过程中发现的简易案件再次分流到速裁团队，对速裁前置甄别程序的查漏补缺。“出口”是指当速裁团队的收案数等于或超过标准库存数、超过30日未结，以及收案后发现不符合速裁条件的，案件由速裁团队流出，并通过智能分案系统流入到其他审判团队。(2)速裁案件的审理时间是相对确定的。速裁案件有明确的审理期限，且审理期限固定、不可变更，30天内未能审结的案件即转出进入随机分案程序。

4. 难易类型，分值体现。在确定了速裁案件的价值量后，即审结1标准速裁案件计1沐法币，其他各项工作和行为全部以此为参照，依据工作难度、工作量等指标赋予不同的权重分值。由于每个单位的案件受理数据、办案法官的工作效率等因素存在差异，故本文仅阐述比值兑换的方法，具体演算不再赘述。如选取近三年全院普通民事、商事、刑事、行政案件的案件受理总数、人均办案总数、每个专业案件的办案最高数，与速裁案件相对应的数值进行比值兑换，即可确定普通案件的价值量。H法院经过测算，1件标准速裁案件计1沐法币，1件民商事案件计3.5沐法币，1件刑事案件计7.5沐法币。同时，权重分值采用市场供求手法，适时调整。如劳动争议案件上诉率高，员额法官不愿办理该类案件，为避免该类案件无人办理，故权1件重劳动争议案件计5沐法币，高于普通民商事案件的3.5沐法币，充分调动其积极性。再如，交通事故责任纠纷案件简单易办而选择该类案件的法官较多，根据供求平衡关系，权重1件交通事故责任纠纷案件计2沐法币，低于普通民商事案件的3.5沐法币。

5. 积分计算，可加可减。在确定了案件的基础分值后，根据审判过程中的行为好坏进行加减积分制，并采取开放性原则。把所有考核要素分为应当项、激励项和抑制项三类：



应当项是团队必须完成的工作，完成按标准计分；激励项为鼓励团队开展的工作，完成要加分；抑制项为不允许团队做的事情，发生了要减分。比如，案件纵向提级变更审判团队的，案件计分实行逐次加倍给变更后的审判团队，同时减掉上一审判团队该案件 5 倍的分值。审判团队每增加或减少一名法官助理，案件得分即折减或者增加 30% 的比例；每增加或者减少一名书记员，案件得分即折减或增加 20% 的比例。<sup>①</sup>同时，设置一定的浮动分值，赋予院领导管理权重。再如，审理重大疑难复杂案件时，认为案件权重评估未能真实反映出其实际的工作量，需要增加一定的分值来弥补其付出的心血，就可以由团队负责人提出申请并报分管院领导审核，提交绩效评价委员会评定并公示。

6. 资源倾斜，六个挂钩。核结果不仅是“成绩单”，更是“体检单”，《绩效奖惩挂钩办法》将考核结果与员额进退、职级晋升、教育培训、考勤管理、荣誉表彰、绩效工资实行“六挂钩”，突出审判资源向高分团队流动，激励干警根据“体检结果”不断矫正、改进、提升工作行为，让想干事、能干事、干成事的干警脱颖而出，享有更多的获得感、荣誉感。<sup>②</sup>H 法院将省文明奖金 50% 作为激励性奖励，按照各团队或部门得分情况精准分配，另外 50% 则作为基础性奖励，年终平均分配，充分利用经济杠杆调动干警积极性，既避免了“吃大锅饭”的现象，又兼顾了效率与公平，有力激发了干警工作的积极性，推动全院工作整体趋稳向好。

## 结 语

随着新一轮司法改革的深入推进，落实法官队伍专业化、职业化建设要求，畅通员额法官进退渠道，强化人员分类管理，都对干警绩效考核提出了新要求，粗线条考核、统一考核、业务工作与行政工作混同考核的传统方式已经远远不能满足司法改革的要求。H 法院精准绩效评价体系以“沐法币”精准称重工作量为中心，对两类组织（审判团队、综合部门）、三类人员（员额法官、法官助理、司法行政人员）分类考核，更加注重办案数量、质量、效率、效果这些客观指标，最大限度地压缩了那些原则性、难以具体量化的事项，让评价结果更客观，更加让人信服。简单可用 48 个字概括为：考核分类，内部分级；币值称重，内部通兑；案件基准，速裁衡量；难易类型，分值体现；积分计算，可加可减；资源倾斜，六个挂钩。

（责任编辑：李宁）

<sup>①</sup> 王艳妮：《临沭法院出台审判团队绩效评价办法》，载 <http://10.30.73.3/news.asp?id=704>，2018 年 8 月 3 日访问。

<sup>②</sup> 王霞：《论我国法官荣誉制度的建构进路》，载《江汉论坛》2017 年第 12 期。



# 司法责任制下中基层法官退出机制的 审视与完善

杨富元 周明文\*

**内容摘要** 中基层法官退出机制是员额制司法改革配套措施的重要一环，也是司法责任制的重要内容，但实践中迟迟不能有效运作，出现了局部“休眠”。理性分析，虽然我国确立了包括中基层法官在内的员额退出机制，但这一规定仍较为原则化且适用性不强，这也是法官退出机制难以真正落地的原因。如何进一步充实中基层法官退出机制以发挥其制度价值，无疑是摆在我们面前的一项现实课题。当前中基层法官退出机制面临退出依据各自为政、退出事由界定模糊、组织机构地位尴尬、退出程序规范不足、退出安排设置失当等困境，若要走出困境，实现制度“激活”，需要从理论上对中基层法官退出机制进行厘清并找准定位，以退出机制的制度价值——公平正义再实现与司法权力和责任再平衡为切入点，将退出机制上升到司法改革大局与司法责任制落实的高度加以认知，以法定性、责任性、合理性三项原则为指导，重点在退出依据——规范与档案、组织机构——职责分工、启动事由——标准界定、退出程序——“决定”生成、评价期间——合理期限、退出安排——岗位选培等方面对中基层法官退出机制予以完善，以真正达到制度设计者的初衷，保障法官整体队伍素质，提升司法审判质效，最终实现公平正义与权责平衡。

**关键词** 司法责任制 中基层法官 退出机制 业绩评价

中图分类号：DF813 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)02-168-178

\* 杨富元，山东省淄博市中级人民法院法官助理；周明文，山东省淄博市中级人民法院法官助理。

## 引言

员额制实施后，如何确保法官队伍的精英化、专业化就成为司法改革制度的主攻方向。以司法责任制全面落实为契机，打造法官退出全新的机制路径，完善以法官审判责任为主要内容的司法责任制体系，方能保障司法产品的高质量供给。由于中基层法官是司法审判的主要力量，承办了全国绝大多数案件，见微知著，本文以S省Z市辖区法官为样本，<sup>①</sup>在实证分析基础上，对中基层法官退出机制作针对性研究。

### 一、现状：司法责任制下的中基层法官退出机制

#### （一）司法责任制加剧法官工作压力，造成职业溢出心理

S省Z市辖区内中基层法院共10家，入额法官约400人，35岁以下的年青法官比例不足15%。立案登记制施行后，Z市二级法院受案数量显著递增，法官的人均结案数大幅攀升。司法责任制规定出台后，司法责任的种类与追责更加细化，“倒逼”法官提高办案质量。在办案压力与司法责任“双重爆发”的背景下，薪酬待遇提升出现了边际弱化效应，许多Z市法院法官对职业前景产生“溢出心理”。

对于工作待遇比较满意，愿意长期坚守的法官人数仅占样本对象的四分之一，近半数法官因工作责任压力，有通过合理机制退出员额的意愿，剩余33%的法官虽愿继续从事审判工作或不发表意见，但他们对法官身份的热忱在降低。如果再考虑司法责任制的因素，Z市法院过半数中基层法官对司法责任制持负面态度。既然如此，就应充分考虑司法责任制对办案的现实压力，设置法官退出机制，在出现相应退出事由时，保障法官体面退出，满足员额动态管理需要。

#### （二）中基层法官退出机制不畅，出现制度困局

因司法改革的成本性与严肃性，法官一旦入额，无法轻易退出，对有责任压力的法官而言，员额身份既是个人奋斗结果，也体现了组织关怀。若依法官个人意愿放任退出，会形成负面效应，造成司法质效下降与审判资源浪费，背离司法改革的初衷。如表1所示，Z市法院系统良性的法官退出机制尚未建立。首先，中基层法官退出依据、组织机构、退出程序尚在摸索；其次，中基层法官退出的惩戒、问责事由体系不健全，除违法审判等明确惩戒情形外，对法官是否适任不能作有效甄别，实际上Z市

<sup>①</sup> 以S省Z市两级法院的120位员额法官的问卷调查、单独面访情况为研究样本，主要考察他们在司法责任制下对法官退出机制的看法、态度。



法院 2018 年具有错案追责与惩戒情形的法官高达 50 余人，但仅有 6 人退出，这说明退出机制还无法高效提升法官队伍整体素质；再次，业绩懈怠的中基层法官没有合理的退出机制，日常工作中其业绩下滑触碰“退出红线”时，无法有效规制；最后，对有意愿主动退出的中基层法官，也无规范的退出流程可供其借鉴，为自身权益考虑，还是保有员额身份较为妥当。

表 1 :2018 年 Z 市法院法官意愿退出与实际退出情况汇总

类型	特点	人数	比例	
意愿退出	政策允许，愿意尽快退出员额	18	64.29%	
实际退出	错案	因案件出现错误，由考评委员会责令退出	2	7.14%
	惩戒	因违法审判，由惩戒委剥夺法官资格	4	14.29%
	回避	因配偶从事律师工作，主动申请退出	3	10.71%
	患病	因身体患有重疾，主动申请退出	1	3.57%

由此可见，Z 市法官退出机制的不健全，导致愿意退出的法官无法腾出审判岗位，再加之部分工作懈怠的法官利用制度漏洞拒不退出，这势必将优秀的法官助理挡在额外，影响了司法审判质效，形成了中基层法官退出机制的制度困局。

## 二、审视：中基层法官退出机制的困局剖析

法官员额数量虽有“地方各级人民法院法官员额，在省、自治区、直辖市内实行总量控制，动态管理”<sup>①</sup>的立法表述，但仅系原则性规定，加之实践中的利益掣肘，直接导致中基层法官退出机制难以落地，背离制度设计的初衷。

### （一）退出依据——各自为政

目前，法官退出机制仅零散规定在《最高院司法责任制的意见》（以下简称《责任意见》）《关于建立法官、检察官惩戒制度的意见》（以下简称《惩戒意见》）等政策性文件中，并无国家层面统一规范。实践中，中基层法官退出也多由各地自行规定调整。北京、山西等地的退出机制，内容虽大同小异，但程序设计繁简不一，徒增制度困扰。此外，这种欠缺统一范式的放权模式，会在机制运行中留有寻租空间，滋生内部腐败，影响退出机制的公信力。

### （二）退出事由——界定模糊

法官惩戒事由采逐项列举加兜底条款的立法例，缺乏核心定位，内容过于广泛具体。若法律没有明文规定，兜底条款的界定十分重要，而目前兜底条款对不良司法行

<sup>①</sup>《人民法院组织法（修订草案）》第 50 条。

为的界定十分模糊。如《法官法》第32条规定的“其他违法乱纪的行为”就不具有很强的适用性<sup>①</sup>，因为某些不当行为不能成为惩戒事由，作为惩戒主要事由的错案追究，因无权威认定机构以及错案的要件构成存在争议，实践中难以把握，实际上无法作为中基层法官退出的事由；中基层法官业绩评价指标设置不科学，数据存在“失真”问题，没有日常的业绩警醒机制，且办案效果的社会反馈不足；对中基层法官退出的特殊事由研究不足，没有明确标准，决定时审查不严，容易成为推卸司法责任，脱离办案一线的借口。

### （三）组织机构——地位尴尬

实践中，中基层法院内部的法官考评委员会负责法官退出的相应事宜，这种同体内部模式有便捷、高效完成退出人事案的优点。但考评委员及其办公室工作人员多由法院领导、政工人员兼任，他们与中基层法官存在长期的同事情谊，必然会对考评工作造成人情干扰，加剧法官“退而不出”的运行困境。某些中基层院庭长既是法官，又是考评委员，“双重身份”的存在不利于其考评职责的履行。法官惩戒委员会仅在省一级成立，一般被动接受法官惩戒申请与作出惩戒决定，受其职责与人员配备所限，无暇直接对中基层法官的失职行为进行包括退额在内的司法惩处。

### （四）退出程序——规范不足

中基层法官的退出救济程序不到位，法官退出时陈述、答辩、申诉、提交材料等方面权利缺失，法官考评委员会作出退出决定后，当事法官没有以复核程序为主的明确权利救济渠道，容易使拟退出法官以网络发帖、信访等过激手段维护自身权益。

中基层法官退出程序尚未健全，错案启动、惩戒问责、业绩训诫与绩效应用等流程节点均未有效建立，人事管理部门与法官考评委等组织机构的事项配置亦未理顺，以临时分工为主，“程序所生成的实体结论说服力与公信力不足”。<sup>②</sup>

中基层法官退出未有明确的期间规定，会造成法官退出人事案的过度拖延，鉴于退出对法官的惩戒性质，时效规定不仅在于让法官退出机制真正落到实处，更让当事法官在处理期限上有可预见性，降低其心理压力，保障审查期间的正常工作开展。《责任意见》虽规定退出是法官承担司法责任的方式，并由人事部门比照干部管理的权限与程序处理，但考虑到法官退出的特殊性，直接设定合理期间更为适宜。

### （五）退出安排——设置失当

中基层法官退出员额的嗣后安排属于法官职业保障内容之一，各地退出制度设计时却无相应安排。依据法官退出的事由不同，应进行相应的模块化路径探索。理论上，

<sup>①</sup> 侯学宾：《法官惩戒制度的“中国式”难题及其破解》，载《法律适用》2017年第7期。

<sup>②</sup> 苏泽林主编：《法官职业化建设指导与研究》2003年第2辑，人民法院出版社2003年版，第324页。



因错案或惩戒退出的法官，一般不适宜继续留在审判岗位工作，但实践中仍然从事审判承办案件的情形为数不少；也有因身体原因暂时退出后又愿继续从事审判的干警，却被调往司法行政或后勤岗位。上述退出安排，有的违背司法责任制，有的造成审判资源浪费，显属不当。

### 三、探讨：中基层法官退出机制的理性思辨

中基层法官退出机制在司法改革中虽然处于“休眠”状态，但制度困境的深层根源往往是理论认知的不足。故应从法理上对退出机制予以厘清并找准定位，发现激活退出机制的切入点，方能为制度体系的完善与应用打下基础。

#### （一）退出机制的制度价值

价值判断是中基层法官退出机制的法理基础，提供了制度研究的前提方向。<sup>①</sup>退出机制虽有多层价值，但相关研究多从功能角度进行阐述论证，例如优化审判资源来确保队伍素质和提升司法质效等。这种论证只是退出机制的外观表征，其法理基础应是司法机制的内在正当性，可总结为公平正义的再次实现与司法责任的再次平衡。

##### 1. 公平正义再实现

中基层法官位于审判一线，对司法的公正起着决定性作用。无论是法官主动抑或被动退出，其退出事由与过程均会造成法官工作心理的波动，影响案件的审理，危及“确保人民群众在每一个案件中都能感受到公平正义”司法目标的实现。故中基层法官退出机制可视为公平正义再实现的一种间接保障制度，从相关理论看：（1）人力资源是实现组织宗旨的重要手段，对组织实现目标没有帮助的成员应当排除在外，以利于组织的吐故纳新；（2）依据“责任自负”原理，本职工作出现瑕疵或失误的法官，应当承担相应的司法责任。因此，中基层法官退出机制表面上是法官员额动态管理的手段，而实质上是通过人员调整来提高审判质效，确保公平正义的再实现。

##### 2. 责任再平衡

“完善司法责任制是司法活动获得正当性的前提”。<sup>②</sup>因员额初次选拔的瑕疵与制度疏漏，部分“懒法官”<sup>③</sup>得以入额，占据审判岗位。他们除将大部分事务性工作委于法官助理外，开庭、调查、撰写文书等法官本职也是敷衍了事，使得裁判文书质量显

<sup>①</sup> 莫纪宏：《论我国司法管理体制改革的正当性前提及方向》，载《法律科学（西北政法学报）》2015年第11期。

<sup>②</sup> 刘亚宁：《完善司法责任制的价值分析与制度构建》，载《山东审判》2015年第1期。

<sup>③</sup> “懒法官”是指对属于自己职责的事项不作为或不积极作为的一类法官。实际工作中，主要有文书撰写“复制粘贴”“签字画押”、承办案件“散漫拖延”“不求甚解”等表现形式。参见岳文可：《员额制改革背景下“懒法官”问题的对策研究》，载《法制与经济》2016年第3期。

著下降，事实认定与法律适用经常出现错误。中基层“懒法官”这种工作业绩与薪酬礼遇倒挂的现象，由于司法责任制的健全，目前惩处机制难以发挥功效。故而以一定程序开启问责，将不适任的法官排除在员额之外，确保法官司法权力、待遇与责任再次平衡，是中基层法官退出机制的应有之义。其实质是权责失衡 责任追究 法官退出（承担责任） 责任再平衡的过程。中基层的法官退出机制旨在通过一系列的程序运作来纠正司法改革前期的权责失衡，实现司法权力与责任的再平衡。

## （二）退出机制在司法改革中的谱系定位

### 1. 现实定位：中基层法官退出机制的次改革性

法官退出机制是司法改革的一个环节，具有鲜明的次改革性，即法官退出是为保障员额制的更好运作而存在的制度，是司改配套措施之一，其与员额制的融合程度决定着机制的成败。体现在：（1）改革内容上，法官退出机制依附于员额制，如退出的标准、人数、程序均应符合员额制的运作要求；（2）改革进程上，法官退出机制应随着员额制的深入而展开，不可改革顺序倒置，过分超前反而会给予员额制运作造成困扰。改革前我国法官资格的授予是审批型，并无退出机制发挥空间，员额制的出现为法官退出机制的完善提供了历史机遇。另从中央司改文件的精神可知，中基层法官退出机制会是员额动态调整的重要环节，能释放可观的岗位“存量”。

### 2. 深层定位：中基层法官退出机制的司法责任性

“司法责任制改革是我们全面深化司法体制改革的‘牛鼻子’”，<sup>①</sup>退出员额是法官承担司法责任制的形式之一。因此，中基层法官退出机制就必然带有司法责任制的属性，法官在享有尊荣感与行使司法权的同时，应对办案中出现的严重问题承担相应的司法责任，包括退出员额。完善司法责任制，就要建立包括法官退出在内的司法问责机制。如刑事审判领域，以三项规程为核心的庭审实质化运动就是司法责任制的具体压实。除刑事处罚与剥夺公职导致法官身份丧失外，单纯的员额退出也会对中基层法官的职业利益造成重大影响，故而其启动应慎之又慎。

## （三）退出机制的指导原则

由制度价值与谱系定位的分析可知，中基层法官退出机制的实践落地，除需要法理探讨外，还应将其置于全面推进司法改革的宏观背景下，从司法责任制等司法体制完善的高度，来建构中基层的法官退出机制。一言蔽之，中基层的法官退出应坚持公平正义和权责平衡两大制度取向，具体运作时，要依据法定性、责任性、合理性这三项指导原则不断完善：1. 法定性原则。“非因法定事由，非经法定程序，法官依法履

<sup>①</sup> 徐隽：《知难而进，扭住司改“牛鼻子”》，载《人民日报》2016年7月21日。



职行为不受追究”，<sup>①</sup>说明中基层法官退出的事由与程序均要有法条明文规定，具有规范操作性，不能随意启动退出机制。2. 责任性原则。法官退出应是因违反国家法律、审判纪律、职业道德需负一定司法责任的退出，即便法官是因自身原因或职务变动而申请退出，也蕴含着其无法正当履职的责任后果。3. 合理性原则。因法官退出机制是对法官职业权益的合法剥夺，因此退出的实体、程序性规定应当合理确保机制的公信力，对退出事由则坚持主客观相结合的标准认定，并查找或判断有无免责、减责事由的存在。

#### 四、完善：中基层法官退出机制的具体进路

为真正“激活”中基层法官退出机制进而实现公平正义与权责平衡，应当以法治为根本原则，并在法定性、责任性、合理性三项原则指导下对中基层法官退出机制加以完善。重点在于退出依据、组织机构、启动事由、退出程序、评价期间、退出安排这六个方面。

##### （一）退出依据——厘定统一规范与制作业绩档案

1. 规范厘定。中基层法官的退出各地作法不一，规则的普适性不强，针对这一特点，结合司法责任制的具体责任形态，最高院或省级高院应当尽快出台全国或区域性的统一规范文本，填补机制漏洞，发挥退出机制的价值。又因退出机制的次改革性，故出台的条款内容不宜细分和穷尽，仅需作简单、准确指引，确定负责部门，形成一定的框架协议即可。<sup>②</sup>详见表2：

表2：中基层法官退出条例（办法）

指导原则	法治原则与合法性、责任性、合理性原则
适用对象	员额法官
事由	业绩不达标、错案追究、司法惩戒等被动事由；岗位变动、自身原因等主动事由
程序	提起（申请）、审查、决定、复核、送达等
免责事由	怀孕、重疾等自身原因；案件复杂、认定困难、认知水平等客观原因
保障程序	法官享有陈述、答辩、复核、申诉等方面程序权力
机构职责	法官考评委员会及其内设办公室、法官惩戒委员会的职责分工
协调配合	法官考评委员会与人大、政协、政法委、纪检监察、组织等部门的工作衔接
退出保障	法官退出后的岗位选择与职业培训保障

2. 业绩档案。中基层法官的业绩档案是法官考评委作出决定的关键文本。“各级

<sup>①</sup> 《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》第3条。

<sup>②</sup> 张晓冉：《中国法官退出机制研究》，载《广东社会科学》2016年第3期。



人民法院应当成立法官考评委员会，建立法官业绩评价体系和业绩档案。”<sup>①</sup> 业绩档案应包括“个人情况”“审判实绩”“司法政务”“社会效果”等项目。个人情况是法官的基本履历等信息；审判实绩是从办公系统提取的各项考核数据；司法政务是除审判之外内勤、调研、法宣等工作事项；社会效果是承办案件的社会反馈，如是否引发群体事件、是否激发社会矛盾等。业绩档案的生成应符合实时化、及时化、自动化的要求。

## （二）组织机构——职责内容分工明确

法官考评委员会及下设办公室与法官惩戒委员会是中基层法官退出机制的主要组织机构，法官考评委员会与其办公室均设置在各级法院内部，考评委员的来源有两部分，院内部分由院领导、法官代表、司法行政部门负责人组成；院外部分由法律界人士构成，如学者、律师、检察官、法工委人员等。法官惩戒委员会在国家和省一级成立，主要由人大代表、政协委员、法学家、法官代表组成，负责辖区内法官的惩戒事宜。因中基层法官退出事由问责性居多，故应重点厘清法官考评委员会与其办公室的职责。

考评委职责包括：制定本院业绩评价指标体系、指导部门考评事务、听取考评汇报、研究具体问题；对争议考评结果进行裁决；对法官的退出与否作最终决定；对复核申请以书面形式进行回应。

考评委办公室职责包括：接受考评委的管理、指导；制定、修正考评指标参数，并报考评委审议实施；负责考评事务性工作；指导业绩档案的填写并作好保存备份；定期汇总考评数据，发布业绩通报，提醒触碰“退出红线”的法官；汇总考评工作问题，向考评委汇报。

## （三）启动事由——退出标准的合理界定

中基层法官退出应有合理的启动标准，实践中，一般分为绝对事由（错案或惩戒）相对事由（业绩）、特殊情形（申请）三种。

1. 错案退出。所谓“错案”，是指主观上法官有过错，客观上裁判结果被改判或重审的案件。错案认定与法官惩戒机制紧密联系，是导致法官退出的事由之一。当然，应依据法定原则妥处错案责任与法官职业保障、司法惩戒的关系，一则可保障法官行使职权的独立性；二则可约束法官的履职行为。

违法惩戒，是依据《惩戒意见》的精神，对员额法官在审判工作中违反法律法规或有渎职行为的，依照惩戒规范予以处理。包括责令辞职、辞退等内容；违反审判职责涉嫌犯罪的，应依法移送司法机关处理，若最终需免去法官职务的，按干部管理权限与流程办理。

2. 业绩评价。由内部考评与外部反馈构成，内部考评坚持客观为主的全面评测原

<sup>①</sup> 《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》第21条。



则,<sup>①</sup>中基层法官退出也是绩效结果运用的方式,但两者在目的、功能等方面差异明显,绩效指标不能直接作为退出依据。实践中,S省Z市法院以办案指标(50%)为主,结合“质量指标(20%)/效率指标(15%)/效果指标(15%)”,综合判定法官工作达标率。

为提高法官对内部考评结果的认可度,指标数据可由第三方从办公系统中直接提取生成。退出机制启动以综合与分项成绩来判定,成绩在85分以上且分项指标均达70分的为满意;成绩介于70—85分且分项指标均达60分的为一般;若成绩在70分以下且分项指标有两项不合格,应当认定法官触碰“退出红线”。同时,为防止“突击结案”冲高业绩的考核漏洞。管理者平时也要勤于业绩督导,确保结案数量的季度均衡,并应对法官指标动态运行、工作进展度、实际司法效果加以实时研判。<sup>②</sup>

外部反馈主要是对办案社会效果的评价采集,考评工作人员可以问卷调查、电话访谈等形式,向人大代表、政协委员、政府与政法委工作人员、律师群体、人民群众等进行意见征询,全面了解法官的社会风评。同时,梳理纪检监察部门的问题反馈与线索,并与社会评价相结合,以得出尽量客观的法官社会评价考核结果。<sup>③</sup>

3. 申请退出。说明一点,不论是人员调动或部门轮岗等外界因素,还是年龄、健康、家庭等自身原因,申请退出是法官人事管理的重要内容。该类情形一般由人事部门依权限与流程处理,并报本院法官考评委员会备案即可,但特定情况下仍应由考评委作出是否准许退出的决定,具体情形下文详述。

#### (四) 退出程序——以退出“决定”的规范生成为方向

1. 错案问责的退出程序。首先,问责流程合理。中基层法官承办的案件出现发回或改判等问题时,其应先提交自评报告,再依据案件性质由专门法官会议对案件的事实认定、法律适用进行讨论并形成评价意见,供法官考评委员会在是否作出“责令退出”决定时进行参考;其次,程序保障到位。中基层法官的自评报告与法官会议评价相悖时,其可向法官考评委提起申诉,并有陈述事实和理由的权利。经考评委准许,法官会议需专门对当事法官主张的理由与事实进行解释说明,供考评委作出相应决定时参考;最后,责任后果明确。中基层法官在一个司法年度内被认定五件错案或三个司法年度内累计被认定十件错案的,法官考评委员会应作出“责令退出”的决定,因决定的问责性,应给予法官一次复核机会。

另外,对于因违法而应受惩戒的中基层法官,若其被省级惩戒委员会依法剥夺法

<sup>①</sup> 蒋昌进:《三穗——员额制法官退出机制激发改革活力》,载《人民法院报》2017年9月28日。

<sup>②</sup> 北京市二中院课题组:《司法改革背景下法官绩效考评机制研究》,载《中国应用法学》2018年第3期。

<sup>③</sup> 苏泽林主编:《法官职业化建设指导与研究》2003年第2辑,人民法院出版社2003年版,第167页。

官身份，则无需再由本院考评委另行决定。但法官对退出后续事项有异议时，仍应由考评委进行裁决，同时，对有错案但达不到启动退出机制的法官，可由审管、监察部门按性质进行惩处，如扣减绩效、通报批评等，作为退出机制的补充。

2. 业绩不达标的退出程序。如前文所述，年终时中基层法官的内部业绩考评指标触碰“退出红线”时，可由人事部门依法向法官考评委员会汇报，供其研究。在一个司法统计年度内，将年度指标分解为季度考核项目，连续二个季度指标较低（60分以下）的法官，可主动提交情况说明，并由法官考评委员会进行诫勉谈话。当事法官连续三个季度业绩不达标，视为触碰“退出红线”，其应当向考评委进行书面工作汇报，陈述免责事由，供法官考评委员会在作出是否“责令退出”决定时参考。退出决定一旦作出，法官可申请复核一次。

值得注意，因为考核结果的直观性与概括性，固化的考核指标经常出现数据“失真”，不能反映法官的工作实绩。<sup>①</sup>因此，对承担课题调研、新闻宣传等司法行政事务的中基层法官，除采交替法予以工作合理安排外，法官考评委员会还应将相关的工作业绩纳入评价体系。即按一定比例折算审判业务与行政事务的分值，此时还低于60分的法官，应由考评委作出“责令退出”的决定，决定可由法官向考评委申请复核一次。

外部反馈结果的主观性较强，不宜直接作为退出依据，但应注重其参考价值。可作如下流程处理：对具体案件中的违法行为线索或指控，应由考评办工作人员进行全面核实，以“优”“良”“合格”“不合格”的标准评定，连续三年“不合格”法官，应向考评委提出正式报告，说明其工作态度、事实认定、裁判适用方面情况，<sup>②</sup>供法官考评委员会作出“责令退出”决定时参考，法官可对该决定申请复核一次。

3. 主动申请退出程序。在特定情况下，仍需法官考评委员会批准，一般有（1）身体、健康、家庭等原因无法胜任的法官申请退出时，可由考评办公室在情况调查、收集资料后报法官考评委员会讨论，供其在作出是否“准许退出”决定时参考，决定可由申请法官向考评委提起复核一次。（2）主动辞职、调离法官的退出申请，因审判队伍稳定性至关重要，关乎司法改革的社会效果，故此类法官应服务完基本的工作年限（通常为五年），期满后方可辞职调离。法官先递交申请，由考评办人员就服务年限、涉密情况进行审核，报法官考评委员会决定。条件成就的，可由法官考评委员会作出“准予退出”决定，方便其办理离职手续；未获批准的，申请法官有向考评委提起复核的权利一次。（3）有需回避情形时的处理。当中基层法官存在配偶是律师或有其他需回

<sup>①</sup> 胡云腾主编：《法院改革与民商事审判问题研究——全国法院第29届学术讨论会获奖论文集》，人民法院出版社2018年版，第223页。

<sup>②</sup> 胡云腾主编：《法院改革与民商事审判问题研究——全国法院第29届学术讨论会获奖论文集》，人民法院出版社2018年版，第126页。



避情形时，应主动提出申请退出，并由人事部门按程序和权限处理，若人事部门认为不构成回避，当事法官执意退出的，应由法官考评委员会进行裁决。对应退出而拒不申请的法官，一经发现，应由考评办公室报请法官考评委员会作出“责令退出”决定，并允许法官复核一次。

#### （五）评价期间——兼顾工作以半年为宜

中基层法官的退出机制应设定合理的评价期间，既要考虑法官队伍的稳定以确保审判质效，又要顾及退出机制运作所需的调查、分析等程序性事项损耗时间。因法官惩戒采同体模式的缘故，评价期间也不宜简单套用民事争议、行政复议等民事、行政时效期间，以尊重中基层法官退出机制的运行特点与司法规律。从域外法官的退出机制看，评价期间的时限设置广泛，从半年至五年不等。<sup>①</sup>通盘考量，我国中基层法官退出机制的评价期间应设定在半年内为宜，即在当前法官员额较少、结案压力较重的情况下，对主动申请或触碰“退出红线”的中基层法官，法官考评委员会应当在半年内作出是否“允许退出”或“责令退出”的决定。将来退出事由的认定标准更加完善时，退出个案可采弹性的评价期间，即对无争议的退出事由，适用更短的评价期间；对争议较大的退出事由，则适当延长作出决定的评价期间。

#### （六）退出安排——后续岗位的选择与培训

中基层法官退出员额并不意味着机制的终结，尤其是业绩不达标但仍愿再次入额的法官，后续的岗位安排决定着其职业生涯的走向。对因违法审判、违纪问题而永久丧失资格的法官，可在尊重个人意愿与单位实际的前提下，安排其转岗为法官助理或司法行政人员，并进行相应管理，实现“人岗匹配”。对因业绩不达标或身体原因暂时退出的法官，应优先转为限权式法官助理，让其继续在司法一线工作，积蓄审判经验，强化业务能力，为其再次入额创造条件。人事部门应帮助退出的中基层法官进行相应的职业规划，并开展适当的业务能力培训，以提升他们的辅助质效。对确实不愿意继续从事审判工作的法官，应当安排其到司法行政或后勤岗位工作。

（责任编辑：王文斌）

<sup>①</sup> 向雪宁：《德国法官惩戒制度的理论基础与制度特征》，载《中南民族大学学报》2018年第2期。

# 审判委员会审判经验总结的范式建构

——以议案方式的改进为视角

徐振华 王星光\*

**内容摘要** 审判委员会审判经验的总结从议题的提出与确定、议论的形式、直至议论结果的形成均不同于司法个案的讨论，由此决定了改革后的审判委员会议案方式亦不能沿用以前的讨论形式。讨论作为我国法院审判委员会研究司法个案的主要方式，不仅在制度层面与表决等其他程序的关系模糊，而且在实践中呈现出随意、无序和偏离议题等弊端，不利于民主集中制下的共识达成，无法满足审判委员会审判经验总结的现实要求。辩论制议案方式的相关规则不仅与审判委员会各阶段的目标任务相互吻合，而且也与我国审判委员会坚持的民主集中制原则相匹配。需要通过限定审判委员会的辩论议题范围、规范辩论准备程序、明确辩论程序及规则等途径，完成审判委员会议案方式由讨论到辩论的理性转变，实现审判委员会的工作重心从司法个案讨论到辩论共识达成后的审判经验总结的改革目的。

**关键词** 审判委员会 审判经验总结 议案方式 讨论 辩论

中图分类号：DF813 文献标识码：A 文章编号：1674-3156(2019)02-179-188

《最高人民法院第四个五年改革纲要》(以下简称《四五改革纲要》)明确提出“改革审判委员会工作机制，合理定位审判委员会职能，强化审判委员会总结审判经验、讨论决定审判工作重大事项的宏观指导职能”<sup>①</sup>，此与我国审判委员会(以下简称审委会)一直以来以讨论解决具体个案的司法裁判工作重心明显不同。由此，审委会之前已经形成并运行多年的以司法个案解决为目标的议案规则——讨论——已不能满足当前的司法改革需求，需要探寻新的议案形式，重塑审委会的议事规则。

\* 徐振华，江苏省无锡市中级人民法院审判委员会专职委员，三级高级法官；王星光，江苏省无锡市中级人民法院法官助理。



## 一、审判委员会议案方式的现实与困境

审委会制度作为中国特色的项审判制度，在制度的产生和逐步完善过程中，历来以讨论作为其议案的主要方式，导致实践中至少出现两方面的困境：一是制度层面，各类规范性文件对审委会议案方式的规定并不一致，容易产生制度冲突；二是实践层面，讨论的议案方式呈现随意、无序和偏离议题的样态，容易使讨论泛化，难以汇聚共识，不利于审判经验的总结。

### （一）审判委员会议案方式的制度性规定并不统一

自1999年《人民法院第一个五年改革纲要》颁布至今，所有适用于全国各级法院的审委会改革事项的规范性文件中关于审委会议案方式的表述并不完全一致（如表一）<sup>①</sup>。由此，我们不得不需要研究的首要问题是：讨论与表决之间到底是何种逻辑关系？讨论是否是审委会议案的法定或者当然形式？

表一：关于人民法院审判委员会改革事项及议案范围和方式的历次规定

序列	发布 (适用)时间	文件名称	审判委员会改革事项及议案范围	议案方式
1	1999-2003	人民法院第一个五年改革纲要	只讨论合议庭提请院长提交的少数重大、疑难、复杂案件的法律适用问题，总结审判经验。	讨论
2	2004-2008	人民法院第二个五年改革纲要	改革审判委员会审理案件的程序和方式，将审判委员会的活动由会议制改为审理制；改革审判委员会的表决机制。	改革表决机制
3	2009-2013	人民法院第三个五年改革纲要	完善审判委员会讨论案件的范围和程序，规范审判委员会的职责和管理工作。	讨论
4	2010	最高人民法院《关于改革和完善人民法院审判委员会制度的实施意见》	审判委员会讨论案件按照听取汇报、询问、发表意见、表决的顺序进行。审判委员会应当充分、全面地对案件进行讨论，各委员应当客观、公正、独立、平等地发表意见。审判委员会委员发表意见后，主持人应当归纳委员的意见，按多数意见拟出决议，付诸表决。	讨论表决
5	2014-2018	人民法院第四个五年改革纲要	建立审判委员会讨论事项的先行过滤机制，规范审判委员会讨论案件的范围。除法律规定的情形和重大复杂案件外，审判委员会主要讨论案件的法律适用问题。	讨论
6	2015	最高人民法院《关于完善人民法院司法责任制的若干意见》	审判委员会只讨论某些重大复杂案件及其法律适用问题。审判委员会委员讨论案件时应当充分发表意见，按照法官等级由低到高确定表决顺序，主持人最后表决。	讨论表决

根据表一所示，讨论与表决之间的关系至少存在两种可能：一是讨论包含表决。如规范性文件1、3、5仅表述为讨论，但审委会不论是讨论法律适用问题还是案件事实问题，最终均应当作出一定的决议（即结论）。因此，此处的讨论当然包含表决的事项。二是讨论不包含表决。如规范性文件4、6不仅表述了讨论，而且将表决程序单独加以明确，此时的讨论自不包含表决的事项，表决是讨论的后续程序。

<sup>①</sup> 1993年8月公布的《最高人民法院审判委员会工作规则》（法发〔1993〕23号）仅适用于最高人民法院，故不作为本文研究的范畴。

正因为前述规范性文件所规定的议案形式之间存在不一致性，我们有理由相信：讨论并非审委会议案的当然形式。当讨论呈现出下文所描述的样态和困境时，证明该种议案形式已经不能适应审委会议案改革的基本要求。此时，我们应当转换视角，对审委会议案方式进行理性改造，以适应司法改革的总体要求。

## （二）审判委员会议案方式呈现随意、无序和偏离议题的司法样态

我们通过观察 W 市中级人民法院审委会近三年来讨论个案的情形，尤其是一些疑难复杂案件的讨论，发现审委会议案基本呈现出三种司法样态。

1. 讨论与表决的程序选择往往呈现随意状态。如前所述，讨论与表决之间的关系在当前的规范性文件中并不统一。故在审委会的实际运行中，有的案件经过了充分讨论，有的案件则略过讨论环节直接表决，讨论或表决的程序选择呈现出随意性样态。特别是在专业性较强的案件中，不同专业背景的审委会委员在讨论和表决间的选择上往往呈现出较大的随意性。<sup>①</sup>这是因为，一方面，主审法官、庭长和分管院长通常会就案件情况、影响裁判的各种因素介绍得比较详尽；另一方面，不具有本专业审判背景的委员不会轻易发言——不专业的发言恰恰会暴露其在相关领域的专业知识欠缺，使自己在同行中没有面子。另外，单就表决程序而言，非专业委员在是否受个体心理或个别专业委员——特别是专业权威型委员影响方面也会呈现出一定的随意性。

2. 发言的次序往往呈现无序状态。审委会议案过程作为一项规范而严肃的会议程序，本应严格按照相关流程进行，防止因违反流程影响实质的判断和决议的作出。但是，现有相关规范性文件有的并未对发言顺序作出明确规定，有的规定之间存在明显的不协调性。例如，1993年8月公布的《最高人民法院审判委员会工作规则》仅规定“审判委员会对议题应当展开充分讨论”，并未规定讨论（或者表决）的顺序。前述规范性文件4规定审委会委员“发表意见”后，主持人最后发表意见；规范性文件6规定审委会委员“表决”的顺序从低等级法官到高等级法官，主持人最后表决。虽然都对审委会议案顺序作了规定，但先后所限定的方式不尽相同，其中的规范性文件4限定的是发言，规范性文件6限定的又是表决。而讨论与表决的随意性选择，导致法官等级较低的委员一般不会轻易先发言，特别是社会关注度较高的案件，主持人通常会在讨论前先明确本案的利害关系，有的甚至还会将自己的意见或者其他机关和部门的意见先行表露。<sup>②</sup>此种情形下，委员们所谓的讨论基本不是按照法官等级由低到高依次发言，有的为了迎合主持人的意见积极主动抢先发言，会议往往呈现同意主持人意见的一边倒倾向，出现群体极化。

<sup>①</sup> 参加李雨峰：《司法过程的政治约束——我国基层人民法院审判委员会运行研究》，载《法学家》2015年第1期。

<sup>②</sup> 参见李雨峰：《司法过程的政治约束——我国基层人民法院审判委员会运行研究》，载《法学家》2015年第1期。



3. 讨论往往背离议题，呈现偏离状态。虽然审委会讨论案件范围过于宽泛早已引起社会各界广泛关注，前述规范性文件6也已将逐步限缩审委会会议案范围作为制度改革的方向。<sup>①</sup>但是，审委会应当如何围绕提交讨论的议题展开，尚无明确的限制性规定，极易出现讨论背离议题的情况。例如，审委会委员是否必须严格按照合议庭提出的不同意见进行讨论，还是可以围绕法律适用方面提出合议庭之外的意见，等等。实践中经常出现的情形是，不同业务部门从自身立场出发，对疑难型和压力型案件提出案件之外的处理思路，尽量避免给自己部门造成负担，从而使讨论的内容偏离了议题本身。例如，审判、执行、信访等部门的委员，不是针对议题提出处理意见，而是基于本部门的工作便利考量，经常提出不同的意见。

### （三）审判委员会会议案方式的困境透视

审委会讨论的结果应当是得出一个切实可行且具有指导性的决议，但随意、无序和偏离议题的讨论难以体现智识的价值，有违民主集中制的原则。这是因为：

1. 随意式的讨论容易激发群体思维，忽视不同意见的表达。群体思维的概念最早由Janis于1971年提出，是指群体中的成员为了得出同一的意见或者结论，往往以多数人的意见阻碍少数人的意见表达，影响群体决策的质量。<sup>②</sup>如前所述，审委会在讨论的随意性方面表现为，不具有本专业审判背景的委员由于种种原因而较少发言，或者因受专业委员的影响而经常以同意合议庭（多数）意见的方式代替自己的独立思考 and 自由意见的表达，正所谓“聚集成群的人，他们的感情和思想全都采取同一个方向，他们自觉的个性消失了，形成了一种集体心理。”<sup>③</sup>

2. 无序式的讨论容易引致群体极化，易让群体决策走向极端。群体极化的概念最早由James Stoner于1961年提出，是指群体在长期的合作中形成了比较固定的决策组织，如此便会形成某个享有一定地位和声望的核心人物，该人物在群体决策过程中可能会抑制其他成员的意见表达，降低成员的创造力，甚至让群体在决策时易于走向极端，向更加冒险的方向转移。<sup>④</sup>此时，群体做出的决策往往比个体做出的判断更加极端化。如前所述，当讨论处于无序状态时，比较强势的分管领导或者业务庭长对其他委员日积月累所形成的潜在影响便会转化成一定的领导或专业权威，其如果违背发言次序抢先发言，必将影响其他委员意见的表达。

3. 偏离议题式的讨论容易导致讨论泛化，难以形成共识。审委会会议案的目的在于集思广议，汇聚各委员的智慧解决司法实践中的难题。但根据维克托尼的情景理性理

<sup>①</sup> 参见庞景玉、成延洲《对审判委员会运行三种模式的分析》载《人民司法》2015年第7期；夏孟宣、胡苗玲：《司改背景下审判委员会职能合理定位的路径选择》，载《法律适用》2015年第11期。

<sup>②</sup> Janis I.L.Croupthink, Psychology Today,1971, ( November ), pp.4-46,74-76.

<sup>③</sup> [法]古斯塔夫·勒庞：《乌合之众》，冯克利译，中央编译出版社2005年版，第3页。

<sup>④</sup> [美]R巴伦、D伯恩《社会心理学》，黄敏儿等译，华东师范大学出版社2004年版，第647-648页。



论，审委会委员的讨论及方案的选择也必然受到嵌入于制度环境的成本与收益计算的影响。<sup>①</sup>因此，当审委会的运行受到行政的、人情的和民情的压力以及以各种不同的程序正义之外的权力形式的影响时，各委员议案的目标便不仅仅停留在议题本身的解决，而是希望通过自己的发言影响审委会作出对自身工作更为有利的决议，此时的讨论就会偏离议题本身。<sup>②</sup>如前述审判部门、执行部门、接访部门委员的发言就会不自觉地朝有利于本部门工作的方向引导，不仅相互之间难以达成共识，客观上必然影响到决议的形成，而且委员提出的新思路往往超出合议庭提出的不同意见范围，使审委会在直接审理者——合议庭之外自决处理意见，违背审委会间接审理的特性，有僭越让审理者裁判的嫌疑。

## 二、审判委员会引入辩论制度的理论根据及域外考察

为了克服讨论的前述困境，通过视角转换重新解读审委会这一任务取向型群体的议事方式，我们发现，辩论恰好能够克服讨论的上述种种弊端，满足审委会议案的要求，实现审委会审判经验总结的改革目的。所谓辩论，是指一种围绕特定目标而展开的、重在达成一致意见的特殊讨论形式，其通过不同意见的交流、协商，努力实现说服与被说服的效果。辩论几乎适用于所有存在争议的议事规则之中，不受是否存在利益之争的限制。因此，辩论制度不仅在理论上与任务取向型群体决策的各阶段要求相吻合，相当程度地降低群体思维和群体极化的讨论弊端；而且在国外已经历经上百年的历史检验，足以证明辩论制度的精细设置和有效运行既可以防止独断，又可以避免群体性思维。

### （一）辩论式议事方式符合任务取向型群体决策的阶段要求

群体根据所要实现特定目标的不同，可以分为命令型群体、任务型群体、利益型群体和友谊型群体。其中，任务型群体是指由组织结构决定的，由为完成一项工作任务而在一起工作的人所组成的正式群体。我国法院的审委会正是一种为了达到特定目的而设置的任务取向型群体。在任务取向型群体决策研究中，最著名的当属罗伯特贝尔斯与弗里德斯道特彼科（Robert Bales & Fred Strodbeck, 1951），他们在研究任务取向型群体时发现，群体决策有四个明确的阶段：（1）定向阶段（确定待议问题）；（2）评价阶段；（3）解决问题阶段；（4）关系修复阶段。<sup>③</sup>辩论的相关规则恰恰与上述四个阶段的目标任务不谋而合。

① 徐军：《透视调撤率：行政诉讼中实践与表达的背离》，载《法律适用》2012年第2期。

② 参见李雨峰：《司法过程的政治约束——我国基层人民法院审判委员会运行研究》，载《法学家》2015年第1期。

③ [美]戴维·波普诺：《社会学》，李强等译，中国人民大学2007年版，第200-203页。



1. 辩论的范围限定规则满足了定向阶段的要求,能够降低议题偏离的概率和风险。定向阶段要求群体被引到问题上来,并对一些事实进行分析。而辩论的对象必须限于“以动议的形式向会议提出,而且必须包含明确的行动建议的事务”,诸如那种既没有动议的形式、也没有实质性建议的空泛评论是不允许提交辩论的,而此类情形在当前的审委会讨论中并不鲜见。因此,通过严格限定动议的范围,可以将后续的辩论集中到相关问题上来,完成定向阶段的目标。

2. 辩论的顺序、次数和时间限定规则保障了各成员对相关问题的充分评价,能够相当程度地克服群体思维和群体极化的讨论弊端。评价阶段要求成员对问题作出估计,并对其他成员的观点作出回应。辩论的顺序规则要求同一时间仅允许有一名成员对该议题发言,并通过对成员发言次数和时间的限制防止辩论无休止和无意义地纠缠,既利于成员对于待辩论的议题事先有个清晰的知晓,又利于自己观点的展示和对其他成员观点的回应。

3. 辩论限制的调整规则保障了共识的达成,能够进一步克服议题偏离的讨论弊端。解决问题阶段要求成员在前述意见充分表达和相互回应的基础上,针对待决问题达成共识。为了保证共识的顺利达成,辩论制度充分考虑到个别辩论议题可能出现的特殊情况,在辩论限制的基础上设置了一定的调整机制。例如,有的委员认为发言需要详细展开阐释,申请延长辩论发言的时间,或希望进行多次发言的,经主持人根据辩论限制的调整规则进行裁决后便可进行。

4. 辩论的礼节规定保障了和谐关系的维护。成员之间的关系维护是保证后续辩论顺利开展的前提和基础。为此,辩论制度要求发言人以及其他成员在辩论的过程中必须遵守一定的礼节,以便保证辩论能够顺畅而有序地进行。例如,严禁攻击其他成员的动机、所有的辩论必须通过主席(主持人),等等。

## (二) 辩论式议事方式已经得到法治发达国家的验证

辩论的相关规则不仅在理论上与任务取向型群体决策的目标任务相吻合,而且辩论制度在国外的民主进程中实际扮演着十分重要的角色,尤其体现在美英等国的立法辩论过程中。例如,近年来,美国联邦最高法院在一些宪法解释案中援引外国法律和国际条约的做法便在美国引发了一场大辩论,以斯卡利亚为代表的保守派大法官和以布雷耶为代表的自由派大法官展开了激烈争辩。<sup>①</sup>此外,我国的人大立法或者议事也已经开始尝试引入辩论机制。据了解,2007年全国人大十届五次会议在讨论物权法草案和企业所得税法草案时,专设议程允许代表即兴发言,甚至进行公开辩论;又如兰州市人大常委会也将辩论机制引入议事规则之中。

1. 美国的立法辩论。美国经过长达二百多年的历史演进,于二十世纪初建立了规

<sup>①</sup> 参见杜涛:《美国最高法院关于外国法的大辩论》,载《美国研究》2010年第3期。

范性和特色鲜明的立法辩论制度。<sup>①</sup> 作为美国国会辩论的两种类型之一，美国立法辩论主要指众议院和参议院对当前或未决立法进行的一般辩论。<sup>②</sup> 但从严格意义上而言，参议院的辩论并非是一种完全意义上的辩论，因为其发言（时间、内容等）限制较少。相对而言，众议院的辩论则要合规的多，也更能代表美国的立法辩论水准。美国众议院的辩论根据辩论主体、辩论议题、辩论权限、辩论限制等的不同也有不同的分类（如表二）。

表二：美国众议院的立法辩论

辩论主体	辩论议题	辩论阶段	辩论权限	辩论限制
全院委员会	在众议院对法案审议前，负责法案的辩论和修正	一般辩论	可以辩论法案但不能通过法案	发言受精准时间的限制
		二读辩论		发言受特别规则的限制（封闭规则或开放规则）
众议院院会	先决问题（对正在讨论的法案应否立即投票表决的动议）	“先决问题”由多数议员提出，或者在全院委员会闭会时提出	中断全部辩论开始法案三读和表决	“一小时规则”（将一位议员就一项正在审议问题的辩论发言限制在一小时以内）
		“先决问题”在全院委员会报告中已作出裁决处理时提出	无需进行辩论	

2. 英国的立法辩论。英国是世界上最早出现议会的国家，也是最早实行立法辩论的国家。鉴于英国议会的平民院是其主要的立法机构，立法辩论自然也主要集中在平民院里。以英国平民院全院大会为例，其立法辩论程序包括五个阶段，每个阶段均设置了不同的辩论程序（如表三）<sup>③</sup>。

表三：英国平民院全院大会的立法辩论流程

辩论阶段	辩论事项或程序
1 动议	议员从议长处取得发言资格后提出待辩论的立法事项
2 双方首席发言	正方首席议员先介绍动议事项，反方首席议员针对动议事项阐明反对理由
3 双方其他议员发言	正反方议员按照交替发言顺序逐一阐述对议案的看法并反驳对方的观点
4 双方代表总结	辩论临近结束时正方代表和反方代表对辩论的内容进行系统概括和总结
5 表决	该阶段以特定的方式形成定论，结束辩论

3. 美英立法辩论制度的比较与借鉴。美国众议院的辩论与表决有严格的区分，并且由不同的部门分别享有，通过辩论与表决的适当分离防止群体思维和群体极化，充分实现了辩论为表决服务的宗旨。英国平民院的辩论严格按照辩论的相关规则层层进行，精巧设置了辩论的整个流程，保证了辩论始终围绕同一议题展开。通过比较，不难看出，遵循严格规则的辩论是有效表决的必经程序，能够克服群体思维和群体极化

① 李店标：《美国国会立法辩论制度介评》，载《海南师范大学学报（社会科学版）》2014年第2期。

② Michael A Genovese, Lori Cox Han, Encyclopedia of American Government and Civics. New York: Facts On File, Inc, 2009, p. 80.

③ 蒋劲松：《议会之母》，中国民主法制出版社1998年版，第631-633页。



的弊端，有利于群体共识的达成。

### （三）辩论式议案形式符合我国审委会坚持的民主集中制原则

我国的审委会事实上承担着统一规范法律适用的司法职责。《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》不仅对于审委会的议案范围作了进一步限缩，而且明确合议庭应当提出并列明相关的法律适用问题并归纳不同的意见和理由。由此可见，审委会只对合议庭就法律适用上存在不同意见的个案进行讨论并作出决定。由此，在审委会议案中，对于合议庭存在不同意见的案件引入辩论机制，完全符合审委会坚持的民主集中制原则，因为，“辩论”符合去行政化的改革要求（不受委员在行政级别和法官等级上的差异性拘束），体现了司法民主的特性；“表决”贯彻了遵循多数意见的集中制要求。而且，经由辩论后表决作出的决议更能实现统一裁判尺度和标准的司法目标。

## 三、从讨论到辩论：审判委员会审判经验总结的基本路径

审委会议案方式引入辩论机制时，首先应当明确辩论的议题是什么，防止辩论的分散；其次需要合理规制辩论的程序和规则，防止群体思维和群体极化；最后才能作出表决并形成决议，实现审委会议案的目的。

### （一）审判委员会辩论议题的确定

一般而言，辩论应当围绕着议题而展开，且这个议题在辩论开始前便已经确定，不能在辩论过程中临时提出。鉴于目前审委会议案范围已经作了大幅限缩，仅限于合议庭就个案在法律适用方面提出的不同意见进行讨论并作出决定，因此，审委会辩论的议题应当限于合议庭提交的、涉及法律适用的意见和理由。这是因为，一方面，具体案件的审理者和裁判者是法官和合议庭，只有法官和合议庭才真实了解案件的全貌，审委会虽然继续保留，但不是直接的审理者和裁判者，仅能根据法律授权以多数决的形式决定需要讨论的问题。另一方面，即使审委会认为合议庭的各种意见均不成立，也可以通过交由合议庭再次讨论的形式予以救济，并不会因没有救济措施而导致案件不当裁判。相反，审委会直接在合议庭所报意见之外径行裁判的做法明显与“让审理者裁判、由裁判者负责”的改革目标背道而驰。

### （二）审判委员会辩论前的准备程序

审委会展开辩论前，应当有一系列较为严格的准备程序：

1. 严格审查审理报告的形式是否完备。审理报告的形式审查是启动审委会的前提和基础，对于没有明确的辩论议题或者议题明显不属于通过辩论可以作出决议的情形，不应准予提交审委会，真正实现审委会的过滤功能。如果审查认为审理报告符合审委会通过辩论可以作出决议的，则将该审理报告分发给各位委员事前审议。

2. 合议庭共同向审委会报告。为了保证合议庭就本案法律适用方面的不同意见和理由能够客观全面展示,防止主审法官一个人报告时存在主观倾向,有必要在主审法官报告完案情及本人意见和理由后,赋予合议庭其他成员补充发言的机会,并共同接受审委会委员的询问。

3. 建立审委会预表决制度。合议庭成员汇报完毕后,审委会委员应当针对需要讨论的事项进行预表决,表明各自初步支持的意见。为了防止预表决过程中受群体思维的影响,应当禁止预表决前的提示性发言,同时表决一般采取秘密的方式进行。预表决以后,如果审委会存在分别支持合议庭不同意见的情形,主持人可以宣布休会,将意见相同者另行安排在一起进行讨论,为辩论作准备;如果审委会一致支持合议庭某一种意见,则无需进行后续程序,直接以预表决结果形成审委会决议即可。

### (三) 审判委员会辩论的程序和规则设置

一般的对抗式辩论是在正反两方之间进行,往往是基于某一议题发表支持或反对的意见和理由。然而,审委会辩论的议题是基于合议庭就某一个案在法律适用方面的不同意见和理由,受不同审级的合议庭成员有不同人数组成的影响,合议庭的意见可能存在两种以上的情形,且意见之间往往不受正反两个角度的限制,可以是多角度的不同意见。因此,审委会的辩论程序和规则可以从以下几个方面来展开:

1. 辩论的程序方面。首先,审委会经过预表决形成几方阵营后,每方均需指定一名委员作为后续的主要发言人员,重点阐述己方观点,其他委员只有经过允许才可以按照规则进行补充,克服随意发言导致的前述弊端。其次,不同阵营的主发言人员的发言顺序应当遵从一定的规则,根据群体思维中“多数影响少数”的规律,一般先由持少数意见的一方先发言,持多数意见的一方后发言。最后,各方阵营中的其他委员也可以补充发言,但均需在主发言人发言完毕后才可,也应当遵循少数意见者先发言,多数意见者后发言的顺序。当然,上述的发言顺序仅仅是一般规则,实际操作过程中还应当由主持人根据辩论的具体情况进行灵活掌握,但总的原则不能随意更改。

2. 辩论的规则方面。一方面,主持人作为整个辩论过程的主导者,由于其特殊的身份和影响力,不能直接参与到具体的辩论过程中,否则极易导致前面所述的隐形暗示,实质影响各方的发言,最终又出现群体极化问题,让本身民主的辩论制度成为虚设。另一方面,各方的发言从形式上和实质上均应当有所限制。形式方面,各方主发言人和补充发言人的发言次数均应当有所限制,可以督促各方高效的发言,防止久拖不决;实质方面,各方的发言不仅需要阐述己方的观点,也需要针对对方的观点提出反驳意见,不能自说自话,形成不了针锋相对的辩论格局,无法有的放矢。当然,作为文明社会的制度产物,尽管辩论的整个过程允许不同意见的存在,但却不允许出现任何攻击性的语言,也不允许脱离议题之外的过多言论。



#### （四）审判委员会辩论后的表决程序

辩论的程序设计是为了给最终的表决提供充分的参考，让各种观点可以针锋相对的充分阐释。因此，辩论结束后，主持人应当像总结庭审小结一般，将各方的观点（包括己方的正向观点和反对对方的反向观点）再次明确，方便最终的表决。需要特别说明的是，最终表决过程并不受先前预表决的制约和影响，审委会委员可以根据辩论过程中的发言和观察，独立且理性的判断议题的各种意见，从低等级法官到高等级法官依次表决，主持人最后表决。最终，审委会根据辩论和表决后的多数意见，形成审委会决议意见。鉴于辩论严格限定于合议庭提交的诸多意见的范围之内，故最终形成的决议意见一般是合议庭诸多意见中的一种，可以直接作为案件的裁判意见予以下判。

#### （五）审判委员会委员参与辩论和表决的履职考评机制

按照《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》规定，审委会委员的履职情况应当进行考评和公示。为了真正调动审委会委员实质参与审委会的积极性和主动性，让审委会的每次辩论真正发挥实质效果，实现通过一个案件的辩论解决一类问题的目的，需要重点考核辩论过程中每个委员的发言情况。一般而言，担任主发言人的委员相对其他委员而言应当认为更为积极和主动；发表实质观点的委员相对仅做出同意或反对的委员而言应当认为更为积极和主动，等等。审委会委员的表现情况既可以作为以后审委会委员增补的重要依据，也可以作为审判专家等内部专业人士选拔的重要依据，让审委会的辩论成为各委员充分展示自己专业素质和综合能力的重要场合。

### 结 语

审判委员会作为我国法院间接从事审判的审判组织，旨在通过民主集中制的议案方式克服群体思维和群体极化，汇聚共识，保证个案议决实现统一裁判尺度和标准。然而，以往的审委会随意、无序和偏离议题式的讨论方式难以实现这一要求。辩论制度不仅可以保证整个议案过程围绕合议庭的不同意见展开，真正实现“让审理者裁判”的目标，而且可以保证议案过程中不同意见的充分表达，实现集中下的民主和民主上的集中。因此，辩论制度从辩论前的准备、辩论的程序和规则以及辩论后的表决方面对传统议案方式的理性改革，既有利于个案问题的深度剖析和解决，更有利于类案问题的类型化经验总结，形成类案指导性意见，满足改革后审判委员会价值功能的最优实现。

（责任编辑：冯艳楠）

# 保证责任的承担与免除

李丰波\*

## 【关注焦点】

保证责任的承担与免除涉及一系列事实的认定及《担保法》《担保法司法解释》《物权法》等相关规定，保证责任的承担应当从保证人身份确认、保证期间、主合同变更，以及债权人对担保权的处分等方面进行综合审查确定。对主合同的变更如没有加重债务人的债务或者增加保证人的风险，不能免除保证人的保证责任；物的担保未实际设立的，保证人不能免除担保物权范围的保证责任。

## 【基本案情】

原告：汪某、汪某某（债权人）。

被告：某建设公司（债务人）、高某（债务人）、王某（债务人）、管某（保证人）。

2014年4月3日，某建设公司作为借款人出具借条一份，载明“今借到汪某、汪某某人民币100万元整，月息二分，按月付息，从2014年4月3日至2015年3月31日还清本金及最后一个月利息”。借条上另有以某建设公司名下的相关土地及房屋设立抵押的内容，但以上抵押未实际设立。该借条右下方“借款人”处有某建设公司盖章，盖章上方有高某、王某签字，见证人段某，“担保人”处有管某签字捺印。下方高某写有“招商银行6226\*\*\*\*\*段某”字样。同日，汪某某通过中国光大银行账户给案外人段某招商银行6226\*\*\*\*\*账户转账60万元，2014年4月4日，汪某某通过邮政储蓄银行账户给招商银行6226\*\*\*\*\*账户转账40万元，共计100万元。

2014年4月11日，某建设公司作为借款人出具借条一份，载明“今借到汪某、汪某某人民币60万元整，月息二分，按月付息，从2014年4月11日至2015年4月10日还清本金及最后一个月利息”，该借条右下方“借款人”处有某建设公司盖章，盖章下方有高某、王某签字，“担保人”处管某签字捺印。同日，汪某某通过光大银行账户给案外人段某招商银行6226\*\*\*\*\*账户转账20万元、通过华夏银行账户给案外人段某招商银行6226\*\*\*\*\*账户转账40万元，共计60万元。该份借条左侧高某写有“延期到2015年7月30日前还清。高某2015年5月19日”字样，即该笔借款延期到2015年7月30日。在此字样下方，又有“管某”签字。

\* 李丰波，山东省青岛市中级人民法院四级高级法官。



某建设公司还款情况为：1、2014年4月4日还款2万元，2、2014年4月12日还款12000元，3、2014年4月29日还款2万元，4、2014年5月13日还款12000元，5、2014年6月9日还款32000元，6、2014年7月29日还款52000元，7、2014年8月12日还款12000元，8、2014年10月29日还款96000元，9、2015年1月27日还款96000元，10、2015年4月21日还款64000元，11、2015年5月21日还款24000元，12、2016年2月4日还款20万元。

2016年1月28日，汪某、汪某某向一审法院起诉请求：判令某建设公司、高某、王某偿还汪某、汪某某人民币本金160万元和至2016年1月30日的利息128000元，共计1728000元，以及2016年1月30日后的利息到付清为止，由管某承担连带责任。

### 【一审裁判】

山东省胶州市人民法院认定：（一）某建设公司2014年4月3日出具的借条，借款人处有某建设公司打印字体及盖章，在该行上方，添加有高某及王某的签字，在该份借条最下方，载明“本条借款人高某 王某 2016年1月22日”，借款人处有某建设公司、高某、王某的签字按印及盖章。如果借款人变更为高某、王某，那么在变更时应将某建设公司盖章划掉或者双方重新签订借条，又或者作出明确的书面说明，但某建设公司印章仍然清晰地保留在借条上，并且庭审中某建设公司对于借款事实明确认可，且后期陆续由某建设公司偿还借款，故确认借款人系某建设公司、高某、王某。（二）某建设公司主张两份借条的债务已转移给高某、王某，但无证据证明经过债权人的同意，故不能免除其义务。（三）两份借条上均有高某书写“招商银行6226\*\*\*\*\* 段某”字样，汪某向借条上载明的段某账户的打款记录数额与借款数额相符，借款人某建设公司对借款事实无异议且已偿还部分款项，应认定借款人收到款项。（四）2014年4月3日的借条所涉及的100万元借款期限认定为至2015年11月30日。

山东省胶州市人民法院认为，某建设公司、高某、王某对尚欠汪某、汪某某的本金和利息应予偿还。对于管某是否承担担保责任，一审法院认为，借条上对保证方式未作约定，根据法律规定，管某应承担连带保证责任。借条亦未约定保证期间，那么债权人有权自主债务履行期届满之日起六个月内要求保证人承担保证责任。本案两份借条，管某均在左侧高某签署的延期时间下方签字，从常理分析，就是对延期时间同意的意思表示。该两份借条延期后，汪某、汪某某起诉主张还款的时间均在保证期间内，故管某某应承担担保责任。管某另提出，因借款人变更，故其亦不应再承担保证责任，对此，一审法院认为，借款人并未变更，某建设公司始终是借款人，高某和王某在最初签署借条时在借款人处亦有签字，如高某和王某系后期加入，那么其自愿共同承担还款责任的行为对担保人并无影响，并非变更借款人。管某应对借款人的还款承担连带偿还责任。

关于还款数额，某建设公司偿还的64万为本金，在双方未约定偿还顺序的情况下，



按照先偿还利息后偿还本金的顺序进行核算。经核算，本金还有 1552575 元，故本金部分支持 1552575 元，利息部分汪某、汪某某主张 128000 元，至 2016 年 2 月 4 日实际欠息 92785 元，故利息部分支持 92785 元，并支持自 2016 年 2 月 5 日至款项付清之日止的利息（按照月利率 2% 计算）。

据此判决：一、某建设公司、高某、王某于判决生效后十日内共同偿还汪某、汪某某借款本金 1552575 元、利息 92785 元，以及自 2016 年 2 月 5 日起至款项付清之日止的利息（以未还本金为基数，按照月利率 2% 计算）；二、管某对上述第一项还款承担连带清偿责任，其在承担偿付责任后，有权向某建设公司、高某、王某追偿；三、驳回汪某、汪某某的其他诉讼请求。

### 【二审裁判】

山东省青岛市中级人民法院认为，本案争议的焦点是管某是否应当承担保证责任。管某关于不应承担保证责任的上诉理由不成立，不予支持。理由如下：

首先，关于管某提出本案所涉借款合同未按约定履行的上诉理由。本案借款的债权人与债务人对借款合同已实际履行的事实均无异议，债权人汪某、汪某某也提交转账记录可以证实实际向债务人某建设公司、高某、王某指定的案外人段某账户转入款项，故本案借款合同应认定已实际履行。至于管某提出款项实际转入案外人段某账户，因此不应认定借款合同实际履行的主张，法院认为，债权人与债务人关于借款履行方式的约定，不影响对合同实际履行的认定。

其次，关于管某提出债权人与债务人未经其同意而约定向案外人段力元账户转账，系变更合同主要内容，其不应承担保证责任的上诉理由。债权人与债务人关于向债务人指定的案外人段某账户转账即视为完成出借款项的约定，系对合同履行方式的约定，并未加重债务人的债务或者保证人的保证责任，不能因此免除保证人的保证责任。管某的该上诉理由不成立。

第三，关于管某提出其于 2016 年 1 月 22 日不同意继续签字，已经明示不再提供担保，不应承担保证责任的上诉理由。管某系对本案所涉债务承担连带保证责任，两份借条在 2016 年 1 月 22 日之前的所确定的履行期限分别是 2015 年 11 月 30 日和 2015 年 7 月 30 日，管某均签字予以确认。在当事人未约定保证期间的情况下，债权人在《担保法》所规定的六个月保证期间内于 2016 年 1 月 28 日起诉要求管某承担保证责任，符合法律规定。管某的该上诉理由不成立。

第四，关于管某提出因债权人与债务人约定以债务人名下所有土地及办公用房进行抵押，但未办理抵押手续，根据《担保法》第 28 条第二款的规定，应视为债权人放弃该物的担保，保证人应在此范围内免除其保证责任的上诉理由。债权人汪某、汪某某与债务人某建设公司、高某、王某对本案债权约定就某建设公司名下的相关土地及房屋



设立抵押，但三债务人未配合汪某、汪某某办理抵押权登记，对债权人构成违约行为。但因管某作为保证人在借条上签字确认时，上述财产的抵押并未办理登记，该财产的抵押权并未设立而且其后也未实际设立。该情形不符合《担保法》及《物权法》关于同时存在物的担保和人的保证的规定，管某主张应当免除保证责任的上诉理由不成立。

据此判决：驳回上诉，维持原判。

### 【裁判评析】

担保分为物的担保和人的担保，物的担保包括抵押、质押、留置，人的担保则指保证。保证作为一种重要的担保方式，在现实社会经济活动中，为促进合同达成、保障债权人利益得到及时实现发挥着重要作用。但与此同时，当事人一旦被确定为保证人，不论一般保证还是连带保证，都要承担未来代债务人清偿债务的风险。审判实践中，有的保证人因为对保证责任概念认识不清就贸然在保证合同上签字，待被主张承担保证责任时才意识到责任如此之重；有的保证人虽然理解承担保证责任的后果，但对何种情形下可以不再承担保证责任有错误认识，导致案件纠纷发生。本案即涉及到对保证责任的承担以及免除的问题。根据担保法及司法解释的规定，当事人是否应当承担保证责任，应当从保证人的身份、保证期间、主合同效力及变更，以及债权人对担保权的处分等方面进行综合审查确定。

## 一、关于保证人身份的确定

确定当事人具备保证人身份是认定其承担保证责任的前提，即审理保证责任案件需要首先解决当事人是否具有承担保证责任的意思表示。对此应当从以下几个方面进行审查：一是形式要件。《担保法》第十三条规定：“保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。”该条对保证合同采取“书面形式”订立作出了明确规定。无论是在独立的保证合同还是在包含保证条款的主合同上，保证人都应当以书面签字或盖章来确定其保证人身份。二是实质要件。保证人应当清楚表明其愿意承担保证责任的意思表示。这种意思表示一般可以通过当事人的书面签字或者盖章得到确定。需要注意的是，实践中很多保证合同关系特别是民间借贷纠纷中的保证不是通过签订条款完备的保证合同确定，而是由第三人在借条上以保证人的身份签字来确定。本案就是这种情况。这时确定保证人的身份应当综合当事人的签字情况来确定。如果借条中明确注明“保证人”栏，则第三人在该栏签字即可认定其保证人身份；如果借条中没有注明“保证人”或者“担保人”字样，第三人在借条上的签字，但通过借条上的文字无法推断第三人具有保证意思表示，则一般应认定第三人为见证人，不应承担保证责任。如债权人或者债务人主张签字第三人为保证人，则根据《最高人民法院关于适用 中华人民

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第九十一条的规定，债权人或者债务人作为主张法律关系存在的当事人，应当对此承担举证责任。

## 二、关于保证期间对保证责任的影响

债权人主张保证人承担保证责任的，应当在合同约定或法律规定的保证期间内向保证人提出，逾期未主张则保证人免除保证责任。当事人可以在保证合同中约定保证期间，法律对保证期间的约定没有限制性的规定。《担保法》第二十五条、第二十六条及《担保法》司法解释第三十二条只是对当事人没有约定保证期间以及对保证期间约定不明情况下，保证期间应分别为主债务履行期届满之日起六个月和二年，作出了推定性的规定。保证期间的性质是除斥期间，不因任何事由发生中断、中止、延长的法律后果。连带责任保证中的债权人没有在约定或者法定的保证期间内向保证人提出主张，一般保证中的债权人没有在约定或者法定的保证期间内对债务人提起诉讼或者申请仲裁，则其请求保证人承担保证责任的权利即告消灭，保证人不再承担保证责任。本案涉及的是连带责任保证，当事人对两张借条所涉及债务的还款期限分别延期至 2015 年 11 月 30 日和 2015 年 7 月 30 日，保证人均签字认可。在当事人未约定保证期间的情况下，保证期间为从以上日期届满之日起六个月。虽然保证人之后不同意将债务履行期限再次延期至 2016 年 1 月 22 日，不再同意承担保证责任，但本案债权人于 2016 年 1 月 28 日直接通过起诉方式要求保证人承担保证责任，仍未超过保证期间。

## 三、关于主合同变更对保证责任的影响

根据《担保法》第 24 条的规定，在保证合同没有另外约定的情况下，债权人与债务人未经保证人书面同意变更主合同的，保证人不再承担保证责任。《担保法司法解释》第 30 条对以上未经保证人同意变更主合同的规定作出了进一步解释，即该条中的变更主合同是指对主合同数量、价款、币种、利率等内容作出变更，而且以上变更只有“加重债务人的债务”时，保证人“对加重的部分”不承担保证责任。从以上规定分析可以得到以下几点结论：一是并非只要未经保证人书面同意，债权人与债务人对主合同进行了变更，则保证人一概不再承担保证责任；二是保证人免责的前提是主合同的变更加重了债务人的债务；三是保证人免责不是全部免责，而是部分免责，免责限于加重的部分。对于债权人与债务人未经保证人同意而变更主合同，是否影响保证人承担保证责任，应当主要审查主合同的变更是否加重了债务人的债务，是否增加了保证人的风险。本案中，保证人主张债权人未经其同意，根据债务人的指示将款



项转入案外人的账户，系对主合同的变更，因此不再承担保证责任。对此，首先案外人的账户信息本身即记载在其中一张借条上，其次债务人认可实际收到了该笔借款。而且，即使本案中债权人与债务人关于付款方式的约定未经过保证人的同意，这一关于合同履行方式的变更也并未加重债务人的债务或者增加保证人的风险，不影响保证人按约定承担连带保证责任。

#### 四、关于债权债务转移对保证责任承担的影响

《担保法》及司法解释对该问题有明确的规定 概而言之 通常情况下 主债权转让的，保证债权随着主债权的转让而转让，保证人应当按照原合同约定向主债权的受让人承担保证责任，但保证人与债权人特别约定不得转让的除外；主债务转让的，如未经保证人书面同意，保证人对转让的部分债务不再承担保证责任。本案中，虽然保证人提出主债务未经其同意进行了转移，但没有充分证据证明，因此判决认定主债务未转移。

#### 五、关于同时存在物的担保与人的保证时对保证责任承担的影响

关于同一债权同时存在物的担保与人的保证时，保证责任如何履行以及保证人履行后如何追偿的问题，历来很有争议。而且从现有规定来看，《担保法》《担保法司法解释》以及《物权法》的规定都不完全相同。《担保法》第28条采取“保证人绝对优待主义”，规定保证人只对物的担保以外的债权承担保证责任。《担保法司法解释》第38条采取“平等主义”，规定债权人可以选择请求保证人或者物的担保人承担担保责任，担保人承担担保责任后可以向债务人追偿，也可以要求其他担保人清偿其应当承担的份额。《物权法》第76条则分层次进行规定，当事人对债权实现有约定的，则由债权人按照约定主张担保权利；当事人没有约定时，如物的担保由债务人提供，则债权人应首先就该物的担保实现债权，如物的担保由第三人提供，则债权人可以选择请求保证人或者物的担保人实现债权；担保人承担担保责任后，《物权法》只规定可以向债务人追偿。这些不同规定，实践中需要正确选择适用。本案债权人与债务人在借条上约定了以债务人名下土地房屋办理抵押的内容，但最终未能实际设立抵押物权。而以上规定适用的前提条件是“同一债权既有物的担保又有人的保证”，本案中保证人同意承担保证责任时，物的担保只是停留在合同层面并未实际设立，而且其后也未实际设立，在此情况下保证人主张应当免除抵押物权范围内的保证责任，没有法律依据。

（责任编辑：旷翔宇）

# 行政相对人要求变更行政协议的 司法审查

蒋炎焱 孔腾\*

## 【裁判要旨】

行政相对人基于合同法中的显失公平条款，向人民法院起诉要求对已签订并履行完毕的补偿安置协议的某一条款进行变更的，系变更行政协议纠纷，属于行政诉讼的受案范围。人民法院应参照民事法律规范关于诉讼时效的规定对案件是否超过起诉期限进行审查。

## 【基本案情】

上诉人（原审原告）葛某某。

被上诉人（原审被告）枣庄市薛城区人民政府。

上诉人系枣庄市薛城区巨山街道办事处西某某村村民。2012年3月26日，山东省人民政府作出《关于枣庄市2011年度第四批次城市建设用地实施方案的批复》，同意征收西某某村10.8721公顷土地用于城市建设。2012年9月11日，西某某棚改项目被列入《山东省2012年棚户区改造项目》（鲁建房字〔2012〕30号）。2012年10月10日，薛城区中心城区城中村回迁安置工作领导小组（系上诉人成立的临时机构）发布“关于对西某某村进行拆迁改造的公告”，决定对西某某村进行拆迁改造，并按照《枣庄市行政中心区域城中村改造拆迁补偿安置实施意见》规定的补偿安置标准执行。2012年10月30日，上诉人与薛城区中心城区城中村回迁安置工作领导小组，按照上述补偿安置实施意见签订《西某某村拆迁房屋补偿安置协议》，获得补偿款为659606.10元。同时上诉人也选择了房屋产权调换并缴纳了房款。2012年11月，上诉人领取上述补偿款，涉案房屋被拆除。后上诉人得知2010年10月，西某某村已纳入枣庄中心城区城市规划区，认为应当按照该区国有土地上房屋征收补偿标准进行补偿，按照集体土地房屋补偿标准补偿显失公平，故提起本案行政诉讼。诉讼请求为：变更上诉人与被

\* 蒋炎焱，山东省高级人民法院四级高级法官；孔腾，山东省高级人民法院法官助理。



上诉人签订的《西某某村拆迁房屋补偿安置协议》第四项约定的合同义务，即确认补偿款为 1521580.80 元；责令上诉人按照变更后的补偿款数额履行支付义务，补充支付补偿款 861947.70 元。

### 【裁判结果】

枣庄市中级人民法院一审认为，本案争议的焦点问题为：一、本案是否属于行政案件的受案范围；二、被告是否适格；三、原告的起诉是否超出起诉期限；四、补偿标准问题，是否应当按照原告主张的 2580 元/m<sup>2</sup> 的标准进行补偿。

首先，一审法院肯定本案属于行政诉讼的受案范围，薛城区政府是本案适格被告。其次，就原告的起诉是否超过起诉期限的问题。一审法院认为因本案诉争补偿协议尚未履行完毕（安置房屋尚未交付），因此，其起诉没有超过起诉期限。关于原告主张的补偿问题。一审法院认为，本案中，双方当事人虽然在土地征收前已达成了补偿协议，但该争议实质上还是在征收过程中产生的。原告对补偿标准有异议，应当按照《中华人民共和国土地管理法实施条例》第二十五条第三款、《最高人民法院关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定》第十条等的规定，与被告先行协调、协调不成的、再申请裁决，最后才可寻求司法救济。因此，人民法院对原告就上述异议直接提起的行政诉讼不予受理，已受理的，应裁定驳回起诉。一审法院依据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第三条第一款第（一）项的规定，裁定驳回了原告的起诉。

一审裁定作出后，上诉人不服，提起上诉称：1. 双方签订的补偿安置协议属于显失公平的合同，上诉人有权参照《中华人民共和国合同法》第五十四条的规定，请求变更该协议条款。因补偿安置时房屋所在地已纳入城市规划区，土地权利人有权请求参照执行国有土地上房屋征收补偿标准。但签订协议时，因对行政法规的认知存在天然劣势，导致未要求按照上述规定的标准进行补偿，给上诉人造成了巨大损失，违反了合同的公平合理原则。2. 本案属于变更之诉，而非给付之诉。《最高人民法院关于审理涉及农村集体土地行政案件若干问题的规定》第十条及《山东省土地征收管理办法》第十三条规定的适用条件是在组织实施征收补偿过程中尚未达成土地征收补偿安置协议的，实行裁决前置。而上诉人是请求变更该协议中的货币补偿条款，不属于原审法院认定的裁决前置案件。

被上诉人辩称，对补偿标准有异议的，请求变更补偿标准的，应当先由县级以上人民政府协调，协调不成的，由批准用地的人民政府裁定，不能直接向人民法院起诉。一审法院裁定正确，应予维持。

山东省高级人民法院另查明，2016 年 4 月 11 日，上诉人曾就本案向枣庄市薛城区人民法院提起过民事诉讼，同日薛城区人民法院作出（2016）鲁 0403 民初 1165 号

民事裁定书，对本案未予受理。

山东省高级人民法院二审认为，本案争议的核心问题：一是上诉人提起本案诉讼是否超过起诉期限；二是上诉人以显失公平为由，要求对本案涉案协议第四条进行变更能否得到支持。

基于行政协议的双重属性，根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第十二条的精神，在行政协议纠纷中，对行政机关的单方行政行为提起的诉讼，应适用行政诉讼关于起诉期限的规定；对行政协议中的合同性内容有争议的，可以参照适用民事诉讼关于诉讼时效的相关规定。本案上诉人的诉讼请求是基于《中华人民共和国合同法》第五十四条有关显失公平的规定而要求变更其与被上诉人签订的《西某某村拆迁房屋补偿安置协议》第四条中约定的补偿款。即本质上是对行政协议中的合同性内容有争议，故上诉人在本案中提起的合同变更之诉的起诉期限应参照合同法、民事诉讼法等相关规定予以审查。

根据《中华人民共和国合同法》第五十四条的规定，在订立合同时显失公平的，当事人有权请求人民法院进行变更。根据《中华人民共和国合同法》第五十五条“有下列情形之一的，撤销权消灭：（一）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；（二）具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权”并参照《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第七十三条“对于重大误解或者显失公平的民事行为，当事人请求变更的，人民法院应当予以变更；当事人请求撤销的，人民法院可以酌情予以变更或者撤销。可变更或者可撤销的民事行为，自行为成立时起超过一年当事人请求变更或撤销的，人民法院不予保护”之规定，合同变更权的行使同撤销权一样，应适用上述一年除斥期间的有关规定，且该除斥期间依法为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

本案中，上诉人与被上诉人于2012年10月30日签订了被诉补偿安置协议，且该协议第四条已实际履行完毕，属于自起诉时，合同行为成立已超过一年的情形。上诉人自称，其是通过另案当事人葛某甲于2015年3月27日申请政府信息公开，得知涉案地块被纳入到中心城市规划区范围内的，则上诉人应该在2015年3月27日知道或者应当知道变更事由，上诉人最迟亦应在2016年3月28日之前向法院提起本案诉讼，虽其于2016年4月11日提起过民事诉讼，但仍然超过了合同变更权行使的一年除斥期间，该变更权已经灭失，故上诉人提起本案行政诉讼超过了法定起诉期限。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第六十九条第一款第（二）项之规定，已经立案的，应当裁定驳回起诉。故对本案争议的第二个核心问题即上诉人要求对本案行政协议第四条进行变更的请求，不再进入实



体审查。原审法院认为本案诉争补偿协议尚未履行完毕，因此，其起诉没有超过起诉期限的裁定，系事实认定不清、法律适用错误。

原审法院裁定理由不当，但裁定驳回起诉的结果正确，为减少当事人诉累，对原审法院裁定结果予以维持。上诉人葛某某提起本案诉讼超过了法定起诉期限，依法应予裁定驳回。依据《中华人民共和国行政诉讼法》第八十九条第一款第(一)项之规定，裁定驳回上诉，维持原裁定。

### 【裁判评析】

#### 一、行政协议具有双重属性，应区别情况选择适用法律规范

原《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称:适用解释)第11条对行政协议的内涵进行了界定,即行政机关为实现公共利益或者行政管理目标,在法定职责范围内,与公民、法人或者其他组织协商订立的具有行政法上权利义务内容的协议。由此可知,行政协议首先是行政机关的一种行政活动方式,体现了行政机关的意志,在合同的制定、签署时,行政机关均掌握着主导性,但同时该协议是以平等协商的方式签订的,一旦签署后,除非法定事由,双方都应依协议履行各自权利义务。正是基于行政协议的双重属性,行政协议纠纷案件在诉讼费缴纳标准、起诉期限、审理依据、裁判方式等方面均会因诉讼请求的不同而有所区别。

适用解释第12条对行政协议诉讼的起诉期限问题规定了两种处理方式:一是“公民、法人或者其他组织对行政机关不依法履行、未按照约定履行协议提起诉讼的,参照民事法律规范关于诉讼时效的规定”;二是“对行政机关单方变更、解除协议等行为提起诉讼的,适用行政诉讼法及其司法解释关于起诉期限的规定”。之所以作以上区分,笔者认为,因前者系对行政协议规定的权利义务的履行与否产生的争议,一般是由行政机关及行政相对人双方决定,属于“私”范畴,故参照适用民事诉讼关于诉讼时效的相关规定更恰当;而后者系行政机关单方作出的具有行政强制性的处分行为,直接影响了行政相对人的权利义务,属于“公”范畴,适用行政诉讼法及其司法解释关于起诉期限的规定更准确。同理,该解释第16条,对诉讼费用的缴纳标准也作出了以上类似区分。同时,该解释也肯定了在对行政协议进行实体审查时,可以适用不违反行政法和行政诉讼法强制性规定的民事法律规范。在有关行政协议的司法解释未出台之前,以上有关行政协议的规定,依然是可以适用的。



## 二、补偿标准异议纠纷与变更行政协议纠纷的认定

适用解释中体现的行政协议纠纷类型主要包括行政机关不依法履行协议、行政机关未按照约定履行协议、行政机关单方变更协议、行政机关单方解除协议、行政相对人主张解除协议、行政相对人主张协议无效。本案中，根据上诉人的诉讼请求，其是基于合同法中的显失公平条款，请求变更所诉行政协议的某一项条款，且该条款已履行完毕。笔者认为，虽然适用解释中并未提及行政相对人请求变更行政协议这一类型，但是基于行政协议对双方当事人均具有的约束力，同行政机关一样，行政相对人也可基于合法事由，要求对行政协议进行变更、撤销、解除、确认无效等，这也属于行政诉讼的受案范围。而补偿标准异议系土地权利人对土地管理部门组织实施过程中确定的土地补偿有异议。而本案上诉人已签订了补偿安置协议，且签订时对补偿标准并无异议，并且要求变更的第四条已履行完毕，并不符合补偿标准异议纠纷的构成要件。本案一审法院未根据上诉人的诉讼请求及案件事实对案件类型进行准确定位，而是直接将其诉讼请求归结为对补偿标准有异议，并提出上诉人不能直接走司法救济，应先协调、再裁决，对裁决不服再走诉讼程序，显然错误。本案系变更行政协议纠纷。

## 三、行政相对人要求变更行政协议的某项条款， 应参照适用民事法律规范关于诉讼时效的规定

基于前述司法解释的精神，对此类变更行政协议的案件，应参照适用民事诉讼关于诉讼时效的相关规定进行审查。一审法院认为因所诉协议中的安置房屋尚未交付，故该协议并未履行完毕，因此，上诉人的起诉没有超过起诉期限。笔者以为，本案中，上诉人是对被诉协议的第四条即补偿款的给付提出的变更之诉，这与协议中其他条款的履行与否并无直接关联，一审法院以其他条款未履行完毕为由认为上诉人的起诉未超过行政诉讼法规定的起诉期限不当。

《中华人民共和国合同法》第54条规定，在订立合同时，对于重大误解或者显失公平的，相关权利人有权请求人民法院进行变更或撤销。变更权同撤销权、解除权一样，属于形成权，此种权利的行使适用民事法律规范中有关除斥期间的规定。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》第73条规定，“对于重大误解或者显失公平的民事行为，当事人请求变更的，人民法院应当予以变更；当事人请求撤销的，人民法院可以酌情予以变更或者撤销。可变更或者可撤销的民事行为，自行为成立时起超过一年当事人请求变更或撤销的，人民法院不予保护”。



故合同变更权的行使应适用上述一年除斥期间的规定，且该除斥期间依法为不变期间，不适用诉讼时效的中止、中断或者延长。《中华人民共和国民法总则》虽然于2017年10月1日实施，但《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见（试行）》并未被废止，且以上有关变更权的行使规定与民法总则的相关规定并不冲突，故依然可以参照适用。

本案中，上诉人与被上诉人于2012年10月26日签订被诉协议，且所要求变更的第四条已于同年实际履行完毕，属于自起诉时，合同行为成立已超过一年的情形。即便按照上诉人所主张的，其系2015年3月27日才得知当时所签协议显失公平的，则其最迟也应该在2016年3月28日之前向法院提起变更之诉，虽上诉人于2016年4月11日就本案提起过民事诉讼，但仍然超过了合同变更权行使的一年除斥期间，该变更权已经灭失，故上诉人提起本案行政诉讼超过了法定起诉期限，不符合行政诉讼的受理条件，应当裁定驳回起诉。故对本案争议的第二个核心问题不再进入实体审查。如本案未超过起诉期限而进入实体审查，在适用行政法律规范的同时，也应适用合同法等民事法律规范的规定，对所诉条款是否显失公平进行司法审查而综合判定。

（责任编辑：冯艳楠）